

国际金融法上的抵销权

沈达明 编著

对外经济贸易大学出版社



数据加载失败，请稍后重试！

国际金融法上的抵销权

沈达明 编著

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目 (CIP) 数据

国际金融法上的抵销权/沈达明编著. --北京: 对外经济贸易大学出版社, 1999. 5

ISBN 7-81000-902-8

I. 国… II. 沈… III. 国际法: 金融法-研究 IV. D990.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 39493 号

© 1999 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

国际金融法上的抵销权

沈达明 编著

责任编辑: 彭秀军

对外经济贸易大学出版社

北京惠新东街 12 号 邮政编码: 100029

北京飞达印刷厂印刷 新华书店北京发行所发行

开本: 850×1168 1/32 7.875 印张 204 千字

1999 年 5 月北京第 1 版 1999 年 5 月北京第 1 次印刷

ISBN 7-81000-902-8/D·039

印数: 0001—3000 册 定价: 10.00 元

前 言

抵销能避免迂回清偿和多次诉讼。但抵销的主要作用不限于此。能行使抵销权的债务人实质上持有担保权益，因为他对债权人的请求权可用来抵销债权人对他的请求权，从而得到清偿或解除，例如银行可用客户欠银行的贷款抵销银行欠客户的存款。抵销同时解除两个请求权。

请求权是现代经济上的主要财产形式。债权人往往是对方的债务人，因此抵销法在国际金融业务中具有几乎与担保权益相同的重要作用。

各国的抵销法反映各国不同的立法政策。例如，英国法限制有清偿能力人之间的抵销，有利于债权人不作扣除得到清偿，即支持所谓“先清偿，然后打官司”的原则。制定在破产程序中强制抵销的规则有利于债权人得到清偿，因为他虽不是有担保权益的债权人，但他将同样得到清偿。相反，禁止在破产程序中抵销的法国法系法律，增加破产财团的资产，因此对破产人有利。

国外从事法律业务和法律研究的人都对抵销法感兴趣，因为在这个领域内有很多基本问题尚未得到解决。例如，银行合并客户帐户的权利是抵销的一种形式，还是由于法律视为银行与客户之间的各笔交易是一个单一的帐户所产生的？如果采用后说，则应该进一步地问：这个单一帐户是从开始就存在的，还是当银行使用合并权时才存在的？又例如，抵销仅仅是诉讼程序上的请求权，还是对原告的请求权的实体法上的辩护？如果是实体法上的辩护还得追问：交叉请求权一旦存在，是否“在此限度之内就此

消灭请求权或者此项消灭必须在被告对他主张抵销的另一方知道时或者主张请求权的一方作某种公开行为予以提出时才实现”？再例如，银行在其客户的帐户上的贷方余额上的担保权益，是真正的担保权益，还是合同设定的抵销？

据 R. Goode 说，现在英国法系关于抵销的书主要有三本：1988 年 R. Derham 的《抵销》是 160 年以来英国第一本论述抵销法的专著；1989 年出版 P. Wood 的一千多页的《英国与国际抵销》；1993 年出版的 S. McCracken 的《银行业的抵销救济》。Goode 自己曾在《商法》一书中论述抵销法，并在 1988 年出版的《信贷与担保的法律问题》一书中全面、深入地从比较法的角度论述英国法系的抵销法。

英美法系对抵销的各种形式没有普遍使用的名称。在论述抵销法时，使用的名词、形容词甚至动词也不一致。Wood 创造的 Intervener 概念与术语虽很有用，但没有被普遍接受。

本书试图介绍上述四本书的主要内容并根据 Planiol、Ripert、Carbonier 等人的大陆法教科书介绍德国法与法国法的立法与学理。

本书遗漏、错误之处请读者指正。

编 者

1998 年 8 月

目 录

第一篇 概 述

- 第一章 比较法和法律冲突法 (3)
- 第二章 法国、德国、英国和其他国家的抵销法 (23)

第二篇 比 较 法

- 第三章 破产程序之外的抵销 (60)
- 第四章 破产程序中的抵销 (107)

第三篇 再论英国法与法国法
上的抵销权

- 第五章 英国法 (137)
- 第六章 法国法 (172)

第四篇 专 题 讨 论

- 第七章 金钱债权转让时的抵销权与保证人 (183)
- 第八章 银行帐户的合并 (188)
- 第九章 关于在银行帐户贷方余额上为银行设定负担的问题 (198)

第十章 抵销权的法律性质	(211)
第十一章 英国法上以协议设定的担保	(231)
第十二章 美国《破产法典》上的抵销	(237)
第十三章 德国法上的意思表示	(241)

第一篇

概述

第一章 比较法和法律冲突法

一、术语与定义

两个相互交叉的，往往是无形的、看不见的请求权的存在，使抵销权成为难以捉摸的事物。每一方当事人同时是债务人与债权人，因此应注意法律使用的术语。

（一）抵销

“抵销”一词英美法称为 set-off，此词作为动词使用为 set off。在美国，有人称之为 off-set。法国法称之为 Compensation。德国法称之为 Aufrechnung。

（二）债权人的请求权

债权人的请求权亦称“原始请求权”。有些人，尤其是大陆法系的人称之为“主请求”。这个名称的缺点在于同代理关系中“本人”的请求权混淆以及与保证关系中主债务人欠债权人的请求权混淆。称债权人的请求权为原告请求权也是不恰当的，因为在很多情形下抵销是一种自助救济。

（三）债务人对其债权人的请求权

债务人对其债权人的请求权，一般称为“债务人的请求权”或“交叉请求权”。债务人使用这个请求权以减少或消灭债权人的原始请求权。在英美法系国家，应避免使用“反请求”一词指称被告的交叉请求权，因为在英美法上“反请求”是一种不同于抵销的诉讼法上的救济。

(四) 定义

凡是债权人要求其债务人清偿债，而债务人持有对债权人的交叉请求权，在这种情形下如果债务人能用他的交叉请求权减少或消灭债权人的请求权的金额，则可以说债务人作了抵销。抵销起着双重清偿、解除相互的请求权的作用。债务人在其资产，即债权人欠债务人的交叉请求权的限度内 (pro tanto) 清偿了债权人的请求权。两个请求权在这个限度内得到清偿。

债务人使用他的资产清偿他的负债。他以欠他的交叉请求权清偿他的债权人的请求权。债务人并不是把债权人的请求权清偿交叉请求权。

二、各种形式的抵销权

(一) 无关联的请求权之间的抵销

在英国法系，无关联的请求权之间的抵销出现于下述情况，即相互的请求权不是同一笔交易产生的，而是相互独立的、无关联的。这种抵销形式来源于 1725 年、1735 年的成文法，由普通法法院执行。这两个成文法已经在一百年之前被废止，由法院制定的诉讼规则所取代。因此，英国人称之为成文法上的或普通法上的抵销。立法理由为：(1) 防止诉讼程序的迂回性、复杂性；(2) 防止监禁那些债权人欠他钱的债务人。这种抵销，英美法系称之为成文法上的抵销，或诉讼程序上的抵销，或独立的抵销。

与这种抵销形式相对应的法国法系制度，在法国法上称为 Compensation。

按照英国法，这两个独立的请求权必须是已变成金额的或者有予以确定的把握的。此种抵销形式一般限于在诉讼程序中援用，因此不是自助的救济。债务人扣除交叉请求权后，向债权人作偿还提示，不构成有效的、法定的清偿提示。但此项规则不是绝对

的。英国法院往往凭微小的证据推理得出结论说当事人之间存在合同设定的抵销。

英国法对自助抵销的敌对态度明显地与大陆法系相对立。在很多大陆法系国家,无关联请求权之间的抵销是一种自助救济。德国法系只要求一方的意思表示,法国法系则更进一步承认自动的抵销。据说英国法系的立法政策是:(1)债权人有权得到用法币清偿,除非有不同的协议;(2)商事交易需要清偿的可预见性与肯定性,即现金流量原则。如果债务人愿意得到自助式的有清偿能力人之间的无关联请求权之间的抵销,他必须与债权人订立设定抵销的合同,不是由债权人发动订立不抵销的合同。

(二) 往来帐户抵销(合并)

凡是相互的请求权是流水帐户产生的,这种抵销称为往来帐户抵销。这些帐户,尤其是在银行开立的往来帐户,为方便起见分别开立为几个帐户,其中一个帐户为贷方,一个为透支帐户。商人之间有时也开立流水帐户。往来帐户抵销是一种自助救济,有时援用这种抵销不需要作任何抵销的意思表示。银行往来帐户的自助性是从银行的留置权发展起来的。所谓留置权是指在客户的财产上有留置权的银行,能留置作为金钱债权担保物的财产。这种留置权是作为一种自助权利行使的。尽管如此,留置权不同于抵销。如系留置权,银行占有有形财产,但是在抵销的场合,银行在客户的资产上即客户的请求权上并没有财产权。

往来帐户抵销能说成是交易上抵销的一种形式或默示的合同设定的抵销。有些判决说不是抵销,因为只有一笔欠债。Wood认为在许多的情形下,确实是抵销,因为只是在存在两个帐户的情形下抵销才能发生。

(三) 交易上的抵销(衡平法上的抵销)

交易上的抵销要求相互请求权是从同一笔交易或关联密切的几笔交易产生的。一般情况是主张其原始请求权的债权人没有履

行他要求清偿的那个合同项下的义务。交易上的抵销是自助救济，这一点不同于无关联请求权之间的抵销。两个请求权都不需要金额已定。买方对要求支付货价的卖方，能要求他把货物瑕疵损害赔偿计算在内。对要求支付租船费的船东，承租人能要求他把不法扣留船舶使承租人遭受的损失计算在内。

上述抵销形式曾经英国普通法院发展，称为减少 (abatement)。是为避免无关联请求权之间抵销的严厉要求，即两个请求权都是金额已定的。

交易上的抵销又经英国的衡平法院分别地发展，称为衡平法上的抵销。自从 19 世纪末期英国司法制度改革以来，由分成几个庭的同一个英国最高法院执行普通法上的和衡平法上的抵销。两种法律如有冲突，衡平法应居上。两种抵销之间虽仍有微小的差别，但近年来 Denning 等英国法官主张不加以考虑。

有人提出交易上的抵销不是抵销，仅仅是减小债权人的请求权金额，其结果是所欠的金额只有一笔。Wood 认为在某些情形下虽确实如此，但仍能称之为抵销。

大陆法系往往用“关联性”一词指称交易上的抵销。

交易上的抵销在使用上不是没有限制的。债务人不一定能单凭两个请求权是同一笔交易所产生的为理由以他的交叉请求权抵销债权人的原始请求权。英国法对哪些交叉请求权具备抵销的条件、哪些不具备作微妙的区别。

交易上的抵销是自助抵销，尽管债务人的交叉请求权是金额未定的损害赔偿请求权。立法理由是不应该允许债权人坚持清偿就他没有做的事提出的请求权。如果他打算得到交易项下的得益，他必须承担交易项下的负担。此项立法原则比现金流量原则更加重要。

(四) 合同设定的抵销

合同设定的抵销是指在双方当事人之间如果没有合同设定的

抵销权就没有抵销可以援用时发生的抵销。这种合同可能是明示的，或默示的，或以习惯为依据成立的。抵销所根据的是合同，不是两个请求权来自同一交易这个事实。合同可能授予债务人与债权人违约时以其交叉请求权作抵销的选择权。合同也能规定强制性的抵销以便产生净余额。

合同设定的抵销有下述用途：

1. 授予本来只能用诉讼程序才能援用的抵销以自助性，例如无关联请求权之间的抵销。
2. 允许金额未定的和非来自同一交易的请求权之间的抵销。
3. 允许对免于抵销的原始请求权，例如运费请求权或票据上的请求权作抵销。
4. 允许两个未到期的请求权之间的抵销。
5. 允许以交付财产负债抵销金钱负债或以金钱负债抵销交付财产负债。
6. 允许两个非相互性的请求权之间的抵销。

大陆法系称合同设定的抵销为协议抵销或任意抵销。

合同设定抵销在国际金融和商事上极为重要，例如为票据交换所、结算系统等所使用。若干主要的商事国家禁止在破产程序中抵销，合同设定的抵销在某些情况下能克服此项禁止。

某些形式的“双方认可的帐目”(account stated)可作为合同设定的抵销。

(五) 破产程序中的抵销

凡是主张请求权的一方破产时进行的抵销称为破产程序中的抵销。破产程序中的抵销是最重要的抵销形式。当事人往往作为一种担保信赖抵销，此种“担保”只是在破产程序中关系重要。

英国法的立场是债权人与债务人之间的一切请求权，如果可行并且公平合理，就应该作抵销。这是违反破产法的债权人平等按比例分配的原则的。法国法就是从此项原则出发采取与英国法

相反的立场。英国法的论据是要求债权人向破产人的破产财团清偿债权人所欠的全部债务而对他的金钱债权仅仅得到一份分配额,而且分配额金额可能很小,那是不公平的。再说破产人往往是违约者,如果主张请求者破产,那么现金流量原则以及把无关联请求权分别开立,使之不具备抵销条件的其他理由都失去意义。

关于破产程序中的抵销,英国法的法律渊源,关于破产为1986年《破产法》第323条,关于公司为1986年《破产规则》第4.90条。这些规定最早出现在1765年的成文法上。Wood把有关破产程序中的抵销的成文法规定简称为成文法的破产程序中抵销的条款。

按照英国法,如果债权人申报债权或要求申报,破产程序中的抵销就此成为强制性的。

(六) 抵销与反请求

抵销与反请求不同。反请求是指只是在诉讼程序中提出的,不具备狭义的抵销的条件请求权。诉讼当事人能按照诉讼程序规则对对方当事人提出,法院将与诉讼请求同时作出判决。允许提出反请求的政策首先是防止诉讼程序的增多,做到审判上的节省,其次是考虑到救济既由法院掌握,把债权人与债务人的请求权一起计算,只要求清偿净余额将是公平合理的。其条件是不能因此使诉讼过分复杂化或推迟债权人的请求权的强制执行,从而使他遭受损失。事实上,法院往往对请求与反请求作分别判决。如果法院作出余额判决,节省效果与审判上的抵销相同。

(七) 大陆法上的抵销分类

大多数大陆法系国家用“抵销”一词指称无关联请求权之间的抵销。“抵销”细分为以下各种:

1. 法定抵销

法定抵销是指按照民法典能援用的无关联请求权之间的抵销。

2. 协议抵销

协议抵销是指合同授予的无关联请求权之间的抵销。

3. 审判上的抵销

审判上的抵销是指诉讼程序中法院命令的抵销。

大陆法系国家的法律并不给予交易上的抵销和往来帐户抵销任何专有的名称。很明显,这两种抵销形式与公认的上述抵销方式有差别,应该分别予以论述。这两种抵销形式的特征表现在破产程序中。尽管很多大陆法系国家不允许破产程序中抵销,但多数、甚至所有国家都允许在破产程序中作往来帐户抵销和某些交易上的抵销。

(八) 按照抵销的行使方式所作的分类

按照其行使方式可把抵销分成三类:

1. 有清偿能力人之间的自助抵销

凡是主张请求权的两个人都有清偿能力,而且债务人在扣除交叉请求权金额后所作的清偿原始请求权的提示视为有效的清偿提示,就是作为自助救济行使的抵销。在英国法上,此类抵销一般限于往来帐户抵销,主要指银行往来帐户抵销,但不限于此,还有交易上的抵销、合同设定的抵销。无关联请求权之间的抵销一般不能作为自助救济行使,除非债务人按照习惯法享受留置权。大陆法系则认为无关联请求权之间的抵销当然可以作为诉讼外的救济行使。德国法系在这种情形下要求意思表示,法国法系没有此项要求。

2. 审判上的抵销

这是作为诉讼程序中的一项辩护提出的抵销,因此有时称为作为抵销的辩护,表示不同于反请求。审判上的抵销包括各种抵销形式,即无关联请求权之间的抵销、往来帐户抵销、交易上的抵销和合同设定的抵销。抵销之所以在诉讼程序中提出是由于以下各种原因: