

典型合同与合同法分则的完善

周江洪*

按照两步走的部署,民法典分则编的编纂将拉开帷幕。在这一过程中,体系性整合成为最为重要的工作。与此同时,法典的编纂,也是反思现有单行法不足并加以完善的最为重要的时机之一。其中,作为相对成熟的合同法,如何纳入民法典以及纳入民法典时当如何处理相关的章节,等等,必将成为重要的内容之一。这其中会涉及《合同法》总则编与《民法总则》法律行为编的协调问题,也会涉及债法总则存废问题及《合同法》总则编与债法总则内容的体系整合问题,同时还会涉及非合同的债之发生原因(如侵权、不当得利、无因管理、其他发生原因)与合同之债的协调问题。这些问题,都将成为民法典编纂中的重要议题。除此之外,如何对待合同法分则,同样是不可忽视的重要问题之一。合同法分则的问题,其实质是典型合同的取舍问题。

现行合同法规定了15类合同,大致可以分为财产权利移转型合同、财产利用型合同和劳务提供类合同三大类。但从市民社会生活及市场交易状况来看,作为社会交往和市场交易手段的合同类型并不限于上述三大类和15小类。以最高人民法院《民事案由规定》为例,即使不包括证券法、票据法、海商法等特别法领域的各类合同纠纷,其合同纠纷类型也高达六十多种(包括知识产权合同纠纷在内)。《合同法》所提供的典型合同类型与《民事案由规定》所列举的合同纠纷类型之间的数量反差,也足以引起我们的重视:我们是否有必要重新审视典型合同的类型?《合同法》规定的典型合同是否足以满足现实之需要?有无必要借助民法典编纂的际遇作适当调整?其实,在各学者建议稿中,都增加了典型合同类型。但对于为何增加这些典型合同及其取舍标准,多基于相关交易的重要性。但笔者认为,典型合同的取舍,并非交易的重要程度就可以解决的。要回答上述问题,首先要解决典型合同存在的意义以及典型合同的取舍标准问题。以下就此作简单的阐述。

一、典型合同的功能和意义

要回答上述问题,首先要明确典型合同的功能和意义。

民法遵循私法自治和契约自由,除了要求特定有名合同才具有法律拘束力的罗马法等私法早期时代,是否构成有名合同并不影响合同的效力。也就是说,当事人缔结了法典规定以外的合同类型,亦依当事人之意思发生法律效力。也正因为如此,法典规定了哪些类型的合同,并不是十分

* 浙江大学光华法学院教授、法学博士。

重要。那么,各民法典又为何对典型合同做出规定,各自的规定又具有什么样的意义?

在日本法上,以我妻荣、来栖三郎、铃木禄弥、星野英一等学者为代表,一直以来对典型合同的作用保持消极的评价,认为在确定合同的法律效果时,典型合同并没有那么大的作用,认为将大量的精力投入合同的性质决定并没有什么意义,更多地应是去看当事人就何种情形做出了怎样的合意。但是,近年来,也有不少学者开始对此予以反思,并积极主张典型合同的积极意义。依大村敦志、山本敬三、河上正二、石川康博等日本学者的观点,典型合同至少具有以下功能。

1. 典型合同具有设定依据框架的功能和分析基准功能。虽说典型合同的类型来源于社会交往和交易实践,但因为有了法典上的典型合同,围绕合同而展开活动的各相关人,就可以依据典型合同框定的范畴展开各项活动。例如,对于合同当事人而言,每次缔约无须从白纸状态开始,并得以根据法典所提供的框架区分重要部分与非重要部分,只需就重要部分予以协商确定即可;而对于处理合同纠纷的法官而言,在解释合同时,既有的合同类型也提供了重要的分析工具。也就是说,无论是对参与交易的当事人还是对解决合同纠纷的法官来说,因典型合同的存在而大大减轻信息处理的负担。

2. 典型合同具有内容调整功能和合同内容形成功能。典型合同是将合同事实转换成法律构成的重要依据框架,使得权利义务等法律构成更为清晰。不仅如此,针对典型合同规定的任意性规范也可以作为当事人合意的补充,成为解决合同问题的基准。

3. 典型合同具有创造辅助功能和合同内容合理性的评价标准功能。典型合同并非是抑制当事人合同自由的僵化的框架,而是对当事人的契约自由提供支持的重要工具,是当事人之间事先设计权利义务的重要工具。特别是在欠缺实质合同自由的场景,或者是消费者合同领域,以及格式条款规制领域,与典型合同任意性规范的乖离程度经常会成为合同内容是否合理的评价标准之一,典型合同也因此具有维护交易秩序和社会秩序的功能(也因此被称为“半强行性规定”),是促进合同实质自由的重要工具。

虽然笔者以前曾主张过在面对新型合同交易时不要过于夸大合同性质决定的作用,而应更多地关注当事人之间究竟约定了何种义务,不要僵化地进行合同性质决定。但该判断多基于解释论考虑,从上述关于典型合同功能的学者见解来看,典型合同也并非是有可无的;从立法论角度考虑,规定必要的合同类型,其意义和功能仍不能小觑。但问题在于对现实的社会交往形态或交易类型,民法典如何在合同类型上做出取舍。

二、典型合同类型取舍的几个视角

一般来说,作为构成私法关系的基本框架,至少应该反映私法的基本构造,构成社会交往和财产交换基础的基本契约类型,作为最低程度的要求,应当予以规定。在此基础上,对于那些具有普遍性、内容确定性以及社会经济重要性的合同关系,可考虑将其作为典型合同纳入民法典的框架之中。在判断是否纳入时,除了应结合前述典型合同的功能展开分析以外,至少还应注意以下几点。

1. 通过成文法予以调整还是通过判例、行业协会等予以调整

民法典中的典型合同并非越多越好。如前所述,因典型合同具有分析基准功能,若典型合同类型过多,必然会面临合同性质决定的困难,进而丧失作为分析基准的功能。

不仅如此,并非所有合同交易的现实形态都要纳入民法典。在民法典之外,也可以将其交给判例法去解决,或者是通过行政机关、行业协会等推荐的标准示范合同,甚至也可以是法律专家等

拟定的示范文本或示范法等予以处理。

除了具备前述普遍性、确定性及重要性的要求之外,至少还应当存在着不同于现有的典型合同类型的特殊性——越是特殊,纳入典型合同予以规范的必要性也就越高。不仅如此,某些新类型的交易,若需要通过强制性规定予以规范,则用法律予以规定的必要性也就越高。

若以此标准去判断,可以考虑增加的典型合同类型有旅游合同、医疗服务合同、信用卡合同。这三类合同,都具有普遍性、确定性和社会经济生活的重要性的特征。

而且,旅游合同,作为旅游服务的综合给付,在合同性质决定上存在着诸多纷争,也很难纳入现有的15种合同类型。当然,旅游合同,是交由《旅游法》去处理,还是借民法典编纂之机纳入民法典,尚可以进一步考虑。医疗服务合同也是类似,其合同性质争议由来已久,而且涉及生命、身体等重要的法律关系,现有的委托合同等也无法有效应对医疗服务合同中的说明义务、诊疗义务及其他义务等,有必要将其纳入民法典的典型合同之中。不仅如此,要让患者等个别缔约,对于很多意思能力低下的患者来说可能会过于苛刻,有必要发挥典型合同的创造辅助功能,且可以通过典型合同的规定有效地牵制医疗现场的部分不合适的特别约定。信用卡合同,则是现代社会常见的价金支付方式,涉及多方主体的多重法律关系,特别是多方当事人之间在合同上的抗辩权是否会受到影响等,则有待法律上予以明确。

2. 民法典的定位

民法典的定位,也会影响到典型合同的类型。作为市民社会生活的规范表达,民法似乎应该将所有实际生活中的合同类型都纳入法典之中,但事实并非如此。若将民法典定位为最纯粹的民事基本法,则大量的商事合同将被排除在外。如现行合同法中的居间合同、仓储合同、融资租赁合同等。但从现行合同法来看,其明显是民商合一的体制,而非纯粹的民事基本法。考虑到这一点,若将来民法典中仍然维持这一点,且对商行为不做特别立法的情况下,至少可以考虑将特许经营合同、结算服务合同等现代商事交易纳入其中。

同时,考虑到民法典对于市民社会的组织功能,可以考虑将涉及构成市民社会生活基本元素的合意纳入麾下。一般来说,“人”与“财”构成了市民社会的基本元素。涉及人的部分,除了夫妻财产协议等涉及婚姻家庭的纳入人身法范畴之外,随着老龄化社会的到来,养老设施利用等的福利服务合同,因涉及对福利设施利用者的特别保护等,常常会涉及一些强制性规范,因此有必要将其纳入通过法律规范的典型合同范畴。

而对于现代市民社会而言,“信息”无疑也是最为重要的构成要素之一,且其占有和利用均有别于传统的有体物,具有典型合同构建所要求的异质性,北川善太郎等学者也考虑将信息的利用纳入典型合同的框架之中,比如说构建“信息利用许可合同”等合同类型。但是,如何界定所谓的“信息”,以及如何区分各种提供信息的合同(如委托咨询合同等)以及知识产权领域的许可使用合同,等等,尚有不少难度,在立法的实现可能上仍然存在困难。鉴于其实现可能性较低,可交由将来予以解决,暂时不列入民法典之中。

民法典作为组织市民社会的基本法,团体的组成也是其基本的要素之一。因此,团体性契约,也是不可忽视的内容之一。例如,合伙契约、社团发起人之间的协议等,都可以纳入典型合同的备选范畴。虽然商法在营利性团体的形成上发挥了重要的作用,但即使主张民商分立,也并不是所有的团体都受商法规制,作为形成团体的重要工具,有必要增加此等类型。在这点上,《民法总则》的动向值得注意。也就是说,究竟是以组织法的方式还是以契约法的方式或者是两者相结合的方式规范团体的形成,值得考虑。从目前公布的《民法总则》(征求意见稿)来看,其对于合伙的规范仅限于“非法人组织”章节下的“合伙企业”,且要求“非法人组织应当依法登记”,“商化色彩”浓

厚,并未能关注民事合伙及合伙这一“团体”的形成过程。同样地,《民法总则》(征求意见稿)也并未关注法人这一团体的形成过程。从《民法总则》(征求意见稿)的这一动向来看,也就更有必要在合同法层面规定团体形成相关的合同类型了。

此外,市民社会纠纷的解决,并不限于公权力机关的裁决。市民社会自身自主处理纷争,也应得到鼓励。作为纠纷解决方式的和解,不仅与其他类型合同存在相当大的异质性,而且也可以为各种诉讼内外的纠纷解决方式提供基本的框架,有助于各种纠纷解决机制之间的协同。笔者建议将其纳入典型合同的框架。

3. 某一合同类型应当由民法典规定还是由特别法规定

与前一问题相关,民法典的定位决定了某一类合同是交由特别法规定还是交由民法典来规定。例如,保险合同、海商事合同、票据行为、旅游合同、证券承销合同等均已有的特别法予以规范。若保持目前“民法典+民商事特别法”的立法模式,此类合同交由特别法予以处理也并不是问题。但是,如果没有商法典或其他特别的民商事特别法的立法计划,对于需要法律予以规范,借民法典编纂之际交由民法典规范也不失为一种方法。例如,关于营业转让合同,实践中的纠纷并不少,又没有商法典予以规范,买卖合同的准用是否得以完全应对,也值得怀疑。若不考虑商法典或商事特别法,可以考虑在买卖合同的子类型予以规定。

关于这点,目前有可能引起争议的是消费者合同。消费者的概念以及消费者权益保护的基本考量是否应纳入民法典的框架,会涉及相关理论争议。在比较法上,也有将消费者概念导入民法典的立法例,如德国民法典专门规定了消费者贷款合同、经营者与消费者之间的分期供应合同等。因消费者权益保护法等规范对于消费者合同的规定多数并没有细化到合同分则层面,我国民法典中是否就若干消费者合同作为现有典型合同类型的下位概念做出特别规范,可以作为一个备选问题予以讨论。

4. 某一合同类型应当由合同编规定还是其他编规定

在民法典的框架范围内,以协议或合同形式表现出来的社会交往模式或交易模式,至少还有物权设定合同(如用益物权的设定、担保物权的设定)、共有物分割协议、保证合同、定金合同、夫妻财产分割协议、离婚协议、任意监护设定协议、继承合同等。关于物权设定及共有物分割的协议,可以考虑在物权编中予以规定,但其涉及合意的,是否可以参照或类推合同编的规定,应当予以明确。而关于保证合同,虽然法国民法典曾将保证合同与租赁、买卖并列规定为典型合同,2006年以后则移入新设的第5编“担保”之中,但考虑到涉及债的产生问题,可以考虑将其作为债编或合同编的规则予以规定。定金合同,通常附属于特定的合同,可以选择在合同总则中予以规定,但在合意解释等相关规则上,应当予以明确,以便明确定金合同的各子类型。夫妻财产分割协议、夫妻财产制约定及离婚协议等,关涉家庭法的内容,其具有异于通常合同的特征,可考虑在家庭法中予以规定。对于任意监护设定协议的问题,随着老龄化社会的到来,从民法典提供私法自治工具的角度言,有予以规定之必要,可以在民法总则监护部分予以规定,也可以在家庭法领域专设监护一章,就各种监护和照管等做出特别规定。从目前《民法总则》(征求意见稿)来看,第31条规定了完全行为能力人可以在事先以书面形式确定自己的监护人,但并没有更为细致的规则,可以考虑作进一步完善。继承合同,也可以做同样的处理。

总之,对于当事人之间的各种协议,并非都纳入合同编之中,应充分考量民法典各编各自的功能以及各民商事特别法的功能分别予以分担。

5. 合同类型的层级构造与典型合同类型

在设计典型合同类型时,有必要予以考虑的是各典型合同类型之间的关系。从比较法以及现

行合同的规定来看,各典型合同之间并非是简单的并列结构,并不一定出于同一层次。例如,仓储合同是保管合同的子类型,客运合同是运输合同的子类型、建设工程合同(不含监理合同)是承揽合同的子类型。各合同类型之间除了具有并列结构之外,尚有层级结构。

除此之外,从广义的合同类型角度言,有偿合同与无偿合同、双务合同与单务合同、持续性合同与一时性合同等,也都是一种合同类型的分类方法。而且,各自的规则存在着较大的不同。一方面,有必要在合同编通则层面明确其各自的法律规则,同时也表明典型合同类型设计并不限于并列结构和层级结构,也可能会存在一个网状而不是树状合同类型体系。

之所以要对上述问题做出说明,其主要原因在于是否规定服务类合同的小总则。服务类合同的重要性及区别于物型合同的特则不用赘述,但是否有必要设置服务类合同的小总则,则需要考虑现有的合同类型是否足以规范各类服务。以物型合同为例,财产权移转或用益的问题,通过买卖合同、赠与合同、租赁合同、借用合同等在一定程度上已可分担其功能,但就服务类合同而言,以承揽与委托为代表的服务类合同,是否足以分担,尚有不少疑问,可以考虑设立服务合同小总则,作为委托、承揽、保管等服务类合同的上位合同类型。服务合同小总则的插入,并不会影响典型合同的层次结构。

当然,在层级结构设计中,现有合同类型也可以做进一步的细分,如租赁合同中是否考虑区分不动产租赁和动产租赁。特别是住宅的租赁问题,其私法规则有可能不同于动产租赁,在各种管制问题上,也会有其特殊性,可考虑予以特别规范。

6. 典型合同类型与混合合同规则、无名合同规则的联动性

典型合同类型的设计,所要面对的是现实中存在的大量“非典型合同”。如前所述,将所有现实合同类型都作为典型合同予以规定,不仅不现实,且容易滋生合同性质决定的混乱。从实际交易形态来看,现实中大量的合同交易涉及的义务类型,是数个典型合同(或非典型合同)中的债务的混合,对此,可以考虑的是强化混合合同规则的设计,以解决混合合同的适用,同时也可以避免设计大量的典型合同类型。在混合合同的处理上,与前述关于民法的定位也息息相关。作为市民社会的基本法,首先应当规定的是可以作为现实合同类型构成要素的基本合同类型,而对于此等构成要素的组合而形成的混合合同,应保持一定的谨慎态度。其原则之一就是混合合同规则若得以处理,除非基于特定的政策考量,就不要规定成典型合同。

除此之外,对于无法纳入任一典型合同、也并非各典型合同构成要素的组合的无名合同,《合同法》第124条的规定是否足以应对,也应当考虑。这里也会涉及典型合同类型的设计问题。也就是说,如果无名合同的适用规则无法有效应对,其具有普遍性、确定性等特征的,就有必要考虑将其规定成典型合同类型。

基于此等考虑,在社会生活中发挥越来越重要作用的物业服务合同是否应当做出特别规定,就有必要仔细斟酌。从物业服务合同的内容来看,其构成要素并非现有合同类型的简单组合,其性质决定上也会面临诸多问题,可以比照旅游合同一样,将其设计成典型合同类型。

三、可能的典型合同备选类型

依据上述观察,笔者建议,除了现行合同法上的合同类型,可以考虑纳入合同编典型合同备选的主要有:旅游合同、医疗服务合同、信用卡合同、特许经营合同、结算服务合同、福利服务合同、团体形成合同(合伙协议、发起人协议)、和解合同、营业转让合同、保证合同、服务合同小总则、不动产租赁合同、物业服务合同。此等合同类型,至少可以作为典型合同的备选类型,但是否得以实现

典型合同化，当然还需要考虑规则设计可能性等立法上的实现可能性。

除此之外，“信息”相关的合同，消费者合同则可以纳入考虑的范畴，以便将来有可能做出有效应对。对于民法典其他各编涉及的各种协议，应在其他各编中予以规定或完善，如涉及监护的一些协议，涉及家庭内部关系的一些协议以及物权设定方面的协议，等等。此外，对于合同法规定的“技术合同”，也同样可以借助民法典编纂之机，重新审视其合理性。从理论上来说，技术合同，属于合同法中的一个“怪胎”，其在本质上要么纳入“权利”的买卖或“租赁”，要么纳入“承揽”“委托”等合同类型，是否在民法典编纂之际将其删除，而交由专利法等特别法予以处理，也是值得考量的问题之一。

（责任编辑：庄加园）

关于民法典合同法分则的立法建议

方新军*

判断一个国家的民法典是否新颖，合同法分则的种类及编排是一个重要的指标。从最新编纂的民法典进行观察，合同法分则中有名合同的类别出现了大规模扩张的趋势。每一个合同类别实际上都涉及一个行业，新合同类别的原创性和继受速度是和一個国家的经济发展水平成正比的。改革开放以来，中国的经济得到了飞速的发展，但是我国1999年制定的《合同法》只规定了15种有名合同，而同年制定的澳门民商法典却规定了31种，如果考虑到其中有些合同种类又包括了一些亚种，实际数字比这还要多。即使从本国的历史沿革考察，七十多年前制定的《中华民国民法典》也规定了24种有名合同，如果算上后来修订所增加的种类则是27种。因此，在民法典的编纂中一定要借鉴合同法分则的最新发展趋势，同时考虑新合同类别在中国的实际发展状况，从而做出有针对性的立法。

一、合同法分则的发展趋势

如果以罗马法为起点，对大陆法系民法典的合同分则进行概览，我们可以比较清楚地看出合同法分则的变迁和发展趋势。罗马法中的有名合同一开始只有8种，即买卖、租赁、合伙、委任、消费借贷、使用借贷、寄托、质押。这8个合同种类一直作为母体分娩出源源不断的新的合同种类。

* 苏州大学王健法学院教授、法学博士。