

本卷要目

学术争鸣

【陈 任】

合同相对性原则的废除

——建立在比较法基础上的分析

【贺晓曦 龚海鑫】

论第三人侵害债权制度之不必要性

劳动法

【陈海挑 王绍蓉】

“试用期”析疑

【朱 军】

经济补偿约定瑕疵对离职竞业禁止协议效力的影响

——基于离职竞业禁止案例的整理与研究

信托法

【陈 颐】

《信托法》的现代化：19世纪英国的贡献

【袁国际】

《信托法》第30条修订建议

亚洲法

【[日] 金山直树 著 李德健 译】

PA CL（亚洲共通法原则）的意义与课题

【彭兴华】

金融危机中欧盟竞争规则的适用及对中国的启示

判解研究

【王 松】

以他人名义购房确权案件的裁判规则

专题研究

【陈吉生】

论缔约过失责任的性质

【张平华】

修改完善《继承法》及制定民法典继承编的几个宏观思考

【汪渊智】

经济全球化下我国代理法律制度的完善

【康 娜】

论婚姻专用性投资的保护

【尹春海】

代理受领的现代经纬

国际问题

【张晏瑜】

《2009年香港国际安全与无害环境之船舶回收公约》评析

【袁国际】

《反倾销协定》第17条解读

硕士学位论文

【白隽永】

共同侵权制度研究

【周 煜】

论药品侵权

◆ 梁慧星/主编

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 49

民商法论丛

第49卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第49卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 49

■ 梁慧星 / 主编

本卷各篇文章中的观点并不必然反映主编及出版社的立场。任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所载的文章均须事先获得主编和法律出版社的书面许可。



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法论丛. 第49卷 / 梁慧星主编. —北京: 法律出版社, 2011. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2419 - 6

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—研究—文集②商
法—研究—文集 IV. ①D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 164994 号

民商法论丛 (第 49 卷)

梁慧星 主编

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 23.25 字数 641 千

版本 2011 年 10 月第 1 版

印次 2011 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京外文印刷厂

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

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

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 2419 - 6

定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【学术争鸣】

合同相对性原则的废除

- 建立在比较法基础上的分析 陈 任(1)
论第三人侵害债权制度之不必要性 贺晓曦 龚海鑫(34)

【排放权】

排放权法律性质与排放权交易法律问题研究 裴德贤(47)

【劳动法】

- “试用期”析疑 陈海挑 王绍蓉(126)
经济补偿约定瑕疵对离职竞业禁止协议效力的影响
——基于离职竞业禁止案例的整理与研究 朱 军(151)

【信托法】

- 《信托法》的现代化:19 世纪英国的贡献 陈 颐(182)
《信托法》第 30 条修订建议 袁国际(225)

【亚洲法】

- PACL(亚洲共通法原则) 的意义与
课题 [日] 金山直树著 李德健译(241)

【欧盟法】

- “一部有实无名的欧洲民法典”:论《共同参照框架草案》
的性质与目的 [德]尼尔斯·詹森 赖因哈德·(255)
齐默尔曼著 李德健译
- 金融危机中欧盟竞争规则的适用及
对中国的启示 彭兴华(277)

【美国法】

- 享乐损害赔偿金:快速沸腾的大锅
..... [美]维克多·E. 施瓦兹 卡瑞·(299)
西尔沃曼著 刘春梅译

【判解研究】

- 以他人名义购房确权案件的裁判规则
——张梅、王福洲诉王锦洲以被告名义
购房办证所有权确认纠纷案评析 王 松(340)

【专题研究】

- 论缔约过失责任的性质 陈吉生(360)
- 修改完善《继承法》及制定民法典继承编的
几个宏观思考 张平华(425)
- 经济全球化下我国代理法律制度的完善 汪渊智(443)
- 论婚姻专用性投资的保护 康 娜(490)
- 代理受领的现代经纬 尹春海(502)

【国际问题】

- 《2009年香港国际安全与无害环境之船舶
回收公约》评析 张晏瑜(518)
- 《反倾销协定》第17条解读 袁国际(535)

【硕士学位论文】

共同侵权制度研究	白隼永(605)
论药品侵权	周 煜(669)

学术争鸣

合同相对性原则的废除

——建立在比较法基础上的分析^①

陈 任

一、问题的提出

合同相对性原则是源自于传统欧洲私法的一项基本原则,尽管大陆法系和英美法系对合同相对性的英文表达方式不一样,^②但其内容却基本相同,即合同仅在订立合同的当事人之间有效,对当事人以外的其他任何人都不发生法律效力。但 19 世纪末以来,相对性原则便不断面临来自现实需要的挑战。首先,由于交易范围的扩大以及交易模式的更新,合同关系牵涉第三人利益的情况不断增多,尤其是在海事、保险、银行、劳务、服务等领域。在这些领域内,常会涉及很多第三人,如收货人、保险受益人、支付行、供销商、运输商等,这些第三人行为的后果会影响合同目的的实现;反之,合同的履行也会涉及他们的利益。依据现实需要,许多国家相继在一些领域内制定各种具体的法律规则,依据特别法优于一般法的原则而排除适用相对性原则。其次,以德国和法国为代表的大陆法系国家制定了某些相对性的例外制度,例如德国的附保护第三人利益合同

① 本文是留学归国人员科研启动基金项目“全球化背景下合同法基本原则的发展趋势”的阶段成果。

② 大陆法系的合同相对性的英文表达为 *relativity of contract*, 英美法系表达为 *Privity of contract*。

和法国的保证责任转移制度。这些制度常被本国法院用于扩大第三人依据合同诉讼的领域。再次,有些一直是坚持相对性原则的国家,如英国和加拿大,为了避免相对性原则造成的不公平后果,自19世纪起开辟了突破相对性原则的另一些途径,如借用信托、代理、间接合同理论,甚至通过侵权法来解决第三人的损失问题。最后,各国普遍建立了第三人利益合同的一般性法律制度,规定第三人在符合条件时享有依据合同直接起诉债务人和获得合同法中所有救济的权利。欧洲多数大陆法系国家和地区早在19世纪就已经确立第三人利益合同制度,其中包括挪威、瑞典、芬兰、德国、法国、苏格兰。^①普通法系中的美国、澳大利亚、新西兰等国家也从19世纪中期起陆续建立了这一制度。^②英国最终于1999年颁布了《合同(第三人权利)法案》。2000年的欧洲合同法亦确立了合同当事人以外的第三人可以获得合同的诉权的原则。^③

第三人合同权利制度是一般法性质,普遍适用于所有领域内的交易活动以及任何类型的合同,那么在当今各国普遍建立此制度后,相对性原则是否仍然是合同法的一个基本原则?第三人合同权利制度的建立应当被视为相对性原则的例外,还是意味着相对性原则被彻底废除?对此,欧美理论界的大多数学者认为第三人合同权利制度的实质内容是第三人获得合同的诉权并获得合同法上的救济,所以此制度的建立是对相对性原则的重大改革。^④但是对于改革的程度重大到是否影响

① Vernon Valentine Palmer, *Contracts in Favour of Third Persons in European: First Steps Towards Tomorrow's Harmonization*, 1 *European Review of Private Law*, 2003, pp. 8, 10.

② *Lawrence v. Fox*, 20 NY 268 (1859); Section 133 of the First Restatement of Contracts; Section 302 of the Restatement (Second); Section 11 of the Western Australian Property Law Act; Section 55 of the Queensland Property Law Act.

③ Article 6:110; Stipulation in Favour a Third Party, *Principles of European Contract Law*.

④ Neil Andrews, *Strangers to Justice no Longer: The Reversal of the Privity Rule under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, 60 *Cambridge Law Journal* 353, 354 (2001); Catharine MacMillan, *A Birthday Present for Lord Denning: The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, 63 *The Modern Law Review* 721, 723 (2000); Catherine Mitchell, *Privity Reform and the Nature of Contractual Obligations*, 19 *Legal Studies* 229, 230 (1999). Robert Flannigan, *Privity - The End of An Era (Err or)*, 103 *The Law Quarter Review* 564, 593 (1987).

相对性原则存在的意义这一问题则较少提及。近年来,我国也有很多学者提出建立第三人利益合同制度,并指出该制度应作为相对性原则的例外存在于我国法律体系中,^①但鉴于我国合同法还未制定出第三人利益合同制度,因此我国的法律制度不在比较的范围之内。本文将从历史发展的角度出发,通过比较的方法分析世界各国突破相对性原则的理论基础与具体途径,试图回答以下还未解决的问题:第三人利益合同制度的建立与相对性原则之间的本质联系;非第三人利益合同与相对性原则的关系;对比经济发展的现状和很多国家目前的合同法律体系,相对性原则是否有其存在的意义和价值?

二、相对性原则的立法例外

在合同法中,相对性原则并非普遍适用于各个领域,各国考虑到商事活动的实际需要以及合同种类的特殊性,在法律中都规定了一些不适用相对性原则的制度。究其本质,这些例外的建立都反映了当某些第三人加入到当事人的交易之中而成为合同关系中不可缺少的组成部分时,法律必须承认在这种情况下合同效力不仅及于当事人也应当及于第三人。

(一) 部门法中的相对性原则的例外

普通法系和大陆法系国家都通过立法的形式确立了在某些具体的合同领域内当事人之间以及当事人和第三人之间的权利义务关系,从而避免了在这些领域适用相对性原则可能会造成的不合理结果。例如,在保险合同中,人寿保险合同的受益人虽不是合同的当事人但可以依据合同提起诉讼,要求保险人履行合同义务;^②交通意外责任人的责

^① 方乐坤:“关于窄的相对性原理若干问题的思考”,载《河南社会科学》2008年第5期;刘毕贝、闰刚:“论合同相对性的概念、内容和例外”,载《南京工程学院学报》(社会科学版)2005年第2期;郭丽韞、刘小东:“《合同法》应当明确规定第三人利益合同”,载《西南政法大学学报》2005年第5期;袁合川:“合同相对性原则突破的原因及价值分析”,载《行政与法》2005年第7期。

^② 例如,英国1882年的《已婚妇女财产法案》第11条(Section 11 of the Married Women's Property Act 1882),加拿大1980年阿尔伯达省《保险法案》第264条(Section 246 of the Insurance Act, R. S. A. 1980)和安大略省1990年《保险法案》第195条(Section 195 of the Insurance Act, R. S. O. 1990)。

任属于责任险合同的投保范围时,受害人可以依据保险合同直接向保险人提起诉讼。^①海上运输合同是目前各国普遍确立的不适用相对性原则的领域。早在19世纪中叶之前,普通法系国家不允许买方或收货人依据海上运输合同向承运人提起诉讼,理由就是他们不是合同的当事人。^②但是1885年英国的《提单法案》修改了这一制度,规定买方可以直接向承运人提起诉讼,但前提条件是买方对货物的所有权是经过提单背书而取得的,或者提单背书是买方取得货物所有权过程中的必要因素。^③1992年,英国《海上货物运输法案》进一步扩大了相对性原则例外的适用范围,规定了收货人的诉讼权利与货物所有权是否转移无关,凡是运货单或交货单中指定的收货人以及提单的合法持有人均有权向承运人起诉。^④除英国以外,美国1893年的《哈特法》、加拿大1985年的《提单法案》和1990年的《商法修改法案》以及有众多国家参加的《海牙规则》和《汉堡规则》都有类似的规定。

除了各国普遍在一些商事领域建立了不适用相对性原则的制度外,许多国家还规定在一些特定领域内建立相对性原则的例外。例如,在产品责任领域,部分国家和地区的法律规定了消费者或产品的最终购买者可以依据生产商与销售商之间的合同中所规定的产品质量保证条款直接向生产商提起诉讼,由于这种诉讼的请求是要求生产商承担违反合同约定的义务所导致的违约责任,因而是相对性原则的例外制度。^⑤对于土地或其他财产转让的合同,1925年的英国《财产法案》有特殊的规定,即未来作为受让人的第三人不仅可以享有合同标的物的直接利益或其他相关利益,也可以直接享有基于合同条款所产生的诉

① 例如,英国1988年的《道路交通法案》第148条第7款(Section 148(7) of the Road Traffic Act 1988);加拿大阿尔伯达省1980年《保险法案》第320条第1款(Section 320(1) of the Insurance Act, R. S. A. 1980)。

② Thompson v. Dominy (1845) 14 M&W 403.

③ 这一前提条件在以下英国判例中得以确认: Sewell v. Burdick (1884) 10 App Cas 74; The San Nicholas [1976] 1 Lloyd's Rep 8; The Sevonia Team [1983] 2 Lloyd's Rep 640; The Delfini [1990] 1 Lloyd's Rep 252。

④ Section 2 of the Carriage of Goods by Sea Act 1992.

⑤ 美国《统一商法典》第2-318条;1978年加拿大萨斯喀彻温省《消费者保护法》第55条。

权,这种在财产转让领域建立起来的普遍适用的制度是英国立法对相对性原则的一大突破。^①1992年英国的《团体旅游、团体度假、团体参观条例》规定,旅游合同中的消费者受到特别的保护。如果筹办方或旅游中介机构没有直接与消费者订立合同,而是与旅行社之间有合同关系,那么不论旅行社与消费者之间的合同如何约定,筹办方或旅游中介机构在未依约履行其与旅行社之间的合同义务的情况下应当直接向消费者承担违约责任。^②这种在连环合同或系列合同中一方当事人承担违约责任的范围跨越了合同关系的界限显然突破了相对性原则。此外,该条例中所指的消费者不仅仅是付款签字的旅游者还包括其他参与旅行行程的家属和朋友。^③作为利害关系人,其他参与者虽不是合同的订立者,但仍然可以直接向筹办方或中介机构提起合同之诉。鉴于第三人在合同中的地位以及实践的需要,法国法也明确制定了一些合同效力及于第三人的具体规定,又被称为“直接诉讼”制度(Action Directe)。例如,房屋租赁关系中,承租人没有交付租金时,房东可以直接向转租人行使请求权;^④建筑工程的总承包商在发包人没有支付工程报酬的情况下,可以直接向房地产所有人提起诉讼;^⑤工程的分承包商已经完成了其工程任务但还没有从总承包商处得到工程报酬,总承包商就已经破产的,分承包商可以直接向房地产所有人起诉要求获得他在分承包合同中约定的价款。^⑥

(二)有特定适用范围的一般法律制度

1. 德国的附保护第三人利益合同

附保护第三人利益合同制度的主要内容是债务人除了对债权人负

① 英国《财产法案》第56条第1款[Section 56(1) of the Law of Property Act 1925]。

② 英国《团体旅游、团体度假、团体参观条例》第15条(Regulation 15 of the Package travel, Package Holidays, Package Tours Regulation 1992)。

③ 英国《团体旅游、团体度假、团体参观条例》第2条第2款[Regulation 2(2) of the Package travel, Package Holidays, Package Tours Regulation 1992]。

④ 《法国民法典》第1753条(Article 1753 of the French Code civil)。

⑤ 《法国民法典》第1798条(Article 1798 of the French Code civil)。

⑥ Article 12 of the Law of 31 Dec. 1975.

有约定的主义务之外,还对某些第三人负有注意不侵害其利益的次合同义务。制定此制度目的在于解决德国民法中的不足:一是防止雇主利用《德国民法典》第831条逃避其雇员因疏忽而造成他人人身伤害或财产损失;二是弥补《德国民法典》第823条关于侵权的损害赔偿范围不包括因侵权而导致的预期利益的直接损失。^①这种为解决侵权法所带来的问题而不得通过合同的方式解决第三人损失的规则,是德国突破相对性原则的典型制度。在发展过程中,这一制度虽然已不仅仅局限适用于追究雇主的责任,但其仍有相对固定的适用范围,^②具体包括在被继承人与律师之间的订立遗嘱的合同中,未来的继承人是利益受到保护的第三人;在货物运输合同中,买方通常是卖方与承运人之间合同的第三人,承运人对买方负有注意不损坏货物的合同义务;在标的物使用人订立的保管合同中,保管人还得向标的物的所有权人负有注意的次合同义务。^③

2. 法国的“保证责任转移”制度

在产品买卖合同和建筑合同中,卖方或建筑方的违反合同中有关质量保证条款的结果往往导致产品的使用者、建筑物未来的业主或占有人利益的损害,因此法律着重保护的是这些第三人。^④法国法就是通过将最初的卖方对买方的质量担保条款中的义务扩张到后来的合同中的买方来突破合同的相对性的。有关建筑商对建筑工程质量的合同义务,也通过“保证责任转移”制度扩大到建筑物未来的所有权人、占有人和承租人。

三、相对性原则的判例例外

普通法系中的英国和加拿大一直是坚守相对性原则的国家,因此

① Hein Kotz, *The Doctrine of Privity of Contract in the Context of Contracts the Interests of Third Parties*, 10 Tel Aviv University Studies in Law, 1990, pp. 195, 198.

② B S Markesinis, *An Expanding Tort Law - The Price of a Rigid Contract Law*, 103 LQR 354, 356 (1987).

③ 前引 Kotz 文。

④ Simon Whittaker, *Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions*, 16 OxJLS, 1996, pp. 191, 200.

除了立法规定的若干例外制度外,一般原则是第三人不能享有合同的权利,尤其是不能享有依据合同要求债务人承担违约责任的权利。相比较而言,以美国、德国、法国为代表的许多国家都承认,不论当事人在何领域内进行交易或者签订何种类型的合同,只要第三人符合法律规定的一般条件都可以获得合同的诉权。固守相对性原则造成英国法院在 1999 年颁布《合同(第三人权利)法案》以前以及加拿大法院迄今为止在处理各种具体案件时,一方面受制于相对性原则的严格要求,另一方面又要避免因适用相对性原则而导致的不公正的审判结果,因此不得不借用其他制度来说明第三人应当享有依据合同起诉的权利。

(一) 信托

信托是最早被法院用于在合同领域内突破相对性原则的制度。合同的一方当事人如果向另一方承诺其将向某个第三人支付一笔金钱,那么法院就可将这种情形解释为债权人和第三人之间存在信托关系,其中债权人是受托人而第三人是委托人。基于此理论,对在赋予第三人利益的合同或是约定向第三人履行金钱给付义务的合同中,如果债务人未依约履行承诺,作为委托人的第三人可以直接要求债务人承担违约责任。英国法院采取这种做法始于 18 世纪的判例 *Tomlinson v. Gill*。^①该案中,被告向一位寡妇许诺,只要该寡妇同意他被指定为其丈夫的遗产管理人,他愿意偿还其丈夫生前所欠的债务。丈夫生前的一位债权人依据此协议提起诉讼请求被告履行其所承诺的义务,其诉讼请求得到法院认可。法官认为,被告与寡妇之间达成的协议是为寡妇丈夫的债权人,即第三人设定利益的协议,尽管并没有信托基金为寡妇所持有和管理,但寡妇仍然可视为其丈夫的债权人的受托人,因此作为委托人的债权人可以以自己的名义直接向被告起诉。此后,这一做法就在很多案例中被法院用于解决第三人在合同中的权利问题,^②尤其是 1919 年的 *Les Affreteurs Reunis SA v. Leopold Walford (London)*

① *Tomlinson v. Gill* (1756) Ambler 330, 27ER 221.

② 例如, *Fletcher v. Fletcher* (1844) 4 Hare 67, 67 ER 564; *Touche v. Metropolitan Ry. W. Co.* (1871), L. R. 6Ch. 671; *Lloyd's v. Harper* (1880) 16 ChD 290.

Ltd.^①一案标志着借用信托制度突破相对性原则已成为英国法院普遍的做法。^②加拿大法院也将信托理论用于债务人在合同中承诺向第三人履行义务的案例中,尤其是合同条款约定债务人向第三人支付金钱或转移土地的案件。^③

运用信托制度虽能避免相对性原则的束缚从而解决第三人的损失问题,但为第三人设定利益的合同与信托制度毕竟在本质上不同。信托关系的成立需要当事人双方有建立信托的真实意图,并有证实该意图的证据存在,例如信托合同、信托基金管理行为等,因而法院在为第三人设定合同利益的案件中常常难以说明债权人与第三人之间真正存在信托关系。正因为如此,1924年的英国判例 *Re Engelbach* 以及后来的一系列案例中,^④英国和加拿大的法院很少再用信托制度解决第三人的权利问题。^⑤

(二)代理

在代理的法律制度下,代理人在代理权限内以被代理人的名义签订合同,其行为后果是被代理人承担合同义务并享受合同权利。在多数情况下,与代理人签订合同的对方当事人在订立合同之时就知道被代理人的存在。如果合同为第三人设定了利益并在合同中说明第三人是债权人的被代理人时,第三人就可以依据合同向债务人行使请求权。因此,对于一个为第三人设定利益的合同,法院只要能解释第三人与债权人之间存在代理关系,就可以避开相对性原则的限制而达到让第三人享有合同约定的利益并向债务人行使请求权的目的。在英国,这一

① [1919] AC 801.

② M MacIntyre, *Third Party Rights in Canadian and English Law*, 2 UBCL Rev., 1965, pp. 103, 104 - 105.

③ 例如, *Lloyd's v. Harper* (1880), 16 Ch. D. 290 (C. A.); *Kendrick v. Barkey* (1907), 9 O. W. R. 356 (H. C. J.).

④ 例如, *Re Engelbach* (1924) 2 Ch 348; *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp'n of New York* [1933] AC 70; *Re Clay's Policy* [1937] 2 All ER 548; *Re Forster* [1938] 3 All ER 357; *Re Sinclair's Life Policy* [1938] Ch 799; *Re Schebsman* [1944] Ch 83.

⑤ G. H. Treitel, *The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell, 1995, p. 594.

做法主要被运用于合同当事人为第三人设定免责条款或限责条款中的利益。早期的判例 *Hall v. N. E. Ry* 中,^①原告与英国北方铁路公司达成协议运送绵羊。双方约定,原告可以乘客身份购票乘车,但如果原告选择免票随行则其必须对该行程中可能遭受到的任何人身伤害自担责任,原告选择了后者。行程中,原告乘坐的火车与另一火车相撞,事故的发生原因是另一辆火车驾驶人员的过失,于是原告向该火车所属的东北铁路公司起诉要求赔偿。法院认为这种免票则自担风险的约定是铁路行业的统一规则,原告与北方铁路公司达成的协议亦可以看做是为其他铁路公司设定利益的合同,北方铁路公司应被视为被告东北铁路公司的代理人,因而作为合同第三人的被告便享有了合同中的免责条款的利益。尽管英国法院后来也借用代理制度解决了其他一些涉及第三人利益的合同案件。^②但是令法院为难的一直是无法合理解释债权人与受益第三人之间存在真正的代理关系。因此,1962 年的判例 *Scruttons Ltd v. Midland Silicones Ltd* 否定了通过推定的代理关系来支持受益第三人的做法。^③该案中的被告是托运人雇佣的货物搬运工,双方之间有关于货损的限责协议。搬运工在卸载货物时由于疏忽而导致货物被损坏,于是作为货主的原告向搬运工提起诉讼要求其承担赔偿责任。搬运工则以货主与托运人之间的合同中订有针对货物损失的限责条款作为抗辩理由,而货主则认为由于搬运工不是合同的当事人,因而不能享有合同中限责条款的利益。邓宁法官(Lord Denning)认为依据案件事实可推定托运人与被告之间存在默示的代理合同关系。但是,其他多数法官认为,除非被告能证明他与托运人之间存在真正的代理关系,否则不能用代理制度来认定被告可以免责。1975 年的判例 *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A. M. Satterthwaite & Co. Ltd.* 有相类似的案情,^④所不同的是托运人与货主订立的合同中明确约定,除了

① (1875) 10 Q. B. 437.

② *Cosgrove v. Horsfall* (1945) 62 T. L. R. 140; *Adler v Dickson* [1955] 1 Q. B. 158.

③ [1962] A. C. 446 (H. L.).

④ [1975] A. C. 154 (P. C.).

托运人外,托运人的被代理人,即包括搬运工在内的所有的托运人所雇佣的人都可享受免责条款中的利益。因而此案中,英国法院认为搬运工可以依据免责条款抗辩原告的诉讼。

在加拿大,法院也曾借用代理制度突破相对性原则。*McCannell v. Mabee McLaren Motors Ltd.* 案中,^①生产商与每一个分销商订立的合同中约定分销商必须在各自销售领域内从事活动。然而,其中一个分销商侵占了另一分销商的销售领域,后者则向前者提起诉讼。原告依据被告与生产商之间的合同要求赔偿,而被告则主张原告不是该合同的当事人因此无权向其提起违约之诉。法院认为生产商与各分销商制定相关合同条款的行为可以视作代理行为,通过生产商的代理行为,作为被代理人的分销商之间存在直接的相互承诺的关系。因此原告可以依据合同起诉被告。此外,加拿大法院也通过代理制度认定第三人享有合同中免责条款的利益。但与英国法院做法不同的是,加拿大法院认为只要免责条款中规定了当事人的雇佣人享有该条款利益,即使条款中没有具体指定第三人名称,第三人也可享有依据免责条款抗辩的权利。^②

然而,由于借用代理制度并未真实反映债权人与受益第三人的关系,所以通过代理制度解决第三人的合同权利存在一些问题。在代理制度下,作为被代理人的受益第三人除了可以享有合同权利外,还应当承担合同责任,这与真正的受益第三人应只享受权利而不承担合同责任相矛盾。此外,当债权人与受益第三人确实并不存在真实的信托或代理关系时,法院为了让受益第三人获得合同上的权利而不得不推定在债权人与第三人之间存在这些关系做法被英国理论界批判为法定的虚构,违背了普通法的精神。^③

① (1926), 36 B. C. R. 369 (C. A.).

② John D. McCamus, *Loosening the Privity Fetters: Should Common Law Canada Recognize Contracts for the Benefit of Third Parties?*, 35 Can. Bus. L. J. 173, 183 (2001).

③ F. E. Dowrick, *A Jus Quaesitum Tertio by Way of Contract in English Law*, 19 M. L. R., 1956, pp. 374, 386.

(三) 通过间接合同理论解决第三人的合同权利问题

为避免相对性原则造成不合理的判决结果,以英国和加拿大为代表的一些国家的法院还通过认定债务人与受益第三人存在间接合同关系以认定第三人在债务人未履行承诺时应享有直接向其起诉的权利。这一理论自 19 世纪末首先被英国法院用于解决关联合同问题,当债权人与若干个债务人分别签订内容相似或相同的合同并在此合同中约定债务人应当向某些第三人履行合同义务时,法院就可以推定在这些债务人与第三人之间存在默示的合同关系。例如,在 *Clarke v. The Earl of Dunraven* 案中,^①船主们与赛船组委会分别订立合同,其中都约定各船主的船只在被他人使用过程中,如果船只遭到损坏,则使用者应向该船船主负责。其中一位船主依据被告与组委会之间的合同要求被告承担赔偿责任,法院认定作为受益第三人的原告与被告之间存在默示的合同,因此原告有权直接向被告请求赔偿。20 世纪初期起,间接合同理论被主要用于解决消费者对生产商诉讼的案件中。^②在这些案件中,生产商与经销商之间的合同中订有关于货物质量的保证条款,法院认为消费者一旦购买产品,应推定其与生产商之间达成了具有相同内容的保证协议,即消费者可以依据此默示的协议追究生产商的责任。

法院运用间接合同理论是在受益第三人与债务人之间建立了某种直接的联系,与借用信托、代理相同的是,目的都在于给第三人依据合同直接向债务人起诉提供理论基础,从而达到既保证案件判决公正合理又能避免与相对性原则冲突的目的。所不同的是,间接合同理论立足于系列合同案件的本质特征,较借用代理和信托制度更体现出法院审判案件的客观性和针对性,但是间接合同理论的适用范围却相对较小。

(四) 扩展侵权法的适用范围以解决受益第三人的诉讼

各国的合同法与侵权法所保护的对象不相同,合同以外的其他人

^① [1897] A. C. 59 (H. L.).

^② 例如, *Shanklin Pier Ltd v. Detel Products Ltd*, [1951] 2 K. B. 854; *Wells (Merstham) Ltd. v. Buckland Sand and Silica Ltd*, [1965] 2 Q. B. 170; *Murray v. Sperry Rand Corp.* (1979), 23 O. R. (2d) 456, 96.