

预约合同中的违约责任研究

李展鑫¹, 刘超²

¹大连海事大学法学院, 辽宁 大连

²上海中远海运集装箱运输信息服务有限公司, 上海

收稿日期: 2024年7月2日; 录用日期: 2024年7月25日; 发布日期: 2024年8月20日

摘要

关于预约合同的违约责任规则, 在理论和实践中存在三个争议问题: 预约合同违约责任的认定基础, 预约违约能否主张继续履行以及损害赔偿的范围界定。本文从预约合同制度功能出发, 确定预约合同的法律效力采“缔约说”立场, 并通过概念背后隐含的事先判断, 界定本文语境下预约合同的范围, 从而以该前提逻辑出发, 解答三个争议焦点: 当事人未履行订立本约的义务即构成违约责任; 预约违约应以不适用继续履行为原则, 以适用继续履行为保护例外; 以本约的信赖利益为基础, 以机会损失酌定个案的损害赔偿范围。

关键词

预约合同, 违约责任, 本约, 机会损失

Research on Liability for Breach of Contract of Appointment

Zhanxin Li¹, Chao Liu²

¹Law School of Dalian Maritime University, Dalian Liaoning

²COSCO Shipping Lines (Shanghai) Co., Ltd., Shanghai

Received: Jul. 2nd, 2024; accepted: Jul. 25th, 2024; published: Aug. 20th, 2024

Abstract

There are three controversial issues in theory and practice regarding the rules of liability for breach of contract of appointment: the basis for determining the liability for breach of contract of appointment, whether a breach of appointment can be claimed for continued performance, and the definition of the scope of damages. Starting from the function of the reservation contract system, this paper adopts the “contracting theory” to determine the legal effect of reservation contracts, and defines the scope of the reservation contract in the context of this paper through the prior judgment

implied behind the concept, so as to answer three controversial points based on the logic of this premise: the failure of the parties to perform the obligation to conclude the present contract constitutes the liability for breach of contract; the principle of non-application of the reservation contract for breach of contract should be the exception of the application of the continuation of performance; and the scope of damages based on the reliance interest of the present contract and the discretion of the loss of opportunity.

Keywords

Preliminary Contract, Liability for Breach of Contract, Contract, Opportunity Loss

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

关于预约合同的法律规则最早出现于 2003 年的《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》(以下简称“商品房买卖合同司法解释”),该解释承认了商品房认购协议的预约合同效力;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》(以下简称“买卖合同司法解释”)第二条规定了预约合同的违约救济;《民法典》合同编第 495 条在前者的基础上删除了“意向书、备忘录”等字样,并扩大其适用范围,不再限于买卖合同[1]。预约合同的规则几经变动,但在相关焦点问题上始终未凝聚理论共识、未统一裁判规则,预约合同的违约责任仍然存在较大争议和司法适用困境。

2. 预约合同违约责任的问题提出

(一) 预约合同违约责任的特殊性

相比于违约责任以当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定为前提,预约合同的违约责任的特殊性体现为:其一,给付标的的非明确、不可强制性。作为普通合同标的的给付往往是明确的、可强制执行的,如买卖合同的标的为出卖人转移标的物所有权的行为及买受人支付价款的行为;而预约合同的标的是订立本约的行为,这一标的的实质是由当事人作出特定的意思表示,涉及到当事人意思表示的自由,属于非明确的、不可强制的。其二,合同设定目的的非消灭性。债即法索,向死而生,普通合同的目的和使命是消灭,而预约合同的根本目的是签订本约,预约阶段仅仅是本约的缔约过程。预约合同这两点的特殊性决定了其违约责任的争议分歧。

(二) 预约合同违约责任的理论分歧

理论界与实务界对于预约合同违约责任的认定存在以下三个争议问题:

1) 预约合同违约责任的认定基础

一是预约合同违约责任的认定基础,即预约合同法律效力及违约行为的认定是采“缔约说”[2]-[4]还是“磋商说”¹[5][6],前者的路径为“未订立本约-构成违约”,后者的路径为“未履行诚信磋商义务以致未订立本约-构成违约”,这决定了承担违约责任的门槛[7]。

理论界对此存在不同的两种观点:持“必须缔约说”的学者认为,如果违反预约不能采取继续履行的救济方式,法律关于预约的规范功能就无法实现,因为违反预约的损害赔偿很难计算,违反预约的一

¹采此种观点的有“戴雪飞诉华新公司商品房订购协议定金纠纷案”,载《最高人民法院公报》2006 年第 8 期;“张励诉徐州市同力创展房地产有限公司商品房预约合同纠纷案”载《人民司法·案例》2013 年第 8 期,第 4 页。

方最终可能只是承担信赖利益的赔偿, 而即使没有预约, 不诚信的当事人也须就对方的信赖利益损失承担缔约过失责任, 故只有强制当事人履行订立本约的义务才能实现预约合同的规范功能: 持“应当磋商说”的学者则认为, 预约通常不具备本约的全部内容, 如果人民法院根据预约即判决当事人订立本约或者以人民法院的判决书代替本约, 则区分预约和本约就会变得没有任何意义, 故预约在效力上仅使当事人负有应当磋商的义务, 但不能据此请求强制订立本约[8]。

2) 预约合同的违约责任是否包括强制履行

二是预约合同的违约责任是否包括强制履行[9]; 关于一方违反预约合同后, 非违约方能否请求继续履行, 即预约合同是否适用实际履行的问题, 存在三种争议观点。

否定说认为: 第一, 预约合同的标的是订立本约的行为, 属于《民法典》第五百八十条规定的不适于强制履行的情形[10]; 第二, 强制履行有违意思自治原则, 强制缔结本约需法院补足未决条款, 法院代为违约方的意思表示, 有悖预约当事人的意思自由; 第三, 强制缔约时, 法院对未决条款进行补足后, 将引发实际履行本约的法律后果, 人为地模糊了预约与本约的界限, 削弱了预约合同独立存在的价值与意义; 第四, 强制缔约与现有强制执行的基本理念与基本理论不合, 依照强制执行的法理要求, 当事人向人民法院申请强制执行, 必须要有具体的执行内容, 意志给付自然不属其中, 因此现有的强制执行类型对没有执行内容的预约合同无法适用。

肯定说认为: 第一, 不适于强制履行通常是指对人身的强制, 而预约合同的当事人承担的是对本约的订立义务, 这是对预先的承诺行为, 这种强制与人身自由无涉; 第二, 意思自治正在于自我决定, 自我负责, 一旦缔约应当严守, 违反预约合同的约定自然要承担相应的违约责任, 这恰恰是对意思自治的保护与尊重; 第三, 继续履行“抹杀了预约合同与本合同的本质区别”, 这只考虑到了沿循违约责任的固定逻辑和定性思路, 而忽视了定量分析即没有考虑具体的损害赔偿方案, 违反预约合同和违反合同之赔偿所生的是期待利益还是信赖利益? 第四, 对于预约合同的强制履行, 符合代替执行的方法, 倘若违约方拒不执行判决或裁定而订立本约, 则由法院代替违约方依照之前双方的预约订立本约, 至于条款的确定可以依照漏洞填补的解释方法。

区分说则根据预约内容的完备性或订立本约所面临的障碍类型, 将预约合同类型化, 认为对于完整预约、客观障碍型预约可以适用强制履行[11]。

3) 预约合同违约责任的损害赔偿范围

三是预约合同违约责任的损害赔偿范围界定, 即损害赔偿是以信赖利益还是履行利益为标准。在预约合同违约损害赔偿的范围认定上, 主要有两派观点: “履行利益说”, 即违反预约合同的损害赔偿为本约的履行利益; “信赖利益说”, 即违反预约的损害赔偿为本约的信赖利益, 而“信赖利益说”又区分是否包含机会损失赔偿²。

3. 预约合同违约责任的认定基础

(一) 预约合同的功能定位及法律效力

预约合同是整体的制度设计, 违约责任的认定无法脱离预约的功能效力、范围界定而独立讨论。

借鉴德国与美国的两条路径, 能够使我们更好地看清“缔约说”与“磋商说”的差异与实质。德国法认为, “预约的主要功能在于当现实中存在事实障碍或法律障碍导致不能立即缔约时, 通过预约提前产生合同的拘束力”, 即预约的唯一效果在于订立本约。因此, 对于预约, 德国法要求具有相当高的确定性, 要求本约的内容已经由预约确定或可得确定, 其效力亦体现为强制缔约。美国法将预约定位为一种灵活的磋商与信赖保护工具, 认为预约的功能在于巩固并确认已有的磋商成果。因此, 其对预约的范围

² 参见(2007)二中民终字 01756 号判决书“北京优高雅案”。

较为宽泛, 包括各种意向书、备忘录等, 其效力仅限于信赖利益的损害赔偿[12][13]。

通过上述两种比较法路径, 可以看到: 对预约制度的功能定位决定了预约的界定范围、效力及违约责任, 各环节互相配合, 相辅相成, 以成就同一逻辑体系的预约合同制度。因此, 要探讨预约合同违约责任的问题, 首先应立足于我国预约合同制度的功能定位。

在《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》中, 最高法起草小组旗帜鲜明地支持“缔约说”, 并明确提到“设立预约制度之目的在于缔结本约, 而非促使双方进行磋商。磋商是缔约的必经阶段, 只是为达成合同的一种手段, 不是目的”。商品房买卖合同司法解释第4条之规定以及《民法典》第495条将意向书与备忘录排除出预约的范围, 都是支持“缔约说”的佐证。可见, 我国预约合同制度的功能和目的为订立本约, 并非单一地保护、固化磋商利益。从预约合同的功能定位及规范目的出发, 对预约合同的效力理应采“缔约说”的立场, 即预约合同的当事人应负有订立本约的义务。

(二) “缔约说”下预约合同违约责任的认定

预约违约责任的认定问题, 是指当事人未履行订立本约义务是否一概承担违约责任, 即如果当事人依照预约进行了进一步的磋商, 但最终未能就订立本约达成一致, 当事人未履行订立本约的义务是否构成违约责任的问题[14]。“缔约说”下对于预约违约责任的认定亦存在不小的分歧。一是以买卖合同司法解释第二条的文义解释出发, 认为除法定事由外, 只要一方未履行订立本约之义务即承担违约责任, 支持者有最高法司法解释起草小组, 支持案例有(2018)最高法民终661号判决“重庆薪环企业公司诉重庆蓝光房地产开发有限公司案”³。另一方认为由于不可归责于双方当事人之原因, 未能缔约本约, 当事人不承担违约责任, 持该观点的学者有孙超⁴, 商品房买卖合同司法解释第三条亦有相似规定。

本文支持观点一, 理由如下: 首先, 依照《民法典》第577条, 违约责任的归责原则为严格责任, 仅在典型合同的特殊规定存在例外, 而《民法典》第495条第2款未规定特殊的归责原则, 且从文义解释上更符合严格责任的一贯立场; 其次, 如果以观点二的立场去审查违约责任的归责性, 实质上就在审查当事人是否存在过错, 与严格责任的归责原则相悖; 最后, 观点二的出发立场实际上是“磋商说”的立场, 认为如果因为双方对于未决条款的协商不下而导致本约未成, 属于当事人自由缔约的过程, 故提出这一“不可归责双方事由”, 但却忽略了预约合同的合同拘束力本质, 其不仅是本约自由协商的过程, 亦是预约拘束效力所在。

(三) 预约合同的认定

当预约违约责任的认定以未订立本约即构成时, 对于预约合同范围的界定就决定了保护力度。预约合同的定位与预约合同的违约责任是相互关联的, 尤其在判断继续履行能否作为违反预约合同的救济措施时, 需要反向思考能否通过违反预约的损害赔偿来实现预约合同的规范功能[15]。

王利明教授认为, 预约合同的成立需要具备当事人、标的(当事人在将来所欲订立的合同类型及性质)以及未来订立本约合同的意思表示这三个必备要素[16]。耿利航教授认为, 要构成一个预约合同, 最起码应包含当事人、标的和数量这三个必备要素。刘贵祥法官则认为, 如果当事人未就标的物、数量、价格或者报酬等“要素”达成合意, 就不能认定预约合同成立[17]。预约合同的成立要件决定了预约合同的门槛, 若对于预约合同内容的完备性和明确性要求越高, 预约合同的认定标准则越高, 保护范围缩小的同时, 对违约的保护力度应加大。

笔者认可第二种观点。鉴于我国已采纳“缔约说”立场, 预约合同的目的设计更倾向于德国法的本

³ 参见(2018)最高法民终661号判决书: “依法有效的预约合同, 对预约合同各方均有约束力, 当事人负有订立本约的合同义务, 当事人不履行订立本约之义务, 即构成违约; 守约方请求违约方承担违约责任, 亦不以其违反诚信磋商义务为前提条件。”

⁴ 参见孙超文《预约条款的性质识别及效力认定》: “应当缔约说并不意味着只要本约未能签订, 当事人就应承担违约责任, 而是应在个案中审查本约未能签订是否可归责于一方当事人。……如果当事人在遵循公平、诚信原则的前提下进行了磋商, 只是由于不可归责于双方的原因导致未能对其他条款达成一致意见, 则不应承担责任。”

约工具, 预约合同的利益实质上并不限于信赖利益, 因此对于预约合同的门槛过低, 不仅会偏离制度设计理念, 更会扩大利益保护范围, 形成与缔约过失责任的重合保护。《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)》第一条第一款规定, 法院能够确定当事人姓名或名称、标的和数量的, 认定合同成立。预约合同的成立要件包括当事人姓名或名称、订立本约的明确意思表示、标的物、数量。本文关于预约合同的论述建立在该语境下的预约合同。

4. 预约合同违约能否主张继续履行

关于一方违反预约合同后, 非违约方能否请求继续履行, 即预约合同是否适用实际履行的问题, 存在三种争议观点。

本文持否定说的观点。第一, 就强制履行本身而言, 对预约合同的内容具有可履行的明确性要求。在预约合同仅具备最低限度的必要条款(当事人、标的物、数量及订立本约的明确意思表示)时, 不具备可执行性。由于通常重要交易因素——价款未得到确认, 很难认为当事人之间就已决条款本身成立了确认以此履行的信赖及合意, 而明显存在继续磋商确认和观望的空间。在预约合同内容相较完整的情况下, 法院以判决代替违约方之意思表示依预约条款缔结本约, 以漏洞填补的解释方法补充预约未确定之条款。但其中存在不同合同类型之必备条款的确定问题, 尤其在涉及商业主体的利益考量时, 以补充性解释和任意性规定推定本约内容, 往往会出现不经济、不适当、不符合市场的情形。比如在股权转让协议中, 必备条款涉及十分详尽的交易结构条款、公司治理条款等, 是判决难以作出一般性推定的。且双方的商业能量和谈判能力决定了条款的倾斜性, 利益博弈展现在每一阶段的谈判中, 如果按照一般市场推定未决条款, 明显不合理。即使依靠当事人在事后对本约内容达成补充协议, 也极有可能因约定不明、规则模糊而就本约再次起诉, 仍然无法终局性地解决问题, 反而留下了本约诉讼祸患。第二, 在预约合同确认履行当事人之所以未直接达成本约而签订预约合同, 无非是两种原因: 一种是主观原因, 即当事人就未决条款暂时无法达成一致还待磋商, 或者当事人对相关交易情况仍存在观望的态度, 不想过早决定以陷入被动; 一种是客观原因, 即当事人订立本约存在法律或事实上的障碍, 通常为该交易未取得有关机关批准或未取得相应的许可证, 订立本约时机不成熟^[18]。排除第二种原因的纯粹客观障碍情况(留待下文探讨), 当事人订立预约合同的态度及目的存在一致性——固定交易机会及阶段性谈判结果, 保留最终签订本约的决策权。正如刘贵祥法官所言, 预约的核心特征在于: 当事人在赋予阶段性谈判结果以法律约束力的同时, 要求就共同关注的全部实质性内容达成一致才能完成交易。因此, 实质上强制履行的要求是在权衡非违约方与违约方天平两端的利益——经预约合同而固定的阶段性结果与签订预约合同而保留的最终决策权。从无拘束力的协议角度去比对, 预约合同更应固化前者; 而从本约的角度出发, 预约合同更应表达后者。因此, 理论角度实际上存在两难的境地, 需要立法者做出一个明确的选择。在立法者未明确抉择的当下, 司法实践更应慎重为强制缔约之判决。当肯定说或区分说完全应用至司法判决中, 是否强制缔约及判决中订立的本约合同将会严重受到法官个人审判水平的影响, 而形成一系列不符合市场经济规则之合同, 导致利益保护之偏差。且另一视角观之, 当事人从附条件或附期限的本约、不可撤销之要约等多重选项中选择预约合同, 其实比对之间也隐含了其保留最终决策权之意图。

但本文认为强制履行的适用存在例外: 预约合同包含详尽的本约内容, 非违约方能够证明或者法院合理推断签订预约合同的原因是纯粹客观障碍及预约合同的重要交易条款符合缔约当时的市场行情时, 在非不可抗力及情势变更的前提下, 法院应当支持实际履行。正如大多数商品房买卖预约合同纠纷: 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(预售)合同。正如耿利航教授所言, “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”。

从解释论及司法实践出发, 否定说更符合预约合同当事人的合意选择及实务裁判, 预约违约应以不适用继续履行为原则, 以适用继续履行为保护例外。

5. 预约合同违约损害赔偿的范围界定

(一) 损害赔偿范围的理论争议

信赖利益说认为, 相对本约而言, 预约处于缔结本约的先契约阶段, 违反预约的行为既是预约违约行为也是本约缔约过失行为, 预约的损害赔偿应相当于本约的信赖利益赔偿, 同时以不超过履行利益为限。同时, 从另一方面说, 违反预约合同后, 守约方损失的仅仅是本约订立的机会, 而非是本约本身, 因此违反预约的损害赔偿范围不能等于违反本约的赔偿。且预约合同履行行为本身并无任何交易发生, 没有生成任何经济利益, 未产生可得利益。如(2020)最高法民申 2164 号判决书、(2018)川民终 852 号判决书。

履行利益说认为, 履行预约与损害赔偿为债之同一性, 在肯定预约权利人的强制履行权之同时, 又否定其履行利益的损害赔偿, 在逻辑上相互抵牾^[19]; 且预约履行利益与本约履行利益具有紧密的内在联系, 在肯定预约作为独立合同的前提下, 考虑到当事人缔结预约以及其后的本约, 所追求的经济目的实质上是统一的, 预约本身并非当事人的最终目的, 当事人的最终目的在本约及其履行, 追求本约合同目的的实现。在北京优高雅案、陈荣根案⁵的判决中均支持履行利益或可得利益。也有法院以适当比例的差价利益间接支持履行利益, 如(2018)粤民申 4043 号判决书⁶、(2020)浙 10 民终 601 号判决书⁷。

(二) 综合考量下的损害赔偿范围厘定

本文认为, 信赖利益说实际上忽略了预约合同的合同拘束力, 而将其与缔约过失责任相混淆。当事人以预约合同之形式确定已决条款, 绝不只是对本约缔约过程中信赖利益之固化, 更是赋予已决条款以法律约束力, 即认可已经反复谈判确认的已决条款具备相当于本约条款的履行利益(即使部分预约条款由于主观原因保留着最终的决策权)。履行利益说将预约合同的门槛定得太高, 认可其具备相当的交易成熟性及内容完备度, 与本文所述的预约合同界定不相符。以笔者愚见, 在当事人、标的物数量足以构成预约合同内容时, 按照前文“缔约说”一贯之逻辑, 且在不适用继续履行的原则下, 应当从损害赔偿的层面对预约合同非违约方进行更大力度的救济。这个关键点的开关在于机会损失的认定。

如果全然支持本约的履行利益, 在磋商 - 预约 - (磋商) - 本约 - 本约履行的逻辑链条中确实存在较显眼的因果关系拉长。且就实际损失的举证而言, 也有一定的难度。本文认为, 以本约的信赖利益为基础, 综合判断预约合同的交易成熟度(预约合同条款接近本约的程度)、交易标的的稀缺性和可替代性、交易的标的额、非违约方的信赖投入与过错、违约方的过错情节及获利判定机会损失的有无及判决赔偿机会损失的比例。

(三) 机会损失的认定与量化

本文认为, 信赖利益说实际上忽略了预约合同的合同拘束力, 而将其与缔约过失责任相混淆。当事人以预约合同之形式确定已决条款, 绝不只是对本约缔约过程中信赖利益之固化, 更是赋予已决条款以

⁵ 参见(2012)锡民终字第 0024 号判决书。

⁶ 参见(2018)粤民申 4043 号判决书。一、二审法院综合考虑当地房价上涨水平以及融发公司的赔偿能力等因素, 酌定以案涉商铺评估市场价的 25% 作为损失赔偿额。

⁷ 参见(2020)浙 10 民终 601 号判决书。一审法院根据上诉人将商品房出售给第三人时实际从中另外获利金额 1,864,554 元, 酌情判决上诉人支付给被上诉人 50% 即 932,277 元。

法律约束力,即认可已经反复谈判确认的已决条款具备相当于本约条款的履行利益(即使部分预约条款由于主观原因保留着最终的决策权)。履行利益说将预约合同的门槛定得太高,认可其具备相当的交易成熟性及内容完备度,与本文所述的预约合同界定不相符。以笔者愚见,在当事人、标的物数量足以构成预约合同内容时,按照前文“缔约说”一贯之逻辑,且在不适用继续履行的原则下,应当从损害赔偿的层面对预约合同非违约方进行更大力度的救济。这个关键点的开关在于机会损失的认定。

1) 机会损失的认定

关于机会损失的内涵有两种观点:一种观点以可能性为基础,认为机会损失是机会享有者所拥有的获取特定利益或避免特定损害的可能性降低或者丧失的损失[20][21];另一种则将机会利益建立在有利条件存续的状态下,认为机会损失是指当事人对获取利益或避免损害客观有利条件所享有的利益减损或灭失[22][23]。在前者理论背景下,将不可避免地讨论复杂的因果关系和概率的确认。在后者的观点中,机会所代表的条件状态则是客观存在,能够被直观观察到。故以条件视角看机会利益所在,或许更适合。

机会损失赔偿的认定包括机会利益减损的客观事实(对特定利益有积极作用的有利条件毁损)、违反义务的行为、违反义务行为与机会利益减损间的因果关系及违约方的主观状态。在预约合同的语境下,该特定利益是指订立本约,而形成、维护或促进该利益的有利条件即是预约本身。当预约合同的内容越完备,越接近本约时,其达成本约的条件就越齐备、越有利,对于订立本约的实现具有更大的价值和积极促进功能。一旦违约方违反预约,即摧毁了达成本约的全部有利条件,构成对非违约方机会利益的毁损,需承担相应的责任。但是,当被损害的条件对于特定利益的发展不具有过分相关性与促进性时,不应当枉自认定机会利益减损,因为此时即使条件被损害,对于本就微薄的机会利益的减损也并未存在太大影响。至于违约方的主观过错要求,是基于机会利益的“利益”而非“权利”属性。因此,对于机会损失认定时,应当要求违约方违约具有过错。在(2018)京民终 543 号和(2020)浙 0603 民初 6688 号判决中,法院对于是否构成机会损失的认定,都考虑了预约合同无法履行时被上诉人的可归责性。

2) 机会损失的计算

关于机会损失赔偿的计算,有以下三种方法:一是以机会可能性乘以机会所指向的利益价值,二是以最终损害为标准全部赔偿,三是由法官进行裁量评估。

本文认为,在预约违约的情况下,应当以本约履行利益为最大限额,由法官综合相关因素进行适当比例的赔偿判决。

首先,机会利益以本约的履行利益为限。机会所指向的利益虽然是指订立本约,但其利益实质的本身仍然是本约的履行利益,对目的利益作衡量与评估时永远离不开本约履行利益。交易市场上不存在利益空白的无意义行为,死死盯住“订立本约”概念意义本身而非以动态的缔约体系观之会陷入形而上错误的窠臼,最终损害必然与本约履行利益关联。而之所以以本约履行利益为上限,不外乎最基本的理由——违反预约的损害绝不会超过违反本约的损害。

其次,机会损失赔偿比例应考虑目的利益所具备的条件状态,即预约的条款是否完备、详尽,是否足够接近本约。当预约中重要交易条款都已确定,内容详尽程度越接近本约时,就意味着订立本约已经具有高度盖然性;同时,当未决条款属于合同的普遍性条款而非个性化条款时,就意味着所欠缺的条件很少或较为容易取得,对利益形成或维护的影响较小。此时,预约违约所毁损的是对于利益获取呈强正相关和高价值的既有条件,该损害结果较大。

再次,预约的交易标的的稀缺性及交易标的额的大小,是衡量所毁损的条件状态的因素之一。当交易标的具有非替代性、交易标的额越大时,双方的已决条款凝聚着更高的信赖度和更多的谈判精力,其所呈现的条件是越坚固、越有利的。当有利条件的确定性及其可信赖度越高,违约方违约摧毁了更高层次的条件状态,赔偿自然越高。

另外, 当违约方存在恶意违约并且从违约中获利时, 其对于非违约方所具备的客观条件状态的摧毁是抱着明知故犯、有为之的消极心态, 且从该违约行为、从对方的受损中获取高额利润, 与善意的违约行为相较过错程度显然更深。法官在诚实信用原则下难以继续保持中立, 应当提高恶意违约者的赔偿比例, 否则将鼓励市场恶意违约的不诚信行为。如在(2018)浙 1002 民初 6070 号判决中, 法院认为被告存在违约获益行为, 酌情判决 50% 的房屋差价。

在考虑违约方因素的同时, 非违约方的因素也应当进行纳入考量。当预约合同中的定金、预缴款项等已交付的金钱数额越大时, 交付方(通常为非违约方)就设置了更有利的促进利益形成或实现的条件, 其对预约合同的履行及特定利益获取的信赖就越大。预约违约时, 人为设置的有利条件被破坏, 当事人十足的信赖被击碎, 违约方应当承担更大的损害赔偿赔偿责任。非违约方对违约存在过错时, 即当非违约方未履行减损义务时, 损害赔偿的数额应当相应降低。在(2019)最高法民申 2826 号判决中, 最高院再审申请人未就履行房屋买卖预约合同事宜积极联系被申请人, 没有采取一般防控风险的通常做法, 导致损失扩大, 因此就扩大的损失(2016 年 6 月之后的差价)不能主张机会利益的赔偿。

3) 小结

违反预约中机会损失的认定与计算, 是对非违约方损失的关键救济。信赖利益所包含的赔偿范围仅能赔偿与缔约过程相关之支出, 难以囊括作为具有拘束力的预约合同非违约方的损失。因此, 在预约违约个案中, 对于机会损失进行合理的认定和量化不仅有利于维护非违约方的实际利益, 也是在矫正缔约信赖保护的范畴重合问题, 使得预约合同制度重回其合同拘束力的逻辑体系保护。

6. 结语

对于预约合同的法律效力及违约责任, 当下的立法未给出明确的回答, 最高院的指导案例亦存在互相冲突及逻辑混乱, 在预约合同类型化观点较为主流的当下, 对于预约合同违约责任的判决, 法官更应保持司法的审慎和谦抑, 从预约合同制度的功能设计出发, 以“缔约说”为立场, 对于预约合同的违约救济在原则上不适用强制履行, 而以损害赔偿中机会损失的酌定进行对个案的合理裁判。

参考文献

- [1] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组. 中华人民共和国民法典合同编理解与适用(一) [M]. 北京: 人民法院出版社, 2020.
- [2] 张燕玲, 白帮武. 预约合同相关问题探讨[J]. 山东社会科学, 2005(2): 89-92.
- [3] 焦清扬. 预约合同的法律构造与效力认定[J]. 社会科学, 2016(9): 101-109.
- [4] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2020.
- [5] 戴雪飞诉华新公司商品房订购协议定金纠纷案[J]. 中华人民共和国最高人民法院公报, 2006(8): 33-38.
- [6] 滕威. 商品房预约协议之认定及违约责任承担[J]. 人民司法, 2013(8): 4-9.
- [7] 谢鸿飞. 预约合同认定的理论难题与实践破解[J]. 国家检察官学院学报, 2024, 32(1): 161-176.
- [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(2): 145-157.
- [9] 最高人民法院民事审判第二庭. 最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2017.
- [10] 朱广新. 预约合同及其违约责任[J]. 社会科学研究, 2024(1): 19-29.
- [11] 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, 38(5): 27-48.
- [12] 李潇洋. 民法典中缔约信赖保护的规范路径[J]. 法学, 2021(6): 106-122.
- [13] 罗昆. 功能视角下的预约类型论[J]. 法学家, 2022(4): 89-102+193.

-
- [14] 王俐智. 预约合同违约责任的争议与回应——基于动态缔约观的分析[J]. 财经法, 2021(5): 108-124.
- [15] 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(3): 104-110.
- [16] 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(1): 54-62.
- [17] 刘贵祥. 关于合同成立的几个问题[J]. 法律适用, 2022(4): 3-17.
- [18] 陆青. 《买卖合同司法解释》第2条评析[J]. 法学家, 2013(3): 113-127.
- [19] 叶锋. 论预约合同的出路——以类型系列的构建为分析视角[J]. 法律适用, 2015(9): 81-86.
- [20] 朱晓平, 雷震文. 机会损失赔偿问题研究[J]. 人民司法, 2014(3): 70-74.
- [21] (2021) So You're Telling Me There's a Chance: An Examination of the Loss of Chance Doctrine under Nebraska Law. *Nebraska Law Review*, **99**, 1014.
- [22] 李显冬, 王稳. 机会损失赔偿理论的反思与突破[J]. 河南社会科学, 2019, 27(3): 65-71.
- [23] Miao, W.W. and Gastwirth, J.L. (2019) Case Comment: Estimating the Economic Value of the Loss of a Chance: A Re-Examination of Chaplin v. Hicks. *Law, Probability and Risk*, **17**, 279-293.