

●新合同法难点、热点、疑点实务操作指南丛书

4E77K6
承揽合同、建设工程合同与运输合同
实务操作指南

主 编 李 丰 颜道成

中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新合同法难点、热点、疑点实务操作指南丛书/孙积禄主
编. - 北京: 中国人民公安大学出版社, 1999

ISBN 7-81059-428-1

I. 新… II. 孙… III. 合同法-中国-指南 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 76344 号

中国人民公安大学出版社出版发行

(北京木樨地南里 邮编 100038)

新华书店北京发行所经销

北京牛山世兴印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 12.75 印张 312 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

印数: 0001-6000 (套)

定价: 308.00 元 (全套 14 册 每册 22.00 元)

ISBN 7-81059-428-1/D·356

(如有印装质量问题, 请与出版社联系)

编辑委员会

主任：江 平

副主任：刘心稳 孙积禄 王洪亮
刘 彰 贺 嘉 刘 青

编 委（按姓氏拼音为序）：

昌伶芬	晁农平	陈海燕
董 伟	冯 琴	李 丰
李 静	李 毅	林志农
马志刚	牛光军	曲 忠
谭 甄	王海虹	王建平
王 鹏	王铁生	闫 海
尹德勇	张建明	张守仁
周学锋		

序 言

《合同法》通过后,国内有关新合同法释义、解说、实例及研究的书籍不下上百本,所长所短各异,精品劣品参差,使读者感到眼花缭乱,无从选择。

在《合同法》出版热告一段落后,这本合同法系列丛书,才告问世,不可谓没有“后发制人”的意义,后发制人有后发制人的优势:其一,后发制人可以避免先发制人时的抢先发售商业动机。不以时间抢先取胜,而以内容质量取胜;其二,后发制人可以舍“热”而取“冷”,“冷者”,冷静思考,分析比较,取长补短,择优舍劣,取众家之所长;其三,后发制人可以在新合同法通过后生效前一段期间内所反映出来的法律空白点、疑惑点加以更深的学术探索,针对人们挖出的问题而加以回答。有此三点,足以显示后发制人之优势。

这套《合同法》系列丛书是由一些具有实践经验的博士、硕士、法官编写的,作者均具有一定的民法功底,对问题的解析较为透彻、到位,力争对每一问题的解答都具有明确的法律依据,写作范围不仅涵盖债权法相关内容,而且还编写了一些物权法的内容,从整体法律操作的角度上来研究问题,编写的合同种类也较广泛,不仅涵盖了新《合同法》中 15 种合同类型,而且包括担保合同,金融合同,知识产权合同,劳动合同,合伙合同,国际货物买卖、海商、保险合同,旅游、培训、演员等诸多合同,具有相当的全面性、实用性、纵深性。

新《合同法》的普及,是一个长期的任务,在法条注释阶段之后,便是法律操作阶段,其中的问题亦会层出不穷。我祝愿这套丛书能够解决一些实际问题,并有利于合同法的实施。

江 平

目 录

第一章 承揽合同	(1)
第一节 承揽合同的订立	(1)
一、哪些合同属于承揽合同?	(1)
二、如何订立承揽合同?	(9)
三、承揽合同应当具有哪些条款?	(22)
四、当事人口头订立的承揽合同是否有效?	(32)
五、法人超越经营范围订立的承揽合同是否有效? ..	(37)
六、当事人在订立承揽合同过程中给对方造成损失 是否承担责任?	(39)
第二节 承揽合同的履行	(43)
一、加工定作物的材料如何提供?	(43)
二、承揽人是否可以转包?	(48)
三、定作人不履行协助义务怎么办?	(52)
四、定作人是否可以中途变更承揽要求或解除合同?	(56)
五、定作物及原材料的风险如何负担?	(60)
六、承揽人对交付的定作物承担哪些瑕疵担保责任?	(64)
七、承揽合同中无约定或约定不明条款如何履行? ...	(71)
八、承揽人如何行使留置权?	(78)
九、承揽人是否有保守秘密的义务?	(83)
十、承揽合同在履行过程中当事人如何行使抗辩权?	

.....	(87)
十一、承揽合同中承揽人如何交付定作物？	(97)
十二、承揽合同如何采用定金方式担保履行？	(103)
第三节 合同效力及违约责任	(108)
一、哪些承揽合同无效？	(108)
二、承揽人因不可抗力不能交付工作成果是否承担 违约责任？	(119)
三、当事人约定的违约金过低怎么办？	(126)
四、当事人在何种情况下才能解除承揽合同？	(130)
第二章 建设工程合同	(139)
第一节 建设工程合同的订立	(139)
一、公民能否成为建设工程合同的当事人？	(139)
二、口头订立的建设工程合同是否有效？	(146)
三、建设工程合同没有招标投标怎么办？	(155)
四、建设工程合同招标投标过程中发包人内定承包 人怎么办？	(166)
五、承包人能否将承包的建设工程转包？	(172)
第二节 建设工程合同的履行	(181)
一、建设工程合同是否必须委托监理？	(181)
二、发包人如何按约定检查验收建设工程？	(192)
第三节 建设工程合同的效力及违约责任	(200)
一、发包人不支付工程价款，承包人可否留置建设 工程？	(200)
二、因不合格建设工程致使他人受到损害由谁承担 责任？	(206)
三、如何保证建设工程的质量？	(213)
四、哪些建设工程合同无效？	(222)

第三章 运输合同..... (230)

第一节 运输合同的订立..... (230)

一、邮寄信件是否属于运输合同? (230)

二、出租车是否可以拒绝乘客乘车? (238)

三、旅客运输合同何时成立? (243)

第二节 运输合同的履行..... (249)

一、旅客携带超量的行李怎么办? (249)

二、无票旅客在运输过程中受伤, 承运人是否承担损害赔偿责任? (255)

三、托运人是否可以要求承运人将货物返还? (267)

四、收货人如何收取货物? (275)

五、无人收取货物, 承运人怎么办? (286)

六、承运人如何承担货物毁损、灭失的赔偿责任?
..... (294)

七、多式联运经营人如何承担责任? (304)

附 合同示范文本

1. 加工定作合同 (312)

2. 修缮修理合同 (319)

3. 印刷合同 (320)

4. 图书出版合同 (322)

5. 涉外加工装配合同 (324)

6. 中外来料加工合同 (329)

7. 中外来件装配合同 (332)

8. 建设工程勘察合同 (336)

9. 建设工程设计合同 (340)

10. 建设工程施工合同 (345)

11. 委托监理合同	(383)
12. 货物运输合同	(387)
13. 航空运输合同	(392)
14. 包机运输合同	(393)
15. 海上运输合同	(394)
16. 包船运输合同	(396)

第一章 承揽合同

第一节 承揽合同的订立

一、哪些合同属于承揽合同？

(一) 术语解释及基本理论

1. 承揽合同，是指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。其中，应完成并交付成果的一方为承揽人；接受承揽人的工作并给付报酬的一方为定作人；承揽人所应完成的工作成果为定作物。

2. 加工合同，是指由定作人提供原材料或半成品，承揽人按照具体要求进行加工制作，然后交给定作人并由定作人支付报酬的合同。

3. 定作合同，是承揽人用自己的原材料和技术按照定作人的要求，为定作人制作成品或半成品，定作人接受该产品并支付报酬的合同。

4. 修理合同，是指承揽人为定作人修复损坏的物品，由定作人为此支付报酬的合同。

5. 复制合同，是指承揽人根据定作人提供的特定物，运用自己的技术、设备和经验，制作出复制品并交付给定作人，定作人支付报酬的合同。

6. 测试、检验合同，是指承揽人运用自己的知识、技术、设备就定作人提出的特定物的性能、问题等内容进行测试、检验，并将结果提交给定作人的合同。

承揽合同是现实生活中经常应用的一种合同，无论是工业生

产，还是日常生活中，都无处不在。人们无论在订立合同时，还是在解决纠纷时，首先要明白自己所订立的合同属于哪种合同，才能依此种合同的法律规定来解决问题。例如，对于承揽人来说，如果认为自己订立的合同属于订购合同（买卖合同），在定作人不支付价款时，本可以行使留置权却没有行使，从而使自己的利益得不到很好地保护；又如，订购合同（买卖合同）中，出卖人认为自己订立的合同是承揽合同，本不享有留置权却行使了留置权，其结果只得承担更多的不利后果。所以，只有正确认识合同的性质，才能更好地行使权利义务，保护自己的利益。

《合同法》中列举的常见的承揽合同有加工合同、定作合同、修理合同、复制合同、测试合同和检验合同。实践中常见的还有：装修合同、印刷合同、广告合同、房屋修缮合同等等，只要具备承揽合同的一般特征，都属于承揽合同。建设工程合同，本属于承揽合同，也具有承揽合同的一般特征，但由于其标的——建设工程具有特殊性，因此一般将其列为一种独立类型合同，不过，也可以将建设工程合同认为是广义的承揽合同的一种。

实践中，当事人订立的合同并不十分规范，合同的名称与合同的内容、实质并不一致，在发生纠纷、解决争议时就应首先确定合同的类型，某一合同是否属于承揽合同，往往要根据承揽合同的特征进行判断，一般认为，承揽合同具有以下特征：

1. 承揽合同以一定工作的完成为目的。

承揽合同的承揽人须依照定作人的要求完成一定的工作，定作人订立合同的目的是取得承揽人完成的一定工作成果。从承揽人完成的一定工作上看，因承揽人进行工作须提供劳务，承揽合同也属于劳务类合同。但在承揽合同中，定作人所需要的并非是承揽人完成工作的过程，而是承揽人完成的工作成果，也就是说，定作人所需要的不是承揽人的单纯劳务，而是其劳务的结果，承揽人的劳务必须是特定化的结果。例如，甲接受乙的委托

为乙修理汽车，这也是比较典型的一种承揽合同，在这个承揽合同中，甲只有把乙的车修好并交付给乙时，甲才有权向乙请求支付修理费，乙也只有在此时才有支付修理费的义务。如果甲花了数天时间，并没有把乙的汽车修好，他就无权要求乙支付修理费，即使是甲确实为修车花费了许多时间、精力。这是因为，乙委托甲修车的目的是修好汽车，甲只有将汽车修好才能算完成这项工作，没有修好汽车就没有完成工作，自然就不能请求报酬了。而劳动合同则不同，只要劳务者付出劳动，雇用者就应支付报酬，劳动者的报酬是以劳动者付出的劳动量来计算的。

2. 承揽合同的标的是特定的工作成果。

承揽合同的标的是承揽人完成并交付的工作成果。这一工作成果既可以是体力劳动成果，也可以是脑力劳动成果，可以是物，也可以是其他财产。但必须具有特定性，是按照定作人的特定要求，为满足定作人的特殊需要完成的。在现实生活中，人们的需求是千差万别的，并不是每个人需要的东西都可以从市场上买得到。如某甲体重 150 公斤，他需要睡的床就须特殊加工，市场卖的床一般按照常人体重设计的，承受不了某甲，这时某甲委托家具店加工的床即具有特定性，其表现是：这个床在市场上是买不到的；而对于一般人来说，其大小、结构又没有必要，只有某甲才需要。承揽合同的标的特定性还表现在，这个特定的标的是由承揽人完成的。定作人是根据承揽人的条件认定承揽人能够完成工作来选择承揽人的，定作人注重的是特定承揽人的工作条件和技能，不是其他一般人的工作条件和技能。如某甲在修理汽车时，有乙和丙两个修理厂，甲认为乙的修理厂设备好，修理人员技术高，就选择乙为其修车。甲之所以选择乙，看中的是乙的设备好，修理人员技术高。因此乙在为甲修车时，就要以自己的人力、设备和技术力量等条件独立地为甲把车修好，乙的修理结果相对于其他修理人来说，也是特定的。

3. 承揽合同的承揽人应以自己的风险独立完成工作。

承揽合同在履行过程中，一切原材料、技术资料、产品都在承揽人占有和管理之下，同时，由于承揽合同是交付工作成果的合同，所以承揽人在完成工作成果过程中，以自己的风险承担责任。所谓风险，是指自然灾害或意外事故等不可抗力的风险，如地震、台风、洪水等。承揽人在履行承揽合同过程中，因不可抗力等不可归责于双方当事人的原因致使工作成果无法实现或标的物遭受意外毁损、灭失，承揽人自己承担责任，并且不能要求定作人对其已付出的劳务给付报酬。若由于承揽人保管不善使工作成果灭失或毁损，如水淹、火灾等，此时承揽人承担责任，属过失责任，而非风险责任。

4. 承揽合同是诺成合同、有偿合同、双务合同。

诺成合同是指依双方意思表示一致即可成立的合同，它是与实践性合同相对应的。实践合同是指除意思表示一致外还须实施行为才能成立的合同。承揽合同自双方当事人意思表示一致即可，而不以当事人一方有实际交付行为作为合同成立的必要条件，因此是诺成性合同。

双方当事人之间存在对价给付关系的合同是有偿合同，承揽合同的定作人须为工作成果的取得支付报酬，任何一方从另一方取得利益均应支付相应的对价，因此，承揽合同是有偿合同。若当事人一方为另一方完成一定工作，另一方接受该工作成果却无需支付报酬，则当事人之间的关系不是承揽关系。

当事人双方互负义务的合同为双务合同。承揽合同一经成立，当事人双方均负有一定义务。承揽人以自己的行为完成一定工作并交付给定作人，定作人接受定作物须支付一定的报酬，双方的义务具有对应性。因此，承揽合同是双务合同。

(二) 常见纠纷及注意问题

在《合同法》中以及以前的《经济合同法》中，均将承揽合

同作为一种独立类型的合同，说明其有自己的特点，但承揽合同与买卖合同、雇用合同、技术服务合同、委托合同等有许多相似之处，实践中也比较容易混淆，因此，应当注意承揽合同与他们的区别。

1. 承揽合同与买卖合同的区别

在民法理论上，有一种观点认为承揽合同是买卖合同的“变种”，这样认为，并不过分。买卖合同在整个合同法体系中，占有举足轻重的地位。买卖合同是最典型的有偿合同，一方支付货币，另一方交付货物。而承揽合同中，同样是一方支付货币，另一方交付货物，只不过货物的性质特征有所不同。可见，承揽合同与买卖合同有许多相似之处，尤其是买卖合同中的定货合同和承揽合同中的定作合同，更是容易混淆。例如，某商场与某服装公司订立一个合同，某服装公司应按计划生产服装供应某商场。商场在签定合同时往往要涉及服装的规格、式样、颜色等，生产的服装要满足这些要求，服装公司也应当按照这些去加工。那么，这个合同是定作合同，还是定货合同呢？只有确定合同的性质，才能知道双方当事人的权利义务。所以，下面将通过比较承揽合同与买卖合同的区别来进行分析。

(1) 承揽合同中的标的物只能是承揽人严格按照定作人的要求而完成的工作成果；而买卖合同的标的物只是双方约定的出卖人应交付的物。在承揽合同中，双方注重的是工作成果完成的条件，是承揽人的“创作”；而在买卖合同中，双方并不注重标的物的制作条件，而是出卖人的“给与”，至于出卖人交付的标的物是如何制作的，由谁制作的，并不具有法律意义。

(2) 承揽合同的标的物具有特定性，是按照定作人的要求制作的，用以满足定作人的特殊要求，而且是“定作”才能满足的需求。这种定作物是在合同生效后才开始制作的，从制作时起，即为定作人所有，承揽人无权处分定作物，只有在定作人超过 2

个月不支付承揽报酬的情况下，承揽人才能做留置物处理，否则要承担民事侵权责任。因此，承揽合同的标的若为物，只能是特定物。而买卖合同的标的物可以是特定物，也可以是种类物。如果是特定物，通常并未改变标的物的本质属性，并且标的物可能在合同成立时已经存在。这种特定性是相对的，往往是买方在卖方的产品范围内或基础上，作些选择性地确定或略加变动，产品的本质属性并没有变动。如在若干样品中选定一种，并略加修改，来确定买卖的标的。买卖合同中标的物在交付前所有权属于出卖人，出卖人可以任意处分，而不发生侵权的法律后果，如果导致不能交货，产生的是违约责任，如果在合同约定期间内交付标的物，亦不产生违约责任。

(3) 承揽合同中转移定作物的所有权并不是承揽人的主要义务，而是承揽人完成工作成果后的一种附随义务。承揽合同中定作人需要的是承揽人的制作过程，这个过程是把承揽人的技术、智慧和物结合在一起，在物上必须凝结着承揽人的劳动结果，才能满足定作人的需要，定作人取得的不仅仅是物的形式，因此，定作人取得工作成果自然要取得工作成果的所有权。而买卖合同中转移货物的所有权是出卖人的主要义务。

(4) 承揽合同的定作人有权在不影响承揽人工作的情况下，对承揽人的工作情况进行监督和检查，在承揽人未能按照约定的条件和期限进行工作，显然不能按时按质完成工作时，定作人有权解除合同，并要求承揽人赔偿损失；而买卖合同的买受人只有权请求出卖人按约定的条件交付标的物，无权过问对方的生产经营或标的物的取得情况。同时，承揽合同的承揽人必须以自己的设备、技术和劳力完成工作或工作的主要部分，未经定作人同意，不能将工作和或工作的主要部分转交第三人完成；而买卖合同中，卖方的生产过程不需买方制约，卖方可以将工作任务转交第三人完成，无须征得买方同意。

(5) 承揽合同中,在工作成果完成前,只能由承揽人自己承担工作物意外灭失的风险;而在买卖合同中当事人可以约定自合同成立时起标的物意外灭失的风险即由买方负担。

以上可见,承揽合同虽然与买卖合同有相似之处,但还是有区别的。在实践中,认定合同为承揽合同还是买卖合同时,应从上述各方面全面衡量,具体问题具体分析,才能正确确定合同的性质。前面举的例子总体上看是买卖合同。商场看重的是服装的交付,对如何加工并不过问,至于服装公司是自己加工还是交与别人加工,以及如何加工,商场并不干预。所以,可以认定是定货合同。

2. 承揽合同与雇佣合同的区别

承揽合同中由于承揽人要完成一定工作,完成工作的过程也是进行劳务的过程,这与雇佣合同中受雇人须提供劳务、完成一定工作相似,但两者还是存在区别的。

(1) 承揽合同的当事人在合同生效后,双方之间不存在组织领导关系,承揽人在完成工作中具有独立性,这种独立性表现在承揽人自己决定生产的安排,定作人的监督和检查仅对于定作物的质量和相关技术方面。而雇佣合同在生效后,受雇人与雇用人之间产生组织领导关系,受雇人在完成工作时须听从雇用人的安排、指挥,受雇人并不具有独立性。

(2) 承揽合同的标的是承揽人完成工作的成果,定作人所需要的并不是承揽人的劳动过程,而是劳动过程和物结合在一起的工作成果;而雇佣合同的标的是受雇人提供的劳务本身,雇用人所需的就是受雇人的劳动。

(3) 承揽合同的承揽人只有在交付工作成果后才能取得报酬,不交付成果,付出劳动也不能请求定作人支付报酬;而在雇佣合同中,受雇人按雇用人的要求完成工作,雇用人就须支付报酬,至于工作成果是否满足雇用人要求,则与受雇人无关。

(4) 承揽合同中承揽人在完成工作中致人损害的，由承揽人自己承担责任，与定作人无关，并且承揽人在交付工作前要承担定作物风险责任；而雇用合同中受雇人在完成工作中致人损害的，雇用人也须依法承担相应的民事责任，对外承担雇主责任，即对他人所受损害承担赔偿责任；对内则依其过错程度承担受雇人的损害赔偿。同时，受雇人对完成的工作不承担风险。

3. 承揽合同与技术服务合同的区别

技术服务合同是当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题，获得报酬而订立的合同。它与承揽合同相比，都是一方（服务方、承揽方）为另一方完成特定的工作，表现为体力或脑力劳动成果，并且风险由服务方、承揽方承担，但两者还是有区别的。

(1) 从主体上看，承揽合同中完成特定工作的人员一般不需要具有较高的科学技术水平；而技术服务合同中完成特定工作的义务通常是由掌握一定专业科技知识的科学技术人员来具体履行。

(2) 从合同的内容上看，承揽合同是凭借一定常规的物质生产资料和劳动者的体力劳动而完成的特定工作；而技术服务合同是需要运用科学技术知识完成的特定专业技术工作。

(3) 从合同履行的目的和效果来看，承揽合同在履行过程中，合同当事人之间并没有传递专业技术知识的主观愿望，定作方取得合同约定的特定成果便达到目的；而技术服务合同履行的目的在于通过解决特定的技术问题，达到利用科学技术为经济生活服务。

4. 承揽合同与委托合同的区别

承揽合同的承揽人按照定作人的要求完成一定工作，这与委托合同的受托人按照委托人的要求处理一定事务相似，但两者还是有区别的。

(1) 承揽合同的承揽人是以自己的名义和费用按照定作人的要求完成一定工作的，自己独立承担风险；而委托合同的受托人是以委托人的名义和费用按照委托人的要求完成一定工作的，自己并不承担完成工作任务的风险。

(2) 承揽合同的承揽人在完成定作人交付的工作任务过程中，一般不涉及第三人；委托合同的受托人在完成委托人交办的事项中，一般会涉及第三人。

(3) 承揽合同为有偿合同；而委托合同可以是有偿的，也可以是无偿的。

(三) 法律、法规及司法解释

《合同法》第 251 条：承揽合同是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。

承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

二、如何订立承揽合同？

(一) 术语解释及基本理论

1. 要约，是指希望和他人订立合同的意思表示。意思表示是把内心旨在发生一定效果的意思表示出来的行为。发出要约的一方称为要约人，接到要约的一方为受要约人。

2. 承诺，是指受要约人同意接受要约的全部条件的意思表示。

3. 要约邀请，是希望他人向自己发出要约的意思表示，又称要约引诱。

4. 反要约，是指受要约人在接到要约后，对要约人要约的内容作出实质性变更，并将变更后的要约送达给要约人，又称新要约。

承揽合同订立是两个或两个以上的当事人，在平等自愿的基础上就承揽合同的主要条款经过协商一致，最终达到协议的法律行为。任何一个法律行为的发生，必须有其成立的过程。《合同