

合同法

理论与实务

付冬毛 凌智勇 著

江西人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法的理论与实务/付冬毛, 凌智勇编著, 一南昌; 江西人民出版社,
2002.7

ISBN 7-210-02564-2

I. 合... II. ①付...②凌... III. 合同法—研究—中国
IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 038666 号

合同法的理论与实务

付冬毛 凌智勇 编著

江西人民出版社出版发行

江西新华九江印刷总厂印刷 新华书店经销

2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷

开本: 787 毫米×1092 毫米 1/16 印张: 27

字数: 630 千 印数: 1-1,500 册

ISBN 7-210-02564-2/D.404 定价: 29.00 元

江西人民出版社 地址: 南昌市新魏路 17 号

邮政编码: 330002 传真: 8511749 电话: 8511534 (发行部)

E-mail: jxpph@163.net

(赣人版图书凡属印刷、装订错误, 请随时向承印厂调换)

前 言

随着市场经济的发展，特别是经济全球化的不断冲击，人们之间的经济往来活动越来越频繁，经济活动中仅靠自古以来的“信”字维系已不能适应，并逐渐失去了其应有的作用。于是，起源于欧洲中世纪的契约制度渐渐被国人所接受、吸收和沿用。以至发展成了今天的合同制度。

我国的合同制度起步较晚，人们对合同法律的领会也还不是很深，但又总是希望通过订立合同来实现自己的民事经济的流转，达到保护自己的合法权益的目的。因此，在合同法律的实务中，上当受骗，巨额财产被诈骗的案件不断发生。在我国加入 WTO 以后，我们又面临着国际的商务交往，这种商品经济活动更为复杂，如果在国际交往中被专门利用经济合同进行诈骗、索赔的不法外商所诈骗，其经济损失将更为惨重。面对这种情况，我国政府及有关部门又重新对原有的合同法、合同条例及其实施细则进行了重新的规范，于 1999 年 3 月，通过了新的《中华人民共和国合同法》，这是根据我国市场经济发展的需要，在原有的经济合同法、技术合同法和涉外经济合同法三部合同法的基础上，总结实践经验，加以补充完善，形成的统一的、较为完备的合同法。新的合同法的颁布实施对于保护合同当事人的合法权益，进一步完善市场交易的规则、维护社会经济秩序，发展社会主义的市场经济，有着非常重要的作用。但人们要树立合同的法律意识还需要一个过程，新合同法颁布以后，可资参考的材料也不是很多，把合同理论与实际操作结合起来的资料就更少了。

有鉴于此，作为从事理论教学的工作者，我们千方百计想奉献一点可资参考的素材，尽自己的关心社会经济生活的菲薄之力。在此书的创作的过程中，我们并不希望此书在理论上有什么裨益和突破，但尽我们所能，希望能给读者特别是广大的还未走向社会的学子们提供一点启示，奉上一本可用、可读之书！通过此书的学习，能克服合同订立过程中的纰漏，不使自己上当受骗，不给不法商人以可乘之机。这便是本书写作的初衷。然而，遗憾的是，由于我们能力和学识有限，加上环境和条件的限制，所写

的东西也许不尽于人意，希望广大读者海涵，并对错误和不足之处不吝提出批评和指教，以期在下次再版时作出修正。

本书在创作过程中，参阅了许多专家学者的研究成果，采用了许多学者的观点和见解，由于篇幅所限，未能一一加以列注，在此，对这些知名的和互联网上的不知名的专家学者和朋友表示衷心感谢。另外，本书在创作的过程中得到了陈静小姐的大力支持和帮助，在此，让我们再表示深情谢意。

作 者

2002 年 1 月 28 日

目 录

第一章 合同与合同法概述	1
第一节 合同的概念及其分类	1
第二节 合同法的本质及其基本原则	4
第二章 合同的成立	6
第一节 合同成立的概念和要件	6
第二节 合同订立的程序	7
第三节 合同的条款与形式	14
第三章 合同的效力	17
第一节 合同的生效要件	17
第二节 附条件和附期限的合同	18
第三节 效力待定合同	20
第四节 无效合同和可撤销合同及其法律责任	21
第四章 合同的履行	24
第一节 合同履行的原则	24
第二节 合同履行的规则	25
第三节 双方合同履行中的抗辩权	29
第四节 合同履行的保全	31
第五章 合同的变更与转让	35
第一节 合同的变更	35
第二节 合同的转让	36
第六章 合同权利义务的终止	42
第一节 合同的解除	42
第二节 抵销	45
第三节 提存	46
第四节 免除	48

第五节 混同	49
第七章 违约责任	50
第一节 违约责任的概念和特征	50
第二节 违约行为及其具体表现	51
第三节 免责事由	53
第四节 违约责任的承担方式	54
第五节 责任竞合	56
第八章 买卖合同	59
第一节 买卖合同概述	59
第二节 买卖合同的操作实务	61
第九章 供用电、水、气、热力合同	66
第十章 赠与合同	71
第一节 赠与合同概述	71
第二节 赠与合同的效力	72
第三节 赠与的撤销与履行拒绝	73
第四节 特种赠与	75
第十一章 借款合同	77
第一节 借款合同概述	77
第二节 借款合同的订立	78
第三节 借款合同的效力	80
第四节 对外信贷合同	82
第十二章 租赁合同	85
第一节 租赁合同的概念和特征	85
第二节 租赁权和租期	86
第三节 租赁合同双方当事人的主要义务	86
第十三章 融资租赁合同	92
第一节 融资租赁合同的概念与特征	92
第二节 融资租赁合同的成立	93
第三节 融资租赁合同当事人的主要义务	94

第十四章 承揽合同	96
第一节 承揽合同概述	96
第二节 承揽合同的内容	97
第三节 承揽合同的效力	99
第十五章 建设工程合同	104
第一节 建设工程合同概述	104
第二节 建设工程合同的效力	106
第三节 建设工程合同中应注意的几个问题	107
第十六章 运输合同	108
第一节 运输合同概述	108
第二节 客运合同	108
第三节 货运合同	109
第四节 多式联运合同	111
第十七章 技术合同	113
第一节 技术合同概述	113
第二节 技术开发合同	114
第三节 技术转让合同	121
第四节 技术咨询和技术服务合同	125
第十八章 保管合同	128
第一节 保管合同概述	128
第二节 保管合同的效力	128
第三节 仓储合同	129
第十九章 委托合同	132
第一节 委托合同概述	132
第二节 委托合同的效力	133
第三节 委托合同的终止	138
第二十章 行纪合同	140
第一节 行纪合同概述	140
第二节 行纪合同的效力	142

第二十一章	居间合同	145
第一节	居间合同概述	145
第二节	居间合同的效力	146
第二十二章	涉外合同的操作实务	148
第一节	涉外合同概述	148
第二节	涉外合同诉讼实务	150
第二十三章	合同债务清欠实务	151
第一节	自清、信函调解讨债和仲裁清算与诉讼清欠	151
第二节	申请支付令	152
第三节	申请执行与预防执行难的对策	153
第四节	申请破产还债	155
第二十四章	合同犯罪预防对策	156
第二十五章	合同参考文本	159

第一章 合同与合同法概述

第一节 合同的概念及其分类

一、合同的概念及其特征

一九九九年3月15日九届人大第二次会议审议通过的《中华人民共和国合同法》准确地界定了合同的概念，即“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，适用其他法律的规定”。因为有关身份关系的协议如结婚、离婚和收养等区别于纯粹的债权债务关系的协议，有它自身的特性和规律，因此，合同法把这种协议关系界定在合同法之外。合同作为法律事实的一种，与其他法律行为相比较有以下几个主要特点：

1、合同是两个或两个以上当事人的法律行为。这是合同区别于单方法律行为的重要标志。单方法律行为成立的基础条件是当事人单方意志，而合同是当事人双方或多方当事人的合意而成立的。合同的本质是双方或多方当事人的行为合法，当事人的合意内容与目的不违背法律的要求，即发生法律效力，受到国家强制力的保护。

2、合同是以设立、变更和终止民事权利义务关系为基本内容和目的的协议。所谓协议是各方当事人经过协商所达成的共向和对向的具有权利义务内容的一致意见。这一特点明确了合同与一般的商量行为的区别。此外，当事人所订协议的内容不仅包括债权债务的设立，而且还包括移转、变更或终止民事权利义务等双方法律行为。只有以设立、变更和终止民事权利义务为目的，合同才具有法律意义。

3、合同是在平等自愿的基础上且具有意思表示的一致性和真实性的协议。合同当事人的意思表示无论是明示或是默示，均可成立合同。在这里当事人的意思表示的一致和真实有以下三个方面的含义：一是当事人的缔约意思是自愿而为，双方地位平等，不是对方或第三人的强行所致。二是当事人的内心须具有追求法律效果，即发生法律上权利义务的目的性明确的意思表示。三是当事人的内心意思与外在的表示须具有一致性。

4、合同须具有合法性、确定性和可履行性。合同只有合法才受法律的保护；合同的确定性是指合同内容必须确定即约定明确，只有这样才能为履行合同提供依据，对当事人的意思表示的解释确立标准；合同的可履行性与合同的合法性有一定的联系，只有合同的标的具有履行的可能，才能使合同有效，否则，不能履行的合同会导致合同的解除或无效等。当然，对于因不可抗力产生的履行不能，当事人可以免责或变更合同。

5、当事人须具有缔约的行为能力。

二、合同的分类

合同的分类是将合同的诸多种类按照特定的标准进行抽象性地加以区别与划分。

每个国家在合同的分类上都有其据以划分的标准。

一般地说，依据合同所反映的交易关系的性质可以把合同划分为如下的种类。如买卖合同、租赁合同、借贷合同、加工承揽合同、运输合同、保险合同、技术合同、合伙合同、居间合同、行纪合同、委托合同、仓储保管合同、融资合同、建设工程合同、借款合同、赠与合同、供用水、电、气热力合同等等形式。

在学理上，我国采用了大陆法系对合同种类进行了抽象的划分，形成了合同的如下种类：

1、单务合同与双务合同

这是根据合同当事人双方的权利义务的分担方式来划分的。单务合同是一方当事人只享有权利而不承担义务，另一方当事人只负义务而不享有权利的合同。如赠与合同、归还原物的借用合同等，在社会生活中单务合同是合同中的例外，最为普遍的是双务合同。双务合同是指双方当事人都有权利承担义务的合同。在这类合同中，当事人的债权债务关系是处于对应状态的，即每一方当事人既是债权人又是债务人，一方的权利就是对方的义务，至于一方的权利与对方义务在经济价值上是等同，则有所不同。典型的双务合同有买卖合同、租赁合同、合伙合同、保险合同等。

2、有偿合同与无偿合同

这是根据合同当事人权利的取得是否付出相应的代价来划分的。有偿合同是当事人因取得权利或利益须偿付一定代价的合同。在有偿合同中，双方当事人互为给付，即当事人以接受对方相应的代价作为履行义务的条件。如买卖合同、租赁合同等。无偿合同是指当事人一方只取得权利而不偿付任何代价的合同。如赠与合同。绝大多数情况下，有偿合同是双务合同，无偿合同是单务合同。

3、诺成合同与实践合同

这是根据合同的成立是否以交付标的物为其要件而划分的。诺成合同是不依赖标的物的交付，只需当事人的意思表示一致就可成立的合同。传统的民法通常将买卖合同、租赁合同、承揽合同、委托合同等作为诺成合同。实践合同是指除经当事人意思表示一致的情况下还需以交付合同标的物作为合同成立的要件。通常把借贷合同、保管合同、赠与合同等归为实践合同。但随着世界经济的高速发展，信贷业、运输业、仓储保管业已今非昔比，因此，我国新合同法为适应新的经济形势的发展，已把借贷合同、运输合同以及仓储保管合同归为诺成合同。在世界各国的很多学者认为实践合同的存在将阻碍经济流转的便捷与迅速，其存在已无必要。

4、要式合同与不要式合同

这是根据合同的成立是否需要采用特定的形式或程序来划分的。要式合同是指合同成立时要求采用特定形式和手续的合同。其中，根据特定的形式是属于法律的直接规定还是当事人双方的自由约定又分为法定要式合同与约定要式合同。这里所说的特定形式和手续是指有特别指定的书面形式，公证、鉴证、批准和登记等。例如专利转让非书面形式不能成立，房屋买卖未经房管部门登记不能成立等。不要式合同是指不需要特定形式和手续就可成立的合同，如我国合同法第十条所列举的一般书面形式、口头形式和其他形式即是。

5、主合同与从合同

这是根据合同是否具有从属性来划分的。当两个以上的合同相互关联之时，其中一个合同对另外的合同存在制约或限制时，便产生了主从合同关系。凡不以他种合同的存在为前提也就是说受其他合同的制约而能独立存在的合同，称为主合同，反之，必须以他种合同的存在为前提，自身不能独立存在的合同，称为从合同。如借贷合同是主合同，为借贷合同所设的质押、抵押担保合同是从合同。一般情况下，主合同变更或消灭，从合同也随之变更或消灭。

6、为本人利益的合同与为第三人利益的合同

这是根据订约人究竟是为谁的利益而订立的合同划分的。在一般情况下，订约人都是为了本人的利益而订约的这就叫做为本人利益的合同。但在某种情况下，订约人并非为自己而是为他人和利益而订立合同，这叫做为第三人利益的合同。在这类合同中第三人未参加合同的签订，此类合同的签订也不要事先征得第三人的同意或通知第三人，合同成立后，第三人可以接受，也可以拒绝接受该项权利，如果第三人拒绝接受的，该权利仍归订约人享有。在实践中，指定受益人的人寿保险合同就是典型的为第三人利益的合同。

7、有名合同、无名合同与混同合同

这是根据合同的名称是否为法律所赋予来划分的。凡是法律赋予一定的名称，并特别作出规定的合同，称之为有名合同，也可称之为典型合同。我国合同法所列的十五种合同，还有保险合同，抵押合同。抵押合同都是有名合同。凡是法律上没有确定的名称，未对其特别作出规范的规定，称之为无名合同。只要无名合同的内容不违反社会公共利益和社会公德，它同样具有法律效力，受到法律的保护，如劳务交换合同，互利合同，搬迁合同等都是无名合同，我国合同法第124条对无名合同的适用作了具体的规定：它可以适用合同法的总则的规定和与该合同相近似的有名合同的法律规定，并同时参照当事人的自治意思和合同的目的处理。无名合同是社会经济生活发展的需要，它有时会随着经济形势的迫切需要而成为有名的合同。混合合同是指内容包括两个以上独立的有名合同事项或有名合同与无名合同事项混杂在一个合同中的合同。如旅馆住宿合同便同时包含物品的租赁合同与雇佣服务合同两种协议。对于混同合同，情况稍复杂，不可单独地适用某合同的法律，应根据该合同具体情况综合考虑法律及其原则的适用。

8、本合同与预约合同

这是根据订立合同是否有事先约定的关系进行划分的。凡是当事人约定将来设定一定合同的合同是预约合同，也叫做预约。凡为了今后履行预约合同而订立的合同是本合同，又叫做本约。在我国现实社会中，仅将预约理解为不受法律约束的意向书、意向协议等，与法律本意有较大的差距，关于预约合同还没有法律的明文规定，预约合同不一定和实践合同发生必然的联系，任何一种合同都可以预约。

9、格式合同与非格式合同

这是根据合同必要条款的内容是否由法律直接规定来划分的。格式合同是指合同必要条款的内容由法律规定的合同，格式合同又叫做标准合同。其特点是一方预先拟

定且不允许相对人对其内容作出变更。例如：铁路、公路、航空、运输合同。非格式合同是指法律未对合同内容作出直接规定的合同，实践中的绝大多数合同都是非格式合同。非格式合同的内容完全由当事人双方约定，并可以根据情况约定变更。

第二节 合同法的本质及其基本原则

一、合同法的本质

合同法是现代各国民事法律制度的一个重要组成部分，是民法体系中的一个重要内容，它主要是调整财产流转关系，规范和制约交易行为的基本法，是一个国家依法管理经济的一个重要法律。现代合同所规定的内容十分广泛，主要包括什么是合同，怎么样订立合同，合同的履行规则，合同的法律效力，合同的担保、解除、终止等应具备的条件，在具体的合同履行中当事人的权利义务，违反合同应承担的民事责任，以及如何进行法律补救的问题。作为一门学科，合同法还应包括对合同法的本质、功能、发展史的研究等。因此，合同法是调整平等民事主体间利用合同进行财产流转而产生的社会关系的法律规范的总称。这可以从两个方面来认识：第一，合同法调整的是具有财产内容的社会关系。这就是说，合同法所反映的是平等主体间在转让产品或货币，完成工作和提供劳务的活动中产生的债务的清偿或履行，即经济流转关系，它具体地体现在财产从一个民事主体到另一个民事主体的合法转移过程。主体间的行为总是与一定的财产利益相关联。这正是合同法与反映人身关系的法和调整非法行为的侵权行为法的根本区别。第二，合同法调整的是以经济流转为特征的社会关系，它表明，合同法所调整的并非社会中的全部的财产关系，而是其中的动态财产关系，即以财产流转为特征的社会关系，此点正是合同法与物权法的不同之处。虽然合同法与物权法都是财产法，然而物权，尤其是其中的所有权，它直接规定其中的所有权，直接规定社会财产的归属问题，物权的核心主要是表现所有与利用占有的权利关系，它本质上是规定和反映社会财产关系的静止状态。而合同法制度的社会职能是将媒介财产或其他劳动成果从生产领域移转到交换领域，并经过交换领域进入消费领域，其内容常常表现为转移已占有的财产，转移的目的有的是实现对财产的占有，有的是创造一个新的占有。可以说，合同法是所有权人处分财产或获得财产的重要法律手段，充分反映着流通领域内的财产运动状态。

二、合同法的基本原则

合同法的基本原则是指合同立法的指导思想以及调整民事主体之间关系所必须遵循的基本方针和准则，它贯穿于整个合同法律规范之中，是制定、解释、执行和研究我国合同法的依据和出发点。我国合同法确立了以下基本原则：

1、自愿原则

《合同法》第四条规定：“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涉。”法律赋予和保障商品生产者和经营者以充分的自主决策权，鼓励和支

持合同主体自主自愿地从事生产、经营和交易活动。只要合同当事人不违反法律的禁止性规定和社会公共利益以及社会公德，合同当事人有依法缔结合同的自由，不允许欺诈、胁迫等行为；合同当事人有选择合同相对人、合同的内容和履行方式的自由。只有坚持这一原则，才能实现合同当事人在自己的经济活动中的自由科学的决策，达到保障其经济利益充分实现的目的。

2、平等原则与公平原则

《合同法》第三条、第五条对此作了明确的规定。平等原则是指民法赋予民事主体平等的民事权利能力，并要求所有民事主体同受法律的约束。这一原则反映在合同关系中，就是不承认特权和特权依托下的身份，肯定当事人合同地位平等，合同主体平等地受法律保护，在权利义务的分配上平等协商，在平等的基础上自由选择。公平原则要求民事主体本着公正的观念从事合同活动，正当地行使权利和履行义务，有民事活动中兼顾他人利益和社会公共利益。公平原则实际上是社会道德观念的体现，它反映了人与人之间应保持一种正当善良的利益关系。公平原则是保障合同当事人进行公正交易和公平竞争，公平合理地处理合同纠纷的重要原则。

3、诚实信用原则

诚实信用原则也叫诚信原则，它是有市场经济活动中形成的道德规则，它要求人们在市场交易中，讲究信用，恪守诺言，诚实不欺，用善意的心理和方式取得权利和承担义务，在不损害其他竞争者，不损害社会公共利益和市场道德的前提下去追求自身利益的实现。诚实信用原则就是要求在当事人之间的利益关系和当事人与社会利益之间实现某种平衡。诚信原则有“帝王条款”的美称。

4、合法原则

《合同法》第七条规定：“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。”合法原则是基本的民事活动准则。在经济活动中切实贯彻合法原则，就能使各项交易活动纳入法制的轨道，使合同自由与合同正义互相补充，切实保障社会经济生活的正常秩序。

5、鼓励交易的原则

交易活动是市场活动的基本内容，无数的交易构成了完整的市场，而合同关系是市场经济社会的最基本的法律关系，因此，为了促进市场经济的高度发展，就必须使合同关系具有鼓励交易的职能和目的，只有鼓励当事人从事更多的合同交易活动，也就是鼓励当事人从事更多的市场活动，而市场交易越活跃，市场活动越频繁，市场经济才能得到真正的发展。当然，我们所说的鼓励交易是指鼓励合法的交易，不合法的交易不仅不应当受到鼓励，而且应当追究合同交易当事人的责任；同时，我们所说的鼓励交易还包括鼓励自愿的交易，也就是指合同当事人真实意思一致的基础上产生的交易，意思表示不真实的交易活动不应当受到鼓励，而应当通过可变更、可撤销等法律规则予以限制和调整。

总之，深入了解合同法的基本原则，对于全面把握合同法的宗旨、目的和精神，并正确地运用经济合同法，具有十分重要的意义。

第二章 合同的成立

第一节 合同成立的概念和要件

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。当事人就合同的主要条款经过协商、达成一致，合同即告成立。在这里，必须区分合同的生效与合同的成立两个不同的概念：合同的成立是合同当事人意思表示一致，是一种合意；合同有无效力，是合同成立后是否符合法律的生效要件的问题，具体地说，合同的生效，是指合同的内容开始发生法律效力。合同成立只是合同有效无效的前提，一项合同只有成立后，才会产生是否有效的问题。如果混淆了它们之间的界限，就会使大量的不成立的合同被确认为无效的合同，使本可能通过合同的解释填补遗漏的方法来使其成立的合同被宣布为绝对无效，使正当的交易被迫取消。因此，不能以合同的生效要件代替合同的成立要件。具体地说，合同的成立必须具备如下条件：

第一、存在双方或多方订约当事人。所谓订约当事人是指实际订立合同的人，这些人可以是公民，也可以是法人和其他组织（包括合伙）。无论订约当事人的形态如何，合同必须存在着两个利益不同的订约主体，也就是说，合同必须具有双方当事人，只有一方当事人则根本不能成立合同。

第二、订约当事人必须对合同的主要条款达成合意。合同成立的根本标志在于，合同当事人就合同的主要条款达成合意。所谓主要条款是指根据特定合同性质所应具备的条款，如果缺少这些条款合同是不能成立的。为了准确认定合同的主要条款，需要法院在实践中根据特写合同的性质而具体认定哪些条款属于合同的主要条款，而不能将合同法第12条所泛泛规定的合同条款都作为每个合同所必须具备的主要条款，否则将会导致大量的合同不能成立并生效。

第三、合同的成立应具备要约和承诺两个阶段。要约和承诺是合同成立必须经过的两个阶段。如果合同没有经过承诺，而只停留在要约阶段，则合同根本未成立。合同的成立要经过要约和承诺阶段同时也意味着当事人应具有明确的订立合同的目的。因为要约和承诺是就订立合同问题提出建议和接受建议，如果没有明确的订约目的就不可能形成要约和承诺。正是基于这一原因，笔者认为不宜将当事人具有订约目的作为合同成立的要件。以上都只是合同的一般成立要件。实际上由于合同的性质和内容不同，许多合同还可能具有其特定的成立要件。例如，对实践合同来说，应以实际交付物作为其成立要件；而对于要式合同来说，则应履行一定的手续才能成立，如依法必须登记的抵押合同，只有在办理了登记手续以后，合同才能成立；这样即使当事人已就合同的主要条款达成了一致协议，但如果未经登记，则仍然处于订约阶段，合同并没有成立。

第二节 合同订立的程序

合同必须经法律规定的程序签订才能成立。合同订立的程序是指当事人相互作出意思表示并就合同条款达成一致协议的具体过程。这一过程分为要约和承诺两个阶段。

一、要约

1、要约的概念和构成要件

要约又称报价、出盘、发价、发盘等。它是指一方当事人以缔结合同为目的，向对方当事人所作的意思表示。发出要约的人为要约人，接受要约的人则称为受要约人，简称受约人，也可以称之为相对人或承诺人。要约作为一种订约的意思表示，它能够对要约人和受要约人产生一种法律拘束力，尤其是要约人在要约的有效期限内，必须受要约的内容拘束，要约发出后，非依法律规定或受要约人的同意，不得变更或撤销要约的内容，据此，表明要约与不能产生行为预期的法律效果的事实行为是不同的。不过，要约尽管是一种意思表示但也不是民事法律行为。这可以从两个方面来理解：一方面，要约必须经过受要约人的承诺，才能产生行为人所预期的法律效果（即成立合同），而民事法律行为都可以产生行为人所预期的法律后果，另一方面，要约人所作出的意思表示可以是合法的，也可以是非合法的；但民事法律行为按我国《民法通则》的规定都是合法的。

一项要约发生法律效力，必须具有特定的有效条件，不具备这些条件，要约在法律上是不能成立的，也不能产生法律效力，要约须同时具备下列构成要件：

第一、要约是由具有订约能力的特定人作出的意思表示。要约的提出旨在与他人订立合同，并唤起受约人的承诺，所以要约人必须是订立合同的一方当事人。如果是代理人，需要有本人的授权，由于要约人是以订立某个合同为目的而发出某项要约，因此，要约人应具有缔约的缔约能力。无行为能力人或依法不能独立实施某种行为的限制行为能力人发出欲订立合同的要约，不能产生行为人所预期的效果。

第二、要约必须具有订立合同的主观目的。要约必须以订立合同为目的，凡不是以订立合同为目的的行为，例如邀请参加校庆的请柬，尽管表达了当事人的真实意愿，但不是要约。再如甲对乙说：“我快毕业了，我正考虑将我的一套电脑设备卖掉，价值3000元，”显然，甲并没有决定订立合同，所以也不是要约，由于要约具有订约意图，这就意味着要约人愿意接受承诺人承诺的后果，因此，要约一经承诺，就可以成立合同，要约人要受到约束。

第三、要约人必须向要约人希望与其缔结合同的受约人发出。要约人向谁发出要约也就是希望与谁订立合同，要约只有向要约人希望与其缔结合同的受要约人发出才能够唤起受要约人的承诺。要约原则上应向一个或数个特定人发出，即受要约人原则上应该特定，为什么原则上应当特定呢？这有两个理由，其一、受要约人的特定意味着要约人对谁有资格作为承诺人的问题作出了选择，也只有特定才能明确确定承诺人。如果受要约人不能确定，则意味着发出提议的人只是希望公众中的某个特定人向其发

出要约。其二、如果要约的对象不能够确定时仍可称为要约，那么，向不特定的许多人同时发出以出让某个特定物为内容的要约是有效的，这就可能会造成一物数卖。影响交易安全。因此，如果不是向特定人发出的建议，原则上应视为要约邀请。实践也表明，原则上要求要约的相对人必须特定有助于减少纠纷，维护交易安全。原则上应向特定人发出要约，并不是说法律严格禁止要约人向不特定人发出要约。法律在某种特定的情况下允许向不特定人发出的订约的提议具有要约的效力，如悬赏广告等，但是向不特定人发出要约必须具备两个条件：一是必须明确表示其作出的建议是要约而不是要约邀请。这里所说的明确表示可以以多种方式表示，如有广告中注明“本广告构成要约”或者注明：“本广告所列的各种商品将售予最先支付现金或是最先开信用证的人”等。二是必须明确承担向多人发出要约的责任，尤其是要约人向不特定人发出要约后，应当具有在合同成立以后，向不特定的受约人履行合同的能力。

第四、要约的内容必须具体明确。也就是说要约的内容必须使受要约人足以了解将来可能成立合同的主要内容，以供受约人考虑是否承诺。如果不能包含合同的主要条款，承诺人也难以作出承诺，即使作了承诺，也会因为这种合意不具备合同的主要条款而使合同不能成立。当然合同的主要条款，应当根据合同的性质，要约发出当时当地的惯例和法律的规定来确定。

只有具备上述四个条件，才能构成一个有效的要约，并使要约发出后产生应有的拘束力。

2、要约的形式

要约属于意思表示，它必须有其外在的表现形式，一般把要约的形式分为口头形式和书面形式。所谓口头形式是指要约人以直接对话或电话方式向相对人发出要约。所谓书面形式是指采用交换信函、电报、电传、传真和电子邮件等文字或电子数据形式进行要约。要约究竟采用口头形式还是书面形式，一般都是以欲成立的合同类型为标准，欲成立要式合同和要约须采取一定形式的书面形式。但在现代社会中，随着交易活动的日益频繁，为促进交易便捷，法律对合同要式性的要求正在日益减少，不要式合同逐渐成为主角，当事人的合同自由得到切实的体现。合同法对合同形式也限定较少，合同当事人有相当大的主观随意性。

3、要约的法律效力

一项意思表示，符合要约的构成要件，无论是口头形式，还是书面形式，都会发生法律效力。

要约的生效时间。要约的生效时间，因要约的不同形式而有差异。对于口头形式的要约，其法律效力从相对人了解要约时开始生效。相对人了解要约，应以通常情况下一般人所能理解要约为标准，能理解却假装不知并不影响要约的生效。对于书面形式的要约，我国合同法规定：要约到达受要约人时生效，所谓到达是指要约送达受要约人能够控制的地方。受要约人主观了解与否对要约的效力并无影响。

要约法律效力的内容。要约的法律效力即要约的拘束力，其内容包括对要约人的拘束力和对受要约人的拘束力两个方面。其一、对要约人的拘束力。也叫做要约的形式拘束力，指要约一经生效，要约人即受到要约拘束，不得随意撤回，撤销或对要约

加以限制，变更和扩张。因为在要约的有效期限内，受约人可能接到该要约而拒绝了他人的相似要约或不向他方发出相同内容的要约，或可能为以后合同履行进行了准备工作。在这种情况下，要约人一旦撤回或变更要约，受约人便可能遭受损失。一般认为，凡要约人在要约到达受约人之后撤销或变更要约，由此给受约人造成的损失，应由要约人赔偿。但法律也赋予要约人在一定条件下，即在受约人承诺前有限地撤回，撤销要约或变更要约的内容。合同法规定要约可以撤回，在要约尚未生效之前，撤回要约的通知已先行到达或与要约同时到达受约人，此要约被撤回。合同法也规定，于合同成立前，即受约人发出承诺通知前，要约可以撤销。但对要约人的撤销权法律作了两个限制性的规定，即“要约人确立了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销”或“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”的情况下，要约不得撤销。其二、对受约人的拘束力。又称受约人的实质拘束力，它是指受约人在要约发生效力时，取得其承诺而成立合同的法律地位。受约人在接到要约之后，即取得承诺的资格，有权在要约有效期内作出答复，决定是否对之承诺。如果受约人对要约予以承诺，合同便成立。但是，受约人没有必须承诺的义务，若不承诺，受约人只是丧失承诺的资格，导致合同的不成立。受约人不承诺，也没有通知的义务，即使要约人在要约中规定应为通知是否承诺。但是，依照法律规定或一般商业惯例负有承诺义务的情况，受约人不能拒绝承诺。例如，供方不得拒绝承诺订货方依某项指令性计划提出的要约。

要约法律效力的存续期间。要约法律效力的存续期间，是指要约受承诺拘束的期间，也称承诺期限。要约在其存续期间受相对人承诺的拘束，不在此期间承诺，要约丧失效力。要约法律效力的存续期间分为定有存续期间和未定有存续期间两种情况：定有存续期间按照民法上的意思自治原则，要约的存续期间由要约人自己确定。受约人在其期限内承诺，对要约人有拘束力。对于要约存续期间的起算，如要约人以电报或者信件发出要约时，自电报交发之日或信件所载明的日期开始计算，如果信件未载明发信日，则自信封所盖邮戳日期开始计算；要约人以电话，传真或其他快速通讯方式发出要约的，自要约到达受约人之日起开始计算。未定有存续期间可以从两个方面来理解：对于口头要约，仅在受约人立即承诺时，才对要约人有拘束力；对于书面要约，在依通常情形下能够收到承诺所需的合理期间内承诺，对要约人有拘束力。所谓合理期间，应包括：（1）要约到达受约人的必要期间，（2）受约人考虑是否承诺所需要的必要期间，（3）承诺到达要约人所需要的必要期间。在合理的期间内受约人不为承诺，要约丧失效力。

4、要约邀请

要约邀请也叫引诱要约，它是指希望他人向自己发出要约的意思表示。要约邀请是一种事实行为，也就是说，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。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。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信赖利益的损失，要约邀请人一般不承担法律责任。根据我国的司法理论和实践，可从以下几个方面来区分要约和要约邀请：