

民法典合同编的立法取向与体系开放性

刘承勰

内容提要:民法典合同编迄今已公布三次征求意见稿,草案之间一脉相承,不断改进。较之现行合同法,合同编草案内容上更为充实丰富,体系上也更加完备,值得称道。但同时也应当注重对合同编进一步进行实用主义的设计与改造,处理好合同编与民法总则之间的逻辑关系,同时尽量减少合同编中的准用性规范,将鼓励交易原则、合同诚信原则和合同自由原则等充实进合同编,并重申合同效力规则,以维护合同法的完整性和有效性;在未规定债总的情况下,应确立“合同中心主义”的债法模式,在合同编中纳入准合同规则、债的种类规则和以物抵债规则等内容,以发挥合同编替代债总的功能。面向未来,合同编更需要搭建一个开放的体系来储存更多的规范能量,性质上强调市场交易基本法的定位,规范上强调规则、原则和标准的有机融合,类型上强调有名合同的扩容,从而保持民法典合同编的体系开放性。

关键词:民法典合同编 债法模式 合同中心主义 体系开放性

刘承勰,中国政法大学比较法学研究院教授。

随着《中华人民共和国民法典(草案)征求意见稿》(2019年12月28日)^[1]的公布,中华人民共和国首部民法典也即将完成最后的起草阶段。此前全国人大分别于2018年9月公布《民法典各分编(草案)》(简称“一审稿”,共28章,519条),于2019年1月《民法典合同编(草案二次审议稿)》(简称“二审稿”,共三编29章,518条)。上述三稿草案一脉相承,不断改进,较现行合同法有不少的进步。合同编草案的条文数量始终占各分编条文总数的一半左右,不仅在内容上更为充实和丰富,体系上也更加完备。由于我国现行合同法在制定之时借镜《联合国国际货物销售合同公约》(*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG*)和《国际商事合同通则》(*Principles of Interna-*

[1] 若无特别说明,本文所使用的合同编条文皆以《中华人民共和国民法典(草案)征求意见稿》(2019年12月28日)的内容为准。

tional Commercial Contracts, PICC) 而享有“世界上最先进合同法”之美誉,^[2]比近些年努力完成其现代化的德国民法(2002)、法国民法(2016)、日本民法(2017)^[3]和我国台湾地区“民法”中的合同法内容更为现代和发达,因此民法典合同编应当尽量尊重现行合同法的制度安排,承继现行合同法的优良传统。此外,尽管民法典是有着诸多优点的法律体系化产物,但合同编纳入民法典的体系化也无可避免地带来各分编子系统完整性的破坏、规则过度抽象以及系统走向封闭等弊端,使体系科学性与完整性、规则抽象与具体、系统封闭与开放等三对范畴产生冲突。这几对范畴代表了逻辑与经验两种价值的对立。在笔者看来,法律领域中的经验有优于逻辑的更高价值,因此在民法典合同编的最后起草阶段,应既要衔接好合同编与民法总则之间的体系关系,又要关注合同编自我的完整性、实用性和连续性;^[4]既要完善债的类型、不当得利、无因管理等债法总则内容,又要补充好保证合同、保理合同、物业服务合同与合伙合同等分则的有名合同;既要延续现行合同法的主体内容,又要通过修改、革新和增补相关内容而保持合同编的开放性和灵活性。也就是说,只有从宏观上实现合同法的完整性、替代性和开放性,微观上又能不断充实和完善重要的合同法规则与制度,民法典合同编才可能成为划时代意义的重要立法。

一 维护合同法的完整性

(一) 民法典体系化与合同法完整性

法典是法律体系化的产物,是“一套内容十分完整、具有严格逻辑顺序并且用语精确的综合性法律规定的总和”,^[5]是“有序的立法整体”。^[6]体系化的民法典一直是大陆法系国家所追求的目标和理想,人们在不断追求民法体系的科学与内在的和谐。^[7]我国民法典立法在充分借鉴德国民法典潘德克吞体例的有益经验的基础上,以1986年制定的《民法通则》为基础,采用“提取公因式”的方法,将民法典各分编中最常用、一般性的法律原则和法律规则抽取出来,规定为民法原则、民事主体、民事权利、民事法律行为、民事责任和诉讼时效等基本内容,组成总纲性的民法典总则,并置于民法典之首,^[8]以此统摄整个法典。民法典各分编无论在当下的编纂还是在未来的解释适用中,都旨在协调好与民法典总则的关系,以使总则与分编一道构筑起一部价值融贯、规则统一、体系完备的民法典。^[9]这是民法典体系化和科学化的基本要求。

然而,追求一个理想的体系化、科学化的民法典,采取德国民法的“总分则”立法体

[2] 参见李萌:《中国〈合同法〉先进性世界领先》,《中国经济周刊》2005年第22期,第36页。

[3] 参见陈自强:《民法典草案违约归责原则评析》,《环球法律评论》2019年第1期,第58页。

[4] 参见谢鸿飞:《民法典合同编总则的立法技术与制度安排》,《河南社会科学》2017年第6期,第30页。

[5] [英]杰里米·边沁著:《政府片论》,沈淑平等译,商务印书馆1995年版,第90页。

[6] 参见[法]罗贝尔·巴丹戴尔:《伟大的财产》,载《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社2005年版,中译本代序,第3页。

[7] 参见孙宪忠:《我国民法立法的体系化与科学化问题》,《清华法学》2012年第6期,第47页。

[8] 参见梁慧星:《民法总则的时代意义》,《人民日报》2017年04月13日第7版。

[9] 参见王利明:《民法总则:民法的“公因式”》,《北京日报》2017年8月28日第16版。

例,将各分编共同规则提取安置在民法总则中的做法,也必然造成我国合同法完整性的一定程度的破坏,给现实法律适用带来巨大挑战。因为既然总则要将一些包含构成要件和法律后果在内的共同规则提取到括号之外,那么括号内的分则规范(合同法)就不再完整。与此同时,提取出来的总则规范也失去了独立适用的能力,必须结合括号里面的要素,才能形成一个完全性规范。比如,即便民法总则貌似已经完整规定了胁迫的构成要件和法律效果,但当事人不可能实施一个抽象的“法律行为”,其所实施的只能是买卖合同、转移财产权、结婚、继承等具体行为,因此,如果没有分编里具体事实的支撑,总则的规范也将无法适用。^[10]可见,民法典体系化在破坏合同法完整性的同时,也因为德国式过度抽象的立法技术而带来法律适用上的负担与困难。^[11]

从现实情况来看,中国法律界尤其是司法界对于合同法的完整性有着十分强烈的愿望和诉求,这一点主要源于 1999 年统一合同法先进性的重大影响。中国 1999 年《合同法》是一部举世公认的符合市场经济需要、便于适用、高度先进的现代化交易法。原因主要有两点:一是《合同法》的立意高远。合同法立法方案确立了总结中国合同法律理论与实践成果、广泛借鉴参考发达国家判例学说和成功经验、尽量采用符合国际公约与国际惯例的各国共同规则。^[12]既兼顾中外,又采用各国共通规则,不借鉴或模仿一国独有的特殊制度,代表了中国合同法的开放性和高度国际化的姿态。二是《合同法》的规则先进。《合同法》实体规则都是借鉴自《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》等全世界最先进的合同法规则和经验,同时也将最先进的法律理念和规范一并借鉴。《合同法》经过二十余年实践的检验,也充分证明是一部符合中国实际并与国际有效接轨的良法。^[13]大多数学者都承认,《合同法》的立法技术、形式和内容都堪称上乘,而且清晰流畅,相当适合中国的司法实践。如果没有特别重大的理由不应进行大范围的调整和修改,^[14]不能破坏现存合同法的完整性,否则不利于良性法律秩序的传承与延续。

事实上,在编纂民法典与保持现行合同法的完整性这两个问题上,是一个两难选择。即便要服从民法典编纂的大局,也要仔细斟酌法律领域中的“逻辑与经验”的价值轻重与取向差异,做出符合中国社会现实需要的选择。在笔者看来,合同法的完整性和有效性要远胜于民法典形式逻辑体系上的优美性。原因之一在于,将法典体系理解为形式逻辑与抽象概念的系统,容易误入非常危险的概念法学之歧途,因为一个只依据形式逻辑标准搭建起来的体系,无疑将会切断规范背后的评价关联,并因此而错失法秩序固有的具有目的性的意义脉络。^[15]原因之二在于,合同是法律行为的原型,合同法是意思自治之法的原型。日常发生的法律行为多数是以合同的方式呈现出来,也应当以合同法规则进行反映和规制,不应实际中处理的都是合同纠纷,而使用的却只是民法总则中的法律行为规范。

[10] 参见朱庆育著:《民法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 27 页。

[11] 参见德国学者的重要任务就是“通过解释晦涩的条文使法典可适用于实际情况”。参见李世刚:《中国债编体系建构中若干基础关系的协调——从法国重构债法体系的经验观察》,《法学研究》2016 年第 5 期,第 11 页。

[12] 参见梁慧星:《中国统一合同法的起草》,《中国律师》1998 年第 1 期,第 65 页。

[13] 参见王利明:《民法典编纂背景下合同法总则的完善》,深圳法治论坛主题演讲, http://www.sohu.com/a/122258534_355771,最近访问时间[2019-12-20]。

[14] 参见谢鸿飞:《民法典合同编总则的立法技术与制度安排》,《河南社会科学》2017 年第 6 期,第 29 页。

[15] 参见[德]卡尔拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 49 页。

此种来回穿梭于民法典总则与分则、不断实现具体合同与抽象法律行为的概念转换的思维游戏在带给法律人精神愉悦的同时,却带给民众无尽的迷惑和困扰。保持合同法的完整性和相对独立性符合人们对市场交易行为的通常认知,也符合司法裁判得以简洁便利适用的现实需求,如若能以容忍重复和牺牲形式逻辑的优美性为代价在我国民法典中保持合同法的完整性,无疑将会实现我国立法观念上的重大进步。

此外,保持现有合同法体系的完整性也符合世界范围内合同法的发展趋势。随着经济全球化的不断扩展,各国对交易规则一致性的需求也越来越高,两大法系合同法规则也因此出现相互借鉴和融合的趋势,德国、法国、日本等国家新债法的修改就是顺应此种国际潮流的结果。与此同时,合同法也越来越自成体系,逐渐形成了独立于民法总则和债法总则的“微系统”。^[16] 此种合同法“微系统”也在《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》《美国合同法重述》(Restatement of Contracts)等国际范围内的经典合同法文件的影响下日渐丰富和完备,并逐步走向交易规则的独立和统一。

(二) 合同编完整性缺失的表现及后果

制定民法典、设置民法总则的一个客观后果便是合同法面临被抽空和肢解的风险,合同法原本完整的内容有可能会变得支离破碎。被碎片化的不是民法典,而是合同法。追求形式统一的民法典虽然防止了碎片化,^[17]却也同时带来了重在适用的合同法的碎片化,完整性受到影响,导致法律适用上的困难。正如日本等大陆法系学者所洞察的那样,日本民商法典采用了潘德克吞体系,关于契约法的各种规定分散于法典的各个部分,很难从整体上进行把握。^[18] 因此,注重形式价值的民法典科学化和体系化不应走向极端,而应当让位于注重实质效果和适法便利的合同法的完整性。

从目前的情况来看,民法典合同编草案存在如下几个方面的不足:

第一,准用性规范设置过多。法律规范通常包括确定性规范、委任性规范和准用性规范。所谓准用性规范,是指自身没有规定具体的行为模式或法律后果,但规定可以参照或援引其他法律规范的规则。^[19] 合同法完整性不足的第一个体现是大量准用性规范的出现,比如合同编第466条规定,当事人对合同条款的理解有争议的,应当依据本法第142条第1款的规定,确定争议条款的含义。^[20] 这些准用性规范虽属避免繁复的重要立法技术,貌似有助于建立民法典各编之间的内部体系关联,但实际上却带来了较大的找法适法成本和困难。解决一个现实的合同纠纷,要反复考酌民法总则中法律行为一章的规定和民法典合同编的规定,时常需要将处于不同编章的条款进行组合运用,^[21] 因为无法要求普通民众、甚至也无法要求法律人对条文条次背后的文字和相关关系烂熟于胸,^[22] 由此带来的法律适用困难与不便可想而知。因此即使合同编相关规定出现一些内容的重复或

[16] 王利明:《论债法总则和合同法总则的关系》,《广东社会科学》2014年第5期,第228页。

[17] 参见孙宪忠:《防止立法碎片化,尽快出台民法典》,《中国政法大学学报》2013年第1期,第77页。

[18] 参见[日]加藤雅信著:《民法学说百年史》,牟宪魁等译,商务印书馆2017年版,第574页。

[19] 也有学者称其为“参引性规范”“指示援引条款”。参见朱庆育著:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第47页;朱晓喆:《民法典合同编总则草案若干规定解读和建议》,《法治研究》2018年第5期,第57页。

[20] 除第466条外,合同编总则的第474条、第475条、第484条、第485条和第497条等也都属于此种准用性规范。

[21] 参见梁慧星:《民法总则的时代意义》,《人民日报》2017年04月13日第07版。

[22] 参见杨与龄著:《杨与龄大法官回忆录》,我国台湾地区三民书局2018年版,第39页。

重述,也尽可能减少准用性规范的数量,从适法的便利性角度来看,这是一种更优的选择。

第二,一般规定比较单薄。合同编的“一般规定”章只有六个条文,一部有着五六百条的合同编,一般规定却只有六条,在比例上毫无疑问是不相匹配的,也不符合“一般一个别”的立法模式。既然要与民法典总则和各分编保持一致,设“一般规定”一章,那就应实实在在发挥它的功能,不能让其成为摆设。鉴于法律的“一般规定”一章通常都会规定该法的宗旨和原则,所以充实合同编“一般规定”章以有效发挥其功能的最好做法是重申合同法的三个特有原则:鼓励交易原则、合同诚信原则和合同自由原则。王利明教授建议在合同编中增加鼓励交易原则与合同诚信原则。鼓励交易原则之增加是因为合同法的性质是交易法,通过鼓励交易不断创造和增加财富,^[23]并进而促进市场的繁荣与发展;增加能够统领整个合同交易全过程的诚信原则,突出展现其作为帝王规则的重要价值。^[24]此外,在“一般规定”中重申合同自由原则并阐释其内涵也是十分必要的。毕竟合同自由是合同法的生命与灵魂,是私法自治的源头活水,是合同法的最大特色和首要原则,非《民法总则》第五条之自愿原则可全然替代。可以考虑借鉴《欧洲示范民法典草案》(*Draft Common Frame of Reference, DCFR*)和《欧洲合同法原则》(*Principles of European Contract Law*)第 1 条之规定,将合同自由的内容增加在合同编中,^[25]任一当事人均有是否订立合同和选择对方当事人的自由。当事人可以自由地决定合同的内容以及其所适用的形式规则。合同自由仅受强制性规定的约束。

第三,合同效力规则的缺失。合同编完整性不足的最典型体现是合同效力规则的缺失。合同编草案的“合同的效力”一章只有七个条文,是最为严重的合同法完整性缺失问题。合同编一般规定之所以单薄,主要是因为合同法基本原则的内容都被提炼到民法总则的基本规定之中。如果这一点还情有可原的话,那么合同编合同效力部分的空洞和缺失则是有失其要、应予修正的。合同效力是合同法的核心制度,是其他合同制度的基础所在。^[26]合同效力一章不仅条文数量和篇章结构与其他章节严重不平衡,其法律适用上的困扰也显而易见。据统计,我国法院每年有近千万合同案件,这其中有近半数涉及合同效力问题,合同效力纠纷是司法裁判的重中之重。因此,仅以几个条文来应对实践中每年发生的几百万件合同效力案件,其中的法律规则供给与司法实践需求的紧张关系应该是显而易见的,相关司法裁判的规范性基础缺失明显。^[27]虽然民法总则的法律行为章也有规定效力规范,但在普通大众看来,合同就是合同,与抽象法律行为的概念并不相同。孙宪忠教授曾言,民法典的科学化、体系化立法的目的之一在于“法律适用和寻找法律更为快捷”。^[28]

[23] See International Encyclopedia of Comparative Law III, chapter 1, pp. 1–2, chapter 12, p. 6.

[24] 参见王利明:《关于〈民法典分编(草案)合同编〉的意见》,中国民商法网, <http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34837>, 最近访问时间[2019-12-19]。

[25] 参见欧洲民法典研究组著:《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》,高圣平译,中国人民大学出版社 2012 年版,第 52 页。

[26] 参见王利明:《民法分则合同编立法研究》,《中国法学》2017 年第 2 期,第 26 页。

[27] 合同编有意增加了“第五百零八条 本编对合同的效力没有规定的,适用本法总则编第六章第三节的有关规定”,这一点也体现了立法者对于合同效力章的不足有着清楚的认识。

[28] 参见孙宪忠:《十九大科学立法要求与中国民法典编纂》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018 年第 1 期,第 6 页。

但实际上,如果过分强调对各分编内容进行抽象公因式的提取,恰恰会造成司法实践中找法与适法的重大障碍,带来不必要的成本和困难。这也就是为什么代表潘德克吞体系的德国民法典总则模式,而在同时代的欧洲其他国家的法典,如瑞士、奥地利、意大利等国法典中并没有体现,舍弃了本可完美收官的总则。^[29] 这恐怕也都是形式理性屈从于实质需求的范例。

(三)“重述”合同效力规则是维护合同法完整性的关键

既有经验表明,合同法的内容和体系越完整,就越有利于当事人适用法律和法官裁断案件。《民法总则》第134条规定了三种法律行为的类型,民法合同编应重点规定双方法律行为,其中以双方法律行为的效力最为重要。合同效力是合同的履行、变更、终止和违约责任的基本前提。合同编应将双方法律行为的生效、效力瑕疵、法律后果等所有相关内容都收纳其中,以保持合同编体系的完整性。^[30] 在合同编草案公布后,对于合同编完整性问题,我国司法实务部门的反应快速而强烈。他们普遍认为,合同效力是合同法的核心内容,而无效规则更是重中之重,其对于司法实践意义重大,为了保持合同法律制度的完整性,也为了司法实践中法律适用的便捷性和有效性,民法典合同编仍应规定合同无效的规则。^[31] 因此,为维护合同法的完整性,同时又最大可能减少规则的重复性,在目前草案的基础之上,建议在民法典合同编的“合同的效力”一章中,进一步对民法总则之双方法律行为规则进行“重述”或重新强调,分别规定效力待定合同、可撤销合同和无效合同等三种效力瑕疵合同。关于效力待定合同,应规定限制行为能力人订立的合同、无权代理人订立的合同以及无权处分人订立的合同,^[32] 需经权利人追认才能发生效力;关于可撤销合同,应规定基于重大误解、显失公平、欺诈、胁迫而订立的合同,受影响的合同当事人可以请求人民法院或仲裁机构撤销;关于合同无效情形,则包括虚假表示的合同、恶意串通的合同、以合法形式掩盖非法目的的合同、违背公序良俗的合同以及违反法律、行政法规的效力性强制性规定的合同。其中对于“以合法形式掩盖非法目的的合同”,崔建远教授认为,实践中仍存在民法总则法律行为无效规则所无法覆盖的合同应当无效的情形,为消除此种不当后果,仍应在合同编中规定“以合法形式掩盖非法目的”的合同无效规则。^[33] 上述几种类型的法律规范,既能呼应、梳理和细化民法总则的相应规范,又能在相当程度上补正合同编合同效力规则之缺失。

[29] 参见苏永钦:《中国民法典编纂的理由、最佳模式与基本功能》,载《两岸民商法前沿(当前民法典编纂推进及分则问题)》,中国法制出版社2018年版,第7-8页。

[30] 参见王利明:《民法分则合同编立法研究》,《中国法学》2017年第2期,第26页。

[31] 参见傅成伟:《贸仲委组织召开《中华人民共和国合同法编草案(2017年民法室室内稿)》专家研讨会》,中国国际贸易促进委员会官网, http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3528/2017/0907/874022/content_874022.htm,最近访问时间[2019-12-26]。

[32] 笔者赞同梁慧星教授的观点,无权处分合同仍应规定在效力待定合同之中。基于骗卖、盗卖等非法犯罪行为而处分他人财产的合同不应当是有效的,相对人明知出卖人无处分权的合同也不应当是有效的,有效论违背常识和经验,有害日常正义法治观念。与此不同,《买卖合同司法解释》第3条针对将来物买卖合同和处分权受限制合同,可以有效,二者有别,应予区分。参见梁慧星:《如何理解合同法第五十一条》,《人民法院报》2000年1月8日第3版。

[33] 参见崔建远:《合同效力规则之完善》,《吉林大学社会科学学报》2018年第1期,第31页;朱广新:《论“以合法形式掩盖非法目的”的法律行为》,《比较法研究》2016年第4期,第162页。

总之,我国法律界已非常熟悉现行合同法的规则内容和体系架构,潜移默化中已然形成了具有高度共识的规范体例和知识布局,^[34]民法典总则的存在也不应使合同法空心化,保持合同法的完整性既必要又可行。

二 发挥合同法功能的替代性

(一) 是否规定债法总则的争论

尽管各国立法例有不同模式,但在民法典中设立债法总则是以德国为代表的许多大陆法系国家的做法。我国民法学者王家福教授、江平教授、魏振瀛教授、梁慧星教授、^[35]王利明教授、^[36]崔建远教授^[37]等都曾表示过赞同设置债法总则,主张在债总中规定合同、侵权行为、不当得利、无因管理的共同规则,只有这样才能实现民法和债法的体系效应与科学合理性。^[38]当然,不赞成规定债法总则的反对意见也一直存在,他们都倾向于赞同在合同法总则比较完美的情况下以合同法总则取代债法总则。^[39]所持理由主要为:债的概念不通俗;不应迷信德国民法的体系;债法总则实际上是合同总则;侵权责任不是债;^[40]债总的共性掩盖了各种债的太多个性与例外。^[41]虽然该反对意见后来也遭到赞同派的针对性反驳,认为《侵权责任法》已独立成编、合同法总则已比较完美以及会造成民法典体系结构不适当等都不是否定债法总则在民法典中独立成编的依据。^[42]但由于民法典起草中处于主导地位的立法机关官员也持上述反对意见,其在立法中发挥的重要作用毋庸置疑的。^[43]

时任全国人大法工委主管民事立法的王胜明副主任就是持上述反对意见的代表。他认为,是否要单独设置债法总则,需要回答两个至关重要的问题。一是,除了合同、侵权、不当得利和无因管理外,债法中别的内容还多吗?如果少,则设债总没有必要,因为合同、侵权都有独立成编;如果多,则基于效益之考虑应当设置债总。二是,侵权、不当得利和无因管理的内容,尤其是侵权法内容如何适用债法总则,适用比重大不大。若适用面宽、适用量大,设置债总就很有意义,否则设置债总意义有限。拉伦茨认为,“《德国民法典》虽然因设置总则性规定省却了很多重复规定,但在他处却多出了不少限制性和细分性的规定,法律适用并未因此而容易多少。”在讨论债法总则的设置时,也是同理。不设债法总

[34] 参见王利明:《论债法总则与合同法总则的关系》,《广东社会科学》2014年第5期,第235页。

[35] 参见梁慧星:《中国民法典编纂的几个问题》,《山西大学学报(哲学社会科学版)》2003年第5期,第16页。

[36] 参见王利明:《债权总则在我国民法典中的地位及其体系》,《社会科学战线》2009年第7期,第225页。

[37] 参见崔建远:《中国债法的现状与未来》,《法律科学》2013年第1期,第137页。

[38] 参见黄家镇:《论民法典编纂中债法总则的存废——以德国潘德克顿法学的法源思想与体系构造方法为视角》,《现代法学》2018年第6期,第39页。

[39] 参见薛军:《论未来中国民法典债法编的结构设计》,《法商研究》2001年第2期,第55页。

[40] 参见梁慧星著:《中国民法典草案建议稿附理由(债法总则编)》,法律出版社2013年版,第1页。

[41] 参见许中缘:《合同的概念与我国债法总则的存废——兼论我国民法典的体系》,《清华法学》2010年第1期,第156页。

[42] 参见杨立新:《论民法典中债法总则之存废》,《清华法学》2014年第6期,第88页。

[43] 参见杨立新:《论民法典中债法总则之存废》,《清华法学》2014年第6期,第83页。

则,会留下较为完整的合同编,其他债法内容可参照适用合同编,比较实用。如果单设债法总则,最大的问题是债法总则会有相当部分与合同法总则内容重复,^[44]民法典“叠床架屋”的问题会更加严重,法律适用也更加混乱。

或许正是在反对意见的立法思路主导之下,民法典立法从最初的立法方案中就没有规定债法总则的内容。我国2002年的民法典草案也未规定单独的“债法总则”,只分别规定了“合同法”和“侵权责任法”。^[45]再考虑到1999年合同法、正在起草的民法典合同编部分以及民法总则都大量规定了债法总则的相关内容,因此主张债法总则独立成编已无太多必要,舍弃债总符合我国民法典立法的现实需要。就连之前强烈主张单设债法总则的梁慧星教授的态度也有了重大转变,认为自己当年支持单设债总更多是从理论出发,但实践的情况已经发生很大变化,即《合同法》实施已有二十年,我国法律人都已经适应并很熟悉《合同法》的适用,如果现在将《合同法》分解掉,则代价太大。把合同法总则内容大量拿出来,归入单设的债法总则,只剩下合同法分则,这将会给实务带来很多负面影响。立法机关也主张保持合同法的完整性,这是实用主义的思维。^[46]可见,不设债总是民法典体系化让位于合同法完整性的一种理性选择和必然结果。在全国人大出台相关立法规划和各分编草案之后,不设债总已成定局。我们现在能做的就是,如何更为有效地完善民法典合同编的内容,以合同编起到替代债法的功能。

(二)“合同中心主义”的债法模式

在欧洲和世界范围内的合同法统一化运动催生了俗称为“三驾马车”的《欧洲合同法通则》《国际商事合同通则》与《联合国国际货物销售合同公约》等域外和国际合同立法,^[47]这些成果又进而影响了世界各国合同法和债法的发展轨迹与改革进程。于是,大陆法系近些年民法改革的重心也都落在了合同法上,比如德国2002年的债法改革。法国和日本的新债法改革更加大胆,均以合同为中心构建债法的规则体系。^[48]不仅如此,新修改的法国新债法甚至否定了“法律行为中心主义”的德国民法模式,将合同规则作为民法典的中心规则,其他领域类推适用合同规则。究其原因在于,合同虽然是法律行为之一种,但毫无疑问,合同现在是、将来也仍是最核心、最典型的法律行为。^[49]此种模式可称作“合同中心主义”的民法典模式,大陆法系中意大利、西班牙、奥地利、瑞士、魁北克等国家和地区民法典均是此种模式的代表。

中国民法典立法采取“总则—分则”体例,由于已经出台的《民法总则》法律行为部分是对合同法规则的抽象和提炼,法律行为与合同行为已成并立之势,在整个民法典中采取“合同中心主义”是不可能的,也是没有必要的。但由于债法总则的一般性规范不可或

[44] 参见王胜明:《制订民法典需要研究的部分问题》,《法学家》2003年第4期,第9-13页。

[45] 参见王利明:《民法分则合同编立法研究》,《中国法学》2017年第2期,第28页。

[46] 参见梁慧星:《人格权、债法总则与担保法是否独立成编》,第41期歌乐山大讲堂“海峡两岸法学泰斗高峰论坛”,2018年4月28日。

[47] 参见梁笑准:《法国债法改革——以“加拉草案”切入》,《私法研究》2011年第2期,第64页。

[48] 参见李世刚:《法国新债法·债之渊源(准合同)》,人民日报出版社2017年版,第43页以下;陈自强著:《债权法之现代化》,北京大学出版社2013年版,第184页以下。

[49] 参见李世刚:《中国债编体系建构中若干基础关系的协调——从法国重构债法体系的经验观察》,《法学研究》2016年第5期,第12页。

缺,我国现行合同法也已囊括债总核心内容,那么在债法范围内采取“合同中心主义”,将债法一般规范“隐匿”于合同法规则之中,这样既保持了合同法的完整性,也在一定程度上完成了对于债法各部分的统摄,从而使合同编发挥债法总则的功能。^[50] 也就是说,如果合同法起到民法总则之功能,那就属于“高度(完全)合同中心主义”,就可以不设民法总则。但由于我国民法总则已定,在照顾民法典总分则体例体系性的前提下,采取“中度合同中心主义”,合同编只发挥替代债总之功能,不发挥替代民法总则之功能,是符合中国整体的立法规划和现实情况的。

正因如此,我国民法典合同编才在第 468 条设置了一个非合同之债准用合同编的重要条款,即“非因合同产生的债权债务关系,适用有关该债权债务关系的法律规定;没有规定的,适用本编通则的有关规定,但是根据其性质不能适用的除外”。明确规定了在不违反债之性质的前提下合同编通则适用于非合同之债的全新规则,是债法范围内的“中度合同中心主义”的绝好证明,也是合同法能够替代债总功能、统摄债法的绝好例证和关键规则。

(三) 合同法应予发挥的债总功能

自 1999 年合同法起,我国便已开创了合同法承担债总功能的传统。一般而言,债总的一般规范包括债的原因、债的类型、债的履行、债的保全、债的变更与移转、债的消灭。其中债的履行、债的保全、债的变更与移转、债的消灭四部分债总内容在我国 1999 年合同法中都有所体现,现在也继续出现在民法典合同编第四、五、六、七这四章内容之中,相关规范也大量运用“债权”“债务”“债权人”“债务人”的债总术语和表述方式,合同法所发挥的债总功能已昭然若揭。当然,除了上述四部分内容外,债总规则还包含债的发生原因和债的种类等重要内容,这是 1999 年合同法所没有涉及和涵盖的,合同编要想发挥债总的功能,对这些内容有所交代并将意定之债的规则纳入合同编也理所应当,^[51] 也算是符合学者所谓的“减编不减量,变表不变里”的思路。^[52]

首先,关于不当得利和无因管理的“准合同”的规定。合同编承担债总功能的一个重要体现便是应当包含有对不当得利和无因管理制度的安排。在不设债总的情况下,将不当得利和无因管理放在合同编应该是最为合适的体系安排,因为从性质上来说,二者与合同法最为接近。^[53] 至于应该如何如何在合同编中安置不当得利和无因管理的规定,立法过程中出现过多次反复。一审稿将无因管理、不当得利置于合同编分则的典型类型合同之末,导致合同编体系混乱,逻辑不周。室内稿和二审稿都以“准合同”之名对其单独设章规定,尽管前者置于总则部分,后者单独设为分编。《民法典(草案)征求意见》(2019 年 12 月 28 日)与二审稿保持一致,设为单独分编。很明显,要想妥善安置不当得利和无因管理在合同编内的体系位置,“准合同”这一概念工具至关重要,域外立法早有成例可循。“准

[50] 参见王利明:《民法分则合同编立法研究》,《中国法学》2017 年第 2 期,第 28 页。

[51] 参见王利明:《民法分则合同编立法研究》,《中国法学》2017 年第 2 期,第 28 页。

[52] 参见于飞:《合同法总则替代债法总则立法思路的问题及弥补》,《苏州大学学报(法学版)》2018 年第 2 期,第 37 页。

[53] 参见王利明:《民法分则合同编立法研究》,《中国法学》2017 年第 2 期,第 29 页。

合同”概念肇始于罗马法,后被《法国民法典》采纳。虽历经多次修改,《法国民法典》却仍在第1300条“其他债之渊源”中对其加以规定:“准合同是完全自愿的行为,由此使不当获得利益的人负担义务,或有时使行为人对他人负有义务。本节所称的准合同包括无因管理、非债清偿和不当得利。”更重要的是,采纳准合同的概念和体系不仅能完美契合“合同中心主义”债法模式,更能凸显不当得利和无因管理与合同的内在逻辑关联,强化将二者纳入合同编的正当性基础。此外,“合同—准合同—侵权”的逻辑安排,也能凸显债从约定到法定的递进式内在逻辑,强化整个债法的内在逻辑一致性。^[54]

其次,合同编可以针对债的种类规则作出细致规定。合同编在合同履行一章中将债总中的重要学理性内容规范化,规定了金钱之债(第514条)、选择之债(第515-516条)、按份之债(第517条)、连带之债(第518-521条)等多个债的种类规则。域外《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》均已将这些内容单独作为一章。民法典合同编将这些内容纳入“合同的履行”一章而非单独成章,主要是出于体系简洁之考虑。^[55]当然,合同编也并非无所不包,应当有所取舍。就像之前的统一合同法一样,将债总内容择其要者规定于合同编中,是理性而现实的选择。因此,像债的标的、债的效力、债的种类等内容其实也完全可以交由学术界和理论界以学理加以阐释和发展(比如民法典合同编对种类之债、特定之债、利息之债、不可分之债等债的类型就没有交代),没有必要统统规定在民法典之中,从而保留合同法和债法未来发展的弹性。同时,这样做也不会造成喧宾夺主的窘境,更加突出合同法在债法中的中心地位和关键角色。

最后,合同编可以考虑对以物抵债等重大债法现实问题有所交代。代物清偿,是债权人以受领他种给付来替代原定给付并进而消灭合同的制度。尽管大陆法系有规定代物清偿的债法规则,但代物清偿的概念、性质、适用等在我国法律界并未达成共识,因此贸然规定可能并不合适。但作为代物清偿具体形式之一的以物抵债规则却相对成熟,可以考虑在合同编中有所交代,以回应商业实践之需求。从学术研究的情况来看,中国知网以“代物清偿”为标题的论文只有48篇,而以“以物抵债”为标题的论文高达232篇。^[56]从司法实践的情况来看,北大法宝司法案例数据库中标题为“代物清偿”的案例只有1件,^[57]而以“以物抵债”为标题的案例与裁判文书却高达613件。^[58]可见,以物抵债规则的学术积累和实践司法已经足以支撑相应规则的制定。尤其是最高人民法院也经历了以物抵债协议的从实践合同说到诺成合同说的立场转变。^[59]其后2018年最高人民法院民二庭《民

[54] 参见石佳友:《我们需要一部什么样的合同法?——评“民法典合同编二审稿(草案)”》,中国民商法网, <http://www.civillaw.com.cn/zl/l/?id=35119>,最近访问时间[2019-12-27]。

[55] 参见谢鸿飞:《民法典合同编总则的立法技术与制度安排》,《河南社会科学》2017年第6期,第30页。

[56] 本数据来自中国知网数据库,在中国知网搜索栏的篇名中分别输入“代物清偿”和“以物抵债”而获得上述数据,搜索时间为2020年3月3日。

[57] 重庆帕特龙智通电子科技有限公司与周海丰等第三人合同纠纷案,参见江苏省无锡市(2012)锡商终字第0391号。

[58] 本数据来自北大法宝数据库,在北大法宝网站“司法案例”的搜索栏分别输入“代物清偿”和“以物抵债”而获得上述数据,搜索时间为2020年3月3日。

[59] 典型案例是通州建总集团有限责任公司与内蒙古兴华房地产有限责任公司建设工程施工合同纠纷二审案,参见(2016)最高法民终484号民事判决书。

事审判第二庭法官会议纪要》^[60]和 2019 年最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》也都承认了作为诺成合同的以物抵债协议的效力。因此,建议在合同编中对以物抵债(协议)补充如下两方面规定。第一,关于债务履行期届满前约定的以物抵债。债权人与债务人在债务履行期届满前作出的以物抵债约定,应当参照《物权法》关于禁止流押、流质的相关规定,该以物抵债协议无效。第二,关于债务履行期届满后约定的以物抵债。当事人在债务履行期限届满后达成的以物抵债协议合法有效。

值得一提的是,在有名合同中增加保证合同、合伙合同的做法,也是发挥合同法替代功能的具体体现,从而以合同编来解决保证制度和民事合伙制度无处安放的尴尬问题。从现实生活角度来看,合同中心主义的债法模式完全符合日常生活的逻辑。

三 保持合同法体系的开放性

民法典编纂是大陆法系的精髓所在,但也正如欧洲法学家所说,法典的编纂意味着法律发展的结束,或者至少是法律理论繁荣的终结。在法国民法典和德国民法典之后,在欧洲大陆已难觅像当年萨维尼、普赫塔、蒂堡等著名法学家宏大而热烈的理论争论。民法法典化导致了大陆法系合同法的自我封闭格局和反理论倾向,相关学术研究采取概念法学和注释法学方法论,注重对法典条文的解释适用,较少参酌其他学科的研究方法或智识资源,对于现代合同法重大理论的创造发展方面,少有贡献。^[61]此种过分形式主义的 legal tradition 还造就了德国学界“立法者修改半个字,半壁图书馆俱成废纸”的说法,这也是注释法学和法教义学的必然后果。与此同时,合同法在欧洲大陆民法典模式下只为债法之一部分,合同法与债法被纳入相对封闭的法律系统,合同法甚至不是学者单独研究的领域,而只能作为债法或民法典的下属部分,此种法律体系和法律制度上的附属性和封闭性,也最终导致了欧洲大陆合同法的自我封闭特质,^[62]合同法与市场、社会和生活隔绝孤立,失去了社会的依靠和现实的关照。^[63]相比之下,英美契约法、国际统一合同法、中国 1999 年合同法为中国民法典合同编的制定提供了较好的参考模板,也提示民法典合同编完全可以通过一个合理安排的开放体系来储存更多的规范能量,响应未来更多重大社会变迁的可能性。^[64] 对此种开放性的追求,大致可以从如下三个方面着手:

(一)性质的开放性:合同法的市场交易法定位

合同法是市场经济的基本法,虽然合同法也调整市场主体的组织活动,但是规制的中

[60] 参见贺小荣著:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要:追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社 2018 年版,第 1 页。

[61] See Aristides N. Hatzis, *The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory*, *Commentaries on Law & Economics*, Vol. 2, 2002.

[62] 参见比如以欧陆诸国没有违约方解除合同规则的先例就断然删除二审稿第 353 条第 3 款的违约方解除合同规则,就是典型的自我封闭和理论制度不自信。

[63] 参见刘承魁著:《英美契约法的变迁与发展》,北京大学出版社 2014 年版,第 1 页。

[64] 参见苏永钦:《中国民法典编纂的理由、最佳模式与基本功能》,载《两岸民商法前沿(当前民法典编纂推进及分则问题)》,中国法制出版社 2018 年版,第 8 页。

心还是市场主体的交易行为。^[65] 合同法在很大程度上可以说是交易法,即调整人与人之间为获取金钱而交换货物和服务的法律。尽管交易形式多种多样,但合同法所涉及的内容主要是经济交易,即市场中发生的交易,如买卖、租赁、雇佣、借贷等等,很少涉及非市场交易。^[66] 因此可以说,合同法即市场交易之法,这是合同法的基本定位,也是其应向市场保持开放姿态的重要原因,并不能因其是否纳入民法典体系而有所不同。不仅如此,合同法实际上还是合伙法、公司法、保险法、证券法等交易法的基础性法律,因此是整个市场交易的基本法,对于一国自由市场经济的发展起着举足轻重的作用。比如英美法一直非常强调合同的商业旨趣,^[67] 其法学家就称自己的合同法“是商人的法律,而非农民的法律”,^[68] 以区别于在他们眼中相对落后而封闭的“农民法”——欧洲大陆国家民法典中的合同法。在他们看来,由于大陆法系民法典既调整财产关系又调整人身关系,既涉及财产交易又涉及财产归属,既关心商事交易又关心民事交易,因此其合同法与市场交易存有疏离感,对合同法的市场交易法属性的强调和关注是远远不够的。中国 1999 年合同法以具有交易法属性的《联合国国际货物销售合同公约》和《国际商事合同通则》为蓝本,将鼓励交易确立为基本宗旨,并强调其对市场交易的组织功能,是典型的市场交易法,在性质上秉持了面向市场的开放性,值得赞许。在兼顾合同编的完整性和替代性的同时,也应当继续保持合同编此种面向市场交易的开放性和民商合一的包容性,并做好相应的规则设计。

(二) 规范的开放性:规则、原则与标准的有机融合

传统合同法强调合同法的规则本体,但现代合同法更多地承认其构成上的开放性,强调其是任意法,是默认规范,对当事人开放,对社会开放。以大陆法系民法典为代表的传统合同法是以刚性法律规则为其根基的。所谓“规则”,是作为要件的事实一经认定即可机械适用的规范,它一般严格、精确地界定法律所允许或者禁止的行为。但随着社会生活和经济交往的不断发展,具有灵活开放特质的现代合同法(英美为代表)将其关注点投向社会经济生活的需要,进而将当事人未约定的“社会标准”引入契约关系中。与规则不同,此处所谓的“标准”就是直接表现其法律目的的规范。传统合同法中并不得见的显失公平原则、诚实信用原则以及信赖原则等都是此种引入社会标准以因应社会变迁的重要步骤。不管是诚信原则抑或显失公平等其他原则都是采取了内涵不可明确为单一意义的“标准”的形式,从而与将严格定义的“规则”作为核心理念的形式主义传统合同法相区别。因此,以标准为核心的现代合同法便与法律背后的目的、价值和实践紧密相联并通过它们来阐释和发展自己的内涵。在法学家肯尼迪看来,法的判断只建立于大前提与事实、以及联系两者之逻辑的观念已经崩溃,“政策性判断”正在融入。^[69]

现代合同法还大量出现各种原则,比如诚信原则、绿色原则、信赖原则等,这些原则不

[65] 参见王利明:《论合同法组织经济的功能》,《中外法学》2017年第1期,第107页。

[66] 参见[英]P. S. 阿蒂亚著:《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社2002年版,第3页。

[67] See M. P. Furmston, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, Butterworths, 1996, p. 8.

[68] [德]海因·克茨著:《欧洲合同法(上)》,周忠海等译,法律出版社2001年版,第83页。法国学者曾经轻蔑地讽刺英国合同法是为“店小二之国”设计的。克茨说,果真如此,普通律师会反驳道,法国制度实际是为农民设计的。这或许也在相当程度上十分形象地说明了英国法律制度以及英国社会的商业性和商业旨趣。

[69] 参见[日]内田贵著:《契约的再生》,胡宝海译,中国法制出版社2005年版,第163页。

应该只出现在民法总则中,不管是出于合同法的完整性还是合同法的开放性,都有必要在合同编多加强调。合同法的原则等弹性内容对于经济交易的运转至关重要。因此,如若合同编无法重写合同法原则,那么就应当在相关规则中落实原则的精神,制定体现原则的宗旨、弹性标准等条款。弹性标准可以成为合同法落实其原则和宗旨的重要载体,具有吸收能量并适时转化之功能,是现代合同法能够有效回应社会现实,不断创新发展的主要内容。在原则条款付之阙如的情况下,在合同法中写入弹性标准,既有助于消解体系化带来的弊端,又符合国际合同法的发展潮流。具体说来,建议适当引入诚信履约原则、尽最大努力义务、合理性标准、开放价格条款、开放数量条款比如包需求合同与包产出合同等内容。^[70] 美国合同法中的包产出合同与包需求合同等不确定性长期合同,“合理确定性”“合理期限”“合理努力”“最大努力”等合理性条款,诚实信用原则与显失公平原则等弹性原则,强调合同纳入履约过程、交易习惯、贸易惯例等开放契约关系等等,都是灵活、开放的标准而不是界限明确、泾渭分明的刚性规则,是英美合同法从传统形式主义合同法的规则中心向现代实质主义合同法的标准中心进行转换的典型代表,有效解决了成文法的安定性与不断发展变化的社会生活之间的张力,也顺应了市场交易发展变化的潮流。值得强调的是,合同编第 464 条的合同定义准用规则、第 467 条的无名合同准用规则和第 468 条的债之关系准用规则也都是合同法保持开放性的重要机制,是通过逻辑严整的开放体系发挥其规范能量的明证。

(三) 类型的开放性:有名合同的扩容

从实践的角度看,合同本身就意味着开放性和灵活性,它可以通过当事人自己创造新的有名合同的方式使参与经济活动的人能够以最大的效率适应不断变化的、无限多样的经济生活需求。^[71] 可以说,合同法发展非常重要的趋势就是“有名合同”的发展,“有名合同”以不同形式发展和呈现出来,而且越来越多,规则也愈加成熟。有名合同作为私法自治的主要模板,既可以大幅度降低交易成本,提高裁判的可预见性,又可以引导和控制格式合同,实现一定的分配正义,还可以对争议合同进行补充,并可以实现对公法的建构与输出。^[72] 从性质上来说,有名合同的不断扩张既是维护合同法不断发展的体系完整性和科学性的体现,更是保持合同法体系开放性的重要工具。合同法通过合同类型的创新,起到了保持合同法分则体系开放性的功能。^[73] 其实,1995 年由 12 所院校起草的合同法试拟稿规定了买卖、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。^[74] 全国人大常委会法工委在 1997 年形成的合同法征求意见稿规定了 22 种有名合同,删除了 1995 年

[70] 参见刘承魁:《包需求合同的法理与适用》,《法学研究》2017 年第 1 期,第 123 页。

[71] 参见[法]弗朗索瓦·泰雷等著:《法国债法:契约篇》,罗结珍译,中国法制出版社 2018 年版,第 96 页。

[72] 参见苏永钦:《新世纪民法典承担的功能》,《民商法新趋势与民法典各分编一审稿评析——第八届两岸民商法前沿论坛》,2018 年 11 月 10 日于北京。

[73] 参见宁红丽著:《我国典型合同理论与立法完善研究》,对外经济贸易大学出版社 2016 年版,第 20 页。

[74] 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。

合同法试拟稿中的土地使用权出让与转让合同、企业经营活动、结算合同、出版合同、演出合同、保证合同、保险合同、商标转让与使用许可合同,增加了供用电水气热力合同、仓储合同、咨询合同、服务合同、旅游合同。1998年的合同法草案则进一步删减有名合同,删除了征求意见稿中的储蓄、借用、咨询、服务、旅游、合伙、雇佣等7种合同,^[75]最后就只剩下人们现在所熟知的15种有名合同。经过二十余年的发展,我们会发现,1999年合同法所确立的15种有名合同已经远远不能满足社会经济生活的需要,在民法典起草过程中对现有有名合同进行适当扩容是必要之举。当然,扩容也不是没有标准的,否则就会导致混乱。当前各草案多以相关交易的普遍性和重要性加以判断,这当然是首要的取舍标准,但绝非唯一标准,在有名合同的取舍上至少还应考虑如下因素:一是应考虑能够从体系上弥补现行法不足,丰富合同编有名合同的具体类型;二是应考虑列入民法典合同编还是特别法中,哪种方式更恰当,比如保险合同、信托合同、旅游合同、证券合同等;^[76]三是应考虑合同关系单一性,排除混合合同,避免典型合同的重复。基于以上考虑,除了合同编最新草案所增加的保证合同、保理合同、物业服务合同和合伙合同之外,建议也应当规定借用合同、商业特许经营合同、快递合同、银行支付合同、信用卡合同,^[77]医疗合同、金融服务合同、互联网服务合同、演出合同等有名合同类型,从而不断吸收新鲜的血液与生动的活力,不断涵盖层出不穷的交易方式,以满足市场经济主体的交易需求,使民法典合同编的自治规范经济效用最大化,^[78]以最大程度地保持合同法的开放性。

当然,保持合同法的开放性也是有其限度的,那就是应符合民法典体系融贯与规则自治的基本价值。由于受两大法系不同法律理念和规则的影响,我国现行合同法在很多内容上存在冲突、矛盾、重叠之处,比如第68条的不安抗辩权与第94条、第108条的预期违约规则之间的关系问题。同样在履行障碍制度的情势变更与不可抗力、合同解除制度、违约责任制度等方面,也存在两大法系的不同影响的结果,导致学说纷争不断,实务做法也不一致。因此,借此民法典合同编起草之机,可以结合外国立法和学说,并充分吸收中国司法实践的成果,将两大法系的“夹生饭”,炒成合同法的经典中餐,培育中国合同法的圆融自治的规范体系。

四 结 论

中国有一部自己的民法典是近百年来数代学者的梦想。民法典立法为我国民事法律规范的系统化提供了契机,既能整理碎片化的现行立法,又能吸收提炼丰富鲜活的生活素材和司法经验,还可以有效梳理学者们浩若烟海的学术成果,实现法律规则、司法实践和法学教育的良性互动和多元统一。但以逻辑为基准的民法典不能被神化,民法典的科学

[75] 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166-167页。

[76] 参见朱广新:《民法典之典型合同类型扩增的体系性思考》,《交大法学》2017年第1期,第111页。

[77] 参见朱晓喆:《民法典合同编总则草案若干规定解读和建议》,《法治研究》2018年第5期,第56页。

[78] 参见李建伟:《我国民法典合同编分则的重大立法问题研究》,《政治与法律》2017年第7期,第24页。

化和体系化不能走向纯粹逻辑和体系封闭的极端。合同仍是最直观、最普遍、最核心的民事法律行为,与法律实践最为贴近。即便因形式体系化需要被吸收进民法典成为合同编,合同法仍然有保持其完整性的诉求和必要。而民法典中不设债法总则,实际上也是保持合同法完整性的延续,以避免合同法被民法总则和债法总则前后夹击,搞得支离破碎,导致法律适用的巨大困难。在不设债总的情况下,就意味着我们采取了“合同中心主义”的债法模式,合同法起到替代债总的功能,尽可能将已达共识的重要债法规范比如准合同、债之类型、以物抵债等纳入合同编,吸收、储存并发挥最大的规则与制度能量,这既符合我国的实际情况,也有比较法上的众多经验可循。当然,民法典并非一劳永逸的法宝。法典通过之后,大量的解释适用工作是民法典融入中国社会的必要之举,持续不断的更新努力则是防止民法典出台即落伍并逐渐“空洞化”的化解之道。无论是在立法还是解释适用方面,保持合同法姿态的开放性都至关重要,我们应力争通过性质的开放性、规范的开放性和类型的开放性实现民法典合同编的体系开放性,进而赋予其值得期待的持久生命力。

[本文为作者主持的 2018 年度中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(项目批准号:18CXTD05)的研究成果。]

[**Abstract**] Currently, the Third Exposure Draft of the Contract Law Part of the Chinese Civil Code has been published for comments. This draft and the previous two drafts have all come down in one continuous line, with each of them being an improvement of the previous one. Compared with the current contract law, the Contract Law Part of the Civil Code is more substantial and richer in content and more complete in system, but still has room for improvement, especially for pragmatic design and reform. In the drafting the Contract Law Part, attention should be paid to the logical relationship between the book and the General Provisions of the Civil Law. To this end, China should first reduce the referential norms in and incorporate such principles as encouragement of transaction, contractual integrity and the freedom of contract into the Part, and restate the rules of contract validity, so as to uphold the integrity and effectiveness of the contract law; next, China should establish a “contractual centralist” model of obligation law, incorporate such rules as those relating to quasi-contracts, the types of debts and debt-for-equity, etc. into the Part, so as to enable it to function as the substitute of the General Provisions of the Obligation Law; after being incorporated into the Civil Code, the Part needs to build an open system to store more normative energy. In order to maintain its openness, such a system should emphasize the positioning of the basic law of market transactions in terms of its nature, the organic integration of rules, principles and standards in terms of its norms, and the expansion of typical contracts in terms of its type.

(责任编辑:姚 佳)