

预约合同的认定

崔雯君

山东理工大学法学院, 山东 淄博 255049

摘 要： 预约合同不同于本约合同，它具有高度的独立性。我国民事裁判中预约合同的认定方法主要有：依照当事人意思表示为认定标准，按照合同内容为认定标准，分具体情况使用其他方法。预约合同认定在司法实践中的挑战，主要有预约合同认定标准不统一，明确未来缔结本约合意的认定困难，履约行为让预约合同转化为本约等。对预约合同认定的司法适用，要有明确的预约合同的成立要件，以当事人意思表示为主要标准，以合同内容为辅助标准。

关 键 词： 预约合同；认定标准；司法实践

Confirmation of Appointment Contract

Cui Wenjun

Shandong University of Technology Law School, Zibo, Shandong 255049

Abstract： A preliminary contract differs from a formal contract in that it possesses a high degree of independence. In Chinese civil adjudication, the recognition of preliminary contracts primarily follows several methods: based on the parties' intent, according to the contract's content, and using other methods depending on the specific circumstances. Challenges in the judicial recognition of preliminary contracts include the lack of uniform standards, difficulties in determining the intent to form a future formal contract, and the transformation of a preliminary contract into a formal contract through performance. In the judicial application of preliminary contracts, it is crucial to establish clear criteria for their formation, with the parties' intent as the primary standard and the contract's content as a secondary one.

Keywords： preliminary contract; recognition standards; judicial practice

在现实生活中，很多交易并不是一蹴而就的，有时候双方在签订一份正式的合同前，常常会以预约合同的方式将交易的意愿或模式临时确定下来。从概念上讲，预约合同与本约合同是相对应的概念，是约定将来订立一定契约之契约^[1]。在2012年《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》（以下简称《买卖合同司法解释》）颁布将“预约合同”这一概念确定下来，这一概念最早肇始于2003年颁布的《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》。在司法实践中，随后的《合同法》第174条及《买卖合同司法解释》第45条关于“买卖合同准用于有偿合同”的规定，将其从商品房买卖中扩展到了投资收购、收购等交易中。鉴于此，《民法典》以《买卖合同司法解释》为依据，将预约合同纳入合同编通则，以使其具有普适性，随后预约合同在司法实践中频繁地出现，预约合同的认定成为一个重要的具有现实意义的问题。

一、民事裁判中预约合同的认定方法

（一）以当事人的意思表示为认定标准

以当事人的意思表示为预约合同的认定标准，指分析合同是否为预约合同时应根据当事人的意思表示来确定，如果在合同中已经明确约定了该合同的主体和相应的必备条款，并且双方都有以后再订立正式合同的意思表示，则该合同应当被认定为预约合同。当事人意思表示并不是非黑即白的，因此认定预约合同会涉及多个方面，当事人意思认定是一个复杂而综合的过程，在确定

当事人意思表示时可以考量以下标准。其一，真实意思。在预约合同订立前要考察当事人的意思表示是否真实，不是出于欺诈、胁迫等情况下做出的虚假的意思表示。其二，表达方式。在订立预约合同时要考虑当事人之间的意思表示是通过什么方式进行的，例如《合同法》规定当事人在签订书面合同时应当签字或盖章确认，以确保意思表示的真实性，所以在订立预约合同时也需要遵循该条规定。其三，交易习惯。有些行业有着自己特定的交易习惯，这些习惯通常可以作为判断预约合同签订时意思表示真实性的参考标准之一，所以在考量意思表示的同时还要考虑当事

人所处的行业领域的交易习惯和惯例。

（二）以合同内容为认定标准

该说的主张^[2]正如其字面意思，以合同内容的确定性程度来决定采取诚信磋商还是强制缔约。在司法实践中，有些法官在认定预约合同时以合同内容为标准，如果合同签订的内容包了未来将要签订的合同的主要内容或者是相关必要条款时，那么即便预约合同中表述了在以后会再次订立正式合同也不应当视为预约合同，而直接作为本约合同来看待。以合同内容作为预约合同的认定标准，是基于合同文本中所包含的条款和内容来判断该合同是否属于预约合同。首先，如果在预约合同中已有具体约定，如合同标的、质量、数量、价格、履行方式、违约责任等，则可能被认定为本约合同。^[3]其次，如果预约合同条款中有“将来订立正式合同”等相关文字，合同正文中提及将来会有一个正式合同，而且订立此合同的目的就是为了保证将来订立正式合同，则这个合同很有可能被认为是一个预约合同。

（三）其他方法

1. 依照部分履行情况来认定

依照部分履行情况来认定预约合同，是指当事人在订立初步的协议之后，是否按照约定履行部分有价值的行为，并且这行为是否被对方所接受。在司法实践中一些法官在判断是否属于预约合同时，会考量当事人之间是否部分履行合同内容，以行为确定预约合同成立并生效，这种方式可以将预约合同与一些不具有拘束力的框架合同区分开来。^[4]部分履行行为也可能是本约合同的履行行为，在司法实践中法官需要根据具体案情区分二者的性质和目的。一般而言，筹集资金、选择场地等并非实质性的行为都可以被视为是一种履行预约的行为，因此法院可以根据这一点来认定该预约是否成立。

2. 依据约定定金内容来确定

立约定金是为了保证合同成立而支付一定数额的金额，而立约定金作为一种担保手段，它的功能在于确保双方在约定的条件下能够有效地履行约定的义务。如果一方违反了立约定金的约定，对方有权向违约方要求支付保证金，因此立约定金可以作为确定预约是否成立的依据之一^[4]。

3. 依据是否订立了要式合同来认定

预约合同是否需要以要式的形式订立，法律并无明文规定。《瑞士债法典》第二十二第二款规定：“为双方之利益，法律另有特殊规定的形式时，约定方有效，而这种特殊形式亦可适用于预约合同的订立。”依有关学者分析，“预约在要式合同之下，一项重要功能是迂回地实现当事人超越要式束缚的意思自由，自然不可能为此条文而轻易废弃”。因此，预约是否为要式的，这是一个有争议的问题。^[5]但在实际生活中，如果一项约定是以书面形式订立的，那么就应该认为这一约定约束了双方的意思，从而在司法实践中与不具约束力的意向书相区分。

二、预约合同认定在司法实践中的挑战

（一）预约合同认定标准不统一

预约合同的认定是解决预约争议的首要环节，它居于总领的

地位。然而，关于预约认定标准的不统一却是客观存在的，这严重影响到了预约制度的法律价值和作用。在具体案例中，因为情况多样导致预约与本约界限不明，使合同性质难以确认，常出现“疑约”的现象，使继续履行是指在债务人不履行的情况下，由法院来强制其履行债务^[6]司法工作人员在分析案件时出现混淆。在处理预约争议案件中，法院首先要考虑的是合同为预约合同还是本约合同。如果法院确认当事人签订的是本约合同，则其后续行为应按普通合同处理；如果法院认定当事人签订的是预约，那么下一步就是按照预约合同的规则进行解决。^[7]对于有争议的合同是否属于预约，通过梳理可以看出两种不同的认定思路。一是以客观的视角来考察合同条款的细化程度，也就是是否包括了主合同的要点；二是以意思自治为基础，认为合同效力的核心是当事人的真实意思表示，如果双方都有另订立合同的意思表示那么就成立了预约，如果没有那就得看合同的约定。这种不统一的情况可能导致司法实践中的混乱和不确定性，因此需要进一步的研究和探讨形成更加明确和一致的预约合同认定标准。

（二）明确未来缔结本约合意的认定困难

尽管有学者主张以“明确的未来缔结本约的合意”为预约合同成立的条件，但在实际操作中当事人之间仍存在着各种表现形式。因为合同关系到民事主体的意思自治，但并非所有的民事主体都精通民事法律。这就带来了一个问题，即在解释合同时双方出现了争议，在表述上出现了不同意见法官也难以对其作出解释。对于未来缔约合意表达不明确的情况，一些法院会采用时间轴的方法，以便于对将来缔约合意的理解，并将其与合同区分开来。黄淑丹主 张依据“预约合同效力的递进变化”进行分类，应当根据当事人在不同缔约阶段所体现出的主观真实意思表示确定不同预约的效力，预约的效力应当随着缔约阶段的不同而逐渐成熟，由磋商效力转变为强制缔约效力^[8]民事主体可以先签订一个本约，后者的内容可以对前者进行更新，也就是对合同进行升级，或者仅仅是拷贝内容。另外，认购协议书与意向书、预约书等名字不同，也没有明显的暗示将来会签订合同。^[9]尽管结合本案的其它具体情况来评判，法院判定该合同的性质并无问题，但作者期望法庭能在判决书中做出足够有力的解释。然而，一些法院的实践也为将来订立合同的合意提供了有益的思考。

三、预约合同认定的司法适用建议

（一）明确预约合同的成立要件

1. 预约合同的形式要件

预约可以采用口头、书面和其他形式，是由当事人直接协商确定的，原则是不要求预约合同为要式，如果双方当事人约定一方收取定金时预约成立，之后不用签订类似“预定书”等要式合同，此时就成立的是不要式合同，也称为意定预约。一般而言，以书面等要式的方式订立预约比较好，这是由于它的目标是要签订一份本约合同，而以文本的形式所记载的双方的合意，就是一种将双方协商阶段的意思都清楚地记录下来的一种文字证明，一旦一方违反了约定，那么在约定的过程中，书面的约定可以作为

一种强有力的证据来支持违约责任的承担以及确定损失的范围。预约的标的不同于一般合同的特殊性，给司法实践中法官和当事人判定预约增加了一定的难度。要成立预约必须具备一般合同成立的三要素，在内容上它要将本约合同的主体条款包含在内，也就是说，在预约合同中要对将来本约合同所必需的数量、标的等事项事先商定，这就是一份合格的预约合同。

2. 预约合同的实质要件

要进一步讨论预约的法律效力，首先要判断一份协议是否属于预约合同，从内容角度看，预约的构成要件主要有三个方面组成。第一个方面，只有双方对于该预约合同的全部内容都没有异议的情况下，再来对预约合同的内容进行深入探讨，否则就算内容再完善也不能成立预约。第二个方面，预约合同的内容较为完备，但就内容的完整性而言，并不需要十分接近本约，否则就失去其独立性，如果双方当事人都同意在未来某一特定的时间签订合同，也就履行具有一定的限制，不能无限地延长，如果双方仅仅就未来某个不确定的时间签订合同，那可能会导致双方权利和义务的动荡，预约合同只能成为一张没有法律约束力的备忘录。第三个方面，预约合同是双方当事人从磋商到签订本约的一个过渡，因此从预约到本约应当具有一定的时限。如果一个预约合同因为不能确定履行时间而导致无法签订，这不仅仅会导致预约的目标难以实现，而且还会影响当事人的正常生产和生活，这样就违背看预约制度设立的初衷，从而失去价值。

（二）以当事人意思表示为主要标准

在司法实践中，不能以合同完整性为唯一的标准，因为它可能会在内容完整性上与本约合同高度相似，此时就难以区分预约合同与本约合同，只能依靠当事人的真实意表达这一主要特征来确定该合同的性质。但是，由于法律规范规定的十分笼统，只有双方当事人在将来缔结合同的时候才会细致地罗列出合同的内容，也有当事人在在合意达成的时候就已经把合同内容一条一条地罗列出来，没有丝毫的疏漏，这时预约合同的内容与本约合同内容就没有区别。如果只从内在角度来看，这种内在完备的预约和最后缔结的本约在本质上并没有太大的区别，这也是法官在法实务中对预约纠纷进行判决时经常会遇到的一个主要争议点。

显而易见的是，如果仅仅以“当事人合意的确定性”和“合意的完整性”为依据，就无法准确地将“预先约定”与“约定”加以区分。只有当事人在预先约定合意中明确表示将来订立正式的本约合同，那么才能确定预约合意。

（三）以合同内容为辅助标准

在内容不明确的情况下，如仅能决定未来要签订的合同的主体、标的等，则应推定双方的约定是“订立预约”的意思表示，“预约从预”比较合适，而双方所签订的合同则应被认为是预约。最高人民法院对《民法典》495条的解释基本上就是这样一种观点，即如果合同中约定了未来要签订的合同的主体、标的等内容，人民法院就会认定该合同成立。

对于内容具有高度确定性的案件，适用“预约从本”是较为合适的。^[10]如果双方已经对合同的主体、标的、数量、价格或者报酬等方面有了约定，或者对合同的理解可以从预约中得到整个合同的内容，那么我们可以认为双方所签订的合同是本约合同。还有一种情形，就是双方明确同意在未来某个时期签订合同，也就是对合同的主要条款已有一致意见，但是一方作出了履行行为，对方也已接受，此时也应认为双方的合同性质应为本约合同。

四、结语

合同在我们日常生活中频繁使用，随着市场经济的快速发展，预约合同以其强化交易结果、减少交易风险的功能受到了民商事当事人的青睐，它已成为一种正常的交易方式，但随之而来的交易纠纷也将变得更加复杂。因此预约合同这一概念急需厘清，以此解决预约合同的纠纷问题，增强司法公信力。本文在借鉴理论与实践的基础上，借鉴比较法的经验，试图探索出一种适用于实践的、具有可操作性且具有逻辑的思路和依据，以期解决目前我国在预约合同的认定在实践中存在的一些疑难问题。《民法典》的立法者既想把具体问题留给将来的学术研究与司法实践，就表明预约合同仍然是一种开放的制度，我们应当以开放的心态来审视它，既考虑到预约合同现存的问题，也要考虑其未来的发展。

参考文献

- [1] 史尚宽. 债法总论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 13.
- [1] 韩强. 论预约的效力与形态 [J]. 华东政法学院学报, 2003, (01): 46.
- [2] 陈璞. 论预约合同法律制度的完善 [J]. 经济研究导刊, 2024, (11): 145.
- [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 [J], 法商研究, 2014(1): 56.
- [4] 于海涌. 《瑞士债法典(2017年1月1日瑞士联邦议会官方法文修订版)》[M]. [瑞士] 唐伟玲译. 法律出版社, 2018: 10.
- [5] 崔建远. 合同法 [M]. 北京: 法律出版社, 2021: 235
- [6] 王俐智. 预约合同违约责任的争议与回应——基于动态缔约观的分析 [J]. 财经法学, 2021(05): 124.
- [7] 黄淑丹. 论预约的违约损害赔偿范围——以预约效力的弹性化认定为中心 [J]. 载研究生法学, 2014(01).
- [8] 谢鸿飞. 预约合同认定的理论难题与实践破解 [J]. 国家检察官学院报, 2024(01): 163.
- [9] 刘承睦. 预约合同层次论 [J]. 法学论坛, 2013(06): 36.