

破产视角下的抵销

许德风*

内容提要：为更好地反映抵销制度的正当性基础，应细化抵销的类型，区分“独立的抵销”与“同一交易内的抵销”，并在破产法上作不同的处置。对照“同一交易内的抵销”制度，有助于我们更准确地认识债权债务折算及解除返还的制度，更深刻地理解民法上“牵连关系”、同时履行抗辩、留置权（尤其是商事留置权）等概念或制度，并更好地安排抵销在诉讼法上的处置。从立法论的角度，“同一交易内的抵销”制度可作为未来我国修订企业破产法的参考。在判断可否进行破产抵销时，一方面应继续贯彻破产撤销制度尤其是偏颇清偿制度的基本理念，另一方面应充分考虑抵销制度中的公平考量，承认实际利益主体与名义权利人可能分离的现实，更注重利益的关联，限制转让债权与受让债权的抵销，但同时又不过分拘泥于债权之间形式上的相互性。另外，应重视抵销的担保功能，保护包括后顺序债权人在内的破产债权人于破产程序之外本应享有的权利。在抵销与其他担保权竞争的情况下，原则上应承认抵销的优先性。

关键词：抵销 破产抵销 独立的抵销 同一交易内的抵销 三角抵销

抵销既是一项债权债务相互清结的制度，也具有担保的功能，让债权人于债务人破产时能通过抵销实现其债权。目前学界对抵销的研究多着眼于一般原理而较少关注其在破产中的处置。本文拟填补抵销研究的这一缺失，以期在“破产”的视角下，发掘出当前研究未曾触及的抵销制度细节，进而更透彻地认识抵销这一复杂的法律制度。

一、破产法对抵销制度的认可

通常所说的抵销，指二人互负债务且标的物种类、品质相同的，一方将自己的债务与对方的债务冲抵，进而免除相互履行的义务（合同法第99条）。此外，标的物种类、品质

* 北京大学法学院副教授。

本文是国家“万人计划”（2013年青年拔尖人才支持计划）研究项目“法教义学与价值判断”的阶段性成果。

不同的,经双方协商一致,也可以抵销(合同法第100条)。对抵销在破产中的效力,我国企业破产法第40条原则上予以承认:“债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的,可以向管理人主张抵销。”依照该规定,若双方当事人互享有效成立的债权,且两项债权于破产受理前即存在,则债权人可向破产管理人主张抵销。在此基础上,为了贯彻破产法上禁止偏颇清偿的法理(企业破产法第32条),防止债权人因事先得知债务人陷入困境而对破产债务人负担债务,以及防止破产债务人的债务人因得知债务人陷入困境而购买债权,企业破产法又在第40条第1—3项作了限制性规定:破产开始后获取的债权、已知债务人陷入困境且于破产开始前一年内对债务人所负担的债务或所取得的债权,不得用于抵销。

抵销权的正当性及破产法保护抵销的正当性,可从以下三个方面阐释:

其一,抵销权是一种便利安排,具有清偿的功能,使当事人双方互负相同种类、品质的债务时(如同为金钱),无需分别向对方履行,避免徒增交易成本。这是支持抵销制度的一个简单但有力的理由。不过,因破产中还涉及平等对待债权人的问题,若在破产中保护抵销,仅有这一理由并不充分。

其二,抵销权制度体现了公平与自然正义的观念。即若甲为一定数额的金钱向乙提起诉讼,而其同时却拒绝将本应负担的同样数额的金钱支付给乙,那么甲的行为属违背诚信精神。^[1]曾有论者认为,在破产中保护抵销,可能导致债权人之间的不平等对待,尤其会让抵销权人优先受偿而导致对其他债权人的不公。^[2]这是不能成立的。实际上,债权人不能得到完全清偿的根源,乃在于债务人陷入破产这一事实,其他债权人可能享有抵销权或担保权,是债权人本应预料到的,是其本应承担的商业风险。

其三,抵销权制度具有担保的功能。^[3]简言之,在法律对抵销给予保护的情况下,“如果我对你负债100元,我也会放心地贷款100元给你”。

既然抵销具有担保功能,很多关于担保的理论思考便可以应用在对抵销权制度的解读上。首先,在担保法上,通常的认识是,若法律不承认某项担保,则人们在有需求时,会谋求其他的替代来“迂回”地达到担保的目的。试想,若法律不保护抵押或质押,则只要所有权制度还存在,人们就可以通过约定先移转所有权,再以归还借款为条件将所有物返还,或者约定订立买卖及回购合同,间接地实现担保的目的。因此,即便法律在债务人破产时不保护抵销权,也并不会真正地实现禁止的目的,而只是徒增担保交易的成本,让当事人谋求其他形式的担保,或尽量在破产程序之外行使抵销权。^[4]在这个意义上,我国企业破产法第40条承认抵销权在破产程序中的效力,是必要的、正确的选择。

需要注意的是,和其他担保形式不同,抵销这一担保安排缺乏公示手段。相比而言,不动产抵押须登记进而可以较好地公示;动产质押须转移占有,进而也可以在一定程度上公示。可否基于这一理由限制抵销在破产中的效力呢?本文认为,抵销的“公示”,与无需公示的动产抵押(物权法第188条)、动产的让与担保制度类似,对于债务人(即担保人)

[1] Lando et al., *Principles of European Contract Law* (Part III), Kluwer Law International, 2003, p. 142.

[2] Finch, *Corporate Insolvency Law*, 2d ed., Cambridge University Press, p. 621.

[3] 11 USC § 506 (a) (1); John McCoid, II, *Setoff: Why Bankruptcy Priority?*, 75 Virginia Law School 15, 16-18 (1989).

[4] H. R. Rep. No. 595, 95th Cong., 1st Sess. 184 (1978), reprinted in *Collier on Bankruptcy*, 16th ed., Volume 5, 2009, p. 553-10.

的债权人而言，是一种“一般性的公示”。在法律保护无需公示的动产抵押及让与担保制度的情况下，债务人其他债权人在面对债务人的资产负债状况时，应当合理预见到债务人占有的动产未必都可以用以偿债，而可能都为第三人设立了无需公示的动产抵押权或让与担保，进而不能期待可就债务人的所有动产受偿。同样，若法律在破产程序中承认抵销的效力，则债务人其他债权人在面对债务人的资产负债状况时，也应合理预见到债务人之应收账款或其他债权，即便未设定质押或其他负担，也未必都可以在收回后用以偿债，其可能受第三人抵销权的限制，进而不能期待可就该债务人的所有应收账款或其他债权受偿。事实上，抵销这一债务人一般财产上的负担也并非毫无限制，正如无需公示的动产抵押及让与担保情形下所设立的物权负担最多以债务人的动产价额为限一样，在法律保护破产抵销时，破产债务人财产上的“抵销负担”以破产债务人对抵销相对人之债权的数额为限。在上述背景上，抵销并非完全或毫无限制地“欠缺公示手段”。〔5〕

二、破产视角下抵销概念的深化

（一）独立的抵销与同一交易内的抵销

我国实体法上并未区分“独立的抵销”（independent set-off）与“同一交易内的抵销”（transaction set-off）。受实体法影响，我国民事诉讼法上也未对抵销在诉讼中的安排作相应的区分。但是，从破产法、民事诉讼法的角度来看，这种区分是必要的。

独立的抵销，指无关的两个交易中产生的两个相向债权的抵销，如买受人A对出卖人B负有支付货物价款的义务，可以与B（作为借款人）对出借人A的借款返还义务相抵销。同一交易内的抵销，又称“衡平抵销”（set-off in equity），主要指同一交易内或相关联交易的抵销。〔6〕从发展历史上看，法律较早就承认并保护衡平抵销。在英国成文法未规定法定抵销（set-off by statute）时，大法官法院（Court of Chancery）便承认衡平抵销。此类抵销在英国法上又被称为“减抵”（abatement），在美国法上为“抵扣”（recoupment）。〔7〕法国法、德国法上称之为具有“关联关系”的抵销。我国法上所说的抵销并无此类区分，但学者谈及抵销时所举的一些实例，可以被归入“同一交易内的抵销”。如某租赁合同中约定承租人有转租（75%面积）的权利，在承租人与次承租人签订了转租合同后，出租人拒绝配合出具租赁物所有权证明，导致转租受阻或终止，进而使承租人遭受损害，此时，承租人可以以租金义务抵销该损害。〔8〕

〔5〕 关于抵销欠缺公示手段的意见，参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第547页。

〔6〕 当然，在同一个双务合同中，互为对价的义务是不能“抵销”的（如买卖合同中，买方不得以其价款义务抵销其对卖方的货物交付请求权），因其与当事人缔约之本意不符（当事人当然可以以约定的形式摆脱合同的拘束，但那已构成合同解除而不再是抵销）。

〔7〕 如美国统一商法典（UCC）第2-217条规定：“经通知出卖人其意图，买受人可以用其同一合同中的应付价款抵扣其因他方违约所遭受的全部或部分损失”。在In re Holford, 896 F.2d 176案中，1982年3月，Powers与Holford订立租赁合同。承租人Holford拟租较小的面积。但Powers公司的代表人则安抚说多余面积可以转租，并声称一定有人租用。事实上，并无次承租人愿意租赁有关房屋的多余部分。现承租人Holford主张扣减其应付租金。法院支持了承租人的主张，同时强调，其抵扣的主张不受破产程序的限制。

〔8〕 实例见崔建远：《合同法》，北京大学出版社2013年版，第305页。

（二）同一交易内抵销在破产法与诉讼法上的特殊处置

仔细辨析抵销的不同类型，在破产法、民商事实体法和民事诉讼法上都有重要意义。

其一，在多数承认抵销在破产程序中效力的国家，对破产抵销多有所限制，但同一交易内的抵销通常不受破产法相关限制（如自动中止制度）的影响，如用以“抵销”的债权或债务发生在破产开始前的临界期内或破产开始后，也可以“抵销”。我国法上虽无此种例外规定，但以下海商法的规定已具有相类似的考量：“享受……责任限制的人，就同一事故向请求人提出反请求的，双方的请求金额应当相互抵销，本章规定的赔偿限额仅适用于两个请求金额之间的差额”（第215条）。该条中禁止一方享有赔偿限额保护的目的是为了让他方获得较多的赔偿，而其前提则是“同一事故”。在这个意义上，同一法律关系下的“抵销”便成为可突破赔偿限额限制的特殊依据。^[9]

其二，即便在诸如法国等在破产程序中不承认抵销的国家，同一交易内的抵销也是受保护的。^[10] 在一些国家的实践中，对于一些情形特殊但并非处于同一交易内的两项债权，法院甚至也会通过扩张解释“同一交易内的抵销”这一概念，来实现保护债权人及维护公平的目的。如在法国法上，若两个合同安排属于同一框架协议，便很可能被解释为是“同一交易”。^[11]

其三，在诉讼法理论上，是否属于同一交易内的抵销，可能影响对其在诉讼中的处置。例如，在美国法上，“抵销”（set-off，相当于“独立抵销”）曾是“任意反诉事由”，而“抵扣”（recoupment，接近于“衡平抵销”）则曾是“强制反诉事由”。^[12] 即对于“抵扣”的主张，若不于开庭时以反诉提出，则有关裁决将产生既判力。当前的美国诉讼法上，出于方便当事人诉讼及实质保护当事人诉权的考虑，已显著地放宽了反诉与抗辩的差异，抵销和抵扣都既可以以反诉的形式提出，也可以以抗辩的形式提出。若当事人对请求还是抗辩的性质有错误认识，法院应按正确的主张加以对待。^[13] 但是，尽管当事人的选择不影响法院的判断，但抵销与抵扣的实体法背景依然发挥影响。如果当事人的主张性质上属于抵扣，则只能消极地针对本诉发生作用，而不能获得“积极的补偿”（affirmative recovery）。^[14] 在德国法上，对于当事人提出的抵销主张，若与本诉属于同一交易，则可在同一诉讼中加以审查；而若源于不同交易，则有关反诉应与本诉分别审理。^[15] 比较来看，在我国法上，有法院曾经认为对于法定抵销权应合并审理，而约定抵销权应另案起诉，^[16] 其区分对待的

[9] 适用该条的案例，见“瑞克麦斯热那亚航运公司、瑞克麦斯轮船公司与CS海运株式会社船舶碰撞损害赔偿纠纷案”，上海市高级人民法院，北大法宝引证码：CLI.C.889653。

[10] Cassation commerciale, 2 March 1993, BRDA 93 - 10, p. 14; Cassation commerciale, 5 April 1994, Bull Civ III no 142; Paul J. Omar, *Set-Off in French Insolvency Law*, Academic Forum Collection of The International Insolvency Institute, 1996. 除法国外，其他一些采法国法的国家，也采此种制度。See Wood, *Principles of International Insolvency*, 2d ed., Sweet & Maxwell, 2007, p. 412.

[11] Cassation commerciale, 12 December 1995, BRDA 96 - 2, p. 8.

[12] 前引[4], *Collier on Bankruptcy*, 第553-99页。按该书编码体例，553为破产法条文序号，99为对该条加以评注的页码，以下同。

[13] Fed. R. Civ P. 8 (c); Fed. R. Bankr. P. 7008.

[14] Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2011, p. 77.

[15] 具体而言，德国民事诉讼法第145条第3款规定：“被告主张以其反对债权与原告在本诉中主张的债权抵销，而两者无‘法律上之关联关系’（*rechtliche Zusammenhang*）时，法院可以命令把本诉与关于抵销的诉讼分别处理，对此，第302条相应适用。”

[16] 见《北京市高级人民法院关于印发〈北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五（试行）〉的通知》（2007年5月18日，京高法发〔2007〕168号），第22条。

理由和标准简单粗暴，显非妥当。

（三）“同一交易”的判断标准

1. 债权的折算

（1）合同履行中债权的折算

在中国法、德国法的框架下，上文提及（尤其是英、美、法等国）的“同一交易内的抵销”可分为广、狭两种含义。狭义的“同一交易内的抵销”所涉及的往往并非是两个独立债权或债务的抵销（Aufrechnung），而是某一单独债权的计算或“折算”（Anrechnung）问题。^[17]例如，若雇主于劳动合同履行时（因疏忽）多支付了上一个月的工资而于下一个月支付工资时将上一个月多支付的部分扣除，则其行为属于抵销（Aufrechnung）（将雇主返还不当得利的债权与劳动者的工资债权相抵销）。而若雇主在上一个月预支了下一个月的工资并于下个月工资支付时将预支的部分予以扣除，便不是抵销而是单纯的“折算”，因为后者只是预支下月的工资，属于下个月工资的一部分。^[18]在承揽合同或买卖合同中，若标的物有瑕疵但可修复，且买受人或定做人愿意保留标的物，则买受人或定做人可以就有关瑕疵请求损害赔偿。表面上看，该损害赔偿请求权与价款支付请求权在性质上乃是两项独立的债，应相互“抵销”。不过，若仔细分析，可发现因瑕疵而产生的债权也可被看作是对价款债权的折抵，即看作是价款计算过程中的考量因素。也就是说，在价款尚未支付的情况下，买受人对出卖人的价款支付请求权，可直接主张“抵扣”。实际上，即便认为该两种债权相互独立进而仍须抵销的学者，也承认此种“抵销”与其他抵销有差异，应作例外处理。例如认为因这两类债权的关联着实紧密，故即便当事人间存在禁止抵销的约定，该禁止对这两项债权也不适用。^[19]

（2）合同解除后返还之债的折算

对于合同解除之后的法律效果，我国法上多有争议。试举一例说明：买受人A与出卖人B订立买卖合同，约定B向A提供两台机床，分别于5月1日和15日交货，A应于5月1日收到第一台机床后支付全部价款。A收到第一台机床后支付了全部两台机床的价款，后B未如期交付第二台机床，几经催促后也未履行义务。现A依法解除合同（设满足合同法第94条第3项或第4项的条件），要求B退还全部货款。A的解除通知发出后1周内，B开始破产程序。其破产管理人甲要求A返还机床，同时主张A的价款只能作为普通债权按比例受偿。甲的主张应否支持？

[17] 以德国法为例，以下几项规定均属债权的折算而非抵销：第326条第2款第2句（因债权人原因而导致履行不能或因债权人受领迟延期间的不可抗力而导致履行不能时，债务人的对待履行请求权不受影响，但在计算该请求权时，应考虑因不必履行而发生的节省）、第337条第1款（在支付定金后，若合同履行，可抵扣应支付的履行）、第537条第1款第2句（租赁合同中，在由于承租人自身的原因而不能使用租赁物时，承租人仍应支付租金，但应扣减出租人因租赁物免于使用而节省的支出、消耗以及出租人将租赁物用作他用的收益）、第615条第2句（服务合同中接受服务一方受领迟延的，服务提供者可不必履行，服务接受者应支付报酬，但应考虑不必履行而发生的节省）、第649条第2句后半句（承揽合同被定做人违约解除后，承揽人有权要求支付报酬，但应当扣减因此而少支出的费用）。

[18] Gursky, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Staudinger-Gursky), Verlag C. H. Beck, 2011, Vor. BGB § 387 Rn. 97-98. 同理，在出版社预先向作者支付未来的稿费后，再将已支付部分与即将支付的部分抵扣，也不构成抵销。Berge, Aufrechnungsvertrag, Mohr Siebeck, 1996, S. 482.

[19] Staudinger-Gursky, 2011, Vor. BGB § 387 Rn. 98.

对于这一问题,正确的认识是:合同解除之后的相互返还之债,虽然相互独立,^[20]但具有特殊的关联性。对此,德国民法典第346条、第348条尤其是后者的规定可资借鉴:解除后的返还应“一手交钱,一手交货”(Erfüllung Zug-um-Zug)地进行,对此,同时履行抗辩(德民第320条)等有适用余地。^[21]而在相互返还的情形下,先履行或同时履行抗辩权在效果上相当于留置权(德民第273条)——暂不履行己方义务而无需承担责任,从而使返还义务人要求相应之对待返还的权利有相当充分的保障。^[22]另外须注意的是,理论上认为,此返还请求权在内容上也不受合同对方当事人基于原合同关系而享有的其他请求权(如基于原合同而存在的损害赔偿请求权)的影响。按照该规定,合同相对方若负有返还已受领之履行的义务,则应如数返还,并且不得以对方有损害赔偿之债为由而行使抗辩权或留置权。^[23]同理,在双方之间的相互返还义务指向金钱时(如前例中的车床因A保管不善失火烧毁,进而转化为折价补偿之义务),从体系上,也应作与上述分析相同的解释。此处当事人事实上享有的相当于留置权的保护,其效果更接近于折算,而不是抵销,即不像独立抵销那样受破产的限制(或者虽称作“抵销”,但与通常之抵销仍有所差异)。当事人之间折算后,得利人应向受损人为赔偿,此时当事人间只有一项(而非相互之两项)债权债务关系。在本案中,为B(由甲代表)对A所负担的返还相当于1台机床价款的义务。此种返还已接近不当得利返还制度中的“余额返还”理论,即在合同解除后双方各有一定获益的情况下,要折抵计算出得益后再确定返还的数额。^[24]具体而言,若两项返还义务具有内在的关联性,则应折抵后返还,即最终的结果是在当事人之间确立一项而非两项返还义务。该规则不仅在合同解除的情形下有适用余地,在占有物之孳息返还与必要费用的支付上,也应适用。如德国民法典第994条第1款、第995条第2句规定善意占有人主张必要费用偿还请求权时,若已收取孳息,则由孳息冲抵必要费用或占有物通常的维持费用。^[25]对此,我国台湾民法第954条也有类似的规定。^[26]

2. 同一交易内两项债权的抵销

与债权的折算不同,广义的“同一交易内的抵销”的重点不在于法律关系中债权的单一性,而在于用于抵销的数个债权之间的直接关联。其基本考虑是,若有关债权源于同一个交易,则债权之间的关联较非源于同一交易的情形更为紧密,因此允许这些债权之间的“抵销”采用与非同一交易关系内的抵销不同的规则,将更有助于实现公平。另外,对于同一交易内多个债权的抵销,在诉讼法上作与不在同一交易内的抵销不同的规定,也十分必

[20] Beate Gsell, Ablösung des Restkredits durch den Verkäufer eines neuen Pkw, NJW 2008, 2002, 2003.

[21] BGHZ 163, 381, 390; BGH NJW 2010, 2503.

[22] Staudinger-Kaiser, 2012, BGB § 348 Rn. 1. 如某土地买卖合同解除后,买方拒绝涂销预告登记,卖方可留置已收之房款,直至登记得以涂销(BGH MDR 1989, 341)。

[23] Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012 (MüKo-Gaier), BGB 348 Rn. 1; Staudinger-Kaiser, 2012, BGB § 348 Rn. 1. 这也很好地解释了我国企业破产法第53条的规定:“管理人或者债务人依照本法规定解除合同的,对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。”

[24] Ernst von Caemmerer, Bereicherung und Unerlaubte Handlung, in: Hans Döle et al. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel, Mohr Siebeck, 1954, S. 333, 384 ff. 或许正是出于这一原因, BGH 在后续的裁判中也会使用“返还余额”(zu saldieren)的表述。

[25] 张双根:《“占有人与回复请求人关系”规则的基本问题》,台湾《法令月刊》2007年第58卷第12期,第13页。

[26] 王泽鉴:《民法物权(2):用益物权·占有》,中国政法大学出版社2003年版,第366页。

要。鉴于我国法上并无此类区分，以下重点介绍比较法上的相应做法。

(1) 自然的、经济上的关联

如前文所述，和我国法类似，德国实体法上对抵销并无同一交易内外的区分。不过，在认定是否属于“同一交易”时，其同时履行抗辩及留置权制度中的“牵连关系”这一要件可供参考。

留置权制度中所说的“牵连关系”，乃指债权与动产的返还义务出于同一事实关系。之所以强调牵连关系，其主要目的在于降低人们在交往中不可预期之风险，就如同俗语“一码是一码”所体现的意思。^[27]当然，具体如何能构成“牵连”，德国法上也并未像法律文义所要求的那样从法律关系的角度加以界定，而是使用了“自然的、经济上的关联”（*natürlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang*）这一标准，扩张了法律条文中“同一法律关系”（德国民法典第273条，我国物权法第231条也使用了相同的措辞）的文义。例如，买方在一年之内从某书画经营人处多次购买多幅画家A与B合画的作品，对此，判例和学说认为，尽管这多次买卖分别订立了不同的合同，但各单项买卖间具有自然的、经济上的关联，故仍满足德国民法典第273条所要求的牵连关系要件。^[28]在这个意义上，商事留置权制度的确立，在本质上并非是对民事留置权制度的突破，而不过是在商事交往领域更顺应实际地适用了“自然的、经济上的关联”这一概念：商人在持续的多项交易中互享债权，这些债权之间在整体上被认为具有“自然的或经济上的”关联性。

除了实体法外，还可供参照的是德国民事诉讼法领域中关于区分不同类型抵销的规范。如前所述，德国民事诉讼法上，在确定基于抵销的反诉何时应与本诉分别审理及何时应与本诉一同审理时，关键是判断当事人的请求之间是否有“关联性”。对此，按照德国民事诉讼法第33条的规定（该条一般性地规定了反诉与本诉的关系）及相关评注，也要求当事人的请求之间具有“自然的、经济上的关联”。^[29]其中，买卖合同中的价款请求权与因标的物瑕疵而产生的损害赔偿请求权、^[30]源于长期交易关系的相互请求等，都被视为具有此类关联的经典示例。德国诉讼法理论认为：即使当事人相互主张的请求权源于多个法律行为，只要其具有内在的一体性和不可分性，也应认为具有“关联性”。^[31]

(2) 交易具有整体性或者债权具有逻辑上的关联

在美国法上，对于“同一交易”的认定更为宽松（尽管从历史发展上看，美国法曾经对“抵扣”采取较为严格的态度）。即便有关交易涉及多个指向相对的债权，也可能因为其均属于某一项交易的有机组成部分而构成“抵扣”。例如，在美国法上的一个判例中，债务人是一家炼油厂，债权人常年从债务人处购买原油。在债务人破产前，债权人多付了原油

[27] “如甲将冷气机出卖予乙并交付之，嗣后冷气机因须修护而由甲卸下运回占有，若乙买卖价金及修护费用均未清偿，甲主张对冷气机有留置权时，其与冷气机之占有有牵连关系的债权，仅修护费用而已，原买卖契约之价金债权与其占有冷气机，尚难认有牵连关系存在。”王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2009年版，第406页。

[28] BGH NJW 1967, 1275; BGH NJW 1985, 189; BGH NJW 1991, 2645; BeckOK BGB/Unberath BGB § 273, Rn. 18.

[29] Vollkommer, in: Zöller (Hrsg.), ZPO, Schmidt Dr. Otto KG, 30 Aufl., 2014, § 33 Rn. 15.

[30] 类似地，还有承揽合同中委托人关于承揽物的瑕疵赔偿请求权与承揽人支付报酬请求权（德国民法典原第635条，RGZ 69, 381, 394; BGH BauR 1972, 182）。

[31] MuKo-Patzina, § 33 Rn. 21 ZPO.

的价款。在债务人开始破产重整程序后，债权人继续购买原油，后欲以破产前多支付的原油价款冲抵破产后购买原油所应支付的价款。破产法院和地区法院认为破产前的超额支付依据的是破产开始之前的合同，破产之后继续购买原油为破产开始后的合同，两个合同不同，因此驳回了债权人关于冲抵的主张。而巡回法院则认为，债权人与债务人之间破产开始前与破产开始后的合同为同一合同。既然是同一合同，则债权人自可主张“冲抵”，而不受破产程序的限制。^[32]在此后的 *Newbery Corp. v. Fireman's Fund Insurance Co.* ^[33] 一案中，法院采取了更为宽松的立场。当然，鉴于“冲抵”是衡平法上的规则，因此法律上并未规定严格的标准，而是要根据个案的情况来加以判断。^[34]

(3) 被动债权人将独立交易作为整体对待

在有同一交易内的抵销与独立抵销之分的英国，也有涉及这一问题的案件。在一个案件中，^[35] S 为某一工程之总包商，G 为设备提供商，S 与 G 订立了两项独立的合同，其一为 G 向 S 提供压力罐的合同，另一个是 G 为 S 安装存储罐的合同。后来 G 履行了提供压力罐的合同，也部分地履行了安装存储罐的合同。对于这两个合同项下的价款，S 均未完全支付。G 于是停止了安装存储罐合同的履行，声明只有 S 如约支付压力罐的价款，才会继续履行。S 则认为 G 建设的存储罐有质量瑕疵，遂解除合同，并主张以存储罐合同项下所受损害抵销压力罐合同下欠 G 的债务。在这个案件中，英国上诉法院认为，对于是否属于同一交易，应根据案件的实际情况加以判断。其核心标准是，若支持一请求而否定另一请求有失公正，则应认为两个请求属于“同一交易”。本案中，是 G 自己主张应先支付压力罐合同下的价款，然后才履行存储罐合同项下的义务，因此，即便这两个合同本属不同交易，也因 G 自己的主张而成为一体，故 S 可以主张抵销，否则将有违衡平。

3. 小结

就狭义的“同一交易内的抵销”而言，中国法和德国法未将债之履行中债权债务的折算及合同解除后双方当事人的返还等法律关系看作是抵销。但通过比较法的对照，我们可以更深刻地认识债权债务折算及解除返还的制度，有助于避免在我国法上将这些制度解释为抵销甚至将其中的债权或债务看作是普通的、相互无关联的债权或债务，进而可避免企业破产法第 40 条第 1—3 项的适用，避免出现导致一方为全部履行而另一方只能按比例清偿的后果。

就广义的“同一交易内的抵销”而言，中国法与德国法均未在破产法上作特殊规定，是价值判断上的不同选择，未必是错误的。不过，仍应认识到英美法上对“同一交易内的抵销”予以特殊规定的合理性。其一方面提出了一个解释参考，如可通过将某些密切相关的债权或债务解释为具有相互折抵的关系，进而排除破产抵销（及其限制性规则）的适用；另一方面，也有助于我们更深刻地理解认定“同一交易”时牵连关系的概念，并由此出发

[32] *In re B & L Oil Co.*, 782 F.2d 155 (10th Cir. 1986).

[33] 95 F.2d 1392 (9th Cir. 1996).

[34] *United States ex rel. United States Postal Serv. v. Dewey Freight Sys. Inc.*, 31 F.3d 620, 623 (8th Cir. 1994); See also Official Comm. of Unsecured Creditors of Baja Boats, Inc. v. IIT Commercial Fin. Corp. (*In re Baja Boats, Inc.*), 1996 Bankr. LEXIS 1115, No. 94-60141.

[35] *Geldof Metaalconstructie NV v. Simon Carves Limited*, [2010] EWCA Civ 667.

更好地安排抵销在诉讼法上的处置,更好地理解海商法第 215 条、民商法上的同时履行抗辩、留置权(尤其是商事留置权)等制度。从立法论的角度看,同一交易下抵销制度的概念,还可作为未来我国修订企业破产法的参考。总之,从功能性法比较的角度看,我国未必引入相同的制度,但制度背后的权衡是必须加以关注的。

何为同一交易,表面上很容易判断,但因涉及在破产、民事诉讼中如何对待抵销的问题,涉及当事人实体权利的实现,并非纯粹的事实判断,故不像表面上那么容易。在诉讼中,区别对待同一交易内的抵销与独立抵销的主要原因是方便审理案件与查明事实。在破产中,区别对待同一交易内的抵销与独立抵销的主要理由则在于公平的考量。在同一交易下,当事人之间的关系更为紧密,彼此的信任度也更强,若限制抵销(即一方的债务须完全履行而其债权只能按比例获清偿),则无法通过公平性的检验。实际上,深入挖掘其根源会发现,此种公平考量与偏颇清偿撤销例外的考量非常相近:若当事人之间基于不同交易而产生抵销的关系,则当事人虽可期待实现抵销,但应充分认识到主动债权与被动债权的时间差及各自发生原因的不同,并进一步预见到其抵销权(在破产中)被限制或排除的可能后果(尤其是在债权人明知债务人已陷入破产境地而对债务人负担债务的情形)。而在当事人之间的债权发生在同一交易框架下时,当事人之间的关系更接近“一手交钱,一手交货”的“即时交易”关系。对于即时交易,通常认为债权人并无授予信用给破产债务人的意思或实际行动,且破产财产亦未受到损失,故即便清偿行为处于破产临界期内,破产法也不应过多干涉(如我国企业破产法第 32 条所规定的偏颇清偿的撤销制度对即时交易便无适用余地)。^[36]对于此种情形下的抵销,破产法也不应施加过多限制。

三、破产视角下的抵销要件

按照企业破产法第 40 条的规定,破产抵销的成立,须满足以下构成要件:双方当事人互负有效成立的债务(债权之间具有相互性);债权债务于破产受理前即存在;双方债务均不属于不能抵销的债务。其中有些要件如“双方债务均不属于不能抵销的债务”,在破产法内外并无差异,以下重点论述破产这一要素在抵销构成要件上的体现。

(一) 债权之间具有相互性

1. 债权的相互性

抵销中,相互性要件可以归纳为两点:主体上的同一性和利益的归属性。所谓主体同一性,是指相互抵销的两个债权涉及相同的当事人,若只是一方当事人在此债权中为债权人,在彼债权中为债务人,通常便不能抵销,如甲对乙的债权不能用于抵销甲对丙的债务。^[37]需要注意的是,在复数债权人或债务人时,判断可否抵销应当充分考虑债权债务关系的内容、各债权人之间关系的基础及当事人主体身份及其独立的程度等因素。例如,在

[36] 信用与破产之间关系的基本原理是:若债权人自愿与债务人进行信用交易,授予债务人以一定的“信用”,便同时也应承担债务人由于主客观原因失信的破产后果。反之,在双方进行“一手交钱,一手交货”的交易时,即在债权人未授予债务人信用的情形下,法律应保护债权人从债务人处取得的财产或权利不受破产撤销的影响。当然,具体怎样的时间间隔方构成信用授予,应结合交易习惯加以判定。详见许德风:《偏颇清偿撤销的例外》,《政治与法律》2013 年第 2 期,第 23 页以下。

[37] 前引 [4], *Collier on Bankruptcy*, 第 553-28 页以下。

连带债务关系中，债权人可用其债权作为反对债权（主动债权）抵销连带债务人之一对其享有的债权（被动债权），债务人之一也可以用其对债权人的自有债权抵销连带债务（如在连带保证中，保证人主张以自己对债权人的债权抵销其对债权人的保证债务）。^[38]而同样是连带的关系，若合伙开始破产程序，即便合伙的债务人同时也对合伙人个人享有债权，因债务人对合伙的债务涉及合伙财产之独立完整，故合伙的债务人也不得以对合伙人个人的债权抵销其对合伙的债务（合伙企业法第41条）；同样，若合伙的债务人破产时某合伙人对该合伙债务人负有债务，合伙也不得主张以合伙对合伙债务人的债权抵销合伙人对合伙债务人的债务。当然，在涉及公司、合伙等时，若法律允许打破或刺破其中的财产隔离，则可能会产生新的相互性。例如，在合伙破产的情况下，合伙的债权人直接要求合伙人承担赔偿责任，则合伙的债权人与合伙人之间便确立了相互性，其各自对他方的债权可以相抵销。^[39]同样，在公司不能清偿债务，公司债权人通过“刺破公司面纱”而要求股东承担债务时，该股东对债权人的债权也可被用于抵销债权人对公司的债权。

所谓利益的归属性，是指用于抵销的两个债权的主体应分别是主动债权和被动债权的受益人，换言之，双方当事人必须是债权利益的最终归属人而不是受托人。后者在遗产、^[40]信托、委托、为第三人利益订立的合同中体现得较为明显。如信托关系中受托人的个人债务与因信托关系产生的债权，虽然主体名义上具有同一性，但却不具备利益的归属性，即受托人虽然是以同一名义对外行为，但却是基于不同的利益归属关系进行的，使用了不同的“能力”（capacity），故也不能抵销。^[41]

从破产视角来看，相比主体同一性而言，利益归属性更为重要。有主体上的同一性而无利益归属性，通常不得抵销；而在一定条件下，没有主体同一性而具有利益归属性，也可以抵销。^[42]例如，在债权质押中，尽管质权人不是所质押的债权债务关系下的当事人（在该关系下，质押人享有债权，第三人负担债务），但是在主合同债务人不履行义务时，质权人可以行使其质权，要求第三人向自己（而不是质押人）履行债务，此时，若质权人同时对第三人负有债务，便应允许其抵销对第三人的债务。^[43]在一般的信托中（信托法第18条），受托人管理运用、处分信托财产所产生的债权，不得与其固有财产产生的债务相抵销。受托人管理运用、处分不同委托人的信托财产所产生的债权债务，不得相互抵销。而在委托人为了收取债权的方便而将债权转让给受托人的信托关系中，债务人不得以其对受托人个人的债权抵销其对原委托人的债务（因债权让与，现名义上的债权人为受托人）。^[44]

[38] 至于连带债务人之一可否用其他债务人对债权人的债权，抵销对债权人的债务，理论上有所争议。鉴于这一安排有无权处分之嫌，德国民法典采取了否定的态度，其第422条规定：“连带债务人中一人所享有的债权，其他债务人不得以之进行抵销。”我国台湾民法第277条则规定：“连带债务中之一人，对于债权人享有债权者，他债务人以该债务人应分担之部分为限，得主张抵销。”参见廖军：《法定抵销制度研究》，北京大学2001年博士论文，第143页以下。

[39] Windel, in: Henckel et al. (Hrsg.), Jaeger Insolvenzordnung Großkommentar, Walter de Gruyter, 1. Aufl., 2007 (Jaeger-Windel), § 94 Rn. 97 InsO.

[40] 如遗产的债权人不得以其对遗产的债权抵销其对继承人的债务（除非继承人同意，见继承法第33条）。

[41] 前引[4]，Collier on Bankruptcy，第553-32页以下。

[42] Brandes/Lohmann, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., 2013, Verlag C. H. Beck (MünchKomm-Ganter), § 94 InsO Rn. 20.

[43] RGZ 97, 34, 39.

[44] BGH NJW 1955, 745; BGH NJW 1958, 18; BGH NJW 1990, 982.

又如,我国证券投资基金法第6条规定的“基金财产的债权,不得与基金管理人、基金托管人固有财产的债务相抵销;不同基金财产的债权债务,不得相互抵销”,也是基于此理。反过来,若债权人是委托人,而受托人又以自己的名义为委托人的利益对债务人负有债务,则债务人可以以其对受托人的债权抵销对委托人的债务。^[45]再如,在保险法上,保险人可以用其对投保人的债权抵销对受益人的债务。^[46]另外,在行纪关系中,较有说服力的学说认为,在第三人与行纪人之间,可以用与行纪事项相关的债权抵销其基于行纪事项而负担的债务,而若第三人善意地不了解行纪人的身份,其也可以用与行纪事项无关的债权与其对行纪人的、基于行纪事项而产生的债务相抵销。^[47]我国破产程序中的抵销也应如此来理解债权的相互性。

2. 转让与受让的债权(债务)的抵销

实践中,还可能存在的情形是:拟用于抵销的主动债权与被动债权在破产开始之前即存在,但该债权债务之间并不存在相互关系,即在破产程序之外,这两项债权没有抵销的余地。为了防止当事人在破产程序中人为制造债权债务的相互性,企业破产法第40条第1项规定,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,不得抵销。对于该规定,正确的理解是,若债务人的债务人在破产申请受理后取得他人“破产开始前”对债务人的债权的,则其乃是破产开始后人为制造抵销的条件以实现自身的偏颇性清偿,故不可抵销。当然,如果在破产开始前,破产债务人的债务人将其对破产债务人的债权让与给他人作为担保,破产开始后,若被担保的主债权得以清偿,该债权依约回归到破产债务人的债务人处,此时应洞悉债权让与的真正目的是担保,进而排除企业破产法第40条第1项的适用,允许破产债务人的债务人用其债权抵销其对破产债务人的债务。^[48]

除此以外,为了防止当事人于破产开始前紧急制造债权或债务,企业破产法第40条第2项、第3项还规定以下两种情形不得抵销:其一,债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实,对债务人负担债务的(第2项);其二,债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实,对债务人取得债权的(第3项)。这两种情形的例外是:债权人或债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务或取得债权的。

需要说明的是,从字面上看,企业破产法第40条第1项可被第3项所包含(破产通常都伴随着公告,故可推定存在“已知”)。但是,第1项的存在又容易让人于对比后对第3项产生误解:第1项中有“他人”的字样而第3项没有,让人以为第3项中不包含从“他人”处取得债权的情形。实际上,第3项规定中应当既包括对债务人取得债权的情形,也包括从第三人处取得债权的情形,否则法律关于这一问题的规定将有不周。在这一背景下,可以说我国企业破产法第40条第2项、第3项在文义上涵盖以下两种情形。

[45] BGH NJW 1989, 2386, 2387. 需要特别说明的是,在实践中,信托的类型繁多(如有自益信托与他益信托之分),信托财产的类型也各有不同,因此,涉及信托的抵销,还须结合信托的公示形式、债权债务关系的内容等仔细斟酌。

[46] 如德国保险合同法第35条。BGH LM VVG § 35 b Nr. 1; BGH LM VVG § 35 b Nr. 2; Jaeger/Windel, 2007, § 94 Rn. 78 InsO.

[47] Jaeger/Windel, 1. Aufl., 2007, § 94 Rn. 86 InsO.

[48] RGZ 51, 394, 396 ff.

其一是人为确立债权债务的相互性,即行为人从第三人处获取对破产债务人的债务(为此,第三人须支付相应的补偿,当然通常小于债务的账面值)或对破产债务人的债权(为此,行为人须向第三人支付对价,通常也小于债权的账面值)的情形。例如,破产债务人S对G享有10万元债权,第三人D对S享有10万元的债权,在G得知S陷入困境时,其以3万元的价格从D处购得D对S的债权,此后1个月S破产,G主张以其购得的债权抵销其对S的债务。这便是人为创造债权债务相互性的行为,根据第40条第3项的规定,不得主张抵销。

其二是行为人为实现抵销,“突击地”对破产债务人负担债务或取得债权的情形,具体又包含两种子类型。

子类型之一:负担债务。典型的如债权人在既存的债权之外从破产债务人处获取借款或购买财产,并以所欠借款或所负价款支付义务抵销其既存的债权,进而实现全额清偿。例如,G出借给S10万元,在S陷入困境且G对此也明知的情况下,G从S处购得房屋一栋,价格为10万元。S先交付了房屋并协助G办理了登记。此后一年之内,S开始破产程序,G主张以其对S的债权抵销该房款债务。在这种情况下,S交付房屋的行为在效果上改善了G的地位,如同为其原本不能获得完全清偿的债权在事后提供了担保,故可撤销。又如,在破产开始一年前,甲银行对债务人享有10万元的债权,债务人在银行有存款5万元。此种状况持续到破产开始前一个月,在该时间点上,债务人向银行存入了5万元,从而使债务人在银行的存款达到10万元。随后,银行行使了抵销权,实现了其债权。这客观上也是事后改变了银行债权在破产程序中的地位,从而也可以被撤销。

子类型之二:获取债权。即行为人在自身已经是(破产)债务人的债务人的情况下,从行将破产的债务人处获取债权。例如,破产债务人S对G享有10万元债权,此后,在S陷入困境时,G将自己的汽车转让给S,价款为10万元。汽车移转后一个月,S破产。G主张以其对S的价款债权抵销其10万元债务。对此,严格遵循第40条第3项,该债权也是不能抵销的。从背后的道理看,这一结论似乎也可以得到合理解释:G在明知S具有破产原因的情况下仍授予信用给S,因此似应承担与此相关的不利后果,即其应全额履行对S的债务10万元,而其对S的10万元汽车价款债权只能按比例获得清偿。

上述结论尽管于法有据,但却隐约与法感相背:在等价交易的背景下,破产债务人的债务人要先对(破产)债务人为履行,方可取得对其的债权,进而为抵销。也就是说,从破产债务人-债务人取得债权这一交易的结果来看,该交易对破产债务人的债务人并无实益,通常也不会损害破产债务人的利益,故若实践中存在此种情形(如A为机器生产企业,欠供货商B计100万元材料款,此后,B陷入困境,A出卖机器给B,B暂未付款,3个月以后,B开始破产程序),仍应允许抵销。准此,应对企业破产法第40条第3项作限缩解释,排除基于等价交易而从破产债务人处取得债权的情形。

最后值得一提的是,法律不仅限制人为创造债权债务的相互性,也禁止人为消除债权债务中原本存在的相互性而损害主动债权人的利益。例如,尽管法律不禁止债权让与,也不要求债权让与以债务人同意为前提,但考虑到债权转让将可能消灭原债权债务之间的相互性,如果因此否定债务人的抵销权,将事实上加重债务人的负担,有悖债权让与制度的初衷。因此,作为相互性原则的一种例外,各国法律均规定,在债权让与中,债务人可以

对受让人主张其对让与人（即原债权人）的抵销权，以维护“债务人不因债权转移处于较不利地位”^[49]原则，我国合同法第83条即本于此而制定。此点亦可用于解决抵销与其他担保物权的冲突。抵销与其他担保物权的冲突，突出体现在银行抵销权与银行账户的担保权间的冲突上。对此，原则上银行的抵销权优先于银行账户上的担保权。^[50]银行账户质押在实现上主要体现为债权让与（给担保权人）或债权的变现（转让给第三人），即需要经过债权让与的步骤。而受让人的权利不应强于债权债务关系中有关债权原本的内容，包括应受限于作为担保标的的债权债务关系中相对方的各种抗辩权。既然担保权人的权利要待债权让与后方能实现，而债务人可在让与时主张抵销，因此抵销权优于担保权。

3. 三角抵销

一般认为，在缺乏主体的同一性时，债权债务因不具有充分的相互性，将不得抵销。从原理上讲，这一结论是正确的，不过值得讨论的是，若当事人之间存在一定程度的利益归属，各方以约定确立的抵销安排在破产程序中应否得到支持？例如，B公司欠A公司100万元，因A公司尚欠C公司60万元的债务，而在A、C的合同中约定，“C有权以A对其他人的债权，抵销C对A的债权”。现A破产，C通知B行使了抵销权，A的破产管理人可否仍请求B对其履行义务（同时主张C只能按比例受偿）？

对这一问题，我国法上并无明确规定。在美国法上，通说认为，鉴于存在相互性的要求，事后的三角抵销无效。据此，即便两个有密切关联的实体，也不能对外统一计算其各自对某个特定当事人的债权与债务。例如，A与B同为甲集团的全资子公司，A对集团外的C公司享有100万债权，B则对C负有100万的债务，在没有其他约定的情况下，A不能在C破产时将其对C的债权与B对C的债务相抵销。主要理由是，三角抵销将破坏债权平等原则，且给特定债权人的保护可能超出了其在未破产状态下所享有的保护。^[51]德国法上明确否定三角抵销：两家关联公司为增加抵销的几率而相互让与其对第三人债权的约定，将等同于“企业集团结算条款”而无效（§ 96 I Nr. 2, 3 InsO）。^[52]

不过，在美国法上，破产中不承认三角抵销的规则也有例外。主要有以下两种情形：其一，根据“一体债权人”（unitary creditor）理论，政府的不同部门被看作是整体，其分别对外享有的债权与债务可合并计算。在美国法上的一个案例中，税收部门对企业负有退税义务，而企业对政府的另一部门（Reconstruction Finance Corporation）负有债务，对此，美国联邦最高法院认为，在企业破产时，这两项债权债务可以抵销。^[53]其二，对于有关联的债权人就相互抵销作出的合同约定，实务中有承认其效力的判例，也有持相反意见的判例。^[54]但较有权威的《考利尔破产法评注》认为应当尊重当事人的此种约定。^[55]

笔者认为，是否承认三角抵销，涉及对抵销的法律机制、抵销的功能及商业实践的综

[49] 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第730页。

[50] UCC § 9-104 (a) (3), 9-314.

[51] 前引[4]，*Collier on Bankruptcy*，第553-28页。

[52] Schmanky et al., *Bankrechtshandbuch* (Band II), 4. Aufl., 2011, Verlag C. H. Beck, § 96 Rn. 88a.

[53] *Cherry Cotton Mills, Inc. v. United States*, 327 U. S. 536, 540.

[54] 允许合同约定的三角抵销的案例如：*Wooten v. Vicksburg Refining, Inc* (In re Hill Petroleum Co.), 95 B. R. 404, 411 (Bankr. W. D. La. 1988)；反对的判例如：*In re Semcrude*, 399 B. R. 388 (Bankr. D. Del. 2009)。

[55] 前引[4]，*Collier on Bankruptcy*，第553-29页以下。

合判断。如下文所述,现实中存在比当事人在个别交易中约定的三角抵销更为复杂的“多角抵销”。若此类“多角抵销”合法有效,则三角抵销的效力也不宜以损害“债权平等”的理由简单否定。

4. 多方结算安排

在大规模应用的情况下,三角抵销还可以扩大为多方协议抵销。实务中,在多家公司间存在多重交易、交叉地互负债务的情况下,结算安排殊为重要。此类结算安排背后的法理也是抵销,应否承认其效果值得详细讨论。

例如,在一个案例中,A、B、C、D四家航空公司因业务关系密切,成立了一个甲中心结算公司。其结算规则是,每季度结算四家公司相互之间的债务,对其他三家公司享有净债权的公司可以从中心结算公司获得清偿,有净负债的公司则需向中心结算公司支付款项。后A公司陷入破产。经查,A公司对B公司负债1000万,对C公司负债2000万,对D公司享有债权3000万。现破产管理人要求D公司直接履行其对A公司3000万的债务,同时认为B、C只能作为普通债权人受偿。D公司抗辩认为,A公司唯一的结算对象是甲公司,并无针对D公司的债权,B、C公司亦持相同主张。如前所述,若按照甲中心结算公司的规则,债权债务冲销后,A公司从甲中心结算公司所得应为零。^[56]

在我国法下,该案可按以下几个层次思考。

其一,A、B、C、D之间的结算协议应如何解读?按照尊重实体规范原则,破产之外的合同应予尊重。但这一原则的限制是,任何约定不应改变破产法的强行性规定。在我国破产法上,若无例外规定,各种普通债权应平等受偿(第113条),而结算规则使B、C有获得完全清偿的可能,这就以合同改变了债权人的受偿地位。

其二,对于当事人以约定改变债权平等原则,法律上也有例外。如各国法律普遍允许当事人设定担保并经采取适当公示措施后使相关债权人获得优先于其他人受偿的法律地位。问题是,A、B、C、D之间的协议是否构成了担保?按照物权法定规则,物权的类型与内容都是法定的,在法律对某类担保物权没有明文规定时,当事人不能私自创设。从本案中当事人各方的约定来看,其虽有担保的实质,但并未明确具体的担保事项,尚不能构成物权法上承认的担保类型。

其三,不得在法无明文规定的情况下设定担保,并不意味着当事人不能通过其他制度“迂回”地达到担保的效果。如前所述,让与担保也并无公示,但所有权既已发生变动,其他债权人也便不得再生异议。与物的让与担保类似,法律实务中也存在“债权的让与担保”制度,即借款人将其对第三人的债权转让给债权人,以担保债权的实现。这样的担保安排同样无须公示即可发生效力。具体就本案而言,似可通过解释,认为结算中心已在征得B、C同意的情况下,承担了A对B、C的债务(该行为在本质上相当于向A提供了借款);同时,作为对价,A将其对D的债权让与给结算中心。当然,通常的债权让与都是在“事后”即债权发生之后进行,在债权债务发生之前即约定让与未来之债权并承担未来之债务,似有不妥。但若尊重此类约定,似可认为有关债权的让与为附条件行为,于债权发生之日即

[56] 改编自英国法案例: *British International Air Lines Ltd. v. Compagnie Nationale Air France*, [1975] 1 WLR 758 (HL).

可生效。也就是说,在D对A的债务发生后,结算中心便取得对D的债权,A无权再对D主张权利。

若采上述解释,则A的破产管理人欲使D直接向其履行义务,充其量可通过破产撤销的规则,撤销A将债权让与给结算中心的行为。但此项债权让与的设定,乃是结算中心承担A对B、C债务的对价,因此并不构成无偿或不合理低价转让财产的行为,性质上最多属于“偏颇清偿”。更进一步说,若结算中心常年正常运转并大量处理各方之间的结算交易,A对结算中心的支付便可构成“惯常交易”,因而构成偏颇清偿撤销的例外。^[57]甚至,若A对结算中心的债务与D对A的债务在发生时间上相近,还可构成“即时交易”(企业破产法第32条但书)而不能被撤销。

其四,与本文的主题相关,当事人的上述安排也可以被理解为一个抵销的安排。其中B、C、D可以被理解为同一公司集团的成员,这些成员作为一个整体与A达成一致,约定成员对A的债务可以与其他成员对A的债权相抵销,由此B、C对A的债权就可与D对A的债务相抵销。当B、C、D确属同一公司集团时,若法律禁止此种“抵销”,B、C、D可不分别与A发生交易,而改由集团直接与A发生交易,以最大限度地避免A破产的风险。换言之,法律即使禁止此种约定,也不能消灭此种安排,不过是徒增当事人交易的成本而已。在上述分析的基础上,当A、B、C、D不属于同一集团时,则可认为是其中的任意两方与其余两方中的一方、任意三方与其余一方均达成了抵销的约定,以避免受到某一方破产的不利影响。而所有这些约定的汇总,即为A、B、C、D之间的结算协议,也即四方均认可此种结算安排。

或许是暗合上述考虑,为了最大限度地理顺市场关系,降低市场主体受破产影响的风险,欧盟专门制定了相应的指令允许此类结算安排。^[58]需要注意的是,上述指令不仅适用于各类实体经济中的结算安排,^[59]还更广泛地适用于金融衍生工具及其他金融产品的规制中,包括终止净额结算(close-out netting)和结算轧差(settlement netting)。终止净额结算指双方之间存在尚未履行完毕的双务合同,根据约定及法律的规定,先终止合同,然后抵销每一合同中的得与失,最后再结算应当作出的相互履行。具体分为两步:第一步是解除尚未履行的合同(从破产中的待履行合同制度的原理来看,法律禁止破产债务人的相对人于破产时解除合同,因此除非有法律的特别规定,终止净额结算条款在破产中是无效的),第二步为计算得失,并于之后进行抵销。结算轧差则指双方当事人互负相同的义务,该义务同时到期,此时双方只需结算两项业务的净差额即可。例如在外汇交易中,一方应向另一方支付100美元,另一方需向该方支付101美元,则双方的净差额将变为1美元,而无需按原先各自的债权额履行,以减少各自所面临的破产风险。在这些金融安排中,抵销都是

[57] 惯常交易(ordinary course of business)例外的正当化依据,首先在于其“惯常”的属性可以排除个别债权人竭力施压于债务人而谋求优先于其他债权人受偿的故意,同时也一定程度上排除破产债务人优先清偿特定债权人的故意。实践中很多债权人与债务人是长期供货、定期结算的关系,每次结算时也只是例行地实现其债权,并未多虑,尤其没有谋求在债务人开始破产程序之前获得全额清偿的意思。对于此种清偿行为,比较法上多排除在偏颇清偿撤销之外。详见前引[36],许德风文,第31页以下。

[58] Directive on Settlement Finality in Payment and Securities Systems, 98/26/EC; Directive 2009/44/EC.

[59] Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 222-223.

制度基石。^[60]

(二) 债权债务于破产受理前即存在

破产抵销的另一前提是,用以抵销的债权债务均发生在破产受理前。若债权人对破产债务人的债权发生在破产受理之前,破产受理后,又因对破产债务人的侵权行为或其他交易行为而发生对破产债务人的债务,则债权人的债权只能按比例地获得清偿,同时,债权人还应足额履行其对破产债务人的债务。

值得注意的是,理论上认为,若破产债务人的债务人于破产开始前便取得对破产债务人的债权,但该债权为附条件债权,而有关条件在破产开始后方成就,通常应以债权成立而非条件成就作为债权产生的时点,故只要在破产开始后该债权先于破产债务人对债权人的债权到期,便可主张抵销。^[61]这一理论对判断连带债务人行使“追偿权”而产生的“求偿之债”可否用于抵销有重要的参考价值。

例如,A为B对C的债务提供了保证或者物的担保,13个月后,债务人B无力清偿,A承担了担保责任后向B追偿,1个月后,B开始破产程序,开始之前,A对B的债务也到期。若以追偿权产生的时点作为债权发生的时点,A对B债权的取得时点是在破产开始前一年内,A取得追偿权时也明知B处于行将破产的境地(正是因此,A才要承担担保责任),严格按照现行法,A是“已知债务人有不能清偿到期债务的事实,且于破产开始前一年内对债务人取得债权”,似不得为抵销。然而,比较法上,有学说认为A作为担保人于担保之债成立时便对债权人C享有“免责请求权”(Freistellungsanspruch),即A通过对C履行清偿义务而有权要求C将对B的债权让与自己,进而转化为自己对B的追偿权。在这个意义上,担保关系中的求偿之债乃成立于保证合同生效或物上担保设定之时,于担保人承担担保责任后正式生效。因此,尽管A是在承担担保责任后才向B追偿,该追偿权发生时A已知B有不能清偿到期债务的事实且该时点位于破产开始前一年内,但其并不受破产法关于债权发生时间之限制性规定的影响。^[62]

须说明的是,在德国法上,若破产开始时主动债权与被动债权全部或部分附条件或期限,根据其破产法第95条第1款,应于条件成就或期限届至时方可抵销。而若主动债权附条件或期限,其条件的成就或期限的届至后于被动债权条件的成就或期限的届至(或主动债权附条件或期限而被动债权无条件或期限),则主动债权人的抵销权将不被支持。这具有一定的合理性:若被动债权先生效或到期,被动债权人(即破产债务人)自可行使其权利,要求主动债权人为履行,主动债权人履行后,自应承担被动债权人破产的风险。在这一规则下,若保证人于主债务人破产开始后方承担保证责任,其追偿权便不能与主债务人对其的到期债权相抵销。我国法目前无此项限制。对此,可供参考的条文是担保法第32条。该条规定:“人民法院受理债务人破产案件后,债权人未申报债权的,保证人可以参加破产财产分配,预先行使追偿权。”按照上述规定,若债权人已向主债务人请求并申报债权,则保

[60] 前引[10], Wood书,第405页。

[61] 德国破产法第95条第1款。Häsemeyer, Die Aufrechnung nach der InsO, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., 2009, Rn. 25.

[62] Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 6. Aufl., Rn. 269; Gottwald/Adolphsen, Insolvenzrechts Handbuch, 4. Auflage 2010, § 45 Rn. 61-64.

证人便不能再重复申报债权，而要承担主债务人破产的后果，而保证人既然都不能申报债权，自然也没有再对主债务人主张抵销的余地。但是，类比其他担保安排，这一结果是不妥的：在担保人同时对主债务人享有担保权时，其虽不能申报债权，但其担保权（在破产法上为别除权）是不受限制的。在这一背景下，若肯定抵销的担保功能，便有必要设置一个例外性的规定：承担了保证责任的保证人，无论是部分还是全部，也应可以就其所承担的保证责任向主债务人主张抵销。^[63]

关于债权债务的产生时间与抵销的关系，另外值得探讨的是，在破产管理人行使撤销权后，相对人可否以其破产前对破产债务人的债权，抵销管理人因行使撤销权而取得的返还请求权？对此，基于增进破产财产价值的考虑，正确的认识应当是：鉴于因行使破产撤销权而产生的返还请求权在时间上发生于破产开始之后，也属于破产开始后产生的债权，因此破产开始前既已存在的债权不得与之抵销（即相对人应完全履行其返还义务，同时只能按比例受偿）。^[64]

（三）标的物品质、种类相同

权利所涉及“标的物之品质与种类相同”应否作为破产抵销的要件，值得思考。若严格适用“尊重实体规范原则”，似可以作如下推理：法律之所以在破产程序中保护抵销，就在于保护债权人在破产法之外的权利和预期。若债权人在破产程序之外无抵销权，则其在破产程序内也不应享有抵销权。具体而言，若在债务人未破产的情况下，债权人的债权与其对债务人的债务不符合“标的物的种类、品质相同”这一要件而不得抵销，则在债务人开始破产程序后，其也不应主张抵销。

上述说法有一定道理。不过，破产法上是否要求“标的物品质、种类相同”这一要件，除了要考虑“尊重实体规范原则”外，还要衡量其他的相关因素（尤其是“标的物品质、种类相同”这一要件的设定目的）并在进行价值考量后，判断是否应当作出例外规定。从根源上讲，这一要件乃是服务于抵销“结算便利”这一功能的。但这一要件的设置，并未充分顾及抵销的担保功能。正如义务之不履行通常可转化为金钱损害赔偿一样，多数民商事交易中所发生的债权债务关系通常都涉及一定的金钱价值，若能够允许此类债权相互抵销，则可充分发挥抵销的担保功能。正是着眼于此，我国企业破产法第40条在“债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销”的规定中，便未提及品质与种类相同这一要件，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（法释〔2013〕22号）第43条第3项，对此也作了进一步的明确。

当然，在破产法上放宽实体法上关于“标的物品质、种类相同”这一要件的同时，也必须有所限制，避免让原本于破产程序之外不能抵销的债权人因破产程序的开始而获得额外利益，改变破产债务人和其他有关债权人的预期。与我国法相比，德国法更坚持破产法外的权利在破产法内同样对待的规则，并未完全放开“标的物种类、品质相同”这一要求，而是坚持（德国破产法第94条）有关的请求权或者可通过同样的强制执行方法加以实现，

[63] Müko-Bitter, 3. Aufl., 2013, InsO § 44 Rn. 31 - 32. 仍须强调的是，在德国法上，保证责任须于破产开始之前承担，方可就追偿之债在破产程序中主张抵销。

[64] MüKo-Lohmann, 3. Aufl., 2013, InsO § 96 Rn. 10.

或者虽需要采用不同的强制执行方法,但强制执行的结果相同。^[65]此外,德国破产法第95条又明文规定,该法第45条关于破产中非金钱债权在破产时折算为金钱债权的规定,在抵销中不发生适用。按照德国法的上述规则,若债权人G在破产开始前负有向债务人S交付机器设备的义务,而S基于此前的其他交易负有向G返还借款的义务,在破产程序之外,这两项债权强制执行的结果并不相同,不能抵销,因此,在破产开始后,G也不能主张抵销。^[66]我国法强调抵销担保功能的规则与德国法强调尊重实体权利的规则孰优孰劣,仍待实践的反馈及进一步地观察。本文认为,从体系一致的角度来看,我国法的上述规定也有其道理。

例如,设债权人G基于借款合同对债务人S享有100万的债权,同时,基于保管合同,G占有S货物若干(价值100万)。双方在保管合同中约定,S将货物存放于G之仓库,为此,S每年支付保管费3000元。现S破产而不能偿还借款,G主张将所保管的货物与S所欠借款抵销。从抵销的视角来看,G对S的义务是物之所有权的返还义务,而G对S借款合同下的债权为金钱债权,二者的内容与性质(尤其是强制执行的效果)不同,并不满足法定抵销的构成要件,故不能抵销。^[67]前述德国法的规定如此,英国法也采此种选择。^[68]

不过,从体系一致性的角度来看,在G与S的上述交易中,G对S有保管费债权,同时负有返还保管物的义务,若S拒绝支付保管费,G可行使留置权。根据企业间留置的特殊规则(债权人留置的动产,应当与债权属于同一法律关系,但企业之间留置的除外,如我国物权法第231条,德国商法典第369条第1款),G也可留置保管物以担保其借款合同项下债权之实现。该结果与法律禁止抵销的结果显然不一致。如此说来,至少在商人之间,允许G抵销才与法律在企业间留置中不要求牵连关系的政策选择相一致。

值得一提的是,对于不同种类的货币之债可否抵销,我国法上并无明确规定。^[69]国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》对此作出专门规定。其第8.2条(外国货币的抵销)规定:“双方互负给付不同种类货币的债务,两种货币都可以自由兑换且双方未约定一方当事人只能给付某种特定货币的,任何一方当事人可以行使抵销权。”在德国法上,实体法上的通说认为,除非双方约定的是数额之债(即不同货币的用途仅在于标明数额,货币种类本身并不重要),否则不同的货币种类并不满足“品质种类相同”的要求。^[70]因更多着眼于权利的实现而非货币之种类,这一要求在德国破产法上被放宽,即使货币的种类不同,但若可在被动债权人所在地自由兑换,便能抵销(德国破产法第95条第2款)。

(四) 破产抵销中的特殊问题

1. 后顺位债权的抵销

在两项债权中,若主动债权为后顺位债权,债权人可否以该债权与破产债务人的债权

[65] Jaeger-Windel, 2007, 1. Aufl., § 94 Rn. 116 InsO.

[66] MuKo-Brandes, 3. Aufl., InsO § 94 Rn. 26 - 29.

[67] Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Thomson Sweet & Maxwell, 2005, pp. 233 - 234.

[68] 前提是寄存人未事先同时委托保管人变现。若寄存人同时委托保管人变现,则应认为保管人可以合理期待其能够以变现所得抵销其对寄存人的债权,该种期待法律应予保护。Rose v. Hart, (1818) 8 Taunt. 499; 上引Goode书,第235页。

[69] 有关研究,见韩世远:《不同币种的金钱之债是否发生抵销权》,《人民法院报》2013年4月24日第7版。

[70] Palandt-Grüneberg, Verlag C. H. Beck, 73 Aufl., § 387 Rn. 8.

相抵销?我国法上对此并无规定。所谓后顺位破产债权人,指在包括普通债权人在内的全体一般债权人获得全部清偿后,破产财团仍有剩余时,才得以受偿的债权人。^[71]后顺位债权包括普通债权在破产程序期间的利息、惩罚性赔偿金、罚金、行政罚款、滞纳金、部分股东债权等。^[72]比较法上有学说认为,在破产法之外,债权人本可期待抵销,故此种期待在破产程序中也应得到保护。^[73]这是值得肯定的。当然,后顺位债权的抵销,还要同时遵循破产法对抵销的其他限制,如根据我国企业破产法第40条第1—3项,后顺位债权的取得行为不应有可撤销事由或限制抵销事由。另外,若法律对某些后顺位债权的抵销加以特别限制,则当事人抵销权的实现也要受制约。

2. 不知抵销而为履行

实践中可能存在的情形是,债权人本享有抵销权,但却因不知债务人破产的事实等原因而先履行了自己对破产债务人的义务,现破产债务人无法全额清偿其债权。我国法上对此未有明文规定。对此,学说上有观点认为,破产债务人受领债权人之履行,属有法律上原因,故不构成不当得利,债权人于履行后也不得再要求返还,故在此种情况下,其抵销权消灭。^[74]该说在内容上与我国不当得利的法理相契合,可兹采纳。

3. 破产重整中被免除债权的抵销

我国企业破产法第94条规定,重整计划执行完毕后,按照重整计划减免的债务,自重整计划执行完毕时起,债务人不再承担清偿责任。如何理解该条规定?按照重整计划减免的债务是否在法律上得以免除?曾有如下案例:因为出售产品,破产债务人S公司对债权人G公司负有100万的增值税(进项税额)债务,同时,S公司对G公司也享有100万的加工费债权。后S公司进行破产重整,在重整计划中,所有的普通债权均按70%的比例减免,即债务人仅清偿30%的债权,其余债务免除。重整完成后,S公司请求G公司向其支付100万元的加工费,G公司主张行使其抵销权。对此,比较法上的学者也曾有不同意见:支持的意见认为重整计划乃是多数人之决议,不应以多数人之决议否定个别债权人的抵销权;^[75]反对的意见则认为重整计划下的减免将导致被免除债权的强制执行性丧失,成为自然债,进而债权人不能再主张抵销。另外,在重整程序中,债权人原本可以在重整计划批准前行使其抵销权,其不行使,可视为放弃权利。^[76]鉴于学者意见的分歧,德国法院(OLG Celle)也曾有两个截然不同的判决,一个支持抵销,一个否定抵销。^[77]

在美国法上,有法院在判例中认为,既已在重整计划中免除,便不允许再进行抵销。例如,在United States v. Norton^[78]一案中,重整计划免除了破产债务人所欠的税款。该计划被批准后,政府又拟用被免除的税款抵销本应向破产债务人返还的退税。对此,法院认

[71] 德国破产法第39条对此作了明文规定。2004年修订的日本破产法第97条也有类似的规定。德国法上,后顺位破产债权人在破产程序中的表决权受到限制。他们可以参加债权人大会,但无投票权(§ 77 I Nr. 2 InsO),也无权申请召开(临时)破产债权人大会(§ 75 InsO)。

[72] 参见许德风:《论破产债权的顺序》,《当代法学》2013年第2期,第76页以下。

[73] Jaeger-Lent, 8. Aufl., § 53 Rn. 7 KO; MüKo-Brandes, 3. Aufl., InsO § 94 Rn. 26.

[74] Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, Verlag C. H. Beck, 1994, § 68 I 5 c.

[75] Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. (2003), § 94 Rn. 1, 40, 52.

[76] Eberhard Braun, Aufrechnung mit im Insolvenzplan erlassenen Forderungen, NZI 2009, 409.

[77] OLG Celle, NZI 2009, 59 = 2009, 121; OLG Celle, NZI 2009, 183 = ZIP 2009, 140.

[78] 717 F.2d 767 (3rd Cir. 1983).

为, IRS (税收征管部门) 在重整计划通过时并未提出任何异议, 现主张抵销, 是“不合理的”。^[79] 此后, 同一法院在另一个案件中 (In re Continental Airlines^[80]) 又进一步肯定了该观点: 若债权人在重整过程中未声明抵销, 则事后不得以已被免除的债权抵销其对破产债务人 (或重整后的“新”债务人) 的债务。代表主流观点的裁判则认为, 从公平的角度看, 债权人的抵销权不应受破产重整计划中债务免除的影响, 至少应允许债权人在面对破产债务人的履行请求时进行抗辩。^[81] 另外, 若债权人在重整计划通过之前声明了抵销, 则在重整程序中其债权应被按照担保物权对待。若抵销权人的债权被错误归类 (如归类为普通债权), 其可以提出异议, 在此种情况下, 破产法院通常不会批准重整计划。^[82]

与其他国家相似, 我国企业破产法对这一问题并无明文规定。这一问题的妥善解决涉及对以下两个问题的回答: 其一是重整免债的性质; 其二则是抵销权的行使是否应设期限。对于前者, 企业破产法的规定是清楚的, 即破产重整的结果只是有关被免除的债务无须“清偿” (第94条) 即降为自然债, 而并非在法律上的消灭。对于后者, 应当认为, 抵销之主张原本并无期限之限制, 但在重整程序中, 为促进重整目的的达成, 抵销应至迟在重整计划执行完毕之前提出。另外, 若债权人在重整计划通过之前声明了抵销, 则其抵销权应予尊重。实际上, 债务是否转化为自然债, 其关键并不在于多数决, 而在于债权人自身放弃的表示 (作为或不作为)。若债权人于重整计划表决之前并未提出抵销, 应可认为其具有放弃抵销权的意思, 故不可再嗣后主张抵销。

结 论

抵销制度体现了公平与正义观念, 具有便利清偿与担保的功能。从抵销的该项正当性出发, 文章主要有以下几项结论:

第一, 我国民商事实体法与民事诉讼法上均未区分同一交易内的抵销与不同交易下所产生的多个债权的抵销, 属法律构造不周, 应在解释上承认此种区分以更好地实现实体权利的公平, 并在诉讼时更好地提高裁判之效率。

第二, 我国企业破产法第40条第1—3项的规定, 在性质上实属破产抵销的限制规范, 对于同一交易内的抵销, 破产程序中宜着眼于有关交易“即时性”的特征予以特殊对待, 排除限制规则的适用而允许抵销。

第三, 破产这一要素的存在, 有助于从实体法、程序法层面加深对抵销权构成要件的认识: (1) 在债权的相互性上, 就主体上的同一性和利益归属性这两个要件而言, 后者更为关键。(2) 事先约定的三角抵销乃至多方结算安排, 在破产中应予保护。(3) 对于附条件的债权, 在判断抵销时原则上应以债权成立而非条件成就作为债权发生的时点。(4) 破

[79] 在这一案件中, 法院的论证被认为存在瑕疵: 该案是美国破产法第13章破产案 (个人重整), 按照第13章的程序, 有关债务在债务人的重整计划执行完毕之前并不免除, 而既然并未免除, 自然有允许抵销的余地。

[80] In re Continental Airlines, 134 F.2d 536, 541-542 (3rd Cir. 1998); 前引 [4], *Collier on Bankruptcy*, 第553-79页以下。

[81] Davidovich v. Welton, 901 F.2d 1533 (10th Cir. 1990); 前引 [4], *Collier on Bankruptcy*, 第553-78页。

[82] In re Land, 136 B.R. 237, 241 (Bankr. D.N.D. 1990); 前引 [4], *Collier on Bankruptcy*, 第553-71页。

产程序中，企业之间不同种类、品质的债权应允许抵销。(5) 除非法律有特殊限制（如法律对股东出资义务抵销的限制），后顺位债权也应允许抵销。(6) 重整中被免除的债务，若债权人于重整计划批准前未主张抵销，则重整计划批准后便不得再主张抵销。

第四，在抵销与其他担保权竞争的关系中，抵销具有优先性。

Abstract: In order to better reflect the legitimacy basis of the set-off system, it is necessary to differentiate between “independent set-off” and “the same transaction set-off” and give them different treatment under the bankruptcy law. The rationale of “the same transaction set-off” can help China gain a more accurate understanding of the legal institutions in various areas, such as the concepts of restitutionary relationship after termination of the contract and the defense of simultaneous performance. And it is also conducive to clarifying the rules of the right of retention, especially under commercial law. The institution of “the same transaction set-off” is *lex ferenda* and a valuable reference for the future revision of the Chinese Bankruptcy Law. In judging whether a set-off shall be allowed after the commencement of the bankruptcy procedure, it is on the one hand important to take fairness into consideration and continue to apply the underlying theory of bankruptcy preference. On the other hand, set-off is only available when the obligations between debtor and creditor are mutual, i. e. , both obligations are held by the same parties. When judging whether the parties are same parties, substantive instead of a pure formal approach is more suitable because of the widespread disparity between actual and nominal parties in practice. In addition, attention should also be paid to the function of set-off as guaranty. Bankruptcy creditors, including sub-ordinated creditors, shall have their rights to enjoy set-off priority. In principle, the right to set-off shall prevail over other security rights in bankruptcy procedure.

Key Words: set-off, set-off in bankruptcy, same transaction set-off, independent set-off, triangle set-off
