

论合同法组织经济的功能

王利明^{*}

摘要 合同法是交易法,也是自治法,不仅在单次的交易中发挥着纽带功能,在关系性、合作性活动中也至关重要,被广泛应用于生产、流通乃至其他各经济领域。在这个意义上,合同法和法人或非法人社团(及其背后的法律规则)一样,都具有组织复杂经济活动的功能。合同法一方面因应社会经济需求促进各方共同利益的实现,如对组织型合同、共同行为等进行规制和调整;另一方面,其自身也因这些社会经济需求的推动而发生了重大变革,具体体现在协作义务的强调、信赖的保护、继续性合同的特殊规则、企业并购交易合同与金融合同的发展等方面。未来合同法应当回应这些变革,充分认识长期合同、服务合同等合同类型的特殊性,在合同规则设计及合同解释方面进行重新安排。

关键词 合同法 组织型合同 长期合同 关系契约 合同网络

合同法是市场经济的基本法。人们在实践中一般只是重视其调整交易关系的一面,而对于其组织经济的一面,却较少关注。下文将详细梳理合同法组织经济的功能及其具体机制,以促进合同法理论和合同法规则的进一步完善。

一、合同法组织经济功能的演进

(一) 合同法的原型及新古典合同法理论的发展

作为现代合同法的前身,古典合同法理论侧重调整一次性的交易,以交易主体利益的对立性为预设、以合同内容的高度确定性和简单的合同执行机制为主要特征,并未充分认识到合同法在组织经济方面的功能。即认为合同所追求的是交换正义,其调整的侧重点是单个的交易关系。按照学者的研究,合同反映交易关系的观点,最早由亚里士多德提出,后者提出了交换

^{*} 中国人民大学法学院教授。

正义(commutative justice)的概念,并认为合同就是规范交换正义的工具。^{〔1〕}中世纪后期的经院哲学家继承了亚里士多德的思想,将合同定义为规范交换行为并以追求正当交换为目的的手段。^{〔2〕}到17世纪,以格劳秀斯、普芬道夫、波蒂埃和沃尔夫为代表的法学家,进一步发展了有关交易理论。^{〔3〕}而19世纪产生的意思理论,实际上也可以认为是来源于亚里士多德的交易理论,其制度原型仍然是单次交易。

与古典的合同法理论相比,现代合同法或新古典合同法理论更注重合同的社会性,其核心是信赖利益保护规则和允诺禁反言规则。如麦克尼尔将合同置于社会整体之中予以考察,提出合同不仅是合意的产物,而还应当将合意之外的各种“社会关系”引入合同。在其合同概念中,一方面合同源于当事人合意,但又不限于合意,而是要扩展至与交换有关的各种社会性关系之中;另一方面,合同不仅关注个别交易,而且还要指向未来的长期合作。据此,合同不仅是一种市场交易,还是一种广义的社会性“交换”。此外,麦克尼尔还强调合同关系中的相互性,认为个人选择与公共选择之间存在着“相互性的参与”。^{〔4〕}除了麦克尼尔外,还有很多有影响力的其他学者也看到了合同与社会、经济关系的密切关联。如日本学者我妻荣便曾指出:“仔细研究了支持资本主义经济组织的法律制度,懂得了其结果是归结于各种债权关系……只有以这种债权关系为中心,才能理解近代法中抽象的法律原理的具体形态。”^{〔5〕}内田贵教授也在其《关系契约论》中指出合同对组织社会生活的作用,认为它是构建国家、社会和个人三者之间和谐关系的基础。^{〔6〕}可见,学者逐渐认识到合同法并不只是调整单个的交易关系,其在某种程度上具有组织社会生活的功能。近来,越来越多的学者已经开始高度重视合同法在组织经济中的功能。法学家、经济学家如科斯、哈特、威廉姆森等人直接通过研究企业组织中的合同关系来理解企业制度。^{〔7〕}欧洲学者也开始强调正确认识合同法的组织经济功能。如德国学者Grundmann等人提出了“组织型合同”(organizational contracts)的概念,认为合同的功能正从交易性向组织性发展。^{〔8〕}

(二) 合同法组织经济功能的日益彰显

合同法组织经济的功能在现代社会日益凸显,主要源于以下几个原因。

1. 社会分工细化

现代市场条件下,社会分工越来越细致,交易关系也因此越来越复杂和专业,而合同是连

〔1〕 (加)本森:《合同法理论》,易继明译,北京大学出版社2004年版,第294页。

〔2〕 (美)詹姆斯·戈德雷:《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社2006年版,第129页。

〔3〕 同上注,第114页。

〔4〕 (美)麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁等译,中国政法大学出版社1994年版,第66页。

〔5〕 (日)我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江等译,中国大百科全书出版社1999年版,第218、219页。

〔6〕 (日)吉田克己:《现代市民社会的民法学》,日本评论社2008年版,第11页。

〔7〕 R. Coase, “The Nature of the Firm”, 4 *Economica*, 386, 390-391 (1937); Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, 1985, pp. 32-35; (美)奥利弗·哈特:《企业、合同与财务结构》,费方域译,上海人民出版社2006年版,第69-85页; (美)弗兰克·伊斯特布鲁克等:《公司法的企业经济结构》(中译本第二版),罗培新等译,北京大学出版社2014年版,第1-39页。

〔8〕 Grundmann et al. (eds.), *The Organizational Contract: From Exchange to Long-term Network Cooperation in European Contract Law*, Ashgate Publishing, 2013.

接不同交易阶段的纽带,对理顺交易关系、促进交易便捷具有至关重要的作用。合同法通过规定合同法的一般规则和具体的合同类型,为交易双方提供满足基本交易需要的合同范式。这些合同范式考虑到不同交易类型的具体情况,考虑到不同情况下当事人不同的经济地位,规定了合同双方基本的权利义务关系,以实现交易的公平和安全。由于社会经济生活的复杂性,交易关系也变得越发复杂和专业,当事人要在合同订立过程中充分维护自身的权益,并促成合同的顺利缔结和履行,需要具备大量的相关专业知识和经验,而合同法通过规定各类典型合同,可以在一定程度上弥补当事人缺乏专业知识的不足,降低双方当事人的协商成本,也有利于保证合同公平性。从这一意义上说,合同法作为社会分工的重要媒介,在组织经济方面发挥了基础性作用。

2. 产业组织复杂

按照科斯的交易成本理论,企业的存在是为了节约市场交易成本。市场交易成本高于企业内部的管理协调成本,是企业产生的原因。市场交易的边际成本与企业内部管理协调的边际成本相等之处,是企业规模扩张的界限。可以看出,合同与企业都是组织经济的工具,选择何者取决于交易成本;如果以合同为载体的外部市场成本高于企业内部的管理协调成本,则选择企业作为组织经济的工具;反之,如果市场交易成本低于企业内部的管理成本,则宜选择合同作为组织经济的工具。因此,合同组织经济的功能与企业组织经济的功能并非相互对立,而是相互补充的。实际上,在一个公司中,也存在着大量合同,内部如公司与员工、公司与股东之间、公司与高管之间的合同关系,外部如公司与供应商、经销商,甚至与众多消费者之间的合同关系。正是这些内外部关系中所包含的合同使公司有效运转。在上述背景下,企业可以说是由雇佣合同、供货合同、销售合同、专利许可合同、租赁合同等构成的“合同束”:

将公司当作法人的说法往往会掩盖其交易的本质。因此,我们常常说公司是“合同束”或一组默示或明示的合同,这种说法也为公司中各种组成人员的复杂角色安排提供了功能定位的捷径。通过这条路径,自愿组成公司的各类人员均能解决其自身的定位问题。这种“合同束”的说法提醒人们,公司是一项意思自治的风险事业,同时也提醒我们,必须审视个人同意参与公司所依据的条款。^[9]

也正是从这一意义上说,公司组织经济功能的发挥也离不开合同。

3. 新兴技术跃进

随着计算机和互联网技术的发展,人类社会进入一个信息爆炸的时代。互联网给人类的交往和信息获取、传播带来了方便,深刻地改变了人类社会的生活方式,甚至改变了社会生产方式和社会组织方式。互联网交易的发展也使得合同法组织经济的功能日益凸显,主要体现在:一方面,互联网交易的具体规则需要合同法予以规范,如在网络环境下,要约、承诺的方式发生了重大变化,金融消费者、网购消费者的权益保护、交易平台和支付平台的法律地位等,都需要新规则予以规范;^[10]另一方面,在信息时代,电子商务日益发展,出卖人可以根据订单需求组织供给,实现“零库存”,根据个性化需求组织个性化生产。

[9] 伊斯特布鲁克等,见前注[7],第15页。

[10] UNCITRAL, United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, New York, 2005.

总之,合同法是现代市场经济最重要的基础设施。这种作用不仅表现在其对交易关系的调整上,而且还体现在其对经济生活的组织上。改革开放以来,我们逐步认识到,在市场经济条件下,虽然其他力量可以影响和引导资源配置,但决定资源配置的力量只能是市场。因此,虽然政府在市场发展、培育过程中也发挥一定作用,但市场主体的交易自由是市场发展的主要动力,即市场应当在组织经济方面发挥基础性的作用,而这些自主交易都是通过合同实现的。换言之,对待合同的态度反映了经济规制的政策取向,只有尊重市场参与者本身的意志,才能保证市场在资源配置中的主导作用。

合同法所调整的交换关系和经济组织功能之所以很难截然分开,是因为在市场经济条件下,对于市场主体双方而言,交换的过程是一个相互为对方提供产品或服务以满足自身利益需求的过程,即交换可以促使资源向能够最有效利用它的人手中转移,从而实现资源的优化配置。合同既组织供给,也组织需求,并有效促进供给和需求的连接。从交易实践来看,过去的交易关系更多地强调对当前经济、社会关系的规划与安排,没有考虑对未来交易的预见性。而现代交易关系越来越重视长期性合同和面向未来的信用交易,如期房买卖等针对未来之物的买卖,又如为了规避未来价格剧烈波动的风险而订立的长期供货合同、套期保值交易合同和大宗商品期货交易合同等。

二、合同法组织经济功能的特殊性

如前所述,合同与公司是组织经济活动的两大基本工具,但与公司法组织经济的功能相比,合同法具有一定的特殊性,主要体现在以下几个方面。

(一) 合同法是交易法

公司法侧重于规范经济活动主体的组织活动,如公司的设立、变更、运行等,而合同法则侧重于调整主体的交易活动。合同法虽然也调整经济活动主体的组织活动,如公司的设立、决策及内部的经营管理,但主体的交易活动是合同法调整的中心。市场经济这一概念本身并不描述经济活动主体本身,其描述的是经济活动主体的具体行为,因此比较而言,在市场经济条件下,合同法在组织经济生活方面的作用要大于公司法。如果经济活动主体的生产、销售行为由自由市场的自由价格机制引导,则为市场经济;如果由国家计划引导则为计划经济。因此,作为规范经济活动主体具体行为的合同法,实际上担负了定义经济活动性质的重要作用。如果合同法强调当事人双方的自由意志,则是市场经济,如果没有合同法,或者合同法强调国家对合同的指导和批准,则仍是计划经济。在这个意义上,是由合同法而非公司法决定了国家经济制度的性质,也由合同法决定在组织经济过程中看不见的手和看得见的手各自的地位和功能。

(二) 合同法是自治法

公司法本身以任意性规范和强制性规范的结合来组织经济,体现了市场和政府干预的结合:一方面,公司法需要借助任意性规范来发挥市场功能和经营者的自主性;另一方面,公司法又针对市场失灵强调政府的干预。而合同法是自治法或任意法(dispositives Recht),合同的成立和内容基本取决于意思自治。在现代社会,自治本身就是社会治理的重要模式,因为当事人最为了解自己的经济需求,也最有动力以尽量低的对价实现该经济需求。这有利于实现资源的合理分配和社会经济效益的最大化。合同法以任意性规范为主,这既有利于充分发挥市

场在资源配置中的基础性作用,也尊重了当事人的私法自治。在市场经济条件下,交易的发展和财富的增长要求市场主体能够在交易中保持独立自主,充分表达其意志。法律应为市场主体的交易活动留下广阔的活动空间,政府对经济活动的干预应限制在合理的范围内。市场经济对法律所提出的尽可能赋予当事人行为自由的要求,在合同中表现得最为彻底。

正如内田贵教授所指出的,契约关系不仅仅是由私法自治原则支配的世界。如私法中非常重要的信赖关系就是非经逐个合意,信赖对方而听凭对方处理,因此,有必要用协作关系来把握契约关系。^[11]当然,协作关系不等于强制和外部干涉。现代法大量出现了任意法对强制法(zwingendes Recht)的替代,就是契约精神和合同自由原则的体现。^[12]因此,合同法主要通过任意性规范而不是强行性规范来调整交易关系。例如,合同法虽然规定了各种有名合同,但并不要求当事人必须按法律关于有名合同的规定确定合同的内容,允许当事人双方协商以确定合同条款。只要当事人协商的条款不违背法律的禁止性规定、社会公共利益和公共道德,法律即承认其效力。法律尽管规定了有名合同,但并不禁止当事人创设新的合同形式。合同法的绝大多数规范都允许当事人通过协商加以改变。“在法经济学家看来,合同创设了一个私人支配的领域,而合同法正是通过强制履行承诺来帮助人们实现私人目标。如果把具体的合同比作是一部法律,那么对于这些自愿形成的私人关系,合同法就像一部统辖所有这些具体法律的宪法。”^[13]从这个意义上说,合同法可称为任意法。合同法的任意法性质和自治法特征,保证了经济主体在经济活动中的自主性。基本的经济规律表明,自由的经济主体在市场竞争中必然遵循市场规律而行动,这便保证市场在资源配置过程中起到决定性的作用。

(三) 合同法的调整范围宽

公司法组织经济的功能在于约束公司组织的成员及组织的内外部关系,适用范围较为特定,而合同法则调整所有的市场主体,其调整对象范围更广,其在组织经济方面的重要性也强于公司法。经济活动是由无数交易所组成的,这些交易连接所有的经济活动主体,涵盖了涉及物、服务以及各种混合交易等所有经济活动类型,包括了从原料生产到最终消费的所有经济活动环节。而所有这些交易原则上都是通过合同来实现的。在这个意义上,可以说合同就是经济活动本身的具体化。而合同的安全性、可预期性直接决定了经济活动能否顺利进行、社会财富能否顺利增加。

(四) 合同法事关交易秩序的维持

公司法主要调整公司本身的运行,虽然在一定程度上也调整公司的对外交易关系,如规范公司的对外担保问题,但主要是为了保障公司的正常运行,并不直接维护交易秩序。而合同法则具有维护交易秩序的功能,这也是合同法组织经济功能的体现。正如有的学者所指出的,在市场经济条件下,“合同几乎从来不是单独出现的,某一合同之所以有成立的可能是由于其过去曾有上百个合同,即所谓上游合同。任何两个人都可以成立买卖铅笔的合同,但两个人单靠他们自己是不能生产一支铅笔的”。^[14]由于各种合同关系形成了一个密切联系的交易锁链,

[11] (日)内田贵:《契约法的现代化——展望21世纪的契约与契约法》,胡宝海译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第6卷),法律出版社1997年版,第328页。

[12] (日)星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第5-8页。

[13] (美)罗伯特·伯特等:《法和经济学》,上海三联书店1994年版,第314页。

[14] 沈达明:《英美合同法引论》,对外贸易教育出版社1993年版,第87页。

因此,过多或不适当地宣告合同无效或解除,必然会造成许多交易的锁链中断,对其他一系列合同的履行造成障碍,给合同当事人的利益也造成不同程度的影响。这也是合同法强调“契约严守(*pactasunt suruanda*)”,视合同为当事人间法律(法国民法典第1134条)的原因。进一步讲,合同法不仅保护契约严守,还可以通过规范制度降低协商成本,尽量保证当事人双方的公平,从根本上减少合同纠纷的产生,提高交易的效率。

(五) 合同法促进重复合作

合同法则具有维护当事人之间合作关系,促使当事人按照约定履行义务的作用。合同法注重保障当事人之间的信赖关系,这也是合同法保障交易安全的重要体现。“允诺源于信用”,^[15]遵守允诺才能维护信用经济和市场秩序。合同法是构建市场经济秩序的法,它通过规范和支持成千上万的协议,从而构建了市场体制的基础。^[16] Grundmann 等学者指出,“公司法 and 合同法模型可能会在完成合同所需的交易和监管成本上存在差异。在公司法模型中,代理的利益必须通过监管等成本的支出来获得平衡,以避免出现道德风险。而在合同网络中,因为没有代理环节,所以交易成本较高而监管成本较低”。^[17]

(六) 合同法合理分配交易风险

合同法通过设置相关的风险分担规则,妥当地界定当事人之间的权利义务关系,能够起到合理分配交易风险的作用。现代社会中,简单物物交换式的即时交易较少见,而异地、远期、连续、大规模的交易盛行。这些交易中充满了不确定性,包括市场环境的变化、当事人的机会主义行为等。合同法通过确立合同的示范规则,帮助当事人合理规划未来的风险,指引当事人订立完备的合同,从而有效地防范未来的风险、避免纠纷的发生。^[18] 如合同法规定的各类有名合同,为当事人的缔约提供了有效的指引,可以降低缔约时的磋商成本,避免交易风险。

总之,合同和公司是人们从事经济活动最为基础的两个工具。^[19] 同时,它们也是法律对意思自治进行规制的两个核心领域。合同法和公司法等企业组织法在组织经济功能上具有相通性。公司法等企业组织法的规则的解释、适用,也须更多地注意到合同法所规定的基本原则和规则。合同法也应当充分发挥其组织经济的功能,并据此不断完善其规则体系。实际上,正如我国学者所指出的,公司法之所以存在大量任意性规则,是因为公司法的规则在本质上是对公司参与方合同意志的模拟。即便就公司法的强制性规则而言,其也并非是因为市场存在缺陷或者基于社会利益本位的考量等而要求国家干预,事实上,公司法的强制性规则也是其合同属性的体现,即公司参与方在信息充分、交易成本足够低的情况下,必然会接受这些规则。

三、合同法组织经济功能的具体体现

“合同法的中心是允诺的交换。”^[20]为使财产向最有效的使用者手中转移,资源分配必须

[15] Farnsworth, *Contracts* (2nd Edition), Little, Brown and Company, 1990, p. 8.

[16] 参见何宝玉:《英国合同法》,中国政法大学出版社1999年版,第51页。

[17] Grundmann, *supra* note 8, p. 29.

[18] 参见朱广新:《合同法总则》,人民大学出版社2008年版,第17页。

[19] Coase, *supra* note 7, pp. 386-405.

[20] 考特,见前注[13],第314页。

借助自由交易的方式完成。^[21]在市场经济条件下,自愿、合法的交易是提高资源使用效率的重要手段,这决定了以调整交易关系为基本任务的合同法应以鼓励交易作为其基本目标。如前所述,在传统观念中,人们认为合同法的主要功能在于调整交易关系,其组织经济的功能是次要的。^[22]随着社会经济的发展,人们逐渐认识到,合同法对交易的组织功能自合同协商时就已经开始,直到合同主义务和附随义务履行完毕为止:合同法在协商和订约时提供推定规则或默示条款,维护基本权利与义务的平衡,在履行时保证合同对交易双方的约束力,通过违约责任督促履行各自义务,并依据先契约义务、附随义务和后契约义务等规则涵括合同交易的全过程,维护交易双方的合法利益。

(一)确立长期性合同的规则

合同关系大多是临时性的交易关系,但也存在一些长期性的交易合同,其在调整交易关系的同时,也发挥着组织经济的作用。此类合同主要具有如下特点:一是履行期限的长期性。长期合同调整的是当事人之间的长期合作和交易关系,一般具有较长的履行期限。在长期性合同中(如供货关系),当事人需要经过多次履行才能最终实现合同目的。由于履行期限较长,当事人在订立合同时,可能对未来的经济生活规划得不够周密,故可能在合同履行过程中发生一些纠纷。^[23]二是参加人数的复数性。对于规范一次性交易的合同关系而言,其一般仅包含双方当事人,而对长期性合同而言,其可能涉及多方当事人,而且各个当事人之间的权利义务关系具有一定的牵连性,合同的相对性规则也可能要受到一定的限制。三是行为的协同性。对传统的合同关系而言,依据诚实信用原则,当事人之间虽然也负有一定的协助、保护等附随义务,但此种义务主要基于诚实信用原则产生,满足最低限度即可,违反该义务一般也不会影响当事人合同目的的实现。但对长期性合同而言,为保障各当事人合同目的的实现,各当事人行为之间需要进行一定的协同,其程度可能超过附随义务。

(二)从交换型合同到组织型合同

在市场经济条件下,一切交易活动都是通过缔结和履行合同进行的,无数交易构成了完整市场,在这个意义上,合同关系是市场经济最基本的法律关系。^[24]以其功能为分类标准,这些合同关系又可分为交换型合同(exchange contract)和组织型合同(organizational contract)。交换型合同调整单个的交易关系,要么以物或者权利为标的(如买卖合同),要么以物的使用为标的(如租赁合同或借用合同),要么是以特定服务为标的(如提供劳务或者服务的合同),而组织型合同则不像其他合同那样仅调整单个交易关系,而是用于组织复杂的经济活动,在这一过程中,合同被用作组织和管理的工具与载体。^[25]

组织型契约有两个核心要素:长期性和网状特性。“组织型契约是合同法中的一个特殊领域,有其自己的特点,更类似于公司法。如今,不只是意思自治、市场规范和稳定性是这两个领

[21] See Landes et al., A Positive Economic Theory of Products Liability, 14 *Journal of Legal Studies*, 535-567 (1985).

[22] Grundmann, *supra* note 8, p. 5.

[23] (美)威廉姆斯:《资本主义经济制度》,段毅才等译,商务印书馆2002年版,第113页。

[24] 梁慧星主编:《社会主义市场经济管理法律制度研究》,中国政法大学出版社1993年版,第7页。

[25] See Williamson, "Transaction - Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", 22 *Journal of Law & Economics*, 233-261 (1979).

域的共同支柱,长期性和网络效果也成为了新的共同特性。”〔26〕与前述长期性合同类似,当事人在订立组织型合同时,也可能忽略未来的情况,合同能否按照约定履行,具有一定的不确定性。当然组织型合同与长期性合同也存在一定的区别,在长期性合同中,当事人之间的合作关系一般不具有层级性,而在组织型合同中,当事人按照约定的组织方式履行合同义务,各当事人之间的关系具有一定的组织性和层级性。〔27〕与传统的合同关系不同,组织型合同通常并不针对对立的双方当事人所实施的单个行为,而是主要着眼于多方主体基于合同组织起来的共同行为。

(三)从契约行为到合同行为

早在1892年,德国学者孔兹就提出,应将契约行为和合同行为分开,双方法律行为应为契约,而共同行为(合伙合同)则称为“合同”。按照法国学者的观点,在共同行为中,当事人之间意思表示方向是相同的,而共同行为一旦作出,通常也约束并未参与该行为的其他成员,如股东会通过的决议可对全体股东产生约束力。〔28〕共同行为的特点在于:第一,当事人的人数为三个以上。传统的合同关系一般只包含双方当事人,而共同行为则包含三个及以上当事人。第二,当事人意思表示的方向是一致的。对于一般的合同关系而言,当事人是为了实现各自不同的经济目的而订立合同,因此,当事人意思表示的方向是对立的,从而通过交易实现资源的交换和流通。而对共同行为而言,当事人并不是为了取得对方的特定标的物而订立合同,而是为了实现某一共同的经济目的订立合同,其意思表示方向具有一致性。第三,一般采用多数决的方式达成。对传统的合同关系而言,必须双方当事人意思表示一致才能成立。而对共同行为而言,一般采用多数决的方式达成。

我国《民法通则》确立了个人合伙协议和联营协议,《合伙企业法》规定了合伙协议,《中外合作经营企业法》规定了合作合同,《中外合资经营企业法》规定了合营合同,《公司法》规定股份有限公司在发起设立时,发起人之间应有发起人协议。这些合同或协议的订立行为及此后的履行行为都是共同行为。此类合同与一般的合同相比,当事人订立这些合同的目的不在于进行简单的交换,而在于确定共同投资、经营或分配盈余等方面的关系。当事人往往并非互负相对立的权利义务,而是共同对第三方承担义务或享有权利。当然,由于这些合同本质上仍然反映交易关系,故仍应受合同法的调整。在合同法之外,如果其它法律对此类合同有特别规定的,则应当优先适用特别规定,只有在不能适用特别规定或者没有特别规定的情况下才适用合同法的规定。

(四)适度而非严格区分商事合同和消费者合同

商事合同与民事合同相对应,主要是指具有商人身份的主体所缔结的合同,或者不具有商人身份的主体所订立的营业性合同。消费者合同因不具备商人身份和营业性而被排除在商事合同之外。〔29〕从标的上看,商事合同的内容不仅包括商品或者服务的供应或交换,而且还包括其他类型的经济性交易,例如投资或转让协议、职业服务合同等。〔30〕在一些国家,“商事合

〔26〕 Grundmann, supra note 8, p. 28.

〔27〕 Grundmanh, supra note 8, p.31.

〔28〕 尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第4页。

〔29〕 参见张玉卿主编:《国际商事合同通则2004》,中国商务出版社2005年版,第67页。

〔30〕 See Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, pp. 2-3.

同”在学理和制定法上都是一个较为明确的法律术语。例如,在《法国民法典》颁布之前,法国已经通过总结长期形成的商事交易习惯法,制订了独立的商法典,这就有利于明确区分商法典所调整的合同与后来民法典所调整的合同。换言之,法国法所采用的民商分立的二元格局决定了民事合同与商事合同的区分。从总体上看,商事合同与消费者合同在主体理性程度、过错责任、格式条款解释适用、合同效力稳定、违约金调整、惩罚性赔偿等方面存在诸多差异。^[31]

但随着市场化和经济全球化的发展,迫切需要实现全球范围内交易规则的统一化,从合同法的整个发展趋势来看,商事合同和民事合同的界限日益模糊,二者逐渐统一。正如德国学者所指出的,民商两法的关系,譬之冰河,在其下流之积雪虽渐次消融,而与一般沉淀物混合,但其上流却渐次形成新的积雪。^[32] 1911年的《瑞士联邦债务法》首先确定了民事与商事合同法的统一,在世界范围内树立了民事合同和商事合同统一的典范。而1946年的《意大利新民法典》也采纳此种模式,被实践证明也是成功的。在传统上,民事关系通常包含许多无偿行为,而商事关系均为有偿行为,这也导致两种合同所适用的法律规则存在差异。但在当代,这一差异出现了缩小的趋势。^[33]

四、合同法组织经济的功能的拓展与合同法的发展

随着合同法组织经济的功能的拓展,与古典合同法相比,合同法在以下几个方面均有重要的发展。

(一)以协作为中心的附随义务法定化

附随义务是指合同当事人依据诚实信用原则所产生的,根据合同的性质、目的和交易习惯所应当承担的通知、协助、保密等义务,由于此种义务是“附随”于主给付义务的,因此被称为附随义务。《商事合同通则》第1.7条规定:“(1)每一方当事人在国际贸易交易中应当依据诚实信用和公平交易的原则行事;(2)当事人各方不得排除或限制此项义务。”《欧洲合同法原则》第1:202条则直接规定了“协作义务”(duty to cooperate)。由法国学者起草的《欧洲合同法》在第0.303条中也规定了基于诚信原则产生的“协作义务”。^[34] 与给付义务相比,附随义务只是附带的,但这并不意味着附随义务是不重要的。相反,在很多情况下,违反附随义务如果给另一方造成重大损害,甚至可构成根本违约。例如,依据诚实信用原则,当事人在合同履行过程中负有协作和照顾的义务。在合同订立中,应考虑他人利益,并为他方提供必要的便利,不得滥用经济上的优势地位胁迫他方,或利用他人的无经验或急迫需要而取得不当利益。因不可抗力造成履行不能时,债务人应通知债权人,以免债权人蒙受意外损失。

[31] 刘承晔:“契约法理论的历史嬗迭与现代发展”,《中外法学》2011年第4期,第774页。

[32] 郑玉波:《民法总则》,台湾三民书局,1979年,第34页,注[5];另见张谷:“商法,这只寄居蟹”,《东方法学》2006年第1辑,第81页。

[33] Alain Bénabent, 《Pénalisation, commercialisation et ... Droit civil》, in *Pouvoirs*, 《Le Code civil》, vol.107, 2003, Seuil, p. 57.

[34] Fauvarque-Cosson et al. eds., *European Contract Law*, Sellier European Law Publishers, 2008, p. 547.

(二) 合同正义

合同正义是指合同法应当保障缔约当事人在平等自愿的基础上缔约和履约,并保障合同的内容体现公平、诚实信用的要求。它要求“较弱的合同一方当事人应该受到更多保护,双方当事人都有义务更多地考虑到他方的利益,而合同的概念应重新调整并转变为一种包含合作、团结和公平义务的法律关系”。〔35〕这是对合同自由原则的补救,是对交易公平和效率两大基本目标之间的平衡。合同正义原则的实现,也有助于合同的安全和履行,并最终实现交易的效率。日本学者内田贵在其《契约的再生》一文中对所谓的契约的死亡现象进行了反思,并以日本社会为样本分析了关系契约理论。〔36〕这些学者在讨论现代契约法的变化时,都从不同的角度指出了合同法追求实质正义的趋势。合同正义的要求主要体现在以下几个方面:

一是在保障自由价值的同时,“也注重伸张社会正义和公平,以求得当事人之间以及当事人与社会利益之间的平衡”。〔37〕甚至可以说,“在现代福利国家中,合同自由应为‘契约公正’所取代”。〔38〕如果交易双方存在的不对等现象越严重、双方之间越失衡,法官则越可能以合同存在不道德或不利于公共政策等理由将其否定。〔39〕《欧洲合同法原则》就规定,当事人可以自由地订立合同和决定合同的内容,但须遵守诚实信用和公平交易以及体现该原则内容的强制性规则。〔40〕

二是拓宽了情事变更的适用空间,同时在情事变更的效力上施予重新诚信谈判的义务。在符合情事变更的条件下,《国际商事合同通则》第 6.2.3 条、《欧洲合同法原则》第 6:111 条、《欧洲民法典草案》第 3 条都规定当事人负有重新协商的义务。此种义务可以看作是依据诚信原则所产生的附随义务。〔41〕我国《合同法司法解释二》虽然提出了情势变更原则,但并没有就此作出进一步规定。笔者认为,尽可能鼓励当事人重新谈判,有利于最大限度地维护合同关系的稳定,实现当事人之间的利益平衡。

三是赋予法院更大的权力以调整持续性的合同关系——允许法官裁决当事人继续谈判及协商,以尽量维持当事人之间的合作关系,从而更好地发挥继续性合同组织经济的功能。在继续性合同发生争议时,应当尽量维持该合同的效力。与一时性合同关系不同,继续性合同的当事人之间一般都有长期合作关系,轻易终结该合同的效力,违反合同法鼓励交易的原则,也会加剧合同双方互相“敲竹杠”的策略性行为。

应当说,在合同自由和合同正义两大原则之间,前者仍然处于决定性的地位。合同正义只能是合同自由的补充和救济措施,而非代替合同自由。在交易关系中,双方必然都是有得有失,是否公平应当由当事人双方在订约过程中自己判断,因此法律只有在显失公平的前提下,满足严格的条件,才能对已经订立的合同进行调整。如果过度使用合同正义原则,将破坏交易

〔35〕 参见(德)海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社 2001 年版,第 15 页。

〔36〕 内田贵,见前注〔11〕,第 315 页。

〔37〕 王晨:“日本契约法的现状与课题”,《外国法评译》1995 年第 2 期,第 46 页。

〔38〕 参见克茨,见前注〔35〕,第 15 页。

〔39〕 参见克茨,见前注〔35〕,第 183 页。

〔40〕 参见《欧洲合同法原则》(Principles of European Contract Law)第 1.102 条。

〔41〕 参见(德)英格博格·施文策尔,“国际货物销售合同中的不可抗力 and 艰难情势”,杨娟译,《清华法学》2010 年第 3 期,第 163—176 页。

自由,也将威胁到市场在资源配置中的决定性地位。

(三) 信赖利益的保护

如前所述,针对现代社会合同关系发生巨变的现实,美国学者麦克尼尔提出了著名的关系契约理论,该理论继承了富勒的信赖利益保护学说,以法社会学的视角,分析了社会中现实存在的活的契约关系,认为社会关系本身存在内在秩序,现代契约法要做的就是怎样将这种社会秩序赋予法的效力。^{〔42〕} 内田贵教授认为,契约关系不仅是由私法自治原则支配的世界,所谓信赖关系,就是非经逐个的合意,信赖对方而听凭对方处理。这是一种有必要用协作来把握的契约关系。^{〔43〕} 现代法大量出现了从强制法向任意法的发展,这就是契约精神的体现。^{〔44〕}

(四) 自由与强制的权衡

合同法为实现其组织经济的功能,需要因应自由交易的要求而设计规范,但这并不意味着完全不对合同进行任何规制。为了更好地发挥合同法组织经济的功能,应当强调自由与强制的有效权衡,具体体现在如下几个方面。

第一,对格式条款的肯定及限制。格式条款的产生和发展是20世纪合同法发展的重要成果之一。格式合同又被称为“附和合同”(contracts of adhesion),表明一方当事人对合同只有接受或不接受的选择。^{〔45〕} 表面上看,格式条款的使用是剥夺了一方合同当事人的自由协商权,但就其性质而言这种安排并非一定是不当的:可以想象,如果每一个日常交易都要协商一个单独的合同将会是怎样一个效果。格式条款的发展与19世纪中叶以来垄断的加剧和公用事业的发展密切相关,现代工商企业为降低生产成本,减少交易费用,往往预先设计一定的合同条款,对众多的交易相对人适用相同的交易条件,而使格式条款的适用范围日益扩大。^{〔46〕} 至20世纪,由于科学技术的高度发展、垄断组织的蓬勃兴起,尤其是某些企业的服务交易行为(如银行、保险、运送等)频繁程度与日俱增,格式条款的适用范围日益广泛,已成为现代合同法发展的一个重要趋势。格式条款的产生具有其经济上的必然性,反映了现代化的生产经营活动的高速度、低耗费、高效益的特点。格式条款的采用可以使订约基础明确、费用节省、时间节约,从而大大降低了交易成本。但格式条款的广泛运用,也对作为合同的基本原则之一的契约自由原则产生了巨大的冲击。^{〔47〕} 到20世纪中叶,各国法院多已公开表示其对格式条款的态度,以色列、瑞典、英国、德国等更是单行立法,对格式条款进行限制,韩国、我国台湾地区等均在消费者保护法中设专节调整格式条款,其他国家如法国、意大利、荷兰、美国、日本等因其一般法典已有相关或类似规定,因此没有在单行法中对其进行调整,而只是通过司法程序对其予以控制。有学者甚至认为,对格式条款进行限制,已经成为各国合同法上的重要课题之一,也

〔42〕 参见傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社1997年版,第55页。

〔43〕 内田贵,见前注〔11〕,第328页。

〔44〕 星野英一,见前注〔12〕,第5—8页。

〔45〕 Friedrich Kessler, "Contracts of Adhesion: Some Thoughts about Freedom of Contract", 43 *Columbia Law Review*, 629 (1943).

〔46〕 参见詹森林:“定型化约款之基础概念及其效力之规范”,台湾《法学丛刊》第158期,第143页。

〔47〕 参见(英)阿狄亚:《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社2002年版,第14—26页。

是当今合同法发展的重要趋势。〔48〕

第二,缔约强制。古典的合同理论认为,合同自由意味着不得给当事人强加任何订立合同的义务,无论是在立法中还是在司法中,都不得给当事人强加此种义务,否则便违背合同自由原则。〔49〕而现代合同理论已经改变了这种看法,强制订约义务成为现代合同法发展的一个重要趋势。〔50〕即在特殊情形下,个人或企业负有应相对人之请求、与其订立合同的义务,也就是说,对相对人的要约,非有正当理由不得拒绝承诺。在大陆法系国家,公共承运人,供电、水、气等具有垄断性的公用事业部门均不能拒绝消费者或者客户的要约,因为这些部门居于垄断地位,如果使它们与一般的商品或服务提供者一样享有拒绝要约的权利,不仅会损害普通消费者的权益,也会影响企业的正常经营,破坏市场经济的正常运转。对此,英美法系也有类似规定。例如,在美国,法律出于反垄断、保护正当竞争、反种族歧视等目的,也规定了强制订约义务。〔51〕我国合同法第289条、《电力法》第26条等条款都对强制缔约作出了规定。

第三,默示条款与强制性条款的发展。英美合同法认为,除了双方曾明示之条款外,契约之内容亦可能自其已有内容衍生出其他条款,或经习惯、或经法律、或经法院之推论而成,此即所谓默示条款。默示条款可分为事实上的默示条款、法定的默示条款和习惯上的默示条款。〔52〕默示条款是英美合同法在19世纪末期以来发展的一项制度,该制度突破了法官不得为当事人订立合同的原则,通过法官行使自由裁量权将大量当事人约定之外的义务引入到合同关系之中,从而达到平衡当事人之间的权利义务关系的目的,在一定程度上限制了契约自由,维护了合同正义。特别是某些法定的默示条款不得为当事人约定所排除,从而对不公平条款进行必要的限制,以保护合同关系中的弱者。例如,美国一些州针对电信、运输、银行、保险等特殊的合同类型规定了特殊的条款,这些条款可以被当事人直接纳入合同之中。〔53〕默示条款的产生对合同自由形成了极大的挑战,而且给予了法官很大的自由裁量权。

很多调整现代市场经济的法律都规定了一些强制性条款。例如,为了限制垄断、平抑物价、维护竞争秩序,一些国家制定反垄断和维护自由竞争的法律,这些法律本身就是对合同自由的限制。同时,法律还指定或专门设立具有准司法性质的行政机关,对合同进行监督、管理和控制,如设立公平交易委员会以维护公正交易、设立反垄断机构以维护自由竞争等。所有这些都是限制合同自由的措施。〔54〕在近几十年中,我国相继颁布了《反不正当竞争法》《反垄断法》等一系列法律法规,其中很多条款都是为了解决市场交易中主体经济地位实质上不平等所带来的复杂利益格局问题。

〔48〕 Charles L. Knapp et al., *Problems in Contract Law: Cases and Materials*, 6th Edition, Little, Brown and Company, 2007, pp. 517 ff.

〔49〕 See Friedrich Kessler et al., "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study", 77 *Harvard Law Review*, 409 (1964).

〔50〕 Turner, The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 *Harvard Law Review*, 655, 689 (1962).

〔51〕 Farnsworth, *supra* note 15, p. 203.

〔52〕 杨赝:《英美契约法论》,北京大学出版社1997年版,第286页。

〔53〕 Farnsworth, *supra* note 15, p. 23.

〔54〕 王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第270页。

(五) 继续性合同的发展

继续性债务是指债务并非一次履行可以终止,而是继续实现的债务。在很多债的关系中,债务都是一次性清结的,但也有一些债务是持续履行的。继续性债务的履行具有其特殊性,即当事人需要在一定时间内不间断地做出履行。例如,房屋租赁合同中,出租人需要将房屋移转给承租人,供承租人持续地使用。又例如,电、水、气、热力的供应都不是一次性完成的,而是持续性的,因而供用电、水、气、热力的合同属于继续性合同。同时,继续性债务在履行时间上具有持续性。当然,仅有履行时间上的持续性,也并不一定属于继续性合同,还要求债务的总额在债的关系成立时不确定。例如,在租赁合同中,就出租人而言,当事人的总给付义务并不确定,除需要将租赁房屋交付给承租人使用外,在租赁合同存续期间内,其还须履行一定的修缮等义务,因此,租赁合同在性质上属于继续性合同。而非继续性债务的给付总额在一开始即可确定,并不随着时间的延续而发生变化。就分期付款合同而言,由于其债务的履行虽然有时间上的持续性,但因为给付总额在一开始即可确定,故其并不属于继续性债务,而属于非继续性债务。^[55]

(六) 商业特许经营合同

特许经营合同是一种新型的合同类型。^[56] 在此种合同关系中,由于特许人和受许人都是独立的主体,特许经营合同本质上也是平等主体之间订立的民事合同。^[57] 根据《欧洲民法典草案》第4.5-4:101条,一方当事人(特许人)为取得报酬,授予对方当事人(被特许人)从事经营活动(特许经营活动)的权利,被特许人有权为自身利益,以自己的名义在特许人的经营体系下提供特定产品,被特许人有权利也有义务使用特许人的商号、商标或其他知识产权、技术秘密以及模式的合同。美国特许经营协会(IFA)也作出了类似的规定。^[58] 我国合同法虽未作出明确规定,但相关的行政法规和规章对此作出了规定。根据我国《商业特许经营管理条例》第3条的规定,特许经营合同是指特许人将其拥有的注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源许可他人使用,受许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营,并向特许人支付特许经营费用的合同。在特许经营合同中,许可他人使用其所拥有的注册商标、企业标志、专利、专有技术等主体称为特许人,而被许可使用的另一方主体称为受许人或被特许人。在特许经营合同中,合同的履行并非一时完成的,而需要持续、不间断的履行,在特许经营关系存续期间,特许人应向受许人持续提供技术、经营模式等方面的指导,受许人也应当按照合同约定持续使用特许人的商号、商业标志、专利技术、经营模式等。同时,特许经营的费用通常不是一次性支付的,而是根据特许经营状况分批进行支付。因此,特许经营合同属于继续性合同。

(七) 企业收购与合并协议

企业合并是指两个以上的企业合并在一起成立一个新的企业,由新企业承担原先的两个

[55] 江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2007年版,第453页。

[56] 何易:《特许经营法律问题研究》,中国方正出版社2004年版,第1页。

[57] See Christian von Bar et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (Vol.3), Sellier, European Law Publishers GmbH, Munich, 2009, p. 2382.

[58] 美国特许经营协会(IFA)将其定义为:特许经营是特许人与受许人之间的一种契约关系,根据该契约,特许人向受许人提供一种独特的商业经营特许权,并给予人员培训、组织结构、经营管理、商品采购等方面的指导与帮助,受许人则向特许人支付相应的费用。参见李维华等:《特许经营概论》,机械工业出版社2003年版,第2页,前言。

企业的债权债务,或者一个企业被注销后,将其债权债务一并移转给另一个企业。关于企业合并,合同法第90条规定,“当事人订立合同后合并的,由合并后的法人或者其他组织行使合同权利,履行合同义务”,该规则也适用于其他债权债务概括移转的情形。企业资产转让与股权转让不同,股权转让只是股东的更换。股权的转让不会涉及公司债权债务的承担问题,因为该债权债务的主体是公司,与股东的股权分属不同主体,且股东对公司的债务依法只在出资范围内承担有限责任,所以股权转让不发生债权债务的概括移转。但如果企业作为一项整体,作为财产的集合转让给他人时,则可能发生债权债务的概括移转。

企业资产转让与商法通常所说的营业转让类似。后者是商法上的概念,原则上不发生债权债务的概括移转,指具有一定营业目的、有组织的机能性财产的全部或者重要部分的有偿转让。^[59] 营业转让只是企业资产或者“营业”的转让,不涉及债的主体的变化,而债权债务的概括移转将使债的主体发生变化。债权债务概括移转的主要内容是转让债权和债务,而营业转让的主要内容是转让企业的资产,其一般不涉及债权、债务的移转。但在营业转让中,承债式收购与债权债务的概括移转类似,即收购方以承担被收购方债务为条件接收其资产,这实际上是以一方当事人承担债务为接收营业资产的对价的营业转让。^[60] 在此种交易安排中,原企业的财产和经营转让给新企业,但原企业可能继续存在,新企业也并不沿用转让经营的企业名称,受让人在吸收他人的财产和营业的同时,也要概括承受他人的债权债务。类似地,在“继任人责任”(successor liability)的制度下,资产买卖中买受人不承担出卖人的义务或责任的原则有以下几个例外^[61]:其一,有关的买卖构成了一种事实上的合并(de facto merger);其二,买受人企业是出卖人企业的简单延续(mere continuation);其三,有关的买卖是一种用以规避责任的欺诈性买卖。^[62] 就合同之债而言,合同法虽然在第88、89、90条对合同权利与义务的概括转让和由于主体合并分立导致的债权债务概括转让作出了明文规定,但并没有规定营业转让情形下合同权利和义务的概括移转问题,未来修法宜加以补充。

(八) 金融合同

融资对经济组织的存续与发展的重要性不言而喻。而资金的载体——货币作为各类金钱债权的标的物,最广泛地出现在金融合同中。对于金融债权的实现而言,以下两个要素至为重要:一是债权的清偿得到确保,二是该债权可以较为容易地回收。在这一背景下,担保制度和债权转让制度是金融合同组织经济功能得以发挥的重要保障。通过金融合同(如存款合同),

[59] 参见王文胜:“论营业转让的界定与规制”,《法学家》2012年第4期,第103—105页。

[60] 例如,《德国民法典》第419条规定:“依契约承受他人财产者,该他人之债权人,于原债务人之转让仍继续外,得对于承受人,自契约订立时起,主张其时业已成立之请求权。承受人之责任以所承受之财产之现状及依契约归属于承受人之请求权为限。”日本修正后的《商法典》第28条规定:“营业之受让人,虽不续用让与人之商号,而以承担因让与人营业所生之债务之旨为公告时,债权人对于受让人得为清偿之请求。”

[61] Fromm et al., Allocating Environmental Liabilities in Acquisitions, 22, *The Journal of Corporation Law*, 429, 440 (1997).

[62] *Bud Antle Inc. v. Eastern Foods Inc.*, 758 F.2d 1451, 1456 (11th Cir. 1985); *Louisiana—Pacific*, 909 F.2d, 1264—65; *Mozingo v. Correct Mfg.*, 752 F. 2d (5th Cir. 1985) 168, 175; *Restatement of Torts (Third): Products Liability*, 1997, § 12. 参见彭冰:“‘债随物走原则’的重构与发展”,《法律科学》2008年第6期,第147—148页。

金融机构将他人的闲置资金(具体表现为个人对金融机构所享有的金融债权)集合起来,甚至将金钱债权作为与货币同样的支付手段,如贴现、保理、票据债权等,灵活运用,包括投资于公司之中,从而实现资本的增值和对公司的实际控制。^[63]我国合同法虽然规定了借款合同和融资租赁合同两类金融合同,但并没有对其他类型的金融合同,包括存款合同、转账安排、信用卡合同等作出规定,这也在一定程度上影响了合同法组织经济功能的发挥。

五、合同法组织经济的功能与我国合同法的完善

我国合同法在吸收两大法系立法经验的基础上,对合同法的一般规则和各类有名合同作出了规定,在有效调整交易关系、组织经济生活等方面发挥了重要作用。但是,由于我们长期以来将合同法定位为调整交换关系的法律,忽略了其组织经济的功能,这在一定程度上影响了合同法经济功能的发挥。在全球化的时代,合同法实际上是处于一个变革的时代,此种变革来自于经济、技术等多个层面,甚至来自于法律本身的变化。只要市场作为资源配置的基础作用不变,只要交易仍然构成市场的基本内容,只要价值法则仍然支配着交易过程,合同法的基本规则就不会产生实质性的变化。但是,因为合同法的功能在不断加强,尤其是在组织经济方面的功能日益凸显,所以这就需要对合同法的经济功能进行准确定位,并在此基础上对合同法的相关规则进行调整。在我国民法典的制定过程中,需要重新审视合同法的功能,并在此基础上对合同法的相关规则进行必要的补充和完善。具体而言,合同法总则的内容不能仅仅以一次性的双务合同为原型,还要注重规范以下类型的合同。

(一)长期合同

如前所述,从注重调整交换型合同到注重调整组织型合同,是合同法的新发展。我国合同法将一次性的有体物买卖合同作为典型形态,合同法的大量规则也是以此种双务合同作为原型构建出来的。但从实践来看,除此类合同外,市场交易中还存在大量长期性合同,这类合同具有一次性合同关系所不具有的组织经济的功能。为充分发挥合同法组织经济的功能,我国合同法有必要完善长期合同的规则体系:我国合同法第十、十三、十四、十五、十六、十九章等也规定了一些长期合同,但在规范内容上主要着眼于交易的持续性,而未针对其长期性、不确定性作出特别的规定。不仅如此,一些形式上属于一次性交易的合同如买卖合同,也可能有长期性(如长期的供货合同),而合同法也宜对此设置专门的规则。在合同法组织经济功能日益凸显的情形下,合同法有必要强化对长期合同的规范。

(二)共同行为

我国合同法规范的重心是以交易为特征的双务合同,如买卖、承揽、租赁等,而忽略了对当事人为实现某种共同的经济目的而订立的合同的调整,如合伙协议、决议行为、业主管理规约、共有人管理、处分共有财产的协议等。这一安排不仅使得合同法作为一般法与特别法及交易现实相脱节,也使得法院在面对因这些共同行为所产生的纠纷时缺少裁判的依据。事实上,合同的订立,并非总是源于利益对立之主体间固定权利与义务的需求,大量的合作需求也需要订立合同。对于合同法而言,当事人合意产生的原因究竟是基于相互间的利益对立抑或是利益

[63] 我妻荣,见前注[5],第194页。

合作,并不改变合意本身的属性以及合意对当事人的拘束力。

应当看到,有关共同行为的规则,在特别法如《合伙企业法》《公司法》等法律中都有相关规定,《物权法》也对业主管理规约、共有人管理、处分共有财产的协议作出了规定。但共同行为毕竟有一些共同的规则,在合同法未作规定的情形下,每个特别法规定此类合同关系,一方面不利于实现立法的简洁和规则的统一,另一方面也不利于抽象出背后的原理,制定更科学的规则。例如,就决议行为而言,公司决议、合伙企业决议等都采用多数决的方式,其规则具有共通性,在合同法未对其作出规定时,《公司法》《合伙企业法》都需要对其作出规定,这显然不利于保持规则的体系性和统一性。较为科学的安排,仍然是将《合伙企业法》中的合同部分纳入到债法分则中,以便适用合同变更、解除等规则。实际上,在社会经济中广泛应用的隐名合伙等制度,就具有典型的合伙合同性质,而即使是企业型的合伙,也还是基于合同连接起来的。

(三)服务合同

服务合同,一般指全部或者部分以劳务为债务内容的合同,可区分为一次性的服务合同和长期性的服务合同。我国合同法规定了一些服务合同,如保管合同、仓储合同、承揽合同、委托合同、行纪合同、居间合同等。不过,合同法缺乏对服务合同一般规则的规定。服务经济是现代经济的重要标志,服务业是现代产业的主体,社会生产的林林总总,人民生活的方方面面,都与服务合同密切相关。服务业在国民经济中的比重日益增加,各类服务业的分工越来越细化。法律需要对服务合同的规则作出专门调整。

依据我国合同法第174条,法律对其他有偿合同没有特别规定的,参照买卖合同的有关规定,这意味着,服务合同发生纠纷后,如果法律上没有专门规定,只要有有偿的服务合同,都需要参照买卖合同的规定。但是,即便是有偿的服务合同,其也与买卖合同有着重大的区别,主要表现在以下几个方面。①标的不同。服务合同以劳务的提供为标的,而买卖合同则以动产或者不动产的给付为标的。因此,服务不存在所有权的移转问题。②服务合同具有无形性和识别困难性。服务质量标准往往很难形成法定的统一标准而需要当事人的特别约定。③服务提供受到服务人特质的制约。④协助义务不同。服务受领人往往需要更大的协作义务。⑤当事人之间的信任关系不同。服务合同更需要当事人之间的相互信任。此外,服务具有持续性和重复性;服务合同标的具有非物质利益性(例如旅游合同和娱乐合同)等。^[64] 服务合同的所有这些特征,导致了诸多困难的法律问题,如服务合同缔结阶段和履行阶段的信息说明义务程度更强;替代给付往往面临一些障碍;服务质量判断困难;当事人之间的信任关系破裂时服务的继续履行或重新提供存在困难,且服务合同中法定解除事由出现适度扩大化,服务的持续性导致其具体债务内容会随着时间的推移发生变化,在这一过程中,情事变更原则适用的可能性更大;赔偿中对非物质损失的评价难题导致服务合同赔偿的计算方式具有特殊性。因此,有必要在未来民法典中对服务合同的一般规则作出更为细致的规定,以适应社会经济的转型。

(四)继续性合同

我国合同法虽然规定了租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、运输合同、保管合同、仓储合同等继续性合同,但合同法总则的规则并没有过多考虑继续性合同的特征,只是以一时性合同为蓝本。例如,就合同的解除而言,合同法第94条确立了根本违约的规则,但

[64] 具体的论述参见周江洪:《服务合同研究》,法律出版社2010年版,第16页。

这主要是针对一时性合同作出的规定。因为在一时性合同中,当事人在一次履行中的根本违约,就可能导致合同的解除,而且,解除的效力应当溯及既往。而在继续性合同中,当事人一次没有履行合同,并不必然构成根本违约,对方也不能据此解除合同,在解除合同的效力方面,原则上没有溯及既往的效力。^{〔65〕}尤其需要指出的是,在继续性合同中,一方当事人一次没有履行,当事人应当进行协商。日本学者三本显治曾在1989年提出了“再交涉”理论,他认为,在一些合同关系,尤其是在继续性合同关系发生纠纷时,当事人应当负有再协商的义务,通过协商而不是直接解除合同,有利于维持合同关系的稳定。但对于违反此种义务产生何种效果,其并没有展开探讨。^{〔66〕}所以,就合同的解除而言,在发生根本违约的情况下,应当课以当事人必要的继续协商的义务,以尽量维持当事人之间的合作关系,从而更好地发挥合同法组织经济的功能。

最后需要指出的是,为充分发挥合同法组织经济的功能,还需要有效衔接合同法与其他法律的关系,尤其是合同法与公司法的关系。理论上,合同法和公司法等法律的相互联系性一直未能得到应有的重视,以至于很多人认为合同法是交易法,公司法是组织法,两者之间没有关联性。但企业的生产具有整体性,无论是企业的内部生产还是外部交易,都在一定程度上借助于合同的调整。一方面,公司与合同的天然不可分割性,就决定了公司法适用中出现的一些现象,并不能单纯地依靠公司法解决,还要借助合同法的相关规范。凡是公司法上难以找到依据的问题,还是要回到合同法的层面加以解决。另一方面,对合同法来说,也不能将其看作是游离在公司之外,在解释和适用当事人之间的合同时,也要考虑合同订立的语境,尤其要看到公司以合同方式来组织生产的安排。

Abstract: The concept of organizational contract refers to the phenomenon that contracts are used as instrument to organize complex economic activities in place of corporations and other forms of legal entities. The widely use of contracts in production, distribution and nearly all business areas identifies the fact that contracts not only play a vital role in spot or single exchanges, but also in relational or corporative undertakings, which in the past received less academic and legislative attention than it deserves. This paper clarifies the function and the mechanism that contracts are used to promote mutual interest of the participants and the need of gap filing in the future legislation to recognize such new aspect of contract law, which would deeply change the way people understand, design and interpret contract.

Key Words: Contract Law; Organizational Contract; Long-term Contract; Relational Contract; Contract Networks

(责任编辑:许德风)

〔65〕 崔建远主编:《合同法》,法律出版社2000年版,第35页。

〔66〕 参见(日)森田修:《契约责任的法学构造》,有斐阁2007年版,第318页。