

预约亦约:缔约协议的法解释论

韩世远

内容提要:我国预约法解释论的展开应借助比较法之考据,编织相应的义理之网。预约合同的成立要求约定订立合同的义务以及本约的可确定性。基于“交易成熟度”理论,预约所生缔约义务亦可强制履行,比较法常见的做法是以生效判决代替预约义务人的意思表示,实值我国立法或司法解释参考并相应改进。违反预约的赔偿请求权基础虽可有预约违约及本约缔约过失两种路径,但相应的选择权在请求权人,裁判者应尊重其选择。预约违约赔偿可从交易整体角度参考本约的信赖利益或履行利益,原则上由原告依证明的难易选择主张,裁判者应在原告选择基础上,参考交易成熟度酌定赔偿。越过预约成立本约属特别法,应严格掌握其适用要件,在交易存在重大隐存不合意场合,如双方未能补充合意,不宜认定本约成立。

关键词:预约合同 本约 缔约协议 缔约义务

韩世远,清华大学法学院教授。

合同的缔结一任当事人自由磋商,当事人甚至可以借助合同将缔约过程的中间共识固定化,使之具有拘束力而非纯粹的“绅士协定”。由此出现了为缔结合同而订立的合同,在广义上均可称为预约(或称之为“缔约协议”)。不过细分之下,其内部尚有不同类型,彼此间存在差异。《民法典》第495条吸收司法解释经验,并“明确将预约合同作为一项基本的民事制度予以规定,使其适用于各种交易活动”。^[1]《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》(下称“《合同编通则解释》”)第6条至第8条进一步围绕预约进行规定,丰富相关内涵及评价因素,格外引人注目。围绕预约,先不论当事人与第三人的外部关系,仅就当事人的内部关系而言尚存在如下疑问:首先,当事人可借助预约约定进行本约磋商的义务,属于债之关系范畴(磋商义务型);“预约合同的违约责任”的具体内涵是什么?可否更进一步指向继续履行缔约义务?违反预约的赔偿责任如何确定?其次,如何认识赋予优先缔约权型预约?《民法典》第495

[1] 黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第78页。

条能否涵盖选择权合同？这些问题均需推敲，以构造相应的解释论。

一 比较法考察

(一) 日本法

观察日本民法学说，以我妻荣先生为例，大抵在如下三个场合讨论预约：一是合同法总论；二是买卖；三是消费借贷。^[2] 从《日本民法典》的规定来看，第 556 条规定买卖一方的预约，此条规定在 2017 年《日本民法典》大改正时未作任何变动。另外，依《日本民法典》第 559 条，上述规定准用于买卖以外的有偿合同。再者，《日本民法典》原第 589 条规定消费借贷的预约与破产，相应的比较法有《德国民法典》第 610 条（如今已废止）和《瑞士债务法》第 316 条。2017 年日本民法大改正后，第 589 条变成了“利息”，原内容已然删除（当然，就消费借贷进行预约仍属可能，此时类推适用关于诺成的消费借贷的规定），内容方面取而代之的是新增第 587 条之 2（书面消费借贷等）的第 3 项。之所以如此，系由于典型合同的改正要点之一系“要物合同的诺成化”，消费借贷是要物合同（《日本民法典》第 587 条）。原本并无例外，改正后，虽然 587 条未改动，但第 587 条之 2 的第 2 款已使书面形式的消费借贷诺成化了，于此场合，纵未受取标的物，合同仍属成立。^[3]

在合同总论中，就将来希望时缔结某种内容的合同设定约束的合同，是为预约；预约的趣旨乃是使一方或双方当事人负担应就对方的本约要约予以承诺的债务（双方或双务、一方或单务，未予区分）。既已存在预约场合，以（本约为）有偿合同为限，使本约成立的意思表示一经作出，无须承诺，本约便成立。不过，特别约定须经承诺者，亦不禁止。^[4] 在买卖合同中，对于缔结本约的要约负有承诺义务的双务预约或单务预约（称为“务”型预约），在该场合对于不为承诺的对方须提起请求其承诺的诉讼并获得判决（《日本民法典》第 414 条第 2 项但书）；由于此属无用的绕道，于是便承认因完结的意思表示便使买卖成立、直接诉请本约之履行的双方预约或单方预约（称为“方”型预约）。当然，基于合同自由原则，并不禁止以承诺为必要的约定。不仅如此，在本约为要物合同或要式合同场合，不应视为“方”型预约。^[5] 在消费借贷中，消费借贷预约属于“务”型预约，就本约的缔结，除了合意外作为要物合同尚以标的物的交付为必要。另外，诺成消费借贷与消费借贷预约有所不同，标的物的交付成为合同成立后的效果，出借人负有交付债务。^[6] 就上述三个场合，日本学者分析指出，我妻荣先生尽管在合同总论部分尚未区分“务”型与“方”型预约，但及至买卖合同部分，在买卖或有偿合同部分作出了此种区分。^[7] 上述“务”型预约及“方”型预约，也有学者分别称为“义务型预约”和“完结型预约”。^[8]

[2] 我妻荣『債權各論』上卷（岩波書店，1954 年）51-52 頁參照。

[3] 中田裕康=大村敦志=道垣内弘人=沖野真己『講義債權法改正』（商事法務，2017 年）268, 281-282 頁。

[4] 我妻荣『債權各論』上卷（岩波書店，1954 年）51-52 頁參照。

[5] 我妻荣『債權各論』中卷一（岩波書店，1957 年）254-256 頁參照。

[6] 我妻荣『債權各論』中卷一（岩波書店，1957 年）363, 354-355 頁參照。

[7] 椿寿夫「予約研究序説」椿寿夫編『予約法の総合的研究』（日本評論社，2004 年）6 頁參照。

[8] 鎌田薫=潮見佳男=渡辺達徳編『債權 2』（田中洋）（日本評論社，2020 年）105 頁參照。

(二) 德国法

《德国民法典》并没有规定预约,故有论者甚至称《德国民法典》并不知预约为何物,但合同自由使之成为可能。^[9] 如此,预约在德国被认为是请求权基础,就所约定的本约之签订创设了权利及义务。通常债权人会起诉债务人对其所作要约予以承诺,就该要约债权人须在起诉书中完整地表述出来;债权人偶尔会诉求由债务人作出要约,或对与无权代理人所签本约予以追认。其执行亦较简单,依德国《民事诉讼法》第 894 条第 1 款第 1 句,以生效的给付判决(rechtskräftiges Leistungsurteil)替代所求意思表示的作出。^[10] 如此,意思表示的作出不是被强制,而是被拟制。第 894 条的效力是执行效力而非判决效力。因此,作出意思表示的诉讼依其法律性质属于给付之诉,而非形成之诉。^[11]

诉请订立与执行主合同的预约之诉,^[12]一旦获得作出内容确定、法律意义无疑问的意思表示的判决,便可依上述第 894 条拟制意思表示的作出。作为意思表示的义务原则上必须为判决所宣告,该判决须是无保留的。通常情况下,在判决获得形式上的既判力之时,意思表示才被视为已作出(拟制成就)。有既判力的判决替代债务人的意思表示,其效果如同债务人在既判力产生时以发生法律效力所必需的形式作出意思表示。如意思表示是要式的,则该表示随既判力的发生被视为以规定的形式作出。可被替代的只是由债务人作出的意思表示;意思表示是否已经到达,则根据一般规则确定。^[13]

(三) 法国法

1. 《法国民法典》2016 年以后的新规定

《法国民法典》原第 1589 条规定了买卖预约,第 1590 条规定买卖预约的定金。2016 年《法国民法典》修正后,在第三卷“取得财产的各种方法”第三编“债的渊源”第一分编“合同”第一节“合同的订立”中新增第三目,用两个条文(新第 1123 条和新第 1124 条)规定预备的合同(contrats préparatoires)或者前合同(avant-contrats),功能上相当于预约,但体系位置已提升至合同的一般规则,殊值关注。

2. 优先协议

《法国民法典》新第 1123 条规定“pacte de préférence”,英译“pre-emption agreements”,^[14]日译“优先条款”,^[15]罗结珍先生译作“优先缔约简约”。^[16]不过,“简约”

[9] Vgl. Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 11. Aufl. 2021, S. 792.

[10] Vgl. Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 11. Aufl. 2021, S. 793.

[11] 参见[德]弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯著:《德国强制执行法》(下册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,法律出版社 2020 年版,第 162 页。

[12] 参见[德]弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯著:《德国强制执行法》(下册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,法律出版社 2020 年版,第 163 页。

[13] 参见[德]弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯著:《德国强制执行法》(下册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,法律出版社 2020 年版,第 163-171 页。

[14] John Cartwright & Simon Whittaker (eds.), *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Hart Publishing 2017, p. 417.

[15] F. Ancel & B. Fauvarque-Cosson(齋藤哲志=中原太郎訳)『フランス新契約法』(有斐閣,2021年)254-256頁。

[16] 《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社 2023 年版,第 618 页。

(pactum)作为罗马法上的特定概念,有其特定含义,^[17]故应慎用。亦有论者译作“优先协议”、^[18]“优先性协议”,^[19]本文从此类译法,称“优先协议”。依该条第 1 款,“优先协议,是指一方当事人承诺,只要他决意订立合同,便首先向优先协议受益人提议该合同的合同。”^[20]据此,该受益人对于订立该合同享有优先缔约权,优先于其他人。优先协议常见于商事租赁,要求租赁不动产的所有权人,如决意出售,则向承租人提供优先缔约权。^[21]

依该第 1123 条第 2 款,“违反优先协议而与第三人订立合同的,该协议受益人可对其所受损失获得赔偿。该第三人知道存在该协议并且知道受益人有利用该协议意图的,受益人也可诉请合同无效,或请求法院使其在已经订立的合同中取代该第三人。”首先,就违反优先协议场合的损害赔偿的算定而言,由于诺约人负有优先对受益人提议合同的义务,在违反该义务场合下,通过损害赔偿,须使受益人处于如果诺约人提议合同缔结则受益人所会处于的状态,因而受益人可请求由合同所生期待利益的赔偿。对具有故意违反优先协议之过错的第三人,受益人亦得追究合同外责任。^[22]其次,第 2 款依该第三人善意或恶意之不同,区分两种情形,对于第三人恶意情形,得由受益人诉请合同无效或取代第三人。受益人选择取代第三人的,须接纳由该第三人既已合意的条款。^[23]该款是为解决实务上经常出现的问题而提供的解决方案,作为对违反优先协议的制裁,该款在对协议违反者课以责任外,还规定了受益人在违反协议缔结的合同中的代位权限。在因违反协议而缔结的合同中,受益人可得代位,这早在 2006 年的相关判决中便已得到承认。第 1123 条继续沿用了判例所要求的两个要件,即在合同缔结时第三人知道优先协议的存在,以及认识到受益人有援用该协议的意图。^[24]

依该第 1123 条第 3 款,“第三人可书面通知受益人,要求其在该第三人所确定的且须合理的期限内,确认优先协议的存在以及他是否准备利用该协议。”该款规定乃是意在保护第三人的新机制,而此前法院拒绝了知道优先协议的第三人调查受益人是否有意行使其优先权的请求。如今该新机制可降低第三人的不确定性以及违反优先协议的风险。^[25]该新机制其实就是赋予第三人以催告权。依该第 1123 条第 4 款,“该书面通知应写明,如优先协议受益人在该期限内未作答复,他便不再有权主张在该第三人所订合同中代位,或主张该合同无效。”该款规定也进一步明确了优先协议受益人是否明确答复的法律效果。

[17] 参见黄风编著:《罗马法词典》,法律出版社 2002 年版,第 194 页。

[18] 李世刚著:《法国新债法:债之渊源(准合同)》,人民日报出版社 2017 年版,第 134 页。

[19] 尹田著:《法国现代合同法》,法律出版社 1995 年版,第 56 页。

[20] 本文所涉《法国民法典》新增条文,均系作者在罗结珍先生译本基础上,依前述英译本及日译本重新翻译,特此说明。

[21] See Solène Rowan, *The New French Law of Contract*, Oxford University Press, 2022, p. 80.

[22] F. Ancel & B. Fauvarque-Cosson(齋藤哲志=中原太郎訳)『フランス新契約法』(有斐閣,2021 年)164-165 頁参照。

[23] See Solène Rowan, *The New French Law of Contract*, Oxford University Press, 2022, p. 80.

[24] F. Ancel & B. Fauvarque-Cosson(齋藤哲志=中原太郎訳)『フランス新契約法』(有斐閣,2021 年)164 頁参照。

[25] See Solène Rowan, *The New French Law of Contract*, Oxford University Press, 2022, p. 81.

3. 单方预约

《法国民法典》新第 1124 条规定“promesse unilatérale”，即“单方预约”^[26]（英译“unilateral promises”；日译“一方预约”）。依该条第 1 款，“单方预约是一项合同，一方当事人即诺约人同意给予另一方即受益人就订立某项合同进行选择的权利，而该合同的要素已经确定，其成立仅欠缺受益人的同意。”据此，受益人得选择依事先与诺约人同意的条款成立合同，例如购买不动产的单方预约，据此受益人有一项排他性权利，得于一段确定的期间内，依约定的条款购买财产。依该条第 2 款，“在允许受益人进行选择的期限内，对该预约的撤销，无碍于所预订合同的成立。”受益人得寻求特定履行，这确保了单方预约的有效性，并与法院一系列有争议的案例划分界线；在这类案件中受益人在预约撤销后作出了选择，法院拒绝判予特定履行而仅判予损害赔偿。这也招来批评，被认为是“引发争议的判决，毒害了法国合同法”。这种批评的根据是，基于单方预约是完整形成的合同，因而与其他被违反的合同一样，可得特定履行。依该条第 3 款，“违反单方预约而与第三人成立的合同，该第三人知道该预约存在的，无效。”对于受益人而言，其并无取代第三人地位的余地，这与恶意违反优先协议情形适成对照。这种差异被归因于地位取代对于单方预约并不必要，因为受益人有权进行选择，这与优先协议受益人完全不同，后者并无成立合同的权利，而仅有优先缔约权。^[27]

二 预约的成立

我国预约法规则大抵是先由裁判实务引导发展的，《最高人民法院公报》先后刊登过五则相关案例，^[28]均是为买卖房屋而使用预约合同，说明预约在我国的适用以房屋买卖场合最为常见。这五则案例中有两则案例最终由最高人民法院裁判。除房屋买卖合同外，在诸如股权转让等其他交易中也常见预约的应用。

预约亦约，其成立与否应依相关规范进行判断。相关规范包括《民法典》第 495 条第 1 款、《合同编通则解释》第 3 条、第 6 条等，当事人就其成立如另有约定，则自应依其特别约定。在一般法层面，预约的要件包括：一是约定订立合同的义务；二是本约的可确定性。为担保在将来一定期限内订立合同交付了定金，属于推定的预约，其成立要件亦不例外。

[26] 参见《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社 2023 年版，第 619 页。罗结珍先生在其译注中特别强调“单方预约”不称为“单方允诺”，因法国学者认为“单方允诺”是一个来自德国法的概念，法国有反对引进“单方允诺”概念的意见，认为法国法现有概念已足够表达相同的法现象。法国债法改革后的条文表述中仍没使用“单方允诺”，这一点殊值重视。

[27] See Solène Rowan, *The New French Law of Contract*, Oxford University Press, 2022, pp. 81-82.

[28] 戴某飞诉华某公司商品房订购协议定金纠纷案(2006 年第 8 期)、仲某清诉上海市金某房地产项目开发有限公司合同纠纷案(2008 年第 4 期)、俞某新与福建华某房地产有限公司、魏某瑞商品房买卖(预约)合同纠纷案(2011 年第 8 期)、张某与徐州市同某房地产有限公司商品房预售合同纠纷案(2012 年第 11 期)及成都讯某通讯连锁有限公司与四川蜀某实业有限责任公司、四川友某投资控股股份有限公司房屋买卖合同纠纷案(2015 年第 1 期)，相关内容可从“中华人民共和国最高人民法院公约”官网搜索获取，此处不再细述其详情。为表述方便，文中使用案件简称。

(一) 约定订立合同的义务

预约的成立可以采取要约、承诺方式或者其他方式(《民法典》第 471 条)。要约须符合“内容具体确定”和“受约束的意旨”两项条件(第 472 条),承诺是受要约人同意要约的意思表示(第 479 条),进而在因此形成的合意中,双方均有其受约束的意旨,自不待言。以“仲某清案”为例,意向金的收授本身即表明双方均有受约束的意旨。预约的法律效果在于订立本约的义务,这一点从第 495 条第 1 款已可显示,该条第 2 款更为直接,规定“预约合同约定的订立合同义务”。立法机关释义指出,预约最本质的内涵是约定在将来一定期限内订立合同。预约的标的为在将来一定期限内订立本约,当事人就此项标的达成合意,预约即成立。^[29]

预约场景中的缔约义务,与情事变更场景中的再协商义务有相似之处,即就其内涵不应泛泛而谈,而应依诚信原则,在个案场景中具体解释确定。以“仲某清案”为例,依双方所订《商铺认购意向书》,原告负有向被告支付购房意向金 2000 元的义务,并因此取得小区商铺优先认购权;被告负有在小区正式认购时优先通知原告前来选择认购的义务。上述约定作为单务预约,不同于使双方均负缔约义务的双务预约,仅使一方负担与对方订立本约的义务。^[30] 在德国,或称此为“选择权合同”(Optionsvertrag,此语也指通过合同使一方有权得依其单方表示成立本约的情形)。“选择权”是指在一定期间内以某一价格出售或者购入商品的权利,或者以某一价格租赁的权利,或谓其具有在法律上不得撤销要约的性质,尤其用于股票等的买卖。“选择权合同”,或称“选择权付与合同”,则是指给予选择权的合同,为此通常以支付选择权费(option premium)作为对价。^[31] “仲某清案”中原告的选择权体现在,他在被通知开盘时可选择购买,也可选择不购买,且不丧失意向金;在选择购买场合,买卖合同尚须双方另行签订,不能仅依原告意愿当然成立,此时被告便负有承诺的义务。整体上被告在此交易中的缔约义务至少可体现在:在正式认购时通知原告认购的义务;确保有商铺可供原告选择的义务;在原告选定中意商铺时依卖方标注价格签订本约的义务;原告在预约所示价格区间提出自己较现实标注价格更低报价时,对于这新一轮的讨价还价,被告依诚信原则磋商的义务。

预约约定的缔约义务通常是行为义务,而非结果义务。学者就预约效力总结的“必须磋商说”和“必须缔约说”,^[32] 如果可被接纳的话,转换视角也可说是就缔约义务性质的把握不同所致。作为行为义务,只能要求义务人尽其心力以成其事,不能够强求必定实现某特定结果。《合同编通则解释》第 7 条正是从缔约义务作为行为义务角度,细化了缔

[29] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社 2020 年版,第 78 页。

[30] 关于单务预约与双务预约的区分,以及其与单方预约及双方预约的不同,参见潮见佳男『債權各論(第 2 版)』(新世社,2009 年)56-57 頁;中田裕康『契約法(新版)』(有斐閣,2022 年)116 頁。单方预约与单务预约的共同之处在于仅使一方当事人取得成立本约的主动权(initiative),双方预约和双务预约则使双方取得该主动权,参见椿寿夫『予約法の課題』椿寿夫編『予約法の総合的研究』(日本評論社,2004 年)22-23 頁。

[31] Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 615. 在英美法中,亦有所谓 option(选择权)与 option contract(选择权合同),参见田中英夫『英米法辞典』(東京大学出版会,1991 年)608 頁。

[32] 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。该文并未就这两种观点标明出处,因而这种提炼更像是一种“理念型”,而非“现实态”。

约义务不履行的认定标准,尤其是是否违背诚信原则的认定标准。

此种约定的缔约义务相对而言,仍属少见,因为人们通常会直接签订本约。预约之有意义,一般仅在当事人尚不能够签订本约,但又希望有一定合同约束的场合,^[33]或称当事人意在固定交易机会。^[34]除交易预约外,担保性预约亦颇值重视。日本合同实务便有利利用保证预约、让与担保预约、抵销预约、再买卖预约等方式实现担保功能的做法。^[35]比如Y向X借入2000万日元时,赋予X一项预约完结权:1年后如不能返还,则将Y的某不动产以2000万日元的价格卖与X,并将该预约完结权通过预告登记予以保全(日本《不动产登记法》第105条第2号)。^[36]日本法在实务中的应用发展对我们有启发性,具体操作上当然要能够与中国实定法相匹配,或许将来会逐渐增多对预约担保功能的开发利用,充实“其他具有担保功能的合同”(《民法典》第338条第1款)的内涵。

(二)本约的可确定性

预约要约“内容具体确定”指向的是预约约定的内容,即缔约义务内容具体确定。《合同编通则解释》第6条第1款在“约定在将来一定期限内订立合同”之外,特别增加了“能够确定将来所要订立合同的主体、标的等内容的”,这进一步明确了本约的可确定性要件。^[37]据此,预约须能从其规定中可得确定预期本约的主义务,欠缺该最低限度的内容,则预约无从生其效力(unwirksam)。^[38]申言之,合同的重要事项未经当事人自己确定,便承认预约具有完全的效力,也与私人自治原则矛盾。^[39]以下揭示《合同编通则解释》第6条第1款较《民法典》第495条第1款新增的评价因素。

《民法典》第495条第1款是关于预约构成要件的规定,其中基本的评价因素包括“当事人”和“在将来一定期限内订立合同”(预约合同的标的)。关于民事法律行为的有效要件,我国法(《民法通则》第55条、《民法典》第143条)虽未明确要求行为内容确定,但学说认为法律行为之标的,依民事法律行为之本质其内容不确定的,则不能据以划定双方当事人权利义务范围,故采当然解释,认为要求行为内容须确定。^[40]对于《合同编通则解释》第6条第1款,在此语境下或许更易于理解。首先,预约本身内容具体确定,即明确约定一方或者双方负有缔结合同的义务。其次,上述缔约义务尚需进一步具体化,需要就预期本约要求一定程度的确定性。本约的可确定性既服务于预约“内容具体确定”以使其缔约义务之履行有所依托,又可使双方围绕本约取得的共识得以固定。有论者提到:“买卖预约,非不得就标的物及价金之范围先为拟定,作为将来订立本约之张本,但不能

[33] Vgl. Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 11. Aufl. 2021, S. 793. 从以本约为原则、以预约为例外的合同解释规则出发,对预约独立存在价值表示质疑的论文,参见陈聪富:《预约、本约与意向书之区辨——对预约独立存在的质疑》,我国台湾地区《月旦民商法杂志》2024年第3期,第6页。

[34] 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。

[35] 伊藤進「担保の予約の総括的検討」椿寿夫編『予約法の総合的研究』(日本評論社,2004年)550頁以下参照。

[36] 能見善久=加藤新太郎編集『判例民法5契約I(第2版)』(第一法規,2013年)143頁。

[37] 就预约内容的确定性区分为预约“自身”的和“本约”的,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989页。

[38] Vgl. Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 11. Aufl. 2021, S. 794.

[39] 藤田寿夫「予約とその確定性」椿寿夫編『予約法の総合的研究』(日本評論社,2004年)165頁。

[40] 参见梁慧星著:《民法总论》(第6版),法律出版社2021年版,第179页。

因此即认买卖本约业已成立。”^[41]即此之谓。

“将来所要订立合同的主体”,作为预约合同标的的内容,固然可与预约合同的主体一致,^[42]但司法解释新增此评价因素的意义不限于此,尚可指二者有差异的情形,这可以是预约当事人负有与第三人缔约义务的情形(预约作为向第三人履行的合同),^[43]亦称“涉他预约”。比如公司设立发起人与供应商签订预约,使供应商负有在约定的期限内与将要设立的目标公司签订货物供应合同的义务。

“能够确定将来所要订立合同的标的”,在解释上可认为,对于预约所要求的最低限度的内容是可确定本约的主义务;或者说,对于作为债权性预约的确定性,如若诉求本约的缔结,应达到能使裁判者可确定本约重要事项的程度。^[44]换言之,俾法院于诉讼时,得依解释而确定本约内容。^[45]在德国司法实践中,买卖价款不应超过某一上限,这被认为尚不足够确定;当事人如尚不知道其拟设立的公司是何种类型,亦是如此;但是,当事人可将各个问题点留待日后解决。^[46]在我国,以“仲某清案”为例,在预约中约定了本约的基本内容,即预购商铺面积及均价(可能有 1500 元的浮动),但对楼号、房型未作明确约定。对此,法院认可了预约的效力,换言之,该预约就本约的确定性已足够。

(三) 其他与预约相似的法律手段

除了通过预约合同,“购买权”(Erwerbsrecht)还可通过选择权合同、附生效条件的买卖合同或长期有效的买卖要约设立。判断时不宜过于倚重此类法构造的名称标记,因语言的使用会存在偏差。对某种法构造之法律后果以及意图的确定,只应根据对于合意的解释。^[47]

如果当事人(诺约人)通过选择权合同赋予一方(受益人)成立本约的选择权,由他向诺约人作出意思表示,使本约成立,这种权利属于形成权,而非请求权。^[48]这种情形与《法国民法典》第 1124 条规定的“单方预约”以及《日本民法典》第 556 条规定的“买卖一方的预约”较为相似。日本法上的“方”型预约,亦即《日本民法典》第 556 条规定的买卖一方的预约,学说多数意见认为系附生效条件的买卖,而日本判例与此不同,将其认定为预约,认为本约是因对方完结买卖的意思表示而始行成立。^[49]日本学者称之为“完结

[41] 王泽鉴著:《债法原理》,北京大学出版社 2009 年版,第 115-116 页。

[42] 关于主体是否为法律行为独立的构成要件,学说不无争议,参见杨代雄著:《民法总论》,北京大学出版社 2022 年版,第 353 页以下。

[43] 此种情形也出现在德国学者关于预约的著述中,参见[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 736 页。

[44] 藤田寿夫「予約とその確定性」椿寿夫編『予約法の総合的研究』(日本評論社,2004 年)165 頁参照。

[45] 参见王泽鉴著:《债法原理》,北京大学出版社 2009 年版,第 117 页。

[46] Vgl. Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 11. Aufl. 2021, S. 794.

[47] Vgl. Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 11. Aufl. 2021, S. 794.

[48] Vgl. Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 11. Aufl. 2021, S. 795; Brinkmann, in: PWW BGB Kommentar, 17. Aufl. 2022, Vor § § 145 ff. Rn. 33.

[49] 能見善久=加藤新太郎編集『判例民法 5 契約 I (第 2 版)』(第一法規,2013 年)144 頁参照。如今日本主流学说认为,如果重视一方的预约是使本约成立与否取决于预约完结权人意思的合意,则应支持判例的构成。中田裕康『契約法(新版)』(有斐閣,2022 年)117 頁参照。

(权)型预约”“方型预约”或“形成权(付与)型预约”,^[50]由于该约定未规定一方或双方负有订立(本约)合同的义务,则并非债权债务合同,^[51]不符合《民法典》第495条所规定的预约合同。虽然如此,依合同自愿原则,此种约定只要不违法悖俗,仍得有效。^[52]此种合同与预约合同相似之处在于,它们均是为将来签订合同(本约)而签订的合同,本文称之为“缔约协议”。相应法律后果,特别是与第三人之间的关系,将来仍需要进一步探讨。

三 缔约义务之继续履行

(一)立法及学说立场

1. 立法者的立场与“交易成熟度”

立法者显然注意到了在合同编通则中规定预约无法回避的难点:面对交易形态的多样性、差异性和复杂性,统一规定难度较大,故只能作原则性规定,“使制度设计保持一定的灵活性,以便为实践留下空间”。同时,立法者从预约订立到本约履行的整个交易链条考虑,交易成熟度在预约中体现得越高,越有使违反预约者承担“继续履行”的违约责任(即订立本约)的实现空间。^[53]显然,立法者认为在我国就预约之违反存在通过“继续履行”责任成立本约的空间。

上述立法者表述中出现的“交易成熟度”概念格外引人注目,此类新鲜概念实源于日本民法学说,笔者曾提及鎌田薰教授的“合同的成熟度”理论,^[54]此处补充日本民法学界相关讨论,以丰富讨论预约问题的话语背景。

日本首倡“合同成熟度”理论的是早稻田大学的鎌田薰教授,^[55]他认为合同从最初的开端到完全履行之终了,是阶段性成熟的事物。出卖人将标的物卖与他人的,根据合同的成熟度,可能存在对出卖人无从追究任何责任的情形、可以请求赔偿信赖利益的情形、可以请求赔偿履行利益的情形、甚至通过适用“背信的恶意者排除论”享受物权性保护的情形等不同情形。当事人合意形成过程中,成为中心的是标的物、价款、支付方法等合同条件。当事人是否围绕这些条件进行了详细合意,固属认定合同是否成立时的重要因素,但合同成立并不要求这些条件悉经合意。有时合同条件中相当部分尚委诸日后协议、解释进行补充,亦不妨碍认定合同成立;也有时当事人已就合同条件作出详细合意,却仍不发生确定的拘束力。诸此情事,须就交涉的经过、交易习惯、当事人的社会地位、对对方信赖的程度等,综合判断后再下决定。

鎌田教授的合同成熟度理论根据合同成熟度对合同交涉当事人的责任进行阶段性认

[50] 椿寿夫「予約法の課題」椿寿夫編『予約法の総合的研究』(日本評論社,2004年)22-23頁。

[51] 参见王泽鉴著:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第115页;谢鸿飞:《预约合同认定的理论难题与实践破解》,《国家检察官学院学报》2024年第1期,第162页。

[52] 罗昆教授有相似见解,认为《民法典》第495条规定的预约属于请求权(型)预约;基于合同自由原则,应认可形成权(型)预约之效力。参见罗昆:《功能视角下的预约类型论》,《法学家》2022年第4期,第89页。

[53] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第82页。

[54] 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第13页。

[55] 鎌田薰「民法判例レビュー・不動産売買契約の成否」判例タイムズ48号(1983年)17頁以下参照。

定,对其后的学说产生了重大影响。然对此也有批评,认为该理论只不过是对现象的比喻性表达,而非反映法律上的处理的概念;^[56]以及仅提出“成熟度”而非决定性地导出责任的要件及效果,其理论尚有待深化。^[57]自合同成熟度理论于 1983 年提出,1986 年以后,包括鎌田教授在内的日本学者逐渐发展出了“中间性合意理论”,并对缔约过程分阶段,形成相应的责任(阶段责任论)。^[58]

2. 我国学说

就我国学说而言,有论者主张应考虑具体情形而要求预约当事人作出实际履行。预约可实际履行的理据是,既然认定预约是独立的合同,就应赋予其与其他合同相同的效力,其违约责任的形态包括实际履行。对于预约的违反,可适用实际履行的方式。^[59]

有论者根据合同内容将预约区分为简单预约、典型预约和完整预约,主张赋予三者以不同的效力并为当事人提供相应救济,就前者采“强制磋商说”,对后者则采“强制缔约说”。^[60]比较而言,该观点某种意义上近乎日本学者椿寿夫教授提倡的“预约阶段论”。^[61]亦有论者在分析裁判成立本约与违约赔偿两种不同路径时,认为后者固然不触及现代伦理的禁忌,但有时难以满足当事人的切实需要(如住宿需要房屋),赔偿数额不足以填补损失。该观点赞同在预约完全具备本约的要素、具有可执行性的情况下,径直裁判本约成立。^[62]

有论者结合《民法典》第 577 条,认为违反预约的责任形式应包括继续订立本约,使违约方承担继续订立本约之责任,这也符合预约本旨及当事人预期。因此,原则上宜承认守约方可请求违约方继续履行订立本约的义务。例外是,预约未包含本约的必要要素,又或者当事人另有约定。^[63]

(二) 司法解释之解读

《合同编通则解释》就预约的违约责任只在第 8 条规定了赔偿损失,并未涉及可否请求“继续履行”。起草者的解释是,正是因为当事人对于是否订立本约仍然保留最终决策权,在一方违反预约导致未能订立本约的情况下,如强制订立本约,就可能背离当事人订立预约的初衷,也有架空预约制度之嫌。为此,该司法解释未将强制履行作为违反预约的救济措施,而是仅规定守约方可请求违约方承担违反预约的赔偿责任。^[64]此外,也有解释认为《合同编通则解释》第 7 条、第 8 条采用的是“必须磋商说”,原因是预约合同之债为行为之债,依据《民法典》第 580 条第 1 款,不适合实际履行。^[65]笔者检索发现,实务中

[56] 内田貴『民法Ⅱ債権各論』(東京大学出版会,1997年)26-27頁参照。

[57] 潮見佳男『債権総論』(信山社,1994年)34頁参照。

[58] 鹿野菜穂子「契約の熟度と予約」椿寿夫編『予約法の総合的研究』(日本評論社,2004年)204頁以下参照。

[59] 参见王利明著:《中国民商法研究文丛》(第四卷),中国人民大学出版社 2023 年版,第 472-473 页。

[60] 参见刘承魁:《预约合同层次论》,《法学论坛》2013 年第 6 期,第 33 页。

[61] 椿寿夫「銀行の融資拒絶・打切りと法的責任」ジュリスト 1030 号(1993 年)10 頁以下参照。

[62] 参见崔建远著:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社 2024 年版,第 248 页。

[63] 参见谢鸿飞、蔡睿等著:《中华人民共和国民法典合同编通则司法解释释义》,中国法制出版社 2023 年版,第 97 页。

[64] 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,序言,第 12 页。

[65] 参见谢鸿飞:《预约合同认定的理论难题与实践破解》,《国家检察官学院学报》2024 年第 1 期,第 165 页。

也确实存在类似认识。^[66] 鉴于此类认识普遍存在,故就预约问题如果要将实践及理论研究向前推进,实有必要进行甄别。

1. 当事人是否“保留最终决策权”

当事人是否保留最终决策权,需要通过具体解释预约方能确定,不应泛泛而论,一概推定预约当事人均保留有最终决策权。以“仲某清案”为例,依双方约定,“如原告未在约定期限内认购,则视同放弃优先认购权,已支付的购房意向金将无息退还。如原告按约前来认购,则购房意向金自行转为认购金的一部分。”显然原告有选择认购或不认购的权利,而没有必须认购的义务;一旦原告选择认购,则被告负有与之缔约的义务,未见其有拒绝的权利。这属于典型的单务预约,而非双务预约。依此约定,预约将最终决策权保留给了原告,而没有保留给被告。在原告选择认购场合,被告如拒绝接受认购,则构成违反预约约定的缔约义务,预约并未赋予其有权利违约。因而,如果声称被告有“最终决策权”,显然不符合实际。另外,从双方利益分析,原告支付意向金给被告,被告收取后便处于可支配使用该笔金钱的有利状态;被告给予原告的只是“优先认购权”,并没有其他积极的付出。在这种利益状态下,如果认为只要本约未签订,被告也像原告一样拥有最终决策权,这种判断显然既不符合当事人的真实意思(被告支付的意向金在该案中并非定金,更非解约定金),也在客观上有失公平。因而,泛泛地说当事人“保留最终决策权”,有害无益。

2. 缔约义务不适于强制履行吗?

在预约约定缔约义务的情况下,本约的成立必然涉及缔约义务的履行;换言之,在预约权利人提议依预约记载的本约共识签订本约(要约),请求预约义务人对此承诺时,需要后者作出意思表示。如预约义务人拒不履行缔约义务,该义务当然不适合于直接强制,这恐怕是我国缔约义务“不适于强制履行”论的要点所在。当然,从理论上讲,不允许强迫签订合同,但是,法律规定或当事人自愿接受的债务规定有义务签订合同的除外。^[67] 在预约场合,预约义务人的缔约义务恰恰来自于其自愿达成的合意,这已具有充足的正当性,不应无视该合意而任由预约义务人出尔反尔。对此,一方面如前所述,我国立法者就《民法典》第496条所作释义并未否定对于预约合同中的缔约义务要求当事人承担“继续履行”责任的可能性。另一方面,对于缔约义务的强制,在比较法上可供参考的方案是以判决代替预约义务人的意思表示(比如日本法、^[68]德国法、俄罗斯法^[69]及我国台湾地区“强制执行法”第130条等),在这种情况下,合同视为自法院相关判决生效时按判决所确定的条款签订。换言之,不适合直接强制不等于没有其他强制手段,更不等于应任由预约义务人违反约定。《法国民法典》新第1124条第2款亦反映出对于单方预约之特定履行的肯定。

如果说以判决代替债务人的意思表示可看作对意思表示的“拟制”,那么类似的意思

[66] 比如重庆市第一中级人民法院民事判决书(2020)渝01民终309号民事判决书。

[67] 参见[俄]E. A. 苏哈诺夫主编:《俄罗斯民法》(第3册),丛凤玲译,中国政法大学出版社2011年版,第874页。

[68] 参见《日本民法典》原第414条第2款但书。

[69] 参见《俄罗斯联邦民法典》第429条第5款及第445条第4款。

表示之拟制,在我国法上其实并不乏其例。比如《民法典》第 171 条第 2 款中段规定被代理人对无权代理的“视为拒绝追认”;又如《民法典》第 145 条第 2 款对法定代理人意思表示的拟制;另外,《民法典》第 503 条、第 528 条后段、第 551 条第 2 款、第 718 条、第 726 条第 2 款、第 727 条、第 140 条第 2 款、第 638 条、第 1124 条第 1 款、第 1124 条第 2 款等,均有对意思表示的拟制。

就法律如何发展和完善,学界也有必要进一步探讨。就此不妨举例说明,比如实体法规定的同时履行抗辩权(《合同法》第 66 条、《民法典》第 525 条),在实践中起初并未产生同时履行的判决;经由比较法之引介及学说呼吁,^[70]同时履行抗辩权终在司法解释中得到承认并被明文规定(《合同编通则解释》第 31 条第 2 款)。对于预约所约定的缔约义务是否强制履行,《合同法通则解释》目前只是未作规定,这与《民法典》立法者所持开放立场相一致;然在解释适用时,即便不设法解决此一棘手问题,也不应在解释论上设限,一刀切式地以缔约义务“不适于强制履行”而阻断将来进一步发展的可能。另外,也呼吁在相关诉讼法上的强制执行条款完善之时,参考上述比较立法例,加入关于意思表示的执行措施。与此相应,最高人民法院也应像补充规定同时履行的判决那样,通过司法解释补充规定意思表示的拟制成就。

3. 重新思考预约的效力

《民法典》第 495 条系吸收《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》(下称“《买卖合同解释》”)原第 2 条而来。就“预约合同的违约责任”内涵,《买卖合同解释》起草者采“应当缔约说”;就预约可否继续履行问题,则处于犹豫状态,虽未规定“强制订立本约”,却富有智慧地明言“宜将该问题留给学术界进一步深入研究”,并称“这意味着本司法解释对该问题没有明确态度”。^[71]《民法典》立法者就预约采“交易成熟度”理论,交易成熟度在预约中体现得越高,越有使违反预约者承担“继续履行”的违约责任(即订立本约)的实现空间。

《合同编通则解释》本应正确把握上述制度成长脉络,尊重当事人意思自治之真意,特别是通过预约赋予当事人缔结本约的主动权,使缔约过程亦纳入“自治”范畴,找准新的增长点,促进法之成长;但一定程度上却泛化所谓“保留最终决策权”,^[72]特别是无视比较法通例,甚至认为未来的民事强制执行立法亦无承认法院判决代替当事人意思的必要,^[73]将当事人约定的缔约义务归为“债务标的不适于强制履行”之列,这一观点有必要反思。最高人民法院制定司法解释即便无法将一系列问题完全解决,也可以像《买卖合

[70] 比如韩世远著:《合同法总论》,法律出版社 2004 年版,第 341-342 页。

[71] 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 2012 年版,第 55-61 页。

[72] 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 118-120 页。

[73] 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 119 页。该书在此处甚至认为由法院判决代替当事人意思的做法主要根源于这些国家和地区承认物权行为理论,这一点似有误认。实际上,日本法及俄罗斯法均不承认物权行为无因性理论,但它们都有以法院判决代替当事人意思的做法。

同解释》起草者展现的那样,将相关问题留给学术界进一步深入研究。

笔者注意到,《合同编通则解释》起草人承认,实践中有些预约已经就预期本约的主要内容达成一致,虽然约定了将来还要订立本约,但当事人之间的谈判空间已经很小,甚至只待最后签字,此时应参照本约的履行利益界定违反预约的赔偿范围。如果交易达到如此成熟度,想必《民法典》立法者也会承认与支持预约的实际履行,但《合同编通则解释》起草人反而认为“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”,^[74]难道仅仅因为其所界定的预约当事人对是否最终完成交易保留决策权?假如在“仲某清案”中,交易成熟度达到了上述程度,购房人主张实际履行预约的,开发商实应并无最终决策权。

四 损害赔偿

(一)请求权基础:缔约过失赔偿抑或违约赔偿

无论“仲某清案”还是“张某案”,法院都肯定违反预约构成违约,可发生相应的违约责任。不过,对于“相应的违约责任”的内涵,法律并未明确界定。“仲某清案”中,法院作为酌定赔偿的考量因素,提及原告的信赖利益;^[75]“张某案”中,法院作为裁判依据,更是明确援引了《合同法》第42条(缔约过失责任)。由此看来,法院裁判似乎在违约赔偿与缔约过失赔偿之间游移不定,以致逻辑不顺、法理不清。

预约亦约,违反预约亦属违约。作为一起违约案件,原告请求损害赔偿,原则上是赔偿因违约所受损失。如果说一个生活事实既充实了违约责任的构成要件,又充实了缔约过失责任的构成要件,构成请求权竞合(或责任竞合^[76])。就责任竞合而言,相对于本约而言,违反预约的行为既是预约违约行为,也可以视为是本约之缔约过失行为,所以在理论上可以认为有可能发生缔约过失责任和违反预约之违约责任之竞合。那么在此情形下,首先,选择权应在原告,由原告主动选择。在原告未明确选择缔约过失责任的前提下,法院直接依缔约过失责任裁判,恐怕存在问题。其次,裁判者审查多项请求权的顺序也有一定的规则,该顺序本质上以关于请求权竞合的实体法规则为基础:一项请求权越是特别,就必须越早审查。双方当事人依其意思调整其法律关系的合同就比法定的债之关系更为特别,所以,先审查是否存在合同是有意义的,只有在这一问题被否定时,才考虑基于缔约过失发生的请求权。^[77]如此,裁判者无视原告的选择,无视其应有的审查多项请求权的顺序,直接越过合同请求权而依缔约过失责任请求权裁判,似有不妥。

[74] 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120-122页。

[75] 该案二审法官曾撰文指出,违反独立、有效的预约合同,当事人承担的应是一种违约责任,而非缔约过失责任。参见沈志先、韩峰:《房产商违反预约合同的民事责任》,《人民司法·案例》2008年第6期,第27页。

[76] 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2012年版,第61页。

[77] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《请求权基础》,陈卫佐等译,法律出版社2012年版,第13页。

(二) 信赖利益抑或履行利益

预约与本约既是相对而言的概念,又各自独立成“约”,故各自可有相应的信赖利益及履行利益。然基于预约与本约是彼此相互参照而言的特殊关系以及交易的整体性,与其分别预约与本约而分析各自对应的信赖利益与履行利益,不如回归事物的实质面,只要不特别说明,便统一以本约(因其系交易的最终体现)为参照,分析其信赖利益及履行利益。

自违约赔偿出发,通常以赔偿履行利益损失为原则,通过赔偿使债权人处于如同合同获得履行然。预约亦约,然其违约赔偿范围之确定,向来是审判实务的难题。界定预约违约的赔偿范围时,应以什么为参照系?依上述通常原则,答案自应是参照预约的履行利益,而预约的履行利益又指什么呢?如从其约定的缔约义务系行为义务而非结果义务出发,只要双方依诚信原则磋商即可,并不必须获得成立本约的结果。其结果可能有二:其一,本约成立;其二,本约不成立。如此,预约的履行利益相对于本约而言,呈现出 100%与 0 的鲜明反差,实无参照价值。既然此路不通,只好另寻他路。

依“仲某清案”二审裁判者的观点,预约的履行利益,即是一方取得依预约确定的内容与另一方签订本约的机会;预约履行利益的损失实为订约机会的损失(原告既丧失了系争商铺的优先认购机会,也因对将来订立本约的合理期待,放弃了在近似地段以近似价格购买相近房屋的机会)。从实质上看,预约的履行利益损害更接近本约的信赖利益损害。^[78]另外,值得注意的是,梁慧星先生认为,由预约的本质决定,无论追究违约责任的损害赔偿,或解除预约后的损害赔偿,均仅限于赔偿机会损失(信赖损失),而不包括可得利益(履行利益)。^[79]

笔者认为,“仲某清案”二审裁判者的分析路径与其说是分析预约的履行利益,毋宁说是揭示债权人因预约的成立而获得的合同利益。这种合同利益是一种对缔约的期待(或者缔约机会),无待预约的实际履行即可呈现。既然违约赔偿通常原则假设(如同合同获得履行然)在此无济于事,不如直面预约本身。然缔约的期待(或缔约机会)毕竟难以金钱衡量,而裁判中又须以金钱填补因机会丧失而遭受的损失,为了限定其可能的范围,从交易整体角度,参考本约的信赖利益(传统立场,以预约阶段尚处于本约的缔约过程中之故)或者履行利益,不失为一种可能的替代方案;另外,如预约违约赔偿的金额超过了本约的履行利益,那么只有一种可能的解释:原告做了一项“赔本的买卖”。对于买卖中“赔本”的部分,原本应由原告负责,否则便等于使被告承担因原告决策失误导致的损失,有失妥当。因而,比较法上常有此部分赔偿不得超过履行利益的特别规则。至于所说的高的预约违约赔偿“接近于本约合同的违约损害赔偿范围”,“接近”并未达到,更未超过,故此立场实寓含有赔偿范围不超过本约履行利益之义。当然,违约赔偿首先取决于原告的主张,由原告说明其损失所在及其赔偿依据(请求权基础),以及以本约为参照时的信赖利益或者履行利益;在此基础上,裁判者也应有自己的专业判断,尤其应注意结合

[78] 参见沈志先、韩峰:《房产商违反预约合同的民事责任》,《人民司法·案例》2008年第6期,第28页。

[79] 参见梁慧星著:《梁慧星学术文集(第4卷):合同法与侵权责任法》,北京大学出版社2022年版,第185-186页。

“交易成熟度”理论。

《民法典》第495条虽未就预约违约赔偿提供明确指引,但从“交易成熟度”出发,如预约阶段在整个交易环节中的位置非常重要,预约的订立及履行就完成了整个交易的绝大部分,使整个交易达到比较高的成熟度,而本约义务的履行在整个交易环节中只占非常小的分量,非常容易实现,那么预约的违约损害赔偿范围就可以很接近于本约的违约损害赔偿范围。预约阶段在整个交易环节中的位置、预约的订立及履行使整个交易所达到的成熟度,都应在预约违约损害赔偿的计算中予以体现,不应僵化适用某一种解决思路。^[80]

《合同编通则解释》第8条第2款后段针对当事人未就预约违约赔偿进行约定的情形,规定“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”。依相关释义,一方面,违反预约的赔偿范围不应根据本约的履行利益界定;另一方面,违反预约的赔偿范围也不应限制在订立本约的信赖利益之内,而应由法官根据预约所体现的交易成熟度在订立本约的信赖利益和本约履行利益之间进行酌定。交易成熟度越高,赔偿范围越接近本约履行利益;反之,交易成熟度越低,赔偿范围越接近订立本约的信赖利益。^[81]

笔者认为,从交易成熟度出发,突破既有理论将预约违约赔偿限定于信赖利益的做法,^[82]固然体现出认识的进步,但因交易成熟度高低不同而分别参照本约之履行利益及信赖利益,亦有所误,且失之机械,需要澄清。

首先,参照系为何首选本约的履行利益而非信赖利益?本约的信赖利益通常是本约缔约过失责任的赔偿参照标准,如果首选以信赖利益为参照,则预约之有无便没有差别,与当事人订立预约的目的不符。另外,当事人既订立了预约,便已有受预约拘束的思想意识,因此,就其拘束力要强于普通缔约过失责任,对双方当事人而言均不应感到意外。

其次,无论对于债权人抑或裁判者,履行利益抑或信赖利益之选择及确定,与举证的难易直接相关,而与交易成熟度没有必然关系。以信赖利益为标准计算违约损害赔偿,笔者以前曾有述及,^[83]此处略提一二。在美国法中,当事人如未能证明所期待的利润,也并不必然意味着只能获取名义上的损害赔偿;如果当事人信赖了合同,则也可以相当的确定性证明信赖的程度,并基于信赖请求损害赔偿。^[84]美国《合同法重述》(第2版)第349条便规定了基于信赖利益的损害赔偿,即“作为第347条中所述损害赔偿计算标准的另一替换选择,受害方有权基于他的信赖利益请求损害赔偿,包括为准备履行或在履行中支出的费用,扣除违约方能以相当之肯定性予以证明的假如合同得到了履行受害方所会遭受

[80] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第82页。

[81] 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页。

[82] 在《民法典》之前,《买卖合同司法解释》起草者的观点是,预约的损害赔偿应以信赖利益为限,在最高不超过履行利益的范围内,由法官从利益平衡和诚信、公平原则出发,结合案件实际情况,综合考虑守约方的履行情况、违约方的过错程度、合理的成本支出等因素,酌情自由裁量。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2012年版,第62页。

[83] 参见韩世远著:《违约损害赔偿研究》,法律出版社1999年版,第481页以下。

[84] See Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, Vol. III, Little, Brown and Company, 1990, p. 262.

的损失”。此条规定是受富勒与帕杜的大作《合同损害赔偿中的信赖利益》^[85]影响而在修改《合同法重述》第 1 版时所作的补充。在英国^[86]和德国(《德国民法典》第 284 条)也存在类似的规则。笔者也积极主张将类似做法吸收进入我国法的解释论,^[87]但从上述比较法反映的信息来看,未有根据交易成熟度越低决定依订立本约合同的信赖利益确定违反预约损害赔偿的做法。

最后,《合同编通则解释》第 8 条第 2 款系授权法官“酌定”,并为此指示相关考量因素——预约内容的完备程度以及订立本约的条件成就程度。裁判者虽有进行“酌定”的自由裁量权,但不能不有所限制。司法解释所提示的考量因素,依其宗旨应是考虑交易的成熟度。如此,裁判者应引导当事人围绕诸此考量因素举证质证并发表辩论意见。在原告围绕本约履行利益进行举证、被告也相应发表质证及辩论意见后,裁判者如舍弃本约履行利益标准,而依本约信赖利益(原告很可能未就此举证)标准进行自由裁量,理由是基于一上述释义的指示认为交易成熟度偏低,那么便会裁判失当。应区别裁量依据的标准与裁量的尺度,就裁量依据的标准而言,在当事人(尤其是原告)选择履行利益并进行相应举证的情况下,裁判者便应尊重当事人的选择;就裁量的尺度而言,其完全可由裁判者掌握,具体依交易成熟度确定支持的比例。总之,交易成熟度越高,赔偿越可接近于本约的履行利益。在本约履行利益不易证明时,也可依当事人的选择使用本约的信赖利益作为参照。

五 越过预约成立本约

“成都讯某”案的亮点之一是裁判者未借助于预约的履行,而依其他评价因素的具备,认定本约(房屋买卖合同)成立,这也被《合同编通则解释》第 6 条第 3 款所肯定和吸收。即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,符合该解释第 3 条第 1 款规定的合同成立条件,虽然约定在将来一定期限内另行订立合同,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。司法解释起草人称此为“预约合同向本约合同的转化”,同时又承认严格说来该描述并不妥当,因为并非预约转化成了本约,而是当事人通过行为订立了本约。^[88]

在该案中,最高人民法院援引了《合同法》第 36 条和第 37 条(现整合为《民法典》第 490 条),^[89]即合同形式瑕疵因履行而补正。考察这两个条文在起草时所参考的比较立

[85] 参见[美]L. L. 富勒、小威廉 R. 帕杜著:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,中国法制出版社 2004 年版,第 68 页以下。

[86] See Edwin Peel & G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 14th edition, Sweet & Maxwell, 2015, p. 1125.

[87] 参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 784-785 页。

[88] 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 107 页。

[89] 有学者指出,《合同编通则解释》第 6 条第 3 款后段不完全相同于《民法典》第 490 条,后者要求“已经履行主要义务”,前者要求的门槛低,“已实施履行行为”足矣,不必是“已实施履行主要义务的行为”。参见崔建远著:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社 2024 年版,第 248 页。司法解释为何有此表述上的变化,该变化是否真的更符合现实需要,尚有待进一步讨论及检验。

法例,乃是《美国统一商法典》第2-201条第3款、第2-204条第3款等。^[90] 此类规则,乃意在防范通过伪证主张本不存在的口头协议,故对于超过若干金额之交易,原则上要求书面形式并有对方的签字,或要求对方对口头协议部分履行,否则该协议不可执行,《美国统一商法典》便是基于这种政策考量。^[91]

就中国法而言,在房屋买卖场合,首先会遇到《城市房地产管理法》第41条对于合同形式及内容的要求。如同“成都讯某”案终审裁判者借助于《合同法》第36条,《合同编通则解释》起草者借助于《民法典》第490条第2款,认为即使当事人未采用书面形式订立房屋买卖合同(本约合同),但如果一方已经履行了主要义务,则对方接受时房屋买卖合同(本约合同)即告成立,并认为《商品房买卖合同司法解释》第5条规定的“出卖人已经按照约定收受购房款”,自应属于“一方已经履行主要义务,对方接受”所指的情形。^[92]

综上,无论是“成都讯某”案还是《合同编通则解释》第6条第3款,恐怕还有进一步探讨的余地,“当事人一方已经实施履行行为且对方接受的”,只能发生因履行而补正合同形式瑕疵的效果,并不发生无需过问当事人意思、只要具备该司法解释第3条第1款主文所列合同要素便当然成立本约的效果。能否成立本约,仍应检索该第3条第1款但书所列事项。当事人既已明确约定有待协商事项,特别是像“成都讯某”案那样对于由谁负担土地出让金未达成一致时,应认为对于买卖合同的要素尚未达成一致。无视当事人明确的意思,硬性认定在当事人之间成立买卖合同,看似体现了“鼓励交易”原则,实有包办之嫌,不符合当事人的真实意愿及利益状态。

六 结 论

我国预约法解释论的展开需要借助比较法之考据,编织相应的义理之网。预约合同的成立要求约定订立合同的义务以及本约的可确定性。基于“交易成熟度”理论,预约所生缔约义务亦可强制履行,比较法常见的做法是以生效判决代替预约义务人的意思表示,实值我国立法或司法解释参考并相应改进。房屋买卖之预约的成立不应以“有房可售”为前提。违反预约的损害赔偿虽可有预约违约及本约缔约过失两种路径,但相应的选择权在请求权人,裁判者应尊重当事人的选择。预约违约赔偿可从交易整体角度参考本约的信赖利益或者履行利益,原则上由原告根据证明的难易选择主张,裁判者应在原告选择基础上,参考交易成熟度酌定赔偿。越过预约成立本约属特别法,应严格掌握其适用要件,在交易存在重大隐存不合意场合,如双方未能补充合意,不宜认定本约成立。

[90] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国合同法〉与国内外有关合同规定条文对照》,法律出版社1999年版,第24页。相关条文参见[美]ALI(美国法学会)、NCCUSL(美国统一州法委员会)著:《美国〈统一商法典〉及其正式评述(第一卷)》,孙新强译,中国人民大学出版社2004年版,第52页以下。

[91] See Bradford Stone, *Uniform Commercial Code*, 5th edition, 法律出版社2004年影印版, p. 22.

[92] 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106页。

Preliminary Agreement as a Contract: An Interpretive Analysis

[**Abstract**] The Chinese Civil Code stipulates preliminary agreements as a basic civil rule. The Judicial Interpretation of the General Provisions of the Book on Contract of the Civil Code stipulates more detailed rules on preliminary agreements. However, some issues relating to preliminary agreements still need to be addressed. This paper conducts a comparative study on preliminary agreements. It reviews Japanese law, German law, and French law on the issue of preliminary agreements, then studies preliminary agreements under Chinese Law at an interpretive level. In Chinese civil law, a preliminary agreement is a contract in nature. There are two pre-conditions for the conclusion of a preliminary agreement: an agreed duty to negotiate in good faith and the definiteness of the main contract. An agreed duty to negotiate in good faith requires parties to try their best to negotiate the main contract. This obligation does not mean the parties must sign the main contract successfully after they sign a preliminary agreement. The definiteness of the main contract means the main content of the main contract can be found in the preliminary agreement. The Judicial Interpretation of the General Provisions of the Book on Contract of the Civil Code doesn't mention the issue of specific performance of the preliminary agreement and the subsequent conclusion of the main contract. Therefore, requiring a party to follow the preliminary agreement and sign the main contract means not forcing the parties to conclude a contract but prohibiting a party from breaching good faith. A usual practice in the civil law system is using an effective judgment as a substitute for the defendant's declaration of will and the main contract is deemed to be concluded according to the terms determined by the relevant court judgment when it comes into effect. In the case of the purchase and sale of a house, if there is no house for sale, the impossibility of performance is not a justifiable reason to reject the conclusion of the main contract. At the level of relief, the relief for a preliminary agreement is different from the relief for a main contract. The breach of a preliminary agreement constitutes the concurrence of the breach of contract and negligence in the conclusion of the contract, and the relief should be chosen by the parties. As far as the damages are concerned, the higher the degree of maturity of the transaction, the closer the damages are to the performance interest of the main contract. Where the interest in the performance of the main contract is not easy to prove, the reliance interest may also be used as a reference according to the choice made by the parties. It is a special rule for a judge to identify a main contract where there is a preliminary agreement and a party's performance has been accepted by the other, and the preconditions of the special rule should be followed strictly. Where there is a major concealed dissent in an apparent assent and no agreement on the point of the dissent is reached, the main contract should not be considered as established.

(责任编辑:姚 佳)