

监理工程师能力建设系列读本

# 合同与合同管理

HETONG YU HETONG GUANLI

江苏省建设厅组织编写

赵利 漆贯学 杨效中 主编

中国建筑工业出版社

监理工程师能力建设系列读本

# 合同与合同管理

江苏省建设厅组织编写

赵利 漆贯学 杨效中 主编

中国建筑工业出版社

图书在版编目(CIP)数据

合同与合同管理/江苏省建设厅组织编写. —北京:中国建筑工业出版社,2008  
(监理工程师能力建设系列读本)

ISBN 978-7-112-10331-7

I. 合… II. 江… III. 建筑工程—经济合同—管理 IV. TU723.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 137170 号

本书为《监理工程师能力建设系列读本》之一。“三控、二管、一协调”和切实履行监理安全职责是建设工程监理工作的主要内容,其中的“二管”之一就是合同管理。作为一名称职的监理工程师,必须掌握合同与合同管理的专门知识和技能,必须具有丰富的合同管理经验。因此,本书着重介绍了与建设工程合同有直接联系的合同管理法律知识和实务方法等,对监理企业和从业人员提高合同管理起到帮助、引导和指导作用。

本书可作为监理工程师继续教育教材,也可以作为从事监理工程的业主、监理、施工等单位,以及建设行政主管部门等有关部门和人员的业务参考书,也可作为有关高等院校教学参考书。

\* \* \*

责任编辑:郇锁林

责任设计:张政纲

责任校对:汤小平

监理工程师能力建设系列读本

合同与合同管理

江苏省建设厅组织编写

赵利 漆贯学 杨效中 主编

\*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京西郊百万庄)

各地新华书店、建筑书店经销

中实兴业公司制版

北京市铁成印刷厂印刷

\*

开本:787×1092毫米 1/16 印张:17¼ 字数:432千字

2008年10月第一版 2008年10月第一次印刷

印数:1—3,000册 定价:38.00元

ISBN 978-7-112-10331-7

(17134)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题,可寄本社退换

(邮政编码 100037)

## 《合同与合同管理》编审委员会

主 任： 徐学军

副 主 任： 漆贯学 杨效中 赵 利

委 员： 顾小鹏 蒋惠明 肖跃军 翟春安

王文顺 杜 韶 陈 健 许 彬

刘 平 眭伟芳 李卿婕

# 前 言

为了提高监理工程师队伍素质和监理工作水平以及建设工程质量,江苏省建设厅组织了有关专家编写监理工程师能力建设系列读本。先行出版的读本有《建设工程监理安全责任读本》,本次出版的读本有《合同与合同管理》、《建设工程监理安全责任实例》、《工程量清单与计价》、《业主方工程项目管理——PM 基础与实务》,今后我们还将根据监理工作的新规定、新要求以及实际情况陆续编写出版有关系列读本。编写读本时紧密结合国家有关监理工作的新政策、新内容、新要求,紧密结合监理工程师队伍建设的工作实际,以监理工程师能力素质建设和促进监理事业发展为核心,按照补充新知识和拾遗补缺的原则来选定内容,与时俱进地提出了许多新知识、新措施和新办法,并提供部分参考案例,较好地把握了理论与实践的关系,具有较强的针对性和可操作性。

《合同与合同管理》是本次出版发行的监理工程师能力建设系列读本之一。“三控、二管、一协调”和切实履行监理安全责任是建设工程监理工作的主要内容,其中的“二管”之一就是合同管理。作为一名称职的监理工程师,必须掌握合同与合同管理的专门知识和技能,必须具有丰富的合同管理经验。因为,任何一项工程的建设,首先其行为主体无不涉及到许多方面,诸如建设行政主管部门、设计单位、施工单位、咨询监理单位、材料设备供货商等。其中,除行政主管部门是依据法律、法规对建设行为进行监督管理外,其他各个方面则都是通过“合同”这一媒介联系在一起并为实现项目目标而共同努力的;其次在项目实施过程中工程建设的目标控制也正是在“合同”的保护和制约之下进行的,而价款调整、费用索赔也必须依据“合同”才能得以处理。本书着重介绍了与建设工程合同有直接联系的合同管理法律知识和实务方法等,对监理企业和从业人员提高合同管理起到帮助、引导和指导作用。

系列读本可作为监理工程师继续教育教材,也可以作为从事监理工作的业主、监理、施工等单位,以及建设行政主管部门等有关部门和人员的业务参考书,也可作为有关高等院校教学参考用书。读本在编写过程中,得到了有关监理企业和人员的大力支持,并参阅了有关文章和研究成果,在此对他们付出的辛勤劳动表示衷心感谢!

# 目 录

第一章 合同法基本原理 .....	1
第一节 合同法 .....	1
一、合同法概述 .....	1
二、合同的成立 .....	5
第二节 合同的效力 .....	10
一、合同的内容和形式 .....	10
二、合同的生效 .....	13
三、其他合同 .....	15
第三节 合同的履行 .....	21
一、合同履行的原则 .....	21
二、合同履行的规则 .....	23
三、双务合同履行中的抗辩权 .....	24
第四节 合同的保全 .....	30
一、合同的保全概述 .....	30
二、债权人的代位权 .....	30
三、债权人的撤销权 .....	33
第五节 合同的变更和转让 .....	36
一、合同的变更 .....	36
二、合同的转让 .....	38
第六节 合同权利义务的终止 .....	44
一、合同权利与合同义务 .....	44
二、合同权利义务的终止 .....	47
第七节 合同解除 .....	55
一、合同解除概述 .....	55
二、合同解除的类型 .....	56
三、合同解除的程序 .....	59
四、合同解除的效力 .....	61
第八节 违约责任 .....	62
一、违约责任的概念和特征 .....	62
二、违约责任的构成要件 .....	65
三、违约责任的承担方式 .....	67
四、违约责任的免除 .....	68
五、责任竞合 .....	71
六、合同的解释 .....	74

第九节 建设工程施工合同的相关法律解释 .....	77
一、对建设工程施工合同无效的认定的解释 .....	77
二、对解除建设工程施工合同的解释 .....	79
三、对质量不符合要求的解释 .....	79
四、对实际竣工日期的解释 .....	80
五、对工程价款支付和结算的解释 .....	81
六、对解决建设工程施工合同纠纷的解释 .....	82
<b>第二章 合同管理实务</b> .....	<b>83</b>
第一节 招标投标与合同管理 .....	83
一、招标投标基本程序 .....	83
二、招标投标详细流程 .....	84
第二节 工程合同的审查、谈判与签订 .....	87
一、工程合同的审查 .....	87
二、工程合同的谈判 .....	88
三、工程合同的签订 .....	92
四、建设工程施工合同示范文本签订与应用 .....	95
五、建设工程委托监理合同示范文本签订与应用 .....	132
第三节 工程合同的风险管理 .....	139
一、风险管理概述 .....	139
二、风险防范措施 .....	141
第四节 工程合同的履约管理 .....	148
一、履约管理的原则及要求 .....	148
二、履约管理的依据——合同分析 .....	149
三、履约管理的方式——合同控制 .....	152
四、履约管理的重点——工程变更管理 .....	153
第五节 工程合同的索赔管理 .....	156
一、工程索赔的概述 .....	156
二、工期索赔 .....	164
三、工程量清单计价模式下的费用索赔 .....	167
第六节 合同争议的解决 .....	183
一、工程合同争议概述 .....	183
二、合同争议的一般解决方式 .....	184
三、合同争议解决的措施 .....	185
四、合同争议的处理程序 .....	188
第七节 FIDIC 合同条件 .....	189
一、FIDIC 简介 .....	189
二、FIDIC 条款及其实施条件 .....	190
三、FIDIC 条款在我国内地使用中的法律问题综述 .....	192
四、FIDIC 招标文件组成 .....	193

<b>第三章 案例</b> .....	198
<b>第一节 程序、安全、技术案例</b> .....	198
案例一 .....	198
案例二 .....	198
案例三 .....	199
<b>第二节 经济费用案例</b> .....	200
案例四 .....	200
案例五 .....	200
案例六 .....	202
<b>第三节 索赔案例</b> .....	203
案例七 .....	203
案例八 .....	204
案例九 .....	205
<b>第四节 解除协议案例</b> .....	206
案例十 .....	206
<b>第五节 综合案例</b> .....	210
案例十一 .....	210
案例十二 .....	211
案例十三 .....	211
案例十四 .....	212
案例十五 .....	213
<b>附录</b> .....	215
一、《中华人民共和国物权法》 .....	215
二、《中华人民共和国担保法》 .....	235
三、建设工程造价咨询合同(示范文本)GF-2002-0212 .....	243
四、设备采购合同示例 .....	248
五、公路工程施工监理合同 .....	254
六、建筑安装工程拆迁房屋合同示例 .....	268
七、房屋拆迁安置补偿合同示例 .....	270
八、融资租赁合同示例 .....	272
<b>参考文献</b> .....	277



# 第一章 合同法基本原理

## 第一节 合 同 法

### 一、合同法概述

#### 1. 合同概述

##### 1) 合同的概念

合同也称契约,是指平等主体的自然人、法人、其他经济组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。

一般认为,合同有广义、狭义、最狭义之分。

广义的合同是指当事人之间设立的具有权利义务内容的协议。广义的合同包括民事合同、行政合同、劳动合同以及国际法上的国家合同。

狭义的合同是指两个以上的当事人之间变动民事权利义务的双方民事法律行为。其中,以变动物权为目的的合同称物权合同,以变动身份关系为目的的合同称身份合同;以变动债权债务为目的的合同称债权合同。

最狭义的合同专指债权合同,即当事人之间以设定、变更或消灭债的关系为目的的双方民事法律行为。据此说明,我国合同法所称的合同是指民事合同,调整的是债权合同,不包括身份合同等其他民事合同。我们所称的合同,也只是债权合同的简称。在债的体系中,合同属于约定之债,称合同之债,是债发生的原因之一。因此,债法总论关于债的担保、债的变更、债的消灭等,对于合同之债同样适用。

##### 2) 合同的法律特征

合同具有以下几个法律特征:

###### (1) 合同是一种民事法律行为

民法通则规定,民事法律行为是民事主体设立、变更或终止民事权利和民事义务的合法行为。合同是民事法律行为的一种,民法上关于民事法律行为的一般规定,如民事法律行为的有效要件、民事法律行为的无效和撤销的规定等都可适用于合同。

###### (2) 合同以设立、变更和终止民事权利义务关系为目的

合同的目的就在于设立、变更和终止民事权利义务关系。民事权利义务关系的设立,是指合同依法成立后,即在当事人之间原始地发生一定的民事权利义务关系;民事权利义务关系的变更,是指当事人通过成立合同,使他们之间原有的民事权利义务关系发生变化,形成新的民事权利义务关系;民事权利义务关系的终止,是指当事人通过成立合同,使他们之间原有的民事权利义务关系消灭。

(3) 合同是当事人之间的意思表示一致的协议

合同的成立需各方当事人相互作出意思表示并且两个意思表示达成一致,即当事人各方作出的意思表示在内容上相互吻合。所谓意思表示,是行为人将其希望发生某种法律效果的内心意愿以一定的方式表达于外部的行为。合意是合同成立的一个标志。

3) 合同的分类

依据不同的标准和规则,可以对合同作出不同的分类。一般来说,合同有以下几种分类方法:

(1) 根据合同的成立是否需要交付标的物,可将合同分为诺成合同和实践合同。

诺成合同,又称不要物合同,是指当事人双方意思表示一致就可以成立的合同。大多数的合同都属于诺成合同,如买卖合同、租赁合同、借款合同等。

实践合同,又称要物合同,是指除当事人双方意思表示一致以外,尚须交付标的物才能成立的合同。在实践合同中,仅有双方当事人的意思表示一致,还不能产生合同上的权利义务关系,必须有一方实际交付标的物的行为,才能产生合同成立的法律效果。例如赠与合同,必须由赠与人将赠与物交给受赠人,合同才成立,又如小件寄存合同,必须要寄存人将寄存的物品交给保管人,合同才能成立。实践中,大多数的合同都属于诺成合同,少部分为实践合同。

(2) 根据法律对合同的形式是否有特定要求,可将合同分为要式合同和不要式合同。

要式合同,是指根据法律规定必须采取特定形式的合同。对于一些重要的交易,法律常要求当事人必须采取特定的方式订立合同。例如,中外合资经营企业合同必须由审批机关批准,合同方能成立。

不要式合同,是指当事人订立的合同依法并不需要采取特定的形式,当事人可以采取口头方式,也可以采取书面形式。除法律有特别规定以外,合同均为不要式合同。根据合同自由原则,当事人有权选择合同形式,但对于法律有特别的形式要件规定的,当事人必须遵循法律规定。

(3) 根据合同当事人是否互相负有给付义务,可将合同分为双务合同和单务合同。

双务合同是指当事人双方互负对待给付义务的合同,即双方当事人互享债权,互负债务,一方的权利正好是對方的义务,彼此形成对价关系。例如在买卖合同中,卖方有获得价款的权利,而买方正好有支付价款的义务;反过来,买方有取得货物的权利,而卖方正好有交付货物并转移货物所有权的义务。

单务合同,是指合同双方当事人中仅有一方负担义务而另一方只享有权利的合同,例如在借用合同中,只有借用人负有按约定使用并按期归还借用物的义务;又如在赠与合同中,赠与人负担交付赠与物的义务,而受赠人只享有接受赠与物的权利,不负担任何义务。在实践中,大多数的合同都是双务合同,单务合同比较少见。

(4) 根据合同当事人之间的权利义务是否存在对价关系,可以将合同分为有偿合同和无偿合同。

有偿合同是指当事人一方给予对方某种利益,对方要得到该利益必须为此支付相应代价的合同。实践中,绝大多数反映交易关系的合同都是有偿的,如买卖合同、租赁合同、加工承揽合同、运输合同、仓储合同等。

无偿合同,是指一方给付对方某种利益,对方取得该利益时并不需或可以不用支付相应

代价的合同,如赠与合同、借用合同等。实践中,无偿合同数量比较少。而有的合同既可以是有偿的,也可以是无偿的,如自然人之间的保管合同、委托合同等,双方既可以约定是有报酬的即有偿的保管、委托,也可以约定为没有报酬即无偿的保管、委托。

(5) 根据合同相互间的主从关系,可以将合同分为主合同与从合同。

主合同是指不以其他合同的存在为前提而能够独立存在的合同。

从合同是指不能独立存在而以其他合同的存在为存在前提的合同。例如,甲与乙订立借款合同,丙为担保乙偿还借款而与甲签订保证合同,则甲乙之间的借款合同为主合同,甲丙之间的保证合同为从合同。

(6) 根据法律是否明文规定了一定的合同名称,可以将合同分为有名合同与无名合同。

有名合同,又称为典型合同,是指由法律赋予其特定名称及具体规则的合同。如我国《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)所规定的 15 类合同,都属于有名合同。对于有名合同的内容,法律通常设有一些规定,当事人可以通过约定来细化完善其法律的规定,甚至在不违背法律本质的前提下适当变化其内容。

无名合同,又称非典型合同,是指法律上尚未确定一定的名称与规则的合同。根据合同自由原则,合同当事人可以自由决定合同的内容,只要不违背法律的禁止性规定和社会公共利益,当事人可以自由订立无名合同。

## 2. 合同法概述

### 1) 合同法的概念和特征

#### (1) 合同法的概念

合同法是调整平等主体之间合同关系的法律规范的总和。所谓合同关系,是以商品交换或劳务给付为标的的合同订立、效力、履行、变更和转让、终止,以及违约责任等为内容的民事权利义务关系。

#### (2) 合同法的特征

##### ① 合同法以任意性规范为主

合同法采取的是约定优先的原则,即有约定依约定、无约定依法定的规则,《合同法》中的大多数规则允许当事人通过协商加以改变,而非强行性规范,以充分体现当事人的意思自治,使当事人的市场行为能最大限度地反映和符合市场经济的供需规律和价值规律。可以说,合同法就是任意法。

##### ② 合同法以平等协商和等价有偿为原则

合同法规范的对象是交易关系,而交易关系本质上需要遵守平等协商和等价有偿原则。商品交换必然要求遵循价值规律,实行等量劳动的交换,因此决定了合同法较之于民法的其他法律,更强调平等协商和等价有偿原则。由于合同法强调平等协商和等价有偿原则,因而合同法突出地表现了民法的调整对象和调整方法的特点。

##### ③ 合同法具有统一性和国际性

合同法作为市场经济基本法,不仅反映了国内统一市场的需要,同时也与国际惯例相衔接,满足了开放的经济要求,消除对市场分割、垄断、不正当竞争等现象。近几十年来,合同法的国际性已成为法律发展的重要趋势,例如《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》(1964年)、《关于国际货物买卖统一法公约》(1964年)、《联合国国际货物销售合同公约》(1980年)等,都是合同法统一化的标志。

### ④ 合同法是财产法

交易关系的本质是财产关系,即社会财富在社会成员之间的交换关系,合同法以交易关系为调整对象,通过规范以财产为内容的民事权利——债权,实现保障当事人权益、鼓励交易、创造财富、维护社会交易关系顺利进行的目的,所以说,合同法是财产法。

#### 2) 合同关系

合同关系的主体又称为合同的当事人,包括债权人和债务人。合同关系的内容是指债权人的权利和债务人的义务,主要是指合同债权和合同债务。合同关系的客体主要是行为。

合同作为一种民事法律关系,其不同于其他民事法律关系的重要特点,在于合同关系的相对性。所谓合同关系的相对性,主要是指合同关系只能发生在特定的合同当事人之间。合同的相对性规则主要包含如下内容:

##### (1) 主体的相对性

是指合同关系中能发生在特定的主体之间,只有合同当事人一方能够向另一方当事人基于合同提出请求或提起诉讼。具体说,首先,只有合同关系当事人彼此之间才能相互提出请求;其次,合同一方当事人只能向另一方当事人提出合同上的请求或诉讼,而不能向与其没有合同关系的第三人提出合同上的请求及诉讼。但随着社会经济的发展,法律为保护某些合同关系中的债权人,维护社会经济秩序,也赋予了某些债权以物权的效力。

##### (2) 内容的相对性

是指除法律、合同另有规定外,只有合同当事人才能享有某个合同所规定的权利,并承担合同所规定的义务。合同当事人以外的任何第三人不能主张合同上的权利。在双务合同中,合同内容的相对性还表现为一方的权利就是另一方的义务,另一方承担义务才使一方享有权利,权利义务是相对应的,因此权利人的权利必须依赖于义务人履行义务的行为才能实现。从合同关系内容的相对性原理中,可以具体引出如下几项规则:

第一,合同规定由当事人享有的权利,原则上并不及于第三人;合同规定由当事人承担的义务,一般也不能对第三人产生约束力。当然,随着现代产品责任制度的发展,许多国家立法扩大了产品制造商、销售商对许多与其无合同关系的消费者的担保义务和责任。但承担此种责任,也必须有法律的特别规定。

第二,合同当事人无权为他人设定合同上的义务。合同当事人约定的为他人设定合同上的条款是无效的。在实践中,即使当事人一方与第三人之间存在着经济上的利害关系(如长期供货关系等),也必须在征得第三人的同意后才能为其设定义务。

第三,合同权利与义务主要对合同当事人产生拘束力,一般合同之债主要是一种对内效力,即对当事人之间的效力。但是,法律为防止因债权人对债务人的财产的不当减少而给债权人的债权带来损害,允许债权人对债务人和第三人的某些行为行使撤销及代位权,以保护其债权,这两种权利的行使,都涉及合同关系以外的第三人,并对第三人产生法律上的拘束力。因此,合同的保全也可以看做合同相对性的例外现象。

##### (3) 责任的相对性

由于违约责任以合同债务的存在为前提,而合同债务则主要体现在合同义务之中,合同义务的相对性必然决定了合同责任的相对性。所谓违约责任的相对性,是指违约责任只能在特定的当事人之间,即合同关系的当事人之间发生;合同关系以外的人,不负违约责任,合

同当事人不对其承担违约责任。

违反合同的责任的相对性,包括三方面的内容:第一,违约当事人应对因自己的过错造成的违约后果承担责任,而不能将责任推卸给他人。债务人应对其履行辅助人的行为负责。第二,在因第三人的行为造成债务不能履行的情况下,债务人仍应向债权人承担违约责任。第三,债务人只能向债权人承担违约责任,而不能向国家或第三人承担违约责任,因为只有债权人和债务人才是合同当事人。

### 3) 合同法的基本原则

合同法的基本原则是适用于合同行为、合同关系以及合同司法等活动的基本准则。

#### (1) 合同自由原则

合同自由原则是《合同法》第4条规定的基本原则,也是合同法的首要原则。所谓合同自由,是指当事人可以依法自主自愿地选择对方当事人,就某一交易活动或合同标的平等协商,以约定方式缔结合同的权利或自由。这一原则,在合同法上称为契约自由,是资产阶级民法典中的三大基本原则之一。

#### (2) 平等、公平原则

平等原则,是指合同当事人在交易活动中的法律地位平等的原则。这一原则,不是合同法的特有原则,而是民法平等这一基本原则在合同法立法中的反映。所谓公平原则,是指合同当事人在交易活动中,以公正平允为交易准则,协议和确定双方的合同权利和合同义务为内容。公平原则也是一项民法基本原则,而非合同法的专有基本原则。

#### (3) 诚实信用原则

诚实信用,是指合同当事人按照社会生活中具有普遍意义的公平、真诚与恪守信用的规则进行交易活动,订立和履行合同的的原则。这一原则也是《民法通则》和民法学中的一项基本原则。最初,诚实信用主要是一种约束当事人行为的道德规范或者道德规则。后来,民事立法时,认可了它在调整当事人在民事活动时(包括民事义务履行时,以及民事纠纷解决时)的规范价值,从而赋予了它在合同关系调整时基本准则的功能。

#### (4) 守法与合同保护原则

守法原则,是指合同的订立、履行、变更和解除、终止,及其内容和形式应当符合法律规定的原则。合同受保护原则,是指依法成立的合同,对当事人具有法律约束力,当事人非于双方协商一致或依法不得变更或者解除合同,以及合同外第三人非依法律规定不得阻碍合同义务履行的原则。

#### (5) 鼓励交易原则

交易,是指在独立的、平等的市场主体之间,就其所有的财产和利益实行的交换。鼓励交易,是指应当鼓励合法、自愿的交易。也就是说,在当事人的合意不违背国家法律意志和社会公共利益的前提下,此种合意才能够生效。同时,鼓励交易,是鼓励自愿的交易,也就是指在当事人真实意思一致的基础上产生的交易。

## 二、合同的成立

### 1. 合同成立的概念和要件

合同的成立是指订约当事人就合同的主要条款达成合意的行为和过程。

合同的成立必须具备如下条件:

① 订约主体存在双方或多方当事人。所谓订约主体是指实际订立合同的人,他们既可以是未来的合同当事人,也可以是合同当事人的代理人,订约主体与合同主体是不同的,合同主体是合同关系的当事人,他们是实际享受合同权利并承担合同义务的人。

② 双方当事人订立合同必须是“依法”进行的。所谓“依法”签订合同,是指订立合同要符合法律、行政法规的要求,由于合同约定的是当事人双方之间的权利和义务关系,而权利和义务是依照法律规定所享有和承担的,所以订立合同必须符合法律、行政法规的规定。如果当事人订立的合同违反法律、行政法规的要求,法律就不予承认和保护,这样当事人达成协议的目的就不能实现,订立合同也就失去了意义。

③ 当事人必须就合同的主要条款协商一致。即合同必须是经过双方当事人协商一致的。所谓协商一致,就是指经过谈判、讨价还价后达成的相同的、没有分歧的看法。

④ 合同的成立应具备要约和承诺阶段。要约及承诺是合同成立的基本规则,也是合同成立必须经过的两个阶段。如果合同没有经过承诺,而只是停留在要约阶段,则合同未成立。合同是从合同当事人之间的交涉开始,由合同要约和对此的承诺达成一致而成立。

### 2. 要约

#### 1) 要约概述

##### (1) 要约

要约又称为发盘、出盘、发价、报价等,是希望和他人订立合同的意思表示。即一方当事人以缔结合同为目的,向对方当事人提出合同条件,希望对方当事人接受的意思表示。要约是合同成立的前提,不经过要约,合同是不可能成立的。

要约的构成必须具备以下条件:

① 要约是特定的当事人所为的意思表示。要约的提出旨在与他人订立合同,并唤起相对人的承诺。所谓特定当事人,是指通过要约的内容,人们能够知道是谁发出的要约。

② 要约必须具有与他人订立合同的目的,其外在表现形式为要约人主动要求与受要约人订立合同。如果不以缔结合同为目的,即使表达了当事人的真实意愿,也不是要约。

③ 要约的内容必须具体、确定。所谓“具体”,是指要约的内容必须具有足以使合同成立的主要条款,并且内容完整清楚。

④ 经受要约人承诺,要约人即受要约的约束。也就是要约一经到达受要约人,在法律或者要约规定的期限内,要约人不得擅自撤回或者变更其要约。一旦受要约人对要约加以承诺,要约人与受要约人之间的合同即告成立了,要约人自然要受已经成立的合同的约束。

##### (2) 要约邀请

要约邀请又称为要约引诱或要约吸引,是指希望他人向自己发出要约的意思表示,其目的在于邀请对方向自己发出要约。要约邀请不是一种意思表示,而是一种事实行为,即要约邀请是当事人订立合同的预备行为,在发出要约邀请时,当事人仍处于订约的准备阶段,行为人在法律上无须承担责任。要约邀请只是引诱他人发出要约,它不能因相对人的承诺而成立合同。根据《合同法》规定,寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告为要约邀请。其中,商业广告的内容若符合要约的规定,视为要约。

##### (3) 要约与要约邀请的区别

① 要约是当事人自己主动愿意订立合同的意思表示,以订立合同为直接目的;要约邀

请则是当事人表示某种意思的真实行为,是希望对方向自己提出订立合同的意思表示。

② 要约必须包含合同的主要内容,而且要约人有愿意受到要约拘束的意愿;要约邀请则不含有当事人表示愿意接受拘束的意思。

③ 要约大多数是针对特定的相对人的,故要约往往采取对话方式或信函方式;而要约邀请一般针对不特定的多数人,往往以电视、报刊等媒介为传递手段。

### 2) 要约的法律效力

要约的法律效力又称要约的拘束力,是指要约的生效对要约人、受要约人的约束力。关于要约的法律效力,主要注意以下几点:

#### (1) 要约开始生效的时间

要约的生效时间即要约产生法律约束力的时间。我国《合同法》规定:“要约到达受要约人时生效”。

#### (2) 要约的存续期间

要约的存续期间就是指要约可在多长时间内发生法律效力,即受要约人得以承诺的期间。一般来说,要约的存续期间完全由要约人决定,该存续期间包括三项内容:要约到达受要约人的必需时间;受要约人作出承诺所必需的时间;承诺通知到达要约人所必需的时间。

#### (3) 要约法律效力的内容

要约法律效力包括要约对要约人的拘束力和要约对受要约人的拘束力两方面的内容。

① 要约对要约人的拘束力。此拘束力又称为要约的形式拘束力,是指要约一经生效,要约人即受到要约的拘束,不得随意撤销或对受要约人随意加以限制、变更和扩张,以此来保护受要约人的利益,维护正常的交易安全。但是在实践中,法律允许要约人在一定的条件下可以撤回、撤销要约。

② 要约对受要约人的拘束力。此拘束力又称为要约的实质拘束力,即受要约人在要约生效时即取得承诺,并依其承诺而成立合同的法律地位。具体表现在:(1)要约生效以后,只有受要约人才享有对要约人作出承诺的权利。(2)承诺的权利是一种资格,既不能作为承诺的标的,也不能由受要约人随意转让。(3)受要约人可以行使也可以放弃承诺的权利。

### 3) 要约的撤回、撤销与失效

#### (1) 要约的撤回

要约人在发出要约之后,在其尚未到达受要约人之前,即在要约尚未生效之前,将该要约收回,称为要约的撤回,此时要约不发生效力。根据要约的形式拘束力,任何一项要约都可以撤回,只要撤回的通知先于或与要约同时到达受要约人,便能产生撤回的效力。允许要约人撤回要约,是尊重要约人的意志和利益的体现。

#### (2) 要约的撤销

所谓要约的撤销,是指要约人在要约生效后,将该项要约取消,从而使要约的效力归于消灭。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。也就是说,要约已经到达受要约人,在受要约人作出承诺之前,要约人可以撤销要约。由于撤销要约可能会给受要约人带来不利的影响,损害受要约人的利益,法律规定了两种不得撤销要约的情形:

① 要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;

② 受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同做了准备工作。

#### (3) 要约的失效



要约失效是指要约丧失法律效力,即要约人与受要约人均不再受其约束,要约人不再承担接受承诺的义务。要约失效的情形主要有以下几种:

① 拒绝要约的通知到达要约人。受要约人接到要约后,通知要约人不同意与之签订合同,则拒绝了要约,在拒绝要约的通知到达要约人时,该要约失去法律效力。

② 要约人依法撤销要约。

③ 承诺期限届满,受要约人未作出承诺。要约中确定了承诺期限的,超过这(来源:考试大纲)个期限不承诺,则要约失效;要约中没有规定承诺期限的,在通常情况下,要约发出后一段合理时间内不承诺的,要约失效。

④ 受要约人对要约的内容作出实质性变更。发生这种情况即为反要约,反要约是一个新的要约,提出反要约就是对原要约的拒绝,使原要约失去效力,原要约人不再受要约的约束。

### 3. 承诺

#### 1) 承诺的概念和要件

承诺又称接受提议,是指受要约人完全接受要约人要约中的全部条款,作出按要约签订合同的意思表示。承诺对应要约是订立合同的一个重要程序。承诺有效的两个法定条件:①必须是不附条件的完全同意要约人要约的各项条款,如对要约和条款存有异议,则不视为承诺;②必须在要约有效期内将承诺的意思表示送达要约人。

承诺必须具备以下几个条件,才能具有法律效力:

第一,承诺必须由受要约人作出。承诺必须是受要约人发出根据要约所具有的法律效力,只有受要约人才有承诺的资格。受要约人以外的任何人向要约人发出的都不是承诺而只是要约。

第二,承诺必须由受要约人向要约人作出。承诺是对要约人发出的要约所作的答复,因此只有向要约人作出承诺,才能导致合同成立。如果向要约人以外的其他人作出承诺,则只能视为对他人发出要约,不能产生承诺效力。

第三,承诺的内容必须与要约的内容一致。在承诺中,受要约人必须表明其愿意按照要约的全部内容要与要约人订立合同。承诺的内容与要约的内容一致,意味着受要约人必须同意要约的实质内容,承诺不得限制、扩张或者变更要约的内容。

第四,承诺必须在规定的期限内到达要约人。承诺应当在要约确定的期限内到达要约人,只有在规定的期限内到达的承诺才是有效的。如果要约规定了承诺期限,则应当在规定的承诺期限内到达;在没有规定期限时,如果要约是以对话方式作出的,承诺人应当及时作出承诺,如果要约是以非对话方式作出的,承诺应当在合理的期限内作出并到达要约人。

第五,承诺的传递方式必须符合要约的要求。承诺原则上应采取通知方式。如果要约规定承诺必须以一定的方式作出,承诺人作出承诺时,必须符合要约人规定的承诺方式。在此情况下,承诺的方式成为承诺生效的特殊要件。如果要约没有特别规定承诺的方式,承诺应当以合理的方式作出。

#### 2) 承诺的迟延与撤回

##### (1) 承诺迟延

所谓承诺迟延是指受要约人未在承诺期限内发出承诺。《合同法》第28条规定:“受要约人超过承诺期限发出承诺的,除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外,为新要约”。



这就是说,对于迟到的承诺,要约人可承认其有效,但要约人应及时通知受要约人。如果要约人不愿承认其为承诺,则该迟到的承诺为新要约,要约人将处于承诺人的地位。

## (2) 承诺撤回

所谓承诺撤回,是指受要约人在发出承诺通知以后,在承诺正式生效之前撤回其承诺。根据《合同法》第 27 条,“承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人”。因此撤回的通知必须在承诺生效之前到达要约人,或与承诺通知同时到达要约人,撤回才能生效。如果承诺通知已经生效,合同已经成立,则受要约人当然不能再撤回承诺。

## 3) 确认书和合同的实际成立

### (1) 确认书及其性质

确认书是承诺的重要组成部分,是判断是否作出承诺的要素。《合同法》第 33 条规定:“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的,可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立”。双方达成协议以后,一方要求以其最后的确认书为准,这样受要约人所发出的确认书实际上是其对要约所作出的最终的、明确的、肯定的承诺。

### (2) 合同的实际成立

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。采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方不得以未采取书面形式或未签字盖章为由,否认合同关系的实际存在。

## 4) 合同成立的时间和地点

### (1) 合同成立的时间

合同成立的时间是由承诺实际生效的时间所决定的。合同成立的时间一般有以下三种情况:

① 一般规定。承诺生效时合同成立。

② 合同书形式的合同成立时间:

《合同法》第 32 条规定:当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或盖章时合同成立。当事人采用合同书形式订立合同,但并未签字盖章,意味着当事人的意思表示未能最后达成一致,因而一般不能认为合同成立。双方当事人签字或者盖章不在同一时间的,最后签字或者盖章时合同成立。

③ 确认书形式的合同成立时间:

《合同法》第 33 条规定:当事人采用信件、数据电文形式订立合同的,可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。在此情况下,确认书具有最终承诺的意义。

### (2) 合同成立的地点

① 一般规定。《合同法》第 34 条规定:承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的,收件人的主营业地为合同成立的地点;没有主营业地的,其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的,按照其约定。

② 书面合同的成立地点。《合同法》第 35 条规定:当事人采用合同书形式订立合同的,双方当事人签字或盖章的地点为合同成立的地点。