

《中华人民共和国合同法》

专家指导丛书

◎谢鸿飞/编著

承揽合同

CHENGLAN
HETONG

承揽合同概述

承揽合同的条款

承揽合同对承揽人的效力

承揽合同对定作人的效力

承揽合同中的风险承担

承揽合同的解除

涉外承揽合同

订立承揽合同应注意的问题

承揽合同的相关案例

部分承揽合同文本格式



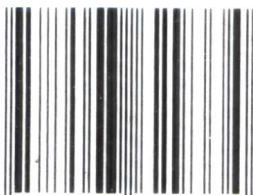
《中华人民共和国合同法》的颁布是中国法制建设的一件大事。为了让企事业单位及广大公民全面理解和熟知合同法知识，我们组织国内权威的专家、学者编撰了《中华人民共和国合同法》专家指导丛书，《承揽合同》系丛中一本。

《承揽合同》一书以新合同法及相关法律、法规为依据，全面深刻地阐述了承揽合同的概述、订立、当事人的权利与义务、履行、终止等理论问题，还对订立承揽合同应注意的实践问题和典型案例进行了评析，最后附录了该类合同的文本格式。本书语言流畅、通俗易懂，是各类承揽企业、管理人士及广大公民参阅的一本实用性较强的权威图书。

《中华人民共和国合同法》专家指导丛书

- 《合同法总则》(上)
- 《合同法总则》(下)
- 《买卖合同 赠与合同》
- 《借款合同》
- 《租赁合同 融资租赁合同》
- 《委托合同 行纪合同 居间合同》
- 《供用电、水、气、热力合同》
- 《运输合同》
- 《技术合同》
- 《建设工程合同》
- 《承揽合同》
- 《仓储合同 保管合同》

ISBN 7-5036-2933-9



9 787503 629334 >

ISBN 7-5036-2933-9/D · 2643

承 揽 合 同

谢鸿飞 编著

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

承揽合同/谢鸿飞编著. —北京:法律出版社,1999

(中华人民共和国合同法专家指导丛书)

ISBN 7-5036-2933-9

I. 承… II. 谢… III. 合同法-基本知识-中国
IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 41493 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/杜进

印刷/宏伟印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/8 字数/195 千

版本/1999 年 11 月第 1 版 1999 年 11 月第 1 次印刷

印数/0,001—8,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱:pholaw @ public. bta. net. cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2933-9/D·2643

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

上 编 理 论 篇

第一章 承揽合同概述	(3)
第一节 承揽合同的定义、特征和法律性质	(3)
第二节 承揽合同的种类及其社会功能	(11)
第三节 承揽合同与其他合同的区别	(17)
第四节 承揽供给合同的性质及其法律适用	(23)
第五节 承揽合同立法的发展	(29)
 第二章 承揽合同的条款	 (35)
第一节 承揽合同的主要条款	(35)
第二节 承揽合同的其他条款	(39)
 第三章 承揽合同对承揽人的效力	 (43)
第一节 承揽人完成工作的义务	(43)
第二节 承揽人交付工作成果的义务	(61)
第三节 承揽人的瑕疵担保责任	(72)
第四节 承揽人的其他义务	(113)
第五节 承揽人的留置权	(128)
第六节 承揽人的法定抵押权	(133)
第七节 共同承揽人的责任	(139)

第四章 承揽合同对定作人的效力	(141)
第一节 定作人给付报酬的义务	(141)
第二节 定作人的协助义务	(147)
第三节 定作人的受领及检验义务	(151)
第四节 定作人的监督检验权	(155)
第五节 定作人对工作要求的变更权	(158)
第六节 定作人的法定解除权	(164)
第五章 承揽合同中的风险负担	(170)
第一节 材料的风险负担	(170)
第二节 工作成果的风险负担	(172)
第六章 承揽合同的解除	(176)
第一节 承揽合同解除的事由	(176)
第二节 承揽合同解除的效力	(179)
第七章 涉外承揽合同	(181)
第一节 涉外承揽合同概述	(181)
第二节 涉外承揽合同的主要条款	(184)
第三节 涉外承揽合同的管理	(186)

下 编 操作指南篇

第一章 订立承揽合同应注意的问题	(195)
第一节 合同形式的选择	(195)
第二节 订立报酬条款应注意的问题	(197)
第三节 承揽合同的欺诈及其防范	(200)

第二章 与承揽合同相关的案例	(208)
第一节 当事人应订立承揽合同还是买卖合同	(208)
第二节 这三份合同的效力应如何认定	(211)
第三节 安装过程中原材料被盗,应由何方承担责任 ...	(217)
第四节 承揽人的留置权与他人的抵押权何者优先	(219)
第三章 部分承揽合同文本格式(参考)	(224)

上 编

理 论 篇

第一章 承揽合同概述

第一节 承揽合同的定义、 特征和法律性质

在日常生活中,承揽合同是除买卖合同外最常见、最普遍的合同。无论是自然人的衣、食、住、行,还是法人、其他组织、个体户的生产经营,都离不开承揽合同这一法律形式。从生活经验出发,我们甚至可以说,任何普通人的一生,都不可能不参与一次承揽合同关系,由此足见承揽合同在生活中的重要性。在《合同法》中,承揽合同也具有举足轻重的地位。我们知道,《合同法》是以买卖合同为蓝本制定的,实际上是对买卖合同的拓展;而合同分则则主要是以买卖合同和承揽合同为两大基本枝干设计的。其原因是,在典型合同中,当事人的权利义务体现为价值的流动,这种价值表现为两种:一种是财产(主要是物)价值,一种是劳动价值。劳动价值的流动是通过完成工作的合同实现的,而承揽合同又是这类合同的核心。

虽然承揽合同是极其普遍、常见的一种合同形式,但是,由于法律术语与日常语言常常出现疏离现象,法律上的“承揽合同”也是如此。因此,有必要对“承揽合同”作一界定。

一、承揽合同的定义

对典型合同的定义,通常采取界定合同当事人基本权利义务的方法。对承揽合同(contract for work, special work contract)的

定义也如此。

从理论上,学者对承揽合同的定义基本一致。史尚宽先生谓承揽合同为“当事人一方约定一方为他方完成工作,他方俟工作完成给付报酬之契约。”^①其他台湾民法学者的定义与此大致相同,^②于此不再赘述。我国大陆学者一般认为,承揽合同是指一方为他人完成一定的工作并交付工作成果,他方支付报酬的合同。^③两者相比较,我们会发现主要的差别在于,我国大陆学者不强调报酬的给付时间,而台湾学者则强调报酬应在工作成果交付之后才支付。

从立法上看,有些民法典直接对承揽合同作了法律定义。如意大利民法典第1655条规定:“承揽是指一方以必要的方式进行经营管理并承担其经营风险,交付工作成果或者提供服务(参阅第1677条),从而获得金钱对价(参阅第1657条)的契约。”《俄罗斯联邦民法典》第720条对承揽合同的定义与此基本相同。我国台湾地区民法典第490条则规定:“称承揽者,谓当事人约定,一方为他方完成一定之工作,他方俟工作完成,给付报酬之契约。”但多数民法典没有对承揽合同直接下定义,而是间接对承揽合同作出法律界定。如《德国民法典》第631条第(1)项规定,因承揽契约,承揽人负有完成约定工作的任务,定作人负有支付约定报酬的义务,这是通过界定合同效力的方法对承揽合同所作的定义。

从上文可以看出,无论是在立法上,还是在理论上对承揽合同所作的定义,最大的差别都在于,是否认为报酬需“俟工作完成”之后才给付。大多数国家(包括我国)均未明确规定报酬给付的时间,

① 史尚宽:《债法各论》,荣泰印书馆1981年版,第300页。

② 如郑玉波:《民法债编各论》(上),三民书局1986年版,第347页;欧阳经宇:《民法债编各论》,汉林出版社1997年版,第123页。

③ 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第692页;郭明瑞、王轶:《合同法新论·合同分则》,中国政法大学出版社1997年版,第215页。

仅我国台湾民法典作了明确规定。

我国《合同法》第 251 条第 1 款直接对承揽合同下了一个定义：“承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。”本条规定并没有对报酬的支付实际时间作明确限制，这既符合合同自由原则的精神，也符合实际情况，因为在现实生活中，很多承揽合同都不是在工作完成后支付报酬的。

此外，对承揽合同下定义还需要考虑一点，即承揽合同与其他完成工作的合同的區別。因为在《合同法》中，承揽合同与运输合同、建设工程合同是并列的，而后两类合同显然也是一方为他方完成某项工作并交付工作成果，他方给付一定报酬的合同，因此，从双方当事人的基本权利义务的形态看，这些合同也是承揽合同。但法律对它们作了特别规定，因此，在对承揽合同下定义是应将这两类合同排除出去。

因此，结合我国《合同法》的规定，对承揽合同可以下这样一个学理定义：承揽合同是指一方为他方完成特定工作，并交付工作成果，他方给付报酬的合同。这里的限定词“特定”既指承揽合同双方当事人约定的工作事项特定性，也指法律规定的“工作”范围的特定性。

在承揽合同中，完成工作并交付工作成果的一方称为承揽人；接受工作成果并支付报酬的一方称为定作人。需要特别说明的是，虽然在修理合同等合同中，在日常语言中一般不会这样指称合同双方当事人，但在法律上仍可称修理人为承揽人，提供物品供修理的人仍称为定作人（定作人不仅仅是指定做合同中的定作人）。可见，这两个名称都是外延极其宽泛的法律术语，这是由法律的概括性和抽象性决定的。当然，如果合同中没有以承揽人、定作人指称双方当事人，也不影响对其法律性质的认定。

二、承揽合同的特征

（一）承揽合同是以完成一定工作为目的的合同

承揽合同与交通运输等合同属于完成工作类的典型合同。在

这类合同中,流动的是无形的劳动价值,而不是有形的商品价值。其中,定作人签约的目的在于获得特定的工作成果,而承揽人的目的在于通过自己的设备、技术和劳力完成一定的工作,以获取报酬。承揽合同的这一特征从根本上决定了承揽人义务的基本类型,即他必须以自己的技术、设备和劳力,完成主要工作(但当事人另有约定的除外),交付工作成果。由此也可逻辑地推演出:不作为行为不能成为承揽合同的标的,承揽合同的标的只能是作为义务,否则,定作人将无法实现其合同目的。换言之,承揽人必须通过积极的行为方可完成工作,其不作为只能导致违约。

(二) 承揽合同的标的物是特定物

承揽合同是以完成一定的工作为目的的合同,因此,并非所有的承揽合同都存在具体的标的物。但是,如果承揽合同中存在标的物的话(主要是在定作合同中),尽管其种类因承揽合同的不同而千差万别,但各类标的物都必然是特定物。^①“特定”性来源于两方面:一是定作人要求的特定性。当事人之间之所以签订承揽合同,一个主要的原因是定作人需要的标的物是特定化、个性化的,无法通过买卖合同获得,否则,定作人不可能订立承揽合同。因为要通过承揽合同获得特定的物并不是一蹴而就的,需要一定的时间,而且往往较买同种标的物贵,所以,从经济角度考虑,当事人不可能舍买卖合同而取承揽合同。二是承揽人劳动的特定性。在承揽合同中,原材料固然可为种类物(如布料、小麦)等,但当其被作为承揽人的劳动对象时,即被特定化了,成为特定物。因为承揽人的设备、技术都是特定的,而且其劳动的方法、程序也是特定的。所以凝聚了承揽人劳动的工作成果就必然是有个性的特定物。

进一步,我们可以说,无论承揽合同的工作成果是有形的还是无形的,都是特定的。当然,因承揽合同的类型不同,工作成果的

^① 参见王家福等著:《合同法》,中国社会科学出版社1986年版,第255页。

特定化程度也有差别。如在加工合同中,制成物的特定化程度高;而在复印合同中,工作成果系机器复制,因而特定化程度低,甚至可以说没有多少特定性,或者说,这种特定性不具有任何法律上的意义。

(三) 定作人可以采用留置定作物的方式担保

在承揽合同中,承揽人往往因承揽合同而占有定作人交付的材料,在工作完成后,仍占有定作人提供的工作对象(如修理合同中,承揽人占有定作人的汽车、冰箱等),或占有定作物。而且,承揽人对定作人的债权与他对定作物的占有之间存在法律上的牵连关系。因而,在定作人没有在合同约定的期限内给付报酬时,承揽人对定作物有留置权。这是承揽合同在担保方式上区别于其他合同之处。但是,在定作合同中,因材料是由承揽人提供的,承揽人的工作完成后,定作物的所有权仍属承揽人,因此不能也没有必要成立留置权。

(四) 承揽合同强调履行的协作性

对大多数合同而言,合同当事人履行合同义务的行为都是由单方独立完成的,如卖方交付标的物的义务,买方给付价金的行为。当然,从某种意义上说,买卖合同仍需要对方的协作才能履行,因为如果买方不接受货物,卖方则无法完成合同的履行。在现代合同法中,随着关系契约理论日益被各国合同法所认同,法律和司法实践赋予双方越来越多的协作履行义务。但是,与承揽合同当事人的协作义务相比,其他合同当事人的这种义务还是非常宽松的。而且,往往是通过法律中的一般条款确定的,而不是具体规范。但在承揽合同中,法律对协作义务要求极为严格。因为承揽合同的当事人如不协作,在很多情况下会导致工作无法完成,双方当事人的合同期望落空。所以,法律明文规定了双方的诸多协作义务。如承揽人应及时对定作人提供的材料进行检验,发现不符合合同约定时,应通知定作人调换或补齐;承揽人在工作过程中,还应接受定作人

必要的监督和检验,等等。

三、承揽合同的法律性质

(一)承揽合同是诺成、不要式合同

诺成合同与实践合同(要物)合同相对应,不要式合同则与要式合同对应。依据各国民法典的规定及民法理论,承揽合同是诺成、不要式合同。我国的《合同法》也将承揽合同处理成诺成、不要式合同。这是法律对合同成立要件的要求。

实践合同/诺成合同、要式合同/不要式合同的二元模式划分滥觞于罗马法,其后,各国民法均承继了这一分类。法律规定一个典型合同的成立要件,取决于两个因素:一是合同法的效率,这实际上是自由价值;二是证据法上的便利,这实际上是安全价值。此外,在某些情况下还应考虑合同双方的权利义务。自由与安全这两种价值往往是冲突、矛盾的。如要使交易迅捷,降低缔约成本,法律则必然对合同的成立作极为宽松的规定,极端的例子是使合同的成立仅系于当事人的合意。但这样一来,在合同纠纷发生时,无疑为当事人如何确定双方的权利义务的内容添了麻烦,使合同履行成本增大;同时,也为法院判定合同是否真实存在,判定合同的内容增加了不少难度,而且也意味着司法成本的提高。法律正是在这种“鱼与熊掌”的窘境中判定一个典型合同是否应该是诺成、不要式合同。当然,这主要取决于立法者对现实情况的判断结果:如一社会的商品经济相对发达,市场经济“游戏规则”为社会公众广为认同和尊重,商业信用相对稳定、同业组织或职业纪律约束力强(涂尔干、韦伯),法律地倾向于作肯定判断。反之则反。

随着现代社会日趋向“抽象社会”迈进,人与人的交往主要不再基于身份认同,而是基于对制度约束的信任。人成为制度化的符号、角色。现代民法的一大趋势也是,法律开始全方位的渗透进私人的自律生活中,将个人的生活内容全面法律化。日本民法学者把这种现象称为“法化”,其理论资源是哈贝马斯的“系统对生活世界

的殖民化”(colonialisation of life world by the system)理论。^①在日常生活被高度化的今天,人们似乎已经相信了法律万能,制度崇拜因此盛行。具体到合同法法域,人们关心的不再是相对方是谁,而是交易本身,与其说人们是在与具体的张三李四打交道,勿宁说它们是在和一整套制度、程序打交道。在这种情况下,就合同成立而言,不仅是罗马法中的合同仪式因不利于交易的迅捷而被弃之如敝履,^②而且,一切被认为有碍交易效率的因素均被剔除了合同法的大门。综观各国民法典对各种典型合同成立条件的规定,我们会发现,关于合同的成立,各国的立法方针是,除有特别理由外,各类典型合同均为诺成、不要式合同。而承揽合同恰恰属无特别事由的一类合同。因而,各国均将承揽合同处理为诺成、不要式合同。

承揽合同的这一特征表明,承揽合同的成立仅需双方就合同主要条款达成合意即可,合意的表现形式不拘,书面、口头均可。如需交付标的物(如在加工合同中),交付行为也不是使合同成立的

① 在哈氏的概念系统里,“系统”是指社会的运行,生活世界是指人与人相互沟通的背景假设和知识库存。系统主要是经济和行政系统。系统是以权力和货币为基础的,生活世界则是以语言等表达意义的媒介为基础的。See H. Rittleuthner(1989), *Legalization, 'Communication and Strategy; A Critique of Herbmans' Approach to Law'*, in *Sociological Theories of Law* ed. by Kahel. Rokunoto, Dartmouth, 1994, pp. 391-415.

② 罗马法采用这种仪式的目的是多重的,并不能简单地归因为古代法律的严格的程式性和繁琐性。如果我们对其作一功能分析,会发现更多的东西。首先,这与古罗马所有权对个人意义十分重大,交易量小,人们的生活是以物权为中心的静态生活有关。其次,这种仪式既在于使当事人慎重考虑,使买卖证据不致湮没,也使债权人享有的宽泛权利有了某种合法性,因为按某些社会学家(如涂尔干)的分析,契约的约束力来源于仪式,因为仪式赋予了契约的神圣性。最后,从某种意义上说,法律只有通过象征仪式的表现作用才能成为可见的、可表述的,才能构成日常生活逻辑。它借助一种示范机制(exemplary mechanics,库恩语),完成了法律的传播,教育功能,展示了各种权力关系的符号力量。近现代法律摒弃交易中的仪式可能与追求法律效率及法律本身的世俗化有关。

行为,而是履行合同的行为,是定作人履行已经成立的合同义务的行为。

(二)承揽合同是双务、有偿合同

在承揽合同中,承揽人负完成工作并交付工作成果的义务;定作人则负有支付报酬的义务。两者的义务是相互的、对流的,因此,承揽合同为双务合同。又因为双方均为对价性给付,一方要获得对方的给付,必须向对方为相应给付,因此,承揽合同又是有偿合同。

这里需要注意两个问题:一是承揽合同能否为无偿合同,如甲与乙不收取任何报酬。此时,甲乙之间的承揽合同还是不是合同法上的承揽合同?乍一看,这不是个问题。因为依合同自由原则,当事人当然可以约定不要报酬。但是,如果进一步思考的话,我们会发现问题并不如此简单:第一,如前所述,判断某一合同究竟属何种典型合同乃至是否属典型合同的主要根据是:双方当事人的基本权利义务类型。在承揽合同中,承揽人最基本的义务是完成工作并交付工作成果;定作人最基本的义务则是给付报酬。若定作人免为给付义务,显然与承揽合同中定作人的基本义务判然有别,可见这种合同不符合承揽合同的定义。第二,如认为这种合同仍是承揽合同,适用法律有关承揽合同的规定,可能会导致不公平结果。如此时,承揽人仍承担材料上的风险责任,这对承揽人的要求实在过苛。因此,判断这种合同是否为承揽合同,不仅仅是个事实问题,而且也是个价值问题。从利益衡平的角度考虑,似应认为这种合同不是承揽合同,而是无名合同的一种,可以比照承揽合同及赠与合同的规定处理。因为这种合同是单务、无偿合同,而赠与合同是这类合同的典型,所以可以参照适用赠与合同的有关规定;又因为这种合同的一方当事人需完成一定的工作,与承揽合同有相似之处,所以又可以参照承揽合同的有关规定。另外一个问题是对“有偿”的理解。“等价有偿”是我国民法的一项基本原则。“有偿”的判断标准是双方当事人均为实现自己在合同中的目的而支付一定的代