

論預約：探尋德國法之發展並綜合分析 臺灣最高法院相關判決*

吳從周**

預約之理論……在以前受到法學家的重視勝過現在。

Die Lehre vom dem s.g. pactum de contrahendo... hat in früheren Zeiten mehr Beachtungen gefunden als bei den neueren Juristen. (Degenkolb, Acp 71(1887), 2)

德國民法草案對預約沉默不為規定。當我們說，此種沉默是草案所能提供的最佳方案時，這絲毫沒有諷刺之意。如果我們知道到底甚麼是預約，那麼從法條本身就可以得知其內容。但預約是甚麼，卻只有自己的思維而非法律可以告訴我們。Der Entwurf (des BGB) schweigt über den Vorvertrag. Es ist nicht ironisch gemeint, wenn wir sagen, daß dieses Schweigen zu den Besten gehört, was der Entwurf geleistet hat. Wenn wir wissen, was der Vorvertrag aber ist, so ergeben sich die Rechtssätze von selbst. Was der Vorvertrag aber ist, kann uns nur das eigene Denken und kein Gesetz sagen. (Karl Adler, JheringsJ 31,1892, 190[277].)

* 本文係筆者執行國科會 100 年度研究計畫成果報告之一部分，研究計畫題目為「預約之研究」，計畫編號：NSC 100-2410-H-002 -088，計畫執行期間：08/01/2011~07/31/2012。本文初稿曾於 2011 年 4 月 20 日在台大法律學院舉辦之民商法裁判研究會宣讀主要構想，嗣經增補完成全文。筆者要特別感謝匿名審查委員細膩的審查，提供諸多寶貴的修改意見，筆者受益良多，已儘量對應修正，特此致謝。

** 國立臺灣大學法律學院助理教授。E-mail: wucjj2@ntu.edu.tw
• 投稿日：04/29/2013；接受刊登日：09/09/2013。
• 責任校對：王柏硯、張雅馨、陳榮恬。
• DOI: 10.6199/NTULJ.2013.42.SP.02

以預約訂立將來訂結本契約者，應於預約內訂明本契約之重要內容或其確定重要內容之方法。依法令應具備之契約方式於預約準用之。預約內關於本契約之訂結，訂有確定期限者，當事人一造逾期不訂結本契約時，他造得解除預約。（民國律草案第 231 條）

〈摘要〉

預約是一個獨立於本約之債權契約，有其交易上之實際需要及對本約之「預備性功能」，可先確定當事人有受契約拘束及訂立本約之意。預約就是承諾為本約之「訂約行為」或為本約之「訂約之意思表示」，當事人負有訂立本約之義務乃是「預約概念之內在必然」之結果。預約具有獨立強制履行之效力，非僅得請求損害賠償。預約債務人不為意思表示，債權人得訴請履行，法院得以確定判決代替該意思表示。為求訴訟經濟，當事人得以訴之合併同時請求訂立本約與履行本約。

預約必須在內容上具有足夠探知本約內容之確定性時，才具備預約之效力。預約有疑問時則透過其高度確定性可認其為本約，以符合預約之例外性格。至於預約因欠缺本約內容之可確定性而無效時，不排除可依締約上過失主張信賴利益損害賠償；但預約有效而不履行時（特別是台灣實務上常見的預約給付遲延與給付不能），則可依債務不履行請求損害賠償。其賠償範圍與本約債務不履行之履行利益相同。

關鍵詞：預約、本約、意向書、備忘錄