

论中国民法典上的抵销

崔建远

摘要：在债权转让的情况下，债务人可以有条件地向债权的受让人主张抵销，不受抵销债权的相互性的制约，甚至不受主动债权必须届期的限制。在不得抵销的情形方面，中国民法典原则上尊重当事人关于禁止抵销的约定，变中国合同法“按照合同性质”不得抵销为“根据债务性质”不得抵销，更为适当。抵销权既可以通知的方式行使，也可以提出抗辩或者提起反诉的方式行使，但反诉/反请求才符合其本质要求。从抵销乃抵销权行使、致使双方的债权在数额相同的范围内消灭这个层面观察，裁判者不得依职权适用抵销的规定。抵销不得附条件或者期限应有例外。应区分抵销的生效与债权消灭两个概念，抵销自抵销通知到达对方时生效；但抵销消灭债权的效果溯及自抵销条件成就之时而非抵销通知到达之时。在两项债务非产生于同一合同关系或虽产生于同一合同关系但并非立于对价关系的情况下，加上裁判者坚持履行抗辩权构成的通说，宜主张抵销。第三人向被执行人主张抵销的债权非属强制执行申请人与被执行人之间的交易结果时，抵销可以对抗强制执行。如于受质权设立的通知之前，第三人已经取得了对于出质人的债权，其抵销权不应因出质人为其债权人设立质权而受妨碍。

关键词：抵销 积极要件 消极要件 抵销方法 抵销效力

中图分类号：D923.6 文献标识码：A 文章编号：1004-9428 (2020) 04-0020-13

一、对传统的突破及其正当性

观察《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第568条第1款的规定，学说得出结论：抵销权的产生和行使，必须同时具备积极要件和消极要件。其中的积极要件计

作者简介：崔建远，清华大学法学院教授、博士生导师，中国法学会民法学研究会副会长。

* 本文为国家社会科学基金重点项目“担保制度新发展及其法律规制研究”（19AFX013）的阶段性成果。

有四项：（1）必须是双方当事人互负债务、互享债权（债权的相互性）；（2）双方的债权均须有效存在；（3）双方互负债务，必须标的物的种类、品质相同（同种类性）；（4）必须是自动债权已届清偿期。可是，《民法典》第 549 条关于“有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：（一）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期；（二）债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生”的规定，^{〔1〕}却背离了《民法典》第 568 条第 1 款的规定以及关于抵销的积极要件的通说。

《民法典》第 549 条第 1 项所谓“债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期”“债务人可以向受让人主张抵销”，关涉三方当事人，举例显示之：甲和乙之间有 2000 万元人民币的借款合同，甲依约享有请求乙还本付息的债权，履行期为 2020 年 5 月 21 日。其后，乙和甲订立 A 楼买卖合同，乙依约对甲拥有 5000 万元人民币的房款请求权，履行期为 2020 年 1 月 21 日。甲与丙之间于 2020 年 3 月 5 日成立 2000 万元人民币债权的转让合同，约定甲将其对乙的 2000 万元人民币的债权转让给丙。在这种关系中，如果适用《民法典》第 568 条第 1 款的规定，就不允许乙向丙主张抵销，仅仅允许乙向甲主张抵销；但是，如果适用《民法典》第 549 条第 1 项的规定，那么，只要经过了 2020 年 1 月 21 日，乙就有权援用《民法典》第 549 条第 1 项的规定，向丙主张抵销 2000 万元人民币的债权。

尽管《民法典》第 549 条第 1 项的规定背离了《民法典》第 568 条第 1 款的规定以及关于抵销的积极要件的通说，不要求抵销关系中的双方当事人必须是被抵销债权形成时的双方当事人，但却具有合理性：债务人乙和债权人甲之间可能存在若干交易关系，甚至配有担保法律关系，可能存在着信赖，特别是乙和甲互负债务、互享债权，存在抗辩及时效完成等抗辩权和抵销权等法律手段，形成制衡态势，这样，乙的合法权益就较有保障，抵销权系有效的保障手段之一。但是，甲将其对乙的债权转让给丙之后，乙可能失去对于甲的抵销权，在与甲的关系上不再有抵销权这种有效的保障手段，一旦甲的责任财产不足以清偿数个债权，乙对甲的债权就难以全部实现甚至完全无法实现。乙和丙之间可能无其他交易关系来制约，乙对丙可能无抗辩及抗辩权，依《民法典》第 568 条第 1 款的规定及通说，乙对丙也不享有抵销权。在这样的背景下，在丙请求乙清偿时，乙只剩满足丙请求的“责任”，而无保障自己权益的法律手段。一句话，无论是对甲还是对丙，乙均无抵销权这种有效保障自己权益的法律手段，处于不利的境地。为改变乙所处的这种不利格局，《民法典》设置特则即第 549 条第 1 项，赋权乙对丙享有抵销权，以达利益平衡，是正当的。关于这种制度安排，换个角度说，乙本来拥有的抵销权不得因其债权人转让债权而消失，而是继续保有。

〔1〕 清华大学法学院副教授龙俊博士被借调到全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室，直接参与《民法典（草案）》草拟和研讨，龙俊博士向笔者介绍了《民法典》第 549 条调整的案件类型及立法考量，特此致谢！

至于受让人的权益保护，可通过受让人的尽职调查、适度调整转让款的数额、转让人和受让人之间的抗辩及抗辩权、民事责任制度、借助其他法律关系的牵制等途径，来解决。

《民法典》第549条第2项所谓“债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生”“债务人可以向受让人主张抵销”，这不同于《民法典》第549条第1项所设案型中的两项债权分处于两种法律关系之中。如果说《民法典》第549条第1项所涉案型中的两项债权不具有产生和存续上的牵连性，那么，《民法典》第549条第2项所涉案型中的两项债权则在产生和存续上均有牵连性。由此牵连性带来了履行抗辩权、时效完成的抗辩权以及有关抗辩，甚至抵销权，使债务人的债权及其利益较有实现的法律保障。但是，债权人将其债权转让给他人，债务人与该他人之间不见得存在前述有关保障措施，只得“乖乖地”满足该他人关于清偿债务的请求。更为糟糕的是，当债务人请求转让人（原债权人）履行债务时，转让人却无足够的责任财产予以清偿，使得债务人在财产上只“出”不“进”。帮助债务人摆脱这种不利境地的措施之一是，赋权债务人对受让人享有抵销权，并且降低该抵销权产生和行使的“门槛”：不再要求债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期，也不要求抵销关系中的双方当事人必须是被抵销债权形成时的双方当事人。这就是《民法典》第549条第2项的设计理由。

至于受让人的权益保护，同样是通过受让人的尽职调查、适度调整转让款的数额、转让人和受让人之间的抗辩及抗辩权、民事责任制度、借助其他法律关系的牵制等途径，来解决。

专就债权转让领域的抵销而言，《民法典》第568条第1款为一般法，《民法典》第549条为特别法，后者优先于前者适用。

二、对不得抵销情形的具体分析

《民法典》第568条第1款规定：虽然允许抵销，“但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定不得抵销的除外”，这相较于《合同法》第99条第1款规定的“但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外”更为全面、合理，其中道理在下文的相应之处阐述。

（一）根据债务性质不得抵销的债务

依债的性质，须直接实现，如相互抵销，就背离债的本旨，或不符合给付目的的，就属于依债的性质不得抵销的债务。例如，互相不得竞业的不作为债务，或提供劳务的单纯作为债务，均为性质上不得抵销的债务。^[2]再如，依缔约人的意旨不许以同种类之物代替的，属

[2] 参见邱聪智：《新订民法债编通则》（下册），中国人民大学出版社2004年版，第475页；参见林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第560页。

于性质上不得抵销。^[3]

《合同法》第99条第1款所用表述是“但……按照合同性质不得抵销的除外”，这不如《民法典》第568条第1款关于“但是，根据债务性质……不得抵销的除外”的表达周延。其道理在于：（1）合同，用在法律行为的层面，系意思表示，为合意，而无论意思表示还是合意，均与特定主体紧密相连，话一出口再难收回，“君子一言驷马难追”。在这个意义上，意思表示、合意无法抵销，进而可以说，凡是合同都不能抵销。如此说来，《合同法》第99条第1款规定“但……按照合同性质不得抵销的除外”，等于全部禁止抵销。当然，众所周知，《合同法》的立法者没有这样的立法计划和立法目的。与合同不同的是，合同项下的债务，从对面看就是债权，却有处分权能，抵销债务/债权，系处分的方式之一，至少在若干情况下不违背债务/债权的法律属性；同时，债务/债权的处分权可被限制。《民法典》第568条第1款关于“但是，根据债务性质……不得抵销的除外”的表达，照顾到了债务/债权的这些法律属性，较为可取。（2）合同，用在法律关系的层面，由债权和债务构成，甚至由多个债务和债权组成。每个债务/债权在处分权方面的要求和表现未必一样，可能有的债务/债权不得被抵销，有的债务/债权可被抵销。《民法典》第568条第1款关于“但是，根据债务性质……不得抵销的除外”的表达，能够满足这些要求，符合实际。

（二）按照当事人约定不得抵销的债务

互负债务的双方若以约定排除抵销规定的适用，乃基于当事人之间个别利益的考量斟酌的结果，对于债务本旨的履行原无损益，也不背离债务具有处分权同时该处分权可被限制的法律属性；承认此种特约的效力，符合双方当事人的利益衡平，符合意思自治原则。就此说来，当事人双方约定禁止抵销债务的，该债务就不得抵销。但该约定不得对抗善意第三人。所以，当事人之间纵有不得抵销的特约，如其一方将债权让与他人，该他人为善意的，就不受该特约的约束，仍然可以基于受让的债权对于当事人的他人为抵销，这样可以避免损害善意第三人的权益。^[4]举轻以明重，如果该特约有害交易安全的，则应被认定其为无效。^[5]

按照当事人约定不得抵销的，倘若当事人一方进入破产程序，他方的破产债权是否得依破产法的规定，对于破产管理人就破产财团而为抵销？学说认为，不得抵销的特约，在当事人一方宣告破产时，仍然有效，他方不得就其破产债权主张抵销。^[6]这也与《企业破产法》的精神吻合，值得肯定。

（三）依照法律规定不得抵销的债务

1. 《合伙企业法》第41条前段规定，合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人

[3] 参见孙森焱：《民法债编总论》（下册），法律出版社2006年版，第908页。

[4] 同前注[3]，第909页。

[5] 参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第713页。

[6] 参见[日]兼子一、恒田文次：《破产法、和议法》，第110页，转引自前注[3]，第909页。

不得以其债权抵销其对合伙企业的债务。

2.《企业破产法》第40条规定,有下列情形之一的,不得抵销:其一,债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的。其二,债权人已知债务人有不能清偿到期债务或破产申请的事实,对债务人负担债务的;但是,债权人因为法律规定或有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外。其三,债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或破产申请的事实,对债务人取得债权的;但是,债务人的债务人因为法律规定或有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。

3.《德国民法典》第394条规定,不得对禁止扣押的债权(《德国民事诉讼法》第850条以下条文)主张抵销。其规范意旨在于保护不可扣押债权的债权人,以免对债务人的强制执行保护因抵销而失效。^[7]《日本民法典》第510条规定:“债权为禁止扣押的债权时,其债务人不得以抵销对抗债权人。”《日本商法典》第200条第2项规定,股东对于缴纳股金的请求不得以抵销对抗公司。这是基于股份公司充实资本原则而作出的规定,对于股份公司有足够的责任财产从事经营,保障股份公司能够清偿其债权人的债权,都是必要的,值得中国法及理论借鉴。还有,雇佣人不得以预支金额及其他以劳动为条件的债权抵销报酬。这可防止用预支款拘束人身,并保障劳动者的生活。^[8]中国台湾地区“民法”第338条规定:“禁止扣押之债,其债务人不得主张抵销。”举其要者,如不得强制执行的债权,退休金债权,抚恤金债权等,均属其类。此类债权系维持权利人及其共同生活的亲属生活所必需的债权。此类债权旨在保障权利人及其共同生活的亲属的生活为目的,自然应以该债权人能依债务本旨而为履行,使债权获得现实的满足,方符合立法计划和目的。倘若该债权的义务人竟主张抵销,致禁止扣押的债权竟归于消灭,则保护权利人生活的立法计划和目的无从实现,这显然不应被允许。^[9]所有这些,都符合现代伦理,符合人权原则,值得中国法及学说采纳。

需要澄清,禁止扣押的债权,仅系该债权的债务人不能主张抵销,亦即不能以被动债权主张抵销;非谓其债权人亦不能以之为主动债权主张抵销。盖以债权人如自愿抛弃其利益保护,以其与债务人的债权主张抵销,尚非法之所禁也。例如,公务员主张以其退休金债权与借款债务抵销,仍然发生抵销的效力。^[10]这符合当事人之间的利益衡平,不违背禁止权利滥用原则,可资赞同。

4.《德国民法典》第393条规定,对因故意侵权行为发生的债权不能主张抵销。其规范意旨在于阻止故意侵害行为的加害人可以享有抵销的好处。以此也旨在消除“没有制裁效

[7] 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第149页。

[8] 参见[日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣译,台北五南图书出版有限公司1998年版,第398页。

[9] 同前注[3],第909-910页。

[10] 参见邱聪智:《新订民法债编通则》(下册),中国人民大学出版社2004年版,第474-475页。

力的私人复仇”的危险。^{〔11〕}如果没有第 393 条的规定，不能收回债权的债权人就有可能试图殴打债务人，以便能够以自己本来就无法收回的债权与债务人的损害赔偿请求权抵销。^{〔12〕}诚哉斯言！中国法及理论也应如此。

5. 中国台湾地区“民法”第 340 条规定：“受债权扣押命令之第三债务人，于扣押后始对其债权人取得债权者，不得以其所取得之债权与受扣押之债权为抵销。”所谓扣押命令，是指执行法院依中国台湾地区“民法”第 115 条第 1 项的规定，所发禁止第三人向债务人为清偿的命令。^{〔13〕}所谓受债权扣押命令之第三债务人，例如，依中国台湾地区“强制执行法”第 115 条第 1 项的规定，就债务人对于第三人的金钱债权为执行时，执行法院发禁止命令禁止该第三人向债务人清偿的情形。对第三债务人发禁止命令系为保障强制执行程序中债权人的债权得受清偿，唯第三债务人所得行使的抵销权亦不宜因此而受影响。依中国台湾地区“民法”第 340 条的规定，执行法院的禁止命令不影响第三债务人以扣押时或扣押以前对其债权人取得的债权与受扣押的债权为抵销，即使执行法院的禁止命令于送达时，主动债权尚未届清偿期，甚且后于被动债权届至者亦然。^{〔14〕}至于第三债务人于受禁止命令后，对于强制执行程序中的债务人新取得的债权则不得主张抵销，盖为防止第三债务人与强制执行程序中的债务人于执行法院发禁止命令后，随时创设新债权，再循抵销的途径，消灭经扣押的债权，使禁止命令扣押的效力归于消灭。

再者，债权受扣押的，其债权人不得以之为主动债权而主张抵销，盖债权人的处分权因受扣押而受限制，如有违反，对于声请执行法院发扣押命令的债权人不生效力。^{〔15〕}

三、抵销的方法

对于抵销，《法国民法典》采取当然抵销主义，即双方债权适于抵销状态时，无须当事人就此为任何行为，依法律规定自动发生抵销的效果（第 1290 条）。与此不同，《德国民法典》要求当事人为抵销的意思表示，才发生抵销的法律效力（第 388 条）。《日本民法典》亦然（第 506 条第 1 项）。中国《民法典》借鉴了后一种模式，规定当事人主张抵销的，应当通知对方（第 568 条第 2 款前段）。这表明，在《民法典》上，抵销为单独行为，应适用法律关于法律行为及意思表示的规定。

在日本，判例要求抵销的意思表示必须显示抵销的债权，但不必明示债权发生的日期、

〔11〕 参见 MünchKomm-Schlüter § 393 Rn.1. 转引自前注〔7〕。

〔12〕 同前注〔3〕。

〔13〕 同前注〔10〕，第 475 页。

〔14〕 参见史尚宽：《债法总论》，台北荣泰印书馆股份有限公司 1978 年版，第 813 页；参见王伯琦：《民法债篇总论》，台北正中书局 1962 年版，第 298 页；参见前注〔3〕，第 910-911 页。

〔15〕 同前注〔3〕，第 911 页。

发生原因、数额等，只要显示出能认识到其债权的同一性就足够了。^{〔16〕}另外，可以进行抵销意思表示的时间，与是否适于抵销的时间并无关系。在言词辩论终结前，有适于抵销的债权，在判决确定后仍可抵销。^{〔17〕}以票据债务为抵销的，因票据为缴回证券，必须交出票据。所有这些，都符合事理，且简约经济，值得中国法及学说借鉴。

抵销，不要求采取诉讼的方式。当然，如果抵销权人选择以诉讼的方式为抵销，法律也无禁止的必要。日本民法学说认为，裁判时的抵销不仅有诉讼法上的后果，而且也产生私法上的后果。^{〔18〕}的确如此，诉讼外主张抵销可发生抵销的效果，举轻以明重，诉讼中主张抵销更应发生抵销的效果。《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）（以下简称《九民会议纪要》）第43条前段在中国法上首次明确：抵销权既可以通知的方式行使，也可以提出抗辩或者提起反诉的方式行使。

当然，由于抵销是抵销权的行使，反诉/反请求才符合其本质要求，就此说来，《九民会议纪要》第43条关于抵销可以提出抗辩的方式行使的规定，有必要予以反思。

抵销，系处分债权的行为，抵销人，亦称抵销权人，对于债权须有处分权才有权抵销，且应具有相应的行为能力。不过，出质人对其出质的债权虽有处分权，但须经质权人同意方可抵销，不然，就损害了质权人的权益。遗产管理人就遗产的债务可以为抵销。限制行为能力人的法定代理人可以代为抵销。再者，抵销权虽属形成权，尚非专属权，故可为代位权行使的标的。^{〔19〕}这符合法理，也平衡了各方的利益，值得中国法及理论接受。

《民法典》第568条第2款前段规定，抵销应通知对方。此处所谓对方，应为被动债权的债权人。在债权让与的场合，被动债权的债权人为债权的受让人，抵销的意思表示便应向该受让人为之。被动债权被第三人申请扣押时，抵销的意思表示不但应向被动债权的债权人为通知，而且还应向扣押的申请人为之。被动债权的债权人为无行为能力人或限制行为能力人的，抵销的意思表示应送达到其代理人之处。

在抵销方法领域，存在着这样的疑问：对于乙的付款请求，只是拒绝，从未明示过抵销。到了诉讼中才自称是抵销。这发生抵销的法律后果吗？假如发生，自何时发生？于诉讼程序中的主张时点开始计算？还是溯及既往？拒绝，一般来说，属于抗辩，至于是否为主动进攻性质的抵销，单就此点而言难做判断。所以，在无其他有利证据证明甲的拒绝诚为抵销之外，此处甲的拒绝不宜被认定为抵销。甲于诉讼中表达了抵销之意，哪怕是声称其此前的拒绝乙的付款请求即为行使抵销权，也应认定为甲在抵销，只不过抵销发生的时间点不宜溯及至甲拒绝付款之时。

当事人对抵销持有异议的，应当及时提出，若在约定的异议期限届满后才提出异议并向

〔16〕 参见1932、5、6大民判（民集11卷887页），转引自前注〔8〕，第399页。

〔17〕 参见1909、4、17大民判（民录15辑360页）；1919、3、3（民录25辑364页），转引自前注〔8〕，第399页。

〔18〕 同前注〔8〕，第399页。

〔19〕 同前注〔3〕，第913、914页。

人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在抵销通知到达之日起3个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号第24条）。

在抵销方法领域，还存在着下述疑问：裁判者能否依职权适用抵销的规定？从抵销乃抵销权行使、致使双方的债权在数额相同的范围内消灭这个层面观察，裁判者不得依职权适用抵销的规定，因为于此场合无抵销权行使的事实，不可承认裁判者可依职权代为行使抵销权。

在抵销的方法领域，值得讨论的还有：《民法典》第568条第2款后段规定：“抵销不得附条件或者期限。”这作为原则可以，因为抵销等单独行为本为确定法律关系而有价值，如容许附加条件，将使法律关系愈不确定，易陷相对人于不利，故为保护相对人的利益，原则上应认不许附加条件。抵销的意思表示不得附有期限，其理由也在于使法律关系尽早确定，以符合抵销乃确定法律关系的本质。惟有二种例外，一是附加条件经过了相对人同意，二是条件的成就与否，纯由相对人决定。^{〔20〕}

四、抵销的效力

（一）二人互负债务在同等数额内消灭

《民法典》第568条第1款正文后句规定：“任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销”。《九民会议纪要》第43条第2句规定：“双方互负的债务在同等数额内消灭。”据此可以推知，抵销使双方的债权按照抵销数额而消灭。之所以如此，是因为从自动债权方面看，不能超过自己的债权额获得满足；从被动债权方面看，也仅于得获满足的范围，即仅就自动债权额消灭其债权。由此决定，一方的债权额大于对方的债权额时，前者仅消灭一部分债权额，残存的债权仍然存续；后者则全部消灭。

对于此处所谓债务数额，《九民会议纪要》第43条第3句明确：“双方互负的债务数额，是截至抵销条件成就之时各自负有的包括主债务、利息、违约金、赔偿金等在内的全部债务数额。”

抵销为债权的行使，依据《民法典》第195条第1项的规定，诉讼时效开始中断，就残存的债权，诉讼时效期间应该重新计算，其起算点为残存债权的履行期限届满的次日。

（二）债权溯及抵销条件成就之时消灭

《民法典》第568条第2款中段规定：“通知自到达对方时生效。”这是否意味着两相抵销的债权自抵销通知到达被动债权人之时消灭？笔者认为，不宜按照《民法典》第568条第2款中段规定的文义解读，而应区分抵销的生效与债权消灭两个概念，抵销自抵销通知到达对方时生效；但抵销消灭债权的效果溯及自抵销条件成就之时而非抵销通知到达之时，道理

〔20〕 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第402页。

如下:

抵销为法律行为,而法律行为的效力原则上不溯及既往,但因当事人在双方的债权具备抵销要件时往往认为可随时抵销,于是常常急于为抵销的意思表示,所以,仅令抵销的意思表示向将来发生效力,就容易产生不公平的结果。如果令抵销的意思表示溯及最初得为抵销时发生效力,即相互间的债权溯及得为抵销时按照抵销数额而消灭,结果就比较公平。^[21]所以,《九民会议纪要》第43条第2句规定:“抵销的意思表示自到达对方时生效,抵销一经生效,其效力溯及自抵销条件成就之时,双方互负的债务在同等数额内消灭。”所谓自抵销条件成就之时,与某些立法例及学说所谓得为抵销时的含义相同,是指抵销权发生之时。如果双方债权的抵销权发生之时不同,则应以抵销人的抵销权发生时为标准。被抵销人嗣后纵为抵销的意思表示,也不得溯及其抵销权发生时产生抵销效力,因其抵销权已依对方的抵销意思表示归于消灭。^[22]

(三) 债权溯及抵销条件成就时消灭的具体效果

1. 自抵销条件成就时起,就消灭的债务不再发生支付利息的债务。^[23]二人互负的债务,未必均附有利息债务,即使均附有利息债务,其利率亦未必同一。不过,所有这些,均与抵销的效力无关。若于抵销条件成就后债务人的一方已付利息于另一方,嗣后因抵销而使债的关系消灭,则另一方受领的利息即属不当得利,应负返还利益的义务。

2. 自抵销适状发生之后,一经抵销,债的关系即已消灭,自然不成立债务人迟延履行,如为债务迟延而给付迟延利息,得依不当得利的规定请求返还利益。债务人的违约金债务亦归于消灭。^[24]

3. 抵销的溯及效力对于已发生的法律事实不发生影响。因债务人不履行债务而终止合同的,债务人的债务嗣后纵因抵销而不存在,亦不得认为终止权的发生原因溯及地归于消灭,合同仍然有效。

4. 债权的受让人与债务人之间主张抵销时,纵其受让的债权及债务人供抵销的债权,于受让以前均已届清偿期,所谓抵销条件成就亦于债权的让与具备对抗要件时始行发生,尚非以清偿期为准。盖债权让与以前,债权的受让人与债务人之间原未互负债务,自然抵销条件尚未成就,应待债权的让与对于债务人具备对抗要件时,方始发生。^[25]

需要注意,抵销要在进行抵销的意思表示的当时抵销条件已经成就,如果在适于抵消后又因更改、清偿、解除等原因致使抵销未成就的,那么,抵销的意思表示也就因缺乏其成立

[21] 参见诸葛鲁:《债之抵销》,《法令月刊》第19卷(1);参见林诚二:《民法债编总论——体系化解说》,中国人民大学出版社2003年版,第563页。

[22] 参见胡长清:《中国民法债编总论》(下册),商务印书馆1947年版,第599页。

[23] 参见前注[3],第915页。

[24] 同前注[3],第915页;同前注[10],第478页。

[25] 同前注[3],第916页。

要件而不得产生溯及效力。^{〔26〕}

（四）因清偿地不同的债务为抵销发生的损害赔偿

中国台湾地区“民法”第336条规定，以清偿地不同的债务为抵销的，应赔偿另一方因抵销而发生的损害。其规范意旨表明不能因清偿地不同而谓双方所负债务的给付种类不同，故不妨由一方为有效的抵销，唯为抵销的自动债权人应赔偿另一方因此所产生的损害，以维公平。若依债务本旨，债务人应于清偿地履行债务始能达到合同目的，例如，为建筑房屋而购买钢筋的情形，仍应认为依债的性质不能抵销，因此情形不属于中国台湾地区“民法”第336条调整的范围。^{〔27〕}

抵销人依中国台湾地区“民法”第336条的规定应负损害赔偿责任，系依法律的规定而发生，既非债务不履行，亦非侵权责任，自不以抵销人的故意或过失为要件。还有，所谓损害固以与抵销有相当因果关系为限，其范围则包括另一方因未能在原清偿地受领给付所受损害，以及未能在原清偿地履行债务所受损害。对第三人负担违约金或迟延利息的债务也属于此类。若另一方因抵销而受损害同时受有利益的，则依损益相抵规则，认定是否受有损害。

五、抵销与有关制度的关联

（一）抵销与债的担保

当下有泛化债的担保的思潮及意见，把凡是有助于债权实现的法律措施都当作债的担保。例如，在民间借贷场合双方又订立商品房买卖合同，认为该商品房买卖合同就是民间借贷合同项下还本付息债务的担保。抵销，可直接实现债权，按照举轻以明重的方法，抵销更属债的担保。但这是值得商榷的。迄今为止，通说一直认为抵销具有债的担保的作用，但不符合债的担保的规格和构成，故其非属债的担保，不适用诸如抵押权、质权、保证、定金等债的担保的法律规定。^{〔28〕}

（二）抵销与履行抗辩权

实务中，不时见到当事人一方为了对抗另一方的给付请求，援用《民法典》第525条或第526条甚至第527条和第528条的规定，主张履行抗辩权。可是，此类履行抗辩权的成立需要两项债务发生于同一合同关系之中，加上诸如两项债务立于对价关系以及其他构成要件，要求十分严格，在两项债务非产生于同一合同关系或虽产生于同一合同关

〔26〕 1915、2、17大民判（民录21辑115页）；1915、4、1大民判（民录21辑418页）；1921、1、18大民判（民录27辑79页）；〔日〕於保不二雄：《日本民法债权总论》，庄胜荣校订，五南图书出版有限公司1998年版，第400页。

〔27〕 同前注〔3〕，第916页；同前注〔10〕，第478页；林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第564页。

〔28〕 参见崔建远：《担保辨》，《政治与法律》2015年第12期。

系但并非立于对价关系的情况下，加上裁判者坚持履行抗辩权构成的通说，该当事人一方的履行抗辩便未获支持。可是，如果换个路径，如主张抵销，则会柳暗花明，能够获得支持。例如，承租人乙欠出租人甲的房租1,000.00万元人民币，出租人甲索要数次未果，便起诉到某人民法院，承租人乙以出租人甲欠其借款2,000.00万元至今未还为由，援用《民法典》第526条的规定，行使先履行抗辩权。该抗辩因不符合两项债务分属两个合同关系而不成立先履行抗辩权，故未获主审法院的支持。其实，由于甲和乙互负人民币的金钱债务，完全符合抵销的成立要件，承租人乙主张抵销，便可对抗住出租人甲的诉讼请求。

不过，在有些案件中，债务人选择履行抗辩权，特别是对于履行抗辩权采取存在效果说的前提下，如此选择就更为有利，因为此种履行抗辩权的存在尤其是行使时，就使自己暂时不履行债务不构成违约，不但自己不承担违约责任，而且阻却对方当事人享有解除权，保持住于己有利的合同。假如在诉讼中仅以自己享有抵销权为由对抗债权人的诉讼请求，而不主张履行抗辩权，就会因此时方才主张抵销（过于迟延）不足以“抹去”此前的不履行这种违约行为，换言之，依然构成违约，这就难以对抗住债权人关于以债务人已经违约为由而主张解除合同并要债务人承担违约责任的诉讼请求。

（三）抵销与强制执行

甲欠乙100万元人民币，于未偿还的背景下，双方签订A房买卖合同，甲将其所有的A房卖与乙，作价100万元人民币，并将A房的钥匙交付给乙，但未办理过户登记手续。

此后，甲的另一债权人丙就A房申请强制执行，乙予以对抗，提交的证据有A房买卖合同、甲出具给乙的以A房抵债的承诺文件，援用的法律依据有《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条关于执行异议的规定，即甲和乙之前成立有A房买卖合同、乙持有A房的钥匙、以A房抵偿100万元人民币的欠款意味着乙已向甲付清了房款、A房尚未过户的原因不在乙一方。甲则以A房抵债不符合《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条第3项规定的“已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行”为由，反驳乙的执行异议。对此，笔者分析如下：

如果丙不认可甲出具给乙的以A房抵债的承诺文件，乙无其他证据证明甲与其之间确实成立了以A房抵偿100万元人民币欠款的协议，那么，乙有必要利用抵销的手段以满足《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条第3项规定的“已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行”这一要件，因为以自己对于甲享有的100万元人民币的债权抵销所欠甲的100万元人民币的债务，就等于乙向甲付清了购买A房的全部房款。

诚然，如果确有证据证明甲和乙之间已有以A房抵偿100万元人民币欠款的协议，且甲已将A房的钥匙交付给乙了，那么，这纯属代物清偿，而非A房买卖，换言之，A房买

买卖合同系虚假的意思表示，按照《民法典》第146条第1款的规定，其为无效，自然不存在乙向甲负有支付A房房款的债务，A房应为甲向乙偿还100万元人民币的替代物。

如此一来，这是否意味着系争案件不符合《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条所要求的对抗执行的要件了呢？回答应是否定的，道理如下：首先从就事论事的角度看，A房买卖合同与以A房抵债合同具有实质的一致性，无论在哪个合同中都是甲把A房的占有和所有权转移给乙，都是乙把款项支付给甲，其差异仅仅在于，在A房买卖合同中是乙于缔约后的某个时间向甲付清A房的付款，而在以A房抵债合同中是乙于缔约之前已经付清了A房的付款。既然如此，为何非得死扣《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条第1项所谓“在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同”的字眼呢？！其次，从问题的实质层面探究，《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条乃建立在这样的理念和思想基础之上：强制执行，执行的是被执行人的财产，当有证据证明执行申请人指向的财产不是被执行人的财产时，就不应强制执行该项财产。买卖不动产的场合，买受人或债权人已经付清了全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行，该不动产已被买受人占有，按照商品交换规则，买受人已经取得了该不动产的所有权，只不过在现行法上采取的是登记取得不动产所有权的立法技术罢了。由于商品交换规则的存在和实施，加上强制执行领域非交易领域，因而宜按《民法典》第229-231条的理念行事，而不必墨守《民法典》第214条和第216条第1款的规定。正是在这个意义上，《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条是可取的，值得肯定的。由以不动产抵债替换不动产买卖，如同上文分析的，不动产买卖与以不动产抵债二者具有实质一致性，结论应当一样，即《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条第1项所谓“在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同”，可被替换为“在人民法院查封之前已签订合法有效的以物抵债合同”。

（四）抵销与债权质权的抵触

出质的债权原则上不得抵销，但对于第三债务人而言，如于受质权设立的通知之前，已经取得了对于出质人的债权，该第三债务人的抵销权不应因出质人为其债权人设立质权而受妨碍。不但如此，第三债务人于受质权设立的通知时，或其后已届清偿期的，可以对质权人主张抵销。^{〔29〕}

（责任编辑：赵玉）

〔29〕 参见崔建远：《关于债权质的思考》，《法学杂志》2019年第7期。

On Offset in Chinese Civil Code

Abstract :In the case of the assignment of creditor's rights, the debtor may conditionally seek set-off against the assignee of the creditor's right without being subject to the mutuality of offsetting claims or limited by the period of active claims. In the case where offset is forbidden, the Chinese Civil Code respects in principle the parties' agreement on the prohibition of set-off. It is appropriate to change the basis of the prohibition rule of offset from "the nature of the contract" in Contract Law to "the nature of the debt". The offset right can be not only exercised through notification, but also exercised in the form of a defense or counterclaim. It is however more suitable in counterclaim. From the aspect that the set-off is the exercise of the right of offset which will cause the claims of both parties to eliminate within the same amount, the judge shall not apply the provisions of set off ex officio. The set-off shall not be conditional or time-limited. Two concepts should be distinguished: the effectiveness of offsetting and the elimination of claims. The Offset is effective when the offsetting notice reaches the other party, while the effect of offset should be traced back to when the conditions for the offsetting are fulfilled, not when the offsetting notice arrives. In the case where the two debts are not caused by the same contract relationship or they are generated by the same contract relationship but not by the consideration relationship, coupled with the general statement that the referee insists on the performance of the right of defense, it is advisable to advocate offset. When the third party claims against the person subject to cancellation that is not a result of a transaction between the applicant and the person subject to enforcement, the cancellation may be against the enforcement. If the third party has obtained the creditor's right against the pledgor before the notification of the pledgee's establishment, the offset right should not be hindered by the pledgor's establishment of the pledgee for his creditor.

Key Words :Offset; Positive Requirements; Negative Requirements; Offset Method; Offset Effect

Cui Jianyuan, Professor and Doctoral Supervisor of the School of Law of Tsinghua University, Vice President of the Institute of Civil Law of China Law Society.
