



XIAMEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

廈門大學 法律評論

2007年下卷
总第十四辑



廈門大學出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

厦门大学 法律评论

编辑委员会

丁丽瑛 古祖雪 齐树洁 朱崇实 朱炎生 李琦
陈立 陈动 徐崇利 曾华群 廖益新

主 编 廖益新
执行主编 李琦
编 辑 黄金兰 游钰

2007年下卷
总第十四辑

厦门大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

厦门大学法律评论. 第 14 辑/廖益新主编. —厦门:厦门大学出版社,2007.12
ISBN 978-7-5615-2985-0

I. 厦… II. 廖… III. 法学-研究-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 028325 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

三明日报社印刷厂印刷

2007年12月第1版 2007年12月第1次印刷

开本:787×960 1/16 印张:20 插页:2

字数:296千字 印数:0001~2000册

定价:22.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

编辑者言

编辑者将怀着对读者和作者的温情与敬意,持守对学术和法治的虔诚与审慎,以《厦门大学法律评论》参与转型中国的学术建设、社会进步。

一、编辑者为此所提供的形异而神一的话语平台包括:

学术专论,比较法—域外法—台湾法,立法建议—法条评析,实务见解(包括但不限于判解研究,及于司法与行政),法律教育,学位论文,学术观察(如书评、学术批评、学术现象之检讨)。在必要和可能时,编辑者也将就某一特定主题以专题研讨展示作者之智识于读者。

二、稿件篇幅不限,惟专论以不少于两万字为宜。编辑者希望作者因此得以从容铺陈,而读者则从条分缕析中得享阅读之乐。

所刊稿件若因版面所限,编辑者将商请作者删减。

三、编辑者在收到稿件后两个月内就刊用与否回复作者。

四、《评论》已被列为《高等学校文科学术文摘》之文摘源出版物,所有在《评论》发表的文章均可能为《高等学校文科学术文摘》所转载或摘编。

《评论》已加入《中国期刊全文数据库(CJFD)》,所有在《评论》发表的文章均被同步编入CJFD。

编辑者就此敬请作者于惠赐大作时慎重考虑。

五、稿件一经采用,即由出版者支付稿酬(其中包括CJFD的作者著作权使用费),并提供样书两册。

六、稿件请发送电子邮件至:lawrev@xmu.edu.cn

来稿请注明作者姓名、出生年份、性别、所在机构、学位、职称、通讯方式,并附英文标题。作者的以上相关信息,在文章刊发时也将一并载明,以便读者与作者之通联。

稿件注释请依照《评论》所刊论文的注释体例。

目 录

编辑者言

【专 论】

民事抗辩的历史、语义与定位	尹腊梅/001
强制缔约制度基本问题	郭 鸣/036
债券持有人保护理论的重构	吴 祺/062
公众投资者的兴起与中国公司治理模式的选择	缪因知/097
间接正犯媒介论	陈洪兵/122

【域 外 法】

法律模式的进口与出口：荷兰的经验	简·斯米茨著 魏磊杰译/146
日本保护观察制度的品格与功能	苏明月/175

【法条评析】

股东资格继承抑或股权继承 ——评《公司法》第七十六条	张立丹/200
-------------------------------	---------

【学位论文】

WTO 表决制度论：民主的视角	余 锋/210
-----------------	---------

【学术观察】

宪法与民法关系论争的总结与回应

陈道英/245

【法律教育】

中国法学教育：为什么兴盛并蜕变着

黄金兰/264

【法史文献】

福建省宪法(1926年)

王孝泉/273

福建省宪法施行法(1926年)

/294

福建省宪法之今昔观(1926年)

王孝泉/297

《福建省宪法》的死亡与再生

王建学/306

【学术观察】

【法律教育】

【法史文献】

【学术观察】

Table of Contents

Notice to Contributors

Special Contribution

History, Semanteme and Status of Defenses

in Civil Law

Yin Lamei / 001

On Basic Problems of Compulsory Contract

System

Guo Ming / 036

Reconstruction of the Theory of Bondholder

Protection

Wu Qi / 062

China's Choice of Corporate Governance Model:

Facing the Rise of Public Investors

Miao Yinzhi / 097

Study on Media Behavior of Indirect Principal

Chen Hongbing / 122

Foreign Law

Import and Export of Legal Models:

The Dutch Experience

Jan Smits

(translated by Wei Leijie) / 146

Characteristics and Functions of the Probation

and Parole System in Japan

Su Mingyue / 175

Analysis of Legislative Provisions

Succession of Stockholders' Qualification Or

Succession of Shares; A Review on Article

76 of Corporation Law

Zhang Lidan / 200

Dissertation

- On WTO Decision—Making Process:
A Democratic Perspective Yu Feng / 210

Academic Observation

- Summary of and Response to the Argument
on the Relationship between Constitution
and Civil Law Chen Daoying / 245

Legal Education

- The Reason Why China's Legal Education is
Flourishing but Recessionary Huang Jinlan / 264

Historic Literature

- Constitution of Fujian Province (1926) / 273
Implementation Act of Constitution of
Fujian Province (1926) / 294
The past and present of Constitution of
Fujian Province (1926) Wang Xiaoquan / 297
The Death and Reborn of Constitution of
Fujian Province Wang Jianxue / 306

《厦门大学法律评论》总第十四辑
 厦门大学出版社 2007 年 12 月版
 《民事抗辩的历史、语义与定位》
 第 001 页~第 035 页

民事抗辩的历史、语义与定位

尹腊梅*

目次

- 一、抗辩的历史沿革
- 二、抗辩的语义分析
- 三、抗辩在民法上的定位
- 四、小结

法理学家博登海默说：“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念，我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。”因为“法律中所运用的推理过程，在很大程度上是以含有各种专门性质的概念的规则与原则为基础的”。^① 因此，界定和厘清有歧义的概念，是进行法律推理和法律适用的前提。

* 尹腊梅：1979 年生，南京财经大学法学院讲师，法学博士，电子邮件：yinlamei2001@yahoo.com.cn。

① [美]博登海默：《法理学》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 486、490 页。

抗辩的权利就是抗辩权吗?“抗辩”一词单独出现于法律文本中和它作为抗辩权的核心语词时,在法律含义上是否有区别?在本文的研究中,我们将看到“抗辩”这个概念出现于罗马法,而“抗辩权”却是19世纪概念法学的产物,正如我们不能把请求权和请求、请求权和请求的权利相混淆一样。^①抗辩权和抗辩在效力、行使方式等方面均存在重大差别,二者的区分直接影响法官在诉讼过程中所能援引的事实范围,还决定着义务人在业已履行之后是否可以请求返还,最终体现立法者的价值判断。

但是由于二者的近亲关系,加之法律概念的汉语表达在精确性方面存在一定的问题,对抗辩权和抗辩的混淆在我国学界一直以来非常严重,可以说,抗辩权这个概念法学的产物,虽然在法律文本中已经耳熟能详,但是它至今未被人们正确认识,“抗辩”和“抗辩权”在法学文献中被混用的现象时有发生。例如,对于义务人因对方权利完成时效所享有的对抗权,有的文献称为“时效抗辩权”,有的文献则称为“时效抗辩”^②;对于因债务已清偿或者债务根本不存在而产生的针对对方之请求的防御方法,有的文献称为“抗

^① 王涌:《私权的建构与分析》第3章“私权的结构”,中国政法大学1999年博士学位论文: <http://211.100.18.62/fxyj/fxmj/jurists/wangyong/3.asp>, 访问日期:2007年5月26日。

^② 使用“时效抗辩权”的占大多数,如本文所引郑玉波、王泽鉴等学者的著述;使用“时效抗辩”的如“保证债务过了诉讼时效时,保证人可主张时效抗辩;保证合同不成立或无效时,保证人可主张保证债务不存在的抗辩”。高圣平:《保证合同重点疑点难点问题判解研究》,人民法院出版社2005年版,第332页。

辩”，有的文献却称为“抗辩权”。^③更有甚者，还有学者将一些含有抗辩、免责的含义的概念都纳入抗辩权的范围。^④

如果将抗辩权直接理解为抗辩的权利，或者对它们不加区分地使用，势必将造成歧义，不仅使传统权利分类学说的正当性面临挑战，也将直接造成法律适用方面的困扰。

在《德国民法典》制定前后，基于潘德克吞学派的努力，随着实体法从诉讼法中的分离，抗辩也分化为事实抗辩和权利抗辩，而后者（权利抗辩），也在权利的抽丝剥茧运动中发展成为抗辩权。因此，在19世纪概念法学派创设抗辩权概念之前，抗辩的历史也就是抗辩权的历史。本文从历史的角度，考察罗马法上的抗辩权概念如何演变成今天的抗辩与抗辩权两组概念，分析抗辩制度在民法制度体系、抗辩规范在民法规范体系中的地位和功能。^⑤

^③ 使用“抗辩”的占大多数，如本文所引王泽鉴教授等学者的著述；使用“抗辩权”的较少，例如邵泽民、蔡青峰：《浅论被执行人的抗辩权》，载《人民司法》1997年第3期；在2002年“中银香港公司诉宏业公司等担保合同纠纷案”中，最高法院作出的判决书中亦提到：“本院审理期间，达利丰集团有限公司的清盘人再次对上述债务数额进行了确认。宏业公司上诉称其享有主债务人的抗辩权，包括但不限于对债权数额真实性的抗辩，原审法院不应将国华银行向破产管理署申报的债权作为本案债权凭证。本院认为，宏业公司确实享有该抗辩权，但宏业公司未能提出充分证据证明香港特别行政区高等法院委任的达利丰集团有限公司清盘人所确认的该主债务数额是虚假的或者是不准确的，故对达利丰集团有限公司清盘人所确认的主债务数额，本院予以确认。”参见《中银香港公司诉宏业公司等担保合同纠纷案》[最高人民法院民事判决书（2002）民四终字第6号]。

^④ 例如，将不可抗力等侵权抗辩事由、票据抗辩、保险免责事由、海上货物运输合同中承运人的免责事由等等全部归入民法抗辩权的范畴。韩明志：《抗辩权利论》，载《河北法学》2004年第1期。

^⑤ 本文是笔者博士学位论文《民法抗辩权论》第一章“抗辩权概念论”的前半部分，在这一部分中解决了抗辩权的前提性研究，即关于抗辩的含义和功能；至于抗辩权从抗辩中分离出来的历史及其立法体现则在第一章后半部分进行了阐述。具体内容参见拙文《民法抗辩权论》（厦门大学2007年博士学位论文）。

一、抗辩的历史沿革

在历史这张无缝之网上,罗马时代是一个相对明显的节点。笔者对抗辩概念的探寻就从这里开始。罗马法中的抗辩(exceptio),作为被告的辩护手段,是法律尤其是裁判官法赋予被告的、据以对抗原告诉权的权利。其最初是介于原告请求和判决程式之间的一项诉讼程式,使被告有可能证明存在某种情形,足以让原告的请求丧失其合法性或有效性。^⑥ 包括诈欺抗辩^⑦、胁迫抗辩、同时履行抗辩、未准确履约抗辩、特定事务抗辩、既定简约抗辩、钱款抵销抗辩和保证人先诉抗辩^⑧等实体上的抗辩以及诉讼代理人抗辩^⑨、已决案抗辩^⑩、誓言抗辩^⑪和基于元老院决议的抗辩^⑫等程序上的抗辩等。

然而,罗马法中的抗辩制度并不是罗马法产生初期便有,而是到了古典法的中后期,才随着裁判官的努力,出现在罗马民事诉讼实务中,并被裁判官以告示方式载入史册,历经盖尤斯的《法学阶梯》、优士丁尼皇帝的《民法

⑥ 黄风编著:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,第106页。

⑦ 盖尤斯G. 4,116a和优士丁尼的《法学阶梯》I. 4. 13. 1. 里都明确记载了这种抗辩。[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第344页;[古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年第2版,第509页。

⑧ 黄风编著:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,第106~108页。

⑨ [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年第2版,第513页。

⑩ D. 42,1,1和D. 44,2,3的译法均参考[意]桑德罗·斯奇巴尼:《民法大全选译诉讼 审判 司法管辖权》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第66、69页。这一抗辩同时在优士丁尼《法学阶梯》I. 4. 13. 5有所体现,在那个文本中,它被称为既判力抗辩。参见[古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年第2版,第511页。

⑪ Horst, Seelig, *Die Prozessuale Behandlung Materiellrechtlicher Einreden heute und einst*, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1980. 22. 这种抗辩在I. 4. 13. 4. 亦有体现, [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年第2版,第509页。

⑫ 参见D. 16. 1. 2,5和D. 16. 1. 16,1.

大全》^⑬、中世纪罗马法与日耳曼法的融合以及罗马法复兴之后欧洲大陆对于罗马法的继受,最终在德国民法典中被明确规定下来。

引题(一)罗马法上的抗辩

罗马民事诉讼法先后经历了法律诉讼阶段、程式诉讼阶段和非常诉讼阶段。在法律诉讼时期,双方当事人诉讼中都必须采用固定形式的行为或语言,稍有出入即输掉诉讼。^⑭对于原告请求,被告只有承认或者否认两种选择。面对新的纠纷类型和新的法律事实,裁判官既不能创造新的诉讼形式,也不能扩大适用现有的“法律诉讼”。^⑮因此,受严格规则主义的影响,在罗马法早期,至少在法律诉讼阶段,并不存在任何抗辩制度。

1. 程式诉讼中的抗辩

公元前120年左右颁布的《阿布齐亚法》宣布废除了法律诉讼,引进了程式诉讼。在这种诉讼形式下,裁判官可以根据不同的诉因制定不同的程式,这就为他们创造新的、抵制不合理的救济方式创造了可能。于是,裁判官们以一种类似于今天英美法系法官造法的方式控制和推动着法的发展。在这种背景下,诞生了本文的研究对象(抗辩权)的源头,即抗辩。

由于诉讼灵活性的增加,被告的应诉形式从单纯的否认发展到可就包括抗辩在内的多种防御方式选择适用:承认原告请求;否认;抗辩;既不承

^⑬ 例如盖尤斯《法学阶梯》的4,115—128;优士丁尼《学说汇纂》第44卷第1题、第2题和《法学阶梯》第4卷第13题、第14题等,都专门提到了抗辩。参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第342~350页;Alan Watson, *Digest of Justinian*, Translation Ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998, pp. 663~672; [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年第2版,第507~517页。

^⑭ 罗马法编写组:《罗马法》,群众出版社1983年版,第332页;陈朝璧:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第549页;周相:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第993页。

^⑮ [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2001年版,第19页。

认,也不否认,又不提出抗辩。^{①⑥}

原则上,承审员只能严格依照裁判官交给的程式进行判决。如果程式中未含有抗辩,承审员不得主动考虑抗辩事由。这恐怕就是后世法学理论认为抗辩中的一个分支,即抗辩权必须由当事人主张才能为法院考虑(即具有当事人主张之必要性)的渊源所在。

2. 非常诉讼中的抗辩

公元3世纪左右,非常诉讼逐渐取代程式诉讼形式,成为通行的诉讼形式。在这种诉讼形式下,不再有法律审理和审判程序的划分,裁判官无须另择承审员来进行审判,自己就拥有审判的权力,因此原来在程式诉讼中用来指导承审员如何审判以及界定裁判范围的程式就成为多余:“古典时代的 *exceptio* 曾是程式诉讼中的一个环节,在非常诉讼中,由于没有了程式,也就不存在 *exceptio*。”^{①⑦}

但是据优士丁尼法典的记载,抗辩的概念并未消失。戴克里先皇帝通过的敕令中包含了抗辩的规定,并在既有的抗辩分类的基础上增加了程序性抗辩和实体抗辩这种划分方法。二者的主要区别在于主张的时间限制方面。其中,程序性抗辩须在争讼程序中提出,如果法官认为该抗辩成立,则驳回原告的诉讼。^{①⑧} 实体性抗辩则依迟延性抗辩和永久性抗辩遵循不同的规定。其中迟延性抗辩须在诉讼开始前提出,^{①⑨}永久性抗辩则可以在诉讼之后补充提出。^{②⑩} 但是,尚不清楚当时对于主张抗辩的形式有无特别要求,是要求以某种特别方式提出还是仅仅简单地把抗辩事由陈述出来就足够了。所以说,虽然程式意义上的抗辩消失了,抗辩这一概念并未消失,反倒是朝着近现代意义上的抗辩概念迈进了一步,出现了实体法抗辩与程序法

^{①⑥} 陈朝璧:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第561页;江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社2004年第3版,第443页。

^{①⑦} See Schulz Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon, 1950, p. 53.

^{①⑧} Horst Seelig, *Die Prozessuale Behandlung Materiellrechtlicher Einreden heute und einst*, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1980, p. 27.

^{①⑨} C. 4, 19, 19.

^{②⑩} C. 7, 50, 2.

抗辩的分类方法。这一分类被后来的优士丁尼吸收,并增加了永久性抗辩和暂时性抗辩的分类。^①

(二)中世纪罗马—寺院法上的抗辩

由于历史的原因,中世纪留给我们的有关法律的材料是比较少的,有关抗辩发展的史料就更少了。尽管如此,德国学者还是将抗辩的历史研究拓展到了12世纪。具有代表性的学者主要有萨维尼(Savigny)、温德沙伊德(Windscheid)以及阿尔布莱希特(Albrecht)等。^②根据这些学者的观点,抗辩在中世纪走过了非常重要的阶段,诞生了事实抗辩与法律抗辩这样重要的分类,而不是像我们凭空想象的那样,法律在中世纪只有倒退和颠覆。抗辩的发展历程从一个侧面支持了萨维尼所要论证的“古代和中世纪之间存在着清楚的法学连续性这一命题”。^③

1. 罗马法和日耳曼法的融合

在诉讼程序规则上,后古典时期的罗马法显得灵活多样,自诉讼从程式诉讼二分程序中解脱出来进入非常诉讼阶段以后,抗辩和答辩之间的界限已经非常模糊,并且随着中央集权的加强,法官在诉讼中对一切利于案件解决的事实均有采纳和考虑的倾向。

反观日耳曼法,诉讼仍采取最古老的模式进行,原告和被告的陈述方式受到严格限制:原告在法庭上庄严地提出诉讼请求之后,被告须用严格的形式进行答辩,答辩的方式要么完全承认要么完全否认,即“古老的概括否

^① 王葆蔚:《德国民法典中抗辩概念的发展史》,载《西南政法大学学报》2004年第1期。

^② Friedrich Carl Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band V, Berlin, 1841; Bernhard Windscheid & Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl., Frankfurt: Rütten & Loening, 1906; Albrecht Michaeli, *Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses: Geschichtlich entwickelt*, München: Weber, 1835; Vgl. Roth, Herbert, *Die Einrede des bürgerlicher Rechts*, München: Beck, 1988. 12 ff.

^③ [德]米夏埃尔·马廷内克:《弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼》,田土永译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(9),北京大学出版社2006年版,第277页。

认”。^{②4}

日耳曼人入侵到罗马的领土后,后古典时代罗马法过于灵活的程序制度与日耳曼法僵硬的程序规则恰到好处地结合在了一起,并由此带来了诉讼程序上的变化。诉讼由原告向法庭请求传唤被告为开始,被告可以对于原告诉状中主张的事项提出不同的观点,而不是必须作概括否认或承认。对于被告承认或者双方无争议的事项,无须举证,只有那些处于争议的事项才需举证。

2. (由法官依职权援引之)事实抗辩概念的提出

灵活的答辩程序和僵硬的概括否认规则相调和的结果就是,抗辩这一制度得到某种程度的恢复,虽然已经不再像古典罗马法时代程式诉讼中那样作为诉讼的一个独立环节^{②5},但是其又重新具有了独立的意义。

当时的注释法学家们从法律汇编中的实体法抗辩概念出发,借鉴了罗马法上的 *exceptio* 这个概念,用来统称除了诉的否认(*Klageleugnen*)之外的所有被告的答辩。同时,把 *exceptio* 分为永久的 *exceptio* 和迟延的 *exceptio*。其中永久的 *exceptio* 又依效力不同分为 *facti*(事实)抗辩和 *iures*(法律)抗辩两种:如果原告的实体权利存在 *facti*(事实)抗辩,则原告既无实体权利也无诉权;如果原告的实体权利仅存在 *iures*(法律)抗辩,则原告享有实体权利和诉权,但是诉讼本身会被驳回。同时,*facti*(事实)抗辩和 *iures*(法律)抗辩的另一个重要区别在于,*facti*(事实)抗辩可由法官依职权

^{②4} [英]S. F. C. 密尔松:《普通法的历史基础》,李显冬等译,中国大百科全书出版社1999年版,第34~37页。

^{②5} 泽里希认为,这在很大程度上是因为意大利法官对于古典程式诉讼中的抗辩制度并不熟悉。要准确地了解古典程式诉讼中的抗辩,很大程度上取决于对盖尤斯著作的了解,而优士丁尼编撰《学说汇纂》之后曾下令禁止使用甚至销毁其他原始法学文献,导致后来很多原始文献几乎消失殆尽。据英国学者巴里·尼古拉斯考证,直到1816年,德国学者Niebuhr才在维罗纳教会图书馆中的St. Jerome文献所覆盖的羊皮纸上发现盖尤斯的《法学阶梯》,难怪意大利法官对古典抗辩制度不了解了。参见Horst Seelig, *Die Prozessuale Behandlung Materiellrechtlicher Einreden heute und einst*, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1980, p. 30; [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2001年版,第33页。

(von Armsts)考虑,而 iures(法律)抗辩则须由被告在程序开始时提出。^{②⑥} 中世纪时代的这一划分可以说是后来事实抗辩和抗辩权分野的源头。通过与罗马法上 exceptio 的比较,可以看出:中世纪寺院法上所谓的 iures exceptio(法律抗辩)就是罗马法上的 exceptio;而 facti exceptio(事实抗辩)是指除了诉的否认和 iures exceptio(法律抗辩)之外的其他答辩方式,它的存在就意味着原告实体权利不存在,可由法官依职权考虑,这一概念和现代意义上事实抗辩(Einwendung)已经非常接近。只不过,现代意义上的事实抗辩并不妨碍诉权的存在。^{②⑦} 德国学者罗特也认为:“到了中世纪,出现了对原告防御主张的两种分类,即法律抗辩(exceptio iuris)和事实抗辩(exceptio actio)。其中法律抗辩应该就是罗马法上的 exceptio。在事实抗辩这个概念基础上就能够理解抗辩(Einwendungen)的含义了,通过这种抗辩,被告可以主张原告的诉权要么根本不存在要么已因废除、抵销等原因而消灭。在此情形下,对原告而言,既不存在诉,也不存在债。”^{②⑧}

(三)近现代欧美法律上的抗辩

公元 1500 年前后,西方各国进入近现代时期。^{②⑨} 在先前王国割据却都以“神圣罗马帝国”的继承者自居的背景下,随着罗马法经典著作在意大利

^{②⑥} D. 44, 1, 1. “抗辩必须由被告在诉讼中提出,因为在抗辩中,被告相当于原告。” See Alan Wason, *Digest of Justinian*, Translation Ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998, p. 663.

^{②⑦} 与其说是事实抗辩含义上的变化,不如说是现代诉权和当时诉权含义的不同,即现代法上的诉权内涵扩大了,不再局限于以享有实体权利为前提。

^{②⑧} Vgl. Roth Herbert, *Die Einrede des bürgerlicher Rechts*, München: Beck, 1988, p. 68.

^{②⑨} 西方国家一般认为近现代的起点为 16 世纪,而我国将 1840 年鸦片战争作为近代的起点,将 1949 年新中国成立作为现代的起点。