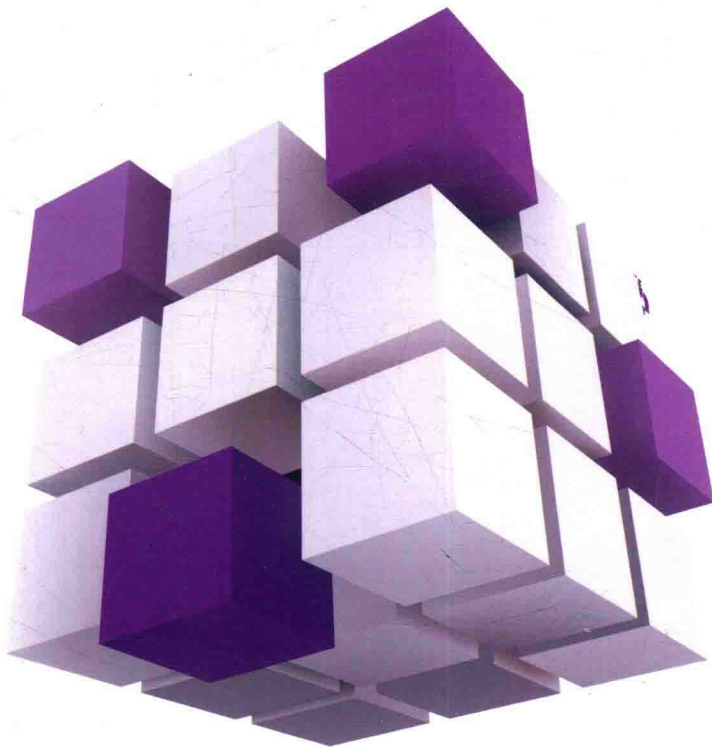




中培财审·医疗卫生机构内部审计丛书

医疗卫生机构 合同规范化管理与审计实务

吴 龚 ◎ 编著



企业管理出版社

ENTERPRISE MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

中培财审·医疗卫生机构内部审计丛书

医疗卫生机构 合同规范化管理与审计实务

吴 龚 编著

企业管理出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

医疗卫生机构合同规范化管理与审计实务 / 吴龚编著.

— 北京: 企业管理出版社, 2017. 10

ISBN 978 - 7 - 5164 - 1597 - 9

I. ①医… II. ①吴… III. ①医药卫生组织机构 - 合同 - 管理审计 - 研究 - 中国
IV. ①R197.322

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 243850 号

书 名: 医疗卫生机构合同规范化管理与审计实务

作 者: 吴 龚

责任编辑: 韩天放 田 天

书 号: ISBN 978 - 7 - 5164 - 1597 - 9

出版发行: 企业管理出版社

地 址: 北京市海淀区紫竹院南路 17 号 邮编: 100048

网 址: <http://www.emph.cn>

电 话: 编辑部 (010) 68701638 发行部 (010) 68701816

电子信箱: qyglcbs@emph.cn

印 刷: 北京大运河印刷有限责任公司

经 销: 新华书店

规 格: 185 毫米 × 260 毫米 16 开本 32.75 印张 774 千字

版 次: 2017 年 10 月第 1 版 2017 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 158.00 元

《中培财审·医疗卫生机构内部审计丛书》

编审委员会

主任：徐元元 李 新 吴 龚

副主任：（按姓氏笔画为序）

韦四皇	邓 盼	史安平	刘 颖	刘长兰
庄健春	吴光清	张卉萍	张祖辉	陈杰鹤
赵锡宾	雷 莉			

编 委：（按姓氏笔画为序）

于 筠	马 兰	王 玲	王小雪	王汝洋
王晓平	牛新巧	邓 亚	叶中晓	田秋丽
白 兰	白继庚	刘 威	曲玉芳	朱俊敏
刘玉兰	刘建平	杨再红	杨红玲	李 丁
李 萍	李二梅	李丽萍	李志辉	李爱群
沈兰菊	沈佳蕾	沈砚亭	张 爽	张福琴
陈方圆	陈惠玲	吴 晶	吴圣静	吴浩然
吴雯瑾	苑丽敏	范慧明	周丝丝	郑阳晖
胡宜耀	胡盛韵	赵心臣	顾明珺	唐军花
黄 坚	曹弋洋	盛光瑞	崔志芳	曾佳炜
赖 黎	解媛媛	窦新超	薛显英	穆伟娜

前 言

随着我国医疗卫生事业的迅猛发展,合同管理已成为医疗卫生机构经济管理的重要组成部分。一方面,作为医疗卫生行业,在为病人提供安全、方便、快捷、优质的医疗卫生服务及创造更好诊疗环境的过程中,在履行责任和义务时,依法签订的合同在日益增多;另一方面,医疗卫生领域比较普遍地存在重医疗轻管理的现象,合同管理意识比较薄弱,由于监督及落实不到位,导致合同纠纷大量增加。从医疗卫生行业整体来看,迫切需要进一步规范合同管理和加强合同审计。同时我们也了解到,有些管理领先的医疗卫生机构适时加大了合同管理力度,有效地维护了自身的合法权益,也为我们提供了宝贵的管理经验和成功范例。

2016年,笔者根据《中国内部审计准则》等制度的规定,结合卫生计生系统的行业实际,在多年开展相关培训工作经验积累的基础上,精心编写了《医疗卫生机构内部审计精细化管理》一书,受到广大读者朋友的欢迎与肯定。书里有一章专门阐述合同审计,许多读者表现出了浓厚的兴趣,并建议我专门编写一本这方面的著作,对医疗卫生机构合同规范化管理与合同审计做出全面、系统、细致的讲解,同时提供相应的合同管理制度范本和各种合同范本,以方便学习和参考。作为长期从事医疗卫生机构管理培训与咨询的业者,本人责无旁贷,经过半年多的努力,终于完成了这本《医疗卫生机构合同规范化管理与审计实务》。

本书包含医疗卫生机构的合同概论、合同审查与修改、政府采购合同管理、建设工程合同管理、融资租赁合同管理、合同审计等主要内容,对每项内容都做了法律精准性、操作规范性和实际针对性的讲解,并辅之以大量的案例分析和小贴士提示,具有很强的实操指导作用。

本书还针对不同单位的实际要求,专门拟定了8个合同管理制度范本和合同审计制度范本,各医疗卫生机构可根据自身管理要求选取相适应的制度范本,参照制定适合自己单位的合同管理办法或合同审计办法。

此外,本书还把医疗卫生机构的合同分为采购、服务、建设工程、科研合作、信息开发、战略合作等六类,分别提供了若干合同范本,以供各医疗卫生机构直接采用或参照。

本书在编写过程中,得到徐元元、李新、韦四皇、赵锡宾、蔡晓峰、吴光清、邓盼、陈杰鹤、张祖辉、操乐勤、雷莉、刘颖、史安平、张卉萍、刘长兰等行业专家的大力支持和卫生内部审计网团队的鼎力协助,在此深表感谢。

由于时间仓促,编者水平有限,错漏之处在所难免,欢迎大家就细节内容进一步交流讨论。

吴 龚

2017年9月

目 录

第1章 合同概述	1
1.1 合同的概念与法律特征	1
1.1.1 合同的概念	1
1.1.2 合同的法律特征	1
1.2 合同的内容与形式	2
1.2.1 合同的内容	2
1.2.2 合同的形式	5
1.3 合同的订立原则与订立程序	5
1.3.1 合同的订立原则	5
1.3.2 合同的订立程序	6
1.4 合同的成立与生效	7
1.4.1 合同的成立	7
1.4.2 合同的生效	8
1.5 合同的履行与变更	9
1.5.1 合同的履行	9
1.5.2 合同的变更	9
1.6 合同的漏洞及处理	13
1.6.1 当事人协商补充	14
1.6.2 按合同有关条款或交易习惯来确定	14
1.6.3 按照法定规则填补	14
1.6.4 采用合同解释的方法填补	15
1.7 合同的解除及法律后果	15
1.7.1 合同的解除	15
1.7.2 合同解除的法律后果	17
1.8 违约责任	20
1.8.1 违约责任的概念	20
1.8.2 承担违约责任的具体方式	20
1.8.3 违约金	22
1.8.4 定金	22
1.9 医疗卫生机构合同的起草、审计与修改	23
1.9.1 合同的起草	23
1.9.2 合同的审计与修改	28

第2章 合同审查与修改	36
2.1 合同审查与修改的目的及要求	36
2.1.1 合同审查的目的	36
2.1.2 合同的要求及合同审查的要求	36
2.2 合同审查与修改的方法及重点	37
2.3 合同的其他方面审查	46
第3章 政府采购合同管理	50
3.1 政府采购合同概述	50
3.1.1 政府采购合同概念和特征	50
3.1.2 政府采购合同的主体	52
3.2 政府采购合同的订立	52
3.2.1 政府采购合同的订立过程	52
3.2.2 政府采购合同的六种订立方式	54
3.2.3 政府采购合同订立过程中产生的主要法律责任	60
3.3 政府采购合同的履行	61
3.3.1 政府采购合同履行概述	61
3.3.2 政府采购合同履行过程中产生的主要问题	62
3.3.3 履约验收制度	67
第4章 建设工程合同管理	74
4.1 建设工程合同概述	74
4.1.1 建设工程合同的订立	74
4.1.2 建设工程合同的分类	74
4.2 建设工程施工合同	78
4.2.1 建设工程施工合同概述	78
4.2.2 建设工程施工合同的主要内容	80
4.3 建设工程施工合同管理概述	82
4.4 施工准备阶段的合同管理	91
4.5 施工过程的合同管理	93
4.6 竣工阶段的合同管理	102
4.7 建设工程合同纠纷类型及趋势	111
4.7.1 建设工程合同纠纷案件的类型	112
4.7.2 建设工程合同纠纷成因分析	116
4.7.3 建设工程合同纠纷发展趋势	117
第5章 融资租赁合同管理	127
5.1 效力认定的疑难问题	127
5.1.1 何为融资租赁合同	127

5.1.2	融资租赁合同中包含哪些内容	130
5.1.3	售后回租合同是否为融资租赁合同	133
5.1.4	融资租赁合同无效时租赁物归属于谁	136
5.2	履行中的疑难问题	141
5.2.1	出卖人与承租人之间的权利义务有哪些	141
5.2.2	承租人应如何行使索赔权	142
5.2.3	出租人应履行何种义务	143
5.2.4	租赁期间租赁物归属于谁	144
5.2.5	融资租赁合同中租金的法律性质是什么	145
5.2.6	出租人对承租人占有、使用租赁物负有何种义务	146
5.2.7	租赁物对第三人造成损害的,由谁承担赔偿责任	147
5.2.8	承租人对租赁物负有何种义务	149
5.2.9	租赁期间届满后租赁物归属于谁	151
5.2.10	租赁物损毁、灭失的风险由谁承担	152
5.2.11	租赁物的期满补偿怎样执行	153
5.3	合同解除的疑难问题	161
5.3.1	均可解约的情形有哪些	161
5.3.2	出租人可解约的情形有哪些	163
5.3.3	承租人可解约的情形有哪些	164
5.3.4	因租赁物毁损灭失而解约的后果是什么	165
5.4	违约责任的疑难问题	171
5.4.1	承租人不履行租金义务时,出租人的救济手段有哪些	171
5.4.2	承租人在何种情况下享有请求返还租金的权利	171
5.4.3	承租人逾期付租的责任是什么	173
5.4.4	提前解约的损失赔偿范围是什么	174
5.5	诉讼当事人及诉讼时效等疑难问题	182
5.5.1	如何确定融资租赁纠纷诉讼中的第三人	182
5.5.2	租金债务的诉讼时效如何计算	183
5.5.3	本司法解释的适用范围是什么	184
第6章	合同审计	191
6.1	合同审计概述	191
6.1.1	合同形式及合同条款	191
6.1.2	合同管理的主要风险	192
6.1.3	合同审计的目标	198
6.1.4	开展合同审计应注意的问题	202
6.2	合同审计流程	206
6.3	合同内部控制审计	221
6.4	合同审计案例评析	234

附 录	256
附录一 医疗卫生机构合同管理与审计制度范本	256
× × 医院合同管理办法 (试行)	256
× × 医院合同管理制度 (试行)	261
× × 医院经济合同管理办法	269
× × 医院合同管理内部控制制度 (试行)	273
× × 市卫计委政府合同管理规定 (试行)	282
× × 医院经济合同审计实施办法	285
× × 医院经济合同审计规定	288
× × 医院经济合同审计暂行规定	292
附录二 医疗卫生机构合同范本 (采购类)	294
医疗机构药品网上阳光采购合同	294
医疗机构医用耗材网上阳光采购协议	298
医院医疗设备采购合同 (I)	301
医院医疗设备采购合同 (II)	305
医院医疗设备采购协议 (内贸)	309
医院医疗设备采购协议 (外贸)	316
医院医用耗材及检验试剂配送服务合同	323
医院年度布匹类采购合同	327
医院医用耗材购销合同	331
医院口腔耗材购销合同	333
医院宣传材料采购及制作合同	335
附录三 医疗卫生机构合同范本 (服务类)	338
医院洗涤服务外包合同	338
医院医疗设备维修保养合同	342
医院办公设备保养/维修协议	344
医院中央空调维护协议	347
医院食堂外包合同	350
医院电梯维保合同	354
医院保洁物业管理合同	359
医院消防检测维保合同	365
医院保安服务合同	369
医院医疗设备租赁合作协议	372
医院医疗设备融资租赁合同	374
医院停车场委托管理协议	377
医院委托内部审计服务合同	379
医疗卫生机构常年法律顾问合同	383
附录四 医疗卫生机构合同范本 (建设工程类)	386
医院建设工程施工合同	386

医院新建业务辅助用房工程施工承包合同	410
医院工程建设项目招标代理合同	415
医院建设工程造价咨询合同	420
医院电梯供货合同	434
医院电梯安装合同	439
医院零星工程修缮合同	453
医院消防系统维保合同	455
附录五 医疗卫生机构合同范本（科研类）	462
医院科研项目合作协议	462
医院技术开发（委托）合同	465
医院体外诊断试剂临床实验协议	472
附录六 医疗卫生机构合同范本（信息类）	474
医院 HRP 升级优化及系统扩展采购项目合同	474
医院软件开发合同	483
医院信息系统及其系统软件平台维护合同	492
医院信息系统运行维护服务合同	496
附录七 医疗卫生机构合同范本（战略合作及其他）	499
“（市属医院）医疗联合体”合作协议书	499
（委托方）与（市属医院）托管××医院合作协议书	503
（市属医院）与（合作对象）技术合作协议书	507

第1章 合同概述

1.1 合同的概念与法律特征

1.1.1 合同的概念

合同又称契约、协议，在民法领域，合同泛指一切确立平等主体之间权利义务关系的协议。日常生活中，我们经常所说的“合同”“协议”仅指民法上的合同，又称民事合同。《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。”《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第2条规定：“本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。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议适用其他法律规定。”据上述法律可知，我国《合同法》规定的合同是具有财产关系的民事合同，如债权合同、物权合同等，但不包括身份关系的合同，如离婚协议、收养协议、监护协议等。生活中常见的合同有哪些呢？我国《合同法》分则列出了以下15种合同：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；居间合同。以上15种合同在法学理论上称为“有名合同”。但并不是只有有名合同才是有效的，凡是当事人自愿订立的合同，都可以任意约定合同或协议的名称，只要合同不违反国家法律法规，不违反社会公序良俗，即使《合同法》没有专门将它列出，也是有效的，同样受国家法律的保护。

1.1.2 合同的法律特征

一般来说，合同具有以下法律特征：

1. 合同是平等主体之间的民事法律关系

合同当事人的法律地位平等，没有高低、从属之分，不存在命令者与被命令者、管理者与被管理者的区别。这意味着合同当事人一方不得凭借行政权力、经济实力等优势地位将自己的意志强加给另一方。

2. 合同是双方或多方当事人的法律行为

合同的主体必须有两个或两个以上，合同的成立是各方当事人意思表示一致的

结果。

3. 合同是从法律上明确当事人之间特定权利与义务关系的文件

合同在当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系，以实现当事人的特定经济目的。

4. 合同是具有相应法律效力的协议

合同依法成立生效之后，对当事人就具有了法律上的拘束力。合同只在特定的当事人之间发生效力。

1.2 合同的内容与形式

1.2.1 合同的内容

合同的条款就是合同的内容。合同当事人之间的权利义务关系，除法律规定外，主要由合同的各项条款确定。我国《合同法》第12条规定合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

1. 当事人的名称或者姓名和住所

当事人是合同的主体，当事人条款是每一份合同必备的条款。合同中如果不写明当事人，就无法确定权利的享有者和义务的承担者，发生纠纷也难以解决，特别是在合同涉及多方当事人的时候更是如此。因此，合同中不仅要列明相关当事人，而且要把当事人姓名（或名称）和住所都写准确、写清楚。

2. 标的

标的是合同当事人的权利义务指向的对象。标的是合同成立的必要条件，是一切合同的必备条款。合同的种类很多，合同的标的也多种多样。当事人在签订合同时，对标的描述应当细致、准确、清楚，防止差错。特别是对于那些不易确定的无形财产、劳务、工作成果等更要尽可能描述准确、明白。此外，对标的描述还应当注意各种语言、方言以及表达习惯的差异，避免引起不必要的麻烦和纠纷。

3. 数量

在大多数的合同中，数量是必备条款，没有数量，合同是不能成立的。许多合同，只要有了标的和数量，即使对其他内容没有规定，也不妨碍合同的成立与生效。因此，数量是合同的重要条款。对于有形财产，数量是对单位个数、体积、面积、长度、容积、重量等的计量；对于无形财产，数量有个数、件数、字数以及使用范围等多种量度方法；对于劳务，数量为劳动量；对于工作成果，数量是工作量及成果数量。一般而言，合同的数量要准确，要选择使用共同接受的计量单位、计量方法和计量工具，应根

据不同情况,要求不同的精确度,因此还应当规定允许的尾差、磅差、超欠幅度、自然耗损率等。

4. 质量

对有形财产来说,质量是物理、化学、机械、生物等性质;对于无形财产、服务、工作成果来说,也有质量高低的问题,并有衡量的特定方法。质量指标准、技术要求,包括性能、效用、工艺等,一般以品种、型号、规格、等级等体现出来。质量条款的重要性是毋庸置疑的,许许多多的合同纠纷由此引起。合同中应当对质量问题尽可能地规定细致、准确和清楚。国家有强制性标准规定的,必须按照规定的标准执行。如有其他质量标准的,应尽可能约定适用的标准。当事人可以约定质量检验的方法、质量责任的期限和条件、对质量提出异议的条件与期限等。

5. 价款或者报酬

价款或者报酬,是一方当事人向对方当事人所付代价的货币支付。价款一般指对提供财产的当事人支付的货币,如买卖合同中的货款、租赁合同中的租金、借款合同中借款人向贷款人支付的本金和利息等。报酬一般是指对提供劳务或者工作成果的当事人支付的货币,如运输合同中的运费、保管合同与仓储合同中的保管费以及建设工程合同中的勘察费、设计费和工程款等。如果有政府定价和政府指导价的,要按照规定执行。价格应当在合同中规定清楚,或者明确规定计算价款或者报酬的方法。有些合同比较复杂,货款、运费、保险费、保管费、装卸费、报关费以及一切其他可能支出的费用,由当事人哪一方支付,应在合同中做出明确的约定。

6. 履行期限

履行期限是指合同中规定的当事人履行自己的义务,如交付标的物、支付价款或者报酬、履行劳务、完成工作的时间界限。履行期限直接关系到合同义务完成的时间,涉及当事人的期限利益,也是确定合同是否按时履行或者迟延履行履行的客观依据。履行期限可以是即时履行,也可以是定时履行;可以是在一定期限内履行,也可以是分期履行。不同的合同,对履行期限的要求是不同的,期限可以以小时、天、月计,也可以以服务周期、季节计,也可以以年计。期限可以是非常精确的,也可以是不十分确定的。不同的合同,其履行期限的具体含义也不同。买卖合同中卖方的履行期限是指交货的日期、买方的履行期限是交款日期,运输合同中承运人的履行期限是指从起运到目的地卸载的时间,建设工程合同中承包方的履行期限是从开工到竣工的时间。正因如此,当事人在签订合同时,期限条款应当尽量明确、具体,或者明确规定计算期限的方法。

7. 履行地点和方式

履行地点是指当事人履行合同义务和对方当事人接受履行的地点。不同的合同,履行地点有不同的特点。如医院设备采购合同中,医院提货的,在提货地履行;供应商送货的,在医院收货地履行。在医院工程建设合同中,在医院建设项目所在地履行。履行地点有时是确定运费由谁负担、风险由谁承担以及所有权是否转移、何时转移的依据,

也是在发生纠纷后确定由哪一地法院管辖的依据。因此,履行地点在合同中应当规定得明确、具体。

履行方式是指当事人履行合同义务的具体做法。不同的合同,履行方式也存在差异,如买卖合同是交付标的物,而承揽合同是交付工作成果。履行可以是一次性的,也可以是在一定时期内的,还可以是分期、分批的。履行方式还包括价款或者报酬的支付方式、结算方式等,如现金结算、转账结算、同城转账结算、异地转账结算、托收承付、支票结算、委托付款、限额支票、信用证、汇兑结算、委托收款等。履行方式与当事人的利益密切相关,应当从方便、快捷和防止欺诈等方面考虑,采取最为适当的履行方式,并且在合同中明确规定。

8. 违约责任

违约责任是指当事人一方或者双方不履行合同或者不适当履行合同,依照法律的规定或者按照当事人的约定应当承担的法律责任。违约责任是促使当事人履行合同义务,使对方免受或少受损失的法律措施,也是保证合同履行的主要条款。违约责任在合同中非常重要,因此一般有关合同的法律对于违约责任都已经做出较为详尽的规定。但法律一般仅做出原则性规定,即使细致也不可能面面俱到。为了保证合同严格按照约定履行,从而达到当事人订立合同的目的,当事人应当在合同中约定违约责任,如约定定金、违约金、赔偿金额以及赔偿金的计算方法等。

9. 解决争议的方法

解决争议的方法指合同争议的解决途径,对合同条款发生争议时的解释以及法律适用等。解决争议的途径主要有双方通过协商和解、由第三方进行调解、通过仲裁解决、通过诉讼解决。当事人可以约定解决争议的方法,如果意图通过诉讼解决争议不用进行约定,通过其他途径解决都要事先或者事后约定。依照《中华人民共和国仲裁法》的规定,如果选择适用仲裁解决争议,即排除法院对其争议的管辖,除非当事人的约定无效。但是如果仲裁裁决有问题,可以依法申请法院撤销仲裁裁决或者申请法院不予执行。当事人选择和解、调解方式解决争议,都不能排除法院的管辖,当事人仍可以提起诉讼。选择解决争议的方法对于发生纠纷后当事人利益的保护是非常重要的,应该慎重对待。另外,选择仲裁时,对于选择哪一个仲裁机构要规定得具体、清楚,不能笼统规定“采用仲裁解决”。否则,仲裁协议条款无效。

值得注意的是,并不是说当事人签订的合同中缺失上述条款中的任何一项就会导致合同的不成立或者无效。合同主要条款的规定只具有提示性与示范性。合同的具体条款或者合同的内容要由当事人约定,一般包括上述条款,但不限于这些条款。不同的合同,由于类型与性质不同,其主要条款或者必备条款可能是不同的。比如,买卖合同中有价格条款;而在无偿合同如赠予合同中就没有此项。事实上,每个合同应具备哪些条款依合同情形不同而各不相同。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。合同的条款是否完整、准确,不仅决定了合同能否成立、生效,同时决定了合同当事人之间能否顺利地履行合同,实现订立合同的目的。

1.2.2 合同的形式

合同的形式,是指合同当事人之间明确权利义务的表达方式,也是当事人双方意思表示的表现方法。我国《合同法》第10条规定:“当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政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。”据此规定,合同的订立形式主要有口头形式和书面形式两种。合同的口头形式指当事人只以口头语言订立合同,而不用文字表达协议内容的合同形式。口头形式优点在于方便快捷,缺点在于发生合同纠纷时难以取证,不易分清责任。口头形式大多适用于能即时结清的合同关系。合同的书面形式是指当事人以合同书或者电报、电传、电子邮件等数据电文形式及各种可以有形地表现所载内容的方式订立合同的形式。书面形式有利于交易的安全,重要的合同应该采用书面形式。值得注意的是,有些合同法律要求必须采取书面形式订立的,当事人则不能采取口头的形式订立合同。

此外,最高人民法院于2009年4月24日发布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第2条规定:“当事人未以书面形式或者口头形式订立合同,但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的,人民法院可以认定是以合同法第十条第一款中的‘其他形式’订立的合同;但法律另有规定的除外。”据此可以看出,法律对合同形式的规定相当宽松,只要能证明合同是存在的,不论是书面形式、口头形式,甚至是行为都能作为订立合同的形式。

1.3 合同的订立原则与订立程序

1.3.1 合同的订立原则

合同的订立,是指合同双方或多方当事人依据法律的规定,就合同的各项条款进行协商,达成一致意思表示而确立合同关系的法律行为。当事人订立合同应当遵循以下原则:

(1) 平等原则。平等原则是指在法律上合同当事人是平等主体,主要包括三个方面的内容:一是合同当事人的法律地位一律平等,即合同当事人之间没有高低、从属之分;二是合同中的权利义务对等,指合同当事人享有权利,同时就应承担义务,而且权利、义务是相对应的;三是合同当事人必须就合同相关条款在平等的基础上进行充分协商,达成一致。

(2) 自愿原则。自愿原则意味着合同当事人即市场主体自主自愿地进行交易活动,当事人根据自己的知识、认识和判断,以及相关的环境去自主选择自己所需要的合同,追求自己最大的利益。总之,只要不违背法律、行政法规的规定,合同的签订、履行、解除等,均由当事人自愿决定。

(3) 公平原则。公平原则要求当事人之间的权利义务要公平合理并大体上平衡,合同上的责任和风险要合理分配。

(4) 诚实信用原则。当事人在订立合同时,不得有欺诈或其他违背诚实信用的行为;在合同履行中,应当根据合同的性质、目的和交易习惯,履行及时通知、协助、提供必要的条件、防止损失扩大、保密等义务;合同终止后当事人也应当遵循诚实信用原则,及时履行通知、协助、保密等义务。

(5) 遵守法律,不得损害社会公共利益的原则。合同当事人的意思表示应当在法律允许的范围内进行,对于损害社会公共利益、扰乱社会经济秩序的行为,国家应当予以干预。在国家法律、行政法规有强制性规定时,合同当事人必须严格遵守,不得恶意串通,损害国家、社会或者第三人的利益。

1.3.2 合同的订立程序

一般来说,订立合同须具备两个条件:第一,订约主体为双方或多方当事人。这里的订约主体,是指实际订立合同的人。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,是实际享受合同权利并承担合同义务的人。第二,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,当事人订立合同的目的就无法实现。实践中,当事人订立合同大致要经“要约”和“承诺”两个步骤。

1. 要约

所谓要约,是指当事人一方发出的旨在与他人订立合同的意思表示。发出要约的人称为“要约人”,接收要约的人称为“受要约人”。根据民法理论,符合法律要求的要约必须具备下列条件:

(1) 要约是特定合同当事人的意思表示。发出要约的目的在于订立合同,要约人必须使受要约人能够明白是谁发出了要约,以便做出承诺。因此,发出要约的人必须能够确定,必须能够特定化。虽然合同双方都可以作为要约人,但作为要约人的必须是特定的合同当事人。不论是自然人或者是法人,只要是具有相应民事权利能力与民事行为能力的人,都可以作为要约人。希望与对方订立合同的意思表示方式,根据内容的繁简不同,可以用口头形式,也可以用书面形式。

(2) 要约的内容必须是确定的和完整的。所谓“确定的”是要求要约的内容必须明确清楚,不能模棱两可、产生歧义。所谓“完整的”是要求要约的内容必须包含构成一个合同所必备的条件,但并不要求一个要约事无巨细、面面俱到。要约的效力在于,一经受要约人承诺,合同即可成立。因此,如果一个订约的建议含混不清、内容不具备一个合同的最基本的要素,是不能构成一个要约的。即使受要约人做出承诺,也会因缺乏合同的主要要件而使合同无法成立。一项要约的内容可以很详细,也可以较为简明,一般法律对此并无强制性要求。只要其内容具备使合同成立的基本条件,就可以作为一项要约。但对于究竟怎样才算具备了使合同成立的基本条件,如果法律有类似规定的要依据规定进行判断,最重要的是要根据具体情况进行判断。

2. 承诺

所谓承诺,是指受要约人完全接受要约中的全部条款,向要约人做出的同意按要约签订合同的意思表示。承诺是订立合同的最终条件。在一般情况下,承诺做出生效后合同即告成立,没有承诺,也就没有合同。一个合格的承诺应具备如下三个条件:

(1) 承诺必须由受要约人做出。要约是要约人向特定的受要约人发出的,受要约人是要约人选定的交易相对方,受要约人进行承诺的权利是要约人赋予的,只有受要约人才能取得承诺的能力,受要约人以外的第三人不享有承诺的权利。因此,受要约人以外的第三人进行的承诺不是承诺,只能视作对要约人发出了要约。如果订约的建议是向不特定人发出的,并且该订约建议可以构成要约,则不特定人中的任何人都可以做出承诺。不过实际上,最后能够做出承诺的,只能是特定的人,比如悬赏广告。

(2) 承诺必须在要约有效期限内提出。如果要约规定了承诺期限,则承诺应在规定的承诺期限内做出,如果要约没有规定承诺期限,则承诺应当在合理的期限内做出。如果要约的承诺期限已过,或者已超过一个合理的时期,则不应再做出承诺。如果承诺期限已过而受要约人还想订立合同,当然也可以发出承诺,但此承诺已不能视为是承诺,只能视为是一项要约。此时,原来的要约人不再受原要约的拘束,他可以不答应受要约人,当然也可以答应,如果答应,则是作为受要约人承诺要约人的要约。我国《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:①要约以对话方式做出的,应当即时做出承诺,但当事人另有约定的除外;②要约以非对话方式做出的,承诺应当在合理期限内到达。”第24条规定:“要约以信件或者电报做出的,承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的,自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式做出的,承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。”

(3) 承诺必须是绝对的和无条件的。即承诺的内容和条件与要约的内容和条件应当是一致的,而不能有任何出入或附加任何条件。承诺是对要约表示同意,承诺与要约内容必须一致。判断承诺的内容是否与要约的内容一致并非易事,受要约人对要约简单地表示同意并不多见,因此,必须对受要约人的承诺进行分析。如果仅仅是表述的形式不同,而不是实质的不一致,则不应当否定承诺的效力。如果承诺中提出了一些新的条件,就要分析这些新的条件是否从实质上改变了要约的内容,如果没有从实质上改变要约则应当认为是对要约的承诺,如果从实质上改变了要约的内容,则不应认为是一项承诺,而应是对要约的拒绝并可能构成反要约。

1.4 合同的成立与生效

1.4.1 合同的成立

合同的成立,是指合同当事人就合同的内容和条款充分协商并达成一致,即合同当事人的意思表示一致。一般来说,合同成立需要具备以下条件: