

以抵銷為中心論債之消滅之準據法

謝志鵬*

目次

壹、緒論

貳、一般債之消滅原因之準據法（抵銷除外）

一、時效完成

二、期限經過所生請求權失效（Verwirkung）

三、提存

四、撤銷或解除契約、債權之拋棄與債務免除

五、小結

參、抵銷之類型

一、單方意思表示之抵銷

二、雙方意思表示一致之抵銷（契約之抵銷）

三、法律規定之抵銷

四、訴訟上之抵銷

五、小結

肆、抵銷在國際私法上準據法之選擇

一、法院地法（Lex fori）

二、被動債權之準據法（Statut der Hauptforderung）

三、主動債權之準據法（Statut der Gegenforderung）

四、選擇適用法（Die Alternativanknüpfung）

五、嚴格的累積適用法（strenge Kumulation）

六、分別適用法（Distributive Rechtsanwendung）

七、其他早期學說

八、我國之規定

九、小結

投稿日期：一〇〇年六月二十一日；接受刊登日期：一〇〇年十二月四日。

* 高雄大學法律學系助理教授；德國特利爾大學（Universität Trier）法學博士。

伍、結論

關鍵字：被動債權之準據法、意思表示之抵銷、法定抵銷、訴訟上抵銷、
債之消滅之準據法、抵銷之準據法、主動債權之準據法

中原財經法學

壹、緒論

債之消滅，指債權債務關係客觀上失其存在之謂，其影響當事人間債權債務之實質內容，然而債之消滅原因不一而足，故關於何種事項為債之消滅原因，各種債之消滅原因之要件，以及其效力如何等問題，即使在國際私法上無相關明文規定，但因其與原債權息息相關，實屬原債權債務準據法之適用範圍¹。以我國為例，民法上關於債之消滅採列舉規定，以清償、提存、抵銷、混同、免除五者為債之消滅原因²，除此之外，另有如解除條件之成就³、終期之屆滿⁴、法律行為之撤銷⁵、給付不能⁶、契約之解除⁷等均足以使債之關係消滅。而債之消滅，其影響債之關係當事人之實質權利義務，原則上若無特別規定，自應由原法律行為發生債之關係之準據法決定之，修法前有涉外民事法律適用法第六條或修法後第三十七條規定之適用。其中唯有抵銷，因性質特殊，是否由原債權債務之準據法決定之，有加以探討之必要。

¹ 以 1985 年海牙國際私法特別會議所通過之國際商品買賣契約適用法律公約草案為例，依該公約草案第 12 條規定，依公約第 7 條至第 9 條所規定之契約準據法之適用範圍，除契約當事人間之權利義務等事項外，尚包括債務之消滅。詳細內容請參閱曾陳明汝，海牙國際私法會議探微，台大法學論叢，第二十三卷第一期，頁 270 以下（1993）。

² 我國民法債編通則第六節。

³ 民法第 99 條第 2 項規定。

⁴ 民法第 102 條第 2 項規定。

⁵ 民法第 114 條第 1 項規定。

⁶ 民法第 225 條第 1 項規定。

⁷ 民法第 254 條以下規定。

抵銷在我國民法上意義，乃兩人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期時，各得使其債務與他方債務之對等額度，同歸消滅之一方的意思表示⁸。唯各國民法有關抵銷之要件、行使方法、抵銷之禁止以及抵銷之效力等規定，未必相同，且抵銷雖為債務消滅原因之一，但其債之發生原因可能不同⁹，即使抵銷之雙方債權發生原因為相同種類（例如同為因契約所生之債），其準據法也可能不同。因此，抵銷無法如其它債之消滅原因一樣，由原來債所由發生之準據法支配之。

有關抵銷準據法之選擇，原涉外民事適用法並未明文規定。而新法之修法過程中，先後版本之草案規定亦不盡相同（如修正草案二稿第三十八條第二項之獨立選法規定與修正草案三稿第三十三條就債之消滅為一般性規定¹⁰），然抵銷依主張者之不同，可分為單方面之抵銷與一致性之抵銷（或稱為抵銷契約），若依主張程序之不同，亦可區分為訴訟上之抵銷與訴訟外之抵銷，另因發生原因之不同，尚有基於當事人意思之抵銷與法律規定抵銷之分。究如何依適用法規定選擇準據法，似有討論之必要。然不同類型之抵銷是否需要等同視之，依同一選法規則選擇準據法，亦有疑義，以一致性之抵銷為例，以抵銷合意為基礎，故當事人間可能亦有準據法之約定，然單方面之抵銷，特別是主動抵銷之債與被抵銷之債分別受不同法律所支配，相形之下

⁸ 民法第 344 條規定。

⁹ 就債之發生原因，除基於契約外，尚有侵權行為、不當得利、無因管理等，均足以發生債權債務之關係。

¹⁰ 學者間對各草案名稱或有不同，如學者王志文，於華岡法粹第三十一期「涉外民事法律適用法之檢討與修正」中，區分為「原稿」、「初稿」、「一稿」、「二稿」，本文謂方便起見，除前述未發表之「原稿」外，其餘依修正草案對外公佈之先後，將其區分為「一稿」、「二稿」、「三稿」。

其準據法之選擇較為複雜。另就訴訟上之抵銷而言，須當事人於訴訟中提出抵銷，是否必然受程序依法院地法原則支配，似亦有討論空間。因此，要正確論斷抵銷準據法之選擇，非經由各種抵銷類型之詳細探討而不可得。

本論文將由抵銷以外一般債之消滅原因著手，依個別原因之特性論其準據法，若多數債之消滅原因具共通特性者，尋找其共同之準據法；緊接著探討各國實體法上抵銷之主要類型，並藉由比較法之觀點，區別各抵銷類型性質上之差異，作為準據法選擇之基礎；最後依據各抵銷類型之特性，檢驗國際私法上各種抵銷準據法之學說，以尋求符合國際私法理論，並實務上可行之抵銷準據法選法規則。

除此之外，對於當事人一方提起抵銷之法院，對被抵銷債權是否具有國際管轄權，則屬管轄權確定之問題，應分別觀察，不在本論文討論之範圍。

貳、一般債之消滅原因之準據法（抵銷除外）

債之消滅，原指債權債務關係客觀的失其存在之謂，其影響當事人債間債權債務之實質內容，然債之消滅原因不一而足，故關於何種事項為債之消滅原因（諸如清償、提存、抵銷、混同、免除等），各種債之消滅原因之要件，以及其效力如何等等問題，不僅各國實體規定不同，對於其準據法之選擇，現行各國國際私法有完全無相關規定者¹¹，或僅對一般債之消滅為共同規定¹²，或一般之共同規定加上特

¹¹ 如德國新民法施行法施行前，以及我國新涉外民事法律適用法修正前，對債之消滅之準據法並無明文規定。

定消滅事由之規定¹³，其差異性更大。其中最具爭論之問題為抵銷準據法之選擇，將於第肆章中討論，以下先對抵銷以外其他債之消滅原因簡述其準據法之選擇。

一、時效完成

由於時效制度之性質特殊，各國立法例之規定互異，除期間之長短、起算、中斷以及時效完成之效力等，未有一致性之通論外，就關於消滅時效制度，有的規定在實體法中¹⁴，也有規定在程序法者¹⁵，故其準據法之選擇不能一概而論。撇開程序法性質之時效不論¹⁶，就大多數立法例所採之實體法性質之時效而言，除國際私法學者通說見解外，德國民法施行法第 32 條第 1 項第 4 款更明文規定，原契約之

¹² 如我國 92 年公佈之修正草案二稿之第 33 條規定，債之消滅，依原債權之成立及效力所應適用之法律。

¹³ 如我國新修訂之涉外民事法律適用法中第 36 條消滅時效之準據法與第 37 條債之消滅準據法共同規定。

¹⁴ 此說為大部分歐陸法系國家及拉丁美洲國家所採，其認為消滅時效影響到權利之本身，所以應依該權利所應適用之法律。

¹⁵ 早期英美法系國家認為，消滅時效僅僅影響權利之救濟，故應依法庭地之程序決定，而排除外國法之適用。但其後已有所修正，如修正程序說的提出，其透過法庭地「借法」(borrowing statutes)的立法方式，明定準據法為外國法所發生之權利，依該外國法已罹於時效者，原告即不得援引時效期間較長之法庭地法再行起訴，藉以保護被告之權利。除此之外，英國於 1984 年成立之外國時效期間法 (Foreign Limitation Periods Act 1984)，其規定英國法院於審理涉外案件時，外國法關於時效之規定，在不牴觸英國之公共政策下亦應予以適用。詳細請參閱陳榮傳，消滅時效的準據法—兼評最高法院的幾個裁判，台灣本土法學雜誌，七十四期，頁 111-116 (2005)。

¹⁶ 若將時效定性為程序法上制度，其適用法院地法為毫無例外之通說見解。參閱前揭註，頁 112。

準據法亦適用於請求權之時效完成，且依其通說見解，其適用範圍包括時效之起算、期間之長短以及時效中斷之原因¹⁷。另以我國新修訂之涉外民事法律適用法為例，其第三十六條亦明文規定，請求權之消滅時效，依該請求權所由發生之法律關係所應適用之法律，適用上或可參考前述德國立法例與其實務或學說之見解。此外尚須留意的是，就國際買賣契約所生之請求權時效而言，另有聯合國時效公約（UN-Verjährungsübereinkommen）之適用¹⁸。

二、期限經過所生請求權失效（Verwirkung）

對此大多數國際私法立法例並未詳細規定，然有學者認為，原則上契約準據法適用契約所生請求權行使之要件，而其支配契約請求權失效之結果乃理所當然¹⁹。其適用範圍當然包含各種請求權期限，甚至除斥期間（Ausschlussfrist），蓋只要法律所規定之期限經過，原契約所生請求權立即發生失權結果。以我國新修訂之涉外民事法律適用法為例，有關債之消滅準據法之選擇，除第三十六條規定消滅時效之準據法外，另有第三十七條一般債之消滅之準據法選法規定，然由第三十六條文之文義及修正理由觀之，其僅就消滅時效為規範對象，並

¹⁷ Hohloch, in: Erman, Erman Handkommentar zum BGB, 11. Aufl., 2004, §32, EGBGB Rn.13; Spellenberg, in: Lüke/Walchshöfer, Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2003, §32, EGBGB Rn. 65; Von Hoffmann, in: Soergel, Soergel Kommentar zum BGB, 12. Aufl., 1987, §32, EGBGB Rn. 42.

¹⁸ Magnus, in: Staudinger, Staudinger Kommentar zum BGB, 13. Aufl., 2002, §32, EGBGB Rz. 68-72.

¹⁹ Von Bar, Das Internationale Privatrecht, 2. Aufl., 1991, Rn. 548; Von Hoffmann, a.a.O. (Fn.17), Rn. 62; Hohloch, a.a.O. (Fn.17), Rn. 14; Spellenberg, a.a.O. (Fn.17), Rn. 104.

不包括其他期限與除斥期間在內，故契約所生之請求權因時效以外之其他期間經過而失效者，仍應適用第三十七條一般債之消滅之準據法選法規定。

三、提存

債之消滅另一值得探討的問題是，支配原債權發生之準據法，能否決定債務人得否以及在什麼條件下經由提存而免除其責任。大部分國際私法立法例亦未對此為特別規定，但可以肯定的是，提存地法並非提存必然之準據法，蓋提存非單純訴訟程序，其兼有消滅債務人責任之實體法效果。然一般債之消滅之準據法，即原債權之成立及效力應適用之法律，能否適用於提存，不無疑義。但就選擇準據法最基本之原則，在對涉外法律關係尋找最恰當之準據法而言，債務人提出提存所遵守之格式及方式應依據之法律，無疑是與提存關係最密切或最重要牽連的法律²⁰。

四、撤銷或解除契約、債權之拋棄與債務免除

對於是否會發生契約上義務，原應由該契約之準據法決定，蓋其為債權債務發生之依據，而該等義務之消滅，理亦應依其原本所由發生所依據法律支配之。故不論是契約之撤銷或解除，還是債權之拋棄或債務之解除，其具有使已發生之契約上義務消滅的效果，故亦應適用原契約之準據法²¹。而上述四種法律行為固然以當事人一方單獨以意思表示為之為原則，亦可能經由雙方當事人合意所為對抗原契約之

²⁰ Magnus, a.a.O. (Fn.18), Rz. 67.

²¹ Spellenberg, a.a.O. (Fn.17), Rn. 59; Von Bar, a.a.O. (Fn.19), Rn. 547; Hohloch, a.a.O. (Fn.17), Rn. 13.

撤銷約定（Aufhebungsvertrag），若雙方當事人有約定撤銷契約之準據法者，則適用該約定之準據法誠屬當然，若相反的當事人未為準據法之選擇時，勢必要依其所欲撤銷之原契約之準據法不可²²。

五、小結

上述造成債之消滅之各種事實或法律行為，與原債權息息相關，應屬原債權債務準據法之適用範圍，蓋債之準據法決定債務人之給付是否履行或者何時完成其義務，以及其清償是否發生消滅債務之效果，因此，原債權債務準據法原則上支配著各種債之消滅原因，甚至包括消滅時效完成或期間經過所造成之失權結果。

然原債權債務之準據法適用於債之消滅，並非毫無例外，如破產程序中債務之消滅並不適用原債權債務之準據法，而應適用破產程序之準據法²³。除此之外，比較有爭論的是抵銷，因各國立法例有關抵銷之要件、行使方法、抵銷之禁止以及其效力等規定互異²⁴，其準據法之選擇，特別在抵銷與被抵銷債權原本適用之準據法互異之情形，並非一般債之消滅共同準據法所能解決，故須另依各抵銷類型之性質而分別論斷之。

參、抵銷之類型

抵銷存在於大部分國家民法體制之中，不論是大陸法系或英美法

²² Von Hoffmann, a.a.O. (Fn.17), Rn. 59; Martiny, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl., 2004, Rz. 289.

²³ Magnus, a.a.O. (Fn.18), Rz. 60.

²⁴ 參閱以下參、抵銷在實體法上之類型。

系國家，皆視之為債之消滅原因。但何謂抵銷，綜合各國民法相關之規定²⁵，稱抵銷者，大抵上乃二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期，即使法律明定債務人不得部分清償之情況下²⁶，各當事人得使其債務與他方債務於相等數額內同歸消滅之制度。其具有促使債權盡速滿足，並節省雙方不必要勞費之經濟效用，且於一方負債累累，而無法清償債務時，他方若能主張抵銷，其對無法清償一方之債權等於獲得完全清償，其結果無異於一方對他方之債權，成為他方對該方債權之擔保²⁷。然各國有關抵銷性質之認定不同，英美法將其視為程序法之問題，並且須經法院之判決始生效力，即使將抵銷規定在實體法中之大陸法系國家，各國相關規定亦不盡相同，如德國民法規定（§388BGB），抵銷須由當事人一方以意思表示為之，但法國學者通說認為，原則上抵銷因法律規定而自動發生效力²⁸，除此之外，有關抵銷之要件、抵銷之禁止以及抵銷之效力等規定亦有所出入，因此，在討論抵銷於國際私法上問題之前，有必要就比較法之觀點，對各主要代表國家實體法上差異分類說明之。

²⁵ 參閱以下各抵銷類型中之說明。

²⁶ 如我國民法第 318 條第 1 項規定、德國民法（BGB）第 266 條規定或法國民法（C. c.）第 1244 條規定。

²⁷ 此擔保功能，特別在他方債務人破產時，更見擴大及於不同種類之給付。參閱我國破產法第 113 條。

²⁸ Bucher, Rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Bemerkungen zur Verrechnung, in: Stoffel/Overbeck (Hrsg.), Conflicts et harmonization: Mélanges en l'honneur de Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire, 1990, S. 709.

一、單方意思表示之抵銷

（一）我國之抵銷

此乃大多數國家所規定之抵銷類型，以我國民法之規定為例，依我國民法第三三四條規定，稱抵銷者，乃二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方對等額之債務，同歸於消滅之一方的意思表示。關於此類型抵銷之方法，依我國民法第三三五條第一項規定，由有抵銷權之一方，以意思表示向他方為之，性質上為有相對人之單獨行為²⁹，其意思表示方式並無限制，不論於訴訟上或訴訟外，均得主張之。若訴訟上之抵銷非為自己權利而為直接請求者，學理上稱之為抵銷抗辯³⁰。故債務人雖互負債務，且符合抵銷之要件，其債之關係並不當然消滅，尚須債務人行使其抵銷權，債之關係始歸於消滅，故抵銷權性質上為形成權³¹。

論及抵銷之要件，除我國民法第三三四條第一項規定外，尚有數禁止抵銷之明文不得不同時觀察之。綜合言之，除須具備之積極要件外，尚須無禁止抵銷之消極要件之存在，始得主張抵銷。前者依我國民法第三三四條第一項本文規定，得主張抵銷者，須二人互負債務，即雙方於主張抵銷時互有對立之債權；且須雙方債務之給付種類相同³²，如雙方債務種類不同，其經濟目的原本差異，若准予抵銷，不僅不能達成雙

²⁹ 詹森林等，民法概要，頁 325，五南圖書出版有限公司，六版（2008）。

³⁰ 邱聰智，新定民法債編通則（下），頁 357，輔大法學法學叢刊編輯委員會（2003）。

³¹ 前揭註，頁 357。

³² 抵銷限於給付種類相同之債，乃原則規定，而破產法上之抵銷，則不受給付種類相同之限制。參閱破產法第 113 條規定。

方債權人之目的，且徒增當事人之困擾；又須雙方債務均屆清償期，蓋抵銷具有清償作用，而債權人無權期前請求清償，故應雙方債務均屆清償期，始得主張抵銷³³；再者債權必須確定並有效存在，若為無請求權之自然債權，或附停止條件之債權，以及附有同時履行抗辯之債權³⁴，均不得以主動債權主張抵銷，但被動債權則不受此限³⁵。

以上所述，僅為抵銷之必要條件，決定抵銷之是否成立，尚須檢視有無禁止抵銷之要件而定³⁶。而抵銷之消極要件有三，其一為債之性質上不能抵銷者，亦即依債之本旨，二債務內容須直接實現，如互相抵銷，有違背成立債之目的者，即屬性質上不能抵銷者，如互相為不得競業之不作為債務，或提供勞務之單純作為債務等。其二為法律規定不能抵銷者，其規範種類眾多³⁷，以我國民法債編規定為例，有民法第三三八條所規定之禁止扣押之債，諸如不得強制執行之債

³³ 惟債務人拋棄其期限利益，以其相對之債權為主動債權而主張抵銷者，並無不可。若債之請求雖經時效而消滅，如在時效未完成前，其債權已適於抵銷者，亦得為抵銷。又債務人宣告破產，而破產債權人之債權縱未到期，依破產法第 113 條第 2 項規定，亦得主張抵銷之。

³⁴ 避免他當事人之抗辯權橫遭剝奪，參閱最高法院 57 年度台上字第 1435 號民事判決。

³⁵ 對於債權必須確定並有效存在之可執行性要件，各國立法例對主動債權（抵銷債權）皆採肯定，但對被動債權（被抵銷債權）是否以此為抵銷之要件，則各國規定不同，詳細內容於各類型抵銷中說明之。

³⁶ 就禁止抵銷要件之種類，大抵上各國皆有類似規定，但細節上互有出入。詳細內容將於各類型抵銷中說明。

³⁷ 除民法外其他特別法，例如公司法第 43 條規定，公司之債務人，不得以其債務與其對於股東之債權抵銷；又如信託法第 13 條規定，屬於信託財產之債權與不屬於該信託財產之債務，不得主張抵銷。

權（強制執行法第一二二條）、退休金債權（公務人員退休法第十四條）、撫卹金債權（公務人員撫恤法第十三條），其債務人不得主張抵銷，主要目的在保障債務人及其家屬之生活，若許其抵銷，顯有違背人道之嫌；另依民法第三三九條規定，因故意侵權行為而負擔之債，債務人不得主張抵銷，其規範意旨在防止債權人因債權實現無望，而故意侵害債務人；又如民法第三四〇條規定，受債權扣押命令之第三債務人，於扣押後始對其債權人取得債權者，不得以其所取得之債權與受扣押之債權為抵銷，其旨在防止第三債務人，對執行程序之債務人（此時為第三債務人之債權人），隨時創新債權，並利用抵銷制度減損經扣押之債權，而使法院之扣押命令失其效力；再依民法第四三一條規定，約定應向第三人為給付之債務人，不得以其債務，與他方當事人對於自己之債務為抵銷，蓋既已約定應向第三人為給付，則他方當事人已無受領權，其債務人自不得以其與他方當事人對自己之債務主張抵銷。其三為當事人有禁止抵銷之特約者，依契約自由原則，若約定有效，當事人自不得再行抵銷，但若屬定型化契約條款者，則可能違反保護契約相對人而造成其約定無效，且為避免第三人遭受不測之損害及保護交易安全，其禁止抵銷特約不得對抗善意第三人³⁸。

此類型抵銷之法律上作用有三³⁹，例如互負債務之雙方當事人，為避免不必要且不經濟之互相為現實之清償，抵銷可使被動債權以代位清償方式獲得滿足，此為抵銷之清償作用（Tilgungsfuntion）；對主

³⁸ 類似立法例有德國的 AGBGB 第 13 條第 3 款規定，以及英國 1997 年之不公平契約條款法案（Unfair Contract Terms Act） sec. 13 (1)(b) 規定。

³⁹ 此抵銷之作用大致上與其他類型抵銷相同，除有特別規定外，於其他類型之抵銷不再論述。就抵銷之作用，請參閱 Schlüter, in: Lücke/Wakhsöfer, Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2003, §387, BGB Rz. 1.

動債權而言，在不經由法院訴訟與強制執行程序而獲得清償，則為抵銷之執行作用（Vollstreckungsfuntion）；而抵銷之可行性，亦足以確保債權人免於擔憂不利其請求情況之產生，蓋每每於必要時⁴⁰，債權人皆得以其債權與債務人之請求相互抵銷，此既為抵銷之擔保作用（Sicherungsfuntion）⁴¹。由於各國對抵銷之規定及其主張之方法不同，將導致其對上述抵銷作用之重視程度互異，不可不察⁴²。

（二）德國之 Aufrechnung⁴³

採用此類型抵銷之另一立法例為與我國民法甚有淵源之德國民法，依德國民法第 387 條⁴⁴、第 390 條規定⁴⁵，抵銷，以雙方當事人互負相同給付為前提，亦即被抵銷之債權必須是可履行的，而抵銷債權必須是已屆清償期且對其無抗辯而可實現者。至於雙方債權是否相

⁴⁰ 就行使抵銷權之債權人而言，在債務人資力不足之情況下，仍能使自己之債權受到確實與充分的清償，此時的主動債權對於被動債權宛如具有類似擔保地位之機能。

⁴¹ 有稱之為保證作用（Garantiefuntion），參閱 Eujen, Die Aufrechnung im internationalen Verkehr zwischen Deutschland, 1975, S. 80ff.

⁴² 各國對抵銷各種作用重視之差異，於各類型之抵銷立法例中說明。

⁴³ 除德國之外，同樣以單方意思表示為抵銷之方法者，在國際間亦不乏其例，諸如希臘民法、荷蘭民法以及奧地利民法相關規定，詳情請參閱 Zimmermann, Die Aufrechnung, in: Beuthien/Fuchs/Roth/Schiemann/Wacke (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, S. 718ff.

⁴⁴ 德國民法第 387 條規定：「互負相同給付之二人，若雙方當事人互相請求對方履行已屆清償期之債務時，當事人雙方各得以其債務與他方之債務，相互抵銷。」

⁴⁵ 德國民法第 390 條規定：「附有抗辯權之債權，不得抵銷。已罹於時效之債權，在其尚未完成時效前適合抵銷者，亦得為抵銷。」

關聯或者出自相同法律原因，並非抵銷之要件⁴⁶，但須由一方當事人，以不附條件或期限之意思表示向他方為之，並且必須無法定或當事人約定之禁止抵銷事由存在⁴⁷。而抵銷意思之表示，回溯於雙方債權適合抵銷之時點起發生效力⁴⁸，故債權雖已罹於時效，亦得為被抵銷債權⁴⁹。並且，由於德國民法規定以當事人意思表示之提起為抵銷之方法，故不強調訴訟之經濟，而較重視抵銷之清償作用（Tilgungsfunktion）與其擔保之作用（Sicherungsfunktion）。除此之外，同語系之奧地利民法規定，雖然用語上與德國民法有些許出入，但仍以抵銷之意思表示為要件⁵⁰。

（三）法國之 compensation facultive

另有由法國學說與實務所承認之自願抵銷（compensation volontaire）中的選擇抵銷（compensation facultive），在因要件欠缺而無法成立法定抵銷（compensation légale）之情形，若該要件屬保護當事人一方之禁止抵銷事由，於當事人放棄該保護時發生抵銷之效力。此類型之抵銷，與其將其歸類為自願抵銷（compensation volontaire），不如視為法定抵銷（compensation légale）之例外，蓋其性質上與後者更接近⁵¹。

⁴⁶ Heinrichs, in: Palandt, Palandt Kommentar zum BGB, 63. Aufl., 2004, §215 BGB Rz. 2, §387 BGB Rz. 8.

⁴⁷ Heinrichs, a.a.O. (Fn.46), Rz. 13.

⁴⁸ 參閱德國民法第 389 規定：「抵銷，以雙方債權可相互抵償之數額為限，於雙方債權適合抵銷之時起，發生效力。」

⁴⁹ Heinrichs, a.a.O. (Fn.46), Rz. 2.

⁵⁰ 詳細內容請參閱 Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II, 12. Aufl., 2001, S. 100ff.

⁵¹ Jud, Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht, IPRax 2005, Heft 2, S.

二、雙方意思表示一致之抵銷（契約之抵銷）

單方意思表示之抵銷，僅須符合法定要件，債務人即取得抵銷權，不用他方當事人同意即得行使。然抵銷債務之方法，除前者外，尚得依契約為之，是為約定抵銷，其因而成立之契約，稱之為抵銷契約。對抵銷契約而言，即使法律無明文規定之國家，基於契約自由原則下，不論是學說或法院實務承認者，不乏其例。其對於抵銷要件之要求，不若其他抵銷類型嚴格，只要其成立不違反公序良俗或強行規定，或侵害他人之利益者，大多認為有效⁵²。

（一）德國之 Aufrechnungsvertrag

以與我國規定類似之德國法之抵銷制度為例⁵³，稱抵銷契約，乃互負債務之雙方當事人，以消滅債務為內容而訂立之契約，性質上與一般債之契約相類似，為諾成、不要式、雙務與有償契約。而雙方當事人互負之債務，於抵銷契約成立時消滅。與單方意思表示之抵銷不同者，乃此所謂互負之債務，不以屬於當事人之債務為限，且給付種類無庸相同，即便為禁止抵銷之債務，基於契約自由原則，亦得依抵銷契約消滅之。又單方意思表示抵銷所具有之溯及效力，抵銷契約並

105.

⁵² 我國學者如邱聰智，前揭註 30，頁 358 以下；實務見解如最高法院 50 年台上字第 1852 號判例，皆承認抵銷契約。另在我國民法債編各論中之交互計算，係以計入交互計算之項目債權，屆期抵銷為內容，性質上即具有抵銷契約之性質。

⁵³ 有關德國法中之契約抵銷（Aufrechnungsvertrag），請參閱 Gursky, in: Staudinger, Staudinger Kommentar zum BGB, 13. Aufl., 2002, §387, EGBGB Rz. 57.

不具備⁵⁴。

（二）義大利之 *compensazione volontaria*

又如義大利民法第 1252 條所規定之自願抵銷（*compensazione volontaria*），此類型抵銷之要件及法律上之效果，大致上取決於雙方當事人一致之意思表示，即使欠缺如給付種類相同、屆清償期以及債權確定並可能清償等抵銷要件，或有禁止抵銷之情形，只要經由當事人合意排除前述抵銷之積極或消極要件，亦可能發生抵銷之效力，但抵銷制度雙方當事人互負債務之前提，仍不得經由當事人合意而改變⁵⁵。

（三）法國之 *compensation conventionnelle*

除此之外，由法國學說與實務所承認之自願抵銷（*compensation volontaire*）中的合意抵銷（*compensation conventionnelle*），也是以當事人雙方合意決定，在什麼條件下以何種債權抵銷為要件，除已屆清償期之現實債權外，即使將來之債權亦得經當事人間之合意抵銷之，前者於其合意成立時發生抵銷之效力，後者則須視當事人間約定之內容而定⁵⁶。

⁵⁴ 參閱邱聰智，前揭註 30，頁 359。

⁵⁵ Kannengießer, Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 1998, S. 8, 45.

⁵⁶ Marty/Ratnaud/Jestaz, Droit civil-Les obligations, Tome 2, Le régime, Paris 1989, n° 262.

(四) 英國之 contractual set-off

另如英國法上經由當事人間之約定所為之抵銷，稱之為契約之抵銷 (contractual set-off)，即使依一般相關原則不允許抵銷之情況下，例如有禁止抵銷之情形或不具抵銷要件，經由當事人合意排除前述抵銷之一般要件，亦可能發生抵銷之效力。對於當事人間之抵銷約定，英國法院實務上除明白表示外，亦得經由契約內容推定之，特別是當事人之債權額不高時，推斷當事人基於訴訟之經濟有抵銷之合意⁵⁷。

三、法律規定之抵銷

不同於以意思表示所為之抵銷，理論上法定抵銷不需要當事人為抵銷之意思表示，只要符合法律所規定之要件，既生抵銷之效果。

(一) 義大利之 compensazione legales

義大利民法所規定三種抵銷⁵⁸中之 compensazione legales 乃著名之法定抵銷立法例，亦是義大利民法中抵銷之原則規定。依義大利民法第 1243 條之規定，只要是符合抵銷之四要件，即當事人雙方互負債務 (reciprocità)、其給付種類相同 (omogeneità)、且均屆清償期 (liquidità) 以及確定並有效存在 (esigibilità)，而且在未有如債之性質上不能抵銷或有保護當事人必要之禁止抵銷之情況下，當事人一方在

⁵⁷ Jeffs v. Wood 24 E.R. 668 (1723); Downam v. Matthews 24 E.R. 260 (1721); Cuxon v. Chadley 107 E.R. 853 (1824).

⁵⁸ 義大利民法中之抵銷共分三類，即法定抵銷 (compensazione legales)、司法上之抵銷 (compensazione giudiziale) 以及自願抵銷 (compensazione volontaria)。

訴訟上主張抵銷者，即生實體法上抵銷之效力，而不待法院之判決⁵⁹。

(二) 法國之 *compensation légale*

另以義大利民法為模範之法國民法，雖將抵銷區分為自願抵銷（*compensation volontaire*）、訴訟上抵銷（*compensation judiciaire*）以及法定抵銷（*compensation légale*）三種，但其民法（*Code Civil*）僅就法定抵銷（*compensation légale*）明文規定⁶⁰，其餘兩種抵銷類型乃學說及判例所承認⁶¹，但其準據法之適用較無爭論⁶²。以法國民法中之法定抵銷為例，其要件較單方意思表示之抵銷為嚴格。除雙方當事人互負相同之給付（*fongibilité*），以及抵銷與被抵銷債權必須是屆清償期可直接履行者（*liquidité*）外，尚須雙方債權並非處爭論中而可立即履行者（*exigibilité*）⁶³。

至於抵銷之消極要件，依法國民法（*Code Civil*）規定⁶⁴，基於侵

⁵⁹ 另有不同學說（舊理論）認為，只要雙方債權合於抵銷之要件即生法定抵銷之效力，不問當事人之意見如何，亦不需當事人之主張，由法院依職權考量。參閱 Kannengießer, a.a.O. (Fn.55), S. 23-25.

⁶⁰ 請參閱法國民法第 1289 條以下規定。

⁶¹ Terré/Simler/Lequette, *Droit civil - Les obligations*, 8. édition, 2002, Rz. 1390ff.

⁶² 即合意抵銷由雙方當事人同意為之，故準據法仍應由雙方當事人合意決定之；而訴訟上之抵銷，因須於法庭上主張，性質上屬訴訟行為，則適用法院地法應無疑義。

⁶³ 單純的否認債權是否等同欠缺立即履行性（*liquidité*）而無法主張抵銷，在法國則委由法院依個案決定之，但可以確定的是，顯然未具理由的否認債權並不足以否定立即履行性（*liquidité*）之抵銷要件。Kannengießer, a.a.O. (Fn.55), S. 52.

⁶⁴ 參閱法國民法（*Code Civil*）第 1293 條規定。

權行為所生之損害賠償請求，或基於借貸或保管契約所生物品之返還義務，以及對於不得扣押之生活費用請求不得主張抵銷，然後者經由法院實務擴張適用於所有不得扣押之請求⁶⁵。綜合言之，其立法目的乃在保護對方當事人。

又在符合法定抵銷之所有要件時，並非如其他法定行為當然自動發生效力，法國學者通說與實務見解認為，必須被告在法庭中為意思表示始生法定抵銷之效力，否則法院無從理會⁶⁶。以法國法定抵銷類型為基礎之立法例者，如比利時、西班牙⁶⁷，要發生法定抵銷之效力，除雙方債權為可直接履行且得立即實現者外，於訴訟中主張抵銷亦為不可或缺之要件。

四、訴訟上之抵銷

所謂訴訟上之抵銷者，是指當事人在訴訟進行中，提出的一方以自己之債權作為自動債權，來抵銷對方當事人針對自己之訴訟請求的行為，換言之，乃被告對於原告對自己負清償之義務，並處於給付遲延中，而於訴訟中對其主張抵銷者⁶⁸，且經法官之闡明或判決始發生抵銷之效力。其它抵銷之要件，諸如雙方當事人互負相同給付⁶⁹，

⁶⁵ Soc. (27.3.1985) Bull. Civ. V, n° 218; Soc. (6.3.1980) Bull. Civ. V, n° 228; Civ. (26.6.1959) D. 1959, 430.

⁶⁶ Terré/Simler/Lequette, op. cit. note 61, Rz. 1408; Jud, a.a.O. (Fn.51), S. 104.

⁶⁷ Magnus, a.a.O. (Fn.18), Rz. 64; Zimmermann, a.a.O. (Fn.43), S. 718.

⁶⁸ 當事人必須於訴訟上主張之抵銷，並不當然為訴訟抵銷，以義大利民法中之法定抵銷為例，雖然要求當事人於訴訟上提出抵銷，但對於抵銷債權確定（liquidità）之要件與抵銷之效力，二者規定並不同。

⁶⁹ 對於當事人互負相同給付之要件，於訴訟上抵銷是否有較寬之認定，學說

被抵銷債權是可履行的，抵銷債權須已屆清償期且對其無抗辯而可實現的，大致與一般單方意思表示之抵銷相同，但各國之規定或有出入。

（一）義大利之 *compensazione giudiziale*

以義大利民法中之訴訟抵銷（*compensazione giudiziale*）⁷⁰為例，須待法院之判決始發生抵銷之效力，並且不以主動債權可立即履行為必要，只要債權於提出抵銷時其額度小於被抵銷債權且得由法院輕易且快速確定，而不致於延宕被動債權之訴訟進行即可⁷¹。不同於其他抵銷類型，訴訟上抵銷並非溯及於雙方債權開始處於可抵銷時發生效力，而是向後（*ex nunc*）產生抵銷之效力而已，亦不像單方意思表示之抵銷，在抵銷之意思表示到達相對人後立即生效，並且，在原告撤回訴訟時，被告之訴訟上抵銷行為不發生任何法律上效果。至於抵銷之效用，除傳統之抵銷三大作用外，訴訟上抵銷另具有訴訟經濟之效果，亦即以一訴訟程序同時解決兩紛爭，除對當事人有利之外，亦有提高司法判決效率之結果。

（二）法國之 *compensation judiciaire*

如前所述，雖然訴訟上抵銷（*compensation judiciaire*）未在法國

上有爭論，持肯定說之理由認為，法院原本即須確定主張抵銷之債權，雖然雙方債權給付不同，只要法院能輕易且快速確定即可，例如得轉換為金錢債權之實物支附請求，亦得行使訴訟上抵銷。參閱 *Kannengießer, a.a.O. (Fn.55), S. 42.*

⁷⁰ 義大利民法第 1243 條第 2 項規定。

⁷¹ 例如原告對被告提出抵銷之債權雖有爭論，但很顯然是出於惡意，此時該債權對法院應屬得輕易且快速確定者。參閱 *Kannengießer, a.a.O. (Fn.55), S. 7, 42.*

民法 (Code Civil) 中明文規定，但一直為其學說⁷²與實務所承認⁷³。其通常發生在法定抵銷 (compensation légale) 因主動債權欠缺立即履行 (liquidité) 可能性而不生效時，被告以反訴 (demende reconventionnelle) 主張抵銷而言，此時法院須確定主動與被動債權之種類與金額，並決定僅就原告之請求為裁判或進行訴訟上抵銷，並在原告債權與被告債權可抵銷之額度內為判決，換言之，由法院依訴訟進行之是否延宕與雙方當事人之公平性決定是否進行訴訟上抵銷，並不受當事人主張之拘束⁷⁴。

(三) 英國之 independent set-off

不同於歐洲內陸國家，英國法則根據雙方債權性質上的不同⁷⁵，將抵銷區分為獨立抵銷 (independent set-off)⁷⁶、破產抵銷 (insolvency set-off)⁷⁷ 以及衡平抵銷 (equitable set-off)⁷⁸，其中獨立抵銷並非私

⁷² Terré/Simler/Lequette, op. cit. note 61, Rz. 1313.

⁷³ Civ. (17.12.1991) Bull. Civ. I. n° 355.

⁷⁴ Kannengießer, a.a.O. (Fn.55), S. 55.

⁷⁵ 在英國法上之抵銷，原則上並無統一的分類，甚至名稱上亦無一致性，因此，本文所為之分類並非絕對，概不同分類標準，結論互異乃屬當然。對此請參閱 PHILIP R. WOOD, ENGLISH AND INTERNATIONAL SET-OFF 1-13 (1989).

⁷⁶ 所謂獨立抵銷 (independent set-off) 又稱為司法抵銷，其乃適用於不同債權行為所生而完全無關聯性，且互相對立之二債權間。參閱 Kannengießer, a.a.O. (Fn.55), S.58-63.

⁷⁷ 所謂破產抵銷 (insolvency set-off) 乃破產程序中所為之抵銷，其主張抵銷之債權以破產程序開始前發生者為限，不管是基於契約、侵權行為或其他原因皆屬之，但必需是金錢債權，物之返還請求則不包括在內。除此之外，不同於一般抵銷，破產程序主張抵銷之債權不必屆清償期或具清償可能性 (liquide)。參閱 Wood, supra note 75, at 7-119.

力性行為，主要適用非產生於同一交易或契約之請求權，而英國普通法（*commom law*）更否認其為實體法上之制度，將其視為典型訴訟上抵銷之立法例⁷⁹，換言之，只能經由法院之判決達到主、被動債權抵銷之法律效果⁸⁰，故抵銷要件中之債權必須確定並可執行要件，不同於大陸法系國家僅存在於抵銷（主動）債權即可，英國法更要求被抵銷（被動）債權亦須是可執行的，否則無法在訴訟中進行抵銷⁸¹。也正因為如此，訴訟經濟乃其首要之重心所在，至於抵銷之清償作用與擔保作用雖不至於被忽略，但亦不若前者受重視⁸²。

五、小結

單方意思表示之抵銷，乃二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方對等額之債務，而以意思表示同歸於消滅之單獨行為。然因抵銷債權與被抵銷債權各自有其應適用之法律，此時抵銷究竟應適用何法律，為國際私法上重要課題，若抵銷債權與被抵銷債權原本適用同一準據法時，則以該法律為抵銷之準

⁷⁸ 所謂衡平抵銷（*equitable set-off*）乃由衡平法院所發展而來，其主張抵銷之債權間須存在緊密之關連性，但主動債權不以具備確定可清償（*liquide*）為必要，其與一般抵銷不同的是，即使是訴訟程序外，得經由當事人一方向他方為抵銷之意思表示為之，且其具有溯及之效力（*ex tunc*）。參閱 Wood, *supra* note 75, at 4-26.

⁷⁹ RORY DERHAM, *THE LAW OF SET-OFF* 23 (2003); Wood, *supra* note 75, at 111.

⁸⁰ 例外的在破產程序中之抵銷，一經當事人提出抵銷之意思表示，即生抵銷之效力。

⁸¹ Kannengießer, a.a.O. (Fn.55), S. 79.

⁸² 有學者認為，英國法之抵銷並不具有擔保作用，但其理由並不充足。參閱 Ahlt, *Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht*. Diss, 1977, S. 31.

據法應無疑義，比較麻煩的是，主動與被動債權應適用之法律不同時，抵銷之準據法如何選擇，各國國際私法未明文規定者，則經由其國內學說與實務發展自己的選法規則，即使內國國際私法有規定者，亦未必相同。因此，此類型抵銷準據法之選擇，相較於其他抵銷類型，在國際私法上最受矚目，相對的爭論亦最多。

稱約定之抵銷者，在契約自由原則支配下，對於抵銷要件之要求，不若其他抵銷類型般嚴格，只要當事人間有抵銷之合意，且其成立不違反公序良俗或強行規定，或侵害他人之利益者，則非溯及地發生互負債權消滅之效力。在國際私法上，契約行為受當事人意思自主原則支配已久，故抵銷契約準據法適用之問題，爭議不大。

然法定抵銷不同於以意思表示所為之抵銷，性質上屬法定行為，理論上不需要當事人為抵銷之意思表示，只要符合法律所規定之要件，既應自動發生抵銷之效果。但不論是義大利民法第 1243 條或法國民法第 1289 條所規定法定抵銷，其經學說之補充或實務之演變，均認為並非雙方債權合於抵銷之要件，由法院依職權考量而不問當事人之意見如何，亦非不需當事人之主張即生法定抵銷之效力，而是必須經由被告在法庭中為意思表示提出，始發生法定抵銷之效力。故其準據法之選擇，亦發生如單方意思表示之抵銷具準據法選擇之爭論。

而訴訟上抵銷行為，由於一方面涉及當事人間之民事法律關係，另一方面又涉及當事人與受訴法院之關係，即涉及法院對案件之審理。因此，此種以訴訟抗辯為目的之抵銷行為，甚至可能造成起訴遭受駁回之結果，其究竟是屬於單純的私法行為，或是一訴訟行為，還是同

時兼具前述兩種性質，對此，理論與各國實務一直存有爭議⁸³。此爭論反映在國際私法層面，將影響其準據法的選擇，若採單純私法行為說，其準據法之選擇視雙方債權之準據法是否同一而不同⁸⁴，若採訴訟行為說，因屬公法性質，其準據法則為法院地法，若採折衷之混合說，其準據法之認定，將是國際私法上另一難題⁸⁵。

肆、抵銷在國際私法上準據法之選擇

抵銷法律關係之當事人間互負債務，常發生於單純內國法律關係中，但在國際貿易領域中，具涉外因素之抵銷亦屬常見。對涉外法律關係之抵銷案件，其要件（包括禁止抵銷之消極要件）、行使方式（基於當事人意思或法院判決）、與其效力發生之時點等，各國規定有明顯差異，因此，應依哪一國家之法律為審判依據，影響當事人之權益甚鉅，實有討論之必要。但對於各債權之成立與否、是否到期以及請求金額之多寡，則應依原債權之準據法決定之，因其乃行使抵銷前之問題，非抵銷準據法之適用範圍。若純屬程序法之問題，依法院地法乃屬當然。

在雙方意思表示一致之抵銷，其抵銷協定本身亦為一債權契約，其準據法或為雙方當事人所共同選定，或依法律行為發生債之關係相關規定尋找準據法⁸⁶，適用上應無疑義。但訴訟外單方意思表示之抵

⁸³ 此爭議為實體法上問題，非本文重心所在，故不在此詳細討論之。

⁸⁴ 詳細內容，請參閱下面章節之論述。

⁸⁵ 就國際私法學之觀點，應盡量避免將訴訟上抵銷行為視為混合性質之行為，以免增加抵銷行為準據法選擇之困難性。

⁸⁶ 此乃指雙方當事人為抵銷契約時，並未為準據法之約定而言。以我國新修

銷，若主動債權與被動債權之準據法相同者，該準據法視為抵銷之準據法，為大多數學者所認同⁸⁷。比較有爭論的是，訴訟外單方意思表示之抵銷，其主動債權與被動債權分別適用不同準據法時，抵銷之準據法為何，各國實體法及學說乃至法院實務見解極其分歧。以下將列舉說明抵銷在國際私法上選擇準據法之相關理論。

一、法院地法 (Lex fori)

(一) 理論依據

基於法庭支配程序 (forum regit processum) 原則，有學者主張以簡單且明確之法院地法為抵銷之準據法⁸⁸，蓋程序法問題通常依法院地法解決，但以抵銷為訴訟法上問題為前提。在各抵銷類型中之訴訟上抵銷，因其具有濃厚之訴訟法特性，而訴訟法性質上屬公法，依前述法庭支配程序 (forum regit processum) 原則，以法院地法為抵銷法律關係之準據法。

訂之涉外民事法律適用法第 20 條規定為例，於當事人無明示之意思或依其明示之意思所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律，並輔以履行特徵性理論決定契約之準據法。至於實際上如何依履行特徵性理論決定與抵銷契約關係最密切之法律，則非本論文討論之範圍。

⁸⁷ Spellenberg, a.a.O. (Fn.17), Rn. 50; Magnus, a.a.O. (Fn.18), Rz. 61; Martiny, a.a.O. (Fn.22), Rz. 310; Czernich, in: Czernich/Heiss, EVÜ, Europäisches Schuldvertragsübereinkommen, Kommentar, 1999, §10 Rz. 32.

⁸⁸ Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1985, S.13ff; Kegel, Internationales Privatrecht, 7. Aufl., 1995, S. 899ff; ALBERT VENN DICEY & JOHN H. C. MORRIS, THE CONFLICT OF LAWS, Vol. I Rz. 7-031, Vol. II Rz. 32-205 (2000).

(二) 評論

以法院地法為訴訟上抵銷法律關係之準據法，於將抵銷視為訴訟程序上機制 (remedy) 之英國，固然有其道理⁸⁹，但在其他視抵銷為實體法問題之國家，不論是採法定抵銷之法國或以意思表示抵銷之德國等國家，其不妥之處甚明，且聰明的被動債權人 (Gläubiger der Hauptforderung) 極可能選擇嚴格限制抵銷權行使的國家提起訴訟，用以防止被告行使其抵銷權。如此，不僅他方當事人抵銷權的行使將會受到限制，甚至完全被剝奪，同時可能增加任擇法庭 (forum shopping) 遭訴訟當事人濫用之機會，國際私法上之判決一致將蕩然無存⁹⁰。因此，在將抵銷視為具實體法性質之國家，因抵銷並不以在法庭上主張為必要，故對於那些並非在訴訟上所主張之抵銷，若以法院地法為準據法，其不妥之處顯而易見。

成文法中未有以法院地法為抵銷之準據法者，但另有二〇〇二年生效之歐洲共同破產規則 (Europäische Insolvenzverordnung)⁹¹，依該規則第 4 條規定，有關涉外破產程序及其相關效力，原則上適用發起破產程序的會員國之破產法，而該條第 2 項 d 款更規定，破產法院

⁸⁹ 即便是在英國，以法院地法為抵銷之準據法並非毫無爭議，參閱 William Tetley, *The Cross-Defences (Set-Off, Recoupment, Compensation and Conterclaim) and Freight in Conflict of Laws*, in: Müller/Alexander/Burckhard (Hrsg.), *Internationales Recht auf See und Binnengewässern*, Festschrift für Walter Müller, 1993, S. 253; Wood, *supra* note 75, at 7-23.

⁹⁰ Gäbel, *Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht*, 1983, S. 33; Wolf, *Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht*, 1989, S. 161.

⁹¹ 此前身為 1995 年「破產程序公約」，經 1997 年之「阿姆斯特丹條約」第 65 條規定之授權下，由歐盟理事會通過轉化成 2000 年第 1346 號規則，並於 2002 年 5 月 31 日起生效，共 5 章、47 條規定。

地法 (lex fori concursus) 規範破產程序中抵銷之要件及其效力。然其第六條卻例外的規定，若依破產債務人之債權應適用之準據法，債權人有權以其債權與債務人對其之請求主張抵銷者，則不受破產程序之影響⁹²。然抵銷在涉外破產程序之準據法究竟為何，亦即歐洲共同破產法第 4 條與第 6 條之相互間關係如何，眾說分歧⁹³。可以確定的是，原則上抵銷之要件依破產法院地法 (lex fori concursus)，若抵銷之準據法與破產之準據法互異，且破產程序開始前已適合抵銷者，雖破產法院地法 (lex fori concursus) 規定不容許抵銷，依歐洲共同破產法 (Europäische Insolvenzverordnung) 第 6 條規定，抵銷不受破產法院地法 (lex fori concursus) 拘束，但亦未明示此時抵銷之準據法為何，但整體言之，債權人似乎處於較破產債務人有利的地位。

二、被動債權之準據法 (Statut der Hauptforderung)

(一) 理論依據

此說認為，抵銷以被動債權之準據法較為重要，亦即以因抵銷而被消滅之債權所應適用之法律為抵銷之準據法。成文法中以瑞士國際私法最具代表性，其第 148 條第 2 項明文規定，債務於因抵銷而消滅債之情形，其準據法為規範被抵銷請求權之法律⁹⁴。另有些國家如德

⁹² 類似之立法例，請參閱奧地利破產法第 221 條與第 223 條規定。

⁹³ Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, Europäische Insolvenzverordnung, Kommentar, 2002, Art. 6 Rz. 2ff.

⁹⁴ 另外東德 1975 年所制定關於國際私人、家事、勞工及商務契約之法律適用法，其第 14 條亦有規定，債務之抵銷，依規範被抵銷之債務之法律。中文譯本請參閱劉鐵錚等，瑞士國際私法之研究，頁 167-296，三民書局 (1992)。

國⁹⁵、奧地利⁹⁶，其國際私法雖無明文規定，但其國內學者通說見解皆認為，抵銷應由被動債權之準據法所規範。

此說之主要論據為，抵銷乃主動債權人所主張，並非由被動債權人所發動，且被動債權人可能根本無抵銷之意願，就當事人間法益衡量而言，其應獲得較主動債權人更多的保護，若以主動債權之準據法為抵銷之準據法，可能無法達成保護被動債權人之目的，故抵銷之發動者，在為抵銷之意思表示時，亦應同時接受被動債權之準據法。況且，在提起抵銷者原本即無意以其債權之準據法為抵銷之準據法之情形，其甚至可能預期以被動債權之準據法為抵銷之準據法時，此時被動債權之準據法對發動抵銷者之保護相反的更為周到。

(二) 評論

論者或謂，上述理由以雙方債權可認定為主動與被動債權為前提，在以意思表示主張之抵銷是可理解的，即使是訴訟上之抵銷，亦不難確定主張抵銷與被抵銷之債權，然在法定抵銷之類型，雙方債權似乎無法區分何者為主動債權，何者為被動債權，蓋於符合一定法定要件下，自動發生抵銷之法律效果⁹⁷，並無主動債權與被動債權之分，亦無主張抵銷者與抵銷之相對人，不存在被動債權準據法對抵銷之相對

⁹⁵ Hoffmann, a.a.O. (Fn.17), Rn. 49; Magnus, a.a.O. (Fn.18), Rz. 50, 61; Spellenberg, a.a.O. (Fn.17), Rn. 50; Martiny, a.a.O. (Fn.22), Rz. 310.

⁹⁶ Schwimann, in: Rummel, Rummel Kommentar zum ABGB, 2. Aufl., 1992, § 35, IPRG Rz. 7; Rummel/Schwimann, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 2001, S. 67f; Czernich, a.a.O. (Fn.87), Rz. 32; OGH in Rdw 2002/276.

⁹⁷ 但義大利民法第 1243 條規定與法國民法第 1289 條以下所規定之法定抵銷，均需當事人一方在訴訟中以意思表示提出抵銷為要件。參閱前有關實體法中抵銷類型之說明。

人保護較周到之情形⁹⁸。

再者並非每一個主張抵銷之當事人都經過深思熟慮，相反的，大部分抵銷多出於偶然。事實上，雙方當事人在爭訟之前，通常僅就各自債權之要件與請求權範圍協商，況且，究竟是那個當事人最先提出抵銷，有時需待事後方能確定，其對整個抵銷過程可能非屬重要。若以此偶然發生之事實做為選擇抵銷準據法之依據，實有不妥之處⁹⁹。

除此之外，何以抵銷之相對人比提出抵銷之當事人應受法律較多的保護，亦非無爭論之餘地。以抵銷之保全功能而言，除了保障債權人之債權外，抵銷同時具有確保債務人自身之債權獲得實現的功能，就此似乎以主動債權之準據法為抵銷之準據法，對發動抵銷者之保護較為周到。例如被動債權之準據法為英國法，抵銷只能透過法院判決對將來發生效力，並未如大陸法係之回溯於雙方債權適合抵銷之時點起發生效力，故已罹於時效之債權，不得為被抵銷債權，此時，大陸法係之債權人可能因信賴抵銷之溯及效力，因時效完成而錯失及時主張其債權之可能。

持肯定者或可認為，除以意思表示主張之抵銷類型可區分主動債權與被動債權外，若從債權之主動或被動之性質言之，即使是法國民法中之法定抵銷類型，亦需互負債務之雙方當事人中之一人主動提起訴訟請求清償債務，而其債務人有意以抵銷方式防衛其權利，而在法庭上因此導致雙方債權之消滅，故提起訴訟之當事人之債權實有被抵銷債權之性質，而其相對人則有類似抵銷權人之地位。因此，無論是以意思表示之抵銷、訴訟上之抵銷或是法定抵銷類型，都不難確定被

⁹⁸ Jud, a.a.O. (Fn.51), S. 107.

⁹⁹ Jud, a.a.O. (Fn.51), S. 107.

動債權之存在，被動債權之準據法在國際私法實務上有關抵銷準據法之選擇，實有其普遍之實用性與預見之可能性。

綜合以上論述，採被動債權之準據法為抵銷之準據法者，旨在保護抵銷之相對人，主要理由在於抵銷乃違反其意願。然要達成保護抵銷相對人之目的，似以主動債權人提起抵銷時有意或至少是接受，以他方債權應適用之法律為抵銷之準據法為必要，此則以抵銷以意思表示提出為前提。然而，被動債權之準據法不見得對抵銷相對人較有利，且在法定抵銷之類型，當事人的意願並不被考慮，何者較值得保護亦非此類型抵銷之重點。

三、主動債權之準據法（Statut der Gegenforderung）

（一）理論依據

抵銷乃二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期，由一方（此為主動債權人）向他方（此為被動債權人）為互相消滅債務之表示。大部分國際私法學者認為，基於抵銷為對方當事人所發動，且大多違背其意願，抵銷之被動債權人應受較多的保護，因而主張以被動之準據法為抵銷之準據法。與此相對的主動債權之準據法雖較不受國際私法學者青睞，但亦非全無理論上基礎，就抵銷在法律上功用之一的保全功能而言（Sicherungsfunktion）¹⁰⁰，除了保障被動債權人之債權外，同時也具有確保主動債權人之債權獲得實現的功能，故為確保抵銷債權人之債權獲得滿足，抵銷之法律關係宜以主動債權之準據法為準據法較為適當。

¹⁰⁰ 就抵銷之保全功能，請參閱劉得寬，抵銷在擔保上之機能，台大法學論叢，第三卷第一期，頁 221（1973）。

(二) 評論

如同前述否定以被動債權之準據法為抵銷之準據法之理由一樣，並非所有抵銷法律關係都同時存在主動債權與被動債權。在法定抵銷之類型，其因具備法定要件而生，非基於當事人之主張，故無發動抵銷者與備抵銷者，且不發生違背當事人意願之情形，當然亦無何抵銷當事人較值得保護之問題，此為本說不足之處。

四、選擇適用法 (Die Alternativanknüpfung)

(一) 理論依據

有學者認為¹⁰¹，基於盡可能的促成抵銷之成立，應由主動債權或被動債權之準據法中擇一適用，選擇對當事人普遍有利的準據法為抵銷之準據法。原則上提出抵銷之當事人並無選擇權，究竟應適用主動債權或被動債權之準據法，應由法院依職權 (ex officio) 確定，只有當具體個案無法確定何法律對當事人較為有利時，例外的由有意使用抵銷制度之當事人於主動債權或被動債權準據法中選擇應適用之法律。

(二) 評論

此說理論上極為理想，對簡化抵銷在國際間法律事務往來程序而言，亦非無的放矢。然此說最受學者批評者為，簡化涉外抵銷之程序，並非單從國際私法選法規定所能達成，尚需各國有關抵銷之實體法與程序相關規定之相互配合，況且，對不同個案法律事實比較不同之實體法規範，判斷何者對哪一個當事人普遍有利，非屬容易之事，況且通常對一方當事人有利，對另一當事人則屬不利。故此選擇對當

¹⁰¹ Kannengießer, a.a.O. (Fn.55), S. 117ff.

事人普遍有利的準據法說，不僅因現實上各國法官素質不一，存在著能否順利找到適當準據法之不確定性，且亦明顯的違反法的安定性，其不甚周全之處，依然存在。

五、嚴格的累積適用法 (streng Kumulation)

(一) 理論依據

此說認為，涉外法律關係之抵銷應累積適用各抵銷債權之準據法，亦即，在具體案件中有效之抵銷，必須依抵銷債權與被抵銷債權之準據法同時有效成立。其主要理論根據，在延伸契約之準據法除適用於債之發生、效力與債務不履行外，亦應適用於債之消滅之原則，而抵銷之行使除主動債權消滅外，被動債權亦同時獲得清償，因此，沒有理由特別保護其中某一債權，故應累積適用主動債權與被動債權之準據法。

同屬於羅馬法體系國家之法國，對抵銷準據法之選擇與其他歐洲內陸國家之見解並不相同，其規定只有在主動債權之準據法與被動債權之準據法皆容許抵銷之條件下，始有抵銷之適用¹⁰²。然此同時適用主動、被動債權準據法之累積適用法¹⁰³，乃因其實體法所規定法定抵銷類型下所做推論之結果¹⁰⁴，因雙方債權須處於無爭論之條件下始得抵銷，即一

¹⁰² Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, 7. édition, 2002, Rz. 749.; Paul Lagarde, *The Scope of Applicable in the E. E. C. Convention*, in: P. M. NORTH ED, *CONTRACT CONFLICTS* 49 (1982).

¹⁰³ 與法國民法有關抵銷規定相類似者，如比利時、西班牙以及義大利，其抵銷準據法之選擇，亦應採用積適用法原則。請參閱 Jud, a.a.O. (Fn.51), S. 106。

¹⁰⁴ 關於法定抵銷之內容，參閱標題參、抵銷在實體法上之類型之三。

方請求權之消滅為另一請求權所接受之前提要件，不可不察。

歐洲法院 (EuGH) 亦曾於二〇〇三年之歐洲執委會 (Europäische Kommission) 對歐洲區域鄉鎮協會 (Conseil des communes et regions d'Europe) 案件判決中採用累積適用法¹⁰⁵。該案案件事實為雙方對於地中海地區之合作計畫締結契約，並在契約中選定比利時法律為爭議時應適用的法律，事後歐洲執委會以歐洲區域鄉鎮協會違反契約為由對其請求給付 20 萬歐元，但遭歐洲區域鄉鎮協會拒絕，而歐洲執委會卻以另案對歐洲區域鄉鎮協會之補助款主張抵銷，然該補助款請求之準據法則為歐洲共同體法律，且該法並無一般之抵銷規定，而比利時法律如同法國民法規定，法定抵銷以雙方債權並無爭執為要件，故歐洲區域鄉鎮協會向歐洲法院主張抵銷無效。對此案歐洲法院認為，訴訟外抵銷之雙方債權分別適用不同準據法時，以雙方債權分別符合其準據法所規定之要件為前提，而被抵銷債權之準據法，即比利時相關法規並不允許單方面的抵銷，故判決歐洲執委會之抵銷無效。

另外在一九八〇年羅馬所簽訂關於契約債法律關係適用法協定 (Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht)¹⁰⁶第 10 條第 1 項 d 款規定，契約之準據法除適用於債之發生與效力外，亦適用於債之消滅，蓋抵銷不僅僅是一滿足被動債權之機制，同時亦是主動債權消滅事由之一。但大部分學者認為，必須在主動債權與被動債權適用同一準據法之前提下，原契約之準據法始適用於抵銷之法律關係¹⁰⁷。此性質上固非前述之典型累積適

¹⁰⁵ Entscheidung des EuGH vom 10. 7. 2003 in der Rs. C-87/01 P, veröffentlicht in JZ 2004, 87 (Metzger).

¹⁰⁶ 簡稱 EVÜ。

¹⁰⁷ Spellenberg, a.a.O. (Fn.17), Rn. 50; Martiny, a.a.O. (Fn.22), Rz. 309;

用法，但或可認定為特殊型態之累積適用法。

(二) 評論

國內有學者認為，抵銷乃使兩債權同歸於消滅之制度，影響雙方債權之法律關係，如適用單一方債權之準據法，對他方債權人之保護不周，似應累積適用雙方債權準據法較為公平¹⁰⁸。

然有反對此說之學者認為，累積適用法不僅增加法院之負擔，在實際適用上亦非毫無問題，如此徒增抵銷在國際間法律事務往來之困難¹⁰⁹。例如，被動債權人為避免其債權因抵銷而消滅，除自己的準據法之保護外，尚需對方債權準據法之配合。相反的，主動債權人得以其債權對抗被動債權之機會將明顯減少，蓋累積適用必須雙方債權依其個別法制皆得請求之條件下，始能提出抵銷。除此之外，對於抵銷之行使方式及效力各國規定差異更大，例如一債權之準據法為德國法，另一債權之準據法為英國法時，前者規定以意思表示提起並溯及的發生抵銷之效力（*ex tunc*），而後者則必須在訴訟上經法院確定始發生效力（*ex nunc*），而如此同時適用兩法律制度，極有可能發生法規相互衝突，且必須避免同時適用兩內容互相衝突之法律體系，實務運作上困難重重¹¹⁰。因此，此說只有在實體法上參與抵銷之各債權要件相同之條件下，始有適用之可能，也只有法國或義大利法律規定下之法

Czernich, a.a.O. (Fn.87), Rz. 32.

¹⁰⁸ 劉鐵錚，契約準據法之研究，收錄於國際私法論文選輯，頁 605，五南圖書出版有限公司（1984）。

¹⁰⁹ Metzger, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 10. 7. 2003 – Rs. C-87/01 P, JZ 2004, S. 91f.

¹¹⁰ Magnus, Internationale Aufrechnung, in: Leible (Hrsg), Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht, 2004, S. 226.

定抵銷，符合上述要件。

為解決上述適用上之困難，於是有學者嘗試將抵銷之要件、行使方式與其效力分別視之，亦即就抵銷之要件為累積適用主動債權與被動債權之準據法，對抵銷之行使方式及其效力，則個別適用各該債權自己之準據法¹¹¹。盡管如此，累積適用原則亦非一無是處，至少提供當事人提早預見抵銷之結果，蓋只要抵銷雙方債權準據法一經確定，當事人即可確知應依何法進行抵銷，並得免於遭當事人技術性操控，進而導致適用對自己有有利之準據法。此說雖不乏支持者¹¹²，但畢竟屬少數說，且屬早期國際私法學者之見解，於近期各國實務上則僅見於荷蘭法院之判決¹¹³。

六、分別適用法 (Distributive Rechtsanwendung)

(一) 理論依據

分別適用法德國學者稱之為「緩和的累積適用」(milde Kummulation)¹¹⁴，在雙方合意之抵銷時認為，任何請求權，只要符合其所依據法律所規定之抵銷要件即可主張抵銷，不需同時符合相對債權之抵銷要件。亦即，相互抵銷之債權，分別依其所適用之法規檢

¹¹¹ Dölle, Die Kompensation im internationalen Privatrecht, RhZ 13 1924, S. 32 ff.; Zitelmann, Internationales Privatrecht, Zweiter Band, 1912, S. 397f; Graf, Die Verrechnung im IPR, 1951, S. 72.

¹¹² Zitelmann, a.a.O. (Fn.111), S. 398f; Siehr, Zum Vorentwurf eines EWÜ-Übereinkommens über das Internationale Schuldrecht, AWD 1973, S. 569 ff.

¹¹³ Rechtsbank Arnhem (19. 12. 1991) NIPR 1992, 107; Kantongerecht Terborg (25. 6. 1992) NIPR 1992, 403.

¹¹⁴ Jud, a.a.O. (Fn.51), S. 108.

驗其要件即可。其主要理論依據認為，債之發生與債之消滅應適用同一準據法，且雙方債權實體法上應受相同保護，國際私法上亦同，而分別適用原則正是抵銷之雙方債權國際私法上平等的表現¹¹⁵，因沒有任何一方抵銷債權應受到較多的法律保護。

(二) 評論

然分別適用法原則實際適用時，對於各債權準據法中抵銷禁止規定之處理有其適用上問題待解決，蓋各抵銷債權之準據法有嚴格的抵銷禁止規定，若其僅適用其中之一準據法規定，其結果將可規避另一準據法上所規定的抵銷限制。為避免上述問題之發生，勢必將另一準據法之抵銷限制規定視為絕對必要的強行規定，並且必須另外再次檢驗之。如此並非真正的僅適用一準據法，而是將另一準據法藏在門後，另行特別的適用，並非不用。與嚴格的累積適用法之差異，僅在於各準據法之抵銷禁止規定，一同時考量另一則先後檢驗而已。

又分別適用法原則實際適用時，除上述禁止抵銷規定之先後檢驗外，因對於抵銷之成立以及生效要件之分開檢驗，實務上之困難度不大，但對於法律效果之判斷，將無法避免法規之矛盾與對立（Normenwiderspruch）的產生。最明顯不過的是抵銷之時的效力，立法例上向來有向後發生效力的（ex nunc），亦有溯及於可主張抵銷時發生效力者（ex tunc）。此法規之矛盾與對立（Normenwiderspruch）問題，似乎有待「法規之適應與調整」理論來解決¹¹⁶，或者將其中之一效力規定視為必要強行規定，若將雙方法規所規定抵銷之溯及與不

¹¹⁵ Berger, Der Aufrechnungsvertrag, 1996, S. 469.

¹¹⁶ 國內相關文獻請參閱陳榮傳，國際私法上的適應或調整問題，法學叢刊，第一四五期，頁 111-119（1992）。

溯及效力合併觀之，其時間上重疊之效力為最後發生抵銷之時點，故應以不溯及效力（*ex nunc*）規定為強行必要規定¹¹⁷。

另就分別適用準據法理論對抵銷之行使方式不同所生之矛盾，有學者嘗試提出解決方法¹¹⁸，其將抵銷之方式分為三種等級，其中最簡單之抵銷方法為法定抵銷，而意思表示之抵銷方式為中階之抵銷方法，最高階之抵銷方式乃訴訟上之抵銷。適用上，若個別債權準據法之適用方式不同，僅適用較高階之抵銷方式，排除低階抵銷方式準據法之適用。但論者並未充分說明，何以訴訟上抵銷方式位階高於意思表示之抵銷，而後者卻優先於法定抵銷方式之適用。

綜合以上論述，此說適用上之明確性，特別是累積適用各債權之準據法時，其對抵銷之方式與效力規定互異時，應如何正確的適用以避免理論上之矛盾，並未提供明確的解決方法。

七、其他早期學說

（一）主張抵銷者之住所地法

此說為早期德國學者 Eujen 所主張¹¹⁹，其認為抵銷之準據法為對立關係（*Gegenseitigkeitsverhältniss*）成立時提出抵銷者之住所地或營業所在地法，蓋此時理智的債權人（同時為債務人）應該考慮到抵銷之可能性，若其不欲實行債權，也可以合理的期待，對方債權人亦無法使其債權被實行，而如此期待，應該由其住所地或營業所在地法院依當地法律保護之，因對方債權人理論上應於前述地點對他提起訴訟

¹¹⁷ 此理論請參閱 Dölle, a.a.O. (Fn.111), S. 44.

¹¹⁸ Graf, a.a.O. (Fn.111), S. 100f.

¹¹⁹ Eujen, a.a.O. (Fn.41), S. 123ff.

並實現其債權。

由於雙方當事人相對立債權成立時準據法立即確定，當事人無法於提出抵銷前經由變更住所而選擇有利於己之準據法，故可避免當事人操控準據法之選擇，但此說並非毫無缺點。例如此學說以主張抵銷者之可確定性為前提，但對於法國法中之法定抵銷，並不存在形式上提起抵銷之人，無法適用於所有抵銷類型，並且，對一涉外之抵銷案件，當事人僅以自己住所地或營業所在地法決定抵銷生效與否，而未考慮另一債權應適用之準據法，是否還值得保護，不無疑義¹²⁰。因此，此說並未得到其他學者的認同，僅是曇花一現。

（二）後成立債權之準據法

另有學者¹²¹認為，抵銷應為雙方債權中後發生債權應適用之法律所支配，蓋此時開始產生抵銷之可能性，然單獨存在先成立之債權，因欠缺抵銷債權之對立性，當事人無法主張抵銷，故後成立債權之準據法應為涉外抵銷案件之準據法。

同樣的，此見解亦為早期學說，雖然具備準據法之預見可能性¹²²與實務上可行性¹²³，同時準據法之選擇受當事人操控之可能性亦微乎其微¹²⁴，但因未提出足夠之理論基礎，而且債權發生之先後次序並非

¹²⁰ Kannengießer, a.a.O. (Fn.55), S. 115 ff.

¹²¹ Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, tome II, 2. edition, 1908, 395.

¹²² 只要後次序債權一經產生，抵銷之準據法即可確定。

¹²³ 後次序債權與其準據法之確定，實務上並非難事。

¹²⁴ 當事人最多只能盡快使其中一債權生效，對另一債權則無權決定。

一定存在，在法律上二債權同時產生亦非不可能¹²⁵，即使抵銷債權之發生有先後，亦屬出於偶然¹²⁶，並無足夠理由支持後債權之準據法為抵銷之準據法。此說今日已不再獲得學者之支持。

（三）先成立債權之準據法

與前述後成立債權之準據法說相對應，亦有學者主張先成立債權應適用之法律為抵銷之準據法¹²⁷，其認為先發生債權一經成立，抵銷之經濟上交易基礎即同時具備，此時債權人（即先成立債權之債務人）取得以與前債權相對應債權之發生為條件之抵銷後補資格（Aufrechnungsanwartschaft），亦即當事人間存有附條件之抵銷契約，於將來後債權成立時發生抵銷之效果。

同前述後成立債權準據法說一樣，將抵銷準據法之選擇取決於債權發生之先後，亦即國際私法上選擇準據法無關緊要之偶然因素，並無足夠之理論基礎，況且，實務上亦可能存在二債權不分先後同時發生之情形，此說不妥之處甚明。

（四）最重要牽連說

此說認為抵銷準據法之選擇，不應由雙方債權準據法中尋找，而是與抵銷具體案件事實關係最密切國家（或法域）之法律所支配，蓋實務上債權轉讓案件，法院除債權讓予人之利益外，對受讓人之利益

¹²⁵ 例如甲、乙雙方互相提供不同標之物之買與賣，且經雙方同時承諾，此時二債權之發生無先後之分。

¹²⁶ 例如前例中乙回答「關於出賣部分我同意，買受部分亦同。」或者「關於買受部分我同意，出賣部分亦同。」皆可能出於不經意之偶然。

¹²⁷ Wolf, a.a.O. (Fn.90), S. 179ff.

亦須考量，若當事人以抵銷之方式為之¹²⁸，法院必須就具體案件事實為整體考量，選擇與抵銷關係最密切之法律為準據法¹²⁹。

因準據法須由管轄法院依具體案件事實決定，若判斷關係最密切相關之具體標準並未明確，案件準據法又只在法院為具體判決時才出現，如此對抵銷之當事人以及利害關係人（如保證人或質權人等）之保護不盡周全，況且，因具體案件事實之重心可能隨時間之進行而移轉，在不同時間判斷與案件事實關係最密切之法律可能互異，如此可能造成抵銷之準據法隨時間之進行而轉變，並不符合準據法預見可能性之要求。此說賦予法官彈性選法空間，並曾為荷蘭法院實務判決所引用¹³⁰，但與其他所有國際私法領域之彈性選法理論相同，以理性之法院存在為前提，以現行各國司法實務觀之，仍有趨向法院地法之嫌，非周全之理論。

八、我國之規定

（一）修法前規定

我國舊涉外民事法律適用法中並無債之消滅準據法之相關規定，更遑論針對抵銷之準據法選擇為特別規定，故在法律未明文之際，唯有參考學說或外國相關立法例，透過法官造法之方式，解決抵銷在國際私法選擇準據法之欠缺。然在我國法院實務似乎尚未有相關判決、

¹²⁸ 亦即將抵銷之雙分債權，視為當事人間之在抵銷之額度內相互移轉其對方債權人之債權。

¹²⁹ Czapski, *Niederländische Rechtsprechung zum internationalen Privat- und Prozeßrecht*, *RabelsZ* 30 1966, S. 701.

¹³⁰ 此說曾為荷蘭 Hof's-Hertogenbosch 法院於 1962 年 11 月 8 日之判決中出現，參閱 *Nederlandse Jurisprudentie* 1963, n. 284。

判例存在，特別是主動債權與被動債權分別受不同法律支配之情形。

（二）新法規定

修正草案二稿曾新增第三十八條有關債之消滅準據法規定。依該條第一項為債之變更及消滅之一般規定，蓋債之免除及更新等，乃發生債之關係後，因法律行為或法律規定而生之效果。而此等法律效果與原債權直接相關，故應受原債權之準據法支配之。而同條第二項規定，債之抵銷，依各該抵銷與被抵銷之債之準據法。其修法理由認為，債之抵銷結果直接影響抵銷與被抵銷之債，為兼顧雙方當事人利益，應依各該抵銷與被抵銷之債之原準據法。然抵銷之所以獨立於一般債之消滅事由，值得單獨討論其準據法之選擇，正因為各抵銷與被抵銷債權適用不同準據法時，可能會對被動一方當事人造成不公平結果，若如該條項所規定，各依該抵銷與被抵銷之債之準據法者，與未有任何規定之情況有何差別，各該抵銷與被抵銷債權依其原本債之法律關係準據法所可能造成之不公平現象，依舊存在，如何能兼顧當事人利益。

又環視原（就）涉外民事法律適用法之規定，當事人適用不同準據法者，如第一條規定人之行為能力依其本國法；第十一條規定結婚成立之要件，依各該當事人本國法；第十七條規定非婚生子女認領之成立要件，依各該認領人被認領人認領時之本國法；以及第十八條規定收養之成立及終止，依各該收養者被收養者之本國法。除第一條規定當事人是否成年，不影響法律關係之效力外，其他法律關係於隔條或同條第二項另有效力之準據法規定，且所規定之準據法皆為唯一。蓋法律行為是否成立，不同當事人依不同準據法應無不可，最壞情況乃法律行為不成立，毋庸論及法律效果，若當事人所為法律行為成立，而法律效力適用規定互異之不同準據法者，就應如何適用，實難以想

像。而草案二稿第三十八條第二項規定，抵銷依各該抵銷與被抵銷之債之準據法，且未另有獨立之效力規定，該條項究竟是指抵銷之成立與否，亦是規定抵銷之效力，草案理由書並未詳細說明，若依現行法之立法例，未區分成立要件與效力之選法規定，乃泛指整個法律關係而言，其適用上之困難，可想而知。

修正草案三稿新增之第三十三條與修正草案四稿第三十七條以及二〇一〇年五月三日通過之新涉外民事法律事用法第三十七條規定相同，其規定債之消滅，依原債權之成立及效力所應適用之法律。其修法理由認為，債之免除或其他消滅之原因，乃於債之關係發生後，因法律行為或法律規定而生之效果。而此等法律效果與原債權相互牽連，蓋特定之法律事實是否足以使債之關係消滅，或何種法律事實可構成債之消滅原因，與原債權之存續與否直接相關，均應適用同一法律，故規定應適用原債權之準據法。前述規定並未對抵銷為特別規定，雖不致發生如草案二稿相關規定適用上之疑慮，但無視於抵銷債權準據法互異之特殊情形，若與前述草案二稿第三十八條規定相較，亦有未待之處。

九、小結

國際私法之修正或新法規之制定，其最重要核心價值，雖應依不同法律關係分別認定之¹³¹，但亦不應以實現實體法上最佳結果為依歸，應遵循國際私法上自有之公平正義，但亦非將實體法上之考量完全棄之不顧，而是在符合抵銷實體法上清償、執行與保全之目的下，尋找與案件事實關係最密切之準據法。因此，債之消滅原因中之抵銷，其

¹³¹ Spellenberg, a.a.O. (Fn.17), Rn. 75ff.

準據法之決定，除考量當事人間之公平與正義外，更必須考量實際情況下具體請求權是否可能實現，否則將淪為空談。而準據法之預見可能性（*Voraussehbarkeit*）乃國際私法上之另一重要原則，當事人應盡可能在法院適用其具體案件之準據法前，事先依具體案件事實明確的預估其應適用之準據法，並進而準備其訴訟上之攻防。若欠缺此準據法預見可能性，以及因此所可能產生之法確定性（*Rechtssicherheit*），將有害於當事人對法律之信賴與滿足。然妥善的準據法選法規則，亦須盡可能的防止當事人之一方，以取巧之方式達成適用對自己較有利之準據法，若選法規則無法排除當事人對準據法之操控可能性，將無法滿足國際私法所要求之公平正義。除此之外，亦須兼顧其實用性，即使是今日，法院對涉外案件並不常見，對具體案件準據法之確定與外國實體法正確的適用必非毫無問題，因此有關抵銷準據法之選法原則不應過度複雜，以確保法院能正確的審理¹³²，同樣的對當事人亦能簡易而正確的應訴，以免失去其實際上之可行性。

抵銷者，因其握有發動抵銷之主動權，且通常經過仔細衡量其利益後為之。相對於被動債權人，抵銷並非其所發動，且其可能亦無抵銷之意願，就當事人法益衡量而言，主動債權人之保護似不應優於被動債權人。然在法定抵銷之類型，若以確定何者為主動債權與何者為被動債權為前提，定性上實有其困難性，如此主動債權人的保護，將繫於不確定之偶然因素，以主動債權之準據法為抵銷之準據法，是否能真正保護主動債權人，亦不無疑問。若主動債權與被動債權分別適用不同準據法時，能否主張抵銷，似以緩和的累積適用法（*milde*

¹³² 就國內法學教育之現況觀之，似有輕忽國際私法之嫌，難以確保法院對涉外案件正確選擇適當之準據法。

Kummulation) 較為合理，蓋抵銷將使雙方債權歸於消滅，基於債之發生與債之消滅應適用同一法律之原則，各個債權應分別依其原本該適用之準據法做個別判斷，如此方能兼顧各個國家法制對抵銷之相關禁止規定，至於抵銷之法律效果，則可能因不同法律制度而發生法規之不一致，尚待法規之適應與調整原則解決¹³³，或者採雙方準據法相同效力規定部分¹³⁴，如此適用上徒增困擾。

再就選擇適用法言之，理論上應由主動債權或被動債權之準據法中擇一適用，選擇對當事人普遍有利的準據法為抵銷之準據法。此說雖有因各國法官素質不一，無法判斷何者對當事人普遍有利，而存在著能否順利找到適當準據法之不確定性，但依此說抵銷之準據法除了由法院依職權 (ex officio) 確定外，在例外之情形下亦可由當事人選擇之¹³⁵。而依德國與英國實體法規定，必須要有當事人提出抵銷之聲明，即使是法國法中之法定抵銷，雖不受當事人意願之支配，但仍須當事人之一方於訴訟程序中引用抵銷，法院方能考量相互對立之債權歸於消滅之法律效果，如此不至於發生法院違反當事人意願而發生抵銷之效果，或法院找不到適當抵銷準據法之危機。因此，選擇之適用法在大部分情況下對抵銷準據法之選擇並無困難，若依一方債權之準據法抵銷有效，依另一債權準據法抵銷無效，則適用前者之準據法；若雙方債權之準據法皆不允許抵銷時，當然不生抵銷之效果；若雙方債權之準據法皆可發生抵銷之效果時，則必須判斷何者對當事人普遍

¹³³ 陳榮傳，前揭註 116，頁 111-119。

¹³⁴ Dölle, a.a.O. (Fn.111), S. 44; Posch, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 2002, Rz. 7f.

¹³⁵ 關於選擇適用法之內容，參閱標題肆、抵銷在國際私法上準據法之選擇之四。

有利，應以先存在債權應適用之法律為準據法，蓋原則上先發生債權消滅之效果較時間上後發生者對當事人較有利；剩下的是雙方債權無法分先後而同時存在之情形，則或可由主張抵銷之當事人選擇準據法¹³⁶。

伍、結論

就各國現況言之，由於各國實體法對抵銷之規定與認知不同，反映到其國際私法準據法相關定時差異極大。英國通說以法院地法為抵銷之準據法，法國、比利時、西班牙、義大利則採累積適用法，德國與奧地利認為被動債權之準據法較為重要。而國際協定中之一九八〇年關於契約債法律關係適用法協定（EVÜ）僅於其第 10 條第 1 項 d 款規定，當主動債權與被動債權適用同一準據法時，債之法律關係準據法亦適用於抵銷，對於其他情況之抵銷並無一般性規定。另有歐洲共同破產法（Europäische Insolvenzverordnung）則採債權人最有利原則（Prinzip der Meistbegünstigung des Gläubiger）¹³⁷，不是適用破產法院地法（lex fori concursus），就是對破產債務人之債權應適用之法律，但其適用範圍僅限於破產程序中之抵銷。而歐洲法院（EuGH）雖為累積適用理論的擁護者，但因欠缺獨立造法權限¹³⁸，其見解並無一般之拘束力。因此，到目前為止，面面俱到而放諸四海皆準之抵銷選法規則並不可得，但亦非必要，蓋抵銷在各國法制之地位不一，勉強其適用同一選法規則，反而適得其反，顧此失彼。

¹³⁶ Kannengießer, a.a.O. (Fn.55), S. 117ff.

¹³⁷ 參閱前面有關歐洲共同破產法（Europäische Insolvenzverordnung）之相關說明。

¹³⁸ Jud, a.a.O. (Fn.51), S. 106.

然而建構一國際私法選法規則應考量之重心，不外乎實現獨立於實體法外之國際私法正義，換言之，並不是在追求實體法上最佳的解決方法，而是在為涉外案件事實尋找一空間上或區域性適當的準據法，但亦非將實體法上相關事項棄之不顧，蓋選擇最恰當準據法之最終目的，正是在實現實體法上衝突之公平正義。因此，除了衡量法院地法利益或參與抵銷各債權之準據法正反評價外，更應考量抵銷在實體法上之清償（Tilgung）、執行（Vollstreckung）與保全（Sicherung）作用，如此方能兼顧實體法與適用法上之正義。而上述各國關於抵銷準據法之選法規則，正是在追求國際私法上普遍正義之理想下，兼顧其內國抵銷制度目的之必然結果；另對於學者所提出各種抵銷準據法之學說，理論上較為完美者有之（諸如緩和的累積適用法或選擇適用法），但其實際操作上，仍有過度複雜之失。

我國實體法上之抵銷，乃二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方對等額之債務，同歸於消滅一方的意思表示（民法第三三四條），其行使之方法，由有抵銷權之一方，於訴訟上或訴訟外以意思表示向他方為之（民法第三三五條第一項）。而我國新修訂之涉外民事法律適用法，於其第三十七條規定新增債之消滅準據法選擇之一般規定，依原債權之成立及效力所應適用之準據法，其並未針對抵銷在我國實體法上之性質為特別規定，故理論上亦適用於同為債之消滅原因之抵銷，但究竟應如何適用，修正理由書中並未說明。在抵銷由當事人一方以意思表示提出，而雙方債權應適用之法律相同時，依原債權之成立及效力所應適用之準據法，尚屬合理；但若由學者與法院實務所承認之合意抵銷時，雙方當事人得否依新法第二十條規定之意思自主原則選擇原債權成立及效力之準據法以外之其他法律，亦即選擇與抵銷法律關係完全無關之第三國

法律為抵銷之準據法，似有爭執餘地。又抵銷雖然由當事人一方以意思表示提出，但雙方債權應適用之準據法不同時，有無新法第三十七條規定之適用？若有，則生究竟應採累積適用、分別適用亦或選擇適用之疑問，但可以肯定的是，不論是採用何種適用方法，因各國法治規定抵銷之要件、效力與行使方式不同，均存有國際私法上法規適用之困難；若無新法第三十七條規定之適用，則勢必回到同舊法時代，唯有參考學說或外國相關立法例，透過法官造法之方式方能解決，但以法官具備充分之國際私法知能為前提。

中原財經法學

參考文獻

書籍

邱聰智，新定民法債編通則（下），輔大法學法學叢刊編輯委員會（2003）。

詹森林等，民法概要，五南圖書出版有限公司，六版（2008）。

劉鐵錚等，瑞士國際私法之研究，三民書局股份有限公司（1991）。

Ahlt, Michael: Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht. Diss, 1977.

Berger, Klaus P.: Der Aufrechnungsvertrag, 1996.

DERHAM, RORY, THE LAW OF SET-OFF (Oxford University Press, New York, 3rd ed. 2003).

DICEY, ALBERT VENN & JOHN H. C. MORRIS, THE CONFLICT OF LAWS (Sweet & Maxwell, London, 13th ed. 2000).

Eujen, Heiko: Die Aufrechnung im internationalen Verkehr zwischen Deutschland, 1975.

Gäbel, Johannes K.: Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht, 1983.

Graf, Werner: Die Verrechnung im IPR, 1951.

Kannengießer, Matthias N.: Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 1998.

Kegel, Gerhard: Internationales Privatrecht, 7. Aufl., 1995.

Koziol, Helmut / Welser, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts II, 12. Aufl., 2001.

- Marty, Gabriel / Ratnaud, Pierre / Jestaz, Philippe: *Droit civil-Les obligations, Tome 2, Le régime*, Paris, 1989.
- Mayer, Pierre / Heuzé, Vincent: *Droit international privé*, 7. édition, Montchrestien, Paris, 2002.
- Posch, Willibald: *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., 2002.
- Rummel, Peter / Schwimann, Michael: *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., 2001.
- Schütze, Rolf A.: *Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl., 2005.
- Terré / Simler / Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 8. édition, Paris 2002.
- Von Bar, Christian: *Das Internationale Privatrecht*, 2. Aufl., 1991.
- Weiss, André, *Traité théorique et pratique de droit international privé, tome II*, 2. édition, Paris 1908.
- Wolf, Martin: *Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht*, 1989.
- WOOD, PHILIP R., *ENGLISH AND INTERNATIONAL SET-OFF* (Sweet & Maxwell, London, 1989).
- Zitelmann, Ernst: *Internationales Privatrecht, Zweiter Band*, 1912.

期刊論文

- 王志文，涉外民事法律適用法之檢討與修正，華岡法粹，第三十一期，頁 1-46 (2004)。
- 陳榮傳，消滅時效的準據法—兼評最高法院的幾個裁判，台灣本土法學雜誌，七十四期，頁 111-122 (2005)。
- 陳榮傳，國際私法上的適應或調整問題，法學叢刊，第一四五期，頁 111-119 (1992)。
- 曾陳明汝，海牙國際私法會議探微，台大法學論叢，第二十三卷第一期，

頁 259-276 (1993)。

劉得寬，抵銷在擔保上之機能，台大法學論叢，第三卷第一期，頁 220-232 (1973)。

Czapski, Georg: Niederländische Rechtsprechung zum internationalen Privat- und Prozeßrecht, *RabelsZ* 30 1966, S. 701-702.

Dölle, Hans: Die Kompensation im internationalen Privatrecht, *RhZ* 13 1924, S. 32-46.

Jud, Brigitta: Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht, *IPRax* 2005, Heft 2, S. 104-109.

Metzer, Axel: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 10. 7. 2003 – Rs. C-87/01 P, *JZ* 2004, S. 90-92.

Siehr, Kurt: Zum Vorentwurf eines EWÜ-Übereinkommens über das Internationale Schuldrecht, *AWD* 1973, S. 569-587.

專書論文

劉鐵錚，契約準據法之研究，收錄於國際私法論文選輯，頁 568-632，五南圖書出版有限公司 (1984)。

Bucher, Eugen: Rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Bemerkungen zur Verrechnung, in: Stoffel, Walter A. / von Overbeck, Alfred E. (Hrsg.): *Conflits et harmonization: Mélanges en l'honneur de Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire*, 1990, S. 701-723.

Lagarde, Paul, *The Scope of Applicable in the E. E. C. Convention*, in: P.M. NORTH ED, *CONTRACT CONFLICTS* (North-Holland Publishing Co., Amsterdam, New York, Oxford, 1982).

- Magnus, Ulrich: Internationale Aufrechnung, in: Leible, Stefan (Hrsg.): Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht, 2004, S. 209-234.
- Tetley, William, *The Cross-Defences (Set-Off, Recoupment, Compensation and Conterclaim) and Freight in Conflict of Laws*, in: Müller, Walter / Von Zieger, Alexander / Burckhardt, Thomas (Hrsg.): Internationales Recht auf See und Binnengewässern, 1993, S. 253-265.
- Zimmermann, Reinhard: Die Aufrechnung, in: Beuthien, Volker / Fuchs, Maximilian / Roth, Herbert / Schiemann, Gottfried / Wacke, Andreas (Hrsg.): Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, S. 707-739.

注釋書

- Czernich, Dietmar / Heiss, Helmut: EVÜ, Europäisches Schuldvertragsübereinkommen, Kommentar, 1999.
- Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine / Duursma, Dieter / Chalupsky, Ernst: Europäische Insolvenzverordnung, Kommentar, 2002.
- Erman, Walter: Erman Handkommentar zum BGB, 11. Aufl., 2004.
- Lüke, Gerhard / Walchshöfer, Alfred: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2003.
- Palandt, Otto: Palandt Kommentar zum BGB, 63. Aufl., 2004.
- Reithmann, Christoph / Martiny, Dieter: Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl., 2004.
- Rummel, Michael: Kommentar zum ABGB, 2. Aufl., 1992.
- Soergel, Hans Theodor: Soergel Kommentar zum BGB, 12. Aufl., 1987.
- Staudinger, Julius Von: Staudinger Kommentar zum BGB, 13. Aufl., 2002.

摘要

債之消滅，指債權債務關係客觀上失其存在之謂，其影響當事人間債權債務之實質內容，然而，債之消滅原因不一而足，關於何種事項為債之消滅原因，各種消滅原因之要件以及效力如何等問題，雖然各不相同，但因其與原債權息息相關，實屬原債權債務關係準據法之適用範圍，但並非毫無例外。比較有爭論的是抵銷，由於各國實體法對抵銷之規定與認知不同，基於內國實體法與國際私法屬同一法制之原則，其反映到國際私法上準據法選擇之相關規定差異極大。英國之通說，以法院地法為抵銷之準據法，法國、比利時、西班牙、義大利則採累積適用法，德國與奧地利則認為被動債權之準據法較為重要。然而建構一國際私法選法規則應考量之重心，不外乎實現獨立於實體法外之國際私法正義，換言之，並不是在追求實體法上最佳的解決方法，而是在為涉外案件事實尋找適當的準據法，但亦非將實體法上相關事項棄之不顧。然我國新修訂之涉外民事法律適用法，僅增訂債之消滅應適用法律之一般規定，其並未針對我國實體法上抵銷之性質在國際私法上為特別規定，故有關抵銷準據法之選擇，在雙方債權應適用之法律不同時，究應如何適用，不無疑義。

The Governing Law of Obligation Extinction in the Set-off Situations

Chih-Peng Hsieh

Abstract

The extinction of obligation means objective extinction of rights and obligations that influence the substantive contents between the parties. Although the causes of obligation extinction, elements, and binding force vary in different situations, they are heavily associated with original rights and obligations within the application scope of choice of law with several exceptions. As of now, the controversial issue deals with the determination of governing law involving the set-off situations. Due to variance on the recognition and set-off regulations in substantive laws among different countries, the choice of law rule deviates even same principles of domestic substantive laws and international private laws (conflict of laws in the US) are employed. England adopts the law of forum (*lex fori*) to determine its governing law for cases involving the set-off situations, while France, Belgium, and Italy adhere to the laws of forum by applying the accumulation rule. In addition, Germany and Austria tend to use the permissive (passive) rights to decide its governing law for the said situation. In order to implement proper laws to be applied in forum in terms of private international laws, the essence of locating accurate

governing law should be totally separately and independent from the contents of substantive laws. In other words, the choice of law is not in pursuit of most justification from the contents of substantive laws, it should aim to identify proper applicable laws pursuant to the specific facts in civil matters involving foreign elements meanwhile taking relative substantive laws into consideration to warrant law choosing. The newly revisions of the Laws of Civil Matters involving Foreign Elements in Taiwan merely add general provisions for obligations extinction, but the revisions did not particularly regulate the nature of set-off in applying substantive laws. There is a room for proper selection and application of choice of law in the set-off situations when different laws conflict. This paper proposes to decide proper laws in proper forum involving the set-off situations.

Keywords: governing law of permissive (passive) rights, set-off of parties' expression, mandatory set-off, governing law of obligations extinction, governing law of set-off, governing law of compulsory (active) rights.