

# 预约功能的法经济分析 ——兼评“疑约”的两种解释论

聂 圣

(华中师范大学法学院, 湖北 武汉 430079)

【摘要】以缔约意向形成、预约成立以及本约成立为三个标志性时点, 合同成立可以分为预约成立和预约促成本约两个先后后续的阶段。预约的法经济分析表明预约旨在成立本约且构成新的缔约约束, 具有缔约担保功能和缔约延缓功能。功能视阈下, 认定当事人对是否订立另一个更完备的合同约定不明确的“疑约”性质时, 以探求当事人真实意思为本的主观解释论优于以合同条款内容判断合同属性的客观解释论。

【关键词】预约; 法经济分析; 客观解释论; 主观解释论

【中图分类号】D923.6

【文献标识码】A

【文章编号】1671-6973(2019)03-0039-06

## 一、问题的提出

我国《合同法》没有规定预约制度, 自《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(〔2003〕7号, 以下简称《商品房买卖合同司法解释》)第5条<sup>①</sup>在商品房买卖合同中引入“商品房的认购、订购、预订等协议”的概念后, 《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》(法释〔2012〕8号, 以下简称《买卖合同司法解释》)第2条<sup>②</sup>将这类协议扩展到整个买卖合同领域, 并正式将认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等合同统称为预约合同, 才正式确定了我国的预约制度。我国学者多因袭史尚宽先生“预约, 谓约定将来订立一定契约之契约”<sup>〔1〕</sup>的观点, 认为预约系约定将来订立本约的合同。但是, 概念具有抽象概括性, 对应于客观现实时难免会遇到困难。如果在一个合同中当事人对是否订立另一个更完备的合同约定不明确时, 该合同便难以被判断为预约还是本约, 从而成为“疑约”。“疑约”该如何解释? 是认定为预约还是认定为本约? 这不仅影响着司法实践中疑难案件的个案正义, 也关乎民法典合同编预约制度的整体构建, 殊值讨论。

功能主义视角下, 任何一种社会制度的产生都源于人的根本需要。<sup>〔2〕</sup>法律制度作为一种社会制度, 其得以构建的原因在于具有不可替代的功能。相应地, 法律制度的功能决定着法律制度及其衍生问题的解释, 亦即解释应当具有合功能性。在此意义上, 分析预约制度的功能是解开“疑约”解释难题的关键。预约制度的法教义学研究早已展开并走向深入, 其从逻辑自洽与价值正当的角度论证预约的功能, 从法律知识体系本身得出了“疑约”的主观与客观两种解释论。本文尝试转换研究的方法, 采取法经济分析的方法对预约的功能进行解析, 并以此为基础对法教义学的两种解释论加以评析, 以期对民法典合同编预约制度的构建有所裨益。

## 二、模型搭建: 预约的法经济阐释

从法制史的角度来看, 预约制度起源于弥补要物契约“物之交付”作为合同成立要件的弊端。<sup>〔3〕</sup>随着大量要物契约的诺成化, 预约制度也随之延展到诺成合同领域, 其目的开始从修正要物契约之不足向预备成立本约转变。这意味着预约成立于本约成立之前, 合同当事人缔约意向形成之后。以缔约意向形成、预约成立以及本约成立为三个标志性时

【收稿日期】2018-12-18

【基金项目】中央高校基本科研业务费资助华中师范大学创新项目(2018CXZZ077)

【作者简介】聂圣(1993-), 男, 湖北宜昌人, 华中师范大学法学院、人文社会科学高等研究院博士研究生, 研究方向: 公共政策与法治。

点,将合同成立分为先行后续的两个阶段,前段为预约成立阶段,后段为预约促成本约阶段。(见图1)在不同的缔约阶段,当事人合意的内容范围及精确性有所不同,合意的约束力也有所差异。

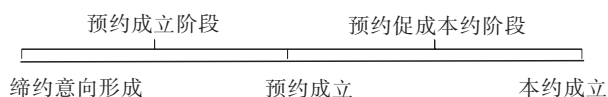


图1 合同成立阶段的划分

Fig. 1 Stage division of the contract establishment

为简要、直观地阐释预约,本文以最常见的买卖合同为模型展开分析。在买卖双方形成缔约意向之后,买卖双方划定了对于合同交易的总体预期收益和己方的预期收益区间,但是预期收益会如何在买卖双方之间进行分配还不确定。买卖双方对于合同交易的总体预期可以用无差异曲线  $L_1$  表示,其上的任何一点都对应着买卖双方一种可能的预期收益组合,即成立合同的可能性。买卖双方的预期收益分别用曲线  $L_2$  和  $L_3$  表示,则买卖双方的合同交易应当在曲线  $L_1$ 、 $L_2$  和  $L_3$  的交点处达成。此时,合同满足买卖双方的共同预期且满足其各自的预期。买卖双方为合同交易达成必须付出交易成本和交换成本,成本约束着买卖双方的收益区间。假设买卖双方的成本分别为  $a$ 、 $b$ ,为保证合同交易的效率性, $L_2$  应当在  $a$  的右侧,且  $L_3$  应当在  $b$  的上方。这意味着在缔约意向形成后,合同预约成立阶段,双方真正能够磋商的区间限于曲线  $L_1$  上的  $AB$  部分。(见图2)

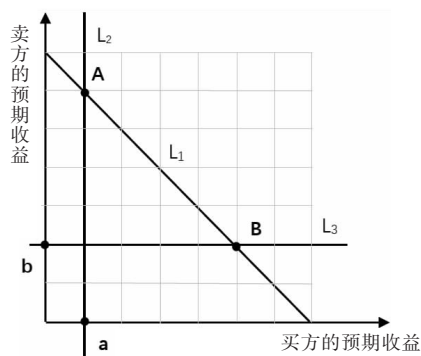


图2 缔约的约束条件

Fig. 2 Constraints of concluding a contract

#### (一) 预约旨在成立本约

在预约成立阶段,双方在形成缔约意向的基础上进行初步的磋商。在理想情况下,买卖双方的缔

约能力完全相同并且信息对称,那么双方就会在  $AB$  的中点  $C$  达成交易,订立最终的买卖合同。因为  $C$  是磋商可能区间内双方收益的均衡点。(见图3)然而,现实交易中,买卖双方的缔约能力存在差异,双方的信息也并不对称。通常情况下,卖方占有更多的信息,享有交易的主动权,而买方则处于被动地位。买方通常是风险厌恶的交易者,其预期是相对审慎的,那么其预期就会在  $C$  的右侧。卖方为稳住买方,把握交易机会,很可能会暂时在  $C$  的右侧  $D$  与买方达成初步的合意。但是,这并不是最终的合意,卖方需要进一步与买方进行磋商,与买方共享更多信息,以使买方调整其交易预期,让最终合意的达成尽可能地向  $C$  甚至是  $A$  接近。(见图4)

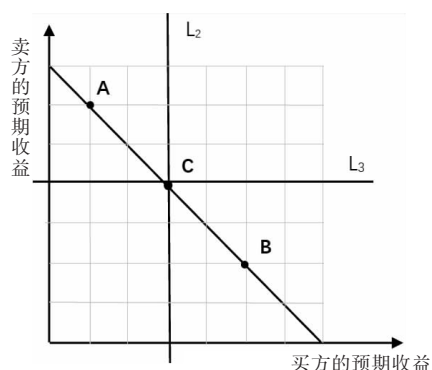


图3 理想的缔约情况

Fig. 3 Ideal situation for conclusion of a contract

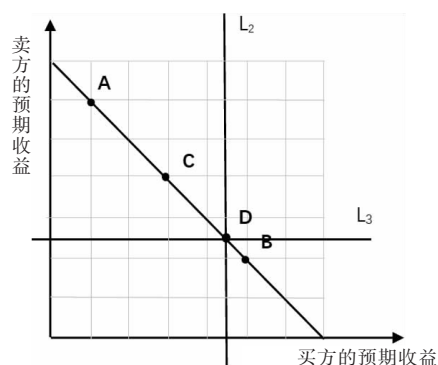


图4 实际的预约成立情况

Fig. 4 Actual situation for establishment of a precontract

初步的合意达成时,双方已经彼此确认基本的交易信息,就合同的标的和数量意思表示一致,可以形成一个合同。这个合同就是预约。但是,预约并不是作为交易目的存在,而是被视为缔约磋商的阶段性成果,是成立本约的必要准备和手段。预约

① 《商品房买卖合同司法解释》第5条:第五条商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容,并且出卖人已经按照约定收受购房款的,该协议应当认定为商品房买卖合同。

② 《买卖合同司法解释》第2条:当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同,约定在将来一定期限内订立买卖合同,一方不履行订立买卖合同的义务,对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。

成立时,以预约促成本约成立的阶段才刚刚开始。双方往往会在预约中约定进一步磋商,订立本约的义务。《买卖合同司法解释》第2条规定“约定在将来一定期限内订立买卖合同”即是从制定法的角度表明预约旨在成立本约的立场。

## (二) 预约构成新的缔约约束

在预约促成本约阶段,双方需要履行预约,进一步就未决条款进行磋商,达成最终的合意。依预约所把握的交易机会,双方的磋商的努力方向并不像预约成立阶段那样不确定,而是由已经成立预约的D向着磋商可能区间内双方收益的均衡点C移动。在此期间,双方信息不对称的程度有所减轻,但是仍然有信息不对称的情况存在。加之双方缔约能力不均衡,缔约时间不充分等因素的影响,双方也很难在C点形成最终合意,而是会在CD区间上的某一点E处达成最终的一致意思,订立本约。(见图5)本约成立后,预约的使命完成,预约所承载的意思表示为本约所吸收,预约不再拘束双方当事人。

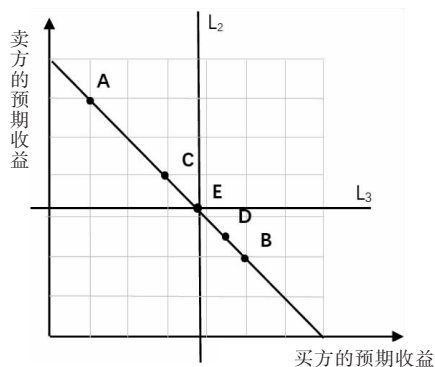


图5 实际的本约成立情况

Fig. 5 Actual situation for establishment of a contract

尽管预约所包含的合同必要条款可能因为当事人的预期收益调整而发生变动,并且合同的诸多主要条款,如合同履行的期限、地点和方式,也可能还尚未完备,但初步的合意已经达成。合意意味着合同债权债务的产生,对于双方当事人在后阶段的进一步磋商并缔结合同具有法律约束力。除非双方协议变更预约,否则一方不按照预约的约定在一定期限内订立合同即构成违约,对方可以根据《买卖合同司法解释》第2条的规定,请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿。

## 三、“成本—收益”分析:

### 预约功能的解析

预约作为介于缔约意向与本约之间的合同形态,其功能已经蕴含于“缔约意向形成——预约成

立——本约成立”的结构之中。依规范分析所得的结论,预约有两项重要的制度价值:预备性功能和确保性功能。<sup>[4]</sup>预备性功能注重当事人之内部拘束力,预约之目的在于促使当事人积极磋商以成立本约。确保性功能则强调预约的对外防御力,预约一旦成立就限制了双方就同一标的与第三方另行缔约的可能性。英美法系正是从确保性功能来界定预约,如《布莱克法律词典》将预约定义为“一项禁止一方与其他人签订类似协议的合同。(A contract that precludes a party from entering into a comparable agreement with someone else.)”<sup>[5]</sup>在结构功能主义的制度分析角度之外,法经济学的“成本—收益”分析提供了解析预约功能的新路径。

### (一) 预约的缔约担保功能

在买卖合同成立的模型中,在预约尚未成立的预约成立阶段,双方仅仅在代表合同交易的无差异曲线L1上确定了缔约的可能空间AB,而没有形成任何符合双方预期收益的均衡点。没有合意便没有基于合意的约束力。任何一方都可以选择继续磋商以促使一个可能的交易出现,也可以选择终止磋商以消灭交易的任何可能。缔约意向并不能产生强制磋商的拘束力,本约能否缔结没有保障。及至预约成立时,双方在缔约的可能空间AB内一点D就预期收益达成了初步的合意。这个合意的形成意味着双方在曲线L1上找到了一个双方都可以接受,同时又有待进一步改进的预期收益组合。除非双方都同意以一个对一方或者双方更优的预期收益组合取代这个预期收益组合,否则任何一方都不具有单方变更或者放弃这个预期收益组合的权利。

毫无疑问,这个已被确定的预期收益组合就是预约。预约作为双方意定的规则,正应了法经济学“规则既是限制,又是资产”<sup>[6]</sup>的洞见。一方面,如前文所述,预约具有资产属性,固定了交易机会,限定了双方的预期收益及移动方向,确保了基准的缔约收益;另一方面,预约也有限制属性,预约也产生了机会成本,单方放弃这个交易与第三方达成类似协议,必须付出与该机会相等的成本。预约不仅在双方内部产生了约束力,也将这种约束力延展到外部,产生外部性,通过机会成本起到防御第三方侵夺交易机会的行为。在此意义上,预约固定的交易机会就是基于双方缔约过程中形成的信任关系所产生的信赖利益。预约确保基准缔约收益的功能即是预备性功能,而防御第三方侵夺交易机会的功能便是确保性功能。二者其实是预约缔约担保功能的对内与对外两个方面。

## （二）预约的缔约延缓功能

在缔约担保功能之外，预约是否还有其他功能？法教义学“预约的目的在于成立本约”的信条与结构功能主义的两阶段模型均着眼于对预约的定性认识。法教义学与结构功能主义停留在按照预约的完备程度对预约进行内部层次分析，如有学者按照预约的内容将预约分为简单预约、典型预约和完整预约并分析其法律效力。<sup>[7]</sup>对于预约合同所产生的成本与收益缺乏定量考察导致预约功能的认识难以跳脱出“预约的目的在于成立本约”的思维定式。法经济分析关注预约的定量方面，通过衡量预约的“成本—收益”，更容易发掘被定性分析所遮蔽的预约功能。

以合同交易的总体预期收益而言，缔约意向形成时，双方的预期收益就确定为一个定值。这意味着缔约过程实质上是一个零和博弈，一方预期收益增加时，另一方的预期收益等值减少。既然如此，为什么合同双方还要成立预约而不直接在成立预约的均衡点直接成立本约，使本约以较低的成本成立，反而约定继续投入交易成本进一步磋商以求在预约基础上成立本约呢？前文所述的信息不对称可以回答这个问题。由于买卖双方信息不对称，双方在预约达成时，均未掌握全部的交易信息，存在通过进一步磋商改进其中一方的预期收益并且使预期收益组合更加均衡的可能。申言之，预约具有看涨期权的性质，预约的成立可以视为占有缔约优势的一方（在前述模型中为卖方）买入看涨期权，在将来一定时间缔结本约则属执行期权。预约通过将本约的成立时间后延，在保证阶段性缔约成果的基础上，创造了改进其中一方的预期收益并且使预期收益组合更加均衡的可能性。这种功能可以称为缔约延缓功能，反映在预约的法律效力上，就是预约延缓了当事人成立本约并受其约束的时间，保护了当事人缔约阶段的期限利益。

## 四、功能视阈下“疑约”的两种解释论评析

合同解释应当因循合同过程展开，解释的起始工作是确认被解释的对象是否为一项已经成立的

合同。对于简单交易，当事人为节省交易成本会采取要约承诺方式一次性订立合同，根据《合同法》第25条<sup>①</sup>的规定，合同成立存在明确的认定标准，完成合同解释的起始工作不存在困难。然而，处理复杂交易时，为保证交易的经济性和妥当性，当事人往往会采取更加复杂的缔约形式。本文论及的“预约—本约”便是复杂的缔约形式之一。当事人并不会一次性成立合同，而是选择分阶段地完成缔约。“在缔结本约之前先订立一个不具有实质性给付意义的预约，或虽具实质性给付意义但与本约的实质性给付并不相同的预约。”<sup>[8]</sup>在此缔约过程中，对于当事人对是否订立另一个更完备的合同约定不明确的“疑约”应当如何认定便成为一项解释难题。学界为解决此难题提出了主观解释论和客观解释论两种方案。

合同解释本有客观主义与主观主义之别，二者之根本区别在于探寻当事人真意时应当采表示意思抑或内心意思。主张真意认定应当以当事人内心真实意思为准，属于主观主义；反之，采取表示主义，以当事人表示于外部之意思为真意则属客观主义。现代民法，无论理论还是实践，均主张主观主义为主、客观主义为辅的合同解释原则，“在有相对人的场合采客观主义，在无相对人的场合采主观主义”<sup>[9]</sup>。我国《民法总则》第142条<sup>②</sup>和《合同法》第125条<sup>③</sup>在制定法上肯定了此种解释原则。但是，本文所称客观解释论与主观解释论不同于合同解释的客观主义与主观主义。所谓客观解释论是指在“疑约”解释时，以合同的条款内容客观地判断合同属于本约还是预约，而不探求当事人是否可能存在另外订立本约的主观意思，解释结果是“疑约从本”。主观解释论则以探求当事人的真实意思为第一要务，其解释结果是“疑约从预”。功能视阈下，两种解释论取舍的关键在于能否充分体现预约的功能。

### （一）“疑约从本”的客观解释论

客观解释论在理论界属主流观点。根据《民法总则》第142条第1款和《合同法》第125条的规定，合同解释应当采客观主义。“在当事人的主观意思不明确时，就应从合约内容的确定性等方面客观地

<sup>①</sup> 《合同法》第25条：承诺生效时合同成立。

<sup>②</sup> 《民法总则》第142条：有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。

无相对人的意思表示的解释，不能完全拘泥于所使用的词句，而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定行为人的真实意思。

<sup>③</sup> 《合同法》第125条：当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。

确定合约性质。”<sup>[10]</sup>依照此种逻辑,“疑约”内容的确定性足以达到成立本约的,应当推定当事人的共同意思在于成立本约,进而直接认定该合同性质为本约。然而,前文的分析表明,预约是当事人初步的合意,具备成立合同的核心要素。如果单纯以合意的内容是否满足成立合同最基本的确定性要求来认定“疑约”属于预约还是本约,则必然会得到“疑约从本”的结论。这实质上是确定了“除非当事人明确在合同中约定另外订立本约,否则该合同应当被认定为本约”的解释规则。照此解释规则,诚如学者所言:“订立预约在交易上系属例外,有疑义,宜认定系属本约。”<sup>[11]</sup>“疑约从本”成为解释缔约阶段合同系属本约还是预约的终局性规则。

实践中,“疑约从本”的客观解释论能够直接从合同的内容推定当事人的共同意思,确认合同性质及效力,节省了裁判者探求当事人意思所耗费的成本,为裁判者所青睐。《商品房买卖合同司法解释》第5条所确定的“商品房买卖预约名义+本约主要内容+已经履行收付款义务=商品房买卖本约”裁判规则在实践中得到了一致认同。例如,在“张励与徐州市同力创展房地产有限公司商品房预售合同纠纷案”的判决摘要中,法官明确指出:“判断商品房买卖中的认购、订购、预订等协议究竟是预约合同还是本约合同,最主要的是看此类协议是否具备《商品房销售管理办法》第16条规定的商品房买卖合同的主要内容。”<sup>①</sup>裁判者同样认为,根据合同客观内容足以判定本约成立的,即可径行推定当事人的真实意思在于成立本约,无需结合其他因素探求当事人可能存在的其他意思。

然而,从预约功能的角度来看,“疑约从本”的客观解释论却未臻完备。“疑约从本”的解释结论虽然符合预约旨在订立本约的要义,保证了预约缔约担保功能的实现,但是忽略了预约形成缔约的时间约束,延缓本约成立以使当事人寻求更优交易机会的功能。司法实践采取客观解释论其实是法官取代当事人成为交易是否最终成立的判断者。尽管这种方案符合裁判效率,但一律追求交易成功却不一定符合交易效率。当事人掌握着更充分的交易信息,是自己利益的最佳判断者。预设“除非明确约定成立本约,即是成立本约”的解释立场,阻断了预约缔约延缓功能的发挥,反而可能损及交易效率。

## (二)“疑约从预”的主观解释论

主观解释论是学者为弥补客观解释论从合同内容直接判断合同系属本约还是预约之不足而提出的“疑约”解释理论。主观解释论并不否认《民法总则》第142条第1款和《合同法》第125条确立的合同解释客观主义,但是反对将客观主义等同于以合同条款等客观内容作为合同解释的唯一对象和解释合同的唯一依据。合同解释应当尽量探求当事人的真意,尽管这种真意并没有被固定为合同条款。“如果背离了对当事人合同真实意思的探究,把事实塞进概念、用概念去裁剪事实,既欲确保交易安全又恐有违当事人自治,就必将理论左右失据,规则难以两全。”<sup>[12]</sup>预约的本质要素是“约定在将来一定期限内订立本约”,具有暂时不成立本约的意思表示,因而不宜因为预约内容符合本约成立的要求就将其认定为本约。“在当事人是否另外订立本约的意思表示不明确,而从合同表述中又不能够推断当事人真实意思的,合同的性质应认定为预约。”<sup>[13]</sup>在此意义上,主观解释论不仅是弥补其解释方法上的不足,更重要的是勘正了客观解释论的结果。

从司法实践的裁判动向来看,尽管客观解释论仍居主导,但完全以合同内容判断系争合同属于预约还是本约的裁判观点值得检讨。在“成都讯捷通讯连锁有限公司与四川蜀都实业有限责任公司、四川友利投资控股股份有限公司房屋买卖合同纠纷案”的裁判过程中,一、二审法院均以双方签订的购房协议书具备当事人名称、标的等合同成立的必备条款为由将购房协议书认定为本约,但是最高人民法院再审认为原审法院的合同性质认定存在错误。最高人民法院再审判决认为:“判断当事人之间订立的合同系本约还是预约的根本标准应当是当事人的意思表示”“如果当事人存在明确的将来订立本约的意思,那么……即便通过合同解释,从预约中预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径可以推导出本约的全部内容,也应当尊重当事人的意思表示,排除这种客观解释的可能性。”<sup>②</sup>尽管从该判决无法判断最高人民法院是否支持解释“疑约”同样应当排除这种不尊重当事人意思的客观解释的可能性,但是“判断合同性质应当以当事人意思表示为根本标准”的裁判规则已经得以明确。

① 参见“张励与徐州市同力创展房地产有限公司商品房预售合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2012年第11期。

② 参见“成都讯捷通讯连锁有限公司与四川蜀都实业有限责任公司、四川友利投资控股股份有限公司房屋买卖合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2015年第1期。



此外,主观解释论所体现的预约功能还映射了合同自由原则与鼓励交易原则的张力。客观解释论通过解释直接省略“预约促成本约”阶段的磋商,快速促成交易看似契合鼓励交易原则。但是,这种将鼓励交易简单理解为尽量促成合同成立的观念“只看到了问题的表象”。<sup>[14]</sup>合同法所鼓励的交易是合法、自愿和可能的交易,鼓励交易应当以尊重当事人的合同自由为基础。合同自由首先是缔约自由,“缔约自由的结果首先是敞开机会,通过市场精明地利用货物财产”<sup>[15]</sup>。“疑约从预”是对作为交易主体的合同当事人经济理性的尊重,让当事人的合意优先于合同法的任意性规定,能够真正实现鼓励合法、自愿和可能交易的效果。

综合而言,主观解释论,一方面,肯定“疑约”属于预约,固定了当事人为缔结本约而形成的初步缔约成果以及在此基础上进一步磋商的约束,体现了预约的缔约担保功能;另一方面,否定“疑约”属于本约,保护了当事人缔约阶段的期限利益,为当事人创造了在更优的交易选择下成立本约留下空间,体现了预约的缔约延缓功能。功能视阈下,认定当事人对是否订立另一个更完备的合同约定不明确的“疑约”性质时,以探求当事人真实意思为本的主观解释论优于以合同条款内容判断合同属性的客观解释论。

## [参 考 文 献]

- [1] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000:12.
- [2] 方旭东. 费孝通第一次学术思想的转变:从功能主义到结构功能主义[J]. 江南大学学报(人文社会科学版), 2009(06):58-63.
- [3] 钱玉林. 预约合同初论[J]. 甘肃政法学院学报, 2003(04):6-10.
- [4] 叶锋. 论预约合同的出路——以类型系列的构建为分析视角[J]. 法律适用, 2015(09):81-86.
- [5] BRYAN A. GARNER. Black's Law Dictionary (8th ed.) [M]. West Publishing Co., 2004:983.
- [6] 熊秉元. 正义的成本:当法律遇上经济学[M]. 北京:东方出版社, 2013:33.
- [7] 刘承魁. 预约合同层次论[J]. 法学论坛, 2013(06):33-39.
- [8] 罗昆. 缔约方式发展与民法典缔约制度完善[J]. 清华法学, 2018(06):148-164.
- [9] 崔建远. 合同解释辨[J]. 财经法学, 2018(04):60-77.
- [10] 王利明. 预约合同若干问题研究:我国司法解释相关规定述评[J]. 法商研究, 2014(01).
- [11] 王泽鉴. 债法原理[M]. 北京:北京大学出版社, 2013:168.
- [12] 耿利航. 预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径[J]. 法学研究, 2016(05):27-48.
- [13] 王瑞玲. 预约、本约区分和衔接的主观解释论——兼对客观解释论商榷[J]. 政治与法律, 2016(10):151-160.
- [14] 崔建远. 债权:借鉴与发展[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2014:323.
- [15] 马克斯·韦伯. 经济与社会(下卷)[M]. 林荣远, 译. 北京:商务印书馆, 1997:90.

(责任编辑:闫卫平)

## Economic Analysis of Precontract's Function ——Comment on the two interpretation theories of “suspicious contract”

NIE Sheng

(Law School, Central China Normal University, Wuhan 30079, China)

**Abstract:** Taking the Intention to form a contract, the establishment of a precontract, the establishment of the contract as the iconic time point, we can divide the process of establishing a contract into two phases: the stage of setting up a precontract, and the stage of establishing a contract on the basis of a precontract. The economic analysis of the precontract shows that a precontract is intended to establish a contract and constitutes a new contracting constraint. A precontract has two functions: guarantee contract establishment and delay contract establishment. Under the functional threshold, the subjective interpretation theory is superior to the objective interpretation theory which argues contract attributes should be judged according to its terms, when a “suspicious contract” is determined. The “suspicious contract” should be confirmed as a precontract. This is in line with the principle of freedom of contract and the original intention of the principle of encouraging transactions.

**Key words:** Precontract; Economic analysis; Objective interpretation theory; Subjective interpretation theory