

禁止债权让与特约：比较法的经验与启示

冯洁语*

摘要：《中华人民共和国合同法》第79条第2项规定当事人可以通过约定排除债权的可让与性。这一规则严重阻碍了债权流通，在我国未来民法典合同编的编纂中有修改的必要。目前出台的三部民法典学者建议稿均采纳了《日本民法典》第466条第2款的规定。但是，在2017年《日本民法典》的改革中，对该条进行了重要修改，其效力由对抗效力改为相对不生效。与日本法的修法类似，同采禁止特约立法的德国法与瑞士法均已经或着手修改其效力模式，形成了特别法的广义相对不生效模式和一般法的债权效力模式。从利益衡量、法律安定性及与债务人保护体系的衔接来看，一般法的债权效力模式是我国未来民法典合同编应当采取的模式。

关键词：相对不生效 日本民法修改 债权效力 禁止特约

一、当下立法的基本思路与问题

《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第79条规定了债权让与自由原则。与此种原则相反，同条又规定了三项不可让与的债权，其中尤其引人关注的是第2项“当事人约定不得让与的债权”。此种约定具有何种效力一直是法释义学展开的热点。我国学界通说认为，在债权出让人违反禁止特约让与债权的情况下，应当区分债权受让人是否知道禁止特约，如果受让人知道禁止特约，那么，禁止特约得对抗受让人，债权让与无效；反之，则不得对抗。^①此种区分缓和了禁止特约对债权让与的不利影响，兼顾了财产流通性、意思自治、交易安全。^②在债权受让人恶意的情况下，债务人享有债权让与无效的抗辩权。^③并且，由于我国不采物权行为理论，债权让与合同（原因行为）本身无效，债权让与也随之无效。^④新近学说则试图反思此类特约的法律性质，进而对其效力进行重构，在法释义学上主张应当采纳对债务人相对不生效的观点。^⑤

对于禁止特约效力的争议同样体现在立法论层面，目前的3部民法典学者建议稿中均贯彻了我国学界通说的观点，主张区分受让人的主观状态，限制禁止特约的效力。^⑥此种思路在我国未来民法典合同编的起草中得到了贯彻，如《民法典合同编（草案）（征求意见稿）》第85条在延续《合同法》第79条的基础上，增设了第2款，“当事人约定债权不得转让的，不得对抗善意第三人”。

* 南京大学法学院助理研究员、南京大学中德法学研究所研究员
基金项目：中国博士后科学基金项目“（2017M610314）、德国洪堡基金会洪堡学者项目（1194344）

① 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社2007年版，第209页。

② 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社2007年版，第209页。

③ 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社2007年版，第209页；王利明：《合同法研究》（第二卷），中国人民大学出版社2011年版，第214页。

④ 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社2007年版，第209页。

⑤ 参见冯洁语：《论禁止债权让与特约效力的教义学构造》，《清华法学》2017年第4期。

⑥ 参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由·债权总则编》，法律出版社2013年版，第238页；王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由·债法总则编·合同编》，法律出版社2005年版，第120页；徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第465页。

此种改进思路深受历史与比较法的双重影响。从历史角度看,尽管《合同法》第79条第2项未区分受让人的主观状态,但当时的起草者试图区分受让人的主观状态。^①从比较法来看,《合同法》第79条参考了日本法。^②我国目前通说所持的观点也正是《日本民法典》第466条的主张。

问题是,不论从何种角度看,此种立法思路均有过时之嫌。一方面《合同法》颁布于1999年,当时债权让与的发展程度尚低,如今债权让与已经成为重要的融资手段,仍然沿用当时的立法思路是否妥当存在疑问;另一方面,禁止特约的效力之争并非我国独有的,从《日本民法典》第466条的立法史来看,其参考了当时的德国民法典草案,即目前的《德国民法典》第399条第2支项。该条规定了禁止特约,并且文义上与我国法近乎相同。为了顺应债权让与的迅速发展,不论是1994年《德国商法典》第354a条,还是2017年的日本《关于修改民法部分规定的法律》(以下简称《日本债权法改革》)均对禁止特约的效力做了修正。此外,1911年颁布的《瑞士债法典》第164条第2款则规定了对禁止特约形式的限制,未记载在债权证书中的禁止特约,不得对抗债权人,其文义与我国学者所称的禁止特约应然模式类似。在此次《瑞士债法典》的修改中,学者对此同样争议颇多。

值此我国民法典编纂之际,有必要考察上述典型立法例为适应时代发展所做的转变。需要明确的问题有两点:其一,现行法中关于禁止特约的条款是否有修改的必要;其二,如果有修改的必要,应当如何修改,理由为何。

二、比较法上的修法动向

与我国《合同法》第79条第2项的规定相同,《德国民法典》第399条第2项、《日本民法典》第466条第2款,《瑞士债法典》第164条均规定了禁止特约,其效力虽然有所不同,但均认为在受让人恶意的情况下,债权让与不发生效力。我国学者所称的日本法对抗模式,不过是此种绝对效力模式的变种,是通过善意取得制度对绝对效力的缓和,在未修法之前,即使是最固守债权不得善意取得观点的德国法,也认可在禁止特约未记载在债权出让人出具的债权文书中时,债权受让人得善意取得债权。^③

上述3部法典均制定于19世纪末20世纪初,在历经百年之后,同采绝对效力模式的德国法、日本法与瑞士法均呈现了缓和禁止特约绝对效力的修法趋势,当然,修改方案并不统一。

(一)《德国商法典》第354a条的引入

《德国民法典》第399条第2支项规定了禁止特约,通说认为,违反禁止特约的债权让与绝对不生效力。^④禁止特约的此种绝对效力,对于债权的流通殊为不利。在德国法上最大的问题是,禁止特约严重阻碍了延长的所有权保留等新型债权让与形式的发展。^⑤因此,德国法释义学均试图修正禁止特约的效力,形成了若干理论,但收效甚微。

① 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2013年版,第148页。

② 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2013年版,第147页。

③ 我国学说传统上区分日本法与德国法的立法模式,参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第603页。相反,新近学说则否定了日本立法例的独立性,参见冯洁语:《论禁止债权让与特约效力的教义学构造》,《清华法学》2017年第4期;类似观点参见庄加园:《〈合同法〉第79条(债权让与)评注》,《法学家》2017年第3期。

④ Vgl. Jan Busche, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung, 2012, § 399, Rdn. 65; Grüneberg, in: Palandt BGB, 73. Aufl., 2014, § 399, Rdn. 12; Roth/Kieninger, in: Münchener Kommentar BGB, 7. Aufl., 2016, § 399 Rdn. 40; Blaum, Das Abtretungsverbot nach § 399 2. Alt. BGB und seine Auswirkungen auf den Rechtsverkehr, 1983, S. 100; Christian Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 291.

⑤ 在延长的所有权保留中,出卖人与第一买受人约定所有权保留,以担保其价金债权,为了促进资金流通,出卖人往往授权第一买受人得处分标的物,但一旦第二买受人取得该标的物后,所有权保留也无意义,出卖人的价金请求权无法得到保障,因此,出卖人也会与第一买受人在所有权保留中同时约定受让取得第一买受人对第二买受人的价金请求权。但是,第二买受人或可能与第一买受人就第一买受人享有的价金请求权达成禁止让与的特约。在延长所有权保留中,将来债权让与具有担保的特征,其构造也具有让与性担保的特征,债权让与首先并不通知债务人,在让与之后,第一买受人尚有收款授权,而一旦第一买受人无法履行对出卖人的价金债权,则出卖人得公开债权让与,并撤回对第一买受人的收款授权。德国法院的判例承认该禁止特约的效力,禁止特约并非是对处分的限制,而是产生了自始不得让与的债权。换言之,债权在预先让与生效之时,已经不具可让与性。从逻辑体系的角度考虑,此种债权属性逻辑上优先于债权的预先让与,因此,在将来债权中,违反禁止特约的债权让与同样不生效力。Vgl. BGHZ 51, 113 (116).

鉴于此种情况,1994年7月29日颁布的《德国商法典》第354a条对《德国民法典》第399条第2支项作了修正。第354a条第1款规定:“如果根据《德国民法典》第399条,与债务人约定排除金钱债权的让与,且创设该金钱债权的法律行为对于双方而言均属商行为,或债务人是公法上法人或公法上的特别财产(Sondervermögen),那么该债权让与仍然有效。但债务人仍得向原债权人为给付,并发生清偿的效力。另有约定的,该约定无效。”

德国法选择了特别法的、相对不生效的模式。从体系上来看,《德国商法典》第354a条第1款是《德国民法典》第399条第2支项的特别法。不论是从主体还是客体角度上看,《德国商法典》第354a条的适用范围均受一定的限制,即商人之间的金钱债权转让。

而在关键性的法律效果上,《德国商法典》第354a条选择的法律效果是广义的对债务人不生效。对此,应当从两个角度理解:一是第354a条第1款第1句、第3句规定的禁止特约的效力;二是第354a条第1款第2句规定的债务人选择权。

根据《德国商法典》第354a条第1款第3句,本条为强制性规范,当事人不得约定排除第354a条的规定。据此,在适用第354a条的情况下,债权让与禁止特约的物权效力被绝对排除。债权直接归属于受让人。根据第354a条第1款第2句,债务人享有“选择权”,即使债务人知道债权已经让与,仍然有权向原债权人为给付。当然,债务人享有的并非真正的“选择权”。^①因为根据第354a条,债权让与仍然有效,债权直接归属于债权受让人,在债务人与债权受让人、债权受让人之间并不存在选择之债。^②《德国商法典》第354a条第1款第2句指向的是已经做出的给付,^③原债权人享有的也不是收款权(Einziehungsrecht),其不得向债务人请求,原债权人享有的仅是受领权(Empfangszuständigkeit)。^④债务人向原债权人给付后,得向债权受让人抗辩债务已经清偿。债权受让人仅得基于不当得利请求返还。在这个意义上,《德国商法典》第354a条第1款是对《德国民法典》第407条第1款第1支项的扩展,其废除了债务人不知情的要件。^⑤

(二)《日本债权法改革》中的禁止特约

1898年制定的《日本民法典》第466条第2款规定禁止特约可以排除债权让与,但不得对抗善意第三人。在《日本民法典》制定之初,该条的设置是为了保护债务人。^⑥但在之后的发展中,该条的实际运用存在两个方面的问题。一方面像公共团体、金融机构这类地位较强的债务人往往利用禁止特约,限制债权让与。此种情况是《日本民法典》当时的立法者未能预期的。另一方面,其效力模式存在不透明的情况。^⑦就物权效果说来看,法院通过判例改变了其主张主体与债务人承诺的效力,学说对于物权效果有较多疑问。就债权的财产性来看,应当承认债权的可让与性。目前,多数观点认为应当对其效力加以限制。^⑧

2009年日本民法(债权法)改正检讨委员会主编的《债权法改正基本方针(检讨委员会试案)》第3章第3.1.4.03条对禁止特约的效力做了重新规定:“1. 即使是在债权人与债务人通过特约旨在不允许债权让与的情况下,违反该特约的让与的效力不受影响。但是,债务人得以该禁止特约对抗受让人。2. 尽管第1款中但书存在,债务人在下列情况中,不得以第1款中的特约对抗受让人。(1)债务人对让与人或受让人承认该让与时;(2)受让人对第1款中的特约构成善意且无重大过失时;(3)具备对抗第三人的要件的情况下,受让人进入破产程序时。3. 附第1款中特约的债权被扣押时,债务人不得以第1条中的特约对

① Vgl. Jan Busche, in: Staudinger BGB, Neubearbeitung, 2012, § 399, Rdn. 71.

② Vgl. Christian Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 282, Fn. 25.

③ Vgl. Christian Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 282.

④ Vgl. Karsten Schmidt, in: Münchener Kommentar HGB, 4. Aufl., 2018, § 354 a, Rdn. 19; Hopt, in: Baumbach/Hopt HGB, 38. Aufl., 2018, § 354 a, Rdn. 2.

⑤ Vgl. Christian Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 282.

⑥ 关于《日本民法典》第466条第2款的立法史,参见冯洁语:《禁止债权让与特约的效力论》,《甘肃政法学院学报》2016年第3期。

⑦ 法務省民事局参事官室「民法(債權關係)の改正に関する中間試案の補足説明」235-236頁参照。

⑧ 「民法(債權關係)部会資料9-2 民法(債權關係)の改正に関する検討事項(4)詳細版」14頁参照。

抗扣押债权。”^①

这一方案基本奠定了禁止特约效力模式的基调,即采纳对债务人不生效的模式。但是,对于何种情况下,禁止特约得对抗受让人的规定仍显过于宽泛。因此,随后成立的日本司法部的审议会提出的关于禁止特约的修改案几易其稿,目的在于进一步细化效力模式。

修正后的《日本民法典》第 466 条以表格形式整理如下:

表 1:禁止特约的效力

原则	不影响债权让与(修改后《日本民法典》第 466 条第 2 款)
例外	受让人或第三人知情或因重大过失不知情,债务人得拒绝给付或主张消灭(修改后《日本民法典》第 466 条第 3 款)
	知道或因重大过失而不知道附与限制意思表示之第三人的债权人扣押(修改后《日本民法典》第 466 条之 4 第 2 款)
	存款与储蓄债权让与知道该让与限制的意思表示,或因重大过失而不知该让与限制的意思表示的债务人或第三人,受让该债权(修改后《日本民法典》第 466 条之 5)
例外的例外	债务人不履行,且经相当时期催告(修改后《日本民法典》第 466 条第 4 款)
	扣押债权人(修改后《日本民法典》第 466 条之 4 第 1 款)

从《债权法改正基本方针(检讨委员会试案)》到日本司法部审议会的几部草案乃至最后的《日本债权法改革》,均对《日本民法典》第 466 条第 2 款做了修改。《债权法改正基本方针(检讨委员会试案)》一方面规定了禁止特约不影响债权让与的效力,另一方面则规定了债务人得以此对抗债权受让人。在债务人与债权受让人之间,此种对抗的含义是不得向债务人主张债权。因此,在此种模式下,债权让与实际在债务人与债权受让人间未发生,此种模式即是德国法上的相对不生效模式。^②而后《关于民法(债权法)改正纲要试案》和最终的修正案均沿用了这一方案。

从第一份草案到最后一份正式文本,相对不生效模式不断细化。此种细化体现在三个方面:第一,相对不生效模式下,债务人得对抗受让人中“对抗”的含义不断明确,也不断细化,乃至到最后形成的修改案直接放弃了对抗一词,转而赋予债务人明确的具体权利。第二,针对禁止特约的限制情形明确化,这一过程也是判例法理的成文化过程。第三,对相对不生效的例外情形的考虑。

1. 对抗效力细化。《债权法改正基本方针(检讨委员会试案)》中,检讨委员会仅笼统提及债务人得对抗恶意的受让人。与之相比,《关于民法(债权关系)的修改的中间试案》在明确表示禁止特约的对抗效力外,又具体列举了债务人得以清偿等消灭债权的事由对抗受让人。而《关于民法(债权法)改正纲要试案草案》首先确定了禁止特约不影响债权让与效力的基本原则,随后明确了禁止特约对抗效力的范围。

针对该试案的第 1(1)与 2(2)条,随后的会议中,又做了部分说明,以使立法者的意图更加明确。其中,值得注意者有两点:其一,第 1(1)条中的“第三人”文义不明,虽然审议会认为应当包括质权人等,但典型的第三人指债权受让人,有必要加以明确。^③其二,在将来债权让与中,试案规定了在通知或承诺做出后再约定禁止特约不具对抗力,审议会希望更加明确,在通知或承诺做出前约定的禁止特约得具对抗效力。

在最终形成的《关于民法(债权法)改正纲要案》则针对这两条说明,进一步做了修改。尽管审议会始终坚持相对不生效模式,但最终形成的《日本债权法改革》在文义上更接近《德国商法典》第 354a 条的立法模式,直接赋予债务人明确的抗辩。

2. 禁止特约限制的明确化。对禁止特约限制的明确化,一方面体现在判例法理的成文化。判例法理

① 民法(債權法)改正検討委員会「詳解・債權法改正の基本方針 III」(商事法務、2009 年)280 頁参照。

② 石田剛「債權讓渡禁止特約の研究」(商事法務、2013 年)221—222 頁。

③ 「民法(債權關係)部会資料 84-3 民法(債權關係)の改正に関する要綱案の原案(その 1)補充説明」4 頁参照。

的成文化是此次《日本民法典》修改的目的之一。《债权法改正基本方针(检讨委员会试案)》中规定了债务人承诺的效力,明确了“恶意”指明或因重大过失而不知,以及明确了禁止特约不影响扣押。这是对日本法院以往判例法理的成文化。当然,最终的方案有所删减。

另一方面,司法部审议会的草案进一步扩大了对禁止特约效力限制的范围。《关于民法(债权关系)的修改的中间试案》除了《债权法改正基本方针(检讨委员会试案)》中规定的三项之外,另外增加了债务人迟延履行时,不得以禁止特约对抗受让人,和债权让与已经具备对抗要件后,受让人破产时,债务人不得对抗受让人的破产债权人。这两条的增加,进一步明确了债权的财产性。前者避免了债务人通过禁止特约逃避履行,而后者则确保了债权作为责任财产的作用不至因禁止特约而受限。^①

3. 例外情形:存款债权的特殊性。在司法部审议会第83次会议中,也对存款债权的禁止特约问题作了讨论。鉴于存款债权大量存在,如果允许自由让与,则支付过于繁琐。并且基于反洗钱的要求,存款债权要求严格确认本人身份,因此,应当例外地允许禁止特约产生效力。^②

基于上述理由,可以认为日本法选择的修改模式是一般法的、相对不生效模式。

(三)《瑞士债法改革学者建议草案2020》第164条的学者建议

1911年颁布的《瑞士债法典》第164条第1款规定了债权得自由让与的一般原则与限制。该条第2款则规定了对禁止特约形式的限制,未记载在债权证书中的禁止特约,不得对抗债权人。其基础是合同自由原则:如果当事人得自由决定是否创设债权,那么也得自由决定创设不得让与的债权。^③

在《瑞士债法改革学者建议草案2020》中,^④学者对禁止特约的效力作了修正,该草案第164条规定:“1. 债权让与有效,不受债权人与债务人是否排除债权让与影响,也不受特定要件的影响。2. 债务人对债权人的损害赔偿请求权存续”。^⑤该条第1款明确了债权让与的有效性不受禁止特约的影响。换言之,学者建议禁止特约仅具债权效力。而第2款则规定了债务人因违反禁止特约的债权让与,对债权人享有损害赔偿请求权。因为,债权人的行为违反了不得让与债权的从义务。就该草案的法律构造来看,与《德国民法典》第137条相同,它们均规定了当事人合意不影响处分行为效力,仅具债法上的效力。

《瑞士债法改革学者建议草案2020》第164条选择的是一般法的、仅发生债权效力的模式。相较于德国法与日本法的改革,瑞士法学者选择了更为简单明了的改革方向,禁止特约仅在债务人与债权人之间发生效力,并不影响债权的让与性。此种简明的追求是瑞士法一贯的传统。^⑥ 债权受让人与出让人的利益得到了保护,而债务人的利益则通过债法上的损害赔偿请求权予以保护。鉴于此种模式更为简单,因此优先于相对不生效模式。相对不生效模式复杂了法律关系:根据当事人的不同,债权让与的效力同样不同。而此种繁复又是没有必要的,通过赋予债务人权利,同样得保护债务人的利益。^⑦

三、制度选择、利益衡量与体系融贯

从德国、日本、瑞士对禁止特约的修改来看,体现了3种不同的方向:以《德国商法典》第354a条为代表的特别法的、广义的相对不生效模式;以《日本债权法改革》为代表的一般法的、相对不生效模式;以《瑞士债法改革学者建议草案2020》为代表的一般法的、债权效力模式。在明确了存在3种可能的法政策改进路径后,进一步需要考虑的是如何评价的问题。

平井宜雄教授在其《法政策学》一书中,提出了法律制度涉及的一般评价基准,借由一般评价基准,为立

① NBL 編集部「民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き)」(商事法務,2013年)86頁。

② 「民法(債権関係)部会資料74B 民法(債権関係)の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(10)」16頁参照。

③ Vgl. Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, 2013, S. 491.

④ 当然,目前来看,该草案无法通过的可能性更大。

⑤ Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, 2013, S. 491.

⑥ Vgl. Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, 2013, S. 495.

⑦ Vgl. Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, 2013, S. 496.

法者的决断寻求支持。^①其提出的判断标准有“效率性”和“公正性”两点,两者处于对立的状态。^②平井的法政策学构想一方面固然探求法学理论本身,另一方面也试图统合与相邻学科的关系。^③与此种洋溢着社科法学意味的平井的法政策学构想相对,法学本身对于法律构造也存在相应评价。检验理论构成的优劣往往需要将其置于民法的体系中。一方面理论构成需要考虑其释义学的归属,需要进入到由概念组成的外部体系中,形成无矛盾的体系;另一方面,理论构成本身的价值取向是否妥当又需要与民法的内部体系相协调。^④立法中,固然存在立法者的恣意,但法释义学的方法论同样提供了评价立法的基准,某一条文立法的优劣取决于该条文在相应的概念—规则体系中与其他条文的衔接,取决于该条文体现的利益衡量是否妥当。在此基础上,审视各国对禁止特约的修改。

(一)禁止特约的本质与利益衡量

通说认为,禁止特约体现的是当事人的意思自治,当事人通过合意的方式约定了一个自始不具可转让性的债权。^⑤因此,可以说债权让与禁止特约存在的正当性是对意思自治的尊重。

但值得考虑的是,意思自治的边界何在?随着社会经济的发展,债权作为财产权的价值日益受到重视,允许当事人通过合意的方式,排除债权的可流通性,不仅涉及债权人与债务人两者,而且也涉及整个社会经济的发展与交易安全。这一点在物权的让与禁止中体现得更为明显,当事人不得以合意的方式限制物权的处分,否则的话,交易安全会受到影响。^⑥

在这个意义上,更需要考虑的是,禁止特约背后的利益衡量问题。事实上,从债权让与的发展来看,债权让与中始终贯穿着债权自由流通和债务人保护两种利益的平衡。^⑦禁止特约正是体现了对债务人利益的保护。不论是《德国民法典》第399条第2项,还是《日本民法典》第466条第2款,其立法过程均几经反复,最后立法者对禁止特约必要性的着眼点还是落到了债务人利益保护上。^⑧

从利益状况上看,也仅是债务人因禁止特约而获利。此种利益主要体现在经济与会计方面,而非法律方面。债务人通过约定禁止特约,确保其仅须与其债权人磋商。债务人以此节省了知晓债权让与的花费。其得向债权人作为给付,而无须检验是否为真正的债权人。债权让与中,如果债务人忽视了通知,就存在双重给付的风险。这在大规模交易中十分常见。如果债务人因疏忽,向债权让与人为给付,那么,仍须向债权受让人为清偿,仅得通过不当得利请求权,请求债权让与人返还给付,并承担债权让与人破产的风险。^⑨

相反,债权让与人对限制债权让与并无利益。^⑩其利益在于将债权作为货币信用或商品信用的基础加以利用,如通过保理等方式获得融资。这些利用均须以债权自由让与为前提。债权受让人的利益则正与债权让与人相对,其利益在于取得债权。

在债权让与当事人以外,债权的可让与性同样具有一般利益。如果债权得用于企业融资,则可改善社

① 平井宜雄「法政策学」(有斐閣、1987年)98—100頁。对平井宜雄的法政策学研究的介绍,参见解亘:《法政策学》,《环球法律评论》2005年第2期。

② 平井宜雄「法政策学」(有斐閣、1987年)154頁。

③ 大村敦志「紛争解決の民法学から制度構想の民法学へ」能見善久、佐藤岩昭、森田修、瀬川信久編「民法学における法と政策」(有斐閣、2007年)22頁。

④ 参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第328页、第360页。

⑤ Vgl. BGH NJW 1964, 243 (244); H. P. Westermann, in: Ermann BGB, 11. Aufl., 2011, § 399, Rdn. 3; 冯洁语:《论禁止债权让与特约效力的教义学构造》,《清华法学》2017年第4期。

⑥ Vgl. R. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., 2006, § 26, S. 434.

⑦ Vgl. Klaus Luig, Zession und Abstraktionsprinzip, in: Coing/Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band 2: Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin, 1977, S. 115 ff.; Hattenhauer, in: HKK BGB, 2007, § § 398—413, Rdn. 28 ff.

⑧ 以德国法为例,《德国民法典第一草案》明确否定了禁止特约的绝对效力,相反,在帝国司法部筹备委员会上,最终立法者认为债务人有现实被保护的需求。Vgl. ProtRJA 254 (Mugdan II, S. 573), bei Jacobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, § 399, S. 774.

⑨ Vgl. Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, 2013, S. 493.

⑩ Vgl. Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, 2013, S. 493.

会融资环境。当然,与之相反,对债务人正当利益的保护同样具有一般利益。^①

在这种情况下,对何种利益应当予以优先保护,取决于时代、社会的状况,取决于立法者的决断。例如,在《日本民法典》制定之时的“法典争论”中,法典延期派与法典断行派围绕是否允许债权自由让与、应当在何种程度上允许债权自由让与展开激烈的争论。最后形成的《日本民法典》第466条以自由让与为原则,以禁止特约为例外,极其明显地体现了立法者妥协的态度,试图调和两种利益。^②此种观点也见于《德国民法典》第399条第2项的立法过程中,立法者认为,对债务人而言,往往具有现实需被保护的利益,而对交易安全的保护可以通过诉讼法上的扣押制度实现。^③

相反,随着时代的发展,债权日渐成为重要的融资工具,债权的可流通性的利益日渐受到重视。

在1976年的第51届德国法学家大会上,对《德国民法典》第399条第2支项的存废进行了法政策学上的讨论。德罗布尼希在其报告中质疑,此种禁止特约与担保手段各尽其用的现代观点与需求不符。^④强势债务人得自由决定金钱债权能否作为担保,这是不合理的,债务人避免债权让与的利益,在今日不应优先于债权人对债权不受限让与的经济利益。^⑤因此,其提议修改《德国民法典》第399条第2项,至少应当修改为,“(当事人)仅得以合同的方式约定,可让与性取决于债务人的同意,债权人得请求债务人同意,除非债务人有重大理由拒绝”。^⑥

此种观点同样得到了《瑞士债法改革学者建议草案2020》起草学者的认同,其明确从比较法的趋势来看,对债权让与性的利益更为优位,而债务人的利益较之劣后。^⑦

在明确了债权自由流通的利益在当下社会中应当得到更高的评价之后,也就明确了对禁止特约的条款有修改的必要。但是,此种自由流通的利益应当评价到什么程度,禁止特约的效力从绝对阻碍债权让与转变为何种模式,固然一方面属于立法者政治决断的问题,但另一方面,也涉及选择的模式与其他债权让与规则之间的外部体系协调问题,尤其是与债务人保护制度的协调。

(二)禁止特约与债务人保护体系的契合

禁止特约作为债权让与中债务人保护体系的一环,应当与其他的债务人保护制度相协调。德国法、日本法代表了两种不同的债务人保护体系,而瑞士法则在德国法债务人保护体系中做了新的变化。

《德国民法典》对债权让与的效力采自由主义,债权让与合意达成即得对债务人与第三人发生效力,但对善意的债务人与第三人予以个别保护,而通知以后,债务人即不再构成善意,此为个别保护模式;相反,《日本民法典》对债权让与的生效采通知主义,以通过赋予通知和承诺对抗效力的方式,概括保护债务人与第三人。^⑧在通知主义模式下,不需要额外对债务人加以保护,在对抗要件具备前,对债务人而言,债权如同未让与,此为概括保护模式。日本法的此种债务人概括保护模式继受自法国法。^⑨

① Vgl. Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, 2013, S. 494.

② 星野通「民法論争資料集」(日本評論社、1969年)171-172頁参照;広中俊雄「第九回帝国議会の民法審議」(有斐閣、1986年)221-222頁。

③ Vgl. ProtRJA 254 (Mugdan II, S. 573), bei Jacobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, § 399, S. 774.

④ Vgl. Drobniq, Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Gutachten F zum 51. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. F 40.

⑤ Vgl. Drobniq, Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Gutachten F zum 51. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. F 78 f.

⑥ Vgl. Drobniq, Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Gutachten F zum 51. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Einundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1976, S. F 80.

⑦ Vgl. Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, 2013, S. 495.

⑧ 近江幸治「民法講義 IV 債權總論」(成文堂、2005年)259頁参照。

⑨ 池田真朗「債權讓渡の研究」(弘文堂、2004年)10頁。

而瑞士法中虽然通知的作用与德国法相同。但是,一则瑞士法对无因原则的继受有限,^①换言之,债权让与需要确定的原因;二则通过书面的形式要求,进一步强化保护了交易安全和债务人。^②在这个意义上,瑞士法比德国法更强调对债务人的保护,对债权流通性的限制也更多。

当然,各国选择的保护模式不同,但背后法理是相同的,即债务人的地位不应因债权让与人与债权人受让人之间的让与行为而恶化。善意债务人的地位不论是在德国法上还是在日本法上往往是相同的。在债务人的抗辩权、抵销权方面,不论采何种保护模式,所导致的最终结果是近似的。^③

但是,由于德国法放弃了通知的对抗效力,因此,债务人对债权让与的参与程度更低,实践中秘密让与、债权部分让与的现象也更为普遍。这就造成了三方面的问题,第一,债权出让人与受让人不通知债务人,或等到债权亟待收取时,才通知债务人。这就造成了债务人错误给付的风险与债务管理成本的增加。^④第二,德国法中,《德国民法典》第407条将债务人保护与其知情挂钩,通知只是知情的一种。^⑤对债务人而言,容易陷入困境。^⑥第三,第409条则规定了债务人得信赖通知,向非实际债权人为有效的清偿。但是,债务人须负担证明责任。^⑦

在此种情况下,允许债务人自己通过禁止特约排除债权让与,实现对自己的保护,有一定的正当性。在这个意义上,不难理解为何德国法难以彻底否定禁止特约的效力,这是德国债权让与的构造更偏向于债权流通后的纠偏。而此种对债务人保护的忧虑,在商事交易领域尤其是金钱债权的商事交易中,得到了消解,故而德国法更倾向于采用特别法的方式调整禁止特约的效力。

相反,在采概括保护的模式下,债权让与唯有经过通知才具备对抗效力,这就促使债权人或受让人尽快通知债务人。债务人在债权让与中的参与程度也相对较高,对债务人的保护也更为全面。在此次法国合同法改革以前,作为日本法母法的法国法,固守《法国民法典》第1690条的严格形式,固守通知对债权让与效力的必要性,在此种框架下,债务人在通知之前获得了完整的保护,并且债权让与未经通知,对外不发生效力,这就促使了债权让与受让人及时通知债务人,避免了德国法对债务人保护的不周。在这个意义上,可以说概括模式更倾向于债务人保护,而否定禁止特约则是相应的纠偏。^⑧

颇为值得关注的是,2016年法国合同法改革,扭转了债权让与的构造,从传统的通知主义,向德国法式的自由主义模式迈进,并且引入了禁止特约。修改后的《法国民法典》第1321条第4款规定,债权让与无须债务人同意,除非当事人约定该债权不得让与。第1323条第1款规定债权让与自让与行为达成之日起生效,关键性的第2款第1句规定,债权让与对第三人的效力也自行为之日生效。第1324条规定了通知和承认,均产生对债务人的对抗效力。

此种债权让与与部分的修改很大程度上受到了1981年颁布的法国《企业信贷保证促进法》的影响。^⑨

① 学说、判例对债权让与是否无因并无统一意见。Vgl. Bernd Stauder/Hidegard Stauder, Wirksamkeitsvoraussetzungen für Forderungsabtretungen, insbesondere zu Sicherungszwecken, in der Schweiz, in: Hadding/Schneider(Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen, 1999, S. 293-294.

② 当然,书面形式主要保护的是交易安全。Vgl. Astrid Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 619.

③ 乌特·乔尔根认为,从这几个方面无法得出各国对禁止特约采不同效力模式的依据。但是,其也认为通知的效力与禁止特约的效力模式相关。Vgl. Ute Goergen, Das Pactum de non cedendo, 1997, S. 188.

④ Vgl. Ute Goergen, Das Pactum de non cedendo, 1997, S. 50.

⑤ Vgl. Roth/Kieninger, in: Münchener Kommentar BGB, 7. Aufl., 2016, § 407, Rdn. 14.

⑥ 德国法上的知情排除了重大过失导致的不知,通过此种方式,尽可能维护对善意债务人的保护。但是,此种保护与概括保护模式相比,存在例外,在力度上始终有所不足。当然,通常情况下,两种模式下的结论是相同的。哈滕豪尔(Hattenhauer)将德国法的此种模式称为主观-客观混合模式,将日本法式的通知对抗模式称为纯粹客观模式,纯粹客观模式更符合法律确定性的要求,但会导致知情的债务人仍须向原债权人给付的问题。并认为主观-客观混合模式更优。Vgl. Hattenhauer, in: HKK BGB, 2007, § § 398-413, Rdn. 75. 本文不讨论何种模式更优,从债务人保护角度来看,纯粹客观模式对债务人更有利。

⑦ Vgl. Roth/Kieninger, in: Münchener Kommentar BGB, 7. Aufl., 2016, § 409, Rdn. 13. 《日本民法典》第478条规定的债权表见受让人制度与《德国民法典》第407条极为类似,在该条之外,仍需要规定通知的对抗效力,即在于确保债务人善意程度不至过高,且不用负担举证责任。潮見佳男「新債權總論 II」(信山社,2017年)422頁參照。

⑧ Vgl. Ute Goergen, Das Pactum de non cedendo, 1997, S. 188.

⑨ ビェール?クロック(齋藤由起訳)「フランス法における債務法改正後の債權譲渡」ノモス39号(2016年12月)1頁。

此种修改体现了经济界要求简化债权让与的呼声,使得债权让与更符合现代经济发展的需求。^①可以说,此次修改以后,法国法上的债权让与模式与德国法模式近乎相同。其在债权让与的构造整体更加偏向债权自由流通以后,引入了禁止特约,以保护债务人。并且,《法国商法典》与《德国商法典》类似,均以特别法的形式,限制了禁止特约在商事领域的效力。^②

采纳通知主义的日本法,由于立法当时法典延期派强烈的反对意见,无奈形成了“通知主义+禁止特约”的双重债务人保护模式,此种模式具有明显的妥协性与过渡性。也就是说,债务人在日本法的模式下,保护的必要性进一步降低。在这个背景下,2017年《日本民法典》修改,更倾向于提升债权可流通性的价值。

与德国法和日本法均不同的是,瑞士法固守了对债权让与的形式要求,债权让与必须采书面形式。即使是此次《瑞士债法改革学者建议草案2020》同样坚持了这一点。如果说在德国法和日本法的债务人保护模式下,债务人的法律利益得到了充分保护,禁止特约主要针对的是债务人的经济利益,如记账便利、避免债权让与产生的额外费用、简化可能产生的返还关系等,那么,在债权让与采书面要式的瑞士法中,禁止特约的此种功能,实际上为书面要式所替代了。在这个意义上,采纯粹的债权效力模式,更符合瑞士法的债务人保护体系。

由此看来,各国选择的债权让与构造与债务人保护体系,并非仅贯彻了一种利益,如更倾向于保护债务人利益的法国法、日本法、瑞士法不断试图放松对债权让与的限制。而更倾向于保护交易利益的德国法,则通过禁止特约,赋予债务人自己决定保护自身利益的手段,但又试图通过特别法的形式缓和禁止特约的效力。这些做法均体现了两个法系调和不同利益的努力。^③

四、我国未来民法典合同编中禁止特约的立法选择

上述德国法、日本法与瑞士法的修改经验,为我国未来民法典合同编的编纂提供了一定的启发。我国目前形成的3部民法典学者建议稿和《民法典合同编(草案)(征求意见稿)》第85条中所提供的方案,均不能令人满意。从这几部草案关于禁止特约效力的规定来看,几乎完全相同,均是肯定了债权让与禁止特约的物权效力,并限制其不得对抗善意第三人。从3部学者建议稿提供的域外立法例来看,选择此种模式主要参照了《日本民法典》第466条和《意大利民法典》第1260条。从比较法的经验来看,需要处理的问题有三:其一,是否需要修改《合同法》第79条第2项;其二,应当采何种效力模式;其三,是在作为一般法的《民法典》中处理该问题,还是留待特别法处理。

(一)修改抑或维持原状——我国现行法中债务人保护体系的“累迭现象”

首先需要考虑的问题是,在我国现行法下,对《合同法》第79条第2项是否有修改的必要。这一问题需要考虑禁止特约在我国债务人保护体系中的地位 and 利益衡量的问题。

正如上文所述,债务人保护体系大致可以分为个别保护与概括保护两种模式,就现行《合同法》而言,我国债务人保护体系存在累迭的情况,过度保护债务人的利益。我国债务人保护体系由3个部分组成,首先,《合同法》第80条规定了通知及对债务人的对抗效力;其次,在《合同法》第82条、第83条分别对债务人的抗辩与抵销权作了特别规定;最后,《合同法》第79条第2项规定的禁止特约,允许债务人为自己创设最全面的保护。

根据《合同法》第80条第1款,债权让与应当通知债务人(第1款第1句),并且在通知到达之前,债权让与对债务人不生效力(第1款第2句)。通知到达以前,债权让与不得对抗债务人。这就意味着,对债务人而言,债权让与如同未发生,债权受让人并未取得债权人的地位。因此,债务人得拒绝向债权受让人为

^① 中田裕康「2016フランス民法(債権法)改正」日仏法学29号(2017年)120頁。

^② 正是由于《法国商法典》规定的存在,也使得禁止特约的适用空间大为减少。ピエール・クロック(齋藤由起訳)「フランス法における債務法改正後の債権譲渡」ノモス39号(2016年12月)8頁参照。

^③ Vgl. Ute Goergen, Das Pactum de non cedendo, 1997, S. 226.

给付,并且仍得向债权让与人清偿。一切对债权让与人所为的法律行为产生的效力,均适用于债权受让人。从该条的意义来看,该条概括保护了债务人的利益,换言之,《合同法》第80条第1款采纳了日本法的概括保护模式。相反,《合同法》第82条、第83条则具体从抗辩与抵销权方面对债务人进行了特别保护,换言之,又借鉴德国法的规定,进行了个别保护。根据《合同法》第82条,债权原有的瑕疵同样移转给受让人,债务人对债权让与人的抗辩仍得向债权受让人主张。^①根据《合同法》第83条,债务人对债权让与人如果享有抵销权,那么,同样得向债权受让人主张。对抗要件具备前,产生抵销适状或必然产生的抵销适状,不受债权让与的影响。以上所述债务人所受保护,保护的均是债务人法律地位上所享有的利益。而在这些利益以外,债务人同样得因与债权受让人之间的特殊关系享有利益,如债务人与债权让与人长期进行交易,彼此较为熟悉,债权让与人对债务人的履行较为宽松。债务人的利益无法通过上述三个条文加以保护。《合同法》第79条第2项规定了债务人可以通过与债权人达成特约的方式排除债权让与。通过此种方式,彻底避免了债权让与带来的不利。

由此看来,我国债务人保护体系所采的模式是“通知主义+个别保护+禁止特约”的三重债务人保护模式,杂糅了两种不同的债权让与的构造和债务人保护体系。此种杂糅体现在对债权让与前后债务人保护的重复性。

尽管《合同法》第80条、第82条、第83条与《德国民法典》第404条、第406条、第407条类似,但《德国民法典》的规定区分了债权让与时点和债务人知情的时点,以不同的条文分别加以保护,适用上并无重复。以抵销为例,如果抵销适状出现在债权让与时或之前,则适用第404条,如果出现在债权让与后,债务人知情前,则适用第406条,或者第407条第1款。^②相反,我国《合同法》的规定则是没有必要的重复,所有条文的时间点均为对抗要件具备时。^③在这一点上,也体现出我国立法者不断强调债务人保护的利益,唯恐债权让与导致债务人地位的恶化。由此,在完整的债务人保护体系之外,立法者再规定《合同法》第79条第2项的禁止特约也就不足为奇了。

此外,我国立法者通过《合同法》第80条第1款第1句规定,试图促使债权人尽早通知债务人债权让与的事实。^④

由此看来,我国债权让与的构造取向是严重偏向债务人保护的,此种保护并没有必要。我国债权让与体系目前过于强调债务人利益,忽视了交易便利。因此,在我国未来民法典合同编的编纂中,应当尤其注意维护交易安全,促进交易。令人遗憾的是,目前的《民法典合同编(草案)(征求意见稿)》在债权让与通知和债务人保护问题上,大体沿用了《合同法》第79条以下的规定。例如,《民法典合同编(草案)(征求意见稿)》第86条第1款第1句规定债权让与应当通知债务人;第86条第2款第2句、第89条第1款、第90条均以债权让与通知的时点为界,规定了债务人对受让人得主张的权利。

值得关注的是《合同法》第87条的规定,在多重让与的情况下,债权让与可以登记的,则债务人应当向最先登记的受让人履行;不能登记的,债务人应当向最先通知的受让人履行。从条文表述来看,似进一步向日本法的债权让与通知主义模式转变。

在这个意义上,可以说《民法典合同编(草案)(征求意见稿)》中对债权让与的规定,不论是外部体系方面还是利益衡量方面,仍然存在过于倾向债务人保护的问题。这一问题可以说更甚于现行《合同法》。鉴于禁止特约的绝对效力,采个别保护模式的德国法上已然开始反思禁止特约在债务人保护上的“过度溢出”。^⑤即使是修法后引入了禁止特约的法国法,也以特别法的形式,限制其适用范围。因此,与德国法、

① 参见崔建远、韩世远、于敏:《债法》,清华大学出版社2010年版,第140页。

② Vgl. Roth/Kieninger, in: Münchener Kommentar BGB, 7. Aufl., 2016, § 404 Rdn. 12.

③ 《日本民法典》与我国法的规定类似,但以抵销为例,《日本债权法改革》第469条的时间点同样是对债务人的对抗要件具备,对第三人对抗要件不具备,换言之,与德国法的规定类似。潮見佳男「新債權總論II」(信山社,2017年)438頁參照。

④ 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2013年版,第150页。

⑤ Vgl. Canaris, Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, FS—Rolf Serick, 1992, S. 9 ff.

法国法和日本法相比,我国《合同法》第 79 条第 2 项更有修改的必要。

(二) 债权效力模式抑或相对不生效模式

尽管德国法、日本法与瑞士法代表了两种不同的修法方向,德国法与日本法均采用了相对债务人不生效的立法模式,但债权效力模式可以说是比较法上的趋势,瑞士法自不待言,学者建议的方案明确采纳债权效力模式,这是利益衡量的结果,也是因为相对不生效模式在法律明确性上有所欠缺。这一点也正是采纳了广义相对不生效模式的《德国商法典》第 354a 条受到了学者激烈的批评的原因所在。此种趋势还表现在日本法修改所采纳的相对不生效模式在不断细化的过程中逐渐向债权效力模式过渡。

瑞士法学者选择采债权效力模式的原因一方面在于债权可让与性的利益在社会的发展中不断提高,另一方面在于债权效力模式的简单明了。相对不生效模式区分了债权让与与的内部效力与外部效力,对债务人而言,债权让与不生效力,相反,在与其他人的法律关系中,债权让与有效。此种做法造成了债权的相对归属,法律关系不够明确。

此种批评同样见于采纳了相对不生效模式的德国法。在《德国商法典》第 354a 条实施以后,所采纳的广义的相对不生效模式也受到了学者的批评,批评的焦点在于相对不生效模式下债务人选择权的不合理性。债务人有权向原债权人为给付,此种“选择权”仅受一般性的禁止权利滥用原则的约束。在债务人向原债权人给付后,债权受让人需承担债权让与人破产与转卖的风险。这就破坏了法律安定性。^①

从日本法的发展来看,相对不生效模式在不断的细化中与债权效力越来越接近。尽管不论是日本民法(债权法)改正检讨委员会还是之后的司法部民法修改审议会均采相对效力(相对不生效)模式,但在最终形成的《日本债权法修改》中,审议会删除了关于债务人得以禁止特约对抗债权受让人表述,仅保留了债务人基于禁止特约所享有的抗辩(权)。仅就条文文义来看,在违反禁止特约的债权让与中,债务人仅享有履行选择权及与债权让与人为法律行为消灭债权的权利。在这个意义上,《日本民法典》第 466 条第 2 款的修改方向类似于《德国商法典》第 354a 条,通过赋予债务人权利的方式,实现禁止特约保护债务人的目的,并在所有的法律关系中,维持债权让与的效力。

比《德国商法典》第 354a 条更为先进的是,《日本债权法改革》对禁止特约的限制做了更细化的规定。债务人的抗辩只有在受让人知情或应当知情的情况下,才得主张。这在一定程度上避免了德国法学者对《德国商法典》第 354a 条中债务人选择权过于恣意的批评。此外,日本法对债务人的抗辩权还设置了一定的例外规则。通过这些限制规定,禁止特约的实际效力更进一步被限制。在这个意义上,可以说日本法所选择的模式比德国法更加趋同于债权效力模式。

(三) 特别法抑或一般法

在明确了禁止特约应当采债权效力模式后,需要考虑的问题是,对债权让与禁止特约效力的修正应当以特别法的形式进行还是以一般法的形式进行。对此,有两种可能的立法模式:其一,在承认债权让与禁止特约绝对效力为原则的基础上,通过商事特别法的规则加以限制;其二,在承认债权让与禁止特约仅具债权效力的原则上,通过商事特别法的规则设置例外。前者如《德国商法典》第 354a 条的规定即是,后者如此次《日本民法典》的修改与《瑞士债法改革学者建议草案 2020》。

我国目前的司法实践,存在区别对待保理商作为债权受让人与一般债权受让人的倾向,有学者认为在保理债权让与中,债权流通性更值得保护。^② 此种观点类似《德国商法典》第 354a 条的立法例,但区分商事债权让与和一般民事债权让与的做法并不妥当。一方面私法的统一及法律安定性要求,所有的债权应当尽可能适用相同的让与规则。对债权让与性的要求本应是一个民法上的一般规则,而非商法上的特别规则,维护债权让与流通性利益的规则更应该属于民法典的规则,而非商法典中的规则。^③

^① Vgl. Astrid Bauer, 354 a HGB—eine geglückte Lösung eines rechtspolitischen Problems?, 2001, S. 337.

^② 参见黄斌:《国际保理业务中应收账款债权让与的法律分析》,《清华大学学报》(哲学社会科学版)2006 年第 3 期。

^③ 参见[德]卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版,第 641 页。

当然，立法者做出此种区分有其“理性的权衡”，其主要为了保护中等企业的交易利益，保障其债权的再融资功能。因此，有学者指出，《德国商法典》第 354a 条并不违反《德国基本法》第 3 条第 1 款的平等对待原则。^① 尽管如此，此种区别保护显然并非是“最合乎目的、最理性、最适当的方案”。双方商行为的要件本身并无必要。在债务人是非商人的情况下，对债务人而言，由于《德国商法典》第 354a 条第 2 句提供了足够的保护，适用《德国民法典》第 399 条第 2 支项还是《德国商法典》第 354a 条并无区别。^② 而在债权人是非商人的情况下，正如上文所述，德国法通说已然认可《德国商法典》第 354a 条得类推适用于自由职业者的情况。双方商行为这一要件的意义并不明显。

另一方面，所有对非商人的债权仍然适用具有绝对效力的禁止特约，这对资金配置、交易便利而言仍然是巨大的阻碍。并且这一区分，在实践中会导致必要费用的产生。^③

五、结论

债权让与中的利益衡量是债权让与研究中永恒的主题，在不同的时代背景下，如何解决债权可让与性和债务人保护之间的冲突，不仅是法释义学研究的重点，也是法政策学研究的起点。禁止债权让与的特约作为债务人保护手段的最强一环，体现了各国立法者对债务人保护的重视。但是，随着经济社会的不断发展，债权让与逐渐演变为企业重要的融资手段，如保理、资产证券化等均以债权让与为核心，债权可让与性的利益越来越重要。在此背景下，原先规定了禁止特约绝对效力的各国均试图修改现行法。在这过程中，形成了以《德国商法典》第 354a 条为代表的特别法的、广义相对不生效模式，以《日本民法典》为代表的一般法的、相对不生效模式与以《瑞士债法改革学者建议草案 2020》第 164 条为代表的一般法的、债权效力模式。

从法律明确性和理论的彻底性角度来看，债权效力模式是比较法上的趋势，也是我国未来民法典合同编编纂中应当借鉴的模式。现行《合同法》第 79 条第 2 项应当被修改为：“当事人约定债权不得让与的，此种约定不影响债权让与的效力。”

责任编辑 张家勇

^① Vgl. Astrid Bauer, 354 a HGB—eine geglückte Lösung eines rechtspolitischen Problems?, 2001, S. 84 f. 相反意见参见[德]卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社 2006 年版，第 638 页。

^② Vgl. Astrid Bauer, 354 a HGB—eine geglückte Lösung eines rechtspolitischen Problems?, 2001, S. 78.

^③ Vgl. Ute Goergen, Das Pactum de non cedendo, Nomos, S. 189—190.