

保理法的再体系化

李 宇 *

内容提要：民法典保理合同章呈现浓郁的议题色彩，存在保理交易特别规范和债权让与一般规范交织、负担行为与处分行为规范共存等现象。议题式的法典仍需体系化地适用。保理法再体系化的要义在于：在民法典之外，确立保理交易法与保理业法的合理区隔；在民法典之内，对保理合同章的诸规范作层层拆分、还原，发掘其中的总则性规范品性，最大化地发挥其统领债法及贯通债物二法的体系效益。保理交易法具有价值中立性，不含管制目的；保理业法关于主体、客体、内容等事项的监管规定不影响保理合同构成与效力，亦不影响保理合同章中债权让与规范的适用。有追索权保理规范兼具让与担保一般规范的意义，可以为各类让与担保提供支持。应收账款转让登记制度外接质押登记制度和其他登记对抗主义规则，彼此的外观歧异并不意含内在差别，而是基于同一法理：应收账款转让未经登记的，不得对抗扣押债权人、破产债权人等第三人。登记作为公示方法具有压倒性优势，民法典第 768 条中的通知对抗规则和按比例取得规则仅具理论意义。

关键词：保理 债权让与 有追索权保理 无追索权保理 让与担保

一、问题的提出

保理是我国民法典新增有名合同中唯一的全新类型。放眼全球，保理合同有名化实属另类。保理入典，与其说是普遍经验的借鉴，不如说是实践需要的推动。理论准备不足、司法经验有限、立法进程匆促，酿成了保理合同的解释争议远多于其他有名合同的局面。保理合同法是否适用于保理商以外主体所为之债权让与？有追索权保理中保理人如何向应收账款转让人及债务人行使权利？应收账款转让登记是否具有一般性的对抗第三人效力？凡此种种争议，在法典化之后并未消弭，其解决有赖于整体检视保理法的体系。民法典保理合同章仅为保理法之中心，本章与外部规范之间、本章内部诸规范之间有不同层次的结构，有待理清。与其他混合合同通常只是组合数种有名合同不同，保理合同以债权转让为要素，债权转让系债法总则的制度而非某种有名合同，且与其他财产权转让具有内在共通性，属于财产法总则范畴。债权转让在各国民法典中通常被置于债法，多是出于立法技术上的便利，究其本质则与物权等其他财产权

* 上海财经大学法学院副教授。

转让同构。因此,保理法天然地纵贯债法总则、横跨债物二法。此种体系上的多层次性、强关联性为其他有名合同所无。在保理合同章的九个条文之中,又以追索权及应收账款转让登记最具体系上的特色。有追索权保理和无追索权保理规范看似属于内设于保理合同法的专有规范,实则与债法余部及物权法紧密勾连,而应收账款转让登记在财产法上的体系联动效应则更为显著。财产处分之公示及对抗第三人效力,实具财产法总则性,系债法与物法共通之制度。民法典第768条既然为应收账款转让设置了公示方法并赋予其对抗效力,此项制度已不限于合同法分则之一隅,而具有财产法总则的全局性意义。本文尝试在既往文献基础上有所推进,聚焦于分歧较大的争点,以解释与适用上的再体系化为主线,谋求具体问题的解决。

二、保理法的三重体系

(一) 三重体系之界分

1. 保理交易法与保理业法之区分

保理属于混合合同,除保理合同章外,尚需视其内容分别适用买卖、借款、信托等规定;应收账款转让并适用合同法通则中的债权让与规定。凡此私法规范,可统称为保理交易法。与此相对立者,乃公法性的保理业务监管规范,可称为保理业法。不同于保理交易法之大体完备,我国迄今不存在完整的保理业法(并非坏事,保理业法并非必要):在中央法层面,尚无法律、行政法规,仅有作为部门规章的《商业银行保理业务管理暂行办法》(中国银行业监督管理委员会令2014年第5号,以下简称“暂行办法”)与作为其他规范性文件的《中国银保监会办公厅关于加强商业保理企业监督管理的通知》(银保监办发〔2019〕205号,以下简称“205号文”);在地方法层面,主要是关于商业保理企业监管的地方性法规和其他规范性文件。

保理交易法彰显民法抽象性预设之基调,对于合同主体、交易客体^{〔1〕}皆不设限。保理业法的管制主要表现在人、物、事即主体、客体、内容三个方面。在主体上,有观念倾向于保理人须为保理商(银行业金融机构和商业保理企业)。在客体上,对于可叙做保理的应收账款有各种限制。在内容上,保理人的营业限于特定范围。关于保理合同的定性及效力判断,当前学说和实务存在私法与公法思维不分现象。但细究现行法,此三方面的公法管制皆不足以对保理交易法产生实质影响。

2. 保理交易特别规范与债权让与一般规范之区分

纵观民法典保理合同章,保理交易特别规则少于债权让与一般规则:第761条保理合同定义、第762条保理合同内容与形式、第766条有追索权保理、第767条无追索权保理,为保理交易而设;第763条虚构债权、第764条受让人让与通知、第765条基础交易合同变动、第768条重复让与,皆为债权让与规则,第769条作为引致规范链接债权让与制度。第766条、第767条分别体现债权让与担保和债权买卖的法律构造,兼具一般规范的意义。

上列债权让与一般规则,抽象程度各异。第763条、第764条适用于各种债权让与。第765条仅适用于合同债权让与:让与人与债务人变更或消灭基础交易合同的行为,是对合同关系的处分,让与人所让与者仅为债权,对合同关系整体的处分权仍留于让与人和债务人之手,

〔1〕 保理合同的客体是给付,包括债权人的给付和保理人的给付。应收账款是应收账款让与行为(处分行为)之客体,而非保理合同之客体。为行文简便,本文将应收账款称为保理交易客体。

该处分虽波及受让人所得债权，但受让人并非当然得以受让债权为由否定合同关系处分的效力；法律自亦需顾及受让人利益，所划定的界限即为正当理由标准，体现让与人和债务人合同自由（包括合同关系处分自由）与受让人既得债权之间的平衡。非合同债权让与无此合同关系处分与债务人合同自由保护问题，让与后，让与人已无任何处分权可言，故其变更或消灭债权之行为概不生效力。第766条与第767条的债权让与担保与债权买卖效果，可适用于各种债权的让与。第768条前三分句仅适用于应收账款让与；他种债权的让与，现行法未确立以登记或通知确定优先顺序的规则，而公示要件事关第三人利益，原则上取决于特别规定。该条第4分句悖于权利让与法理，且无法适用于因无偿合同让与债权（不存在融资款与服务报酬），故不具有一般规则的品性，不适用于非因保理的债权让与。

非因保理的债权让与，适用（而非类推适用或参照适用）保理合同章中的债权让与一般规则。法律规则的体系位置不同于法律条文的体例位置。决定适用抑或类推适用者，是体系位置而非体例位置。正如我国民法典合同编中的债之一般规则，虽在体例位置上处于合同编，但在体系位置上属于债法总则，故第468条称适用而非参照适用。

3. 负担行为规范与处分行为规范之区分

从法律行为视角观之，保理合同章的规范结构亦具双层性，一层与负担行为相关，一层与处分行为相关。民法典废除原合同法第51条并明定无权处分不影响买卖合同效力，彰显负担行为与处分行为的区分。保理合同与买卖合同等同属负担行为。保理合同定义、内容与形式规定皆针对负担行为；第766条、第767条明确了负担行为层面的各方权利义务。本章中债权让与规定属处分行为规范。第769条规定，本章未定事项适用合同编第六章债权转让规定。称适用而非参照适用，表明本章和通则中的债权让与规定原为一体。唯本章中可适用债权转让有关规定者，限于处分行为。合同法通则的债权转让规定，系处分行为相关规范，不适用于作为负担行为的保理合同。

处分行为属于中性行为，厘清负担行为和处分行为规范，有助于进一步辨明前二重体系。首先，保理业法中监管规定之违反，充其量影响负担行为层面，而不及于处分行为。况且，保理业法诸多监管规范旨在防止托名应收账款转让而从事其他金融活动。若应收账款转让真实发生（处分行为生效），反而有利于管制目的之达成。其次，保理合同章各条文虽皆使用保理、保理人字样，但如其规范对象是处分行为，则属于应收账款或债权让与之一般规范，行为人是是否保理人、原因行为是否保理合同，对于该条规范之适用不具决定性。

（二）三重体系观下保理合同的定性、效力与法律适用

1. 保理合同主体资质

合同主体有无特定资质不影响合同定性与效力。决定合同性质者，乃合同内容，除非有名合同规范将具有某种特定资格明文列为该种合同的构成要件。若公法对合同主体有特别管制，至多影响合同效力，但不改变合同定性。例如，无资质承包人所订建设工程合同无效，但该合同仍不失为建设工程合同。以往有观点将保理限定为保理商所订合同（《天津市高级人民法院关于审理保理合同纠纷案件若干问题的审判委员会纪要（一）》，津高法〔2014〕251号，以下简称“天津保理纪要”，第2条第2款第1项）。民法典第761条对当事人资质未设限制：所称债权人，包括自然人和组织；称保理人而非保理商，不以保理业者为限。保理商以外主体从事保理业务是否将导致保理合同无效，系另一问题，即便认为该事由足以影响保理合同效力，其法律后果亦无非是保理合同无效，而非不构成保理合同。

就现行法而言,保理商以外主体从事保理交易的,不影响保理合同效力。现无任何法律、行政法规、部门规章对保理业实行许可主义。“暂行办法”仅规范银行业金融机构的保理业务(第35条),不涉及其他主体从事保理业务的资格。“205号文”未禁止商业保理企业以外主体从事保理业务。该文件并非部门规章,不得设定行政许可与行政处罚(行政许可法第17条、行政处罚法第16条)。《银行保险机构许可证管理办法》未对商业保理实行许可证管理。近年来陆续颁行的各种地方性法规倾向于将商业保理公司定性为地方金融组织,但通常未专设行政许可,而是引致性地规定应依法律、行政法规和国家规定取得许可。^{〔2〕}但因无法律、行政法规和国家规定对保理业设置行政许可,故迄今未有保理业资格的强行规定。保理商以外主体从事保理业务,自无违法无效可言;因保理业务无关公序良俗,亦无背俗无效之余地。

将来若有法律、行政法规对保理业实行许可主义,违反其规定非必然导致保理合同无效。超越经营范围不影响合同效力,除非违反法律、行政法规强制性规定所设定的经营范围限制,且该违反导致法律行为无效(结合适用民法典第505条与第153条第1款)。实行许可主义的理由,无非在于金融业法的特殊考虑,但保理业务并非一概属于金融业务。非融资保理并非金融活动;融资保理中,无追索权保理性质为债权买卖,亦不属于金融活动,有追索权保理含有借款的性质,或可归入金融活动。但有追索权保理毕竟与债权转让相结合,并非单纯的借款,况且借款业务是否当然属于金融业务,亦属可议。因此,将保理业务列为金融业、实行许可主义,并非理所当然。^{〔3〕}就立法论而言,对不属于金融活动的业务一体实行金融业准入制度,原本欠缺妥当性。就解释论而言,将来解释法律或行政法规中的金融业务概念时,至少应将非融资保理和融资型的无追索权保理排除在外。

2. 保理交易客体的适格性

(1) 各类未来应收账款皆可让与

民法典第761条所称“将有的应收账款”,包括有基础关系和无基础关系的未来应收账款(纯粹未来债权)。保理合同成立时基础交易合同尚未订立的,不影响保理合同定性与效力。若基础交易合同嗣后未订立,保理人不能取得债权,让与人应负违约责任。

对于未来债权的可让与性,有观点以可期待性标准或发生可能性标准加以限制,认为以不具有合理可期待性的应收账款为客体的保理合同无效或不构成保理合同而以借贷论,或者认为作为保理合同客体的未来应收账款应具备高度发生可能性。^{〔4〕}此类见解皆未正确区分负担行为与处分行为。在负担行为层面,应收账款的存在或具备特定性,并非保理合同之要件。让与人未取得未来应收账款或其处分权,不影响保理合同成立与效力。只要有负担让与应收账款之义务的意思(无须指明特定的或概括的应收账款范围,而可留待转让时确定),即已具备保理

〔2〕 例如《天津市地方金融监督管理条例》第11条第1款;《上海市地方金融监督管理条例》第9条第1款;《浙江省地方金融条例》第9条第1款;《江苏省地方金融条例》第11条第1款。

〔3〕 俄罗斯联邦民法典的变迁颇具说明意义。该法系少有的专章规定保理合同的代表性民法典。该法第825条原先规定,银行和其他信贷组织以及具有保理业务许可证的其他商业组织,可作为保理人订立保理合同。2009年修法时,完全废除对保理人的许可要求,新第825条规定,商业组织可作为保理人订立保理合同。此项修改带来了保理市场繁荣,不仅新的保理企业大量出现,而且诸多银行将其保理业务部门改组为独立子公司,各大型银行集团也开始关注保理业务,纷纷设立下属保理企业。See Mikhail Treyvish, *Factoring in Russia, A Self Sufficient Market*, in Patrick de Villepin (ed.), *Factors and Actors: A Global Perspective on the Present, Past and Future of Factoring*, Peter Lang, 2018, p. 259.

〔4〕 参见詹诗渊:《保理合同客体适格的判断标准及效力展开》,《环球法律评论》2021年第5期,第92页。

合同的要素。若以应收账款未实际发生或不具有合理的发生可能性为由将其定性为借贷或其他合同，有违当事人意思，且无端剥夺让与应收账款之请求权。若嗣后应收账款未发生致不能移转，让与人应负违约责任（参照适用民法典第597条第1款）。在处分行为层面，作为处分行为生效要件的客体特定性（确定性），不同于可期待性与发生可能性。^{〔5〕} 客体特定针对的是某财产是否区别于处分人的其他财产，所谓可期待性或发生可能性针对的是某财产能否实际发生或存在。某一未来财产虽现时尚未发生，但可区别于处分人其他财产的，即已满足特定性标准，而可期待性或发生可能性标准是否满足，对于处分行为效力并无影响。未来财产虽有可期待性或发生可能性但终未发生的，受让人不能取得该财产，此前可期待性或发生可能性再高，并无意义；须待其实际发生时，受让人方可取得，而其实际发生时，此前可期待性或发生可能性再低，亦无意义。未来财产的登记标准为合理识别标准，指向登记财产是否区别于处分人其他财产的问题，^{〔6〕} 与可期待性或发生可能性无关。故以可期待性或发生可能性作为判定标准，是对处分行为甚至负担行为新加额外要件，无任何法理依据。^{〔7〕} 就法律依据而言，民法典第761条对将有的应收账款并未设限。^{〔8〕} 与登记制度相结合，其意义在于，优先顺序可在处分行为生效之前即预先固定。让与未来债权的，虽在债权发生后受让人始得享有，但取得债权之顺序却可先行登记确定，排斥未登记者或后登记者，由此最大程度地实现未来债权的可让与性（否则潜在受让人的交易安全难获保障，未来债权的流动性未免较弱）。若未来债权后未发生，则虽有登记，受让人亦无从取得权利。概言之，未来债权的可转让性纯属处分行为问题，无涉负担行为性质和效力。

此外，就实践理性而言，纯粹未来债权让与系商业风险考量问题，不涉及法律上的价值判断，应由交易者自行把握；认定未来债权能否发生、有无可期待性，超出司法者的判断能力。所谓合理可期待性标准本身即无合理性，纯属主观标准（特定性则属客观标准），完全取决于判断者的主观认识，无法得出技术上可操作的基准，^{〔9〕} 必然流于恣意。保理交易的常态是概括让与，债权人通常是打包式、一揽子将多笔应收账款让与保理人（其中包含未来应收账款），保理人基于对应收账款资产池的综合考量而授予信用额度或提供融资。如以可合理期待性之有无或高低评判保理合同效力，将导致保理合同部分乃至全部无效的后果，割裂交易的整体性，破坏商业规划，致使合同目的落空。

（2）应收账款适格性的监管规定不影响私法效果判断

“暂行办法”规定，商业银行不得基于不合法基础交易合同、寄售合同、未来应收账款、

〔5〕 将此混为一谈的见解，参见茆荣华主编：《上海法院类案办案要件指南》第4册，人民法院出版社2021年版，第467页以下。

〔6〕 概括描述可以通过描述期限（例如未来5年内的应收账款）、种类（例如出售某产品所得的全部应收账款）等方法为之，不以指明债务人或确定债权数额为必要。

〔7〕 比较法上皆采可确定性要件，不存在所谓可期待性要件（例如《国际保理公约》第5条；《联合国国际贸易应收款转让公约》第8条第1款；国际保理商协会2014年《保理示范法》第7条第2款）。某些立法例明定，可保理、可让与的未来债权包括依未来签订的合同所生债权（如俄罗斯联邦民法典第826条第1款）。

〔8〕 民法典编纂时，有法官建议对保理定义中的未来债权作适当限制，限定为可期待的或未来预期发生的债权，未被立法机关采纳。参见本书编写组编：《民法典立法背景与观点全集》，法律出版社2020年版，第348页。

〔9〕 持可期待性标准者对于该标准的界定言人人殊。一说认为已有基础关系的未来债权也受制于该标准，无基础关系的未来债权则需经个案判断以认定有无合理的可预期性（参见前引〔5〕，茆荣华主编书，第468页）。另一说认为有基础关系的未来债权的可期待性明显高于无基础关系者，故未来债权应限于有基础关系者，无基础关系的未来债权不适合叙做保理（参见李阿侠：《保理合同原理与裁判精要》，人民法院出版社2020年版，第110页）。

权属不清的应收账款、因票据或其他有价证券所生付款请求权等开展保理融资业务（第13条第1款第2句）。违反该规定的后果仅为监管机构可采取银行业监督管理法第37条所定监管措施（第33条），尚不发生行政处罚。而该办法对于较严重的违反行为，则规定可依银行业监督管理法实施处罚（第34条）。可见，该办法对应收账款适格性的限制，仅出于控制银行内部风险的考虑，且仅设较轻制裁。违反此类规定，尚且未达到行政处罚的门槛，更不足以在民法上否定合同效力。“205号文”有类似的禁止规定（仅未提及未来应收账款），但未设违反后果。银行业金融机构的经营活动常涉公共利益，部门规章尚且未对违反应收账款适格性要求的行为严厉制裁，商业保理企业的涉公益属性远不如银行业金融机构，自更不应将违反“205号文”作为认定合同无效之理由。

应收账款不适格的各种情形，法律后果不一。基础交易合同不合法，可能不影响该合同效力，也可能导致该合同无效。基础交易合同效力不受影响的，应收账款仍可发生，保理合同及让与行为效力均不受影响。基础交易合同无效的，应收账款通常无由发生，让与行为自无法发生效力，保理合同效力则不受影响，让与人应负违约责任；但基础交易合同被确认无效后的金钱返还或折价补偿请求权、损害赔偿请求权，不妨被解释为应收账款，如其可让与性未受法定限制，处分行为仍可生效。基于寄售合同的应收账款，法律上并无禁止保理、让与的理由及根据，以之为保理交易客体，不影响保理合同及让与行为效力。未来应收账款若届时未发生，让与行为无从生效，但保理合同效力不受影响。权属不清的应收账款，嗣后终能确定权属，如归属于让与人，则让与行为发生效力，如属于他人又未得追认或让与人未取得处分权，则让与行为不生效力，但保理合同效力不受影响。同一应收账款如先让与他人、后让与保理人，依民法典第768条定其归属，不属于应收账款权属不清。反之，若以保障金融资产可控、维护金融秩序为由禁止存在权利瑕疵的应收账款作为交易客体，^{〔10〕}将导致保理合同无效，保理人不能取得应收账款或请求让与人承担违约责任，反而不利于金融资产安全与金融秩序维护。因票据或其他有价证券所生付款请求权，并非应收账款（民法典第440条将票据和应收账款分列，可见二者系两种事物），让与该种权利并收取对价的，属于票据贴现或其他有价证券买卖关系，不属于保理关系，其合同效力适用各相关规定，保理商订立此种合同不应无效。^{〔11〕}

3. 保理合同内容的界定

某些规范性文件称保理是以应收账款转让为前提。^{〔12〕}此类表述非指保理合同以应收账款实际转让为成立要件或构成要件，而是债权人负有转让应收账款之义务即为已足。否则在让与他人应收账款、未来应收账款等情形，将不能构成保理合同，这显然不符合无权处分不影响负担行为效力、允许未来债权叙做保理的实定法立场。

未约定债权让与的合同虽不构成保理，但仍不妨为借款、委托或担保合同。保理商订立不符合保理定义之合同并以之为业，可能有违保理业法（“205号文”要求商业保理企业应主要经营商业保理业务）而承受监管上的不利后果，但合同效力不受影响。

〔10〕 参见前引〔4〕，詹诗渊文，第98页。

〔11〕 关于不应禁止保理商从事票据业务的理由，参见方新军：《〈民法典〉保理合同适用范围的解释论问题》，《法制与社会发展》2020年第4期，第111页以下。实务中出现的应收账款电子化凭证，作为应收账款的信息摘要或线上流转载体，并非有价证券（有别于票据）。附电子凭证的应收账款，可转让性未受法律限制，自得成为保理交易标的。

〔12〕 “暂行办法”第6条第1款；“天津保理纪要”第2条第2款第2项。

保理合同须由保理人提供融资、应收账款管理、应收账款催收、付款担保等服务，该四项服务中是否仅须一项即可构成保理（“四选一”说），抑或须有两项方可构成保理（“四选二”说），第761条并未明言。考虑到尊重合同自由与交易习惯、保持法规范的延续性及法秩序的安定性，^[13]应解释为“四选一”说。退一步言，纵采“四选二”说，对保理合同章的适用并无影响：即便只提供一项服务，既有债权让与，第763条至第765条、第768条仍应适用；若该项服务为融资，则或为有追索权保理，或为无追索权保理，第766条或第767条仍相应适用。

“四选一”说中，有一说主张，融资或付款担保两者必居其一，保理商不得选择应收账款管理或催收作为唯一的合同内容，理由在于《商务部关于商业保理试点有关工作的通知》（商资函〔2012〕419号）以及天津、上海等地商业保理的管理办法禁止保理公司专门从事或受托开展催收业务，且保理商专门从事催收业务有违保理合同本质。^[14]然而，作为更新监管依据的“205号文”仅禁止商业保理企业专门从事或受托开展与商业保理无关的催收、讨债业务。商业保理企业受让应收账款并提供催收服务，已构成保理，而非“与商业保理无关”，不属于该文件的禁止范围；仅在未受让应收账款的前提下提供催收服务，方可被认定为与商业保理无关，此时构成委托合同（其效力不受影响）。况且，法律、行政法规未规定催收业务属于限制经营或特许经营范畴，“205号文”禁止商业保理企业从事催收业务，无上位法依据。此外，如商业保理企业仅提供应收账款管理一项服务，无论在任何意义上皆不违反“205号文”。至于专门从事催收业务有违保理本质之说，亦乏理据：无论我国抑或国际保理法皆采“任选其一”立场，单选应收账款催收一项服务，不妨碍保理的构成。

三、内设规范及其体系外溢效应：追索权与保理类型

（一）作为保理法基础类型的有追索权保理和无追索权保理

有追索权保理和无追索权保理是对保理法上权利义务最具影响的分类。追索（recourse）或追索权是英美保理实务术语，有三种法律构造：让与人向保理人提供特别担保，担保所让与债权的实现；让与人有义务依保理人回购要约中所定价额回购债权；让与人有义务偿还保理人为取得债权预付的金钱。^[15]第一种构造是由让与人负担债务人清偿能力担保义务，^[16]其性质为加重法定瑕疵担保责任之特约，系特殊担保契约。^[17]让与人应赔偿受让人因债务人无清偿

[13] 部门规章、司法指导性文件、行业规范采“四选一”说。参见“暂行办法”第6条第1款；“天津保理纪要”第2条；《中国银行业保理业务规范》（银协发〔2016〕127号）第4条。中国服务贸易协会2018年发布的团体标准《商业保理术语：基本术语》（T/CATIS-001-2018）采“四选二”说（第2.1条），而2020年发布的团体标准《商业保理合同准则》（T/CATIS 003-2020）采民法典第761条的表述（第3.1条）。

[14] 参见前引〔11〕，方新军文，第110页。

[15] See Noel Ruddy, Simon Mills & Nigel Davidson, *Salinger on Factoring*, Sweet & Maxwell, 4th ed., 2006, p. 243.

[16] 债权让与人基于让与的原因行为负瑕疵担保义务，唯原则上仅担保债权的存在及无瑕疵，不及于债务人清偿能力，即不担保债权实现，仅在有特约时始有此义务。换言之，一般权利瑕疵担保为常素，清偿能力担保为偶素。此为比较法所公认（如法国民法典第1326条、瑞士债务法第171条）。我国法虽无明文，但解释上可得相同结论：受让人有偿取得债权的，让与人负与出卖人相同义务，应移转债权于受让人，即意味着应担保债权之存在，否则无从移转（参照适用买卖合同相关规定）；合同义务须由当事人约定或依法确定，清偿能力担保义务，既无法律规定，自取决于当事人约定。

[17] 参见史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第10页以下。

能力所受损害,不是代负债务人之履行责任,^[18]并非保证,让与人人与保理人的此种关系不适用保证合同规定。第二种构造常称为反转让,经由保理人和让与人合意或由保理人行使形成权(具体方法视合同约定),发生债权转回的效果,保理合同通常约定为回购款付清时债权始转回至让与人。第三种构造是让与人直接返还融资款,此义务具有主债务的性质。具体采用何种构造或数种构造择一,取决于合同约定。^[19]

民法典第766条与上述构造兼容。第767条规定无追索权保理的保理人应向应收账款债务人主张债权,并未提及保理人可向让与人主张权利。但无追索权保理并非一律无追索权。国际与我国实务中,无追索权保理的保理人仅承担债务人信用风险,因商业纠纷(债务人主张抗辩、抵销或撤销合同等)未获债务人清偿的,保理人仍有追索权。发生无追索权保理合同所约定的可追索情形时,让与人有义务向保理人返还保理融资款(作为解除合同之结果)或回购应收账款(取决于特约)。该义务履行后,让与人取得应收账款,有权请求应收账款债务人履行。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(法释〔2020〕28号,以下简称“担保制度解释”)第66条第3款亦适用于此情形。^[20]在此情形,无追索权保理并不变异为有追索权保理。《深圳前海合作区人民法院关于审理前海蛇口自贸区内保理合同纠纷案件的裁判指引(试行)》(以下简称“深圳前海保理指引”)第27条第2款规定:“保理合同约定为无追索权保理,但同时又约定如债务人提出抗辩或抵销权等使债务无法得到清偿时保理商依旧可向债权人行使追索权的,视为有追索权保理。”此种解释误解了无追索权保理的实质,扭曲了当事人的意思。有追索权保理与无追索权保理的区分标准在于债务人信用风险的承担(由让与人承担抑或由保理人承担)。^[21]至于商业纠纷所生风险的承担,本非区分标准。保理人不承担商业纠纷所生风险,乃是“保理人仅承担债务人信用风险”之一体两面,二者合成无追索权保理的完整形象。无追索权保理具有债权买卖的性质,正可说明此种风险配置。所谓信用风险,即债务人丧失清偿能力的风险。所谓商业纠纷所生风险,即债务人主张抗辩、抵销权、解除权、撤销权等致使应收账款消灭、不能实现或不发生。出卖人负瑕疵担保责任,应担保第三人就标的物不主张任何权利,在债权买卖中,债务人的同时履行抗辩权、抵销权、撤销权、解除权等即属第三人主张的权利。^[22]无追索权保理中,保理人于发生商业纠纷时可向让与人追索,实即由让与人承担权利瑕疵担保责任。

避免误解的关键在于把握第766条、第767条的规范性质及法源适用顺序。该两条为任意规范,仅适用于有疑义的情形,作为对意思表示的补充或解释而非替代或干预。该两条虽未明言“另有约定除外”,但任意规范和强行规范的识别本不在于条文是否明示“另有约定除外”。民商法大多数规则是对当事人一般意思的模拟,不排除当事人特别意思的优先性,合同法尤然。

[18] 参见吴志正:《债编各论逐条释义》,元照出版有限公司2020年版,第29页。

[19] 也有立法例选择某种构造作为默认规则。如匈牙利民法典第6:405条规定,债务人未清偿到期债务的,让与人应返还融资款及利息,保理人应将债权重新让与给让与人。

[20] 但该解释释义书误认为该款是指有追索权保理,无追索权保理不存在返还保理融资款或回购应收账款问题。参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第557页。

[21] 参见“暂行办法”第10条、《中国银行业保理业务规范》第6条。其中所谓无理拖欠或无法偿付,即信用风险之谓。

[22] 参见邱聪智:《新订债法各论》上,中国人民大学出版社2006年版,第75页。

保理合同已有约定时，首应从其约定。约定内容的解释应结合习惯（民法典第142条第1款），包括交易习惯。行业规范、团体标准等反映行业共识，可作为习惯存在的证据。关于无追索权保理与有追索权保理含义的交易习惯，成为确定合同内容的依据。各种保理概念在行业规范与团体标准中均有释义。^{〔23〕}合同仅用无追索权保理字样而未详作约定的，仍应结合交易习惯，认定保理人仅承担信用风险，在发生商业纠纷时仍可向让与人追索。当事人仅使用信用风险、商业纠纷字样但对之未作具体约定时，应结合交易习惯解释此等用语的含义。经解释可知，保理人在发生商业纠纷时有追索权。有追索权保理与无追索权保理本为行业术语，并非法律上的固有概念（追索权仅为票据法专门概念，而非民法一般概念），民法典径将此载入条文，如无特别理由，不能因此改变其固有含义。况且，保理合同章具有溯及力（《最高人民法院关于适用中华人民共和国民法典时间效力的若干规定》，法释〔2020〕15号，第12条），若新增条文具有改变以往交易习惯的效果，势必害及民事主体的合理预期，有违法律适用原则。

鉴于此，在适用有名合同或其子类型规定时，应秉持“解释先于定性”原则。诚如学者所言，定性先行，而忽略首应确认当事人具体约定的内容，将使契约问题沦为法律概念的操作；通过契约解释，当事人的约定本身若已能提供问题解决的规范基础，定性并无绝对必要，有时也是多余。^{〔24〕}

（二）有追索权保理的法律性质

前民法典时代，关于有追索权保理的性质，主要有让与担保和间接给付二说。民法典第766条体现让与担保之构成，^{〔25〕}此后间接给付说几已销声匿迹。但反对让与担保之说仍有出现，其理由如下：其一，让与担保以实现融资为主要目的，但保理目的不限于此；其二，让与担保中债务清偿后标的物应返还，但有追索权保理中应收账款债权人让与后再无返还请求权；其三，让与担保说之下担保权利人应先向应收账款债权人主张权利，未受偿时方可向应收账款债务人主张权利，但有追索权保理的保理人既可向应收账款债权人主张权利，也可向应收账款债务人主张权利；其四，让与担保说要求保理人应请求法院参照实现担保物权案件的规定处置应收账款，与实际不符。^{〔26〕}

上述理由皆难成立。其一，让与担保说仅用于说明当事人无特约时有追索权保理的性质。如有追索权保理合同兼有应收账款管理、催收等内容，让与担保说不及于其他内容（其他内容从约定），故不致危及保理业务的宽广性。其二，让与人若向保理人偿还融资款，保理人对让与人的债权实现，应向让与人返还应收账款，此与让与担保一般情形无异。若认为此时保理

〔23〕 参见《中国银行业保理业务规范》第6条；《商业保理术语：基本术语》第2.20条；《商业保理合同准则》附录G；中国服务贸易协会商业保理专业委员会2017年3月发布的全国商业保理行业推荐性行业规范《商业保理业务风险管理操作指引》第6条。《中国银行业保理业务规范》中的释义与“暂行办法”第10条同。“天津保理纪要”第11条对两种保理及信用风险概念皆有释义。

〔24〕 参见陈自强：《契约之内容与消灭》，我国台湾2013年自版，第284页。

〔25〕 对间接给付说的批评，参见李宇：《保理合同立法论》，《法学》2019年第12期，第45页以下。让与担保说不影响有追索权保理附有各种特约时可有不同的法律构造之观点，参见潘运华：《民法典中有追索权保理的教义学构造》，《法商研究》2021年第5期，第179页以下。

〔26〕 前两项理由，参见魏冉：《保理的概念及其法律性质之明晰》，《华东政法大学学报》2021年第6期，第187页以下；第四项理由参见包晓丽：《保理项下应收账款转让纠纷的裁判分歧与应然路径》，《当代法学》2020年第3期，第46页。第三项理由为该两文共持。两文在批驳让与担保说和间接给付说后，一持债权让与说（魏文），一持附追索条款债权让与说（包文）。

人不必要返还,亦不符第766条。由该条可知,保理人若已从应收账款债务人处受偿,应将余额返还让与人,则在融资款已偿还而应收账款债务人未清偿的情形,又岂能不返还应收账款?其三,让与担保说无此所谓权利行使先后顺序。如应收账款先于被担保债权到期,让与担保的权利人仍有权收取(应收账款质押亦同)。第766条同让与担保说并无不合。其四,让与担保中,受让人得基于债权人之地位直接向债务人收取,并非必须遵循折价、拍卖、变卖之担保物权实现方式。应收账款质押时,质权人尚且有收取权,让与担保中受让人之地位不应弱于质权人。“担保制度解释”第68条未顾及债权让与担保之特性,不足以成为否定收取权之理由。

反对让与担保说者,未提出更具说服力的结论。债权让与说、附追索条款债权让与说皆流于对现象之描述,未能揭示法律关系性质。债权让与说无法解释因保理和非因保理之债权让与的区别,更无法解释各种保理的区别。附追索条款债权让与说未说明追索条款之性质,且无法体现有追索权保理与无追索权保理之区分(后者亦有追索条款)。

让与担保说下,不可混淆内外关系。首先,保理人将应收账款再让与他人的,后受让人(例如再保理人)仍可取得。依让与担保约定,保理人对让与人负有不得擅自处分应收账款的义务,但违反该义务仅发生债法效果(向让与人负违约责任),不影响应收账款移转(再让与系有权处分)。其次,保理人可向应收账款债务人主张的数额为应收账款全额,不限于融资款数额。^[27]理由在于:其一,保理人既已取得应收账款,自可完整行使其权利;其二,融资款债权是让与人和保理人之间的关系,债务人不得以之对抗保理人;其三,第766条称“剩余部分应当返还”,必以承认保理人可取得应收账款全额为前提(否则无从产生余额);其四,债务人向保理人全额清偿,不增加债务人负担,反之,若认为保理人只能向债务人主张与融资款等额的应收账款,将导致给付关系复杂化,徒增债务人负担(债务人需额外核实融资款数额且可能分别被诉),有违债权让与制度中的债务人保护原则。

(三) 有追索权保理中保理人的权利行使

保理人对让与人的追索权和对应收账款债务人的债权之间行使关系如何,有不同见解:其一为排斥说,追索权为回购权,行使该权利即丧失对应收账款债务人的权利;^[28]其二为补充责任说,让与人对应收账款债务人未清偿部分负补充责任;^[29]其三为连带责任说(连带债务说),让与人和债务人负连带责任;^[30]其四为不真正连带责任说,让与人与债务人不存在责任顺位先后,但债务人负终局责任。^[31]诸说之间甚至诸说内部,理论基础各异。

排斥说与补充责任说在文义上即不符合民法典规定。第766条称“可以……也可以”,对两种权利行使方式并无相互排斥之意,颇类似于第392条,而显著不同于第752条(请求支付全部租金与解除在性质上互斥)。返还融资款与应收账款不妨同时主张,仅不得重复受偿而

[27] 有判决认为,有追索权保理中保理人向应收账款债务人所能主张的权利应限缩至融资款数额范围内。参见珠海华润银行股份有限公司与江西省电力燃料有限公司等保理合同纠纷案,最高人民法院(2017)最高法民再164号民事判决书。

[28] 参见珠海华润银行股份有限公司与江西省电力燃料有限公司等保理合同纠纷案,江西省高级人民法院(2016)赣民终325号民事判决书。

[29] “深圳前海保理指引”第24条第3项。

[30] 参见福州开发区福燃煤炭运销有限公司与中国建设银行股份有限公司福州城南支行等金融借款合同纠纷案,福建省高级人民法院(2016)闽民终579号民事判决书。

[31] 参见前引[5],弗荣华主编书,第490页。但该书又主张有追索权保理的性质是间接给付,自相矛盾(间接给付中存在责任先后)。

已。回购应收账款与主张应收账款亦不矛盾：让与人付清回购款前，应收账款尚未转回，保理人自仍可主张；让与人付清回购款时，若此前保理人已受领应收账款债务人之给付，则构成重复受偿，应向让与人返还，若保理人尚未受领应收账款债务人之给付，则应收账款返还于让与人。同时，本条未规定两种权利主张存在顺序。补充责任的发生，须有法律行为或法律上的依据。既无此法律规定，自无补充责任可言。

本条规定保理人可同时或分别向应收账款债权人与债务人主张权利，外观上符合连带债务的常见表述，但其实无法将其解释为连带债务。连带债务说的障碍，不在于连带债务的限定主义，而在于有追索权保理中让与人和债务人对保理人的债务关系不具备连带债务的要件，与连带债务的法效果亦多扞格不入。限定主义指连带债务的发生原因限于法律规定或当事人约定。唯此法定或约定，并非必须在法条或合同中使用连带字样；法条或合同虽未使用连带字样，但其所定多数人债务形态符合连带债务定义的，亦构成连带债务。本条规定保理人可以向让与人主张权利，也可以向应收账款债务人主张权利，已符合民法典第 518 条第 1 款后半句的连带债务定义。^[32] 让与人和应收账款债务人对保理人各负全部给付责任，有此第 766 条，即满足限定主义之要求。然而，第 518 条第 1 款后半句并未列明连带债务之全部构成要件。除债务人为数人、债务人各负全部给付责任这两项要件之外，连带债务尚应具备“数人负同一债务”及“债权人仅得受领一次给付”之要件，否则连带债务将无法区别于聚合债务等其他多数人债务。

数人负同一债务，乃是连带债务的首要要件。数债务人的给付标的、内容或范围无须完全同一，通过给付可满足债权人同一给付利益即为已足，即一债务人之给付有利于其他债务人。^[33] 作为连带债务要件之一的“所有连带债务人有义务就债权人同一给付利益为全部之满足”，意指须因多数债务人之一的给付而使债务消灭，方构成连带债务。^[34] 无论对于连带债务性质持清偿共同说、目的共同说或其他学说，在此点上并无实质差异。依清偿共同说，某一债务人的给付使其他债务人对债权人免责，为连带债务的基本特征。^[35] 依目的共同说，连带债务系为确保债权人权利而存在，因一债务之履行而达其目的时，他债务失其存在理由而消灭。^[36]

连带债务上述要件，在有追索权保理中并不具备。有追索权保理中，让与人和应收账款债务人各自对保理人所负债务并非同一债务，原因不在于二者给付数额不同，而在于任一债务人之给付不能使他人免责。应收账款债务人向保理人给付而满足融资款债权的，让与人对保理人免责；然而，若让与人向保理人偿还融资款，应收账款债务人却不因而免责，此时应收账款返还于让与人（担保因主债务消灭而消灭），应收账款债务人仍对让与人负有义务。

连带债务的内外效果多与有追索权保理不合，让与担保说则可为有追索权保理提供圆满解释。在连带债务内部效力上，债务人之间或有分担部分，或无分担部分。份额难以确定的，视为相同（民法典第 519 条第 1 款）。份额依法律行为、其他法律规定等确定，因具体法律关系而异，可覆盖从 0 至 100% 的区间。债务人中若有终局责任者，在内部应负全责，其他连带债务人向债权人给付后可向其全额追偿（单向追偿关系）；若无终局责任者，则各债务人按责任大小而定份额，难定份额的，平均分担（双向追偿关系）。但在有追索权保理中，让与人和应

[32] 民法典中的连带债务定义及法效果足以覆盖所谓不真正连带债务案型，不真正连带债务在民法典中并无存在空间。

[33] 参见管静怡：《连带债务概念之再构成》，我国台湾政治大学法律学系 2020 年博士论文，第 112 页。

[34] 参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 575 页以下。

[35] 参见张定军：《连带债务研究——以德国法为主要考察对象》，中国社会科学出版社 2010 年版，第 98 页。

[36] 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 643 页。

收账款债务人之间不存在双向或单向的追偿关系。让与人向保理人偿还融资款后,无权向应收账款债务人追偿;其可得向应收账款债务人行使的权利,仅为原有的应收账款债权。应收账款债务人向保理人清偿后,无权向让与人追偿,盖其所清偿者纯系自己原先对让与人所负债务,只是因让与而变动权利主体而已。让与人和应收账款债务人互不构成终局责任者,亦无相互分担可言,在内部效力上全然不符合连带债务的特征,亦不符合所谓不真正连带债务理论。

在连带债务外部效力上,其规则对有追索权保理亦多不能适用,此由逐一检视连带债务绝对效力事项规则(民法典第520条)可见。履行、抵销、提存具有绝对效力,其他债务人对债权人同免其责。但在有追索权保理中,应收账款债务人对保理人清偿,虽可使让与人免责(此乃担保之效果使然,担保实现,担保债务消灭),但让与人偿还融资款,不能使应收账款债务人同免其责。

免除与混同具有限制绝对效力,仅在个别连带债务人分担份额范围内对其他连带债务人发生效力。但在有追索权保理中,让与人和应收账款债务人并无分担份额,无从适用此项规则。保理人若免除让与人所负债务,融资款债务消灭,应收账款返还于让与人,应收账款债务人继续对让与人负担债务。保理人若免除应收账款债务人的债务,构成对让与担保约定的违反,^[37]对让与人负损害赔偿赔偿责任。应收账款数额通常大于融资款数额,除与融资款抵销外,保理人尚应赔偿差额。让与人和保理人混同的,应收账款债务人对混同后主体继续负义务。应收账款债务人和保理人混同的,让与人对混同后主体负融资款债务,混同后主体作为新的应收账款债务人对让与人负债务,双方在同等数额范围内可发生抵销,余额仍应继续清偿。

受领迟延具有绝对效力,理由在于,个别连带债务人之给付具有使其他债务人对债权人免责之效果,债权人受领迟延使其他债务人不能享受免责利益,受领迟延致个别债务人责任减轻之结果自应对其他连带债务人一体适用,始为公允。^[38]有追索权保理中,让与人之给付不具有使应收账款债务人免责之效果,故保理人对让与人受领迟延无害于应收账款债务人之利益,自不能因此而对应收账款债务人发生效力。不妨比较不涉及债权让与之情形,可知应收账款债务人的利益状况原不受此影响:如应收账款债权人并未让与债权而单纯向他人借款,还款时出借人受领迟延,此对应收账款债务人利益亦无影响,应收账款债务人不能同享其利。反之,应收账款债务人向保理人提出履行而保理人受领迟延的,将有害于让与人利益。债务人固然无须向保理人支付受领迟延期间的利息,但若让与人仍须支付该利息,显非妥当。然此处亦无需借助连带债务规则,依担保规则即可解决。质权人怠于行使权利致出质人损害的,应负赔偿责任(民法典第437条第2款),此规定适用于权利质押(民法典第446条),不以占有质押财产为要件,故亦适用于非占有型权利质权。应收账款质押的,质权人对应收账款债务人受领迟延,属于质权人怠于行使权利的一种情形(怠于行使受领权),由此导致出质人在受领迟延期间多生利息的,质权人应予赔偿。应收账款让与担保与此类似,权利人受领迟延,可类推适用第437条第2款,实现类似效果。

由上可见,连带责任说与有追索权保理的性质及构造多有不符,以之解释有追索权保理,并无独特实益,且可能引发不当后果。让与担保说足以妥善解释有追索权保理,虽在某些事项

[37] 让与人与保理人之间纵无明示约定,但结合相关条款、行为的性质和目的、习惯等,仍可解释出保理人负有不得擅自处分应收账款之义务(若擅自处分,将导致让与人清偿融资款债务后应收账款无法返还)。

[38] 参见前引[34],黄立书,第585页。

上解释结论与连带责任说类似，但此乃担保的逻辑使然，不必诉诸连带责任说。

（四）民法典第766条作为让与担保一般规则的体系意义

第766条更具有超越债法的体系意义。作为法律层面对让与担保的唯一规定，本条实际上认可了归属清算型让与担保。应收账款转让后，归属于保理人，保理人可直接向应收账款债务人收取，无须以拍卖、变卖方式实现权利。司法解释仅认可处分清算型让与担保，不足以构建完整的让与担保规范体系。处分清算型让与担保较适合物之所有权的让与担保，但尤其不适合给付收取型财产权利（包括债权、股权、信托受益权等）。债权实现的根本途径是债务人完成给付。股权虽为复合型权利，但其实现的根本途径是公司分配股利及在公司解散时分配剩余财产，至于知情权、表决权等皆服务于上述给付的收取，并非股权的本旨性权能。信托受益权的实现取决于受托人给付信托利益。甚至知识产权的实在相当程度上亦依赖于给付，尤其是在许可他人使用知识产权客体的情形（收取许可费）。以拍卖、变卖方式变价，通常并非实现此类权利的最佳途径，尤其对于债权、有限公司股权等流动性较弱的财产权而言，在市场上往往难觅受让人，向义务人收取给付更为直截了当。然而，“担保制度解释”第68条仅允许以折价、拍卖、变卖方式实现债权人对让与担保标的的权利，未为债权人径以财产权利人身份行使收取权留下空间。此种限缩性解释，不仅无上位法依据（民法典对让与担保未设限制性规定），而且有违让与担保的性质（让与担保不同于质押，不受质权实现方式的限制），更与该解释其他条文之间存在体系矛盾。该解释关于应收账款质押的条文，明文认可质权人的收取权（第61条第3款），填补了民法典的漏洞。民法典对于权利质押的实现方式未设特别规定，包括给付收取型财产权利的质押，皆须遵从动产质权的规则（仅规定折价、拍卖、变卖而漏未提及其他变价方法），未能顾及给付收取型财产权利质押的特殊性。“担保制度解释”填补此项漏洞，自有意义，但该解释关于让与担保的条文，却未顾及权利让与担保的特性，以致虽以同一财产权利为担保手段，若当事人采质押方式，质权人可行使收取权，若采让与担保方式，担保权利人反而不能收取而须以折价、拍卖、变卖方式实现权利。如此一来，让与担保权人的法律地位尚不如质权人，这不仅不符合让与担保的法律性质（债权人取得担保标的的完整权利但受制于债法上的约束），而且有违物上担保的功能主义立法思想（让与担保的法律待遇至少不应低于担保物权）。同时，综合观察其他司法解释，第68条亦不无体系违反之弊。执行类司法解释规定了对到期债权的强制执行，普通债权人可对被执行人的债务人行使权利。但第68条仅承认处分清算型债权让与担保，因而让与担保权利人甚至难以通过债权执行程序向让与人的债务人主张权利。即便认为让与担保权利人不享有完整权利，至少也应认可其享有担保权，何以其地位反不如普通债权人？

第766条不仅为有追索权保理提供了默认规则，而且确认了让与担保的法律构造。股权、信托受益权等虽与债权内容各异，但同为给付收取型财产权利，在充当让与担保客体时，其让与担保法律构造并无本质区别。因此，以债权之外财产权利作为让与担保标的时，可类推适用本条规定，担保权利人有权直接向公司、受托人等给付义务人收取，如此即可弥补“担保制度解释”仅承认处分清算型让与担保之不足。易言之，第766条超越于保理合同乃至债权让与制度之外，确立了让与担保的一般规则，对让与担保的底线控制仅限于清算义务，而对其实现方式不设限制，处分清算型与归属清算型让与担保在本条之下皆有存在空间。本条虽未提及保理人以拍卖、变卖方式实现权利，但保理人既已成为让与担保权利人，选择拍卖、变卖方式自是理所当然。其他权利的让与担保与之同理。

四、外接规范的体系联动效应：应收账款转让登记制度的外围与内在

（一）应收账款转让登记制度的债法总则品性

民法典第768条位于保理合同章，若拘泥于体例位置、认为登记仅适用于基于保理的应收账款转让，将产生保理和非保理交易竞存时决定优先顺序的双轨制，引发体系冲突。^{〔39〕}本条因其体例位置所生疑义，已为“担保制度解释”第66条第1款所澄清。此种单轨制的立场，无缝对接应收账款质押与应收账款转让（无论是否基于保理），实现了体系和价值上的融贯。体系上，第768条（乃至保理合同章）所指应收账款转让，并无根植于保理特质的特殊性（保理交易的特点在于混合性，而非其中的应收账款转让有异于一般应收账款转让之处），而止于应收账款转让作为处分行为的一般性。依分离原则，应收账款转让的原因行为是否为保理合同，对于应收账款转让这一处分行为的规则并无影响。同样地，应收账款质押无论原因或主体如何，一体适用登记规则。^{〔40〕}价值上，双轨制对包括保理人、非保理交易中的应收账款受让人等各方主体皆有不利益，有害交易安全，欠缺制度公平性，在解释方向上应予避免。就方法论而言，第768条的规范重心在于同一应收账款被转让于数人时如何定其取得顺序，而不在于转让之原因及受让人之身份。若秉要执本而不以辞害意，可认为本条并无漏洞：非基于保理的应收账款转让，难谓已逸出本条射程、不具备本条要件，故无须诉诸类推适用或参照适用。

第768条系关于处分行为的规范，其适用前提是重复让与，让与原因在所不问。虽订立多个保理合同但未为多重让与的，尚未受让应收账款之保理人无权就应收账款主张权利，不会“致使多个保理人主张权利”，无涉本条之适用。数个保理人是基于有追索权保理或无追索权保理、融资保理抑或非融资保理而受让，乃负担行为问题，不影响本条的可适用性。有追索权保理属于让与担保，既是为担保目的之“让与”，债权自己移转，保理人取得应收账款上的完整权利。^{〔41〕}在非融资保理中，保理人虽无意最终取得应收账款，但应收账款仍然移转，只是服务于管理、催收等目的而已，在重复让与时，仍会与其他受让人发生权利争夺。^{〔42〕}

（二）应收账款转让登记制度与债物二法之融贯

1. 应收账款转让与质押制度的统合

登记系应收账款质押的生效要件和应收账款转让的对抗要件，为物权、合同两编所明定，唯两编欠缺质押和让与竞存时确定优先顺序之规则，此项漏洞为“担保制度解释”第66条第1款所填补。民法典第445条第2款第1句规定，应收账款出质后不得转让。违反该规定的，转让并非无效，故质押和让与可能并存。禁止转让之规定，仅可解释为出质人负有不得转

〔39〕 对双轨制的批评，参见前引〔25〕，李宇文，第43页以下。

〔40〕 自然人或组织皆可在动产融资统一登记公示系统登记担保或应收账款转让，单轨制在登记制度实行上亦无障碍。

〔41〕 有学者认为，有追索权保理的保理人仅取得债权的“担保权”而非“所有权”，进而认为第768条所称“取得应收账款”不能涵盖有追索权保理，而需作扩张解释。参见蔡睿：《保理合同中债权让与的公示对抗问题》，《政治与法律》2021年第10期，第138页以下。此说是将让与担保误认为担保物权，无谓地缩小了第768条的适用范围。

〔42〕 有学者认为，非融资保理中，让与人（保理人）之间产生占有媒介关系，保理人未取得对应收账款的支配地位，仅当让与人欠付服务报酬时，保理人可进一步“留置”应收账款，此时可能发生与其他保理人的权利冲突。同上引蔡睿文，第138页。然而，自债权让与时起，保理人即取得债权，若此时或此后发生重复让与，即发生数受让人之间的权利争夺，而非让与人拖欠服务报酬时始发生权利争夺。再者，债权并无占有，无所谓占有媒介关系和留置一说，纵然以此为喻，亦不必要且不妥当。

让之义务（且无妨特约排除），其违反后果为出质人对质权人负违约责任，但不影响转让之效力（仅有负担行为上的效果而无处分行为上的效果）。如此解释，既能与第406条关于抵押财产可自由让与的立场相协调，又不必采目的论限缩方法，徒令法律解释作业迂回化、复杂化。^[43]

2. 登记对抗主义的贯通：应收账款转让未经登记不得对抗其他第三人

民法典第768条仅明定对于重复受让人的对抗效力，在物权、合同两编诸多登记对抗主义的条文中独树一帜。动产抵押、所有权保留、融资租赁等登记规定皆表述为未经登记不得对抗善意第三人，第三人之范围因有“担保制度解释”第54条而明确。两相对照，问题愈发明显：应收账款转让登记是否为对抗重复受让人以外第三人的要件？若不将登记主义贯彻到底，则会倒向意思主义：未经登记的应收账款转让得对抗其他第三人。

确定第三人的范围，先应确定第三人对处分标的有无权利及有何种权利。对抗规则中的第三人不包括普通债权人。普通债权人对处分标的不享有权利，无从与受让人形成对抗或竞存关系。但普通债权人申请法院对处分标的采取保全或执行措施后，取得裁判担保物权，因此与受让人之间形成竞存关系。

担保物权可基于扣押裁定等法院裁判而发生，系比较法通例，有差异者仅为体例位置及内容细节而已。某些国家规定于民法典，如法国民法典第2355条第2款（依法院裁判设立无形动产质权）、第2412条（裁判上的抵押权）。某些国家规定于民事诉讼法，如德国民事诉讼法第804条（扣押质权）。其间原理在于，强制执行法以国家公权形成的处分与取得行为取代物权法上通过法律行为的处分，并产生与相应的通过法律行为的处分相同的效果。^[44]裁判担保物权一般适用与意定担保物权相同的优先顺位规则。我国民法典未明定裁判担保物权，但民事诉讼及执行类司法解释中有此制度。司法解释未明文使用裁判担保物权字样，但有实质性规定。被执行人就查封、扣押、冻结财产所为移转、设定权利负担等行为，不得对抗申请执行人。^[45]当事人不同意移送破产或法院不受理破产案件的，对于普通债权，依查封、扣押、冻结先后顺序清偿。^[46]不涉及执行转破产未成的，也贯彻该优先顺序原则：各债权人依执行措施顺序受偿。^[47]据此，经采取保全或执行措施的债权已非普通债权可比，而具有优先于在后受让人、在后意定担保权人、在后保全或执行债权人的效力，此与意定担保物权类似，亦与比较法上的裁判担保物权无本质区别。

“担保制度解释”第66条第1款规定，对于同一应收账款同时存在转让和质押的情形，参照民法典第768条确定优先顺序。应收账款质权采登记生效主义，该款意味着应收账款质权优先于未登记或后登记的应收账款转让。扣押（或查封）应收账款所生顺位，视同意定应收账款质权，因此，应收账款转让未登记的，受让人不得对抗让与人的扣押债权人。让与人破产时，鉴于破产是一种概括执行程序，让与人的普通债权人在破产程序中可谓同处执行债权人地位，唯因破产法所定平等受偿原则之作用，不再如同个别执行程序一般依保全先后而定顺序。应收账款转让未经登记的，受让人不得对抗个别执行程序中的扣押债权人，同理可推，自

[43] 有学者将该句解释为质权设立后出质人再订立保理合同不能使保理人取得应收账款，进而主张对违反该规定之效果进行目的论限缩以认定转让有效。参见前引[41]，蔡睿文，第145页以下。

[44] 参见[德]弗里茨·鲍尔等：《德国强制执行法》上册，王洪亮等译，法律出版社2019年版，中文版前言第1页。

[45] 参见《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（法释〔2020〕21号）第24条第1款。

[46] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2022〕11号）第514条。

[47] 参见《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（法释〔2020〕21号）第55条第1款。

亦不得对抗让与人的破产债权人。

就实质理由而言,动产抵押、权利质押、所有权保留、融资租赁、应收账款转让“五合一”的统一登记制度,是民法典的最重要创新之一。此五种登记被冠以“动产和权利担保统一登记”之名,实非皆属担保登记,但具有功能共性,均旨在通过公开、透明、便捷之公示方法确定权利顺序,防范当事人以倒签合同等手段规避强制执行或破产,以便为受让人、执行债权人、破产债权人等提供必要保护。此种体系和目的上的共通性,足以超越条文措辞和体例位置上的歧异而形成统一法理。

以上法理,在司法见解中亦有所体现。以往地方法院意见已采未经登记不得对抗善意第三人规则(“深圳前海保理指引”第35条第2款)。《最高人民法院关于适用中华人民共和国民法典担保部分的解释(征求意见稿)》亦曾明文表述此规则。^[48]最终文本中删去“保理”,其原因应在于民法典第768条未提及不得对抗第三人,与所有权保留和融资租赁的条文表述不同。但最终文本第67条规定所有权保留买卖、融资租赁等合同中的第三人范围参照该解释第54条。此所谓“等合同”,可解释为包括保理在内。

有学者认为,未登记的应收账款转让仍得对抗让与人的扣押债权人与破产债权人,理由包括:其一,未登记的动产担保权人之所以不得对抗担保人的查封、扣押债权人与破产债权人,可从信赖保护角度正当化,但应收账款不存在占有或登记为所有人的问题,故不存在使债权人产生信赖的权利外观;其二,保理当事人是以金钱与金钱债权相交换,可谓同种类物间的等价交换,通过保理融资不存在减少让与人责任财产而损害其债权人交易安全的问题;其三,防范让与人和受让人倒签并伪造保理合同,属于程序法上的事实认定问题,不能以此作为确定实体法规则的理由,若认为保理人未登记不得对抗让与人的扣押债权人等,同样存在让与人伪造债权损害保理人利益的道德风险。^[49]

上述理由皆可商榷。首先,对抗扣押债权人与破产债权人问题,本与信赖保护无关。此类债权人在扣押与破产之前皆属普通债权人,普通债权人对担保人(或让与人)特定财产的权属或负担状况原无信赖可言,与担保人(或让与人)发生交易,是对于后者一般信用状况或整体责任财产状况的信任,而担保人(或让与人)特定财产随时可能被处分。若债权人果真寄望于特定财产,就应在其上设定担保。而在扣押之后,债权人享有物权性质的权利,乃是保全和执行程序作用之结果,亦与信赖保护无关。从而,从信赖保护角度论证对抗力问题,偏离了法教义学的逻辑。其次,将让与人和受让人的交易认作金钱与金钱债权的交易乃至同种类物的等价交换,未注意到此与动产担保的利益状况并无不同。担保权人取得动产担保权,通常向担保人提供信贷,双方各有所得,^[50]同样可以说,通过动产担保融资不存在减少担保人责任财产而损害其债权人的问题。再次,倒签合同风险并非程序法上的事实认定机制所能防范。凭现有鉴定技术,不足以准确高效地认定倒签事实,法院对此最是清楚不过。“担保制度解释”第54条将保全和执行债权人与破产债权人解释为第三人,理由正是在于防止案外人与被执行人串通倒签合同以阻碍执行或抢先受偿。^[51]登记对抗主义的实益之一恰在于能以低廉的成本

[48] 该征求意见稿第65条规定:“所有权保留、保理、融资租赁等具有担保功能的合同,权利人的权利未经登记的,其不得对抗的善意‘第三人’范围以及效力,参照本规定第五十三条处理。”

[49] 参见前引[41],蔡睿文,第146页以下。

[50] 担保人可能是第三人,在此情形,债务人获得信贷,担保人无所得。然如担保人因提供担保影响其债权人的债权实现的,其债权人可行使撤销权,担保交易将归于失败。

[51] 参见前引[20],最高人民法院民事审判第二庭书,第473页。

防范倒签与伪造风险。此亦为担保法历来通过贯彻公示要件以防范隐秘担保的主要理由，让与法以公示要件防范隐秘让与的风险，与之同理。至于所谓让与人伪造债权损害保理人利益的道德风险，则与登记对抗主义无关，况且保理人通常会向债务人核实，如债务人承认债务，则不得以与让与人虚构债权为由对抗善意保理人（民法典第763条），伪造行为不能伤及保理人，徒然害己而已。以此种虚构之道德风险，不足以反驳实在的倒签风险须有实体法规则加以预防。由此可见，以上三点理由皆不能论证应收账款让与人的债权人与动产担保人的债权人的利益状况本质上不相类似。

3. 与浮动担保制度的衔接：未来应收账款转让经登记可对抗破产债权人

登记对抗力中，可能引发疑义的是未来应收账款转让登记对抗让与人的破产债权人问题。在未建立普通债权转让登记制度的立法例下，传统见解认为，有基础关系的未来债权，受让人有期待权，让与人破产时，已转让之期待权不属于破产财产，债权于发生时不经辗转而直接由期待权人取得；反之，无基础关系的未来债权，尚无可资移转之期待权，故让与人破产时，应由破产管理人缔结相关契约使债权发生，缔约时债权为让与人而发生，受让人仅为其权利继受人（辗转取得），让与人破产时，受让人不受保护，因为让与人在对未来债权之处分本应生效之时点已失去处分权，若破产管理人出售某一属于破产财产之标的所得价金请求权因破产债务人之预行转让而灭失，则与破产程序之目的不符。^[52]

上述见解在传统法理下亦未尽融贯，衡诸债权让与登记制度，更显其短。其一，期待权概念纯属虚幻。未来债权既然尚未发生，并无所谓期待权可言。此点不因有无基础关系而异，^[53]以此界分有基础关系与无基础关系未来债权让与之效力，不足为凭。其二，辗转取得说逻辑未能一贯。未来债权实际发生，既然皆属从无到有之变化，何以在有基础关系情形是直接取得而在无基础关系情形则为辗转取得，此种区别在逻辑上无从贯彻。或谓有基础关系时让与人基于广义之债享有一个未来可能取得狭义债权的法律地位，并将其让与保理人。然则法律地位并非现存权利，债权既未发生，处分权仍然欠缺，不脱将来债权预先让与之性质。其三，处分权转由管理人享有，不影响无基础关系未来债权由受让人取得。管理人不过是破产人的代表人或代理人，应受破产人此前所为处分行为之拘束。管理人订立基础交易合同，是使未来债权实际发生之行为，而非重新实施处分行为，不能推翻先前所为处分行为之效力，而仅为补足此前处分行为所未具备之要件而已。管理人之为乃破产人之应为，管理人之处分权来源于破产人（只是因法律之作用而由管理人代为行使而已），若非如此，无以解释何以管理人行为之效果归属于破产人。同一处分行为，本不应纯因管理人代为和让与人亲为之区别而异其效果。其四，无基础关系未来债权由受让人取得，与破产程序之目的并无不符。破产程序之目的主要在于保障破产债权人公平受偿。破产人预先转让未来债权，通常已取得相应对价，破产财产未因之减损；如无对价或对价明显不合理而有害于破产债权人，管理人或债权人本可通过撤销权等制度获得救济。^[54]其五，登记制度足以支撑未来财产处分。各种公示方法之中，唯有登记方

[52] 参见前引〔34〕，黄立书，第616页以下。

[53] 此与所有权保留买卖中买受人之期待权全然不同。在所有权保留买卖中，所有权已由出卖人实际享有，买受人对现实之所有权有将来取得之期待，而在未来债权让与情形，无论有无基础关系，该债权均未现实存在。

[54] 出于类似意旨的立法建议是，担保债权人在债务人未来财产上享有担保权的，该担保权不及于债务人在破产程序启动后所得财产，除非该担保债权人提供额外资金，从而有担保债权人不会不公平地从担保财产的增长中受益，其他破产债权人也不会不公平地受损。参见《联合国国际贸易法委员会担保交易立法指南》，第428页。

可为未来财产预先确立优先顺序、将预先处分即时公示,占有、控制等公示方法皆无此可能(预先为观念交付并无公示作用)。故浮动担保制度唯有依赖于登记制度方可真正确立,登记制度亦有助于提升财产处分的透明度、降低破产中的诈害风险。未来应收账款转让的登记效力实为浮动担保制度不可或缺的一环,盖应收账款让与常与存货等未来动产担保配合运用,以发挥企业整体财产融资的优势,若不承认未来应收账款转让登记对抗破产债权人之效力,浮动担保制度难免有跛足之患。

综上,无论何种未来应收账款,一体适用登记对抗主义。对可作转让登记的未来应收账款不设限,亦有助于解决各类应收账款交易中的法律问题。保理与延长的所有权保留之间的冲突即为一例。如在延长的所有权保留中,买受人以转卖标的物所得应收账款叙做保理,保留所有权的出卖人将与保理人发生权利争夺。在欠缺转让登记的立法例下,需要复杂且易生争议之教义学构造方能解决,^[55]但在登记制度之下,单凭登记即可解决。买卖双方约定将未来转卖所得应收账款预先让与出卖人,此际即可办理转让登记,尽管应收账款尚无基础关系,但出卖人已可由此固定优先顺位,此后拟与买受人交易的保理人可事前查知登记,从而决定是否缔约。若出卖人未办登记、保理人先办登记,出卖人并无值得特别保护之理由,保理人先取得应收账款。保理在先而延长的所有权保留在后的情形,与之同理。

4. 登记对抗主义的法理逻辑

应收账款转让登记并未改变权利处分的逻辑,只是为其附加对第三人效力的要件而已。内部效力及对债务人效力,仍适用债权让与一般规则:受让人于处分行为生效时取得应收账款,非经通知债务人不得对抗债务人。在对抗主义作用的场合,法律为保护第三人而拟制未登记者视同未取得权利。《美国统一商法典》规定,应收账款出卖后,出卖人对之不再保有权利,但买受人的权益未完善的,为确定出卖人的债权人及该应收账款其他受让人的权利之目的,视为出卖人仍对该应收账款享有权利。^[56]我国民法典虽未设此明文,但源出同一法理,可作如是解。

应收账款转让登记的功能仅限于确定竞存者权利之顺序,不具有权利变动效力、权利推定效力和公信力,不可与不动产登记混为一谈:应收账款非于登记时转移;登记的受让人不能被推定为享有权利者(登记证明不是权属证明),受让人行使债权时仍须举证证明已取得债权(诸如提出基础交易合同、债权转让协议等证据);登记的受让人如不享有债权,从其处受让之后手,纵为信赖登记之善意第三人,亦不能取得该债权。

(三) 无体系意义之冗余规定:登记以外的确定顺序方法仅具理论意义

在登记之外,民法典第768条将通知和按比例取得作为应收账款重复让与时的补充规范。此种规范未见于物权编,似是债权处分制度中的异质存在,但其实因无用而不具体系意义。本条第3分句是将通知作为第二位阶的对抗第三人要件,但并非就此将通知作为债权移转的生效要件(未通知亦可取得)。第4分句按比例取得的规则,是“错把让与当担保”,将未登记抵押权竞存时按比例受偿规则误用于债权让与。一个客体之上可并存数个担保物权,但不能并存

[55] 以德国法与我国台湾地区为背景的解决方案,参见黄茂荣:《论保理合同》,《法治研究》2021年第3期,第47页以下。

[56] 该规定指在买卖当事人之间全部权利已移转,但为确定一定类型第三人的权利之目的,视为出卖人仍可出卖,其债权人可扣押该权利。See Uniform Commercial Code § 9-318 & cmt. 3 (2010). 完善(perfection)即取得对抗第三人效力,应收账款买卖以登记为完善方法。

数个归属意义上的权利。可一物数保，但不可一物数主；共有虽属特例，却不能因一物数卖而在各受让人之间强行成立共有关系。有学者尝试为该规定建立理论构成和正当理由，包括：实质上破产中债权平等受偿的观点（以德、日案例为参考）也可用于债权多重转让；从债权人受偿角度看，按比例取得规则比先到先得方案更合理，因为债权转让本身无需公示，保理人难以知晓此前是否已有转让，先到先得方案会使后受让的保理人承担全部风险；按比例取得规则未增加债务人负担，未给受让人造成不利，在给付可分时，数受让人成立按份债权关系，债务人依确定的份额履行债务。^{〔57〕}

以上论证均存疑。首先，所谓实质上破产中的债权平等观点，仅出现于德、日个别案例，充其量只能视作极端个案中的权宜之计，扩张其适用范围将会动摇一般规则，且此类案型均为数个债权人请求受偿案型（数人数权），不同于第4分句所指的数人争得一个权利（数人一权）。其次，在登记制度之下，应收账款转让已有公示方法，保理人可查询登记以获知是否转让，并可办理登记以保护自我、警示他者，不办登记者承受风险，并无不当。再次，按比例取得规则与债务人保护无关。如债务人依确定份额履行债务，反而会增加债务人负担，因为债务人首先需找到全体重复受让人方可确定各自份额，但在各受让人均未登记、通知的情况下，难以确知各受让人。不过，数让与均未通知的，债务人其实无须向受让人履行，向让与人履行即可免责，从而债务人保护乃是让与通知规则作用之结果，并非按比例取得规则之功。末次，按比例取得规则可能对受让人不利，因为各受让人亦难确知总共存在多少重复受让人以确定各自份额。

不过，第4分句在实务中适用的概率几乎为零。首先，办理应收账款转让登记早已成为业内风控要求，鲜有保理人不办转让登记而径行展业者，民法典将之升格为法定公示方法之后，事前不登记概率更低。其次，即便真有受让人事前未办登记，事后一旦知有其他受让人，必选择尽速登记。本条纯以登记之有无及先后确定顺序，不考虑登记人是否善意，明知他人受让在先而抢先登记者仍可优先取得，如此，数受让人在交易时均未登记且在争议发生后怠于登记，以致需要法院动用该分句确定债权归属的情形绝无可能。第3分句亦然：以信件等方式寄送让与通知并保存证据，远不如登记更为便捷、安全且更具确定性。因此，有关该两分句应如何解释适用的讨论，徒具理论意义。

结 语

民法典保理合同章呈现浓郁的议题色彩，其中多数条文实属债权让与一般规范。此非我国法的特殊现象，而是事物之本质使然。凡将保理合同有名化之法典，无一能脱此窠臼，国际法律文件亦同。^{〔58〕}议题式的法典仍需体系化地适用。保理法再体系化的要义在于：在民法典之外，确立保理交易法与保理业法的合理区隔；在民法典之内，对保理合同章的诸规范作层层拆分、还原，澄清债各与债总的定位，发掘其中的总则性规范品性，最大化地发挥其统领债法及贯通债物二法的体系效益。此种拆解、透析，并不妨碍保理作为一种交易工具的综合性。保理

〔57〕 参见朱晓喆、冯洁语：《保理合同中应收账款多重转让的优先顺序——以〈民法典〉第768条为中心》，《法学评论》2022年第1期，第179页以下。

〔58〕 《国际保理公约》的核心内容皆为债权让与规则（第二章、第三章）。《保理示范法》基本照搬《联合国国际贸易应收款转让公约》的条文。

的独特性正在于其混合性：将各种类型的负担行为和高度弹性化的处分行为组合运用，成为一种灵活的交易机制，满足商事经营的丰富需求。认识分子结构有助于更好地认识万物，法律科学亦然。解析法律规范和法律行为的类型与结构、区分权利变动的不同效力层次，便于交易者更清楚地选择工具，裁判者更精准地处理纠纷。保理及其子类型的定性，亦非意在规范人民行为，而只是于当事人无特约时始生作用的默认模板；不是削足适履，而是配套定制。法教义学上的精耕细作，并非用以对保理作教条式的僵化理解以致成为行业发展的桎梏，而恰恰是经由澄清私法与公法、任意规范与强行规范、内部效力与外部效力等范畴之间的界限，避免混沌的政策考量侵蚀自发秩序，减少交易的不确定性，开拓更大的私法自治空间。

Abstract: The Factoring Contract Chapter of the Chinese Civil Code presents a strong topic-style as well as such features as the interweaving of the special rules of factoring transactions and the general rules of assignment of creditor's rights and the coexistence of the rules of *Verpflichtungsgeschäft* and the rules of *Verfügungsgeschäft*. The topic-style code still needs to be applied systematically. The essence of the re-systematization of factoring law lies in establishing a reasonable separation between factoring transaction law in the Civil Code and factoring business law outside the Civil Code, and in reexamining the various rules of the Factoring Contract Chapter, and exploring the general character to maximize the system benefits of governing the law of obligation and connecting the law of obligation and property. Factoring transaction law is value neutral and does not contain the purpose of regulation, while the regulatory rules of the factoring business law on the parties, subject matter and content of factoring do not affect the nature and validity of factoring contracts, nor do they affect the application of the rules for the assignment of creditor's rights in the Factoring Contract Chapter. The recourse factoring rules have the meaning of the general rule of assignment for security purpose and can provide support for various types of assignment for security purpose. The filing system of assignment of receivables is coordinated with the filing system of pledge and other filing rules. The differences in appearance of these filing rules do not imply internal differences, but are based on the same jurisprudence: if the assignment of receivables is not filed, it is subordinate to the third party, such as the judicial lien creditor or the bankrupt trustee. As a method of publicity, filing has an overwhelming advantage. The rules of notice and proportional acquisition in Article 768 of the Civil Code have only theoretical significance.

Key Words: factoring, assignment of creditor's rights, recourse factoring, non-recourse factoring, assignment for security purpose
