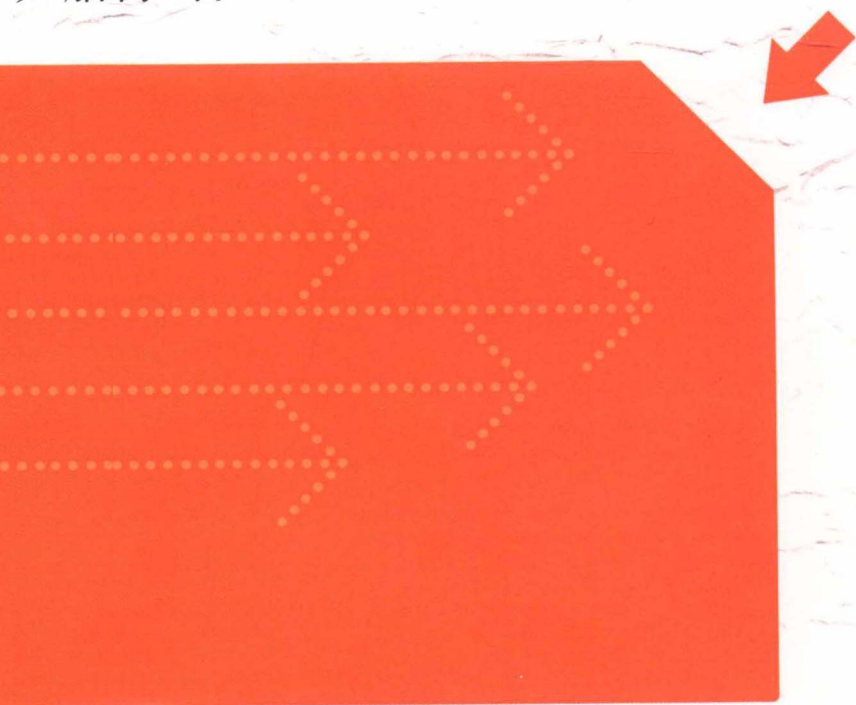


民事抗辩权研究

(修订版)

尹腊梅 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

民事抗辩权研究

(修订版)

尹腊梅 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

《民事抗辩权研究》对抗辩权从罗马法上的 *exceptio* 概念以及近现代民法上的抗辩概念中分离的过程进行梳理：从现行立法、大量教科书、词典以及裁判文书中归纳出抗辩以及抗辩权在我国现行法律共同体中的运用情况，指出二者各自在民法体系中所处的位置，即抗辩是对义务的阻却，而抗辩权是对责任的阻却。在抗辩权的类型化方面，提出原生性抗辩权和继受性抗辩权这种新的分类方法，为抗辩权继受和抗辩权切断制度提供理论支持。在抗辩权的效力方面，提出附抗辩权的债权不同于已被主张抗辩权的债权，因此前者仍可作为主动债权进行抵销的观点等。

责任编辑：纪萍萍

图书在版编目 (CIP) 数据

民事抗辩权研究 (修订版) / 尹腊梅著. —北京:

知识产权出版社, 2008. 1

ISBN 978-7-80247-052-1

I. 民… II. 尹… III. 民法-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 017682 号

民事抗辩权研究 (修订版)

MINSHI KANGBIANQUAN YANJIU (XIUDINGBAN)

尹腊梅 著

出版发行：知识产权出版社

社址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

责任编辑：010-82000860 转 8387

印 刷：知识产权出版社电子制印中心

开 本：880mm×1230mm 1/32

版 次：2013 年 5 月第 2 版

字 数：330 千字

书 号：ISBN 978-7-80247-052-1/D·590 (2106)

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010-82000860 转 8240

经 销：各大网络书店、新华书店及
相关销售网点

印 张：11.75

印 次：2013 年 5 月第 1 次印刷

定 价：36.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

序

我从入民法学之门并专事民法理论教学与研究，已有二十多个年头。在我的感觉中，20世纪90年代以前的民法学理论研究，所关注的重点多是民法的调整对象、基本原则、性质与作用、具体制度构建以及改革中提出的诸如农村土地承包、国有企业改革之类的现实问题，少有涉及民法基础理论层面的问题。因此，这个时期的民法论文与其他法学科的论文一样，给人的感觉常常是法学的色彩比较淡，而说大道理的意味则比较浓；多数研究水平停留在民法教科书的层面（有的专著说它是一本教科书也未尝不可），少有高水平的基础性理论研究成果面世。今天，如果不是因为关注我国民法学的历史发展或者梳理某一民法问题的理论渊源所需，很少有人愿意再去读这个时期的论文。20世纪90年代以后，情形有了明显的变化，民法学界开始关注起民法学基础理论层面的议题，诸如意思表示、注意义务、物权变动及物权行为、期待权、抗辩权、缔约过失、格式条款、附保护第三人的合同、归责原则等基础性的民法理论问题，逐渐进入民法学者的视野，发表了许多具有较高学术水平的研究成果，民法学的整体理论水平得到了提升。人们对民法学的认知也随着研究水平的提升而得到深化。

从某种意义上说，我国民法学理论研究水平的提升，实际上是一种补课。在民法学基础性理论问题上，我们的研究是在补20世纪50年代追随苏俄民法学而落下的必修课。客观地说，我国民法学理论研究的整体水平，与德、日民法学甚至我国台湾地区的民法学理论研究，还有一定的距离。这一点从研究成果的引文多为德、日及我国台湾地区的民法学文献就可以看出。然而，可喜的是，我们经过了短短约三十年的时间，经过民法学界老一辈学者和新一代学者的共同努力，我们正在逐步缩短这一距离，正在朝着构建我国

的民法学理论体系的方向而努力着。

《民事抗辩权研究》是腊梅的博士论文。然而，完成这篇博士论文，她实际上不只花了攻读博士学位的三年时间，她的硕士论文选题就是抗辩权问题。因此，可以说，《民事抗辩权研究》是花了整整五年的时间才完成的（硕士论文选题从研二开始）。这也说明了，从事民法学基础性理论问题研究的不易。这不仅有民法基础性问题本身理论难度大的原因，也有文献资料收集难和语言方面的原因。腊梅的第一外语是英语，但为了研究这一问题，她自修了德语，直接向远在万里之外的德国学者索取德文资料，并将其译出，其所下的功不可谓不深。尽管这一课题的理论研究仍有待进一步深入，然而《民事抗辩权研究》所取得的成果，无疑把我国在这一领域的研究推到了一个新的水平，起到了很好的补课作用。

腊梅是我的学生。作为她的硕士和博士期间的指导老师，我为她的博士论文及时得以出版而感到高兴。

中国政法大学教授、博士生导师 柳经纬

2007年12月12日

于中国政法大学

修订说明

这本书首次出版至今，正好五年。当初着手研究抗辩权到完成定稿也正好是五年。正所谓十年磨一剑，由于投入了大量的心血，在平时的阅读写作和实证调研中，我对民事抗辩总是予以特别的关注。几年下来，积攒了一些案例，也更加明白这一课题的重要性。作为民事权利的基本形态之一，抗辩权可以辐射到私法的方方面面，既是完善权利基本理论不可或缺的一部分，也是解决知识产权等新兴领域许多热点问题的源头。回过头来看这本书，有很多不成熟之处。暗自庆幸的是，网上有数量不多却很宝贵的书评，例如“我喜欢读这样的专著”、“这本书对我写毕业论文有帮助”、“国内抗辩权研究的唯一专著”等。于是有了修订的想法。

此次修订收录了一些典型案例以辅助论证；与时俱进地增补了一些新的立法和司法解释；对原书中个别词句进行了校勘；还增加了术语索引以方便阅读。

在修订过程中，我的朋友邸天利博士和钟淑健博士提供了部分案例素材，韩国友人吴妍协助我制作了文后的术语索引，硕士研究生黄昱绯同学对德语文献部分进行了校对，知识产权出版社的编辑纪萍萍女士为本书的编辑出版付出了辛勤的努力。在此一并表示最诚挚的谢意！

内容提要

为区别于程序法上的诉权，德国法学家温德沙伊德从罗马法中“诉”的概念发展出了“请求权”；相应地，为了区别于诉讼上的抗辩，他还从罗马法程式诉讼中“抗辩”的概念发展出了“抗辩权”，并被1900年《德国民法典》所采用。自那以后，抗辩权概念和制度在德国法系的国家和地区得到了广泛的传播。我国的民法教科书，也普遍将抗辩权界定为与请求权、支配权和形成权相并列的一种权利形态。然而，抗辩和抗辩权概念的混用以及在具体制度中抗辩权效力参差不齐的现象，严重削弱了抗辩权的独立地位。我国学界对抗辩权的研究偏重于制度性探讨，对其作为权利类型的原因和体现缺乏足够的重视。故本书以论证抗辩权在权利体系中的独立地位为主线，以抗辩和抗辩权的区分为切入点，依次对抗辩权的概念、制度、效力和程序构造展开分析，构建民法抗辩权的一般理论。除导论和结语外，全书共分四章。

第一章是抗辩权概念论，对抗辩权概念在民法上获得独立地位的历史沿革进行梳理，厘清抗辩与抗辩权的区别，阐明抗辩权的含义、特征和分类。

第二章是抗辩权制度论，介绍传统民法上主要抗辩权制度的立法、理论和实务，揭示其中的矛盾和不足。

第三章是抗辩权效力论，通过分析抗辩权独特的效力模式及其相应的价值诉求，为抗辩权在民法上的独立地位提供理论支持。

第四章是抗辩权行使论，以程序法为中心，对抗辩权效力的实现方式进行探讨。权利的效力总是通过权利的行使来实现，抗辩权也不例外。因此，这一章首先阐明抗辩权的行使方式（主张或抛弃）、自由和限制；再集中笔墨，以程序法为中心，分析抗辩权在举证责任、自认、反诉、诉讼失权和法官释明等制度中的适用

问题。

抗辩权概念的准确运用、效力理论的统一以及具体抗辩权制度的正确适用,对深化权利理论和促进未来民法典中抗辩权制度的建构都有着积极的意义。此外,基于抗辩权所承载的特殊价值,抗辩权理论的完善对于私法自治和权利神圣精神之维护亦有相当助益。

Abstract

To differ from the actio of the procedure law, Germany scholar Windscheid developed the Right of Claim from the conception of actio of the Roman law; accordingly, he developed the Right of Defense from the conception of exceptio. Since the conception of the Right of Defense was adopted by the German Civil Code, its conception and corresponding systems have been accepted and spreaded in many countries and areas which belong to the German legal system. In our country, the academic circle also accepts that the Right of Defense is a civil right juxtaposed with the Right of Domination, the Right of Claim and the Right of Formation. But the effect of the Right of Defense can't be unified in the idiographic systems. Thus its status in the substantial law has been weakend and its root in the substantial right systems has been shaken. And the academic circle of our country tends to discuss the individual system concerning the Right of Defense rather than the general theory of it. So this paper focuses on its independent status in the civil law, beginning with the distinction between the conception of Defense and the Right of Defense, and then discusses its conception, systems, effects and procedure conformation. Except preface and conclusion, the paper can be divided into four chapters.

Chapter one is about the conception of the Right of Defense, aiming at making clear the process of how the Right of Defense obtained the independent status in the substantial law systems, and distinguishing Defense and the Right of Defense, clarifying their meanings, characteristics and classifications.

Chapter two is about the systems of the Right of Defense, aiming at analysing the legislation, theory and practice of the main systems of the Right of Defense, and discovering their contradiction and deficiency.

Chapter three is about the effect of the Right of Defense, aiming at demonstrating the presumption that the Right of Defense is an independent right in the substantial law, because its unique effect model and value.

Chapter four is about the exertion of the Right of Defense, aiming at investigating the ways to the realization of the Right of Defense by focusing on the procedure law. This chapter begins with clarifying the ways of exerting the Right of Defense (raise or abandon), freedom and confinement, then discusses the adaptation of the Right of Defense in the systems of evidence raising liability, counter claim, confession, the system of loss of procedural rights and system of judge's clarification.

The accurate application of the conception of the Right of Defense, the unification of its effect theory and the correct application of it, will absolutely promote the refinement of the theory of rights and the Right of Defense systems in the future. In addition, the refinement of the theory of the Right of Defense will benefit the private autonomy.

目 录

导 论	(1)
一、研究动机	(1)
二、现有研究综述	(5)
三、研究进路、概念界定和素材选取	(8)
四、研究创新和研究方法	(11)
第一章 抗辩权概念论——抗辩与抗辩权之概念辨析	(15)
第一节 抗辩	(17)
一、抗辩的历史沿革	(17)
二、抗辩的含义	(45)
三、抗辩的分类	(51)
四、抗辩的功能	(53)
五、抗辩在民法上的地位	(56)
六、小结	(68)
第二节 抗辩权概念的产生及含义	(69)
一、抗辩权从抗辩中分离的历史考察	(69)
二、抗辩与抗辩权的区别	(80)
三、抗辩权的定义	(84)
第三节 抗辩权的性质、特征及分类	(90)
一、抗辩权的性质	(90)
二、抗辩权的特征	(91)
三、抗辩权的分类	(93)

第四节 抗辩权概念之总结——兼谈抗辩与抗辩权的

相互转化····· (106)

一、抗辩向抗辩权的形式性转化····· (106)

二、抗辩权向抗辩的实质性转化····· (107)

第二章 抗辩权制度论——民法上主要抗辩权制度

理论及争议····· (111)

第一节 消灭时效抗辩权····· (111)

一、时效的概念和含义····· (111)

二、消灭时效的存在理由····· (112)

三、消灭时效的效力····· (114)

四、消灭时效的适用范围····· (123)

五、小结····· (127)

第二节 恶意抗辩权····· (127)

一、恶意抗辩权的含义和作用····· (127)

二、恶意抗辩权在我国民法上的阙如····· (130)

三、恶意抗辩权的效力····· (131)

第三节 同时履行抗辩权····· (135)

一、双务合同之同时履行原则····· (135)

二、同时履行抗辩权的含义及制度沿革····· (137)

三、同时履行抗辩权的适用条件····· (140)

四、同时履行抗辩权的效力····· (152)

五、小结····· (165)

第四节 先履行抗辩权····· (166)

一、先履行抗辩权的含义····· (166)

二、关于先履行抗辩权的名称和存在之合理性····· (166)

三、先履行抗辩权的适用范围····· (168)

四、先履行抗辩权的效力····· (172)

第五节 不安抗辩权····· (173)

一、不安抗辩权的含义与立法体现····· (173)

二、不安抗辩权的适用条件·····	(176)
三、不安抗辩权的效力·····	(177)
四、英美法上的中止履行权与大陆法上的不安抗辩权之 比较·····	(184)
五、小结·····	(189)
第六节 保证人的抗辩权·····	(189)
一、因保证合同的从属性享有的抗辩权·····	(190)
二、因保证合同的补充性享有的抗辩权·····	(195)
第七节 抗辩权在既有制度中的效力之总结·····	(198)
 第三章 抗辩权效力论——兼论抗辩权在权利体系之 独立地位·····	(200)
第一节 抗辩权发生效力的对象——“请求权”的 追问·····	(200)
一、传统民法中请求权理论的漏洞与矛盾·····	(201)
二、基础性请求权和救济性请求权的区分·····	(203)
三、抗辩权对抗对象的界定——救济性请求权·····	(205)
第二节 抗辩权对请求权的效力——消灭还是阻碍·····	(207)
一、抗辩权效力的分层现象及学说·····	(207)
二、消灭说的缘由及弊端·····	(212)
三、妨碍说的合理性·····	(216)
第三节 抗辩权发生效力的前提——存在即生效还是 主张才生效·····	(218)
一、现有的三种学说·····	(218)
二、抗辩权具有“须主张性”的理由·····	(220)
三、对若干具体抗辩权制度的思考·····	(224)
第四节 结论与延伸——抗辩权的三个识别标准和 价值基础·····	(257)
一、抗辩权的三个识别标准·····	(257)
二、抗辩权的价值基础·····	(263)

第四章 抗辩权行使论——以程序法为中心	(266)
第一节 抗辩权的主张或抛弃	(266)
一、主张抗辩权.....	(267)
二、抗辩权的抛弃.....	(272)
第二节 抗辩权的诉讼内行使	(281)
一、诉讼内行使抗辩权的方式.....	(282)
二、抗辩权的行使与诉讼策略.....	(284)
三、抗辩权适时提出制度.....	(294)
四、抗辩权法官释明制度.....	(297)
结 语	(317)
一、结论——基本观点及解决的主要问题.....	(317)
二、展望——未来民法典抗辩权的制度设计.....	(319)
三、本书的难点和不足.....	(320)
参考文献	(322)
术语索引	(338)
后 记	(349)

CONTENTS

Preface		(1)
Section 1	The Motive of this Research	(1)
Section 2	The Brief Summary of the Present Research	(5)
Section 3	The Explanation for the Range of the Research, Some Conceptions and the Materials Adopted	(8)
Section 4	The Innovation and Methods of the Research	(11)
Chapter 1 On the Conception of the Right of Defense		(15)
Subchapter 1 Defense		(17)
Section 1	The History of Defense	(17)
Section 2	The Definition of Defense	(45)
Section 3	The Classification of Defense	(51)
Section 4	The Function of Defense	(53)
Section 5	The Status of Defense in the Civil Law	(56)
Section 6	A Brief Summery	(68)
Subchapter 2 Establishment and Connotation of the Right of Defense		(69)
Section 1	The Historical Investigation into the Process of How the Right of Defense Separated from Defense	(69)

Section 2	The Distinction between the Defense and Right of Defense	(80)
Section 3	The Definition of the Right of Defense	(84)
Subchapter 3	The Nature, Characteristics and Classification of the Right of Defense	(90)
Section 1	The Nature of the Right of Defense	(90)
Section 2	The Characteristics of the Right of Defense	(91)
Section 3	The Classification of the Right of Defense	(93)
Subchapter 4	The Conclusion of the Conception of the Right of Defense—as well as the Transformation between them	(106)
Section 1	The Formal Transformation from Defense to the Right of Defense	(106)
Section 2	The Essential Transformation from the Right of Defense to Defense	(107)
Chapter 2	On the Systems of the Right of Defense	(111)
Subchapter 1	The Prescription Right of Defense	(111)
Section 1	The Conception and Connotation of Prescription	(111)
Section 2	The Rationality of Prescription	(112)
Section 3	The Effect of Prescription	(114)
Section 4	The Application Range of Prescription	(123)
Section 5	A Brief Summery	(127)
Subchapter 2	The Malicious Right of Defense	(127)
Section 1	The Connotation and Function of the Malicious Right of Defense	(127)
Section 2	The Vacancy of Malicious the Right of Defense	

	in our Country's Civil Law	(130)
Section 3	The Effect of Malicious Right of Defense	(131)
Subchapter 3	The Concurrent Performance Right of Defense	(135)
Section 1	The Principle of Concurrent Performing of Contract	(135)
Section 2	The Connotation and History of Concurrent Performance Right of Defense	(137)
Section 3	The Application Conditions of Concurrent Performance Right of Defense	(140)
Section 4	The Effect of Concurrent Performance Right of Defense	(152)
Section 5	A Brief Summery	(165)
Subchapter 4	The Advance Performance Right of Defense	(166)
Section 1	The Connotation of Advance Performance Right of Defense	(166)
Section 2	The Name and Rationality of Advance Performance Right of Defense	(166)
Section 3	The Application Range of the Advance Performance Right of Defense	(168)
Section 4	The Effect of the Advance Performance Right of Defense	(172)
Subchapter 5	The Unsafe Right of Defense	(173)
Section 1	The Connotation and Legislative Representation of the Unsafe Performance Right of Defense	(173)
Section 2	The Application Conditions of the Unsafe Right of Defense	(176)