

利他合同的基本理论问题

薛 军*

内容提要:基于“不得为他人缔约”的规则,罗马法上不承认利他合同。欧洲共同法时期受自然法学思想的影响,承认了利他合同,但以第三人的接受作为前提。因为其在实践上的缺陷,这一理论逐渐为新理论所取代,直接承认合同可以对第三人产生效力。建立中国法上的利他合同制度,不宜通过对合同法第64条的解释来实现,而应在完整借鉴大陆法系利他合同理论的基础上,在未来民法典中通过立法的方式来实现。

关键词:利他合同 不真正利他合同 格劳秀斯模式 德国模式

一、问题的提出

1999年中华人民共和国合同法颁布以前,中国民法学界对利他合同制度没有给予特别的关注。^[1]合同法颁布后,围绕着对该法第64条的解释,利他合同的研究在近年来成为一个热点问题,^[2]在研究的结论上也出现了较大的分歧。分歧的焦点集中于对合同法第64条的解释。有学者认为,该条的规范对象就是“利他合同”,^[3]与之相左的观点则认为该条规范不涉及到利他合同。^[4]目前主流理论则认为该条规范涵盖多种情形,“利他合同”也属于其涉及的类型之一。^[5]

虽然最后一种观点在结论上相对于前两种观点显得更加全面和稳妥,但它是在运用了各种法解释技术之后得出的解释性结论,在很大程度上超越了第64条规范本身的表述。由此产生的问题是:即使通过解释论的方式确认了中国合同法上存在着利他合同制度,但由于在事实上缺乏调整这一制度的明确具体规范,中国法上的利他合同调整仍然只能依靠于理论界的构造。就此而言,无论是肯定论还是否定论,都不能否认中国合同法在利他合同的问题上存在着“事实上”的缺漏。

* 北京大学法学院讲师。

[1] 合同法制定之前,在合同法领域具有代表性的论著,王家福主编的《中国民法学·民法债权》(法律出版社1991年版)中没有涉及利他合同的论述。具有代表性的教材,佟柔主编之《中国民法》(法律出版社1990年版)由崔建远教授执笔,于第343至344页在关于合同分类的论述中,非常简要但是精当地论述了这一合同的特征。除此之外,再无其他专门论述。另外,根据我掌握的文献,在合同法的起草过程中,也没有专门的文献讨论过利他合同。

[2] 合同法制定之后,涉及到利他合同研究成果的文献综述,参见韩世远:《试论向第三人履行的合同》,《法律科学》2004年第6期,注释1。

[3] 参见崔建远:《合同法》,法律出版社2003年版,第30页。

[4] 参见尹田:《论涉他契约》,《法学研究》2001年第1期。

[5] 参见王利明:《合同法研究》第2卷,中国人民大学出版社2003年版,第55页。

但这并不意味着目前的理论争论没有意义。相反,在当前语境下,这一争论具有相当的现实意义。^[6]考虑到合同法可能会在不久的将来随着中国民法典债法编的编纂而重构和修改,如果确认合同法上存在关于利他合同的法律漏洞,那么在新的立法中,就要将其补充建立。而如果认为合同法第64条已经涉及利他合同,那么要处理的问题就完全不同了。

事实上,合同法第64条存在的问题表明,目前理论上关于利他合同的争论,主要是法解释的路径和方式之争,而尚未能够有效地涉及利他合同本身的基本理论构造,为此,本文试图对大陆法系中利他合同基本理论之发展展开一定论述,借以辩明此理论的关键点和基本结构,然后在此基础上结合中国合同法的体系,从解释论(如果未来的立法维持现有规范不变)和立法论(如果未来的立法试图建立一个完整的利他合同制度)的角度给出针对性的问题解决方案。

二、利他合同在大陆法系早期的发展历史： 罗马法与中世纪共同法中的利他合同

利他合同理论在大陆法系的发展过程,在某种意义上就是对罗马法上的“不得为他人缔约”(alteri stipulari nemo potest)规则逐渐突破的过程。

由于这样的一个规则的存在,罗马法在原则上不承认利他合同的效力。^[7]根据通常的解释,“不得为他人缔约”规则的基础在于,罗马法时代的债的关系具有严格的人身属性。^[8]在早期罗马法时代,债的关系被看作是社会生活中的一种非常例外的现象,其所具有的“法锁”(vinculum iuris)内涵并不如现代人所理解的那样是个比喻,而就是一种现实:负债的状态(obbligato),也就是成为债务人,经常是与锁链、拘禁、劳役抵债等现象联系在一起。^[9]当时仍然存在人身执行,负债不还的债务人完全有可能被出卖为奴,直到被债权人杀死分尸(参见《十二表法》第3表第7条)。^[10]在这样的观念背景下,一个人是否受到债的关系的约束,是否进入到这个“法锁”中去,理所当然地被认为是一个非常重大的问题:不采取一定的形式,没有明确的加入到“债”的关系中去的意思,绝对不允许随便受到这种关系的约束。从某种意义上来说,这种独特的债的观念同样解释了为什么罗马法上不承认直接代理、债权让与等制度,因为在这些制度中,都涉及到让一个未直接参与法律关系之缔结的人受到该法律关系的约束,这些都与罗马法上的债的约束关系所具有的人身性的特征不相吻合。

但需要明确的是,罗马法中基于“不得为他人缔约”的规则而不承认利他合同的效力,其精确的内涵在于:第三人不能依据一个为其利益而订立的合同取得针对债务人的直接的诉权。换成现代法律语言就是:第三人不能基于他人为其利益订立的合同而获得针对债务人的直接的履行请求权。因此,罗马法所否认的是一个合同可以对一个未参与该合同之缔结的第三人产生法律效力。但是,罗马法(至少从古典法时期开始)并不否认,如果在一个合同中,当事人约定债务人必须向第三人履行,该合同可以在当事人之间有效,只要债权人就债务人向第三人进行履行具有自己的利益。^[11]就此而言,如果我们按照后来的德国法学的说法,把债权人与债务人约定由债务人向第三人履行,但是第三人不

[6] 即使从技术的角度看,扩张解释的方法和有效性的限度与法律漏洞填补的方法和有效性的限度也存在差别。Cfr., E. Betti, Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici, seconda edizione, Milano, 1971, 129ss.

[7] Cfr., M. Talamanca, Istituzione di Diritto Romano, Milano, 1990, p. 514.

[8] Cfr., M. Talamanca, Obbligazioni(in diritto Romano), voce nella Enciclopedia del Diritto, Vol. 29, Milano, 1979, p. 24.

[9] Cfr., V. Arangio-Ruiz, Istituzione di Diritto Romano, Nona edizione, Napoli, 1947, 284ss.

[10] 参见周枏:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第933页。

[11] 关于这一规则在罗马古典法时期的文献,参见D. 45, 1, 38, 17-23; 优士丁尼法时期的文献,参见J. 3, 19, 20。对这些片段的文本解读,可参见M. Kaser, Zur interessebestimmung bei den sog. Unechten Verträgen zugunsten dritter, in Festschrift für SEIDL, Köln, 1975, 75ss.

获得针对债务人的履行请求权(诉权)的合同叫作“不真正利他合同”的话,^[12]罗马法上早就已经承认了“不真正利他合同”的效力了。

事实上,罗马法所开启的大陆法系理论,一直是在“内部”和“外部”两个层面上来把握“向第三人履行的约定”(stipulatio alteri)的效力的:首先,该约定在债权人与债务人内部之间是否有效?罗马法上对这一问题的答案是:如果债权人就债务人向第三人进行履行具有自己的利益(“债权人的利益”),该约定至少在他们内部之间就是有效的。其次,该约定是否针对第三人有效,换言之,第三人是否能够获得针对债务人的直接的诉权?罗马法上的答案是,该约定不具有外部效力,即对第三人无效,第三人不能获得针对债务人的直接的诉权。^[13]

罗马法时代即已确立的这一理论框架,在欧洲大陆对利他合同展开的理论讨论中一直得到了维持。而罗马法中的上述规则,在罗马法复兴之后的欧洲共同法(ius comune)中基本上也被追随。^[14]

但在现实生活中,罗马法不承认利他合同的这种做法,在相当多的情况下为当事人的交易设置了不必要的制度障碍,随着中世纪后期社会经济环境、思想观念上的变化,共同法时代的法学家们开始尝试避免这一规则在实践上的不便。由于“不真正利他合同”与“真正的利他合同”在一般的情况下产生的经济效果是相同的,因此,在实践中扩大前者的适用范围,就能够在一定程度上弥补由于不承认后者所带来的问题。为此,共同法时代的法学家们对罗马法上所要求的、作为不真正利他合同有效要件的“债权人的利益”这一范畴进行了扩张解释,使这一限制条件在事实上失去了任何意义,^[15]从而对“不真正利他合同”做出了无保留的承认。

同时,这一时期的教会法,也发挥了重大作用来克服罗马法不承认利他合同所导致的缺陷。其理论认为,虽然依据市民法(ius civile),利他合同不能在债务人与第三人之间产生“市民法”上的约束,即债务人不对第三人负责,第三人也不能对债务人提出请求,但是,在这二者之间还是能够产生“自然法”(ius naturalis)意义上的自然债务的。这样的自然债务,加上一个宣誓,就在教会法上具有了强制执行的效力,第三人就可以对债务人提出直接的履行请求了。^[16]可见,在承认利他合同效力的问题

[12] 将当事人约定债务人向第三人进行履行,但第三人不得独立的诉权(履行请求权)的合同称为“不真正利他合同”,这主要是19世纪以后德国法学理论上的一种习惯用法。其实这样的用语并不合理。因为在作为一种特殊的履行方法而存在的“向第三人履行”的利益结构中,并不存在法律意义上的“利他”——给予第三人以财产性利益——的因素,将这样的一种合同类型取名为“不真正利他合同”,其实是把该合同的实践的、经济的层面上的效果与法律层面上的效果混淆了起来。事实上,在利他合同的法律结构中,债务人向第三人的履行中结合了两个“财产给予”(Vermögenszuwendungen),因此也必须由两个法律上的“原因”(cause)来正当化这双重的财产利益的变动。这两个原因,一个存在于债权人与债务人之间,另外一个存在于债权人与第三人之间。但是,在作为一种特殊的履行方式而存在的“向第三人履行”中,不存在这样的双重“财产给予”,债务人向第三人的履行中只体现了一个发生于债权人与债务人之间的“财产给予”,第三人是以自己的名义,但“为了债权人的利益”而受领履行,因此在第三人和债权人之间没有发生法律意义上的“财产给予”,这里涉及的问题仅仅是履行的方式。第三人的受领,就其法律意义而言,不是一种“得利”,因此它与利他合同中的第三人受领履行的法律意义完全不同,因此,是否受到不当得利请求权的攻击,其条件也完全不同。正是基于这些差别,作为一种特殊履行方式而存在的“向第三人履行”,即使在欧洲大陆的理论中,通常的命名方法也不是“不真正利他合同”,而是“向第三人履行的合同”(德文:Vertrag auf Leistung an Dritte,意大利文:contratto con prestazione al terzo,英文:contract with performance to the third party)。但是,在本文中,出于尊重理论界习惯用法的考虑,还是使用“不真正利他合同”这一名称来指称当事人约定向第三人履行,但是第三人不得履行请求权的合同。

[13] 其实在罗马法上已经出现了一些第三人也可以获得针对债务人的直接诉权的情况,但是,这属于严格意义上的例外情况。因此说罗马法上不承认利他合同,在一般的意义上仍然成立。关于罗马法上作为例外而出现的利他合同,参见 E. Albertario, I contratti a favore di terzi, in Festschrift PAUL KOSCHAKER, 1939, Vol. II, 16ss.

[14] Cfr., G. Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter, Weimar, 1949, 101ss.

[15] 一个典型的例子是,哥托弗雷多(D. Gothofredus)——“民法大全”这一用法的最早提出者——提出了一个惊人的扩张解释:“给予他人利益就是我们的利益之所在”(Hominem beneficio affici nostra interest)。按照这样的解释,实际上就不可能出现债权人没有利益的情况。参见 R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Modern Civilian Tradition*, Cape Town: Juta & Co, Ltd Press, 1990, p. 41。需要注意的是,该书对上述格言的引用中有一个拉丁文的拼写错误,我在引用中已经改正过来。

[16] Cfr., G. Astuti, Contratto (nel diritto medievale), voce nella Enciclopedia del Diritto, Vol. 9, Milano, 1960, p. 770.

上,教会法已先于罗马法走出了努力的一步!

三、对罗马法“不得为他人缔约”规则的批评以及格劳秀斯的新理论

自然法学派兴起之后,对罗马法上“不得为他人缔约”的规则,以及与之相伴随的不承认利他合同效力的做法,开始了更加激烈的挑战。

由于罗马法上不存在一个统一的契约范畴,^[17]也不存在关于契约之所以具有约束力的统一的解释模式,^[18]自然法学派对此深感不满,因此对罗马法上的契约理论进行了彻底的改造,将作为主体的人的意志,解释为一切法律约束力得以产生的最终的根源。依据意志论的解释,契约之所以具有约束力,是因为一个道德主体意义上的人必须要认真对待自己的允诺。在这种推理之下,进一步产生了“约定必须严守”(pacta sunt servanda)的规则。而从这一规则出发,罗马法上的“纯粹的简约不产生诉权”(ex pacto nudo non oritur actio)规则就被抛弃,代之以相反的“从简约中也可以产生诉权”(ex pacto nudo oritur actio et obligatio)规则。同样,按照意志论思潮的影响,契约的本质被统一解释为相互一致的当事人的意志,确立契约自由原则正是基于自由意志理论:在自由意志所允许的范围之内,法律不应该限制当事人通过契约来实现他们自主的安排。

在这样的背景之下,罗马法上对利他合同效力的限制就不再被认为是合理的,相反,它显然是对当事人的契约意思的一种不合理的限制。因为如果已经一般地承认“约定必须严守”,并且契约的法律效力就来自当事人使自己受自己的允诺约束的意志,那么否认利他合同的效力,就难以有一个合理的依据了。

在这种新理论的影响下,欧洲共同法地区的某些受到教会法以及后期经院哲学思想影响比较直接的地区,如西班牙,开始出现了新的立法,承认利他合同的效力。根据法制史学者的考证,在欧洲最早承认利他合同效力的立法是1348年西班牙的阿芳索十一世为Alcala de Henarez 辖区的立法。该立法首次明确承认,契约当事人可以通过契约有效地赋予第三人以权利。^[19]

但是,在理论上完成对利他合同有效性的论证的学者是荷兰伟大的自然法学家格劳秀斯。这一工作由一个荷兰法学家来完成,一点也不偶然。荷兰本来就是从西班牙独立出去的,自然也受到后期经院哲学思想的强烈的影响;而且荷兰在当时是欧洲工商业发展最早、最发达的国家,商业上的实践,特别是票据、运输、保险等领域,都提出了现实的需要要求法律承认利他合同。事实上,在这一时期,从商业习惯的角度出发,认为应该承认利他合同效力的荷兰学者已经不乏其人。^[20]

格劳秀斯在《战争与和平法》一书的“论允诺”中写到:“……如果对我做出(将给予别人某物的)允诺,但是没有考虑我对此允诺是否具有自己的利益——依据罗马法上的规则,要区分我自己对该允诺是否具有自己的利益的两种不同情况——那么似乎我在接受这一允诺的时候,根据自然法,我就被赋予了接受的权利,并且请求履行允诺的权利可以被转移给另外的一方,只要该另外一方对此也表示接受。并且与此同时,通过这样的方式做出的允诺不能被允诺人撤回。不过我作为接受允诺的人,只要我愿意,就可以取消这一允诺。”^[21]

[17] 罗马法上的四种契约,言词契约、要物契约、文书契约和合意契约,它们的法律构造都不同。罗马法上并不存在一个一般意义上的契约范畴,而是采用类型化的原则(principio di tipicità)。Cfr., I. Birocchi, Saggi sulla Formazione Storica della Categoria Generale del Contratto, Cagliari, 1988.

[18] 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第226页以下。

[19] 参见前引[15], R. Zimmermann 书,第43页。

[20] 同上。

[21] 这一论述的出处是《战争与和平法》,第2卷,第11章(论允诺),第18节,第1段。这里的汉语翻译我参考了拉丁文原文以及 R. Tuck 编辑的英文本 Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Vol. II, Indianapolis, Liberty Fund Inc Press, 2005, p. 725.

从该论述可以看出,格劳秀斯精通罗马法:他清楚地知道罗马法上已经承认了“不真正利他合同”的效力。但是,他试图继续向前走,推动对利他合同的承认,遂指出根据自然法,应该承认当事人通过合同赋予第三人以权利的意图的有效性,只要第三人表示愿意接受。

这样看来,格劳秀斯其实是以契约论的思路解决了是否能够有效地赋予第三人以权利这一问题。就此点而言,与其说他解决了利他合同对第三人的效力的问题,不如说他回避了这一问题。这是因为,利他合同的关键点不在于第三人是否可以通过某种方式获得当事人通过合同赋予给他的权利,而在于当事人之间订立的合同是否能够在不需要任何其他条件的情况下,直接地赋予第三人以权利,^[22]而格劳秀斯并没有解决这一问题。因为在他的理论中,第三人之获得权利需以其接受为前提,但在这种情况下,第三人就已经不是严格意义上的第三人了,他已经通过其接受权利的行为,与合同当事人发生了直接的法律上的联系。事实上,在格劳秀斯的表述中,并没有使用“第三人”这样的说法,他说的是“另外一方”。所以格劳秀斯对利他合同的处理,特别是将第三人的接受作为其取得权利的条件思路,并没有在根本上解决利他合同的承认的问题,这种理论中的利他合同非常类似于一种无权代理,第三人的接受,在功能上则类似于被代理人(本人)的追认。

格劳秀斯关于利他合同的理论之所以具有这样的特征,其根源在于,利他合同本身是对合同效力相对性原则的突破,这与自然法学上的契约理论并不相容。在自然法学派看来,让利他合同对第三人直接产生效力(即使是赋予其以权利),并且不需要第三人任何积极的参与,这与第三人在法律上所具有的主体性地位是相矛盾的:对他人法律领域的任何变动,即使是有利的变动,都必须出于其本人的意志,得到其本人的同意。而承认利他合同对第三人的直接的效力,几乎就是承认可以不经过他人同意而介入他人的法律领域。^[23]正是基于这一考虑,格劳秀斯坚持认为,第三人获得权利必须以其接受为前提。这其实就是在坚持严格的意思自治原则这一自然法学中不可触动的底线。

尽管如此,我们仍然不能忽视格劳秀斯对利他合同理论的发展所具有的重要意义。因为他第一次在一般的层面上承认了利他合同的效力,虽然这是以第三人的接受为前提的。而一旦这样的一种规则建立起来,解释学就可以进一步发挥力量,将第三人的接受解释为推定的、默示的、乃至第三人不反对就等于接受等等,从而在实践中把作为一个条件而存在的第三人的接受,几乎完全消解掉。

四、格劳秀斯模式对大陆法系利他合同立法和理论的影响

格劳秀斯对利他合同的这一处理,在其后大概200年的时间中,几乎成为大陆法系关于利他合同的一种公理性的学说。他的大批追随者中既有德国的自然法法典编纂者,也包括了诸如萨维尼等大法学家。

就对立法的影响而言,格劳秀斯模式毫无例外地被当时所有的自然法法典所接受,其中包括了1756年巴伐利亚民法典,1794年普鲁士邦法(ALR),1865年萨克逊民法典。^[24]对此,我们可以列举最具有代表性的1794年普鲁士邦法(ALR)的相关条文为例证:

ALR: I, 5, 74: 第三人的利益也可以成为合同的客体。

75: 第三人没有直接或间接参与合同的缔结的,并不从该合同中取得权利,除非他在缔约双方的许可之下附合于有关的合同。

[22] H. Kötz, "Rights of Third Parties. Third Party Beneficiaries and Assignment", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in General*, chapter 13, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Press, 1992, p. 5.

[23] P. M. Vecchi, La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001, 273 ss.

[24] 参见前引[15], R. Zimmermann 书, 第44页。

77:不过,一旦第三人接受了,就应该推定缔约双方已经表示了上述许可。〔25〕

可见,其首先在一般意义上承认了利他合同的效力,然后进一步规定第三人的接受是第三人取得权利的前提条件,以此来维持合同效力的相对性原则。

就对理论的影响而言,我们可以大法官萨维尼的论著为例来分析格劳秀斯模式的影响。在《论债》一书中,萨维尼有这样的一段论述:

“在现代法中,第三人可以依据他人为其利益而缔结的任何合同而获得诉权,即使没有其委托也是如此。从理论的准确性的角度而言,这种理论毫无疑问应该被拒绝。但是,在实践中,其后果并没有乍看上去那么危险。因为,我们所论述的这种情况本身就不常见,并且从另外一个角度说,由于我们已经论述的理由,它没有什么价值。在它的适用最频繁,也最重要的情形中,根据后来的批准,它就转变为一个代理,因此应该适用关于代理的规则。”〔26〕

可见,萨维尼认为利他合同具有与无权代理相类似的法律结构:第三人的接受,在法律上被解释成了无权代理中的本人对无权代理的批准。萨维尼对利他合同的这种解释显然与格劳秀斯的解释非常类似,在这一模式下,第三人取得权利并不是直接依据为其利益而订立的合同本身,而是先由债权人获得,然后依据债权人与第三人之间的某种关系移转给了第三人,即第三人是间接地获得了权利。

但随着社会的发展,格劳秀斯模式影响之下的这些立法和理论在实践中开始遭遇种种难题,1846年出现的一个案例就是典型的例证。

一个农民甲,在将其拥有的土地卖给大女儿乙的时候,与后者约定,乙必须将价金的一部分,400马克,直接支付给其妹妹,农民的小女儿丙。在订立土地买卖合同之后不久,甲就去世了,但是乙拒绝支付约定的金额给丙。丙于是起诉乙,请求支付,而乙主张丙根本不是买卖合同的当事人,并且也没有附合于这一合同,因此无权请求。

根据普鲁士邦法的上述条文,法官似乎不得不承认乙的主张,但是,这显然是不合理的。于是法庭拟制地认为,甲在订立合同的时候,同时也充当了丙的代理人,这样,乙做出的支付400马克给丙的允诺,甲就已经代丙接受了。通过这样的拟制就可以认为,丙也以间接的方式参与了土地买卖合同的缔结,因此可以对乙基于合同而提出请求。〔27〕

这样的技术处理似乎使具体案件得到了一个比较合乎情理的解决,但另一方面,它恰恰反映出了立法和理论上的笨拙。而更加严重的问题还在接踵而来,即在当时开始蓬勃发展的保险业对法律提出的要求。

在另外一个案例中,某商人甲以其妻子乙作为受益人投了人寿保险,后来由于业务失败,甲被宣告破产,并且在破产清算期间去世。这时,甲的破产债权人主张扣押甲的人寿保险补偿金来清偿其债务。如果按照格劳秀斯模式,乙不能直接依据人寿保险合同获得补偿金,而是补偿金先归于甲后再转移给乙,那么在这个案例中乙最终什么也得不到,因为甲的遗产必须首先支付债务之后才可以被乙取得。而一旦这样处理,甲通过人寿保险以保险补偿金来扶持其遗孀生活的设想将完全落空。〔28〕

现实就这样尖锐地对格劳秀斯模式提出了挑战:如果不承认利他合同直接赋予第三人以权利的效力,受益人的权利就完全可能被遗产的债务人或者其他有权获得遗产份额的人所扣减。因此,问题的关键点仍然是第三人必须能够基于合同,而且仅仅是依据合同,就直接(而不是间接)地取得履行请求权。对于保险业的发展来说,这样的规则是不可或缺的。

〔25〕 关于这些条文的德文原文的出处,引自 A. Somma, *L'Esperienza Tedesca*, in G. Alpa e A. Fusaro (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000, p. 125.

〔26〕 F. von Savigny, *Le Obligationen*, secondo volume, trad. it. di Pacchioni, Torino, 1915. 75ss.

〔27〕 Cfr., *Entscheidungen des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals XIV* (Berlin 1847) 68.

〔28〕 Cfr., Markesinis Lorenz & Dannemann, *The German Law of Obligations, Vol. I. The Law of Contracts and Restitution*, Oxford University Press, 1997, p. 262.

五、大陆法系对利他合同的最终承认：利他合同理论和立法上的德国模式

在19世纪下半期,出于上述种种实践的需要,大陆法系,尤其是德国法学再次对利他合同进行了深入的理论研究,实现了对格劳秀斯模式的彻底突破。^[29]

新的利他合同理论的关键点在于强调第三人取得其权利的直接性。在这一点上,先前的格劳秀斯模式被彻底拒绝:不承认第三人取得的权利是先为债权人所取得,然后通过一定的方式(如默示的权利让与)转移到第三人那里;第三人取得权利不取决于其自己的任何行为,只决定于债权人与债务人是否有将该权利赋予他的意思。

在此新的利他合同理论模式中,重要的是要确定依据何种标准来判断第三人获得了独立的履行请求权。对这一问题,可以结合德国民法典第一稿草案和最终定稿之间的差异来进行阐述。

作为新模式影响之下的产物,德国民法典第一稿草案在利他合同问题上,彻底地、决定性地抛弃了为先前的普鲁士邦法所采纳的格劳秀斯模式,于“向第三人履行的约定”(Versprechen der Leistung an einen Dritten)的标题之下做出如下规定:

第412条:如果合同的一方当事人在合同中允诺向第三人做出一项履行,只要该合同内容表明,当事人有赋予第三人以针对允诺者请求履行的权利,第三人立即取得这一权利。

被做出允诺的合同一方当事人,有权要求履行向第三人做出,但是有相反约定的除外。

第413条:第三人的权利产生于从合同的内容之中表现出来的合同当事人的意图希望其产生的时刻。

第414条:在第三人的权利没有产生之前,或者其产生仍然取决于一定的条件或期限的时候,向第三人履行的允诺可以由合同当事人修改或撤回。在第三人的权利产生之后,只有依据合同的内容可以推知当事人有意保留了修改或撤回的权限的情况下,才可以被修改或撤回。

第415条:如果当事人向允诺人表示拒绝其权利,那么视为该权利从未产生。

第416条:产生于合同的,可以由允诺人行使的抗辩权也可以用来对抗第三人,除非从合同的内容可以推知有不同的规定。^[30]

从这些规定可以看出,起草者在规范利他合同的时候关注的核心问题是:第三人的权利在什么情况下产生,在什么时候产生,产生之前以及产生之后当事人对其处分的权限,第三人拒绝这一权利的后果。

在德国民法典第一稿草案和立法理由书出版之后,关于利他合同的上述规定引发了激烈的批评。^[31]批评的焦点集中于“第三人取得权利”的问题上,认为编纂者们过分采用了意志论的标准,将判断是否赋予第三人以权利、第三人的权利何时产生、赋予第三人的权利是否可以被撤回、赋予第三人的权利是否附有条件或者期限、债权人的权利和第三人的权利是否并存等所有问题都取决于当事人的自主决定。^[32]这的确体现了对当事人意思的尊重,但同时,这种做法也存在很大的问题。首先,在很多时候,当事人是否有赋予第三人以独立的履行请求权的意思根本不清楚,或者干脆就没有表达

[29] 对德国法上的利他合同理论的发展起了决定性的影响的著作是 Unger, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, Jena, 1869. 根据德国学者的说法,这一著作第一次把利他合同作为一个独立的制度进行了深入的论述,并且与先前的理论模式彻底决裂, Cfr., W. Bayer, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tübingen, 1995, p. 85.

[30] 德国民法典第一稿的文本,参见 *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich; Erste Lesung Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Commission Amtliche Ausgabe*, Berlin und Leipzig, 1888.

[31] 关于德国学者对德国民法典第一稿草案中利他合同的规定批评,参见 G. Pacchioni, *I contratti a favore di terzi*, op. cit., 137ss.

[32] 参见 *Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse - Amtliche Ausgabe - Berlin, 1896, pp. 265 - 273.*

出来。在这样的情况下非常难以判断第三人是否享有独立的履行请求权,法官处理这些问题时很难有一个标准,由此就会导致法律后果严重的不确定性。其次,在有些类型的合同,如运送合同中,第三人的权利如何产生、什么时候产生,是完全独立于缔约双方的意志的,对其采取意志论的解决方法显然并不妥当。

草案颁布后的这些批评,对改善德国民法典最终定稿中关于利他合同的规定发挥了积极的作用。在最终的立法文本中,编纂者在利他合同的问题上放弃了极端意思主义的立场。^[33]

德国民法典第 328 条第 1 款规定,第三人可以基于利他合同直接取得履行请求权。第 2 款接着规定,如果当事人是否赋予第三人以独立的履行请求权的意思不明确,法官要依据合同各方面的客观情况,特别是合同的目的,来判断第三人是否取得这一权利。如果不结合先前第一稿的表述,我们很难读出这一规定的真正意味出来。事实上,这一修改非常重要,它试图为法官在判断是否赋予第三人以独立的履行请求权的问题上提供指示,并且将关于是否构成利他合同的判断,转变为一个政策判断和价值判断的问题。在此款规定之后,德国民法典进一步以第 329、330、331 条强化了对第一稿中过度的意思主义思路的修正。这三条属于立法上的类型化判断,对这几种情况下第三人是否取得履行请求权直接以立法的形式做出判断,从而不再需要法官来裁决。第 329 条规定,此种情况下有疑问的时候,第三人不取得履行请求权,属于简单的向第三人的履行(所谓的不真正利他合同);而第 330 条则规定在有疑问的时候,必须认为第三人取得独立的履行请求权。这一规定毫无疑问是为了给人寿保险业的运作提供一个可靠的法律规范基础;第 331 条则因为涉及到一方当事人死亡之后给付的问题,保护第三人的需要尤其突出,因此直接规定,有疑问时第三人取得履行请求权。

不结合利他合同在大陆法系的早期发展历史,特别是先前的格劳秀斯模式的影响,我们就难以理解,德国民法典为什么不惜违背其所推崇的抽象决疑立法方法,而以 8 个条文(从第 328 条到第 335 条)的篇幅,不厌其烦地直接针对各种具体的合同类型来规定第三人是否取得履行请求权。因为,这恰恰是大陆法系利他合同理论中,自罗马法时期以来一直关注的中心问题和疑难问题。

六、德国模式的特点及其后续发展

德国民法典所采纳的模式可以称为利他合同上的德国模式,其特征主要表现在两个方面:1. 在理论层面上,彻底地清除了格劳秀斯模式的影响,公开地承认利他合同是对合同效力相对性原则的突破,因此第三人可以基于他人订立的合同直接地取得权利。2. 在立法模式上,以第三人是否取得履行请求权为标准,将第三人取得履行请求权的“利他合同”与第三人不取得履行请求权的“不真正利他合同”,结合在一起加以规定。在该法典第 2 编第 3 章第 3 节,以“向第三人履行的约定(Versprechen der Leistung an einen Dritten)”为标题,合并处理利他合同与不真正利他合同。

在大陆法系后来的发展中,德国民法典采纳的这种利他合同理论成为通行的理论模式,但在立法技术上却没有什么追随者。随着现代契约法的发展,人们日益认识到,“利他合同”与“不真正利他合同”完全是两个不同的制度,前者属于合同效力的扩张,在体系上应归属于合同效力制度,而后者属于合同的一种特殊履行方法,在体系上属于合同履行制度,应将这两者在立法体系上区分开来。

事实上,我国台湾民法在对利他合同进行规范的时候,就没有试图同时涉及“不真正利他合同”,其第 269 条规定:以契约订立向第三人为给付者,要约人得请求债务人向第三人为给付,其第三人对于债务人,亦有直接请求给付之权。

把这一条与德国民法典第 328 条的规定进行比较,我们可以发现,被认为是利他合同制度的关键点,因此在德国民法典中不惜笔墨详细规定的“判断第三人是否取得履行请求权”的问题,在我国台湾

[33] 参见德国民法典第 328 条至 335 条。中文本参见《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社 2004 年版,第 105 页。

的民法规定中居然完全没有涉及。但这并不表明后者忽视了这一问题,而只是因为这里采取了一种不同的立法技术:我国台湾民法第269条只处理第三人取得履行请求权的利他合同。至于第三人未取得履行请求权的情形,被认为属于向第三人履行(清偿)的问题,放在了民法的其他部分中加以规定,如第309、310条。无独有偶,1942年的意大利民法典也采取了几乎相同的立法模式。^[34]

但需要指出的是,上述我国台湾民法第269条关于利他合同的规定存在着用词不当的问题。一方面,它在条文上借鉴了德国民法典中采用的、同时包括利他合同与不真正利他合同两种情形的“向第三人履行的约定”的表述,但在另外一方面它又排除了“不真正利他合同”。这极易导致人们把所有约定了向第三人履行的合同都看作是第三人取得履行请求权的“利他合同”,从而把“利他合同”与“向第三人履行的合同”看作是同义词,加以混用。^[35]其实在大陆法系中,二者者在内涵上差别甚大。相比之下,意大利民法典就不存在这一问题,因为它的第1411条在标题上就指出,其规范的是“利他合同”(contratto a favore di terzi),从而明确地把“不真正利他合同”排除出去。

还需要指出的是,大陆法系后继各国虽然在立法体系上没有追随德国模式,但并没有就此忽视在立法上设立一些具体规则来判断第三人是否取得了独立的履行请求权,因为这是个在实践中非常容易导致争议的问题。大陆法系关于利他合同立法的最新发展趋势就是,只规定利他合同——这就意味着其前提条件是第三人取得独立的履行请求权,也即在体系上放弃了德国民法典的立法模式——但仍然确立一些明确的法律规则来判断,在存在疑问和争议的情况下第三人是否取得履行请求权。如在合同法领域具有深远影响的“国际统一私法协会”(UNIDROIT)主持编纂的《国际商事合同通则》、兰道委员会编纂的《欧洲合同法原则》等,在涉及到利他合同的问题上,均把第三人是否、何时、如何获得履行请求权,作为核心问题专条专项加以了规定。^[36]

在结束对大陆法系利他合同理论发展的梳理的时候,有必要论述一下日本民法典中相关的规定。这主要是因为日本民法典的这一规定曾经对中国合同法“学者建议稿(草案)”中利他合同的规定产生过巨大的影响。日本民法典在第537条规定了“为第三人订立的契约”:

第537条:依契约相约,当事人的一方应对第三人实行某种给付时,该第三人有直接对债务人请求给付的权利。

于前款情形,第三人的权利,于其对债务人表示享有契约利益的意思时发生。^[37]

从立法条文的字面表述来看,我们就可以断言,日本民法典关于利他合同的规定,与德国民法典采取的模式完全不同。^[38]它采纳的是把第三人的受益的意思表示作为其获得权利的前提条件的格劳秀斯模式,而如上所述,这正是19世纪下半期在欧洲大陆受到激烈批评,后来被普遍放弃的一种模式(当然存在着个别例外^[39])。

日本民法典的上述规定曾经被中国合同法的“学者建议稿(草案)”所借鉴(第68条)。^[40]该条文

[34] 关于利他合同,意大利民法典规定于第1411-1413条,而关于向第三人履行的合同,则分散规定于债法总则部分,如第1188条、1269条、1272条。

[35] 事实上,我国大陆的民法理论在台湾地区学说的影响之下,就倾向于把“利他合同”与“向第三人履行的合同”看作是等值的概念,参见前引[2],韩世远文。

[36] 参见国际统一私法协会主持编纂的《国际商事合同通则》,第5.2.1条。兰道委员会编纂的《欧洲合同法原则》,第6:110条第1款,以上资料参见D. F. Esborraz(a cura di), *Principi del diritto in materia di contratti*, IV/2, Quaderni del Master in Sistema Giuridico Romanistico e Unificazione del Diritto, Roma, 2005.

[37] 《日本民法典》,王书江译,中国人民公安大学出版社1999年版,第96页。

[38] 事实上,当日本民法典颁布之后,研究利他合同的欧洲学者马上就指出了这一点,参见前引[31],G. Pacchioni书, p. 162.

[39] 在格劳秀斯的家乡荷兰,一直采纳的是格劳秀斯模式,1992年的荷兰新民法典中也是如此。Cfr., B. Kortmann & D. Faber, *Contract and Third Parties*, in A. Hartkamp etc., ed. *Towards an European Civil Code*, Hague, Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 239, 245-246.

[40] 《中华人民共和国合同法(建议草案)》第68条。该条文的文本,参见梁慧星主编:《民商法论丛》(第四卷),法律出版社1996年版,第454页。

在后来的每一稿草案中都有变动,最终形成了合同法正式文本中的第64条。^[41]虽然在最终条文中,日本民法典的影响几乎已经完全消失了,但是指出导致问题的根源对问题的解决应该是有帮助的。

七、中国法上的利他合同问题:解释论与立法论的考量

处理中国法上的利他合同,首先需要清晰地界定,分析这一问题时应采用何种角度,出于何种目的。如果是出于解释论的目的,那么就必须在尊重现有规范的前提下,寻求通过法解释的技术将利他合同引入到中国合同法体系之中。如果是出于立法论的目的,那么就必须在超越现有条文的束缚,探求如何在中国法上建立一个完善的利他合同制度。

从解释论的角度看,需要处理的第一个问题就是选择何种路径来引入利他合同。目前的主流观点是主张通过对合同法第64条的扩张解释来引入利他合同。这一理论的用意是好的,但是在以下方面值得反思:

(1)由于合同法第64条几乎没有为利他合同的法律规范构成提供哪怕是最低限度的框架性规范,所以即使通过扩张解释认为第64条包括了利他合同,该条对建构中国法上的利他合同制度也没有什么实际的意义。目前的情况就是,学者们一方面认为利他合同已经包括在合同法第64条之中,另一方面又几乎是与此条规范毫不沾边地进行理论发挥,试图通过借鉴国外学说来重新建构利他合同的规范体系。^[42]这样的做法本身就违背了法解释论的基本原则,因为即使是扩张解释,也要从作为其基础的规范的基本文意出发来进行扩张。

(2)从上文所进行的理论源流的梳理工作来看,利他合同本身一直是一个存在多种规范建构可能性的制度,在第三人取得权利的时间、条件、受益人的拒绝权、立约人的撤回权、抗辩权体制等关键问题上,都可以存在完全不同的制度构造,因此非常容易出现解释论上的分歧。不通过立法来明确利他合同的框架性规范,某些分歧根本无法消除。^[43]在这样的情况下,想凭纯粹的法解释论的力量,依据一个不具有解释论上的方向指示意义的第64条,去解决利他合同这样一个高度复杂的制度构造问题,是不太现实的,即使能够得出一些解释上的观点,也不具有很强的说服力。

(3)在利他合同的问题上,与其依赖扩张解释,不如明确地承认中国合同法上因为种种原因,存在一个关于利他合同的法律漏洞,然后运用法律漏洞填补技术来引入这一制度。事实上,只要中国合同法上确定了合同自由原则,有提存制度,有保险合同、运输合同等一系列制度,实现这样的目的并不难。并且,实事求是地承认存在一个法律漏洞,还为以后的合同法修订指出了明确的任务。就此角度而言,采用扩张解释的思路似乎有些作茧自缚。

(4)最后,但并不是最不重要的,对第64条的扩张解释,实际上会歪曲甚至遮蔽该条规范本来所具有的制度价值。现有主张通过对合同法第64条进行扩张解释来引入利他合同的一个基本依据就是,如果不这样解释,第64条就没有什么价值了。但事实上,通过上文的理论梳理我们可以发现,第64条调整的是作为合同履行的一种特殊方式的“不真正利他合同”,而这一制度涉及到现实生活中多种多样的法律行为类型,其本身具有独立的且不可忽视的规范意义。^[44]自1999年合同法颁布以来,关于第64条的论述文字不少,但是绝大多数论述都只讨论它是否利他合同,而几乎未涉及作为一种

[41] 关于合同法立法过程中涉及到现在第64条的立法历史的资料,参见王胜民等主编:《中华人民共和国合同法》及其重要草稿介绍,法律出版社2000年版,第28、119、179页。

[42] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第313页以下。

[43] Cfr., L. Moscarini, Il contratto a favore di terzi, Milano, 1997, pp. 3-6.

[44] 关于第64条所承认的“不真正利他合同”(向第三人履行的合同)在实践上的重要价值,只需要考虑到我们每天日常生活中都会发生的委托银行收款、付款等情况就可以理解。对这一问题系统和深入的理论研究,参见G. Maccarrone, Contratto con prestazione al terzo, Napoli, 1997.

履行方式而出现的“不真正利他合同”的解释论分析与研究,仿佛这一制度根本不存在。这恰恰表明,把第64条与利他合同牵强地挂钩,在事实上会侵害、遮蔽该条本来所具有的规范意义。

概言之,诉诸于法律漏洞填补的方法,借助于合同法的一般原则和特别法中对某些利他合同类型的承认,来建构中国法上的利他合同制度,是一种比较稳妥的做法。没有必要把这一制度依附于对第64条的解释之上,而必须还第64条本身所具有的规范功能。同时理论上也必须关注表现在第64条中的“不真正利他合同”的解释问题。

关于利他合同基本理论模式的选择问题,目前学界并不存在很大的争议。格劳秀斯模式显然是一种已经被抛弃了的模式,而德国模式的优越性已经得到了历史的验证。对此,借助于我国台湾地区的学说,^[45]大陆的学者并不陌生。但需要注意的是,我们在进行理论建构的时候,还应该进一步克服上文分析的台湾地区理论上的那些欠缺,把关注的中心集中到判断第三人是否享有履行请求权,以及这一权利产生的方式、时间、受到何种限制、是否可以被撤销等问题上来。对这些问题,德国民法典起草过程中发生的相关争论可以对我们提供许多启发:在原则上承认当事人的意思自治的前提下,如果当事人就是否赋予第三人以独立的履行请求权的意思不存在或不清楚,就必须依据合同的性质和当事人缔约的目的来具体判断。如果所涉及到的合同具有特殊的利益结构,那么就可以通过类型化的方法来确定第三人是否获得履行请求权,以增加法律后果的可预见性。

最后需要处理的是利他合同的立法结构。虽然这主要是一个形式问题,但如果未来民法典债编的编纂中准备通过立法的方法来建立中国法上的利他合同制度的话,那么我们就必须在不同的结构模式中进行取舍。考虑到合同法中已经在第64条(该条处于规定“合同的履行”的第四章)对作为一种特殊的履行方式的“不真正利他合同”进行了规范,因此似乎没有必要采取德国民法典的做法,在“向第三人履行的约定”的标题下,把“利他合同”与“不真正利他合同”结合起来进行规定,而是可以考虑在“合同的效力”章节中规定利他合同,在“合同的履行”的章节中规定“不真正利他合同”。这样的处理方法,在逻辑上更加贯通,也无需触动现有第64条的格局。当然,选择这种立法结构更多的是出于一种现实的考虑。对比中国合同法与德国民法典第二编的结构,我们不难看到,在中国合同法的立法体系中,已经有了关于“合同的效力”与“合同的履行”这两章,二者恰恰可以分别容纳“利他合同”与“不真正利他合同”。相反,如果采用德国式的立法结构,在中国的合同法结构中就很难找到恰当的位置来处理内容相当独特的“向第三人履行的约定”。

Abstract: According to the rule “*alteri stipulari nemo potest*”, the Roman law doesn't recognize the effect of the third - party beneficiary contract. In the period of the *Ius Comune*, under the influence of the nature law school, the European doctrine recognizes the effect of third - party beneficiary contract with the pre - condition that the third party should accept the right attributed to him. This theory, because of its defect, has been substituted by the new theory which recognized directly that the contract can produce the effect also in front of the third party. For the institution of the third - party beneficiary contract in Chinese legal system, the interpretation of the article. 64 of the Contract Law couldn't resolve the problem, and the opportunity way is a special legislation in the future Chinese Civil Code on the base of the complete introduction of the theory of the third - party beneficiary contract into civil law system.

Key Words: third - party beneficiary contract, the non - real third party beneficiary contract, the model of Hugo Grotius, the German model

[45] 对此的一个具有代表性的论述,参见郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,第359页。