

预约合同的效力构造与本约的界分

合同编通则解释第六至八条的适用

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 预约合同在我国经历了一个从“无名”到“有名”的过程, 民法典第四百九十五条确立其独立地位, 合同编通则解释第六条至第八条进一步规定了识别标准、违约形态与赔偿范围。规范的充实并未消解争议, 反而使三个问题更为突出: 预约与本约如何界分; 违反预约能否请求强制缔结本约; 赔偿范围是信赖利益还是履行利益。本文主张, 界分的标准是内容的完备程度与当事人的意思, 已就标的、数量、价款等主要内容达成合意, 且未明确保留另行订立的, 应认定为本约; 效力的构造应以磋商义务为原则, 以强制缔约为例外, 例外限于本约内容已经完备、订立本约的条件已经成就、强制缔约不违反人身专属性的情形; 违约形态包括拒绝订立与磋商违背诚信, 后者以提出的条件是否明显背离预约、是否尽合理努力为判断标准; 赔偿范围以信赖利益为原则, 包括缔约费用、准备履行的费用与机会损失, 不包括履行利益, 第8条所列的完备程度与条件成就程度, 是酌定赔偿数额的因子, 而非转换赔偿性质的依据。

关键词: 预约合同; 本约; 强制缔约; 磋商义务; 信赖利益; 定金

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2021)06-0001-12

Effect of Preliminary Contracts and the Boundary with the Formal Contract: Articles 6 to 8 of the Interpretation on the General Part of Contract

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Preliminary contracts in China moved from an innominate to a nominate category when Article 495 of the Civil Code recognized their independent status, and Articles 6 to 8 of the Interpretation on the General Part of Contract further specify identification, breach and damages. The fuller regulation has not dissolved the controversies but sharpened three questions: how to distinguish a preliminary contract from the formal one; whether breach entitles the promisee to compel conclusion of the formal contract; and whether damages cover reliance or performance interest. This article argues that the criterion for distinction lies in the completeness of content and the parties' intent: where the subject matter, quantity and price have been agreed and no reservation to conclude a further contract is expressed, the contract should be treated as formal. As to effect, the duty to negotiate should be the rule and compelled conclusion the exception, the exception being confined to cases where the content is complete, the conditions for conclusion are satisfied and compulsion does not offend personal autonomy. Breach includes refusal to conclude and negotiating in bad faith, the latter judged by whether the terms offered markedly deviate from the preliminary contract and whether reasonable efforts were made. Damages are measured by reliance interest, including expenses of contracting and preparation and loss of opportunity, not performance interest; the factors listed in Article 8 inform the quantum rather than transform its nature.

Key words: preliminary contract; formal contract; compelled conclusion; duty to negotiate; reliance interest; deposit

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 研究方向为合同法、房地产与商事审判。

预约合同在交易中极为常见。商品房认购书、股权转让意向书、设备采购的框架协议、租赁意向确认单, 都可能构成预约。其功能是在交易的主要条件已经明确、但某些细节尚待确定或者外部条件尚待成就时, 先行锁定交易机会, 为最终的缔约设定框架。

预约的法律地位, 经历了从无名到有名的过程。合同法时代, 预约仅见于司法解释与裁判实践, 其效力、违约后果均无明文。民法典第四百九十五条规定, 当事人约定在将来

一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同；当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。

合同编通则解释进一步细化。第六条规定预约的成立与本约的推定；第七条规定违约的形态，包括拒绝订立本约与磋商违背诚信；第八条规定损害赔偿，以约定优先，无约定时综合预约的完备程度与订立本约条件的成就程度酌定。三条规定，构成了预约制度的规范框架。

规范充实并未消解争议，反而使三个问题更为突出。其一，预约与本约如何界分，尤其是在内容已经相当完备的场合；其二，违反预约能否请求强制缔结本约，即预约是否具有强制缔约的效力；其三，赔偿范围是信赖利益还是履行利益，第8条的酌定因素是否意味着可以向履行利益靠拢。

本文的基本主张是：界分的标准是内容的完备程度与当事人的意思，已就标的、数量、价款等主要内容达成合意且未保留另行订立的，应认定为本约；效力构造以磋商义务为原则、强制缔约为例外；赔偿范围以信赖利益为原则，第8条的因素只影响数额，不改变性质。以下依次展开。

违反预约后可以主张哪些赔偿、定金能否与损害赔偿并用、差价损失在实务中如何处理，操作层面的要点可参见“预约合同违约的责任与赔偿范围”一文的梳理；本文不重复赔偿项目的计算，只讨论预约的效力构造与本约的界分标准。

一、预约的识别与本约的推定

（一）第六条的三个层次

第六条规定了三个层次。第一款是预约的成立：以认购书、订购书、预订书等形式约定在将来一定期限内订立合同，或者为担保在将来一定期限内订立合同交付了定金，能够确定将来所要订立合同的主体、标的等内容的，应当认定预约成立。

第二款是否定情形：通过意向书或者备忘录等方式，仅表达交易意向，未约定在将来一定期限内订立合同，或者虽有约定但难以确定将来所要订立合同的主体、标的等内容的，不成立预约。第三款是本约的推定：已就标的、数量、价款或者报酬等主要内容达成合意，符合合同成立条件，未明确约定在将来一定期限内另行订立合同，或者虽有约定但一方已实施履行行为且对方接受的，应当认定本约成立。

三个层次的逻辑是：先看是否有“将来订立本约”的约定与可确定的主体、标的；有则成立预约，无则不成立；再看内容是否已经完备到可以认定为本约，完备且未保留的，直接认定本约。识别由此成为一个递进的过程，而非非此即彼的判断。

（二）意向书与预约

意向书、备忘录、会议纪要，是否构成预约，须依内容判断，不能依名称判断。若文本仅表达合作的意愿、原则或者方向，未约定将来订立合同，也未确定主体、标的，则不

构成预约，当事人不承担缔约义务。

若文本虽名为意向书，但已经确定了主体、标的、数量、价款，并约定在特定期限内签订正式合同，则构成预约。名称不影响性质，内容决定性质。实务中，当事人常以“意向书不具约束力”抗辩，法院应当审查文本的具体表述，而非径行采信其名称。

还有一种情形，即文本既包含已达成合意的条款，又包含待议条款。此时应当区分：已达成合意的部分，可以构成预约的内容；待议部分，若属于主要条款，则预约的内容不完备，可能影响本约的认定；若属于次要条款，则不影响。判断的标准是该条款是否影响合同的履行。

（三）本约的推定

第六条第三款的推定，是实务中最重要的规则。推定的条件是：已就标的、数量、价款等主要内容达成合意；符合合同成立条件；未明确约定另行订立，或者虽约定但已履行且对方接受。三个条件同时具备，认定本约成立。

推定的正当性在于，当事人的合意已经完备，另行订立合同只是形式，若因其未订立而否定交易的效力，违背了当事人的真实意思。故法律选择认定本约成立，使交易获得保护。

推定的例外，是当事人明确保留了另行订立的权利。所谓明确保留，指文本中载明“以正式合同为准”“须签订正式合同后生效”之类的表述。此类表述表明当事人不愿受当前文本的约束，故不成立本约。但若一方已经履行、对方接受，则保留条款失效，本约成立。

（四）商品房认购书的特殊问题

商品房认购书是预约纠纷中数量最多的一类。其内容通常包括：房屋的位置、面积、单价、总价、付款方式、签订正式合同的期限。内容已经相当完备，故认定的争点，多集中在是否为本约。

依第六条第三款，若认购书已经就标的、数量、价款达成合意，且未明确约定另行订立正式合同，或者虽约定但已履行且对方接受，应当认定本约成立。实务中，开发商提供的认购书多载明“以正式合同为准”，此时属于明确保留，认定预约；但若买受人已经支付全部或者大部分房款、开发商已经交付房屋，则保留失效，认定本约。

另一争点是认购书的效力与预售许可的关系。出卖人未取得预售许可证即签订认购书，其效力如何，实务中有两种处理：一种认为认购书无效，因违反强制性规定；另一种认为认购书有效，仅不能办理网签备案。本文倾向前者，但主张应当区分认购书的内容：若已具备本约的主要内容，实质上是对未取得许可的房屋进行预售，应认定无效；若仅约定将来订立本约，则效力不受影响。

（五）股权转让预约

股权转让的预约，常见于并购交易。当事人先签订意向书或者框架协议，约定在尽职调查完成、审批取得后签订正式的股权转让协议。此类交易的复杂性高，预约的内容往往不完备，认定为本约的可能性较低。

此类预约的效力，应特别注意审批的影响。外商投资、上市公司收购等交易，须经审批或者披露，预约的履行以审批为条件。一方以审批未获通过为由拒绝订立本约的，若其已尽合理努力，不构成违约；若其怠于申请，则构成违约。

股权转让预约还涉及其他股东的优先购买权。预约的订立，是否侵害优先购买权，取决于其内容：若预约已经确定了转让的价款与条件，实质上是转让行为，应当通知其他股东；若仅约定将来磋商，则不构成转让，无须通知。实务中，法院应当审查预约的具体内容，不能一概而论。

二、效力的两种构造

（一）强制缔约说

强制缔约说认为，预约的效力在于使当事人负有订立本约的义务，一方不履行的，对方可以请求法院判令其作出订立本约的意思表示，判决生效即视为意思表示已经作出。此说的依据是预约的目的：既然当事人约定将来订立本约，就应当保障该约定得以实现。

强制缔约说的优点是保障交易。在房价上涨、股权增值的场合，出卖人或者转让方往往拒绝订立本约，以获取更高利益；若只能请求赔偿，违约成本可能低于违约收益，预约的约束力被削弱。强制缔约可以使守约方获得标的物，实现其缔约目的。

强制缔约说的难点在于执行。订立合同需要当事人的意思表示，法院判令其作出意思表示，涉及对意思自治的干预；若当事人拒不配合，判决如何执行，亦成问题。此外，本约的内容若尚未确定，法院无从判令按何种内容订立。

（二）磋商义务说

磋商义务说认为，预约的效力在于使当事人负有善意磋商的义务，即为订立本约进行协商，不得无故拒绝或者提出明显不合理的条件。违反该义务的，承担损害赔偿责任，但不产生强制缔约的效果。

磋商义务说的依据是意思自治。合同的本质是合意，合意不能强制；当事人尚未就本约的全部条款达成一致，法院不能代替其作出决定。故预约只能约束磋商的过程，不能约束磋商的结果。

磋商义务说的优点是尊重自治，缺点是保障不足。若一方从一开始就无意订立本约，仅以磋商为名拖延，守约方只能请求赔偿，无法获得标的物。此时预约的功能被削弱，接近于缔约过失。

（三）本文的立场

本文主张，我国现行规范采磋商义务说为原则、强制缔约为例外。理由是：第七条的违约形态包括“拒绝订立本约”与“磋商违背诚信”，二者并列，表明立法者将拒绝订立也视为对磋商义务的违反；第八条只规定损害赔偿，未规定强制缔约，表明救济方式限于赔偿。

但例外情形应当承认。第一，本约的内容已经完备，仅缺形式，此时强制缔约不会侵害自治，因为当事人的意思已经明确。第二，订立本约的条件已经成就，如审批已经取得、价款已经付清，此时拒绝订立纯属恶意，强制缔约具有正当性。第三，标的物具有特定性且守约方有特殊需要，如特定房屋、特定股权，赔偿不足以弥补损失。

例外的适用应当严格。强制缔约是对意思自治的干预，须有充分的理由；法院在判决时应当说明理由，论证为何赔偿不足以救济、为何强制不违反人身专属性。对于一般的商事交易，宜以赔偿为原则，避免司法过度介入交易的形成。

还有一点须澄清：强制缔约与本约的实际履行不同。前者是判令订立合同，后者是判令履行合同义务。前者发生在合同尚未成立之时，后者发生在合同成立之后。二者的对象、条件、执行方式均不同，不能混用。

（四）比较法与我国实践

比较法上，预约的效力亦有分歧。德国法承认预约具有强制缔约的效力，当事人可以请求订立本约；法国法传统上不承认预约的独立效力，将其视为本约的预备；日本法介于两者之间，视预约的内容而定。

我国司法实践的态度，经历了变化。早期裁判倾向于承认强制缔约，认为预约的目的就是订立本约，故可以判令订立。晚近的裁判更强调意思自治，认为本约的内容尚未确定，法院不宜代替当事人作出决定，转而以赔偿为主。

这一变化与规范的发展同步。第七条的违约形态、第八条的赔偿规则，均以赔偿为中心，未提及强制缔约。解释的起草说明亦指出，预约的违约责任以赔偿为主，是否强制缔约由法院依具体情形判断。故本文的“原则与例外”构造，与规范的发展方向一致。

（五）部分履行与期限届满

一方已经部分履行预约，如支付部分房款、交付部分股权，能否认定本约成立。依第六条第三款，一方已实施履行行为且对方接受的，可以认定本约成立。故部分履行可以作为认定本约的依据，但须结合内容的完备程度判断。

若内容尚不完备，部分履行只能表明当事人的履行意愿，不能补足内容的缺失。此时仍应认定预约，部分履行作为损害赔偿的计算因素，如已经支付的款项应当返还，已经支出的费用应当赔偿。

预约约定的订立期限届满，本约仍未订立的，预约是否失效。通说认为，期限届满不

导致预约自动失效，当事人仍可请求履行或者赔偿；但若期限届满后双方均未主张，经过合理期间，可以认定预约的目的落空，一方可以解除。

解除的法律后果，是返还已经支付的款项、赔偿因信赖而支出的费用。解除不影响违约责任的追究，若期限届满系一方违约所致，对方仍可请求赔偿。二者可以并用，但不得重复计算。

三、违约形态的认定

（一）拒绝订立

拒绝订立，指一方明确表示或者以行为表明不履行订立本约的义务。明确表示如发出书面通知、当面告知；以行为表明如将标的物另行出售、将股权另行转让、拒绝接受价款。二者的效果相同，均构成违约。

拒绝订立的抗辩，常见的有：本约的条件尚未成就；对方未履行先合同义务；预约本身无效。第一项抗辩须证明条件的未成就不可归责于己；第二项须证明对方的义务在先；第三项须证明预约违反强制性规定或者公序良俗。抗辩成立的，不构成违约。

实务中，出卖人常以“未取得预售许可”“未完成审批”为由拒绝订立本约。此时应当审查：许可或者审批是否为订立本约的必要条件；未取得是否可归责于出卖人；预约是否约定由出卖人负责办理。若出卖人怠于办理，或者预约明确由其负责，则抗辩不成立。

（二）磋商违背诚信

磋商违背诚信，指一方虽参与磋商，但提出的条件明显背离预约的约定，或者未尽合理努力，导致本约未能订立。第七条第二款规定，认定是否违背诚信，应当综合考虑该当事人在磋商时提出的条件是否明显背离预约合同约定的内容，以及是否已尽合理努力进行协商等因素。

“明显背离”的判断，应比较其提出的条件与预约的约定。若提出的价款、付款方式、交付时间等核心条款与预约严重不符，且无正当理由，构成背离；若仅为细节的调整，或者因客观情况变化而作的合理调整，不构成背离。

“合理努力”的判断，应看其是否积极参与磋商、是否提出替代方案、是否在合理期限内回应。消极拖延、拒绝会面、反复变更条件，均可认定为未尽合理努力。反之，虽经多次磋商仍未达成一致，但双方均善意努力的，不构成违约。

（三）履行不能与情势变更

本约未能订立，若因不可归责于双方的事由，如标的物灭失、政策变化导致交易禁止、审批未获通过，则不构成违约，双方互不承担违约责任。已经支付的定金或者价款，应当返还；因准备履行支出的费用，依风险负担的规则处理。

情势变更的适用，须符合民法典第五百三十三条的条件：合同成立后，基础条件发生

当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行对一方明显不公平。当事人可以请求变更或者解除预约；法院应当结合变化的程度、对交易的影响判断。

需要注意的是，价格的正常波动不属于情势变更。房价上涨、股价下跌，属于当事人应当预见的商业风险，不能据此拒绝订立本约。实务中，出卖人以“房价大涨、继续履行显失公平”为由拒绝订立本约的，通常不予支持。

四、损害赔偿的范围

（一）信赖利益的原则

预约的赔偿范围，以信赖利益为原则。所谓信赖利益，指当事人因信赖预约将会履行而支出的费用与丧失的机会，包括：缔约费用，如中介费、评估费、公证费；准备履行的费用，如贷款手续费、装修设计费；机会损失，如因等待本约而丧失的其他交易机会。

信赖利益不包括履行利益，即本约履行后可以获得的利益。理由是，本约尚未订立，当事人尚未取得履行利益，赔偿履行利益等于将预约视为本约，违背了预约的性质。故房屋涨价的差价、股权的增值，原则上不属于赔偿范围。

实务中，守约方常主张差价损失，法院的处理不一。有的以差价为履行利益，不予支持；有的以差价作为机会损失的参照，酌情支持。本文认为，差价可以作为计算机会损失的参照，但应当扣除交易成本与不确定性，不能全额支持。

（二）第八条的酌定因素

第八条规定，损失赔偿有约定的按约定；没有约定的，综合预约合同在内容上的完备程度以及订立本约的条件的成就程度等因素酌定。两个因素的意义在于，它们决定了守约方对订立本约的期待强度，从而影响赔偿数额。

内容越完备，当事人的期待越强，赔偿应当越高；内容越粗略，期待越弱，赔偿应当越低。同理，条件越接近成就，如审批已近完成、价款已大部分支付，期待越强；条件尚远，期待越弱。两个因素共同作用，形成赔偿数额的区间。

须强调，酌定因素是数额的调节器，而非性质的转换器。即使内容完备、条件成就，赔偿仍以信赖利益为限，不能因此支持履行利益。实务中，有法院以“预约内容完备”为由，按本约的违约标准计算赔偿，这一做法混淆了性质与数额。

（三）定金罚则的适用

预约常约定定金，其性质多为立约定金，即为担保本约的订立而交付。一方拒绝订立本约的，适用定金罚则：给付方违约，无权请求返还；收受方违约，应当双倍返还。

定金罚则与损害赔偿的关系，依民法典第五百八十八条处理：当事人既约定违约金又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。定金不足以弥补损失的，可以请求赔偿超过定金数额的损失。

实务中，定金数额超过主合同标的额百分之二十的，超过部分不产生定金效力。预约的“主合同标的额”，应指本约的标的额，而非预约本身；若本约标的额尚未确定，可以参照预约约定的价款或者市场价格确定。

（四）违约金条款与损益相抵

预约常约定违约金，如“一方拒绝订立本约的，应支付总价款百分之十的违约金”。此类条款的效力，依民法典关于违约金的规定判断：约定有效的，优先适用；约定过高的，可以请求酌减。

酌减的基准，是本约的标的额还是预约的损失。本文认为，应以守约方的实际损失为基础，本约标的额仅作为参考。理由是，预约的违约造成的损失通常小于本约，若以本约标的额为基准计算，违约金可能远超损失，与实际不符。

损益相抵的适用，须注意机会损失的重复计算。守约方因本约未订立而节省的费用，如未支付的房款、未支出的税费，应当从损失中扣除；守约方另行订约获得的利益，亦应扣除。未扣除而全额赔偿，将使守约方获得超过其实际损失的补偿。

举证的重点，是损失的实际发生与数额。中介费、评估费、公证费，须有发票或者收据；机会损失，须证明存在其他交易机会且因等待本约而丧失，如另案签订的合同、第三方的报价。仅有单方陈述而无证据的，不予支持。

（五）附条件与附期限的预约

预约常附条件或者期限，如“取得预售许可后订立本约”“审批通过后三十日内签订正式协议”。此类约定的性质，须区分是预约的生效条件，还是本约的订立条件。

若约定的是预约的生效条件，条件未成就时，预约不生效，当事人不承担任何义务；若约定的是本约的订立条件，条件未成就时，预约已经生效，当事人负有促成条件成就的义务，怠于促成的，视为条件已经成就。区分的标准，是当事人的意思与条件的性质。

实务中，开发商以“未取得预售许可”为由拒绝订立本约，而预约约定“取得许可后订立”的，属于本约的订立条件。开发商怠于办理许可的，依民法典第一百五十九条，视为条件已经成就，应当承担违约责任。这一处理，避免了当事人通过控制条件规避义务。

五、与相邻制度的界分

（一）与缔约过失的区别

缔约过失规定于民法典第五百条，适用于合同未成立、无效或者被撤销的场合，其基础是当事人违反诚信原则，未尽通知、协助、保密等义务。预约违约与缔约过失的区别，在于是否存在有效的预约：有预约的，违反的是约定义务；无预约的，违反的是法定义务。

区别的实益在于赔偿范围与举证。预约违约的赔偿以信赖利益为原则，但可以依约定

主张违约金；缔约过失的赔偿限于信赖利益，且须证明对方的过错与因果关系。此外，预约违约不受“合同未成立”的限制，因为预约本身已经成立。

实务中，二者常被混用。当事人未签订预约，仅进行了磋商，一方突然终止，另一方主张赔偿。此时应适用缔约过失，而非预约违约；赔偿的范围限于直接损失，不包括机会损失，除非对方的行为构成恶意磋商。

（二）与本约违约的区别

本约违约，指本约成立后，一方不履行或者履行不符合约定，其救济包括继续履行、采取补救措施、赔偿损失，赔偿范围包括履行利益。预约违约，指本约尚未成立，一方不履行订立本约的义务，其救济限于赔偿，范围以信赖利益为原则。

区别的关键，是本约是否成立。若依第六条第三款认定本约成立，则适用本约违约的规则，守约方可以请求继续履行、赔偿差价；若仅成立预约，则只能请求赔偿信赖利益。故本约的认定，直接决定了救济的方式与范围。

实务中，法院有时在认定本约成立后，仍按预约的规则处理，或者相反，在认定预约后按本约的规则处理。两种做法均属混淆。正确的路径是先定性，再定量：先依第六款判断是本约还是预约，再依相应的规则确定救济。

（三）与情势变更、不可抗力的区别

情势变更与不可抗力，均可能成为拒绝订立本约的抗辩，但二者的条件不同。不可抗力指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，其效果是免除责任；情势变更指基础条件的重大变化，其效果是变更或者解除合同。

在预约场合，不可抗力的典型是标的物因自然灾害灭失、交易因法律禁止而无法进行；情势变更的典型是政策调整导致交易成本剧增、审批标准变化导致履行困难。二者的共同点是不可归责于当事人，区别在于影响的程度与救济的方式。

实务中，当事人常以“市场变化”主张情势变更，法院应当严格审查。市场价格的波动属于商业风险，不构成情势变更；只有达到异常的程度，如价格暴涨数倍、市场完全丧失，才可能构成。审查的标准是变化是否超出当事人的合理预期。

（四）消费者保护的特殊考量

商品房认购、汽车订购等面向消费者的预约，涉及消费者的居住利益与基本生活需要，裁判时应当给予适当倾斜。倾斜的体现，不是改变规则，而是在解释上作有利于消费者的处理，如对格式条款作不利解释、对开发商的抗辩作严格审查。

开发商提供的认购书，多含“买受人逾期未签约的，定金不退”“最终以政府批准的合同文本为准”等条款，属于格式条款。此类条款，若未以显著方式提示，或者排除了消费者的主要权利，可以认定不成为合同内容，或者无效。

倾斜不等于偏袒。消费者违约的，仍应承担相应的责任；其主张赔偿的，仍应举证。

司法的功能，是在信息披露与谈判能力不对等的情况下，恢复一定的平衡，而非代替当事人作出交易判断。

六、裁判技术的展开

（一）诉讼请求的选择与释明

预约纠纷的诉讼请求，常见的有三类：请求判令订立本约；请求赔偿损失；请求返还定金或者价款。三类请求的基础不同，法院应当根据当事人的主张确定审理方向，不能自行变更。

若当事人请求订立本约，法院审查后认为仅成立预约且不具备强制缔约的条件，应当释明，告知其可以变更为赔偿损失。释明后当事人坚持不变更的，判决驳回其请求，并在理由中说明。径行驳回而不释明，属于程序瑕疵。

若当事人请求赔偿损失，法院审查后认为本约已经成立，应当释明，告知其可以变更为请求履行本约或者按本约的标准赔偿。释明后当事人不变更的，仍按其请求审理，但赔偿的计算可以参照本约的规则。

（二）事实认定的重点

事实认定应当围绕三个问题：文本的性质，是预约、本约还是意向书；内容的完备程度，主要条款是否齐备；本约未订立的原因，可归责于何方。三个问题依次查明，结论自然清晰。

文本性质的认定，应当结合名称、内容、当事人的陈述与履行行为。名称仅为参考，内容决定性质；当事人的陈述可以作为解释的参考，但不能推翻文本的明确表述；履行行为可以印证当事人的真实意思，如支付全款、交付房屋，往往表明本约已经成立。

本约未订立的原因，是分配责任的关键。法院应当查明：谁提出拒绝、理由为何、是否经过磋商、条件是否成就。对于原因不明的情形，应当依举证责任分配，由主张对方违约的一方证明违约事实，由对方证明抗辩事由。

（三）判决主文的写法

判令订立本约的判决，主文应当明确本约的内容，包括当事人、标的、价款、履行期限等，不能仅写“判令被告与原告订立房屋买卖合同”。内容不明确，判决无法执行。

判令赔偿损失的判决，主文应当列明赔偿的项目与数额，如“赔偿原告中介费若干元、评估费若干元、机会损失若干元”。分项列明，便于审查，也便于执行。对于机会损失，应当说明计算的方法与依据。

判令返还定金的判决，主文应当明确返还的数额与依据。适用定金罚则的，应当说明是给付方违约还是收受方违约，以及定金的数额是否超过法定比例。仅写“返还定金”，未说明是否适用罚则，执行时易生争议。

（四）调解与类案参照

预约纠纷的当事人，多有继续交易的意愿，调解空间较大。法院可以在查明预约内容与本约未订立的原因后，引导双方就价款、履行期限重新协商，达成调解协议。调解协议的内容，可以是对预约的变更，也可以是本约的订立，应当明确具体。

调解的优势在于，它能够避免“全赢或者全输”的判决结果。在房价波动、股权增值的场合，判决赔偿可能使守约方无法获得标的物，判决强制缔约又可能使违约方承担过重的负担。调解可以在两者之间寻找平衡。

类案的参照，应当注意类型化。商品房认购、股权转让、设备采购、租赁意向，四类交易的预约各有特点，裁判尺度不宜简单类比。同一类型内部，应当保持稳定：相同的内容完备程度、相同的违约形态，应当得出相近的结论。

（五）对交易实践的提示

从交易实践看，预约的订立应当注意三点。其一，明确文本的性质，若仅为意向，应当写明“不具约束力”；若为预约，应当明确将来订立本约的期限与条件。其二，明确主要条款，标的、数量、价款尽量确定，避免因内容不明引发争议。

其三，明确定金的性质与违约后果。定金是立约定金还是履约定金，违约后如何适用，应当写明；违约金的数额或者计算方法，亦应约定。约定明确，纠纷减少，即使发生纠纷，处理也有依据。

（六）制度评价与展望

预约制度的价值，在于为不确定的交易提供一个过渡装置。它既不同于无约束力的磋商，也不同于内容完备的本约，而是介于两者之间的一种安排。承认这一中间形态，使当事人可以在主要条件明确、细节待定时先行锁定交易，降低谈判失败的风险。

我国现行规范对这一中间形态的处理，总体是妥当的：以内容与意思作为界分标准，以赔偿作为主要救济，以强制缔约作为例外。这一构造，既保护了信赖，又尊重了自治。其不足在于，强制缔约的条件未明确，实务中适用不一；赔偿的计算缺乏具体指引，酌定空间过大。

未来的完善，可以在两方面着力。其一，通过典型案例明确强制缔约的适用条件，形成可参照的类型；其二，细化赔偿的计算方法，如中介费、评估费的赔偿比例，机会损失的认定标准，减少酌定的随意性。二者均可通过司法解释或者指导性案例实现，无须修改法律。

七、结语

预约制度的核心，是在交易尚未最终确定时，为当事人提供一种有约束力的过渡安排。其约束力的强度，取决于当事人意思的明确程度与内容的完备程度：意思越明确、内

容越完备，约束力越强，越接近本约；反之，越接近单纯的磋商。

据此，界分的标准应当是内容与意思，而非名称与形式。效力的构造应当以磋商义务为原则，以强制缔约为例外，例外的适用须严格论证。赔偿的范围应当以信赖利益为原则，第8条的因素只影响数额，不改变性质。三项主张相互支撑，构成一个可操作的框架。

对裁判者而言，这一框架的实益是使裁判有了顺序：先定性，再定效力，再定救济。定性决定适用的规则，效力决定救济的方式，救济决定赔偿的范围。三步依次展开，结论自然清晰。反之，若跳过定性直接讨论赔偿，必然陷入标准的混乱。

最后须指出，预约纠纷的高发，反映的是交易的不确定性与当事人对机会的争夺。司法的功能，不是替当事人完成交易，而是在交易失败时公平地分配损失。把握这一点，才能在保护守约方与尊重意思自治之间找到平衡，也才能使预约制度真正发挥其锁定交易机会的功能。这一平衡的寻找，无法由立法一次完成，而须在每一个具体案件中，通过对条款表述、磋商过程与履行行为的细致考察逐步实现；预约之诉表面上是条款之争，实质上正是信赖与自治的权衡，这也是预约研究始终具有现实意义的原因所在。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国民法典》第四百九十五条、第五百条、第五百三十三条、第五百八十六条至第五百八十八条。
- [2] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号）第三条、第六条、第七条、第八条。
- [3] 王利明：《预约合同研究》，《法学研究》2021年第1期。
- [4] 崔建远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版。
- [5] 孙良国：《预约合同的效力与违约责任》，《中外法学》2022年第2期。
- [6] 耿林：《预约合同的本约化及其界限》，《法学》2023年第4期。