

论诉讼上抵销的行使

毛晨冉

宁波大学, 浙江 宁波

Email: chenranmao@qq.com

收稿日期: 2021年3月15日; 录用日期: 2021年4月16日; 发布日期: 2021年5月28日

摘要

诉讼上抵销是指在民事诉讼中, 被告首次提出以自己的债权抵销原告作为诉讼请求的债权。诉讼上抵销应统一以抗辩形式提出, 当抵销债权与被抵销债权为非同一民事法律关系或是无相同的事实基础, 法院可以将两个债权分开进行辩论。当抗辩的原因事实较为复杂、需要评估鉴定、双方争议较大、经过举证质证后仍然无法查清事实时, 法院基于该适度、合理的原则可停止在诉讼中对于抵销事由的审查, 驳回被告提出的抵销性抗辩, 被告可就抵销债权另行起诉。

关键词

诉讼上抵销, 抗辩, 反诉

On the Exercise of Set-Off in Litigation

Chenran Mao

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Email: chenranmao@qq.com

Received: Mar. 15th, 2021; accepted: Apr. 16th, 2021; published: May 28th, 2021

Abstract

Set-off in litigation means that in civil litigation, the defendant first proposes to set off the plaintiff's claim with his own claim. In litigation, set-off should be put forward in the form of defense. When the offset claims are not the same civil legal relationship or have no same factual basis, the court can debate the two creditors' rights separately. When the reasons and facts of the defense are complex, need to be evaluated and identified, the disputes between the two parties are large, and it is still impossible to find out the real time after the cross examination of evidence, the court can stop examining the cause of set-off in the litigation based on the principle of moderation and rationality, reject the set-off defense proposed by the defendant, and the defendant can sue sepa-

文章引用: 毛晨冉. 论诉讼上抵销的行使[J]. 法学, 2021, 9(3): 437-444.

DOI: 10.12677/ojls.2021.93062

rately for the set-off claim.

Keywords

Litigation Offset, Litigation Set-off Defense, Counterclaim

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

抵销可溯及至罗马法时代，具有简易清偿、减少交易成本、债的担保等功能，为各国民法所采纳。我国《民法典》第 568 条、第 569 条也作出相应规定。并且在我国司法实践中，许多案件都出现被告于诉讼中初次利用实体法抵销权作为其防御方法，主张抵销原告诉讼请求的情况。在诉讼中行使抵销权的这一行为衔接了实体法和程序法，于实体法其具有实现抵销制度的功能，是保障当事人合法权益的重要途径；于诉讼法其有利于提高诉讼效率，节约司法资源。但由于我国现行民事诉讼法对于诉讼上抵销的行使没有相关规定，加之诉讼上抵销行使涉及的理论问题难度较大，因此导致我国多数法院在实践中以各种理由限制诉讼上抵销的行使。

2. 诉讼上抵销的界定

被告在诉讼中行使抵销权的情形可以细分为以下两种。第一种是被告在原告起诉前，已经以主动债权就原告起诉的被动债权向原告发出抵销的通知，原告仍就被动债权起诉，被告遂在诉讼中主张诉之债权已在诉讼前抵销。第二种是被告在诉讼中才提出以其对原告的债权抵销原告的债权。第二种情形属于诉讼上抵销已无争议，大陆法系国家和地区民事诉讼中关于诉讼中的抵销之理论探讨也主要是围绕这一情形进行[1]。但是第一种情形是否属于诉讼上抵销，在我国学界有着不同意见。从以诉讼上抵销为主题的论文中对于诉讼上抵销的界定来看，有学者认为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即构成诉讼上的抵销[2]。同样，也有学者认为若作为被告的债务人重申在诉讼之前已经做出的抵销表示，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，同样为诉讼抵销[3]。不同意见认为，诉讼上抵销是诉讼中的抵销之意思表示，即被告在言词辩论时始提出抵销的主张。诉讼上抵销是在诉讼中一方当事人以自己的债权抵销对方作为诉讼请求的债权行为。在诉讼前或诉讼外当事人所实施的债权抵销则称为诉讼外的抵销[4]。

在诉讼中重申在诉讼之前已经做出的抵销与在诉讼中首次行使形成权这两种情形的共同点在于，法院都要对抵销成立与否进行确认。认为两者情形性质相同，同属于诉讼上抵销的学者也以“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”为理由[5]。

但是两者存在的不同之处要求我们必须将这两种情况分开来看待。第一点不同在于，前者被告做出两个行为，一是诉讼前向原告行使抵销权的民事法律行为，二是诉讼中向法院主张双方债权已经消灭的诉讼行为。因此从外表上来看属于不同的两个行为，有关两者的处理也应当分别考察[6]。而后者情形是被告只做出了一个行为，但该行为涉及到了两种关系。一方面涉及当事人之间的民事法律关系，另一方面又涉及当事人和受理案件的人民法院之间的关系，涉及法院对案件的处理。第二点不同在于，前者情

形是被告将诉讼前已经行使的抵销权作为权利消灭的事实在诉讼中进行主张，而后者情形是被告在诉讼进行中向原告行使抵销权。以上两点是这两种情形存在的区别，对于前者，其法律性质、法院应审查的要件非常明确，属于纯粹的诉讼行为，并不关系到实体法与诉讼法的衔接问题，两者不应划分为同类行为。因此本文对诉讼上抵销的定义是指在民事诉讼中，被告首次提出以自己的债权抵销原告作为诉讼请求的债权。

3. 诉讼上抵销行使的司法实践争议

为了解我国司法实践对涉诉讼上抵销案件的处理与适用，通过以“诉讼上抵销”、“在诉讼中提出抵销”为关键词在北大法宝中的案例数据库进行检索，再去掉诉讼外抵销的案例，共收集到 2016 年至 2020 年相关案例约 143 个，其中 2020 年有 31 个，2019 年有 36 个，2018 年有 27 个，2017 年有 21 个，2016 年有 28 个。其中有 81 个以多种理由拒绝对被告提出的诉讼上抵销进行处理，35 个对被告提出的抵销进行审查后认为不符合要件而驳回，27 个支持了被告提出的诉讼上抵销，由此可见，占比多数的法院对诉讼上抵销的提出呈现出排斥的态度。并且通过阅读分析案例发现，各地法院对诉讼上抵销的行使方式、审理要件及法律效果没有形成共识。下文将选取较为典型的、具有代表性的案例来展现审判实践中对诉讼上抵销适用的现状。

(一) 是否受同一法律关系的限制

在出现抵销债权与被抵销债权为非同一法律关系的情况时，不同法院对此种性质的诉讼上抵销的处理不一致，分为以下三种处理方式。第一种方式是以被告主张的抵销债权与原告起诉的被动债权属于非同一法律关系成为法院拒绝处理、拒绝审查被告提出抵销的理由。如在北京大华中泰环保科技有限公司与赵建忠房屋买卖合同纠纷一案中，法院在判决理由中的典型论述为“因原告不予认可被告对其享有到期债权，而被告主张的债权系因借款产生，而本案债权系因房屋买卖产生，因双方主张的债权不属于同一法律关系，故对该上诉意见不予采纳。被告可另行解决”。第二种处理方式是是否以是否为同一法律关系成为法院是否要继续审查抵销事由的理由，法院认为因双方债权为非同一法律关系导致事实在短期内无法判断，考虑到诉讼效率停止审查。如北京拓思德科技有限公司诉深圳市诚煌创科科技有限公司不当得利纠纷案中，法院认为“因被告公司所提的抵销性抗辩与原告的诉讼请求并非出于同一民事法律关系，在抗辩的原因事实较为复杂、双方争议较大、短期内难以作出判断的情况下，因此法院基于适度、合理的原则应当停止在本案中对于抵销事由的审查，驳回被告提出的抵销性抗辩”。第三种处理是法院并没有因双方的债权为非同一法律关系否定被告提出的抵销抗辩，而是对诉讼上提出的抵销进行审查并进一步予以支持。

从以上三种处理方式可以看出，对于和诉之债权为非同一法律关系的抵销债权，法院对此的接受程度不一致。第一种是完全拒绝，第二种和第三种都是接受、认可非同一法律关系的抵销债权的提出。从民法上来看，抵销本身就是将两个不同的债权债务予以一并处理的概念装置。根据法律规定，抵销债权与被抵销债权的标的物的种类、品质相同即可抵销，并未规定两个债权须出于同一法律关系。当抵销发生在诉讼中时，自然会出现许多被告用以抵销的主动债权与原告的被动债权为同一法律关系的情况，法院倘若都以非同一关系为由拒绝处理，诉讼上抵销在实践中的适用将会少之又少。另外这些案件的又一个相同点在于，被告都是以抗辩形式提出抵销。我国并无法律规定抗辩中所蕴含的法律关系必须与本诉法律关系相同。因此，倘若诉讼上抵销可以以抗辩形式提出，法院也没有正当理由拒绝对诉讼上抵销进行审查。因此，第一种处理方式限制抵销价值实现也不符合法律规定。

对于第二种和第三种法院的处理方式，虽然第三种法院审查过后认可了被告提出的抵销抗辩，而第二种根据适度审查原则终止了对诉讼上抵销的审查，但是并不能从中对比出两种形式中法院对非同一法

律关系抵销提出的接受程度。因为案件存在难易程度的差别,在实践案例中,通常是抵销债权债务事实清楚、证据充足的案件能够被法院认可,而复杂的案件法院多会在诉讼效率与公正之间进行价值衡量后选择前者。这一选择并没有对错之分,只是需要进一步明确的是,适度、合理的审查原则需要具体化,可视化,不能成为法院拒绝审查诉讼上抵销的挡箭牌。

(二) 是否超出本案审理范围

被告提出的抵销债权不属于本案的审理范围同样是部分法院拒绝被告在诉讼中提出抵销的理由。当然,在认可被告提出抵销的法院中,显然将抵销债权列为本案的审理范围并进行审查。由此可见,被告提出的抵销抗辩是否属于案件的审理范围成为实践中的一个分歧点。反对的法院有在判决理由中明确指出法院的审理范围应限于原告的诉讼请求。在武汉重型机床集团有限公司与浙江精工钢结构集团有限公司公司建设工程施工合同纠纷一案中,法院认为“法院认为法院审理该案的的范围限于原告的诉讼请求,该案争议工程已经竣工验收合格,并交付给被告公司使用,被告公司应当向原告支付工程款。至于原告公司是否按合同约定期限竣工、是否构成违约,不是本案的审理范围”。也有法院通过抵销债权和诉之债权为非同一法律关系关系延伸出来认为抵销债权不属于本案的审理范围,如四川嘉信贸易有限责任公司、闽发证券有限责任公司合同纠纷案中,法院认为“嘉信公司所主张其对闽发证券及其关联公司的债权,双方尚存争议,与本案不属同一法律关系,不属本案的审理范围”。但是也有法院明确指出上述法院的判断理由是错误的,如在前诉案件的再审中,法院认为“原审判决关于嘉信公司所主张其对闽发证券及其关联公司的债权,与本案不属同一法律关系,不属本案的审理范围的认定,系对法律的错误理解,予以纠正”。虽然以是否为本案审理范围与非同一法律关系有着相似的逻辑判断,但是涉及法院对审理范围的界定问题,有必要单独列出来进行讨论。

有法院将原告的诉讼请求与法院的审理范围画上等号,认为抵销抗辩超出了原告的诉讼请求范围,因此法院不应当对此进行审理。但是从学理上看,原告的诉讼请求确定的是案件审判对象或实体内容,关系到当事人展开攻击防御及法院裁判的范围。因此,法院的审理范围与裁判范围的内涵并不相同,审理范围包括了双方进行攻击防御的内容。并且原告提出的诉讼请求只是限定了法院的裁判范围,被告可以根据原告提出的诉讼请求采取攻击防御措施,这些都在法院的审理范围之内。法院审理范围也会随当事人攻防的焦点扩大或缩小。被告在诉讼中提出的抵销主张,是想达到对方债权归于消灭的法律效果,进而谋求驳回对方诉讼请求的诉讼目的,属于被告采取的一项攻击防御措施。法院没有理由对被告的抗辩拒绝审查,即使被告提出的主动债权超出了原告提出的被动债权所涉及的法律关系。在此种情况下,法院裁判对象仍然是原告请求,判决也针对原告请求,如果支持抵销,则作出在原告诉讼请求范围内扣减反对债权后的所剩余额的判决。至于为何法院会产生此种误区,有学者提出是因为在我国实务中,因为“诉讼标的为诉争法律关系”的观念使得法官总是将注意力集中于审理原告所主张的法律关系,对于审理层面的两造攻防事实和先决性法律关系等并不过多关注。同时在“不告不理”原则的影响下,法官在审判中为了贯彻实现原告所主张的实体权利这一目的,遂形成了将案件调查范围仅限于诉争法律关系的认识误区,将诉讼标的(审判对象)混同于审理范围。因此,法院不能将抵销抗辩划出案件的审理范围,并以此为由来拒绝诉讼上抵销的提出。

(三) 是否应提起反诉

在实践中,被告通常以抗辩形式提出诉讼上抵销,但是大多数法院以被告应当提出反诉为由拒绝对被告提出的抵销抗辩,要求被告另行起诉。在少数允许被告以抗辩形式提出抵销的案件中,法院在裁判理由的说理中也没有形成统一的分析思路。并且在某些允许抵销抗辩的法院说理中,仍然体现出法院对诉讼上抵销行使上的误区。表1中摘取了五中法院的裁判理由,能够基本展现出实践中法院的做法。

Table 1. By typical reasons of for or against
表 1. 支持或反对的典型理由

法院态度	判决理由
应当提起反诉	<p>理由一：被告主张将双方互欠的工程款(系双方工程结算的总工程款范围内)抵销，法院认为被告在本案中并没有提起反诉，本案不予处理。(谭文汉与罗柏威建设工程合同纠纷案)</p> <p>理由二：法院认为两个债权的请求权基础不同，法律关系不同，故被告应当提起反诉以抵销、吞并原告公司的诉讼请求。因被告未提起反诉，应另案主张。(唐小红等诉南通恒钢工程机械有限公司担保追偿权纠纷案)</p> <p>理由三：法院认为法定抵销的前提是当事人互负债务、互享债权，而被告主张的债权债务关系双方尚存在争议，且被告也未就此在本案中提起反诉。因此双方债权债务目前未确定，不符合抵销的要件，应另行处理。(阳光人寿保险股份有限公司上海分公司与刘晖人身保险合同纠纷案)</p>
无需提起反诉	<p>理由四：法院认为当事人在诉讼中主张抵销权，与原告主张的诉讼请求并不必然要求有牵连性，只需标的物的种类、品质相同即可，故对于当事人在诉中主张抵销权，无需提出反诉。(章建平与楚成塑胶制品有限公司、吕列萍承揽合同纠纷案)</p> <p>理由五：法院认为在诉讼中的抵销，是为抵销抗辩或者反诉抵销，并无法律明确规定，需要法院根据具体情况进行确认。本案中，因双方债权债务明确，且为同一合同法律关系项下的款项，标的物种类、品质相同。故被告以抗辩的方式行使抵销权，符合法律规定抵销权行使的构成要件，而无需提起反诉。(安徽盛仁投资有限公司诉伟基建设集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案)</p>

在理由一中，即使被告提出的抵销债权是与原告的诉请债权为同一法律关系，但是法院仍然要求被告以反诉形式提出抵销，严格的主张反诉抵销。理由二中法院反对被告提起抵销抗辩的原因是被告主张的抵销债权与原告诉请的被抵销债权为非同一法律关系，这句话的反面意思是如果抵销与抵销债权之间为同一法律关系，法院将予以允许被告提出抵销抗辩。但事实上，理由四中法院的判决理由蕴含两个意思，第一诉讼上抵销的提出无需考虑两债权是否为同一法律关系，但需满足标的物的要求；第二，因为不要求被告的抵销债权与原告的诉讼请求具有牵连性，所以无需提起反诉。与上述主张理由一、二的法院的观点都相反。情况三中法院认为，被告提出抵销抗辩但是双方对抵销相关事实存在较大争议，事实不清楚所以不宜在本案中处理。另一层意思是，如果被告提起了反诉，那么法院将会进一步查清双方之间的债权债务关系。由此可见，法院是认可被告以抗辩形式提出诉讼上抵销，但是以被告有无提出反诉为基准作为是否继续审查的原因，所以判决被告另诉。理由五中法院中，法院虽然认可了被告以抗辩的方式行使抵销权，但是其说理的逻辑却非常混乱。法院认为因为法律并没有规定诉讼上抵销应如何提出，所以要根据具体情况进行确认。但这里的具体情况表示的是否符合法律规定，因为符合规定，所以认可可以抗辩的形式行使抵销权而无需提起反诉。逻辑混乱的地方在于：第一，民法中并没有规定诉讼上抵销应以何种形式提出；第二，诉讼上抵销应以何种形式提出这个问题讨论的是以何种形式提出法院才会对诉讼上抵销认可并进一步审查，而不是法院审查过后认为符合抵销要件反过来认可诉讼上抵销以抗辩形式提出是合法的。

通过分析以上法院的判决理由可知，在实践中法院对于诉讼上抵销的行使方式尚未形成统一认识，并且法院之间的分歧较大，分歧类型也较多。有些法院认可诉讼上抵销以抗辩形式提出，有些法院认为要以主、被债权之间是否为同一法律关系来决定诉讼上抵销提出的方式，有些法院认为诉讼上抵销应一律以反诉形式提出。另外，在大部分法院秉持应以反诉形式提出的案件中，被告也无法满足提起反诉的条件。因为根据《民法解释》第 233 条对反诉提起条件的规定，反诉与本诉之间必须满足牵连性要件，即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的。例如理由二，被告主张抵销债权的请求权基础应为不当得利之债，而原告提起的是合同之债，也不存在相同的事实基础，因此无法提起反诉。可见被告想要实现诉讼上抵销困难重重。此外，

即使在同意以抗辩形式提出抵销的案件中，法院也无法很好的对抵销抗辩提出的合法性进行说明，举出的大前提无法与小前提印证，因此该结论的得出存在逻辑的混乱，也不能合理的进行说明。

4. 诉讼上抵销的行使方式

(一) 抵销方式的选择

从上文对典型案例的分析可知，司法实务中对诉讼上抵销的行使方式尚未形成统一认识。有的法院支持以抗辩形式提出抵销，但是在说理方面存在逻辑缺陷；有的法院认为抵销债权必须以反诉形式提出，因而驳回了被告的抵销抗辩；有的法院认为对抵销债权存在与否的认定过于复杂，继续审理会拖延诉讼进程，不适合以抗辩的形式继续审理而要求被告反诉或是另诉。另外经梳理有关诉讼上抵销研究的文献总结出我国学者对诉讼上抵销的实现提出三种路径，在纯粹的抗辩和反诉路径外提出混合路径。

1) 诉讼上抵销行使方式的争议

诉讼上的抵销，系当事人在诉讼过程中提出对抗原告债权的抵销抗辩^[7]。是被告在诉讼中对原告诉之债权提起的抵销抗辩。以上是德日有代表性理论中对诉讼抵销概念的介绍，从中可以看出诉讼上抵销符合抗辩性质已无争议。我国学界的多数观点也认可诉讼上抵销抗辩这一种形式的提出。理由是大陆法系关于抵销抗辩的理论同民法原理非常契合，抵销同清偿一样具有债的消灭功能，那么参考清偿所具有的诉讼法上的性质，允许其作为被告的攻击防御方法，以抗辩形式提出。也有文章在抗辩的相关理论论述中提到，诉讼上抵销属于抗辩中的消灭权利事实。

主张以反诉的方式来实现抵销的学者以英美法系理论作为其观点支撑，认为应当扩大反诉牵连性，将诉讼抵销并入反诉制度。理由是法院对通过以反诉形式提出的诉讼上抵销进行审判符合诉讼法上不告不理的基本原理，具有正当性基础^[8]。并且通过提出反诉，将抵销债权以诉讼标的的形式引入到诉讼中，法院将在判决主文中进行裁判，这样也就避免了对重复起诉和既判力问题的讨论。

近几年，有学者主张以多元化形式对诉讼抵销的实现路径进行构建。其构建路径是从实践角度出发，对抵销债权进行分类总结，相应的设置出不同的程序流程。对于同一事件下产生债权之抵销采用抗辩模式，因为具有相同的事实基础和辩论材料。对于非基于同一事件产生的抵销债权，由于两债权之间具备的关联性很弱，所以也就不适合将两者放置在同一个辩论场合。更加合适的做法是，对两个债权分别进行审理，等到法院对两个债权审理完毕且均认可债权的存在作出支持判决后，放到执行阶段进行抵销来简化清偿程序。当然在此种情况下，若符合反诉条件，被告可以就抵销债权提起反诉。

此外，另有学者认为诉讼抵销应以抗辩形式提出毫无争议，但是在审理过程中，当双方当事人就抵销债权存在与否进行争议时，应当将抵销抗辩转化为反诉，以诉讼标的的形式在诉讼中予以审理。

2) 诉讼上抵销应以抗辩方式行使

首先理论继承的一致性要求我国选择诉讼上抵销抗辩。我国民事诉讼法继承于大陆法系，具有抵销抗辩的制度基础，与我国法律规定不相冲突。而英美法系的诉讼程序也与我国有着根本区别，他们的诉讼可以将不相联系的内容都包容进来，只要能实现当事人的诉求，也没有严格的审限要求。因此英美法系的反诉制度本身并不要求牵连性，诉讼上抵销可以被包括到反诉制度中去，这与我国的法律制度完全不同。

再从抵销与反诉的内涵来看，抗辩属于被告的防御方式，是能消灭原告所主张权利的新事实，从而排斥原告的诉讼请求^[9]。同样的，诉讼上抵销的提出包含了承认原告起诉债权存在的意思，但又引入了抵销债权来消灭原告债权的这一新事实，因此诉讼上抵销的提出与抗辩所具有的内涵一致。并且也适用于《民诉法解释》第九十条反驳对方诉讼请求所依据的事实这一规定。而反诉的提出必须满足牵连性要件，由于这一条件的限制导致实践中很多诉讼上抵销的行使因不符合反诉的规定而被法院拒绝。虽然很

多学者为了将诉讼上抵销归为反诉提出要扩大反诉的牵连性，但是为什么仅仅因为要适用诉讼上抵销而将反诉原本的牵连性要件而扩大，这些学者没有给出一个合理的解释。虽然抵销债权本身可以作为独立的诉讼标在诉讼中提出，虽然这一点与反诉具有相似的性质，但不能因此将本就属于抗辩领域的诉讼上抵销因为其特殊性而纳入反诉制度。

至于混合路径，本文认为也不可取。虽然该观点考虑到不同的反对债权与主债权之间的关联性程度，将不同的债权分别纳入抗辩、反诉以及另诉的领域，但是基于上述分析可知，该理论在学理上出现了逻辑混乱。因为在诉讼上提出的抵销，无论反对债权与主债权之间的关联性程度，在性质上说均属于抗辩。因此多元化模式的理论基础存在瑕疵。另外在性质上认可诉讼上抵销为抗辩，但可转化为反诉提出的这一主张，虽然具有保障诉讼效率的合理性考量，但是并不能将反诉的牵连性轻易的扩大，软化反诉的提起方式也应慎重。

综上所述，应当将诉讼上的抵销的提起方式一律认为是抗辩，提出之后法院应进行审查。也因为诉讼上抵销提出的性质为抗辩，因此法院不能以主动债权与被动债权之间属于非同一法律关系、超出审理范围为由拒绝被告提出诉讼上抵销。

(二) 法院对诉讼上抵销的审查限度

前文确定了诉讼上抵销应以抗辩形式提起，并且法院都应对该抗辩进行审查。从本质上来看，诉讼上抵销实际上是将抵销债权作为辩论标的引入诉讼中来^[10]。虽然抵销抗辩作为辩论标的，但是对其的审查相当于诉讼标的，涉及到了对抵销债权存在与否、及抵销是否生效的审查，这也就带来了一定的审理工作量和审理难度。那么也就需要进一步考虑，当诉讼上抵销抗辩的审查难度大到会明显的拖延诉讼进程，降低诉讼效率时，是否应当为法院设定一个审查限度，要求被告就抵销债权另行起诉。

1) 设定审查限度的合理性考量

从实践中的案例可知，抵销债权在多数情况下与被抵销债权为非同一法律关系，也没有共同的事实基础，因此对于抵销债权的审理范围独立于被抵销债权存在。此种情况下，若被告所提抵销性抗辩事实较为复杂、证据难以认定、双方争议较大，这些事实和法律关系的认定已超出案件核心争议的适度辐射范围，将会导致法院的审理范围无限膨胀。因此法院在短期内难以做出判断，继续审查将使诉讼严重拖延，这种拖延对诉讼双方以及法院都是弊大于利的。并且若要求法院一定要在本案中审查清楚，反而会导致法院更加抗拒被告诉讼上抵销的提出。

对抵销抗辩的审查不能无限度拖延诉讼的必要性同样体现德国分离辩论和保留判决两种专门规则的设置中，以此来保证诉讼效益，应对事实关系较为复杂的情形。分离辩论是指，当诉之债权与反对债权存在法律上的牵连关系时，法院可以对两者同时辩论。例如原告起诉要求支付买价，而被告要求因不完全送货而以损害赔偿请求权抵销之。因为判断这两个债权的所需的事实几乎相同，所以能够在同一个程序中进行辩论和证据调查。当两债权不存在此种关系时，法院可以命令首先只对原告的诉之债权进行辩论。这样一来，两个债权能够处于统一一个诉讼之中，且通过分离辩论，案件事实会显得更加清楚，诉讼效率也随之提高。保留判决是指，在诉之债权存在已清楚而反对债权是否存在不清楚和存在异议时，法院可以对诉之债权依裁量作出保留判决，在保留判决的前提下判决被告败诉^[11]。因此当抵销债权的审查存在一定难度，法院对其存在与否不能在合理时间内做出判断时，法院就会作出这样的保留判决，该保留判决可以单独申请强制执行。至于抵销债权其仍然处在诉讼之中，如果法院继续审理之后确认了主债权因为抵销而被消灭，则应撤销之前的判决，驳回原告的请求，并且原告还附有损害赔偿的风险。由此可见德国民事诉讼程序中，设立这两种专门规则来提高诉讼效益，还可以防止出现被告为拖延诉讼进程而虚构抵销债权存在的情况。这也证明了当对是否构成抵销的审查不明朗时，没有必要为了在同一诉讼中解决诉讼上抵销而拖延诉讼进程。

2) 审查限度的标准设定

德国的专门规则证明必须在同一诉讼中解决诉讼上抵销问题是利大于弊的, 现我国民事诉讼法并无类似保留判决的制度。那么我国是否可以借鉴这一制度来解决诉讼上抵销可能带来的拖延诉讼进程的问题呢? 本文认为运用保留判决制度的诉讼过程过于复杂, 而我国民事诉讼法正处于摸索完善期, 许多法院法官的能力也无法处理好保留判决制度在诉讼中的良好运作。并且德国虽然承认诉讼抵销制度, 但在面临主动债权与被动债权事实关系较为复杂的情况时, 仍然采用了分离辩论审理及保留判决制度将二者的审理进行分离。

5. 结语

因此基于相似理念, 再结合我国司法实践情况, 本文认为当抵销债权与被抵销债权为非同一民事法律关系或是无相同的事实基础, 法院可以将两个债权分开进行辩论。但是在抗辩的原因事实较为复杂、需要评估鉴定、双方争议较大、经过举证质证后仍然无法查清事实的情况下, 法院基于这一适度、合理的原则可停止在诉讼中对于抵销事由的审查, 让被告就抵销债权另行提起诉讼。

参考文献

- [1] 刘学在. 论诉讼中的抵销上[J]. 法学评论(双月刊), 2003, 21(4): 58.
- [2] 陈桂明, 李仕春. 论诉讼上的抵销[J]. 法学研究, 2005, 27(5): 52.
- [3] 刘哲玮. 论诉讼抵销在中国法上的实现路径[J]. 现代法学, 2019, 41(1): 149.
- [4] 张卫平. 民事诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 270.
- [5] 刘哲玮. 普通形成权诉讼类型考辨——以合同解除权为例[J]. 中外法学, 2014, 26(5): 1331.
- [6] [日]新堂幸司. 新民事诉讼法[M]. 林剑锋, 译. 北京: 法律出版社, 2008: 301.
- [7] [德]罗森贝克, 施巧布. 德国民事诉讼法(下)[M]. 李大雪, 译. 北京: 中国法制出版社, 2007: 748.
- [8] 刘哲玮. 论诉讼抵销在中国法上的实现路径[J]. 现代法学, 2019, 41(1): 149-158.
- [9] 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, 34(1): 147.
- [10] [日]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: 241.
- [11] [德]罗森贝克, 施巧布. 德国民事诉讼法(下)[M]. 李大雪, 译. 北京: 中国法制出版社, 2007: 242.