

# 预约合同问题研究

叶雄彪 梅夏英

**【提要】** 预约合同不同于本约，具有高度的独立性。在判定方法上宜围绕其特征展开，即预约合同必须具备合意性和明确性，同时要表达将来订立本约的意思。在效力方面，磋商说和内容区分说都具有一定的缺陷，亦不符合司法实践经验，缔约说则显得更为合理。预约合同订立后，一方当事人拒绝依据预约合同签订本约即构成违约。如果当事人约定了定金和违约金，则应当尊重其约定，但法院可适当予以调整；若当事人未进行约定，则违约方应当承担损害赔偿责任，但预约合同不宜强制履行。

**【关键词】** 预约 本约 效力 违约责任

〔中图分类号〕D913 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2019)04-0060-011

《民法典合同编二审稿(草案)》(以下简称《草案》)第287条对预约制度作出了规定,<sup>①</sup>以民事基本法的形式对实践中多发的预约纠纷进行规范。对比已有的法律,《草案》的规定虽然在行文表达上有别于《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》(以下简称《买卖合同司法解释》)第2条,但在内涵和法理上并无二致。《草案》的规定与本次民法典编纂的立法指导思想相契合,总体坚持继受现有法律规定,同时结合新问题确定新制度。<sup>②</sup>但这样的立法指导思想是否能够适应时代发展的要求,是否能与各界对民法典的期望相符,笔者存有疑义。《草案》有关预约的规定即搁置了诸多争议点,也没有回应司法裁判中的疑惑,至少在以下几个方面还有待考虑:其一,如何判断一份协议属于预约?《草案》所列举的“认购书”、“订购书”等是否就一定属于预约合同?其二,预约的效力如何?签订预约的当事人是否必须订立本约?抑或是只需要诚信磋商即可?其三,《草案》认为违反预约会产生违约责任,但是违约责任具体包括哪些?这些问题一直困扰着裁判实践,本文拟就此展开讨论,一陈管见。

## 一、预约合同的判断

预约是指当事人约定在将来订立合同的协议,常见的形式有预定书、意向书等。《买卖合同司法

<sup>①</sup> 《草案》第287条第1款规定,当事人约定在将来订立合同的认购书、订购书、预定书、意向书等,构成预约合同。

<sup>②</sup> 王利明:《我国民法典分编编纂中的几个问题》, [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-09/05/content\\_\\_2060667.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-09/05/content__2060667.htm), 2018年11月20日。

解释》对此已有界定，但在裁判中如何区分预约和本约一直是个难题，因此有必要深入探讨如何判断预约的问题。

### （一）预约合同的特征

预约制度可谓源远流长，据学者考证，成文法对此进行规定始于1804年的《拿破仑民法典》。<sup>①</sup>学界虽然对该制度给予了高度的关注，研究成果也颇为丰富，却并没有达成共识，至今无法给出判断预约的有效方法。国内这方面的研究很多，司法实践的经验非常丰富，司法解释在一定程度上弥补了立法的疏漏。<sup>②</sup>预约制度的一个前置性问题就是预约的判定，很多文献不断对比预约与本约、预约与意向书等的区别，<sup>③</sup>也无非是想要找到准确判断预约的路径。这方面的研究都极有意义，给后续学者研究预约制度提供了基础性知识，但各家言论云集之下却容易迷了眼，更难在万花丛中识别何为预约。笔者主张以明晰预约特征的方式进行辨别，只有符合一定的特征才可认定为预约。预约主要有以下三个特征。

第一，预约必须包含当事人的合意。经典的合同订立理论认为，一个合同必须经过要约、承诺的过程才能成立，或者更复杂一些，是一系列要约、反要约、最后承诺的过程。而预约则处于这个动态的商谈过程之中：从时间上看，预约介于开始接触到订立本约之间，只是因为这个交易比较复杂，或者这个交易对当事人而言关系重大，一次谈判难以敲定所有细节，因此先订立预约固定现阶段的商谈成果，以待后续协商；从目的上看，预约天生就是为了固定已有的交易机会，在心理上给交易对手一种“我愿意与你交易”的安全感，同时也为自己将来与对方订立合同买一份保险。这样看来，其实预约无疑就是一种广义的磋商，一个要约——承诺模型下的插曲。之所以将预约独立出来，将它看作是一个单独的合同，前置于本约，就是因为预约协议中包含了磋商双方的合意。例如，双方在商谈阶段明确下来，“在现有基础上继续商谈并签订合同”。在这种情形下，就不能简单的视为要约或者要约邀请了，因为双方实际上已经基于签订本约的目的又派生出了新的意思，即希望与对方继续商谈并签订本约。预约的达成必须是双方形成了合意，并通常以书面文本的形式记载下来了。如此一来，继续商谈签订本约的合意就形成了一个新的合同，独立于本约之外，与一般意义上的合同并无二致。

第二，预约必须具有明确性。之所以要强调预约合同的明确性，就是要将制度化的、有法律意义的预约合同与整个交易协商过程中的诸多口头或书面协议区别开来。当事人之间的缔约过程可能很短（一手交钱、一手交货式的买卖只需要一个眼神即可完成交易），也可能长（公司并购交易中大多需要多次的接洽、磋商、调查，反反复复历时很久），如果订约过程漫长，那么在此期间双方势必会大量向对方表达自己的“心意”，这些意见或观点一则可能没有法律意义，二则可能为了试探对方而故意语意模糊，三则双方意思难以交叉形成合意。而一旦双方当事人都有明确的意思要进一步磋商订立本约，就会产生具有法律意义的后果。例如，常常被当作没有法律意义的一种表述——“甲方对于考虑在未来与一方签订协议”，就是因为其中含有“考虑”一词而难以确定当事人具有订立协议的意思。<sup>④</sup>也就是说，明确性要求可以从预约合同中清晰地解释出当事人一定的意思，在核心意思

<sup>①</sup> 参见刘承睦：《预约合同层次论》，《法学论坛》2013年第6期，第33页。

<sup>②</sup> 我国立法上一直没有规定预约制度，直到2003年最高人民法院《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》和2012年最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》的出台才弥补了这一制度空白。

<sup>③</sup> 这方面的文献很多，可以参见张燕玲、白帮武：《预约合同相关问题探讨》，《山东社会科学》2005年第2期，第89~92页；崔建远：《买卖合同的成立及其认定》，《法学杂志》2018年第3期，第30~32页。

<sup>④</sup> 参见王利明：《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定评述》，《法商研究》2014年第1期，第56页。

上不至于产生歧义和不确定。至于具体要求在哪些要素上清晰明确,学者之间略有分歧。例如,有学者认为一个预约合同应当包含当事人、标的物、数量、订立本约的意思。<sup>①</sup>另有学者认为,预约合同的成立需要有当事人、标的以及订立本约的意思。<sup>②</sup>这样的观点脱胎于司法审判经验,<sup>③</sup>是以买卖合同为模型进行考虑的,虽然预约合同中包含多一些要素会更有利于本约的订立和对当事人意思的解释,但是笔者认为只需要具备基本的当事人、标的和订立本约的意思三项要素即可。因为当事人和订立本约的意思就可以确定预约合同在双方当事人之间产生签订本约的债权债务关系,而有明确的标的则可以帮助锁定当事人的交易对象,至于其他未定的因素,留待当事人协商或者依据法律进行补充即可。

第三,预约需要包含订立本约的意思,即当事人必须要有在未来签订正式合同的意思。此一特征是判定预约的关键,理论讨论较为容易,但在司法实践中却常常难以操作。关于表意模糊型的协议,上文已经做了探讨,这种协议披着预约的外衣,但并不符合预约所要求的明确性特征,同时也无法解释出当事人有订立本约的意思,故而不能成为预约。当然,强调这一特征的原因还在于借此将预约与本约区别开,虽然在理论上阐述预约与本约的关系较为容易,但实践操作却并不容易。在一些协议中,本约的意思和预约的意思纠缠在一起,给协议的性质判定造成了极大的困难。此时就需要运用意思表示的解释规则,包括文义解释、目的解释和习惯解释等<sup>④</sup>来探求当事人的真实意思,只有确定了当事人签订协议的最终目的在于未来继续签订本约,才能将此协议认定为预约合同。下文还将针对实践中较为典型的混淆预约和本约的情形展开具体讨论。

综合以上论述,笔者认为预约具有三个最本质的特征,即预约应当包含当事人的合意、预约应当具有明确性、预约必须包含将来订立本约的意思。固然有不少学者主张构成预约还需要很多其他的要件,并试图在将预约和本约、意向书等制度进行比较分析中明晰何为预约,但笔者认为,只要能够从中清晰地解释出当事人在将来订立本约的合意,即可确定其为预约合同,并将之与其他制度区别开。

## (二) 预约与本约的区分

尽管预约的定义已经明确了其与本约的不同,但抽象的概念在碰到复杂的交易实践时,仍然不免让裁判者产生困惑。笔者将结合交易实践,对混淆预约和本约的几种情形进行分析,以明确预约与本约的区分。

### 1. 预约中已经具备全部本约条款,但约定将来订立本约合同

交易当事人并非专业法律人士,在交易中可能会随意为协议命名,例如在未交付租金之前,双方将租赁协议命名为“房屋租赁预约合同”,也可能在全部交易事项达成合意之后,仍约定“三天后签订正式协议”。这类协议一方面已经具备了全部交易条款,足以凭借该合同完成交易;另一方面当事人又明确表达了将来订立本约的意思。那么,这类协议究竟是预约还是本约,在裁判中存在极大争议。第一种观点认为此时应当尊重当事人未来订立本约的意思,认定此合同为预约;<sup>⑤</sup>第二种观点

<sup>①</sup> 参见史明浩、程俊:《论预约的法律效力及强制履行》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2013年第5期,第95页。

<sup>②</sup> 参见王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定评述》,《法商研究》2014年第1期,第56~57页。

<sup>③</sup> 《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条规定,当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。

<sup>④</sup> 参见《民法总则》第142条第1款。

<sup>⑤</sup> 参见《最高人民法院(2016)最高法民申200号民事判决书》。

认为在已经完全具备交易条款时，应当认定为本约；<sup>①</sup> 第三种观点认为可以将这样的预约合同看作是两部分，其中明确约定交易事项的是本约部分，当事人之间关于另行订立合同的合意看作是预约部分。<sup>②</sup> 笔者认为这一类协议还是应当判定为预约，理由在于，尽管此类协议中已经具备了本约的主要条款，甚至是全部条款，但是这些内容无法否认当事人之间未来订立本约的意思。如果认为这样的协议是本约，实际上是歪曲了合同的原意，否认了当事人的合同自由。第三种观点认为可以区分为两部分解释这样的协议，属于生造当事人之间的意思，因为在协议中尚不存在按照已有协议履约的意思，因而并不构成本约。

此类包含具体条款的协议在解释上应认定为预约，但若一方违约不签订本约合同，在违约责任承担上，其赔偿义务应当更接近于本约合同的违约赔偿。特别是如果当事人已经在预约协议中明确约定了违约金或者是交易价格时，如果一方违约，可以此为基础计算违约损害赔偿数额。

## 2. 预约中具备本约的主要条款，当事人已经部分履行了合同义务

实践中还存在一种常见的交易模式，即当事人订立了条款齐备的预约合同，并且在本约签订之前，一方或双方当事人已经开始履行本约合同义务。例如，购房者与开发商签订预售协议后，在正式网签之前，购房者即缴纳部分房款。在商品房买卖中，这一类纠纷不胜枚举。最高人民法院认为，“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。”<sup>③</sup> 这一规定实现了预约经由履行与本约合同的衔接，即在当事人已经实际开始履行本约合同时，即便本约合同还未签订，亦可认为本约已经存在。

但是，需要讨论的是，经由实际履行，预约是否会在性质上发生变化？即是否可以在当事人开始履行以后，就把预约当作本约合同？最高人民法院对此持肯定意见，认为此时可以认为预约就是商品房买卖合同。笔者认为这一观点有待商榷。按照法理，只有在当事人根据预约签订协议以后，本约才能存在。预约与本约是相互独立的两个合同，并不能相互转化。预约当事人在没有订立本约的情况下履行合同，可以认为是当事人以默示的方式达成了一个新的协议。该协议以预约内容为基础，虽然没有书面形式，但在内容上就是与预约相对应的本约。故而应当按照《合同法》第 36 条的规定，认为当事人以实际行为达成了本约，而不能直接将预约看作是本约。

### （三）《草案》立法模式的缺陷

法律上的概念一般通过列举特征的方式完成，《草案》第 287 条在描述预约合同特征之外，另外附加了“认购书、订购书、预定书、意向书”的例子来解释预约合同。这一做法意图通过列举的方式进一步说明何为预约合同，但这样的立法模式是否合适，则有待商榷。

其一，无论是实践还是学理，对于《草案》所列举的“认购书”等是否属于预约一直存有争议，以这些并不确定无疑属于预约的类型来作为预约合同的例子，并不能帮助理解预约合同概念，也有损立法的权威性。笔者仅以学界讨论最多的“意向书”为例进行说明。一般认为意向书指当事人双方在正式签订合同或者其他协议之前，就各自的初步意愿形成的书面文件。只要是双方当事人正式合同订立之前达成的合意且形成了书面文件，甚至不要求双方达成了合意，都可以称为意向书。也就是说，意向书不仅包括了《草案》所指的预约合同，也包括其他一些更为广义的洽谈意见。事

<sup>①</sup> 参见《最高人民法院（2013）民提字第 123 号民事判决书》。

<sup>②</sup> 参见《陕西省高级人民法院（2015）陕民一终字第 00225 号民事判决书》。

<sup>③</sup> 参见《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》第 5 条。

实上,我国学者在讨论预约和意向书的关系时,存在多种不同意见。例如,有的认为预约属于意向书的一种,<sup>①</sup>而有的则认为意向书是预约的一种。<sup>②</sup>另有学者主张意向书和预约在性质上存在显著区别,属于不同的法律概念。<sup>③</sup>这些文献资料能够让我们清晰地看到,意向书并不当然地被认为是一种预约形式,因而不适合作为示例解释预约合同的概念。

其二,列举“认购书”等概念可能会影响法官对预约的判断,将某些有“认购书”之名而非预约的协议判定为预约合同。心理学上有一种现象叫作锚定效应,是指人在对某一事物做出判断时,容易受第一印象或者第一信息的支配。<sup>④</sup>这一理论很好地揭示了人在做判断时的心理过程和最终的判断倾向。根据这一理论,如果立法采取列举说明的方式定义预约合同,那么,法律共同体中就会在潜意识里产生这样的认知:名为“认购书”的文本是预约协议。尽管这一潜意识的认知会被推翻,正如根据合同的内容来判断合同的类型,但必须承认,这种潜在观念必然会影响法官的判断。<sup>⑤</sup>如果一份协议被当事人命名为“认购书”,其内容又让法官难以断定该协议是否构成预约,此时法官就有可能依据法律的规定,根据文件的名而不是实,来判断协议的性质,认为名为“认购书”的就是预约。当然,笔者并不认为列举“认购书”等就一定让法官的判断出现偏差,但不可否认的是,人的认知方式是一种生物本能,在协议性质难以判定时,法官必然会遵从这种认知模式。如此一来,立法上的列举式定义就可能对司法产生误导,造成判断失误。

#### (四) 小结

无论是司法实践还是学术讨论,预约的区分判断一直是个难题,且不可避免、无法绕过,笔者主张以明晰预约合同的特征作为区分预约的方式,即如果协议包含当事人的合意、具有明确性、包含将来订立本约的意思就可以认定是预约。当然,确定的过程也有赖于法官的法律功底,需要从纷繁复杂的内容中准确地解释当事人的意思。同时,在立法技术上,列举式的说明并不能帮助厘清预约合同的概念,相反会增加辨识的难度,不宜表现在法律条文里。

## 二、预约合同的效力

### (一) 对预约合同效力学说的分析

无论是《买卖合同司法解释》还是《草案》,都没有明确预约合同会产生怎样的法律效果,但在研究预约合同时几乎都绕不过这一问题。关于预约合同的效力,大致有如下三种观点:第一,磋商说,认为预约产生当事人必须进一步磋商的效力;<sup>⑥</sup>第二,缔约说,认为预约合同产生必须订立本约的效力;<sup>⑦</sup>第三,内容区分说,认为根据本约内容的齐备性不同,区别预约的效力,如果预约的内容模糊则当事人只需要继续磋商即可,如果预约的内容已经相当完备则必须订立本约。<sup>⑧</sup>

笔者认为,预约合同应当在当事人之间产生拘束力,产生订立本约的效力。无论是磋商说还是

① 参见许德风:《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50页。

③ 参见王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定评述》,《法商研究》2014年第1期,第56~58页。

④ 参见刘金平、刘建勋:《反向思考和类比思考对锚定效应的影响》,《心理与行为研究》2018年第3期,第289~290页。

⑤ 最高人民法院的法官撰文指出,文件的标题会是法官判断协议类型的一个依据。参见郭魏:《意向书的法律性质和效力》,《人民司法·案例》2015年第22期,第31页。

⑥ 参见《新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)新民三终字第00060号民事判决书》。

⑦ 参见王泽鉴:《债法原理(第二版)》,北京大学出版社2013年版,第170页。

⑧ 李开国、张铎:《论预约的效力及其违约责任》,《河南省政法管理干部学院学报》2011年第4期,第110~111页。

内容区分说，都不能合理地解释预约合同的效力，以下作简要分析：

### 1. 关于磋商说

磋商说认为预约合同只能产生协商义务，如果当事人已经诚实、善良地就交易事项进行了协商，就实现了预约合同的目的。有法院在判决中就指出，“预约合同签订后，双方负有诚信磋商的义务，最终合同的签订，需要经过双方当事人反复的磋商。对于经双方诚信、善意磋商后仍未达成最终合同的签订，则不能归责于任何一方当事人”。<sup>①</sup>

磋商说的理由在于以下几点：第一，预约合同的标的是当事人为将来订立本约合同而进行磋商，其主要目的就在于为当事人设立按照公平、诚信原则进行磋商以达成本约的义务。<sup>②</sup> 第二，预约合同的内容还不完善，有待当事人协商确定，当事人在预约合同中保留了将来洽谈的权利。<sup>③</sup> 第三，在磋商说理论下也可以很好的保护当事人利益，因为如果一方当事人不诚实磋商，另一方可依据缔约过失责任要求赔偿，不会使磋商义务流于形式。<sup>④</sup> 以上理由尽管有保护当事人合同自由的深刻意义，但却并不足以让人信服。

磋商说认为预约的目的在于进一步磋商，此种观点有待商榷。在讨论预约的目的之前，首先应当界定预约目的的具体含义：是一宗交易里当事人订立预约的目的，还是成文化的预约制度的目的？如果是指某一份预约合同的目的，那么就应当探求交易者订立预约的意图。而笔者并不认为，某一份预约的目的就是磋商而不是订约。如果磋商说认为预约目的是指作为法律制度的预约规则的目的，那么依据文义解释和目的解释，预约是为将来订立本约而设的，其目的至少更偏向于未来缔约而非未来磋商。

即便是赞同磋商说的观点，认为诚实磋商即履行了预约合同义务，但如何判断已经合理地履行了合同义务则成为一个难题。磋商说主张的是一种“诚实善良”的磋商，重在磋商过程中双方当事人的诚意，<sup>⑤</sup> 那么如何界定“诚实善良”？初看之下，主张诚信磋商贯彻了民法诚实信用原则，切实发挥了民法原则在指引人们行为方面的价值功能。但无法忽视的是，诚实信用原则具有无比的抽象性，适用时必须经过解释而具体化。尽管已经有人尝试运用类型化等方法让法律原则在适用中客观化，但依然无法完全祛除法律原则的主观性与不确定性，事实上法院往往很难判定当事人是否就预约合同进行了充分的磋商。<sup>⑥</sup> 试图通过履约过程中的磋商是否达到了“诚实善良”的要求来确定预约合同是否得到了全面履行，毫无疑问会让判断过程变得非常主观，最终让所谓的义务履行变得无法琢磨。

### 2. 关于内容区分说

新近的文献在讨论预约问题时多采内容区分说，即所谓的“二元论”。<sup>⑦</sup> 该观点认为应当根据内容的确定程度来区分预约的效力：如果预约合同的内容具体确定，则此类预约产生订立本约的效果；反之，如果预约合同的内容较为模糊，则只产生磋商的义务。在区分论体系下，有学者对实践中的案例做了整理，进一步将预约区分为简单预约、典型预约和完整预约，试图勾勒出一条从意向书到预约再到本

① 参见《新疆维吾尔自治区高级人民法院（2015）新民三终字第00060号民事判决书》。

② 王平：《商品房买卖预约合同解除后的定金处理》，《人民司法·案例》2008年第18期，第75~77页。

③ 王平：《商品房买卖预约合同解除后的定金处理》，《人民司法·案例》2008年第18期，第75~77页。

④ 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。

⑤ 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157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44页。

⑦ 参见黄淑丹：《论预约的违约损害赔偿范围——以预约效力的弹性化认定为中心》，《研究生法学》2015年第1期，第130页。

约,不同类型约定的效力渐变曲线。<sup>①</sup> 尽管区分论注意到了不同类型约定之间当事人合意的差别,在一定程度上兼顾了磋商效力与缔约效力,但笔者认为这一理论至少有以下几点值得进一步思考:

第一,如何对非买卖类预约合同进行内容区分?主张内容区分说的学者基本都是以买卖合同为原型展开的,认为预约中包含了必要条款则为内容具体,此时必须订立本约。<sup>②</sup> 根据司法实践的观点,买卖合同的必要条款包括当事人、标的物 and 数量。<sup>③</sup> 也就是说,只要预约合同对这三项内容作了约定,就可以认为当事人应当订立本约。问题在于,上述三项是买卖合同成立的基本要素,并不能适用于其他类型的合同。尽管《合同法》是以买卖合同为原型设计的,实践中买卖类的预约纠纷也的确占了很大部分,但这并不能否认其他类型交易也会存在预约,例如租赁合同、技术转让合同等。这些合同的必要条款是什么,并没有达成共识,甚至很少有人研究。当然,有人会说,其他类型的预约合同可以参照买卖合同进行适用。这的确是一个思路,但基于各种合同之间的巨大差异,参照适用并不可采。譬如,对于技术转让合同来说,似乎类似于买卖合同,但技术转让的期限、各方的权限等都是无法类比于买卖合同的,而这些问题是当事人的考虑焦点,甚至是决定当事人是否愿意进行交易。

第二,不具备必要条款是否就不能产生缔约效力?区分说认为是否包含必要条款的内容成为了预约合同效力的楚河汉界,不包含必要条款的只能产生磋商义务,一方当事人不能据此要求对方签订本约。但笔者不禁要问,不包含必要条款是否真的就不能产生缔约效力?或者说,包含了必要条款是否就一定产生缔约效力?按照《民法总则》第142条关于意思表示的解释规则,有相对人的意思表示应当探寻行为的性质和目的,其中的部分条款只能做为解释的工具,服务于探求真实意思。准此,对于当事人之间合同的解释应当遵循一种目的导向,把握当事人签订合约的核心意图。在预约合同中,尤其应当注重目的解释规则的运用,笔者认为体现当事人意图恰恰是所谓的非必要条款,譬如“三日后签订本约”、“后续再具体商议”等表述。这一类的约定可以清晰地看到当事人签订协议的意图,如果当事人已经明确了签订协议的目的在于进一步签订本约,那么,没有所谓的必要条款又有何妨?标的物、数量、价款等尽管可以固定当下的合意,便利后续合同的签订,但其作用更多在于辅助理解当事人的合意,而不能认为包含必要条款就产生缔约效果,不包含则只能要求磋商。因此,区分说实际上有些过于倚重买卖合同模型,而忽视了预约与(买卖类)本约之间的区别。

## (二) 缔结本约效力

以上对磋商说和内容区分说进行了分析,笔者认为这两种学说之所以不能很好地解决预约合同的效力问题,是因为过分强调从学理上对预约合同的效力进行分析,脱离了实践。故而以下对预约履约标准的分析将着眼于交易实际,以论证本文所支持的观点,即预约产生缔结本约的效力。第一,对实践中预约合同文本的解释。根据解释规则,对于当事人之间协议的解释应当遵从原意,依据文本使用的词句来确定当事人的意思。因而,在考虑预约合同产生何种效力时,应首先考虑当事人自己的意思。而通过对现实交易的观察,不难发现,交易双方当事人订立预约的意图在于后续订立本约。例如,当事人约定“详细租赁合同,待双方交钥匙前正式签订”,<sup>④</sup> 或者“具体条款在签订网上备案合同时一方必须与‘巴中太平洋商业管理公司’一并签订《房屋经营管理协议》”等。<sup>⑤</sup> 在这些

<sup>①</sup> 参见刘承晔:《预约合同层次论》,《法学论坛》2013年第6期,第33~39页。

<sup>②</sup> 参见王建东、杨国锋:《预约合同的效力及判定——以商品房买卖合同为例》,《浙江学刊》2011年第1期,第149~153页。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院《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。

<sup>④</sup> 参见《山东省菏泽市中级人民法院(2018)鲁17民终1630号民事判决书》。

<sup>⑤</sup> 参见《四川省巴中市中级人民法院(2018)川19民终522号民事判决书》。

具体案例中，无一例外可以解释出当事人未来订立本约的意思。有学者认为当事人之间的合同就是他们的法律，在发生争议时应适用合同的约定。<sup>①</sup>因此，在预约合同中明确约定订立本约时，只能认为当事人应当订立本约，即预约的效力在于缔结本约。第二，对预约纠纷原因的观察。通过对预约类案件的检索，可以发现，此类案件的诉讼请求多种多样，表现为请求返还定金、请求履行合同义务、请求损害赔偿等，但这些案件中，无一例外都没有订立本约。不难看出发生预约争议的原因就在于没有订立本约合同，这也就佐证了预约的履约标准是本约的订立，而非其他。磋商说认为进行了磋商即履行了预约义务，但实践中发生的预约纠纷几乎都经过了协商，但当事人依旧起诉到法院。例如，在“中冶建工集团有限公司”一案<sup>②</sup>中，双方当事人进行了大量的沟通，包括口头协商，多次寄送《回函》《解决方案函》等，但因为最终没有订立本约，当事人仍然认为预约合同未完全履行。如果认同法理学理论来源于生活，那么就不应当忽视只有在没有订立本约情况下才会产生预约纠纷的现实。

此外，从程序法的角度来考虑，以当事人是否订立本约为预约合同的履约标准在操作上更具可行性。只要当事人没有订立本约，或者订立本约与预约内容不符（除当事人协商一致变更外），即可认为预约未履行。这一判断标准较之磋商说的理论更为直观，可以适用于裁判实践。

### （三）小结

磋商说和内容区分说在解释预约效力上皆有所缺陷，且在适用上有其无法解决的问题。反之，以缔约作为预约合同的效力标准契合民法意思自治的理念，可以很好地解释当事人订立预约的目的，能够解释现实问题，同时在操作上也具有可行性。

## 三、预约合同的违约责任

在违反预约的责任方面，《买卖合同司法解释》第2条规定守约方可以“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”，《草案》作了细微调整，第287条第2款规定违反预约合同需要承担违约责任。但具体责任承担方式却没有阐明，特别是违反预约是否可以强制履行、违反预约的赔偿计算等问题，学界一直存有争议，以下作简要讨论。

### （一）定金责任

定金具有多种作用，如证明、担保等，在预约实践中被广泛运用，有学者认为，判断是否构成预约的一个因素就是是否交付定金。<sup>③</sup>《买卖合同司法解释》和《草案》没有明确规定预约合同可以适用定金罚则，但并不意味着排除定金责任的适用。第一，既然在预约构成独立合同这一问题上达成了共识，那么预约合同就应当适用合同的一般规则，适用《合同法》总则中的违约责任的规定。这样，《合同法》中有关定金的规定也就理所应当适用于预约合同。第二，《买卖合同司法解释》虽然没有明确规定可以适用定金规则，但亦未明确排除定金规则的适用。相反，所谓“请求其承担预约合同违约责任”应当作通常理解，自然包括所有的责任形式，定金规则不应被排除。第三，从司法实践来看，无论是《合同法司法解释》出台之前还是出台以后，法院在预约合同纠纷中，一直都没有排除适用定金责任。因此，定金规则适用于预约合同不应有疑虑。

### （二）强制履行

强制履行包括直接强制、代替履行以及间接强制。其中代替履行是指由债权人或者第三人履行

<sup>①</sup> 参见徐涤宇：《合同效力正当性的解释模式及其重建》，《法商研究》2005年第3期，第43~51页。

<sup>②</sup> 参见《最高人民法院（2017）最高法民终875号民事判决书》。

<sup>③</sup> 参见王利明：《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定评述》，《法商研究》2014年第1期，第57页。

后，债务人支付费用；间接强制是指以判处支付一定金钱或者其他不利益给债务人造成心理压力，迫使债务人履行。<sup>①</sup> 预约的履行义务是与对方签订本约合同，具有极强的人身限定性，因而不可能适用替代履行，而间接强制则更类似于损害赔偿，故而预约的强制履行只能是直接强制。学界在讨论预约合同的实际履行或者强制履行时，所指的就是直接强制，即强制要求订立本约。这个问题争议不断，司法解释碍于问题的复杂性，选择了回避。笔者认为，预约合同有其特殊性，并不能要求实际履行，不能以判决的形式要求当事人签订本约合同。

第一，强制履行违反了合同自由原则。预约合同是否可以要求实际履行，在于合同自由与契约严守理念的取舍。合同自由原则允许当事人自己选择是否订立本约，而不受强制；契约严守规则则要求预约合同必须得到履行，即必须签订本约。在预约通往本约的过程中还有很多不确定，这些不确定包含当事人的利益，需要当事人考虑、协商、取舍，最终能否达成一致是当事人决断的结果，体现了当事人的合同自由。如果认为法院可以判决当事人必须订立本约，至少会在两个方面践踏当事人的自由意志，其一是当事人选择订约的自由，其二是当事人决定合同内容的自由。《合同法》第110条也规定，当债务的标的不适于强制履行时，不得要求继续履行。预约合同的标的是当事人的签约行为，具有高度的人身属性，与当事人的自由意志决定直接挂钩。如果迫使其签订本约，则与现代社会尊重人格、保护自由的基本价值相违背。

第二，强制履行并不具有可行性。强制订约一方面是在理论上违反当事人自由意志，违背了民法的合同自由原则，另一方面在操作上也困难重重。当事人订立预约和本约的目的都在于完成交易，如果一方不愿意继续此次交易，那么合同所要求的合意从何而来？有学者主张采取德国的缔约模式，在法院的主导下逐步商量出合同的条款，完成本约。<sup>②</sup> 但这样一种德国模式依然需要依靠预约双方当事人，因为只要一方不配合、不同意对方或者法院提出的交易条件，就无法达成协议。如果考虑到在庭审之前，当事人已经经过了长时间的协商，就可以发现这种德国的订约模式并不可行。

第三，强制履行会混淆预约与本约。学界在讨论预约问题时，至少在预约不同于本约这一点上是有共识的。但是，如果允许预约合同强制履行，那么在一定程度上就抹去了预约与本约之间的界线。因为一方可以请求法院判决另一方强制订立本约，只要是存在预约，就可以产生本约；如果一方不同意订立本约，对方可以诉请法院强制订立。在强制履行理论下，基本可以在预约与本约之间划等号，虽然需要借助于法院的判决，但并不影响其实质。

当然，实践中也有判决认为，开发商已经将标的房屋另卖他人时，基于事实上履行不能，导致本约合同不能强制订立。<sup>③</sup> 这种观点虽然也否认了预约合同的强制执行，但在分析路径上却混淆了本约与预约。交付房屋是本约合同下的义务，开发商将房屋另卖他人并办理过户登记，导致本约合同无法履行。但预约合同下当事人的义务是协商订立本约，并不产生交付房屋的义务。理论上，无法交付标的物并不是合同不成立或者无效的事由，即便是争议房屋已经卖给了第三人，导致开发商无法履行交付义务，当事人依然可以签订买卖合同。因此，判决中认为标的物无法交付而导致本约合同无法强制签订的观点，混淆了本约义务与预约义务，并不可采。

### （三）损害赔偿

预约合同制度下，颇有争议的一个问题是违反预约应当如何进行赔偿。基于其性质上的特殊性，

<sup>①</sup> 韩世远：《合同法总论（第三版）》，法律出版社2011年版，第602页。

<sup>②</sup> 参见许德风：《意向书的法律效力问题》，《法学》2007年第10期，第88页。

<sup>③</sup> 参见《福建省高级人民法院（2015）闽民申字第533号民事裁定书》。

违反预约所造成的损失必然是不同于缔约过失责任和本约的违约责任，但赔偿究竟应如何确定，目前未有定论。有学者主张预约合同造成的损失就是信赖利益，包括为订立本约而进行的准备，以及因放弃与第三人订约而造成的损失。<sup>①</sup>另有学者主张应当按照完全赔偿的原则进行赔偿，<sup>②</sup>包括直接损失和间接损失，其中直接损失是指财产上的直接减少，间接损失指的是失去的可以预期取得的利益。<sup>③</sup>笔者认为，既然是对预约合同的违反，那么，在损害赔偿上就应当适用《合同法》第113条第1款的规定，赔偿违约造成的损失。

第一，非违约方的直接财产损失自不待言，包括为订立合同支出的各项费用，如调查费用、咨询费用、交通费用等。需要指出的是，尽管在交易磋商过程中插入了预约合同，但依然可以将预约前后的协商过程看作是一个整体，是为订立本约而协商的两个部分。因此，此处所说的为订立合同支出的费用，不仅包括为订立预约合同而支付的费用，也包括在预约合同订立后，为订立本约合同支付的各项费用。

第二，违反预约合同是否应当赔偿可得利益的损失，如何确定可得利益损失，都还存有疑问。违反预约合同所造成的可得利益损失是确实存在的，可以等同于丧失与第三人订立合同的机会。例如，在商品房买卖中，如果签署了预约合同，买方可以合理期待后续与该开发商完成买卖，拿到房屋，也就不会再另外寻找其他开发商。如果预约合同的开发商毁约，不与买房者签订商品房买卖合同，买方只能再去别家买房，而房价波动使得买方不可能再以订立预约时候的价格去其他地方买房。无论是房价上涨，抑或是房价下跌，不订立本约都会造成预约一方当事人遭受损失，预约所确定的价格与现时的房价之差，就是当事人的可得利益损失。但需要讨论的是，是否房价波动导致一方不愿意订立本约，就应当赔偿对方全部价格差。笔者认为，如果房价波动不大，如百分之三十，由违约方赔偿对方全部价差是可以的。但如果价格波动太大，那么要求违约方赔偿全部价差就不甚合理了。因为，民法一向强调公平，过大的价格波动是当事人在订立预约时无法预料到的，坚持以预约确定的价格来订立本约，会使一方遭受巨大损失，违反了公平原则，此其一；如果要求不订立预约的一方承担全部价差，以填平对方的损失，那么预约合同的违约方根本就不会选择违约，因为守约和违约造成的结果是一样的，这样的规则设计是违反生活常识的，此其二；如果价格波动过大，一方当事人大可引用情势变更规则要求法院对预约合同进行调整，如此一来，也不用赔偿全部价差，此其三。因而，可行的办法是在合同当事人之间进行利益分配，由双方共同分摊价格波动造成的损失。而事实上，已经有裁判采取了这一思路，例如在赖永妍一案中，虽然当事人在预约合同中约定了房屋价格，但后来房屋价格波动巨大，且双方有意继续完成房屋买卖，故法院对价格进行了调整，由双方分摊房价上涨的部分，以体现公平正义。<sup>④</sup>

当然，如果当事人已经在预约合同中对违约金做了安排，法院自然应当尊重当事人的约定，但同时应当适用法律关于违约金的调整规则，根据当事人的请求和实际损失进行相应的调整，以实现公平正义。

#### （四）其他

上文讨论了几种主要的责任承担方式，鉴于《草案》第287条第2款删除了《买卖合同司法解释

① 李开国、张锐：《论预约的效力及违约责任》，《河南省政法干部学院学报》2011年第4期，第113~114页。

② 王利明：《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定评述》，《法商研究》2014年第1期，第61页。

③ 石晓莉、毛建军：《预约合同制度探究》，《四川师范大学学报（社会科学版）》2006年第4期，第28页。

④ 参见《山东省高级人民法院（2014）鲁民提字第45号民事判决书》。

释》第2条中关于当事人可以“要求解除预约合同并主张损害赔偿”的规定，因而有必要进一步讨论预约合同是否适用合同解除的规则。

就预约协议而言，无论是《买卖合同司法解释》还是《草案》的规定，都认为其在性质上属于一般意义上的合同。从体系的角度来看，预约既然属于合同，那么，在法律适用上当然可以适用合同解除的规则。当事人可以直接在预约合同中约定解除条件，也可以在事后协商一致解除预约合同，也可以适用合同法关于法定解除的相关规定。同时，由于预约合同不宜请求强制履行，只能寻求金钱赔偿，因而解除合同也就成了获得赔偿的前置条件，如果不允许解除预约合同，则难以要求违约方承担责任。因此，《草案》虽然删除了司法解释中关于预约合同解除的规定，但并不意味着就排除了预约合同解除的可能性，笔者认为预约合同依然可以适用合同解除的相关规则。

#### 四、结语

预约是经济发展的产物，突破了要约、承诺的合同订立模式，也带来了纠纷和审判难题。本次民法典编纂试图对预约制度作出明确规定，但目前看来，《草案》的规定仍不甚理想，尚有完善的必要。理论研究和实务部门对预约问题已经有了较多讨论，积累了相当的经验，在后续民法典编纂过程中，立法者有必要对中国经验做一定的总结，在民法典中对预约合同制度做合理的设计。

本文作者：叶雄彪是对外经济贸易大学法学院2018级博士研究生；梅夏英是对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师  
责任编辑：龚赛红

### A Study on Pre-Contracts

*Ye Xiongbiao Mei Xiaoying*

**Abstract:** Pre-contracts are different and highly independent from final contracts. The judge about them should be made according to their characteristics, which are consensus, clarity, and expressiveness of the intention of concluding final contracts in the future. In terms of their effectiveness, both consultation theory and distinction theory have certain defects, and they are not in line with judicial experience. The viewpoint that a pre-contract produces the effect of concluding the final contract is more reasonable. After the conclusion of a pre-contract, one party is liable for breaching it when he refuses to sign the final contract according to it. If the parties have an agreement on a deposit or a liquidated damage in the pre-contract, it should be followed, but the court may adjust it appropriately. If the parties have not made such an agreement, the party in breach shall bear the liability for damages. However, pre-contracts should not be enforced.

**Keywords:** pre-contract; final contract; effect; liability for breach of contract

勘误：因排版公司疏忽，本刊第3期  
页眉英文5月错排成Mar.和Jan.，应为  
May，特订正并致歉！