

论诉讼上的抵销

陈桂明 李仕春*

内容提要:民事诉讼中被告可以减少或消灭对方诉讼请求为目的提出债权抵销的主张。这种抵销的性质属于诉讼行为,应当据此设定其要件、法律效果和权利行使方式。不应当采用扩大反诉制度的适用范围或采取强制反诉的做法,而应按照独立之诉对待。作为诉讼行为,诉讼上的抵销应具备诉讼行为的成立要件和生效要件;作为独立之诉,诉讼上的抵销应当具备反诉成立和生效的要件。

关键词:民事诉讼 诉讼行为 抵销

民事权利的行使与保护有赖于公力救济程序的保障。即使是形成权,也有可能甚至是必须通过诉讼的途径得以实现。抵销作为债消灭的原因之一,总是被当然地视为私法行为,而抵销权则被认为属于形成权,其行使只需单方意思表示即告完成。^[1]“抵销应以意思表示向他方为之,其性质为形成权之一种,为抵销时既不须相对人之协助,亦无经法院裁判之必要。”^[2]但在实践中大量发生的情形是,被告人往往在诉讼中才提出抵销的主张,譬如,甲以乙违约为由向法院提起诉讼,要求乙支付违约金5000元,乙在诉讼中向法院主张甲曾经向乙借款3000元的事实,请求法院予以抵销。“此种得于诉讼外行使之私法上形成权,当事人亦得于诉讼上行使。”^[3]很显然,这种发生在诉讼中的抵销不同于我们通常理解的反诉,因为提起反诉的基本要件是本诉与反诉的诉讼标的必须有法律上的牵连关系。既然诉讼上的抵销不是反诉,那么其存在的合法性和合理性就成为问题。本文试图对能否在诉讼中提起抵销,诉讼上的抵销是否具有独立于作为法律行为的抵销的意义,其法律性质和法律效果与私法行为有何不同以及在立法和司法实践中应当怎样处理等问题加以探讨。

* 陈桂明,中国政法大学教授;李仕春,《中国法学》副总编。

[1] 把抵销权视为私权,是大陆法系国家的通说。在稍稍了解了英美法系国家对抵销的立法与法理后,不难发现抵销权的性质在世界各国其实尚未取得一致的观点。至于抵销的生效要件,即使同属大陆法系,法国法与德国法的规定并不相同。在法国,当事人无须作意思表示,一旦具备抵销条件的请求权到期,就自动抵销;而按照德国民法典,抵销的行使是通过一方当事人向另一方作意思表示完成的。我国现行合同法对抵销采德国立法例,即采意思表示制。

[2] 黄立:《民法债编总论》,台湾政治大学法律丛书,1996年自行出版,第739页。

[3] 王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》,台湾三民书局1981年印行,第122页。

一、诉讼上的抵销的界定

诉讼上的抵销,是指在民事诉讼中,被告主张自己对原告有满足抵销条件的债权而提出抵销,以达到在法院确认原告请求成立的情况下作出余额判决,从而减少或者消灭对方诉讼请求的目的。

民法上的抵销,是指当事人就互负给付种类相同的债务按对等数额使其相互消灭的意思表示。^[4]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。这种抵销可分为三类:一是法定抵销,即按照法律规定所作的无关联的请求权的抵销,我国合同法第99条即是;二是协议抵销,或称任意抵销、合意抵销,即互负债务的当事人通过达成合同而发生的无关联请求权之间的抵销,我国合同法第100条对之也作了规定;三是审判上的抵销,或称裁判上的抵销,即通过启动诉讼程序以法院作出判决得以实现的抵销。以卢森堡为例,其民法典第1289—1299条把抵销分三种,即法定抵销、审判上的抵销与约定抵销。审判上的抵销发生在诉讼程序中,被告为答辩原告的清偿请求提出反请求。^[5]根据世界主要国家的立法与理论,还可以按照抵销的行使方式,把抵销分为三类:(1)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。^[6]在许多大陆法系国家,无关联请求权之间的抵销是一种自助救济,无需通过诉讼程序进行。学说上称之为形式主义,又称单独抵销主义。德国、瑞士、日本等国现行立法采此原则。也有一些国家,抵销凭法律自动成立,即使当事人不知道,只要民法典规定的各项抵销条件已经具备,抵销就告成立。学说上称之为实质主义,又称当然抵销主义。这些国家包括法国、卢森堡、比利时。英国人把无关联的请求权之间的抵销称为成文法上的抵销或普通法上的抵销。这种抵销一般限于在诉讼程序中援用。因此,在英国,无关联请求权之间的抵销一般不能作为自助救济行使。而在大陆法系,反对无关联请求权之间的抵销是诉讼上抵销这一立场,而不问这种抵销是否属于自助抵销。(2)破产程序中的抵销。这是当主张请求权的人中一人为破产人时的抵销。破产程序之外的非合同约定抵销是为了避免诉讼的迂回,破产程序中抵销的目的是公平处理当事人之间的关系。法律规定破产程序中的抵销是向主张抵销的当事人提供一种决算程序,凭这一程序,他和有担保权益的债权人一样,能优先于全体普通债权人得到清偿。(3)诉讼上的抵销。这是作为诉讼程序上的一项抗辩提出的抵销,因此有时称之为抵销的抗辩。即使在采用自动抵销的国家,被告往往需要在诉讼中主张抵销,尽管抵销早已成立。这是因为法院只能凭他所提出的主张作出判决。也就是说,只要存在债务人虽曾在诉讼程序之前行使但遭到债权人的异议,或者债务人首次在诉讼程序中提出的情形,则构成诉讼上的抵销。^[7]

[4] 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第648页。

[5] 我国民法学界在论述形成权时,通常认为存在依诉行使的形成权的情形,但在述及抵销时,大多只提到法定抵销和合意抵销两种类型,而忽视了无论是历史上还是现行立法或司法实践中都存在的依诉行使的抵销。这种依诉行使的抵销,在大陆法上,相应的制度为裁判上的抵销。而在英国,由于通说认为抵销属于诉讼上的权利,因此,抵销只能依诉行使,通过法院作出判决而实现。

[6] 沈达明编著:《国际金融法上的抵销》,对外经济贸易大学出版社1999年版,第9页。

[7] 无关联请求权之间的抵销不能在诉讼外行使,反映了古典时代罗马法的精神。古罗马曾通过诈欺抗辩引进抵销,即法官衡量原告的诈欺,决定是否允许抵销。古典时代的罗马法认为抵销旨在驳回不清偿自己债务的原告提起的诉讼。诈欺抗辩的结果是驳回原告的全部请求。后期的罗马法认为未得到清偿的债权人不但能击退不同时清偿债务的原告提起的诉讼,而且认为凡是债权人是他自己的债务人的债务人,就能向自己清偿,并对另一方欠他的钱得到担保。优帝纪元531年的法律规定,以后法官不必援引诈欺,应依法对共存的两个相反方向的债务作出抵销判决。法国民法典第1292条直译优帝法律原文为依法当然、甚至在债务人不知情的情况下发生抵销,即罗马法上所谓的“抵销法律上当然发生”。这种提法是古注释学派误解了历史。一项法律效力不是当然发生的,必须有一个利害关系人要求法律给予的利益。现代罗马法学者指出优帝法律原文实际上是指古典时代的被告在诉讼中能直截了当地主张抵销抗辩,不必像早期罗马法所要求的那样必须先提出诈欺抗辩随后提出抵销抗辩。

综上所述可以看出,无论是英美法系还是大陆法系国家,都存在在诉讼程序中行使抵销的情形。抵销之所以在诉讼程序中提出是由于三种原因:1. 该抵销不属于自助抵销,如在英国的无关联的请求权之间的抵销;2. 该抵销确实是自助抵销,债务人曾在诉讼程序前行使,但遭到债权人的异议;3. 该抵销确实是自助抵销,但债务人首次在诉讼程序中提出。^[8]需要特别指出的是,笔者在这里使用了审判上的抵销和诉讼上的抵销两个不同的概念。审判上的抵销,指某种抵销只能通过诉讼才能得以实现。也就是说,如果发生在诉讼外,即使有抵销权一方作抵销的意思表示,也无法发生抵销的法律效果。“于裁判上之抵销制度下,当事人间债权的抵销,必须利用诉讼方法在诉讼上主张抵销并经法院判决后始能发生债务抵销的形效果。”^[9]在英美法国家,诉讼程序往往是能行使无关联的请求权之间抵销的惟一时机。英国法规定,无关联的请求权之间的抵销一般必须在诉讼中进行。即使在采用自动抵销的大陆法系国家,被告往往需要在诉讼中主张抵销,尽管抵销早已成立,如法国就是这样。在德国法系国家总的规则是,抵销可以在诉讼中首次提出。法国民法及日本旧民法都对审判上的抵销作了明确规定。在其他国家的民法,无论是按照发生的依据,还是按照行使的方式,都存在必须依诉行使的审判上的抵销这种具有独立意义的类型。^[10]这种审判上的抵销并不等同于诉讼上的抵销。笔者认为,诉讼上的抵销可以有广义与狭义之分。广义的诉讼上的抵销包括审判上的抵销,虽然不属于审判上的抵销但由于行使抵销时对方有异议而提起抵销诉讼、在诉讼中第一次提出抵销的主张。狭义的诉讼上的抵销,是指第三种类型,即“诉讼上的抵销是被告于言词辩论时始为抵销主张”,“这种抵销与被告在诉讼中就诉讼外或诉讼前所为的抵销意思表示为主张不同,后者只是已行使抵销后的状态”。^[11]只有这种类型的抵销有独立于私法上抵销的意义。本文所要探讨的就是狭义上的诉讼上的抵销。

从司法实践的需要和民事诉讼立法和理论的发展出发,笔者认为,我国应当允许诉讼上的抵销的存在,理由如下:

1. 建立诉讼上的抵销制度,既是衔接实体法与诉讼法,实现实体权利的需要,也是满足实践的需要。

在大陆法系国家,各国的实体法都通常规定了债的抵销制度,而且把抵销权视为形成权。质言之,抵销权是由实体法予以规定的民事权利。我国现行合同法第99条、第100条也对抵销作了明确的规定。债权人不仅仅可以在诉讼外行使抵销权,也应当允许在诉讼程序中主张抵销。许多债权人并没有或来不及在诉讼前提出抵销的意思表示,而只是在诉讼进行的过程中行使抵销权。如果不允许权利人在诉讼中行使抵销权,则不利于民事权利的实现,也不符合民事权利的法理。

民事诉讼的目的是为了解决纠纷。随着我国市场经济的发展与繁荣,民事经济纠纷呈现了错综复杂的情况,大量案件的当事人之间存在互负彼此独立的债务的情况。为了使民事诉讼更好地实现解决纠纷的目的,应当允许诉讼上的抵销。

2. 建立诉讼上的抵销制度,是实现实体正义和程序公正的需要。

在双方当事人互为债权人的情况下,如果在同一诉讼程序中,双方的债权符合抵销的条件,但只

[8] 参见前引[6],沈达明编著书,第10页。

[9] 陈荣宗:《民事诉讼法与诉讼标的理论》,台湾大学法学丛书编辑委员会1984年版,第289页。

[10] 事实上,抵销在1877年德国民事诉讼法制定当时,并不是采以意思表示抵销,而以裁判上抵销的见解非常流行。但是在德国1896年民法制定时,确立了以意思表示行使抵销权的制度,抵销的理论变成只要作出意思表示,实体法上的两个债权就会溯及至最先抵销条件具备的时点消灭。换句话说,在诉讼上即使把抵销的结果加以援用,事实上法院在言词辩论终结时,所审判的法律关系,仍然要回溯到最初可以进行抵销时的法律关系。若主张抵销的债权根本不存在,则在法院言词辩论终结时它也仍然不存在。故不论何种情形,只要有抵销的效力,则在法院言词辩论终结之基准时点,抵销的债权都不存在。1898年修正的德国民事诉讼法为配合民法而加以修正。参见曹鸿澜等:《诉讼上之抵销与诉讼系属之问题》,台湾《法学丛刊》第158期,第115页。

[11] 参见前引[2],黄立书,第739页。

允许原告主张自己的债权,而不允许被告就自己对原告拥有的债权主张抵销,那么,这样的法律制度的合理性和公正性是值得怀疑的。在司法实践中还存在这样的情况,即一方当事人向法院起诉时隐瞒了自己对另一方当事人负有债务的事实而尽早取得执行名义。尽管我国法律规定“当事人主张抵销的,应当通知对方。通知自到达对方时生效”,但在实践中,许多抵销的进行并不顺利。即使对对方有合法的债权,由于没有直接向法院申请强制执行的根据,也只能通过诉讼的途径,由法院作出判决。法律一旦规定当事人(被告)只能另行起诉,就可能发生该当事人虽然在后来或另一个诉讼中胜诉,但对方从自己手中取得的财产已被转移,从而导致胜诉的当事人实际利益得不到有效的保护的情形。

3. 建立诉讼上的抵销制度,是提高诉讼效率的需要。

从抵销的产生和发展的历史来看,抵销(这里的抵销并不仅仅是指诉讼上的抵销)的目的更多的是为了避免迂回诉讼,减少没必要的开支和消耗。如果建立诉讼上的抵销,在司法资源相对稀缺的情况下,则大大有利于诉讼效率的提高。一方面,诉讼中的抵销对双方当事人来说,都是一种积极有效的诉讼措施,当原告请求法院判决被告履行一定债务时,被告可以双方互负符合抵销要件的债务行使抵销权。通过抵销,当事人双方都不再履行给付行为,在一个诉讼中解决两个法律关系,减轻了当事人的讼累。我国台湾学者陈荣宗先生认为,“诉讼上抵销制度其于当事人之利用上为极方便之制度。当事人可利用对造起诉之诉讼程序以主张抵销为防御方法,一举解决双方互负债务之法律关系,不必另外起诉,因而节省人力及诉讼费用之负担”。^[12]如果不允许在诉讼中进行抵销,被告只能另行起诉,就会增加当事人精力、时间和诉讼费用(主要是指律师代理费)的负担。另一方面,诉讼上的抵销也减轻了法院的负担。由于诉讼中抵销行为的行使,可使原被告间的债权债务关系消灭,不需要或者减少了给付行为,从而使法院的强制执行工作大大减轻压力。同时,被告的另行起诉,也给法院造成很大的负担。尤其是在债权债务关系日益复杂化的今天,通过行使诉讼上的抵销,使得一个诉讼解决多个纠纷,是符合现代诉讼法理的。尤其对“对银行业来说,即使抵销是诉讼程序上的请求的论点限于衡平法上的抵销或成文法上的抵销,其结果将是严重的。在国内银行业务中将引起大额的诉讼费用。”^[13]

二、诉讼上的抵销的法律性质

英国 Scarman 法官在制定区别实体法与程序法的规则时说:“一个问题什么时候是实体法问题,什么时候是证据法或诉讼法问题,我不试图对这些问题作一般答复。因为答复只能在分析要求判决的具体问题的法律背景与事实环境之后才能作出。”^[14]世界各国的立法和理论对抵销本身的性质就有争论,对诉讼上的抵销的法律性质更是观点不一。

在英国法上,抵销是一种诉讼法上的权利,是作为金钱请求权或以不支付金钱为依据的其他救济对象的被告,在诉讼程序中提出旨在减少或解除他凭原告的请求权所承担责任的抵偿请求权。^[15]抵销权的历史表明它纯粹是诉讼程序中的盾,不是实体法上的辩护。衡平法院要求交叉请求权必须能“指责”请求权,好像是说抵销权是作为实体法上的辩护行使的。但事实上,需要衡平法院正是因为交

[12] 参见前引[9],陈荣宗书,第300页。

[13] 前引[6],沈达明编著书,第212页。

[14] 参见 McCracken: *The Banker's Remedy of set-off*, 1993, Butterworths.

[15] 英国人之所以认为抵销是诉讼程序上的请求,原因在于:1. 抵销是为了避免诉讼的迂回。2. 抵销能作为对诉讼的辩护,一般只能用于防御。3. 抵销阻止原告在诉讼中追偿。“诉讼程序上的”是指不涉及原告的请求权的有效性的请求权,而且只能在诉讼程序中援用的请求权。4. 抵销取决于司法判决。行使抵销必须经过法院批准,抵销于判决作出之日起产生效力。诉讼程序中的抵销答辩以及凭抵销答辩作成的判决都没有追溯力。英国最高法院规则 ord18. r17 规定,抵销是作为辩护在诉讼中对原告的答辩。

又请求权不构成实体法上的辩护。衡平法院的干预只出现于实体法上的辩护不能成立时,而且是以诉讼程序的方式进行的。在现代的英国法系诉讼程序中,抵销是作为辩护提出的,被告有权以他的反请求权作抵销,减少或消灭原告有权取得判决的金额。抵销纯粹是诉讼法上的事,抵销于判决之日起产生法律效力。按照大陆法,以正当方式的主张抵销在实体法上产生追溯效力,在交叉请求权应清偿时,在此限度内消灭请求权。按照法国法,抵销凭法律自动起作用。在请求权与反请求权到期之日抵销追溯既往地产生效力。在德国法上,抵销同样属于实体法,不是诉讼法,但必须由债务人以单方面的意思表示主张之,于是产生追溯力。

在诉讼中,“被告于言词辩论始为诉讼上之防御方法而为抵销之意思表示时,因外形上仅作了一个行为,故其在法律上的性质如何,颇成为问题”。^[16]关于诉讼上的抵销的法律性质,国内外学理上有私法行为说^[17]、两行为并存说^[18]、诉讼行为说^[19]和一行为两性说。^[20]

私法行为说又称实体法说,认为诉讼上的抵销在性质上也属于民法上的法律行为,不因为其在诉讼程序上行使而使其在性质上变为诉讼行为。既然属于法律行为,就具有民法上抵销的构成要件和法律效果。不管原告的诉讼请求是否得到法院的确认,或者撤诉,都发生抵销的实体法上的法律效果。“此种抵销,依通说,其行为仍系实体法上之法律行为(形成权)而应适用民法之规定。”^[21]

两行为并存说又称双重要件说,认为诉讼上的抵销是由实体法上之法律行为与诉讼上之诉讼行为双重构成要件合并而成。理由在于,在实体法与诉讼法分立的制度下,实体法上的法律行为不产生诉讼上的效果,程序法上的诉讼行为也不会产生实体法上的效果。当事人在诉讼上主张抵销时,一方面是以意思表示行使民法上的抵销权,另一方面是以诉讼上的陈述方法,主张双重实际关系发生消灭的效果。其在诉讼上所表示的行为在外表上看似仅有一个行为,但实际上同时兼有民法上行使抵销权的意思表示与诉讼上主张债权因抵销而消灭的陈述两种行为。所以被告在诉讼上作抵销时,在实体法上发生抵销的法律效果,在诉讼上发生当事人诉讼胜败结果及判决既判力现象。“诉讼上行使形成权之要件,以实体法所定法律要件决之。其行使之方式,则应依诉讼法之规定,是以其行使须于言词辩论为之。”^[22]

诉讼行为说认为,诉讼上抵销行为是民事诉讼法上固有的制度,是被告在诉讼上向法院表示抵销的行为,这种抵销的诉讼行为须等到法院作出判决后才能发生消灭债权的法律效果。诉讼上的抵销的法律性质不同于实体法上抵销的意思表示,不能仅凭被告一方对原告作出抵销的意思表示而立即发生消灭债权的形成效果。即使被告在言词辩论期日,在诉讼上主张抵销,其抵销的主张也须待法院以判决就被告主张的抵销加以认定,才能在该判决生效时,发生抵销的法律效果。所以诉讼上抵销的行为,其要件方法和效果,应依照诉讼法上有关诉讼行为所适用的原理,作为其适用准则。诉讼上抵销行为既然属于诉讼行为,当然应与实体法上抵销的法律行为有严格的区别,即诉讼上抵销行为不能视为私法行为。因此,诉讼行为说在根本上否认诉讼上抵销行为具有私法行为的意义,在概念上排除

[16] 骆永家:《民事法研究》第2册,第8页。

[17] 根据我国台湾地区学者的观点,关于诉讼上的抵销或者形成权的性质,一般认为有三种不同的观点,即私法行为说、诉讼行为说、折衷说。其中私法行为说又称两行为并存说。笔者认为,不宜把私法行为说与两行为并存说混为一谈,不仅是因为在概念上会产生歧义,而且在学界中存在这两种不同的观点。因此,笔者把这两种观点各自独立立起来,故采四种不同的观点。

[18] 参见 Baumgartel, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, 1957's, 1963ff; Rosenberg - Schwab, ZPR10Auf1, 106; 石川明:《诉讼法上的抵销的法律性质》,《诉讼行为研究》第68页;新堂幸司:《民事诉讼法》,第306页以下;前引[9],陈荣宗书,第280页。

[19] 参见 Nikisch, *Die Aufrechnung im Prozess fur lehmann*, 1956, 765ff; 中野贞一郎:《抵销抗辩》,载《诉讼关系与诉讼行为》第90页以下;三月章,《民事诉讼》第280页。

[20] 参见 Oertmann, *Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozessrecht*, 1916; 杨建华:《民事诉讼法新论》,第123页。

[21] Blomeyer, *Lehrbuch des zivilrechts*, §60.

[22] 前引[3],王甲乙等书,第123页。

私法行为的法律关系和法律效果。^[23]

一行为两性说又称折衷说,认为诉讼上抵销行为属于双重性质之行为,是为私法行为与诉讼行为两种行为以外的第三种行为。一行为两性说把诉讼上抵销看成是同一行为中内含两种行为的属性,或者说是同一行为同时具有两种性质。也就是说诉讼上抵销行为是单一行为,而同时具有实体法与诉讼法之双重性格。诉讼上抵销行为的要件及效果必须同时具备实体法和诉讼法的双重要件,缺一不可,所以一旦诉讼行为在存在要件方面有欠缺的情形,当然不会发生诉讼上抵销行为的效果,实体上抵销效果也不发生。我国台湾学者杨建华先生赞成一行为两性说,认为“一个行为有私法法律行为之性质,同时有诉讼行为之性质。例如委任诉讼、于诉讼上主张抵销、解除、撤销即是。此等法律行为本来与诉讼分开独立行之,然在诉讼上为此等行为者,应依诉讼法所定之方式为之,其效果之一部(实体法上之效果)依私法之规定发生,同时发生诉讼法上之效果”。^[24]一行为两性说与两行为并存说的主要区别在于,私法行为说允许实体法上之抵销效果分别发生而各自独立存在,两者并无相互依赖之关系。一行为两性说则强调两者的不可分性。

诉讼上的抵销的性质如何,决定了其要件、行使方式和性质是适用民法上关于法律行为的规定,还是应适用民事诉讼法关于诉讼行为的规定。因此,只要解决了诉讼上的抵销的性质问题,其余问题就迎刃而解。笔者赞成诉讼行为说,^[25]理由如下:

1. 抵销权人之所以能在诉讼中提出抵销或者说法院之所以受理被告提出的抵销主张,并不是由于其有实体上的权利,而是由于有诉讼上的权利。实体上的抵销权的有无最终要由法院作出裁判。只有拥有诉讼上的权利,才能被法院允许。由于抵销权人提出的抵销事实与正在诉讼进行中的诉讼标的并没有法律上的牵连关系,如果法律并不承认诉讼上的抵销的合法性,那么当事人就不能提出抵销的主张,即使当事人提出,法院也不会予以理睬。诉讼上的抵销存在的前提,是法律承认这种诉讼上的抵销是一种诉讼行为,或者说当事人具有诉讼上的抵销的诉讼权利。正如当事人之所以能在诉讼中提出反请求,法院对两种不同的民事法律关系进行合并审理,是因为法律明确规定当事人享有在本诉的程序中提起反诉的权利。假设法律并没有赋予当事人反诉的权利,那么当事人就不能提出反请求。同样,当事人能在诉讼中主张抵销,并被法院所允许,是因为当事人有该诉讼权利。而当事人是否有实体上的抵销权,在所不问。

2. 在大陆法系国家,作为私法行为的抵销或者经抵销权人的意思表示到达对方当事人,或者不经意思表示即自动发生抵销的法律效果。但是在诉讼中提出抵销的法律效果,第一,并非经意思表示或自动发生,而是要由法院通过裁判方式作出。如果法院确认抵销的事实存在并作出交叉债务相互抵销的判决,则抵销的法律效果发生;反之,抵销的法律效果则无从产生;第二,并非立即发生。当事人在诉讼中主张抵销,其法律事实是否存在,一直处于未定状态。直到以抵销为理由的被告胜诉的判决作成之时为止,原告的请求权没有消灭。只有等到法院作出判决,才能尘埃落定,而且往往要经过二审或三审才能获得生效判决。很显然,这种诉讼上的抵销的特点与实体法上规定的抵销并不相同。只有承认诉讼上的抵销属于诉讼行为,才能自圆其说。第三,依照民事诉讼法法律关系通说“两面说”,在民事诉讼中,只存在原告与法院、被告与法院的民事诉讼法律关系,也就是说,抵销的意思表示不能直接到达对方当事人,因此当然不能构成实体法上的抵销。“于诉讼法上行使抵销或解除等形成权,骤视之似为当事人一方对他方所为”,然依杨建华先生之意见,“诉讼系原告或被告与法院所形成之两面关系,当事人相互间并不成立任何诉讼上之关系。当事人于裁判上所为之诉讼行为,均系对法院为

[23] 参见前引[9],陈荣宗书,第283页。

[24] 前引[3],王甲乙等书,第125页。

[25] 如果接受英美法系国家的通说,即认为抵销(指成文法下的抵销和衡平法上的抵销,一般认为合同约定的抵销提供实体法上的辩护)是诉讼程序上的辩护,那么认为诉讼上的抵销属于诉讼行为是不言而喻的。甚至可以说,在英美国家,抵销与诉讼上的抵销基本上是一概念。本文的讨论是在不推翻抵销属于私法行为的大原则下展开的。

之。故上述诉讼上行使抵销、撤销或解除之意思表示,不过声请法院将其效果在裁判上加以斟酌而已”。^[26]即使是采用“三面说”,如果一方当事人始终缺席,法院作出缺席判决,抵销的意思表示同样不能到达对方当事人,因此也同样不能构成实体法上的抵销。

3. 实体法上的抵销不得附有条件或期限,否则无效,这是大陆法系国家立法中予以明确规定的,是实体法上的抵销的特点。通说认为,被告在诉讼上主张抵销时,其抵销的主张系以法院将来确认原告债权存在的事实为条件。因为通常被告首先对于原告的债权作否认的抗辩,其防御方法可能是主张债务已清偿或债务已免除等债已消灭的事由。只有在自己的理由无法反驳对方的诉讼请求或法院不予采纳时,才提出抵销的主张。因此,在诉讼中提出的抵销是附条件的。“至于学说上所谓假定之抵销抗辩(Eventualaufrechnung,又称预备之抵销抗辩),即被告否认原告主张的存在,而又顾虑法院认其债权存在,乃同时提出抵销之抗辩,以备法院于认原告之债权存在时,可以斟酌此项抗辩者,虽原附条件之主张,然诉讼法既许为预备之声明,依诉讼行为之性质及诉讼之本质,亦应例外予以允许。”^[27]如果把诉讼上的抵销的法律性质归结为私法行为,就无法说明可以附有条件这一现象。而认为诉讼上的抵销属于诉讼行为,则不存在抵销不得附条件的规定,因此不存在解释不通的困境。

4. 诉讼上的抵销是作为辩护在诉讼中对原告的请求权的答辩。如果被告提出的交叉请求权在诉讼开始时时效已完成,原告能在答复答辩书上援引时效法,从而加以否定。实体法上的辩护不受时效法的约束。抵销权是诉讼法上的权利。诉讼法上的权利不同于实体法上的辩护之处在于被告自认负债,但主张他不应该支付超过余额的金额。可见抵销不针对请求权涉及的实体法上的责任,而仅仅是原告有权取得的判决金额以及以不清偿的其他非金钱的司法救济能否援用的问题。^[28]

三、诉讼上的抵销在法律上的处理

既然诉讼上的抵销属于诉讼行为,其要件和法律效果即应由民事诉讼法予以调整。但是,我国现行民事诉讼法没有对诉讼上的抵销作出规定。诉讼法属于公法,诉讼行为实行“法无明文规定即属无效”。“诉讼行为在诉讼程序上,以何种程式、发生何种法律后果,均依诉讼法之规定,易言之,并无未规定于诉讼法之诉讼行为。同时,诉讼行为与诉讼程序上之效力,俱依诉讼法定之。”^[29]因此如果承认诉讼上的抵销,就必须在法律上或者通过司法解释予以确认。那么,法律上有无必要确立独立的诉讼上的抵销制度?笔者认为,在法律上应当赋予当事人享有诉讼上的抵销权,但是没有必要建立独立的制度。那么诉讼上的抵销通过何种诉讼制度进行呢?是不是可以从反诉制度中得到某种启示呢?传统观点认为诉讼上的抵销与反诉不同,最主要的区别是从法律性质上说,反诉是一个独立的诉讼请求,而抵销只是一种反驳和防御原告的诉讼手段。笔者认为任何一种诉讼制度只要不改变其最本质的特征,都应该可以在不违背价值取向或者说是在诉讼法理的前提下,根据利益的考量进行适当的修正和完善,为我所用。反诉与抵销之间没有不可跨越的鸿沟,在诉讼上的抵销通过何种诉讼制度进行的问题上,可以改造或扩大反诉制度的功能,吸收诉讼上的抵销。理由在于:

首先,如果建立独立的诉讼上的抵销制度,有违辩论主义,有悖法理。辩论主义要求法院只能就当事人提出的诉讼请求作出判决,不能对当事人没有在诉状中明确提出的事项作出裁判。如果建立独立于其他诉讼制度之外的诉讼上的抵销,那么法院对当事人主张的抵销请求作出判决,不论其判决是分别判决还是余额判决,都势必违反了辩论主义和当事人主义。因为诉讼上的抵销并不是原告的

[26] 前引[3],王甲乙等书,第113页。

[27] 前引[3],王甲乙等书,第119页;可参见前引[2],黄立书,第730页。

[28] 参见前引[6],沈达明编著书,第211页以下。

[29] 前引[3],王甲乙等书,第110页。

诉讼请求,而是被告的一种防御方法或者抗辩。法院无权就当事人未在诉讼中提出的诉讼请求作出判决。因此,只有把诉讼上的抵销作为一个独立之诉,才能避免陷入既要实现公正与效率又须付出违背法理的代价的尴尬境地。

其次,如果建立独立的诉讼上的抵销制度,在诉讼上易引起滥用权利,造成法院诉累等诸多问题。之所以允许诉讼上的抵销存在,是为了实现公正和效率。但是,如果让诉讼上的抵销成为独立的诉讼制度,则会走向相反的方向,即损害了公正和效率。道理很简单,被告行使诉讼上的抵销无须交纳诉讼费用,即使被告虚构民事法律关系——实体法上抵销事实的存在,法院也须查明实体上抵销事实是否成立,因此诉讼上的抵销很可能成为被告拖延诉讼的武器,而被被告人滥用,同时也给法院造成了诉累。倘若诉讼上的抵销也属于反诉的一种情形,被告提起诉讼上的抵销,必须交纳按新诉处理的诉讼费用,那么被告在决定是否提出抵销时很可能会三思而后行,从而有效地限制和减少被告人利用诉讼上的抵销拖延诉讼的情形发生。

再次,诉讼上的抵销与反诉有相似之处。观察诉讼上的抵销,其特点很接近于反诉。如果基于上述理由把诉讼上的抵销看作新诉,那么诉讼上的抵销的提出,就意味原被告诉讼地位的改变。作为新诉的诉讼上的抵销,其目的也是为了并吞和消灭对方在实体上的诉讼请求。还有,以诉讼上的抵销提起的诉讼与原告可以合并审理也可以分开审理。这一点也与反诉存在的场合相同。即使不认可诉讼上的抵销为独立之诉的情况下,两者在目的、法院审理和判决方面也不少相似之处。把抵销抗辩视为是“经缩减之反诉”,认为是“未展开的反诉”(Unentwickelte Widerklage),这为德国的 Scholloneyer 和日本的梅本吉彦所主张。^[30]“审判上之抵销乃仅得依反诉之方法,而为抵销者是也。例如甲对乙有金钱借贷之债权,而乙对甲有损害赔偿之债权,此两者的债权债务,倘一方为审判上之请求时,则他方即得依反诉之方法,而请求抵销。”^[31]其实,从反诉的历史演变来看,最初的反诉就是抵销抗辩。承认反诉的最初意图是为求公平,即基于公平的考虑而允许被告提出抵销抗辩,使被告对原告的债权能通过同一诉讼程序实现,而实现的方式就是与本诉请求相抵销。^[32]

最后,扩大反诉制度的适用范围或者采取强制反诉的做法,是世界民事诉讼立法的趋势。在传统学说中,反诉与诉讼上的抵销最大的区别在于,反诉与本诉之间存在法律上的牵连关系,而诉讼上的抵销与原告之间并没有法律上的牵连关系。这在过去可能是难以跨越的鸿沟。但现在,这种界限正在缩小。各国为了提高诉讼效率,实现一个诉讼解决多个纠纷的目的,大多放宽了反诉的要件,尤其是动摇了反诉与本诉之间必须存在法律上的牵连关系的要件。美国有很多州,例如加洲取消了抵销与反请求之间的区别,把两者结合为单一的诉讼请求,称为 cross-complaint。这就为诉讼上的抵销并入反诉解决了最后一道障碍。

基于上面的分析,笔者认为诉讼上的抵销应当按照独立之诉来对待。对于本诉来讲,诉讼上的抵销就成为反诉。因此,作为诉讼行为,诉讼上的抵销应具备诉讼行为的成立要件和生效要件;作为独立之诉,诉讼上的抵销应当具备反诉成立和生效的要件。

一旦在制度上确立了诉讼上的抵销属于诉讼行为且在法律上按反诉处理的观念,一些原本在传统观念下难以解决的问题就变得不再复杂。

原告撤回诉讼,被告提出诉讼上的抵销怎样处理?在认为诉讼上的抵销属于私法行为的情况下,虽然主张抵销的行为失去其诉讼法上的意义,法院不予理会,但是仍然产生实体法的抵销债务的效果。如果认为诉讼上的抵销不是起诉的一种,而仅仅是抗辩而已,那么原告撤回了诉讼不仅会使被告的抵销行为失去其存在的意义,而且这种诉讼上的抵销也不会产生任何实体上和诉讼法上的效果。

[30] 参见前引[10],曹鸿澜等文。

[31] 郑玉波:《民商法问题研究》第1册,第230页。

[32] 张晋红:《民事之诉研究》,法律出版社1996年版,第180页。

但是,依本文的观点,既然把诉讼上的抵销按反诉处理,那么,即使本诉被撤回,也不影响反诉的正常审理。

如果法院在判决中作出了对诉讼上的抵销的处理,那么被告是否可以另行起诉?不管是把诉讼上的抵销视为法律行为还是诉讼行为,只要把其作为一种防御的方法之一对待,就会得出一个相同的结论,即虽然被告在诉讼中提出抵销的主张,但不发生诉讼系属的法律效果。根据一事不再理原则,必须两个诉的诉讼标的相同才能适用该原则,如果在诉讼中是以抗辩的方式(即以攻击防御方法)提出,就不适用一事不再理原则,而诉讼上的抵销只是一种抗辩的手段而已。因此,被告可以另行起诉。这里会存在一个难以解决的问题,被告在诉讼上的抵销主张在判决书中作为判决的理由产生一定的既判力,如果允许被告另行起诉,甚至是在本诉中提起诉讼上的抵销的同时另行起诉,就会发生两个诉讼有可能产生不同的结果,而另行起诉本身也违背了既判力的要求。但是,如果依本文的意见,这个问题就不会存在。既然诉讼上的抵销是一种反诉的形式,就当然不允许另行起诉,否则就违反了一事不再理原则。

Abstract : In civil litigation , the defendant can offer to countervail creditor 's rights in order to ban down creditor 's litigant appeal . The nature of the countervailing should be classified as the act of lawsuit . Required documents , legal effects and right exertion method should be set up in accordance to the act . We should not adopt the practice of enlarging applicable field of counter lawsuit , or try to force the counter lawsuit . We should treat it as an independent lawsuit . As an act of lawsuit , countervailing in lawsuit should hold the established and effective documents for both lawsuit and counter lawsuit .

Key words : civil litigation ;act of lawsuit ;countervail
