

# 预约合同的违约责任研究

●周晓璇



**[摘要]** 预约合同在市场经济中有固定交易双方交易机会和保障本约交易利益的功能。《民法典》第495条将预约合同纳入立法体系,但其规定较为模糊。尽管《民法典合同编通则司法解释》第6~8条进一步作出了细化规定,司法实践中关于预约合同违约责任问题仍然存在争议,主要集中在违约责任的承担方式和损害赔偿范围方面。本文旨在界定预约合同概念的前提下,分类讨论预约合同的效力,最终确定内容完备的预约合同和内容不完备的预约合同的违约责任及其损害赔偿范围。

**[关键词]** 预约合同;违约责任;继续履行;损害赔偿

市场经济的发展带来交易方式的多样化,为了固定交易双方交易机会,预约合同应运而生。在较长一段时间内,我国民法中并没有规定预约合同。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第495条正式确立预约合同,但是在实践中就预约合同的识别、违约行为的认定,以及责任的承担问题在适用上依然存在一些问题。

## Q 预约合同违约责任基本理论

关于预约合同的定义,王利明教授认为:“所谓预约,或称为预备性契约,是指当事人约定为在将来一定期限内订立合同而达成的允诺或协议。”学者们对预约合同的概念基本已经形成共识,由于各类预约合同界定及其效力认定相对模糊,在实践中关于预约合同违约方面的问题争议较大。

### (一) 预约合同违约责任的概念及归责原则

依据《民法典》第495条规定,预约合同的违约责任是指当事人违反预约合同约定的订立合同的义务所需承担的责任。为合同双方设立明确的违约责任是预约合同有效发挥价值的保障,可以促进当事人积极履行善意磋商和缔结本约合同的义务。

违约责任的归责原则是指确定违约责任是否成立,即违约行为人是否应对其违约行为承担违约责任的原则。我国《民法典》第577条将一般合同的违约责任规定为严格责任原则,也称无过错责任原则。然而,采取无过错责任原则明显不妥,会造成无论当事人有无过失只要未能订立本约,都要承担预约违约责任的后果。预约合同当事人负有诚信磋商义务与对订立本约合同的决策权,当预约合同的目的不能实现并且可归责于一方当事人时,才能够产生预约合同的

违约责任。相反,合同双方尽到合理努力进行诚信磋商仍未能就未决事项达成一致,导致本约合同无法订立,此时不能认定当事人违反合同义务。因此,《民法典合同编通则司法解释》第7条规定的预约违约行为应是故意所为,应当适用过错责任原则。

### (二) 预约合同违约责任与本约缔约过失责任

缔约过失责任是指在合同订立过程中,一方违背其依据诚实信用原则和法律规定所承担的义务,导致另一方的信赖利益遭受损失时,应承担的损害赔偿赔偿责任。预约合同违约责任与缔约过失责任都是合同双方当事人以订立本约为目的的磋商过程中所产生的制度。但是,两种制度在产生阶段、责任性质以及当事人自主性方面上完全不同。缔约过失责任产生于合同订立过程中的磋商阶段,由于一方当事人过错而导致合同未生效,另一方当事人受有损失,有过错一方应承担缔约过失责任,缔约过失责任具有法定性,当事人不能自主约定。而预约合同的违约责任则产生于预约合同成立后,一方当事人未能履行义务或者履行义务不当而应承担的责任,预约合同中的违约责任是由当事人之间约定产生,体现了合同双方的自主性。

### (三) 预约合同违约责任与本约合同违约责任

预约合同独立于本约合同,两者的违约责任在责任认定、损害赔偿范围以及责任承担方式方面均有不同。预约合同的责任认定在于一方当事人未履行订立本约义务而使对方权利受到侵害,违约方应承担违约责任以保障守约方的权利得到救济。由于预约合同具有独立性和特殊性,其损害赔偿范围目前仍处于探索阶段。一般合同的违约责任承担方式也不能全部适用于预约合同,如修理、重做、更换等方式就

无法适用。而本约合同可能存在双方都违约的情形，除存在不可抗力的免责事由外，双方都需要承担违约责任。本约合同有较为明确的损害赔偿范围，一般而言，违约方应当赔偿守约方实际履行利益的损失。本约合同违约责任的承担方式主要包括继续履行、采取补救措施、赔偿损失等。

## Q 预约合同违约责任中的问题与学说争议

### （一）预约合同的效力认定

预约合同的效力认定作为判断其违约责任的先决要件，我国《民法典》并未对预约合同的效力问题进行详细规定。在司法裁判中，预约合同的效力认定存在较大分歧，学界对此问题也有讨论。“应当缔约说”认为，负有缔约义务的当事人一方不得以明示或默示方式拒绝订立本约合同，应尽力订立本约合同。“诚信磋商说”充分体现意思自治原则，但也存在不足之处。在“诚信磋商说”中，预约合同和本约合同之间的紧密关联性不再明确，这会难以划分清楚预约合同与其他合同之间的界限，容易产生当事人恶意磋商的情况。“内容决定说”是在“诚信磋商说”和“应当缔约说”的基础上发展而来。“内容决定说”认为，应当根据个案中的具体内容确定究竟应该采用哪种学说。

### （二）预约合同违约救济方式的争议评析

#### 1. 预约合同强制履行的学理争议及评析

关于预约合同能否采用强制履行的违约救济方式，目前学术界主要存在“否定说”“肯定说”和“内容决定说”。

持“否定说”的学者主要基于以下理由：一是强制缔结本约有违合同双方缔约自愿原则。二是双方就缔约未达成合意时，法院不应强制干涉对当事人的意志。要求违约方缔结本约属于《民法典》第580条“法律上或事实上不能履行”的情形。此外，在此种情形下，预约合同的违约救济通过定金罚则、给付违约金以及损害赔偿等方式，足以弥补当事人的损失，不必强制要求缔约。

支持“肯定说”的学者主要基于以下理由：一是预约合同本身就是基于民法自愿原则和对将来最终缔约的信赖而成立的。若预约合同中的违约方拒绝缔结本约，守约方请求其继续履行缔结本约体现了预约合同的价值功能。二是违约救济适用强制履行具备可行性。依据《民法典》第580条相关规定，除法律或事实上不能履行，守约方有向违约方请求履行合同的请求权，若相对人不履行，守约方可向法院申请执行。如果违约方不积极履约，可对预约合同内容通过解释以及漏洞填补等方式成立本约。三是对于部分预约合同，赔偿损失不一定能挽回守约方已付出的信赖成本。

也有学者主张依据预约合同内容的不同，具体分析能否适用强制履行的救济措施。部分学者认为可以从《民法典》第470条出发，依据合同的主要条款不同，将合同分为

“简单预约”“完整预约”和“典型预约”，违反前面两者不能适用继续履行，而违反了“完整预约”则可以要求违约方强制缔结本约。也有学者认为从合同缔结的过程看，预约位于双方开始磋商交易到缔结本约之间的变化阶段，而交易成熟度就是准确判断其趋近本约或是协商的核心。在实践中，法院可以基于预约内容详尽度和缔结本约时的现实障碍来判断交易成熟度。

#### 2. 预约合同违约救济的损害赔偿范围界定

《民法典》没有对预约合同违约损害赔偿的依据及范围作出明确规定，依据《民法典》第584条关于合同违约责任的一般赔偿范围，通常以合同实际履行利益为限，而预约合同的履行义务是订立本约。针对履行利益是订立本约，还是包括履行本约，存在以下争议。

（1）“信赖利益说”认为，赔偿范围与信赖利益相当。由于预约履行的结果是成立本约，从交易过程来看，预约处于本约的缔约阶段，其范围应以信赖利益为限。预约合同目的指向本约的缔结，此时还未到实际履行交付义务阶段，对预约合同的违反只会造成守约方交易机会减少的损失，并未产生履行利益。

（2）“履行利益说”认为，可以参照本约履行利益进行赔偿。若当事人仅有损害赔偿一种权利救济方式，赔偿范围又仅限于信赖利益损失，则无异于缔约过失制度，似乎违背预约合同的设立目的和价值导向。因此，若预约的目的不能实现，则应赔偿履行利益，并通过减少损害及损益相抵等规则予以限缩，赔偿范围以本约的履行利益为限。

## Q 我国预约合同违约责任的适用建议

### （一）明确预约合同类型化的标准

在预约合同认定效力上，有学者通过实证研究发现，在最高人民法院将“成都迅捷案”作为公报案例发布后的半年内，地方法院共裁决了135个案例，其中有近100个案件中采纳了“应当缔约说”，这种现象值得深思。“诚信磋商说”注重合同后续的解决路径，促使双方为本约缔结尽到诚实、善意的磋商义务，有利于合同目的的实现。笔者认为，“应当缔约说”与“诚信磋商说”都比较极端，应当采用“内容决定说”，根据预约合同内容的具体约定，在预约合同类型化的基础上以当事人缔约的意思表示为核心判断合同效力。根据预约合同约定内容的详尽程度，可以分为内容完备的预约合同和内容不完备的预约合同。

### （二）确定预约合同的效力认定标准

#### 1. 具备强制缔结本约效力的预约合同

内容完备的预约合同一般包含了未达成交易所必需的决议事项以及权利救济方式，可以认定为双方当事人已经就交易事项意思表示一致，在内容和效力上都趋近于本约。此

时,若一方不履行订立本约的义务,则构成违约。在司法实践中,应当判定该种情况下的预约合同具有强制缔结本约的效力。如在“成都喜福亨投资案”和“吴某清、某房地产开发有限公司买卖合同纠纷案”中,由于双方当事人在合同中已明确约定了交易的主要条款,法院判定该合同为本约。若合同中当事人具有未来另行订立本约的真实意思表示,应认定为预约合同;若未明确约定,则应当认定为本约。“应当缔约说”重视预约合同对双方当事人的法律约束力,保障预约合同发挥其应有价值。

## 2.具备诚信磋商效力的预约合同

内容不完备的预约合同一般被认定为仅具备强制磋商效力的预约合同。这种合同的核心在于其约定了双方未来需进一步协商的事项,但同时又明确了双方的基本权利和义务,具有一定的约束力。合同主要义务为双方当事人为将来订立本约进行善意磋商。该类预约合同仅包括双方当事人、标的、数量和意向条款等最基本要素,双方对交易的具体权利义务条款约定不完整,仅具有将来缔约的意思表示,具体的交易协议内容还需后续磋商订立。此时,双方当事人并未负担过多的责任和义务,对合同主要条款进行磋商时,当事人因合法利益有选择缔约或者不缔约的权利,故该类预约合同不具备强制缔结本约的效力。

### (三)预约合同损害赔偿范围的确定标准

#### 1.采纳“履行利益说”的预约合同

内容完备的预约合同在确定损害赔偿的范围时,应当充分考虑履行利益,合理评估实际损失和可得利益。该类预约合同内容基本包含了本约合同的必要条款以及纠纷解决方式,可以充分体现当事人的真实意愿。考虑到节约缔约成本,在没有订立本约合同时也可以依照预约合同所约定的内容进行交易。故此种情形下赔偿范围的确定应以本约的实际履行利益为限。在认定时应充分考虑前瞻性、全面性和合理性原则,适用合同解释和损害相抵等规则具体计算个案的赔偿范围。此外,在具体实践中,法官还应根据预约合同中约定的赔偿条款、违约方的过错等个案中的实际情况具体衡量赔偿数额。

#### 2.采纳“信赖利益说”的预约合同

处在签订本约合同前期阶段的内容不完备的预约合同,双方当事人彼此之间的信任依赖程度低,因此违约赔偿损失的标准是以信赖利益为基础。这类合同通常处于初始缔约阶段,这一阶段侧重于保护双方对将来缔结本约的诚信磋商

成本。此时,赔偿范围的认定应当包括守约方为了订立合同而付出的相关必要性支出和错失交易机会的损失。机会损失应根据双方对预约合同的期待程度以及实际物价标准具体判定。此外,法官在具体案件的适用上应具体分析,不能仅依据信赖利益损失机械断案。

## Q 结束语

综上所述,本文以当事人真实意思表示为核心标准,对预约合同的效力作类型化分析,将预约合同分为内容完备的预约合同和内容不完备的预约合同。内容完备的预约合同具有强制缔结本约的效力,可以适用强制履行,损害赔偿范围以履行利益为限;内容不完备预约合同中,双方当事人仅具有诚信磋商义务,是否缔结本约是双方应有的权利,此时无法对违约方强制履行,应就信赖利益损失的范围进行损害赔偿。

## 参考文献

- [1]王利明.预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评[J].法商研究,2014,31(01):54-62.
- [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]朱广新.预约合同及其违约责任[J].社会科学研究,2024(01):19-29.
- [4]耿利航.预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径[J].法学研究,2016(05):27-48.
- [5]李潇洋.民法典中缔约信赖保护的规范路径[J].法学,2021(06):106-122.
- [6]张华.预约合同的违约救济[J].法律适用(司法案例),2019(02):66-77.
- [7]叶雄彪,梅夏英.预约合同问题研究[J].中国社会科学院研究生院学报,2019(04):60-70.
- [8]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.
- [9]李冬.预约合同制度要义与立法构建[J].求索,2012(09):105-107.
- [10]陈峻阳.论我国预约合同效力的认定方法[J].河南财经政法大学学报,2022,37(03):104-110.

### 作者简介:

周晓璇(1998—),女,汉族,山东潍坊人,硕士研究生,青岛科技大学,研究方向:民商法学。