

论预约\*

陈玉祥

(盐城工学院 社会科学部 江苏 盐城 224003)

摘 要 :预约是当事人之间约定将来订立一定合同的合同 ,其价值在于以当事人约定的形式对合同的订立过程予以规划 ,以合理分配缔约风险、降低缔约成本。从预约的概念与类型、预约的效力与违反预约的责任以及违反预约的责任与缔约过失责任之比较三个方面对预约作分析。

关键词 :预约 ;违反预约的责任 ;缔约过失责任

中图分类号 :D922.298 文献标识码 :A 文章编号 :1671-532X(2004)01-0031-05

一、概念与类型

预约 ,又称预备合同 ,是指当事人之间约定将来订立一定合同的合同。与之相对应 ,当事人将来应订立的合同则称之为本约。预约产生的原因多种多样 ,一是欲订立本约的当事人由于种种原因不能就本约的主要条款达成一致 ,而只约定了部分条款 ,同时约定于将来某一时间在所约定条款的基础上进一步协商以达成本约。二是在本约为实践合同时 ,当事人虽然已经就主要条款达成一致 ,但仍需待交付标的物后本约才能成立 ,因此进一步约定于将来某一时间完成交付以使本约成立。三是法律规定合同须具备一定的形式才能成立 ,当事人因而在主要条款已达成一致的基础上约定双方以积极行为促成合同具备法定形式从而使合同成立<sup>[1] (p.27)</sup>。在第二和第三种情形 ,当事人如果仅仅就合同的主要条款达成一致而没有交付标的物或者以积极行为促成合同具备法定形式的约定 ,则当事人之间不存在预约。有人认为 :当事人就某一实践合同达成协议就是预约合同 ,完成所规定的标的物交付后 ,实践合同即成立 ,成立的这一合同就是本约<sup>[2] (p.261)</sup>。台湾立法似乎也持该观点 ;“民法典”立法说明书对第 465 条解释道 :“预约为约定负担订立本约之义务之契约。通常

在要式或要物契约始有其存在价值。使用借贷为要物契约 ,常先有预约之订立 ,惟其亦为无偿契约 ,故于预约成立后 ,预约贷与人如不欲受预约之约束 ,法律应许其撤销预约 ,始为合理<sup>[3] (p.124)</sup>。”要物契约即为实践合同 ,依据该解释似可作如下推论 :要物契约生效前当事人合意而成的契约条款即为预约。笔者以为这个观点是错误的 ,仅仅就实践合同的主要条款达成协议而没有明确约定交付标的物 ,本约尚未成立 ,当事人之间又不存在其他具有约束力的协议 ,此时不可能存在预约 ,因为预约本身是一个有效的合同。同样 ,一个应当履行登记手续而尚未履行登记手续的合同 ,如果没有明确约定当事人须于将来为登记行为则也不能称之为预约<sup>[1] (p.28)</sup>。这两种情形下 ,如果合同未能成立或生效 ,有过错的当事人应承担缔约过失责任。

法国学者一般将预约分为三种 :一是“ 优先性协议 ” ,一方同意赋予另一方以订立某一特定合同的优先权 ,只要一方决定订立该合同就必须首先向另一方发出要约。享有优先权的一方并不承担任何义务 ,当对方发出要约时 ,有权优先承诺 ,也有权拒绝承诺或发出反要约。二是“ 原则同意性协议 ” ,当事人有义务进一步就合同的具体条件进行协商以最终订立合同。这种协议的结果是 ,当

\* 收稿日期 :2003-06-26

作者简介 :陈玉祥(1974-)男 ,江苏盐城人 ,盐城工学院社会科学部讲师 ,兼职律师 ,华东政法学院硕士研究生 ,主要研究方向 :民商法学。

万方数据

· 31 ·

事人并不承担必须订立合同的义务,但负有善意进行协商的义务。三是“订立合同的单方面允诺”,根据一方对另一方的允诺,另一方一旦在某一特定的时间内提出请求,该方当事人就必须依照已确定好的条件与之签订合同<sup>[4] (p.56~57)</sup>。

美国学者一般将预约分为两种:一是带未决条款的预约(preliminary agreement with open terms),它规定了交易的大部分条款,并且当事人都同意受其约束,但同时当事人还有义务就未决条款继续谈判,达成所谓“关于未决条款的协议”,然后再整合成最后本约。二是将行谈判的预约(preliminary agreement to negotiate),它也可能规定了交易的实质性条款,但当事人不同意受其约束,只承担继续谈判以达成最后本约的义务<sup>[5] (p.529~530)</sup>。

笔者认为,一个纯粹的预约仅为促成本约的成立而存在,它本身并不涉及本约的实质性内容。预约可以单独存在,也可以以条款的形式存在于其它文本当中,如美国学者所谓的将行谈判的预约。当预约以条款的形式存在于其它文本当中时,这个文本有可能涉及到本约的实质性条款,但需要注意的是,此时所涉及到的本约的实质性条款对双方当事人是没有约束力的,否则,双方当事人之间就已经产生了一个具有实际交易内容的合同,因而无预约存在之必要,亦无预约存在之余地。比如上述“带未决条款的预约”,由于已经包含了对双方当事人有约束力的实质性条款,因而并非一个真正的预约。当事人就未决条款进一步协商,乃是对一个已经生效的合同进行解释和补充,而并非在促成一个新的合同。正因为如此,美国学者认为对于“带未决条款的预约”可以适用强制实际履行,当双方当事人未能就未决条款协商一致时,可由法院强行补充预约中的未决条款,以令当事人尽实现交易之义务<sup>[5] (p.542)</sup>。而如果“带未决条款的预约”是一个真正的预约,就不应当具有强制履行交易条款的效力。

笔者以为可以根据缔约的进程将预约分为以下三种:一是优先性预约。一方许诺赋予另一方以订立某一特定合同的优先权。法国学者所谓“优先性协议”和“订立合同的单方面允诺”当属此类。澳门民法典第408条规定:“优先权之约定为一种协议,基于此协议一方承担在出卖特定物时给予他方优先权之义务。”虽然此条在澳门民法典中是规定在预约之外的,但从其内容来看与法国学者所谓“优先性协议”相同。二是继续谈判的预

约。当事人仅就本约的部分条款或原则性条款达成一致,但这些条款尚未满足本约成立的要求,为使本约成立,须于日后协商确定其他条款或细节性问题,当事人因此而负有进一步谈判的义务。法国学者所谓“原则同意性协议”和美国学者所谓的将行谈判的预约均属此类。而所谓“带未决条款的预约”则不是预约。如上所述,在“带未决条款的预约”中,当事人虽然也负有进一步谈判的义务,但实质上是在对一个已经生效的合同进行解释和补充。三是为特定行为的预约。当事人虽已就未来本约的全部条款达成一致,但由于本约是要物契约或要式契约,依法律规定仍需履行一定行为才能成立,如给付标的物、完成登记手续等,当事人因而约定于将来合理时间内履行该行为。比较上述三种预约:第一种预约中本约的缔约进程尚未开始,第二种预约中本约已经初具形状,第三种预约中本约的主要条款已经形成,可见这三种预约在缔约的进程中渐次发展,离本约越来越近,当事人一方违约可能给对方造成损失通常也会越来越大。

从理论上讲,本约与预约是容易区分的,但实际并非如此。在实际交易中应探求当事人的真意加以认定,由于订立预约在交易上为例外情形,如有本约与预约难以区分之情形,宜认定为本约,这样做可避免再次订约的成本,有利于促进交易。台湾1976年台上字第1178号判决指出:“当事人订立之契约,为本约?抑预约,应就当事人意思定之。当事人之意思不明或有争执时,则应通观契约全部内容定之,若契约要素业已明确合致,其他有关事项亦规定綦详,已无另行订立契约之必要时,则应认为本约。”1975年台上字第1567号判例指出:“倘将来系依所定之契约履行而无须另订本约者,纵名为预约,仍非预约”<sup>[6] (p.148)</sup>。

## 二、预约的效力与违反预约的责任

预约的效力表现为当事人应当尽最大的诚信、按照约定的条件进行谈判或为特定行为以缔结本约。一般而言,当事人负有以下几方面义务:第一、以合理条件进行谈判的义务。预约当事人应按照预约进行谈判,不得食言背信,不得以任何形式拒绝谈判,也不得为阻碍达成协议而设置障碍,比如采取“要么接受、要么走开”之类体现垄断的固执交易手段。第二、持续谈判的义务。除以下情形,预约当事人不得随意中断谈判:1、对方当

事人有不公平交易的行为 ;2、存在错误或情势变更 ;3、当事人虽极尽耐心但仍肯定谈判无成功的希望<sup>[5] (p.536)</sup> 第三、为特定行为的义务。当事人应当根据预约的规定以积极的态度完成交付、登记等特定行为 ,不得故意拖延。第三、有关的附随义务 ,主要是有关信息的披露与保密义务。

当然 ,当事人所负的具体义务还取决于双方的约定。因此 ,对于“ 订立合同的单方面允诺 ”,作出允诺的一方不仅负有诚实谈判的义务 ,而且还负有依据已确定的条件与另一方订立合同的义务 ,这有点类似于强制缔约义务 ,只不过这个义务来自于双方的约定而不是法律的规定。一般而言 ,允诺方会获得相应的利益 ,但不管他是否获得对价 ,允诺一经受诺人接受 ,预约即成立并生效 ,允诺人便负有此“ 强制缔约义务 ”。这在预约当中是比较特殊的。

有两个问题需要讨论一下 :一是单方预约的效力。由于在单方预约中当事人权利义务并不对等 ,为公平起见有必要对单方预约的效力期间作出限制。正如澳门民法典第 405 条规定 :“ 如预约合同只拘束一方当事人 ,且未定出约束之有效期间 ,则法院得应许诺人之声请 ,定出他方当事人行使权利之期间 ,该期间结束时权利即告失效。”二是预约是否具有物权效力。澳门民法典第 406 条规定 :“ 就不动产或须登记之动产之转让或设定负担之预约 ,双方当事人得透过明示之意思表示及有关登记之作出而给予该预约物权效力。”笔者认为在国内合同法律理论体系和立法框架内 ,不宜给予预约以物权效力。我们是在合同法的范围里讨论预约的 ,通常认为我国《合同法》规定的合同限于债权合同 ,因此预约只能产生债的效力 ,当事人一方根据预约负有继续谈判或为其他特定行为的义务 ,另一方负有相应的请求权 ,而不能直接给予预约以物权效力。

违反预约的责任是预约效力的主要体现。预约作为合同之一种 ,和其它合同一样 ,当事人违反预约应当承担违约责任。但在具体责任形式上 ,违反预约的违约责任与其它违约责任有着不同。一般违约责任形式包括实际履行、损害赔偿、支付违约金等。其中实际履行是传统合同法所强调的一种重要的违约责任方式 ,且不能为损害赔偿、支付违约金代替。作为合同之一种 ,“ 如果预约的一方当事人不履行其订立本合同的义务 ,则另一方有权请求法院强制其履行及承担违约责任”<sup>〔6〕 (p.56)</sup>。但对于预约来说 ,在实际履行的适用上有其特殊之处。首先 ,除“ 订立合同的单方面允诺 ”,预约的实际履行仅仅指诚实谈判义务的履行 ,它并不意味着当事人必须订立合同。其次 ,当包括预约条款的文本中含有涉及实质交易内容的条款时 ,预约的实际履行不包括对这些交易条款的履行。第三 ,当一方当事人故意不履行谈判义务 ,强制其履行如果会引起人身强制 ,则不能适用实际履行。

台湾学者及立法认为 ,预约债务人负有订立本约的义务 ,权利人得诉请履行 ,法院应命债务人为订立本约的意思表示 ,债务人不为意思表示者 ,视同判决确定时已为意思表示。本约成立后 ,债权人即有请求给付的权利 ,基于诉讼经济原则 ,债权人得合并请求订立本约及履行本约<sup>[3] (p.150)</sup>。此种做法的好处是促进交易 ,但以部分牺牲当事人的意思自治为代价 ,在我国会产生法院过分干涉当事人缔约的弊端 ,而且与预约的性质相左 ,故不宜仿效。同时 ,即使因法院强制而订立本约 ,由于本约的成立与履行之间往往有一段时间 ,因而一般也不宜在本约成立之时、履行期限到来之前即行判决债务人履行合同。另外 ,美国学者认为如果当事人一方在预约中以典型的“ 排他性谈判 ”条款明确地允诺要与对方单独进行谈判 ,则法院得禁止该方当事人与第三人就交易进行相同的谈判<sup>[5] (p.542)</sup>。此种做法虽不失公平 ,但依然有过分干涉当事人缔约的可能性 ,而且从经济的角度来看也未必合理 ,因此不妨以让违约方负金钱责任来代替强制实际履行。

预约的违约责任应当主要为金钱责任形式 ,如损害赔偿、支付违约金以及返还定金。其中返还定金依据预约约定和定金法则进行 ,支付违约金主要依据预约约定 ,同时考虑守约方的实际损失。损害赔偿则应当依据一般的损害赔偿法则予以确定 ,但其范围应限定为信赖利益损失。主要包括两个方面 :一是因信赖本约将会订立而为准备履行本约所发生的支出或遭受的损失 ,二是因信赖本约将会订立而放弃其它订约机会所遭受的机会利益的损失。当然 ,主张损害赔偿的一方应当证明信赖本约将会订立是有理由的 ,同时还要证明其所受的损失是客观的以及损失和信赖之间具有因果关系 ,其中对于机会利益的损失 ,主张损害赔偿的一方应当证明在对方作出允诺时 ,已经知悉另一机会并且会抓住它 ,但因为信赖了允诺

而没有利用它,否则,当事人不能主张信赖利益的损失赔偿。至于可预见性规则、与有过失规则、减轻损失规则和损益相抵规则因是损失赔偿的一般规则得当然适用。

值得注意的是对信赖利益的赔偿的限度问题。一般认为对信赖利益的赔偿应以期待利益为限,但是这条规则是以期待利益能合理确定为前提的,而且还有例外。因此,在当事人已对本约全部条款达成一致为使之成立或生效而订有预约的场合下,期待利益能够确定,则原则上可以适用该规则。在预约的其他场合,合同的基本条款尚未确定,无法合理估计期待利益,因而不能适用此规则。不过这并不是说此种情形之下对信赖利益的赔偿就无需限制,只是说无法以期待利益为限度,而应当适用可预见性规则或合理性规则,从而将对信赖利益的赔偿限定在一个合理范围内。因此,当事人一方因信赖合同将会成立或生效而预先支出的缔约费用、履行准备费用以及丧失的机会利益,如果在一个理性的第三方看来是难以预见的,则此等信赖利益的损失不能被包括在损失赔偿当中。

### 三、违反预约的责任与缔约过失责任之比较

缔约过失责任,是指在合同订立过程中,合同一方因违背其依据诚实信用原则所应负的义务,致使另一方的利益受损,而应承担的民事责任。缔约过失责任的概念首先由德国法学家耶林于1861年提出,耶林之后,许多民法学家对这一理论作了完善和发展,多数国家的立法与判例也都采纳和借鉴了缔约过失制度,我国《合同法》第42条对缔约过失责任也作了规定。缔约过失制度的理论基础主要有侵权行为说、法律行为说、法律规定说和诚实信用说四种主张。大多数学者赞同诚实信用说,认为缔约过失责任的理论依据,是建立在诚实信用原则基础上的先契约义务。在订立合同过程中,因一方当事人的过失而使合同不成立、无效或被撤销并致对方当事人受害,此时由于在当事人间不存在合法有效的合同关系,受害人难以以违约为由追究致害人的法律责任。但在当事人为缔约而进行磋商的过程中,双方当事人已由一般关系变成了具有特定信赖成分的特殊关系。这种关系虽不以给付义务为内容,但依据诚实信用原则,当事人应负有相互协力、通知、说明、照

顾、保护等附随义务<sup>[3] p.85)</sup>。当事人若客观上违反上述先契约义务,且主观上存在过错,即应承担法律上的缔约过失责任。

比较违反预约的责任与缔约过失责任,笔者认为两者既相区别又相联系,关系十分密切。

首先来看两者的区别。在合同尚未成立或合同虽已成立但因不符合法定生效要件而被确认为无效或被撤销时,当事人之间没有任何有效的合同,缔约人只有可能承担缔约过失责任。而违反预约的责任是一种违约责任,本约虽然尚未成立,但当事人之间存在一个有效的预约合同。前者依据法律的直接规定而产生,后者根据当事人的约定而产生,前者的责任形式由法律规定而后者的责任形式可由当事人约定。简言之,缔约过失责任所违背的义务是一种“先合同义务”,违反预约的责任违反的则是合同义务,缔约过失责任是法定责任,违反预约的责任则是意定责任。

其次来看两者的联系。一方面,违反预约的责任与缔约过失责任都发生在本约的订立过程当中。对于违反预约的责任而言,虽然以一个有效成立的预约为前提,但是预约本身不是当事人的目的,当事人的目的是本约,预约只是本约缔结过程中的一个手段。因此,违反预约的责任实质上也是产生于合同(指本约)缔结过程当中,两项制度的价值都在于通过对合同订立过程的规制以保证合同能够缔结、交易得以进行,两者的请求权基础都依据于契约法原则而不是侵权法原则。另一方面,在缔约过程中,合同尚未成立或者尚未生效,履行利益缺少存在的根据,因此,无论是违反预约的责任还是缔约过失责任都是对信赖利益的保护。两者的责任范围均限于信赖利益,而不能包括履行利益。

综上所述,笔者以为违反预约的责任与缔约过失责任从实质上来看宗旨一致,功能相似,都可以归属于“先合同责任”(precontractual liabilities),只不过前者主要基于当事人的约定而后者则基于法律的直接规定,两者在不同的领域内发挥作用,共同对缔约过程中当事人的利益予以保护。如果当事人最终欲订立的合同未能成立或生效,在存在预约的情形下,则根据双方约定以违反预约的责任处理;在没有预约的情形下,依据法律规定以缔约过失责任处理,两者相辅相成,缺一不可。

相对于缔约过失责任,预约有其独立存在的价值,它是当事人对谈判过程的规划,对谈判风险

的分配 ,由此将合同的订立过程纳入了当事人的理性范畴。预约不但是本约成立的外部准备性工作 ,也是本约法律行为的内在合理性扩张 ,是对本约的历史解释和合理补充的必要素材 ,直接影响了本约的价值<sup>[ 6] p.27)</sup>。《合同法》既然已经规定了缔约过失责任 ,从体系的完整性出发也应当规定预约及违反预约的责任。而不规定预约及违反预约的责任 ,起码有以下不妥 :一是未能体现尊重当事人意志的法律要求。合同法应是一部充分体现当事人意志自由的一部法律 ,当事人自然有权利自主决定缔结本的方式、程序 ,决定违反预约应当

承担的责任。法律如果不规定预约及违反预约的责任 ,则未能充分体现当事人的自由意志。二是不利于确定责任范围。通过预约当事人可以约定损失赔偿的范围、违约金的数额或者确定方法 ,根据当事人的约定可以比较方便地确定责任范围。而在缔约过失责任下 ,由于缺少当事人的约定因而确定责任范围是比较困难的。三是加重受害方的举证责任。根据合同法 ,在违约责任下 ,守约方不需要证明违约方在主观上具有过错 ,而在缔约过失责任下 ,受害方应证明对方具有过错。这样无疑会加重受害方的举证责任<sup>[ 6] p.27)</sup>。

参考文献 :

[ 1 ] 王新 ,秦芳华.论预约及其责任[ J ].律师世界 ,1998 ( 4 ) 27 - 28.  
[ 2 ] 彭万林.民法学[ M ].北京 :中国政法大学出版社 ,1999.  
[ 3 ] 王泽鉴.债法原理( 一 ) [ M ].北京 :中国政法大学出版社 ,2001.  
[ 4 ] 尹田.法国现代合同法[ M ].北京 :法律出版社 ,1995.  
[ 5 ] 吴颂明.预约合同研究[ A ].梁慧星.民商法论丛 VOL17 [ C ].北京 :法律出版社 ,1995.  
[ 6 ] 周妮娜.论预约[ J ].经济与法 ,2002 ( 2 ) 27 - 29.

## On Precontract

CHEN Yu-xiang

( Social Science Department of Yancheng Institute of Technology , Yancheng Jiangsu 224003 )

**Abstract** :Precontract is an agreement which stipulates that the relevant parties should negotiate for signing a certain contract . It 's value lies in planning the process of negotiating for signing a contract , thereby allocating risks and lowering the cost reasonably . This article has three parts :the concept and kinds of precontract ; the effect and the liabilities of breaching precontract ; a contrast between liabilities of breaching precontract and culpa in contrahedo .

**Keywords** :precontract ; liabilities of breaching precontract ; culpa in contrahedo