

# 民法典之典型合同类型 扩增的体系性思考

朱广新\*

DOI:10.19375/j.cnki.31-2075/d.2017.01.010

## 目次

- 一、《合同法》上典型合同的立法状况
- 二、《合同法》分则的历史成因
- 三、民法典合同编扩增典型合同的思路与做法
  - (一) 典型合同的再造
  - (二) 典型合同的新增
- 结语

**摘要** 民法典合同编应如何扩增典型合同牵涉到现行《合同法》分则内容的功能评估、民法典合同编与其他法律在规范典型合同上的分工与配合。依《合同法》规定的典型合同看,民法典合同编应在对技术合同做出分化调整,并拓宽买卖、租赁、承揽等三种典型合同的规范范围的基础上,增设雇佣、合伙、保证、快递等合同类型。对于在当今社会经济发展中具有重要意义的旅游、特许经营等合同类型,应在融组织法、行为法、管理法于一体的旅游法、商业特许经营法中予以修改完善。

**关键词** 民法典合同编 典型合同 技术合同 买卖合同 承揽合同 租赁合同

合同法调整的合同有典型合同(有名合同)与非典型合同(无名合同)之分。合同类型的此种划分,在大陆法系成文法国家具有举足轻重的地位。<sup>〔1〕</sup> 典型合同之所谓“典型”,大致有两层含义:一是可堪当其他合同之模范(model),如关于买卖合同的法律规定可以作为其他有偿合同的规范参照,<sup>〔2〕</sup> 关于有名合同的规定可以类推适用于无名合同;<sup>〔3〕</sup> 二是其给付种类或合同类型在复

\* 中国社会科学院法学研究所编审、研究员、法学博士。

〔1〕 参见陈自强:《民法讲义Ⅱ:契约之内容与消灭》,法律出版社2004年版,第112页。

〔2〕 《合同法》第174条规定:“法律对其他有偿合同有规定的,依照其规定;没有规定的,参照买卖合同的有关规定。”

〔3〕 《合同法》第124条规定:“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。”

杂多样的交易形态上具有普遍性、代表性，如租赁合同之在约定期限内持续使用收益他人之物的特征、承揽合同之付出劳务完成一定工作成果的特征等。前者立足于规范，后者立足于事实。由于典型合同与非典型合同之区分主要是基于法律是否对合同之名称及规则做出了规定，故所谓“典型”与“非典型”主要是立足于规范层面而言。

以分工与合作为基础进行交易活动，是人类社会的基本特征，交易行为从而成为人类最基本的生活、生存方式或手段。人类需求不仅纷繁复杂而且欲望永无止境、追求从不停歇。因此，不管是在远古社会还是在当代社会，法律皆无法把一切交易形式明确规定出来，只能择其要者作为典型予以规范。规范之目的在于，一是补充当事人的意思表示（任意性规范）；二是强制或禁止当事人做出某种意思表示或法律行为（强制性或禁止性规范）。〔4〕而且，由于人类的社会生活或交易形式（民事活动）总是受到政治秩序（主要是政治与经济体制）的强大影响，所以即使是处于同一发展阶段的国家或地区，其民法典确立的典型合同的类型也会明显不同。因而，我们民法典应如何在现行《合同法》的基础上扩增典型合同，应兼顾三种视角：一是经济全球化发展趋势推动下的私法统一化；二是我国特定政治经济体制对私法所可能造成的影响与约束；三是我国合同法半个多世纪来的演化状况及规律。除此之外，必须注意的是，一切非自发性的法制变革，为能接近预期目的，必须以充分了解、客观评估现行法制的现状作为起点。思考我国民法典应增加哪些典型合同时，应综合考虑这些问题。

## 一、《合同法》上典型合同的立法状况

以法律载体之不同，典型合同可划分为《合同法》规定的合同与《合同法》之外其他法律、行政法规规定的合同。这种划分不是基于一般法与特别法之思维展开的，而是更多地出于立法的便宜性。例如，将各类保险合同规定在《保险法》之中，非常便于《保险法》的理解与适用，而根本谈不上会对《合同法》分则造成什么不良影响。将信托合同规定在《信托法》之中、将旅游服务合同规定在《旅游法》之中等无不出于这样的考虑。但是，鉴于像《保险法》《信托法》《旅游法》之类的法律通常仅仅适用于特定交易领域，比较而言，《合同法》规定的各类有名合同更具有典型合同的特质。因此，关于非典型合同有名化或典型化的法律方法，应注意《合同法》与其他法律、行政法规的分工配合问题，即应考虑是通过《合同法》予以规范为妥，还是以单独法律予以规范比较恰当，不可将《合同法》当作扩增典型合同类型的唯一法律途径。

《合同法》分则规定了 15 类合同。根据德国法学家梅迪库斯教授关于有名合同类型的体系思考方法，〔5〕我们可以把这些有名合同组合为如下几类：

一是永久让与的合同，包括买卖合同（第九章）、供用电、水、气、热力合同（第十章）、赠与合同（第十一章）。根据学者们的看法，《合同法》规定的买卖合同，原则上仅限于物的买卖，不包括权利的买卖，〔6〕相比于德国、日本及我国台湾地区民法关于买卖合同的规定，其规范对象相当狭窄。这造成在《合同法》之外存在许多像建设用地使用权出让、转让之类的由其他法律、行政法规规定

〔4〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 年版，第 85 页。

〔5〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，法律出版社 2007 年版。

〔6〕 参见韩世远：《合同法学》，高等教育出版社 2010 年版，第 385 页；魏振瀛主编：《民法》（第五版），北京大学出版社、高等教育出版社 2013 年版，第 486 页；吴汉东、陈小君主编：《民法学》，法律出版社 2013 年版，第 554 页。

的买卖。供用电、水、气、热力合同是持续地提供特种生活、生产必需物质的合同,应看作一种特别的买卖。<sup>〔7〕</sup>

二是定期限交付的合同,包括借款合同(十二章)、租赁合同(第十三章)、融资租赁合同(第十四章)等三类。借款合同主要以以金融机构为贷款人的有偿、双务、要式借款合同(信贷合同)为对象,自然人之间的有偿或者无偿借款合同只是附带地提及。由大陆法系各国或地区的债法立法例看,借款合同属于一种金钱消费借贷合同,而金钱消费借贷只是消费借贷合同之一。消费借贷合同的规范事项极其广泛,除金钱之外,柴米油盐之类的生活消费品皆可作为消费借贷的标的物。从比较法上看,《合同法》对消费借贷合同作了相当狭隘的规定。而对无偿使用他人之物的使用借贷合同(借用合同)根本未作任何规定。

根据《合同法》第212条的规定,租赁合同的标的物主要是作为可替代物的“有体物”,不包括权利。关于权利的租赁,如土地承包经营权、建设用地使用权的租赁等,属于非典型合同,应类推适用《合同法》关于租赁的规定。<sup>〔8〕</sup> 融资租赁合同是一种特殊的商事租赁合同。

三是劳务或者工作给付合同,可划分为两大类:其一是以承揽合同为统帅的包括建设工程合同、运输合同在内的以提供工作成果为给付类型的合同;其二是只是提供劳务的合同,保管、仓储、委托、行纪、居间等六类合同皆属于此类。由第十六章(建设工程合同)中第287条所作“本章没有规定的,适用承揽合同的有关规定”的规定可明显看出,建设工程合同只是承揽合同的一种特例,反而言之,关于承揽合同的规定对于建设工程工作的规定具有一般法律规定的地位。由《合同法》第251条第2款对“承揽”所作非穷尽性列举规定看,承揽合同是一种适用范围极其广泛的合同类型。<sup>〔9〕</sup> 《合同法》第十七章规定的运输合同,因为同样以追求服务结果为对象(“将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点”),所以也应看作承揽合同之一种。<sup>〔10〕</sup>

关于其他几种提供劳务的合同,仓储合同(第二十章)是保管合同(第十九章)的一种特殊类别,<sup>〔11〕</sup> 即商事保管合同;行纪合同(第二十二章)是委托合同(第二十一章)的一种特别类别,<sup>〔12〕</sup> 虽然没有设立可参照适用委托合同规定的规定,但居间合同(第二十三章)也可看作委托合同的一种特殊类别。

除上述三类合同外,《合同法》还与众不同地规定了一类合同,即技术合同,它是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的合同,具体包括技术开发合同(包括委托开发合同、合作开发合同、科技成果实施转化合同等)、技术转让合同(包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同等)、技术咨询合同、技术服务合同等。显而易见,技术合同不是基于给付行为的独特性而确立的一种合同类型,而是根据交易领域之特殊性(与技术有关的交易)对与

〔7〕 参见前注〔6〕,魏振瀛书,第493页;前注〔6〕,吴汉东、陈小君书,第554页。韩世远教授将其解释为一种“准买卖合同”。参见前注〔6〕,韩世远书,第419页。

〔8〕 参见前注〔6〕,韩世远书,第445页。

〔9〕 对于承揽合同的标的物,郑玉波先生认为,除不得有背公序良俗外,法律上无特别限制,其结果为有形的、无形的,有财产价格的、无财产价格的,均无不可。但不作为则不得为承揽之标的。参见郑玉波:《民法债编总论》(上册),自版,1985年第10版,第347页。

〔10〕 参见前注〔5〕,迪特尔·梅迪库斯书,第329页;前注〔6〕,韩世远书,第509页。但是,也有著述认为,运输合同不同于承揽合同,运输合同的旅客、托运人所需要的并非承运人的物化的工作成果,而是其运输行为。参见前注〔6〕,魏振瀛书,第526页。

〔11〕 《合同法》第395条规定,仓储合同一章没有规定的,适用保管合同的有关规定。

〔12〕 《合同法》第423条规定,行纪合同一章没有规定的,适用委托合同的有关规定。

技术交易相关的合同(甚至涉及技术中介合同、技术培训合同<sup>[13]</sup>)做出的统括性规定。从立法技术上讲,技术合同一章所提及的各种合同,是对各种技术交易形式予以事实描述的结果,而不是依照给付的独特性予以类型化处理的产物。所以,诚如韩世远教授所言,技术合同表面上是一独立的合同类型,实质上并非如此,它们不过是委托、合伙、买卖、承揽、居间等合同的具体运用而已。<sup>[14]</sup>

总体看来,《合同法》规定的十五种典型合同显现了如下特色:

第一,以有偿合同为规范对象,纯粹的无偿合同仅有一种,即赠与合同。买卖合同、供用电、水、气、热力合同、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、运输合同、技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同、技术服务合同、仓储合同、行纪合同、居间合同等是固有的、纯粹的双务、有偿合同;而借款合同、保管合同、委托合同等虽不必然为有偿合同,但在规范立场上皆以有偿为原则、无偿为例外。<sup>[15]</sup>因此,《合同法》在选取、规定典型合同时,明显以双务、有偿交易(交换合同)为案型,由于在当今工商业相当发达的社会中有偿交易大多数情况下是以商人为对象进行的,而且,像供用电、水、气、热力合同、借款合同、融资租赁合同、建设工程合同、运输合同、仓储合同、行纪合同、居间合同等交易纯粹或主要以商事营业的方式开展,所以,《合同法》关于典型合同的规定具有鲜明的“重商轻民”的“重商主义”倾向或特征。

第二,在重商主义观念指导下,《合同法》未采纳大陆法系国家普遍采纳的以区分“有偿与无偿”的类型化思维方法区别规定转移标的物所有权的合同族群、转移标的物使用权的合同族群、提供劳务或工作成果的合同族群,而是以现实需要为指针(重要性思考),对一些在工商业发展上比较重要的合同类型按照转移标的物所有权、转移标的物使用权、提供劳务或工作成果的债之标的的区分进行具体规定。在大陆法系尤其是其中的德国民法法系,民法典债编关于典型合同的规定,无不贯穿着以“有偿与无偿”之区分分门别类规定各典型合同类型的做法。具体表现为:对于移转标的物所有权的合同族群,有偿合同为买卖、互易,无偿合同为赠与;对于移转标的物使用权的合同族群,有偿合同为租赁,无偿合同为借贷(包括使用借贷与消费借贷);对于提供劳务或工作成果的合同族群,有偿合同为雇佣、承揽,无偿合同为委托。由于主要立足现实需要性,而在立法技术方面着力不多,所以《合同法》没有接受大陆法系国家的借贷合同类型,而根据我国的现实需求以有偿交易为模型对消费借款合同之中的借款合同做出了规定,而没有规定纯粹无偿的使用借款合同。另外,《合同法》也没有对劳务性合同之重要类型之一的雇佣合同做出明确规定。

第三,技术合同是对技术交易领域内的合同类型的统称,是将交易市场或领域区分为技术领域与非技术领域的思维产物。在《合同法》规定的十五种典型合同中,除技术合同之外的其他十四种合同类型均可看作传统的不适用于技术领域的非技术合同。这种类型区分只能说体现了对技术交易形式的高度重视。

[13] 《合同法》第364条规定:“法律、行政法规对技术中介合同、技术培训合同另有规定的,依照其规定。”

[14] 参见前注[6],韩世远书,第519页。

[15] 有学者认为,保管合同原则上为无偿合同(参见前注[6],韩世远书,第541页;前注[6],吴汉东、陈小君书,第601页)。该观点并不符合《合同法》的规定。根据《合同法》第366条的规定,寄存人应当按照约定向保管人支付保管费(一般规则),只是,当当事人对保管费没有约定或者约定不明确,依照《合同法》第61条的规定仍不能确定的,保管是无偿的(特别规定)。《合同法》第374条也是按照有偿为原则、无效为例外的立场规定保管人的损害赔偿责任的。

## 二、《合同法》分则的历史成因

《合同法》分则为何会形成与众不同的类型形态格局,由《合同法》自身无法获得解释或说明,需要深入我国合同法发展史去寻找答案。现在由过去发展而来,而未来则取决于现在。历史既可以帮助我们破解当下之谜,又可能为我们提供根治现在问题的良方。

众所周知,《合同法》是为了终结《经济合同法》(1982)、《涉外经济合同法》(1985)、《技术合同法》(1987)之三足鼎立的格局,确立统一的市场交易规则,而制定出来的。<sup>[16]</sup>《合同法》因而又有统一合同法之别称。统一合同法的指导思想是,坚持从中国实际出发,借鉴国外的有益经验,制定一部统一的、较为完备的合同法,以保障社会主义市场经济健康发展。注意保持法律的连续性和稳定性,以《经济合同法》《涉外经济合同法》和《技术合同法》为基础,总结实践经验,加以补充完善。注重可操作性,把近十年来行之有效的有关合同的行政法规和司法解释的规定,尽量吸收进来,对需要增加的,尽可能做出具体规定。<sup>[17]</sup>在三部合同法中,只有《经济合同法》与《技术合同法》规定了一些合同类型,《涉外经济合同法》并没有规定有名合同。<sup>[18]</sup>

《经济合同法》(自1982年7月1日起施行,1993年9月2日修正)主要规定了九类合同,即购销合同、建设工程承包合同、加工承揽合同、货物运输合同、供用电合同、仓储保管合同、财产租赁合同、借款合同、财产保险合同等。《技术合同法》(自1987年11月1日起施行)主要规定了技术开发合同(包括委托开发合同和合作开发合同)、技术转让合同、技术咨询合同、技术服务合同等四类合同。

由全国12所院校分章起草并由梁慧星教授整理形成的合同法试拟稿(1995)规定了买卖、赠与、租赁、融资租赁、土地使用权出让与转让、企业经营、借贷、借用、加工承揽、运送、储蓄、结算、出版、演出、委托、居间、行纪、保管、合伙、雇佣、保证、保险、技术开发与技术服务以及技术、商标转让与使用许可合同等24种有名合同。全国人大常委会法制工作委员会依据学者建议稿形成的合同法征求意见稿(1997)没有接受试拟稿提出的土地使用权出让与转让、企业经营、结算、出版、演出、保证、保险等7种有名合同,同时对有名合同的规定作了如下调整:<sup>[19]</sup>一是增加电力、自来水、热力、燃气合同。二是将试拟稿中属于承揽合同之一的建设工程承包合同,以建设工程合同之名义独立规定出来,理由是,《经济合同法》《建筑法》等对建设工程合同作了专门规定,而当时建设工程合同问题较为突出,在经济建设中地位较为重要。三是将试拟稿规定的借贷合同修改为借款合同,理由是金钱之外的借贷已非常少见。经过上述调整后,合同法征求意见稿最终规定了22种有名合同,即买卖合同、电力、自来水、热力、燃气合同、承揽合同、工程建设合同、运输合同、租赁合

[16] 参见梁慧星:《从“三足鼎立”走向统一的合同法》,载《中国法学》1995年第3期,第11页;顾昂然:《中华人民共和国合同法讲话》,法律出版社1999年版,第1~4页。

[17] 参见顾昂然(全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会主任):《关于〈中华人民共和国合同法(草案)〉的说明》,1999年3月9日在第九届全国人民代表大会第二次会议上。

[18] 《最高人民法院关于适用涉外经济合同法若干问题的解答》(法(经)发[1987]第27号)提到了国际货物买卖合同、银行贷款或者担保合同、保险合同、加工承揽合同、技术转让合同、工程承包合同、科技咨询或设计合同、劳务合同、成套设备供应合同、代理合同、不动产租赁、买卖或抵押合同、动产租赁合同、仓储保管合同等合同类型。

[19] 参见杨明仑:《从合同法试拟稿到征求意见稿——〈中华人民共和国合同法(征求意见稿)〉介绍》,载全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》,法律出版社2000年版,第109~111页。

同、融资租赁合同、委托合同、行纪合同、居间合同、保管合同、仓储合同、储蓄合同、借款合同、借用合同、技术开发和技术转让合同、咨询合同、服务合同、旅游合同、赠与合同、合伙合同、雇佣合同等。

1998年8月20日形成的合同法草案根据各方面意见，对分则的内容作了如下调整：<sup>〔20〕</sup>

第一，删除征求意见稿规定的储蓄、借用、咨询、服务、旅游、合伙、雇佣等7种合同，主要考虑是：一是缺乏典型性，如服务合同，它在概念与调整范围上与承揽合同难以区分，且条文简单、内容尚不成熟；二是社会经济意义相对较小，或者发生纠纷不多，如主要适用于自然人之间的借用合同；三是一些合同在我国现行法律中已作了规定或者正准备考虑起草法律予以规定，如《合伙企业法》对合伙协议作了比较详细的规定，雇佣合同与劳动法中的劳动合同的界限不够清楚，且有关部门也正着手起草劳动合同法。

第二，接受国家科委的建议，保留技术合同，专设一章并仍然按照《技术合同法》的章节结构，分节规定技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务合同。这造成“技术合同一章，从内容到文字基本上是1987年颁布的《中华人民共和国技术合同法》的规定”<sup>〔21〕</sup>。

第三，按照财产转让、财产许可使用、提供劳务等逻辑顺序重新排列了分则各章的顺序。

根据以上安排，合同法草案确定了15种典型合同：买卖合同、供用电、水、气、热力合同、赠与合同、借款合同、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、运输合同、技术合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同、居间合同等。

1998年12月23日，九届全国人大常委会第六次会议对合同法草案进行第三次审议，全国人大法律委员会提出建议，保留合同法草案分则中的15类合同。1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《合同法》没有改变合同法草案确定的15种典型合同类型，只是对个别有名合同的具体规定作了修改完善。

因此，统一合同法基本保留了《经济合同法》《技术合同法》及其他法律、行政法规规定的有名合同，并有限借鉴联合国货物销售及代理公约、德国民法典、法国民法典、日本民法典、意大利民法典、我国台湾地区“民法”的规定增加了几类合同。总体看来，《合同法》分则基本贯彻了总结吸收我国既有法律规定、<sup>〔22〕</sup>借鉴境外有益立法经验的立法指导思想，只不过，在借鉴境外法制上更多地考虑了我国的现实需求，而对规范体系问题顾及不多。

更为具体地讲，供用电、水、气、热力合同主要是对《合同法》规定的供应电力合同进行修改完善的结果，赠与合同是借鉴德国民法典、我国台湾地区“民法”的规定确定下来的，租赁合同更多地吸收了我国《城市房地产管理法》与《经济合同法》的规定，融资租赁合同是参酌联合国《国际融资租赁公约》拟定的，承揽合同是对《经济合同法》《加工承揽合同条例》进行修改补充的产物，建设工程合同是在《经济合同法》《建筑安装工程承包合同条例》《建筑法》规定的基础上确定的，运输合同是吸收《铁路法》《海商法》《经济合同法》《民航航空法》及台湾地区“民法”的结果，技术合同完全沿用了《技术合同法》的规定，保管合同是参酌德国、法国、日本、我国台湾地区、意大利等国家和地区

〔20〕 参见杜涛：《从合同法征求意见稿到合同法草案——〈中华人民共和国合同法（草案）〉介绍》，载前注〔19〕，全国人大常委会法制工作委员会民法室书，第166～167页。

〔21〕 参见王胜明：《从合同法草案到审议通过——〈中华人民共和国合同法〉介绍》，载前注〔19〕，全国人大常委会法制工作委员会民法室书，第233页。

〔22〕 “合同法草案的分则对现行三部合同法规定的购销、供用电、借款、租赁、承揽、建设工程、运输、仓储保管、技术等合同，都予以保留，并进一步作了补充规定。”前注〔17〕，顾昂然所做会议报告。

民法典的规定确定的,仓储合同是以《经济合同法》为基础并参考我国台湾地区“民法”和意大利民法典规定的,委托合同是混合继受德国、法国、意大利、我国台湾地区、日本民法典及联合国《国际货物代理公约》的结果,行纪合同主要借鉴了我国台湾地区“民法”的规定,居间合同是吸收我国台湾地区“民法”与德国民法典的产物。<sup>[23]</sup>

至于买卖合同,合同法试拟稿、征求意见稿、草案主要是以有体物为对象进行规定的,尤其征求意见稿,主要规定了货物买卖、房屋买卖两个买卖类型。之所以这样规定,主要是因为我国权威学说认为,买卖应以有体物为标的物,关于权利或其他无体物的交易,属于专门形式的买卖,应以特别规定为宜。<sup>[24]</sup>

上述情况基本上说明了《合同法》分则为何仅仅规定及为何那样规定买卖合同、供用电、水、气、热力合同、赠与合同、借款合同、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、运输合同、技术合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同、居间合同等15种典型合同。立足现状、满足现实重要需求是《合同法》分则的基本立法指导思想,这是一种以问题为导向的务实立法思想。在此思想支配下,《合同法》在确定典型合同类型时几乎没有从规范体系的逻辑性出发,或者从给付类型的代表性着想,抽象地思考《合同法》到底应如何确定合同的类型。由于我国改革开放政策实施以来的社会经济发展以及由此决定的市场交易完全是“以经济建设为中心”进行的,所以,为促进市场经济体制发展而专门制定的《合同法》不可能不带有鲜明的重商主义色彩。

今天,当社会发展在全面深化改革政策推动下不再单纯地以经济建设为目标,当科技创新被摆在国家发展全局的核心位置且创新被视为国家发展的首要理念,当电子商务已经成为商业活动或交易的重要形式,当人们的消费形式日趋多样化且消费在国民经济发展中越来越居于主导地位时,我们思考民法典合同编应如何增扩典型合同类型的社会经济环境已与20年前考虑《合同法》应确定哪些典型合同时几乎完全不同。“世易时移,变法宜矣。”立法思维应顺时而动。

### 三、民法典合同编扩增典型合同的思路与做法

民法典合同编应增加哪些典型合同,不是仅仅考虑增加哪种合同的加法运算问题,而是涉及对我国现有典型合同类型的体系性思考。《合同法》只是从基本法的角度选取规定了15种典型合同,另有一些典型合同散布于其他法律、行政法规之中。当我们借民法典编纂之机考虑《合同法》分则的再法典化时,面对的主要问题是:一是《合同法》分则应否借机整合其他法律、行政法规规定的部分合同类型(全部整合根本不可能),尤其是那些有名乏实(有名称但实体规范寥寥无几)的合同;二是如果打算将某一无名合同转化为有名合同,是应将之纳入民法典合同编予以规定,还是以其他法律、行政法规使之归入有名合同之列;三是区分不同法律规定典型合同的依据何在,《合同法》分则的典型合同族群到底应增加哪些成员。这些问题不仅涉及法律政策的决断,而且牵涉与法律体系相关的立法模式或立法技术的选择。以下仅立足于民法典合同编如何在《合同法》分则基础上增扩典型合同类型展开思考。

如前文所言,典型合同的增扩所涉首要问题,是如何评价现行《合同法》分则所列各种合同的

[23] 参见全国人大常委会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。

[24] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,法律出版社1999年版;王家福、谢怀栻等:《合同法》,中国社会科学出版社1986年版,第198页。

各自功能及其整体效果,在此基础上做出的增扩典型合同的决定才更具意义。根据上文关于《合同法》分则之典型合同的简要分析,并参酌其他国家或地区民法典关于典型合同的立法发展,在考虑增扩《合同法》分则的典型合同时,应以扩充或增强现行《合同法》分则中那些最具普遍适用性或最具典型性的合同类型的规范功能为出发点,然后,再考虑增加各种合同类型。

### (一) 典型合同的再造

#### 1. 技术合同

技术合同是与技术开发、转让、咨询、服务等交易相关的各种合同的总称,不是指某一种合同,而是技术交易市场中的合同群体。以对典型合同予以定性或区分的常规方法看,技术合同名下的各种合同,虽然不乏特殊性,但完全可归入承揽、委托、买卖、合伙等合同类型中。出于维护法律的连续性、稳定性的考虑,《合同法》以废除《技术合同法》为条件将《技术合同法》的内容稍加修改后移入了《合同法》。<sup>[25]</sup>《合同法》之所以规定技术合同是一时无法解决《技术合同法》之历史包袱使然,并非从容思考后的科学立法选择。

民法典编纂旨在实现我国民商事法律的科学化、体系化建构,《合同法》分则应秉持此种立法目标修改完善其规定。由于科技创新驱动被确定为国家发展战略之一,且科技已明显成为社会发展、经济繁荣的重要力量,并渗透到生产、消费的各个方面,故而,不应以技术合同可归入传统合同类型之中为由,而完全摒弃它,而应充分考虑技术交易的特殊性,<sup>[26]</sup>将《合同法》第18条规定的各种技术合同分解到其他合同类型中,并以特殊规则的立法技术予以明确体现。具体而言,技术委托开发合同(第331—334条、第337—339条、第341条,共8条)与技术咨询合同(第357—359条、第363条,共4条),可纳入承揽合同之类型,以特殊规则的形式予以再构造。技术开发合同中的合作开发合同(第335—338条、第340条,共5条),可作为合伙合同的特殊形态予以规定。技术转让合同(第342—355条,共14条)可移入买卖合同中予以特别构造。技术服务合同(第361—363条,共3条)可纳入委托合同之中予以特别规定。

以一般规则与特别规定的立法技术对技术合同予以分解规定的最大益处在于,对于缺乏明确规定的特殊技术交易问题,可适用特定技术交易的一般规则。

#### 2. 买卖合同

买卖是人类社会最基本、最普遍的交易形式,在市场经济体制下尤其如此。买卖合同是典型合同之中的典型形态。大陆法系各国或地区的债法无不把买卖列为各种典型合同之首。《合同法》分则同样首先以最大篇幅(第135—174条)规定了买卖合同,并通过参照性法条的立法技术彰显了买卖合同规定对一切有偿合同的准据法作用(第174条)。然而,规范地讲,对于“法律对其他有偿合同有规定的,依照其规定;没有规定的,参照买卖合同的有关规定”的这项规定,其所言“有偿合同”,只能指以转移财产权之归属为目的的有偿交易,可以参照买卖合同的有关规定,其他转移财产使用权、提供劳务的有偿合同,因合同类型完全不同,根本无法参照买卖合同的有关规定。

《合同法》基于我国20世纪90年代以前关于买卖的学说与立法状况,将买卖合同的标的物严格限制在有体物的范围内,这种做法是否合适,当时曾引发讨论。21世纪以来,随着我国经济的快速发展,国民持有的财产形态已发生显著变化,除了传统的动产、不动产之外,股权、基金、债权、知

<sup>[25]</sup> 《合同法》制定过程,技术合同是争议较大问题之一,争议之焦点不是如何规定技术合同,而是是否在规定技术合同之时废除《技术合同法》。参见前注<sup>[21]</sup>,王胜明文,第233~234页。

<sup>[26]</sup> 台湾地区学者陈自强教授认为,“纵认为精神产物亦得为承揽契约所谓的工作,但此形态的承揽,有其特殊的问题”。参见前注<sup>[1]</sup>,陈自强书,第176页。



知识产权等也成为财富的组成部分,并成为重要交易对象。另外,在土地公有制之下,建设用地使用权、土地承包经营权及宅基地使用权是我国特有的在功能上类似于土地私有制下土地所有权的重要财产形态,同样是重要交易对象。尤其是建设用地使用权的出让与转让是极其典型的财产交易形态,与此相关的法律纠纷也层出不穷,最高人民法院为此特别制定了司法解释。<sup>[27]</sup>

因此,民法典应当拓宽买卖合同的适用范围,使之成为规范一切移转财产(包括有体物与无体物)处分权或所有权的规范依据。基本做法为:一是在买卖合同部分设立独立的节,分别对建设用地使用权出让与转让合同、技术转让合同做出规定;二是吸收《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2012]8号)第45条的规定,在买卖合同部分明确规定,法律或者行政法规对债权转让、股权转让等权利处分合同有规定的,依照其规定;没有规定的,参照适用买卖合同的有关规定,同时废除现行《合同法》第174条关于其他有偿合同参照适用买卖合同的有关规定的规定。

### 3. 租赁合同

租赁合同是移转财产使用权合同族群中最具典型性的合同,在不对借贷合同(借用合同)做出明确规定,且仅对消费借贷合同中的借款合同做出规定的情形下,租赁合同事实上成为移转财产使用权合同族群中的典型代表。因此,从规范体系上看,租赁合同有重点规范的必要性。另外,由于作为重要财产的土地不能直接予以交易,所以,土地使用权出租在我国具有重要意义,如《农村土地承包法》规定的土地承包经营权的出租、承包等。因此,应将现行租赁合同的标的物(《合同法》第212条)由有体物扩充到权利。在立法技术上可这样规定,即在《合同法》第212条增设一款规定,法律或者行政法规对权利租赁有规定的,适用其规定;没有规定的,可参照本章的有关规定。

随着城市化的快速发展,城市人口的剧增必将促使城市住房日益紧张,由此必然产生房屋租赁的普遍化,城市房屋买卖价格的居高不下,更会加剧此种现象。如何保护房屋承租人的居住利益,会日益成为房屋租赁交易中的重要问题。《合同法》分则有必要吸收《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2009]11号)的相关规定,为房屋租赁设立特别规则。

### 4. 承揽合同

在提供劳务的合同族群中,施以劳务完成一定工作成果的承揽合同是一重要支脉,其规范范围相当广。承揽之结果可为物之制造、物之运输等有形的结果,或为建筑之设计、疾病之治疗等无形的结果。其结果有无财产价值,在所不问。<sup>[28]</sup> 德国民法典及我国台湾地区“民法”在规范承揽合同时主要以有形的动产或者不动产为对象,<sup>[29]</sup> 由其第251条第2款所作“承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作”的规定看,《合同法》规定的承揽合同也主要以有形动产为事实形态。只不过,《合同法》将承揽合同中的特殊形态——建设工程合同与运输合同——作为两种特殊情形同时独立规定出来。相比于德国、日本等国立法,已明显更具先进性。

[27] 参见《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]5号)。

[28] 参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第319页。

[29] 日本学者我妻荣认为:“在现行法律中,无论在哪个国家,承揽都包括有形的工作和无形的工作,但承揽本身是以修理他人所有物或为他人加工物品为标的的,以无形的工作为标的的承揽据推测是后来发展而来的。”[日]我妻荣:《债法各论》(中卷二),周江洪译,中国法制出版社2008年版,第66~67页。德国民法制定当时,系以手工业者对物的生产、加工与改造为承揽规范的主要对象,工作若为无体的精神产物,适用承揽的规定,是否能得到有意义的结果,在制定当时,曾有广泛而详细的讨论。参见前注[1],陈自强书,第176页。

更值得一提的是,为推动科学技术的发展,促进科学技术为社会主义现代化建设服务,我国在20年前制定的《技术合同法》对技术领域的承揽合同,即技术委托开发合同与技术咨询合同,做出了特别规定,这更是应和了当今日趋倚重科技进步的社会发展趋势,不经意冲上典型合同最新发展的潮头。民法典合同编应通过对技术委托开发合同、技术咨询合同予以体系性整合,拓展或明确承揽合同规定在技术开发、咨询上的规范功能,以此使古老的承揽合同在现代科技高度发达社会焕发更大活力。

## (二) 典型合同的新增

除以“旧瓶装新酒”方式拓展既有典型合同的规范范围,使《合同法》分则更具现实包容性之外,民法典合同编应适应我国当下社会发展的新态势,增设个别典型合同类型。新增典型合同至少应考虑三方面的因素:一是在类型形态上虽具有普遍适用性,但应考虑列入合同编与以其他法律、行政法规予以规定,哪种方式更为恰当(体系性思考);二是能够弥补现行典型合同在类型形态的欠缺或不足,丰富合同编典型合同的类型形态(体系性思考);三是在社会经济发展中具有重大意义(重要性思考)。

### 1. 雇佣合同

应增加规定雇佣合同。有偿劳务合同有三个基本类型,即雇佣、承揽与委任(托),其他劳务提供类合同,或基本上是上述三者的特殊形态,或兼收并蓄两个基本合同类型的类型特征。这三类合同的类型区分在德国、我国台湾地区等一直是判例、学说研讨的主题。<sup>[30]</sup> 1995、1997年的合同法试拟稿与征求意见稿曾将雇佣合同规定为一种典型合同,但1998年的合同法草案以雇佣合同的内容已被正着手制定的劳动合同法所规范而将其删除。自2008年1月1日起施行的《劳动合同法》事实上对其使用范围作了严格限制:只有社会组织或基金会(用人单位)与劳务提供者(劳动者)之间发生的劳务与报酬的交易,才适用《劳动合同法》<sup>[31]</sup>,非社会组织或者基金会与劳动者之间发生的劳动纠纷,被排除在《劳动合同法》之外。不谈《劳动合同法》的此种限制性规定是否合理,但就其适用范围看,显然将自然人之间发生的劳务与报酬的大量交易,沦为无名合同的地位。以此而言,过去摈弃雇佣合同的理由完全是虚幻的、假想的。就我国当下及今后的社会发展状况看,随着生活的日益富足(2020年全面建成小康社会),国民的生活欲望与追求越来越复杂多样,为满足人们的各种消费需求,服务领域内的社会分工越来越向精细化发展,劳务形态因此千姿百态,典型劳务类合同的典型意义已非昔日可比。

雇佣合同纯粹以供给劳务本身为目的,相比于承揽、委托合同,更具有普遍适用性,<sup>[32]</sup>属劳务类典型合同中的典型。<sup>[33]</sup>德国民法典、瑞士债法典与我国台湾地区“民法”无不将雇佣合同立于劳务提供类合同之首予以规定。尽管《合同法》未规定雇佣合同,但《侵权责任法》第35条以“个人之间形成劳务关系”的措辞确立了雇主侵权责任,间接承认了雇佣合同关系。民法典合同编应顺应时势将雇佣合同增加为一种典型合同,并赋予其相对于《劳动合同法》的一般规则地位。

### 2. 合伙合同

合伙合同是关于团体合同的最基本类型,在大陆法系各国或地区民法典中属于不可或缺的典型合同之一。《民法通则》第二章第五节及第三章第四节立足于民事主体之视角对“个人合伙”与

[30] 参见前注[1],陈自强书,第169页。

[31] 参见《劳动合同法》第2条与《劳动合同法实施条例》第3条的规定。

[32] 德国民法典第611条第2款规定,“雇佣合同的标的可以是任何种类的劳务”。

[33] 参见林诚二:《民法债编各论》(中),中国人民大学出版社2007年版,第2~3页。

企业之间或者企业、事业单位之间联营(合伙经营)作了简单规定。制定统一合同法时,合同法试拟稿、征求意见稿皆规定了合伙合同,但合同法草案以《合伙企业法》对合伙组织体及合伙协议都作了比较详细的规定为由删除了合伙合同类型。

合伙是以经营共同事业为目的的合同类型,其事业为公益的或为营利的,或以交谊娱乐为目的,只要不违背公序良俗均无不可;另外,其事业不管是继续的、临时的,还是单个事业、综合事业,以及以单一行为为目的的偶然合伙,均可。<sup>[34]</sup> 合伙合同从而成为一切民事主体合作经营事业的典型交易形态。《合伙企业法》旨在规范以合同协议为基础成立的企业,属于典型的商事主体法,在适用范围上受到严格限制。各个民事主体之间为经营持续的或临时的共同事业而未成立企业的合伙,则被排除在《合伙企业法》之外。而这种合伙在社会中的意义或价值并非微不足道。考虑到民法总则将《民法通则》的个人合伙与非个人合伙(联营)予以废弃的客观现实,民法典合同编有必要增设合伙合同类型,确立合伙合同的基本规则。为不造成与《合伙企业法》之间的重复规定,对于与《合伙企业法》相同或相似的规定,可采取参照性规定的立法技术予以简化处理。

### 3. 保证合同

合同法试拟稿曾将保证合同规定为一种典型合同,合同法征求意见稿认为《担保法》对保证合同已作具体规定,未接受试拟稿的建议。保证合同是大陆法系国家或地区的民法典规定的典型合同之一,《担保法》是我国特殊的“两步走”民法典编纂策略的产物,一旦决定编纂体系完备的民法典,《担保法》中的保证合同自然应被移到其应有的位置——合同法之中。

### 4. 快递合同

电子商务业的迅猛发展使服务领域内快递业快速发展起来,并使其成为推动流通方式转型、促进消费升级的现代化先导性产业,对电子商务的发展发挥了重要支撑作用。为促进快递业的健康发展,国务院专门发布了《关于促进快递业发展的若干意见》(国发[2015]61号)。依民法看,快递行为是快递企业向消费者提供快速服务、消费者支付费用的合同。快递合同是快速服务的基本形式,是快递业发展的基础。从合同类型特性上看,快递是集运输、承揽、保管等合同类型于一体的合同形态。快递企业多以格式条款的形式与消费者订立合同,如何保护消费者权益是快递纠纷的突出问题。《邮政法》从组织法(快递业务经营者)与管理法(如快递业务经营许可制度)的角度对“快递业务”作了专章规定(第六章),《电子商务法(草案)》也从管理法的角度对快递物流服务提供者作了一些规定,关于快递合同的规定,尚付阙如。民法典合同编可将快递服务规定为一种典型合同。关于快递业务经营管理方面的立法完善,可依循《邮政法》的现有立法体例。

### 5. 旅游合同

《合同法》制定之初,学者们曾建议把旅游合同规定为一种典型合同,合同法草案最后把它删除了。从其他国家或地区的法制变迁看,德国于1979年在民法典中增加规定旅游合同(第651a—651j条),1994年11月1日以后,又根据欧盟指令,新增一些规定;日本在1971年制订《旅游业法》,对旅游合同进行了必要规范;台湾地区“民法”债编各论于2000年增订第八节之一,对旅游合同作了特别规定(第514—1条至第514—12条)。在我国,随着人们生活的富足、精神追求的增强,旅游业逐渐繁盛起来,旅游合同纠纷由此增多。为此,《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2010]13号)确立了一些处理旅游合同纠纷的裁判规则。2013年4月25日,我们颁布《旅游法》(自2013年10月1日起施行),对旅游服务合同作了较为详细的规定(第57—75条),由此确立了类似于日本的由特别法规定旅游合同的立法例。民法典合同编不宜

<sup>[34]</sup> 参见前注[28],史尚宽书,第688页。

再增设规定旅游合同，旅游合同规定的立法完善应通过《旅游法》去完成。

#### 6. 特许经营合同

特许经营作为一种经销商品或者服务的独特模式，近些年来在我国获得了长足发展。特许经营得以运作的主要法律手段是特许经营合同。我国对特许经营业的规范与管理，也主要通过合同法上的任意性规定与强制性规范而展开。特许经营合同的类型特征是，特许人在约定期间内允许多个被许可人持续使用其统一化的经营资源或模式，并向被特许人持续提供经营指导、技术支持、业务培训等服务。它是集传统合同类型中的租赁、承揽等类型特性于一体的合同类型，有单独规定的必要。鉴于自2007年5月1日起施行的《商业特许经营管理条例》已对特许经营合同的主要内容作了规定，民法典合同编不宜再将特许经营规定为典型合同之一。建议在《商业特许经营管理条例》的基础上制定《商业特许经营法》，以单独一章对特许经营合同做出较为详细的规定。

## 结 语

合同法是民法中最具活力、最易变迁的部分。一些久富盛名的经典民法典之债法虽饱经沧桑而不改旧时的容颜，但其活力或功能实质上已严重老化甚至于衰竭。就其典型合同而言，在立法上予以增删，或者以其他法律予以适时更新，在各个国家或地区皆接连发生。《合同法》之典型合同主要脱胎于计划经济体制下制定的《经济合同法》。《经济合同法》及其他法律、行政法规规定的合同，具有严重的历史局限性。我国当今社会发展状况及趋势相比于二十年前已全面升级，在科技创新驱动战略下接近全面建成小康社会，并稳步向发达国家行列迈进。合同法之典型合同的再法典化应适应这种社会经济发展的新态势，认真考虑典型合同类型的增扩问题。该问题不是增加几类有名合同那么简单，而是牵涉到现行《合同法》分则内容的功能评估、民法典合同编与其他法律在规范典型合同上的分工与配合。依现行《合同法》分则规定看，民法典合同编应在对技术合同做出分化调整、拓宽买卖、租赁、承揽等三种典型合同的规范范围的基础上，增设雇佣、合伙、保证、快递等合同类型。对于在当今社会中发挥重要社会经济意义的旅游、特许经营等合同类型，应在融组织法、行为法、管理法于一体的旅游法、商业特许经营法（目前为《商业特许经营管理条例》）中予以规定。

（责任编辑：庄加园）