

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: 13620111150181

UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

预 约 合 同 的 认 定 研 究

Study on Recognition and Formation of Precontracts

石美君

指导教师姓名: 郑永宽 副教授

专业名称: 民 商 法 学

论文提交日期: 2014 年 月

论文答辩时间: 2014 年 月

学位授予日期: 2014 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2014 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

我国立法尚未建立完备的预约合同制度，学理研究亦不充分，本文选取预约合同的认定这一基础问题试做探讨，发表浅见以求裨益本领域之交易实务、司法裁判与提供立法参考。

作为文之初始，第一章简要介绍了预约合同的涵义、法律特征及预约合同制度在世界诸国家或地区的概况，意在奠定针对预约合同主题的讨论基础，而其中对该领域现状的粗略描绘亦与后文展开的进一步讨论多有呼应。第二章探讨承认预约合同制度的意义，预约合同本身所具有的经济价值和将其建构入法对于合同法体系之完善、缔约当事人利益之有效保护、任意性规范功能之充分发挥所具有的重要意义形成了立法承认预约合同的必要性空间。

在肯定预约合同制度价值的基础上，第三、四章重点讨论了预约合同的成立生效要件。当事人是否具有受到初步性协议拘束的意图是区分预约合同和无法律效力的协议的关键，认真性标准与多因素测试的方法有助于判断之。本约特定的形式要求是否应当延伸至预约合同，应视预约合同的不同种类和本约要式要求的目的而予以具体分析。必须正确认识本约要物规定的意义，不宜扭曲预约合同的涵义而将所谓“要物本约”的当事人在标的物交付前达成的协议定为预约合同。依据标的的不同，预约合同可分为必须磋商的预约和必须缔约的预约。前者以就缔结本约为持续的诚信磋商、谈判及作出初步性投资为权利义务内容，但不必然导致本约的缔结。后者更进一步，合同的主要条款已体现对本约必要之点的合意，同时当事人表现出对尚未合意的本约某非必要之点的特别关注，当事人负有按照已完备的本约必要之点及经持续诚信磋商、谈判而确定的特别关注之非必要之点的内容缔结本约的成果的义务。

关键词：预约合同；制度意义；成立生效要件

ABSTRACT

Precontract system present in our country is neither complete in legislation nor sufficient in academic research. Selecting recognition and formation of precontracts to be the topic, this paper presents some humble opinions on the fundamental issue, expecting that it may be beneficial to transaction practice, judicial decisions and provide helpful legislative references.

To begin with, part I briefly introduces the legal concept, characteristics and current general situations of precontract system in different countries and regions of the world, aiming to establish basis of discussion of precontracts theme, the rough outline acts in cooperation with later specific analysis additionally. Part II holds that the economic values of precontracts themselves and the significance of constructing them into legal system in perfecting our contract law, protecting parties' interests effectively, bringing discretionary provisions' functions into full play form necessities to legal recognition of precontracts.

On the basis of a positive recognition of precontract system, part III, IV mainly discuss the formation of precontracts. Whether parties have an intend to be bound by a preliminary agreement is essential to distinguish a full binding precontract from no binding agreements. The earnest criterion and factors test will help to decide. Should certain form requirement of a forward contract extend to corresponding precontract depends on type of the precontract and exact purpose of the form requirement. We must correctly understand the meaning of practical contract rules. It's inappropriate to distort an agreement made by parties of an so-called practical contract before delivery of the subject as a precontract. According to the difference of contract subjects, precontracts can be divided into two types: agreements to negotiate and agreements to agree. Parties of the former precontracts undertake to continue the process of

negotiation in good faith in order to reach a forward contract and make exploratory investments, but they are not bound to conclude the forward contract. In contrast, the latter precontracts have already set out essential points of a forward contract, besides, parties pay special attention to some non-essential points of the ultimate contract. They undertake to continue negotiating on these non-essential points, and contain the results into the ultimate forward contract along with the already agreed essential points.

Key Words: Precontracts; Significance of Legal Recognition; Formation

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言	1
第一章 预约合同概述	3
第一节 预约合同的涵义	3
第二节 预约合同的法律特征.....	4
第三节 预约合同制度在世界诸国家或地区之概况	5
一、大陆法系国家或地区之概况.....	5
二、英美法系国家之概况.....	6
三、我国大陆地区概况.....	8
第二章 承认预约合同制度的意义.....	9
第一节 居中之域	9
第二节 投资行为模型.....	11
第三节 任意性规范的功能	12
第三章 预约合同之成立生效认定.....	14
第一节 当事人受拘束的意图.....	14
一、意思学说与表示学说.....	14
二、认真性标准.....	15
三、多因素测试.....	16
第二节 要式本约与预约合同.....	19
一、原则上不要式说与原则上要式说.....	20
二、折衷说.....	21
第三节 要物本约与预约合同.....	23
一、要物合同的立法意旨.....	23
二、台湾学者对台湾地区《民法》第 465-1 条及第 475-1 条的争议.....	24

三、启示与总结.....	26
第四章 预约合同之内容认定.....	27
第一节 各预约合同之不同功能价值侧重.....	27
第二节 必须磋商的预约合同的内容.....	28
一、必须磋商的预约合同之主要内容.....	28
二、必须磋商的预约合同之次要内容.....	32
第三节 必须缔约的预约合同的内容.....	33
一、本约的内容可以确定的要求.....	34
二、关注本约之非必要之点的要求.....	36
第四节 小结.....	38
结 论.....	40
参考文献.....	43

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Introduction	3
Subchapter 1 Legal Concept of Precontracts	3
Subchapter 2 Legal Characteristics of Precontracts	4
Subchapter 3 An Overview of Precontract System in Different Countries or Regions in the World	5
Section 1 An Overview in Countries or Regions of Civil Law System	5
Section 2 An Overview in Countries of Common Law System	6
Section 3 An Overview in Mainland China.....	8
Chapter 2 Significance of Legal Recognition of Precontract System	9
Subchapter 1 the Intermediate Regime	9
Subchapter 2 A Model of Investments	11
Subchapter 3 Functions of the Discretionary Provisions	12
Chapter 3 Formation of Precontracts	14
Subchapter 1 Parties' Intent to Be Bound by a Preliminary Agreement	14
Section 1 Principle of Will and Principle of Expression	14
Section 2 Earnest Criterion	15
Section 3 Factors Test.....	16
Subchapter 2 Formal Forward Contracts and Corresponding Precontracts ...	19
Section 1 Principle of Form Freedom and Principle of Formalism	20
Section 2 Eclectism.....	21
Subchapter 3 Practical Forward Contracts and Corresponding Precontracts	23

Section 1	Legislative Purposes of Practical Forward Contract Rules.....	23
Section 2	Controversy between Scholars in Tai Wan District over Article 465-1 and 475-1 of Civil Code.....	24
Section 3	Revelation and Summary.....	26
Chapter 4	Contents of Precontracts.....	27
Subchapter 1	Distinct Emphases of the Values of Different Precontracts	27
Subchapter 2	Contents of Agreements to Negotiate	28
Section 1	Main Contents of Agreements to Negotiate.....	28
Section 2	Minor Contents of Agreements to Negotiate.....	32
Subchapter 3	Contents of Agreements to Agree	33
Section 1	Determinacy of Contents of Forward Contracts	34
Section 2	Special Attention on Non-essential Points of Forward Contracts	36
Subchapter 4	Summary	38
Conclusion	40
Bibliography	43

引 言

酒店餐饮预约、客栈住宿预约、商品房认购、大学生就业协议书……生活实际告诉我们：预约合同已然广泛存在于社会生活和商业交往的各个领域。然而，通观《中华人民共和国合同法》全文，并无预约合同的相关规定。十多年来，随着我国房地产市场的火爆，影响当事人利益甚巨的商品房认购合同纠纷逐渐增多，客观上呼吁立法给予指导。面对实务的压力，最高人民法院于 2003 年颁布了《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》，2012 年颁布了《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》，二解释对认购书、预订书、意向书、备忘录等作了简要的规定。与立法上的简陋和缺失相对应，国内多数合同法教材只在合同的种类章节中列述预约合同，并与本约相对，然其内容多千篇一律，缺乏新意，且所占的篇幅甚少，几近于无。

如此现状，是否意味着：预约合同的理论和实务价值相当有限，没有对其予以特别研究的必要？若答案是肯定的，则能推出凭借目前对预约合同只言片语的描述已足以应对纷繁复杂的社会生活实际的结论。事实果真如此吗？不妨聊举几例：“有你叔伯及本书见证，若你考上大学，我准备送你一台笔记本”，该允诺书是否可成立预约合同？A 某向 B 某借款 5 万元，约定本借款合同于订立时即生效，当事人违背合同法关于自然人间借贷为要物契约的规定而订立的上述协议效力如何？A 公司与 B 公司就合资建立 C 公司签署了一份要求诚信协商谈判以确定合资事宜的意向书，是预约合同吗？若此后 B 公司反悔，拒绝继续磋商，是否应承担法律责任及应承担何种法律责任？甲和乙订立一份汽车买卖预约合同，约定甲将以 10 万元购买乙的某辆轿车，后因履行发生争议，法院认定该名义上的预约合同实际构成本约，该认定是否合理及必要？学界对上述问题的见解多存争议，但至少有一点可以确信：无论我们采何种观点，皆须首先对预约合同理论具有一定程度之了解与掌握。

由是观之，何为预约合同、如何认定预约合同、预约合同与其他合同的区别、预约合同的法律效力如何等问题，实在值得学界予以重视。正如最高人民法院民事审判第一庭的法官所说，法学界对预约合同的理论研究仍处于初级阶段，尚未形成大家公认的主导思想，完善上述理论观点乃至上升到法律仍需时日，本解释只是依照目前的法律、法理和交易实务作出较为初步的规定。^①本文选取其中预约合同的认定这一基础问题进行探讨，抛砖引玉，求教于大方。

^① 最高人民法院民事审判第一庭.商品房买卖合同司法解释问答[M].北京:法律出版社,2003.44.

第一章 预约合同概述

第一节 预约合同的涵义

在大陆法系的民法理论中，预约通常与本约相对，被认为是约定将来订立一定契约之契约，其将来应订立之契约即为本约。王泽鉴先生在此基础上，更区分双方当事人互负上述缔约债务的，为双务预约；仅当事人一方负担此项债务的，为单务预约。^①黄立先生对预约的定义更为详细：“预约是债法上的契约，缔约人因预约而负有缔结主契约的义务。预约的目的在于为主契约的缔结与内容，先做准备，预约当事人相互许诺，于较晚时点（如于进一步客观要件澄清后），从事主契约的订定。”^②

英美法系并无直接与预约相对应的概念，而存在各种类似的表述，如《布莱克法律词典》解释道：“先契约（pre-contract），是指由一个人作成的契约或约定，它具有排除这个人合法地进入另一项性质相同的合同的属性。”^③《元照英美法词典》：“先契约（precontract）是指在订立契约前订立的契约。”^④美国学者 E.Allan Farnsworth 定义道：“初步性协议（preliminary agreement）在广义上指代在憧憬着订立最终合同（谈判的顶点和高潮）的谈判期间达成的所有协议，无论它在法律上是否具有强制执行力。在至少一方当事人对此项交易的谈判付出了巨大的心血同时又难以介入其他相似的交易中，而双方又不能马上从目前的谈判之域到达最终合同之域的情形下，通常就会产生这样的协议。它们以各种各样的名字出现，如意向书、承诺函、总体性协议、备忘录、协定纲领。”^⑤其中，带开放条款的协议（agreement with open terms）和应进行谈判的协议（agreement to negotiate）为最主要和重要的具有法律效力的初步性协议，^⑥分别属于本文所

^① 王泽鉴. 债法原理(一)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 147.

^② 黄立. 民法债编总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 48.

^③ BLACK, HENRY CAMPBELL. Black's Law Dictionary[Z]. West Publishing Co., 1979. 1060.

^④ 薛波. 元照英美法词典[Z]. 北京: 法律出版社, 2003. 1077.

^⑤ FARNSWORTH, E. ALLAN. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations[J]. Columbia Law Review, 1987, 87 (2): 249-250.

^⑥ Id.

指的必须缔约的预约合同和必须磋商的预约合同的范畴。

由上述定义来看，预约合同的涵义应相当宽泛，只要是为将来缔结某项契约而做准备，约定未来将缔结该项契约的合同即可。因此，预约合同与本约相对应，独立于各具体类型合同，而又以缔结各具体类型合同为内容或目的。必须注意，目前，我国许多论著中所论述的预约合同实际仅指必须缔约的预约合同，它约定以本预约中已记录下的内容为将来本约的主要条款，并且当事人承担缔结本约的成果的义务。实际上还存在另一种预约合同，即必须磋商的预约，它可能已经包含一些本约中的具体条款，但当事人并无受这些条款拘束的意图，而是承担进一步磋商、谈判，并作出为将来缔结本约所必需的准备性投资的义务。前者构成意定的本约缔结强制，后者虽以缔结本约为目的，但不必然导致本约缔结的结果。

第二节 预约合同的法律特征

在初步认识预约合同的涵义的基础上，具体分析其法律特征有助于我们更进一步地认定预约合同。

首先，预约合同是具有法律拘束力的债权合同。它具有法律意义，在当事人之间设定请求权和法律义务。区分具体不同种类的预约合同，当事人负担或为达成本约进行持续地诚信谈判及作出必要的准备性投资的义务，或缔结本约的成果的义务。违背上述义务，须依照预约合同的约定和法律规定承担相应的法律责任。由此，预约合同区别于无法律拘束力的初步性协议如会议纪要、备忘录等，后者仅是对谈判内容的记录，当事人缺乏受到拘束的意图。

其次，预约合同是独立的债权合同。作为合同，预约的成立与普通合同一样，需要经历当事人独立的要约与承诺的过程，并就合同的内容达成合意。虽然预约合同在内容上与本约具有联系，但本身并不依附于本约而存在，其成立与本约的成立并无必然联系。当事人可未经预约而直接订立本约，如果订立预约，乃是为了适应某些交易实践的特别需要并满足当事人有别于本约直接交易利益的特殊利益诉求。在必须磋商的预约合同中，如果当事人经过持续地诚信谈判，仍无法就本约达成最终合意，或者初步

性投资揭示未来的交易将无利可图时，当事人可不缔结本约。

再次，预约合同最重要的特征在于它是一种准备性合同。它存在于本约缔结之前的协商、谈判过程中，是当事人对未来将要缔结的本约或通往本约之路所作的准备、规划和安排，从而为将来缔结本约提供条件。准备性可理解为阶段性、手段性，即预约合同并非当事人交易过程的终点，而只是促进本约缔结的手段，^①预约合同的标的在于缔结本约（包括缔结本约的过程和缔结本约的成果），^②在实现其目标后，预约合同即履行完毕，效力自然终止。

此外，预约合同以诚信谈判并履行投资义务或缔结本约为负担给付，本身不（必然）涉及要物交付的问题，故属于诺成性合同。预约合同是否具有形式上的要求的问题，受到本约的影响较大，并与预约合同之成立生效相关联，故将此问题留诸下文予以探讨。

第三节 预约合同制度在世界诸国家或地区之概况

一、大陆法系国家或地区之概况

目前，就预约合同，大陆法系存在两种立法模式。一为于民法典或债法典之总则部分立有预约的一般宣示性条款。如《瑞士债法典》第 22 条规定：双方当事人可以通过合同形式约定在将来订立合同。法律为保护当事人而规定将来订立的合同采用特定形式始得生效的，预约合同也应当采用该种形式订立。^③《意大利民法典》第 1351 条规定：未以法律规定的契约最终形式缔结的预约性契约无效。^④第 2932 条规定：有缔结契约义务的人未履行义务的，在有可能且不违反约定的情况下，另一方当事人可获得使未缔结的契约产生效力的判决。^⑤《俄罗斯联邦民法典》第 429 条规定：根据预约合同，当事人承担义务依预约合同规定的条款在将来签订关于转移财产、完成工作或者提供服务的合同。预约合同的形式应采取对主合同规

^① 高雅. 预约及其效力研究(硕士学位论文)[D]. 北京: 中国政法大学, 2009. 2-3.

^② 韩强. 论预约的效力与形态[J]. 华东政法学院学报, 2003, (1): 46.

^③ 瑞士债法典[Z]. 吴兆祥, 石佳友等译, 北京: 法律出版社, 2002. 5.

^④ 意大利民法典[Z]. 费安玲等译, 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 328.

^⑤ 同上, 第 778 页。

定的形式而签订，如果没有规定主合同的形式时，则以书面形式签订。预约合同不按规定形式的，自始无效。预约合同应当包含决定主合同的标的，以及其他实质性条款的条款。在预约合同中应规定当事人必须签订主合同的期限。如果在预约合同中没有确定该期限，则主合同应当在预约合同签订之日起的一年内签订。当签订了预约合同的一方当事人拒绝订立主合同时，适用本法典第 445 条第 4 款（当事人有权向法院请求强制缔约）的规定。如果直至当事人应当订立主合同的期限届满之时没有签订主合同或者一方当事人没有向另一方当事人发出订立主合同的建议，则预约合同规定的义务终止。^①毫无疑问，立法的确认代表上述国家已然承认预约合同，甚至已经建立了较为全面的预约合同制度。这些立法对我国研究和建立预约合同法律制度具有重要的学习和借鉴价值。

另一种立法模式为仅在债之分则或个别合同中有预约合同的规定。如《法国民法典》第 1589 条规定：买卖预约在双方当事人对标的物与价金已相互同意时，即等于买卖。^②1900 年《德国民法典》第 610 条曾规定：合同另一方的财产状况明显受损害而危及返还请求权的，在发生疑问时，约定贷款的人可以撤回其约定。^③不过该条在后来的法典修正时被废止。然而，德国的判例和学说均已广泛承认预约合同，是无可争议的事实。^④《日本民法典》第 556 条、589 条分别规定了买卖预约和消费借贷预约。《台湾民法典》第 465-1 条、475-1 条分别规定了使用借贷预约和消费借贷预约。台湾学者就此二条规定之见解多有争议，涉及使用借贷和消费借贷本约与预约的关系问题，后文再予介绍。

二、英美法系国家之概况

预约合同的相关概念在判例法系国家主要体现在商业实践、判例和学说中。其中，在英美商事交易领域广泛运用的意向书与预约合同联系十分紧密。它泛指合同双方在缔结正式协议前就协商程序本身或未来合同的内

^① 俄罗斯联邦民法典[Z].黄道秀译,北京:北京大学出版社,2007.175.

^② 法国民法典(下)[Z].罗结珍译,北京:法律出版社,2005.1199.

^③ 德国民法典[Z].郑冲,贾红梅译,北京:法律出版社,1999.142.

^④ 汤文平.德国预约制度研究[J].北方法学,2012,(1):146.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库