

全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会聘任的立法专家、中国法学会民法典编纂项目领导小组成员、中国法学会《中华人民共和国民法典物权编(建议草案)》负责人、中国法学会2015年度部级法学研究重点委托课题“民法典物权法编修订条文及立法理由”[批准号:CLS(2015)ZZWZDWT02]负责人、栏目主持人:著名民法学家崔建远教授导读:

《中华人民共和国民法总则》颁行之后,《中华人民共和国合同法编(草案)》(民法室内稿)、《中华人民共和国民法继承编(草案)》(民法室内稿)、《中华人民共和国民法侵权编(草案)》(民法室内稿)、《中华人民共和国民法物权编(草案)》(民法室内稿)和《中华人民共和国民法人格权编(草案)》(民法室内稿)相继开始征求意见。这亟待法律人倾其所思,贡献参考意见。

法律人就上述草案献计献策,离不开平台。《法学杂志》使命感强烈,诚邀实力派民法学者,就《中华人民共和国合同法编(草案)》(民法室内稿)予以评论,提出完善建议,为中国民法典的编纂出力。在第3期中,王利明教授《合同解除制度的完善》,崔建远教授《买卖合同的成立及其认定》为民法典合同编专题研究系列谋篇布局、精准发力。

合同编兼具科学性和艺术性。依其科学性,合同规则乃至整个合同法具有内在的规律性,立法者也好,解释者也罢,不得恣意妄为,不宜处处标新立异。展现艺术性,每个法律人因其信奉的哲学、持有的先见、位列的价值体系及自己的理论体系存在差异,见仁见智势所必然。因此,对合同编草案的规定无论是赞同还是批评,都是正能量的释放,有助于立法者参考和思考。兼听则明,偏信则暗。出刊在即,寥寥数语,权且作为本期的“主持人导语”。

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2018.04.002

民法典合同编立法问题刍议

汤文平

(暨南大学法学院 广东广州 510632)

内容提要:应整体考察合同编“室内稿”,在充分认识其开创性成绩的同时,指出在法学方法及法政策方面可继续努力的方向。在具体制度上,既有欠缺书面形式、债务暂时无力偿还、合同保全、因第三人原因所致违约等等老问题,也有合同订立前单方允诺、网络订单、网购快递交付、“中介合同”等新问题,还有出租房屋优先购买权、建设工程施工合同无效等汲取司法解释经验入典带来的体系衔接问题,均需慎思。解约法等高难度的基础领域在法典编纂中,也不应错失反思、重构的契机。

关键词:民法典合同编 室内稿 立法论研究

作者简介:汤文平(1977—),男,汉族,湖南新宁人,暨南大学法学院教授。

本文为教育部人文社科研究青年基金项目(项目编号:12YJC820095)及国家社科基金重点项目(项目编号:16AFX015)的阶段性成果。

民法典合同编的“底本”既有现行合同法,又有人大法工委民法室初步完成的《中华人民共和国合同法编(草案)》(民法室内稿)(以下简称“室内稿”),编纂工作的基础已比较扎实。在这样一个阶段,围绕法典编纂的研究工作一方面当然仍要聚焦个别问题,深入探索;另一方面,也有必要结合现有工作基础,以问题为纲发表完整的修改意见。后者虽然就单个问题而言,论证未必有前者那么充分,但在民法学人共同体当中汇聚意见方面,却又有独到的效率优势。并且将极大地互相激发问题意识,个别问题研究也将因此而愈加繁荣。本文以2017年8月8日“室内稿”为底本,以问题为纲阐陈拙见。为了以有限篇幅覆盖尽可能多的问题,并提高立法研讨中思想交流的效率,行文之中尽量多谈个人见解,少引文献。某些问题虽有认知,却仍须查点文献多方挖掘的,则留待日后另撰专文探索。

一、合同的订立与效力

(一) 欠缺书面形式规则的四个不足

“室内稿”第7条第2款规定“法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。”缺点大致有四。一是仅涉及书面形式,而不涉及其他形式要求,例如有时会有法定或意定的公证要求就没有覆盖在内,不周延。二是将法定与意定的形式要求一体对待,与实践不符,意定的形式要求完全可能因合意改变而被放弃,故《德国民法典》第125条后句要加上要件“有疑义时”,才“亦为无效”。三是没讲清楚欠缺指定形式究竟有何后果,只讲法定或意定“应当”如何则“应当”如何,只是说重话而已,应该直接说明其后果为无效。四是片面对举“法律”与“行政法规”。1999年《合同法》第52条第5项对举“法律”与“行政法规”,从而将其其他较低层级的立法文件排除在合同无效依据之外,这在当时发展阶段的确符合适当提振合同

效率的要求。但是,首先并不完全符合现实情况,例如涉及外汇管制对外担保、涉及国资保护交易股权,都虽无法律或行政法规也不排除合同无效的后果。其次,在目前的发展阶段,是否仍要在合同编以顽固的“法律”“行政法规”对举彰显什么立场,也是需要反思的。笔者建议可借鉴《德国民法典》第125条规定“欠缺法定形式的合同无效。欠缺约定形式的合同,有疑义时亦为无效。”言简意赅而足够周延。

(二) 订立合同前单方允诺规则的一般化

“室内稿”第10条规定“当事人一方在订立合同前向对方所作的允诺,对方有合理理由相信其为合同内容的,该允诺视为合同条款,但当事人另有约定的除外。”大致渊源于[法释(2003)7号]文(《商品房买卖司法解释》)第3条。该司法解释将未载入合同的售楼说明和允诺拟制入合同内容,首先只是限于商品房买卖的情形,其次还加了“对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响”。如上限制在一般化为室内稿本条之后被取消了,造成的影响可能有两点。第一,是大幅背离意定之债原则上产生于合同的原则。在缔约过程中,一方当事人基于交易策略可能提出单方允诺,但是往往是以对方及时接受交易为前提的。这在大陆法系,依前述“意定之债原则上产生于合同的原则”是安全的,在英美法系,约因的要求更使之不成为问题。但是在“室内稿”第10条构建的制度背景之下,在旷日持久地谈判以缔约告终之后,当事人仍要超出合同内容之外,突然面对此前单方允诺,可能是意外的不利。因为单方允诺未获即时回应之后,虽然在缔约过程中留下了证据,却很可能在最终交换利益格局中不受真正的考量。第二,这将使合同解释的考虑范围急剧扩张。我国《合同法》虽无英美法系的“四角规则”或“口头证据规则”,但一旦订立书面合同,特别是一个比较详细的合同,应该也有尽量以书面合同为债权债务关系

根据的意思。“室内稿”第10条则在文义上就将注意力延伸到了“先合同”的允诺,更何况连“单方”的允诺都不放过,不必说未入书面合同的合意了。上述两大影响带来的负面作用,很难靠“对方有合理理由相信”这一限制性要件的解释论构造来消除,故建议删除本条。另有必要指出的是,若是一开始所说渊源于该司法解释为确论,则“当事人另有约定的除外”将使该司法解释第3条的拟制大幅破功。因为书面合同经常包含条款排除从合同书之外找合同内容的做法,从而一定程度上取得类似于“四角规则”“口头证据规则”的效果。但是在该司法解释第3条所指向的案型,应不足以推翻司法解释的特别规则。当一般化为合同法总则中的“室内稿”第10条时,却不得不归入“当事人另有约定的除外”之但书之下,从而否定了自己的“出身”,司法解释的特别规则将遭受挫折。

(三) 网络订单:“践成”抑或“单诺”

“室内稿”第31条第2款规定“当事人一方通过互联网等网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的,对方选择该商品或者服务、提交订单并付款成功时,合同成立,但当事人另有约定的除外。”该款看上去,使买方收款后才负履行义务,剥夺消费者的同时履行抗辩权,与消费者任意撤销权似乎刚好达成某种利益的平衡。但是即便要实现这种平衡,也应该采取单诺合同模式,而非该款所采的践成合同模式。该款所及买卖合同、服务提供合同均已作为诺成合同为当今各法域法律共同体所熟知,立法者若是率尔操觚在网购领域硬生生把它扳回践成性质,在规则体系、法理基础乃至法感情上都不免伤筋动骨。相反,若是取法英美法系的单诺合同,则更符合网购交易的实际,更能回应当

事人的利益诉求,也更契合于既有的体系基础。在通行的交易模式中,下订单时即有付款方式提示,若是允许待收货再付款,则当然应该承认买方的同时履行抗辩权;也应该承认买方要求卖方履行合同的请求权,除非后者在要约中已声明或依交易习惯须另做确认方受约束,以避免存量不足的误会。若是付款方式要求买方提前付款才能顺利下订单,也就意味着卖方要求买方以付款行为而非未来付款的允诺为承诺,这是典型的单诺合同。在后面这种情形,用不着第31条第2款来多事,而在前面那种情形,也更不能用第31条第2款与清晰的交易模式及当事人真意来对着干。故建议删除该款。

(四) 预约规则成文化的难题

“室内稿”第37条规定了预约,^①这在比较法上是少见的。预约与本约的区分在传统民法学以及我国民法学上都已是稳定的合同分类,但是在各国民法典中极少直接就预约设置条文。一个例外是《瑞士债法典》第22条,^②但是也被认为并无太大价值。原因在于首先,这么一个条文对于预约制度所要解决的问题实际上只是杯水车薪。其次,由于预约制度的复杂性特点,在条文当中所作的安排可能还成了绊脚石。例如《瑞士债法典》第22条2款规定预约应采要式本约一样的形式,在实践中就经常被背离。预约在要式合同之下,一项重要功能是迂回地实现当事人超越要式束缚的意思自由,自然不可能为此条文而轻易废弃。比较起来,“室内稿”第37条内容甚至还没有涉及合同形式等问题,更加单薄。与此同时,此条就“不履行订立合同义务”之违约责任所作的规定,至少从文义看来,恐怕既有模糊,也有谬误。预约

^① “当事人签订认购书、订购书、预订书等预约合同,约定在将来一定期限内订立合同,一方不履行订立合同义务的,对方有权请求其承担预约合同的违约责任。”

^② “1. 可依合同使当事人承担未来订立一定合同的义务。2. 法律为保护当事人而就未来所要订立合同规定须采一定形式才生效力的,预约也应采其形式。”

根据当事人的意思、内容充实性程度、缔结本约的时机成熟度等等因素综合考量,赋予当事人的义务可能是缔结本约、锁定谈判或者诚信谈判等等,违约之后的救济也可能是实际履行、本约之履行利益赔偿或本约之信赖利益赔偿等等。该第37条显然难以解释出这么丰富的内容,而且似有仅认缔结本约型预约的意思,果真如此,则是谬误了。总之,从比较法经验来看,预约基本上都是靠学说、判例来建构,立法保持沉默是普遍的做法,并不会给这项制度的发展带来多大不便,甚至还保留了必要的发挥空间。我国民法典编纂工作中若是就此制度并没有立法技术的突破,则不必为规定而规定。为免未来解释学误入歧途,第37条这样的条文还是以删除为佳。

(五) 批准生效合同规则:保留及优化

《民法总则》制定过程中,有关批准生效合同的规定也一度现身于草案,但最终被删除。“室内稿”第46条第2款、第3款^③重新“捡起”了现行法这一制度,应该是明智之举。就合同行为设置批准要求,是公法对私法领域发挥影响力的重要端口,在制度上有其必要性。目前有观点虽承认批准设置的必要性,但认为应全部后置于合同履行,至于合同生效则不应受批准要求的影响。《民法总则》最终删除上述规定可能与此有关。笔者认为该观点只看到批准前置于生效环节的弊端,而没有看到其优势。其弊端实际上主要是具体公法设置是否合理的问题,也并非私法上影响环节的问题。在另一方面,批准前置相较于后置于履行有一项重大优势,即避免当事人受“已生效”合同的“激励”,对公法领域造成过大的冲撞,这种私法谦抑的精神也正是自古以来私法自守体系完整性

的智慧所在。值得注意的是,在国际竞争中,批准设置常常具有让不满意的交易方知难而退的功用,这在发达国家和发展中国家应属共通的“心得”,我国《合同法》不应为持守“合同自由”的教条自废武功。

“室内稿”第46条2款第2句和第3句在现行法的基础上进一步规定了“不影响报批义务等条款的效力”及违反报批等义务时的责任。由于报批义务大部分情况下并不是合同直接规定的结果,而是根据当事人所处位置及诚信原则解释出来的。所以该第2句不如删除为好,这样可以避免反面解释的误会——要约定条款才有报批义务。保留该第3句,实际上就已点明了报批义务,而且在解释上既可以渊源于明确约定,也可以渊源于解释,都不影响义务违反的责任,更为周延。

因为合同变更等行为的幅度可大可小,一律按最初批准生效的要求办理无效率。若因此而否定未报批后续行为的效力,更可能大幅背离当事人之法感情,执行起来阻力很大。故在司法实践中得依具体情形判断未报批后续行为的效力。即便是在外商投资企业合同变更等法条明定报批的情形,也莫不如此。所以第46条第3款的规定最好还是删除,否则这种基本法上的规定与前述外商投资企业合同相关特别法规定相比,与司法实践脱节的问题会更加严重。更何况,从法政策来看,批准要求应交由公法规范设置,若是合同变更、转让、解除等需要批准,自然应由公法规定。若是公法规范无相应规定,但根据具体情形又应有批准要求,则也是在公法解释、补充领域下功夫的问题,民法典合同编直接规定“依前款处理”,政策考量也实属

^③ “2. 法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。当事人未办理批准、登记等手续的,该合同不生效,但不影响合同中当事人履行报批、登记等义务条款以及相关条款的效力。有义务办理申请批准或者登记等手续的当事人一方未履行该义务的,应当向对方承担违反该义务的责任。3. 合同的变更、转让、解除等情形,依照前款规定处理。”

不当。

二、合同的履行

(一) 网购快递物流交付时点

“室内稿”第58条第1款前句^④的规定,就消费者网购而言不务实,易启争端。依该句快递公司一签收即已交付,有关风险自是转由消费者承担。可是消费者在收件后若见毁损、灭失,理所当然会如一般瑕疵时在犹豫期内自由解消交易。就一般瑕疵(甚且无任何瑕疵)允许消费者脱身,在标的物毁损灭失时却不允许,这显然违背事理、悖于法感情。故即便维持该句规定,也应增添但书——“消费者为交易的除外。”

(二) 同时履行抗辩权与先履行抗辩权

建议删除有关先履行抗辩权的规定。在“有机”的先后情形下,对方不履行,己方的履行受障碍,履行期自然应顺延。这原本属于抗辩,而非抗辩权。规定为先履行抗辩权看上去是保护了后履行方,但是主张义务其实又是害了他。在“无机”的先后情形下,先、后履行方的义务均已成熟时,非要先履行方放弃同时履行抗辩权,既难以说理,也不符合生活常情。因为在先履行方未按时履行时,双方的信赖基础原本就已动摇,而先履行一方之所以缔约时同意先履行基本上都是以信赖为基础的。既然后履行一方义务也已成熟,先履行方在愿意承担此前迟延责任的前提下,要求同时履行,并不为过。此际立法介入非要赋予后履行方一个“先履行抗辩权”,失之用力过猛,有违比例原则及合目的性原则。

在删除先履行抗辩权之后,相应地,同时履行抗辩权可以直接将第66条(亦即《合同法》第66条)“没有先后履行顺序的,应当同时履行”删除。这样对待给付义务是否都已成熟,是否为“无机”的先后关系,可视约定为解释。

(三) 债务暂时无力偿还规则之无谓冗余

“室内稿”第73条规定“债务暂时无力偿还的,经债权人同意或者人民法院裁决,可以由债务人分期偿还。有能力偿还拒不偿还的,由人民法院判决强制偿还。”首先,后句纯粹是没有价值的冗余,自应删除。其次,前句“经债权人同意”,而可分期偿还,这也是当然之理,完全属于当事人意思自治的范围,立法一一交代,也是无谓的冗余。最后,前句中“或者人民法院裁决”云云,则是错误的。因为其一,“暂时无力偿还”若是金钱债务,则无给付不能的考虑余地,自然陷于迟延;若是种类物之债,债务人则应积极置办,并且同样陷于迟延;若是特定物而一时不能,也要看有否免责事由,否则同样有迟延之责。在所有这些情形,由法院依职权裁决变更履行期及方式,没有法理依据,也完全违背了变更权的规范目的。万一符合了情势变更的要件要求,也应严格按第75条办理。故应删除全条,避免将错就错,陈陈因袭。

三、合同的保全、合同的变更与转让

(一) 合同保全规则的优化

“室内稿”第79条基本照抄《合同法解释(一)》第20条,即直接向债权人清偿一次消灭两级债务,不采入库规则。这在《合同法》第73条第1款结合《合同法解释(一)》第13条第1款将代位权标的限于“金钱内容的到期债权”、片面聚焦于连环债追讨的立法政策之下,还是有一点合理性的。在说理上,立基于抵销,也大体可行。可是在第76条已将金钱债权替换为“到期权利”的情况下,代位权的功能已远远超出了连环债清偿,而重还传统民法中制度功能的旧观。此时还是恢复入库规则较为妥当。

“室内稿”第80条中的“无偿转让财产或者以其他方式无偿处分财产”,说法太绕,或可

^④ “通过互联网等网络签订的电子合同的标的为交付商品并采用快递物流方式交付的,快递物流服务提供者签收的时间为交付时间。”

直接删减为“无偿处分财产”。

在低价转让财产之外又新增了高价收购他人财产和为他人债务提供担保,再谈“受让人”知道或应当知道就不够周延了,或可考虑替换为“受益人”。

(二) 并存债务承担特殊规则的明晰

“室内稿”第96条规定“第三人向债务人或者债权人表示愿意承担债务人的债务,债权人未明确表示拒绝的,第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人共同承担清偿责任。”并存的债务承担可以由新债务人与原债务人约定,也可以由新债务人与债权人约定。其特殊之处有二:其一是新债务人与原债务人约定之后无须如免责的债务承担那样取得债权人的同意。其二是新债务人若是直接向债权人发出并存承担债务的要约,则类似于发出一个担保函或债务承认书,在交易习惯上属于“无须向要约人表示之承诺”的情形,故债权人无须通知接受即可成立并存承担。该第96条似乎是要表达这两层意思,但是在表述上难谓成功。建议修改为,“第三人与债务人约定共同承担债务人的债务并通知债权人,或者向债权人表示愿意共同承担债务人的债务,债权人未明确表示拒绝的,第三人和债务人共同承担清偿责任。”

四、违约救济

(一) 可解除合同: 框架内优化或改弦更张

“室内稿”第106条完全照抄《合同法》第94条,就可以解除合同的情形作了规定。第1项^⑤与第4项^⑥相互结合,似乎有意用“不能实现合同目的”作为解约情形的核心。若是如此,不如合并规定为“违约行为致使不能实现合同目的”,作为第1项。这样首先可以避免原第1项以“不可抗力”扰乱了焦点,因为不可抗力只

是免责事由,在本条突出位置高亮凸显实非所宜。而且原第1项和第4项相结合足以透露出,无论是不是因不可抗力造成的不能实现合同目的,都可引向解除,自不应在第1项以不可抗力为限定要件引入歧路。其次,合并为第1项之后,还可借《欧洲合同法原则》第9:301条第1项、《国际商事合同通则》第7.3.1条第1项中的“根本性”丰富解释资源,避免另起炉灶。

然而以上只是在坚持现有框架前提下的整合意见。在整体上,浅见仍主张彻底改变既有的框架,即不是以“不能实现合同目的”为核心,而是真正夯实违约形态的基础,就解约这么一种违约救济方式,立足于给付不能、给付迟延、给付拒绝、不完全给付等分析框架。我国合同法学在如上违约形态已经有厚实的积累,应该是可以借重的。否则,如第2项^⑦将焦点偏离到部分给付拒绝类型的“先期”这一时间点,而不是聚焦于债务人确定的最终的拒绝这个本质要件;或者如迟延履行中的一般迟延和作为定期行为的迟延,定期行为中的绝对定期行为和相对定期行为,也都没有在第3项、第4项前段里体现出来。至于事实不能、经济不能、道德不能,履行费用过高可能是与债务人自己所获对价相参照,也可能是与债权人的履行受益相参照,全部被“烩”进了“不能实现合同目的”。但其实不能实现的是“谁”的合同目的,又是“怎样”不能实现合同目的的,这些都有极大的挖掘空间,并且都会实际影响到解除权的配备和行使,甚至影响到解约规则和情势变更规则的衔接。尤其是这些东西都已经是我国合同法学所认知到的智识储备了,在民法典编纂中为何置若罔闻,令人费解。

⑤ “因不可抗力致使不能实现合同目的。”

⑥ “当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。”

⑦ “在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。”

(二) 因第三人原因违约的类型化

“室内稿”第138条基本照抄《合同法》第121条,仅于前句末尾增添但书——“但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”在现实生活中,第三人角色复杂,可能是履行辅助人,也可能是独立的邮政、铁路运输机构,还可能是素不相识的追尾交通事故责任人。在履行辅助人的情形应归责于债务人,是毋庸置疑的。在第三人负追尾交通事故责任的场合,债务人送付的特定物灭失,是否还要负损害赔偿之责。不管现行法中违约责任被解释为“无过错归责原则”,也不管免责事由被限定于“不可抗力”,让债务人赔偿债权人履行利益损失都是苍白无力的主张,在实务中也很难被悍然支持。所以,在这种在这种意外事件或通常事变面前,本条的规定是错误的。至于第三人为独立的邮政或铁路运输机构等的情形,是否可以追究债务人违约责任,也有解释空间,不宜一刀切。故本条不如完全删除。

五、买卖合同、物业服务合同、赠与合同、保证合同

(一) 出卖标的物之处分权要件

“室内稿”第125条在照抄《合同法》第132条的基础上又增添第3款,^⑧目的应该是为了回答无处分权而买卖的合同效力问题。问题是,这样新增的第3款不仅实际否定了前第1款,而且在此处没话找话地规定一个违约责任“特别规范”,完全背离了立法体例。与其如此,何不删除整条?

(二) 买受人知道瑕疵的时点: 订约或交付

“室内稿”按照第175条的规定,^⑨判断排除

买受人因知情而排除瑕疵权利的时点是“订立合同时”。在比较法例上,有按交付时为准(如德国法),有按订立合同时为准(如瑞士法)。比较起来,系于交付时点比较合理。因为订立合同时知道或应当知道有瑕疵而仍同意缔约,似乎可以认为已降低了质量标准,使未来交付标的提前“变得”没有瑕疵了。这是纯粹意思自治的范畴,不必专门立此条文。相反,在交付时存在于标的之上的瑕疵是真瑕疵,若是买受人受领而无任何保留表示,则究竟是认定排除瑕疵权利,还是认定仍保有瑕疵权利,确有立法裁断的必要。故建议修改为“在交付时知道或者应当知道”,这样措辞才更有实际意义。

(三) 服务承诺和服务细则自动纳入合同的区别

“室内稿”第219条第2款^⑩规定的“服务承诺”自动纳入服务合同,是合理的。但是该款所云,物业服务人“制定的服务细则”也当然纳入物业服务合同的组成部分,则有思虑不周处。因为服务细则规定的内容五花八门,许多可能只是物业公司内部的操作规程或工作标准,如果泥沙俱下一律纳入服务合同,似乎是要业主被动接受其自定标准。是不是未来确定服务有无瑕疵、操作中是否有过失都要受到这些服务细则的影响?若是,则当然有违法理及人们的法感情。故建议修改为“物业服务人以制定服务细则等方式公开作出的服务承诺,为物业服务合同的组成部分。”即公开服务细则,其中有利于业主的条项不妨也看作服务承诺,纳入合同。

^⑧ 第3款规定“出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移的,买受人有权解除合同、要求出卖人承担违约责任。”

^⑨ “出卖人交付的标的物不符合质量要求的,买受人可以依照本编第一百二十五条的规定要求承担违约责任。但是买受人在订立合同时知道或者应当知道该标的物存在不符合质量要求的瑕疵,且存在该瑕疵不违反法律、行政法规强制性规定的除外。”

^⑩ “物业服务合同应当采用书面形式。物业服务人公开作出的服务承诺及制定的服务细则,为物业服务合同的组成部分。”

(四) 赠与财产毁损灭失与赠与人加害给付之体系违反

“室内稿”第242条将《合同法》第188条、第189条合并为一个条文中的两款,使赠与人仅就社会公益、道德义务性质或经公证的赠与财产,因故意或重大过失致其毁损灭失时才负赔偿之责。这样修改之后,与其他赠与的任意撤销权相对观,较此前不做限制的《合同法》第189条显得更合理些。但是,将第242条第2款与第244条第2款联系起来,似仍有体系违反。后者规定,“赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵,造成受赠人损失的,应当承担损害赔偿责任。”其中受赠人损失似应指固有利益的损失。果若如此,则赠与人对赠与标的的毁损灭失以重大过失即可归责,对受赠人其他固有利益的致害却要故意方可归责,尤其是后一固有利益甚至可能是生命、健康等重大利益,显非妥当。笔者建议将第244条第2款修改为“赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵的,承担与出卖人相同的责任。”亦即在赠与物交付之前,赠与人仅就不可撤销赠与必须交付之物因故意、重大过失负责,在交付之后,则一般性地将故意隐瞒瑕疵或保证无瑕疵拟制为赠与人同意承担瑕疵担保责任。但也仅此而已,至于受赠人其他固有利益的损害则适用一般规则,不因赠与合同而降低赠与人注意义务的标准。

(五) 担保法总则:合同编与物权编之协调

有观点建议取法国法2006年的做法,在民法典中将担保独立成编,这样可以使物权与债权之间模糊地带的担保方式都有容身之所。笔者认为,人保与物保的一般界定仍可坚持,破产法、海商法、建设工程合同法等领域的优先权,所有权保留、特户“质押”、房屋买卖合同“抵押”等非典型担保方式,可在散处的相应位置作出规范,不一定将担保独立一编。否则,担保法看似“体系完整”了,却又人为割裂保证合

同与合同法(债法)、担保物权与物权的体系脉络,得不偿失。

但又必须承认担保法确有相对独立性,在民法典编纂当中,也应充分反映之。要协调好合同编室内稿第15章“保证合同”与物权编室内稿第16章至第19章“担保物权”,重中之重是通过协调真正安顿好“担保法总则”。合同编室内稿第15章第1节第267条(担保定义)、第268条(从属性及从合同无效处理)、第269条(担保人排除)、第275条(反担保),第2节第286条(共同保证),物权编室内稿第16章第175条(担保与反担保)、第176条(从属性及从合同无效处理)、第177条(担保范围)、第179条(债务转让后担保人免责)、第180条(共同担保)、第181条(担保人追偿权)、第183条(担保消灭)均为人保、物保或其他非典型担保的共通性规定,应当纳入担保法总则之中。目前这种任意割裂的做法,一是说不清为何放人保而不放物保处(或是相反),二是很可能导致规范骈出,叠床架屋(例如都规定了反担保、从合同性质及无效处理、共同担保等等),三是由于缺乏总则自觉,某些该有的规则付之阙如。在人保与物保之间,前者是一般法,后者为特别法,在比较法上也多有支持(如《德国民法典》第1137条、第1143条和共同保证(第769条)对物保的准用,《法国民法典》第四卷人保和物保的顺序安排)。未来民法典中担保法总则比较合适的位置应该是保证合同的一般规定处,也就是前述合同编室内稿第15章第1节。在大幅腾挪以充实该节之后,可再仿《合同法》第174条规定,“法律对其他担保有规定的,依照其规定;没有规定的,参照本章规定。”

六、租赁合同、建设工程合同、居间合同

(一) 出租房屋优先购买权:司法解释规则的法典化

“室内稿”第316条^①第4项规定,在第三人

^① 该条内容与《房屋租赁合同纠纷解释》[法释(2009)11号]第24条基本一致。

善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的情况下,承租人不享有优先购买权。自反面解释,即在第三人恶意,或无论其善意、恶意而未办理登记手续时,承租人均可行使优先购买权,对抗第三人。第317条与《房屋租赁合同纠纷解释》[法释(2009)11号]第21条基本一致,只是将其后句修改为“出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响,但法律另有规定的除外。”^⑫但是,对照前述第316条第4项的规定,此一后句的修改难谓成功。《房屋租赁合同纠纷解释》[法释(2009)11号]第21条后句规定“人民法院不支持承租人确认出租人与第三人之间的房屋买卖合同无效的诉求,虽然仅有提示作用,不具实质意义,但也不失为一句“大实话”。经此修改,却似陷入了错误。因为出租人与第三人订立的房屋买卖合同究竟受承租人优先购买权何等影响,实际上是个很复杂的问题。若第三人善意购买且已办妥登记手续,依第316条第4项及第317条前句的规定,承租人不得行使优先购买权对抗第三人,自己找出租人请求违约赔偿。此际可说“出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响”。若第三人善意购买而未办理登记手续,依第316条第4项反面解释,一旦承租人行使优先购买权,即陷于履行不能,第三人是否可一律依约要求出租人承担违约责任,似有疑问。其中有自始不能的意味,或许还应查问出租人是否有过失。此际是否还可说“出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响”,已十分可疑了。若是第三人恶意购买,尚未实际履行时,似乎有以承租人不行使优先购买权为条件的意味,在条件成就前难持买卖合同效力请求出租人实际履行,在因承租人行权而致条件确定不能成就时,应也不能请求出租人承担违约责任(除非出租人承诺确保承租人弃权)。若是第三人恶意购

买且已办理登记手续,依第316条第4项反面解释,承租人仍可行权追夺房屋产权,若无卖方特别承诺,第三人因明知权利瑕疵应也不得追究卖方违约之责。在后两种情形,再说“出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响”就应该是错误的了。故建议删除第317条后句,或将之恢复为《房屋租赁合同纠纷解释》[法释(2009)11号]第21条后句的措辞——虽无实益但也无错误规则之弊害。

(二) 建设工程施工合同无效: 司法解释规则的法典化

“室内稿”第393条合并了《建设工程施工合同纠纷解释》[法释(2004)14号]第1条、第2条的内容,将之分别作为第1款、第2款。^⑬在第1款规定了三种无效情形: 无资质或超越资质、借用资质企业名义(实际仍是无资质)、应招标而未招标或招标无效。在第2款则规定了验收合格时“无效作有效处理”的习惯做法。这种规范模式在司法解释中提供一时的对策,也许是无可厚非的。但是规定于法典,实在有违法治理念。合同因违反强行法而无效,原本只是立法者的法感情之上自然而然的推论。就像竞合问题——立法者既以不同的请求权规范划出了诉因的道道,当然在法感情上就不会轻易允许竞合选择。但是这些法感情上的推论又由于现实当中务实的诉求而不得不再再松绑。于是,在违反具体规范时,合同究竟是否有效,若是无效是否又有柔化处理,往往要综合案情作出判断。相应地,成规模地直接规定违反资质要求、招标要求就直接裁定合同无效,这在立法技术上是“太实诚”了。考虑到违反资质要求就一律无效“太走极端”,又在第1款第1项之后加个但书——“但竣工前取得相应资质等级的除外”,貌似柔化了,但这种直接在基本法

^⑫ 《房屋租赁合同纠纷解释》[法释(2009)11号]第21条后句作“但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的,人民法院不予支持。”

^⑬ 但是在第1款第1项之后增添但书——“但竣工前取得相应资质等级的除外”。

条文中的柔化,将置要求资质的公法规范于何地?至于第2款以竣工是否合格为断决定是否“无效作有效处理”,这作为司法解释从权性的规范则可,作为基本法条文则断断不可。与上述第1款第1项之后所加但书都是顾头不顾尾的做法,将开启弊窦,纵容当事人无谓冲撞强行法。该条应彻底删除。这个例子也体现在法典编纂时,吸收司法解释的成熟经验不能照搬条文,而要考虑司法解释从权性规范的语境和法典编纂是完全不同的。相应地,第319条^⑭第1款中的限定“建设工程施工合同无效”也应删除。

(三) 建设工程质量缺陷的责任

“室内稿”第410条的规定,^⑮应该是建设工程质量瑕疵责任规则之下,因发包方过错而免除或减轻承包方责任的特别规则。可是,按目前的规定,发包人因提供有缺陷设计等三种过错行为造成建设工程质量缺陷,“应当承担责任”究竟是何责任不明。是对承包人的赔偿责任?是行政管理责任?应该都不是,而只是“对己责任”,即致使自有瑕疵权利的缩水。该条第2款的规定,^⑯更模糊了本来的规范脉络,倒是与第1款架构出了一个“双方违约”来。但这显然是错误的。此处根本没有什么双方违约,承包人就建设工程质量缺陷承担的瑕疵责任也不是“承担相应的过错责任”,在该条的语境里只是因承包人的过错行为而免除或减轻承包人的瑕疵责任而已。究竟是免除还是减轻,当然需要结合个案具体情形判断,其中自然也包括了承包人是否有过失。例如发包人提供了缺陷设计或缺陷材料,承包人未参照第375条、第376条(承揽合同)及时检查并通知替换即是。但是在整个瑕疵责任的规范框架之中,来这么

一句“承担相应的过错责任”是错误的。建议与第381条(承揽人瑕疵责任)嫁接,将第410条开始文句修改为“发包人有下列情形之一,造成建设工程质量缺陷的,应当免除或减轻承包人参照第381条原本应负的责任”。

(四) 建设工程价款优先权

“室内稿”第412条在《合同法》第286条的基础上增添第2款,^⑰要求优先权应登记。这一修改有利于交易安全,是必要的。但仍有未明之处。一是若已登记,是从登记之日起优先于此后登记的抵押权,还是可优先于此前登记的抵押权。二是何时可以登记,是足额发生了价款之后才可以登记,还是可以开工前即可登记。建议借鉴我国台湾地区“民法”第513条的做法,允许开工前即可登记,并就工程建设带来的增值部分优先于先登记的抵押权。

(五) “中介合同”之正名及“事物的本质”

“室内稿”第26章将居间合同更名为中介合同,不确。在实践中,中介合同、中介机构外延极广,包括了居间、行纪、代理,甚至在一个交易场景里杂糅了以上类型的因子。以中介替换居间,名实不副,也不符合民法规范纯化的要求。建议仍恢复原名称。

“室内稿”第542条沿袭《合同法》第425条,规定了居间人向委托人“如实报告”的义务,要求不得故意隐瞒重要事实或者提供虚假信息。须知居间合同与一般的委托合同不同,与一般的咨询合同也不同。它最大的特点是居间人以信息控制为生命线,一旦倒豆子一样“如实报告”了,就往往落得个“居间人总是徒劳”的下场。所以若非委托人独家委托一个居间人的情形,一般居间人都不负勤勉义务,也不负如实报告的义务,而经常性地“隐瞒重要事

^⑭ 该条相当于《建设工程施工合同纠纷解释》[法释(2004)14号]第3条。

^⑮ 内容与《建设工程施工合同纠纷解释》[法释(2004)14号]第12条同。

^⑯ “承包人有过错的,也应当承担相应的过错责任。”

^⑰ “前款规定的建设工程承包人的优先受偿权应当登记;未登记的,不得优先于已登记的抵押权和其他债权受偿。”

实”。所以本条不符合居间合同“事物的本质”，应予删除。当然，居间合同当中又的确潜藏着“双方代理”的因子，居间人完全可能为“讨好”一方而暗中倾轧另一方。故此，若是立法者觉得一气删除本条不安全，也可以在其中加上“诚实信用原则”的字样。这样，未来解释适用时，即可借助诚实信用原则的资源界定居间人的义务范围。^⑮

“室内稿”第543条第2款沿袭《合同法》第426条第2款，第544条沿袭《合同法》第427条，综合以观，则居间成功可收取报酬时居间费用由居间人自理，居间失败无报酬时由委

托人承担必要费用。这一规定完全违背了交易场景当中的常识，与现实彻底脱节。现实中，委托人在与潜在交易方真正进入缔约之前，同居间人的关系是十分“微弱”的，相互都处于一种“海淘”状态。让委托人一一支付所有斡旋失败的居间人之必要费用，完全背离了居间合同“事物的本质”，与双方当事人的法感情及生活常识差距太大。这类法条应予删除，以免损及法典的严肃性。若是立法者非就此问题发表意见不可，建议仿照《瑞士债法》第413条第3款前段，加上“合同有约定”的要件。^⑯

My Humble Opinion to the Legislation of the Contract of Civil Code

Tang Wenping

Abstract: We should study the internal draft of the contract wholly, and, while fully recognizing its pioneering achievements, point out the direction that we can continue to work in the methodology of jurisprudence and policy. In specific system, there are not only old issues such as lack of written form, unable to repay the debt temporarily, the preservation of the contracts, break the contracts because of the third party but new problems such as the unilateral promise before the conclusion of a contract, online orders, the delivery of online orders, intermediate contracts. Also there are matters like preemptive right of rental houses, invalid contract for erection of construction projects, which are written into code by learning from the judicial interpretation experience therefore bring about the problem of cohesion. All of above need considering carefully. The difficult basic fields such as the law of break an agreement should not miss the opportunity of reflection and reconstruction in the codification.

Keywords: contract series in civil code; the internal draft; legislative study

(责任编辑:刘宇琼)

^⑮ 例如可规定为“居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。居间人违反诚实信用原则，故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。”

^⑯ 该比较法例称“居间人得请求偿还其支出的费用，但以在契约中有约定为限。”