

附保护第三人作用合同研究

——兼论建设工程施工合同对第三人效力的法理依据

邱雪梅

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

[摘要]为了加强对第三人的法律救济,德国判例创设了附保护第三人作用合同。根据该制度产生和发展的原因及其在德国法上的价值,并结合我国现行法与最高人民法院扩张了建筑工程施工合同对第三人的效力,我国目前应当有选择地引进该制度,通过合理地限制第三人的范围,从而完善保护第三人的法律制度。

[关键词]附保护第三人作用合同;第三人;建筑工程施工合同

[中图分类号]D923.6

[文献标识码]A

[文章编号]1009-3745(2005)06-0026-03

一、问题的提出

“债的相对性”是大陆法系民法的基本概念。具体至合同法领域,主要表现在:合同仅对缔约方产生效力,除合同当事人以外,任何人不得享有合同上的权利,也不承担合同上的责任。但是,随着现代市场经济的发展,社会生活日益复杂化,突破债的相对性原则,加强对第三人的法律救济已成趋势。德国法官通过判例创设了附保护第三人作用合同(Der Vertrag mit schutzwirkung für Dritte)用以加强对第三人保护的法律制度。2001年11月德国的《债法现代化法》(Gesetze zur Modernisierung Des Schuldrechts)将该制度予以法典化。^{[1](P26-127)}我国合同法深受德国法之影响,那么是否应当采纳该制度?2005年元旦起实施的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条规定,实际施工人可以起诉与其没有合同关系的发包人。此规定与附保护第三人作用合同是否有异曲同工之妙?其法理依据何在?问题种种,殊值研究。

二、附保护第三人作用合同的基本理论

(一)附保护第三人作用合同的定义

依王泽鉴先生之见,所谓附保护第三人作用合同,是指特定合同一经成立,不但在当事人间发生权利义务关系,同时债务人对于与债权人具有特殊关系的第三人,也负有照顾、保护等义务。债务人违反此项义务时,就特定范围之人所受的损害,也应依合同的原则,负赔偿责任。^{[2](P31)}这一看法得到广泛认同。但在近期一些判例中,法官援引附保护第三人作用合同,判决债务人对与债权人没有特殊关系的第三人承担损害赔偿赔偿责任。^[3]2002年元旦实施的《债法现代化法》第三百一十一条第三款规定:“具有第二百四十一条第二款规定的义务的债务关系,也可以对不应成为合同当事人发生。”根据官方解释,该条并未对“第三人”做完整而清晰的界定,而是授权法官在审判实践中做出判断。因此,附保护第三人合同的外延具有不确定性。在法学方法上,只有通过将附保护第三人合同判例类型化,并提出典型的特

征,才能更好的把握其内涵。

(二)附保护第三人作用合同的法律基础

附保护第三人作用合同的法律基础是较具争论性的问题,德国学界存在各种解释。第一,补充性合同解释说。该说依据德国民法第一百三十三条、第一百五十七条、第三百二十八条第二款以合同解释或补充性合同解释为各种合同中的第三人保护提出论据,也即单独以合同,以及事实或是假设当事人意思作为扩大保护义务的依据;第二,习惯法说。该说认为所谓的习惯法,必须具有法的确信与事实上的惯行。从帝国法院以来,德国实务已就诸多合同的类型,建构出第三人的保护,似可将此制度强化为习惯法;第三,信赖原则说。在特别的前提要件下,信赖保护原则能建构出法定的债的关系。因此,有学者透过信赖保护原则,提出附保护第三人作用的合同的法理基础,在于一个合同的债的关系所伴随的法定保护义务关系;第四,宪法上的社会国原则说。该说认为,社会国原则格外地要求有利于个别团体的特别照顾与救助地位,这是从他人债的关系给予第三人特别待遇的正当化基础。附保护第三人作用所涉及的事实,往往与社会国原则的具体案例重叠,例如:承租人、家庭成员等等;第五,诚实信用原则的法续造说。该说认为,附保护第三人作用合同是以德国民法第二百四十二条诚信原则为根据的债的关系的扩张。目前已成为德国学界的通说。^{[7](P75-81)}

(三)附保护第三人作用合同的要件

附保护第三人作用合同的要件则是另一较具争议性的问题,德国学界与实务界看法不同。依学界多数说的见解,附保护第三人合同必须满足三项要件:第一,第三人对于债务人的给付行为具有利害关系(Leistungsnahe);第二,债权人对第三人的保护具有利益,即债权人对于第三人的福祸(für ihr Wohl und Wehe)负有责任;第三,债务人必须同时对前述两种情况得以预见。^{[5](P67)}法院则认为,在第三人人身损害类的案例中,债权人与第三人之间必须具备足够密切的关系。但是,第三人所遭受的损害为纯经济上损失时,债权人对于第三人的福祸不必负有责任,第三人不以债务人所确知为限,也不必与债权人具有属人法上的关系,

[收稿日期]2005-05-08

[作者简介]邱雪梅(1977-),女,福建龙岩人,厦门大学法学院民商法博士研究生,主要从事民商法研究。

且债务人也不必知悉第三人的确切数目。虽然第三人的范围仍然必须为客观上可得特定,但重要的是,在何种情况下,考量客观利益,足以认定合同当事人对第三人负有保护义务。^[6]

三、附保护第三人作用合同产生和发展的原因分析

(一)德国民法中雇主责任制度的不足

德国民法典第八百三十一条规定,在雇员行使职务行为致他人损害的案件类型中,雇主可以通过证明其对雇员的选任监督已尽相当注意而免责或者通过证明即使已尽相当注意仍不足防止损害发生而免责。在司法实践中,关于此项免责,向来从宽认定。反之,根据德国民法典第八百七十八条规定,若受害人对雇主主张合同法上的损害赔偿,则雇主不得以证明自己尽了选任监督得义务而免责。因此,为了保护合同当事人之外的受害第三人,法院只能通过扩张解释为第三人利益条款赋予第三人合同上的损害赔偿权,从而引发了附保护第三人作用合同的诞生。

(二)德国侵权法立法模式上的缺陷

德国侵权法采用递进列举的立法模式。这种立法模式的缺陷主要在于将调整对象限制在较小的范围,难以适应社会关系的不断发展。1900年德国民法公布施行后不久,帝国法院即发现,德国民法刻意排除保护因过失所造成纯经济上损失的结果,有害于经济生活的发展。为了实现当事人间的正义,法院不得不对第八百二十三条第一款规定的“所有权”、“其他权利”,以及第八百二十六条规定的“故意”进行扩大解释,以扩张侵权责任。但仍无法较好的解决因过失所造成纯经济上损失的问题。德国联邦最高法院显示了勇气和创造性,在遗嘱判例中借助了附保护第三人作用的合同,为其适用于因过失所造成纯经济上损失的救济开了先河,从此便一发不可收拾,不断扩大第三人的范围。

(三)德国合同法比侵权法具有弹性

首先,德国合同法一开始便不受严格的债的相对性的约束,承认第三人利益合同。所以,早期帝国法院能够适用为第三人利益合同作为受害第三人的请求权基础;其次,德国合同法将债的关系视为一种有机体,随着当事人的接触、磋商而开始发展,建立起彼此之间的信赖关系,并依诚实信用原则产生若干保护、诚实、通知、说明等义务。因此,所谓债的关系上的义务,除了给付义务外,还包括基于诚实信用原则的附随义务。当德国侵权法暴露出不完备的缺陷时,判例和学说能够借助附随义务,将保护义务的适用范围扩张至第三人,从而通过合同责任以保护受害第三人。

四、附保护第三人作用合同的价值评价

(一)在德国法上的价值

附保护第三人作用合同源于判例,它弥补了德国成文法的不足,较侵权行为法更为周全的保护受害第三人的利益。这是创设该制度的本意所在,也是其基本价值取向所在。另一方面,它还为保护义务理论的形成及合同责任的立体化重构起到了积极作用。^[7]但是,随着该制度适用范围的扩大,德国学界、实务界和立法者对其评价出现了分歧。学者认为,对第三人的判断标准日趋简单化、主观化的倾向不当扩大了债务人的责任,增加了交易成本,加大了交易风险。Larenz教授指出,该制度的萌芽目的在于弥补侵权法之不足,但发展至今却形成‘契约法肥大症’,出现本质上为侵权责任但却以合同法加以规范的现象。^[8]然而,法院似乎并不理会理论界的抨

击,抛弃了债权人与受合同保护的第三人应当存在特定关系的传统观点,不断扩大第三人的范围。就《债法现代化》的规定来看,立法者没有详细地规定第三人的要件,而是授予了法官较大的自由裁量权。当然,由于历史的缘故,德国学界对实务界的影响甚大,未来的判例也有采纳批评者的意见的可能性。

(三)在我国法上的价值

目前,我国学界关于是否采纳附保护第三人作用合同形成三种意见:一,全盘接受。主张者认为,我国实践中采用此项制度,将使第三人的利益得到更充分的保护,理论上对于债法体系的完善也不无裨益;^[9]二,完全反对。反对者认为,可通过完善侵权行为法来保护第三人的利益,而不需要扩张合同责任来实现对受害人的保护。如果扩张合同责任会破坏我国已经建立的完善的合同责任体系,也会增加法律适用的复杂性。同时,由于该制度赋予法官相当大的自由裁量权,存在被滥用的可能;^[10](P230-234)三,选择性采纳。持该观点者认为,我国应有选择地采纳该制度。在纯经济损失领域,过失侵害他人纯粹经济利益的,原则上不予保护,但当事人之间有特殊关系,根据诚实信用原则,行为人对受害人有保护义务时,法院可认定有附保护第三人作用合同关系,通过合同法进行救济。^[11]

德国学者 Christian V.Bar 曾指出,附保护第三人作用合同只有在三个前提条件下才能实现:第一,必须有允许合同权利和义务相对性原理存在例外的合同法;第二,一国法律没有将对他人人身和财产的保护作为侵权法排他的领地,否则在不存在主要合同义务的情况下第三方不可能得到合同的保护;第三,必须是侵权法存在缺陷,依据侵权法不能得到救济,才可能求助于合同法。^[12](P583-585)考察我国现行法制存在上述三个前提要件。首先,我国合同法突破了债的相对性。一是《合同法》第六十四条和第六十五条规定了涉他合同;二是《合同法》第六十条规定了附随义务;其次,我国合同法规定了缔约过失责任,扩大了合同责任的保护范围,表明了我国侵权法并未将对他人人身和财产的保护作为其排他的领地;最后,我国民法有关侵权责任的规定采一般条款的立法模式。在实践中,法官在面对法无明文规定的利益(特别是纯经济损失的保护问题)时,可能要么无所适从,以“法律没有明确规定”为由拒绝给予保护;要么滥用自由裁量权,对各种利益不予区别其重要性一律加以保护。

从以上分析来看,为使受害第三人获得更充分的救济,我国应当引入附保护第三人作用合同。但我国的合同责任保护与侵权责任保护侧重点各有不同,并不存在德国法上两者强弱悬殊较大。对受害第三人而言,只有在具体情形下才能决定适用合同责任还是适用侵权责任,何者更为有利。所以,我们应当允许两种请求权的竞合,赋予第三人选择权,既保留侵权责任适用的余地,又给予适用合同责任的机会。值得强调的是,应当合理限制“第三人”的范围,避免过度适用该制度,从而导致合同法的肥大。前述德国学说总结附保护第三人作用合同的要件,诚值参考。

五、建设工程施工合同对第三人效力的法理依据

为解决建筑业民工讨薪难题,保护民工的合法权益,2005年元旦起施行的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款规定,实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院可以追加转包人或者

违法分包人为本案当事人,发包人只在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担责任。

根据最高人民法院的说明,赋予实际施工人诉权的理由有二:其一,从建筑市场的实际情况看,承包人与发包人订立建设工程施工合同后,往往将工程转包或者违法分包给第三人(实际施工人)。按照债的相对性原理,实际施工人应当向与其有合同关系的承包人主张权利,而不应当向发包人主张权利。但有的承包人将工程转包收取一定的管理费用后,没有进行工程结算或者对工程结算不主张权利。由于实际施工人与发包人没有合同关系,致使实际施工人没有办法取得工程款,从而直接影响到民工工资的发放。因此,如果不允许实际施工人向发包人主张权利,不利于民工利益的保护;其二,承包人将建设工程非法转包、违法分包后,建设工程施工合同的义务都是由实际施工人履行的。实际施工人与发包人已经全面实际履行了发包人与承包人之间的合同并形成了事实上的权利义务关系。在这种情况下,如果不允许实际施工人向发包人主张权利,不利于对实际施工人利益的保护。^{[13](P222-223)}

笔者认为,理由一主要基于政策上的考量。它考虑到实际施工人和民工弱势群体的地位,从维护社会公平、公正的原理出发,赋予实际施工人诉权存在合理性。但理由二仅以实际施工人与发包人已经形成了事实上的权利义务关系作为基点,似乎说服力不足。实际施工人向没有合同关系的发包人主张权利,实是对债的相对性原理的突破,与附保护第三人作用合同有异曲同工之妙,两者均是法院创设的合同相对性的例外。实际施工人的诉权依据在于债务人(发包人)违反了依据诚实信用原则所产生的照顾及保护他人财产和人身利益的附随义务。因为建设工程合同履行期间长、施工单位众多、风险高等特性,发包人在实行给付时,不仅对作为合同相对人的债权人,而且对处于合同周边的特定第三人(实际施工人),都负有使他们免遭财产和人身利益损害的必要注意义务,所以发包人应对未拿到工资的第三人承担责任。

六、结论

德国判例和学说所创设的附保护第三人作用合同,通过强调合同法上的诚信原则和信赖关系,把债务人的附随义务扩张至合同当事人之外的第三人,更加周全地保护了受害第三人的利益,无疑是

判例和学说促进法律进步的一项重大成就。我国现行法制为引入附保护第三人作用合同提供了前提条件,最高人民法院在实践中扩张了建设工程施工合同对第三人的效力,因此我国有引进附保护第三人合同的必要性。但我国现行法与德国法存在区别,我们应当对“第三人”的范围进行合理的限制,避免该制度过度扩张。更为重要的是,附保护第三人合同在德国法上产生和发展的进程,说明了德国民法典的民事责任框架(合同责任与侵权责任二分法)存在不足。当前,我国民法典的制定已经提到立法的议事日程,在这种新的立法形势下,应当思考走与德国民法典相同的道路,通过扩张合同法来弥补侵权法对第三人的保护不足,还是走与之不同的道路,通过建立新的民事责任制度,充分保护第三人的利益。

[参考文献]

- [1]朱岩.德国新债法-条文及官方解释[M].北京:法律出版社,2003.
- [2]王泽鉴.契约关系对第三人之保护效力[A].王泽鉴.民法学说与判例研究:第2册[C].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [3]王文钦.德国法上“附保护第三人作用之契约”制度的新发展[J].中外法学,1994,(2):67-68.
- [4]吴俊贤.附保护第三人作用契约之研究[M].台湾:辅仁大学法律学研究所,2003.
- [5]邱琦.纯粹经济上损失之研究[M].台湾:台湾大学法律学研究所,2002.
- [6]Michael Coester & Basil Markesinis Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Methodology [J].American Journal Of Comparative Law.2003Spring:5-7.
- [7]涂文安.论附保护第三人作用的契约[J].河北法学,2004,(3):32-33.
- [8]肖厚国.契约关系对第三人的保护效力之研究[J].河北法学,1995,(6):15.
- [9]中黎,尹志君.试论引进“附保护第三人作用之契约”理论的必要性[J].当代法学 2002,(4):59-63.
- [10]王利明.违约责任论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [11]卢子亮.纯粹经济损失初探[J].江苏警官学院学报,2000,(1):90.
- [12]冯·巴尔,张新宝,译.欧洲比较侵权行为法[M].北京:法律出版社,2003.
- [13]黄松有,等.最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用[Z].北京:人民法院出版社,2004.

[责任编辑:韩静]

The research of the Contract with Protective Effects Towards Third Parties

——A discussion about the legal basis of the Construct Contract with effects towards third parties

Qiu xue mei

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: In order to strengthen the legal protect of third parties, “Contract with protective effects towards third parties” is created by the judgment in German. Based on the analysis of the reason of the birth and development of the system and its value in German, and the analysis of the legal system in China, it is concluded that “Contract with protective effects towards third parties” should be introduced by reasonable means. China should restrict the coverage of third parties for attaining the object of the legal protect of third parties.

Key Words: Contract with protective effects towards third parties; third parties; construct contract