

上 篇 总 则

第一章 合同的订立

一、有效要约的构成要件

案例 1 “悬赏广告”是要约还是要约邀请

【案情简介】

1992年5月28日，被告吴×与妻子周×在×市西藏路中路广东路口搭乘一辆由残疾人驾驶的残疾人专用摩托车前往江边码头轮渡站，下车时将一只密码箱遗忘在车上，内有现金人民币7.65万元和银行储蓄存单7万元等。为此，被告先后向南市公安局半淞园路派出所和黄浦公安分局人民广场派出所报案，请求寻找该车驾驶员，追回钱款。与此同时，被告又大量印制了悬赏1万元人民币的“寻物启事”，发放给过往的残疾人专用车驾驶员，打听该驾驶员的下落，并于同年6月1日在《新民晚报》的第一、四版中缝刊登了内容相似的“紧急寻物”启事。不久，被告先后从残疾人专用车驾驶员肖×、周×等人处获悉该驾驶员姓李，住在长宁区周家桥一带。因为他们均不知道李×的确切住址，便向被告提供了原告田×的住址，说李×的车是原告改装的，或许原告知道李×的下落。6月4日上午，被告与朋友赵×一起前往原告家中，向原告叙述了失款经过和李×及其所驾驶车辆的特征，要求帮助查找李×的下落，并当场交给原告一张“寻物启事”。“寻物启事”上面除叙述了事发经过，李×及其所驾车辆的特征外，还写明“如有知其下落者，本人愿出1万元赏金以作酬谢。”原告收下了“寻物启事”后，当即表示可以带被告去李×住处。为防止惊动李×，被告决定在原告家中等候，由原告带赵×前往指认。经暗中确认，李×就是该车驾驶员，被告即报告了人民广场派出所，由公安人员出面传唤讯问。李×供认了自己侵占巨款的事实，并退还了全部钱款。事后，

被告仅给了原告两条健牌香烟和两瓶董酒作为酬金，并以找到被寻人，追回钱款，主要是公安机关的功劳，原告所起作用甚小为由拒付赏金。原告则认为自己根据被告的要求，亲自带被告找到了侵占巨款人，使被告及时追回了巨款，自己的行为完全符合“寻物启事”的要求，应得到 1 万元赏金。原告在多次索要无着的情况下向区人民法院提起诉讼，要求被告给付赏金人民币 1 万元，并愿将所受礼品作价 200 元从中扣除。

区人民法院认为：被告遗失巨款后，前往原告的住所，交给原告一张“寻物启事”并要求原告帮助查找侵占巨款人的下落，这是一种要约行为。原告承诺了被告的要约，并为被告指出了侵占巨款人的住所，完成了该悬赏合同规定的义务，理应享有取得赏金的权利。其自愿将收取被告的礼品作价人民币 200 元从赏金中作相应扣除，并无不当，应予准许。至于其他部门和个人为被告追回失款提供了一定线索，但由于均未能向被告提供侵占巨款人的确切下落或住址，况且他们也未主张权利，故不能成为被告拒付赏金的理由。据此，法院判决被告给付原告悬赏金人民币 9 800 元整。

【案例分析】

本案中区人民法院的判决是正确的，也符合《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）有关要约的规定，但在判决理由的论述上存在一些问题，现依《合同法》对本案作一分析。

本案是因“悬赏广告”而引起的纠纷，弄清“悬赏广告”到底是要约还是要约邀请对本案的解决有重大意义。

《合同法》第 14 条规定：“要约是希望和他人订立合同的意思表示……。”而本法第 15 条对要约邀请的定义为：“要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示……。”两者的本质区别在于，要约具有订立合同的意图，要约一经被对方接受（承诺），合同即告成立。而要约邀请则是希望对方向自己表达订立合同的意图，接受与否（承诺与否）直至合同成立与否的决定权掌握在要约邀请一方

本案中，被告遗失巨款后，通过他人找到了原告，当场交给原告一张“提供侵吞巨款人下落者，酬谢 1 万元赏金”的“寻物启事”，这一“寻物启事”显然是一要约而非要约邀请。因为在这一意思表示中有明确的订立合同的意图，并含有合同的主要内容，希望被告以“提供侵吞巨款人下落”为承诺而与之订立合同。如果本案被告不接受“寻物启事”，或明确表示不能，或不愿提供侵吞巨款人下落，或虽然接受了“寻物启事”却未能向被告提供侵吞巨款人下落，即为未对被告的要约作出承诺，那么此合同就未成立。但在本案中，原告收下了“寻物启事”并帮助被告查找到了侵占巨款人，即作出了承诺，该承诺与被告的要约完全一致，因此合同成立。原告有权要求被告支付赏金 1 万元，被告有义务支付赏金。

这里需要注意的是，本案要约的内容是“如有提供侵吞巨款人下落者赏金 1 万元”，即要求承诺人完成特定的行为（本案中是提供侵吞巨款人下落），因此仅仅有承诺人表示愿为被告寻得侵吞巨款人，承诺尚不能生效，只有在被告完成特定行为即真实地提供了侵吞巨款人下落时，承诺才能生效，合同才告成立（至于被告是否找到侵吞巨款人并不影响合同的成立）。本案中被告的要约与原告的承诺一致，故合同成立。区人民法院认为原告收下了“寻物启事”表示可以带被告去李×住处是对要约的承诺是不正确的。悬赏广告的特点在于，以完成广告约定的特定行为（在本案中为提供侵吞巨款人下落）作为承诺，仅有表示愿为广告约定的行为尚不能构成对要约的承诺，还需完成该行为才能构成承诺。

【法理研究】

本案涉及要约及要约的构成要件问题。实践中判定合同是否成立，首先要看其要约是否有效成立。因此，研究要约的构成要件对判定合同是否有效成立具有十分重要的意义。

根据我国《合同法》第 14 条的规定，要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示的内容必须具体确定并含有表意人在该意思表示被接受时即受其约束的意旨。

一项要约要发生法律效力，必须具备特定的构成要件。从我国《合同法》第 14 条的规定以及其他国家的契约理论和立法，要约的构成要件如下：

（一）要约必须具有订立合同的意图

要约的目的就是与受要约人订立合同，所以，要约中必须含有进行交易订立合同的意图。要约的这一要件强调，要约并不是“开始与对方协商”的意思表示，其所表示的意图是，要约一经被接受，合同即告成立。正是这一点，使要约有别于要约邀请或仅是初步磋商的行为。

（二）要约中含有合同成立的基本要素

由于要约人发出要约的目的是为了订立合同，因此，只要受要约人同意要约，合同即告成立。为了使成立后的合同能够履行，要约人必须对当事人的权利义务进行完整的设计。也就是说，为达此目的，要约的内容必须包括合同的最基本的要素。如果不能包括合同的最基本的要素，承诺人即难以作出承诺，即使作了承诺，也会因这种合意不具备合同的基本要素而使合同不能成立。何为合同的基本要素，应依合同的性质和内容加以确定。根据《联合国国际货物销售合同公约》第 14 条的规定，一买卖合同应具备三个基本条款，即货物的名称、货物的数量或如何确定的方法、货物的价格或确定价格的方法。我国《合同法》贯彻了合同内容依当事人的意思自由决定的指导思想，没有规定合同的基本条款。总之，一项要约应当包含未来合同的基本要素。这些基本要素足以让相对人明白主要内容并能够预测自己的权利义务甚至风险。

当要约中规定了基本条款而于受要约人接受时，合同即告成立。但当要约中没有规定法律要求的基本条款而受要约人对这种要约进行承诺时，合同是否有效成立？我国以往的司法实践常依《合同法》第 12 条的规定确定其为无效。但从其他国家的司法实践看，遗漏某一条款或某一条款订立得不清楚，不一定妨碍合同的成立。只有在被遗漏的条款是合同的核心条款，法院又不能以法律规定的

方法确定这一条款时，该要约才归于无效。我国《合同法》采纳了这一原则，于第 61 条、第 62 条、第 63 条规定：合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定……

（三）要约中必须表明要约人放弃最后决定权的旨意

要约人一经向受要约人表示了订立合同的意图，他就应当将是或成立合同的最后决定权留给对方而不是自己，即应表明要约一经受要约人承诺即受约束的旨意。对要约人来说，要约一经到达受要约人，在法律或者要约确定的期限内，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订立过程即告结束，合同也就成立了，发出要约的人自然要受已经成立的合同的约束。

现实生活中经常发生的，在要约中规定有保留条件，这时，该要约是否还是一个有效的要约呢？所谓保留条件，是指提出订立合同建议的人对其建议所采取的一种限制，该订立合同建议的人对合同的成立与否有最后决定权。从要约的本意和使命看，当要约中规定了保留条件时就不能成为要约了。因为，它使受要约人处于不确定的状态之中，即受要约人即使承诺，合同也可能不成立，这就与严格意义上的要约的概念不一致。

（四）要约必须由要约人向其希望与之订立合同的人发出

首先，要约应由要约人发出。这里强调的是要约必须是要约人自主产生的订立合同的意思表示。根据契约自由的原则，只有当事人自愿的意思表示才能对其产生约束力，即当事人不应被其未同意的义务所约束。当然，要约由要约人授权的代理人发出也无不可，在这种情况下代理人是被代理人法律行为的延伸，代理的结果由被代理人承担。

其次，要约应当向要约人希望与之订立合同的人发出。但是，

相对人是否必须是特定的人？我国《合同法》对此无明确规定，但从第 14 条及第 15 条的规定看，并未排除非特定人。

从法理上说，要约在订立合同中的作用在于给予受要约人一种承诺的权利。这就意味着，提出建议的人已经选择好了缔结合同的伙伴，需要解决的问题仅仅是合同的内容问题，即对方一经承诺，问题即可得到圆满解决。故从这一意义上说，应将相对人特定视为要约成立的要件。如果相对人不能特定，则意味着要发出提议的人并未选择真正的相对人，该提议不过是为了唤起他人发出要约，本身不是要约。另外，如果要约的对象不能确定时，仍称其为要约，那么向不特定的许多人同时发出以某一特定物的出让为内容的要约是有效的，这就会造成一物数卖，影响交易安全的后果。

但是，从另一方面讲，由于现代社会商品生产和商品经营的规模化，也为向公众发出的订立合同的意思表示成为要约提供了客观基础。在一定条件下可以将向公众发出的订立合同的意思表示规定为要约。如将悬赏广告明确规定为要约。同时法律也允许要约人在自愿承担行为后果的条件下，可以向不特定人发出要约。

在本案中，被告“提供侵吞巨款人下落者赏金 1 万元”的“寻物启事”即为一悬赏广告。悬赏广告符合要约的构成要件，但它与其他类型的要约相比又有自己的特点。所谓悬赏广告是指以广告的方式声明对完成悬赏广告中规定的特定行为的，给付广告中约定的报酬或给予一定待遇的意思表示。它有如下几个特征：

1. 悬赏广告必须是以广告的形式作出，其对象是不特定的多数人，任何个人和组织只要能够完成广告指定的行为都能成为悬赏广告的权利方。

2. 悬赏广告要求相对人完成广告中规定的特定行为，即承诺人的承诺是作出特定行为，只要此行为符合悬赏广告的要求合同即告成立。至于他所采用的方法如何，除非广告中有特别声明，不受要约人限制。

3. 承诺人完成广告中规定的特定行为，要约人即给予其广告

中约定的报酬或待遇。

对于悬赏广告，无论是大陆法系国家，还是英美法系国家都无一例外地将其视为要约。在《合同法》起草过程中，对是否规定悬赏广告有不同的态度。在最初的专家建议稿第 13 条规定了悬赏广告，但在后来几稿及通过后的《合同法》中，则没有对其作规定。立法者认为，只要规定了要约的成立要件，即可对悬赏广告的性质作出判断。但悬赏广告显然有其特殊之处，而且在我国的司法审判中，对悬赏广告的法律效力的认识也相当模糊。因此，《合同法》未明确其法律性质及效力显然是令人遗憾的。

二、有效承诺的构成要件

案例 2 拍卖过程中哪一阶段为承诺

【案情简介】

1995 年 9 月 23 日至 10 月 1 日，原告×公司经广州市工商行政管理局批准，在广州市花园酒店国际会议中心举办广州和平 95' 首届艺术品拍卖会。9 月 28 日，被告李×经×公司审核后，填写了竞拍记录单。×公司将 222 号拍号牌、印有拍卖规则和拍卖作品情况的拍卖图录 1 本交给李×。10 月 1 日，李×在拍卖会中分别竞得拍号为 77、86、109 号的 16 幅书画作品，共计总金额 117.7 万元，手续费为 11.77 万元。李×当即与×公司签署了现场成交确认书，并按这次拍卖会的批卖规则和现场成交书的规定，签发了 1 张收款人为×公司，金额为人民币 398 310 元的转账支票，作为成交定金交给×公司。因李×所交支票是空头支票，其又未依约在 7 日内付款领取竞得的拍卖品，×公司遂向广州市中级人民法院提起诉讼，请求判令被告履行付款取货的义务，并赔偿原告违约金等损失 743 670 元。

广州市中级人民法院经审理认为：国内贸易部 1994 年 10 月 2 日发布的《拍卖管理办法》第 32 条规定：“竞买人一经出价或应价，不得翻悔。”原告×公司与被告签订的拍卖成交确认书依法成立有效。李×没有按照拍卖规则的规定在拍卖日起 7 日内付款提

货，属违约行为。×公司要求李×继续履行合同应予支持。李×应当履行付款提货义务，并支付总价款 20% 的违约金即 23.54 万元给×公司。广州市中级人民法院依以上内容作出了一审判决。

一审宣判后，被告李×不服，向广东省高级人民法院提出上诉。提出在其签署的 16 份现场成交确认书上，仅有成交价，没有佣金或手续费。由于现场成交确认书不具有广东省财产拍卖条例所规定的 10 项内容，也没有×公司的名称和公章，不是拍卖成交确认书。故请求二审法院依法改判拍卖无效，×公司自行承担全部损失。

广东省高级人民法院经审理认为：被上诉人×公司举办的 95' 首届艺术品拍卖会合法。×公司在拍卖前将 1 本拍卖图录交给上诉人李×。拍卖图录中附有拍卖作品的图片，同时用文字叙述了该作品的年代、来历、质地、规格以及估价范围等内容。拍卖图录中还附有拍卖规则，详细规定了拍卖程序，付款和提货办法以及佣金、手续费如何计算等内容。拍卖图录的内容，是×公司向李×发出的要约。李×作为竞买人，在×公司拍卖会上所出的最高应价得到拍卖师的公开确认，即构成对×公司要约的承诺。这时，×公司与李×就拍卖物达成的拍卖合同即告成立，双方签署的现场成交确认书是对该合同的确认。因此，×公司与李×之间就 16 幅作品达成的拍卖合同合法有效。李×应当根据×公司的请求继续履行付款提货的义务并支付总价款的 20% 的违约金。据此，广东省高级人民法院驳回李×的上诉，维持原判。

【案例分析】

本案中广州市中级人民法院及广东省高级人民法院的判决是正确的，但在判决理由的论述上存在一定问题，也和《合同法》有关规定有不一致之处。现依《合同法》对本案作一分析。

本案是一起因拍卖而引起的合同纠纷。随着我国市场经济的建立和发展，拍卖活动也越来越多。但人们对于何为拍卖，拍卖分为几个阶段及哪一阶段是要约，哪一阶段是承诺并不太清楚，在这里

有必要结合本案对这一特殊买卖方式作一说明。

我国于 1996 年 7 月 5 日通过的《中华人民共和国拍卖法》(以下简称《拍卖法》)第 3 条对拍卖作了这样的定义：拍卖是以公开竞价的形式，将特定物品或者财产权利转让给最高应价者的买卖方式。

依照我国《拍卖法》及其他国家有关法律，拍卖一般可分为四个阶段。通过对这几个阶段的分析，我们很容易判明哪一阶段为要约邀请，哪一阶段为要约，哪一阶段是承诺。

第一阶段：拍卖通知，是拍卖人向竞买人发出的有关拍卖的公告或者广告，该文件记载拍卖标的物的名称、质量和数量、拍卖场所、拍卖日期等内容。拍卖公告的对象不特定，而且公告的内容也不包括合同得以成立的主要内容，故拍卖公告是要约邀请。《合同法》第 15 条对要约邀请作了规定，并确定拍卖公告为要约邀请。

在本案中，×公司在拍卖前将 1 本拍卖图录交给李×。拍卖图录中附有有关拍卖作品的介绍及拍卖规则、程序等。拍卖图录显然是×公司的拍卖公告，负载了希望李×向该公司发出要约（即出价）的意思表示。因此，该拍卖图录只能看作是×公司向李×发出的要约邀请，而非广东省最高人民法院所认定的，该拍卖图录是×公司向李×发出的要约。另外，如果将该拍卖图录看作是×公司向李×发出的要约，则将拍卖合同成立的最后决定权即承诺权赋予了竞买人。这样，岂不是竞买人的首次出价就构成了对要约的承诺，拍卖合同即告成立，这显然不符合拍卖的竞争特点，拍卖程序也就无法继续进行。

第二阶段：请求出价。拍卖人将拍卖的物品向在场的公众展示并请求出价，也不是要约，而是要约邀请。这一阶段是第一阶段的延续，其目的都在于诱使他人（竞买人）向自己发出要约的意思表示（即出价）。有些学者将这两阶段合并为一个阶段作为要约邀请，也无不可，但在拍卖过程中确实存在这两个不同阶段。

第三阶段：买方的出价，又叫叫价，是指竞买人向拍卖人提出

价款数额的意思表示。如果在一人出价后又有人出更高的价格，前一出价自动作废，即使后来的出价人在拍卖人出锤前撤回其出价，拍卖人也不得再接受先前的已作废的出价。在拍卖过程中，买方的出价为要约，因为竞买人的这一出价在没有其他竞买人提出更高的价款之前，该意思表示对竞买人具有拘束力。当这一出价成为最高出价时，拍卖人击锤，拍卖合同即告成立。

因此，本案中李×在拍卖会上所出应价应为要约，而非广东省高级人民法院在判决书中所认定的，李×作为竞买人，在×公司拍卖会上所出的最高应价构成对×公司要约的承诺。

第四阶段：击锤承诺。在拍卖过程中，拍卖人的击锤为承诺。击锤实际上是拍卖人向出价最高的竞买人发出的承诺，合同一拍即合。

本案中，×公司拍卖师对李×的最高应价的公开确认即为承诺，意味着拍卖合同的成立。在这里，双方是否签订现场成交确认书并不影响合同的成立。

在这里有必要对确认书作一说明。本案中所提到的现场成交确认书与《合同法》第33条所规定的确认书明显不同。《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。”这一合同确认书仅适用于采用信件、数据电文形式订立合同的场合。规定其的意义在于，在采用信件、数据电文形式订立合同时，当事人之间的权利义务的内容有可能记录在不同的多个载体上，为了使合同的权利和义务更明确，合同履行更方便，在发生纠纷时举证更容易，一方当事人可以要求签订确认书。另外，确认书一般是在合同成立前签订，从性质上看，确认书属于承诺。如果一方当事人在通过信件、数据电文方式订立合同时，提出合同的内容要以最后的确认书为准，那么，在签订确认书之前，双方当事人之间的协议不过是一个初步的协议，对当事人并没有真正的约束力。确认书是一方当事人对合同内容的进一步确认，是对要约所作出的明确的、最终

的承诺。

本案中，双方签署的现场成交确认书显然有别于《合同法》第 33 条所规定的合同确认书。因为，在双方签订确认书前拍卖合同已经成立，这一确认书显然不具有承诺的性质，而仅仅是对拍卖合同成立时李 × 买受的拍卖物及其成交价款的书面确认。因此，广东省最高人民法院对确认书性质的认定是完全正确的。在拍卖中一经击锤承诺合同即告成立，若竞买人借口未订立或拒绝订立现场成交确认书而主张拍卖合同未成立是站不住脚。

【法理研究】

在前一个案例中我们讨论了要约的构成要件问题，在本案中又涉及到一个合同的有效承诺的构成要件问题。实践中，承诺是否合法有效直接决定着合同是否成立。尽管因合同性质不同，在个案中对何为承诺、承诺是否有效的判定上存在一定困难。但只要我们能把握住承诺的构成要件，以上问题就会迎刃而解。

所谓承诺是指对要约的完全接受，是受要约人向要约人发出的无条件同意要约的内容，并决定与要约人订立合同的意思表示。

从合同成立的过程看，受要约人作出的承诺是合同成立的决定性阶段。对于一个要约作出的承诺是使合同最终成立的行为，在承诺之前，只有一个空洞的对受要约人无任何约束力的要约，在发出承诺之后，就构成了一个对双方均有约束力的合同。一个具有法律效力的承诺的构成要件如下：

（一）作出承诺的人必须是受要约人

根据要约约束力规则，要约使受要约人产生了承诺的权利，而这种权利对要约人来说即是这样一种义务：他必须接受受要约人行使这种权利的结果，因承诺而生的合同对其有拘束力。这种权利只有受要约人才能作出。

（二）承诺应当在要约规定的期限内作出

这一点与要约对于要约人的约束力是一致的，要约使受要约人获得了承诺的权利，但要约人给予受要约人的这一权利是有期限

的，只有在要约规定的期间作出，才能产生权利行使的预定结果。当要约没有规定承诺期限时，受要约人应当在合理的期间内作出承诺。《合同法》第 23 条规定：“承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：（一）要约以对话方式作出的应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；（二）要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。”何为“合理期限”？《合同法》并未作出明确规定，但在起草过程中的专家稿第 26 条规定：“该时间应根据习惯、交易的性质以及要约所使用的通讯方法的迅速程度予以确定。”这一标准可以作为确定合理期限的参照。这种规定与国际通行的作法是一致的。

对于未在要约规定的期限内作出的逾期承诺，各国法均视为新的要约，即为受要约人向原要约人发出的新的要约。我国《合同法》第 28 条也作了相同的规定。但同时规定，要约人及时通知受要约人该迟到的承诺仍然有效的除外。对此若从字面上解释，应认为如果原要约人及时通知承诺人该迟到的承诺有效的，就不再构成新的要约，要约人的及时通知被视为对原要约规定期限的延长。但若依《合同法》的一般原理，迟到的承诺应视为新要约，原要约人的及时通知被看作是对新要约的承诺，因为双方要形成一致的意思表示，须以各自的意思表示同时存在于某一特定时间为前提。

除此之外，还有一种特别的情形会发生于实际的交易之中，即按照正常的情形，承诺人的承诺能够在可期待的时间到达要约人，但由于传递媒介方面的问题或因不可抗力的原因而导致承诺迟到的，应如何处理？我国《合同法》第 29 条规定：“受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。”这种规定的目的在于保护承诺人的利益。即按照正常的情形，他发出的承诺应能及时到达并应发生承诺的效力，只是由于其意志以外的原因而未到达要约人。对于要约人来说，法律无疑对其规定了一种通知的

义务，如果其怠于通知，就要受到已失效要约的重新拘束。但他何以知道该承诺是“按照通常情形能够及时到达要约人”呢？显然，他应查看发信的日期以及通常到达要约人所需要的时间等情况。如果违反这种注意义务，即应认为其有过错，从而必须接受合同成立的事实。

（三）承诺的内容应与要约的内容相吻合

从严格意义上说，合同应是双方就权利义务意思表示一致的产物，这就要求承诺必须完全、绝对地与要约的内容相一致。否则，意思表示就不可能完全一致，就会出现一方当事人受未经其同意的义务所约束的情形。早期的大陆法系国家和英美法系国家均认为承诺应与要约完全一致。

在英美法系，承诺的内容必须严格与要约保持一致，这一规则被称为“镜相规则”，即承诺应如同镜子一样反射要约的内容。依照这一规则，受要约人对要约的答复如果与原要约稍有不同，该答复就不能构成有效的承诺，而是一种反要约。但如果绝对坚持这一规则，就会使许多交易难以进行，所以，“镜相规则”在今天受到了广泛的指责。《美国统一商法典》改变了绝对的规则，作了较为灵活的规定。而大陆法系国家，承诺与要约的完全一致原则仍然被严格地遵守。为了便于国际间贸易的进行，国际统一私法协会兼顾两大法系的特点，在《联合国国际货物销售合同公约》第 19 条承认对要约的条件所进行的非实质性的修改仍构成承诺。

在我国学理上，近年来对“承诺与要约完全一致”的绝对性也持怀疑态度，主张仅是非实质性地改变了要约的内容的，也构成承诺。我国新的《合同法》显然是对近几年这一学术成果的肯定。根据该法第 30 条、第 31 条的规定，承诺的内容应当和要约的内容相一致，否则视为拒绝要约并构成新要约。对要约表示同意但对要约的内容进行了非实质性变更的，除要约人及时表示反对，或者要约明确规定承诺不得对要约的内容进行任何变更的以外，承诺仍然有

效。合同的内容以承诺的内容为准。

我国《合同法》的这一规定，减少了交易的成本，避免“要约——反要约——再要约”这样的拉锯战，将承诺的内容在有限度的范围内放宽；另一方面，为保护要约人的利益，也给予其反对和排除任何变动的权利。应该说，这一规定是比较合理的。

何为实质性地改变要约的内容呢？我国《合同法》第 30 条对此作了规定：有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。对这些条款的变更，无论幅度大小均构成实质性变更。

（四）承诺应向要约人作出

这一点是显而易见的，因为，首先，受要约人的这种承诺的权利是由要约人给予的，所以只有向所谓的义务人——要约人才能使这种权利；其次，从意思表示一致的角度看，只有承诺针对要约人作出，才能形成意思表示的一致性，才能成立合同。

承诺无非是受要约人愿意与要约人订立合同的意思表示，承诺人将该意思表示传达于要约人的方式，依照通常的情形有四种：（1）口头方式；（2）书面方式；（3）特定行为；（4）特定情况下沉默也构成传达意思表示的方式。

如果要约对承诺的方式有特别要求的，承诺应符合要约的要求；如果要约没有规定承诺方式的，承诺应以何种方式作出？根据我国《合同法》第 22 条规定：承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

三、未依法律规定以书面形式订立并办理登记的合同的成立与生效

案例 3 范 × 与郭 × 的口头房屋买卖合同是否成立

【案情简介】

1985 年，第三人 × 市交通运输管理总站（以下简称为交管站）

欲用其座落于七舍乡街面的 3 间瓦房，与他人调换有附属空地可建停车场的房屋。原告范×知悉后，愿将其用 9 760 元向朱×购买的七舍乡街上的瓦房 3 间及其厨房、厕所和房前约 400 平方米的空场，与交管站互换，因双方意见不一，未能达成换房协议。范×未住在其所购房屋内，仅在房内放置一些财物。被告郭×得知范×与交管站换房不成而想出卖该房后，多次找范×商议购买该房，以便在购买后和交管站的欲换房屋交换。1987 年 12 月 8 日，郭×与范×达成口头协议：范×将其向朱×购买的房屋出卖给郭×，价款为 11 000 元；双方于同月 10 日到交管站立契交清全部价款，然后由郭×和交管站签订换房协议。10 日，范×未按约定到交管站，郭×与交管站签订了换房协议。同月 12 日，范×到郭×处，因郭×不能付清全部买房款，双方口头议定：郭×先付 4 000 元，余款于同月 15 日付清，房款付清后正式立契。郭×当即付给范×4 000 元。15 日，范×依约到郭×处，但郭×只付出 1 000 元，另 6 000 元双方商定延至 1988 年 1 月 2 日全部付清；同时，郭×向范×借该房的原买房契约和房屋钥匙，并写借条说明于 20 日归还。同月 17 日，交管站住进范×之房，次日，郭×住进交管站之房。1988 年 1 月 2 日，郭×只付了 2 000 元给范×，双方再次商定限郭×于当月 28 日付清 4 000 元余款，逾期每日按 30% 计息，郭×并出具了欠条。同月 13 日，交管站对所换房屋进行维修，并在门前空地四周打围墙。相邻的七舍乡第五村民组金内成等户因围墙将阻断其出入通道，而与交管站发生争议。交管站、郭×及受影响的几户村民经协商，由郭×出资 2 000 元，另修一条路供受影响的相邻户出入。同月 30 日，范×到郭×处索要欠款，郭×提出原协商买房时，范×未向其说明门前土地中有相邻住户的通道，要求范×承担部分改路费。范×不同意，郭×则拒付所欠房款，双方发生纠纷。同年 3 月 19 日，范×以郭×与交管站恶意串通、秘密签订换房协议，侵犯其房屋所有权，郭×并擅自拿走其房内财物为理由，诉至×市人民法院，要求废除与郭×的房屋买卖口头协议，恢复房屋原状和返