

抗辩权效力的体系构成

申海恩

内容提要: 鉴于不同抗辩权主要效力的强弱程度不同,抗辩权主要效力在于排除请求权可实现性的通说,有进一步类型化考量的余地。抗辩权对请求权可实现性的排除,包括在时间上设置排除等级的永久性抗辩权和暂时性抗辩权,在程度上设置排除等级的限制请求权的抗辩权和同时履行等附随意条件的抗辩权。同时也不限于请求权本身,对间接实现请求权的担保权也发生相应的效力。暂时性抗辩权在诉讼上的效力原则上为当时无理由的驳回裁判。同时履行抗辩权与不安抗辩权导致的对待给付判决,应作出一个附条件判决,而非两个时间相同、指向相反的给付判决。由此,抗辩权的主要效力可形成一个有机体系:就指向对象而言,系“对请求权本身的效力+对请求权替代的效力”;就作用路径而言,系“时间向度上的层级+范围/程度向度上的层级”;就作用场域而言,系“实体法上的效力+裁判上的效力”。

关键词: 抗辩权 暂时性抗辩权 永久性抗辩权 请求权之可实现性

申海恩,中国政法大学民商经济法学院副教授。

一 问题的提出

在与请求权建立起的攻击防御关系中,抗辩权的效力表现为两个方面:主要效力(Hauptwirkung)和附随效力(Nebenwirkung)。抗辩权的附随效力在于免除迟延履行、禁止抵销和受领保持力排除,在攻击防御中旨在从侧翼或后方保护抗辩权人免于被请求权人迂回攻击。^[1]与之不同的是,抗辩权的主要效力旨在正面防御、对抗请求权。就抗辩权的主要效力而言通常认为,抗辩权仅对抗请求权,请求权本身并不消灭。但是,请求权的内涵是什么,除请求力之外的受领力、保持力等,是否属于请求权之内容?抗辩权所对抗的到底是请求权的何种效力?如果将受领力、保持力和强制执行力都纳入抗辩权的对抗

[1] 关于抗辩权的附随效力,参见申海恩:《论抗辩权的附随效力》,《华东政法大学学报》2019年第5期,第116页。

范围,是否有混淆请求权与债权之嫌?这一问题会典型地反映在债权基于不法行为取得的永久性抗辩权是否排除债之保持力等问题上,此时的抗辩权是否还仅限于排除请求权的实现?在此情况下,究竟应如何区分债权与请求权。如果不将受领力、保持力等纳入抗辩权的对抗范围,那么抗辩权对请求权可实现性之排除,是否足以导致请求权本身的消灭?显然,上述问题之回答,已经不能局限于抗辩权本身的讨论,而应当将对于请求权的分析纳入考量范围之内。此外,请求权往往与担保物权、抗辩权、形成权等众多其他权利并存,共同构成广义的债之法律关系有机体。当请求权作为该法律关系中最基本的组成而受到抗辩权阻却时,其他的相关权利是否也受其影响?这种影响是什么?抗辩权对其他权利的影响,是否因其与请求权的不同关系而有所不同?通常对于抗辩权效力的考察,仅限于在实体法上的理论推演,而并未将其与诉讼程序、司法判决结合起来,不同的抗辩权对于诉讼具有何种效力,究竟应作出驳回诉讼请求的判决,还是应当作出原告败诉判决。处于二者之间的对待给付判决之既判力范围如何,是否暗含诉外裁判的瑕疵?

为了能够妥当回答上述疑问,本文将首先对作为抗辩权效力对象的请求权进行结构性分析,探寻抗辩权所指向的真正对象;进而通过对若干抗辩权的分析,来考察请求权之可实现性究竟在何种范围、何种程度上受到排除;在对抗辩权考察基本完成之后,以保证债权、担保物权这些从权利为对象,考察抗辩权效力的延伸;抗辩权既然主要是渊源于程序法规范,那么抗辩权在程序法上的效力当然应该是其内容构成,最后希望在此基础上能够对抗辩权体系结构形成一些基本认识,以助益于民法典时代法教义学的发展。

二 请求权结构的再分析:以抗辩权效力对象为面向

学界通说认为,抗辩权之客体非针对权利本身,其效力系在排除请求权之可实现性(Durchsetzbarkeit)。^[2]然而,请求权之可实现性具体指哪些内容,则大多语焉不详。对此,有必要从请求权本身内涵的角度加以分析,探寻受抗辩权阻却的请求权可实现性的具体内容。

请求权,乃要求他人为特定行为(作为或不作为)的权利。^[3]请求权并非独立的权利,而系由基础权利衍生之权利,也是以基础权利之实现为目标的权利。当然,针对不同的基础权利,请求权所发挥的实现权利之功能也有所不同。依其所发生的基础权利的不同,请求权可分为债权请求权、物上请求权,人格权上的请求权及身份权上的请求权。其

[2] Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl., 2019, S. 297; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, 11. Aufl., 2016, S. 261; Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 13. Aufl., 2013, S. 92.

[3] 《民法典》第 118 条第 2 款规定,债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定,权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。该款是关于债权的定义,但能否同时视为对请求权的法定定义,则涉及债权与请求权的区分问题,深值重视,非本文考察的重点,于此不赘。《德国民法典》第 194 条第 1 款于诉讼时效对象的规定中界定请求权概念,这一立法技术于解释上可资参考。参见王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 101 页;施启扬著:《民法总则》,中国法制出版社 2010 年版,第 30 页;黄立著:《民法总则》(修订四版),我国台湾地区元照出版有限公司 2005 年版,第 63 页;郑玉波著:《民法总则》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 49 页;史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 20 页。

中,物权或其他支配权为权利主体直接支配权利客体的权利,其权利实现的主要方式并不需要借助于请求权工具,通常无需他人的介入或协助。仅在支配权遭受不法干涉或有不干涉之虞时才发生请求权,这些支配权请求权在实现权利方面所发挥的作用是,回复支配权不受侵害的圆满状态;^[4]于侵害除去后,支配权本身依然存在,请求权亦归于消灭;如再次受侵害时,则发生新的请求权。^[5]相对于物权等其他支配权而言,债权作为请求权的基础权利,在其可实现性上与请求权的关系至为密切:债权之主要内容即为请求权,即在于请求债务人为包括不作为在内的给付,故请求权为其核心内容。原则上于债权成立时,当然发生请求权;当请求权获得实现时,其债权亦因获得满足而随之消灭。也恰恰是二者存在如此紧密的关系,使得学界在考察作为抗辩权效力指向对象的请求权时,频频发生概念混淆的现象。^[6]

对于债权是否为请求权这一问题,学说上聚讼纷纭,莫衷一是。^[7]《民法典》第118条第2款将债权直接定义为请求权,立法例上将债权与请求权交叉使用者,也不在少数。例如我国台湾地区“民法”第126条,将“给付债权”与“给付请求权”相提并论;第144条在时效完成后规定抗辩权的权利主体时,立法者并未使用“请求权之相对人”,而使用的是“债务人”,学者认为此似乎可证债权为请求权亦符合立法者原意。^[8]德国学者中亦有主张请求权与债权之区别仅在于法律上所处位置不同,请求权规定在总则编,债权则规定在债编,因此请求权比债权更具一般性。^[9]债权及其请求权近乎相同,加之二者往往同生共灭,其间差异极小。债权为最主要的请求权,请求权为债权的主要内容与作用,债权如无请求权,债权即失其功能。^[10]故一般而言,将债权理解为给付请求权,或认为债权系债法上的请求权,^[11]大体上可以接受。

然而,从抗辩权所指向的对象出发考察,债务关系中由债权所生的权利,除请求权之外尚有撤销权、抗辩权、代位权、抵销权、解除权、终止权等,^[12]债权与请求权范畴并非完

[4] 参见施启扬著:《民法总论》,中国法制出版社2010年版,第30页;黄立著:《民法总论》(修订四版),我国台湾地区元照出版有限公司2005年版,第65页;王泽鉴著:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第101页;史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第21页;Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 236。

[5] 参见史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第27页;另有学者认为,该请求权得反复行使,不因一次行使而消灭,参见梅仲协著:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第37页;本文认为,请求权应因侵害之除去而消灭,针对其后发生之侵害,则发生新的请求权,各个请求权之基础事实必不相同。

[6] 关于债权与请求权的微妙关系,参见宋旭明:《论请求权与债权之关系——寻找迷失于历史嬗变之中的体系逻辑》,厦门大学2007年博士学位论文。

[7] 请求权虽是现代民事权利体系赖以建造的基础性概念,但请求权概念分裂的程度甚为严重,除了此处争议外,尚引发许多实体法及诉讼法上的难题,详细论述参见徐小峰:《请求权概念批判》,载王文杰主编《月旦民商法研究·法学方法论》(第四辑),清华大学出版社2004年版;辜明安:《对“请求权概念批判”的反对》,《西南民族大学学报(社会科学版)》2007年第8期。

[8] 参见陈自强著:《契约之内容与消灭》,法律出版社2004年版,第10页。

[9] Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Rn. 75.

[10] 参见施启扬著:《民法总论》,中国法制出版社2010年版,第32页;黄立著:《民法总论》(修订四版),我国台湾地区元照出版有限公司2005年版,第64页。

[11] Wolf/Neuner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 236f.

[12] 此点理由,似有待斟酌,学者陈自强提出以下批评:抗辩权、抵销权等本身亦为权利,其发生原因无论为契约或法律规定,除债权存在本身外,尚需其他具体要件,债权存在本身并不足以发生抵销或抗辩等权利。参见陈自强著:《契约之内容与消灭》,法律出版社2004年版,第10页。

全相同。此外,请求权罹于时效时债权仍然存在,所以二者也并非必然同时存在。^[13]从债权的结构来看,债权的本质内容在于,有效受领债务人的给付,亦即给付受领权。^[14]为求债权的实现,债权通常兼具请求力、强制执行力、私力实现力、保持力及处分权能,^[15]而请求权仅为债权权能之一。

从债权的效力来讲,债务关系中的请求权表现为债权之请求力,尚可区分为私法上的请求力及诉讼上的请求力,前者即向债务人请求给付的权能;因债权的实现不能全然依赖债务人的自觉,当债务人不愿履行时,债权人可以向法院起诉要求其给付。从抗辩权指向的对象来看,抗辩权所指向者仅仅是债务关系中的请求权,债权的处分权能、保持力原则上不受影响。至于其强制执行力,当属请求力之延伸,为请求权具体实现之方式,如果请求权受到抗辩权之阻碍,则债权人取得执行根据后,依据强制执行法的规定对债务人为强制执行也必将受到阻却。^[16]

有疑问的是,债权所具有的私力实现权能,是否属于抗辩权阻却的对象?由于抗辩权所针对的对象原则上是请求权的可实现性,这一问题就转化为:私力实现权能是否属于请求权的内容。如果认为“请求权和债权从结构上看是一回事”,债权仅仅是在债法范围内请求权的别名,^[17]而将二者相等同,那么私力实现权能也属于请求权之实现方式,从而抗辩权当然可以阻却“请求权”之私力实现。然而,作为私力实现之典型的自助行为,“并不能使债权得到清偿,而只能暂时保全债权”。^[18]况且,从请求权产生的历史来看,请求权衍生于罗马法程式诉讼中的诉(actio),将其扩展至程序外已然是从实践到理论之最大限度的发展,而且请求权在程序外之实现通常借助于对方当事人之协助,以最大程度限制请求权发展到诉讼外可能带来的弊端。请求权在程序外的实现虽然也可能发生对抗现象,但此种对抗应限制在“请求—抗辩”这一纯粹法律世界之中,而不涉及现实世界中使用暴力的因素。法律世界是权利义务的世界,此世界中以当事人意志为主要推动力,以法律关系构成要件为主要推演公式,是一个纯粹、虚拟、理论化的世界;与之相对应的是现实世界,在这个世界中,权利义务是否存在,必须当事人予以客观证明,权利最终依赖于法院保护、义务最终依赖于

[13] 许多抗辩权(如同时履行抗辩权)系依附于契约关系,而非基于个别债权债务而生。若抗辩权等权利亦属债权内容,则债务不履行的损害赔偿请求权,也是基于债权而生,似也可成为债权的内容。如果请求权仅为债权之一内容,债权亦可能发生抵销或抗辩等形成权,何以“请求权与债权的内容相同”(参见孙森焱著:《民法债编总论(上)》,法律出版社2006年版,第9页)似不易理解,参见陈自强著:《契约之内容与消灭》,法律出版社2004年版,第10页。采此说的理由参见梅仲协著:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第37页;史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第27页;王泽鉴著:《债法原理》(第二版),北京大学出版社2013年版,第56页;孙森焱著:《民法债编总论(上)》,法律出版社2006年版,第9-10页。此外,亦有德国学者赞同请求权仅系债权的权能之一,因请求权之行使债权方得具体化,Vgl. Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 2003, Rn. 328f.; 另有德国学者强调,与请求给付之权利有关的附随权利,如抵销、系债权之内容,而非请求权之内容,Vgl. von Tuhr, Der Allgemeine Teil Deutschen Buergerlichen Rechts, 1910, I, 15 II。

[14] 参见王泽鉴著:《债法原理》(第二版),北京大学出版社2013年版,第56页。

[15] 参见王泽鉴著:《债法原理》(第二版),北京大学出版社2013年版,第68-69页;黄立著:《民法债编总论》(修正三版),我国台湾地区元照出版有限公司2006年版,第7-10页;Staudinger-J. Schmidt, vor § 241, Rn 87。

[16] 这一问题涉及到抗辩权主张的场合、效力范围等问题,详见后文。

[17] Schwab, Einfuehrung in das Zivilrecht, 16. Aufl., 2005, Rn. 190; 中文版参见[德]迪特尔·施瓦布著:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第146页。

[18] [德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第133页。

强制执行,双方当事人之间的实力强弱也会在很大程度上影响权利、义务关系的走向。最理想的法治社会状态是,法律世界与现实世界完全契合,然而受各种外界因素的影响,法律世界与现实世界往往处于分离的状态,法律人的职业使命就在于,尽最大努力使两个世界更为接近。一旦涉及到“私力”实现时,典型的是涉及私人暴力的使用,“抗辩”这一“法律世界”中的工具,无法跨越边界以对抗现实世界中的私力实现。故此,本文并不赞成将私力实现也纳入到请求权的范畴之中,进而认为私力实现并非抗辩权所指向的对象。

作为基础权利实现工具之请求权,其作用领域并不限于纯粹的二人关系之中,当请求权旨在实现的权利未能获得满足时,往往以国家力量作为后盾,强制其实现。因此,原则上,义务人拒绝满足请求权时,请求权人可以通过提起诉讼的方式,请求法院裁决义务人给付,并可以通过强制执行程序予以实现。^[19]这也正是“诉权公法说”的合理之处。

请求权一方面在实体法上表现为基础权利的实现工具,同时也是实体权利通过司法实现的发动机,因此具有沟通权利实现与司法追诉间桥梁的体系价值。就此来讲,请求权本身就是以权利之实现为本体的权利,抗辩权阻却请求权之可实现性,是否可以等同于阻却作为请求权基础的权利之可实现性?随之而起的争议即在于,支配权并非必须通过请求权来实现,但权利只有在纠纷中才能真正体现其受保护性,难道不是更具说服力吗?一旦陷入纠纷,支配权也立即以请求权的形态出现,而在纠纷这样一个对抗性运动中,与请求权相对抗者,无疑主要表现为抗辩权。抗辩权直接指向的对象是基于各种基础权利的请求权,最终作用的对象则是请求权背后隐藏的各种基础权利。

对于基础权利之典型——债权来讲,债权的请求力、强制执行力以及私力实现,属于债权之“权利救济”(Rechtsbehelf)要素,处分权能与保持力属于债权人之“权利地位”(Rechtsposition)。^[20]债权如果欠缺其中某种作用,例如请求力或强制执行力被排除,学说上称为不完全债权(unvollstaendige Forderung);^[21]对于债务人而言,则为不完全债务(unvollkommene Verbindlichkeiten)。^[22]不完全债权虽然不能通过强制实现债权,但由于债权之“权利地位”仍未丧失,故债权人依然可以免除、抵销、让与债权或设定权利质权;于债务人自愿给付时,仍可以有效受领,而不会构成“没有合法根据,取得不当利益”。^[23]

[19] 参见梅仲协著:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第37页;黄立著:《民法总则》(修订四版),台湾地区元照出版有限公司2005年版,第63页;但并非任何请求权均得有诉讼请求或强制执行,例如婚约不得请求强迫履行、人寿保险契约的保除费,保险人不得以诉讼请求交付。参见施启扬著:《民法总则》,中国法制出版社2010年版,第27页。

[20] Vgl. Herbert Roth, Die Einrede des buergerlichen Rechts, 1988, S. 45.

[21] Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20. Aufl., 2012, S. 10;王泽鉴著:《债法原理》(第二版),北京大学出版社2013年版,第75页。

[22] Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Aufl., 2017, Rn. 68.

[23] 自罗马法以来,学说上有所谓自然债务(Naturalobligation)之用语,有时指不完全债务,有时指基于道德上义务而生之“债务”,有时指因不法原因而生之“债务”,有时又将三者相提并论。但后者并无债务存在,仅给付之受领,虽属不当得利,但不得请求返还,与前者不成立不当得利,应予区分。鉴于“自然债务”之用语歧歧,殊失原义,学者建议应避免使用。参见Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., S. 21; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Aufl., Rn. 68;王泽鉴著:《债法原理》(第二版),北京大学出版社2013年版,第71页;孙森焱著:《民法债编总论(上)》,法律出版社2006年版,第11页;李永军著:《自然之债论纲:源流、规范体系与效力》,中国政法大学出版社2019年版,第49、52页。

从债务与责任之观点而言,不完全债务也可称为无责任债务(Schuld ohne Haftung)。^[24]

请求权为基础权利实现之手段,与基础权利的其他权能,即权利地位共同构成基础权利。但能否进一步认为,请求权本身也是由权利地位与权利实现两部分构成的呢?笔者认为,请求权之结构似乎可以解析为:其一,请求权人实施请求行为之法律地位,这一法律地位源于基础权利,即基础权利的存在使其获得提出请求之可能;其二,请求权指向的义务人根据请求实施行为,以满足请求权的权利实现可能性。通常情况下,请求权实现的流程是:请求权人提出请求,义务人依请求而为给付。一旦存在抗辩权事由,这一流程即可能因义务人之抗辩权行使而受到阻却:请求权人提出请求后,义务人主张抗辩权,当然是否要阻却请求权人之请求,取决于义务人自己的决定。在此即形成了如下的请求与抗辩的对抗结构。

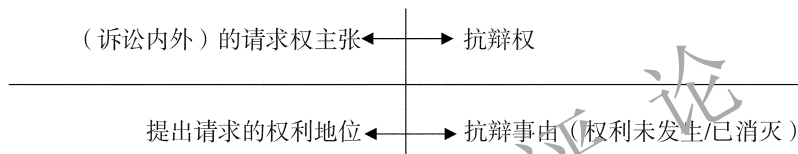


图 请求与抗辩的对抗结构图

在这一对抗结构中,抗辩权所针对的永远是通过诉讼内外的请求权主张,请求权人提出请求的权利地位并不受影响。换言之,请求权人之请求权只要存在,即可以根据请求权规范提出请求,而不论是否受到抗辩权之阻碍(此为提出请求的权利地位不受影响);但提出的请求权主张能否得到实现,则取决于是否会遭到抗辩权之对抗(此为请求权可实现性之阻却部分,亦为抗辩权主张的必要性与或然性)。这一对抗结构之妥当性尤其清晰地表现在诉讼中,当原告起诉请求被告为一定之作为或不作为时,法院必须先审查,依据相关之事实理由,是否存在以及存在何种请求的权利地位(即请求权基础),可支持原告的诉讼请求,即仅在原告有请求权利,且未被被告所主张的抗辩权排除时,方能得到胜诉判决。^[25]

三 请求权可实现性之排除

抗辩权之主要效力(Hauptwirkung)在于排除请求权之可实现性(Durchsetzbarkeit),^[26]然而,抗辩权散见于民事法律规范各个部分之中,不同抗辩权所配置的基础各有不同,对于请求权可实现性之排除,是否均有相同的效果?如果效果相同,是否与各自配置目标有所冲突?倘若效果各不相同,那么在排除请求权可实现性方面的不同主要体现在哪些方面

[24] 参见王泽鉴著:《债法原理》(第二版),北京大学出版社2013年版,第56页;孙森焱著:《民法债编总论(上)》,法律出版社2006年版,第12页。

[25] Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Buergerlichen rechts, 9. Aufl., 2004, S. 303, 364 f.

[26] Vgl. Huebner, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., 1996, S. 219; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, S. 296.

面？不同的抗辩权对应不同的请求权可实现性排除程度、范围，内在的机理又是如何？对上述疑问的考察，将有助于对抗辩权配置、抗辩权体系等抽象问题进行回答。以下尝试对主要的抗辩权排除请求权可实现性效力予以考察，以期能够发现些许有价值的线索。

抗辩权中最为典型者，为诉讼时效抗辩权、双务合同履行中的抗辩权（包括先履行抗辩权、^[27]同时履行抗辩权与不安抗辩权）、保证人的先诉抗辩权以及赠与人穷困抗辩权等。散见于相关法律规范中，尚未引起特别关注的有延期给付抗辩权、留置权抗辩权、价款支付拒绝权、不法债权抗辩权以及责任限制抗辩权等。

诉讼时效抗辩权之主要效力在于，诉讼之永久驳回（*Abweisung der Klage auf dauer*）以及强制执行的永久排除（*Ausschluss der Vollstreckung fuer immer*）。^[28] 由于受到诉讼时效抗辩权之阻却，请求权人虽未丧失其提出请求之法律地位，但却遇到了权利实现方面的阻碍。因此产生的问题是，既然其法律地位并未丧失，请求权人即应当有权再行提起诉讼，这是否会与前次诉讼之既判力发生冲突？如果认为请求权人不得再行提起诉讼，是否又与其请求权人法律地位依然存在相矛盾呢？本文认为，对这一问题的回答，依然应该从诉讼时效抗辩权的永久性角度出发，在罹于时效之请求权被永久驳回后，无从在诉讼外提出主张也无法有效提起诉讼，仅当债务人自愿履行时允许债权人受领、保持相应给付。^[29]

与诉讼时效抗辩权之效力较为接近的是不法债权抗辩权，所谓不法债权即基于不法原因（欺诈、胁迫及其他侵权行为）所获得的债权。被害人通常可以根据《民法典》第 147 条至第 152 条的规定，于除斥期间内请求撤销，使其债务归于消灭。那么被害人在该除斥期间届满后未行使其撤销权时，是否只能依照受欺诈、胁迫而签订的合同履行，否则即应承担违约责任呢？我国法对此无明确规定；《德国民法典》第 853 条规定，“因侵权行为所获债权，即使废止该债权的请求权罹于时效，受害人仍然可以拒绝履行”，又称为恶意抗辩权（*arglistige Einrede*），^[30]我国台湾地区“民法”第 198 条也有类似规定。^[31] 显然，此类抗辩权配置的规范目的在于，矫正背负不法债务的受害人仅因诉讼时效（或除斥期间）的经过而遭受的不公正。^[32] 欲达此目的，抗辩权针对请求权人所发生的效力应当尽可能相当于债务不存在。因此，赋予抗辩权永久排除请求权可实现性的效力，既合乎其配置的价值

[27] 关于我国《合同法》第 67 条规定的所谓“先履行抗辩权”，《民法典》第 526 条亦有所规定，即“当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求”。但理论上对是否单独规定先履行抗辩权存在较大争议。参见崔建远著：《合同法》（第三版），北京大学出版社 2016 年版，第 149 页；韩世远著：《合同法总论》（第四版），法律出版社 2018 年版，第 412 页；李永军著：《合同法》（第三版），法律出版社 2010 年版，第 453、467 页；王利明：《论双务合同中的同时履行抗辩权》，载梁慧星主编《民商法论丛》（第 3 卷），法律出版社 1995 年版，第 34 页。但本文赞同不独立规定先履行抗辩权的学说，认为其既缺乏理论上的合理基础，亦无独立的适用范围。详细分析参见李建星：《先履行抗辩权之解构》，《法学家》2018 年第 5 期。

[28] Herbert Roth, *Die Einrede des bürgerlichen Rechts*, S. 48.

[29] 诉讼时效抗辩权排除请求权可实现性的具体结构是其最值得深入研究的问题之一，限于篇幅，暂不详述。

[30] Vgl. Looschelders *SchuldR BT*, 14. Aufl., 2019, § 71 Rn. 21; Medicus, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 5. Aufl., 2007, S. 121; Medicus/Peterson, *AT BGB*, 11. Aufl., 2016, Rn. 807.

[31] 参见孙森焱著：《民法债编总论（下）》，法律出版社 2006 年版，第 355 页；史尚宽著：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 226 页。

[32] Larenz/Canaris, *SchuldR BT II/2*, 13. Aufl., 1994, S. 596; Medicus/Lorenz, *Schuldrecht II*, 18. Aufl., S. 531.

目标,也不会与抗辩权的对抗权属性相悖。此项抗辩权虽然无法达到使债权本身归于消灭的程度,仍可不受除斥期间与诉讼时效之限制永久排除其请求权可实现性,以达到保护受害人的立法目的。^[33]

较之于不法债权抗辩权、诉讼时效抗辩权,效力较弱的抗辩权类型包括合同未履行的抗辩权(同时履行与先履行抗辩权)、不安抗辩权、延期给付抗辩权以及买受人价金支付拒绝权等。这些抗辩权的效力仅在于暂时限制请求权之可实现性,在抗辩权基础、请求权障碍消除之后,遭到抗辩权阻却的请求权重新回复其效力,抗辩权或者是因纯粹的时间经过(Zeitablauf)而消灭,如延期给付抗辩权,或者是通过债权人的相应行为消除之,例如请求权人根据《民法典》第 528 条的规定提供了相应担保。^[34] 其中,具有典型意义的是买受人价金支付拒绝权,由于我国《民法典》未就此明文规定,学界对此关注较少。买卖合同中,出卖人在将买卖标的物之所有权依约转移给买受人后,基于出卖人与第三人间的法律关系,买受人有证据证明可能因第三人主张权利而丧失其因买卖合同所获得的部分或者全部权利时,将如何处置?我国台湾地区“民法”第 368 条明定,此时买受人得拒绝全部或部分价金。^[35] 由于买受人主张价金支付拒绝权,出卖人纵已履行全部给付义务,亦无法藉由请求买受人为对待给付而实现其债权。然而,价金支付拒绝权仅能暂时阻却出卖人请求权之实现,于确定第三人不会主张权利、难主张权利,买受人并未失其权利时,^[36] 价金支付拒绝权即归于消灭。当然,如买受人事实上已经取得相应的物权或准物权,^[37] 只是有丧失的可能性而已,则只要出卖人能提出相应的担保,确保将来一旦发生买受人丧失权利的情形时,其损害可因出卖人的担保而得到充分的保障。买受人的利益既已充分受到考虑,便不得再拒绝价金之给付。^[38] 价金支付拒绝权在诉讼中主张的效果在于,使出卖人之诉讼请求因无理由而被驳回。当然,判决虽然发生效力,但之后如果买受人所顾虑的情形已确定不发生,则出卖人仍可以再次提起诉讼,但出卖人应就价金支付拒绝权已经消灭的事实负举证责任。当然,在原诉讼中,出卖人也可以提出相应的担保或者诉求买受人提存价金,亦可获得胜诉判决。

前述抗辩权类型,对于请求权之可实现性的排除,或为永久性排除、或为暂时性排除,

[33] 参见王泽鉴:《因侵权行为负债务者之拒绝履行权及不当得利请求权》,载王泽鉴著《民法学说与判例研究(重排合订本)》,北京大学出版社 2015 年版,第 1002 页以下。

[34] 《民法典》第 528 条规定,当事人依据前条规定中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保的,应当恢复履行。中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的,视为以自己的行为表明不履行主要债务,中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。

[35] 当然,标的物是否已经交付,并不影响价金支付拒绝权的成立。我国台湾地区“最高法院”一九七〇年台上字第四三六八号判例对此予以肯定,可资参照。事实上,价金拒绝支付权在出卖人已交付标的物并转移所有权情形下更能彰显其规范意义;在未交付并移转所有权情形下,买受人完全可主张同时履行抗辩权以拒绝价金之给付。参见黄茂荣著:《买卖法》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 406 页;邱聪智著:《新订债法各论(上)》,姚志明校订,我国台湾地区元照出版有限公司 2008 年版,第 156 页。

[36] “例如买卖标的物由第三人直接占有,又被该第三人之债权人指为该第三人所有,声请法院查封,买受人所提之第三人共认之诉难独得胜诉判决,尚不足以使价金支付请求权消灭,必须胜诉判决确定后,是能谓买受人已得到之权利无丧失之虞。”参见黄茂荣著:《买卖法》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 408 页。

[37] 参见黄茂荣著:《买卖法》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 407 页。

[38] 参见黄立主编:《债法各论(上)》,杨芳贤执笔,中国政法大学出版社 2003 年版,第 95 页。

但其于诉讼上的效力均在于使请求权人之诉讼请求因当时无理由而被驳回(Klagabweisung)。除此之外,尚有一类抗辩权,其于诉讼上的行使效果并非因诉讼请求完全无理或者暂时无理而产生驳回诉讼的效力,毋宁是一种限制请求权的判决,理论上称之为对待给付判决(Verurteilung zur Leistung Zug um Zug)。^[39]这种抗辩权对请求权可实现性的限制,并不在于请求权实现的时间性上,而是为请求权之实现附加对待给付这一特定条件,即在满足对方请求权的同时,方可实现自己的请求权。

此外,这类抗辩权与其他类型抗辩权另一重大不同在于,其与强制执行具有紧密的关系。根据《德国民事诉讼法》第756条的规定,对于债务人主张《德国民法典》第273条、第320条和第2014条、第2015条所规定的抗辩权时,仅当债权人对债务人为对待给付后方可执行判决,在向债务人提供对待给付且该债务人未迟延受领之前,执行员不得开始实施强制执行。换言之,诉讼中主张同时履行或对待给付抗辩权的效力在于,强制执行开始的时点取决于对待给付是否提出或履行这一特定条件。

通过以上考察,就抗辩权对请求权可实现性之排除来讲,原则上可以归为两种排除路径:

其一,通过在时间向度上设置排除等级。或者永久排除请求权之可实现性,或者暂时排除请求权之可实现性,据此可将抗辩权划分为所谓的永久性抗辩权(dauernde Einrede)与延缓性抗辩权(dilatorische Einrede)。永久性抗辩权,亦称为绝对抗辩权(peremptorische Einrede),这种抗辩权对相关请求权产生的是永久的阻碍效力,抗辩权人(即义务人)对于请求权的实现,有永久拒绝权;在诉讼上,若法院支持被告所主张的抗辩权,则就原告所提起的给付之诉,应以原告诉讼请求无理由判决驳回,从而请求权在诉讼内外皆遭到永久排除。延缓性抗辩权,又叫做暂时的抗辩权(zeitweilige Einrede),其效力是暂时性地限制请求权的实现。^[40]义务人可基于特定事由暂时拒绝给付,但延缓性抗辩权可能因产生之事由被排除或所追求之目的已经达成等原因而消灭,因而抗辩权对请求权之可实现性仅有一时的排除效力。在诉讼上,虽然被告主张抗辩权也具有使原告之诉被驳回的效力,但即使判决已发生既判力,当法庭辩论终结后暂时性抗辩权消灭时,请求权人仍可以重新提起诉讼,实现其请求权。

其二,通过在请求权可实现之程度上设置排除方向。这一方向放弃了在时间向度上的请求权可实现性之排除,而是为请求权之实现设置特定条件,或者为请求权之实现范围设置限制来排除特定程度上请求权之可实现性。设置条件以排除请求权可实现性的,以同时履行抗辩权、不安抗辩权、留置权抗辩权等为典型,所设条件属于条件理论上的非纯粹随意条件,即条件是否成就取决于请求权人之意思及(给付的提出、担保等)积极事实的发生。^[41]请求权可实现性在范围上的程度限制,主要体现为限制责任的抗辩权,其典型为《德国民法典》第2014条、第2015条规定的限制继承责任之抗辩权。由于此种抗辩

[39] 参见王洪亮:《〈合同法〉第66条(同时履行抗辩权)评注》,《法学家》2017年第2期,第175页。

[40] Vgl. Huebner, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs, Rn. 259; Seelig, Die prozessuale Behandlung materiell-rechtlicher Einreden — heute und einst, 1980, S. 7.

[41] 参见王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社2016年版,第399页。

权并未全盘排除请求权之可实现性,而仅仅使请求权之实现受到限制,因此也有学者将此抗辩权称为限制请求权的抗辩权(anspruchsbeschränkende Einrede)。^[42]

四 抗辩权主要效力的延伸

抗辩权人主张抗辩权以对抗请求权,并在相当程度上排除请求权之可实现性,然而请求权作为基础权利之实现手段,不仅与基础权利有着紧密的关联,而且与基础权利相关之其他权利均处于有机的联系之中。即“权利重在内容的实现,权利若不能实现则空有权利,此为权利的实践性”。^[43]作为基础权利之重要实现手段,请求权之可实现性受到排除,无论是永久、暂时的排除抑或受到条件之限制,对整个基础权利系统,都将带来重大的影响。于此,首当其冲者,即为基础权利的从权利之命运。在赋予抗辩权从不同向度、程度上排除请求权之可实现性这一主要效力体系之下,自然衍生出抗辩权对于请求权之基础权利的从权利之效力问题。在此,需要回答的问题是,抗辩权对于请求权可实现性之排除,在何种程度上、通过何种方式、在何种范围对何种从权利发生何种影响。以下试以诉讼时效抗辩权对从权利之影响,特别是抗辩权对保证债权及担保物权之影响为对象作一概览,尝试回答上述问题。

就诉讼时效抗辩权而言,其针对请求权之可实现性的永久排除效力,根本上亦导致请求权之基础权利^[44]的可实现性被永久性排除。从权利原则上与主权利同命运,从而债权之从权利基于该原则也应罹于时效,同受可实现性永久被排除的命运。此外,从诉讼时效保护债务人免于因时日久远举证困难而遭受不利益的立法目的出发,当主债权请求权罹于时效时,如若允许债权人主张从权利,诉讼中势必涉及到对主请求权之存在的审理问题。此种情况下,债务人同样将面临举证困难的问题,法律安定也无从维持。唯有让从权利与主权利同一命运,方能实现全面解决纷争的目的。^[45]就其范围而言,所谓的从权利以保证债权请求权为代表,其他如天然孳息、收益、报酬、费用以及利息请求权也均属于与主权利同一命运的从权利。

就抗辩权对从权利之衍生性的影响来讲,最为重要、且容易发生争议的是其对保证债权及担保物权之影响。无论保证债权或担保物权,均为主债权的从权利,原则上与主债权同其命运。因此,在保证关系中,保证人享有债务人的抗辩权,即使债务人放弃对债权人抗辩权的,保证人仍有权主张抗辩。^[46]藉此,抗辩权的效力延伸扩展至保证债权请求权,从而阻却债权人通过主张保证债权而达到实现主债权请求权之目的。

[42] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen rechts, § 14 II, S. 237.

[43] 施启扬著:《民法总则》,中国法制出版社 2010 年版,第 28 页。

[44] 《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(下称“《诉讼时效规定》”)第 1 条明确规定诉讼时效抗辩权之适用范围为债权请求权,且排除了存款、兑付债券、缴足出资等债权请求权。参见奚晓明主编:《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2008 年版,第 44 页。

[45] Vgl. MuechKomm-von Feldmann § 224, Rn. 1, S. 1746; Herbert Roth, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, S. 49.

[46] 《民法典》第 701 条规定,保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的,保证人仍有权向债权人主张抗辩。

在担保物权场合,主债权请求权因抗辩权之主张而排除其可实现性时,处于主债权之从属地位的担保物权是否受到影响?受到何种程度的影响?对此问题,我国法上并无统一规定,尤其是诉讼时效抗辩权对担保物权的影响,学界围绕《担保法解释》第12条第2款与《物权法》第202条(即《民法典》第419条^[47])展开了深入的讨论。^[48]

从抗辩权排除请求权可实现性的主要效力出发,如若允许债权人仍得就担保物取偿,则因债权人向物权法上逃逸,致使在交易环节配置的抗辩权丧失其屏障作用,无法彻底排除请求权之可实现性,抗辩权的配置目的亦无法贯彻。从担保物权仅系增强债权实现、债务清偿的从属性权利^[49]地位出发,在债权请求权可实现性之本体已遭遇抗辩权阻击时,则不应允许债权人另辟蹊径,经由担保物权管道而获得满足,制造抵押人和债务人之间的追偿和抗辩困境。^[50] 否则,债务人虽凭借抗辩权在正面防御,但债权请求权却绕道担保物权而得以实现,使债务人遭辗转迂回攻击,最终仍须履行给付,抗辩权的防御功能荡然无存。^[51] 例如,在因侵权行为而取得债权的情况下,债权人请求权虽然遭到不法债权抗辩权之阻却,但仍可通过担保物权之行使而实现其不法所得;双务合同中担保物权人也可以绕道物权法而避开同时履行原则之限制;其他抗辩权,如不安抗辩权、价金支付拒绝权等,赋予债务人抗辩权以发挥确保债之目的实现的规范目的也必将落空。况且,债权人就担保物取偿时,已经罹于时效的债权是否不成立或已消灭的纷争必然再度被挑起,违反诉讼时效制度避免举证困难的立法目的。^[52]

有论者认为,抗辩权仅具有对抗请求权的效力,诉讼时效不适用于作为物权、支配权的抵押权。^[53] 事实上,从抗辩权排除请求权实现可能性的基本立场出发,但凡是请求权实现提供可能的管道,均为抗辩权阻击的潜在对象,不存在打上某种权利类型标签而不受阻击的概念。不过,由于抗辩权为法律世界中的权利,排除请求权可实现性效力仅限于法律世界,因此支配权对物进行事实支配的权能已经超越抗辩权效力射程,任何抗辩权均对此无能为力。问题是,抵押权是否具备抗辩权无法阻击的事实支配属性?作

[47] 《民法典》第419条规定,抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护。

[48] 参见孙鹏:《论担保物权的实行期间》,《现代法学》2007年第6期,第86页;高圣平:《担保物权的行使期间研究——以〈物权法〉第202条为分析对象》,《华东政法大学学报》2009年第1期,第16页;徐洁:《担保物权与时效的关联性研究》,《法学研究》2012年第5期,第159页;程啸:《论担保物权之存续期限》,《财经法学》2015年第1期,第77页;邹海林:《抵押权时效问题的民法表达》,《法学研究》2018年第1期,第57页。

[49] 参见谢在全著:《民法物权论(中)》(修订五版),中国政法大学出版社2011年版,第634页。

[50] 参见“王军诉李睿抵押合同纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2016)京03民终8680号民事判决书。

[51] 穷困抗辩权之情形较为特殊,德国学说认为,此抗辩权具有高度属人性,仅赠与本人得主张之;并且,保证契约之目的即在于担保债权之实现,免于因主债务人个人丧失履行能力所产生之风险,而穷困抗辩权之要件事实,正是保证债务之担保功能发挥之时。基于以上两点,保证人不得依据《德国民法典》第768条第1项第1句援引主债务人之穷困抗辩权以拒绝给付。Vgl. MuenchKomm-Kollhossler, § 519, Rn. 5; Staudinger-Wolfgang Reuss, § 519, Rn. 7. 基于同一理由,由第三人提供担保物之情形,亦应作相同之限制,亦即不得阻止债权人就担保物取偿。

[52] Reinhard Zimmermann, The Law of Obligation; Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co., Ltd, 1992, p. 421.

[53] 参见邹海林:《抵押权时效问题的民法表达》,《法学研究》2018年第1期,第57页;程啸:《论担保物权之存续期限》,《财经法学》2015年第1期,第77页;徐洁:《担保物权与时效的关联性研究》,《法学研究》2012年第5期,第159页。

为价值权的抵押权之设立和存续,权利人对物无事实支配;^[54]作为优先受偿权的抵押权,在抵押人不配合时仅能依《民事诉讼法》第 196 条的规定向法院申请实现,亦无径直处分抵押物的事实支配力。^[55]有观点认为,抵押权实现为非诉程序,无需抵押人的同意与协助,^[56]似乎抵押权超出了抗辩权的效力射程。殊不知,担保物权作为典型的争讼型非讼事件,在程序构造、送达、审查方式等方面经常借助诉讼法理和方法。^[57]依《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 368 条的规定,抵押人在担保物权实现程序中为被申请人,完全可能提出主债权诉讼时效抗辩权异议以阻击抵押权之实现。

从当事人利益衡量出发,确实有必要慎重对待抗辩权主要效力向担保物权的延伸。一方面,较之于无担保的债权人,债权人以效力强大的担保物权、支配权为其债权加持,努力在事前即以最大谨慎保护自己私益,理应对其予以更积极的评价。^[58]如若剥夺其担保物权而使其处于与无担保债权人相同之地位,对其难谓公平。^[59]另一方面,抵押人设定抵押时即明知增设了物上负担甚至有丧失抵押物的风险,如有债权不成立或已消灭的事由发生,应尽早要求债权人涂销抵押权登记;任由抵押权长期存在,或者确实有债务未清偿,或者为权利上的睡眠者,因此遭受不利益,抵押人难逃咎由自取的消极评价。由此,《民法典》第 419 条之抵押权遭遇时效抗辩权之延伸效力,使其虽不得行使但亦不消灭,为抵押权人保留可兹对抗的法律地位,不失为妥当的选择。^[60]至于如何打破无法注销亦无法行使的抵押权僵局,则应交由当事人自行协商,以兼顾双方利益平衡。

值得注意的是,最高人民法院从诉讼时效适用范围、担保物权性质及经济效益等角度出发,将《物权法》第 202 条(《民法典》第 419 条)解释为“未在主债权诉讼时效期间内行使抵押权,抵押权已消灭”,^[61]实务裁判也较多采取此种观点。^[62]显然,这一观点从根本上误会了抗辩权的主要效力。诉讼时效抗辩权并不具备消灭请求权的效力,更无法生出使从属性担保物权归于消灭的效力。在严格贯彻担保物权从属性原则之下,诉讼时效期间届满也仅导致抵押权同受时效抗辩权的对抗,而不会导致抵押权实体权利的消灭,^[63]

[54] 参见申卫星著:《物权法原理》(第二版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 315 页。

[55] 参见程啸著:《担保物权研究》,中国人民大学出版社 2017 年版,第 109 页。

[56] 参见程啸:《论担保物权之存续期限》,《财经法学》2015 年第 1 期,第 77 页。

[57] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用(下)》,人民法院出版社 2015 年版,第 977、980 页。

[58] Herbert Roth, Die Einrede des buergerlichen Rechts, S. 58.

[59] Herbert Roth, Die Einrede des buergerlichen Rechts, S. 111.

[60] 参见崔建远著:《物权:规范与学说:以中国物权的解释论为中心(下)》,清华大学出版社 2011 年版,第 495 页;崔建远著:《物权法》(第四版),中国人民大学出版社 2017 年版,第 260-261、488 页。

[61] 黄松有主编:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社 2007 年版,第 603 页。

[62] 参见“王军诉李睿抵押合同纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2016)京 03 民终 8680 号民事判决书;“中国信达资产管理股份有限公司海南省分公司与海南协裕房地产有限公司抵押合同纠纷上诉案”,海南省三亚市中级人民法院(2013)三亚民二终字第 254 号民事判决书;“倪某诉魏某抵押合同纠纷案”,上海市浦东新区人民法院(2012)浦民一(民)初字第 12389 号民事判决书;“张某某等诉某银行股份有限公司永川支行抵押合同纠纷案”,重庆永川区人民法院(2012)永法民初字第 01865 号民事判决书。程啸:《论担保物权之存续期限》,《财经法学》2015 年第 1 期,第 76 页。

[63] 参见王利明著:《物权法研究(下)》(第四版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 1211 页。

抵押人主张涂销抵押权登记的请求权也不应予以支持。这恐怕也正是《物权法》第 202 条如此规定以及《民法典》第 419 条继续坚持沿用“人民法院不予保护”这一程序法效果设计,而非实体法上的“抵押权消灭”的表述之重要理由所在。

总体而言,基于抗辩权排除请求权实现可能性的主要效力,担保物权的实行这一请求权实现通道也应同时受抗辩权效力的影响。而鉴于抗辩权为法律世界中权利的属性,抗辩权效力对含有请求因子、以抵押权为典型的非占有担保物权^[64]具有延伸效力。占有担保物权因其对物有事实支配力而超出抗辩权效力射程,原则上不受抗辩权主要效力的影响。因此,本文主张,在我国担保物权从属性具有绝对化倾向的法律体系中,抗辩权主要效力不因物保与人保而区分,物上担保人原则上也可以如同保证人一样主张债务人所有的抗辩权。抗辩权主要效力之于担保物权的影响范围,仅受担保物权事实支配力的限制。

五 抗辩权诉讼上的效力:以暂时性抗辩权为主的考察

抗辩权之效力指向为请求权之可实现性的排除,根据权利配置目的之不同,永久性抗辩权得永久排除请求权之可实现性、暂时性抗辩权得一时排除请求权之可实现性,二者的效力表现于诉讼程序上,即足使原告(请求权人)之诉讼请求无理由或当时无理由而被驳回。其结构较为清晰,无反复咀嚼之必要。值得注意的是,暂时性抗辩权在排除请求权可实现性的程度上,使请求权之实现附提出对待给付或履行之条件,其效力在实体法上谓之“同时履行(Leistung Zug um Zug)”,程序法上相应表现为“对待给付判决(Verurteilung zur Leistung Zug um Zug)”。此种类型的判决,在我国司法实践中并未获得实施,^[65]致使发生二次诉讼、徒增诉讼成本等不利后果。^[66]关于应当创设“对待给付判决”形式以便利同时履行抗辩权、不安抗辩权等暂时性抗辩权的行使,学界已经多有论述,本文不赘。惟法律无明文规定“对待给付判决”时,法院遇有被告主张同时履行抗辩权时,如原告未能举证证明已经给付或被告有先行给付的义务,究应如何判决。对此问题,理论上存在若干争议观点。

一是否定说、少数说。该说从辩论主义原则出发,认为凡当事人未声明的事项,法院不得加以审判,否则即为诉外裁判。^[67]即使被告成功提出同时履行抗辩权,由于对待给付仅为被告的防御方法,并不是诉讼标的;^[68]同时履行抗辩权的主张无积极取得未声明主张的对待给付利益的功能,法院不能就对待给付作出判决。另一方面,如果双方对原告

[64] 参见谢在全著:《民法物权论(中)》(修订五版),中国政法大学出版社 2011 年版,第 615 页。

[65] 参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 402-403 页。司法实践中,法院会在判决中列明原被告双方在同一指定时间段内履行各自债务,似通过同一时间段来形成对待给付关系;参见江苏省第一建筑安装集团股份有限公司与唐山市昌隆房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案[(2017)最高法民终 175 号]。也有判决书在房屋买卖合同买方诉请交付办理过户手续时,判决买方(原告)交付价款,被告在收到价款同时移转登记;参见邓丽华与郑花房屋买卖合同纠纷一案一审民事判决书[(2018)粤 0784 民初 1687 号]。

[66] 参见马强:《试论同时履行抗辩权》,《法学论坛》2001 年第 2 期,第 74 页。

[67] 参见姚瑞光著:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 354 页。

[68] 参见杨建华著:《民事诉讼法要论》,郑杰夫增订,北京大学出版社 2013 年版,第 304 页。应说明的是,杨建华教授持肯定说。

诉请的给付无争议,而仅就对待判决部分争执时,二审所审判的对象为非诉讼标的的对待给付,显有不妥。^[69]至于被告提起上诉后,于二审就该部分依法提起反诉,法院如何处置,也成问题。^[70]否定说主张,如果要基于诉讼经济原则而在一次诉讼中解决纠纷,则应当明文规定,将“被告提出对待给付抗辩”视为“请求原告给付”的声明或者视为“提起反诉”,以求兼顾。^[71]

二是肯定说、多数说。^[72]该说从双务合同给付与对待给付之间的牵连性出发,认为即使原告仅单纯诉请被告为给付,而未附原告为对待给付时被告给付的条件,法院亦应基于被告行使同时履行抗辩权的结果作出对待给付判决,即“命被告于原告为对待给付之同时,应向原告为给付”。^[73]肯定说的核心在于,对待给付判决不过是对原告所为单纯请求给付的声明附以条件限制,并非就当事人未声明的事项而为判决,不构成诉外裁判。司法实务上亦持肯定说。^[74]

法无明文规定时,同时履行抗辩权之诉讼上效力是否为对待给付判决,争执的焦点在于对待给付判决是否构成诉外裁判。所谓诉外裁判,系法院就当事人未声明的事项、超出当事人所声明的事项范围所做的裁判。^[75]其基础为民事实体法上的意思自治原则与诉讼法上的处分权原则,^[76]具体体现为当事人对诉讼开始之主导权、诉讼对象和范围的决定权及诉讼终结的决定权。^[77]应予注意的是,虽然处分权主要体现为原告声明,但包括同时履行抗辩权主张在内的被告声明,无疑也属于处分权原则中当事人的声明,法院在此范围内为裁判,不应构成诉外裁判。将处分权原则中当事人声明范围仅限于原告声明、被告反诉声明,是否否定说对于处分权原则的误解,进而产生对待给付判决为诉外裁判的主要原因。另一方面,法院就被告主张同时履行抗辩权这一防御方法而作出对待给付判决,是将其对于防御方法的判断记载于判决中,其效果在于使原告胜诉判决附同时履行条件,是就原告主张加以限制,未在质的方面与原告主张有所违背,并不因此构成诉外裁判。^[78]

[69] 参见陈计男著:《民事诉讼法论(下)》,我国台湾地区三民书局2006年版,第45页。

[70] 参见姚瑞光著:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第354页。

[71] 参见姚瑞光著:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第354页。

[72] 参见史尚宽著:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第587页;王泽鉴著:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第145页;王泽鉴:《同时履行抗辩:民法第二六四条规定之适用、准用及类推适用》,载王泽鉴著《民法学说与判例研究(六)》,北京大学出版社2009年版,第108页。

[73] 孙森焱著:《民法债编总论(下)》,法律出版社2006年版,第675页。

[74] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第273页。

[75] 参见陈荣宗、林庆苗著:《民事诉讼法(中)》,我国台湾地区三民书局2010年版,第619页;邱联恭著:《口述民事诉讼法讲义(二)》,许士宦整理,2017年笔记版,第130页;王甲乙、杨建华、郑健才著:《民事诉讼法新论》,我国台湾地区三民书局1981年版,第497页;杨建华著:《民事诉讼法要论》,郑杰夫增订,北京大学出版社2013年版,302页。这一问题牵扯诉讼法上著名的诉讼标的理论争议,非本文讨论范围,以下暂且搁置。

[76] 参见[日]新堂幸司著:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第229页;张卫平著:《民事诉讼法》(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第47页。

[77] 参见姜世明著:《民事诉讼法基础论》,我国台湾地区元照出版公司2018年版,第21页以下。

[78] MuechKomm-Emmerich, § 322, Rn. 7; Soergel-Wiedemann, § 322, Rn. 11; Herbert Roth, Die Einrede des buergerlichen Rechts, S. 180.

对待给付判决虽然并不至于导致对处分权原则的违反,但有争议的是,被告据以主张同时履行抗辩权的反对债权,是否属于对待给付判决既判力范围?换言之,同时履行抗辩权人可否以对待给付判决作为其反对债权的执行依据,而请求强制执行?

通说认为,对待给付仅为“判决理由中的判断”,并非既判力范围所指的对象,对待给付判决的既判力不及于被告的对待给付。^[79]但有关对待给付判决执行力的范围,即被告得否依对待给付判决请求强制执行原告的对待给付债务,学说上则莫衷一是。本文认为,同时履行抗辩权的主张,不同于对待给付请求权的主张,其效力仅限于一时阻却被告请求权的实现,无法获得对原告应为对待给付债务的既判力。对待给付判决作为附条件执行原告诉讼请求的执行根据,并未将被告的给付请求权作为裁判对象,被告不得以对待给付判决申请强制执行原告的对待给付债务。^[80]理论与实务上也有观点认为,如执行根据为确定判决,则属于附条件的原告诉讼请求执行根据,债务人不得依据对待给付判决请求强制执行,如为和解、调解,则双方当事人互为债权人,债务人也可以据此执行根据请求强制执行。^[81]

根据处分权原则,被告是否提起反诉应由其自行决定,法律、法院均不得干涉此种自由。在攻击防御方法的选择上,仅选择防御方法而不选择反诉这一更进一步的攻击方法,被告应为自己的决定承担相应的后果,此为与处分权主义相应的自己责任原则应有之义。^[82]当然,为确保被告有提起反诉的机会,对于攻击防御方法的选择,受诉法院应行使释明权,^[83]最终由被告自行衡量利害得失,决定究竟是主张同时履行抗辩权而仅提出防御方法,抑或进一步提出反诉。

应当指出的是,作为附原告同时履行条件的被告给付判决,对待给付判决本质上是原告胜诉判决,“原告提出给付”仅是被告给付判决所附条件。其语法结构为主从句结构,“被告给付”为主句,“原告提出给付”为条件状语从句。^[84]可见,对待给付判决虽亦称为

[79] 参见孙森焱著:《民法债编总论(下)》,法律出版社2006年版,第675页;杨建华:《同时履行抗辩经裁判之效力》,载杨建华著《问题研析:民事诉讼法(一)》,1992年作者自版,第329页以下;MuechKomm-Emmerich, § 322, Rn. 13; Soergel-Wiedemann, § 322, Rn. 15。德国学者Zeuner基于双务契约给付与对待给付间具有不可分离之关联性,力主其范围应及于被告请求的对待给付,然为通说所不采。Vgl. Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinn zusammenhaenge, Zur Lehre ueber das Verhaeltnis von Rechtskraft und Entscheidungsgruenden im Zivilprozess, S. 75f; Herbert Roth, Die Einrede des buergerlichen Rechts, S. 175.

[80] 参见骆永家:《对待给付判决》,载骆永家著《民事法研究I》,我国台湾地区三民书局1995年版,第61页以下;王泽鉴:《同时履行抗辩:民法第二六四条规定之适用、准用及类推适用》,载王泽鉴著《民法学说与判例研究(六)》,北京大学出版社2009年版,第108页;Vgl. BGHZ116, 244 = NJW1992, 557; BGHZ117, 1, 3 = NJW1992, 1173; RGZ100, 197; 114, 85。

[81] 参见杨与龄著:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第101页;邓丹云:《执行程序中可以适用同时履行抗辩权》,《人民司法》2015年第4期,第90-91页。

[82] 参见邱联恭著:《口述民事诉讼法讲义(三)》,许士宦整理,2017年笔记版,第7页。

[83] 2019年9月11日通过的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第36条针对合同无效时的释明问题指出,双务合同无效返还争议中,受诉法院应向被告释明提出同时履行抗辩,尽可能一次性解决纠纷。参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第273页。

[84] 《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同案件的指引》第36条中对同时履行判决的描述为,“出卖人在买受人依合同约定支付剩余购房款时,交付房屋、协助买受人办理房屋所有权转移登记。”

“同时履行判决”,但绝非给付时间相同的两项判决,而是附原告同时履行条件的一项被告给付判决。我国司法实践中,将同时履行判决主文列为两项,即被告于指定期限内向原告为给付;原告于相同期限内向被告给付。^[85] 依此判决,原被告在相同期间履行判决,貌似“同时履行判决”,但因当事人并未主张的对待给付被法院纳入判决范围,该判决构成诉外裁判。因此,《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 36 条要求人民法院在判项中对同时返还作出明确表述,应当解释为作出对待给付判决,即“原告提出对待给付的同时,被告应向原告为给付”,而非就同时返还作出判决。^[86]

六 抗辩权主要效力体系的结构

通过以上简要考察,可以发现各种抗辩权对于请求权可实现性之排除,在程度、范围和表现形式上强弱各不相同。针对本文第一部分所提出的问题,可以做如下总结:严格地区分抗辩权所指向的对象,并不限于请求权自身,也不限于债权之请求力,而应以抗辩权旨在排除请求权可实现性的功能设计为准据,至于是直接指向请求权本身还是请求权之替代实现手段,在所不问;从抗辩权工具配置的目的出发,甚至可使抗辩权主要效力指向担保物权之实行,而不局限于“抗辩权指向请求权”的概念操作,就此而言,在抗辩权效力指向之下,不存在债权与请求权之间的混淆问题。就法律关系中其他与请求权相关的权利,尤其是担保物权而言,该权利如直接或间接与请求权之实现关联,则位于抗辩权主要效力的射程范围之内,否则依相关规则处理即可。虽然抗辩权与抗辩之区分意义主要在于实体法与程序法上的效力,但并不影响各种不同抗辩权在程序法上有不同的效力表现,原则上受抗辩权阻碍的请求权在诉讼上将遭受无理由而驳回的命运,同时履行抗辩权在诉讼上行使的效力则为限制判决,即对待给付判决,该对待给付判决对于债务人之债权并不发生作为执行依据的既判力,因而无诉外裁判问题。

沿着上述问题考察与解答的路径进一步观察,可以发现抗辩权并非是散落于民法体系中毫无章法的繁星,就其主要效力而言,应该肯定其存在基于如下几个面向而有机构成的体系:

其一,抗辩权主要效力指向对象的面向。各种抗辩权的主要效力指向请求权的可实现性,对请求权可实现性的排除不限于直接对请求权行使本身的拒绝,亦可体现为对具有间接实现请求权功能之权利的对抗。换言之,抗辩权主要效力包括:对请求权本身的效力 + 对请求权替代的效力。

其二,抗辩权主要效力作用路径的面向。基于不同抗辩权配置的不同规范目的,各种抗辩权在排除请求权可实现性的作用路径上亦有所不同,总体上表现为从时间向度上的永久性排除和在特定条件实现前的暂时性排除,即其在两个方向上的作用路径:时间向度

[85] 参见江苏省第一建筑安装集团股份有限公司与唐山市昌隆房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案,《最高人民法院公报》2018 年第 6 期(总第 260 期),第 9-17 页。

[86] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社 2019 年版,第 273 页。

上的层级 + 范围/程度向度上的层级。

其三,抗辩权主要效力作用场域的面向。抗辩权虽为实体法上的权利,但因其所指向的是请求权可实现性之排除,最终必然要体现在诉讼中,因而抗辩权不仅在实体法上具有可排除请求权实现的拒绝效力,在程序法上也发生驳回原告诉讼请求的效力,但鉴于抗辩权作用路径的不同,诉讼上最为特殊的体现为对待给付判决。即抗辩权主要效力表现为:实体法上的效力 + 裁判上的效力。

在《民法典》颁布之后的民法再体系化过程中,努力实现与请求权体系相匹配的抗辩权体系化整理,是请求权基础思考方法提倡者乃至全体法教义学研究者应该重视的问题之一。本文旨在为构建请求权与抗辩权平衡发展的民法教义学体系,希冀能抛砖引玉,引起学界更多重视与思考。

[本文为作者参加的 2019 年度中国政法大学民法学青年学术创新团队项目“中国民法典体系的梳理、协调与解释”(19CXTD01)的研究成果。]

[**Abstract**] In view of the different legal effects of different defenses, it is necessary to reconsider the dominant theory that the main effect of defense is to hinder the enforceability of claims. The system of the main effect of defense is structured by two elements: time and degree of hindrance. The difference between peremptory defenses and dilatory defenses mainly lies in their time element, while claim-limiting defenses and defenses of contemporaneous performances with self-determination condition are distinguished by their degree of hindrance. Since the main effect of defenses is to hinder the enforceability of claims, any channel through which a claim may be enforced can be blocked by defenses, no matter whether it is a claim or not. However, the defense of contemporaneous performance and the defense of uncertainty will not hinder the claim and its enforceability as a whole, because their effect on the civil procedure law will be a contemporaneous performance judgement, which is just one verdict with contemporaneous performance condition, rather than two performance judgements during the same period. Therefore, the main effectiveness of the defense can form an organic system: in terms of the object, that is “the effectiveness of the right of claim + the effectiveness of the right of claim substitution”. In terms of the action path, that is, “the hierarchy in the time dimension + the hierarchy in the range/degree dimension”. As far as the field of action is concerned, it is “the effect on substantive law + the effect on judgment”.

(责任编辑:姚 佳)