

民法九人行

Nine Scholars Along

第④卷
Volume 4

主编 崔建远 | 本卷执行主编 王轶



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

第④卷
Volume 4

民法九人行

Nine Scholars Along



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法九人行. 第4卷 / 崔建远主编. —北京: 法律出版社, 2010. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0664 - 2

I. ①民… II. ①崔… III. ①民法—研究 IV.
①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 056015 号

民法九人行(第4卷)

崔建远 主编

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2010年11月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 13.375 字数 403千

印次 2010年11月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0664 - 2

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本卷作者简介（以姓氏拼音为序）

- 崔建远 清华大学法学院教授。
- 戴孟勇 中国政法大学民商经济法学院副教授。
- 耿林 清华大学法学院副教授。
- 韩世远 清华大学法学院教授。
- 彭诚信 宁波大学法学院教授。
- 申卫星 清华大学法学院教授。
- 宋鱼水 北京海淀区人民法院法官。
- 吴光荣 国家法官学院教师，清华大学博士研究生。
- 王成 北京大学法学院副教授，北京海淀区人民法院法官。
- 王轶 中国人民大学法学院教授。
- 解志国 中国光大银行总行工作人员。

序

惯居书斋,无追逐潮流之意;潜心为文,有学以致用之心。况年逾不惑,气度本该更加从容。未曾料,一群风华正茂的可畏后生,有志于民法的理论研究与实践探索,乃倡议创立民法沙龙,以求切磋明理,砥砺为学,取长补短,相得益彰。酝酿之初,倡议者即邀我参与其中,慎思之后,欣然同意。后与诸君研习数次,当如初衷日渐明朗于心。

讨论民法问题,须有学术平台。仅凭一己心力,固然可成一家之言;倘集众人智慧,何愁不能去芜存菁?若论者水平接近,又各有千秋,彼此具有平等对话的能力、把握民法的追求、畅所欲言的自由,则非但可怀疑既有定论,甚或自成其说,亦未可知。论者无论长幼,均为平等成员。或报告,或评论;或倾听,或求教;或立论,或辩解。诸此之事,于已于人,均有裨益。

加强民法修养,须有学思兼行。发现民法问题,必备相当学识,不然,案型生于咫尺,不是熟视无睹,就是张冠李戴。解决民法问题,尤需更高境界;否则,面对社会现实,难免束手无策,或者庸见迭出。此类境界既非与生俱来,亦非从天而降,惟有潜心研读经典,辅之以冥思苦索,辩论争鸣,历经日月累,方可望有所修为。学而不思则罔,思而不学则殆。诚哉斯言!民法沙龙犹如阅读经典、交流心得之学堂,置身其中,或能登高望远,再上层楼。

发展民法学说,须有适当方法。观览民法学发展史,诸多流派各具千秋,均有其生存空间。就沙龙成员而言,各种法学方法的神髓尚需深入领会,相关学科知识有待逐步补充。民法沙龙有望成为自由言说之所,鼓励百花齐放,提倡百家争鸣。沙龙成员学术兴趣不尽一致,个人尊崇法学流派亦未必相同。然不同方法、不同思维,相互碰撞,激荡回声,或可启迪心

智,共繁共荣。

提升法学水准,须有学术批评。自由地表达,平等地讨论,严肃地批评,诚恳地回应,乃学术发展的正道。反观我国民法学界,自言自语者多,批评回应者少,看似一派兴旺,实则繁而不荣。民法沙龙践行针锋相对的辩论,鼓励不留情面的批评,赞赏切中肯綮的意见,摒弃人云亦云的附和。

阐释民法理论,须守学术规范。没有规矩,不成方圆。民法沙龙的报告,论证说理须遵循规则,引文注释应符合规范。民法沙龙的评论,大到选题价值,观点正误;小到标点符号,引文注释,都在检视之列。

民法沙龙乃开放的学术论坛,或志同道合而自愿加入,或工作繁忙而无暇光顾,或兴趣减弱而中途退场,来去随意,均属正常。

民法沙龙目前依托于清华大学法学院民法研究中心,其报告与评论皆属于该中心学术活动的组成部分,以《民法九人行》之名连续出版。

此记。

崔建远

于清华大学法学院明理楼

2002年11月12日

目 录

序	1
主题报告 1	
减价责任的逻辑构成 / 韩世远	1
评论	
减价权·损害赔偿·瑕疵担保责任 / 崔建远	24
权利的定性、构建与适用 / 申卫星	46
关于减价权的若干思考 / 戴孟勇	48
简论或有期间 / 王 轶	58
主题报告 2	
房屋承租人优先购买权之研究 / 戴孟勇	63
评论	
房屋承租人的优先购买权 / 崔建远	129
略论授权第三人规范 / 王 轶	136

主题报告 | 3

- 强制规范对合同效力影响之法律适用与具体判断标准研究 / 耿 林 143

评论

- 强制性规定的判断和价值 / 崔建远 196
- 强制性规范、命令性规范与禁止性规范 / 戴孟勇 202
- 管理性禁止性规定与效力性禁止性规定的识别与判断 / 王 轶 208

主题报告 | 4

- 善意取得制度中合同效力问题研究 / 吴光荣 216

评论

- 善意取得与转让合同之间的关系 / 崔建远 231
- 物权行为、无权处分与善意取得 / 戴孟勇 245
- 老话重提 / 王 轶 253

主题报告 | 5

- 数次转让著作权引发的法律问题与思考 / 宋鱼水 255

评论

- 著作权的转移时间点及善意取得 / 崔建远 268
- “一曲数卖”的法律困境 / 耿 林 269
- 著作权的转让与交易安全 / 吴光荣 276

主题报告 | 6

- 善意取得基础理论的内在逻辑证成 / 彭诚信 287

评论	
解释法律不得无视现行法 / 崔建远	322
无权处分与善意取得的衔接 / 韩世远	329
善意取得制度中转让合同效力研究 / 解志国	337
主题报告 7	
相对人自由、缔约歧视与公序良俗 / 戴孟勇	346
评论	
强制缔约制度中合同成立的判定及其后果 / 崔建远	396
寻找受歧视者的请求权基础 / 韩世远	402
缔约歧视及其不正当性 / 王 成	406
编辑手记	417

减价责任的逻辑构成

报告人:韩世远

报告时间:2006年9月17日

报告地点:清华大学明理楼

民法世界中的法现象是由事实、价值与逻辑三者构成。^① 针对以质量不符合约定为典型代表的合同债务不完全履行,履行不完全或者不符合质量要求属于事实问题,基于公平原则而求“按质论价”属于价值问题,此二者于今日中国合同法中俱已存在,也就是《中华人民共和国合同法》第111条对质量不符合约定所规定的“减少价款或者报酬”的违约责任(简称“减价”)。惟其间的逻辑构成尚待阐明,特撰本文,提出若干问题,进行探讨,并就教于方家。

一、减价的法制史及比较法考察

减价在法制中的出现,可追溯至罗马法上的 *actio quanti minoris*,称为“减价之诉”,是由市政官创设的诉讼。市政官告示曾规定:在公共市场上出售奴隶或牲畜的人,应向买受人保证:标的物中不隐藏瑕疵,并且如发现瑕疵,将双倍返还价款;因而,买受人在发现隐蔽瑕疵后的当年内,有权提起解除买卖合同之诉,或在愿意保留买卖合同标的物的情况下,提起减价之诉,要求根据价值受损情况削减价格。^② 在罗马—希腊时代,这种责任被扩大适用于对任何物的转让,即使是在市场以外进行的。就这种责任的成立,瑕疵必须确实是暗藏

① [日]北川善太郎:《日本民法体系》,李毅多、仇京春译,科学出版社1995年版,第3页。

② 黄风编著:《罗马法词典》,中国政法大学出版社2002年版,第16页。

的,而且不是微不足道的,以至达到使物不能使用的程度。此外,这种瑕疵应于缔约时便已存在。无论转让人是善意的还是恶意的,赔偿的义务均可表现为降低价格,为此可提起“估价之诉”或“减价之诉”,或者表现为撤销适法行为,为此需提起“解除买卖合同之诉”。^① 上述转变的具体过程至今仍不大清楚,市政官告示规定的这种责任被优士丁尼法扩展到任何物(包括土地)的买卖。这种涵盖面极广的严格责任,以及与之相关的两种诉讼,保存在《民法大全》之中,与市民法规定的对明确作出保证和对不诚实所承担的旧责任并存。^②

后世大陆法系的立法关于减价的规定,大多是出现在关于买卖合同的规定中,是作为物的瑕疵担保的效力。比如《法国民法典》第1644条^③、《德国民法典》原第462条^④以及新第441条^⑤、《意大利民法典》第1492条第1

① [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第332~333页。

② [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第192页。

③ 《法国民法典》第1644条规定:“在第1641条及第1643条的情形,买受人得依其选择,返还标的物并要求返还其价金,或保有标的物并依鉴定人的评价,要求返还其价金的一部。”第1641条:“因买卖标的物含有隐蔽的瑕疵,致丧失其通常效用或减少通常效用,如达买受人知其情形即不愿接受或必须减少价金始愿接受的程度时,出卖人应负担保证责任。”第1643条:“出卖人即使不知标的物含有隐蔽的瑕疵,仍负担保证责任;但在此情形,契约规定出卖人不负任何责任者,不在此限。”《法国民法典》,李浩培、吴传颐、孙鸣岗译,商务印书馆1979年版,第231页。

④ 《德国民法典》原第462条:“因出卖人依第459条、第460条的规定应对其负责的瑕疵,买受人可以请求解除买卖(解约)或减少价金(减价)。”《德国民法典》,杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社1999年版,第99页。

⑤ 《德国民法典》新第441条:“(1)买受人可以以对出卖人的意思表示减少买卖价款,以代替合同的解除。不适用第323条第5款第2句所规定的排除原因。(2)买受人方面或者出卖人方面有二人以上的,只能由全体或者对全体做出减少价款的意思表示。(3)减少价款时,必须按合同订立时处于无瑕疵状态的物所会有价值与实际价值的比例,减少买卖价款。在必要的限度内,必须通过估价来计算价款的减少。(4)买受人已经支付多于减少了的买卖价款的,出卖人必须偿还多出之额。准用第346条第1款和第347条第1款。”《德国民法典》(第2版),陈卫佐译,法律出版社2006年版,第153~154页。

款^①、《俄罗斯联邦民法典》第475条第1款^②，以及奥地利、丹麦、芬兰、瑞典、希腊、葡萄牙等国家的立法。^③ 另外，包括上述有些立法例在内，也有许多国家的立法将减价的规则适用于其他类型的合同。^④

大陆法系的“减价之诉”在普通法系却是不为人知的，不过，如果不履行不能免责，英国普通法的做法也有非常相似的结果。首先，对于违约的情形。如果货物是有瑕疵的，普通法首要的规则是，买受人可以主张损害赔偿，赔偿实际交付的货物的价值与如果符合合同要求它本应具有的价值之间的差额。^⑤ 并且，尚得有如下效果：(1) 如果履行是不完整的，而且价款亦易于相应地分配，买受人可以合同作为可分的，并仅对实际交付的部分付款。^⑥ (2) 英国1979年《商品买卖法》第53条第1款允许买受人在货物有瑕疵的场合主张一些请求权“以减少或者免除价款”。(3) 受损害的当事人亦得主张抵销(这一点适用于所有的合同类型)，即将由同一交易行为发生的请求

① 《意大利民法典》第1492条第1款：“在第1490条规定的情况中，买受人根据其选择可以请求解除契约(1453)或者减少价金，但是惯例规定对特定瑕疵不解除契约的情况除外。”《意大利民法典》(2004年)，费安玲等译，中国政法大学出版社2004年版，第361页。

② 《俄罗斯联邦民法典》第475条第1款：“如果卖方没有声明商品的瑕疵，向买方交付不合质量的商品时，买方有权根据自己的选择要求卖方：相应地减少价格；在合理期限内无偿地消除商品的瑕疵；补偿因消除商品瑕疵而支出的费用。”《俄罗斯联邦民法典》(全译本)，黄道秀译，北京大学出版社2007年版，第191页。

③ See AUSTRIAN ABGB § 932(1); DANISH Sale of Goods Act § 42 and 43; FINNISH and SWEDISH Sale of Goods Acts § § 37, 38; GREEK CC arts. 534, 535, 540; and PORTUGUESE CC arts. 911 and 913.

④ See DANISH Lease Act § § 11(2) 15 and 16(2) and on construction contracts; FINLAND, Sale of real property and service contracts; GERNAN BGB § § 515(barter), 537(lease), 634(1) and (4) (work, but not services) and 651(d) (travel); GREEK CC arts. 573(barter), 576(lease) and 688 and 689 (work); ITALIAN CC art. 1668 (construction contracts); PORTUGUESE CC art. 1222 (work); and SPANIN CC art. 1486 (sales). In PRANCE, outside cases of defects, price reduction is limited to commercial cases, as a consequence of usages; but there is a tendency to generalize it to other contracts; Civ. 3, 15 December 1993, D. 1994. 462, note Storck (lease). From Ole Lando and Hugh Beale ed., *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000, p. 432.

⑤ See Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Clarendon Press · Oxford, pp. 107 - 111.

⑥ *Dawood Ltd. v Heath Ltd.* [1961] 2 Lloyd's Rep 512, Q. B.

权与他本应支付的数额相抵销。另外,也如同大多数大陆法系国家的做法,对于其他的损失仍得请求赔偿。其次,对于不履行可得免责的情形。在合同落空场合,英国法的立场与大陆法系的做法不同,通常是要适用1943年《法律改革(合同落空)法》第1条第3款,相应的手段有时被称为 essentially restitutionary,法院会命令返还已付的金钱,并交付在债务解消之前获取的收益(而非金钱),当然要扣除既已发生的费用。另外尚有一种罕见的情形。合同虽非落空,但对于其中的一些债务的不履行是可得免责的,价款是否可得减额,这主要取决于履行是否能够很容易地分割。^①

联合国《国际货物销售合同公约》第50条规定:“如果货物不符合合同,不论价款是否已付,买方都可以减低价格,减价按实际交付的货物在交货时的价值与符合合同的货物在当时的价值两者之间的比例计算。但是,如果卖方按照第三十七条或第四十八条的规定对任何不履行义务做出补救,或者买方拒绝接受卖方按照该两条规定履行义务,则买方不得减低价格。”这一规定是针对买卖合同所设,自不待言。由于中国是该公约的缔约国,因而公约的规则尤其应当引起我们的重视。

《欧洲合同法原则》第9:401条规定:“(一)受领了与合同不符的履行提交的一方当事人可以减少其价格。此种减价应当与履行提交时与符合要求地提交的履行相比履行之价值的降低相称。(二)一方当事人如依前款规定有权请求减价,并且它已支付了超过减后余价的价款,则可以向对方当事人要回超出的部分。(三)减过价的一方当事人不得再为履行价值的降低获取损害赔偿,但仍然有权对它遭受的其他损失请求赔偿,只要它们依据本章第五节的规定是可以获取的。”这一规定并未限定可得适用的合同的类型,显然是要普遍适用于各种类型的合同。

在中华人民共和国的立法中,减价的规定可以追溯及1978年《农药质量

^① See Ole Lando and Hugh Beale ed., *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000, pp. 432 - 433.

管理条例(试行)》^①第 17 条和第 21 条,其中的“按质论价”,似可寓含“减价”责任。具体分析,可有两种基本情形:其一,尚不存在合同的情形,自然谈不到违约责任;其二,已经存在合同关系的情形,质量不符合标准则构成违约,在符合其他条件的前提下,买受人同意接受使用,则产、销双方协商而“按质论价”,可以认定为对于价格的协议变更,被减掉的价款,可以认为是由产方承担的违约责任。

1981 年《中华人民共和国合同法》第 39 条(1993 年修正后的第 34 条)针对建设工程承包合同承包方的责任规定,“因勘察设计质量低劣或未按期提交勘察设计文件拖延工期造成损失,由勘察设计单位继续完善设计,并减收或免收勘察设计费,直至赔偿损失。”第 40 条(1993 年修正后的第 35 条)针对加工承揽合同承揽方的责任规定,承揽方“未按合同规定的质量、数量完成定作方交付的工作,应无偿进行修理、补足数量或者酌减报酬。如果工作成果有重大缺陷,还应承担赔偿责任”。其中所谓“减收或免收勘察设计费”、“酌减报酬”,均属减价责任。

1984 年原《工矿产品购销合同条例》第 35 条规定“按质论价”的违约责任,^②1984 年商业部发布、1985 年修订的原《五金交电化工商品购销合同实施办法》第 45 条亦有相似的规定。“条例”第 35 条第 1 款中的“按质论价”就是“减价”责任;第 2 款中供方“偿付需方该不合格包装物低于合格包

① 1978 年 11 月 25 日 化工部、原农林部、原全国供销合作总社以(78)化字第 850 号、(78)农林保字第 38 号、(78)供销农联字第 581 号文发布。第 17 条规定:“商业部门应根据农药质量标准及厂方出具的产品合格证,加强农药质量验收工作,不合格产品不得收购。质量不符合标准但又可以使用的产品,必须征得农林部门意见后,经产、销双方协商,提出按质论价的处理意见,报请省、自治区、直辖市主管部门审批后处理。”第 21 条规定:“已失效的农药不得出售,经鉴定仍有使用价值的,上报有关部门按规定权限审批后,按质论价处理。”

② 原《工矿产品购销合同条例》第 35 条中便有“供方所交产品品种、型号、规格、花色、质量不符合合同规定的,如果需方同意利用,应当按质论价;如果需方不能利用的,应根据产品的具体情况,由供方负责包修、包换或者包退,并承担修理、调换或退货而支付的实际费用。供方不能修理或者不能调换的,按不能交货处理”。“因产品包装不符合合同规定,必须返修或重新包装的,供方应当负责返修或重新包装,并承担支付的费用;需方不能要求返修或重新包装而要求赔偿损失的,供方应当偿付需方该不合格包装物低于合格包装物的价值部分。”

装物的价值部分”被纳入“要求赔偿损失”的范畴,而未作为一种独立于赔偿损失的“减价”责任,这一点是值得注意的。至少,此时减价与赔偿损失二者的关系尚不算是很清楚。

1984年《加工承揽合同条例》第21条关于承揽方的违约责任,亦有“未按合同规定的质量交付定作物或完成工作,定作方同意利用的,应当按质论价”的规定(第1项)。

继上述法律法规或规章之后,《中华人民共和国合同法》第111条规定了减价责任。^①自体系以言,该条规定位于合同法“总则”中,减价被作为一种违约责任,而没有特别作为物的瑕疵担保责任,宜特别注意。另外,合同法“分则”中亦有关于减价责任的规定。^②

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2004]14号)第11条规定:“因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定,承包人拒绝修理、返工或者改建,发包人请求减少支付工程价款的,应予支持。”

二、减价权的性质:请求权抑或形成权

减价作为一种债权人的救济手段或者违约责任,自债权人的立场分析,显然是赋予债权人一种主张减价的权利,称为减价权(Minderungsrecht)。惟此种权利的性质如何,颇有分歧。不同的法理构成,直接影响到减价权行使的程序及法律效果,宜先予分析。

(一)请求权说

该说认为减价权是一项纯粹的请求权(Anspruch),称为“减价请求权”,经出卖人同意,始生效力。关于其请求权的内容有契约说及回复说两种。前

^① 《中华人民共和国合同法》第111条规定:“质量不符合约定的,应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,受损害方根据标的的性质以及损失的大小,可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”

^② 关于承揽合同,《合同法》第262条规定:“承揽人交付的工作成果不符合质量要求的,定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任”。关于勘察、设计合同,《合同法》第280条规定:“勘察、设计的质量不符合要求或者未按照期限提交勘察、设计文件拖延工期,造成发包人损失的,勘察人、设计人应当继续完善勘察、设计,减收或者免收勘察、设计费并赔偿损失。”

者谓买受人的请求为要约,依出卖人的承诺(出卖人有承诺的义务)而成立减价合同。如出卖人不同意,则依判决以代替其同意。后者谓价金减少请求权是请求已支付价金的部分返还,或未支付价金部分解除或减价。因当事人的合意或因确定的确认减价的判决,而确定地发生拘束力,不许买受人再为变更。出卖人对于减价之合意或代替其合意的判决,并非买受人的请求权发生效力的预定条件(契约说则这样解释),只不过是买受人失去其减价变更权的时点。^①我国学者往往认为,如何减价并非债权人单方意思表示所能决定的事情,要么与债务人达成协议,要么请求法官或者仲裁机构确定。故非属形成权,而属一种请求权。^②

采纳请求权说的立法例有德国旧债务法以及欧盟消费者动产买卖指令(第3条第2款和第5款)。

(二)形成权说

该说主张减价权是一项形成权。在法理构造上,是将它设计成“一部解除”,“减少价金”是以单方意思表示为之。日本学者就《日本民法典》第563条第1项^③所规定“请求减少价金”,多解释为合同的“一部解除”,故以之为形成权。^④《德国债务法》修改后,第441条及第437条第2款均只使用“减少价金”字样。在目前德国通说上,便是采形成权说,以减价类如解除而为

① 史尚宽:《债法各论》,作者台北自版1986年版第6次印刷,第35页。

② 在2004年11月召开的“中日韩三国民法制度趋同道路探索”国际研讨会上,笔者提出减价权的性质问题并引起了中日学者间的讨论。梁慧星教授认为,“按照中国合同法的规定,当事人要求减价,需要对方同意,对方可以拒绝这一请求,因此其不符合形成权单方意思表示的本质。”见渠涛主编:《中日民商法研究》(第4卷),法律出版社2006年版,第292页。

③ 《日本民法典》第563条第1项:“因作为买卖标的的权利的一部属于他人,出卖人不能将其移转于买受人时,买受人得按其不足部分的比例请求减少价金。”《日本民法典》,陈国柱译,吉林大学出版社1993年版,第117页。

④ [日]我妻荣:《债权各论》(卷一),岩波书店1957年版,第270页;[日]柚木馨编集:《注释民法(14)债权(5)》,有斐阁1966年版,第143页。

一项形成权(Gestaltungsrecht)。^①另外,依“台湾最高法院”1983年台上字第4694号及1984年台上字第4354号判决,我国台湾地区“民法”第365条第一项所指之减少价金,实系主张减少价金,不以出卖人承诺为必要,与同法条项规定解除契约之性质同属形成权。该条项于二者所规定之六个月行使期间,皆为无时效性质之法定期间。^②

(三)进一步的分析

对于减价权性质的探究,是要为后述相关法理的分析提供一个基点,尚非纯粹的理论概念之争,而有其实际价值,勿待深论。我国学说对于减价权的法律性质,尚欠深入分析。以下分别针对上述请求权说与形成权说进行分析。

1. 对于请求权说的分析

我国学者倾向于请求权说,却未必是建构在坚实的理论基础之上,毋宁说是多种因素共同作用使然。作为其理由,可以想到如下几点:其一,由于减价权具有“减价请求权”的外观;其二,《合同法》第111条使用了“要求”对方承担减少价款或者报酬等违约责任的字样;其三,基于排除法,认为减价权并非权利人的形成权,更非支配权与抗辩权,故只能归入请求权。

首先,“减价请求权”并非当然即为请求权。此类穿着“请求权”外衣的权利并非请求权的情形尚有数种。比如《合同法》规定的“撤销权”就是“请求人民法院或者仲裁机构”撤销,我国学说仍以之为形成权的一种,^③或称之

^① Vgl. Annemarie Matusche-Beckmann, in: Staudingers Kommentar zum BGB, § § 433 - 487; 2004, S. 310; H. P. Westermann, in: Muenchener Kommentar zum BGB, Band 3, 4. Auflage, 2004, § 441 RdNr. 1; Huber/Faust, *Schuldrechtsmodernisierung: Einfuehrung in das neue Recht*, 2002, S. 345; Dieter Medicus, *Schuldrecht II*, Besonderer Teil, 13. Aufl., Verlag C. H. Beck 2006, S. 21; Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 31. Aufl., Verlag C. H. Beck 2006, S. 67.

^② 转引自詹森林:《民事法理与判决研究(二)》,元照出版公司2003年版,第163页。我国台湾地区学者较早主张形成权说者为史尚宽先生,参照史尚宽:《债法各论》,作者台北自版1986年版第6次印刷,第35~36页。

^③ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年5月版,第221页。