

预约合同的认定与违约救济

关淑芳

摘要: 预约合同和本约合同相对应,通常存在于较复杂的民商事交易中。预约合同在比较法上广泛存在。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第6—8条对《中华人民共和国民法典》第495条的规定进行的阐释和细化,对合同当事人妥善运用预约合同制度实现交易目的有重要作用,为人民法院实现类似案件类似处理的目标提供了更具操作性的依据。就预约合同的认定而言,要运用类型化的思考方法将本约合同订立之前的各种协议类型化,尤其要注意预约合同与商业磋商、本约合同之间的差异;就预约合同的效力而言,要重点关注预约合同是否得到履行,运用类型化的思考方法确定应对之策。若未能依预约合同签订本约合同,守约方有权主张违约方承担违约责任,违约责任的承担方式以损害赔偿为主。关于损害赔偿的数额,有约定的依照约定;无约定的,由人民法院结合交易成熟度等因素,妥善运用举证责任分配规则来确定。

关键词: 预约合同;预约合同的认定;预约合同的违约救济;交易成熟度

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2024)12-0064-08

依据通说,预约合同是当事人约定将来订立一定内容合同的合同^[1]。它和本约合同相对应,通常存在于一些较复杂的民商事交易中^[2]。在既有的论述中,学者对预约合同的概念表述不尽一致,但万变不离其宗。有学者认为预约合同是当事人双方约定负有将来缔结契约义务的契约^[3],有学者认为预约合同是当事人双方约定将来订立一定契约的契约^[4],有学者认为预约合同是指当事人在将来一定期限内订立本约而预先成立的合同^[5],有学者认为预约合同是以订立本约为其债务内容的契约^[6]¹⁴⁷。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第495条对预约合同设有规定,但内容相对简单,缺乏具体的适用规则。2023年12月5日起施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称“法释〔2023〕13号”)对预约合同的认定、效力,尤其是违约责任承担等作了较为详细的规定,为人民法院妥当解决预约合同纠纷提供了具有操作性的依

据。本文拟从预约合同的比较法考察入手,重点分析预约合同的认定、效力,特别是违约责任的承担。

一、预约合同的比较法考察

一般认为,预约合同制度发端于大陆法系。在罗马法中,合同有诺成合同和要物合同之分,其中要物合同因需要物之交付方能成立,从而使得当事人间达成的合意游离于法律保护之外。若一方当事人对合意反悔,对方当事人往往无法寻求法律上的救济。其直接后果是危害合同法的基本原则和司法精神,并造成合同法内部结构的冲突^[7]。虽然人们也意识到应对要物合同订立过程中当事人达成一致的意思表示加以保护并提供救济,以防范和避免可能出现的不诚信行为,但并未提出预约合同的概念。

立法上最早确认预约合同的是《法国民法典》。其中,第1589条规定:“双方当事人就标的物及其价金相互同意时,买卖的预约即转为买卖。”第1341条

收稿日期:2024-09-20

作者简介:关淑芳,女,中国社会科学院大学法学院副教授(北京 102401)。

就证据规则设有如下规定：“一切物件的金额或价值超过法定数额者，即使为自愿的寄存，均须在公证人前作成证书，或双方签名作成证书。”合同由此也相应区分为私署文书和公式文书。合同当事人自行起草、签字的文书称为私署文书；由买卖双方签字的文书，可以证实一件动产的交易。而公式文书是由被专门授权的人员、根据规定的形式制作的文书，不动产或金额较大的交易，必须采用公式文书形式。书证中，公式文书具有最高的证据力，在特定条件下甚至具有直接执行效力。若当事人签订私署证书后，拒绝签订公式文书，法院多认可当事人双方基于私署证书而负担“以公式文书的形式缔结买卖合同的义务”，并以判决代用方式保证该义务的强制履行。这里的私署文书就是法国法上的预约合同。

《德国民法典》并没有对预约合同做出明确规定，但预约合同的相关理论却成熟于德国^[8]。在19世纪，德国学界曾就预约合同是否属于独立合同展开讨论。很多学者对预约能否推导出强制缔结本约的效果持消极态度。萨维尼甚至对预约概念本身进行质疑，认为预约要么不是合同，要么实质上已经是成熟的合同^[9]。德根科尔布在1887年最早提出预约为独立合同的观点，认为应当将要物合同成立前的合意看作要物合同的预约，基于该预约，双方负有缔结本约的义务；若一方拒绝交付标的物，法院可以判决强制履行，以促成要物合同的成立^[10]。这种观点后来成为德国学界通说，并为司法实践认可，其适用范围也从要物合同发展至非要物合同，实现了预约制度的普遍适用。然而，随着合意原则的发展深化，2001年德国债法修订，将消费借贷、使用借贷、保管等传统要物合同类型均转而规定为诺成合同，大大压缩了预约合同制度发挥作用的空间。

域外立法中与预约合同有关的还有《日本民法典》（第556条）、《瑞士债务法》（第22条）、《意大利民法典》（第79、1451、1352、2932条）、《墨西哥民法典》（第2243—2247条）、《智利民法典》（第1553—1554条）、《秘鲁民法典》（第1414—1425条）、《埃塞俄比亚民法典》（第1721条）等^①。

我国早期合同法理论并不重视预约合同，但在商品房买卖、土地使用权转让、民间借贷、车辆买卖、工程承包、赠予、大型采购等商业交易中，当事人却经常使用预约合同，并逐渐引起理论界和实务界的关注。最高人民法院2003年公布的《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》（以下简称“法释〔2003〕7号”）第5条规定：“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16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。”这在事实上认可了预约合同在商品房买卖合同中的适用。最高人民法院2012年公布的《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第2条进一步明确了预约合同的范围和违约救济方式，规定：“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。”这一规定对预约合同制度具有重要意义。此外，最高人民法院2000年公布的《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第115条规定：“当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的，给付定金的一方拒绝订立主合同的，无权要求返还定金；收受定金的一方拒绝订立合同的，应当双倍返还定金。”本条中的定金为订约定金。相对于主合同而言，定金合同事实上发挥了预约合同的功能。当然，对于最高人民法院试图通过司法解释对预约合同予以规范的努力，也有学者指出，这些条文内在逻辑相互冲突，人民法院对相关条文的引用、阐述存在混乱与随意^[8]。

我国《民法典》第495条明确规定了预约合同，确认“当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担违反预约合同的违约责任”。这是我国民事立法对预约合同的认定及其效力做出的明确回应。“法释〔2023〕13号”第6—8条又对预约合同的认定及其效力做出更为具体的规定，从而形成了我国民事法制中较为完备的预约合同制度。

二、预约合同的认定

1. 预约合同的成立条件

商业交易中，市场瞬息万变，使得当事人既有撞运发财的可能，也面临费尽周折却无果而终的潜在风险。面对转瞬即逝的交易机会，如果因为各方面条件所限，直接订立正式合同的时机尚不成熟时，当事人往往会将缔约的过程性成果或达成的阶段性共识以一定的形式表现出来，作为后续正式签订合同的前置安排。这些形式可能体现为认购书、订购书、

预订书、意向书、备忘录、框架协议等。这些形式中,哪些属于预约合同,从而能够对当事人产生相应的法律拘束力?这就是预约合同认定要回答的问题。

就预约合同的认定而言,首先必须把握:预约合同也是合同,因而必须具备合同的一般成立要件,即必须有双方当事人和当事人之间达成的一致意思表示。预约合同的订立也要经过要约和承诺两个阶段,因而必须遵守要约和承诺的相关规则,要判断受要约方作出的意思表示是否构成承诺:如果包含愿受合同约束的意思,即实盘,就构成承诺;如无愿受拘束的意思,乃是虚盘,就不构成承诺^②。作为预约合同成立要件的一致意思表示,是指双方当事人对将来一定期限内订立本约合同达成了一致。意思表示的内容,也就是合同的标的,应当是在一定条件下订立本约合同。预约合同的目的是订立本约合同,因此,预约合同具有预备性、阶段性、铺垫性和指向本约合同的功能^[11]。

有学者根据预约合同内容上的差别,将其区分为简单预约、典型预约、完整预约三个层次^[11]。简单预约应该包含当事人、标的、数量三项必备条款;典型预约至少应该包含当事人、标的、数量和价款四个核心要素;完整预约是合同主要条款已经约定清楚或基本约定清楚,即使不再签署本约,也可以正常履行的预约。笔者认为,不管是简单预约还是典型预约,抑或完整预约,仅仅存在内容详细与否的区别,都不能改变预约合同作为合同的一种,必须具备当事人及其意思表示的一致。无当事人,合同无从谈起;无一致的意思表示,合同也不会成立。预约合同中通常要表明订立本约合同的意图,且当事人有受法律拘束的意思^[12]。对于是否存在订立本约合同的意图,应当结合当事人在协议中的约定、当事人的磋商过程、交易习惯等因素综合认定^[13]。对预约合同进行认定时,必要时,须运用意思表示的解释方法,对当事人在协议中的意思表示进行文义解释、体系解释、历史解释、目的解释、诚信解释等,以得出妥当的解释结论。依据人们广泛分享的共识,本着社会正义的要求,诚信解释作为诚信原则在意思表示解释领域的体现,对意思表示解释的全过程以及其他各种意思表示解释方法的运用起着统领性作用。因此文义解释、体系解释、历史解释、目的解释等各种解释方法,都不得违背诚信原则。文义解释、体系解释、历史解释、目的解释的解释结论,都必须经得起诚信原则的检验。诚信原则本就是对民事主体行为自由的必要限制,诚信解释的这种超越地位

就是这一价值判断结论的具体体现。在以诚信原则为指引的前提下,可以依序运用文义解释、体系解释、历史解释、目的解释。但意思表示的解释与法律的解释最大的区别就在于,当事人就意思表示的含义达成一致之处,就是意思表示的解释终止之时。唯有如此,才是在意思表示解释的过程中,真正奉行了意思自治的原则。

相较于预约合同,在订约阶段形成的其他文书,如意向书、订购书、认购书、框架协议等,也会表明当事人愿意就将来订立合同继续磋商的意图,体现了当事人进一步合作的意愿。但需要注意的是,普通的意向书并非订约合意,也未包含合同成立的必要条款,甚至都没有体现当事人受拘束的意思,而是属于对磋商过程的阶段性描述,是单纯的缔约准备。它仅仅记录着缔约过程,证明了一定程度的信赖关系,通常不具有法律约束力。即使一定要给意向书赋予义务约束的话,也仅可能是赋予继续磋商的道德义务。此时违反诚实信用原则,不能正常订约时,可能会产生缔约过失责任,一方须向善意的对方当事人承担机会损失赔偿。通常意向书都会约定“本意向书不具有法律效力”或者其他类似表述,比如“需要进一步协商”“细节需要再沟通”“可以考虑签订合同”等^[11]。当事人通过签订意向书或者备忘录等方式,仅表达交易的意向,未约定在将来一定期限内订立合同,或者虽有约定但难以确定将来要订立合同的主体、标的等内容,依然构不成预约合同。有学者主张,对预约合同和普通意向书之间的区分,还可以结合具体的磋商内容来判定,比如当事人交付了定金,就可以表明其具有订约意图。因为交付定金就意味着,交付定金一方要通过定金来担保其履行订立本约的义务,接受定金一方也要遵守定金罚则来担保其履行签订本约的义务^[13]。这一见解值得赞同。“法释〔2023〕13号”第6条第1款明确规定,当事人以认购书、订购书、预订书等形式约定在将来一定期限内订立合同,或者为担保在将来一定期限内订立合同交付了定金,能够确定将来所要订立合同的主体、标的等内容的,人民法院应当认定预约合同成立。

在为订立合同而进行沟通交涉的过程中,前期文件还可能会用框架协议等形式表达。交易实践中,通常是为解决长期而复杂的业务关系,当事人预先确定了双方之间的合作关系,然后再通过框架协议下的约定回应大多数单个合同的共同问题。框架协议为一段时间内的每笔交易提供依据,当事人之

间的每笔交易会先在框架合同的基础上进一步细化,进而转化为正式合同。单笔交易在框架协议有效期内分次进行,每次履行都受框架协议约束,但每笔交易又都有其特殊性。就框架协议是否属于预约合同,民法学界观点不一,存在本约合同说和预约合同说之别。本约合同说认为,框架协议早已超越了预约合同,并达成了本约的意思表示,在合同中实质性条款已然达成一致,仅有少量在必要时才需要再行磋商的条款^[14]。预约合同说认为,框架协议是预约合同,各种采购方式或组织形式都可签订框架协议。框架协议既包括招标、谈判等竞争性方式在内的各种采购方式的组合,也包括在框架制度安排下的过程和结果管控,还包括最终要签订本约合同的规则。在实务界,预约合同说占据主流^[15]。当然,也有人主张应以本约合同说为原则,以预约合同说为例外,笔者称其为折中说。该说的理由主要包括:第一,框架协议与具体合同系相互配合关系。框架协议可以包含订立具体合同的义务,但并非必须;预约合同必须包含订立本约合同的义务。如果框架协议同时包含订立具体合同的义务,且满足预约合同的其他要求,则该框架协议即是预约合同,可以基于其要求订立本约合同。第二,预约合同具有初步和暂时的性质,本约合同一旦订立,预约合同就被履行;而框架协议是当事人长期合作的基础,存续时间长于具体合同。单个具体合同订立乃至履行后,框架协议仍可持续存在。第三,预约合同与本约合同属于平行的一对一关系,框架协议和具体合同则属于阶层性的一对多关系,框架协议较具体合同处于高位阶,一个框架协议可能对应多个具体合同。第四,框架协议除了影响具体合同的订立,还规范当事人长期交易的一般规则;预约合同仅着眼于本约合同的订立,并不调整长期交易关系。第五,本约合同一经订立,预约合同便失去效力,其条款至多可能作为本约合同的交易背景,用来解释本约合同;而就框架协议而言,并不会因具体合同的订立而失去效力。框架协议和具体合同是相互配合相互补充的关系,进行合同解释时须将其作为一个整体对待^[16]。这一观点,颇具道理,应予重视。

2. 预约合同与本约合同的区分

预约合同是相对于本约合同而言的,没有预约合同便谈不上本约合同。不是所有的合同都以预约合同作为前提,也不是所有的预约合同都会以本约合同的签订为结局。预约合同因当事人在合意中有将来订立合同的意愿表达,从而对当事人产生法律

拘束力,但这种拘束力又与本约合同有所区别。预约合同是合同的一种,其成立应具备合同的一般成立条件。预约合同又比较特殊,因为其标的是应当在将来一定期限内订立本约合同,而本约合同的订立仍需当事人另行达成合意,自然不能完全依据本约合同的成立条件来认定预约合同是否成立^[2]。因此,需要对预约合同和本约合同予以区分。

就预约合同与本约合同的区分,有学者提出了三个标准^[11]。一是以内容完整性与否作为直观标准。从合同内容看,预约合同的条款往往不完整、不充分。如果合同内容足够完整,主要条款和通常条款都完备,则该协议一般为本约。二是以立约目的作为核心标准。实践中,有些预约合同条款完整充分,但本约合同条款却极为简单,如果纯粹从外观完整性上判定,似乎不易确定合同是否为正式合同,那么合同目的就成了极为关键的判断因素。这时要看当事人订立协议的目的,是为交易提供履行标准,还是单纯为锁住交易机会,以便将来签订正式合同。如果是为交易提供履行标准,就应为本约合同。如果仅仅是为将来可能签订本约合同而固定交易机会,则为预约合同。如果是预约合同,其中通常会有关于签署正式合同或者未确定事项将来如何处理的意思表示。三是以“疑约从本”作为兜底标准。在综合合同内容和合同目的后,如果在认定上仍有争议,因“订立预约在交易上系属例外,有疑义,宜认为应属本约”^[6]¹⁴⁸。这一观点,非常值得赞同。

“法释〔2023〕13号”第6条第1款将当事人为将来一定期限内订立合同而达成的合意是否具备将来所要订立合同的主体、标的等内容,作为判断该合意是否构成预约合同的标准。这是因为当事人如果已就将来所要订立合同的主体、标的等达成一致,也就意味着其“内容具体确定”,且当事人须受意思表示等约束。至于将来所要订立合同的数量、价款或者报酬等,完全可以等当事人在订立本约合同时进行磋商,没有必要将其作为预约合同的成立条件^[2]。订立预约合同并非交易常态,其目的是促进交易,保护当事人的合理信赖,但当当事人对将来所要订立合同中的重要条款尚不具备完全一致的认知和判定时,强行将数量、价款等作为预约合同中意思表示的内容,将使得预约合同丧失预备的意义,会让当事人在签订预约合同时止步不前。这反而使得预约合同不能真正实现其目的。更何况,预约合同追求的就是约定在将来一定期限内签订本约合同,假如在签订预约合同时已将数量等条款确定,那么其

他的条款即便当事人未能完全于合同条文中表明,也完全可以通过事后协商或运用其他合同漏洞的填补方法得出合理结论,因此,对预约合同的认定,不能人为拔高要求,不能要求预约合同具备本约合同的具体内容。预约合同本就是正式合同的预备,是为将来订立正式合同作准备的,是以订立正式合同为目的的合意,正式合同的内容和条款当然也不需要再在预约合同中完全体现。当然,基于合同自由原则,如果当事人愿意在预约合同中确定通常属本约合同内容的,也应予以尊重。

在实践中,不仅要把预约合同与普通的意向书等表达磋商过程的文书区别开来,还要把预约合同和本约合同区别开来,并且注意例外情形下的“预约合同向本约合同的转化”。有些认购书、订购书、意向书、备忘录等在内容上都很完整,不仅包括将来所要订立合同的主体、标的、数量、价款等,还对履行期限、争议解决方式等进行约定。从形式上看,其已经具备本约合同的成立要件,那此时能否认定本约合同已经成立?参与“法释〔2023〕13号”起草工作的法官认为,无论当事人之间的约定在内容上有多么完整,只要当事人约定将来一定期限内还要订立本约合同,那么因当事人对是否将交易推进到本约阶段保留了最终决策权,就还应将其认定为预约^③。如果当事人未明确约定在将来一定期限内另行订立合同,或者虽然有约定但是当事人一方已实施履行行为且对方接受的,应当认定本约合同成立。“法释〔2023〕13号”第6条第3款对此作了明确规定:“当事人订立的认购书、订购书、预订书等已就合同标的、数量、价款或者报酬等主要内容达成合意,符合本解释第三条第一款规定的合同成立条件,未明确约定在将来一定期限内另行订立合同,或者虽然有约定但是当事人一方已实施履行行为且对方接受的,人民法院应当认定本约合同成立。”此规定也是对“法释〔2003〕7号”第5条的重申。

三、预约合同的违反

预约合同的效力,即生效的预约合同所具备的法律效力。预约合同作为与本约合同相对应的特殊合同类型,在成立要件、内容、对当事人的履约要求、违约责任承担等诸方面都有一定的特殊性。在实践中,因预约合同往往适用于交易数额比较高、交易规则相对复杂、交易条件相对特殊的情形,故相应地,其效力亦有特殊之处。

关于预约合同的效力内容,主要有三种观点。一是善意磋商说,或称必须磋商说。该说认为,当事人负有善意磋商的义务,虽然未必最终能够尽如人意签订本约,但只要进行了善意磋商,即是预约合同的完全履行。二是应当缔约说,或称实际履行说。该说认为当事人的义务就是订立本约。三是内容决定说。该说主张区分不同情况,若预约中具备本约的主要条款,应当产生缔约的效力,否则产生善意磋商的效力^[8]。笔者认为,就预约合同的效力而言,应采纳内容决定说,遵循类型化的思考方法,区分预约合同的类型,分别予以认定。应当缔约说有待商榷之处在于,交易实践中有的预约合同仅约定了当事人负有继续磋商的义务,该说对此类预约合同明显不具有解释力和回应力,此时采用善意磋商说更具合理性。反之亦然,交易实践中有的预约合同约定当事人有订立本约的义务,当事人自然应当恪守信用,依据预约合同的约定履行签订本约的义务。对于这种情形,缔约说比善意磋商说更具解释力和回应力。我国现行民事立法也采纳这一观点。“法释〔2023〕13号”第7条第1款规定:“预约合同生效后,当事人一方拒绝订立本约合同或者在磋商订立本约合同时,违背诚信原则导致未能订立本约合同的,人民法院应当认定该当事人不履行预约合同约定的义务。”

以采纳内容决定说为前提,违反预约合同通常有下面两种情形:一是当事人一方拒绝订立本约合同。如果预约合同的主要义务是双方当事人将在一定期限内签订本约,那么合同中约定的期限到来,当事人拒绝签订本约的,属于预约合同的根本违反。当然预约合同也存在预期违约的可能。预期违约有明示和默示两种情形,前者是指在期限到来之前明确拒绝订立本约合同,后者是指虽未公然拒绝签订本约,但其行为表明在期限到来时其将不能或拒绝订立本约合同,比如将标的物毁损或者售予他人。预约合同的预期违约,不要求一方当事人提出订立本约合同的请求,因为预约合同约定的订立本约的期限尚未到来,此时一方当事人明示或默示违约也构成公然拒绝订立本约合同^[17]。当然,并非所有情形下预约合同当事人拒绝订立本约合同均构成违约,应当根据个案的具体情形来认定是否构成对预约合同的违反。如因不可归责于各方当事人的事由致使订立本约没有必要时,不宜认定违反预约合同。二是在磋商订立本约合同时违背诚信原则导致未能订立本约合同。与前文所述当事人拒绝订立本约合同相比较,当事人在磋商订立本约合同的过程中是

否违背诚信原则,在认定上较为困难。诚信原则是谈判过程中最低限度的交易道德要求,是社会交往道德在交易领域的体现,是人作为社会交往和交易主体所应遵循的基本行为准则,但其内核难以用精准的语言来阐释。我们需要从预约合同的内容入手,辅之以当事人的外部行为,确定当事人究竟是针对什么内容进行磋商、如何进行有效磋商,进而综合判断其是否尽到了诚信磋商的义务。“法释〔2023〕13号”第7条就此规定,认定当事人一方在磋商订立本约合同时是否违背诚信原则,应综合考虑该当事人在磋商时提出的条件是否明显背离预约合同约定的内容,以及是否已尽合理努力进行协商等因素。

一般而言,对一方当事人的行为是否违背诚信原则,可结合下面两点考察:第一,从当事人在磋商时提出的条件是否明显背离预约合同约定的内容来判断其是否违背了诚信原则。比如对预约中已经确定的条款,不得随意更改。如果当事人对已经确定的条款反悔,导致本约无法签订,则可认定当事人违背了诚信原则。在进行本约合同订立磋商时,当事人提出的条件明显背离预约合同的约定内容,或者与根据合同解释及漏洞填补规则得出的结论明显不一致,即可认定是违背诚信原则的行为。第二,考察当事人是否已尽合理努力进行协商。合同各方当事人按照预约合同的约定,在进行订立本约的磋商时,有意见分歧极为正常,当事人应当履行诚信磋商义务,尽力化解分歧,以求达成一致,方为妥当。如果一方当事人在分歧面前态度消极,甚至扩大争议,无法看出有达成本约合同的诚意,则可认为其违背了诚信原则。此外,若当事人有故意隐瞒与订立本约合同有关的重要事实或者提供虚假情况,或无故拖延不参加磋商,或在协商签署本约合同阶段,当事人与第三人进行与预约合同相冲突的磋商等诸如此类行为^[11],也属于违背预约合同中的诚信原则。

四、违反预约合同的法律后果

1. 违反预约合同的责任承担方式

在《民法典》施行前,最高人民法院虽有针对预约合同的司法解释,但各地法院对违反预约合同法律后果的认定并不一致,主要存在三种处理违反预约合同的路径^[8]。一是“视为本约”路径。“法释〔2003〕7号”第5条即采这一路径,理由是:在商品房交易中,有时因开发商尚未取得预售许可或项目尚未竣工验收,对诸如交付标准、面积差额处理等诸

多条款尚无法确定,存在“法律或事实上障碍”,当事人签署认购书等预约合同有其实务价值。而如果认购书已经具备了《商品房销售管理办法》所要求的主要内容,则说明已经跨过预约阶段,障碍已经消除,此时当事人签署的认购书“名为预约,实为本约”^[18]。但在实践中,法院对这一路径的态度不一,有严格适用的,有宽松适用的,甚至还有拒绝适用的。针对适用中出现的问题,最高人民法院对第5条的适用条件进行了重新定位:除了预订单等协议应具备主要条件,还必须“当事人一方或双方已经实际履行”,此时“预约转化为本约”,或称为“预约为本约所吸收”^[19]。此处需要说明的是,在我国早期的商品房交易中,因有过关于预售的规定,在满足一定条件之前买卖双方尚无法签订正式的商品房买卖合同,因而签订商品房预售合同成为常态。商品房预售合同自然与正式的买卖合同有别,但又因其中具备了合同的主要内容,使得此种预售从预约转化为本约有了可能。但随着立法的完善以及房屋销售政策的演变,在特定的交易领域内这种转化已经鲜见。二是预约—履行路径。判定预约合同成立的标准,是当事人是否达成将来订立本约的合意。合意生效后,当事人负有必须缔结本约的义务。如果当事人磋商不成无法签订本约,法院应当判决其履行,以维护相对人利益;如果当事人主张违约损害赔偿,法院将判定被告赔偿原告履行利益损失。三是预约—磋商路径。采此路径的法院认为,预约合同的目的在于当事人对将来签订特定合同的相关事项进行规划,主要意义在于为当事人设定了按照公平、诚信原则进行磋商以达成本约合同的义务。

以上三种路径意味着对预约合同的法律后果的不同判断,适用不同的救济路径,可能会在结果上有所不同,这与达成类似案件类似处理的法治目标不符。因此,《民法典》对预约合同的认定及法律后果从立法上明确规定,值得肯定。《民法典》第495条第2款就违反预约合同的责任承担明文规定:“当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的,对方可以请求其承担预约合同的违约责任。”但问题在于,违约责任承担方式包括继续履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金等多种方式,其中哪些属于违反预约合同的责任承担方式?有学者认为,既然违约责任的形态包含继续履行,而且预约合同作为独立合同,自可以产生实际履行责任,让预约合同的当事人实际履行,也能督促当事人履行承诺,签订本约合同。何况实践中,预约合同的当事人通常

都签字盖章,产生了合理信赖,为不使合同落空,也应当使其负有签订本约的义务^[13]。这一观点尚有讨论空间。虽然预约合同的效力主要体现为按照合同约定订立本约合同,但本约合同毕竟是一个新合同,其需要有新的一致意思表示的达成,简单地以预约合同存在便要求当事人签订本约合同,不仅生硬,而且于法无据、于理不合。如果订立预约合同就必须签订本约合同,不仅违背当事人的真实意思,而且将导致预约合同的制度功能丧失。因为当事人之所以签订预约合同,目的是保留将交易推进到本约的决策权。继续履行不是违约责任的唯一承担方式,即便不能继续履行,也还有其他的责任承担方式。更何况离开了当事人的配合,对继续履行义务也无法强制执行。从“法释〔2023〕13号”对预约合同的体系定位看,也不宜将继续履行作为承担违反预约之违约责任的方式^[2]。该解释第8条第1款虽未明确排除继续履行这一责任承担方式,但间接表达了不支持继续履行的态度^[2]。该款确认:“预约合同生效后,当事人一方不履行订立本约合同的义务,对方请求其赔偿因此造成的损失,人民法院依法予以支持。”由此可见,预约合同被违反后,最主要的责任承担方式就是损害赔偿和支付违约金。

需要特别说明的是,按照“法释〔2023〕13号”第6条第3款的规定,当事人订立的认购书、订购书、预订书等已就合同标的、数量、价款或报酬等主要内容达成合意,符合法律规定的合同成立条件,未明确约定在将来一定期限内另行订立合同,或虽有约定但当事人一方已实施履行行为且对方接受的,本约合同成立。转化为本约合同的预约如被违反,产生的违约责任与普通合同的违约责任并无二致。

2. 违反预约合同损害赔偿数额的确定

如前所述,预约合同被违反时不宜将继续履行作为责任承担方式,那么损害赔偿就责无旁贷地成了最主要的责任形式。此时,如何计算违约损害赔偿数额至为关键。因预约合同不是本约合同,是否可以将本约合同当事人可以主张的履行利益损失作为标准来计算违反预约合同的损害赔偿数额?学界见解不一。有学者主张,预约合同的损害赔偿应限于赔偿信赖利益的损失^④,笔者对此不敢苟同。如果仅根据订立本约合同过程中的信赖利益来计算违反预约合同所生损失,可能会让违约方以极小的代价逃避预约合同的履行,导致预约合同制度的功能和价值减弱,从而使得预约合同的存在空间更为逼仄,这与法律上设立预约合同制度的初衷相悖。何

况即便无预约合同订立,当事人在进行合同磋商时,如有违背诚信原则之行为,也会有缔约过失责任产生以赔偿信赖利益损失。故而,对预约合同的违约损害赔偿,应不受信赖利益范围的限制^[13],至于违反预约合同具体的赔偿数额,会受到“交易成熟度”的影响。究竟是介于本约合同的信赖利益和履行利益之间,还是可能达到履行利益的标准,是一个需要根据个案具体情况做出判断的过程。这既是一个类型化分析的过程,也是一个举证责任如何分配的过程。当守约方能够证明因为违约方未尽善意磋商义务,无正当理由拒绝签订本约合同,使得本约合同不能如期签订,产生相当于本约合同的履行利益损失时,守约方自然有权要求违约方承担至少相当于履行利益的损失责任。违约方如对此持有异议,就需要承担支持其主张的举证责任。这就能够起到督促预约合同当事人履行合同义务的作用。

“法释〔2023〕13号”第8条第2款规定,对损失赔偿,“当事人有约定的,按照约定;没有约定的,人民法院应当综合考虑预约合同在内容上的完备程度以及订立本约合同的条件的成就程度等因素酌定”。有具体约定的,依约而为,处理起来相对简单。如无约定,就会受“交易成熟度”,即预约合同在内容上的完整程度和订立本约合同条件的成熟程度等因素的影响。“交易成熟度”尤为重要,是影响损失赔偿数额计算的重要因素。预约合同的内容越完整,意味着当事人达成的共识越充分;订立本约合同时的决策保留空间越狭窄,就越接近本约合同的成立;越接近本约合同的实际履行,交易成熟度就越高,损失赔偿数额就会越高。反之,若预约合同内容简单,则意味着当事人在订立本约合同时的商议空间较大,说明预约合同的交易成熟度不高。另外,在判断交易成熟度高低时,还要和预约合同订立时订立本约合同的条件成就程度结合考虑。如果当事人先订立预约合同是因为订立本约合同的条件远未成熟,那就可以得出预约合同的交易成熟度不高的结论。如果在订立预约合同时,订立本约合同的条件基本成就,但当事人为谨慎起见,仍选择先订立预约合同,就能得出订立预约合同时交易成熟度较高的判定结论。此外,还可以综合考虑违约方因违约所获得的利益、违约方的过错程度、其他违约情节等因素,遵循公平原则和诚信原则确定。

在具体数额计算上,有学者的观点颇具价值:合同内容越完整,就越接近本约合同的实际履行,越宜确定为接近于可得利益的损害赔偿,或者把违约方

因违约所获利益确定为非违约方在合同履行后可以获得的利益;金钱债务中的违约损害赔偿可以违约行为发生时中国人民银行授权全国银行同业拆借中心公布的同期同类贷款市场报价利率为基础,加30%—50%计算。在交易成熟度较低时,可使违约方赔偿守约方付出的成本,或者赔偿对方的机会损失^[16]。

法律规则不是在书房里凭空想象出来的,而是在回应实践需要的过程中逐步建立并不断完善的。《民法典》第495条确立的预约合同制度,既是立法对实践中存在的交易方式的认可和回应,也是对近年来司法实践有益经验的总结。“法释〔2023〕13号”第6—8条对《民法典》第495条的进一步细化,对当事人妥善运用预约合同制度实现交易目的有着极为重要的作用,也为法院实现类似案件类似处理的法治目标提供了更具操作性的依据。

注释

①比如《秘鲁民法典》第1414条规定:“依预约,当事人有义务在将来缔结最终的合同。”第1415条规定:“预约合同应包括最终合同的基本要素。”《埃塞俄比亚民法典》第1721条规定:“预约合同应以本合同规定的形式订立。”②④参见梁慧星:《对买卖合同司法解释(法释〔2012〕8号)的解读和评论》,转引自中国法学创新网,http://www.fxwx.org.cn/dyna/content.php?id=10289。③参看最高人民法院民事审判庭第二庭编著:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第51页;陆青:《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》,《法学家》2013年第3期;汤文平:《论预约在法教义学体系中的地位——以类型序列之建构为基础》,《中外法学》2014年第4期。

参考文献

[1] 崔建远. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 38.

- [2] 《民法典合同编通则解释》起草工作组. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》合同编通则若干问题的解释[J]. 法律适用, 2024(1): 20-36.
- [3] 江平. 西方国家民法精要[M]. 北京: 法律出版社, 1984: 89.
- [4] 石晓莉, 毛建军. 预约合同制度探究[J]. 四川师范大学学报(社会科学版), 2006(4): 24-29.
- [5] 刘贵祥. 关于合同成立的几个问题[J]. 法律适用, 2022(4): 3-17.
- [6] 王泽鉴. 债法原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [7] 钱玉林. 预约合同初论[J]. 甘肃政法学院学报, 2003(4): 6-10.
- [8] 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(5): 27-48.
- [9] 谢鸿飞. 预约合同认定的理论难题与实践破解[J]. 国家检察官学院学报, 2024(1): 161-176.
- [10] 吴从周. 论预约: 探寻德国法之发展并综合分析台湾最高法院相关判决[J]. 台大法学论丛, 2013(42): 760-767.
- [11] 刘承魁. 预约合同层次论[J]. 法学论坛, 2013(6): 33-39.
- [12] 陈进. 意向书的法律效力探析[J]. 法学, 2007(10): 79-89.
- [13] 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(1): 54-62.
- [14] 韩世远. 正确运用裁判方法, 依法认定合同效力[N]. 人民法院报, 2014-06-25(5).
- [15] 陈川生. 关于框架协议采购的比较研究[J]. 中国招标, 2022(5): 20-25.
- [16] 崔建远. 合同解释与合同订立之司法解释及其评论[J]. 中国法律评论, 2023(6): 2-18.
- [17] 杨立新. 《合同编通则司法解释》规定的预约合同规则之解读[J]. 学术交流, 2024(6): 28-45.
- [18] 最高人民法院民事审判第一庭. 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[M]. 北京: 人民法院出版社, 2003: 59.
- [19] 宋晓明, 张勇健, 王闯. 《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》的理解与适用[J]. 人民司法, 2012(15): 27-42.

Identification of Appointment Contracts and Remedies for Breach of Contract

Guan Shufang

Abstract: An appointment contract corresponds to the principal contract and usually exists in the more complex civil and commercial transactions. Appointment contracts exist widely in comparative law. The interpretation and refinement of Article 495 of the *Civil Code of the People's Republic of China* in Articles 6-8 of the *Interpretation of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Application of the General Principles of the Contract Part of the Civil Code of the People's Republic of China* plays an important role in the proper use of the appointment contract system by contract parties to achieve transaction purposes, and provides a more operational basis for the people court to achieve the goal of handling similar cases similarly. In terms of the recognition of appointment contract, it is necessary to use typological thinking methods to categorize various agreements before the signing of this contract, especially paying attention to the differences between appointment contract, commercial negotiations, and principal contract. In terms of the effectiveness of the appointment contract, it is important to focus on whether the contract has been fulfilled and use typological thinking methods to determine countermeasures. If the principal contract cannot be signed in accordance with the appointment contract, the non breaching party has the right to claim that the breaching party shall bear the liability for breach of contract, and the main way of bearing the liability for breach of contract shall be compensation for damages. Regarding the amount of compensation for damages, if there is an agreement, it shall be determined in accordance with the agreement. If there is no agreement, the people court shall determine it by taking into account factors such as the maturity of the transaction and properly applying the rules for allocating the burden of proof.

Key words: appointment contract; identification of appointment contract; default remedies for appointment contracts; maturity of transaction

责任编辑:一鸣