

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级

学号: 13620081150797

UDC

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

承揽合同项下材料风险负担制度的研究  
Study on the Processing Contract under the System of Risk  
Burden of Material

黄剑辉

指导教师姓名: 朱泉鹰副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2011年4月

论文答辩时间: 2011年 月

学位授予日期: 2011年 月

答辩委员会主席:

评 阅 人:

2011年4月

厦门大学博硕士学位论文摘要库

# 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（ ）课题（组）的研究成果，获得（ ）课题（组）经费或实验室的资助，在（ ）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日：

# 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 内容摘要

现代市场交易中，风险无处不在。材料的风险负担一般由当事人双方在合同中约定，当当事人双方没有约定的时候，就需要根据法律的规定来解决这类问题。本文通过介绍材料风险负担的概念、内涵及体系等相关情况，对我国的材料风险负担制度作出评析，并结合国外的相关情况，提出完善我国材料风险负担制度的立法和司法建议。

本文共分为三章：

第一章是承揽合同材料风险负担制度的界定。论文首先阐述材料风险负担制度的概念、材料风险负担制度的特征及引起材料风险负担的事由，将材料风险负担制度一些相关概念系统化和明确化，为后面的论述进行了铺垫。然后介绍了材料风险负担制度中材料的供给，即定作人和承揽人分别提供材料的情形，明确了本文讨论范围，即材料是由定作人提供时发生意外毁损灭失的风险负担。论文分析了有关材料风险负担制度的两种学说，所有权说和交付说；指出了两种学说的利弊。最后探讨材料风险负担制度和相关制度的关系，主要是同违约责任制度和瑕疵担保制度的关系，更加明晰相关制度的概念。

第二章是承揽合同中材料风险负担制度的比较法分析。本章分为三部分，第一部分介绍了国外承揽合同中材料风险制度，主要以法国、德国、意大利和瑞士为代表。第二部分介绍了我国承揽合同中的材料风险负担制度的发展概况和现状，最后一部分比较分析我国承揽合同中的材料风险负担制度存在的问题，主要是立法不明确和司法实践中负担规则的不明确。

第三章是我国承揽合同中材料风险制度的立法构建。在前面两章已有的理论基础上进行了系统的梳理，借鉴其他国家和地区材料风险负担制度的优点，并结合我国的具体情况，从材料风险负担规则适用前提和规则的确立两方面，提出了完善我国《合同法》材料风险负担规则的立法建议；同时，针对材料风险负担规则，提出实践中更应从肯定私法权利和依据公平原则的角度来处理材料风险负担的纠纷。

关键字：承揽合同；材料；风险；负担

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## ABSTRACT

The risk is everywhere in modern market transactions. Generally, the burden of material risk is based on the contract. However, law shall be applied to solve the problems provided that the parties have not reached any agreements. Firstly, the text introduces the concept, the content, the system and other things about the burden of material risk. Then, the text makes some comments on the system of burden of material risk in laws. Last, the text gives some proposals referring legislation and justice based on analyzing the relevant circumstances of other countries.

The paper is divided into three parts:

Chapter one, the definition of the system of burden of material risk(s). Firstly, the paper, introducing the concept and the features of the system of burden of material risk(s). It also introduces the cause(s) which can give rise to the burden of material risk(s). So the concepts of the system of burden of material risk(s) has been systemized and clarified. Then the paper introduces the supplier of the materials in the system of burden of material risk(s), the hirer and the contractor will supply the materials respectively. So we can clarify the scope of discussion in this text and, which party shall bear the burden of material risk(s) due to accident in case the material is supplied by the hirer. There are two theories, ownership theory and delivery theory. The paper also point out the pros and cons of the two theories. Finally, it introduces the relationship between the system of burden of material risk(s) and the related systems, therefore, the concepts of related systems are explicite.

Chapter two, the comparative analysis of Law about the system of burden of material risk(s) in contracts for work. This chapter is divided into three parts introducing the foreign systems of burden of material risk(s), such as France, Germany, Italy and Switzerland in part one. In part two, the paper describes the

development and present status of the system of burden of material risk(s) in contracts for work in China. In last part the author points out the problems in the system of burden of material risk(s) in contracts for work. Mainly, they are the rules concerning the burden of risk(s) that are blurry in legislation and justice.

The last chapter is exploring the legislative construction of the system of burden of material risk(s) in contracts for work in China. Based on the systematic theory carding in the first two chapters, the study of the systems of burden of material risk(s) in other countries and regions, It table some legislative proposals to perfect the rules concerning the burden of risk(s) in Contract Law of the People's Republic of China according to the actual situation of China. The proposals include two aspects: the application prerequisites and rules. In the meantime, it should recognize the rights of private laws and apply the principle of equity to deal with the rules concerning the burden of risk(s) in judicial practice.

**Key Words:** Processing contract Material; Risk; Burden.



# 目 录

引 言.....	1
<b>第一章 承揽合同材料风险负担制度的界定.....</b>	<b>2</b>
<b>第一节 材料风险负担制度的涵义.....</b>	<b>2</b>
一、材料风险负担之概念.....	2
二、材料风险负担的特征.....	4
三、材料风险负担的事由.....	5
<b>第二节 材料风险中材料的供给.....</b>	<b>8</b>
一、承揽人提供的材料.....	8
二、定作人提供的材料.....	9
<b>第三节 材料风险负担制度的理论观点分析.....</b>	<b>9</b>
一、所有权说.....	10
二、交付说.....	11
<b>第四节 材料风险负担制度和相关制度的关系.....</b>	<b>12</b>
一、风险负担制度与违约责任制度.....	12
二、风险负担和瑕疵担保责任.....	13
<b>第二章 承揽合同材料风险负担制度的比较法分析.....</b>	<b>14</b>
<b>第一节 国外承揽合同材料风险制度.....</b>	<b>14</b>
一、法国.....	14
二、德国.....	14
三、意大利.....	15
四、瑞士.....	16
<b>第二节 我国承揽合同材料风险负担制度.....</b>	<b>16</b>
一、承揽合同材料风险负担制度发展概况.....	16
二、合同法材料风险负担制度的现状.....	17
<b>第三节 我国材料风险负担制度存在的问题.....</b>	<b>19</b>
一、立法不明确.....	19

二、实践中风险负担规则不明确.....	20
<b>第三章 我国承揽合同材料风险制度的立法构建 .....</b>	<b>22</b>
<b>第一节 材料风险负担制度的立法建议 .....</b>	<b>22</b>
一、法律上明确材料风险负担规则适用前提.....	22
二、法律上明确材料风险负担规则的确立.....	23
<b>第二节 材料风险负担制度的司法建议 .....</b>	<b>24</b>
一、肯定私法的权利.....	24
二、依据公平原则处理.....	25
<b>结    语.....</b>	<b>27</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>28</b>
<b>致    谢.....</b>	<b>31</b>

# CONTENTS

<b>Preface</b> .....	<b>1</b>
<b>Chapter 1 The Definition of Burden of Material Risk of Processing Contract</b> .....	<b>2</b>
<b>Subchapter 1 The Definition of Burden of Material Risk</b> .....	<b>2</b>
Section 1 The Concept of Burden of Material Risk.....	2
Section 2 The Character of Burden of Material Risk.....	4
Section 3 The Cause of Burden of Material Risk .....	5
<b>Subchapter 2 The Supply of Material of Burden of Material Risk</b> .....	<b>8</b>
Section 1 Material Provided by Contractor.....	8
Section 2 Material Provided by Customer .....	9
<b>Subchapter 3 The analysis of The Theory of Burden of Material Risk</b> .....	<b>9</b>
Section 1 Ownership Theory.....	10
Section 2 Delivery Theory.....	11
<b>Subchapter 4 The Relationship between Burden of Material Risk and Interrelated System</b> .....	<b>12</b>
Section 1 System of Burden of Material Risk and System of Responsibility of Breaching of Contract .....	12
Section 2 System of Burden of Material Risk and Obligation for Guaranteeing The Drawbacks.....	13
<b>Chapter 2 The Analysing of Comparison of System of Burden of Material Risk</b> .....	<b>14</b>
<b>Subchapter 1 Contract of the System of Burden of Material Risk in Foreign countries</b> .....	<b>14</b>
Section 1 Franch.....	14
Section 2 Germany .....	14
Section 3 Italy .....	15

Section 4	Switzerland.....	16
<b>Subchapter 2</b>	<b>Contract of the System of Burden of Material Risk in China ....</b>	<b>16</b>
Section 1	The General Situation of Development of The System of The Burden of Material Risk in Our Contract.....	16
Section 2	The Current Situation of The System of Burden of Material Risk in Chinese Contract .....	17
<b>Subchapter 3</b>	<b>The Issues of The System of Burden of Material Risk in Chinese Contract.....</b>	<b>19</b>
Section 1	The Indefinite Legislation.....	19
Section 2	The Indefinite Burden Regulation of Material Risk in Practice .....	20
<b>Chapter 3</b>	<b>The Regulative Structure of The Contract of System of Burden of Material Risk in China .....</b>	<b>22</b>
<b>Subchapter 1</b>	<b>The Legislative Suggestions to The System of Burden of Material Risk .....</b>	<b>22</b>
Section 1	The Precondition of The Applying of Burden Regulation of Material Risk .....	22
Section 2	The Establishment of Burden Regulation of Material Risk .....	23
<b>Subchapter 2</b>	<b>The Judicial Suggestions to The System of Burden of Material Risk .....</b>	<b>24</b>
Section 1	Confirming The Right of The Private Law .....	24
Section 2	Disposing According to Fairness Doctrine .....	25
<b>Conclusion</b>	<b>.....</b>	<b>27</b>
<b>Bibliography</b>	<b>.....</b>	<b>28</b>
<b>Acknowledgements</b>	<b>.....</b>	<b>31</b>

## 引 言

随着经济生活的不断丰富，社会化分工的细化和人民需求的多样化，单纯的买卖合同关系来满足人们的日常需求已远远不够，因此出现了多样化的合同关系，承揽合同正是为满足人们的某些需求而设计的，最早是出现在工业发达的中世纪。我国的《合同法》采用的是大陆法系的立法体例，将《合同法》分为总则和分则两个部分，分则部分介绍的是各类典型合同的法律关系，其实质是将不同形式的财产流转关系明晰化，反映到承揽合同也是如此。合同是双方意思自治的体现，阻碍合同履行的情形屡见不鲜如：不可抗力，违约行为，第三方过错等，合同法主要通过风险负担制度、违约责任制度、合同解除制度等构建起保护合同有序、正常履行的制度体系。其中承揽合同中材料风险负担制度是为了解决因不可归责于双方当事人的事由而造成材料的毁损、灭失，而在双方当事人之间合理分担损失风险的问题。

材料风险负担制度是承揽合同的一项重要制度，目前我国的法律并没有明确规定，尤其是我国改革开放以来许多企业从事的是来料加工、来件装配的生产，材料的费用远远大于承揽所得的加工费用，因此材料风险由谁负担直接关系到企业的生存。本文主要借鉴其他合同的风险负担制度和民法的有关制度并结合承揽合同自身的特点，对承揽合同材料风险负担制度进行探讨，并对完善我国的承揽合同制度提出相应的建议。

## 第一章 承揽合同材料风险负担制度的界定

### 第一节 材料风险负担制度的涵义

#### 一、材料风险负担之概念

研究承揽合同材料风险负担制度，首先需要明确风险的界定。风险一词，常常用来表示实际发生的或可能发生的风险，在政治、经济、道德、法律等领域均有使用，各个学科对风险一词的界定也不一致。例如：保险学上大部分教科书把风险解释为一种损失的发生具有不确定性的状态；这个概念认为风险不仅需要考虑损失的可能性，更强调风险所具有的三个特征，即客观性、损失性和不确定性。经济学上将风险解释为某种不利事件或损失发生的概率及其后果的函数；是人们因对未来行为的决策及客观条件的不确定性而可能引起的后果与预定目标发生多种偏离的综合。<sup>①</sup>

合同法上的风险不同于一般的风险概念。在罗马法中，“风险”有多种含义。它意味着可能遭受的损失或债务人在给付不能的情况下可能承担的风险责任。也指那些与当事人的过错没有任何联系的，由法律规定或当事人约定的风险。<sup>②</sup>在现在合同法中，对于风险一词也存在不同的观点。观点一认为，风险是指价格风险。合同风险制度就是在当事人之间分担意外风险的法律制度，其关键在于解决一方遭受风险损失时，是否有权向对方要求对待给付的问题。<sup>③</sup>观点二认为，在英美法中，风险常指标的物灭失的风险以及履行利益、期待利益的丧失。正如美国学者科宾所认为：“如果合同当事人允诺的特定履行成为不可能时，允诺进行履行的一方应承担财产价值损失的风险(因为他是财产所有人)。同时，他也要承担不能获得约定交换物(如价金)的风险。另一方当事人也要承担一定的风险，即他可能得不到合同履行本来可以给他带来的利益，对这种利益他无权提起诉讼，不管

<sup>①</sup> 王轶. 论买卖合同标的物的毁损、灭失的风险负担[J]. 北京科技大学学报(社会科学版), 1999, (4): 67.

<sup>②</sup> 丁玫. 罗马法契约责任[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998. 270-271.

<sup>③</sup> [日]北川善太郎. 中国合同法与模范合同法[J]. 王辰译, 国外法学, 1986, (3): 11-13.

它是多么的确定。但是另一方面，他却不承担无故支付价金风险，如他未获得标的物他就不必支付价款。”<sup>①</sup>由此可见，在英美学者看来，合同法上因不可归责于当事人双方的原因导致债务履行不能的风险，包括了标的物本身损毁、灭失的风险以及支付价金的风险、履行利益和期待利益丧失的风险。观点三认为，风险是指标的物意外灭失的风险。所谓灭失是指物理上标的物所依附的客体不复存在，也包括因法律上的原因而丧失权利的情况，例如国家征收。而有关的国际公约对此也予以承认。例如，《经互会交货共同条件》明确指出：“货物的意外灭失的风险”。<sup>②</sup>

各国的立法和国际条约对风险的概念都没有明确的定义。严格来说，风险的概念包括两个方面：物的风险和债的风险。物的风险是指标的物因意外原因而毁损灭失的风险。而债的风险又分为给付风险（履行风险）和对待给付风险（价金风险、对价风险）。给付风险指的是因不可归责于债务人之事由，致其基于契约所付之给付陷于不能者，债权人能否请求债务人重新令为给付而言。<sup>③</sup>其法律上的意义是负担此风险的人，有义务使约定的给付无论如何成为可能，且当该给付变为不可能时，不管其是否可归责于该负有风险的当事人，他都应该承担债务不履行的责任。而价金风险指的是因不可归责于双方当事人的事由，致标的物毁损、灭失时，其价金之风险，由谁负担而言。<sup>④</sup>给付风险之规定，在于解决债务人就债之标的之灭失，有无再为给付之义务，而对待给付之风险，在于决定一方给付标的物灭失时，如无再为给付之义务，他方有无对待给付之义务。<sup>⑤</sup>

关于风险负担制度指的是通过法律确定规则在当事人之间应该如何负担风险的具体指引，主要涉及两个方面的内容：一、风险负担的归属，即风险应于何时由合同双方当事人的哪一方承担；二、负担风险的当事人应承担何种具体的法律效果。<sup>⑥</sup>此处的法律效果并非风险责任，因为责任是行为人不履行义务的后果，而风险负担只是对不可归责于双方当事人事由的

<sup>①</sup> [美]A.L.科宾. 科宾论合同(下册)[M]. 王卫国译, 北京: 中国大百科全书出版社, 1998. 633.

<sup>②</sup> 王利明. 违约责任论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003. 291.

<sup>③</sup> 詹森林. 危险负担转移前, 出卖人物之瑕疵担保责任及买受人拒绝受领标的物之权利[J]. 台大法学论丛, 1992, (22): 425-426.

<sup>④</sup> 黄茂荣. 买卖法[M]. 台湾: 东开美术印刷有限公司, 1980. 538-539.

<sup>⑤</sup> 黄立. 民法债编总论[M]. 北京: 法律出版社, 2002. 550.

<sup>⑥</sup> 易军, 宁红丽. 合同法分则制度研究[M]. 北京: 人民法院出版社, 2003. 36.

损害进行合理分配的制度，不存在违反义务的问题。

在承揽合同中，材料风险负担就是指材料在交付以前，因不可归责于合同双方当事人的事由致材料毁损、灭失时的损失应由何方承担。风险发生的表现是材料的毁损、灭失，但引起材料风险的原因是多样性的，有可能是天灾，有可能承揽人保管不善，也有可能是定作人提供的材料本身有问题，不同的原因所造成的法律效果是不同的。按照我国《合同法》第 265 条的规定，<sup>①</sup>承揽人保管不善造成的材料毁损、灭失，由承揽人承担损害赔偿赔偿责任，定作人提供材料本身有问题由定作人承担责任，本文所研究的是因不可归责于双方当事人的事由造成材料毁损、灭失时的风险负担问题。

## 二、材料风险负担的特征

材料风险负担制度概括起来，有如下特点：

### （一）风险负担发生在双务合同中

双务合同指的是当事人双方互付给付义务的合同，而单务合同是一方只享受权利，另一方只享受利益的合同。风险负担只存在双务合同中，因为单务合同中，标的物的毁损、灭失并不影响对待给付义务的一方继续履行义务，也就没研究风险负担的必要。而承揽合同是承揽人完成工作并交付工作成果，定作人据此支付报酬的合同，是典型的双务有偿合同，承揽合同的风险负担又可分为材料和报酬的风险负担。

### （二）风险指的是标的物毁损灭失等实际损害

合同法上的风险不同于交易中的风险。在交易中，当事人会遇到各种可预知或不可预知的商业风险，这种风险是与当事人追求利益相伴随的，理由由交易当事人自己承担，法律没有必要为此设定规则避免当事人损失，因为法律不能保证每个交易当事人都从交易中获利。而合同中材料风险是标的物的毁损、灭失等意外损失，其发生是以损失为前提，如果没有损失就没有风险负担问题。风险的损失指的是标的物的毁损灭失，但又限于

<sup>①</sup> 《合同法》第二百五条 承揽人应该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，应当承担损害赔偿责任。



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库