



北京市社会科学理论著作出版基金资助



Topics about Chinese
Typical Contracts Law

我国典型合同理论与 立法完善研究

宁红丽 © 著

北京市社会科学理论著作出版基金资助

我国典型合同理论与 立法完善研究

宁红丽 著

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

我国典型合同理论与立法完善研究 / 宁红丽著. —
北京: 对外经济贸易大学出版社, 2016. 12
ISBN 978-7-5663-1722-3

I. ①我… II. ①宁… III. ①合同法-立法-研究-
中国 IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 306524 号

© 2016 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

我国典型合同理论与立法完善研究

宁红丽 著

责任编辑: 汪友年 白 月

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

北京九州迅驰传媒文化有限公司印装 新华书店经销

成品尺寸: 170mm×240mm 24.5 印张 453 千字

2016 年 12 月北京第 1 版 2016 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5663-1722-3

定价: 79.00 元

前 言

本书是关于《合同法》分则中一些理论问题与若干具体制度的研究成果，其中的各个章节最初都是以论文的形式出现的，在有了一定规模之后，发现它们之间其实具有某种意义上的整体性，于是就汇总成著作的形式出版。这也是对自己多年在《合同法》分则领域所从事的零星研究工作的回顾与总结。由于当初的写作模式是发现一个问题研究一个问题，缺少整体上的规划，因此成书之后发现全书可能存在结构不太均衡的问题，有的领域（如买卖、租赁等）写得连篇累牍，而另外一些问题，如借款、保管、委托以及无名合同等部分，相比较则流于蜻蜓点水。对典型合同领域的关注越久，越觉得这一领域涉及经济生活的幅度广阔，个人的研究能力在复杂的社会面前犹如沧海一粟。在强调意思自治的同时，会发现各个行业对交易的管制也是层层叠叠，愈发觉得，意思自治作为一个口号确实容易喊得响亮，但涉及其边界界定时，既要解决当事人之间复杂的利益争夺，又要兼顾民商合一模式下的区别对待以及消费者保护等社会政策与观念的冲突，这些都是对研究者技术和智慧的考验。

各级法院是典型合同立法与实践交接的前沿。本书的研究也关注了司法实践对相关制度的解释与适用。虽然关于判决书的取样十分有限，案例也主要是以个案的形式出现，但确实有助于我从侧面了解到真实的合同法制度是如何运行的。

《合同法》分则在整个民法体系中并非独立的部分，而是与整部合同法以及整体意义上的民法存在密切的联系。因此，《合同法》分则问题的研究绝不限于分则领域，其可能构成某个关涉民法整体理论研究的盲点。在《合同法》分则与其他民法基本问题的关系中研究典型合同中的制度，能使分则研究得到改善与进步。在民法典编纂的大背景下，民法制度（尤其是民法债编制度）中的体系协调与整合是一个迫切需要解决的问题，需要更多的学者为此贡献智识，本书的出版希望能有助于这一方面的知识储备，以推进我国《合同法》分则、典型合同研究的广度与深度。

作者

2016年10月

目 录

第一编 一般性问题

第一章 《合同法》分则之不足及完善	(3)
第二章 合同类型的认定与中国司法实践	(13)
第三章 无偿合同：民法学与社会学之维	(37)

第二编 有名合同研究

第四章 论买卖合同的标的物范围——以《买卖合同司法解释》为主要分析对象	(57)
第五章 论出卖人物之瑕疵责任的构成——以《买卖合同司法解释》为主要分析对象	(71)
第六章 买卖合同的利益承受	(89)
第七章 《合同法》分则中的风险负担制度研究	(93)
第一节 风险负担的一般原理	(93)
第二节 买卖合同中的风险负担	(99)
第三节 其他合同中的风险负担	(120)
第八章 《合同法》中分期付款买卖规范之完善	(127)
第九章 《合同法》中有关试用买卖规定的完善	(141)
第十章 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》关于买卖合同的新规范	(149)
第十一章 我国赠与合同制度若干问题的反思	(159)
第十二章 赠与人的不完全给付责任研究——《合同法》第191条的解释与适用	(171)
第十三章 论附义务赠与合同——《合同法》第190、191、192(3)条的解释论	(183)
第十四章 “买卖不破租赁”制度的反思与重构	(199)
第十五章 承租人的优先购买权研究	(223)

第十六章	租赁物维修义务的法律构造——基于对中国司法案例的分析	(239)
第十七章	《合同法》中借款合同性质的厘定	(267)
第十八章	我国保管合同制度的法律适用	(277)
第十九章	承揽合同效力的整体研究	(285)
第二十章	承揽人的瑕疵责任研究——《合同法》第 262 条的解释论	(299)
第二十一章	委托合同效力的整体梳理	(327)
第二十二章	旅游合同研究	(337)
第一节	旅游合同概述	(338)
第二节	旅游合同双方当事人的义务	(344)
第三节	旅游给付中的第三人	(349)
第四节	旅游合同的变更和解除	(352)
第五节	旅游合同之违反与精神损害赔偿请求权	(358)
第六节	旅客时间浪费请求权	(368)
第七节	旅游合同与格式合同	(370)

第三编 无名合同研究

第二十三章	无名合同的基础性问题	(375)
第一节	无名合同的概念	(375)
第二节	无名合同的类型	(377)
第三节	无名合同的法律适用	(380)

第一章

《合同法》分则之 不及及之者



第一编 一般性问题

—— 不到定数之数量、种类之定，即予以认定也

本編は、民法の債権法部分を、第一編として、第二編以下に分けて編纂した。第一編は、債権法の一般原則を、第二編以下は、債権法の分則を編纂した。第一編は、債権法の一般原則を、第二編以下は、債権法の分則を編纂した。

第一編は、債権法の一般原則を、第二編以下は、債権法の分則を編纂した。第一編は、債権法の一般原則を、第二編以下は、債権法の分則を編纂した。

第一編は、債権法の一般原則を、第二編以下は、債権法の分則を編纂した。第一編は、債権法の一般原則を、第二編以下は、債権法の分則を編纂した。

第一章

《合同法》分则之 不足及完善

诚如学者所言,1999年出台的《合同法》,仍然代表着目前我国民事立法的最高水平。^①《合同法》的立法成就,特别是其分则部分的立法成就是惊人的。仅从条文数量上来说,在总共428个条文中,《合同法》分则的条文占据将近70%,世界范围内的典型合同法似乎难有出其右者。但是,笔者更愿对这些制度保持一种苛刻与挑剔的眼光。在笔者看来,我国典型合同法律制度还存在着明显的不足与较大的完善空间。

一、不确定概念过多,具有歧义,应予以细致化

不确定概念是立法者所采取的一种策略,其目的不外乎增强法条的伸缩性与适应性,从而使之能适应纷繁芜杂的社会现实。然而如果频繁地使用不确定概念或将本应具体化的概念予以抽象则妨碍了法律规范功能的发挥。略举数例如下:

(1)《合同法》中多处使用“合理”这个不确定概念,如第185条第2款、第230条、第259条、第426条等,其不合理之处不言自明。特别令人惋惜的是,第230条在规定出租人为通知义务的期限时,断然舍弃以往的立法经验,笼统地规定为“合理期限”而不是“三个月”的期限^②,强化法官的

^① 韩世远.合同法总论.3版.北京:法律出版社,2011:34.

^② 为了保障承租人行使优先购买权,立法既可从出租人的角度规定出租人应于出卖标的物前的某一时间通知承租人,也可从承租人的角度规定承租人应于收到通知后的一定时间内为购买的意思表示。然而,无论采何种方式,立法总是明确规定这一时间的具体额度的。如我国台湾地区“民法”第426条之二第2款规定:“前项情形,出卖人应将出卖条件以书面通知优先承买权人。优先承买权人于通知达到后十日内未以书面表示承买者,视为放弃。”而向来采取前种方式的我国也明确规定了承租人通知义务的期限,如最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(试行)第118条规定:“出租人出卖出租房屋,应提前三个月通知承租人,承租人在同等条件下,享有优先购买权;出租人未按此规定出卖房屋的,承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。”国务院《城市私有房屋管理条例》第11条也规定:“房屋所有人出卖出租房屋,须提前三个月通知承租人。在同等条件下承租人有优先购买的权利。”但《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同(转下页)

自由裁量权。

(2)《合同法》第192条第1款第1项规定了赠与的法定撤销事由之一“严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属”。此处“严重侵害”应如何解释？是否要求主观上为故意，抑或程度上触犯刑法构成犯罪？不得而知。法国、德国以及我国台湾地区“民法”均明文规定“受赠人对于赠与人及其亲属有故意侵害行为，应受刑事处罚的，赠与人可撤销赠与”，这就明确得多，立法者似无必要故弄玄虚。

(3)《合同法》第193条第1款规定了赠与人的继承人或法定代理人撤销赠与的法定事由，即“受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力”。此处“违法行为”在主观上仅指故意抑或包括一切过错？不甚明了。

(4)《合同法》中多次出现“保管不善”的字样，如第222条、第265条、第344条等。“保管不善”一语究竟是为了说明主观上有过错还是其他？即便是表明当事人有过错，但究竟为抽象轻过失抑或具体轻过失？不禁令人疑虑重重。根据《合同法》的规定，承运人对旅客自带物品毁损灭失负过错责任，无偿保管的保管人对于寄托物毁损灭失也负过错责任，但是第303条规定“承运人有过错的，应当承担损害赔偿责任”，而第374条则规定“保管合同是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任”，究竟是用语不同，还是承运人与保管人的举证责任有实质上的差别？

二、许多法律规则不包含法律后果，不具可操作性，应使其完整

一个完整的法律规则应包含行为模式与法律后果两部分，我国合同法编分则的许多规则往往只规定了行为模式，而没有规定法律后果，使其规范功能难以悉尽发挥。略举数例如下：

(1)《合同法》第162条规定：“……买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。”该条规定了买受人的通知义务，这无可厚非，但却未规定若买受人拒绝接收，且又没有通知或不及时通知时的法律后果，由此引发的纠纷应如何处理，不得而知。

(2)《合同法》第278条规定：“隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。”该条似乎是一个包含着行为模式与法律后果的完整的法律规则，但后段规定的法律后果并不是违反前段行为模式的法律后果。

(接上页) 同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕11号)第21条并未沿用这一确定期间，规定“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。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”。

由于前段规定的行为模式是承包人负有通知义务，因此后段的法律后果应该是“承包人没有及时通知的……”，而不是如法条所规定的“发包人没有及时检查的……”。

(3)《合同法》第289条规定，“从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求”。该条确立了公共承运人的强制缔约义务，这无疑有助于保障旅客、托运人的利益，但它没有确立公共承运人违反强制缔约义务的法律后果，从而使得该条形同虚设。或者有学者会认为，强制缔约义务属于公法上的义务，因此，不仅旅客、托运人没有请求公共承运人从事运输的私法上权利，更不得强制运输合同成立，而且具有私法属性的合同法编不宜规定行政处罚等公法上的法律效果。此种观点具有一定道理，但是，在世界上诸多国家或地区的学说均认为“违反强制缔约义务造成他人损害构成侵权行为”的情形下，我国民法典似也应科以违反强制缔约义务的公共承运人以损害赔偿赔偿责任。^①

(4)《合同法》第296条规定：“旅客在运输中应当按照约定的限量携带行李。超过限量携带行李的，应当办理托运手续。”该条固然规定了不“限量携带行李”的法律后果——“办理托运手续”，但未进一步规定此种“超过限量携带行李又未办理托运手续”的法律后果。

三、典型合同数量太少，应予以增加

非典型合同系因民法一方面采契约自由原则，另一方面又列举典型合同所生产物^②，因此，无名合同是不可避免的。但对本应在法律上加以确认的合同类型不作出规定，人为地增加无名合同的数量却是不妥当的。

由于典型合同的数量是评价合同法分则乃至整部合同法立法质量的重要

① 对于与公共承运人强制缔约义务类似的医师的强制缔约义务——强制诊疗义务，日本最近的通说认为，《医师法》第19条第1项所规定的诊疗义务是公法上的义务，但是也是为保护患者的义务，在违反此义务时，只要大致推定医师有过失，而医师不能提出反证，就应当追究医师的损害赔偿赔偿责任。（参见龚赛红. 医疗损害赔偿立法研究. 北京：法律出版社，2001：71.）在我国台湾地区，学者认为，医师法关于医师强制缔约义务的规定属于公法上的义务，患者对医师并无私法上的请求权，但由于该条属于直接保护患者的法律，所以医师违反强制诊疗义务造成对患者的损害，属于“民法”第184条第2项“违反保护他人之法律，推定为有过失”，应负侵权行为责任，即法有明文规定强制缔约之情形，该项法律系属保护他人之法律，应有“民法”第184条第2项之适用。（参见王泽鉴. 债法原理：第1册基本理论债之发生. 北京：中国政法大学出版社，2001：79；孙森焱. 民法债编总论. 台北：三民书局，1986：24.）在德国，其判例从《德国民法典》第826条中发展出了间接的强制缔约义务，当事人拒绝订约构成故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人的侵权行为，这已经成为德国学者间的通说。（参见方小敏. 论契约自由. 中德经济法研究所年刊，1996/97；另参见詹森林. 私法自治之理论与实务. 台大法学论丛，22（2）.）

② 曾隆兴. 现代非典型契约论. 台北：三民书局，1986：2.

指标之一,典型合同数量的欠缺将直接影响到对合同法质量的评价。《合同法》不具有相当的完备性,难以在世界合同法史上产生影响,更谈不上引导21世纪合同法的潮流。如1942年颁布的《意大利民法典》即规定了买卖、附返还证券的转让、互易、代销契约等26种典型合同。再如1998年12月的《阿根廷共和国国民商合一的民法典草案》规定了买卖、互易、定期供应、租赁、融资租赁等27种典型合同,而该国学说认为应将住宿合同、泊车合同、旅游合同、葬礼服务合同、私人墓地合同、信用卡合同、估价合同、专项分期储蓄购物合同、电子信息合同、结伴旅游合同、中心商场购物合同、广告合同、展览合同等典型合同纳入民法典中。^①而由此来反观我国民法典草案,其仅规定了17种有名合同,没有规定诸如雇用、借用、实物借贷之类的传统民法中已极为普遍的合同类型,其局限性已相当明显,而对那些随时代发展而出现的新的亟需确认为有名合同的合同类型更是缺乏规定。因此,诚如崔建远先生所言,制定合同法,仅仅是借鉴迄今为止既有的法律规则、模式、理论,甚至规制如融资租赁、能源供应、旅游、BOT合同也只会使合同法沦为21世纪的尾声。欲开启21世纪合同法时代,必须集中许多学科最新成果,展开综合研究,解决21世纪普遍存在的用现代法律框架不能解决的合同类型所产生的问题。^②

笔者认为,我国《合同法》分则体系至少还应补充以下合同类型:

第一,传统的借用、实物借贷、和解、雇用等。由于这些合同大都是传统民法中业已存在的合同类型,其在社会经济生活中的重要作用自然不必多谈,且其内容也已较为固定,民法典作出规制已不存在多少技术困难。或许有人会指出,由于《劳动法》已规定了劳动合同,因此民法典似无必要再规定雇用合同。但是,笔者认为,民法典作为原则法,必须反映交易关系的常态,“民法典的立法者,应该努力建立中国社会‘正常’、‘普通’民事关系的想象”^③,个体之间的劳务往来应该比个体与企事业单位之间的劳动合同更具有普通性,民法典依然要有雇用合同去处理非劳资情境的单纯的劳力利用关系。^④

第二,现代的医疗、演出、培训、邮政、合会、人事保证等。这些合同在现代经济生活中也已是普遍存在的社会现象。医患纠纷、演出纠纷、邮政机关的部门利益、各式各样的培训引发的矛盾、信赖他人推荐用人引发的纠

① Csf. Garrido-Zago, Contratos Civiles by Comerciahts, Tomo I, Ptte General, Editorial Universidad, BuenosAires, 1998, pp. 30-34. 转引自徐国栋. 民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心. 法学研究, 2000: (2).

② 《法学前沿》编辑委员会. 法学前沿: 第2辑. 北京: 法律出版社, 1998: 34.

③ 苏永钦. 民事立法者的角色——从公私法的接轨工程谈起. <http://www.civillaw.com.cn>.

④ 苏永钦. 民法的积累、选择与创新. 比较法研究, 2006 (2).

纷，这些问题的解决都亟需民法典规定相应的有名合同，减少纠纷，合理地平衡当事人之间的权利义务。

第三，更现代的信用卡、加盟店、债权收取（Factoring）、技术授权（Know-how）、企业经营咨商（Management）、企业联营（Pool）、分时享用（Time-sharing）、即时供应（Just-in-time）等。信用卡、金融卡、转账卡、IC卡等，被称为“塑胶货币”，在我国发展的历程虽然较为短暂，但由于其使用上的便利、各项功能的强化以及发卡机构的促销优惠活动，已经成为现代人特别是年轻人日常生活消费的重要工具，由此带来的法律问题也不容忽视。加盟连锁店是一种新兴的商业形式，它使加盟业主在有限的投资下得以建立一个单一的营销网络，使意欲成为加盟店的个别投资者在加盟业主的协助下快速的打入某一行业，因此备受青睐。而技术授权、债权收取等经济现象在我国也已经出现，并有迅速扩张的趋势，可以预见将来必定也会在社会经济生活中发生巨大作用。在制定民法典时，应对上述新的经济现象作出研究，并形成相应的条文。

四、部分重要的具体制度欠缺，应予以增补

《合同法》分则规范了诸多先进的制度，这正体现了其进步性，然而这一思路却并未能在立法中得到全面贯彻，在许多典型合同中，一些较为基本的制度未能悉尽确立，这就形成了很大的法律漏洞，典型合同立法的意义也不能很好的体现。

第一，虽然《合同法》第142-149条、第222条、第314条等较妥善的规定了买卖、租赁、运输等合同的风险负担问题，但有关风险负担的规则仍存在着较多漏洞。首先，合同法编总则缺乏一个类似《德国民法典》第323条、我国台湾地区“民法”第266条所规定的“债务人主义”的风险负担的一般规则。^①这使得无名合同中风险负担问题的解决丧失了依据《合同法》第124条适用总则规定的机会。而且，即便第222条、第314条等可视作是“债务人主义”的具体化，但这些条文仍未穷尽规制租赁、运输等过程中可能发生的风险事实，如在租期开始前租赁物发生毁损灭失风险的情形，或者在运输物交付给承运人之前发生毁损灭失风险的情形，适用第222条、第314条即有黔驴技穷之态。其次，分则缺乏规定诸多风险负担的具体规则。如民法典尚未规定承揽、保管、仓储、融资租赁等合同的风险负担问题。最后，买卖以外的诸如租赁、承揽、运输之类的双务合同的风险负担其实应包括两种情况，一为标的物自身毁损灭失的风险，一为租金、报酬、运费等价金的

^① 有关风险负担一般规则的研究，参见宁红丽所著“论中国民法典债法总则中风险负担一般规则的设立”一文，载《判解研究》2005年第四辑。

风险。各国民法往往只注重规制后者而忽视前者，如第 222 条就只是关于租金风险负担的规定，草案并未涉及租赁物自身的风险负担问题，其实，租赁、承揽、运输等合同中的租赁物、定作物、运送物的风险只能贯彻“天灾归物权人负担”的思想采所有人主义。我国立法不应对此置若罔闻。

第二，在租赁合同一章中，虽然第 233 条规定了承租人未经同意而改善、增设他物时的责任，却没有规定承租人享有有益费用返还请求权及工作物取回权；未规定房屋租赁合同承租人优先承租权；未规定土地使用权出租。第 220 条及第 221 条规定了出租人的维修义务，却未明确规定承租人的该项义务，一般认为除双方约定由承租人维修的以外，依习惯以及租赁物因承租人过错而毁损时也由承租人承担维修义务。本章也没有明确规定承租人的通知义务及责任。1994 年 1 月完成的“合同法试拟稿”第 220 条曾规定，在租赁关系存续期间出现下列情形，承租人应当及时通知出租人，但出租人已知的除外：（1）租赁物有修理、防止损害之必要；（2）第三人就租赁物主张权利；（3）其他依诚信原则应通知的事由。承租人怠于通知致出租人不能及时救济而受损的，承租人应负赔偿责任。承租人负有通知义务的根据在于租赁物为承租人占有，出租人不可能知道租赁物上所发生的种种情况，正如保管合同中寄托人不可能知道寄托物所发生的变化而使保管人承担通知义务一样，承租人应负有通知义务，但合同法仅确认了保管人的通知义务而未规定承租人的通知义务不能不说具有很大的缺陷。

第三，《合同法》第十五章对承揽合同制度的规定较为详备，不过仍存在着较大的可予完善的空间。如第 262 条规定了承揽人的物的瑕疵担保责任，这有助于维护定作人的利益，但是，该条并未对承揽人的这一责任设置限制，这无助于承揽人与定作人之间的利益平衡。反观大陆法系诸国或地区的立法，他们大都对承揽人瑕疵担保责任设有期限限制。如我国台湾地区“民法”第 498-501 条规定了瑕疵发现期间的起算点、瑕疵发现期间之延长、瑕疵责任的免除等制度，其第 514 条还规定了承揽人承担瑕疵担保责任的除斥期间。《德国民法典》第 638 条也规定了承担瑕疵担保责任的除斥期间。《意大利民法典》第 1666 条、第 1669 条规定了承揽人的瑕疵通知义务及 2 年的除斥期间。《日本民法典》第 637-639 条、《瑞士债务法》第 371 条、《法国民法典》第 1792 条、第 1793 条均规定了承揽人瑕疵担保责任的存续期间。此外，该章中尚未确立承揽工作完成后实际报酬超过事先预估概数过巨时的处理规则、承揽人死亡或者丧失劳动技能致不能完成工作时承揽合同当然解除的规则等。

第四，《合同法》确立了“居间合同”这一合同类型，本身具有非常重要的意义，然而本章的规定却是存在疏漏的。第 426 条规定了委托人支付报

酬的义务即居间人的报酬请求权。本条显然采约定报酬制，因为依本条规定，委托人应根据约定支付报酬，只是在无约定时，才由双方协议补充或根据居间人的劳务合理确定。居间费由双方约定，固然是合同自由的体现，但易导致显失公平、触犯公认的伦理价值的后果，为克服约定报酬制的弊端，大陆法系各国规定了“约定报酬酌减制度”，即约定报酬高于居间人所付劳务价值以致显失公平时，法院可因委托人的声明酌情减少报酬数额。另外，在婚姻居间中，如果约定报酬的，该约定无效，居间人不得请求支付报酬，对此，《瑞士债务法》《德国民法典》、我国台湾地区“民法”均有明文规定，原因在于“婚姻结合，重在双方当事人自由意思，恐居间人因贪图报酬而勉强说合，则婚姻难以美满”^①；“以此为职，推其弊害，实有败坏风俗之虞，故此种约定报酬之婚姻居间，不使有效能，所以维持公益也”。^②《合同法》在继受大陆法系各国居间制度时对上述制度未有反映，这是非常遗憾的。

五、部分制度的设计存在缺陷，应予以修改完善

《合同法》分则部分有不少规定值得商榷。举其要者如下：

（一）买卖合同标的物的范围

《合同法》第130条规定，“买卖合同是出卖人移转标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同”。虽然这一规定并未明确指出买卖合同的标的物到底是什么，但它将买卖这一交易形式的对象限定于“标的物的所有权”，这显然说明我国立法将买卖合同的标的物规定为有体物。因此，我国《合同法》上的买卖仅指有体物所有权的有偿转让，而不包括所有权以外的诸如继承权、债权、用益物权、担保物权、知识产权之类的财产权的有偿转让。笔者认为，《合同法》将所有权以外的财产权的有偿转让排除于买卖的内涵之外，不当的限缩了买卖合同标的物的范围，妨碍了买卖合同法律制度所应有的功能的发挥。在市场经济社会里，一切具有交换价值与使用价值的财产均为商品，商品欲实现其价值必须通过交易的方式，买卖只不过是实现商品权利让渡的一种手段。有体物是商品，在不违反法律禁止性规定的情况下，可以采用买卖的方式实现商品权利的让渡，债权、知识产权、用益物权、担保物权等所有权以外的财产权也是商品，其权利的让渡为什么就不能采取买卖的形式？“实际上，可以买卖的并不限于物和权利，几乎任何具有经济利益或价值的东西都可以买卖，其中包括电、热、非专利技术和中彩获奖机会

① 史尚宽·债法各论·北京：中国政法大学出版社，2000：476-477。

② 林纪东，郑玉波，蔡墩铭，古登美·新编六法全书·台北：五南图书出版公司，1986：153。

等”。^① 将债权、知识产权等其他财产权排除在买卖合同的标的物的范围之外，实际上是否认了其他财产权的商品属性，否认了这些财产权的可交易性。或许学者主张债权的有偿转让、土地使用权等用益物权的有偿转让、知识产权的有偿转让大都有特别法加以规范，如债权的有偿转让就受到合同法第五章“合同的变更和转让”的规制，各种知识产权的有偿转让即受到《著作权法》《商标法》《专利法》等法律的调整，因此，并不存在着否认这些权利的有偿转让的问题。此种观点固然有其道理，但是，笔者认为，随着社会的发展，各种具体的财产权利不断涌现，这些权利的有偿转让的现象也不断发生，仅以个别的财产权利的有偿转让为规制对象的特别立法是难以赶上社会发展的步伐的。如随着社会经济的发达，电话使用权转让、电话号码拍卖、吉祥数字拍卖、路名权拍卖、剧场冠名权拍卖、无线电频率拍卖以及商店或者厂房等集合物拍卖相继出现，再如“在很长的时期内，人们出于道德上的考虑，对于医生和律师是否能将其专业技能连同病人和客户一起出卖疑心重重，但现在公认他们可以这样做”^②，针对每一种权利的有偿转让的特别的立法是难以穷尽这些权利类型的。当特别法对某种新型的具体的财产权的有偿转让疏于或者疲于规范时，该财产权的有偿转让即缺乏法律的规范，这就不利于促进社会财富的流转。对此，2012年3月31日最高人民法院颁布的《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（简称《买卖合同司法解释》）第5条明确了“电子信息产品”可以成为买卖合同的标的物。但该条的扩展幅度仍然十分有限。

（二）租赁合同中“买卖不破租赁”

《合同法》第229条规定，“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力”。该条确立了“买卖不破租赁”的规则，也就是租赁权的对抗力制度，符合当今各国立法潮流。不过，纵观世界各国或各地区民法对“让与不破租赁”的条件规定，鉴于赋予租赁权以对抗力会使租赁物的受让人面临潜在的风险，这些立法大都严格设立租赁权发生对抗力的条件——主要是通过设立保障受让人交易安全的措施来实现的——以防止受让人遭受不测的损害，如《德国民法典》第571条第1项、我国台湾地区“民法”第425条等都通过规定出租人交付租赁物于承租人、承租人继续占有租赁物等来确保租赁物的受让人知悉标的物上的租赁权状况。因此，笔者认为，应当对该条作出修改，以保护交易安全。

^① [德] 罗伯特·霍恩，海因·科茨，汉斯·G 莱塞. 德国民商法导论. 楚建，译. 北京：中国大百科全书出版社，1996：131.

^② [德] 罗伯特·霍恩，海因·科茨，汉斯·G 莱塞. 德国民商法导论. 楚建，译. 北京：中国大百科全书出版社，1996：131.

（三）建设工程承包人的法定抵押权

《合同法》第286条规定，“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖变卖的价款优先受偿”。该条所确立的权利就是建设工程承包人的法定抵押权。该条所存在的缺陷是非常明显的。这主要表现为法定抵押权未藉登记予以公示，从而使与发包人有受信往来的债权人会遭受不测损害，有害于交易安全，如发包人于建设工程竣工以后为融资以该建设工程为标的物向第三人设定抵押权，由于法定抵押权无须登记，该第三人不知建设工程上已存在着承包人的抵押权而向发包人提供资金，则在承包人实行法定抵押权时，由于其抵押权位次较后，不能尽先以建设工程的变价优先受偿，从而其债权有不能获清偿的危险。因此，应当改采以登记为成立要件。

（四）定作人的单方解约权

《合同法》第268条规定，“定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失”。这是我国立法关于定作人单方解除权的规定。赋予定作人较为宽泛的解除权，确实有助于维护定作人的利益，也可避免因工作的继续对定作人已无意义而造成社会资源的浪费，但是定作人行使解除权的程度是否一定要宽泛到“随时”则值得商榷，因为在承揽工作已完成的情况下，赋予定作人以解除权以避免无意义的工作继续的立法意旨根本无实行的空间。此际，若工作物对定作人无意义，以赔偿承揽人的损失为前提赋予定作人以解除权并不能改善定作人的处境，因为他无论是否行使解除权实质上都要承担承揽人完成工作的对价；而若工作物对定作人有意义，则赋予定作人解除权实际上起到了鼓励定作人违约的作用，此时立法者该做的应是积极促成合同的履行。有鉴于此，笔者认为，我国立法应该借鉴《德国民法典》第649条、《瑞士债务法》第377条、《日本民法典》第641条、我国台湾地区“民法”第511条的规定，将定作人行使解除权的时机限制在“工作尚未完成前”，以均衡优待定作人与鼓励交易的双重价值取向。

（五）买卖标的物孳息的归属

《合同法》第163条规定：“标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付后产生的孳息，归买受人所有。”该条是我国立法关于买卖标的物孳息归属的规定。现行立法既然在买卖标的物“风险”的“负担”上以交付主义为原则，那么在买卖标的物“利益”的“承受”上采取交付主义亦无可厚非。但是，该条没有如第142条后段设置“但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”的但书条文，一方面未能彰显当事人在买卖标的物利益承受上