

· 民法文化 ·

“契约”“合同”“协议”之辨

——中国一组民法词汇的古今演变考察*

霍存福 张田田**

摘要：汉语中的“契约”与“合同”，在传统社会有其自身发展轨迹，又在近代与被引入的域外民法理念相连。民法意义上的“协议”一词则是近代法制变革的产物，此前虽有“协”“议”二字连用，二字虽有协商讨论以达成一致之意，但并不用于“立契”“立约”场景，清末民初“协议”逐渐被赋予政府间“条约”“和约”与民事主体间协商立约之义，并在法律文本中聚沙成塔，见证了传统契约生活与移植域外法律的对接。中国当代立法中“合同”“协议”用语均贯彻“合意”要素，又各有其惯用领域，有关身份关系的婚姻家庭继承领域的“协议”，更侧重家庭成员等的商议过程。

关键词：契约；协议；合同；民法

目 次

一、传统社会的“契约”与“合同”

二、晚清以降的“契约”及“协议”

*本文为国家社会科学基金规划一般项目“古代中国契约法观念与技术研究”(15BFX025)阶段性成果；国家社会科学基金规划重大项目“法治文化的传统资源及其创造性转化”(14ZDC023)阶段性成果。本文写作缘起是霍存福教授应邀参与学习院大学东洋文化研究所稻田龙树教授组织的项目，审定稿件并委派张田田博士赴日，于2015年11月27日进行主题为“「契約」・「協議」・「合同」の区別——中国古今法律用語文化の考察”的汇报，日译刊于“東アジア家族法における当事者間の合意を考える”，稻田龍樹編著：《東アジア家族法における当事者間の合意を考える》，学习院大学出版社2017年版，第5~32页。

**霍存福，沈阳师范大学特聘教授；张田田，沈阳师范大学法学院讲师。

三、当代区分“契约”“合同”“协议”的法律表现

(一) 学理区分

(二) 立法状况

一、传统社会的“契约”与“合同”

清代翟灏撰《通俗编》考镜“合同”与“契”之源流：

《周礼·天官·小宰》：“听称责以傅别，听买卖以质剂。”注云：“傅别，谓为大手书于一札，中字别之。质剂，谓两书一札，同而别之。”又《秋官·朝士》：“凡有责者，有判书以治。”疏云：“半分而合者，即质剂、傅别，分支合同，两家各得其一者也。”按：今人产业买卖，多于契背上作一手大字，而于字中央破之，谓之合同文契。商贾交易，则直言合同而不言契。其制度称谓，由来俱甚古矣。^①

《周礼》所载“傅别”“质剂”“判书”等，均有“契约”之意，清人孙诒让为《周礼·天官·小宰》“正义”，辨析过几种契约形式：“盖质剂、傅别、书契，同为券书。特质剂，手书一札，前后文同而中别之，使各执其半札。傅别，则为手书大字，中字而别其札，使各执其半字。书契，则书两札，使各执其一札。傅别札字半别；质剂，则唯札半别，而字全具，不半别；书契，则书两札，札亦不半别也。”^②

从目的上讲，依《荀子·君道》所言，“合符节，别契券者，所以为信也”，立契的实质乃是立信。汉代契券所具有的“一分为二”属性，便于立契双方各持一份（或一半），在产生争议时可以“合券为证”。^③“目的无非是纠纷发生时可将两份契书合在一起证验

^①（清）翟灏：《通俗编》卷二十三“货财”，颜春峰点校，中华书局2013年版，第326页。

^②（清）孙诒让：《周礼正义》，王文锦、陈玉霞点校，中华书局2013年版，第77页。

^③券，契也。券别之书，以刀判契其旁，故曰契券。（汉）许慎撰、（宋）徐铉校定：《说文解字》卷四下，中华书局1963年影印版，第92页。以下版本同。又如（汉）刘熙撰《释名》：券，缙也，相约束缙缙以为限也；莢，别也，大书中央，中破别之也；契，刻也，刻识其数也；约，约束之也。清人疏证：“叶德炯曰：宋人古文苑载王褒买奴券，御览载石崇奴券，均详载役使事，即此所云约束为限也。”“毕沅曰：《御览》引云券，缙也，相约束缙缙以为限也。大书中央，中破别之。是以此条合于上条，并为一矣……孙诒让曰：莢即别之变体，从艹无义，考广韵十七薛，有莢字，注：一云分契。盖符契古多用竹，莢亦本从竹……叶德炯曰：晋太康五年，杨绍买冢地莢云：大男杨绍从土公买冢地一丘，东极阡泽，西极黄滕，南极山背，北极于湖，直钱四百万，即日交毕，日月为证，四时为任，太康五年九月二十九日。对共破莢，民有私约如律令，此古莢文之仅存者。其石刻在浙江山阴。”“毕沅曰：《说文》大部云：契，大约也，从大契声。契部云：契，刻也，从契，从木。据《说文》则此当云：契，契也。契，刻也。”（汉）刘熙撰，（清）毕沅疏证，（清）王先谦补：《释名疏证补》卷六“释书契”，祝敏彻、孙玉文点校，中华书局2008年版，第205~206页。

契约内容的真实性。只有‘合’且‘同’的两份契书,契约的内容才真实可信。换言之,汉代契书形制就是‘合同’观念的体现。”^①魏晋以后的契约则有所不同:“纸契普及,引起了契约形制的相应变化。傅别和质剂之制渐废,书契之制发展而为‘合同’形式。即在‘书两札’之后,再并和两札,于并和处骑写一个大‘同’字,后来发展为骑写‘合同’二字,或骑写一句较长的吉祥语;在买卖、赠送、赔偿等死契关系中,由于是片面义务制,所以行用单契,由承担义务的一方出具,归享有权利的一方收执。”^②即在契纸上书“合同”等字,分为两契时各得字句之半;“合同”字样是验证契约的凭信。又如宋元的“合同契”^③“合同文契”^④意为文书是一式两份,由立契双方各自收执,避免单方篡改昏赖。

从效用上讲,据《说文解字》,“契,大约也”^⑤“约,缠束也”,^⑥“契”与“约”^⑦均为约束之意,律典所规定的“契”“约”形态,以《唐律疏议》中的“契”“约”用例为典型。详见表1、2。唐律中有7条言及婚约、婚书,如“私约”的内容特指“先知夫身老、幼、疾、残、养、庶”等(意味着其家庭默认定婚夫的年龄或老或小而与女方之间的差距、身体有残废疾状而非健康人、养子及庶子等低微身份而非亲生以及嫡子);5条涉及“木契”,其虽与“鱼符”材质不同,但均可用作发兵信物;4条关乎买卖与借贷契约,如“负债违契”或“违约”,又如买卖所立之“私契”等;1条解释“官私文书”时,将“私文契”归为“私文书”。

唐律在描述婚约的性质时,既关注“有约在先”不可反悔的因素,亦重视其中“两情和同”而非受欺瞒或被强迫的前提。唐律中虽未见“契”“约”意义上的“合同”表述,但存在描述双方自愿、意见一致的用语,如“和”与“协”。^⑧与“强”相对的“和”字被大量

①俞江:“‘契约’与‘合同’之辨——以清代契约文书为出发点”,载《中国社会科学》2003年第6期。

②张传玺:《中国历代契约会编考释》,北京大学出版社1995年版,第27页。又见张传玺:“中国古代契约形式的源和流”,见《文史》(第16辑),中华书局1982年版。

③南宋法律规定:典田宅者,皆为合同契,钱、业主各取其一。见《名公书判清明集》卷五“户婚门·争业下·典卖园屋既无契据难以取赎”,卷九“户婚门·过二十年业主死者不得受理”。

④元“大德十年五月,中书省。御史台呈:河南道廉访司申:近年告争典质田产,买嘱牙见人等,通同将元典文据改作买契,昏赖。亲邻、牙见证说争差,致使词讼壅滞。礼部议得:典质地产,即系活业。若一面收执文约,或年深迷失,改作卖契,或昏昧条段间座,多致争讼。以此参详,今后质典交易,除依例给据外,须要写立合同文契贰纸,各各画字,赴务投税。典主收执正契,业主收执合同,虽年深,凭契收赎,庶革侥幸争讼之弊。都省准呈”。方龄贵校注:《通制条格校注》卷第十六“田令·典卖田产事例”,中华书局2011年版,第345页。

⑤《说文解字》卷十下,第213页。

⑥《说文解字》卷一三上,第272页。

⑦寺田浩明教授在“明清时期法秩序中‘约’的性质”(载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新译,法律出版社1998年版,第139页)一文中,将“约”的理念分为三类,即“首唱”和“唱和”的结构、“命令型的约束”和“建立在相互合意上的约”,与“契”相通的是第三种。

⑧《说文解字》卷一三下,“协,众之和同也”“十,众也”,“叶”古文协从曰十,或从口。

应用在刑事法术语、民事法术语及契约当中,^①买卖、借贷、租赁、雇佣、典当契约中多见“两和立契”等套语,民事法律令中常用“两情和同”“两情具愜”“两和市买”等用语。从中可见,“和”反映契约当事人不被强迫、不受强制地达成合意的内在本质,而“同”是外在形式;在法理上,若存在形式上的“同”,但缺乏“和”则违背契约本质,不被法律认可。^②另据学者考证,唐宋之后,历朝对违反“和同”意志行为的规制并未放松。^③

表1 唐律所见“契”“约”类型^④

类别	规定内容	条文序号 (篇目)
婚约	【疏】议曰:……答曰……其有克吉日及定婚夫等,唯不得 违约 改嫁,自余相犯,并同凡人。	第6条 (名例)
	诸许嫁女,已报婚书、及有 私约 ,(约 ,谓先知夫身老、幼、疾、残、养、庶之类。)而辄悔者,杖六十。【疏】议曰:……皆谓宿相谄委,两情具愜,私有 契约 ,或报婚书,如此之流,不得辄悔,悔者杖六十,婚仍 如约 。……	第175条 (户婚)
	诸为婚而女家妄冒者,徒一年。男家妄冒,加一等。未成者,依 本约 。已成者,离之。【疏】议曰:为婚之法,必有行媒,男女嫡庶、长幼,当时理有 契约 ,女家 违约 妄冒者,徒一年。男家妄冒者,加一等。“未成者,依 本约 ”,谓依初许 婚契约 。已成者,离之。 违约 之中,理有多种,或以尊卑、或以大小之类,皆是。	第176条 (户婚)
	诸以妻为妾,以婢为妻者,徒二年。以妾及客女为妻,以婢为妾者,徒一年半。各还正之。【疏】议曰:……若以妻为妾,以婢为妻,违别 议约 ,便亏夫妇之正道,黷人伦之彝则,颠倒冠履,紊乱礼经,犯此之人,即合二年徒罪。	第178条 (户婚)
	诸同姓为婚者,各徒二年……【疏】议曰:……答曰:“买妾不知其姓,则卜之。”……户令云:“娶妾仍立 婚契 。”即验妻、妾,俱名为婚。依准礼、令,得罪无别。	第182条 (户婚)
	诸违律为婚……即应为婚,虽已纳娉,期要未至而强娶、及期要至而女家故违者,各杖一百。【疏】议曰:“即应为婚”,谓依律合为婚者。虽已纳娉财,元 契吉 日未至,而男家强娶……各杖一百得罪,依律不合从离。	第193条 (户婚)
	诸缘坐非同居者……若女许嫁已定,归其夫。出养、入道及娉妻未成者,不追坐。……【疏】议曰:“女许嫁已定”,谓有许婚之书及 私约 ,或已纳娉财,虽未成,皆归其夫。	第249条 (贼盗)

①详见霍存福、刘晓林:“契约本性与古代中国的契约自由、平等——中国古代契约语言与社会史的考察”,载《甘肃社会科学》2010年第2期。

②霍存福、刘晓林:“契约本性与古代中国的契约自由、平等——中国古代契约语言与社会史的考察”,载《甘肃社会科学》2010年第2期。

③吕丽、潘宇、张姗姗:《中国传统法律制度与文化传统》,华中科技大学出版社2013年版,第136页。

④“禁约”及表示“大约”之“约”,不录。正文中粗体为列表者添加。下表同。

续表

类别	规定内容	条文序号 (篇目)
发兵 符契	诸驿使稽程者,一日杖八十,二日加一等,罪止徒二年。【疏】议曰:依令:“给驿者,给铜龙传符;无传符处,为纸券。”量事缓急,注驿数于符契上,据此驿数以为行程,稽此程者,一日杖八十,二日加一等,罪止徒二年。	第123条 (职制)
	诸用符节,事讫应输纳而稽留者,一日笞五十,二日加一等,十日徒一年。【疏】议曰:……其禁苑门符、及交巡鱼符、若木契等,于余条得减罪二等,输纳稽迟者,准例亦减二等。若木契应发兵者,同上符节之罪。	第131条 (职制)
	诸应给发兵符而不给,应下发兵符而不下,若下符违式,及不以符合从事,或符不合不速以闻,各徒二年;其违限不即还符者,徒一年。余符,各减二等。(凡言余符者,契亦同。即契应发兵者,同发兵符法。【疏】议曰:……注云“凡言余符者,契亦同。即契应发兵者,同发兵符法”,依令:“车驾巡幸,皇太子监国,有兵马受处分者,为木契。若王公以下,在京留守,及诸州有兵马受处分,并行军所及领兵五百人以上、马五百匹以上征讨,亦给木契。”既用木契发兵,即同发兵符法。监门式:“皇城內诸街铺,各给木契。京城诸街铺,各给木鱼。”金部、司农,准式亦并给木契。但是在式诸契,并同“余符”。	第226条 (擅兴)
	诸盗宫殿门符、发兵符、传符者,流二千里;使节及皇城、京城门符,徒三年;余符,徒一年。……【疏】议曰:……余符谓禁苑及交巡等符。案擅兴律:“凡言余符者,契亦同。即契应发兵者,同发兵符法。”然则盗发兵契,各同鱼符之罪。	第274条 (贼盗)
	诸伪写宫殿门符、发兵符、发兵传符者,绞。使节及皇城、京城门符者,流二千里。余符,徒二年。(余符,谓禁苑门及交巡鱼符之类。【疏】议曰:……据擅兴律:“凡言余符者,契亦同。即契应发兵者,同发兵符法。”此条云“之类”者即是,诸契非发兵伪造者,并同“余符”之罪,各合徒二年。	第364条 (诈伪)
	诸弃毁、亡失及误毁官私器物者,各备偿。……其非可偿者,坐而不备。(谓符、印、门钥、官文书之类。【疏】议曰:……故注云“谓符、印、门钥、官文书”,称“之类”者,宝、节、木契、制敕并是。	第445条 (杂律)
买卖 及借贷	诸贷所监临财物者,坐赃论……即断契有数,违负不还,过五十日者,以受所监临财物论……【疏】议曰:官人于所部市易,断契有数,仍有欠物,违负不还,五十日以下,依杂律科“负债违契不偿”之罪;满五十一日,以受所监临财物论。	第142条 (职制)
	诸负债违契不偿,一匹以上,违二十日笞二十,二十日加一等,罪止杖六十;三十匹,加二等;百匹,又加三等。各令备偿。【疏】议曰:负债者,谓非出举之物,依令合理者,或欠负公私财物,乃违约乖期不偿者,一匹以上,违二十日笞二十,二十日加一等,罪止杖六十。……	第398条 (杂律)
	诸负债不告官司,而强牵财物,过本契者,坐赃论。	第399条 (杂律)
	诸买奴婢、马牛驼骡驴,已过价,不立市券,过三日笞三十;卖者,减一等。立券之后,有旧病者三日内听悔,无病欺者市如法,违者笞四十。【疏】……令无私契之文,不准私券之限。	第422条 (杂律)

续表

类别	规定内容	条文序号 (篇目)
私文书	诸诈为官私文书及增减,欺妄以求财赏及避没人、备偿者,准盗论;赃轻者,从诈为官文书法。【疏】议曰:……注云“若私文书,止从所欺妄为坐”,谓诈为私文契及受领券、付抄帖,以求避罪,或改年月日限之类,止从所欺妄求物之罪,不同官文书之坐。	第374条 (诈伪)

表2 唐律所见“和同”类型^①

类别	规定内容	条文序号 (篇目)
违法	诸略、和诱人,若和同相卖;【疏】议曰:不和为“略”,前已解讫。和诱者,谓彼此和同,共相诱引,或使为良,或使为贱,限外蔽匿,俱入此条,轻重之制,自从本法。若和同相卖者,谓两相和同,共知违法。	第35条 (名例)
	诸谋叛者,绞。已上道者皆斩,(谓协同谋计乃坐,被驱率者非。余条被驱率者,准此。【疏】议曰……注云“谓协同谋计乃坐”,协者和也,谓本情和同,共作谋计,此等各依谋叛之法。	第251条 (贼盗)
	诸略人、略卖人(不和为略。十岁以下,虽和,亦同略法。)为奴婢者,绞……【疏】议曰:略人者,谓设方略而取之。略卖人者,或为经略而卖之。注云“不和为略。十岁以下,虽和,亦同略法”,为奴婢者,不共和同,即是被略;十岁以下,未有所知,易为诳诱,虽共安和,亦同略法。……和诱者,各减一等。若和同相卖为奴婢者,皆流二千里;卖未售者,减一等。即略、和诱及和同相卖他人部曲者,各减良人一等。	第292条 (贼盗)
	诸略奴婢者,以强盗论;和诱者,以窃盗论。……【疏】议曰:“略奴婢者”,亦谓不和,经略而取,计赃以强盗论。“和诱者”,谓两共和同,以窃盗论。	第293条 (贼盗)
	诸略卖期亲以下卑幼为奴婢者,并同斗殴杀法;即和卖者,各减一等。其卖余亲者,各从凡人和略法。	第294条 (贼盗)
	诸知略、和诱、和同相卖及略、和诱部曲奴婢而买之者,各减卖者罪一等。【疏】议曰:谓知略、和诱、和同相卖等情,而故买之者,“各减卖者罪一等”,谓各依其色,准前条减卖人罪一等。假有人知略卖良人为奴婢而买之者,从绞上减一等,合流三千里之类。	第295条 (贼盗)
	诸诈教诱人使犯法,及和令人犯法,即捕若告,或令人捕、告,欲求购赏;及有憎嫌,欲令人罪:皆与犯法者同坐。……【疏】议曰:……“及和令人犯法”,谓和教人奴婢逃走,或将禁物度关,外示和同,内为私计,故注云“谓共知所犯有罪”。	第378条 (诈伪)

^①唐律中并无表示“契约”“协议”的“合同”用法。唐律强调契约当事人意志“和同”这一原则涉及多个契约类型,但凡存在“合意”的场合,往往强调这一点,《律》多从制裁的反面作规定。《令》文则多从引导的正面作规定,如唐宋《杂令》:“诸出举,两情和同,私契取利过正条者,任人纠告,利物并入纠人。”[日]仁井田陞:《唐令拾遗》,栗劲等编译,长春出版社1989年版,第789~791页。

续表

类别	规定内容	条文序号 (篇目)
违法	诸和奸,本条无妇女罪名者,与男子同。强者,妇女不坐。其媒合奸通,减奸者罪一等。【疏】议曰:“和奸”,谓彼此和同者。……	第415条 (杂律)
其他	诸戏杀伤人者,减斗杀伤二等;(谓以力共戏,至死和同者。)……其不和同及于期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母虽和,并不得为戏,各从斗杀伤法。	第338条 (斗讼)
	诸卖买不和,而较固取者;及更出开闭,共限一价;【疏】议曰:卖物及买物人,两不和同,“而较固取者”,谓强执其市,不许外人买,故注云“较,谓专略其利。”……	第421条 (杂律)

对传统中国契约形式的追寻,一定程度上,隐含论者探寻“固有民法”和“契约精神”^①的情结,^②而通过对交易习惯因地、因时的具体观察,“契”“券”“契约”^③的外延大于“合同”,内涵亦各有侧重。第一,“合同”是交易双方各执一份,有别于“单契”。例如,在“典田宅”的场合,宋、元的做法是写立“合同”两份。第二,清代以后的“合同”以分家、共有财产管理、纠纷调解、合伙等为主要内容。此外,只要通过共同协商能够解决问题同时又需要文书来确立的关系,也可采用“合同”,其共同特点是当事人都具有较为对等的地位,在他们之间及所商议的事项上都不会有较大的信用“落差”。实则“契”“约”二字连用,其中固然包括不平等的“单契”关系,不必然引申出“同意”或“平等”之义,但已最大限度地为当事人的地位和意思的充分表示留出了空间。^④

概言之,中国传统契约,“一式两份”的合同契是其表现形态之一,立契的“和同”则是基本点。从字形、字义上叩问,其源头是本土的经济社会生活;契之物质载体有变化,但立契为证、一分为二等“立信”“民有私约如律令”意味不绝:

①霍存福:“中国古代契约精神的内涵及其现代价值——敬畏契约、尊重契约与对契约的制度性安排之理解”,载《吉林大学社会科学学报》2008年第5期。

②宣统三年(1911年)九月初五日,修订法律大臣俞廉三等《民律前三编草案告成奏折》:“为编辑《民律》前三编草案告成,谨缮成册,恭呈预览,仰祈圣鉴事。……吾国民法,虽古无专书,然其概要备详。《周礼·地官·司市》‘以质剂结信而止讼’,郑注:‘质剂谓两书一札而别之,言保物要还。’又,媒氏‘掌万民之判,凡娶判妻入子者皆书之’,是为婚姻契约之始。又,《秋官·司约》之治民、治地、治功、治摯诸约,郑注谓:‘治者理其相抵,冒上下之差’,大率不外祖摯、经界、功事、往来等项,实即登记之权舆。其他散隶六典者,尚难缕举,特不尽属法司为异耳。汉兴,去古未远,九章旧第,户居第一。……贞观准开皇之旧,凡户婚钱债田土等事,摭取入律,宋以后因之,至今未替。此为中国固有民法之明证……。”参见怀效锋主编:《清末法制变革史料》下卷《刑法、民商法编》,中国政法大学出版社2010年版,第505页。

③如北凉、高昌、唐时期有“卖婢券”“买舍券”“赁舍券”“举钱券”“举钱契”“卖田契”“赁舍契”等。张传玺:《中国历代契约会编考释》,北京大学出版社1995年版,第340~347页。

④俞江:“‘契约’与‘合同’之辨——以清代契约文书为出发点”,载《中国社会科学》2003年第6期。

契者,结也。上古纯质,结绳执契;今羌胡征数,负贩记缙,其遗风欤!

券者,束也。明白约束,以备情伪,字形半分,故周称判书。古有铁券,以坚信誓,王褒髡奴,则券之楷也。^①

二、晚清以降的“契约”及“协议”

古代“契约”还是“合同”,其“概念内涵与今天同样文字概念所包含的内涵存在着差异,其根源在于西学东渐所影响和塑造的整个今天的法律权利与义务关系,和传统社会下的法律权利与义务关系的结构存在差异,当然其中也包括法律概念体系的差异”。^②

例如,居于中华法系法典之末的《大清律例》中,“契”用于表达文契、印契及红契、白契等意义,也规定了针对“违契不偿”的官府介入乃至刑事制裁。清律之“约”,则有约束、禁约、约会词讼、期约未至、私约等用例。虽“契”“约”在立契、立约及违契、违约等方面可视为同义,但“契约”连用较为少见,这与《大清民律草案》等清末立法中的情形迥异。

西学传入,中西语言文化如何对接,先要在辞典与译著中做一番尝试。“清朝中叶,传教士纷纷来华,带来西方新知识。马礼逊(Robert Morrison)于1819年出版的《华英字典》(A Dictionary of the Chinese Language),将‘合同’和‘契约’分别译作‘instrument’和‘written agreement’而非‘contract’,显示三者并非对等概念。”^③学者指出,“英语对汉语契约概念的解释基本上保持了汉语契约概念的原貌。不过,当利用汉语来理解英语中的契约概念时却碰到了不小的麻烦”,原因是因为英语表达“契约”的习惯用法远多于汉语,且每个词汇所表达的契约种类或外延都有细致的区分,仅以汉语中的“契”“约”“合同”等词汇对译,殊为不易;而当借鉴域外民法典而纂修民律时,更是要求契约概念的内在统一,由此,“契约”成为中国近现代法制变革中移植西方民法的关键词。^④

^①(梁)刘勰:《增订文心雕龙校注》卷五书记,黄叔琳注,李详补注,杨明照校注拾遗,中华书局2012年版,第343页。

^②王旭:“中国传统契约文书的概念考察”,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2006年第4期。又,俞江教授指出,英美法中表达“契约”或“契据”的概念是多种多样的,这些概念构成了一个丰富的契约世界。反观现代汉语反复使用的就是“合同”“协议”,勉强加上“契约”“字据”和“契券”等。从语言学的角度来说,概念是分析事物的基本工具,某一范畴内的概念越丰富,说明对该范畴的认识越细致。用汉语中的契约概念理解英美法的契约世界远远不够。参见俞江:“‘契约’与‘合同’之辨——以清代契约文书为出发点”,载《中国社会科学》2003年第6期。

^③马礼逊编:《华英字典》,大象出版社2008年版。转引自陈可欣:《两岸三地合同法主要词汇》,香港城市大学出版社2014年版,第4页。

^④“契约”一词普遍地运用,先是出现在日本的现代法学书籍和法典里,中国自1900年开始大规模移植大陆法时,主要以日本已成型的法学概念为工具。“契约”一词也就直接成为中国法学家理解西方民法的重要词汇。参见俞江:“‘契约’与‘合同’之辨——以清代契约文书为出发点”,载《中国社会科学》2003年第6期。

《大清民律草案》借鉴日本民法典,^①顺带也舶来西方契约理论,^②其中每每言及“契约”。^③《大清民律草案》中“契约”字样出现约 720 处,而用“协议”之处屈指可数。

西法东渐之前的“协议”,包括“妥协议奏”等,乃是“和衷共济”之“协”与“会同讨论”之“议”的结合,含有配合、同心、协调与止争之意。立法领域与“契约”相关的“协议”用语,在《大清民律草案》中始见,如表 3。此前,史籍中亦存在“协议”表述,但不在“契”“约”层面上使用。而 19 世纪末 20 世纪初“协议”的语境,更多具有了立约立契的指向,即国与国之间的谈判与订立国际条约,以及民事关系中民事主体针对某类事项追求达成一致。如“协议离婚”等观念,在民国时即已产生。^④

①前揭俞廉三等《民律前三编草案告成奏折》：“（臣）馆曾经延聘法律学堂教习日本大审院判事法学士松冈正及本馆商律调查员日本法学博士志田钾太郎协同调查，并遴派馆员分赴各省采访民俗习惯，前后奏明在案。（臣）等督访馆员，依据调查之资料，参照各国之成例，并斟酌各省报告之表册，详慎从事。”怀效锋主编：《清末法制变革史料》下卷《刑法、民商法编》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 505 页。据学者考证，光绪二十八年（1902 年）以来，清政府专注于修改旧律及编纂新刑律草案、民刑诉讼律草案。光绪三十三年（1907 年）10 月，民政部奏请厘定民律草案，清廷命沈家本主持编纂民律草案。草案的总则、债权、物权三编，聘请日本法学家松冈正为起草员；亲属、继承两编，于修订法律馆内设民事科，选拔四位具有留学背景的中国官员负责起草。参见张生：“清末民事习惯调查与‘大清民律草案’的编纂”，载《法学研究》2007 年第 1 期。

②日本移植西方法以法国法和德国法为主，在民法方面，所移植的主要是继承了拉丁文中的“契约”（Contractus）概念的大陆成文法系国家民法典，即《法国民法典》和《德国民法典》。

③如第 513 条“依法律行为而债务关系发生或其内容变更消灭者，若法律无特别规定，须依利害关系人之契约”，论者认为与德国民法所确定之“原则契约”相似。陈自强：《契约之成立与生效》，元照出版有限公司 2012 年版，第 151 页。转引自陈可欣：《两岸三地合同法主要词汇》，香港城市大学出版社 2014 年版，第 4 页。

④如《申报周刊》第 1 卷第 25 期（1936 年 6 月 28 日）载，狄谟称“夫妇间必须协议离婚，违背对方意旨的单方面的离婚是不能成立的”。又如前南京国民政府司法行政部编《民事习惯调查报告录》（中国政法大学出版社 2005 年修订版，第 661 页）所录山东省关于亲属继承习惯之报告，临沂县习惯之“翁父为子女协议离婚”：“乡民于婚娶之后，往往有贫不聊生者，即远赴关东以谋生活，置其妻室于不顾，其常寄家信者，妻室尚能株守。若历久不归，又不寄信，是已存亡莫卜，经女之父母与其翁姑协商，具呈到县请示批准后，即令其女改醮。通常亦谓之离婚。”立法者按：此条与《现行律》中“夫逃亡三年不还，听经官给执照，另行改嫁”之例，隐相符合。今按，此《现行律》规定即《大清律例·户律·婚姻》“出妻”条下之例：“期约已至五年，无过不娶，及夫逃亡三年不还者，并听经官给执照，另行改嫁，亦不追财礼”，本为明令，雍正三年在“‘五年’字上……增‘期约已至’一句”。参见《大清律例根原》，上海辞书出版社 2012 年版，第 477 页。其中“听”字，一定程度上体现传统中国律典中为数不多的“法所不禁”的自愿、自由、自主的意味，当然同条律正文中仍有罚则：“其因夫逃亡三年之内不告官司而逃去者杖八十。”参见张田田：“《唐律疏议》‘听’字用例分析”，载《新路集：第三届张晋藩法律史学基金会征文大赛获奖作品集》，中国政法大学出版社 2014 年版。就婚姻制度而言，从流行于一地一时的礼俗、婚俗等习惯层面考量，则清末民初《民事习惯调查报告录》所载约定俗称之生活准则，仍不能脱离身份因素的强烈影响，虽多不违善良风俗，与法意暗合，但也不乏例外：（1）童养媳、亲上加亲等，实则违法，屡禁不止，（2）虽体现合意，但留有弊端，以致争讼频发，（3）并不体现合意，而强迫行事，因沿袭日久而当地人以为非。易言之，合意与否，与合法（合善良风俗）与否，未能完全对应。

表3 《大清民律草案》关于共有“协议分割”的立法及理由^①

序号	法条	理由
第1052条	分割,依分别共有人之协议行之。 前项协议,若有不谐,各分别共有人得提起请求分割之诉讼。	协议分割者,各分别共有人于审判外为分割之方法也,有省费和谐迅速之利益。 然协议决裂时,亦应设补救之法,本条使欲分割之分别共有人得向不欲分割之他分别共有人提起诉讼,求为分割同意之判决,而以此项确定判决代分割之同意,以免欲分割而不得分割之弊。
第1053条	分割,以原物分配于各分别共有人。 不能以分配原物之法而行分割,或虽能分割而恐其价格显有损失者,其分割以原物售得金额分配之。 原物之变价,准用出售质物之规定。	协议分割不能成立时,分割之方法应以法律规定之,盖使分别共有人于欲分割时能自行实施分割,于实际最便也。
第1057条	各分割人须保存分割所得物之证书。 分与数人之物,其证书须归取得最大部分之人保存之。无取得最大部分者,由分割人协议定保存证书之人。若协议不谐,声请审判衙门指定。 各分割人得使用保存之证书。	分割终结后,关于分割物之证书应保存之,以杜日后之争执。

其“协议”用意,或侧重私约、合意,或专指共有人就“共有财产分割”所达成的一致意见,或依合意而分割的方式即协议分割。如此看来,协议便有表示过程与结果的双重性质,言结果则包含了协商与共识等因素;言过程则有“协议不谐”而声请审判衙门指定的情况,^②在意思表示方向,用“协议”实则并未特指同与不同,而重在为立约等的准备。^③

大体上,“协议”则能体现于“交换意见”、和睦商议中求取意思表示一致之意;^④

^①《大清民律草案》,载怀效锋主编:《清末法制变革史料》下卷《刑法、民商法编》,中国政法大学出版社2010年版,第687~688页。

^②附带一提,清末所修“商律”中,则多见“合同”之名,亦是除旧布新之意。

^③协议,英译 Mutual consent,释义“一人以上之间,欲得确定之意见、互为交换意思者,谓之协议。故因欲求参考意见,向无利害关系人征求意见,则非协议,乃咨询也”。《法律大辞典》,第452页。

^④动态的“协议”及其附加意义可能接近“negotiating”,此种启发来自鲁西奇翻译耶鲁大学历史系教授韩森(Valerie Hansen)所著 *Negotiating Daily Life in Traditional China: How Ordinary People Used Contracts, 600—1400* (New Haven and London: Yale University Press, 1995) 的感受:“其书名直译当作‘传统中国日常生活中的协商:老百姓怎样用契约’,但这种译法并不能准确地反映出作者的本义。这里的关键是‘negotiating’一词,它既有协商、谈判及通过协商解决问题、达成协议之意,又有曲折前行、越过障碍、最终获得成功的隐喻之义。韩森教授曾向我解释这个词的内涵及她的本义,但要在中文语汇中找到一个恰当的对应表达,确实非常困难。我曾将它译为‘协让共赢’,虽然于其本义或庶几近之,然‘协让’失之太古,‘共赢’又过于现代;又试译作‘两和立契’,也觉得不够准确,远不如人意。”[美]韩森:《传统中国日常生活中的协商:中古契约研究》,江苏人民出版社2008年版,译者的话,第1页。

意思表示合致,或者循古法叫作“两情和同”,亦称得上是“契约”^①“合同”的共同特征。^② 法制变革中语词的沿用或改造,“旧瓶装新酒”,意在吸收西方民法原则与价值:

中国传统以来法律主要体现于刑事范畴,合约之效用一般不为国人所重视。真正规管民间交易之执法系统,乃是人之“关系”,唯其效能实与人民的流动性成反比。随着交通系统日益完善,人民流动性与日俱增,“关系”所发挥之效能渐渐消减,反之,观乎西方世界,诚如诺贝尔经济奖得主 Douglas North 所言,近代欧洲多国经济得以蓬勃发展,实有赖合约权利之执行,制约民间各类经济行为。此正填补中国法律传统之不足。故此,百年来中国法制在现代化进程中,吸收学习了不少西方“合同法”之精髓。^③

三、当代区分“契约”“合同”“协议”的法律表现

(一) 学理区分

中国近代法律上的“合同”多被称为契约,前已详述。^④ 1949年后,“合同”适用范

①“契约(contract)者,谓二人或二人以上之当事人相互间,以使生法律上之效果为目的之意思表示合致也。”《法律大辞典》,第520页。

②“合同行为”又称协定行为,二人以上以同一内容同一意思表示之合致,而生私法上效果之法律行为也。合同行为,在以二个以上意思表示合致之点,与契约同。其与契约不同者,盖契约乃由两人以上之不同方向的意思表示而成立,合同行为则由两人以上之同一方向、同一意思表示而成立者也。例如,买卖行为属于契约,买与卖之意思表示方向不同;社团法人为解散之决议时,各社员皆具有使其社员丧失权利之意,其意思表示方向完全相同,此合同行为也。汪翰章主编:《法律大辞典》,陈颐点校,上海人民出版社2014年版,第224页。以下版本同。值得注意的是,此书最初为上海大东书局1934年版,据点校版前言,“在表彰《法律大辞典》的成就的同时,我们还是必须提到日人渡部万藏编纂的《法律辞书》。《法律大辞典》的许多优点很大程度上直接来自渡部万藏的《法律辞书》,许多内容也直接来自渡部万藏的《法律辞书》。举其要者,如体例上,为防止说明的重复而一些辞条下直接标注参见辞条;使用英、德、法、意、拉五种语言作为对照语种,并附载比较完整的上述语种的索引……也许正是这一原因,吴经熊尽管在本书题词中褒扬了本书,但吴氏于1935年10月为郑兢毅编著的《法律大辞书》撰写的序言中则直截了当地写道‘近年坊间间有一二法律辞典出版,类皆脱胎日本法律辞书,于本国法制上之字义,每疏而不详,尤不能不引为憾事’”。《法律大辞书》,商务印书馆2012年版,吴序。

③陈可欣:《两岸三地合约法主要词汇》,香港城市大学出版社2014年版,第4页。

④如卢梭的《社会契约论》(Du Contrat Social),1882年中译为“民约译解”,1900、1913、1918、1935、1944年诸译本均作“民约论”。钟书峰编:“卢梭《社会契约论》中译本一览表”,载http://blog.sina.cn/dpool/blog/s/blog_8390063b010143rq.html,最后访问日期:2018年2月11日。今有学者认为应译为“协议”:“传统理论不注意区分协议与契约,如西方法学著作中:Contractus(拉丁文)、Contrat(法文)、Contractto(意大利文)、Contract(英文)、Vertrag(德文),既表示协议,又表示契约。卢梭所著《Le Contrat Social》,中文译为《社会契约论》,其实此处之Contrat,并非契约,而是协议,似可译为《社会协议论》。”参见李锡鹤:“应区分合同与非合同协议、伪协议”,载《东方法学》2012年第2期。

围越来越广,成为“契约”的同义词,并逐渐取代后者。^①

“合同”与“协议”之辨,早为民法研究者与实务界人士所措意。有学者专就商品交换领域广泛采用定式合同的现实,重申合同的本质是意思表示合致,因而合意(协议)仍是合同理论的基石。^②《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)出台之际,因其中第2条对合同的界定的简略形式为“合同是……协议”,有学者因之论证“合同属于民事法律范围,协议却不受此限”“合同,有法的规定性”,协议“一般认为是协商一致达成的议定书,也叫协议书。它是当事人之间就某一问题、某一事项、某一活动经谈判协商,取得一致意见后所形成的裁判文书”“国际问题商定的条约也采取协议的形式,并把协议作为条约的名称”,两者在性质上、使用范围上有差异,在详略、在内容侧重点上,甚至在法律效力上也存在差异,提倡将“合同”性质认定为符合特定条件的“契约文书”。^③然而,细思之,在20世纪50年代至今的法律法规中已全面剔除“契约”的背景下,以“契约”诠释法律概念,学理上或可成立,但未必便于操作。又有学者据《合同法》第2条将“协议”一分为二,即一是与“民事权利义务”有关,二是与“身份关系”有关的规定,认为应以此为契机规范“契约”“合同”两个概念的使用。^④

民法学界界定法律术语内涵与外延的努力,始终如一,而对概念的辨析角度则不一。李锡鹤《应区分合同与非合同协议、伪协议》一文,主张从《合同法》所体现的“合同”与“协议”的相关性上,即从“合同是协议,理解合同,必须先理解协议”出发,把握当今“协议”的类型与“合同”的要件。

关于“协议”的类型方面,他说:

所谓协议,又称合意,指各行为人的表示一致,可分两类:

(1) 契合关系:表示人只有双方,互为表示对象,表示的内容契合,即须相对方

^①1950年10月3日,中央人民政府政务院财政委员会颁布《机美国营合作社签订合同契约暂行办法》,正文中时而用“合同及契约”,时而用“合同或契约”,从内容上看,二者有分工差别。参见贺卫方:“‘契约’与‘合同’的辨析”,载《比较法研究》1992年第2期;李阳生、李纪兵、蒋言斌:“从《合同法》第二条看契约与合同的异同”,载《中南大学学报》(社会科学版)2000年第3期。需要注意的是,台湾地区沿用民国法律术语,“契约”仍被广泛运用。香港地区承袭英国普通法,合约法学理论取自英国法。陈可欣:《两岸三地合同法主要词汇》,香港城市大学出版社2014年版,第5页。

^②郑立:“论合意(协议)是合同理论的基石”,载《法学家》1993年第4期。

^③即合同“是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的契约文书”。王殿松:“论合同与协议的异同”,载《北京市总工会职工大学学报》1999年第3期。

^④李阳生、李纪兵、蒋言斌:“从《合同法》第二条看契约与合同的异同”,载《中南大学学报》(社会科学版)2000年第3期。

以特定行为配合方能实现,双方均接受相对方的表示,允诺以特定行为配合相对方实现其目的。

(2)平行关系:表示人为多方(含双方),组成特定团体,表示内容相同,形成决议、章程。

关于“合同”的定义与要件方面,他认为:

合同是平等主体的协议,这一协议导致缔约人之间发生新的民事关系,新的民事关系是缔约人的共同追求。因此,合同的要件可概括为:

- (1)当事人达成协议;
- (2)发生法律效力;
- (3)其效力反映当事人法律上的追求。

合同可界定为:按缔约人意志发生法律效力的协议。……民事生活中,按缔约人意志发生法律效力的协议是私法自治的基本形式,也是交易的基本形式,具有特别重要的意义,在各类协议中处于特别重要的地位。民法需要合同或者契约概念,正是为了表示此类协议,以区别其他协议。

按照这一标准,根据《合同法》第2条第1款,其结论是:“不按缔约人意志发生法律效力的协议,无论不发生法律效力的协议,还是发生不符合缔约人意志的法律效力的协议,仅是协议,不是合同”。^①

“契约”的引申含义,也为学者所关注,譬如,区分政治领域之协议如“公法上的契约”“社会契约”“政治契约”与民事领域契约。^②又如,贺卫方教授认为,从词源与实用角度,“契约”这一表述均较“合同”为优,而提倡统一用“契约”的原因还在于,契约概念在近代学术理论中超出了纯粹的法学与经济学的范畴,成为一种衡量社会进步的尺度。^③

^①李锡鹤:“应区分合同与非合同协议、伪协议”,载《东方法学》2012年第2期。

^②“在法理上,合同、契约只存在于民事领域。……契约是法律确认之协议,违反契约可诉诸法律;而政治协议是各派政治势力妥协的产物,通常即表现为法律。违反政治协议无法诉诸法律,如不能重新达成协议,只能诉诸实力。因此,民事契约与政治协议之根本区别不在于适用领域不同,而在于两者与法律的关系不同。”李锡鹤:“应区分合同与非合同协议、伪协议”,载《东方法学》2012年第2期。就“协议”的用意来看,日本学者的研究有一定启发,如稻田教授关注“协议”的多义,如“私事全员一致”与“国事多数决”等。参见稻田龍樹:“民法907條の協議の意義の系譜(上)——家事事事件手続法における當時主義的運用の基礎的研究”,载《學習院法務研究》2015年第9號,第57頁。

^③“如梅因《古代法》中,将契约视为联系新型社会中人与人平等关系的纽带,即人类从身份到契约(from Status to Contract)的‘所有进步社会的运动’,冲破血缘与家族纽带而建立一种平等的权利义务关系的社会,以法治社会人际关系、社会关系的契约化保障人的自由。”参见贺卫方:“‘契约’与‘合同’的辨析”,载《比较法研究》1992年第2期。

如此看来,(1)立约人之间的关系是否平等,(2)立约人能否达成意思表示一致,是描述社会生活中“契约”或“合同”性质及效力的两个指标。在“合意”方面,应无疑义;但在与“契约”或“合同”对应的是否仅限于平等主体间关系问题上,俞江教授并合古今,提出“应该严格区分‘合同’‘契券’和‘契约’之间的关系,如果还要维持合同自由原则,就必须承认‘合同’概念不能涵括这些不平等的具体关系。因此,维持‘契约’与‘合同’的区别并使‘契约’作为‘合同’上位概念仍属必要”。^①

贺卫方教授也曾从语词结构与表达简繁上分析“契约”与“合同”：“契约”是复合同义词,即由“契”与“约”两个同义名词合并而成,组合之后,意义不变,可以简称为“约”,如立约人、不符合约定规格;而“合同”一词却是动宾结构,即由动词“合”与宾语“同”组合而成,它表示的是一个过程。古代的所谓“合同契”指的是“把‘同’字合起来加以验证的契约”。现代表述中,一方面,必须用“合同当事人”及“不符合合同所定规格”,并无简称;另一方面,习用的要约、违约、违约金则与“合同”之称不相匹配。^②相应地,“协议”不似“契约”由同义名词构成,“协即和也”,乃是“议”的限定与修饰,是“议”所追求的结果。因此“协议”可以表达静态名词,亦可表示动态过程,构成了古今法律条文中,“若达成协议则依协议,若协议不成则诉诸官府/人民法院”的句型。

(二) 立法状况

《合同法》第2条如此定义:

本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。

^①合同是平等主体为处分各自的权利义务而达成的合意关系。在合同中,主体之间的平等性不但包括抽象关系上的平等,且意味着具体关系的相对平等。以平等性为前提,合同当事人的意思表示具有相对完整的真实性。正是平等性和真实性决定了合同的本质仍然体现为一种合意,而合同的约束力与合理性均首先来自于真实意思表示和平等主体之间的合意。契券则是平等主体在具体关系中因允诺而形成的约束关系。在契券中,抽象关系的平等和具体关系的不平等,决定了当事人意思表示并非具有完全的真实性。契约可归结为,在约束条件下,当事人利益在协商的可继续性(交流与行动)中达到系统性的平衡的状态。这里的“约束条件”,既包括制度框架,又包括外部环境和事件发展的可能性。这里的“平衡”,既取决于主体意志即权衡利益的主观性,同时受到信用程度或“议价能力”的制约。总之,既不是合意也不是允诺,而是协商的可继续性对契约当事人产生约束。只有当事人处于可继续协商的系统中时,我们才把这个系统称为契约;反之,丧失协商的可继续性的系统则不再视为契约。俞江:“‘契约’与‘合同’之辨——以清代契约文书为出发点”,载《中国社会科学》2003年第6期。

^②贺卫方:“‘契约’与‘合同’的辨析”,载《比较法研究》1992年第2期。

声明“有关身份关系的协议”当“适用其他法律的规定”。如遵循民法典纂修的思路,则有关《合同法》“本法所称合同”的问题自应置于分编之“合同编”,而“有关身份关系的协议”须由“婚姻家庭编”“继承编”等处理。

虽然在民事生活中,立约者往往不加区分地选用“合同书”或“协议书”名称,但民事法规中,“协议”则有其较为固定的适用范围。除前述用以说明“合同”的属性外,《合同法》与《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)等所规定的“仲裁协议”^①与“调解协议”^②,以及执行过程中的“和解达成协议”,保障了立约时议定纠纷解决办法及适时调整。《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)规定的抵押、质押及留置方面的协议变更条款与协议折价方式,有助于债权债务问题的协商解决。详见表4。

表4 《合同法》《物权法》与《民事诉讼法》上关于“协议”的表述

类型	条文内容	法律名称及条序
合同类型及条款	本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。	《合同法》第2条

^①又如,《中华人民共和国仲裁法》第4条规定:“当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理。”

^②从《民事诉讼法》来看,通过调解所达成的协议,要想获得法律效力,一是制作调解书,写明诉讼请求、案件事实与调解结果(第97条),二是维持和好的离婚调解、维持收养的调解等情况下,不制作调解书,但要记入笔录、当事人签字(第98条)。后者也起到确认合意并“立信”促进履行的效果。《中华人民共和国人民调解法》(以下简称《调解法》)中,专章规定“人民调解委员会”“人民调解员”“调解程序”与“调解协议”:“人民调解员根据纠纷的不同情况,可以采取多种方式调解民间纠纷,充分听取当事人的陈述,讲解有关法律、法规和国家政策,耐心疏导,在当事人平等协商、互谅互让的基础上提出纠纷解决方案,帮助当事人自愿达成调解协议”(第22条);“经人民调解委员会调解达成调解协议的,可以制作调解协议书。当事人认为无须制作调解协议书的,可以采取口头协议方式,人民调解员应当记录协议内容”(第28条);“调解协议书自各方当事人签名、盖章或者按指印,人民调解员签名并加盖人民调解委员会印章之日起生效。调解协议书由当事人各执一份,人民调解委员会留存一份”(第29条);“口头调解协议自各方当事人达成协议之日起生效”(第30条)。季卫东教授在《当事人在法院内外的地位和作用(代译序)》一文中(载[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第6~7页)归纳得出:棚濑孝雄理论的“深刻之处在于既重视合意的绝对的正统功能,又注意到了合意之中存在着蜕化变质、甚至反转为强制的契机”。棚濑孝雄认为“审判程序和调解程序应当加以区别,但两者之间也存在相辅相成的流动性关系。……当代法治社会中的调解,可以说是包含着利己动机和共同动机两方面的‘契约型调解’。从契约性合意的角度来把握调解,意味着一种相互对立的意识的存在。按照汇纂式法解释学的概念,契约是相互对立的意思的合同。而传统的东亚式的合意的基础是‘和为贵’的哲学,是一种起源于信赖关系的共存状态。因此,法制化条件下的调解与对立性主张的充分议论以及为此设立的程序、法律家的专业性活动是可以并行而存的。正是通过契约关系这一中介环节,调解与法制结合起来了。”

续表

类型	条文内容	法律名称及条序
合同类型及条款	合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。	《合同法》第 61 条
	合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。	《民事诉讼法》第 34 条
仲裁协议	当事人可以通过和解或者调解解决合同争议。 当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的,可以根据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁。涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的,可以向人民法院起诉。当事人应当履行发生法律效力的判决、仲裁裁决、调解书;拒不履行的,对方可以请求人民法院执行。	《合同法》第 128 条
	……被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行: (一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的; (二)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的;…… 仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的,当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁,也可以向人民法院起诉。	《民事诉讼法》第 237 条
	涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷,当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议,提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的,当事人不得向人民法院起诉。 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的,可以向人民法院起诉。	《民事诉讼法》第 271 条
	对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决,被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定不予执行: (一)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;……	《民事诉讼法》第 274 条

续表

类型	条文内容	法律名称及条序
仲裁协议	仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的,当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁,也可以向人民法院起诉。	《民事诉讼法》第 275 条
调解达成协议	调解达成协议,必须双方自愿,不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定。	《民事诉讼法》第 96 条
	调解达成协议,人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。	《民事诉讼法》第 97 条
	下列案件调解达成协议,人民法院可以不制作调解书: (一)调解和好的离婚案件; (二)调解维持收养关系的案件; (三)能够即时履行的案件; (四)其他不需要制作调解书的案件。 对不需要制作调解书的协议,应当记入笔录,由双方当事人、审判人员、书记员签名或者盖章后,即具有法律效力。	《民事诉讼法》第 98 条
	调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的,人民法院应当及时判决。	《民事诉讼法》第 99 条
	人民法院审理选民资格案件、宣告失踪或者宣告死亡案件、认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件、认定财产无主案件、确认调解协议案件和实现担保物权案件,适用本章规定。本章没有规定的,适用本法和其他法律的有关规定。	《民事诉讼法》第 177 条
	申请司法确认调解协议,由双方当事人依照人民调解法等法律,自调解协议生效之日起三十日内,共同向调解组织所在地基层人民法院提出。	《民事诉讼法》第 194 条
	人民法院受理申请后,经审查,符合法律规定的,裁定调解协议有效,一方当事人拒绝履行或者未全部履行的,对方当事人可以向人民法院申请执行;不符合法律规定的,裁定驳回申请,当事人可以通过调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议,也可以向人民法院提起诉讼。	《民事诉讼法》第 195 条
	当事人对已经发生法律效力调解书,提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的,可以申请再审。经人民法院审查属实的,应当再审。	《民事诉讼法》第 201 条
和解达成协议	在执行中,双方当事人自行和解达成协议的,执行员应当将协议内容记入笔录,由双方当事人签名或者盖章。 申请执行人因受欺诈、胁迫与被执行人达成和解协议,或者当事人不履行和解协议的,人民法院可以根据当事人的申请,恢复对原生效法律文书的执行。	《民事诉讼法》第 230 条

续表

类型	条文内容	法律名称及条序
建筑工程承包协议	……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。	《合同法》第 286 条
买卖不动产协议	当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议,为保障将来实现物权,按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。	《物权法》第 20 条
共有分割协议	共有人可以协商确定分割方式。达不成协议,共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的,应当对实物予以分割;难以分割或者因分割会减损价值的,应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。	《物权法》第 100 条
抵押协议	抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容,但抵押权的变更,未经其他抵押权人书面同意,不得对其他抵押权人产生不利影响。……	《物权法》第 194 条
	债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。 抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。……	《物权法》第 195 条
	最高额抵押担保的债权确定前,抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额,但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。	《物权法》第 205 条
质押协议	因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少,足以危害质权人权利的,质权人有权要求出质人提供相应的担保;出质人不提供的,质权人可以拍卖、变卖质押财产,并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。	《物权法》第 216 条
	债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的,质权人应当返还质押财产。 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形,质权人可以与出质人协议以质押财产折价,也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。……	《物权法》第 219 条
留置协议	……债务人逾期未履行的,留置权人可以与债务人协议以留置财产折价,也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。……	《物权法》第 236 条

《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)中集中出现的“协议”有两种类型(参见表5):(1)“协议处理”即协商而体现合意,“协议不成”则意味着意见不一致,也就是未能成立具有法律效力的约定文书。第一栏所载,协议不成则由人民法院判决,是“协议”的一类使用场合。在此类涉及财产分配、费用负担及子女探视等问题上,离婚时夫妻的合意被认为是处理婚姻家庭问题的优先准则,只有在无法产生合意时,才交由法院依一系列标准来判决指定办法。(2)作为具体解决问题方案的,则是第二栏所载,“协议或判决”。这两种方案在顺位上有先后之别,即达成协议则排斥法院判决。伴随夫妻关系解散的财产分割、子女抚养与探视,固然涉及过错与否、公序良俗,但在合理范围内,夫妻双方有发言权,重视协议的取得与效力,体现对双方意见的尊重和听取。^①《中华人民共和国收养法》(以下简称《收养法》)、《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)等中的“协议”,则以用例2居多。

表5 《婚姻法》《继承法》《收养法》中的“协议”与“合同”

“协议”用例1	“协议”用例2	合同
《婚姻法》第12条: 无效或被撤销的婚姻,自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产,由当事人协议处理;协议不成时,由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。 ……	《婚姻法》第36条: ……哺乳期后的子女,如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时,由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。	《婚姻法》第18条: 有下列情形之一的,为夫妻一方的财产: (一)一方的婚前财产; (二)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用; (三)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产; (四)一方专用的生活用品; (五)其他应当归一方的财产。
《婚姻法》第37条: 离婚后,一方抚养的子女,另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部,负担费用的多少和期限的长短,由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。	《婚姻法》第37条: ……关于子女生活费和教育费的协议或判决,不妨碍子女在必要时向父母任何一方提出超过协议或判决原定数额的合理要求。	—

^①许莉:“离婚协议效力探析”,载《华东政法大学学报》2011年第1期;李洪祥:“离婚财产分割协议的类型性质及效力”,载《当代法学》2010年第4期;程啸:“婚内财产分割协议、夫妻财产制契约的效力与不动产物权变动——‘唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案’评释”,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2015年第3期;等等。

续表

“协议”用例 1	“协议”用例 2	合同
<p>《婚姻法》第 38 条： 离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。行使探望权利的方式、时间由当事人协议；协议不成时，由人民法院判决。</p>	<p>《继承法》第 5 条： 继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。</p>	<p>—</p>
<p>《婚姻法》第 39 条： 离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。</p>	<p>《继承法》第 31 条： 公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。 公民可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。按照协议，集体所有制组织承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。</p>	<p>—</p>
<p>《婚姻法》第 41 条： 离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。</p>	<p>《收养法》第 15 条： ……收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。 ……</p>	<p>—</p>
<p>《婚姻法》第 42 条： 离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。</p>	<p>《收养法》第 26 条： ……收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院起诉。</p>	<p>—</p>
<p>《收养法》第 26 条： 收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但收养人、送养人双方协议解除的除外，养子女年满十周岁以上的，应当征得本人同意。……</p>	<p>—</p>	<p>—</p>

一方面,在“调解协议”“离婚协议”“抚养协议”“收养协议”等方面,“协议”的表述,是含义明晰而形态固定的。以离婚情况下所发生的分割财产的协议为例,其效力的实现取决于协议当事人即夫妻双方,离婚与否,以及协议离婚或诉讼离婚的方式选择,相比《合同法》所列举的立约与履约问题要更为复杂。“协议离婚财产分割协议当事人的真实意思是:如双方协议离婚,相对方可按协议分割财产。协议离婚财产分割协议成立后,当事人一方如拒绝办理离婚登记,不是违约,当然也不能请求其履行协议离婚财产分割协议。另一方提起诉讼请求离婚,如判决离婚,也不能请求其履行协议离婚财产分割协议。但任何一方与相对方协议离婚,相对方均可请求其履行协议离婚财产分割协议。此即协议离婚财产分割协议之法律效力,发生于双方合意时,亦属维持效力。”^①另一方面,不同法律的措辞,对“协议”或“合同”的选用,未必一贯。但即便如此,通过协商达成一致意思表示一致这一要素,在“合同”或“协议”中均要得到贯彻。

[责任编辑:武航宇]

法史问答录

问曰:请问《唐律》中的“六杀”与“劫杀”的关系?

答曰:唐初制律讲“六杀”,没有将“劫杀”列入,而是将其归入强盗罪。根据“举轻以明重”的原则,强盗持杖“虽不得财,伤人者斩”,故不列“劫杀”单条。唐末五代,劫杀已经列入,作为“七杀”而谈。清人黄六鸿之《福惠全书·刑名·总论》:“人命有真有假,真者不离乎七杀:曰劫杀、曰谋杀、曰故杀、曰斗殴杀、曰谋杀、曰戏杀、曰过失杀。”将劫杀列为七杀之首。《宋史·刑法志》引真宗天禧四年诏:“天下犯十恶、劫杀、谋杀、故杀、斗杀、放火、抢劫……过天庆节即决之。”可见“劫杀”已经成为最重的杀人罪。谋杀因而得财,是以杀人为目的,顺便取财;劫杀则是以抢劫为目的,为劫财而杀人。二者区别很大。明清律则直接以“七杀”入律。(王宏治)

^①李锡鹤:“应区分合同与非合同协议、伪协议”,载《东方法学》2012年第2期。