

## 论“不受拘束”意思表示的效力

张定军

**内容提要:**对附有“不受拘束”条款的意思表示,应根据具体情况确定其性质,一般情况下应确定为要约邀请,有些情况下宜确定为保留撤销权的要约,有些情况下可认定为已成立合同所附条件。

**关键词:**不受拘束 意思表示 要约 要约邀请

张定军,华中科技大学法学院讲师。

要约和承诺是大多数合同成立的必经程序,对订约当事人在订约过程中所作的意思表示作何认定,对合同成立与否以及当事人间的权利义务关系有着极为重要的意义。在现实生活中,有些当事人做出“不受拘束”的意思表示,即在其意思表示中附加了不受其意思表示拘束的条款,对这样的意思表示应作何认定?是否应根据我国《合同法》第14条一概解释为要约邀请?这是一个尚待探讨的问题。

### 一 德国法上的一则判例

德国联邦最高法院在1984年做出了一项判决,<sup>[1]</sup>该判决一经做出,立即引起了理论界的广泛讨论,其对今天的德国法律实践仍有重要的参考价值。该判决所涉案件事实如下:

原告一家旅游企业打算为在1979年夏天的旅游旺季推出的航空游包租一架飞机,便于1978年8月2日向L公司发出传真,请求L公司发出要约;对于包租日期,原告希望“尽可能为周五或周六或周日,但并不是条件”。因L公司无飞机可提供,便将该传真转交给了被告,并将这一情况告知了原告。原告随即于1978年8月4日向被告发去传真,并援引向L公司发出的传真,请求被告“尽快发出要约”。被告在1978年8月4日给原告的信函中援引了原告向L公司发出的传真,向原告答复如下:本公司愿意提供一架Caravelle SE210型飞机,做一日飞行之用,飞机价格为每架次18016德国马克,价格中包含各项杂费,但不包括佣金;本要约“无拘束力,视本公司的调度情况而定”。1978年8月11日,原告致函被告,称自

[1] 即“无拘束力飞行”案(Flieger ohne obligo), BGH NJW 84, 1985;亦见邵建东主编:《德国民法总则篇典型判例17则评析》,南京大学出版社2005年版,第57-58页。

己对该要约感兴趣,并请求被告预订一架 Caravelle SE210 型飞机。1978 年 9 月 1 日,被告向原告通报了自己有飞行许可证。1978 年 10 月 10 日,被告通过传真告知原告,根据已经完成的规划,自己在 1979 年夏已“无飞机可供调度”。原告只好包租另外一架拥有更多座位的飞机,因而遭受了 12 万德国马克的损失。原告请求被告赔偿该损失。

原告的诉讼请求被州法院驳回,但州高等法院支持了原告的要求;被告不服提起再审理,但联邦最高法院判决被告败诉。也就是说,州高等法院和联邦最高法院均认为,被告所做出的附有“无拘束力,视本公司调度情况而定”条款的意思表示构成有效要约,而原告已做出了承诺,合同成立,被告因此应承担相应的合同责任。

## 二 该判决的法律基础与法理基础

### (一) 该判决的法律基础

处理上述案例的关键,在于如何认定被告所做出的附有“无拘束力,视本公司调度情况而定”条款的意思表示的性质,即该意思表示是要约还是要约邀请。根据我国《合同法》第 14 条的规定,要约应当符合“经受要约人承诺,要约人既受该意思表示约束”的条件,我国学者对该条的理解基本一致,即认为“不受拘束”意思表示从性质来看只能是要约邀请。<sup>[2]</sup> 那么德国法院何以做出这样一个在我国似乎不可能的判决? 该判决有无法律基础?

《德国民法典》第 145 条规定:“向他人发出订立合同的要约的人,受要约的拘束,但要约人已经排除要约的拘束力的除外。”<sup>[3]</sup> 该条在规定了要约对要约人的拘束力的同时,允许要约人排除该要约对自己的拘束力。根据该条的规定,已经排除拘束力的意思表示仍可能为要约,这就为该案中的州高等法院和联邦最高法院的判决提供了法律基础;至于此类要约的效力如何,《德国民法典》没有明确规定,这就使法官的自由裁量权有施展的余地,也为学术界提供了讨论的空间。

### (二) 该判决的法理基础

#### 1. 德国关于要约的一般理论

德国关于要约的一般理论是我们较为熟悉的,我们可以从德国过去和现在一些有代表性学者的观点中看到这一点。雷曼教授认为,要约是一方向另一方发出的订立合同的建议、而另一方只需对该建议表示同意即可使合同成立的单方意思表示;并进一步指出,一个有效的要约仅在这样的情况下才存在,即合同的成立只需对该要约进行承诺而无需进一步磋商。<sup>[4]</sup> 弗卢梅教授认为,要约是一个单方的、需受领的意思表示;该意思表示旨在缔结合同并藉此建立法律上的约束;一项要约仅当受要约人通过接受要约可使合同成立并能由此享有权利时,才具有直接的法律效力;在内容上要约应具有这样的性质,即通过对该要约的承诺可使合同成立。<sup>[5]</sup> 拉伦茨教授认为,就要约本身而言,它仅仅是一项向另一方当事人提

[2] 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 581 页;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社/高等教育出版社 2000 年版,第 388 页;隋彭生:《合同法要义》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 41 页。

[3] Bürgerliches Gesetzbuch, 54 überarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck.

[4] Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14 Auflage, Berlin 1963, § 33. II. 1. a.

[5] Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäfts, 3 Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979, § 35. I. 1.

出的、供他接受并因此在他们间合意确定一定规范的建议;要约要有效,必须具备一定的要件:一是内容确定,接受人无需做任何增加、只通过简单的同意的声明便可以使合同成立,二是要约的发出人在要约获得承诺时愿意接受以这样的内容所成立的合同的约束。<sup>[6]</sup> 几位教授对要约定义的表述虽有不同,但通过对要约要件的进一步阐释,基本达到了殊途同归的效果:首先,要约是一项需受领的单方意思表示;其次,要约的内容应当明确具体,达到一经对方同意便能成立合同的程度;此外,要约人有受要约拘束的意思,这一点在雷曼教授的表述中没有专门强调,但在其他人的表述中都明确地表达出了这一点。德国学者关于要约的阐释基本被我国学者接受。<sup>[7]</sup>

## 2. 德国关于“不受拘束”意识表示效力的讨论

德国学者对意思表示的上述观点是对要约的一般含义的阐释,但由于《德国民法典》第 145 条为“不受拘束要约”的存在提供了法律前提,因此民法学者通常在讨论要约的拘束力时要讨论要约“拘束力排除”条款的效力。

事实上,此前德意志第二帝国时的帝国法院及此后的联邦最高法院对该类案件的处理确立的一般规则是,“不具有拘束力的要约”一般情况下不是法律上的要约,而仅是一项要求对方提出要约的邀请;<sup>[8]</sup>但在本案的处理中,法院却认为被告的意思表示不仅仅是一项要约邀请,而是一项真正的要约。

在“不受拘束要约”一般性质的认定上,学者们有不同的认识。有学者认为,此类要约仅具有要约引诱的性质,因为它不仅排除了要约的拘束力,也排除了要约的可承诺性;<sup>[9]</sup>有学者认为,此类意思表示亦可构成要约,但要约人可于相对人承诺前或相对人承诺后的合理期间及时撤销。<sup>[10]</sup> 德国学界较近的观点认为,确定这类措辞含义的一般规则是不存在的,必须根据各类案件的不同情况,在考虑对于相对人的意思表示具有意义的所有情况下予以确定。<sup>[11]</sup> 有德国学者归纳,这一类的意思表示的意义主要有三种可能:一是说明要约尚未成立,行为人发出的仅是一项要约邀请;二是表明“要约人”保留撤销要约的权利;三是这类条款并非旨在限制要约的拘束力,而是也能影响到因对该要约承诺而成立的合同。<sup>[12]</sup> 这种认为应根据具体情况确定此类意思表示性质的观点也得到我国台湾学者的认同,认为当事人“不受拘束”的意思表示通常情况下应理解为对要约“撤回的保留”,至于是否尚有其他意义,应探求当事人真意,就个案认定之。<sup>[13]</sup>

## 3. 本判例中两个存而未论的问题

在上述案例中,德国联邦最高法院认为,原告发出两份传真,并非仅向被告作咨询性的

[6] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔、邵建东等译,法律出版社 2003 年版,第 720 - 721 页。

[7] 参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 121 - 122 页;史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 19 - 20 页;王泽鉴:《债法原理》(一),中国政法大学出版社 2001 年版,第 156 页;王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 126 - 136 页。

[8] RGZ103, 8ff, BGH NJW58, 1628ff, 96, 919 ff.; 另见[德]海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海、李居迁、宫立云译,法律出版社 2001 年版,第 33 页。

[9] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, 1997, S. 50. 另见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 122 页;史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 23 页。

[10] Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäfts, 3 Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979, § 35. I. 3. c.

[11] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔、邵建东等译,法律出版社 2003 年版,第 726 页。

[12] [德]迪特·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 272 页。

[13] 王泽鉴:《债法原理》(一),中国政法大学出版社 2001 年版,第 169 页。

询问,而是明确要求被告发出要约;被告应当意识到,既然自己在答复中明确表示向对方提供该项特定服务,该答复就可以被理解成要约;尽管被告在1978年8月4日的传真中使用了“不受拘束”条款,但该条款只能被理解成“撤销保留”,<sup>[14]</sup>即被告可据此合法地排除要约对自己的拘束力。<sup>[15]</sup>但在该判决中,联邦最高法院对两个问题存而未论:一是对附加“不受拘束”条款的意思表示仅是一项要求他人发出要约的邀请,抑或本身已构成了一项要约,未作一般性的裁定,只是根据本案的具体情况认为,被告发出的向原告提供一架飞机的表示构成了《德国民法典》第145条意义上的有效要约;二是对这项“不受拘束”的要约的撤销权是在合同成立之时即已消灭,还是在相对人的承诺到达之后亦可及时撤销的问题上,不予讨论,因为法院认为,被告对原告1978年8月11日的承诺表示未及时做出拒绝表示,而是在同年10月10日才告知对方自己“无飞机可供调度”,此时无论如何都不可能撤销其要约了。联邦最高法院未对此做出最后的结论,一方面是因为本案不要求就这两个问题做出具有普遍意义的回答,另一方面也是因为要做出具有普遍意义的回答并非易事。

对第一个问题,法院还是秉承了根据具体案情而为判断的观点。对第二个问题,一种观点认为,在相对人做出承诺之前要约人有撤销权;<sup>[16]</sup>一种观点认为,要约人在相对人做出承诺后仍可行使撤销权,但要“不迟延”地做出,<sup>[17]</sup>至于何谓“不迟延”,则未予说明,盖因其亦应依据个案的不同作相应的解释。有一点须指出的,若做出“不受拘束”意思表示一方当事人对对方当事人就该意思表示做出的接受的意思表示保持沉默,将被视为承诺,即使将该“不受拘束”意思表示解释为要约邀请时亦是。<sup>[18]</sup>

### 三 对我国《合同法》第14条的探讨

与德国、中国台湾地区学者认为应根据具体案情来确定“不受拘束”意思表示性质的观点不同,大陆地区的学者认为,要约人虽可在要约中声明不受要约拘束,但在这种情况下,要约已徒具形式,实际上沦为要约邀请了。<sup>[19]</sup>这一观点直接指导了《合同法》的制定,《合同法》颁布后的教科书均将“要约含有一经承诺,要约人便受其拘束的意旨”作为要约要件。<sup>[20]</sup>这样,大陆地区学者的认识看起来极为一致,即认为“不受拘束”意思表示从性质来看只能是邀约邀请,表意人不受该意思表示的拘束。

何以会出现这样两种截然不同的状况?哪一种处理方式更可取?这是很值得探讨的两

[14] “撤销保留”是由德语 *Widerrufsvorbehalt* 翻译而来。学者们通常将之译为“撤回保留”,这是该德语词的字面意义,根据该词在《德国民法典》中的使用及我国对“撤销”、“撤回”的使用习惯和定义,将之译为“撤销保留”可能更合适。

[15] 参见《德国民法典》第145条后半句。

[16] 邵建东主编:《德国民法总则典型判例17则评析》,南京大学出版社2005年版,第60页之注[1]。

[17] Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts*, Zweiter Band: *Das Rechtsgeschaefts*, 3 Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979, § 35. I. 3. c; 另梅迪库斯对弗卢梅的观点表示了赞同,参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第273页。

[18] Palandt, *Buergerliches Gesetzbuch*, 62 Auflage, § 145. 2). b); 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第122页。

[19] 王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第291页。

[20] 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2000年版,第581页;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社/高等教育出版社2000年版,第388页;隋彭生:《合同法要义》,中国政法大学出版社2003年版,第41页。

个问题。

### (一)对要约的两种不同立法模式

德国和中国台湾地区学者之所以与大陆学者对“不受拘束”意思表示有不同的认识,关键是法律为认识此类意思表示提供了不同的空间。

在《德国民法典》和中国台湾地区“民法典”中,找不到要约的定义,这为法官和学者们解释当事人的意思表示提供了较大的空间。《德国民法典》第145条规定:“向他人发出订立合同要约的人,受要约的拘束,但要约人已经排除要约的拘束力的除外。”台湾地区“民法典”第154条第一款的规定与《德国民法典》的规定基本相同:“契约之要约人,因要约而受拘束。但要约当时预先声明不受拘束,或依其情形或事件之性质可认当事人无受其拘束之意思者,不在此限。”这两个相似的条文包含两层基本含义:(1)要约具有形式拘束力,即要约人在要约生效后,在其存续期间内,不得随意变更或撤销之;(2)要约的形式拘束力可事先声明排除,排除后仍不失为要约。这为“不受拘束”意思表示被解释为保留撤销权的要约提供了法律依据。

与此不同,我国《合同法》第14条给要约下了定义,并对要约的成立设定了条件:“要约是希望和他人订立合同的意思表示,该意思表示应当符合下列规定:(1)内容具体确定;(2)表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。”这一规定简洁明了,对何谓要约提供了判断依据,似乎也排除了要约附“不受拘束”条款的可能。

正是这样两种不同的立法模式,导致我国与德国及中国台湾地区的法学界和司法机关对“不受拘束”意思表示的理解形成了明显的区别。

### (二)对《合同法》第14条的简单评析

#### 1. 对两种立法模式的比较分析

这两种完全不同的对要约的立法模式孰优孰劣?哪一种对待“不受拘束”意思表示的态度更合适?对这一问题的回答不可一概而论。《德国民法典》采用了直接规定要约拘束力的做法,而未给要约下定义,这就为法官和学者解释要约、解释当事人之间意思表示的性质,提供了较大的空间,使法学理论和司法实践能根据社会生活的发展对法律规定作适当的解释。但它也有缺陷,比如根据《德国民法典》第145条,要约的形式拘束力被排除后,该意思表示是否仍然属于要约,就可能有不同的解释:反对者可以认为,根据要约的基本理论,要约应具有实质拘束力和形式拘束力,一旦要约的形式拘束力被排除,实际上已不具备要约的要件,本质上应属要约邀请;赞成者会认为,根据一般逻辑关系,第145条是对要约拘束力的规定,该规定已隐含了一个前提,即首先已确定了某一意思表示属于要约,即使其形式拘束力被排除,仍不失为要约。这就容易形成不同的学术观点间的对立。如果说这种学术观点上的不同意见可以通过法律的规定予以消解的话,那么对何种情况的排除形式拘束力的意思表示可定性为要约,何种情况下则不能,由于没有一般的规则可适用,在司法实践中只能根据个案的不同情况来判定,这就加大了法官自由裁量权的范围,同时也给法官适用法律造成了不小的难题,可能出现不同的法官有不同理解从而出现就同一案件有不同处理结果的情况,给法律增加了不确定性,也给当事人的预期增加了不确定性因素,从而可能导致一定程度的混乱。

我国《合同法》采用了直接给要约下定义和规定成立要件的做法。事实上,这种做法并不是我们的独创,《联合国国际货物销售合同公约》也规定,要约是“十分确定的”,“并且表

明要约人在得到承诺时将受要约的约束”。<sup>[21]</sup> 这一做法的优点是很突出的,能让当事人和司法机关对各当事人的意思表示作较为确定的判断,在“不受拘束”意思表示的定性上不会出现分歧。但它也有缺陷,那就是,为法学理论和司法实践对其进行解释提供的空间较为狭小,可能会表现出不够灵活、不能适应社会生活发展的缺陷。比如上述案例中,被告对原告两份传真向原告发出的意思表示,撇开“不受拘束,视本公司调度情况而定”的条款而外,该意思表示完全符合要约的要求;即使加上这一“不受拘束”条款,也远比一般要约邀请走得远。一般的要约邀请相对人根本无法承诺,因为其既不具备形式拘束力,也不具备实质拘束力。而类似上述案件中的意思表示,通过“不受拘束”条款一定程度上排除了其形式拘束力,根据《合同法》第14条的规定,只能将其理解为要约邀请。而要约邀请是指表意人希望相对人向自己发出要约的意思表示,但从被告的意思表示中我们很难说被告有要求原告进一步做出要约的意思,相反,被告希望原告接受该意思表示,包括其所附的“不受拘束”条款,所以该意思表示仍具有可承诺性。这样看来,在我国学界所定义的要约和要约邀请之间似乎存在着第三种可能,即从法定要约定义来看,由于表意人附加了“不受拘束”条款,该意思表示不能被定性为要约;而从要约邀请的角度来看,由于表意人并无要求相对人进一步做出要约的意思,亦无完全不受该意思表示拘束的意思,而是希望相对人接受其所附的“不受拘束”条款,也不宜定性为要约邀请。那么如何定性此类意思表示,从而确定当事人之间的法律关系,就是现实生活 and 法律实践给法学研究者和立法者、司法实践部门提出的现实课题。

## 2. 对“不受拘束”条款性质重新解释的尝试

赋予“不受拘束”意思表示根据具体案情作多种解释的可能,在没有一个一般的为其定性的标准的情况下,确有可能给案件审理带来一些困难;但若一概认定为要约邀请则又显过于简单,也不利于交易的达成,不符合合同法鼓励交易的原则。鉴于此,有必要对“不受拘束”意思表示性质的认定,摸索一个基本的处理方案。

### (1) 排除“不受拘束”条款,审查意思表示内容

在对附“不受拘束”条款的意思表示进行要约邀请抑或要约的判定上,首先应根据该意思表示在排除“不受拘束”条款后,对是否符合要约成立所要求的内容具体确定的要件做出初步判断。若该意思表示本身不符合这一要求,当然只能认定为要约邀请;若其符合这一要求,但表意人欲通过“不受拘束”条款对意思表示的拘束力进行限定或排除,则宜根据具体限定情况确定其性质。

### (2) 审查“不受拘束”条款与受意思表示拘束的意思之间的关系

这个审查主要是分析表意人在什么程度上欲排除意思表示的拘束,也就是说,表意人是完全不愿受其意思表示的拘束,还是在一定程度上愿受意思表示的拘束,只是这种拘束可在一定条件下被其排除或根据情况将所附“不受拘束”条款作为合同的附加条款。这需要对合同条款进行解释。在进行具体解释时,决定表意人是否及在多大程度上因“不受拘束”条款排除意思表示拘束力的具体因素,是考虑意思表示性质的重要方面。

若决定表意人是否受其意思表示拘束的决定因素完全取决于表意人的主观意思,则宜认定为要约邀请,如“不受拘束,以我公司的最后确认为准”,“是否供货由我公司最后决定”

[21] 参见《联合国国际货物销售合同公约》第14条(1),(2)。

等表述,完全取决于表意人的主观意愿,不能认为其有受意思表示拘束的意思,不宜定性为要约,只能定性为要约邀请。

若是否受其意思表示拘束取决于由其根据一定客观情况来作决定,如“不受拘束,根据我公司的生产情况而定”,“不受拘束,视我公司调度情况而定”等,这类表示表达了表意人愿按当前条件接受约束,但保留了根据有关情况对现有条件进行变更或撤销的可能,可将之解释为附撤销权的要约。将这类意思表示解释为可撤销的而非可撤回的要约,是因为对要约而言,根据《合同法》的规定,本身就赋予了要约人撤回权,<sup>[22]</sup>如果将“不受拘束”条款视为撤回权条款,表意人附加的“不受拘束”条款在法律上就失去了实际意义,表意人的主要目的更多的在于享有对要约的撤销权,即希望在该要约到达受要约人后仍可行使使要约失效的权利。对于要约人的撤销权,《合同法》也作了明确规定,<sup>[23]</sup>赋予要约人在受要约人发出承诺通知之前享有撤销权。如果将《合同法》规定的这一撤销权视为法定撤销权的话,则可将“不受拘束”条款视为约定撤销权条款,约定撤销权的适用范围可较法定撤销权的适用范围广,可扩大适用于《合同法》规定的不可撤销要约。<sup>[24]</sup>

若是否受意思表示拘束完全取决于客观情况,则宜认定为对成立的合同所附的条件。如“机器每台人民币 1000 元,但此价格条款不受拘束,其具体价格根据交货时交货方所在地市场价确定”或“机器每台最低人民币 1000 元,但市场价格上涨时此价格条款不受拘束,其具体价格根据交货时交货方所在地市场价确定”等。这类“不受拘束”条款的效力已完全脱离了表意人的控制,取决于将来发生的不确定事实,而这类事实的发生对合同的确定性没有实质的影响。在前一种情况下,双方当事人均承担价格上涨或下降的风险;在后一种情况下,如果买方接受该要约,则表明其愿意接受价格变动的风险,对于合同的成立和生效没有任何的影响,与民法理论关于条件的规定没有任何抵触,将这类“不受拘束”条款定性为已成立合同的条件是合适的。

### 3. 基于“不受拘束”条款撤销要约的时间和法律后果

#### (1) 撤销的时间

如果将附“不受拘束”条款的意思表示解释为保留撤销权的要约,那么要约人在什么时间范围内可行使撤销权就是一个须明确的问题。一般而言,要约人可在受要约人发出承诺通知之前撤销要约是没有争议的,关键是在受要约人已发出承诺通知甚至要约人已收到承诺通知后能否撤销要约。《合同法》对要约人撤销权的规定,要求要约人的撤销通知在受要约人发出承诺通知前或同时到达受要约人。但对于约定撤销权,可以将其适用范围适当扩大,甚至可参考德国学者的观点,即在受要约人做出承诺后的合理时间内亦可撤销要约。<sup>[25]</sup>这个合理时间的确定,应根据具体案情,结合要约人做出撤销决定所需时间和受要约人在要约被撤销后进行其他谈判安排所需时间来考虑。

[22] 《合同法》第 17 条。

[23] 《合同法》第 18 条。

[24] 《合同法》第 19 条。

[25] Werner Flume, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, Zweiter Band; Das Rechtsgeshaefts, 3 Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979, § 35. I. 3. c.; [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 273 页。

## (2) 撤销的法律后果

当表意人基于“不受拘束”条款撤销要约时,要约的效力当然归于消灭。但此时受要约人可能为接受要约已花去不少费用或做了许多准备,此时要约人应否承担相应的责任?这实际上是保留撤销权的要约人能否基于其“不受拘束”条款主张免责的问题。《合同法》第42条规定,“当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任”,其中第3项规定,“有其他违背诚实信用原则的行为”。这是《合同法》关于缔约过失责任的规定。对法定撤销权而言,由于其不可适用于《合同法》第19条规定的不可撤销要约,但根据契约自由原则,又不能禁止当事人撤销要约,因而当要约人撤销不可撤销要约时,要承担《合同法》第42条所规定的缔约过失责任。

但由于约定撤销权条款的生效,事实上使《合同法》第19条所规定的不可撤销要约不复存在,《合同法》第42条还能否适用颇值怀疑,要约人撤销行为的法律后果,需根据具体情况来确定:

若撤销要约的意思表示在受要约人做出承诺之前到达受要约人,要约人基于法定撤销权即可撤销要约,按行使法定撤销权的规则处理即可。

若撤销要约的意思表示在受要约人做出承诺以后、承诺通知到达要约人之前到达受要约人,由于《合同法》规定承诺到达要约人时合同成立,<sup>[26]</sup>对承诺做出之后、到达要约人之前双方当事人的法律地位没有规定,合同成立与否也处于待定状态。由于此时合同尚未真正成立,要约人撤销要约的意思表示在此期间到达受要约人,将之视为对要约的撤销还是可行的。因此,要约人也就不存在承担违约责任的问题。又由于该“不受拘束”条款为双方所接受,要约人的撤销行为也谈不上违反诚实信用原则,不宜承担缔约过失责任,要约人因此所受损失应认定为自甘风险。

若承诺到达要约人后,要约人在合理期间内主张行使约定撤销权,由于承诺已到达要约人,根据一般法理和《合同法》的规定,合同似已成立,要约人此时主张撤销要约,实质上是要解除已成立的合同。在这一意义上,该附有“不受拘束”条款的要约一旦被承诺,由此成立的合同可根据《合同法》第93条第2款解释为约定了解除权的合同。因而从一般意义上讲,可适用合同解除的规则。那么对受要约人为履行合同所遭受的损失亦应否承担责任?《合同法》第97条规定:“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。”从这一条文的逻辑关系来看,赔偿损失只适用于已经履行的情况,这里根本没有履行,因而中止履行即可。

若要约人在受要约人的承诺通知到达要约人后的合理期限内未行使撤销权,则应视为合同有效成立,不能再对该附有“不受拘束”条款的要约进行撤销。要约人不履行要约中的义务,实为违反合同义务,应承担相应的违约责任。

从法律后果来看,在将“不受拘束”意思表示认定为要约的情况下,较之于认定为要约邀请,并没有给表意人增加太多的负担,只是要求其在收到受要约人的承诺后,在合理期限内行使撤销权或解除权,这无论是基于善良风俗还是诚实信用,在社会交往中都不算过高的要求。

[26] 《合同法》第25、26条。



## 四 结 论

对订约当事人意思表示性质的认定,直接关系到合同是否成立。对“不受拘束”意思表示性质的认定,应本着尊重当事人意志,在合同法促进交易原则的指导下进行,不宜对其作过于简单的认定,而应根据具体案情,结合当事人订约过程中的一切细节来确定其性质。在对“不受拘束”条款进行解释时,首先应根据该意思表示在排除“不受拘束”条款后是否符合要约内容的确定性要求,对其性质作初步的判断,若该意思表示本身并不符合要约内容的确定性要求,当然只能认定为要约邀请。若该意思表示在排除“不受拘束”条款后符合要约的要求,则应考察该“不受拘束”条款与表意人受意思表示拘束的意思之间的关系:若“不受拘束”条款使表意人完全排除了意思表示的拘束力,应将“不受拘束”意思表示定性为要约邀请;若“不受拘束”条款并未完全排除意思表示对表意人的拘束力,而仅赋予表意人在一定条件下撤销意思表示的权利,则宜将其定性为保留撤销权或解除权的要约;若“不受拘束”条款仅表明表意人欲将该条款作为合同成立后的条件,则宜将其定性为附条件要约,合同成立后作为对合同所附条件。因而对我国《合同法》第 14 条关于要约人对其要约“经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束”的规定,宜做扩充解释,即这里的约束不仅指完全受该意思表示的约束,还包括愿受该要约约束,但在一定条件下可排除的情况。

---

[ Abstract ] In regard to declaration of intention with a non - obligatory clause, one should determine its nature according to the concrete situation of the case. Generally speaking, it can be regarded as an invitation of offer. Under certain circumstances, it may be regarded as an offer with the right to revoke. And under some other circumstances, it may be identified as a condition attached to a concluded contract.

---

(责任编辑:陈 洁)