

预约合同效力和违约救济的 实证考察与应然路径

耿利航*

内容提要：欧陆法上的预约是给那些经法院判断后当事人承诺最后交易的诸如认购书之类的初步（中间）协议贴上的一个标签。合同法的目标是执行允诺，保护当事人基于合意的期望。对于约定有将来订立合同条款之协议（无论是否称之为预约合同），法律效力可能是应当缔约，也可能是善意磋商。法院应当区分事实，以探究当事人真意为出发点，既不能任由当事人违反当初的完成交易之承诺，也不能施加给当事人从未允诺的强制缔约责任。对于违约救济，也应根据法律效力区分对待，前者救济应同本约，后者守约方只能请求赔偿信赖利益损失，且一般情况下不应给予机会损失赔偿救济。

关键词：预约 本约 信赖利益 机会损失

预约是欧陆法系的概念，理论制度成熟于德国。德国法是我国大陆和台湾地区研究预约法律问题的基础借鉴蓝本。^{〔1〕}对于预约的概念、性质和成立要件，除表达详略不同外，学理通说没有区别：预约乃约定将来订立一定契约的契约；预约以订立本约为其债务内容，性质是独立于本约之契约；预约成立有两个要件：当事人承诺缔约的合意以及预约内容确定。^{〔2〕}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》（法释〔2012〕8号，下

* 山东大学法学院教授。

本文是国家社科基金项目（项目编号14BFX167）、教育部人文社会科学研究规划基金项目（13YJA820007）的阶段性研究成果。

〔1〕 有关德国预约理论和判例的介绍，参见吴从周：《论预约：探寻德国法之发展并综合分析台湾法院相关判决》，《台大法学论丛》第42卷特刊（2013年），第767页以下；叶新民：《预约效力的十字路口》，台湾《月旦裁判时报》2012年第18期，第33页以下；汤文平：《德国预约制度研究》，《北方法学》2012年第1期，第146页以下。

〔2〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第168页；史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第12页以下；黄立：《民法债权总编》，中国政法大学出版社2002年版，第31页以下；陈自强：《民法讲义I：契约的成立与生效》，法律出版社2002年版，第87页以下；〔日〕我妻荣：《债权各论》上卷，徐慧译，中国法制出版社2008年版，第47页以下；王利明：《合同法研究》第1卷，中国人民大学出版社2002年版，第40页以下；崔建远：《合同法》，法律出版社2010年版，第33页以下；韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第66页以下。

称“买卖合同解释”)第2条对预约合同作了规定:“当事人签订认购书、订购书、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。”按照《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》一书的论述,最高人民法院制定该条时遵循了通说。^[3]

从学理和司法裁判思考路径出发,预约合同民事责任可以划分为前后衔接的两个问题:预约合同效力和违约救济。前者为问题核心,界定了当事人受约束之合同义务,也在很大程度上决定了最终应给予守约方如何的救济。然而多少出乎意料的是,虽然国内通说一致同意了预约的概念、性质和要件,但无论对于预约效力还是违约救济均莫衷一是,观点甚至大相径庭。对于预约效力大致有三种观点:一是“善意(必须)磋商说”,认为当事人仅负有善意磋商义务,但磋商未必一定达成本约;二是“实际履行(应当缔约)说”,认为当事人的义务就是依约订立合同,即使磋商不成,也须达成本约;三是“内容决定说”,主张区分不同情况,若预约中具备本约的主要条款,产生应当缔约的效力,否则产生善意磋商的效力。违约救济上,对于继续履行救济有否定者,有赞同者,也有主张根据案件情况酌情处理;对于损害赔偿,有认为应为本约履行利益赔偿,也有认为是信赖利益损失赔偿,后者对具体赔偿范围是否应包括机会损失等也存在不同认识。^[4]而《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》一书对“买卖合同解释”第2条的解读,不仅有关合同效力的论述前后矛盾,而且对于违约救济争议问题也未置可否,均称尚待研究论证。^[5]

在实在法层面,除“买卖合同解释”第2条外,《最高人民法院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》(“商品房买卖解释”)第4条、第5条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(“担保法解释”)第115条都曾对预约合同有具体条文的规定,但如下文所述,这些条文内在逻辑相互冲突,法院对这些条文的引用、阐述至今仍处于混乱和随意状态。最高人民法院先后刊发了5件相关“公报”案例:“买卖合同解释”出台前有“戴雪飞案”(2006)、“仲崇清案”(2008)、“俞财新案”(2011),^[6]出台后有“张励案”(2012)和“成都讯捷案”(2015)。^[7]即使在公报案例之间,同样存在程度不同的抵牾,成都讯捷案甚至明确反对张励案所主张的合同性

[3] 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51页以下;另参见宋晓明、张勇健、王闯:《〈关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2012年第15期,第27页。

[4] 有关理论观点的评介参见上引最高人民法院民事审判第二庭编著书,第54页以下;新近文献可参见王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》,《法商研究》2014年第1期,第54页以下;梁慧星:《预约合同解释规则》,资料来源:中国法学网,访问时间2015年9月;陆青:《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》,《法学家》2013年第3期,第119页以下;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986页以下。

[5] 参见前引[3],最高人民法院民事审判第二庭编著书,第58页以下。

[6] “戴雪飞诉华新公司商品房订购协议定金纠纷案”(“戴雪飞案”),《最高人民法院公报》2006年第8期;“仲崇清诉上海市金轩大邸房地产开发有限公司合同纠纷案”(“仲崇清案”),《最高人民法院公报》2008年第4期;“俞财新与福建华辰房地产有限公司、魏传瑞商品房买卖(预约)合同纠纷案”(“俞财新案”),《最高人民法院公报》2011年第8期。

[7] “张励与徐州市同力创展房地产有限公司商品房预售合同纠纷案”(“张励案”),《最高人民法院公报》2012年第11期;“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”(“成都讯捷案”),《最高人民法院公报》2015年第1期。

质认定规则。这都显示出,虽然最高人民法院始终重视预约案件审理,但争议并未因解释出台而平息——“买卖合同解释”第2条后半段的违约责任规定不过是与“违约应当承担违约责任”相同逻辑的循环语句,该条的形式意义远大于实质。

本文将对国内法院相关判决进行经验考察,并结合理论和国外立法实践,对我国预约合同效力和违约救济规则进行反思和重构。

一、司法实践的实证考察

本文采用案例研究和案例统计研究两种实证研究方法,^[8]分析两类案件:1.上述5件公报案例,特别是张励案和成都讯捷案,以及刊登在《人民法院案例选》、《人民司法》、《审判要览》等刊物上的与预约合同效力和法律责任认定相关的“典型”案例15件,^[9]共计20件,刊登时间跨度为2005年至2015年。对于公报和典型案例主要是定性分析,目的是较为全面地描述和总结十余年来最高人民法院曾经和如今所提出(或赞同)的“参考性”审判思路。预约合同纠纷并非新型案件,司法实践是渐进的连续过程,有必要对基于个案的分散性规则进行归纳整合。2.“统计”案例,为从“中国裁判文书网”上搜集到的相关生效法院裁判文书,时间跨度从2015年6月1日至9月1日,^[10]有效判决书共计

[8] 参见张家勇:《探索司法案例研究的运作方法》,《法学研究》2012年第1期,第53页以下。

[9] 因涉及案例较多,为检索和对照方便,本文将所讨论的“典型”案例以刊登日期为顺序集中列示如下:(1)“黄静诉厦门联宏房地产开发有限公司、姜淑琴、厦门中兴房地产开发有限公司商品房买卖合同案”(2005)厦民终字第1930号,“黄静案”,《人民法院案例选》2006年第2辑;(2)“桑志勇诉滁州华欣置业股份有限公司商品房预售合同案”(2007)滁民一终字第740号,“桑志勇案”,《审判要览》2008年卷;(3)“刘烈昉诉余深斌等房屋买卖、抵押权纠纷案”(2007)集民初字第503号,“刘烈昉案”,《人民法院案例选》2008年第4辑;(4)“曹求玉与广东省中山市中南物业开发有限公司商品房预约合同纠纷上诉案”(2008)中法民一终字第54号,“曹求玉案”,《人民司法》2008年第18期;(5)“珠海万里路企业有限公司诉珠海辰泰房地产开发有限公司商品房买卖合同案”(2008)珠中法民一终字第104号,“珠海万里路”案,《审判案例要览》2009年卷;(6)“王彬诉自贡新鸿房地产开发有限公司商品房买卖合同案”(2008)贡井民一初字第7号,“王彬案”,《审判要览》2009年卷;(7)“北京优高雅装饰工程有限公司诉北京亨利戴艺术家家具有限公司违反预约合同义务损害其期待利益建筑合同案”(2007)二中民终字01756号,“北京优高雅案”,《人民法院案例选》2009年第1辑;(8)“纪玉美诉厦门翔安新城投资开发有限公司房屋买卖合同案”(2010)思民初字第6447号,“纪玉美案”,《审判要览》2011年卷;(9)“曹灿如与上海莱因思置业有限公司等商品房预约合同纠纷上诉案”(2010)沪二中民二(民)终字第609号,“曹灿如案”,《人民司法》2011年第12期;(10)“刘道琳诉南京航空瑞华置业有限公司等房屋买卖合同案”(2010)宁民终字第3975号,“刘道琳案”,《审判要览》2011年卷,该案另载《江苏省高级人民法院公报》2012年第1期;(11)“吴建平诉无锡深港国际服务外包产业发展有限公司商品房预售合同纠纷案”(2012)锡民终字第0619号,“吴建平案”,《人民法院案例选》2013年第1辑;(12)“郭志坚诉厦门福达地产投资有限公司买卖合同案”(2012)厦民终字第1277号,“郭志坚案”,《人民法院案例选》2013年第1辑;(13)“陈荣根诉江阴兰星公司、钱树忠买卖合同案”(2012)锡民终字第0024号,“陈荣根案”,《人民法院案例选》2013年第2辑;(14)“上海钰翔国际贸易有限公司与天津三建建筑工程有限公司买卖合同案”(2013)津高民二终字第20号,“上海钰翔案”,《人民法院案例选》2014年第1辑;(15)“山东菱重机电设备有限公司与中国人民解放军第三零四工厂土地转让与租赁协议纠纷申请再审案”(2013)民申字第1715号,“山东菱重案”,《人民司法》2014年第14期。

[10] 之所以选择2015年6月后的案件作为数据统计来源,是为观察在成都讯捷案发布大约半年后(该案判决应该已经被法院熟悉),法院审判思路可能的变化。之所以研究其后3个月内的判例,因其乃笔者写作期间所能查到的最新案例,而且从样本总数和分布情况(正文表2、表3)看,统计结果可以在一定程度上代表国内法院新近的审判思路总体趋势。

135份。^[11]对于统计案例主要是定量分析,目的是通过数量和比例观察描述法院新近的倾向性审判思路。虽然公报和典型案例是经由最高人民法院选择后刊登的案例,但下级法院未必都循此裁判,况且公报和典型案例本身也存在审判路径冲突,因此,结合当下的定量分析将更为贴近法律运行的实然状态。

(一) 公报和典型案例审判路径整理

对于诸如认购书等案涉协议中约定将来订立合同的案件,法院的审理思路大致相同:法院首先会界定协议的性质(本约抑或预约),如认定为本约,依一般合同法规则审理;如认定为预约,法院会先论证合同效力,然后决定违约救济,由此形成以下三种审判路径。

1. “视为本约”审理路径

在“视为本约”路径下,协议性质是本约还是预约,区分标准是协议主要内容是否缺失。公报张励案(判决摘要)指出,“判断商品房买卖中的认购、订购、预订等协议究竟是预约合同还是本约合同,最主要的是看此类协议是否具备《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。”

虽没有明文援引,张励案实际参照了“商品房买卖解释”第5条。该条的制定理由是,在商品房交易中,有时因开发商尚未取得预售许可或项目尚未竣工验收,对诸如交付标准、面积差额处理等诸多条款尚无法确定,存在“事实上和法律上的障碍”,当事人签署认购书等预约合同有其实务价值。而如果认购书已经具备了《商品房销售管理办法》的主要内容,可以说明已经跨过预约阶段,障碍已经消除,此时当事人签署的认购书“名为预约,实为本约”。^[12]

然而,张励案严格说来不属于名为预约而实为本约的情形,^[13]因为在商品房项目竣工验收或取得商品房预售许可证后,当事人需另行签订正式的商品房买卖(或预售)合同,即使认购书上没有明文约定也是强制性要求,买卖(预售)合同而非认购书是办理房屋过户等手续的必备文件,也是当事人履行义务的最终合同依据。^[14]而且,如果将认购书直接作为本约处理,认购书就是一般商品房买卖合同而无须进行特别规定,适用“商品房买卖解释”第5条反而导致困惑:买卖合同通常具备标的和价格等必要条款即成立,而命名为认购书的买卖(本约)合同是否仅因不具备作为行政规章的《商品房销售管理办法》第16

[11] 《民事案件案由规定》(法发〔2011〕42号)只规定了“商品房预约合同纠纷”(82(1))案由,实践中法院也常以“商品房买卖纠纷”、“商品房预售合同纠纷”、“买卖合同纠纷”等案由立案,而在其他合同纠纷中,则无相应预约合同纠纷案由。为减少遗漏,本文案例检索方式是在“中国裁判文书网”搜索栏输入“预约合同”关键字,文书类型为“判决书”,裁判日期为2015年6月1日至2015年9月1日,共获得原始文书297份,并由笔者和研究助理逐个甄选。因文字机械检索本身的原因,有些案件与合同争议无关被排除(如婚姻预约财产返还案件),有些案件争点无涉预约合同责任(如有些案件法院只在案件事实中提及预约合同,有些案件涉及公章造假、表见代理、房屋中介费等),共77件,还有些案件存在被告、事实、判决书表达相同或类似的情形,这些案件是法院分别立案的群体性案件,为准确反映不同法院的审理态度,不重复计数,共有85件。排除两类案件后得到135份有效判决书。

[12] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院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的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,第59页以下。

[13] “名为预约实为本约”的说法来自我国台湾学者:“预约系约定将来订立一定契约之契约。倘将来系所订之契约履行而无须另订本约者,纵名为预约,乃非预约”。见前引〔2〕,王泽鉴书,第158页以下。梁慧星总结说,“简而言之,无须另外订立合同,为本约;反之,为预约。”见前引〔4〕,梁慧星文。

[14] 参见《城市房地产开发经营管理条例》(2011年修订)第23条、第28条,《城市商品房预售管理办法》(2004年修订)第10条、第12条,《商品房销售管理办法》(2001年)第6条、第16条。

条所规定的主要内容而不成立？因此，将该第5条描述为“实为预约但视为本约处理”之规定似更符合实际：即使尚需另行签订最终交易合同，但如果认购书等协议具备了该管理办法第16条规定的主要内容，即可视为本约已经成立。实践中，法院对于该路径的司法适用观点差异明显。

（1）宽松适用

“商品房买卖解释”第5条没有明确“主要内容”的认定标准。而如果结合最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号，下称“合同法解释二”）第1条之规定，认购书等协议似乎只要有标的物 and 数量之约定，就可以被认定为本约，合同缺漏的内容包括价格都可以由法院补充。刘烈昉案中，当事人的协议书中约定了房号、价款和违约责任，法院认定该协议书名为预约但内容具体明确，买卖合同成立并生效。刘道琳案观点相同。

（2）严格适用

更多公报或典型案例看来持谨慎态度。张励案虽称商品房认购书中“不可能完全具备管理办法第16条的内容”，“否则就与商品房买卖合同本身无异”，并在判决摘要中给出了一个主要内容的认定标准，即“只要具备了双方当事人的姓名或名称，商品房的基本情况（包括房号、建筑面积）、总价或单价、付款时间、方式、交付条件及日期，同时出卖人已经按照约定收受购房款的，就可以认定此类协议已经具备了商品房买卖合同本约的条件”，但该案判决书主文在协议性质认定部分却仍然使用了多少隐含有否认第5条适用意味的概括性语言（“等等”），认定预订单的性质为预约，“双方对商品房的交付时间、办证时间、违约责任等等诸多直接影响双方权利义务的重要条款在预订单中没有明确约定，属于未决条款，需在签订买卖合同时协商一致达成”。类似的表达有公报俞财新案以及典型案例曹求玉案、吴建平案。

（3）否认适用

在公报成都讯捷案中，一审法院采纳了宽松适用观点，认为购房协议书中的当事人名称、标的等主要条款明确具体，根据“合同法解释二”第1条，认定协议书具备必备条款，合同成立，并参照《城市房地产开发经营管理条例》第33条的规定，判定被告应在收到全部购房款后90日内协助原告办理产权过户手续。二审法院（经审判委员会决定）也认为，一审判决认定双方间的房屋买卖合同关系已经成立并无不当。

最高人民法院再审改判认为，原审法院的合同性质认定错误，购房协议书之性质应为预约而非本约。最高人民法院指出，“预约的形态多种多样，有的预约条款非常简略，仅表达了当事人之间有将来订立本约的意思，至于本约规定什么内容留待以后磋商决定；有的预约条款则非常详尽，将未来本约应该规定的内容几乎都在预约中作了明确约定。而若仅从内容上看，后者在合同内容的确定性上几乎与本约无异，即使欠缺某些条款，也往往可以通过合同解释的方式加以补全。因此，仅根据当事人合意内容是否全面，并不足以界分预约和本约。”再审判决（裁判摘要）强调，“判断当事人之间订立的合同系本约还是预约的根本标准应当是当事人的意思表示，也就是说，当事人是否有意在将来订立一个新的合同，以最终明确在双方之间形成某种法律关系的具体内容”，“如果当事人存在明确的将来订立本约的意思，那么即使预约的内容与本约已经十分接近，即便通过合同解释，从预约中

可以推导出本约的全部内容,也应当尊重当事人的意思表示,排除这种客观解释的可能性”。

最高人民法院在成都讯捷案中看起来完全推翻了其在张励案中所曾认同的视为本约的审理路径(尽管在张励案中态度暧昧),明确强调预约与本约的区分,即如果当事人有意在将来订立一个新的合同,无论协议内容详略、是否具备主要内容,性质只能是与本约相对应的预约。^[15]而在该案后,法院即便在商品房买卖预约纠纷中适用“商品房买卖解释”第5条,也会存在疑问:如果把第5条当作商品房买卖的特别规定,就意味着法院将因最终交易对象的不同而对合同性质进行区分认定,这显然没有道理。为避免规则冲突,最高人民法院对第5条的适用条件进行了重新解读:与其说该条解释采纳了“视为本约说”,毋宁说该规定承认了预约与本约之间的可转化性。除了预订单等协议应具备主要内容,还必须“当事人一方或者双方已经实际履行”,此时“预约转化为本约”,^[16]或“预约被本约所吸收”。^[17]然而,如此解读却可能使第5条成为一个虚置条款,因为无论当事人之间是否存在约定将来签订合同的协议书,法院均可以径直依照合同法第36条、第37条,依当事人履行合同的事实行为而认定本约成立。

2. “预约—履行”审理路径

即使法院认定案涉协议性质为预约,对于预约效力仍有两种观点。公报俞财新案赞同实际履行说,持“预约—履行”之审理路径。最高人民法院在该案中维持了一审判决,认定商铺认购书因内容欠缺,其性质是预约合同,被告应当在“收到订金后30日内领取商品房预售许可证并与俞财新签订购房合同”。在几乎与成都讯捷案同期审理、同是再审案件的山东菱重案中,最高人民法院(裁判要点)同样支持应当缔约说,“判断预约合同成立的标准是当事人是否达成将来缔结本约合同的合意。预约合同不同于民事主体在合同签订过程中达成继续磋商的合意,其生效后,当事人负有必须缔结本约的义务”。

“预约—履行”路径与“视为本约”路径,最终法律后果并无不同,法院对协议进行合同性质事先区分只具有概念上的意义。如果当事人磋商不成最后无法达成合同,法院应当“判决其履行,以维护相对人之利益”(郭志坚案之案件要点),而如果原告主张违约损害赔偿,法院将判定被告赔偿原告履行利益损失(房屋价格上涨差价)(陈荣根案)。

3. “预约—磋商”审理路径

然而,采纳善意磋商说的“预约—磋商”路径,似乎才是最高人民法院的主导性审判思路。正如张励案判决书所径称,“预约合同的目的在于当事人对将来签订特定合同的相关事项进行规划,其主要意义就在于为当事人设定了按照公平、诚信原则进行磋商以达成本约合同的义务”。公报戴雪飞案、仲崇清案以及成都讯捷案均持此观点。^[18]

[15] 张励案之前的公报仲崇清案其实就已经隐含了这种审判思路。虽然法院认为意向书“就条件成就时实际进行商铺买卖的主要内容达成了合意”,但一、二审法院均未提及“商品房买卖解释”第5条或《商品房销售管理办法》第16条之规定,直接认定意向书“是具有法律约束力的预约合同”。

[16] 参见前引[3],最高人民法院民事审判第二庭编著书,第55页。

[17] 参见司伟:《预约与本约的区分与界定》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《最高人民法院民事审判指导与参考》2014年第1辑,第210页。

[18] “预约合同的意义,是为在公平、诚信原则下继续进行磋商,为最终订立正式的、条款完备的本约创造条件”(戴雪飞案裁判摘要);“预约合同生效后……一方当事人未尽义务导致本合同的谈判、磋商不能进行,构成违约的,应当承担相应的违约责任”(仲崇清案裁判摘要);“根据《购房协议书》,双方的主要合同义务是就达成房屋买卖合意进行诚信磋商”(成都讯捷案判决书)。

善意磋商说与实际履行说的本质区别在于，除了合同法规定之责任减免事由，被告还可以主张尽到善意磋商义务而免责。张励案被告未通知原告签约并将涉案房产安置给他人，使“进一步磋商没有可能”，法院容易认定其违反了磋商义务。戴雪飞案（裁判摘要）则给出了善意磋商义务的一般认定标准：“在继续进行的磋商中，如果一方违背公平、诚信原则，或者否认预约合同中的已决条款，或者提出令对方无法接受的不合理条件，或者拒绝继续进行磋商以订立本约，都构成对预约合同的违约，应当承担预约合同中约定的违约责任。反之，如果双方在公平、诚信原则下继续进行了磋商，只是基于各自利益考虑，无法就其他条款达成一致的意思表示，致使本约不能订立，则属于不可归责于双方的原因，不在预约合同所指的违约情形内”。

戴雪飞案是商品房买卖定金返还之诉，法院的判案依据是“商品房买卖解释”第4条。该第4条有特别规定的定金罚免责事由（“因不可归责于当事人双方的事由”），“善意磋商”即属于“不可归责于双方的事由”，因此与“担保法解释”第115条不同，^[19]“商品房买卖解释”第4条之定金罚担保的是当事人诚信谈判而非“立约”，属于认同“预约—磋商”路径的条款。^[20]

“预约—磋商”路径下，即使认定一方违反了善意磋商义务，对于违约的救济方式和范围，法院仍然争议颇大。《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》一书称，对是否允许强制缔约“曾数易其稿”、“始终处于犹豫状态”，故“解释对该问题没有明确态度”。^[21]实践中法院有承认和拒绝两种意见：黄静案法官评论说，原告请求判令被告与其签订商品房买卖合同，违反合同法规定的合同自愿原则；而张励案（裁判摘要）则指出，一方违反预约合同，守约人可以请求违约方“履行订立本约的义务或者赔偿损失”。

如果原告请求解除合同并赔偿损失，《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》一书认为，其性质属于本约订立过程中的缔约过失责任，被告应赔偿原告“相信本约能够签订的信赖利益损失”，包括缔约费用、准备履行费用、已经给付金钱之利息损失等，但对于是否包括所失利益（订约机会利益）这个争议问题持保留态度，“尚待研究论证和法律明确”，法院可以酌情裁判。^[22]采纳“预约—磋商”路径的公报和典型案例中，共有四例涉及损害赔偿，就有如下四种不同意见：

曹灿如案中，法院（裁判要旨）明确反对机会损失赔偿，“在确定缔约过失的赔偿范围时，应当以信赖利益的损失为限，不应包括机会丧失及期待利益的损失”，主要理由是“机会所形成的利益很难合理确定”。

公报仲崇清案的裁判观点与《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》一书类似，“对守约方因信赖利益落空产生的损失应酌情予以赔偿”。二审法院同意信赖利益损

[19] “担保法解释”第115条为立约定金之规定，担保的是当事人在将来正式缔约，如果当事人拒绝缔约，即可适用定金处罚。参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2014年版，第404页。

[20] 参见前引〔3〕，最高人民法院民事审判第二庭编著书，第63页；前引〔12〕，最高人民法院民事审判第一庭编著书，第62页。

[21] 参见前引〔3〕，最高人民法院民事审判第二庭编著书，第60页。

[22] 该书给出的意见是：“预约合同的损害赔偿应以信赖利益为限，在最高不超过信赖利益的范围内，由法官依据诚实信用和公平原则，结合案件实际情况，综合考虑守约方履约情况、违约方的过错程度、合理的支出等因素，酌情自由裁量”。参见前引〔3〕，最高人民法院民事审判第二庭编著书，第61页以下。

失包括原告因此丧失与第三人另订类似合同的机会所遭受的损失，但反对原告提出的差价赔偿请求，“双方签订的预约合同毕竟同正式的买卖合同存在法律性质上的差异”，机会丧失如何赔偿应考虑签订本约的概率有多大以及本约最后可能确定的内容等。

公报张励案（裁判摘要）代表第三种观点，对机会损失进行完全赔偿（差价赔偿），认为原告在与被告签订预订单后，“有理由相信被告会按约定履行订立本约合同的义务，从而丧失了按照预订单约定的房屋价格与他人另订购房合同的机会，因此被告因违约给原告造成的损失应根据订立预订单时商品房的市场行情和现行商品房价格予以确定”。

北京优高雅案（裁判要点）则代表第四种意见，被告未尽预约合同义务导致磋商不成，赔偿性质应为根据合同法第113条计算的合同履行利益，“应对对方期待利益的损失承担赔偿责任”。

综上，如公报和典型案例所显示，对于预约合同纠纷案件，最高人民法院十年来没有形成一贯的审理思路（表1），审判结果几乎无法预测：不仅混杂着三种审理路径，而且相同审理路径内部的裁判适用标准还可能大相径庭。

表1 公告和典型案例审理情况列表

审判路径（总数）	案例	裁判结果
视为本约（2）	刘烈昉案	实际履行
	刘道琳案	被告返还预付款和双倍返还定金
预约—履行（7）	公报俞财新案	原告违约在先，解除合同，被告返还订金和利息
	王彬案、郭志坚案、山东菱重案	实际履行
	纪玉美案	政策变动构成情势变更，解除合同返还预付款
	陈荣根案	赔偿履行利益损失（房屋差价）
	上海钰翔案	被告违约，支付违约金
预约—磋商（11）	公报戴雪飞案 桑志勇案、曹求玉案、吴建平案	未就本约达成一致不可归责双方，返还定金
	公报仲崇清案	赔偿信赖利益损失，酌情赔偿机会利益损失
	公报张励案	赔偿信赖利益损失，全额赔偿机会利益损失
	曹灿如案	酌情赔偿信赖利益，但不包括机会利益损失
	北京优高雅案	赔偿本约履行利益
	黄静案	驳回实际履行请求，可另行主张损害赔偿
	珠海万里路案	原被告磋商均有过错，解除合同分摊损失
	公报成都讯捷案	构成事实买卖合同，继续履行

（二）统计案件总体情况分析

司法实践中，根据案涉认购书等协议内容和其他案件事实，可以将案件划分为以下三种类型：

类型 A 案件：协议约定合同必要条款 + 当事人将来签订合同承诺。除成都讯捷案等 3 个案例外，其余公报和典型案例皆属此类，以张励案、仲崇清案等（商品房）预约合同纠纷案件为典型代表：被告与原告签订商品房预订单等协议，约定所购商品房位置、面积、价款等，原告向被告预缴部分购房款，并约定在被告取得相关许可后签署正式合同。

类型 B 案件：协议约定了必要条款 + 尚需对相关事项继续磋商或类似意图的约定。成都讯捷案即属于此类：原被告签订购房协议书，约定了购买房屋位置、价款、违约责任等条款，但协议书还另行约定有待磋商条款，“甲、乙双方应就购房合同及付款方式等问题在本协议原则下进行具体磋商”，“甲乙双方就该宗房屋买卖合同签订时，本协议自动失效”。

类型 C 案件：协议未约定必要条款。山东菱重案中，原租赁合同终止，当事人仅约定，“双方应于土地及厂房交付后另订补充协议执行”。北京优高雅案情况类似。

虽然前文并未如此区分案件类型，但为后文讨论目的，以下对统计案件依此分类进行区分统计。^[23] 从表 2 看，统计案件审理法院的地域和级别分布较为均衡，说明预约合同案件审理是各地基层或中级人民法院都会遇到的疑难问题。而预约合同案件上诉率较高（44%），^[24] 说明当事人对审判结果不满意程度高、案件争议大。但大部分上诉案件（90%）维持原判，说明各地两级法院的审判标准基本趋于一致。表 3 说明，类型 A 是最常见的事实类型，特别是商品房买卖纠纷（108 件），占该类案件总数的 84%。类型 B 和类型 C 案件数量很少，各有 3 件。表 4 则显示了法院审理路径的总体分布情况：^[25] 类型 A 案件共有 129 例，法院认定构成本约的有 27 例，采“预约—履行”路径的有 73 例，共 100 例，占比 78%。这表明绝大多数法院即使在张励案和成都讯捷案后，仍坚持认为认购书等协议（无论是否定性为预约）应当对双方当事人有签订最终交易合同的强制约束力。考虑到最高人民法院公报案例所提出的裁判准则对下级法院所起到的权威约束力，这个统计发现耐人寻味。而对于类型 B 和类型 C 案件，法院最后均认定案涉协议效力为待磋商之预约合同。

表 2 统计案件总体情况

案件总数	地域分布			生效判决之审级			一审法院级别		
	东部	中部	西部	一审	二审		基层	中级	高级
135	52	45	38	75	维持 54	改判 6	75	57	3

[23] 合同必要之点与合同类型有关，为构成契约类型特征不可欠缺的部分，即主要给付义务，如买卖契约为标的物 and 价金，租赁契约为租赁物和价金。参见前引〔2〕，陈自强书，第 96 页。统计案件中，如果协议中未约定标的物 and 价格条款，归于类型 C。如果约定有标的物 and 价格条款，归于类型 A。如果另约定有待磋商条款（除明确约定待磋商事项外，还可能有笼统表达，如“未尽事项双方另行协商”、“尽最大努力达成协议”等），则归为类型 B。

[24] 关于民事案件上诉率，没有权威数据发布。但根据《中国法律年鉴》提供的数据可粗略估算。如 2012 年全国审理民事一审案件有 7316463 件，审理二审民事案件有 730053 件，总体上诉比例大致为 10% 左右。2011 年、2010 年情况也大致如此。

[25] “视为本约”路径容易区分，法院在判决中会明示是否构成买卖合同。对于认定为预约的案件，如果法院在“本院认定”部分未讨论当事人是否违反磋商义务（无论被告是否曾提出此抗辩），统计为“预约—履行”路径。而有所讨论的（无论是否认定当事人违反磋商义务），归为“预约—磋商”路径。为减少归类错误，有关案件都经不同研究助理人员二次核对，争议案件由笔者最后归类。

表3 统计案件类型情况

案件类型 (总数)	商品房买卖	其他不动产交易 (买卖或租赁)	其他
类型 A (129)	108	5	16
类型 B (3)	0	1	2
类型 C (3)	2	0	1

表4 统计案件审判路径

案件类型 (总数)	视为本约	预约—履行	预约—磋商
类型 A (129)	27	73	29
类型 B (3)	0	0	3
类型 C (3)	0	0	3

二、达成最终交易合意的协议效力和救济

暂且不论不同国家立法或学理是否存在内涵共通的“预约”概念,“买卖合同解释”第2条意图解决的实践纠纷也是外国法院同样面临的问题:在开始进行谈判和最后订立合同两端之间,当事人有时会先以“备忘录”、“意向书”、“草约”等名义形成所谓“初步协议”(中间协议),对交易某些事项进行约定,并期望日后达成“最终合同”完成交易,^[26]而如果双方最后没能签订最终合同,应否以及给予守约方如何的救济,或者更根本的,是履行利益还是信赖利益的赔偿。^[27]

当事人原本可以无需自找麻烦直接达成交易却先选择签订初步协议,其背后原因或意图并非唯一,初步协议体现了当事人针对将来预期最终交易的允诺和安排。当事人受约束的义务(缔约抑或磋商)取决于当事人签订协议时所达成的合意,只能由法院基于个案事实查明,不能预先设定。初步协议中约定有将另行签订最终合同的条款本身决定不了什么——这总是双方签订此类初步协议的目的所在。而对当事人合意之查明后,违约民事救济也自应区分对待,或者是缔结最终合同义务,或者是最终合同前义务,泾渭分明。

(一) 类型 A 案件应推定已达成最终交易合意

1. 合意推定

(1) 公报张励案等类型 A 案件的典型事实特征都是初步协议文本中约定了交易主要条款,且双方当事人(或一方应另一方当事人要求)^[28]无保留地表达了日后签订最终合同之承诺。此类协议除了合同标的特殊外(缔约行为),与当事人承诺货物交付等普通合同并无

[26] 如下文所详述,尚需签署最终交易合同之认购书、意向书等协议,可能有最后交易约束力也可能没有。美国学者如范斯沃斯等将有约束力和无约束力的初步协议统称为“初步协议”,以下采纳此“中性”用语,以对应当事人意图之“最终合同”。See E. Allan Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 Colum. L. Rev. 217, 249-250 (1987); Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, 120 Harv. L. Rev. 661, 663-664 (2007). 为避免比较法上用词混乱,除非另有说明或标识,下文所称预约是狭义上的,仅指有交易约束力的初步协议,即德国法上所言之预约。

[27] 参见[德]海因·克茨:《欧洲合同法》上卷,周忠海等译,法律出版社2006年版,第59页。

[28] 如张励案中预订单约定,“在甲方(被告)通知签订《商品房销售合同》之前,乙方(原告)可随时提出退房……在乙方按照本条约定签订《商品房销售合同》前,甲方不得将该房另售他人。”

二致，因此除非存在其他表明合意欠缺的相反事实，法院应首先推定双方对完成最终交易达成了合意，协议效力即当事人一方或双方的义务应为执行缔约承诺（“预约—履行”路径或“视为本约”路径）。当事人是否曾有交付房产或缴纳定金、房款等履行行为并不影响达成交易合意的认定。我国合同法不以是否给付对价作为合同约束力成立的前提。

按德国法等欧陆法通说，如果内容确定具备主要条款，当事人允诺以商定条款订立最终合同（本约）的初步协议有订立最终合同的约束效力。“预约的实质，实际上是指当事人或双方当事人承担一种承诺的债务，即当对方进行本约的要约时必须对此进行承诺从而使契约成立的债务。”^[29]

英美法同样执行当事人意图最终交易的允诺。美国《合同法第二次重述》第27条指出，“如果事实表明当事人已对交易达成合意，该协议的约束力并不因当事人还同时声明嗣后要另行准备和签订书面协议而被否认。”^[30]如果当事人同意了所有应同意之必要条款，仅称还要另行签订合同，并不影响协议成立。^[31]此种情形下，初步协议是可强制执行的协议，双方的义务不仅是协商，而是协商不成仍必须以已商定条款达成最终合同，合同漏洞由法院依职权补充，或违约方承担履行利益损害赔偿。^[32]英美法虽没有为此专门发明法律概念，但并非可以据此揣测“不承认预约”，或“不承认当事人约定在将来时点订立契约之约定具有契约效力”，^[33]在英美法看来，此时二者就是一回事：如果当事人事后未能达成最终合同，意向书本身就成为具备全部约束力的最后合同，初步协议只是形式上的初步。^[34]

（2）即便大致浏览张励案、仲崇清案等类型A案件中持“预约—磋商”路径的法院裁判文书，也能发现其论证逻辑往往是首先断定，如果协议中有另行签订交易合同的约定，当事人意图就是对未来签订合同进行“规划”，就合同未决事项“按照公平、诚信原则进行磋商以达成本约合同”。而支持这种认识的理由大致有两点：其一，协议中既然有未决事项，交易即未定局，应给予当事人另行磋商的机会。其二，预约既然独立，法律效力和责任与本约就应该不同，否则预约概念就缺乏独立意义。^[35]

然而，德国预约制度的规范功能并非是为确认当事人在谈判过程中的善意磋商义务——这没有多少实际价值，因为根据商业谈判的进展情况，即使没有签订初步协议，各国法律本来也给当事人施加了强弱不等的善意磋商、信赖照顾义务，中断缔约可能构成缔约过

[29] 前引〔2〕，我妻荣书，第47页。

[30] See Restatement (Second) of Contract § 27cmt. a (1981).

[31] See 16 John E. Murray, Jr., *Corbin on Contracts* § AG-2.06 (4) (Matthew Bender 2013).

[32] 参见前引〔26〕，Farnsworth文，第250页；前引〔26〕，Alan Schwartz & Robert E. Scott文，第664页，第674页。

[33] 参见林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第46页；前引〔1〕，吴从周文，第783页。

[34] 参见前引〔26〕，Farnsworth文，第253页；前引〔26〕，Alan Schwartz & Robert E. Scott文，第674页；*Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am. v. Tribune Co.*, 670 F. Supp. 491, 498 (S. D. N. Y. 1987)。

[35] 一个典型论述是：“一旦预约符合了买卖合同的确定性要求，往往又会僭越到本约规范的领地。其结果是，即使承认预约有其独立存在的可能性，它也只能在大量无拘束力的文本和本约的夹缝中成长了，这是否有违最高人民法院将认购书等合同缔结过程中的大量协议认定为独立的合同类型（预约合同）并加以专门规范之本意？”作者并断言，“在订立预约时，交易并未定局，依然存在着一一些未决事项。即使是已决事项，理论上也应该给予当事人在最终订立本约时根据客观情势的变化再磋商和作出修正的权利，以便终局性地通盘确定当事人之间的交易关系，此点也正是预约区别于本约的核心功能。”见前引〔4〕，陆青文，第115页，第119页。表述不同但实质类似的观点参见前引〔4〕，汤文平文，第978页以下。

失。^[36] 预约制度是为保护当事人的合同期望，虽因行政核准或其他法律或事实障碍而致“订立本约的时机尚未成熟”，但允许当事人现在对将来完成（而非继续磋商）最终交易进行计划，即“使相对人受其约束，以确保本约的订立”的“确保性”（“预备性”）功能。^[37] 英美学者同样认为，“当事人完全可能为了准备随后签订书面协议而订立一项能够强制执行的合同来使他们受到约束”，^[38] 当事人通过签订此类协议可以绕过各种原因障碍（交易惯例、监管要求、法律费用、税收等），在签订正式文件前就可以确保达成交易。^[39]

逻辑上，预约合意和本约合意自是不同，预约概念有别本约，但预约无可否认指向的是本约交易，德国法肯认和执行双方业已达成的完成本约交易之承诺，法律后果上预约和本约的无差别正是确保交易功能的体现。而在“预约—磋商”路径下，“预约”效力指向的却是就本约交易的继续磋商，此所谓“预约”实非德国法上彼预约，二者语境南辕北辙。

现实中，没有合同是完备的（对必要与非必要之点皆合意，合同确定成立）。当事人或者没能预见，或者不愿意花费时间精力去讨论不太可能发生或琐碎的事情，或者对现阶段有些信息未知而无法以可以被法院事后验证的方式有效约定，而对若干条款闭口不谈，是再正常不过的现象。如果合同有未定缺漏事项就意味着尚未合意，那么发生争议时没有合同能够成立，因为意图摆脱合同责任的当事人总是会声称有关事项还有待磋商。

法院无法事后确认已经成为过去的当事人签约时的内心真实意思，往往只能借助当事人合同文本中的外在客观表述作为当事人共同意思的判断准据，这是合意判断的基本出发点。合同法确立已久的合意（契约）成立判断规则是：当事人对必要之点达成一致，而对于非必要之点，当事人未经表示，法院应推定当事人已经达成合意。^[40] 预约合同也不例外。德国通说和实务对于预约内容确定性的要求与本约相同，如果当事人承诺依商定条款缔约，且条款足以探知本约之内容时，应推定双方已就最终交易达成合意。^[41] 英美法同样如此，“存在空白条款的初步协议所涉及之合同确定性要求与存在空白条款的最终合同没有多大区别，法院对这个条件的容忍对于最终合同和初步协议是同样的”。^[42]

范斯沃斯称此类如本约般确定、当事人之间没有另待磋商内容约定的协议为“意图交易的协议”，合同当事人不能因为事后无法就其他条款达成一致而否认其已经作出的交易允诺。^[43] 也如弗卢梅所称，“A和B针对某一标的订立买卖合同的情形，与他们约定将来要订立买卖合同并且在该约定中确定买卖合同内容（特别是确定买卖标的和价款）的情形之间不存在任何区别。至于是在前一种情形下直接产生标的给付和价款支付的义务，还是在后一种情形中当事人仅负有缔结形成与上述义务相同义务合同的义务，则在所不问。”^[44]

[36] 参见叶金强：《论中断磋商的赔偿责任》，《法学》2010年第3期，第99页以下。

[37] 参见前引〔2〕，王泽鉴书，第168页；前引〔1〕，吴从周文，第789页以下。

[38] [美] A. L. 科宾：《科宾论合同》上册，王卫国等译，中国大百科全书出版社1997年版，第62页。

[39] 参见前引〔26〕，Farnsworth文，第251页。

[40] 参见前引〔2〕，王泽鉴书，第200页以下；前引〔2〕，陈自强书，第96页以下；前引〔33〕，林诚二书，第52页以下。

[41] 参见[德] 维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第734页；前引〔1〕，吴从周文，第792页以下。

[42] 前引〔31〕，Murray书，§ AG-2.06(3)。

[43] 参见前引〔26〕，Farnsworth文，第256页。

[44] 前引〔41〕，弗卢梅书，第734页。

在美国权威案例 *Teachers Ins* 案中，^[45] 法院将初步协议案件区分为类型 I 案件和类型 II 案件，将当事人在协议中对意图协商一致的合同必要条款都达成了一致，并同意在最终合同中载入承诺内容的案件统称为类型 I 案件。法院指出，类型 I 案件中双方已经达成交易，当事人约定的将另行签署更加详细完备最后合同的条款，只是与当事人完成交易合意无关的、一个形式上的要求，类型 I 案件涉及的仅是时间问题——当事人应在何时开始履行义务。科宾对类型 I 案件具有的事实特征曾作过一般性的描述：在当事人签订正式合同之前，“当事人对所有的必要条款都表示明确的允诺，对那些并非必不可少但其他人通常包括在类似合同中的其他相关事项却不置一词”，如果案件事实能被归入此类，则“一个有效合同已经成立，即使当事人一方或双方可能认为该正式文件在制备时将包括他们不妨随后达成一致的追加规定”。^[46]

2. 对合意推定的反驳

理论上，主张未达成合意的一方仍有可能反对合意推定，如举出有利证据证明因存在错误或欺诈情形而事实不合意。在特别情形下（如修建地铁等重大契约），法院亦可依交易背景、习惯等因素，认定在未正式签订书面契约时，双方尚无受契约约束的意思，^[47] 但为维护交易安全，否认合意推定应属“实务中罕见其例”。^[48]

我国法院审理的类型 A 案件，比如绝大多数涉及的商品房买卖合同预约纠纷案件，当事人完成交易的意图是显而易见的：开发商为确保日后卖出房屋和尽快回笼部分或全部资金，购房者则为避免房价日后上涨风险。而当事人之所以先以订购书、意向书等名义签约，原因是开发商尚未取得预售许可证或项目未竣工验收，当事人此时根本无法签订“有效”商品房买卖合同（预售）合同，^[49] 当属于当事人已同意交易但因事实或法律障碍而无法现时签订最后合同的典型应用。如果说法院查明签约文本客观表述含义时不应仅从受领人出发，还应考察“通情达理的人们在处于与当事人相同的情形时，他们将具有怎样的目的”，^[50] 对于此类法律关系简单、市场竞争充分、找到替代品一般并不困难的日常交易，如果还认为双方签订协议并交付定金或预付款的意图仅是为获得前景未知、没有交易拘束力的磋商机会，不仅有悖于普通人的日常经验，也会如郭志坚案法官所评论的，将鼓励机会主义和背信弃义。^[51]

（二）违约认定和救济

1. 违约认定

如果当事人已达成最后交易合意，那么除非构成不可抗力、情势变更（如纪玉美案）等合同法定抗辩事由或当事人另有约定，当事人应依约签订交易合同。“善意”非免责事

[45] 该案件至少被美国 13 个州、16 个联邦地区法院和 7 个联邦巡回法院所遵循。参见前引 [26]，Alan Schwartz 等文，第 664 页，第 691 页以下。

[46] 前引 [38]，科宾书，第 62 页。

[47] 参见前引 [2]，陈自强书，第 98 页。

[48] 前引 [2]，王泽鉴书，第 202 页。

[49] 这正是仲崇清案的另一个主要法律争点。该案法院认为，法律对商品房预售合同的强制性规定并不适用于预约合同，即使被告最终没有取得相关许可。但实践中有法院反对，如统计案件中的“朱许与广州市顺之旅商贸服务有限公司等商品房预售合同纠纷上诉案”（（2015）穗中法民五终字第 390 号），两级法院均认为，出卖人至今未能取得商品房预售许可证，认购书违反法律强制性规定而无效。

[50] 参见前引 [27]，克茨书，第 159 页。

[51] 在美国，不动产交易中买卖双方惯例是先草签诸如“押金收据”、“临时协议”（binder）等简单格式文件，以后再对具体事项协商和签订最后完备合同。法院通常认为该协议有最后约束力，当事人不得拒绝签订买卖合同。参见前引 [26]，Farnsworth 文，第 250 页。

由, 违约并不存在“恶意”违约与“善意”违约之分, 此时法院若采纳“预约—磋商”审理路径, 实际上是于当事人意思之上, 给意图悔约方凭空增加了协议所没有约定的免责事由。

从公报和典型案例来看, 即使法院不断强调“应当”, 善意磋商义务也不过是个形式, 除非当事人一方明示拒绝磋商(如公报张励案、仲崇清案中被告将涉案房屋转让他人), 似乎只要当事人存在某种磋商动作或意愿即可满足要求。如此一来, 当事人可以假意磋商, 任选一个未约定条款并以未达成合意为借口, 取消以前所为的允诺。公报戴雪飞案即为显例。该案法院认为, 无论原告诸多未签约推辞是否成立(比如要等丈夫回来签约等等), 但有前往磋商的表现即属不违约, “只要原告有意愿继续磋商, 被告不能以此为由拒绝与原告继续磋商本约”。类似观点在典型案例桑志勇案、曹求玉案和吴建平案中亦有体现。

在表5中, 法院采纳“预约—磋商”路径有29例, 法院认定一方违反磋商义务的有10例, 均属当事人一方明示拒绝磋商情形。而在非该情形的19例中, 18例被认定“不可归责双方”, 当事人几乎都逃脱了缔约责任。而采纳“预约—履行”路径的判决(73例), 仅有4例(因限购等政策变化)被认定“不可归责双方”。在68例案件中, 当事人未依约签订合同即被认定构成违约。

表5 类型A案件违约认定

	一方违约	双方违约	不可归责双方	总数
预约—履行路径	68	1	4	73
预约—磋商路径	10	1	18	29

2. 违约救济

如果当事人已达成最后交易合意, 债权人依初步协议(预约)享有的本约缔结利益和本约履行利益的范围是一致的: 债务人不为意思表示订立本约时, 权利人自得诉请履行, 若他方仍不为缔约意思表示, 法院可以判决确定视为已为意思表示。如果合同存在漏洞, 法院可以透过合同解释的方式审查确认。^[52]理论上, 原告只能诉请被告履行订立本约义务, 不能直接请求履行本约合同义务。但这无关紧要, 因为如果原告愿意可以调整诉讼技术: 诉请本约订立—判决订立本约—诉请履行本约。而为避免不必要之诉讼拖累, 法院应允许诉讼合并。^[53]郭志坚案的审理法官评论说, “为符合诉讼经济原则, 如果本案原告诉请一并履行本约, 应给与与支持”, 王彬案则未多加解释直接判定被告依据房号确认单继续履行确认单约定的房屋交付义务。

法院于此种情形下给予实际履行救济无须“犹豫”: 不能认为实际履行有违合同自由, 因为法院执行的正是当事人同意的意思; 不能认为因“行为给付”而“难以强制”,^[54]因

[52] 德国联邦最高法院2006年的一则判决曾对漏洞补充提出一个解决方案: 原告得于起诉时诉之声明中主张本约应有的内容, 若被告同意或未表示意见, 则法院得判决以原告的主张成立本约。若被告不同意原告所提出的本约内容, 则可在答辩状中自拟符合预约规定的本约作为抗辩, 原告同意被告补充的本约内容, 则可以诉之变更的方式接受该内容, 否则, 由法院审查两造所提出的建议, 以诚信原则为基础比较两者中何者较符合系争预约应有的履行义务。参见前引〔1〕, 叶新民文, 第36页。

[53] 参见前引〔2〕, 王泽鉴书, 第170页; 前引〔1〕, 吴从周文, 第809页以下。

[54] 安徽省高级人民法院在2014年发布的指导性案例“王宁平诉芜湖市君泰置地投资有限公司商品房预售合同纠纷案”中, 特意指出对于铺位订购书这个预约合同, 原告无权强制被告与其缔约, 属“债务的标的的适于强制履行”之情形。

为法院强制执行的最终结果不过是迫使被告依约交付商品房等标的物，与强制执行雇佣、劳务等人身属性合同情形并不同；“一方当事人所给付的对价是有限的”、“实际履行会导致当事人之间的给付均衡受到影响”的观点也不甚妥当，^[55] 因为要求被告缔约并未超出其承诺的义务，德国学理称之为“意定的缔约强制”。^[56]

如果债务人难为实际给付，或债权人径行请求解除协议要求损害赔偿，法院也无须纠结于赔偿是否包括机会损失以及如何计算。初步协议如约定了违约金或定金条款，则应依其约定，如未有约定，法院应判处本约履行利益赔偿。履行利益损害赔偿是拟制的替代给付，是与实际履行并行的救济方式，都是使“债权人应当处于正常提供给付的状态”。^[57] 张励案一方面承认了实际履行救济的合同责任，另一方面却将损害赔偿定性为合同缔约过失责任赔偿，责任形态错配，违背了违约救济的一般原理。

三、未达成最终交易合意的协议效力和救济

当然，即使协议内容确定，也不能认为初步协议效力一概都是应当缔约（这正是持善意磋商说者所一再担心的）。当事人签订初步协议时的确有可能只同意日后继续谈判，双方（或一方）保留完成交易的选择权。^[58] 可以想象到的情形包括，当事人对诸如谈判费用分摊、保密条款等先行记录以方便继续谈判；通过签订协议确认交易诚意以增强谈判地位，或为排除竞争（如约定一定时期的排他性谈判条款）；也可能是因项目复杂或前景不明，双方缺乏足够信息无法约定重要条款，需要日后视情况再定，因此先签订协议搭建合作框架，等等。如果当事人尚无意达成最终交易，可以在协议文本上进行约束力的明示保留（比如载明最终合同达成前协议没有约束力）。棘手的问题是当事人没有对协议约束力进行明示保留的情形。

（一）类型 B 和类型 C 案件应推定未达成最终交易合意

1. 不合意推定

（1）在合意解释上，对于类型 C 案件，初步协议缺乏必要条款、内容不确定的事实本身就可以推定当事人尚未对最终交易达成合意，协议效力为善意磋商而非缔约。事实上，法院即使希望承认协议有交易约束力，也无法通过解释代替当事人拟定诸如交易标的、数量等必要条款。^[59] 合同因缺乏必要条款不成立，“一个不完整的预约也应与一个不完整的本约那样无效”。^[60]

而对于类型 B 案件，虽然协议内容确定，但当事人对有关事项进行了待磋商保留，法院也应首先推定当事人尚未达成最终交易合意。德国法上，即使待磋商条款为合同次要（附属）事项，当事人如果保留，协议也会因“显性不合意”而不成立。此时协议在德国法概念上已非预约，而是无最后交易约束力之所谓“草约”。根据德国民法典第 154 条第 1

[55] 参见前引〔4〕，王利明文，第 60 页。

[56] 前引〔1〕，汤文平文，第 147 页。

[57] [德]迪特尔·梅迪库斯：《请求权基础》，陈卫佐等译，法律出版社 2012 年版，第 79 页。

[58] 如果初步协议预定了诸如保密、费用分摊、协商等条款，当事人受此条款约束。本文所讨论和关注的是对完成最终交易的约束力。

[59] 参见前引〔31〕，Murray 书，§ AG-2.06（1）。

[60] 前引〔41〕，弗卢梅书，第 735 页。

款,只要当事人没有对所有“依照即便只是一方当事人的表示也应当达成一致”的事项达成合意,就没有合意。^[61]该条“有意识地容忍当事人可以尚未就次要事项达成协议为由使已就主要事项达成合意的合同不成立”,“不能排除长期谈判已就合同的法定部分完全达成一致的合同最终因某一次要事项而不成立的情形”。即使“合同事实上也许并非因这一次要事项而不成立,而是由于缔约当事人一方在谈判过程中对其所实施行为的效用所持的观点发生了变化”,如果当事人另一方希望避免这个结果,那么他就个别问题谈判时“应当与对方达成一致”。^[62]德国民法典第154条第2款随后明确否定了当事人在初步协议中就某些事项有所保留成为生效合同的可能。弗卢梅指出,该第2款规定(“即使人们已经将针对个别事项所达成的一致记录下来,该记录也不具有拘束力”)本身没有存在的必要,因为第1款第1句已经包含这一层含义。法律特别提及针对个别事项进行记录(普通法中所谓的“草约”)的唯一原因是,德国民法典起草者希望明确否定《德累斯顿草案》第82条第1句的解释原则。按照这一解释原则,有疑义时,应当认为草约本身包含具有拘束力的合同。^[63]

英美法上,法院传统观点或以当事人未达成合意,或者以合同缺乏确定性为由,认为就部分条款留待协商的初步协议是不可执行的。^[64]当事人之间一个所谓的关于将来应就某些条款达成协议的协议(agreements to agree),在字面上就是自相矛盾的。范斯沃斯解释说,当事人合同不完备必须和没有达成合意进行区别。如果苹果出卖人和买受人的确对苹果质量进行了讨论,但是不能对如何解决这个问题达成一致,那么这种欠缺将致命性地影响该协议的强制性效力。并非因不确定,而是因为欠缺合意。合同存在空白就某一个事项保持沉默的情形,与双方进行了讨论但是未能达成协议的情形,有着关键的区别。^[65]科宾也指出,如果当事人在同意制定这份文件或合同时,打算在其中包含任何尚未经当事人一致同意的条款,则合同还没有成立,因此这种所谓的“缔结合同”就根本不是合同。^[66]在上述 Teachers Ins 案中,法院将此类当事人同意一部分主要条款,但将另一些条款留待将来协商的初步协议案件归为类型 II 案件。与类型 I 案件不同,类型 II 案件中的初步协议对当事人通常没有最终交易约束力。

(2) 成都讯捷案为类型 B 案件,最高人民法院反对协议书性质为本约之结论虽然正确,然而裁判论证却存在误导:法院(裁判摘要)强调应重视对当事人意图的考察,“判断当事人之间订立的合同系本约还是预约的根本标准应当是当事人的意思表示”,但实际上失之表面,因为裁判摘要所强调的不过是区分本约和预约的意思(“当事人是否有意在将来订立一个新的合同”),这并没有多少“参考”价值,因为预约和本约的概念区分理论上无争议,而当事人对最终交易究竟达成了如何的合意,才是法院所应探究的问题核心。

就此而言,成都讯捷案中的购房协议书之所以没有交易约束力,是效力为待磋商之“预约”合同,并不在于形式上当事人所签协议非本约,而是在于当事人约定了待磋商条款的事实,即裁判摘要所忽略的裁判文书中另行表达的一个裁判理由,“双方当事人虽然约定

[61] 参见 [德] 迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,第 408 页。

[62] 参见前引 [41],弗卢梅书,第 750 页。

[63] 同上书,第 755 页。

[64] 参见前引 [26], Alan Schwartz & Robert E. Scott 文,第 674 页; Robert E. Scott & Jody S. Kraus, *Contract Law and Theory*, 4th ed., Lexis Nexis, 2007, pp. 299 - 303。

[65] 参见 [美] E. 艾伦·范斯沃斯:《美国合同法》,葛云松等译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 208 页。

[66] 参见前引 [38],科宾书,第 62 页。

了房屋的位置、面积及总价款，但仍一致认为在付款方式等问题上需要日后进一步磋商，双方的这一意思表示是明确的”。而依相同逻辑，该案原审法院认定协议书为本约之所以错误，也是因此待磋商条款之约定，法院应首先推定当事人对交易尚无合意，即使初步协议内容确定，甚至约定了最后交易的大部分条款。

应当强调，虽然“合同法解释二”第1条放松了对合同必要条款的要求，法院拥有包括价格在内的最大合同漏洞填补空间，但合同漏洞填补必须建立在经解释当事人已对最后交易达成合意的基础上。协议如有磋商条款保留，合同因不成立而不能填补。^[67]“合同方如果意图是价格被确定或者协商后才受约束，而价格没有确定或协商，合同不成立。这是‘美国商法典第2篇第204条第3节的基本原理’。”^[68]

2. 对不合意推定的反驳

当事人同样可以反驳不合意推定。然而应引起注意的是，与前述只有在极例外情况下法院才允许推翻达成交易合意的推定不同，法院经常会基于各种公平理由，认定当事人已经达成交易合意，理论言说和司法实践并不一致。

在当事人已经提供某种实质性给付或者作出其他重要行为的情形下，法院会将一个表面上未完成的协议判定为事实上已完成。^[69]尽管当事人尚未就个别次要事项达成协议，但已经达成一致的规则经双方同意全部或部分得到履行时，“（德国民法典）第154条所面临的问题具有根本性的不同”，“合同当事人通过有意识履行尚不完备合同的行为来宣布合同‘原则’上生效”。^[70]即使没有给付等行为，当事人已商定了主要条款，待磋商事项相对交易来说并非那么重要，法院也倾向于认为当事人达成了交易合意。“即使某些事项被指明要留待将来商定，它们也可能并不被当事人看作是为他们的当下协议所必不可少的。”^[71]美国法院已经发展出一个清单，通过对磋商过程中的当事人行为、书面文本完备程度、条款的重要性、交易的规模和复杂程度以及交易惯例等因素进行综合评估，判断双方是否已经达成合意。然而，这个清单中任何一个事实因素都不是决定性的，案件众多事实还可能是冲突的，每个事实因素判断结果指向的是不同方向。^[72]在美国一个有影响的案件中，当事人明文约定应在当事人都批准的最后合同签订后交易方生效，但被告对外宣称双方完成了交易，仅凭这一点终审法院就否认了约定条款的排除效力，认为这种情况下判断当事人是否合意已经不是个“法律”问题，而是应交由陪审团决定的“事实”问题。^[73]陪审团的介入愈发导致最终判决结果难以预测，而使此类初步协议审理成为“很难在合同法领域发现另外一处更多不确定性的地方”。^[74]

[67] 参见前引〔41〕，弗卢梅书，第753页。

[68] [美]威廉·H.劳伦斯、威廉·H.亨宁：《美国货物买卖和租赁精解》，周晓松译，北京大学出版社2009年版，第88页以下。

[69] 参见前引〔27〕，克茨书，第66页以下；前引〔38〕，科宾书，第63页。

[70] 参见前引〔41〕，弗卢梅书，第751页。

[71] 前引〔38〕，科宾书，第63页。阿蒂亚也指出，“同意进行协商的协议”和类似协议即使“缺乏某些相当重要的事项”，“并不总是导致合同的不成立”。见[英]阿蒂亚：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社2002年版，第116页。

[72] 参见前引〔26〕，Farnsworth文，第258页以下。

[73] *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Industries, Inc.*, 541 F.2d 584, 588, 见前引〔31〕，Murray书，§ AG-2.06(4)。

[74] 前引〔26〕，Farnsworth文，第259页。

并非强调个案公正的英美法院如此,大多数国家法院都是“必须对双方当事人是否愿意现在就约束自己,虽然有些事情尚待合意,或他们是否只有在他们随后就未决事项达成一致时才接受约束的问题,作出艰难的裁定”。^[75]法院置当事人明示磋商保留于不顾,刻意去“发现”当事人曾经可能的交易合意,当然是件容易引发争议的事情,然而从另一角度观察,诉讼结果的不确定性正好反映出法院总是试图维护交易的审判理念。

成都讯捷案中,法院最后因存在双方事实履行行为而判决合同成立。山东菱重案中虽然协议内容极不确定,但最高人民法院再审指出,由于协议没有约定剩余购地款的其他履行方式,如果当事人不能另行签订租赁协议,则土地转让及租赁协议剩余购地款的履行方式缺失,这显然不符合双方的真实意思,因此双方的合意是达成将来缔结本约的合意。

(二) 违约认定和救济

如果当事人尚未达成交易合意,即使签订了初步协议也仍处于合同磋商过程中,违约方中断缔约可能承担最终合同缔约过失之信赖损害赔偿赔偿责任。^[76]但司法实践中,法院面临的裁判任务却不轻松。

1. 违约认定

法院必须细致区分谈判中的适当行为和不当行为。但二者之间并没有清晰的界限,^[77]法院经常很难查实善意磋商的具体义务范围以及该义务是否得到了履行。^[78]前文戴雪飞案所给出的“善意”认定标准不过是看起来正确的指示:诚信是内容模糊的兜底术语,在市场交易谈判中,公平、诚信不能被解释为当事人必须接受不利或亏本交易,否则将损害当事人的合同自由和市场效率。因此,即使一方磋商中提出“令对方无法接受的不合理条件”,也未必“不善意”;“无法就其他条款达成一致”,究竟是因为当事人“基于各种自利考虑”还是为摆脱责任而故意刁难,实难划分。协商也不能无期限,当事人有权在合理时间后寻找其他交易方而“拒绝继续磋商”,等等。就此而言,前文所述我国法院对当事人是否尽到善意磋商义务的宽松认定也是情有可原。

2. 违约救济

然而,即使法院认定一方当事人存在磋商过错,张励案所确立之实际履行救济也不成立。原因并非因“行为给付”而“难以强制”,而是当事人并未承诺过缔约。磋商谈判义务不同于签约义务,法院可以要求当事人“必须”谈判,但不能强制双方一定达成合意。磋商义务就意味着可能达不成交易,法院判令实际履行,实际上是推定如善意磋商双方必定会达成交易,这已然背离了磋商义务的本质,结果将导致无意定之“缔约强制”。“如果交易重要条款尚待协商,那么对当事人意图最好的猜测是当事人只允诺为达成一个共赢的交易去努力,当事人不能被迫同意交易,因为协议中并没有他们承担亏本买卖的承诺。”^[79]

[75] 参见前引[27], 克茨书, 第66页。

[76] “以本约为参照, 预约总体上属于本约的缔约阶段”, “违反预约的行为既是违约行为, 也可以视为本约缔约过失行为, 所以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责任竞合。”前引[3], 最高人民法院民事审判第二庭编著书, 第61页。

[77] 前引[27], 克茨书, 第59页。

[78] 参见[美]杰弗里·费里尔、迈克尔·纳文:《美国合同法精解》, 陈彦明译, 北京大学出版社2009年版, 第218页。

[79] 参见前引[26], Alan Schwartz等文, 第674页。

同样，张励案所确立的损害赔偿规则也难以成立，因为计算机会损失的信赖利益赔偿与最终合同履行利益经常并无二致，同样会导致事实上的缔约强制。

根据张励案，“被告因违约给原告造成的损失应根据订立预订单时商品房的市场行情和现行商品房价格予以确定”。举例说明，如果协议约定交易价格为10万元，协议签订时市场价格是9万元，如履约时现行市场价格为15万元，原告应得到的本约履行利益为5万元，而如果被告拒不签约，原告因信赖而丧失了当初可以9万元和他人签订合同的交易机会，所遭受损失是6万元，二者相差1万元。而在充分竞争性交易市场（交易价格和市场价格基本相同），机会损失与履行利益通常无差别。^[80]

通常认为，履行利益赔偿使守约方之处境与合同得到履行后相同，守约方可以获得其所期望的将来差价利益，即赔偿所谓的积极损失（利润）。信赖利益赔偿是使守约方之处境回到合同（未信赖允诺）前，即赔偿所谓的消极损失（成本费用支出等）。然而，包含机会损失使信赖利益与履行利益之界限变得模糊不清。^[81] 合同法本质上就是对各种信赖的保护，合同履行利益赔偿也可以看作是一种机会损失赔偿（订约都有机会成本，当事人签订此合同就意味着放弃与他人签订彼合同的机会），而狭义上（信赖利益范畴）的机会损失赔偿不也正使守约方可以获得彼合同可以期望的、“积极”的将来差价利益？竞争性市场有多个卖家，A可以相同条件和B或C签合同，B履行合同或者B不履行换作C履行合同，结果是一样的。^[82] 这或许是前述北京优高雅案认为信赖利益赔偿即为合同期望利益损失赔偿的原因。

再者，既然当事人同意的是磋商，原告就没有理由一定确信“被告会按约定履行订立本合同的义务”，双方当初的期望为什么就不能是可能谈不拢交易而双方互不承担呢？如果原告有足够理由确信被告同意签约，在外观主义下，似乎就可以认定双方达成了最后交易的合意，而非善意磋商的合意。当然，法院可以基于达成交易只有可能性，对机会损失打折计算（如仲崇清案），但这个“可能性”如何判断？能否认为因50%的签约可能导致原告放弃了50%的与他人订约机会？再者，因可能的签约不成而放弃的“机会”到底是什么（此时合同有些交易条款还未商定）？最后，不确定的、臆想的损失是否可以被补偿（如曹灿如案所否认）？

事实上，法院给当事人施加诚信磋商义务的目的是为促进谈判以保护交易。但任意取消当事人中断谈判的权利也会不仅阻碍合同自由，也会遏制谈判。^[83] 因此，何种中断缔约行为将招致如何的责任，是在保护缔约自由和维护交易安全、信赖利益之间的价值平衡。法院将综合评判守约方信赖合理性和过错方的过错程度等多种因素，可以从完全赔偿到零赔偿这个区间任选一点。这和抽象谈论履行利益、信赖利益或机会利益等法律名词没有多

[80] 参见前引〔26〕，Farnsworth文，第225页；Robert Cooter & Melvin Aron Eisenberg, *Damages for Breach of Contract*, 73 Cal. L. Rev. 1432, 1434 (1985)。

[81] “（富勒提出）信赖利益在概念上另外一个重要弱点是它包含了机会利益。”见许德风：《论合同法上信赖利益的概念及对成本费用的损害赔偿》，《北大法律评论》2005年第1辑，第701页。

[82] 参见前引〔80〕，Cooter等文，第1445页。

[83] “每一方当事人都应承担因其信赖合同成立而支出费用或错过其他缔约机会的风险。司法解释经常遇到中断契约是否产生缔约过失责任的问题。原则上，中断缔约无需具备理由，甚至‘无重大原因’而中断缔约原则上也不产生任何责任。”见前引〔41〕，弗卢梅书，第737页。“如果一方当事人以造成对方当事人大量的费用为代价中断谈判，那么，这种自由将受到严重损害。”见前引〔27〕，克茨书，第50页。另参见前引〔26〕，Farnsworth文，第221页。

大关系，概念只是把问题换了另外一个说法。

缔约过程的前合同责任本身就是各国合同法上的难题，^[84]已远非本文篇幅所能容纳。本文此处仅强调，通常而言，对原告信赖利益的救济结果不能等同于最终合同履行利益（无论是否采取机会成本这个修辞），因为被告始终未同意交易。特别是在共同投资、并购等复杂交易中，当事人签订保留效力协议的原因是为灵活性，当事人双方都需要有足够的腾挪空间和余地，在观察和评估项目进展以及对方能力、诚信后分阶段作下一步决定。当事人自己可以采取某种方式（如在协议中分阶段约定项目进展目标，如达不到即有权解除合同）、市场也有各种非法律执行机制（如声誉惩罚、道德自我约束等）来保证合作。而法院在这种高度不确定诉讼中极易犯错（磋商义务高度不确定，引发的后果也难以验证），因此法院的“硬性”执行机制应当充当“低强度介入”的补充角色，法院不能“高强度介入”并以各种名义赔偿原告基于交易成功才可能得到的利益。吉尔森、斯考特等教授指出，当事人只是承诺了依约开展合作，因此判令赔偿另一方因此支付的花费（能够验证的沉没损失）往往就已经足够弥补非法律执行机制的不足，反对当事人可能的机会主义行为和消除一方前期投资而导致的“锁定”困境，督促双方诚信合作。更为重要的是，在这些学者看来，对于信赖利益赔偿给予法院过多的裁量权是有害的，这是因为，虽然法院未必都判决被告承担全部交易利益损失，但如果任由法院自由裁量（如公报仲崇清案），也会给交易方施加不可预知的责任（法院与其说是酌情不如说是猜测），结果导致不同程度的缔约强制，使当事人一开始就惮于责任而拒绝前期合作和谈判，这将极大阻碍交易发生，而当事人交易前约定进行意向性投资或可行性调研经常是复杂交易达成的必要前提。^[85]

统计案例的类型B（3例）和类型C（3例）案件中，共有4例法院认定一方违反磋商义务，其中有3例原告请求本约合同履行损失赔偿，法院驳回1例，2例仅判赔信赖费用支出损失。^[86]

四、预约合同效力和违约救济之应然路径

对于预约法律制度的规范功能，最高人民法院即使在制定“买卖合同解释”时也摇摆不定。《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》一书起初认同应当缔约说，“若设立预约制度只是为了保护双方进行磋商，而磋商本身就意味着不确定性，那么其法律价值就显得过于微小，根本没有设立之必要”；“如果缔结预约目的不是为将来缔结本约”，就“不是法律意义上以及本司法解释所称之预约”。然而紧接其后又称，采纳应当缔约说并不

[84] 有研究假设了13个不同事实案件，向欧洲英国、德国、法国等15个国家学者发送调查提纲，报告的一个主要结论是，有大约一半案件救济结果类似，但各国给出的理由有很大不同，即使少数处理结果看起来基本相同的，事实上法律基础也存在巨大的不同。See John Cartwright & Martijn Hesselink, *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press 2008, p. 471. 有关国外立法和理论一个较为全面的综评文献，参见朱广新：《信赖责任研究——以契约之缔结为分析对象》，法律出版社2007年版。

[85] See Ronald J. Gilson, Charles F. Sabel & Robert E. Scott, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, 110 Colum. L. Rev. 1377, 1415-1416, 1423-1424, 1427-1444 (2010); 前引[26], Alan Schwartz等文，第666页以下，第676页以下，第703页。

[86] 参见“北京东土科技股份有限公司等合同纠纷一审民事判决书”，（2014）杭滨商初字第1568号；“汪浩诉周训斌合同纠纷民事判决书”，（2015）黑高商终字第46号。

确保每个预约均能成立本约，根本目的还是促进善意谈判，当事人签订预约合同的目的是“双方特意为各自保留磋商空间”，最后未能缔结合同是“预约当事人甘冒风险之结果”。〔87〕该两段论述之间的矛盾是显而易见的。

理论摇摆不定直接导致长久以来预约法律规则的冲突和逻辑错乱。“商品房买卖解释”第5条认为协议具备主要条款应按照本约处理，第4条却将被告善意磋商作为定金罚免责条件，而“担保法解释”第115条又是无关被告善意与否的立约定金罚则，最高人民法院在公报和典型案例所提出的“参考性”审判思路也反复不定。也许是看到了这一点，“买卖合同解释”发布后，最高人民法院在张励案和成都讯捷案中试图统一司法适用到“预约—磋商”路径下，并采纳区分所谓“恶意”和“善意”违约之责任方案：被告如尽到善意磋商义务可以免责（包括定金责任），而如果被告未尽磋商义务，应承担包括赔偿机会损失在内的全部缔约责任，以最大限度“固定双方交易机会”，当事人违反善意磋商义务将承担“必须缔约”这种“更强”法律责任以“制裁恶意预约人”。〔88〕然而，如前所述，法院如采纳该方案，一方面会给原本承诺交易的当事人不适当的“善意磋商”免责机会，固定交易机会根本无从谈起，而且责任性质发生错配，这也可以解释统计案件中多数法院弃之不用的原因；另一方面，又不适当地对违约进行价值评价，给从未允诺过交易的当事人施加了非自愿的强制缔约责任，已然偏离了“磋商”义务之本来涵义，同样未得到下级法院的尊重。善意磋商和必须缔约是本质不同的义务，指向的是迥然有别的违约救济方式，绝非有论者所称之“前者侧重描述过程，后者侧重描述结果，并不存在根本区别”。〔89〕

欧陆法上的预约是概念法学极端化的产物，〔90〕究其实质不过是合同法上“常规”之合意判断问题。预约不过是一个评价性合同类型归类，相对于诸如“草约”等概念，是给那些经过法院判断后当事人承诺交易的初步协议贴上的一个标签，特指那些“以受拘束之意思而订立，并且以该意思为基础而为订立行为之义务受约束的合同”。〔91〕

围绕着预约，国内俨然已经发展出了一个概念群落，学者和法院总是倾向于首先界定和区分预约与本约、意向书、预定书、备忘录、原则性协议乃至框架协议等众多法律概念。然而，不同概念之所以具有不同法律后果，原因在于背后隐含的事先判断，概念本身无法直接回答为什么这个或那个同样约定有将来签订合同条款的意向书、预定书等协议的法律后果相同或不同。如果非要把现实生活中的某个协议归入某一法律概念之下，也应在对此协议进行法律判断之后而非之前。将案件事实“涵摄”进一个法律定义是一个评价性的归类。〔92〕

认购书、订购书等协议中约定有将来订立合同条款这个事实不能说明什么，因为这总是当事人签署此类中间协议所希望的最终目标。当事人的合意是继续协商，承诺尽最大努力和诚信以达成最后交易，还是已经承诺最后交易，条件成就或障碍消除后就应签订最后

〔87〕 参见前引〔3〕，最高人民法院民事审判第二庭编著书，第56页以下。

〔88〕 同上书，第58页。

〔89〕 参见前引〔4〕，陆青文，第120页。

〔90〕 参见前引〔1〕，吴从周文，第777页。

〔91〕 Degenkolb, (Fn. 6), S. 53. 转引自前引〔1〕，吴从周文，第779页。“倘使人们真正希望‘预约合同’这一术语成为一种有意义的区分，那么就应当将其仅限于合同当事人都承担彼此间订立合同义务的合同。”见前引〔41〕，弗卢梅书，第736页。

〔92〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版，第153页，第161页以下。

交易合同，是法院根据合同法在个案中对当事人合意进行规范解释的问题，而非“预约”概念上或“理论上”“预约”效力应当如何，或者何种效力“更公平”。如果背离了对当事人合同真实意思的探究，把事实塞进概念、用概念去裁剪事实，既欲确保交易安全又恐有违当事人自治，就必将理论左右失据，规则难以两全。

本文的基本结论是，合同法的目标是执行允诺，保护当事人基于合意的期望，对于约定将来订立合同之协议（无论是否称之为“预约”）纠纷，法院应以探究当事人真意为基本出发点，既不能任由当事人违反当初的完成交易之承诺，也不能施加给当事人从未允诺的强制缔约责任。对于案件审理，类型化的总体裁判思路可简括如下：1. 如果协议中有效力控制条款，法院应遵条款指示；2. 如果没有效力控制条款，（1）如果协议具备必要条款，应推定当事人达成交易合意，反驳推定应谨慎适用，法律救济同最后交易（本约）合同；（2）如果当事人另约定有待协商条款或事项，即使协议约定了大部分条款，亦应先推定当事人未达成交易合意（但可以综合案件情事发现当事人真意反驳推定）。法律救济是酌情赔偿信赖利益损失，一般不应包括机会利益损失赔偿。

Abstract: A preliminary contract stipulating that the parties have planned to reach a final contract in a later time is labeled Vorvertrag in German law. Under such a contract, the parties are committed to carrying out the transactions or signing the final contract as ordered by the court. The “appointment-negotiation” approach adopted by Chinese Supreme People’s Court to the trial of disputes over this kind of preliminary contract is based on a misuse of the legal concept. The purpose of the Contract Law is to implement the commitments and protect the expectations of the parties to a contract based on mutual consent. For a preliminary contract (such agreement may also be called letter of intent or commitment letters), the binding effects of the contract may be either that the parties should enter into a final contract or that they just need to continue the process of negotiation in order to reach an ultimate agreement. The court should find out the facts and explore the true intentions of the parties. It should neither allow the parties to break their commitment to carrying out the final transaction, nor impose any compulsory obligation of reaching an ultimate agreement to which the parties have made no commitment. The remedies for breach of contract should also be treated differently in light of the commitment made by the parties. In the former case mentioned above, the remedies should be the same as for the final contract itself, while in the latter case, the abiding party may only claim for losses on the grounds of reliance, and usually should not be given remedies for opportunity loss.

Key Words: preliminary contract, contract, benefits of reliance, opportunity loss
