

## 预约合同违约责任的争议与回应 ——基于动态缔约观的分析

王俐智\*

**内容提要：**预约合同的违约责任在理论和实践中存在三个主要争议问题，《民法典》第 495 条未能有效予以回应，理论上可运用动态缔约观予以解决。基于动态缔约观，预约可以区分为：最低合意型预约、主观障碍型预约、客观障碍型预约以及完全预约。预约违约责任的认定应以义务违反的动态认定与可归责性进行双重判断，区分预约类型分别适用不同的规则。针对预约违约责任能否适用强制履行问题，应以交易成熟度为参考，完全预约和客观障碍型预约可以适用强制履行，另两类预约则不适用强制履行。预约违约的损害赔偿范围以信赖利益为下限，以履行利益为上限，以机会损失为核心，综合考量交易成熟度、缔约投入与机会损失三个影响因素，根据预约类型动态调整。

**关键词：**预约 动态缔约观 强制履行 损害赔偿 机会损失

### 一、问题的提出

预约在复杂的商业交易中很常见，它们记录了当事各方已经达成协议的一组不完整的条款，同时将其余条款留待进一步讨论。<sup>〔1〕</sup> 预约被市场参与者所广泛接受，但同时它也是大量

\* 王俐智，东北师范大学政法学院讲师。

本文为中国博士后科学基金第 69 批面上资助项目“《民法典》合同法定解除权的法理基础研究”（2021M690586）、东北师范大学校内青年基金项目“《民法典》视野下合同僵局解除权研究”（21XQ020）的阶段性成果。

〔1〕 See Albert H. Choi, George Triantis, Designing and Enforcing Preliminary Agreements, 98 *Texas Law Review*, 439 (2020).

诉讼的来源。<sup>〔2〕</sup>原《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）（以下简称《买卖合同司法解释》）第2条明确规定了预约合同及其违约责任。2020年5月28日，第十三届全国人民代表大会第三次会议审议通过的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第495条将预约合同由买卖合同的特殊规则上升为普适于所有合同的一般性规则，并对《买卖合同司法解释》第2条进行了一定的修改和完善，构成了合同编的重大创新之一。<sup>〔3〕</sup>但是，对于理论与实务界比较关注的预约合同的违约责任，该规定较为简单，未能进一步说明违约责任的构成要件及其责任形式。

理论上关于预约合同的违约责任长期存在着较大的争议，司法实践对预约合同违约责任的处理也存在重大的分歧。具体而言，理论和实践上存在以下三个争议问题：一是如何认定预约合同的“违约”，当事人之间未能订立本约是否一概构成违约，涉及的是“必须缔约说”<sup>〔4〕</sup>与“必须磋商说”<sup>〔5〕</sup>的争议；二是预约合同的违约责任形式能否包括强制履行，包括“肯定说”<sup>〔6〕</sup>“否定说”<sup>〔7〕</sup>以及“区分类型说”<sup>〔8〕</sup>的争议；三是违反预约合同的损害赔偿的范围如何确定，包括“信赖利益说”<sup>〔9〕</sup>和“履行利益说”<sup>〔10〕</sup>的争议。既有的理论争议多是从静态的角度对预约违约责任进行“一刀切”的处理，缺乏对预约以及预约责任的多元化认识。由于《民法典》第495条对预约合同的违约责任仅作了原则性的规定，实践中的具体适用仍然需要更为细致的回应。本文拟运用动态缔约观理论对既有的理论争议予以回应：首先，对动态缔约观理论进行深入解读，运用动态缔约观对预约违约责任进行动态定位，对预约进行类型化处理；其次，运用动态缔约观理论的全新视角，分别对违约责任的认定、强制履行的适用以及损害赔偿的范围三个争议问题予以回应，得出不同类型预约的不同适用规则；最后，得出本文的结论。

〔2〕 See Kathryn Marietta, The “Preliminary Agreement” — Framing or Frustrating the Deal? JDSUPRA, (June. 4, 2015), available at <https://www.jdsupra.com/legalnews/the-preliminary-agreement-framing-or-22759/>, last visited on Jul. 17, 2021.

〔3〕 参见石宏：《合同编的重大发展和创新》，载《中国法学》2020年第4期。

〔4〕 参见张燕玲、白帮武：《预约合同相关问题探讨》，载《山东社会科学》2005年第2期；史浩明、程俊：《论预约的法律效力及强制履行》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期。

〔5〕 参见“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”，载《最高人民法院公报》2012年第11期。

〔6〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第170页。

〔7〕 参见刘俊臣：《合同预约若干法律问题初探》，载《法律适用》2002年第4期；白玉、牟宪魁：《预约合同若干法律问题探析》，载《齐鲁学刊》2009年第4期；林涓民：《预约学说之解构与重构——兼评〈民法典〉第495条》，载《北方法学》2020年第4期。

〔8〕 参见刘承睦：《预约层次论》，载《法学论坛》2013年第6期；李开国、张锐：《论预约的效力及其违约责任》，载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第4期；陆青：《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》，载《法学家》2013年第3期。

〔9〕 预约违约的损害赔偿范围是预约合同的履行利益损失。唯预约合同的履行行为是订立本约，因此，其损害赔偿的范围近似于本约的信赖利益损失。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61-62页。美国学者亦有类似观点，参见 Alan Schwartz, Robert E. Scott, Precontractual liability and preliminary agreements, 120 *Harvard Law Review*, 661, 667 (2007).

〔10〕 “履行利益说”主张特定情况下，损害赔偿可相当于本约的履行利益。参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第96页。美国学者亦有类似观点，参见 Gregory J. Marsden, George J. Siedel, The Duty to Negotiate in Good Faith: Are BATNA Strategies Legal? 14 *Berkeley Business Law Journal*, 127, 154 (2017).

## 二、动态缔约观下的预约定位

### （一）动态缔约观

法律分析存在静态分析与动态分析的不同方法，对法律的动态分析更真实、更重要。<sup>〔11〕</sup>早在1950年，奥地利学者瓦尔特·维尔伯格（Walter Wilburg）就提出了私法研究领域内的动态体系论，以克服概念法学的僵硬与自由法学的肆意。<sup>〔12〕</sup>动态体系论突破了构成要件式的全有或全无的缺陷，被广泛地应用到侵权法、合同法、人格权法等诸多领域。<sup>〔13〕</sup>大洋彼岸，2001年美国著名合同法学者艾森伯格（Melvin Aron Eisenberg）提出了动态合同法的观念：“合同法的适用并不仅仅取决于合同形成时发生的事情，而是取决于合同形成之前、之后或构成合同形成的一系列事件。”<sup>〔14〕</sup>艾森伯格认为，动态合同法贯穿于要约承诺、对价的认定、合同的解释以及损害赔偿等方面。<sup>〔15〕</sup>上述四个方面可以对应到我国合同法上合同的订立、效力、履行以及违约的全过程。维尔伯格的动态体系论与艾森伯格的动态合同法观念为动态缔约观的出现奠定了理论基础。动态缔约观的出现不仅有着充分的理论渊源，也存在着深刻的实践基础：

第一，交易的复杂化、阶段化要求对缔约过程进行动态考察。交易最初的形态是自然经济下的“以物易物”。<sup>〔16〕</sup>随着货币作为一般等价物的流通，“一手交钱一手交货”这种即时交易成为交易的基本形态。市场经济条件下，随着生产销售的分工层次加深、市场规模不断扩张，复杂的交易形态陆续出现，不仅空间拉大、时间拉长、交易主体也变得多元，交易的内容往往多层又环环相扣。在复杂的资产购买或租赁、公司收购或风险融资交易中，当事方几乎不可能在一次磋商或在很短的时间内达成一份完整的合同：这些交易的谈判通常是按顺序进行的，在每个阶段都会由众多具有不同专业知识的代理商来解决部分条款。<sup>〔17〕</sup>对于当事人而言，此时要计算的利害风险当然不同于即时交易，从接触到投入交易的第一阶段就要担心是否白忙乎一场。<sup>〔18〕</sup>

第二，国家对交易的管控导致客观上需要对缔约过程进行动态考察。契约自由虽然是合同法的基本原则，但契约自由从来不是绝对的。<sup>〔19〕</sup>国家的管控（许可、批准、登记、审查等）涉及

〔11〕 参见倪正茂：《法律的静态分析与动态分析》，载《法学》2001年第1期。

〔12〕 参见时明涛：《动态体系论在履行费用过高判断中的运用》，载《财经法学》2020年第6期。

〔13〕 参见王利明：《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，载《法学家》2020年第4期；刘媛媛：《共同危险行为法效果之重构——内部比例责任对平均担责的替代》，载《法律科学》2020年第5期；尚连杰：《缔约过程中说明义务的动态体系论》，载《法学研究》2016年第3期。

〔14〕 Melvin Aron Eisenberg, The Emergence of Dynamic Contract Law, 88 *California Law Review*, 1743, 1762 (2000).

〔15〕 参见前引〔14〕，Melvin Aron Eisenberg文，第1743、1762页。

〔16〕 See Nitin Thapar, The Evolution of Trading: Barter System to Algo Trading, Quantinsti's Blog (Jul. 18, 2017), available at <https://blog.quantinsti.com/evolution-trading-barter-system-algo-trading/>, last visited on Jul. 17, 2021.

〔17〕 参见前引〔1〕，Albert H. Choi, George Triantis文，第439、440页。

〔18〕 参见苏永钦：《缔约过失责任的经济分析——从现代交易的阶段化谈起》，载《台大法学论丛》2004年第1期。

〔19〕 See David P. Weber, Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition, 16 *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 51 (2013).

从合同的订立、效力到合同的履行与解除等各个方面，上述各阶段的管控会构成当事人缔约时的影响因素甚至是障碍。<sup>〔20〕</sup>例如，根据1976年《哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯改进法案》的要求，企业合并各方必须向司法部和公平贸易委员会提交一份已签署的协议，接受30日的交易审查。但是，企业提交的已签署协议不必具有约束力，也不必特别详细。<sup>〔21〕</sup>此时的缔约过程就变成了“接触——磋商——初步协议（提交审查）——磋商——最终协议”这样一个动态的过程。

从法律上的“要约——承诺”过程到现实中当事人之间反复谈判的过程，缔约均表现为一个动态的过程。<sup>〔22〕</sup>当事人之间由陌生关系逐渐进入合同拘束关系，当事人之间的信赖、利益交换存在一个由弱到强的动态过程。<sup>〔23〕</sup>另一方面，全有或者全无式的构成要件分析方法对合同缔结中当事人的权利、义务与责任的分析也存在局限性。从合同的整个缔约过程分析当事人之间的权利义务关系，从要素的强弱分析当事人的责任的理论就是动态缔约观。动态缔约观的要义包括以下几个方面：

第一，合同的缔结存在着不同的阶段。古典合同法中，要约因产生受要约人的承诺权而立即产生法律效力，承诺因订立合同而立即产生法律效力。初步谈判根本没有法律效力。在接受要约之前当事人没有任何责任，在接受要约之后当事人对预期损害承担全部责任。<sup>〔24〕</sup>古典合同法二元责任论的结果是当事人责任根据承诺与否而全有与全无，其只关注承诺的时点。根据古典合同法，合同缔结过程存在一个当事人权利与义务的真空状态。与之不同，动态缔约观强调合同缔结是一个持续性的过程，在合同的缔结过程中，当事人的权利、义务与责任会发生一定的变化。有学者将缔约过程分为三个阶段：第一个阶段，当事人有中断合同磋商的绝对自由；第二个阶段，当事人虽然仍然可以自由中断合同磋商，但须赔偿对方因此所受的信赖损失；第三个阶段，当事人不能再中断合同磋商，否则应赔偿相当于合同有效情况下的期待利益损失。<sup>〔25〕</sup>将合同缔结过程进行阶段性的划分并赋予其不同的效力正是动态缔约观的理论贡献。

第二，合同缔结阶段形成的阶段性文件并非没有法律意义，可能影响当事人的权利、义务与责任。当事人在合同缔结阶段可能会形成各种类型的初步协议，这些初步协议并非完全没有法律意义，而是确定地影响着当事人的义务和责任。美国学者范斯沃斯将初步协议区分为“带开放条

〔20〕 当事人在缔约过程中不可避免地要考虑合同的履行问题，因此国家对合同履行的管控也会对当事人的缔约行为产生影响。

〔21〕 See Neva B. Jeffries, Preliminary Negotiations or Binding Obligations? A Framework for Determining the Intent of the Parties, 48 *Gonzaga Law Review*, 1, 7 (2012).

〔22〕 美国有学者称之为交易的生命周期，参见 Cathy Hwang, Deal Momentum, 65 *UCLA Law Review*, 376, 404 (2018).

〔23〕 参见张家勇：《论前合同损害赔偿中的期待利益——基于动态缔约过程观的分析》，载《中外法学》2016年第3期。

〔24〕 参见前引〔14〕，Melvin Aron Eisenberg文，第1743、1794页。

〔25〕 See John Cartwright, Martijn Hesselink ed., *Precontractual liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 47.

款的初步协议”(preliminary agreements with open terms)和“须进一步磋商的初步协议”(preliminary agreements to negotiate)。<sup>[26]</sup>带开放条款的初步协议下,当事人负担的两项义务是:(1)在开放条款谈判中诚信磋商的义务;(2)在各方无法就开放条款达成协议时履行初步协议的义务。<sup>[27]</sup>须进一步磋商的初步协议下,当事人负担诚信磋商义务。<sup>[28]</sup>两者的区别在于,当事人未能达成最终协议时,前者的初步协议转化为当事人之间合同,后者的初步协议则相应失效。美国学者杰弗里斯将缔结阶段的初步协议区分为“带开放条款的初步协议”与“完全协议”(fully-formed contract),前者课以当事人诚信磋商的义务以及违反义务情形下的恢复原状责任,后者课以当事人完全的违约责任。<sup>[29]</sup>无论是范斯沃斯还是杰弗里斯均认为,不同类型的初步协议具有不同的效力。

合同缔结过程的阶段划分,以及不同类型初步协议对当事人权利、义务与责任的影响,构成了本文对预约违约责任进行分析和讨论的理论前提。基于当事人权利、义务与责任的动态化特征,预约违约责任的认定与承担应当以预约违约责任的准确定位和预约的类型化为前提,不同类型的预约应适用不同的违约责任认定规则与承担规则。

## (二) 动态缔约观下预约违约责任的定位

预约合同属于当事人缔结本约过程中的阶段性合同。在没有预约的情形下,合同缔结过程表现为“接触—磋商—合意”的三阶段。预约的存在使合同缔结过程进一步丰富为五阶段,即“接触—初步磋商—预约—(再磋商)—本约”。<sup>[30]</sup>从合同缔结的过程看,预约位于当事人接触与当事人达成最终合意(本约)之间的动态阶段,其既可以无限接近于本约,也可以无限接近于初步磋商。

基于预约的动态地位,预约的违约责任处在介于本约的缔约过失责任与本约的违约责任的中间状态,其既区别于本约的缔约过失责任,也不同于本约的违约责任。从缔约过失、预约到本约,这是一个责任强度递进的“序列”。<sup>[31]</sup>

第一,预约违约责任区别于本约的缔约过失责任,两者既存在互补关系,也可能构成竞合关系。预约违约责任与缔约过失责任存在本质的区别:前者是违反预约合同的约定责任;后者是违反先合同义务的法定责任。<sup>[32]</sup>无论是研究预约合同的学者还是研究缔约过失的学者均认为,预约违约责任与缔约过失责任是相互独立的:(1)预约虽然发生于本约订立的过程中,但其作为独

[26] See E. Allan Farnsworth, Precontractual Liability and Preliminary Agreement, 87 *Columbia Law Review*, 217, 250 (1987).

[27] 参见前引 [26], E. Allan Farnsworth 文, 第 217、253 页。

[28] 参见前引 [26], E. Allan Farnsworth 文, 第 217、263 页。

[29] 参见前引 [21], Neva B. Jeffries 文, 第 1、8 页。

[30] 在预约的情形下,再磋商这一阶段可能存在也可能不存在,例如预约已经全面地规定了本约的条款,只待时间到来或者条件具备时直接签订本约而不必另行再磋商的情形。因此,笔者将该阶段用括号标注。

[31] 参见汤文平:《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》,载《中外法学》2014年第4期。

[32] 参见范硕、余延满:《预约合同立法阙如下若干问题之刍议》,载《私法》2017年第2辑。

立的合同就未来订立本约的合意的拘束力应当获得强化，不应适用缔约过失责任；<sup>〔33〕</sup>（2）从请求权基础的检索顺序角度看，有合同作为请求权基础时，无须诉诸缔约过失责任；<sup>〔34〕</sup>（3）缔约过失责任也不应适用于预约情形<sup>〔35〕</sup>。预约违约责任与本约缔约过失责任虽然相互独立，但是两者之间并非毫无关联，它们既存在互补关系，也存在竞合关系。一方面，缔约过失责任主要规范合同缔结过程中的故意行为，过失缔约行为与不当中断磋商行为难以纳入其责任范围，预约违约责任能补强缔约过失责任的乏力之处。<sup>〔36〕</sup>另一方面，预约违约责任与缔约过失责任均存在于合同缔结阶段，两者确实可能发生竞合。<sup>〔37〕</sup>违反预约的行为既构成预约违约行为，也可能构成违反先合同义务的缔约过失行为。<sup>〔38〕</sup>例如，当事人之间达成预约后，一方违反诚信原则恶意磋商，导致本约未能订立并造成对方损失。当事人依据《民法典》第495条与第500条分别享有两项独立的请求权，两者构成请求权竞合。<sup>〔39〕</sup>前述的理论争议中，无论是针对强制履行的“否定说”，还是针对损害赔偿的“信赖利益说”，其适用的结果均是预约违约责任与本约缔约过失责任同质化，贬损了预约违约责任的独特价值，不符合动态缔约观的理论。

第二，预约违约责任虽区别于本约的缔约过失责任和本约的违约责任，但是本约的缔约过失责任与违约责任为预约违约责任的认定和承担提供了重要的参考标准。本约缔约过失责任所保护的本约信赖利益与本约违约责任所保护的本约履行利益构成了界定预约违约损害赔偿范围的重要参照。前述的理论争议中，针对损害赔偿的“信赖利益说”是对本约缔约过失责任的参照，针对损害赔偿的“履行利益说”则是对本约违约责任的参照。主张区分说的学者更是将两者结合，共同界定预约违约责任的赔偿范围：具有善意磋商效力的预约的损害赔偿以本约信赖利益为参照，具有强制缔约效力的预约的损害赔偿范围以本约的履行利益为参照。<sup>〔40〕</sup>区分说的观点更符合动态缔约观的理论。当预约在位置上更接近于本约时，其责任强度应当接近于本约违约责任，当预约在位置上更接近于缔约接触时，其责任强度应当接近于本约缔约过失责任。

### （三）动态缔约观下预约的类型化展开

预约违约责任的动态性源于预约本身的多样性：预约可能处于合同缔结过程中的任何阶段，其既可能处于磋商谈判的初始阶段，也可能处于即将达成最终协议的收尾阶段。基于动态缔约观，处在不同阶段的预约应当对应不同的预约违约责任，因此，对预约进行类型化是深入讨论预约违约责任的前提。动态缔约观下，预约动态性的核心是其交易成熟度。交易成熟度越高，预约

〔33〕 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》，载《法论坛》2014年第1期。

〔34〕 参见前引〔10〕，韩世远书，第96页。

〔35〕 参见孙维飞：《〈合同法〉第42条（缔约过失责任）评注》，载《法学家》2018年第1期。

〔36〕 参见前引〔7〕，林涸民文。

〔37〕 参见王瑞玲：《预约、本约区分和衔接的主观解释论——兼对客观解释论商榷》，载《政治与法律》2016年第10期。

〔38〕 参见前引〔9〕，最高人民法院民事审判第二庭编著书，第53页。

〔39〕 参见尚晓茜、刘衍：《〈民法典〉中订约失败责任的二元体系——预约合同违约责任与缔约过失责任之竞合》，载《上海政法学院学报》2020年第5期。

〔40〕 参见陈峻阳：《论预约合同的违约责任》，载《河南大学学报（社会科学版）》2021年第2期。



越接近于本约；交易成熟度越低，预约越接近于初步磋商。交易成熟度具体表现为两个方面：一是预约条款相对于本约的详细程度，二是订立本约所面临的障碍类型。<sup>〔41〕</sup> 据此，本文将预约分成四类：完全预约、客观障碍型预约、主观障碍型预约以及最低合意型预约。

其一，完全预约。所谓完全预约是指，当事人在安排其交易的所有条款方面已达成最终协议，并打算立即受该等条款的履行约束，但同时建议以一种更完整或更确切但在效力上无差异的形式重述该等条款。<sup>〔42〕</sup> 完全预约在缔约阶段最接近于本约，当事人之间的信赖程度最高，本约订立的可能性最高。根据动态缔约观，完全预约违约责任的认定和承担均趋近于本约，应当比照本约的违约责任认定和承担来处理。

其二，客观障碍型预约。客观障碍型预约是指，因为部分交易内容的确定存在客观的障碍，当事人仅在预约中约定了本约的一部分交易条款，尚有部分条款需待客观障碍消除后方能磋商的预约。客观障碍型预约在缔约阶段相对接近于本约，但又未达到完全预约的程度，当事人之间的信赖程度较高，本约订立的可能性较高。完全预约与客观障碍型预约的区别在于：前者条款齐备，只是当事人不欲其立即生效；后者则存在部分条款的缺失，并且当事人之间未能达成完整交易的原因在于存在客观障碍。根据动态缔约观，客观障碍型预约在违约责任的认定和承担方面均可比照本约，但与本约违约责任存在程度上的差异。

其三，主观障碍型预约。主观障碍型预约是指，当事人就本约的一部分交易条款达成一致，但又未能就其他部分条款达成一致，需要继续就争议条款进行磋商的预约。主观障碍型预约欠缺部分重要的交易条款，但同时也约定了未来订立本约的义务。主观障碍型预约中，当事人就部分条款的争议能否解决并不确定，当事人之间的信赖程度有限，本约订立的可能性不高。根据动态缔约观，主观障碍型预约在违约责任的认定和承担方面应当比照缔约过失责任并有所加强，其责任认定宽于缔约过失责任，而其责任承担亦重于缔约过失责任。

其四，最低合意型预约。最低合意型预约中，预约的内容仅满足合同成立的最低要求，即仅约定了当事人、标的和数量条款，当事人未就其他条款进行实质磋商。最低合意型预约仅仅具备合同成立的最低要求，当事人之间对于交易的具体条件尚未能进入实质磋商，遑论达成一致意见，因此，当事人之间的信赖程度最弱，本约订立的可能性最低。根据动态缔约观，最低合意型预约的违约责任认定和承担应当比照缔约过失责任处理。

根据动态缔约观，从最低合意型预约到完全预约，预约在缔约过程中的位置逐渐趋近于本约，相关交易的确定性和成熟度逐渐增强，当事人之间的信赖程度逐渐提高，本约最终订立的可能性也逐渐增大。因此，不同类型的预约对当事人的权利、义务以及责任的影响，随着其位置不断靠近本约而不断增强。

〔41〕 障碍类型可以区分为主观障碍和客观障碍，有学者称之为主观未决事项与客观未决事项，障碍为前者时说明交易还不成熟，障碍为后者时说明交易接近成熟。参见前引〔8〕，陆青文。

〔42〕 See John Tarrant, Preliminary Agreements, 3 *University of New England*, 151, 157 (2006).

### 三、动态缔约观下预约违约责任的认定

#### （一）动态缔约观下预约合同义务违反的弹性化认定

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。这一问题在理论上主要表现为预约的效力之争。理论上关于预约的效力存在“必须磋商说”“应当缔约说”以及“内容区分说”三种学说。“必须磋商说”强调当事人负有依诚实信用原则进行磋商的义务，但对于是否订立本约的结果在所不问。<sup>〔43〕</sup>“应当缔约说”强调除法定事由外当事人必须缔结本约，否则预约毫无意义。<sup>〔44〕</sup>“内容区分说”是两者的折中观点，主张根据预约的内容完备程度决定其效力。<sup>〔45〕</sup>有学者进一步指出“必须磋商说”与“应当缔约说”无本质差异，均归于诚信磋商。<sup>〔46〕</sup>上述学说的区分意义无非是在预约违约的责任认定上，依照“必须磋商说”，如经过诚信磋商后本约仍未订立，当事人不构成违约，不承担违约责任；依照“应当缔约说”，如经磋商后本约仍未订立，当事人构成违约，应承担违约责任。

本约最终未订立情形下，一概构成违约责任与一概不构成违约责任的路径均过于极端。动态缔约观的理论表明，合同的缔结存在着不同的阶段，不同类型的阶段性文件对当事人的权利、义务与责任有着不同的影响。因此，我们应当对预约合同义务进行弹性化认定，区分“诚信磋商义务”与“必须缔约义务”。

第一，“诚信磋商义务”（bargain in good faith）是预约合同必备的核心义务。不同学者对于不同类型预约合同当事人所负义务的认定存在一定差异，但是学者们的共识是不同类型预约合同的当事人均负担诚信磋商义务。<sup>〔47〕</sup>诚信磋商义务要求当事人善意地进行谈判。根据相关学者研究，违反诚信磋商义务的行为可以总结为以下几个方面：（1）对事实故意或者重大的失实陈述；（2）坚持与预约中规定的条款不同或不一致的条款；（3）违反预约关于排他性的约定，与第三方进行谈判。<sup>〔48〕</sup>诚信磋商义务并不要求各方当事人不得中断磋商。原则上缔约磋商阶段的当事人不负有不得中断磋商的义务，其原因在于，如果各方不能中断谈判，他们就会害怕进行任何形式的谈判，这将对贸易和商业的一种威慑。<sup>〔49〕</sup>磋商过程涉及不确定性、道德风险和沉没成本等

〔43〕 参见韩强：《论预约的效力与形态》，载《华东政法学院学报》2003年第1期。

〔44〕 参见前引〔9〕，最高人民法院民事审判第二庭编著书，第59页；前引〔4〕，张燕玲、白帮武文。

〔45〕 参见前引〔8〕，李开国、张铤文。

〔46〕 参见前引〔8〕，陆青文。

〔47〕 参见前引〔26〕，E. Allan Farnsworth文，第217、250页；前引〔21〕，Neva B Jeffries文，第1、8页；前引〔9〕，Alan Schwartz、Robert E Scott文，第661、701页。

〔48〕 参见前引〔1〕，Albert H. Choi、George Triantis文，第439、450-451页。

〔49〕 参见前引〔26〕，E Allan Farnsworth文，第217、221页。



因素,会产生当事人难以控制的风险。<sup>〔50〕</sup>因此,中断磋商并不必然违反诚实信用原则。诚信磋商义务意味着当当事人的严肃意图不再存在时,应当及时终止谈判。<sup>〔51〕</sup>诚信磋商义务也不要求当事人之间必须最终达成协议,即使是由于被告的自利和战略谈判未能达成协议显然也不是不诚信的充分指标。<sup>〔52〕</sup>

第二,“必须缔约义务”限于特定类型的预约,不能普遍适用于所有预约合同。根据动态缔约理论,不同缔约阶段的预约具有不同的功能,不同类型预约反映了不同的交易成熟度。一方面,预约具有多样化的功能,可能表现为:(1)保留与潜在缔约方的交易机会;(2)巩固交易谈判的阶段成果;(3)排除潜在缔约方与第三方磋商;(4)保留变更交易条款的机会等。<sup>〔53〕</sup>多元化的预约功能表明,当事人对于订立预约合同的目的存在差异,当原本的交易计划落空时,不能要求当事人必须订立对己方明显不利的合同。因此,不应一概认为所有类型预约合同当事人均负有必须订立本约的义务。另一方面,不同类型的预约合同下,交易的成熟度有所差别,当事人就未决条款协商一致的可能性也存在差异,一概课以当事人必须缔约的义务也难谓公平。

总之,既有理论的错误之处在于预约合同义务的一元化,未能对不同类型的预约进行区别对待。基于动态缔约观,预约合同的义务表现为“诚信磋商义务”与“必须缔约义务”的弹性变化。预约合同违约责任的认定应当以义务违反的弹性化认定为基础,并辅之以违约责任理论进行综合判断。

## (二) 动态缔约观下不同类型预约的违约责任认定

根据动态缔约观,预约处于磋商与本约订立的中间阶段,其责任相应处于本约缔约过失责任与本约违约责任的中间阶段。缔约过失责任以过错为构成要件,系以过错责任为归责原则;违约责任原则上不考虑违约方过错,以严格责任为主要归责原则。<sup>〔54〕</sup>处于中间阶段的预约违约责任,虽名为违约责任,但又处于缔约阶段,因此,基于预约在缔约过程中的位置,预约的违约责任应当同时考虑义务违反的弹性化与可归责性的多样化。

其一,完全预约以未订立本约为违约责任构成要件,当事人主张法定免责事由方可免责。<sup>〔55〕</sup>完全预约处于缔约过程中最接近于本约的位置,完全预约下当事人负担必须缔约的义务。一方面因交易条款已经齐备,当事人无需再进行实质磋商即可订立本约,订立本约对于己方而言不存在

〔50〕 See Juliet P. Kostritsky, Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard, and Sunk Costs: A Default Rule For Precontractual Negotiations, 44 *Hastings Law Journal*, 621, 629 (1993).

〔51〕 参见前引〔10〕, Gregory J. Marsden、George J. Siedel 文,第127、134-135页。

〔52〕 参见前引〔1〕, Albert H. Choi、George Triantis 文,第439、450页。

〔53〕 参见前引〔7〕, 林涸民文。

〔54〕 主流观点认为违约责任以严格责任为归责原则。参见前引〔10〕, 韩世远书,第748页;王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2015年版,第435页。对此,理论上也有反对观点,陈自强认为《合同法》第107条关于违约责任之规定系以发生一定给付结果的债务为设想对象,并未涵盖全部债务类型。参见陈自强:《民法典草案违约归责原则评析》,载《环球法律评论》2019年第1期。

〔55〕 参见耿利航:《预约合同效力和违约救济的实证考察与应然路径》,载《法学研究》2016年第5期。

过多负担，对于对方而言具有重大的信赖和期待。另一方面，此预约类型最接近本约，其违约责任应比照本约违约责任认定，以严格责任为归责原则。此时，当事人违反必须缔约义务，足以构成其承担违约责任的理由，唯有法定免责事由方可免除当事人违约责任。<sup>〔56〕</sup>

其二，客观障碍型预约以当事人违反诚信磋商义务为违约责任构成要件。一方面，当事人诚信磋商之下仍不能达成本约的，属于不可归责于当事人的原因，当事人不承担违约责任；另一方面，当事人违反诚信磋商义务的行为本身具有可归责性，应承担违约责任。<sup>〔57〕</sup>客观障碍型预约处于缔约过程中相对接近于本约的位置，但双方当事人因客观障碍未能就部分条款进行协商，当事人在订立本约前仍需经历再磋商程序。再磋商程序决定了当事人存在着达成本约与未达成本约两种可能：如果不确定性解决后，交易最终是有利可图的，则双方将使协议更加具体（达成本约），然后进行交易；但如果交易结果是无利可图，双方将放弃该交易。<sup>〔58〕</sup>因此，当事人所负担的义务为诚信磋商的义务。诚信磋商义务隐含了可归责性的要求，当事人违反诚信磋商义务推定其存在过错。

其三，主观障碍型预约以当事人违反诚信磋商义务和过错为违约责任构成要件。当事人之间曾就主要条款进行了磋商，但因就部分条款未能形成合意而订立预约。此时，主观障碍型预约在缔约过程中处于距本约相对较远的位置，违约责任的认定上应当接近于本约缔约过失责任。一方面，当事人之间保留了继续磋商的机会，存在最终达成本约的信赖；另一方面，当事人对最终达成本约的信赖没有达到前两种预约的程度。此时，对当事人过错的考察从义务违反的要件中独立出来，成为判断当事人是否承担违约责任的关键。<sup>〔59〕</sup>

其四，最低合意型预约以当事人违反诚信磋商义务和故意为违约责任构成要件。当事人之间就交易仅达成了最低限度的合意，此时，预约在缔约过程中的位置更接近于初始磋商阶段，此种预约与不具有法律效力的意向书之间的差别，可能仅仅是受拘束意思的有无。<sup>〔60〕</sup>当事人之间对最终达成本约的信赖最为薄弱，甚至在没有预约的情况下，不足以支撑缔约过失责任的赔偿。此时，认定预约违约责任应当参照缔约过失责任的构成要件，强调当事人主观上的故意（恶意磋商）。

## 四、动态缔约观下强制履行的适用范围

### （一）强制履行：从“全有全无”到交易成熟度的动态考量

关于预约合同的违约责任能否包括强制履行，理论上存在“肯定说”和“否定说”等不同的

〔56〕 例如，在上海市金山区人民法院（2017）沪0116民初2764号民事判决书中，法院认为：“反观宋某2……其却未按约定履行，虽其因犯罪被逮捕后被判刑，但该事由并非一定导致其无法继续履行意向书……”

〔57〕 参见新疆维吾尔自治区高级人民法院（2015）新民三终字第00060号民事判决书；湖北省黄石市中级人民法院（2018）鄂02民终304号民事判决书。

〔58〕 参见前引〔9〕，Alan Schwartz、Robert E. Scot文，第661、663页。

〔59〕 参见南靖县人民法院（2020）闽0627民初382号民事判决书；兰州市七里河区人民法院（2020）甘0103民初1937号民事判决书。

〔60〕 参见前引〔8〕，刘承魁文。

观点。反对强制履行作为违约责任形式的理由主要有以下几点：第一，强制订立本约构成对意思表示的强制，违反意思自治（缔约自由）原则；<sup>〔61〕</sup>第二，强制订立本约使得预约最终产生与本约相同的法律效果，违反预约制度设计的初衷；<sup>〔62〕</sup>第三，订立本约义务是实际履行的除外情形，或者属于“法律上不能履行”或者属于“债务标的不适于强制履行”。<sup>〔63〕</sup>支持强制履行作为违约责任形式的理由主要有以下几点：第一，强制订立本约是对意思自治的尊重，因为当事人订立预约的根本目的是最终订立本约；第二，强制履行有助于保护守约方的信赖利益；第三，某些情况下，强制履行具有不可替代性；第四，比较法上，域外诸多立法例均认可强制履行的预约违约责任形式。<sup>〔64〕</sup>

“肯定说”与“否定说”均不足取。“肯定说”肯定了强制履行的责任形式，但是其认为强制履行适用于所有的预约情形显然失之偏颇。强制履行作为违约责任的责任形式之一，有其适用的范围和限度，《民法典》第580条就是对强制履行适用范围的限制。“否定说”以“人身不得强制”以及“缔约自由”的观点全面否定强制履行的可能性，亦不可取：一方面，缔约受限是当事人通过预约自我约束的结果；另一方面，订立本约可以法院拟制判决方式实现，并非人身强制。上述学说均属于“全有全无”式的静态判断，不足以应对不同缔约阶段下的不同预约类型。

动态缔约观下，强制履行责任的有无应当根据动态的衡量标准加以确定，而作为预约合同类型化标准的交易成熟度可堪当此任。有学者主张以未决条款的主客观原因区分强制履行的有无，其背后体现了交易成熟度的观念。<sup>〔65〕</sup>全国人大法工委官方出版的《民法典》释义对于强制履行责任的适用也体现了交易成熟度的理念：“应将预约放在从预约订立到本约得到履行的整个交易链条中予以考虑。如果当事人在预约阶段就对整个交易的主要内容通过谈判达成一致，本约的内容不需要再作过多协商，那么对于预约合同，要求当事人承担强制履行的违约责任，即订立本约的责任也就有实现的空间。”<sup>〔66〕</sup>全国人大法工委的相关解释体现了动态缔约观的理论，对于预约合同违约责任的理论与实践具有极高的参考价值。本文也赞同运用交易成熟度的因素衡量强制履行的可行性。

## （二）动态缔约观下强制履行适用范围的类型区分

根据动态缔约观，强制履行的适用主要由交易成熟度决定：预约交易的确定性和成熟度越高，其适用强制履行的可能性就越大；预约交易的确定性和成熟度越低，其适用强制履行的可能性就越低。

其一，完全预约可以适用强制履行。完全预约的交易成熟度最高：完全预约已经对当事人

〔61〕 参见前引〔7〕，刘俊臣文；前引〔7〕，白玉、牟宪魁文。

〔62〕 参见前引〔7〕，白玉、牟宪魁文。

〔63〕 参见前引〔8〕，李开国、张铨文。

〔64〕 参见黄绍坤：《论强制履行作为预约违约的责任形式》，载《甘肃政法学院学报》2019年第6期。

〔65〕 参见前引〔8〕，陆青文。

〔66〕 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社2020年版，第82页。

之间交易进行了较为详尽的安排，此时该合同之所以是预约而非本约，完全是当事人的特别限定，当事人另行订立本约时不必再对交易条款进行磋商，法院可以裁判违约方履行订立本约义务。违约方拒不履行订立本约义务的，法院可以裁判替代意思表示。<sup>〔67〕</sup> 预约是否具备完整条款可以参照以下几项：一是参照商业交易习惯或者各类合同的示范文本；二是参照典型合同中有关合同条款的规则，如买卖合同参照《民法典》第 596 条的规定；三是参照《民法典》合同编通则部分第 470 条规定的合同的一般条款；四是参照相关行政法规、规章规定的合同一般条款，如商品房买卖合同参照《商品房销售管理办法》第 16 条。上述四个判断标准均为参照标准而非绝对标准，预约是否属于完全预约需要结合当事人的意思以及交易成熟度综合判断。

其二，客观障碍型预约可以适用强制履行。客观障碍型预约的交易成熟度较高：当事人之间就预约部分条款已经达成一致，只是由于客观障碍未能对其他部分条款进行磋商，这说明各方当事人对于交易的具体内容和条件并无分歧。尤其是客观障碍表现为书面形式、第三方审核等方面的障碍时，当事人之间的交易已经具备了相当的成熟度。客观障碍型预约类似于范斯沃斯所主张的“带开放条款的初步协议”，当事人之间已经明确地表达了待条件成熟后受本约拘束的意思，<sup>〔68〕</sup> 预约相关未决事项也可以通过合同解释的相关规则予以补全<sup>〔69〕</sup>。另一方面，当事人因客观障碍未能对其他部分条款进行磋商，说明当事人就本约的条款尚无不一致的意见，强制履行符合当事人在订立预约时候的真实意思。<sup>〔70〕</sup>

其三，主观障碍型预约不宜强制履行。主观障碍型预约的交易成熟度不高，因为当事人在交易磋商时可能对交易的各种条款均进行了磋商，但由于对部分条款存在不一致意见，而仅就部分条款达成一致。此时，当事人之间已经投入了一定的缔约成本，<sup>〔71〕</sup> 直接更换新的交易对象重启谈判可能成本更高。<sup>〔72〕</sup> 因此，当事人可能选择先就已达成合意条款订立预约合同，其他条款留待后续磋商。后续的磋商可能会重新达成一致，也可能无法达成一致，当事人订立预约保留交易机会，但并不表明当事人之间最终一定会达成交易，尤其是在当事人之间已经存在分歧的情况下。这是主观障碍型预约与客观障碍型预约之间的重要区别，也说明两种预约下当事人受拘束意思的强弱有别。因此，主观障碍型预约不宜强制履行。

其四，最低合意型预约不适用强制履行。最低合意型预约中，当事人仅就当事人、标的以及数量条款达成最低限度的合意。作为理性经济人，当事人不太可能将作为交易核心的价格条款交由法律补充，至少要对价格条款进行磋商。<sup>〔73〕</sup> 价格不确定情况下，交易存在高度不确定性以及

〔67〕 参见汤文平：《德国预约制度研究》，载《北方法学》2012 年第 1 期；前引〔4〕，史浩明、程俊文。

〔68〕 参见前引〔37〕，王瑞玲文。

〔69〕 参见前引〔8〕，陆青文。

〔70〕 在当事人之间并无明显意见分歧的情况下，当事人在订立预约的时候真实意思是最终订立本约。虽然待客观障碍消除后，可能出现当事人就部分条款无法达成合意的新情况，但彼时的意思不能否定当事人在订立预约时候的意思。

〔71〕 缔约不是免费的，合同的缔结需要花费当事人大量的时间、金钱和精力。参见前引〔7〕，林涸民文。

〔72〕 参见前引〔50〕，Juliet P. Kostitsky 文，第 621、629 页。

〔73〕 参见前引〔8〕，刘承魁文。

很低的成熟度。从动态缔约过程看,此种预约处于初步磋商阶段,当事人之间的信赖程度低,对于本约最终订立的期待有限,强制履行的救济方式与当事人的真意相距过远。

## 五、动态缔约观下损害赔偿的范围

损害赔偿适用于预约违约责任不存在争议,有争议的问题是损害赔偿的范围。损害赔偿的范围争议表现在抽象和具象两个层面:抽象层面,赔偿范围的争议围绕“履行利益”“信赖利益”“机会损失”三个关键词展开;具象层面,损害赔偿范围的界定涉及对具体影响因素的考察。既有的理论中,“信赖利益说”将违反预约的损害赔偿局限于信赖损失,预约作为独立的请求权基础与缔约过失之间的界限模糊,<sup>[74]</sup>不具有合理性。“履行利益说”虽然强调损害赔偿范围只能接近而非等于履行利益,但是以单一的履行利益为参考坐标显然忽略了多样化的预约合同类型,也失之偏颇。损害赔偿范围的界定应借助于损害赔偿范围的抽象界定与具体影响因素的动态考量综合酌定。

### (一) 动态缔约观下损害赔偿范围的抽象界定

根据动态缔约观,预约处于先合同磋商与本约之间的动态位置。预约违约的损害赔偿范围也相应处于本约缔约过失责任与本约违约责任的损害赔偿范围之间。一般而言,缔约过失责任以信赖利益为损害赔偿范围,违约责任以履行利益为损害赔偿范围。<sup>[75]</sup>因此,预约违约的损害赔偿应介于本约信赖利益与本约期待利益之间。理论上,机会损失与信赖利益、履行利益之间存在错综复杂关系,同样是损害赔偿范围认定上不可规避的问题。<sup>[76]</sup>综合理论与实务的观点,笔者认为,预约违约损害赔偿的范围应作如下把握:

第一,预约违约损害赔偿的下限是本约信赖利益。缔约磋商阶段,当事人由陌生关系到缔约关系并相互产生一定的信赖,缔约过失责任就是为了保护这种信赖关系。但是,当事人毕竟享有缔约自由,单纯的缔约磋商行为并没有课以当事人订立合同的义务,此种信赖利益是有限度的。预约情形则明显不同,当事人之间不仅进行了实质磋商,还订立了预约,约定了将来订立本约的义务。因此,当事人对于订立本约的信赖程度明显高出普通的缔约磋商当事人。当事人之间没有预约的情况下,仅基于缔约磋商的信赖关系,法律尚且保护信赖利益损失,那么,当事人之间存

[74] 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》,载《法律适用》2015年第9期。

[75] 主流观点参见苏惠祥主编:《中国当代合同法论》,吉林大学出版社1992年版,第129-130页。近年来,有部分学者对违约责任下的信赖利益保护和前合同责任下的履行利益保护进行了研究,反映了两种利益之间的交融与转化。参见王利明:《违约中的信赖利益赔偿》,载《法律科学》2019年第6期。

[76] 机会损失与信赖利益、履行利益之间均存在一定的关联,理论上存在四种不同的观点:一种观点认为机会损失属于信赖利益,信赖利益中的所失利益主要表现为机会损失;另一种观点认为,机会损失难以合理确定,不属于信赖利益;还有观点认为,机会损失既归属于信赖利益,也可以视为履行利益;最后一种观点认为,赔偿机会损失相当于赔偿了履行利益。参见前引[10],韩世远书,第185页;王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2015年版,第366页;于轶珩:《违约责任中的信赖利益赔偿》,载《环球法律评论》2015年第3期;张华:《预约合同的违约救济》,载《法律适用》2019年第2期。

在预约的情况下，当事人的受保护程度只能更高。因此，本约的信赖利益只是预约违约损害赔偿的下限，预约违约损害赔偿的范围应当大于本约的信赖利益损失。

第二，预约违约损害赔偿的上限是本约履行利益。《买卖合同司法解释》第2条以及《民法典》第495条均强调当事人所主张的是“预约的违约责任”，其文义解释的涵摄范围当然不包括本约的违约责任。<sup>〔77〕</sup>因此，预约违约损害赔偿范围也不能等同于本约的履行利益。其一，预约当事人虽意在订立本约，但毕竟尚未订立本约，不能产生本约履行利益；其二，如果赔偿相当于本约履行利益，预约被人为地拟制为本约，违背当事人的意思；其三，预约的违约责任同样受到《民法典》第584条所规定的可预见规则的限制，违约方在订立预约时难以预见到本约履行后可以获得的利益。

第三，预约违约损害赔偿的核心是机会损失。预约的核心功能是固定交易机会。<sup>〔78〕</sup>于当事人而言，交易内容尚未完全确定时，当事人自愿受到预约的拘束，表明当事人对交易机会的重视。经济学的机会成本理论表明，当事人选择与相对方订立预约，就放弃了与第三方订立合同的机会，也就放弃了与第三方订立合同可能获取的利益。<sup>〔79〕</sup>当事人之间若订立本约，当事人所放弃之机会获得了对价，自然不存在机会损失。但是，当事人既未能与预约相对人订立本约，又丧失了与第三人的交易机会，机会损失即确定地发生。学者多主张，机会损失应当在损害赔偿的范围内。<sup>〔80〕</sup>相比于缔约费用等直接的损失，机会损失构成了当事人履行订立本约义务就可以避免的损失，从而构成预约违约损害赔偿的核心内容。

总之，根据动态缔约观，信赖利益界定了预约损害赔偿的最小范围，履行利益界定了预约损害赔偿的最大范围，预约损害的赔偿范围在这样一个区间内游移；机会损失构成了预约损害赔偿的核心部分。

## （二）动态缔约观下损害赔偿的影响因素

损害赔偿范围的抽象界定只是为预约违约的损害赔偿责任划定了一个大致的范围，并未对损害赔偿的计算提供具体可供操作的方法。损害赔偿的计算方法往往是损害赔偿责任的难题，这样的难题在预约违约中同样存在。司法实践中，不同法院对于损害赔偿的认定可谓五花八门。动态缔约观为损害赔偿的计算难题提供了一种解决方法，即提供一定的损害赔偿的影响因素，由法官根据个案中相关因素的强弱对损害赔偿予以综合衡量。本文认为，影响预约损害赔偿范围的因素包括：（1）交易成熟度；（2）守约方的信赖投入；（3）守约方的机会损失。

第一，预约的成熟度影响预约违约的损害赔偿范围。根据动态缔约观，预约的成熟度越高，

〔77〕 参见前引〔66〕，黄薇主编书，第82页。

〔78〕 参见前引〔7〕，林涸民文。

〔79〕 参见〔美〕理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第7页；朱广新：《合同法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第221页。

〔80〕 参见前引〔26〕，E Allan Farnsworth文，第217、221页；前引〔10〕，Gregory J. Marsden、George J. Siedel文，第127、154页。



其越接近于本约,则赔偿范围可以越接近本约履行利益;反之,赔偿范围越接近本约信赖利益。<sup>〔81〕</sup>具体而言,完全预约显然具有最高的交易成熟度,当事人之间不必另行过多协商即可订立本约。如果依照预约条款既有内容,相关交易完全可以展开,那么当事人对于预约的履行利益就趋近于本约的履行利益。客观障碍型预约的交易成熟度较高,虽然当事人仍需进行再磋商程序,但是双方既有磋商并无意见分歧,影响本约订立的主要是当事人原因以外的客观障碍,当事人对于预约的履行利益的期待也相对较高。因此,客观障碍性预约的损害赔偿范围应当以本约履行利益为基础,适当减少。范斯沃斯将其界定为失去的履行利益 (lost expectation)。<sup>〔82〕</sup>主观障碍型预约的交易成熟度相对不高,当事人对于交易条款存在一定争议,说明各方对交易的设计还未臻成熟,交易的不确定性也相对较大。因此,主观障碍型预约的损害赔偿范围应当以本约的信赖利益为基础,适当增加。最低合意型预约只满足合同成立的最低要求,作为交易核心的价格条款的缺失使得其交易成熟度最低。因此,最低合意型预约的损害赔偿范围应当趋近于本约的信赖利益损失。

第二,守约方的信赖投入影响预约违约的损害赔偿范围。预约通常会激励当事人的“信赖投入”(reliance investment)。<sup>〔83〕</sup>守约方的信赖投入越多,其因违约行为遭受的损失就越大;守约方的信赖投入越少,其因违约行为遭受的损失相应也越小。信赖投入包括以下部分:(1)当事人就交易条款进行了磋商,付出了相应的时间成本、搜寻信息成本、磋商成本等缔约成本;<sup>〔84〕</sup>(2)当事人对预约的履行情况,例如一方已经支付了预约约定的全部价款;<sup>〔85〕</sup>(3)当事人可能已经着手安排下游交易。信赖投入应当是有限度的,如果不对信赖投入保护施加必要的限制,可能就会激励过度信赖。<sup>〔86〕</sup>不同类型预约下,信赖投入也相应地存在不同的限度,交易成熟度高的预约,对其信赖投入的限制会低于交易成熟度低的预约。从完全预约到最低合意型预约,其信赖投入的赔偿范围也呈现从高到低的特征。

第三,守约方的机会损失影响预约违约的损害赔偿范围。前文已述,机会损失是预约违约损害赔偿的核心,机会损失的大小当然影响预约违约损害赔偿的范围。司法实践中,预约守约方多主张违约方赔偿其“差价损失”,而法院对于差价损失是否赔偿的认定也是五花八门。<sup>〔87〕</sup>一方

〔81〕 参见前引〔8〕,陆青文;前引〔66〕,黄薇主编书,第82页。

〔82〕 参见前引〔26〕,E Allan Farnsworth文,第217、263页。

〔83〕 参见前引〔9〕,Alan Schwartz、Robert E Scott文,第661、693页。

〔84〕 See Carl J. Dahlman, The Problem of Externality, 22 *Journal of Law and Economics*, 141, 148 (1979).

〔85〕 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2019)黔01民终3606号民事判决书;陕西省西安市中级人民法院(2019)陕01民终5849号民事判决书;上海市金山区人民法院(2017)沪0116民初2764号民事判决书等。

〔86〕 See Lucian Arye Bebchuk, Omri Ben-Shahar, Precontractual Reliance, 30 *Journal of Legal Studies*, 423, 434 (2001).

〔87〕 司法实践中对于差价损失是否赔偿存在三种观点:一是全部赔偿差价损失,参见贵州省铜仁市中级人民法院(2019)黔06民终2023号民事判决书,安徽省黄山市中级人民法院(2019)皖10民终559号民事判决书,金乡县人民法院(2019)鲁0828民初2986号民事判决书;二是部分赔偿差价损失,参见江苏省常州市中级人民法院(2020)苏04民终3232号民事判决书;江苏省宿迁市中级人民法院(2020)苏13民终1710号民事判决书;三是不予赔偿差价损失,参见四川省眉山市中级人民法院(2019)川14民终1423号民事判决书,安徽省宿州市中级人民法院(2020)皖13民终1959号民事判决书,广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终7008号民事判决书。

面，替代交易规则下，替代交易与原交易的价格差构成了守约方的履行利益损失。<sup>〔88〕</sup>而预约违约情形下，违约方的损害赔偿范围应当小于本约履行利益。另一方面，守约方放弃了与第三人缔约的机会，其再与第三人订立合同，往往在交易时机上更加急迫，不得不接受更高的交易价格，因此，交易价格增加导致的损失确实也是守约方的损失。其实，机会损失之所以不等同于差价损失的原因，在于机会损失的不确定性。在当事人之间已经订立本约的情形下，当事人对于对方依约履行的期待是100%的，因此，对方违约所造成的差价损失是确定的；而在当事人之间仅订立预约的情形下，当事人对于双方最终能否订立本约的期待不是100%的，既然本约能否订立存在不确定性，那么此种机会损失也是不确定的。依照机会损失的赔偿原则，预约违约方对守约方的机会损失的赔偿应遵循比例赔偿原则。<sup>〔89〕</sup>从完全预约到最低合意型预约，当事人对于本约订立可能性的期待是逐渐降低的，机会损失的概率也相应逐渐降低，违约方赔偿守约方机会损失的数额相应逐渐减少。

总之，交易成熟度、守约方的缔约投入与守约方的机会损失构成了衡量预约违约损害赔偿范围的三个影响因素，应当根据不同类型预约下三个影响因素的强度，在信赖利益损失与履行利益损失之间合理确定预约违约损害赔偿的具体数额。

## 六、结 论

预约作为现代交易复杂化、阶段化的产物，催生了动态缔约观的理论。随着经济与社会持续发展，预约可能会呈现更为多面的样态、具有更为多样的功能。虽然基于动态缔约观理论的完全预约、客观障碍型预约、主观障碍型预约以及最低合意型预约的预约类型化方法，能较好地解决预约违约责任的认定、强制履行责任的适用以及损害赔偿范围三大理论与实践争议问题，但是，上述类型化方法并不能涵盖所有预约合同，仍然是一种不完全类型化方案，不能全面反映预约合同的复杂情况。譬如，复杂的商事交易往往涉及多项难易程度不一的谈判事项，有的主体更青睐于从易到难，先对最容易达成一致的条款进行磋商；有的主体更青睐于先难后易，先解决交易的最大障碍，后处理相对容易的问题。两种不同的思路下，当事人之间虽然都达成了预约，但是后续磋商难度存在明显差异，此时采用何种方案分别处理上述不同的情形，仍然是理论上需要解决的问题。动态缔约观下的“预约四分法”是一个开端，但不是结束。

有限的理论方案往往滞后于不断发展变化的实践，如何应对不断变化的实践是法学理论的永恒课题。本文针对预约违约责任这样一个细小问题进行讨论，目的不仅在于解决预约违约责任的理论与实践争议，更重要的是倡导动态缔约观理论在合同法学领域的应用，倡导动态分析方法在

〔88〕 参见张金海：《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》，载《法学》2017年第9期。

〔89〕 参见李显冬、王稳：《机会损失赔偿理论的反思与突破》，载《河南社会科学》2019年第3期；张民安、林泰松：《侵权法的机会损失规则研究》，载《私法》第15卷，华中科技大学出版社2008年版，第23页。

法学领域中的应用，“以静制动”不如“以动制动”。

---

**Abstract:** There are three main controversial issues in theory and practice about the liability for breach of precontract. Article 495 of the Civil Code fails to respond effectively. In theory, it can be solved by using the view of dynamic contracting. Based on the view of dynamic contracting, precontract can be divided into the following types: the lowest agreeable precontract, the precontract with objective obstacles, the precontract with subjective obstacles, and the complete precontract. The determination of the liability for breach of precontract should be based on the double judgment of breach of obligation and imputability, and the determination of liability for breach of contract of different types should be adjusted according to the difference of imputability. In view of whether the specific performance liability can be applied to breach of precontract, the answer is positive for the complete precontract and the precontract with objective obstacles, while specific performance is not applicable to the other two types of precontract. The scope of damages for breach of precontract is based on reliance interest, performance interest and opportunity loss. The damages should be adjusted dynamically according to the type of precontract, comprehensively considering the three influencing factors of transaction maturity, reliance investment and opportunity loss.

**Key Words:** precontract, view of dynamic contract, specific performance, damage compensation, opportunity loss

---

(责任编辑: 殷秋实 赵建蕊)