

国际金融法中的 抵销理论与实践

张学安 著



Theory and
Practice of Set-off
in the
International
Financial Law

西北政法大學學術文庫

國際法系列

法律出版社

国际金融法中的 抵销理论与实践

张学安 著



Theory and
Practice of Set-off
in the
International
Financial Law

西北政法大學學人文庫

國際法系列

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际金融法中的抵销理论与实践/张学安著. —北京:
法律出版社, 2008. 12
(西北政法大学学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8950 - 5

I. 国… II. 张… III. 国际法:金融法—研究 IV.
D996. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 166662 号
© 法律出版社·中国

西北政法大学学术文库

国际金融法中的抵销
理论与实践

张学安 著

责任编辑 孙东育
田会文
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 12 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/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.5 字数 255 千

印次 2008 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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 - 5036 - 8950 - 5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北政法大学学术文库编辑委员会

编委会主任： 贾 宇

编委会副主任：赵馥洁 王 瀚

编委会成员（以姓氏笔画为序）：

王周户	王政勋	王 健	王楷模
王 瀚	王 麟	冯 雪	闫亚林
刘进田	刘光岭	严存生	李万强
汪世荣	张周志	杨宗科	郭 捷
赵馥洁	贾 宇	高在敏	强 力
韩 松	谢立新	慕明春	

总序：真研究实在的问题

《西北政法大学学术文库》是西北政法大学在本校教师的研究成果中遴选出版的一套学术丛书，希望它能代表西北政法大学的学术导向、学术风格和学术水平。

西北政法大学来源于中共中央 1937 年在延安创办的第一所干部学校——陕北公学。陕北公学生于战火，旨在救亡。毛泽东就在亲自讲学时鼓励学生：因为有陕公，中国不会亡。1949 年，由陕北公学等学校合并而成的延安大学奉命南迁西安，成立西北人民革命大学，是为了给西北地区新成立的各级人民政权培养干部，它的办学风格自然与本来意义上的大学大异其趣。再后来院校合并，西北大学法律系并入，形成法学教育的“四院四系”或“五院四系”，“文革”中停办。“文革”后恢复，主管由最高人民法院而变为司法部，后变为陕西省；校名由西安政法干校、中央政法干校西北分校、西安政法学院、西北政法学院；最后更名为西北政法大学。学校坎坷磨难，师生筚路蓝缕，总算成就了一个全国法学人才

重要培养基地和法学重镇的地位,同时形成了法学特色鲜明,哲学、经济学、管理、新闻、公安、外语等多学科协调发展的格局。

大学的根本宗旨是培养高水平人才;围绕这一根本宗旨,教学和科研是学校的两项中心任务。由于十万校友在全国各行各业,特别是法律行业的杰出表现,西北政法大学对自己的教学水平从来都相当自信。近年来,学校更是旗帜鲜明地反对教育行政化,提倡回归大学本位,坚持加强实践教学、服务社会、开放办学的方针,教育教学质量得到了进一步提高。全国各大法学院都有个别教师挂职司法部门实践的经验,但我们已将法科教授的挂职作了分批次、普遍化的安排;我们在全中国首创了所有法科青年教师担任法官助理一年、法科研究生担任见习法官、检察官助理半年的实践教学模式;多年来,我们都把法庭辩论、模拟法庭教学正式纳入课程体系,等等。一系列的教学改革,使教师的教学能力、学生的实践能力都得到了明显提升。

科学研究也是大学的重要职责之一。经过几代西北政法大学学人的努力,现已形成了在价值哲学、陕甘宁边区法制史、死刑问题、法学教育研究等领域的一批特色研究成果。但毋庸讳言,在科研方面,由于历史的原因,人文类学科比之理工类学科,单科性大学比之综合性大学,还是有一定距离的。近年来,西北政法大学采取一系列改革措施,大力引进高水平人才,激励教师申报承担各级研究课题,取得了阶段性的成果。全校已经获得博士学位和正在攻读博士学位的教师已达到 170 多人,而且分别来自英、法、德、美、日、韩等国外著名大学和国内名校,学渊结构显著改善。近五年承担国家社科基金项目 42 项,名列陕西高校前茅。为了使教师已取得的高水平研究成果更好地服务社会并鼓励教师取得更多更好的研究成果,西北政法大学决定出版这套学术丛书。

最近有外国学者发表言论,说中国的学者出书是最大规模的废纸制造业。言者无罪,闻者足戒,我们应当提高警惕。出书者成为废纸制造者,不外乎两个原因:一是研究了伪问题,而不是实在的问题。娱乐记者

可以连篇累牍地讨论名角情变、名媛怀孕,但自称并被称为“学者”的人不能研究这样的伪问题。二是写了实在的问题,但没有真研究。真正的研究要大量搜集资料、广泛调查事实、深入思考道理,而不能东拼西凑、东拉西扯,让读者不知所云。如前所述,西北政法大学的师生一直很实在,出书不太多,其中制造废纸的数量可能也有限。但现在看来,能写书的学者多了,学校又狠抓科研工作,质量问题自然要引起关注。

所以,本丛书的编辑者希望、也会督促丛书的作者们:真研究实在的问题。

贾 宇

于古都长安

二〇〇九年二月八日

目 录

绪言 / 1

第一章 抵销的内涵和外延 / 6

第一节 抵销的法律界定 / 6

一、抵销的基本含义 / 6

二、抵销的种类 / 14

三、抵销权的法律性质 / 17

第二节 抵销的历史发展 / 24

一、罗马法中抵销的历史发展 / 24

二、英美法中抵销的历史发展 / 28

三、德国法系及斯堪的纳维亚国家的抵销立法 / 41

四、法国及拉丁法系国家的抵销立法 / 46

五、中国内地抵销立法的历史发展 / 49

第三节 国际金融业务中的特殊抵销立法 / 52

一、国际金融交易中抵销的特点 / 52

二、近期国际上抵销立法状况 / 54

三、国际层面上的抵销立法 / 61

第二章 抵销的实体要件 / 64

第一节 抵销实体要件概述 / 64

一、抵销的基本要件 / 64

二、约定抵销中要件的变化 / 72

三、破产抵销时要件的变化 / 73

第二节 相互性 / 75

一、相互性的概念 / 75

二、共同债权人、共同债务人与相互性 / 78

三、债权让与关系中的相互性 / 81

四、代理关系中的相互性 / 89

五、扣押债权之第三人与债务人之间的相互性 / 92

六、母子公司、政府与国有银行之间的相互性 / 95

七、故意违约所生债务与相互性 / 97

八、合伙企业与合伙人的债权人之间的相互性 / 98

第三节 几种特殊债权/债务的抵销问题 / 100

一、外币的抵销 / 100

二、从属之债(次级债)的抵销 / 104

三、或然债务的抵销 / 106

四、超过诉讼时效的请求权与抵销 / 111

五、连带债务的抵销 / 113

六、有担保的债权可否抵销的问题 / 113

第四节 清偿期与抵销数额 / 114

一、清偿期 / 114

二、抵销数额的确定 / 116

第三章 抵销的程序问题 / 119

第一节 抵销的程序 / 119

一、自助性地(self-help)行使抵销权 / 119

二、判决抵销 / 120

三、自动抵销 / 121

四、破产程序中的抵销 / 121

第二节 抵销诉讼的有关问题 / 123

一、诉讼中抵销的必要性及法律定性 / 123

二、诉讼中的抵销不同定性之差异 / 125

三、诉讼中的抵销与既判力问题 / 128

四、诉讼抵销的溯及力问题 / 129

第三节 抵销通知问题 / 130

第四章 抵销之法律适用 / 133

第一节 有偿付能力当事人间抵销之法律适用 / 133

一、抵销法律适用之复杂性 / 133

二、法院地法 (Lex fori) 与抵销 / 135

三、“意思自治”、“最密切联系”与债的准据法 / 137

四、第三人介入时债所适用的法律 / 138

五、非破产情况下抵销法律适用之我见 / 138

六、以案例分析法律适用条款对抵销的影响 / 141

第二节 破产程序中抵销之法律适用 / 145

一、破产管辖与破产裁定的域外效力 / 145

二、破产程序中抵销的法律适用问题 / 148

第三节 关于欧洲货币的法律适用 / 152

一、欧洲货币涉及的法律问题 / 152

二、欧洲货币贷款的法律适用 / 153

三、欧洲货币存款的法律适用 / 153

第五章 破产程序中抵销的几个特殊法律问题 / 159

第一节 破产程序中抵销权的行使问题 / 160

一、破产管理人行使抵销权问题 / 160

二、破产抵销权的行使方式 / 161

第二节 怀疑期及与此相关的禁止抵销 / 162

一、怀疑期(犹豫期) / 162

二、与怀疑期相关的抵销禁止 / 164

三、优惠与抵销 / 168

第三节 重整对约定抵销的制约 / 171

一、破产程序与约定抵销 / 171

二、重整程序与约定抵销 / 171

第六章 银行合并账户 / 176

第一节 银行与客户的关系 / 176

一、银行客户 / 176

二、银行与客户的关系 / 176

三、银行账户的法律特征 / 178

四、银行与客户间的相互责任 / 179

第二节 银行合并账户的法律性质 / 180

一、合并账户不是行使留置权 / 180

二、两个或多个账户产生几个债务 / 181

三、银行合并账户法律性质的评说 / 185

第三节 银行合并账户的若干问题 / 188

一、对合并账户权的限制 / 188

二、抵销函(letters of set-off) / 191

三、不同币种及在国外分支银行的账户能否合并 / 191

四、合并账户是否需要通知 / 191

五、银行合并账户权是否优先于第三人的权利 / 192

第四节 中国大陆法中银行合并账户的若干法律问题 / 195

一、银行账户及一般抵销的规定 / 196

二、银行扣划存款与法院冻结 / 200

三、破产程序与银行扣划存款 / 204

第七章 国际银团贷款及担保中的抵销 / 207

第一节 国际银团贷款法律关系及抵销 / 207

一、直接参与式贷款的法律关系及抵销 / 207

二、间接参与式贷款的法律关系及抵销 / 208

第二节 贷款证券化与抵销 / 212

一、贷款证券化的特征 / 212

二、可转让贷款书 (Transferable Loan Certificate) 与抵销 / 214

三、可转让贷款参与权证书 (Transferable Participation Certificate) 与抵销 / 214

四、可转让贷款票据 (Transferable Loan Instrument) 与抵销 / 214

第三节 国际银团贷款中有关抵销的几个问题 / 215

一、合同约定与抵销 / 215

二、全球抵销问题 / 217

三、多种货币抵销问题 / 218

第四节 担保法律关系中的抵销问题 / 219

一、担保法律关系简述 / 219

二、担保人与债权人之间的抵销 / 223

三、担保人与主债务人之间的抵销 / 226

四、主债务人与债权人之间的抵销权对担保人的效力 / 228

五、共同担保人之间的抵销 / 230

第八章 与信用证相关的抵销问题 / 232

第一节 信用证法律关系 / 232

一、信用证的概念及法律性质 / 232

二、信用证法律关系问题 / 234

第二节 信用证关系中的抵销权 / 236

一、开证行与信用证受益人之间的抵销 / 236

二、其他当事人之间的抵销 / 237

三、对依赖存款保证的银行抵销权之保护 / 238

四、开证行的拒付权及抵销权 / 240

五、与信用证有关的融资与抵销 / 244

第九章 票据法律关系中的抵销 / 247

第一节 与抵销相关的基本票据关系 / 247

一、可用于抵销的票据种类 / 247

二、票据当事人 / 247

三、票据债务人 / 248

四、票据行为的主要特征 / 249

第二节 票据当事人与抵销 / 250

一、出票人与抵销 / 250

二、背书人与抵销 / 253

三、承兑人与抵销 / 254

四、其他票据当事人与抵销 / 257

第三节 票据抵销的几个特殊问题 / 258

一、期后背书问题(Endorsement on Overdue Bill) / 258

二、背书不连续时的抵销问题 / 260

三、贴现行的抵销权 / 260

第十章 国际支付与结算法律关系中的抵销问题 / 262

第一节 国际支付概述 / 262

一、跨国资金划拨 / 262

二、资金结算系统中的抵销 / 264

第二节 国际支付与抵销 / 269

一、支付过程中的法律关系与抵销 / 269

二、参与跨国支付的银行、收款人、付款人与抵销 / 270

第三节 约定抵销问题 / 275

一、合同法的原则及对抵销的影响 / 275

二、合同条款中的抵销 / 276

三、约定抵销及其效力 / 279

第四节 净额结算的法律问题 / 284

一、净额结算概述 / 284

二、终止型净额结算(Close-out Netting)的可执行性问题 / 291

三、对金融合同的特殊立法强化了终止型净额结算合同的可执行性 / 293

第五节 系统清算中的抵销及总协议(Master Agreement) / 300

一、系统清算中的关系与抵销 / 300

二、国际金融市场上的总协议(Master agreement) / 302

三、支付清算中轧差的终局性问题 / 307

第六节 中国结算和支付中的抵销法律问题 / 311

一、中国的金融市场及相关法律规范 / 311

二、支付体系中的抵销 / 311

三、其他多边净额结算中的抵销 / 312

四、金融市场的主协议在破产法上的可执行性问题 / 313

五、清算系统参与人轧差和支付的终局性问题 / 316

主要参考文献 / 318

绪 言

抵销,早在巴比伦法和罗马法中就已经产生,目前已成为当今世界各国民商法中一项基本的法律制度,并且得到了长足的发展。抵销在当今经济生活中尤其是在国际金融法领域内,地位日益突出。首先,物权债权化扩大了抵销可适用的范围。在金融交易和国际贸易,包括虚拟交易中,以往任何时代都没有如此广阔的可以使抵销充分发挥其功能的空间;其次,抵销的发展不仅限于双边抵销。国际金融交易的合同安排以及交易清算和结算,促成了“多边抵销”(轧差或者净额结算)机制的形成,使得抵销的法律更加复杂;再次,经济一体化和金融全球化的浪潮,对国际金融法提出了更高的要求,同时也暴露出抵销制度在全球化背景下的空前困境。各国抵销立法理念、历史渊源和具体制度的差异,又使得抵销的适用处处充满了法律陷阱;比较典型的是金融交易(尤其是衍生交易)法律后果的不确定性加大,并且在可以预见的时期内统一抵

销立法是不现实的。例如,英国法倾向于保护债权人,限制有清偿能力人之间的抵销,实行“先清偿,再诉讼”的原则,这样有利于债权人的债权不被扣除而获得充分清偿。而在破产程序中实行强制抵销的原则,这样有利于债权人获得较多的清偿。相反地,法国法系则倾向于保护债务人,实行自动抵销,即从双方债权可为抵销之日起,在抵销的范围内相互债权债务消灭,除非法律规定不得抵销或者合法约定排除自动抵销。这样,债务人的利益得到更充分的保护。但是,法国禁止在破产程序中的抵销,这样可以增加破产财团的资产,对本来可行使抵销权的债权人不利。况且,在最需要抵销发挥功能的时刻——债务人破产之时,却又往往遭遇各国刚性破产法最严重的制约。

国际上,论及抵销制度引起人们更多关注的事件,不得不提及20世纪70年代末美国冻结伊朗资产引出的抵销问题。在美国驻德黑兰的使馆被占领后的第十天,即1979年11月14日,当时的卡特总统发布行政命令,冻结位于美国及受美国管辖的人所控制和占有的伊朗政府全部资产。受该冻结令影响的伊朗资产中,大约六十亿美元为美国银行的伦敦分行所控制,这些资产共同属于伊朗中央银行(Bank Markazi Iran)。而美国的一些大银行同时也是伊朗辛迪加贷款的债权人。冻结令一方面引起伊朗对美国银行在伦敦和巴黎的诉讼,同时也引起了银行法律顾问对抵销的研究。值得注意的是,冻结不是没收,债权人即使拥有担保也不许对伊朗的存款主张请求权。但是也存在例外,即明确许可受美国管辖的人在海外设立的分行或附属行,对伊朗政府或一些伊朗的实体抵销其请求权。尽管由于危机的解决,美国银行对伊朗的抵销未付诸实施,但抵销的价值和存在的问题应该引起理论和实务界的关注。

进入21世纪,金融已经开始突破国界的限制,实现金融资本的跨国扩张;突破单纯为工商产业服务,开始提供全过程的家庭理财;突破传统金融观念与管制的束缚,不断推出新的金融品种和金融工具组合;突破传统的手工操作,实现电子化网络化运作;突破传统的产业壁垒,走向业

务交叉与功能多样化;金融的影响也开始突破国界,在地区之间、国与国之间传递。^[1]在 WTO 法律体系尤其是 GATS 等全球和区域自由化协定的推动下,以美国《金融服务现代化法》、英国《金融服务和市场法》等为代表的各国立法改革和以 GATS、NAFTA 和欧盟金融服务法等为代表的全球和区域协定,使得金融服务贸易自由化水平正在日益提高。金融全球化、经济一体化程度日益加深,使得国际金融交易中的法律风险空前复杂,同时也给包括抵销在内的担保法律提供了更加广阔的发展空间。且不论 20 世纪 30 年代末资本主义世界的经济大萧条,1994~1995 年的墨西哥金融危机,1997~1998 年的亚洲金融危机以及后来的俄罗斯金融危机、巴西金融危机,仅以美国的次贷危机为例,开始时并不引起人们关注的次级贷款危机,不久就使经济学家谈之色变,企业家叫苦连连。这足以使人们清楚地意识到,金融风险时刻存在,并且就在我们每一个人的身边!每一次世界性的金融危机,都会造成无数家金融机构倒闭、破产,而一家银行或大企业的倒闭破产,又会使多少家银行和企业陷入深渊!抵销制度具有的担保功能,虽不能使国际金融交易中完全避免风险,但却可以为其加上一道保险锁。“入世”之后,中国金融业正全面融入世界市场。据统计,截至 2007 年年末,26 家外资法人银行,117 家外国银行分行,7 家中外合资证券公司,28 家中外合资基金管理公司,共 15 个国家(地区)的 43 家外国(地区)保险公司在华设立了 134 个营业性机构,共 21 个国家和地区的 141 家外资保险公司在中国 14 个城市设立 200 家代表处。同时,中国银行业已有 5 家中资银行控股、参股的 9 家外资金融机构,有 7 家中资银行在海外设立了 60 家分支机构,有 9 家内资券商在香港设立了分支机构。借鉴、了解包括抵销制度在内的外国的金融法律制度,就显得尤为重要。抵销法律制度,在中国已经初步受到关

[1] 蒋超良语。见孟龙:《金融监管国际化》,中国金融出版社 1999 年版,序言第 5 页。