

志霖法律 金融法律评论



Part1 实务研究

《民法典》实施后的抵销制度

Part 2 新法速递

1. 最高法：举行贯彻实施民法典，全面完成司法解释清理和首批司法解释新闻发布会
2. 全国人大常委会：决定设立北京金融法院
3. 最高法：批复新民间借贷司法解释适用范围问题
4. 证监会：公布《关于加强私募投资基金监管的若干规定》
5. 证监会：集中修改废止部分证券期货制度文件

目录

Part1 实务研究

[《民法典》实施后的抵销制度](#)

Par2 新法速递

1. [最高法院：举行贯彻实施民法典，全面完成司法解释清理和首批司法解释新闻发布会](#)
2. [全国人大常委会：决定设立北京金融法院](#)
3. [最高法院：批复新民间借贷司法解释适用范围问题](#)
4. [证监会：公布《关于加强私募投资基金监管的若干规定》](#)
5. [证监会：集中修改废止部分证券期货制度文件](#)

Part1: 实务研究

《民法典》实施后的抵销制度

作者：陈耆贵 合伙人

一、抵销的定性

根据抵销的成立是否需要主张（即是否可自动发生）及债权是在抵销主张之时消灭还是在两个债权最初适于抵销时消灭，历史上有过不同的主张。根据《民法典》第 568 条关于主张抵销“应当通知对方”及“通知自到达对方时生效”的规定和《九民会议纪要》第 43 条关于“抵销一经生效，其效力溯及自抵销条件成

就之时”的规定，我国现在采取的是抵销溯及力理论，抵销的性质属于以意思表示为核心的法律行为。也就是说抵销属于当事人意思自治的范畴，抵销行为主张与否全然在于当事人自行决定，所以抵销是一种权利，即抵销权。

更进一步来说，抵销权在性质上属于形成权，而且是单纯形成权，即权利人不必通过诉讼，得仅依其单方意思表示便可引起法律关系变动的权利。也就是说，权利人既可在诉讼程序外以单方意思表示的方式行使，也可以通过提起诉讼或申请仲裁的方式行使。另外需指出的是，因为抵销权属于单纯形成权，故因该权利的行使引发争议而产生的诉讼，在性质上属于确认之诉，而非形成之诉。明确这一点对于确定诉讼请求时的措辞是有帮助的。

二、抵销的构成要件

根据《民法典》第 568 条的规定，抵销的构成要件如下：

1、当事人互负债务，且主动债权已届清偿期（通常将主张抵销一方的债权称为主动债权，被抵销的债权称为被动债权，而法条则都是从债务的角度来说的，在思维上需要稍作转换）。与以往的规定相比，不再要求当事人互负的债务均为到期债务。因为主张抵销的一方如果愿意放弃其债权的期限利益，这属于当事人对自己权利的自由处分，法律没有必要干涉。

2、债务的标的物种类、品质相同。抵销具有简化清偿功能。抵销的简化清偿功能体现为，主动债权人只需向被动债权人作出抵销的意思表示即可，既无需双

方协商，也不存在清偿行为，其法律后果是双方互负的债务在同等数额内消灭。因此，抵销要求债务的标的物种类、品质相同。

扩张：

(1) 《企业破产法》第 40 条前段规定：“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。”《企业破产法解释规定（二）》第 43 条规定：“债权人主张抵销，管理人以下列理由提出异议的，人民法院不予支持：

（一）破产申请受理时，债务人对债权人负有的债务尚未到期；（二）破产申请受理时，债权人对债务人负有的债务尚未到期；（三）双方互负债务标的物种类、品质不同。”上述规定突破了法定抵销对主动债权需要到期以及标的物种类、品质需要相同的要求。以上规定实际上使得交叉债权人相比于普通债权人获得了一个优先受偿的地位，这是抵销担保功能的体现。

(2) 《民法典》第 549 条规定：“有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：（一）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期；（二）债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。”该条规定的第一种情形，突破了“债权相互性”的抵销要件，允许债权转让的债务人在一定条件下可向并无相互债权的受让人主张抵销。

限制：

根据《民法典》第 568 条第 1 款的但书规定及第 2 款末句，抵销存在以下限制条件。

(1) 根据债务性质不得抵销的除外。通常认为，债务性质决定了若不清偿就不能实现债权目的，则债务人不得主张抵销。主要包括：a. 不作为债务，如双方当事人互负的竞业禁止债务等；b. 因故意侵权而产生的赔偿债务，应禁止侵权行为主张抵销；c. 公法上的债权，如税收债权等。

(2) 当事人约定不得抵销的除外。这是《民法典》新增的一种情形，是私法自治原则的体现。这也就意味着法定抵销属于可得排除适用的任意性规范。

(3) 依照法律规定不得抵销的除外。《企业破产法》第 40 条规定：“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。但是，有下列情形之一的，不得抵销：（一）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；（二）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；但是债权人因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的除外；（三）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；但是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取得债权的除外。”也就是说，破产程序中可予抵销的两项相互性债权，原则上应在破产申请受理前即已存在。这是法律为公平起见所作的必要限制，防止恶意抵销。

(4) 抵销不得附条件或附期限。设立抵销制度的直接目的，本来就是为简化清偿。若允许抵销附件或附期限，因条件是否成就具有不确定性，而且期限到来之前仍需计算债权利息，故两者均会影响抵销制度目的的实现，所以法律规定禁止抵销附条件或附期限。

三、抵销的法律效果

抵销的法律效果是双方互负的债务在同等数额内消灭。

关于债务抵销的时点，法律没有明确。抵销时点问题就是抵销的溯及力问题。《九民会议纪要》第 43 条规定，抵销一经生效，其效力溯及自抵销条件成就之时。双方互负的债务数额，指的是截至抵销条件成就之时各自负有的包括主债务、利息、违约金、赔偿金等在内的全部债务数额。行使抵销权一方享有的债权不足以抵销全部债务数额，当事人对抵销顺序没有特别约定的，应当根据实现债权的费用、利息、主债务的顺序进行抵销。

抵销与实际清偿的差别及抵销有无溯及力的差别，可以通过以下例子简单说明：甲乙之间互负债务，甲因种种原因未能及时向乙主张抵销，在抵销适状 1 个月后甲向乙履行，甲清偿的债务范围应包括这 1 个月的利息，但如果甲在抵销适状 1 个月后向乙主张抵销，那么 1 个月的利息就无需计算在内。

四、抵销的行使

当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。这是指抵销这个法律行为生效的时间，但前面已经提过，债务数额的计算时点则是溯及自抵销条件成就之时。这两个时点的分别要注意把握。

按《九民会议纪要》第 43 条的规定，抵销权既可以通知的方式行使，也可以提出抗辩或者提起反诉的方式行使。当然，若以反诉的方式主张抵销，尚需满足反诉与本诉存在法律上的牵连关系这一条件，即反诉首先得能够构成反诉才行。

最后，《民法典》第 569 条还规定了约定抵销。严格来讲，约定抵销不属于抵销制度，实属于双方法律行为，双方协商一致的结果是产生了一个新的独立的合同。

陈耆贵律师，北京志霖律师事务所合伙人，曾在北京某法院执行庭担任十年法官，执结案件数千件，并荣立“个人三等功”一次，具有高超的民事执行手段和丰富的民事执行经验。主要执业领域为：强制执行类案件、房地产案件诉讼与仲裁、股权投资纠纷诉讼与仲裁、公司争议类诉讼与仲裁、行政复议和诉讼案件、其他各类诉讼与仲裁案件。

Part2: 新法速递

1. 最高法：举行贯彻实施民法典，全面完成司法解释清理和首批司法解释新闻发布会

2020 年 12 月 30 日，最高人民法院举行新闻发布会，发布最高人民法院全面完成司法解释清理情况、民法典第一批司法解释相关情况，并回答记者提问。最

高人民法院分管日常工作的副院长贺荣表示，最高人民法院按照“统一规划、分批制定，急用先行、重点推进”原则，制定了与民法典配套的第一批共7件新的司法解释，于2021年1月1日与民法典同步施行。新的司法解释主要涉及适用民法典时间效力、民法典担保制度、物权、婚姻家庭、继承、建筑工程合同、劳动争议等方面，包括《关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》《关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）》《关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释（一）》《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》。

同时，为切实实施民法典，保证国家法律统一正确适用，根据民法典等法律规定，结合审判实际，对建国以来先行的司法解释及相关规范性文件进行了全面清理，清理结果具体包括三种情况：一种情况是，与民法典规定一致的共364件，未作修改、继续适用；第二种情况是，对标民法典，需要对名称和部分条款进行修改的共111件，经修改颁布后自2021年1月1日施行；第三种情况是，决定废止的司法解释及相关规范性文件共116件，自2021年1月1日失效。针对第三种情况，最高人民法院发布《关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》，决定废止《关于适用〈中华人民共和国民法总则〉诉讼时效制度若干问题的解释》等116件司法解释及相关规范性文件。

除上述司法解释和决定，最高人民法院还对《民事案件案由规定》进行了修改。按照民法典规定的新制度，增加声音保护、个人信息保护、申请人格权侵害禁令、居住权、保理合同等案由，用以规范和指导民事审判工作。

（来源：最高法 <http://www.court.gov.cn/fabu-gengduo-16.html>）

点评：为配合民法典的施行，及时完善相关民事司法解释，统一民事法律适用标准，最高人民法院在民法典生效前全面清理了司法解释及相关规范性文件，并发布了一系列与民法典配套的司法解释。相关司法解释对适用民法典的时间效力及新旧衔接问题、民法典担保制度的适用等问题进一步明确，对保证民法典在司法实践中统一正确适用将起到重要作用。

2. 全国人大常委会：决定设立北京金融法院

1月22日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议审议通过《关于设立北京金融法院的决定》（下称《决定》），自2021年1月23日起施行。

根据《决定》，北京金融法院审判庭的设置，由最高人民法院根据金融案件的类型和数量决定。北京金融法院专门管辖“应由北京市的中级人民法院管辖的第一审金融民商事案件”等六种案件。当事人对北京金融法院作出的第一审判决和裁定提起的上诉案件，由北京市高级人民法院审理。北京市其他中级人民法院不再管辖金融民商事案件和涉金融行政案件。

同时，《决定》要求，北京金融法院对北京市人大常委会负责并报告工作。北京金融法院审判工作受最高法和北京市高级人民法院监督。北京金融法院依法接受人民检察院法律监督。《决定》还明确，北京金融法院院长由北京市人大常委会主任会议提请北京市人大常委会任免。北京金融法院副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员由北京金融法院院长提请北京市人大常委会任免。

（来源：中国人大网

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202101/51ce8706d4cd435783f4eb8b62ed6702.shtml>）

点评：北京是国家的金融政策调控中枢，是重要金融基础设施和众多国际金融机构中国区总部所在地，金融单位数量居全国首位，金融业高度繁荣发展。设立北京金融法院，对金融案件进行集中管辖，有利于推进金融审判体制机制改革，提高金融审判专业化水平，防范化解系统性金融风险，为国家的现代化建设营造良好金融法治环境。

3. 最高法：批复新民间借贷司法解释适用范围问题

1月21日，最高人民法院发布《关于新民间借贷司法解释适用范围问题的批复》法释〔2020〕27号（下称《批复》），自2021年1月1日起施行。

《批复》明确，经征求金融监管部门意见，由地方金融监管部门监管的小额贷款公司、融资担保公司、区域性股权市场、典当行、融资租赁公司、商业保理公司、地方资产管理公司等七类地方金融组织，属于经金融监管部门批准设立的金融机构，其因从事相关金融业务引发的纠纷，不适用新民间借贷司法解释。

点评：《批复》明确了七类地方金融组织不适用新民间借贷司法解释，将该类主体排除出民间借贷主体范围之外。根据新民间借贷司法解释划定的法定利率的司法红线，前述主体的利率不再受4倍LPR上限的约束。但是，该类主体开展金融业务时，仍应遵守民法典规定的禁止高利放贷原则，同时不能违背金融监管部门的有关规定。

4. 证监会：公布《关于加强私募基金监管的若干规定》

1月8日，中国证券监督管理委员会发出《关于加强私募基金监管的若干规定》（下称《规定》），自公布之日起施行。

《规定》形成了私募基金管理人及从业人员等主体的“十不得”禁止性要求。其主要内容如下：一是规范私募基金管理人名称、经营范围，并实行新老划断。二是优化对集团化私募基金管理人监管，实现扶优限劣。三是重申私募基金应当向合格投资者非公开募集。四是明确私募基金财产投资要求。五是强化私募基金管理人及从业人员等主体规范要求，规范开展关联交易。六是明确法律责任和过渡期安排。其中，《规定》要求私募基金管理人聚焦投资管理主业，可以围绕私募基金管理开展资金募集、投资管理、顾问服务、为被投企业提供管理咨询等业务，但不得从事与私募基金管理存在冲突或无关的其他业务。

(来源：证监会

http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/zjh/202101/t20210108_390463.htm)

点评：《规定》整体上延续了证监会于2020年9月11日公开的《规定》征求意见稿中的规定，重申并细化了现有法律法规及基金业协会发布的自律规则中对私募基金监管的底线要求，是贯彻落实防范化解私募基金行业风险要求的重要举措之一，将进一步引导私募基金行业树立底线意识、合规意识，对于优化私募基金行业生态具有积极意义。

5. 证监会：集中修改废止部分证券期货制度文件

1月15日，中国证券监督管理委员会发出《关于修改、废止部分证券期货规章的决定》和《关于修改、废止部分证券期货制度文件的决定》（统称《决定》），自公布之日起施行。

《决定》对5件规章、12件规范性文件、21件其他制度文件进行集中“打包”修改、废止，其内容包括：一是对10件规章、规范性文件的部分条款予以修改。按照新证券法及“放管服”改革的要求对相关法规的内容进行调整，清理整合与上位法不一致、与资本市场发展和对外开放实践需要不适应的制度文件，包括将

证券公司在境外设立、收购子公司或者参股经营机构的管理方式由行政许可改为备案管理，完善期货公司保证金封闭管理制度等。二是对《关于改革完善并严格实施上市公司退市制度的若干意见（2018年修订）》等28件制度文件予以废止，主要是因为存在监管实践发生变化、与上位法不一致、所规范的事项已不存在或已由新的规则予以规范等情形。

（来源：证监会

http://www.csrc.gov.cn/pub/zjhpublic/zjh/202101/t20210115_390826.htm）

点评：近一年来，证监会持续开展对证券期货规章制度的系统性清理，本次修改、废止部分证券期货制度文件，是继前期的清理工作后再次进行的阶段性清理更新，涉及证券公司、基金管理公司、会计师事务所、债券发行人、资信评级机构等监管领域。通过综合清理相关制度文件，将进一步增强规则系统性，构建更加科学合理的资本市场基础制度。

如需要进一步的信息或咨询，请联系：

倪慧 律师

邮箱：hui.ni@zhilinlaw.com

电话：86-010-64097197

地址：北京市东城区北三环东路 36 号环球贸易中心 C 座 2005-2007

关于志霖法律：志霖法律创立于 2011 年，目前下设北京志霖律师事务所、北京志霖汇成知识产权代理有限公司、北京志霖恒远知识产权代理事务所（普通合伙）。经过多年的快速发展，志霖法律已经成为一家能够为客户提供多领域、多层次法律服务的综合性法律服务机构。

志霖法律由富有经验的各领域资深律师、专利代理人、商标代理人、前法官、前检察官、投行高管、银行风控、企业法务等组成，北京总部人员八十余人，全国共三百余人。

志霖法律业务范围涵盖知识产权、投融资与证券、公司法、医疗法务、房地产与建筑工程、劳动法、争议解决、家族财富管理等。

版权：北京志霖律师事务所享有本文的所有权利，如需转载，需保持文章完整性，并注明出处和作者姓名及单位。

免责声明：本文不是法律意见或建议。我们向您发送此文不被视为您与北京志霖律师事务所或与其律师之间形成法律服务或委托关系。在您实施具体决策前，我们强烈建议您直接咨询专业律师的意见。