

《中华人民共和国合同法》

专家指导丛书

◎张广兴 韩世远/著

合同法总则

(下)

HETONGFA
ZONGZE

合同的变更与转让
合同的权利义务终止
违约责任
其他规定



3.65



法律出版社

合同法总则

(下)

张广兴 韩世远 著

法律出版社

第一章 合同的变更和转让

合同虽然是特定人之间的特定权利义务关系,但是在现代民法,已经成立的合同并非不许当事人变更其内容;合同债权债务在民事主体之间的可移转性,也为现代各国民法所确认。

广义上的合同的变更,包括合同内容的变更和合同主体的变更。前者指不改变合同的当事人而仅改变合同的某些具体内容;后者又称合同的移转,指在不改变合同内容的前提下,合同上的债权或者债务由第三人予以承受。狭义的合同的变更仅指前一种情形。合同法采用狭义的概念,对合同的转让和合同的变更分别规定。

第一节 合同的变更

一、合同变更的概念

合同的变更,指不改变合同的主体而仅改变合同的内容的情形。

合同的变更与民法理论上的合同更改不同。合同的更改,指以消灭旧合同为目的而成立新合同。合同的更改源自罗马法。在罗马法上,合同的更改包括合同债权人的更改(即合同债权的转让)、合同债务人的更改(即合同债务的承担)、合同内容的更改(即变更给付)、合同性质的更改(如变租赁为买卖)以及期限和条件的更改。近代立法上关于合同更改的规定,大抵仿罗马法。例如,《法国民法典》专设一节规定合同的更新,其中第 1271 条规定,合

同的更新包括当事人缔结新合同以代替旧合同,旧合同消灭;合同债权人解除旧合同债务人的债务而由新合同债务人代替;新合同债权人代替旧合同债权人,合同债务人对旧合同债权人的合同债务消灭三种情形。日本民法典在债的消灭一节规定合同的更改,包括因订立变更债务要素契约发生的更改、因债务人交替发生的更改、因债权人交替发生的更改。《德国民法典》规定了债权转让和债务承担,另在第2章“因契约而生的合同”中规定变更债的内容的契约(第305条)。德国民法不采更改的概念,理由为合同的更改效用甚少。我国1929年民法典仿德国法,也未设更改的规定,其理由与德国民法相同。^①

合同的更改与合同变更的区别在于:依合同的更改,发生旧合同消灭和新合同产生的效果,而依合同的变更,合同的关系依然存在,仅其内容发生变更。因此,合同的更改为合同的消灭原因,而合同的变更并不导致合同的消灭。

我国民法上没有合同更改的概念。变更合同的当事人,称为合同的转让。合同法在第五章规定了合同的变更。其第77条规定,经当事人协商同意后,合同可以变更。此所谓合同的变更,应理解为仅指合同内容的变更,不包括合同当事人的变更。因此,我国法律上所谓合同的变更,与德国民法所称合同的变更相似,而与法国、日本民法所称的更改或更新不同。

二、合同变更的要件

按照我国《民法通则》和《合同法》的规定,合同的变更应具备下列要件:

第一,原已存在合同关系。

合同的变更建立在原来存在的合同的关系基础之上,而由当事人对其部分内容加以改变,以作为履行的根据。如果原来没有

^① 史尚宽:《债法总论》,台北自版1991年版,第781页。

既存的关系，而是因法律规定或者由当事人约定新成立合同关系，则属于合同的发生而非合同的变更。债务人履行债务时多为给付的，得依不当得利的规定请求返还，此时发生因履行超过其所负债务的另一个债，即不当得利之债，而非合同的变更。

第二，原存的及变更后的合同关系应当均为有效。

无效合同，自其成立时即不具有法律效力；撤销后的合同，其法律效力溯及既往地消灭，均不发生合同的变更问题。法律规定在此情形，在当事人之间发生双方返还财产的义务，使财产关系恢复到合同成立以前的状态，与变更无关。依各国民法的规定，可撤销的合同系因当事人的意思表示有瑕疵，造成当事人之间的利益不平衡，因此给予不利的一方当事人以请求法院或者仲裁机构撤销该合同的权利，^①通过法院或者仲裁机构的裁决，使合同当事人的利益达到平衡。但当事人也可不行使撤销请求权，使合同成为确定有效；或者通过协商的方式变更可撤销合同，达到当事人利益平衡的结果。得撤销合同当事人的撤销权，因当事人合意变更合同而归消灭。

所谓变更后的合同的关系也应有效，首先指合同的变更应依法律规定的方式进行。当事人协商变更合同的关系时，应当按照民法关于意思表示的规定，当事人的意思表示不应具有瑕疵。其次，变更后的合同的内容不得具有违法性，不得有违公序良俗。在合同的变更具有得撤销原因时，当事人可以行使撤销权，使合同的关系恢复到未变更以前的状态。

第三，须有合同内容的变更。

^① 我国《民法通则》第59条规定，对可撤销合同，当事人可请求法院或者仲裁机构撤销或变更合同。最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》的意见第73条规定，当事人请求变更的，法院可予以变更；当事人请求撤销的，法院可酌情予以变更或者撤销。《合同法》第54条第3款规定：“当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”

在传统民法上,合同的变更有要素变更与非要素变更之分。前者指合同的标的的变更;其他的例如交付数量、履行期限、地点、价格以及所附条件、担保、违约责任的约定、利息等变更,为非要素的变更。非要素的变更不构成合同的变更。但在我国法律上则没有上述区分,因而凡属合同的内容的任何变更,均成立合同的变更。

合同内容的变更包括:(1)标的物的变更。包括标的物种类的变换、数量的增减、品质的改变、规格的更改等。(2)履行条件的变更。包括履行期、履行地、履行方式、结算方式等的改变。(3)合同性质的变更。例如,变买卖为租赁、原债务变更为损害赔偿债务等。(4)所附条件的变更。例如条件的增加或除去。(5)合同担保的变更。(6)其他内容的变更。

依传统民法,变更后的合同与变更前的合同应当具有同一性。若失去同一性,则只能成立合同的更改,而非合同的变更。^① 但我国合同法未规定合同的更改,将来制定民法典也没有必要规定合同的更改,因此,合同的变更不必要求变更前后的合同具有同一性。实际上,在不改变合同的性质而仅改变合同的内容时,变更前的合同与变更后的合同仍不失其同一性。在变更合同的性质时,虽然新的合同与原来的合同已非同一,可认为是旧合同消灭而新合同产生,但旧合同是否消灭而为新合同所代替,在实践上并无多少意义。

第四,对合同变更的约定应当明确。

合同变更会改变当事人之间的权利义务的内容,直接影响当事人的利益,因此,当事人在变更合同时,必须约定明确,以免以后发生争议。依照《合同法》第78条规定,当事人对变更的内容约定不明确的,推定为未变更。

^① 史尚宽:《债法总论》,台北自版1991年版,第667页。

所谓“推定”，指法律对于某种事实是否存在，预先作出法律上的假定，即如果没有相反的证据，即按照法律的假定处理。但此种推定虽然属于法律规定，却可以以反证推翻。如果当事人能够举出相反的证据，即按照该证据所证明的事实处理。在合同变更的场合，如果当事人能够有明确的证据证明合同已经变更，即按照变更后的合同确定当事人的权利义务；如果当事人不能证明合同已经变更，则按照合同未变更处理，即要求当事人按照原来的合同履行，并以此来确定当事人之间的权利义务。

第五，合同的变更须依法定方式。

合同的变更的方式主要有三种：一是法律规定的情形出现时，合同的关系当然发生变更。例如合同义务不履行时，原合同债务变更为损害赔偿的债务；遇有不可抗力导致合同义务不能履行时，债务人的债务数额缩小或者可以延期履行。二是依法院或者仲裁机构的裁判而变更。例如，对可撤销合同，法院或仲裁机构可以裁判变更（合同法第 54 条）；暂时无力偿还的债务，法院可以裁判分期偿还（民法通则第 108 条）。三是由合同的双方当事人达成变更合同的协议，也即《德国民法典》第 305 条所谓的变更债的内容的契约。此为最常见的变更合同的方式。合同法第五章规定的合同变更，即为当事人经协商一致发生的变更。以合同方式变更合同的关系时，应适用合同成立的要约和承诺规则。

按照《合同法》第 77 条第 2 款的规定，法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，其合同的变更须办理该手续。

三、合同变更的效力

合同变更的效力，在于使合同的内容发生改变，而成为债务履行的新的根据。合同变更后，合同的当事人均应受变更后的合同的拘束。合同变更的效力原则上仅对未履行的部分发生，对已履行的部分没有溯及力，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

我国《民法通则》第 115 条规定：“合同的变更或者解除，不影响当事人要求赔偿损失的权利。”在当事人协商变更时，如果合同的变更将会使一方当事人遭受损害，双方当事人应当就损失的处理作出约定，并将此约定载入变更后的合同之中。

第二节 合同债权的转让

一、合同债权转让的概念

合同债权的转让，指不改变合同的内容，合同债权人将其享有的债权移转于第三人享有。《合同法》第 79 条规定，债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人。合同债权的转让为合同转让的一种情形。

合同债权的转让可分为合同债权的一部转让和全部转让。在合同债权一部转让时，受让的第三人加入合同的关系，与原合同债权人共享债权，此时原来的合同即变更为多数人之债。依合同债权转让合同，原合同债权人与受让一部合同债权的第三人或者按照约定的份额分享债权，或者共享连带债权。如果原合同债权人与第三人未就其合同债权约定按份享有还是连带享有，或者虽有约定但约定不明，并且没有通知债务人，即视其为享有连带合同债权。而通常情形，连带债权对于债权人来说是不利的。因为当债务人向其中一个债权人履行了全部债务后，债务人的债务消灭，如果接受履行的债权人将其所收取的利益独自利用，其他债权人的利益将只有向其行使求偿权才能得到满足。

原合同债权人将其合同债权全部转让第三人的，该第三人即取代原合同债权人而成为合同关系中的新债权人。原合同债权人脱离合同的关系。以下所述的合同债权的转让，仅指合同债权全部转让第三人的情形。

罗马法早期，认为合同是特定人与特定人之间的关系。合同

债权为联结合同债权人与合同义务人的法锁,变更其任何一端,都将使合同的关系失去同一性,因此,认为合同的当事人绝对不可变更,从而更认定合同债权不得转让。嗣后因社会交易日益频繁复杂,合同债权不得转让的理论逐渐改变。罗马法先是允许以合同的更改方式移转合同债权,即消灭原合同债权而代之以新合同债权,由第三人行使新合同债权所赋予的权利。至程式诉讼时期,合同债权的转让方式改变为合同债权人可以委任第三人以诉讼代理人的名义诉追合同义务人,此时的第三人并非单纯的代理人,他所收取的合同利益,并不向合同债权人交付。帝政时期,诉讼代理人可以自己的名义行使诉权。起诉后,法官将其诉讼委任通知债务人,即发生诉讼拘束的效力,债务人受通知后,即不得再向合同债权人履行债务。规定合同债权的转让在转让人与受让人之间的转让行为成立时,即发生合同债权转让的效果,债务人自接受转让通知时受其拘束。^①

在英国普通法中,原亦不许合同债权的转让。按照普通法,合同为双方当事人之间的关系,不允许第三人介入。第三人的介入必然会引起法律上的诉讼。嗣后,英国普通法采用授予代理权制度、合同债权承认制度或者信托制度以实现合同的主体变更。德国普通法时代,对于合同债权能否转让曾发生过激烈争论。萨维尼等人主张合同债权不得转让,其理由各种各样:有以罗马法为本,认为在罗马法上诉权与合同债权有别,唯诉权能够转让而合同债权则否;有认为如变更合同债权人,势必破坏合同的同一性;有认为如变更合同债权人,则合同的标的即归消灭;也有认为债务人有对特定合同债权人履行其义务的利益,如变更合同债权人,将侵害债务人的利益,等等。但多数学者主张合同债权可以转让,此主

^① 陈朝璽:《罗马法原理》上册,商务印书馆1979年版,第204页以下。

张并为德国民法典所接受。^①

近现代各国民法均承认合同债权原则上可以转让。^②我国《民法通则》第91条也规定,合同的一方当事人可以将合同中的权利、义务全部或一部转让第三人,但附加了两个不尽合理的限制。合同法则取消了这两个限制(第80条)。

各国民法承认合同债权可以转让,其根据在于经济上的原因。近现代各国市场经济迅速发达,合同债权债务关系日趋复杂,合同债权的意义和范围较以前已有很大不同。首先,合同债权作为财产权,具有利用价值,从而被认为是一种具有经济价值的财产,可以用作交易。其次,现代社会一切财产都被视为资本,合同债权的资本化已成为人们的一般观念,因而合同债权可以作为资本而被用来投资,这就需要合同债权具有较大的流通性。以前仅局限于当事人之间内部关系的合同债权,遂逐渐脱离其主体而成为客观的、独立的权利,成为资本的体现和交易的客体。另一方面,债务人以自己对他人的债权作为担保或清偿方式,也有利于债权的实现,对社会经济生活的稳定有较多实益。由于上述原因,许多国家出现了债权证券化现象,使债权具有无因性和流通功能。

合同债权的转让是在不改变债的内容的情况下,由第三人取代债权人的地位,仍保持了合同的同一性。因合同的内容保持不变,通常情形合同债权的转让对债务人也并无不利。如果债务人只愿意向合同债权人履行债务,不妨在合同中约定合同债权不得转让。同时,法律为保护债务人的利益,对合同债权的转让的要件及其效力也设有限制性规定。

^① 胡长清:《中国民法债篇总论》,商务印书馆1935年版,第483页。

^② 《法国民法典》第1271条第3款、《德国民法典》第389条、《瑞士债务法》第164条第1款、《日本民法典》第466条第1款、我国1929年《民法典》第294条第1款、《苏俄民法典》第211条等。

二、合同债权转让的原因

合同债权的转让可因法律规定或者法律行为所引起。其中，因法律行为而转让合同债权是合同债权转让的最常见的情形。

(一)依法律规定而转让

按照我国的有关法律，可引起合同债权转让的情形主要有：

1. 继承

依继承法的规定，继承开始后，继承人承受被继承人财产上的一切权利义务。这些权利义务当然包括被继承人生前享有的对于他人的合同债权。被继承人死亡后，其生前的合同债权人地位因继承而移转于继承人承受。在此情形，法律事实上是推定被继承人有转让合同债权于其继承人的意思而加以保护。

2. 合同上地位的概括承受

依合同法的规定，租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。即租赁合同对租赁财产的新所有人继续有效。原出租人对承租人所享有的合同债权即移转于财产的新所有人享有。

3. 履行了债务的人的求偿

依照法律规定，履行了债务的人，对于本应由他人负责的债务，对该他人有求偿权。此种求偿权的性质为代位权，即求偿权人取得原属于合同债权人的合同债权，取代原合同债权人行使权利。这些情形包括：(1)连带债务人中的一人或者数人清偿全部债务后，就其超过自己债务份额的部分，取得对其他连带债务人的求偿权(民法通则第87条)。(2)保证人代为履行主债务人的债务或者因主债务人不履行债务而发生的损害赔偿债务后，取得合同债权人的地位，有权向被保证人追偿(民法通则第89条第1项、担保法第31条等)。(3)为债务人提供财产担保的第三人，在抵押权、质权实现后，有权向债务人追偿(担保法第57条、第72条)。(4)财产保险的标的物由第三人造成损害的，保险人向被保险人进行赔

偿后,有权请求被保险人转让其对于第三人的损害赔偿请求权,从而取代被保险人的地位,得向第三人追偿(保险法第44条等)。

(二)依法律行为而转让

合同债权的转让有基于单方法律行为,例如以遗嘱将合同债权转让继承人或者受遗赠人。此种合同债权的转让于遗嘱人死亡时发生效力。但合同债权的转让通常以双方法律行为为之,因此学者多将合同债权的转让界定为契约行为。合同债权转让合同与依债权转让合同所移转的合同债权本身有别,二者各自独立,各有其成立和存在的原因。因而被转让的合同债权不成立或者已经消灭,或者属于不得转让的合同债权时,合同债权转让合同并不因此而无效,仅发生履行不能。

合同债权的转让为相对的无因行为。合同债权人转让其合同债权可能有各种各样的原因,例如将其作为清偿自己债务的方法或者作为赠与,但原因的有效与否并不影响合同债权转让的效力。合同债权转让的原因无效时,合同债权人可依不当得利的规定请求受让人返还因受让取得的利益。但转让人与受让人可以约定合同债权的转让与所转让的合同债权之间的共存关系,使合同债权的转让以被转让合同债权的有效存在为基础,从而当被转让的合同债权无效或者不存在时,合同债权转让合同也随之无效。

三、合同债权转让合同的特点

第一,合同债权转让合同一旦有效成立,合同债权即移转于受让人。合同债权转让合同的成立、履行、消灭及其法律效力同时发生。

第二,债权转让合同为合同债权人与第三人之间关于移转合同债权的合同,债务人不是合同的当事人。债务人对合同债权的转让同意与否,并不影响债权转让合同的成立和生效。

第三,合同债权转让合同为不要式合同,合同债权人与第三人对转让合同债权达成合意,合同即可成立,而不须某种特别方式。

但法律对此另有规定的,则须依其规定,例如须由国家有关机关批准,应以书面形式订立。

四、合同债权转让合同的要件

合同债权转让合同必须符合以下要件:

第一,须有有效存在的合同债权,且合同债权的转让不改变其内容。

合同债权的有效存在,是合同债权的转让的根本前提。以不存在或者无效的合同债权转让他人,或者以已消灭的合同债权转让他人,即为标的不能,受让人因此受到损害,转让人应当予以赔偿。

下列两种合同债权仍可作为合同债权转让的标的:一是诉讼时效已经完成的合同债权。这种合同债权还有债务人履行债务的可能,且债务人履行以后不得以不当得利为由请求返还,故可成为转让标的。如果债务人以时效已经完成为由而拒绝履行债务,在有偿转让,可构成转让人的权利瑕疵担保责任。二是因得撤销行为所发生的合同债权。此种合同债权在撤销权行使以前,并非当然无效;特别是在撤销权的行使期间内(合同法第55条规定为1年),撤销权人如不行使撤销权,该合同债权将成为确定有效的合同债权,故合同债权人可以转让他人。如果转让人即为享有撤销权的人,其转让合同债权的行为可视为撤销权的抛弃(合同法第55条第2项),此时转让的合同债权即可视为确定有效的合同债权;如果撤销权人为债务人,债务人于撤销权行使期间内行使撤销权从而使合同债权消灭的,在有偿转让,可以成立转让人的瑕疵担保责任。

合同债权转让合同系将已存在的合同债权转让给第三人,而且合同债权的转让关系到债务人的利益,因此转让人于转让其合同债权时不得改变合同债权的内容。即不仅不得增加债务人的负担,即使免除债务人的部分债务,也应直接向债务人作出免除的意

思表示,而不能由转让人与受让人自行决定。

第二,合同债权的转让人与受让人应当就合同债权的转让达成合意。

合同债权的转让为权利的处分行为,因此转让人首先应有转让的权限。对转让的合同债权没有处分权限的人所为的合同债权的转让,不能发生合同债权转让的法律效果,受让人即使为善意,也不能准用关于善意取得的规定取得该合同债权。其次,转让人与受让人均应具有完全的行为能力。限制行为能力人转让或受让合同债权的,除使受让人纯获利益的以外,须由其法定代理人同意或者代理,或者要经其法定代理人事后追认(合同法第47条)。

合同债权的转让既为合同行为,应当适用民法关于意思表示的规定。因一方当事人欺诈、胁迫等使对方当事人陷于意思不自由而为合同债权的转让或者受让行为时,合同债权转让合同的法律效力将会受到影响。合同债权转让合同有可撤销原因的,撤销权人可行使撤销权,而不论债务人是否已经向受让人履行债务。合同被撤销后,受让人已经受领的利益,应依不当得利的规定返还于转让人。合同债权转让合同有法律规定的无效原因时,当然也不能发生法律效力。

第三,转让的合同债权须具有可转让性。

根据合同债权的转让的性质,下列合同债权为可以转让的合同债权:

(1)单务合同中的合同债权。

(2)双务合同中的合同债权。在双务合同中,当事人虽然互享合同债权,互负债务,但不妨将合同债权与债务分离而单独把合同债权转让给他人,合同债权人在合同债权转让后仍保留其应承担的债务。

(3)因合同债务不履行而发生的损害赔偿请求权。

(4)因人格权受到侵害所发生的数额已经确定的损害赔偿请

求权。

(5)因知识产权被侵害所发生的数额已经确定的损害赔偿请求权。

(6)附期限或者附解除条件的合同债权。

(7)将来取得的合同债权也可转让。在此情形,合同债权转让合同于合同债权发生时发生效力。

(8)消灭时效已完成和因得撤销行为发生的合同债权。

(9)性质上可与主合同债权分离而存在的从合同债权,例如利息合同债权。

(10)特别法上的合同债权。例如票据法上的合同债权得依背书而转让(我国票据法第27条),保险法上的合同债权在取得保险人同意时得为转让(保险法第33条)等。

并非一切合同债权均可作为转让的标的。以不得转让的合同债权订立合同债权转让合同的,构成转让人的自始履行不能,应依履行不能的规定而为处理。

多数国家的民法对于可转让的合同债权不作列举性规定,而仅规定不得转让的合同债权种类。

按照《合同法》第79条的规定,以下三类合同债权不得转让:一是依其性质不得转让的合同债权;二是依当事人的约定不得转让的合同债权;三是法律规定不得转让的合同债权。

1. 依性质不得转让的合同债权

某些合同债权由其性质所决定而不得转让,如果转让,将与其性质不符。这类债权主要有:

(1)基于个人特别信任关系发生的合同债权。例如,雇佣、委托、租赁等。这类合同债权因具有强烈的人身信任关系,故不得转让他人,转让时常可构成合同解除的原因。例如,未经出租人同意而转让租赁权,出租人即可解除租赁合同(合同法第224条)。

(2)以特定身分关系为基础的合同债权。例如工资债权,仅可

由他人代为行使而不可转让。

(3)不作为债权。例如,当事人约定不为营业竞争,权利人即不可将请求对方不为营业竞争的权利转让他人。

(4)属于从权利的合同债权。从权利依附于主权利。主权利被转让时,从权利也随之转让。但通常从权利不得与主权利分离而单独转让。例如,保证债权系为担保主合同债权而存在,若与主合同债权分离,将失去担保性质,故不得单独转让。从权利可与主权利分离而单独存在的,得为转让的标的,是其例外。例如,把利息债权与本金债权相分离而将利息债权转让他人。

(5)法律规定禁止扣押的合同债权。

2. 依当事人特约不得转让的合同债权

这类债权应当由当事人以合意明确确定。有关合同债权转让的禁止性约定,可以在合同债权发生之时(例如订约时),也可以是在合同债权发生之后(例如合同生效以后),但必须是在合同债权转让以前,否则已为的债务清偿为有效。禁止转让的第三人的范围,可以是泛指,即约定合同债权不得转让一切他人;也可以是特指,即指明合同债权不得转让某人。当事人还可约定合同债权在一定的时间内不得转让他人。

对于禁止合同债权转让特约的效力,各国民法采取了不同的态度。法国法系认为此种特约无效;德国民法认其有效(第399条);日本民法认为其有效,但同时规定此种特约不得对抗善意第三人(第466条第2项)。我国《民法通则》则不区分情况,一律规定转让合同上的权利、义务时,须取得合同对方当事人的同意,故依民法通则,当事人是否有禁止合同债权的转让的特约没有意义;《合同法》第79条第3项将“当事人约定不得转让”作为“除外”,但按照保护善意第三人和交易安全的精神,在解释上可借鉴日本法的作法。

3. 法律规定不得转让的合同债权

法律规定不得转让的合同债权,是除上述两类合同债权以外的其他合同债权。例如,我国《担保法》第61条规定,最高额抵押的主合同债权不得转让。

第四,法律对合同债权的转让有特别规定或者当事人有特别约定的,合同债权的转让须依该特别规定或者特别约定。

债权转让合同原则上为不要式合同,不须采用特别方式。但法律对债权转让合同的方式或其生效要件有特别规定的,应遵守其特别规定;当事人有特别约定的,也须完成特别约定的事项后,债权转让合同才能生效。我国《民法通则》第91条规定,依照法律规定应由国家批准的合同,其合同上权利、义务的转让,须经原批准机关批准。依此规定,原批准机关不批准合同债权转让的,其合同债权的转让无效。

合同债权的转让为债权的转让人和受让人之间的合同关系,债务人不属于债权转让合同的当事人,因此,各国民法均规定,合同债权转让合同在符合上述四个要件后,即发生合同债权的转让的效果。但我国《民法通则》第91条规定:“合同一方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人的,应当取得合同另一方的同意,并不得牟利。”此条规定系在上述四个要件以外,更增加了须取得债务人同意和不得在合同债权的转让时牟利两个要件。^①《涉外经济合同法》第26条也规定,当事人一方将合同债权和义务全部或者部分转让给第三人的,应当取得另一方的同意。对此,学者认为并不妥当。因为赋予债务人以任意不同意合同债权转让的权利,将使合同债权的转让制度失去其效用;而合同债权人因合同债权的转让牟取利益,也不可一概禁止。^②《合同法》对《民法通则》

^① 对于作此规定的理由,参与《民法通则》立法的人士在对民法通则所作的释义中并无任何说明。穆生秦主编:《民法通则释义》,第110页。

^② 张说:《合同债权的转让及其要件》,载《法学研究》1990年第2期。