

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。

在很长一段时间里,人类都走不出罗马人概括出来的这8个合同种类,有的只是进一步的细化而已。

1804年《法国民法典》中规定了“买卖”“互易”“租赁”“合伙”“借贷”“寄托与讼争物的寄托”“射幸契约”“委托”“保证”“和解”“仲裁”“质押”“优先权与抵押权”等13种。在后来的修订中又增加了“不动产推销契约”(1971年)和“关于行使共有权的协议”(1976年)2种;《法国商法典》中规定了“代理商”“居间商”“证券经纪人”“质押和行纪商”,加上“海商”共5种。合计20种。

1900年《德国民法典》在其第二编“债务关系法”的第七章“具体债务关系”中规定了如下合同种类:1.“买卖和互易”;2.“赠与”;3.“使用租赁、收益租赁”;4.“使用借贷”;5.“消费借贷”;6.“雇佣合同”;7.“承揽合同”;8.“居间合同”;9.“委任”;10.“寄托”;11.“旅店主处物的携入”;12.“合伙”;13.“终身定期金”;14.“赌博、打赌”;15.“保证”;16.“和解”;等等。在以后的修订中,德民在“承揽合同”中增加了“旅游合同”(1979年);从“消费借贷合同”中分离出“金钱消费借贷合同”(2002年);从“委任合同”中分离出“有偿事务处理合同”,并进一步细分为“汇兑合同”“支付合同”和“转账合同”(2002年);同时增加了“分时使用度假设施(Timesharing)合同”(2002年)。《德国商法典》一方面与《法国商法典》相同,从主体的角度规定了代理商和商业居间人,另一方面又从商行为的角度规定了行纪营业、货运营业、承揽运送营业和仓库营业等。这两个方面都与合同的种类有关。合计29种。

1994年的《俄罗斯联邦民法典》在其第二部分的第四编“债的种类”中规定了如下合同种类:1.“买卖”(包括零售买卖、供应、对国家所需商品的供应、订购合同、电力供应、不动产买卖、企业的出卖等);2.“互易”;3.“赠与”;4.“年金和终身赡养”(包括永久性年金、终身年金和终身赡养等);5.“租赁”(包括动产租赁、交通工具租赁、建筑物及构筑物的租赁、企业租赁、融资租赁等);6.“住房租赁”;7.“使用借贷”;8.“承揽”(包括日常生活承揽、建筑承揽、完成设计和勘察工作的承揽、对国家所需工作的承揽);9.“完成科学研究工作、试验设计和工艺设计”;10.“有偿服务”;11.“运送”;12.“承揽运送”;13.“借贷和信贷”(包括借贷、信贷、商品信贷和商业信贷);14.“保理”(Factoring);15.“银行存款”;16.“银行账户”;17.“结算”(委托付款结算、信用证结算、托收结算、支票结算等);18.“保管”(包括商品仓储保管、特殊类型的保管);19.“保险”;20.“委任”;21.“未受委托为他人利益的行为”;22.“行纪”;23.“代办”;24.“财产的委托管理”;25.“特许经营”(Franchising);26.“普通合伙”;27.“悬赏”;28.“公开竞赛”;29.“进行赌博和打赌”。

1999年《澳门民法典》在其第二卷“债法”的第二编“各种合同”中规定了如下合同种类:1.“买卖”(包括须计算、称量或量度之物的买卖、他人财产的买卖、附负担财产之买卖、瑕疵物之买卖、适意买卖及试用买卖、附买回条款之买卖、分期付款买卖、以文件交付而进行之买卖等);2.“赠与”;3.“租赁”;4.“使用借贷”;5.“消费借贷”;6.“劳动合同”;7.“提供劳务”;8.“委任”;9.“寄托”;10.“承揽”;11.“永久定期金”;12.“终身定期金”;13.“赌博及打赌”;14.“和解”;等等。《澳门商法典》在其第三卷“企业外部活动”中规定了如下合同种类:1.“寄售”;2.“供应”;3.“行纪”;4.“承揽运送”;5.“代办商”;6.“商业特许”;7.“特许经营”;8.“居间”;9.“广告合同”(包括“广告合同”“广告传播合同”“广告创作合同”“赞助合同”);10.“运送”(包括“旅客运送”“物品运送”);11.“一般仓储”;12.“旅客住宿”;13.“交互计算”;14.“回购”;15.“银行合同”(包括“银行寄存”“保管箱租赁”“银行信贷之开立”“银行预付”“往来账户中之银行运作”“银行贴现”“保理”“融资租赁”);16.“担保合同”(包括“商业质权”“信托让与担保”“浮动担保”“独立担保”);17.“保险”;等等。合计31种。

从上述民法典合同法分则的内容可以归纳出如下发展趋势：

1. 买卖合同的细分及其制度的复杂化

作为合同法的长子，买卖合同一直对社会经济的发展保持着高度的敏感。原先的买卖合同一般以动产和不动产为标准进行区分，如今买卖合同的细分表现在两个方面，第一是以买卖的方式为标准，分为零售买卖、分期付款买卖、附买回条款之买卖、试用买卖、以文件的交付为条件的买卖、定购买卖等；第二是以买卖的客体为标准，分为须计算、称量或量度之物的买卖、他人财产的买卖、电力买卖、不动产买卖和企业买卖等，而且随着各类新类型财产权的出现，买卖合同的客体有进一步扩展的趋势。同时，随着社会经济的发展，尤其是现代社会日趋陌生化，买卖合同的内容开始日趋复杂化，这尤其表现在合同的订立、标的物的交付和风险负担、违约承认的承担方式等各个方面。我国最高人民法院关于买卖合同的司法解释实际上就是为了应对买卖合同的最新发展趋势给司法实务带来的挑战。

2. 租赁合同的细分

从《德国民法典》开始，原来被囊括在租赁合同项下的物的租赁、雇佣租赁和承揽租赁被规定为各自独立的合同。承揽合同刚从租赁合同中解脱出来，其自身又面临着解体，即运送合同的独立。由于集装箱的出现，运输业出现了第二次革命，这使得联合运输和相继运输得到飞速发展，同时运送合同的内容也更加复杂化。同时代表着现代租赁业的融资租赁也正式登上了合同法的舞台。

3. 代理和行纪合同的细分

由德国法学家保罗·拉班德提出来的委任与代理的区分理论被认为是法学史上的一大发现，在《德国民法典》中有关代理的一般性规定被抽象出来规定在总则编的民事法律行为中。同时根据能否以被代理人的名义进行民事法律行为，将代理和行纪区分开来，而这两者又进行了进一步的细分，共有 13 种，这体现了社会分工进一步细化的趋势。

4. 以提供劳务为基础的合同种类空前扩张

在雇佣合同和承揽合同从租赁合同中分离出来以后，以提供劳务为基础的合同可以分为两大类，即单纯提供劳务的合同和提供劳务成果的合同。前者根据是否可自由支配自己的劳务，分为雇佣合同和委任合同；后者则是承揽合同。我们可以看出新增加的合同种类主要出现在承揽合同和委任合同的范围之内。如果我们从主要是提供体力还是提供脑力进行区分，那么增加的新合同主要是以提供脑力为基础，这以广告合同群和以勘察设计、完成科学研究等为目的的合同为其代表。如果我们从提供劳务的目的来观察，新合同的出现主要集中在银行业和以休闲为目的的服务业这些第三产业中。前者的表现是以银行业为中心的合同群的出现，后者则以旅游合同和分时使用度假设施合同为代表。

以银行为中心的合同群的出现一方面是因为信用交易不断扩大，另一方面也是科技革命，尤其是电子科技革命的产物。这特别体现在支付手段的变化上，即表现为从物物交换——以货币支付——以票据支付——以信用证支付——通过保理(Factoring)和福费廷(Forfeiting)支付——通过信用卡支付的演变过程。实际上以银行为中心的合同群的出现并不是始自上述两部民法典，在《意大利民法典》中这种情况已经出现了，不过当时规定的主要是一些传统的银行合同，如消费借贷、贴现、交互计算、保管箱业务等。以休闲为目的的新合同种类的增加则是恩格尔法则(19 世纪德国统计学家)的体现，即当人们的收入增加时，对所有物品的需求也增加，但比收入增加的比率要更低一些，对服务和闲暇的需求将部分地取代对物品的需求。这也清楚地显示出自 20 世纪 50 年代以来，最发达的国家经历了进一步从第二产业到第三产业的结构变化。随着人们生活水平的

提高,可以预见这一类合同有进一步扩张的趋势。

上述变化的出现表明我们已经进入后工业社会。实际上在前工业社会中,服务行业的比重也很高,但主要是个人服务或家庭服务;工业社会的服务行业则主要集中在运输业和中间商这些领域;只有到了后工业社会,有关保健、教育、娱乐和文艺方面的服务才逐渐占据主要地位,同时以脑力劳动为主的专业人员成为社会的主要人物。

5. 混合合同被规定为典型合同的趋势

20世纪70年代以来大陆法系新增加的合同种类,很大一部分都是混合合同,例如联合运输合同(海、陆、空多种运输方式的混合);旅游合同(包括住宿、运送和承揽等要素);分期付款买卖合同(包括买卖和信用等要素);企业买卖合同(包括有体物所有权、担保权、债权、知识产权、股权等要素);储蓄合同(包括消费借贷和寄托等要素);融资租赁合同(包括买卖和租赁等要素);保理合同(包括债权让与、账户管理等要素);特许经营合同(包括商标、商业名称、商誉、商业秘密等的提供使用、培训等劳务的提供、原材料的供应等要素);分时使用度假设施合同(包括不动产的买卖、租赁、提供服务等要素);等等。可以预计,将来出现的新种类合同,很大一部分仍将是混合型合同。

二、需要增加规定的新合同类别

结合上述合同法分则的发展趋势,我国民法典应该增加规定如下合同类别:

1. 雇佣合同

这是传统民法典中随处可见的合同类别,尽管在劳动法兴起以后,雇佣合同的很大一块已经移出民法典,但是个体工商户、农村承包经营户仍然经常雇佣员工,随着社会生活水平的提高,自然人雇佣保姆的情形也越来越多,实际发生的纠纷也并不少见。

2. 旅游合同

“食不过一腹、居不过一屋”,随着生活水平的提高,人们对精神生活的满足要求越来越高,因此旅游已经成为普通人生活中不可缺少的一部分,而且旅游的形式非常多样化,尤其是随着跨境旅游、自由行旅游、个人之间组团旅游等多种旅游形式的出现,旅游合同的内容也越来越复杂。我国最高人民法院关于旅游合同的司法解释实际上已经反映出司法实践解决旅游合同纠纷的压力。

3. 有偿劳务合同

在最新的《俄罗斯联邦民法典》和《澳门民法典》中均出现了有偿劳务合同的类别。因为现代社会中,人的需求越来越多样化,很多需求都需要他人提供劳务予以实现,例如各种培训合同、专家咨询服务合同。这种合同可以起到一个口袋合同的作用。

4. 承揽运送合同

这也是大陆法系中常见的合同,实际上我国的货运代理行业就是这种合同的典型。近年来,这类合同纠纷在各海事法院甚至常年位于全部收案的首位,无论是在海运,还是在空运行业有关货运代理的纠纷都大量存在。这些纠纷的产生,一方面是货运代理人既可以自己的名义进行法律行为,也可以被代理人的名义进行法律行为,这在法律体系上引发了冲突;另一方面《合同法》没有对其进行规定也是非常重要的原因。由于上海港已经成为全世界最大的集装箱码头、浦东国际机场的货邮吞吐量居世界第三,2005年上海高院就货运代理连续颁布了8个解答,最高人民法院于2012年也做出了相关司法解释,这已经充分表明该类合同的发展对法院司法

实践的压力。

5. 保理合同

这是二战以后民法典中新出现的合同类别。1999年我国的保理业务只有3 000万美元左右，目前我国的保理业务已经达到4 000亿美元左右，甚至已经成为全球最大的出口保理市场。保理的本质是债权让与，但是远比传统的债权让与制度复杂。保理业务的出现是全球贸易从卖方市场向买方市场转变的结果，因为赊销成为常态，这使得信用证的使用大幅降低。保理业务的细分对传统债权让与制度的债权转让范围、通知方式、追索权的行使等产生了重大冲击，我国民法典应对这种新合同类型进行规定。

6. 特许经营合同

我们甚至不需要对特许经营合同在中国的发展进行具体的数据统计，城市当中大量涌现的各类的加盟连锁店就是最好的证明。欧盟4087/88号规则在其序言第7项中指出：“特许经营协议改善了商品的分销和服务的提供，因为特许经营协议使特许人运用有限的资金建立一个统一的销售网络成为可能，这使一些新的竞争者进入市场，特别是对一些中小企业来说，这使他们的竞争力得到增强。如果没有特许人的经验和支持，独立的营销商不可能如此快地建立营销网络，也不可能拥有如此高的成功机会，这使得他们可以更有效地与大型分销企业竞争。”特许经营合同对知识产权的许可使用、技术培训、告知义务的范围、合同解除的方式和效力、不正当竞争法在特许经营合同中的例外等方面有特别的规定，需要以典型合同的形式予以规定。

7. 信用卡合同

现代社会中几乎每个人的口袋里都有几张信用卡，信用卡的出现完全改变了人们的消费方式和支付方式，但是信用卡合同的主体多元结构、多元主体之间的复杂关系、对合同相对性的突破、抗辩权的穿越等问题已经引发了越来越多的纠纷，需要民法典以典型合同形式予以规制。

8. 分时使用度假设施合同

这种合同出现在法国，但是在美国得到充分发展，目前在中国的发展也非常迅速。各类度假酒店、度假村已经开始广泛运用这种合同形式推销自己的服务，但是这种合同权利的性质、对第三人的效力、和物权法、破产法的关联等非常复杂，在中国很多地方甚至演变成一种诈骗的形式。其需要民法典以典型合同予以规定。

9. 广告合同

当代社会已经越来越趋向于陌生人社会，一个人对他人的产品和服务的了解很多时候依赖于广告。尽管已经有广告法对各类广告行为进行规制，但是这些规定主要是管理型的规定，对当事人之间的权利义务几乎不涉及。因为广告合同引发的纠纷也呈现明显增长的趋势，需要民法典以典型合同的形式予以规制。

10. 终身定期金合同

这是传统大陆法系民法典的常规合同类别，但是对于中国有特殊的现实意义。因为中国已经开始进入老龄化社会，因为失独、独生子女在外地或者国外工作等原因，老年人的养老问题日趋严峻。终身定期金合同有其重要的现实意义，而且在中国的实践中已经发展出一些新的样态，需要深入研究并在民法典中予以规制。

11. 射幸合同

尽管赌博在中国是一种违法行为，但是政府发行的各类彩票以及商家组织的各类抽奖活动随处可见，而且随着社会经济的飞速发展，人们的投机行为也会越来越普遍。需要在民法典中以典

型合同予以规制。

三、具体的立法技术

1. 总则一分则的立法技术在合同法分则中的运用

总则一分则模式在复杂的合同种类中大有可为。在澳门民商法典中,这种总则一分则的立法模式简直是扑面而来。在总共 31 个合同大类中,规定了“一般规定”的就有 16 个,这还不包括亚合同中的“一般规定”。这种趋势实际上是社会生活日趋复杂所导致的法律规定也同样日趋复杂的结果。总则一分则的立法模式的第一个好处是通过提取公分母的方式,简化法律规定;第二个好处是有利于法律的适用,因为合同法是个开放的体系,无论立法者规定得多么详细,社会生活中总会出现新种类的合同。一旦出现纠纷,法官唯一的解决办法就是通过类型化的思考方式进行类推,一旦确定属于某一合同种类,这种合同的一般规定就是最好的纠纷解决方案。但是这种立法技术对立法者的要求很高,立法者必须对各种合同的性质有清楚的认识,然后才能对它们进行归类。

2. 对动态体系的立法技术和类型化的立法技术予以灵活的运用

在概念法学破产以后,试图通过概念的生产力和单纯的演绎解决所有案件的企图已经破灭。在最新的民法典中开始出现大规模运用动态体系的立法技术的趋势,由于合同法的开放性,这种立法技术大有可为。

3. 对各类新合同在中国的实践进行充分的调研

在民法典编纂中进行民事习惯调查最主要的就是在合同法领域,这种调查应该分为两个方面,一是司法实践的调查,《合同法》生效已经 17 年,最高人民法院针对合同法已经连续颁布了若干个司法解释,在具体的司法实践中各地方法院,尤其是各省、自治区、直辖市的高级法院都发展出了一些行之有效的解释方法,需要在民法典的编纂中予以总结。同时对于合同法没有规定的新合同类别,各地方法院也做出了很多判决,需要在民法典编纂中予以分析总结。二是对经济实践的调查,每一个新类型的合同都是一个行业,我们需要了解这些新类型合同在中国的具体发展状况以及一些特殊的做法。在民商合一的理论背景下,合同法分则是商法特征最明显的部分,在民法典编纂中应充分考虑合同分则相对于合同法总则规定的特殊性。

(责任编辑:庄加园)