

【合同】

功能视角下的预约类型论

罗 昆

【摘 要】现有关于预约的“内容—法效”类型论尚不足以为预约制度的准确适用提供充分的理论指导。比较法上预约的适用范围已从买卖、借贷等典型合同逐渐扩张迁移。除“内容—法效”视角的类型化外,预约还存在适用范围、效力性质、单方双方、束己涉他等类型视角。通过对预约类型的全面梳理可知,预约的功能整体上可以分为规避法律和补强法律两个方面。我国的预约制度主要用于特定合同类型中规避审批程序或成立要件从而使合同约束力提前,或用于明确或强化缔约人的法定义务和缔约责任范围。《民法典》第495条规定的预约属于请求权预约,不同功能的请求权预约在认定标准和法律效果上均存在明显差异。基于合同自由原则应认可形成权预约之效力。

【关键词】预约;类型;功能;民法典

【作者简介】罗昆,法学博士,武汉大学法学院教授、武汉大学司法案例研究中心研究员。

【原文出处】《法学家》(京),2022.4.89~102

【基金项目】本文系2020年国家社科基金重点项目“《民法典》适用中的国家利益保护问题研究”(20AFX016)的阶段性研究成果。

预约制度是我国司法实践和《民法典》合同编编纂中的疑难问题之一,长期面临较大争议。原《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》(法释〔2012〕8号,以下简称《买卖合同司法解释》)第2条虽正面规定了预约制度,但没有明确预约的认定、违约责任形式和赔偿范围,由此导致实践中相关案件的裁判尺度大相径庭。^①学理上围绕上述司法解释展开的讨论颇多,但基本思路都是以我国现有合同订立制度为分析框架,通过对预约内容详略即确定性程度等因素的要件分析或类型化,从而构建有关预约效力的层次论、类型组合、类型序列以及弹性化的法律效果等,整体上可以概括为“内容—法效”类型论。^②既有理论在一定程度上丰富了有关预约制度的认识,但是却未能对《民法典》预约制度立法形成有效指导。《民法典》第495条除了将本来适用于买卖合同的预约制度扩张成为合同编通则的一般性规定、同时对所列举的预约类型有所限制外,基本上承继了司法解释的规定,此前司法解

释适用中的典型争议仍未得到解决。^③究其根源,现有“内容—法效”类型论多以交易实践中包含将来缔约条款的各种协议为交易原型展开,而从“应然”和“历史”视角对预约制度的观察和思考还存在不足;特别是对我国预约制度的功能这一基础性问题,现有理论还有待深入;有的理论还存在抽象不足或类型泛化等问题。本文从预约的多角度类型梳理出发,试图勾勒出预约的完整谱系和制度发展脉络,再结合预约制度的整体发展变化和我国现有缔约制度体系来探讨预约制度的功能,进而基于功能视角的类型化来明确预约的范围,以及不同功能的预约的认定和法律效果。

一、预约的类型梳理

在预约的具体类型上,现有“内容—法效”类型论至少存在二元说^④、三元说^⑤、六元说^⑥、递进式类型序列^⑦、弹性化的违约救济类型^⑧、处于“流动状态”的类型^⑨等多种代表性观点。以上类型论在类型思维的具体运用程度上有所不同,各种类型建构所秉持

的具体标准不一,但整体上系以预约违约救济效果的强弱为导向,根据合同内容详略、是否包含必要条款等来判断当事人的信赖程度,进而对预约或预约的法律效果进行类型化,甚至将名为预约实为本约的类型囊括在内。其类型视角可概括为合同内容确定性—信赖程度—违约救济手段。在这一论证路径中,预约的功能性面向主要体现为抽象的“信赖保护”理念,而从“应然”角度、从法教义层面来探讨预约制度的功能并明确预约的范围似有不足。

(一)有名预约与无名预约

以法律是否作出明确规定为标准,预约分有名和无名两种。这一分类与不同立法例中预约制度的适用范围密切相关。有的立法例将预约制度规定于债法或合同法的一般规定中,统一适用于各种合同,预约无有名无名之分;有的立法例则将预约制度规定于特定有名合同中,法定类型之外的预约便属于无名预约。据史尚宽先生考证,罗马法不认有预约之观念,近世各民法仅《瑞士债务法》第22条采预约的一般规定模式,法国、德国、日本均采特定有名预约模式。^①此种比较法考察所描述的现象,迄今已大相径庭。

1. 在个别有名合同中规定预约制度。预约制度最初只是出现在个别有名合同中,具体以买卖预约和消费借贷预约最为典型。

第一,买卖预约。《法国民法典》第1589条确立了买卖预约概念,但未实质性规定买卖预约制度本身,而是规定具备本约主要内容的买卖预约直接作为本约处理。^②这一规定“是因为自《法国民法典》以来,合意主义原则在财产法领域的应用使得买卖中的出卖人无法将所有权保留到最后,所以才有了以预约将买卖分为两个阶段的需要。”^③《日本民法典》第556条第1款则规定了另一种买卖预约:“买卖一方之预约,自相对人表示完结买卖之意思时起,发生买卖之效力。”根据一方的意思表示而使本约成立的权利被称为预约完结权,性质上属于形成权。^④理论上另有所谓“预约买卖”,“亦称前金买卖,谓于出卖人移转权利前,买受人先付价金之买卖。”^⑤此种“预约买卖”

实指非即时买卖,并非真正的预约,而是本约。^⑥

第二,消费借贷预约。在19世纪的文献中,人们习惯于将预约称为“缔结合同的约定”(pactum de contrahendo),相应地将缔结要物合同所达成的合意视作预约。^⑦此种观念的典型应用为消费借贷。《德国民法典》原第607条第1款仅正面规定了借用人的返还义务,这被认为与罗马法和普通法上将借贷视为要物合同的通行见解一致。^⑧要物合同意义上的“预约”,出现在《德国民法典》原第610条。《日本民法典》原第587条、我国台湾地区“民法”原第475条亦曾规定消费借贷属于要物合同。解释上认为,这并不妨碍当事人就消费借贷订立无名的借贷预约,且贷与预约人得依情势变更原则解除合同。^⑨《德国民法典》原第610条、《日本民法典》原第589条现均已被删除。不过依《日本民法典》第559条的规定,属于有偿契约的付息消费借贷仍可准用买卖预约制度。^⑩

2. 债法或合同法总则中就预约作出一般规定。目前仍有一些国家或组织对赋予预约以某种约束力持十分慎重的态度,例如《欧洲示范民法典草案》便只规定了“善意和公平交易”原则以及违反该原则的损害赔偿赔偿责任。^⑪英美法也不承认当事人约定在将来时点订立契约之约定具有契约的效力。^⑫但是另一方面,专就预约作出一般性规定的立法例已非少数。除瑞士外,奥地利、意大利、葡萄牙、俄罗斯、法国、智利、墨西哥、秘鲁等国家均规定了一般性的预约制度。^⑬各国的预约制度在规范的重点、详略、预约类型上存在较大差异,具体又可以分为三大模式。一是仅规定预约的个别制度,例如《意大利民法典》第1351条和第1352条主要是就预约的形式要求作了规定;《奥地利民法典》第936条规定了预约的内容和预约的失效原因。二是规定了比较完整的预约制度体系,例如《俄罗斯民法典》第429条分六款依次规定了预约的权利义务、合同形式、主要条款、本约订立期限、违约责任和合同终止。三是仅规定特定效力类型的预约,例如《法国民法典》第1123条、第1124条规定了优先协议和单方允诺两种特殊预约。

比较法上预约制度的两种模式各有其形成背景。认可个别有名合同中的预约往往是为了弥补该类别合同的特定制度缺陷,买卖预约可能与债权意思主义的物权变动模式有关,消费借贷预约与本约的要物合同性质相关;而一般规定模式则整体上反映了交易的复杂化。预约的适用范围已呈扩张之势,有名无名预约的区分逐渐式微,但这一变化正好反映了预约制度的功能变迁。

(二)请求权预约与形成权预约

以预约产生的法律效力为标准,可以将预约分为请求权预约与形成权预约。赋予当事人以请求权的预约当属预约的典型形式,《民法典》第495条所规定的预约显属请求权预约。日本法上的预约则分为需要承诺订立的一般预约与约定预约完结权的预约,前者为请求权预约,后者为形成权预约。^③预约完结权契约在英美法系往往被称为“选择权合同”,大陆法系诸多国家存在零散的类似制度,例如《德国民法典》第454条以下和第463条以下的先买权、买回权等。^④

有人认为选择权合同并非预约,二者的根本性差异在于“选择权行使之契约,该选择权之性质是一种形成权,而预约债权人所行使者,是一种请求权,得请求订立本约。”^⑤法国学者对选择权的性质有普通债权和“任意性权利”两说。^⑥还有人认为单方保留选择权或优先权的预约可视为“附延缓条件的本合同”。^⑦选择权合同的法律属性有待厘清。

第一,选择权属于形成权,将选择权合同视为附延缓条件的合同,实际上是将一方行使选择权视为延缓条件、将合同直接视为本约。如果行使选择权属于本约的延缓生效条件,那么也是出于权利人单方面意思的纯粹随意条件,系于债务人的纯粹延缓条件表明债务人无受本约约束的意思,应认定合同无效。^⑧对于买卖等双务合同而言,双方既是债务人又是债权人,不能附纯粹随意延缓条件,不宜将选择权合同归入附延缓条件的合同。

第二,预约究竟是限于请求权预约还是亦得包括形成权预约,涉及合同的定义以及效力。首先,我

国将合同视为债因之一,因此往往将合同定义为“当事人双方设立、变更、终止债权债务关系的协议”。^⑨合同效力也就主要围绕债权请求权而设计,包括请求履行以及因请求权未获实现转化而来的违约责任。循着这样的前见,选择权合同似乎不属于预约。^⑩然而,合同是债因并不意味着合同只能创设债权请求权,而是旨在将身份协议、物权合同从民事合同中排除。当事人通过协议约定创设形成权存在明确的法律依据如约定解除权、抵销权,或者在交易实践中存在现实基础如约定先买权、买回权。其次,行使形成权可以直接设立、变更、终止本约债权债务关系,形成权无被违反和侵害之可能。^⑪以创设债权请求权的合同为原型而建构的合同制度必然难以整体适用于此种创设形成权的协议。再次,司法实践中早已存在将选择权合同作为预约对待的做法,在“戴雪飞案”中,双方在案涉订购协议中明确约定买方取得的权利为形成权性质的“购买权”,而该协议即被人民法院认定为预约。^⑫最后,将选择权合同作为形成权预约纳入预约范畴并建构不同于本约和请求权预约的法律制度,存在比较法上的先例,瑞士、日本等均承认形成权性质的选择权预约。总之,承认形成权预约虽意味着突破我国现有预约制度,但可以较好地解释选择权合同的约束力和法律适用问题,是一种相对而言更具积极意义的路径。

形成权预约的法律效力比较明确,而请求权预约的法律效力则存在较大争议。另外请求权预约与形成权预约能否截然区分亦有待检讨。后文将对这些问题展开详论。

(三)单方预约与双方预约

基于效力范围视角,以预约仅约束一方当事人还是约束双方当事人为标准,可将预约分为单方预约与双方预约。理论上亦有使用单务预约与双务预约概念的,但均系请求权预约。^⑬依《法国民法典》第1102条和第1103条,法国法中许诺包括单务许诺与双务许诺,或单方预约与双方预约。^⑭德国学者弗卢梅认为“倘使人们真正希望‘预约合同’这一术语成为一种有意义的区分,那么就应当将其仅限于当事

人双方都承担彼此之间订立合同义务的合同。”^⑧我国审判实践中亦有将预约限于双方预约、并以形成权预约属于单方预约为由否认其预约属性的观点。^⑨这实际上有将单方预约等同于形成权预约之嫌。单方预约可以是单方请求权预约,也可以是单方形成权预约。请求权预约与形成权预约均有单方与双方之分。考虑到认可形成权预约以及形成权的相对人不负义务的通说,单方预约与双方预约的概念更为合适。

(四)涉他预约与非涉他预约

基于效力范围视角,预约还可以分为涉他预约与非涉他预约。预约的当事人与将来拟订立的本约的当事人通常一致,但也可能还涉及第三人。“在瑞士判决实务上,预约主要是约定与第三人订立本约,约定在预约当事人之间订立本约者,反而是例外情形。”^⑩从我国相关司法解释和《民法典》第495条的规定来看,预约限于当事人之间约定将来缔约之义务,不涉及一方当事人将来与第三人缔约或不缔约之义务。与第三人订立本约的预约通常是第三人利益的预约,受预约约束的一方负有与第三人缔约的方式性义务或结果性义务,此种约定并不损害第三人利益,自无禁止之理。而排除第三人缔约机会的预约一方面可能违反禁止垄断的强制性规定,另一方面超出预约的固有含义,是否应归入预约尚存争议。

二、预约制度的功能

作为法律概念,预约须具备其特有的属性,并与作为生活概念的“预约”相区分。^⑪作为一项新设制度,预约须与其他既有制度例如缔约自由、要约的拘束力、必要条款、缔约过失责任等相衔接,且不能随意突破现有交易秩序。作为法律概念的预约应从其特有的制度功能、规范结构出发进行体系化界定。明确预约制度的功能是正确理解适用预约制度的前提,而且这是一个需要在特定时空和法域下讨论的问题。有人认为预约有两种并存或各自存在的功能,一为预备性功能,二为确保性功能。^⑫此种描述侧重于预约在经济上或交易上的功能,与我国司法实践中以“鼓励交易”和“固定双方交易机会”作为确

立预约制度的出发点基本一致。^⑬对于预约在具体制度层面的功能,有人作了更为全面的总结,包括延后法律效力发生、规范缔约当事人在缔结确定合同前的行为、合法地规避要式要件、合法地规避要物要件、建立临时法律约束五个方面。^⑭以上功能的任何一种均以特定法律制度体系为观察前提。具体到我国,预约的功能可以从两个方面来探讨,一是当事人期待通过预约制度实现何种交易目的,二是我国法律能够在多大范围内肯认当事人的期待。前述学者总结的五个方面的功能部分回答了第一个问题,所需重点探讨者是第二个问题。

(一)改变合同成立或生效时点

合同成立和生效时点是合同法上的关键性问题,事关当事人的权利义务责任和行为自由。为此,各国合同法均通过一系列具体细致的制度再继续司法和学说的共同努力,来使这一时点尽可能明确。与原《合同法》第25条和第44条不同,《民法典》第483条和第502条分别就合同的成立时点和生效时点规定了但书,允许当事人在法律规定的时点之外作出约定。此种约定可以直接就合同成立或生效时点作出,也可以就合同的必要条款作出,但显然不得与《民法典》关于合同成立和效力的强制性规定例如要式合同、要物合同、行政审批等相抵触。可以直接通过本约的特别约定来改变合同成立或生效时点的情形,自然没有采用预约的必要。经由预约来改变合同成立和生效时点,恰恰是针对那些无法通过在本约中作出特别约定的情形。

1. 使合同成立或生效时点后移。前已述及,法国因实行债权意思主义的物权变动模式,实践中通过将买卖分为预约和本约两个阶段,使合同特别是物权变动的效力后移。然而《法国民法典》第1589条规定当事人已就标的物 and 价金相互同意的买卖预约应作为本约对待。因此名为预约实为本约的合同,原则上并不能使合同成立或生效时点后移。我国现行合同法为使合同成立或生效时点后移提供了诸多替代性制度如所有权保留,或直接约定延缓期限。同时我国就基于法律行为的物权变动模式采债权形

式主义,通过确立预约制度来使买卖合同成立或生效时点后移并不具有典型意义。预约所能提供者,当属在法律规定的基礎上通过特别约定以增加本约的成立或有效要件的方式使合同成立时点后移,但这与附延缓条件或延缓期限难以区分。为了平衡当事人的信赖,司法裁判不应强行后移合同成立或生效时点。相反更具现实意义的是,将名为预约实为本约的合同作为本约对待,否定通过名义上的预约使本约成立或生效时点后移之功能。

2.使合同成立或生效时点前移。预约制度系通过规避法律关于合同成立要件或有效要件的强制性规定,并赋予预约类似于本约的拘束力来实现这一功能,具体分为四种典型情形。

第一,规避要式合同的特别成立要件。《瑞士债务法》第22条、《意大利民法典》第1351条均明确规定,预约需采用本约的形式或书面形式订立。在这些立法例下,无法通过预约来规避要式合同的特别成立要件。然而,亦有一些立法例明确规定预约的形式要求低于本约,例如《葡萄牙民法典》第410条。理论上认为本约关于形式之规定如果是以警示合同当事人以防仓促缔约,那么预约亦需遵守此种形式上的规定;如果是基于内容明确之目的或证据保全之目的,则预约不必服从本约之形式规定。^④只有在法律对预约的形式未予明确规定而司法实践中从宽处理之时,预约或特定类型的预约才具有本约所欠缺的形式便利,也才有规避法律之说。我国《民法典》没有规定预约的形式要件,但原《买卖合同司法解释》和《民法典》所规定的预约本就主要是“认购书、订购书、预订书”等书面文件,同时《民法典》第490条第1款第二句和该条第2款规定“一方已经履行主要义务,对方接受”可以治愈要式合同的形式要件缺陷,因此对于缔约意愿高度确定、单纯以规避法定形式要件为目的的交易,我国现有制度已经提供相应路径,似没有采用预约方式之必要。^⑤

第二,规避要物合同的特别成立要件。如前所述,在消费借贷领域,一些立法例由于将有偿和无偿的消费借贷均规定为要物合同,故“不能满足有偿的

消费借贷在授信规划上的交易需要”。^⑥于是司法实践中通过将有偿的消费借贷合意认定为借贷预约且认可预约的效力,来设定贷与人的贷与债务。^⑦此即以借贷预约规避消费借贷合同的特别成立要件从而使合同约束力提前。

然而,反对要物合同预约的学理亦早已有之。其理由一是与其人为地为要物合同设立复杂的预约,不如认可简单易懂的非典型合意本约;二是从要物合同的立法目的出发否认要物合同预约——使要物合同的警告功能落空。^⑧这是两种完全不同的思路,借贷预约与理由一只是规避路径之别,与理由二则是是否允许规避之别。法律关于要物性的规定本属强制性规定,自然不得以契约自由的名义经由预约或无名诺成契约来规避。但历史地看,法律上许多要物合同已因应交易实践的发展而变成了诺成合同,要物合同的数量在整体减少。在法律被修改之前,例外地认可预约的法律效力来规避相关强制性规定进而满足交易需要便是一种不得已的做法。这一点非常清楚地体现在近年德国、日本、我国台湾地区关于消费借贷合同制度的修订上。^⑨但同时上述三地的制度变化也进一步说明仅在非常例外的情形下,要物合同才能通过预约实现诺成化。我国《民法典》规定的要物合同仅有定金、自然人之间的借款、保管三种。^⑩鉴于我国要物合同种类较少,其中保管合同的要物性还可由当事人约定排除,上述历史经验中的务实做法在今日中国的法治实践中没有运用空间。

第三,规避审批等缔约程序要件。合同法关于缔约程序要件的规定主要可以分为两类:一是涉及行政主管部门的审批程序,二是缔约方式意义上的程序例如“招拍挂”。

以预约的名义来规避相应审批登记手续,在司法实践中典型的表现为规避商品房预售许可。^⑪依据《城市房地产管理法》第45条第1款的规定,商品房预售应当向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记,取得商品房预售许可证明。原《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》(法释〔2003〕7号,以下简称原《商品房买卖合同司法解释》)第2条明确规定未获预售许可而签订的预售合同无效。但实践中不乏将这一规则严格限定在商品房预售本约而不适用于商品房买卖预约的做法。^④理论上对该项司法解释多有批评,认为《城市房地产管理法》的上述规定本属管理性规定,而司法解释却误作效力性规定处理。^⑤实践中甚至不乏无良的开发商恶意利用该项规定,在交房之际主张预售未经许可而无效来逃废合同债务和违约责任,从而获取房价上涨后的暴利。因此通过预约来规避审批程序,同样只在法律或司法解释关于审批的规定缺乏正当性的特定情况下才可行。

关于缔约方式的程序规定典型地存在于建设工程合同和国有土地使用权出让合同中。例如《招标投标法》第3条第1款、第4条规定了必须进行招标投标的建设工程项目,原《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2004〕14号)第1条明确规定“建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的”,施工合同无效。因此当事人以预约方式来规避建设工程合同的招标程序在实践中难以奏效。例如在“湖南省中龙投资集团股份有限公司与湖南省华龙建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案”中,一审、二审法院均认为双方未经招投标程序签订的建设工程施工合同的“前合同”或者“预合同”规避了招标,应属无效。^⑥又比如原国土资源部2002年发布的《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》(国土资源部令39号,以下简称《招拍挂规定》)第4条规定经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的,应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让,原《物权法》第137条第2款亦有类似规定。但截至2020年底,国有土地使用权出让预约纠纷在司法案例数据库中比较罕见,大部分发生于《招拍挂规定》2002年7月生效之前,^⑦例如“崂山国土局与南太置业公司国有土地使用权出让合同纠纷案”^⑧“青岛中房集团股份有限公司诉青岛中房洲际置业有限公司企业借贷纠纷案”^⑨。在“嵊州领带物流股份有限公司与永福县人民政府合同纠纷

纠纷案”中,一审、二审、再审裁判虽说理方式不一,但均认为规避“招拍挂”程序的预约没有约束力。^⑩“招拍挂”属于复杂缔约方式,法律规定必须采用“招拍挂”程序缔约的,往往系基于切实保护国家利益等正当目的,当事人自然不得以预约的方式来规避。

第四,规避特定类型合同的一般成立要件。合同的一般成立要件是指当事人已就交易达成合意,包括内容的确定性、受约束的意思、双方意思表示的一致性。就内容的确定性或必要条款而言,各种典型合同均有不同的特别规定。当此种特别规定过于复杂时,交易主体便可能以预约来加以规避。《商品房销售管理办法》第16条第2款规定,商品房买卖合同应当明确包括装饰和设备标准承诺、公共配套建筑的产权归属等13项内容。原《商品房买卖合同司法解释》第5条亦对此加以确认。上述规定中关于商品房买卖合同应具备的13项内容,远比原《合同法》第12条规定的合同条款复杂,更不用说与原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号,以下简称《合同法解释(二)》。本司法解释已由法释〔2020〕16号废止)第1条所规定的“当事人、标的、数量”三项必要条款相比,因而当事人规避该规定的动机极为强烈。^⑪虽然我国正式确立预约制度的司法解释名为《买卖合同司法解释》,实践中的预约纠纷还广泛存在于国有土地使用权出让、借款担保、股权转让等交易领域,但其实以商品房买卖合同预约纠纷最为常见。《最高人民法院公报》曾先后刊载过5个涉预约纠纷的典型案,分别是“戴雪飞案”“仲崇清案”“俞财新案”“张励案”和“成都迅捷案”,均系商品房买卖预约。^⑫这一现象值得深思。《商品房销售管理办法》第16条规定商品房买卖合同应具备13项主要条款,这样虽然有助于促使当事人慎重订立商品房买卖合同,但更多地体现了政府对不动产交易的管制和重视。如果将该13项内容一律视作必要条款则与市场规律不符。尤其时至今日,“公共配套建筑的产权归属”“面积差异的处理方式”“办理产权登记有关事宜”等均已有了法律法规的补充性或强制性规定,当事人在购房合

同中未对上述事项进行约定,显然不应影响合同效力。“装饰、设备标准承诺”更非商品房买卖合同例如毛坯房买卖合同的必要内容。依原《合同法解释(二)》第1条关于必要条款的一般规定,实践中许多认购书、订购书、预订书在内容确定性上已符合本约的要求。依据《商品房销售管理办法》第16条来认定必要条款,必然导致此类合同的成立时点被不当后移。在原《合同法》第12条规定的合同内容属于倡导性规范渐成共识后,《商品房销售管理办法》第16条更应被如此解读。但司法机关并未采用此种解释路径,因为市场已经对这一问题作出了回应——大量商品房买卖被分为认购与购买两个阶段。于是司法机关以商品房买卖交易为原型创设了预约制度;通过确认交易实践中大量存在的“认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等”协议为预约并认可预约的违约责任,从而使本已被不当后移的合同成立时点迁回前移。

(二)明确或强化缔约人的法定义务

目前许多国家如意大利、德国、法国的合同法规定了缔约人在合同订立阶段须遵从诚信原则或负有法定的先合同义务。还有一些国家例如日本迄今未规定统一的缔约过失责任制度,实践中通过侵权法对遭受信赖利益损失的一方进行救济。^⑧后一种处理应该与充分维护缔约自由特别是自由地退出缔约磋商有关,毕竟许多国家和地区缔约过失责任的制度化均是进入21世纪前后通过修订债法才正式吸纳了司法实践中创设的规则。我国也是经由原《合同法》第42条规定的缔约过失责任制度间接确认了当事人在缔约阶段的先合同义务。无论是出于法律的直接规定、诚信原则解释还是缔约过失责任间接确认,除非属于强制缔约,当事人在缔约阶段仅负依诚信方式缔约的方式性义务,不负必须缔约的结果性义务。

通过预约来改变此种法定义务有两种可能的方向,一是减轻甚至排除法定的方式性义务,包括说明义务、保密义务等;二是加重此种方式性义务甚至上升为结果性义务。由于诚信原则已成为现代契约法

的基本原则之一,当事人自然不得约定排除或减轻法定缔约义务。^⑨反之,通过当事人的约定,在当事人之间确立一种高于法定标准的缔约义务,包括结果性义务如赋予一方选择权和优先权,则属于契约自由范畴。由于法定缔约义务往往需依诚信原则具体解释,当然也就存在不够确定需予约定明确之处,例如中断磋商具体在何种情形下有悖于诚信原则。^⑩明确法定缔约义务例如对后续磋商行为的具体安排、加重法定的缔约义务例如将诚信磋商义务上升为独占性磋商义务,甚至确立结果性义务,则属于预约的功能。

通过订立预约将方式性义务上升为结果性义务,其实在现有制度下还存在其他路径——“让对方对自己提出有拘束力的要约”。^⑪《意大利民法典》第1331条直接规定:“缔约各方当事人就一方应当受自己意思表示的约束而他方有接受或不接受的选择权达成合意的,依第1329条规定的效力,前者的意思表示被视为是不可撤销的要约。”有法国学者则认为“单方预约有别于要约……预约的受益人的地位比要约的受益人的地位更加牢固;原则上要约可以被撤回,而预约创设的是一项由诺约人承担的不折不扣的真正义务,是一项不可撤销的同意”。^⑫单务预约特别是形成权预约与不可撤销的要约确实存在一定程度上的功能重叠。但不同立法例中要约的拘束力其实有所不同,具体表现在要约的生效时间和撤回、撤销制度上,这就决定了不同立法例中不可撤销的要约的功能亦存在强弱之别。例如《德国民法典》第130条、第145条规定非对话人之间的要约到达受要约人时生效,撤回要约的通知必须先于要约或与要约同时到达方为有效,这一规定“与其他法律秩序中的相关规则,如英国法、法国法和意大利法的规定有所不同”。^⑬例如《法国民法典》第1115条、第1116条规定在受要约人承诺前要约均可撤回,要约确定了承诺期限或在承诺的合理期限内仍然可以撤回要约阻止合同成立,只是撤回要约需要承担缔约过失责任。^⑭原《合同法》第17条以下、《民法典》第475条以下规定了要约的撤回和撤销制度,包括规定要约

不得撤销的两种具体情形。但与德国法相比,一是要约的拘束力相对偏弱,除了规定要约的撤回制度外还规定了要约的撤销制度;二是相关规定不够明确,例如司法实践中“受要约人有理由认为”要约不可撤销的认定客观上存在不确定性。因此在我国现有缔约制度背景下,仍不足以否认单务预约或形成权预约的制度价值。将方式性缔约义务上升为结果性缔约义务的单务预约可以规避要约被撤销的法律风险。

(三)确定缔约责任范围

随着合同法的发展,确实越来越多的国家和地区在立法层面确立了缔约过失责任制度。预约违约责任与缔约过失责任的关系存在“竞合说”^⑤和“非竞合说”^⑥。两种观点均有可取之处但亦各有不足。预约的内容可以分为程序性条款和实体性条款,前者指专门涉及本约缔约程序的条款,后者指未来将成为本约内容的条款。^⑦“竞合说”没有考虑到违反缔约程序性事项导致的预约违约责任与一般违约责任在归责原则、构成要件方面的差异性,可能导致预约违约责任过于泛滥。“非竞合说”对缔约过失责任的两大缺漏的解读或许不完全合于立法原意。《民法典》第500条既然沿用原《合同法》第42条关于“假借订立合同,恶意进行磋商”的表述,足见立法机关并不认为原《合同法》的规定存在明显漏洞,即或确有漏洞通过解释亦可解决。更为合理的解释是对接缔约过失责任所确立的基本交易秩序来解释以补强法律为目的的预约违约责任,将该种预约违约责任和缔约过失责任分别定位为缔约阶段的约定责任与法定责任,进而允许两种责任竞合。

缔约过失责任以损害赔偿为责任形式,而赔偿范围一般被认为系信赖利益损失。^⑧但实践中对于信赖利益损失的具体认定认识不一,具体损失特别是机会损失难以准确举证和计算,从而导致缔约过失责任的赔偿范围难以确定。类似的难题存在于违约损害赔偿中,因可得利益损失难以计算和认定,有时违约损害赔偿责任的赔偿范围也就难以确定。为了解决这一问题,当事人在订立合同时可以

预先约定一定金额的违约金或违约金的计算方法。^⑨预约中也可以约定“违约金”或“定金”,相当于提前就缔约过程中一方的损失作出约定。违反此类预约的违约行为同时可视为本约之缔约过失行为,此类预约的违约损失范围总体上应相当于本约的缔约过失责任范围。^⑩通过约定预约的违约金责任在一定程度上有助于解决本约缔约过失责任赔偿范围难以确定的问题。实现以上功能的关键是在架构预约制度时与本约的缔约过失责任制度相统筹。最重要的是在归责原则上,此类预约的违约责任包括违约金责任不能适用本约违约责任的无过错责任原则,而应采过错责任原则。^⑪这样的架构不会架空缔约过失责任制度,在当事人没有订立预约的情况下,或者合同已经成立的情况下,缔约过失责任仍具有预约无法替代的意义。

(四)担保

日本法上的预约具有担保功能。在日本,由于对预约中的权利进行假登记也可以对抗第三人(标的物的受让人),抵押权人为了确保在债务不履行时可以取得抵押物的所有权,可以预先与抵押人签订买卖或代物清偿的预约,单方面保有以相当于被担保债权的金额买受抵押物、或直接以抵押物代物清偿的决定权。^⑫例如X向Y借款1000万日元,作为借款的担保,双方约定如果Y怠于履行还款义务,Y需要将其房屋卖给X,X享有预约完结权。^⑬

此种情形有规避禁止绝押之嫌,对此我国司法实践中存在不同的判例。在“朱俊芳案”中,最高人民法院将当事人之间的法律关系认定为出卖人或借款人享有选择权的选择之债,而非绝押担保关系。^⑭在“广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷案”中,最高人民法院又认为出借人杨伟鹏请求直接取得案涉商铺所有权的主张违反《物权法》关于禁止流质的规定。^⑮原《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2015〕18号)第24条显然倾向于后一种意见。^⑯与借款协议一并订立的买卖合同具有非典型担保之功能,但实践中并未被认定为买卖预约,理论

上和实践中称之为“代物清偿预约”者甚众。^⑧前已论及,此类预约实以代物清偿属于要物合同为前提。^⑨而我国关于代物清偿和以物抵债协议的性质一度存在争议^⑩,《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号)第44条采诺成合同说。以代物清偿为原型的预约担保功能在我国已不具典型意义。

综上,可以将我国预约制度的功能概括为规避法律和补强法律两个方面,前者指特定合同类型中规避审批程序或成立要件从而使合同约束力提前;后者指明确或强化缔约人法定义务和缔约责任范围。实践中买卖合同特别是商品房买卖合同中确立预约制度、使合同约束力提前,主要是因为现行《商品房买卖合同司法解释》规定的合同成立规则不合理,需通过预约制度来予以纠正。可见,规避法律使合同约束力提前是我国确立预约制度的主因。但这种通过司法来弥补现有制度缺陷的路径显然不具有普遍意义,更不能扩张适用于成立时点判断规则正确的其他合同。而补强法律,明确或强化缔约人法定义务、确定缔约责任范围则具有普遍意义,这也是支撑预约制度从买卖合同中的特殊制度上升为合同一般制度的价值之所在。

三、以功能为类型视角的预约制度展开

(一) 预约的认定

预约的认定在理论上和司法实践中均存在较大争议。《民法典》第495条规定预约必须包含“当事人约定在将来一定期限内订立合同”的内容,这一特征固然能够将不包含此类约定的协议从预约中排除,但是包含此类约定的协议并非必然属于预约。功能类型视角有助于更好地区分预约、本约和其他不具有约束力的阶段性协议。

1. 预约与本约的区分。预约不同于本约,这是所有关于预约制度的讨论起点。然而预约与本约具体如何区分、如何识别,理论上争议较大。^⑪原《合同法》虽未规定预约的属性,但就本约是否成立、本约的认定已有比较明确的规定。本约的成立需考察内容确定性、受约束的意思、双方意思表示的一致性以

及其他特别成立要件。一般而言,预约需服从本约的形式强制,合同形式上的差异无法区分预约与本约。实践中的典型预约如预定书、认购书等本系采用合同书方式订立,一般都满足意思表示的一致性。因此预约与本约的区分只能从本约内容确定性与受约束的意思两个方面着手,事实上二者是一种相互印证的关系。就预约内容的确定性要求,目前德国通说及实务均一致采无修正适用说。^⑫此种见解可能与仅在特定有名合同中规定预约制度的立法相关,并没有反映预约的主要形态。一般而言,如果协议已经具备本约的全部必要条款,或者法官得经由对协议的解释来确定本约的全部必要条款,此种协议在内容确定性上与本约已无法区分。但因当事人有将来另行订立本约的约定,则该种约定可被认为系当事人有意保留了受合同约束的意思,或者是就合同生效时间延后作出了特别约定。前一种情形下的“预约”无实质约束力,后一种情形下的“预约”与附延缓期限的本约无异。具备本约确定性但仍然属于预约的典型例外便是上述以规避法律为目的的预约以及部分选择权合同。不同功能类型的预约在具体判断上存在不同。

第一,以规避法律为目的的预约。例如商品房买卖预约,首先当事人有明确的受约束的意思,且往往还通过预约违约金或定金条款来强化该意思。其次在内容确定性上,此类预约虽不具备特别规范所规定的本约全部必要条款,但符合司法实践中认定合同必要条款的一般性规定;或者在缔约程序上,此类预约可能存在违反或规避本约有关审批规定的情形。最后,此类预约所规避的具体审批规定或关于合同必要条款的规定本身需属不当,因而只能存在于极个别的合同类型上。为了避免预约的规避功能被滥用,对此种预约的认定必须经由审判权的特别监督程序机制作出。以规避法律为目的的预约属于请求权预约。

第二,以补强法律为目的的预约。预约有其自身的约束力,必须满足内容确定性和受约束的意思等要件;但为与本约相区分,此种内容确定性和受约

束的意思只能专门针对预约,与预约中所反映的本约的内容确定性和受约束的意思并不相同。在合同已经具备本约全部必要条款时,一般可以推定当事人具备受本约约束的意思,只有当事人明确保留受本约约束的意思时方可认定为预约。^⑤因此,预约的内容确定性不是表现在已经包含本约的全部必要条款上,而是表现在包含缔结本约的程序性条款且该条款具有确定性,即当事人在法律允许特别约定的程序性事项范围内作出有约束力的安排。这是理解预约可以成为一个具有约束力的合同但又不同于本约的关键。

因此以补强法律为目的的预约的内容确定性主要可以分为三种情形:一是选择权合同。预约已包含本约的全部或部分必要条款,但当事人约定一方或双方确定地享有一定期限内订立合同的选择权或优先权。二是包含确定给付内容的框架性协议。^⑥例如日本的特定融资额度契约:金融机构从企业收取手续费,作为交换,金融机构给企业设定借贷额度,企业在一定期间的借款只要不超出设定的额度,金融机构便负有提供融资的义务。^⑦该种借贷预约并非简单的框架性协议,而是具备实际的给付内容。借用人依该种借贷预约自始确定的负有给付手续费的义务;而贷与人自始确定的负有准备资金的义务。^⑧三是以订立本约的程序性内容为主且具有确定性的协议。此种预约主要涉及本约订立过程中双方的权利义务和违约责任,不涉及或较少涉及实体性条款,但当事人对程序性条款达成了有约束力的合意。例如当事人约定一定期限内独占性协商和诚信缔约的具体事项,包括保证金折抵、价格优惠条款等,又如当事人与律师事务所就订立委托代理协议的会见磋商而预先签订的协议,主要涉及磋商的时间、地点、磋商本身的费用、保密义务等。程序性条款可以是积极作为义务,也可以是消极的不作为义务例如一定期限内不得与第三人接触磋商订立合同的排他性条款。程序性条款无“全部”或“全面”可言,只要所约定的程序性内容具有确定性并包含受约束的意思即可。当事人仅仅笼统约定“进一步磋

商”“继续谈判”“尽最大努力谈判”的,程序性事项亦不具有约束力。

以上三种具备补强功能的预约,其中选择权合同属于形成权预约,以程序性内容为主且具有确定性的协议属于请求权预约,包含确定给付内容的框架协议则兼具请求权与形成权双重效力。

2. 预约与无拘束力协议的区别。欲区分预约与无拘束力协议,首先有必要正确认识缔约阶段论和交易成熟度理论。随着缔约方式的复杂多样化,当事人常常采用逐项磋商的方式而非一揽子内容的要约承诺方式缔约,磋商过程中往往会阶段性地将已经达成一致的意見以备忘录、意向书等方式固定下来。那么要约承诺缔约模式下的“全有全无”合同效力制度还能否适用于此种逐项磋商、进阶式谈判的缔约方式,则不无疑问。有人认为现代复杂交易的“规范关系为渐入渐出,而非全有全无”,则这种纯粹以契约是否成立生效来决定缔约过失责任的观点,已不能反映交易需要。^⑨在具体的缔约活动中,随着谈判磋商的推进,当事人基于信赖本约有可能订立而支出的缔约成本往往会随之增加,故缔约阶段论、交易成熟度理论主要适用于本约缔约过失责任或预约违约责任的赔偿范围确定,对当事人过错的认定也具有参考意义,但对于预约的认定以及责任方式的确定则意义有限。到目前为止,几乎所有的缔约制度都在努力向市场主体和裁判者提供一套尽可能明确判断合同成立时点或生效时点而非效力强弱差异渐变的规则。例如《民法典》第483条、第490条、第491条关于合同成立时间的规定,《民法典》第502条关于合同生效时间的规定,还有原《合同法解释(二)》第1条关于合同必要条款的规定等。^⑩若缔约阶段论、交易成熟度理论被过度运用,则可能带来概念外延以及相关制度的模糊化并危及缔约自由。规避法律使合同拘束力提前仅存在于极个别合同类型中,预约合同之外的已有缔约制度不存在一般性的“信赖保护”不足的问题,无须通过将一部分无拘束力协议认定为预约甚至本约来加以规避。预约与无拘束力协议的区分还是需要回到既有的合同成立要

件制度上来。

无拘束力协议既不具备本约的必要条款和受本约约束的意思,也不具备预约的确定性和受约束的意思。前述预约与本约确定性相区分的三种典型情形,同样也是预约与无拘束力协议相区分的典型情形。

(二)预约的法律效力

1. 请求权预约的法律效力。第一,请求权的内容。以规避法律为目的但司法实践中认可其法律效力的预约,当事人得请求订立本约或直接履行本约。以补强法律为目的的请求权预约,当事人得请求履行的并非订立本约或泛泛的继续磋商谈判,而是与缔结本约有关的、具有确定性的程序性事项。^⑧第二,违约责任。请求权预约的违约责任需区分具体情形而定。首先,对于以规避法律为目的但司法实践中又认可其法律效力的预约,应适用本约的违约责任制度,包括归责原则、责任形式和赔偿范围制度。但其法律适用的难点在于结合审判权运行机制中的特别监督程序论证被规避的制度本身存在缺陷。其次,对于以补强法律规定为目的的请求权预约,由于本约必要条款尚未确定,亦未明确将来确定本约必要条款的方法,则只能就程序性条款的违反主张预约违约责任,不得主张强制订立本约和诉请履行;此类预约的违约损害赔偿赔偿责任应与本约的缔约过失责任保持一致,采过错责任归责原则;预约中约定了违约金或定金的,可以参照本约的制度适用违约金责任或定金责任,预约违约金或定金不足以填补守约方全部信赖利益损失的,当事人还可以就不足部分主张本约的缔约过失责任。“诚信磋商”或“继续磋商”一方面内容难以确定,另一方面不具有结果意义,故无法成为预约的违约责任形式。

2. 形成权预约的法律效力。形成权预约制度无法经由对《民法典》第495条的解释而创设。对于本约必要条款均已确定或可得确定、一方享有订立合同的形成权的预约,权利人行使形成权后本约即已成立。当事人有异议的,法院就形成权的权属及行使审查确认后,得支持直接诉请履行本约。如果当

事人认为有必要签订符合行政管理部门要求的合同书的,得一并诉请签订本约合同书。预约形成权的行使需符合形成权行使的一般规则,包括在约定或合理期限内行使、不得附条件与期限等,同时亦需符合本约和预约的形式上要求。

3. 兼具请求权与形成权双重效力的预约,就具有确定给付内容的程序性事项当事人得行使请求权,就是否订立本约享有形成权的当事人得行使形成权。

注释:

①参见王利明:“预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评”,《法商研究》2014年第1期,第54页;张华:“预约合同的违约救济”,《法律适用》2019年第2期,第66-69页。值得注意的是,法释[2020]17号删去了该条。

②参见韩强:“论预约的效力与形态”,《华东政法学院学报》2003年第1期,第50-51页;李开国、张铤:“论预约的效力及其违约责任”,《河南省政法管理干部学院学报》2011年第4期,第111页;陆青:“《买卖合同司法解释》第2条评析”,《法学家》2013年第3期,第127页;刘承魁:“预约合同层次论”,《法学论坛》2013年第6期,第36-37页;汤文平:“论预约在法教义学体系中的地位——以类型序列之建构为基础”,《中外法学》2014年第4期,第1002页;叶锋:“论预约合同的出路——以类型系列的构建为分析视角”,《法律适用》2015年第9期,第82-84页;耿利航:“预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径”,《法学研究》2016年第5期,第48页。

③参见石宏:“合同编的重大发展和创新”,《中国法学》2020年第4期,第54页。

④参见注②,李开国、张铤文,第111页;另参见注②,耿利航文,第48页。

⑤参见注②,刘承魁文,第36-39页。

⑥参见注①,张华文,第71-77页。

⑦参见注②,汤文平文,第1002页。

⑧参见注②,陆青文,第127页。

⑨参见注②,叶锋文,第83页。

⑩参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第14页脚注。

⑪参见[法]弗朗索瓦·泰雷等:《法国债法·契约篇》(上),罗结珍译,中国法制出版社2018年版,第370页。

⑫唐晓晴:《预约合同法律制度研究》,澳门大学法学院2004年版,第158页。

⑬参见[日]潮见佳男:《債権各論I契約法・事務管理・不当利得》,新世社2017年版,第74页。

⑭史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第72页。

⑮参见马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,第639页。

⑯参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第734页。

⑰参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,第228页。

⑱参见注⑭,第262、280页。

⑲参见注⑬,第130页。

⑳参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》,高圣平等译,法律出版社2014年版,第104、233页。

㉑参见[美]A. L. 科宾:《科宾论合同》(上册),中国大百科全书出版社1997年版,第62页。

㉒参见吴颂明:“预约合同研究”,载梁慧星主编:《民商法论丛》,金桥文化出版(香港)有限公司2000年版,第509页。

㉓参见[日]中田裕康:《契約法》,有斐閣2017年版,第116页。

㉔日本民法上的买卖预约创设的实系一种约定的购买权,该购买权无须第一买卖之存在,故而与买回权不同。

㉕吴从周:“论预约:探寻德国法之发展并综合分析台湾最高法院相关判决”,《台大法学论丛》第42卷,第789页。

㉖参见注⑩,第367页。

㉗参见[德]本德·吕特斯、阿斯特丽德·施塔德勒:《德国民法总论》,于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第254页。

㉘参见郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第379-380页。

㉙王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第32页。

㉚参见王泽鉴:《债法原理(一)》,中国政法大学出版社2001年版,第149页。

㉛参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第223页。

㉜参见《最高人民法院公报》2006年第8期,第33-35页。

㉝参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社2016年版,第25页。

㉞参见《法国民法典》(下),罗结珍译,法律出版社2005年版,第1199页。

㉟同注⑩,第736页。

㊱参见中国审判理论研究会民事审判理论专业委员会编著:《民法典合同编条文理解与司法适用》,法律出版社2020年版,第59-60页。

㊲同注⑤,第782页。

㊳例如生活中“法人”往往被用于指称法定代表人,但不影响在法律上将“法人”界定为组织体。

㊴参见注⑤,第790页。

㊵参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第3页。

㊶参见注⑫,第124页。

㊷参见崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,第90页。

㊸《城市房地产管理法》第41条关于合同需采书面形式订立的规定与《拍卖法》第51条关于拍定成立合同的规定存在冲突,预约或许是解释路径之一。

㊹黄茂荣:《债法通则之一·债之概念与债务契约》,厦门大学出版社2014年版,第201页。

㊺参见[日]我妻荣:《民法讲义V2·债权各论(中卷一)》,徐进、李又译,中国法制出版社2008年版,第139页。

㊻参见蒋军洲:《要物合同研究——对其或存或废的思考》,法律出版社2015年版,第231页。

㊼我国台湾地区“民法”的相关修订方式与德国、日本略有不同。参见吴志正:《债编各论——逐条释义》,台北元照出版公司2015年版,第160-161页。

㊽《民法典》第586条、第679条规定定金合同、自然人之间的借款合同均以交付标的物作为合同的成立要件,改变了原《担保法》、原《合同法》的规定。

㊾理论上和实践中对于具体哪些审批事项影响合同效力存在较大争议,《民法典》第502条亦未完全解决这一问题,一般主张对审批事项、审批主体、规范类型进行类型化从而限制审批对合同效力的影响。参见马新彦:“论民法对合同行政审批的立法态度”,《中国法学》2016年第6期,第272-276页;李永军:“民法典编纂中的行政法因素”,《行政法学研究》2019年第5期,第12页;王轶:“行政许可的民法意义”,《中国社会科学》2020年第5期,第90-95页。

㊿参见山东省高级人民法院(2012)鲁民一初字第17号民事判决书。

①参见王轶:“论商品房预售许可证明对合同效力的影响”,《比较法研究》2018年第6期,第57-62页。

②参见湖南省长沙市中级人民法院(2016)湘01民终4214号民事判决书。

③这应该与国有土地使用权出让合同的一方当事人为政府国土资源管理部门有关。

④参见最高人民法院(2004)民一终字第106号民事判决书。

⑤参见山东省高级人民法院(2015)鲁执复字第52号执行裁定书。

⑤⑥参见广西壮族自治区桂林市中级人民法院(2015)桂市民再字第12号民事判决书。

⑤⑦实践中人民法院并未严格秉持此种严苛标准,而多予以不同程度的松绑。参见浙江省金华市中级人民法院(2016)浙07民终2971号民事判决书。

⑤⑧参见注①,张华文,第67-68页。

⑤⑨参见注⑬,第4-7页。

⑥⑩《欧洲示范民法典草案》第II-3:301条第2款明确规定违反善意和公平原则中断协商的责任“不能以合同方式排除或限制”。参见注⑳,第233页。

⑥⑪参见叶金强:“论中断磋商的赔偿责任”,《法学》2010年第3期,第101-103页。

⑥⑫[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第99页。

⑥⑬同注⑪,第361-362页。

⑥⑭同注⑩,第764页。

⑥⑮参见注⑪,第228页。

⑥⑯参见尚晓茜、刘衍:“《民法典》中订约失败责任的二元体系——预约合同违约责任与缔约过失责任之竞合”,《上海政法学院学报》2020年第5期,第67页。

⑥⑰参见林涸民:“预约学说之解构与重构——兼评《民法典》第495条”,《北方法学》2020年第4期,第30-31页。

⑥⑱参见许德风:“意向书的法律效力问题”,《法学》2007年第10期,第79-80页。

⑥⑲学者对固有利益能否经由缔约过失责任获得赔偿看法不一。参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第172-173页。

⑦⑰参见欧阳胜嘉:《定型化违约金条款之法律问题》,台北元照出版有限公司2010年版,第283页;另参见注⑳,第341页。

⑦⑱参见注④⑩,第61页。

⑦⑲有人认为预约违约责任应为无过错责任,以弥补本约缔约过失责任以过错为要件、当事人难以证明之缺陷。该种观点所瞄准的或仍系具备本约确定性的“预约”而非关于本约缔约事项的预约。参见朱广新、谢鸿飞主编:《民法典评注·合同编·通则1》,中国法制出版社2020年版,第229-230页。

⑦⑳参见注④⑮,第38页。

⑦㉑参见[日]内田贵:《民法II·债权各论》,东京大学出版社2011年版,第114页。

⑦㉒参见最高人民法院(2011)民提字第344号民事判决书。

⑦㉓参见最高人民法院(2013)民提字第135号民事判决书。

⑦㉔无论是最高人民法院的上述判例还是司法解释,争议焦点均在于合同类型或法律关系的性质。实践中除不足额担保

外,作为借款担保的标的物之市价往往明显高于借款金额,而买卖合同标的物之市价与买卖价金应大体相当。标的物市价与合同金额之关系或可成为此类合同关系认定的线索之一。

⑦㉕理论见解参见高治:“代物清偿预约研究——兼论流担保制度的立法选择”,《法律适用》2008年第8期,第22-26页;实务见解参见最高人民法院(2011)民提字第210号民事判决书。

⑦㉖参见陈永强:“以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果”,《中国法学》2018年第2期,第236页。

⑦㉗参见肖俊:“代物清偿中的合意基础与清偿效果研究”,《中外法学》2015年第1期,第45页。

⑦㉘参见注④⑩,第53页。

⑦㉙参见注④⑮,第793-794页。

⑦㉚少数不同的意见,参见王瑞玲:“预约、本约区分和衔接的主观解释论——兼对客观解释论商榷”,《政治与法律》2016年第10期,第152-155页。

⑦㉛依《法国民法典》现第1111条的规定,框架合同是指“当事人就将来的合同关系的总体性事项作出约定的协议”或“当事人约定未来彼此间合同关系的基本特征而达成的一项协议”。

⑦㉜参见注④⑮,第130页。

⑦㉝在我国,此种交易涉嫌构成《中国银监会关于整治银行业金融机构不规范经营的通知》(银监发〔2012〕3号)第1条规定的“以贷收费”等违规中间业务。但根据《银团贷款业务指引》(银监发〔2011〕85号)第40条、第41条的规定,银团贷款当事人可以约定安排费、承诺费等,其中“承诺费一般按未用余额的一定比例每年根据银团贷款合同约定的方式收取”。

⑦㉞参见苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第395页。

⑦㉟一个可能的例外是理论上对于未经审批因而“未生效”的合同的效力存在一些不同认识。参见注④⑱,李永军文,第14页;另参见注④⑲,王轶文,第98页。

⑦㊱当事人基于本约请求对方继续订立本约构成复杂缔约方式。参见罗昆:“缔约方式发展与民法典缔约制度完善”,《清华法学》2018年第6期,第152页。

参考文献:

[1]唐晓晴:《预约合同法律制度研究》,澳门大学法学院2004年版。

[2]许德风:“意向书的法律效力问题”,《法学》2007年第10期。

[3]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”,《法商研究》2014年第1期。