

# 国际商法论丛

(第2卷)

主 编：沈四宝

副主编：王 军 焦津洪

执行编辑：苏号朋

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

国际商法论丛.第2卷/沈四宝主编. - 北京:法律出版社,2000.7

ISBN 7-5036-3112-0

I. 国… II. 沈… III. 国际商法-研究-文集  
IV. D996.1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 60448 号

---

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/杜进

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/18.875 字数/462 千

---

版本/2000 年 8 月第 1 版

2000 年 8 月第 1 次印刷

印数/0,001-4,000

---

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN 7-5036-3112-0/D·2833

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## 前 言

《国际商法论丛》第1卷出版至今不过一年有余。在这短短的一年里,人类已跨入了一个新的世纪——21世纪。这是一个充满生机、充满希望,同时也充满挑战的世纪。经济全球化、信息化一方面挑战着20世纪传统的法律体系,同时也塑造着21世纪新的法律体系。国际商法滥觞于中世纪商法(Lex Merchant),带有强烈的国际性、创新性。今天的国际商法无疑应当继承这一传统。作为法律工作者,特别是国际商法学者,把握世界范围内社会、经济、法律发展的脉搏,顺应其发展的潮流,积极研究,勇于创新,乃是我们义不容辞的责任。而这也正是我们编辑《国际商法论丛》的基本宗旨。

在这一年里有两件重大事件将对我国的国际商法产生深远影响。

一是我国统一的合同法于1999年10月1日起开始生效。这部新合同法把经济合同法、涉外经济合同法及技术合同法统一起来,对涉外经济贸易法制建设具有重大和积极的意义。为此,我们组织了两篇评论文章。王军教授、苏号朋博士撰写的这两篇论文从不同角度对新合同法进行了探讨,提出了自己的看法。

二是中美两国政府于不久前达成了关于中国加入WTO的协议,为中国最终加入WTO扫除了最大的障碍。加入WTO对于中国社会主义市场经济的发展意义重大,有人甚至把它称为“新一轮的改革开放”。然而,一个值得注意的现象是,法学家在WTO的研究与讨论中是缺位的。甚至至今还没有一套完整、令人满意

的 WTO 法律文件的中文译本。这反映出以往法学研究的一个严重不足。国际商法是一门实践性的科学,研究实际问题,解决实际问题乃是国际商法的生命所在。石静遐博士、王佩讲师和宫立云博士的三篇论文,就加入 WTO 对我国服务业、金融市场、保险市场的影响,以及我国应当采取的法律对策做了较为深入的探讨,值得一读。

当前,国有企业改革仍处在攻坚阶段。越来越多的有识之士认为,公司治理结构的不完善是阻碍国有企业转变机制、建立现代企业制度的一个严重障碍。事实上,公司治理结构是西方现代公司制度的核心,也是现代西方公司法研究的热点问题。我国“公司法”目前正在进行修订,如何完善董事会、监事会等制度,明确董事的权利和义务,应当成为公司法修订的重要内容。在本卷中,柯皓先生、李燕兵先生、刘刚仿先生分别对董事的义务、监事会制度以及公司发起人制度进行了研究、探讨,对于公司法的修订有一定的参考价值。

国际仲裁是国际商法不可分割的组成部分。中世纪“商人法庭”以及后来一些国家的“商事法院”一直是表明民商分立的一个重要标志。当代国际仲裁的日趋繁荣也被视为国际商法复兴的一个体现。本卷刊载的三篇论文和一篇译文在一定程度上反映了国际仲裁的一些最新发展。

我们对中国法学教育的改革,特别是法律教学方法的改革始终给予极大关注。这不仅是因为我们自己是教师,更重要的是,我们坚信,法学教育水平的提高乃是法制建设走向完善,走向成熟的原动力。司法部法规教育司与对外经济贸易大学法学院于 1999 年 10 月共同主办了“全国法律硕士专业学位研究生案例教学法研讨会”。来自全国近 30 所法律院系的代表参加了会议,并进行了热烈的讨论和交流。顾功耘教授提出的“实例追踪分析法”颇有创意,引起与会者的浓厚兴趣。我们特将其提交的相关论文予以刊

载,以供更多的法学教育工作者共同探讨。

最后,我们对关心、鼓励《国际商法论丛》成长的各界朋友深表谢意。我们将继续秉承论丛既定的宗旨,以求实、务实、老实的态度,努力把丛刊办好,办成法学刊物中的精品。

编 者

二〇〇〇年六月

## 专题研究：新合同法论坛

# 评我国新合同法上合同转让的原则

王 军\*

### 一、新合同法上合同转让的原则

#### (一)新合同法生效前的原则

《中华人民共和国合同法》(新合同法)于1999年10月1日付诸实施。在此之前,有关合同转让的原则是由《民法通则》第91条阐释的。该法第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。”这一规定包含了以下含义:(1)合同权利的转让以合同另一方的同意为条件;合同义务的转托以另一方的同意为条件;因此,合同的整体转让也以合同另一方的同意为条件。这意味着,合同权利、义务和合同的整体都是不可转让和转托的,因为以转让方/转托方的相对方的同意为转让和转托的生效条件,实际上否认了转让方拥有实施转让和转托的权利。(2)即使是约定的转让和转托,亦不得为获取商业上的利益而为之。

总的来说,在新合同法生效之前,合同权利、义务和合同的整体都是不可转移的。

---

\* 作者系对外经济贸易大学法学院教授。

## (二)新合同法规定的原则

新合同法规定的合同转让原则,可以概括为这样3条:(1)合同权利可以转让。这一原则为该法第79条规定。<sup>①</sup>(2)合同义务不可以转托。这一原则为该法第84条规定。<sup>②</sup>(3)合同的整体不可以转让。这一原则为该法第88条所包含。<sup>③</sup>

## 二、关于合同权利可转让的原则

### (一)典型案例分析

为了理解合同权利可转让的原则在实践上的意义,有必要首先对这一领域的典型案例进行分析。请看下面的两个案例:

案例1:甲与乙于某年1月1日订立一个赠与合同。合同规定,乙将于3月1日赠与甲一笔现金。此后,甲与丙签订了一个货物买卖合同,其中规定,甲作为买方应付货款的一部分用乙赠与的现金支付。如果乙以该权利的转让未经乙同意为由拒绝对丙付款,丙有无权利要求甲付款?

这一案例中有利于乙的理由是,合同创设的是特定主体之间的债权债务关系,其效力不应及于第三人。

该案中有利于丙的理由是:对乙的意思应理解为给予甲一项权益,在甲与乙之间的合同签订之后,该权益已经属于甲,因此,除非乙在合同中作了相反的意思表示,否则,甲无论以何种方式享用这种权益,均不违反乙的意思;广义地说,合同一方依合同获得的

---

① 该条的内容为:债权人可以将合同中的权利全部或者部分转让给第三人,但有下列情形之一的除外:(1)根据合同性质不得转让;(2)按照当事人约定不得转让;(3)依照法律规定不得转让。

② 这一条的内容是:“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。”

③ 该条规定:“当事人一方经对方同意,可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。”

权利可以由该方支配,只要不会对另一方的合同权利造成损害。

案例 2:甲是一个物业开发商。甲将一处建造完成的房产出售给乙,乙向甲分期支付房款。合同订立之后,甲将对乙的合同权利——按期收取房款的权利,转让给了丙。如果乙以该权利转让未经乙同意为由拒绝对丙支付房款,法律应保护哪一方?

在案例 2 中,有利于乙的理由与案例 1 中有利于乙的理由相似:乙依与甲签订的合同仅对甲负有义务,对丙并不负有义务。

案例 2 中也存在有利于丙的与案例 1 中有利于丙的理由相似的理由:如何支配合同项下的收款权,是甲的事,对乙的合同权利并不会发生妨害。<sup>④</sup> 可是,与案例 1 不同的是,在案例 2 中,认可该合同权利转让的效力,在市场经济条件下,对社会利益是更为有利的。首先,在这一案例中,开发商通过转让合同项下的收款权可以马上回收投入的资金,再用回收的资金投入到新的物业开发经营中去,从而促进了物业的开发。其次,在这类案件中,合同权利的受让人通常是银行或金融公司,合同权利的可转让性增加了这些金融机构介入商业交易的机会,而金融机构的介入实际上是全社会的介入,即广大的储蓄户和债券购买者的介入。再次,合同权利的可转让导致的投资的迅速回收使开发商有能力与房产的买方签订分期付款买卖合同,而分期付款可以刺激购买,进一步促进商业的流转。

从以上分析可知,在案例 2 中,允许合同权利的转让不仅是权衡合同双方以及受让人三者之间的利益的结果,而且是权衡合同的债务人——反对转让的一方与社会利益的结果。如果说,在案

---

<sup>④</sup> 这样主张的前提条件是,根据甲与乙的合同,该房产的买卖不包含任何售后的物业服务,甲对该房产也不作任何权利担保或品质担保;或者,甲在把收款权转让给丙之后,继续对乙履行卖方的各种义务。在这样的前提条件下,甲转移给丙的才是纯粹的合同权利,不包括合同义务在内。

例1中,允许与反对转让都有一定的理由,那么,在案例2中,通过认可转让的效力而实现的总体上的利益(转让人和受让人的利益加社会利益)显然高于由禁止转让而保护的利益。

应当指出的是,案例2是一种具有普遍意义的案例。它的一般特征是:一方面,交易中的买方(包括货物、服务和不动产的买方)以分期付款的方式支付价金,另一方面,金融机构作为合同权利的受让人介入交易。<sup>⑤</sup>当然,在现代的商业交往中,合同权利的转让不仅限于分期付款和金融机构介入交易的情况,而是经常地和大量地发生的。这一点,通过下文的讨论我们将会看得更加清楚。

## (二)外国法的发展

无论在大陆法系国家还是英美法系国家,涉及合同权利的转让,法律和法学理论的发展都经历了从禁止、逐步放宽,到准许的变化过程。<sup>⑥</sup>而进入现代社会以来,所有的法律发达国家对合同权利的转让都给予了认可。

早在1804年,资本主义世界的第一部民法典——《法国民法典》就已经就合同权利转让的某些具体问题作出了规定。<sup>⑦</sup>更具有典型意义的是《德国民法典》第398条的规定:“(1)债权人得通过与第三人订立的契约,将债权转移于第三人;(2)契约订立后,新债

<sup>⑤</sup> 参见沈达明:《英美合同法引论》,对外贸易教育出版社1993年版,第195页。在该书列举的有关合同转让的5个例子中,第二、第三和第四个例子与本文案例2近似。

<sup>⑥</sup> 关于罗马法在这一制度上的“演变”过程,见[意]彼德罗·彭梵德:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第315—316页;谢邦宇:《罗马法》,北京大学出版社,1990年版,第273—274页。关于英国法在这一问题上的变化过程,见何美欢:《香港合同法》,北京大学出版社1995年版,第500—501页。

<sup>⑦</sup> 例如,第1689条规定了债权转让在转让人与受让人之间生效的时间;第1690条规定了债权转让对债务人生效的时间;从1691条到1701条都是有关债权转让的规定。

权人即取得原债权人的地位。”类似的规定在大陆法系各国的民法典中得到了广泛的采纳。<sup>⑧</sup>

在英国,合同权利的可转让性最初仅为衡平法承认,没有得到普通法的承认。在1873年司法改革后,合同权利的可转让性得到了普通法和衡平法的共同认可。此外,自19世纪以来,英国议会颁布了一系列制定法,对多种特殊的合同权利的可转让性给予了认可。<sup>⑨</sup>在美国,作为一般原则,所有的合同权利都是可转让的。<sup>⑩</sup>涉及合同权利的可转让性,法律上的争议仅在于哪些情况应属于该一般原则的例外。<sup>⑪</sup>

总之,在现代社会,合同权利可以转让的原则已得到各国法律的普遍认可,因而已不再是一个有争议的问题。

### (三)讨论

从上文可以看出,新合同法第79条关于合同权利可以转让的原则对于正确地调整合同债务人的利益与其他当事人的利益以及社会利益之间的关系,促进中国社会主义市场经济的发展有着重要的和积极的作用。同时,这一原则与其他国家的法律普遍认可的原则也保持了一致。这是新合同法实现的合同转让制度上的重大进步。

## 三、关于合同义务不可转托和合同的整体不可转让的原则

### (一)典型案例分析

合同的整体转让是合同权利和义务的概括转移。合同整体的可转让性,其实质是合同义务的可转托性。因此,在下文中为了叙

---

⑧ 例如请见:《瑞士债法》第164条第1款、《日本民法典》第466条、《意大利民法典》第1260条。

⑨ 见何美欢:前注6。

⑩ 见王军:《美国合同法》中国政法大学出版社1996年版,第387页。

⑪ 同上书,第388—393页。

述上的方便,对于合同整体的可转让性和合同义务的可转托性,仅提及合同义务的可转托性。以下是本文的第二组案例——有关合同义务可转托性的4个案例:

案例3:甲是某居民住宅区的业主。该住宅区内有几百套居民住房。乙是其中一套住房的租户。根据双方之间的租赁合同,乙于某年年初预付了6个月的房租。该年2月,甲将其在该住宅区内拥有的住房的产权和整个住宅区的物业管理权出售给了丙。乙得知这一消息之后提出了退租的要求,理由是,甲与丙签约导致了甲将其对乙的出租方义务转托给了丙,这种转托不应得到允许。

在这一案例中,有利于乙的理由一般包括:(1)乙只与甲签订了租赁合同,并没有与丙签约,甲的行为的后果是,未经乙同意而变更了履行甲方义务的主体,从而违背了乙的受合同保护的自主意志。(2)乙是基于对甲的履约能力的信任而与甲签约的,由丙代替甲履约,可能因丙的履约能力不如甲而使乙在合同项下的利益受到损害。(3)允许甲转托其义务为甲逃避其合同义务提供了方便。

此例中有利于丙的理由一般包括:(1)在现代社会,合同当事人的自主意志仅具有相对重要的意义,在多数情况下,这种利益不能与群体的利益和社会利益相对抗。(2)从维护社会利益的角度看,物的承租方的反对不应导致阻止物权及其附属权益转让的后果,否则,对社会经济的发展将是不利的。(3)甲在合同项下的义务是可以由他人履行的,因为甲的服务并不具有不可替代的性质,因此,乙不能依假设而否定丙的履约能力。(4)根据合同当事人不能通过转让合同而解除自己的合同义务的原则,<sup>⑩</sup> 如果丙不履约,乙有权要求甲履约,或让甲负违约责任。

案例4:案情同案例3,但乙没有预付房租,而是每月的月底交

<sup>⑩</sup> 关于这一原则,请详见下文。

纳房租。

这一案例与案例3的不同之处是:义务的转移变成了合同整体上的转让,即丙根据与甲签订的合同,一方面承担了甲的出租方义务,另一方面又受让了向乙收取租金的权利。案例4中有利于双方的理由与案例3中有利于双方的理由大致相同,但乙还可以主张:甲的转让未经乙同意而变更了原合同的主体,从而把一个新合同强加给了乙。

案例5:甲是一家企业,乙是该企业的雇员之一。甲把企业出售给丙。此后,乙提出辞职,理由是,甲出售企业的行为导致了把甲与乙签订的合同在整体上转让给了丙。乙的辞职是否有正当的理由?<sup>③</sup>

在此例中,有利于乙的理由,除了案例3和4中相同的理由之外,还包括:甲与乙之间存在的雇主与雇员之间的关系,可能具有个人之间关系的性质,这种关系是不可替代的。

这一案例中有利于丙的理由,除了案例3中的第一点理由之外还有:(1)从维护社会利益的角度看,雇员的反对不应导致阻止出售企业或其他形式的企业重组的后果。(2)甲依与乙签订的雇佣合同对乙拥有的权利是被出售企业的无形资产,甲有权将该资产与该企业一并出售。(3)雇主与雇员之间的关系不一定具有个人关系的性质,即使存在某种程度的这种性质,也不能构成乙在丙的企业中无法正常履约的当然可成立的推定,除非乙能就此提出充分的证据。

案例6:甲是一家出售饮料的公司,乙是一家快餐店。根据双方订立的合同,甲在乙的快餐店中安装了冷饮销售机,然后向乙长期供应饮料。后来,甲未经乙事前同意把该合同的权利和义务转让给了丙。在这种情况下,乙以甲无权转让该合同为由宣布解除

---

<sup>③</sup> 请注意,乙如果没有正当理由而辞职属违约行为,因而须对甲承担违约责任。

合同。

在本案中,有利于乙的考虑除了其他理由之外还包括:乙是基于对甲的能力和行业经验的信赖而与甲签约的,双方在以往的合作中已经建立了良好关系;允许合同转让会使乙承担新的合作伙伴不可靠,或双方难以融洽地合作的风险。对此,甲除了其他反驳的理由之外还可以主张:一般的供货服务不同于个人性质的服务(比如律师向他的长期客户提供的服务),并不具有不可替代的性质,因而没有理由认为,由丙代替甲继续供应饮料和提供其他服务会损害乙的利益。

以上几个案例所涉及的并不是现代社会经济生活中的特殊案例。其中涉及到的合同类型,包括租赁合同、雇佣合同和长期供货和提供服务的合同,是企业的经营活动经常依赖的合同。正如有的法国学者指出的,这几种合同以及保险、借贷、租赁、抵押等,是一种系列合同;它们构成了企业活动赖以进行的合同群,而合同的转让与这些合同有着特别密切的关系。<sup>⑭</sup>

关于第二组案例(案例3—6)中,争议的哪一方的理由更应当得到支持,请看下文的进一步讨论。

## (二)外国法的发展

涉及合同义务可否转托以及合同的整体可否转让,各国法律的规定,至少从表面上看,存在着很大的分歧。让我们先从大陆法系国家谈起。

早期的罗马法强调债的人身性质,因而认为导致债转移的惟一方式是继承。后来,为满足贸易的需要,罗马人采用了通过诉讼代理实现债权转移的办法,即准许债权的转让人作为受让人的诉讼代理人实现受让人对债务人的权利。到罗马帝国时期,为了保护受让人,克服由转让人代理受让人进行诉讼的弊端,法律赋予了

<sup>⑭</sup> 尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第335页。

受让人两项权利:(1)直接通知债务人不得向转让人清偿;(2)允许受让人在委托已撤销或委托人已死亡的情况下对债务人提起“扩充诉讼”。以后,随着罗马法的进一步发展,对于以某些方式进行的权利转让,受让人也可以提起“扩充诉讼”。<sup>⑮</sup>总的来看,在罗马法中,债的转移一般仅限于债权的转让,而不包括债务的转托。这种情况到罗马法发展的晚期也没有改变。<sup>⑯</sup>

在德国,《德国民法典》第414条明确规定:“债务可以由第三人通过与债权人订立契约以由第三人代替原债务人的方式来承担。”也就是说,债务的转托是以债权人的同意为前提条件的。这是合同义务不可转托的制度。既然合同义务不可转托,合同的整体也是不可转让的。该法典第416条第1款第1项进一步规定:“第三人与债务人约定承担债务者,应经债权人承认,始生效力。”也就是说,如果合同义务的转托已先行发生,可以由债权人追认,得不到追认时,该转托不能生效。

上述原则在日本和瑞士得到了采纳,也为我国台湾的“民法”采纳。<sup>⑰</sup>

在法国,民法典并没有作出明确的关于合同义务可否转托的原则性的规定。<sup>⑱</sup>根据传统的规则,当一项财产发生转让时,即使

<sup>⑮</sup> 见彭梵德:前注6,第315—316页。

<sup>⑯</sup> 江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社1987年版,第218—219页。

<sup>⑰</sup> 见《日本民法典》第474条,《瑞士债法》第176条,和我国台湾“民法”第301条。

<sup>⑱</sup> 我国有学者认为,依《法国民法典》第1275条,债权人同意是债务承担的生效条件。可是,该条规定的是合同更新的生效条件,合同更新与债务承担并不是同一概念。关于合同更新的概念,各国法律规定和法学理论之间的分歧不大,一般指债权人与第三人直接达成协议,以第三人替代债务人,从而一方面使第三人承担了债务人的合同义务,另一方面免除了债务人的义务。

合同对受让人产生的只是债权,该合同的权利也不当然发生转移。<sup>①</sup>由此可以推定,按法国法的传统制度,不经债权人同意,债务是不能转托的,同时,合同一方不经另一方同意,也不能将合同在整体上转让给第三人。进入现代社会,法国的学理发生了根本性的变化:法国学者认为,任何合同原则上均可转让。<sup>②</sup>与此同时,合同的可转让性越来越多地为议会颁布的单行法规所承认,许多种类合同被视为典型的随着财产的转让而转让的合同。<sup>③</sup>对于债务的转移,法国法院在现代的司法实践中原则上不承认债务可以随着有关财产的转移而转移,但是在债务只能由有关财产的新所有人履行的情况下,往往承认债务可随该财产的转移而转移。<sup>④</sup>

于1942年生效的《意大利民法典》没有规定合同义务的转托须经债权人同意,而仅规定“如果债务人委任了一名新的债务人,由其向债权人承担债务,原债务人并未被解除债务,除非债权人明确表示解除他的债务”。<sup>⑤</sup>从这一规定的文字上看,债务人可以不经债权人同意让第三人代替自己履约,如果第三人未尽其义务,债权人有权让债务人履行,或使其承担违约责任。

在英国,普通法对未经债权人同意而进行的履约义务的转托(delegation of performance)不予承认。直到1994年,英国上诉法院在审理 *Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals*

---

① 见尹田:前注14,第330—331。将这种规则适用于本文案例6,假定甲向乙供应饮料是一种商业机会,因而是一种合同权利,则按法国的传统规则,乙有权拒绝让丙提供饮料。

② 见尹田:前注14,第340页。

③ 同上,第337—340页。

④ 同上,第334页。

⑤ 见该法典第1268条第1款。

Ltd. 案<sup>②</sup>时依然说：“一个合同的负担未经该合同的另一方同意永远不能转移。”然而，根据英国法，当债务人没有亲自履行其合同义务而是让第三人替代他履约时，如果该替代的履行不会给债权人造成损害，债权人不能对该替代履行表示反对。早在 1880 年，英国后座法庭就在 *British Waggon Co. v. Lea & Co.* 案<sup>③</sup>中表述了这样的原则。在该案中，一方将火车车厢出租给另一方并负责其维修。后来，出租方把维修义务转给第三人履行。该法院判决，该合同可以由第三人替代履行；只要工作被完成了，由谁去做是无关紧要的。不过，在英国，债权人可因合同的性质或合同的条件而反对替代履行。比如，在 1991 年的 *Southway Group v. Wolff* 案<sup>④</sup>中，英国上议院判决，一个负责监督一项工程的建设的工程师的工作是不可由他人替代的。在这类案例中，债权人对债务人的“技能和判断力”发生了依赖，从而使合同具有“个人”(personal)性质。这是合同义务依合同的性质而不可由他人替代履行的例子。另一方面，如果合同明示或默示地规定必须由债务人亲自履行，则替代履行也是不允许的。<sup>⑤</sup>

对于上述两种说法之间的矛盾，英国著名合同法学者 Treitel 解释说：替代履行有时被称为履约义务的转托，但普通法不承认两者是一回事。<sup>⑥</sup>他认为，不应把替代履行说成履约义务的转托，因为债权人对债务人拥有的合同权利并不因债务人与第三人达成由第三人履行合同的协议而丧失。他还说，义务转托一词很容易使

② [1994] 1 A.C. 85, 103.

③ (1880) 5 Q.B.D. 149.

④ (1991) 57 Build L.R. 33.

⑤ Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell International Student Editions, 1995, p. 672—673.

⑥ Ibid, p. 673.

人发生误解,应当避免使用。<sup>②</sup>由此可见,英国法实际上是承认合同义务的转托的,但基于传统而反对这样的说法。

在美国,作为一般规则,任何合同义务均可由承担该义务的一方转托给他人承担,除非债权人在让原有的债务人亲自履行该义务方面拥有一种实质性的利益,因而在由他人履行该义务与由原来的债务人履行这一义务之间有着实质性的变化。<sup>③</sup>这一原则是由美国《统一商法典》第2—210条第1款和《第二次合同法重述》第318条明确地规定的。除此之外,如果当事人在合同中明确约定,合同义务是不可转托的,则债务人不能转托其合同义务。<sup>④</sup>

### (三)讨论

#### 1. 反对论的一般理由

通过对本文中第二组案例的分析可以看出,反对合同义务可以转托的一般理由是:

(1)合同相对效力理论,即合同仅在缔约各方之间产生效力,或者说,债与债的主体不可分离。这是为罗马法坚持的原则,又为大陆法系各国继承。《法国民法典》第1165条把这一原则写入了该法典,其中说:“契约仅在缔约当事人之间发生效力。”

根据这种理论,在本文的第二组案例中,转让人的相对方有理由说,合同义务的转托把合同的主体变更了;合同的效力不能及于债权人与受托人之间。

(2)损害债权人利益的潜在可能性。在本文第二组的各个案例中,债权人都会主张,债权人是基于对债务人的了解和信任而与之签约的,而对于受托人,债权人不存在这种了解和信任;进一步

<sup>②</sup> Ibid, p. 617.

<sup>③</sup> 王军:前注10,第399页。

<sup>④</sup> E. Allan Farnsworth, Contracts, Aspen Law & Business, 3th ed., 1998, p. 744.