



复旦民商法学评论

《复旦民商法学评论》编委会



法律出版社
LAW PRESS CHINA

2007年7月（总第四集）

Fudan Civil & Commercial Law Review



复旦民商法学评论

《复旦民商法学评论》编委会



法律出版社

LAW PRESS CHINA

2007年7月（总第四集）

Fudan Civil & Commercial Law Review

图书在版编目(CIP)数据

复旦民商法学评论. 总第4集/《复旦民商法学评论》
编委会编. —北京:法律出版社,2007.7
ISBN 978-7-5036-7506-5

I. 复… II. 复… III. ①民法—文集②商法—文集
IV. D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第096468号

© 法律出版社·中国

责任编辑/潘洪兴

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×1092毫米 1/16

印张/27 字数/433千

版本/2007年8月第1版

印次/2007年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7506-5

定价:56.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

复旦民商法学评论

(总第4集)

学术指导委员会:

主 任:胡鸿高

委员会成员:(按姓氏笔画为序)

方流芳 王全弟 孙宪忠 朱妙春 朱树英
张乃根 张宪初 陈治东 邵建东 林腾鹳
段 匡 顾功耘 徐国建 董世忠 傅鼎生
谢鸿飞 潘维大

委员会外籍成员:

[美]约翰·朗拜恩(John H. Langbein)

[美]斯蒂文·施瓦茨(Steven L. Schwarcz)

[日]近江幸治

主 编:陈永强 尹玉杰

副 主 编:程 波 袁 媛

编 辑:王东光 许 燕 汤洁琴 张 伟 朱佳平
季奎明 贺 琦 何佳馨 陈爱碧 张宏毅

特 约 编 辑:王志达 朱 川

本刊赞助单位:

上海光华专利律师事务所

理律商务咨询(上海)有限公司

上海方达律师事务所

法 律 出 版 社

一、民 法 篇

论合同相对性原则与为第三人利益的合同

..... 王全弟 陈 倩(1)

再论寻觅渔业权母权的路径 崔建远(16)

试析定金的担保效力 房绍坤 袁红玉(32)

是物权法问题,还是宪法问题 高富平(45)

区分理论的历史源流、体系构成及规范模式 陈永强(57)

信托思想的罗马法溯源 季奎明(76)

对违约金如何调整问题的探析 朱佳平(89)

二、商 法 篇

保险代位求偿权规范价值、适用范围与效力研究

..... 刘凯湘 汪华亮(98)

论股东资格的认定证据 刘俊海(122)

公司捐赠法律问题研究 赵万一 张晓玲(129)

商事营业资产买卖制度研究 张民安(148)

论有限责任公司股权继承 王东光(180)

试论我国公司的人力资本出资及其制度构建 许 燕(190)

商誉权法律属性之界定 陈海燕(200)

三、名 家 讲 坛

证券法的修改和完善问题 徐 明(215)

日本近年担保法的修改对我国担保法修改的若干启示

..... 段 匡(236)

四、外国法与比较法

所有权 豪诺雷著 金可可译(247)

共同利益社区:审查标准与标准的审查

..... 普拉·佛兰底兹著 尹玉杰译 陈永强校(285)

公司治理结构模式比较研究

..... 朴赞昊著 许凌艳校译 秦丽凤译(305)

终生雇佣、公司治理和日本例外论

..... 约翰·哈利著 张 伟译(325)

董事、监事免责与公司退市 王东光(337)

韩国《资产流动化法》及对我国的借鉴 许凌艳(360)

德国流通抵押权制度导论 余轶峰(379)

五、案例评析

公司董事的竞业禁止义务及其损害赔偿 沈旭军(390)

不真正连带债务的理解与适用 朱 川(401)

国有企业改制过程中整体转让的法律性质认定问题

..... 刘琳敏(420)

后记 (426)

一、民法篇

论合同相对性原则 与为第三人利益的合同

——兼评我国《合同法》第64条

王全弟* 陈倩**

目 次

- 一、问题之提出
- 二、合同相对性原则及面临的挑战
 - (一) 合同相对性原则及其在英国普通法上的确立
 - (二) 合同相对性原则面临的挑战
 - (三) 合同相对性原则的例外与限制
 - (四) 改革与趋势
- 三、为第三人利益的合同
 - (一) 为第三人利益合同的本质特征
 - (二) 第三人直接给付请求权的基础
 - (三) 第三人基于合同主张责任限制
 - (四) 为第三人利益合同中当事人的权利与地位
- 四、我国应当确立为第三人利益合同的制度

一、问题之提出

传统民法上认为,债为特定人之间得请求为特定行为的法律关

* 王全弟,复旦大学法学院教授,博士生导师。

** 陈倩,复旦大学法学院硕士研究生。

系。对于合同之债而言,当双方当事人订立合同时,当事人且仅当事人本身取得合同项下的权利和义务,这看起来十分合理。^① 我国《合同法》第64条、第65条规定:“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。”“当事人约定由第三人向债务人履行债务的,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。”仅从表面来看,此二法律条文均无不妥;但如果将此运用于商业关系发达的现代社会,则会出现操作上的具体困难,在某些情形下也有违公平合理的理念。本文将对合同相对性原则与为第三人利益的合同作出论述,并对我国《合同法》第64条作出评述。

根据私法意思自治之原则,当事人当然可以在合同中约定一方向第三人履行义务,例如向第三人交付货物,或者向第三人支付价款,但如果合同义务仍然只是向对方当事人所负,就不是真正的为第三人利益的合同。按照我国《合同法》第64条的规定,第三人虽然可以接受债务人的履行,但却不能以自己的名义直接向其请求合同之履行,在债务人不履行或者不适当履行的场合,债务人是向债权人——合同的相对方承担违约责任,而不是向第三人承担违约责任。所谓的为第三人利益的合同不仅是当事人约定由债务人向第三人履行义务,而且是受益的第三人能直接向债务人请求合同之履行,如果债务人违约,第三人能直接诉请债务人承担违约责任。^② 我国《合同法》第64条所作的规定仍然在合同相对性原则的框架之内,因为虽然合同一方当事人对第三人为给付,但违反合同的责任却是双方当事人之间的问题。

二、合同相对性原则及面临的挑战

(一) 合同相对性原则及其在英国普通法上的确立

根据罗马法上“*alteri nemo stipulari potest*”之法谚,任何人不得为他人缔约,合同是双方当事人之间的“法之纽带”(vinculum

① 参见[德]海因·克茨:《欧洲合同法》,周忠海等译,法律出版社2001年版,第354页。

② See Hugh Beale etc., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 880.

iuris), 因此为第三人利益的合同是不被允许的, 这一法谚可以看做是合同相对性原则的最初来源。深受罗马法影响的欧洲大陆各国走到近现代, 为了满足社会经济现实的现实需要, 普遍承认为第三人利益的合同, 承认第三人在一定情形下拥有直接给付请求权, 纷纷打破了合同相对性原则。

但合同相对性原则仍然是英国普通法上所恪守的原则之一, 在这方面, 英国与近现代的欧洲大陆各国走上了完全不同的道路。合同相对性原则的具体涵义是: 非合同当事人不能根据合同取得利益或者负有合同上的义务。^③ 但如果合同约定债务人向第三人履行, 并且债务人如约履行, 法律不会干涉当事人这种约定的权利。因此, 有关合同相对性原则的关键在于当债务人不履行或者不如约履行时, 第三人不能根据当事人之间的合同对债务人拥有直接的请求权。在英国法上, 为第三人利益的合同始终被视为是对合同相对性原则的突破, 为第三人利益的合同始终不被承认, 这一状况一直持续到 1999 年英国合同法案的出台。普通法上的合同相对性原则确立于 1861 年的 Tweedle 诉 Atkinson 一案, 在该案中, 原告的父亲和未来的岳父约定在原告婚后分别付给原告一笔钱, 原告的父亲如约向原告付钱, 但原告的岳父没有付钱便去世了, 原告对岳父的财产管理人提起诉讼, 追讨岳父承诺的款项, 被驳回, 理由是原告不是合同的当事人, 也未提供约因。^④ 在 1968 年的 Beswick 诉 Beswick 一案中, 原告的丈夫甲与其侄乙约定, 甲将自己的业务转让给乙, 对价是甲在世时乙每周向甲支付 6.1 英镑, 甲去世后乙每周向原告支付 5 英镑。甲去世后, 乙未向原告付款, 原告同时以甲的财产管理人的身份和个人身份诉乙, 要求乙履约付款。最后法官认为原告可以甲的财产管理人的身份诉乙, 以个人的身份起诉则不存在诉因, 因为原告不是甲乙之间合同的当事人。当时 Denning 勋爵主张允许原告以个人身份起诉, 但是其他法官对此不予认可, 因此通过这一案例, 合同相对性原则再次得到确认。

(二) 合同相对性原则面临的挑战

在 Beswick 诉 Beswick 一案中, 有人提出这样的问题, 如果甲指定了其他人为其财产管理人, 即原告不是其丈夫的财产管理人, 那么

^③ 参见何美欢:《香港合同法》, 北京大学出版社 1995 年版, 第 456 页。

^④ 有关英国合同法上的案例材料来源于 H. G. Beale etc., *Contract Cases & Materials*, 4th Edition, Butterworks, 2001, 另有说明的除外。

原告既不能以财产管理人的身份也不能以个人身份诉乙,那么难道这位老人只能空着手回家?固守合同相对性原则在某些情形下有失公平合理。^⑤而且对于那些精通法律的人而言,完全可以通过一些操作办法规避合同相对性原则所带来的后果。如在前述案例中,如果 Beswick 先生对合同相对性原则有足够的意识,他可以先把自已业务的一半赠送给妻子,然后与其妻子一同跟侄子签约,那么 Beswick 太太就可以个人身份起诉。如果对合同的相对性原则做一定程度的修正,完全可以避免这种纯粹法律技术上的操作,毕竟大多数人都不是精通法律。杨良宜先生曾经将合同相对性原则称做是“英国法律一个重要、僵化、困难而且混乱的大原则或者概念”。^⑥ Steyen 大法官曾经如是表述:如果说合同相对性原则在维多利亚时代的英国还勉强可以存在,那么它在现代复杂的商业世界中已被认为没有位置。这一原则纯粹是一技术性的人工构造。^⑦例如在国际贸易领域,甲与乙签订合同,由甲向丙交付货物,如果甲未如约履行,乙也不理不睬,丙虽明知责任在甲却不能直接要求甲承担违约责任,因为甲在合同相对性原则的屏障之后。又如,在某一中间商破产或死亡的时候,出卖人与买受人之间的关系就处于尴尬的境地,如果出卖人已交付货物而尚未得到价款,他却无法直接向买受人请求支付价款;如果买受人已支付了价款而尚未得到货物,他也无法直接向出卖人请求交付货物。在英国法上,为了防止在特定案件中造成不公正的结果,法院和立法机构对合同相对性原则作出了许多例外和限制,这是合同相对性原则能够在英国法上得以维持的唯一原因,但合同相对性原则及其所有例外造成了法律不明晰、难以理解和不可预测。^⑧

^⑤ Scarman 勋爵在 Woodar Investment Development Ltd. 诉 Wimpey Construction (UK) Ltd. 一案中认为合同相对性原则是一不公正的规则(unjust rule),希望上议院对此重新加以考虑。

^⑥ 杨良宜:《国际商务游戏规则——英国合同法》,中国政法大学出版社2000年版,第51页。

^⑦ Steyen 大法官是在 Darlington Borough Council 诉 Wiltshier Northern Ltd. 一案中作出这些表述的。See Hugh Beale etc., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 886.

^⑧ 参见[德]海因·克茨:《欧洲合同法》,周忠海等译,法律出版社2001年版,第358页。

(三) 合同相对性原则的例外与限制

1. 信托

信托是基于衡平法代他人持有财产的义务。^⑨ 如果第三人是衡平法上的财产所有人,而合同的一方当事人只是受托人,那么受托人对信托财产有保护的义务,如果受托人未尽义务,则该第三人不仅可以向受托人提起诉讼,而且可以直接对合同的对方当事人提起诉讼,因此信托可以在一定程度上绕过合同的相对性原则。但是现在这个办法在英国法庭受到一些限制,法庭不会轻易认可信托的成立,只有成立信托的意图有明确表示时,信托才得以成立,隐含和推定一般不能成立信托。^⑩

2. 制定法上的例外

鉴于合同的相对性原则所造成的不便或不公,制定法在某些领域对合同的相对性原则作出一些例外,最主要体现在保险合同中第三人的直接给付请求权。在保险合同中,投保人以第三人为保险合同的受益人是通常的情况,如在人寿保险中,以妻儿等为受益人,在责任保险中,以责任事故的受害人为受益人。在英国法中合同相对性原则一般仍适用于保险合同,但通过代理法、信托法以及制定法的直接规定作出了无数例外。制定法上的直接规定包括人寿保险——1882年的《已婚者地位条例》(Married Women's Property Act)、海事保险——1906年的海事保险条例(Marine Insurance Act)、交通事故保险——1988年的交通事故保险条例(Road Traffic Act)等。

3. 代理与合同权利的转让(assignment)

在英国法上,代理与合同的相对性原则不存在矛盾,但代理尤其是隐名代理的制度设计实际上为规避合同的相对性原则提供了一条路径。我国《合同法》上的有关委托合同的规定是参考了英美法上的代理制度而设计的。受托人以自己的名义与第三人订立合同,如果第三人在订立合同时知道委托人与受托人之间的代理关系,该合同直接约束委托人和第三人;如果第三人在订立合同时不知道委托人与受托人之间的代理关系,经过受托人的披露,委托人和第三人可以相互主张权利。^⑪ 这一制度背后的理由和实际效果,是当某中间

^⑨ 参见何美欢:《香港合同法》,北京大学出版社1995年版,第462页。

^⑩ 在1959年英国的Green诉Russel一案中,法庭对“信托工具”(trust device)进行了严肃的讨论,此间反对以信托来克服合同相对性原则的态度表现得十分明显,在此之后法院一般不会接受以“隐含的信托”来避开合同相对性原则。

^⑪ 我国《合同法》有类似的规定,参见《合同法》第402条、第403条。

商破产的时候,出卖方可以向买受方直接请求支付价款。^⑫从这一点来看,隐名代理制度与为第三人利益的合同有其相似的效果,但两者在实质上是有所区别的。从法律关系来看,在隐名代理中,代理人是根据委托人的授权为委托人的利益与第三人签订合同,而为第三人利益的合同则不存在这样的关系;从实际效果来看,隐名代理中如第三人在订约时不知道受托人与委托人之间的代理关系,须经受托人的披露方可向委托人主张权利,但如果受托人不愿理睬或者死亡,第三人向委托人的给付请求权便受阻,而在为第三人利益的合同,第三人拥有直接的给付请求权。

合同权利的转让在作用上同样也可避开合同相对性原则造成的阻碍。第三人本不是合同的当事人,但如果合同的一方当事人将其合同项下的权利转让给第三人,第三人就可以合同当事人的身份拥有对对方当事人的给付请求权。但如同隐名代理制度一样,以转让合同权利的方法来规避合同的相对性原则同样可能因为原合同当事人的不合作或其他困难而受阻。

(四) 改革与趋势

传统上英国合同法恪守合同的相对性原则,不承认第三人利益的合同,相关的涉及第三人的问题由前述的一些例外来解决,合同相对性原则及其例外这样一种结合并未造成特定案件的不公正,但却使得法律显得尤为复杂,缺乏可预期性。对于这一点,在英国的法律界也颇受批评,Steyen 大法官认为,确认为第三人利益的合同这样的路径简单而又直接,法律应当尊重当事人意思自治的原则,对当事人合理期待赋予其效力,法律上拒不承认第三人利益的合同的效力没有任何原则上或者逻辑上的理由。面对种种压力与批评,1999年英国终于出台了一个“合同法案”,^⑬通过这个法案确认了为第三人利益的合同,赋予第三人直接给付请求权。虽然较之德国等大陆法系国家,英国法上为第三人利益的合同的成立条件更为严格,但1999年的改革无疑是对合同相对性原则的重大突破。也有学者认为,1999年的英国合同法案确认的为第三人利益的合同并没有废弃普通法上的合同相对性原则,而是通过制定法对合同相对性原则又作出了一次重大的例外。但无论如何,该合同法案对为第三人利益

^⑫ See H. G. Beale etc., *Contract Cases & Materials*, 4th Edition, Butterworths, 2001, p. 1185.

^⑬ 该法案为 Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.

的合同的承认以及对合同相对性原则的突破是他们所无法回避的问题。

英国法上对合同相对性原则进行改革,通过立法而不是法官通过案例造法的路径确认为第三人利益的合同,这是采纳了法律委员会(Law Commission)的建议,也为许多学者所认同。^⑭ 法律委员会在陈述改革合同相对性原则的理由时谈道:“首先,这一原则拒绝承认合同当事人使第三人受益的意图的效力,在实践中造成了许多困难。其次,这一原则及其所有的例外造成了法律上毫无必要的复杂性与不确定性。……这种不确定性给商业活动带来极大不便,而且可能造成保险的无效重复。……最后,任何为这一原则辩护正言的理由都不能令人信服。”^⑮ 法律委员会还对为第三人利益的合同的具体制度设计提出了各项建议,多为1999年的英国合同法案所采用。美国传承普通法的传统,曾经也不承认第三人利益的合同,即使双方当事人约定使第三人受益,第三人也不得基于合同向合同当事人起诉,但随着时间推移,情况有了改观。美国确认为第三人利益的合同所采取的路径与英国不同,不是通过立法而是法官造法逐渐积累形成。1859年的Lawrence诉Fox一案是确立为第三人利益的合同的经典案例,在该案中,甲是乙的债权人,甲乙约定乙直接向甲的债权人丙付款,当乙违约时,法庭允许丙直接诉乙。这一案件之后,美国的许多州都确立了为第三人利益的合同,相关的案例所积累的原则与经验都写进了“第二次有关合同之法律重述”。^⑯

三、为第三人利益的合同

欧洲大陆各国虽然深受罗马法的影响,但并未顽固坚守合同的相对性原则,而是根据现实发展的需要,适时地做了一些调整,现代的欧洲各国普遍承认第三人利益的合同,允许合同当事人通过约定为第三人创设直接给付请求权。近代欧洲大陆直到19世纪,开始

^⑭ Reid勋爵和Scarman勋爵都曾经认为英国应当以立法的方式来确认为第三人利益的合同。早在1999年英国合同法案出台之前,何美欢就提出对合同相对性原则的改革应以立法的方法推进,参见何美欢:《香港合同法》,北京大学出版社1995年版,第488页。

^⑮ See Law Commission Consultation Paper No. 121, Privity of Contracts, Contracts for the Benefit of Third Parties.

^⑯ 参见Kenneth W. Clarkson etc., *West's Business Law*, 7th Edition, 东北财经大学出版社1998年版,第300页。

打破对为第三人利益的合同的限制,其中最主要的经济动力在于保险的迅速发展。^⑦ 在保险合同的受益人与投保人不为同一人的情形下,保险合同的受益人如果不能根据投保人与保险人之间的合同对保险人拥有直接给付请求权和诉权,那么受益人的利益就不能得到充分保障,投保人的意愿也未得到尊重。现代社会的许多交易过程都呈现连续性和相互依赖性,除了人身保险、货物运输等性质上就极有可能涉及为第三人利益的合同之外,为简化交易方式、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,为交易者所普遍采用。^⑧ 经济的发展客观上要求人们转变传统上有关合同的理念,确立为第三人利益的合同,对相关问题作出规范与调整。

(一)为第三人利益合同的本质特征

前已述及我国《合同法》第64条仅规定由合同一方当事人对第三人为给付,但违反合同的责任仍然在双方当事人之间,第三人无法主张合同项下的权利。这不是“真正的”为第三人利益的合同,虽然表面上看来其与为第三人利益的合同非常相似,都是在合同中约定由一方当事人向第三人为给付。区别立法上是否确立了为第三人利益的合同的关键在于法律是否赋予第三人独立的法律地位,第三人能否根据当事人之间的合同拥有对允诺人(指允诺向第三人为给付的合同当事人)的直接给付请求权,是否可以根据当事人之间的合同对允诺人提起诉讼,允诺人是否须对第三人直接承担责任。显然我国《合同法》第64条所作的规定不具有为第三人利益合同的本质特征,因为允诺人只是向对方当事人承担责任,有关第三人的地位只字未提。德国法上有关为第三人利益的合同的规定主要见于《德国民法典》第二编“债编”之第三章第三节(第328条至第335条),第328条第1款规定如下:“当事人可以在合同中约定一方当事人向第三人为给付,使得第三人对其拥有直接给付请求权。”^⑨1999年的英国合同法案第1条第1款规定:“根据本法案的有关规定,第三人可以其自身名义请求执行合同,如果(a)合同中明确地做了这样的约

^⑦ See Hugh Beale etc., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 881.

^⑧ 参见北京大学法学院编:“北大法学文存第四卷——民事责任与民法典体系”,载尹田:《论涉他契约》,法律出版社2002年版,第141页。

^⑨ 《德国民法典》(Bürgerliches Gesetzbuch, 简称为 BGB), 本法典原文从 <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf> 下载,为2002年1月1日版。

定;或者(b)……合同条款旨在使第三人受益。”各国有关为第三人利益的合同的规定都强调第三人独立的法律地位以及第三人的直接给付请求权,因为非此不能切实保障第三人取得合同项下的权利,因此可以将其看做是为第三人利益的合同的本质特征。

(二) 第三人直接给付请求权的基础

在立法上确认为第三人利益的合同,确认第三人基于他人之间的合同的直接给付请求权,突破合同的相对性原则,固然可以解决许多问题,但第三人直接给付请求权的基础也必须在立法上明确界定。因为在许多情形下,当事人之间合同都有可能给第三人带来一定程度的利益,但并非在所有这些情形下,第三人都对合同当事人拥有直接给付请求权。比如 A 与 B 签约,A 在 B 的土地上建房,即使建房对邻地所有人 C 有一定好处,那么 C 也不能请求强制执行 A 与 B 之间的合同。但不是所有的情形都是如此明确,而且有关第三人直接给付请求权的基础,在各国也有所区别。

1. 当事人的意图

凡是确立为第三人利益的合同制度的国家,普遍承认将当事人的意图作为第三人直接给付请求权的基础。合同是否授予第三人以合同项下的权利取决于双方当事人的意图,然而这种权利也不能强加给第三人,如果第三人拒绝,就视为合同当事人从未授予第三人此项权利,根据私法意思自治的原则,法律上在尊重合同当事人意愿的同时,也应该尊重第三人的意愿。当事人意图使第三人受益的合同称为“真正地为第三人利益的合同”(genuine third party beneficiaries),当事人未意图使第三人受益,但当事人之间合同的履行客观上能给第三人带来一定利益的合同称为“偶然使第三人得利的合同”(incidental beneficiaries)。如果当事人之间的合同只是偶然使第三人得利,第三人不能请求执行当事人之间的合同。^②

在合同成立时,受益的“第三人”无须确定,但合同须对“第三人”作出描述,使得在具体情形下“第三人”的确定成为可能。如在汽车责任保险,将来的受益人在保险合同生效时尚未确定,只有在保险事故发生时才得以确定。

^② 参见 Hugh Beale etc., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 887。美国法上对这两种情况称谓稍有不同,分别为 intended beneficiaries 与 incidental beneficiaries, 参见 Kenneth W. Clarkson etc., *West's Business Law*, 7th Edition, 东北财经大学出版社 1998 年版,第 301 页。

使第三人受益的意图并非必须在合同中十分明确地约定,从具体情形,尤其是合同的意图可以推断出当事人有使第三人受益的意图也可成立为第三人利益的合同。如《德国民法典》第328条第2款规定:“在合同无特别约定的情形,应从具体情形尤其是合同的目的推断第三人是否对合同拥有独立的权利……”1999年的英国合同法案也有类似的规定。这样一种规定无疑在一定程度上为法庭的自由裁量提供了一定的余地。

德国法院在处理许多案件时,都用到“为第三人利益的合同”这一路径。例如:一个私人医院的出租人与承租人在租约中规定某位专家有权在该医院预定床位,该专家就可以诉请承租人执行合同。^②土地购买者违反其对开发商的允诺在土地上修建超过一定高度的建筑,可以被邻居们起诉,邻居们在向同一开发商购买土地时,相信开发商的保证,即该片土地的视野不受建筑物的阻碍。^③旅游团的组织者租下了一批机位,旅游团中的某成员向其组织者预定了其中一个座位,该成员就可以基于组织者与航空公司之间的合同对航空公司拥有独立的请求权。^④在这些案件中,有的是当事人在合同中明确约定使第三人受益,有的是根据具体情形以及合同的目的推断出当事人有使他人受益的意图。

2. 法律对当事人意图的补充

为第三人利益的合同也被用来弥补侵权法保护的不足,在这种情况下,第三人直接给付请求权的基础一般而言不再是合同当事人的意图,而是由法律根据公平和正义的需要直接赋予第三人合同项下的权利。值得注意的是,在英国和美国,第三人直接给付请求权的基础仅限于“当事人的意图”,第三人合同项下的权利只能由合同当事人赋予。因此以为第三人利益的合同来弥补侵权法保护的不足主要见于大陆法系国家。

1954年法国最高院民事庭有一案例:有一病人在某公立医院就诊,医院给病人输入不洁的血液,病人因此被感染,该血液是由国家血液中心提供给医院,病人就基于医院与国家血液中心的合同诉国家血液中心违约,判决胜诉。^⑤病人原本也可以侵权为由诉国家血

② BGH(德国联邦法院)16 November 1951. BGHZ 3,385.

③ BGH 26 November 1974. NJW 1975,344.

④ BGH 17 January 1985. BGHZ 95,271.

⑤ Cass. Civ. (法国最高院民事庭)2e,17 December 1954.

液中心,但他必须设法证明国家血液中心有过错;以合同为由起诉,则只要证明国家血液中心违约即可,国家血液中心如果要免责,必须设法证明自己没有过错。在这一案例中,如果认为合同当事人有使第三人受益的意图略显牵强,而且法庭在陈述判决理由的时候也强调之所以给予第三人合同法上的请求权是为了弥补侵权法上对第三人保护的不足。

还有例子是有关评估机构、咨询机构等专家提供诸如某物的价值或者公司财务状况等信息或建议。如果该信息由于专家的过失而失实,与专家缔约取得信息的人当然可以违约为由起诉。但该信息有可能被提供给第三人,第三人信赖不实信息而受到损害。在英国法上,第三人可以侵权为由起诉提供不实信息的专家。^⑤在德国及法国法上,第三人可以诉该专家违约。德国联邦法院有一案例,有一企业主意图卖掉企业,他聘用一咨询人制作资产负债表(含有错误信息),随后将该资产负债表发给购买人,购买人为取得购买企业的贷款,将该资产负债表提供给银行,银行因为信赖该资产负债表上所反映的企业的财务及经营状况,而提供了贷款,但不久购买人及其新购的企业都破产了,银行诉提供资产负债表的咨询人违约,胜诉。^⑥在这种情况下,很难说合同当事人有使第三人(银行)受益的意图,因此,可以认为是法律直接给予第三人合同法上的保护。在这一方面,德国确实走得比较远,其中重要的原因之一在于德国法上涉及财产的侵权诉讼,只有在有形财产受侵害(Eigentumsverletzung)的情况下才可以要求损害赔偿,对于纯粹财产利益损失(primärer Vermögensschaden,指的是没有损失不是基于有形财产受侵害产生,而仅仅是财产利益的损失)只有在违反了保护性的法律或者其他法律有规定的情况下才可以要求赔偿,纯粹财产利益损失的请求权基础不能根据侵权法上一般规则成立。^⑦

第三人以侵权或以违约起诉,看来会产生相似的效果,但实际上有其区别。如果第三人以违约为由起诉,他就可以援用合同的条款作为诉因,该专家也可以援用合同条款作为抗辩,那么专家对第三人所承担的责任就限于专家对合同相对人应承担的责任的范围;如果

⑤ 1999年的英国合同法案对为第三人利益的合同的界定较为狭窄,因此第三人不能以违约为由向提供不实信息的专家起诉。

⑥ BGH 26 November 1986, NJW 1987, 1758.

⑦ BGH 4 February 1964, NJW 1964, 720; BGH 9 December 1958, NJW 1959, 479.