

# 论涉他契约

## ——兼评合同法第 64 条、第 65 条之规定

尹 田\*

**内容提要:**涉它契约之涉它,包括债务人有义务使第三人向债权人履行债务和第三人有权请求债务人履行债务两种情形。涉它契约系指使契约发生以上结果的特别合意,与其赖以产生的原因行为不可混同。向第三人给付的合同使第三人直接取得请求债务人履行的权利,债权人同时享有请求债务人向第三人履行的权利。在债务人未向第三人履行时,债权人得请求对自己损害的赔偿。由第三人履行的合同,第三人并不因当事人的约定承担履行义务。第三人不履行时,债务人应向债权人承担损害赔偿赔偿责任。我国合同法第 64、65 条未赋予第三人任何法律地位,与德国法上的“经由被指令人而未交付”相同,因此不属涉它契约。

**关键词:**民法 合同 涉它契约

依通说,涉他契约为其内容涉及第三人的合同。包括两种情形:其一,合同双方当事人约定,由一方使第三人向另一方为一定给付,此谓“由第三人给付之契约”;其二,合同双方当事人约定,由一方向第三人为一定给付,此谓“向第三人给付之契约”。<sup>〔1〕</sup>对于涉他契约,法国民法典、德国民法典、意大利民法典、瑞士债务法、日本民法典以及我国台湾地区民法典均有相应规定。<sup>〔2〕</sup>我国合同法<sup>〔3〕</sup>第 64 条也规定:“当事人约定由债务人向第三人履行债务的,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定,应当向债权人承担违约责任。”第 65 条规定:“当事人约定由第三人向债权人履行债务的,第三人不履行债务或者履行债务不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任。”表面观之,我国合同法的规定与前述“由第三人给付之契约”及“向第三人给付之契约”完全相同,但仔细检查有关理论和其他国家及地区的立法例,即可发现,我国合同法的规定与之存在天渊之别,事实上,我国合同法颁布以来,实务界对前述条文的理解可谓疑虑丛生,众说纷纭。本文特对此发表拙见,以利我国新合同法的正确执行。

\* 北京大学法学院教授。

〔1〕 参见郑玉波:《民法债编总论》,台湾三民书局 1996 年 11 月版,第 388 页。

〔2〕 参见法国民法典第 1120、1121 条;德国民法典第 328 - 335 条;意大利民法典第 1411 - 1413 条;瑞士债务法第 111、112 条;日本民法典第 537 - 539 条;台湾民法典第 268 - 270 条。

〔3〕 指 1999 年 3 月 15 日颁布的《中华人民共和国合同法》。

## 一、涉他契约的制度价值及其制度设计

### (一) 涉他契约的制度价值

合同涉及第三人利益的法律效力问题,是合同法上的一个特殊问题。根据合同相对效力原则,合同所设定的权利义务,只能对订立合同的双方产生约束力。在近代民法经典的契约理论中,合同相对效力原则被认为是意思自治原则所导致的当然结果:依照意思自治的要求,当事人的意志是合同权利义务的“渊源”、“根据”和“原动力”,只有在合同中表达自己意志的人,才能受该合同的约束。<sup>[4]</sup>不仅“己所不欲,毋施于人”,即使“为己所欲”,也同样毋施于人。因此,法国民法典在规定“契约仅在缔约当事人之间发生效力”的同时,并未忘记再加上“契约不得损害第三人”,除法律特别规定的情形,“也不得使第三人享受利益”的具体说明(第1165条)。但是,近代大陆法各国并没有完全承袭罗马法的传统,严格遵循其“任何人不得为他人缔约”(Alteri stipulari nemo potest)<sup>[5]</sup>之法谚,而是在贯彻合同相对效力原则的同时,设定了某种“例外”,即对所谓“为第三人利益订立的合同”予以承认。不仅如此,伴随商品经济社会的进步,商品流通日趋灵活,早期商品交易双方关系的封闭性与孤立性,为现代商品交易过程中各相关交易的连续性及相互依赖性所替代。除人身保险、货物运输等性质上极有可能涉及第三人利益的合同之外,为简化交付方式,降低交易成本,在“连锁买卖”、“连锁租赁”等情形,由出卖人或出租人向第三人(次买受人或次承租人)直接交付标的物,或者由第三人(次买受人或次承租人)向出卖人或出租人直接支付货款或租金的方式,为交易者所普遍采用,并进而产生更为复杂的各种交易关系。同时,在买卖、租赁(包括融资租赁)、承揽、赠与、委托、技术转让等各种合同关系中设定第三人的权利,以减少第三人(往往是与交易相牵连的另一交易关系的主体)的交易风险,增加第三人之债权的受偿机会,也为常见现象。因此,在“为第三人利益订立的合同”基础上建立起来的涉他契约制度渐成一项独立制度,并在现代经济社会中发挥越来越重要的作用。

### (二) 涉他契约的制度设计

对于如何设计涉他契约制度,大陆法与英美法采用了不尽相同的思路。

在英美国家,第三人利益合同始终被认为是对古典契约法上合同相对效力原则(doctrine of the privity of contract)的突破。

在美国,纽约上诉法院于1859年审理的劳伦斯(Lawrence)诉福克斯(Fox)一案被认为是第一个在英美近代契约法上承认第三人诉权的判例(案件中,何力欠劳伦斯300美元,福克斯又欠何力300美元,福克斯答应为何力向劳伦斯偿还300美元,但未履行,劳伦斯即起诉何力。法院判决原告胜诉)。<sup>[6]</sup>1932年,美国《第一次合同法重述》详细规定了对合同第三人利益的保护,其以第三人是否向受允诺人提供对价为标准,将第三人区分为“债权人受益人”(creditor beneficiary)与“赠与受益人”(donee beneficiary)(前者受利益系因受允诺人对其清偿债务;后者受利益系因接受受允诺人的赠与),但不包括两者之外的其他人即“意外受益人”(incidental

[4] J. Flour et J. Aubert, Droit civil, Les obligations, t. I, 5e édition par A. C. E. Paris, 1991, p. 73.

[5] 引自[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第313页。

[6] 傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社1997年版,第155页。

beneficiary)。<sup>[7]</sup>二战以后,美国法对合同第三人利益的保护进一步加强,其适用范围也逐步扩大。美国1980年《第二次合同法重述》取消了“债权人受益人”与“赠与受益人”的划分,增加了所谓“意向中的受益人”(intended beneficiary),将受益人的范围扩大到一切合同双方同意使其受益的第三人。后来,基于对所谓“系列合同”(如工程总承包人与发包人签订合同后,又与各分包人签订合同,分包人又与各材料供应商签订合同)受益人及“公益合同”<sup>[8]</sup>第三方受益人的保护,法律还直接确定了所谓“任意第三人”的诉权。<sup>[9]</sup>

至于在较为保守的英国,对于合同相对性原则的突破甚至早在17世纪便已发生。当时,法院在某些涉及第三人利益的合同诉讼中判决受益第三人胜诉,根据的是所谓“法定允诺说”,即通过法律拟制来认可被允诺人(债权人)之外的第三人也享有诉权。<sup>[10]</sup>但至19世纪,严格的约因原则否定了些种判例所确定的规则。约因原则在英国法上的地位如此重要,以至于进入20世纪以后,英国上议院和大多数法官还顽固坚持合同相对性原则之不可动摇,完全否认第三人的权利。只是基于社会生活变迁,在越来越众多的批评的压力之下,英国法律复审委员会才于1937年提出了报告,建议许可受益第三人以自己的名义申请强制履行合同。但直到1996年,英格兰和威尔士法律委员会提出《合同法 第三人保护》的议案草案,再次建议“使缔约人较容易地将要求强制履行合同的权利赋予合同外的第三人成为可能”,并于1999年11月11日由英国议会通过实施之后,第三人权利保护问题才真正在立法上得以解决。<sup>[11]</sup>

不过,鉴于英美法的特点,法律救济的地位远高于权利的确定,其“真正的法律概念一直与程序的概念与诉讼的思想联系在一起”,法律在本质上不过是“旨在解决争端的一种方法”(法国比较法学家勒内·达维德语),<sup>[12]</sup>故法律对于合同第三人利益的保护,是从权利之有效救济出发,通过赋予第三人以诉权加以解决的。所以,英美法上,当事人有关第三人利益的约定,被视为合同本身内容的一部分。承认第三人利益的保护(即诉权的取得),即意味着对合同相对性原则的否定,这种基于“事实”和“正义”而进行的否定,甚至不考虑当事人的意愿。<sup>[13]</sup>因此,英美法对合同第三人利益的保护,具有十分广阔的适用空间。

大陆法上的涉他契约制度则有所不同。

虽然在古代罗马法上,于“为第三人利益订立的契约无效”原则之外,也存在某些特例,即

[7] 《第一次合同法重述》,s133(1)(a)(b)(c)。

[8] 公益合同指一方当事人为政府机关,另一方当事人为普通民事主体,其内容是兴建公共设施或提供公益服务的合同。由于这类合同的目的是为公众利益服务,因而国家基于政策的考虑,对可能在这类合同中出现的第三方受益人(个别的公众)时常会予以承认(参见上引傅静坤书,第166页)。

[9] 参见上引书,第158页以下。

[10] 参见杨丽君:《论英美合同相对性原则》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第12卷,法律出版社1999年,第354页。傅静坤在《二十世纪契约法》一书中(第154页)提到此种判例:在1677年的达顿诉普尔(Dutton v. Poole)一案中,被告阻止其父亲卖掉一片林子以供养几个年幼的子女,为此被告允诺其父亲将付给每个弟妹1000英镑。事后其中的一个妹妹就被告对父亲的允诺提起诉讼,法官判决其胜诉。

[11] 参见[英]斯蒂芬·戈文:《英国法律委员会合同 第三人权利 议案草案和海上货物运输》,张明远译,《外国法译评》2000年第1期。

[12] 转引自王人博、陈燎原:《赢得神圣》,山东人民出版社1998年版,第370页。

[13] 如“公益合同”中即使对第三人的利益无明确规定,必要情况下,第三人亦得直接依照其中的条款提起诉讼。此种情形,法院对第三人予以保护的根据已经不是合同的约定,而是社会政策(参见傅静坤:《二十世纪契约法》,第168页)。

应当向第三人之给付为缔约人本来应为之给付时,该契约得被承认为有效,第三人亦得享有诉权,<sup>[14]</sup>但此种承认是建立于“缔约人实质上是为自己缔约”的观念之上,尚不足以构成对为第三人利益之契约的直接承认。因此,笔者认为,大陆法对涉他契约的立法,应当是肇始于1804年法国民法典。

依法国民法典的规定,涉及第三人利益的合同包括两种:

一是该法典第1120条所规定的所谓“担保允诺”。即当事人一方为使第三人将来实施某种行为,得向另一方作出担保(如甲向乙担保丙将会与乙订立某个合同,或担保丙将追认甲以丙的名义与乙订立的合同),如果第三人不实施该种行为,作出担保允诺的一方应向另一方承担损害赔偿责任。<sup>[15]</sup>

二是该法典第1121条规定的“为第三人利益订立的合同”。该条文规定:“人们为自己与他人订立契约或对他入赠与财产时,亦得为第三人的利益订立条款,作为该契约或赠与的条件,如第三人声明愿意享受此条款的利益时,为第三人利益订立契约的人不得予以撤销。”

对于前述“担保允诺”和为第三人利益订立的合同是否背离法国民法典第1165条关于“契约仅在缔约当事人之间发生效力”的原则,以及第三人依何种根据取得权利的问题,法国学者一直争论不休,并形成三种不同的学说。

一是“转移说”。此说以 Demolombe 和 Laurent 等传统理论学者为代表。他们认为,为第三人利益的合同包含了两个阶段的不同行为:第一阶段,当事人通过订立合同而取得某项权利;第二阶段,当事人将其获得的权利转移给第三人(受益人)。因此,在当事人和第三人之间,存在一个关于转让权利的合同,第三人获得权利正是根据这一原因。<sup>[16]</sup>此种学说试图说明为第三人利益订立的合同并没有背离合同相对效力原则,但其因不能解释当权利转让人在转移其权利之前死亡,其权利何以进行转移(如投保人为被保险人而受益人为第三人的死亡保险合同)而屡遭攻击。

二是“无因管理说”,认为当事人为第三人设定权利,目的是为了“管理”受益人的事务,而第三人一旦表示接受,则该管理行为便获得追认。但依此种学说,管理行为一旦被追认,其设定的权利便归属于第三人,管理人既不能享受权利,也不能承担义务,其在管理活动中支出的费用,亦应获得补偿。但事实上,为第三人利益的合同在成立后,当事人(管理人)仍应受其约束,其支出的费用,也不能从第三人处获得补偿(如人身保险合同的投保人向保险人支付的保险费,绝对不可能从受益人处获得补偿),故此说也显为不妥。

三是“权利直接发生说”,认为第三人虽非合同当事人,亦非合同一方的被代理人,但因该合同而直接获得某种权利。而这一现象,是合同相对效力的一种例外。此说为法国现代学者中多数人所赞成。但是,对于该种权利依何种根据而直接发生,学者的意见仍有分歧。一些人认为,受益人所直接获得的权利,其根据在于合同相对方对受益人所作出的“单方允诺”;但另一些人则反对,认为“单方允诺”不能成为一般债权的发生根据,同时,其也不能解释为什么为

[14] 例如买方与卖方为照顾被转让物的承租人的利益而达成的协议、赠与人与受赠人达成的关于受赠人在一定时间后向第三人返还物品的协议等(参见彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,第313页以下)。

[15] 该法典第1120条规定:“当事人得接受使第三人为一定行为的约束;如第三人拒绝为该种行为时,约定使第三人为一定行为之人,应负赔偿责任。”

[16] Demolombe, Cours de Code Napoléon, XXIV, no. 248.

第三人利益的合同成立后,当事人在一定条件下有权解除合同。<sup>[17]</sup>

上述法国学者的争议表明,法国民法理论始终将第三人利益条款视为依附于当事人所订合同的“附加条件”,因此无法形成涉他契约的基本观念。

与此相反,1900年德国民法典的立法者则采用了高度抽象的思维方法,把第三人取得权利的根据(第三人利益条款)从当事人为设定该种利益而订立的合同中予以分离,将之视为独立存在的行为,从而为建立完备的涉他契约制度奠定了基础。

德国民法典以专节对“向第三人为给付的约定”作了规定(第2编第1章第3节),共用了8个条文(第328-335条)。除就向第三人为给付之约定的法律效果进行十分详尽的规定外,该节条文最重要的意义,是将当事人之间的合同与向第三人为给付之约定视为两个不同的行为,就此确定了涉他契约之相对独立性。但就第三人取得权利(为第三人给付之契约发生效力)的理由,德国民法理论曾存在四种不同观点。

其一为“承诺说”,认为向第三人给付之契约系当事人共同为要约,而第三人对之为承诺而取得权利。

其二为“代理说”,认为应根据无权代理的理论,来说明第三人取得权利之理由,即当事人系以第三人名义设定权利,而后第三人经承认而取得权利。

其三为“传来说”,认为第三人取得权利系受债权人权利之让与。

其四为“直接取得说”,认为第三人系因当事人间之契约,直接取得权利。而对其取得权利的理由的解释又有三种观点:一种认为系因当事人向第三人所为之单独行为;另一种认为系因“合同行为”(指当事人之“平行”而非“对立”的意思表示一致的行为);第三种认为系因契约对于当事人以外之人发生有利益之法律效力(称为“契约说”)。后契约说成为通说。<sup>[18]</sup>

以后,意大利民法典(第1411-1413条)、日本民法典(第537-539条)、瑞士民法典(第111-112条)及我国台湾民法典(268条-270条)等均作了相应规定。而瑞士和我国台湾民法典在规定向第三人给付之契约的同时,还进一步规定了“由第三人给付之契约”。由此,涉他契约不仅脱离法国民法典中原本意义上的“为第三人利益订立的契约”<sup>[19]</sup>而存在,同时还包括了“向第三人给付”及“由第三人给付”两种类型,使涉他契约制度臻臻完备。而由于各国法律在设计涉他契约制度时,均规定“向第三人给付之契约”效力的确定取决于第三人的意思表示,“由第三人给付之契约”仅对债务人产生义务而不能约束第三人,因此,涉他契约的相对独立性,不仅使意思自治原则和合同相对效力原则不至遭受破坏,而且还使涉他契约的基本规则可以广泛地适用与各种关涉第三人利益的合同关系。

总之,在绝大多数大陆法国家和地区,涉他契约是一种特殊的法律抽象,是人为地将交易中关涉第三人利益之特定事项与其他事项予以分离后所进行的法律描绘,其理论和制度具有相当重要的学术价值和应用价值,对于我国合同法制度的完善,具有重要的借鉴意义。

[17] 参见尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第276页以下。

[18] 参见史尚宽:《债法总论》,第590页。

[19] 如果严格解释法国合同法第1121条之规定,为第三人利益的条款便仅仅是当事人之间合同的“附加条件”。而所谓“为第三人利益而订立的合同”,当然指的就是前述当事人之间的合同本身而非为第三人利益的条款。事实上,对于“为第三人利益而订立的合同”的含义,我国很多民法学者历来采用的正是此种“法国式”的理解(参见王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第84页)。

## 二、涉他契约的法理分析

涉他契约是一个特定的概念,我国学者极少使用,即便偶有涉及,也多半与所谓“为第三人利益订立的合同”相混淆。实质上,涉他契约既非指直接或间接导致第三人某种损害的合同(例如,甲将已约定出卖给乙的特定物又出卖给丙,虽甲、丙之间的买卖合同的履行将导致甲、乙之间买卖合同的履行不能,有损乙的利益,但前者并非涉他契约),亦非指设定最终归属于第三人之某种利益的合同本身(如在人身保险合同指定第三人为受益人的情形,第三人所获得的保险金给付请求权为保险合同所设定,但第三人获得该项请求权却是基于投保人与保险人之间关于保险人向第三人给付保险金的约定,这一约定为涉他契约,但人身保险合同本身并非涉他契约)。因此,涉他契约之“涉他”,仅指债务人有义务使第三人向债权人履行债务(由第三人给付之契约)及第三人有权利请求债务人履行债务(向第三人给付之契约)两种情形。所谓涉他契约,不过是当事人发生该两种结果中之一种而为之特别的合意,至于涉他契约赖以产生的原因行为,则不可与之混同。

### (一)向第三人给付之契约

向第三人给付之契约又称使第三人取得债权的契约,或利他契约。<sup>[20]</sup>此种契约以为第三人设定利益为目的,即缔约双方约定,一方应向第三人履行特定义务,其通常是使第三人成为当事人双方所订立的某个合同的受益人,使其取得该合同所设定的权利。如养老金保险合同中的投保人与保险人约定,由第三人(受益人)取得请求保险人给付养老金的权利;又如运输合同中托运人与承运人约定,由第三人(收货人)取得请求承运人交付托运货物的权利;再如货物买卖合同中买受人与出卖人约定,由第三人取得向出卖人请求交付出卖物的权利;再如房屋买卖合同双方约定,由出卖人将所出卖的房屋径行转移登记在第三人(买受人之子女)名下,<sup>[21]</sup>等等。英美法上的信托合同(根据信托人和受托人之间的协议,受益人可直接请求受托人履行其义务,并在其利益受到损害时请求损害赔偿)<sup>[22]</sup>性质上亦属此类。

#### 1. 向第三人给付之契约的基础关系

由于向第三人给付之契约的内容仅仅是使第三人取得对债务人直接的请求权,而该项请求权却是根据债权人与债务人之间关于设定某项债权的合同所产生的。所以,此种契约通常表现为当事人在订立该合同时,以一项附加的“第三人约款”以使第三人取得该合同设定的权利。亦即在形式上,向第三人给付之契约常表现为某个合同(原因行为)中的一个条款,但其在法律上应被视为相对独立的行为,只不过其必须依赖于原因行为的存在而存在。因此,在当事人缔结向第三人给付的契约的情形,当事人之间必然存在两个法律行为:一是基本行为(原因行为),二是第三人约款(向第三人给付之契约)。

依我国台湾学者的观点,作为向第三人给付之契约基础的关系谓之“原因关系”,其具体包

[20] 参见郑玉波:《民法债编总论》,第395页。另有学者认为,理论上,广义的向第三人给付之契约还包括“不真正为第三人之契约”(如出卖人单纯指令买受人将所购之物交付第三人)。参见史尚宽:《债法总论》,第589页。但本文仅指狭义的(即真正的)向第三人给付之契约。而所谓“不真正为第三人之契约”,应属“经由被指令人而为交付”。

[21] 参见:《新编六法(参照法令判解)全书》,台湾五南图书出版公司1996年版,第166页。

[22] 参见前引[6],傅静坤书,第160页。

括两个方面:一为“补偿关系”,一为“对价关系”。

(1) 补偿关系:如甲为批发商,乙为铁路局,丙为零售商。甲将出卖给丙的货物一批,以丙为收货人委托乙承运。此种情形,甲、乙之间首先存在运输契约,同时也存在向第三人给付之契约。前者为基本行为,后者为第三人约款。而承运人乙愿意履行第三人约款的原因在于可依基本行为获得运费而为补偿,所以,其基本行为(运输契约)为补偿关系。在此,基本行为与第三人约款理论上应视为两个行为,但其实际上并合为一个契约,而由于前者为后者的原因,故二者相互牵连,表现为:补偿关系如无效或被撤销,则第三人给付之契约也归于无效或被撤销。而甲对乙如未为补偿时(如未交付运费),则乙得对丙主张留置权(扣留承运的货物),此外,乙还可行使其他基于补偿关系所生之抗辩权。

(2) 对价关系:前例中,甲之所以使丙取得请求乙交付托运货物的权利,系因甲基于与丙之间存在的买卖关系而可由丙处获得货物对价(价金)之故,甲、丙之间的买卖关系即为对价关系。由于向第三人给付之契约系订立于甲、乙之间,只要该契约有效,乙即应向第三人丙为给付,因此,甲、丙之间的对价关系(买卖合同)有无效力,对之不生任何影响。只不过一旦该对价关系无效或被撤销,甲得依不当得利之规定,请求丙返还货物。<sup>[23]</sup>

应当说,上述我国台湾学者对于向第三人给付之契约的原因关系的论证是有道理的,但其局限性实属显然:

首先,就“补偿关系”而言,其只可揭示在原因行为为有偿行为的情况下,债务人同意向第三人给付的原因(债务人所为给付可由债权人处得到相应补偿),但不可适用于原因行为为无偿行为的情形(如甲、乙约定,由乙无偿为丙修理电视机,此种情形,甲、乙之间并不存在任何补偿关系);

其次,就“对价关系”而言,其只可揭示在第三人与债权人之间存在债权债务关系的情况下,债权人同意债务人向第三人给付的原因(债权人可从第三人处获得对价),但不可适用于第三人与债权人之间无对价关系的情形(如甲以其配偶为受益人而与保险公司订立死亡保险合同,发生保险事故时,甲之配偶得向保险公司请求支付保险金,但不必为此向甲支付任何“对价”。

因此,笔者认为,作为向第三人给付之契约基础关系的,应当仅仅是债权人和债务人设定该项给付的行为即原因行为所生之关系。此种关系可以有偿,也可以无偿,并不仅限于“补偿关系”。基于向第三人给付之契约与原因行为之从属关系,后者之不成立、无效或者被撤销,其效果及于前者。至于债务人同意向第三人给付是否可从债权人处获得补偿,为原因行为的效果,不宜视为向第三人给付之契约的原因关系;而债权人要求债务人向第三人给付的动机,无论是否基于双方之间的对价关系,也不宜视为向第三人给付之契约的原因关系。理由是:此种关系之有无效力,对于向第三人给付之契约不生影响。同时,受领给付的第三人因所谓“对价关系”的无效或被撤销而为之不当得利返还,纯粹基于该对价关系本身,与向第三人给付之契约无任何牵连。故将此种关系确定为原因关系毫无法律意义。

### 2. 向第三人给付之契约的法律特征

作为一种从属于原因行为的从合同,向第三人给付之契约具备一般从合同的基本特点。但由于此种合同系专为第三人设定利益,故其具有下列特征:

[23] 前引[20],郑玉波书,第395页。

(1) 合同约定受领给付的第三人一般不受行为能力的限制。

除约定向第三人给付的种类并无限制外,该第三人的范围也不受限制,其得为自然人,亦得为法人或非法人团体;得为订约当时现存之人,亦得为未来可产生之人(如胎儿、设立中之法人)。行为能力欠缺的自然人亦得成为该种第三人。其原因在于,此种合同通常仅为第三人设定权利,在其未附加任何义务的情况下,法律无对第三人(受益人)予以特殊保护之必需。<sup>[24]</sup>

(2) 合同使第三人对于债务人取得直接请求给付之债权。

向第三人给付之契约一旦成立,债务人即负担向第三人给付之义务,但第三人并非消极地仅具有受领该给付的地位,而是取得直接请求债务人给付的权利,亦即在债务人和第三人之间直接发生请求权关系。<sup>[25]</sup>此点表明了向第三人给付之契约与“经由被指令人而为交付”以及“债务清偿承担”的重大区别。

第一,与“经由被指令人而为交付”的区别

所谓“经由被指令人而为交付”(Geheissperson)为债务履行的一种常见的特殊形式,其概念系由德国民法理论提出,<sup>[26]</sup>即债务人应债权人的要求,将债的标的物向第三人交付。如甲向乙花店订购鲜花一束,约请乙花店送至甲女友丙处;又如甲将向乙约定购买的物品转卖给丙,甲要求乙直接将该物品交付与丙,乙允诺而为之,等等。

笔者认为,“经由被指令人而为交付”与向第三人给付之契约的主要区别,在于受领给付的第三人的法律地位不同。

其一,在“经由被指令人而为交付”的情形,请求权仍为债权人享有,债务人系基于债权人的请求(指令)而向第三人(被指令人)为给付,第三人并不能取得对债务人的直接请求权。因此,就“经由被指令人而为交付”情况下的第三人(给付受领人)而言,一方面,其法律地位类似于债权人给付受领行为的代理人,一旦债务人向第三人为给付,即发生其向债权人交付之同样效果,即债务人的债务因清偿而归于消灭;但另一方面,与一般为债权人受领给付的代理人不同,被指令人并非以债权人代理人的身份(以债权人名义)受领给付,而是以自己的名义受领给付;同时,被指令人受领给付的根据,通常是其与债权人之间的某种法律关系:如前例一,甲之女友丙受领乙花店交付的甲所购买的鲜花,是基于甲与其女友丙之间的赠与关系;又如前例二,丙受领乙交付的甲向乙购买的物品,是基于甲、丙之间的买卖(转卖)合同。因此,对于此种关系中标的物所有权转移问题,理论上只能认为其发生了两次所有权转移:如前例二,甲将向乙约定购买的物品转卖给丙,当乙受甲的指令直接向丙为给付时,应认为同时完成了两项交付,即乙向甲的交付及甲向丙的交付。就标的物所有权转移而言,在乙向丙交付时,应视为在一个所谓“法律之瞬间时点”(juristische Sekunde)<sup>[27]</sup>标的物所有权首先由甲取得,然后再由甲转移于丙。亦即丙并非直接从乙处取得标的物所有权,而是经由甲取得所有权。因此,如果甲、丙

[24] 如为第三人设定权利时附加了义务(如甲、乙约定,由乙向丙为附负担的赠与),则限制行为能力人不得单独为接受之表示。

[25] 立法例参考:我国台湾民法典第269条第1项规定:“以契约订定向第三人为给付者,要约人(指债权人——笔者注)得请求债务人向第三人为给付,其第三人对于债务人亦有直接请求给付之权。”德国民法典第328条第1项规定:“当事人得以契约订定向第三人为给付,并使第三人有直接请求给付的权利。”瑞士债务法第112条第2款规定:“以自己名义为第三人之利益约定给付者……”,“第三人及其继承人适于该第三人之意思或适于习惯时,得独立地请求其履行。”日本民法典第537条第1项规定:“依契约相约,当事人的一方应对第三人实行某给付时,该第三人有直接对债务人请求给付的权利……”

[26][27] 参见王泽鉴:《民法物权》第1册,1992年9月台北版,第114页。

之间的买卖合同不成立、无效或被撤销时,甲得依不当得利规定,向丙请求返还。

与此相反,在向第三人给付之契约的情形,第三人与债务人之间存在直接的请求权关系,易言之,第三人根据该契约而实质上已经成为债务人的债权人。一旦第三人受领债务人之给付,在第三人与债权人之间的关系为买卖合同或其他让与所有权的合同关系时,第三人即直接从债务人处取得标的物所有权,而债权人基于与债务人之间的“因果关系”而负担的给付义务,即因第三人取得并实现对债务人的请求权而被当然抵销并归于消灭,并不存在标的物所有权发生两次转移的情况。

其二,在“经由被指令人而为交付”的情形,由于被指令的第三人不享有对债务人直接的给付请求权,所以,如果债务人未按债权人指示向该第三人为给付行为,债务人应对债权人承担违约责任,第三人无权对债务人提出履行请求,也无权对债务人主张违约责任。如前例一,甲指令乙花店将其购买的花交付给其女友丙,如果乙花店未向丙给付,只能由甲向乙花店提出履行请求及主张违约责任,但丙无权提出同样之请求。<sup>[28]</sup>

与此相反,如为向第三人给付之契约,因第三人对债务人享有直接的请求权,故当债务人不向其为给付时,第三人得对债务人请求履行及主张违约责任。如人身保险合同的保险人未依约向受益人支付保险金时,后者得请求保险人支付等。

由上可见,“经由被指令人而为交付”虽具有向第三人给付之契约之外形(约定由债务人向第三人给付),但不具备其实质(使第三人对于债务人取得直接请求给付之权利),故其被某些学者称为“不纯正的向第三人给付契约”。<sup>[29]</sup>

应当特别指出,实务中,并不暗熟法律的当事人之间关于“由第三人履行”的约定常有的模糊之处,如何解释并判断当事人的约定为“经由被指令人而为交付”抑或向第三人给付之契约?笔者认为,其解释及判断标准可有两条:

一是合同性质及目的。某些情形,即使当事人未明确约定使第三人取得对债务人的直接请求权,但依合同性质及目的应作该种认定者,自应予以认定。如人身保险合同中指定第三人为受益人的情形,虽该种第三人约款有可能并未明示第三人取得请求权,但依该种人身保险合同的目的和性质,第三人理当取得对保险人的直接请求权。否则,该种合同的目的即不能实现。例如,以第三人为受益人的死亡保险,其以投保人(被保险人)的死亡为支付保险金的条件。如果受益人不能取得请求权,则当投保人死亡时,倘保险人拒绝向受益人支付保险金,则受益人无权主张给付,死亡的投保人也无法提出主张,显为不妥。又如,托运人与承运人关于以第三人为收货人的约定,如不认定为向第三人给付之契约,则当承运人拒绝为给付时,收货人须通过托运人主张给付,此于交易殊有不便,也不符合货物运输合同的性质。<sup>[30]</sup>

二是当事人依合同目的或依交易习惯可推知的意思。如果当事人仅约定债务人向第三人给付,但并无使第三人取得对债务人的直接请求权之意思,且依合同目的及交易习惯不能推定

[28] 参见:我国台湾《新编六法(参照法令判解)全书》,第166页。

[29] 前引[20],郑玉波书,第392页。

[30] 对此,德国民法典的规定值得参考。该法典第330条规定了对人寿保险契约和终身定期金契约的解释原则:“1. 如人寿保险契约或终身定期金契约订定向第三人给付保险金或定期金,在发生疑问时,应认为第三人直接取得请求给付的权利;2. 在无偿赠与时,指定由受赠人向第三人为一宗给付时,或之后在接受财产或物件时,约定由接受人向第三人为一宗以补偿为目的的给付者,亦同。”第331条规定了死后给付的解释原则:“1. 如给付应在受约人死亡后向第三人为之者,在发生疑问时,第三人在受约人死亡时,取得请求给付的权利。2. 如受约人在第三人出生前死亡,对第三人为给付的约定,仅在已保留撤销或变更约定的权利时,始得撤销或变更或撤销之。”

为当然有此意图者,应认定为“经由被指令人而为交付”。如甲指令乙花店将其购买的鲜花直接送至女友丙处,依生活习惯,只能认定为“经由被指令人而为交付”;又如货物买卖合同成立后,买受人仅单纯指令出卖人将标的物直接交付给第三人(如受买受人委托存放货物的保管人),或出卖人单纯指令买受人将货款直接支付给第三人(如与出卖人订立有借款合同的借款人),亦均属此类。至于常见的“转手买卖”(所谓“连环购销合同”)中当事人约定由出卖人向次买受人直接交付的情形,如果其约定未明示使第三人(次买受人)取得对出卖人的请求权,可分三种情况作出不同处理:当出卖人与买受人将该种约定直接订定于买卖合同之中时,应认定为“第三人约款”即构成向第三人给付之契约(因此种约定采用买卖合同条款形式,为交易本身的条件之一,其重要性不言自明,故可依合同目的推知其使第三人取得请求权之意思);当买卖合同成立以后,履行之前,买受人要求出卖人将标的物直接交付第三人时,此依交易习惯,为转手买卖交付方便之做法,故应认定为构成“经由被指令人而为交付”;当买卖合同成立以后,出卖人、买受人与第三人共同达成协议,约定由出卖人直接向第三人为给付时,应依当事人所处情况及合同目的推定成立向第三人给付之契约。<sup>[31]</sup>

## 第二,与“债务清偿承担”的区别

“债务清偿承担”亦称“履行承担”,是德国民法典规定的一项制度,<sup>[32]</sup>指债务人与第三人约定,由第三人代为履行债务人的债务。与债务转移(债务承担)不同,相对于债权人,“债务清偿承担”是债务人与第三人之间的“内部契约”,与债权人无关,也无须债权人为同意的表示(而债务转移须经债权人同意)。第三人根据此项契约,对债务人负有以第三人地位向债权人代债务人履行债务的义务(而在债务转移的情形,债务承担人系以新的债务人地位履行债务)。而债务人与债权人之间的关系并无任何变化,债务人仍对债权人承担清偿责任,只不过得依“债务清偿承担”契约请求第三人向债权人为给付(而在债务转移的情形,原债务人即免除其债务清偿责任)。因此,“债务清偿承担”契约的承担人(第三人)对于债务人的债权人并不直接承担清偿责任,债权人当然也不能据此取得对第三人的请求权。<sup>[33]</sup>

换另一角度观之,如果从“债务清偿承担”协议出发,则双方实际上约定,由一方(承担人)负责向第三人(另一方的债权人)为一定给付,其完全相似于向第三人给付之契约。而由于向第三人给付之契约中的债权人与第三人之间的关系有可能就是债权债务关系(债权人为第三人的债务人),故二者极易混淆。但二者的法律效力极为不同:在“债务清偿承担”,第三人(债权人的债权人)不能对债务人(履行承担人)取得直接的请求权;而在向第三人给付之契约,第三人得对债务人直接主张清偿。因此,在有关约定的性质出现模糊时,笔者认为,应采以下方法对之予以确定:

“债务清偿承担”的实质为履行承担人“代”相对方履行对他人之债务,故凡协议中明确表示一方向第三人给付的原因是他方对第三人负有债务,而一方愿意“承担”向他方之债权人为清偿的义务的(但其并未表示愿意承担他方对债权人的债务,否则构成债务转移),应认定为

[31] 立法例参考:德国民法典第328条第2项规定:“关于第三人是否取得权利,或者第三人的权利是否立即或在一定条件下产生,以及订约的双方当事人是否保留权限,得不经第三人的同意而撤销或变更其权利,如无特别约定,应分句情况推定之,特别是应依契约的目的推定之。”

[32] 参见德国民法典第329条(对承担清偿的解释原则)规定:“当事人的一方在契约中未承担他方的债权人的债务,而承担向他方的债权人为清偿的义务者,在发生疑问时,不得视为债权人已直接取得向该当事人请求清偿的权利。”

[33] 参见王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第84页。

“债务清偿承担”；反之，如协议仅约定一方向第三人给付，但既未说明其目的为清偿他方之债务，亦未表示一方承担该债务清偿之意思，则不应认定为“债务清偿承担”，而应根据协议是否具有使第三人取得对该方的直接请求权之意思或可推知的意思，认定为向第三人给付之契约或者“经由被指令人而为交付”。<sup>[34]</sup>

(3) 债权人同时享有请求债务人向第三人给付之权利。

向第三人给付之契约不仅使第三人取得对债务人的请求权，而且同时使债权人对债务人享有请求其向第三人给付的权利。<sup>[35]</sup> 此系其与债权让与在法律效果上的根本区别。

债权让与是债权人与第三人(债权受让人)之间关于转让债权的协议，其成立无须债务人的同意。从结果上看，债权让与同样发生第三人取得对债务人请求给付的权利之效果，但其与向第三人给付之契约的不同之处在于，债权转让协议系发生于债权人与第三人之间，其一旦生效，第三人即确定地取得受让之债权，而原债权人即确定地丧失其债权。易言之，债权让与使第三人取代债权人而成为新的债权人，同时使原债权人完全脱离债的关系，原债权人既无权请求债务人向其履行义务，也无权请求债务人向债权受让人履行义务。

在此所涉及的重要问题是，就对第三人的效果而言，债权让与与向第三人给付之契约并无区别(第三人均取得对债务人的请求权)，其区别仅在于债权人是否享有请求债务人向第三人为给付的权利，而此种权利之有无对于债权人似乎并无太大价值(其并不涉及债权人的利益)。鉴于此，为什么不将向第三人给付之契约一概认定为债权让与，以免凭添不必要之麻烦？

笔者认为，此种区分绝非理论上无益的烦琐，其当然具有实务上的重要价值。表现为：

第一，在当事人约定由债务人向第三人给付的情形，如果该债务的履行直接关涉债权人的利益，亦及债务人如不向第三人履行债务即会造成债权人的损失，此时，如为债权让与，则原债权人完全脱离债的关系，自然无权向债务人主张损害赔偿；但如为向第三人给付之契约，则债权人虽不能请求债务人向自己履行债务，但有权请求其向第三人履行，如债务人未予履行而为债权人造成损失，债权人有权请求其赔偿。例如，在我国台湾最高法院 1977 年判决的一项案件中，甲、乙约定，由乙直接向丙为给付；另甲、丙约定，如乙未为给付，甲应向丙支付违约金。后由于乙未向丙履行交付义务，甲即向丙支付了违约金。为此，甲诉请法院责令乙对其损失予以赔偿。法院判决甲胜诉。<sup>[36]</sup> 此种情形，如认定甲已将对其享有的债权让与给丙，则当乙未向丙交付时，仅丙有权追究乙的违约责任，但甲却不能就因此而遭受的损失(向丙支付违约金)对乙提出赔偿主张。

第二，实务中，常发生债权人、债务人与第三人(债权人的债权人)共同达成协议，约定由债务人向第三人履行债务的情形。如该约定未明示发生债权让与，一旦发生争议，则对之有可能

[34] 关于向第三人给付之契约与“经由被指令人而为给付”的认定，请参见前文。至于“债务清偿承担”与“经由被指令人而为交付”的区分，仍可考虑向第三人给付之目的(是否代他方履行其对第三人的债务)及内容(是否有代他方履行债务之意思)等，予以定夺。由于二者在法律效力上基本相同(第三人均不能取得对债务人的直接请求权，故其区分有时意义不大。但毕竟许多“经由被指令人而为给付”并无代他方清偿其对第三人的债务之目的(例如，买受人指令出卖人直接将出卖物交付第三人保管)，故二者的区分仍有其法律价值。

[35] 立法例参考：我国台湾民法典第 269 条第 1 项规定：“以契约订定向第三人为给付者，要约人(指债权人——笔者注)得请求债务人向第三人为给付……”；德国民法典第 335 条规定：“要约人(指债权人——笔者注)除契约当事人另有意思外……亦得请求向第三人为给付”；瑞士债务法第 112 条规定：“以自己之名义为第三人之利益约定给付者，得请求向第三人为给付”。

[36] 判例来源：我国台湾最高法院 1977 年第 1204 号判决，载《新编六法(参照法令判解)全书》，第 167 页。

作出三种不同的认定:一是其构成“经由被指令人而为交付”;二是其构成债权让与;三是其构成向第三人给付之契约。在债务人未依协议向第三人履行时,如认定其为“经由被指令人而为交付”,则第三人无权向债务人请求履行;如认定为债权让与或者向第三人给付之契约,则第三人均得直接请求债务人向其履行。十分显然,前述协议的目的在于解决当事人之间的“三角债”,以实现第三人的债权。在债权人(第三人的债务人)无力履行所欠第三人的债务而债务人尚有支付能力的情况下,对该项协议之性质的认定于第三人的利益不可谓不重要!然而,如果将向第三人给付之契约混同于债权让与,则有可能置第三人于重大不利。须知,债权让与的构成条件相当严格(须债权人与第三人明确为债权让与之合意并将此合意通知债务人),发生争议时,如果债权人以该协议并无让与债权于第三人之意思为由,主张其仅成立“经由被指令人而为交付”,而债务人也以该协议之内容并无债权让与通知之意思为由,提出同样之主张,则法院极难认定已成立债权让与(原则上,债权让与应有债权人明确的意思表示,不得适用推定)。但是,向第三人给付之契约的构成条件则较宽松(只须债权人与债务人约定由债务人向第三人交付并具有使第三人取得对债务人的直接请求权即可。而如前所述,债权人使第三人取得请求权之意思,可依交易习惯而推知)。因此,在债权人基于清偿对第三人所欠债务,而与债务人及第三人共同达成由债务人直接向第三人为给付的情况下,依交易习惯,应当推定债权人有使第三人取得对债务人的请求权的意思,故认定其构成向第三人给付之契约,以保护第三人之正当利益,防止恶意当事人规避债务履行之意图得逞。<sup>[37]</sup>

### 3. 向第三人给付之契约的效力

此种契约发生三方面的效力:<sup>[38]</sup>

#### (1) 对第三人的效力

此种契约对第三人发生使其取得对债务人直接请求给付之权利的效果。

但对于第三人于何时取得其请求权以及当事人是否得对契约进行变更或撤销,各国立法未尽一致:日本民法典规定,“第三人的权利于其对债务人表示享受契约利益的意思时发生”(第537条第2项),“第三人的权利依前条发生后,当事人不得变更或消灭该权利”(第538条);德国民法典则规定,“第三人的权利是否立即或仅在一定条件下产生,以及订约的双方当事人是否保留权限,得不经第三人的同意而撤销或变更其权利,应根据情况推定之,特别是应依契约的目的推定之”(第328条第2项);而我国台湾民法典虽未明示第三人取得请求权的时间,但规定“第三人对于前项契约,未表示享受其利益之意思前,当事人得变更其契约或撤销之”(第269条第3款),显然是从日本的做法。

笔者认为,由于此种契约之成立并无第三人的意思表示,且通常为单纯给予第三人以利益,故在第三人未作“受益”之意思表示之前,其不能取得权利,契约效力应处于不稳定状态。在此阶段,如不允许当事人对约定予以变更或撤销,显然不合情理。但是,一概将第三人作出“受益”表示的时间作为禁止当事人变更或撤销约定的时间,也有所不妥:其一,如果当事人约定契约变更或撤销之禁止的某种附加条件,一旦条件成就,即使第三人未为“受益”之意思表示,当事人亦不得予以变更或撤销;其二,在法律对当事人变更或撤销该种契约的期限或者条

[37] 诚然,即使第三人无法直接请求债务人履行,其也可另行以债务人为被告提起代位权之诉,但追偿时机错过,债务人得以转移、藏匿财产,第三人之债权当有不能实现之虞!

[38] 前引[20],郑玉波书,第393页以下。

件有规定的情形,一旦期限届至或者条件成就,当事人即依法不得对契约予以变更或者撤销(例如,许多国家的保险法规定,投保人或被保险人指定受益人后,仍有权予以变更,受益人不得反对。但此种情形只限于投保人或被保险人指定受益人且保留处分权的场合。如果投保人或被保险人在指定受益人时就已声明放弃处分权的,不允许再行变更其已指定的受益人;<sup>[39]</sup>又如,依我国新合同法之规定,运输合同双方约定第三人为收货人时,仅在承运人将货物交付托运前,托运人得变更收货人,<sup>[40]</sup>等等)。

此外,只要第三人所受利益为纯法律上利益,则对其受益的意思表示,限制行为能力人也可单独为之。至于第三人受益之表示应向谁作出,有关立法例并不一致:日本民法典规定其应向债务人作出,我国台湾民法典则未作限制(第269条第3款),学者解释为得向任何一方当事人为之。<sup>[41]</sup>对此,笔者认为,因第三人受益之表示涉及债务履行受偿主体的确定,故其可以向债务人为之,也可以向债权人为之,但于后者,债权人应通知债务人。

由于向第三人给付之契约并无第三人参与订立,对其为之设定的利益,第三人当然有权拒绝接受。如果第三人明确表示不予接受,该种契约即应自始不发生效力。<sup>[42]</sup>

至于第三人所取得的债权,其与一般债权并无不同,除请求权能、受偿权能外,第三人尚享有请求不履行之损害赔偿以及请求强制履行等权利。但因第三人并非契约当事人,故其不能享有对契约之解除权。

### (2)对债权人之效力

如前所述,向第三人给付之契约使第三人取得对债务人的请求权的同时,也使债权人对债务人享有请求权,但该项请求权与第三人的请求权在内容上不同:债权人仅有权请求债务人向第三人为给付,但无权请求债务人向自己为给付。只有当向第三人给付之契约因第三人拒绝受益而丧失效力时,债权人方可依据其与债务人之间的基本行为(原因行为)而请求债务人向自己为给付。

此外,当债务人不履行向第三人给付之契约时,债权人得对其行使损害赔偿请求权,但其内容与第三人享有的违约责任请求权不同,其仅限于请求债务人赔偿未向第三人履行而为自己造成的损失,并不包括因之而为第三人造成的损失,也不包括请求强制债务人向自己实际履行等。

### (3)对债务人之效力

债务人应向第三人直接承担履行责任。与此同时,因第三人所取得的权利从根本上讲是来源于债权人与债务人之间的基本行为(原因行为),故债务人基于该原因行为而享有的一切

[39] 参见李玉泉:《保险法》,法律出版社1997年版,第205页。

[40] 该条文全文是:“在承运人将货物交付收货人之前,托运人可以要求承运人中止运输,返还货物、变更到达地或将货物交给其他收货人,但应当赔偿承运人因此受到的损失。”

[41] 前引[20],郑玉波书,第393页。

[42] 参考立法例:我国台湾民法典第269条第3项规定:“第三人对于当事人之一方表示不欲享受其契约之利益者,视为自始未取得其权利。”德国民法典第333条规定:“第三人对立约人拒绝因契约而取得的权利时,视为自始未取得其权利。”

抗辩权,均得对第三人行使,如同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权等。<sup>[43]</sup>

## (二)由第三人给付之契约

由第三人给付之契约,又称第三人负担契约或担保第三人给付之契约。<sup>[44]</sup>此种契约,以第三人之给付为其内容,即合同双方约定,合同所设定的债务由债务人负责使第三人向债权人履行。例如,乙将从丙处约定购买的某物转而出卖给甲,乙、甲订立合同时(或订立合同后)约定,乙负责使丙向甲直接交付该标的物;又如,甲、乙约定,由乙负责使丙为甲修剪花草,等等。

与向第三人给付之契约一样,由第三人给付之契约也是依附于基本行为的从行为,也存在某种有偿或者无偿的原因关系。但是,由于此种约定系将“不利益”赋予第三人,因而使其具有以下法律特征:

### 1. 第三人不因该种约定而承担给付义务。

近代民法虽承认合同可为第三人设定权利,但并不承认合同可为第三人设定义务。在由第三人给付之契约,因第三人并非契约当事人,故其约定当然不能约束第三人。所以,此种契约只能约定由债务人“使”第三人为给付,而不能径行约定由第三人“承担”给付义务。如属后者,其约定应为无效。但是,债务人的责任亦非保证责任,这是因为,保证人的责任须以被保证人的主债务为依据,而第三人对债权人并不承担义务。

由第三人给付之契约的这一特点,是其与债务转移及债务履行承担的基本区别:与由第三人给付之契约不同,在债务转移及债务履行承担,虽债务也系由第三人履行,但第三人或者应对债权人负给付责任(债务承担人),或者应对债务人负向债权人给付之责任(履行承担人)。同时,债务转移及债务履行承担应由债务人与第三人(债务承担人或债务履行承担人)达成协议,而由第三人给付之契约成立于债务人与债权人之间,二者迥然不同。然而,在由第三人给付之契约,债务人为“使”第三人为给付,当然要通知第三人,如果第三人拒绝,债务人应对债权人承担责任。但如果第三人同意,其与债务转移,尤其是与债务履行承担区别何在?笔者认为,其区别的要害仍在第三人“同意”之内容:如果第三人仅同意向债权人为给付,并未明确表示愿意承担债务人对债权人的债务,或愿意向债务人承担其对债权人的债务履行责任,应认定成立由第三人给付之契约。

### 2. 第三人不为给付时,债务人应对债权人承担损害赔偿责任。

如第三人不为给付,其效果如何?对此,德国、日本民法未予明示。但依我国台湾民法典及瑞士债务法的规定,应由债务人对债权人承担损害赔偿责任。<sup>[45]</sup>其理论上的解释是:既然第三人不负给付义务,则其给付与否,纯属自由,若其不为给付,无论原因如何,债务人均应绝对负损害赔偿责任。不过,学者又指出,此项规定非强制性规范,债务人是否承担责任,还应取决于其约定的内容。如果债务人仅约定尽力使第三人给付(称为“尽力契约”——Bemühungsvertrag),则当第三人不为给付时,债务人仅因可归责于己之事由(如未尽善良管理人之注意)为

[43] 参考立法例:我国台湾民法典第270条规定:“前条债务人得以由契约所生之一切抗辩,对抗受益之第三人。”德国民法典第334条规定:“立约人得以契约所生的一切抗辩,对抗第三人。”日本民法典第539条规定:“基于第537条所载契约(指向第三人给付之契约——笔者注)而产生的抗辩,债务人可以以之对抗受契约利益的第三人。”

[44] 参见我国台湾民法典第269条。

[45] 我国台湾民法典第268条规定:“契约当事人之一方,约定由第三人对于他方为给付者,于第三人不为给付时,应负担损害赔偿责任。”瑞士债务法第111条规定:“对他方约定由第三人给付者,于不为给付时,有赔偿因此所生损害之义务。”

限承担责任。如无此项特约,债务人始负绝对责任。至于债务人的责任为什么是损害赔偿責任而非实际履行(代为履行)责任,学者认为,这是因为债务人“无为该契约本来给付之义务”。只是当所约定之给付非专属第三人之义务,而实际上由债务人代为履行更能符合当事人双方利益时,如果债务人愿意代为履行,依诚信原则,债权人不得拒绝。<sup>[46]</sup>

笔者认为,第三人不为给付时,规定债务人对债权人承担损害赔偿责任是合理的。但上述学理解释却难以成立。盖因由第三人给付之契约可分为两类:一类是由第三人所为之给付,正是原因关系中债务人自己应为之给付(如乙将向丙买受之物转卖给甲,乙与甲约定,由丙直接向甲交付,即乙“使”丙向甲所为之给付,正是乙自己应向甲为之给付。此种情形,当丙为给付时,乙对甲的给付义务即行免除)。由此,债务人事实上承担了两项义务,即依原因关系承担向债权人的给付义务,另因由第三人给付之契约承担“使”第三人为给付的义务。在这种情况下,如第三人不为给付或不适当为给付,债务人首先应依原因关系承担责任(如有履行可能,应实际履行;如履行不能,应负违约责任,根本不存在“代为履行”的问题);同时,债务人也应对第三人不为给付或不适当为给付而为债权人造成的损失负责赔偿;另一类是债务人在原因关系中并不承担任何义务,仅依由第三人给付之契约对债权人承担“使”第三人给付的义务(如乙与甲约定,乙使丙为甲修剪花草,甲为此向乙支付费用)。此类情形,如第三人不为给付或不适当为给付,债务人仅承担由此为债权人造成的损失赔偿责任。当然,如果债务人愿意代为履行且并无不当,自应许可。

### 三、对我国合同法有关规定的评析

如前所述,我国合同法第64、65条对关涉第三人利益的合同作了规定。其从形式上看似乎是对我国台湾民法典第268、269条的借鉴,但实质上与之有重大区别:

(一)我国台湾民法典将涉他契约规定于债编第一章“总则”之第三节“债的效力”之第三款“契约”部分,并冠以“第三人负担契约”与“利他契约”之标题,旨在表明涉他契约为特殊契约之一种(与此相似,法国民法典将之规定于“契约或合意之债”一编中“契约有效成立的要件”一章;德国民法典将之于“契约所生之债”一章中作专节规定;意大利民法典将之于债编之第二章“契约总论”中作专节规定;日本民法典将之规定于“契约”一章之第一节“总则”中的第二目“契约的效力”)。而我国合同法则将“向第三人给付”及“由第三人给付”两种情形规定于“合同履行”一章,分明是将其视为债务履行的一种特别方式而非契约的一种特殊类型。

(二)我国台湾民法典规定的“向第三人给付之契约”得产生两种效果:一是第三人取得对债务人的直接请求权;二是债权人取得请求债务人向第三人为给付的权利。而我国合同法所规定的“当事人约定由债务人向第三人履行债务”的情形(第64条),第三人对债务人根本不能取得任何权利(依其规定,债务人不履行或不适当履行时,“应当向债权人”而非向第三人承担违约责任),债权人也不能取得请求债务人向第三人为给付的权利,只能享有对债务人主张违约责任的权利。而此处的“违约责任”究竟指债务人违反“向第三人给付”之约定的责任,抑或违反债务人本来应向债权人本人给付之约定的责任(例如,乙将向甲所购之物转卖丙,甲、乙约定由甲直接向丙交付。甲未履行时,究竟应承担不履行向丙交付之约定的违约责任,还是应承

[46] 前引[20],郑玉波书,第390页。

担不履行甲、乙之间所签订的买卖合同的违约责任)不无疑问。

(三)我国台湾民法典规定的“由第三人给付之契约”得对债务人产生“使第三人给付”之义务;而我国合同法所规定的“当事人约定由第三人向债权人履行债务”的情形(第65条),对债务人不能产生前述相同之义务,而只能产生债务人对债权人的违约责任。但那种责任所依据的是何种“约定”?同样不无疑问。

由上可见,我国合同法第64、65条之规定,根本未赋予第三人以任何法律地位。同时,尽管可以有不同理解,但考虑到该两个条文设定于“合同的履行”部分,其主要针对的显然是因“转手买卖”而发生的当事人约定由出卖人直接向次买受人交付标的物,以及次买受人直接向出卖人支付货款的情形,故依其规定,在债务人不向第三人为给付或者第三人不向债权人为给付时,债务人均依其与债权人之间的买卖合同承担违约责任。由此一来,债务人与债权人之间关于“向第三人给付”及“由第三人给付”之约定,便根本不具有任何法律效力,不能产生变更或者限制当事人之间原有法律关系之内容的任何效果。所以,前述所谓“约定向第三人给付”,其性质均只能认定为“经由被指令人而为交付”;所谓“约定由第三人给付”,从相反的角度,亦只能作同样的认定(在“转手买卖”的情形,出卖人与买受人约定由次买受人直接向出卖人支付货款,构成“由第三人给付”;但从买受人与次买受人之间的关系来看,则仍构成“向第三人给付”)。

结论就是,我国合同第64、65条既不是对“为第三人利益订立的合同”所作的规定,也不是对涉他契约的规定,而是对合同履行中“经由被指令人而为交付”的规定。

应当指出的是,由于新合同法的前述条文本身的模糊性及所采用的“当事人约定”之表述所具有的不确定性,如果不对之作必要的限制性解释,则其在实务中有可能陷入难以适用的窘境。

1. 如果将“当事人约定”理解为“债权人与债务人约定”,则其第64条的规定“当事人约定由债务人向第三人履行债务的,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定,应当向债权人承担违约责任”的适用,显然违背受益人为第三人的人身保险合同、收货人为第三人的货物运输合同的基本准则。

2. 如果将“当事人约定”理解为“债务人与第三人约定”,则其第64条规定的适用明显背离诚信原则,严重损害第三人利益(债务人与第三人约定向其为给付,却不受其承诺的任何约束)。<sup>[47]</sup>

3. 如果将“当事人约定”理解为“债权人与第三人约定”,则其第64条规定的适用同样有可能损害第三人的合法利益(在“债权人与第三人约定由债务人向第三人履行债务”且通知债务人的情形,应成立向第三人给付之契约,使第三人取得对债务人的请求权);而其第65条规定的适用则会违背债务转移的基本规则,损害债权人的合法利益(在“债权人与第三人约定由第三人向债权人履行债务”且债务人未予反对的情形,得构成债务转移,债权人有权对成为债务承担人的第三人行使请求权)。

4. 如果将“当事人约定”理解为“债权人、债务人与第三人共同约定”,则其第64条及第65条规定的分别适用,必然会导致明显不合理的结果:例如,在“三角债”的情形,鉴于债务人无清

[47] “债务人与第三人约定由债务人向第三人履行债务”时,在债权人同意的情况下,如前所述,得推定成立向第三人给付之契约,使第三人获得对债务人的请求权。

偿能力,债权人遂与债务人及次债务人三方共同达成协议,约定由次债务人直接向债权人清偿。在该约定中未明确指明是否发生债务转移的情况下,只能适用合同法第64条及第65条之规定。而就债权人与债务人的关系来看,应构成所谓“约定由第三人向债权人给付”,但依第65条之规定,次债务人不为给付,对债权人不承担任何责任;而就债务人与次债务人之间的关系来看,应为“约定由债务人向第三人给付”,但依第64条之规定,次债务人不为给付,对债权人仍然不承担任何责任。如此一来,三方当事人为清偿“三角债”而郑重达成的协议便成为一张废纸!<sup>[48]</sup>

综上所述,笔者认为,大陆法有关涉他契约的理论和制度为近现代合同法的重要成果,我国合同立法应予借鉴。而在增补涉他契约规则的基础之上,应对我国合同法第64、65的规定,通过司法解释阐明其准确含义以限定其适用范围:(1)将合同法第64、65条中的“当事人”解释为“合同当事人”(即债权人与债务人);(2)将第64条解释为“经由被指令人而为交付”,且注明“但当事人约定使第三人取得对债务人的直接请求权或依合同性质及交易习惯可推知当事人有此种意思者除外”;(3)对第65条作以下补充解释:“在第三人同意向债权人履行义务时,本条规定仅适用于第三人同意向债权人履行义务,但并未明确表示愿意承担债务人对债权人的债务,或愿意向债务人承担其对债权人的债务履行责任的情形。”

---

**Abstract :**The third party referred to the contract should include the following two : debtors have the duty to make the third party performing the debt to the creditors; the third party has the right to demand compensation. The contract referred the third party is a special suit from which the above mentioned actions could be taken place , and it is different from the reasons of those contracts. The reason why the third party gets his or her right to demand debtors performing the duty , and the creditors have the rights to ask the debtors performing their duty to the third party , is the contract which regulated that the third party could be paid. If the debtors do not perform their duties , the creditors could be compensated. If the contracts are those that the third party should perform his or her duty , the duty of the third party does not stem from agreements of the persons concerned. If the third party does not perform his or her duty , debtors should compensate the loss of the creditors. Although the articles 64 and 65 of existing Chinese contract law are similar with the German law regulation concerned , they do not entrust any legal status of the third party , so , they are not the contract referring to the third party.

---

---

[48] 此种情形,即使将“当事人约定”解释为“债权人与债务人约定”,也会产生相同的效果。