《合同编通则解释》视域下房地产预售合同问题研究

●李瑞琛　韩　颖

[摘要] 最高人民法院 2023 年 12 月发布的《合同编通则解释》第六条到第八条对预约合同进行了进一步细化解释。房屋买卖一般存在多阶段磋商，预约—本约的交易模式为阶段化磋商提供了便利。本文通过体系解释结合司法实务案例与学者观点，针对《合同编通则解释》中预约合同在房地产行业的应用以及如何区分预约合同与本约合同，违反预约合同的行为认定以及预约合同能否强制履行、违反预约合同的责任范围界定等问题进行讨论。

[关键词] 预约合同；违约责任；缔约过失责任

预约合同在我国房地产行业的演化及存在价值

商品房预售制又称“卖期房”“卖楼花”，起源于香港，即开发商们募集资金后从主管部门处拍得土地使用权开始建设房屋，当房屋建设到一定程度时开发商能够办理预售的许可证件。开发商此时可以合法地与购买者签订房屋预售合同，预售合同在理论上来讲为预约合同。现实中双方签订的合同有各种的名称，如意向书、预定书、订购书等。其内容具体程度也不一致，部分预售合同只约定了双方在未来购买开发商某个楼盘的意向，还有一部分预售合同内容具体到某一地块的某一具体的户号。在签订预约合同后，双方会约定在未来的某一天签订正式的房屋买卖合同即本约。并且当事人会交付部分“定金”作为履行本约的担保。不同开发商要求的定金不同，一种情况是定金是总金额的一半左右，另一种情况是只收 1%到 5%不等。还有部分开发商为快速方便交易，双方仅签订“商品房预售合同”约定正式合同的主要内容等，但并未有另立合同的意思表示。

有学者以经济学的方法计算得出，如果取消预售制度将会加大开发商的风险从而导致房屋的供应量下降，从而使价格上涨。预售制度最大的问题为监管不力与执行不到位，预售制度不宜取消而是应当加强监管。通过预约—本约的模式，一方面开发商可以在未竣工的情况下展开销售工作让部分资金回流，缓解开发商的资金压力。另一方面预售楼房较低的价格也给人们带来了实惠，同时推动了经济的发展。

预约合同和本约合同的区分

在房屋预售过程中，双方通过预约合同约定签订本约。预约同本约各有其存在的价值。预约合同首先从性质上来看其为合同，是双方围绕订立本约而磋商的阶段成果，双方通过签订合同的方式使该成果受到法律的约束。《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》）的第六条第一款中预约合同成立的要件是双方需通过要约承诺的表示或者通过交付定金的行为默示其将会在未来某一段时间内或某个时间点订立合同。无论是通过承诺还是定金都是给双方设置缔结本约合同的义务。

在成都某公司与四川某实业公司、四川某投资公司房屋买卖合同纠纷中，法院认为案涉协议属于预约合同，因预约合同的形态有很多，有的条款内容很简略，只能够表示双方在未来再订合同，但是对于将来订立的本约所规定的相关内容留在未来磋商。而有的条款非常详细，将本应在本约中规定的内容几乎全部在预约合同中作了规定，但不能根据内容是否全面来界分。由此，法院不以合同内容具体与否作为预约本约的区分标准。有学者认为，若当事人在合同中对于另签本约合同没作约定，并且根据合同的内容无法确定其意思表示的情形应当认定其为预约合同。但笔者认为，磋商本约是双方当事人就预约合同未协商的内容落实到白纸黑字的过程。预约合同区别于交易意向和附期限生效的合同。

《合同编通则解释》在第六条第三款所表述的双方当事

人对合同涉及的双方姓名、标的物及其数量和价款，或是相关报酬符合该解释第三条中规定的一般合同成立的规则。而《商品房销售管理办法》第十六条，细化规定了在房屋买卖合同中应当明确的主要内容，需要包括双方当事人的信息、标的、标的销售方式以及交易金额和方式、时间，双方应就交付的条件和日期、建筑物装饰、基础配套设施和公共设施以及相关责任的认定达成合意。从内容来看，双方当事人若要完成房屋买卖合同，还要进行磋商。在预约这一阶段购房者根据自己的需求来确定购买的楼盘。例如，对楼房的外观和内部结构、公共交通、学区范围、周边配套设施等进行考察。那么在此阶段，开发商在建完一期或几期楼房后通常会由销售公司发出要约邀请即宣传广告，当事人认可该楼盘的外观、内部结构以及周边配套后，向销售公司发出缔结预约合同的要约，销售公司做出承诺。双方即可达成预约合同。在这个过程中，购房者对楼盘的认可通过订立预约合同的方式对双方在第一阶段的磋商结果进行约束。但是双方并不可能细化到对于楼房建好后供水电气热等问题进行磋商。因此双方需要在预约合同中约定开发商继续建设并且在一定时期内或者某一时间点进行下一步磋商，即本约磋商。

对于本约，双方应当根据《商品房销售管理办法》第十六条中的具体规定来约定双方应遵守的内容。即使双方在第二个阶段仍然存在未规定的条款，也可以通过《民法典》第五百一十条和五百一十一条来补救合同约定不明确和合同没有约定相关内容的情况。正如孙某诉某置业公司商品房预约合同案，法院的第一个争议焦点是认定合同是属于预约合同还是本约合同。该案中由于房屋认购书仅对所售房屋的部分内容做出了约定，但是对于房屋交付使用的条件和日期、装饰和设备标准承诺以及办理产权登记事宜和违约责任等重要条款未明确约定。故此不具备正式的商品房买卖合同条件。再结合认购书中约定的双方在今后一段时间内另行订立合同。故双方签订的合同性质属于预约合同。所以根据以上论述，判断合同双方交易的模式是否为“预约合同—本约合同”的标准应是预约合同签订过程中必须约定在某段时间内或者时间点双方必须对正式房屋买卖合同应具备的其他内容另行磋商。若双方的房屋买卖合同中的主要内容约定得很明确，并且没有约定另行磋商本约合同，笔者更倾向于该合同属于附生效期限的合同即购房者给开发商一个期限，合同到期生效后，若开发商无法交房则购房者可以解除合同追究其违约责任。

综上所述，笔者将这一阶段双方当事人之间签订的合同分为三类。第一类是意向书，意向书是仅约定了双方有在未来订立合同的意向，约定的内容笼统模糊。第二类是预约合同，该类合同的特点是双方当事人约定或者以定金担保的行为来表达未来双方将继续对《商品房销售管理办法》中剩余的必备条款缔结本约磋商。第三类是附期限履行的合同，该类合同的特点是双方当事人对买卖合同的主要内容约定明确并且双方也没有继续磋商另立新合同的意思表示。

Q 认定违反预约合同的行为

《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》在第四条对于预约合同收受定金的，出现单方违约另一方无过错的情况下法院可以适用定金双倍返还罚则。但是出现不可归责于双方的事由将不能适用定金罚则。不可归责于对方当事人的情形存在于《民法典》第五百三十三条的情势变更条款和第五百九十条的不可抗力条款。因此什么情况是当事人违反预约合同的情形呢？

《合同编通则解释》第七条第一款中表述，当事人违反预约合同的义务有两种情况。第一种情况是一方当事人拒绝订立本约，另一种情况是在本约合同的磋商过程中有一方不讲诚信从而导致本约合同未能订立。笔者认为拒绝磋商可以从三种情况来讨论。第一种情况是一方当事人明确拒绝履行其应当积极磋商本约的义务。这种情况不难理解，一方只要表达其不愿磋商的意思即可。第二种情况是假借订立本约合同之名通过一系列恶意条款限制购房人进一步磋商的权利，行其恶意拒绝缔约之实。例如，中山市某房地产发展有限公司和王某的纠纷中，预约合同约定若购房者对开发商销售现场公示的文件已经完全理解并且不存在异议，愿意遵守该文件。而该公示文件又写明对于本约合同及其补充协议中不得再次变更和增减任何条款。法院认定该合同内容排除了购房者进一步磋商的权利。第三种情况是一方通过其行为来表明自己不愿继续与预约合同当事人进行下一步磋商。例如，在房地产行业中，双方在磋商买卖合同的过程中一方故意就某一些条款不达成合意，但是这种情况是较为主观，且对方在举证过程中也难以证明对方的主观恶意。从地产商的客观行为来看，如钟某与黑龙江某房地产公司房屋买卖纠纷案中，地产商将房屋售卖给购房者后，开发商可能会基于某些原因从而一房数卖，导致双方无法继续磋商。

当事人订立预约合同时给双方设定诚信缔结本约的义务，在《合同编通则解释》第七条第二款所讲的判断当事人磋商过程中违反诚信原则的标准是，综合考量其在磋商时提出的条件是否已经违背了预约合同的内容，以及在磋商的过程中有没有尽合理努力义务进行磋商。如在巩义市某能源有限公司与河南某能源股份有限公司的合同纠纷中，法院认为一方在明知本约合同担保条款内容的情况下，又在担保主体和担保方式上反复给出意见，以致未能进场交易并与另一方订立正式本约合同，从而构成违约。在该案中双方在预

约阶段已经确定的内容，在本约中反复修改，背离预约阶段已经确定的内容因此导致合同解除。 在本案中认定其反复修改的行为违反诚信原则是符合该解释规定的。

违反预约合同的救济方式

对于预约合同能否强制履行长期以来都存在着“必须磋商说”和“应当缔约说”。 前者认为当事人仅需要相互磋商即可，而后者认为当事人之间必须订立本约合同，哪怕没有磋商一致。 笔者认为，《合同编通则解释》第八条第一款中表述当预约合同成立并生效后，如果当事人一方违反预约合同义务，非违约方即可请求其赔偿因此造成的损失。 故违约方应当承担违约责任。 而预约合同约定的是磋商这一行为，其为非金钱债务。 预约合同设定的义务是磋商本约行为，而该行为因无法被强制执行，属于《民法典》第五百八十条第二项所述之债务的标的不适合强制履行的情况。 因此在承担违约责任的措施中不适合强制履行。 况且预约的本质就是将预约阶段能够磋商一致的内容订立而留其他的部分在后续磋商，双方无法达成一致意见，即使强制履行达成新合同，此合同也不具备双方真实意思表示。 因此预约合同不适合强制履行。

根据《民法典》第五百七十七条对于违反预约合同的表述，既然一方违约就意味着双方无法达成一致意思表示，那么将无法继续履行。 且前文已论述预约合同不适合强制履行，因此无论是继续磋商或另行达成协议都不可行，只能赔偿损失。

根据《合同编通则解释》第八条第二款中的表述，首先违约金适用规则自然应当适用当事人事先约定，但是在司法实践中违约金若约定过高，根据当事人提出的请求，法院可以根据《民法典》第五百八十五条的规定调整违约金，如杨某与某地产集团重庆有限公司商品房预售合同纠纷案。 当双方没有约定违约金如何计算时，各地法院对于赔偿责任划分不一。 一部分法院判决认定违约方仅赔偿未订立本约的缔约过失责任，即只考量其实际支出的费用，而不计算其订立本约的可得利益，如韩某诉丹东某房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案、邓某与周某房屋买卖合同纠纷。 但是如果当事人可预见其无法订立本约而未采取相应措施，法院将会对违约金进行调整。 如黄某与梧州市某房地产开发有限公司商品房预约合同纠纷案。 缔约过失责任应当承担的赔偿金额在进行调整时，还应当考虑订立本约合同的成就度。 例如，开发商是否取得了备案证以及开发商出售该房屋的时间长短。 购房者的损失可以参照房屋转售可获得的实际经济利益，并且根据违约情况跟购房者实际支出来分配信赖利益损失，如济南某建设投资有限公司与李某商品房销售合同纠纷一案。 另一部分法院则认为仅认定预约合同的缔约过失责任无法弥补非违约方的损失，直接根据开发商恶意程度和公平原则判定其承担违约责任，如山东某置业有限公司与张某等商品房预约合同纠纷一案。

《合同编通则解释》第八条第二款所述并非单纯地按照缔约过失或者违约责任。 应当根据预约合同在内容上相比本约合同的完整程度和差距，即可达成本约合同在实际损失和实际损失外加可得利益之间的判定。 如果单纯认定违反诚信原则赔偿实际损失，那么仅签本约也应负有诚信义务。那么预约合同也就失去了其固定前期双方磋商的意义。 如果单纯判定违约责任，同理这就相当于否定了后期磋商的价值，因此也是不合适的。 笔者认为，如果预约合同存在《商品房销售管理办法》第十六条中第一项到第六项内容，且购房者为购买房屋支付了一定比例的首付款，购房者能够证明其已经积极主张磋商。 根据公平原则法院应当在实际损失和外加可得利益之间判令违约方赔偿除实际损失外，再根据市场价格计算违约方因其违约行为可得的利益。

结束语

本文针对《合同编通则解释》第六至第八条，通过体系解释并结合司法实务案例与学者观点，探讨预约合同在房地产行业的应用。 笔者认为违反预约合同的行为认定核心应当考察双方有无续订的意思表示，通过相关法条阐述预约合同不能强制履行的原因，以及预约合同的违约责任范围界定应当按照预约合同具体情况进行考察。 总的来说，笔者期望通过自己的拙见能够为司法实践提供一些思路。

参考文献

[1]杨树，孙雯.房地产预售制度的经济学原理及监管对策[J].商业时代，2007(19)：57.

[2]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[J].政治与法律，2016(10)：151-160.

[3]韩强.论预约的效力与形态[J].华东政法学院学报，2003(01)：46-51.

作者简介：

李瑞琛(1999－)，男，汉族，山东济宁人，硕士研究生，辽宁科技大学，研究方向：法律。

韩颖(1974－)，女，汉族，内蒙古呼和浩特人，硕士，副教授，辽宁科技大学，研究方向：民商法。