

非典型合同和典型合同中的参照适用

王 雷*

内容提要：根据《民法典》第467条第1款，非典型合同在直接适用合同编通则和参照适用最相类似典型合同的规定之间，没有先后顺序之分。要根据区分技术，区分面对的是非典型合同法律适用的总则式问题还是分则式问题，通过直接适用合同编通则实现总则的归总则，通过参照适用典型合同规定实现分则的归分则。无论是非典型合同对典型合同有关规定的参照适用，还是典型合同彼此之间的参照适用，相似性论证是关键，相似性论证是要对比非典型合同和典型合同、两个典型合同彼此之间的主给付义务，重点围绕合同的性质和目的，结合合同分类标准，多角度观察分析，求同存异，恰如其分。参照适用通过同其所同，填补法律漏洞；通过异其所异，对被参照适用的法律规定进行适当变通调适，避免不合宜的等量齐观。非典型合同和典型合同中的参照适用方法塑造了不同于补充适用方法语境下的别样总分关系，也释放了民法典的体系效应。

关键词：非典型合同 典型合同 参照适用 相似性论证

与物权法定不同，不存在针对合同种类或者内容的合同法定原则，合同类型自由，无名合同/非典型合同的出现也就事所必然。但无名合同参照适用有名合同规则在司法实践中却不被重视，相关规则经常被修辞式引用、一笔带过，缺乏参照适用时的相似性论证及充分说理。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第467条第1款规定：“本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”该款作为参照适用技术本身属于不完全法条，不能单独作为请求权规范基础，因此在参照适用过程中不能满足于简单依据该款即得出裁判结论，必须一并援引被参照条文，必须对参照适用中的相似性论证做具体展开。

在非典型合同的参照适用外，《民法典》中还有不少典型合同彼此之间的参照适用条款，使

* 王雷，中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员。

本文为2022年度法治建设与法学理论研究部级科研项目“民法典婚姻家庭编适用衔接问题研究”（22SFB4022）的研究成果。

得典型合同内部得以借此完成漏洞填补工作和实现再体系化。可以说，无论是对非典型合同，还是对典型合同，参照适用既是法律适用中的漏洞补充方法，又是实现合同再体系化和释放民法典体系效应的“密码”。

一、非典型合同“可以参照适用”典型合同的规定

（一）非典型合同参照适用的立法论

典型合同并非只是一个个的法律概念，它们同时也是现实社会中的生活现象。“非典型契约的主要问题，在于其契约内容不完备时，应如何适用法律，以资规范。”〔1〕对无名合同的法律适用应该区分无名合同的不同类型分别讨论。对此，在解释论上，有学者总结道：“我国学术界有关无名合同的研究才刚刚开始，无名合同研究的重要性和必要性，实务界人士的体会最为真切。”〔2〕立法论上，针对无名合同法律适用方法，有学者认为：“实际上总则应当是在最后才能适用的规则。因为在合同法中如果能够适用分则的规定，首先应当适用分则的规定，只有在不能适用分则规定的情况下，才能适用总则的规定。”〔3〕对于无名合同，在适用合同法总则和参照适用最相类似的有名合同法律规定的这两种法律适用方法之间，主流观点认为应当先具体后一般，应当先参照适用最相类似的有名合同的规则，再补充适用合同法的总则，因为其指向更加具体。但《民法典》没有采取这种观点。

2018年9月5日《民法典各分编（草案）》第258条规定：“本编或者其他法律没有明文规定的合同适用本编第一章至第八章的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”笔者曾建议将该条改为：“本编或者其他法律没有明文规定的合同，参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定，并可以适用本编第一章至第八章的规定。”即本编或者其他法律没有明文规定的合同，应该先用最相类似的合同的规定，没有最相类似的规定时，再用本编总则的一般规定。2019年1月4日《民法典合同编（草案）》（二次审议稿）第258条规定：“本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。”有学者建议将第258条修改为：“本法或者其他法律没有明文规定的合同，可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。”理由在于：本编第254条已规定本编调整合同法律关系，故无名合同适用本编没有任何问题，无需就本编通则是否适用作出特别规定。即使未作规定，本编通则部分适用于无名合同，也是当然之理。无名合同的法律适用问题，究竟是优先适用通则编的规定，还是首先应参照分则最相类似合同的规定？有学者认为应优先适用最相类似的分则。〔4〕

从2018年9月5日《民法典各分编（草案）》第258条，2019年1月4日《民法典合同编（草案）》（二次审议稿）第258条，再到《民法典》第467条第1款，通过历史解释，可以总结

〔1〕 王泽鉴：《债法原理》（第2版），北京大学出版社2013年版，第106页。

〔2〕 宁红丽：《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382页。

〔3〕 王利明：《合同法研究》（修订版）（第一卷），中国人民大学出版社2011年版，第22-23页。

〔4〕 参见周江洪：《关于〈民法典合同编〉（草案）（二次审议稿）的若干修改建议》，载《法治研究》2019年第2期。

如下结论：

第一，《民法典合同编（草案）》（二次审议稿）第 258 条和《民法典》第 467 条第 1 款对无名合同的界定更科学，无名合同是指《民法典》或者其他法律没有明文规定的合同。无名合同不再等同于《民法典》合同编或者其他单行民事特别法没有明文规定的合同。反而言之，本编典型合同或者其他法律最相类似合同共同构成有名合同，有名合同的范围既可以包括《民法典》合同编和其他单行民事特别法明文规定的合同，也包括《民法典》其他编如物权编明文规定的合同。有名合同不简单等同于《民法典》合同编的典型合同，典型合同只是有名合同的子类型。

第二，参照适用的关键是对无名合同和有名合同“最相类似性”的判断，《民法典合同编（草案）》（二次审议稿）第 258 条“最相类似”修饰限定的不局限于其他法律明文规定的合同，还应该包括本编典型合同的规定。为了文义更清晰起见，适合将“并可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定”修改为“并可以参照适用本编第二分编或者其他法律最相类似合同的规定”。《民法典》第 467 条第 1 款作了一定改进。

第三，《民法典》第 467 条第 1 款“适用本编通则的规定”中的“适用”是直接适用的意思，而非第 3 句所言参照适用。

第四，《民法典》第 467 条第 1 款文义并未指明无名合同补充适用合同编通则和参照适用有名合同规定何者优先的问题，从立法论上看，不宜固定僵化其适用顺序。

（二）非典型合同参照适用的解释论

非典型合同/无名合同参照适用的第一步是定性分析：认定涉案合同为无名合同。例如，使用他人肖像或者姓名的合同，过去属于纯粹非典型合同，〔5〕但《民法典》人格权编将肖像许可使用合同、姓名许可使用合同典型化，因此其不再属于非典型合同。司法实践中存在大量穿着无名合同外衣但实质上为有名合同的情形，形异实同。例如，商场的附赠，附赠的实质是打折出卖，本质上属于买卖合同，出卖人不能享受法律对赠与人的优待。将有名合同误作无名合同再配合参照适用方法，会增加法律适用的不确定性。如何区分无名合同与具体的有名合同，核心是主给付义务。主给付义务是合同固有的、必备的、用于决定合同类型的法律义务。无名合同本身须再类型化，包括纯粹的无名合同、合同联立和混合合同。合同联立不见得要简单还原适用对应的有名合同规则，因为合同联立中的多个有名合同之间可能存在主从关系，影响相应法律规则的适用。

合同性质和效力，往往是确定合同内容的前置环节。对合同定性时要本着实事求是和言行合一原则，考察当事人合同条款约定和实际履行情况。对无名合同定性的过程，也是寻找与之最相类似的有名合同的过程。在无名合同法律纠纷实践中，存在大量假托无名合同形式的有名合同。例如，合同当事人以《股权收益权转让及回购协议》之名、行融通资金之实，协议约定的回购价款中的基本价款实质上属于归还借款本金，回购价款中的溢价款实质上属于支付借款利息，此时究竟是将此种协议定性为无名合同并参照适用借款合同的相关规定，〔6〕还是直接定性为借款合同？又如，作为无名合同，以物抵债是诺成合同，当事人意思表示一致即可成立，不以抵债物的

〔5〕 参见崔建远主编：《合同法》（第 7 版），法律出版社 2021 年版，第 17 页。

〔6〕 参见“北京天悦投资发展有限公司与安信信托股份有限公司、北京天城新城房地产开发有限公司、王某瑛、黄某海合同纠纷案”，最高人民法院（2017）最高法民终 907 号民事判决书。

物权变动为成立要件。民事单行法时代的禁止流质规则不能作为否定以物抵债效力的依据，利益失衡的以物抵债可以通过显失公平规则来调整。民事执行领域的强制以物抵债裁定可以导致物权变动。

无名合同参照适用的第二步是遵照当事人约定：合同约定优先，只有当事人没有约定或者约定不合法时，方有参照适用技术展开的必要。当事人有约定，但约定不明确时，须做合同解释，以尽最大可能地尊重当事人的合同意思。

无名合同参照适用的第三步是区分/拆分技术：区分直接适用与参照适用。《民法典》第467条第1款中的“适用”是直接适用，〔7〕而非“应当适用”，不宜将《民法典》合同编通则规定一概理解为强制性规范。第2句中的“适用”不能解释为补充适用和优先适用，否则和“并”字相矛盾，此处就指直接适用的意思。有学者认为《民法典》第467条第1款第3句“实即类推适用”。〔8〕笔者认为，第467条第1款第3句中的“参照适用”是法定类推适用。虽然《民法典》第467条第1款第2句和第3句之间用“并”字连接，但不宜固定僵化无名合同直接适用合同编通则和参照适用有名合同规定的顺序。第3句中“并”字不是并驾齐驱、同时适用两种方法或者有顺序的先后，而是将这两种方法摆在一个层面以供选择。

在无名合同/非典型合同的实践纠纷中，要注意区分，面对的是总则式问题还是分则式问题。对无名合同的法律适用，要区分是无名合同权利义务的确立，还是权利义务的履行及违约责任：如果是前者，则有必要参照适用有名合同的规定；如果是后者，则主要是直接适用合同编通则的规定，除非最相类似有名合同对此类问题有特别规定。《民法典》合同编通则对所有合同均直接适用，不区分有名合同与无名合同。如果针对该无名合同纠纷，当事人没有纠结彼此的权利义务责任等内容，只关注合同中约定的违约金是否过高的问题，此时直接适用合同编通则的规定即可。《民法典》第467条第1款中的“并可以参照适用”，使得参照适用不是优先适用的意思，使得适用本编通则也不是补充适用的意思，这两种方法之间没有先后之别、优劣之分。第2句的“适用”就是直接适用，这不同于第3句的“参照适用”，我们从中提炼出来的方法就是总则的归总则，分则的归分则。

在动态法源观的思维下，在《民法典》第467条第1款各种法律适用方法之间，都要看具体语境，不能当然认定参照适用就一定要更优先。参照适用本身是一把双刃剑，一方面告诉法官漏洞补充方法，但另一方面又给了法官相当大的自由裁量权。是否参照适用的根本判断标准是事物的性质。应发挥参照适用正面的体系溢出效力，避免法官的自由裁量权过大。如果第467条第1款第2句的“适用”是补充适用，这就意味着后面第3句的“参照适用”被提高到了优先适用的地位，存在问题。因为并非每个个案中，都需要寻找与无名合同最相类似的有名合同。因此第467条第1款的法律适用规则是：或者直接适用合同编通则，或者参照适用最相类似的典型合同的法律规则。

无名合同参照适用的第四步是相似性论证：论证无名合同与被参照适用的有名合同之间“最

〔7〕 参见王利明：《合同法通则》，北京大学出版社2022年版，第19页。

〔8〕 参见韩世远：《合同法学》（第2版），高等教育出版社2022年版，第22页。

相类似”，这是参照适用方法的关键，也展现了《民法典》第 467 条第 1 款第 3 句作为兜底条款的补漏功能。相似性论证则是对比无名合同与有名合同的主给付义务，重点围绕合同的性质和目的，求同存异，大同小异。合同的性质和目的如何发挥作用并居于何种论证地位？不能将相似性论证完全寄托在主给付义务之上，还要结合合同分类的其他分类标准多角度观察分析，如合同是有偿还是无偿、是金钱还是非金钱合同，等等，这也是展示合同的性质和目的的过程。《民法典》第 467 条第 1 款第 3 句“并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定”，还属于概括性参照适用、裁判规范和衡平规定，本句中的“其他法律”当然包括合同编典型合同分编所对应有名合同的专项司法解释。因此，《民法典》第 467 条第 1 款第 3 句中的“其他法律”包括四项：合同编通则如预约合同规定，物权编规定的有名合同如抵押合同规定，保险法中的保险合同规定，有名合同的专项司法解释规定如商品房预售合同规定等。前三项是文义解释和体系解释的结论。第四项要结合民法法源理解，司法解释属于民法法源，“法律”一词在实定法上是有弹性的概念，作为实质法源的广义法律可以包括司法解释。

无名合同法律适用的第五步是适用交易习惯对应的习惯法，这符合《民法典》第 10 条的民法法源条款规定。

需要注意的是，不能将无名合同的范围扩展过宽，以形成合同法中心主义的思维。无名合同法律适用方法发挥作用的前提之一是案涉法律关系属于合同法律关系，能够进入合同法的调整范围。例如，民事诉讼实践中存在诉讼契约，诉讼契约是对合同概念的借用，二者都是平等当事人之间达成的合意。但合同的法律效果原则上仅及于当事人之间，而诉讼契约及于的主体还包括人民法院。因此，诉讼契约既不属于《民法典》第 463 条的调整范围，也不属于第 464 条第 1 款所指的“合同”，更不属于第 467 条第 1 款的适用对象。倘若按照字面意思解释第 467 条第 1 款，似乎可以得出这样的结论：由于民事诉讼法没有就诉讼契约作出明文规定，因而它属于“其他法律没有明文规定的合同”，所以就其成立要件和法律效果的解释和适用，可以“适用本编通则的规定”，“并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定”。但这种解释显然混淆了诉讼契约与民事合同在本质上的区别。

（三）补充适用、参照适用与保理合同的典型化

对于无名合同而言，有些可以直接由合同编通则予以规范，而不必对之有名化，如储蓄存款合同。有些则可以被有名化，如保理合同、合伙合同、预约合同等等。因此，“合同的历史是非典型合同不断地变成典型合同的历史”〔9〕。

以保理合同为例，保理合同即经历了从无名合同到有名合同的发展过程。保理业务是以应收账款债权的转让为核心的综合性金融服务，所有保理合同均可补充适用债权转让的一般规定。在《民法典》将保理合同有名化、典型化之前，保理合同实际上属于同时包含金融借款、债权转让、账务管理乃至付款担保等有名合同和无名合同的混合合同。对此，实务中有观点认为：保理合同中既包含债权转让法律关系，也包含金融借款、应收账款催收等法律关系，并非单一的债权转让，此类案件不应确定为债权转让合同纠纷。保理合同中的基础债权是否真实，属于是否能够履

〔9〕 前引〔5〕，崔建远主编书，第 17 页。

行合同问题，与保理合同效力无关。保理商不存在缔约过错问题，且没有违反合同约定，不能以是否尽到审慎义务而判令其承担责任。^{〔10〕}相应地，《民法典》第763条也特别规定债权人和债务人之间的应收账款债权基础合同因为虚假意思表示而无效的，原则上不影响保理合同的法律效力，债务人不得以债权瑕疵为由对抗已经尽到审查义务的善意保理人。这就对《民法典》第146条第1款做了调整变通，区分虚假民事法律行为的内部效力与外部效力。《民法典》第763条强调保理人须为善意，而且对善意做了极大扩展，只有“保理人明知虚构”时方属于非善意，保理人应当知道虚构而不知时仍构成善意。《民法典》第763条与（2018）吉民再111号案件不同的是，后者认为保理商是否尽到审慎义务与承担保理合同责任无关，保理合同中的基础债权是否真实，属于是否能够履行合同问题，与保理合同效力无关。因此，尽管保理合同实现了从无名合同到有名合同的转变，但鉴于其特殊性质，其在规则的参照适用问题上仍有进一步解释空间。

《民法典》第769条规定“本章没有规定的，适用本编第六章债权转让的有关规定”，这是关于保理合同补充适用债权转让规则的规定，但这一规定存在隐藏漏洞。一方面，结合《民法典》第761条可以确定，保理合同实际上是混合合同的有名化、典型化，其法律适用方法应该结合债权转让、资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等不同服务，分别确定补充适用的依据。第761条所列保理服务并不要求在所有保理合同中都同时存在。另一方面，保理合同并非单一的债权转让，结合第766条和第767条，保理包括当事人约定有追索权保理和当事人约定无追索权保理，二者在合同性质上存在根本差异，对无追索权保理（保理人风险收益自担）存在补充适用债权转让规定的可能，对有追索权保理（基于追索权，应收账款债权人兜底应收账款风险，追索权的功能相当于债权人为债务人的偿债能力向保理人做付款担保）则无此可能。如果当事人在保理合同中对追索权未作约定，则属于无追索权保理，其效果等同于第767条所规定的“当事人约定无追索权保理”。

司法上成熟的类推适用有可能转化为立法上的参照适用，立法上的参照适用也不是对司法实践中类推适用的终结，在参照适用不及之处，仍有类推适用发挥作用的舞台。同样，补充适用和参照适用也是各司其职，互不替代。根据《民法典》第769条，保理合同可以补充适用《民法典》第545—550条债权转让的所有规定。根据合同自由原则，如果当事人在保理合同中对双方的权利义务存在明确的约定，则应当尊重相关的约定内容。例如，保理合同中经常存在债务人向保理人做无异议承诺，即预先承诺放弃行使抗辩权和抵销权，这就使得保理中的债权让与具有了特殊性，不再简单补充适用《民法典》第548条债务人的抗辩规则和第549条债务人的抵销规则，当然，债务人所享有的实体权利并未因此而消灭，其仍然可以向原债权人主张相关的权利。债务人对保理人预先承诺放弃抗辩权和抵销权也不会导致当事人之间利益的失衡。^{〔11〕}

根据《民法典》第467条第1款，对于非因保理合同发生债权转让的法律适用方法，首先，适用《民法典》或者其他法律的明文规定；其次，适用《民法典》合同编第六章第545—550条

〔10〕 参见“中央储备粮长春直属库有限公司与前郭县阳光村镇银行股份有限公司等合同纠纷案”，吉林省高级人民法院（2018）吉民申248号民事裁定书。

〔11〕 参见“中国工商银行股份有限公司乌鲁木齐钢城支行与中铁物资集团新疆有限公司、广州诚通金属公司合同纠纷案”，最高人民法院（2014）民二终字第271号民事判决书。

关于债权转让的一般规定，同时参照适用最相类似的保理合同一章的规定，这就使得保理合同一章在一定程度上可以与合同编第六章第 545—550 条一起担纲债权转让“小总则”的功能。根据《民法典》第 646 条和《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》（2020 年修正）（以下简称《买卖合同司法解释》）第 32 条，对于非因保理合同发生的债权转让，还可以参照适用买卖合同的有关规定。《民法典》第 768 条突破债权平等原则，规定多重保理中保理人对应收账款的优先顺序规则，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度解释》）第 66 条通过参照适用技术进一步释放了《民法典》第 768 条的体系效应，实现应收账款融资担保顺位规则的统一。由此，《民法典》第 768 条既可以作为所有债权转让的一般规则，又可以作为所有应收账款融资担保（如应收账款质押）的一般规则。

（四）其他常见非典型合同的参照适用

股权转让合同、采矿权转让合同均不属于《民法典》第 595 条所规定的“转移标的物的所有权”的买卖合同，但均存在参照适用买卖合同的可能。例如，股权转让合同中出让方须负担瑕疵担保义务，这就需要参照适用《民法典》买卖合同瑕疵担保义务的有关规定。^{〔12〕}

不特定的社会公众作为捐赠人与募捐人之间形成募捐合同关系，该募捐合同属于为第三人利益订立的合同，使第三人成为当事人双方所订立的合同的受益人，使其取得该合同所设定的权利。为第三人利益的公开募捐合同不同于赠与合同，募捐人不是受赠人，捐赠人和受益人之间不存在赠与合同，募捐人也非受益人的代理人，但募捐合同具有社会公益、道德义务的性质，募捐合同可以参照适用赠与合同法律规则。募捐款项在用于特定用途之后的余款所有权应归哪方所有？如在受益人死亡的情况下，余款是由募捐人所有，还是应该作为受赠人的遗产由其继承人继承？捐赠人与募捐人之间存在的是一种债之关系，捐赠人与募捐人设定的第三人利益若因第三人死亡而使目的不达，应认为募捐合同中的为第三人捐款的权利义务亦随之消灭，捐赠人可根据合同目的已无法实现而撤销合同并要求返还捐赠款，受益人的继承人对捐赠款余额不享有继承权。^{〔13〕}

彩票合同，是指彩票购买人按照彩票票面金额支付价款，彩票发行人交付彩票并转移彩票的所有权于彩票购买人，彩票购买人按照彩票规则享有中奖机会的合同。彩票合同应采用书面形式订立，为要式合同。总体上，彩票合同应参照适用《民法典》中买卖合同的有关规定。彩票合同为无名合同，参照适用何种最相类似的规定，应兼顾彩票合同的特征和所欲解决的争议问题之性质两个方面。应当区分彩票合同在不同阶段和不同事项上，哪一个特征最为显著（买卖性、射幸性和权利凭证性），而分阶段和分事项地判断所应参照的法律规定。彩票合同是否成立，以及合同订立时买票人有无验票义务的问题存有争议，即涉及彩票合同的订立阶段。彩票合同在订立阶段，其主要特征与买卖合同最相类似，故应参照适用《民法典》中的买卖合同法律规则，而不是《中华人民共和国保险法》（2015 年修正）的有关规定。根据中国体育彩票购票须知，“兑奖号码以本张彩票记录的电脑打印数码为准”，在文义上似乎只是拘束彩票本身，但解释合同重在求得当事人的真实

〔12〕 参见王雷：《股权转让合同对民法典的参照适用》，载《广东社会科学》2022 年第 4 期。

〔13〕 参见张胜：《黄甲等与江苏省如皋师范学校附属小学返还捐赠余款纠纷上诉案——受赠人死亡，募捐余款归谁所有？》，载《人民司法·案例》2007 年第 2 期。

意思，而不是拘泥于文字。彩票合同是一种射幸合同，彩票发行人制定的购票须知所欲拘束的，不仅仅是兑奖行为，同时也包括缔约行为，即不仅兑奖以彩票的电脑打印数码为准，而且彩票合同的内容亦由此而确定。^{〔14〕}而在彩票合同射幸性方面，则可参照适用保险合同法律规则。

包销合同属于无名合同，可参照适用与其最相类似的委托合同和买卖合同对应的法律规则。房屋包销合同是指房地产开发商与房地产销售商之间就特定的房屋予以销售，约定包销商在一定的期限内以开发商的名义销售房屋，商定双方之间结算的基价，并保证在期限届满后，由包销商按基价买入剩余包销房屋的一种合同。房屋包销行为既有代理销售的属性，又有保底买卖的性质。^{〔15〕}

商品房委托代理销售合同和委托合同都是基于双方的信赖关系成立的合同，该两类合同之间具有很多共性。商品房委托代理销售合同并非《民法典》明确规定的典型合同，但关于合同解除可以参照适用委托合同任意解除权的规定。^{〔16〕}

快递服务合同并不属于法律明确规定的典型合同，而属于非典型合同/无名合同。从寄件人与快递公司约定的权利义务内容来看，快递服务合同与货物运输合同最相类似。^{〔17〕}

二、有偿合同和互易合同对买卖合同有关规定的“参照适用”

“民法总则中的法律行为规定也好，债编通则关于契约成立或债之效力的规定，立法者就是以买卖契约为典型案型。”^{〔18〕}有学者指出：“有偿契约与无偿契约区别之实益，在于法律适用上有不同。”^{〔19〕}我国民事立法对无偿合同无法律适用方面的一般规则，对无偿合同的开放法律漏洞，通常只能以整体类推的方式弥补。

如果对有偿的无名合同，买卖合同无可资参照适用的规定，如何处理？笔者认为，此时可以回归《民法典》第467条，看其他最相类似的有名合同规则可否被参照适用，以及合同编通则是否有直接适用的可能。例如，对合伙人之间的补偿协议，参照适用买卖合同空间有限，此时可以基于补偿协议与借款合同的金钱之债共性，对合伙人之间的补偿协议参照适用借款合同规则。^{〔20〕}

（一）其他有偿合同对买卖合同有关规定的参照适用

《民法典》第646条规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。”从立法技术上看，“参照”即准用，是法定类推适用，对应明确授权法官补充的法内漏洞，属于辅助规范。参照适用（准用）是立法者为避免立法繁复，特将某种事

〔14〕 参见程建乐：《黄建军与徐东辉等彩票合同纠纷上诉案——错输彩票号码的法律分析》，载《人民司法·案例》2007年第14期。

〔15〕 参见“隼能有限公司诉联成亚洲有限公司等房屋包销合同纠纷案”，上海市高级人民法院（1997）沪高民终字第161号民事判决书。

〔16〕 参见“苏州华茂房地产投资顾问有限公司与向上（苏州）房地产开发有限公司商品房委托代理销售合同纠纷案”，江苏省高级人民法院（2015）苏民终字第00479号民事判决书。

〔17〕 参见“宋润健诉北京明源圆通快递服务有限公司赔偿纠纷案”，北京市西城区人民法院（2011）西民初字第15007号民事调解书。

〔18〕 陈自强：《契约法讲义I：契约之成立与生效》（第3版），元照出版有限公司2014年版，缘起X。

〔19〕 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第12页。

〔20〕 司法实践中的类似做法，参见“陈胜与潘松林合同纠纷案”，四川省渠县人民法院（2015）达渠民初字第911号民事判决书。

项，明确规定比照其类似事项已有的规定处理。《民法典》第 646 条还属于衡平规定、动态准用、概括准用。^{〔21〕}

《民法典》第 646 条具有明显的特质与重要的功能。在规范性上，该条为不完全法条、指示参引性法条与准用性法条，其实质是类推适用；该条表明立法者明确承认法律漏洞的存在，并明确授予民事法官宽泛的司法造法的权力。从文义上看，得参照适用买卖合同规定的主体应为民事法官；该条中隐含的规范模态词为“应该”；该条所言参照包括全部参照（构成要件与法律效果参照）与部分参照（构成要件或法律后果参照）两种类型。就被参照的规范而言，该条所言“买卖合同”的外延应为实质意义上的买卖合同规定。就拟处理的合同纠纷而言，该条所言“其他有偿合同”是一个开放的范畴，一些兼有有偿与无偿属性的中间型态能否为该条所涵盖不无疑义。法官对漏洞填补的论证负担比法律解释要大。有偿合同参照适用买卖合同有关规定时最为核心与关键的工作是类似性的认定，而合同性质当属类似性判断中最重要的因素。某有偿合同是一时性合同还是继续性合同，是财产性合同还是劳务性合同，是移转财产所有权合同还是移转财产使用权合同，是诺成合同还是实践合同，是有名合同还是无名合同等，都会对该条的适用即该有偿合同得否参照买卖合同规定产生决定性影响。若为一时性合同、财产性合同、移转财产所有权合同，则在参照适用买卖合同的有关规定时，不变通调适买卖合同规定的可能性较大。在类似性判断中，尤应避免不合时宜的等量齐观。^{〔22〕}

《民法典》第 597 条替代了《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 51 条，无权处分买卖合同不再是效力待定，买受人因为出卖人无权处分而最终无法取得标的物所有权的，可以主张出卖人承担违约责任。问题是，买卖合同之外的其他有偿合同甚至无偿合同如果存在无权处分情形，如何适用法律？对此，须结合《民法典》第 646 条其他有偿合同对买卖合同规定的参照适用制度，参照适用《民法典》第 597 条，予以解决。参照适用较之直接适用，的确存在法律适用者自由裁量权过大的问题，从立法论上看，更适合将第 597 条提升为处理所有无权处分合同的一般规则，置于“合同的效力”一章。

如果立法者明确排斥某项买卖合同法律规则的扩大适用，则不能将该规则参照适用或者类推适用到其他有偿合同领域。如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2020 年修正）第 3 条关于要约与要约邀请的规定，调整的是商品房买卖合同关系，不适用商铺租赁和委托合同关系，不应作为认定商铺租赁合同案件和委托合同案件中广告性质的依据。^{〔23〕}结合《民法典》合同编草案中对该条文的取舍态度，更能佐证立法者不拟扩大该规定的适用范围。

买卖合同有关规定的体系溢出效应还可被进一步释放。遗产分割时，各继承人对于其他继承人因分割而得之遗产，负与出卖人同一的瑕疵担保责任，可以直接适用《民法典》第 304 条第 2 款共有人对物的瑕疵担保责任。共有人单独所有权之取得与通过买卖取得的单独所有权无异，《民法典》第 612 条还规定了权利瑕疵担保责任，共有物分割还可以类推适用出卖人权利瑕疵担

〔21〕 参见易军：《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，载《法学研究》2016 年第 1 期。

〔22〕 参见前引〔21〕，易军文。

〔23〕 参见“公延清与哈尔滨市戴维斯商业经营管理有限公司等合同纠纷案”，哈尔滨市中级人民法院（2015）哈民二民终字第 443 号民事判决书。

保责任的规定。〔24〕

根据《民法典》第646条，买卖合同法律制度通过参照适用法律技术发挥有偿合同“小总则”的功能，能够被参照适用的也不仅限于合同编“买卖合同”一章的规定，还可以及于《买卖合同司法解释》的有关规定，对第646条“参照适用买卖合同的有关规定”中的“有关规定”宜作广义解释。例如，《买卖合同司法解释》第23条规定损益相抵规则，买卖合同损益相抵规则可以被参照适用到其他有偿合同。结合《民法典》第468条，买卖合同损益相抵规则还可以被类推适用到非合同之债。

（二）互易合同对买卖合同有关规定的参照适用

互易合同也可以被解释为两个买卖合同，只是价款相互抵销而已。《民法典》第647条规定：“当事人约定易货交易，转移标的物的所有权的，参照适用买卖合同的有关规定。”例如，互易合同可以参照适用买卖合同相互交付标的物并移转标的物所有权于对方的义务，可以参照适用买卖合同权利瑕疵担保义务和物的瑕疵担保义务的规定等。当然，互易合同因标的物有瑕疵而减少价款时，在折算价额按比例计算方法上会有特殊性。〔25〕

根据《民法典》第646条、第647条，买卖合同是有偿合同、转移标的物所有权合同的“小总则”，买卖合同的有关规定发挥参照适用作用而非补充适用作用。补充适用针对的是另一类存在总分关系的条文，如《民法典》第808条中的“适用”为补充适用之义，承揽合同也就成为建设工程合同的“小总则”。类似地，根据《民法典》第918条的补充适用方法，保管合同成为仓储合同的“小总则”。参照适用对应的总分关系是一种弱约束，补充适用对应的总分关系是一种强约束。

三、服务类合同对委托合同有关规定的“参照适用”

（一）物业服务合同对委托合同有关规定的参照适用

物业服务合同得否参照适用委托合同中的任意解除权规则？2018年9月5日《民法典各分编（草案）》第734条规定：“本章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定。”这显然是承认可以参照适用，但2019年1月4日《民法典合同编（草案）》（二次审议稿）未保留物业服务合同对委托合同法律规则“参照适用”的规定。笔者认为，对2018年9月5日《民法典各分编（草案）》第734条应该作类型化分析，物业服务合同中的主给付义务具有综合性特点，有些主给付义务属于结果义务，有些属于行为义务，对前者可以参照适用承揽合同的有关规定，对后者可以参照适用委托合同的有关规定。鉴于《民法典》未保留物业服务合同法律适用方法条款，解释论上，物业服务合同中的结果义务可以类推适用承揽合同的有关规定，物业服务合同中的行为义务可以类推适用委托合同的有关规定。

〔24〕 参见张一凡：《民法典遗赠效力解释论——以〈民法典〉第230条为中心》，载《西南政法大学学报》2021年第3期。

〔25〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全：合同卷》（二），人民法院出版社2022年版，第1549页。

因此，可以考虑在平衡并处理好业主与物业服务人的利益关系的基础上确定物业服务合同可以参照适用委托合同中的解除权规则，并将业主可以解除物业服务合同的条件限定在物业服务合同期限内，业主或者物业服务人依照《民法典》第562条和第563条的规定行使合同的解除权。同时，鉴于物业服务合同团体性特点，个体业主如果享有单方面任意解除物业服务合同的权利，不利于物业服务的稳定性，因此个体业主不应享有任意解除权。

物业公司和开发商应对被盗业主负赔偿责任？鉴于物业服务中存在的委托性质，物业服务合同适用委托合同的规定较为妥当。委托合同作为合同法所规定的一种有名合同，其归责原则是过错责任原则。业主财产被窃，若物业公司未能尽到善良管理人的防范义务，其应负赔偿责任；若开发商未能履行其对小区安全装备的承诺，其亦应承担相应责任。当然，窃贼系直接侵害人，对业主财产被盗所致的损失承担赔偿责任，乃理所当然。且窃贼系终局责任人，物业公司承担责任后有权向其追偿。^{〔26〕}

（二）中介合同对委托合同有关规定的参照适用

根据《民法典》第966条，中介合同一章没有规定的，参照适用委托合同的有关规定，而非直接适用或者简单补充适用委托合同的有关规定。立法者在《合同法》中对行纪合同（居间合同）和中介合同法律规定的漏洞补充方法是“适用”委托合同的有关规定，《民法典》在“适用”前面加上了“参照”二字，有意识进行了修改，意味着立法者已经矫正了中介合同、行纪合同和委托合同之间的性质界定。《民法典》之前，委托合同是一般类型，居间合同和行纪合同是特别类型，特别法没有规定时，补充适用一般法。这是用委托合同来兜住后两类合同的法律适用之底，但其实这三类合同存在很大差别。

《民法典》第963条规定中介人促成合同成立的，中介人享有报酬请求权。第965条规定委托人“跳单”时中介人的报酬请求权。没有规定委托人在中介合同中是否有任意解除权，可否根据第966条的指引，参照适用第933条委托合同任意解除权规则。这需要根据中介合同的性质作分析判断。

委托合同和中介合同都属于提供服务类合同，具有类似性。委托合同和中介合同也具有差异性，参照适用过程中要注意变通，避免不合宜的等量齐观。第963条中介人报酬请求权显示中介合同属于结果之债，而非行为之债，中介人的报酬请求权以特定结果的产生为前提，这更类似于承揽合同中的报酬请求权，但《民法典》没有规定中介合同可以参照适用承揽合同法律规则。委托合同则属于行为之债，第928条受托人报酬请求权取决于委托事务的完成，但不取决于达致特定的结果。

有学者认为：“中介合同可参照适用委托合同的规定主要有：……任意解除权的规定（第933条）……”^{〔27〕}有学者认为：“中介合同可以参照适用委托合同任意解除权的规定，但并不是完全适用。中介合同的委托人享有任意解除权，应无疑义。……不必赋予中介人任意解除权。”^{〔28〕}《民法典》第933条第1句规定委托合同任意解除权规则，如果允许中介合同参照适用第933条，委托人行使任意解除权时，中介人可以请求赔偿直接损失和可得利益，则会架空第964条。这是

〔26〕 参见王雷：《房地产法学》，中国人民大学出版社2021年版，第190-191页。

〔27〕 徐涤宇、张家勇主编：《〈中华人民共和国民法典〉评注》（精要版），中国人民大学出版社2022年版，第994页。

〔28〕 前引〔8〕，韩世远书，第585页。

因为：第一，根据第964条，对于直接损失，中介人一般自己承担。中介人一般以自己的费用完成中介服务，除非合同另有约定，否则在未促成合同成立前不能要求委托人承担费用。如果允许中介人参照适用第933条获得直接损失的赔偿，则会与第964条中介人以自己的费用完成中介服务规则相冲突。第二，中介人的报酬请求权只有在第963条和第965条对应情形下会发生，如果允许中介合同参照适用第933条，委托人行使任意解除权时，中介人可以请求赔偿可得利益，也会出现参照适用结论与中介合同一章的明确规定相冲突的情况。因此，即便中介合同不排除适用委托合同的任意解除权，对解除后的赔偿问题也不能简单参照适用第933条第2句，除非委托人的任意解除权对应发生于第965条“跳单”违约情形下。^{〔29〕}

根据《民法典》第931条，委托合同中委托人经受托人同意，可以在委托人之外委托第三人处理委托事务。而中介合同具有特殊性，中介合同不能参照适用第931条。“一般认为，委托人在中介人之外又委托第三人处理中介事务的，无需经过中介人同意。比如，实践中，很多出售房屋的人都是委托多个房屋中介机构来寻找买家，哪个房屋中介机构能够实际促成交易，委托人就向其支付中介的报酬。”^{〔30〕}

（三）旅游合同对委托合同有关规定的参照适用

在旅游合同中，通常涉及组团社、地接社、履行辅助人和消费者，这几者之间的法律关系应适用何种规则调整，存在疑问。根据《民法典》第523条，第三人代为履行情形下，债务人并未发生主体变化。但是，根据《民法典》第923条，委托合同转委托情形下，受托人发生主体变化，转委托的第三人成为新的受托人，原受托人对自己的选任以及指示过失承担责任。同时，根据《中华人民共和国旅游法》（以下简称《旅游法》）第71条第2款第1句，组团社、地接社和履行辅助人对旅游者人身损害、财产损失承担不真正连带责任，地接社和履行辅助人的责任相对过重，但该条第1款责任形态和第2款第1句不一致，第1款与《民法典》第523条第三人代为履行规则保持一致。与此相比，《旅行社条例》（2020年修正）第37条第2款将作出委托的旅行社和接受委托的旅行社的关系等同于《民法典》第523条债务人和代为履行的第三人之间的关系，而非《民法典》第923条意义上的转委托关系。转委托关系下，委托人或者作出委托的旅行社法律责任相对更轻。另外，《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》（2020年修正）第10条和第13条区分旅游经营者擅自转让旅游业务与将部分旅游业务对外委托，前者配置连带责任，后者对应作出委托的旅游经营者责任。第13条第1款不同于《民法典》第923条意义上的转委托，而是与《民法典》第523条第三人代为履行规则保持一致。

总体上，作出委托的旅行社更接近《民法典》第523条第三人代为履行情形下的债务人地位，其责任更重；而不像《民法典》第923条作出转委托的受托人，其责任更轻。立法论上，宜区分履行辅助人（代为履行的第三人）、转让中的受让人（债务承担中的第三人或者合同权利义务概括移转中的第三人）、转委托中的受托人，分别其责任轻重，以保持《旅游法》特别法与

〔29〕 参见周江洪：《民法典中介合同的变革与理解——以委托合同与中介合同的参照适用关系为切入点》，载《比较研究》2021年第2期。

〔30〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全：合同卷》（五），人民法院出版社2022年版，第3711页。

《民法典》一般法的体系融洽。此外，《旅游法》有法律漏洞时，根据《民法典》第467条第1款的指引，存在参照适用《民法典》第923条第4句后段的空间：未经旅游者同意或者追认、旅行社转委托的，旅行社应当对转委托的第三人的行为承担责任；但是，在紧急情况下旅行社为了维护旅游者的利益需要转委托第三人的除外。

（四）定作人任意解除后赔偿范围的类推

《民法典》第933条规定的委托合同任意解除后的损害赔偿与《民法典》第584条相比有何特殊性？特别是有偿委托合同任意解除后损害赔偿中的可得利益损失和违约损害赔偿中的可得利益损失范围是否一致？笔者认为，不能将二者简单等同，毕竟委托合同中的任意解除权不同于违约行为，给对方带来的可得利益损失宜重点结合合同履行情况、合同各方当事人的可归责性等因素按比例确定。有偿委托合同中委托人行使任意解除权，其需就受托人已经处理的委托事务按比例支付报酬；如果要求委托人就受托人的全部可得利益予以赔偿，将之与第584条赔偿范围等同，也会与第928条出现评价矛盾。实际上，如果委托人行使任意解除权的事由不可归责于受托人，根据第928条第2款规定，“委托人应当向受托人支付相应的报酬”，当事人另有约定的按照其约定。

《民法典》第787条规定：“定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。”承揽合同中定作人在承揽人完成工作前享有任意解除权，但承揽人不享有此种任意解除权。承揽合同中定作人在承揽人完成工作后再主张解除合同，就构成违约，应当适用《民法典》第584条。承揽合同中定作人在承揽人完成工作前行使任意解除权，如果承揽人不具有可归责性，可类推适用第933条有偿委托合同任意解除后损害赔偿规则，要求定作人按照承揽人已经处理的委托事务比例支付报酬。尽管承揽合同属于提供工作成果的合同，而非提供服务的合同，但承揽合同和委托合同类似，都具有过程性和结果性的统一，都强调承揽人和受托人越努力越幸福，付出多大的努力收到多大的回报。类似地，《德国民法典》第675条第1款后段规定：“义务人享有不遵守终止期间而为终止之权利者，亦准用第六百七十一条第二款规定。”

四、典型合同中的其他“参照适用”

（一）居住权合同对租赁合同等法律规定的类推适用

《民法典》第366条至第370条配置5个条文具体规定居住权合同引发的居住权变动，第371条规定以遗嘱方式设立居住权对前述5个条文的参照适用问题。《民法典》物权编对居住权合同的法律适用存在规范供给不足，对租赁合同的规范供给相对充足。根据《民法典》第467条第1款，居住权合同属于《民法典》中的典型合同，无法“参照适用”最相类似合同的规定。《民法典》物权编对居住权合同存在法律漏洞时，可以通过类推适用方法填补漏洞。居住权合同与租赁合同在有权居住他人住宅问题上最相类似。

第一，居住权优先于在后设立的抵押权。

《民法典》第405条规定：“抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。”举轻以明重，就居住权与抵押权的关系，抵押权设立前，作为抵押财产的住宅已经设立居住权并做居住权登记的，居住权不受该抵押权的影响。

第二，居住权人无权将该他人住宅出租，否则住宅所有权人有权解除居住权合同。

就居住权与住宅所有权的关系，居住权是对住宅所有权人所有权的限制。一方面，《民法典》第369条规定：“居住权不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。”居住权人无权将该他人住宅进行出租。住宅所有权人也不得将设立居住权的住宅出租，以免影响居住权人居住权的实现，住宅所有权人和居住权人另有约定的除外。另一方面，根据《民法典》第366条，居住权人对他人住宅无收益权能。居住权人未经住宅所有权人同意将住宅出租的，类推适用《民法典》第716条第2款规定，住宅所有权人可以解除居住权合同。《民法典》第716条第2款规定：“承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。”

第三，居住权期限具有特殊性，居住权合同没有约定居住权期限或者约定不明确时，宜认定居住权人死亡时居住权消灭。

居住权合同一般包括“居住权期限”条款。当居住权合同没有约定居住权期限时，不能类推适用《民法典》第730条将其拟制为不定期居住权合同。《民法典》第370条根据居住权期限设置了两种类型居住权——有确定期限居住权和无确定期限居住权，第370条规定：“居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。居住权消灭的，应当及时办理注销登记。”据此，当居住权合同没有约定居住权期限或者约定不明确时，宜结合居住权的人役权特点认定居住权人死亡时居住权消灭。

第四，居住权期限届满后，居住权人继续在住宅中居住使用，住宅所有权人在合理期限内没有提出异议的，宜认定居住权人死亡时居住权消灭。

不定期居住权不符合物权法定原则。物权要么是有期限的，要么是无期限的，不存在不定期的物权。合同约定的居住权期限届满后，居住权人继续在住宅中居住使用，住宅所有权人没有提出异议的，能否类推适用《民法典》第734条第1款认定为不定期居住权？笔者认为，合同约定的居住权期限届满后，居住权人继续在住宅中居住使用，住宅所有权人没有提出异议的，应该根据《民法典》第370条认定居住权人死亡时居住权消灭。

第五，居住权人在居住权期限内死亡的，与其生前共同居住的人也可以按照原居住权合同居住该住宅，居住权合同另有约定的除外。

《民法典》第732条规定：“承租人在房屋租赁期限内死亡的，与其生前共同居住的人或者共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋。”就居住权人与和其共同居住人之间的关系，居住权人在居住权期限内死亡的，与其生前共同居住的人也可以按照原居住权合同居住该住宅，但居住权合同另有约定的除外，一定程度上突破了居住权的人役性特点。但不能认定共同居住人与住宅所有权人之间形成新的以共同居住人死亡为期限的居住权合同。

第六，居住权人与住宅所有权人对住宅维修义务的负担，应区分有偿居住权合同与无偿居住权合同而有别。

一方面，对有偿设立的居住权，类推适用《民法典》第708条和第712条，住宅所有权人应当按照约定将住宅交付居住权人，并在居住权期限内保持住宅符合约定的用途。住宅所有权人应当履行住宅的维修义务，但是住宅所有权人和居住权人另有约定的除外。另一方面，对无偿设立的居住权，宜由居住权人负有一般维修义务，这方符合民事权利、义务和责任协调统一的法治原

则。有学者认为：“居住权人有义务以自己的费用对房屋进行日常维护。居住权人仅占用部分房屋的，应当按照占用的比例分担该费用，但遗嘱另有表示、合同另有约定或者法律另有规定的除外。”“房屋的所有权人有义务以自己的费用对房屋进行重大修缮。由于居住权人未履行一般维护义务而导致所有权人必须实施重大修缮的，费用由居住权人承担。”〔31〕

第七，居住权人应当妥善保管住宅，应当按照居住权合同约定的方法使用住宅。

类推适用《民法典》第 714 条、第 709 条和第 711 条，居住权人未按照居住权合同约定的方法使用住宅致使住宅受到损失的，住宅所有权人有权解除居住权合同并请求赔偿损失。

更进一步，居住权合同可以类推适用《民法典》第 722 条、第 724 条、第 729 条、第 731 条等法定解除权规定。

第八，居住权期限内发生住宅所有权变动的，不影响居住权合同的效力，住宅所有权变动不破居住权。

《民法典》第 725 条规定“所有权变动不破租赁”规则：“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”类推适用第 725 条，就居住权人与住宅买受人之间的关系，居住权期限内发生住宅所有权变动的，不影响居住权合同的效力。

第九，居住权人对住宅有优先购买权。

《民法典》第 726 条规定：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利；但是，房屋按份共有人行使优先购买权或者出租人将房屋出卖给近亲属的除外。出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权。”类推适用第 726 条，住宅所有权人出卖住宅时，居住权人对该住宅有优先购买权。

第十，居住权人与物业服务人之间的关系。《民法典》第 945 条第 2 款规定：“业主转让、出租物业专有部分、设立居住权或者依法改变共有部分用途的，应当及时将相关情况告知物业服务人。”支付物业费等义务的负担，允许住宅所有权人（业主）和居住权人自主约定。若业主与居住权人约定由居住权人支付物业费，基于合同相对性原理，此约定不能对抗物业服务企业。物业服务企业仍可请求业主支付物业费。

（二）行政协议对民事合同法律规定的参照适用

行政协议是指行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。笔者认为，行政协议属于“其他法律明文规定的合同”。针对行政协议，且不论其性质为典型合同还是非典型合同，只讨论其法律漏洞补充问题。当《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（以下简称《行政协议司法解释》）有漏洞时，我们无法在整个行政法领域找到行政合同的基准点时，还是要回归借用民商事合同法律规则，展现跨部门法参照适用方法的魅力。

《行政协议司法解释》第 27 条规定：“人民法院审理行政协议案件，应当适用行政诉讼法的

〔31〕 李永军等：《中华人民共和国民法典物权编（专家建议稿）》，载《比较法研究》2017年第4期，第192页。相似观点另参见申卫星：《〈民法典〉居住权制度的体系展开》，载《吉林大学社会科学学报》2021年第3期。

规定；行政诉讼法没有规定的，参照适用民事诉讼法的规定。人民法院审理行政协议案件，可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定。”该条第1款解决的是程序法问题，即《中华人民共和国行政诉讼法》（2017年修正）和《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）之间的适用关系，比如举证责任等。该条第2款将行政合同纳入《民法典》第467条第1款，体现了“大合同法”思想，此款是妥当合理的，此处没有“可以参照适用最相类似的民事合同有关规定”的类似表述，因此无论合同编通则还是典型合同分编，在解决行政协议纠纷案件的过程中，都通过参照适用方法来发挥漏洞补充作用。

行政协议不是《民法典》第464条第1款所规定的平等主体之间的合同。行政协议类似于合同联立，两个合同是并行不悖、并驾齐驱的。行政协议不同于普通民商事合同的根本特点在于行政优益权的存在，若无行政优益权，则为《民法典》第97条所规定的机关法人从事为履行职能所需要的民事活动。行政协议可被分为行政优益权对应的行政合同、与行政优益权没有任何关系的其他合同权利义务关系，具有行政性和协议性的双重属性。适用方法为民法的归民法，行政法的归行政法。相应地，对《行政协议司法解释》第27条第1款，更合理的解释方案是“行政性的部分适用行政诉讼法，协议性的部分参照民事诉讼法”^[32]。

《民法典》第467条第1款呈现出的法律适用方法为区分技术，总则的归总则，分则的归分则。这种法律适用方法延伸到行政合同领域，就是行政的归行政，民事的归民事。行政优益权的行使会导致民事合同对应的权利义务关系随之变动或消灭，但这并不影响我们分别判断其各自的法律适用。当行政和民事有连接时，对它一体看待；当没有连接时，进行分别判断。

《行政协议司法解释》第10条规定：“被告对于自己具有法定职权、履行法定程序、履行相应法定职责以及订立、履行、变更、解除行政协议等行为的合法性承担举证责任。原告主张撤销、解除行政协议的，对撤销、解除行政协议的事由承担举证责任。对行政协议是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。”行政协议中的行政优益权，其权力来源、权力行使程序、权力行使主体，都要遵循第10条的三个法定，即职权法定、程序法定和主体法定，行政法定原则是行政法的首要基本原则。行政优益权是否存在、行政优益权由谁来行使、依据何种程序行使，这都属于具体行政行为，应当由行政主体来承担合法性的论证负担。但对于合同的订立、履行、变更、解除等，当不涉及行政优益权时，如征收、征用补偿协议中行政机关欠付拆迁补偿款，此时仅涉及要不要履行合同款项的问题，参照适用合同编通则的有关规定即可。第10条要求所有有关合同订立、履行、变更、解除等行为都由行政主体承担合法性的举证责任，没有落实行政的归行政，民事的归民事，并不妥当。

《行政协议司法解释》第12条第2款规定：“人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效。”该款的“适用”应改为“参照适用”。^[33]民事法律规范不能直接适用于行政协议，只能参照适用，根据行政协议的性质作变通调适。《行政协议司法解释》第14条规定：“原告认为行政协议存在胁迫、欺诈、重大误解、显失公平等情形而请求撤销，人民法院经审理认为符合法律规定可撤销情形的，可以依法判决撤销该协议。”如何判断一个行政协议是否存在欺诈、胁迫、

[32] 章程：《论行政协议变更解除权的性质与类型》，载《中外法学》2021年第2期，第480页。

[33] 参见王洪亮：《论民法典规范准用于行政协议》，载《行政管理改革》2020年第2期。

重大误解、显失公平等情形，行政法没有提供依据，结合《行政协议司法解释》第 27 条第 2 款，此时只能回归参照适用《民法典》总则编第六章第三节判断当事人之间的协议是否存在效力瑕疵情形，此为参照适用而非直接适用。

五、结 语

非典型合同的参照适用被集中规定在《民法典》第 467 条第 1 款。典型合同彼此之间的参照适用条款，则散落在《民法典》典型合同分编，使得典型合同内部得以完成漏洞填补工作和实现再体系化。

无论是对非典型合同，还是对典型合同，参照适用既是法律适用中立法者向法律适用者指引的漏洞补充方法，又是实现《民法典》再体系化的“密码”，还是破解和释放《民法典》体系效应的“密码”。

非典型合同和典型合同中的参照适用方法还塑造了不同于补充适用方法语境下的别样总分关系。

Abstract: According to Article 467 (1) of the Civil Code, there is no distinction in order between the direct application of the General Rules of Contract and the reference application of the provisions of the most similar typical contract for atypical contracts. Based on differentiation techniques, it is necessary to distinguish between general and specific issues related to the application of atypical contracts. The general principles should be directly applied to the general problems of the contract, and the specific problems should be implemented by referring to the provisions of typical contracts. Whether it is the reference application of atypical contracts to the relevant provisions of typical contracts or the reference application between typical contracts, similarity argument is the most important. Similarity argument is to compare atypical contracts and typical contracts, as well as the main payment obligations between two typical contracts. The focus of similarity argument is on the nature and purpose of the contract, combined with contract classification standards, observing and analyzing from multiple perspectives, seeking common ground while reserving differences, and being appropriate. Reference application fills in legal loopholes in order to realize equal treatment. By adjusting the legal provisions that are referenced and applied appropriately through differences, we can avoid inappropriate equal treatment. The reference application method in atypical contracts and typical contracts shapes a different general and specific relationship from that in the context of supplementary application method, and also releases the systemic effect of the Civil Code.

Key Words: atypical contract, typical contract, reference application, similarity argument

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)