

## 债务人为第三人承担违约责任的范围

殷秋实

**摘要：**债务人由于第三人而发生债务不履行时，该第三人可能与债务人无关，也可能与其有法律关系。与债务人有法律关系的第三人包括非独立第三人和独立第三人。无论违约采过错还是严格责任，债务人原则上不为无关第三人负责是归责原则的题中应有之义。债务人为非独立第三人负责并无疑问，这不仅源于债务人的排他控制，也因为其具有效率优势，符合当事人的可能意思。关于独立第三人的范围，应从意思自治的角度出发，在欠缺约定、交易习惯和特别规定时，适用制度成本较低的解释方案：债务人是消费者时，无须为独立第三人负责；债务人是经营者时，原则上为独立第三人负责，除非债权人对第三人有干预和控制可能。《民法典》第 593 条的“依法”可以包含多个解释层次，从而为以上目标提供技术支撑。

**关键词：**第三人；履行辅助人；独立第三人；风险分配；“依法”负责

[ 中图分类号 ] D923.6 [ 文献标识码 ] A [ 文章编号 ] 2096-6180 ( 2022 ) 02-0050-18

### 一、问题的提出

债务人因第三人原因而违约并不罕见，此时，如果当事人没有明确约定，法律应该确定责任分配的默示规则。从文义上看，这一任务由之前的《中华人民共和国合同法》（已废止，下称《合同法》）第 121 条，如今的《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第 593 条承担。遗憾的是，这两个条文并未能有效回应需求，从原《合同法》到《民法典》，关于债务人为哪些第三人负责的理论 and 实践争议一直存在。

在 1999 年《合同法》颁布后，第三人范围的界定就迅速成为《合同法》第 121 条的核心争议，并产生了两种对立观点。一种观点认为，在严格责任体系下，债务人对于“通常事变”也要负责，因而债务人需要为之负责的第三人范围并无限制<sup>〔1〕</sup>；另一种观点则认为应当限缩“第三人”的语

〔作者简介〕殷秋实，法学博士，中央财经大学法学院副教授。

〔1〕韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 756 页；王利明：《合同法研究》（第 2 卷），中国人民大学出版社 2015 年版，第 454 页；江平编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 100 页。

义射程，将其解释为和债务人有一定关系的第三人<sup>(2)</sup>，但“一定关系”的具体含义却没有进一步的共识。与理论争议相应，各级各地法院在解释该条文时的观点和论证也有很大差异。<sup>(3)</sup>

《民法典》第 593 条第 1 句将原先《合同法》第 121 条第 1 句的“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任”改为“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当依法向对方承担违约责任”。新增的“依法”二字看似微小，但可能直接改变条文性质：原《合同法》第 121 条可作为完全法条，而《民法典》第 593 条则只是注意规定。正如《民法典》第 1186 条对之前《中华人民共和国侵权责任法》（已废止，下称《侵权责任法》）第 24 条关于公平责任的改动一样。<sup>(4)</sup>

不过，《民法典》第 593 条的“依法”注定不能如此解释。《民法典》确有不少债务人为第三人行为承担违约责任的规定，涉及多个典型合同。这些规定主要有：转租的承租人就第三人行为向出租人负责（第 716 条第 1 款）；承揽人就第三人完成的工作向定作人负责（第 772 条第 2 款、第 773 条）；保管人就第三人的行为负责（第 894 条）；受托人就第三人的行为承担责任（第 923 条）；物业服务人就第三人提供的服务向业主负责（第 941 条）；行纪人就第三人的行为向委托人负责（第 958 条第 2 款）。除《民法典》外，《中华人民共和国旅游法》（2018 年修正，下称《旅游法》）第 71 条第 1 款规定由于地接社、履行辅助人原因违约的，由组团社承担责任。此外，《民法典》分则中也有债权人可以直接对第三人主张责任的规定，例如第 791 条第 2 款。如果将《民法典》第 593 条的适用限于法律已经有明确规定的情况，意味着在其他典型合同和非典型合同中，债务人“依法”不必为第三人负责，这显然是一个过于狭窄的解释方案。

或许是为了避免这种“硬伤”，立法者认为《民法典》第 593 条的“依法”指向《民法典》第 577 条<sup>(5)</sup>，也就是关于违约责任的一般规范：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”但是，该条文可能得出的解释为当事人只要违约就应承担责任，除非构成不可抗力，否则无须考虑违约是否由第三人导致。这就在实质上达成了与《合同法》第 121 条的文义相同的效果，《民法典》第 593 条新增的“依法”并无特别意义<sup>(6)</sup>，甚至可以得出该条只是意图强调责任的相对性，并不处理第三人的观点。<sup>(7)</sup>问题再次回到原点，债务人为之负责的第三人范围仍不明确。

〔2〕崔建远编：《合同法》，法律出版社 2016 年版，第 243 页；张影：《第三人原因违约及其责任承担》，载《北方论丛》2002 年第 6 期，第 47 页等。

〔3〕过往司法裁判的整理，参见周江洪：《〈合同法〉第 121 条的理解与适用》，载《清华法学》2012 年第 5 期，第 160-161 页。

〔4〕关于这种改动的意义和目的，参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，法制出版社 2020 年版，第 89、91 页。

〔5〕黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社 2020 年版，第 307 页。

〔6〕这也是《民法典》颁布后的通行实践。参见长沙恒德置业有限公司、王殿英房屋买卖合同纠纷案，湖南省长沙市中级人民法院民事判决书（2021）湘 01 民终 11821 号；贵州云瑞房地产开发有限责任公司、董维维等商品房销售合同纠纷案，贵州省遵义市中级人民法院民事判决书（2021）黔 03 民终 8945 号。

〔7〕朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注：合同编通则》（2），中国法制出版社 2020 年版，第 497 页。

无论对《合同法》第121条和《民法典》第593条持何种观点，以及是否将其作为载体<sup>(8)</sup>，违约责任中债务人应为哪些第三人负责总是需要回答的问题。在我国法上，这一问题之所以长期悬而未决，有多方面的原因：没有区分第三人的不同类型，没有注意与归责原则、不可抗力、责任性质、分则规定等制度的协调，受到履行辅助人等比较法例的强烈干扰等。为妥善解决这一问题，本文的思路是首先区分第三人的不同类型。依据是否和债务人具有法律关系，可以将第三人先分为和债务人有关的第三人以及和债务人无关的第三人；依据债务人和第三人之间是否具有依附或指示关系，进一步把和债务人有关的第三人分为非独立第三人和独立第三人。然后，分别讨论在我国法中，债务人是否以及如何为各个类型的第三人负责。

## 二、债务人无须为无关第三人负责

如果对第三人范围不加限制，意味着债务人也应为没有任何关系的第三人负责。实践中即有法院持此种观点。<sup>(9)</sup> 合同法的立法过程似乎也支持这种见解。1995年1月的《合同法（试拟稿）》第139条规定第三人应当和违约方“有法律联系”，违约方才须为之负责。同年10月16日的《合同法（试拟稿）》第75条规定第三人和违约方应该“有法律关系”。1996年5月的《合同法（试拟稿）》第78条则删除了“法律联系”或“法律关系”的表达，不再对第三人作限定<sup>(10)</sup>，这种做法延续至今。从这种删减来看，立法者的意思似乎是债务人也应该为无关的第三人负责。

但是，这种形式化的理解并不准确。在确定债务人是否应该承担责任时，归责原则是一个不能回避的问题。在损害是由于第三人行为而导致时，无论过错责任还是严格责任都不支持债务人一般性地为无关第三人承担责任。

### （一）过错责任对无关第三人的直接排除

《民法典》第577条承继《合同法》第107条，由于后者没有提到过错，因此通常认为我国采严格责任的违约归责原则。<sup>(11)</sup> 即使认可这一观点<sup>(12)</sup>，也要注意不少典型合同明文以过错为归责原则，例如赠与人责任（《民法典》第660条第2款）、承租人的保管责任（《民法典》第714条）、承揽人的保管责任（《民法典》第784条）、承运人责任（《民法典》第824条）、保管人责任（《民法典》第897条）、受托人责任（《民法典》第929条）等。而且，基于意思自治，当事人也可以在合同中约定违约责任以过错为归责原则。

(8) 还有学者认为“第三人的原因”的表述涵盖范围太广，并无作出普适性的限缩解释的可能，应该直接废除该条。参见解亘：《论〈合同法〉第121条的存废》，载《清华法学》2012年第5期，第152页。

(9) 如湖北省恩施自治州交运集团运输公司客运分公司与黄永翠等人身损害赔偿纠纷案，湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院民事判决书（2004）州民一终字第134号。

(10) 何勤华、李秀清、陈颐：《新中国民法典草案总览》（增订本，下卷），北京大学出版社2017年版，第1868、1926、1970页。

(11) 这种观点似滥觞于梁慧星：《从过错责任到严格责任——关于合同法草案征求意见稿第76条第1款》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第8卷，法律出版社1997年版，第1-3页。

(12) 有学者认为，《合同法》第107条的构成要件和法律效果都不明确，更多是一种宣示，并不能决定归责原则。参见朱广新：《违约责任的归责原则探究》，载《政法论坛》2008年第4期，第89页。

过错责任意味着债务人只对自己的过错负责。因此，如果要求债务人对第三人的行为负责，需要法律的特别规定。因此，采过错责任的大陆法系民法典都有债务人为履行辅助人负责的条文。<sup>〔13〕</sup>这在我国法中其实也有所体现：前文所提到的《民法典》明文设有债务人为第三人负责规定的典型合同和过错责任高度重合，集中于租赁、承揽、保管、委托等情况。只不过这种重合不是出于自觉，因此并不严格匹配，如在承揽合同中，承揽人承担过错责任的情况为“保管定作人提供的材料以及完成的工作成果”，而承揽人为第三人负责的范围则是主要工作及辅助工作，其实广于过错责任的范畴；而赠与人责任、承运人责任又欠缺债务人为第三人负责的规定。

即使有特别规定，过错责任之下的债务人也只需要为一定范围的第三人行为负责，这是过错责任的必然要求。不限制第三人的范围和过错责任的理念格格不入。过失的实质内涵强调当事人能预见、避免损害的发生但未能避免。<sup>〔14〕</sup>过错责任正是基于预见和避免可能性来调整当事人行为、分配债务不履行的风险。对于和债务人无关的第三人导致的违约，债务人难以预见、无法避免或者需要付出相当成本才能避免，要求债务人对此类第三人负责，是对过错责任的背离。

而且，在过错责任下，债务人为第三人行为负责也需要第三人对违约具有过错。我国有学者认为，在过错责任的情况，债务人应当对履行辅助人的行为承担担保责任，因此只要辅助人的履行不符合债务要求，债务人就要承担不利后果，不以履行辅助人具有过错为必要。<sup>〔15〕</sup>但是，在过错责任中，债务人之所以要为履行辅助人负责，大体基于两种理念，即或者认为辅助人行为就是债务人行为，债务人因此仍然承担过错责任；或者认为债务人就辅助人行为承担担保责任，债务人承担的是无过错责任。<sup>〔16〕</sup>两种思路虽有不同，但均要求辅助人具有过错，否则或者债务人没有过错；或者债务人没有需要承担的替代责任。毕竟，如果债务人只须承担过错责任，不能仅因为他使用了辅助人而变为无过错责任，使用辅助人并不构成责任加重的充分理由。<sup>〔17〕</sup>而第三人需要具有过错这一要求，也可以排除债务人对无关第三人的行为承担责任：无论是辅助人行为等同于债务人行为，还是债务人为之承担担保责任，都意味着辅助人是债务人自主选任和使用的。

## （二）严格责任对无关第三人的体系排除

如果违约以严格责任为归责原则，看起来债务人应为无关第三人行为负责，除非该第三人的行为构成不可抗力。不过，这只是一种表象。无论严格责任还是不可抗力都需要进一步解释，而这种解释会在相当程度上排除债务人对无关第三人行为承担责任。

从严格责任的角度来看，严格责任不等于无限归责。损害赔偿法的出发点是受害人自行承担损失。如果要让其他人对受害人承担损害赔偿责任，需要特别的理由和依据，这就是归责原则的

〔13〕如《德国民法典》第278条、《意大利民法典》第1228条、我国台湾地区“民法”第224条。

〔14〕曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第81页。

〔15〕王利明：《债法总则研究》，中国人民大学出版社2015年版，第662页。

〔16〕王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第6册），中国政法大学出版社2005年版，第63-64页。

〔17〕辅助人无须具有过错的规定，在利益衡量上也并不恰当。参见王洪亮：《试论履行障碍风险分配规则——兼评我国〈合同法〉上的客观责任体系》，载《中国法学》2007年第5期，第94页。

意义。因此，债务人无过失也需要对债权人负担赔偿责任并非天经地义，无过失本身不足以作为归责原则。<sup>(18)</sup>同理，在债务人因第三人原因而违约时，也不能仅基于债务人无过失而让其为第三人行为负责。这就有必要在进一步分析之前，先行明确债务人无过失而承担责任的深层原因。

就一般理论而言，无过失责任背后的真正归责原则包括危险责任、使用他人物品所致损害的赔偿责任、担保责任、信赖责任等。<sup>(19)</sup>具体到违约责任，也有观点认为不必拘泥于传统的严格、过错的二元归责模式，债务人承担损害赔偿责任不是因为有过失，而是因为不履行债务本身就是可归责的。<sup>(20)</sup>然而，这些更具体的归责事由都无法兼容债务人为无关第三人行为负责。首先，在违约责任中，不必讨论使用他人物品所致损害的赔偿责任，因为两者并无必然关联。其次，危险责任的一种情况是为自己利益使用他人从事具有一定危险性事务而发生的责任，但这显然不包含所有第三人，与债务人没有关系的第三人不在此列。最后，如果不履行本身就是可归责的，此时重要的是确定何时构成债务不履行，这需要考察当事人的合意，看当事人如何预见及分配债务人因第三人原因违约时的风险。<sup>(21)</sup>很难想象当事人预期的合意是债务人原则上为无关第三人行为负责。一方面，这不符合《民法典》第 584 条规定的可预见性。另一方面，如果要求债务人为自己无法预见，或者虽然可以预见但无法有效防范的无关第三人行为负责，可能导致债务人不成比例地提高产品或者服务的价格，或者降低产品与服务的供应、质量等，这都会导致整体福利的减少。因此，担保责任或信赖责任同样不能作为债务人为无关第三人负责的理由，债务人通常不会提供此种担保，债权人也不应有此信赖。

从不可抗力的角度看，不可抗力的界定也会影响债务人是否应为无关第三人负责。严格责任下，为实现债务人和债权人之间的利益平衡，不可抗力应宽泛界定。例如，原《合同法》第 121 条借鉴了《联合国国际货物销售合同公约》(CISG) 第 79 条第 2 款<sup>(22)</sup>，而 CISG 第 79 条第 1 款在规定免责事由时，对于非当事人能够控制的障碍，要求当事人在订立合同时不能预见或不能避免或不能克服即可。仅不能预见也可能导致免责。对于情势变更、经济困难等情况，早期多有学者坚定排斥其可以作为免责事由<sup>(23)</sup>，晚近观点已经更为开放，认为诸如情势变更、经济不能、道德困境等都可能免除当事人的责任。<sup>(24)</sup>《民法典》第 180 条第 2 款规定：“不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”对比之下，这一条的文义可能过于严格。如果采类似 CISG 的

(18) 陈自强：《民法典草案违约归责原则评析》，载《环球法律评论》2019 年第 1 期，第 61 页。

(19) 王泽鉴：《民法学说与判例研究》(第 1 册)，中国政法大学出版社 2005 年版，第 302-304 页。

(20) 解亘：《我国合同拘束力理论的重构》，载《法学研究》2011 年第 2 期，第 77 页。

(21) 解亘：《再论〈合同法〉第 121 条的存废——以履行辅助人责任论为视角》，载《现代法学》2014 年第 6 期，第 32 页。

(22) 全国人大法制工作委员会民法室编：《〈中华人民共和国合同法〉与国内外有关合同规定条文对照》，法律出版社 1999 年版，第 105 页。

(23) C. M. Bianca & Michael Joachim Bonell, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987, p. 592.

(24) Schlechtriem & Schwenzer eds., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2016, p. 1141-1143.

解释，或通过强调不能预见必然导致不可抗拒，从而统合不可抗力和意外事件<sup>(25)</sup>，那么“严格责任+不可抗力”的效果就会趋同于过错责任，强调预见的重要性，而无关第三人行为通常是不可预见的，或难以避免或克服的。

如果严格界定严格责任和不可抗力，那么债务人确实可能为部分无关第三人行为负责，由此构成严格责任和过错责任的不同。不过，值得注意的是，采严格责任的比较法例常常会强调债务人无须为某些特定的第三人负责。例如，普通法会考察第三人履行是否征得债权人同意。<sup>(26)</sup>在 CISG 中，第 79 条第 2 款没有明确限制第三人范围。工作人员、雇佣人员属于债务人必然要负责的范畴。对于其他独立第三人，有观点认为应区分直接对买方独立进行全部或者部分履行的第三人和使交付变得可能、帮助交付或者为交付创造前提条件但并不直接履行的第三人（如供应商），第 79 条第 2 款的第三人只包括前者。<sup>(27)</sup>如果债务人无须为和其有合同关系的特定第三人负责，无关第三人也不应在债务人的负责范围之内。严格界定严格责任和不可抗力的做法，值得斟酌。即使认为严格责任下，债务人可能为部分无关第三人负责，也不能以严格责任为前提推论债务人为无关第三人负责是原则。

### 三、“有法律关系”第三人的进一步分类

排除无关第三人后，接下来就需要界定债务人应为之负责的“有法律关系”的第三人范围。这里的“法律关系”主要是指合同关系，此外也包括授权形成的关系如代理、指示等，后者并不必然体现为合同关系，至少在理论上具有这种建构可能。<sup>(28)</sup>总体来看，无论是我国法还是比较法，对债务人为有关系的第三人负责都已有较多讨论，但这些讨论存在不少问题：不仅表现为从概念到理论基础的含糊，还体现在讨论重心的偏离上。

#### （一）核心清晰、外延不明的“第三人”

在界定债务人应为之承担违约责任的第三人范围时，我国法通常借助“履行辅助人”的概念。在理论上，履行辅助人一直是我国学者讨论《合同法》第 121 条中第三人范围的重要工具。对《民法典》第 593 条的解释延续了这种倾向。<sup>(29)</sup>实践中，法院亦时常在裁判中使用履行辅助人的概念。<sup>(30)</sup>立法上也偶有使用履行辅助人或相似概念，如 2010 年《最高人民法院关于审理旅游纠纷

〔25〕陈帮锋：《论意外事故与不可抗力的趋同——从优士丁尼法到现代民法》，载《清华法学》2010年第4期，第175页。不同观点参见李昊、刘磊：《〈民法典〉中不可抗力的体系构造》，载《财经法学》2020年第5期，第56页。

〔26〕Edwin Peel & G. H. Treitel, *Treitel on the Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2015, 17-007.

〔27〕Alejandro M. Garro, *Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*, 2008 *Nordic Journal of Commercial Law* 1 (2008).

〔28〕典型例子如代理法中的孤立授权。对此持怀疑态度的观点，参见许德风：《意思与信赖之间的代理授权行为》，载《清华法学》2020年第3期，第36页；殷秋实：《论代理权授予与基础行为的联系》，载《现代法学》2016年第1期，第96页。

〔29〕最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（一）》，人民法院出版社2020年版，第844页。

〔30〕例如郭凤英、河南省天冰冷饮有限公司与何文芝股权转让纠纷案，最高人民法院民事裁定书（2020）最高法民申425号。

案件适用法律若干问题的规定》(下称《旅游纠纷解释》)中的“旅游辅助服务者”,2013年《旅游法》中的“履行辅助人”等。

以履行辅助人为出发点,我国学者有两种界定第三人的思路。第一种是基于辅助人概念做加法。此类思路下又有宽狭不同的观点。最狭义的观点认为第三人是指履行辅助人和上级机关(包括母子公司),而履行辅助人仅指《中华人民共和国民法通则》(已废止,下称《民法通则》)第43条的法定代表人和其他工作人员,或者是《合同法》第65条所规定的第三人,独立第三人不是履行辅助人。<sup>(31)</sup>稍宽泛一点的观点认为,第三人除了作为债务人雇员和工人的履行辅助人以外,还包括经济功能上独立于债务人,处在债务人组织结构、控制范围或责任之外的企业,如承运人、银行等。<sup>(32)</sup>最宽泛的观点则认为,第三人是指与当事人一方有某种法律关系的第三人,包括雇员、职工、下属机构、上级机关、受托人、代理人、合作伙伴、产品(及材料、设备、配件)供应商等。<sup>(33)</sup>第二种则是基于辅助人概念做减法,认为“第三人”主要是指履行辅助人以外的第三人,因为履行辅助人仍然属于债务人一方,不应当归入第三人的范畴。<sup>(34)</sup>

履行辅助人概念继受自比较法。以对我国学理有较大影响的德国和我国台湾地区为例,《德国民法典》第278条和我国台湾地区“民法”第224条中的履行辅助人是指法定代理人或使用人。法定代理人的内涵和外延都较为明确,还可包括家事代理、遗嘱执行人、破产管理人等<sup>(35)</sup>,但不包括法人机关。使用人是指一切债务人基于自己的意思,为履行债务而使用的人。原则上,使用人和债务人之间是否具有合同关系、合同关系是否有偿、是一时合同还是继续性合同,在所不问。<sup>(36)</sup>重要的是辅助人需要被纳入履行之中,以债务人的意思从事活动。这种意义上的使用人包括非独立第三人和独立第三人。非独立第三人从属于债务人,或者需要接受、听从债务人的指示与安排,前者的典型是雇员、工作人员等,后者的典型是代理人。独立第三人和债务人之间没有从属关系,两者在组织结构、意思、财产等方面彼此独立。

债务人是否一概为独立第三人负责,在比较法上存在很大争议。被明确排除的情况,是为债务人的给付作出准备的人,例如制造人并非出卖人的履行辅助人。<sup>(37)</sup>除此之外,依据债务人是否有干涉第三人的可能,不同观点针锋相对。肯定观点认为,如果债务人无法干涉,则独立经营者

---

(31) 张影:《第三人原因违约及其责任承担》,载《北方论丛》2002年第6期,第46页。不过,原《合同法》第65条(对应《民法典》第523条)规定的第三人,其实包括独立第三人。

(32) 王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第235页。

(33) 梁慧星:《读条文 学民法》,人民法院出版社2014年版,第206-207页。

(34) 王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第454页。

(35) 我国台湾地区“民法”第224条将履行辅助人界定为代理人或使用人,而不是法定代理人和使用人。不过,台湾地区的理论和德国法其实并没有实质差别,因为在台湾地区“民法”中,代理人包括意定代理人和法定代理人,而意定代理人被认为更应该归入使用人。参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第6册),中国政法大学出版社2005年版,第69页。

(36) 郑玉波:《民法债编总论》,陈荣隆修订,中国政法大学出版社2004年版,第261页。

(37) [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谔译,法律出版社2004年版,第255页。

不是履行辅助人，典型例子是邮局、铁路等。<sup>[38]</sup> 类似的观点是，如果债务的履行需要独立第三人的给付，而且债务的提供依法不受债务人节制的，则这些第三人不是履行辅助人，例如移转土地所有权时主管土地登记的公务员。<sup>[39]</sup> 否定观点则认为，在认定履行辅助人时，不需要考虑债务人的干涉可能性，因为债务人对于是否使用铁路、邮局等仍然有选择余地，而且债务人可以使用保险等工具，因此让债务人对铁路、邮局的过错负责是有理由的。<sup>[40]</sup> 亦即，使用人不以债务人可作出详细指示为必要，也不以社会依存关系为必要。<sup>[41]</sup>

比较来看，可以发现关于履行辅助人有范围不同的界定。我国学理中的履行辅助人其实主要是指债务人的雇员、工人、工作人员，也就是和债务人具有劳动关系或代理关系的人。甚至在有些学者眼中，履行辅助人并非第三人，辅助人行为等同于债务人的行为。我国《旅游纠纷解释》第1条第3款和《旅游法》第111条第6项所说的“旅游辅助服务者”“履行辅助人”，是与旅行社存在合同关系的独立第三人。域外法的履行辅助人则包含前述两种情况。既然如此，即使不考虑归责原则的区别，以一个本身就不确定的“履行辅助人”概念来界定“第三人”的范围，只能是缘木求鱼。

总之，债务人要为雇员、工作人员、代理人等非独立第三人负责，并无疑问。这是债务人要为之负责的第三人的清晰核心。但是，债务人要为哪些独立第三人负责却并不清晰。比较法提到了干涉可能性标准，但未有共识，而且这种标准的具体含义和背后机理也不清楚。我国法或者采用列举方法，或者采用“某种法律关系”来区分，前者存在列举不全面的固有缺陷，后者则没有正面回答问题。

## （二）力不从心的理论基础

除了以辅助人概念为基础来界定第三人外，我国学者还具体讨论了债务人应为第三人负责的理论基础。不过，在第三人范围的界定存在疑问时，这些理论基础同样未能提供有效帮助，没有提出明晰的指引和标准。

具体来说，这些理论基础大多驳斥债务人应为履行辅助人负责的理由，体现为五点。第一是报偿责任。债务人使用辅助人，扩大了自己的活动范围，获取利益就应该承受风险。第二是危险责任。债务人使用辅助人，提高了给付障碍的危险性；以及辅助人可能没有资力，这都增加了债权人的风险。<sup>[42]</sup> 第三是风险分散能力。债务人更有能力防控和分散风险，而债权人相比而言并无优势。<sup>[43]</sup> 第四是控制理论。在严格责任背景下，辅助人乃基于债务人意思进行履行；债务人可以

[38] 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第363页。

[39] 黄茂荣：《债务不履行与损害赔偿》，厦门大学出版社2014年版，第208页。

[40] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第6册），中国政法大学出版社2005年版，第71页。

[41] 黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第437页。

[42] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第6册），中国政法大学出版社2005年版，第64页；史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第362页。

[43] 耿卓：《〈合同法〉第121条中“第三人”的理解与适用》，载《贵州警官职业学院学报》2009年第3期，第65页。

预料和控制辅助人的行为，施加不同程度的影响，因此辅助人行为被视为债务人行为。<sup>[44]</sup>第五是保障安全。社会分工导致市场主体的依赖性日益增强，合同履行往往需要借助第三人完成，债务人为第三人承担责任是保障安全、维护效力的客观需要。<sup>[45]</sup>

在这五个理由中，有学者根本否定报偿责任和危险责任理论，认为如果债务人利用辅助人获得了具体利益，债权人其实也会实际获得履行利益；以及引入辅助人并没有增加债务不履行的风险，辅助人的能力反而可能强于债务人，资力也可能更加胜出。<sup>[46]</sup>这些反驳引人深思。不过，报偿责任和危险责任理论并非全无道理，仍能在一定程度上解释为何债务人要为某些第三人负责。更关键的问题可能在于，这些理论能够确定的第三人范围是有限的。

报偿责任、危险责任和分散风险能力很容易让人将履行辅助人制度和《民法典》第1191条第1款规定的用人单位责任相联系。《民法典》第1191条第1款（以及之前的《侵权责任法》第34条第1款）之所以要求用人单位承担工作人员的侵权责任，常见的理由是现代社会分工细化，使用他人是现代社会常见的情况，用人者使用他人为自己服务，享受了利益，也应该承担相应的风险；用人者的赔偿能力一般强于被使用者；以及用人单位可以通过提高价格、投保等措施来分散风险。<sup>[47]</sup>可见，这些理由同时见于违约责任和侵权责任的债务人为第三人负责之中。

理由的相同会导致范围的相同。这三个理由所能解释的第三人，应当限于雇员、工作人员等非独立第三人。如果基于报偿责任、危险责任和分散风险能力，将债务人的负责范围原则上扩张到独立第三人，会带来两方面的体系矛盾。一方面，这会导致侵权法也应当作类似扩张，但侵权法中，债务人只应为能支配或者对其产生重大影响的第三人负责<sup>[48]</sup>，而不应一般性地为独立第三人负责。这种区别也体现在现有规则之中。例如，教育机构以及经营场所、公共场所的经营者、管理者可能和受害人之间也有合同关系，但《民法典》第1201条、第1198条只要求教育机构在未尽到管理职责的范围内，经营场所、公共场所的经营者、管理者等在未尽安全保障义务的范围内为第三人负责。<sup>[49]</sup>另一方面，这三个理由看起来允许债务人为所有独立第三人承担违约责任，而这同样不符合合同法规则，至少无法适用于过错责任的场合。

作为佐证，在某些比较法例中，雇主责任正是债务人为辅助人负责的正当依据之一。例如，法国法原先没有债务人为辅助人负责的一般条款。法院通过类推解释《法国民法典》第1384条第

[44] 王利明：《合同法研究》（第2卷），中国人民大学出版社2015年版，第457页。

[45] 崔建远编：《合同法》，法律出版社2016年版，第242页。

[46] 解亘：《再论〈合同法〉第121条的存废——以履行辅助人责任论为视角》，载《现代法学》2014年第6期，第31页。

[47] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社2020年版，第108页；程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第402-403页。

[48] 尹飞：《为他人行为侵权责任之归责基础》，载《法学研究》2009年第5期，第44页。

[49] 在《民法典》颁布之前，有学者已经注意到《合同法》第121条和《侵权责任法》第28、37条之间并不协调。参见周江洪：《〈合同法〉第121条的理解与适用》，载《清华法学》2012年第5期，第165页。

5 款的雇主责任来让债务人为使用人负责。<sup>(50)</sup> 因为在法国侵权法中，主人和雇主负责无须证明过错，与之类似，在合同法中，债务人在面对债权人的时候也应该为自己指令的人负责。<sup>(51)</sup> 意大利法也是如此。旧民法典时代的意大利法和法国法相同。1942 年的新《意大利民法典》虽然分别规定债务人为辅助人负责（第 1228 条）和雇主责任（第 2049 条），但学理普遍认为第 1228 条是第 2049 条在合同领域的适用，债务人和辅助人的关系应该如同雇主责任一样，具有指挥、命令的特点。<sup>(52)</sup>

控制理论更明显地支持债务人只为非独立第三人负责。债务人对第三人的“预料和控制”已经不仅是干涉可能性的问题，而是更进一步的指挥、命令和监督。这显然以雇员、工作人员等非独立第三人为典型，也只有这些第三人的行为可被视为债务人的行为。独立第三人既然是“独立”的，本身就意味着债务人不能对其加以有效控制。

相比而言，保障安全的理由可能更有解释力。为了保障安全、维护效力，似乎可以让债务人为独立第三人原因导致的违约负责。不过，这个理由同样不能有效划定第三人的范围。事实上，这个理由甚至可以用于论证债务人应为任意第三人负责，因为这看起来能够更有效地维护交易安全和效力。然而，债之关系存在双方主体，在保护债权人利益的同时，也不能忽视对债务人权益的保护，否则会产生逆向选择问题，直至阻碍合同的发生。

### （三）小结：非独立第三人与独立第三人的区分

因此，从现有关于第三人的解释和相关理论基础来看，在讨论债务人应为之承担违约责任的第三人范围时，应该区分非独立第三人与独立第三人。

债务人应为雇员、工作人员、代理人等非独立第三人负责是普遍共识。现有关于债务人为第三人负责的理论基础也基本针对非独立第三人。无论是过错责任还是严格责任，债务人都应为自己的雇员、工作人员负责。这源自劳动关系的依附性本质，即在劳动合同中，劳动者应该服从命令，听从指挥，遵守规章。<sup>(53)</sup> 代理人同样应该遵循被代理人的命令和指示行为。基于这种依附性和从属性，也可以理解为什么有观点认为非独立第三人违约其实就是债务人自身违约<sup>(54)</sup>，而非债务人为之承担替代责任。

独立第三人则与之不同。从现有讨论看，倾向性的做法是债务人只须为部分第三人负责。但是，现有理论既没有明确界定债务人应为哪些独立第三人负责，也没有阐明负责的理由。鉴于债

(50) 《法国民法典》第 1384 条第 5 款规定，主人和雇主应该为仆人和雇员在执行职务时候造成的损害负责。

(51) G. Ceccherini, «Responsabilità per fatto degli ausiliari clausole di esonero da responsabilità», in F. D. Busnelli (dir.), *Il codice civile commentario*, Giuffrè, 2003, p.15.

(52) P. Fava (a cura di), *Le obbligazioni*, Tomo I, Giuffrè, 2008, p.736s.

(53) 沈建峰：《劳动法作为特别私法：〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》，载《中外法学》2017 年第 6 期，第 1511 页。

(54) 除前面提到的关于控制理论外，还可参见 CISG 第 79 条第 2 款关于第三人的解释。有学者认为，工作人员、雇佣人员等属于第三人，参见 Alejandro M. Garro, *Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*, 2008 *Nordic Journal of Commercial Law* 1 (2008); 有学者认为第三人只包括独立的、不在债务人组织范围内的第三人，参见 Schlechtriem & Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2016, p. 1144.

务人应非独立第三人负责确定无疑，独立第三人本应是理论研究的重点，却并未获得学理的充分关注。正是在此意义上，现有讨论偏离了重心。

对非独立第三人和独立第三人的区分，也有助于明晰履行辅助人的外延。如前文所言，履行辅助人的范围其实有不同的观点，其既可能仅指非独立第三人，也可能指债务人需要为其负责的第三人，而不考虑独立与否。相比而言，将履行辅助人限制为非独立第三人的我国学理观点更加可取。这不仅有概念上外延明确的优点，也有实际适用上的便利。例如，就债务人是否可以事先免除辅助人故意或重大过失的责任，比较法上存在支持和反对两种对立观点。<sup>(55)</sup>我国实践中也有类似问题。<sup>(56)</sup>实则，这个问题只是在独立第三人的情况下才需要讨论。债务人并不能事先免除非独立第三人导致的违约，否则在依附关系之下，债务人就可以轻松规避责任。既然如此，将履行辅助人和非独立第三人等同，至少可以明晰很多本可不必混乱的问题。

#### 四、独立第三人导致违约时的责任分配

独立第三人导致违约时，债务人是否、为何以及如何承担违约责任，应该回归当事人的意思自治加以解决。作为私法的基础原则，当事人之间约定彼此权利义务、确定双方利益安排的真实合意只要没有效力瑕疵，就具有形式和实质约束力。由于双方利益安排的一个重要方面是对合同生效后产生的履行障碍、违约等风险进行分配，这种风险也包括独立第三人原因导致的债务不履行，因此，在理想状态下，当事人应该约定独立第三人导致违约时的责任承担问题。

但是，由于信息不对称、有限理性、过于乐观等因素，当事人没有明确约定或者约定不明的情况时常有之，甚至是普遍情况。如果当事人没有达成补充协议，法官需要通过其他条款或者交易习惯确定可能的责任分配；如果仍然不能确定，就需要任意性规范的介入。不过，补充解释、交易习惯以及任意性规范的正当性基础仍然是意思自治。补充解释应当尽可能符合当事人的意思，即当事人如果意识到该风险，也通常会采取类似的约定。交易习惯作为群体或社会的低限度共识，符合双方愿望。<sup>(57)</sup>而任意性规范之所以能够进入合同，成为合同的常素，也是因为任意性规范同样符合当事人的意思，是意思自治原则的产物。<sup>(58)</sup>

鉴于在约定不明时，恐怕很难通过补充解释或者交易习惯来确定债权人的具体救济，此时只能求助于任意性规范。这就面临解释选择问题。在独立第三人导致债务人不履行义务或者履行义务不符合约定时，债权人无非有两种可能的救济方案：一为债务人对债权人负责，另一为第三人对债权人负责。在技术上，前者可通过替代责任、担保责任等实现，后者可通过请求权让与、利

---

(55) 支持的观点参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第187页；反对的观点参见黄茂荣：《债务不履行与损害赔偿》，厦门大学出版社2014年版，第220页。

(56) 陈昶、罗懿：《运输合同中保价条款的效力及其排除适用的条件》，载《人民司法·案例》2008年第24期，第85页。

(57) 汪洋：《私法多元法源的观念、历史与中国实践：〈民法总则〉第10条的理论构造及司法适用》，载《中外法学》2018年第1期，第141页。

(58) 王轶：《民法典的规范类型及其配置关系》，载《清华法学》2014年第6期，第58页。

他合同、附保护第三人作用的合同等制度实现。如果不考虑交易成本，这两种情况并无本质区别：债权人都得到了保护；第三人都要承担最终责任，第三人在两种方案中的赔偿范围如果并非一致，也不会有太大差别。问题在于，现实世界充斥着交易成本，因此，这两种方式必然有效率上的差别。在无法确定当事人的可能意思时，以效率作为标准，认为债权人会选择成本更低的方案，不失为一种可行的路径。

在这种思路下，由于债权人所获的利益，也就是被赔偿的损害是较为确定的，以下两方面的制度成本和收益因素会更为重要：一是债权人行使权利的成本，二是防范第三人违约的成本和收益。前者 and 债务人的性质有关，后者则涉及债务人对第三人的可能控制。

#### （一）交易主体的性质

从表面来看，第三人负责模式的成本更低，毕竟债务人负责模式可能需要债权人对债务人、债务人对第三人两次行权，而第三人负责模式下，只须债权人对第三人主张一次权利。实则不然，尤其在违约方是经营者时，由于交易的重复性和复杂性，债务人负责模式在成本上的优越性非常突出。

在债务人是经营者时，债务人原则上可以借助独立第三人履行义务。在社会分工细化的条件下，商人通常也需要借助承运人、银行、其他供应商、服务或材料提供者等来履行义务。<sup>(59)</sup>或者说，使用独立第三人的行为本身不构成违约。进而，债务人使用独立第三人需要订立合同，随着经营活动的复杂，债务人为了完成自己对债权人的给付，需要和多个独立第三人订立合同，独立第三人也会和其他第三人缔约，此为交易的复杂性。在建立较为稳固的合作关系后，债务人还会和某些独立第三人发生多次交易，此为交易的重复性。

交易的复杂性和重复性会显著降低债务人负责模式的成本。一方面，在存在多个独立第三人时，确定是哪个第三人导致的违约本就不易，而且还有认定错误的可能。如果有多个独立第三人违约，由于请求权让与、利他合同抑或附保护第三人作用的合同需要额外的要件，还会有抗辩的适用，这都会增加债权人行权的成本。如果独立第三人由于其另行使用的第三人而违约，随着链条的延长，第三人负责模式就更加不经济。另一方面，如果债务人和独立第三人之间是重复博弈的关系，那么债务人和独立第三人之间通常会有成本更低的制约机制和非正式纠纷解决机制，债务人也可能因为事务的普遍性而设置专门的争议解决人员、机构。这两方面的因素都让债务人负责模式在成本上显著低于第三人负责模式。

如果债务人并非经营者，而是消费者，特别是合同存在于两个消费者之间时，情况就大不相同。事实上，这个时候债务人往往应当亲自履行，使用独立第三人的行为可能本身就构成违约，如《民法典》第 894 条禁止保管人将物转交第三人保管，第 923 条规定受托人应当亲自处理事务。也就是说，此时债务人并非为第三人行为负责，而是为自己行为负责。有些场合，债务人不得不

---

<sup>(59)</sup> G. Ceccherini, «Responsabilità per fatto degli ausiliari clausole di esonero da responsabilità», in F. D. Busnelli (dir.), *Il codice civile commentario*, Giuffrè, 2003, p.53.

使用独立第三人来履约，例如支付、运输等情形。和前文情况不同，消费者只是和个别第三人偶发地进行交易，债务不履行是由哪个独立第三人所导致通常也较为清晰。此时，如果债权人是经营者，鉴于经营者具备更丰富的经验、能力和可能的专门机构，第三人负责模式反而更加便捷；如果债权人同为消费者，第三人负责模式相比债务人负责模式，在行权成本上如果并非更低，至少并没有显著差别。

如果再考虑到经营者还可以通过价格、保险等机制来承受和分散风险，那么债务人为第三人承担违约责任的范围就更应该区分债务人的性质。如果债务人是经营者，应该为自己使用的独立第三人行为承担责任。此时，独立第三人的范围也要广于履行辅助人的最大语义范围。如前所述，即使将独立第三人纳入履行辅助人的范畴，在买卖合同中，由于卖方的义务范围只是交付，而不包括制造<sup>(60)</sup>，因此制造人并非履行辅助人。但在卖方为经营者时，恐怕不能因违约是供应商或制造者造成的而免除责任。如果债务人是消费者，则不必为独立第三人行为负责，只须让与请求权给债权人，或者债权人直接依据利他合同等制度对第三人主张权利。不区分交易主体或交易的性质，要求债务人整齐划一地由独立第三人承担违约责任，会导致商化过度或者不足的问题。<sup>(61)</sup>

从另一个角度看，主体的不同性质会影响交易的性质。消费者之间的交易为民事交易，经营者之间的交易为商事交易。随着社会变革和生产方式的变化，无论是比较法还是我国法，都可以发现私法法律关系的主导性主体不再是自然人，而是各种性质的企业和经营者。<sup>(62)</sup>这被称之为“私法的商法化”。如果交易主体和交易性质会导致债务人为第三人负责不同模式的成本差异，那么在私法逐渐商法化的过程中，应该可以观察到主导模式从第三人负责到债务人负责的转变。

这种转变可为比较法例的历史演变所佐证。在罗马法时代，除非具有选任监督过失等可归责性，否则债务人原则上不为他人行为负责。<sup>(63)</sup>在早期的法典中，民事规则也是如此，除非有例外规定，债务人对第三人的行为不承担责任，而例外规定多见于商事交易。例如，在旧《意大利民法典》中，没有债务人对辅助人行为负责的一般条款，特别规则主要见于特定物交付时债务人为对自己负责的人的过错承担责任（第1247条），承租人为家人或者次承租人负责（第1588条第2款），承揽中企业主为他使用的人负责（第1644条）等。此外，《意大利商法典》也有一些类似规定，如承租人为自己的雇员、次承租人和其他因信赖而委托运输的人负责（第398条），船东对船长和船员的过错负责（第491条），旅馆主为仆人和管理人员的行为负责（第1867条）等。后来受《德国民法典》影响，意大利法学理论基于上述零散规则而类推出债务人为辅助人负责的一般

---

(60) [德] 迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第192页。当然，这不排除购置风险的问题。

(61) 关于商化过度与不足的讨论，参见张谷：《商法，这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》，载《清华法治论衡》2005年第2期，第25页。

(62) 夏小雄：《私法商法化：体系重构及制度调整》，载《法商研究》2019年第4期，第125-127页。

(63) 例如罗马法在租赁合同中的处理方式，参见 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co., Ltd., 1992, p. 377.

原则，但强调该原则主要适用于工商业领域。<sup>(64)</sup> 1942 年的新《意大利民法典》融合了之前的民法典和商法典，要求债务人为辅助人负责的第 1228 条被认为是商法影响的体现，这个条文对应的需求是，在现代企业社会中，企业主对辅助人只就选任监督过失负责的传统规则是不充分的。<sup>(65)</sup> 可见，随着私法的不断商化，债务人负责成为主要模式。《民法典》第 593 条、《合同法》第 121 条所借鉴的 CISG，本身处理的也是典型的商事交易。反过来说，这同样表明如果并非商事交易的领域，无须采用债务人负责模式。

## (二) 对第三人的控制

基于制度成本方面的考量，债务人是经营者时，原则上应为独立第三人行为负责，而在债务人是消费者时则不必如此。这就意味着债务人为履行辅助人负责的传统理由其实不尽准确。前已述及，在比较法中，债务人对独立第三人是否负责的一个可能标准是债务人是否有干预可能性。在我国法中，认为债务人应为第三人负责的理由之一是债务人相比债权人能够更好地防控和分散风险。这两种思路强调的都是债务人对第三人的控制力。控制力虽能解释债务人为非独立第三人负责，却不能很好地解释独立第三人的情况：既然第三人是独立的，意味着债务人的控制通常是有限的，但这并不妨碍（经营者）债务人为独立第三人普遍承担责任。

不过，这并不意味着在划定债务人为之承担违约责任的独立第三人范围时，完全不需要考虑控制力，特别是独立第三人更多受到债权人干预或控制的情况。事实上，无论我国法还是比较法中，如果债权人对债务人使用的独立第三人表示同意，或者第三人是由债权人指定时，都存在债务人减免责任的规则。

《民法典》第 923 条即为典例：“受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意或者追认的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。转委托未经同意或者追认的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任；但是，在紧急情况下受托人为了维护委托人的利益需要转委托第三人的除外。”与之类似的还有《民法典》第 169、894 条等。除委托合同外，由于《民法典》第 960、966 条规定行纪和中介可以参照适用委托合同的规定，这意味着第 923 条可能具有一般意义。<sup>(66)</sup> 此外，第 923 条的规则还可能类推适用于合伙事务的执行人、遗嘱执行人选任复代理人等情况。<sup>(67)</sup>

《民法典》第 923 条的特殊之处显而易见。依据转委托是否取得委托人同意或是否存在紧急情况，受托人责任并不相同，而不是统一让受托人为第三人（即次受托人）负责。这也是比较法例

(64) F. Ferrara, «La responsabilità contrattuale per fatto altrui», in *Scritti giuridici*, Tomo II, Giuffrè, 1954, p. 112.

(65) C. M. Bianca, «Dell'inadempimento delle obbligazioni», in Scialoja e Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, artt. 1218–1229, Zanichelli, 1979, p. 450.

(66) 当然，法律可以就某一典型合同设立不同规范，如《民法典》第 772 条。

(67) 黄茂荣：《债务不履行与损害赔偿》，厦门大学出版社 2014 年版，第 208 页；史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 366 页。

的惯常做法：有权转委托的前提可能不同<sup>(68)</sup>，但大多数立法例均依据转委托是否得到委托人同意来区分受托人的责任。这里潜在的问题在于，为何转委托是否有权会导致不同的受托人责任？

对这一区分的现有解释是，无权转委托情况下的次受托人是受托人的履行辅助人；而在有权转委托时，次受托人不同于履行辅助人<sup>(69)</sup>，因为有权转委托类似债务承担<sup>(70)</sup>，或认为此时次受托人具有较大的自主权，因而不是辅助人。<sup>(71)</sup>进而，由于债务人只为履行辅助人负责，所以有权转委托时，债务人不为次受托人的行为负责。但是，这一解释只是技术性的。在转委托有权时，受托人并没有脱离合同关系，仍然可以也应该履行义务，受托人也可以指示次受托人，次受托人完全可以是履行辅助人。如果有权转委托中的次受托人不认为是履行辅助人，实质上揭示了这里的履行辅助人不是推论的前提而是结果，亦即第三人并非被界定为履行辅助人，因而债务人要为之负责；而是因为债务人要为某第三人负责，该第三人才被称之为履行辅助人。

债权人因素的重要性不仅体现于委托合同，也反映在给付标的物的合同中，可为例证的是 CISG 第 79 条第 2 款。依据该款，在满足一定条件时，债务人可就第三人行为免责，但该第三人须是由于债务人而参与合同履行。<sup>(72)</sup>如果第三人是债权人选择的，则会产生争议。有观点认为第三人虽然不是债务人选择的，但债务人接受了这个安排，就应该为之负责，技术上也可以认为此时的第三人是受债务人控制的。<sup>(73)</sup>不同观点则认为，此时债务人不需要无条件的负责。<sup>(74)</sup>与后者类似的观点是，若 CISG 第 79 条第 2 款适用于第三人是对方当事人强加或者指定的情况，此时也可能有第 80 条的适用，即“一方当事人因其行为或不行为而使得另一方当事人不履行义务时，不得声称该另一方当事人不履行义务”<sup>(75)</sup>，因而债权人不能对债务人主张责任，债务人就此免责。

这似乎会得出的结论是，如果债务人使用的独立第三人获得了债权人的同意，债务人就可以不再为之负责。但是，这种判断并不准确。特别是，《民法典》第 523 条规定：“当事人约定由第

---

〔68〕一种是原则上受托人应该亲自处理事务，但委托人同意、紧急情况和习惯允许的情况下可以转委托，如《瑞士债务法》第 398 条、《意大利民法典》第 1717 条、台湾地区“民法”第 537 条；另一种是原则上受托人可以将委托事务交由第三人，除非委托具有明确的人身信赖性质，如《西班牙民法典》第 1721 条、《法国民法典》第 1994 条。

〔69〕王利明：《合同法研究》（第 3 卷），中国人民大学出版社 2012 年版，第 724 页；史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 396 页。有学者认为这是分包和替代的区别。Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart, 2006, 263.

〔70〕P. Cendon, *La responsabilità civile*, V, UTET, 1998, p. 25.

〔71〕这种观点，参见黄立编：《民法债编各论》（下），中国政法大学出版社 2003 年版，第 515 页。类似观点认为，履行辅助和替代不同，后者具有更大的自主性，辅助人是在债务人的指挥下行为，而替代人则是独立组织自己的活动，参见 C. M. Bianca, *Diritto civile, IV, l'obbligazione*, Giuffrè, 1993, p. 280 - 281.

〔72〕CISG 的原文是 “a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract”，中文译本为“雇佣履行合同的全部或者一部分”，后者的范围似乎过窄。

〔73〕C. M. Bianca, M. J. Bonnell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, 1987, p. 586.

〔74〕Alejandro M. Garro, *Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*, 2008 *Nordic Journal of Commercial Law* 1 (2008).

〔75〕Schlechtriem & Schwenzler, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2016, p. 1145.

三人向债权人履行债务，第三人未履行债务或者履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任。”此时，虽然债权人同意由独立第三人履行义务，但仍由债务人承担责任。因此，要让债务人不必担责，需要更进一步地区分因素，这就会再次回到干预和控制的可能，只不过干预和控制的主体变成了债权人。

在债权人可以干预和控制独立第三人时，虽然仍然可以继续让债务人负责，但此时让债权人直接对独立第三人主张责任是一个更有效率的选择。在债务人是经营者时，要求债务人原则上为独立第三人负责并非债务人在预防或者控制风险上更有能力，而更多是因为这种方案的制度成本较低。也是因此，这一方案可以超越过错或者严格责任，只不过需要不同的技术手段来实现。然而，在债权人可以干预和控制第三人时，债权人就成为更有能力预防和控制风险的人。此时如果仍然要求债务人负责，成本可能过高，还可能导致道德风险。而且，债权人可以干预和控制往往意味着债权人与第三人之间具有法律关系，这也有助于债权人直接对第三人主张救济。

因此，在讨论债务人是否为第三人负责时，应考虑债权人对第三人可能的干预和控制。如果债权人有干预和控制能力，仍然要求债务人为第三人行为负责并不符合当事人双方特别是债务人一方可能的风险分配预期。简言之，债务人为第三人承担责任，与其说来自债务人和第三人之间的关系，不如说来自第三人和债权人没有关系。<sup>(76)</sup>

### （三）小结：成本、控制力与预期合意

综合来看，在涉及独立第三人时，不应采用传统的债务人有控制力的标准，而是应该综合制度运行的成本和收益来划定债务人需要为之承担违约责任的主体范围。这至少涉及两个在现有理论和制度中已经有所体现的因素的交叉运用，即主体性质和控制力。如果债务人是消费者，那么债权人要求第三人承担责任的制度成本相对较低；如果债务人是经营者，则其应为第三人负责，原则上不考虑债务人是否能干预和控制第三人，以使行权成本最小化，促进交易发生和财产流转。只是在债权人能够更强地干预和控制第三人时，债务人才不必负责。

这两个因素其实也可以解释为何债务人应为非独立第三人负责，不为无关第三人负责。就非独立第三人而言，既然债务人能够使用辅助人，意味着债务人此时并非消费者，而是经营者。另外，债务人对辅助人具有排他的控制力，这不仅意味着债务人的确是防控和分散风险的最佳主体，也排除了债权人的干预和控制。因此，相比独立第三人的情况，债务人为履行辅助人负责更具效率优势，符合当事人可能预期达成的合意。在涉及无关第三人时，债务人和债权人对其都没有干预和控制可能。鉴于无关第三人导致违约的情况相对少见，原因明确，由债权人直接请求第三人承担责任，在成本上要优于债务人担责可能导致的两次行权。

---

(76) F. Gambino, *Il rapporto obbligatorio*, UTET, Torino, 2015, p. 372.

## 五、结语

在债务人违约是由第三人造成时，该第三人可能是和债务人无关的第三人，也可能是和债务人有法律关系的第三人，后者可进一步分为非独立第三人和独立第三人。债务人原则上不为无关第三人导致的违约负责，这是归责原则的题中应有之义。债务人需要为有依附、从属关系的雇员、工作人员以及代理人等非独立第三人负责，传统观点认为这来自债务人直接、排他的控制力，但这种方案同样也具有效率上的优势，符合当事人的可能意思。对独立第三人而言，应从意思自治的角度出发，首先考虑特别约定和可能的交易习惯。如果仍未解决问题，那么制度成本较低的方案应该符合当事人的可能意思，也就是债务人是消费者时，无须为独立第三人负责；债务人是经营者时，原则上为独立第三人负责，除非债权人对第三人有干预和控制可能。

以上是法律解释所要达成的目标。在技术层面，前述目标可通过赋予《民法典》第 593 条的“依法”以不同层面的含义来实现，因为从法源意义上理解，“法”可包括制定法、司法解释、当事人约定、习惯等，学理也可通过对法律的恰当解释而进入法律适用之中，从而能够为灵活解释提供技术支撑。具体而言，路径如下。

首先，当事人对第三人原因造成的违约责任有明示或默示的约定，或有明确的交易习惯、惯例时，依据相关约定或习惯、惯例处理。这是私法中特有的“法”的意思面向。

其次，在没有约定、习惯时，如果存有法律的特别规定，那么依照法律规定处理，如《民法典》第 791 条等，这是“依法”的通常含义。

最后，在没有法律的特别规定时，第 593 条的“依法”可能指向《民法典》第 577、523、590、584 条等，以借助各种技术手段区分不同的第三人，达成前面提到的解释结论：债务人不为无关第三人负责、为非独立第三人负责、为部分独立第三人负责。这种结论以当事人可能的风险分配意思为依托，可以同时适用于过错责任和严格责任。因此，这也带来了一个附带功用，即可以避免多元归责体系下分别规定归责或者免责事由的繁琐。

## The Scope of the Third Party in the Debtor's Responsibility for Breach of Contract

YIN Qiushi

**Abstract:** Where the debtor is in breach of contract because of a third party, there are three possible types of the third party: irrelevant third party, dependent assistance, independent contractor. The debtor doesn't take responsibility for the irrelevant third party, as this is excluded

by both the fault and the strict liability. The debtor is responsible for the dependent assistance. The reasons are that, not only the debtor could control the latter, but also this solution is more efficient. Thus, this solution conforms the possible agreement between the parties. The scope of independent contractor is the main problem. The propriate solution departs from the private autonomy. When lacking special agreements or provisions, custom and usage, the judge should select the solution which has the lower system costs. The debtor doesn't take the responsibility when he is a customer. While he is a trader, the debtor should be liable in general, except when the creditor could better interfere and control the independent contractor. The expression, "in accordance with the law", in the article 593 of the Civil Code could contain different levels, thus provide technical supports to reach this interpretation.

**Keywords:** The Third Party; Dependent Assistance; Independent Contractor; Allocation of Risk; in Accordance with the Law

(责任编辑: 楼秋然 汪友年)