

论预约与本约的认定文献检索报告

【作者简介】吴涵昱，浙江大学光华法学院民商法直博生。

【指导老师】罗伟，美国华盛顿大学法学院。

【版权声明】本网页内容为学生优秀成果展示，仅供浏览，未经许可，请勿转载，如需引用，请注明原作者及出处。

1 引言

预约与本约是根据合同的目的不同而进行的划分，预约是指将来订立一定合同的合同；基于该预约而订立的合同为本约。理论上两者虽然有显著区别，然而在司法实践当中，两者往往难以区分。

本文通过最高法院的两个判例引出问题，结合合同法原理以及过外国的实践经验对预约和本约的认定和区分进行一个详细的论述。

检索的关键词：

Who: 合同双方当事人 (contractual parties、 buyer, seller, bid invitor, bid invitee) ,

What: 预约(preliminary contract/agreement), a preliminary contract does not transfer the property but specifies a future date (the closing date) when the property will be transferred and sets out the conditions (contingencies) which must be satisfied before closing occurs.

Where: 在我国预约大多出现在房地产交易(Real estate transactions)中。(preliminary real estate contract)

When: 一般是在某一方不具有订立本约的资格(qualification)的时候 (usually a preliminary contract takes place before the transaction)

WHY: 预约本约的认定，有助于明确双方的权利义务(the rights and obligations) 以及将来合同成交的条件使得交易更加清晰。

2 阅读对象

本报告的主要是对预约本约的区分和认定，试图在两者之间划分出一条清晰的界限，以解决国内法院对于同一问题判决理由不一致的情形，同时也期望平息该问题在学术界的争议。因此本文所预设的读者是学术界研究合同法的学者以及实务界的法官，

3 中文法律资源

3.1 一次资源

3.1.1 法律规定

关于预约我国现行法并没有详细规定，主要是通过北大法宝的法律法规检索找到了前两条，第三个法条在实务中对预约进行认定时也有用到，因此将其纳入。

(1) 《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》【2009】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。”

(2) 《最高人民法院关于商品房买卖司法解释》【2003】第五条：商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六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购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。

(3) 《合同法》【1999】第三十六条：法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

3.1.2 相关案例

通过北大法宝检索到了两个最高院公报上的案例，具体介绍如下：

(1) 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(刊登于《最高法院公报》2011年第8期,终审法院:最高人民法院;审结日期:2010年11月26日)

2007年12月10日,甲方华辰公司与乙方俞财新、丙方魏传瑞签订的《商铺认购书》约定:“1、俞财新向华辰公司认购“君临盛世茶亭”一号地块的三层店面,面积约2378平方米,每平方米价格72798元,总价款17275.0198万元。2、俞财新在签订本认购书后10日内支付给华辰公司订金6360万元。3、华辰公司应当在收到俞财新订金后30日内领取《商品房预售许可证》,并与俞财新签订《商品房买卖合同》,同时保证在签订《商品房买卖合同》后的10日内在房地产交易管理部门备案登记。”一审法院对该商铺认购合同的定性为预约。其理由为:“根据《商品房销售管理办法》第十六条的规定,商品房销售时,房地产开发企业和买受人应当订立书面商品房买卖合同,明确交易的主要内容。本案中,双方当事人签订的《商铺认购书》对所出售商品房的坐落、面积、单价、总价款等商品房买卖核心条款作出约定,符合商品房买卖合同的基本特征。但因该《商铺认购书》同时又明确约定在华辰公司取得《商品房预售许可证》后,应另行签订商品房买卖合同,且约定内容与《商品房销售管理办法》第十六条规定相比有不少欠缺,故应当认定《商铺认购书》系双方当事人为将来签订商铺买卖合同而事先达成的合意,本案为商品房买卖预约合同纠纷。”

(2) 成都迅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(刊登于《最高法院公报》,2015年第1期,第11页。终审法院:最高人民法院审结日期:2013.11月4日)

2006年9月,蜀都实业公司(甲方)与讯捷公司(乙方)签订《购房协议书》约定:“甲乙双方按照互惠、互利的原则,经多次协商,就蜀都大厦北一楼及中庭售房事宜形成如下一致意见:1. 乙方购买甲方所拥有的蜀都大厦北一楼及中庭建筑面积2100平方米,总价格6750万元(最后按照房管部门办理的产权证为准进行结算)。2. 本协议签订之日起,甲方收到乙方预计购房定金1000万元,待购房合同签订时,该定金自动转为购房款。3. 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。4. 甲

乙双方均应遵守本协议所确定的原则，违反则违约方向守约方支付违约金 1000 万元。

5. 甲乙双方就该宗房屋买卖合同签订时，本协议自动失效。”

一审法院和二审法院均认为该协议具备买卖合同的内容，应认定为本约。¹最高院的判决认为，本案中《购房协议书》明确约定了双方拟进行买卖的房屋的位置、面积和价款，虽说具备了一份正式的房屋买卖合同的主要内容，可直接据此履行而无须另订本约。但是，双方当事人同时在该协议中约定：“……3. 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。……5. 甲乙双方就该宗房屋买卖合同签订时，本协议自动失效。”可见，双方有进一步磋商的意思表示，当事人在该协议第 5 条进一步明确要在将来订立一个新的合同，以最终明确双方之间的房屋买卖法律关系的具体内容。因此，案涉《购房协议书》的性质为预约合同，一审、二审判决认定该《购房协议书》的性质为本约是错误的，应予纠正。其次，结合双方当事人在订立《购房协议书》之后的履行事实即蜀都实业公司将合同项下的房屋交付给了讯捷公司，讯捷公司接受了该交付。根据《合同法》第三十六条、第三十七条的规定，可以认定当事人之间达成了买卖房屋的合意，蜀都实业公司与讯捷公司之间已经成立了房屋买卖法律关系。

3.2 二次资源

3.2.1 著作

¹一审的理由为：“1.《购房协议书》中的当事人名称、标的、价款、违约责任等主要条款明确具体，根据《合同法解释(二)》第一条第一款关于‘当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外’之规定，《购房协议书》因具备合同的必备条款而应当认定合同成立。2.《购房协议书》第三条和第五条的约定是在合同具备必备条款的情况下，要求双方对合同欠缺的其他内容进行进一步的协商并签订《房屋买卖合同》，根据《合同法解释(二)》第一条第二款关于‘对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，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’之规定，本案当事人对《购房协议书》中未涉及的付款方式等其他条款不能达成协议并签订《房屋买卖合同》的情况下，人民法院应当按照相关规定予以确定，而不能据此认定合同不成立或属于预约合同或定金合同性质。”二审的理由为：“本案中，双方签订的《购房协议书》约定‘乙方购买甲方所拥有的蜀都大厦北一楼及中庭建筑面积 2100 平方米，总价格 6750 万元(最后按照房管部门办理的产权证为准进行结算)’，该《购房协议书》明确写明了当事人名称、标的、价款，一审判决根据《合同法解释(二)》第一条规定认定双方间的房屋买卖合同关系已经成立并无不当。”

通过浙江大学图书馆的书刊检索，输入“预约本约”为关键词，检索到如下相关书目。

(1) 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 版

王泽鉴认为预约与本约两者性质和效果相异。预约权利人仅得请求对方履行订立本约的义务，不能径依本约之内容请求履行。预约之目的在于成立本约，当事人所以不订立本约，其主要理由当系法律上或事实上的事由，致订立本约尚未臻成熟，乃先成立本约，使相对人受其约束。

(2) 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2008 版。

韩世远认为，预约和本约是手段和目的的关系，两者在理论上如意区分，但是在实践中容易混淆，如若关于预约和本约的认定模糊不清，一般倾向于认定为本约。但最重要的是，探求当事人的真实意思表示。

(3) 黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 版本。

黄立在民法总则里也提到了预约和本约的分类，黄立认为，两者的主要区别在于合同的行为义务不同。预约的义务为未来订立本约。如果将来系依所订之契约履行而无须另订本约，就算名为预约，仍非预约。他还认为，预约的生效要件却系当事人间对主契约所有重要之点合意，而又待缔结之主契约内容至少可得确定，否则无法确知未来应订何种契约。如果预约之目的在于建立长期债之关系，于丧失信赖基础之时，他方纵无过失，仍得解除预约。

3.2.2 学位论文

在中国知网的搜索中以“预约、本约”为关键词进行检索。进行阅读之后筛选了如下文章。

(1) 李竞雄：《预约合同法律效力研究》，复旦大学硕士学位论文，2010 年。

该文章第一章是预约合同的内涵、样态与辨析。第一节分析了预约合同的内涵,从内涵中推出笔者只承认双方预约而不承认单方预约的结论,并根据预约合同的确定性分

析了带未决条款的预约和将行谈判的预约。第二节辨析了预约合同与附条件合同、优先性协议及选择权合同的异同,阐明笔者不将上述几类合同包括进预约合同范畴内的原因。第二章分析了一般合同要素对预约合同效力的影响。本章分为四节,从主体因素、意思表示因素、形式因素和内容因素分析了预约合同不同于本合同的特点,以及当这些因素发生瑕疵时对预约合同效力的影响。第三章,预约合同的效力基础与内容。第一节说明预约的效力基础为契约自由、诚实信用原则和允诺禁反言原则。第二节从当事人履行的义务,如谈判义务、缔约义务、先契约义务的角度说明了预约合同的主要内容。

(2) 张利:《预约合同法律问题研究》,复旦大学硕士学位论文,2008年。

第一章,阐述了预约合同的性质与功能。第一节,从预约合同的概念出发,介绍了预约合同的性质,突出了预约合同是当事人约定将来一定时间订立本约合同的合同,是独立于本约合同的合同。第二节,首先分析了预约合同在合同法中的位阶,认为预约合同是处于合同概念之下但又高于一切具体的合同类型;接着,分析了预约合同所具有的法律特征。第三节,介绍了预约合同所具有的功能:延后本约合同法律效力的发生、固定交易机会、规范缔结本约合同前的行为。第二章,研究了预约合同法律效力的理论基础,并运用历史分析、比较归纳的方法考查了预约合同的在国外的立法情况。第三章,研究了预约合同的构造与识别。第一节,具体分析了预约合同属性的判断要素,其中着重强调了预约合同的内容应当确定,并且应当采用书面形式订立预约合同。第二节,明确了预约合同与本约合同的联系和划分。第三节,通过对预约合同与其他合同概念的比较,对预约合同构造进行了再辨析。第四章,研究了预约合同法律效力的特殊性。第一节,分析了预约合同的一般效力,在该节中先是介绍了有关预约合同法律效力的“磋商义务”说和“缔约义务说”两种观点,接着阐述了应根据预约合同内容详尽程度的不同,区分适用“磋商义务”说和“缔约义务说”的法律效力。第二节,论述了预约合同当事人在预约合同中的义务。第三节,论述了带未决条款的预约和将行谈判的预约两种分类,及其不同的法律效力即前者是应当采用“缔约义务说”、后者采用“磋商义务说”。

3.2.3 法学期刊

在北大法宝和中国知网上以“预约合同”为关键词进行检索。

1.钱玉林：《预约合同初论》，《甘肃政法学院学报》2003年第4期。

作者介绍了预约合同的原理。认为预约合同的本质为契约，因此，预约合同的成立与效力原则上适用一般契约的规定。

2.陆青：《〈买卖合同司法解释〉第二条评析》，《法学家》2013年第3期。

作者认为预约合同的认定不能仅凭内容确定性标准,关键在于当事人是否有明确的未来订立本约的意思。预约合同包括单务预约和双务预约,但区别于附条件的本约、优先权协议、选择权合同。实践中同时存在大量非预约的认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等,需根据情况具体判断它们的法律性质和适用规则。预约的效力是使当事人产生“诚信磋商以订立本约的义务”。

3.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。

作者认为与意向书相比较，预约的内容应当具有一定的确定性，预约和意向书的重要区别在于，前者确定了当事人负有订立本约合同的义务，而不是依据诚实信用原则进行谈判的义务。预约包含了在未来一定期限内要订立本约合同的条款，因此在当事人签订预约之后就负有签订本约合同的义务。

4.滕威：《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—商品房预约协议之认定及违约责任承担》，《人民司法.案例》2013年第8期。

作者主要论述了违反预约的违约责任承担问题，作者认为违约方应当赔偿的是信赖他方会订立本约的信赖利益。

5.汤文平：《德国预约制度研究》，《北方法学》2012年第1期。

作者主要介绍了德国的预约制度德国法以学说、判例广泛承认预约，坚持预约和本约的区分，强调本约的一般性和预约的特殊性；就意向书等品类繁多的实务文书与预约之关系定位，一准于当事人的约束意思；就内容确定性标准，自立法动议书至晚近判例学说，多有反复；就形式要求和批准要求，适用相近规则，即取决于具体规范目的是否关

注个人法益；支持实际缔约请求，且为节约诉讼成本允许诉讼合并。

4 外文法律资源

因为主要是搜索美国关于预约的观点，因此本文的外文文献检索全部是来自 west law 网站。

4.1 一次资源

4.1.1 各个州的法律

在美国，合同法主要是州法律，而不是联邦法律。由于各个州的合同法大同小异，所以在 ST-ANN-ALL 数据库中进行检索预约合同。1-3 是通过以下路径检索的：Westlaw →search the directory→All States Statutes Annotated . Search: "preliminary contract",Get40 Docs.根据相关性列出如下：

1. West's Ann.Cal.Civ.Code § 1596 (West 2015)加州民法典第 1596 条

加州民法典第1596条在 Title 1. Nature of a Contract 的第四部规定预约合同中有争议的条款即使出现在最终的合同上，也不能推断双方已就该条款达成一致，而应从合同的目的、双方的意图出发，针对有争议的条款重新考量。

(1) Where a preliminary contract leaves certain terms to be agreed upon as final contract, it may not be inferred upon what parties will agree.

(2) An agreement that parties will in the future make such contract as they may then agree upon amounts to nothing, and cannot be made the basis of a cause of action; for, where a final contract fails to express some matter as time of payment, the law may imply the intention of the parties, but, where a preliminary contract leaves certain terms to be agreed upon for the purpose of a final contract, there can be no implication of what the parties will agree upon.

2. West's Ann.Cal.Civ.Code § 3390 /1856(West 2015) 加州民法典第 3390 条

加州民法典第 3390 条旨在表明补充协议对合同的细节没有约定的时候，石油油田预约合同不可以执行。在 1856 条规定了口头证据可以用来证明预约合同的内容的真实性。

Preliminary contract for oil acreage could not be specifically enforced, where details to be embodied in supplementary agreement were never agreed on.

3.Ga. Code Ann., § 44-5-34(West 2015)乔治亚州法典第44-5-34

Ga. Code Ann 的44-5-34条说明当预约合同的规定不确定时，可以根据当事人的意图进行证明。当正式的契约履行完毕后，那些出现在预约合同之中，而被正式的契约所排除的条款，实际上并没有履行，但仍然视为预约合同履行完毕。

(1) Whether stipulations contained in preliminary contract of which conveyance is not a performance are merged in deed depends upon intent of parties; evidence of such intention may be found in or out of the deed.

(2) Where a deed has been executed reducing preliminary contract for sale of land to a finality, terms of preliminary contract are merged into deed, and terms or conditions or recitals contained in preliminary contract which are not included in deed will be considered as discarded and preliminary contract is functus officio. Preliminary contract, reduced to finality evidenced by deed, held merged in deed, and provisions not included in deed are considered abandoned.

4.1.2 成文法中的检索

本世纪以来，美国也出现了一些涉及合同问题的成文法，其主要是在各个州的法中加以体现。在此，以保险预约合同为例，进行搜索筛选，按照相关性如下：

1.215 ILCS 5/397 (Formerly cited as IL ST CH 73 ¶ 1009) (2015)

这是伊利诺伊州法典的规定。在保险法预约合同中，如果合同当事人对投保达成一致，预约合同包含有保险合同的主要条款，可以视为正式的保险合同。在当事人达成一致胡，保险预约合同的文本形式与口头形式并不会影响其效力。

(1) A preliminary contract of insurance was sufficient, if one of the parties proposed to be insured and the other party agreed to insure, and the subject, the period, the amount, and the rate of insurance were ascertained or understood, and the premium paid, if demanded; but it was not necessary that all the details of the contract as finally expressed in the written policy should be specified, it being presumed that the parties contemplate such form of policy containing such conditions and limitations as were usual in such case, or had been used before between the parties.

(2) When an insurer made a definite proposition to the insured to insure property, a preliminary contract of insurance was complete and binding when the insured unconditionally accepted the proposition by letter, duly mailed and stamped and properly addressed to the insured, and the insurer was liable where a fire occurs between the depositing of the letter in the mail and the arrival of such letter at its destination.

(3) A preliminary contract of insurance could be enforced, although partly in writing and partly in parol.

4.1.3 联邦判例和州判例

美国是判例法国家，在判例中，法官往往会对预约本约的认定以及预约的效力作出一些解释和说明。通过搜索判例可以了解美国法院预约究竟是如何理解的。

检索方法：先用“preliminary contract”&“sale contract”为关键词在 Westlaw 中 All Federal Cases、All State Cases 数据库搜索相关案例。

(1) Edward Hines Western Pine Co. v. First Nat. Bank 61 F.2d 503 C.A.7 1932.

本案的争点虽然和预约没有绝对关系，但是对于预约的一些描述，值得关注。其中关于预约的信息，有如下 On that day a preliminary contract was executed by which the bankrupt agreed to sell, and the Pine Company agreed to purchase, all of bankrupt's assets, with minor exceptions, for the sum of \$750,000.从中说明预约合同在美国是可以执行的，可以间接反映预约合同的效力问题。

(2) United States Bankruptcy Court, D. South Carolina. In re Sherri A. KNIGHT, Debtor. No. CA 11 - 02891 - DD. Aug. 5, 2011.

其中有一些关于预约的信息：He additionally states that it is his regular practice to enter into a contract like the one at issue as a “preliminary contract” so that the “purchaser may obtain power, water, and insurance for their new home.” Affidavit of Charles Courtney, Jr., pg. 1. After the “preliminary contract” is signed, a second contract, which is the land sale contract, is prepared and executed by the parties. The attorney fee specified in the “preliminary contract”, Mr. Courtney's affidavit claims, was for the preparation of the second land sale contract. His affidavit also states that it was the parties' understanding that Ms. Knight knew and understood that she would not receive a deed or title to the property until the balance of the loan had been paid in full.

从中可以得知，预约其实本约的一个阶段，当事人订立预约其主要目的是给双方当事人留有一定的余地。

4.2 二次资源

4.2.1 专著

预约本身就是合同，关于预约的专著比较少见，但是其在关于合同法的许多著作中，对该问题均有不同程度的提及。从浙江大学图书馆搜索英文相关文献，以“contract law”、“preliminary contract”为关键词进行检索。

(1) Drafting contracts in legal English : cross-border agreements governed by U.S. law / Cynthia M. Adams, Clinical Professor of Law, Indiana University Robert H. McKinney School of Law; Peter K. Cramer, Assistant Dean for Graduate Programs, Washington University School of Law in St. Louis. (2013) 本书虽然是介绍关于跨境的一些商事协议的起草，以及过程中遇到的问题，但是其中也提到了订立正式合同之前的洽谈，磋商行为，和预约有一定的关系。

(2) Contracts / E. Allan Farnsworth. (2004) 本书主要是关于美国合同法的理论研

究，其中的内容对预约有一定的启发。美国法在预约效力的态度上经历了从宽松到严格的逐步强化之演变，如同施瓦茨和斯考特所言，预约合同很重要，因为法院通过强制执行合同完全能够促进商事交易的发展，而通过赋予预约协议以更强的法律效力也可以达致相同的功效。美国法总体倾向于强制缔约说但我们不能因美国法的此种趋势而过份强调未确定条款预约的缔约约束力。因为英美法在违约责任上以损害赔偿为一般原则，即使要求强制缔约，最终导致的效果也可能只是损害赔偿。

4.2.2 法学期刊

搜索法学期刊使用的关键词：“preliminary contract”在 west law 网站 law school 项下的 journals and law review 中进行检索。

(1) Knutson, Brightwell, Reeves & Oldham, P.C.PRELIMINARY AGREEMENTS, 29C RMMLF-INST 2 (1991)里面提到了预约在美国的定义。预约是在正式合同之前签订的一个初步协议，其中分为两种，一种是名为预约实际上合同中已经具备了本约的详细条款，对于这些条款双方当事人已经达成了一致。之所以名为预约只是表达了双方当事人想在形式上订立一个正式一些的合同。因此该合同为本约，当事人实际上无须第二阶段订立新的本约合同了；另一种是当事人对主要条款已经达成一致，但是就其他的条款还想继续磋商，因此双方签订了预约。

(2) VioletaSolonova Foreman , Non-Binding Preliminary Agreements: The Duty to Negotiate in Good Faith and the Award of Expectation Damages ,2University of Toronto Faculty of Law Review, Spring, 2014 该文具体论述了预约是否可以强制履行的问题，并对预约的情形进行了分类。虽然并非直接讨论预约与本约的区分，但是对预约是否能强制执行的讨论会对预约的成立要件产生一定的影响，例如是否得包含本约的条款。

(3) Browning Jeffries, PRELIMINARY NEGOTIATIONS OR BINDING OBLIGATIONS? A FRAMEWORK FOR DETERMINING THE INTENT OF THE PARTIES, 1Gonzaga Law Review 2012-2013.本文解释分析了如何判断预约合同中的哪些条款对当事人有拘束力，主要是结合主要的证据，通过诚实信用原则以及公平原则去分析合同的条款，从中推知当事人的真实意思，例如一些人在洽谈之时就无意订立正式合同，则其也要负相应的责任。

(4) Yu Yamazaki , PRELIMINARY AGREEMENTS AS CONTRACTS: FACILITATING SOCIALLY DESIRABLE TRANSACTIONS USING THE DOCTRINES OF INJUNCTION, DISGORGEMENT, AND TORTIOUS INTERFERENCE, NYU Journal of Law & Business Fall 2012. 这篇文章的作者指出,关于预约问题,一直都是困扰法院疑难问题,作者在文章中试图破解隐藏在预约背后的秘密。其中也提到了预约的构成和本约的区别,并且也重点分析了违反预约的后果,即究竟是不是赔偿信赖利益的问题。作者认为预约实质上是本约的一个阶段,订立预约的主要原因是为了防止风险,给双方更多的余地,因此预约上的本约义务是无法约束双方的。

5.总结

通过两国的比较,发现中国和美国在对预约的认定上有许多不同之处,美国并未明确认为预约合同中只能请求履行预约的义务,美国在实践中是将预约看成本约的一个阶段。这一阶段的合同被称为初始合同,其具体产生何种效力取决于当事人的真实意思表示。可以说,极具灵活性,非常值得我国借鉴。在我国最高院公报的两个判例的终审判决之中,可以说法官采取了类似的思路,着重强调了当事人的真实意思。作者认为,预约作为一个初步协议,其成立应当包含本约的一些基本内容,因为预约规定的是未来订立本约的行为义务,如若其中不包含本约的基本内容,双方当事人意思表示就不明确。而且从预约的效力可以反推,预约订立所需要的构成要件。预约在我国的司法实践中采用“应当缔约说”,即承认了预约的强制缔约效力,因此可以反推,如若预约的成立不具备本约的内容,则其强制缔约的效力也无从而来。因此,当一个合同中包含了本约的内容时不能直接判定为是本约。再者,预约本约的判断不能光局限于合同的文本,而是应当探求当事人的真实意思。从当事人的履行行为,订约情形等综合考量。因为合同文本未必一定是当事人真实意思表示的体现。