

梁慧星：《中华人民共和国合同法》立法方案 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_A2_81_E6_85_A7_E6_98_9F_EF_c122_484010.htm 梁按：1993年10月法工委邀请北京部分民法学者座谈制定统一合同法事宜，与会学者一致赞同立即着手起草，并推举八位中学者研拟立法方案。这八位学者是：政法大学江平、中国社会科学院法学研究所梁慧星、人民大学王利明、中国社会科学院法学研究所张广兴、烟台大学郭明瑞、吉林大学崔建远、最高人民法院李凡、北京高级人民法院何忻。当月下旬在北京召开了研拟立法方案的座谈会，会议开了三天。先用两天时间分析法律发展潮流、发达国家和地区的经验、我国经济生活中发生的问题，讨论立法指导思想、价值取向、基本原则和法律结构等问题，第三天分两组分别设计总则和分则章节。在集体讨论基础上由梁慧星执笔完成立法方案草案。11月4日法工委邀请北京部分学者对该立法方案草案进行了初步讨论。1994年1月上旬在北京召开了有十二个单位的学者参加的合同法起草工作会议。这十二个单位是：北京大学、人民大学、中国政法大学、对外经济贸易大学、武汉大学、吉林大学、烟台大学、西南政法大学、中南政法学院、华东政法学院、西北政法学院、中国社会科学院法学研究所。会议经逐条讨论后一致通过《中华人民共和国合同法立法方案》。然后由各单位自选承担其中一章或几章的起草。要求严格按照立法方案规定的原则和要点起草，预定在6月底完成。实际是11月全部完成。在各章草案基础上，由梁慧星、张广兴、傅静坤三人负责统稿，于1995年1月完成《中华人民共和国合同法草案(建

议稿)》。《中华人民共和国合同法》已于1999年3月15日在第九届全国人民代表大会第二次会议上顺利获得通过，并于1999年10月1日正式实施。为便于学者、法官、律师掌握合同法的基本精神，正确解释适用合同法各项规则，特将《中华人民共和国合同法立法方案》公布。

一、立法指导思想

(一) 从我国改革开放和发展社会主义市场经济，建立全国统一的大市场及与国际市场接轨的实际出发，总结我国合同立法、司法实践经验和理论研究成果，广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区立法的成功经验和判例学说，尽量采用反映现代市场经济客观规律的共同规则，并与国际公约和国际惯例协调一致。

(二) 充分体现当事人意思自治，在不违反法律和公序良俗的前提下，保障当事人享有充分的合同自由，不受行政机关及其他组织的干预。非基于重大的正当事由，不得对当事人的合同自由予以限制。

(三) 考虑到本法制定和实施的时代特点，本法应能适应我国建成社会主义市场经济后对法律调整的要求，同时应兼顾目前由计划经济体制向市场经济体制过渡时期的特点，但对落后的现实不应迁就。

(四) 本法在价值取向上应兼顾经济效率与社会公正、交易便捷与交易安全。即在拟定法律规则时，既要注重有利于提高效率，促进生产力发展，又要注重维护社会公益，保护消费者和劳动者权益，维护市场经济的道德秩序，不允许靠损害国家、社会利益，损害消费者和劳动者而发财致富；既要体现现代化市场经济对交易便捷的要求，力求简便和迅速，又不可因此损及交易安全，应规定必要的形式和手续。

(五) 应注重法律的规范性和可操作性，条文繁简适当，概念尽量准确，有明确的适用范围、构成要件和法律后果，以便于正确适

用。二、调整范围及与其他法律的关系（一）本法调整平等主体之间的合同关系。（二）本法仍维持狭义合同概念，即本法所称合同为债权合同。基于身份关系的协议如结婚、离婚、收养、遗赠扶养协议等均非本法所称合同。所谓行政合同亦不受本法调整。（三）基于前述立法指导思想，本法坚持统一的合同概念，不区分经济合同与非经济合同，商事合同与民事合同，国内合同与涉外合同。（四）非平等主体之间的承包关系，如企业内部承包、企业承包等尽管采取合同形式，亦不受本法调整。（五）本法在坚持民商合一体制的前提下，处理与民（商）事单行法的关系：凡单行法有特别规定的，适用该特别规定；凡单行法无特别规定的，应适用本法。这里所说的民（商）事单行法，指公司法、票据法、证券法、海商法、保险法、专利法、商标法、著作权法等。

三、基本结构及起草提要 本法分为总则、分则、附则。总则包括9章，分则包括28章，附则1章，共38章。各章名称及内容提要如下：总则第一章 一般规定 提要：第一条规定本法立法目的：保护合同当事人合法权益，促进社会主义市场经济的发展。第二条规定合同定义：平等主体之间设立、变更、终止债权债务关系的协议。第三条以下，规定基本原则：1、合同自由原则；2、平等原则；3、公平原则；4、诚实信用原则；5、公序良俗原则。说明：1、关于合同定义，有学者提出应不受民法通则定义的束缚，建议采传统民法经典定义；2、关于基本原则，有学者建议规定合法原则；3、有学者提出基本原则的效力问题，建议规定法院在裁判案件时，如无具体条文可以适用，或适用具体规定所得到的结果显然违反社会正义，则可以不适用该具体规定而

适用基本原则。为避免基本原则的滥用，可规定法院于直接适用基本原则裁判案件时，应报经最高法院核准。

第二章 合同的成立 提要：章名用合同的成立或合同的订立，尚可斟酌。

建议设要约、承诺、合同的成立、缔约过失责任共4节。

第一节 要约 规定要约的概念；要约的构成要件；要约的形式；要约的效力。关于要约的生效，采到达生效主义。关于要约的形式，应对要约与要约邀请作出界定。商品标价陈列、自动售货机之设置、投标书之寄送，为要约。商品广告、招标公告为要约邀请。关于悬赏广告，采单独行为说，故非要约。

第二节 承诺 规定承诺的概念；承诺的构成要件；承诺的方式；承诺的效力；承诺的撤回；交叉要约、同时表示。关于承诺的概念应与国际买卖合同公约相协调。对非主要条款修改后的承诺仍构成承诺。关于承诺的生效时间，区分对话方式和非对话方式。对话方式，即时成立合同；非对话方式，采到达主义。

第三节 合同的成立 规定成立的时间；成立的地点；成立方式；成立要件。关于成立的时间，应区分诺成合同与实践合同，要式合同与非要式合同。关于成立的形式，原则上合同既可采用书面形式，也可采用口头形式，但当事人有特别约定或法律有特别规定的，依当事人约定或法律规定。规定合同成立要件：须有双方当事人；须以订立合同为目的；须意思表示一致。

第四节 缔约过失责任 采纳德国法上的缔约过失责任制度。可规定缔约之际，当事人负有相互保护、通知义务；并规定相应的责任。此所谓缔约过失责任包括合同不成立时对先期履行的返还及所发生损害的赔偿。

说明：1、有学者认为，不必规定成立要件；2、关于公用事业服务合同，应规定经营者有承诺义务；3、关于要求登

记或批准的合同，在书面订立后，未登记或未批准之前，应为“已成立但未生效”；4、预约、意向书不必规定，因预约、意向书受到损失的，应依缔约过失责任制度处理。5、关于“书面形式”应作扩大解释，除合同书外，应包括电报、电传、传真、电脑数据。第三章合同的效力提要：建议分为7节，规定：生效要件；效力补正；无效合同；可撤销合同；合同无效和被撤销的法律后果；附条件、附期限、附获奖机会的合同；标准合同。第一节生效要件合同的生效要件为：当事人有相应的行为能力；意思表示真实；不违反法律强行规定或公序良俗；标的确定和可能。第二节效力补正规定无行为能力或限制行为能力人订立的合同、无权代理人所订合同、无权处分人所订合同，须经补正方能生效。但无行为能力人或限制行为能力人订立的纯获利益的合同不须补正。第三节无效合同无效合同有以下4种：1、违反法律强行性和禁止性规定的合同；2、违反公共秩序与善良风俗的合同；3、双方代理；4、自己代理（使被代理人纯获利益的行为除外）。可在本节对狭义无权代理、表见代理和法定代表人越权行为作出规定。狭义无权代理而被代理人未追认的，由无权代理人履行或承担责任；表见代理，由被代理人承担责任；法定代表人的越权行为，在对方当事人为善意时，为有效，对方当事人为恶意时，为无效。第四节可撤销合同导致合同可撤销的原因有以下五种：1、欺诈；2、胁迫；3、重大误解；4、显失公平；5、不当影响。其中显失公平应增加主观要件，该主观要件不使用象“乘人之危”之类用语，应尽量具体，但不能象德国民法典“暴利行为”的主观要件那样严格。“不当影响”系创新概念，指一方

或双方迫于第三人如上级主管机关的压力而签定的合同，受不当影响的一方或双方，有权请求法院予以撤销。可撤销合同当事人可不请求撤销而请求变更。当事人请求撤销时，法院可不予撤销，而迳予变更；但当事人请求变更时，法院不能予以撤销。撤销权的除斥期间为1年。第五节 合同无效和被撤销的法律后果 合同被认定无效或被撤销的，已履行部分应予返还（包括孳息）；返还不能的应予补偿。有过失的一方应赔偿对方所受损失。本法不宜直接规定行政责任和刑事责任。合同违反行政或刑事法规时，以上法律后果不影响对违法行为人追究行政责任或刑事责任。第六节 标准合同的效力 建议专设一节规定：标准合同的概念；其有效无效的判定；其解释原则；对标准合同的法律控制。第七节 附条件、附期限、附获奖机会的合同 附获奖机会的合同，如有奖销售、有奖储蓄等。说明：1、有学者认为不必规定合同生效条件，因为从正反面同时规定生效条件和无效合同，而二者并不周延，但另有学者认为生效条件应规定，不具备生效条件与无效合同不是一回事；2、可撤销合同应规定谁有权主张撤销；3、有学者指出，民法通则所谓“重大误解”在传统民法应为“错误”，建议使用“错误”概念；4、本章变更民法通则之规定较多，应详述理由。第四章 合同的履行 提要：拟分7节。第一节 合同履行的一般规定 要求当事人应严格按照合同的约定履行义务。我国原有民法理论上所谓实际履行原则，系高度集中的计划经济体制的产物，为本法所不采。第二节 双务合同的抗辩权 规定双务合同的同时履行原则；同时履行抗辩权；不安抗辩权。不安抗辩权与英美法上的“预期违约”为相似制度，但预期违约的适用范围比不安抗辩权

更宽。此不采预期违约制度，可考虑在规定不安抗辩权时，适当吸收预期违约制度的某些优点。 第三节 向第三人履行义务和由第三人履行义务 规定在这两种情形的履行原则。 第四节 合同约定不明时的履行 规定在合同约定不明或未有约定时的履行准则。参照民法通则第88条，应比第88条更完善。 第五节 债权人迟延 规定在债权人受领迟延条件下履行债务的原则。 第六节 合同履行的保全 规定债权人的代位权和债权人的撤销权。 第七节 情事变更原则 参考德国法上的“行为基础制度”、其他国家的有关立法及我国司法实践，规定情事变更原则。 说明：1、本法不规定合同的履行原则，第一节为一般规定；2、有学者认为英美法的预期违约比大陆法的抗辩权好，请起草人斟酌。3、情事变更原则非关于合同的解除问题，而是合同的履行问题，因此，应在本章规定。 第五章 合同权利义务的转让 提要：拟分4节。第一节 一般规定 合同权利义务原则上可以转让。不可转让的合同如下：1、当事人约定禁止转让；2、法律规定禁止转让；3、合同性质决定不可转让。可考虑规定限制转让的合同。转让应依原合同形式。第二节 债权让与 规定债权让与的概念；债权让与的条件；债权让与的效力。债权转让仅以通知债务人为已足，不要求获得债务人同意。第三节 债务承担 规定债务承担的概念；债务承担的条件；债务承担的效力。债务承担应获得债权人同意。第四节 债权债务的概括移转 概括移转，即合同当事人一方将债权债务一并转让。规定概括移转的概念；条件；效力。概括移转应经对方当事人同意。 第六章 合同的解除与终止 提要：第一节 合同的约定解除 约定解除，指依合同约定条件产生解除权。第二节 合同的法定解除 法定解除

，指法定解除权。产生法定解除权的事由如下：1、合同履行不能；2、债务人逾期经债权人催告且在债权人指定的或合理的期限内仍未履行；3、债务人逾期致债权人目的不达或逾期后的履行对债权人重大不利的，不须催告。大陆法传统上有“期限代人催告”的原则，依此原则，债务人一经逾期，立即成立解除权，而无须债权人催告。考虑到此原则对债务人过苛，因此，改为以催告为原则，以与国际买卖合同公约相一致。此外，应规定解除权行使的期限；解除的效力。

第三节 合同的终止 合同的终止，指双方当事人协商一致消灭合同的效力。说明：民法通则及经济合同法有所谓合同的变更，考虑到所谓合同变更乃合同自由应有之义，因此本法不作规定。

第七章 合同的消灭 提要：拟分6节。第一节 一般规定 规定合同消灭的原因；合同消灭的效力；合同消灭后的义务。合同消灭的原因有：清偿；抵销；提存；免除；混同。合同消灭后的义务，即学说上所谓“后契约义务”，指某些合同消灭后，依诚实信用原则，当事人间仍有保密、协力、通知等义务。然后，第二节至第六节，分别规定清偿、抵销、提存、免除、混同。

第八章 违约责任 提要：拟分5节。第一节 一般规定 规定责任原则；第三人侵害债权；违约形态；免责事由；免责约款。违约责任虽为过失责任，但并不要求受害人对违约方的过失举证，而是允许违约方证明自己无过失而获免责。实际上为过失推定责任。因此，本法应明文规定，采过失推定责任原则。并规定，当事人应对自己一方的第三人（如配件供应人、分包人、受托履行义务人）的原因造成违约负责。自己一方的上级机关的原因造成合同不能履行，也应适用此原则。合同债权虽为相对权，但本世

纪以来，判例学说已承认得为侵权行为标的。即第三人侵害债权，构成侵权行为。为强化对合同关系的保护，有必要在此对第三人侵害债权作出原则规定。违约形态可规定4种：拒绝履行；履行不能；逾期履行；瑕疵履行。免责事由：不可抗力。关于合同中的免责约款，应规定原则上有效，但以下责任不得事先免除：1、因故意或重大过失所致责任；2、人身伤害的责任；3、消费者保护法禁止免除的责任。

第二节 违约金 合同约定违约金视为约定的损害赔偿。约定的违约金过高或过低，当事人可请求法院或仲裁机构予以适当降低或提高。

第三节 损害赔偿 本法以金钱赔偿为原则。允许当事人事先约定赔偿金额或损害赔偿的计算方法。当事人未约定时，赔偿范围包括：实际损失（财物的毁损、灭失和费用支出），及可得利益损失。并应规定扩大损害规则；过失相抵规则；损益相抵规则；合理预见规则。最后规定，法律规定有最高限额的，依法律规定。

第四节 其他方式 规定强制实际履行；定金制裁；修理、更换、重作。强制实际履行的条件：受害人请求；合同有履行可能；有强制履行必要；法院认为适于强制履行。

第五节 责任竞合 规定在同时成立违约责任和侵权责任的情形，由当事人选择。说明：1、有学者建议不规定上级机关的原因造成的违约；2、违约金是否区分为迟延的违约金、不能履行的违约金？3、起草时请注意联合国关于违约金条款的统一规则；4、请考虑定金与违约金、定金与预付款的关系。

第九章 合同的解释 提要：规定解释合同的原则：1、探求真意，不拘泥于文字；2、整体解释；3、依诚实信用和交易习惯；4、符合合同目的。

分则第十章 买卖合同 提要：拟设3节。第一节 一般规定 应在

本节规定所有权转移；危险负担；即时取得；瑕疵担保。关于所有权转移，不区分特定物与种类物。原则上是有约定的依约定；无约定的，再区分法律是否要求登记；法律要求登记的依登记；不要求登记的依交付。危险负担随所有权。第二节 特种买卖 拟规定：1、保留所有权的分期付款买卖；2、附所有权让渡的分期付款买卖；3、附买回条件的买卖；4、样品买卖；5、试验买卖；6、赊销；7、拍卖；8、连续供应合同。第三节 互易 互易为两个买卖的重合，因此规定在买卖一章。说明：1、有学者指出将互易定性为两个买卖的重合是错误的，认为应将互易单列一章。考虑到起草方便，暂作为一节起草，待定稿时再决定是否单列一章。2、关于房屋买卖，是作为特种买卖之一种，或者单列一节，或者单列一章，由起草人斟酌决定。第十一章 土地使用权转让合同 第一节 国有土地使用权转让合同 第二节 农村土地承包合同 说明：关于国有土地使用权的合同，是对出让、转让一并规定，或是仅规定转让，或是对国有土地使用权出让、转让均不规定，意见尚不统一。是否规定农村土地承包合同，意见亦未统一。有学者提出，土地使用权的出让和转让属于物权行为，应在物权法中规定。经商定本章暂予保留并委托起草，待定稿时结合物权法的制定作最后决定。第十二章 企业经营权转让合同 提要：此所谓企业经营权转让，即通常所谓企业承包。关于本法是否规定企业承包合同，有不同意见。因为现实中的企业承包情况复杂，有的是主管机关与企业之间的关系，行政色彩较浓；但亦有由企业发包人与承包人之间签定的经营性承包合同，难说有什么行政色彩，实质上类似于租赁，发生纠纷亦由法院受理。多数学者认为，后一类

企业承包关系属于民事合同关系，本法应予规定，为了区别，改名为企业经营权转让合同。对于合同名称，起草人尚可斟酌。

第十三章 赠与合同 提要：关于赠与为诺成合同或实践合同，各国立法及学说有分歧。本法采诺成合同。同时，为平衡双方利益，规定有法定原因时，赠与人可以撤销赠与。关于赠与可否附条件，各国立法有不同。本法允许赠与附条件，但条件违反公序良俗者无效。标的物有瑕疵时，赠与人以有重大过失为限，负瑕疵担保责任。

第十四章 借贷合同 提要：第一节 一般规定 第二节 金钱消费借贷 在概念上不分银行借贷与公民间的借贷，但在条文上针对银行借贷与公民间的借贷的特殊性，应有不同规定。规定禁止高利贷。

第十五章 租赁合同 提要：第一节 一般规定 第二节 动产租赁 第三节 不动产租赁 其中包括房屋租赁与土地使用权租赁。

第十六章 融资租赁 提要：基于融资租赁的特殊性，应单列一章。

第十七章 借用合同 提要：借用合同的标的物为不消费物，借贷合同的标的物为消费物。借用合同为无偿合同，而借贷合同为有偿合同。标的物有瑕疵时，出借人以有重大过失为限，负瑕疵担保责任。

第十八章 承揽合同 提要：第一节 加工承揽合同 加工承揽包括：加工、定作、维修、改建、印刷、复制、勘测、设计、检验、鉴定。第二节 建设工程承包合同 不区分所谓基本建设工程与一般建筑工程，但不包括所谓“交钥匙工程”。可借鉴日本法上的“工事完成保证人”，规定履约保证人，承包人不履约时，由保证人代为履行。同时，为保护承包人利益，可规定承包人对建设工程有法定抵押权。

第十九章 运送合同 提要：第一节 一般规定 第二节 旅客运送合同 第三节 货物运送合同 第四节 联运合同 第五节 管道

运输合同 建议对运送合同规定无过失责任，并规定不得以免责条款事先免除。另由有关法律、法规规定赔偿限额。建议规定承运人对所运送货物和旅客的行李有留置权。货物或行李运到约定地点后，超过规定期限未被领取的，承运人应予提存。

第二十章 委托合同 提要：应严格区分委托与代理。代理关系之基础为代理权。在委托合同中，委托人可授予受托人以代理权，亦可不授予代理权。

第二十一章 行纪合同 提要：行纪为民法传统合同，此前亦有称为信托的。为避免与英美法上的信托相混淆，本法称为行纪合同。

第一节 一般规定 第二节 代理商 目前我国外贸中所称的代理，实为行纪关系。从事外贸代理业务的法人和自然人，称为代理商。

第二十二章 居间合同 提要：居间亦为民法传统合同，亦可称为中介。原则上为诺成、有偿、不要式合同。

第二十三章 保管合同 提要：第一节 一般保管 一般保管为实践合同。第二节 仓储保管合同 仓储保管合同为诺成合同。

第二十四章 医疗合同 提要：医院或开业医生与病人之间的关系为医疗合同关系。医疗合同的成立不要求书面形式。应规定医院方对于病人负有高度注意义务，同时对于病人身体及在病人死亡后对于尸体有保护义务。医疗事故的责任及重大过失的责任，不能免除。病人入院或手术前医院方提出的免责条款，虽经病人或其家属签字，亦不发生免责的效力。承认违约责任与侵权责任的竞合。

第二十五章 旅游合同 提要：旅游合同应强调对游客利益的保护。旅游服务提供者（旅游公司）对游客的人身和财产损害承担严格责任。免责事由限于：不可抗力；受害人故意。免责条款无效。发生原因竞合，即损害是由旅游服务提供者的原因和第三人的原因所造成，应由旅游服务提

供者承担全部责任。但旅游服务提供者对该第三人有求偿权。受害游客有重大过失时，可减轻旅游服务提供者的责任。

第二十六章 住宿、饮食服务合同 提要：应强调对顾客利益的保护。服务提供者对顾客负有保护义务和安全义务。服务提供者对顾客的人身和财产损害承担严格责任。免责事由限于：不可抗力；受害人故意。免责条款无效。原因竞合的情形，由服务提供者承担全部责任。但服务提供者对第三人有求偿权。顾客有重大过失时，可减轻服务提供者的责任。

第二十七章 邮政通讯服务合同 提要：包括信函、包裹、快递、专递、电话、电报、电传、传真。应由服务方承担无过失责任。免责条款（如电报迟误仅退还发报费）应无效。说明：有学者认为邮政服务合同规定无过失责任做不到，因为国际邮政联盟都是有限责任，建议不规定邮政通讯服务合同。

第二十八章 培训合同 提要：培训方应对培训（教学）质量负责。国家或有关部门定有标准的，应符合该标准；无标准的依约定。培训方提供附带服务的质量依约定。

第二十九章 出版合同 提要：著作权法虽规定了著作权、出版权，但未规定出版合同。因此，本法应规定出版合同。

第三十章 演出合同 提要：表演权虽在著作权法中规定，但著作权法未规定演出问题。因此，本法应规定演出合同。

第三十一章 储蓄合同 提要：包括银行储蓄和邮政储蓄。现金卡合同亦应在此作出规定。

第三十二章 结算合同 提要：包括通过银行进行的现金、票据结算、托收承付、委托收款、信用证结算及信用卡。关于银行单方面扣收贷款问题，应在此规定：只在借款合同有抵销约款时，银行才能从借款人账户扣收贷款。应规定银行的审查义务。

第三十三章 合伙合同 提要：第一节 一般规定

第二节 合资合同 第三节 联营合同 民法通则关于合伙、联营的规定，系对组织体的规定。本法所规定的是该组织体的基础关系，即合同关系。要求合同应以书面形式签订。主要条款包括：出资比例和出资方式；利益分配比例；亏损负担比例；事务的执行；退出；合同终止时财产的分割等。说明：有学者提出应规定隐名合伙。

第三十四章 雇用合同 提要：本章规定雇用关系之基本问题。在劳动法有具体规定时，应适用劳动法的规定；劳动法无规定时，则应适用本章的规定。本法不采依雇用方所有制性质区分雇用合同与劳动合同的见解，一律称为雇用合同。应强调对劳动者利益的保护。对劳动保护、安全卫生条件、劳动者的休息权及带薪假日等，应作规定。雇用方辞退受雇方或受雇方要求离职，须提前通知对方。长期合同，应提前3月通知；短期合同，应提前2周通知。说明：有学者提出雇用关系应由劳动法规定，本法不予规定。经研究认为劳动法不可能调整全部雇用关系，应由本法规定其基本关系，并调整劳动法未涵盖的雇用关系。但定名为雇用合同抑或劳动合同，请起草人斟酌。

第三十五章 保证合同 提要：本章涉及担保法与本法的关系问题。

第一节 一般规定 应规定保证人资格，国家机关（财政部除外）和公益法人不能担任保证人。关于保证人责任，应规定责任性质（履行责任或赔偿责任）；责任范围；连带责任与非连带责任。应规定保证人的权利。保证合同与主合同的关系。主合同无效，保证合同当然无效；只在保证人有明示或有过失时，保证人才对主合同无效后的财产返还负责。主合同的债权人变更，保证有效；债务人变更，保证消灭；履行期提前，保证有效；履行期延长，保证消灭；主债扩大，保证人

对扩大的部分无保证义务；主债缩小，保证有效；主合同标的、性质变更，保证消灭；标的质量标准提高，保证人只保证原订质量；标的质量标准降低，保证有效。一般保证，保证人只负补充责任，保证人有后诉利益和检索抗辩权。须对主债务人申请执行无结果，保证人才负保证责任。连带保证人与主债务人负连带责任。同时存在保证和物的担保时，应先执行物的担保。

第二节 共同保证 共同保证对共同保证人间如何承担责任有约定时，依约定；无约定时，相互承担连带责任。

第三节 银行保证 银行保证，即银行保函。应区分无条件保证即凭要求即付（on demand）保证与附条件保证。

说明：正在起草中的担保法亦包括保证，保证合同是在本法规定，抑或在担保法中规定，由立法机关内部协调决定。因此，本章暂不起草。

第三十六章 保险合同 提要：只规定保险合同的基本关系。保险法有具体规定时，适用保险法的规定；保险法无规定时，则适用本章的规定。说明：鉴于保险法正在制定中，本法应否规定保险合同，由立法机关协调决定。因此，本章暂不起草。

第三十七章 技术成果转让、许可合同 提要：只规定技术成果转让、许可合同的基本关系。专利法、商标法有具体规定时，适用该具体规定，无具体规定时，则适用本章的规定。说明：多数学者认为，现行技术合同法所规定的合同，即技术开发、技术服务、技术转让，不是典型合同。技术开发、技术服务，应适用本法关于合伙、委托、雇用等规定，而技术转让因标的的特殊性，不能适用买卖、租赁等规定。因此，本法应规定技术成果转让、许可合同。此所谓技术成果，包括专利技术、非专利技术、商标权等。

附则 第三十八章 附则 提要：规定本法的生效。本

法生效后，经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法一并废止。规定法律适用问题。凡单行法有特别规定的，适用单行法的规定；单行法无特别规定的，适用本法；本法无规定的，适用民法通则的规定。应规定本法生效前的合同关系，在本法生效后涉讼的，如何适用法律问题。本法解释权归全国人民代表大会常务委员会。本法生效后不制定实施细则，但不排除针对个别合同制定单行法。

四、对本法起草的要求

(一) 本方案对起草人的约束力

- 1、起草人在草拟条文时，应遵循本方案第一部分关于立法指导思想和第二部分关于调整范围及与其他法律的关系的规定。
- 2、起草人在草拟各章条文时，应遵循各章提要中已肯定的原则和基本点。
- 3、起草人在草拟分则各章时，对于章名、节名、节的划分可以变更，甚至可以增列新的合同。
- 4、起草人在草拟条文时，应注意与其他各章的协调。

(二) 对起草条文的技术要求

- 1、每一章要求有一个对本章内容、目的和指导思想的说明。
- 2、每一节也要求有一个对本节内容、目的和指导思想的说明。
- 3、重要的条文或理论、实践有分歧的条文，要求附立法理由：所根据的学说；实践经验；外国立法例；所针对的社会问题；尚未解决的难点；不同方案。
- 4、每一条要求拟一个条名。
- 5、章下分节，节下设条，条下分款，款下分项。章、节、条序号用：“第一”、“第二”、“第三”等；款、项序号用阿拉伯数字：1、2、3。
- 6、条文安排要求有逻辑顺序：从一般到特殊；从抽象到具体。
- 7、要求概念准确，尽量使用法律固有概念。新创概念要说明理由。使用同一概念，要前后一致。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

