

《合同法》第14条（要约的构成）评注

杨代雄

摘 要 依《合同法》第14条，要约的构成要件可以归结为三个：要约是一项表示；该表示原则上须向特定人作出，例外情形中也可以向不特定多数人作出；该表示包含特定的效果意义。效果意义包含约束意义，依据约束意义的有无可以区分要约与要约邀请、情谊关系中的表示、君子协议中的表示、交易意向、备忘录或草约中的表示。关于要约的成立及其内容，由主张其存在的当事人负担证明责任。

关键词 要约 要约邀请 情谊行为 意思表示 证明责任

作者杨代雄，法学博士，华东政法大学教授。

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2018.04.013

一、规范意旨

[1] 合同是法律行为最重要的类型，实践中大多数法律行为都是合同。合同的订立需要各方当事人作出意思表示，意思表示达成一致的，合同成立。一般而言，缔约当事人作出意思表示的方式是一方发出要约，另一方作出承诺。当然，有时很难区分哪一方的意思表示是要约，哪一方的意思表示是承诺。比如，双方在对其内容已经达成共识的同一份合同书上签章。有学者认为，此时当事人并非以要约与承诺的方式订立合同，所以不适用民法上关于要约与承诺的规定。^① 非要区分要约与承诺的话，只能依双方签章的时间顺序予以确定，先签章者发出要约，后签章者作出承诺。如果甲、乙、丙先后在一份合伙合同上签字，则甲发出要约，乙签字一方面是向甲作出承诺，另一方面也是向丙发出要约，丙签字则是同时向甲、乙作出承诺。仅当没有证据证明签章顺序时，才真正无法区分要约与承诺。因此，要约与承诺依然是订立合同的常规方式。

[2] 要约的成立是合同成立的前提。《合同法》第14条规定了要约的概念与构成要件，旨在为实践中判断是否成立要约确立法定基准。

** 本文是2017年度国家社科规划基金项目“意思表示解释的原理与方法研究”（17BFX192）的阶段成果。

① 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740页。

二、要约的构成要件

[3] 依《合同法》第14条之规定,要约是一种意思表示,而依同法第15条之规定,要约邀请也是一种意思表示。此处存在一个概念上的误解。要约邀请在性质上并非意思表示,尽管也是一项意愿的表达,但其并无法律约束力,因为当事人显然无意于使自己受约束([15])。《合同法》第14条规定要约应具备的两个要件体现的并非作为意思表示的要约邀请与要约之区别,毋宁是作为意思表示的要约与不构成意思表示的要约邀请之区别,或者简单地说,是意思表示与其他行为之区别。

[4] 作为一种意思表示,要约须符合意思表示的构成要件。在传统民法理论上,一般认为意思表示包括主观要件与客观要件。客观要件即表示,至于主观要件,则众说纷纭。主流学说认为,意思表示主观要件包括:行为意思(Handlungswille)、表示意识(Erklärungsbewußtsein)、效果意思(Geschäftswille)。不过,在当代德、瑞、奥等国民法学中,通说认为,效果意思并非意思表示不可或缺的构成要件,因为欠缺效果意思并不导致意思表示不成立,仅导致其可撤销。表示意识亦然,虽欠缺表示意识,但如果表意人具有可归责性,仍可以成立意思表示。该意思表示存在错误,表意人可以撤销之。^②如此,意思表示不可或缺的主观要件则仅余行为意思。^③当然,是否有必要将行为意思视为不可或缺,亦不无疑问。事实上,与表示意识类似,在特殊情形中,即便表意人欠缺行为意思,亦不妨成立一项可撤销的意思表示。意思表示真正不可或缺的构成要件只有客观要件,即具备特定效果意义的表示。此项表示要么与行为意思、表示意识等主观因素相结合,构成意思表示,要么与表意人的可归责性相结合,构成意思表示。至于归责原则,有学者主张采用过错原则,^④有学者则主张采用风险原则。^⑤

[5] 《合同法》第14条规定的两个要约要件并未明确指向意思表示的主观要件。其中“内容具体确定”是指通过意思表示解释可以认定一项表示包含确定的关于合同权利义务关系的具体内容。此项内容就是效果意义。传统民法理论称之为效果意思,但“意思”是表意人视角下纯粹内在的东西,当代民法理论强调受领人视角,只要尽到合理注意的受领人可以从表示中获取指向特定法律效果的意义且该意义可归责于表意人,即成立意思表示。因此,《合同法》第14条规定的第一个要件应当解释为:要约必须包含具体确定的效果意义。

[6] 《合同法》第14条规定的第二个要件在传统民法理论中被称为约束意思(Bindungswille),有些学者将其视为一个独立的构成要件,^⑥目前大多数学者则将其包含于效果意思之中。^⑦相较之下,第二种观点更为可取。完整的效果意思不仅仅包含表意人关于特定法律关系内容的想法,毋宁还包含使该内容(效果)发生法律约束力的决定。欠缺该决定的,意味着表意人的意愿并非终局性的。从受领人视角,只要从外观上看表意人的表示包含了该决定即可。因此,传统民法理论中所谓的约束意思在客观—信赖主义下就是约束意义,它是效果意义的组成部分。是否具备约束意义,是

^② 学说争议详见杨代雄“意思表示中的意思与意义——重新认识意思表示概念”,《中外法学》2017年第1期,第128页。

^③ 我国民法学界表示意识否定说,参见朱庆育《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版,第198页。

^④ 参见注②,第138页。

^⑤ 参见纪海龙“走下神坛的‘意思’——论意思表示与风险归责”,《中外法学》2016年第3期,第662页。

^⑥ Vgl. Rudolf Leonhard, *Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900, S. 456.

^⑦ Vgl. Ernst A. Kramer, Einleitung zum Buch 2, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl., München: C. H. Beck, 2007, Rn. 30; Reinhard Bork, Vorbemerkung zum §§ 145–156, in: *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin: Walter de Gruyter, 2004, Rn. 2–3.

要约与很多其他行为的区别所在（[15]）。

[7] 除了《合同法》第14条规定的构成要件，我国民法学说还提出若干其他要件。有学者认为，要约须由特定人所为，因为只有如此，受要约人始能承诺并成立合同。^⑧ 有学者认为，要约须向相对人发出，仅形成一项内容具体确定的意思，但未向相对人发出的，也不构成要约。^⑨ 有学者认为，要约原则上须向特定相对人发出，仅在例外情形中才可以向不特定多数人发出，^⑩ 因为如果相对人不特定，则意味着发出提议的人并未选择真正的相对人，其缔约提议不过是为了唤起他人发出要约，本身并非要约。^⑪ 有学者认为，要约不但需要向相对人发出，非对话要约还必须送达相对人，此亦为要约构成要件。^⑫

[8] 结合我国现行法规定与学说，要约的构成要件可以归结为三个：其一，要约是一项表示，这意味着要约必须外部化，不仅仅是停留在心中的想法。至于外部化过程是否基于表意人的行为意思和表示意识，则并非唯一决定性因素。其二，该表示原则上须向特定人作出，例外情形中也可以向不特定多数人作出，此即所谓公众要约（[27]）；其三，该表示包含特定的效果意义。^⑬

[9] 第三个要件尤为重要。据此，一方面，表示意义必须指向拟订立合同的必备条款或要素（*essentialia negotii*），另一方面，表示意义必须指向法律约束力，即“表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束”。就第一方面而论，哪些条款属于合同的必备条款，颇有疑问。依《合同法》第12条之规定，合同条款一般包括：当事人的名称或姓名、住所、标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、履行地点、履行方式、违约责任、解决争议的方法。这些条款显然并非全都是合同的必备条款。毋宁说，该条对合同条款的列举仅仅是示范性的。实践中，不能依据一份合同是否完全具备这些条款判断其是否成立。相应地，也不能依据一项表示是否包含这些条款判断其是否构成要约。依《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）》（以下简称《合同法解释（二）》）第1条第1款之规定，法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。这表明，最高人民法院将当事人名称或者姓名、标的和数量视为合同的必备条款。

[10] 至于价款或报酬，最高人民法院并未视之为合同的必备条款。依《合同法解释（二）》第1条第2款之规定，此类条款欠缺的，当事人达不成协议的，人民法院应当依据《合同法》第61条、第62条、第125条等规定予以确定。依该法第62条第2项之规定，价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行，依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。有疑问的是，对于那些不必执行政府定价或政府指导价的物品或服务，如何按照市场价格履行。某些物品或服务很难说存在市场价，比如艺术品、古董、宠物、牲畜、二手车、授课、广告代言、演出等。某些物品或服务虽然有市场价，但市场价存在一个波动区间，不同供应商或服务商的价格有所差别，比如建材、布料、耗材等。在双方没有约定的情况下，究竟依市场价区间中的较低价抑或较高价确定合同价款，仍然是个问题。

^⑧ 参见韩世远《合同法总论》（第三版），法律出版社2011年版，第77页。

^⑨ 参见注⑧，第81页；注③，第148页。

^⑩ 参见崔建远主编《合同法》（第六版），法律出版社2016年版，第28页；李永军《合同法》（第四版），中国人民大学出版社2016年版，第41页。

^⑪ 参见王利明《合同法》，中国人民大学出版社2015年版，第31页。

^⑫ 参见注⑩，第32页。

^⑬ 欠缺效果意义的典型情形如单位为职工划定无偿停车区域，学校为学生指定无偿停放自行车的区域。单位或学校的此类举动均不包含欲订立一项保管合同或其他合同之意，毋宁只是为了对公用空间进行规划与管理。对于该公共空间，职工或学生基于其与单位或学校的关系本来就可以合理使用，无须另行订立合同。相关案例参见“彭某某与重庆医科大学保管合同纠纷上诉案”，重庆市第五中级人民法院（2015）渝五中法民初字第00333号民事判决书。

[11] 在德国法上,通说认为,如果双方拟订立的合同是有偿合同,则要约的内容原则上应当包含价款或报酬。^⑭《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)第14条第1款第2句也规定要约必须包含价格或者用于确定价格的条款。不过,依该公约第55条之规定,在合同已有效订立的情况下,如果合同未明示或默示地确定价格或者约定据以确定价格的条款,除非有相反证据,否则视为当事人默示地参照了合同订立时相关交易中在类似情况下(under comparable circumstances)此种货物的通常买卖价格。^⑮这表明,价款对于合同的成立而言并非不可或缺的内容。欠缺价格条款的,可以参照类似交易中的通常价格。

[12] 《国际商事合同通则》(以下简称《通则》)第5.1.7条借鉴了《公约》第55条之规定,但增加一句:如果不存在此类通常价格,则依合理价格(a reasonable price)履行。值得注意的是,该通则第2.1.2条虽然规定要约的内容必须足够确定,但并未像《公约》第14条第1款第2句那样要求要约必须包含价格或者用于确定价格的条款。一项表示是否满足要约的确定性要件,不可一概而论。即便是合同的基本条款,比如关于标的物的精确描述、价格条款,也可以悬而未决,而且并不必然损害要约的确定性。关键取决于一方发出要约时以及对方作出承诺时是否真的想缔结一份具有约束力的协议,并且,所欠缺的条款可否通过合同解释、合同目的、惯例、双方以往交易实践或者第5.1.7条之类的特别规定予以填补。我国《合同法》第14条、第61条、第62条、第125条等规定与《公约》以及《通则》的上述规定存在类似之处,在解释上应否参考后者,不无疑问。

[13] 实际上,要约内容的确定性与合同内容的完整性并非完全等价的问题。应当区分两种情况。其一,双方当事人未签订合同书,只是先后向对方作出一项表示。如果一方当事人的表示内容中未包含价格或报酬,并且交易的物品或服务不存在市场价,该表示通常不应认定为构成要约,毋宁仅构成要约邀请。^⑯虽存在市场价,但市场价有较大波动区间的,也不宜认定未包含价格或报酬的表示构成要约。当然,有时可以通过解释确定价格或报酬。比如,甲向乙商店表示购买某种货物若干,乙商店的惯常做法是顾客购买货物超过一定数量的,依本店批发价结算,否则,依本店零售价结算。此时,乙商店可以合理地将甲的表示理解为愿意依本店当日批发价或零售价购买此种货物,所以,从受领人视角解释,甲的表示内容中包含了价格,该表示理应构成要约。要而言之,如果既不存在政府定价或政府指导价,也不存在统一的市场价,未明确包含价格或报酬条款的表示原则上不应认定为要约,除非可以通过规范性解释确定价格或报酬。此外,如果当事人已经实际履行,则视个案情况也可以将当事人欠缺价格或报酬条款的表示认定为要约,并参照市场价确定一个合理的价格或报酬,尤其是租赁、承揽等交易。^⑰

[14] 其二,双方当事人已经签订合同书,该合同书中未包含价格或报酬条款。此时,既然双方当事人已经在合同书上进行签章,表明他们确实想缔结一份具备约束力的合同,关于是否订约,双方都已经作出了终局性的决定,因此,认定合同已经成立未尝不可。即便不存在政府定价、政府指导价或统一的市场价,而且无法通过规范性解释确定价格或报酬,但涉及的是种类物买卖或者个性化特征不强的给付,裁判者也应尽量参考类似交易或考量其他相关情势确定一个合理价格或报酬。当然,如果涉及的是特定物买卖或者个性化特征较强的给付,而且双方当事人所主张的价格、

^⑭ Vgl. Ellenberger, Einführung vor § 145, in: Palandt Kommentar zum BGB, 71. Aufl., München: C. H. Beck, 2012, Rn. 3; Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 2010, S. 146.

^⑮ 有学者认为《公约》第14条第1款第2句与第55条之间存在规范冲突。参见注③,第80页。

^⑯ 在西藏自治区高级人民法院对“王某某与陈某某合同纠纷案”作出的(2015)藏法民申字第15号民事裁定书中,双方当事人口头约定转让一处门面房,但未约定价款,法院认定合同不成立。

^⑰ 最高人民法院对“郑某某与莆田市中医院、莆田市闽中田野汽车贸易有限公司、莆田市志强汽车贸易有限公司建设用地使用权纠纷案”作出的(2014)民提字第125号民事判决书即依同地段租金标准确定土地使用权租赁合同的租金数额。

报酬差距甚大，难以确定一个合理价格或报酬，则应认定合同因欠缺合意而不成立。

三、要约与类似行为的辨析

（一）要约与要约邀请

[15] 要约邀请也是一项意愿表达，但与要约不同，要约邀请并非意思表示，因为从受领人视角看，其欠缺作为效果意义组成部分的约束意义（[3]、[6]）。尽管在理论上要约邀请与要约迥然有别，但在实践中如何辨别二者有时却并非易事。存在疑问的主要有如下情形：

1. 商业广告

[16] 依《合同法》第15条之规定，商业广告为要约邀请，但商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。这表明，商业广告原则上是要约邀请，但也可能构成要约。之所以通常应将商业广告认定为要约邀请，是因为广告主一般并不具备无限的履行能力，其必须在订立合同之前审查自己的履行能力，一旦将商业广告认定为要约，则意味着其不得不接受大量超出自己履行能力的合同。

[17] 如果商业广告中包含了合同必备条款，且包含“（一定期限内）保证现货供应”之类的表述，或者声称“本月13日在某某分店以500元每台价格特惠出售某品牌某型号电视机50台，售完为止”，则可以解释为要约。^⑱至于广告中包含“先来先买”“只要存货充足即刻供货”之类的条款，可否仅仅据此将其解释为要约，则有疑问。学理上有持肯定说者。^⑲考虑到商业广告以宣传、推广为主要目的，仅当其内容确定包含自我约束之意时才可认定为要约，表示“只要存货充足即刻供货”的广告主为自己保留了一定的回旋余地，其表述欠缺足够确定的约束意义，所以不宜认定为要约。包含“先来先买”语句的广告如果已经明确限定了欲出售货物的总量，也可以认定为要约，^⑳否则不构成要约。

[18] 有时，商业广告在整体上虽然不构成一项要约，但在合同成立时，广告中的某些信息却可以成为合同的内容。比如，《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《商品房买卖合同解释》）第3条规定“商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但是出卖人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具体确定，并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，应当视为要约。”此处所谓“视为要约”并非精确的表述。在商品房买卖过程中，开发商发布广告或散发宣传资料终究只是发出要约邀请，购房者向开发商表示愿意以特定价格购买某一处房屋才是发出要约。在此项要约中，购房者未必都对所有事项作出明确表述。一般而言，购房者了解商品房销售广告和宣传资料中关于房屋及相关设施所作的说明和允诺后决定购买，意味着其已经认可了这些说明和允诺。因此，在发出要约时即便其对此未加以复述，也应认定这些信息构成其要约的部分内容，易言之，购房者默示地表示愿意购买符合这些信息的房屋。从这个意义上说，上述“视为要约”应理解为“构成购房者要约的部分内容”，其实本应表述为“视为合同的部分内容”。

[19] 在某些案例中，法院对司法解释的上述规定予以扩张解释，将商品房销售广告中关于商

^⑱ 参见朱广新《合同法总则》（第二版），中国人民大学出版社2012年版，第58页；注⑧，第84页。

^⑲ 参见注⑧，第84页。

^⑳ 参见注⑪，第36页。

品房开发规划范围外的教育、医疗等重要公共资源的说明或允诺也视为合同内容。^{②①}相反,在某些案例中,由于商品房销售广告和宣传资料声明其关于房屋及相关设施的说明仅供宣传参考,买卖双方权利义务以最终订立的合同条款为准,法院据此认为此类说明不符合司法解释所要求的“具体确定”标准,判定其不构成合同内容。^{②②}在某些房屋装修合同纠纷案件中,由于装修合同中声明“交付房屋的装饰装修、设备标准应符合本协议的标准,如样板房的展示与本协议不一致,以本协议约定为准”,法院也认为关于装修效果的宣传仅为要约邀请,不构成合同内容。^{②③}

2. 寄送商品

[20] 有时,商家向潜在客户寄送商品。其行为是否构成要约,不可一概而论。如果寄送的只是试用品或样品,应当解释为要约邀请。这种行为实际上是商业广告的一种特殊形式:试用品或样品本身并非买卖的标的物,商家向潜在客户提供试用品或样品的目的是使其更充分了解产品从而形成购买意愿并发出购买一定数量此种产品的要约。反之,寄送未经订购的商品则是要约,^{②④}因为此项表示涉及完全确定的标的物,要约人的给付能力已经确定,同时,要约人通过此项举动表明其放弃了对受领人支付能力的审查。^{②⑤}在学理上,此种要约被称为现物要约。潜在客户可以拒绝接收包含商品的邮件。

[21] 如果已经接收了包含商品的邮件,该如何处理,不无疑问。一般认为,收件人对该商品并无保管义务。当然,该商品毕竟是他人所有之物,收件人应尊重他人之所有权,不得任意毁弃。^{②⑥}在英国法上,寄件人超过6个月未取回商品的,视为无条件赠与,收件人取得其所有权。在我国台湾地区“消费者保护法”上,经收件人定相当期限通知取回而逾期未取回或无法通知者,视为寄件人抛弃商品所有权。虽未经通知,但寄送后逾1个月仍未取回商品者,亦同。此时,收件人可依先占取得该商品所有权。^{②⑦}

[22] 寄送的产品究竟是试用品、样品抑或作为买卖标的物本身的商品,有时需要予以辨别。一般而言,寄送试用品时商家会声明此为试用品。如果不存在这种声明,而且未标注价格,则很可能是样品。如果标注了价格,而且未声明是试用品或样品,则通常应解释为寄送作为买卖标的物本身的商品。

3. 商店橱窗里展示商品

[23] 如果仅在橱窗里展示商品,未标注价格,当然仅构成要约邀请,如同一般的商业广告。标注价格的,是否构成要约则有疑问。德国法通说认为,即便标示了价格也不应被视为要约,因为

^{②①} 参见“俞某某等诉上海新黄浦置业股份有限公司商品房预售合同纠纷案”,上海市第二中级人民法院(2007)沪二中民二(民)终字第361号民事判决书。

^{②②} 参见“袁某与重庆骏建房地产开发公司商品房预售合同纠纷案”,重庆市第五中级人民法院(2015)渝五中法民终字第00355号民事判决书。“陈某某与海南易通生态科技有限公司商品房预售合同纠纷上诉案”,海南省高级人民法院(2012)琼民一终字第44号民事判决书。类似案例参见“骆某学、骆某杰、蔡某珍因与无锡保胜香梅房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案”,无锡市高新技术产业开发区人民法院(2014)新硕民初字第0800号民事判决书;在该案二审判决【(2015)锡民终字第1983号民事判决书】中,无锡市中级人民法院虽然维持一审判决,但认为香梅房地产公司在宣传材料中关于“乐购超市将入驻案涉项目……但以实际入驻情况为准”符合“具体确定”标准,构成要约内容,只是应解释为“乐购超市将入驻案涉项目,但以实际入驻的相似市场影响力的超市为准”,香梅公司实际引进的好买得超市具备与乐购相似的市场影响力,所以并未违约。

^{②③} 参见“戴某某与南京金郡房地产开发有限公司装饰装修合同纠纷案”,南京市栖霞区人民法院(2015)栖民初字第3号民事判决书。

^{②④} 有时,双方事先达成一项供货协议,约定出卖人定期向买受人发送货物,按照发货时的通常价格定期结算价款。此种情形中,发送货物的行为并非寄送未经订购的商品,毋宁是履行合同义务的行为,无须将其解释为要约。相关案例参见“黎某某诉邹某等买卖合同纠纷案”,湖南省邵阳市双清区人民法院(2015)双民初字第1027号民事判决书,但法院在裁判理由中将发送货物定性为发出要约,有欠妥当。

^{②⑤} Vgl. Reinhard Bork, Kommentar zum § 145, in: *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin: Walter de Gruyter, 2004, Rn. 6.

^{②⑥} 参见王泽鉴《债法原理》(第二版),北京大学出版社2013年版,第177页。

^{②⑦} 参见注②⑥,第177页。

商家仍然需要审查自己是否有可供销售的商品，同时还要避免多个顾客就同一件商品向不同的店员作出承诺。^⑳ 我国多数学者持类似观点。^㉑ 但有学者认为，如果橱窗里的商品标注了价格且标明“正在出售”，则可视为要约。^㉒ 反之，虽标注价格但同时标明“样本”的，不构成要约。^㉓

4. 网店商品信息

[24] 网络商店上显示的商品信息通常只是要约邀请，^㉔ 因为可能有众多客户打算购买该商品，商店必须有机会审查自己的给付能力。不过，如果网店商品信息不但包含商品名称、外观、规格、型号、售价，而且还包含库存状态，比如显示“有货”“剩余30件”，则可以将其视为要约，至少视为以出售不超过库存量之商品为内容的要约。如果客户订购的数量超过库存量，网店可以拒绝收单。客户在网店系统中完成订单的提交即为承诺。^㉕ 网店的库存信息若与订单系统衔接不畅，导致收单后才发现库存不足，此种风险应由网店承担。就目前的技术水平而论，库存与订单系统的无缝衔接并非难事，网店既然选择在页面上显示库存信息，就应该确保其准确无误，以免客户的信赖落空。有案例在网店商品信息不包含库存状态的情况下将其认定为要约，^㉖ 似乎有欠妥当。

[25] 实践中，有些网络商城在用户注册协议中设置如下条款“本网站上的商品图片展示、说明和价格并不构成要约。如果您通过我们网站订购产品，您的订单就成为一种购买产品的申请或要约。我们将发送给您一封确认收到订单的电子邮件，其中载明订单的细节。但是只有当我们向您发出送货确认的电子邮件通知您我们已将产品发出时，我们对您合同申请的批准与接受才成立。”在商品信息包含价格与库存信息的情况下，此类条款是否导致订单成为要约而不是承诺，不无疑问。有案例认为，此类条款属于格式条款，且减轻格式条款提供方的责任、排除相对人主要权利，网络商城未尽充分提示义务，所以不能发生效力，依一般交易观念，包含价格与库存状态的网店商品信息仍构成要约，客户提交订单构成承诺。^㉗ 如果网络商城在客户提交订单之前的某一步骤中声明商品信息仅为要约邀请或者订单仅为要约，则此项声明有效。

5. 超市货架上陈列商品

[26] 通说认为，超市在货架上陈列商品构成要约。^㉘ 货架上既然有可供销售的商品，超市当然无需审查自己的给付能力，况且每种商品都已标注价格，所以将陈列商品解释为要约并无不妥。顾客将商品放入购物车尚不构成承诺，其必须保留更改主意的可能性，此外，其也不想承担商品意外毁损时的对价风险，所以在收银台出示商品才构成承诺。^㉙ 服装店、书店等商店在货架上悬挂或放置若干商品并标注价格的，也应作相同解释。不过，商品必须摆在货架上且标注价格，如果只是置于包装箱内放在货架顶上且未标注价格，则不属于“货架上陈列商品”，不构成要约，因为超市并未打算将其出售，未作出出售商品的意思表示。^㉚

^⑳ 参见注⑤，Rn. 7; Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München: C. H. Beck, 2004, S. 553-555.

^㉑ 参见注③，第149页；注⑧，第82页；注⑬，第60页。

^㉒ 参见注⑪，第33页。

^㉓ 参见注⑫，第175页。

^㉔ Vgl. Ernst A. Kramer, *Kommentar zum § 145*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl., München: C. H. Beck, 2006, Rn. 10.

^㉕ 参见“万某诉酒仙网电子商务股份有限公司买卖合同纠纷案”，江西省南昌县人民法院（2015）南民初字第141号民事判决书。

^㉖ 参见“张某诉杭州老板电器股份有限公司网络购物合同纠纷案”，河北省唐山市路北区人民法院（2016）冀0203民初4908号民事判决。

^㉗ 参见“薛某某与北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司买卖合同纠纷案”，上海市浦东新区人民法院（2012）浦民一（民）初字第30521号民事判决书。

^㉘ 参见注⑫，第175页。

^㉙ 参见注⑤，Rn. 7.

^㉚ 参见“汪某某与南京悦家超市有限公司买卖合同纠纷上诉案”，江苏省南京市中级人民法院（2014）宁民终字第4738号民事判决书。

6. 自动售货机的设置

[27] 一般认为,该行为构成要约。这是向不特定人发出的要约(Angebot ad incertam personam),即所谓的公众要约([8]),以售货机能够正常运转且存货充足为前提,否则将使售货机所有人陷入违约损害赔偿责任。此项要约只能通过投入所要求数额的货币予以承诺。³⁹ 不过,有些学者认为,既然将自动售货机的设置视为要约取决于众多前提,莫不如将其视为要约邀请,将顾客投币行为视为要约,售货机的自动回应构成承诺。⁴⁰ 当然,从实践效果上看,将自动售货机的设置解释为要约邀请抑或附条件要约并无实质区别。

7. 公共交通工具的运营

[28] 一般而言,此种行为构成要约而不是要约邀请。具体言之,公交车按照既定路线行驶并且停靠于站点,车门开启即发出要约,乘客上车即作出承诺。乘坐地铁需要提前购票,究竟购票时成立运输合同还是通过检票口时成立运输合同,颇有疑问。如果以购票时为准,那么某乘客购完票后故意未检票即上车,打算返程再使用该车票,该如何处理?途中发生损害可否适用违约责任?如果乘客购买的是可多次使用的地铁充值卡(公交卡),则购卡行为仅仅在乘客与地铁公司之间成立一份以充值卡的使用为内容的合同,该合同显然并非运输合同。如果乘客在地铁站自动售票机上购票,虽然是只能一次性使用的地铁票,但考虑到该地铁票在一定期限内可以任意选择时段使用,购票时尚未确定具体的运输合同标的,与购买充值卡并无本质区别,所以也不宜认定已经成立运输合同。地铁站自动检票机显示处于工作状态构成要约,乘客在自动检票机上刷卡(票)之行为构成承诺,此时才成立运输合同。如果乘客持公交卡乘坐公交车,构成承诺的是其上车行为而不是上车后的刷卡行为,所以,在上车后刷卡前如果发生伤害事故,可适用违约责任规则。⁴¹

[29] 出租车指示灯显示“空车”或“待运”是否构成要约,不无疑问。学界有观点认为通常应构成要约。⁴² 实践中也有案例采用这种观点。⁴³ 如果采用该观点,则要约的内容应当解释为愿意将乘客运送至本市范围内的任何地点,乘客扬招之行为构成承诺。当然,也可以将出租车指示灯显示“空车”或“待运”视为要约邀请,乘客扬招之行为构成要约,出租车司机停车允许乘客上车则构成承诺。如果司机对乘客扬招之行为视而不见,构成拒载,违反了强制缔约义务,应承担相应的责任。反之,按照要约说,乘客通过扬招作出承诺,如果在正常情况下司机应该看到,该承诺即到达司机,运输合同成立。此时司机如果扬长而去,即构成违约。相较之下,要约邀请说更为妥当。出租车虽然也是公共交通工具,但与公交车、地铁相比,其服务的个性化因素(路线、里程、时间等)更多一些,为照顾司机的某些特殊情况,比如面临交接班时间紧迫、身体不适、突遇急事或避免搭载具有明显危险性的可疑人物,应当将缔约过程的最终决定权留给司机,其停车允许乘客上车才构成承诺,合同在此时成立。至于司机在乘客扬招时无正当理由不停车承运的,应依强制缔约规则及相应的行政法规处理,使其承担相应的法律后果。

8. 饭店里的菜单

[30] 通说认为,摆在桌面上的菜单仅为要约邀请。店主必须有机会查看其当时是否具备给付

³⁹ 参见注⑧,第82页;注①,第759页。

⁴⁰ 参见注⑬,第61页。

⁴¹ 参见“王某某诉北京公共交通控股(集团)有限公司第三客运分公司城市公交运输合同纠纷案”,北京市石景山区人民法院(2014)石民初字第9869号民事判决书。

⁴² 参见谢鸿飞《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第98页。

⁴³ 参见“段某某诉西安天子出租汽车有限公司出租汽车运输合同纠纷案”,西安市雁塔区人民法院(2013)雁民初字第03376号民事判决书。法院认为,在出租车交接班期间,如果乘客要求的目的地与交接班地点不属于同一方向,出租车司机可以拒绝乘客的运输要求,如乘客要求的目的地太远,出租车司机不能按时到达交接班地点,出租车司机亦可以拒绝乘客的运输要求,但是交接班的时间和地点应提前向乘客明示,否则出租车指示灯显示“空车”或“待运”仍构成要约。

能力，比如某一道菜的配料是否已经用完了。顾客点菜即发出要约，服务员当场予以记录构成承诺。如果桌面上放着面包篮，则是要约，顾客通过自取面包作出承诺。^④

（二）要约与情谊关系中的表示

[31] 情谊行为（*Gefälligkeitshandlung*）或情谊关系（*Gefälligkeitsverhältnis*），也称好意施惠^⑤，仅仅是日常生活中的社会交往，不构成法律行为。情谊关系中的表示与要约的根本区别在于：前者不具备约束意义（意思）（[3]），后者具备。不过，有学者认为，此处所谓的约束意思纯属虚构，关键不在于当事人是否具备约束意思，毋宁取决于应否承认情谊行为产生一项注意义务，违反该义务将导致合同或准合同上的损害赔偿请求权。^⑥当然，依通说，仍应以是否具备约束意思为准辨别情谊许诺与要约。对此，应依表示受领人视角判定，关键是在个案情形中依诚实信用并考虑交易习惯受领人可否推断出对方当事人具备约束意思。^⑦

[32] 需要考虑的相关具体因素包括：恩惠的种类、其动机或目的、其对于受领人的经济和法律意义、该意义得以体现的情境、双方当事人的利益状况、所托付物品的价值、受益人对给付产生的信赖、给付方因瑕疵给付而陷入的责任风险等等。^⑧至于行为的无偿性和利他性，并非决定性因素。因为民法上也存在诸多无偿合同，比如赠与合同、无偿委托合同、无偿保管合同、借用合同等，学理上称此类合同为“情谊合同”（*Gefälligkeitsverträgen*）。^⑨无偿给予他人一项好处，可能是情谊行为，但也可能构成无偿的情谊合同。实践中应综合考虑上述因素予以判定。^⑩

[33] 学理上一般认为，构成情谊行为的是：邀请参加宴会或郊游、搭乘便车（好意同乘）、^⑪火车过站叫醒、^⑫在邻居外出度假期间照看其房子、为邻居照管小孩、^⑬汽车销售商允许他人将汽车停放在其场地上、在他人汽车电瓶出现故障时无偿为其提供启动辅助、彩票共同体（*Lottotippgemeinschaft*）的一个成员为众人填写彩票、答应参加一场游行活动、为他人免费提供食宿（即便受惠者为此向施惠者提供辅助性劳务亦然）等等。^⑭此外，为问路者指路、为亲友高考填报志愿提供咨询、^⑮私人之间无偿帮忙干活等也应认定为情谊行为。反之，通常构成情谊合同的是：运输企业之间借用卡车司机、医生提供免费诊疗、合伙用车（*Fahrgemeinschaft*）、对受领人具有重大经济意义的专业咨询、亲属之间达成的贵重物品保管约定、宣称把建筑任务交给一个建筑师竞赛获奖者完成。^⑯

[34] 在双方之间已经存在合同关系的情况下，一方为另一方提供额外服务或便利，或者双方因该合同关系发生纠纷时一方为了妥协而向另一方许诺一项利益，通常不是情谊行为，应当具备法律约束力。第一种情形比如顾客请求宾馆帮其保管贵重物品，宾馆同意保管；第二种情形比如建筑

^④ 参见注⑤，Rn. 11.

^⑤ 参见注⑥，第209页。

^⑥ 参见注①，第106页。

^⑦ 参见注⑥，第209页。

^⑧ 参见注⑦，*Münchener Kommentar*，Rn. 32；王洪亮《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第16页。

^⑨ 参见注⑦，*Münchener Kommentar*，Rn. 32.

^⑩ 有学者认为存在情谊关系与法律关系混合之情形，此时当事人具备限制性的约束意思，所以负有特定的注意和保护义务，比如帮邻居或熟人照看小孩、医生提供免费治疗、关于投资的自愿咨询与建议。参见注⑧，第82页。

^⑪ 如果营运车辆允许某人免费搭乘，则另当别论。依我国《合同法》第302条第2款规定，此时也适用运输合同中的损害赔偿责任。这表明双方当事人之间也成立一项（无偿）运输合同，并非情谊行为。相同观点参见王雷“论情谊行为与民事法律行为的区分”，《清华法学》2013年第6期，第168页。

^⑫ 参见注⑥，第209页。

^⑬ 参见谢鸿飞“论创设法律关系的意图：法律介入社会生活的限度”，《环球法律评论》2012年第3期，第12页。

^⑭ 参见注⑦，*Münchener Kommentar*，Rn. 33.

^⑮ 参见注⑤①，第169页。

^⑯ 参见注⑦，*Staudinger Kommentar*，Rn. 82.

工程质量有瑕疵但已过保修期，发包方要求维修，承包方表示“瓷砖脱落、墙面开裂、水管爆裂等事宜……为维护与你司友好关系，公司在资金异常紧张的情况下，一直努力尽责，并决定安排对上述已过保修期的项目进行修复，以表示我方的诚意”，此项承诺并非无约束力的情谊行为。^{⑤7}再比如租赁合同约定承租人提前终止合同时无权要求退还预付的租金，但当承租人终止合同并要求返还租金时，出租人同意退还部分租金，此项合意也不宜认定为情谊行为。^{⑤8}

[35] 有学者认为，商事营利性营业中的无偿行为不构成情谊行为，比如商场用班车免费运送前来购物之顾客，开发商免费运送乘客前去看房等。^{⑤9}彩票销售点的销售员与潜在客户建立竞彩QQ群，客户向销售员发送拟购买的当期6张彩票数据，销售员回复称均已出票，但开奖后却只交给客户5张彩票，缺少的那张恰恰是中奖的彩票，销售员称当时忘记购买这张票。法院认为客户与销售员之间成立无偿委托合同关系，但销售员不可能预见到客户欲购买的彩票是否能够中奖，故其不存在故意或重大过失，无须赔偿客户之损失。^{⑥0}此种情形究竟构成委托合同抑或情谊行为，不无疑问。

[36] 区分要约与情谊关系中的许诺之意义在于，前者经对方当事人承诺后成立合同，发生合同债权债务关系，后者不发生法定债权债务关系。当然，这不等于说情谊行为不会引起任何债权债务关系。目前一种强有力的学说认为，尽管合同外的情谊行为不发生原给付请求权（primärer Leistungsanspruch），但施惠者尤其是职业人士仍可能承担保护与注意义务。一般认为，这是一种法定债务关系，类似于缔约过程中的先合同义务，二者都属于特别结合关系。^{⑥1}在任何特定人之间有意识且有目的进行的业务接触中均应承认这种旨在关照交往伙伴的债务关系。这种接触使受惠者有权信赖其相对人（尤其是作为专业人士的相对人）将以特别的注意对待其和其财产。此项义务的归责基础是受惠者对施惠者的具备规范正当性且可归责于施惠者的信赖。^{⑥2}如果施惠者违反该义务，需要向遭受损害的受惠者承担债务不履行赔偿责任。

（三）要约与君子协议中的表示

[37] 君子协议（gentlemen's agreement）是指当事人虽然就某项给付达成协议，但欠缺法律上的约束意思，所以不发生法律约束力。^{⑥3}君子协议不构成民法上的合同，当事人缔结君子协议时作出的表示不构成要约。之所以达成君子协议，通常是因为当事人知道法律不会承认其约定的效力，比如约定的内容违反禁止性规定，也可能是因为当事人相信无约束力的允诺也会被遵守，所以法律约束是不必要的，^{⑥4}或者当事人根本不愿意让法律介入，有意识地将协议的执行力限制在道德层面上。^{⑥5}

[38] 这种约定不能产生可诉请履行的原给付义务，也就是说其欠缺“正常的合同效力”，但

^{⑤7} 参见“深圳华泰企业公司诉东莞市龙城房地产开发有限公司建设工程合同纠纷案”，广东省高级人民法院（2014）粤高法民申字第2175号民事裁定书。

^{⑤8} 持相反观点的案例参见安徽省宿州市中级人民法院对“杨某某与吴某某房屋租赁合同纠纷案”作出的（2016）皖13民终74号民事判决书。

^{⑤9} 参见注⑤1，第168页。

^{⑥0} “李亮与重庆市体彩中心、马某、向某、谢某等彩票纠纷案”，重庆市渝中区人民法院（2011）中区民初字第03148号民事判决书。

^{⑥1} 参见注⑦，*Staudinger Kommentar*，Rn. 84-85.

^{⑥2} 参见注⑦，*Münchener Kommentar*，Rn. 36-38.

^{⑥3} 我国民法学界对于“君子协议”概念的理解存在分歧。有学者以“君子协议”泛指各种没有法律拘束力的道德协议，包括家庭成员之间的协议、朋友之间的协议、其他社会行为导致的君子协议。据此，情谊行为也被视为君子协议（参见张平华“君子协定的法律分析”，《比较法研究》2006年第6期，第72-73页）。有学者认为，“君子协议”仅指从事本应由法律调整的行为的当事人，明示或默示排除司法管辖、履行请求权或违约责任的协议，不包括家庭协议和情谊行为（参见注⑤3，第13页）。

^{⑥4} 参见注⑦，*Staudinger Kommentar*，Rn. 3.

^{⑥5} 参见注⑧，第158页。

不可否认的是，当事人经常出于社会、经济或道德原因事实上履行了约定。究竟是否存在约束意思，需要在个案中通过解释予以确定，至于是否使用“君子协议”这一用语，则并非唯一的决定性因素。^⑥即便当事人没有将自己的约定称为“君子协议”，但如果明确表示“本协议无法律效力”，或者虽无明确表示，但依客观标准，通常情况下一般人不认为当事人具有受法律约束的意思，也应认定该约定属于君子协议。^⑦就约定内容违反禁止性法律规定而论，如果双方当事人明知道违法，则其约定显然欠缺约束意思，构成君子协议，比如两家企业达成我国《反垄断法》第13条规定的以分割市场为内容的垄断协议，多数情况下双方都知道违法，但都期望对方能自觉遵守协议。如果双方当事人不知道违法，则其约定具备约束意思，构成无效的法律行为。如果双方当事人误以为违法但实际上不违法，则究竟构成君子协议抑或法律行为存在争议。有学者认为，此时不构成法律行为，因为双方当事人达成约定时并不想发生法律效果。^⑧有学者认为，此时双方当事人并未放弃合同的约束力，只是容忍了对臆想中的禁止性规定之违犯而已，所以仍构成法律行为。^⑨

[39] 很多学者认为，尽管不构成合同，但君子协议当事人之间的关系可能比较紧密，由此产生一种以注意和保护为内容的法定债务关系，违反该债务关系导致损害赔偿责任。在这方面与情谊关系类似。^⑩不过，对此应当持审慎态度，仅当在君子协议履行过程中一方对另一方确实产生值得保护的信赖时，才能认定另一方负担相应的注意或保护义务。

（四）要约与交易意向

[40] 在交易实践中，缔约当事人有时向对方表达交易意向，比如发送意向函（letter of intent），或者当场在一份交易意向书上签字。一般而言，意向函欠缺约束意思（[3]），不构成要约。它只是一种意图表示，当事人借此表示进入认真的缔约谈判。当事人也经常明确表示相关条款没有约束力。此时，它充其量只是一项要约邀请。但这种信函可以导致信赖，并成为缔约过失责任的基础，比如后来情况表明，当事人根本没打算进行认真的谈判。随着谈判的进展，意向函中包含的意图表示可能获得相对人的同意，从而形成一项预备协议（Vorfeldvereinbarung），对谈判费用、告知义务、保密义务、独占协商^⑪等事项进行约定。^⑫此项协议具备法律约束力。^⑬当然，拟订立的合同本身尚未成立。

[41] 如果双方当事人经过磋商之后达成初步共识并据此订立一份交易意向书，其效力如何，不无疑问。意向书可能不具备法律约束力，也可能构成预约，甚至个别情况下还可能构成本约。^⑭具体言之，如果意向书中包含了“本意向书不具有法律约束力”“双方的具体权利义务由正式合同确定”或“本意向书对任何一方都不产生权利或义务”等效力排除条款，则其当然不具备法律约束力。^⑮如果意向书中未包含此类条款，但约定了下一步缔约过程中各方当事人的某些义务，则至少

^⑥ 参见注⑦，*Münchener Kommentar*，Rn. 44.

^⑦ 参见注③，张平华文，第76页。

^⑧ Vgl. Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1960, S. 897.

^⑨ 参见注①，第109页。

^⑩ 参见注⑦，*Münchener Kommentar*，Rn. 44.

^⑪ 在“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合同纠纷案”中，被告与原告签订了包含独占协商条款的意向书，但仍然与第三人协商并购事项，最后因与第三人订立了合同而导致违反意向书，被法院判决承担违约责任。详见山西省高级人民法院（2000）晋经二终字第10号民事判决书。

^⑫ 有学者将此类约定称为意向书程序性条款，并认为其具备法律效力，违反者需要承担损害赔偿责任。参见许德风“意向书的法律效力问题”，《法学》2007年第10期，第80页。

^⑬ Vgl. Ernst A. Kramer, *Vorbemerkung zum § 145*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl., München: C. H. Beck, 2006, Rn. 48.

^⑭ 参见注⑩崔建远书，第26页。

^⑮ 参见注③，第14页；陆青“《买卖合同司法解释》第2条评析”，《法学家》2013年第3期，第119页；注⑬，第157页。

可以认定其构成具有约束力的预备协议。^⑥ 如果意向书未包含此类约定,则需要通过解释确定其是否发生预约的效力。^⑦

[42] 依据《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《买卖合同解释》)第2条的规定,如果当事人订立的意向书中约定将来一定期限内订立买卖合同,则该意向书构成预约。如果没有作这样的约定,则通常不能认定为预约,也不宜认定为本约。比如,在“澳华资产管理有限公司与洋浦经济开发区管理委员会建设用地使用权纠纷案”中,澳华公司此前受让的两块土地使用权因规划调整无法建设为酒店,遂与洋浦开发区管委会交涉,双方订立“关于建设高档酒店的投资意向书”,约定“洋浦管委会同意为澳华公司在新英湾沿海一带协调置换相同面积的土地使用权,澳华公司对置换后的土地应进行酒店开发”。最高人民法院认为,本案“投资意向书”并不具备合同的基本要素。从标题看,该文件明确为“意向书”,并非常用的“合同”“协议”等名称;从内容看,该文件对于双方的权利义务以及法律责任约定并不明确。从具体措辞看,双方约定洋浦管委会“协调置换土地”,表明从“协调”到真正“置换”还是需要经过再协商、再约定。因此,“投资意向书”的性质仅为磋商性、谈判性文件,不构成合同。^⑧

[43] 当然,个别情形中,双方当事人达成的书面合意尽管名为“意向书”,但包含了交易主要事项的明确约定,且约定“本协议自签订之日起生效”,此意向书应认定为合同。^⑨ 约定以将来特定事实的发生为生效要件且内容完备的意向书应当解释为附停止条件合同。^⑩ 我国实践中存在持这种观点的案例。^⑪ 有时,虽未约定“本协议自签订之日起生效”,但达成意向书后,当事人已经实际履行部分义务,对方接受了,也应认定该意向书构成合同,具备法律效力。^⑫ 依意思表示解释规则,从实际履行和受领的行为可以推断出当事人对于意向书内容具备约束意思([3])。

(五) 要约与备忘录或草约中的表示

[44] 备忘录(memorandum)是指双方当事人对于在合同谈判过程中就合同要点达成的共识所作的记录。在欧陆普通法时代以及在当代德国、奥地利民法中,这种记录被称为Punktation,^⑬ 我国

^⑥ 在北京市第一中级人民法院审理的“北京靓妃生物科技有限公司诉北京喜隆多购物中心有限公司租赁合同纠纷案”中,原、被告在一份“商户租赁意向协议书”中约定“乙方同意在本意向协议书签订之日向甲方一次性支付人民币壹万元整为租赁该铺位的认租意向金,乙方在如约支付认租意向金后,享有在同等条件下优先承租上述意向商铺的权利”。法院认为该意向书构成合同,但并非租赁合同本身,而是关于意向金与优先承租权(形成权)的合同。其实该合同属于预备协议。案情详见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第987号民事调解书。

^⑦ 在上海市第二中级人民法院对“仲某某诉上海市金轩大邸房地产项目开发有限公司合同纠纷案”作出的民事判决(《最高人民法院公报》2008年第4期)中,双方当事人在一份“金轩大邸商铺认购意向书”中约定“仲某某向金轩大邸房地产公司支付购房意向金2000元,取得小区商铺优先认购权,金轩大邸房地产公司负责在小区正式认购时优先通知仲某某前来选择认购中意商铺,认购面积为150平方米,小区商铺的均价为每平方米7000元(可能有1500元的浮动)”。法院认为该意向书构成预约。

^⑧ 参见“澳华资产管理有限公司与洋浦经济开发区管理委员会建设用地使用权纠纷案”,最高人民法院(2014)民申字第263号民事裁定书。

^⑨ 参见“何某某诉厦门名龙企业有限公司、谢某某研究成果权属、返还侵占财物纠纷案”,福建省高级人民法院(1997)闽知终字第01号民事判决书。

^⑩ 参见陈进“意向书的法律效力探析”,《法学论坛》2013年第1期,第149页。

^⑪ 参见“广东华骏经济发展有限公司与湖北铁兴科贸有限公司合作协议纠纷案”,广东省广州市中级人民法院(2010)穗中法民二终字第943号民事判决书。

^⑫ 参见注⑦,第86页。

^⑬ 在欧陆普通法时代,Punktation具有多种含义:其一,指已经构成一项完备合同的文件;其二,指对谈判内容的书面记录;其三,指对合同主要内容的记录,而次要事项尚需进一步协商,此时实际上也已经成立合同;其四,指一份尚需正式拟定的合同文书的草案,其已经包含了合同的主要事项。当时的德国法学家辛滕尼斯(Sintenis)认为,只有第四种情形才是真正的Punktation,其余三种情形都是不真正Punktation,Vgl. Sintenis, *Das praktische gemeine Civilrecht*, Bd. 2, *Das Obligationenrecht*, Leipzig: Carl Focke, 1847, S. 249.

学者通常将其译为“草约”^④或“临时协议”^⑤。

[45] 从比较法看，依据《奥地利普通民法典》第885条之规定，如果当事人就合同主要条款已经草拟文件并经双方当事人签名，虽然尚未形成正式文件，但据此已经确立了权利义务关系。《德国民法典》制定之前，若干立法文本中也采用类似于奥地利民法的立场。比如《德意志普通债法草案》（即1866年的“德累斯顿草案”）第82条规定“如果缔约当事人对于依法构成合同本质的事项达成合意，为了对该合意进行固定签署了一份临时记录（Punktation），仅仅将次要事项留待日后协商，有疑义时，应认定该记录本身包含了一项有约束力的合同……”。《萨克森民法典》第827条也有类似规定。温德沙伊德认为，当事人达成Punktation可能仅仅为了便于记忆，并不想使自己受到约束，此时其没有法律意义。不过，当事人也可能具备约束意图。比如，当事人已经就合同主要事项达成合意，次要事项可以依据法律规则予以确定，此时当事人可以请求执行合同。如果当事人已经就所有事项达成合意，但需要附加一个特殊形式，则要么成立预约，要么名为Punktation实为合同本身。就后者而论，如果是法定形式，则Punktation无约束力；如果是意定形式，则可以请求完成形式。^⑥《德国民法典》并未完全采纳上述立场。依据《德国民法典》第154条第1款第2句，有疑义时，即便关于个别事项达成的谅解已经被记录于书面文件，也不产生约束力。因为起草者认为此种记录并未给意思的解释提供线索，不能据此断定当事人具备约束意图。^⑦不过，该款仅仅是解释规则，并未绝对排除Punktation发生效力的可能性。某些情形中的Punktation，依据通过解释而确定的当事人意思，也能产生约束力，前提是其内容比较完备，通过合同漏洞填补即可以确定其未达成合意的内容。^⑧

[46] 我国《合同法》未规定备忘录的效力问题，但依《买卖合同解释》第2条规定，当事人签订备忘录，约定在将来一定期限内订立买卖合同，构成预约。据此，备忘录可能构成预约，相应地，备忘录中的表示可能构成预约的要约。实际上，在实践中，备忘录有多种类型。有些备忘录纯粹为了记录谈判的阶段成果，作为下一步谈判的基础，因此没有法律约束力；有些备忘录构成预约，具有法律约束力；有些备忘录内容完备且包含约束意义，构成本约。

[47] 从司法案例看，最后一种备忘录不在少数。在“黄某某、苏某某与周大福代理有限公司、亨满发展有限公司以及宝宜发展有限公司合同纠纷案”中，当事人签订“有关买卖宝宜发展有限公司股份的备忘录”，约定周大福公司和亨满公司向黄某某转让宝宜公司股权和股东贷款权益，黄某某须支付2000万元诚意金。最高人民法院认为“从合同形式、当事人订约资格、意思表示、对价、合同目的等方面考察，“备忘录”“买卖股权协议”及其四份补充协议均符合合同法上关于合同有效的条件。”^⑨在“香港锦程投资有限公司与山西省心血管疾病医院、第三人山西寰能科贸有限公司中外合资经营企业合同纠纷案”中，订立中外合资企业合同后，当事人对出资义务履行时间予以变更并形成备忘录，最高人民法院认为，“备忘录”系合资三方在平等、自愿、协商一致的基础上达成的，其内容反映了合资各方的真实意思表示，虽未经原审审批机关批准，但因为不构成对

^④ 参见注①，第755页《奥地利普通民法典》，周友军、杨垠红译，清华大学出版社2013年版，第142页。

^⑤ 参见汤文平“德国预约制度研究”，《北方法学》2012年第1期，第148页。

^⑥ Vgl. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6. Aufl., Bd. 2, Frankfurt a. M.: Rütten & Loening, 1887, S. 204.

^⑦ Vgl. B. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 1, Berlin: R. v. Decker's Verlag, 1899, S. 442.

^⑧ Vgl. Reinhard Bork, *Kommentar zum § 154*, in: *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin: Walter de Gruyter, 2004, Rn. 11.

^⑨ 参见“黄某某、苏某某与周大福代理有限公司、亨满发展有限公司以及宝宜发展有限公司合同纠纷案”，最高人民法院（2015）民四终字第9号民事判决书。

原合同的实质性变更,其目的并非刻意规避审批机关的审批事项,所以仍然有效,具有约束力。^⑨此为关于合同变更事宜的谈判备忘录。实践中比较常见的还有当事人在合同履行过程中发生纠纷,为了解决纠纷达成关于和解或债务承认的谈判备忘录,法院通常也认定其具备法律效力。^⑩

[48] 无论构成预约、变更协议、解除合同抑或债务承认合同,备忘录中一方当事人的表示均构成要约。

四、证明责任

[49] 关于要约的成立及其内容,由主张其存在的当事人负担证明责任。该当事人需要提出证据证明存在其认为应被认定为要约的事实情况,并且承担如下风险:法官依解释规则仅仅将该事实情况认定为要约邀请之类的无约束力表示。^⑪主张要约存在的当事人通常是“受要约人”,其认为自己作出的意思表示构成承诺,与对方当事人的要约达成合意,合同成立。当然,“要约人”也可能主张存在要约,其认为自己收到的对方意思表示构成承诺,与自己先前作出的意思表示达成一致,合同成立。但对方当事人却认为先作出的那项表示仅仅是要约邀请,后作出的那项表示才是要约,由于只有要约,没有承诺,所以合同不成立。此时,“要约人”须证明自己先前作出的表示构成一项要约。

【主要参考文献】

1. 王泽鉴 《债法原理》(第二版),北京大学出版社2013年版。
2. 王利明 《合同法》,中国人民大学出版社2015年版。
3. 崔建远主编 《合同法》(第六版),法律出版社2016年版。
4. 朱庆育 《民法总论》(第二版),北京大学出版社2016年版。
5. 韩世远 《合同法总论》(第三版),法律出版社2011年版。
6. 朱广新 《合同法总论》(第二版),中国人民大学出版社2012年版,第58页。
7. [德]维尔纳·弗卢梅 《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版。
8. Ernst A. Kramer, Einleitung zum Buch 2, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl., München: C. H. Beck, 2007.
9. Reinhard Bork, Kommentar zum § 145, in: *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin: Walter de Gruyter, 2004.

(责任编辑:高圣平)

^⑨ 参见“香港锦程投资有限公司与山西省心血管病医院、第三人山西寰能科贸有限公司中外合资经营合同纠纷案”,最高人民法院(2010)民四终字第3号民事判决书。

^⑩ 参见“武汉长发物业有限公司与武汉东富物业发展有限公司联建纠纷案”,最高人民法院(1997)民终字第27号民事判决书。“中铁二十二局集团第四工程有限公司与安徽瑞讯交通开发有限公司、安徽省高速公路控股集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”,最高人民法院(2014)民一终字第56号民事判决书。“香港维达科技有限公司与青岛前湾集团公司中外合资经营合同财产返还纠纷案”,山东省青岛市中级人民法院(2003)青民四初字第117号民事判决书。“昆明策骏贸易有限责任公司与李某某租赁合同纠纷案”,云南省昆明市中级人民法院(2015)昆民一终字第27号民事判决书。“广东五华二建工程有限公司诉深圳亚太房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”,广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法房再字第6号民事判决书。

^⑪ 参见注⑤, Rn. 38.

The Irregular Causations and the Critics against the Objective Imputation

CAI Guisheng • 152 •

According to the theory of objective imputation, the irregular causations should be precluded through the objective criterion of “permitted risk”. The criterion of “permitted risk” has preinstalled a perspective of a fictive “objective-standard person”. Therefore, in the criminal theory that the judge should first carry out a step of objective imputation, and then that of subjective imputation, the first step is unnecessary. In the case that the perpetrator realizes his special knowledge, the theory of objective imputation can lead to a wrong conclusion. With the introduction of the so-called “special knowledge” into the theory of objective imputation, this imputation will be not objective any longer. It is not suitable to adopt the theory of objective imputation, which is based on a “fictive person”. The proper way is to understand and interpret the legal elements, such as result, action and intent (or negligence), normatively and basing on all the facts that expost found out. The imputation of criminal results is a subjective imputation that aims at the real perpetrator rather than an objective imputation towards a “fictive person”.

Key Words Irregular Causations; Objective Imputation; Special Knowledge; Normalization of Elements; Subjective Imputation

Cai Guisheng, Ph. D. in Law, Lecturer of Criminal Jurisprudence Research Center of Renmin University of China.

The Misreading and Clarifying of the Principle of “Trademark Case-by-case Review”

XIONG Wencong • 168 •

In most trademark cases, the normative issues such as distinctiveness, popularity, similarity and the likelihood of confusion are very complicated and comprise very uncertain judgement of subjectivity. For dealing with these issues, the courts developed the “multifactor test” and resulted in inevitably an extrusive phenomenon, which called “case-by-case review”. Without Understanding its rationale, the “case-by-case review” is easily misread be conflicting with the doctrines of “like cases alike” or “stare decisis” and should be excluded by the principle of so-called “the consistency of review standard”. Only by clarifying the boundary between “case-by-case review” and “like cases alike”, we can defuse the contradiction and ensure the fairness of judicial judgement.

Key Words Case-by-case Review; Like Cases Alike; Trademark Law; Multifactor Test

Xiong Wencong, Ph. D. in Law, Associate Professor of Minzu University of China Law School.

Commentary on Article 14 of Contract Law: Composition of an Offer

YANG Daixiong • 177 •

According to Article 14 of Contract Law, an offer should meet three requirements. Firstly, it should be a declaration. Secondly, in principle, offeree must be specific person; only in exceptional case can numerous unspecific people be offeree. Thirdly, the declaration should express definite meaning concerning effect. This meaning acts as criteria to distinguish offer from invitation to offer, declaration based on friendship, declaration in gentleman’s agreement, letter of intent, declaration in memorandum. The burden of proof rests on the party who claims the existence of an offer with certain content.

Key Words Offer; Invitation to Offer; Act Based on Friendship; Declaration of Will; Burden of Proof

Yang Daixiong, Ph. D. in Law, Professor of East China University of Political Science and Law.