

簡析現行預約合同制度

朱琳琳*

一、概念

根據《民法典》第404條第1款的規定，預約合同指“某人基於一協議而有義務訂立特定合同”，預約合同中承諾訂立的合同稱為本約合同（例如買賣本約合同、或成立公司本約合同、租賃本約合同等）。雖然，訂立預約合同的目的，通常都是為了訂立本約合同，但除法律禁止的情況外，可藉預約合同而承諾訂定單方法律行為，例如承諾確認一可撤銷的法律行為、承諾簽定對代理人亦有利的授權書；對於這類預約合同，即使不可直接適用第404條及續後條文的規定，亦可類推適用之。

訂立預約合同，有多種多樣的原因，例如存在事實上或法律上的障礙而不能立刻訂立本約合同，又或當事人沒有充足資金訂立本約合同，本約合同涉及將來物或他人之物，又或須取得他人同意，或遵行特定手續方可訂定本約合同等。

預約合同與合同形成階段的洽商行為有別，後者雖亦有法律效力，且有可能引致合同前責任，但並非合同，不能產生合同本身的效力。

視乎僅一方當事人有義務訂立本約合同，還是雙方當事人均有這項義務，可把預約合同分為單務或雙務預約合同（第404條第2款及第405條）。

二、預約合同的實質及形式制度

2.1. 預約合同的實質制度

對預約合同適用等同原則，亦即對預約合同適用有關本約合同的法律規定（第404條第1款）。原則上，就預約合同的要件及效力而言，適用規範合同的一般規定，例如有關當事人的行為能力、法律行為的

* 澳門大學法學院兼任講師。

解釋及填補、出賣爭仲中的物或權利、確定價金、縮減價金等規定，同時亦適用針對有關本約合同的專門規定，例如對買賣預約合同，適用第865條至第933條有關買賣合同的規定。

然而，等同原則有兩項例外情況：涉及本約合同方式的規定及因本身存在的理由而不應延伸適用於預約合同的規定（第404條第1款）。

規範本約合同的規定是否可適用於相關的預約合同，須視乎因有關規定而生的效力是否與預約合同的性質相符，因此，在買賣合同中有關物權的轉移或風險（尤其是沒有交付預約物的情況）的規定，不適用於預約合同，而在預約出賣他人之物的情況中（第882條），即使雙方當事人未將有關物視為將來物（第883條），亦為有效；此外，雖然，在未取得妻子同意前，丈夫沒有正當性出賣家庭居所（第1548條），但他可合法訂立預約合同，因為在上述兩種情況中，預約出賣人沒有出賣預約物，而只是承諾會作出一項客觀上為可行的出賣。

2.2. 預約合同的方式制度

“如預約涉及法律要求以公文書或私文書訂立的合同，則預約視乎屬單務或雙務而須在具有受預約拘束之一方或雙方當事人簽名之文書內作出，方為有效。”（第404條第2款），在其他情況中，對預約合同適用方式自由原則（第211條）。因此，為了訂立買賣不動產的雙務預約合同，雙方當事人僅須以書面訂立合同條款並簽署之，即使法律規定買賣不動產的本約合同須以公證書訂立（《民法典》第866條及《公證法典》第94條）亦然。在合同自由原則下，買賣電視機的預約合同，既可書面訂立，亦可口頭訂立。

2.2.1. 單務預約合同

在單務預約合同中，法律僅要求有義務訂立本約合同的一方，以簽署預約合同的方式，莊嚴地作出其意思表示，而預約合同的另一方的意思表示則可藉其他方式表達。

單務預約合同亦是合同的一種，它與第453條所指的公開許諾有別，因此，原則上雙方當事人均須作出意思表示。

然而，如僅一方當事人有義務訂立本約合同，而另一方則無義務訂立本約合同，亦未承諾為所接受的好處作出任何對待給付，則無任何理由否定僅由一方當事人簽署的預約合同的效力。基於此，法律明文規定，單務預約合同僅須由一方當事人簽署。

2.2.2. 僅由一方當事人簽署的雙務預約合同的效力

僅由一方當事人簽署的雙務預約合同是否有效呢？針對這個問題，學者有不同見解，有些認為僅由一方當事人簽署的雙務預約合同無效，有些則認為可藉縮減或轉換等機制將雙務預約合同縮減或轉換為單務預約合同。

支持宣告僅由一方當事人簽署的雙務預約合同無效的人士認為，在雙務預約合同中，一方的給付相應於另一方的對待給付，這兩項給付互為對方的原因及條件，如一方當事人並未簽署預約合同，只有宣告雙務預約合同無效。

另一些學者則認為，以買賣不動產的雙務預約合同為例，在該合同中，不動產的業權人承諾出賣有關不動產，而另一方則承諾按約定金額買受之；在這兩項意思表示之間，的確存在互相依附及互為依據的關係，然而，如因僅涉及其中一項意思表示的原因而使該意思表示有瑕疵(例如，表意人無簽名)，但並不存在一併影響兩項意思表示的效力的瑕疵(如未遵守法定方式作出有關行為)，則無充份理由無條件或必然地宣告符合法律要求的另一意思表示無效。

因此，原則上允許將部份無效的雙務預約合同縮減至未受瑕疵影響的範圍，“但顯示除去有瑕疵部份後該法律行為即不成立者除外。”(第285條)，換言之，在僅由一方當事人簽署的雙務預約合同的情況中，可將該預約縮減為單務預約合同，但證明僅雙方均有義務訂立本約合同時，已在預約合同簽署的一方才會訂立有關預約合同的情況除外。希望合同部份有效的當事人，無須陳述或證明雙方當事人的意願是保留預約合同有效的部份，而僅擬刪除有瑕疵之處。

此外，亦有學者認為，由於雙方當事人均意欲訂立雙務預約合同，如因欠缺一方的簽名而不能有效訂立之，因此而產生的無效涉及

整份合同，而唯一的補救方法是適用轉換機制(第286條)，將雙務預約合同轉換為單務預約合同。誠然，縮減及轉換非常相似，在縮減的情況中，推定一方或雙方當事人的意思是選擇使預約合同部份有效，而在轉換的情況中，則僅在證明雙方當事人可推定的意思是使雙務預約轉換為單務預約時，方可轉換之。在上述兩種情況中，均須對預約合同進行填補，而填補的結果不得違反善意原則(第231條)。

三、履行期限

預約合同的主給付是訂立本約合同的義務，例如在預約買賣合同中，一方或雙方預約人的義務是作為出賣人及買受人而訂立買賣本約合同。

如未約定簽定本約合同的日期，可透過司法或非司法催告而定出有關日期(第794條第1款)。如雖約定由雙方定出履行期限，但如雙方未能達成共識，則有關期限亦由法院訂定(第766條第2款)。

如屬單務預約合同且未定出約束的有效期間，受約束的一方可申請法院定出他方當事人行使權利的期間，該期間結束時權利即告失效(第405條)。這樣做是避免許諾人永遠地受拘束。

四、物權效力

原則上，預約合同僅產生債權效力，但當事人可賦予就不動產或須登記的動產的轉讓或設定負擔的預約物權效力。

為此，須符合以下要件：

a) 須作出明示意思表示，賦予有關預約合同物權效力(第407條第1款)；

b) 視乎本約合同是否須以經認證的文書或更嚴謹的方式作出(第407條第2款)，有物權效力的預約須載於經認證的文書(《公證法典》第155條及《民法典》第356條)或以書面作出；

c) 為預約作出登記(第407條第1款)。

8月22日第15/2001號法律訂定了不動產的轉讓預約和抵押預約(其定義見第1條)的特別制度。

根據該法律第3條第1款的規定，賦予買賣預約及設定意定抵押權預約的消費借貸合同物權效力，亦須作出明示意思表示及登記，但不適用《民法典》第407條第2款的規定(該法律第3條第2款)。

基於此，為賦予買賣預約及設定意定抵押權預約的消費借貸合同物權效力，須符合以下要件：

a) 作出賦予物權效力的明示意思表示(該法律第5條第1款)；

b) 為預約作出登記(該法律第3條第1款)；

c) 以私文書訂立預約合同，立約人的簽名須經公證認定(該法律第3條第1款)。

在賦予物權效力方面，第15/2001號法律僅簡化了買賣預約及設定意定抵押權預約的消費借貸合同的方式，並未修改就不動產或須登記的動產的轉讓或設定負擔的預約的方式制度。

賦予物權效力的明示意思表示，可透過多種表述作出，例如訂明預約可對抗第三人，又或預約有絕對效力或可對抗所有人，而不僅僅限於“賦予物權效力”此一表述方式，只要所選用的句子可直接及清楚表明當事人的意思即可。

在作出登記前，預約合同僅有債權效力，在登記後，方可產生物權效力。

有物權效力的預約可對抗所有人，違反預約的行為不產生效力，它使債權有絕對效力，是其中一種取得物權，亦即是說，受益人有權迫使許諾人訂立本約合同，其權利可對抗第三人。該權利優先於在作出登記之後才登記的涉及預約物的一切權利，因此，針對預約所涉及的不動產或動產的轉讓，可向法院聲請特定執行(第820條)。

五、預約當事人的權利與義務的移轉

原則上，對因預約而生的權利及義務可作死因或生前移轉（第406條）。如預約僅賦予一方當事人一項債權，他可按第571條及續後數條的規定將該權利移轉；如預約為當事人同時帶來權利及義務，他可按第418條及續後數條的規定，作出合同地位的讓與。在任一當事人逝世的情況中，死者的合同地位按繼承規則轉移予死者的繼承人。

基於許諾人的個人因素或其本人的原因而產生的權利及義務，不可移轉，第406條就指出一身專屬的權利與義務，不可移轉，例如委託預約（第1100條a項）、租賃預約合同中承租人的地位、預約勞動合同、預約提供勞務合同等。

然而，針對預約當事人的權利及義務是否可移轉的問題，不應只考慮預約合同的性質，尚須衡量其他因素，如許諾人真實或可推知的意思、每一個案的具體情況等。

六、不履行

因拒絕訂立本約合同或其他理由而導致出現不履行預約合同的情況，適用有關債的不履行的一般規定，而在特定執行及解除合同方面，則另行適用專門規定。以下，我們將分析在遲延及確定不履行的情況中，當事人可分別行使的權利：要求作出特定執行或解除合同。

6.1. 定金

6.1.1. 提前履行及定金：有確定功能或賦予後悔權能的定金

在商業交易中，普遍會存在定金；定金通常指一方立約人在訂立合同時或之後交予另一方的一筆金錢，在買賣預約合同的情況中，則推定以首期或提前履行的名義支付的一切款項為定金（第435條），而有關推定可被推翻（第343條第2款）；在其他類別的合同中，則不會將以首期或提前履行的名義支付的特定款項推定為定金（第434條）。

當事人可賦予定金確定或後悔功能：如立約人欲透過定金的交付肯定其訂立合同的意願，並作為簽訂合同的證據，保證履行合同，則視定金有確定功能；反之，如當事人欲藉定金的交付，保留不訂立合同或反悔的權能，則視定金有後悔功能。

在澳門，定金曾被賦予後悔及確定功能。根據《一九六六年民法典》的規定，預約合同如存有定金，則不可要求特定執行，定金的存在給予立約人後悔的機會，因為在實際運作上，在大多數個案中，定金的存在與否，是衡量可否申請特定執行的標準。

於1988年不動產炒風盛行時，為了保障消費者，修訂預約合同制度的第20/88/M號法律對定金採取與舊法截然不同的態度，對於不動產預約合同中的預約買受人，該法律不再視定金的交付為賦予預約買受人一個後悔的機會，定金的交付標誌著預約買受人絕對確定其買入預約物的意願，因此，即使在雙方當事人預先約定排除特定執行的情況中，預約買受人仍有權申請特定執行。然而，對預約出賣人而言，定金的接收，繼續使他在預約買受人不履行合同時，不能申請特定執行。

根據《一九九九年民法典》的規定，不論是否有交付定金，除雙方另有明示規定外，均可申請對預約合同作出特定執行。在《一九九九年民法典》生效後，不再賦予定金後悔功能，在新的立法理念中，預約不可被單方面解除且拘束預約人，但有相反協定的情況除外。然而，如預約涉及有償移轉房地產或獨立單位；只要預約取得人已取得合同標的物的交付，即使有相反協議，預約取得人仍享有請求特定執行的權利。

6.1.2. 定金的法律制度

第436條訂定了定金的法律制度，它適用於所有合同，包括最常見的預約合同。對於沒有定金的預約合同，損害賠償的金額按民事責任的一般規定定出，以彌補實際損害。

根據第436條第1款的規定，在沒有定金的情況中，如交付定金的預約人履行合同，則將作為定金而交付之物抵充應為給付，並從應交

付的總價金中扣除定金，交付定金的預約人只須支付餘下款項；在這種情況中，可把定金視為提前作出的部份履行。

然而，如作為定金交付之物不是金錢，且因其性質不能抵充應為給付，在受領應為給付後，應將作為定金之物返還，以免出現不當得利的情況，因為在對方履行給付後，已沒有有效或合理理由繼續留置作為定金之物。

誠然，如出現遲延履行的情況，在具備其他要件後，可適用有關遲延的規定(第793條及續後數條)。

按照第436條第2款的規定，為適用定金制度，須具備兩項要件：出現確定不履行，且該確定不履行可歸責於一方或雙方當事人。在具備這兩項要件的情況中，如交付定金的預約人過錯不履行，則喪失已交付定金，如受領定金的預約人過錯不履行，則須返還雙倍定金。返還雙倍定金是金錢之債，適用額面原則(第543條)，如遲延返還定金，則適用第795條所定的制度。

基於可歸責於任何一方當事人的原因而確定不履行債務，可導致預約合同的解除，從而適用定金制度。但僅出現遲延履行時，學說及司法見解均認為不可適用定金制度，因為在他方當事人遲延的情況，當事人不可解除合同，只有在遲延因債權人喪失給付利益或因其他原因轉化為確定不履行(第797條)時，方可解除合同。

除確定不履行外，下列情況亦等同於確定不履行：

a) 預先聲明不履行給付：例如預約出賣人於預期訂立本預約合同之日前，通知預約買受人他不會履行訂立本約合同的義務。在這種情況中，債務即時到期，債權人有權要求債務人履行給付，而無須藉催告而使債務人處於遲延(第797條)，普遍認為不履行的聲明等同確定不履行，只要當事人嚴肅及十分確定地作出該聲明，且決定不履行給付的意思清楚明確，絕不含糊，債權人即可解除合同；

b) 重要期限：可分為主觀重要期限及客觀重要期限，前者指在訂立合同時，當事人明示或默示指定特定期限為非常重要的期限，後者則指基於給付的性質或類別，遲延履行給付會使債權人喪失利益，例如的士接載乘客到飛機場承搭飛機；

c) 明示解除合同條款：在合同自由原則下，當事人可在合同中約定可解除合同的情況，如規定在出現未能按時履行給付的情況時，他方當事人可解除合同。在定有明示解除合同條款的情況中，不按時履行合同規定，他方當事人可選擇立即解除合同或要求作出遲延的給付。

正如前述，如不履行給付可歸責於交付定金的一方，則以沒收定金作為他方當事人的賠償；如不履行給付可歸責於受領定金的一方，則以返還雙倍定金作為他方當事人的賠償。

然而，如不履行可歸責於雙方當事人又應如何處理呢？在這種情況中，應適用第564條的規定，按雙方當事人的過錯程度及其過錯所引致的後果，給予全部賠償、縮減賠償或甚至不給予任何賠償。

此外，在不履行可同時歸責於雙方當事人的情況中，亦不應剝奪一方當事人解除雙務合同的權利，因為只要出現不履行的事實，而按善意原則有關不履行在客觀上又是非常嚴重，則可引致解除合同的後果。雖然，在不履行中存在過錯與否，可影響解除合同的權利，但不是該權利的主要構成要件（第782條第2款及第791條第1款）。

此外，僅在因可歸責於交付定金或受領定金的當事人的原因而導致的確定不履行的情況中，可適用第436條第2款的規定，在不可歸責於任何一方當事人的不履行中，第436條第2款所定的後果不會出現，因為在不可歸責於債務人的履行不能的情況中，債務消滅（第779條），而債權人亦無須作出對待給付，如已作出，則有權按不當得利要求返還（第784條第1款），但由於債務人無過錯，不得要求賠償。

事實上，如定金擬確保的給付嗣後消滅（第784條第1款），在該給付消滅後，定金已沒有存在的意義，已不可能藉定金確保債務的履行，故受領定金的一方應返還作為定金之物，以免出現不當得利的情況，而由於不存在過錯，亦無權要求賠償。在雙務合同中，債務人的給付的消滅會導致其對待給付的消滅。

除上述情況外，在不可歸責於當事人的給付自始不能的情況中（第282條及第273條），或在宣告合同無效或撤銷合同的情況中，亦只須原數返還已受領的定金，而無須返還雙倍定金。

在現行法律制度中，定金有兩項功能，強迫履行及預先訂定在不履行中的賠償金額（第436條第4款第2部份）。除另有訂定外，原則上，不論當事人所遭受的實際損害的金額多寡，只須返還雙倍定金或沒收定金作為賠償。然而，如損害的數額遠高於定金數額，法律仍賦予債權人就超出的損害要求賠償的權利。此外，在定金明顯過多時，法律亦容許債務人要求法院按衡平原則減少定金（第436條第5款及第801條）。

6.2. 特定執行

6.2.1. 延遲履行給付作為特定執行的前提

根據第820條第1款及第2款的規定，只要不存在相反協議，且特定執行與違約人所承擔債務的性質無抵觸者，債權人即可申請特定執行，而本約合同的標的物的交付，不是提出特定執行的要件。

僅在債權人對遲延履行的給付仍有利益的情況中，才會作出特定執行的申請，以便藉法院作出的判決取代違約人的意思表示，以使債權人取得原來的給付。

在遲延履行的情況中，如債權人對給付仍有利益，且給付仍為可能時，可藉特定執行防止出現不能取得原給付的後果。在一方許諾人不自願訂立本約合同的情況中，如另一方當事人申請特定執行，即意味著忠誠許諾人仍有意訂立本約合同，亦即債權人僅視債務人的違約行為為單純的遲延履行，而非確定不履行，因而堅持要求債務人履行仍為可能的給付。相反，如債權人對於遲延的給付已喪失利益，即會視違約行為為確定不履行，並解除合同及要求返還雙倍定金。

因預約合同而生的訂立本約合同的義務，可藉特定執行得以貫徹，債權人的利益亦因而得以滿足，因此，與履行之訴一樣，特定執行的請求亦不以過錯及損害作為要件，只要出現遲延的情況，亦即只要不按時履行訂立本約合同的義務，即使遲延不可歸責於違約債務人，亦可申請特定執行。

6.2.2. 特定執行的其他要件

預約出賣人及預約買受人均有權申請特定執行，而合同標的物的交付，亦非提出特定執行的要件；只要不存在相反協議，且特定執行與違約人所承擔的債務的性質無抵觸，即可申請特定執行（第820條第1款）。特定執行與違約人所承擔的債務的性質有抵觸的情況，主要可分為以下兩種：i) 基於有關預約合同的主給付及其所涉及的利益的性質，不可對其作出強制執行；ii) 藉司法裁判不能產生本約合同的預期效果。第i)種情況的例子有：預約贈與合同（第934條）或預約提供勞務合同（第1080條至第1082條），因為基於該等合同的人身性質，應允許當事人保留放棄訂立本約合同的權能，在這種情況中，適用不履行預約合同的民事責任。第ii)種情況的例子有：預約出質合同（第665條）、預約使用借貸合同（第1057條）、預約消費借貸合同（第1070條）及預約提存合同（第1111條），因為要物合同的成立，除須有當事人的意思表示外，尚須存在物的交付，但司法裁判只可取代當事人的意思表示。

除上述兩種情況外，特定執行亦會被其他法律規定排除，例如在預約出賣他人之物的情況中，所有人拒絕出售該物（第870條及第883條）。此外，如預約合同只有債權效力，而預約出賣人又已出賣預約物予他人，亦不可能作出特定執行，因為即使作出裁判以取代債務人的意思表示，其後果亦等同於出賣他人之物。

特定執行的另一項要件，就是不存在相反協議，換言之，原則上，有關特定執行的規定屬後補性質，雙方當事人可透過明示或默示協議將之排除。然而，定金的交付或為不履行訂定違約金，均不視為默示的相反協定（第820條第2款）；在此明顯視定金有確定履行的功能。然而，如預約合同涉及有償移轉或設定房地產或其獨立單位上的物權時，只要預約取得人已取得合同標的物的交付，即使有相反協議，預約取得人仍享有請求特定執行的權利（第820條第2款第2部份）。

七、預約合同的遺漏

法院批准特定執行請求的判決，產生本約合同的效力，可作為創設物權的依據，它不但取代違約人的意思表示，亦取代忠誠預約人的

意思表示，例如：A與B訂立了買賣X單位的雙務預約合同，如A拒絕履行預約，B因而請求法院作出特定執行，法院裁判的效力等同買賣公證書的效力，可作為物權登記的憑據。

然而，如預約合同中有關本約合同的條款有遺漏，又應如何處理呢？這種情況很普遍，因為訂立預約合同的其中一種原因，就是當事人未能就買賣的全部細節達成協議。

在這種情況中，較合理的做法，是僅在無法藉有關立約人的意思表示的解釋及填補的一般(第228條至第231條)及特別規定(第546條、第549條第2款及第873條)，去確定當事人在重要事項上的意思時，方視預約合同無效。

八、抵押權的消滅及給付的提存

如預約涉及訂立移轉或設定房地產或其獨立單位上物權的有償合同，而取得人又可根據第716條的規定消滅該物上的抵押權，如抵押權的消滅既不先於該移轉或設定，亦非與其同時者，則預約取得人為了消滅有關抵押權，可申請判決違約人向其交付被抵押擔保的債務的款項，又或交付作為合同標的之單位所涉及的債務款項，並向其交付到期及未到期的利息，直至清償有關款項為止(第820條第4款)。

僅在具備以下條件時，方可行使上指消滅抵押權的權利：有關抵押的設定後於預約的訂立，且其設定旨在就違反預約之人對第三人的一項債務作擔保，而預約中的取得人又不是該債務的共同債務人(第820條第5款)。

此外，如預約中的債務人可主張不履行的抗辯，而聲請人在法院為其定出的期間內不作出其給付的提存，則特定執行之訴將被判理由不成立(第820條第6款)。因此，法院不能先作出裁判，之後才要求預約買受人提存其對待給付，如預約買受人不在法院指定的期間存放資金，法官便會宣告訴訟理由不成立，不會再審理案件的實體問題。

九、留置權的適用範圍及要件

首先，在移轉或設定物權的預約中，已獲交付本約合同標的物的接受許諾人，可對該物行使留置權(第745條第1款f項)。

其次，留置權是為了擔保因他方當事人過錯不履行而生的債權，亦即因可歸責給他方當事人的確定不履行而生的債權：返還雙倍定金或按第436條支付超出定金部份的賠償。

抵押權與因移轉或設定物權的預約而生的留置權同時存在時，則以先設定者為優先(第749條第2款)。

參考書

1. Antunes Varela, 《債法》, 第一冊、第九版, Almedina出版社, 1996年。
2. Antunes Varela, 《簡析預約合同制度》, 第二版, 1989年, Coimbra出版。
3. Jorge de Brito Pereira, 《僅有一方當事人簽署的雙務預約合同》, 1991年, 里斯本大學法學院學生會。
4. Victor J. de Vasconcelos Raposo R. Calvete, 《預約合同的方式及違反有關規定的後果》, 1990年。
5. João Calvão da Silva, 《定金及預約合同》, 第八版, 2001年, Almedina出版。
6. José Carlos Brandão Proença, 《不履行雙務預約合同 —— 特定執行/解除合同》, 第二版, 1996年, Petrony出版。
7. Mário Júlio de Almeida Costa, 《簡析現行預約合同制度》, 第三版, 1994年, Almedina 出版。
8. Luís Miguel Urbano, 《一九九九年民法典的理由陳述》, 《民法典》, 第VII至LIV頁, 印務局出版。
9. Pires de Lima e Antunes Varela, 《民法典釋義》, 第一冊、第四版, Almedina 出版社, 1987年。
10. Vong Hin Fai, 《對澳門現行預約合同制度的反思》, 《澳門法律雜誌》, 第二冊、第二期, 1995年, 第 71 至第82頁。
11. Tou Wai Fong, 《澳門民法典引入的革新》, 《澳門大學法學院學生會十週年雜誌》, 第 53 至第73頁。
12. Neto, Abílio, 《民法典釋義》, 第十二版, Ediforum 出版社。