

论预约合同

On Reservation Contract

崔 峰*
Cui, Feng

目 次

- I. 序论
- II. 预约合同的范围
- III. 预约合同的效力
- IV. 预约合同的救济
- V. 结论

국문초록

《계약법》은 총46개 조문으로 매매계약제도를 설립하였다. 하지만 이로서는 매매계약관계의 복잡성과 다양성 및 시장거래의 신속한 변화가 초래하는 모든 문제를 해결할 수 없다. 역사적으로 요물계약에서 기원한 예약제도의 일방 당사자가 임의로 의사표시를 취소함으로써 하여 상대방 당사자에게 신뢰이익의 손실을 방지하기 위한 것이다. 계약자유원칙에 기초하여 예약제도를 낙성계약에도 적용할 수 있으며 이로 하여 시장거래가 더 원활해질 수 있다. 예약은 장래의 어떠한 계약을 체결하기 위한 당사자의 합의이며 경쟁사회에서 안정적인 거래기회를 제공하는 역할을 하고 있다. 2003년에 반포한 “분양주택 매매계약에 관한 사법해석” 제4조와 제5조는 비록 예약과 관련된 내용이지만

논문접수일 : 2016. 03. 23.

심사완료일 : 2016. 04. 29.

게재확정일 : 2016. 04. 29.

* 延邊大學法學院助教授、中國律師、吉林大學法學院博士研究生。

그 주된 내용은 계약금벌칙에 관한 것이며 그 내용에는 계약의 모든 요소가 포함되어 있다고 보기 어렵다. 2012년에 반포된 “매매계약에 관한 사법해석” 제2조는 청약서, 구매예약서, 의향서, 비망록 등을 예약이라고 하였고 장래에 예약에 기한 본 계약을 체결하지 않을 경우에 채무불이행책임을 부담하도록 하고 있다. “매매계약에 관한 사법해석” 제2조는 예약 및 그 효력을 인정함에 있어서 중요한 의미를 갖고 있지만 예약의 외연 및 채무불이행 책임의 부담에 관하여 모호한 부분이 없지 않아 있다. 예약에 있어서 중요한 것은 장래 본 계약을 체결하고자 하는 의사이다. 예약은 하나의 독립적인 계약이며 이는 또한 본 계약, 정지조건부 계약 등과 구별 될 뿐만 아니라 청약서, 구매예약서 등과도 구별된다. 예약의 효력에 있어서 당사자는 “신의성실에 따라 협상”하여 계약을 체결할 의무를 부담한다. 다만, 이러한 “신의성실에 따라 협상”하는 것은 계약체결상의 과실 책임을 발생시키지 않으며 이는 채무불이행책임이 발생하는 전제이다. “협상 필요설”, “계약체결 당위설”, “내용 결정설” 등 학설을 비교하고 또 본 계약에 관한 채무불이행책임을 방식을 유추한다면 예약을 이행하지 않은 경우에도 본 계약과 마찬가지로 청구권이 발생해야 한다. 즉, 예약을 이행하지 않은 상대방에 대하여 강제이행을 청구하여 예약을 계속 이행할 것을 청구할 수 있다. 가령, 거래 기회의 상실 등으로 인하여 손해가 발생하였다면 손해배상을 청구하거나 또는 계약금, 위약금을 청구하는 방식으로 계약당사자를 구속할 수 있다.

주제어 : 예약계약, 본 계약, 위약책임, 강제이행, 손해배상

摘要 : 《合同法》用46个条文规定了买卖合同制度, 但这些很难解决买卖合同关系的复杂性及多样性以及市场交易变化带来的所有问题。起源于传统要物合同的预约合同, 是为了避免当事人一方因随意撤回意思表示而损害另一方当事人的信赖利益。基于契约自由, 预约合同也可适用于诺诚性合同, 从而使得市场交易更加灵活。预约合同是为了将来订立某一合同而达成的合意, 在激烈的市场竞争中起到能够稳定交易机会的作用。2003年颁布的《商品房买卖司法解释》第4条、第5条虽然涉及预约, 但其内容是关于定金罚则的规定, 并不认为是一个完整的合

同。2012年颁布的《买卖合同司法解释》第2条将认购书、订购书、意向书、备忘录等认定为预约合同，将来不履行订立买卖合同的义务则要承担相应的违约责任。《买卖合同司法解释》第2条的规定在承认预约合同及其效力上具有重要意义，但在具体操作上仍在预约合同边界的认定和违约责任承担上存在着过于笼统的问题。在认定预约合同是否为合同时，仅凭借内容的确定性标准不能准确界定预约合同的范围。预约合同的关键在于应具备将来订立本约合同的缔约意图。预约合同既然是独立合同应区别于本约合同、附停止条件的合同，也区别于认购书、意向书等缔约意愿文本，在效力上当事人负有“诚信磋商”订立合同的义务。但这种“诚信磋商”并不产生缔约过失责任，而是合同义务不履行的违约责任的前提。比较“必须磋商说”、“应当缔约说”、“内容决定说”，参照本约合同的违约责任的责任形式，违反预约合同应与违反本约合同一样产生独立的请求权，即可以请求强制违约方继续履行，若因交易机会的丧失而产生损失则可以请求损害赔偿，也可约定定金或违约金来约束当事人。

关键词： 预约合同，本约合同，违约责任，强制履行，损害赔偿。

1. 序论

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》（简称《买卖合同司法解释》）第2条规定：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方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的，人民法院应予支持”。据此可以看出预约合同是将来订立一定合同为内容的合同。1)《布莱克法律词典》解释：“预约是指由一个人作成的契约或约定，它具有排他这个人合法地进入另一项性质相同的合同的属性”。2)

1) 参见崔建远：《合同法》，法律出版社2007年版，第38页。

2) 参见李东：“预约合同制度要义与立法构建”，《求索》，2012年9月，载Black's Law Dictionary, West Publishing Co, 1979, P1060.

预约合同制度起源于罗马法的要物契约，在罗马法上的要物契约多为无偿契约，强调“物之交付”的功能是给予一方当事人一个反悔的机会，以求法律的公平性。但在“物之交付”前任由当事人毁约，给另一方造成信赖利益的损害，所以设立预约合同的目的在于弥补“物之交付”来缓和要物性。³⁾最早明确规定预约合同的是《法国民法典》，其第1589条规定：“双方当事人就标的物及其价金相互同意时，买卖的预约即转化为买卖。”⁴⁾之后的《德国民法典》第610条规定：“合同另一方的财产状况明显受损害而危及返还请求权的，在发生疑问时，约定贷款的人可以撤回其约定。”此条关于消费贷款的规定类似于预约，但一般认为《德国民法典》没有对预约合同做出明确规定。⁵⁾自此之后，日本以及我国台湾地区的民事立法借鉴法国和德国的经验，均对买卖预约合同、消费贷款预约合同进行了规制。相比大陆法系国家，英美法系国家因为对价理论排斥了预约合同制度，后来禁反言原则兴起后逐渐接受了预约合同制度。在英美法系国家只要在合同磋商阶段达成的合意，都以预约合同 (preliminary agreement) 看待⁶⁾，与大陆法系国家将预约合同限制在要物合同是有区别的。

中国在2012年的《买卖合同司法解释》颁布之前，最高人民法院于2003年公布了《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》（简称《商品房买卖司法解释》）第4条、第5条被认为是关于预约合同的规定⁷⁾，但这一点值得商榷。《商品房买卖司法解释》仅仅适用于商品房买卖环节，且《商品房买卖司法解释》第4条规定：“出卖人通过认购、订购、预定等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。”这是关于定金罚则的规定，并不存在与预约合同的直接联系，预约与本约均可以适用定金。所以此条并不是预约合同的规定。第5条的规定：“商品房的认购、订购、预定等协议具

3) 参见钱玉林：“预约合同初论”，《甘肃政法学院学报》，2003年第4期。

4) 参见罗结珍译：《法国民法典（下册）》，法律出版社2005年版，第1199页。

5) 参见王利明：“预约合同若干问题研究—我国司法解释相关问题述评”，《法商研究》，2014年第1期。

6) 参见刘承睦：“预约合同层次论”，《法学论坛》，2013年第6期。

7) 参见石晓莉，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7月。

备《商品房销售管理办法》第16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房款的，该协议应认定为商品房买卖合同。此条是对买卖合同形式的补正，即当事人没有按照行政规章的要求订立商品房买卖合同，但在认购、订购、认购文书中包含了买卖合同的主要内容，且出卖人接受了买受人的实际履行，则视为已经订立了商品房买卖合同，并没有像《买卖合同司法解释》第2条的规定对“认购、订购、预定”等协议界定为预约合同。

在司法实践中，对于预约和本约界限⁸⁾，或“名为预约，实为本约”⁹⁾的问题扩大了预约合同的适用范围；而在预约合同的违约责任应如何承担上能否请求强制履行¹⁰⁾问题有待于进一步研究。

II. 预约合同的范围

最高人民法院已将预约的性质定为合同，要符合《合同法》关于合同成立的规定。首先，预约合同的缔结目的是将来订立本约合同。预约合同之订立是在本约合同订立之前的磋商阶段，此时订立预约合同的目的是为了能够充分的磋商关于合同的成本和风险分配，或避免对方当事人出现反悔行为，而固定订立本约合同的机会，所以是为订立本约合同做准备。其次，预约合同的内容确定。《合同法》对要约的规定要求要约的内容“具体确定”。有的学者指出：内容的确定要求一是双方将来订立合同而达成合意；二是双方签约的基本条件。¹¹⁾内容的确定是基于当事人之间的合意，是当事人为了缔结本约而达成的合意，故应当确定的是缔结本约为目的的内容。对于基本条件，《合同法》对要约的具体内容并没有提出限制，在《合同法解释（二）》第1条第1款中确定了当事人的姓名或名称、标

8) 参见“仲崇清诉上海金轩大邸房地产项目开发有限公司商品房预约合同纠纷案”，《最高人民法院公报》2008年第4期。

9) 参见“刘道林诉南京航空瑞华置业有限公司等房屋买卖合同案”，《中国审判案例要览（2009年民事审判案例卷）》

10) 在“刘道林诉南京航空瑞华置业有限公司等房屋买卖合同案”中法院认为预约损害赔偿中不包括可得利益；在“陈荣根诉江阴兰星公司、钱树忠买卖合同纠纷案”中法院认为原告可期待利益损失为房屋价款上涨部分为限。《人民法院案例选》2013年第2辑

11) 参见刘俊臣：“合同预约若干法律问题初探”，《法律适用》，2002年第4期。

的和数量等合同成立的一般要件, 既然预约定性为合同, 则要符合这一要求。¹²⁾再次, 对预约合同形式的要求。对此台湾学者认为, 当本合同是法定的要式合同时, 其要式的目的是为了保全证据为目的, 则预约合同不必采取与本合同一样的要式, 但如果是为了引起当事人的慎重, 预约要与本约采取同样的形式。¹³⁾而大陆学者认为预约与本约是两个独立合同, 预约的目的是要固定订立本约的机会, 合意的内容是如何订立本约, 法律对本约形式的规定不能涉及到预约。¹⁴⁾预约合同的成立是在本约的缔结过程当中, 磋商合同的成本和风险分配中如何实现将来本约的订立, 而本约的形式要求是把本约的内容确定为前提, 然而预约是为本约内容的确定做准备, 且与本约是独立的两个合同, 不应受本约形式要求的约束。

1. 与本约的界限

我国通过司法解释已经将预约定性为一个独立的合同。但是对于合同内容《合同法解释(二)》第1条第1款规定: 合同要具备当事人名称或姓名、标的和数量的条款。或根据第2款的规定: “对合同欠缺的前款规定以外的内容, 当事人不能达成协议的, 人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。”来补全本约合同的内容。那么合同内容不完备的情况下, 只根据合同的内容能否认定预约还是本约? 再者, 上述《商品房买卖司法解释》第5条规定中具备了行政法规要求的内容视为商品房买卖合同。也就是预约的内容必须确定, 但是内容确定了是不是会转化为本约呢。

(1) 从缔约意图上看, 预约的缔约意图是将来订立本约, 而本约的缔约意图是要确定当事人之间的法律关系。 预约合同除了订立本约合同之外, 不形成其他具体的债务关系。

(2) 从合同内容上看, 预约合同的标的不应理解为本约合同的标的, 而是将来订立本约合同的作为义务。¹⁵⁾所以预约合同只需要具备确定将来订立一个本约合

12) 参见陆青: “《买卖合同司法解释》第2条评析”, 《法学家》, 2013年第3期。

13) 参见王泽鉴: “债法原理(一)”, 中国政法大学出版社2001年版, 第149页。

14) 参见王利明: “预约合同若干问题研究—我国司法解释相关问题述评”, 《法商研究》, 2014年第1期。

同的合意，无需本约合同的主要条款。而本约合同理所当然要具备买卖标的物，且要具备详细的履行合同内容。

(3) 从违约责任上看，预约合同的违反后果与缔结本约合同请求权相对应，而非如本约合同的违约责任与合同的履行请求权相对应。因为本约合同的合意内容是本约履行中的权利和义务，违约责任的范围是合同履行的可得利益为限。而预约合同的违约责任并不包含本约合同履行的内容。

2. 与附停止条件合同的区别

在交易过程中因为存在法律上或事实上的障碍，当事人之间会约定待障碍消除后签订本约合同。而这种障碍消除为条件的约定是预约合同还是附停止条件的本约？对于附条件合同，是从合同的效力角度考虑，条件成就与否是不确定的，所以合同生效与否也随之不确定，而预约合同一旦确定了效力即可产生缔结本约合同的效力。¹⁶⁾且附条件合同是本约订立时已成立，而预约合同并没有成立本约合同。¹⁷⁾附条件合同的债权债务关系是明确的，条件成就则发生合同效力，当事人应当履行合同，而预约合同并不具有本约合同内容，不产生履行本约的效力。但在实践当中据此理论区分两者有些难度。然而，合同履行涉及合同效力和合同的实际履行问题，并非合同成立问题。所以又回到了预约合同以订立本约合同为目的，当附条件合同的条件成就时，不具有订立本约的意思，且能够直接确定当事人之间的合同关系，则应认定为附条件的本约。¹⁸⁾

3. 与意向书的区别

意向书是指当事人之间用以表达合作意愿的文件。¹⁹⁾在合同缔结过程中除意向

15) 参见陆青：“《买卖合同司法解释》第2条评析”，《法学家》，2013年第3期。

16) 参见奚晓明主编：《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53-54页。

17) 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第13页。

18) 参见陆青：“《买卖合同司法解释》第2条评析”，《法学家》，2013年第3期。

19) 参见王利明：“预约合同若干问题研究—我国司法解释相关问题述评”，《法商研究》，2014年第

书之外，在实务中与之具有同样效力的文本有认购书、订购书、预定书、备忘录等。这些文本也是产生于缔结合同阶段，也包含订立本约的意愿而。为了与预约合同做区别曾有人把意向书认为是无拘束力的文本²⁰⁾，预约合同是处于无拘束力的本文和本约之间的阶段。²¹⁾那么预约是否为意向书的一种特殊形式²²⁾？

首先，从缔约意图上看预约合同的目的是为了订立本约，而意向书是一种“意向宣示”²³⁾。根据《买卖合同司法解释》的规定通过意向书约定将来订立买卖合同，则视为预约合同，也就是以订立本约合同为缔约目的。其次，所包含的内容不同。预约确定了当事人负有订立本约合同的义务，而不是基于诚实信用原则的继续磋商义务。预约合同的意思表示中确定了将来订立何种合同的内容，而意向书仅仅表达的是进行磋商的意思，并不负有订立本约的义务。最后，法律约束力不同。虽然基于契约自由，当事人享有订约自由，但一旦做出意思表示且内容确定则要受到约束。预约合同当事人一旦确定了将来订立本约合同的合意即可产生法律上的约束力。而意向书所指向的是对磋商结果，是对缔结本约的准备，只能证明信赖关系的存在，不具有法律约束力。²⁴⁾在实践中，当事人明确排除合同效力的文本，如意向书就不具有法律约束力。

Ⅲ. 预约合同的效力

对预约合同的效力，理论上“必须磋商说”、“应当缔结说”、“内容决定说”、“视为本约说”。对于“实为本约说”在《买卖合同司法解释》中已将预约合同视为一个独立的合同，所以不再考虑。

“必须磋商说”认为，当事人之间一旦订立预约，双方负有在未来为订立本约而

1期。

20) 参见腾威：“商品房认购协议的认定及其法律效力”，《民商法论丛》梁彗星主编（第37卷），法律出版社2007年版 第246页。

21) 参见陆青：“《买卖合同司法解释》第2条评析”，《法学家》，2013年第3期。

22) 参见许德峰：“意向书的法律效力问题”，《法学》，2007年第10期

23) 参见叶锋：“论预约合同的出路—以类型系列的构建为分析视角”，《法律适用》，2015年第9期

24) 参见刘承睦：“预约合同层次论”，《法学论坛》，2013年第6期。

进行诚信磋商的义务。²⁵⁾此观点主要是为了保护买方的利益，即通过预约而固定更多订立合同的机会，从而给自己更多的选择机会。²⁶⁾诚信磋商义务过于抽象，缺乏实际操作，当事人无法知道就什么事项如何进行磋商。²⁷⁾这过于具有倾向性地保护了买方利益，买方只进行善意地磋商，最终未达成本约合同，这有悖于预约合同的缔约目的，无法同意向书进行区别。

“应当缔约说”认为，当事人不仅要进行磋商，更要磋商之后订立合同，否则将会构成违约。与重视缔结过程的“必须磋商说”，“应当缔约说”更看重缔结结果。预约合同确定的内容是将来订立本约合同的内容，其至少要具备《合同法解释（二）》第一条第一款规定的内容，如果预约合同的条款详细程度越接近本约合同的内容，更容易形成本约合同关系，但是毕竟是预约合同的主要功能是要固定订立本约合同的机会，所以与本约合同的内容还是存在着距离，要形成本约合同关系仍需要进一步的磋商。而且不订立本约则构成违约，因此，当事人为了避免承担负面后果就会展开更为慎重的磋商行为。我国《买卖合同司法解释》的观点也是采纳了“应当缔约说”。也有学者认为“必须磋商说”和“应当缔约说”并无根本上区别，因为预约合同的根基在于诚信原则和公平原则，预约合同的效力范围也在诚信原则和公平原则的要求范围内，所以要求当事人善意磋商订立本约合同即可。²⁸⁾

“内容决定说”认为预约合同的效力应依据内容的确定程度来界定，如预约合同具备了必备条款，则产生应当缔约效力；如预约合同的内容约定的非常简单，有待于进一步具体确定，则产生必须磋商的效力。²⁹⁾那么在实践中如何认定“主要条款或必备条款”，或“内容简单”？有学者依据合同应具备的内容将预约分为简单预约、典型预约和完整预约，简单预约和典型预约采用“必须磋商说”，完整预约采用“应当缔约说”³⁰⁾。

25) 参见白玉：“预约合同的法理及其应用”，《东岳论丛》，2009年7月。

26) 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。

27) 参见刘承睦：“预约合同层次论”，《法学论坛》，2013年第6期。

28) 参见陆青：“《买卖合同司法解释》第2条评析”，《法学家》，2013年第3期。

29) 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。

30) 参见刘承睦：“预约合同层次论”，《法学论坛》，2013年第6期。简单预约为只包含《合同法解释（二）》规定的当事人、标的和数量的内容，没有具备价格条款；典型预约至少要包含当事人、标的、数量、价格条款之外，可根据磋商情况，包含《合同法》第12条规定的其他主要条款；完整预约是《合同法》第12条规定的主要条款基本约定清楚，非常接近本约，本约要求当事

综上，诚信磋商是因为预约内容与完整程度有差距，而内容完整则要订立本约，而订立本约也是诚信义务。所以在诚信义务上，“必须磋商说”和“应当缔约说”并无区别，两者的侧重点不同：前者是过程，后者是结果。但是从预约合同的宗旨来看，外观上“应当缔约说”更为适当。

IV. 预约合同的救济

预约产生于合同缔结过程，且预约效力当中存在诚信磋商义务。而缔约过失责任是基于过错责任原则，违反诚信原则给一方当事人造成信赖利益的损失。³¹⁾ 预约合同是一个独立合同，所以违反预约合同应是违约责任。问题是预约合同的违约责任和本约的缔约过失责任的关系如何？首先，预约合同中的诚信磋商是基于生效合同而产生的，且订立本约的行为是预约合同的标的，而缔约过失责任不是以生效的本约为前提，而是基于诚实信用原则的法定义务，在本约缔结过程中的诚信磋商并不是如预约合同中的积极行为。其次，缔约过失责任是以过错责任原则为基础，订约当事人不是基于过错给另一方造成信赖利益的损失，则不承担责任。而预约合同是适用无过错责任原则，虽也是基于诚实信用原则，但只要存在没有订立本约合同的情况，就要承担相应责任。再次，举证责任分配中，非违约方证明对方存在没有订立本约的事实即可，而对方则要证明自己的行为符合诚实信用原则，而缔约过失责任中要证明对方的缔约过失行为，还要证明对方主观上的过错，最后在责任承担上，缔约过失责任的损害赔偿范围限制在信赖利益的损失，而预约合同的违约责任不局限于损害赔偿。

1. 实际履行

《德国民事诉讼法》第894条规定，基于预约产生缔结本约合同的请求权，义务人不履行此项义务，可通过法院判决代替其承诺。³²⁾ 但是由于德国的缔约过失责

人订立要式合同。

31) 参见陈小君主编：《合同法学》（第二版），高等教育出版社2012年版，第119-120页。

任制度的日趋发展，对“先合同利益”的保护稀释了对预约制度的需求；另一方面德国的物权行为理论和预告登记制度可以很好地保障了出卖人和买受人的利益，再有强制执行更加符合了诉讼经济原则，所以预约制度没有在德国发展起来。³³⁾

《日本民法》第556条第1款规定“买卖一方的预约，自他方意思表示完结买卖的意思表示时起，发生买卖的效力。”一方当事人基于预约发出要约，无需相对人的承诺即可成立本约合同。³⁴⁾在《意大利民法典》第2932条规定“有缔结合同义务的人未履行义务的，在有可能且不违反约定的情况下，另一方当事人可获得使未缔结合同产生效力的判决。”所以意大利法对预约内容的确定程度要求与本约高度相似，但也因此对预约的价值产生质疑。³⁵⁾

考察我国对预约合同违约责任中的实际履行观点有肯定说和否定说。否定的观点认为，强制缔结本约违反合同自由原则，是否订立合同由当事人自由选择，司法机关不能代替当事人做出意思表示，属于《合同法》第110条“法律上的不能”。³⁶⁾肯定的观点认为，基于当事人订立预约的目的和内容，实际履行是尊重了当事人的意思表示，而并不是强制履行本约合同的内容³⁷⁾，这也是基于预约合同的独立性决定的。

实际履行责任是对预约合同的履行行为中的缔结本约合同行为而言的，并不是对于磋商行为而言，且实际履行不是履行本约的内容，对于当事人而言并不去干涉其订约自由，何况当事人订立预约合同并不仅仅是为了形成磋商关系，而是为了进一步确定买卖关系。再有，预约合同也是合同类型当中的一种，应当适用《合同法》的一般规则。“法律上的不能”一方面，某些情况下，法律并不要求违

32) 参见叶锋：“论预约合同的出路—以类型系列的构建为分析视角”，《法律适用》，2015年第9期。

33) 参见刘承睦：“预约合同层次论”，《法学论坛》，2013年第6期。引自Henrich, *Il contratto preliminare nelle prassi giuridica tedesca*, in *Riv.dir.ciu.*, 2000, I, 691.

34) 参见柚木馨、高木多喜男编：《注释民法14（债权5）》，有斐阁1993年版，第158页。

35) 参见刘承睦：“预约合同层次论”，《法学论坛》，2013年第6期。引自R.Speciali, *Il Vorvertrag nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto*, in *Riv.dir.ciu.*, 1986, I, p.51s.

36) 参见刘俊臣：“合同预约若干法律问题初探”，《法律适用》，2002年第4期；白玉：“预约合同的法理及其应用”，《东岳论丛》，2009年7月。

37) 参见奚晓明主编：《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59页。

约反方负实际履行责任，而只是要求承担违约金和损害赔偿 responsibility。另一方面，法律从保护债权人的利益和交易秩序考虑，也不允许在某些情况下强制实施实际履行，如买卖合同订立后因法律变化而导致标的物为禁止流通物。³⁸⁾在违反预约合同时设立实际履行责任并不构成“法律上不能”。

上述国外立法中虽有相关规定，但是多少受到了质疑。值得我们借鉴的是，不能设立了实际履行责任就要一概要求预约合同当事人订立本约合同，是否适用实际履行应依据具体情形判断，要看到当事人订立预约合同时当事人之间的给付均衡。³⁹⁾另有观点认为，是否可以实际履行，要看预约合同中未决事项的性质：一种是主观未决事项，当事人之间的主观意图没有达成一致，另一种是客观未决事项，不是当事人主观上的意图，而是客观上的障碍导致当事人之间无法达成共识。对于主观未决事项法官不能代替当事人做出意思表示，是合同自由范畴，对于客观未决事项可以利用合同解释规则解决并要求实际履行。⁴⁰⁾以法律行为为目的的债务，债权人获准令债务人为意思表示的判决，便有权以该判决代替债务人的意思表示，是为“判决代用”，也是一种代替执行。⁴¹⁾所以实际履行责任有其存在的价值和空间，但不是违约责任的唯一形式，要依据具体情况而判断适用与否。

2. 损害赔偿

损害赔偿制度中的损害是前提，损害范围决定赔偿范围，也正是预约合同违反所造成的利益损失的范围是损害赔偿的争议问题。《合同法》第113条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”损害包括“所受损失”和“可得利益”，而这是通过本约的履行而可预见的

38) 参见王利明：《合同法研究（第二卷）》，中国人民大学出版社2006年版，第576页。

39) 参见王利明：“预约合同若干问题研究—我国司法解释相关问题述评”，《法商研究》，2014年第1期。

40) 参见陆青：“《买卖合同司法解释》第2条评析”，《法学家》，2013年第3期。

41) 参见韩世远：《合同法总论（第三版）》，法律出版社2011年版，第605页。

利益损失。预约合同的履行义务是订立本约而非履行本约。预约合同在本约合同的缔结过程中产生的，那么违反预约合同的利益损失是不是本约缔约过失责任的信赖利益损失范围呢？

最高人民法院起草小组认为，预约合同的履行是要订立本约而形成合同关系，并无任何交易发生，所以未达成本约只是丧失成立本约合同关系的机会，并无可得利益损失，而且预约产生与本约缔结过程中，违反预约产生的履行利益的损失与本约缔约过失责任的信赖利益损失相当，但要以本约的履行利益为限。⁴²⁾这种观点考虑到了预约合同的本质，但是如何区别到底是预约的违约责任还是本约的缔约过失责任？违反预约合同与缔约过失责任的损害赔偿范围存在一定区别，缔约过失责任不可能达到合同履行利益的范围，而违反预约合同应在可以合理预见利益损失为限。⁴³⁾德国学说中，在给付不能时，债权人有权直接请求因本约不履行而造成的损害。因为无论基于本约，还是预约，债务人都要随时准备履行合同。⁴⁴⁾基于可预见性规则，预约合同的内容越接近本约，在损害赔偿上就越接近本约履行利益的的损害赔偿范围，反之，则靠近信赖利益的损害赔偿。⁴⁵⁾

V. 结语

对于《买卖合同司法解释》第2条规定的预约合同的认定，从缔约目的、内容的确定性、法律约束力等角度区分与意向书、本约之间的差别，以订立本约为目的，内容确定，至少包含当事人、标的和数量条款，且具有法律拘束力则视为预约，反之内容不确定，无法律拘束力则视为意向书等无拘束力的文本。对于预约合同的救济，从预约合同本质出发应肯定实际履行责任，但应根据预约合同内容

42) 参见奚晓明主编：《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61-62页。

43) 承认可得利益损失不应包含于违反预约合同的损害赔偿当中，参见王利明：“预约合同若干问题研究—我国司法解释相关问题述评”，《法商研究》，2014年第1期。

44) 参见叶锋：“论预约合同的出路—以类型系列的构建为分析视角”，《法律适用》，2015年第9期。引自[德]阿尔姆布宇斯特：《埃尔曼评注》，第145条前言，边码49。

45) 参见陆青：“《买卖合同司法解释》第2条评析”，《法学家》，2013年第3期。

的具体情况而决定使用与否，即法官对于主观未决事项不能代替当事人做出意思表示，而对于客观未决事项可依据合同解释规则加以补全；至于损害赔偿预约合同内容越接近本约内容，赔偿范围越接近本约的履行利益损失，反之则靠近信赖利益的损失，但因为预约合同不具有本约合同的履行内容，其标的是订立本约合同行为，不包含可得利益的损失。

参考文献

- 崔建远：《合同法》，法律出版社2007年版
- 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版
- 韩世远：《合同法总论（第三版）》，法律出版社2011年版
- 王利明：《合同法研究（第一卷）》，中国人民大学出版社2006年版
- 王利明：《合同法研究（第二卷）》，中国人民大学出版社2006年版
- 陈小君主编：《合同法学》（第二版），高等教育出版社2012年版
- 罗结珍译：《法国民法典（下册）》，法律出版社2005年版
- 奚晓明主编：《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
- 王泽鉴：“债法原理（一）”，中国政法大学出版社2001年版
- 李东：“预约合同制度要义与立法构建”，《求索》，2012年9月
- 钱玉林：“预约合同初论”，《甘肃政法学院学报》，2003年第4期
- 王利明：“预约合同若干问题研究－我国司法解释相关问题述评”，《法商研究》，2014年第1期
- 刘承慧：“预约合同层次论”，《法学论坛》，2013年第6期
- 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7月
- 刘俊臣：“合同预约若干法律问题初探”，《法律适用》，2002年第4期
- 王利明：“预约合同若干问题研究－我国司法解释相关问题述评”，《法商研究》，2014年第1期

- 陆青：“《买卖合同司法解释》第2条评析”，《法学家》，2013年第3期
- 叶锋：“论预约合同的出路—以类型系列的构建为分析视角”，《法律适用》，2015年第9期
- 韩强：“论预约的效力与形态”，《华东政法学院学报》，2003年第1期
- 白玉：“预约合同的法理及其应用”，《东岳论丛》，2009年7月
- 许德峰：“意向书的法律效力问题”，《法学》，2007年第10期

[Abstract]

On Reservation Contract

Cui, Feng

Assistant professor, College of Law, YanBian University

Chinese Lawyer

Doctorate candidate, College of Law, JiLin University

“Contract law” stipulates the system of sales contract with 46 articles, but these are difficult to solve the complexity and diversity of business contract relationship and the problems that come from the change of market transactions. The pre-contract originated from the traditional consensual contract, the content of the contract is to avoid the other party withdraw intention at will and damage the interests of the other party's trust. Based on the freedom of contract, pre-contract can be applied to acceptance contract, so as to make the market transactions more flexible. Pre-contract is a consensus in order to make a contract in the future and play a key role in the fierce market competition to stable trading opportunities. Although article 4 and article 5 of the judicial interpretation of commercial housing sales

contracts issued in 2003 involves the pre-contract, the content is about the deposit penalty rules and it is not regarded as a complete contract. Article 2 of the judicial interpretation of the contract of sale issued in 2012 identified subscription book, order book, letters of intent, memorandum, etc as pre-contract. If a person does not fulfill its obligation of entering into a sales contract in the future, he should bear the corresponding liability for breach of contract. Article 2 of the judicial interpretation of the contract of sale has important implications for recognition of pre-contract and its effectiveness. However, there is still a too general question in the specific operation on the cognizance of the border of pre-contract and liability for breach of contract. When decide whether to make a pre-contract as the contract, with the content of the standard cannot accurately define pre-contract scope. The key of pre-contract is to conclude the following contract about the contracting intent in the future. Since the pre-contract is an independent contract, it should be different from real contract and the contract with condition as well as subscription book and letters of intent. The party has the obligation of “good faith consultations” to enter into a contract. While this kind of “good faith consultations” does not produce the contracting fault liability, it is the premise of the liability for breach of contract obligation. Comparing with “must consultation”, “should conclude a treaty” and “content decided to say”, as well as referring to the form of responsibility of the liability for breach of contract, in violation of the pre-contract produces independent right of claim the same as violating the real contract, which can request a forced default continues to perform. If the losses due to the loss of trading opportunities, you can request for damages, deposit or liquidated damages to constrain the parties concerned.

Key words : reservation contract, source contract, liability for breach, compulsory performance, compensation for damages