

民商法判例与学说系列

合同法判例与学说

主 编 杨立新
副主编 陈 璐

吉林人民出版社

合同法判例与学说

主 编 杨立新
副主编 陈 璐

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

合同法判例与学说 / 杨立新主编. — 长春: 吉林人民出版社, 2005. 1

(民商法判例与学说系列)

ISBN 7-206-04513-8

I. 合… II. 杨… III. 合同法—案例—研究—中国

IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 132904 号

合同法判例与学说

主 编: 杨立新

责任编辑: 李艳萍 郭雪飞 封面设计: 翁立涛 责任校对: 雪 飞

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码: 130022)

网 址: www.jlpph.com 电话: 0431-5378019

全国新华书店经销

印 刷: 长春市第九印刷有限公司

开 本: 850mm × 1168mm 1/32

印 张: 14.75 字 数: 380 千字

标准书号: ISBN 7-206-04513-8/D · 1376

版 次: 2005 年 1 月第 1 版 印 次: 2005 年 1 月第 1 次印刷

印 数: 1-5 000 册 定 价: 22.80 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

目 录

1. 要约需具备什么要件才能使合同成立?
——要约和要约邀请的区分及实益 (1)
2. 在承诺采用签订确认书的形式时合同何时成立?
——承诺的一般理论及合同确认书的性质 (14)
3. 消费者应当如何利用格式合同保护自己的利益?
——格式条款的性质、解释及规制等问题 (30)
4. 悬赏广告发布人究竟负何种法律义务?
——论悬赏广告的法律性质及效力 (46)
5. 在什么情况下可以请求相对人承担缔约过失责任?
——缔约过失责任的基本理论问题 (65)
6. 盗用公司的空白合同书而签订的合同是否有效?
——表见代理所签订合同的效力 (80)
7. 交接废船的购销旧船合同如何定性?
——可撤销合同的认定问题 (96)
8. 未办理登记手续的房屋买卖合同是否有效?
——房屋买卖合同效力的确定问题 (111)
9. 夫妻一方擅自处分共同财产是否构成无权处分?
——无权处分合同的认定 (127)
10. 该损害国有企业利益的合同是否无效?
——对于胁迫与恶意串通的认定 (145)
11. 谁是被告?
——代位权适用的若干法律问题 (160)

12. 孙甲是否有权自由处分其财产?
——撤销权的适用与财产自主权的矛盾与冲突 (180)
13. 炉料公司是否享有不安抗辩权?
——不安抗辩权的认定与适用 (200)
14. 第三人代债务人为履行如何认定?
——第三人代债务人为履行要件、效力以及与相关制度的比较 (220)
15. 具备什么样的条件才能构成合同的变更?
——合同变更的概念及其构成要件 (236)
16. 当事人分立与合并的法律后果是什么?
——当事人分立合并导致债权债务的概括转让 (250)
17. 如何判断是否构成合同转让?
——合同转让的构成要件 (267)
18. 合同转让后发生纠纷怎么办?
——合同转让的法律效力 (293)
19. 大同市土地局是否有合同解除权?
——合同解除权行使的程序与效力 (313)
20. 不同性质的各类债务可以相互抵销吗?
——法定抵销的构成要件 (330)
21. 运城公司提存货物是否合法有效?
——关于提存的若干问题 (344)
22. 提单的缺陷是否构成根本违约?
——根本违约的行使条件 (362)
23. 宏晋公司是否有权解除合同?
——合同解除的条件 (377)
24. 合同履行期未到,可否主张违约责任?
——预期违约的认定与适用 (393)
25. 违约方支付了违约金后还应当支付损害赔偿金吗?
——违约金适用中的若干问题 (406)

-
26. 旅行社究竟应该承担何种责任?
——有关责任竞合的问题 (421)
27. 当事人应当如何正确履行合同?
——诚实信用原则在合同法中的贯彻..... (436)
28. 天津港务局第二港埠有限公司是否应当承担违约责任?
——不可抗力的认定与适用 (452)

1. 要约需具备什么要件才能使合同成立？

——要约和要约邀请的区分及实益

【案情介绍】

1998年2月5日，某市新新制衣公司为了推动新款服装快速上市以抢占市场，急于购进大量优质布匹。因此其分别向邻市A、B两家纺织厂发传真说：“我公司因业务需要，急于订购2000匹优质x型号的毛呢布料，贵公司如有充足货源，望能及时回电。”A、B两家纺织厂于2月7日均回电称：“本公司有充足货源，愿与贵方订立合同”，并将价格表一并通知了制衣公司。B纺织厂在给制衣公司回电的次日即2月8日就派本厂职工载2000匹布料送往该公司。制衣公司在2月10日收到两厂的回复之后，比较了A、B两家纺织厂的价格，认为A纺织厂的价格更优惠、合理，遂于11日复电称：“愿按贵方提出的价格条件订立合同，请速派人前来送货”。A纺织厂于13日接函当天即回复说于次日即派人前往送货。在制衣公司于15日刚收到A纺织厂的复函之后，发现B纺织厂负责送货的职工已到。制衣公司告诉其，因已与A纺织厂订立合同，不能再收B纺织厂的货。B厂不服，坚决要求其收货付款，双方争执不下，诉诸法院。

【对本案的不同意见】

对于本案有以下几种不同意见：

第一种意见认为，2月5日制衣公司向A、B两厂所发的询

问其有没有货源,如果有,请速回电的传真,实际是一种要约行为,表明了其希望与对方订立合同的意思。A、B两厂于2月7日所作的答复是承诺行为,2月10日,制衣公司收到两厂所作出的承诺,由此合同正式成立,也就是说,制衣公司与A、B两厂均存有合同关系。B厂按合同内容要求于2月15日将2000匹布料送往制衣公司,实是履行合同义务的行为,制衣公司无权拒收。至于制衣公司与A厂之间的合同,既已成立,就必须按合同内容进行履行,如因制衣公司本身的错误导致不能或没必要履行的,应由其本身对A厂承担违约责任。

第二种意见认为,2月5日制衣公司向A、B两厂发出的询问其有没有货源,如果有,请速回电的传真,不是要约,而是要约邀请行为,其所表达的并不是希望与对方订立合同的意思,而是希望对方向自己发出要约的意思表示。A、B两厂接到制衣公司的要约邀请后,于2月7日分别向制衣公司表明本厂有充足货源,愿与其订立合同,并将价格表一同寄给制衣公司的行为才是要约行为。制衣公司在作出一番权衡之后,11日遂向A厂复函,这是承诺行为,承诺通知于13日到达A厂,至此制衣公司与A厂之间的合同关系始告成立。对于B厂所发的电函,制衣公司没有回复,表明B厂所提出的要约,制衣公司不能接受,不能承诺,因此制衣公司与B厂之间根本不存在合同关系,所以,B厂送2000匹布料至制衣公司的行为没有合同依据,其后果只能由其自己承担。

【法理分析】

一、要约的概念及构成要件

必须认识到处理本案的关键之点在于,在清楚认识要约的概念和构成要件的前提下区分要约与要约邀请的不同。

(一) 要约的概念和构成要件

所谓要约,根据《合同法》第14条,是指希望和他人订立

合同的意思表示。要约作为一种意思表示,作为订立合同的必经阶段,必须符合一定的条件,但关于要约的构成要件一直存有争议,有三要件说、四要件说、五要件说,其实各种学说无实质差异。一般说来其构成要件如下:

1. 要约必须是特定人的意思表示。

要约是要约人作出的包含有合同条件,旨在得到受约人的承诺以成立合同的意思表示。因此这种意思表示必须是特定人作出的,否则受约人将无从承诺。所谓特定人是指应当为外界所能客观确定的人,至于是自然人还是法人,本人还是代理人,均在所不问。

2. 要约必须具有订立合同的目的。

要约是一种意思表示,这种意思表示必须具有订立合同的目的,否则即使表达的是当事人的真实意思,也不是要约行为,如没有表明订立合同愿望的咨询、信函以及邀请参加典礼的请柬等,尽管表达了当事人的真实意愿,但由于不是以订立合同为目的,因此都不属于要约的范畴。明白这一点是区分要约与要约邀请的关键之处。

3. 要约必须向要约人希望与之订立合同的相对人发出。

发出要约的目的是为了得到相对人的承诺,从而达到订立合同的目的,因此要约只有向要约人希望与之订立合同的相对人发出,使其了解要约人意欲订立合同的愿望及合同的主要内容,方能唤起相对人的承诺。至于相对人是否必须为特定的人,存有不同观点。一种观点认为,要约必须向特定人发出,向不特定的人发出的建议只能是要约邀请。只有向特定人发出要约,一旦受要约人作出承诺才能使合同成立。^①另一种观点认为,要约的对象不能也不应该只是特定的人,市场经济的发展决定了要约内容的复杂性和要约形式的多样性。向不特定的人发出要约,是要约人

^① 徐炳:《买卖法》,经济日报出版社1991年版,第80页。

参与市场竞争、择优选择合作对象的一种方式。既然我们承认公平竞争的合法性,允许法律关系主体在经济活动中对合作对象进行多项选择,就没有理由对要约的形式、范围进行限制。^① 通常认为原则上要约只能向特定人作出,特定人不一定是一个人,可以是两个或多个人,对此不能机械理解。但在特殊情况下,对不特定的人作出又无碍要约所达的目的时,相对人亦可为不特定的人,悬赏广告即是向不特定的人发出的要约。对不特定的人发出要约,通常容易给正常的交易秩序造成冲击,增加发生纠纷的可能,所以在这种情况下,要约人必须表示出明确的意向,从而也要承担很大的风险。

4. 要约的内容必须具体确定。

所谓具体是说要约的意思表示不仅能够表达订立合同的愿望,而且应当包含足以使合同一经受要约人承诺即可成立的各项基本条款。至于具体的基本条款的范围,则应视各类合同的性质及其成立所需要的条款内容而定,同时也要考虑当时当地的商业惯例等因素。^② 在大陆法系国家或地区,要求要约的内容须具备希望和他人订立的合同之必要条款,在英美法系国家,构成要约的意思表示,不仅要求其明确,而且要求必要之点确定。所谓确定,则是要求要约的意思表示内容必须是明了的、肯定的,让受要约人能够清楚的了解其订立合同的目的和各项基本条款的含义,而不是模糊不清,让人误解。由于要约一经受要约人承诺,合同即告成立,所以要约的内容必须具体确定,否则,受要约人无法判断要约的确切内容,无法作出明确的承诺,合同也就无从成立。这一点也是要约与要约邀请的区别之一。

5. 要约必须表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。

① 徐炳:《买卖法》,经济日报出版社1991年版,第77页。

② 龙翼飞主编:《新编合同法》,中国人民大学出版社1999年版,第29页。

要约人发出要约的目的是为了订立合同，因此一个意思表示要构成要约，它就必须体现出要约人在得到对要约的承诺时愿受其约束的意旨。要约的效力也在于它一经受要约人的承诺，合同即告成立，不需要再征求要约人的同意或确认。而要约人也必须受其约束，不得否认合同成立。在实践中，由于许多合同往往不一定用明确的语言直截了当的表达这一要件，所以受要约人应当仔细分析要约中是否含有一经承诺即受约束的意旨。

（二）要约与要约邀请的区别

通过上述对要约的定义及其构成要件特点的分析，可以看出要约是一个与要约邀请紧密相连的概念，二者都是一种意思表示，但要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。它与要约至少存有以下几点区别：

1. 要约邀请不具有订约的目的，其目的只是引诱别人向自己发出要约，因此要约邀请又称为要约引诱。而要约则是以订立合同为其直接目的的，它一经受要约人的承诺即可成立合同。

2. 发出要约邀请的当事人可以随时撤回其已经作出的意思表示，对于他人根据要约邀请所做的要约行为，其可以承诺也可以不承诺，要约一旦作出就必须受其本身效力的约束，不得随意撤回，并且应当遵循严格的时间限制。

3. 要约邀请不是合同订立过程中的必经阶段，并不是任何合同的订立都要有要约邀请行为，可是任何合同的订立都要有要约行为，要约是订立合同的必经阶段，没有要约就没有承诺以及后来的一些阶段。

4. 从内容上看，要约应当包含合同的主要条款，即要约内容应当明确具体。而要约邀请则通常只是一种希望他人向自己发出要约的意思表示，它不含有合同的主要内容。

5. 一般情况下，要约是向特定人发出的意思表示，而要约邀请则往往是针对不特定人的。

一般来说，从上述五个方面出发，再结合明确的法律规定及

交易习惯可以把要约与要约邀请区分开来。我国《合同法》第15条明确规定：“寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。”

二、要约的效力

所谓要约的法律效力又称要约的拘束力，是指要约的生效、存续期间及对要约人、受要约人的拘束力等问题，它主要包含以下几个方面的内容：

（一）要约生效的时间

要约生效的时间涉及到要约从什么时间开始生效，从什么时间开始对要约人产生拘束力，也涉及到承诺的期限问题。在此问题上存在着两种不同的观点。一种是发信主义，即要约人发出要约以后，只要要约已处于要约人控制范围之外，要约即产生效力。一种是到达主义，又称为受信主义，是指要约必须到达受要约人时才能产生法律效力。大陆法系都采纳第二种观点。^①我国《合同法》第16条明确规定：“要约到达受要约人时生效。采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。”很显然，我国法律采用的是到达主义。

（二）要约的存续期间

一般情况下，要约的存续期间通常由要约人自己决定，如果要约中没有明确规定该要约的存续期间，则应作出如下两种区分：

1. 要约以口头形式作出的。要约中没定存续期间，要约又是以口头形式作出的，仅在受要约人立即承诺时，才对要约人有拘束力，如果受要约人没有立即对口头要约作出承诺，要约随即

^① 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第290页。

丧失效力。

2. 要约以书面形式作出的。书面要约中没有规定承诺期限的,则在依通常情况下能够收到承诺所需的一段合理期限内,要约对要约人才有拘束力。在确定这一合理期限时,通常需考虑以下几个因素:第一,要约到达于受要约人的必要期间;第二,受要约人考虑接受承诺与否的必要期间;第三,承诺发出至到达要约人所需要的必要期间。但在实践中,由于每个要约的内容不同,发出要约或作出承诺所采用的方式不同,因此不能机械的照搬这三个标准,而必须具体情况具体分析。

(三) 要约法律效力的内容

要约法律效力的内容包括两个方面的含义,即对要约人的拘束力和对受要约人的拘束力。

1. 要约对要约人的拘束力。这主要是指要约一经生效,要约人即受到要约的束缚,不得随意撤销、撤回或对要约的内容加以变更、限制和扩张。法律之所以强调要约对要约人的这种拘束力,主要是为了维护交易安全,保护受要约人正常的法律利益。

2. 要约对受要约人的拘束力。这是指受要约人在要约生效时即取得承诺的权利,也即取得依其承诺而成立合同的法律地位。正因为承诺是一种权利,所以受要约人是否作出承诺完全取决于其个人意志。但必须指出的是,在法律有特别规定或者依照一般商业惯例,承诺人负有强制缔约的义务时,则此时承诺是一种义务,受要约人必须作出承诺。合同自承诺通知到达要约人时生效,合同生效以后,对双方当事人都有拘束力,他们必须按合同内容行使各自的权利,履行各自的义务。

(四) 要约的撤回和撤销

要约作为一种具有法律意义的意思表示行为,当然应当具有一定的法律拘束力,但是必须看到现实生活中的另一面,现代市场经济的发展日益迅速和活跃,市场情况瞬息万变,当事人在发出要约的时候,难免会考虑不周,如果硬性地规定要约一旦作

出，即不可更改，无论是对当事人还是整个市场经济的发展都极为不利。因此合同法作为调整交易活动的基本法，必须奉行契约自由的原则，具体到要约理论中，即既应当赋予要约一定的法律效力，也应当允许要约人在一定的条件和情况下，可以撤回或撤销要约。只有这样，才能在契约自由与诚实信用两大私法原则之间找到一个平衡的支点，才能既充分尊重了要约人的自由意旨，又恰当维护了相对人的合法利益。

所谓要约的撤回，是指在要约生效之前，要约人使要约不发生法律效力的行为。尽管要约人有撤回要约的权利，但其必须遵循一定的条件，即要约的撤回，其撤回通知必须在要约送达受要约人之前，或同时送达受要约人，才能发生撤回要约的效力。也就是说，要约一旦送达受要约人，即产生法律效力，这时要约人便不能撤回要约。所以实践中，要约人要撤回要约，必须采取比要约通知更为迅捷的方式发出撤回通知，撤回要约的通知如果后于要约到达受要约人，则此时要约的撤回即转化要约的撤销。如果撤回要约的通知按其通常情况应当先于要约到达或者同时到达受要约人，而却由于非归责于要约人的原因后于要约到达者，此时受要约人负有向要约人发出撤回迟到的通知的义务，受要约人如果不履行这一义务，怠为通知，则撤回要约的通知视为未迟到，此时即使受要约人作出承诺，也不能成立合同。

所谓要约的撤销，是指要约人在要约生效以后，将该项要约取消，使其法律效力归于消灭的意思表示行为。要约的撤回与要约的撤销，主要区别在于：撤回发生在要约生效之前，而撤销则发生在要约生效之后，撤回不会给相对人造成损失，而撤销则极有可能给相对人造成损失，所以法律对要约的撤销比要约的撤回规定了更为严格的条件。一般情况下，要约可以撤销，但撤销要约的通知应当于受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。并且我国《合同法》第19条明确规定了：“有下列情形之一的，要约不得撤销：（一）要约人确定了承诺期间或者以其他形式明示

要约不可撤销；（二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作。”此处所谓“受要约人有理由认为要约是不可撤销的”，一般应从两方面加以认定：一是从要约本身的内容中判断该要约是不可撤销的。如要约中提出：“5天内正式签约”，“本公司恪守已提出的条件”等，从中可以判断要约是不可撤销的。二是根据交易习惯等认定某项要约一旦发出，则是不可撤销的。如对某项要约的承诺需要受要约人进行广泛的、费用昂贵的调查等，发出此项要约后，受要约人有理由认为该要约是不可撤销的。^①

三、要约的消灭

所谓要约的消灭，是指要约丧失其法律效力，要约人和受要约人都不再受其约束。要约消灭后，合同即丧失成立的基础，受要约人即使表示承诺，也不能成立合同。导致要约消灭的原因主要有以下几种：

（一）要约存续期间的经过

凡要约中订有承诺期间的，要约未于承诺期间内被承诺的，期间届满，要约即丧失法律效力。要约中没订承诺期间的，如果是口头要约，则除非受要约人立即作出承诺，要约即丧失法律效力；如果是书面要约，在依通常情况下能够收到承诺所需的一段合理期限内未收到承诺时，则要约于该合理期限届满后即丧失法律效力。

（二）拒绝要约的通知到达要约人

一如前述，受要约人对于要约人所发出的要约有作出承诺与否的权利，一旦受要约人拒绝要约所提出的条件，并且拒绝要约的通知到达受要约人时，要约即丧失其效力。受要约人拒绝要约的方式有多种，既可以是明确表示拒绝要约的条件，也可以在规

^① 王利明、崔建远著：《合同法新论·总则》（修订版），中国政法大学出版社2000年版，第151页。

定的时间内不作答复而拒绝。不过，受要约人在拒绝要约之后，也可以撤回拒绝的通知，但撤回拒绝的通知必须先于或同时与拒绝要约的通知到达要约人处，撤回通知才能发生效力。

（三）要约人依法撤回或撤销要约

要约人在要约生效之前，可以撤回要约，或者在要约生效之后，将其撤销，要约一经撤回或撤销即丧失法律效力。

（四）要约人对要约的内容作出实质性变更

根据合同法理论，受要约人欲与要约人达成协议，订立合同，则其必须接受要约人提出的条件。如果受要约人所提出的承诺条件与要约人的要约条件在主要条款上不相一致，则因双方不能达成协议，而使合同不能成立。如果受要约人对要约的实质内容作出了限制、变更或扩张，则此时形成反要约，既表明了受要约人拒绝了要约人的要约，又证明了受要约人提出了一项新的要约。如果受要约人仅仅是对要约的非实质性内容作出了一些变更，而要约人又没有及时反对的话，则此种承诺不应视为对要约的拒绝。但如果要约人事先声明任何对要约的修改都视为对要约的拒绝的话，即使受要约人仅仅对要约的非实质性内容作了修改，那么也会产生拒绝要约的后果。这在我国《合同法》第30、31条中有明确规定：“承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。”“承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。”

至于如何认定哪些是对要约内容的实质性变更，哪些是非实质性变更，也就是说如何认定哪些构成合同的主要条款，哪些是非主要条款，不同的时期不同的国家，法律会有不同的规定。根据《联合国国际货物销售合同公约》的规定，凡对“货物价格、付款、货物的质量和数量、交货地点和时间、一方当事人对另一方当事人的赔偿责任或解决争端等等的添加或不同条件，均视为

在实质上变更发价的条件”。对此，我国《合同法》第30条也有明确规定：“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。”不可否认，在法律中对合同的主要条款加以明确规定，有一定的积极意义，它对指导合同当事人恰当订立合同，减少争议的发生以及发生争议后适当的处理合同纠纷都有一定的积极作用。但另一方面也必须看到，这种对合同的主要条款采用法定的“一刀切”的方式，也有其消极的一面。由于合同的类型不同、性质不同，因此决定了合同的条款也不相同，不分合同的类型和性质，一概规定其主要条款都是上述几个方面，难免会阻碍合同的成立，从而不利于交易的发展。因此，笔者认为，随着交易的发展，要求承诺与要约的内容完全一致，基本上是不可能的。法律为了对当事人订立合同的行为予以规制，有必要对合同的主要条款予以明确规定，但应当在一般列举的规定以外，增加更富有弹性的规定，把决定合同内容的权利交给当事人，这样既体现了合同自由的精神，有利于鼓励交易，又能够规制当事人的缔约行为，有利于保障交易安全。

【作者意见】

现在结合上述法理分析，来探讨一下关于本案的处理。

其实，处理本案的关键之处在于首先认清制衣公司于2月5日向A、B两厂所发的传真究竟是要约还是要约邀请，并在此基础上作进一步的法律分析。作者认为制衣公司向A、B两厂所发的关于“我公司因业务需要，急于定购2000匹优质x型号的毛呢布料，贵公司如有充足货源，望及时回电”的传真，不是要约，而是要约邀请。其理由如下：1. 要约必须向要约人希望与之订立合同的相对人发出，而制衣公司只是向A、B两厂发传真询问其有没有货源，他并不知道A厂或B厂的货源情况，也未指明如果两厂都有货，究竟是由A厂供货或B厂供货抑或由两