“契约”与“合同”的辨析*

贺卫方

当事人之间为确立、变更、终止民事法律权利义务关系而达成的具有法律效力的协议，在今天我国称为合同。与之相适应，为调整合同关系而制定的法律则称为合同法。由于倡导发展商品经济，因而经济生活中合同之用极为普遍，对于合同以及合同法的研究亦成热点。然而在从前——例如在五十年代之前，今日的合同是被称为契约的。至今，在研究外国法以及汉译西方法律的著作中，契约之称仍很流行。自然，将外国的契约迳称为或译为合同的也不乏其人。① 为了全面些，有人著书做文提到合同时还要把“契约”一词放在紧挨着的括号里，表示它们本属一物之两名。② 这种状况在学术研究上虽然算不上是反常现象，不过在写作或翻译过程中，总归是个小疙瘩；在某些特定情况下，不适当的混用也很容易造成误解或误导。所以有必要对它们进行一番辨析。

说起来，“契约”与“合同”都是中国古已有之的术语，但是在传统中国它们却并不是一回事。根据对中国古典契约制度作过深入研究的张传玺先生考证，早在西周，先民们已经创造了有关动产关系的契约，不过那时并不叫“契约”，而是称“约”或“约剂”。《周礼·天官·小宰》说：“听称责以傅别”，“听卖买以质剂”，“听取予以书契”。这一记载表明，周代的约根据立约人不同的关系分为三种，即借贷关系称为傅别，取予受入关系称书契，买卖、抵押、典当关系称质剂。到了战国时期，契约成为广泛使用的信用标志。《荀子·君道》：“合符节、别契券者，所以为信也”。在此后漫长的年代里，契约的称谓和种类包括券契、租契、遗令（关于遗产继承的片务契约）、私约、券书、文契（又称红契，加盖官印以征契税）、白契、官契（北宋后期出现的约文规范化契约，可能是世界上最早的“标准契约”）、纸契等等。不同的种类和称谓反映了社会关系与经济状况的变化和演进③。“契约”这个合成词最早见于《魏书·鹿念传》：“还军，于路于梁话誓盟。契约即固，未旬，综果降”。

---

* 这篇小文的写作得益于友人刘广安君甚多。写作前，我们便曾就涉及到的问题反复讨论，初稿完成后又承他细读一过，使文章得以避免若干疏漏。谨向他致谢。

① 目前我国学者论述契约法最为全面的一部著作，王家福、谢怀栻等著《合同法》（中国社会科学出版社，1986年版）论述中外制度时多称“合同”。

② 如佟柔主编：《民法原理》，法律出版社1983年版，第243页。王利明、郭明瑞、方流芳：合著《民法新论》，（中国政法大学出版社，1988年版）曾对这两个概念略加辨析（见下册，第350—351页），可能是由于篇幅的缘故，读来仍感不甚明确，有待更细致的讨论。

③ 详见张传玺：《中国古代契约发展的四个阶段》，载张著《秦汉问题研究》，北京大学出版社1985年版，第140—166页。

那么，“合同”又是什么呢？原来，合同是古代契约演变过程中出现的一种表现形式。契约最早的形式是判书。郑玄注释《周礼·秋官·朝士》“凡有责者，有判书以治则听”时说：“判，半分而合者”。由于纸尚未发明，因此当时的契文都是刻在竹简木牍上。前引《周礼》中“听称责以傅别”一语，傅指文约，而别则是一分为二的意思。东汉郑众解释说：“……傅，傅著约束于文书；别，别为两，两家各得一也”。总之，“别”是为以后有争议时“合券为证”的。后来，发明了纸，并在纸上书写契文。为了取信和对质，便在分别写有全部契文的左右两契并合处大书一个“同”字。这样，立约人双方的契纸上便各有半个“同”字。遇有争议，便将两契相合，“同”字齐合，则属原契无疑。后来又索性将“合同”两字并书，两契之上各有两字之一半，“合同”之谓，由是而来。合同契也成为得到广泛使用的一种契约形式。这种契约年代得到确考的是曹魏元帝景元四年（公元263年）的“五佰陟领礒券”。南北朝以后，由立契人署名画押的单契又逐渐取代合同契，因而“合同”一词也逐渐退出契约领域，变得只有历史学和考古学上的意义了。①

综上所述，我国古代的契约制度有着相当悠久的历史和复杂多样的形式。合同只是契约形式的一种，严格地说，它是验证契约的一种标记，犹如今天的押缝标志，它本身并不是当事人之间的协议。因此，我们今天著书做文说“中国古代合同法”云云，似乎并不是一个妥当的用语。

迄止1949年人民共和国成立时，无论是实际生活中，还是学者写作，大都使用“契约”一词。翻译外国法律或著作也都使用“契约”而不用“合同”。1934年上海大东书局出版汪翰章主编《法律大辞典》，“合”部之下不收“合同”，只有“合同行为”一条，附德文对译词“Gesamtakt”。释文曰：“又称协议行为，二人以上以同一内容同一意义之意思表示之合致，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。”这里的含义与分辨也是很清楚的。

不过，我也发现了例外情况。郑竞毅编著的那本分装三册的《法律大辞典》（商务印书馆，1936年1月初版）明白无误地列有“合同”一条，释文称“双方当事人同意时所订立之书面契约曰合同。换言之，即书面契约之谓也。”该条附注英文对译词为“Written agreement”（直译为“书面协议”）。从这段释文可以看出，编者是将“合同”作为“书面契约”的同义词来解释的。这与我们今天的理解也是大异其趣的。②

“合同”成为“契约”的同义词并逐渐取代后者是1949年以后的事情。解放初期的若干立法文件以及翻译作品显示了这一变化过程的轨迹。

---

① 参看张传玺：《中国古代契约形式的源和流》，同前注引书，第167—187页。

② “无论是书面合同，还是口头合同，凡符合法律规定的，都具有法律上的约束力，国家对口头合同同样予以保护”。见前引王家福等书，第163页。另外，郑编辞典的这个释文过于简短，它没有解释何以书面契约要称为“合同”。还有，用英文written agreement作为书面契约的对译也不确切。“contract”与“agreement”并非严格意义上的同义语，参看Black's Law Dictionary（5th ed.），第62页。前面提到的王利明等著《民法新论》说：“我国旧民法中有一些学者认为，合同和契约的区别主要在于形式上，合同可以是任何形式的，而契约只能是书面的。”这个解说与郑氏释文恰好相反对。

1950年8月1日，中央人民政府铁道部颁布《货物运送规则及补则》，其中第10、11条分别规定了“运送契约的成立及终了”、“拒绝运送或解除契约”等有关事项。这里用的还是“契约”，并没有提到“合同”。两个月以后的10月3日，中央人民政府政务院财政委员会颁布《机关国营合作社签订合同契约暂行办法》，标题已经将“合同”与“契约”并列，并且“合同”在前，“契约”在后。正文中的表述显示对二者的含义辨别还不是很清楚，有时好象是并列的两个不同概念（“合同及契约”），有时又似乎是同义词（“合同或契约”）。不过从内容上看，合同与契约或有分工上的差别。例如，“机关、国营企业、合作社向银行申请贷款时，应具备上级机关或主管机关批准之事业计划及财务计划，并须签订契约”（第3条）。“中央机关之大额贷款契约及重要合同，得由财政部为担保”（第6条）。这样的规定似乎表明，贷款关系所订立的协议称为契约，而其他某些协议则称为合同。又据1954年4月1日交通部核准试行的《公路汽车运输规则》第5、11条，当时在货物运输方面已称合同，而保险关系方面则仍称契约。据所能见到的材料，在我国立法文件中最后一次使用“契约”，是1957年4月1日竣事的《买卖契约第六次草稿》，这是五十年代起草民法典工作的一个重要组成部分。这部民法典终于未能颁布，“契约”之称也成为绝响。

在翻译方面，1949年以后译介最多的是苏联的立法文件和法学著作。1950年5月出版的《苏俄民法典》（王增润译本）、1951年出版的阿卡尔柯夫著《关于契约责任的几个问题》（人民大学民法教研室译）、1954年出版的布拉都西主编《苏维埃民法》（人民大学民法教研室译）等均用“契约”；1955年12月出版的《苏联经济合同论文集》（全国人大常委会编译室译）、1956年出版的《苏俄民法典》（郑华译本）、同年出版的赫鲁菲娜著《苏维埃社会主义民法中合同的意义和本质》（郑华等译）、1957年出版的《债权法分论》（王明毅等译）等书中，“契约”都悄然消失，被合同取而代之。①

从上述例子可以看出，把“合同”作为“契约”的一个同义词或近义词来使用始于1950年，经过五年多两名通用的过渡期之后，契约作为我国立法上的一个术语终于完全消失。

为什么一定要用“合同”来取代“契约”呢？由于在这对词语的转换过程中没有出现过公开的讨论和争论，所以此中原因颇不易看清楚。可能的原因大约有两方面，一是废除“旧法统”的影响，“契约”作为旧法术语而遭到冷落；一是社会制度与经济制度变化的影响。人们认为公有制建立之后，社会主义企业间及其与个人之间的关系已与此前各私有制社会大不相同。尤其是计划经济实施后，企业间就原料与产品的提供所订立的协议已不再是获取利润的工具，而是完成国家经济计划以及党所倡导的社会发展目标的手段。②含义既已经发生

---

① 当然，对于西方著作的翻译也还有网开一面的，不一定都跟着改换译名。例如沈景一译梅因《古代法》一书（商务印书馆，1959年版），第九章“The Early History of Contract”便译为“契约的早期史”；那句著名的口号“from Status to Contract”也不必改为“从身分到合同”。

② 在苏联，十月革命之后的一段时间里，占主导地位的观点曾一度认为可以完全废除契约制度。国家也曾发布命令，要求企业将全部产品交由国家处理，并就其所需原料提出报表；在国有化经济内，所有产品的流转均是由行政行为直接调整的。“新经济政策”时期，契约制度得到了一定程度的恢复，然而其含义与内容已迥异于资本主义市场经济下的契约。“契约不再是当事人为增进其私人利益而自由地交换商品和劳动的手段；这时它已经成为履行国家经济计划并使其具体化的一种工具。也正因为如此，它才成为社会主义法系的一个典型制度。”见Zweigert和Kötz合著：Introduction to Comparative Law, 2nd ed., trans. T. Weir (Clarendon Press, Oxford, 1987)，卷一，第345—346页。中国有苏联的经验可资借镜，立法实践上要现实一些。

了根本性的变化，实在不应当继续使用从前的名称，因此便以“合同”取而代之。①

“合同”之称在今天已经是约定俗成。但是，流行的未必都是正确的和适当的。我认为，用“合同”取代“契约”是不必要的，甚至可以说是概念上的误导。理由有以下几个方面。

第一，从语词结构上看，“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。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”译成白话便是“可以把‘同’字合起来〔加以验证〕的契约”。现在把“合同”二字拿来径指契约，虽然说可以赋旧词以新义，然而与其本来意义毕竟相差太远，于文理上也难以说通。况且我们已经有“契约”这样含义准确的术语，弃良即丑，似无必要。

第二，“合同”之称在实际使用中很不经济。由于“契约”是同义合成词，所以在许多情况下可以简称为“约”，而“合同”却不能作类似的省略。这样，过去用“立约人”三个字就能表达的内容，现在却必须用“合同当事人”五个字来表达（“合同人”或“立合同人”的说法尚未见到）；“不符合约定规格”须改为“不符合合同所定规格”；“要约”、“违约”、“违约金”这类术语虽然今天依然得到保留，但毕竟与“合同”之称不相匹配，适当的说法是“合同提议”、“违反合同”、“违反合同的罚金”，这样一来，表述上却显得罗嗦。几个字的出入似乎无关紧要，然而，对于那些日复一日地审理契约案件、制作司法判决的经济庭、民庭的法官以及有关律师来说，常用词中几个字的出入却并不是一个小事情。法言法语贵简明，忌冗繁；舍简就繁，不可谓明智之选。

第三，改“合同”为“契约”会给学术研究带来方便和益处。前面我们已经提到，在学术界，对于这两个术语，许多学者至今仍是各执一词，甚至同一个人、同一本书中两词互用。读者不了解作者或译者对两个词含义的指握，就很有可能产生误会。试举一例，有这样一段译文：“古典的契约自由包含着两重意思：一、合同要建立在双方当事人协议的基础上；二、合同是自由选择的结果。”②我们读了这段话，准会以为文中的“契约”与“合同”是两个概念，有内涵或外延上的差异，然而一查原文，③却发现原来它们是一个词，一回事。④这种情况不利于读者正确理解有关概念，无疑损害了学术著作的准确性和权威性。

有人或许会反问，如果学者们在今后的写作和翻译过程中将“契约”一律改为“合同”不是一样可以达到所希望的准确和统一的目标么？一律改为“合同”，统一的目标自然可以

---

① 心细的读者马上会提出问题：不错，“契约”当然是旧法术语，但是“合同”就能算是新法名词么？这样的疑问自然有道理，但是却忽略了这两个字在字面上给人的感受并不一样。“契约”让人感到是对立的双方达成的一种约定，而“合同”字面上便给人一种“团结”的感受，它可以意味着或解释成合作者或“同志”间的纽带。在社会发生巨变的五十年代，语汇学上发生这样的变化是很自然的。再说，“合同”这个“旧法术语”自南北朝后已经消失，而“契约”却一直使用到建国初年。文化继承史上也不乏这类“舍近求远”或“远交近攻”的例子。

② 见〔英〕阿蒂亚著，程正康等译《合同法概论》，法律出版社1982年版，第8页。

③ “…[T]he classical concept of freedom of contract embraced the two ideas of contract being based on agreement, and of contracts being the outcome of a free choice.” See P.S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract (Clarendon Press, Oxford, 1981), p.q.

④ 类似的两词互见的情况在前引《合同法》一书中也存在。如引用梅因时用“合同”，引用马克思时又作“契约”；引用法国、德国民法典时作“合同”，而引用瑞士民法典时又作“契约”。

达到，不过准确性仍成问题。除了前述第一点语词结构方面的原因外，还因为“契约”这个概念在近代的学术理论中，已经超出了纯粹的法学与经济学的范畴。研究社会发展史和社会学的学者们将人类冲破血缘与家族纽带，建立一种平等的权利义务关系的社会演进称为社会发展史上的一大转折点。联系这种新型社会人与人之间关系的纽带便是契约。人际关系、社会关系的契约化意味着法治社会取代家族主义社会的大变局，意味着人的自由和人的解放。对于这样的变化过程，英国法学家梅因（Henry S.Maine）在其著作《古代法》中概括为“进步社会的运动，到此处为止，是一个从身分到契约的运动”①（着重号为原著所有）。这个概括被法学家艾伦（C.K.Allen）誉为“全部英国法律文献中最著名的”文句。同样，梅因的这一论断传到中土以后也成为著名文句，引起了史学界、社会学界而不只是法学界的注意和重视。②“契约”已不仅仅是一个民法上的概念，而且成为一种社会观念，一种衡量社会进步的尺度。今天，“从身分到契约”已成为经典口号，将“from Status to Contract”译为“从身分到契约”也被共认为确当的经典译例而具有广泛的影响，如同将卢梭的“Du Contrat Social”译为“社会契约论”一样。因此，当我们发现今日的民法学家将梅因的口号改译为“由身分到合同”，将卢梭的学说解说成“关于国家起源于合同的学说”时③，由衷地感到这两个名词的辨析和选择已不仅仅是一个术语学（terminology）上的问题了。④

（作者单位：中国政法大学比较法研究所）

责任编辑：张广兴

书 讯

《法学大辞典》即将出版

当前，法学词典林林总总，但每每相互雷同、内容陈旧、学科不全，读而不得。为了弥补这些缺憾，满足我国理论研究者和执法人员的需要，历经三年，编写了这部《法学大辞典》。该《辞典》有三个特点：一是内容新。注重吸收近年来国外和港、澳、台法学研究领域里的最新研究成果。二是学科全，条目全。古今中外，所有法学学科的内容，只要独立成条，皆予收纳。三是特，即全部词目都有相应英译文，多位英语专家，对本词典的所有词目进行了英译。本词典由中国人民大学法学院、北京大学法律系、中国政法大学、社科院法学所、人大法工委、中央政法委员会、最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制局、中国法学会等单位的五十多名中青年法学家编写，并聘请了二十多位老一辈法学家作本词典的顾问。全书420万字。精装，16开本，订价96元。需购者请与社会学书社联系，地址：北京和平里中街43号（142中学内），邮编100013。开户行：北京工商银行东四分理处沙滩信用社，帐号07111—87。

---

① 沈景一译本，第97页。

② 法学界之外的学者重视和研究这一名句的最近一个例子是何兆武先生的一篇文章，题曰《从身份到契约》，载《读书》1991年第8期。

③ 分别见前引王家福等书，第33、44页。

④ 查日本学者对梅因那句名言的翻译，也是“从身分到契约”（“身分”和“契约”二词均用汉字），例见木下毅《英美契约法的理论》（东京大学出版会，1977），第15页。邻壁之光，或足借之。此外，台湾、香港等地区均通用“契约”，改“合同”为“契约”，也会为区际乃至国际交往减少一个术语障碍。