

本卷要目

基本理论

【〔德〕彼得·格莱施勒 著 郝丽燕 译】

抗辩和抗辩权的效力形式及援引问题

【秦 伟】

民法容忍义务论纲

判解研究

【胡旭东】

公司担保规则的司法续造

【邸天利】

民法的危险:继续履行合同义务判决的强制执行

【刁其怀】

房地分离背景下抵押物转让:从理论到现实

专题研究

【王金根】

我国合同法迟到承诺制度研究

【刘廷华】

惩罚性违约金的正当性证成

【姚明斌】

再访法律上之双重效果问题

【董金鑫】

跟单信用证关系性质的民法理论分析

【邱永红】

上市公司并购重组中的法律实务问题对策性研究

立法问题

【陈宝勤】

完善我国债权出资制度的立法构想

【张力毅】

论让与请求权的独立价值与功能定位

【于海涌】

论英美信托财产双重所有权在中国的本土化

非洲法

【理查德·F.欧庞 著 朱伟东 谢慕冰 译】

海牙国际私法会议与非洲国际私法的发展:呼吁合作

【Antony Allot 著 朱伟东 译】

非洲国家的内部法律冲突:原则及成文法规定

【Richard Frimpong Oppong 著 朱伟东 刘浩 译】

非洲国际私法学术成果(1884~2009)

欧洲法

【陈 彬】

UC ITS IV法律框架及其对欧盟基金监管体制的影响

【夏小雄】

社会变迁和体系因应:合同法的理念更新和结构调整

英美法

【向佳丽】

股东协议法律效力研究——以美国法为中心

【侯国跃 张艳霞】

英美法上精神损害赔偿之类型

【〔美〕格瑞切恩·L.瓦伦丁 著 刘春梅 译】

享乐损害赔偿金:人身伤害与不法致死案件中出现的问題

【张民安】

英美法系国家侵权责任构成要件总论

资料

【钟 澄译】

1999年南非租房法

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW VOL. 50

◆ 梁慧星/主编

民商法论丛

第50卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第50卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 50

■ 梁慧星 / 主编

本卷各篇文章中的观点并不必然反映主编及出版社的立场。任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所载的文章均须事先获得主编和法律出版社的书面许可。



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛(第50卷)/梁慧星主编. —北京:法律出版社, 2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3169 - 9

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—研究—文集②商法—研究—文集 IV. ①D913.04 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第029046号

民商法论丛(第50卷)

梁慧星 主编

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 22.75 字数 648 千

版本 2012年4月第1版

印次 2012年4月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3169 - 9

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【基本理论】

抗辩和抗辩权的效力形式及援引问题

..... [德]彼得·格莱施勒著 郝丽燕译(1)

民法容忍义务论纲 秦 伟(33)

【判解研究】

公司担保规则的司法续造

——基于 145 份判决书的实证分析 胡旭东(61)

民法的危险:继续履行合同义务判决的强制执行

——以买卖合同为例并与黄金龙、葛洪涛同志

商榷 邸天利(88)

房地分离背景下抵押物转让:从理论到现实

——以成都市 15 个房屋登记机构为样本切入

..... 刁其怀(103)

【专题研究】

我国合同法迟到承诺制度研究 王金根(119)

惩罚性违约金的正当性证成 刘廷华(130)

再访法律上之双重效果问题

——无效合同撤销的法理构成与类型化检讨 姚明斌(147)

跟单信用证关系性质的民法理论分析 董金鑫(169)

上市公司并购重组中的法律实务问题对策性研究

..... 邱永红(245)

【立法问题】

- 完善我国债权出资制度的立法构想 陈宝勤(295)
- 论让与请求权的独立价值与功能定位
——兼议我国法上是否有规定的必要性 张力毅(327)
- 论英美信托财产双重所有权在中国的本土化 于海涌(346)

【非洲法】

- 海牙国际私法会议与非洲国际私法的发展:呼吁合作
..... 理查德·F. 欧庞著 朱伟东 谢慕冰译(370)
- 非洲国家的内部法律冲突:原则及成文法规定
..... Antony Allot 著 朱伟东译(400)
- 非洲国际私法学术成果(1884~2009)
..... Richard Frimpong Oppong 著 朱伟东 刘 浩译(439)

【欧洲法】

- UCITS IV 法律框架及其对欧盟基金监管体制的
影响 陈 彬(448)
- 社会变迁和体系因应:合同法的理念更新和结构调整
——以意大利合同法制为例 夏小雄(480)

【英美法】

- 股东协议法律效力研究
——以美国法为中心 向佳丽(496)
- 英美法上精神损害赔偿之类型 侯国跃 张艳霞(518)
- 享乐损害赔偿金:人身伤害与不法致死案件中出现的
问题 [美] 格瑞切恩·L. 瓦伦丁著 刘春梅译(542)
- 英美法系国家侵权责任构成要件总论 张民安(584)

【硕士学位论文】

保险竞合制度研究 易 萍(648)

【资料】

1999 年南非租房法 钟 澄译(706)

基本理论

抗辩和抗辩权的效力形式及援引问题*

[德]彼得·格莱施勒 著 郝丽燕 译

目 次

一、引言

(一) 区别抗辩和抗辩权的意见

(二) 研究的对象

二、区分方法在个别抗辩和抗辩权条款上的运用

(一) 民法第 986 条第 1 款第 1 句

(二) 民法第 320 条第 1 款第 1 句

(三) 民法第 273 条第 1 款(留置权抗辩权)

(四) 缓期与约定不要求履行

(五) 已超过诉讼时效

(六) 恶意抗辩权

(七) 中间结论

三、抗辩和抗辩权的体系

四、抗辩权的援引问题

(一) 问题

* 作者彼得·格莱施勒(Peter Groeschler), 现任德国美因茨大学民法学教授。原文刊载于 2001 年的《德国私法实践档案》(Archiv fuer civilistische Praxis)。因发表于 2001 年,故文中所引用德国民法典条文,均为德国债法现代化法(Gesetz Zur Modernisierung des Schuldrechts, 2002 年 1 月 1 日起实施)之前的条文。

- (二)原则上援引的必要性
 - (三)援引的例外
 - (四)债务人迟延情形对抗辩权的处理
 - (五)援引问题的结论
- 五、结语

一、引言

(一)区别抗辩和抗辩权的意见

民法实体法里除了那些使权利成立的法律条款之外,还规定了一些独立的“对抗条款”,即在所有使权利成立的条件都满足的情况下,阻止、妨碍或破坏该权利的条款。这就是广义的抗辩,它分为狭义的抗辩与抗辩权,狭义的抗辩以下均称为“抗辩”。

有两个方法用于区分抗辩和抗辩权。抗辩与抗辩权既可以根据相关条款的作用方式区分,也可以根据是否需要援引来进行区分。

1. 效力形式

如果一个对抗条款使某个权利不存在,此即抗辩。换言之,一个权利因为该条款根本未成立或者虽然成立但嗣后消灭。如果权利根本未成立,即称为阻止权利成立的抗辩;如果已成立的权利后来消灭,则称为使权利消灭的抗辩。与此相反,抗辩权并不影响权利的存在,而是阻止或限制权利的可执行性。附有抗辩权的权利虽然是存在的,但是不能实现或者不能完全实现。抗辩权的后果分为暂时的和永久的,即权利永久不能得以实现,或暂时阻止或限制权利的实现。

2. 援引的问题

抗辩和抗辩权的另一个区分方法是,要使对抗条款的法律后果得以发生,是否需要援引该条款。抗辩条款无须援引,而抗辩权则必须援引。抗辩的法律后果依法产生,即法官应当依职权考虑抗辩。

(二)研究的对象

下面将通过一些例子来研究,抗辩和抗辩权是否能够通过上述方法得以准确的区分。我们在此需要证明的是,用这两种方法区别抗辩和抗辩权结果不是永远一致的,甚至有时候结果截然相反。教条地同时

运用两种方法会导致体系上的矛盾。如果简单地用无须援引即推测出一个对抗条款有阻止权利成立的效果或使权利消灭的法律效果,就会得出不准确的结论。德国民法第 986 条第 1 款第 1 句(物权法上占有人的抗辩)证明此种推测是行不通的。只有严格将第 986 条第 1 款第 1 句的效力和援引问题严格分开,所有人的返还请求权已超过诉讼时效的问题才能得以合理解决。恶意抗辩的例子显示,援引问题是不能简单地通过定义上将其归为“抗辩”还是“抗辩权”来解决的,只能通过利益的权衡来解决。对于附有抗辩权的债务人迟延这一有争议的问题,也是如此。

抗辩和抗辩权的作用方式及援引问题因此必须分开解决。为了得出实体法上的结论,像以往那样将两种方法结合起来是不合适的。

二、区分方法在个别抗辩和抗辩权条款上的运用

(一) 民法第 986 条第 1 款第 1 句

当物权所有人请求返还时,第 986 条第 1 款第 1 句保障了合法占有人的占有权。问题是,第 986 条第 1 款第 1 句是抗辩还是抗辩权。

1. 通说将其归为抗辩

现今的通说认为第 986 条第 1 款第 1 句是抗辩,而不是抗辩权。这个观点首先提到了援引的问题,虽然第 986 条法条本身用的表述是“可以……拒绝”,但是占有人实际上无须援引他的占有权。

只有一部分人提到了第 986 条第 1 款第 1 句的效力。为了使抗辩的概念此时足以解决问题,有人指出:第 986 条第 1 款第 1 句不仅仅阻碍了所有人返还请求权的实现,而且使返还请求权根本不存在。

2. 批评

从第 986 条第 1 款第 1 句的效力上看,并非一定要将之归为抗辩。德国民法第 985 条规定的所有人的返还请求权,只是受到占有人合法占有权的暂时性限制,即在占有权存在的这段时间内。这一点源于占有权的实质,即对所有权的分裂。因为所有权的弹性性,当占有权消灭时,所有权又恢复其绝对性。所有人在占有权消灭后又可以不受限制地行使第 985 条规定的返还请求权。

问题是,占有权在其存在的时间段里是否使所有人的返还请求权

不复存在,抑或仅仅是阻止返还请求权。第986条本身并未给出答案。但是从它的表述“可以……拒绝”上看,第985条的返还请求权仍继续存在,只是暂时不能实现。但是对比第1004条第2款,这一表述可能并不起决定作用。根据第1004条第2款,妨碍所有权行使的权利会使第1004条第1款规定的“所有人有权要求妨碍人停止妨碍”这一请求权完全消灭。民法典草案中,对第986条(草案中是第942E1条)的表述也是:“返还请求权被排除”,所以民法典第986条和第1004条第2款没有理由在此问题上有不同的规定。停止妨碍所有权行使的请求权和返还请求权是互补的,当所有权受到侵害时,两者就共同提供了全面的防御性保障。

一部分人认为,第985条的返还请求权完全消灭,因为两个不同的人不可能同时享有相同的占有权。为避免这一矛盾,只要在占有有效占有期间所有人的返还请求权被暂时阻止即为已足。为实现这一点,第986条第1款第1句应当影响到第985条的返还请求权的存在。如果在占有权发生之前即已有所有权关系的事实,则第985条规定的返还请求权先要被消灭,然后当占有权消灭时又重新发生。这样一种第985条的返还请求权的“再生”,看起来近乎臆想。如果将占有权从整个所有权里分离出来,就会得出更合理的结论。将占有权与所有权分开,不会导致返还请求权的破坏,而是导致返还请求权的修正及暂时中止。修正的结果就是第986条第1款第2句,即所有权人可以请求无权直接占有人将所有物返还给有权间接占有人。第986条第1款第1句暂时中止。重新得到占有权加强了所有权。看起来值得优先考虑的是,将返还请求权理解为延续的,占有权仅仅是暂时阻止了返还请求权的实现。

3. 返还请求权超过诉讼时效的问题

第986条第1款第1句的作用方式对返还请求权的已超过诉讼时效有一定意义。我们已经承认,第985条的所有人返还请求权也适用诉讼时效。认为第986条第1款第1句是消灭返还请求权还是阻止返还请求权,对诉讼时效的适用也会不同。如果第986条第1款第1句导致请求权消灭,则随着新的返还请求权的发生,第195条的诉讼时效期间将重新计算。相反,如果只是暂时阻止请求权,则诉讼时效即为第

202 条的情况。与请求权一样,诉讼时效中止,当占有权结束时诉讼时效继续计算。由此,在占有权发生之前已经过的诉讼时效并未归于无效。

对于这两种解决方法,我们将用以下例子予以解释:

一个有精神障碍的祖父送给他的孙女一幅非常有价值的画。孙女知道祖父的病情。29 年后祖父去世了,财产被他的儿子继承。当他知道这幅画也属于被继承的财产之时,他同意他的女儿以借用的方式继续保留这幅画,两个人都不愿意承认其他权利。不久父亲改变主意,向女儿索要此画。为使她父亲的请求权落空,女儿将画转让给了一个熟人,但是这个熟人不是善意第三人,并未取得画的所有权。父亲用了一年多的时间才找到这个买画的人。

父亲可以根据第 985 条要求现占有人返还此画,时效原则上从他占有此画开始计算。因为现在的占有人是从女儿处取得该物,根据第 221 条诉讼时效期间的计算对他有利,即女儿占有此画的那段时间也算在内,该时间已超过。因此,我们的问题是,女儿占有此画期间的时效期间如何计算。如果认为第 985 条的返还请求权在占有权消灭后重新发生,则随着借用的终止,第 195 条规定的 30 年诉讼时效开始计算。父亲对现占有人的返还请求权,即使考虑第 221 条,也没有超过诉讼时效。

如果将父亲对女儿的返还请求权理解成有延续性的,处理方式就不同。祖父去世之前,女儿占有此画的时间也应算入时效期间内,对父亲而言,当祖父把画给了女儿时,时效期间开始计算。在父亲把画借给女儿的期间内,第 985 条的返还请求权,以及根据第 202 条的诉讼时效期间都只是暂时被阻止,由此,随着借用的终止,时效期间继续计算,而不是重新计算。根据第 221 条已经过的这段期间对现占有人是有利的。因为他已经占有此画一年有余,加上之前的 29 年,已超过 30 年诉讼时效,则父亲根据第 985 条的返还请求权已超过诉讼时效。

诉讼时效的重新计算是因为返还请求权人(即所有权人)给了债务人一定时期的占有权,没有任何其他理由。如果没有这一原因,返还请求权就会超过诉讼时效。即使有一个暂时的占有权,这一情况也不应当改变;所有权人的利益可以通过债权关系的返还要求得以保障,此

债权关系即为占有权的法律基础。

上述例子中,父亲作为所有人的返还请求权,如果没有借用合同,诉讼时效已超过。没有必要使借用合同影响所有人的返还请求权的失效,根据第 602 条,父亲对女儿依借用合同有返还请求权,诉讼时效亦为 30 年。

这一解决方法也符合之前的立法者的观点:在德国民法典草案中占有权规定于第 161E1 条,即民法典第 202 条的前身。显然,法院也认为,占有权只是阻止了所有人的返还请求权,并未破坏返还请求权。联邦最高法院在 BGHz34,197ff 的判决中处理了这样一个问题:在保留所有权的买卖中,出卖人在价款请求权已超过诉讼时效的情况下,是否可以向买受人请求返还买卖标的物。这一问题根据第 223 条第 2 款得到了肯定的回答,其目的是避免占有和所有权长期不属于同一个人。依据这一条,联邦最高法院也认为:保留所有权的出卖人因为其所有权而享有的返还请求权的诉讼时效不应当像价款的诉讼时效那样短。只有在请求权存在的情况下,时效问题才会被提出来。价款请求权已超过诉讼时效之前,买受人可以根据第 986 条拒绝出卖人的返还请求权。如果第 986 条使所有人的返还请求权消灭,而不是暂时阻止,这个问题在已超过时效时即无意义。

4. 小结

因为第 986 条第 1 款第 1 句只是阻止了第 985 条的所有人的返还请求权,而不是使其消灭,第 986 条第 1 款第 1 句从作用方式而言就是阻止性抗辩权(或称为暂时抗辩权)。如果从另一点来看,即第 986 条无须援引,而是法官依职权必须考虑,那它就是抗辩。

(二)民法第 320 条第 1 款第 1 句

根据民法第 320 条第 1 款第 1 句,即不能实现合同之抗辩权,在合同双方互负给付义务的债权关系中,债务人在债权人未履行其对待给付时可以拒绝履行债务人的给付。

1. 对第 320 条第 1 款第 1 句的争议

通说认为,第 320 条规定的是暂时性的拒绝给付的权利,只要债权人拒绝或者不准备履行其给付义务,债务人即有拒绝给付的权利。从抗辩和抗辩权作用方式的角度出发,这一条款是抗辩权,因为它并未影

响请求权的存在,只是影响到请求权的实施。第 322 条第 1 款也符合这一论断,根据第 322 条第 2 款提出的诉讼请求在第 320 条情形不能被驳回,只是法院应判决双方同时给付。

如果认为第 320 条第 1 款第 1 句只是双务合同中一个内在的给付的限制,就会有不同的结论。在双务关系中发生的请求权,在实体法上要受到限制,即合同的双方只有给付自己的义务时才能要求对方给付。则第 320 条第 1 款第 1 句就不是一个影响已经发生的请求权的抗辩或抗辩权,而是在请求权发生之前就应考虑,因为它在请求权发生的过程中就决定了请求权的内容。即第 320 条第 1 款第 1 句既不是抗辩也不是抗辩权,它直接决定了请求权的内容。

内部的给付限制理论导致了一些矛盾:如果严肃地认为同时给付的限制应当存在于请求权之中,则该观点必定会影响第 320 条第 1 款第 1 句的援引。如果请求权从一开始就只要求同时给付,则根本无须债务人的援引;同时给付的限制更多的是源于双边的债权关系本身。这个解决办法极少得到支持,它与第 322 条第 1 款明显存在矛盾。第 322 条第 1 款规定,同时给付之判决的前提条件是第 320 条第 1 款第 1 句的拒绝给付权利的援引。有一部分人认为援引是必要的,如果没有援引,判决将是没什么限制的(即不是同时给付)。对援引的必要性而言,第 322 条第 1 款的规定即已足够;但是同时判决在实体法上又是有矛盾的。因为根据内在给付理论,请求权应当仅限于同时给付,这样的判决使债权人得到的权利多于他在实体法上应当享有的权利。

因此,传统经典理论优先,即第 320 条第 1 款第 1 句只是暂时阻止了请求权,并未从内容上修正请求权。

2. 第 320 条第 1 款第 1 句是抗辩还是抗辩权

从作用方式上看,第 320 条第 1 款第 1 句是抗辩权,因为请求权暂时被阻止,这与传统理论一致。如果考虑到援引问题,则将第 320 条第 1 款第 1 句归为抗辩还是抗辩权,就不甚清楚了。考虑到同时给付判决,则根据第 322 条第 1 款,由第 320 条规定的拒绝给付权利须经援引,因此在这一层面上它是抗辩权。但是第 320 条第 1 款第 1 句也依法发生某些附属性后果。第 390 条第 1 款直接规定了这样一个后果。如果请求权是一个被抵消的请求权,但附有抗辩权,包括第 320 条第 1

款第1句的拒绝给付的权利,则该项请求权即被排除,换言之,无须援引。第320条第1款第1句的另一个直接的后果是债务人迟延:通说在结果上也是正确的,即避免迟延发生,无须援引第320条第1款第1句规定的拒绝给付的权利。

3. 小结

从效力上看,第320条第1款第1句是抗辩权,但从是否需要援引(特别从次要的后果)上看,是归为抗辩还是抗辩权,并不十分清楚。

(三)民法第273条第1款(留置权抗辩权)

根据第273条第1款,债务人如果对债权人也有请求权,并且此请求权是债权人对债务人的请求权的相对权利,则债务人可以拒绝履行给付。

1. 第273条第1款的效力

无可争议的是,第273条第1款作为暂时性对抗的权利,不会使请求权彻底消灭,而只是暂时阻止请求权。诉讼中留置权的行使不会导致诉讼请求被驳回,而是根据第274条会判决同时给付。拒绝给付有形成权利的效果,即请求权被限制,债务人只负有同时给付的义务。从作用方式上看,第273条是抗辩权。

2. 援引的问题

根据第274条,同时给付之判决的前提条件是主张拒绝给付的权利——这一点与第320条、第322条的规定一致。第273条留置权的直接的法律后果是在第390条第1句规定的“不允许抵消”之中,根据第390条第1句,此时没有必要援引。第273条如何影响债务人迟延,尚有争议。通说认为,原则上第273条不会自动阻止债务人迟延,这一点与第320条、第322条正好相反。

3. 小结

只有根据效力,第273条才能得以清楚的归类,由于请求权只是暂时被阻碍,该条是抗辩权。但从是否需要援引出发,不能得出清晰的结论。虽然第273条的留置权是需要援引的,但是此条款还有一些次要的法律后果,无须援引便依法发生。

(四)缓期与约定不要求履行

缓期是指对请求权到期的推迟,但是可实现性继续存在。因此缓

期并未影响请求权的存在,请求权仍可实现,只是暂时不能实现。

1. 初始约定之缓期

如果请求权的到期在其成立之时即已确定为某个时间之后的时间(初始确定缓期),则此种缓期就要在使请求权成立的要件范围内予以考虑。如果请求权恰好是因为在事前约定的时间到期而成立,我们称为“事先设定到期日的请求权”(betagter Anspruch)。初始缓期既不是抗辩也不是抗辩权,因为它并未针对已经发生的请求权,只是从一开始就决定了请求权的内容。

2. 嗣后约定之缓期

如果请求权成立后才约定了缓期,情形则又不同,此种缓期是针对已经发生的请求权。已经到期的请求权被暂时阻止,被推迟到之后的一个时间。之后约定缓期的法律效果就是阻止已经形成的请求权。因为请求权的存在并未受到影响,只是它的实现暂时被阻止。根据效力,之后约定的缓期是抗辩权。

如果从援引问题出发,就会得出相反结论。之后约定的缓期是抗辩:因为这一约定直接导致到期的请求权的暂时搁置,无须债务人援引即发生其效果。如果原告陈述了请求权的缓期事实,法官必须依职权驳回诉讼请求,因为请求权没有到期,他不能对被告作出缺席判决(versäumnisurteil)。

3. 请求权的不要履行

与缓期不同的是,合同双方可以约定一个债务人的对抗的权利,债务人必须援引此对抗的权利,方可产生约定之法律效力。在此种约定的不履行中,债权人即使在请求权到期之时,也暂时不能要求债务人履行。

4. 小结

请求权的不要履行,无论是从效力还是从援引来看,均为抗辩权;而对于后来约定的缓期,尚无统一的结论。

(五)已超过诉讼时效

1. 效力

一项权利已超过诉讼时效,在民法上的结果是,此权利虽然尚存,但不能实现。当然,债务人可以对债权人的请求权予以给付,但一旦给

付,则债务人不能根据第222条第2款第1句和第813条第1款第2句请求返还不当得利。根据第223条为已超过诉讼时效的请求权提供的担保,继续存在。由担保而发生的权利只是被阻止,并未被消灭,因此从效力上而言,诉讼时效是一个抗辩权。

2. 对是否需要援引的争议

对于已超过时效是否必须予以援引这一问题,有不同的回答。通说认为,至少债务人需要在诉讼程序之外提出已超过诉讼时效。

只有极少数观点认为,已超过诉讼时效无须援引,法官应当依职权予以考虑。这一见解应当予以拒绝,否则,债务人决定是否对已超过诉讼时效的请求权予以给付的自由就被剥夺。我们可以提出这一问题:法官是否能根据民法第139条第1款第1句释明债务人可以主张已超过诉讼时效?此种见解也被否定,因为债务人不知道已超过诉讼时效,原则上是不受保护的,这一点在第222条第2款第1句和第813条第1款第2句里有所规定,法官不得通过自己的释明改变立法者的决定。

然而,已超过诉讼时效也有一些依法发生的次要的法律后果。其中就包括不允许抵消,即如果已超过诉讼时效的请求权在其未超过诉讼时效之时就不能和请求权互相抵消,则超过诉讼时效后,根据第390条第1、2句不允许抵消。根据通说,对于一个已超过诉讼时效的请求权而言,也不存在债务人迟延。但是通说的这一见解被证明并不正确。

3. 总结

已超过诉讼时效,只有从效力上看才一定是抗辩权,至于是否需要援引,尚有一定争议。

(六) 恶意抗辩权

1. 援引问题

通说把第242条的“不允许的权利行使的抗辩”理解为抗辩权,这一观点是从它是否需要援引上出发的。如今几乎一致认为,第242条限制的是“公序良俗原则”允许的权力的内容。法官必须依职权(即无须援引)考虑这一权利内部的限制。

2. 第242条的效力

关于第242条的效力,既有问题的权利是暂时被阻止还是被消灭,

尚未得到广泛的讨论。根据内部理论(innentheorie)第242条只是限制了权利的内容,没有消灭权利。法律不允许的仅仅是恶意地主张相关权利,而不是权利本身。只有根据“不被许可的权利行使”这一原则完全不能主张该权利之时,对权利人而言就如同没有该权利一般。如果权利只是在范围或时间上受到限制,则权利人可以在允许的范围内,或在时间的限制取消后行使权利。因此,恶意抗辩从其作用方式上看是抗辩权,而不是抗辩。相关权利只是暂时被阻碍,即当行使权利被视为滥用权利之时。

这一点在“失权”(verwirkung)中有所表现——“失权”是不允许的权利行使的一个分支。特别是物权法和无形财产法之中,时效不能导致整个权利消灭。如果不动产所有人对其邻居的停止妨害请求权(第1004条)失效,物权人并不是丧失了所有权,而仅仅是不能全面行使所有权。标志权(kennzeichenrecht)^①中也是如此,如果标志的占有人(inhaber des kennzeichens)因所有人失权而取得了对标志的占有,则标志的所有人不能对该占有人主张自己的权利,相反占有人也不能禁止标志的所有人继续使用该标志。

不被允许的权利行使的其他案例也显示,相关权利只是被暂时阻止,并未消灭。一个显著的例子是以前的道路权(通行权),如果由于某种关系的变化,现在可以通过其他途径毫不费力地得到相关的不动产,则道路权的行使即受到第242条的限制。如果其他到达的路径只是在一定时间内才存在,第242条的限制也就相应消失。类似情形还有一个合伙的合伙人因常年不参加合伙人会议而被限制了重要的执行权,如他主张参与权,仅在其要求阻断了合伙事务的执行之时,才构成违反诚信。反之,失权并不影响参与权的存在。

不允许行使权利的特别案例是不当得利之抗辩和侵权行为之抗

① “标志”(Kennzeichen),是指能表示人、公司、商品、服务等特征的文字、标记、装潢等的统称。包括:(1)商标(Marken);(2)自然人的姓名或法人的名称(Namensrechte);(3)商人的商号(Firmenrechte);(4)公司的标志(Unternehmenskennzeichen);(5)文化及文学作品的标题(Werktitel);(6)地区的名称或标志(geographische Herkunftangaben)。——译者注