

# 买卖合同之规定准用于其他有偿合同

易 军\*

**内容提要：**合同法第174条具有明显的特质与重要的功能。在规范性质上，该条为不完全法条与准用性法条，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，一些兼有有偿无偿性的中间型态能否为该条所涵盖不无疑义。我国司法实践中涌现了相当数量的适用第174条的案例，但法院的说理太过简单。第174条适用中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。在类似性判断中，尤应避免不合事宜地等量齐观。

**关键词：**参照 类推适用 有偿合同 买卖合同 准用

我国合同法第174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，参照买卖合同的有关规定。”相较于合同法的其他规定，该条具有明显的特质与重要的功能。不过，该条却未能引起我国民法学者的重视，理论上对其所作的研究可谓是完全空白。不仅如此，虽然“参照”也是一个几乎为所有部门法都使用的重要立法技术，〔1〕但包括法理学界在内的我国整个法学界对之所作的研究却十分薄弱。即使近年来有关法学方法

\* 中国政法大学教授。

本文为2013年教育部新世纪优秀人才支持计划、中国政法大学优秀中青年教师培养支持计划、中国政法大学青年教师学术创新团队资助项目的成果形式之一。

〔1〕除第174条使用“参照”的术语外，合同法还在第12条第2款、第124条、第175条、第184条、第330条第4款等5处使用这一术语。

论的研究已蔚然成风，但关于“参照”的研究却未能与有荣焉，仍几乎处于空白状态。<sup>〔2〕</sup>王泽鉴先生曾谓，法律的健全与进步，可以类推适用作为测试的指标，并因类推适用而渐趋成熟。<sup>〔3〕</sup>有关“参照”（本质上为类推适用）研究的不彰，足以说明我国法学研究臻于成熟之境仍任重道远。由于“参照”在法技术上的至关重要性，对合同法第174条展开研究，其意义当不限于买卖合同制度，也不限于整个合同法分则领域（第174条关涉买卖合同与形形色色的其他有偿合同之间的复杂关系），而是辐射到整个法律领域——围绕“参照”的研究对民法学方法论，对素重法教义学的刑法学领域、较新兴的行政法学领域，乃至对作为基础学科的法理学领域，都有重要的价值。

## 一、合同法第174条的性质分析

第174条的核心是“参照”。参照即准用，系德文“entsprechende Anwendung”的翻译，乃指“相当的适用”。至于是否相当，应就准用者与被准用者的构成要件，依其规范功能及体系关联上的地位，互相比较观察，以认定在何种程度应对被准用者赋予相当的法律效果。<sup>〔4〕</sup>简言之，准用乃立法时为避免法条文字之繁复，特将某种事项，明定比照其类似事项已有之规定处理。<sup>〔5〕</sup>由此可见，参照是将待决案件比照法律既有的规范加以处理。

在合同法中，除本文所涉的第174条外，第124条、第175条、第330条中的“参照”也均为此意。不过，合同法第12条第2款、物权法第195条第3款、第219条第3款、第236条第2款等虽也都使用了“参照”的术语，但在这些法条中，被参照者是合同示范文本、市场价格等非规范的因素，而非法条或规范，因此，这些法条在性质上与合同法第174条即有所不同。在规范论上，合同法第174条具有以下性质：

### （一）第174条为不完全法条

完全法条是指一个法条中兼有构成要件与法律效果两部分，并将该法律效果系于该构成要件。该法条构造完整，能独立作为权利的发生依据，且在法律适用上能独立作为请求权基础。不完全法条则是指那些构造残缺的规定。详言之，它往往无法律效果，甚至无构成要件，其功能旨在说明、限制或引用另一法条或章节的规定，因此，也被称为辅助规范。不完全法条不能独立作为请求权基础，若不与其他法条联合，以组成命令或授予规范，则不能发挥规范性的功能。只有与其他法条相结合，才能展示共创法效果的力量。

从语言看，第174条为完全的语句，但从法条来看，它则属于不完全法条。它既无明确的作为前提条件部分的构成要件，也无明确的法律效果，根本无法独立地调整买卖以外的其他有偿合同，当然也不能单独被援引作为裁判依据。欲发挥规范功能，必须将该条与被参照的买卖合同一章的规范乃至待决案件所属章节的规范密切结合起来，形成一个完整的规范或规整。在此意义上，第174条与合同法第52条第5项规定的合同生效的适法性要件

〔2〕 近年来，对“参照”这一术语展开研究的论文，可参见冯文生：《审判案例指导中的“参照”问题研究》，《清华法学》2011年第3期，第90页以下；谢晖：《“应当参照”否议》，《现代法学》2014年第2期，第54页以下。

〔3〕 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第8册，北京大学出版社2009年版，第51页。

〔4〕 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第7册，北京大学出版社2009年版，第208页以下。

〔5〕 郑玉波：《法谚》，台湾三民书局1984年版，第185页。

(类似要件如德国民法典第134条、我国台湾民法第71条等)实具有相同的性质。

《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》(以下简称为《解释》)第45条第2款规定:“权利转让或者其他有偿合同参照适用买卖合同的有关规定的,人民法院应当首先引用合同法第174条的规定,再引用买卖合同的有关规定。”该条要求一并引用合同法第174条与被参照的买卖合同的规定,堪称允当。因为不仅第174条为不完全规范,不能独立适用,尚需买卖合同规定的襄赞,而且被引用的买卖合同规定对待决案件本无约束力,若无第174条,它根本就不能适用于待决案件,其对待决案件的拘束力正是来自于第174条。因此,“当援用被引用法条规范该生活事实时,必须一起援用‘引用法条’,以明其规范基础”。〔6〕如果说“个别的法条,即使是完全法条,都是一个更广泛的规整之组成部分”,〔7〕则以第174条为典范的不完全法条更鲜明地凸显了法条之间相互衔接与交织的复杂状态。这再次证明概念法学与价值法学的基本认识:法律体系并非只是个别不相关的法律规定的堆砌,而是有内在关联的法律规定的整合体。

### (二) 第174条为指示参引性法条、准用性法条

不完全法条包括说明性法条、限制性法条与指示参引性法条。〔8〕合同法第174条属于指示参引性法条。指示参引是指法律明文授权将法定案型之规定适用于另一相同或类似的案型之上。它包括两种形态:将被援引的规定适用于另一相同的案型,以及将被援引的规定适用于另一类似的案型。后者即为准用,也称为授权式的类推适用或法定之类推适用,是指法律明文授权法院将某案型之法律规定适用到另一个类似的案型上。汉语世界内的学者大多笼统使用指示参引性法条的概念,即不区分上述两种情形,但也有作出精细区分者。如我国台湾学者黄巽明确区分“指示适用之规定”与“准用”或“法定之类推适用”。〔9〕

本文认为,上述两情形——将被援引的规范适用于另一相同或类似的案型——虽属同类,但在性质上仍有差异。在法条表述上,前者往往采用“适用”、“依照”、“有同一效力”、“亦同”等表述;在法律适用上,前者为直接适用。而后者则往往采用“参照”、“准用”等表述,且在法律适用上为类推适用。简言之,一为指示适用,一为指示参照。两者在表述、适用技术上存在很大差异,不可不辨。有鉴于此,本文使用“指示参引性法条”这一上位概念,并将之区分为“指示适用性法条”(同用性法条)与“指示参照性法条”(准用性法条)。合同法第89条、第287条、第395条、第423条使用了“适用”的术语,而第174条、第175条等则使用了“参照”的术语,也承认了两者的差异。由于不能直接适用,以合同法第174条为代表的准用性法条的司法适用比前者更为复杂。

### (三) 第174条的实质是类推适用

第174条虽仅使用“参照”的表述,但其实质为类推适用。类推适用的核心在于系争两个法律案型之间的“类似性”的认定。“参照”不是“依照”或“适用”,其文义为“参考并仿照”,而非完全照搬照抄,故只能借鉴、模仿。至于能否借鉴以及模仿到何种程度,

〔6〕 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第129页。

〔7〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第144页。

〔8〕 黄立称为“引据性条文”,参见黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第22页;朱庆育称为“参引性规范”,参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第47页;陈爱娥翻译拉伦茨的《法学方法论》时,使用了“指示参照性的法条”的表述,见上引拉伦茨书,第141页。

〔9〕 参见黄巽:《法学方法》,台湾元照出版公司2009年版,第52页以下。

则只能根据两者之间类似性的程度而定。一如拉伦茨所言，“准用意指：借指示参照而被规整的构成要件，以及法效果被引用之法规范的构成要件，两者的个别要素……彼此有如下的关系——依各该要素之作用及其于构成要件意义脉络的地位而言，应等同视之，如是，则应赋予其相同的法效果。”〔10〕因此，“就援引同类性质法条之待规范系争案型而言，准用、拟制与类推适用具有相同本质”。〔11〕“适用”、“参照”等法律术语十分鲜明地彰显了拟处理的案型与被引用的法条所规范的案型之间相同与否及类似性高低的程度。若两种案型相同，则应“适用”，不必采取类推适用的技术手段；若两种案型既非同一亦非歧异而在重要性质或特征上具有高度的类似性，则基于“等者等之，不等者不等之”的平等原则，藉类推适用之手段，以既有规范来处理待决案型。

当然，“参照”虽实质为类推适用，但与一般所言的类推适用仍有形式上的差异。“准用与类推适用不同，后者是指关于某种事项，于现行法上未设规定，法院援引其性质相类似之事项之法规，移转适用于该法律未规定之事项。在某种意义上可以说，准用是法律明定之类推适用，而类推适用则是判例学说所创设之准用。”〔12〕换言之，准用乃是立法者明确授权法官为类推适用，而类推适用则是（立法者未明确授权时）法官迳行为类推适用。〔13〕从动态的层面来看，立法者于法条中明定“参照”或“准用”时，虽然此际法官裁判的实质是在为类推适用，但法官不得在“参照”或“准用”之外另行再为类推适用，即“类推适用于遇有拟制、准用之明文时不得为之，须法律有漏洞而复无拟制、准用之规定时方得为之”。〔14〕

由此涉及到一需认真思考的问题：第174条的实质是类推适用，而即使无该条，民事法官在处理买卖以外其他有偿合同纠纷而遇有法律漏洞时，也应作类推适用，为何还要专门设立该条？本文认为，其必要性在于：

第一，此系立法技术上的要求。包括第174条在内的不完全法条是旨在避免重复规定、实现立法简洁要求的立法技术。如合同法第61条系关于合同解释或合同漏洞补充的规定，我国合同法有25个条文引用了该条。若这25个条文皆将第61条重复一遍，立法将非常烦琐与不经济。

第二，虽然在无第174条时，法官也应类推适用，但立法规定可发挥提醒或警示功能，使法官在处理买卖以外的有偿合同纠纷时，不忘参照买卖合同的规定。若将第174条理解为针对裁判者的强制性规范，则参照更是法官应承担的一项不得推卸的义务。

第三，第174条宣示并在客观上进一步强化了买卖在诸有名合同中的范式地位。买卖是最重要的有名合同。世界范围内，民事立法多将之置于诸有名合同之首，我国合同法也不例外。第174条明确要求其他有偿合同参照买卖合同的规定，进一步彰显了买卖合同制度在

〔10〕 前引〔7〕，拉伦茨书，第141页。

〔11〕 A. Kaufmann, Analogie und “Natur der Sache”, 1982, S. 26. 转引自黄建辉：《法律阐释论》，台湾新学林出版股份有限公司2000年版，第58页。

〔12〕 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第6册，北京大学出版社2009年版，第133页。

〔13〕 日本学者近江幸治明确指出，“准用”，一般情况下在法律（制定法）中，针对预设的A、B两个相似事实，将A的条文直接适用于B事实时使用的立法专业术语。参见〔日〕近江幸治：《民法讲义I 民法总则》，渠涛等译，北京大学出版社2015年版，第7页。

〔14〕 黄建辉：《法律漏洞·类推适用》，台湾蔚理法律出版社1988年版，第142页。

合同法分则或债法分则中的标杆作用。

#### （四）第174条表明立法者承认法律漏洞并授予法官宽泛的司法造法权力

法律漏洞是指违反规范计划的不完整性状态。虽然在法学发展的历史长河中，对制定法是否有漏洞曾存在不同的看法，但当代方法论的主流观点无不正视“法条有限、人事无穷”的客观现实进而不再否认法之漏洞性。理论上歧见固已消除，但立法是否明白承认此点仍属二事。合同法第174条显然是对买卖以外的其他有偿合同领域法律漏洞存在的明确肯认。考虑到我国现行民事立法上并无类似于瑞士民法典第1条、我国台湾民法第1条等授予法官补充法律权限的法源规定，第174条承认民法开放性的意义不容否认。由于该漏洞是立法明确承认并授权法官去填补的，故其为“明白授权补充的漏洞”或法内漏洞。漏洞既存，即应予以填补。类推适用是“为法无明文之系争案件寻求建立规范基础，就此而言，类推适用具有‘造法’之功能”。<sup>[15]</sup>因此，法官适用合同法第174条的裁判活动已超越法律解释的阶段，而进入了法律内的法的续造的范畴。

一般而言，民法领域的司法造法往往与公平、合理期间等规范性的不确定概念或诚实信用、公序良俗等概括条款相连。由于上述概念内涵、外延均不明确，故须由法官在个案中斟酌情事作出价值判断以具体化。不过，第174条根本未使用任何有待具体化的法律概念，其授权法官造法的性质从外观上看并不明显。然而实质上，第174条作为不完全规范，其不完全性的程度颇高，其既无构成要件，也无法律效果，为空白规范。其授权空间之广阔，甚至比起法律行为生效的适法性要件以及公序良俗要件这两个典型的授权条款都有过之而无不及。合同法第52条第4项、第5项虽使用了“社会公共利益”、“强制性规定”的高度抽象概念，其构成要件并不确定，但至少明确规定了法律后果，即违反强制性规范、公序良俗的法律行为“无效”。而第174条只是笼统地指示民事法官，在审理买卖以外的有偿合同纠纷时，应参照买卖合同的规定。至于是哪一或哪些有偿合同纠纷、该有偿合同的何种问题、应参照买卖合同中的哪一条文或规整等，则并不明朗。至若在具体适用过程中，是应原封不动地照抄，还是应依有偿合同的性质予以变通适用，则更是未置一词。

与这一性质相关，第174条还具有以下属性：

第一，第174条为衡平规定。严格规定与衡平规定系依法条对法院拘束力的强弱而作的分类。<sup>[16]</sup>前者是指将一个一般而清楚的法律效果系于一个一般而清楚的构成要件上，从而当构成要件被充分时，该法律效果便毫无例外地发生的规范。就该规定而言，法院对其不享有判断余地（关于法律构成要件部分）或裁量余地（关于法律效果部分）。而后者赋予法院就法律效果之发生与否及其范围以裁量的余地，有时甚至将某种法律效果系于并不被明确规定的构成要件，亦即系争构成要件中包含有不确定概念或一般条款。就该规定而言，法院对系争法律效果享有裁量余地，对系争构成要件中的不确定概念或一般条款的具体化享有判断余地。

第二，第174条为动态准用。动态准用与静态准用的差别在于被准用的规范变更时可否

[15] 前引[11]，黄建辉书，第33页。

[16] 严格规定与衡平规定的区分亦可以法律实践的时间维度为标准。若法律规定的内容在个人行为前（*ex ante*）即属确定，即为严格规定（*rule*）；若法律规定的内容在个人行为后（*ex post*）始确定，则为衡平规定（*standard*）。See Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 *Duke L. J.* 557 (1992).

还援引该规范。静态准用强调只能按被准用规范生效时的内容发挥作用，若该规范嗣后被修改，则不能再援引。动态准用则强调被准用的规范即使嗣后变更亦可被援引。<sup>[17]</sup>当买卖合同规定被修改而以新的面貌出现时，第174条仍有规范生命，即买卖外其他有偿合同仍可藉第174条参照被修改的买卖合同规定，因此，第174条当属动态准用之列。

第三，第174条为概括准用。准用亦有概括准用与具体准用之分。具体准用是指被准用的规范与待决案件均为确定的情形。合同法第26条第2款、第302条、第303条等均为典型的具体准用。概括准用是指被准用规范或待决案件之一或者两者同时不确定的情形。合同法第175条即属此列。该条中“参照买卖合同的有关规定”并未指明是合同法第九章中哪一具体规范，也未明示要将买卖合同规定援引来处理互易中的何种具体案型，两者均不确定。而第174条在概括性的程度上比第175条更甚一筹，其所要处理的待决案件为买卖以外的“其他有偿合同”，比第175条所规定的“互易”更为宽泛与不确定。

## 二、合同法第174条的文义解释

第174条虽不完全，但仍属法条或规范。对规范而言，文义无疑是规范解释作业的起点。以下结合该条，阐释参照的主体、参照的对象（类型）、规范连接词等问题。

### （一）何人参照

合同法第174条仅泛泛地要求其他有偿合同纠纷（应）依照法律规定或参照买卖合同的有关规定，但并未规定参照的行为主体，即究竟是由法官还是由合同当事人来参照？这涉及对该条是行为规范还是裁判规范的认识。就第174条而言，若该条为行为规范，则合同当事人与民事法官均为参照行为的实施主体，但若该条为裁判规范，则参照的主体仅为民事法官。

本文认为，参照的主体应仅为民事法官。其理由在于：

第一，“私法的存在是为了去提供那些个体可以在其间自愿行为的框架，同时也是为了在个体超越私力允许的使用限度时提供救济。”<sup>[18]</sup>合同法亦然。在合同自由原则的背景下，合同法规范大体上为任意性规范，旨在解释当事人意思表示的不明或弥补当事人意思表示的不备，当事人并无严守的义务，第174条自不例外。

第二，就买卖合同规定而言，既然当事人在订立买卖合同时都不必非遵守该规定不可，则更无强有力的理由要求当事人在订立买卖以外的其他有偿合同时予以遵循。质言之，当事人享有合同内容形成自由，不仅原则上得自由决定买卖合同的内容，而且原则上得任意约定买卖以外其他有偿合同的内容，甚至得背离立法者在买卖合同规定中所作的价值判断，根本无须惟买卖合同规定马首是瞻。

第三，撇开第174条为不完全规范从而不得独立适用不论，该条无构成要件，也无法律效果，从而既不能为合同当事人提供明确的行为指引，也不能产生任何确定的规范效果。但是，对民事法官而言，这些障碍却均不存在。包括合同法第九章在内的绝大多数合同法规范，虽然原则上是直接针对当事人所设（任意性规范），并非直接针对法官而设，但在当

[17] 参见 [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第49页。

[18] [比] 马克·范·胡克：《比较法的认识论与方法论》，魏磊杰、朱志昊译，法律出版社2012年版，第376页。

事人发生纠纷且未排除其适用时,这些规范却是法官在裁判时必须恪守的准则,而且第174条的空白规范性格更是为法官司法造法提供了广阔的舞台。因此,第174条的操作者,应是法官而不是当事人。

### (二)“有权”参照还是“应当”参照

第174条不仅未明定参照的主体,而且未使用规范模态词,即没有明确规定有关主体是“有权”(或“可以”)还是“应当”(或“必须”)参照买卖合同的有关规定。

法效果始终属于规范性领域。<sup>[19]</sup>作为法律规范载体的法条也往往使用规范性语言,而这种规范性的重要表征就是规范模态词。虽然规范模态词非属必要,很多规范就省略了规范模态词,但法律规范往往使用规范模态词,以彰显其法律后果属于规范性的领域,而非事实上的结果或自然结果。“规范模态词”是与“真值模态词”相对而言的逻辑概念。在思维中,凡包含有“必然”、“可能”、“必须”、“允许”、“禁止”等语词的判断,称为模态判断。模态判断中所使用的“必然”、“可能”等词语,为真值模态词;模态判断中所使用的“必须”、“允许”、“禁止”等词语,为规范模态词。规范模态词往往被作为法律规范分类的根据。“可以”、“允许”等规范模态词表征权利性规范,而“应当”、“必须”等规范模态词表征命令性规范,“不得”、“禁止”等规范模态词则表征禁止性规范。第174条由于没有使用规范模态词,致使其规范性格从文义的外观来看仍不够明显。

我国有学者指出,法律中的“参照”一词,一般表明一个授权结果。这种授权结果具有选择性特征,因此,在授权范围内,它属于任意性规范。并进而认为,“应当参照”在规范逻辑上是一种难以体现规范自治性的搭配,它只能损伤相关规范的实践效力,而不能增进其实践效力。如果某一规范是用来照办的,不妨用“应当依照”,如果某一规范是用来参照的,不妨用“可以参照”。所以,相关词汇的搭配只能是要么“应当依照”,要么“可以参照”,而不能是“应当参照”,也不能是“可以依照”。<sup>[20]</sup>本文认为,合同法第174条应为强制性规范,而该条中的“参照”应属民事法官承担的义务。首先,相较于“法官应当”的规范措辞,“法官可以”的措辞使法官获得更大的置喙余地,由此增加了裁判恣意的危险,无助于限缩法官的裁量权。其次,第174条实践的“等者等之,不等者不等之”的平等价值其实是正义的根本要求。若“参照”对法官是“可以”与“不可以”的选项,而非“应当”如此的诫命,则在处理待决案型时,即使它们在重要性质或特征上与被准用法条所处理的案型具有高度类似性(考虑到该条的核心功能之一在于避免繁琐的重复规定,这种情形应属普遍),法官亦“有权”选择不参照,势必背离平等原则与正义要求。再次,从文义上看,“参照”有参考之意,确实能表明法官享有裁量余地,但裁量余地并不体现在“要不要”参照上,而是体现在“如何”参照上,即“参照”对法官而言是强制性的,必须要为的,但究竟如何参照,法官则享有判断空间。就此而言,“应当参照”的表述并无不妥。因此,合同法第174条更精准的表达是“……没有规定的,应当参照买卖合同的有关规定”。

### (三)参照什么

指示参引性规范指示参引其他规范,它对被参引规范的援引有两种情形:全部参引或

[19] 前引[7],拉伦茨书,第133页。

[20] 参见前引[2],谢晖文,第64页。

部分参引。前者被称为法律基础参引或法律原因参引，即一并参引被引用规范的构成要件与法律效果，因此也称为构成要件与法律效果参引。后者严格说来又可分为构成要件参引与法律后果参引。构成要件参引较为少见，但合同法中仍不乏其例，如合同法第145条纯粹援引第141条的法律事实，即属构成要件参引。法律后果参引即仅参引法律效果，质言之，将被参引的法条的法律效果，适用于准用性规范中的事实构成。合同法第113条第2款、第155条均属于法律后果参引。

在法律原因参引与法律后果参引的关系上，若就待决案件与被准用规范的法定案型之间法律事实的趋同度而言，法律原因参引的趋同度较高，因为其意指待决案件与法定案型之法律事实因其评价上重要之点的相同而几乎趋于等同，而法律效果参引的趋同度则相对较低。<sup>[21]</sup>一如前述，第174条为概括准用，它究竟是法律原因准用还是法律后果准用不能一概而论，应依其他有偿合同准用买卖合同规定的具体情形而定。

#### （四）“买卖合同的有关规定”

第174条所言“买卖合同的有关规定”，除了合同法第九章以外，是否还包括我国现行法上其他有关买卖的规定，换言之，该条所言“买卖合同的有关规定”究竟是形式意义上的买卖合同规定，还是实质意义上的买卖合同规定，尤其是是否包括《解释》？就此，宜采实质意义的买卖合同规定的见解。买卖合同规定之所以能被其他有偿合同准用，当在买卖于市场交易中的普遍性与重要性，而非合同法的立法层级较高之故。因此，举凡调整买卖合同的法规、规章乃至针对个案的司法解释，皆可作为第174条适用中的源规范。

#### （五）“其他有偿合同”

依第174条，只有买卖以外的“其他有偿合同”才能参照买卖合同的规定。有偿合同是凝聚着高度共识的民法上的基础性概念之一，意谓双方当事人各因给付而取得对待给付。这也表明，“其他有偿合同”的内涵也清晰无歧义。因此，诸如赠与、借用、保证等市民生活中恒为无偿的合同，完全没有适用该条的余地。而租赁、雇佣、承揽、行纪、居间等恒为有偿的合同以及当事人约定了报酬或对价的借贷、保管、委托等合同，则是可得适用该条的当然选项。不过，在理解这一范畴时，应将“互易”排除在外，因为第175条系关于互易参照买卖合同规定的制度，该条为第174条的具体情形，自应优先于第174条而适用，此为依体系解释所获之当然结论。此外，合同法第306条第1款针对运输货物的包装问题明确规定适用第156条，从而也应优先于第174条而适用。

不过，现实总比想象的要复杂。不仅买卖、赠与、租赁、承揽等合同形态非属“概念”而是“类型”，有偿合同、无偿合同亦然。它们之间并非“非此即彼”，而是“或多或少”，即其界限并非泾渭分明，而毋宁具有高度的流动性，<sup>[22]</sup>由此存在着大量的模糊地带。有偿合同与无偿合同之间的区隔固然明显，因而这一分类具有高度必要性，但它们之间界限的清晰度也非百分之百，两者之间也横亘着一些中间类型。这些中间类型可否作为“其他有偿合同”适用第174条即不无疑义。

以混合买卖为例。混合买卖是指约定使受赠人为部分对待给付之赠与，又称为混合赠

[21] 参见前引〔14〕，黄建辉书，第141页。

[22] 刘孔中：《委任与雇佣之区别》，载黄茂荣主编：《民法裁判百选》，中国政法大学出版社2002年版，第62页。



与或赠与性质的半买半送合同，如甲以显然低于市价的价格将其祖传名画出卖给乙。对此种合同的性质，理论上存在着很大的争议，计有契约联立说、混合契约说与单纯赠与说等不同的观点。即使采纳有力说，将之定性为类型融合合同，并认为其法律适用应区别情形及相关法律规定而定，<sup>[23]</sup>但它究竟是有偿还是无偿仍不清晰。因此，当该画有瑕疵时，乙要求解除合同或减少价款，或者该画之瑕疵系因甲之轻过失所致时，乙要求其承担损害赔偿责任，究竟可否适用第174条，无疑需作出审慎的思考与抉择。

再以附义务赠与为例。赠与是典型的无偿合同，无第174条之适用，但附义务赠与得否适用第174条则值得研究。合同法第191条第1款规定，“……附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。”该条一改赠与无须就标的物瑕疵负责的一般原则，例外地要求赠与人承担瑕疵（担保）责任。“设计这一规定的出发点可能是认为附负担赠与的负担的限度与赠与人的给付成对价关系。”<sup>[24]</sup>该条明定“赠与人……承担与出卖人相同的责任”，表明可直接适用买卖合同制度中出卖人瑕疵（担保）责任的规定，而无须依第174条准用买卖合同的规定。这充分说明，在赠与人的赠与义务与受赠人负担义务的关系上，立法者完全将附义务赠与作为双务有偿合同对待。这一条解决了赠与人的瑕疵（担保）责任问题（并排除了适用第174条的可能性），但假设瑕疵履行的主体有所不同，即并非赠与物有瑕疵而是受赠人因履行义务而向赠与人交付的标的物有瑕疵，受赠人是否应承担瑕疵（担保）责任，且请求权基础何在？本文认为，既然立法者在附义务的限度内将附义务赠与作为有偿合同来对待，则受赠人也应就其义务之瑕疵向赠与人承担责任，而合同法第190—192条并未就此设明文，此际，可适用第174条准用买卖合同的有关规定。

总之，第174条所涉“其他有偿合同”攸关法官所处理的待决案件的范围。一方面，它是一个十分开放的范畴，由此凸显了该条的空洞性以及法官所享有的裁量空间之广阔。另一方面，它貌似清晰易辨，但一些兼有有偿无偿性的中间型态是否属于该条所定“有偿合同”，判断起来却颇为棘手，不无斟酌余地。

### 三、合同法第174条的司法适用

#### （一）法院适用第174条的裁判技术

第174条的实质是类推适用，即法官在处理买卖以外的有偿合同纠纷时，因遇有法律漏洞，苦无规范直接适用，故需藉第174条类推适用买卖合同的某一规定或规整来处理该纠纷。类推适用的法律思维可囊括为两项作业：漏洞认定与漏洞填补。

就漏洞认定而言，因漏洞是违反规范计划的不完整性，法官在处理待决案件时，若无法从现行法中觅得任何条文以为规范，或者虽能初步觅得有相关性的规范，但即使穷尽该规范的可能文义，也无法涵盖待决案件，即可认定现行法有不完整性。但不完整性不必然就是漏洞，是否构成漏洞尚应视该不完整性是否违反规范计划而定。此际，法官需判断此

[23] 参见詹森林：《非典型契约之基本问题》，《月旦法学杂志》第27期（1992年），第29页。

[24] [日]我妻荣：《债权各论》中卷一，徐进、李又译，中国法制出版社2008年版，第16页。

种法律上的缺漏是否为法外空间，或立法者有意沉默，或立法政策错误，或可否对既存规范作反对解释以解决待决案件。只有均为否定，才能断言法律上的缺漏构成法律漏洞。简言之，在漏洞的认定上，重要的是一个应被规范的生活事实根本未被规范，或未被作妥当的规范。<sup>[25]</sup> 藉漏洞认定工作确定漏洞的存在，无疑是漏洞填补的前提。

就漏洞填补而言，其核心工作，在于确定待决案件事实与法定案型事实之间是否具有类似性。类似性意谓待决案件之内涵特征与法定案型之内涵特征既非同一亦非歧异，而在法律评价的重要事项上具有相同的内涵特征。若两者具有类似性，则将法定案型之规范适用于待决案件之处理。而欲判断待决案件与法定案型是否具有类似性，则应先从法定案型的法律规范意旨出发，辨析出该法定案型规范的构成要件中何者为其重要因素，然后以该被认属重要因素的构成要件为基准，判断待决案件事实与法定案型事实是否相同，并同时确定上述两案件事实在该判断基准以外的差异程度不致影响到将两案件事实同等规范的妥当性。由于这一过程非仅为纯事实分析比较，亦非仅为形式逻辑的思维运作，而系一价值评价过程，故无所谓真假，而只有妥当与否的问题。这就对法官提出了较高的证成力度要求。因此，法官对如何达成判决结果，应详为论述，“应尽量避免以武断、空洞之语言，擅下结论，或以笼统之概念表达未经彻底思维之判断，务求贯彻方法论上之诚实性”。<sup>[26]</sup> 德国学者阿列克西将法律论证分为内部证立与外部证立。内部证立是在前提已然确定的情况下，由前提逻辑地推导出结论，而外部证立则在探求前提本身的正确性或真实性。<sup>[27]</sup> 由于处理买卖外的有偿合同案件赖以依凭的规范基础并非直接来自于现行法，而系法官造法所新造之物，故买卖外有偿合同纠纷的处理已涉及到外部证立的层次。这也从另外一个层面说明了第 174 条适用中裁判论理的高度必要性。

从法学方法论来看，上述阶段完成，待决案件的处理其实还未结束。因为第 174 条适用的结果只是形成一条针对待决案件的新规范而已，该新规范只是处理待决案件的前提，此际仍需以之为大前提，结合从待决案件事实中抽离出的小前提进行演绎推理，才能最终解决有偿合同纠纷。如定作人甲与承揽人乙约定，由乙为甲量身定做一套高级毛料西服。完工前因不可归责于乙的火灾致该西服焚毁，乙是否可请求甲支付报酬？对此纠纷，因我国合同法对承揽工作物的风险负担未设明文，法官可适用第 174 条，即基于对该案与合同法第 142 条所定案型“类似性”的判断与分析，认为两者应受相同评价，从而主张将第 142 条适用于该案。此时，法之续造的结果实际上是形成了一条新的规范：“承揽工作物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由承揽人承担，交付之后由定作人承担”。这一新规范只是处理甲乙之间案件的大前提。甲乙之间纠纷的解决还要以之为基础，进行三段论推理。

## （二）我国法院适用第 174 条的现状评析

迄至 2015 年 9 月 1 日，笔者以“《中华人民共和国合同法》第一百七十四条”、“《中华人民共和国合同法》第 174 条”、“法律对其他有偿合同有规定的”为关键词，在北大法宝检索，共检索出 359 个适用第 174 条的案例（有少部分重复）。遗憾的是，这些案例未受

[25] 前引 [6]，黄茂荣书，第 348 页。

[26] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第 1 册，北京大学出版社 2009 年版，第 146 页。

[27] 参见 [德] 罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社 2002 年版，第 273 页以下。

到学界的重视,它们适用中的是非得失未能得到很好的梳理或总结,从而无助于该条的实务进步与理论发展。

第174条牵涉到源规范与待决案件之间的关系。从上述案例来看,法院所援引的源规范(即合同法之买卖合同章以及《解释》中被引用的制度),涉及到买卖合同成立的证据(《解释》第1条)、预约(《解释》第2条)、出卖人无权处分(《解释》第3条)、标的物所有权移转(第133条)、出卖人交付单证(第136条)、风险负担(第142条、第145条)、物的瑕疵(第157—158条、《解释》第17—20条、第32—33条)、权利瑕疵(第150条)、买受人付款时间(第161条、《解释》第24条)、出卖人多交付标的物(第162条、《解释》第6条)、合同解除(第166条)、违约金(《解释》第26条、第27条)、质量保证金(《解释》第21条)、保留所有权买卖(第134条、《解释》第35条)、分期付款买卖(第167条)等。<sup>[28]</sup>藉第174条来处理的纠纷,则涉及租赁、承揽、借款、运输、委托、行纪、租赁权转让、债权转让、股权转让、专利权转让、项目转让合同、内部承包框架协议(预约)等有偿合同。<sup>[29]</sup>各判决凝聚了我国法官的智慧与心力,发挥了保障相关主体合同权益、消弭社会纠纷的重要作用,其贡献不容否认。不过,这些判决在裁判技术上多有纰漏,还存在着很大的改善空间:一些案件与第174条无关,根本就不涉及第174条,但法院仍援引该条;<sup>[30]</sup>一些案件应适用第175条而非适用第174条,但法院错误地援引第174条;<sup>[31]</sup>在一些案件中,法院仅在判决书的末尾部分即在说明判决的法条依据时,提到“第174条”这个条文序号,而在正文中则对之未作任何说明。<sup>[32]</sup>

除了这些明显的缺陷外,第174条适用中最普遍的问题是法院的说理太过简单。不少判决仅仅把第174条的条文与被引用的买卖合同章的条文复述一遍,有时甚至笼统地说“根据买卖合同有关规定”,连被引用法条的条文序号也不提,即仓促地得出结论。<sup>[33]</sup>

在现代社会,裁判的说理(论证)十分重要。“法官必须为他们的意见作出详细、经过严格推理的辩护,因为这些理由马上要经受异议者的批评,而且还要经受一大堆法律评论家和法律学者长期的考验。可能正是因为法官缺乏力量或者直接的权力,所以他们的权威

[28] 该段所引条文若未注明出处,皆指合同法,《解释》则指《买卖合同司法解释》。

[29] 涉及租赁、承揽、借款、运输、委托、行纪等有名合同的案例相对较多,因篇幅所限,此际不予列明。涉及债权转让合同的,如柏力科技有限公司与深圳市众大实业股份有限公司债权转让合同纠纷上诉案,广东省高级人民法院(2004)粤高法民四终字第142号民事判决书。涉及股权转让合同的,如金a诉成a股权转让纠纷案,上海市闵行区人民法院(2012)闵民二(商)初字第1558号民事判决书。涉及租赁权转让合同的,如谢秋莲等诉谢三华等租赁合同纠纷案,湖南省株洲市中级人民法院(2011)株中法民四终字第156号民事判决书。涉及专利权转让合同的,如孔庆昌诉安徽科佳实业总厂专利转让合同纠纷案,安徽省合肥市中级人民法院(2007)合民三初字第13号民事判决书。涉及项目转让合同的,如某房产公司与某开发公司合同纠纷上诉案,乌鲁木齐市中级人民法院(2013)乌中民二终字第346号民事判决书。涉及内部承包框架协议的,如张畅、许宁与河南九州建筑工程有限公司承揽合同纠纷案,平顶山市叶县人民法院(2013)叶民一初字第154号民事判决书。

[30] 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2010)浙绍商终字第309号民事判决书。

[31] 参见江苏省无锡市高新技术产业开发区人民法院(2013)新硕商初字第0013号民事判决书。

[32] 参见上海市青浦区人民法院(2009)青民二(商)初字第26号民事判决书、浙江省慈溪市人民法院(2010)甬慈周商初字第466号民事判决书。

[33] 参见浙江省台州市椒江区人民法院(2010)台椒商初字第400号民事判决书、浙江省金华市中级人民法院(2011)浙金商终字第1019号民事判决书、上海市浦东新区人民法院(2013)浦民二(商)初字第124号民事判决书。

和声望就特别建立在他们能够为其行动提供具有说服力的理由之上。”<sup>[34]</sup>只有如此，当事人与社会大众才能心服口服地接受裁判的结果，并信赖法院公正解决问题的能力。当然，法院在不同的裁判活动中所承受的说理负担存有差异，但无疑的是，漏洞填补的论证负担要比法律解释活动大。一如齐佩利乌斯所述，“所有的法律解释都有合法性的问题。这对于所谓开放性的法律续造活动……也是一样的。在这里同样需要通过论辩为所找到的特定法律问题的解决方法提供具有公认力的正当化理由。而且，对于超越法律的开放性法律续造，这一合法化的门槛还要更高。（法律续造的支持者）必须清晰地阐明，支持法官对制定法进行补充或校正的理由比分权和法律安定性的理由要更为充分。”<sup>[35]</sup>总之，就第174条的适用而言，由于作为关键性工作的类似性的判断并非形式逻辑思维活动，而是一种评价性的思考过程，“找出相似性本身就是一种独立的精神活动，是一种理解，意味着两者尽管非常相似，但又不是相等同一，而是相互区别。这时便需要创造发挥”。<sup>[36]</sup>如何增加其说服力，不使“胜诉者，有侥幸之感；败诉者，心有难服之处”，端赖法官严谨阐发理由、详密铺叙法理。在此方面，我国法院实务还存在很大不足，亟待改进。

#### 四、第174条适用之核心：类似性判断中的性质考量

如前所述，虽然准用与适用同为避免繁复规定而设，但两者在程度上仍有差别，即准用须加以变通而为适用，性质上可用之部分则用，不可用之部分则不用；而适用则迳行适用，不必有所变通。<sup>[37]</sup>而究竟要不要变通、如何变通，当取决于对法定案型与待决案件之间类似性的判断。若两者差异甚大，即差异重要到可成为区别对待的正当理由的程度，则不能将被引用规范适用于待决案件。但若类似性程度极高，即两者“足够相似”，则可将被引用规范的构成要件或法律效果适用到系争案件。而若两者有大同中的小异，这些小异在法律上每每有足够的意义，以要求将被准用的法条相应于此小异作必要的限制或修正后，再适用到拟规范的案型上来，则只能变通适用被引用的规范。

类似性判断在类推适用中居立核心地位，亦是合同法第174条适用中最为核心与关键的工作。类似性判断不是一种逻辑上的推论，而是一种比较的结构，“平等通常是使其平等的行为，然此行为并非基于理性的认识行为，而是一定或者首先意味着是决断、权力的表现”。<sup>[38]</sup>因此，如何使得个中意志决断不流于恣意，而成为一项能以理服人、趋于客观化的价值判断，极具智识上的挑战。

影响类似性的绝非单一因素，但合同性质当属其中最要者之一。大陆法系一些设置了类如我国合同法第174条规定的国家或地区，皆明揭斯旨。日本民法第559条规定：“本节规定，准用于买卖以外的有偿合同。但该有偿合同的性质不许该准用时除外。”我国台湾

[34] [美] 克里斯托弗·沃尔夫：《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁？》，黄金荣译，中国政法大学出版社2004年版，第131页。

[35] 前引[17]，齐佩利乌斯书，第102页。

[36] [德] 汉斯·波赛尔：《科学：什么是科学》，李文潮译，上海三联书店出版社2002年版，第176页，第179页以下。

[37] 参见前引[5]，郑玉波书，第185页。

[38] [德] 阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2011年版，第178页。

民法第347条规定：“本节规定，于买卖契约以外之有偿契约准用之。但为其契约性质所不许者，不在此限。”买卖合同是典型的有偿、双务、诺成、不要式、一时性、终局移转财产所有权的合同，具有有偿性、双务性、诺成性、不要式性、一时性等性质。而买卖以外的有偿合同，不仅种类繁多，其所具有的性质也是五花八门。在判断两类合同以及法定案型与待决案件的类似性上，至少以下合同性质不容忽视：

#### （一）一时性合同还是继续性合同

以合同关系的内容与范围是否一次给付即可实现为准，可将合同区分为一时性合同与继续性合同。一时性合同的内容因一次给付即可实现。继续性合同的内容则非一次给付可完结，而是继续地实现，其基本特色为时间因素对其履行具有重要意义，总给付的量与内容系于应为给付的时间长度。<sup>[39]</sup>买卖合同是一时性合同的典范，买卖合同规定正是以一时性买卖为蓝本而建立，租赁、借用、雇佣、委托、保管、合伙、保险等则具有继续性合同的典型特征，并被称为固有意义上的继续性合同。此种区分意义匪浅，在很大程度上决定了这两类合同之间不同的制度构造。如一时性合同的解除可有溯及力，亦可不具溯及力，但继续性合同的解除则无溯及力。继续性合同重视信任关系，若移转其权利义务，常使信任关系受到破坏，故继续性合同中之债权请求权欠缺让与性，且法律上常将转让作为（无溯及力地）解除合同的理由，此为暂时性合同所无。继续性合同原则上采取报酬后付原则、原则上不适用同时履行抗辩权、常适用情势变更制度等，此均为继续性合同不同于暂时性合同的独特之处。

买卖以外的有偿合同为一时性合同还是继续性合同，会对第174条的适用产生不同影响。仅以租赁为例。与买卖合同中的交付是一时性的，出卖人交付一次即为已足不同，出租人不仅要符合约定用途的租赁物交付给承租人，而且还要在租期内维持租赁物处于此种符合约定用途的状态。因此，就出卖人承担权利瑕疵（担保）责任所需的两项至关重要的要件——须权利瑕疵于合同成立时已存在、须权利瑕疵于买卖成立后未能除去——而言，若它要适用于租赁合同，就必须有所调整。就前一要件而言，不仅权利瑕疵于租赁合同成立时已存在的，出租人应负责，而且权利瑕疵在租赁合同成立后、租赁物交付前始发生，乃至在租期内始发生的，出租人亦应负责。其缘由除以上所述外，还在于“租赁契约之承租人有于租赁期间，定期或不定期地不断支付使用租赁物之对价的现象，此与买卖契约不同，而提供租赁物使用收益之完整权利，既为租金给付之对待给付，则出租人对于租赁物之权利瑕疵担保，亦不应以瑕疵于契约成立时已经存在之情形为限”。<sup>[40]</sup>就后一要件而言，买卖合同上“须权利瑕疵于买卖成立后未能除去”的要件，在租赁合同上则宜调整为“须权利瑕疵妨碍承租人之使用收益”。因为即使存在权利瑕疵且未除去，只要该瑕疵的存在并不妨碍承租人对租赁物的使用收益的，出租人仍不必负责。如抵押权的设定本身尚未影响承租人的用益，故抵押权纵未于租赁合同成立后除去，仍不成立出租人的权利瑕疵责任。但抵押权的实行则会影响承租人的用益，自有权利瑕疵的问题。

[39] Harmut Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und Kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, 1994, S. 66f. 转引自向明恩：《继续性供给契约与终止权之发生》，《台湾法学杂志》第205期，第235页。

[40] 黄立：《民法债编各论》上册，中国政法大学出版社2002年版，第223页。

## （二）财产性合同还是劳务性合同

以财产移转为内容的合同族群、以财产用益为内容的合同族群以及以劳务为内容的合同族群，无疑是合同领域最为重要的三大族群。前两者虽有差异，但其标的物仍以物为主，而劳务给付合同则直接以劳务为债之标的，虽然其间也可能伴随有工作的完成、物的交付或移转，但物之所有权的移转往往为从属性义务。“契约内容本质的差异，使法律规范问题点，呈现极不相同的面貌。”<sup>〔41〕</sup>财产移转合同的基本共通特征在于财产权归属的移转义务，由之延伸出瑕疵担保及危险负担的详细的规范需要，而劳务给付合同的“基本共通特征在于他人事务之处理。由之延伸出授权及其范围、如何处理、处理费用之负担、处理利益之归属以及终止之规范上的需要”。<sup>〔42〕</sup>

此种构造上的差异对第174条的适用有重大影响。仅以承揽合同为例。合同法第133条规定，除了法律另有规定或者当事人另有约定的，动产买卖“标的物的所有权自标的物交付时起转移”，出卖人负有交付并移转标的物所有权的义务，但承揽合同中工作物所有权的移转则颇为复杂，不能简单地适用此项规则。仅就工作物为动产的情形而论，若是由定作人提供材料（此为一般承揽），此际，工作物所有权由定作人原始取得，承揽人在完成工作后仅负有交付工作物的义务，并无移转工作物所有权的义务。若是由承揽人提供材料（此际定作人可能提供或不提供工作基底），在定作人提供工作基底时，应根据动产附合于动产的规则来确定所有权的归属，亦即作为基底的动产为主物，由主物所有权人（即定作人）原始取得合成物所有权，不必由承揽人为所有权的移转行为。<sup>〔43〕</sup>在定作人未提供工作基底时，工作物所有权先归承揽人原始取得，再依买卖的规定移转给定作人。风险负担制度亦复如是。当标的物因不可归责于双方的事由而毁损灭失时，对于价金风险，买卖合同实行交付主义的一般规则（合同法第142条），而承揽合同中的风险负担问题则较为复杂。如对材料的风险（此为买卖合同中所无），基于天灾归物权人负担的思想，实行所有人主义，即定作人提供材料的，由定作人承担风险；承揽人提供材料的，则由承揽人承担风险。而对报酬的风险，则应视工作成果是否需交付而定：工作成果须交付的，采交付主义，以交付时点作为报酬风险移转的时点。此固与买卖合同价金风险负担规则如出一辙，但工作成果无需交付的，则以工作完成时间作为报酬风险移转的时间。如承揽人在定作人的墙壁上作画，在完成前，该墙壁因不可抗力倒塌，承揽人无报酬请求权，此与买卖合同颇为不同。

总之，承揽为劳务性合同，与买卖为财产性合同不同，在适用第174条处理承揽合同纠纷时，不可毫无保留地参照买卖合同的规定，应根据两者的性质差异作出调整。

## （三）移转财产所有权合同还是移转财产使用权合同

移转财产所有权与移转财产使用权亦属对债之标的重要分类。买卖、互易、赠与的目的在于财产权之让与，属于让与性合同的范畴，其旨在为财产权的终局让与提供一个债之关系上的法律基础。而租赁、借用的目的在于提供标的物供他方使用收益，属于用益提供合同的范畴。不仅如此，相较于买卖等合同旨在所有权的终局让与，租赁等合同则是使

〔41〕 陈自强：《民法讲义Ⅱ 契约之内容与消灭》，法律出版社2004年版，第165页。

〔42〕 黄茂荣：《买卖法》，中国政法大学出版社2002年版，第13页。

〔43〕 参见郑玉波：《民法债编各论》上册，台湾1992年自版，第358页；刘春堂：《民法债编各论》中册，台湾三民书局2007年版，第36页。

用收益的暂时性之提供，出租人并非永久、终局地将使用收益的权利让渡给承租人。

此种差异亦会对合同法第174条的适用产生重大影响。仍以租赁为例。虽然无论是买卖还是租赁，债务人都要将标的物的直接占有移转给相对人，但交付于买卖或租赁仍有不同的意义。“租赁契约上用益状态之提供，不仅指单纯之交付而已，尚应包括‘任其用益’，即出租人应使承租人能以‘合乎债之本质’、‘合于契约目的’之方式用益租赁物。甚至于出租人用益状态提供义务之重点，并不在于交付，而在于提供承租人使用收益租赁物之可能性。故交付如为用益状态提供之前提者，出租人自须交付，此亦为常态。惟交付如非为用益状态提供上之必要者，则纵使出租人未完全将租赁物之占有移转，却仍能提供承租人使用收益租赁物之机会时，仍无妨于租赁契约之成立。”〔44〕如出租人将其房屋的外墙面提供给承租人作刊登广告之用，即无须交付标的物。不仅如此，交付在买卖合同有终结债之关系的作用，但在租赁，则仅是开启了租赁关系的大门。以租赁物之交付为始点的租赁关系存续或租赁物的持续占有使用收益状态才是租赁交易精彩纷呈生命之所在。租赁物一旦交付，租赁关系即进入民法租赁规定的核心，换言之，债编租赁契约的规定，绝大多数在规范租赁物交付后的租赁关系。因此，租赁法所调整的出租人让与租赁物（涉及承租人优先购买权、让与不破租赁制度）、承租人转租、租赁物的保管、租赁物的返还等关系，均为租赁相较于买卖的特有之处，当无藉第174条而准用买卖合同有关规定的可能。再如，对于交易中标的物毁损灭失的风险，买卖合同法采交付主义的一般规则，以实践“利益之所在，风险之所在”的正义观念，但租赁合同并非为变动所有权的合同，出租人将租赁物交付给承租人后仍为租赁物所有人，并不像出卖人于标的物交付后即丧失对标的物的利益，故不应以交付为风险移转时点，而应实行“天灾归所有人负担”的规则。合同法第231条有关租赁物毁损灭失的规定中也清晰地蕴涵着租赁风险负担规则不同于买卖风险负担规则的思想。〔45〕

#### （四）诺成合同还是实践合同

在现代社会，实践合同属于异类。硕果仅存的少数实践合同，往往是法制史上的遗存。“财产性的契约应均予以‘诺成化’，保留要物契约此种法制史上的残留物，实无必要。”〔46〕有偿合同为实践合同的更是少见。我国法上，同时具有实践性与有偿性的合同有三：保管合同（合同法第367条）、自然人之间的借款合同（合同法第210条）与定金合同（担保法第90条）。当然，根据合同自由原则，当事人完全可在此三类合同外另行约定成立实践性的有偿合同。买卖外的有偿合同为诺成合同还是实践合同，对第174条的适用也会产生影响。如保管合同不可能适用或准用合同法第133条有关交付移转所有权的规则与第135条以下有关交付义务的规则，因为保管合同不是移转所有权的合同，且保管物的交付仅为保管合同的成立要件（第367条），而非寄存人所应承担的履行义务。保管合同也不可能准用第142条有关交付移转风险的风险负担规则，因为保管物的风险负担应采所有人主义，其风险的负担与保管物占有是否移转无关。

〔44〕 前引〔40〕，黄立书，第203页。

〔45〕 在我国司法实践中，即有当事人认为租赁合同应准用买卖合同风险负担的规则。参见浙江省金华市中级人民法院（2011）浙金商终字第917号民事判决书。

〔46〕 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第126页。

(五) 有名合同还是无名合同

一如前述,第174条中的“其他有偿合同”是一个开放性的概念。除数量有限的有名有偿合同外,还包括不可胜数的无名有偿合同。对于无名合同,合同法第124条明定,“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定”。此为无名合同的法律适用规则。当然,该条的合理性值得斟酌。因为法律适用的顺序与合同法的结构密切相关。我国合同法之结构乃“从一般到特别”,而其法律适用则应逆转其向,即应“从特别到一般”。从而,在无名合同的法律适用上,首应依当事人约定而定;若无约定,而能准用合同法分则或其他法律上最类似规定者,则应参照该类规定;如无类似规定可资准用时,才应适用合同法总则的规定。第124条之文义未能彰显此种法律适用顺序,有所不当。

买卖外的有偿合同,若为有名合同,因法律对其设有明文,故可直接适用各该规定,因此,藉第174条适用买卖合同规定的空间相对狭小。若为无名合同,因法律对之未设明文,故藉第174条适用买卖合同规定的几率会更大。同时,由于合同法第124条对无名合同的法律适用作出了明确规定,因此,在处理无名有偿合同纠纷时,需协调第124条与第174条之间的适用关系。如借款合同可分为实物借贷与金钱借贷。我国合同法未规定前者,但规定了借款合同(金钱借贷的典型形态)。(有偿)实物借贷纠纷可适用第124条、第174条,但借款合同纠纷则无适用第124条的可能性。

(六) 小结

大体而言,买卖以外的其他有偿合同,若为一时性合同、财产性合同、移转财产所有权合同,则在适用合同法第174条时,不变通适用买卖合同规定的可能性较大。反之,若这些合同为继续性合同、劳务性合同、移转财产使用权合同,则在适用第174条时,往往需要对被引用的买卖合同规定的构成要件或法律效果加以调整。至于买卖以外的有偿合同是单务还是双务、要式还是不要式、要因还是不要因、本合同还是预约、一时性移转财产所有权还是终局性移转财产所有权等,在理论上也存在着影响第174条适用的可能性,但相较于上述性质,其影响的程度较弱,对此还应结合合同的缔约目的、具体的个案情况等个别判断。惟无论如何,在类似性判断这一作业的过程中,应避免不合事宜地等量齐观,不可自始排除事物本身(被规整的生活关系本身)所要求的差别待遇。<sup>[47]</sup>

## 五、租赁瑕疵责任准用买卖合同之规定

买卖合同制度虽十分丰富多元,但仍有规律可循。由于“让与之债的基本共通特征在于财产权之归属的移转义务。由之延伸出瑕疵担保及危险负担之详细的规范需要”。<sup>[48]</sup>质言之,“权利瑕疵、物之瑕疵与危险移转三者,其实也是买卖契约规定的三个重点”。<sup>[49]</sup>在中国大陆,不仅买卖瑕疵(担保)责任被详为规制,而且适用合同法第174条的司法实务中,该制度是买卖合同诸制度中被准用频率最高者。下文就以买卖物之瑕疵(担保)责任

[47] 前引〔7〕,拉伦茨书,第141页。

[48] 前引〔42〕,黄茂荣书,第13页。

[49] 前引〔41〕,陈自强书,第128页。



为例,分析合同法第174条在租赁与承揽这两个典型且重要的有名合同中的适用。<sup>[50]</sup>

租赁合同虽不属于移转财产所有权的合同类型,但在该合同中,出租人仍有向承租人移转标的物使用权的义务,且为践行此项义务,出租人须向承租人交付租赁物。由于同属“物”之合同,租赁物与买卖物一样,自然也会发生物之瑕疵问题,相应地在立法上也就有建立物之瑕疵责任制度的必要性。由于合同法对出租人的物之瑕疵责任的构成要件与法律效果的规定极不完整,故可参照买卖合同中物之瑕疵的责任的规定。<sup>[51]</sup>

### (一) 构成要件

合同法第十三章仅第216条、第233条两个条文涉及出租人承担物之瑕疵责任的部分构成要件,其他要件则残缺不全。于此,高度存在着藉合同法第174条准用买卖物之瑕疵责任构成要件的必要性。

第一,须租赁物有瑕疵。出租人承担物之瑕疵责任,须以租赁物有瑕疵为前提。合同法第216条明定,“出租人应当按照约定将租赁物交付承租人,并在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。”该条虽未使用“瑕疵”的概念,但实际上已提出了瑕疵的判断标准,即租赁物不“符合约定的用途”则为瑕疵。这显然是一个主观瑕疵标准。该标准虽属重要,但也不能作为租赁物瑕疵判断的惟一标准。如若当事人未约定租赁物用途,该标准即无用武之地。此际,仍有参照买卖合同章即合同法第153条、第154条以确定租赁物瑕疵的必要。

第二,须瑕疵在租赁物交付时存在或者在租期内存在。合同法第155条规定“出卖人‘交付’的标的物不符合质量要求……”,明确以“交付”为买卖物之瑕疵的判断时点,但租赁物之瑕疵的存在时点则不能参照买卖合同的规定。在租赁合同中,不仅瑕疵于租赁物交付时存在的出租人应负责,而且瑕疵于租赁物交付后,即瑕疵在租赁关系存续期间发生的,出租人亦应负责。因此,出卖人物之瑕疵责任的相应要件在租赁合同中应作适度的调整。

第三,须承租人及时检验租赁物并通知出租人。在买卖合同中,依第157条、第158条,买受人应及时检验买卖物是否有瑕疵并于获悉瑕疵时及时通知出卖人。在租赁合同中,承租人是否也应践行此项要求?对此,在理论上存在肯定与否定两种不同的观点。<sup>[52]</sup>本文认为,承租人应负此项义务。由于合同法第十三章未明定该要件,故依第174条,可参照适用合同法第157条、第158条的规定。在买卖中,买受人检验通知义务的践行因存在约定期间、法定期间或质量保证期而有差异,但在租赁中,承租人检验通知义务的履行则应有所调整,即承租人应在租期内为检验通知,其原因在于买卖为一次性给付合同,而租赁为继续性债之关系。在后者,承租人既不断支付使用收益的对价,出租人也必须不断为其租赁物所具有的物之瑕疵及权利瑕疵负责。此外,作为参照合同法第158条第3款的结果,出租人知道或者应当知道租赁物不符合约定用途的,承租人的检验通知义务应告免除。

[50] 中国现行法上有关买卖物之瑕疵(担保)责任的规定,包括合同法第153-155条、第157条、第158条,《解释》第15-23条、第32条、第33条等,其条文数量为买卖合同诸制度之冠。这些条文虽仍有一些缺陷,但总体上较为详备。对其所确立的制度的性质,我国民法学界存在着违约责任说与瑕疵担保责任说两种不同的观点。本文采违约责任说,并名之为“物之瑕疵责任”。囿于篇幅,此处不拟展开,先予叙明。

[51] 有关该问题的较详细分析,可参见易军:《出租人瑕疵责任的体系解释》,《中国政法大学学报》2014年第5期,第82页以下。

[52] 参见前引[40],黄立书,第226页;崔建远:《合同法》,北京大学出版社2012年版,第454页。

第四，须承租人在缔约时不知道且不应知道租赁物存在瑕疵。承租人在订立租赁合同时知道或应当知道租赁物有瑕疵仍订约的，因其已知悉租赁物状况，可认为双方是依租赁物现状订约，承租人嗣后不得再主张瑕疵权利。合同法第十三章对此未设明文，根据第174条，可参照买卖合同的有关规定，即《解释》第33条。作为这一参照的结果，承租人在订立租赁合同时明知租赁物质量不合格的，出租人无需承担物之瑕疵责任，承租人亦不得寻求违约救济。然而，合同法第233条规定，“租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。”该条鉴于人的安全或健康的特殊重要性，“在评价上应重于知情而缔约者不得任意反悔或主张权利之契约正义”，<sup>[53]</sup>仍赋予承租人以任意解除权。由于在这一特定情形，合同法设有特别规定，故该条应优先适用，上述参照在这一情形应予排除。

第五，当事人未以特约免除出租人的瑕疵责任。但出租人知道租赁物有瑕疵而故意或因重大过失不告知承租人该瑕疵，并以合同约定减轻或免除自己物之瑕疵责任的，该约定违反诚信原则，应不生效力。合同法第十三章对此未设明文，根据第174条，可参照买卖合同的规定，即《解释》第32条。

## （二）法律效果

合同法第十三章中，第220—221条、第231条、第233条涉及物之瑕疵责任的形式。依第231条，当瑕疵导致租赁物部分或全部毁损灭失的，承租人依其情形可主张减少或不支付租金、解除合同。当符合第233条所定条件时，承租人可解除合同。这些规定属于租赁物瑕疵责任的特别规定，应优先适用。不过，由于这些规定十分零星，且第十三章未明确规定出租人物之瑕疵责任的一般性私法效果，故可藉第174条准用买卖之规定。

需研究的是，由于租赁物瑕疵为不完全履行，此际是应直接适用合同法第111条（方案一），还是应透过第174条这一准用性规范适用第155条进而再适用第111条（方案二）？我国有学者采纳方案一。<sup>[54]</sup>本文认为，虽然方案二在过程上较迂回曲折，但由于合同法总分则的结构遵循了“从一般到特别”的立法技术，而法律适用上则应逆转其向，特别规定相较于一般规定应优先适用，第155条虽属准用性规范，但该条已由立法者明定于合同法第九章，为特别规定，因此，还是方案二更为妥当。详言之：

第一，当瑕疵因不可归责于承租人的事由发生，且导致租赁物部分或全部毁损灭失时，固应适用合同法第231条，但该瑕疵未致租赁物部分或全部毁损灭失时，即不能适用该条，此际只能藉第174条从而参照第155条进而再适用第111条。作为这一过程的结果，依其情形，承租人得主张“减少价款或者报酬”即减少租金，或者“退货”即解除合同。当然，与买卖合同的法定解除具有溯及力不同，在租赁合同，其解除或有溯及力（租赁物交付之前），或无溯及力（租赁物交付之后）。

第二，当符合合同法第233条所定条件时，承租人固“可以随时解除合同”，但此际，承租人可否准用出卖人物之瑕疵责任制度的其他效果？如承租人可否请求出租人减少租金、更换租赁物等？我国台湾学者主张，“住居租赁之特殊担保责任，尚无类推适用请求减租或

[53] 吴从周：《民事法学与法学方法》（四），台湾新学林出版股份有限公司2010年版，第217页。

[54] 参见韩世远：《租赁标的瑕疵与合同救济》，《中国法学》2011年第5期，第57页以下。

请求另行交付之权利。盖以有此情形，出租人原无瑕疵担保责任，‘民法’第424条（指我国台湾民法——引者注）性质上为例外之特别规定，出租人尚不因此而有类如出卖人之瑕疵担保责任。”〔55〕这一观点甚为妥当。

第三，当租赁物有瑕疵时，承租人可否准用买卖的规定请求出租人更换？对此，在理论上存在争议。〔56〕本文认为，租赁物为种类物时，承租人可主张更换。至于实践中，租赁物为种类物的情形普遍与否，系属二事，即使是“罕见”、“少有”，也并非“没有”，承租人请求更换的权利不容否认。值得注意的是，此际承租人可准用买卖的规定请求出租人更换瑕疵租赁物，与上述“符合合同法第233条所定条件时，承租人不得准用买卖的规定请求出租人更换租赁物”并无抵牾。即租赁物瑕疵“危及承租人的安全或者健康”，且“承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格”的，承租人无权请求更换，但在租赁物有瑕疵的其他情形，承租人可主张更换租赁物。

第四，在合同法第220—221条已明定维修义务的情况下，承租人还可否藉适用第174条从而参照第155条进而再适用第111条要求出租人修理租赁物？在债法修正前的德国以及我国台湾，由于立法未确立出卖人的瑕疵修理义务，故在租赁物修理方面，根本没有准用买卖规定的空间。德国债法修改后，虽然德国民法典第437条、第439条明定买受人的再履行请求权，但由于第536a条第2款已明定承租人可自行除去瑕疵并请求偿还必要费用，亦无准用买卖的空间。在我国大陆法制下，若承认第220—221条有关维修义务的规定在性质上为违约责任，则无须再适用第174条而使出租人承担修理责任。

第五，若租赁物瑕疵肇致承租人损害，作为适用第174条从而参照买卖合同规定的结果，承租人可要求出租人承担违约损害赔偿赔偿责任。由于合同法在违约损害赔偿责任的归责原则上一般性地采严格责任原则，自无须以出租人可归责为要件。不过，值得注意的是，德国民法典第536a条第1款明定，“第536条所称之瑕疵，在合同订立之时已经存在，或者此种瑕疵嗣后因可归责于出租人的事由而产生，或者出租人迟延除去瑕疵的，承租人可以请求损害赔偿”。在我国台湾，作为藉第347条从而准用买卖合同规定（第360条）的结果，只有租赁物欠缺出租人所保证之品质，或出租人故意不告知租赁物瑕疵的，承租人才能请求不履行之损害赔偿。可见，我国大陆合同法与这两个立法例均有所不同。当然，租赁物瑕疵肇致承租人损害，往往发生出租人的侵权损害赔偿赔偿责任，此际，出租人的损害赔偿赔偿责任构成责任竞合。在处理责任竞合时，若采请求权相互影响说，则出租人违约损害赔偿赔偿责任受其侵权损害赔偿赔偿责任影响，仍应以出租人在主观上有过错为要件。

## 六、承揽瑕疵责任准用买卖合同之规定

承揽合同与买卖合同虽性质有异，但在经济目的上却颇有类似之处：定作人（买受人）皆期待居立所有人地位对标的物进行使用收益乃至作出处分。因此，两者“面临的法律问题可能类似。如标的物均有待交付；交付前，标的物若发生毁损灭失情事，将有危险负担

〔55〕 邱聪智：《民法债编各论》上册，中国人民大学出版社2006年版，第239页。

〔56〕 前引〔53〕，吴从周书，第216页；林诚二：《民法债编各论》上册，中国人民大学出版社2007年版，第256页。

问题，取得的标的物，均有可能发生瑕疵担保问题。基于此种经济上与法律上的类似性，至少物之买卖与物之承揽，关系极为密切。类似的法律问题，如标的物有瑕疵，法律规范设计上，为相同或近似的处理，并非不可想象”。〔57〕德国民法典、我国台湾民法对买卖物之瑕疵（担保）责任设详尽规定之余，又对承揽物之瑕疵（担保）责任设置详尽且类似的规定。在我国大陆，与租赁合同不同，合同法第十五章对承揽瑕疵责任作出了明确规定。该章第262条规定：“承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。”该条涉及承揽瑕疵责任的构成要件与法律效果，惟相较于第九章有关买卖瑕疵责任的较详备的条文，该条较为简陋。不过，此种不足却也为承揽瑕疵责任藉第174条参照买卖瑕疵责任的规定创造了空间。

### （一）构成要件

合同法第262条仅确立了承揽瑕疵责任的一项构成要件——承揽人交付的工作成果不符合质量要求。欲使承揽人承担瑕疵责任，仅凭该条并不足够，若仅以此为标准，则承揽人的责任将太过宽泛。第174条于此大有用武之地。详言之：

第一，工作成果不符合质量要求。第262条虽已明定这一要件，但对于如何判断“不符合质量要求”却未置一词。对此，可依第174条参照买卖合同的规定。合同法第153条、第154条对“质量要求”有相对详细的规定，准此，判断承揽工作成果是否不符合质量要求，首先应以当事人对工作成果质量要求的约定为标准；若无约定，则根据“合同有关条款或者交易习惯确定”；仍不能确定，则根据“国家标准、行业标准”判断；还不能确定的，则根据“通常标准或者符合合同目的的特定标准”判断。

第二，瑕疵的存在时点。一如前述，合同法第155条将买卖物之瑕疵的判断时点规定为“交付”之时，合同法第262条亦将工作成果瑕疵的判断时点规定为“交付”之时。但两者仍略有差异。因为对一些承揽而言，有时承揽工作完成，承揽人无须交付工作成果。此际，应以“完成工作”之时为瑕疵判断时点，第262条未能明白揭示此点。不过，由于第155条未涵盖这一情形，故无法藉第174条来填补该漏洞。

第三，定作人应及时检验与通知。与买卖合同中买受人应及时检验标的物并向出卖人通知标的物不符合质量要求一样，定作人于受领工作成果后也应及时检验工作成果，若发现不符合质量要求，则亦应及时通知承揽人。合同法未设此要件，依第174条，应可参照第157条、第158条有关买受人检验通知义务的规定。质言之，若合同约定了检验期限，则定作人应在该期限内检验并通知定作人；若合同未约定检验期限，则定作人应及时检验，并应在发现或应发现工作成果质量不符合要求的合理期限内通知承揽人，或自工作物收到之日起两年内通知承揽人。若定作人未为上述检验通知，则视为工作成果符合质量要求，承揽人不必就承揽工作成果质量负责。此外，作为参照第158条第3款的结果，若承揽人知道或应当知道工作成果不符合约定，则定作人不受上述通知时间的限制。在我国司法实践中，发生了大量的承揽合同参照合同法第158条的案件，如上海兵广塑胶皮件厂诉上海雅艺商贸有限公司加工合同纠纷上诉案、〔58〕临海市东大休闲用品有限公司诉王利江承揽合同纠纷案等。〔59〕

〔57〕 前引〔41〕，陈自强书，第179页。

〔58〕 见上海市第一中级人民法院（2005）沪一中民四（商）终字第1042号民事判决书。

〔59〕 见浙江省绍兴市中级人民法院（2009）浙绍商终字第54号民事判决书。

当然,这些判决存在着前述论理不备的缺憾。

第四,当事人未以特约限制或排除承揽人的瑕疵责任。若当事人在承揽合同中明确限制或免除承揽人的责任,则承揽人不必负责。合同法就此未设明文。依第174条,可参照《解释》第32条的规定,即若当事人有免责特约,则承揽人无须负责,但若承揽人故意或因重大过失不告知定作人工作成果瑕疵,则承揽人仍应向定作人承担瑕疵责任。

第五,工作成果不符合质量要求须与定作人无关。与买卖标的物全然是由出卖人提供材料并加工制作不同,承揽工作物却有可能是承揽人与定作人“协力”的结果,即工作物固然是由承揽人加工完成,但其材料却有可能由定作人提供,或定作人对承揽人如何完成工作有所指示。这说明工作物的瑕疵可能会由定作人方面的原因造成。此种现象为买卖合同所无。大陆法系各国一般会针对此种现象专为规范,如德国民法典第645条、日本民法第636条、我国台湾民法第496条等均明定“若定作人提供的材料有瑕疵或定作人指示不当致工作物瑕疵,则承揽人无须负责”。此即“瑕疵担保责任的法定免除”。我国合同法就此未设明文,存在法律漏洞。不过,由于买卖合同不可能发生此种现象,故无法藉第174条参照买卖合同的规定,法官要填补漏洞,只能另觅他途。

第六,对买卖物之瑕疵责任而言,其构成须“买受人在缔约时不知且不应知标的物有瑕疵”。对此,《解释》第33条设有明文。合同法第十五章未规定类似要件,可否藉第174条参照该条?由于该条所定者为既存之物的买卖,而承揽合同中所交易者将为将来完成的工作物,因此无藉第174条参照该条的余地。

## (二) 法律效果

就承揽物之瑕疵责任的效果而言,合同法第262条明定“定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任”。此为合同法有关承揽人瑕疵责任的专门规定,自当优先适用。不过,第262条未明定定作人可否要求承揽人“更换”、“退货”。此际,可否参照买卖物之瑕疵责任的法律后果?合同法第155条所援引的第111条规定,受损害方“可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任”。“更换”是债务人应债权人的请求而另行交付同种类同质量同数量的标的物的补救措施。由于承揽的工作成果往往为特定物,这与买卖标的物多为种类物不同,因此,在承揽合同中不存在“更换”效果适用的空间。退货意谓解除合同,<sup>[60]</sup>合同法第262条未明定“退货”或“解除合同”,可藉由第174条参照买卖物之瑕疵责任法律后果的规定,适用“退货”的效果。

## 结 语

合同法第174条被认属辅助规范,该条所使用的“参照”被认属“辅助性抽象立法技术”,但“辅助”并不意谓“次要”或“不重要”,一如齐佩利乌斯所述,“不应过低估计这些技术手段的作用”。<sup>[61]</sup>以第174条为表征的准用性法条除基于立法经济考虑而具有避

[60] 参见崔建远:《退货、减少价款的定性与定位》,《法律科学》2012年第4期,第95页;朱广新:《合同法总则》,中国人民大学出版社2012年版,第565页。

[61] 前引[17],齐佩利乌斯书,第18页。

免重复的重要功能外，还可发挥避免遗漏、节省立法时间、“减少论争范围，避免政治纠纷”、促使法律统一等重要作用。<sup>[62]</sup> 但十分可惜的是，我国学界对该条未有问题意识，致其理论研究阙如；对该条实务运作陌生，致其裁判品质亟待提升。

事实上，我国大陆适用第 174 条的案例颇为丰厚。此当属幸事。因为丰富的司法案例，一方面为该条的理论研究提供了大量的素材，另一方面又对该条的理论研究提出了较高的要求。其实，裁判水准与学术水准具有密切的关系。仅从学术的角度来看，“对于法院实务而言，学说论著，具有两种功能：一是就可能发生之问题，研拟可能解决办法，用供采择参考；二是就法院判决，从事分析、批评、注释或组成体系，或阐明法律思想，并借此而参与或指导创造法律之工作”。<sup>[63]</sup> 唯有在学术研究与司法实务之间建立起良性互动、合作沟通的桥梁，才能开创学术与裁判品质均提高的双赢局面。期待本文有关合同法第 174 条的研究，不只是发掘出我国民法上一个新的问题点，且能对促进理论与实务的通力合作略生微薄之功。

---

---

**Abstract:** Currently very few studies have been carried out on Article 174 of Chinese Contract Law, which has obvious features and important functions. Article 174, which should be applied by analogy, provides for an incomplete rule and shows that the legislator admits the existence of legal loopholes in the Contract Law and explicitly gives judges a broad judicial law-making power. The literary content of this article, especially the word “should” implied in this article, suggests that only a civil judge can decide if this article should be applied to a certain issue. This paper refers to this reasoning process as “reference”, which can be complete or partial. Complete reference means that articles of the sales law should be applied to a dispute by referring to both constitutive requirements and legal effects, whereas partial reference requires the reference of only one of them. The scope of “sales contract” in Article 174 should be understood as “the material provisions governing a sales contract”, but it should not include the Supreme People’s Court Judicial Interpretation of Sales Contracts. The meaning of “other onerous contracts” in Article 174 is still vague and has not been limited to a certain scope up to now. A number of cases referring to Article 174 have emerged in Chinese courts, but the judgments in most of them have obvious defects and were considered arbitrary because of the court’s over-simplified reasoning. Scholars have provided few valuable ideas on this topic. This paper shows that the key to the application of Article 174 is the identification of the similarity between the disputed contract and the sale. The civil judge should decide if and how to apply sales law to other contracts by considering the nature of the contract, for example, whether it is an onerous or a gratuitous contract, a contract transferring ownership or a contract transferring right to the use of the object, a consensual contract or a real contract, a property contract or a service contract, etc.

**Key Words:** reference, application by analogy, onerous contracts, sales contract

---

---

[62] 参见罗传贤：《立法程序与技术》，台湾五南图书出版股份有限公司 2012 年版，第 175 页。

[63] 前引 [26]，王泽鉴书，第 148 页。