

合同分类与合同效力： 总分结构中类型规范之意义初探

韩世远

摘要：关于合同的约束力，西方的理论大抵依有偿与无偿的不同而分别说明；在我国，理应考虑本国的历史文化，探索更具有解释力的理论。就我国民法的外在体系而言，在总则层面的法律行为下，以合同为规范单元，区分“通则”与“典型合同”，为法律人“找法”提供了明确的线索；然而在“典型合同”与“合同”之间，发掘“有偿合同”“无偿合同”“双务合同”“单务合同”等不同分类对应的法规范，本身是对《民法典》做体系化整理的应有内容，同时也可提升法律人的“找法”能力。

关键词：合同分类；合同效力；有偿合同；双务合同

中图分类号：D913.6 **文献标志码：**A **文章编号：**1006-0766 (2023) 05-0075-10

一、问题意识

依法成立的合同，对当事人具有法律约束力（《中华人民共和国民法典》第119条，以下简称《民法典》）。这是我国《民法典》“总则编”中的规定，在《民法典》采总、分结构的框架下（包括“合同编”采用的“通则”与“典型合同”），“合同”是一个抽象概念，是买卖、赠与、借款、保证、租赁等各种“典型合同”的上位概念，作为对各种合同普遍适用的一般法律规范，它在避免就各种合同分别说明“法律约束力”的同时，也要就其“有效性”接受来自下层各种合同的检验。统一的概念是否必然对应着统一的解释说明本身就是个大问题。合同何以具有约束力（或者“效力”）？当事人何以要遵守？换言之，如果不遵守合同会引发责任的话，其合同责任的基础（the basis of contractual liability）是什么？此类问题，中外学人共同关注。比如，美国学者詹姆斯·戈德雷（James Gordley）教授提出了三个基本问题：为什么要执行合同？依什么确定合同义务的内容？违约的后果该是什么？^①日本学者山本敬三教授则从合同拘束力（合同须严守）的含义及射程角度，尝试分析合同责任。^②此类问题对于合同法学人而言，“堪称称为迎面就压得透不过气来的学问上重大压力”。^③此类问题，在我国法语境下又该如何作答？

关于日本学说，我国已有学者做过介绍，^④并呼吁对我国合同拘束力理论进行重构。^⑤不过，一如山本教授的论题限定于“契约拘束力与契约责任论”，其对于合同约束力的关注主要在于詹姆斯·戈德雷教授的第三个问题，或者说对第二个问题也有所涉及，而对于第一个问题并未关注。而日本方

作者简介：韩世远，清华大学法学院教授（北京 100084）

① James Gordley, "Contract Law in the Aristotelian Tradition," in Peter Benson, ed., *The Theory of Contract Law: New Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 266. 该书2003年曾被中国政法大学出版社以《合同法理论新作集》之名引进影印出版。另见彼得·本森主编：《合同法理论》，易继明译，北京：北京大学出版社，2004年，第294页。

② 山本敬三：《契约法的现代化 II：民法的现代化》，东京：商事法务株式会社，2018年，第329页。

③ 此处借用陈棋炎先生的表达，见陈棋炎：《亲属、继承法基本问题》，台北：三民书局，1980年，第2页。

④ 解亘：《日本契约拘束力理论的嬗变——从债权·债务构成走向契约构成》，《南京大学学报》2010年第2期。

⑤ 解亘：《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期。

面讨论合同责任问题所呈现的两种不同处理模式,即传统理论从“债权债务”角度的构成和新“合同责任论”的所谓“合同构成”,只是日本法追随德国潘德克顿立法模式在现代面临的转轨难题,我国《民法典》不设债法总则编而以合同编通则实现功能替代,正是 2017 年《日本民法典》修订所希望却没有实现的梦想。如今,立足《民法典》反思上述基本的理论追问,仍有必要。

在实践层面,基层法官面对具体合同问题,比如计算机软件开发合同中的开发人有无完成“交付”或者通过验收,如何判定合同是否履行完毕,“找法”的眼光通常仅流连于技术开发合同——合同通则——民法典总则,欠缺合同性质认定的意识,也缺乏进一步把握民法典的意义脉络的能力,需要提升和改进。

二、两种不同的合同规范模式与我国法的定位

众所周知,无分中外,合同的实践应用均有着悠久的历史,其在社会生活中的重要性越来越被人认识,可是,如何运用法律规范合同实践问题,却是一直在摸索而从未被终结的话题,至少今天可以看到两种不同的合同规范模式。

其一,以德、日为代表的潘德克顿模式。其特点是将法规则的“公因式”提取到极致并法典化,产生出民总、债总、债各等不同的外在体系层次,合同规范须在“法律行为——债权总则——契约总则——各种契约”诸多层次中分别检索,综合运用;债法总则规则的设置安排以“债权”“债务”为基本概念和规范单元。相应的学理体系则区分债法总论与债法分论,通常并不怎么以“合同”为专门的讨论对象,而像海因·克茨(Hein Kötz)那样打破法典外在体系,以“合同”为中心梳理相关规范,作学理阐释,汇为一帙《合同法》,^①在德国也是非常特立独行的做法。

其二,以英、美普通法及国际模范法为代表的合同法模式。在普通法中合同法规范通常不区分是哪一种类型的合同,而是泛称合同,“合同”是最基本的概念和单元,至于商品买卖等具体合同,如有需要,则以特别立法的形式另行规定,因而,英美国家的合同法教科书往往称“Law of Contract”,而不是“Contracts”。《国际商事合同通则》及《欧洲合同法原则》均集中在合同法总则,只有《欧洲示范民法典草案》^②(DCFR,或译《共同参考框架草案》)有些例外,除合同法总则外,也规定了分则。

20 世纪 80 年代以来,我国民事立法走的是一条实用主义路线,放弃一步到位的民法法典化模式,改采根据现实需要及成熟度而分步走的模式,先后制定了《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国涉外经济合同法》《中华人民共和国合同法》等合同法律及配套法规;在确立了社会主义市场经济的改革方向后,立法者更是明确要与国际接轨,以《联合国国际货物销售合同公约》及国际模范法为重点学习对象,形成统一的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》),并最终成为《民法典》总则编“民事法律行为”章的根底和合同编。在此历程中,我国法规则的设计以“合同”为基本单元,弱化了“债权”“债务”。如此,我国法基本近于上述第二种模式。合同规范在“法律行为——合同通则——典型合同”中检索,“债权”“债务”的主要内容被安排在合同通则中一并交代。

之所以要辨别不同的合同法规范模式并关注相应的基本概念和规范单元,是因为民事法律对于人身关系和财产关系的调整借助于法条,而法条对于法规范的表述又离不开法概念,离不开将社会生活事实涵摄于法条中的法概念,进一步,法律人(乃至普通人)的法律思维,以及法秩序的塑造均会受到基本法律概念的影响。比如,我们说“合同的履行”而不说“债务的清偿”,我们使用“违约”

^① Vgl. Hein Kötz, *Vertragsrecht*, 2. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. 中译本可参见海因·克茨:《德国合同法》,叶玮昱、张焕然译,北京:中国人民大学出版社,2022 年。

^② 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著:《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义与示范规则》,高圣平等译,北京:中国人民大学出版社,2011 年。

而不用“债务不履行”，我们说“违约金”而不说“对债务不履行预定的损害赔偿额”。仅就我国法而言，在《民法典》框架下已然形成了“民事法律行为——合同——典型合同”三级规范构造，对于法律适用而言这一构造脉络清晰、线索连贯，相对容易；不容易的是，在此三级之间，尚潜伏着中间阶层的概念，比如“有偿合同”（《民法典》第646条）便是居于“合同——典型合同”之间的类型概念，^①又如“当事人互负债务”（《民法典》第525条、第526条）、“以持续履行的债务为内容”的合同（《民法典》第563条第2款）等，显然可对应于双务合同、继续性合同等类型概念，发掘它们所对应的规范线索，也可以丰富法律适用人员“找法”的路径，并丰富对相应合同效力内涵的认识。

三、合同效力的两层内涵

合同的“效力”，因语境不同而有不同的含义。其一，指对于合同作为法律行为是否获得法律认可的评价（效力评价），可称为“有效性”（比如《国际商事合同通则》第3章的标题“Validity”^②）。其二，指当事人双方的权利义务，以及义务不履行时所应负的责任，乃至合同对于第三人的关系等问题。^③这可以称为“效力内容”，比如《荷兰民法典》第6编第5章第4节的标题“Juridical Effects of Contracts”。^④

从历史上看，欠缺合同法一般规则的罗马法，分别不同的合同类型而异其效力发生原因；后世法学及立法努力有所超越，努力整合进而塑造合同法的一般规则及一般理论，然亦不得不就有偿合同与无偿合同分别说明。18、19世纪欧洲的意思说（the will theory，或译“意志理论”）试图以意思为基础，作统一的说明；至20世纪，便发现意思说亦有诸多难以圆满解释之点，于是便出现了信赖说（the reliance theory），略谓合同责任的基础乃系债务人使得债权人信赖了其允诺。时至今日，西方合同法学界主要是在意思与信赖之间（Wille oder Vertrauen）展开讨论，尚未形成共识。^⑤由此也可引发一系列追问：关于合同约束力的解释及说明为何非得寻求统一的答案？多元的解释和说明又有什么不好呢？纵然通过比较法及国际模范法实现了不同国家合同法规规范层面的统一，在确保了其适用统一的前提下，对于规范背后的法理逻辑构成及其解说，因历史及文化的不同，允许存在多元的构成，难道不是很自然的事情吗？我国学说对此当然有所探讨，比如早在1990年，张广兴先生便撰文指出，包括合同在内的“债之所以被赋予法律效力，有着历史的、政治的、经济的以及道德的诸多原因”；“以上诸种因素在债法制度的发展中并非同样重要。强调某种因素，仍与该国家该时代统治阶级的意志有关。这就是不同时代、不同国家的债法对债的效力的内容、范围作出不同规定的原因。就近现代

① 在卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）的理论中，制定法上规定的债权契约类型，大部分是真正的类型（诸如买卖、互易、租赁、借贷），是源于法律现实的“法律上的结构类型”。参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，北京：商务印书馆，2020年，第583-584页。本文所讨论的“有偿合同”这样的类型概念可否归入拉伦茨所谓的“类型序列”，有识之士可进一步研讨和指教。

② 在《国际商事合同通则》的中译本中，Validity被译作“合同的效力”。参见张玉卿主编：《UNIDROIT国际统一私法协会国际商事合同通则·2016》，北京：中国商务出版社，2019年，第191页。

③ 郑玉波：《民法问题研究》（二），台北：自版，1984年，第5页。

④ 在中译本中被译作“合同的法律效力”，见《荷兰民法典》，王卫国主译，北京：中国政法大学出版社，2006年，第238页。

⑤ 比如由于债务人的原因，债权人合理地相信债务人同意了，在荷兰通常会认为债务人要受其意思的约束，故比较接近信赖说，承认成立合同（there is a valid contract）；与之相对，德国的解决方案则是只承认诉请消极合同利益（an action for the negatives Vertragsinteresse）。See A. Hartkamp, “Law of Obligations,” in J. Chorus, P. Gerver, and E. Hondius, eds., *Introduction to Dutch Law*, 4th revised edn., Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2006, pp. 152-153. 关于合同约束力的讨论，另可参见詹姆斯·戈德雷：《私法的基础：财产、侵权、合同和不当得利》，张家勇译，北京：法律出版社，2007年，第475-488页；彼得·本森主编：《合同法理论》。

的债法而言,影响或决定债的效力的因素,唯经济与道德两者而已”。^①在《民法典》生效及相关司法解释陆续出台的背景下,分析实定法及相关资料,或可增进相关认识。

《民法典》在《合同法》基础上升级改造,使合同编通则兼具债法总则的功能,在某种程度上与《国际商事合同通则》及《欧洲合同法原则》或者《欧洲示范民法典草案》具有相似性,特别是依合同的生命历程设计合同规范的外在体系,相应地,这种构造也使得合同法一般规范对于合同事项的普适性本身面临合目的性的制约,特别是要区分狭义债之关系与广义债之关系、有偿合同与无偿合同、双务合同与单务合同等。因而,对于外在体系之外的可得影响法律适用的内在逻辑构造,也有必要尽可能地使之明晰。

四、合同效力的发生是当事人意思与法律评价共同作用的结果

合同是民事法律行为之一种,而民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为(《民法典》第133条)。民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立,也可以基于单方的意思表示成立(《民法典》第134条第1款)。由此可见,仅就合同而言,不论其为有偿抑或无偿,在一般规则层面,均系以意思表示一致而成立,当事人的合意是合同的基础。对于作为合意基础的要约,法律要求它应当符合的条件之一便是,“表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束”(《民法典》第472条第2项),即受约束的意旨。既然肯定意思表示为法律行为之核心要素,承认合意为合同的内核,要求当事人有受约束的意旨,也可以说,我国法原则上采纳了“意思说”。不过也应注意,合同的约束力,并非纯粹基于当事人的意思,当事人的意思只是提供了一个基础,约束之力的来源则外在于当事人的意思,最主要的有二,即要么是道德,要么是法律。“君子一言,驷马难追”,这反映了道德规范的力量。法律的力量当然要以法律与合同的结合为必要,也就是像《民法典》第2条所说的,民法要“调整”合同关系。民法的“调整”,其实就是以民法规范为尺子,衡量作为特定社会事实的人之行为及人与人之间的关系,并在此基础上做出评判。基于国家法律的肯定性评价,便可请求国家公权力机关予以执行。

关于赋予合同执行力的原因,学界力图追溯久远历史中的公平正义观念并作统一的说明,比如追溯到亚里士多德的正义理论,其中“平均的正义(iustitia commutativa),^②指社会上个人相互间的给付与对待给付,务求其均衡,个人的权利,应该相互尊重”。^③有偿合同符合“平均的正义”,故其成立较易、消灭较难、效力较强,其债权人所受保护较多。“因之人与人之关系,自应以均衡交换为首要,若受而不与,法律必薄之”。^④詹姆斯·戈德雷教授亦从亚里士多德的古老著作中寻求帮助,认为用亚里士多德派别的术语来说,在人们展现审慎及分配正义之德性的程度上(to the extent people exercise the virtues of prudence and distributive justice),合同增进了资源的配置。在亚里士多德派的传统中,诸种选择因其有助于良好生活(即最大限度地尽人之为人的潜能所实现的生活)而显得重要;过这样的生活乃是人类的幸福,这才是人们各种努力讨生活的终极目的。^⑤詹姆斯·戈德雷教授考察了后世两派理论,一是功利主义理论,另一则是康德和黑格尔的理论,说明何以上述选择是重要的。前者认为法律强制实现合同是为了最大可能满足人们的偏好;后者认为选择之所以重要是因为它们是自由或者自治的一种表达,合同具有拘束力是因为这是自由的必要结果。^⑥其实,追溯到亚里士多德的理论也只是一种说法,这种说法是否放之四海而皆准也颇值得怀疑。历史地看,中国人很早就有交

① 章戈:《论债的效力》,《法学研究》1990年第4期。

② iustitia commutativa的英文写法为commutative justice,通常译为“交换正义”。

③ 梅仲协:《法学绪论》,台北:中国文化大学出版社,1989年,第64页。

④ 郑玉波:《民商法问题研究》(二),第10页。

⑤ See Gordley, “Contract Law in the Aristotelian Tradition,” in Benson, ed., *The Theory of Contract Law*, p. 268.

⑥ 彼得·本森主编:《合同法理论》,第299页。

易及合同实践，无论是商周时期的青铜器还是后来敦煌、吐鲁番等地出土的古代契约文书均可反映这一点。中国古代的法典固然是刑事内容居多，但也并非全然没有私法及合同的内容，“一任私契、官不为理”只不过是说很多交易是放给民间通过契约约定，在官方的法典中规定较少而已。《名公书判清明集》收录的宋代的裁判记录，很多原案是基于契约主张权利的，从中可以反映出裁判者对于契约的承认及保护。由此至少说明，当时的中国人有着自己关于契约的理解，契约在实践中的应用顺畅无碍并受国家公权力的保护，与亚氏的理论没有任何关系。西方的理论大抵要依有偿与无偿的不同而分别说明，在中国对此之所以未做太深入研究，恐怕也与人们认为它理所当然不无关系。正所谓“周瑜打黄盖，一个愿打，一个愿挨”，一个“愿”字已具有足够的包容力。合同古称“契约”“质”“剂”等，功能多样，相较于发生债权债务，像不动产买卖之类，其契约的功用更多体现在权利凭证上；当然，今天的立法区分债权债务的发生与物权变动（《民法典》第215条区分原则），物权变动采公示原则（《民法典》第208条）。不论物权、债权，合同一如法律，起“定分止争”的作用，如此，一个“分”字也可包容不同的类型。就债权合同而言，在尚未履行场合，便可呈现为一个“该”字，债务人“该”向债权人交付某物、为某行为或者不为某行为，要解决的是人之相与中给付与对待给付的时间差；同时，合同在获得法律认可的场合，也就成为评判是非对错的基本依据，中国人讲的是个“理”字，据此，纠纷两造，或是理曲，或是理直。

民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为（《民法典》第136条）。如果说合同的“成立”尚属事实问题，及至其“生效”，则进入了对合同的法律评价领域。申言之，合同具备一般生效要件，即行为人的行为能力、意思表示真实以及不违法悖俗（《民法典》第143条），通常便可获得国家法律的积极评价，具有法律约束力。否则，比如约定买卖人口的合同，即便卖方和买方的意思表示是真实的，在今天的法律上也得不到承认，不会按照买卖双方的合意承认其效果。如此，合同效力的发生是当事人意思与法律评价共同作用的结果。如此认识，也与我国通说关于民事“权利”的“法力说”（有别于意思说和利益说）相统一。^①

法律行为或者合同经由法律评价，在获得积极评价场合，其效力（effects）内容如何，仍有进一步探析的必要。合同效力既为当事人意思及法律评价共同作用的结果，就其效力内容，也可循此路径分析。如果看比较法的话，《荷兰民法典》第6:248条第1款规定，合同不仅具有当事人约定的法律效力（the juridical effects agreed to by the parties），也具有依合同性质因法律、习惯或公平合理要求之适用（apply by virtue of law, usage or the requirements of reasonableness and fairness）而发生的法律效力。^②我国《民法典》虽然没有明文规定类似规则，但事实上奉行相似观念。完美的合同总是非常罕见，不完美的合同才是常态。正因如此，大量的合同法规规范存在才有意义和价值。

合同作为法律行为之一，在《民法典》中首先是作为债权的发生原因出现的（第118条第2款），并承认其对当事人具有法律约束力（第119条）。如此，通常就合同若无特别说明，则应理解为债权合同（obligatory contracts），它在当事人之间设立债务关系。当然，《民法典》总则编承认法律行为得基于双方或者多方的意思表示一致成立（第134条第1款），也就是说承认了双方法律行为（bilateral juridical acts）或者多方法律行为（multilateral juridical acts），自然也承认在债权合同之外尚得有设立物权的物权合同（比如物权编中的许多合同）以及其他领域中的合同。^③

合同可区分为有偿合同与无偿合同，双务合同与单务合同；两组分类并不必然一一对应，双务合

① 参见梁慧星：《民法总论》，北京：法律出版社，2021年，第73页；崔建远等：《民法总论》，北京：清华大学出版社，2019年，第64页；陈华彬：《民法总论》，北京：中国政法大学出版社，2017年，第236页；刘凯湘：《民法总论》，北京：北京大学出版社，2011年，第76页。

② See H. Warendorf, R. Thomas, and I. Curry-Sumner, *The Civil Code of the Netherlands*, Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 711. 另外参见《荷兰民法典》，第238页。

③ 在本文中，“合同”一词主要是在债权合同意义上使用。

同固然是有偿合同,单务合同则既可以是无偿合同,也可能是有偿合同。《民法典》立法者使用“自然人”之类抽象概念时,当然不必考虑是男人抑或女人,是老人抑或儿童,进而也难谓以哪个为原则而另一个为例外;相似地,在使用抽象的“合同”概念时,通常也不会去想它是哪种类型的合同。不过,在《民法典》合同编通则中,仅有章而无节,章的设计是依合同的生命历程:订立、效力、履行、保全、变更和转让、权利义务终止和违约责任,没有像有些国家的民法典那样进一步分层,分出专门的“双务合同”节来(比如《德国民法典》第 2 编第 3 章第 2 节、《荷兰民法典》第 6 编第 5 章第 5 节等)。然而,法典外在形式上的并列规定并不意味着没有承认合同一般规则内在逻辑上的层次结构,而法律适用恰恰需要法律人能够准确识别此类法典的内在逻辑结构。另外,即便是使用抽象的“合同”概念,不去区分原则与例外,仍然可以说,立法者头脑中有其典型的合同模型(比如买卖合同等)。如果说合同编通则中的一般规则是以有偿合同为其理想模型,^①那么,就它们对于无偿合同的可适用性便应有所警惕。类似地,对于双务合同与单务合同、一时性合同与继续性合同等不同合同类型,也有必要作相应的检讨。

合同效力的内容,除了依当事人的意思设定之外,依交易习惯及法律的一般规定,对于合同亦得进行补充,这也可以说是当事人意定效力之外的一般法定效力。立法既有原则性的一般规定,那么,对于例外场合,必定要作专门的特别规定。如果以原则性的规范模式为参照,诸此例外场合的特别规定自然是对于一般法定效力的变异,或为弱化,或为强化,或为深化,进而呈现出不同的样态。

五、有偿合同、无偿合同与合同效力

(一) 主体资格要求不同

订立有偿合同的当事人原则上应为完全行为能力人,限制行为能力人非经其法定代理人同意不得订立重大的有偿合同。对于纯获利益的无偿合同,如接受赠与等,限制行为能力人和无行为能力人即使未取得法定代理人的同意,也可以订立;但有返还原物负担的无偿合同,仍然须取得法定代理人的同意。

(二) 责任的轻重不同

在无偿合同中,债务人所负的注意义务程度较低,在有偿合同中,注意义务较高。比如,《民法典》第 897 条规定:“保管期内,因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的,保管人应当承担赔偿责任。但是,无偿保管人证明自己没有故意或者重大过失的,不承担赔偿责任。”第 929 条第 1 款规定:“有偿的委托合同,因受托人的过错造成委托人损失的,委托人可以请求赔偿损失。无偿的委托合同,因受托人的故意或者重大过失造成委托人损失的,委托人可以请求赔偿损失。”

(三) 债权人撤销权的构成要件不同

债权人撤销权的构成要件因债务人的行为属无偿行为抑或为有偿行为而有不同。在无偿处分财产权益场合,并不要求债务人的相对人主观上具有诈害意思(《民法典》第 538 条);在有偿行为场合,则要求债务人的相对人知道或者应当知道该情形(即主观上具有诈害意思,《民法典》第 539 条),在有转得人的场合,解释上也应要求转得人具有恶意。

(四) 能否构成善意取得不同

《民法典》第 311 条规定了善意取得制度,其构成要件之一是“以合理的价格转让”,当然是以有偿合同为前提。

(五) 买卖规则的准用

对于有偿合同,法律如无特别规定,则参照适用买卖合同的有关规定(《民法典》第 646 条)。

^① 分析保管合同这种可以是有偿也可以是无偿的合同类型,人们可以发现立法者是将有偿合同放在主文中规定而将无偿合同置于“但书”中(比如《民法典》第 897 条)。

如此，关于出卖人的瑕疵担保义务规则（《民法典》第612条以下）的准用，特别具有重要的意义。而对于无偿合同，依《民法典》第662条的规定，原则上免责。

（六）合同解释

另外，值得注意的是，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释》（征求意见稿）〔以下简称《合同编通则解释》（征求意见稿）〕第1条第2款为合同条款的解释确立了新的规则，即对于合同条款有两种以上解释，属于无偿合同的，应当选择对债务人负担较轻的解释。

六、双务合同、单务合同与合同效力

双务合同（synallagmatic or bilateral contracts），是一方当事人为获得对方当事人的给付（the presentation; performance）而向对方当事人负担义务的合同（比如《荷兰民法典》第6:261条第1款；另见《法国民法典》原第1102条）。区分双务合同与单务合同的实益在于，同时履行问题以及风险负担问题是只发生在双务合同场合的问题，另外，基于违约的解除主要是针对双务合同适用的制度。相较于双务合同，单务合同具有补集性（即双务合同以外的合同），而其内部又具有多样性，故仅凭某合同为单务合同便直接得出某种结论，宜慎之又慎。^①因而，单双务合同之类型区分的意义，主要体现在法律对双务合同规定的特别规则上；而就单务合同的效力，实应就赠与等合同具体考察，以下分别说明。

（一）双务合同的履行抗辩权

《民法典》第525条至第528条规定了合同履行过程中的抗辩权，尽管就法典的外在体系结构而言未在合同通则分编合同履行章中进一步分层设置“双务合同”一节，从法条中出现的“当事人互负债务”“应当先履行债务”之类表达仍可看出，它们以双务合同为预想模型，强调给付与对待给付之间的牵连性。^②此类双务合同履行中的抗辩权，背后的法理逻辑在于给付与对待给付的牵连关系呈现出对等及衡平，从当事人订立合同的意图上讲，负担义务为的是获得对方的给付；从客观评价上分析，基于真实意思之合致的结果，对于双方均是公平的；当然，如果从各自的主观评价上分析，对方给付的价值总是不低于自己给付的价值。

双方的债务如果不是给付与对待给付，可否依第525条主张同时履行？《合同编通则解释》（征求意见稿）第32条第1款规定：“当事人互负债务，一方以对方没有履行非主要债务为由拒绝履行自己的主要债务的，人民法院不予支持，但是对方不履行非主要债务致使不能实现合同目的或者当事人另有约定的除外。”据此，一方的主给付义务与对方的主给付义务以外的其他义务原则上并不构成同时履行关系，比如在买卖合同中，出卖人交货与买受人付款构成给付与对待给付关系，开具发票属于出卖人的从给付义务，通常不应因其尚未开具而拒绝付款；但是，如果买受人作为公司要以发票入账及抵税，那么，发票的获得对于买受人便具有重要意义，对方对此理应知晓，买受人即便获得了货物，只要尚未获得发票，也仍可以拒绝付款。同时履行抗辩规则不仅适用于合同双方当事人的原给付义务，也适用于次给付义务。关于后一情形，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第34条规定，“双务合同不成立、无效或者被撤销时，标的物返还与价款返还互为对待给付，双方应当同时返还”。

双务合同适用同时履行抗辩规则，而单务合同原则上并无适用同时履行抗辩规则的余地。唯对于不完全双务合同，能否发生同时履行抗辩权，学说上不无争论，原则上以否定说为当。对于附负担赠与能否发生同时履行抗辩权，在我国学说上多持否定意见，《日本民法典》则明定可准用双务合同的

① 中田裕康：《契约法》，东京：有斐阁，2021年，第71页。

② 王利明：《合同法通则》，北京：北京大学出版社，2022年，第273页。关于牵连性观念的源起、界定及相近概念的辨析，可参见张金海：《论双务合同中给付义务的牵连性》，《法律科学》2013年第2期。

规定(包括同时履行抗辩)。本文认为,对于不完全双务合同原则上应当否定同时履行抗辩权的发生,对于附负担赠与,例外地承认同时履行抗辩权的发生,亦无不妥之处,且其结果也符合公平理念。

关于不安抗辩权,在欧陆法理论上较长的时期内以情事变更条款理论为基础加以解释,1974年之后,约阿希姆·格恩胡贝尔(Joachim Gernhuber)等学者开始从功能上的牵连性角度阐释该制度,在对待给付的提供受到危害时,就不能不再加限制地承认先履行方的先行给付的义务。我国学者也倾向于从双务合同的牵连性角度阐释不安抗辩权制度。^①

(二) 赠与合同

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人,受赠人表示接受赠与的合同(《民法典》第657条),故属于债权合同;据此发生赠与人无偿给予财产的义务,相应地,受赠人也就享有请求给予财产的权利,故属于单务合同。因而,赠与合同原则上因双方当事人达成赠与的合意即可成立,且同时发生效力。关于赠与合同,西欧国家多以之为要式行为,^②在东亚地区多以之为不要式行为。^③我国法律并没有要求赠与合同必须采用书面形式或者其他特别形式,故属于不要式合同,依一般规则,可以采用书面形式、口头形式或者其他形式(《民法典》第135条)。当然,不要式合同不排除合同采用书面、公证等形式,只是合同的形式不影响合同的成立。^④

可是,基于赠与合同发生的债权债务,与买卖合同发生的债权债务,在抽象层面上虽然都是债权债务,都可以说债权具有请求力、保持力等效力,但具体层面上,立法只是明确规定,经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同,赠与人不交付赠与财产的,受赠人可以请求交付(《民法典》第660条第1款),并没有一般性地规定受赠人的交付赠与财产的请求权。何以如此?既然赠与合同与买卖合同一样属于债权合同,为何不明确地、理直气壮地赋予受赠人以履行请求权?对此,离不开基本的事理,即赠与人单纯给予财产,无须对方做任何回报;受赠人同意接受财产,没有任何负担。仅就单个的法律行为而言,它并非交易,而是单向的给予及获得,简单的事理决定了基本的人情:人赠弩马,不察其齿(Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul)。^⑤而从制度层面分析,对于赠与人的义务,与出卖人的义务相比,法规则的设定基本上是以降低对赠与人的要求为目标,其中重要的安排如下:

1. 赠与的任意撤销

赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与(《民法典》第658条第1款)。这便是赠与的任意撤销,法律之所以规定该规则,是源于赠与是无偿行为,如此,“即便赠与合同已经成立,也可以允许赠与人因自身的某种事由撤销赠与”;“尤其是有的赠与合同的订立,是因一时情感因素而欠于考虑,如果绝对不允许赠与人撤销,则对赠与人太过苛刻,也有失公允”。^⑥在赠与合同成立和生效的情况下,只要财产权利尚未转移,赠与人便可以反悔,摆脱合同的约束力,法律上赋予赠与人以撤销赠与的权利。既然赠与人可以任意撤销赠与,受赠人的债权的效力便受制于赠与人的撤销权,因而,可以说赠与合同的效力(约束力)因此而弱化。正因为如此,有学者称,赠与合同在赠与物交付前,几无拘束力可言,其所生债务与自然债务相当。^⑦

① 参见张金海:《论双务合同中给付义务的牵连性》,《法律科学》2013年第2期。

② 比如《法国民法典》第931条和第932条第2款、《德国民法典》第518条、《瑞士债务法》第243条。

③ 比如《日本民法典》第549条和第550条、《韩国民法典》第554条和第555条、我国台湾地区“民法”第406条。

④ 石宏主编:《〈中华人民共和国民法典〉释解与适用·合同编》上册,北京:人民法院出版社,2020年,第360页。

⑤ Vgl. Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 31. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2006, S. 144.

⑥ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,北京:法律出版社,2020年,第439页。

⑦ 郑玉波:《民商法问题研究(二)》,第4页。

2. 赠与的法定撤销

受赠与有如下情形之一的，赠与人可以撤销赠与：（一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；（二）对赠与人有扶养义务而不履行；（三）不履行赠与合同约定的义务（《民法典》第663条第1款）。这是赠与合同的法定撤销，用以应对受赠人的忘恩负义行为，法律赋予赠与人以撤销权，符合民法的公平和诚信原则，并有利于弘扬社会主义核心价值观。^① 如此，即便赠与财产的权利已经转移，在符合上述任一法定情形场合，赠与人仍可撤销赠与合同，赠与合同的效力因此进一步弱化。撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人请求返还赠与的财产（《民法典》第665条）。

3. 赠与人的责任

赠与合同为无偿合同，如完全按照适用于有偿合同的规则严格适用，有失公允，易滋生不良后果，挫伤赠与人赠与财产的积极性，故立法通例均设法减轻或者免除赠与人责任，并因此构成赠与合同的特色。《民法典》亦不例外，原则上不使赠与人负“与出卖人相同的责任”。

（1）对故意或者重大过失致赠与财产毁损、灭失的责任

在不得任意撤销的赠与场合，因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的，赠与人应当承担损害赔偿责任（《民法典》第660条第2款）。赠与人仅对故意（Vorsatz）或者重大过失（grobe Fahrlässigkeit）负责，这是因为鉴于赠与合同的无偿合同性质，上述规则一般场合符合当事人的意思。^② 这与《民法典》合同编关于一般的违约损害赔偿责任采无过失责任（严格责任）形成鲜明的对照。

（2）有限的瑕疵担保责任

赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任（《民法典》第662条第1款前段）。瑕疵担保本属有偿合同的特色，无偿合同无瑕疵担保问题。赠与的财产纵有瑕疵，基于赠与使受赠人纯获利益的特点，亦不应使赠与人承担什么责任。正所谓“人赠驽马，不察其齿”。

附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任（《民法典》第662条第1款后段）。附义务的赠与具有特殊性，受赠人所负担的义务虽非对待给付义务，亦不可否认，赠与合同的无偿特色因此而降低，可以认为它实属居于无偿与有偿之间的特殊类型，故使赠与人负担有限的瑕疵担保责任。其相关内涵，有待解明。其一，此时赠与人的责任属无过失责任。其二，就责任形式而言，法条指引向了“与出卖人相同的责任”，可知其为《民法典》合同编第八章规定的“违约责任”的方式，而非其他特别的责任方式。此所谓“瑕疵担保责任”，已经统合入违约责任，不是独立的或者相对独立的责任。责任方式有强制履行（包括修理、更换、重作）、损害赔偿、违约金等。其三，就责任范围（主要是赔偿范围）而言，法条限定为“在附义务的限度内”，如系指所附义务的金钱价值，则赔偿责任（包括赔偿性违约金）的最高数额，以上述金钱价值额为限。惟所附义务非必均有金钱价值，或者均得作金钱评价，此时如何使赠与人承担责任，似值疑问。另外，既言使赠与人负“与出卖人相同的责任”，对于附义务赠与似有必要做进一步的区分和限定，区分为所附义务使赠与人受益者和不使之受益者，对于前者使赠与人负“与出卖人相同的责任”，无可厚非；对于后者，受赠人虽负担了一定的义务，但该义务的履行并不使赠与人获得任何利益，甚至可能是受赠人获得利益（比如受赠人应好好学习一年），如果仍令赠与人负“与出卖人相同的责任”，实难谓有何实质性的道理，故对上述法条，宜做进一步的限缩解释，使之仅限于上述前一种情形。

（3）故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵时的赔偿责任

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（《民法典》第662条第2款）。虽然在买卖的场合解除合同并使之赔偿损害所在多有，在赠与的场合，受赠

^① 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，第448页。

^② 参见来栖三郎：《契约法》，东京：有斐阁，1974年，第237页。

人因为不存在对待给付义务,即使解除合同也没有什么利益,故仅使之可得请求损害赔偿。^①

此时的损害赔偿责任,所赔偿者为受赠人的信赖利益(Vertrauensinteresse,受赠人因不知瑕疵的存在而遭受的损失),而非履行利益(如果瑕疵不存在受赠人所会拥有的利益),^②对于下列损失,赠与人应予以赔偿:因赠与人不告知赠与物为他人之物,受赠人对于他人的权利主张,提起确认之诉所需的诉讼费用;受赠人丧失取得同类物的机会所遭受的损失;相信赠与物没有瑕疵,对赠与物进行改善或进行利用,因赠与物的瑕疵使该物归于无用所遭受的损失。^③

由于赔偿的对象是信赖利益,在发生扩大损害场合如何处理尚属问题。比如过年的时候赠与人故意赠与掺毒的包子,处理此种案子,为了不破坏既有的关于损害赔偿范围的原则,当然应该不用担保责任而依侵权行为处理。^④

(4) 履行迟延

赠与人就经公证或履行道德上义务的赠与,既不许赠与人撤销赠与,受赠人自得请求履行。赠与人履行迟延场合,可否发生迟延损害赔偿?《民法典》对此虽未作规定,鉴于该法原则上不使赠与人负“与出卖人相同的责任”,故在解释上仍不妨借鉴其他地区的做法(比如我国台湾地区“民法”第409条第1项),使赠与人仅负强制履行之责任,此外不再负迟延损害赔偿责任,不负迟延利息或者其他损害的赔偿责任。

七、总 结

合同的实践尽管有悠久的历史,但合同的一般法规则的历史却相对要晚得多。在我国,对于合同的拘束力作说明固然要考察比较法及理论状况,但如果从本国历史文化角度考虑,也存在着多样解释的可能性。西方的理论大抵依有偿与无偿的不同而分别说明,在我国理应考虑本国的历史文化,探索更具有解释力的理论。就我国民法的外在体系而言,在总则编的法律行为下,以合同为规范单元,并区分“通则”与“典型合同”,为法律人“找法”提供了明确的线索;然而在“典型合同”与“合同”之间,发掘“有偿合同”“无偿合同”“双务合同”“单务合同”“一时性合同”“继续性合同”等不同分类对应的法规范,本身是对民法典作体系化整理作业的应有内容,同时也可提升法律人的“找法”能力。

(责任编辑:刘楷悦)

① 参见来栖三郎:《契约法》,第237-238页;远藤浩编:《债权各论 I: 契约》,东京:日本评论社,2000年,第73页。

② 此为德国及日本通说见解,参见 Vgl. Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 31. Auflage, S. 144. 另外参见柚木馨、高木多喜男:《新版注释民法(14)》,东京:有斐阁,1993年,第54页;远藤浩编:《债权各论 I: 契约》,第73页。

③ 参见史尚宽:《债法各论》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第126-127页。

④ 参见内田贵:《民法 II: 债权各论》,东京:东京大学出版会,2007年,第160页。