

禁止让与条款效力之比较研究*

申建平

内容提要:对于债权人违反禁止让与约定而转让债权的效力,我国法律未做明确规定。从对两大法系主要国家立法、判例及国际公约之规定的比较法考察中可以发现一个共同的规则,即它们都将禁止债权让与条款对让与人的效力、与对受让人能否有效取得受让债权的效力及其对让与合同效力的影响三方面予以了区分。对此我国应予以借鉴,在未来的民法典债法总则中明确规定,禁止让与条款的约定不能对抗善意受让人,不影响让与合同的效力,但该约定在债权人和债务人之间完全有效。禁止从权利让与的约定也应遵循同样规则。如此,既尊重了当事人的自由意思,又体现了保障交易安全的价值取向。

关键词:债权让与 禁止让与条款 对抗主义

申建平,黑龙江大学法学院教授,黑龙江大学民商法研究基地研究员,法学博士。

一 问题的提出

著名经济学家 H. 麦克劳德(H. Macleod)在其 1881 年出版的《经济学原理》一书中提出:“假如有人问我们,谁的发现对人类财富产生了最为深刻的影响?在经过深思熟虑之后,我们会毫不犹豫地回答——就是那个首先发现债权是可以买卖的商品的人。”^{〔1〕}的确,债权让与制度的确立与发展,对整个社会财富的构成变化产生了深远的影响。尽管普通债权的让与已经有很长的历史,但其相关的制度及理论却仍有需进一步完善的地方。正像日本民法学者于保不二雄教授指出的,“近代法律在原则上承认债权让与、债务承担的可能性,但由于证券债权制度的显著发展,有关证券制度的理论日趋完备,而有关普通债权财产性、流通性的理论则还不能说已处于圆满的地步”^{〔2〕}尤其是我国,对债权让与制度的真正研究是在《合同法》颁布实施后才开始的,与此相关的很多问题都有待深入探讨,其中之一即是在原始合同存在禁止让与约定的情况下,如果债权人仍然转让合同权利,则其效力如何?

根据合同自由原则,当事人可以在不违反法律的强制性规定、社会秩序和公共道德的前提下,自由约定合同的内容。因而,当事人在合同中可以特别地约定禁止债权人让与债权的内容。一般来说,这种约定主要都是为了禁止权利的转让。由于义务的转让必须取得权利人的同意,即使当事人事先没有达成相关协议,如果债权人认为债务人转让债务对其不利,就可以拒绝债务人的转让。所以,对转让债务而言没有必要规定禁止转让的特约。而之所以做出禁止债权转让的约定,主要基于如下考虑:

* 本文为司法部 2005 年法治建设与法学理论研究部级科研项目的阶段性成果,项目编号:05SFB3015。

〔1〕 H. Macleod, *Elements of Economics*, 1881, p. 327, cited from Fidelis Oditah, *Legal Aspects of Receivable Financing*, Sweet & Maxwell, 1991, p. 2.

〔2〕 [日]于保不二雄:《日本民法债权总论》,台湾五南图书出版公司 1998 年版,第 278 页。

一是债务人不愿意同非原始合同当事人之外的第三人发生法律关系,这是债务人做出这种约定的最直接、也是最重要的原因。合同之债是存在于特定当事人之间的权利义务关系,一方当事人之所以愿意和另一方当事人而非其他人缔结合同关系,通常是当事人经过深思熟虑后做出的决定,甚至是经过长期商业往来积累沉淀下来的固定合作伙伴。如果允许债权人任意将债权转让给任何人,就等于把转让后这种非自愿的、偶然的合同关系强加给债务人。原债权人可能是一个宽厚仁慈的债权人,而受让人则可能是一个严厉苛刻的人,这对债务人来说是不利的。^[3]

二是债务人想保留对原始合同债权人的抗辩权,使自己的利益不因让与而受损。这些抗辩权的产生不只来自于与产生本债权的相同或密切相关的交易,而且包括现有的或将来的一般债权。如果债权人将债权予以转让,在债务人收到让与通知后,债务人利用后一种类型一般性抗辩权的可能就受到限制。因为受让人可能是一个与债务人毫无现实或将来潜在商业往来的人,根本不存在针对受让人的抵销权。

三是债务人想将禁止让与条款作为经济手段激励债权人履行对债务人的合同义务。如果债权人将其在原始合同项下的权益转让给第三人,那么,让与人,即原始债权人对履行其在该合同下的义务便没有了积极性。如卖方在货物尚未交付之前就将销售货物而产生的债权予以转让,并从受让人那里获得了货款,在此情况下,卖方就可能不会积极主动地交付货物。^[4]

但是,在存在此类禁止让与约定的情况下,如果债权人仍违反约定而将债权转让,会产生什么样的法律效果呢?其核心问题就是这样的让与分别对受让人和债务人产生什么样的法律效果?在这个问题上,世界各国立法、学说和判例对禁止让与条款的法律效力的规定差异很大,反映出不同的立法者在保障财产权的流通性与尊重当事人意思自治冲突中的不同价值取向。那么,借鉴各国先进经验,我国应采取哪一种立法例,实有深入探讨之必要。

二 禁止让与条款效力之比较法考察

(一) 大陆法系典型国家之立法例

在大陆法系,关于禁止让与条款的效力有三种立法例:

1. 以法国法为代表的无效主义

《法国民法典》第1598条规定:一切属于商业范围内的物品,除法律特别禁止让与者,均为买卖之标的。据此可知,在法国,禁止让与条款无效。学说一般也认为,法国法不承认禁止让与条款的效力。^[5]因此,禁止让与条款对让与人违反其所为的让与不产生影响,即被禁止让与的债权仍可自由让与。之所以如此,是“由于废除对让与的限制是法国革命的政策之一,这样的规定不足为奇”。^[6]可见,法国禁止让与条款无效,并非基于商业利益的考虑,而是因为它违反了法国一直以来所坚持的反对限制所有权移转的公共政策。^[7]2000年法国最高法院做出的一个重要判例再次强调,由于受让人不是禁止让与约定的当事人,因此不受该约定的约束,其享有请求债务人履行的权利。

[3] 关于当事人为什么可能想要禁止或者鼓励转让的原因的讨论,请参见 Andrew Mcknight, *Contractual Restrictions on a Creditor's Right to Alienate Debts: Part one*, *Journal of International Banking Law*, 2003, Vol. 18, No. 1, p. 3; Richard Epstein, *Why Restrain Alienation?* *Columbia Law Review*, 1985, Vol. 85, p. 982.

[4] H. Ryan, Jr. Reade, *Trade Receivables Purchases*, *ALI-ABA Course of Study Materials*, Banking and Commercial Lending Law (Course Number: SD71), 1999, No. 1. 转引自张林春:《应收款转让若干法律问题研究》,厦门大学博士论文2006年,第95页。

[5] 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第717页。

[6] [德]海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社2001年版,第396页。

[7] Hein Kötz, *Rights of Third Parties: Third Party Beneficiaries and Assignment*, Chapter 13, Vol. VII, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, pp. 64-65, cited from Catherine Walsh, *Receivables Financing and the Conflict of Laws: The UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*, *Dickinson Law Review*, 2001, Vol. 106, No. 1, note 128.

在加拿大,深受法国法影响的《魁北克民法典》并未对禁止让与条款的效力做明确规定,但一些学者认为,根据禁止对财产自由让与予以限制的原则,违反禁止让与条款的转让是有效的,不仅在让与人与受让人之间有效,而且对债务人及第三人也有效。但安大略省目前所采取的立场与此又有不同,认为如果合同中包含禁止让与条款,则转让在让与人和受让人之间仍有效,但禁止让与的条款会导致受让人不享有请求债务人履行的权利。但加拿大律师协会安大略分会最近建议对此予以修改,使安大略这方面的政策与其他个人财产担保法有关的自由政策相一致。^[8]

2. 以德国法为代表的有效主义

在德国普通法上,对禁止让与条款的效力存有不同见解,但“有效说”为通说。虽然《德国民法典》第一草案第 295 条第 2 款规定,禁止让与条款于内部关系当事人之间为有效,而在外部关系上对于第三人为无效,即否认这种约定的外部效力。但第二草案实施以来,此种条款的效力均得到了肯定。不过,德国民法对以法律行为限制或禁止权利处分的效力在民法典的前后规定上存在一定的矛盾和混乱。其在总则第 137 条规定:“不得以法律行为排除或限制对可转让的权利进行处分。”即使第三人知道有禁止性的约定,也可取得受让的权利,只不过让与人要对约定的对方承担违反义务的责任,如进行损害赔偿。学者认为,这样规定是为了促进交易的安全。^[9] 但该法分则第 399 条同时明确规定:“因与债务人有约定不得让与的债权,不得让与。”根据该条的规定,可知德国法承认禁止债权让与的约定为有效,违反该规定的让与无效。让与之无效,不仅及于当事人之间,而且是普遍的,让与人的债权人也可援用该约定来否定让与的效力。但有一种例外情况,即根据《德国民法典》第 405 条:“债务人已制作债务证书,在出示该证书才能让与的情况下,禁止或限制债权让与的约定不得对抗受让人。”由此可见,德国立法原则上认可禁止债权让与约定的效力。判例亦支持于此,“德国法院也总是认为,违反合同中的禁止条款的让与是无效的,其无效不仅仅是在当事人之间,而且是普遍的”。^[10] 但是,《德国民法典》完全承认这种约定的效力的做法,受到了德国学者的批评,他们认为禁止或限制债权让与的约定违反了善良风俗,在实践中产生了很大困难。^[11] 因为:

合同中的禁止让与条款一般不是由债务人来援引,而是由让与人的债权人援引,他们希望取得优先于受让人的债权。或者,假设债务人已支付完毕债务,并与该债务关系无关了,所以与其中的优先权没有任何利益关系了,那么,让与人的债权人为什么还能通过宣布该让与无效而获得利益呢?更糟的是,为什么简单地通过认可或拒绝认可该无效的让与,正如债务人所请求的,而把是否给予受让人优先权的绝对权交给债务人?^[12]

在实践中,由于完全承认这种约定的效力阻碍了保理业务和应收款转让业务的正常开展,妨碍了通过债权的让与担保来融资,迫于学术界的强烈批评和银行业融资的巨大压力,德国议会在 1994 年修订《德国商法典》时,通过新加入第 354a 条做出最终规定,^[13] 如果双方约定不得让与的权利产生于商业实践中,或者如果债务人是一家政府机构,则该禁止让与条款无效。^[14] 这样,第 399 条的作用范围就大大缩小了,至少使禁止让与条款的效力在商事领域被排除了。但即使如此,由于《德国民法典》第 137 条

[8] Catherine Walsh, *Receivables Financing and the Conflict of Laws: The UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*, Dickinson Law Review, 2001, Vol. 106, No. 1, note 129.

[9] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,杜景林、卢谔译,法律出版社 2000 年版,第 506 页。

[10] [德]海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社 2001 年版,第 397 页。

[11] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,杜景林、卢谔译,法律出版社 2000 年版,第 506 页。

[12] [德]海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社 2001 年版,第 397 页。

[13] 《德国商法典》第 354a 条:一项金钱债权的让与已因与债务人的协议而依《民法典》第 399 条被排除,并且设定此项债权的法律行为对双方均为商行为,或债务人为公法人或公法特有财产的,让与仍然有效。但债务人可以向原债权人给付,同样具有免责效力。有另行约定的,其协议无效。《德国商法典》,杜景林、卢谔译,中国政法大学出版社 2000 年版。

[14] Hugh Beale, Aryhur Harkamp, Hein Kötz, Denis Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, 2002, p. 521.

一般性地承认禁止让与条款的效力,也会使债权受让人无法预见,其能否确定地取得所受让的债权。因此,在德国的学说上,更进一步要求用《德国民法典》第137条的规则来统一以法律行为处分权利的效力,以便更大限度地保护交易安全,促进权利自由流转。

3. 以日本法、意大利法为代表的对抗主义

《日本民法典》第466条规定:“债权可以让与。但是其性质不容许者,不在此限。前款规定,不适用于当事人有反对意思表示情形。但是不得以其意思表示对抗善意第三人。”依此立法例,债权人违反禁止让与的约定而让与债权,如果债权让与合同符合有效要件,只要受让人不知情,就依然取得债权,债务人无权对抗善意第三人,待债务履行期届至时,受让人有权请求债务人清偿。^[15]当然,由于债权人擅自让与债权违反了他与债务人之间的合同,他要对债务人承担违约责任。反之,如果受让人为恶意,则不能取得债权。

在日本,关于禁止让与条款的效力,有“物权效力说”与“债权效力说”两派。两者的差异在诉讼上有所表现,依据物权效力说,在解释上宜认为债务人负有证明特约存在的举证责任,而受让人要对其善意无过失负举证责任;依据债权效力说,应当认为债务人对于约定的存在以及受让人的恶意(或重大过失)负举证责任。以上两种学说虽然存有差异,但在结果上使得禁止让与之特约的效力属于相对的禁止,在这一点上二者是没有差异的。这种相对的效力,即效力上不能对抗善意第三人。所以虽然日本通说及判例均认为在违反禁止让与条款的效力上应采“物权效果说”,但与《德国民法典》相比,它毕竟增加了保护善意第三人的条款。^[16]

此外,《意大利民法典》第1260条、^[17]《瑞士债法典》第164条、^[18]我国台湾地区民法典第294条第2项、^[19]我国澳门特别行政区《澳门民法典》第571条第2款等采相同立法例都规定:当事人可以约定禁止或限制债权让与,但是该约定不得对抗善意受让人。而《俄罗斯联邦民法典》第828条则规定:当事人可以约定禁止或限制金钱债权的让与,但是该约定不得对抗受让人,且不以受让人善意为条件。

(二) 英美法系主要国家之规则

英美法系各国关于禁止让与条款的效力的规定也是不一致的:

1. 英国、澳大利亚的有效主义

(1) 英国的判例

在英格兰,根据上议院在 *Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd.* 案的判决,^[20] 法院应该完全承认禁止让与条款的效力。也就是说,在英国,一项权利如果是依据一份合同而产生的,而该合同中明确规定合同权利不能转让,那么,这种合同权利就不能转让。当事人如果打算转让,其转让无效。英国上议院认为,没有公共政策方面的理由使禁止转让的合同条款无效,因为该条款具有合法的商业目的,即确保合同的原始当事人不与第三人发生直接的合同关系,因而违反该条款做出的让与无效,受让人不能得到任何权利。这也是英国法严格遵循合同相对性原则的结果。但是,如果债务人和让与人在进行交易时约定债权不得让与,即能够预计到合同的标的日后将会转让,而禁止债权让与会对日后合同标的的受让人造成损失,则让与人可以代表受损失的受让人向债务人提出赔偿之诉。禁止让与约

[15] 参见郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,第436页;孙森焱:《民法债编总论》,法律出版社2006年版,第784页。

[16] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第551页。

[17] 《意大利民法典》第1260条第2款:双方当事人可以协议排除债权的转让,但是该协议只能对抗能够证明在受让时知道该协议的受让人。

[18] 《瑞士债法典》第164条第2款:第三人基于未载明债权不可转让的债权文书取得债权的,债务人不得以该债权为约定不可转让之债权对抗第三人。《瑞士债法典》,吴兆祥、石佳友、孙淑妍译,法律出版社2002年版。

[19] 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第716-717页。

[20] *Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd.* [1994] 1 AC 85, cited from GJ Tolhurst, *The Efficacy of Contractual Provisions Prohibiting Assignment*, Sydney Law Review, 2004, Vol. 26, No. 2, p. 164.

定通常只会对合同的对方当事人有约束力,以便阻止他将债权让与出去。

在英国,禁止让与条款虽然可以阻止合同权利的转让,但通常认为,让与人和受让人之间的合同仍然是有效的。对此,有判例认为,这种禁止让与条款也会导致让与人和受让人之间的合同无效,但这一观点遭到了批驳,被认为是“判决外的观点”。丹宁勋爵在 1908 年的 *Tom Shaw & Co v. Moss Empires Ltd.* 案中发表的著名的附带意见书就此指出:一项禁止转让的要求,至多只能像它干预万有引力定理那样,干预转让的有效性。^[21] 英国法的这种规定对受让人的不利是显而易见的,因为对一项无效让与的通知是无效的,因此受让人的债权就随时可被债务人对让与人的支付、或随后合同的变更、或随后产生的债务人对让与人的要求所损害。

(2) 澳大利亚的判例

在澳大利亚,从当前的盎格鲁—澳大利亚法判例上看,法院已经承认这类禁止让与的约定并不违反公共政策,这样的一种承认的效果即是使得任何让与无效。^[22] 因为受理 *Associated Alloys Pty Ltd. v. ACN 001 452 106 Pty Ltd.* 案的高等法院中的多数意见同意了 *Don King Productions Inc v. Warren* 案和 *Devefi Pty Ltd. v. Mateffy Pearl Nagy Pty Ltd.* 案所确立的、有关违反这类禁止让与条款而进行的让与无效的分析方法。现在,许多澳大利亚法院都基本承认这类条款的有效性。

但是,澳大利亚法院也并非一概承认禁止让与条款的效力,如果企图禁止让与的是基于让与人适当履行其全部义务而产生的权利 (accrued rights), 则对于这种债权让与的任何禁止性规定都是无效的。^[23] 在除此之外的情况下,债务人仍可能有充分的理由要求禁止让与,即使让与人拥有要求债务人做出对待给付的权利。^[24]

但与英国一样,让与无效并不意味着债权转让合同也无效, *Browne-Wilkinson* 勋爵 (其他大法官也同意他的观点) 说:在正常情况下,禁止让与条款仅使让与在违背合同另一方当事人意志的情况下无效,以便阻止对诉讼中的财产权的让与,但该条款不能使让与人和受让人之间的合同无效,现存的判例也已经明确了这一点。如在 *Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd.* 案中,^[25] 其禁止让与条款的目的在于使三方让与无效,所谓三方让与指的是不仅在让与人和受让人之间,而且还在让与人、受让人、债务人之间的让与。但是,该案的审判结果是,除了一些公共政策问题会使得让与合同不可强制执行或者以其他方式违法外,难以看出让与人和债务人之间的交易能以任何方式影响让与人和受让人之间合同的效力。换句话说,让与人和受让人之间的合同是有效的,因此,让与人要对受让人承担违约责任。

2. 美国的无效主义

在美国,关于禁止转让条款的效力,普通法、《合同法重述》(第二版)和《统一商法典》分别做出了规定。根据普通法,合同中包括的禁止让与合同权利的条款通常是有效的,大部分法院支持将这一条款作为阻止有效让与的约定。^[26] 认为这种条款不仅约束着合同双方,而且约束着知情的受让人。虽然条款的措辞有可能导致法院做出不同的判决,但这一基本原则是不变的。

[21] 参见何宝玉:《英国合同法》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 261 页。

[22] G. J. Tolhurst, *The Efficacy of Contractual Provisions Prohibiting Assignment*, *Sydney Law Review*, 2004, Vol. 26, No. 2, p. 164.

[23] Grover C. Crismore, *The Effect of a Restriction on Assignment in a Contract*, *Michigan Law Review*, 1933, Vol. 31, No. 3, pp. 306 - 307.

[24] *Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd.* [1994] 1 AC 85, at 105 - 106. (Lord Browne-Wilkinson). 这些理由可能无法阻止对这类自然产生的权利宣布进行信托,因为信托通常并不能为受益人提供与受让人可以对债务人行使的直接权利相同的直接权利。还请参见《合同法重述》(第二版)第 322(2)(a) 条,该条指出,除非禁止让与条款显示出有不同的意图,否则,禁止让与条款并不禁止让与人让与就违反整个合同要求损害赔偿的权利,也不禁止让与因让与人完全履行了合同义务而产生的合同权利。http://www.lexisnexis.com/ap/auth/, 2006 - 3 - 6.

[25] *Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd.* 其让与涉及转让根据一项合同要求履行义务的特定权利。其相关条款的内容是:“雇主不得在没有得到承包商的书面同意的情况下让与本合同……[并且,]承包商也不得在没有得到雇主的书面同意的情况下让与本合同,不得在没有得到建筑师书面同意的情况下……转租工作成果。”

[26] E. Allan Farnsworth, *Contract*, Vol. 2, Little, Brown and Company, 1990, p. 795.

(1)《合同法重述》对于禁止让与条款效力的认定

格兰特·吉尔默(Grant Gilmore)教授指出,可以约定禁止权利让与,但法院通常通过令该让与有效的方式解释该合同,从而避免强制执行上述禁止权利让与的约定。^[27]《合同法重述》(第二版)第322(2)条指出,除非“存在显而易见的不同意图”,否则,禁止合同权利让与的条款“并不禁止让与基于违反整个合同而产生的损害赔偿请求权,也不禁止让与基于让与人适当履行其全部义务而产生的权利”。所以《合同法重述》(第二版)从表面上看保留了普通法承认禁止让与条款效力的规则,但实际上其采纳的解释禁止转让条款的规则对这种条款有明显的抵制作用。^[28]也就是说,当事人所做约定的表述对其效力的认定极为重要。首先,如果这种条款表述为“合同不得让与”,则应把这种条款解释为仅仅是禁止债权人转托其义务或合同条件,而不是对债权让与的禁止;其次,如果这种条款表述为“禁止转让合同权利”,则应对该条款做如下解释:(1)该条款并不禁止转让就违反整个合同而获得赔偿的权利,或者,并不禁止转让产生于让与人对其全部义务的适当履行的权利;(2)该条款的目的是,当合同禁止的转让发生时赋予债务人获得损害赔偿的权利,而不是使这一转让无效;(3)该条款旨在维护债务人的利益,而不是阻止受让人获得对抗转让人的权利,也不是旨在阻止债务人解除其义务。^[29]再次,如果该条款表述为“任何完成的债权让与都是无效的”,通常认为该约定有效,债务人有权拒绝与受让人发生交易,但债权让与合同在受让人和让与人之间、受让人和后续受让人之间仍然有效。但是任何禁止债权让与的约定,对破产或死亡继承下的债权法定让与无效。可见,《合同法重述》规则偏爱于断定让与有效,即禁止让与条款并不能使让与本身无效。因此,债务人必须向受让人履行义务,不过同时就让与人违反该条款一事赋予债务人以损害赔偿请求权。^[30]

(2)修改前的《统一商法典》第9编对禁止让与条款效力的态度

修改前的《统一商法典》明确提及了禁止应收款让与条款的效力,至少在该让与落入第9编、第2编的调整范围时,该法典的态度是明朗的。修改前的第9-318(4)条规定:如果应收款债务人与让与人之间的合同中有相关条款禁止应收款的让与(无论是完全让与还是担保让与)或者禁止就一般无形物创设担保利益以担保已到期或者即将到期的金钱债务的履行,^[31]则该条款无效。针对此条的官方评论指出,这是为了适应经济发展的需要。

关于出售货物的情况下应收款是否可以让与这一问题,修改前的第2-210条指出,“除非另有不同规定”,除非“该让与将实质改变另一方当事人的义务、实质增加另一方当事人的合同负担或风险、实质损害另一方当事人获得对待给付的可能性”,合同权利都是可以让与的。而且,修改前的第2-210条明确规定,即便存在相反约定,基于违反整个合同而产生的损害赔偿请求权以及基于让与人适当履行了整个合同而产生的权利仍是可以让与的。

(3)修改后的《统一商法典》第9编对禁止让与条款效力的规定

就应收款让与问题,法典的修改使第9编与第2编相符,显示出法典在自由让与方面走得更远。修订后的《统一商法典》第9-406(d)(1)(2)条和第9-408(a)(2)条明确规定,禁止让与条款不仅不能禁止以应收款为标的的担保利益的设立、完善和执行,而且不会导致违约责任的产生。具体来说,不得禁止或限制下列债权让与:对基于货物买卖、租赁或提供服务而获得应收款债权的让与,不管让与人是

[27] Grant Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, Little, Brown and Company, 1965, p. 211.

[28] Cloude D. Rohwer, Gordon D. Schaber, *Contract*, Vol. 4, West Group, 1997, pp. 363-365; Kenneth W. Clarkson, Roger Leroy Miller, Gaylord A. Jentz, Frank B. Cross, *West's Business Law*, Vol. 7, West Education Publishing Company, 1998, pp. 296-297.

[29] 参见王军:《美国合同法》,中国政法大学出版社1996年版,第391-393页。

[30] Restatement (Second) of Contracts 322(2) (1981), at <http://www.lexisnexis.com/ap/auth/>, 2006-3-6.

[31] U. C. C. 9-318(4) (1999). 请注意:修改前的第9编并未提及动产证明文据中的禁止让与条款问题。吉尔默教授指出,当涉及动产证明文据时,上述立法状况并不意味着起草者有意通过否定性暗示的方式规定这类条款无效。在应收款和一般无形物领域,禁止让与条款明显是最为尖锐的问题。正如吉尔默所言:“比之于与假想的巨龙搏斗,起草者更急于捕捉既存的野兽。”Grant Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, Little, Brown and Company, 1965, p. 392.

否已经通过履行合同义务而获取了这种权利;^[32] 货物买卖合同中,因对方违反整个合同而产生的违约损害赔偿请求权或买方因履行完自己全部的义务而对卖方产生的权利的让与;为了担保《统一商法典》第 9 编下的任何金钱债权所做的债权让与;流通票据下的债权让与;与不动产有关的权利让与。《统一商法典》的官方评论指出:即使受让人完全知道此禁止让与条款的存在,让与仍为有效,即受让人受让这些债权不以善意为要件。《统一商法典》之所以对禁止让与条款进行如此干涉,而同固有的意思自治原则相对抗,主要还是为了鼓励金钱和信用的自由流动,从而适应经济发展的需要。其认为,随着应收款和其他权利越来越多地成为各种融资交易的担保标的,有必要对法律进行改造,以便这些无形财产能够自由地进行让与。由此可见,美国《统一商法典》的起草者对应收款自由让与有益于经济发展、其效力胜于合同自由原则这一学说仍继续抱有信心。

(三) 国际公约之相关规定

有关国际公约关于禁止让与条款效力的规定也并不一致:

1. 《国际保理公约》的让步性规定

保理合同中禁止让与条款的效力,体现在《国际保理公约》第 6 条的规定:尽管在供货商与债务人之间的协议中有禁止让与的条款,供应商向保理人让与的应收款仍应有效。可见,该公约原则上否认了禁止让与条款对受让人的效力,且不论受让人善意与否,但即便如此,该约定在债权让与人和债务人之间仍然有效,只是变成了损害赔偿之债。但是该条规定在公约正式通过前的罗马会议上引发了激烈的争论,争论的焦点是该条对合同当事人意思自治原则的影响问题。^[33] 反对方以法国、荷兰、墨西哥和菲律宾为代表,强调在国际销售活动中如果使禁止让与条款完全无效,则会极大贬损合同自由原则,这样的法律是明显向保理商倾斜的。^[34] 这些国家甚至共同提出建议要求取消第 6 条。

该条款的主要支持方美国则强调,这一规定可以使得出口商们能够通过提供买方们所坚持的赊购买卖而在出口中使用资金融通,从而增强小出口商对实力强大的买方讨价还价的能力。^[35] 如果允许禁止让与条款有效,将会使整个国际保理的概念变得空想和不实际。因为如果缺少第 6 条,保理商将不得不依赖于供货方的陈述,以至于不得不仔细查看每一销售合同,而这些销售合同或许会用保理商所不熟悉的语言写就。根据以观察员身份参加起草的英国保理协会的陈述,一般而言,保理商很少有可能了解到禁止让与条款的存在。^[36] 这样一方面增加了保理商的负担,另一方面会将供货方对禁止让与条款的违约责任最终转嫁给保理商。应该说,在国际贸易普遍由卖方市场转向买方市场的情况下,对处于弱势地位的卖方提供一定程度的保护是有必要的。

经过长期的争论之后,达成了各方都接受的让步性决定,即签约各国可以对公约第 6 条第 1 款所确立的原则予以保留。这就是公约第 6 条第 2 款和第 18 条的规定。尽管如此,即使在声明保留的国家,也并不意味着赋予第 6 条第 1 款相反的效力,换言之,即使承认禁止让与条款的效力,也不会使让与合同无效,即应收款转让合同在让与人和受让人之间仍然有效。

[32] 《统一商法典》第 9-406(d) 条规定:除(e)、第 2A-303 条和第 9-407 条另有规定外,受(h)的约束,应收账款债务人和让与人的协议中或者本票的条款,在以下情况下是无效的:(1)禁止、限制或者要求应收账款债务人或者本票上的债务人同意应收账款、担保债权凭证、付款无体财产权或者本票的让与或者转让,或者其上担保物权的创设、有效成立、公示或者实行;或者(2)规定该让与或者转让或者担保物权的创设、有效成立、公示或者实行将导致应收款、担保债权凭证、付款无体财产权或者本票之上的不履行债务、违反合同、赔偿损失请求权、抗辩权、终止、终止权或者救济。

[33] 参见 Committee of Government Experts, *Commentary on The Text of the Preliminary Draft Convention on International Factoring*, UNIDROIT Study LVIII - DOC. 25, 1986, p. 4. 转引自丁广宇:“由应收款转让国际公约论我国合同法债权转让规则的完善”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 26 卷),香港金桥文化出版(有限)公司 2002 年版,第 365-366 页。

[34] 同上。

[35] [英]弗瑞迪·萨林格:《保理法理与实务》,刘圆、叶志壮译,对外经济贸易大学出版社 1995 年版,第 235 页。

[36] 参见 U. S. *Comments to the Diplomatic Conference*, UNIDROIT Study VLIII Doc. 22, 1986, p. 9. 转引自丁广宇:“由应收款转让国际公约论我国合同法债权转让规则的完善”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 26 卷),香港金桥文化出版(有限)公司 2002 年版,第 356 页。

2. 《联合国国际贸易应收款转让公约》的彻底性规定

如果说《国际保理公约》的规定对禁止让与条款还不得不做些让步的话,那么《联合国国际贸易应收款转让公约》则完全排除了缔约国保留的权利,即彻底排除了禁止让与条款对受让人的效力,而且对其做出了更加详细的规定。该公约第9条规定:“初始让与人或任何后续让与人和债务人或任何后续受让人之间以任何形式限制让与人转让权的任何协议,都不影响应收款转让的有效性。”与《国际保理公约》的相关规定相比,该规定对禁止让与条款的内部效力予以了明确限制,即债务人不能以让与人违反禁止让与条款为由宣布原始合同或转让合同无效;其次,彻底地排除了禁止让与条款对保理人的影响,也就是说,保理商并不因知晓该条款而承担责任,这就使得保理人的善意或恶意因素变得毫无意义。^[37] 公约的这种规定考虑到了小债务人,如消费者的情形,认为这一规定不会对他们造成不利影响,因为他们通常没有要求在合同中订立禁止让与条款的讨价还价的能力,他们所要做的通常仅是继续把金额付入银行账户或邮政信箱,虽然对银行账户或邮政信箱的控制可能会移转至受让人,但这一移转往往不为他们所知,对此,公约不影响他们根据国内的消费者权益保护法所享有的权益。对于大债务人来说,公约的规定则使其能获得低成本的信贷或服务。

《联合国国际贸易应收款转让公约》的这种改变,将有利于证券化等集团化融资方式的发展。因为在这些融资方式下,由于应收款以及原始合同的多样性,要求受让人审查每一个合同是不可能的,而公约使受让人不需要在签订让与合同时审查是否存在类似的限制性条款,并且不会因此承担非合同上的义务,从而减少了缔约成本,促进了应收款的流转。

三 我国民法典之选择

(一) 比较法考察之结论

从上述对两大法系主要国家立法、判例、学说及国际公约之规定的比较法考察可以看出,对于禁止让与条款效力的不同规制模式,体现了合同自由的理念与合同权利让与有益于经济发展的观点之间的矛盾和冲突。各国对此冲突解决的侧重点不同导致产生不同的立法例,但无论如何,它们都遵循一个共同的规则,即都将禁止让与条款对让与人的效力与对受让人能否有效取得受让债权的效力及其对让与合同效力的影响三方面予以了区分。

具体来说,首先,不论各国及国际公约采取何种立法例,它们都遵循如下的原则,即都承认禁止让与的约定在当事人之间、即在让与人和债务人之间的效力,也就是说,该约定的内部效力得到了普遍的认可。这就意味着,如果在存在此类条款的情况下债权人仍将债权予以转让,债务人可以让与人违反约定为由追究债权人的违约责任。毫无疑问,在采有效主义的德国、英国,该约定在双方当事人之间有效是必然的;但即使在采无效主义的法国、美国的《合同法重述》、《统一商法典》及两个国际公约,也都承认禁止让与条款在让与人和债务人之间的效力,这体现了法律对于当事人意思自治的尊重。

其次,这些立法在承认禁止让与条款在让与人和债务人之间的效力的同时,并不因此否定让与人与受让人之间债权转让合同的效力,即让与合同仍然有效。因为根据合同相对性的原则,对合同当事人的限制是不能延伸到第三人的,因而不能导致让与合同无效。就这一点来说,采无效主义的法国、美国的《合同法重述》、《统一商法典》及《国际保理公约》、《联合国国际贸易应收款转让公约》,自不必赘述,因为如果否认债权让与合同的效力,受让人就无法有效取得受让的债权。但即使在承认此类条款有效的德国、英国、澳大利亚等国家,其判例也一再强调,一项禁止让与的条款通常只对相对人引起让与无效的效果而阻止其通过诉讼获得权利的转让,但它不能适用来使让与人和受让人之间的合同无效,因此,如果受让人不能得到受让的债权,则让与人要对受让人承担违约责任。这正如丹宁勋爵精辟的论断:一项禁止转让的要求,至多只能像它干预万有引力定理那样,干预转让的有效性。

[37] 参见方新军:“保理合同研究”,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第2卷),中国法制出版社2001年版,第382页。

再次,不同规制模式的区别主要体现在禁止让与条款对受让人能否有效取得受让债权的影响方面。在这方面,由上述的比较法考察可以看出,尽量否定该条款对受让人的影响,即确认让与人和受让人违反该约定而进行让与的效力,乃是当前的普遍趋势。这体现了鼓励债权自由流转、保障交易安全的价值取向。德国法的演变充分地说明了这一点。《德国民法典》采“绝对有效主义”的立法例,但“对让与的限制妨碍了现金流通权,阻碍了信贷机构和受让应收款的保理公司的工作效力,并且影响了国民经济领域中所需要和要求的金融信贷的便捷”。^[38]为此,迫于银行业融资的巨大压力,《德国商法典》修订时对此进行了修正,排除了禁止让与条款在商事领域的效力,从而达到促进债权自由流动的目的。最近加拿大律师协会安大略分会也建议,对因禁止让与条款的存在导致受让人不能取得受让债权的规定予以修改,使安大略这方面的政策与其他个人财产担保法有关的自由政策相一致。在英国判例的发展中,丹宁法官发表了著名的观点,即从法律的变动中可以推断出禁止让与条款不再导致让与无效的效果。澳大利亚的判例也一再强调,如果禁止让与基于让与人适当履行其全部义务而产生的合同权利,则这种禁止性约定是无效的。可见,各国法律都在不断调整、不断完善,尽量否定禁止让与条款的约定对受让人的效力。

否定禁止让与条款对受让人的效力,就意味着如果让与人将约定禁止让与的债权让与受让人的,债务人不能拒绝受让人的债权给付请求,而只能向让与人主张违约赔偿,这就同时兼顾了债权让与中债务人与受让人的利益。至于是否应区分受让人的主观心理状态,则有分歧意见。激进的观点认为,该种约定旨在维护债务人利益,那么保障其能够获得违约损害赔偿请求权就已足矣,并不应使债务人获得阻止受让人取得债权的权利,或者使债务人获得解除债务的权利,因此,即使受让人知道存在禁止让与的约定,也可不予考虑。这种观点笔者不能赞同。因为法律的功能在于利益的平衡,债务人设定禁止或限制债权让与的约定,并非仅仅只是为了获得一个损害赔偿请求权,通常还有其他特别的考虑,比如债务人不愿意同非原合同的当事人之外的第三人发生法律关系,或想保留对原合同债权人的抗辩权等,对这些都不应忽视。因此,笔者认为在普通的债权让与中,受让人虽可不受制于该禁止让与的约定而取得债权,但其有效取得还应具备善意之要件,从而适当加以限制以保护债务人的权益。此外,对于无偿受让,给予受让人利益不如阻止债务人遭受损害,所以禁止让与的约定可对抗无偿受让人。但在一些特殊的领域,如保理业务、国际应收款转让业务和金融机构的让与担保领域,则不应以受让人的善意为必要,因为在这些领域,债权的流通性和交易性是其目的所在,所以甚至在一定程度上以牺牲债务人的利益为代价,来维护债权受让人的利益,保障交易的安全。由此可见,在前述比较法考察的几种模式中,以日本法为代表的禁止让与条款对抗主义模式能够较好地平衡债务人和受让人的利益,也使让与人对其债权的自由处分权得到保障。

(二) 我国法之选择

那么,我国法对禁止让与条款的态度又是怎样的呢?《合同法》第 79 条规定,按照当事人约定不得转让的,债权人不得转让合同权利。但对于其效力,法律没有进一步明确。那么,如果债权人违反约定转让了债权,该转让是有效还是无效呢?对此,学者有不同观点。有学者认为,这属于强制性规定,因此违反该约定的债权让与合同无效。另有学者则认为,该条不属于强制性规定,否则有违“两害相权取其轻”的原则。因为根据《合同法》第 51 条的规定,无权处分他人财产的行为尚且属于效力待定的行为,那么处分有限制的自己的财产如何能够成为无效行为?^[39]另有学者明确指出,这一规定显然是采纳了《德国民法典》的“绝对有效主义”的立法例。^[40]应该说,上述后两种观点是符合《合同法》规定的解释,即债权让与合同有效,但受让人不享有请求债务人履行的权利。

[38] [德]海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社 2001 年版,第 398 页。

[39] 参见丁广宇:“由应收款转让国际公约论我国合同法债权转让规则的完善”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 26 卷),香港金桥文化出版(有限)公司 2002 年版,第 364 页。

[40] 参见方新军:“保理合同研究”,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第 2 卷),中国法制出版社 2001 年版,第 382 页。

笔者认为,我国这种完全肯定禁止让与条款外部效力的做法,完全站在了债务人的一方,未能适当考虑受让人和让与人的利益,忽视了经济发展对债权交易的需求,不利于保障动态的交易安全,也与前述分析的当前主要立法的普遍发展趋势不符,如此立法显然过于保守,对经济的阻碍作用必将越来越明显,对此德国法已有前车之鉴,我们应该引以为戒。前已述及,对禁止让与条款效力的认定上,如果区分债权受让人善意与恶意的主观状态而对其效力做不同的区分,则既照顾了债权受让人的利益,维护了交易的动态安全,又可以适当保护债务人的权益,平衡债务人和债权受让人的利益,具有合理性。因此,我国未来的民法典应采取这种规制模式,即在未来的民法典债法总则中明确规定:禁止让与的约定有效,但不得对抗善意第三人。其含义如下:在受让人为善意的情况下,债权让与合同有效,待债务履行期届至时,受让人有权请求债务人清偿。但是,债务人可以追究债权人的违约责任。对此需再次明确的是,并非如有的学者所主张的那样,违反该约定会使债权让与合同也无效而应仿效《联合国国际贸易应收款转让公约》第9条、第18条第3款和第20条对禁止让与条款的内部效力限制,不允许债务人以债权人违反该约定为由解除合同。笔者认为,这一规定对于保护受让人的利益具有合理性,我国未来民法典也应做此限制,即债权人违反禁止让与的约定进行债权转让的,债务人不能以此为由解除合同。这是因为,如果允许债务人采取解除合同这种激进的方式,受让人的利益就不会有任何保障。而且,也会导致“禁止让与的约定有效,但不能对抗善意受让人”的规则无法得以贯彻。

(三) 禁止从权利让与条款之效力

上述我们探讨的是禁止主权利让与约定的效力,那么,如果合同中有禁止从权利让与的约定,又该如何认定其效力呢?一般国家民商法典尽管内容各有不同,均对禁止让与债权条款的效力做出明文规定,但很少有国家的民商法典对禁止让与从权利的条款的效力做出规定。我国对此问题仅在《担保法》中针对担保权做出了简要规定。《担保法》第22条规定,“保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定”。《最高人民法院关于适用〈担保法〉若干问题的解释》第28条具体明确为:“保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证债权同时转让,保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权让与的,保证人不再承担保证责任。”可见,我国法律完全承认保证债权中禁止转让约定的效力。这种规定的合理性是令人怀疑的。因为保证人之所以承担保证义务,很大程度上是为了主债务人的利益并且考虑了债务人的支付能力,而在债权让与中,主债务人根本未发生变更,因此债权让与一般不会保证人的利益造成影响,况且保证人在承担保证责任后还有权利向主债务人进行追偿,因此并没有特别理由绝对承认禁止转让担保权利约定的效力。对此已有学者明确指出:“债权转让融资中,善意受让人受让债权的价值更多地取决于担保权,倘若按照上述司法解释的做法,势必会影响受让人对债权风险的认定和估价,增加其调查费用,进而影响让与人的融资成本,甚至会影响融资行为的后果,恐不足取。”^[41]

那么,我国法律应做怎样的选择呢?对这一问题唯一做出明确规定的是《联合国国际贸易应收款转让公约》,其第10条第2款规定:“不论让与人和债务人或授予担保应收款偿付权利的其他人之间以何种形式达成限制让与人转让应收款或担保应收款偿付权利的协议,担保应收款偿付的权利仍根据本条第1款而得以移转。”同条第3款也规定:“本条不影响让与人因违反本条第2款协议所应承担的任何义务或责任,但是该协议的另一方不得仅以此种违反为理由而使原合同或转让合同无效。非协议当事人的任何人不得仅因知悉该协议而承担责任。”可以看出,上述规定几乎是该公约关于禁止让与债权条款的翻版,即绝对排除禁止让与条款的对外效力,无论是针对主债权的,还是针对担保权利的。虽然上述规定是专门针对担保权利的,但其实可做扩张解释使其及于其他从权利。不过,笔者认为该公约不区分当事人主观状态、而完全否定禁止让与条款外部效力的规定,主要系基于保理业务、国际应收款转让业务和金融机构的让与担保这些特殊领域注重债权交易性的考虑,而作为国内法和一般法的民法应贯

[41] 张谷:“论债权让与契约与债务人保护原则”,《中外法学》2003年第3期。

彻其帝王原则——诚实信用原则。基于此,我国对禁止从权利让与的约定应当区分受让人是否善意,如此,也与笔者前述所主张的主债权应遵循“禁止债权让与的约定有效,但不得对抗善意第三人”的立法建议相协调,即保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的,保证人不再承担保证责任,但债权受让人为善意的除外。此外,需要注意的是,虽然针对从权利的禁止让与条款无效,但是依据从权利本身的性质不能让与的,其仍然不能让与。

[**Abstract**] The Chinese law contains no provision on the effect of creditor's act of breaching anti - assignment agreements. A comparative study of the legislations and case laws of countries in the two major legal systems of the world as well as the relevant international conventions has revealed a common rule, i. e. , they all distinguish between the impacts of anti - assignment clauses on assignor, on the validity of the assignee's capture of the assigned credits, and on the effect of the contracts. This rule shall be adopted in the future Chinese Civil Code, which should expressly stipulate that anti - assignment agreements shall not challenge any bona fide third party, neither shall they make any impact on the assignment contract, but shall be fully valid as between creditor and obligator. Such stipulations not only respect the free will of the parties, but also embody the value orientation of safeguarding transaction safety.

(责任编辑:冉 昊)