

## 《民法典草案》“承揽合同”章评析与完善

宁红丽

**摘要:**《民法典草案》“承揽合同”一章基本保留了其在《合同法》中的原貌,应进一步完善改进。“交付工作成果”不应成为承揽合同类型认定的要件;适法转承揽中,应仅使承揽人承担选任责任;承揽人迟延时,定作人依《合同法》第94条主张解除应受限制;同时应进一步细化承揽人的瑕疵责任。定作人协助义务在性质上属于不真正义务,因定作人违反该义务承揽人解除合同的,承揽人可主张损害赔偿;来料加工型承揽,定作人取得工作物所有权;承揽人包工包料,定作人支付材料价款的情形下,应区分情形判断工作物归属。材料的风险,实行所有人主义;由承揽人提供材料的,应由承揽人承担风险;报酬的风险视工作成果是否需要交付来决定。承揽工作完成之前,定作人可随时解除合同;此时承揽人有权利要求合同约定的报酬以及因合同解除而增加的费用,但承揽人因合同解除而节约的成本应予扣除。

**关键词:** 承揽合同;瑕疵责任;所有权归属;风险负担;任意解除权

[中图分类号] D923.6 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2020)01-0108-26

### 引言

承揽合同在经济生活中占据十分重要的地位。在统一的《中华人民共和国合同法》(下称《合同法》)制定之前,1981年的《中华人民共和国合同法》中规定的有限的几种合同类型中,即包括“加工承揽”合同;之后国务院又专门制定《加工承揽合同条例》(1984年),共四章26条,虽然以当前观点评价,这部条例存在明显的科学性和抽象性不足的问题,但其毕竟以20个条文的体量将承揽合同从订立到终止进行了总括性的规范。1999年“三法合一”,《合同法》第251—268条以专章共17个条文对承揽合同进行了规范,但时过二十载,“中国期刊网”上以“承揽”题名进行搜索,仅有论文数十篇,而其中发表于法学核心期刊的与承揽相关的论文,更是少之又少。有关承揽合同的研究不足直接导致了《中华人民共和国民法典草案》(2019年12月28日稿,下称《民法典草案》)“承揽合同”一章基本保留了其在《合同法》中的原貌。《民法典草案》

[作者简介] 宁红丽,法学博士,对外经济贸易大学法学院教授。

[基金项目] 国家社科基金项目“长期性合同研究”(项目批准号:18BFX120),对外经济贸易大学双一流项目和校级项目(项目批准号:17YB04)。

仅对其中两个条文进行了修改,分别是第783条“定作人留置权”增设抗辩权,以及第787条“定作人任意解除权”增设行使时间限制。这两项制度固属于承揽合同制度中的重要内容,但其他诸多制度,如承揽人迟延履行与不完全履行、承揽物所有权归属以及风险负担等也值得重视。与学界研究的冷落现状形成鲜明对照的是,司法实践中有关承揽的纠纷极多,立法的空白造成了争议处理上的科学性不足。借法典编纂之际,本文旨在结合国外立法、学界研究并在分析我国司法实践的基础上,对承揽合同中的若干重要规则提出修改补充建议,以期引起更多同行的关注,进一步深化承揽合同领域的研究。

## 一、承揽合同的概念

就承揽合同的概念界定,《民法典草案》原封不动地复制了《合同法》第251条,于第770条第1款规定:“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。”这一规定虽然揭示了承揽合同的特征,却有失狭隘,问题主要体现在,承揽合同的类型认定是否以“交付工作成果”为要件?笔者认为,将“交付工作成果”作为认定承揽合同的要件,存在以下问题。

### (一) 将“交付工作成果”作为对承揽概念的界定,与经济现实不符

实践中大量存在的翻译、理发美容、信息提供、演奏、教育培训等新型合同,由于劳务提供不具有附属性,无法纳入雇佣范畴,且其劳务给付具有一定程度的无形性,难以认定属于“工作成果”,因此将其认定为承揽也存在一定障碍。为了解决这类合同的性质认定,日本学者山本敬三将承揽区分出“物中心型承揽”和“劳务中心型承揽”两类。其中,“物中心型承揽”是指劳动与工作物紧密结合的承揽类型,如加工制造、服装定做等;“劳务中心型承揽”则不体现为完成某种有形成果,鉴定、翻译、演奏、理发美容、信息提供、运送、教育培训等均属于此类。我国民法学者也注意到此问题,认为承揽合同所指向的工作包括三种情形:一是有形工作成果的制作与变更;二是无形的精神创作但借助有体物予以形体化,如广告设计、鉴定报告等;三是单纯劳务的实施,如提供法律意见或者口译等。有形的工作成果需要交付,无形的工作成果一般无须交付。<sup>〔1〕</sup>据此可认为,虽然不少承揽合同中,承揽人确实要交付工作成果,但并非所有的承揽工作均须交付工作成果,此际,只有工作完成的问题而无工作交付的问题。

### (二) 多数大陆法系国家和地区民法典对承揽的界定,均不强调工作成果之交付

《德国民法典》第631条第1款规定:“根据承揽合同,承揽人负有完成约定工作的义务,定作人负有支付约定报酬的义务。”《瑞士债务法》第363条规定:“基于承揽契约,承揽人负完成工作的义务,定作人负给付报酬的义务。”《魁北克民法典》第2098条规定:“承揽或服务合同,为承揽人或提供服务人对顾客承诺完成体力或智力工作或提供服务,以取得顾客有义务给付的报酬

〔1〕 杨芳贤:《承揽》,载黄立:《民法债编各论》(上),中国政法大学出版社2002年版,第390页;崔建远、韩世远、于敏:《债法》,清华大学出版社2010年版,第489页。

的合同。”新修订的《日本民法典》第632条规定：“承揽，因一方当事人约定完成某工作，相对人约定对其工作成果支付其报酬，而生其效力。”第633条规定：“报酬与工作标的物之交付同时支付。但无须交付物时，准用第624条第1款之规定。”我国台湾地区“民法”第490条第1款规定：“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。”第498条第2款规定：“工作依其性质无须交付者，前项一年之期间，自工作完成时起算。”第505条第1款规定：“报酬应于工作交付时给付之，无须交付者，应于工作完成时给付之。”因此，工作有交付与无须交付两种情形。

### （三）强调“交付工作成果”会对承揽与雇佣的划分造成不良影响

司法实践中出现大量人身伤害案件，都涉及雇佣与承揽的区分。为解决该问题，最高人民法院2003年颁布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9、11条规定了雇主责任，第10条规定了承揽人责任，即定作人仅对其定作、指示或者选任中的过失承担赔偿责任。在笔者看来，这两类关系认定上出现的障碍在很大程度上都与对“承揽”的理解过于狭窄有关。在司法实践中有一种根深蒂固的认识，认为“承揽合同与雇佣合同最显着的区别就是合同标的不同，前者的合同标的为劳动成果，后者的合同标的为劳务”。<sup>(2)</sup>这种误会一定程度上就是在承揽中过于强调工作成果之交付而造成的。雇佣与承揽的核心区别并不在于是否需要交付工作成果，而在于提供劳动的自主性、专业性上。<sup>(3)</sup>

### （四）强调交付工作成果会造成风险负担上的混淆

我国《合同法》和《民法典草案》均没有规定承揽物的风险，承揽物的风险转移，需要交付承揽物的，风险在交付时转移；不需要交付的，应该从完成时转移。如过于强调标的物交付，对无须交付工作成果的承揽合同，有关风险负担的转移时间就无法确定。有关风险负担的详细分析，本文第七部分将详细阐述。

综上所述，建议将《民法典草案》第770条第1款规定修改为：“承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，定作人支付报酬的合同。”

## 二、转承揽中承揽人责任的减轻：选任责任还是履行辅助人责任？

以是否经过定作人同意为标准，转承揽分为适法转承揽（定作人同意的转承揽）与不适法转承揽（定作人不同意的转承揽）。就此规则，《民法典草案》第772、773条完全照搬了《合同法》第253、254条的规定。根据上述规定，转承揽发生以下效果：第一，在不适法转承揽中，转承揽构成违约，次承揽人的行为不发生履行辅助人责任；第二，在适法转承揽中，定作人不能解除与承揽人之间的承揽合同，而承揽人应就次承揽人完成的工作成果向定作人负责。但需要讨论的问

(2) 刘千军、谢彬：《承揽与雇佣的区别及责任承担——重庆市五中院判决陈伟诉郭宗寿等财产损害赔偿纠纷案》，《人民法院报》2013年5月23日。

(3) 赵明非：《雇佣关系与承揽关系的区分标准》，《内蒙古大学学报（哲学社会科学版）》2017年第2期，第86页。

题是，承揽人对适法次承揽人的行为承担的是选任责任还是履行辅助人责任？

### （一）比较法之观察

适法次承揽人是否为履行辅助人？我国台湾地区“民法”未设明文，黄茂荣教授认为，可准用委托合同的规定，承揽人依其情形，可从应负无过失责任、就次承揽人之故意或过失行为与自己之故意或过失行为相同之责任，到只就对于次承揽人之选任与指示上的过失负责。<sup>(4)</sup>杨芳贤与林诚二两位教授则均认为，主承揽人就次承揽人的行为应依据履行辅助人的规定负责。<sup>(5)</sup>而我国台湾地区“民法”中的履行辅助人责任，根据其“民法”第224条之规定，并非法定无过失责任，而是债务人过失责任的扩大，债务人可举证证明履行辅助人并无过失而免责。

### （二）我国现行法中的履行辅助人责任

关于履行辅助人责任，我国《合同法》第121条规定，“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任”。将此条与前述我国台湾地区“民法”第224条之规定作比较即可发现，该条并未施以“故意或重大过失”的限制，有关履行辅助人责任的规定显然要比我国台湾地区的规定严格。由此可知，我国关于履行辅助人的规定与我国台湾地区并不完全相同，就承揽人对次承揽人所承担的责任，似不应全盘复制上述我国台湾地区学界的观点。

### （三）次承揽人的责任认定

#### 1. 区分适法转承揽与不合法转承揽

如前所述，在不合法转承揽中，因主承揽人转承揽未经定作人同意，即使次承揽人为承揽工作，其自身的行为也构成违约。因此，主承揽人应对自己的违约行为承担债务不履行责任，次承揽人显然不是履行辅助人。而在适法转承揽中，因主承揽人委由次承揽人为承揽工作已得定作人同意，其行为并不违约，但《合同法》第253条要求主承揽人应就次承揽人的工作成果向定作人负责。由此可见在我国法上，适法次承揽人被视为履行辅助人。因此，虽然不论转承揽适法与否，主承揽人均须为次承揽人的行为负责，但有必要厘清次承揽人的法律地位，因为定作人的请求权基础并不相同。

#### 2. 降低适法承揽人对次承揽人的责任

笔者认为，适法转承揽中，由于承揽人对次承揽人的工作无干预可能性，次承揽人并非履行辅助人，因此合理的做法是降低承揽人的责任程度，使其仅承担指示责任。

## 三、承揽人迟延的法律效果

承揽人未在约定期限内完成工作，或者虽未约定期限但承揽人经过相当期限才完成工作，构成履行迟延时，承揽人应承担何种责任？对此，《合同法》与《民法典草案》均未设明文。关于履

(4) 黄茂荣：《债法各论》（第一册），中国政法大学出版社2004年版，第358页。

(5) 黄立：《民法债编各论》（上），中国政法大学出版社2003年版，第402页；林诚二：《民法债编各论》（中），中国人民大学出版社2007年版，第57页。

行迟延,《合同法》第94条规定,有下列情形之一的,当事人可以解除合同:“(三)当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行; (四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”。据此,定作人显然可以适用第94条之规定经催告后或直接解除承揽合同。但若允许定作人较轻易地解除合同,则承揽人所耗费的劳力、时间甚至巨额资金均无法求偿,对承揽人殊为不利。例如在上海A服饰公司诉上海B服饰公司加工合同纠纷案<sup>(6)</sup>中,被告承揽人迟延履行主要债务,经原告催告后仍未履行,原告解除《加工合同》,但原告向被告交付的原料,被告已经开裁并加工为成衣,无法原物返还,法院判决折价赔偿。此种情形下造成的资源浪费自不待言。正基于此,为兼顾承揽人利益的保护,立法例中多不允许定作人直接依债法总则中有关履行迟延的一般规定解除合同,而是对承揽合同的迟延解除作特别规定,下文即对此问题作详细分析。

### (一) 比较法之分析

立法例中,《瑞士债务法》未对承揽人迟延履行作直接规定,仅规定了迟延开工。其第366条第1款规定:“承揽人未及时开始工作或违反契约规定迟延工作,或者承揽人非因定作人过错而迟延工作,以致不可能期待其按期完成工作者,定作人得在交付期限届至前解除契约。”我国台湾地区“民法”第502条对承揽人迟延履行作出专门规定:“因可归责于承揽人之事由,致工作逾约定期限始完成,或未定期限而逾相当时期始完成者,定作人得请求减少报酬或请求赔偿因迟延而生之损害。前项情形,如以工作于特定期限完成或交付为契约之要素者,定作人得解除契约,并得请求赔偿因不履行而生之损害。”<sup>(7)</sup>我国台湾地区实务与学者见解认为,对于工作并未于特定期限内完成或交付为契约要素之情形,第502条第1项是第254条的特别规定。承揽的工作因可归责于承揽人的事由,致不能于约定期限完成,或未约定期限经过相当时期而未完成时,定作人即应受第502条第1项的限制,而不得任意解除合同,无再适用第254条的余地。<sup>(8)</sup>对该制度的适用,刘春堂教授认为,不但应考虑承揽人利益,也应考虑定作人之利益,以免对定作人过于不公。因此,应明确该解除权仅在满足下述条件时才能行使:第一,承揽工作已完成,但因可归责于承揽人之事由,致逾约定期限始完成或交付,或未定期限而逾相当时期始完成或交付之情形;如果工作尚未完成,无论其是因逾期而未完成,还是未定期限而逾相当期限而未完成,也无论其是否以工作于特定期限完成或交付为契约之要素,均不得行使第502条所规定之解除权,而应适用台

(6) 上海市闵行区人民法院(2012)闵民二(商)初字第1776号民事判决书。

(7) 我国台湾地区“民法”第502条第1项之修正理由(说明):一、本条第一项是否仅适用于工作完成之情形,现行条文文义不明,易滋疑义,为明确计,爰修正为仅适用于“工作完成”之情形。又定作人于本项情形,是否仅得请求减少报酬,学说上不无争议,为明确明确,爰修正为定作人得请求减少报酬或请求赔偿因迟延而生之损害,使定作人在无法举证证明其损害之情形时,可请求减少报酬,而在可证明其损害时,可径行请求赔偿因迟延而生之损害(台湾地区“民法”第231条参照)。

(8) 史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第307页;郑玉波:《民法债编各论》(上),中国政法大学出版社2003年版,第362-363页;邱聪智:《新订债法各论》(上),中国人民大学出版社2006年版,第63页;赵文杰:《〈合同法〉第94条(法定解除)评注》,《法学家》2019年第4期,第186页。

湾地区“民法”第229、254以及254条有关给付迟延之一般规定。第二，以工作于特定期限完成或交付为契约要素者，定作人始得解除契约；非以工作于特定期限完成或交付为契约要素者，定作人则不得解除契约。<sup>〔9〕</sup>

## （二）我国学界观点

我国已有学者注意到承揽人迟延履行特殊性，如崔建远教授指出，在承揽合同中，若承揽人已完成大部分工作，仅是交易工作成果迟延，且迟延时间不是太久，单次定期催告无果后解除可能使已完成的大部分工作丧失价值，对相关债务人施之过苛，不合经济效益原则。因此，在承揽人未能在约定的期限内交付工作成果，甚至在宽限期届满时亦未交付成果的，不宜适用《合同法》第94条第3项的规定，而应适用《合同法》第94条第4项的规定；但如承揽人恶意迟延，则仍适用《合同法》第94条第3项的规定，甚至径直适用《合同法》第94条第2项的规定，允许定作人解除合同。<sup>〔10〕</sup>笔者认为，此种考虑殊值重视。

## （三）本文建议

本文认为，应区分承揽是否为定期行为提供不同的解决方案。其一，如承揽为绝对定期行为，则定作人可直接解除合同并请求赔偿损失。例如，合同约定在展览中心为某公司的参展项目搭建展台，搭建时间为2018年3月13日至14日14点；开展时间为2018年3月15日，撤展时间为2018年3月17日。<sup>〔11〕</sup>承揽人如在15日之前不能完成展台搭建，则可直接认定为违约。

其二，如承揽合同并非绝对定期行为，基于承揽合同的特性，不应允许定作人依照《合同法》第94条解除合同。实践中不少法院机械适用《合同法》第94条第3项的规定，允许定作人解除合同。例如在山东国福装饰工程有限公司与济南市天桥区汉邦铁艺加工部承揽合同纠纷案<sup>〔12〕</sup>中，承揽人汉邦铁艺加工部自认，其就该部分木扶手的履行迟延了4天，合同并未就此约定解约条件。法院认为，定作人国福装饰工程有限公司若就此主张解约，应当符合法定解除条件，即国福装饰工程有限公司若就此主张解除合同，依照《合同法》第94条之规定应当首先履行催告义务，若汉邦铁艺加工部经其催告在合理的宽限期内仍未能履行，国福装饰工程有限公司方有权解除合同。笔者认为，本案情形中，承揽人已经完成了承揽工作，因此应排除第94条解除权之行使，但应支持其损害赔偿请求。又如北京捷保联创翻译有限公司诉天津盛龙数码科技有限公司承揽合同纠纷

〔9〕 刘春堂：《承揽人未依限完成工作与契约解除——最高法院98年度上字第1256条判决评析》，《裁判时报》2017年第9期，第20页。

〔10〕 崔建远：《合同一般法定解除条件探微》，《法律科学》2011年第6期，第126页。

〔11〕 中鑫会展服务（北京）有限责任公司与北京路川国际展览有限公司承揽合同纠纷案，北京市第三中级人民法院（2018）京03民终10066号民事判决书。

〔12〕 山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01民终5396号民事判决书。法院认为，国福装饰工程有限公司未经督促汉邦铁艺加工部履行即通知汉邦铁艺加工部解除合同，缺乏法律依据，其就此终止了合同履行，构成违约，应当承担违约责任。故其要求汉邦铁艺加工部偿付违约金的请求无事实和法律依据，不予支持。虽然国福装饰工程有限公司终止合同履行构成违约，但因汉邦铁艺加工部亦不主张继续履行，合同应当解除。

案<sup>[13]</sup>中，法院认为原告虽然完成了翻译任务，却出现了迟延履行，被告因此被案外人终止了相关合作。这种情况下，承揽工作已经完成，但基于交付迟延对定作人造成了期待利益损失，定作人虽不能请求解除合同，但可以请求损害赔偿。

由上述两个案例可以发现，基于承揽合同的特殊性，承揽人迟延时，定作人依《合同法》第94条主张解除合同应受限制。笔者认为，《民法典草案》有必要借鉴我国台湾地区“民法”对承揽人迟延责任作出特别规定，建议将定作人的迟延解除权限于定有绝对确定期限及迟延的给付已无意义的情形，具体如下：承揽人履行迟延，如定作人工作已完成，定作人可以请求减少报酬或者请求承揽人赔偿因迟延所受损害；如果当事人特别约定承揽人应在特定期限完成工作或交付工作成果的，则定作人可解除合同，并可请求承揽人承担损害赔偿责任。

由于承揽人履行迟延，致使定作人支出另觅替代给付的费用、造成可得利益损失的，定作人即使不解除合同，也应有权要求承揽人承担赔偿这些损失。若定作人在受领时对迟延并无异议，则不能主张报酬减少请求权、解除权、损害赔偿请求权等权利。

#### 四、承揽人的瑕疵担保责任

《合同法》第262条规定：“承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。”这一条是我国《合同法》上有关承揽瑕疵责任的规定，看似简单明了，实际上却问题重重。放眼域外，虽然大陆法系国家或地区民法对承揽人瑕疵责任性质的理解存在一定差异，其立法上的制度设计也有一些不同，但毫无例外的是，这些立法对承揽人的瑕疵责任往往从适用要件、法律效果、权利行使期间等方面详细规制，如《德国民法典》设置8个条文（第633—640条），《日本民法典》设置7个条文（第634—640条），《葡萄牙民法典》设置9个条文（第1218—1226条），我国台湾地区“民法”设置11个条文（第492—501-1条）。<sup>[14]</sup>反观我国，《合同法》仅设置区区一个条文进行规制，《民法典草案》亦机械复制此一规定，对比之下，反差十分明显。《民法典草案》第781条全文复制了《合同法》第262条。笔者认为，对于承揽人的瑕疵责任，需要注意以下问题。

##### （一）此条规定的是承揽人的瑕疵责任还是违约责任？

关于承揽合同中的违约责任与瑕疵担保责任，比较法中有多种方案。其中，德国通过债法修订消灭了承揽人的瑕疵责任，将其统一于违约责任的规范之下。根据《德国民法典》第633条第1款之规定，承揽人完成的工作有物之瑕疵或权利瑕疵，承揽人即违反合同债务而构成债务不履行行为。如学者所指出的：“对于承揽合同法进行改革的一个最重要的目标，就是在承揽人违反无

[13] 天津市第二中级人民法院（2011）二中民二终字第264号判决书。

[14] 在救济方式上，2000年我国台湾地区“民法”债编修正实行前，其第495条仅规定了定作人之损害赔偿请求权：“因可归责于承揽人之事由，致工作发生瑕疵者，定作人除依前二条之规定，请求修补或解除契约或请求减少报酬外，并得请求损害赔偿。”修正后之“民法”第495条则增列第二项之契约解除权。

瑕疵完成工作成果义务时，尽量减少承揽合同法对他的责任进行特殊规定，也就是说，尽量使他的责任由一般性条款，特别是债法总则中给付障碍的一般条款进行规定。所以，在新法第 633—639 条具体规定承揽人的责任时，也大量援引适用债法总则的条款，这是承揽合同法修改的一个重要内容。”<sup>(15)</sup>《日本民法典》第 634—640 条规定了有关承揽工作标的物瑕疵时承揽人的责任，不仅立法明定此种责任为“瑕疵担保责任”，而且理论通说也认为系瑕疵担保责任。<sup>(16)</sup>我国台湾地区“民法”于“承揽合同”中同时规定了“瑕疵担保责任”与“不完全给付责任”，其中第 492—494 条，通说认为是有关瑕疵担保责任的规定，据此，定作人享有瑕疵修补请求权、减酬请求权与契约解除权；第 495 条第 1 款则属于不完全给付责任的规定<sup>(17)</sup>，也就是说，承揽工作有瑕疵的，既发生瑕疵担保责任，也发生不完全给付责任。且就救济方式而言，“于不完全给付，定作人有损害赔偿请求权，此为瑕疵担保责任所无”。<sup>(18)</sup>应该说，我国台湾地区立法造成了较为奇特的制度构造，不仅制度设计颇为复杂<sup>(19)</sup>，而且也引发了很多争议。<sup>(20)</sup>

对照而言，《合同法》第 262 条与第 111 条关于不完全给付的规定内容基本相同，笔者认为，不宜将其认定为有关承揽人物的瑕疵担保责任的规定，而是有关承揽人不完全给付责任的规定。此种定性不仅有助于简化法律适用关系，而且也契合德国民法关于承揽合同法的最新立法精神。

### （二）承揽人不完全给付责任采何种归责原则？

承揽人不完全给付责任实行严格责任原则。<sup>(21)</sup>这是因为，承揽人的瑕疵担保责任为法定担保责任，并不以承揽人在履行承揽契约过程中主观上有过失为必要；但对于可归责于承揽人之事由时，会同时发生不完全给付之债务不履行问题。<sup>(22)</sup>

### （三）承揽人瑕疵责任的判断时点

《合同法》第 262 条采用了承揽人“交付”的工作成果不符合质量要求的表述，基本上可表明立法者以“交付”作为判断瑕疵有无之时点。不过，此际有两个问题需要研究：交付之前，工作

〔15〕齐晓琨：《德国新、旧债法比较研究——观念的转变和立法技术的提升》，法律出版社 2006 年版，第 324 页。

〔16〕〔日〕我妻荣：《债法各论》（中卷二），周江洪译，中国法制出版社 2008 年版，第 101 页以下；〔日〕星野英一：《日本民法概论 IV 契约》，姚荣涛译，五南图书出版公司 1999 年版，第 243 页。

〔17〕邱聪智：《新订债法各论》（中），中国人民大学出版社 2006 年版，第 60 页以下；李淑明：《债法各论》，元照出版公司 2004 年版，第 162 页。

〔18〕邱聪智：《新订债法各论》（中），中国人民大学出版社 2006 年版，第 61 页。

〔19〕如就买卖瑕疵担保责任，我国台湾地区“民法”第 360 条即将损害赔偿责任规定为出卖人的瑕疵担保责任形式之一，而第 495 条第 1 款则将损害赔偿排除于承揽人的瑕疵担保责任形式之外。

〔20〕姚志明：《承揽瑕疵损害赔偿与不完全给付于“最高法院”判决发展之轨迹》，《月旦法学杂志》2011 年第 198 期，第 25-28 页。

〔21〕我国台湾地区“最高法院”八十九年度台上字第二八六号民事判决表示：“又按承揽人瑕疵担保责任者，承揽人对于其完成之工作，不问其有无过失，负担保其无瑕疵之法定责任，且无过失者，原则上不构成不完全给付，不负债务不履行之责任，而瑕疵存在为瑕疵担保责任成立要件。”

〔22〕对此学界有不同观点，如金晶教授认为，第 262 条、第 265 条就承揽人责任采过错责任。金晶：《〈合同法〉第 111 条（质量不符合约定之违约责任）》，《法学家》2018 年第 3 期，第 172 页。另外，最高人民法院司法解释就建筑工程合同瑕疵责任采过错责任归责原则。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2004〕14 号）第 11 条规定：“因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。”

成果有瑕疵的，承揽人是否应承担瑕疵责任？交付之后，工作成果有瑕疵的，承揽人是否应承担瑕疵责任？

修正前《德国民法典》第 634 条第 1 款曾容许定作人在承揽工作交付前寻求救济，但在债法修正过程中，该条被删除。目前学说上认为，《德国民法典》第 634 条以下的规定，适用于风险移转后即受领后；至于受领前，如果发现构成解除条件的要件明确易见时，定作人例外地可依第 323 条第 4 款立即解除合同。<sup>(23)</sup> 我国台湾地区“民法”第 497 条确立了定作人的瑕疵预防请求权，该制度合理赋予定作人事前介入阻止瑕疵发生的权限，使定作人有机会在瑕疵发生前阻止瑕疵的发生。

我国现行法未如我国台湾地区“民法”第 497 条那样明定瑕疵预防请求权，定作人自然不能享有类似权利。不过，《合同法》第 108 条已明确建立预期违约制度，赋予债权人有权在履行期届满前要求债务人承担预期违约责任，以尽速获得救济，此种立法思想应加以落实。因此，在承揽工作进行中即已发生瑕疵的情形下，若还满足该瑕疵确定不能除去、承揽人明示拒绝除去等要件，则宜使定作人在承揽工作完成或交付前即可向承揽人主张瑕疵责任；至于工作成果完成（交付）后瑕疵才发生的，只要瑕疵的出现处于检验通知期限内，且该瑕疵非因定作人的原因所致，承揽人仍应负责。

（四）由于原材料的原因导致承揽工作有瑕疵，承揽人是否承担瑕疵担保责任？

《合同法》第 256、257 条仅规定了承揽人对定作人提供的材料、图纸、技术要求的检验通知义务，而并没有规定这些材料、图纸、技术要求对承揽工作成果质量影响的问题。对于因定作人提供的材料瑕疵或指示不当致工作成果不符合质量要求的，承揽人是否需要承担瑕疵责任？

对此问题，我国台湾地区“民法”第 496 条规定，“工作之瑕疵，因定作人所供给材料之性质或依定作人之指示而生者，定作人无前三条所规定之权利。但承揽人明知其材料之性质或指示不适当，而不告知定作人者，不在此限”。第 509 条规定，“于定作人受领工作前，因其所供给材料之瑕疵或其指示不适当，致工作毁损、灭失或不能完成者，承揽人如及时将材料之瑕疵或指示不适当之情事通知定作人时，得请求其已服务劳动之报酬及垫款之偿还，定作人有过失者，并得请求损害赔偿”。

笔者建议，《民法典草案》应进一步明确，如果工作成果不符合质量要求系因定作人的指示或其提供的材料所致，则承揽人无须承担瑕疵责任；如果承揽人明知上述情形而不告知定作人，则其仍应承担瑕疵责任。

（五）修理与重作

从《合同法》第 262 条的表述来看，该条将“修理”放在“重作”前，将“重作”放在“减少报酬、赔偿损失”前。这是否意味着修理（重作）相较于其他责任形式具有优先顺位？

<sup>(23)</sup> Jauernig/Vollkommer, BGB, §634Rn. 转引自姚志明：《德国承揽工作物之瑕疵担保责任》，载《私法学之传统与现代：林诚二教授六秩华诞祝寿论文集》（上），学林文化事业有限公司 2004 年版，第 501 页。

### 1. 修理与重作的优先顺位

在比较法上，大陆法系国家或地区一般都将修理作为第一顺位的救济措施。在德国，其民法典第 634 条分四款列举了定作人的瑕疵救济权，其中，后续履行请求权是第一优先的请求权，在存在瑕疵时，定作人首先必须依第 635 条的规定主张权利，只有承揽人在定作人所确定的期限内未后续履行时，定作人才能行使自行排除瑕疵、解除契约、减少报酬、损害赔偿、费用偿还等权利。我国台湾地区“民法”第 493 条规定，“工作有瑕疵者，定作人得定相当期限，请求承揽人修补之”。第 494 条规定，“承揽人不于前条第一项所定期限内修补瑕疵，或依前条第三项之规定拒绝修补或其瑕疵不能修补者，定作人得解除契约或请求减少报酬”。定作人的修补请求权先于契约解除权与减酬请求权也极为明显。我国台湾地区学界通说认为，“承揽人就工作瑕疵，负有修补义务，且为先位义务。就定作人而言，则为先位请求权”；“承揽工作瑕疵担保责任，以瑕疵修补请求权为重心，减酬请求权及契约解除权为修补请求权未能实现之备位权利”。<sup>(24)</sup> 大陆学者也多持此种观点。<sup>(25)</sup>

笔者认为，修理、重作应优先于其他救济措施。定作人只有先主张修理请求权未果后，才能寻求其他救济措施。当工作成果质量不符合要求时，原则上定作人应先确定一定期限请求承揽人修理，在承揽人拒绝修理前或迟延修理前，定作人不能寻求其他救济手段。在定作人请求前，承揽人主动要求修理的，定作人自然也不能拒绝修理。此际，应由承揽人承担运输费、道路费、劳动费用、材料费用等为修理必须支出的费用。当然，有关定作人应先行请求承揽人修补的规定“非强制规定”，得由当事人以特约排除。

### 2. 修理与重作之间的关系

对工作成果瑕疵责任形式，《合同法》同时规定了修理与重作。二者之间当然有差异，前者是对原工作成果进行改造，后者则是另行完成新工作成果。不过，相较于减少报酬、解除合同、赔偿损失等责任形式，修理与重作非常类似。因此，《德国民法典》将两者统辖在“后续履行”（Nacherfüllungsanspruch）的概念之下，即修理与重作只是后续履行的两种不同形式而已。

#### （1）谁来决定修理或重作？

《合同法》第 262 条规定，“定作人可以要求承揽人承担修理、重作……等违约责任”，即由定作人而非承揽人享有选择权。当承揽人重作时，其可以要求定作人返还不符合质量要求的工作成果。但是依照《德国民法典》第 635 条的规定，定作人请求后续履行的，承揽人可以依据他的选择消除瑕疵或完成新的工作成果，即这一选择权在承揽人。德国学说认为，由承揽人取得此项选择权符合当事人之间的利益状态，因为承揽人承担完成工作成果的义务，相较于定作人，承揽人更易知悉采取何种方式成本会较低，也更符合定作人的要求。而就定作人而言，他所注重的往往只是获得无瑕疵的工作成果，至于承揽人以何种方式完成承揽工作对其利益不生影响，而且“一

(24) 邱聪智：《新订债法各论》（中），中国人民大学出版社 2006 年版，第 57、60 页。

(25) 韩世远：《减价责任的逻辑构成》，《清华法学》2008 年第 1 期，第 21-22 页；杜景林：《我国合同法上减价制度的不足与完善》，《法学》2008 年第 4 期，第 53 页；武腾：《减价实现方式重思与重构》，《北方法学》2014 年第 3 期，第 144 页。

且承揽人选择的某种方式无法苛求他予以接受时，无须法律明确规定，他仍然可以诚实信用原则为理由，拒绝接受”。<sup>(26)</sup> 我国台湾地区实务界也持此种观点。<sup>(27)</sup>

笔者认为，将选择权赋予承揽人而非定作人更为合理。《民法典草案》应借鉴这样的做法，即当定作人行使后续履行请求权时，承揽人得自行决定是对工作成果进行修理，还是重作以提交符合质量要求的新工作成果。

## (2) 定作人可否自行修理、重作？

《合同法》第 262 条规定，定作人可以“要求承揽人”承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。该条完全未涉及定作人可否自行修理乃至重作有瑕疵的工作成果的问题。对该条的一个自然而然的解释结果就是：我国《合同法》并未确立定作人的自行修理（重作）的权利。从比较法来看，《德国民法典》第 634、637 条、我国台湾地区“民法”第 493 条第 2 款均明确规定了定作人的自行修补权。

《合同法》未明定定作人可否自行修理或重作，还是以在规定的承揽人被定期催告修理未果等条件的前提下赋予定作人这两种权利较为妥当。其原因在于：第一，虽然在定作人无自行修理请求权时，定作人于请求承揽人修理未果后自可诉请法院强制承揽人修理，其利益往往也能得到维护，不过，毕竟诉讼旷日持久，且定作人会所耗不菲，实不如直接赋予定作人自行修理权来得干脆。第二，就工作之瑕疵而言，瑕疵修补对承揽人而言不仅是义务同时也是权利，他可以借由修正瑕疵达成履约效果以获取报酬。<sup>(28)</sup> 第三，“考虑到《合同法》第 221 条允许出租人自行维修，在承揽也有必要允许定作人自行修理，并赋予其修理费用偿还请求权。至于重作，由于重作的费用有时要低于修理，因此也似无禁止定作人自行重作之理”。<sup>(29)</sup> 因此，笔者建议，《民法典草案》考虑增加规定定作人的自行修补权与修理费用偿还请求权，明确其适用要件与法律效果。

## (六) 承揽人的瑕疵责任期间

### 1. 比较法之分析

我国《合同法》和《民法典草案》均未规定承揽人的瑕疵责任期间。德国新债法中关于承揽合同的时效规定为：如果是为建筑和建筑材料所进行的计划性工作存在瑕疵而引起的请求权，则诉讼消灭时效为 5 年，其他动产此期间为验收后 2 年，无形工作则为知悉后 3 年。对此期间，我

(26) 齐晓琨：《德国新、旧债法比较研究——观念的转变和立法技术的提升》，法律出版社 2006 年版，第 330 页。

(27) 如我国台湾地区“最高法院”九十八年度台上字第七二一号民事判决持相同见解：“按承揽人具有专业知识，修缮能力较强，且较定作人接近生产程序，更易于判断瑕疵可否修补，故由原承揽人先行修补瑕疵较能实现以最低成本获取最大收益之经济目的。是以民法第四百九十五条虽规定，因可归责于承揽人之事由，致工作发生瑕疵者，定作人除依同法第四百九十三条及第四百九十四条规定请求修补或解除契约，或请求减少报酬外，并得请求损害赔偿。惟定作人依此规定请求承揽人赔偿损害仍依同法第四百九十三条规定先行定期催告承揽人修补瑕疵，始得为之，尚不得径行请求承揽人赔偿损害，庶免可修缮之工作物流于无用，浪费社会资源。”

(28) 叶锦鸿：《承揽》，三民书局 2007 年版，第 114 页。

(29) 李永军、易军：《合同法》，中国法制出版社 2009 年版，第 550 页。

国台湾地区“民法”第498条规定：“第493条至第495条所规定定作人之权利，如其瑕疵自工作交付后经过一年始发见者，不得主张。工作依其性质无须交付者，前项一年之期间，自工作完成时起算。”第499条规定：“工作为建筑物或其它土地上之工作物或为此等工作物之重大之修缮者，前条所定之期限，延为五年。”

## 2. 我国司法实践

司法实践中，针对承揽人的瑕疵责任期间，我国法院多参照《合同法》第158条出卖人瑕疵担保责任期间的规定？如南京汉威体育工程实业有限公司、浙江神鹰椅业有限公司承揽合同纠纷案<sup>(30)</sup>，南京人澍厨房无油烟智能系统有限公司与浙江兴意金属制品有限公司承揽合同纠纷案<sup>(31)</sup>，四川锦尚居暖通工程有限公司、成都市参仁园餐饮管理有限责任公司承揽合同纠纷案<sup>(32)</sup>，上海南汇甲塑料厂与上海乙金属制品有限公司承揽合同纠纷上诉案<sup>(33)</sup>，上海某食品有限公司与上海某包装实业有限公司承揽合同纠纷案<sup>(34)</sup>，D公司与江阴某公司等买卖合同纠纷案<sup>(35)</sup>，在这些案件中，法院均根据《合同法》第174条参照买卖合同中买受人的瑕疵检验通知义务的规定，认为定作人有义务在收货后对货物的质量进行验收：如瑕疵为表面瑕疵，定作人在“收货时就应该发现”；如标的物为隐蔽瑕疵，则定作人收到货物后超过约定的检验期限或合理期限而未向承揽人提出质量异议的，应视为定作物符合合同约定。

对于只能在使用中发现的质量瑕疵，定作人应在合理期限内及时通知承揽人。在承揽合同无特别约定的情况下，定作人提出质量异议的最长时限以两年为宜，即在两年内无论定作人是否发现定作物质量瑕疵，只要未向承揽人提出异议的，即视为认可质量合格。当然，行业标准或国家标准有特殊规定的，从其规定。<sup>(36)</sup>

## 五、定作人的协助义务

承揽工作需要定作人协助的，定作人负有协助的义务，如承揽人修车需要定作人提供待修汽车、为定作人制作衣服需要定作人配合测量身材、为定作人画像需要定作人亲临画室、为定作人粉刷墙壁需要定作人挑选油漆的颜色等。当然，定作人有无协助义务，抑或相关行为应由承揽人所为，应根据合同约定或交易习惯确定。一般来说，完成工作所需的器具设备往往由承揽人提供，定作人无提供的义务。除具有个人性的协力行为外，协助义务不必由定作人亲为，定作人也可使第三人为必要的协助行为。如画像，定作人必须亲临画室，而挑选油漆颜色，则定作人可委托第

(30) 浙江省杭州市中级人民法院（2018）浙01民终7772号民事判决书。

(31) 江苏省南京市中级人民法院（2018）苏01民终11067号民事判决书。

(32) 成都市锦江区人民法院（2017）川0104民初8097号民事判决书。

(33) 上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民四（商）终字第71号民事判决书。

(34) 上海市徐汇区人民法院（2011）徐民二（商）初字第1327号民事判决书。

(35) 上海市第一中级人民法院（2011）沪一中民四（商）终字第556号民事判决书。

(36) 吴宝庆：《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题》（增订版），中国法制出版社2011年版，第82-83页。

三人选定。针对此协助义务,《民法典草案》第778条规定:“承揽工作需要定作人协助的,定作人有协助的义务。定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的,承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务,并可以顺延履行期限;定作人逾期不履行的,承揽人可以解除合同。”此条为《合同法》第259条的复制。我国台湾地区“民法”第507条也规定了此项义务。<sup>(37)</sup>

### (一) 定作人协助义务的性质

对定作人协助义务的性质,理论上素有争议,计有不真正义务说、附随义务说和从给付义务说等观点,下文分述之。

第一,不真正义务说。不真正义务说最早由德国最高法院于判例中确定,被我国台湾地区“最高法院”继受,并为现今德国、我国台湾学界的主流学说。如史尚宽教授认为,协力并非定作人的义务,仅为定作人的行为,如不协力,仅为受领迟延,故不以定作人有过失为必要,与民法债务不履行体系下义务之违反并不相同,故定作人之协力行为,并非其义务,则定作人如不协力,仅生受领迟延之效果而已,于一般情形并非解除契约之理由,惟本条乃规定承揽人得解除契约,显非单纯受领迟延,故解为特殊规定。杨芳贤教授认为,定作人之协力行为,原则上仅系对己义务或不真正义务,并非具有债务人给付义务之性质。若承揽人具有完成工作之利益,宜依契约之约定,使定作人负担应为特定行为之法律上义务,但是必须定作人知悉,并有契约为依据,成为契约内容始可,仅仅承揽人具有完成工作之利益,尚不足够。<sup>(38)</sup>

第二,附随义务说。我国学者朱广新、韩世远教授赞同附随义务说。如朱广新教授将《合同法》第60条认定为附随义务的一般条款,从而认为《合同法》中谈及“协助”者均为第60条之具体化。<sup>(39)</sup>

第三,从给付义务说。此说认为,因协助的目的是促进债务人完成合同约定的承揽工作,故而其最重要的意义在于推动主给付义务的履行;但由于义务负担者并非主给付义务的债务人,故而属于性质特别的从给付义务。<sup>(40)</sup>

### (二) 定作人违反协助义务的法律后果

定作人不协助致使承揽工作不能完成的,根据《民法典草案》第778条的规定,承揽人可以催告定作人在合理期限内履行协助义务;若期满定作人仍不为协助,则承揽人可以解除合同。符合这两个条件,承揽人即有权解除合同,惟解除的效力如何?有两个问题值得探讨。

第一,定作人拒绝履行协助义务的,承揽人是否可以径直解除合同?《民法典草案》第778条对此未作规定,但此时承揽人对完成承揽工作的合理期待极低,利益状态与定作人迟延后在合

(37) 我国台湾地区“民法”第507条规定:“工作需定作人之行为始能完成者,而定作人不为其行为时,承揽人得定相当期限,催告定作人为之。定作人不于前项期限内为其行为者,承揽人得解除契约,并得请求赔偿因契约解除而生之损害。”

(38) 史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第251-252页;郑玉波:《民法债编各论》(上),中国政法大学出版社2003年版,第387页;黄立:《民法债编各论》(上),中国政法大学出版社2003年版,第446页。

(39) 朱广新:《合同法总则》(第二版),中国人民大学出版社2012年版,第328页。

(40) 参见侯国跃:《契约附随义务论》,西南政法大学2006年博士学位论文,第193页。

理期间内仍不协助具有相似性。从《合同法》第94条第2项和第3项均针对“主要债务”，而前者规范拒绝履行（预期违约）、后者规范迟延履行可以看出，立法者也认为这两种状况有作类似评价的必要。<sup>(41)</sup>由此，宜通过类推适用填补这项漏洞，肯定定作人明确表示或以行为表示不协助时，承揽人享有合同解除权，防止其损失进一步扩大。

第二，定作人违反协助义务，承揽人可否请求损害赔偿？《民法典草案》第778条仅规定了承揽人可解除合同，而未一并规定其可否请求损害赔偿。此处问题在于，承揽人于定作人违反协助义务而解除合同之际，是否有权要求定作人承担损害赔偿责任；如有损害赔偿请求权，定作人承担损害赔偿责任的范围又应如何确定？

对此，我国台湾地区“民法”第507条曾规定，“工作需定作人之行为始能完成者，而定作人不为其行为时，承揽人得定相当期限，催告定作人为之。定作人不于前项期限内为其行为者，承揽人得解除契约。”此规定在台湾学界引发了承揽人可否请求损害赔偿的争议。1999年债编修正后在第507条末尾增设规定，“并得请求赔偿因契约解除而生之损害”。依第507条规定的文义，该损害赔偿限于信赖利益。对第507条所增订之“损害”的范围，黄茂荣教授认为，这是将承揽人可请求赔偿的损害限于信赖利益，实际上承揽人可请求赔偿的范围应包括履行利益，因此，为使承揽人有权要求履行利益的损害赔偿，该条应规定为“得解除契约，或请求因不履行而生之损害”；“所当课予定作人之责任皆应接近于约定之报酬义务，始能防止承揽人事后任意反悔”。<sup>(42)</sup>但对此“履行利益说”，台湾学者姚志明教授持反对意见，认为此举将使得定作人之协力义务带有真正义务的性质，与其不真正义务的本质不符。<sup>(43)</sup>

笔者认为，定作人无正当理由拒绝履行协助义务导致承揽工作无法继续的，由于承揽人不享有请求其继续履行的权利，该拒绝在本质上等同于随意解除承揽合同；合同解除后损害赔偿的范围，可比照《合同法》第268条的赔偿范围确定。

如果承揽合同的内容包含数项可独立完成的工作，而其中有部分需定作人协助才能完成的，如果该非经定作人协助不能完成的部分，并不影响其他部分工作完成，且其他部分工作的完成可以达成合同的一部分目的，则承揽人仅能解除合同中该不能完成部分。

## 六、承揽合同工作物的所有权归属

承揽合同工作物的所有权归属，《民法典草案》未设明文。有关承揽物的归属，笔者认为，如双方当事人于承揽合同中明确约定工作物的所有权归属，依约定自无疑义；即使双方无约定或者约定不明，在承揽合同履行完毕，承揽人已将工作物交付给定作人时，工作物的所有权归属于定作人也较为确定，此种情形下即使定作人未向承揽人支付报酬，承揽人也仅对定作人享有债权请

(41) 韩世远：《合同法总则》（第三版），法律出版社2011年版，第422页。

(42) 黄茂荣：《债法各论》（第一册），中国政法大学出版社2004年版，第343页。

(43) 姚志明：《公共工程契约履行之争议》（上），《月旦法学杂志》2010年第182期，第179页。

求权。较有疑问的情形是，如承揽合同未得到完全履行，承揽物尚未转移给定作人，工作物所有权是否绝对归属于定作人？实践中这类情形下，承揽物所有权归属的认定十分重要，尤其在承揽人破产时，尚处于其占有中的承揽物所有权应如何认定，十分关键。

### （一）我国司法实践

根据材料的来源不同，承揽又可区分“来料加工”和“包工包料”。其中，“来料加工”的情形下，承揽物所有权归属于定作人一般无大疑义。但在“包工包料”的情形下，承揽物所有权的归属是否相同呢？司法实践中，对“包工包料”的承揽物的所有权归属问题，各地法院分歧很大。例如杨元璋、谢冠臣、谢开林阻碍司法工作人员执行职务被罚款、拘留案<sup>(44)</sup>中，施工工程队与房屋开发公司签订的合法有效的建筑工程施工合同约定，工程实行包工包料，即工程所需材料等均由工程队自行解决。工程队依据施工合同规定，办理材料结算手续，对所采购的建筑材料及施工机械，应拥有所有权。房屋开发公司认为这些材料和机械归自己所有，法院认为无法律依据。在A公司与B公司承揽合同纠纷上诉案<sup>(45)</sup>中，原材料由承揽人提供，因材料归承揽人所有，法院判定承揽人所完成的工作成果的所有权也归其所有。陈方进诉宜昌九五船舶运输有限公司船舶经营管理合同纠纷案<sup>(46)</sup>中，涉案承揽合同由定作人负责供给材料，原告作为定作人向承揽人支付了加工费，该加工物即涉案船舶的所有权由原告（即定作人）原始取得。北京华彩中天包装制品有限公司诉北京圣德顺饮品有限公司承揽合同纠纷案<sup>(47)</sup>中，法院认为被告拒收的货物应归属原告（承揽人）等。金彦波等诉浙江恒宇造船有限公司取回权纠纷案<sup>(48)</sup>中，金彦波委托恒宇造船有限公司建造涉案船舶，约定造船价为5800万元。后因承揽人依法进入破产程序，金彦波根据上述造船合同主张对在建船舶享有取回权。由于该案中涉案船舶建造并非采取来料加工的承揽模式，恒宇造船有限公司既负责船舶原材料设备的采购，也负责船舶的建造，故对在建船舶的所有权归属应当依船舶的登记和交付及定作价款的支付等情况综合确定。鉴于船舶所有权既未依法登记在金彦波名下，船舶也未实际交付给金彦波，且金彦波实际支付的款项不及合同约定造船价款的1/10，故法院不支持定作人对定作物主张所有权。

### （二）承揽人留置权与承揽物归属判断

有学者认为，在当事人对工作物所有权归属无明确约定时，应根据《合同法》第264条关于承揽人留置权的规定以及第265条关于承揽人对定作人材料和工作物保管义务的规定，认定工作物所有权一般应归属于定作人。<sup>(49)</sup>原因在于：第一，承揽人留置权的适用前提是定作人对留置物

(44) 《最高人民法院公报》1987年第1号。

(45) 上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民四（商）终字第1425号民事判决书。

(46) 武汉市海事法院（2014）武海法商字第00342号民事判决书。

(47) 北京市怀柔区人民法院（2013）怀民初字第03656号民事判决书。

(48) 浙江省高级人民法院（2014）浙民申字第1409号民事裁定书。

(49) 崔建远：《承揽合同四论》，《河南省政法管理干部学院学报》2010年第2期，第78页；毛坚儿：《动产定作物所有权之证明》，《人民法院报》2001年9月14日。

享有所有权，故由此推知工作物的所有权应归属于定作人；第二，承揽人对工作物负有保管义务，而保管义务的前提是保管物为他人所有，故由此推知，工作物属于定作人所有。<sup>(50)</sup> 由这两条能否直接推定，《合同法》默认为承揽物的所有权归属于定作人？这一观点的确可以适用于某些承揽场合；但在特殊承揽情形中，法院一概让定作人原始取得工作物的所有权，会对承揽人的利益保护不周。具体而言，不合理之处具体如下。

第一，承揽人享有留置权仅能发生在承揽物为有形工作成果的情形，在无须交付承揽物的承揽合同类型中，承揽人则无留置权之行使。在承揽人提供材料进行制作的特殊承揽（即包工包料）中，承揽人当然取得工作物之所有权。因此，承揽合同的工作物归属于定作人不能作为一般规则存在。

第二，承揽人对完成的工作物负有保管义务并不必然意指该工作物所有权属于定作人。在承揽合同工作物归属于承揽人的情况下，承揽人仍应妥善保管，保管不善造成工作物毁损、灭失的，即构成债务不履行，其责任方式也同样为损害赔偿方式。故此，不能据此条规定直接推定定作人享有工作物的所有权。

第三，一概将所有权认定为属于定作人，可能会损害承揽人利益。虽然在定作人未支付价款和材料费时，承揽人可依据留置权来保护其利益，但在承揽人提供材料完成工作物而定作人拒绝受领时，如果仍规定工作物所有权归属于定作人，则承揽人既不能对自己制作完成的工作物转售于他人以减少自己的损失，也不能从定作人处及时获得报酬与材料费，只能根据《物权法》第 236 条的规定在合理期限经过之后实现法律赋予的留置权，与定作人协议以留置的工作物折价，或者就拍卖、变卖留置的工作物所得价款优先受偿。这显然对于承揽人利益十分不利。例如有日本判例认为，“如承揽人提供建筑物材料的主要部分而建造建筑物时，如果没有特约，其建筑物所有权在承揽人处，通过交付才归属于定作人”。<sup>(51)</sup>

### （三）不规则承揽中工作物所有权归属

不规则承揽是指材料虽由定作人提供，但约明承揽人得以自己同种类、同品质、同数量的材料代替定作人所供给的材料而完成工作的承揽。<sup>(52)</sup> 在不规则承揽情形下，承揽人不必以定作人所提供的材料为基础，而可以自己同种类、同品质、同数量的材料予以代替。这也是其区别于一般承揽合同的关键之处。例如，于中秋节交糕饼店制作月饼，约明糕饼店得以自己同种类、同品质、同数量面粉代替制作蛋糕，而承揽人不必使用定作人提交的材料，只要使用同种类、同品质的面粉制作即可。<sup>(53)</sup> 又如，定作人提供黄金使承揽人为其定制首饰而允许承揽人以同品质的其他黄金

(50) 毛坚儿：《动产定作物所有权之澄清》，《人民法院报》2001年9月14日。

(51) 大判大正7年5月9日民集11卷824页。转引自《日本民法条文与判例》（上册），王融擎编译，中国法制出版社2018年版，第535页。

(52) 邱聪智：《新订债法各论》（中），中国人民大学出版社2006年版，第33页；刘春堂：《民法债编各论》（中），三民书局2009年版，第25页；林诚二：《民法债编各论》（中），瑞兴图书股份有限公司2002年版，第59页。

(53) 刘春堂：《民法债编各论》（中），三民书局2009年版，第25页；林诚二：《民法债编各论》（中），瑞兴图书股份有限公司2002年版，第59页。

予以代替<sup>(54)</sup>，均属于不规则承揽。由此可以看出，材料为可代替物是不规则承揽合同的适用条件之一，而定作人赋予承揽人以材料变更权的目的是关涉不规则承揽合同性质的核心。《民法典草案》第775条第2款规定：“承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件”，该规定是对不规则承揽的否认还是承认？笔者认为，此规定并非否认不规则承揽，而是对它的限制适用。该条文应解释为“只有在定作人同意或者双方明确约定材料可代替时方可适用不规则承揽”。<sup>(55)</sup>

关于不规则承揽中的工作物所有权的归属，笔者认为，该种承揽中，承揽人的材料变更权是一种选择性权利，当承揽人并未以自己的材料进行代替时，则所有权并未转移于承揽人，此时定作人提供材料由承揽人施以劳务进行加工制作，适用承揽合同中工作物所有权归属的一般规则，由定作人作为加工人而原始取得工作物之所有权；当承揽人以自己的材料代替定作人的材料时，则定作人材料之所有权转移于承揽人，此时，由承揽人自己提供材料进行加工制作而成的工作物之归属适用制作物供给合同，由承揽人原始取得工作物之所有权。

#### （四）本文建议

第一，定作人来料加工的承揽合同中，定作人取得工作物之所有权，不适用物权法中的加工制度。

第二，承揽人包工包料，定作人支付材料价款的情形下，应具体区分定作人是否取得材料所有权，有条件地适用一般承揽合同中对于工作物所有权归属的判断规则。例如，考虑到定作人在该定作物完成之前就已经支付了约定的全部承揽价款或者一半以上的价款的，推认在当事人之间存在默认的合意，即有关建筑物在工程完成的同时，其所有权归属于定作人。<sup>(56)</sup>

第三，不规则承揽中，如承揽人未以自己的材料进行代替时，适用承揽合同中工作物所有权归属的一般规则，由定作人作为加工人而原始取得工作物之所有权；当承揽人以自己的材料代替定作人的材料时，由承揽人原始取得工作物之所有权。

## 七、承揽合同的风险负担

在典型合同的风险负担问题上，《民法典草案》明显有比《合同法》有所发展与突破的进取心，例如，《民法典草案》明确增订了第640条，增订了试用买卖的风险负担规则。但是，这类规定仍存在问题，具体体现在：第一，《合同法》在风险负担规则方面存在着一些缺漏，我国司法实践对此有所改进，如《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号，下称《买卖合同司法解释》）第11—14条。但可惜的是，《民法典草案》并未能全然对此予以正视并在吸纳《买卖合同司法解释》合理部分的基础上改进。第二，《合同法》规定了买卖、租

(54) 史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第321页。

(55) 崔建远：《承揽合同四论》，《河南省政法管理干部学院学报》2010年第2期，第76页。

(56) 大判昭和18年7月20日民集22卷660页；最判昭和44年9月12日判时572号25页。转引自《日本民法条文与判例》（上册），王融擎编译，中国法制出版社2018年版，第535页。

赁、技术开放、运输等合同的风险负担规则，对承揽、保管等双务合同没有作出专门规定。尽管依据《合同法》第174条的规定，其他有偿合同可以准用买卖合同的风险负担规则，然而，这些有名合同何时可以准用、如何准用，并非不言自明。风险负担规则体现了立法者对具体合同中标的物风险负担的细致价值判断，由法律直接规定更为妥当。<sup>(57)</sup>

承揽合同中同样会发生风险负担问题。如在承揽人完成工作之前，或者工作成果虽已完成，但承揽人尚未向定作人交付该成果，如果由于不可归责于双方当事人的事由导致该工作成果毁损、灭失时，此时就需要解决：（1）承揽人有没有重新或继续完成工作的义务，此为给付风险问题。（2）承揽人可否请求定作人给付已为劳务的报酬以及购买材料所支出的费用，此为报酬风险问题。（3）在由定作人提供材料的情况下，该材料亦有可能在承揽人占有期间因不可归责于承揽人的事由而毁损、灭失，此时也需要解决究竟由谁来承担该材料毁损、灭失的损失问题。

《民法典草案》“承揽合同”一章中根本没有任何条文调整承揽工作成果、材料等的风险负担，其仅在第784条（《合同法》第265条）间接涉及该问题。《民法典草案》第784条规定：“承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。”根据该条的文义，如果由于承揽人保管不善导致定作人提供的材料或其完成的工作成果毁损、灭失，则承揽人应承担赔偿责任。换言之，如果定作人提供的材料或承揽人完成的工作成果毁损、灭失并不是由于承揽人保管不善（典型者如由于不可归责于承揽人事由所致）所致，则承揽人无须向定作人承担损害赔偿责任。因此，就材料部分而言，固然可以认为，因承揽人无须承担损害赔偿责任，故实际上是由提供材料的定作人承担不利后果，但就工作成果部分而言，承揽人是否还负有重新完成工作成果的义务、承揽人可否请求定作人支付报酬，该条语焉不详。

#### （一）可否通过准用买卖合同相关规定解决承揽合同的风险负担问题？

《民法典草案》第646条（《合同法》第174条）为准用条款。该条规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。”由于《合同法》第九章“买卖合同”就买卖合同中的风险负担设立了非常详细的规则，可否通过该条参照适用买卖合同风险负担规则来解决承揽合同中的风险负担问题？这种可能性是存在的，具体分析如下。

第一，参照明确规定承揽合同风险负担规则的立法例，可以发现，其所建立的风险负担规则与买卖合同风险负担规则十分接近，乃至相同。如《德国民法典》第644条第1款“工作受领前，由承揽人负担风险。……”，固如此。我国台湾地区“民法”第508条“工作毁损、灭失之风险，于定作人受领后，由定作人负担。……”，也是如是。这就说明，尽管承揽人曾经一度完成工作，但在该工作物交付给定作人之前已毁损、灭失的，承揽人须承受报酬风险，不得以曾经符合“完

(57) 于敏珩：《论合同法风险分配制度的体系建构——以风险负担规则为中心》，《政治与法律》2016年第4期，第85页。

成工作”的要件为由而请求定作人支付报酬。

对此，我国台湾地区学者指出，承揽契约乃是以“定作人之受领”为风险负担移转之时点，而所谓“受领”应指定作人现实取得工作之事实上管领力而言，盖因惟有如此，定作人才享有掌控风险的地位与能力，此时将价金风险移转于定作人负担，堪称合理。如此说来，承揽契约之风险负担移转时点，与“民法”第373条规定，颇有异曲同工之妙。<sup>(58)</sup>

第二，有学者主张，因《合同法》对承揽工作物的风险负担未设明文，法官可适用第174条，即基于对该案与《合同法》第142条所定案型“类似性”的判断与分析，认为两者应受相同评价，从而主张将第142条适用于该案。此时，法之续造的结果实际上是形成了一条新的规范：“承揽工作物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由承揽人承担，交付之后由定作人承担。”<sup>(59)</sup>这种观点是合理的。《德国民法典》第644条第2款甚至明确规定：“承揽人因定作人之请求，将工作送交履行地以外之处所者，准用第447条关于买卖之规定。”这实际上是在立法上明确承认此种类型的承揽可类推适用送交买卖风险负担的规定。还有学者指出，若承揽以交付待制作或待生产的动产为内容，则更接近买卖，可参照买卖规则，价金风险自交付（占有移转）时移转。不过，定作人同时负担安装调试义务的，自安装调试完成并经定作人验收后，价金风险始移转。<sup>(60)</sup>

不过，在法律上不规定承揽合同风险负担规则的情况下，希望通过《民法典草案》第784条来解决承揽合同中风险负担问题其实是难以全然成功的，理由如下。

第一，并非所有承揽合同均以“交付工作成果”为必要。由于此种特殊性，一些立法例明定“如依工作之性质，无须交付者，以工作完成时视为受领”，如《德国民法典》第646条、我国台湾地区“民法”第510条等均为如此。因此，“工作无须交付者，则于承揽人‘完成’工作后，若因不可归责于双方当事人之事由致工作毁损、灭失者，因价金风险已移转于定作人负担，故承揽人仍得向定作人请求给付报酬”。<sup>(61)</sup>这是承揽合同相较于买卖合同的特殊之处，此时即无法类推适用买卖合同的风险负担规则。

第二，承揽合同中往往会发生定作人向承揽人提供并交付材料的问题，而买卖合同中则不会发生类似问题，即出卖人向买受人提供并交付材料。因此，就材料毁损、灭失的风险负担问题，买卖合同法自然无法提供规则并通过《民法典草案》第784条来“指导”承揽合同中材料的风险负担的法律适用。也由于这个原因，大陆法系立法例一般会明定材料的风险负担问题，如《德国民法典》第644条（风险负担）第1款规定：“……定作人所供给之材料，因事变而灭失及毁损者，

(58) 李淑明：《债法各论》，元照出版公司2011年版，第397页。

(59) 易军：《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，《法学研究》2016年第1期，第97页。

(60) 吴香香：《〈合同法〉第142条（交付移转风险）评注》，《法学家》2019年第3期，第187页。

(61) 李淑明：《债法各论》，元照出版公司2011年版，第397-399页。

承揽人不负有责任。”《瑞士债务法》第 376 条也有类似规定。<sup>(62)</sup> 我国也有学者指出，定作人提供的材料意外毁损、灭失，并非价金风险，而是物权风险，应由所有人承担。<sup>(63)</sup>

我国台湾地区“民法”第 508 条规定：“工作毁损、灭失之风险，于定作人受领前，由承揽人负担，如定作人受领迟延者，其风险由定作人负担。定作人所供给之材料，因不可抗力而毁损、灭失者，承揽人不负其责。”当然，这里的规定应指定作人将材料交付给承揽人，但并未移转所有权的情形，亦即定作人仍是材料之所有权人。基于所有权人应负担所有物之风险的原则，若因不可归责于承揽人之事由致材料毁损、灭失，其风险仍由定作人自行负担。<sup>(64)</sup> 如果定作人提供的材料的所有权已移转，则并非由定作人承担风险。不规则承揽即属此列。不规则承揽是指定作人提供材料，但约定由承揽人以自己同种类、同品质、同数量的材料代替定作人所供给之材料，而完成工作。“不规则承揽虽亦由定作人供给材料，但该材料之所有权如已移转于承揽人者，其风险仍应由承揽人负担”<sup>(65)</sup>，即承揽人仍有以自己之材料代替原材料而完成工作之义务。<sup>(66)</sup>

第三，买卖合同中有关风险负担的规定，为有关价款的风险负担规则，并非给付风险负担规则，下文专门阐述。

## （二）给付风险负担问题

在承揽合同中，如果因不可归责于双方当事人的事由而致承揽工作无法如期完成，或者原本已经完成的工作，在交付给定作人前毁损、灭失，如承揽人必须以自己的费用继续或重新完成该工作，意味着承揽人负担给付风险；反之，如果在此情形下，定作人不得要求承揽人完成该工作或予以恢复，则意味着由定作人负担给付风险。

一般而言，由于承揽合同本来是就未来应完成一定工作加以约定，原则上不致因为工作毁损、灭失即发生客观或主观不能的情形，因此，在定作人受领或完成之前，即使工作物毁损、灭失，原则上承揽人仍有依合同重新或继续完成工作之义务。<sup>(67)</sup> 即在交付前工作物因不可归责于双方当事人的事由而毁损、灭失，修复该工作物的费用、风险等，原则上在承揽人应承受的范围内，承揽人应以自己的费用将该工作修复，以“完成”工作，于此情况下，系争“给付”的不利益，由承揽人负担，故承揽人负有“给付风险”。<sup>(68)</sup> “承揽工作之完成原则上仅系于承揽人之劳务，……承揽人原则上与种类之债的情形类似，应负给付风险。……所以承揽人不因曾经为定作人完成约

---

(62) 《瑞士债务法》第 376 条规定：工作成果在交付前意外灭失者，承揽人不得就其已付出的劳动请求报酬，亦不得就其所支出的费用请求补偿，但定作人迟延受领工作成果者，不在此限。在前款情形，因材料意外灭失所产生的损失，由提供材料的一方当事人负担。工作成果的灭失，系因定作人提供的材料或指定的建筑用地存在瑕疵或定作人所指示的工作方法所致者，承揽人如已将存在的风险及时通知定作人，得请求定作人为已付出的劳动支付报酬并补偿报酬所未包括的费用，定作人有过错者，尚得请求损害赔偿。

(63) 吴香香：《〈合同法〉第 142 条（交付转移风险）评注》，《法学家》2019 年第 3 期，第 187-188 页。

(64) 李淑明：《债法各论》，元照出版公司 2018 年版，第 399 页。

(65) 林诚二：《民法债法各论》（中），中国人民大学出版社 2003 年版，第 100-101 页。

(66) 刘春堂：《民法债法各论》（中），三民书局 2004 年版，第 101 页。

(67) 叶锦鸿：《承揽》，三民书局 2007 年版，第 143 页。

(68) 李淑明：《债法各论》，元照出版公司 2018 年版，第 396 页。

定之工作，而后来在定作人受领前毁损、灭失，而对于定作人不负再为工作之完成的义务。”<sup>(69)</sup> 不过，由承揽人承担给付风险，也存在例外：第一，当承揽合同以承揽人个人技能为合同要素时，如果承揽人死亡或因身体、健康的因素而不能完成约定工作，则承揽人不承担给付风险自属当然。<sup>(70)</sup> 第二，如果依交易习惯或当事人之间的约定，如要求承揽人以自己的费用完成或恢复工作，已经超出承揽人应该承受的极限，违反诚实信用原则的，则承揽人无须完成或恢复该工作。<sup>(71)</sup> 换言之，承揽人就该义务之履行是否负有给付风险，应依交易习惯及当事人间之具体约定定之。关键者为依交易习惯及特约所认定之牺牲极限，只要在牺牲极限内，承揽人便有一再努力以完成工作之义务，反之，则否。<sup>(72)</sup> 例如，承揽人制作工作物需使用外国进口材料，但出口国已禁止该材料出口的，承揽人无法取得该材料，则其即无重新完成工作的义务。需要注意的是，即使承揽人负有重作义务，但如果材料是由定作人提供的，则定作人仍应重新供给材料，否则承揽人无重作义务。<sup>(73)</sup>

### （三）建议增设“承揽合同的风险负担”条文

关于承揽合同的风险负担，应区分材料与报酬的风险分别决定。

材料的风险，实行所有人主义。由定作人提供材料的，应由定作人承担风险；由承揽人提供材料的，应由承揽人承担风险。

报酬的风险，应视工作成果是否需要交付来决定。工作成果须交付的，采交付主义，以交付的时间作为报酬风险移转的时间；工作成果无须交付的，则以工作完成时间作为报酬风险移转的时间。

## 八、定作人的任意解除权

《民法典草案》第 787 条规定：“定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。”此条是关于定作人任意解除权的规定。该规定在《合同法》第 268 条的基础上，对任意解除权增加了行使时间限制，这一修改十分重要。但任意解除权事关承揽合同存续，该制度在理论上和实践中还引发了有关“损失”范围认定上的争议，对此重要问题，《民法典

(69) 黄茂荣：《债法各论》（第一册），中国政法大学出版社 2004 年版，第 352 页。

(70) 我国台湾地区“民法”第 512 条规定：“承揽之工作，以承揽人个人之技能为契约之要素者，如承揽人死亡或非因其过失致不能完成其约定之工作时，其契约为终止。工作已完成之部分，于定作人为有用者，定作人有受领及给付相当报酬之义务。”对此，黄茂荣教授指出，该条论其实际亦为关于风险负担之规定。该条所规范之效力，首先为契约当然终止。其次为就已完成之工作部分，于定作人为有用者，定作人有受领及给付相当报酬之义务。换言之，在该条第二项规定之情形，承揽工作虽未完成，但承揽人方（承揽人或其继承人）并不当然因此丧失其全部之报酬请求权，而回归至第 266 条之规范意旨，按一部给付不能的意旨规范之。在此认知下，第 512 条之规范堪称为本于诚实信用原则，对于承揽人之体谅的规定。参见黄茂荣：《债法各论》（第一册），中国政法大学出版社 2004 年版，第 355 页。

(71) 李淑明：《债法各论》，元照出版公司 2018 年版，第 396 页。

(72) 黄茂荣：《债法各论》（第一册），中国政法大学出版社 2004 年版，第 353-354 页。

(73) 林诚二：《民法债法各论》（中），中国人民大学出版社 2007 年版，第 101 页。

草案》尚未给出回应。本文以下部分则针对涉及本制度的几个问题，提出改进建议。

### （一）承揽合同与委托合同是否有类推适用关系？

就委托合同的任意解除权，《民法典草案》对《合同法》第 410 条“委托合同的任意解除”已作出修改，于第 933 条规定：“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和可以获得的利益。”该规定明确了委托合同任意解除时的损害赔偿范围。相比而言，对定作人任意解除承揽合同时的损害赔偿范围，《民法典草案》则直接复制了《合同法》第 268 条，未能给出回应。

那么承揽合同能否类推有偿委托任意解除权行使效果的相关规定？笔者认为，二者之间不应类推适用，不仅因为在条文顺序上，承揽合同规定在委托合同之前；更是因为委托合同并非承揽合同的一般性规则，而是恰恰相反。《德国民法典》第 675 条规定，有偿事务处理的任意解除，准用承揽合同定作人终止权或者雇佣合同终止的规则。

### （二）定作人任意解除时的损害赔偿范围

#### 1. 定作人任意解除权之行使与《合同法》第 97 条

定作人行使任意解除权之后，能否直接适用《合同法》第 97 条主张损害赔偿？司法实践中，如贵州航天天马机电科技有限公司与重庆同力重型机器制造有限公司承揽合同纠纷上诉案<sup>(74)</sup>、杨留青等诉温州市瓯海新桥小个子美食火锅店承揽合同纠纷案<sup>(75)</sup>、六瞳国际文化传媒（北京）有限公司与北京美思优唐文化传播有限公司承揽合同纠纷案<sup>(76)</sup>等判决中，法院均在支持定作人任意解除承揽合同后，转而适用《合同法》第 97 条。在六瞳国际文化传媒（北京）有限公司与北京美思优唐文化传播有限公司承揽合同纠纷案中，六瞳国际文化传媒（北京）有限公司坚持要求依据任意解除权解除双方合同，合同解除后，美思优唐文化传播有限公司应将已支付的合同款 22 万元退还六瞳国际文化传媒（北京）有限公司。笔者认为，这种处理方案是不妥当的。任意解除与法定解除的制度目的迥异，当事人行使任意解除权之后不能主张法定解除的制度效果。我国有学者已注意到此问题，如陆青教授指出，《合同法》第 94 条前 4 项并不能涵盖第 268 条和第 410 条。原因在于这两条规定“是针对承揽合同和委托合同的特殊性作出的特别规定”。<sup>(77)</sup>基于第 268 条之行使而解除合同的损害赔偿范围，法律未明文规定，属于法律漏洞。

#### 2. 如何确定定作人任意解除权的赔偿范围？

根据《合同法》立法机关释义，“定作人任意解除应当赔偿的损失主要包括承揽人已完成的工作部分所应当获得的报酬、承揽人为完成这部分工作所支出的材料费以及承揽人因合同解除而受到的

(74) 重庆市高级人民法院（2013）渝高法民终字第 00112 号民事判决书。

(75) 浙江省温州市中级人民法院（2017）浙 03 民终 720 号民事判决书。

(76) 北京市第三中级人民法院（2017）京 03 民终 9028 号民事判决书。

(77) 陆青：《论法定解除事由的规范体系——以一般规范与特别规范的关系为中心》，《华东政法大学学报》2015 年第 1 期，第 66 页。

其他损失，同时认为定作人预先支付报酬的，在扣除已完成部分的报酬外，承揽人也应当将剩余价款返还定作人”。<sup>(78)</sup> 此解释似将任意解除的后果视为“部分履行”与可得利益赔偿。我国学界对此观点不一。放眼域外，针对此问题立法例中有两种做法：德国民法所采纳的报酬请求权模式与法国、瑞士、日本、意大利民法以及我国台湾地区“民法”采取的损害赔偿模式。下文即对这两种模式分别作出分析。

### (1) 报酬请求权模式

《德国民法典》采取了此种解决模式，其第 649 条规定：“到工作完成时为止，定作人可以随时通知终止合同。定作人通知终止合同的，承揽人有权请求所约定的报酬；但承揽人必须容许扣除其因合同的废止而在开支上节省的利益，或因将其劳动力用于他处而取得或恶意怠于取得的利益。推定承揽人此后有权获得与尚未提供的那部分承揽给付相对应的所约定报酬之 5%。”<sup>(79)</sup> 该条中之但书具有缩减承揽人之报酬请求权（损益相抵原则）的作用。基于该规定，可认为德国民法所采用的解决模式为“债务不履行”模式，即将此任意请求权的本质等同于因可归责于定作人之原因所致给付不能，因此不可归责方对于可归责方当然可以请求对待给付。<sup>(80)</sup> 也有学者主张此模式可以准用到某些类型的委托合同之中。例如，根据《德国民法典》第 675 条的规定，在有偿的事务处理合同中，虽然事务处理义务人在终止合同时，有适用第 671 条第 2 款之余地，但也有学者认为，如果是承揽型事务处理合同，委托处理事务的委托人任意解除之情形，以报酬请求权和损益相抵为中心来调整当事人之间的利益关系。<sup>(81)</sup>

### (2) 损害赔偿模式

《法国民法典》第 1794 条规定：“建筑工程虽已经开始，定作人亦得根据其单方的意思，于赔偿承揽人的一切费用，劳动力及此承揽可得利益后解除。”《瑞士债务法》第 377 条规定：“为支付已给付劳力之报酬及赔偿全部损害。”定作人应赔偿已给付劳力之报酬及损害赔偿。全部损害为履行利益，扣除因免除给付义务已节省者。承揽报酬预先确定者，定作人虽有支付上述扣除之后的数额，但未确定报酬或仅估算报酬者，按劳力的价值及承揽人的费用确定。<sup>(82)</sup> 《意大利民法》第 1671 条、《西班牙民法》第 1594 条也有类似规定。《日本民法典》第 641 条规定：“于承揽人未完成工作期间，定作人可以随时以赔偿损害而解除合同。”对于该条的损害赔偿范围，日本学者星野英一也认为，定作人行使任意解除权的损害赔偿范围，“不履行债务场合相同，包括承揽人已支出的费用和可望得到的利益，但要扣除其因解除而得到的利益”。这些利益包括在完工期限之前从其他地方得到或可以得到的利益，承揽人报酬中应扣除这些未支出的费用和上述利益。<sup>(83)</sup> 对此，日

(78) 胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 1999 年版，第 439 页。

(79) 《德国民法典》（第 4 版），陈卫佐译，法律出版社 2015 年版，第 257 页。

(80) 黄茂荣：《债法各论》（第一册），中国政法大学出版社 2004 年版，第 317 页。

(81) 杜景林、卢湛：《德国民法典全条文注释》（上册），中国政法大学出版社 2015 年版，第 580 页。

(82) 谢鸿飞：《承揽合同》，法律出版社 1999 年版，第 169 页。

(83) [日] 星野英一：《日本民法概论Ⅳ契约》，姚荣涛译、刘乐中校，五南图书出版公司 1999 年版，第 248 页。

本学者我妻荣教授也指出，该条中损害赔偿的范围是承揽人已支出的费用（包括承揽人为了该工作购入的材料以及已雇用的劳务人等因无法用于该工作所造成的损失），再加上若完成工作可得的利益。而山本敬三、大村敦志教授均采承揽合同报酬说，认为该条得以赔偿的范围应为“扣除了因任意解除而免于支付的费用后的承揽合同价金”。<sup>〔84〕</sup>由此可以发现，日本学界对该条中的“损害”存在“报酬请求权模式”与“损害赔偿模式”两种不同的解释。

### 3. 分析

前述两种模式中，《德国民法典》第 649 条所代表的报酬请求权模式属于“意定请求权”而非“损害赔偿请求权”。其制度效力与《德国民法典》第 324 条中“因可归责于债权人之事由，致给付不能”的法律效力相当。法律行为的终止，在可归责时，其所应负责任的“内容”与“范围”，基本上便应与“契约应予严守”的原则相符。因此，因契约终止而应负责之人，其所应负之责任的内容，首先以约定之内容为准，即承揽人之权利，应以约定之报酬为其内容。<sup>〔85〕</sup>此外，虽然德国法律没有规定，但德国学说认为，承揽人亦可能因定作人终止契约而发生其他附带费用或损害，例如运往工地之材料，若完成工作，无须运回并租用仓库保管等，则承揽人因终止契约而支出此一运输及租用仓库之费用；或者承揽人因为定作人终止契约，另寻承揽工作而支出费用但并无结果；或者因终止契约而计算双方已为给付或报酬时所生之费用，亦应由定作人承担。<sup>〔86〕</sup>

以法国法为代表的损害赔偿模式，由于对赔偿范围表述不清，实践中承揽物是否可分又难以确定，遂导致损害赔偿的范围在认定时存在困难。我国台湾地区学界就此制度引发的争论即为明证。我国台湾地区“民法”第 511 条将定作人任意解除的损害赔偿范围表述为“因契约终止而生之损害”，有学者认为，本条之损害赔偿，意指未完成部分之可得利益。<sup>〔87〕</sup>还有学者认为，此损害仅指未完成部分所生之损害请求赔偿，此损害包括定作人随时终止契约而生之积极损害及消极损害，其中消极损害系指承揽人就未完成指工作所应得之报酬扣除因免为给付所得之利益，即属契约终止所失利益。此项损害数额，应由承揽人负举证责任，解释上数额以不超过该未完成部分如完成时原定之报酬为限。<sup>〔88〕</sup>各种争论不一而足，导致我国台湾地区“高等法院”相关判决结论不一。

### （三）本文观点

笔者认为，定作人行使任意解除权在本质上是一种承担过错对价的单方终止权。如果此时只

---

〔84〕周江洪：《委托合同任意解除的损害赔偿》，《法学研究》2017年第3期，第77页。〔日〕大村敦志：《债法各论》，有斐阁平成十五年版，第138页。

〔85〕黄茂荣：《债法各论》（第一册），中国政法大学出版社2004年版，第321页。

〔86〕黄立：《民法债编各论》（上），中国政法大学出版社2003年版，第439页。

〔87〕郑玉波：《民法债编各论》，中国政法大学出版社2003年版，第392页；邱聪智：《新订债法各论》（上），中国人民大学出版社2006年版，第134页。

〔88〕林诚二：《民法债编各论》（中），中国人民大学出版社2006年版，第148页。

要求定作人赔偿承揽人的直接损失，不但对承揽人不公，而且极有可能诱发定作人的道德风险。为了简化举证责任，在报酬请求权模式与损害赔偿模式之间，建议采前者，并为《民法典草案》第 787 条增设例外条款，具体如下：承揽工作完成之前，定作人可随时解除合同。定作人解除合同的，承揽人有权请求合同约定的报酬以及因合同解除而增加的费用，但其因合同解除而节约的成本应予扣除。

## 九、结语

本文在《民法典草案》的基础上，就承揽合同的概念、转承揽中承揽人的责任及其减轻、承揽人迟延、瑕疵责任、定作人的协助义务、承揽合同工作物的所有权归属、风险负担规则以及定作人的任意解除权等若干重要问题展开分析，并提出了修改完善建议。在完成“承揽合同”诸多细节问题的梳理之后，作为一般性问题的典型合同立法目标这一问题尤值深思。除在特殊的合同类型中实现某些管制或政策目的之外，典型合同的立法目标无外乎为当事人提供交易模板的选择。典型合同规则虽为任意性规定，但这些任意性规定是立法者基于公平衡量当事人利益而得出的解决方案，具备“合理性”的标准。法律设置任意性规定的目的，不仅在于补充契约之不备，而且能合理分配契约上的风险，平衡当事人利益，兼具有实践正义功能。<sup>(89)</sup>立法者允许当事人基于自身考虑，作出区别于任意性规定的约定。若当事人未特别约定而适用任意性规定，解决当事人契约关系所生的争执时，任意性规定扮演形成契约内容的角色，任意性规定所形成的权利义务关系，当然也成为契约关系的内容。<sup>(90)</sup>如果这一“模板”规定得过于简单，势必增加裁判者的自由裁量权，进而造成“同案不同判”，影响法之安定性。正是基于这一考虑，本文建议《民法典草案》“承揽合同”章尽可能对这一合同类型作出系统性的全面规定。

## The Analysis and Improvement of the Work Contract in the Draft of the Civil Code of China

NING Hongli

**Abstract:** As one typical contract, the contract to produce a work in the draft of the Civil Code of China should be improved further. This article argues that the delivery of work results should not be necessary for the identification of work contract. If the sub-contract was approved by the hirer, the contractor should just take the selection liability of the delegation. The hirer claims

(89) 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 417 页。

(90) 陈自强：《民法讲义II契约之内容与消灭》，法律出版社 2004 年版，第 45、217 页。

the termination shall be limited in case of delay of the contractor. The defect liability of the contractor should be further improved. As for the legal nature of the hirer's cooperative obligation, this article believes that it is fundamentally qualified as a Obliegenheit. If the contract is terminated by the contractor due to the breach of the cooperative obligation, the contractor may claim damages. The hirer obtains the ownership of the work item by supplying materials; if the materials for the work is supplied by the contractor, the hirer can get the ownership of the work item if he has paid the material price. The risk of materials shall be distributed to the owner, by contrast, the risk of the remuneration shall be determined according to whether the work needs to be delivered. The hirer may terminate the contract discretionarily before the contractor completes the work; at this time, the hirer can claim the right to remuneration as agreed in the contract, but the cost saved by the hirer due to the termination of the contract shall be deducted.

**Keywords:** Work Contract; Defect Liability; Title of Work Item; Risk Bearing; Discretionary Termination Right

(责任编辑: 王乐兵)