

我国预约认定标准的路径探究

◆公子涵

(北京师范大学法学院, 北京 100875)

【摘要】 预约是指当事人达成的、约定在将来一定期限内订立合同的允诺或协议,故一些学者将其称之为预备性契约。预约在实践中依然非常之普遍,但是我国关于预约的制度并不算完善,还有很多问题亟待解决,2020年《民法典》对预约制度做了一些新的规制,其规制主要集中在预约的认定与预约的违约救济路径上。本文聚焦于前一个争议性问题,即对预约如何认定进行讨论。笔者拟从历史渊源、学理辨析、司法实践的角度,总结本国以及大陆法系、英美法系国家的立法以及学术观点,区分预约与本约,预约与意向书、备忘录等谈判性、调节性协议的区别,进而形成一种预约认定路径,以解决司法上的实务问题。

【关键词】 预约;认定;本约;意向书

一、预约制度的历史沿革与立法

(一)早期的预约制度

预约制度最早可以追溯到罗马法时期,其中的定金制度便具有防止当事人不履行合同的功能。此外,在一些法典中,预约制度会被应用于婚姻关系,如在汉谟拉比法典中有关婚约的规定,其中规定有了婚约,就有成婚的义务。随着交易过程逐渐变得复杂,要物合同的出现极大地促进了预约思想的发展,因为二者在给予当事人充分考虑履行合同的内涵方面具有一定的一致性,又由于为了保护一些当事人在要物合同中由于相对方任意反悔而无法受到救济的合法利益,预约逐渐产生并且受到了交易双方当事人的认可。这也是大陆法系国家最早产生的预约存在于要物性契约,之后才被适用到所有合同中的原因。如1900年《德国民法典》便赋予了合同当事人可以撤回其贷款的约定(虽然这项约定已经被废除);在1804年《法国民法典》第1589条第一次将预约在法典中进行规制,此后慢慢扩展到法国、日本、意大利等国的民法典中。

(二)大陆法系中预约制度的发展

大陆法系国家学者对于预约的定义基本一致,即预约为“约定将来订立一定契约之契约”。一些民法学者之著作如郑玉波教授在其《民法债编总论》中、戴修瓚教授在其《民法债篇总论》中、吴颂明先生在其《预约合同研究》中均认同了上述对于预约的定义。王泽鉴教授在其《债法原理》中不仅仅提到上述预约的定义,也提出了单双务合同的差别。总体而言,大陆法系学者对于预约的本质特征的把握基本趋于一致。

(三)英美法系中预约制度的发展

英美法系对“预约”的定义与大陆法系有相似之处,即二者均认同预约是正式契约订立之前的前置性契约,在英美

法系中,对于预约的解释为“在订立契约前订立的契约”。英美法系对于预约的概念更为宽泛而包容,其认为约束力不是预约认定的必要条件,而大陆法系却主张预约需要具有订立将来本约的约束力,不宜包含仅仅记录谈判磋商的客观性记载。大陆法系和英美法系的差别来源于其契约发展的基础要素的差异。在英美法系中,预约制度其实开始时只是本约订立的一个特殊过程。范斯沃斯教授将订约过程分为三大体制——最初谈判、预约和最后协议,而在整个过程中都由双方当事人的谈判予以贯彻。在英美法系中,预约是本约的一项前置性的过程,所以我们也能够去试着推导英美法系对于预约认定的逻辑。正是因为预约是一项过程性的因素,所以其范围才不必严格界定,其履行的约束力也不必严苛。

(四)我国的预约制度

我国在2012年的《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》中便规定了预约合同的效力以及违约救济等相关内容。我国《民法典》第495条规定了有关预约合同的定义以及违约责任,其中涉及了预约合同的几种种类:认购书、订购书等。与此同时,《民法典》沿袭了《买卖合同司法解释》,其将预约定义为限定在“一定期限内”内,意味着判断预约的重要方面是看其有没有在将来的一定期限内订立本约的意思表示。由此可见,我国的预约制度承袭了大陆法后期的预约制度,与英美制度有较大的差异,其也致力于将预约制度进行定性化处理,符合大陆法系的一贯风格。

二、学理辨析——预约与相近制度的界分

(一)预约和本约

有关预约和本约,主要围绕着二者的界限问题进行讨论。在实践中,如果预约合同已经包括了一个正式的合同

所要订立的大部分核心内容,并且其内容比较明确,是否可以通过合同解释补充预约以将其看做本约?就如同如果商品房预约合同已经详细包括了该房的信息,明确了当事人名称、买卖标的及其数量,其是否成立一种“表面的预约,实际为本约”的情况?有学者认为,根据民法中“尽量使合同有效原则”,当预约和本约混淆不清时,更应当使得当事人的意思表示得到最大限度的承认,故应当推定为本约。故有人持此观点,其认为只要要素俱全,便可认定为本约。在实践中,大陆法系《法国民法典》第1589条规定了在双方当事人对标的物与价金已相互同意时,买卖预约即等于买卖的判决规则。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》第5条规定:“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第16条规定的商品房买卖合同主要内容,并且出卖人已经按照约定收受购房款的,该协议应当认定为商品房买卖合同。”我国的规定实际上是基于一种“实际履行”的预约转化为本约。其要求预约不仅仅需要具备本约所需要具备的要素条件,还需要完全的实际履行才能够进行转化。对于这一条,也有学者提出了质疑,认为其过于绝对化,应该给予当事人更多意思自治的空间,使其可以通过意思表示事先排除预约转化为本约的情况。

笔者认为,区分预约和本约的核心,是要看该合同的标的是订立本约作为义务还是具体的合同标的物。即使在预约合同中,也会出现有关具体合同标的物的要素,但是如果其并不是合同的标的物,那么该合同就不足以被认定为本约合同。当事人可以通过事后的简易程序再去签订一个新的合同。我国学者运用主观解释论,认为若当事人是否另订立本约的意思表示不明确,且基于合同无法推知当事人意思表示的,应认定为预约。基于上述观点,我们可以从两大视角,即主观、客观视角,多个方面进行评判:其一,受法律约束的意思表示的强烈程度;其二,合同内容的确定性以及包括性;其三,要式方面的要求以及是否具有明确的期限等。

(二) 预约和意向书(谈判性、磋商性文件)

实践中,大量谈判性、磋商性的文件其实并无预约合同的法律效力,这些无拘束力的文本需要与预约区分开来。根据《民法典》合同编草案二审稿第287条规定,“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同”,受法律保护。但在最终确定的法律条文中,草案中的“意向书”“备忘录”却被删减了。这类“意向书”“备忘录”一般不具有预约的效力以及订立本约的意思和目的,缺少预约合同的“标的”,或者当事人在签订此类文件时,明确提出“本意向书不具有法律约束力”的情况。因为意向书在实践和预约之界限分析讨论中利用最为广泛,故本文以

意向书为例来进行辨析。

需要明确的是,预约合同和意向书的区分,是形式上的区分还是实质上的区分。在这里,笔者更倾向于实质上的区分。同时,关于如何理解《民法典》给出的预约合同的定义,对于列举式的定义是要做形式解释还是实质解释的问题。即当事人签订的“认购书、订购书、预定书等”是均应当认定为预约还是需要进一步甄别,以判断其是否在实质上符合预约的核心特征,也显然应当选择第二种认定方式,否则在实践中仅仅以形式判别预约,往往会导致违背当事人真实意思表示。

从大的方面来看,其区别为合同与非合同的关系。应当认定,预约是一种合同,所以其也具有合同所要具备的所有特点。王利明教授就主张在法学研究中,预约的标准名称应当为“预约合同”,为了精简,本文所讨论的预约,与预约合同具有同一性。相对于学界那句对于预约的经典定义——“预约是为了将来缔结一定契约而缔结的契约”,我们可以看出预约本身的目的性(为了缔结本约而缔结)、独立性(预约是单独的一项契约),以及双方当事人需要达成合意。预约实质是一种契约,故其包含了一种法律约束力。一种法律约束力意味着当事人需要有明确的意思表示,而非模糊的、无法确定的意图。对于合同中的合意,应当排除模糊不清的表达,尤其是对于必要内容而言,缺乏明确表达将会影响到合同的认定,因为当事人之间的权利义务也是模糊不清的。有学者认为,预约应当具备合意性、约束性、确定性和期限性四个基本特征。此外,对于不同情境下的预约,所包含的要素具体而言也有所不同。对于意向书,其更倾向于是一种缔约准备以及一种过程性记录,或者基于双方信赖关系而确立。此外,从结果来看,预约合同会形成一种订立合同的请求权,使得双方为自己设定权利义务,而在意向书中,当事人不承担任何合同义务和法律责任。

三、构建认定路径

(一) 关于预约认定的学界观点

在我国,对于预约的认定有诸多理论。有学者提出了预约合同层次论。学者刘承魁分别从内外部层次分析来剖析预约的认定,通过对预约的外部层次——预约订立的最终目的,法律约束力、形成的请求权,以及从内部——不同类型需要包含的必备要素,来解释如何对预约进行实践上的认定。但是,仅仅依靠学界观点无法在司法实践中有效地进行预约的认定,还需要归纳实践中所出现的各个元素,来和学界观点进行结合。

(二) 司法实践中预约合同的认定

应当注意的是,司法实践中往往无法完全贯彻理论。有学者抽取了200份裁判文书来研究预约合同,仅有极少数案例对法律文件是否有约束力进行了识别;而在大多数案件

中,由于交易信赖的一些习惯,司法实践中,往往会将学界观点看起来没有约束力的文件纳入裁判的有效文件范畴。因为没有必要去重新质疑当事人之间的诚信、道德等善良风俗的信守。如果过多进行质疑和规制,甚至有可能会破坏交易。还有学者从心理学的“锚定效应”观点出发,列举了“认购书”等概念也会在司法实践中影响法官对预约的判断,这也提醒了我们在判断预约时,要尽量克服这种认知方面的偏差,从本质上进行预约合同的认定。

预约的成立是多元因素的互相牵扯,最重要的因素为——合同必要的要素,以及当事人在一定期限签订本约的意思表示。在一些情况下,当事人仅仅规定了笼统的数量(如一周内采上来的所有煤炭),虽然仅凭此还不能够构成预约,但是当事人在签订意向书或者协议时,已经明确表示在将来的某天签订合同,那么这种意思表示就可以强化该协议,使之成为预约。预约的成立主要从两大方向进行规制,其一便是具备具体要素;其二便是当事人有无具体意思表示,这种意思表示包含了当事人有履行合同义务约束的意图;其三便是其有无一定期限要求,这种期限并非需要具体的几天之内,应采取推定下有具体期限的判断标准。在司法实践中,我们可以构建这种三元判断路径来进行判断,再根据具体的事实进行分析,结合法律原则精神作出判断。而在判断的过程中,有关当事人之间签订的文件名称则可仅仅做判断之参考,如一份文件虽然名为意向书,但是考察上述元素都满足了预约之条件,也应当认定为预约。

四、结束语

综上,对于预约合同的认定,其一,要对学理和实践进行结合,仅仅从学理上进行研究而脱离实践,往往在真实以及层出不穷的新案例中会遇到无所适从的情况。其二,既要从判断其包含的要素是否满足预约合同的要求,也要考察当事人的真实意思表示,考察其有没有订立本约的意图。在预约与意向书为例的非约束性文件、预约与本约之间的界限划分上也要遵守这种要求,同时。也要考察真实的案例

情况,做到学理与现实效率的自洽,从而进行更好的认定。

参考文献:

- [1]郑玉波.民法债篇总论[M].北京:中国政法大学出版社,2004.
- [2]隋彭生.合同法要义[M].北京:中国政法大学出版社,2003.
- [3]林诚二.民法债编各论上[M].北京:中国人民大学出版社,2003.
- [4]王泽鉴.债法原理(一)[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [5]陈峻阳.论我国预约合同效力的认定方法[J].河南财经政法大学学报,2022,37(03):104-110.
- [6]王利明.民法典合同编通则中的重大疑难问题研究[J].云南社会科学,2020(01):77-94,186-187.
- [7]张素华,张雨晨.《民法典合同编》预约制度的规范构造[J].社会科学,2020(01):112-120.
- [8]叶雄彪,梅夏英.预约合同问题研究[J].中国社会科学院研究生院学报,2019(04):60-70.
- [9]焦清扬.预约合同的法律构造与效力认定[J].社会科学,2016(09):101-109.
- [10]王利明.预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评[J].中国检察官,2014(17):75.
- [11]陆青.《买卖合同司法解释》第2条评析[J].法学家,2013(03):113-127,179.
- [12]刘承勰.预约合同层次论[J].法学论坛,2013,28(06):33-39.
- [13]王建东,杨国锋.预约合同的效力及判定——以商品房买卖合同为例[J].浙江学刊,2011(01):149-153.
- [14]韩强.论预约的效力与形态[J].华东政法学院学报,2003(01):46-51.
- [15]周珍梅.预约合同研究[D].上海:华东政法大学,2014.
- [16]尹衍春.预约合同研究[D].济南:山东大学,2008.
- [17]王庆.预约法律制度演化探究及现有理论之构建[D].上海:华东政法大学,2010.

作者简介:

公子涵(2002—),女,汉族,山东临沂人,大学本科,研究方向:民商法学。