

“十五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

现代社会中的 新合同研究

方新军 著

Study of New Contracts
in Modern Society

 中国人民大学出版社



现代社会中的 新合同研究

方新军 著

Study of New Contracts
in Modern Society

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

现代社会中的新合同研究/方新军著.

北京:中国人民大学出版社, 2005

(法律科学文库/曾宪义总主编)

ISBN 7-300-06986-X

I. 现…

II. 方…

III. 合同-研究-中国

IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 142754 号

“十五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

现代社会中的新合同研究

方新军 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511239 (出版部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 三河市新世纪印务有限公司

开 本 787×965 毫米 1/16

版 次 2005 年 12 月第 1 版

印 张 24.75 插页 2

印 次 2005 年 12 月第 1 次印刷

字 数 391 000

定 价 29.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

法律科学文库

编委会

总主编
曾宪义

副总主编

赵秉志（常务） 王利明 史际春 刘 志

编 委

（以姓氏笔画为序）

王利明	史际春	吕世伦	孙国华	江 伟
刘文华	刘 志	刘春田	许崇德	杨大文
杨春洗	陈光中	何家弘	李文彬	郑成思
赵中孚	赵秉志	高铭暄	郭燕红	曾宪义
程荣斌				



总 序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会文明的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简捷明快、也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重

要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，不断提升自身的境界，逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17世纪以后，数次发生的工业革命和技术革命，特别是20世纪中叶发生的电子讯息革命，给人类社会带来了天翻地覆的变化，不仅直接改变了讯息交换的规模和速度，而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式，使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下，宗教、道德等维系社会人心的传统方式，在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择，似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制，给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则，在保障社会共同利益的前提下，给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样，既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定，又能在此基础上充分保障个人的自由和个性，发挥每一个社会成员的创造力，促进社会文明的进步。惟有如此，方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此，近代以来的数百年间，在东西方各主要国家里，伴随着社会变革的大潮，法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中，尚法、重法的精神也一直占有重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同，内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融，故而在19世纪中叶，随着西方列强对中国的侵略，绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体，中国的法制也由此开始了极其艰难的现代化的过程。如果以20世纪初叶清代的变法修律为起点的话，中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争，道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等，使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说，社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇，但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变，在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以，尽管曾经有过许多的机遇，无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力，中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至20世纪70年代末期，“文化大革命”的十年动乱宣告结束，中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界，用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路，中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复

兴运动，也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说，自 1978 年中国共产党十一届三中全会以后的 20 年，是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的 20 年。在过去 20 年中，中国人民高举邓小平理论伟大旗帜，摆脱了“左”的思想的束缚，在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革，并取得了令世人瞩目的成就，使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设，也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改革开放的初期，长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除，“加强社会主义民主，健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近二十年的努力，到 90 年代中期，中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看，我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看，一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立，并在不断完善之中。更为可喜的是，经过近二十年的潜移默化，中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强，党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略，已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变，为中国当前法制建设进一步完善和真正以法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知，法律的进步和法制的完善，一方面取决于社会的客观条件和客观需要，另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强，同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升，有赖于法学研究水平的提高，有赖于一批法律专家，包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升，也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之，社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的 20 年中，随着国家和社会的进步，中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过 20 年的努力，中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响，迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设，并适应国家建设和社会发展的需要，针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究，为国家的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时，新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学

教育体制改革,当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚,这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说,在过去20年中,法学界的努力,对于中国新时期法制建设的进步,贡献甚巨。其中,法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用,也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化,势必要对法律提出新的要求,同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言,经过近二十年的奋斗,改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入,国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来,如全民道德价值的更新和重建,市场经济秩序的真正建立,国有企业制度的改革,政治体制的完善等等。同以往改革中所遇到的问题相比,这些问题往往更为复杂,牵涉面更广,解决问题的难度也更大。而且,除了观念的更新和政策的确定外,这些复杂问题的解决,最终都归结到法律制度上来。因此,一些有识之士提出,当前中国面临的难题或是急务在于两个方面:其一,凝聚民族精神,建立符合新时代要求的民族道德价值,以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向;其二,设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”,以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则,将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上,如果考虑到特殊的历史文化和现实情况,我们会认识到,在当前的中国,制度的建立,亦即一套“良法美制”的建立,更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制,当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作,即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等,都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里,中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果,在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列,并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来,中国人民大学法学院的

法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域中辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套“法律科学文库”，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。此套“法律科学文库”是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干部具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精心组织出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

“法律科学文库”的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版“文库”这一机会，集中推出一批高质量、高水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，“法律科学文库”能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。

1999年9月



前言——大陆法系合同法 分则的变迁及发展趋势

我们今日的社会和以前历代社会之间所存在的主要不同之点，乃在于契约在社会中所占范围的大小。

—— [英] 梅因

从某种程度上讲，判断一个国家民法典是否新颖，合同法分则的种类及编排是一个重要的指标。但是在我国民法学界，关于合同法分则的研究一直未能引起足够重视，这直接导致我国 1999 年制定的《合同法》只规定了 15 种有名合同，而同年制定的我国澳门特别行政区民商法典却规定了 31 种，如果考虑到其中有些合同种类又包括了一些亚种，实际数字比这还要多。即使从本国的历史沿革考察，七十多年前制定的《中华民国民法典》也规定了 24 种有名合同，如果算上后来修订所增加的种类则是 27 种。研究的不足已是事实，立法的欠缺也已是白纸黑字，所幸的是我国正在着手制

定民法典，上述缺陷还可以通过后续的研究予以弥补，并最终体现在民法典中。本文的目的是以罗马法为起点，选择有代表意义的民商法典为素材^①，系统考察大陆法系合同法分则种类的变化及原因，并力图归纳出合同法分则的发展趋势，以期为我国未来民法典的制定提供参考。

一、分析的起点——罗马法中的合同种类及其变迁

（一）盖尤斯《法学阶梯》（161年）中的合同种类

盖尤斯在《法学阶梯》中这样写道：“我们首先看看那些产生于契约的债。这样的债有四种：债的缔结或者是通过实物，或者是通过话语，或者是通过文字，或者是通过合意。”^②在实物之债中，盖尤斯列举了消费借贷和错误给付；在话语之债中，他列举了要式口约的具体签订方式；在文字之债中，他主要讨论了债权誊账；在合意之债中，他列举了买卖、租赁、合伙和委任。

（二）优士丁尼《法学阶梯》（529年）中的合同种类

虽然优士丁尼将债的发生原因由盖尤斯认为的两种扩大为四种（I.3.13.2），但在契约之债的发生原因上，他仍然与盖尤斯保持一致，即认为契约或者通过物，或者通过言辞，或者通过文书，或者通过合意而订立（I.3.13.2）。^③不过在合同的具体种类上仍然有较大的变动。

（三）罗马法合同种类的变化——从盖尤斯到优士丁尼

从盖尤斯《法学阶梯》到优士丁尼《法学阶梯》的时间跨度是372年，我们来看一看合同种类究竟发生了怎样的变化。

1. 关于通过物而产生的债。盖尤斯只涉及了消费借贷，而优士丁尼则增加了使用借贷、寄托和质押。可以肯定的是，后述三种合同在盖尤斯时代是确实存在的，但他却没有讨论它们，而且让现代人更加诧异的是，

① 本文以罗马法中的两本《法学阶梯》为分析的起点，从法国国民商法典开始，以100年左右为一个时间单位选择一两部民法典作为典型分析材料，但不排除在比较分析时使用其他民商法典作为素材。

② [古罗马]盖尤斯：《法学阶梯》，226页，北京，中国政法大学出版社，1996。

③ 参见[古罗马]优士丁尼：《法学阶梯》，343页，北京，中国政法大学出版社，1999。

盖尤斯在消费借贷之后紧接着讨论了错误给付的问题，这主要是因为：第一，盖尤斯并没有创立出准契约的概念，同时罗马法上的契约的成立并不以当事人的合意为要件，因此他将属于准契约的不当得利与作为合同之债的消费借贷作为一个类型进行讨论，而这两种债之所以能够统合进一个类型，关键在于它们适用一个共同的诉讼——“请求给付之诉”（condictio）；第二，上述“请求给付之诉”是一种严法诉讼，只适用于单务之债，而使用借贷、寄托和质押则是双务契约，并且是以诚信为基础的。^①因此盖尤斯将它们排除在实物债之外。但是“希腊学派或优士丁尼法的编纂者们改变了这种划分的基础，对实物契约的概念做了篡改，把它理解为因给付某物而成立的契约，即便不涉及返还义务”^②（I.3.22.1；D.19.4.1.2）。这样上述三种契约得以顺利地进入实物之债。但是在优士丁尼《法学阶梯》中，盖尤斯的影响仍然是非常明显的，虽然优士丁尼已经归纳出准契约的类型，但是他在实物之债中几乎照搬了盖尤斯关于错误给付的论述（I.3.14.1），同时在关于准契约之债的论述中又重复了它（I.3.27.6），这只能说明优士丁尼法的编纂者们在逻辑上的不彻底性。

2. 关于通过文字而产生的债。盖尤斯主要是针对债权誊账进行了简短论述，而优士丁尼则完全改变了话题。他首先否认了债权誊账在他那个时代的存在，但是他并没有否认文字之债，他在这种债的名义下讨论了债务人亲笔字据的效力问题。彭梵得这样评价道：“从一定意义上讲，当优士丁尼在他的《法学阶梯》中确认存在一种通过‘要求给付之诉’加以保障的新文字债时，他是对的。”^③ 优士丁尼之所以是对的，是因为他以这种方式将早已作为要式口约的证明手段而渗透进罗马法中的亲笔字据保存了下来，它恰恰依靠这种职能掩盖了自己的本质。在实践中，亲笔字据继续独立于任何要式口约而被加以利用，这最终使得要式口约名存实亡。

3. 关于通过话语而产生的债。事实上在公元472年利奥（Leo）皇帝

① 参见[英]巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，179页，北京，法律出版社，2000。

② [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，307～308页，北京，中国政法大学出版社，1992。

③ [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，360页，北京，中国政法大学出版社，1992。

发布一项谕令后已经不再需要要式口约了。但是优士丁尼仍然不合时宜地在其《法学阶梯》中花费了不少的篇幅去讨论它，英国罗马法学家巴里·尼古拉斯认为一方面可能是因为《法学阶梯》的编纂者们对于四分法（4种契约类型、4种私犯、4种实物契约、4种要式口约、4种合意契约），的热中另一方面重新塑造整个契约法可能也不是当时的法律编纂者力所能及的事情。^① 我认为可能还有两个原因：第一，无论是盖尤斯还是优士丁尼，有关合同之债的一些具有共性的问题，例如附条件、附期限、合同无效（标的不可能、主体无能力、意思表示不一致、违反公序良俗等）、保证等都是在要式口约中进行讨论的，实际上它具有现代合同法总则的地位；第二，我甚至认为优士丁尼明知利奥敕令的存在（I.3.15.1），仍然大规模地讨论要式口约主要是为了应对无名合同问题，因为他明确地意识到“契约的标的有多少，它的种类就有多少”（I.3.18.3）。而要式口约就是一个口袋，因为任何协议都可能通过采用要式口约的形式而在法律上获得效力，因此所有的无名合同都可以不显山不露水地往里面装。

4. 关于合意契约的范围，盖尤斯和优士丁尼保持了完全的一致，即包括买卖、租赁、合伙和委任，只是优士丁尼的论述更加详细一些。

（四）罗马法合同分类标准的变迁史

如果以现今的标准来观察，罗马法以缔结合同的方式作为合同之债的分类标准，并不能对所有的合同之债进行非此即彼的区分。我们甚至可以认为合意之债是其他三种合同之债的基础，所谓交付实物、通过话语和文字只不过是当事人合意的外在表现形式。

但是需要注意的是，在罗马法上“契约”和“合约”是有区别的。“一个‘合约’是个人相互间同意的极端产物，它显然还不够成为一个‘契约’。它最后是否会成为一个‘契约’，要看法律是否把一个‘债’附加上去。一个‘契约’是一个‘合约’（或‘协议’）加上一个‘债’。”^② 很多时候，外在形式本身产生债。同时罗马法上契约之债的分类标准并不是在一个固定的时间点上由某一位法学家作出的，它们实际上反映了罗马法对契约之债形式性要求逐渐减弱的变迁过程。

^① 参见[英]巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，206～207页，北京，法律出版社，2000。

^② [英]梅因：《古代法》，189页，北京，商务印书馆，1959。

罗马法中最早的合同之债是基于外部的动作和话语而产生的债——要式契约，这种形式在《十二表法》(公元前450年)中已有明确的规定(第6表第1条和第2条)。要式契约是罗马法中的核心契约，而要式口约又是要式契约的核心，这并不以为奇。因为传统的罗马市民法具有形式主义的特点，并且在可供选择的各种形式当中，它习惯于选用口头话语的形式。^①这一方面可能是因为宗教仪式的影响，另一方面这一方式也足以应对简单商品经济社会中出现的各种情况。

由于早期的罗马法中不存在非要式契约，要式口约必然要逐渐扩大适用范围，以应对社会经济的发展。“它首先被允许适用于钱款债务；后来很快被扩大适用于特定物的给付，最终，人们(先是间接地，通过罚金条款，后来则是直接地)采用它使以不特定物为对象的债(即履行行为或服务)成为合法的。”^②

同时，在罗马法中也出现了在要式口约之外承认新种类合同之债的迹象。首先是文书契约，即债权誊账，虽然这种债后来消失了，以至于我们不太了解它的细节，“但是有一个主要之点是可以确定的，即在这种‘契约’中，只要条件遵守了，所有的手续都可以省却。这是契约法历史中向前推进的另一步”^③。文书契约是导致要式口约衰退的主要动因，不过需要注意的是此处的文书契约已经不是债权誊账^④，而是记载了已履行要式口约的书面文件。因为一旦上述书面文件被承认具有法律上的效力，而且法官也不再对当事人是否真的履行了要式口约感兴趣，那么我们就可以闻到一点要式口约死亡的气息了。

其次是要物契约，在“艾布体亚法”(Lex Aebutia，公元前149～公元前126年)后，对于消费借贷仅需交付物本身即可成立，无须要式口约。^⑤等到了优士丁尼时代，这种要物契约已发展到四种，即消费借贷、使用借贷、寄托和质押。虽然基于物而产生的债在优士丁尼的《法学阶

① 参见[英]巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，203页，北京，法律出版社，2000。

② [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，358页，北京，中国政法大学出版社，1992。

③ [英]梅因：《古代法》，187页，北京，商务印书馆，1959。

④ 债权誊账在盖尤斯时代就已经过时，优士丁尼则明确说明在他的时代里这种债已经没有人使用(I. 3, 21pr)。

⑤ 参见周枬：《罗马法原论》(下)，655页，北京，商务印书馆，1994。

梯》中被排在合同之债的首位，而且根据梅因的观点，“‘要物契约’，表示在伦理概念上向前跨进一大步……第一次把道德上的考虑认为‘契约’法中的一个要素”^①。但它们在实务中并不那么重要，因此它们并没有动摇要式口约的核心地位。

真正对要式口约捅上最后一刀的是合意契约的产生及发展，实际上在要式口约的适用范围被扩展到任何种类的允诺，从而达到其发展的顶峰时（公元前1世纪），也是合意契约开始悄然出现之时（公元前1世纪）^②，这正应了盛极而衰的道理。合意契约对要式口约的打击是致命的。

首先，合意契约使得外在的形式变得不必要，单是当事人合意本身就可以带来债，关于这一点盖尤斯说得很清楚：“我们说在这些情况下通过合意缔结债是因为：不需要任何特殊的话语或者文字，只需要实施交易行为的人相互同意。”优士丁尼几乎是原文照搬了这个说明（I.3.22.1）。

其次，合意契约的种类是社会生活中最普遍和最重要的，因为“每一个社会的集体生存，其较大部分是消耗在买卖、租赁、为了商业目的而进行的人与人之间的联合、一个人对另一个人的商业委托等等交易中；这无疑使罗马人像大多数社会一样，考虑到把这些交易从专门手续的累赘中解脱出来，并尽可能使社会运动最有效的泉源不致阻塞”^③。

合意契约的胜利对契约法的发展是革命性的，虽然合意契约的数量在罗马法中极端有限，“但是，毫无疑问它在‘契约’法史上开创一个新的阶段，所有现代契约概念都是从这个阶段发轫的。意志的运动构成合意，它现在完全孤立了，成为另外一种考虑的主题；在契约的观点上，形式全部被消除了，外部行为只是看做内部意志行为的象征”^④。

罗马契约法从形式到合意的运动导致了原先根据签订方式对契约进行分类的重要性彻底丧失。虽然后世民商法典不再采纳罗马法的合同分类标准，但是罗马法所确定的“通过物而产生的契约”和“通过合意而产生的契约”是现代民法要物契约和诺成契约的原形，而且罗马人在上述两种契

① [英] 梅因：《古代法》，187页，北京，商务印书馆，1959。

② 参见 [英] 巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，172～173页，北京，法律出版社，2000。

③ [英] 梅因：《古代法》，188页，北京，商务印书馆，1959。

④ [英] 梅因：《古代法》，189页，北京，商务印书馆，1959。

约中规定的 8 个合同种类一直作为母体源源不断地分娩出新的合同种类。在很长一段时间里，人类都走不出罗马人概括出来的这 8 个合同种类，有的只是进一步地细化而已。

二、法国民商法典（1804 年）——合同种类的前工业社会特征^①

（一）《法国民法典》中的合同种类

《法国民法典》（以下简称法民）没有债编，在其第三卷“取得财产的各种方式”中规定了各种合同类型，原初规定的种类有：“买卖”、“互易”、“租赁”、“合伙”、“借贷”、“寄托与讼争物的寄托”、“射幸契约”、“委托”、“保证”、“和解”、“仲裁”、“质押”、“优先权与抵押权”等 13 种。在后来的修订中又增加了“不动产推销契约”（1971 年）和“关于行使共有权的协议”（1976 年）2 种。

（二）《法国商法典》中合同的种类

《法国商法典》（以下简称法商）是从商人的角度进行立法，因为当时并非一个全民皆商的时代，商人具有一定的特权地位，但是其总则中有关具体商人的规定实际上就是关于这些商人所缔结合同的规定，计有：“代理商”、“居间商”、“证券经纪人”、“质押和行纪商”，加上“海商”共 5 种。

（三）变化及原因

从优士丁尼的《法学阶梯》到法民，时间跨度为 1271 年，期间世事沧桑，变化不可谓小。对于合同法而言，最大的变化就是罗马法根据签订的方式对合同进行分类的标准已彻底丧失了重要性，类型化的强制也已经

^① 前工业社会、工业社会和后工业社会是美国社会学家丹尼尔·贝尔提出的概念性图式。根据他的看法，前工业社会的“意图”是“同自然界的竞争”：它的资源来自采掘工业，它受到报酬递减律的制约，生产率低下；工业社会的“意图”是“同经过加工的自然界竞争”，它以人与机器之间的关系为中心，利用能源来把自然环境改变为技术环境；后工业社会的“意图”则是“人与人之间的竞争”，在那种社会里，以信息为基础的“智能技术”同机械技术并驾齐驱。从时间上看，可以认为前工业社会与工业社会以工业革命为分界线；工业社会与后工业社会则以第二次世界大战结束为分界线。参见 [美] 丹尼尔·贝尔：《后工业社会的来临——对社会预测的一项探索》，133～137 页，北京，商务印书馆，1986。

被意思自治原则所取代，一切合同均统合在当事人意思表示一致的基础上。

1. 对罗马法合同种类的保留及发展

(1) 关于买卖合同。虽然罗马法的理论认为，一切有体物和一切权利都可以是买卖的客体，但是优士丁尼只讨论了有体物的买卖。同时基于债是法锁的观念，罗马法对于债权的让与是非常消极的，最初是绝对不允许转让，后来是利用诉讼委任制度做补救，再后来是优士丁尼承认了一般的转让契约，但是仍然存在一些限制，如著名的阿那斯达希乌斯法（lex Anastasiana）规定受让人不得向债务人请求多于其债权应得价金之额。^①但是19世纪初资本主义社会的发展已经要求债权能够毫无阻碍地流通起来，因此法民一改罗马法半推半就的做法，在买卖合同中另辟一章单独规定了“债权与其他无形权利的转让”。这一增加在随后的民法典中均有体现，而且内容有越来越复杂的趋势。在《智利民法典》（1855年）中“权利让与”甚至从买卖合同中分离出来被单独规定为有名合同。

(2) 关于租赁合同。虽然优士丁尼只讨论了有体物的租赁问题，但罗马法理论认为租赁可根据客体的不同分为物的租赁、雇佣租赁和承揽租赁。法民将罗马法的理论落实在具体规定中，即将租赁合同分为三种，即物的租赁、劳动力与技艺的租赁和牲畜租养，同时劳动力与技艺的租赁又分为雇佣、水陆运输者和承揽。与罗马法的理论相比，法民只是将物的租赁分为不动产的租赁（土地和房屋）和动产（牲畜）的租赁，同时增加了水陆运输租赁这一亚种。但是在法民制定当时，铁路还没有出现，汽车也还没有发明出来^②，实际上陆路运输主要还是依靠人力和畜力，正如法国历史学家费尔南·布罗代尔所指出的那样：“拿破仑的行军速度与尤利乌斯·恺撒同样缓慢。”^③因此在现代民商法典中占据很大篇幅的运输合同在法民中只有很短的几个条文，而且还依附于租赁合同之下，不过这样一种安

① 参见[日]我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，22页，北京，中国大百科全书出版社，1999。

② 法国于1830年推出自己的铁路，现代意义上的第一辆汽车则出现于1886年。参见吴国盛：《科学的历程》（第二版），405、408页，北京，北京大学出版社，2002。

③ [法]费尔南·布罗代尔：《15至18世纪的物质文明、经济和资本主义》（第一卷），506页，北京，生活·读书·新知三联书店，2002。