



预约合同制度的构建

基于《民法典》的时代背景

范硕 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



预约合同制度的构建

基于《民法典》的时代背景

范硕 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



预约合同制度的构建

基于《民法典》的时代背景

范硕 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

编委会

编委会委员（按姓氏拼音排序）：

常鹏翱 车浩 陈杭平 陈新宇 侯猛

劳东燕 雷磊 李昊 栗峥 宋华琳

王莹 谢海定 许德峰 尤陈俊 张红

张翔 张龔 赵宏 赵磊 朱腾

问渠那得清如许

经过两年多的策划和工作，《青蓝文库》终于面世了。这中间，凝聚了很多人的努力和期待。中国法制出版社邀我写一个总序，考虑到从书包涉法学各个专业，自己所学狭薄，我一开始有些犹豫。但又想到司马迁所言：“序者，绪也，所以助读者，使易得其端绪也。”参与和见证一段历史，无形中就承载了记录介绍的义务。读者可能希望了解到这套文库的来龙去脉，如果我的序能够有所帮助，那还是义不容辞的。

说来话长。这套文库的大致雏形，最早涌现于2016年3月某日，中国法制出版社的马颖女士与我在陈明楼办公室的一番叙谈。马颖在法律出版界是资深编辑，那时刚接任编辑六部主任一职，很想为法制社的学术出版再开局面，拓展出一些新气象。而我自己当时手头文债积压，并无新货，于是，我们就聊到其他出版项目，其中就包括，法制社打算资助出版一批优秀博士论文。

如所周知，博士论文凝聚了一个人以学术为业的最初心血，是他走上学术之路的叩门砖，意味着从汲取导向的学生，开始向创新导向的学者蜕变。而且，从学术史经验来看，博士论文中也不乏经受住了时间检验的经典之作。尽管意义与价值如此之大，但是，在当下的出版环境中，博士论文出版却非常之难。一来，是由于纯粹的学术著作的受众市场本身就非常狭小；二来，在逼仄的市场中，书的销量和效益又往往与作者的知名度挂钩。于是，一个名不见经传、初出茅庐的学者，捧着手中新鲜出炉的博士论文，既不容易得到学术市场的认可，也因此很难获得出版社的支持。名家大腕被争相约稿，而刚出道的新人，即使自掏腰

包自费出版，恐也难逃被冷落敷衍的命运。所以，尽管每年中国的法学院校里有很多博士生毕业，但是，即使是其中最优秀的博士论文，想要立即出版也非易事，往往是“养在深闺人未识”，直到作者闯出腕儿来、有了学术名声的那一天，蒙尘的明珠才可能绽放光芒。

然而，此时出版，已有些错过，不再是学术新人最渴望自我肯定和向学界证明的迫切时机，也不是学者在最艰难的出道之初，最急需的支持和鼓励，因而，可能只是锦上添花。过往，中国人民公安大学出版社的《北大刑法博士文丛》，以及武汉大学出版社的《武汉大学刑法学博士文库》，为很多刚毕业的刑法博士提供了论文出版的平台，成就了他们人生中的第一本书，那是颇有高义的雪中送炭之举。不过，这两套文库作者限于特定高校和刑法专业，影响不免有限。如今，法制社有意精心打造一套文库，推出全国法学院各专业的优秀博士论文，这种对学术新人鼎力相助的力度，可谓前所未有，出版社的学术情怀和社会担当更是令人敬佩。因此，当听到马颖提出这个出版计划并征询我的具体建议时，我也感到很振奋，愿意尽自己绵薄之力，帮助她绘成这个蓝图。

我当时向马颖建议，可以通过民间渠道邀请一批中青年学者，而非官方机构来遴选优秀论文。这不仅是由于，机构评选论文的形式已成窠臼，更主要是考虑，如果评审人与被评审人年龄代际相近，那么无论是个人的学术潜质还是论文情况，都一定更为熟悉。而且，相对于年长的学界大家来说，中青年学者距离在毕业前后的艰难岁月中努力跋涉的经历，时间还未久远，因此，对学术新人出头的不易，以及博士论文出版的困难，大都有尚未淡化和忘却的切身体会，可能更愿意去投入精力帮助后来人。加之较少社会杂务，更多爱惜学术羽毛，评选上也会更加认真、负责和公允。

马颖是个很有决断力的人，她听了我的建议后，完全赞同这个新的

民间方案，并请我推荐和联系编委会人选。我被马颖的热诚感染，受她之托，给一些学界朋友打了电话。大家在了解到这个出版计划后，几乎都是毫不犹豫地应允下来，愿意义务承担审查来稿和推荐优秀论文的工作。编委会的人员组成很快就确定下来。这也让我颇有感触，一个有情怀的出版项目，不需要多少鼓吹，自会焕发出它的光彩，吸引和召唤着有学术责任感的学者们汇集。

万事俱备，只欠开会。2016年4月18日，第一次神仙会胜利召开。根据出版社的记录，第一次与会的学者名单如下：车浩、陈新宇、侯猛、劳东燕、雷磊、栗峥、王莹、许德峰、张翔、张龔、赵宏、朱腾、谢海定。舒丹、马颖、王雯汀三位法制社编辑策划主持了第一次聚会。聚会之日适逢当年的北京电影节，于是，由我提议，大家在小西天附近餐叙后，又集体遛弯到中国电影资料馆，看了一场银河映像系列之《暗花》。从电影院出来，仍然意犹未尽，找了一处胡同里的茶馆继续聊。

这次聚会颇有成果。商定的内容包括：（1）在全国范围内面向各个高校和专业征求优秀论文。（2）采用作者自荐和编委推荐两种方式确立稿源。（3）编委会的工作制度和推荐评审的义务。（4）兼顾图书质量和出版规模等基本理念和规则。其实，答应参与编务的学者，虽然是法学各个专业里出类拔萃的青年才俊，但毕竟有学校和专业的隔离，相互间并没有想象中那么熟悉，甚至是闻名已久但从未谋面的神交，是《青蓝文库》这个出版项目中包含的学术理想和情怀，调动了每个人的学术热忱，大家才聚到一起来。每个人都很珍重自己的责任。在集聚餐、喝茶、看电影于一体的聚会中，严肃活泼地讨论了问题，达成了共识，像这样的交游轶事，对我们每个参与者都是很奇妙的体验，也是一次弥足珍贵的回忆。

第一次聚会后不久，法制社就在征求各位编委意见的基础上，面向

全国，推出了正式的征稿启事。“《青蓝文库》是由中央级法律专业出版社中国法制出版社创设的重大出版项目，专门出版中国法学专业优秀博士学位论文。文库旨在发现有潜质的学术新星，为法学博士论文的发表搭建优质平台。文库支持和推动高校不断推出创新性成果，与学界一起探索和确立中国法学博士论文的优秀标准。”这份启事，包括我本人在内，多位老师参与修改润色，应当说，完整地表达了出版社编辑和我们编委会成员的共同心声。

在这份启事中，中国法制出版社郑重承诺：《青蓝文库》的出版无需任何资助；出版社会精心打磨每一部作品，以精美的版式设计和装帧风格匹配作品的学术价值；对《青蓝文库》的出版成果，出版社会积极联系各学术刊物、报刊媒体、学校官方平台等进行大力宣传；每一年度出版社将邀请出版论文作者参加“青蓝出版沙龙”，享受一次打破学科专业界限相互交流的盛会。显而易见，这些承诺如能一一实现，那么，进入《青蓝文库》，对于博士毕业的学术新人在学界影响力的彰显和提升，将会有极大的助力。这可能是青年学者能在国内出版界得到的最好的亮相机会了。当然，这份启事中也写明了我们这些编委的承诺，即编委会成员将尊重学术研究视角和立场的多元化，本着充分的学术包容精神，对挑选出真正有价值的论文怀有使命感，力求评选结果客观公正。

出版社与编委会的第一次碰头议事，设在小西天，以独特的方式，取得了非常好的效果。在其乐融融的气氛中，沟通了感情，增进了对《青蓝文库》这项共同事业的认同度和使命感。可能是受此激励，三个月后的一个周末（2016年7月23、24日），马颖很快又趁热打铁组织了第二次编委会会议，地点设在京郊。报到当天下午，大家就开始了分组审稿的工作。第二天，在北京实创西山科技培训中心，召开了正式的评审会。针对符合征稿要求的21篇博士论文，按照“严格筛选、宁缺毋

滥”的原则，以编委的个人初审为基础，经过分组审稿、分组讨论以及集中评审后，编委会成员进行匿名投票。再由出版社统计全体编委的推荐意见，当场公布获得三分之二（即12名以上）编委推荐的论文名单。针对入选的论文，编委会确定一至两名编委，综合全体编委的修改意见，会后与论文作者直接沟通，提出完善建议。至此，第一次评审会圆满完成，共评选出4篇优秀论文，作为《青蓝文库》第一批次推出的作品。

这是一次非常成功的论文评审会。这首先得益于，马颖、王雯汀、罗莎、侯鹏、吴宇辰等几位出版社的编辑及工作人员，为这次评审会付出了大量的心力来准备、策划和安排。其次，参加评审会的编委会成员，包括陈杭平、侯猛、劳东燕、雷磊、栗峥、王莹、许德峰、尤陈俊、张翔、张龔、朱腾、赵磊以及本人在内，都本着珍重这份责任的态度，对评审投入了很大精力。会前，出版社就已经通过邮件把论文发给了编委进行预审，等到开会当天，各学科组的编委对所推荐论文和存在争议的论文讨论得非常深入，争论得也十分激烈，可以说是充分且坦诚地交换了意见。

之后很长时间，我都常常想起这次令人难忘的评审会。马颖等各位编辑老师的策划安排，可谓煞费苦心。会议所在之地离龙泉寺很近，龙泉寺是全国有名的佛教古刹，出过很多高僧，常常以现代人喜闻乐见的方式传播佛法，寺内香火旺盛，游客如织，置身其中，感受到一种出世般的内心宁静，但也不会斩断与人间烟火的勾连。浸染在这种情绪中，特别适合投入接下去的评审工作。因为学术一途，本来也是素心人之事，要能脱心志于俗谛之桎梏，而付出精力去评审和推荐他人的论文，更是要有一种对学术共同体的使命感。所以，我觉得法制社的这次会议策划颇有禅机、值得回味。

半年之后，我们又在法制社的会议室召开了第三次编委会，也是第二次论文评审会。有了前两次成功的会议打下的基础，编委会磨合日趋顺畅，后面的评审会就进入了良性运转的正常轨道。值得一提的是，在几次会议中，大家逐渐达成一项共识，即《青蓝文库》支持的对象，不仅仅是优秀论文本身，而且是论文作者的学术之路。因此，虽然论文质量不错，但是作者博士毕业后就不再从事学术工作的，原则上不纳入出版计划之列。

受命作序，回想往事，点点滴滴都涌上来。这样不厌其详地叙述过往细节，正如开头所言，因为要向读者诸君讲述《青蓝文库》的来龙去脉，希望文库的每一位作者都能记住历史。法制出版社多次表示，他们有能力、有信心将《青蓝文库》的项目坚持下去，十年、二十年甚至更久。我也相信，未来将有更多的青年才俊，以这套文库为阶，走上学术舞台的中心。序中所记，是在这套文库诞生过程中，出版社编辑和编委会成员付出的热情和心血，当然，肯定还有很多我不了解的幕后工作无法呈现。我一直认为，缺乏学术传承和积累，是中国法学曾被人讥为“幼稚”的重要原因。而学术传统的形成，不是某一两个人甚至一两代人就能毕功的事业。我们每个人，都是在无尽的历史长河中来承担各自的使命。我们努力完成自己的作品，也不要淡忘先行者的努力和恩惠，同样，有能力时，更应尽力去帮助和支持学术之路上的后来人。由此，学术共同体才可能写下历史记忆，中国法学才可能形成绵延不断的积累。

问渠那得清如许？我想，年轻学者们锐意十足的作品、学界同仁间相互守望和提携的赤诚、出版界襄助学术的热忱，就是那永不枯竭的源头活水吧。愿中国法学的学术传统涓涓不息，清水长流！

是为序。

2018年4月9日于北大陈明楼

推荐序

范硕博士的这本专著来自其博士学位论文，是在该论文基础上修订而成的。在最初看到范博士的书稿时，我立刻想到了澳门大学法学院唐晓晴教授的大作《预约合同法律制度研究》。

我和晓晴同于2003年从中国社会科学院研究生院博士毕业，其学位论文正是前述的同题著作。在论文答辩前，承蒙他的信任，我提前拜读了他的大作。《预约合同法律制度研究》于2004年在澳门出版后，晓晴送了我一本，我又读了一遍。之后，在撰写相关论文时再细读相关篇章，还加以引用，有了更深层次的理解。除了一流的英语和葡萄牙语，晓晴还能听说西班牙语、意大利语和法语，基于这样的语言能力，再加上他所处的地域位置，晓晴的作品向来侧重于参考源自这些语言背景的著述，同时也综合了包括我国、德国在内的其他各路素材和知识，故而，他的作品一贯用功至深，说理通透，很令我受益，《预约合同法律制度研究》自然也不例外。

可能是因为晓晴的大作已先入为主地深印在我脑海中，初看范博士的书稿时，我觉得与晓晴的大作相比，范博士的书稿无论在阐述深度还是资料运用上都有极大的提升空间。不过，我清醒地认识到，观察事物的角度和标准是多样的，千万不能被自己的固有观念所局限，必须尝试着尽力跳出来，从别的维度切入进来，再审视范博士的书稿。而且，我也知道，晓晴的大作有其特有的问题意识，是那个特定时空背景下的历史产物，小20年过去了，我国的预约合同制度在学理和实务上都有不小的发展，在这样的时空变化中，范博士的书稿绝对是有生命力的。

于是，我沿着范博士的思路，又仔细阅读了一遍书稿。我发现，书稿立足于我国实际，较全面地收集、整理、参考了域内外的相关学理，还较细致地展示了实务立场，内容可读性强，结构很完整，特别是其中有关预约和本约的关系、违约损害赔偿范围等阐述颇有力度，对实务问题的解决有相当的指导意义。当然，问题也不是没有，并且还不少，但在在我看来，它们都不是根本的，修改起来难度不大。

我把自己的意见和建议反馈给范博士，他很认真，花了半年的时间进行了修改，又寄给我看。在我的印象里，有这种态度的年轻人并不常见。我认真读了一遍，感觉修改后的书稿提升了不少，实质问题都改善了，但仍有可改进的空间。本着“好为人师”的态度，我又把意见和建议反馈给了范博士。这次的难度不大，他的修改进度不慢，这本专著就是再次修改后的成品。

据范博士讲，他在修改这本专著时，特意请教了他在美国留学时的合同法教授，进而充分理解了美国法的制度和学理，知其然并知其所以然，澄清了一些误解，这对于后来者是有很大大意义的。比如，“preliminary agreement/preliminary contract”和“precontract”看上去似乎没有区别，把前者直接类比为预约合同似无不可。但这本专著提醒我们，这种认识不妥，它通过回溯性的分析，阐述了英美法为何无需预约合同，并对相关的理论分类进行了辨析。客观地讲，尽管这些阐述和辨析是简要的，但足以起到警醒和补足的作用。

范博士在修改时，特意再次总结和梳理了法院的裁判思路，在预约合同方面形成了相对全面的裁判数据库，这就为问题以及分析的在地化提供了坚实基础。能确保这本专著不仅仅是在说别人家的孩子，还知道怎么养好自己的孩子。的确如此，正是通过理论和实践的充分结合，这本专著明确了意向书、预约合同和本约合同的递进关系，特别注重合同

必要条款对于厘定预约合同边界及其救济机制的作用，基于合理的考量限定了违约损害赔偿的适用，而这些都是司法目前面临的困惑和问题。

这本书稿成于《民法典》颁布之际。在相关司法解释的基础上，《民法典》第495条规定了预约合同，范博士闻风而动，把这条规范融入进来，尽力给予妥帖解释，相信这对于该条将来的理解和适用都将有很大的帮助。

这本专著与晓晴的《预约合同法律制度研究》一样，都源自博士学位论文，都是从民法角度探讨预约合同，同质度太高了，不由得让人有对比的冲动。没有对比就没有伤害，一对比方显英雄本色。对比而言，这本专著没有被《预约合同法律制度研究》压住光彩，充分显示了“后浪”本色。

据我有限的了解，唐晓晴的《预约合同法律制度研究》应当是专题研究预约合同的第一本汉语法学专著，而范博士的这本专著应当是我国内地专题研究预约合同的第一本法学专著，它们接力而行，持续推动着预约合同法律制度的深入研究，可喜可贺！

李胜元

2020年8月9日于北京大学法学院

序

该书是范硕基于他的博士毕业论文创作、改进而成。作为范硕的博士生导师，看到学生的博士论文即将出版问世，我感到由衷的欣慰与高兴。

预约合同不论是在法理上还是实务中，都是极具特殊性的合同。在我国司法实践中，预约合同的问题尤为突出，特别是在房地产领域，存在大量具备商品房买卖必要条款的认购书，法院要么根据我国《商品房销售管理办法》第16条的规定，肯定若具备商品房买卖合同的主要条款，则该认购书“名为预约，实为本约”，一方违约时，预约权利人当然可以请求对方履行订立本约的义务，要么认为认购书的性质仍为预约，由此带来的同案异判问题不容忽视。预约合同与本约合同、无合同拘束力的认购书和意向书之界别，预约合同成立的必要条款，预约合同效力以及违约救济途径等都是当前亟待回应的问题，怎样科学且有效地解决这些问题，需要深入地考察和研究。

经过三年的深耕细作，范硕已经对预约合同制度形成了自己的一套较为成熟的理论，文章以问题为主线，深度揭示了预约合同的特性和功能。总体来说，本书文笔流畅、结构清晰，研究范围基本涵盖了预约合同在我国司法适用中的所有问题，值得推荐的亮点在于：其一，本书对预约合同的权威文献做出了较为详细的梳理，就实务中涌现的问题，加以实证分析，且提出了独到的主张，对我国未来司法实务的开展，具有一定参考价值；其二，本书放眼域外，并综合国内已有的实践与域外经验，针对我国立法语境下预约的成立标准、效力认定、违约救济体系，

提供了一套独立的理论架构，为深度理解与适用我国《民法典》第495条奠定了完备的理论基础。

预约合同的研究范围虽有限，但“小题大做”更能彰显水准和态度，经过三年的不断沉淀，范硕无论是在学术研究，还是在文章写作上，都有很大进步，这是作为指导老师最感慰藉的地方。现在范硕已经到中国政法大学博士后流动站继续从事科研工作，该书的出版不仅是对他博士学习阶段的总结，也是以后科研工作的开端。学术之路，道阻且长；行则将至，做则必成。希望范硕在以后的学术研究中继续努力、勤于思考，一以贯之，为学界结出更多的硕果。

是为序。

余延满

2020年8月于武汉珞珈山

- [绪论](#)
- [第一章 价值论：预约合同的展开](#)
 - [第一节 预约合同的“源”与“流”](#)
 - [第二节 预约合同的理论基础](#)
 - [第三节 预约合同的制度价值与主要功能](#)
- [第二章 基础论：预约合同的内涵与外延](#)
 - [第一节 预约的特质](#)
 - [第二节 预约合同的构造](#)
 - [第三节 预约合同的边界](#)
- [第三章 效力论：法教义学比较与析解](#)
 - [第一节 诚信磋商说](#)
 - [第二节 应当缔约说](#)
 - [第三节 效力区分说（内容区分说、内容决定说）](#)
 - [第四节 预约合同效力的应然之路](#)
- [第四章 责任论：违背预约合同之救济](#)
 - [第一节 违背预约合同的责任范畴](#)
 - [第二节 预约合同的违约救济](#)

绪论

一、研究背景及意义

经济的快速全球化、共享经济时代的到来以及我国社会主义市场经济持续快速的发展，无不促使着市场主体间的合作日益频繁和紧密。合同作为市场主体合作的重要载体与工具，一直具有不可或缺的地位和作用。近年来，随着全民法律意识的逐渐提高，缔约者对缔约活动变得更为严谨和慎重，缔约过程往往变得冗长和复杂，合同类型及订立方式亦变得多元化，由古典契约理论所构造的传统且单一的“要约—承诺”模式已无法完全满足当前市场交易的需要。^[1]

缔约进程中，当事人对各个事项达成合意并非想象中那么一帆风顺，一个合同的成功缔结，往往经历了反复的洽谈和磋商，面对已经达成的合意条款以及稍纵即逝的交易机会，当事人视同至宝。并且，一旦当事人进入某项合同的缔约阶段，往往就不再关注甚至放弃其他同时存在的交易机会，此时仅给予其缔约过失责任制度的保护并不理想，对当事人来说也欠缺足够的安全感。如此，便在市场交易中出现了当事人基于他们的意思自治而作出的“事实行为”，即先达成一个契约固定和确立双方的交易及已达成的事项，并在这个契约中约定以后有订立最终合同的义务。这种契约被中外学者一致称为预约合同（precontract）。^[2]

预约合同因其特有的功能得到了市场主体的青睐，并在市场交易中扮演着越来越重要的角色，域外很多国家或地区都通过立法对其加以明确规定。自《法国民法典》首次以法律的形式规定以来，意大利、西班牙