

论诉讼抵销在中国法上的实现路径

刘哲玮

(北京大学 法学院 北京 100871)

摘要: 诉讼抵销是指被告依据实体法规则,在诉讼过程中通过抵销消灭原告的实体请求权。我国理论界通说认为应当以抗辩的方式来实现诉讼抵销,少数说则认为应以反诉的方式实现诉讼抵销,而司法实务中却主要采取另诉,实质上否定了诉讼抵销的实现。诉讼抵销在理论研究与司法实务上的脱节,根源于抗辩说和反诉说在我国民事诉讼法上均无明确规则,而司法实务操作者对效率和合法等功利目标的追求使其选择另诉。为了落实当事人的法定权利,避免不必要的拆分诉讼,通过解释和适用中国法既有规则,提炼出实现诉讼抵销的具体路径:诉讼抵销的性质只能是抗辩,但其具体要件之一的“存在抵销主动债权”存在争议时却必须以诉的形式解决,可以将抵销主动债权作为反诉合并审理,但在不具备合并条件时法院应就本诉债权是否成立做出先行判决。

关键词: 诉讼抵销; 抗辩; 反诉; 既判力

中图分类号: DF72 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2019.01.12

一、问题的提出

根据我国《合同法》,抵销分为法定抵销(第99条)和合意抵销(第100条)。民法通说认为,法定抵销是在满足法定条件的情况下,经过一方做出抵销的意思表示,而使双方债权债务发生消灭的抵销方式,它是一种单方行为,是典型的形成权,因此抵销时无须相对人协助,也无须经法院裁判即可发生法律效力^①。如果作为被告的债务人,在诉讼过程中发出抵销的意思表示,或者重申在诉讼之前已经做出的抵销表示^②,以此主张作为原告债权人诉讼请求

权利基础的实体请求权已经消灭,从而对抗原告提出的诉讼请求,则为诉讼抵销^[1-2]。

由于民法学并未给抵销设定任何场域的条件,因而如果沿着实体法的路径,则诉讼抵销的实现并无法律障碍,法院理应对之予以回应,从而决定原告诉讼请求是否成立,我国民法学界的通说也持此种见解。而也有少数民法法研究者提出,诉讼抵销具有不同于一般抵销的特质,因此必须以反诉的方式提出。而中国司法实践却摒弃了上述两种学理路径,法官们往往不理睬被告的诉讼抵销主张,告知其另诉解决抵销的主动债权,从而导致诉讼抵销

收稿日期: 2018-06-15

基金项目: 2016年度国家社科基金重大项目“构建中国特色案例制度的综合系统研究”(16ZDA068)

作者简介: 刘哲玮(1981),男,四川成都人,北京大学法学院副教授,法学博士。

^① 参见:王利明,杨立新,王轶,等.民法学[M].4版.北京:法律出版社,2015:509-511;韩世远.合同法总论[M].3版.北京:法律出版社,2011:545.

^② 抵销是否是在诉讼中首次提起,不影响诉讼抵销的效力。因为抵销是普通形成权,因而法院审理都是对其法律效果的确认。(参见:刘哲玮.普通形成权诉讼类型考辨[J].中外法学,2014(5):1331-1332.)

根本无法实现。

本文将对上述三种路径进行系统梳理和比较,并尝试理解中国一线法官的实质考量,进而以中国法文本为基础,并以法解释学方法填补法律漏洞,构建出一种中和了抗辩和反诉的路径,论证诉讼抵销在中国法上可能实现的路径,以及其相应的法律条文基础和学理基础。

二、诉讼抵销的既有路径概述

由于诉讼抵销在司法实务中并不鲜见,因此这一问题很早就引起了国内研究者的注意,早在我国民事诉讼法典颁行的第二年(1992年),我国就有研究者撰写专文讨论诉讼抵销^[3]。然而,由于我国民事诉讼法典并未对这一问题做出明确规定,因此在绝大多数民事诉讼法学和民法学教科书中,都不曾就该问题做出细致的阐述^①,而其他研究者多以论文的方式对诉讼抵销展开研讨。梳理既有文献,大体上可以看出我国研究者对诉讼抵销提出了两条路径。

(一) 继受大陆法系通说的抗辩说

我国民法和民诉学界主流观点都认为,应当将诉讼抵销作为被告的一种抗辩^②。研究者都坦陈,这一理论主张来源于大陆法系国家民事诉讼法学理论^[4-5]。而实际上该理论也非常符合民法原理,既然抵销是一种债的消灭方式,那么其就像清偿一样,自然是被告反对原告债权的一种防御方法。

但是,抗辩说也存在较为明显的问题:如果将抵销作为抗辩,那么对其的认定就属于诉讼理由,而不属于判决主文,原则上一般不具备既判力,但抵销的主动债权毕竟是一种权利。如果被告对其另行提起诉讼,就可能导致两个诉讼对同一债权做出不同认定,既可能造成矛盾判决,也浪费了司法资源。因此,坚持抗辩说的学者普遍都承接大陆法系观点,认为判决理由中关于诉讼抵销抗辩的判断应当例外地产生既判力^{[1]323}。

(二) 学界少数意见的反诉说

理论界也有一些学者主张以反诉的方式来实现抵销,并认为这一做法符合英美法系的通行做法^[6-7]。虽然英美法上抵销(set-off)和反诉(counterclaim)的关系其实颇为微妙,未必如部分学者所述的那般笃定^③。但其观点却也有合理之处:

首先,抵销是一项形成权,而抗辩要么是专门的抗辩权,要么是提出事实抗辩,诉讼抵销作为抗辩将会与抗辩的整体体系不兼容,因而必须用反诉的方式予以处理;其次,通过反诉实现诉讼抵销符合不告不理的基本原理,法院对抵销主动债权的审判具有正当性基础;再次,将诉讼抵销作为反诉,让其构成独立的诉讼标的,判决主文就必须对其回应,因而自然应当发生诉讼系属效力和既判力,可以有效避免重复起诉。

(三) 司法实务惯例的另诉说

上述理论界的两种观点都支持在诉讼中法院应当审理诉讼抵销,只是对具体的审理形式和效力存在分歧。但是,考察我国司法实务,情况却未必乐观:

我国司法实务的通行做法是直接拒绝受理诉讼抵销。法官们并不愿意将诉讼抵销纳入本案审理对象,而是直接告知当事人通过另诉解决抵销的主动债权。由于这类告知导致被告的诉讼抵销无法真正发生效力,因而一般不会记载在裁判文书和

① 例外是张卫平教授和李浩教授的教科书,张卫平教授从2004年第一版教科书起,就有专节讨论诉讼抵销的性质和效力。(参见:张卫平.民事诉讼法[M].北京:法律出版社,2004:292-294。)李浩教授则从2011年第一版教科书起,在讲述反诉时会提及诉讼抵销不构成反诉,在讲述既判力时会论及应当例外地赋予抵销抗辩既判力。(参见:李浩.民事诉讼法学[M].北京:法律出版社,2011:314.)

② 参见:张卫平.民事诉讼法[M].4版.北京:法律出版社,2016:322;邱新华.诉讼上抵销:抗辩抑或反诉[J].山东审判,2007(5):72-75.民法学者的观点可参见:廖军.解春.抵销与反诉——历史与价值的探讨[J].比较法研究,2005(1):52-57;耿林.诉讼上抵销的性质[J].清华大学学报(哲学社会科学版),2004(3):84-87.

③ 英国法上区分法定抵销(Legal set-off)和衡平抵销(Equitable set-off),衡平抵销的确被视为一种反诉,但法定抵销的性质却是抗辩。1938年以前的美国,各州程序法关于抵销是否一定作为反诉,也都存在不同。(参见:Clark C., Surbeck L. The Pleading of Counterclaims[J]. The Yale Law Journal, 1928, 37(3):300, 307.) 1938年联邦民事诉讼规则制定时采纳了摩尔(Moore)教授的观点,将抵销作为一种容许性反诉。(参见:Moore J., Friedman J. Moore's Federal Practice: A Treatise on the Federal Rules of Civil Procedure[M]. Chicago: American Bar Association, 1938:696.) 但二战以后,考虑到抵销主动债权与被动债权的关联性,其在管辖方面的问题愈发引起关注,越来越多的联邦法院对抵销是否构成容许性反诉持怀疑甚至否定的态度。(参见:Fletcher W. Common Nucleus of Operative Fact and Defensive Set-Off: Beyond the Gibbs Test[J]. Indiana Law Journal, 1998, 74(1):171, 172.)

庭审笔录之中,无法获得实证性证据的支持。但从个别化的访谈询问中,可以发现多数法官都采取此种处理方式^①。此外,在一些上诉裁判和再审申请裁定中也可以一窥端倪,例如最高人民法院就曾明确支持此种做法,认为被告在诉讼中提出抵销,而原告对此不予认可时,“二审判决未予审理并无不当。就上述款项,湘润公司可以另行诉讼解决”^②。又如,在一个二审裁判中,最高人民法院明确表示原被告双方“各自的债权数额和违约金数额,不宜在诉讼中进行抵销”^③。

虽然在部分案件中,法院也表示当事人须以反诉的方式来实现诉讼抵销,然而,如果仔细研判法院的裁判文书,不难发现这些法院主张反诉说,实质上依然是在推诿审理,以此作为二审不审理诉讼抵销的理由。例如最高人民法院在一个二审判决中就以“在一审期间没有提出反诉,在二审期间提出此新的诉讼请求,本院不予审理”为由,拒绝了被告在一审中已经提出过的抵销主张^④。只有在个别案件中,法院才以反诉的方式,接受并审理了被告的抵销,进而在判决理由中认定抵销成立,并在判决主文中相应减少了对原告诉讼请求的支持^⑤。

只有在个别案件中,法院未要求被告以诉——无论是另诉,还是反诉——的方式来实现诉讼抵销,而是将其作为一种抗辩来处理,并对相关抵销能否发生效力做出了回应。值得注意的是,这类案件中法院绝大多数处理结果都是认为抵销抗辩不成立^⑥。因此,这些法院恐怕并非采纳抗辩说,对抵销抗辩做了严格的审查,而只是在裁判文书中对一些明显不成立的主张予以反驳,这样的裁判理由恐怕也难以如抗辩说所主张的那样,例外地产生既判力。

由此可见,中国司法实务界的通行做法基本没有采取理论界的通说,将诉讼抵销作为抗辩;也没有采取理论界的少数说,以反诉的方式处理诉讼抵销;而是另辟蹊径地发掘了一条告知另诉的路径,拒绝将诉讼抵销作为本案审理的对象。

三、既有路径无法实现诉讼抵销的原因分析

理论研究和司法实务的脱节,在中国法上并不

鲜见,也警醒着我们不能满足于既有研究的成熟框架,而须将其作为一个中国法上的特别问题加以认真对待。诉讼抵销既有路径存在的此种脱节现象,也促使我们反思,理论界的路径有何缺陷以致于不能得到实务界的青睐,而实务界又为何需要另辟蹊径创设出新的解决方案。只有理解了实务操作者的需求,或许才能探索出勾连理论与实务的有效解决路径。

(一) 于法无据的抗辩说与反诉说

抗辩说之所以难以得到采纳,最根本的原因是我国并未像大陆法系国家那样,在民事诉讼法典中明确规定诉讼抵销,并赋予其正式地位。《德国民事诉讼法典》在第145、302、322和533条分别规定了诉讼抵销的适用范围(可以适用于无牵连关系的债权)、判决形式(专门的抵销保留判决)、既判力(明确例外地具有既判力)和二审限制(二审中提出诉讼抵销的限制条件)。罗森贝格借此认为诉讼抵销的前提和效力由《民事诉讼法》规定,因此它是诉讼行为^{[5]749}。《日本民事诉讼法》关于诉讼抵销的规则虽然较少,但也在第114条明确规定了抵销抗辩具有既判力的特殊规则。相比之下,我国《民事诉讼法》和主要的民诉司法解释并未明确规定诉讼抵销的构成要件和法律效果^⑦,导致在这一问题上,

① 笔者在撰写本文过程中,通过私人关系询问过北京、成都、上海、广州等地的十余名从事民事审判业务的员额法官对如下案例的处理方式:原告起诉被告要求支付买卖合同价款10万元,被告在诉讼中主张原告曾向自己借款20万元,因而主张抵销买卖合同价款。法官们无一例外地认为借款合同是新的法律关系,不构成本案审理对象,需要另诉解决,因而本案不审理诉讼抵销事项。

② 参见:最高人民法院(2015)民申字第1790号民事裁定书。

③ 参见:最高人民法院(2004)民二终字第125号民事判决书。

④ 参见:最高人民法院(2008)民二终字第49号民事判决书。

⑤ 参见:天津市高级人民法院(2012)津高民二终字第0013号民事判决书。

⑥ 参见:最高人民法院(2016)民再368号民事裁定书,最高人民法院(2009)民提字第32号民事裁定书。

⑦ 现行有效的诉讼抵销的司法解释仅见于《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释〔2008〕11号)第13条,该条肯定了诉讼抵销可以产生中断诉讼时效这一实体法效力。不过,这条承袭自《德国民法典》第204条第1款第5项的规则却有较为重要的意义,因为其代表了民法对诉讼抵销的认可。(参见:罗森贝格,施瓦布,戈特瓦尔德,《德国民事诉讼法》(下)[M],李大雪译,北京:中国法制出版社,2007:749.)

存在较为严重的开放式法律漏洞^①,司法实务面临着“无法可依”的局面。

诚然,在法律没有明确规定的情形下,理论学说可以也应当起到漏洞补充的作用^[8]。但是,填补漏洞需要运用科学的法学方法论,借助有效的法律解释方法来对其进行填补完善。拉伦茨认为,填补开放的漏洞,通常是以类推适用,或回归法律所包含的原则之方式行之^[9]。理论界也一般认为,应当通过类推适用、目的性限缩、目的性扩张、反对解释等方式来补充法律漏洞^[10]。尽管上述法学方法论主要集中在私法领域,但并不排斥包括民事诉讼法在内的公法适用,一方面法律漏洞现实存在于公法内部,另一方面在公法上类推适用并不违背立法的民主性和法律的安定性原则^②。

但是,抗辩说并没有从中国法出发,通过类推适用等法学方法,来获得较为科学系统的答案,而更多的是依靠大陆法系国家的法律规定和法学原理。此种依仗比较法作为正当性依据的做法导致对制度本原的特征阐述不够,即便偶有说理,更多的也还是偏重立法论,主张应当通过修订民事诉讼法,引入大陆法系关于诉讼抵销的相关规则,其服务的对象是立法者;而非通过解释论,从现行法规范出发,获取体系化的解决方案,来让司法者产生信心。

例如,关于诉讼抵销的法律效果,采取抗辩说的学者都认为应当例外地赋予其既判力。在德国法和日本法的视野下,由于其民事诉讼法典已经明确地规定了这一条文,因此法学理论只需要对该条文做具体的解释限定即可^③。但对于我国来说,首先需要明确,诉讼抵销在作为抗辩时,何以能够例外地产生既判力。部分学者提出的理由是:

假设对抵销抗辩的判断不产生既判力的话,那么被告在其反对债权(即主张抵销的对待请求)不成立,抵销抗辩被排斥而遭受败诉判决时,还可以另行起诉主张其反对债权,请求原诉的原告予以给付;反之,在被告的反对债权成立,原告因抵销抗辩而败诉后,被告亦可以重复利用其反对债权另行起诉,要求原告给付在前诉中抵销的标的物。显然,要避免这种矛盾情形和不公平结果的发生,就应当规定对于抵销抗辩的判断应产生既判力^[11]。

这一理由虽然具有合理性,但由于没有既定法规则作为类推依据,因此恰恰给了实务者拒绝审理

诉讼抵销的借口:抵销抗辩审理后原本应当具有既判力,而由于现行法没有赋予其既判力,所以为了避免矛盾和不公,不如干脆不予审理。

类似的情形还表现在将诉讼抵销作为抗辩的论证理由上。有学者总结了如下理由:第一,抗辩不受审级的限制,可以在一审和二审中随时提出;第二,节约成本,被告无须缴纳诉讼费用;第三,抵销是单方行为,因而无须通过诉讼就可以发生效力^{[11]322}。这些理由乍一看确有其正当性,然而,由于没有法律的明确规定,这些理由更多只是无根之萍的价值判断,缺乏有效的支撑,其批判的弊端也完全可以作为司法实务者反对将诉讼抵销作为抗辩从而必须审理回应的理由:首先,如果允许二审中提起诉讼抵销,那么对于抵销的主动债权可能只经过一次审理即告结案,损害了当事人的审级利益;其次,诉讼费用原本就是当事人应当投入的诉讼成本,如果通过抵销抗辩无须缴纳诉讼费用,导致的结果就是公共产品提供者(法院)的亏损;最后,既然理论界都主张抵销是诉讼行为,那么单纯地援引民法上的规则将其作为单方行为也就不具备诉讼法上的合法性^④。

相比之下,反诉说虽然不像抗辩说那样与现行法存在明显冲突,但由于在一些关键性要件上缺乏

① 拉伦茨将法律漏洞区分为开放的法律漏洞和隐藏的法律漏洞,开放的法律漏洞是指由于无法可依,因而需要通过类推等方法来填补的法律漏洞。(参见:拉伦茨,《法学方法论》[M],陈爱娥,译,北京:商务印书馆,2003:254-255.)

② 参见:刘志刚,《论行政法视野中的类推制度》[J],《现代法学》,2008(6):44-45。事实上,即便在严格坚持罪刑法定的刑法领域,禁止类推也仅仅集中在入罪标准上,在出罪和量刑等事由上,没有理由反对类推。

③ 由于《德国民事诉讼法》第322条第2款的原文是:被告主张反对债权的抵销,而裁判反对债权不存在时,在主张抵销的数额内,判决有确定力。依照该条的字面意思,这一例外仅仅涉及抵销不成功的情况方才产生既判力,因此理论界对该条文的关注重点在于如何扩张解释,通过论证认为应当将其理解为:如果被告主张了以反债权抵销,则宣告“反债权在所主张的抵销数额以内不存在或者不再存在”的裁判可以发生既判力。(参见:汉斯-约阿希姆·穆泽拉克,《德国民事诉讼法基础教程》[M],周翠,译,北京:中国政法大学出版社,2005:192-193.)

④ 事实上,如果结合德国法的规则,上述抵销抗辩的正当化理由也不完全成立。例如,《德国民事诉讼法》第533条明确规定了二审抵销的限定条件,必须对方同意或法院同意,而德国法上被告提出抵销,诉讼费会明确增加,并且德国法专门规定了这部分费用的分担规则。(参见:罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德,《德国民事诉讼法》(下)[M],李大雪,译,北京:中国法制出版社,2007:750.)

具体的法律规则,加之没有比较法的现成规范予以模仿,因而依然存在于法无据的缺陷,导致司法实务部门不敢贸然采用:

首先,抵销作为反诉构成的诉之预备合并,缺乏具体的规则指引。以抵销权作为反诉的诉讼标的,意味着本诉主债权必须成立,否则抵销无须审理。因此这一反诉并不是简单的诉的合并,而是以原告本诉胜诉为前提的预备合并。诚然,此处的预备合并与狭义上的预备合并(同一原告提起的两个诉,主位诉讼败诉后方审理备位之诉)不尽一致,但却都具有依赖主位诉讼的处理结果方能决定是否审理备位诉讼的本质,因此抵销权反诉可以视为一种广义上的预备合并。而在我国,虽然在个别案由中承认预备合并^①,但在整体上并无关于预备合并的法律规定,导致在诉讼系属、裁判顺序、文书制作、诉讼费用、上诉范围等多个方面都存在理论争议^[12],让司法实务者无所适从。

其次,抵销作为反诉需要满足的牵连性要件,缺少明确的法律规则。根据我国民事诉讼法学通说,反诉必须与本诉存在牵连性,具体而言往往是指反诉与本诉基于同一法律关系或者同一事实发生^②,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号,以下简称《民诉解释》)第233条第2款更是明确将此种牵连性界定为反诉与本诉的诉讼请求基于相同法律关系、诉讼请求之间具有因果关系,或者反诉与本诉的诉讼请求基于相同事实。抵销的主动债权和被动债权如果不是基于同一合同关系,则其牵连性就存在疑问。从司法实践来看,地方法院和最高人民法院在多个案件中就是以此为由,认为被告通过反诉行使诉讼抵销的主张不能成立^③。此外,由于反诉的管辖法院可能与本诉并不一致,一旦存在专属管辖、协议管辖等事项,也会导致本诉法院审理抵销反诉时面临管辖的合法性危机。

总之,无论是抗辩说还是反诉说,在我国既有法律规则不尽清晰的前提下,都并未通过类推或其他法律解释方法来填补诉讼抵销在中国法上的漏洞,而主要是从比较法的立场,探讨诉讼抵销实现方式的正当性理由。这种较为单一的论证思路,更多是立足于外国法的自说自话,而未能为中国法官的司法实践提供足够的正当性确证。

(二) 司法功利的另诉说

在理论界的两种学说缺乏足够的制定法依据和学理解释的情况下,司法实务中的法官也并未主动解释法律,弥补研究的不足,而是选择了告知另诉,直接架空诉讼抵销制度。究其原因,或许是另诉说的路径对于审判一线的法官而言,是最为功利的选择。此处所谓的“功利”,并无道德评价上的贬义,而是边沁所指的效用最大化(maximum utility)在司法上的反映,即如何让现有并不丰裕的审判资源最高效率地发挥作用^④。

一方面,拒绝审理、告知另诉能够直接减少审判法官的工作负担。对一般的民事诉讼来说,法官只需要审理原告提出的诉讼请求背后的法律关系,即诉讼标的是否存在^⑤。但是一旦要将诉讼抵销吸纳进入审判对象,就意味着要将一个新的权利争议纳入审理,这无疑会增加审判法官的工作量。尤其是在抵销的主动债权与本案审理的被动债权并非基于同一法律行为(如同一合同)产生时,法官对抵销主动债权的审理,无异于增加了一个全新案件。对于审判法官而言,无论是以抗辩,还是以反诉的

① 例如,离婚诉讼中离婚请求与分割财产、子女抚养请求之间的合并。(参见:刘哲玮.独立与合并:程序法视角下的离婚损害赔偿之诉[J].当代法学,2014(4):105.)

② 参见:李浩.民事诉讼法学[M].3版.北京:法律出版社,2016:127;王亚新,陈杭平,刘君博.中国民事诉讼法重点讲义[M].北京:高等教育出版社,2017:18.

③ 例如,在赵志林、龚桂芬、樊丽丽、唐山市丰润区金洋商贸有限公司与广州市万正投资有限公司、广州市太行投资有限公司股权转让纠纷案中,河北高院一审和最高人民法院二审均认为被告提起反诉以便抵销的“反诉请求不宜在本案中一并处理”,参见:最高人民法院(2012)民二终字第38号民事判决书。但是,最高人民法院也在一些案件中,认可了被告以反诉方式提起抵销的主张,甚至在承认“本诉与反诉所针对的具体事实和法律关系虽然不具有同一性”的情况下,依然以主体同一、时间相近等理由认为本诉与反诉具有明显的针对性、对抗性和关联性,从而认定反诉成立,参见:最高人民法院(2013)民申字第2270号民事裁定书。

④ 当然,哲学意义上的功利主义强调的是最大多数群体的效用最大化,但这恰恰是功利主义备受批评之处,即究竟由谁来衡量和决定效用。显然,在本文的语境下,审判法官具有了最终的决定权,而当事人作为参与其中的社会个体,未必会认同其处理方式是真正的效用最大化。

⑤ 关于诉讼标的理论的选择,我国理论界和实务界目前的通说依然都是旧实体法说,因而民事法律关系(权利)就构成了最小的审判对象。(参见:沈德咏.最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用(上)[M].北京:人民法院出版社,2015:635;张卫平.民事诉讼法[M].4版.北京:法律出版社,2016:194-195;任重.论中国民事诉讼的理论共识[J].当代法学,2016(3):43.)

方式审理,都未必符合审判资源效用的最大化,而告知另诉却能从时间、知识和绩效上确保功利目标的实现。(1)从时间成本上看,审理抵销主动债权会耗费更多的审判资源和审理时间,从而拖延本诉的审理,导致结案时间的延长,不仅影响法官的结案率,也容易招致当事人的不满;相反,告知另诉可以确保本诉审理的及时完结,实现时间成本上的效用最大化。(2)从知识结构上看,抵销主动债权涉及的法律关系可能与作为本诉诉讼标的的被动债权没有直接关联性。对划分细密的上岗模式下的审判法官^[13]来说,这意味着其完全可能进入一个全新的领域,既需要调动陌生的法律知识,又可能抢占了别人的奶酪。因此通过告知另诉,可以实现知识分工上的效用最大化。(3)从绩效考核上看,抵销作为诉讼抗辩无法计入审判法官的工作量,即便作为反诉,也存在着降低权重合并计算的可能性。相反,告知另诉可以在不损害当事人实体权利的前提下——因为另诉导致的迟延除外——最大程度地提升法官的工作绩效,从而实现了绩效计算上的效用最大化。

另一方面,拒绝审理、告知另诉还可以确保审判结果的正确合法。如果说追求工作负担的减轻还有“偷懒”嫌疑,可以要求法官通过自律来加以整改的话,那么追求审判结果的正确合法,就为司法实务的功利化增加了正当性。在没有现行法依据的前提下,对于诉讼抵销的审理很可能面临违法审判的指责。如前所述,无论是采取抗辩说还是反诉说,在没有充分的现行法规则和有效的学理解释背书的情况下,审理诉讼抵销都会遭遇于法无据、无法可依的指责,甚至可能面临违背司法被动性以及超越处分原则的风险。毕竟,被告通过诉讼抵销将一个新的民事法律关系引入诉讼,而该法律关系是否构成合法的审理对象着实存疑。这一问题在仲裁中暴露得尤为明显,最高人民法院就曾在撤裁请示的复函中明确指出:对于仲裁庭对抵销主动债权进行的审理和裁决,由于双方当事人签订的该份协议中没有仲裁条款,当事人事后也没有达成仲裁协议,仲裁庭无权对其进行审理并裁决^①。尽管仲裁与民事诉讼在审判对象的确定方式上未必完全相同,但最高人民法院的态度却足以说明主动债权与被动债权构成两个独立的审判对象,既不能在一个诉中解决两个权利主张,也无法强制当事人提起反

诉来实现诉讼抵销。

既然抗辩和反诉的路径都未必能满足一线法官审理诉讼抵销案件时追求减负、高效、正确、合法的功利诉求,大多数法院将抵销拒之门外也就不难理解了。法院当然也意识到此种做法将导致当事人不得不再次提起一个新的诉讼,增加全社会的诉累,但基于前述司法功利的考虑,也不得不忍痛拒绝,并深感无奈^②。

四、诉讼抵销在中国法上的实现路径

尽管我们可以尝试着去理解审判法官在没有明确法律依据的情况下,出于功利主义的追求,将诉讼抵销拒之门外的做法,但并不代表我们就能够完全认同另诉说。因为另诉说从根本上否认了诉讼抵销,不仅可能导致当事人讼累增加和国家司法资源的耗费,还完全架空了民法中关于抵销制度的安排。难道不全面修改中国法,就真的无法实现诉讼抵销了吗?下文将尝试以现行有效的中国法为基础,通过法律解释,来构建诉讼抵销的实现路径。

(一) 诉讼抵销在中国法上的性质应是辩论(抗辩)

诉讼抵销是被告在诉讼中的行为,理应受到民事诉讼法规范的调整,但在中国法上,具体哪一条规范可以作为诉讼抵销的托身之处呢?如果找不到这一规范,就难免会得出诉讼抵销根本不是合法的诉讼行为,因而应当告知其另行起诉的结论。

由于我国不像大陆法系国家,在民事诉讼法典

^① 参见《最高人民法院关于辉影媒体销售有限公司申请撤销[2003]大仲字第083号仲裁裁决一案的请示的复函》(〔2004〕民四他字24号)。类似的复函还可参见《最高人民法院关于对北京市高级人民法院就中地海外集团有限公司申请撤销中国国际经济贸易仲裁委员会[2015]中国贸仲京裁字第0377号仲裁裁决案件的请示的复函》(〔2015〕民四他字第39号)。在国际商事仲裁中,对这一问题也存在争议,有案例认为可以一并审查,也有案例认为必须分别处理。(参见:芮安牟. 浅谈香港仲裁法[M]. 陈星楠,译. 北京:法律出版社,2014:60-62.)

^② 最高人民法院的主审法官曾以一个判决为例,阐释了此种无奈与尴尬,但陈本案的抵销问题经过五年审理,原审法院两次一审实际均对此问题进行了质证、调查,最终仅以一纸判决“不予审理”的确让当事人有些难以接受,但最终依然也只能在二审判决书中特地赘上一笔,告知当事人如果招商银行就上述挤占挪用问题主张权利,可依法另行起诉。(参见:江必新. 民商审判指导与参考[M]. 北京:人民法院出版社,2003:214.)

中明确规定了诉讼抵销,因此只能适用其上位规则。遍查我国《民事诉讼法》,笔者认为最为合适的规则是第49条第1款的规定:当事人有权委托代理人,提出回避申请,收集、提供证据,进行辩论,请求调解,提起上诉,申请执行。其中“进行辩论”的具体含义一直缺乏精确定义。笔者认为,对此处的“辩论”应当参照民事诉讼基本原则中辩论原则的内容做广义理解。通说一般认为,辩论的范围包括对案件的实体方面、对如何适用法律和诉讼程序上争议的问题^[14]。因此,辩论既是一种形式上的辩驳反对,也包括以抗辩为代表的实体上的否定对抗。

我国民事诉讼法未直接规定抗辩,理论界也存在着一定的争议^①。但是通说一般认为,抗辩是被告的一种防御方式,通过提出虽然与原告陈述的请求原因事实一致,但却能妨碍或消灭原告所主张权利的实体法规范的新事实,从而排斥原告的诉讼请求^[14]。由此可见,抗辩是一种特殊的辩论形态,其并非直接否认原告的事实主张,而是在承认原告陈述的前提下,引入新的事实,以达到对抗原告的目的^②。

从这一意义上看,抵销作为抗辩的一种具体类型并无争议。早在罗马法时代,抵销就被认为是一种抗辩^[15],而大陆法系国家迄今也延续了将诉讼抵销作为抗辩的传统。抵销完全符合抗辩的基本定性,即承认原告关于权利发生的事实,只是引入了新的事实(抵销),从而消灭原告的权利,构成一种经典的权利消灭抗辩,成为民法学和民事诉讼法学教科书中的示例^③。相反,如果要将诉讼抵销作为反诉,就必须有特别法的明文规定^④。从法条规范上看,中国法上无论民法还是民事诉讼法都并无关于诉讼抵销必须通过反诉提起的规定,也找不到形式或目的类似的法律条文;从学理解释上看,无论从抵销权的民法解释学要件的维度,还是从民事诉讼法上辩论方式解释原理的维度,都无法解释出被告必须提出反诉才能实现诉讼抵销。而由于抵销是实体法上一种有效的权利消灭抗辩,因而法院没有理由不将其纳入审理对象,强迫其通过另诉等方式解决。因此,除非修改中国现行法律,否则从既有规范和法学原理上,诉讼抵销都应当作为一种抗辩行为得到法院的认真对待。

(二) 诉讼抵销作为抗辩的具体要件

但是,诉讼抵销的性质是抗辩,并不直接等同于诉讼抵销和其他抗辩一样,仅仅引入了新的事实问题。根据我国《合同法》第99条的规定,法定抵销^⑤包含以下四方面的构成要件:(1)当事人互负到期债务;(2)抵销标的物种类、品质相同;(3)双方债务均已届清偿期;(4)双方债务属于可以抵销的债务^[16]。法院在审理作为诉讼抵销的抗辩时,需要对这四个要件一一回应。如果说后面三个要件基本都属于事实判断,那么第一个要件“互负到期债务”其实是对法律关系的确定,无论抵销主动债权是否与被动债权产生于同一法律关系,它都将一个新的权利问题引入了诉讼的场域。毕竟,一项独立于本诉讼请求的实体权利已经构成一个新的诉讼标的,也因此构成一个独立的诉^⑥。

如果双方当事人对于互负到期债务没有异议,而只是对于是否品质相同,是否可以抵销等产生争议,那么受理本诉的法院完全可以直接对这些事实

① 例如,关于抗辩和反驳的区分,抗辩类型的具体划分,理论界的观点尚不完全一致。参见:柳经纬,尹腊梅.民法上的抗辩与抗辩权[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2007(2):89-91.

② 参见:陈刚.论我国民事诉讼抗辩制度的体系化建设[J].中国法学,2014(5):201-218;袁琳.证明责任视角下的抗辩与否认区别[J].现代法学,2016(6):184-193.

③ 参见:王利明,杨立新,王轶等.民法学[M].4版.北京:法律出版社,2015:34;罗森贝格,施瓦布,戈特瓦尔德.德国民民事诉讼法(下)[M].李大雪译.北京:中国法制出版社,2007:745.

④ 例如,美国法上之所以用反诉来实现抵销,就是因为有专门的特别法规则,参见:35A C. J. S. Federal Civil Procedure § 358.事实上,反诉在美国法上的首次创设就是因为1852年纽约州的抵销增补法案,Act of April 16, 1852, N. Y. Laws 1852, c. 392, p. 654.

⑤ 由于已经发生了争议,故而诉讼抵销一般不大可能是约定抵销。当然,即便是约定抵销,也不妨碍后文的具体论证。因为约定抵销较之法定抵销只是多了存在抵销合同这一要件,以及减少了抵销标的种类、品质相同这一要件,与本文讨论的主旨无关。

⑥ 有学者认为如果基于同一交易项,权利主张抵销可以作为抗辩处理,否则必须另诉。(参见:王亚新.诉讼程序中的实体形成[J].当代法学,2014(6):148.)笔者对此难以赞同,我国实体法和程序法并没有区分同一交易内的抵销和不同交易项下的抵销,目前也只有破产法学者认为可以通过解释破产法条款来实现二者的区分。(参见:许德凤.破产视角下的抵销[J].法学研究,2015(2):154.)而在民事诉讼中,我国诉讼标的理论通说采旧实体法说,所以识别诉讼标的的关键就是甄别实体权利,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2012〕8号)第44条也是以此来区分抗辩与反诉,即便针对同一合同项下的纠纷,如果被告提出的是独立的权利主张(违约金、赔偿损失或者解除合同)则构成反诉,反之则为抗辩。

予以审查判断,进而决定抵销能否发生。但是,如果双方当事人对抵销的主动债权产生争议,法院如果要对其予以认定判断,虽然可以寄托于抗辩之名下,但实质上已经是在审理一个新的民事实体请求权。

(三) 诉讼抵销中主动债权的争议须以诉的方式解决

从裁判技术的角度看,实体请求权争议在民事诉讼中都应当作为独立的诉。这也在一定程度上佐证了我国司法实务中法官对抵销要求另诉的正当性。但是,告知被告另诉主动债权,并不等于可以直接拒绝其在诉讼中提出的抵销抗辩。严格来说,如果被告就抵销主动债权另行起诉,那么抵销抗辩的审理就必须以该债权审理结果为依据。这已经符合《民事诉讼法》第150条第5项诉讼中止的情形,一旦被告真的另行起诉,本诉法院就应当裁定诉讼中止,等待抵销主动债权的审理结果,然后再结合抵销的其他要件,判断抵销抗辩是否成立。

这显然不符合司法实务中另诉说的初衷。因为诉讼中止会拖延本诉的审理,欠缺效率。大陆法系国家制定专门的抵销抗辩规则,在保留抗辩之名的前提下,实质上赋予了其“诉”的审理方式,无论是裁判结果的既判力规则,还是审理方式的合并与分离^①都体现出此种将抵销抗辩改造为独立之诉后争取一并审理的目的。反观我国,由于立法上没有直接建立这些特别法规则,我们很难要求法官直接援引比较法的特别规则作为裁判依据。

或许有批评者会认为,抗辩是一种攻击防御方法,目的是解决实体权利争议,因而是诉的下位概念,而如果以反诉方式来解决抵销抗辩中的具体要件,实际上是将抗辩作为了某个诉的上位概念,颠倒了诉与抗辩的内在逻辑。此种批评在学理上完全成立,并且也能在一定程度上解释在已经完成了对诉讼抵销的“诉”化改造后,大陆法系国家依然要保留抗辩之名的原因。但是,考虑到中国法缺乏诉讼抵销特别规则这一前提,如果不承认在抵销抗辩中必须用诉来解决实体争议,那么法院就只能以告知另诉的方式将抵销拒之门外。因此,从解释论上看,笔者更倾向于设置特例,即便这样会牺牲体系的周延,但却能有效地解决争议,维护当事人的实体权利和程序利益。

(四) 以反诉来实现诉讼抵销的制度保障

至此,中国法上实现诉讼抵销最为合理的方式已经呼之欲出:允许被告对争议的抵销主动债权——而不是抵销权——提起反诉,并将之与作为被动债权的主诉讼标的合并审理,在对两个请求权予以审判的同时,也审查被告的抵销抗辩能否成立,从而一次性地化解这一纠纷。通过将抵销主动债权作为一个独立的反请求来予以审理,可以有效化解既判力和诉讼系属的困境,而无须动用比较法的资源,强行解释出诉讼抵销既判力和诉讼系属的例外规则^[17-18]。

当然,先审查抵销主动债权的反诉,再审理抵销抗辩是否成立的路径依然可能存在一些技术障碍,需要通过解释论的方法排除:

首先,必须扩大对反诉牵连性的解释。《民诉解释》第233条第2款已经明确将牵连性作为我国反诉成立的要件之一,而传统的反诉理论将牵连性限定在同一事实或同一法律关系上,此种理解也被很多法官采纳。但将牵连性做此种狭隘解释,将导致诉的合并被限定在极小的范围内,并不利于审判资源效用最大化这一诉讼功利目标的实现。传统上强调反诉的牵连性,主要是为了确保反诉合并审理的效率。但随着民商事生活愈发复杂,严格恪守反诉牵连性规则可能并不利于纠纷的一次性解决。因而一直有学者呼吁,扩大解释牵连性范围,甚至废除反诉的牵连性要件^[19]。从《民诉解释》第233条的文义看,“诉讼请求之间具有因果关系”已经为扩大解释牵连性提供了基础。最高人民法院也不乏将两个并无狭义牵连关系的诉予以合并审理的先例^②。而在2012年国家统一司法考试第三卷第100题中,也曾经出现本诉为借贷合同返还请求权,反诉为买卖合同价金请求权的情形,命题者认为如果反诉的目的是为了抵销本诉,则反诉也可以成立。

其次,软化反诉的提起方式。反诉作为一种诉,其提起方式必须符合起诉的形式要件,例如《民事诉讼法》第120条的诉状规则,《最高人民法院关

^① 德国法允许对抵销的主动债权分别审理,甚至做出保留判决,也即在承认诉讼抵销抗辩的同时,将主诉拆分为两个案件来分别审理和判决。(参见:罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德,《德国民事诉讼法》(下)[M],李大雪译,北京:中国法制出版社,2007:753.)

^② 参见:最高人民法院(2013)民申字第463号民事裁定书。

于民事诉讼证据的若干规定》(法释〔2001〕33号),以下简称《证据规定》)第34条第3款的时限规则。但是,被告在提出诉讼抵销时,本意是一种抗辩。因此,如果要求其必须在提出抵销抗辩的同时,完全符合反诉的其他条件,那么诉讼抵销的主动债权很可能因为形式要件的不满足而被法院拒之门外。因此,确有必要参照美国法的经验,对诉讼抵销中的反诉提起方式再做软化处理。1993年,联邦最高法院缓和了形式主义,认为如果被告误将本应以反诉形式提起的请求作为抗辩(defense)提起,法院应当视为其已经提起了反诉^①。事实上,我国已有一些司法解释在试图模糊抗辩与反诉的区别,例如《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27条就认为违约金酌减请求权既可以以反诉的方式提出,也可以以抗辩的方式提出。而在理论界也有学者对部分反诉要件提出了软化式的解释方案,例如将《证据规定》第34条第3款理解为一种倡导性规则^[20]。因而从解释论上完全可能软化诉讼抵销中提出反诉的形式要求,从而实现合并审理减少诉讼累的目的。

最后,明确审查诉讼抵销的合法退出机制。尽管通过反诉将抵销的主动债权合并审理可以有效地提高审判效率,但是仍然可能面临法定要件或裁量上的障碍。(1)法定要件方面。如果主动债权存在仲裁协议、管辖协议、专属管辖等排除本诉法院主管和管辖权的情形,那么反诉必定不可能成立,只能通过另诉解决。(2)裁量方面。如果抵销主动债权的审理难度过大,耗时过长,合并审理反而会导致主诉的争议长期无法得到解决,造成诉讼迟延,甚至可能成为被告有意拖延的手段,而根据《民事诉讼法》第140条,我国反诉制度将最终合并审理的决定权赋予法院,如果法院认为合并审理不利于提高效率或法律正确适用^②等功利目标,那么自然可以不再合并审理,而是通过另诉加以解决。无论基于何种原因,此时反诉无法成立,被告的抵销抗辩也就无法得到回应与处理。但如果全部案件都依据《民事诉讼法》第150条的诉讼中止停摆,显然太过机械。《德国民事诉讼法》第302条建立的保留判决制度,就是为了避免抵销抗辩导致的审理迟延,而允许对主诉问题做出先行判决。我国虽然没有专门针对诉讼抵销的保留判决制度,但《民事

诉讼法》第153条规定的“先行判决”却可以发挥同类功能。根据该条规定,人民法院审理案件,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行判决。该条的情形与抵销抗辩十分契合,审判法院可以通过在判决中明确抵销的其他要件是否成立,从而在将抵销纳入审查范围的同时,也成功地从不应当审理的实体问题中脱身,保证了判决的合法性,也为被告在未来的执行程序中继续行使其未竟的抵销抗辩留下了机会^③。

五、结论

由于我国《民事诉讼法》并未直接规范诉讼抵销,更没有像大陆法系国家那样直接明确诉讼抵销在提起方式、裁判效果、限制条件上的特殊规则,因此要想找到能够满足司法实务者对司法功利的追求,能够为其所接受的诉讼抵销实现路径,就必须以我国《民事诉讼法》的文本为解释对象,通过类推适用和目的解释等法律解释方法,来填补这一法律漏洞。

漏洞补充的根据在实质上包括两部分,其一为法学理论,其二为民众期待^[21]。就诉讼抵销的实现路径这一程序法问题而言,在漏洞补充时,既要兼顾理论界关于抗辩、反诉、既判力、诉讼中止等法律概念和法学理论的基本立场;又要符合诉讼的主要参与者——一线审判法官与当事人——的基本诉求,确保效率和合法。

因此,在中国法上,诉讼抵销的性质只能是被告的一种防御方式,属于抗辩的一类。但由于其具体的要件涉及独立于本诉债权的其他法律关系,因此该要件必须作为独立的诉来对待。而通过解释反诉实质条件和形式程序,可以将抵销主动债权作为反诉,与本诉合并审理,从而提高诉讼效率;但如果合并审理抵销主动债权反而会造成诉讼的迟延,则应当就本诉债权的成立做出先行判决。

① 参见:Reiter v. Cooper 507 U. S. 258.

② 例如,二审中提出的反诉,如果对方当事人不同意,根据《民诉解释》第328条,法院也不能将其合并审理。

③ 事实上,最近执行方面的司法解释已经认可执行中的抵销抗辩,但前提依然是抵销主动债权获得了生效裁判的确认,参见:《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》(法释〔2015〕10号)第19条。

此种路径未必是理论上的最优解,但至少可以在遵循中国法基本规则的前提下,满足我国司法实务的需求。因此,尽管它并非完美,但却十足真诚——真诚地面对问题,真诚地寻求答案。笔者也希望通过这种直面本国问题,倚重本土规范,探寻本质结论的不完美但真诚的探索,为摆脱我国民事诉讼法学研究的贫困化做出微薄的贡献。■

参考文献:

[1] 张卫平. 民事诉讼法[M]. 4版. 北京: 法律出版社 2016: 322.
 [2] 李浩. 民事诉讼法学[M]. 3版. 北京: 法律出版社 2016: 126.
 [3] 张艳丽. 试析民事诉讼中的抵销制度[J]. 中国法学, 1992(5): 97-101.
 [4] 高桥宏志. 民事诉讼法: 制度与理论的深层分析[M]. 林剑锋, 译. 北京: 法律出版社 2003: 501.
 [5] 罗森贝克, 施瓦布, 戈特瓦尔德. 德国民事诉讼法(下)[M]. 李大雪, 译. 北京: 中国法制出版社 2007: 750.
 [6] 陈桂明, 李仕春. 论诉讼上的抵销[J]. 法学研究, 2005(5): 57-59.
 [7] 肖建华, 唐玉富. 抵销诉讼及其判决的效力[J]. 政法论丛, 2005(6): 64-65.
 [8] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 法律出版社 2007: 469-472.

[9] 拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆 2003: 258.
 [10] 刘士国. 法律漏洞及其补充方法[J]. 人大法律评论, 2010(1): 212.
 [11] 刘学在. 论诉讼中的抵销(下)[J]. 法学评论, 2003(4): 57-58.
 [12] 李丽峰, 浦欣. 预备合并之诉若干问题研究[J]. 环球法律评论, 2012(3): 33.
 [13] 刘忠. 格、职、级与竞争上岗——法院内部秩序的深层结构[J]. 清华法学, 2014(2): 150.
 [14] 段文波. 民事裁判构造论: 以请求权为核心展开[J]. 现代法学, 2012(1): 147-148.
 [15] 黄风. 罗马法词典[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 108.
 [16] 王利明, 杨立新, 王轶, 等. 民法学[M]. 4版. 北京: 法律出版社 2015: 508-510.
 [17] 丁宝同. 论争点效之比较法源流与本土归化[J]. 比较法研究, 2016(3): 77.
 [18] 张卫平. 重复诉讼规制研究: 兼论“一事不再理”[J]. 中国法学, 2015(2): 49.
 [19] 房保国. 论反诉[J]. 比较法研究, 2002(4): 76-77.
 [20] 张卫平. 举证时限制度若干问题探讨[J]. 人民司法, 2003(9): 42.
 [21] 吴丙新. 法律漏洞补充理论的三个基本问题[J]. 法制与社会发展, 2011(2): 23.

On the Chinese Approach of Set-off in Civil Litigation

LIU Zhe-wei

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: Set-off in civil litigation means that the defendant uses the right of set-off in civil litigation to eliminate the claim of plaintiff. There are three theories on how to treat set-off in civil litigation. At first, the majority of Chinese legal academia accepts the view of Civil Law system and insists it should be treated as the defense. Secondly, the minority of academia considers it as counterclaim. At last, the court in the judicial practice always denies the set-off and notices the defendant to file another lawsuit. The discrepancy between the theoretical research and the judicial practice can be explained by two reasons: the one is there is no clear rules on set-off in the Chinese Civil Procedure Law, and the other is judges pursue the value of judicial utility, such as efficiency and rightness. In order to implement the legal rights of the parties and to avoid claim split, it is necessary to extract the specific approach of set-off in civil litigation by interpreting and applying Chinese Civil Procedure Law. The nature of the set-off in civil litigation can only be considered as a defense, but one of its concrete elements must be resolved in the form of claim, and can be merged as a counterclaim. However, the court may pass a pre-judgment when the counterclaim can not be decided timely.

Key Words: set-off in civil litigation; defense; counterclaim; res judicata

本文责任编辑: 段文波