

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
最高人民法院《人民司法》编辑部

- 王利明 向第三人给付与第三人为给付的合同
范愉 泸州遗赠纠纷案研讨
王轶等
姚志坚 再审立案若干问题探析
胡锦光 乔占祥诉铁道部 2001 年春运价格上浮案研究
林毅
段匡 医生不作为的侵权行为责任

第2辑
2002

人民法院出版社

2002年第2辑(总第8辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
最高人民法院《人民司法》编辑部

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2002 年第 2 辑/中国人民大学民商事法律科学研究中心, 最高人民法院《人民司法》编辑部编.
北京: 人民法院出版社, 2002. 6

ISBN 7-80161-338-4

I. 判… II. ①中…②最… III. 审判-研究-中国 IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 039257 号

判解研究

2002 年第 2 辑(总第 8 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心
最高人民法院《人民司法》编辑部^{主办}

责任编辑 吴秀军

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京东交民巷 27 号(100745)

电 话 64813516(出版部)

64813518 64813540 64813514(发行部)

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂印刷

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 230 千字

印 张 13.75

版 次 2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-338-4/D·338

定 价 22.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇二年

七月一日

《判解研究》编辑委员会

主 任:王利明

委 员:(以姓氏笔划为序)

王运声 王彦君 龙翼飞

江必新 江 伟 刘春田

杨润时 吴汉东 张晓秦

郭明瑞 柳福华 奚晓明

董安生 葛行军 蒋志培

黄松有

编 辑:萧 尧 宝 玉

目 录

理论前沿

- 向第三人给付与第三人为给付的合同
..... 王利明(1)

司法解释之窗

- 担保法司法解释的规则创新与理论不足(一)
..... 房绍坤 李晓安(12)

法学专论

- 保证期间若干问题探究 李富莹(33)

热点透视

- 泸州遗赠纠纷案研讨
..... 范 愉 王 轶 许明月
曹明睿 姚海放(46)

法官论坛

- 论庭前证据交换制度改革..... 王 勇 钱翠华(92)
再审立案若干问题探析
——改造民事再审启动程序的另一
视角..... 姚志坚(105)

判例评析

乔占祥诉铁道部 2001 年春运

价格上浮案研究…………… 胡锦光 林 毅(119)

外国企业驻华代表机构在劳动仲裁中

的地位…………… 黎建飞(150)

关于一人公司的二则案例评析…………… 王天鸿(164)

论不真正连带债务

——仓库火灾案中的损失承担

问题…………… 彭插三(173)

国外判例选介

医生不作为的侵权行为责任

——从一件日本判例出发 ……… 段 匡(191)

向第三人给付与第三人为给付的合同

王利明*

合同的履行是指债务人全面地、适当地完成其合同义务。合同一旦生效,就应当对当事人产生拘束力,这种拘束力很大程度上体现在当事人应当按照合同的约定履行义务上。但合同的履行不一定要债务人亲自履行,也不一定要债权人亲自接受履行,合同法第64条、第65条的规定涉及到向第三人给付与第三人为给付的合同,从而确立了非合同当事人作出履行和接受履行的规则。由于合同法这两个条文在理解中经常发生争议,因此有必要做出探讨。

一、向第三人给付的合同

合同法第64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。”该条规定实际上涉及如下两种行为:

一是涉他合同。所谓涉他合同,又称为第三人利益合同、为第三人利益订立的合同、第三人取得债权的合同或向第三人给付的合同,是指合同当事人约定由一方向合同关系外第三人为给付,该第三人即因之取得直接请求给付权利的合同。第三人不是订约当事人,他不必在合同上签字,也不需要通过其代理人参与

* 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师。

缔约。尽管第三人不是订约主体，却可以依据合同接受债务人的履行和请求其履行的权利。这就是说，在合同成立并且生效以后，债务人应负有向第三人履行的义务，如果债务人不履行义务，应承担违约责任。涉他合同中的第三人没有参与合同的订立，但享有合同所规定的利益。第三人享有的利益在合同中的体现是多方面的，例如在货物运输合同中，如果托运人与收货人不一致，则收货人作为利益第三人享有接受货物的权利。第三人虽然在利他合同中享有利益，但并不是合同所明确规定的债权人，也与合同的债权人并不形成连带债权关系。对第三人设定的权利，该第三人可以接受，也可以不接受。第三人接受权利的意思表示，可以采取明示的方式，也可以采取默示的方式，但拒绝接受权利亦应向债权人和债务人作出意思表示。如果第三人拒绝接受权利，则合同所设定的权利由为第三人利益订约的当事人自己享有。在第三人接受权利以后，第三人有权请求债务人向其作出履行，同时债权人也可以请求债务人向该第三人作出履行。如果债务人不履行义务，第三人和债权人均可请求其承担责任。

二是第三人代债权人接受履行。即债权人和债务人之间约定由债务人向第三人履行债务，第三人代债权人接受履行，第三人并不独立享有合同上的权利和利益，而只是代替债权人接受债务人的履行。如果债务人不向第三人作出履行或履行不适当，则第三人无权要求向其继续履行或承担责任，债务人只向债权人负违约责任。如我国合同法第64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。”此时，第三人的地位只是债权人的辅助人，第三人作为债权人的辅助人帮助债权人受领债务人的履行，他本身并不享有独立的请求权，合同当事人仍然是合同原债权人和债务人。

第三人代债权人接受履行，在法律上又称为“经由被指令人而为交付”或依指示而为的财产给付行为，是与履行承担极为类似的一项制度，其基本内涵是债务人应债权人之请求向第三人交付债之标的物，^①第三人代债权人接受履行。其特点是：第一，合同并没有为第三人设定独立的权利，也就是说，在合同中，债权人与债务人约定向第三人为给付，而不使第三人对于债

① 参见李开国：《民法基本问题研究》，法律出版社1997年版，第209页。“经由被指令人而为交付”的概念由德国民法理论提出。

务人取得直接给付权利的合同。^① 在该合同中,第三人虽享有受领给付的权限,但并未基于合同取得给付请求权,因为债务人虽可向第三人为给付从而免除其对债权人所负的债务,然而债务人对第三人并未负担债务。第二,债务人向第三人为给付只不过为基于合同规定所作出的,实际上不过是给付方法的差异而已。第三,在该制度中,债权人有权请求债务人向第三人为给付的权利,并可于债务人不依其指示向第三人为给付时请求债务人承担违约责任;债务人有依债权人指示向第三人为给付的义务,并在向第三人履行后免除其对债权人所负的义务,但债务人仅对债权人负有义务,对第三人并不负担债务,债务人不履行其债务时应向债权人承担违约责任;第三人无权请求债务人履行亦无权请求债务人承担违约责任。

如果债务人基于合同约定向第三人履行债务增加了费用,这种费用应当由谁承担?一般情况下,向第三人履行基于合同的约定,应根据合同约定处理;如果合同中没有约定,按合同法第62条第6项规定的“履行费用负担不明的,由履行义务一方负担”处理,即由债务人负担。^② 在第三人代债权人接受履行中,债务人是以自己名义而不是以债权人名义进行给付,第三人以自己名义而非以债权人的名义受领给付,因此该制度与代理不同。

第三人代债权人接受履行与第三人利益合同的区别表现在:

第一,在第三人代债权人接受履行的情况下,当事人之间的合同并没有为第三人设定独立的权利,也就是说,在此种合同中,债权人与债务人约定向第三人为给付,而不使第三人对于债务人取得直接给付权利的合同。^③ 在该合同中,第三人虽享有受领给付的权限,但并未基于合同取得给付请求权,因为债务人虽可向第三人为给付从而免除其对债权人所负的债务,然而债务人对第三人并未负担债务。但在利益第三人的合同中,利他合同中的第

① 参见黄建荣:《第三人利益契约类型之探讨》(上),载《法律评论》,第55卷第12期,第17页;另参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第615页;戴修瓚:《民法债编总论》,三民书局1993年版,第306页;曾隆兴:《民法债编总论》,第490页。

② 丁义军、郭华等:《新合同纠纷案件判解研究》,人民法院出版社2001年版,第402页。

③ 参见黄建荣:《第三人利益契约类型之探讨》(上),载《法律评论》,第55卷第12期,第17页;另参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第615页;戴修瓚:《民法债编总论》,三民书局1993年版,第306页;曾隆兴:《民法债编总论》,第490页。

三人享有独立的请求权，即第三人尽管只享有权利不享有义务，但一旦由当事人指定成为利他合同中的第三人，他就享有独立的请求权。也就是说，一旦债务人没有向第三人履行或履行不适当，那么第三人有权以自己的名义直接向债务人提出请求。

第二，在第三人代债权人接受履行的情况下，当事人之间约定由债务人向第三人作出履行只不过是给付方法的差异而已，也就是说只是在履行方式上作出了改变，即由原来的向债权人做出履行改为向第三人作出履行，如果第三人拒绝履行，债务人仍然应当向债权人作出履行。但在利益第三人的合同中，利他合同中的第三人享有独立的请求权，第三人享有的受益权是受合同当事人指定的，该合同的订立，事先无须通知或征得第三人的同意。合同一经成立，该第三人如不拒绝，便可独立享受权利。所以，利益第三人的合同并不是履行方式的改变。

第三，在第三人代债权人接受履行的情况下，债权人有请求债务人向第三人为给付的权利，并可于债务人不依其指示向第三人为给付时请求债务人承担违约责任；债务人有依债权人指示向第三人为给付的义务，并在向第三人履行后免除其对债权人所负的义务，但债务人仅对债权人负有义务，对第三人并不负担债务，债务人不履行其债务时应向债权人承担违约责任；第三人无权请求债务人履行亦无权请求债务人承担违约责任。但在利益第三人的合同中，债务人对利益第三人也应当负有履行义务。

在审判实践中，这两种形态经常容易发生混淆，难以辨别，试举一案分析：

原告张某为庆祝第三人李某的生日，向被告刘某订做一件玉器，该玉器为独山玉，造型为两匹奔马。在订货单上，被告应原告的要求特别注明，于1998年10月5日前将该玉器交付给第三人李某。在订货当时，原告向被告支付了订金1000元，预付款1000元，在玉器制作完成后，被告委托赵某将该玉器送交给第三人李某，赵某在乘车途中不慎将玉器碰坏，第三人李某拒绝收货，并要求赵某重做。原告得知该情况以后，与被告协商赔偿和双倍返还订金事宜，因不能达成协议，原告遂向法院起诉。

本案在审理过程中，对于诉讼主体存在着争议。一种观点认为本案的原告应为张某和李某，被告应为刘某和赵某；第二种观点认为本案的原告应为张某，李某应该定为第三人，被告应为刘某；第三种观点认为本案原告应为张某，被告应为刘某和赵某。事实上，在本案中，原告张某为庆祝第三人李某的生日，向被告刘某订做一件玉器，可见合同是在张某和刘某之间订立

的,但由于在订货单上,被告应原告的要求特别注明,于1998年10月5日前将该玉器交付给第三人李某。然而合同并没有明确规定第三人李某是否享有独立的请求权,这样,在被告刘某未按期交付玉器或者交付的玉器不符合约定时,第三人李某是否可请求刘某继续履行或承担违约责任,在法律上是不无疑问的。

上述案例中,需要讨论在当事人合同中未明确给予第三人一种独立的请求权的情况下,是应当将此种合同作为利他合同对待还是应当作为第三人代债权人接受履行的行为?我认为区分利他合同与第三人代债权人接受履行,应当从如下几方面考虑:

第一,要区分第三人是否享有独立的权利和利益。在利他合同中,第三人作为受益人所享有的不是单纯的利益而应当形成一种权利,尽管这种权利是一种不完全的债权,但它具有独立请求的内容,利他合同区别于代债权人接受履行,其区别在于利他合同使第三人独立取得权利,而代债权人接受履行则只是使第三人成为债权人的辅助人。也就是代债权人接受债务人的履行,但第三人不享有独立的请求权。

第二,要确定合同是否明确规定了第三人的利益和权利,利他合同是为第三人设定权利和利益,但第三人并不支付代价,或承担相应的义务。因此,利他合同对第三人享有的权利的规定必须是明确的。但在第三人代债权人接受履行的情况下,则合同并不需要对第三人所享有的权利和利益作出明确的规定,根据债务人的通知或指示,都可以使第三人成为债权人的辅助人。在本案中,原告张某向被告刘某订货以后,在订货单上,被告应原告的要求特别注明,于1998年10月5日前将该玉器交付给第三人李某。张某在订约以后,便将订货情况告知李某,李某表示感谢。可见,合同规定债务人应当于1998年10月5日前将该玉器交付给第三人李某。尽管合同并没有明确规定第三人李某是否享有独立的请求权,也不能简单认为该约定是对履行方法的约定,实际上是给予了第三人一种独立的利益和权利。

第三,要区分是否可以变更和撤销为第三人设定的利益条款。这就是说,对利他合同而言,第三人已经依据合同产生了独立的请求权,且第三人已经明确表示接受了该项权利,合同当事人一方或双方得变更或撤销其契约而移转其权利于自己或新受益人,但法律另有规定者,则依其规定。^① 但第

^① 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第623页。

三人表示愿意享有该契约权利后，则第三人的权利就变为不可撤销的权利。^①

对于代替债权人接受履行的行为而言，由于第三人只是以债权人的辅助人的身份出现的，因此第三人并没有享有独立的请求权或债权。换言之，合同中并没有为其规定明确的权利或利益，也就谈不上变更或撤销的问题。由于向第三人履行只是一种履行方法，一旦合同当事人双方通过合意确定以后，债权人不能单方面撤销、变更该履行方法的合同条款。本案中，李某表示同意接受货物以后，已经不能变更和撤销为第三人设定的利益条款。这就是说，对利他合同而言，第三人已经依据合同产生了独立的请求权，且第三人已经明确表示接受了该项权利，则合同当事人一方或双方不得随意撤销第三人依据合同所应当享有的权利。

在当事人仅约定向第三人为给付时，如何认定当事人是否具有为第三人设定权利的意思？德国民法典第 328 条第 2 款规定：“在没有特别规定的情况下，根据情况，特别是应根据合同目的，确定第三人是否取得权利，第三人权利是否立即或者仅在一定条件下产生，订立合同的当事人是否保留权限，可以不经第三人的同意而撤销或者变更其权利。”而其民法第 329 条及第 330 条则更进一步地分别规定了对履行承担的解释规定及对人寿保险合同或终身定期金合同的解释规定。在大陆法系的其他国家和地区，由于其民法并未设置此种规定，学者们便提出了诸多标准。有人主张，从合同订立的本旨观察，如果由第三人自行行使权利，较诸仅由债权人行使权利更能符合订约之目的，即应认为第三人直接取得权利。有人主张应视债权人是否须负担相当的给付为原因而定，如果债务人向第三人为给付，系以债权人负担相当给付为原因，应认为第三人直接请求债务人给付的权利；反之如债务人为给付非以债权人也负担相当之给付为原因，而是基于债务人的意思，则除另有约定外，应认为仅由债务人对债权人负有向第三人为给付的义务，第三人无请求权。也有人主张应依合同之目的及周围情况可推出当事人有此意思即可使第三人取得权利。

我认为，这些原则性的提示虽然在客观上确实有助于发掘当事人真意并可于探究当事人订约意旨时予以参照，但是不能将这些标准绝对化，而是应以事件的具体情况为基础，斟酌合同性质、目的、交易习惯等各种情况予以确定。例如在上述案例中，合同规定由债务人向第三人交付玉器，第三人接

^① 参见（德）海因·克茨：《欧洲合同法》，法律出版社 2001 年版，第 377 页。

受该玉器并不仅仅是代债权人受领给付,而是具有独立地承受利益的特点。事实上,在债务人交付有瑕疵的情况下,第三人李某拒绝收货,并要求赵某重做。可见第三人已经独立地提出了请求,而且原告得知该情况以后,也并没有完全否定第三人提出请求的权利,所以我认为原告具有将其权利授予第三人李某的意思,因此该合同应当被认为利他合同,而不是第三人代债权人接受履行的行为。

二、由第三人为给付的合同

合同法第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。”该条款规定涉及第三人为给付的合同和第三人代为清偿两种情况。由第三人为给付的合同,亦称第三人负担契约、担保第三人为给付之契约。^①由第三人为给付的合同并没有突破合同的相对性,其效力仅及于当事人之间,第三人对债权人实际不负给付义务,对于其不履行债务或不适当履行的行为,由合同债务人负违约责任。此为“无论何人,未经他人承诺,不得以契约使其蒙受不利”原则的题中应有之义。

从合同的相对性原则出发,任何合同的当事人都不得为他人设定义务,即使为他人设定了此种义务也可以由第三人予以拒绝,则设定的义务无效。但在合同当事人为第三人设定义务后,第三人并不予以拒绝,那么合同设定的义务依然有效,按照私法自治原则应当尊重第三人的意愿。第三人愿意按照合同的约定向债权人履行,也有利于债权的实现,符合债权人的利益。所以对合同当事人为第三人设定履行义务法律不应当予以禁止,而应当对此作出规范。正是因为这个原因,我国合同法承认并鼓励第三人代为清偿。合同法第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。”在第三人同意的情况下,合同当事人能够通过其约定为第三人设定义务,由第三人代为清偿。

早期罗马法严守“债权仅存在于特定人之间”的观念,清偿人只能是债务人本人。但后期的罗马法已允许第三人清偿,这样在某种程度上承认债权的财产权性质。而允许第三人清偿,就考虑确保第三人对于债务人的求偿权。法律为此允许以第三人清偿相对消灭债权,并允许清偿人代位债权人的

^① 黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第561页。

债权及担保权。现代合同法普遍允许第三人向债权人作出清偿,甚至鼓励此种清偿,这主要是因为:一方面,第三人的代为清偿毕竟有利于债权的实现,在一般情况下对债权人和债务人都是有利的;另一方面,第三人代为清偿以后,第三人对于债务人享有追偿权,从而也不会损害第三人的利益。

关于第三人自愿履行的性质,在学理上存在着不同的看法:有人认为第三人自愿履行是一种赠与行为,也有人认为是一种无因管理行为。我认为,第三人清偿他人的债务,虽然有时以对债务人实行赠与的目的进行,但赠与需要达成合意,但在第三人和债务人之间常常无此合意。所以只要债务人和第三人之间没有委任关系,就可以被视为无因管理。

在第三人作出履行以后,第三人对债务人产生追偿权,在第三人和债务人之间有可能会发生债的关系,第三人作为债权人有权请求债务人返还其所作出的履行。第三人为债务人进行清偿,有的是基于债务人的委托,有的是因为事务管理,也有的是为了赠与。前两种情况下,第三人对于债务人取得偿还委任事务处理费用请求权,或偿还事务管理费用请求权的求偿权。当然如果第三人是基于赠与而作出的履行除外。^①

合同法第 65 条的规定涉及的由第三人向债权人清偿具有如下特点:

1. 第三人的履行义务是依据合同的约定而产生的

如前所述,合同约定的义务应当由债务人向债权人履行,这是由合同关系的相对性决定的。一方当事人选择另一方当事人作为其交易伙伴,相信对方有履行能力,通常也期待对方亲自履行。但当事人可以在合同中约定由第三人向债权人履行债务的。只要当事人之间达成合意以后,第三人同意代为履行的,也可以由第三人代为履行。合同法第 65 条中所说的“当事人约定”是指债权人和债务人之间的约定。不包括债权人与第三人以及债务人与第三人之间的约定。

问题在于,如果当事人之间没有特别约定,第三人自愿向债权人作出履行,或者债务人请第三人向债权人作出履行,债权人是否有权拒绝第三人履

① 罗马法承认所谓权利让与之利益,即连带债务人之一人或保证人为清偿时,可以对于债权人请求其权利的让与。近现代立法,广泛的认为因为第三人对债权人履行了债务,而承认第三人承受其权利。即不须第三人请求,债权人的权利就当然的转移给了第三人,即所谓代位。代位的目的在于保证第三人履行后而应当享有对于债务人的固有的求偿权。不可分债务人、连带债务人、保证人等共同债务人之一人已进行清偿时,对于其他债务人取得求偿权。

行?我认为,由于第三人的替代履行是有利于债权人和债务人的,因为从债权的财产权性质而言,债权人要达到债权的目的,没有必要限定只能由债务人本人进行清偿。因此,除了法律、合同有相反的规定以及根据合同性质不得由第三人清偿以外,原则上应当允许第三人清偿。否则债权人无正当理由拒绝第三人履行是违反诚信原则的。但在如下情况下如果当事人之间没有特别约定,第三人不得作出履行:一方面,依据合同的性质不得由第三人代为履行的,第三人不得代为履行。第三人履行主要适用于金钱债务,以及交付物的合同。如果根据债务本身性质的限制,债务的性质要求必须由债务人本人履行的,不能由第三人清偿,例如演出合同,雇佣合同等。当然,对此类合同,债权人明确表示同意第三人的履行,第三人也可以履行。另一方面,根据合同的约定,禁止第三人作出履行,则在此情况下,第三人不得代为履行。问题在于,债权人单方面表示不允许第三人代为履行,是否可以产生禁止第三人履行的效果?在日本判例中,认为可以产生这种效果。但学说对此持反对意见。我认为只要第三人代为履行不违反法律、合同的规定以及合同的性质,且这种代为履行不损害债权人的利益,债权人不应当予以拒绝。此外,第三人的履行明显不利于债权人或者将可能给债权人造成重大损害。

还需要指出,第三人履行虽然符合债权人的利益,但不一定符合债务人的意思和利益,所以法律为了保护债务人,也允许债务人对第三人的履行提出异议。德国民法规定,在债务人提出异议时,债权人对于第三人清偿有受领拒绝权。^①而法国民法不允许无利害关系第三人因清偿而代位,^②瑞士债务法则无任何限制。我认为,第三人代为履行在通常情况下是符合债务人利益的,但如果债务人明确反对,且认为如此将损害其利益,则第三人不得代为履行。合同当事人通过其约定为第三人设定履行义务与第三人自愿的或根据债务人的请求向债权人作出履行,两者之间存在着一定的区别,表现在一方面,如果债权人和债务人达成协议由第三人履行,则即使依据合同的性质不宜由第三人履行,第三人也可作出履行;债权人也不得以其他理由拒绝第三人的履行。但在没有合同约定的情况下债权人可以以合同的性质不宜由他人履行为由予以拒绝。另一方面,在合同约定由第三人履行的情况下债务人依据合同有义务督促第三人作出履行。但在无合同约定的情况下债务人并无督促的义务。

^① 参见《德国民法典》第267条。

^② 参见《法国民法典》第1236、1237条。

2. 由第三人向债权人作出履行

从广义上说,第三人的各种代为履行的方式都可以看作是第三人替代履行。例如为第三人设立担保等。从狭义上讲,第三人替代履行只能指合同当事人双方约定的第三人向债权人履行。这两种含义的区别主要表现在,如果是通过第三人担保的方式使第三人向债权人作出履行,担保人虽然不是合同当事人,但因为其承担了保证责任,所以债权人有权向其提出请求,要求其承担保证责任。从合同法第 65 条规定的内容来看,主要是指由第三人直接向债权人作出履行,而不包括担保等形式。其区别在于:保证有附从义务的性质,须以债务人负有给付义务为前提,此外保证还有先诉抗辩权、代位清偿等特点。所以第三人为债务人担保不属于第三人为债务人作出履行的行为。

需要指出的是,即使在合同当事人通过合同为第三人设定义务以后,第三人自愿表示接受,因为没有发生债的转让,第三人也并没有成为合同当事人,从而仍然不受合同的拘束。其作出履行并不是根据合同义务作出的履行,而是一种自愿履行的行为。

3. 没有发生债的转让

从合同法第 65 条的规定来看,主要是强调第三人替代履行与合同转让的区别,也就是在第三人替代履行的情况下,第三人由于并没有成为合同关系的主体,不是合同当事人,而只是债务人的债务履行辅助人。如果因为第三人向债务人作出的履行不适当,只能由债权人向债务人请求履行。由于在当事人约定由第三人履行的情况下,债务并没有发生转让,所以债权人不能向第三人请求履行。第三人同意履行后又反悔的,或者债务人事后征询第三人意见,第三人不同意向债权人履行的,或者第三人向债权人瑕疵履行的,违约责任均由债务人承担。第三人不履行的,债务人可以代第三人履行;债务人不代为履行,应当赔偿损失。第三人瑕疵履行的,瑕疵责任由债务人承担。^①

第三人代为履行并不是合同义务的移转。债务承担与第三人代替债务人履行债务之间存在以下明显的区别。第一,在债务承担情况下,债务人和债权人将与第三人达成转让债务的协议。且无论债权人还是债务人与第三人达成移转债务的协议都要取得对方的同意,否则债务移转不生效。但是在第三

① 胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社 1999 年版,第 114—115 页。