

# 我国民法典合同法编分则的重大立法问题研究

李建伟

(中国政法大学民商经济法学院,北京 100088)

摘要:我国民法典合同法编的编纂工作已经启动,其分则部分的立法课题主要有四项。一是既有15类有名合同的相关法律规范的进一步修订完善,需要整体上解决过去积累的司法解释规范的吸收,以及买卖、租赁、技术、运输等重要合同各自面临的修法课题。二是新增若干类有名合同入法,为此需要分类讨论新类型合同入法的标准问题。三是在坚持民商合一立法体例之背景下,需要明确确立民事合同和商事合同区分模型,以及科学安排实现相应的立法规范的区分。四是合理设计合同法分则部分的整体结构体系安排。

关键词:民法典编纂;合同法分则;有名合同;民事合同;商事合同

中图分类号:DF522 文献标识码:A 文章编号:1005-9512-(2017)07-0014-11

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2017.07.002

按照中国民法典编纂“两步走”的规划,我国《民法总则》率先通过后,物权法编、合同法编、侵权责任法编、婚姻家庭法编、继承法编等民法典分则各编草案拟于2018年上半年整体提请立法机关审议。目前,合同法编分则“立法建议稿”已经汇总提交给中国法学会。在参与上述立法研讨的过程中,笔者深感合同法编分则编纂蕴含的重要立法课题之繁多及每个课题争议之激烈,亟需从合同法理论与立法论等角度深入研讨,并立足于我国民事立法的实际情况予以回应。

## 一、我国《合同法》上既有的15类有名合同的规定之修订与完善:传承和突破

### (一) 修订依据

修订我国《合同法》上既有的15类有名合同,一个首要问题是如何吸收司法解释的成果。在过去20年的我国合同法审判实践中,最高人民法院根据裁判经验先后发布了10余部关于我国《合同

---

作者简介:李建伟,中国政法大学民商经济法学院教授、博士研究生导师,法学博士。

法》适用的司法解释<sup>①</sup>涵盖我国《合同法》分则中的买卖合同、商品房买卖合同、借款合同、房屋租赁合同、融资租赁合同、建设工程合同、技术合同等,以及特别法上的旅游合同、保证合同、定金合同、物业服务合同等10余类合同。这些司法解释不但细化了我国《合同法》关于上述有名合同的规范体系,而且凭借诸多“立法性司法解释”条款扩充了相应的规范体系。当然,民法典编纂如何吸收多年来司法解释的丰富成果,是民法典编纂面临的一个整体性问题。<sup>②</sup>从司法审判中地位的实然状态来看,司法解释是重要的事实上的“法源”。<sup>③</sup>尤其是民商事类司法解释中的“立法性司法解释”条款数量庞大,直接修改现行法、完成对法律的续造与改变的也不鲜见。<sup>④</sup>总体而言其法治价值应该受到肯定。<sup>⑤</sup>问题是,我国民法典编纂如何将其纳入其中?对这一问题的回答,与民法典编纂目标息息相关,存在不同的意见。<sup>⑥</sup>从出台的《民法总则》不难看出,我国民法典编纂的主要任务不是大规模地创制新规范,而是对现有的民事法律规范进行整理汇编,消除彼此之间的矛盾冲突。据此,有人建议分四步处置司法解释规范,一是分类清理现行有效的司法解释文件,废止该废止的,抽象总结出的有效规则作为纳入民法典的备选内容;二是对入选的部分,厘清重复、矛盾与冲突之处,统一法律内部的规范设计,形成统一和谐的民法规范体系;三是将上述系统整理的规范内容纳入民法典,四是将无需纳入民法典的过于技术化、细致化的规定仍保留在司法解释文件之中。<sup>⑦</sup>这一立场,同样适用于我国《合同法》分则修订过程中对于相应司法解释的处置。

## (二) 几类主要合同的修订课题

### 1. 买卖合同

“买卖合同”章的修订,是我国《合同法》分则修订的重中之重。买卖合同是社会经济生活中最常见、最基本、最典型的商品交换形式和法律关系,正如德国民法学者霍恩所言,“在各种交换性的行为中,买卖是最重要的一种”。<sup>⑧</sup>买卖合同还是所有有偿合同之典范,各国契约法总则中诸多制度皆以买卖为蓝本而构建,契约法中的绝大多数规则均来自买卖法,买卖合同在各国民法典中也都居于典型合同之首,买卖合同法则成为基本民商法规范。<sup>⑨</sup>我国《合同法》第九章通过46个条文规范买卖合同,条文数量居15种有名合同之首。该法第174条明确规定“法律对其他有偿合同没有规定的,参

①其中针对合同法分则有《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《商品房买卖合同解释》),《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》(以下简称《房屋租赁合同解释》),《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《技术合同解释》),《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《建设工程合同解释》),《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《买卖合同解释》),《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《融资租赁合同纠纷解释》),《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《旅游纠纷解释》),《关于审理农业承包合同纠纷案件适用法律若干问题的解释(试行)》,《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释》。此外,《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》、《关于审理物业服务合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》涉及保证、定金、物业服务等合同。

②薛军《民法典编纂如何对待司法解释》,《中国法律评论》2015年第4期。

③参见周永坤《法理学》,法律出版社2004年版,第71页;陈林林、许杨勇《司法解释立法化问题三论》,《浙江社会科学》2010年第6期。

④张新宝、王伟国《最高人民法院民商事司法解释溯及力问题探讨》,《法律科学》2010年第6期。

⑤沈肖《司法解释的“民主化”和最高法院的政治功能》,《中国社会科学》2008年第1期。

⑥参见前注②,薛军文;王竹《以“非基本法律法典化模式”编纂民法典的立法程序——一种“实用主义思路”的合宪性思考》,《中外法学》2014年第6期;柳经纬《当代中国私法进程中的民商事司法解释》,《法学家》2012年第2期。

⑦比如《商品房买卖合同司法解释》第14条规定“商品房面积误差比绝对值在百分之三以内(含百分之三),按照合同约定的价格据实结算,买受人请求解除合同的,不予支持;面积误差比绝对值超出百分之三,买受人请求解除合同、返还已付购房款及利息的,应予支持。”此处3%的规定,即属于过于技术化、细致化的规定。

⑧[德]罗伯特·霍恩《德国商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1986年版,第126页。

⑨全国人大常委会办公厅、研究室经济室编著《中华人民共和国合同法释义及使用指南》,中国民主法制出版社1999年版,第151页。

照买卖合同的规定。”这使得我国《合同法》第九章堪称该法的“小总则”。<sup>⑩</sup> 最高人民法院发布的《买卖合同解释》、《商品房买卖合同解释》也专注于补充供给买卖合同的规范。另有司法统计数据显示,民商事纠纷案件中买卖合同纠纷始终占据首位,买卖合同纠纷案件审理中需要遵循的原则和判断标准亦常在其他有名合同案件中被借鉴。<sup>⑪</sup>

正因为备受关注,关于买卖合同的修订存在很多主张,列其要者如下。其一,应减少与民法典物权编规则的重复。我国《合同法》颁布在我国《物权法》之前,遗存不少对于物权法“逾矩”的规定,这是历史造成的,但在我国《物权法》颁布后及将来与民法典物权法编与合同法编并存之前提下,买卖合同法规则应避免与物权法规则的重复,如物权法作出规定的标的物所有权移转、孳息归属、主物从物的关系等无须重复,除非买卖合同适用特殊规则。其二,明确无权处分合同的效力,消除目前不同立法、司法解释之间的冲突。<sup>⑫</sup> 其三,吸收《买卖合同解释》、《商品房买卖解释》的有价值规定,丰富有关基本规则。

关于修法路径的争议,亦有如下几方面。一是章节安排,有人主张借鉴《欧洲示范民法典草案》的经验,在“买卖合同”一章下设若干节,分别规定一般规定、若干特种买卖合同(所有权保留买卖、试用买卖、分期付款买卖、商品房买卖、房屋买卖等)的特殊规则。二是如何确立房屋买卖的特殊规则。有人建议在“买卖合同”章下设单节规定“商品房买卖合同”的特殊规则,有人建议单节规定“房屋买卖合同”的特殊规则,二者的差异在于后者除商品房外还包括其他房屋(如俗称的“二手房”),还有人建议应在买卖合同之外另立一章专门规范商品房(房屋)买卖合同。各种单章、单节规定商品房(或房屋)买卖规则的主张,都充分认识到了此类合同与其他买卖的重大区别。然而,单独规定商品房买卖规范抑或房屋买卖规范的分歧,源自人们对于商品房买卖与其他房屋买卖之间更具有同质性抑或异质性的认识不同。

## 2. 租赁合同与融资租赁合同

租赁合同,从社会经济生活中的重要性看仅次于买卖合同,同时也是转移标的物使用权类合同中的最典型合同,完善其规范可谓举足轻重。我国《合同法》第十三章“租赁合同”的规定总体上较为完善,但也有亟待解决的几个问题。一是个别规则的设计未尽合理,比如关于出租人不履行维修义务的,仅规定承租人自行维修而未赋予其解除权。二是部分基本规则缺失,如关于租赁物添附的处置规则、转租合同的效力规则及其三方当事人的关系规则尚属缺位。三是对于房屋租赁合同的特殊性规范供给不足(尽管《房屋租赁合同解释》补充了一些,但仍然不够),立法价值导向上对承租人的利益保护也颇为不足。如果说前两个问题通过修订、增补个别条文即可解决的话,第三个问题的解决则需要立法的重构。如何重构?有人主张统一设计房屋租赁的特殊规范。有人主张统一设计住宅租赁的特殊规范,突出对于承租人的利益保护,对于商业房屋(写字楼、公寓、商铺等)租赁则另当别论。还有人认为应该统一规定房屋租赁合同的基本规则,尔后分别规定住宅、商业房屋租赁的特殊规则。基于此,有不同学者分别提出“房屋租赁合同专家建议稿”与“住宅租赁合同专家建议稿”,以供人们进一步讨论。在结构体系编排上,有人认为坚持我国《合同法》第十三章的体例即可,无需章下分节,多数人主张“租赁合同”章下分节,分别规定租赁合同的一般规则,以及房屋(或住宅等)租赁的特殊规则。

除租赁合同之外,转移标的物使用权类的合同还有融资租赁合同。“在租赁合同方面,原本以不动产租赁为核心的合同法,随着专业性、复杂性的大型设备的租赁次第涌现,已经发展成为了动产租赁和不动产租赁并重的局面,如专业性、复杂性的大型设备的租赁发展出了融资租赁等新型交易类

<sup>⑩</sup>参见奚晓明主编《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,“序言”部分第1-2页。

<sup>⑪</sup>易军《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》,《法学研究》2016年第1期。

<sup>⑫</sup>一般认为,我国《合同法》第51条规定无权处分合同为效力待定的合同,但《买卖合同解释》将其规定为有效的合同。

型融资租赁法也成为了新的法律领域。”<sup>⑬</sup>很多学者指出,1999年我国《合同法》规定融资租赁合同不仅及时且具前瞻性,迎合了彼时方兴未艾的大型设备租赁市场的迅猛发展趋势,对于我国融资租赁市场的其后规范发展功不可没,但在立法层面还有很多课题亟需研究。《融资租赁合同解释》的多处规定细化了融资租赁合同规则,值得修法借鉴。目前有学者提交的“融资租赁合同专家建议稿”提供了全方位的修订方案。

### 3. 技术合同

我国《合同法》第十八章“技术合同”的规定基本沿袭了已废止的我国《技术合同法》,由于后者制定较早且彼时审判经验不丰富,立法技术有待完善,条文的照搬难免产生一些问题。目前讨论的问题主要有两个,一是合同法与专利法的协调问题。由于上世纪八十年代我国《技术合同法》、我国《专利法》的立法路径依赖等原因,专利技术成果权的归属规范主要在我国《合同法》中而非我国《专利法》,这本身难谓合理,合同法与专利法的关系需要在新形势下进一步协调。二是不少规则难谓合理,尚需进一步完善。比如我国《合同法》第329条规定“非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。”在实践中侵害他人技术成果的行为经常表现为未经权利人的许可非法转让其发明创造的合同,合同约定技术成果使用权归一方的,另一方未经许可就将该项技术成果转让给第三人。此类情形的性质实为无权处分,无论无权处分应当作为效力待定的合同抑或有效的合同处理,作为无效对待总是欠妥的,上述规定将其作为无效对待,不仅造成法律内部的冲突,而且无论从保护真权利人还是从促进技术进步的角度考虑,都显然不妥。

### 4. 运输合同

关于运输合同的修订路径,很有争议。从《荷兰民法典》、《瑞士债法典》等新近修订情况看,运输合同占据重要的地位。应当说,我国《合同法》第十七章“运输合同”的内容是丰富的,设34个条文,分为一般规定、客运合同、货运合同、多式联运等四节,但从总体上看,这些规定随着我国经济快速发展,经过一段时间的适用,也暴露出不少问题。本次修订主要以《合同法》相关规定司法实践中暴露出来的问题为导向,同时注重借鉴比较法经验,修订课题主要有:是否规定准用承揽合同或者服务合同(合同法编分则可能规定服务合同,下文详述)的一般规定;确立大运输观念,是否需要分别规定陆运、水运以及航空运输(尤其是航空运输)的特殊规则;若干规则的进一步完善。

### 5. 其他类型的合同

除上述5类合同之外我国《合同法》上的其余10类有名合同,包括买卖之外的转移标的物所有权的合同(供用水电气合同、赠与合同、借款合同)、交付工作成果类合同(承揽合同、建设工程合同)、运输合同之外的完成劳务类合同(保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同与居间合同)等,也面临程度不等的修订。其中较受关注的有借款合同、委托合同。关于借款合同,我国《合同法》第十二章以商业借款合同为中心设计规范,区分了商业借款与民间借款,但关于后者的规范较为单薄。一种较有影响的意见认为,合同法分则“借款合同”章的规定应该分节,分别规定借款合同的一般规则、商业借款合同与民间借贷合同的特殊规则。这一意见是否妥当以及如何实现,尚待讨论。委托合同的修订课题主要有三项:与我国《民法总则》相协调,如何规定间接代理与隐名代理;科学划分与设计商事委托合同与民事委托合同的规范;其他技术层面规则的进一步完善。

## 二、合同法分则有名合同类型的扩容

### (一) 扩容的必要性

首先,从比较法的视角看,我国民法典合同法编分则中的有名合同类型还有较大的扩容空间。

<sup>⑬</sup>王利明《典型合同立法的发展趋势》,《法制与社会发展》2014年第2期。

《法国民法典》关于合同的规定共 746 条,其中分则 10 章 477 条,规定有名合同包括买卖、互易、租赁、合伙、借贷、寄托及讼争物的寄托、赌博性契约、委任、保证、和解等 10 种。《德国民法典》有关合同的规定共 557 条,其中分则 21 章 365 条,有名合同包括买卖、互易、赠与、使用租赁与收益租赁、借用、借贷、雇用、承揽及类似的合同(旅游合同)、居间、悬赏广告、委任、保管、向路边旅店主处携入的物、合伙、共有、终身定期金、赌博与打赌、保证、和解、债务约定与债务承认、指示证券、无记名证券等 21 种。《意大利民法典》有关合同的规定共 814 条,分则 22 章 517 条,包括买卖、租赁、承揽、运送、委任、代理商契约、居间、寄托、合意托管、使用借贷、消费借贷、结算账户、银行契约、永久年金、终身年金、保险、赌博与赌金、保证、信托、不动产典质、和解、财产转让于债权人等 22 种合同。我国台湾地区“民法”有关合同的规定共 604 条,分则 24 章 412 条,包括买卖、互易、交互计算、赠与、租赁、借贷、雇佣、承揽、出版、委任、经理人及代办商、居间、行纪、寄托、仓库、运送营业、承揽运送、合伙、隐名合伙、指示证券、无记名证券、终身年金、和解、保证等 24 类合同。《日本民法典》有关合同的规定共 298 条,分则 13 章 148 条,包括赠与、买卖、互易、消费借贷、使用借贷、租赁、雇佣、承揽、委任、寄托、合伙、终身定期金、和解等 13 类合同。以上关于合同法的规定条目都是各编最多的,如果不计日本的有关规定,平均有 680 条之多,其中分则条文平均 443 条,合同种类平均 19 种,其中 9 种合同被共同规定,即买卖、互易、租赁、合伙、借贷、委任、寄托、保证与和解。2009 年欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组共同推出《欧洲示范民法典草案》,其第四卷设八编规定八类有名合同:买卖、租赁、服务、委托、商事代理、特许经营与经销、借款、保证、赠与等,其中“服务合同编”又分章规定建筑、加工、设计、信息与咨询、医疗服务等 5 类合同。“商事代理、特许经营与经销合同编”又分设商事代理、特许经营与经销等 3 类合同,总计 14 类合同。<sup>⑭</sup> 还要指出的是,意大利民法典规定的合同类型最多且包括若干类典型的商事合同,与其没有商法典有关。德、法、日三国的商法典各有商事合同的规定,<sup>⑮</sup>这也是它们的民法典规定有名合同类型相对较少的主要原因。合同法具有较强的国际性,比较法上的经验不容忽视,我国《合同法》起草之初即大量借鉴了《联合国国际货物销售合同公约》、《国际统一私法协会国际商事合同通则》。我国《合同法》分则有 298 个条文,涉及 15 类合同。无论是从条文数量还是有名合同的数量看,都有不小的扩容空间。如考虑到我国不准备制订商法典这一背景,这一空间似乎更大一些。

其次,从合同立法的发展趋势来看,适当增加有名合同类型具有实益。在各国司法实践中对有名合同的法律解释相对容易,因为大多数情况下如当事人未能表达或者未能正确表达其意志,法律的具体规定便补充了当事人的意思;如无名合同的约定不明,则解释难度很大。因为在适用法律规定之前,须首先确定合同纠纷的性质,即将某些类型的有名合同与无名合同类比,以确定应适用的具体规定,但无名合同的内容往往较为复杂,很难将之归于某种(几种)有名合同的类型,故性质往往难以确认。解决无名合同法律适用上困难的有力举措,是将更多的合同种类纳入立法,亦即使其有名化。正因为如此,半个世纪以来法国立法机关颁布了一系列法令,在法国法中增加了不少有名合同,如“不动产推销合同”、“租赁—买卖合同”等。<sup>⑯</sup>

再次,新时期市场交易形式的创新加快呼唤新有名合同的入法。在“互联网+”的催生下,新的交易类型与形式以前所未见的速度涌现,不仅崭新的有名合同类型不断增加,原有的有名合同类型也不断出现新的次类型,这要求合同法分则根据类型化原理作出及时的回应。回应时代的需求,是中国民法典具备鲜明时代特征的必然要求。<sup>⑰</sup> 不仅如此,特别法上的调整压力也在加大,“特别法上的典

<sup>⑭</sup> 《欧洲示范民法典草案》,高圣平译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 224-308 页。

<sup>⑮</sup> 如《德国商法典》第三编“商行为”规定了商事买卖、经纪人行为、运输、仓储、货运等多种具体的也是当时最重要的商事合同,1985 年《德国民法典》修订版又增加“商事簿记”一章规定公司结算合同。

<sup>⑯</sup> 参见尹田《法国现代合同法》,法律出版社 1995 年版,第 9-10 页。

<sup>⑰</sup> 参见石佳友《治理体系的完善与民法典的时代精神》,《法学研究》2016 年第 1 期。

型合同在被逐渐完善之后,也有可能转化为合同法上的典型合同”。<sup>18</sup> 为了寻求规则的统一性,我国民法典合同法编至少需要纳入较成熟的新合同类型,给与有效调整。

最后,从我国合同法的立法经验看,合同法分则扩容规划需要尽快落实。全国人大常委会法工委主任顾昂然在第九届全国人民代表大会第二次会议上作《关于〈中华人民共和国合同法(草案)〉的说明》时指出,除了我国《合同法》已经规定的15类有名合同外,“现实生活中的合同多种多样,今后还会出现一些新类型的合同,现在不可能都在分则中作出规定,有些本法没有规定的合同待成熟后,可以在合同法分则中增加规定”。<sup>19</sup> 这就承认了我国《合同法》不断新增合同类型的必要性,并明确了标准:何时增加以及增加哪些新合同类型,要视其成熟与否。离我国《合同法》颁行之际已近二十年了,我国市场经济得到进一步的发育,社会主义市场经济法律体系基本形成,其间有不少新合同类型进一步发育成熟,在编纂民法典时将其中一部分纳入合同法编,可谓正当其时。

### (二) 温故而知新: 合同法分则15类有名合同的由来与持续争论

1999年制定我国《合同法》的过程中,“对于在分则中究竟写哪几章哪些有名合同,有的专家希望列的全一些,有的专家建议列的精一些、典型一些”。<sup>20</sup> 尽管存在很多的讨论与争议,<sup>21</sup> 最终还是15类合同入法。至于其入法依据,前引顾昂然的报告指出“以上合同都是企业事业单位和公民在生产经营中普遍发生的,分则的规定为当事人订立、履行合同提供了具体规范,也为法院、仲裁机构审理或者仲裁案件提供了依据。一些成文法国家在民法中一般也规定十几类合同。”<sup>22</sup> 这就透露了15类有名合同入法的标准与依据。除这15类合同之外,当时还有很多类型合同的入法问题被激烈讨论,其中不少在数易其稿的“专家建议稿”、“草案”中都被专章规范,在较靠后的立法审议环节才被删去。这些合同包括合伙合同、借用合同、雇用合同、劳动合同、土地使用权出让和土地使用权转让合同、农村土地承包合同、企业承包合同、企业租赁合同、邮政合同、电信合同、外商投资合同、特许经营合同、营业转让合同、储蓄合同以及医疗、旅游、住宿、饮食与培训等服务合同,共计20余种。关于这些合同的入法与否,无论在民法理论界还是立法机关组织的地方、部门的立法调研过程中都有相当激烈的争论,几乎每种合同之“应当入围”都获得地方、部门的有力支持或者学者的有力主张。这些合同最终没有入法,原因主要有两点,一是当时保险法、劳动法、著作权法等特别单行法对有关合同的特殊性问题作了具体规定,为避免重复,在合同法分则中不再专门规定;二是有些合同当时尚不成熟,需要进一步研究,在我国《合同法》分则中暂未规定。<sup>23</sup>

### (三) 旧问题,新争议: 新增有名合同的取舍

从1999年至今的18年间,我国市场交易总量、交易类型与交易形式均有飞跃发展。时值我国民法典编纂,合同法编设置有名合同的数量及其类型取舍,再次成为争议焦点。实际上,1999年我国《合同法》颁行前后一直存在着的三类立法问题,此次藉民法典编纂之机可否获得解决,颇值研究。其一是,部分规定在单行法上的合同,如该单行法在民法典颁布后被整体废止,客观上需要“整体搬迁”入合同法编,如我国《担保法》上的保证、定金合同。其二,规定在单行法上的合同,如单行法继续存在,有无必要将其一体纳入合同法编,存在争议。此类合同主要是一些重要的商事合同,如我国《保险法》上的保险合同,我国《旅游法》上的旅游服务合同等。其三,近二十年来日益成熟的新型有

<sup>18</sup>同前注<sup>13</sup>,王利明文。

<sup>19</sup>顾昂然《关于〈中华人民共和国合同法(草案)〉的说明》,载孙礼海主编《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,法律出版社1999年版,第24页。

<sup>20</sup>李国光主编《中国合同法条文释解》,新华出版社1999年版,第21页。

<sup>21</sup>参见全国人大常委会办公厅、研究室经济室编著《中华人民共和国合同法释义及使用指南》,中国民主法制出版社,1999年版,“序言”部分;参见上注李国光主编书,“前言”部分。

<sup>22</sup>同前注<sup>19</sup>,顾昂然文。

<sup>23</sup>同前注<sup>21</sup>,全国人大常委会办公厅、研究室经济室编著书,“序”第4-5页。

名合同,事关人民群众日常生活,亟待入法,如物业服务合同、医疗服务合同、商业特许经营合同等。截至目前,由专家与实务人士提出的拟新增有名合同的最大清单包括保证合同、定金合同、合伙合同、和解合同、雇用合同、保险合同、特许经营合同、出版合同、信用卡合同、存款合同、储蓄合同、旅游服务合同、快递服务合同、电信服务合同、互联网服务合同、医疗服务合同、物业服务合同、服务合同等 20 余种。这些合同能否进入民法典合同法编,既有共识也有争议,可以归结为以下七个问题。

其一,进入合同法编的基本标准:重要且必要。所谓重要是指此类合同在市场交易中具有普遍性,所谓必要是指此类合同客观上缺失规范,确有法律调整的必要性、迫切性。以此标准来衡量,诸如使用借贷(借用)合同、消费借贷合同、定金合同的入法,都是值得怀疑的。<sup>②4</sup>反之,邮政、电信合同的入围一直被呼吁,理由主要是“邮电、电信事业在国民经济和人民生活 中占据极其重要的地位,邮政与电信合同迫切需要法律规范;邮政、电信合同具有典型性,包括合同主体、成立时间、服务标的、履行等方面都具有特殊性。”<sup>②5</sup>如果此理由果真成立,那么就 应该认真考虑这两类合同的入法。另外,严格控制进入民法典的有名合同的种类与数量,很大程度上是从民法典自身的角度考虑的。正如江平先生早已指出的,进入民法典有自身标准,考虑民法典的容纳量,最好瘦身前行,轻装上阵。<sup>②6</sup>特别是,考虑到法典化本身的超稳定性与不易修改,一些未必成熟稳定的合同类型应该慎入,比如快递服务合同,似乎还可以再等一等。

其二,需要“整体搬迁”的合同,入法不应存疑。此类合同以 保证合同为代表。1995 年颁行的我国《担保法》分别规定保证、抵押、质押、留置与定金等五种担保方式,后来,抵押、质押、留置等担保物权的 规定为 2007 年我国《物权法》取代,且未来民法典物权法编会继续规定之;在民法典编纂完成后,我国《担保法》应当会被废止,保证与定金这两种债权担保“无家可归”,需要“整体搬迁”入民法典合同法编。保证合同的有关规定经过进一步修订后进入合同法编不存在异议,但定金合同“整体搬迁”与否,需要思量。反对者认为,定金的有关规定内容过于单薄,<sup>②7</sup>从前述“重要且必要”的标准考量,其作为一类独立合同入民法典的理由并不充分。而且,定金除了并不强烈的担保功能之外,更主要作为一种意定违约责任而存在,关于后者,我国《合同法》总则部分已有规定,未来民法典合同法编总则部分继续规定即可。这一见解,无疑值得重视。

其三,重视基本类型的民事合同。虽然 1999 年我国《合同法》恪守民商合一体例,<sup>②8</sup>但当时的立法宗旨与关注点是该法第 1 条所昭示的“维护社会经济秩序,促进社会主义现代化建设”,故规范重点是发展市场经济亟需的合同类型(多数是商事合同),对于民事合同反倒重视不足。时至今日,作为“市民生活宝典”的民法典不应该忽视人民群众日常生活中运用广泛的民事合同类型,比如雇用合同与 和解合同。雇用关系(雇用合同)、劳动关系(劳动合同)之间的关系,曾是我国民法与劳动法领域最基本、最混乱的话题之一。<sup>②9</sup>我国《劳动合同法》第 2 条将劳动合同中的用人单位限于境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织,并将有关规定准用于国家机关、事业单位、社会团体。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第 7 条将“家庭或者个人与家政服务 人员之间的纠纷,个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷以及农村承包经营户与受雇人之间的纠纷”排除在劳动争议之外,实际上从反面界定了雇用合同的领域——限制于家庭、个人与家政服务人

<sup>②4</sup>1999 年我国《合同法》的“建议稿”曾专章规定借用合同。然而,有的单位认为,“无偿借用物品,基本与合同法立法宗旨无关,应删去该章”。该建议被立法者采纳了。参见前注<sup>①9</sup>孙礼海主编书,第 113 页。

<sup>②5</sup>同前注<sup>①9</sup>孙礼海主编书,第 274-275 页。

<sup>②6</sup>江平《中国民法典制订的宏观思考》,《法学》2002 年第 2 期;王轶《我国民法典编纂应处理好三组关系》,《中国党政干部论坛》2015 年第 7 期。

<sup>②7</sup>我国《担保法》上有关定金的规定仅有三个条文,即使加上最高人民法院有关司法解释的规定,关于定金的法律规定仍显单薄。

<sup>②8</sup>王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,《法商研究》2015 年第 4 期。

<sup>②9</sup>从 1999 年我国《合同法》制定时的立法资料看,不少人将劳动合同、雇用合同混为一谈。参见前注<sup>②0</sup>李国光主编书,第 18 页。

员之间,个体工匠与帮工、学徒之间,农村承包经营户与受雇人之间。这是一个具有庞大数量的民事法律关系领域,我国民法典无法视而不见。和解合同是“当事人相互让步,以终止已产生的争议或防止发生争议的合同”,是当事人“自由意志”的体现,也是意思自治原则在解决纠纷上的反映,<sup>⑩</sup>在各国人民的日常生活中运用广泛,在奉行忍让、谦和、和谐共生的文化传统的我国更是如此,域外多数民法典都有此类规范,我国民法典理应重视。

其四,协调与物权法编的立法分工。早在1999年我国《合同法》制定过程中就存在是否规定土地使用权出让与转让、农村土地承包等合同的讨论,有人建议规定,有人主张其属于用益物权的内容,着重应由物权法规定,立法机关采纳了后一种意见。<sup>⑪</sup>当时的背景是尚未制定我国《物权法》,目前在我国《物权法》已规定、未来民法典物权法编继续规定用益物权制度的背景下,无需合同法编重复规范,自不待言。对于多部自然资源法上的自然资源用益权合同,亦是如此。

其五,审慎对待特别法上的有名合同的进入。比如保险合同,虽然符合上述“重要且必要”标准无疑,但鉴于我国《保险法》已经对其作出规定,且保险合同构成保险法的主要内容,<sup>⑫</sup>这种立法体例在过去20多年实践中并无不妥,无论从立法、司法的路径依赖立场考虑还是从法本身的稳定性考量,似乎都没必要改弦更张。再从民法与商法关系的角度来观察,保险法作为商法的组成部分以单行法的形式存在,符合我国民商事立法体系的整体安排:民法为一般法,商法为特别法且以单行法形式存在。类似的还有旅游服务合同,2013年颁行的我国《旅游法》设有19个条文予以体系化规范,民法典有必要重复抑或制定更详细的替代规定吗?尽管一直存在制定一部大而全的合同法的呼吁,<sup>⑬</sup>1999年我国《合同法》的立法者决策认为,商标法、专利法、著作权法、铁路法、土地法、农村承包经营法、海商法、担保法、保险法、民用航空法、拍卖法、中外合资经营企业法、中外合作经营企业法、合伙企业法等单行法对注册商标、专利权的转让、著作权的许可使用、保证、定金、抵押、质押、特殊运输、保险、拍卖、外商投资、合伙等合同作出了较为详细的规定。“考虑到上述法律对有关合同的规定较为具体,倾向于上述合同的内容不在合同法分则中规定,分别使用上述法律的规定,上述法律未作规定的,可以适用合同法总则的规定。”<sup>⑭</sup>重温这一决策,对于平息今天的有关争议仍有现实意义。

其六,积极、创新性地引入新的服务类合同。上述新增合同类型的最大清单包括服务类合同,包括出版合同、信用卡合同、储蓄合同、存款合同、金融服务合同、旅游服务合同、快递服务合同、邮政服务合同、电信服务合同、互联网服务合同、医疗服务合同、物业服务合同等。如前所述,这些合同类型是否进入我国《合同法》分则,制定1999年我国《合同法》的时候几乎都被深入讨论过,最终被否定的理由有多个,其中主要的一个具有共性的理由是“认为这方面经验不多,国内外没有明确规定,写在合同法中条件不成熟”。<sup>⑮</sup>时至今日,这些合同的立法经验是否更加的(或者足够的)多了?写入合同法的条件是否成熟了?这需要逐一评估。目前被提出的立法方案有三个。方案一,专章规定“服务合同”,以概括、系统地供给服务类合同的基本规则。《欧洲示范民法典草案》是这样做的,其第四卷第五编设“服务合同”,下设“一般规定”、“适用于服务合同的普遍规则”、“建筑合同”、“加工合同”、“保管合同”、“设计合同”、“信息与咨询合同”、“医疗服务合同”等八章。我国也有学者提出了“服务合同专家建议稿”。此方案有两大优势,一是大大减少各类服务类合同的重复性规定,仅针对每类服

<sup>⑩</sup>丁南《论民法上的和解》,《政治与法律》2004年第3期。

<sup>⑪</sup>同前注<sup>⑩</sup>,李国光主编书,第18页。

<sup>⑫</sup>我国《保险法》被称为保险行为法与保险业法的综合体,前者是指关于保险合同(第二章)、保险经营规则(第四章)的规定,后者指向关于保险公司(第三章)、保险代理人与保险经纪人(第五章)、保险业监督管理(第六章)。该法中关于保险合同的规定计57个条文,占整部法律的187条的三成。

<sup>⑬</sup>《地方、中央有关部门和法学教学研究等单位对〈合同法(征求意见稿)分则的意见〉》,载同前注<sup>⑩</sup>,孙礼海主编书,第93页。

<sup>⑭</sup>参见同前注<sup>⑩</sup>,李国光主编书,第26页。

<sup>⑮</sup>参见前注<sup>⑩</sup>,孙礼海主编书,第31页、第74页、第94页、第219-222页、第274-275页。



务合同规定自身的特殊性规则;二是可以减少过多的服务类合同单独入法。然而,问题在于,在“最大公因式”的基础上提炼出真正涵盖所有(或者绝大多数)服务类合同的共同规则,需要高超的立法技术。方案二,退而求其次,专章制定金融类服务合同的一般规则,涵盖信用卡、储蓄、存款等合同,以及基金投资、期货买卖、国债买卖、私募基金投资等合同。目前有学者起草了“金融服务合同专家建议稿”。这一方案的利弊得失,同专章规定“服务合同”的方案相似。方案三,分别规定每类有名服务合同。不过,上述各类服务合同“携手”入法的可行性不大,那么究竟哪些入法,竞争激烈,需要逐一考量,其间包含了很多的立法选项。比如储蓄合同与存款合同的选择,一般认为后者包括了前者,但也有不同意见。<sup>③⑥</sup>

其七,积极规范重要的典型商事合同。关于此点,详见下文的进一步讨论。

### 三、民事合同和商事合同区分模型的安排与落实

从比较法的视角看,无论民商合一抑或民商分立的立法体例,传统大陆法系民法典合同法编并非以“民事合同—商事合同”二分的面貌呈现,各国更倾向于有名合同的类型划分标准,如买卖合同、服务合同、雇佣合同等,这些合同当然或多或少地包含商事合同的特殊规则,例如检查义务、默示承诺、特殊的诉讼时效等条款。然而,无论从数量还是抽象程度而言,这些条款的规模都未形成“民事合同—商事合同”二分的面貌。随着近年来一系列欧盟保护消费者指令、建议的通过,<sup>③⑦</sup>上述情况正得到扭转。欧盟先后通过多部规范消费者合同的指令、建议,使得“经营者—消费者”(B to C)的法律规范体系在各国立法中凸显,与之相对,“经营者—经营者”(B to B)的法律规范也随之进入立法的视野。无论民商合一抑或民商分立,无论商法典采商行为立法抑或商主体立法,有关国家的立法者都需要正视民事合同和商事合同区分的立法价值,并嵌入本国既有的法律体系,由此呈现多姿多彩的民事合同和商事合同分野的立法形态。如何将这些欧盟指令纳入各成员国既有的立法,涉及一国既有立法模式的某种更新。德国商法典以商主体为中心概念构建,通过 1998 年交易改革法案予以简化,最终仅在该法典第 1 条、第 2 条留下 Kaufmann、Gewerbe、Unternehmen、Handelsgewerbe 四个商事主体概念,仍坚持“商人—非商人”的合同规范立法技术。2002 年德国债法改革时将欧盟指令中的消费者(consumer)与商人(trader)纳入德国民法典中,完全接受了民商事区分的合同立法模式。法国则未触及法典的改造,直接颁布单行的消费者保护法(Code de la Consommation)等法律,既不拆解欧盟指令也不动摇本国法典体系,采用解法典化的进路来完成对指令的纳入。荷兰则坚持将欧盟指令的纳入作法典化表达,1992 年起草完成的新民法典废除了民商法的区分,为了将含有民事合同和商事合同区分方式的欧盟消费者保护指令纳入荷兰法,立法机关不得已将完整的欧盟指令分解成各条,对其进行抽象,安插在新法典各处。<sup>③⑧</sup>

我国《合同法》坚持内在的民商合一体例,民事合同与商事合同被混同在一起作一体规定,相关

<sup>③⑥</sup>目前我国银行的存款业务中有储蓄存款、单位存款之别,无论从现行法还是银行业务实践看,这两类存款都存在很大区别,最大区别体现在基本原则不一样:储蓄存款适用“存款自愿、取款自由、存款有息、为储户保密”的原则,单位存款需要遵守现金管理的有关规定,单位不能自由支配存款。现行法对储蓄合同有所规范,但在法律层面对于储蓄存款、单位存款的规范都较为缺失。参见《李鹏委员长在北京进行合同法立法调研情况简报》,载同前注<sup>①⑨</sup>孙礼海主编书,第 219—221 页。

<sup>③⑦</sup>比如,2008 年针对消费者权利指令的提议(Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Brussels, 8. 10. 2008, COM (2008) 614 final),旨在修改欧盟此前颁布的四项“消费者合同中的权利”指令(指 1985 年以来的上门推销指令、不公平合同条款指令、远程合同指令、消费者商品买卖及担保指令等,Directive 85/577/EEC(OJ L 372/31, 31. 12. 1985); Directive 93/13/EEC(OJ L095/29, 21. 04. 1993); Directive 97/7/EC(OJ L144/19, 4. 6. 1997); Directive 1999/44/EC(OJ L 171/12, 7. 7. 1999); COM(2003) 68 final(12. 2. 2003)(OJ C 2003/63/01)。这些指令都曾对不同类型的消费者合同做出特别的保护规定。

<sup>③⑧</sup>据专家统计,大概有 10% 的现行荷兰民法典由欧盟指令转化而来。J. M. Smits, ‘Europa en het Nederlandse privaatrecht’, (2004) 87 NTBR, p. 493.

法律规范从立法概念、立法理念上都不作区分,15种有名合同的有关规定并未强调“商事——民事”合同区分的意义,也未体现“商人—商人”、“商人—消费者”在交易规则上的差异。我国《合同法》第22条、第26条、第60条、第61条、第92条、第125条中的“交易习惯”,并不能被理解为单纯的“商事习惯”,而是与民事习惯不作区分。究其实质,乃是以民事合同包含和掩盖商事合同,无视、否认商事合同的特殊规则。与此同时,作为民法特别法尤其是民事合同法特别法的我国《消费者权益保护法》规定了经营者与消费者这一对对立的主体,“为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务”是该法第2条上消费者的法律定义;显而易见,我国《消费者权益保护法》规制的对象范围为民事合同,该法大体上是民事合同单行基本法。由此民事合同与商事合同的立法格局呈现下列态势:有民事合同的基本法(我国《合同法》)与特别单行基本法(我国《消费者权益保护法》),也不乏商事合同单行法(比如我国《保险法》关于保险合同的规定),唯缺乏商事合同基本法,关于商事合同的规范散见于合同法分则各类合同章节与各单行商事法。

在民商合一体例下编纂我国民法典,将“民事—商事合同”的区分模型纳入民法典仍有很大难度。这种难度不仅在于我国商事立法传统的欠缺与法律规范积累的欠缺,而且在于民法典编纂对于民商事规范实质二分的立法理念自觉的缺位。以消费者合同为例,我国立法、司法乃至法学研究中往往更侧重从经济法视角“保护弱者”即基于所谓“消费者权益保护法”的立场对其加以规范。实际上,消费者权益保护法作为民法特别法,“经营者—消费者”之间缔结的合同属于特殊的民事合同,就消费者合同的订立、权利义务关系、消费者特殊权利救济、经营者特殊义务与严格责任等方面需要特别规范。这一规范的出发点与落脚点并非主要基于“保护弱者”的理由,更主要的是就民事合同与商事合同区分模型下的立法选择。罗尔斯在《正义论》中指出“只在下述情形,区别对待是正义的:那些最不能享受好处的人也能因此获益。”<sup>③</sup>如果说在“互联网+”的助力下人们进入了一个“全民创新、万众创业”的全新商业时代,那么商事合同基本法的确立则是一个时代的要求。作为一枚硬币的反面,与此相对应的一个现实是当今社会也步入了消费者时代,消费者合同可被视为基本的民事合同,消费者权益保护法实则充当了民事合同单行基本法之角色。在此时代背景下,商事合同与民事合同的区分价值愈加凸显,对于消费者与经营者双方的权利义务恰当区分及其相对应的利益保护规则的设置都是极其有益的。然而,很长时间以来我国的研究者将消费者权益保护法纳入经济法学的界域,不仅不当的夺走了民事合同的主要领地,且伤害了民事合同与商事合同的区分模型——因为缺少了民事基本合同的对比,商事合同在民法典中的凸显也就缺乏支撑,这使得民法典编纂中民事合同与商事合同区分模型的嵌入更加艰难。

在坚持民商合一体例的背景下进行合同法分则编纂,相关有名合同的规范设计需要更自觉、更明确地区分民商事合同规范,增加商事合同特殊规范的供给。正由于对商法特殊性的关注不足等成因,包括我国《合同法》在内的我国民事立法在诸多具体规范设计上存在民法规范商法化不足与民法规范商法化过分的双重积弊,<sup>④</sup>给司法审判的法律适用带来极大的困惑,甚至引发了普遍的不公平,业已引起学界的反思。<sup>⑤</sup>以委托合同为例,我国《合同法》第410条规定“委托人或者受托人可以随时解除合同。”这是采纳了大陆法惯例即承认委托人的任意解除权,但在大陆法上任意解除权规则与委托合同被定性为无偿合同紧密相连,因为事属无偿,当事人之间的信任关系高,受托人出于其与委托人之间的特别关系而从事委托事务,实际上是在给与委托人一种恩惠。一旦双方彼此之间的信任消失,受托人自然可以拒绝继续这种恩惠的施予,而委托人也没有必要再接受此种恩惠。在此情况下,赋予双方的任意解除权也就顺理成章。然而,我国《合同法》采用民商合一体制,该法第405条以商

<sup>③</sup>See John Rawls, *A Theory of Justice*, revised edition, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1999 [1971], pp. 65-73.

<sup>④</sup>李建伟《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,《中国法学》2016年第4期。

<sup>⑤</sup>崔建远《编纂民法典必须摆正几对关系》,《清华法学》2014年第6期。

事委托为典型承认了委托合同性质上以有偿为原则、无偿为例外。在这种前提下,承认委托人的任意解除权就构成了体系矛盾,实践中也积弊重重。因此,要么限制或者去除委托人任意解除权,要么区分民事的委托合同与商事的委托合同而作不同的规则设计,才是可行的。类似的立法现象还有很多,限于篇幅不一列举。总之,我国《合同法》既采民商合一体制,尤其注重从现实生活的需要出发而构建具体的规则,但其在实现民商事合同规则的协调与区分方面还有很多的不足,亟需在民法典合同法编编纂中解决。

可行的民事合同与商事合同区分立法模型之实现,还需要合同法分则积极规范若干重要的典型商事合同,如特许经营合同、营业转让合同等。在现代私法领域中,法律规范的创新发展的主要驱动力乃在于商法。“商事主体是所有市场主体中最富创造力的主体,其具有较强的追求利润和提高交易门槛的动机,这使其越来越倾向于在交易规则设计时体现专业性,这尤其表现在金融领域的各种交易中,金融交易中的各种新类型合同,其不仅要适用传统合同法的规则,而且要适用金融领域特有的一些交易惯例。”<sup>⑫</sup>其实,不只是金融领域,整个商事领域的制度创新一直蓬勃发展,商事领域的创新规范也以越来越快的速度扩展到民法领域,继而被民法所吸收而成为整个民法的规则。由此,坚持民商合一体例的民法典合同法编的编纂中,积极规范重要的典型商事合同成为必选项。虽然限于篇幅无法展开论证,但笔者认为,从商法的视角看,特许经营合同、营业转让合同无疑符合入围民法典合同法编的“重要且必要”的标准。

#### 四、合同法编分则部分的结构体系安排

若干类新增有名合同进入合同法编后,紧密相关的一个立法技术问题就是体系结构的编排。当初在 1999 年《合同法(征求意见稿)》的讨论中,就有部分地方、部门提出,彼时的“征求意见稿”对有名合同的分类标准不够科学,存在并列和交叉的情况,建议按合同的性质加以排列:首先是转移所有权的合同,将买卖合同列在前面,赠与合同次之;其次是转移财产使用权的合同;最后是以工作成果为标的的合同。<sup>⑬</sup>在最终出台的我国《合同法》文本中,15 类有名合同实际上被分为五大类并依次排列:转移标的物所有权的合同,包括买卖合同、供用水电气合同、赠与合同与借款合同等四种;转移标的物使用权的合同,包括租赁合同与融资租赁合同等两种;提供工作成果的合同,包括承揽合同与建设工程合同等两种;技术合同;服务类合同,包括运输合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同与居间合同等六种。然而,有疑问的是,为何在六种服务类合同之间突然插入了技术合同(在运输合同与保管合同之间)其间的逻辑与法理何在?笔者实在不得而知。实际上,技术合同的特殊性即在于其标的为无形财产,就其法律属性而言,其所包含的四类合同(技术转让、技术开发、技术咨询与技术服务)分别相当于转移所有权(技术转让合同)、转移使用权(专利技术成果许可使用合同)、交付工作成果与服务类合同,可谓自成体系。那么,在既有 15 类有名合同的基础上再新增相当数量的有名合同,将来的合同法编分则部分会以庞大的篇幅面世,立法上的篇章顺序如何编排,将是一个重大的立法技术问题。还有,目前我国《合同法》分则只有章、节两个层次(仅在技术合同、运输合同两章之下分节,其余十三章未再分节),将来在民法典合同法编中是否需要在“编”与“章”之间增加“分编”这一层次,以及(或者)在多个重要合同(如买卖合同、租赁合同、服务合同等)章下设节,都需要进一步研究。

(责任编辑:陈历幸)

<sup>⑫</sup>同前注<sup>⑬</sup>,王利明文。

<sup>⑬</sup>《地方、中央有关部门和法学教学研究等单位对〈合同法(征求意见稿)分则的意见〉》,载孙礼海主编《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,法律出版社 1999 年版,第 93 页。