

为第三人利益的合同的制度构造

张家勇 著

On Institutional Structure of Contract for
the Benefit of Third Party

为第三人利益合同在20世纪获得普遍承认的事实，表明了一个广受关注的现象：合同由“二人关系”模式向“三人关系”模式转化。这个现象不是以参与合同缔结者的人数的增加，而是以受合同效力影响的主体范围的扩张为其特征，即不仅合同当事人，而且第三人也都受合同效力的直接影响。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律出版社·法学学术出版分社

一切为了思想



独角兽工作室

平面设计

上架建议

民商法学·合同法学

ISBN 978-7-5036-7419-8



9 787503 674198 >

定价：31.00元

为第三人利益的合同的制度构造

陈永发 著

Contractual arrangements for the benefit of third parties have long been a subject of debate in contract law. This book examines the legal and economic aspects of such arrangements, and discusses the role of the law in regulating them. It also considers the implications of such arrangements for the theory of contract law.

中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE PRESS

为第三人利益的合同 的制度构造

张家勇 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

为第三人利益的合同的制度构造/张家勇著. —北京:法律出版社,2007.6

ISBN 978-7-5036-7419-8

I. 为… II. 张… III. 合同法—研究—中国 IV. D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第075651号

© 法律出版社·中国

为第三人利益的合同的制度构造 张家勇 著

责任编辑 徐雨衡

刘辉

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.875 字数 325千

印次 2007年10月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7419-8

定价:31.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

合同法中的“二人世界” 与“三人世界” (代序)

德国社会学家齐美尔曾说,三人构成一个社会。原因在于,三人间组合的关系,是各种社会关系的缩影。而合同法调整的却是一个典型的“二人世界”。这个世界通常不邀请第三人参与,更不欢迎第三人擅自进入。尽管如此,在这个私密世界里,第三人却总是若隐若现。为第三人利益合同制度就是合同法特设的“三人世界”之一。

我国合同法第64条规定了为第三人利益合同制度。通说认为,它与合同法第121条规定的因第三人原因而违约的情形一样,体现的是合同相对性原理。但这一规定过于语焉不详,对它是否赋予了第三人以独立的合同请求权和诉权,向来多有争议——国内的相关研究大抵也着眼于此。家勇兄的专著(博士论文)以此为题,可谓尽得“后发优势”,但它并没有因此成为大杂烩式的拼贴(collage),也没有“集大成”作品的功利与肤浅;相反,无

论是体系与结构的安排,还是内容的阐发,本书都相当新颖与机灵,处处都显出了作者的辛勤、耐心和苦心。

在比较法上,为第三人利益合同包括简单的为第三人利益合同和赋权型为第三人利益合同,两者最大的差别在于第三人是否有独立的请求权和诉权。但两者在法律性质上并没有什么不同,只是后者比前者的法律构造更为复杂,通常,前者可以准用后者的规则。因此,本书以后者为主,这就既避免了旁蔓多枝的叙述,也方便了阅读。

本书的目的是为第三人利益合同制度确立理论基础和处理规则,其内容囊括了该制度的各方面,如制度的源与流、制度的正当性、制度的具体设计等。它讨论的核心问题有三:

其一,为第三人利益合同是否是合同法不可缺少的制度?

一项制度要成为合同法上的独立制度,必然要具有其他制度不能取代的功能。本书开篇就仔细分析了为第三人利益合同与功能类似的其他制度——代理、债权让与、指示给付以及信托——在法律构成上的区别(第一章);此外,为第三人利益合同还具有独特的经济功能,它不仅有助于缩短交付过程、节省交易成本,而且还可以保护第三人的信赖,降低交易风险。因此,在商业实践中,它得以广泛地运用于运输、保险等合同中。在 20 世纪,它还广泛地引用到系列合同和政府合同中(第六章)。这表明,为第三人利益合同不仅在商业交易中大有用武之地,在执行公共政策、落实社会福利甚或民权保障中也可大显身手。

既然为第三人利益合同有其特殊的法律构成,又有不可被代替的功能,那么,它应在在合同法中获得一席之地的结论也就呼之欲出了。但在法律构成上,我始终有一个困惑:在实践中如何区分债权转让与赋权性的为第三人利益合同?如果从结果上区分,两者的界限相当清晰,关键是对具体的事实,有何种好的标准可以进行区分?如甲乙为买卖合同的当事人,双方达成协议或三方达成协议,卖方乙应向第三人丙支付。这两种情况是否都应适用合同法第 64 条?

其二,为第三人利益合同的效力来源是什么?

正如家勇兄所说,功能分析可以解释为何需要这样的制度的原因,但它不能解释该制度晚出的原因,也就是说,经济需求并不是决定该制度的唯一原因。为此,本书详尽地阐述了为第三人利益合同在合同法理论上的正当性,讨论了该制度与传统合同法原理的冲突及其解决之道。在我看来,这一问题的实质是,在合同法框架下,为第三人利益合同的效力来源到底是什么?正因为此,我赞成家勇兄将为第三人利益合同规定在合同效力而不是合同履行中的结论。

为第三人利益合同制度遭遇到的最大问题,在大陆法系,是罗马法以来就确立的“任何人不得为他人缔约”的规则,在英美法上,则是合同相对性原理(*privity of contract*,家勇兄翻译为“合同上的关联关系”)。实际上它们都可以概括为合同相对性原则,虽然其侧重点并不相同。这里先从合同自由的角度谈谈。

“任何人不能为他人缔约”这一古老的规则,其目的在于要求民法世界的当事人自我设定义务,使合同义务的效力源泉取决于自我意志,最终使强制与自由得到统一。德国民法典规定的设定义务的合同主义原则(第311条第1款)就是这一法律与伦理公理的明确表达。从现代的民法观点看,为第三人利益合同与合同法原则其实并不矛盾,相反,它不仅体现了合同自由原则,还强化了这一原则,因为它肯定了当事人之间赋予第三人利益的意思以法律效力。所以,为第三人利益合同的最终效力来源还是要以主流的意志理论(*will theory*)作为其合法性依据,第三人权利或利益是当事人实现其对价关系的一种手段。从这一角度,我们也可以说,为第三人利益合同也是意志理论的胜利成果之一。所以,本书指出,在为第三人利益合同的具体制度构建中,因为第三人并不参与合同的订立,第三人是否接受利益的意志往往需要依据具体情况尤其是合同性质或目的加以确定。这种意图认定的“客观化倾向”也必须最大限度尊重当事人的意志。另外,现代大多数国家法律关于第三人“直接取得权利”的立法模式,通常以第三人无偿取得利益为基本规范模型,此时就应强化第三人拒绝权防范效果的制度要求。

在法律史上,这一规则不仅限制了为第三人利益合同,也限制了代理制度的发展。在今天看来,对这一古老规则的坚守多少有些滑稽可笑。但“古代法”的发展路径或许就是如此,梅因早就说得相当明白,法官常常要在程序的缝隙中通过各种法律技术发展法律。正如家勇兄指出,为第三人利益合同的历史发展有两个明确的特征:一是实质公平对形式推论的克服,二是运用法律拟制技术来发展这一制度。这一点,想想罗马法中的要式合同,梅特兰在《普通法的诉讼格式》中赋予印章的“神圣性”,我们就不能不赞成。合同法的整个发展史,其实都可以归结到这两个特征上。但是,用今天的法律眼光来看,家勇兄提到的这种法律拟制似乎更接近于法律的类推适用。

其三,为第三人利益合同制度的核心内容是什么?

本书极其精彩的一个部分是对为第三人利益合同制度构成的讨论。这一制度涉及三种法律关系:债权人与债务人之间的对价关系;债权人与第三人之间的补偿关系和债务人与第三人之间的给付关系,其中最基本的是第三人的利益和立约人的给付义务。因而法律制度建构的重点就是协调三方关系,并协调它与合同相对性原理和合同自由原则的关系。

本书的结论是,为第三人利益合同原则上应贯彻补偿关系和对价关系的基本区分。第三人的利益源自合同当事人尤其是受约人的授予,不论第三人是否享有独立权利都如此。就第三人权利而言,第三人权利加强了第三人的取得地位,基于利益平衡的考虑,法律赋予合同当事人以依法撤销、变更的权利,这又因此减弱了第三人的权利地位。本书建议采取第三人“直接取得”模式,其目的是为了加强第三人权利的取得效果,保障第三人的信赖和交易安全,同时又通过赋予第三人以拒绝权而保护了第三人的消极合同自由。这一观点颇有说服力。

我对本书最感兴趣的问题是现代合同法中第三人的出现对传统合同法的影响。通常,当事人要亲自或通过代理人缔结合同,合同产生的一切法律效力也仅仅在当事人之间发生。在这个意义上,合同是私密

的,无需任何公示手段。从语源上看,Privity 本身具有“私密”、“利益”、“熟谙”的语义也表明了合同的这一特性。英语中的 covenant(契约,违约诉讼)一词,也有“聚会”和“集会”的意思,这表明合同是个小圈子,圈内的是熟人,陌生人是不知情的。这表明,合同当事人具有一定程度的紧密关系。这是合同相对性赖以成立的一个现实和理论前提,也是区分违约责任与侵权责任的一个基础。合同相对性在今天成了是理所当然的,但在传统上,合同相对性产生的社会条件与今天不尽相同,如当时静态的、交易很少的社会、担心发生帮诉现象。在这样的社会,债权转让在法律史上都曾经被禁止,其重要理由之一是,债务的人身强制执行制度的存在使债权人的人格(仁慈、公正等)成为债的重要内容。在英美法上,privity of contract 也经过了很长的演变过程,才具有现代的合同相对性(parties - only)意义或大陆法系中的债的相对性(Relativität des Forderungsrechts)的意义。传统上,它还具有对合同义务进行分类的功能和规范举证功能。

但是,正如家勇兄指出,为第三人利益合同中第三人利益或权利,突破了传统合同的“二人模式”,形成一种独特的“三人模式”。我理解,家勇兄实质上并不认为第三人利益合同制度在根本上违反了合同相对性。他认为,“相对性”至少存在三种不同的用法,即相对规范、相对保护和相对归责。随着债权让与制度的确立,法律认可了债权也可以由亲自参与债权发生要件外的他人行使,这样,“静态相对性”就发展为“动态相对性”。这一观点区分了形式上的相对性和实质上的相对性。形式上的相对性是基于合同的二人世界的封闭性特点形成的法律规则,而实质上的相对性则与合同自由原则联系在一起。

合同相对性的例外无疑是因为经济的现实需要慢慢出现的。现代社会交易的频繁、财富的增加使合同逐渐成为一种财富的流通手段,而且,人与人的交往频率也大大增加,相互依存度更高,社会风险的种类和发生频率与日俱增,这些都使传统上的合同的人身性逐渐丧失,合同法的二人世界的大门逐渐被打开。在为第三人利益合同与德国法发展起

来的附保护第三人效力的合同中,第三人都冠冕堂皇地进入到他人的合同中。但这并不意味着合同就社会化了。家勇兄对所谓的合同社会化观点保持了相当的警惕。他认为,第三人权利问题上必须最大限度尊重当事人的意志,它不仅是防止合同法不当侵入侵权法领域,以维护合同与侵权区分的必要性之所在,而且是防止不当增加立约人的履约风险,以及合同沦为难以被正当化的财富再分配工具的必然要求。事实上,传统的合同相对性理论本来就有划分合同法和其他法律部门的功能,在现代法律中,合同相对性原理与例外的界限应该是合同自由。所以我赞成本书提出的观点:为第三人利益合同虽然引起了传统合同模式的某种改变,但仍然保留了它作为“合同”的本质;社会化的合同理论不应扩大这种模式转变的后果,被改变的只是传统合同理论或制度的僵化教条,而非其根基。我甚至认为,合同法中的第三人并没有使合同法出现“三人世界”,合同依然是封闭在特定的当事人之间的。

读完本书,我感触最深的是两个方面:

一是历史梳理的翔实。家勇兄借用大量的德文和英文材料介绍了罗马法以来两大法系的为第三人利益合同制度的源与流。2005年我在瑞士弗里堡大学联邦主义研究所发现有该校出版社出版的Krauskopf的《为第三人利益合同》,问起家勇兄,得知他当时就通过在日本的友人复印了此书,这让我惊讶无比。在中文文献中,本书对为第三人利益合同历史的探源,很多都是首次发掘。本书把我们带入了一个历史博物馆,在里面,我们遇到了对形式与程序认真得刻板的罗马人;看到了冥思苦想的中世纪法学家的沉重身影;重视事功与实用的英美法学家、沉醉于体系构建和原则发掘的大陆法学家在激烈的辩论……从历史、国外游历之后,我们又返回到中国朴素得过于简单的合同法第64条。

二是法教义学方法的娴熟运用。本书在阐述为第三人利益合同制度时,运用合同法的基本理论、不当得利、商法等相关理论,对制度本身和关联制度做了整体研究。甚至在一些细节上,家勇兄也显示了他厚实

本书的诸多内容,都不断地挑战我的民法学知识结构。套用韩愈评柳宗元文的一句话,可谓“深博无涯涘。”

家勇兄既是我在川大的师兄,也是我在法学所的师兄,我们相识相知十余年。他的民法学功力和对现实的敏锐感,我真的是自叹弗如。多年来,我都就很多理论与实务问题向他请益。他的博士论文出版,我由衷高兴。在读的过程中,我也常常想起12年前的那个冬日,我们在川大的同一个教室考研时初遇他的场景。在这样的社会,这样的学术环境,家勇兄对学术公器的坚守,他的为人,都让我想起了古时的屠狗者。在这里,我不想引用马克斯·韦伯“以学术为志业”演讲中对学术人的要求,因为我的阅读让我觉得温暖和实在,一如此时窗外的秋是北京,高远的天空和干净的白云,让我想要栖息。

谢鸿飞

2007年10月18日

内容提要

本书研究的对象是为第三人利益合同。为第三人利益合同在 20 世纪获得普遍承认的事实,表明了一个广受关注的现象:合同由“二人关系”模式向“三人关系”模式转化。这个现象不是以参与合同缔结者的人数的增加,而是以受合同效力影响的主体范围的扩张为其特征,即不仅合同当事人,而且非合同当事人的第三人也都受合同效力的直接影响。

本书以为第三人利益合同在合同理论上的证成及相应制度构造为中心,从法律比较研究的角度对其进行了讨论。为第三人利益合同涉及三方利益关系,主体间利益的协调或平衡始终是为第三人利益合同制度关注的重点。在考虑利益平衡时,“二人关系”的合同模式所确立的一些规则需要引入到“三人关系”合同模式的分析之中。为第三人利益合同虽然引起了传统合同模式的某种改变,但仍然保留了它作为“合同”的本质。社会化的合同理论不应扩大这种模式转变的后果,毕竟,被改变的只是传统合同理论或制度的僵化教条,而非其根基。

除导论和结束语外,本书共分六章。

第一章讨论为第三人利益合同的界定,涉及其概念的确定及该制度与其他类似法律制度的区分问题,目的是确定讨论的对象,引入对为第三人利益合同独特功能的初步理解。

第二章追溯两大法系为第三人利益合同制度的发展历程,指出大陆法系为第三人利益合同制度乃是围绕罗马法“任何人不得为他人缔约”规则的存废而展开的,英美法则是围绕“合同上的关联关系”原则的确立与限制而展开的,凸显法律上确立该制度所面临的问题以及一般性的解决方式。从其历史发展来看,实质公平对形式推论的克服,以及通过拟制的法律发展是为第三人利益合同制度发展中表现出来的两个明显特征。

第三章分析为第三人利益合同的理论基础,主要涉及对该制度正当性基础的讨论。首先,从分析合同相对性原则入手,确定为第三人利益合同与该原则的相关性;其次,从正统的合同理论即意志理论角度对第三人权利的正当性加以分析,指出运用该理论证成为第三人利益合同的可行性,以及该理论面临的现代难题及其解决。

第四章和第五章讨论的是为第三人利益合同的基本制度结构,其以第三人利益和立约人的给付义务作为基本的连结点。第四章讨论第三人利益,特别是第三人权利的取得及其效果问题;第五章讨论立约人给付义务及给付障碍问题。通过这些讨论,以明确为第三人利益合同具体的制度内容。

第六章讨论的是为第三人利益合同在 20 世纪的新发展,并在分析我国现行法规定及评述现有中国民法典草案的三个学者建议稿的基础上,对我国未来在民法典中确立一般性为第三人利益合同制度,提出相应的立法思路。

关键词:合同 为第三人利益合同 合同相对性 意志理论 合同自由原则

Abstract

The subject of this dissertation is contract for the benefit of third party. Contract for the benefit of third party has gained generally recognized in the laws worldwide; it reflects that the model of contract is changing from two-side to three-side. This phenomenon is not characterized by the fact that the number of parties who take part in contract is increased, but that of the parties who have been affected by the effect of contract. That is, not only the parties of contract but also the third party as non-party of contract has been affected by the effect of contract directly.

Applying the comparative method of legal research to discuss from several aspects, this dissertation observes the justification of contract for the benefit of third party and its accompanying legal configuration of institution are the center question. Contract for the benefit of third party involves the interest of three parties, coordination or balance of the interest between these parties is always the key point. As far as the

balance of interest is concerned, the established rules of the two-side model of contract have been considered in the analysis of three-side model of contract. Although contract for the benefit of third party has led to some change of traditional model of contract, it retains the nature of "contract". The social theory of contract should not expand the consequences of the change of model of contract; after all, what have been changed are rigid doctrines of traditional theory of contract or institutions of contract, not the foundation of contract law.

Except for introduction and conclusion, this dissertation consists of six chapters.

Chapter I discusses the definition of the conception of contract for the benefit of third party, and the differences between the institution and other legal systems which also involve three parties relations. The purpose is to determine the subject of this dissertation, making some understanding of the particular functions of the institution of contract for the benefit of third party.

Chapter II explores the historical development of contract for the benefit of third party in continental law system and Anglo-American law system, and points out that the institution of contract for the benefit of third party in continental law system has developed around the rule of Roman law, *alteri stipulari nemo potest*, and that around the principle of privity of contract in Anglo-American law system. This discussion highlights the problems and solutions when the institution of contract for the benefit of third party is established in the law. From the historical development of the institution, two distinctive characters can be seen: Firstly, substantial equity overcame formally reasoning; Secondly, the right of third party has been recognized through legal fiction.

Chapter III analyses the theoretical foundation of contract for the benefit of third party, mostly focuses on the justification of the institution. This chapter has first discussed the principle of privity of contract, setting up the relation

between the principle and contract for the benefit of third party. After that, it has thoroughly discussed the justification of the right of third party from the aspect of the orthodox theory of contract, will theory, and shows that the feasibility using this theory to justify the right of third party, and its difficulties and solutions of the theory today.

Chapter IV and chapter V studies the basic structure of the institution of contract for the benefit of third party, and the basic links of it are the benefit of third party and the duty of promisor to perform to third party. Chapter IV discusses the benefit of the third party, particularly its acquisition and consequences. Chapter V analyses the duty of promisor and the remedies of *Leistungsstörungen*. Through these discussions, it makes clear the concrete contents of the institution.

Chapter VI explores the new development of contract for the benefit of third party in 20th century, and expounds the rules in our current legal system. After evaluating the three drafts of Civil Code which have been drawn up by scholars, the dissertation puts up some suggestions about the establishment of general rules of contract for the benefit of third party in the future Civil Code of the People's Republic of China.

Key words: contract, contract for the benefit of third party, privity of contract, will theory, the principle of freedom of contract