

# 预约合同效力与违约救济的 体系化释论<sup>\*</sup>

——以《合同编通则解释》第7、8条为中心

冉克平 李志远

**【摘要】**《合同编通则解释》对预约合同问题的进一步阐释存在模糊性。预约合同效力不是单一的，构建二元效力路径更符合规范语义，有助于实现预约合同制度目的与当事人利益的平衡。判断预约合同的效力需要根据预约合同中订立本约合同的约束意思与内容完备性，二者相互作用。对不同类型预约合同的违约判断需要有所区别，不宜笼统适用诚实信用原则。违约损害赔偿责任的赔偿数额在本约合同信赖利益与履行利益之间浮动，唯有在特定情形下方可参照本约合同履行利益赔偿损失。继续履行与预约合同性质并不冲突，不宜依《合同编通则解释》文义将之排除，在特定情形下它仍有成为违约救济方式的可能。

**【关键词】** 预约合同 违约责任 损害赔偿 继续履行

**【作者简介】** 冉克平，法学博士，武汉大学法学院教授、博士生导师；李志远，武汉大学法学院民商事法律科学研究中心助理研究员。

**【中图分类号】** D923.6 **【文献标识码】** A

**【文章编号】** 2097-1125 (2025) 02-0067-21

## 一、问题的提出

预约合同是“约定将来订立一定契约之契约”，<sup>①</sup>在学理上主要有如下

\* 本文系研究阐释党的二十届三中全会精神国家社会科学基金重大项目“健全社会信用体系和监管制度的法治保障研究”（24JDA018）的阶段成果。

① 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第12页。

分类：以效力为标准分为请求权预约合同和形成权预约合同；以效力范围为标准分为涉他预约和非涉他预约；以法律是否明文规定为标准分为有名预约和无名预约；以约束当事人的范围为标准分为单方预约和双方预约。<sup>①</sup>我国预约合同制度的实践先于立法。在《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）颁布之前，最高人民法院颁布的两部司法解释组成了预约制度的主要内容：一是《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》（以下简称《商品房买卖合同解释》）第5条，主要规定了预约合同和本约合同的关系；二是《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《买卖合同解释》）第2条，主要对预约合同的违约责任做了一般性规定。《民法典》总结了过去10余年的实践经验，在第495条初步规定了预约合同的类型及其违约责任。2023年12月4日，最高人民法院公布《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《合同编通则解释》）。《合同编通则解释》在《民法典》的基础上对预约合同的成立条件、预约合同与本约合同的区分等常见实践问题做出回应，但是对学理和实践中一些突出问题的态度仍不明朗，主要表现为：第一，《合同编通则解释》第7条规定了不履行预约合同约定义务的两种情形，但是对预约合同的效力语焉不详；第二，《合同编通则解释》第8条第1款规定了损害赔偿作为预约合同违约责任的承担方式，但是对强制履行能否作为违约责任承担方式的问题并未回应；第三，《合同编通则解释》第8条第2款规定了损害赔偿数额及酌定因素，但是对赔偿的数额范围并没有明确界定。

在实践中，预约合同在市场交易中的运用愈加广泛，对违反预约合同的认定与救济亟待规范。在此背景下，笔者以《合同编通则解释》的司法适用为出发点，结合我国既有的案例经验和理论总结，对预约合同效力、违反预约合同的认定以及预约合同违约救济等问题进行体系化研究。

## 二、预约合同的效力探析

效力问题是预约合同的核心问题之一，预约合同的效力是违约认定与救济的前置性问题。在实践中，预约合同裁判尺度的差异在很大程度上是由于对预约合同效力的认定存在分歧。

### （一）预约合同效力的争论与评析

关于预约合同的效力路径，理论界有四种观点。其一，视为本约说将预

<sup>①</sup> 参见罗昆：《功能视角下的预约类型论》，《法学家》2022年第4期，第90~93页。

约合同视为本约发生效力，其根据往往是《商品房买卖合同解释》第5条。视为本约说间接否定了预约合同的存在价值，在该效力路径之下已经不能再适用预约合同的规范，因此并不纳入本文讨论的范围。<sup>①</sup>其二，应当缔约说认为，在预约合同生效后，双方当事人均负有保证本约合同订立的义务。<sup>②</sup>该说是德国通说。<sup>③</sup>其三，必须磋商说认为，双方当事人负有的义务乃是为缔结本约合同而进行善意磋商，本约合同最终是否订立并不影响预约合同的违约与否。<sup>④</sup>该学说是在美国司法实践中发展而来的。<sup>⑤</sup>其四，内容决定说主张应当根据预约合同内容的不同情况决定预约合同的效力，如果预约合同具备本约合同的主要条款，那么当事人需要承担缔约的义务，反之则仅需要承担善意磋商的义务。<sup>⑥</sup>

通说认为，应当缔约说与必须磋商说是不同的效力路径，并以此为基础讨论预约合同的应然效力。<sup>⑦</sup>然而，近年有学者对应当缔约说和必须磋商说两条效力路径是否有实质性差别提出质疑。该观点指出，强调预约合同区别于本约合同的核心功能在于保留一定的再磋商和修正的权利，预约合同的理论基础与拘束力仅限诚实信用原则和公平原则，因此预约合同只能产生诚信磋商以订立本约的义务。换言之，当事人在应当缔约的路径下不能被苛以比必须磋商说更重的义务。<sup>⑧</sup>如果承认上述论证，那么应当缔约说的实际效果与必须磋商说之双方当事人应当遵守诚信原则进行磋商以缔结本约的效力是没有本质差别的。也许正是基于此，最高人民法院认为将预约合同的效力路径统一在必须磋商说的效力之下的做法可称合理。<sup>⑨</sup>

① 参见陆青：《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，《法学家》2013年第3期，第119页。

② 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第170页。

③ 参见李潇洋：《民法典中缔约信赖保护的规范路径》，《法学》2021年第6期，第115页。

④ 参见韩强：《论预约的效力与形态》，《华东政法学院学报》2003年第1期，第48页。此外需要注意的是，在学理上必须磋商路径或义务又可称诚信磋商路径或义务、善意磋商路径或义务，在实质意义上并无差别。

⑤ 参见李潇洋：《民法典中缔约信赖保护的规范路径》，《法学》2021年第6期，第115页。

⑥ 参见耿利航：《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，《法学研究》2016年第5期，第28页。

⑦ 参见韩强：《论预约的效力与形态》，《华东政法学院学报》2003年第1期，第47~49页；刘承睦：《预约合同层次论》，《法学论坛》2013年第6期，第36~39页。

⑧ 参见陆青：《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，《法学家》2013年第3期，第120~121页。

⑨ 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第109~122页。

然而，上述观点并非妥适，理由有二。第一，统一效力路径的重要理论论据在于最高人民法院民事审判第二庭编著的《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》：“在缔结本约前，如果某些条件发生重大变化，仍然要求当事人按预约内容订立本约合同明显有违诚实信用和公平原则的，则应排除双方缔结本约之义务，以平衡双方利益。”<sup>①</sup>因此，应当缔约路径也没有课以比必须磋商路径更重的义务。<sup>②</sup>然而“某些条件发生重大变化”的情形对应《民法典》第533条（情势变更）和第590条。当事人依照《民法典》第533条将拥有协商、请求变更与请求解除的权利，依照《民法典》第590条将免除全部或部分责任。《民法典》第533条适用的核心条件在于合同的均衡性被严重打破，是公平、诚信原则的一种表达；<sup>③</sup>《民法典》第590条亦以诚实信用原则为基础。<sup>④</sup>因此，依体系解释方法，在应当缔约效力路径下当事人负有的缔约义务是排除《民法典》第533条与第590条对应情形后的论断，前述观点以此否认应当缔约路径的合理性显失妥当。<sup>⑤</sup>第二，统一路径观点认为，即使是已决事项，也应该给予当事人在最终订立本约时根据客观情势的变化再磋商和做出修正的权利，这是预约区别于本约的核心功能。<sup>⑥</sup>有论者认为，预约合同最直接的目的在于对交易机会的固定。<sup>⑦</sup>除此之外，预约合同还有阻碍交易即时成立等功能，当事人欲使预约合同具备何种功能的意思表示影响预约合同的约束力。在预约合同中当事人受约束程度不同，既可能约定善意磋商义务，也可能已经达成合意，等待阻碍消除、条件成就时签订本约合同，或者对这一合意有另外的保留意思。因此，并非所有预约合同中的已决事项都能在订立本约合同时继续磋商与修正。<sup>⑧</sup>这也是对当事人意思自治的尊重。

从法经济学视角似可对缔约过程的不同阶段的拘束力有更深层次的理解。预约合同在理想状态下的缔约是一个渐进的过程，“由交易者从接触特定对

① 最高人民法院民事审判第二庭编著：《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2016年版，第57~58页。

② 参见陆青：《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，《法学家》2013年第3期，第120页。

③ 参见朱广新：《情势变更制度的体系性思考》，《法学杂志》2022年第2期，第1~9页。

④ 参见刘凯湘、张海峡：《论不可抗力》，《法学研究》2000年第6期，第115页。

⑤ 参见耿利航：《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，《法学研究》2016年第5期，第39页；陈峻阳：《论我国预约合同效力的认定方法》，《河南财经政法大学学报》2022年第3期，第109页。

⑥ 参见陆青：《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，《法学家》2013年第3期，第120页。

⑦ 参见韩强：《论预约的效力与形态》，《华东政法学院学报》2003年第1期，第47页。

⑧ 参见耿利航：《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，《法学研究》2016年第5期，第47~48页。

象开始，逐渐加温以至订立契约”。<sup>①</sup> 基于相似的理论基础，有学者将前合同磋商阶段区分为三个：可以任意中断磋商阶段、中断磋商需要赔偿信赖损失阶段以及中断磋商需要赔偿交易成就时的期待利益阶段。<sup>②</sup> 在利益衡量的视角下，不同阶段中断磋商的代价相异是信赖保护与意思自治的博弈的结果。在法的内在体系的视角下，预约合同效力是“法律构造与意思自治的角力”，此处的“法律构造”实则是信赖利益（法之安定性）的同义词。<sup>③</sup> 同时，信赖保护与意思自治均为法律内在体系的重要原则。<sup>④</sup> 因此，前合同磋商阶段是一个信赖保护与意思自治此消彼长的过程，当前者重于后者时，预约合同的约束力将发生质变，即从必须磋商效力路径迈向应当缔约效力路径。对预约合同的单一效力处理实不符合在缔约磋商过程中的意思自治与信赖利益保护的平衡要求。《合同编通则解释》起草者将预约合同统一在必须磋商效力路径下，或许是为了提供简易的裁判标准，终结预约合同裁判混乱的局面。

事实上，最高人民法院之前也试图统一司法适用到“预约—磋商”路径下，<sup>⑤</sup> 然而正如学者批评指出，该做法危害有二：其一，会给原本承诺缔约的当事人以不适当的“善意磋商”的免责机会，固定交易机会成为空谈；<sup>⑥</sup> 其二，容易诱发违反先合同义务、恶意缔约的道德风险。<sup>⑦</sup> 这种裁判方式最终没有被下级法院采纳。<sup>⑧</sup> 由此，预约合同的单一效力路径亦不可行。

综上，以《买卖合同解释》第2条之文义为论据，继而推论预约合同约束力仅限诚信和公平磋商的程度，将应当缔约的路径也解释为仅约束当事人负有诚信磋商的义务，似不可取。应当缔约路径与必须磋商路径应当分属两类效力路径，前者之于当事人有更强的约束力。

① 苏永钦：《寻找新民法》，北京大学出版社2012年版，第453页。

② 参见 John Cartwright and Martijn W. Hesselink (eds.), *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 194 - 195.

③ 参见汤文平：《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，第998页。

④ 参见朱岩：《社会基础变迁与民法双重体系建构》，《中国社会科学》2010年第6期，第155页。

⑤ 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《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2016年版，第58页。

⑥ 参见耿利航：《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，《法学研究》2016年第5期，第47页。

⑦ 参见韩强：《论预约的效力与形态》，《华东政法学院学报》2003年第1期，第47页。

⑧ 参见耿利航：《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，《法学研究》2016年第5期，第47页。

## （二）预约合同二元效力路径架构

采取预约合同的二元效力路径似可对《合同编通则解释》第7条第1款做出更合理的解释。从文义解释看，认为起草者本意在于将预约合同效力统一在必须磋商路径之下似有不妥。《合同编通则解释》第7条第1款指出违反预约合同的两种情况：“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。”以拒绝订立本约合同是否经过诚信磋商为标准，“当事人一方拒绝订立本约合同”包含两种情形：其一，当事人未经磋商或者在磋商时违背诚信原则而拒绝订立本约合同；其二，当事人经过诚信磋商后未达成合意而拒绝订立本约合同。前者完全可以被“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”的语义涵盖，而后者尽到了善意磋商义务，按照统一预约合同效力于产生善意磋商的义务，不应认定为违约。至此，“当事人一方拒绝订立本约合同”的情况完全可以被“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”的情况涵盖，其存在已成具文。如果承认预约合同仍有应当缔约的效力路径，根据应当缔约路径下当事人义务，当事人一旦拒绝订立本约合同便可成立对预约合同的违反，“当事人一方拒绝订立本约合同”的规定便有了适用空间。

由此，应当缔约效力路径与必须磋商效力路径并不相同，应当缔约路径不应被摒弃。《合同编通则解释》在适用上不应排除应当缔约的效力路径，建立应当缔约与必须磋商的二元效力路径更为合理。二元路径架构的意义在于：其一，避免《合同编通则解释》第7条第1款的语义空洞，符合法的外部体系无冲突之要求；其二，区分对当事人有不同约束力的效力路径符合预约合同的制度目的，能够实现当事人利益平衡，满足法的内在体系周延的要求。

## （三）预约合同效力认定的现状与反思

在二元路径架构下，预约合同的效力区分标准是核心问题。在实践中，判断预约合同的效力及违约救济已成为裁判中的难题，对预约合同效力路径的判断实是症结所在。<sup>①</sup>下文将对预约合同案件的裁判路径进行实证考察，并在此基础上对现有的预约合同效力判断规则进行反思与重塑。

在预约合同相关案件中，房屋预售纠纷、定金协议纠纷占据相当大的比例。<sup>②</sup>笔者分别以“预售”“预约”“定金”为关键词进行检索，共查得公

<sup>①</sup> 参见张华：《预约合同的违约救济》，《法律适用》2019年第2期，第77页。

<sup>②</sup> 参见耿利航：《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，《法学研究》2016年第5期，第29~36页。

报案例 11 件，其中与本文主题相关案例 4 件，即“戴雪飞案”<sup>①</sup>、“仲崇清案”<sup>②</sup>、“俞财新案”<sup>③</sup>和“成都讯捷案”<sup>④</sup>。此外，本文同样以上述关键词，结合“北大法宝”数据库关于《民法典》第 495 条与《买卖合同解释》第 2 条的关联案件，共检索经典案例和参阅案例 55 件，其中有效案例 21 件。

### 1. 应当缔约效力路径

在检索的 25 件有效案例中，有 8 件选择了应当缔约的效力路径，仅占全部样本案例的 32%。其中公报案例 1 件，经典案例 7 件。此 8 件案例均涉及不动产买卖预约，但是审理路径和理由有诸多差异。法院的裁判理由主要有三类。一是根据预约合同内容要素的完备性选择应当缔约的路径。例如，在前述公报案例“俞财新案”中，一审法院认定协议的性质为预约合同。二审法院对一审认定的协议性质予以维持，并且根据协议内容认定“华辰公司应在收到俞财新订金后 30 日内领取《商品房预售许可证》并与俞财新签订购房合同”，即承认了预约合同的应当缔约效力。<sup>⑤</sup>另有关于商品房买卖的裁判也是如此。<sup>⑥</sup>二是直接认定预约合同具有“必须缔结本约的义务”。例如，有法院判决“被告新鸿公司于本判决生效之日起 10 日内继续履行与原告王彬签订的《新鸿旭水河畔房号确认单》的内容”；<sup>⑦</sup>有法院则直接认为“预约合同不同于民事主体在合同签订过程中达成继续磋商的合意，其生效后，当事人负有必须缔结本约的义务”；<sup>⑧</sup>在其他裁判中也有以“被告作为预约债务人负有订立本合同的义务”以及预约“是双方真实意思的表示，属于合法有效的合同，对双方都具有约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，尊重对方的权利”为裁判理由，认定在相关案件中预约合同具有应

① 参见“戴雪飞诉华新公司商品房订购协议定金纠纷案”，《中华人民共和国最高人民法院公报》2006 年第 8 期，第 33～38 页。

② 参见“仲崇清诉上海市金轩大邸房地产开发有限公司合同纠纷案”，《中华人民共和国最高人民法院公报》2008 年第 4 期，第 43～48 页。

③ 参见“俞财新与福建华辰房地产有限公司、魏传瑞商品房买卖（预约）合同纠纷案”，《中华人民共和国最高人民法院公报》2011 年第 8 期，第 24～31 页。

④ 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”，《中华人民共和国最高人民法院公报》2015 年第 1 期，第 11～27 页。

⑤ 参见“俞财新与福建华辰房地产有限公司、魏传瑞商品房买卖（预约）合同纠纷案”，《中华人民共和国最高人民法院公报》2011 年第 8 期，第 24～31 页。

⑥ 参见江苏省无锡市中级人民法院（2012）锡民终字第 0024 号民事判决书。

⑦ 四川省自贡市贡井区人民法院（2008）贡井民一初字第 7 号民事判决书。

⑧ 杨卓：《当事人可为预约合同约定附加生效条件》，《人民司法·案例》2014 年第 14 期，第 38 页。

当缔约的效力。<sup>①</sup> 三是对预约合同的效力路径并未做出明确判断,仅可以从救济手段中推断法院认为预约合同具有应当缔约效力。例如,在某商品房预约合同纠纷案中,二审法院认为原审法院对预约合同的解除认定错误,并且认为“关于预约性合同约定的履行内容,在不违反法律法规的情况下,具有法律效力,应根据预约协议内容履行”,从侧面肯定了预约协议应当缔结。<sup>②</sup>

## 2. 必须磋商效力路径

在《买卖合同解释》的适用过程中,最高人民法院似乎一度肯定了应当缔约说的合理性。<sup>③</sup> 然而从本文收集的样本案例来看,必须磋商效力途径才是司法裁判的主流选择。经过梳理发现,法院对施加当事人应当磋商义务的说理方式主要有以下几种。一是直接认为预约合同具有约束双方当事人必须进行磋商的效力。<sup>④</sup> 在“戴雪飞案”中,法院认为“预约合同的意义是为在公平、诚信原则下继续进行磋商,最终订立正式的、条款完备的本约创造条件”,“仲崇清案”“北京优高雅案”<sup>⑤</sup> 等也是如此。二是认为强制缔结本约的义务违反当事人意思自治原则,因而预约合同仅具有必须磋商的效力。<sup>⑥</sup> 例如,有法院认为合同的订立需遵循当事人意思自治的原则,对认购协议一方拒绝签订正式商品房买卖合同的,人民法院不能强制双方当事人缔约商品房买卖合同。<sup>⑦</sup> 三是在应当缔约路径和必须磋商路径中进行功能性权衡,正如一则判决指出,“预约虽然是相对于本约的一种特殊合同,其指向本约的缔结,但并不意味着预约均能促成本约”,<sup>⑧</sup> 以个案中当事人的利益平衡为理由选择效力路径。第四种说理方式相比第一种而言,认为预约合同似乎具有更强的约束双方当事人进行磋商的效力。在一则裁判中法官指出,“预约合同的效力应为诚信磋商并尽可能地促成本约缔结,即预约订立后,预约双方须依诚信原则进行磋商,除不可归责于双方的事由外,应当缔结

① 参见福建省厦门市中级人民法院(2012)厦民终字第1277号民事调解书;福建省厦门市思明区人民法院(2010)思民初字第6447号民事判决书。

② 参见海南省三亚市中级人民法院(2019)琼02民终1149号民事判决书。

③ 参见最高人民法院民二庭编著:《最高人民法院关于买卖合同司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第57~58页。

④ 参见广东省深圳市福田区人民法院(2021)粤0304民初8313号民事判决书。

⑤ 参见北京市第二中级人民法院(2007)二中民终字01756号民事判决书。

⑥ 参见江苏省无锡市中级人民法院(2013)锡民终字第1384号民事判决书;海南省三亚市中级人民法院(2019)琼02民终1481号民事判决书;安徽省滁州市中级人民法院(2007)滁民一终字第740号民事判决书。

⑦ 参见海南省三亚市中级人民法院(2019)琼02民终1428号民事判决书。

⑧ 江苏省高级人民法院(2016)苏民终178号民事判决书。



本约”。<sup>①</sup>

### 3. 实践经验评述

在判断效力路径时，样本案例的判决有如下问题。第一，一些法院认为预约合同的目的在于缔结本约，继而认为预约合同均具有约束双方当事人必须缔结本约的效力。这一裁判思路并未遵循预约合同效力二分的处理方式，未将当事人受约束意思作为判断其义务的标准，挤压当事人进一步磋商、改变或者退出交易的权利空间，有失妥当。第二，有相当数量的法院径直认定预约合同效力为必须磋商，然而该做法有一定的道德风险。例如，在“北京优高雅案”中，法院裁判违约方的损害赔偿数额为利润率的5%，而非原主张的15%，非违约方有可能尚未得到足额赔偿。<sup>②</sup> 第三，少数法院认为应当缔约路径指向强制履行的责任承担方式，学界也曾有观点认为，应当缔约效力路径和必须磋商效力路径是“本质不同的义务，指向的是迥然有别的违约救济方式”。<sup>③</sup> 结合《合同编通则解释》第8条关于违约救济的规定，该救济方式的指向存有疑问。关于强制履行能否作为预约合同的救济方式，详见后文讨论。

在司法实践中亦有积极经验值得借鉴。譬如，在“俞财新案”<sup>④</sup>等案件中，法官按照预约合同内容要素的完备性判断预约合同的效力；<sup>⑤</sup> 在江苏省高级人民法院的一则判决中，法官认识到预约合同的效力实非单一路径，实须以当事人利益平衡为指向选择适合个案的效力路径。<sup>⑥</sup> 上述案件虽然对判断预约合同效力的标准探索具有启发性，但是问题在于尚未存在判断预约合同效力的完善体系，法官判断预约合同效力仍具有一定的任意性。譬如，以合同内容要素为效力判断标准时，在一些案件中预约合同内容要素仅包括定金、标的房屋、面积、单价，<sup>⑦</sup> 而在另一些案件中预约合同还对违约责任等

① 上海市第二中级人民法院（2016）沪02民终8592号民事判决书。

② 不同观点参见汤文平：《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，第997页。

③ 耿利航：《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》，《法学研究》2016年第5期，第47页。相似的观点参见焦清扬：《预约合同的法律构造与效力认定》，《社会科学》2016年第9期，第107页。

④ 参见“俞财新与福建华辰房地产有限公司、魏传瑞商品房买卖（预约）合同纠纷案”，《中华人民共和国最高人民法院公报》2011年第8期，第24~31页。

⑤ 参见江苏省无锡市中级人民法院（2012）锡民终字第0024号民事判决书。

⑥ 参见江苏省高级人民法院（2016）苏民终178号民事判决书。

⑦ 参见四川省自贡市贡井区人民法院（2008）贡井民一初字第7号民事判决书。

要素有所规定,<sup>①</sup>前者为应当缔约效力路径,内容更为完备的后者却采用了必须磋商效力路径。只有固定化、客观化的标准才能对同案同判起到积极效果。

### 三、预约合同的类型化处理与违约认定

如前文所述,预约合同所处的缔约阶段是一个信赖与利益的渐进过程,不同阶段的预约合同应当处于相适应的效力路径,当事人的义务“取决于当事人签订协议时所达成的合意,只能由法院基于个案事实查明,不能预先设定”。<sup>②</sup>本文提出二元效力路径架构,对预约合同进行类型化处理,构建以《合同编通则解释》第7条为核心的预约合同违约认定路径。

#### (一) 预约合同的类型化

预约合同的要件有四点特殊性:约束意思、内容确定性、形式要求、批准要求。<sup>③</sup>前二者所有预约合同均涉及,是一般要件。预约合同一般不涉及形式要求和批准要求,因而本文的类型化处理便着眼于前二者。

预约合同的效力判断应当遵循合同解释的一般规则,先对当事人的主观意思进行解释,再考虑客观相对人视角。<sup>④</sup>如前所述,预约合同要件包括约束意思和内容确定性,故而对预约合同合意的探寻亦从两个方面着手。第一,约束意思体现为当事人约定将来订立本约合同的意思,这一意思是预约合同必备的,<sup>⑤</sup>其表现常为必须缔结本约合同的条款以及对相关事项继续磋商以订立本约合同的条款。前者如在“俞财新案”中,甲方应当在收到乙方订金后30日内领取商品房预售许可证,并与乙方签订商品房买卖合同,<sup>⑥</sup>此为必然缔结本约条款;后者如在“北京优高雅案”中,“在报价、工期及

① 参见江苏省无锡市中级人民法院(2013)锡民终字第1384号民事判决书;海南省三亚市中级人民法院(2019)琼02民终1481号民事判决书;海南省三亚市中级人民法院(2019)琼02民终1670号民事判决书。

② 耿利航:《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》,《法学研究》2016年第5期,第36页。

③ 参见汤文平:《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,第987页。

④ 参见[德]托马斯·M.J.默勒斯:《法学方法论》,杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第399页。

⑤ 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第95页。

⑥ 参见“俞财新与福建华辰房地产有限公司、魏传瑞商品房买卖(预约)合同纠纷案”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2011年第8期,第25页。

质量要求相同的条件下，被告商场的装修施工应优先使用原告”，<sup>①</sup> 这便体现对本约合同的价格、质量要求等仍需要进一步磋商的意思。第二，内容确定性体现为预约合同的完备程度，多数学者认为，以本约合同主要条款为标准，具备者应认定为完备，反之则不完备。<sup>②</sup> 预约合同效力需要依这两个标准综合判断。在司法实践中，通过预约合同内容进行效力路径区分亦为常态。例如，在某商品房预约合同纠纷案中，法院认为预约合同具备了主约的主要条款，但是尚存在未决条款时，双方当事人的义务不仅是就未决条款磋商，还必须达成本约，磋商不成时未决条款可以根据法律规定或交易习惯进行补充；<sup>③</sup> 在同类型的案件中，法院认为，在认购书未将合同主要内容明确时，买受人邹某无法预见因租金收益问题磋商不成将导致定金被没收的风险，<sup>④</sup> 即无法在本约合同主要条款内容不完备之时认为预约合同具有应当缔约的效力。预约合同内容越完备，法院越倾向选择应当缔约效力路径。

仍要注意的是，订立本约合同的约束意思与内容完备性是相互作用的，因为“实践中约束意思往往并不那么确切，于是内容确定到何等程度，恰恰成了认定约束意思的一项重要指标”。<sup>⑤</sup> 因此，当预约合同内容完备时，只要没有明确的磋商条款，就应选择应当缔约效力路径。当预约合同内容不完备时，当事人不会在预约合同中安排明确的缔约条款，因为这与习惯和常理相悖。内容不完备的预约合同效力条款可以根据约束力的强弱分为独占协商条款和进一步协商条款。<sup>⑥</sup> 二者的区分在于能否在协商期间排除潜在竞争者，稳固交易机会。例如，在某商品房买卖纠纷中双方约定“如乙方按约定缴清上述款项，甲方保证不得将乙方所订房屋再次出售”，<sup>⑦</sup> 该条款显然能够排除协商期间的竞争者，确定购房者独占协商的机会，属于独占协商条款；再如，在某买卖合同纠纷案中，双方约定具体车

① 北京市第二中级人民法院（2007）二中民终字01756号民事判决书。

② 参见韩强：《论预约的效力与形态》，《华东政法学院学报》2003年第1期，第48页；刘承睦：《预约合同层次论》，《法学论坛》2013年第6期，第37页；王俐智：《预约合同违约责任的争议与回应——基于动态缔约观的分析》，《财经法学》2021年第5期，第114~117页。

③ 参见江苏省无锡市中级人民法院（2012）锡民终字第0024号民事判决书。

④ 参见江苏省无锡市中级人民法院（2013）锡民终字第1384号民事判决书。

⑤ 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，第991页。

⑥ 参见许德风：《意向书的法律效力问题》，《法学》2007年第10期，第82页。

⑦ 上海市第二中级人民法院（2010）沪二中民二（民）终字第609号民事判决书。

位地点待安置房落成后再给予确认,<sup>①</sup>当事人并无排除潜在竞争者之意思,而且该合同显然具有需要进一步磋商的意思,是为进一步协商条款。另外,定金也常出现在预约合同案件中。预约合同的定金条款属于立约定金,其功能主要有二:一为担保主合同的最终订立;二为当事人提供脱离交易的通道。<sup>②</sup>但是定金本身并不会影响预约合同效力的判断,在救济上仍采用适合根据确定性和约束力而确定之路径的定金罚则、实际履行或其他利益赔偿。<sup>③</sup>

按照上述标准,预约合同可以分为如下类型:第一,内容完备的预约合同;第二,内容完备且具有继续磋商(以订立本约合同)意思的条款;第三,内容不完备且约定独占协商条款的预约合同;第四,内容不完备且约定进一步协商条款的预约合同。不同类型预约合同的效力如表1所示。

表1 预约合同的类型化及效力

	类型	效力路径
类型1	内容完备的预约合同	应当缔约
类型2	内容完备且具有继续磋商意思条款的预约合同	必须磋商
类型3	内容不完备且约定独占协商条款的预约合同	必须磋商
类型4	内容不完备且约定进一步协商条款的预约合同	必须磋商

## (二) 预约合同违约认定

在预约合同类型化的基础上,对违约的认定亦应有区分。在类型1合同中,当事人拒绝订立本约合同即构成违约,《合同编通则解释》第7条第2款无须适用。在三类必须磋商效力路径合同中,当事人违背善意磋商义务导致未订立本约合同才构成违约。善意磋商义务适用《合同编通则解释》第7条第2款关于违背诚信原则的规定,该款提出“磋商时提出的条件是否明显背离预约合同约定的内容”及“是否已尽合理努力进行协商”两个标准,然而最高人民法院似乎认为这两个标准是本质相同的:是否尽合理努力协商最终体现于提出的条件是否明显背离预约合同预定的内容。<sup>④</sup>对类型2合

① 参见福建省厦门市中级人民法院(2012)厦民终字第1277号民事调解书。

② 参见李贝:《定金功能多样性与定金制度的立法选择》,《法商研究》2019年第4期,第173~175页。

③ 参见张华:《预约合同的违约救济》,《法律适用》2019年第2期,第74页。

④ 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第110~113页。

同，这一标准的适用自无疑问，但是面对类型3及类型4合同则陷入困境：如何判断预约合同尚未达成合意的内容是否符合诚信原则？《合同编通则解释》起草者认为，通过合同解释和合同漏洞填补得到的内容也属于预约合同预定的内容。<sup>①</sup>这种认定方式不仅有违当事人真意，而且不符合合同解释和漏洞填补的规则，至少有两个方面值得商榷。第一，由于《合同编通则解释》第3条第1款（原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第1条第1款）规定了较低的合同成立标准，继而法院可以根据《民法典》第142条、第510条等对包括价格在内的合同内容进行解释和补充，但合同方接受交易约束的意图才是填充空白条款的前提，这种解释和补充建立在达成交易合意的基础之上。<sup>②</sup>此处要求的合意程度显然高于在必须磋商效力路径下预约合同的合意程度。类型2合同是单独的意思阻却产生应当缔约效力，类型3合同是在类型4合同的基础之上利用程序性条款提高预约合同的确定性。<sup>③</sup>从这三类合同中可以发掘的当事人真意是：保留继续磋商的机会、克服主客观缔约障碍带来的不确定性、发挥预约合同阻碍即时缔约的作用。第二，合同的补充解释需要满足一定的条件。“若某个需要约定的事项未作规定，对其予以补充规定显得‘必要而理所当然’。”<sup>④</sup>在此情景下法院显然不能自行补充某事项并作为判断磋商的标准，因为当事人本就不能或不愿达成合意，未规定事项并非“违反计划的不圆满性”，法院不能代替进行“拟制”并对之后的磋商产生影响。<sup>⑤</sup>

笔者认为，对在类型3、4合同中未出现内容的磋商是否符合诚信原则的判断不宜过于严格。事实上，此时诚信原则的作用力（相较类型2合同）应当有所柔化，只有通过这种方式才能合理区别不同类型的预约合同的约束力。在学理与实践均有观点认为可以将过错要素纳入违约构成要件，以提

① 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第111~113页；许德风：《意向书的法律效力问题》，《法学》2007年第10期，第86页。

② 参见[美]劳伦斯·亨宁：《美国货物买卖和租赁精解》，周晓松译，北京大学出版社2009年版，第89页。

③ 预约合同的条款包含程序性条款和实体性条款，程序性条款主要指规定双方当事人协商过程中权利义务的条款。关于程序性条款的介绍，参见许德风：《意向书的法律效力问题》，《法学》2007年第10期，第79页。

④ [德]托马斯·M.J.默勒斯：《法学方法论》，杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第406页。

⑤ “违反计划的不圆满性”由艾尔策（Elze）教授提出，制定法中的漏洞是一种“违反制定法计划的不完整性”。相关论述参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第469页。

高违约的构成标准。<sup>①</sup> 由于我国合同法并非完全的客观责任体系，过错责任仍有适用空间，<sup>②</sup> 笔者赞同在解释论层面构造预约合同违约的过错归责路径。在此种构造下，类型3合同具备过错才可构成违约，如违反协商条款而与第三方协商；类型4合同的拘束力通常更弱，预约合同在交易阶段中往往更接近于初始磋商阶段，而且一般性协商条款是否具有足够的确定性也是个有争议的问题，因为善意磋商（义务）早已以推定条款的形式隐含在合同之中。<sup>③</sup> 因此，一般只要非恶意磋商的行为就可满足善意磋商的要求。

#### 四、预约合同违约责任的承担方式

对预约合同效力和违反的认定，最终意义在于选择预约合同违约责任的实际承担方式，对预约合同做类型化处理的目的亦在于此。合同的违约责任包括强制履行、损害赔偿、违约金、减价等。<sup>④</sup> 《合同编通则解释》第8条第1款仅规定损害赔偿作为预约合同的违约救济方式，而对违约金条款效力、预约合同能否强制履行等问题不置可否。另外，《合同编通则解释》第8条第2款仅对确定损害赔偿数额的酌定要素进行规定，相比《合同编通则解释（征求意见稿）》，删除了关于赔偿数额的内容。《合同编通则解释》第8条的上述问题，在学理和实践中亦有争议，有必要进一步深入研究。

##### （一）预约合同的财产责任

###### 1. 定金罚则与违约金条款

从性质上讲，预约责任不排斥违约金及定金罚则的适用，但是有几点需要注意。第一，在商品房买卖交易中，以交付定金的方式订立本约内容相当确定的预约合同，此时对定金罚则的适用有特殊之处：于买方而言，不履行订立本约合同义务适用定金罚则；于卖方而言，不能仅适用定金罚则以承担责任。<sup>⑤</sup> 这是因为在此类交易中双方交易能力有差异、交易地位不平

① 参见王俐智：《预约合同违约责任的争议与回应——基于动态缔约观的分析》，《财经法学》2021年第5期，第117页。

② 参见解亘：《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期，第79～82页。

③ 参见张华：《预约合同的违约救济》，《法律适用》2019年第2期，第76页。

④ 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第737～744页。

⑤ 参见张华：《预约合同的违约救济》，《法律适用》2019年第2期，第74页。

等。<sup>①</sup> 第二，违约金可分为惩罚性违约金和赔偿性违约金两类。不同于“《民法典》建立了惩罚性赔偿法定主义的规范基础”，<sup>②</sup> 在学理上，惩罚性违约金可以由当事人自由约定，体现了私法自治的精神。<sup>③</sup> 惩罚性违约金的特殊性在于，当事人在违约时，除了支付违约金，其他债的责任不受影响，该违约金的特性与预约合同性质并无冲突，理论上可以适用。<sup>④</sup> 赔偿性违约金一般是双方在缔约时对损害赔偿总额的预定，但是由于有限理性（bounded rationality）和理性无知（rational ignorance），该预定往往难称合理。通说认为，违约金数额若不是对实际损失的合理估算，则并不具有可执行性，需要法官衡量或当事人请求（我国采取后者）以调整数额。<sup>⑤</sup> 由于预约合同标的的特殊性，根据《民法典》第 585 条第 2 款的规定调整违约金金额变得尤其困难，这是因为违反预约合同造成的损失往往难以具体认定。<sup>⑥</sup> 因此，在我国定金与违约金择一适用的路径下，当事人往往选择约定定金条款而非违约金条款，即使约定了违约金条款，当事人也并非试图通过违约金填补所有损失。<sup>⑦</sup>

## 2. 损害赔偿責任

虽然《合同编通则解释》第 8 条并未规定赔偿范围，但是学界对预约合同损害赔偿責任的研究已然相对成熟。通说认为，预约合同损害赔偿范围应当为预约合同的履行利益。<sup>⑧</sup> 本部分试图解决的问题是：基于上文预约合同的类型化，认定预约合同违约后应当如何酌定损害赔偿数额？违反预约合同的损害赔偿范围跨越了本约合同信赖利益和本约合同履行利益，那么在何种情形下应当赔偿本约合同的履行利益？预约合同的类型化与损害赔偿范围如表 2 所示。

① 参见汤文平：《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，第 1001 页。

② 张平华：《〈民法典〉上的惩罚性赔偿法定主义及其规范要求》，《法学杂志》2023 年第 4 期，第 58 页。

③ 参见 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆 2020 年版，第 824 页。

④ 参见韩世远：《违约金的理论问题——以合同法第 114 条为中心的解释论》，《法学研究》2003 年第 4 期，第 19 页。

⑤ 参见 [美] 梅尔文·A. 艾森伯格：《合同法基础原理》，孙良国、王怡聪译，北京大学出版社 2023 年版，第 353 ~ 366 页。

⑥ 参见许德风：《意向书的法律效力问题》，《法学》2007 年第 10 期，第 85 页。

⑦ 参见天津市高级人民法院（2013）津高民二终字第 20 号民事判决书；上海市第二中级人民法院（2016）沪 02 民终 8592 号民事判决书。

⑧ 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 118 ~ 122 页。

表2 预约合同的类型化与损害赔偿范围

	类型	赔偿范围
类型1	内容完备的预约合同	积极信赖利益与全部消极信赖利益； 在特殊情形下参照本约合同履行利益
类型2	内容完备且具有继续磋商意思条款的预约合同	积极信赖利益与部分消极信赖利益
类型3	内容不完备且约定独占协商条款的预约合同	积极信赖利益与全部消极信赖利益
类型4	内容不完备且约定进一步协商条款的预约合同	积极信赖利益

预约合同制度是缔约信赖保护的途径之一。<sup>①</sup> 信赖利益分为积极信赖利益和消极信赖利益，前者指预约合同当事人为了缔结本约而投入的成本，后者则是当事人丧失的与他人订立合同的机会。<sup>②</sup> 信赖利益的赔偿数额取决于双方对顺利订立本约的期待与信赖，相对人的缔约信赖应由当事人明示或默示的意思表示引起，此外还应具有磋商深入程度的客观基础。<sup>③</sup> 这种基础直接体现在预约合同的约束意思和内容确定性上。在类型4合同中，双方当事人信赖程度低，他们常常并不会寄希望于通过该预约合同的约束而签订本约合同，因为该合同约束而苛责违约方赔偿机会利益并不合理，所以赔偿积极信赖利益已为足。在类型3合同中，当事人的信赖来自独占协商条款加强的信赖利益。独占协商条款往往出现在标的物为特定物的情况下，目的是排除潜在的竞争买家，引发缔约信赖。因此，违反类型3合同的损害赔偿应当包括全部机会利益的损失。在类型2合同中，内容确定性较高，继续磋商条款的意义在于对预约合同内容进行进一步调整或阻却本约合同的即时订立。在此情形下，双方当事人具有较高的缔约成本投入，但保留了一定接受预约确定内容约束的意思，明示本约合同不成立的风险，因此，违约方应当赔偿全部的积极信赖利益，而对消极信赖利益无须全部赔偿。

类型1合同具有最高的缔约信赖，产生应当缔约效力，因而有学者认为

① 参见李潇洋：《民法典中缔约信赖保护的规范路径》，《法学》2021年第6期，第115页。

② 参见王瑞玲：《预约、本约区分和衔接的主观解释论——兼对客观解释论商榷》，《政治与法律》2016年第10期，第159页。

③ 参见 John Cartwright and Martijn W. Hesselink (eds.), *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 194 - 195.



该情形下的违约损害赔偿数额应当参照本约合同的履行利益。<sup>①</sup> 笔者不赞同该观点。应当缔约效力路径指向的仅是订立本约合同，而非直接获得理想状态下本约合同履行完毕的利益。从预约合同的订立到本约合同的履行完毕通常会出现各种情势，倘若此时能够直接因预约合同而获得本约合同履行利益的赔偿，就意味着本属于本约合同履行过程的风险全部加之于预约合同违约一方，守约方将因该违约而受益。<sup>②</sup> 受害人的状况不应当优于合同履行后的状况。<sup>③</sup> 因此，此时仍不能参照本约合同的履行利益进行赔偿。《合同编通则解释》起草者指出，唯有在以下情形中方可参照本约合同履行利益确定赔偿数额：主要内容达成一致或谈判空间很小甚至只等最后签字。<sup>④</sup> 笔者认为，这种表述并不准确。基于上文论证，笔者不支持直接参照本约合同履行利益确定赔偿数额，原因在于此时违约方没有第二次给付机会而导致不利益。<sup>⑤</sup> 但是如果是如下特殊情形便有所不同：卖方 A 与买方 B 订立了关于 C 物买卖的预约合同，该预约合同内容完备，仅差最后签字便可缔结本约，并且在订立本约合同之前买方 B 已经基于租赁合同合法占有 C 物，也就是说，在（指向即时交易的）本约合同签订之后买方 B 即可获得 C 物所有权。此时，如果卖方 A 违约，买方 B 则可以基于违反预约合同而诉请本约合同履行利益之赔偿，因为此时本约合同之缔结生效时买方 B 即获履行利益。在生活中订立本约合同和获得 C 物所有权是同时发生的，但在民法世界中则有其发生之先后顺序。<sup>⑥</sup> 如上情形因不存在本约合同的履行风险分配问题而需要单独讨论：在违反类型 1 合同的特殊情形下，应当赔偿本约合同的履行利益；而在一般情形下，违反类型 1 预约合同仅需要赔偿全部的积极信赖利益和消极信赖利益。

## （二）预约合同的继续履行

继续履行或者强制缔约能否成为预约合同的救济方式一直是学界讨论的焦点问题，立法者和司法解释起草者对该问题的态度也几经转变。最高

① 参见王俐智：《预约合同违约责任的争议与回应——基于动态缔约观的分析》，《财经法学》2021年第5期，第114页。

② 参见王瑞玲：《预约、本约区分和衔接的主观解释论——兼对客观解释论商榷》，《政治与法律》2016年第10期，第159页。

③ 参见王洪亮：《强制履行请求权的性质及其行使》，《法学》2012年第1期，第107页。

④ 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第121~122页。

⑤ 参见[美]范斯沃思：《美国合同法》，葛云松、丁春艳译，中国政法大学出版社2006年版，第781页。

⑥ 参见杨代雄：《民法上的“逻辑一秒钟”》，朱晓喆主编：《中外法商评论》第1卷，上海财经大学出版社2022年版，第269页。

人民法院认为该问题还需要经过学术界和审判实践的研究与检验。<sup>①</sup> 在《中华人民共和国民法典合同编解读》一书中, 作者认为在预约合同内容无须过多协商时, 继续履行的责任有实现的空间。<sup>②</sup> 然而在《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》一书中, 作者认为“预约合同的规范功能完全可以通过违反预约合同的损失赔偿来实现”, 并且从《合同编通则解释》第8条第1款的规定来看, “不难得出, 如果当事人请求强制履行预约合同, 人民法院自不应予以支持”。<sup>③</sup> 笔者赞同在限定的范围内将继续履行作为预约合同的违约救济方式, 理据将从以下几个方面进行阐述。

第一, 继续履行有其不可代替的理由。《民法典》合同编第8章规定了合同的违约责任, 原则上强制履行、损害赔偿、违约金等责任方式没有适用的先后次序, 可以由债权人自行选择。<sup>④</sup> 在计划经济时代, 强制履行是最基本的救济形式, 但在市场经济条件下, 具有竞争性和替代性的商品占绝大多数, 商品稀缺转化为买方市场。<sup>⑤</sup> “法律强制(科定责任)的主旨或标准在于为促使将来价值最大化的行为创造动因”,<sup>⑥</sup> 在经济分析意义上, 损害赔偿实际上能够在绝大部分纠纷中起到救济作用。<sup>⑦</sup> 然而, 市场价格不能够精确地确定合同履行的价值以及在违约时受害人遭受的全部损失, 市场交易不能使受害人及时获得替代合同标的物的财物, 继续履行就仍具有重要价值。<sup>⑧</sup> 可以设想如下情形: 当预约合同完备程度很高且交易的标的物不能在市场交易中及时获得替代物之时, 卖方违约, 拒绝缔结本约合同, 缔结本约的意思表示作为不能代替之标的, 强制履行便有了正当性。

第二, 司法解释未明文规定继续履行作为预约合同的救济方式属于法律之沉默。一方面, 从《合同编通则解释》第8条第1款的文义进行当然的推

---

① 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《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2016年版, 第58页。

② 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》, 中国法制出版社2020年版, 第121页。

③ 最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》, 人民法院出版社2023年版, 第120页。

④ 参见韩世远:《合同法总论》, 法律出版社2018年版, 第774页。

⑤ 参见叶昌富:《论强制实际履行合同中的价值判断与选择》, 《现代法学》2005年第2期, 第156页。

⑥ [美] 贝勒斯:《法律的原则:一个规范的分析》, 张文显等译, 中国大百科全书出版社1995年版, 第174页。

⑦ 参见叶昌富:《论强制实际履行合同中的价值判断与选择》, 《现代法学》2005年第2期, 第154~155页。

⑧ 参见王利明:《违约责任论》, 中国政法大学出版社1996年版, 第418~419页。

论，得出继续履行不能作为预约合同的救济方式的结论并不周全。《民法典》关于预约合同的规定在合同编通则第2章，而继续履行作为违约救济方式规定于合同编第8章，依体系解释，在规定预约合同违约责任的条款并未明文排斥继续履行作为违约救济方式的前提下，不能因此认为预约合同的救济方式仅为损害赔偿。《合同编通则解释》第8条第1款的规定传达的含义更像是继续履行的救济方式持观望态度，属于法律之沉默。另一方面，起草者认为损害赔偿可以实现规范目的是建立在将客观阻碍型预约合同认定为附条件的本约合同的基础之上，但是这一论证基础并不牢固。以未决事项为标准进行分类，可以将预约合同分为客观阻碍型预约合同与主观阻碍型预约合同。<sup>①</sup>这一论述的支持者认为，不论将客观阻碍型预约文书认定为预约合同还是附条件的本约合同并不会影响判决的最终利益状态，因为合同内容始终一致，仅导致诉讼程序的不同。<sup>②</sup>

上述观点至少有两点疑问。其一，对“不会影响最终利益状态”的认定是在以继续履行为救济路径的视角下进行观察的。但在我国，当事人对继续履行或是损害赔偿的救济方式原则上可以自由选择。从损害赔偿的角度而言，最终利益状态并非相同——认定为预约合同一般仅能请求本约合同信赖利益赔偿，而认定为本约合同则能直接诉诸本约合同履行利益之损害，二者的差异显而易见。其二，学者认为预约当事人之目的在于追求经济效果，最大限度尊重当事人真意的考量不值得肯定。<sup>③</sup>这种认识显然深受鼓励交易原则的影响，然而“效率概念的使用不能逃避价值判断”，法律规范不能完全避免参照一些伦理和容易引起争议的价值判断。<sup>④</sup>倘若交易目的显然不在于经济效益，如标的物于买方而言具有重大纪念意义，在此时的利益衡量视角下，当事人真意显然重于快捷、安全地实现经济效益的追求，完全排斥继续履行作为违约救济方式并不可取。

第三，继续履行不属于债务标的的不适合履行的情形。有学者认为，预约合同之继续履行属于《民法典》第580条（原《中华人民共和国合同法》

① 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《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2016年版，第118~122页；王俐智：《预约合同违约责任的争议与回应——基于动态缔约观的分析》，《财经法学》2021年第5期，第114~117页。

② 参见林涸民：《预约学说之解构与重构——兼评〈民法典〉第495条》，《北方法学》2020年第4期，第27页。

③ 参见林涸民：《预约学说之解构与重构——兼评〈民法典〉第495条》，《北方法学》2020年第4期，第28页。

④ 参见[法]马可·弗勒拜伊：《经济正义论》，肖江波、韩力恒、马铭译，中国人民大学出版社2016年版，第39页。

第110条)规定的“债务的标的不适于强制履行”,即债务性质不适宜强制履行。<sup>①</sup>此种标的通常具有人身专属性,强制履行与现代社会以人格尊重和人身自由受到保护之基本价值相违背。<sup>②</sup>然而此处的强制表意是否与保障自由之原则相悖,似值商榷。其一,缔约受限是为自己意思的结果——预约合同(尤其是其中约定将来订立本约合同的意思)亦为当事人之真意,不可笼统地认为保护缔结本约的自由一定重于先前约束当事人缔结本约合同的预约意思。契约自由是一种制度自由,不排斥其中包含他律因素。<sup>③</sup>事实上,若当事人均因磋商产生高度信赖,一方当事人仍以缔约自由为抗辩试图脱离交易,显违诚信原则。其二,强制表意具有可操作性,在比较法上,法院可以通过拟制表意的方式规避强制当事人意思表示的做法具有借鉴意义。<sup>④</sup>由于强制执行意思表示具有极大的难度,《中华人民共和国民事诉讼法强制执行法(草案)》弥补了缺漏,其第198条第1款规定“法律文书确定被执行人作出意思表示的,该法律文书生效时,视为意思表示已经作出”,以免迫使债务人为意思表示。根据该款规定,预约合同违约后的继续履行便具有规范基础。<sup>⑤</sup>有观点认为,承认物权行为理论与判决拟制表意的执行方式有因果联系。<sup>⑥</sup>笔者认为此种观点似有疏漏:一方面,在承认物权行为理论的国家,预约合同强制履行中的判决拟制之表意也并不能认为是物权行为意思表示,否则便是将预约合同看作本约合同的债权合意;另一方面,我国纵然不承认物权行为理论,但是判决之拟制意思可以同时包含债权发生意思和物权变动意思,依然能达到最终订立本约合同的效果。关于强制履行会使预约合同的价值大打折扣的考量不足为虑,因为订立本约合同是实现受约方强烈的信赖利益之结果,这种信赖利益也是预约合同的重要价值,并且此时这种价值是优于合同自由而受保护的。值得注意的是,我国民事实体法的理论常常将强制履行理解为直接强制,法律规定也有这种倾向。<sup>⑦</sup>事实上,强制履行还可以通过代替履行或间接履行达成。缔约强制属于强制执行中不可替代行为的请求权的执行,理论上认为,间接执行是不可替代行为的基本方法,包括强

① 参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社2021年版,第34页。

② 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第769~775页。

③ 参见解亘:《我国合同拘束力理论的重构》,《法学研究》2011年第2期,第83页。

④ 参见黄绍坤:《论强制履行作为预约违约的责任形式》,《甘肃政法学院学报》2019年第6期,第60页;叶锋:《论预约合同的出路》,《法律适用》2015年第9期,第85页。

⑤ 参见陈杭平:《中国民事强制执行法重点讲义》,法律出版社2023年版,第179页。

⑥ 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《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2016年版,第119页。

⑦ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第758~775页。

制支付迟延履行金等。<sup>①</sup>在法国法上有通过缴纳支付迟延履行金施予违约方压力以缔约的方式。但此种间接执行的方式在保护预约合同上走得太远，笔者对此并不赞同。<sup>②</sup>

综上所述，继续履行可以成为预约合同的救济方式，但对其适用范围需要进行限制。在通常情形下，损害赔偿已然能够填补当事人的损失，此时继续履行的救济方式徒增诉累。唯有在预约合同内容完备且交易标的属不可替代之物时，继续履行方可适用，在执行上应当依靠判决拟制表意的方式。需要注意的是，在此情形下当事人仍可以在损害赔偿和继续履行之间进行选择。

## 五、结语

《合同编通则解释》对预约合同的规定释明了在实践中诸多长久以来的疑难问题。然而，由于缔约阶段的复杂性，对预约合同效力、违约认定和违约救济的模糊问题必然需要进行解释论的构建。《合同编通则解释》虽然对预约合同效力未做明文规定，但统一于必须磋商效力路径之下并不可取。预约合同效力是在信赖保护与意思自治利益衡量下的外显结果，坚持应当缔约路径和必须磋商路径的效力二分架构更有利于当事人利益平衡。对预约合同的效力认定是判断违约的前提，应当缔约效力路径和必须磋商效力路径的区分标准有订立合同的约束意思和内容完备性，在前一路径下，不存在情势变更与不可抗力的境况，当事人未缔结本约合同即为违约；在后一路径下，诚信原则对当事人的拘束力因预约合同内容不同而有所区分。定金罚则和违约金可以作为预约合同的违约救济方式；损害赔偿是预约合同的主要救济方式，赔偿数额在本约合同的信赖利益与本约合同的履行利益之间进行酌定，唯有在不存在本约合同的履行风险分配问题时方可赔偿本约合同履行利益。继续履行作为预约合同的违约救济方式具有可行性，但出于公平原则与效率原则的考量，对其适用范围应进行严格限制，只有在预约合同内容完备且交易标的是不可替代之物时，继续履行方可适用，在执行上依靠判决拟制表意的方式能够避免表意强制成为强制履行的阻碍。

（责任编辑：方 军）

<sup>①</sup> 参见张卫平、李浩：《新民事诉讼法原理与适用》，人民法院出版社2012年版，第79页。

<sup>②</sup> 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第764~775页。