

论预约合同与意向书的区别

——兼议《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》第2条

魏冉

摘要：预约合同是一种常见的合同形式，一般认为，预约合同是约定将来订立本约合同之合同。预约合同广泛存在于日常生活和司法实务之中，《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》第2条将认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录认定为预约合同，首次以司法解释的形式正式确认了预约合同的法律地位。但对于不同的法律文书是否能够认定为预约合同，从而享有预约合同带来的权利，承担预约合同产生的义务，颇有争议，特别是在意向书这一日常生活中常见的法律文书形式上，不同的场合以及不同的文书内容均有可能对该文书能否认定为预约合同产生颠覆性的影响。预约合同和意向书的基本概念、性质、特征等方面均存在区别，该司法解释对意向书不作区分而一律视为预约合同的做法并不妥当。关于意向书成为预约合同的要件，本文认为应主要依据意向书与预约合同的区别以及预约合同的性质，并结合一般合同的成立要件进行概括总结。

关键词：预约合同 意向书 本约合同

目 录

引言.....	1
一、预约合同.....	2
(一) 预约合同的概念与特征	2
(二) 我国法律与比较法中的预约合同	2
(三) 预约合同的制度价值	3
(四) 预约合同与本约合同	4
二、意向书.....	5
(一) 意向书的概念与特征	5
(二) 意向书与预约合同的比较	7
三、意向书成为预约合同的构成要件.....	8
(一) 缔约当事人适格	8
(二) 意思表示真实一致	8
(三) 标的——缔结本约	10
(四) 权利义务明确具体	10
(五) 其它特别成立要件	10
结语.....	11

引 言

意思自治是民法精神核心之所在，在合同法中，合同自由原则将意思自治原则体现的淋漓尽致。一般来说，一个合同将经历缔约、生效、履行三个阶段，而在合同缔约过程当中，合同当事人双方反复磋商，就合同的主要条款进行拉锯式的谈判，合同自由原则在缔约过程中发挥了最为重要的作用。

而日常生活中当事人双方所缔约的合同有万千形式，有的严格按照要式合同要求进行缔约，有的不要式合同的缔约过程中，双方当事人采用自己所习惯的格式及语言进行缔约。由此，认定当事人所缔结“合同”的性质就尤为重要，因为一个性质相异的合同在当事人对合同的履行、对合同违约责任的承担等方面会有深刻的影响，故而在民法理论中应当对不同类型的合同做细致区分，为司法实务认定当事人的权利义务奠定基础。

《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》）第二条规定：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”本约合同与预约合同是合同的一种重要分类，这种分类是以一个合同的订立能否以另外一个合同之内容为内容作为标准而划分的。在我国民法学界中，对于本约合同、预约合同等相关理论早有研究，但是直到《买卖合同司法解释》，才真正在司法解释的层面上确立了预约合同的法律地位。《买卖合同司法解释》列举了预约合同多种形式，其中包括意向书，这种列举在实务中对于意向书法律性质的认定具有重要意义，但是在该司法解释中并未对于社会生活中的多种意向书进行区别而将其一律视为预约合同，这种分类方式值得探讨。

一、预约合同

(一) 预约合同的概念与特征

预约合同，也称为预备性契约，是指当事人约定为在将来一定期限内订立合同而达成的允诺或协议。史尚宽先生给预约下的定义是：“预约，通常是指将来订立一定契约之契约。”¹王泽鉴先生认为：“预约，乃约定将来订立一定契约的契约，本约则为履行该预约而订立的契约，故预约亦系一种契约(债权契约)，而以订立本约为其债务的内容。”²《布莱克法律词典》对于预约的定义是：“预约，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本文认为，预约合同是指以在将来某一期限之内订立本约合同为内容的合同。

预约合同作为一种独立的合同类型，具有以下几点鲜明的特征：

1. 预约合同是无名合同

在我国《合同法》分则中所规定的十五种有名合同当中并不包括预约合同，故而预约合同属于无名合同的一种，无名合同的订立和履行应当依据合同法总则并参考分则中最为相近的合同进行。

2. 预约合同是诺成合同、不要式合同

在预约合同中，当事人双方意思表示一致该合同即成立，不以交付标的物为该合同成立的要件。同时预约合同不要求双方当事人采取特定的形式，书面方式、口头方式所订立的合同均可成为预约合同。

3. 预约合同属于债权合同

债权合同，是指一方当事人基于合同关系可以向另一方当事人请求某种给付的合同。一般来说，双方当事人往往会在预约合同中约定一定的权利和义务，最为常见的情形就是在预约合同中双方当事人约定在未来一定期间之内订立本约合同，所以，在预约合同中双方当事人都可以依据合同内容请求对方为一定给付。

4. 预约合同一般以特定的行为作为其合同内容

在常见的预约合同当中，预约的主要目的是期待着在未来形成一个确定性的合同。就预约合同的标的而言，行为的给付与注意是预约的宗旨，同时，该行为必定是作为而不是不作为，即当事人要承担在将来订立本约的作为义务。⁴

(二) 我国法律与比较法中的预约合同

在社会生活中，预约合同扮演着十分重要的角色。例如，民间婚约、高校毕业生在毕业之前与用人单位签订的就业协议、秋粮预购协议等都属于预约合同的范畴，这些预约合同在社会生活中广泛存在。

但是，不论是1986年的《民法通则》还是1999年的《合同法》都没有与预约合同

¹ 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第112页。

² 王泽鉴：《债法原理》（第1册），中国政法大学出版社2001年版，第147页。

³ Black' s Law Dictionary,5th edition,West Publishing Co.,1979,p.1060.

⁴ 石晓莉、毛建军：“预约制度研究”，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2006年第4期，第24-29页。

相关的内容。直至 2012 年 5 月 10 日，最高人民法院颁布了《买卖合同司法解释》，在该解释第二条中规定：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”这是在我国法律中首次承认预约合同，该条主要是针对一方不履行在未来订立本约合同之义务时对另外一方的救济，并未详细规定预约合同的定义、内容、效力等，故我国法律制度中有关预约合同的内容仍亟待完善。

在罗马法中，并没有预约合同这一概念，但罗马法中的定金制度具有防止当事人毁约的功能，故可以认为预约制度起源于罗马法。⁵也有学者认为，“预约”一词最早出现在《法国民法典》第 1589 条中，该条规定：“双方当事人就标的物及其价金相互同意时，买卖预约即转化为买卖。”但是这一条文也并未规定预约的定义，所以在《法国民法典》中到底何为“预约”并不明确，本文认为，在《法国民法典》中并没有出现明确的预约概念，该法典中使用的“预约”一词只是“合同”一词在此的同义替换，《法国民法典》的制定者并没有有意识地试图在民法典的框架中增加预约这一制度。

也有学者认为在《德国民法典》第 610 条中出现了“预约”这一概念。⁶该条规定：“如果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。”本文认为，《德国民法典》中也并没有预约这一概念，第 610 条的规定无法体现预约合同的内容、特征、效力等方面。

在我国台湾地区“民法典”中明确出现了预约这一概念，在该法典第 465-1 条规定：“使用借贷预约成立后，预约贷与人得撤销其约定。但预约借用人已请求履行预约而预约贷与人未实时撤销者，不在此限。”，第 475-1 条中规定：“消费借贷之预约，其约定之消费借贷有利息或其它报偿，当事人之一方于预约成立后，成为无支付能力者，预约贷与人得撤销其预约。”，以上两个条款中明确出现了“预约”一词，主要是规定预约合同一方当事人在另外一方违约时的救济措施，所以在台湾地区“民法典”中有着成熟的预约合同制度。

（三）预约合同的制度价值

凡一法律制度，必有其制度价值才能存在于法律框架之中，若该法律制度的功能可由其他法律制度所替代，则无存在的必要。一般而言，预约合同有如下的制度价值：

1. 维护市场秩序，保证交易安全

预约合同是以未来一定期间之内订立本约合同为内容之合同。在社会生活之中，由于交易方式千姿百态，当事人可能以多种方式签订合同，但总而言之，签订合同的目的是为了交易安全，预约合同的出现恰恰就能够维护交易安全。

“由于市场情况瞬息万变，使得当事人面临费尽周折却无果而终的现实危险。”⁷对

⁵ 唐晓晴：《预约合同法律制度研究》，澳门大学法学院 2004 年版，第 40 页。

⁶ 白玉：“预约合同的法理及其应用”，载《东岳论丛》2009 年第 7 期，第 156-159 页。

⁷ 李会军：“预约合同概论——以比较法为视角”，载《法制与社会》2009 年第 1 期，第 362-363 页。

交易机会的固定是当事人达成预约合同的最直接目的。商品经济条件下，交易机会在很大程度上决定着取得财富的可能性和取得财富的多少。但交易机会并不会始终停留于一点，它总是随着商品、货币以及信息的流动而流动。⁸有的当事人会因为利益的诱惑或者基于其他原因而与多个财富的拥有者进行缔约磋商，但是最终往往只能和一位签订合同，而其他磋商对象只能自己承担缔约过程中产生的各种成本。

预约合同制度的存在能完美地保护双方当事人的利益，当事人在磋商进入一定阶段之后可以签订一份预约合同，约定将来订立本约合同，在预约合同中订立违约责任条款，从而能够很好的保护当事人双方的利益。

2. 维护诚实信用、公序良俗原则

上文已经述及，罗马法中的定金制度是预约合同制度的起源，该制度具有防止当事人毁约的功能，而这些功能体现在近现代民法当中则是对诚实信用、公序良俗原则的维护。

在交易活动中，合同双方通过预约合同的违约责任条款，或者通过预约合同约定缴纳一定的定金，使双方当事人慑于违约责任的承担，从而使双方当事人良好地履行合同义务，维护诚实信用、公序良俗原则。

在《买卖合同司法解释》中也体现了预约合同的这两项功能，该解释第二条后段规定：“一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”此项规定充分保障了预约合同双方当事人的利益，在我国“胡林娣与淮南正元置业有限公司商品房预售合同纠纷”一案中，原告胡林娣与被告淮南正元置业有限公司签订了《商铺认购协议书》（该协议书采取表格填充式，主要由认购房屋、认购单价、认购总价、付款方式、合同条款、备注等部分组成），在后来缔约磋商过程中，被告出于多方面原因不愿意按照《商铺认购协议》的规定与原告订立《淮南市商品房买卖合同》，原告诉至法院要求被告双倍返还定金，返还已经支付的购房款并按照央行同期贷款利率四倍支付利息，原告的诉求得到了法院的支持。⁹类似维护预约合同当事人利益的判决书在国内法院还很多，这种判决有效地保障了经济生活的平稳高效，有利于在整个社会树立一种信守契约的原则。

（四）预约合同与本约合同

本文虽主要探讨预约合同与意向书的区别，但提及预约合同就不得不提及本约合同，为了使本文逻辑性更完整，有必要对预约合同和本约合同进行对比分析。本约合同是指当事人依据预约合同所最终订立的合同，在合同的分类上，预约合同与本约合同相对应。学界通说认为，预约合同和本约合同是两个合同，在法律上应当分开对待。¹⁰预约合同与本约合同依然有如下区别：

1. 目的和内容有所不同

⁸ 周庆刚：《预约合同研究》，硕士学位论文，吉林大学法学院，2005年，第13页。

⁹ 参见安徽省高级人民法院（2015）皖民四终字第00343号判决书，安徽省淮南市中级人民法院（2014）淮民一初字第00227号判决书。

¹⁰ 奚晓明主编：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与使用》，人民法院出版社2012年版，第51页以下。

一般而言，一份预约合同的主要内容就是在未来一定时间之内订立本约合同，但是通常在预约合同中并不会明确表明当事人以该目的为预约合同内容，而是通过预约合同的条款来表明该目的。当事人并不直接订立本约可能是受法律上或事实上的原因影响，双方以订立预约的方式来确保未来本约合同的成立。¹¹本约合同则不同，本约合同的内容之中必须要有明确债权债务关系。例如，双方当事人拟签订一份买卖合同，如果第一份合同仅仅约定双方未来将签订针对特定标的物的买卖合同，则该合同是预约合同；而后一份合同约定了买卖的当事人、标的、数量、价款、违约责任等等，则该份合同形成了明确具体的债权债务关系。

2. 合同形式未必相同

如上文所述，在本约合同与预约合同的关系问题上，“两个合同说”是学界通说。所以本文认为，预约合同与本约合同的形式并无关联，预约合同可以是口头形式、书面形式或者其他形式，当事人可以通过以上诸种形式约定在未来订立本约合同。本约合同亦可采取口头形式、书面形式和其他形式，本约合同采取何种形式对预约合同的效力并无影响。

3. 是否需要另行订立买卖合同有所不同

原则上预约合同的内容无法直接履行，一份预约合同只约定未来一定期间内订立本约合同，所以必须另行订立买卖合同；而一份本约合同的内容已经具备履行的功能，故无需再签订别的合同。如果一份合同已经具备买卖合同的全部要件，双方当事人可以依此合同直接履行，则该合同即使名为预约合同，但实际上应该视为本约合同；若一份合同名为本约合同，但是合同双方无法直接履行合同内容，纵然名为本约合同，也要另行订立买卖合同。

4. 违约责任的约定不同

在预约合同之中，其内容主要是未来订立本约合同，倘若预约合同中定有违约责任，只会是将来不按期订立本约合同所应当承担的责任，而不是对违反本约合同内容所承担的责任。对于违反本约合同，产生的不会是请求对方订立合同的责任，而是根据本约合同的约定所产生的继续履行、赔偿损失等违约责任。

二、意向书

（一）意向书的概念与特征

在日常生活中，许多合同的订立过程简便快捷，无需经历复杂的合同磋商，如顾客到超市购物时，只需要将货物送至收银台付款即可，整个过程甚至无需语言交流；还有的购物过程也只需要购买者与销售者进行简单的讨价还价即可确定最终的买卖合同的主要内容，也无需复杂的磋商，但以上种种情形仅仅是传统合同法主要调整的合同类型，并非现代合同法的主要调整对象。

¹¹ 王泽鉴：《债法原理》（第1册），中国政法大学出版社2001年版，第104页。

现代社会生活和民商事活动当中，许多合同的订立需要经过一个漫长的过程，当事人之间会为了合同的订立进行多次谈判和反复磋商，虽然要约与承诺依然是合同订立的主要方式，但合同的订立由于上述诸多因素的存在而发生了不确定性，整个合同的订立过程需要考虑许多因素的影响。¹²为了避免长时间谈判带来的诸多不确定问题，有时候一些当事人会和多个当事人进行磋商，但最终只能与一方当事人签订合同，这种长时间的磋商在瞬息万变的商事活动中往往会贻误他人商机，故而在正式合同订立之前，双方之间会订立一些以记录协议达成程度为内容的文件，目的是更好地规划将来的谈判，这些文件被冠以不同的名称，如意向书、认购书、订购书、谅解备忘录、草约等等，而在这些文件当中以意向书的使用最为频繁。

意向书（letter of intend）是一项源自英美法的制度，是指双方当事人或多方当事人之间，在对某项事物达成正式协议、签订条约之前，表达初步设想的意向性文书。¹³由于意向书一般存在于缔约磋商开始之后，正式合同签订之前，所以对于意向书的法律性质多有质疑，到底是否属于合同的一种？如果属于合同的话，是预约合同还是本约合同？或者意向书本身并不具有法律意义？这些问题有待下文解释。

传统的“意向书”是一种单方意思表示，通常以书信的形式作出。在当前的交易实践中，大多数意向书是指双方当事人深入接触并在诸多问题上达成一致后，一方以这些一致意见为基础向另一方发出的要求接受者“确认”或“接受”的法律文件。¹⁴在我国民法理论上，意向书是一个讨论不多的概念，在《合同法》及其他法律法规之中并没有意向书这一概念的出现，直到 2012 年《买卖合同司法解释》的出台才在我国法律中正式承认了意向书的存在。本文认为，意向书具有以下几点特征：

1. 缔结的协商性

意向书的订立是基于双方或者多方当事人充分协商基础之上的，意向书存在于缔约开始之后至本约合同订立之前，由于意向书里的条款在今后很有可能成为本约合同中的正式条款，所以双方当事人在订立意向书的时候往往会对内容进行反复磋商。

2. 内容的灵活性

意向书，顾名思义只是对于未来所签订的合同内容的“意向”，所以意向书的内容并不固定，也并不会一字不差的写入本约合同之中，在正式订立合同之时仍然可以修改意向书的内容，故意向书的内容具有灵活性。

3. 形式的简便性

在现行法律中没有对意向书的形式做出明确的规定，双方当事人可以对意向书的进行自由协商，在意向书中自由添加需要写入的内容，这也为在合同缔约过程中贯彻契约自由原则提供了良好的基础。

¹² 苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社 2005 年版，第 182 页。

¹³ 陈进：“意向书的法律效力探析”，载《法学论坛》2013 年第 1 期，第 144-153 页。

¹⁴ 许德风：“意向书的法律效力问题”，载《法学》2007 年第 10 期，第 79-89 页。

（二）意向书与预约合同的比较

欲给一个生活中的文书在法律上定性，那就必须首先对不同的法律文书进行细致的区分。在我国法律上，对于意向书与预约合同的关系众说纷纭，有学者在谈及预约合同和意向书的时候，对二者不加区分，认为凡是表达订约意向的都属于预约合同，所以意向书是预约合同的一种，在《买卖合同司法解释》第2条的文本之中给人带来的也是这种感觉；但也有学者认为预约合同与意向书之间在多个方面都是有区别的。¹⁵ 本文认为，预约合同和意向书在多个方面还是有区别的，以下详述二者的区别：

1. 性质上的区别

如上文所述，意向书并不是一个严格的法律文件，在《买卖合同司法解释》出台之前，我国法律上甚至并没有意向书的概念存在。实践中有的意向书所表达的意思并不明确，所以本文认为不能把意向书一概而论均视为预约合同，要视其内容进行区分，倘若在当事人所订立的意向书中有明确的订约意向，内容中有类似“双方在将来一定的时间内签订合同”的表述时，则应该把该意向书视为预约合同，反之，所谓的“意向书”则只能视为订约的合意。

但预约合同则不同，预约合同在本质上属于合同的一种，具有合同的一切特征，例如：预约合同是平等主体的自然人、法人和其他组织所实施的一种法律行为；以设立、变更和终止民事权利义务关系为宗旨，在预约合同当中双方当事人则以在未来某时间签订本约合同为其权利义务；预约合同的当事人法律地位是平等的。¹⁶

2. 内容上的区别

在内容上，预约合同与意向书也有重大区别。一般来说，如果一个合同被视为预约合同，订立本约合同的意思应当被纳入到其内容之中去，甚至预约合同的内容中应当包含对未来本约合同的类型的确定。

一般而言，当事人、标的以及未来订立本约合同的意思表示这三个要素是预约合同成立的必备要素。其中，标的主要是指当事人在将来所欲订立的合同类型及性质；意思表示应当仅是对于未来订立某种类型而做出的表示，而不应当包含此类合同的主要内容（如买卖合同的价款等）。¹⁷

但是对于意向书则不同，如上文所述，意向书并非严格的法律文书，其性质到底如何要视当事人在意向书中所签订的内容来确定。有的意向书十分简单，仅仅有当事人以及简单的合同磋商过程的记录，并无合同标的和未来签订本约的意向，具有这种内容的意向书并不属于预约合同。另外一种意向书则不同，其具有预约合同的一切特征，在意向书中不仅仅记载有当事人合同磋商的过程，更包括标的和订立本约合同的意思表示，乃至未来本约合同的类型，故该种意向书可以被视为预约合同。

3. 效力上的区别

¹⁵ 王利明：“预约合同若干问题研究”，载《法商研究》2014年第1期，第54-62页。

¹⁶ 佟柔主编：《中国民法》，法律出版社1990年版，第338页。

¹⁷ 王利明：“预约合同若干问题研究”，载《法商研究》2014年第1期，第54-62页。

在预约合同中，双方当事人表达了未来订立本约合同的意图，所以双方当事人均需受到该意思表示的拘束，如果一方违背了预约合同的约定，则必须承担合同中事先约定的违约责任或者是合同法中所规定的违约责任。与之相反，意向书不会对当事人的实体权利、义务产生直接的影响，其签订并不必然导致合同的签订。¹⁸

但是对于生活中的意向书则应该区别对待。如上文所述，如果一份意向书中具有预约合同的特征，则该意向书的双方必须要履行意向书的义务，承担违反意向书的违约责任；倘若一份意向书仅仅是缔约磋商过程的记录，并不具有预约合同的内容，则该意向书并无法律上的效力，当事人不具有订立本约合同的义务，无需承担未订立本约合同的违约责任，至多是在一些的特殊情况下承担一定的缔约过失责任。

在两者效力的确定性上，预约合同和意向书也有不同，意向书可能仅仅是缔约过程的记录，不具有确定的法律效力，同时意向书也可能与预约合同一样具有确定的效力，成为能够引起法律效力的法律行为。

上文已经述及，对生活中的意向书要区别对待，第一类意向书不符合合同的构成要件，例如，有的意向书仅仅记录了双方缔约磋商的过程和成本分配，并未明确约定在将来一定期限之内订立买卖合同，这类意向书实际上不能作为预约合同对待，或者在意向书中明确写明“本意向书不具有法律效力”等字样，无疑也不能视为预约合同；而另一类意向书具有预约合同的所有特征，所以该类意向书可以视为预约合同。有学者认为：“《买卖合同司法解释》第2条把意向书作为一种预约合同，这也是基于意向书不规范使用现状的考虑，该解释对于预约范围的界定相对随意和宽泛，会带来更多的理论争议和实践困扰，让意向书独立于预约合同，更为清晰、更加合适。”¹⁹综上所述，在《买卖合同司法解释》中将所有意向书不作区分而一律均视为预约合同的做法并不妥当，应当根据不同法律文书的内容决定其性质如何。

事实上，在《买卖合同司法解释》于2012年5月公布之前，在最高人民法院于2008年公布的司法判例之中也有过关于预约合同的相关判例。²⁰在该判例中，上海市第二中级人民法院对涉案的《商铺认购意向书》的内容和性质进行了分析，在判决书中得出了如下结论：“该意向书明确了双方当事人的基本情况，对拟购商铺的面积、价款计算、认购时间等均作了较为清晰且适于操作的约定。这表明双方当事人经过磋商，就条件成就时实际进行商铺买卖的主要内容达成了合意，对将来正式签署房屋买卖合同进行了预先安排，并以书面形式明确将来商铺正式预售时金轩大邸公司优先同仲崇清订立正式的商品房预售合同。综上，涉案意向书是具有法律约束力的预约合同。”本文认为，上海

¹⁸ 李永军：《合同法》，中国人民大学出版社2012年版，第18页。

¹⁹ 刘承魁：“预约合同层次论”，载《法学论坛》2013年第6期，第33-39页。

²⁰ 参见“仲崇清诉上海市金轩大邸房地产开发有限公司合同纠纷案”，《中华人民共和国最高人民法院公报》（2008年第4期），第43页以下。该判例裁判摘要：“预约合同，一般指双方当事人为将来订立确定性本合同而达成的合意。预约合同生效后，双方当事人均应当按照约定履行自己的义务。一方当事人未尽义务导致本合同的谈判、磋商不能进行，构成违约的，应当承担相应的违约责任。”这是最高人民法院以公报案例的形式第一次提出了预约合同的概念，笔者认为，在该案件判决中对意向书区别对待而不是一概认定为预约合同的做法具有指导意义，这种做法能够明确界定预约合同的类型，有效避免滥用预约合同的概念，从而保护合同当事人的正当合法权益。

市第二中级人民法院对意向书进行具体问题具体分析的做法是正确的，我们在认定意向书的法律性质时理应结合意向书的具体内容展开精准分析。

三、意向书成为预约合同的构成要件

合同的成立，是指当事人就合同的主要条款在意思表示上达成一致并订立协议的法律事实，其本质是当事人关于债的关系所表达的意思取得一致。关于意向书成为预约合同的要件，本文认为应主要依据意向书与预约合同的区分以及预约合同的性质，并结合一般合同的成立要件进行概括总结。上文已经述及，意向书与预约合同有着诸多区别，一般来说，一份意向书如果能够被认定为预约合同应当符合以下要件：

（一）缔约当事人适格

预约合同的订立主体必须是两个或者两个以上的主体，同时这两个主体互负权利义务，订立预约合同的行为是一个双方行为，当事人双方均为完全民事行为能力人。另外，本文认为，在订约主体上，预约的订约主体与本约的订约主体应当一致，这一点在下文会详释。

在实务当中，预约和要约难以区分，本文认为，一个行为是双方意思表示行为亦或是单方意思表示行为是区别预约与要约的关键。例如，甲发布消息称：“本人有住宅一套拟以 150 万元的价格出售，有意者请于本消息发出之后的 30 日内联系我”，在这种情况下，虽然这一消息里包含着主体、标的、价格等合同基本条款，但由于这一表示仅仅是单方行为，故只能是一个要约，即使这一消息发出后有合适的对象与其签订了买卖合同，该消息也不能视为预约；再如，甲与乙双方约定：“甲有住宅一套，约定以 150 万元出售给乙，双方在 30 日内订立买卖合同并完成过户手续。”，在这种情况下，甲乙之间的约定属于双方行为，已经就双方未来订立买卖合同达成了一致，故应该认定为预约合同。

因此，双方或者双方以上当事人共同意思表示的行为是预约合同成立的条件之一。

（二）意思表示一致

意思表示为法律行为的核心要素，而法律行为是私法自治的实践手段，因此意思表示意义重大，当事人双方就意向书的主要条款达成一致，该合同方能成立。“预备性协议的内容和效果可能与主合同的内容和效果大不相同。如果双方当事人对主合同的主要条款意见一致，那么，他们要受订立主合同的预备合同的约束”。²¹对于一份意向书而言，能否被视为预约合同的关键就在于缔约当事人在意向书之中明确约定未来某一期间订立本约合同。也就是说，在意向书之中不仅仅要有当事人双方的基本情况、磋商过程的记录，更重要的是在意向书之中明确约定在未来订立本约合同，这样的意向书才是一份合格的预约合同。

²¹ [德]海因·克茨著，周忠海等译：《欧洲合同法》（上卷），法律出版社 2001 年版，第 51 页。

（三）标的——缔结本约

对于标的是否是合同成立的有效要件之一，学界有不同观点。按照大陆法系的传统理论，合同成立的要件还包括合同标的的可履行性，也即在订立合同的时候，合同标的的是可以履行的。²²本文认为，标的应当是合同成立的要件之一，对于意向书而言，订立意向书的双方在未来订立本约合同的履行行为即为意向书的标的。之所以认为预约合同的标的是缔结本约，是因为预约合同具有其特殊性，预约合同是本约合同的前置性合同，预约合同的主要内容即为记录合同的磋商过程和约定在未来订立本约合同，所以符合预约合同标准的意向书的标的应当是在未来某一时间订立本约。

（四）权利义务内容明确具体

合同的内容必须具有确定性，但是确定性的具体标准是什么，学术界有不同的观点。一般认为，预约的详尽程度不如本约，在具体性的要求上总体是参照本约合同来确定，但相比较而言又更加宽松一些。

我国学者在预约合同的具体性问题上认为对于预约合同的具体性无需做明确限制，一项预约的成立仅仅需要双方有就特定事项达成将来订立本约合同的合意即可。²³也有学者从另一角度出发认为在判断合同成立与否问题上应当更多地侧重于行为人是否有愿受合同约束的意思，而在确定性问题应上应采取相对宽松的态度，该种观点主要是从合同法鼓励交易的原则出发而得出的结论。²⁴本文认为，以上观点在理论和实务中较为可取，鼓励交易和合同自由原则在合同法中占有重要地位，只要预约合同双方愿意接受合同约束、约定在将来订立本约合同，就应该认定该合同符合具体性原则。

（五）其它特别成立要件

上述四个要件在一般的合同成立要件之中均存在，本文认为对于预约合同而言应当有其特殊的成立要件：

1. 形式要件的特殊性

在时间上，本文认为预约合同的订立必须是在本约合同的磋商过程之中，因为预约是本约订立过程中的一个前置性合同，预约于本约订立过程之中订立才能体现预约的性质。

在订约主体上，预约的订约主体与本约的订约主体应当一致，因为预约当事人之间是基于信赖才订立了预约合同，如果本约合同主体与预约合同主体不一致，这就会破坏当事人之间的信赖关系，使得预约合同失去其本身的存在意义。

2. 实质要件的特殊性

在预约的内容之中，预约应当明确指出将来某一时间订立本约合同并受该预约合同约束，上文也已经述及预约合同的内容应当符合明确具体的特征，但由于预约合同本身性质的特殊性，所以预约合同的明确具体并无需如同普通合同那样严格，至少应该达到

²² 周林彬主编：《比较合同法》，兰州大学出版社 1989 年版，第 101 页。

²³ 王建东：“预约合同的效力及判定——以商品房买卖合同为例”，载《浙江学刊》2011 年第 1 期，第 149-153 页。

²⁴ 许德风：“意向书的法律效力问题”，载《法学》2007 年第 10 期，第 79-89 页。

合同义务的充分确定并且可以据此证明给予救济是正当的程度。²⁵一项预约合同的构成应同时具备两个基本要素：一是预约订立本合同的意思表示；二是构成本合同要约的要求。这里，标的和数量是构成一项意思表示为要约的基本因素。²⁶

结 语

《最高人民法院公报》（2008年第4期）以公报案例的形式指出了预约合同的概念和违反预约合同应当承担的违约责任，随后的《买卖合同司法解释》第二条更加明确了各类预约合同的形式，该条司法解释的颁布旨在解决实践中颇多的认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等的法律效力问题，努力维护预约合同当事人的利益，该条司法解释的进步意义毋庸置疑，但其在适用上也存在一定疑点，主要是以下几个方面：第一，该司法解释列举了几种典型的预约合同，但并没有明确指出预约合同的法律概念，笔者认为，抽象加列举式的条文在司法实践中易于理解便于操作。该司法解释完全可以借鉴前述最高院公告案例的裁判摘要中对于预约合同的定义，在抽象意义上明确预约合同的概念；第二，在列举预约合同的类型时，第二条的规定中没有要求针对当事人所签订的协议文本进行精准分析，笔者认为，司法实践中不能仅仅依照协议文本的名称等进行定性，而应该结合协议条款分析该协议的具体类型。预约本身就是一种处于无拘束力协议和本约合同之间的一种协议，所以精准分析有助于确定该协议的性质究竟是预约还是本约，从而明晰合同的拘束力。

²⁵ 杨楨：《英美契约法论》，北京大学出版社2003年版，第69页。

²⁶ 刘京蒙：《预约及其效力研究》，硕士学位论文，中国政法大学，2006年，第17页。

参考文献

- [1]史尚宽：《债法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000年。
- [2]王泽鉴：《债法原理》（第1册），北京：中国政法大学出版社，2001年。
- [3]李永军：《合同法》（第三版），北京：中国人民大学出版社，2012年。
- [4]唐晓晴：《预约合同法律制度研究》，澳门：澳门大学法学院，2004年。
- [5]奚晓明主编：《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与使用》，北京：人民法院出版社，2012年。
- [6]佟柔主编：《中国民法》，北京：法律出版社，1990年。
- [7]周林彬主编：《比较合同法》，兰州：兰州大学出版社，1989年。
- [8]杨桢：《英美契约法论》，北京：北京大学出版社，2003年。
- [9]苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京：北京大学出版社，2005年。
- [10][德]海因·克茨著，周忠海等译：《欧洲合同法》（上卷），北京：法律出版社，2001年。
- [11]周庆刚：《预约合同研究》，硕士学位论文，吉林大学法学院，2005年。
- [12]刘京蒙：《预约及其效力研究》，硕士学位论文，中国政法大学，2006年。
- [13]石晓莉、毛建军：《预约制度研究》，《四川师范大学学报（社会科学版）》，2006年第4期。
- [14]刘承魁：《预约合同层次论》，《法学论坛》2013年第6期。
- [15]陈进：《意向书的法律效力探析》，《法学论坛》2013年第1期。
- [16]许德风：《意向书的法律效力问题》，《法学》2007年第10期。
- [17]王利明：《预约合同若干问题研究》，《法商研究》2014年第1期。
- [18]王建东：《预约合同的效力及判定——以商品房买卖合同为例》，《浙江学刊》2011年第1期。
- [19]白玉：《预约合同的法理及其应用》，《东岳论丛》，2009年第7期。
- [20]李会军：《预约合同概论——以比较法为视角》，《法制与社会》，2009年第1期。
- [21]Black' s Law Dictionary, 5th edition, West Publishing Co., 1979.