

# 预约合同的违约救济

厉涓 班娟

长春工业大学,吉林省长春市,130012;

**摘要:**随着经济的迅速发展,市场交易主体更加追求交易的效率与质量,预约合同随之广泛应用。但是在其广泛应用的同时,诸多法律问题也不断涌现。特别是关于预约合同违约后的责任承担问题是目前司法实践中所面临的难题。对此,为更好地解决预约合同纠纷从而保障商事交易安全,首先需要明晰预约合同的定义、厘清预约与本约的区别,对违反预约合同的救济方式不应当包含继续履行的适用。另在计算违约损害赔偿时,应由法官在信赖利益与本约的履行利益之间根据预约合同的成熟度综合考量。然而,在判断合同是否成熟时,应综合考虑其内容是否完整、以及缔约本约的条件是否成熟等因素。

**关键词:**预约合同;效力认定;违约责任

**DOI:** 10.69979/3029-2700.26.02.073

## 1 预约合同的认定

### 1.1 预约合同的认定

尽管我国的法律制度并未明确规定预约的具体含义,但学术界普遍认为,预约是指为在将来某一特定时间段内签订某种契约的预备性合同。尽管《民法典》明确了“认购书”“订购书”“意向书”等契约类型是预约合同的表现形式之一,但在实际操作中,许多名为“认购书”“订购书”“意向书”等等的协议并未具备预约合同的法律效力。因此,在审查认定预约合同时,我们不仅要注重其名称,更应当深入探究其中的核心要素,即合同中是否包含了未来一段时期内订立本约的意思表示。这是预约合同区别于其他本约合同的本质特征。现实商事交易中当事人会为订立某种合同达成各种初步协议,如备忘录,认购书、订购书等等名字各异,但如果缺乏此种内容的约定,可直接认定该协议与预约合同无关,这已成为最高人民法院的一种裁判共识<sup>[1]</sup>。

### 1.2 预约与本约的区别

预约合同的独立性很早之前就已经被学界普遍承认,但是对于“预约”与“本约”合同的区分问题,司法实践中很多法院往往会将二者混淆。这主要因为在司法实践中,许多预约合同在确定将来订立本约的同时还包含了大量本约合同必须遵守的条款,从而使得预约和本约的界限变得模糊不清。因此,明确区别预约与本约的关系对于预约合同的认定以及违约责任的确定具有非常重要的意义。

因此,在预约和本约的区分标准上,更应注重其实质要件考察。首先,考虑预约合同中是否存在合意内容,这主要体现在如下方面:第一,双方是否有约定在将来一定期限内订立本约合同的意思表示。第二双方是否有为担保在将来一定期限内订立本约合同而交纳一定的数额的定金或预购款。其次,考虑合同的主要条款的完整性,预约合同条款要求较为宽松,只需能够确定在将来一定期限内所要订立合同的主体、标的等内容即可。至于数量等条款可以作为合同的非主要条款即可。最后,还应从预约合同的法律效力角度来看,预约合同虽然也会对当事人产生法律约束力,但它通常只要求双方当事人承担未来积极协商的责任。

综上可见,判断一份合同属于预约还是本约,仅仅根据协议名称确定是不够的,其关键在于该协议内容是否具备将来一定期限内缔约的合意以及预约合同的主要条款<sup>[2]</sup>。

## 2 预约合同的效力

目前学界对于预约的概念、性质观点一致,但是关于预约合同的效力问题仍争议较大,而明确预约合同的法律效力是我们后续论述其违约责任的前提,关于合同效力的问题现阶段主要存在以下观点:一、必须磋商说,该说认为只要双方当事人对缔结本约进行了积极磋商就履行了预约合同所确定的义务<sup>[3]</sup>。二、应当缔约说,该说认为双方当事人仅就未来缔结本约合同进行积极磋商是远远不够的,此外还应当履行缔结本约合同的义务<sup>[4]</sup>。三、视为本约说,该说认为预约合同具备本约合

同之三要素（当事人、数量、质量）就应当视为本约。四、内容决定说，该说认为应当根据合同内容的完备程度判断预约合同的效力，若预约合同中具备本约合同的主要条款，表明其完备程度较高则产生应当缔约的效力，反之表明其完备程度较低只能产生磋商的效力<sup>[5]</sup>。

笔者认为，视为本约说实质上否定了预约合同自身的独立性。内容决定说是通过合同内容的完备程度来判断预约合同的法律效力，这就需要法官在司法审判中结合个案情况具体分析从而进行自由裁量，由于每个人内心的标准不一，故而导致相同案件不同法官的裁判结果可能有所不同。因此对于上述两种观点各有弊端，笔者认为均应不予以采纳。

另笔者通过查找近几年《最高人民法院公报》《人民法院案例选》以及中国裁判文书网等官网公布的关于预约纠纷的典型案例，发现这些案例对于必须磋商说和应当缔约说的裁判观点也存在较大分歧。

有的法院支持必须磋商说，例如：在仲崇清案中1和成都迅捷案中2，法官裁判认为预约合同生效后，一方当事人未履行意向协议书中规定的磋商义务那么即构成违约。而有的法院则支持应当缔约说，例如：在张励案中3，在开发商尚未取得预售许可证的情况下，双方当事人为了固定交易机会，在对屋子房的面积、位置和价格等达成一致意见后双方签订商品房预购单。双方当事人对于该协议属于预约合同这一性质并不存在异议，只是对于是否应当强制履行签订《商品房买卖合同》这一问题存在不同意见，最终法院判决，预约合同对双方当事人产生拘束力，即便订立合同时开发商因为客观障碍未取得预售许可，但双方认可预约合同的效力并表明强烈的购房意愿，因此法院判决非违约方可以请求违约方履行签订本约的义务或者进行一定的损失赔偿。

通过上述案例，笔者认为后述两种观点各有优点，不过仍要根据个案具体结合进行判断选择适用更显合理。首先，对于合同内容高度明确具体的应遵从“强制缔约说”。这类合同往往各项条款清楚、双方未来缔约意愿强烈，仅因客观条件尚未成熟先签订了预约合同。此时，如果一方当事人拒绝缔约，作为合同的非违约方当然可以根据合同约定要求违约的一方承担履行责任。其次，对于合同内容过于笼统宽泛的应当遵循“必须磋商说”，其他合同条款内容仍须双方当事人自主协商达成合意，法律不宜对此过多干涉甚至强制性的规定，否则将剥夺当事人的自主决策权<sup>[6]</sup>。

### 3 预约合同的违约责任

虽然《合同编司法解释》明确规定违反预约合同应当承担违约责任，但是预约合同作为一种特殊的独立合同，其具体的违约责任承担方式，能否应该遵循《民法典》关于违约责任的一般规定，特别是能否适用“继续履行”的责任承担形式以及“损害赔偿”中关于“损害赔偿范围”应当如何计算的问题，目前仍处于较为混乱的状态。

#### 3.1 继续履行

关于预约合同能否继续履行，目前学界争议较大。有部分学者认为，由预约合同产生的缔约义务，属于一种非金钱债务。其合同履行标的为订立本约的行为，在法律无特别规定的情况下，该种债务应属于《民法典》第580条规定的“债务的标的不适于强制执行的”债务<sup>[2]</sup>。若法院强制当事人缔结本约合同，将严重侵害当事人的意思自治。也有部分学者认为，继续履行作为承担违约责任的一种，其主要依靠法院强制双方当事人订立本约来实现，相比于“赔偿损失”和“采取补救措施”等方式更能保障守约方的权利，以最大化促进交易实现订立合同目的<sup>[7]</sup>。

对此，笔者更赞同前者观点，理由如下：首先，从当事人角度而言，双方可能因为资金不足或审批手续暂时未通过等客观原因不能，又或因双方未能就合同某些实质性内容达成一致合意时，选择以先订立预约的形式来确定将来订立本约的机会。如果法律对于违反合同的违约行为直接强制继续履行，该行为无异于强制缔约将严重损害当事人的意思自治。其次，从法院执行角度而言，预约合同的履行义务系订立本约的行为，如果法院判决双方强制履行缔约义务，由于我国现行法律规定法院的基本职权是审理案件而非代替当事人作出意思表示，因此如果支持强制履行将会严重违背我国现行法律制度以及进入执行阶段将会面临无法可依的窘境<sup>[3]</sup>。最后，从立法角度而言，如果支持对预约违约行为采取强制履行这一责任承担方式，将会在一定程度上损害预约合同制度的独立性，当事人丧失订立本约的最终决策权。

#### 3.2 损害赔偿

对于预约合同违约责任的赔偿范围，目前学界主要存在信赖利益说、履行利益说、机会利益说和内容决定说等不同观点<sup>[6]</sup>。

有学者认为违反预约合同实质上是一种缔约机会的丧失，不会造成额外的损失故其赔偿范围仅限于信赖利益即可。但也有学者认为对此持相反意见，认为预约合同虽然不能像本约合同那样赔偿可得利益，但是由于当事人对签订预约合同也付出了一定的时间、经济等成本，故该赔偿范围不能局限于期待利益，否则对于非违约方有失公平<sup>[2]</sup>。显然两种观点都有失偏颇，目前主流观点认为，违反预约的损失赔偿范围应介于订立本约的信赖利益与履行本约的可得利益之间，对于具体赔偿数额，应由法官结合具体案件情况自由裁量<sup>[2]</sup>。笔者更支持此种观点。

但对于预约合同违约损害赔偿数额计算缺少具体的标准和方法，司法实践中仍然难以统一适用，因此《合同编通则司法解释》第八条进行了如下规定：当事人在预约合同中有明确约定的，依照其约定；没有约定的，人民法院应当在本约合同的信赖利益与履行利益之间，根据预约合同内容的完备程度以及订立本约合同条件成熟度进行综合酌定<sup>[3]</sup>。

问题是，如何理解并判断预约合同的交易成熟度呢？一份合同从要约承诺到最终订立要经历一个长期的过程，而预约合同则是长期磋商过程中形成的阶段化产物，在这个过程中，我们应当按照如下标准进行判断：一是预约合同的内容的完备程度；二是订立本约合同的条件的成就程度<sup>[3]</sup>。对于合同内容的完备程度判断，如上文所述主要看其各项条款是否明确具体；对于订立本约合同的条件成就程度判断，主要看当事人为订立本约积极磋商所付出的成本以及客观条件的成熟度，例如上述案件开发商未来是否能取得预售许可的情况酌定判断，如果只是客观时间原因未取得那么赔偿范围应当更接近本约的履行利益，如果是因为开发商自身资质原因未来不一定可以取得许可证，那么赔偿范围应当接近于信赖利益。

#### 4 结语

预约合同是合同磋商过程渐趋复杂化发展的一种体现，在现实生活中被广泛应用，人们通过预约合同的

形式确定协商结果以固定交易机会，提高订立合同的可能性，具有非常重要的现实意义。现阶段《民法典合同编通则解释》就预约合同的适用及其违约责任承担进行了较为细致的补充规定，但由于预约合同作为一种独立的特殊合同，在司法适用中仍存在大量预约与本约认定不一，赔偿范围难以具体确定等，进而导致各个法院之间裁判不一，同案不同判的现象。为此，我们仍需在现行法法律法规的基础上不断探索，让预约合同发挥其自身价值，促进商事交易，保障当事人交易安全。

#### 参考文献

- [1] 朱广新. 预约合同及其违约责任[J]. 社会科学研究, 2024, (01): 19-29.
- [2] 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, (06): 28-45.
- [3] 吴光荣. 论预约合同的司法认定与违约救济——以《合同编通则解释》的相关规定为中心[J]. 法学评论, 2024, 42(02): 145-157.
- [4] 张华. 预约合同的违约救济[J]. 法律适用(司法案例), 2019, (02): 66-77.
- [5] 王静, 郭培红. 预约合同的认定及违约责任承担——《巩义市某能源公司定金合同纠纷案》[J]. 公民与法(审判版), 2025, (04): 36-41+58.
- [6] 陈峻阳. 论预约合同的违约责任[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2021(2): 35.
- [7] 叶昌富. 论强制实际履行合同中的价值判断与选择[J]. 现代法学, 2005(2).

#### 注释:

- 1 仲崇清诉上海市金轩大邱房地产开发有限公司合同纠纷案，参见《最高人民法院公报》2008年第4期。
- 2 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，参见最高人民法院(2013)民提字第90号。
- 3 俞张励诉徐州市同力房地产公司商品房预售合同纠纷案，参见《最高人民法院公报》2012年第11期。