

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

汤文平*

摘要 我国晚近预约实务发展对通说主张的“强制缔结本约 实际履行本约 履行利益赔偿”说提出挑战,而与德国和瑞士批判说所见略同,均认为预约救济原则上仅为信赖利益赔偿,但该等主张均仍沿袭概念论构造模式。法之发现迷失在继续僵化和论题学陷阱之间,应在方法上转向类型论。在法的外在体系,辨明预约与最终合同、其他先合同协议、缔约过失及基础性的缔约自由之间的递进式序列关系,并在要件和效果方面一一解构。在内在体系中,沿法律构造和意思自治相角力的主线铺展论题、确定论题之间的关系、提炼案型序列。预约的认定将可依托多维度的类型序列,融贯法之双重体系,预约认定后的救济也将在信赖利益、履行利益乃至实际履行之间获得更大弹性。

关键词 预约 民法双重体系 类型序列 法学方法论

引言

随着缔约过程日趋复杂,预约地位也愈益重要。^{〔1〕} 预约(Vorvertrag)是指约定将来订立

* 暨南大学法学院副教授。本文是国家社科基金重点项目“法学方法论与中国民商法研究”(13AZD065号)、教育部人文社会科学研究青年基金项目(12YJC820095号)、暨南大学科研培育与创新基金研究项目(12JNKY007号)的阶段性成果。最后修改阶段曾受审稿人和民法九人行沙龙成员全面斧正,受益良多,谨向所有师友致以谢意。

〔1〕 据笔者2014年4月11日搜索,“北大法宝”案例库共有2785篇裁判文书出现“预约”一词,其中293篇在标题中出现该词。虽未及全面排查,但预约涉诉频率之高于此也可见一斑。

一定合同的合同，〔2〕我国现行法也和多数经典法域的通行做法一样，并没有直接规定预约，这一制度是在法条之外，由实务推动法学整合的结果。

司法解释曾两次触及预约制度，但是其中《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号文，下文简称“《商品房买卖解释》”）第5条只是确立了在预约和本约之间以本约为原则的立场，而《最高人民法院关于买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2012〕8号文，下文简称“《解释》”）第2条也只是有关预约的一般性宣示。另有指导性判决却就预约效果问题，对通说主张的“强制缔结本约—强制履行本约—履行利益赔偿”之“连环扣”提出了严峻挑战。〔3〕2008年刊载于《最高人民法院公报》的这则判决瓦解了“连环扣”，〔4〕仅判令预约违约人赔偿信赖利益，该案（下文称“仲崇清案”）二审审判长甚至直接宣称，预约之履行利益相当于本约之信赖利益。〔5〕这种观点在《解释》出台之后从有关学理研究中获得较多认同，〔6〕更助长了通说所受挑战的严峻性。

深值关注的是，这种挑战在母法法域同样存在。例如，在我国预约制度之母法——德国法和瑞士法上，〔7〕前述“连环扣”式的通说也在松动。《瑞士债法典》（下文简称“瑞债”）巴斯勒（Basler）评注之评注人布赫（Bucher）及德国汉堡大学教授弗雷塔格（Freitag）等人，就从实务出发，汲取英美法的养分，对预约通说提出了强有力的批判（下文称“批判说”）。批判说认为预约一般只能导向损害赔偿，而且只是信赖利益，〔8〕恰好与仲崇清案之判决“所见略同”。

当然，以上批判说的挑战还不是问题的全部。综合起来，预约制度面临的其实是一个复杂的问题束：预约之违约救济能否引向实际履行缔结本约的义务？带来的损害赔偿范围是履行利益还是信赖利益？如果可采实际履行及履行利益赔偿，预约和本约的实际效果还有何实质分别？预约是否由此而丧失了独立存在？如果违约救济所引向的是损害赔偿且只是信赖利益赔偿，则预约与缔约过失又有何分别？仲崇清案涉及的“意向书”原是先合同协议之一种，那么预约与先合同协议是何关系？另如预售许可及合同形式要求，这些要求在本约和预约之上作用有何不同？

〔2〕 王利明等：《民法学》，法律出版社2008年版，页502；崔建远：《合同法总论》（上卷），法律出版社2011年版，页98。

〔3〕 有关预约通说请参见王泽鉴：《债法原理》（第1册），中国政法大学出版社2001年版，页150；王利明：《合同法》（第1卷），中国人民大学出版社2002年版，页41；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”，《国立台湾大学法学论丛》（第42卷），2013年版，页767以下。

〔4〕 详参考“仲崇清诉上海金轩大邸房地产项目开发有限公司案判决书”，《最高人民法院公报》2008年第4期。

〔5〕 参见沈志先、韩峰：“房产商违反预约合同的民事责任”，《人民司法》2008年第6期。

〔6〕 参见梁慧星：“预约合同解释规则——买卖合同解释（法释〔2012〕8号）第二条解读”，中国法学创新网，<http://www.lawinnovation.com/html/zgfx50rlt/7884.shtml>，最后访问日期：2014年4月1日；王利明：“预约合同若干问题研究”，《法商研究》2014年第1期；陆青：“《买卖合同司法解释》第2条评析”，《法学家》2013年第3期，三篇论文分别在不同程度支持了上述挑战性观点。

〔7〕 就预约从上述“连环扣”效果来看，显然与德国、瑞士通说保持一致（Freitag, “Specific performance” und “causa—Lehre” über alles im Recht des Vorvertrags?, AcP 207(2007), S.290.），而与其他法域有异。

〔8〕 同上注，S.310。

问题束的核心就是:有无预约以及若有预约,则当引向何等救济?这原本是法和法教义学所应对的常规问题,面对具体情事,通过涵摄入(依“要件—效果”模式配备的)规范之下,导出效果即可大功告成。可是像预约这种法律不配备规范、“要件—效果”难以捉摸的情形,已超出“常规问题”的范畴,前述“核心”问题不能被直接回应,而“束”里的单个问题点也无法各个击破。法之发现的任务完成有待于法学方法论的支持。

就笔者视野所及,此前研究成果无论是支持通说抑或挑战通说,基本上都没有跳出“要件—效果”模式。这在方法论上是值得反思的。前述“连环扣”其实就借助了这种模式,依赖简单的涵摄思维,由认定预约而直接引向本约的效果,其失在于武断。而在批判说或我国当前的修正性观点提出之后,仍局限于“要件—效果”模式,一方面发挥不出矫正武断之失的效果,另一方面,还可能在涵摄的外观之下,暗中堕入论题学的陷阱。例如仲崇清案判决书、该案主审法官的论文阐述、《解释》起草法官的评注,都泛泛征引各种原则原理,这在实务探索方面固然难能可贵,但若法教义学研究也就此止步,必将失却个案正义和法安定性价值相兼顾的基本目标,预约自身的制度价值也会沦落。

在法学方法论上,与“要件—效果”模式相对应的是概念,是规则,是涵摄。批判说已打破了概念壁垒,走向融贯的目的导向,在法之发现的路径上趋近的是原则,是权衡,也是典型个案(先例),以及类比。此时,自不宜再以概念论画地为牢,而应转向类型论,^[9]转向民法双重体系的联动机理上来。^[10]

有关预约的类型研究一般被理解为,就是从意向书、框架合同、临时协议等品类繁多的先合同文本中作类型化,寻找可归入预约的典型。这个维度的类型研究功用有限。因为先合同文本的名目对于确定其拘束力之有无及强弱意义殊小,最终还得依靠其他分析框架的支援。本文关注的其他两个维度的类型序列研究,更能有效地提供这种“分析框架”。

第一个维度的类型序列研究是依托外在体系,从预约和缔约过失、最终合同等邻近的制度类型出发探询其背后的“理想类型”,呈现递进式序列。这个序列处在概念和类型之间,在法律论证时,不仅可以为涵摄模式提供基本的定位,而且也可以为原则权衡模式找到“重力公式”所需要的轻、重“刻度”。^[11]第二个维度的类型序列研究是在构造内部子体系的基础上,明了预约主题之下的利益冲突、价值裁断以及各类“指导性观点”,^[12]然后与实践案型相汇合,提炼

[9] 有关中文文献可参见(德)考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,页103以下;顾祝轩:《合同本体解释论:认知科学视野下的私法类型思维》,法律出版社2008年版,页119以下;吴从周:《类型思维与法学方法》,台湾大学法学院1993年硕士论文,页111以下。

[10] 有关中文文献可参见朱岩:“社会基础变迁与民法双重体系建构”,《中国社会科学》2010年第6期;汤文平:“批准生效合同之报批义务违反、请求权方法与评价法学”,《法学研究》2014年第1期。

[11] 关于重力公式参见(德)阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊译,中国法制出版社2012年版,页148以下。

[12] 有关法教义学与价值判断关系的争鸣见许德风:“论法教义学与价值判断——以民法方法为重点”,《中外法学》2008年第2期;卜元石:“法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径”,田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版。本文以承认法教义学兼容价值判断、目的导向为出发点。

规范性类型序列。这两个维度的工作是相通的,因为前者虽立足于外在体系,但是在递进式序列中已经隐含了内在体系的关联,而后者虽立足于内在体系,但其类型序列的递进和任一案例的归列仍不脱外在体系里的概念位置。在二者之间,直接深描预约的要件和效果仍然不可或缺。但已并不重蹈概念论“要件—效果”模式僵化的老路,而是借鉴批判说的弹性化建议,在要件和效果上加以松绑、解构,为外在体系和内在体系的融贯提供便利。

概念论的建构方法曾是法教义学的看家本领,但已证明孤掌难鸣,与之互竞互济的类型论以及内在体系的建构,却又远未成熟。本文坚持了法教义学的体系立场,并相信法学方法只有放在制度实践中去体认,才能成熟、才能真正转化为法律发展的“生产力”。基此理念,本文既是对预约的制度分析,也是有关法学方法的一次研习。

一、外在体系上的递进式序列

立法或法教义学在创制法律概念时,先应就概念所指在脑海中形成类型。这些概念将构造外在体系,而类型则属于内在体系。但是概念与类型之间的分辨,也并非泾渭分明,所以当代法学方法论也接受了这一“分辨”的辩证性。具体而言,合同法上与预约相关的外在体系可以呈现为一个“递进式制度序列”——从一般性的“缔约自由”经“缔约过失”、“预约”(“约束性先合同协议”)迄于“最终合同”(“本约”)。本部分即以外在体系为立场,沿着这个递进式序列进窥内在体系。自其概念一面而观之,重在界定分际;自其类型一面而观之,重在梳理其关联。

(一)在预约与本约之间

1. 预约容许性问题

本约是预约意图缔结的合同。从预约的定义就可以看出,预约和本约的关系是预约地位的支点。所以本文整体都与这组关系相关,本部分仅考察预约相对于本约如何被容许,如何一步步扩张适用范围,这是厘定其体系地位的起点。

是否在本约之外承认有预约在,这一预约的容许性(Zulässigkeit)问题长期没有统一回答,在有关争议中,拒绝预约的常见理由是本约与预约合一。1903年学者施洛斯曼(Schloßmann)提出的质疑被认为是根本性的,^[13]他说,如果一个预约所追求的本约已如此确定,“就像孵化鸡蛋里的小鸡一样”,那么该预约就没有独立的意义,而应该当即依照本约适用的规则行事,这样也就原本没什么预约发生。举例来说,若甲与乙达成协议,将就某项给付达成一项协议,一般而言乙即已就该项给付负有了义务,既然如此,再达成一项协议,在大部分情况下就是毫无意义地绕弯路。^[14]这一质疑与英美法“缔约之约非(契约)”的命题实有相通。

传统英美法一般性地否认预约,其设想的缔约过程是即时的,信奉“缔约之约非(契约)”(agreement to agreement is no contract)原则,对待正式合同前的协议文本多采“全有或全无”(all or not)的态度——要么是一个有效的最终合同(final contract, definitive Verträge),要么

[13] 转引自 Bucher, in: Basler, 2007, Art. 22, N. 1, 29.

[14] Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, S. 59.

不存在任何合同关系。而仅在“利他预约”(Vorvertrag zugungsten Dritter)上存在特例。^[15]

支持预约容许性的观点也不能不承认,缔结预约在很多情况下确实并无必要。所以在具体案件中就本约和预约的定性有疑问时,总是以本约为原则,预约为例外。但是支持说总结称,如果因为预约在某些案型里不必要就推论出它的不容许性,却是错误的,契约自由原则允许当事人缔结哪怕是“不必要的”合同。诉诸契约自由显然有其功效,目前各国几乎都承认了,预约在特定案型上具有实践价值,法律容许性不容否定。^[16]

2. 预约适用性问题

以上容许性支持说所持的论据其实是双层的,第一层是一般性的“契约自由”,第二层是“特定案型”。这在预约适用性问题上导致了矛盾的叙述,比如有些文献称,预约当然适用于一切合同,^[17]这是“契约自由”的效果;而另一些文献则称,“一般来说,预约的实践意义比较小,”而着眼于少之又少的“特定案型”寻找预约的归宿。^[18]甚至有学说认为,单务利他预约是唯一有意义的预约形式,是预约最后的“避难所”。^[19]总之,预约似有还无,一忽儿无所不在,一忽儿又难寻踪迹,令人无所适从。

这种矛盾局面的深层原因在于:理想状态的契约自由与实务相脱节。首先,当事人固然有缔结预约的自由,但是在有疑问时,法官可能将不必要的预约辨认为最终合同。当事人决定缔结预约的原因经常只是心理上的因素,固然这也足使预约具有了合理性(或容许性),但是法官却不必增加负担以查明这种原因。^[20]于是“预约的实践意义比较小”也就势所必然了。其次,即便是在那些已经承认预约的场合,依德国和瑞士通说却又导向缔结和履行本约,如下文将要详述的,这被批判说认为是在效果上完全剥夺了预约的存在价值。

在此回顾弗卢梅一段话是有必要的,他说:“从一个本约中区分出预约来,只有在如下情形才有意义:就缔结合同的前提条件或者合同约定的内容以及由此建立的合同关系,在预约和本约之间存在不同。”^[21]这段话一直没有受到足够重视,甚至弗卢梅自己似乎也只是兴之所至脱口而出,^[22]但却道破了“天机”——唯有在某个方面“存在不同”时,预约才有“意义”,也才能在具体情境中找到“适用性(Anwendbarkeit)”。以下就典型情境略作考察:

第一,单务利他预约,此时的预约和本约连当事人都已不同,其区分一目了然,惟其如此,方能成为(包括英美法在内的)几乎所有法域不得不接受的预约类型。第二,践成合同之预

[15] Giliker, *Pre-contractual Liability in English and French Law*, Kluwer Law International, 2002, p.31; Henrich, a.a.O., S.69ff, 70, 80.

[16] Kramer, in: MünchKommB, 2001, Vor § 145, Rn43, 45; Bork, in: Staudinger, 2003, Vor § § 145-156, Rdn51; Henrich, a.a.O., S.76, 77.

[17] 参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年版,页37, 38。

[18] Freitag, a.a.O., S.290; Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 1979, S.615f; Lakc, *Letters of Other Precontractual Documents, Comparative Analysis and Forms*, 1994, p.94.

[19] Henrich, a.a.O., S.59, 70, 78.

[20] Henrich, a.a.O., S.78.

[21] Flume, a.a.O., S.614.

[22] 参见 Freitag, a.a.O., S.304.

约——将缔结践成合同的合意作为预约从本约中分离出来，^[23]本约以实践为有效要件，与预约当然“存在不同”。允许预约在实践行为前即产生约束力，为当事人意思自治拓展了空间，不过该“提前的”约束力要以清晰的约束意思为前提。第三，有批准(同意)要求或形式要求的情形，本约虽适用要式规定(或必须批准方可生效)，以不要式缔结(或未经批准)的预约却仍可能具有意义。^[24]有经典论断说，“预约总是在这种情况下发生：由于某个法律上或者事实上的原因，按照当事人的想法缔结独立合同的相关情况显得尚未成熟”。^[25]此处的“尚未成熟”就常常表现为有待机关批准、第三人同意或者仍需完善形式要求。仲崇清案就涉及这种适用情境。第四，“单务”预约涉及的本约可能是“双务”的，但是就缔约义务来说只是单务的，这也足使预约和本约“存在不同”，而为预约带来了适用情境。^[26]单务预约在比较法上有时被“法学整合”为不可撤销的要约，可是要约毕竟有效期较短，反而衬出了预约的便利。^[27]单务预约又常常和选择权、优先权交织在一处。仲崇清案就涉及了单务预约，兼具选择权和优先权功能，却又不是典型的选择权或优先权，但也已具备了预约适用性所必需的“不同”。

最后，布赫等人的批判说认为，预约带来的不是强制缔约意义上的实际履行，而只是临时性约束，导向损害赔偿。这其实已在根本上以意思自治的名义开辟了一类不可实际履行的合同，而在效果上与本约有了一般性的“不同”。关于其修正是否合理及其在内在体系上的意义，下文另有详论，此处应可确定，该修正大幅度地扩展了预约适用范围。这种以意思自治的名义修正法律构造的“预约观”还有其他体现，例如上述“第二”(对践成合同的修正)、“第三”(对特殊要求的弱化)即是，但是惟此批判说方可称为全面而根本性的修正。

(二)在先合同协议的谱系中划界

1. 边界不明的现状

沿着上述“递进式序列”前推，即从本约来到了先合同协议。预约属于先合同协议，但与非预约先合同协议之间边界不明，则是长期困扰的问题。布赫认为，通说眼里的预约作为一种独立的合同类型，就是使当事人负有义务为一定行为以缔结另外的合同，且后者的主要之点都已在预约中得以确定，^[28]如此，其他类型的先合同协议也就悉受排除。可是，当预约中的本约内容不够确定时，这种“预约”不仅难以实际履行，而且损害赔偿范围的确定都成问题，通说却并没有将之断然排除而一了百了。^[29]可见通说其实远没有布赫所认为的那么果断。不过通说预约观的确又在概念上把有关成本分担、信息义务和独占约束的先合同协议推卸到“预备协议”的名目之下。^[30]在此犹豫之间，情况已显复杂。

[23] *Flume*, a.a.O., S.613f.就此所作反思请参见崔建远, 见前注[2], 页100。

[24] *Kramer*, a.a.O., Rdn.44; *Freitag*, a.a.O., S.292.

[25] *Henrich*, a.a.O., S.115; *Freitag*, a.a.O., S.305.

[26] 法国法以此类型为最重要的预约, 参见尹田:《法国现代合同法》, 法律出版社2009年版, 页68。

[27] 参见尹田, 同上注, 页59; *Bucher*, a.a.O., N57.

[28] *Bucher*, a.a.O., N.3.

[29] *Henrich*, a.a.O., S.127.

[30] *Kramer*, a.a.O., Rdn.41.

假如再把目光移向批判说,问题就更加复杂了,例如批判说代言人布赫举例说,那种认为预约在事实上不能存在的观点已经脱离了实际,许多常见的合同都有“预约特征”:女店主只从特定啤酒商订购,歌唱家不去其他剧院演出,运动员仅为其赞助商出场等。假如某块土地的买主承担义务,仅由特定建筑设计人、建筑商或者手工业者承建,这种情况更具备了预约的“所有特征”。但是布赫没有阐明什么是预约的“所有(或部分)特征”,而只是一般性地呼吁打破通说预约观的传统限制,将一切约定未来缔约的合同形式纳入预约范畴。^[31]这种在先合同谱系中取消划界的思路,对扩张预约适用性是有益的,但也不适当地冲淡了对预约的清晰体认,可能丧失预约制度的实益。

可见,无论是坚持还是修正通说,在先合同协议的谱系中重定预约边界都势在必行。这项工作可分两个步骤:其一是呈现谱系;其二是探明预约的意旨,再循其意旨在上述谱系中划定边界。

2. 呈现谱系

如前所述,先合同协议是大陆法系和英美法系共有的现象。在英美法系,它可能是设债而具约束性的,也可能是非约束性的。其中约束性先期合同又可能因所有重要条款均已合意而实为最终合同;可能因“实施指令”而在最终合同订立前就开启部分实施行为;可能就费用分担、保密义务、诚信磋商义务、最大努力义务等个别条款率先达成合意而在单个条款上成立合同性债务。^[32]这种平面的排列不能彰显前述“递进式序列”,自然也反映不出预约在其中的特殊功用,不是预约观所要的“谱系”,而只是英美法个案思维的体现。

为了呈现一个“递进式”动态作用的谱系,有必要借用早期批评者施洛斯曼提出的具象——“鸡蛋里的小鸡”,并根据需要予以发挥。在此具象中,约束性就像那层“蛋壳”将约束性先合同协议与非约束性协议阻隔开来,前者的整体构成了“鸡蛋”,在鸡蛋内部又有“蛋清”和“蛋黄”之分。“蛋清”合同虽然也是“为缔结未来合同而缔结的合同”,但是都不能直接指向缔结本约本身,对于本约的“胚胎”来说只是辅助性的。至于“蛋黄”合同,则是本约的“胚胎”。

甚至在同一个人“合同”文本中也可能区分出“蛋黄”和“蛋清”。例如弗卢梅在论及批准生效合同时认为,实际上在此情形存在基于合同的请求权——尽管合同主体约定的生效须有批准,但合同当事人有关促成批准的义务却并不系于须批准始生效的约定,此类义务可独立地约定,它也理所当然地因须批准合同之缔结而生成,该合同就此等义务来说早在那些须批准的约定受到批准之前就已生效了。^[33]这里的“已经生效部分”就是“蛋清”合同,它所指向的标的不是最终合同的给付义务,而是申请义务、协助义务。弗卢梅没有进一步说明,其违反所将导致的责任范围,但是德国法院的判决从缔约过失进路支持了信赖利益,^[34]与前文所引批判说可谓殊途同归。这种

[31] Bucher, a.a.O., N.14, 3.

[32] Lake, *Supra* note 18, pp.92, 108, 124-133.

[33] Flume, a.a.O., § 40 I g.

[34] Emmerich, in: MünchK, 2001, Vor § 275, Rdn.83.

“法学整合”模式,在“蛋清”合同受到违约金、定金约定加强时尤其意义。^[35]

3. 循意旨以划界

在直观的层面上,人们可能认为,通说里的预约仅指上述“蛋黄”合同,甚至只是“蛋黄”合同中本约内容已足够确定,将导向强制缔约的“蛋黄”合同;至于批判说在扩展了预约的类型以后,预约边界即网罗了所有“蛋黄”合同(而无论导向实际履行抑或损害赔偿),还覆盖了大批(具体多少暂且勿论)的“蛋清”合同。这种直观的理解,没有准确理解预约的制度意旨,是错误的。

预约确实是一种“合同类型”,虽然不是合同法分则意义上的类型,但也不失为一种被法学整合过的比较典型的“非典型合同”。但是“预约”又不仅仅只是某种合同类型,在它的背后,隐藏着一个多面向的法律构造:当我们指向某个具体合同说“这是预约”时,我们所指向的意义却已滑向了“第二面向”——若隐若现的“本约”,以及“第三面向”——预约与本约间更为隐晦的“作用”。理解了预约制度这种多面向的性格,才能理解,预约在先合同谱系中的划界离不开与本约“作用”的参照。

于是在抽象层面上,首先可以为预约划定一条“外缘”的界线——只有与缔结本约有直接“相互作用”的“蛋清”合同才是预约。从反面言之,亦即与缔结本约无直接“相互作用”的先合同协议即使是约束性的,也不必硬安上“预约”的名目,而只需作一般“非典型”甚或“典型合同”处理。其次,在预约“内缘”界线上,则应当将整个“蛋黄”排除在外——即使是最初步、未成型的本约仍是本约(的胚胎)。具体来说,在上文所引布赫举例中,土地买主承担的义务实为典型的利他预约上的义务;而“女店主”等人涉入的竞争法合同如果尚无初步成型的“本约”互为作用,就不必硬烙上“预约”的印记。^[36]至于在仲崇清与金轩公司签订的意向书里,有关商铺买卖尽管楼层、价格、预售审批、投资施工等都未有定数,但仍是本约的雏形,是“蛋黄”协议,记录了本约谈判的阶段性成果。而预售时金轩公司负责通知的义务、仲崇清“优先购买”的权利等等,则是与缔结本约有直接互作用的“蛋清”合同,是预约。假如双方在意向书里只约定预售时“通知看楼”,或者还约定了看楼时接待成本的分担,都谈不上与缔结本约有什么直接作用,作为一般非典型合同即可,不是预约。又假如双方若是在意向书里明确约定了房号,价款及其他必要事项,并表明只待预售审批即可签订标准化预售契约备案,此时的“蛋黄”性先合同协议似乎就是本约,至于批准要求和标准形式另当别论,但要将其硬是作为预约对待,似无实益。

(三) 在预约与缔约过失之间

沿着“递进式序列”再前推,袭用“鸡蛋”的具象,就意味着先合同协议被“蛋壳”排除在外,此时没有预约,没有合同性义务,责任发生与否,一决于缔约过失。在概念上,德国和瑞士通说认为预约与缔约过失是容易区分的:预约的典型特征在于缔约义务,而缔约过失只能导向损害赔偿。德国联邦最高法院不允许将失败的谈判解释为预约,因为其中没有服从约束性合意的

[35] 目前实务中的反例可参考(2008)渝一中法民终字第1518号判决,此案涉及前述“实施指令”。

[36] 德国法对于纯粹有关诚信磋商义务和锁定谈判义务,甚至有忽略预约选项直取缔约过失上一般诚信义务的倾向,而仅在当事人约定了违约金或定金罚则时情况有所不同, Cartwright and Hesslink (edit), *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2008, p.172.

当事人意思。^[37]但是这种概念上的区分便利,因批判说的介入而消失了。

批判说否定预约上有可执行的缔约义务,主张其也应导向损害赔偿。不过批判说也关注到了预约与缔约过失的区分问题,指出,虽然预约已不能导向实际执行,但也毕竟为磋商义务违反提供了一个损害赔偿的合同性请求权基础(在德国法上即指向《德国民法典》第280条1款1句,第281条),这在两个方面具有独特意义:首先,预约使“先合同性磋商义务”被毋庸置疑地确认了下来,因为预约就是约定这个的,而这在“模糊制度”——缔约过失那里却总是模棱两可的;其次,还有赔偿范围值得考虑,缔约过失原则上只赔消极利益,而合同性磋商义务不履行,将可能使受损方依《德国民法典》第280条有权主张替代给付的损害赔偿。^[38]

批判说以上见解基本上是可取的。当然就缔约过失来说,如果期待中协议的内容在磋商义务违反时已经足够确定,且受损方能够证明,正因为缔约失败他必须为另一个经济上不利的法律行为,那么德国联邦最高法院也会例外地在缔约过失框架下支持上述请求权。^[39]不过,这也恰恰证明了预约至少在消除缔约过失内部的紧张关系上具有独特的实益,毕竟以预约违反为由支持替代性损害赔偿请求,在理论上要熨帖得多。以上还只是借批判说的立场立论,若依下文内在体系建构之后的见解,预约之下损害赔偿将在信赖利益和履行利益之间呈现弹性化态势,则将与缔约过失相去更远。

最后还要注意,从基础性的缔约自由,经缔约过失、预约,而至于最终合同,这是一个责任强度递进的“序列”,^[40]在应用这一序列考察缔约阶段时,始终不应忘记,缔约自由是根本(这已导入了内在体系)。申言之,在认定最终合同之前,有必要检索缔约过失、预约,而在此检索过程中即使认定了缔约过失或预约,也应慎于支持强制履行或履行利益赔偿。其精义始终是为了避免司法程序施予过度的缔约强制。^[41]

二、要件和效果上的“概念论”解构

上文已经展现了,在严格的“要件—效果”模式中,预约并没有真正的独立地位。其貌似严谨的要件和效果,其实都似是而非。在本文类型论思路之下,应解构前述僵化的模式,前一部分即通过呈现完整的递进式序列,揭示出原本遮蔽的环节,通过解构为预约在序列和外在体系中勾勒出大致的位置。本部分则专注于预约要件和效果上的解构,尝试沟通内在体系的因子,

[37] Herzog, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, 1999, Rdn.138.

[38] Freitag, a.a.O., S.309.

[39] Henrich, a.a.O., S.215.另可参见周江洪:“缔约过程中的磋商义务及其责任”,《绍兴文理学院学报》2010年第6期。

[40] 以上制度术语若纯从概念角度,相互之间或不可比较,例如缔约过失与预约,或缔约自由与预约,但若透视到它们背后的缔约文本类型序列,则自可作为次序概念(Ordnungsbegriffe)而被比对、排列。

[41] 比较法上的典型反例可参 Pennzoil, Inc. v. Texaco, Inc. (1987), 详见 Lake, *Supra* note 18, pp.135-149; Giliker, *Supra* note 15, pp.50, 61.中文文献可参见陈进:“意向书的法律效力探析”,《法学论坛》2013年1期。

柔化原本刚性的要件和效果。

(一)要件方面

预约在要件方面有其特殊问题,归纳起来,大约四端:约束意思、内容确定性、形式要求和批准要求。^[42]其中前两项为一般预约所涉及,可称作“一般要件”;后两项仅关乎特定预约类型,可称作“特殊要件”。

1.约束意思

约束意思在区分预约与非约束性协议、预约与其他约束性先合同协议、预约与本约,决定实际履行容许性、损害赔偿范围等各个方面,都至关重要。考虑到有些主题可落实于本文其他部分,此处专注于揭示约束意思在约束力有无和预约本约之界分两方面的意义。在这两方面基本的结论可概括为:当事人尚未打算受到约束时不存在预约;但在当事人已意图受到最终约束时,也不存在预约,决定性的划分标准就是约束意思。^[43]以下依次展开。

(1)约束意思与约束力之有无。约束意思是严肃性的彰显,^[44]是决定具体允诺可否执行的重要标准。英美法直接以约束意思作为合同的要件,这一要件在判断先合同文本的效力时影响尤为突出。^[45]例如在美国法上,初步协议的债务性质或非债性质即取决于当事人的意思。值得注意的是,在英美法上,约束意思和约因均为严肃性的彰显,二者具有紧密的关联。阿蒂亚揭示出,随着普通法变迁,约束意思在缔约上扮演的角色也在变化。在经典的普通法上,法院的任务就是实现当事人意思。而现在,当事人意思更多的表现为,以当事人没有借助允诺建立法律关系的“意思”为由而拒绝执行允诺,^[46]在这方面,约束意思成为(正在被削弱的)约因的补充。这一点在下文讨论内在体系时别具意义。

包括我国在内的大陆法系合同法一般较少专述约束意思,而着眼于要约的“缔约意思”和最终达成的“合意”,但在效果上与前者相去不远。所以有学者在考察英国法和法国法之后总结说,确定一个初步协议是否具备足够确定性和约束意思,是英国法院和法国法院共同的任务。^[47]至于德国法上,预约与非约束协议的一大区分标准就在当事人意思。“如果缔约人之间没有受约束意思,也就不必继续考察有否预约了,因为这种意思对于预约来说是必要的前提。”^[48]以上这些结论在我国法上并无不同。

对约束意思的查明应依一般规则进行。例如在德国法上,《德国民法典》第133条的规定

[42] *Kramer*, a.a.O., Rdn.40,46,47; *Bork*, a.a.O., Rdn.52,56ff.; *Bucher*, a.a.O., N.39,47ff.; *Giliker*, *Supra* note 15, p.10.

[43] *Henrich*, a.a.O., S.113.

[44] 关于比较合同法上的严肃性问题请参见(德)海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社2001年版,页74以下。

[45] 本段叙述请参见 *Lake*, *Supra* note 18, pp.38,40,94.

[46] *Atiyah*, *An Introduction To the Law of Contract*, Oxford University Press, 1989, pp.8-17; *Atiyah*, *Consideration: A Restatement, in Essays on Contract*, Clarendon Press, 1986, p.184.

[47] *Giliker*, *Supra* note 15, p.10.

[48] *Herzog*, a.a.O., Rdn.148; *Henrich*, a.a.O., S.107.

仍是关键——需要查明的是“真意”，而不可拘泥于字面。约束意思的判断标准有主观与客观之分。但应该只是程度上的不同，其实各国法院都既关注当事人所表达的主观意思，也关注综合文本以及当事人的整体行为解释出来的客观意思。所以，在德国法上，“草约(Punktation)”一般就意味着没有约束意思，^[49]而“君子协定(gentlemen's agreement)”更总是如此；在英国法上，“有待订约(subject to contract)”术语的应用则只能导向否定约束意思，^[50]这都是经由客观用语探询主观意思的适例。

我国法也兼采客观主义和主观主义(《合同法》第125条)。^[51]在仲崇清案中，双方当事人签订的是“意向书”，^[52]但是法院认定的是“预约”，反映出在阶段性协议上存在名实脱节的问题。当事人在商务实践中为了记录阶段性谈判成果所使用的术语名目繁多，其约束力何如，不能“顾名思义”，不能执着于当事人使用的名称、术语，但完全无视这些形式也不妥当，毕竟它们承载了一定暗示和线索。总之需要“循名责实”，查清具体情形下当事人的真意。^[53]在仲崇清案中，两审法院论证该意向书具有约束意思时，就既关注了双方都无异议的主观意思，也考察了内容确定性程度等客观案情，然后才得出结论说，该意向书不是通常意义的意向书，而是预约。这种谨慎态度反映了法院对主观意思和客观意思的全面重视；还反映了，在法院判决背后隐藏着一个正确的假设——作为先合同文本，意向书一般无约束力。

(2)约束意思与预约、本约之界分。相对于确定约束意思的有无，界分预约和本约还要更加复杂，当事人往往已经接受了最终的约束，但由于各种原因却采用了预约或类似的名称，此时法官在确定时必须查明背后的真意。如上文述及的，在当事人意思解释方面存在疑问时，以认定最终约束意思为原则，预约则是例外，这在一定程度上减小了界分工作的难度。根据最高人民法院《商品房买卖解释》第5条规定，当先合同文本客观上具备了主要内容且出卖人收受购房款时，应认定为最终合同。即为适例。

但只要当事人意思明确地选择了预约，那么即使违背了一般做法，也不需要有什么实践意义上的理由，完全可以是基于一些心理因素而已。^[54]这可以体现于原本能够采取附条件或附期限本约的情形，即使后两者在法律构造上更简单，其给付交换的目的更容易实现，仍可以当事人意思为依据接受预约。此时当事人也就排除了期限到来或条件成就时当然发生的效力，代之以有意识的本约缔结。^[55]

[49] Punktation 或被译作临时协议、预约、草约，今从韩世远教授(民法沙龙，2014年4月19日)建议改取“草约”，以求更加精准。

[50] Henrich, a.a.O., S.107; Giliker, *Supra* note 15, p.7.

[51] 参见崔建远，见前注[17]，页356以下；尹田：《民法典总则之理论与立法研究》，法律出版社2010年版，页522以下。

[52] 关于意向书的详细介绍参见许德风：“意向书的法律效力问题”，《法学》2007年10期。

[53] 我国相关司法实践可参考《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律的司法解释》(法释[2005]5号)第24—27条。

[54] Henrich, a.a.O., S.114.

[55] 参见王泽鉴：《债法原理》(第1册)，中国政法大学出版社2001年版，页147；崔建远，见前注[17]，页38；Herzog, a.a.O., Rdn.314; Bork, a.a.O., Rdn.135f.

施洛斯曼曾经质疑说,法律规定不应沦为当事人情绪和异常愿望的侍女,也不能接受没来由地为法官带去双重负担(即预约和本约)。但是亨里希认为这种质疑违背了私法自治的基本原则,如果听从该说法,就等于赋予法官一项权力——拒绝处理那些被认为异常的合同。^[56] 从上文对预约容许性和适用性的阐述来看,亨里希的观点应被支持。

2. 内容确定性

一项协议必须足够确定才能构成合同,这是各国合同法相同的立场。预约的内容确定性却可以从两个方面来说,一是它“自身”的,二是“本约”的。预约的合同类型决定了,它必须就缔结本约设有相关义务,这是第一方面的确定性。此外,预期本约的内容在预约之中应确定到何等地步,即第二方面的内容确定性,才是预约“确定性”问题的重点。

(1)通说及其疑虑。上述第二方面内容确定性应遵循何等标准,目前德国法尚无定论。根据《德国民法典》起草动议书,“当未来基此将要缔结的合同之内容充分确定时”,预约才有效。^[57] 德国联邦最高法院却屡屡表明,预约不必显示出预期本约所要求的那种完整性。但学说又纷纷提出质疑,认为法院上述观点没有足够说服力,而且还已被该法院同时所做的如下限定给自我否定了:预约必须符合这样的确定性(或者可确定性)以及完整性标准,以确保在诉讼场合可就合同内容作司法认定。^[58] 弗卢梅在考察了《德国民法典》起草者的意见、判决以及学说以后,总结道:关于合同约定的完整性,那种认为预约可以适用比本约较低的要求的观点,不应被赞同,在这个问题上区别对待预约和本约,从私法自治原则的立场来看,根本不合理,而更应根据同样适用于本约的原则,不完整的预约也应像不完整的本约那样无效。^[59]

德国法上述争议也是比较法上一种趋势的缩影,例如在瑞士法的旧判决中,常常因合同根本性内容尚未确定(例如未就买卖标的和价款达成合意)而确认预约,但是根据目前的法律,一方面,给付完全确定不再是本约有效的前提,另一方面内容可确定又成了预约有效的必需。总之,本约内容至少要确定到这样的程度——其内容可由法官依预约之扩张解释及适用任意法而得以确定。^[60]

确定性要求所重视的是客观上的主要之点,但是在合同当事人对附属之点赋予主观上的必要性时,确定性要求也扩及于此。假如当事人尽管明知某些附属之点尚未达成合意而仍接受协议的约束力,可事后又不能就那些附属之点达成一致的话,就此究应如何决断即成问题。一种观点认为应适用任意法,另一种观点则始终支持扩张解释行为,或在某些情况下也支持法官的衡量。如果双方当事人就未定之点分别提出方案且互有出入,其选择仍应贯彻私法自治原则:假如不能获得一个符合双方意思的方案,则应寻找至少考虑了一方意思的方案。此时不能总是当然地适用任意法,也不能任由法官自由衡量来填补。在法官填补法律行为漏洞时,任

[56] *Henrich*, a.a.O., S.115.

[57] *Mot.IS.178*,转引自 *Kramer*, a.a.O.,Rdn.46.

[58] *Kramer*, a.a.O.,Rdn.46.

[59] *Flume*, a.a.O.,S.615.

[60] *Henrich*, a.a.O.,S.60f;*Bork*, a.a.O., Rdn.57.

意法、自然法则固然重要,还须考虑当事人的观点及其在谈判中所作的宣示。^[61]

(2)批判说加入后的争议。理论通常主张,如果本约内容不可获取足够确定性,则预约无效。这一点遭到了批判说的质疑。布赫认为,上述命题只有在讨论缔约强制式实际履行时才是正确的。由于他否定了实际履行预约的合理性,所以在预约内容确定性上也就主张放宽标准。^[62] 弗雷塔格也认同上述批判观点,并进一步指出,在决定是否有预约时,该内容确定性意义不大,仅在决定赔偿范围时,才有其意义。^[63] 当然批判说指向的实际上都只是预约中“本约”的确定性,至于前述第一层面的内容确定性,即预约“自身”的确定性则是不可或缺的。

关于法官何时可以补足预约的内容欠缺,也存在根本性异见。弗雷塔格在抨击法官补足行为时,引用了德国联邦最高法院2006年一则判决。在该案中尽管双方已于预约确定了标的物(房屋)、价款、选择权行使时间,但是弗雷塔格仍认为法院对其他内容的补足行为是不当的。其理由有二。首先,该判决将程序最大能动范围与实体法上的合同缔结机制混淆了。在民法上沉默原则上不可被视为同意,而该判决恰恰就在被告沉默处推断出来一个同意,这是“基于被告程序上的不作为创造出了新的‘沉默视为意思表示’的范例”,是对实体法的侵害。其次,按照《德国民法典》第315条以下的规定,一方当事人或第三人行使的“单独的给付确定权”有特殊的机制,而该案中双方达成预约时没有同时确定本约内容,法官补足行为根本不是什么对预约的解释,而就是根据公平裁量(甚或自由裁量)决定了本约而已,这种决定权对前述机制构成了挑战,也不合理。^[64]

(3)评价和借鉴。上述通说的疑虑,也根源于对预约、本约之间的“相互作用”欠缺清晰认识。就此应借鉴批判说,在“作用”上区分缔约强制式实际履行和其他类型的预约,并将较高规格的“本约内容确定性”要求限定于前者。

就法官补足内容的问题来说,鉴于上述批判说即便是在本约内容已确定的预约场合,也一律推定该预约只记载当事人临时的而非最终的合意,所以上列两大理由并没有真正的重要性。重要的只是那项基本的推定——凡属预约即推定为减弱的(不可强制缔约的)约束意思。本文认为,这种推定失之武断,但由于这一问题与预约之违约救济息息相关,所以将详述于下文。此处可以得出的初步结论是:不能一概否定司法补足本约内容的功能,但是决不能逆当事人真意而动。申言之,其谦抑程度至少应高于一般最终合同内容之司法补足。

这在我国司法实践中尤具意义。也是基于似是而非的“鼓励交易”理念,司法补足合同内容的做法,在我国几有滥用之嫌。例如根据《合同法解释(二)》(法释[2009]5号)第1条第1款,确定性所要求的内容仅涉及标的、数量,其他内容(包括价款)都可以由法院依《合同法》第61、62、125条确定,甚至连当事人的约束意思都似置之不顾了。这在最终合同上已属不妥,若

[61] *Henrich*, a.a.O., S.106f.

[62] *Bucher*, a.a.O., N.33, 39f.

[63] *Freitag*, a.a.O., S.309.

[64] *Freitag*, a.a.O., S.307. 该案详情请参见许德风,见前注[51],页87,88。

再转用于预约,则更是危险,尤宜慎用!^[65]

最后,关于主要之点与附属之点的划分,以上司法解释的规定和比较法例都只是针对一般性交易。仲崇清案所系的商品房交易中,又有自己的特点。例如在付款方式上,因楼宇按揭已成常态,所以相关手续的详尽安排可能列入必要之点。再如在标的上,一般而言商品房买卖合同涉及的标的是特定物,即使是楼花交易也以确定房屋位置为常态,仲崇清案标的仅确定小区范围和商铺用途,楼层座向一概不明,还只是种类物。种类的确定对于一般替代性商品买卖来说,当然是足够确定了,但是对房屋来说,难谓足够。所以两级法院在仲崇清案处理中多次强调,内容不够确定,不能支持实际履行和履行利益,而没有贸然“补足”,是值得赞赏的谦抑态度。另外,这种论证方式又将客观方面的内容确定性与主观方面的当事人意思串联在一起,从标的房屋的极端不确定,窥知当事人“弱化的约束意思”,这又导入了下一主题。

(4)内容确定性与约束意思的相互作用。在内容确定性和约束意思之间,约束意思是主导性的。申言之,即使内容还不够确定,只要当事人有确切的约束意思,那么往往还可以通过任意性规范的补充或者意思表示之扩张解释而使之确定。但是确定性要求又并非绝对被动。一方面,当约束意思就某项内容坚持须待确定时,可能也就没有了“约束意思”;当约束意思认为某项内容必须确定且已经确定,实际却未确定时,即无“合意”。在这些情况下不能交由法院越俎代庖“补充”意思。另一方面,实践中约束意思往往并不那么确切,于是内容确定到何等程度,恰恰成了认定约束意思的一项重要指标。

如上所述,在仲崇清诉金轩公司案中,两审法院的论证就有借助内容确定性探求约束意思范围的思路在。这条思路显然也是批判说所持的。例如弗雷塔格彻底否定缔约强制说之后,特意强调,预约不可导向缔约强制,“这首先是指以下情形:预约的内容还如此不特定,以至于本约的内容也就不能借助扩张性合同解释方法阐明”。^[66]也从某个侧面印证了上述思路。

另外值得一提的是《商品房买卖解释》第5条,该条规定,当先合同文本客观具备主要内容且出卖人收受购房款时,即认定合同约束力。首先,这显示出了,我国司法实践秉承了大陆法系尊重“客观”意思的传统,正确地架通了内在意思和外在内容确定性、履约行为之间的桥梁。其次,该条征引的《商品房销售管理办法》第16条所规定的合同“主要内容”却过于繁琐,在当事人实际履行主要义务时,还有无必要在内容确定性方面作如此苛细的要求,甚值反思。在比较法上,提前履行主给付义务往往是认定约束意思的有力指标,即使合同内容尚未完全确定,只要一方当事人依约迅即支付首期款或者提供其他给付,而对方当事人无异议地接受给付,那么这种客观事实就可能被辨认为约束意思。^[67]由此可见,《商品房买卖解释》第5条涉及的内容确定性应根据个案调低标准。

[65] 美国法上就此问题有法官应否承担“父爱主义性质的任务(paternalistic task)”之争,请参见(美)范斯沃思:《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,页121以下、213以下、216以下。国际贸易方面的新近趋势可参见吴兴光:“论国际货物买卖合同的留待后定条款”,《暨南学报》2010年第5期。

[66] Freitag, a.a.O., S.307.

[67] Henrich, a.a.O., S.118.

3. 形式要求

(1) 形式要求何时延及预约。有关这个问题《德国民法典》没有明确规定,《瑞士债法典》第22条第2款则规定,预约必须采取与本约一样的形式,否则可能规避了形式要求。但是两国的实践和理论通说都一致认为,原则上预约无须要式,惟在以下情形有所不同:本约属要式,且该法定形式并非仅为纯粹的证明功能,还包括有警示功能以防仓促发生约束。^[68] 在这种情况下,有关形式的规定就必须依其意旨延及适用于预约,该预约所追求者也正是这种约束。鉴此根据《德国民法典》第311b条,土地买卖之预约也必须是要式的,保证预约根据《德国民法典》第766条1款亦为要式,^[69] 因为以上规定都承担了保护当事人以防仓促行事的规范任务。反之《德国民法典》第566条的形式规定根据(有争议)一系列判决原则上不适用于租赁预约,因为其目的仅在于,使得依《德国民法典》第571条承接租赁关系的该出租土地之第三获得人,可以更容易了解租赁合同的内容。

如前所述,预约往往就是因为满足形式要求或者批准要求的时机尚未成熟应运而生的,如果在这些要求上过于苛求,也就近乎取缔了预约的存在。德、瑞两国上述做法关注到预约与本约的不同,有其可取之处。在我国现行法中也不能将一切有关本约的形式规定准用于预约,而要区别对待。例如各担保合同(《担保法》第13、38、64、78条)、房地产转让合同(《城市房地产管理法》第41条)、农村土地承包合同(《农村土地承包法》第21条1款)、农村土地承包经营权流转合同(《农村土地承包法》第37条1款前句)等合同之预约也应作要式处理,因为涉及当事人私法利益的保护,而技术开发(转让)合同(《合同法》第330条3款、342条2款)、长期租赁合同(《合同法》第215条)、融资租赁合同等合同(《合同法》第238条2款)之预约似不必要式,因为该等合同的要式规定更多的是为了实现公共管理或者便于向第三人公示,只要本约要式即可达到目的。

至于意定形式是否延及于预约,则是一个解释问题——根据当事人意思,该约定的形式要求是扩展作用于预约呢,还是仅适用于本约。^[70] 另外,还要注意将预约要式问题与以下问题区分开来:一个形式无效的本约若无当事人意思可征引,则不能重新解释为无须形式要求的预约。^[71] 这是意定形式和法定形式情形下都可能存在的,此时所做的“法学整合”,尤应放入上文揭示的“递进式序列”中进行检索,以实现缔约强制与自由的平衡。

(2) 无法定形式的后果。德国法认为,没有按照必要的形式要求缔结预约,预约“形式无效”。^[72] 我国《合同法》上的合同特别形式要求一般是成立要件(第32条),既未成立自也不能有效,德国法以上结论似乎可以照搬。但是《瑞士债法典》巴斯勒评注采取的另一种“法学整

[68] Bork, a.a.O., Rdn.60; Bucher, a.a.O., N.47. 批判说也同意这一立场, Bucher, a.a.O., N48; Freitag, a.a.O., S.310.

[69] Bork, a.a.O., Rdn.60.

[70] 参见王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,页41; Kramer, a.a.O., Rdn.47.

[71] Bork, a.a.O., Rdn.61; Kramer, a.a.O., Rdn.47.

[72] Bork, a.a.O., Rdn.61, 68.

合”可能更有说服力。它认为,欠缺形式似乎还不能当然地导致预约无效。当形式要求仅考虑保护当事人时,这类形式不必作为预约的有效要件,形式欠缺所导向的,仅是将撤销权归于一方当事人,即享有权利主张(有法定形式要求的)给付的那方;但前提是他已就形式要求做了自己一方应做的,或者并没有被形式要求所牵涉,并且愿意履行自己的义务。于是自愿履行方也就仍可主张对待给付,尽管此时形式仍阙。这特别适用于单务预约。^[73] 因为上文已经接受了德国法区分对待形式要求的做法,可延及作用于预约的,仅是关注当事人私法权益者。既然如此,在被保护的当事人表态放弃形式方面的特别保护之后还坚持“形式无效”,实无必要,而且对于被保护方的自治生活范围构成了侵害。可见上述《瑞士债法典》评注的立场是可取的。

4. 批准要求

仲崇清诉金轩公司案涉及商品房预售许可制度。这一制度首先规定于《城市房地产管理法》第45条第1款和《商品房销售管理办法》第6条。《商品房买卖合同解释》第2条进一步明确,未取得预售许可证明订立的商品房预售合同无效,但在起诉前取得预售许可的可以认定有效。此处预售合同相对于仲崇清案中的“意向书”而言,属于本约,而预售许可即为一种特殊的批准生效制度。^[74] 那么这一批准要求是否也适用于预约呢? 本约之批准要求何时延及于预约,对预约来说,是与上述形式要求相类似的另一个特殊要件问题。

依德国和瑞士通说,在此适用形式要求的规则。^[75] 相应地,在批准要求上,假如本约须机关批准,则预约仅在该批准要件着眼于保护某方当事人私法利益时始须批准。反之,若该批准仅是使针对最终合同的公法控制变得可能,则预约无须批准。因为既然只是为了保障公法利益,则只要将本约提交批准当局即可。^[76] 若批准要求所追求的是保护当事人利益,则一般来说只要已经批准预约即可实现该目标,对本约的附加批准只有在预约存在漏洞以致本约内容尚不能完整评估时才有必要。最后,形式瑕疵治愈的思想也是适用的,故随着本约被批准,预约上本来必要却未获取的批准也可以不了了之。^[77]

仲崇清案处理中,法院认定预售许可欠缺对预约效力无影响的理由有二,其一是该许可要求仅指向预售合同,不必延及于预约,其二是目标小区在诉讼当时已经取得预售许可。综合上文比较法经验可知,上述理由中的第二层面近于典型的“批准瑕疵治愈”,是很有说服力的,至于第一层面是否可靠则还有探讨余地。商品房预售许可固然涵盖了大量的公法利益,但是保护购房人免受非法集资之害显然也在法律意旨之内,笼而统之地说该许可不必延及于预约,是很难站住脚的。不过从仲崇清案预约中买方的地位来看,其所付“意向金”殊少,且可随时取回,至于签订本约又有须待预售许可的明知,所以绝无法律意旨所要防范的风险,批准要求自

[73] *Bucher*, a.a.O., N.49.

[74] 参见汤文平:“批准(登记)生效合同、‘申请义务’与‘缔约过失’” 《合同法解释(二)》第8条评注,《中外法学》2011年第2期。

[75] *Herzog*, a.a.O., Rdn.314; *Bork*, a.a.O., Rdn.63.

[76] *Bork*, a.a.O., Rdn.63; *Herzog*, a.a.O., Rdn.314.

[77] *Bork*, a.a.O., Rdn.62; *Herzog*, a.a.O., Rdn.316.

不必延及这一具体的预约。尤其是上文所引《瑞士债法典》评注就“形式无效”提出的限制理念,对预约批准欠缺很有参考价值。申言之,征引“未获预售许可”以决定合同命运的权利,应归于受保护方——购房者一方。这或许也是解决我国当前房地产市场相关难题的最佳方案。^[78]

(二) 违约救济

预约不履行时所涉及的救济,在实体法上主要包括实际履行和损害赔偿,是其主要“效果”,以下分别述之。

1. 实际履行

(1) 通说及批判说的基本论点。依德国和瑞士通说,预约上确定的给付是缔结本约,亦即一项意思表示。因为任何人都不能被强制为意思表示,这种表示在德国和瑞士两国被以判决替代。《德国民事诉讼法》第 894 条与《瑞士联邦诉讼法》第 78 条一致认可要求作出意思表示的判决,并且以该判决之生效替代意思表示之作出。^[79] 我国《民事诉讼法》虽无类似规定,但是学说认同的做法仍与德国和瑞士一致。

批判说则称,按照私法自治原则,当事人可以在最终约束之外达成临时的(也是较弱的)约束,即不可实际履行的预约,这是判决和文献上广泛的共识。而且在德国法上,依《德国民法典》第 311 条(该条第 1 款强调了合同的重要性),也不能将一个非当事人所愿的本约性合意强加给当事人。甚至直接将预约、本约一体把握的法国法上也是如此,当事人被允许背离《法国民法典》第 1589 条的规定,例外地实际缔结一个临时的合同。而强制履行恰恰使得预约的意义过度扩张,上述那种当事人原本可以选择的独立合同类型就此消失了,预约当事人的真意由此而被误读,这是立法者始料未及的。批判说进一步肯认,既然当事人明确了这是预约而不是本约,就默示地排除了实际履行之可执行性。这尤其适用于那些原已可以签订本约的情形。在此情形下,存在一个推定,即当事人仅愿将约束力限缩于损害赔偿而合意排除了实际履行。^[80] 这种观点所作的“推定”是默示排除,自谓尊重了当事人的意思。但这又受到支持通说的“反批判说”质疑,后者追问道:为何当事人仅因进入的是预约,就被视为默认地排除实际履行呢?若未表明这种意思,实在没有理由认为预约当事人的请求权应限于损害赔偿。^[81]

(2) 评价与借鉴。以上辩论生动地反映了,正反双方都揪住当事人真意来评判实际履行的容许性,而此处的“真意”又多是解释的结果,正如前引阿蒂亚语指出的,当事人意思在现代法上已表现为司法拒绝执行允诺的理由。由法官决定当事人意思为何,或许难免有独断之嫌。

[78] 就此“难题”参见梁伟芳:《商品房预售中的预约问题研究》,中国政法大学 2008 年硕士学位论文,页 1 以下。

[79] *Bork*, a.a.O., Rdn. 67; *Bucher*, a.a.O., N.35.当然如果根据预约,该意思表示的作出系于某个条件成就或者对价,则不能因判决生效而视为作出,而应由法官确认到条件成就或对价提出时才发生。*Henrich*, a.a.O., S.62.

[80] *Freitag*, a.a.O., S.303; *Bucher*, a.a.O., N.36, 38.

[81] *Herzog*, a.a.O., Rdn.354.

笔者认为,弗雷塔格提供的诠释方案相对来说,较为精细地体察了当事人真意。他认为,当内容确定性还不足够时,固然不应支持实际履行,而即使在预约中本约内容已经确定,实际履行也不能支持。因为预约此时仍只是记载了临时的而非最终的合意,预约仅服务于固定已经得出的合意之点,并使当事人负有推进缔结最终合意的义务,不多也不少。至此,他的观点还是与前述布赫的观点大致相同,但是他进一步又瞄向了磋商过程中情势的变化,说道:在预约和本约结成之间总会或多或少地有一个时间跨度,最终的行为也就由此常常偏离了预约性的行为,因为相关情事到本约缔结的时刻可能发生变化,而且也往往确实有所变化,就像《奥地利民法典》第 936 条明文确认的法律行为基础规则一样——正是基此原因,当事人一开始缔结的不是最终协议而是“预约”(必要时可以借助继续磋商条款或者单方给付决定权)。^[82] 这的确很符合当事人绕开原本已经可以进入的本约而签订预约的真实意思,并且也与通说支持者亨里希所持的基本假设“预约仅在‘本约的时机尚未成熟时’进入考量”兼容了起来。^[83] 但弗雷塔格的观点还没有止步,接着他从预约和本约区分实益上找到了雄辩的论据。他说,既然最终约束的时机尚未成熟,当事人也借助纯预约性的协议将这一情况和可预见的情事变动纳入考虑,那么他们也应该接受,本约与当前合同相比可能有不同的内容。^[84] 可如果人们从预约中推断出借助司法认定的内容要求缔结本约这样一个请求权,也就是支持实际履行,那么也就完全剥夺了预约的意义,因为它与附继续磋商条款的本约也就没什么差别了,如果一定要说有什么差别的话,那不过是,此类“预约”在实现本约请求权之前带来了诉讼堆叠,而这些诉讼堆叠自身,都已经被认为没有什么意义了。^[85]

弗雷塔格以上观点最大的说服力在于,他以预约和本约有区别为前提,以磋商阶段合意临时性特征为枢机,实际上是在预约阶段匡救了大陆法系实际履行原则的弊端,其意义不止于预约,而具有合同法上的整体价值。前引“反批判说”直谓“为何仅因为当事人进入的是预约就被视为默认地排除实际履行”,其出发点仍是实际履行原则,其论证思路无非是:是合同即可实际履行,预约是合同,故亦可作强制缔约式实际履行。这往往违背了当事人真意,使过分刚性的实际履行原则(尤其是强制缔约式实际履行)为害更烈。如下文有关内在体系部分将阐发的,在意思自治与法律构造之“角力”中支持前者,于此主题之下有积极意义。

但是弗雷塔格与布赫的观点一样,在出发点上都有一个弱点,即认为凡当事人选择了预约,就应当推定只存在弱化的约束意思,不得实际履行。这是不妥当的。因为“本约的时机尚未成熟”情形多样,有时是客观的形势不成熟,有时是当事人主观的考虑还不成熟,有时候则可能两者都有,应区别对待,但又不能执着,只有在当事人做了明示的或者可推知的保留时,才能承认约束意思的弱化。如此也已足够与通说的弊端保持距离。

[82] Freitag, a.a.O., S.305,306,308.

[83] Henrich, a.a.O., S.115.

[84] Freitag, a.a.O., S.305.

[85] Freitag, a.a.O., S.308.

就前引弗雷塔格文征引的德国联邦最高法院 2006 年审理的案件而言,当事人虽然于 1998 年约定了房屋买卖选择权行使的标的物(房屋)、价款,但是时间跨度大,其他内容不明,强制实际履行似有不妥。而在本文切入的仲崇清诉金轩公司案中,法院通过证据“选择性”采信,实际拒绝了为当事人决定未决内容,当然也就拒绝了强制缔约,(至少在实体法效果上)更是一种值得赞赏的司法谦抑态度。尤其值得重视的是,二审判决特意强调金轩公司其他类似预售合同履行时“价格存在因时而异、因人而异的情形”,从而妥当地回应了仲崇清有关执行预约约定最高浮动价的“让步性”请求,反映出法官对预约意思临时性的精确把握,在法律评价上与情事变更、法律行为基础理论相呼应,具有法学方法论的意义。这也是弗雷塔格所持的重要论据之一。

2. 损害赔偿

(1) 通说及批判说。损害赔偿之救济在预约领域一向应用广泛,即使依通说支持缔约强制,在那些行为义务不可强制或者债务人的给付因其过错而不能的场合,损害赔偿诉讼也是仅有的救济。在赔偿范围上,损害赔偿义务人应使债权人处于像通常给付时所应处的那种状况。因为预约给付也就是缔结本约,所以应予赔偿的是债权人就缔结本约所享有的利益。于是问题也就转变为,可否将缔结本约与履行本约的利益等同。在实践中,德国联邦最高法院和瑞士联邦最高法院都支持赔偿本约履行利益的请求。^[86] 如前所述,我国通说也持同一观点。

依批判说,预约所导向的不是缔约强制式的实际履行,而只是损害赔偿,并且赔偿的范围也与上述通说里当然的“履行利益”有了不同。预约当事人可能在本约内容还不确定时就有意受到推进缔约义务的约束,如果进一步磋商破裂,预约就只能成为信赖损害赔偿请求权的基础。另一方面,即便本约内容已经极端确定,也仍然允许保留,而可根据客观情况或者当事人意思在其间发生的变更缔结不同内容的本约。只有当本约原本将在预约之后很短的时间内直接缔结,并且其如约缔结本来已成定局时,才能主张本约之履行利益。^[87]

(2) 我国实务观点的总结及案例运用。以上批判观点对信赖利益的“偏爱”,反映了在预约上,违约责任和缔约过失责任难免纠缠,这在我国司法实践中也有体现。例如仲崇清诉金轩公司案二审主审法官撰文剖析损害赔偿决定过程时认为,预约违约所要赔偿的固然是履行利益,但是预约履行利益不是本约的履行利益,而应该相对于本约的信赖利益。^[88] 这种观点在其他判决中也有存在。例如山西省高级人民法院在 2001 年作出的一则二审判决中,^[89]将原审法院认定的缔约过失责任改为预约违约责任,可值得玩味的是,两审判决确定的损害赔偿数额却均为 30

[86] Herzog, a.a.O., Rdn.356.

[87] Freitag, a.a.O., S.310; Bucher, a.a.O., N.46.但是布赫同时又指出,如果违反预约方与第三人依普通的条件缔结了合同,所应考虑的是积极利益,即应赔偿预约对方处于该第三人位置而缔结本约时所可获取的利益。这种观点提示,赔偿范围还须依个案具体判断。

[88] 沈志先、韩峰,见前注[5],页 28 以下。但自本案的赔偿数额(有“1 万元”、“15 万元”或其他数额之歧)来看,似又并非典型的“信赖利益”,这里潜藏了对批判说作进一步反思的机缘,下文另有阐发。

[89] 山西金盟实业有限公司、太原市锅炉修理安装公司与山西华嘉盛房地产开发有限公司案判决(2000)晋经二终字第 10 号。

万元,而不是本约履行利益。以上两宗案件共同的特点是,虽然当事人表达了缔结本约的意思,但是本约内容尚有欠缺,在缔约程序上,还因投资建设或审批等事由须经漫长等待,存在不需要太多想象力就可以预见的变数。在此情形下否认本约履行利益赔偿,确实有违一般人的法感情,也难谓契合双方缔约时的真意。所以前引弗雷塔格文限定于“缔结本约在短期内本来已成定局”的情形,才能支持本约之履行利益赔偿请求。这的确是有说服力的。而同样是预约,在北京市第二中级人民法院2007年的一则判决中,因委托设计合同里包含的施工合同预约条款,可以在短期内现实履行,所以法院就支持了施工合同本约履行利益赔偿请求。^[90]

不过,在上述山西省高院审结的案件中,当事人原已约定了违约金40余万元,但是被两级法院视而不见,这是让人费解的。在比较法上,就此等磋商义务能否赔偿以及赔偿到何等范围,是个普遍的难题,但如果当事人已经约定了违约金或解约定金,也就等于通过意思自治解决了这个难题,其解决方案理应优先。^[91]关于定金等约定的处理,下文还将于内在体系上重作整合。本部分及前一部分的解构所得,都要在内在体系重构过程中获取完整的意义,在此之前,反而可能呈现出某种散乱,这是概念论解构之后的自然效果。

三、内在体系与“类型论”重构

以上解构工作无论着眼于递进式序列,还是着眼于要件和效果,都是依凭外在体系展开的,并在解构之下,获取更多目的论运作的空间,沟通了内在体系。拉伦茨在1991年最后一次修订《法学方法论》时仍说,内在体系的认识还刚刚起步。这种局面至今依然。我们虽在种种疑难面前俯身向内在体系求援,然而究竟什么是内在体系,其实不甚了了。对它的描述当然可以指向原则、原理、类型,抑或价值、利益等,但是在从此等名目获取启发的同时,又难免堕入论题学的陷阱之中:虽然已身处“内在”,“体系”何存,却是茫然,完全淹没在繁多的“观点”之中。此前批判说及我国修正性观点之下的成果似乎都未及融贯双重体系的重构工作,这是令人遗憾的。本部分将借相关原理从内在体系出发评价前述解构成果,然后从价值和原则维度尝试构造局部的内在“子体系”,循子体系的脉络演示类型序列。此处类型序列已接近于规范具体化的“末梢”,与上文第一部分重叠于“概念”序列的类型序列处于不同层面,这一点不可不察。

(一)内在体系上法律构造与意思自治的角力

上文从外在体系出发所作的考察,勾勒出一部简约的预约“发生史”,其主线就是:法律构造

[90] 见北京优高雅装饰工程有限公司诉北京亨利戴艺术家具有限公司案判决(2007)二中民终字01756号,值得玩味的是,该案一审法院拒绝了原告按15%利润率计算赔偿的请求,而按《北京市建设工程预算定额》规定的抽象性标准7%计算“履行利益”,二审法院则将标准进一步缩减为5%,这一思路或也体现出法官在潜意识中有区别对待预约、本约的倾向。

[91] Cartwright and Hesslink(redit), *Supra* note 36, p.172;与上述山西高院判决立场相近的还有重庆市第一中级人民法院(2008)渝一中法民终字第1518号判决(洞溪峡公司诉宗维公司案),该案一审法院采信了当事人约定的违约金,二审法院予以推翻。与比较法上通说观点一致的实践个案参见尹衍春:《预约合同研究》,山东大学2009年硕士学位论文,页1以下。

与意思自治的角力。意思自治奠定了民法的理念根基,其意义自不待言,而法律构造则指引着法之安定性价值,^[92]皆为内在体系上的重要原则。当事人自由缔结的合同却意味着“法锁”,意味着约束和不自由。这当然就要求在法律构造上,于法锁结成(合同有效成立)前后,必须有尽可能清晰的分水岭,如此才能满足法律安定的要求。所以“先合同的合同”是个自然而然的禁忌,英美法系的“全有或全无”、“缔约之约非(契)约”,大陆法系的预约容许性否定说,均为其表现。这个禁忌最终还是被德国和瑞士等国通说打破了,预约容许性以私法自治的名义受到广泛认同。然而这只是法律构造在缔约过程日益复杂的形势面前所作的妥协,并且只是半途而废的。因为实际履行及履行利益完全赔偿的效果构造未动,所以,如批判说揭示的,当事人临时约束的真意被忽略了,意思自治在先合同协议领域远没有取得完整的胜利,甚至在实效上,出现了一个反讽局面:声称支持预约的通说与彻底否定预约的弗雷塔格等人居然走向了合流。^[93]

走出尴尬局面的出路可以归结为一个问题——在通说就预约容许性妥协以后,是否再进一步在效果上任由当事人“意思”做主?从整个民法看来,这种法律构造对意思自治“一让再让”的例子,其实并不少见。例如物权因交付而“公示”,但又因当事人之“意思”而可以拟制“交付”(《物权法》第27条等);所有权“绝对”,但又因当事人之“意思”可以担保为目的而“信托化”;^[94]就在预约领域,上述践成合同的修正、批准和形式要求的弱化也都是适例。

而批判说更以当事人真意的名义,要求承认预约之下临时的(及弱化的)约束意思,承认不可实际强制缔约的预约,实际上是对合同法律构造更深刻的触动,“天平”在角力双方之间进一步向意思自治倾斜。上文所引仲崇清诉金轩公司案的处理结果,也提示着相同的方向。此处必须直面的问题是——为什么以当事人真意为名就可以修正实际履行及履行利益赔偿的既有构造。这个关键性疑问,是预约理论革新的一处瓶颈,实已超出预约之外,而在整个合同拘束力理论上获得一般性意义。如果再放入合同拘束力理论当下动荡的背景之中,一切将更为清晰。

(二) 合同拘束力理论及当事人意思的核心地位

经学者引介,日本学者在其民法修正研讨中形成的新合同拘束力理论,也在我国民法研究中成为一个有力的声音。^[95]就此新说对传统说的概括以及自我的称许,个人仍有较多保留,本文也无意作全面评述。但是笔者认为,正是在本文关注的预约、其他先合同文本乃至批准前

[92] 法律构造一词借用自“法律的构造和计划功能”(Organisation und Planungsfunktion),参见 Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 1999, S.276ff.它是指规范提供者就某些领域表达确定立场之后,法律解释和续造即不可予以柔化,其典型领域包括罪刑法定、公权力的限制、组织机构的设置、立法保留、期间期日、遗嘱形式、法定赔偿等等。其实也包括了规范要件和效果之间的关联。尤其在最后一方面,法律构造功能影响极为广泛,它凸显出要件和效果之间的关联的决断性。参见〔德〕恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,页35以下。就本文所及,则与实际履行和履行利益的完全填补效果相关联。当下各法域针对“全无或全有”的反思,在很大程度上即是以“事物的本质”为旗帜,就这种过分决断的法律构造所作的矫正。另 Organisation 一词亦可译作“组织”,因不如“构造”(构造当下立场以规划未来的裁断)传神,故不采。

[93] Freitag, a.a.O., S.308.

[94] 参见谢在全:《民法物权论》,2007年自版,页411以下。

[95] 参见解亘:“我国合同拘束力理论的重构”,《法学研究》2011年第2期;(日)中田裕康:“《日本民法》之不履行”,张家瑜译,《清华法学》2011年第3期。

未生效合同上,该理论显示出独特的优势。这些协议文本共同的特征是都与最终合同效力相关联,但是又应保持明显的距离。按照传统的见解,大致有两条出路:其一,不认有有效合同存在,将当事人利益风险均系于地位边缘而又模糊的缔约过失制度,结果是很大程度上忽略了当事人意思的作用;其二,认有有效合同存在,则无论预约或未生效合同,均顺流而下引向实际履行、履行利益赔偿,过犹不及,其结果同样是很大程度上忽略了当事人意思的作用,而且使预约或未生效合同之类在支持声音中被实际取消了独立地位。

新合同拘束力理论则不然,该理论对法律构造与意思自治之角力有一种独特的敏感性,而极度强调依当事人合意调整实际效果,尤其是借当事人意思的名义将情事变迁等各种客观因素一齐纳入考虑,保持了较大弹性,与上述协议类型所固有的不稳定特征相应和,的确提供了较好的解读方案。上文权衡通说、批判说时,许多观点都以此合同拘束力理论兴替变迁为背景。其中批判说之所以获得本文较多的同情,不仅是因为在实务上与仲崇清案这样的实例互证,也是因为在学理上与此新合同拘束力说(无意之间)同声唱和。

但是,放松法律构造是有代价的,那就是本部分一开始所说的法之安定性价值可能在角逐中遭到损折,法律变得很不确定。批判说片面“盯住”信赖利益,以之取代履行利益,实际上就是用—个构造替代另一个构造,二者在完全赔偿的教条之下均取“全有或全无”立场,所以在放松法律构造方面代价较小。然而从角逐的另一方来看,对于当事人意思自治的贯彻效用,则已大打折扣。所以上文在递进式序列上有关预约与缔约过失界分的描述,其实并没有太大的说服力。前引仲崇清案、山西省高院 2001 年案、北京市二中院 2007 年案的处理结果里其实也找不到确切的信赖利益(或履行利益)。鉴此可知,单纯地从一个构造的“锚点”转到另一个构造的“锚点”,不能真正解决问题。

出路仍在于借当事人真意柔化效果,但是又重视所谓当事人“真意”解释背后的规范性,做到放松法律构造之后,又能在更高的水平以更复杂(但也是更“务实”)的维度作新的法律构造。所以本节纳入合同拘束力理论,其效不过是确立当事人“真意”在“论题目录”中的核心地位,而非以真意之名杜绝内在体系中诸多论题(指导性观点)的探索。甚至真意的解释确定,就离不开其他论题的支持,这也应是所谓新合同拘束力理论的基本立场。

(三)内在(子)体系与类型序列

一般谈论法的内在体系时都会遴选若干价值、原则,试图排列组合成一个具有体系外观的“结构”。但是这种做法收效甚微。内在体系是外在体系失灵时的救兵,它很难达到外在体系那种“结构”性高度。换个角度也可以说,一旦它像外在体系那样结构固化,“救援功能”也就不复存在了。可也正是这种“机动部队”式的特点,决定了内在体系难以把握。论题学围绕问题铺展论题的思路,恰好符合内在体系随势赋形、变动不居的特点。所以此节即从案型入手考察内在体系,先依单个论题展开序列,再依综合论题所获的“整体形象”展开序列,最后再集中于信赖利益和履行利益之间展开序列。应当再次指明的是,此处之所以不忧论题学陷阱,是因为自认已于上文奠定了当事人真意在论题目录中的核心地位。

以前引仲崇清案为例,双方虽约定未来订立购房合同,但是其一,在约束意思方面,买方预付仅 2000 元且可随时取回,“对价”几近于无,提示了较弱程度的约束意思,难以支持实际履行

及本约履行利益赔偿请求;当然在另一方面,卖方出此策略促销,仲崇清的积极参与客观上有利于开发商的营销,所以参考英美法上“胡椒籽对价”理论,也不能不承认有约束性合同,所以其救济力度即应超出缔约过失。^[96]其二,在本约内容确定性方面,购房合同内容过简,在一般情况下理应认定为不够确定,但在本案中因房价飞涨,故可以根据买方的彻底让步而确定,只是其中的“投机”色彩难免冲淡了约束意思上的“严肃性”。所以在这一方面,同样难以支持实际履行及本约履行利益赔偿请求,但仍应超出缔约过失的救济力度。其三,在交易时机等客观情事方面,双方缔结预约时尚未取得拆迁许可,近一年后才获预售许可,三年半以后双方才初次交涉,都提示了情事变化的高度可能性。可以想见,在该意向书勾勒的利益情境里,若是开发商因故怠于开发,仲崇清取回2000元即一拍两散,无所谓违约,也无所谓缔约过失。那么在开发成功且房价飞涨时,依情理应也需要在缔结本约过程中继续博弈。

以上多个方面的论题都可以成为类型序列的指导性观点。例如,约束意思可以借违约金约定巩固而得到增强,也可以因剔除开发商营销利益而弱化。在后一剔除情形下,预约将不复存在。其他论题同样可以作为类型序列展开的根据。不过,在考虑单个论题之后,更要重视诸多论题的配合。例如在以上三项之间,以约束意思为核心,综合以观,就只能得出“初步结论”:本案中有预约,从上文交代的“递进式序列”来看,救济力度应大于缔约过失之下的信赖利益赔偿,小于本约之下的实际履行和履行利益赔偿。这种综合论题所得的“整体形象”对于类型论而言毋宁更为重要。^[97]

基于整体形象也可建构类型序列。例如,商品房预售双方在订购书中约定,由买方当即支付订金2万元,15天之后签订正式合同,其后签约未成而生诉讼。此时仍应综合运用多项指导性观点来解决问题。我国房地产交易中,在正式商品房买卖合同签订之前,常有认购书、订购书、意向书等先合同文本,其中约定了某些基本条款,且以订金予以加强。目前的一般意见是,无论买方或卖方,都可以当然地被强制履行,即使是定金(而非一般“订金”或“意向金”),也不能解释为解约定金。笔者认为,这可能忽略了当事人真意。

在本约内容已相当确定的交易中,之所以暂缓签订最终合同,一般而言只是为买方提供一个“犹豫期”,积极促销且又收取订金的卖方却不应再保留犹豫的权利,否则将会破坏基本的预期。实际支付的订金则意味着,买方单方面在一个可接受范围内就其犹豫设置了担保。如果犹豫之后没有履行文书中设定的缔约义务,订金就是“违约罚”的根据,此时若还绕过订金范围要求买方实际履行,则是过度的缔约强制,与生活经验和法律感情显著不符。而在另一方面,卖方的“违约”后果依当事人的“真意”实不应限于双倍订金范围,否则整个预购程序只是为开发商提供投机机会而已。此时即便交付的是“定金”,也不应以卖方双倍返还而清结,所应追求的效果是实际履行或履行利益赔偿。其整体效果其实也就是以订金担保为对价替买方设置了

[96] 此处参考了上文所引阿蒂亚有关对价和约束意思关系的论断。仲崇清的随时取回2000元和下文将述及的开发商亦可怠于开发,与英美法上的“虚幻允诺”极为相似,参见(美)范斯沃思,见前注[65],页74以下。本文自然不是主张“拣起”对价理论,但是在评价上接受启示却大有裨益。

[97] 参见(德)拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,页342以下。

一项选择权。

以上建构以本约内容相当确定为前提。所谓“相当确定”，是指其中未定事项已可按其后“网签”标准化合同自然解决。此际若非涉及小业主的犹豫保护，而是一般二手住宅小业主之间、或一般商人之间决策能力对等的交易，则甚至预约的认定也成多余，^{〔98〕}而应支持双方的实际履行请求。相反，若是本约内容不够确定，且当事人对不够确定部分无意交由一方或第三方（包括法官）来认定，则预约之上最多只生诚信磋商义务。在上例中，若 15 天后双方磋商，未达成进一步合意，即使真实原因是房价已升，卖方实不欲以原价出售，但只要它如约进行了相当的磋商，买方即应接受退还订金 2 万元而结束交易。当然买方也可以选择接受卖方就原定事项主张的立场，此时卖方即不可拒绝以原价出售，这也正是此种“预约”之下缔约义务的价值所在。反之，若卖方因房价攀升绕开买方直接与第三人交易出售房屋，此时原买方应可主张以该第三人合同条件为基础计算赔偿范围。^{〔99〕}

以上类型序列的建构已经就无预约（或有缔约过失）、有预约但诚信磋商即免责（或虽未诚信磋商但有第三人合同条件参照）、有预约而同于本约的情形提供了解决方案，但是就预约之效果处在信赖利益赔偿和履行利益间的情形，仍无定论，还要继续综合论题建构更微观的类型序列。所以上文述及仲崇清案时仅称“初步结论”而已，如今再次回到此案。

本案一审判决指向的 1 万元和二审判决指向的 15 万元，均非判决及主审法官事后撰文所称的信赖利益赔偿。但是信赖利益的确为精细权衡提供了一个参照的“锚点”，在本案中缔约费用自是低得可以忽略不计。至于因信赖缔约而丧失的同一地段其他缔约机会，虽然可以直接嫁接到本约履行利益上而获具体化，^{〔100〕}但是仲崇清投入 2000 元且可随时取回，本约内容不清，拆迁许可都未取得，“能否”如此信赖已成问题；且意向书订立后近四年才有第一次交涉，此前卖方已售楼两年半，有关商铺出售殆尽，所以仲崇清“是否”真的如此信赖更成问题。鉴此，直接以其他缔约机会丧失为由主张近似于履行利益的“信赖利益”，在“信赖”的基础上就颇值怀疑。另一个参照的“锚点”是履行利益，若依上述“买方彻底让步的确认模式”，假设为仲崇清诉请的 100 万元差价。至此，即可在两个“锚点”之间，综合当事人之间弱化的约束意思、实际履行的额度、粗略的本约内容、较低的信赖程度、开发及缔约过程的时间跨度、卖方的获利及过错程度等论题，确定一个合理的赔偿数额。这种权衡自然是有波动的，但是就像原因力及与有过失制度下的权衡一样，仍不失为理性的论证。在本案中，上列论题中的前五个都不利于仲崇清，但一审认定的 1 万元相对于卖方的获利（100 万元）及过错程度（甚至都未通知仲崇清给予磋商机会），的确太低，二审认定的 15 万元则要稳妥得多。值得强调的是，上文第一部分提供的递进式序列对这项“微观”的权衡，也在发挥着参照价值。

〔98〕 上文第一部分考察预约容许性和适用性时反映出“预约之例外性格”，于此可得印证。

〔99〕 这也是上文注释 87 所引布赫的立场。

〔100〕 这种以信赖利益之名行履行利益之实的做法征诸法理及比较法，颇有疑问，在本案中更宜慎重对待。但经仲崇清提出后，法院未加回应，却又在论证上留下了疏漏。

四、余论：体系建构与法之发现

上文阐发了预约在外在体系“递进式”序列中的地位,建议就其要件和效果一一解构,最后落实于内在体系,重构预约的认定标准和救济模式,包括批判说之“信赖利益说”等构造均受重构。这些工作都是以“‘法’教义学体系建构”之名展开的,但是,即便以其成果与现行法条文相附会,有关法条对法之发现提供的支持也是有限的。于此,法教义学在“法解释”之外显示出另一种性格——“实证”。征诸法典法系近代私法史,法学实证主义先于法典化,也先于法典化之后的法律实证主义,曾为法之发现提供了最多的支持。随着法律实证主义兴盛而又渐趋式微(或曰“务实化”),至少在预约等立法难以拿捏的领域,法学实证主义重获生机。对于我国这样一个后发法域,当前阶段、一定程度的法学实证主义或有更广泛的意义。它将广取比较法及本土资源,融贯法之双重体系,验证法律(学)发展的成果,使我国法学及立法技术更新换代的步伐不是停滞,而是加快。本文虽以法教义学工作自命,但极力采撷不同法域的学说、判例,而始终依归于本土问题和既有体系,反思陈陈相因的“通说”,目的是要探索,如何以法学实证主义的立场,丰富法之发现的路径。法之发现(Rechtsfindung),正是隐藏于本文体系性工作背后的任务。本文关注的预约处于立法的盲区,故需提供多种法之发现的路径:外在体系的递进式序列、“要件—效果”模式、原则原理体系、案型序列。未来进一步的工作,应该是综合运用以上路径,广泛提炼预约案型序列,力争使当前实务中可能出现的预约类型都可以在这些序列中找到规范性类型,从而一举回答法之发现的根本性问题:“此时此事之间何谓适法?”因为,在上述理想状态之下,千锤百炼的案型序列已经浓缩了其他路径之中法教义学精研所得,规范具体化的“末梢”获得了比清晰条文还要完满的体系妥当性。这也正是德国这种经典法域大型评注书所追求的。无论如何,本文以及此前相关成果都远没有达到上述境界。所以,一击便中的“简易”只是理想。我国当下就预约法之发现“进行时”,还须综览上述所有路径,眼观六路。具体而言:应看有无固定的案型可用;应看依利益冲突和价值裁断宜支持何等强度的救济;应看在递进式序列中当做怎样的权衡;应看具体情事在“要件—效果”模式下可否归入预约。在法律论证上,也就综合了类比、权衡与涵摄。

(责任编辑:薛 军)