

论预约的实现 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文
https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_AE_BA_E9_A2_84_E7_BA_A6_E7_c122_484702.htm 预约是相对于本约而言的，通常被定义为“约定将来订立一定契约之契约”。预约既为合同，法律未作特别规定，自应适用关于合同的一般的原则。预约合同之债，属请求权，需经由对方当事人的协力始得实现。所以，预约存在实现的问题，即债务人的履行问题。申言之，债务人所负给付义务的确定，其归责方法的确立，就是预约实现的基本方法。从发生学上看，预约被社会实践所接纳和实施，一般地存在于缔结要式行为和要物合同之前当事人的权宜之计。要式行为（如商品房买卖）或者要物合同（如保管合同或赠与合同）的实质，在于法律要求当事人为一定的形式才肯认当事人的意思表示取得法律效力或者取得证据效力。在这之前，在法律上仅仅是意思表示。但是，当事人的协商成果要被记载和遵守，需要被赋予一定的效力。这个效力，因为双方还不能完成法律所规定的形式要件，所以当事人需要的是一种法律肯认合同形式效力之前也具有约束力的合同形式，这就是预约，其直接的目的是使要式行为之前的意思表示也具有一定的拘束力。从法理上说，作出的承诺应当得到遵守，法律自然有这样的社会利益存在，这就是诊断预约的正当性基础。另外一种情形是，当事人还不想获得与合同效力那样的约束，对订立合同尚有所顾忌或犹豫。虽然双方已经获得了相当的信任，但其中一方想和正式订立本约保持一定的距离，还想留有余地留待他日开花结果，这也是预约。所以，合同本无预约和本约之分，只因“现实的超越和断裂”，法律人才不得不面对。按照现

象学的研究方法，债务人所负给付义务的确定方法，可以作类型化划分，并可以从中归纳出其共有的一些特征，根据这些特征，我们就可以确定地划出债务人的义务。一方给予另一方将来订立某项特定合同优先的权利，这种优先性协议，使在特定合同的相对人的选择上有了一项约束，如果这项特定合同的相对人是第三人，则存在违约。在双方就某项业务安排达成的初步协议中，可能还包含了一些合同条款的预定，但还有一些同样关键的部分尚有待进一步磋商，对这一阶段性成果予以固定的原则性同意协议，虽然与优先性协议相比在将来是否订立合同的期望值要弱一些，但同样的，如果有相反证据表明初步协议被安排给了第三人，则一方违反了“原则”也是能够被证明的。前面这两项谈判成果也可以表现为将来订立合同的单方允诺，由于这项成果最为简单，这一单方允诺所包含的民事义务就此确定了预约的基本义务--将来订立本约。所以，将来订立本约的意思表示，以及谈判成果中已经被确立的诸如对本约条款的安排等意思表示，社会利益和法律都赋予了约束力，应当无一例外地得到遵守。在这两项义务中，订立本约是基本义务。存在这一项将来订约的表示，就可以认为已成立了一项预约。其他对本约条款的安排（即对本约内容的预定）可以是次要的和可有可无的。然而一旦作出这样的安排，按照承诺生效的规则，应当足以约束承诺人，这一规则的司法化，直接的外在就是采用预约条款移植到本约--预约的确定性规则下，其要素即使未被体现于本约之中，也仍然是本约的当然要素应当成为本约的条款，但也仅仅如此而已，如果本约最终未能成立，这些只是判断缔约过失责任的基础条件，而不是据以成立违约责任

的依据--说白了，没有本约，何论违约？因此，预约债务人的基本义务就是订立本约。“预约乃约定将来订立一定的契约，以订立本约为其债务内容。”但由于预约和本约之间可能存在内容重合一致程度上的差别，一方在订立本约时提出了预约之时未约定的条件和要素，双方又不能就必须完善的条款达成新的一致时，如何确定双方的义务，使双方某种行为具有可责性，从而约束双方当事人以实现预约的经济目的，就是预约的实现方法。既然存在法律归责，就必然存在确定性问题。预约的确定性问题又是怎样的一种场景呢？这一命题的预设是这样的：预约乃是对所有契约之点合致之前，当事人所为有拘束力的意思表示。此一义务因当事人缔结契约而得到履行，原则上任何一方均得要求缔约，可是履行的要求，只有在主契约的内容于预约中已足够确定之时，始能获得胜诉的判决。如果预约所建立的缔约义务，并不充分确定，而且经过解释也无法确定预约的内容，则其义务乃至预约本身均不生效力。预约合同的效力，其前提是预约的确定性。“本约要式，预约亦得要式始得成立。”所以预约确定性的考察，包含了两个方面的内容，一是预约的形式，应当与将来要订立的合同形式相一致，二是预约的要素，应当对将来订立本约这一基本义务有明确的表示或记载。让我们回到社会利益论的方法作进一步的考察。既然预约合同的履行就是订立本约，那么预约合同成立后，预约债务人就订立本约的意思表示在逻辑上概括地讲有两种，一是同意订立本约，一种是不同意订立本约。不同意订立本约，其损害赔偿的民事责任是显而易见的，通说认为应当承担缔约过失责任而不是违约责任，因为本约尚未成立，交易关系尚未建立，不

能以合同关系加以苛责。但确定一种损害赔偿 responsibility，在预约的实现这一命题之下，也具相当的法律意义，但这不是本文的重点（包括预约请求权的内容的确定和诉讼法的意义），因为这一判断但凡法理学的教材都会有不俗的论证。而同意订立本约，在实际订立过程中，又有了新的争议的发生。比如说，一方只同意以预约为蓝本并且不进行新的协商，或者对必须完善的形式要件不作意思表示，甚或其他，对这种利用预约和本约之间在要素方面的不重合的问题以逃避预约的约束的口舌之争，法律的归责方法会是怎样的？我们在这里还可以提出另一个问题。即合同内容的主要之点双方当事人已经全部达成一致，但双方在合同中又约定，尚须经另行签订正式合同文本，才得实现各自交换目的。本文即以最高人民法院《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》第五条的规定为蓝本，作一个粗浅的揭示。该条的原文是：商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，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。依照该条规定的文义，如果商品房认购单具备了商品房买卖合同的主要内容，付了房款（未说明是付清房款还是预付部分房款），就可以认属本约，而不论双方当事人是否还准备再签订据以办理转移标的物所有权公示手续的本约，只要具备这两个条件，就是本约。而且这里的本约，似乎应当是指双方当事人可以拿到房管局去办理转移登记手续的合同，这份认购单可以被房管局接受吗？那么果真能作这样的认定吗？一方面，司法解释规定符合该条规定的要素，即视为成立了合同即本约，但依照预约的本质，以

及行政管理的规定，凭这份认购单还不能实现本约的目的，当事人也约定此后尚需再正式另签订合同。这是不是在合同成立之后还要再签订合同，还是说当事人再签订本约的约定，不为司法解释所认可，法律不要求双方再签订合同？另一方面，合同法已经提供了相应的解决办法，规定了缔约过失责任，既然违反预约也要承担缔约过失责任，再行在商品房买卖合同当中增加预约的规定，其法律实益又在哪里？从形式逻辑的角度，这可以成立三种解释。第一种解释，这是完善合同效力的形式要求，只是对合同形式的完善，都是本约，就是同一份合同、具有同样的效力。另一种解释，因为写明尚需签订确认书或将来签订正式合同文本，即为预约，而不论该预约所确定的内容已足以构成一份本约或已完成了本约内容的全部预定。第三种解释，依照通常的买卖合同所应当具备的内容，以及商品房买卖的特殊性要求所应当具备的合同条款，如果这两项要求已全部具备，或者已全部满足该条规定的要件，可认均属本约，因为本约的目的至此已经明确或者依靠这一份合同就可以得到确认和满足，自然可以赋予本约的效力；如果不够充分，以当事人不具备预期利益论，即认属预约。我的基本判断是，这也还是要作一个区分。如果预约当中已全部具备本约形式要件和实质要素，且已全部付清价款，即不属预约，而是本约，因为一方的义务已经履行，这种履行利益的保护唯有以本约制度才能周到。付了部分房款，具备主要之点，应论为预约。这样划分的意义是，判断预约与本约之间的根本区别或最直接的证据，是因为当事人明示这只是一个预约，本约尚待他日再为缔结（而不是作为在要式行为或要物行为的完成阶段之前的一个前奏）

，同时也突显出与合同制度的对接，顾及到了履行利益的保护。预约合同的内容，是订立本约的意思表示。预约合同中对本约内容的约定，应当自然移植到本约之中成为本约的当然内容。即使不被移植，任何一方当事人都可以以该款约定向对方主张权利或主张抗辩，法官仍然得赋予其相应的合同拘束力。预约的履行，就是本约的订立。本约不能成立，是对预约的违反。所以预约的拘束力，在于要求预约当事人为订立本约的意思表示（但也不仅仅是同意订立本约的意思表示即已足够），其要点在于坦陈本约要素和条款的确定，作出足以完善并成立要式行为或要物行为的符合预约经济目的的意思表示，以期最后促成本约的成立。如果不为完善要式行为或要物行为的必要之点的意思表示，则双方无以就此达成一致，双方成立本约即无事实基础，并使法律对预约人的规制落空--没有了可责性。并且，如果双方所作相向的意思表示不能发生匹配和重合，在双方愿意在预约基础上订立本约的意思表示项下，法律为当事人已经准备了合理解决不匹配分歧的基本方法，如合同法第六十一条、第六十二条的规定等等，法律可以为当事人拟制设立本约条款，也就是，法官可以运用法律（合同）解释的方法使一项尚有漏洞的合同最终得以成立并得到履行。也即事后当事人不能获得一致协议，只能通过请求法官以裁判的方法予以确定，不能以没有获得协议为理由而主张合同未成立或者合同无效。这也就是说，法官在作预约合同的裁判时，并不是很小心仔细地为当事人罗列一份当事人就预约所指向的经济目的项下的本约提供一份范文，而是明白无误地告诉他们，你们应当在合理期限内完成一份本约，至于法官通常会进一步提出他们在订立

本约时应当注意的问题和应当恪守的规范，只是“本院认为”部分的谆谆告诫，无由进入到判决主文里，因为那会造成判决的不确定，即判定的责任会被任意地无休止地扩充或缩小。至于有观点提出的，预约的效力是使双方按照预约的安排订立本约，法官确定预约合同当事人的民事责任时，也应当以预约为蓝本来确定。这种方法的缺陷是，预约所确定的要素尚不足以完成一份要式行为时，预约条款的引申和解释也不足以完成其缺漏的填补，相反正给意欲不订立本约或使本约无法订立的当事人创造了绝好的口舌，因为要式行为的要素仅仅按照预约是始终无法确立的。只是，当事人如果尚有一些事项还没有谈妥，对于本约的订立还有所犹疑，不愿就此落入一份必得恪守的合同，照我看来，其应采用的保护方法最妥当的安排不是预约，而是保留在一定条件下或者无条件的解除权。因为无论本约还是预约，都是一份有约束力的合同，当事人均有履行的义务，不经设定单方解除的权利，就不能对抗对方的履行请求权。所以，预约的实现这一命题之中，有关预约的确定性和可责性问题，完全是与其发生学上的社会基础--社会利益--相一致的，本文的全部内容就是这一点，仅仅如此而已，可是，又有哪一项法律规则不是这样的呢？（作者：陆敏彪，江苏苏州五洲信友律师事务所）

（本文荣获2006苏州律师发展论坛论文二等奖。评委会对该文的评点如下：本文带给我们更多的是法律实践中对于“预约”合同的思考，特别是从商品房预约合同出发对于“预约”和“本约”的法律关系、预约的实现、预约的归责责任、预约的实质含义进行了深刻的剖析，作者认为预约的实现这一命题之中，有关预约的确定性和可责性问题，完全是

与其发生的社会基础、社会利益相一致的。评委会一致认为：该论文揭示了近两年来在房地产法律服务中，律师对预约合同所产生的种种思考，能够紧扣法律业务发展动态，指出了问题，带来了思考，因此授予其二等奖。）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com