

## 抵销溯及力质疑

张保华

**内容提要:**抵销具有溯及力似乎是理所当然的规则设计,但实则不然。在比较法视野中,抵销溯及力规则只是多种制度选择之一。抵销溯及力理论的历史根源在于潘德克顿学派固守、迁就抵销须在诉讼中提出的传统观念以及对罗马法文献的妥协乃至误读。抵销制度简化清偿、公平清偿的功能不能证成抵销溯及力,抵销溯及力规则违反法律行为不溯及既往的原则,损害交易安全,与实际清偿、诉讼时效以及不当得利规则不能融洽衔接,导致负面体系效应。自20世纪90年代以来,国际上出现了从限制到抛弃抵销溯及力规则的立法趋势。抵销仅向将来发生效力,契合通知抵销立法模式,在利益衡量上具有正当性,能够维护交易安全,使得规则体系清晰、简洁,是我国民法典的应有选择。

**关键词:**抵销溯及力 历史根源 功能正当性 体系效应

张保华:北京交通大学法学院副教授。

抵销作为一项重要而又复杂的法律制度,<sup>[1]</sup>在我国尚未获得足够关注,其中的抵销溯及力问题尤为如此。抵销溯及力被很多域外立法例所确认,虽然我国《合同法》未予规定,但学者通常作肯定解释,而且裁判案例也多对其加以认可。因此,看起来抵销具有溯及力似乎是一条理所当然的规则设计。但实则不然,本文的目的即在于对其提出质疑。法律行为的效力原则上不溯及既往,抵销何以成为例外?支持抵销溯及力的各种依据是否成立?制定中的中国民法典应当就此做出怎样的立法选择?本文将尝试回答上述问题。文章将首先呈现法律文本以及司法实践中的抵销溯及力问题;接下来进行比较法分析,展现抵销溯及力规则在多样制度设计图谱中的位置;然后回溯抵销理论与制度的发展历史,揭示抵销溯及力的传统根源;继而从法教义学立场出发,检讨抵销溯及力规则的正当性;最后结合国际立法趋势,提出我国民法典对抵销溯及效力规则的应有态度。

[1] 《合同法》规定了法定抵销与约定抵销;此外,我国现行规则体系中还存在破产抵销和执行抵销。本文的主要研究对象是法定抵销,如无特别指明,所称抵销均指法定抵销。

## 一 文本与实践中的抵销溯及力问题

抵销溯及力即抵销的溯及效力,指抵销人作出意思表示后,抵销效力溯及到债权得为抵销之时即抵销适状之时。<sup>[2]</sup>《合同法》仅用一个条文规定了抵销的构成要件与抵销权的行使方式,只字未提抵销的法律效力,更未涉及抵销是否具有溯及力。对于抵销权的行使方式,《合同法》第 99 条第 2 款规定,“当事人主张抵销的,应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。”从文义看,该款只是明确了抵销通知生效的时间,并未提及抵销的法律效力如何,属于明显的立法疏漏,有学者评价为“不知何故”“顾此失彼”。<sup>[3]</sup>

不溯及既往,不但是法律适用的基本原则,<sup>[4]</sup>也是法律行为效力的一般规则。按此,抵销不应发生溯及力。但是,让人心生疑惑的是,多年来我国学界几无争议地认为抵销具有溯及力。作为罕见的例外,有论者曾经指出,抵销溯及力理论建立在对罗马法经典著作的错误理解之上,是自动抵销理论的残余,与民法基本制度存在明显冲突,民法典应当把抵销主张与其效力发生时间统一起来。<sup>[5]</sup>此外,王利明教授对此问题的认识经历了从肯定说到否定说的转变,其早前持肯定说,认为抵销溯及既往是妥当的;<sup>[6]</sup>近来则改持否定说,认为抵销不具有溯及力而仅对将来发生效力,但并未提出具体的论证理由。<sup>[7]</sup>

概括来说,学界支持抵销溯及力的理由基本可以分为如下三类:第一,诉诸比较法视角,指出抵销溯及力被很多立法例肯定,<sup>[8]</sup>或者认为根据其他国家或地区的立法及学说,抵销具有溯及力。<sup>[9]</sup>第二,诉诸历史因素,认为抵销溯及力规则源自罗马法中抵销须经法定(ipso jure compensatur)的规则,即抵销无须意思表示即可发生效力。<sup>[10]</sup>第三,诉诸抵销制度的功能,认为抵销具有溯及力的理由主要在于贯彻抵销制度本身简化清偿及公平清偿的功能。上述三类理由分别涉及比较法、法史学以及法教义学等不同视角,至于能否证成抵销溯及力,下文将分别展开具体分析。

学界认为,抵销的溯及效力大致包括如下内容:第一,在得为抵销之时,双方债权、债权担保及其他从权利均在抵销范围内消灭。第二,自得为抵销之时起,不再发生利息债务;如果债务人已支付利息,可依不当得利请求返还。第三,自得为抵销之时起,不再发生债务人迟延履行责任;如果债务人已给付迟延履行利息,可依不当得利请求返还;违约金、损害赔偿

[2] 参见王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 180 页。

[3] 参见朱广新著:《合同法总则研究》,中国人民大学出版社 2018 年版,第 537 页。

[4] 参见房绍坤、张洪波:《民事法律的正溯及既往问题》,《中国社会科学》2015 年第 5 期,第 106 - 124 页。

[5] 参见廖军:《论抵销的形式及其效力》,《法律科学》2004 年第 3 期,第 57 - 64 页。

[6] 参见王利明著:《合同法新问题研究》(修订版),中国社会科学出版社 2011 年版,第 607 页。

[7] 参见王利明著:《债法总则研究》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 711 页。

[8] 参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 710 页。

[9] 参见朱广新著:《合同法总则研究》,中国人民大学出版社 2018 年版,第 537 页。

[10] 参见王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 181 页。

金债务也归于消灭。<sup>[11]</sup> 此外,有学者进一步认为,抵销的溯及效力还包括如下内容:第一,自得为抵销之时起发生的变化,比如债权让与、主动债权罹于诉讼时效、被动债权被扣押等,均不妨碍抵销。第二,作出抵销意思表示时以抵销权存在为必要,如果因清偿等原因消灭了抵销适状,纵然再为抵销意思表示,也不发生抵销的效力。<sup>[12]</sup>

在司法实践中,似乎涉及抵销溯及力这一争议的大多数裁判案例对之持肯定态度。截至2018年12月20日,在“北大法宝”数据库中可检索到直接提及抵销“溯及”效力的有效案例共14个。这些案例均肯定了抵销溯及力,但大多数并未就此进行任何说理,只有少数案例从公平原则或简化清偿的角度给出了简短的理由。<sup>[13]</sup> 此外,还有的裁判尽管并未直接使用“溯及”字样,但认为罹于诉讼时效的债权即便债务人提出了时效抗辩仍然适于抵销,<sup>[14]</sup> 实质上承认了抵销溯及力。不过,也有个别案例指出债权债务结算至抵销之时,<sup>[15]</sup> 则是否认了抵销溯及力。

当前,我国民法典各分编的编纂工作正在紧锣密鼓进行,合同编(草案)二次审议稿已经公开征求意见。对比可见,民法典合同编(草案)有关抵销的第358条与《合同法》第99条没有实质差异,仍然欠缺有关抵销效力以及抵销溯及力的规定。抵销是否具有溯及力,事关抵销双方及其各自的其他债权人等多方主体的切身利益。鉴于法律规范存在明显疏漏、学说解释对之寥寥数语,而司法裁判又语焉不详,在民法典合同编(草案)仍对这一问题保持沉默之际,诚有必要分析梳理、正本清源、借鉴扬弃。

## 二 抵销溯及力的比较法考察:或然选择

在比较法层面,学者支持抵销溯及力的主要理由是该规则被很多立法例所确认。本部分意在全面呈现抵销效力的多样制度选择,确定抵销溯及力规则在完整制度图谱中的位置。

### (一) 自动抵销与抵销溯及力主义

抵销溯及力根植于特定的抵销方式,因此把握抵销方式是理解抵销溯及力的前提。在大陆法系乃至世界范围内,存在着自动抵销、通知抵销以及裁判抵销等多种抵销方式。严格来说,抵销溯及力可能发生在通知抵销或者裁判抵销当中,而自动抵销并不涉及这一问题。<sup>[16]</sup>

目前,以法国为代表的法国法系国家大多采取自动抵销为主的立法模式,而以通知抵销为主的立法模式则多见于以德国为代表的德国法系国家。此外,在大陆法系以及英美法系还存在着裁判抵销。裁判抵销是根据法院判决产生的抵销,在大陆法系往往仅具有

[11] 参见崔建远主编:《合同法》(第六版),法律出版社2016年版,第217页;王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第180页;韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第710-711页。

[12] 参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第711页。

[13] 参见江西省高级人民法院(2018)赣民终101号民事判决书、江苏省苏州市中级人民法院(2016)苏05民终6794号民事判决书、江苏省苏州市中级人民法院(2016)苏05民终6795号民事判决书。

[14] 参见广州海事法院(2007)广海法初字第129号民事判决书。

[15] 参见广东省广州市中级人民法院(2015)穗中法民二终字第1886号民事判决书。

[16] 参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第710页。

补充自动抵销或者通知抵销的附属地位,在英美法系则属于典型的抵销形式,意义更为重大。史尚宽先生将上述三种抵销方式分为实质主义与形式主义两类,实质主义指无须当事人主张、双方债权于得为抵销之时当然消灭,自动抵销属之;形式主义指当事人须为抵销主张才生抵销效力,包括通知抵销与裁判抵销。<sup>[17]</sup> 另有学者综合把握抵销方式与效力因素,把抵销分为三类:一是完全实质主义即自动抵销主义;二是完全形式主义,抵销不仅需要主张而且在主张之时生效;三是折中主义即抵销溯及力主义,抵销需要主张,但溯及到抵销适状时生效,从生效时间角度出发可视为实质主义。<sup>[18]</sup>

法国是采取自动抵销模式的典型国家,比利时、卢森堡、西班牙等国也采此模式。《法国民法典》第 1290 条规定,“即使各债务人均无所知,仍可唯一依法律的效力当然进行债务抵销。两宗债务自其同时存在之时起,在各自同等数额的限度内相互消灭之。”<sup>[19]</sup> 根据该条规定,自动抵销不需要当事人作出抵销的意思表示,甚至不要求其对抵销知情,只要两宗债务可以抵销,即自其同时存在时起发生抵销。但是在司法实践中,由于种种原因,当事人可能不知可以抵销,也可能不愿发生抵销,如果当事人不主张抵销,法院不会、也不大可能主动予以确认。因此,所谓自动抵销,并非真能如《法国民法典》第 1290 条预设的那样,不需要当事人有任何行为,即自动、当然地依法发生效力。为此,法国最高司法法院诉状审理庭和第一民事庭曾经先后分别指出,可以提前或者在抵销实现后放弃其效力,债务抵销不具有公共秩序性质,<sup>[20]</sup> 试图以此解决当事人不知或放弃抵销的客观现实与自动抵销规则之间的冲突。

以德国为代表的不少国家和地区采取通知抵销模式,其他欧洲国家还包括奥地利、希腊、荷兰、葡萄牙等,日本和我国台湾地区也接受了这一模式。《德国民法典》第 388 条规定,抵销以对另一方的表示为之;表示附条件或期限的,不生效力。<sup>[21]</sup> 在通知抵销模式下,存在抵销是否具有溯及力的问题。《德国民法典》第 389 条明确规定抵销具有溯及力,“抵销发生如下效力:在双方的债权彼此一致的范围内,在适合于抵销而互相对待之时,双方的债权视为已消灭。”<sup>[22]</sup>

无论是法国的自动抵销模式还是德国的抵销溯及力模式,两者都规定互负债务于得为抵销时消灭,因此产生的法律效果在很多方面非常类似。比如,自互负债务得为抵销之时起,利息不再发生,已经支付的利息可以作为不当得利主张返还;任何一方均不构成履行迟延,也无需就此承担赔偿责任。又如,只要债权在抵销适状时尚未罹于诉讼时效,事后罹于诉讼时效仍可用来抵销。但实际上,两种模式都没有被贯彻到底,而是存在不少例外。<sup>[23]</sup>

[17] 参见史尚宽著:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 859 页。

[18] 参见廖军:《论抵销的形式及其效力》,《法律科学》2004 年第 3 期,第 57 - 58 页。

[19] 《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社 2010 年版,第 328 - 329 页。

[20] 参见《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社 2010 年版,第 329 页。

[21] 参见《德国民法典》(第四版),陈卫佐译注,法律出版社 2015 年版,第 142 - 143 页。

[22] 《德国民法典》(第四版),陈卫佐译注,法律出版社 2015 年版,第 143 页。

[23] See Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, p. 38.

当然,自动抵销模式与抵销溯及力模式仍然秉持着各自的制度特色:其一,当事人提出抵销主张的性质和意义不同,在自动抵销模式下是对已经发生了的抵销事实的确认,或者是作为抵销停止条件的事实,在抵销溯及力模式下则是行使抵销权的意思表示。<sup>[24]</sup>其二,判断是否符合抵销要件的时点不同,在自动抵销模式下需要回溯到过去,而在抵销溯及力模式下则是在作出抵销通知时。因此,如果互负债务在过去某个时点符合抵销要件,但随着时间流逝此后不再符合,在自动抵销模式下仍然可以抵销,而在抵销溯及力模式下则原则上不可抵销。比较而言,抵销溯及力规则相对于自动抵销的优势之一,在于其避免了出现即便当事人对抵销不知情但仍然自动发生抵销这一有违生活事实从而难以解释的情形,提高了法律的确定性,相对更加可取。

## (二) 向将来发生效力的立法例

整理可见,抵销向将来发生效力的立法例并不鲜见,而是广泛存在于大陆法系通知抵销、裁判抵销以及英美法系成文法中的抵销、衡平抵销等多种制度当中。

其一,丹麦、瑞典等北欧国家采取形式主义的立法模式,即抵销在通知后生效且只向将来生效。在丹麦,抵销传统上并非由成文法规范,其基本规则是由法院在长期的裁判实践中发展并予以确立的。行使抵销权并不需要特定形式的行为,只要具备抵销要件后,单方宣布抵销就已足够,抵销不具有溯及效力。<sup>[25]</sup>瑞典的情形与丹麦类似,一般意义上的抵销规范没有成文法化,而是通过判例法和法学评论发展起来的。只需要进行非正式的抵销通知,抵销即可生效。当一方行使抵销权时,债务如同实际履行一样得以消灭,所以抵销一般被视为与实际清偿具有同等立法效力。<sup>[26]</sup>因此也不具有溯及力。有学者认为,北欧国家和英格兰没有采取自动抵销主义或者抵销溯及力主义的原因在于,它们没有受到优士丁尼有关“依法当然”(ipso iure)抵销的模糊表达的影响。<sup>[27]</sup>

其二,法国等大陆法系国家的裁判抵销向将来发生效力。法国的裁判抵销是指根据法院判决产生的抵销,起源于法国前法典化时期的习惯法,最初由判例法构成,后来规定在民事诉讼法中。在功能上,裁判抵销通常被看做法定抵销的附属制度,只有当法定抵销的要件不能满足时,才需要进一步考虑裁判抵销。关于裁判抵销的法律效果,多数著述认为是在判决作出时发生效力,司法判例也多是如此处理的;当然,也有人认为在向法庭提出反对债权时发生效力,还有人认为裁判抵销也溯及到债权得为抵销时。<sup>[28]</sup>

在英格兰,成文法中的抵销以及衡平抵销在机制上大致类似于大陆法系的裁判抵销,原则上也都不发生溯及力。一般认为,成文法中的抵销作为一种司法救济机制,单纯得为

[24] 参见史尚宽著:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第859页。

[25] See William Johnston & Thomas Werlen, *Set-off Law and Practice: An International Handbook*, Oxford University Press, pp. 141 - 142.

[26] See William Johnston & Thomas Werlen, *Set-off Law and Practice: An International Handbook*, Oxford University Press, pp. 489 - 490.

[27] See Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, p. 42.

[28] See Christiana Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2011, pp. 56 - 58.

抵销的事实并不能使之发生效力,当事人必须通过明示或者默示的合意或者通过司法程序提出抵销主张。因此,抵销往往在判决作出之日才发生效力,当然这一规则也存在一些例外。与成文法中的抵销类似,衡平抵销在严格意义上也不具有溯及力。但是有人认为,既然反对债权人可以行使抵销权进行自力救济或者申请禁令,从而阻止主债权人在法院作出判决之前主张全部债权,这就相当于抵销拥有了溯及力。<sup>[29]</sup> 不过即便如此,此时抵销的效力也只是从法院判决之日溯及到抵销权人为抵销的意思表示时,而不是溯及到得为抵销时,与自动抵销模式及抵销溯及力模式还是存在明显差异。

综上所述,从世界各国和地区的立法例比较来看,关于抵销效力存在多种制度设计,抵销溯及力规则只是其中的一种,是在特定背景下的制度选择,是地方性知识而非普适性规则。即便抵销溯及力规则可以算作是多数做法,也不足以就此认定其为法律移植的不二选择,认真严肃的历史逻辑梳理与功能正当性分析不可或缺。

### 三 抵销溯及力的历史探源:泥古甚至误读

抵销溯及力的历史根源可以追溯到罗马法中有关抵销效力的“依法当然”这一表述。本部分首先叙述中世纪以来学者对“依法当然”的两种解读,然后分析从“依法当然”中发展出抵销溯及力理论的学说演进过程。

#### (一)“依法当然”的两种解读

在罗马法的发展史上,是优士丁尼把抵销制度一般化、统一化,确定为债的消灭的一般方式。<sup>[30]</sup> “依法当然”最初出现在优士丁尼 531 年的谕令中,并在 533 年的《法学阶梯》中予以确认。<sup>[31]</sup> 由于这一表述与优士丁尼民法大全其他各处的相关表述存在明显差异,因此导致从 13 世纪开始一直存在有关其真正含义的激烈争论。<sup>[32]</sup> 总体而言,后世学者对“依法当然”的理解分为实质主义与形式主义两大类。<sup>[33]</sup>

中世纪注释法学派学者以“依法当然”为基础,创造了“自动抵销”这一概念。当时,学者们对“依法当然”一词的理解是实质主义的,即抵销依法自动生效。不过,学者们的具体观点还是存在差异,有人认为当事人不需要提出抵销主张,而多数学者则认为尽管抵销自动生效,但只有在法庭中提出抵销主张时,法官才可能加以考虑。这种认识后来对多玛及波蒂埃等学者产生了重要影响。他们作为《法国民法典》的思想源泉,推动

[29] See Christiana Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2011, p. 108, 117.

[30] 参见[德]马克斯·卡泽尔、[德]罗尔夫·克努特著:《罗马私法》,田士永译,法律出版社 2018 年版,第 564 页;黄风著:《罗马法》,中国人民大学出版社 2014 年版,第 153 页。

[31] See Pascal Pichonnaz, *The Retroactive Effect of Set-off (Compensation)-A Journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code*, 68 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (2000), p. 545.

[32] See Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, pp. 24 - 25.

[33] 根据周相教授的研究,后世学者对于 ipso jure 的解释有三种:被告不需要提出抗辩,抵销即当然生效;被告提出抗辩后,抵销当然生效;非由被告表示意思而由承审员以职权予以抵销。参见周相著:《罗马法原论》,商务印书馆 1994 年版,第 844 页。

《法国民法典》采纳了自动抵销模式。<sup>[34]</sup> 比如,波蒂埃有关自动抵销的观念就来自于《优士丁尼法典》中“依法当然”的措辞以及《优士丁尼法典》和《学说汇编》中有关抵销效力的归纳。<sup>[35]</sup>

以萨维尼为代表的历史法学派对抵销效力问题提供了新的思维方向。但是萨维尼本人并没有提出异于自动抵销的新规则。承继并分化自历史法学派的潘德克顿学派促进了通知抵销理论的诞生。普赫塔似乎首先提出,仅仅是两项债务并存的事实,并不能够使之依法当然消灭。德恩堡与温德沙伊德为通知抵销理论的产生贡献了教义学基础。德恩堡认为,在优士丁尼时代存在自动抵销制度是不可信的,“依法当然”仅仅意味着无需特定形式的抗辩即可发生抵销的效力,但是,抵销因抵销通知而发生效力;抵销通知一旦做出,即溯及到两债权得为抵销时发生抵销。<sup>[36]</sup> 这种认识对“依法当然”持形式主义的理解,即“依法当然”不是指无需主张即自动抵销,而是指无需履行特定形式的抗辩。史尚宽先生就此认为,“法律上当然”仅有诉讼法的意义,即抵销不须记载于诉状,无须以为抗辩而为对抗。<sup>[37]</sup> 温德沙伊德进一步明确赋予了抵销以当事人的自由意志,认为两项债权并不是在并存时就发生抵销,它们各自独立存在,债权人有权决定主张抵销还是主张债权本身。至此,与此前的理论相比,抵销通知获得了新的法律含义,它不再是宣告性的而是形成性的,抵销只能在通知后发生效力。正是这种变化,形成了抵销溯及力问题的前提。<sup>[38]</sup> 这种认识主张,抵销通知必须由被告在诉讼中提出,尽管不必履行特定形式的抗辩;但同时,一旦抵销生效即具有溯及力,抵销溯及力理论由此而生。

## (二) 两个历史根源

抵销溯及力理论的历史根源之一,是潘德克顿学派对抵销须在诉讼中提出这一传统的固守与迁就。一方面,潘德克顿学派推崇意志理论,努力建立一个主观权利体系。普赫塔、温德沙伊德都是意志理论的重要代表,普赫塔甚至“将意思表示、合同以及侵权毫无区别地归于法律上的行为”。<sup>[39]</sup> 潘德克顿学派创立了许多现在仍是“民法体系之建构性要素的基本概念”,例如客观法与主观权利的划分、法律行为、意思表示,等等。<sup>[40]</sup> 在抵销制度上,潘德克顿学派把历史上仅仅具有事实确认意义的抵销通知重新诠释为抵销权人的权利主张行为,把抵销自动生效转变为交由当事人自决,对发展抵销理论与制度做出了

[34] See Pascal Pichonnaz, The Retroactive Effect of Set-off (Compensation)-A Journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code, 68 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (2000), p. 549.

[35] See Michael E. Tigar, Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio from Rome to California, *California Law Review*, Vol. 53 (1965), p. 246.

[36] See Pascal Pichonnaz, The Retroactive Effect of Set-off (Compensation)-A Journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code, 68 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (2000), p. 553.

[37] 参见史尚宽著:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第859页。

[38] See Pascal Pichonnaz, The Retroactive Effect of Set-off (Compensation)-A Journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code, 68 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (2000), p. 554.

[39] [德]罗尔夫·克尼佩尔著:《法律与历史:论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第324页。

[40] [德]弗朗茨·维亚克尔著:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第363页。

重大贡献。但遗憾的是,他们没有把作为通知抵销理论内核的自由意志理念贯彻到底,在抵销形式上固守了传统的程序法观念,把抵销主张限定在诉讼程序中,即债务人只有在诉讼中提出抵销通知并且经判决才能发生抵销的效力,反之,在诉讼外做出的抵销通知并不能产生这样的效力。在这样的制度情境下,如果抵销缺乏溯及力,被告的抵销主张必须在法院判决后才能发生效力,由此将可能出现债权人不当拖延诉讼从而获得更多利息的情形,对被告造成不利。潘德克顿学派由此认为,为了避免上述不公平情况的发生,应当赋予抵销溯及力。<sup>[41]</sup>

实际上,把抵销通知限定在诉讼程序当中,不但未能彻底彰显抵销通知作为权利主张的法律属性,在某种意义上甚至是对抵销制度程序法色彩的复古。自罗马法早期开始,抵销制度就具有浓厚的程序法色彩,抵销以什么方式进行、发生怎样的法律效力,依赖于在特定情境下应当适用的诉讼程式,罗马法先后发展出了几种不同的抵销规则,但均把抵销限定在诉讼程序当中。后来,传统的程式诉讼逐渐消亡,各种不同的抵销规则出现了同化与综合,并进而产生了近代的自动抵销制度。在自动抵销情境中,抵销无需当事人从事任何行为,甚至无需当事人知情,至此,抵销已经从历史上的程序法权利蜕变为实体法权利。<sup>[42]</sup> 但是,在《法国民法典》颁行数十年后,德恩堡、温德沙伊德等学者仍然持有抵销抗辩须在诉讼程序当中的陈旧观念,可见传统力量之强大。

尽管如此,仍然要归功于温德沙伊德及其他学者的努力,在理论发展的整体脉络上,后来出现了实体法意义的请求权与程序法意义的请求权的分化,并逐渐生成了现代的民事权利体系。于是,抵销被看做是实体法的请求权,可以在诉讼程序之外得以行使。<sup>[43]</sup> 在立法活动层面,《德国民法典》起草者接受了这种更为强大的思想观念,抛弃了抵销通知的形式限制,规定抵销以对另一方的表示即为已足,但同时却不恰当地保留了抵销具有溯及力的陈旧认识。<sup>[44]</sup> 如果说抵销溯及力规则在抵销通知囿于诉讼程序的背景下尚可理解的话,那么迈入抵销通知无需特定形式、无论诉讼内外的新时代后,抵销溯及力规则便沦为了程序法权利观念的残留物,不再拥有教义学上或者司法实践中的正当性。

还有学者认为,抵销溯及力理论的另一个历史根源,是潘德克顿学派意欲调和通知抵销理论与罗马法文本之间的冲突。罗马法文本只是表述了抵销“依法当然”发生效力,并未明确提及抵销具有溯及力,但是有两处文本似乎可以推导出这一结论:第一处提及,债务人得主张抵销但未主张而进行清偿时,可以主张不当得利返还;第二处则提及,双方互负债务可以抵销时,利息自动停止计算。实际上,上述两处文本所涉案型均发生在特殊情境下,相关结果并不具有普遍意义。但是,潘德克顿学派恰恰误读了上述表达,把个案进

[41] See Pascal Pichonnaz, *The Retroactive Effect of Set-off (Compensation)-A Journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code*, 68 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (2000), p. 559.

[42] See Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, p. 26.

[43] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》,王晓晔等译,谢怀栻校,法律出版社2004年版,第324页。

[44] See Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, pp. 25 - 26.



行了一般化理解并以之作为抵销发生溯及力的理论根据。<sup>[45]</sup> 有学者对此评价到,“通过解读罗马法片断并用以支撑德国民法上抵销溯及力主义的注释法学派的观点已经被不少学者证明乃系误解。”<sup>[46]</sup> 当然,学界对此问题有不同理解,有意大利学者就此指出,“法学家们通常爱寻找对优士丁尼这句话的其他解释;然而我们仍认为:根据优士丁尼的说法,自两债并存之时起,法定抵销应当也具有各种效力(终止利息,终止迟延,等等)……”<sup>[47]</sup>

综上所述,抵销溯及力理论的历史根源之一是潘德克顿学派在发展出通知抵销理论的同时没有把作为其理论内核的自由意志理念贯彻到底,固守并且迁就了抵销须在诉讼中提出的历史传统;但是随着抵销通知进入去形式化时代,这种认识显然已经落伍。抵销溯及力理论的另一个历史动因是潘德克顿学派调和其理论与罗马法文本的尝试,这其中可能存在对罗马法文献的误读。

#### 四 抵销溯及力的功能正当性分析:虚幻及缺失

在比较法考察、历史溯源之外,功能正当性是审视抵销溯及力规则的另一重要视角。本部分首先分析抵销的制度功能是否可以证成抵销溯及力,然后从抵销溯及力对交易安全及体系效应的负面影响出发,进一步检讨其功能正当性。

##### (一) 制度功能与抵销溯及力

概括而言,抵销制度具有简化清偿、公平清偿以及担保功能。而诉诸其中的简化清偿与公平清偿功能,是我国学界支持抵销溯及力的最为详尽的一类理由,司法案例的裁判说理也多是从此一角度出发的。但是稍加推敲即可发现,抵销的上述制度功能并不能证成其应当具有溯及力。

##### 1. 简化清偿功能

一般认为,抵销使得双方无需实际履行即在一定范围内消灭了互负债务,避免了无谓的互相清偿,因此具有简化清偿功能。<sup>[48]</sup> 学者指出,抵销的制度目的就在于使当事人简洁、高效地解决债权债务关系,如果不具有溯及力则不符合其制度目的。<sup>[49]</sup> 这一理由初看似乎很有说服力,但问题在于,如何判断简化清偿效果,为什么说抵销具有溯及力更能简化清偿?

首先,以何者作为简化清偿功能的判断标准,本身就值得探讨。大致来说,可以考虑以得以抵销的债务数额(简称抵销数额)或者以抵销后仍需实际清偿的债务数额(简称债务余额)作为判断标准,前者可以理解为过程性标准,后者则为结果性标准。若以抵销数

[45] See Pascal Pichonnaz, *The Retroactive Effect of Set-off (Compensation) - A Journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code*, 68 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (2000), pp. 554 - 558.

[46] 尹腊梅:《附抗辩权债权抵销问题研究——〈国际商事合同通则〉和〈欧洲合同法原则〉反映的新趋势以及对“附抗辩权的债权不得抵销”规则的质疑》,《环球法律评论》2008年第2期,第127页。

[47] [意]彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第248页。

[48] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第207页;王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第173页。

[49] 参见王利明著:《债法总论研究》,中国人民大学出版社2015年版,第712页。

额为标准,抵销数额越大,简化清偿功能就发挥得越充分;若以债务余额为标准,则债务余额越小,简化清偿功能就发挥得越充分。抵销数额与债务余额之间也并不存在必然相反的数量关系,即并非抵销数额越大则债务余额越小,或者相反。在上述两个判断标准中,债务余额与当事人的清偿义务相关,似乎更有实际意义,但为防止分析流于片面,在此暂不做取舍。有学者指出,关于抵销范围讨论的核心是债权利息的计算问题,按照自动抵销说或抵销溯及力说,主动债权与被动债权利息的计算都是最小限度的,只发生两债权因到期日不同而产生的利息。<sup>[50]</sup> 问题在于,主动债权与被动债权的利息计算最小,并不导致抵销数额最大,也不必然导致债务余额最小。此外,认为抵销具有溯及力更能简化清偿,或许是出于其在计算上的简化效果,即省去了自得为抵销之时至抵销通知生效之时这一时段内的债权债务计算问题。但需要澄清的是,简化计算并不等于清偿本身得以简化,因此不适宜作为简化清偿效果的判断标准。

再者,无论以抵销数额还是债务余额作为简化清偿效果的判断标准,都不能当然得出抵销具有溯及力更有利于简化清偿的结论。如果两债权溯及到得为抵销时抵销,相较于在抵销通知生效时抵销,此时两债权数额均最小,抵销数额也最小,但债务余额未必最小或更小。若以抵销数额标准判断,抵销溯及力显然不能充分发挥简化清偿功能;若以债务余额标准判断,也未必能充分发挥简化清偿功能。实际上,若两债权大小、利率不同,可能只有在满足相对较大的债权的利率高于或等于相对较小的债权的利率等特定条件时,才会出现抵销溯及力导致债务余额更小的结果。因此,抵销溯及力更有利于发挥简化清偿功能的认识,实际上只是一个似是而非的直观判断。

## 2. 公平清偿功能

学者认为,抵销具有溯及力也是基于公平考量,原因在于当事人往往认为当抵销要件具备时可以随时抵销,怠于抵销在所难免,如果抵销仅向将来发生效力,容易导致不公平,尤其是在两债权的迟延履行赔偿金比率不同的场合。<sup>[51]</sup>

首先需要澄清的是,上述认识实际上是以假定当事人认为在具备抵销条件时应当抵销、而且也会主张抵销为前提的。日本学者我妻荣也持这种观点,认为抵销发生溯及力是尊重多数情况下当事人的意思。<sup>[52]</sup> 如果这一假定为真,抵销溯及力主义与当事人的意图确实非常契合。但是,这种假定只是猜测而已,并没有充分、确切的证据证明当事人确信抵销应当具有溯及力并且会在得为抵销时主张抵销。相反,在很多商业交易中,当事人并不希望发生抵销,或者不希望抵销发生溯及力。比如,在交互计算中,双方当事人即各自计算各自的债权及相应利息,直到进行结算。<sup>[53]</sup> 再者,法律规范对当事人的预期有着强大的引导作用,如果法律规定抵销仅向将来发生效力,当事人确信抵销具有溯及力的可能

[50] 参见许德风著:《破产法论——解释与功能比较的视角》,北京大学出版社 2015 年版,第 461-462 页。

[51] 参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 710 页;崔建远主编:《合同法》(第六版),法律出版社 2016 年版,第 217 页。

[52] 参见[日]我妻荣著:《新订债权总论》,王焱译,中国法制出版社 2008 年版,第 309 页。

[53] See Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, p. 39.

性就应该要较法律规定抵销具有溯及力时更小。

其次,抵销不具有溯及力,并不一定对抵销人不利。如上分析,只是在特定情境下,比如抵销人的债权较大且其利率低于较小债权时,或者抵销人的债权较小且其利率低于较大债权时,抵销不具有溯及力相较于具有溯及力,才对抵销人更为不利。换言之,如果从抵销适状到抵销通知生效期间,抵销人的债权净余额减少或者债务净余额增大,则抵销具有溯及力对其是有利的;反之则对其不利。而有利与不利的概率,应该是基本相同的。

最后,即便在特定情境下,抵销不具有溯及力确定对抵销人不利,也并不意味着就对其不公平。在自动抵销的制度背景下,抵销在要件具备时当然发生效力,当事人事后何时提出抵销无关紧要,因此不存在怠于主张的问题。但是在通知抵销的制度背景下,抵销权利人可以选择抵销,也可以选择实际履行,其怠于主张抵销实质上是对自身权利的自由处置。尤其考虑到,当事人自得为抵销时起即可随时主张抵销,而且并不要求抵销通知采取特定形式,更不要求在诉讼中提起,若仍怠于主张,应当自行承担相应后果,不值得通过抵销溯及力给予格外保护。

还有学者认为,抵销溯及力的公平考量就是对抵销期待的保护,即一旦出现抵销适状,当事人即使没有作出抵销意思表示,也应当保护其对抵销已经发生的期待。<sup>[54]</sup> 诚然,对于抵销期待确实应当给予适当保护。但是,并非任何情境下的抵销期待都值得保护。如果仅仅信赖抵销的可能性,却并未及时采取行动,这种信赖即难谓合理,并不值得保护。而且,在特定情境下对抵销期待进行适当保护,并不等于必须全面赋予抵销溯及效力。比如,在抵销适状后发生债权让与,债务人可以向受让人主张抵销。在这一情境中,对债务人抵销期待的保护即与抵销溯及力无关。概括而言,公平考量也无法充分证成抵销溯及力规则。

## (二) 抵销溯及力的负面影响

### 1. 损害交易安全

抵销溯及力有违法律行为不溯及既往的原则。在民法体系框架内,除非基于特别的立法政策及利益衡量,法律行为原则上仅向将来发生效力。对于形成权的行使而言,只有在普通撤销权、旨在保全债权的撤销权以及合同解除权等极少数情形下,为了实现相应的规范意旨,法律行为才例外发生溯及效力;否则,将会伤害法律关系的确定性,不利于当事人事先对交易进行合理预测并予以相应安排。当然,对于合同解除权是否发生溯及力,学界也存有相当争议。<sup>[55]</sup>

抵销溯及力损害当事人间的交易安全。显然,当事人间的法律关系越早消除不确定性,就越能提高交易安全,降低交易成本。因此,应当激励抵销权人在得为主张抵销时及早行使权利,而不是相反。<sup>[56]</sup> 反之,如果赋予抵销通知溯及效力,会助长抵销权人拖延行

[54] 参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第710页;王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第181页。

[55] 韩世远认为,我国《合同法》对合同解除的法律效果采纳了折中说的立场,合同不因解除而溯及既往地归于消灭。参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第668页以下。

[56] See Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002, p. 42.

使抵销权,不但对相对人不公平,还将推翻自抵销通知开始溯及至得为抵销之时的法律事实,损害交易安全。尤其是,如果当事人之前已经进行了相应给付,又因抵销溯及生效而可以向对方主张返还,法律关系的确定性将受到严重伤害。

抵销溯及力还将使第三人遭受不测与不利。这一问题涉及到抵销的担保功能,即相对于其他债权而言,主动债权在抵销范围内类似于优先受偿,“形同获得担保”。<sup>[57]</sup>当然,抵销的担保功能并未被学者作为赋予抵销溯及力的理由。本来,抵销就缺乏特别的公示手段,其公示只是与动产抵押、动产让与担保制度相类似的“一般性的公示”,<sup>[58]</sup>从而可能对交易安全产生负面影响。如果再赋予抵销溯及力,抵销权人由此获得进一步的制度优惠,担保功能得到加强;但是,这同时意味着相对人的其他债权人将更加难以预测交易风险并作出相应安排,地位更加不利。

## 2. 导致负面体系效应

抵销溯及力与实际清偿、诉讼时效以及不当得利等领域的相关规则不能融洽衔接,从而导致规则紊乱,产生负面体系效应。

首先,尽管抵销与清偿同为债的消灭原因,但通常被视为清偿替代而受到同样对待,如果赋予抵销溯及力,则将推翻上述对待。在实际清偿或者抵销无溯及力的场合,抵销人在清偿或者抵销前应当支付相应利息,如果履行迟延,还应当承担相应的违约责任。但如果赋予抵销溯及力,抵销人在债务迟延后主张抵销,反倒能够免于支付利息、承担违约责任,甚至有权对已经履行的支付主张不当得利返还。可见,原本作为清偿替代的抵销,一旦拥有了溯及力,便在效力上大大优越于清偿,与同类对待的一般观念相去甚远。

其次,抵销溯及力与诉讼时效制度存在冲突。根据抵销溯及力规则,自得为抵销之时起发生的变化,比如主动债权罹于诉讼时效,不妨碍抵销权人主张抵销。具体来说,即便主动债权在主张抵销时已经罹于诉讼时效,但只要在得为抵销时尚未罹于诉讼时效,仍可以之主张抵销。这一规则实际上意味着,只要主动债权与被动债权曾经符合抵销要件,不论主动债权诉讼时效期间届满多久,主动债权人在逻辑上都可以主张抵销溯及发生效力,不符合诉讼时效制度的宗旨。试想,如果主动债权人不是主张抵销,而是要求被动债权人向其清偿债务,但其债权已罹于诉讼时效,结果又当如何?债权人原本可以在诉讼时效期间届满前轻易地要求债务人清偿债务或者主张抵销,但其疏于主张权利,事后再以罹于诉讼时效的债权主张抵销,显然缺乏正当性。对比而言,抵销无溯及力能够更好地与诉讼时效制度衔接。<sup>[59]</sup>

最后,抵销溯及力与不当得利制度存在冲突。根据抵销溯及力理论,自得为抵销之时起,就消灭的债务不再发生利息债务及迟延履行责任,如果债务人实际支付了利息或者迟延履行违约金,可依不当得利请求返还;而同时,如果因清偿等原因消灭了抵销适状,则不发生抵销,不得请求返还。显然,抵销溯及力理论在这里并没有被一以贯之。按照正常逻辑,

[57] 陈自强著:《民法讲义II——契约之内容与消灭》,法律出版社2004年版,第343页。

[58] 参见许德风著:《破产法论——解释与功能比较的视角》,北京大学出版社2015年版,第433页。

[59] See Pascal Pichonnaz, The Retroactive Effect of Set-off (Compensation) - A Journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code, 68 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (2000), p. 561.

自得为抵销之时起,不只是利息债务以及迟延履行责任,主债务也在一定数额内互相消灭,如果债务人向对方履行了超过抵销余额的主债务,也应当属于非债清偿,有权依不当得利请求返还。因此,抵销溯及力理论对债务本金与利息及违约金区别对待的做法,与其理论框架下抵销适状后的变化不妨碍抵销的规则是互相矛盾的。实际上,这种冲突反映了抵销溯及力理论无法彻底无视当事人的实际清偿的理论困境。归根结底,抵销只是当事人处理互负债务的一种可能选项,当事人可以选择抵销,也可以选择实际履行。忽视乃至无视实际履行,无异于用规则裁剪现实。反之,如果规定抵销向将来发生效力,抵销之前进行的给付都是正当清偿并产生债务消灭的效果,可以非常容易地避免出现上述棘手的规则冲突。

由上所述,抵销制度简化清偿、公平清偿的功能并不能证成抵销应当具有溯及力;同时,抵销溯及力规则还影响交易安全,导致负面体系效应,在功能上缺乏正当性。

## 五 抵销溯及力的立法趋势:从限制到摒弃

自 20 世纪 90 年代以来,在立法实践层面,以新《荷兰民法典》为开端,出现了从限制到抛弃抵销溯及力的发展趋势。

### (一) 限制:新《荷兰民法典》

作为长期、深度的比较法研究的产物,新《荷兰民法典》被认为是当时“欧洲最新的、据说也是最先进的立法”。<sup>[60]</sup> 新《荷兰民法典》抛弃了其旧法典曾经借鉴的《法国民法典》的自动抵销模式,采纳了通知抵销模式,但同时只是部分地采纳了抵销溯及效力规则。其一,新《荷兰民法典》第 6 编第 127 条第 1 款规定了非程式化的通知抵销模式,“有权抵销的债务人向他的债权人发出以其对债权人的债权与自己的债务进行抵销的声明的,双方的债务在数额相同的范围内消灭。”<sup>[61]</sup> 其二,新《荷兰民法典》部分采纳了抵销溯及力规则,或者说限制了抵销的溯及力。其第 6 编第 129 条第 1 款明确规定,抵销溯及到抵销权产生之日;但在同条第 2 款及第 3 款中对抵销溯及力加以限制:已经对债权支付可请求的利息的,抵销的溯及力不得早于完成利息支付的最后期间结束时;确定金钱债务抵销的效果所需的汇率,应当按照在抵销之日双方相互支付时所应采用的标准。<sup>[62]</sup> 该条第 2 款实际上是把利息支付从抵销溯及力中解脱出来;而其第 3 款则涉及汇率确定的时点,由于汇率所及的债务范围可能包括债务本金、利息以及损害赔偿金等,因此所影响的债务范围实际上更加宽泛。但是,对于违约损害赔偿金,新《荷兰民法典》则仍然保持了溯及力的效果,即抵销可以消除债务人此前的迟延履行违约责任,债务人对已经支付的损害赔偿金可以主张返还。<sup>[63]</sup>

此外,新《荷兰民法典》第 6 编第 134 条规定,双务合同的债务人有权抵销的,可以不

[60] 参见[德]雅科布斯著:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社 2003 年版,第 173 页。

[61] 《荷兰民法典》,王卫国主译,中国政法大学出版社 2006 年版,第 191 页。

[62] 参见《荷兰民法典》,王卫国主译,中国政法大学出版社 2006 年版,第 192 页。

[63] See Christiana Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2011, p. 206.

迟延地主张抵销权,使债权人因债务人违约而主张的合同解除通知归于无效。<sup>[64]</sup>如果说上述第 129 条后两款规定是从适用范围上对抵销溯及力主义加以限制的话,该条则是从抵销权的行使期限上加以限制。“不迟延地”这一表述,彰显了立法者要求抵销权人不得在可主张抵销与实际主张抵销两个时点之间存在过长时间间隔的态度;如果主张抵销权过分迟延,会削弱通过抵销阻止合同解除的可能性。<sup>[65]</sup>

尽管新《荷兰民法典》在一些条款中限制了抵销溯及力的适用范围,但是无论如何,其仍然把抵销溯及力作为法定抵销的基本效力规则。有学者对此表示不解,认为这部法典作为立法者经历了数十年深度比较研究之后的产物,既然接受了通知抵销制度,就应当拒绝赋予抵销任何形式的溯及力。<sup>[66]</sup>

## (二) 摒弃:三大国际私法文件

如果说新《荷兰民法典》对于抵销溯及力的态度是欲断还连的话,作为现代国际统一私法运动的重要文件,国际统一私法协会的《国际商事合同通则》和欧洲地区的《欧洲合同法原则》以及《欧洲示范民法典草案》,无一例外地在抵销形式问题上采取了通知抵销主义,并进一步地摒弃了抵销溯及力规则。

《国际商事合同通则》第 8.5 条规定:(1)抵销使债务消灭;(2)如果债务数额不同,抵销使债务在较小债务的数额内消灭;(3)抵销从通知之时发生效力。<sup>[67]</sup>《欧洲合同法原则》第 13:104 条规定,抵销权以向对方作出通知的方式行使;第 13:106 条规定,当两项债务可以抵销时,抵销自通知之时使债务消灭。<sup>[68]</sup>

同样,根据《欧洲示范民法典草案》第 3-6:105 条,抵销通过向对方当事人发出通知而生效,即一项对另一方当事人做出的非正式、单方的、非司法性质的声明足以宣布抵销,这被解读为效率原则是抵销制度的基础。<sup>[69]</sup>与之相呼应,《欧洲示范民法典草案》采取了抵销向将来发生效力的制度设计,摒弃了抵销溯及力主义。其第 3-6:107 条规定,“抵销自通知时起,使债务在相互重叠的范围内消灭”。具体而言,抵销的法律效果如同两项债务在通知抵销时被实际履行:利息一直计算到通知抵销之时;在通知抵销之前,应当承担迟延履行违约责任;如果在抵销通知之前已经作出相应的支付,便导致债务消灭,不存在特殊的不当得利返还问题。<sup>[70]</sup>

[64] 参见《荷兰民法典》,王卫国主译,中国政法大学出版社 2006 年版,第 193 页。

[65] See Christiana Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2011, p. 206.

[66] See Pascal Pichonnaz, *The Retroactive Effect of Set-off (Compensation)-A Journey through Roman Law to the New Dutch Civil Code*, 68 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (2000), p. 564.

[67] International Institute for the Unification of Private Law, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016*, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, 最近访问时间[2019-01-18]。

[68] Lex Mercatoria.org, <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/plain.txt>, 最近访问时间[2019-01-18]。

[69] 欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著:《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》,高圣平译,中国人民大学出版社 2012 年版,第 75 页。

[70] 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著、[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(全译本·第 1 卷、第 2 卷、第 3 卷)》,付俊伟等译,法律出版社 2014 年版,第 989-990 页。

如前所述,罹于诉讼时效的债权仍得抵销,是抵销溯及力主义的一条具体规则。在此问题上,《欧洲示范民法典草案》贯彻了抵销向将来发生效力的政策取向。其第3-7:503条规定,“除债务人事先或者在收到抵销通知后2个月内主张时效抗辩外,时效期间已经届满的权利仍得抵销。”<sup>[71]</sup>从文字表述看,这一规定似乎原则上肯定了罹于诉讼时效的债权仍得主张抵销,从而属于抵销溯及力主义项下的规则。但实际上,其恰恰否定了抵销溯及力。因为,在抵销溯及力主义下,债权人以罹于诉讼时效的债权主张抵销,债务人是不能提出时效抗辩的。相反,在抵销向将来发生效力的规则下,如果债权罹于诉讼时效,债务人不但有权事先主张时效抗辩,也有权在收到抵销通知后的合理期间(比如2个月)内主张时效抗辩。

综上,《欧洲示范民法典草案》摒弃了抵销溯及力主义,不但更加自然,在当事人利益衡量层面更加具有正当性,还使得法律规则体系变得更加简洁、清晰。鉴于《国际商事合同通则》《欧洲合同法原则》《欧洲示范民法典草案》作为现代国际统一私法运动重要文件的属性与地位,有理由相信其摒弃抵销溯及力主义的立法选择将对各参与国的国内立法活动产生重大影响。

## 六 结 论

本文质疑了抵销溯及力这一似乎不言自明的规则。在比较法视野中,世界各国和地区存在关于抵销效力的多种制度设计,抵销溯及力规则只是其中的选择之一,是地方性知识而非普适性规则。从法律史传统溯源,抵销溯及力理论的历史根源之一是潘德克顿学派在创造通知抵销理论时未能把作为其内核的自由意志贯彻到底,固守、迁就了抵销只能在诉讼中提出的传统观念;其另一理论根源是潘德克顿学派意欲调和通知抵销理论与罗马法文本之间的冲突,这其中可能存在对罗马法文献的误读。随着抵销通知进入去形式化时代,抵销溯及力理论便沦为程序法权利观念的残留物。从功能正当性角度观察,抵销制度简化清偿、公平清偿的功能均不能证成抵销溯及力的正当性;同时,抵销溯及力有违法律行为不溯及既往的原则,损害当事人之间的交易安全,并使第三人遭受不测与不利;抵销溯及力理论与实际清偿、诉讼时效以及不当得利等领域的相关规则不能很好地融合,从而产生负面体系效应。作为立法实践的回应,自20世纪90年代以来,从新《荷兰民法典》到《国际商事合同通则》《欧洲合同法原则》以及《欧洲示范民法典草案》,已经出现了限制以至抛弃抵销溯及力规则的立法趋势。

编纂于新的历史时期,我国民法典不应沿袭《合同法》的疏漏而对抵销效力问题继续沉默不语,也不应继续照搬泥古乃至误读传统、在利益衡量及体系效应上均缺乏足够正当性并且已经被摒弃的抵销溯及力规则。抵销向将来发生效力的立法例,符合法律行为不溯及既往的原则,契合抵销权行使非形式化的制度背景,利益衡量正当,能够维护交易安全,使得规则体系清晰、简洁,是我国民法典的应有选择。

[71] 欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著,〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、〔英〕埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(全译本·第1卷、第2卷、第3卷)》,付俊伟等译,法律出版社2014年版,第1050-1051页。

民法典草案分编第 358 条第 1 款规定了抵销的要件,第 2 款规定了抵销通知。由此,笔者建议民法典草案单列一条或者增列第 358 条第 3 款,明确规定抵销向将来发生效力。在具体表述上,有关条款可试拟如下:“抵销自通知生效时起,使双方债务在相互重叠的范围内消灭。”相应地,在解释论上,可以明确抵销发生如下法律效力:双方的债务均计算至抵销通知生效时;债务人对此前产生的债务负有清偿责任,如果已经实际清偿,无论主债务还是从债务,均不得主张返还;是否符合抵销的构成要件,应当以抵销通知生效时而非得为抵销时作为判断时点;罹于诉讼时效的债权发动抵销时,债务人得提出时效抗辩。

最后笔者想要提及的是,中国当下对抵销溯及力理论缺乏反思的现象并非孤例,德国在数年前即有此景。当时,人们普遍认为抵销应当溯及既往,齐默尔曼教授对之进行了反思,其所述所感对于我们目前的情形可谓犹如亲历。因此,在本文结尾之时,笔者将其论述省去脚注后原文摘录以为镜鉴:“尽管抵销的溯及既往的意思表示是人为的概念,如若不承认诸多例外,就无法实施操作,且有害于法律确定性,但这向来几乎没有什么疑问。同时,也没有人提出用以支持它的好的政策理由。可溯及力看起来反而被视为与抵销的‘本质’以某种方式存在固有联系。其实,我们在此似乎是在处理当然说的间接后果,该学说仍然遮蔽着我们对抵销的理解。如果我们将注意力转向那些在此方面没有继受 Justinian 遗产的欧洲法律体系,即英国法和斯堪的纳维亚法,就能证实上述的猜测。它们只是赋予抵销以从即时算起(ex nunc)的效力。”<sup>[72]</sup>哲人尝言,未经反思的人生不值得。法律理论与规则又何尝不是?

---

[Abstract] It seems that people have taken the retroactivity of set-off for granted. From the perspective of comparative law, however, set-off retroactivity is just one of many institutional choices. The historical origin of set-off retroactivity theory lies in the Pandectists' adherence and concession to the traditional idea that set-off only can be pleaded in court, as well as the compromise and even misunderstanding of Roman law texts. The functions of simplifying payment and equitable settlement of set-off cannot justify its retroactivity. Set-off retroactivity violates the principle of non-retroactivity of legal acts, damages transaction security, and cannot integrate itself with the rules of settlement, prescription and unjust enrichment, thus leading to negative system effects. Since the 1990s, there has been a legislative trend towards restricting, even abandoning, set-off retroactivity. The legislative mode in which set-off has only prospective effect is compatible with the legislative mode of set-off by declaration, has legitimacy in interest balance, is able to uphold transaction security, makes the entire system clear and concise and, therefore, should be adopted by China in the formulation of the Civil Code.

---

(责任编辑:姚 佳)

[72] 参见[德]赖因哈德·齐默尔曼著:《罗马法、当代法与欧洲法:现今的民法传统》,常鹏翱译,北京大学出版社 2009 年版,第 114-115 页。