

全国律师资格考试

全新复习教程及模拟试题

集解

编审 栾兆安
主编 牛光军 周翔



★ 新法学习指南

★ 模拟试题集解

★ 新增法律法规

中国社会科学出版社

全国律师资格考试

全新复习教程 及模拟试题集解

编 审 栾兆安
主 编 牛光军 周 翔

中国社会科学出版社

(京) 新登字 030 号

图书在版编目(CIP)数据

全国律师资格考试: 全新复习教程及模拟试题集解/牛光军编
北京: 中国社会科学出版社, 1999. 6

ISBN 7-5004-2492-2

I. 全… II. 牛… III. 律师-资格考核-自学参考资料
IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 20242 号

版权所有、侵权必究!

中国社会科学出版社出版发行
(北京鼓楼西大街甲 158 号)

主编 牛光军 周翔

★

北京王史山胶印厂印刷 新华书店经销

1999 年 6 月第 1 版 1999 年 6 月第 1 次印刷

开本: 787 × 1092 毫米 1/16 印张: 27.5

字数: 704 千字 印数: 1—5000 册

定价: 46.00 元

献 词

谨以本书献给

一九九九年准备参加律考的全体同志，
尤其是去年律考未通过今年想通过的同志们！

前言

通过多年来对历年全国律师资格考试命题进行追踪研究,使我们充分认识到,我国律师资格考试制度经过十多年的历程已日趋规范和成熟,虽题型会出现局部调整变化,但其内容却呈现出了一些具有规律性的特点:这一考试主要是考察考生对基本原理、基本法律知识、法律规定的理解、掌握与运用;密切结合当前形势,新颁重要法律与社会经济生活中的热点问题是历年考试的重要内容,在试卷中占有较大比重,最近几年这一特点更加突出;从题型上来看,单项选择、多项选择和不定项选择题也绝不仅仅是简单考察考生对法律条文死记硬背能力的所谓客观性试题,而是由众多小型案例构成,着重考察考生的分析问题和解决实际问题的能力。特别是案例分析题部分,跨程序法、实体法甚至律师实务,试题的综合性不断加大,实务性很强。

基于上述认识,并立足于满足广大考生进行考前实战练习,充分把握今年律考的基本命题趋势及其内容,以及全面学习、重点掌握新颁布的《宪法修正案》、《合同法》、《证券法》,新修订的《土地管理法》的需要,我们组织了部分具有法学博士、硕士学位的高级研究人员和资深律师以及具有丰富的律考培训经验的专家、学者编撰了本书。本书第一编为新法学习指南。根据律考要求,并着眼于帮助考生尽快全面系统学习新颁重要法律,将理论与实务有机地结合在一起,作了系统、透彻和具有律考针对性的讲解;第二编为三套与最近两年全国律师资格考试试题难度相当,题型一致,对今年律考富有预见性的模拟试题;第三编为律考新增必读法律法规汇编,将新颁布和修订的上述重要法律和其他律考必读法律与重要司法解释作了系统地汇编。本书具有高度的严谨性、科学性、全新性、应考针对性和预见性,为广大考生及时、全面把握考点,快速攻克难点和进行高效复习的一本全新复习用书。本书尤其适合往年参加考试而未通过的考生,购买本书能避免重复投资,收到投入1倍产出5倍的效果。

本书写作分工如下:第一编第一部分:栾兆安; 第一编第二部分、第三部分:牛光军; 第二编:栾兆安、牛光军、周翔、张越、汪泽、涂先群、姜宇、秦炜; 第三编:周翔。

由于作者水平所限,本书难免有不足之处,敬请广大读者和专家学者批评指正。在此,我们衷心预祝律考应试者获得成功!

作者

一九九九年六月

目 录

第一编 新法学习指南

第一部分 合同法	(1)
第一章 一般规定	(1)
第二章 合同的订立	(4)
第三章 合同的效力	(11)
第四章 合同的履行	(18)
第五章 合同的变更和转让	(25)
第六章 合同的权利义务终止	(29)
第七章 违约责任	(35)
第八章 其他规定	(42)
第九章 买卖合同	(43)
第十章 供用电、水、气、热力合同	(55)
第十一章 赠与合同	(56)
第十二章 借款合同	(58)
第十三章 租赁合同	(60)
第十四章 融资租赁合同	(63)
第十五章 承揽合同	(66)
第十六章 建设工程合同	(68)
第十七章 运输合同	(72)
第十八章 技术合同	(75)
第十九章 保管合同	(83)
第二十章 仓储合同	(84)
第二十一章 委托合同	(87)
第二十二章 行纪合同	(90)
第二十三章 居间合同	(92)
第二部分 证券法	(94)
第一章 总 则	(94)
第二章 证券发行	(98)
第三章 证券交易	(102)
第四章 上市公司收购	(110)
第五章 证券交易所	(114)
第六章 证券公司	(118)
第七章 证券登记结算机构	(122)
第八章 证券交易服务机构	(124)

第九章	证券业协会	(125)
第十章	证券监督管理机构	(126)
第十一章	法律责任	(128)
第三部分	土地管理法	(135)
第一章	土地管理法概述	(135)
第二章	土地所有权	(136)
第三章	土地使用权	(139)
第四章	土地利用法律制度	(144)
第五章	土地保护制度	(146)
第六章	国家建设征用土地法律制度	(147)
第七章	乡(镇)村建设用地法律制度的性质	(151)
第八章	土地监督检查	(153)
第九章	法律责任	(155)

第二编 全国律师资格考试模拟试题集解

第一部分	全国律师资格考试模拟试题一	(158)
第二部分	全国律师资格考试模拟试题一参考答案	(203)
第三部分	全国律师资格考试模拟试题二	(211)
第四部分	全国律师资格考试模拟试题二参考答案	(255)
第五部分	全国律师资格考试模拟试题三	(262)
第六部分	全国律师资格考试模拟试题三参考答案	(306)

第三编 律考新增必读法律法规汇编

中华人民共和国宪法修正案	(314)
中华人民共和国合同法	(315)
中华人民共和国证券法	(347)
中华人民共和国土地管理法	(366)
中华人民共和国收养法	(377)
最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释	(380)
最高人民法院关于如何理解《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉 若干问题的意见》第31条第2款的批复	(382)
最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释	(382)
最高人民法院关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律 若干问题的解释	(384)
全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定	(385)
最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释	(386)
最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定案件具体应用法律若干问题	

的解释	(387)
最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释 ...	(388)
中华人民共和国行政复议法	(426)

第一编 新法学习指南

第一部分 合同法

第一章 一般规定

一、合同法的调整范围

1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的我国《合同法》，是一部规范平等民事主体之间交易关系，亦即调整动态财产关系的一部重要法律，其基本宗旨就是保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进我国的社会主义现代化建设。

根据《合同法》第2条第1款规定，合同法的调整对象是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止的民事权利义务关系。其具有如下特点：

1. 合同的主体具有独立性与平等性。交易双方当事人的独立性与平等性是合同关系最基本的特征。所谓“独立”，是指当事人都具有独立的主体资格，彼此间是互不隶属的。所谓“平等”，是指当事人在民法上的地位是平等的，任何一方都不得凌驾于另一方之上，把自己的意志强加给另一方。

2. 合同所规定的交易内容具有有偿性。任何当事人从事交易活动，都要遵循等价交换的交易法则，不得尔虞我诈，强取豪夺；不能只享受权利而不尽义务，也无权无偿剥夺和占有他人的财产。任何一方当事人一旦造成对他人的损害，都必须以等量的财产给予补偿。根据《合同法》第2条第2款规定，对于平等民事主体之间具有身份关系的协议如婚姻、收养、监护等，适用其它法律的规定，不属于《合同法》的调整范围。

3. 合同当事人确立合同关系具有自愿性。合同关系的订立、变更和终止，都应当是当事人在法律规定的范围内自主、自愿选择的结果。

我国的《合同法》总则部分对合同法的概念、原则、合同的订立、合同的履行、合同的变更和转让、合同的终止及违约责任等作了详细的规定；分则部分对买卖合同，供用电、水、气、热力合同、赠与合同、借款合同、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、运输合同、技术合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同和居间合同都作了具体规定。

《合同法》是在借鉴和吸收国外和国际上有关合同法律制度与内容的基础上加以制定，结束了《经济合同法》、《技术合同法》和《涉外经济合同法》三法分立的局面，进一步完善和扩充了合同法律的有关内容。《合同法》是构成我国社会主义市场经济法律体系的基本法律，也是我国民法的重要组成部分。

二、合同的概念及其基本特征

我国《合同法》第2条规定，该法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、

变更、终止民事权利义务关系的协议。该法第8条规定,依法成立的合同,受法律保护。从上述规定可看出,合同有以下基本法律特征:

1. 合同是一种民事法律行为

合同依法成立就在当事人之间产生了权利义务关系,这种关系受法律保护。

2. 合同是双方或者多方民事法律行为

合同是当事人协商一致的产物,即合意的结果,因此其包括以下要素:①任何一个合同的成立都必须有双方或者多方当事人参加。②各方当事人须互相作出意思表示。③参加合同的双方或者多方当事人的意思表示是一致的。

3. 合同是法律地位平等的民事主体之间的协议

合同当事人的法律地位是一律平等的,任何一方都不能把自己的意志强加给对方。

4. 合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的

合同的权利和义务构成合同的主要内容。

5. 合同具有法律约束力

《合同法》第8条规定,依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同受法律保护。

三、合同的分类

依据不同的标准,可以对合同进行以下划分:

1. 单务合同和双务合同

单务合同,是指仅有一方负担给付义务的合同,即指合同当事人主要由一方承担义务,另一方并不负主要义务的合同。例如,赠与合同就是典型的单务合同。

双务合同是指当事人双方互负对待给付义务的合同。在双务合同中,一方当事人所应当履行的义务,也就是对方所享有的权利。例如,买卖、运输、租赁合同等均为双务合同。

2. 有偿合同和无偿合同

有偿合同,是指一方通过履行合同规定的义务而给予对方某种利益,对方要得到该利益必须为此支付相应代价的合同。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支付任何报酬的合同。无偿合同并不是反映交易关系的典型形式。

在无偿合同中,一方当事人虽不向他方支付任何报酬,但并非不承担任何义务。

3. 有名合同与无名合同

有名合同,又称为典型合同,是指法律上已经确定了一定的名称及规则的合同。我国《合同法》分则明文规定的十五类合同以及其他法律明文规定的合同,就是有名合同。

所谓无名合同,是指法律上尚未确定一定的名称与规则的合同。对于有名合同,除了适用《合同法》总则外,还直接适用《合同法》分则的规定或其他有关该合同的立法规定。但对于无名合同来说,则是适用《合同法》总则的规定并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。

4. 诺成合同与实践合同

所谓诺成合同,是指当事人一方的意思表示一旦为对方同意,即能产生法律效果的合同。此种合同的特点在于以当事人双方意思表示一致之时合同即告成立。

所谓实践合同,是指除当事人双方意思表示一致以外,尚需交付标的物才能成立的合同。

5. 要式合同和不要式合同

所谓要式合同,是指必须依据法律规定的方式而成立的合同。

所谓不要式合同,是指当事人意思表示一致,而不必采取特定形式就能成立的合同。合同除法律有特别规定、行政法规规定采用书面形式以外,均为不要式合同。

6. 主合同和从合同

主合同,是指在相互关联的合同中不以其他合同的存在即可独立存在的合同;从合同,是指必须以其他合同的存在而为存在前提的合同。

在两者的关系中,主合同是从合同存在的前提,从合同依附于主合同并以主合同的存在和生效为前提。主合同不能成立,从合同就不能有效成立,从合同不成立或无效,一般并不影响到主合同的效力。

四、我国《合同法》的基本原则

合同法的基本原则,是合同法的主旨和根本准则,是制定、解释、执行和研究合同法的出发点,它贯穿在整个合同法律制度和规范之中。合同法的基本原则,是从事交易活动的当事人所必须遵循的行为准则,无论是订立合同、确认合同的效力、履行合同、变更和终止合同,还是追究当事人违约责任等,都必须遵守这些基本原则。它不仅是当事人进行交易所应遵循的行为准则,而且也是合同立法和司法审判所应遵循的宗旨和标准。我国合同法主要有以下基本原则:

1. 平等与自愿原则

《合同法》第3条规定,合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。该法第4条规定,当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。合同法调整的是平等主体公民、法人、其他组织之间的商品交换关系。在这种经济关系中,当事人以平等的民事主体出现,而不是领导与被领导、隶属与被隶属、管理与被管理、强制与被强制的法律关系。

平等原则的主要表现与基本要求是:①作为民事主体的自然人、法人和其他组织在订立合同时的法律地位平等。②履行合时的法律地位平等。对于依法成立的合同,当事人双方必须严格地按合同规定履行。除法律另有规定或者当事人严重违约外,任何一方不得单方面擅自变更和解除合同,否则,要对此承担违约责任。③承担违约责任平等。合同的任何一方违反了合同约定,都必须根据合同的约定或者法律规定承担违约责任。④处理合同纠纷要平等。发生纠纷时,双方应平等地协商处理,任何一方不得把自己解决合同纠纷的意志强加给对方。双方不能协商解决或者不愿协商解决的,都有权按照合同约定或者法律规定申请仲裁或者向法院起诉。当事人的合法权利平等地受到法律保护。

自愿原则表现为:①当事人有权决定是否与他人订约;②有权依法决定合同的内容;③有权依法变更和解除合同;④有权依法选择解决合同争议的方法。对于当事人依法享有的订立合同的权利,任何单位和个人都不得非法干预,也无权任加剥夺。

2. 公平与诚信原则

《合同法》第5条规定,当事人应当遵循公平原则确定双方的权利和义务。该法第6条规定,当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

公平原则最根本的要求就是双方当事人的权利和义务应当对等、互利。合同双方当事人建立合同关系都有自己的一定目的,一方的给付需以对方相应的对价为前提,通过合同实现等价交换,因此,强调当事人应以公平的观念指导自己的行为,并在合同的订立和履行中尊重他人和社会的利益。在合同中,除了单务合同外,当事人双方应当对等地享有权利和对等地承担义务,不允许只有一方享有权利而另一方只承担义务,或者享有的权利和承担的义务不对等;

不允许一方以大压小、以强凌弱,更不允许一方损害另一方的合法权益。

诚实信用的原则,是指合同从订立到履行的全过程中,各方当事人都应诚实守信,订立合同不能有任何欺诈行为,要以善意的方式履行其义务,不得滥用权利及规避法律或合同规定的义务。同时,诚信原则要求维持当事人之间的利益以及当事人利益与社会利益之间的平衡。

3. 遵守法律、法规和尊重公德原则

《合同法》第7条规定,当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。

这一原则主要要求是:①当事人订立、履行合同必须符合法律、行政法规的规定。任何单位和个人不得利用合同进行违法活动,扰乱社会经济秩序。否则,将受到法律制裁。②尊重社会公德,不得损害国家利益或社会公共利益。签订、履行合同时,有法律、法规规定的,当事人必须遵守法律、法规;没有法律、法规规定的,应当符合社会公德和国家利益,否则,将依法认定合同无效并追究其责任。

第二章 合同的订立

一、合同的主要形式

根据《合同法》第10条第1款规定,当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。

1. 口头形式

口头形式是指当事人只用语言为意思表示订立合同,而不用文字表达协议内容的合同形式。双方当事人以口头形式就合同内容取得一致意见达成的协议,即为口头合同。口头协议可以由当事人面谈订立,也可以通过打电话交谈等方式订立。

2. 书面形式

书面形式,是指以文字或者有形地表现当事人所载合同内容的形式。用文字表述当事人双方经过协商一致而签订的协议,即为书面合同。当事人双方在订立合同时确定合同主要条款内容、明确相互权利义务关系的合同书或者往来信件、数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)以及对合同内容所作的文字或者图表说明,以及当事人协商同意的有关修改合同的文书、电报和图表等,都是书面合同的表现形式。

根据《合同法》第10条第2款规定,有关法律、行政法规规定采用书面形式签订合同的,采用书面形式,而不得采用口头形式;即使法律、行政法规没有明文规定,而当事人约定采用书面形式的,也应当采用书面形式。

二、合同的基本内容

1. 合同内容的含义

合同的内容,是指合同当事人用以确定双方权利和义务的各项条款,即双方达成协议的具体条款。这些条款是双方权利和义务的条文化,反映了当事人订立合同的目的和要求,是当事人承担责任的依据。合同的主要条款,又称必备条款,是指合同应当具备的条款。

2. 合同内容确立的依据

合同的主要条款当然由合同的类型和性质决定,即按照合同的类型和性质的要求必须具备的条款。合同的主要条款是否齐全,对该合同是否能成立和履行具有重要的作用。在有

些情况下,欠缺某些主要条款合同即不成立;即使成立,在一般情况下,倘若法律对此未提供解决办法,则合同也难以履行。合同的主要条款,有时是法律直接规定的,当法律直接规定某种合同必须具备某些条款时,这些条款就是主要条款。合同当事人的意志。当事人除了依据法律规定和合同性质约定和确立合同的条款外,合同当事人可根据其经济目的和其意志约定合同条款。这些条款也可以成为合同的主要条款。合同的普通条款是指合同主要条款以外的其他一切条款。其特征是,这些条款包含的内容在合同中相对而言显得并不重要,即便欠缺或者不明确,也不影响合同的成立,合同仍能履行,这些条款可以在合同履行中进一步商定。

3. 合同的主要条款

根据《合同法》第12条规定,合同一般包括以下条款:

(1)当事人的名称或者姓名和住所。

(2)标的。标的是合同双方当事人的权利和义务共同指向的对象。合同标的可以是某种实物或者货币,也可以是某项工程或者某项脑力劳动成果,还可以是某种行为。合同法所规定的15类合同,每一类合同的标的是不相同的。

(3)数量和质量。合同标的数量和质量,是确定合同标的特征的重要条件,是这一标的区别于同类另一标的的具体特征。数量即标的的计量,是以数字和计量单位来衡量标的的尺度。订立合同必须有明确的数量规定,没有数量,合同是无法履行的。合同数量规定要明确、具体,必须按照国家规定的度量衡制度确定标的物的计量单位。质量体现标的的具体特征,也就是标的的内在素质和外观形态的综合要求。标的的质量需订得详细具体,如标的的技术指标、质量要求、规格、型号、性能、款式等都要明确。合同的质量条款必须符合国家有关规定和标准化的要求。如果是双方协商的标准,应当在合同中具体写明指标和数据,或者另附协议书,或者提交样品。此外,质量条款中应订明有关标的的质量的检验方法、试验方法、验收期限等。

(3)价款或者报酬。价款,是泛指一切以物或者金钱为标的的有偿合同中取得利益的一方当事人作为取得该项利益的代价而应向对方支付的金钱。报酬,是泛指一切以行为为标的的有偿合同中获得利益的一方当事人作为取得该项利益的代价而应向对方支付的金钱。

(4)履行期限。履行期限指当事人履行合同与接受履行的时间。它是当事人履行合同义务的时间界限,是确定合同是否按时履行或者迟延履行履行的标准,是一方当事人要求对方当事人履行义务的时间依据。

(5)履行地点和方式。履行地点是指当事人按合同规定履行义务的地方,一般根据合同的标的性质或者当事人双方的约定来确定。履行地点是确定验收地点的依据,是确定履行费用由谁负担、风险由谁承担的主要依据,有时是确定标的物所有权是否移转、何时移转的依据。另外,履行地点还涉及到仲裁机构或者人民法院对合同纠纷的管辖权。

履行方式是指当事人履行合同与接受履行的方式。它包括履行次数,交付货物方式,实施行为方式,移交工作成果方式,验收方式,付款方式,结算方式等等。

(6)违约责任。违约责任,是指当事人一方或者双方不履行、不完全履行或者不当履行合同义务而依法应承担的责任,它以支付违约金和赔偿损失、继续履行等为承担方式。合同中的违约责任条款,是当事人在不履行合同义务或履行合同义务不符合约定条件时承担违约责任的依据。合同对此应予明确。当然,违约责任是法律责任,即使合同中没有违约责任条款,只要未依法免除,违约方仍应承担违约责任。

(7)解决争议的方法。解决争议的方法,是指当发生合同纠纷时,当事人解决该争议的方

式。主要有四种方式,即:(1)当事人协商解决;(2)第三人调解;(3)仲裁机构仲裁;(4)法院诉讼。

三、合同的成立

合同成立是合同订立的主要组成部分,在合同中具有十分重要的作用。这种重要性表现在:第一,合同的成立旨在解决合同是否存在的问题。如果合同关系不存在,也就谈不上合同的履行、合同的终止、变更、解释等问题。同时,合同的成立也是认定合同效力的前提条件。第二,合同的成立是区分合同责任与缔约过失责任、缔约侵权责任的根本标志。在订约过程中,因合同关系并不存在,则一方过失或者故意侵权而造成另一方利益损失属于缔约过失责任或侵权责任而不属于合同责任范畴。第三,尽管合同的成立与合同的生效是两个不同的概念,但它们密切联系在一起。在绝大多数情况下,合同成立的时间也就是合同生效的时间。

1. 合同的成立要件

我国《合同法》第13条规定,当事人订立合同,采取要约、承诺方式。该法第25条和第26条规定,承诺生效时即承诺通知到达要约人时合同成立。承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时合同成立。根据上述规定,一般情况下,合同的成立有以下几个基本要件:

(1)订约主体存在双方或多方当事人。订立合同,必须存在着两个或多个订约主体,只有一方当事人根本不可能成立合同。

(2)对合同内容或者主要条款达成一致意见。合同成立的根本标志在于当事人意思表示一致,即达成合意。合意的内容并不意味着对合同的每一项条款都必须达成一致意见。实践中,只要当事人就合同的主要条款达成协议,合同即可成立;而对次要条款或非必要条款并未达成协议的则不影响合同的成立。即使《合同法》第12条列举的主要条款中有些条款没有达成一致意见或者欠缺,只要符合合同的性质要求,或者按照法律规定可以确定的,合同仍可成立。当事人可以在合同成立、生效后依据《合同法》第61条以及分则中有关规定及其他有关法律规定,来确定所欠缺的内容。但是,对于合同的标的、数量条款,当事人必须达成一致意见并在合同中约定;没有就此协商一致或者没有在合同中约定的,即使合同规定了其他内容,合同一般也不能成立。无论何种合同,其标的和数量条款是必不可缺少的。

(3)合同的成立应具备要约和承诺两个阶段。根据《合同法》第13条规定,当事人订立合同,必须采用要约、承诺方式。合同是从合同当事人之间的交涉开始,经要约、承诺,即告成立。如果合同没有经过承诺而只停留在要约阶段,则合同未成立。实践中,一项合同要经过要约和承诺的几个往返过程,当事人之间才能达成一致意见,从而使合同成立。

(4)合同的成立应符合法定形式。根据《合同法》第10条规定,法律、法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。否则,合同不成立。但根据本法第36条规定,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而一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。根据本法第37条规定,采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已履行主要义务,对方接受的,合同成立。

2. 要约

(1)要约的概念及其构成要件。根据《合同法》第14条规定,要约是指一方当事人以订立合同为目的,向他人提出的订立合同的建议和要求,是希望与他人订立合同的意思表示。提出

要约的一方当事人称为要约人,接受要约的人称为受要约人。要约通常都具有特定的形式和内容,一项要约要发生法律效力,则必须具有特定的有效条件;不具备这些条件,要约在法律上不能成立,也不能产生法律效力。

根据《合同法》第14条规定,有效的要约一般应当具备下列条件:

①要约必须是特定的人的意思表示。要约的提出旨在与他人订立合同,并唤起相对人的承诺,所以要约人必须是准备订立合同的一方当事人。如果是代理人,需要有本人的授权。

②要约必须向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出。是向相对人作出的意思表示。要约一般是向特定的相对人发出的,特定人可以是一个人,但在有些情况下,要约也可以向一定范围内的对象发出。

③要约的内容具体确定。所谓要约的内容“具体确定”,是指要约的内容明确,而不能含糊不清,不能使受要约人不能理解要约人的真实含义;要约的内容并且具有足以使合同成立的主要条件;包含未来合同的具体确定的条款。否则,受要约人即难以作出承诺,即使作了承诺,也会因这种合意不具备合同的具体确定的条款而使合同不能成立。

④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。要约到达受要约人时生效,对于生效要约,受要约人一经承诺,就得成立合同。所以,要约人必须在要约中明确表示该要约一经受要约人承诺,自己即受该意思表示约束。否则,该意思表示不能成为要约。

(2)要约与要约邀请的区别。在实际生活中,要约与要约邀请容易混淆,我国合同法对要约邀请作了明确界定。根据《合同法》第15条规定,要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。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。从法律性质上看,要约是当事人旨在订立合同的意思表示,它有一经承诺就产生合同的可能性。所以,要约在发出以后,对要约人和受要约人都产生一定的拘束力。如果要约人违反了有效的要约,应承担法律责任。

但要约邀请不是希望与他人订立合同的意思表示,其目的只是引诱他人发出要约,它既不能因相对人的承诺而成立合同,也不能因自己作出某种承诺而约束要约人。在发出要约邀请以后,要约邀请人撤回其邀请,只要没有给善意相对人造成利益的损失,要约邀请人一般不承担法律责任。

(3)要约的生效。根据《合同法》第16条规定,要约到达受要约人的时间即是要约生效时间。采用数据电文(电报、电传、传真、电子数据和电子邮件)形式订立合同,收件人即受要约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。

(4)要约的效力。要约在发出以后即对要约人和受要约人产生一定的拘束力。

①要约对要约人的拘束力。要约一经生效,要约人就受到要约的拘束,除法律另有规定外,要约人不得撤回、撤销或对要约加以限制、变更或者扩张。

②要约对受要约人的拘束力。即受要约人在要约生效时即取得依其承诺而成立合同的法律地位。但对他方无答复的义务。

(5)要约的撤回与撤销。我国《合同法》允许要约人可以撤回的条件为:撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人;撤销要约的条件为: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。根据《合同法》第19条规定,下列要约不得撤销:

①要约中确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销。有承诺期限的要约生效

后,为不可撤销的要约,要约人不得在承诺期限内撤销。要约未规定承诺期限,但要约人以其其他方式明确表示该要约不可撤销,当要约到达受要约人后,要约人也不得撤销要约。

②受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并且已经为履行合同作了准备工作。这包含着两个条件:一是受要约人有理由认为要约人发出的要约是不可撤销的。二是受要约人在发出承诺之前或者之后已经为履行合同作了准备工作。

(6)要约的失效。根据《合同法》第20条规定,要约有下列情形之一的,要约失效:

①受要约人拒绝要约。即受要约人没有接受要约所规定的条件。拒绝要约的通知到达要约人。

②要约人依法撤销要约。即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。

③要约有效期限届满,受要约人未作出承诺。承诺必须在承诺期限内作出,超过了该期限,则要约自动失效,要约人若变更要约内容,那么即为新要约。

④受要约人对要约内容作出了实质性变更。受要约人对要约的实质内容即合同的标的数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地和方式、违约责任和解决争议的方法等。作出限制或者更改,则形成反要约,实际上也是拒绝了要约。在这种情况下,既表明受要约人拒绝要约,同时也可表明受要约人向要约人提出了一项新要约(反要约)。受要约人作出的承诺通知中,并没有更改要约的实质内容,该种承诺不应视为拒绝要约。

3. 承诺

(1)承诺的概念。根据《合同法》第21条规定,承诺是受要约人同意要约的意思表示。即受要约人接到要约后,向要约人作出的表示完全同意或者接受要约的意思表示。受要约人对要约表示承诺时,他就成为承诺人。承诺的法律意义在于,承诺通知到达受要约人时即承诺生效时合同成立。

(2)承诺的构成要件。根据《合同法》规定,承诺必须具备下列要件:

①承诺必须由受要约人作出。作出承诺的受要约人,包括本人及其代理人。也就是说,对要约作出承诺的人必须是受要约人或其代理人。

②承诺应以合法的方式作出。根据《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。

③承诺必须在规定的时间内向要约人作出并到达。根据《合同法》第23条规定,承诺应当在要约确定的承诺期限或者合理的期限内到达要约人。合同法第28条和第29条进一步明确规定,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,为新要约。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。

④承诺的内容必须与要约的内容完全相符。根据《合同法》第30条规定,承诺的内容应当与要约的内容一致。如果受要约人在答复中对原要约内容作了实质性修改或者增加了其他内容和条件,就应当视为是对原要约的拒绝,或者是向原要约人提出新的要约。《合同法》第31条进一步明确规定,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。

(3)承诺期限的起始时间。至于承诺期限的起始时间,实际上也是要约开始对受要约人产生拘束力的时间,根据《合同法》第24条规定,这一时间应根据要约作出的方式分别确定,即:

①要约以电报或者信件作出的,承诺期限自电报交发之日或者信件载明的日期开始计算。如果信件未载明日期,自投寄该信件的邮戳日期开始计算。

②要约以电话、传真等快速通讯方式作出的,承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。此外,要约若以当面对话方式发出的,发出之时,即为承诺期限开始计算的时间。

(4)承诺的生效时间。承诺生效的时间,是指承诺什么时候产生法律效力。但因承诺的方式不同,《合同法》第26条对承诺的生效时间作出了不同的规定,即:

①自承诺通知到达要约人时生效。以通知作出承诺表示的,自该通知到达受要约人时承诺生效。至于承诺通知到达要约人的时间,分别按下列要求确定:采用数据电文(电报、电传、传真、电子数据和电子邮件)形式订立合同,收件人(要约人)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,视为承诺到达时间;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,视为承诺到达时间。

②自作出承诺行为时生效。即承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

③承诺迟延或逾期到达时的效力。《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。

《合同法》第28条规定,受要约人超过承诺期限发出承诺的,除要约及时通知受要约人该承诺有效的以外,为新要约。

(5)承诺的撤回。《合同法》第27条规定,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。

4. 合同成立的时间

(1)以承诺生效的时间为合同成立的时间。《合同法》第25条规定:“承诺生效时合同成立。”在一般情况下,合同自承诺生效时成立。承诺生效的时间也即承诺开始产生法律效力的时间。因承诺方式不同导致其生效时间不同,从而合同成立的时间也分为以下两种情况:根据《合同法》第26条规定,受要约人以通知作出承诺的,该合同自承诺通知到达要约人时成立;受要约人根据交易习惯或者要约的要求以行为作出承诺的,合同自该行为作出之时生效。

(2)以签字或者盖章的时间为合同成立的时间。根据《合同法》第32条和第33条规定,当事人采用合同形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立;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。当事人采用信件、数据电文等形式订立合同,在合同成立之前签订确认书的,签订确认书时合同成立。当事人在其订立的合同书、确认书上签字或者盖章,是交易成交的标志,合同自签字或者盖章时成立。如果双方当事人达成了一致协议,但不在该合同书上签字或者盖章,该合同一般应视为没有成立。

5. 合同成立的地点

(1)以承诺生效的地点为合同成立的地点。承诺生效的地点,是指承诺到达要约人的地点或者受要约人作出承诺行为的地点。根据《合同法》第34条的规定,一般情况下,承诺生效的地点就是合同成立的地点。因承诺方式的不同,承诺生效地点即合同成立地点分为以下两种基本情况:以通知方式作出承诺的,该通知到达要约人的地点为承诺生效地点,也即合同的成立地点;根据交易习惯或者要约表明通过行为承诺的,受要约人作出该行为的地点为承诺生效地点即合同成立地点。

需要指出的是,当事人采用数据电文形式订立合同的,收件人(要约人)的主营业地为合同