

论要约的约束力

合同的成立一般依靠在要约和承诺中表达的当事人的合意。当合同是在处于同一地点的两个人之间或在虽然是分开的却能直接用电话或其他方式联系的两个人之间缔结时,则不会出现困难。在此类情况下,若受要约人不当场接受,要约则失效。而当合同是在远距离、当事人相互不在场、通过书信或其他方式缔结时,则容易出现困难。既然双方的声明必须接连地作出,要约不得不在一段时间内保持有效;否则,要约就不能与承诺人表达的意愿联合而形成合同。作为以直接订立合同为目的的要约的法律效力是什么,这就是要约的约束力问题。

要约的约束力是指要约发出后引起的法律后果,它包括对要约人的约束力和对受要约人的约束力两个方面。

一、要约对受要约人的约束力

各国的合同法律制度一般都认为,要约对受要约人原则上是没有约束力的。受要约人接到要约,只是在法律上取得了承诺的权利,并享有接受或不接受要约的自由,而没有必须承诺的义务。而且,受要约人即使不承诺,一般也不负通知要约人的义务。这一制度有利于防止“强买强卖的野蛮交易”^①,适应了商品经济的要求。但值得注意的是,一些国家为了保护不利处境中要约人的利益和减少因要约效力而产生的不必要的诉讼,在立法中作出了一些特别的规定。如在法国,由于从事公用事业(如电力、煤气、供水)的企业与国民

^① 周林彬.比较合同法[M].兰州:兰州大学出版社,1989:154.

的生活息息相关,因此,法国的合同法律制度规定,该类企业不能拒绝顾客的要约,即对顾客的要约必须承诺。而且,法国法在实践中将这一规则扩大适用至所有根据标准合同从事交易的商人,即如果商人拒绝承诺顾客的要约,并且该不作为在法院看来是不公正的,则商人对其不作为要承担损害赔偿的责任。^① 而《德国商法典》和《日本商法典》规定,商人对经常往来的客户,接到其要约后应立即发出承诺与否的通知,若怠于通知,则视为承诺。其他大陆法系国家也多持这一观点。^② 英美法系国家也有类似的规定,如《美国合同法重述》第 72 条第 1 款作了与上述两个法典类似的规定。所不同的是,怠于通知而视为承诺的情况只是作为例外而存在,并且必须具备两个条件:(1)要约人与受要约人有经常性的交易;(2)受要约人接到要约后没有明确表示拒绝承诺。只有同时符合这两个条件,要约才能对受要约人产生约束力。新近的《国际商事合同通则》第 2.6 条第 1 款规定,受要约人的缄默或不行为本身不构成承诺。而《欧洲合同法原则》关于要约是否对受要约人具有约束力的问题未予规定。

关于要约对受要约人的约束力,我国《合同法》也规定了在某些特殊情形下的强制缔约义务。《合同法》第 38 条规定,国家根据需要下达指令性任务或者国家订货任务的,有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。该法第 289 条规定,从事公共运输的承运人不得拒绝旅客和托运人的通常、合理的运输要求。一般而言,单纯的沉默原则上并不具有意思表示的意义,所以,受要约人若对要约保持单纯的沉默,固然不构成承诺,亦不意味着拒绝——既非肯定亦非否定。^③ 但在某些特殊的情形下也视为意思表示,对受要约人形成约束力。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第 66 条规定:“不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下,才可以被视为意思表示。”默示已然具有意思表示的资金积累,称“不作为的默示……才可以被

① 周林彬. 比较合同法[M]. 兰州:兰州大学出版社,1989:155.

② 岳彩申. 合同法比较研究[M]. 成都:西南财经大学出版社,1995:53.

③ Reinhard Bork. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs* [M]. 3. Aufl. 2011:571 - 574. Dieter Medicus. *Allgemeiner Teil des BGB* [M]. 10. Aufl. 2010: 345. Ruthers/ Stadler. *Allgemeiner Teil des BGB* [M]. 16. Aufl. 2009:17 - 24.

视为意思表示”系概念误用,此处所指,其实是“单纯的沉默”。^①如我国《合同法》第236条:“租赁期间届满,承租人继续使用租赁物,出租人没有提出异议的,原租赁合同继续有效,但租赁期限为不定期。”承租人继续使用租赁物,被视为租赁契约延期之推知的意思表示(默示),出租人的沉默则产生承诺的效力。

二、要约对要约人的约束力

一般认为,要约对要约人的约束力问题是指要约人发出要约后能否变更、撤回或撤销的问题。由于各国法律的规定差别较大,因此,要约对要约人的约束力问题是要约的约束力研究中应重点解决的。探讨这一问题,不能不提及洛夫特理论。尽管在大多数法律制度中,真正的义务只会在合同形成之后产生,但根据洛夫特理论,义务不是从当事人的协议中产生的,而是产生于每个当事人在其契约性声明中所许诺的义务。因此,卖主交货的义务始于他作出声明之时,这是由于买主的欠货款的声明所致。这一理论清楚地表明,要约人受其要约的约束,而且,倘若承诺人的声明与要约人的期望是一致的,即使它被接受晚了一些时间,要约人的主要义务也可以追溯到要约到达之时。

按照处理要约对要约人约束力方式的不同,世界上的法律制度主要可分为三类,即盎格鲁—萨克森法系、德国法系和罗马法系。总体看来,要约人在德国法系中受约束最多,在罗马法系中受约束次之,而在盎格鲁—萨克森法系中受约束最少。^②

在英美法系中,要约原则上对要约人无约束力。虽然一个要约授权给它的相对人接受,一旦被接受即构成合同,而且,从要约到达受要约人之时起,直到因要约人确定的或根据环境决定的一段时间逾期时止,要约都处于能被承诺的状态。但是,直到要约被接受,要约人保留了在任何时候予以撤回的自由,而且甚至在他已宣布在某一确定的期间准备受其要约的约束的情况下,在

^① 朱庆育.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2013:191.

^② K. Zweigert and H. Kötz (translated by Tony Weir). *An Introduction to Comparative Law Volume II* [M]. The Institution of Private Law Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1987:37. 37. 39.41. 41.42 .44.

那一段确定的期间内,他在法律上仍然享有任意撤回要约的自由。英美普通法系国家之所以不对要约人强加义务的原因可以从其对价理论中找到,那就是英美法系合同法的基本原则依靠允诺。除了包含在“签封”文件中的允诺外,允诺不是具有法律意义的意思表示,它只有在受要约人已经作出回应或承诺一个对应的履行的情况下,才产生一个有约束力的义务。^① 要约通常没有收信人的任何对应履行,而且要约几乎未曾罩上庄重的形式。因此,要约人一般是不受其要约的约束的,是可以撤回或撤销的。

普通法系关于要约原则上对要约人不具约束力的规定使要约处于不稳定的状态,在实践中对受要约人十分不利。因为受要约人基于对已宣告无效的要约的继续信赖,可能已开始从事要约中的事项或已花费大量的开支。因此,在此类情形下,美国法院倾向于不顾对价理论而坚持要约不能撤回。如果普通的缔约人以转包人的报价作为投标的基础,而且他的投标被接受,转包商无权即刻撤回他的要约而不去考虑所有的普通的缔约人。在转包商知道和打算主承包人在计算其标价时将依靠他的要约的情况下,法院也以种种理由认为要约不能撤回。在 *Northwestern Engineering Co. V. Ellermann*^② 一案和 *Drennan V. Star Paving Co.*^③ 一案中,美国法院即持上述观点。法院实践中的这一做法已被《美国合同法重述》(第2版)(以下简称《重述》)所采纳。该《重述》第2部分第87条规定,如果像要约人合理期待的那样,要约导致了行为或受要约人对其真实性格的克制,要约将被视为不可撤销。不过,在此类情形下,要约仅被认为“在避免不公正的范围”内是有约束力的。对要约赋予一些约束力的必要性在商业中特别强烈。《美国统一商法典》第2~205条规定:“由商人以签字的书面形式发出买卖货物的要约,并通过其条款保证维持其效力时,如果要约缺乏对价,在言明的期限内是不可撤销的;若未言明期限,则在合理的期限内是不可撤销的;但无论如何,这种不可撤销期不得超过三个月。但是,由被要约人提供的格式合同中任何此类保证条款,必须由要约人另行签

① K. Zweigert and H. Kötz (translated by Tony Weir). *An Introduction to Comparative Law Volume II* [M]. The Institution of Private Law Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1987:41.

② 69 SD 397, 1 ONW 2d 879 (1943).

③ 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 (1958).

字。”这是纽约州有关要约的基本规则^①,也为美国绝大多数州所重视。美国的一些学者指出,一般的合同法都包含了一个前提,即所有的要约在承诺之前都是可以撤销的。但这一基本规则却存在一些例外情形,这主要表现在自由选择合同中,以及受要约人对不撤回要约的允诺存在不利的信赖和法律规定的要约不可撤回的情况下,或者在单边合同的要约中。具体而言,有如下四种情形:(1)由对价支持的要约的不可撤销性。如果对某一要约给予法律上的充分对价,从而使要约在规定的期间处于能被接受的状态,一个自由选择合同因此而构成。在这种情况下,一个独立的选择合同既已存在,要约人已允诺不撤回其要约以便交换由受要约人“支付”的对价,因此,要约在规定的期间是不能撤回的。值得注意的是,在选择合同中,当要约人已同意不撤回其要约,而要约又明确地被受要约人拒绝的情况下,要约是否具有不可撤销性?有的学者认为,既然受要约人已支付对价,自由选择合同就是一个根据一方的意志执行的独立的合同,要约人则负有使要约能被接受的法定义务。因此,根据逻辑,在缺乏支持解除的对价的情况下,仅有拒绝或因要约人后来的被证明为正当的职位变化,这一义务是不能免除的。^②至于支持选择合同从而使要约不可撤销所要求的对价数量,一个很小的数目,一般1美元即足够了。然而,当没有支付对价,而且事实表明没有支付对价的意图存在,英美法系国家的绝大多数法院将视选择协议为骗局,并允许要约人撤回要约。(2)由对价中约定的禁止翻供所支持的要约的不可撤销性。在要约和承诺领域最大的政策问题之一是提出了所谓的“约定的禁止翻供”是否被用于发出一个不可撤销的要约。这一问题通常以一般合同人与准合同人的矛盾形式出现。当出现根本的分歧时,主流趋势似乎是在要约人允诺不撤回和受要约人合理地依赖对其不利的允诺的情况下,赞成设立一个不可撤回的要约。James Baird Co. V. Cimbrel Bros. 一案^③颇具代表性。该案中,一位承包商在收到一供货商对亚麻油地毯的投标之后,利用后者的数字对州政府的一项工作又进行了投标。供货商指望得到承包商支付原料货款的允诺,但得到的是需要撤回其要约的允诺。

① N Y. *Personal Property Laws* [M]. 33 (5), and 43 Colum. L. Rev. 487, 1943.

② Gordon D. Schaber and Claude D. Rohwer. *Contracts* [M]. West Publishing Co., 1975: 28. 29-30. 34. 36.

③ 64 E 2d 344 (2d Cir., 1993).

在承诺之前和原告通过邮出一份与政府间带有罚金性质的合同且处于若被迫取消要约他将失去政府的那一项目时,供货商撤回了要约。而承包商却未撤回投标,政府部门则与之缔结了合同。后来承包商试图接受供货商的投标,并主张对其标的的利用是一个创设选择权的行为,依赖于该投标而引起的形势的变化使其投标不可撤回。法院最终拒绝了这一争辩,而主张因为供货商的要约只是一个相互讨价还价的要约,对其投标的利用并不创设一个选择权。因此,约定的禁止翻供或有害信赖原则均不适用。实际上支持 Baird 公司的决定意味着,受要约人因信赖一个“不撤销要约”的多余的允诺而变换自己的处境被证明是非正当的。支持这一观点的理由是,承包商可以通过获得选择权或与供货商签定一个如果承包商得到建造合同则生效的合同来保护自己。^① 更新近的案例可以从 *Drennan V. Star Paving Co.* 一案^②中得到说明,该案实际上涉及与 Baird 一案同样的事实。该案认为,尽管准合同人没有明确表达不撤回他的投标的允诺,此类允诺也是合理地隐含的。普通缔约人因信赖投标是不可撤回的而引起的自身处境的变化是正当的,这一不利信赖使得准合同人的要约不可撤回。该案的观点清楚地表明,如果一般的人在被授权缔结合同之后,没有迅速地接受准合同人的投标,准合同人将不再受约束。同样,进一步的协商或由一般的人提出反要约,也将允许准合同人撤回要约。

(3) 由法律规定的要约的不可撤销性。在美国,许多州都用立法形式规定某些类型的要约是不可撤销的,并通过其条款保证维持其效力。如果要约缺乏对价,在言明的期限内是不可撤回的;如果没有言明期限,要约在合同的期限内则是不可撤销的。但在任何情况下,这种不可撤销期不得超过三个月。大量的法律文件还规定,对公共机构的投标,在规定的期间是不可撤销的。美国少数几个州的法律还规定,要约人已同意不撤回要约的情况属于要约不可撤回的其他类型。在处理具体案例时必须考虑当地法律。

(4) 单边合同中要约的不可撤销性。在美国的司法实践中,几乎一致认为:单边合同中的要约,一旦受要约人开始履行,要约人就不能撤回,而且必须给予受要约人合理的时间和机会去完成行为或所要求的克制。一旦受要约人已开始做可清楚地归于合

^① Gordon D. Schaber and Claude D. Rohwer. *Contracts* [M]. West Publishing Co., 1975; 28. 29-30. 34. 36.

^② 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 (1958).

同的事情,这一行为即构成履行而不仅仅是履行的准备。即使受要约人没有被强制去完成,要约人也受允许受要约人完成所要求的行为的约束。不过,也有例外,一些判例清楚地描述了准备和开始之间的区别。不管是怎样涉及的还是付出的代价多么昂贵,准备都不消灭要约人撤回要约的权利;而不论多么微小,开始履行都保护受要约人免受因要约撤销而引起的损害。在实践中,必须认真、正确地分析要约人要求什么样的行为和受要约人是否正准备履行或已开始履行要约人所要求的行为。美国少数学者也主张应保护已开始为履行做重要准备的受要约人。^①

在英国,对要约的约束力问题也有不同意见。法律评论委员会 1937 年曾建议:“关于在一定的时期或直到一些特定的事情发生前,由于缺乏对价而保持要约的公开性的协议,不是不可实施的。”^②后来,英国法律委员会也建议:凡规定了有效期限的要约可无对价而保持效力。^③

在罗马法系国家中,要约的约束力是相当强的。在法国,合同法的传统理论认为,债务须由双方意思表示一致而产生,单方面的意思表示对当事人不能产生约束力。因而,要约人发出要约之后,在要约未被受要约人接受之前,即使要约人在要约中规定了受要约人承诺的期限,要约人也有随时撤回要约的自由,要约并不因发出而当然对要约人具有约束力。这一理论貌似合理,有利于保护要约人的利益,但对受要约人十分不利。在许多情况下,受要约人作出接受要约的决定后,往往要支付一定的费用,或为履行约定的事项付出大量的心血。而根据上述理论,受要约人的付出和利益却无法得到保护。因此,在法国现代学者看来,要约对要约人不具有约束力是极不公平的。^④在对“不存在意思表示一致即不存在义务”这一教条的不断批驳声中,要约在被受要约人接受之前的任何时候都是可以撤回的这一传统的基础原则已被法院作了很大的修改。若要约人规定了一个确定的承诺期限,在期限届满之前要约可以撤

① Gordon D. Schaber and Claude D. Rohwer. *Contracts* [M]. West Publishing Co., 1975:36.

② K. Zweigert and H. Kötz (translated by Tony Weir). *An Introduction to Comparative Law Volume II* [M]. The Institution of Private Law Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1987:39.

③ 岳彩申. 合同法比较研究[M]. 成都:西南财经大学出版社,1995:54.

④ 尹田. 法国现代合同法[M]. 北京:法律出版社,1995:48.

回,但撤回使得要约人应负损害赔偿责任。^① 当法院不要求表达任何特定的期限时,没有确定承诺期限的要约通常同样是真实的要约:如果根据具体案例的环境或一般贸易惯例表明,要约在“合同期限”内对承诺是开放的,就足够了。承诺的期限若被认为是隐含地同意的,则将由审判庭根据案件的特殊情况作为某一法律事实来决定。^② 若要约在这一期限届满前被撤回,受要约人虽然不能通过声称接受而构成严格意义上的合同,但对过早地撤回给他带来的损失可以要求赔偿。如当某人发出要约将他的土地卖给一位感兴趣的当事人,并允诺房屋连地基将在某一天能看到时,即有一个隐含的协议:直到能见到的那天止,要约处于开放状态。提前撤回要约将使土地的主人负损害赔偿责任。

负责《法国民法典》改革的委员会在研究要约的约束力时提出了一条规则,即声明将保留一段时间的要约直到期满之前不能被撤回,除非撤回的通知在要约之先到达受要约人。当要约保留开放的期间能从境况中推断出来的时候,上述规则同样适用。《意大利民法典》也采纳了现代国际社会的普遍做法。根据该《法典》第 1328 条和第 1329 条的规定,要约在任何指定的期限届满前是不能撤回的。若要约中未确定承诺的期限,则在承诺作出之前,要约可以撤回。如果在接到撤回通知之前,受要约人已善意地开始履行,要约人则要补偿承诺人因开始履行契约所支出的费用和遭受的损失。该《法典》第 1331 条第 1 款规定:“在双方当事人就他们中的一方要受自己意思表示的约束,而另一方有接受或者不接受的选择权达成合意时,根据第 1329 条规定的效力,前者的意思表示被视为是不可撤回的要约。”

在德国,要约人受其要约的约束。《德国民法典》第 145 条规定:“向他人提出订立合同的要约者,便受该要约的约束,除非他人已排除该约束力。”这一规定明确否定了要约人撤销要约的权利。特别是在他指定的期间或虽未指定期间但有一段合理的时期内,要约人是不能撤回要约的。在这种情形下,正如《德国民法典》所清楚表明的,要约人并非简单地负有不撤回要约的义务,

^① Cour de Cassation . *Chambre civile* . 10 May 1968 , *Bulletin de la Cour de Cassation , chambres civiles* [M] . 1968 : 162 .

^② Cour de Cassation . *Chambre civile* . 10 May 1968 , *Bulletin de la Cour de Cassation , chambres civiles* [M] . 1972 : 214 .

而实际上他无权这样做。因此,一个简单撤回的尝试根本没有法律效果,而不是引起损害赔偿的法律义务。这一规则基本上已被巴西和希腊民法典所接受,也适用于瑞士。^① 但要约对要约人的约束力并不是绝对的,根据《德国民法典》第130条第1款的规定,在要约到达受要约人之前,要约是可以撤销的。在实践中,要约人在作出要约时,有时可以通过使用(“freibleibend”或“ohne obbligo”)特殊词语或附加声明此要约“不具约束力”来排除其要约的约束力。一般而言,这样有保留的声明不是一个法律意义上的要约,而是一种简单的要约邀请,其他当事人的声明则变成了需要承诺的要约。但是,如果这种有保留的“要约”的受要约人要求要约人对该“要约”确认时,要约人应该不迟延地予以答复。否则,根据《德国民法典》第151条的规定,视要约人默示同意,并因此而成立合同。^②

上述比较的审视表明,在三种不同的法系中,要约的发出具有不同的法律后果。在普通法系中,要约根本没有约束力,甚至也不是损害赔偿责任的根据。在罗马法系中,在要约有确定的期限的情况下,要约的提前撤回将导致损害赔偿责任的承担。在德国法系中,每个要约都是不可撤回的,撤回要约的声明没有任何法律效果,除非要约人已排除了他的建议的法律效力。

三种不同法系有关要约约束力的规定,应当承认“德国法系最好”。^③ 在实践中,德国法系和普通法系两者间的区别,比乍眼从表面看到的实际上要小一些。甚至在德国法系中,要约直到到达受要约人之前,也是可以撤回的;而在普通法系中,一旦受要约人将其承诺交到传送者手中,要约便变为不可撤销的。这意味着,在普通法系中,受要约人仅对要约到达之后和承诺发出之前的特定期间承担要约被撤回的风险。在这一期间,受要约人正在考虑是否接受要约,除非要约规定在某一期限内是开放的,这一特定的期间一般很短。即使如此,德国法系有关要约的约束力的规定较之于其他法系的规定,仍然是较优

① K. Zweigert and H. Kötz (translated by Tony Weir). *An Introduction to Comparative Law Volume II* [M]. The Institution of Private Law Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1987:41.

② 徐国建. 德国民法总论[M]. 北京: 经济科学出版社, 1993:137.

③ K. Zweigert and H. Kötz (translated by Tony Weir). *An Introduction to Comparative Law Volume II* [M]. The Institution of Private Law Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1987:42.

越的。实践证明,其适用的结果是实用和公正的。依据德国法系的规定,受要约人的行为因其知道其承诺将成立一个合同而得到保证。因供应和价格方面的变动而引起的风险则由要约人承担,因为是要约人处于主动地位,是要约人引起了受要约人的信赖。因此,必须由要约人排斥或限制其要约的约束力性质。若未这样做,让要约人受约束才是唯一公平的。此外,允许要约人撤销要约也是与迅速、安全地进行民商事交往的原则和要求相违背的。

尽管如此,若要想英美法系学者完全改变他们的观点,使要约对要约人具有严格的约束力,是十分困难的。这主要是因为,在他们的国家,根深蒂固的对价理论与要约的约束力是尖锐对立的。不过,在美国各州的立法中,有一个使要约具有约束力的明显倾向,也有一些法律之外的限制要约反复无常地撤回的因素,即撤回要约可能在法律上是允许的,但被认为是不公平的。因此,大多数商人在实践中尽力避免撤回要约。

值得注意的是,晚近的一些国际立法对要约约束力的规定,出于平衡要约人和受要约人利益的目的而采折衷态度,既规定要约原则上可以撤销,又规定了一些要约不能撤销的特定情况。《联合国国际货物销售合同公约》第15条之(2)规定:“一项发价即使是不可撤销的,得予撤回,如果撤回通知于发价之前或同时送达发价人。”第16条规定:“(1)在未订立合同之前,发价得予撤销,如果撤销通知于被发价人发出接受通知之前送达被发价人。(2)但在下列情况下,发价不得撤销:(a)发价写明接受发价的期限或以其他方式表示发价是不可撤销的;或(b)被发价人有理由信赖该项发价是不可撤销的,而且被发价人以本着对该项发价的信赖行事。”由此可见,该《公约》区分了要约的撤回和要约的撤销,并将“旧式的原则”^①即要约可以撤销作为一般原则,而将要约不能撤销作为例外情形来规定。国际统一私法协会于1994年制定的《国际商事合同通则》第2.3条和第2.4条有关要约的撤回和撤销的规定,与上述《公约》的规定几乎完全一致。1998年修订的《欧洲合同法原则》虽然未区分要约的撤回和要约的撤销,但其实质内容也与《联合国国际货物销售合同公约》第15条和第16条的规定基本相同。

^① K. Zweigert and H. Kötz (translated by Tony Weir). *An Introduction to Comparative Law Volume II* [M]. The Institution of Private Law Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1987, 37. 37. 39. 41. 41. 42. 44.

我国《合同法》第17条规定：“要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。撤回的意义在于阻止前项意思表示生效。”《合同法》第18条规定：“要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺的通知之前到达受要约人。”这同时意味着，我国实证法在原则上排除了要约对于要约人的拘束力（称“形式拘束力”^①），这与《德国民法典》第145条和台湾地区“民法”第154条第1项的规范方向正好相反，系接纳《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》的结果。^②但《合同法》第19条规定，在两项情形下，要约不得撤销：其一，“要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销”；其二，“受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了准备工作。”从该条规定可以看出我国对要约的拘束力采取了一种折衷的态度。即原则上要约是可以撤销的，但为了平衡要约人和受要约人的利益，也作出一些例外的规定，在一定程度上承认了要约的约束力。

① 王泽鉴，债法原理[M]，北京：北京大学出版社，2009：128。

② 胡康生，中华人民共和国合同法释义（第2版）[M]，北京：法律出版社，2009：44-45。

缔约能力制度比较研究

缔约能力即缔约上的行为能力,是指当事人为取得民事权利或承担民事义务,按照自己的意志独立地订立合同的能力。简言之,缔约能力是当事人订立合同的法律上的资格。下文拟对三大法系的缔约能力制度作一比较研究。

一、未成年人的缔约能力

(一) 罗马法系国家未成年人的缔约能力制度

法国、意大利以及效仿法国的一些国家的合同法制度带有罗马法的深深痕迹,反映了罗马法合同制度的特征。

未成年人是无法律行为能力的人。根据《法国民法典》的规定,在没有经其法定代理人同意的情况下,青少年可以从事家庭法中规定的许多事务(诸如结婚、订立婚约、对非婚生子女的承认等)。另外,法国法院坚持认为由未成年人实施的避免其财产损失的必要措施和不致蒙受太重的经济负担的措施是有效的。未成年人订立的所有其他合同在原则上是无效的,对此,法院有必要作出撤销之诉(*action en rescision*)。但是,简单地证明原告是对在缔结合同时的未成年人进行的控告是不够的,未成年人必须证明该合同将给他带来经济上的损失。当合同是一个只有未成年人的法定代理人为了该未成年人的利益,才能通过遵守规定的形式(诸如家庭理事会的协议)缔结的情况下,若合同是由未成年人自己缔结的,不管是否造成损害,它是绝对无效的。这就意味着一些很重要的合同,诸如地产的买卖,即使条件对他很有利,也是不能由未成年人缔结的。与此相反,未成年人进行的日常生活中的交易,一般是有效

的,这主要是因为它们很少构成对未成年人的损害。由此可知,在法国,未成年人直到撤销合同以前要受合同约束,未成年人要使自己不受自己缔结合同的约束,必须证明合同的执行对其不利,即如果不存在“合同损害”,则合同有效。

若缔约相对人能证明在协商合同过程中未成年人使用了欺诈性的方法,隐瞒了其未成年年龄,一个试图废除不利合同的未成年人可能被法院判定具有特别的缔约能力。《意大利民法典》第 1426 条即规定:“如果未成年人以欺骗的方式隐瞒了他的未成年的年龄,则合同不被撤销;但是他所作的其为成年人的简单声明不构成对合同抗辩的障碍。”之所以这样规定,主要是因为若规则与之相反,成年人可以通过询问未成年人的年龄来反对废除合同,从而保护自己。

在罗马法系国家中,未成年人可以通过解除亲权而获得缔约能力。法国对未成年人解除亲权主要有如下两种方式:(1)未成年人因结婚,依法当然被解除亲权。(2)未成年人虽未结婚,如年满 16 岁,得被解除亲权。此种亲权的解除,如有正当理由,由监护法官应父母双方或其中一方的请求而宣布。对未成年人解除亲权的作用是消灭父母的权力和给未成年人赋予完全的缔约能力。

意大利也确立了解除亲权制度,但解除的方式与法国不同。依据《意大利民法典》的规定,未成年人于结婚时依法解除亲权(第 390 条);解除亲权的未成年人,若经常处于精神失常状态而不能处理自己事务,则应当宣告为禁治产人(第 414 条)。

(二) 英美法系国家未成年人(Infants^①)的缔约能力制度

在英美法系国家,虽然未成年人所缔结的合同,通常是无效的或可撤销的,但英美法系国家既没有完全意义上的法定代理人,也没有未成年人无缔约能力的一般概念。而且,有关供给未成年人日常生活所需的物品或劳务等合同是有效的。几个世纪以来,英美法系国家法院都坚持,尽管属于未成年人,

^① 在 1969 年《家庭改革法案》(Family Law Reform Act 1969)颁布后,英国将成年的年龄从原来的 21 岁降为 18 岁。同时,对于未成年人的称呼也由惯用的“minor”改为“infant”。

青少年也必须为供应给他的“必需品”(necessaries)支付合理的价金。这不是一种契约责任,而是一种只在未成年人接受提供的“必需品”时才出现的“准合同”责任。因此,未成年人所支付的不是约定的价金,而是一笔他必须为“必需品”支出的合理的开销,虽然这一合理的价格通常与普通的商业价格是一样的。

在英美法系国家中,以往对于“必需品”的界定仅限于提供给未成年人的生活必需品及服务,后来则扩大适用于雇佣合同、学徒期合同和教育合同。若雇佣合同、学徒期合同和教育合同表明对未成年人是有利的和有益的,则是有约束力的^①,至于所有的经济上对未成年人有利的合同是否对未成年人有约束力的问题,在英美法系国家则没有一个总的规则。因此,有关未成年人的商业和贸易合同,即使它们是有利的,也可能被作为无效处理。所有其他合同,包括购买不能被列入“必需品”的物品的合同是无效的。英国 1874 年的未成年者免债法令(Infants' Relief Act),实际上规定了这类合同是“绝对无效”的,但该法令也同意这并不意味着使此类合同丧失所有的法律效果。相反,其他当事人若有缔约能力,尽管不能为特定的履行而起诉,是完全受合同的约束的。希望废除合同的未成年人则不必为此目的而作出行为;所有他必须做的仅仅只是通知其他当事人或依靠他的未成年来对任何请求进行辩护。在英国法系国家中,购买非“必需品”并已付款的未成年人,如果他没有得到他被允诺的部分,只能要求返还价款。如果他已经使用了所购买的物品,则他不能要求返还价款。^② 作为这一规则基础的理念是,如果未成年人不能返还他所接受的东西,而允许他要求返还他已给别人的物品,这是不公平的。

(三) 德国法系国家未成年人的缔约能力制度

德国法系将未成年人分为无缔约能力人和限制缔约能力人:无缔约能力人所做的意思表示是完全没有法律效力的;而限制缔约能力人,实际上能做意思表示,但他们参与缔结的合同是“暂时无效的”,要使其生效,须经其法定代

^① See *Roberts v. Gray*, (1913) 1 KB 520; *Doyle v. White City Stadium, Ltd.*, (1935) 1 KB 110. See also *Chaplin v. Leslie Frewin (Publishers) Ltd.*, (1966) Ch. 71.

^② See *Valentini v. Canali*, (1889) 24 QBD 166; *Pearce v. Brain*, (1929) 2 KB 310; Compare *TREITEL*, 73 LQRev. 202 ff (1957) and *ATI YAH*, 74 LQRev. 101 ff. (1958).

理人的同意。法定代理人的同意又分为“事前的同意”即允许和“事后的同意”即追认。《德国民法典》第108条第1款：“未成年人未经法定代理人之必要允许而订立契约者，契约有效性取决于法定代理人的追认。”事前允许可以分以下几类：第一类是个别允许即针对每项法律行为一一作出允许。第二类是概括允许即针对一系列彼此相关的行为概括授权。若事前未获允许，事后又未得到追认，则合同的“暂时无效力”即转变为永久无效力，即等于无效的民事行为。^①若此类无效合同的当事人已经履行了他的那部分义务，那么，依照不当得利的基本原则，每个人都有义务返还他所接受的东西。已经接受价款并已花掉该款的未成年人，其钱财已灭失而以不再享受利益为由来保护自己。

善意相对人的撤回权。《德国民法典》第109条规定：“（1）合同未经追认前，合同另一方当事人有权撤回。（2）如果合同另一方当事人知道其为未成年人时，只有当未成年人违背真实情况，伪称已经取得法定代理人的同意时，始得撤回；如果合同另一方当事人在订立合同时，明知其未取得同意，合同另一方当事人仍不能撤回。”这表明，此类合同的暂时无效性能否使其他当事人享有撤回合同的权利，应根据具体情况而定。当相对人属于“善意相对人”时，则享有撤回权。一般情况下，唯有明知其未成年之事实才构成非善意，以知与不知作为善意与否的判断标准，是因为相对人明知其对方未成年仍与之交往，可解释为自担风险，甘愿承受效力待定的不确定后果，不必施以特别保护。^②但当未成年人伪称已获法定代理人允许，则相对人自担风险之解释不再成立，即便明知其未成年，仍有权撤回。当然，在相对人既明知其未成年、又明知未获允许时，无论未成人如何伪称，相对人均不值得被特别保护，撤回权被排除。另一方面，根据《瑞士民法典》第280条和第410条^③的规定，在这种

① K. Zweigert and H. Kötz (translated by Tony Weir). *An Introduction to Comparative Law Volume II* [M]. The Institution of Private Law Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1987:32.

② Reinhard Bork. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs* [M]. 3. Aufl. 2011: Rn. 1032.

③ 《瑞士民法典》第410条规定：“（一）被监护人有判断能力时，得承担义务或抛弃权利。但须经监护人事前明确同意或默许，或事后追认。（二）对上款的同意，未在自定的或法官规定的期限内表示的，他方不负责任。”

情况下,除非他已允许其法定代理人在合理的时间内为其作出决定,未成年人是受合同约束的。

在某些例外情形中,如同拥有完全缔约能力的人一样,未成年人受因其意思表示而形成合同的约束。其一,纯获法律利益行为。当合同对未成年人仅引发法律上的利益时,在德国即如此。《德国民法典》第 107 条规定:“未成年人并非仅为取得法律上的利益而作出的意思表示,须取得法定代理人的同意。”所谓纯获法律利益,指的是限制行为能力人实施法律行为时,不会因此减损权利或增加义务。具体又体现为:在负担行为中,负担行为未为限制行为能力人设定义务,则属于纯获法律利益。由此便知,双务契约永远不是纯获利益行为。在处分行为中,如果一项权利为限制行为能力人的利益而被让与、废止、变更或设定负担,则处分行为是纯获法律利益行为。在履行行为中,对于限制行为能力人所享有的请求权,义务人不得向其履行,因为履行将导致请求消灭,故受领履行并非纯获法律利益。《瑞士民法典》第 19 条以及奥地利《普通民法典》第 865 条也作了同样的规定。其二,零用钱条款。《德国民法典》第 110 条还为未成年人确立了“零用钱条款”。它规定:“如果未成年人以金钱履行合同中的给付义务,而其金钱系法定代理人为此目的或者为未成年人的自由处分而给与,或者系第三人经其法定代理人同意而给与的,未成年人未经法定代理人同意而订立的合同自始有效。”不过,在德国司法实践中,适用这一规定的主要是父母已对其未成年的孩子准许的情况或给孩子上中学或大学的交通费用的情况。其三,特殊情形下的部分行为能力。根据《德国民法典》第 112 条第 1 款第 1 句:“若法定代理人经监护法院许可而授权未成年人从事经营行为,则未成年人在因经营所引起的法律行为方面,行为能力不受限制。”第 113 条第 1 款第 1 句规定:“若法定代理人授权未成年人从事雇佣或劳动事务,则未成年人在缔结或废止已获允许的雇佣关系或劳动关系类型,或履行由此而产生的相关义务方面,行为能力不受限制。”第 2 款同时规定,授权得由代理人收回。由此可见,在一定条件下,未成年人可以被给予缔结劳务合同和在交易中由其独立处理的合同的行为能力。对此,《瑞士民法典》第 280 条和第 412 条以及奥地利《普通民法典》第 152 条和第 246 条也作了相同的规定。

上述三大法系的三种缔约能力制度,都是以同一基本命题为起点的,即未成年人自身的行为不能通过合同约束他自己。但是,它们对这一原则所作的

例外规定却存在显著区别。在罗马法系国家中,未成年人直到他提出废除的主张前,是受其合同约束的。在法国法中,要使自己不受订立的合同的约束,除了最重要的交易(这种场合,若要使未成年人订立的合同生效,除了其法定代理人的同意之外,家庭理事会的批准或监护权人的批准也是必须的),未成年人必须证明该合同的执行将对他不利。^① 因此,实际上,倘若合同在经济上对未成年人是有利的,未成年人受其订立的所有不太重要的合同的约束。

相反,德国法系对未成年人的契约性的声明需要批准这一原则几乎不承认任何例外。《德国民法典》第 110 条确立的“零用钱条款”也不是真正的例外,因为如果父母给孩子一个允许,他们一般同意孩子可以缔结此类允许范围内的合同。与之相比较,瑞士和奥地利法的规则似乎乐意允许离家的未成年人自由支配他所挣得的收入,从而赋予其在这一范围内约束自己的行为能力。

在普通法系中,未成年人也基本上不受其订立的合同的约束。但是,如果他得到的是“必需品”的供应,那么,他必须为此支付价款。普通法系的这一规则与法国法中的规则有密切关系,因为,法国法官询问合同的执行是否涉及一个对未成年人的“损害”,英国法官则询问所涉及的物品是否是“必需品”,两者考虑的许多因素是相同的或至少是类似的。因此,在这两大法系中,假定在特殊的情况下,此类义务与其利益是合理相关的,未成年人能通过自己的行为契约性地或至少是“准契约性地”约束他自己。

二、受法律保护的成年人的缔约能力

(一) 罗马法系国家的有关规定

在法国,年满 18 岁者即为成年人,有能力进行一切民事行为。但在成年人中,某些因心智状态不健康而缺乏意思表示能力或无法单独进行自我保护的人,亦需要特殊保护。根据 1974 年第 74 ~ 631 号法律第 2 款的规定,成年人如其个人官能衰退以致无法独自保障其利益者,得或在某一特别行为时,或

^① K. Zweigert and H. Kötz (translated by Tony Weir). *An Introduction to Comparative Law Volume II* [M]. The Institution of Private Law Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1987:33.