

先期允诺法律约束力的类型化解释

吴晓晨

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要:先期允诺纠纷在司法实践中存在的普遍化,决定了法律解释或司法解释需要对其作出有力回应。对于先期允诺的规则设置,可根据先期允诺的不同形态进行类型化展开,经由解释论视角予以确定:以商业广告和宣传资料形式呈现的先期允诺,若符合构成要约的条件,可经由要约邀请—要约的转化路径,解释为要约内容;作为合同实质性诱因的先期允诺,可适用《民法典》第142条,经由动机路径判定是否构成合同内容;独立于主合同的具有独立性的先期允诺,可借鉴英美法上的附属合同规定,经由默示条款解释路径赋予其法律约束力;作为解释合同文本的“事实背景”,先期允诺还可发挥解释合同文本与填补合同漏洞的功能。

关键词:先期允诺;法律约束力;意思表示解释

中图分类号:D923.6 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2023)01-0077-15

Typological Interpretation of the Legal Binding Force of Prior Promise

WU Xiaochen

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract:The universality of prior promise disputes in judicial practice determines that legal interpretation or judicial interpretation needs to make a strong response to it. The rule setting of prior promise can be classified according to different forms of prior promise and determined from the perspective of legal hermeneutics: if the prior promise in the form of commercial advertisements and promotional materials meets the conditions of constituting the offer, it can be interpreted as the content of the offer through the conversion path of invitation to offer-offer; as the substantive inducement of the contract, the prior promise can be applied to Article 142 of the *Civil Code* to determine whether it constitutes the content of the contract through the motivation path; independent prior promise, which is independent of the main contract, can be legally binding through the interpretation of implied terms by referring to the provisions of ancillary contracts in Anglo-American law; as the “factual background” of interpreting the contract text, prior promise can also play the role of interpreting the contract text and filling the loopholes in the contract.

Key words:prior promise; legal binding force; interpretation of declaration of intention

一、问题的提出

在《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)编纂过程中,合同正式签署前双方当事人在谈判过程中形成的允诺能否构成合同条款的问题,是学界

争论的焦点。理论界对此尚无明确、统一的概念,有学者将其称为“先期谈判中的允诺”,^①亦有学者将其称为“被视为合同条款的特定允诺”,^②或“构成合同条款的允诺”。^③为避免歧义,笔者称其为“先期允诺”,意指合同正式签署前,双方当事人在谈判过程

收稿日期:2022-11-08

基金项目:2020年度中国法学会民法学研究会青年学者研究项目“先期允诺及其法律约束力研究”(2020MFXH014),2018年度国家社科基金重大专项“社会主义核心价值观在民法典中的价值定位与规范配置”(18AHJ003)

作者简介:吴晓晨,女,法学博士,大连海事大学法学院讲师。

① 参见王利明:《关于〈民法典分编(草案)合同编〉的意见》,载民商法律网2018年11月3日,http://www.civillaw.com.cn/zt/1/?id=34837。

② 参见韩世远:《民法典合同编一般规定与合同订立的立法问题》,载《法学杂志》2019年第3期,第27页。

③ 参见刘承睦:《民法典合同编的立法建议》,载《法学杂志》2019年第3期,第33页。

中形成的,最终并未明确写入最后协议中的说明和允诺。

《民法典合同编(草案)》(一次审议稿)第281条曾规定“当事人一方在订立合同前向对方所作的允诺内容具体确定,对合同的订立有重大影响,对方有理由相信其为合同内容的,该允诺视为合同条款”,伴随着该条文在《民法典合同编(草案)》(二次审议稿)中被删除,立法论上对先期允诺的讨论也就短暂地落下帷幕,但实践中对于先期允诺适用规则的需求并未停止。以《民法典》第473条及《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》(简称《商品房买卖司法解释》)第3条为核心的可适用规定确能发挥裁判指引功能,但前者将“允诺”的范围限定为“商业广告和宣传”的特殊形式,后者则仅适用于商品房买卖合同这一专有领域,均不足以应对司法实践中范围日益广泛、裁判分歧日益激烈的趋势。尚存在涉及景观配套^①、教育配套^②、商业配套^③以及实践中出现的新型客体^④等的诸多争议;在商品房买卖合同之外的诸如租赁合同、买卖合同、特许经营合同、服务合同、委托合同、承揽合同、旅游合同等其他合同中亦存在大量的先期允诺纠纷。其中,租赁合同中,商场在就商铺进行招租时,往往会发布有关招商优惠政策,如高招商率、开业率、入租率、回报率等数据,物流班线、客运站、影城、超市、银行等配套设施,情景式商业步行街、入驻品牌商家等宣传内容,引诱客户租赁其产品资源。买卖合同中,汽车销售宣传作出的车辆配

置信息、车牌归属地承诺;产品推销宣传中卖方作出的产品赠送、产品效果允诺。特许经营合同中,物流企业先期夸大自身实力和项目前景,以及售后保障承诺;服装企业作出的“合作店100%零库存,不适销过季服装全部包退”的承诺;^⑤贸易公司作出的“开业保80万元销量”以及“5万元创业补助金”的承诺;^⑥给予经营者项目支持和返点的承诺。服务合同中,健身俱乐部在合同签订前向客户作出的“增建场馆、换新器械”等场馆经营的承诺;^⑦高尔夫俱乐部在宣传广告对配套设施和服务的承诺;^⑧视力提升中心在宣传单中作出的“承诺三个月治好近视症,单眼裸视达到1.0以上,否则全额退款”的承诺。^⑨装饰装修合同中,装修公司作出的“全部采用绿色环保材料,仓储式供货,假一罚十,验收合格后施工”“按合同规定时间保质保量完工,因公司原因每超过一天赔偿500元”的承诺;^⑩以及赠送家电的承诺等。

法院在审理此类案件时存在多种裁判标准,并呈现严重的同案不同判现象。实践中对于其他合同类型中的先期允诺法律约束力的认定存在以下几种标准:第一,扩张适用《商品房买卖司法解释》第3条。包括直接援引《商品房买卖司法解释》第3条;^⑪采用《商品房买卖司法解释》第3条关于“允诺明确具体且对合同订立有重大影响”的认定标准;^⑫否认适用《商品房买卖司法解释》第3条以肯定先期允诺的法律效力。^⑬第二,要约判定标准。判定说

^① 关于公园作为市政公共设施是否处于开发商开发规划范围存在分歧,参见“姚某等与某某集团蚌埠金源置业有限公司商品房预售合同纠纷案”,安徽省蚌埠市中级人民法院(2016)皖03民终910号民事判决书;“郑某某、张某某商品房预售合同纠纷案”,浙江省宁波市中级人民法院(2017)浙02民终926号民事判决书。

^② 有关“学区房”的承诺是否应属开发规划范围,裁判分歧参见“葛某某与青岛某某置业有限公司房屋买卖合同纠纷案”,山东省青岛市市南区人民法院(2017)鲁0202民初441号民事判决书;“韩某某、徐某某房屋买卖合同纠纷案”,云南省昆明市中级人民法院(2018)云01民终1888号民事判决书。

^③ “知名商家或品牌的入驻意向”“售后包租、返租”以及“高收益率”的承诺是否属于对商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺,分歧参见“何某某、深圳市某某有限公司与黄某某房屋买卖合同纠纷案”,广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民终17276号民事判决书;“遂宁某某房地产开发有限公司与唐某某、冉某某商品房预售合同纠纷案”,四川省遂宁市船山区人民法院(2016)川0903民初3327号民事判决书。

^④ 例如,“轨道交通站点设置”“大型医院、大型商场、综合性超市等周边配套”“某房产项目高收益率”等允诺。

^⑤ 参见“浔阳区某某服饰店与香港某某服饰有限公司合同纠纷案”,江西省九江市中级人民法院(2016)赣04民初113号民事判决书。

^⑥ 参见“王某某与深圳市某某贸易有限公司特许经营合同纠纷案”,广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03民终3390号民事判决书。

^⑦ 参见“赵某某与上海某某健身俱乐部有限公司服务合同纠纷案”,上海市浦东新区人民法院(2016)沪0115民初81042号民事判决书。

^⑧ 参见“周某某与上海某某俱乐部服务合同纠纷案”,上海市松江区人民法院(2016)沪0117民初18317号民事判决书。

^⑨ 参见“马某某与张某某医疗服务合同纠纷案”,河北省遵化市人民法院(2017)冀0281民初3769号民事判决书。

^⑩ 参见“陈某某与上海某某建筑装饰工程有限公司装饰装修合同纠纷案”,上海市长宁区人民法院(2017)沪0105民初3803号民事判决书。

^⑪ 参见“柳某某与某某置业有限公司房屋租赁合同纠纷案”,湖南省常德市鼎城区人民法院(2017)湘0703民初1131号民事判决书。

^⑫ 参见“陈某某与上海某某建筑装饰工程有限公司装饰装修合同纠纷案”,上海市长宁区人民法院(2017)沪0105民初3803号民事判决书。

^⑬ 参见“叶某与某某管理有限公司、某某置业顾问有限公司房屋租赁合同纠纷案”,山东省乳山市人民法院(2017)鲁1083民初3766号民事判决书。

明和允诺是否构成合同的主要内容;^①判定说明和允诺是否符合要约的实质性要件,即内容具体且允诺人自愿受该允诺约束。^②第三,信赖利益标准。法律对宣传行为的基于正常的、稳定的交易秩序的合理信赖应予保护。^③第四,实质性重大影响标准。对消费者的购买决定产生实质性影响并直接决定商品价格的宣传内容应当构成合同组成部分。^④此外,实践中还有法院以该说明和允诺载有双方当事人的合意,应当尊重当事人的意思自治为由,肯定先期允诺的法律约束力;^⑤同时也有法院以该允诺内容未载入合同为由,认为宣传内容未经双方明确为合同义务条款并不构成合同义务,书面合同视为对先期口头或书面约定的变更,因此,将先期的宣传内容认定为要约邀请,对双方不具有法律约束力。^⑥

相比于司法实践中对先期允诺法律约束力规则的强大需求,中国现行立法关涉先期允诺的规定陷入明示性规则显著不足、替代性规则缺失的困境。以欺诈制度为例,一方面,欺诈认定需以允诺构成合同为前提,以欺诈制度解决先期允诺问题的适用前提又回到了判定该允诺是否构成合同内容的核心问题之中;另一方面,欺诈制度仅能覆盖允诺人作出的虚假允诺并只能为受诺人提供撤销合同和损害赔偿的救济路径,无法满足受诺人要求合同继续履行而就虚假允诺造成的损失主张赔偿的需求。缔约过失责任虽与先期允诺制度同为先合同阶段的责任制度,但其责任的形成节点在合同成立前的磋商阶段,无法覆盖合同有效框架下的合同责任,加之其以缔约人的过错为成立要件,无法涵盖先期允诺法律约束力的全部场景。从理论上讲,两大法系在合同法律约束力认定层面呈现出的机理上的“家族相似性”可为先期允诺法律约束力提供正当性依据。

首先,当事人的意志并非合同约束力的唯一来

源,合意本身所负载的“物质性因素”逐渐超越意志在合同约束力领域的决定性作用,成为促成合同产生约束力的决定性原因。19世纪末以来,随着意思决定论的哲学基础——先验哲学受到质疑;意思决定论的自由主义合同观念,由于工业社会集体交易的出现、各种社会力量的崛起以及意识形态和社会制度的多元化等因素的发展而面临严峻挑战;^⑦大陆法系原因理论生命力的增强,使得意志决定论的贫困被逐渐展现出来。^⑧当事人的意思不再是促成合同产生法律约束力的唯一的、无条件的因素。英美法上的约因理论、信赖理论也显示出契约法理从主观性的意思转化为客观性理论,两大法系对合同约束力因素的论证共同证成了一个观点:合同效力的正当性并非来源于当事人的意志,而是因为存在“决定合同约束力的物质性因素”。^⑨这种物质性因素,在大陆法系即为“原因”,而在英美法系则为“约因”和“信赖”。根据原因理论,^⑩一项允诺如果符合合同的近前目的因,即构成合同所反映出的客观关系,那么该允诺理应获得执行力,由该允诺产生的要求相对方履行义务或赔偿损失的请求即具有正当性依据。根据约因原则,磋商过程中作出的允诺,如果存在对待允诺或对待给付,则该允诺可以被执行;而根据信赖原则,磋商过程中作出的允诺,只要存在对允诺的信赖,该允诺即可被执行。

其次,决定允诺法律约束力正当性的是允诺的内容,而非允诺的作出方式。原因理论与约因理论均产生于对形式主义的对抗中。原因理论的产生是基于对罗马法时期形式主义和类型强制主义契约限制的对抗,通过“原因”以为简约“穿衣”的方式,使此类传统意义上效力不被罗马法认可的协议获得同名契约相同的法律效力。约因理论的产生是源于对英国固有令状制度的反抗,为未具备法定书面形

① 参见“马某某与张某某医疗服务合同纠纷案”,河北省遵化市人民法院(2017)冀0281民初3769号民事判决书。

② 参见“某某国际旅行社有限责任公司、某某国际旅行社有限责任公司柳州分社旅游合同纠纷案”,广西壮族自治区柳州市中级人民法院(2018)桂02民终2433号民事判决书。

③ 参见“谷某及中国建设银行股份有限公司鸡西分行储蓄存款合同纠纷案”,黑龙江省鸡西市中级人民法院(2017)黑03民终358号民事判决书。

④ 参见“陈某某与某某特产有限公司、浙江某某网络有限公司网络购物合同纠纷案”,广东省深圳市罗湖区人民法院(2016)粤0303民初16191号民事判决书。

⑤ 参见“某某装备股份有限公司与某某纺织机械有限公司定作合同纠纷案”,湖南省郴州市永兴县人民法院(2016)湘1023民初2712号民事判决书。

⑥ 参见“洪某与彭某某、张某某教育培训合同纠纷案”,上海市浦东新区人民法院(2016)沪0115民初73391号民事判决书。

⑦ 参见徐涤宇:《合同效力正当性的解释模式及其重建》,载《法商研究》2005年第3期,第43页。

⑧ 笔者认同徐涤宇教授的观点,即意思自治原则绝对支配地位的下降并不意味着其衰落,“意志决定论”对于自由主义合同之效力根源的解释力依然有效。因此,至多只能宣告“意志决定论”的贫困,而非“意志决定论”之解释力的失效。参见徐涤宇:《合同效力正当性的解释模式及其重建》,载《法商研究》2005年第3期,第48页。

⑨ 参见李永军:《论债因在合同法中的作用》,载《当代法学》2018年第2期,第94页。

⑩ 此处主要指客观原因理论。

式和盖印形式的非正式合同提供和正式合同同等的诉讼机会和救济途径。

对此,亚里士多德关于交换正义的理论可为合同约束力来源提供统一的哲学基础。作为决定允诺约束力的基本依据,合同的达成不仅是当事人意志的表达,更是对正义的践行。两大法系对于合同约束力基础的论证所体现出的是,决定合同约束力的不仅仅是一种“物化的意志”,而且是一种被“德性”引导的意志,而此处引导意志的“德性”,即为交换正义。

法律约束力是指在一定时间、空间范围内法律对人们行为的制约和规范。^①在此基础上的合同法约束力则主要意指业已缔结的合同对于合同当事人及第三方的强制执行力,先期允诺法律约束力的强度差异取决于其同合同文本的相互联系及影响,此亦可为先期允诺的类型化提供分类依据。其中,对合同具有重大影响,同合同文本具有强相关性的先期允诺,主要经由要约、动机解释路径转化为合同的实质内容;同合同文本不具有强相关性,但具备独立性的先期允诺,可经由附属合同的认定路径获得强制执行力;除此之外,用以确定合同所用之词与符号含义的先期允诺可作为合同解释的事实依据,发挥法律约束力。^②笔者据此结合先期允诺在实践中呈现出的多种形态,基于同合同文本间相互作用的不同关系,尝试从类型化角度对为不同形态的先期允诺提供完整的解释路径。

二、构成要约内容的先期允诺

根据《民法典》第473条和《商品房买卖合同司法解释》第3条的规定,以商业广告和宣传资料形式呈现的先期允诺,若符合构成要约内容的条件,可经由要约邀请—要约的转化路径,解释为合同内容。鉴于实践纠纷确已集中在宣传等具有“吸引力”的允诺之中,可通过扩张解释“宣传”所涵盖的范围方式,从而将不同形式的先期允诺通过商业广告和宣传资料的载体方式纳入合同内容,^③但在形式要件以外,

还需满足以下基本条件。

(一)先期允诺内容具体确定

1. 内容具体明确

《民法典》第472条规定要约的首要条件即为内容具体确定。其中,要约的内容必须具体,是指要约的内容必须具有合同的条件,至少是主要条件,得因受要约人的承诺而使合同成立;要约的内容必须确定要求要约的内容必须明确,而非含糊不清。^④就内容确定而言,司法实践中大致存在两种标准。其一,受诺人直观印象上的明确。即该说明或允诺若能够使受诺人形成直观明确的印象,即为内容确定。例如,商品房买卖合同案件中开发商以沙盘、规划设计方案、房屋平面图、样板间等方式作出的允诺可视为内容确定。^⑤其二,客观意义上的明确。即仅有允诺的概貌不足以构成说明和允诺的具体明确,还应符合更加严格意义上的客观标准。例如,商品房买卖合同案件中开发商作出的关于“独立影城、室内滑雪场、高尔夫运动场”等的允诺,虽将该允诺内容规划载于项目规划平面图中,但尚不足以满足内容确定的基本标准,还需对其具体规划的配置面积、建设期限、建设规格标准作出具体描述。^⑥基于过于严格的标准不利于实现对受诺人预期与信赖的保护初衷,笔者更赞成前者,即达到受诺人直观印象上的明确即符合“内容确定”的要求。换言之,如果该先期允诺的内容可以被特定化,并且不受外部因素的影响而得以确定化,以及可以被明确的预期,即已满足内容明确的要求。此外,如果允诺人通过明示或暗示的方式表明其违背允诺所承担的责任,则该允诺借此转变为持久的行为准则,因为允诺人通过承担责任的方式来保证该意图的延续,担保允诺的实际履行。^⑦据此,对先期允诺内容的具体明确要求使其区别于“一般性宣传”和“过分商业吹嘘”,内容含糊且采用夸张性、渲染性表述的商业吹嘘不构成先期允诺,因为其未达到特定化的具体程度,陈述人不会因此承担任何责任。在 *Phame (Pty) Ltd v.*

① 参见杨彪、叶琪:《意向书的法律约束力》,载《中山大学学报(社会科学版)》2016年第6期,第168页。

② 英美普通法区分合同解释(interpretation)与合同的推定解释(construction),前者用以确定合同所用之词与符号的含义的过程,后者为借助合同自身以外的许多事实来确定这些词与符号所具有的法律效力的过程。笔者对于合同解释的界定采前者的概念。参见崔建远:《合同解释辨》,载《财经法学》2018年第4期,第63页。

③ 参见薛军:《论合同当事人合意范围的界定与内容合并条款——以中国〈民法典〉为中心的解釋论构造》,载《社会科学辑刊》2022年第2期,第72页。

④ 参见崔建远:《合同法》(第4版),北京大学出版社2021年版,第38页。

⑤ 参见“冯某某、王某某与四平某房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案”,吉林省四平市梨树县人民法院(2017)吉0322民初1755号民事判决书。

⑥ 参见“李某某与某某公司商品房销售合同纠纷案”,贵州省贵阳市云岩区人民法院(2017)黔0103民初2390号民事判决书。

⑦ Samuel J. Stoljar, *The Ambiguity of Promise*, Northwestern University Law Review, Vol. 47:1, p. 11 (1952-1953).

Paizes案中,^①上诉法院认为:“卖方的陈述是否超出了吹嘘的范围取决于每个案件的具体情况。相关考虑因素包括:该陈述是否是针对买方提出的问题作出的,其对买方有意购买的已知目的的重要性;这个陈述是事实还是个人意见;对于易受骗的人来说,能够显而易见地识别出卖家只是在赞美他的商品,因为卖家从来没有这样做过。”

此外,先期允诺的事项应属允诺人能力范畴内也是对先期允诺确定的必然要求。超出允诺人掌控范围的允诺,受制于第三方的决策影响,本身含有不确定因素,不能满足先期允诺“明确”的基本要求。对于允诺人能力范畴的判定,此处以实践中争议较大的“学区房”和“学位房”的比较予以释明。“学区房”是政府根据生源情况来划分的,如果业主迁入“学区房”,那么他们的子女可以根据规定入读户口所在地分配的学校。“学位房”是开发商与学校签订相关的协议或者合同达成合作关系,业主买房后可获得指定学校的“学位”,其子女入读指定的学校不需要参加考试、电脑派位,即仅凭购房合同或者房产证就可以在相应的学校上学。^②“学区房”的允诺能否具有法律约束力相对而言是不确定的,因为存在超出开发商能力范围的政府规划等不确定因素;而“学位房”的允诺则完全属于开发商可充分控制的能力范畴内,该允诺如果满足其他要件则应当具有法律约束力。此种判定标准同样适用于实践中争议较大的商铺租赁或买卖案件中,开发商关于知名商家入驻、商铺承租率的承诺,都应属开发商能力范畴内。

2. 包含合同的主要条款

先期允诺作为合同文本外的证明因素,其法律约束力的认定势必会一定程度地损害书面文书的正式性以及商事交易的可预见性与确定性,故需在解释构造上消除其负面影响。事实上,要约邀请内容可进入要约的前提是其包含交易条件,这一点已得到学界大多数学者的支持。^③该交易条件或体现为

关于未来合同标的的说明,或体现为保障交易安全的条件。^④根据《民法典》第473条的规定,商业广告和宣传内容需符合要约条件,方可经由要约邀请容纳路径构成要约。尽管《民法典》第473条在原《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)第15条“视为要约”的基础上采用“构成要约”的表述,体现出商业广告、宣传资料从直接作为要约到可构成部分要约内容的变化,表明经由要约邀请容纳规则进入要约无需包含足以使合同成立的确定内容,但作为单个允诺进入要约内容仍应满足作为合同主要内容以构成要约内容部分条款的条件。《商品房买卖合同司法解释》第3条关于“就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺”以及“对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响”的要求限定也体现出此种理念原则。对“主要内容”的解释,可以围绕以下维度展开。

一是合同的主要义务。合同的主要义务,也称合同关系的主要要素,是指根据合同性质而决定的直接影响到合同的成立及当事人的订约目的的义务。^⑤具备合同的主要义务是要约成立的基本要求。笔者认为,合同主要义务的内容应当包含两个方面:其一,依合同性质决定的主要义务。即基于合同类型所产生的合同关系中所固有的、必备的义务。例如,《民法典》第595条规定的买卖合同中出卖人转移标的物所有权的义务和买受人支付价款的义务。“福建某某商业运营管理有限公司与李某房屋租赁合同纠纷案”中,^⑥法院即采用了此种判定方式。其二,当事人特别约定的主要义务。例如,一方当事人明确同意,在违反某项特别条款的情况下,另一方当事人有权自由地拒绝履行合同;或者一方当事人明确声称他认为存在争议的条款非常重要,除非依据这些条款,否则他将拒绝签订合同,且另一方当事人也应同意该条件。^⑦

二是合同的主要条款。中国司法实践中,常以是否包含合同主要条款作为判断一项广告是要约还

^① 1973 (3) SA397 (A).

^② 参见MR莫晓:《学区房和学位房有什么区别?》,载百度2018年4月16日, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1597894096809900726&wfr=spider&for=pc>。

^③ 参见隋彭生:《论要约邀请的效力及容纳规则》,载《政法论坛》2004年第1期,第90页;王敬华:《论要约邀请的内容与合同内容之间的容纳关系——兼论我国〈合同法〉相关条款的完善》,载《法学杂志》2010年第5期,第107页。

^④ 参见王敬华:《论要约邀请的内容与合同内容之间的容纳关系——兼论我国〈合同法〉相关条款的完善》,载《法学杂志》2010年第5期,第107页。

^⑤ 参见王利明:《合同法研究(第一卷)》,中国人民大学出版社2002年版,第373页。

^⑥ 参见“福建某某商业运营管理有限公司与李某房屋租赁合同纠纷案”,福建省泉州市鲤城区人民法院(2017)闽0502民初433号民事判决书。

^⑦ 英国法上也称其为“约定条件”。参见[英]P. S. 阿狄亚:《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社2002年版,第178页。

是要约邀请的主要标准,如果广告中包含了合同的主要条款,如提出了名称、价款、数量、性能等内容,则可认为构成要约内容。^①对主要条款的范围界定,可参照原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(简称《合同法司法解释(二)》)第1条,即包括当事人名称或者姓名、标的和数量,^②同时结合合同性质或当事人约定进行具体分析。其中,买卖合同中关于货物质量、数量的描述性陈述,应被视为合同的主要内容,这已成为各国保护消费者权益的通用手段。^③《中华人民共和国消费者权益保护法》(简称《消费者权益保护法》)第23条第2款也有类似规定:“经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的,应当保证其提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。”实践中,允许消费者提供在购买前的谈判过程中卖方作出的口头保证和承诺,以平衡买卖双方议价能力,此做法已为广泛采纳,以此要求卖方对自己的言行保持格外的谨慎。“秦某某等与北京某某商贸中心买卖合同纠纷案”中,^④法院直接认定,在日常消费类商品的交易中,消费者与经营者之间就商品形成的口头约定应作为约束买卖合同双方的有效合同条款。除此之外,在履行合同内容之外以违约责任形式体现的先期允诺时,也可视情形解释为合同内容,包括商品销售中关于“假一罚万”的承诺。对于先期允诺中是否包含合同的主要“价款”因素,可以采取“比例原则”,即以先期允诺中的价格占合同文书中的价格比例来加以判定。比例原则可以很好地解决类似“买房赠装修”等案件中销售广告和宣传资料赠送的装修价格是否构成重大影响的问题,如果赠送的装修的价格相对涉案房屋价格占比较大,则可以认为先期允诺中包含合同的主要价款因素。此外,如若先期允诺构成合同定价的重要组成部分,也可视为构成要约内容。

(二)先期允诺包含表意人的自我约束

根据《民法典》第472条的规定,先期允诺经由要约邀请—要约的路径进入合同需符合要约关于表意人具备受要约拘束的意旨的效果意思条件,即意思表示人欲使其表示内容引起法律上效力的内在意思要素,具有设立、变更或终止民事法律关系的意图。^⑤允诺人以说明或行为方式表明受意思表示约束,或根据其表意行为,第三人能够合理相信其有该意思表示的,都表明允诺人具有受意思表示约束的意图。

1. 与合同正式文本相矛盾的先期允诺的法律约束力

在确定表意人是否对先期允诺具有受拘束的意旨时,需要特别探讨同合同文本相矛盾的先期允诺可否视为表意人的自我约束而被定入合同的问题。对此,美国法上的口头证据规则作出了详尽的规定。美国合同法将合同以完全完整和部分完整的标准进行区分。最终的且完整的书面文书为完整合同,任何先前协议的证据不能同完整合同相矛盾或对其予以补充;最终的但并非完整的书面文书为部分完整合同,先前的协议证据不得同此类书面文书相矛盾,但一致的证据可以对其予以补充;而不具有完整性的合同,先前协议证据可以对其予以变更。^⑥对于如何确定完整性,存在两种基本范式的冲突,威利斯顿(Williston)教授和科宾(Corbin)教授是争论的两方。两位学者都认为,当事人的“意图”应当是书面文书完整性的决定因素,但二者使用“意图”的方式显著不同。威利斯顿强调,书面文书在辨别双方意图方面具有决定性,即“合同文书能够自证其完整性”;而科宾则主张审判法院审查所有可用的外部证据,以确定双方当事人真正意图,即“完整性的证明应当基于当事人意图的所有相关证据”。^⑦事实上,在中国现行合同解释制度的框架下,强化合同解释

① 参见王利明:《合同法研究(第一卷)》,中国人民大学出版社2002年版,第215页。

② 对应于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》第3条:“当事人就合同主体、标的及其数量达成合意的,人民法院应当认定合同成立。”

③ 美国《统一商法典》§2-313规定了货物买卖中卖方就买方关于货物的许诺、说明以及样本和模型构成货物买卖中的明示保证(express warranties)。《德国民法典》第434条关于物的瑕疵的规定为,买受人依出卖人、生产者(《产品责任法》第4条第1款和第2款)或者其辅助人的公开陈述,特别是在广告或者关于物的特定品质之标识中的公开陈述,而可以期待的品质,属于买受人能够按物的种类而期待的性能。同时,如果广告决定“合同约定的使用[性能]”,可产生第459条第1款第一句及第462条规定的瑕疵担保责任。《欧洲示范民法典草案》第II-9:102条第2款规定,合同一方当事人是经营者,并于合同订立前就其依合同将提供的财产或服务所具有的具体特征向对方当事人或公众作了陈述的,该陈述视为合同条款。

④ 参见“秦某某等与北京某某商贸中心买卖合同纠纷案”,北京市第一中级人民法院(2019)京01民终2898号民事判决书。

⑤ 参见王敬华:《论要约邀请的法律意义之有无》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2007年第2期,第274页。

⑥ Michael B. Metzger, *The Parol Evidence Rule: Promissory Estoppel's Next Conquest*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 36:1383, p. 1393(1983).

⑦ George I. Wallach, *The Declining Sanctity of Written Contracts—Impact of the Uniform Commercial Code on the Parol Evidence Rule*, *Missouri Law Review*, Vol. 44:651, p. 659(1979). 在这方面,威利斯顿的方法类似于现在已经失效的“四角规则”学说。

对合同内容的修正作用,具有重大借鉴意义。但在对于合同文书终局性的判断上,对任何一种模式的简单继受都难谓妥当。文本主义与语境主义并非纯粹意义上的二元对立。文本主义基于传统合同法的交易模型,描绘出两个独立的理性人基于充分的磋商和思想交流所产生的使双方均能从中受益,并将该内容共同固定于合同文书的理想化图景。语境主义则着眼于当事人缔约能力和缔约水平不相当的现代交易图景,希望借助当事人的交易过程来阐明合同含义。两种模式恰当合理的结合,应当是适应不同形态交易模式的理想选择。据此,在合同完整性的判断上,司法干预意思自治的前提在于合同当事人的经济和法律地位不对等或缔约方之间存在合同经济失衡。就是说,结合书面文书的正式程度,当事人的相对成熟度和磋商过程中是否滥用不平等的议价能力,以及当事方意图综合判断后,认定正式合同文书不仅未经公平和详细的谈判,甚至存在滥用谈判行为的情形时,方可允许合同文本相矛盾的先期允诺推翻或撤销在先订立的说明和允诺并进入合同,通常适用于消费合同、格式合同等呈现磋商不完全、交易不对等特征合同类型。

此种认定路径亦可覆盖关涉合并条款的法律效力,但需特别注意合并条款是否被用于作为控制代理人作出未经授权承诺的工具。实践中,开发商以商业广告或宣传资料的形式作出先期允诺或经由销售人员作出口头承诺,引诱买房人签订商品房买卖合同,后以宣传资料、书面补充协议中存在合并条款为由主张先期允诺无效的情况十分常见。此类合并条款原则上应当被认定为无效,除非被代理人不具有可归责性。一方面,作为被代理人的企业更有能力也更可能以最低成本控制代理人的具体陈述,防止代理人作出虚假陈述;另一方面,如果仅以维护企业利益为由肯定免责条款的效力而否认代理人作出的先期允诺,显然会辜负另一方当事人的合理期待,因为他们可能基于代理人的先期允诺被引诱到合同当中。在此,应当将先期允诺纳入到合同内容当中,综合考量。《欧洲合同法原则》第6:101条第3款也有类似规定:为专业供应商提供广告、营销服务、货物或其他财产的人,或处在商业链早期环节的人提

供的此类信息和承诺,将被视为专业供应商的合同义务,除非该经营者不知道也没有理由知道这些信息或承诺。

2. 表意人是否受其意思表示约束应以受诺人的理解作为衡量标准

在考虑哪一方当事人的理解应当优先作为衡量表意人是否具有受拘束的意旨时,存在立法分歧。美国《合同法重述(第二次)》§90关于“如果允诺人能够合理预见到其允诺能够引起受诺人或第三人的作为或不作为……”的表述,^①以允诺人在作出允诺时的合理期待作为判定依据,亦即根据允诺人当时所知道的情况判定允诺人是否有理由期待允诺会引起重大的信赖。《欧洲示范民法典草案》第II-9:102条关于“一方当事人在合同订立前所作的陈述,在对方当事人合理地理解该陈述的作出是基于合同如订立该陈述即构成其中一部分时……”的表述,强调受诺方的合理解释。《民法典》在“意思表示解释”部分对有相对人与无相对人的区分,体现了对于受领人信赖与预期保护的强调。据此,应根据受诺人的理解推断受诺人是否会将允诺人的表示视为可以安全信赖的允诺意图。主要原因在于,以允诺人的合理预期为判定标准作出的隐含预设:如果允诺人能够预见到受诺人相信其允诺的可能性,而未能合理谨慎地行事以避免误解,则应当具有可归责性。而承认先期允诺法律约束力所宣誓的价值取向为:基于合理信赖而有所行为之人的正当利益,会得到法律的支持,信赖者的信赖不会因对方的背信、过失或外观的虚假等而落空。^②因此,如果受诺人有理由相信该允诺的作出是基于合同如订立该允诺即构成合同内容,或者说允诺人使受诺人有理由相信该允诺会作为双方最终合同的一部分,则受诺人的信赖将得到保护,无论允诺人在主观上是否打算受到约束。^③

三、作为合同诱因的先期允诺

经由要约解释路径进入合同内容的先期允诺需符合构成合同的主要条款的基本要求。实践中尚存在虽非构成合同的主要条款,但同合同文本存在强相关关系,对合同具有重大影响的先期允诺,其中以

^① 美国《合同法重述(第二次)》§90规定:“如果允诺人能够合理预见到其允诺能够引起受诺人或第三人的作为或不作为,且该允诺确实引起此种作为或不作为,如果只有通过强制履行该允诺方能避免不公正,则该允诺具有拘束力。违反允诺之救济应限制在公正所要求的范围内。”

^② 参见叶金强:《信赖原理的私法结构》,北京大学出版社2014年版,第8页。

^③ Ben McFarlane, *The Protection of Pre-Contractual Reliance: A Way Forward?*, *Oxford University Commonwealth Law Journal*, Vol. 9:95, p. 104 (2010).

“售后回租、保底收益”等非属“就商品房开发规划内的房屋及相关设施所作的说明和允诺”尤为典型。此类先期允诺作为商业目的的体现,无法满足房屋买卖合同旨在保护买房人对所购商品房基础设施和相关配套等居住环境质量期待的期待,无法被要约解释路径所涵盖,但仍应对其可归入合同内容的情形予以具体探讨,结合合同订立目的判断该允诺是否构成影响其订立合同的决定性信息。

(一) 作为合同诱因的先期允诺约束力来源

如果先期允诺是诱使受诺人订立合同的主要原因,亦即,受诺人对于合同的“期待”是允诺方肯定性诱导行为的结果,没有该诱导,受诺人不会实施允诺人所期待或指示的行为。此时,作为合同实质性诱因的先期允诺可经动机路径由《民法典》第142条关于有相对人的意思表示的解释规则,判定其是否构成合同内容。

作为合同诱因的先期允诺之所以应当具有法律约束力,是基于以下理由:第一,合同法的主要目的是保护当事人的合理预期。预期与信赖是合同法的“灵魂”和“主线”,是合同法的基本范畴。^① 实质性诱因作为合同的主要目的,即为当事人订立合同所要达成的合理预期。第二,诱因体现出合同关系的相互性。一方对于合同的“期待”是另一方肯定性诱导行为的结果,是“具有重要影响”的深度强化,不再仅对允诺的重要性进行单向评价,而对允诺与受诺人之间的互动关系进行双向考评。根据美国《合同法重述(第二次)》§90的规定,被引诱的合理信赖可以作为强制执行允诺的基础。霍姆斯所提出的经典的交易约因论也强调“允诺与约因之间的互惠诱因关系”为契约的根本,这种互惠诱因关系也是判定非正式性允诺是否具有可执行性的关键。交易约因论之所以推定互为诱因的允诺是可执行的,是基于诱因本身即体现出明确的相对应的受法律约束的意图。^② 诱因作为合同订立的基础和条件,体现出当事人意欲达到特定法律效果的效果意思。第三,诱因是合同关系基础的客观反映。亚里士多德关于事物本质的形而上学理论以及托马斯·阿奎那

的目的论作为契约效力的哲理源泉,均强调“行为的本质与目的因的内在联系”,即“目的因”是个别事物趋向于运动的方式,亦是界定行为本质的最终手段。因此,一项先期允诺如果符合合同的目的因,即构成合同所反映出的客观关系,是合同自身所应当具有的权利义务,应当具有法律约束力。第四,作为合同诱因的先期允诺应当具有法律约束力似已成立立法共识。英国法上,如果一项允诺的重要性在于,如果没有该允诺,受诺人根本不会签订合同,则该允诺可能被视为合同条款。^③ 中国台湾地区也有类似判例。1998年度台上字第1190号判决:“按购屋人倘系受建商所为预售屋广告之引诱后,进而以此广告之内容与建商洽谈买卖,则该广告内容之记载,显已构成买卖契约内容之一部。”^④ 日本《消费者合同法》第4条第2项规定:“经营者在缔结消费者合同的劝诱时,就某一重要事项或者与该重要事项相关的事项仅作对该消费者有利的方面的说明,而对该重要事项对该消费者不利的方面的事实(以消费者通常会因该告知而认为该事实不存在为限)故意不作说明,导致消费者误认为该事实不存在并从而作出该消费者合同的要约或承诺的意思表示之时,消费者可以撤销该意思表示。但是,虽然该经营者要就该项事实对其作说明,但该消费者作了拒绝的,不在此限。”

(二) 作为合同诱因的先期允诺约束力判定标准

1. 合同订立的主要目的

传统原因理论认为,当事人进行交易必然伴随两种目的——直接目的(近因)与最终目的(远因)。前者是欲通过契约取得的利益或物,后者则是直接目的的目标。^⑤ 近因是当事人订立合同的典型交易理由,也被称为客观目的;远因则是当事人希望通过合同达到的最终目的,因具有极强的主观主义色彩,因此也被称为主观目的(动机)。^⑥ 近因通常在所有相同类型的合同中均是一致的、客观的,而远因则因人而异。^⑦ 笔者认为,构成合同内容的实质性诱因

^① 参见孙良国:《合同法中预期与信赖保护研究》,法律出版社2016年版,引言第13页。

^② Randy E. Barnett, *Some Problems with Contract as Promise*, *Cornell Law Review*, Vol. 77:1022, p. 1029 (1992).

^③ G. H. Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 354.

^④ 参见王泽鉴:《债法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第158页。

^⑤ 参见李永军:《论私法合同中意志的物化性——一个被我国立法、学理与司法忽视的决定合同生效的因素》,载《政法论坛》2003年第5期,第123页。

^⑥ 参见尹田:《法国现代合同法:契约自由与社会公平的冲突与平衡》,法律出版社2009年版,第179页。

^⑦ 参见李永军:《论私法合同中意志的物化性——一个被我国立法、学理与司法忽视的决定合同生效的因素》,载《政法论坛》2003年第5期,第123页。

是“当事人期待合同达成的主要目的”。其内容既包括近因,即合同中的客观目的;也包括可确定的远因,即当事人所明示或可推知的主观目的。

首先,合同的客观目的。合同的客观目的通常指合同的典型交易目的,即给与所欲实现的法律后果。例如买卖合同中的客观目的为“取得标的物所有权”。^①关于合同客观目的确定,笔者赞同崔建远教授的观点,即客观目的确定不拘泥于抽象客观目的的机械适用,而应采抽象与具象的双重视角,针对具体合同进行具体分析。^②合同主要目的确定以典型交易目的为基础,同时结合案件的具体情形将交易目的具象化。例如“河南省某某有限公司与吉林省榆树市某某村村民委员会、吉林省某某科技开发有限公司种植回收合同纠纷案”中,^③买受人的典型交易目的虽为取得标的物的所有权,但保证产量亦是其购买豆种的主要目的。此为被告作为出卖人所作出的关于豆种产量的宣传,虽未订入合同,但法院仍然认定该宣传报道应视为订立合同的原因,因为该宣传报道对于买受人购买豆种起到了实质性的作用,报道宣传中的高产是买受人签订合同的主要原因。

其次,可确定的主观目的。合同的主观目的虽因人而异,但若当事人在签订合同时明确将该动机告知对方相对人,并作为合同成立的基础或条件;或者虽然当事人在签订合同时未明确告知,但有充分且确凿的证据证明该动机就是合同(交易)成立的基础,此时,主观目的即转化为构成合同的实质性诱因。^④主观目的确定主要分为以下两种情况。一是受诺人的明示表示。如果受诺人在磋商过程中明确表示该允诺条件为其签订合同的主要目的或前提条件,则该允诺构成合同订立的实质性诱因。对此,英国法上两个经典案例可以予以说明。*Couchman*

v. Hill 案中,^⑤一头小母牛被拍卖,一位竞拍者问小母牛是否是小牛,并补充说,如果它是,他不会出价。他在得到母牛不在小牛期的保证后买了这头母牛,法院认为这种保证是合同的一个条款。*Bannerman v. White* 案中,^⑥班纳曼(Bannerman)向怀特(White)出售啤酒花,在销售谈判的过程中,怀特询问班纳曼该啤酒花的生长过程中是否使用过硫磺,并补充说,如果使用硫磺他甚至不会询问价格,因为酿酒商拒绝接受被硫磺污染的啤酒花。班纳曼说没有使用过硫磺。在啤酒花交付后,怀特以啤酒花含有硫磺为由,拒绝履行合同,班纳曼起诉要求赔偿。事实证明,在班纳曼的三百英亩土地上,硫磺已被使用。陪审团最终认为,“班纳曼在所种植作物上是否使用硫磺的陈述”是双方理解并打算将其作为销售合同的一部分的内容。共同上诉法院支持了该观点,并认为,班纳曼的保证是双方当事人订立合同的条件,违反该保证意味着怀特的合同责任将被免除。二是可推知的合同目的。例如,当事人购买房屋的主要目的虽然是居住使用,但如果有确凿证据证明买受人购买该房屋是基于学区的需求,比如买受人家中尚有适龄入学儿童,则可以推定学区是该案中当事人购买房屋的主要目的。实践中,就开发商在商铺(商用商品房)买卖过程中,以“售后返租、售后包租、保底收益”等允诺作为营销卖点,后通过由购房人同经营管理公司签订《委托经营管理协议》的方式以实现返租允诺的案件,部分法院判定开发商虽非合同相对方,但应与经营管理公司一同向购房人承担委托合同违约的连带责任,^⑦即采用了此种裁判思路。

2. 影响订约决定的主要因素

《现代汉语词典》将“诱因”界定为“导致某种事情发生的原因”。^⑧对该因素的判定,应当以客观标准为主。对于先期允诺是否构成影响订约决定的主

① 参见崔建远:《论合同目的及其不能实现》,载《吉林大学社会科学学报》2015年第3期,第41页。

② 参见崔建远:《论合同目的及其不能实现》,载《吉林大学社会科学学报》2015年第3期,第41-43页。

③ 具体案情如下:被告某某公司在《科技日报》和《农民日报》上刊登“航2”豆种是航天工业部育种、经过航天器搭载且可作为大豆原种的高产大豆种子,亩产可达250公斤至350公斤。后同某某村签订《扩繁大豆种子合同书》,其中约定:“品种为88-8航2大豆原种、相文公司于2004年12月末回收,种子回收价格为每市斤1.5元,如市场价高于1.5元每市斤时,收购价上浮10%。”该合同签订后,某某村履行了种植义务,但大豆最终平均亩产150公斤。某某村以产量未达宣传标准为由主张某某公司承担违约责任。法院认定,《科技日报》与《农民日报》的报道客观上对某某村购买“航2”豆种起了实质性作用,某某村、某某公司虽未在合同中约定种植“航2”豆种的产量,但报道宣传中的高产是某某村签订合同的主要原因,那么某某公司对其豆种的宣传,应视为合同的内容。参见“河南省某某有限公司与吉林省榆树市某某村村民委员会、吉林省某某科技开发有限公司种植回收合同纠纷案”,吉林省长春市中级人民法院(2016)吉01民终1553号民事判决书。

④ 参见崔建远:《合同一般法定解除条件探微》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第6期,第127页。

⑤ (1947)K. B. 554.

⑥ (1861)10 CBNS 844.

⑦ 参见“云南某某房地产开发有限公司、甘某某等委托合同纠纷案”,云南省保山市中级人民法院(2021)云05民再23号民事判决书;“张某某与蚌埠市某某商业经营管理有限公司、安徽某某置业有限公司委托合同纠纷案”,安徽省蚌埠市龙子湖区人民法院(2018)皖0302民初1650号民事判决书。

⑧ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2012年版,第1583页。

要因素,可采取法律的合理推定方式。如果该允诺的性质可能导致理性人产生以上效果,而受诺人确实订立了合同,则可以公平地推论出:事实上受诺人是基于该允诺的影响而订立合同。^①以商品房买卖为例,消费者购买商品房时的主要考虑因素通常为房屋的套型、朝向、地段、周边设施及小区性质,于此范围之外的其他考虑因素,通常不认定为影响订约决定的主要因素。例如,“方某某、吴某某等与浙江某某房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案”中,^②原告主张房屋买卖广告中注明小区大门为标志性的法式豪华凯旋门,后实际上小区的公共设施中不存在凯旋门,小区大门和南大门机动车出入口现状与被告展示的沙盘、宣传资料也不一致。法院认为,其不属于消费者购买商品房时的主要考虑因素,不视为对合同订立具有重大影响。

此处有三种情况需要特别强调。第一,如果该允诺是产品销售宣传的重要卖点,应当认为可以推定其为合同订立的实质性诱因,这主要基于允诺对理性受诺人的普遍影响。产品销售的“卖点”是商家关于产品本身的亮点介绍,也是吸引消费者购买的主要关注点,因其对普遍消费者的重要影响,可以推定为促使消费者订立合同的诱因。“李某某与长春某某房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案”中,^③法院认为,某某公司关于“双车库设计直接入户,匹配上层生活”的宣传,将双车库设计作为销售房屋的重要宣传卖点并标注在宣传册醒目位置,是与其他楼盘别墅区分的重要因素,该卖点足以构成购房人决定是否购买该房屋的决定性因素,因此该宣传内容构成合同内容。此外,“桂林某某有限责任公司、桂林某某有限责任公司柳州分社旅游合同纠纷案”中,^④法院认为,某某公司在其旅游产品宣传单头版第1条载明“品质推荐:全程入住豪华(4星)酒店,品质更胜一筹!保证入住1晚露天温泉酒店,穿日式和服泡露天温泉”,该推荐是此旅游项目的重点、特色宣传内容,具体而明确,这也是普通旅游消

费者愿意选择该旅游产品的重要因素,应为桂林某某公司承诺的旅游义务之一。第二,如果该允诺对合同主要目的的实现有重大影响,也可认定其为合同订立的实质性诱因。例如,基于商场经营状况对于商业房地产价值、商业经营收益具有较大影响,在涉及商铺购买、租赁等的案件中,关于“知名商家入驻”“商家入驻率”“配套商业街”“房屋约定用途”等关涉商场经营状况的经营业态、商圈业态及招商情况的允诺,应当视为合同订立的实质性诱因。第三,如果该允诺是合同订立所依据的基本假设,则应当认定其为合同订立的实质性诱因。双方当事人订立合同时,通常会在明显必要的条款上达成一致,而忽略一些他们可能清楚或部分清楚的基本假设,这些假设如果是合同订立所依据的基础,则应当具有法律约束力。例如,出租人与承租人签订的一栋建筑物的租约中包含给予承租人增加两层楼的特权。关于现有墙壁足够坚固、能够承受此类额外楼层的假设,虽未在合同文本中予以阐明,也应具有法律约束力。^⑤

对于作为合同诱因的先期允诺,基于允诺本身即是以特定方式实施或禁止实施某种行为的意思表示,^⑥可采用一般条款的具体化(价值判断)的方法,将其放置于《民法典》第142条意思表示解释规则内予以法律续造。基于意思表示解释的目的在于探求表意人意思表示的目的性及法律行为的和谐性,^⑦对于意思表示解释的使用涵盖对法律行为的解释、补充和评价。^⑧亦即,意思表示解释并非限于对合同文书内意思表示争议的解释,基于其对法律行为的评价功能,对意思表示进行解释亦能够确定散佚于合同文书外的意思表示能否构成合同内容。其中,《民法典》第142条关于“行为目的”的解释可作为作为合同诱因的先期允诺经由动机路径解释为合同内容提供法律依据,对于可构成合同实质性诱因的先期允诺提供合同的进入路径。

① *Muse Prime Properties Ltd v. Adhill Properties Ltd* (1991) 61 P & CR 111, 124.

② 参见“方某某、吴某某等与浙江某某房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案”,浙江省诸暨市人民法院(2016)浙0681民初4438号民事判决书。

③ 参见“李某某与长春市某某房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案”,吉林省长春市中级人民法院(2017)吉01民终2347号民事判决书。

④ 参见“桂林某某有限责任公司、桂林某某有限责任公司柳州分社旅游合同纠纷案”,广西壮族自治区柳州市中级人民法院(2018)桂02民终2433号民事判决书。

⑤ Arthur Corbin, *The Parol Evidence Rule*, *The Yale Law Journal*, Vol. 53:603, p. 643-644 (1944).

⑥ 虽然允诺是否被强制执行以及违约时能否获得救济是英美法系关于合同的概念界定,美国《合同法重述(第二次)》§2(1)将“允诺”界定为以特定方式实施或禁止实施某种行为的意思表示,这种意思表示使受诺人正当合理地认为一个允诺已经作出。

⑦ 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第181页。

⑧ 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第139页。

(三)作为合同诱因的先期允诺构成合同后的法律后果

1. 合同未成立时的法律后果

合同前谈判阶段和订立阶段当事人应当严格履行诚实信用义务,诚信磋商,并对悖于诚信的磋商所造成的损失承担责任,这已成为各国立法的共识。《欧洲合同法原则》及《国际商事合同通则》都有类似规定。因此,在合同未订立的场合,如果允诺人因其过错使对方当事人遭受损害,则允诺人应当承担缔约过失责任,对受害方的损失予以赔偿。此处的过失,既包括中断谈判本身,也包括谈判过程中的虚假陈述。缔约过失责任主要关注谈判没有产生合同的情况下受诺方受挫的期望如何得到补偿的问题,因此,通常认为,缔约过失所造成的损失是当事人的信赖利益损失。即对合同或要约赋予了信赖的一方当事人所固有的,因信赖可能或已经受到损失的利益,包括财产利益和机会利益。^①

2. 合同成立时的法律后果

首先,作为合同诱因的先期允诺构成合同内容,且合同成立时,受诺人可根据《民法典》相关规定请求解除合同、撤销合同、履行合同及损害赔偿。其中,需要特别说明的是,若合同成立,受诺人可基于效力瑕疵请求适用重大误解以撤销合同。《民法典》第147条规定:“基于重大误解实施的民事法律行为,行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”对于重大误解的解释路径,学界日益倾向于采用“一元论”的解释立场,不再就意思表示错误与动机错误作出细致区分,而强调意思与实际是否一致的类型化错误思维。^②事实上,《民法典》第147条未承继原《中华人民共和国民法通则》第59条第1款第1项将重大误解限定于“行为人对行为内容有重大误解”的规定,也可为重大误解的“一元”解释论路径提供立法证成。具体而言,在此基础上,当合同成立时,主要存在三种基于错误而可能产生法律行为效力瑕疵的情形:其一,基于误解人自身原因产生的“单方错误”。此种情形下,若允诺人抑或

是受诺人存在重大误解,可主张撤销合同。其二,由于相对人原因导致误解人对意思表示存在误解的“对方引起的错误”,包括允诺人知道或应当知道受诺人陷入错误而悖于诚信地未告知受诺人、允诺人知道或应当知道受诺人陷于错误而利用了受诺人的误解状态。^③此时,可视为允诺人存在过错,受诺人可以存在重大误解为由主张撤销合同,受诺人可要求返还财产(如给付),并要求允诺人根据《民法典》第157条对损害予以赔偿,此种赔偿主要是对于信赖利益的赔偿。即赔偿权利人只能请求将法律状况恢复到自己倘若没有信赖表示的效力本应处于的状况。^④值得注意的是,如果受诺方对其陷入错误存在重大过失,则当事人不得主张撤销合同。其三,双方动机错误。当允诺人与受诺人在缔结合同时都以某种共同设想为出发点,但后来事实证明,这种设想是错误的,即形成双方动机错误。若任何一方当事人只要知道这种设想或期待是不正确的,就不会订立该合同,或不会以此种内容订立合同,即构成主观行为基础障碍。^⑤此时,可适用《民法典》第147条认定为双方动机错误并撤销合同,并适用于过失不实陈述情形。

其次,适用情势变更以变更或解除合同。当双方当事人在意思形成阶段发生认识错误的情形,根据合同的意义(本旨),它们的发生或持续存在是合同存在的先决条件,而无论当事人有没有意识到这一点,都构成客观行为基础障碍。^⑥此时可适用《民法典》第533条的情势变更原则允许当事人变更或解除合同。

四、视为附属合同的先期允诺

先期允诺虽非为合同的主要条款,同合同文本亦不具有强相关性,但若能够自证其独立性,也可参考英美法上关于附属合同的规定,使先期允诺经由附属合同的认定路径获得强制执行的效力。典型案例为 *De Lassalle v. Guildford* 案,^⑦房屋的有意承租人拒绝执行租约,除非房东首先向他保证排水系统良好。房东保证了这一点,但这不包括在租约中。尽管如

^① 参见马新彦:《信赖与信赖利益考》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2000年第3期,第77页。

^② 参见冉克平:《民法典总则视野下意思表示错误制度的构建》,载《法学》2016年第2期,第114-128页;龙俊:《论意思表示错误的理论构造》,载《清华法学》2016年第5期,第117-133页;黄芬:《重大误解的解释论解析》,载《社会科学战线》2019年第12期,第191-200页;高一寒:《作为意思表示撤销原因的动机错误》,载《华东政法大学学报》2022年第3期,第139-151页。

^③ 参见韩世远:《重大误解解释论》,载《中外法学》2017年第3期,第683页;黄芬:《重大误解的解释论解析》,载《社会科学战线》2019年第12期,第199页。

^④ 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第502页。

^⑤ 参见杨代雄:《法律行为论》,北京大学出版社2021年版,第296-298页。

^⑥ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,法律出版社2013年版,第541页。

^⑦ (1901)2 K B. 215.

此,当排水管被发现有缺陷时,房东仍要为违反附属合同承担责任。

(一) 英美契约法上的相关制度镜鉴

根据英美法上的规定,如果口头证据是完整书面文书的“附属品”(即与标的物有关,但不是主要承诺的一部分),并且不与完整协议相抵触,此种情况下,口头证据通常会被认为是可接受的。^① 具体而言,构成附属协议应满足以下条件:第一,不与书面文书相矛盾;第二,它不应与主要交易有如此明确的联系,以致成为主要交易的一部分;第三,具有单独的对价或构成“自然省略”条款。^②

通常意义上,“自然省略”条款是指双方自然可能单独制定的,通常不希望在书面文书中体现的条款。《合同法重述》将其定义为“可能—自然—被省略”例外,§ 240 规定其为“可以视为书面合同当事人订立的单独协议”,采用一般理性人标准,只有当理性当事人自然会将口头协议作为单独协议订立时,这一例外才适用。^③ 典型案例为 *Mitchell v. Lath* 案。^④ 《合同法重述(第二次)》将其界定为“本应包含”测试。§ 216 规定:(1)一致的附加条款可以作为证据补充到完整协议中,除非法院认为该协议是完全完整的。(2)如果书面文书省略了一致的附加条款,则该协议并非完全完整……(b)当时情况下从书面文书中自然省略的条款。注释 d 解释:d. 自然省略条款。如果有人声称在完整协议中省略了一致的附加条款,且这种省略在当时的情况下似乎是自然的,则无需进一步考虑协议是否完全完整以及省略调控是否在其范围内的问题……此外,没有任何规则或政策仅仅因为其协议方式对他人而言不自然而惩罚该当事人。即使这种省略似乎并不自然,但除非法院认定该书面文书是作为协议条款的完整

和排他性的陈述,否则一致的附加条款的证据是可采信的。^⑤ 典型案例为 *Masterson v. Sine* 案。^⑥ 《统一商法典》缩小了口头证据的排除范围,其中 § 2-202,评注 3 规定:根据(b),一致的附加条款(未简化为书面形式)可以被采纳,除非法院发现书面文书是双方当事人对所有条款的完整和排他性陈述。如果附加条款是这样的,即如果达成一致,在法院看来,他们本应被包含在书面文书中,那么他们主张的证据应当被事实审理者排除。换言之,如果对于一个普通人而言,不把该条款写入书面文书中是自然和平常的,则该条款即为“自然省略”条款。^⑦

(二) 视为附属合同的先期允诺解释路径

英美法上的作为附属合同而具备法律约束力的“自然省略”条款在先期允诺的解释路径中,可类推适用《民法典》第 140 条关于默示条款的解释方式,结合《民法典》第 142 条确定其法律约束力。事实上,《民法典》第 142 条在原《合同法》第 125 条的基础上,增加了“行为的性质”的解释方法,并将“行为的性质”与“行为的目的”并列,表述为“行为的性质和目的”,足以见得此处的“性质”应为关涉当事人利益的本质属性。因此,对于“行为的性质”的解释也可作为合同是否负载当事人真实意图的类型划分依据。

具体而言,先期允诺基于附属合同适用默示条款的解释路径需要满足两个条件。首先,该允诺意图受法律约束。具体体现为两个方面:其一,该允诺具有当事人受到合同约定的意图;其二,有某种迹象表明,当事方有意将其作为附属合同而不是作为主合同中的一个条款。^⑧ 这也是先期允诺是否能构成附属合同的重要检验标准,即如果该允诺同涉及到

^① Melvin A. Eisenberg, *Gilbert Law Summaries: Contracts*, BarBri Group, 2002, p. 125.

^② Mark K. Glasser & Keith A. Rowley, *On Parol: The Construction and Interpretation of Written Agreements and the Role of Extrinsic Evidence in Contract Litigation*, *Baylor Law Review*, Vol. 49:657, p. 726-727(1997).

^③ Melvin A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press, 2018, p. 537-538.

^④ 247 N. Y. 347, 160 N. E. 646 (1928).

^⑤ 以下是 § 216 的三个示例:4. A 欠 B 1 000 美元。他们口头协议, A 将以 3 000 美元的价格将甲地售给 B, 1 000 美元将从价格中扣除, 然后签署一份书面协议, 表面上是完整的, 但未提及 1 000 美元的债务或信贷。该书面协议并非完全完整, 关于信贷的口头协议可作为补充书面协议的证据。7. A 和 B 签署了一份书面协议, 表面上完整, 约定销售的货物由 A 公司从芝加哥运到纽约。据称, 书面协议是在口头理解的基础上签订的, 即货物按照指定路线运输。根据《统一商法典》§ 2-311 和 § 2-504, 除非另有约定, A 可以通过任何合理的航线进行运输。书面协议是不完全完整的, 口头理解可以作为补充其条款的证据。8. A 和 B 达成口头协议, A 应在指定的工作岗位为 B 工作, 可获得 3 000 美元。B 向 A 书面承诺在六个月内支付 3 000 美元。口头协议的内容可以作为补充书面承诺以及确认 B 支付 3 000 美元义务的证据。

^⑥ 436 P. 2d 561 (Cal. 1968). 该案中, Dallas 和 Masterson 以书面合同的形式将二者的农场转让给了 Medora, Medora 是 Dallas 的妹妹。协议规定 Masterson 有权以指定价格回购牧场。双方口头同意, 该选择权属于 Masterson 个人(即该选择权不能转让给第三方)。法院采取了科宾方法, 认为口头协议的证据不受口头证据规则的限制。在得出这一结论时, 法院考虑了案件的具体情况, 而不是简单地考虑抽象的理性人会做些什么。法院指出, 难以将口头协议纳入合同框架, 事实上, 该交易是在一个家庭的成员之间进行的, 没有任何迹象表明当事人意识到不将口头协议纳入合同的危险。

^⑦ Arthur L. Corbin, *The Parol Evidence Rule*, Faculty Scholarship Series, Vol. 53:603, p. 642(1944).

^⑧ G. H. Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 356.

整个交易实质的条款有关,则该允诺不能构成附属合同。^① 判断方式主要考虑该允诺同主合同联系的紧密程度。如果通常而言,该条款应被纳入主合同中,则法院一般不会将其认定为附属合同。^② 其次,该允诺相比主合同而言具有独立性。构成附属合同的允诺之所以能够打破口头证据规则关于“外部证据不得改变或增加书面文书”的限制,在于其并未改变书面协议,也未增加书面协议,而是一项独立的协议。如果先期允诺能够证明其独立性,就可作为附属合同而获得强制执行的效力。通常,能够确切证明独立性的允诺体现为具有单独的对价支持。例如,在一份看来已经完整表达当事人意图的书面合同中,A 答应向 B 出售一部特定的汽车。作为交易的组成部分,双方口头协商同意将标的汽车以每月 15 美元的价格寄放在 A 的车库中,为期一年。由于这个被主张的口头协议有独立的约因支持,所以 B 可以据此证明口头协议确有发生,即便他们之间的完整书面文书中并未包含这个口头协议。^③ 并且,即使在信赖附属合同一方有义务订立主合同的情况下,订立主合同的行为如果事实上赋予另一方利益,也将构成对附属合同的对价。^④

值得注意的是,先期允诺能否构成独立附属合同还需考虑其他因素。首先,允诺内容的检验。如果该允诺的内容改变主合同内容或同主合同实际规定的条款相矛盾,则该允诺不能被采纳;如果主合同规定,在合同谈判期间所作的陈述不具有这种效力,则该允诺不构成附属合同。其次,允诺时间的考量。若主张构成附属合同的陈述的作出与主合同的订立之间有相当长的时间间隔,这一事实也可能否定合同意图。

五、解释合同条款的先期允诺

先期允诺法律约束力的具体形态界定是先期允诺制度的适用核心,可为制度的适用提供确定性的司法裁判指引。由此确保当事人能够有效地理解那些具有执行力和不具有执行力允诺之间的明确区分,并进而进行合乎理性的行为。^⑤ 先期允诺的法

律约束力,并非局限于现行法规定的构成合同内容的先期允诺的法律约束力,能够对合同作出解释,确定合同所用之词与符号含义的先期允诺同样应当具有法律约束力。

(一)先期允诺的合同解释约束力来源

合同解释是提取合同含义、确定当事人实际意图的过程。此处的合同解释,主要为关于书面文书中所载条款含义的解释,而非推释。法院在合同解释争端中不再拘泥于书面文书,而是逐步拓宽合同解释可用信息的边界,以探求“当事人的真实理解”,这已成为日益占据主导地位的解釋立场。《民法典》第 142 条即规定“应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定行为人的真实意思”。鉴于合同谈判对合同解释的重大意义,先期允诺作为还原合同订立语境的重要组成部分,应当允许被引证以辅助解释合同,从而探求合同当事人的实际意图,具体理由如下。

首先,合同解释的实质目标是保护当事人的真实意图。20 世纪下半叶,伴随着古典主义契约法的衰落,解释法也逐渐从僵化、迷信的形式主义走向灵活的理性主义。^⑥ 合同解释的目标取向逐渐从“了解合同”转换为“发现、执行当事方的实际意图”。合同文本和语境共同构成当事人关系的渊源和尺度,因此,合同语言的意义并非仅来源于合同的文本,亦基于订立合同的特定背景和语境。“没有任何一个合同是在真空中订立的,合同的订立总有其特定的背景。”^⑦ 不参考合同的语境而进行解释注定是徒劳的。结合文义的语境进行的解释,也是文义解释的重要依据之一。先期允诺可为确定言内语境、言伴语境、言外语境提供重要的判定依据。^⑧

其次,先期允诺(先期谈判证据)是确定当事人实际意图的直接来源。先期谈判是合同订立的“起源”,代表了合同订立时或合同订立前双方当事人已知的事实背景,因此能够为合同解释提供大量已知事实背景,对于确定合同解释的合理性具有重要意义。^⑨ 合同解释本身应是一个包容性而非排他性的

① G. H. Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 200.

② 参见傅岷成:《美国合同法精义》,厦门大学出版社 2008 年版,第 221 页。

③ 参见傅岷成:《美国合同法精义》,厦门大学出版社 2008 年版,第 222 页。

④ G. H. Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 357.

⑤ Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, *Columbia Law Review*, Vol. 41:799, p. 800-803(1941).

⑥ John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Little Brown and Company, 1940, p. 224-227.

⑦ [1976] 3 All ER 570, p. 574.

⑧ 参见王利明:《法律解释学》(第 2 版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 143 页。

⑨ David McLauchlan, *Contract Interpretation: What Is It About*, *Sydney Law Review*, Vol. 31:3, p. 14(2009).

过程。^① 先期谈判往往是最直接和最相关的背景,若排除先期谈判的证据,则对合同背景的了解是不完整的。^② 假设一种常见情境:合同文书中的语言在该语境中具有两种以上的含义,而双方当事人在先期谈判中以允诺形式商定了该词语的具体含义。此时,放弃代表当事人共同理解的证据显然是有悖常理的。

再次,承认先期谈判证据的解释效力是保护不成熟当事人免受剥削的重要手段。现代合同法开始正视交易双方地位不平等给弱势方带来的欺诈和剥削风险。正如罗杰·特雷纳(Roger Traynor)法官所言:“主张口头协议而反对书面文书的当事人往往是经济上的弱者,如果强制执行书面文书,就会面临严重困难的威胁。”^③完全排除先期的外部证据可能会给合同起草方利用书面文书排除先期允诺责任以可乘之机。中国现行市场经济的高度发展并未推动参与市场经济的市场主体的法律意识和法律能力达致相匹配的应有状态。通过事后对背景的审查,法院可以监测某些条款简化为书面文书的过程,从而保护不成熟的当事人不受难以发现的剥削形式的影响,是为对不成熟当事人进行保护的有力举措。^④

最后,承认先期谈判证据的解释效力是同国际商事交易实践接轨的必要途径。跨国经济交往中,法律概念的协调是商业交流跨国化的重要保证。《联合国国际货物销售合同公约》第8条第3款规定:“在确定一方当事人的意图或一个理性人本应达成的协议时,应适当考虑该案件的所有相关情况,包括谈判情形、双方之间确立的任何习惯做法、惯例和双方随后的任何行为。”《国际商事合同通则》第4.3条规定:“在适用本章第4.1条^⑤和第4.2条^⑥时,应考虑到所有情况,包括:(a)当事人的初期谈判……”。因此,如果不承认先期谈判的解释效力,势必会产生先期谈判的证据可以用于解释国际销售合

同,但不可以用于解释其他销售合同的悖论。

(二)先期允诺解释合同条款的具体情形

1. 解释合同文本

先期允诺可以在合同文本出现歧义或含混不清时,用以证明当事人在书面协议中所用词语的含义。如果合同中存在模棱两可的词或短语,不同于字面理解意义的词或短语,或同一文书中存在相互矛盾的词或短语,此时,先期谈判的证据可作为合同的“事实背景”,用以澄清争议合同中的语言含义。^⑦其一,如果当事各方在先期谈判中就合同的词语或条款的含义达成了协议或达成了共识而赋予其商定的意义,法院应当允许采纳先期谈判的证据以解释合同文本的意义。法院的任务是使该意思生效,而不管表面上这些词语是否含混不清。^⑧因为这是一个理性人在寻找确定双方对词语合理理解的含义时所采用的方法。^⑨其二,如果先期允诺能够使法官将其自身置于与执行契约前当事人所在的相同的“事实矩阵”中,此时先期允诺应被采纳以帮助法官重塑合同法律关系。这是基于,合同解释的目标是控制人类行为,即缔约方的行为。因此,在确定和解释合同条款时,法院应尊重缔约方的“合理期待”。^⑩与交易有关的环境因素,包括书面文件、口头陈述、双方表现其意思的行为以及双方缔约前的谈判活动和交易过程、履行过程或惯例都是重塑当事人决定背景的“事实矩阵”。合同解释对意义的确定,需要法官在具有相同背景知识的情况下评估当事方的合理期待。需要注意的是,先期允诺的内容同合同文书不存在冲突,同合同文书共同发挥约束力。如果先期允诺的内容同合同文书内容不一致甚至相冲突,此时不允许先期允诺对合同文书进行修正。

2. 填补合同漏洞

合同订立过程中当事人往往在若干条款上表示同意,但就一些条款可能会未经考虑或未予书面表

① Catherine Mitchell, *Interpretation of Contracts*, Routledge-Cavendish, 2007, p. 2.

② David McLauchlan, *Contract Interpretation: What Is It About*, Sydney Law Review, Vol. 31:3, p. 31 (2009).

③ *Masterson v. Sine*, 436 P. 2d 561, 564 (Cal. 1968).

④ Ronald J. Gilson, Charles F. Sabel & Robert E. Scott, *Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design*, Cornell Law Review, Vol. 100:23, p. 38 (2014).

⑤ 《国际商事合同通则》第4.1条规定:“(1)合同应根据当事人各方的共同意思予以解释。(2)如果该意思不能确定,合同应根据一个与各方当事人具有同等资格的、理性的人在处于相同情况下时,对该合同所应有的理解来解释。”

⑥ 《国际商事合同通则》第4.2条规定:“(1)一方当事人的陈述和其他行为应根据该当事人的意思来解释,但要以另一方当事人已知或不可能不知道该意思为条件。(2)如果前款不适用,该等陈述和其他行为应根据一个与另一方当事人具有同等资格的、理性的人在处于相同情况下时,对该陈述和行为所应有的理解来解释。”

⑦ G. H. Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 197.

⑧ David McLauchlan, *Contract Interpretation: What Is It About*, Sydney Law Review, Vol. 31:3, p. 24 (2009).

⑨ [2007] EWHC 409 at [32].

⑩ F. A. Farnsworth, “Meaning” in the Law of Contracts, Yale Law Journal, Vol. 76: 939, p. 942 (1967).

达,这虽不一定妨碍可执行合同的存在,但可能存在合同不完整的空白,即以现有合同条款无法确定双方当事人的权利义务的情形,此时,先期允诺可作为填补合同漏洞的辅助工具,填补不完全完整的书面合同的空白。例如,双方就货物销售达成协议,而未规定交货时间、地点或付款时间,此时,如果存在双方在签订合同前商定了确定的付款和交货时间或交货地点的允诺,该允诺应当具有法律约束力。此外,合同对法律通常默示条款的事项未作规定的,可以提供口头证据支持或者反驳通常的默示条款。^①需要强调的是,作为填补合同漏洞的先期允诺主要为合同的非必要条款,因为进行合同漏洞填补作业的前提在于,合同漏洞的存在不影响合同的成立,亦即“合同漏洞为合同的非必要之点”^②。同时,用于填补合同漏洞的先期允诺应当同合同内容一致,与书面合同内容矛盾的证据不能用于填补漏洞。

(三) 先期允诺解释合同条款的法律后果

1. 解释合同文本时的法律后果

允许先期允诺解释合同文本主要发生在对合同文本的理解有争议的情况下,例如,合同文本出现模棱两可、不确定或荒谬的情况。通常先期允诺解释合同文本主要基于三类情况:其一,当事人在先期谈判中达成共识,赋予合同词语、条款含义以商定意义;其二,当事人在先期谈判中,未就该先期允诺达成共识,但该允诺对于解释合同歧义和不确定之处具有解释效力;其三,先期允诺作为合同的订立背景,能够为法院判定当事人的真实意图提供影响理性人理解文书语言的“事实矩阵”。合同文本的解释本身为确定合同词语、条款的含义及当事人意图的作业过程,其法律约束力来源在于是否经由合同解释作业创设路径为合同增设特定法律义务。如若先期允诺在解释合同文本的过程中,基于解释作业而创设了特定法律义务,例如,经由先期允诺对于合同文本的解释,明晰或增设了合同义务,则该义务本身经由先期允诺对合同文本的解释获得法律约束力,当事人应依据义务内容履行义务,否则受诺人可要求强制履行、损害赔偿或解除合同。当先期允诺作为合同解释的辅助工具,仅明晰合同文字、条款的含义,未由此创设法律义务时,先期允诺对合同文本

的解释不产生具有强制力的法律后果。

2. 填补合同漏洞时的法律后果

《民法典》第510条规定了合同约定不明时所允许的法律补救措施。在合同未约定或约定不明的情况下,先期允诺可以作为填补合同漏洞的辅助工具,填补不完全完整的书面合同的空白。通常情况下,法官在进行合同漏洞填补作业时,可先要求当事人对该漏洞内容予以协议补充。因此,如果当事人在合同订立前的允诺涉及合同中需填补的漏洞内容,且双方对此允诺达成合意,则可以借由该允诺解释合同,填补合同漏洞。如若当事人在先期谈判中未就其允诺达成一致,但该先期允诺能够发挥填补合同空白的功能,则法官亦可将先期允诺作为填补合同漏洞的工具。应当看到,进行合同漏洞填补作业的前提在于,“合同漏洞为合同的非必要之点”,^③不能因为该条款的欠缺而导致合同不能成立。在合同根本不成立的情况下,也就不存在所谓的合同漏洞问题,更没有进行合同漏洞填补作业的必要,因此,需要填补漏洞的主要为合同的非必要条款。^④由此,对于因填补漏洞进入合同内容的先期允诺的违反,受诺人可以主张违约责任,但原则上不能要求解除合同,可主张强制履行,或就因允诺人行为造成的损失主张损害赔偿。需要注意的是,为此目的而被接受的先期允诺并不能改变书面文书或与书面文书相矛盾,它只是使法院能够通过添加书面文书中根本没有表达的内容来填补合同漏洞。

六、结语

现代合同法中意志理论的贫困与形式主义的式微决定了当事人的意思与合同的形式不再是促成合同产生法律约束力的唯一的、无条件的因素。附加于当事人合意之上的物质性因素,为合同缘何具有法律约束力提供了本源性的解释,亦为先期允诺法律约束力的产生提供了正当性依据。面对司法实践对于先期允诺规则设置的强烈需求,立足于先期允诺的不同形态形成多元解释论视角,以为法官甄别、筛选可具法律约束力的先期允诺提供适当明确的指引,是为法律的功用和价值所在,亦是现代民法精神与自治性格的应有之义。

^① G. H. Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 195.

^② 参见王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第217页。

^③ 参见王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第217页。

^④ 参见王利明:《合同法研究(第一卷)》,中国人民大学出版社2002年版,第421页。