

# 作为典型合同之服务合同的未来

## ——再论服务合同典型化之必要性和可行性

周江洪

**摘要** 典型合同的取舍标准,不仅在于该类合同的社会经济重要程度,还在于其区别于其他典型合同的异质性。现有合同法规则及典型合同类型不能有效适用于服务合同,我国民法典有必要将服务合同作为典型合同予以规定。中国民法学的发展、裁判实践的丰富性、比较法上的先例以及合同立法技术的发展,使得服务合同一般规则的设计也具有可行性。在具体立法模式上,可以采用以服务合同一般规则统领各类具体服务类合同的立法模式。在具体规则设计上,可以以服务提供人和服务受领人之间的权利义务关系为中心来构建规则。

**关键词** 民法典;服务合同;必要性;可行性;典型合同

**中图分类号** D923.6 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2020)01-0077-12

**基金项目** 国家社会科学基金重点项目(15AFX016)

服务在整个国民经济、社会生活中的地位,随着社会的发展日趋重要。随着时代的发展,服务既有可能是非常传统的医疗、教育等服务类型,也可能是存在着非常前沿和具有鲜明时代感的云计算服务、网络交易服务等等。例如,随着“产品服务化”经营战略的发展,与其采用取得所有权的购买或取得占有使用的租赁,不如采用非占有式服务可能更适合企业的经营战略,云计算服务合同也就应运而生<sup>[1]</sup>(P82)。服务合同的重要性日渐突出,传统合同法规则越来越难以适应。对此,我国现行私法体系在一定程度上也做出了积极回应,例如,消费者权益保护法和合同法条文中就存在着大量“服务”用语。以《合同法》为例,其第 113 条第 2 款、第 300 条、第 322 条、第 356 条第 2 款、第 360 条、第 361 条、第 362 条、第 363 条、第 424 条、第 426 条等直接用了“服务”用语。不仅如此,1997 年 5 月合同法意见征求意见稿也敏锐地捕捉到了现代社会的变化,曾专设第 25 章“服务合同”<sup>[2]</sup>(P150),试图建立统一的服务合同规则。1999 年实施的合同法也规定了承揽、建设工程、运输、保管、委托、行纪、居间以及技术合同等諸多有关个别服务的规则;全国人大常委会民法典草案合同编也规定了物业服务合同和保理合同等涉及服务的相关合同规则。

为此,拙著《服务合同研究》曾以“服务合同的现在与未来”作为绪论,就服务合同的法律特征、我国服务合同研究的现状及相关法律、我国服务合同的研究方向作出探讨<sup>[3]</sup>(P1-9)。但从近十年的学说、立法及比较法动向来看,虽然有不少学者提议将服务合同作为典型合同予以规定,例如,除笔者外,张彤、王剑一、刘训峰、方新军、战东升、谢鸿飞、曾祥生、叶振军、聂圣等都提议服务合同典型化<sup>[4][5][6][7][8][9][10][11][12][13][14]</sup>,但其立法实现仍任重道远,民法典草案并未采纳。也正是基于这一状况,笔者结合典型合同理论及服务合同研究的最新发展,就此再次做出探讨,并希望立法能在民法典编纂或将来的立法完善中对此作出回应,以适应新时代社会发展和法治建设的需要。

## 一、民法典典型合同的意义及其取舍标准

典型合同,历来是各国民事立法的重要内容<sup>[15]</sup>(P162)。在我国民法典编纂过程中,如何体系化地思考典型合同的取舍,既是民法典编纂中的重点问题之一,也是服务合同典型化的前提问题。

对于前者,合同法规定了15类合同,全国人大常委会民法典合同编二审稿,则在此基础上增加了保证、保理、合伙、物业服务等四种新的合同类型。在各学者草案中,典型合同的类型更是丰富。在考虑典型合同的增减时,各草案多基于相关交易的重要性标准。但笔者认为,典型合同的取舍、交易的重要程度并非是典型合同取舍的最重要标准。王利明教授主张,特别法上的有名合同转化为普通法上的有名合同的重要条件包括了交易形态的典型性、交易的频发性、纠纷的多发性、规则的成熟性<sup>[16]</sup>(P21)。因此,要解决服务合同典型化问题,首先要解决的是典型合同的意义和典型合同的取舍标准问题。

长期以来,典型合同的作用并未得到重视,甚至会得到否定性的评价。但近年来,有不少学者开始主张典型合同的积极意义,认为典型合同是人类生活长期以来的历史积淀,是人类共同的财富<sup>[17]</sup>(P119),具有重要的功能。通常来说,典型合同至少具有设定依据框架、提供分析基准、调整合同内容、形成合同内容、辅助意思自治、评价格式条款合同内容的合理性等诸多功能<sup>[18]</sup>(P84)。也就是说,一方面要避免合同性质决定的僵化<sup>[19]</sup>(P71);另一方面,也不能小觑典型合同的意义。

除了典型合同的意义和功能,典型合同取舍的视角和标准,也是服务合同典型化过程中要面临的问题之一。

通常认为,具有普遍性、内容确定性以及社会经济重要性的合同关系,可作为典型合同的备选。朱广新教授认为,人类长期的民商事生活经验表明,只要把那些反复出现、相对稳定又极具类型化特征,合同类型明确规定下来,为形形色色的交易关系奠定基础或指明方向,就足够了<sup>[20]</sup>(P25)。龙卫球教授认为,“合同编”增加哪些典型合同,原则上应该结合民商合一架构的特点,从体系性、一致性、重要性等方面进行考虑,特别是那些实践中非常普遍又经常发生争议,影响社会稳定,短时间难以单独立法的典型合同,应当增加进来<sup>[21]</sup>(P97)。但在具体判断时,除了应当结合典型合同的作用,还应当重视成文法与判例、行业协会之间的任务分担、我国民法典的定位、作为一般法的民法典与作为特别法的民事特别法的功能分担、民法典各分编之间的逻辑体系、合同类型层级构造理论、混合合同和无名合同规则的完善程度等等诸多不同的视角<sup>[18]</sup>(P85)。

下文将以上述基本判断为前提,结合服务合同的特性对其典型化的必要性和可行性作一简单分析。

## 二、服务合同典型化的必要性

无论是从社会的发展,还是民法典和民法理论的发展来看,基于上述民法典立法过程中典型合同的取舍标准,我国民法典都有必要将服务合同作为典型合同予以规定。

### (一) 民法典规定服务合同是发挥典型合同功能的内在要求

或许会有人认为,民法典是否规定某类合同并不重要。原因在于,即使缔结了法典规定以外的合同类型,依合同自由原则和合同拘束力原则,并不影响合同发生效力(《合同法》第8条第2款“依法成立的合同,受法律保护”)。但如前所述,无论是对当事人来说,还是对法官来说,因典型合同具有内容形成功能和依据框架功能,典型合同规定的存在可以大大减轻信息处理的负担;而且,由于现代交易中大量的服务合同以格式条款的方式出现,作为内容合理性的评价标准,典型合同也可以作为判断消费者合同及格式条款等的内容是否具有合理性的重要参考标准之一。更何况,在现实社会交往和交易活动中,还有大量的服务提供,并没有相应的书面合同的存在,甚至连最基本的协商也不充分。若能够将服务合同典型化,有效地发挥任意性规范的补充功能,将极大地支援当事人的意思自治,进而促进服务市场的良性发展。因此,合同自由原则并不是反对服务合同作为典型合同存在的理由。

## （二）服务合同具备典型合同所要求的普遍性和社会经济重要性

服务交易在国民经济生活中的重要性毋庸置疑。从 2013 年开始,第三产业就已成为国民经济的第一大产业,我国国民经济开始迈入服务经济为主导的新时代。服务业已成为保障就业、财税、新增市场主体稳定增长的重要力量和基石<sup>[22]</sup>。以 2018 年为例,服务业占国内生产总值的 52.2%, 占据国民经济半壁江山;服务业对当年 GDP 贡献率为 59.7%, 高出第二产业 23.6 个百分点<sup>[23]</sup>。若加上第二产业中的建筑业建设工程施工合同等建筑领域的合同,传统上也被纳入服务合同的子类型。2018 年,建筑业占 GDP 的比重为 6.9%, 建筑业增加值对 GDP 的贡献率为 8.2%<sup>[24]</sup>, 服务交易对于国民经济生活的重要性更是突出。对此,美国学者在批评《美国统一商法典》时也曾指出,过去那种以货物交易为核心的工业经济已经被以信息和服务为基础的全球经济体系所替代<sup>[25]</sup> (P740)。大量的服务交易,都是以合同的方式存在,但合同法缺乏对服务合同一般规则的规定,从而在一定程度上影响了合同法组织经济功能的发挥<sup>[16]</sup> (P37)。为此,有学者指出,进入 21 世纪后,民商合一体制下民法典上的典型合同显然应当采取“买卖合同与服务合同并重、着力强化服务类合同的立法政策”<sup>[26]</sup> (P41)。从世界范围来看,经济发展的柔性化和服务化,是各国民法修改时都不得不考虑服务合同的重要背景所在<sup>[17]</sup> (P53-54)。

## （三）现有合同类型无法满足服务交易和合同纠纷裁判的需要

随着社会的发展,日益突出的服务合同重要性与合同法规则的不适应性之间的矛盾日渐突出。以瑕疵履行为例,虽然笔者曾就服务瑕疵作过一些初步的探讨<sup>[27]</sup> (P655),但从我国《合同法》第 111 条“质量不符合约定时的违约责任”的法律适用情况来看,所涉案型多见于买卖、租赁、商品房销售、建设工程施工合同、拍卖合同和承揽合同。其多数是物型合同,即使是涉及承揽、建设工程等合同,也是与物的提供结合在一起的合同。而且,虽然在医疗服务合同等极个别的案例中会涉及手段债务瑕疵的司法适用,但该条规定的各种“矫正履行”的法律效果,适用于技术合同、服务合同领域时会面临不少困难<sup>[28]</sup> (P169)。为此,笔者曾指出,现行法规则体系是否仍然能够适应以服务为主导的新的社会变化,已成为现代合同法的重要研究课题之一<sup>[4]</sup> (P76)。买卖合同规定准用于其他有偿合同,特别是能否准用于服务合同以及如何准用的问题,不无疑问。而且,以承揽与委托为代表的服务类合同规则,也无法有效承担起规范各类服务的功能。对此,刘训峰博士做了详细的分析探讨,认为合同法总则不能实现对服务合同的有效规范、委托合同难以胜任服务合同一般规定的地位,承揽合同不应具有服务合同一般规定的地位<sup>[6]</sup> (P51-54)。最高人民法院《民事案由规定》在承揽、运输、委托、保管等服务类合同之外,单列了服务合同纠纷、演出合同纠纷、劳务合同纠纷等合同纠纷类型,一定程度上也表明现有合同类型制度供给不足。虽然民法典合同编草案增加了物业服务合同等服务类合同,但仍然无法涵盖大量的其他服务。另外,根据学者的研究,新近制定的民法典比传统民法典中包括的合同种类要多得多,以服务为客体的合同群已成为新型合同的增长点<sup>[29]</sup> (P91)。

民法典合同编草案试图通过增加交易类型的方式来扩展典型的类型。关于服务合同,也有学者主张类似的立法思想,主张按照“个别服务合同主义”立法思想对个别典型的服务类型予以专章规定<sup>[26]</sup> (P54)。但是,将各种服务全部规定为典型合同,不仅存在着挂一漏万之可能,而且也势必引起合同性质区别与认定的困难。

## （四）《合同法》第 124 条及民法典合同编草案无名合同规则不足以应对类型繁多的服务类合同

依《合同法》第 124 条或《民法典合同编草案二审稿》第 258 条的规定,对于没有明文规定的服务类合同可以适用通则的规定,并可以参照最相类似的典型合同予以适用。但合同编通则的规定,多源于以物的交易为中心构筑的规则,适用于服务类合同时难免捉襟见肘。例如,服务的无形性以及返还的困难性,会使得物与服务在法律效果(违约责任、履行方式、合同解除、恢复原状等)、危险负担、受领人的义务等方面都会有别于一般的合同。此外,草案规定的典型合同,与大量服务之间的类似性判断存在

困难,且即使类似,在具体适用时也会产生困难。例如,若参照委托合同规则处理医疗服务合同,势必会面临医院是否具有任意解除权的问题;而若参照承揽合同规则处理医疗服务合同,则难免会面临医院是否具有结果保证义务的问题。

再如,虽然我国《民法总则》第143条未规定标的确定为法律行为的有效要件,合同法也未将合同标的确定规定为有效要件,但依《合同法》第14条的规定,要约意思表示的内容需具体确定。也就是说,依《合同法》第14条的规定,仍然可以推及标的的确定性为合同的有效要件。学理上也有学者主张虽然《民法总则》第143条未规定标的确定为法律行为有效要件,但法律行为标的如不确定且不可确定,则可能影响法律行为的成立。因法律行为如依其性质本应有标的,而不能确定标的的,或足以表明表意人并无约束的意思<sup>[30]</sup>(P517)。而作为合同之标的,通常包括给付和对待给付。以服务合同的报酬为例,大量的服务无法事先确定报酬,甚至也无法确定报酬的计算方法。若严格遵循标的确定的教义,就势必会引起金钱之债客体无法确定而影响效力的问题。也正是基于这点,《法国民法典》第1165条规定了服务合同领域的报酬的确定与否,并非是合同有效的要件,将其作为第1163条第2款“给付必须是可能且确定或可确定的”之例外。《法国民法典》第1165条规定,“在服务给付合同中,若缔约各方在合同履行前未能就交易价格达成合意,债权人可以单方确定交易价格,但须负担交易价格遭到质疑时,解释确定相关金额的理由之义务。单方定价权被滥用时,法官可以管辖缔约一方提出的损害赔偿之诉”;第1163条规定,“债的标的是指当前或未来的给付。给付必须是可能且确定或可确定的。若给付可以从合同中推知,或者是通过参考习惯或缔约各方以前的关系获知,则属于可确定的,否则,缔约各方必须重新就此达成合意”<sup>[31]</sup>(P449)<sup>[32]</sup>(P142)。这也是无名合同规则无法完全处理服务合同领域具体法律适用的例证之一。

再加上我国合同法总则及民法典草案合同编通则的规定,存在着立法上的阙如。如我国合同法的风险负担规则,主要规定在买卖合同领域,除了提存,总则层面并无相应的规则<sup>[33]</sup>(P79)。对于服务合同领域的风险负担问题,尤其是作为价金风险的对待给付的报酬请求权问题,是否得以参照以物的交易为中心的买卖合同规则,不无疑问<sup>[4]</sup>(P79)。

诸如此类的法律适用问题,不一而足。从这点上来说,服务合同一般规则的构建就显得尤为必要。

#### (五) 需要以成文法的形式明确服务合同的一般规则

有学者曾指出,非典型合同,或者具有全新的内容,或者是典型合同的变体;在研究非典型合同时,未必强要将其归入某类典型合同,而应更关注其特性<sup>[34]</sup>(P639)。服务合同区别于其他合同的异质性以及相应的制度供给不足,使得其无法通过案例指导、标准示范合同、行业协会规则等成文法以外的规则实现裁判统一,也无法实现规则的透明化。区别于现有典型合同类型的特殊性,是典型合同必要性的重要前提。与物及其相关合同相比,服务及其合同具有库存不可能、无形性、识别困难性、复原返还的困难、服务受领人对于服务提供的重要性、服务信息的不对称、服务受领人权益领域介入频繁性和持续性、损害的特殊性等等诸多异质的法律特征<sup>[4]</sup>(P78-79)<sup>[35]</sup>(P80)。

正是由于服务及其合同具有上述独特性,买卖合同的准用,或者是承揽、委托、保管等现有服务类合同的参照适用,都无法有效应对各类服务。即使有部分服务得以用现有的服务类合同规则予以处理,但大量的服务交易,无法纳入现有的合同类型予以适用。

其实,服务合同规则的成文化,即使是判例法国家的英国,也通过《货物与服务供应法》《消费者权益法》等创制了服务相关的规则。《货物与服务供应法(1982)》基本上是对普通法既有规定的法典化,其中关于服务供应的内容有5条。第12条为服务合同的范围界定;第13、14、15条分别规定服务供应人注意义务、履行合理期限以及履行对价的默示条款。英国于2015年在整合既有消费者法的基础上出台《消费者权益法》。该法第四章第48-57条是关于服务合同的规范。大陆法系有不少国家已经或正在

积极进行服务合同一般规则的立法。而且,虽然判例法理的发展,可以弥补法典之不足,也可能在一定时期得以应对服务合同的法律适用问题。但随着判例法理的发展,将不得不面对“解释之迷雾”,普通人通过民法典无法理解真正的民法,进而影响民法典透明度的实现;即使从判例法理明文化的角度言,也有必要就服务合同制定成文规则<sup>[36]</sup>(P90)。

除了上述五个方面的要求,由民法典规定服务合同,而不是由特别法规定服务合同,也符合民法典的定位。民法典是社会生活的百科全书,属于社会生活的规范表达,同时兼具社会组织功能。因此,有必要将涉及社会构成基本元素的合同类型以典型合同的方式确定下来。除了“人”和“财”以外,服务和信息也已成为现代社会的基本构成要素。不仅如此,确立服务合同的一般规定,可以避免事无巨细地规定各类服务,有助于实现民法典的开放性和简洁性。虽然服务已成为典型合同类型增长最快的领域,但不可能将所有服务类型都规定为典型合同。服务合同的典型化,一方面可提升其涵摄性,另一方面也可以为层出不穷的服务类型提供规范框架,以保持法典的简洁性。

### 三、服务合同典型化的可行性分析

有学者认为,进入 21 世纪后,关于典型合同的立法,应当强化服务类合同的立法。但该学者也同时主张,将服务合同作为一种典型合同予以专章规定,难度很大;可行的方式是按照“个别服务合同主义”立法思想规范服务合同<sup>[26]</sup>(P54)。但从各国各地区的经验以及我国民法学说、司法实践的发展来看,笔者认为,民法典合同编规定服务合同一般规则具有可行性。

#### (一) 各国各地区在民法典中规定服务合同的先例可资借鉴

各国民法典都不断扩张典型合同的数量和类型,以服务为客体的合同群已成为新型合同的增长点。作为合同法发展的最新趋势,不少国家和地区都出现了将服务合同作为典型合同规定的立法动向。例如,荷兰民法典在雇佣、承揽、保管之外,规定了服务合同总则,同时将委托、中介、代理商、医疗等作为其下位合同予以规定。魁北克民法典则在委托、雇佣、保管之外设计了“承揽及服务合同”的规范群,规定了承揽和劳务提供的一般规则。俄罗斯民法典则在承揽、委托、雇佣、保管之外规定了有偿服务合同,将承揽合同上升为提供劳务合同的母合同地位,尤其是在出现以提供劳务为基础的无名合同时,可准用承揽合同的规定;“有偿服务合同”成为俄国民法典中的一个“口袋合同”,通过准用承揽合同的一般规定来解决现代社会中不断出现的各种服务合同<sup>[37]</sup>(P21)。德国民法典在无偿委托合同之外规定了有偿事务处理合同,形成“委托与事务处理合同”的规范群。英国货物与服务供应法规定了服务供应合同的定义、注意义务、对价费用等规则,并就消费权利法典中的服务提供部分的注意义务作出了细化。秘鲁民法典、越南民法典等规定了服务合同的一般规定。埃塞俄比亚民法典、奥地利民法典、澳门民法典等虽然并未规定服务合同的一般规则,但以章节名的方式规定了“提供劳务”的类合同概念。此外,日本民法典学者草案也规定了服务合同。欧洲民法典框架草案则在雇佣、委托之外,规定了涵盖与承揽、保管相类似的服务合同;同时,作为服务合同的下位概念,规定了建筑工程、加工、保管、设计、咨询、医疗等服务合同子类型。法国 2016 年的债法改革,虽然没有实现服务合同的有名合同化,但开启了服务合同一般规则立法的大门。法国 Henri Capitant 协会在 2017 年 6 月向法国司法部提出的合同法改革草案第十章第一节专门规定了服务合同总则。

总之,虽然各国各地区间在服务合同规则的设计上,囿于各国的历史传统存在差异,但立法例的存在也表明完全可能在民法典框架中将服务合同规定为典型合同。

#### (二) 中国民法学的发展和进步也足以设计出服务合同的相关规则体系

从 20 世纪 90 年代开始,我国民法学界在学理上已将服务合同作为一类独立的合同对待,对服务合同的重要性作出了积极的回应<sup>[38]</sup>(P415, 520)<sup>[39]</sup>(P712)。立法机关也曾试图将其作为典型合同予以规定。1999 年合同法征求意见稿,曾专设“服务合同”一章<sup>[2]</sup>(P150)。各类服务合同子类型的研究

越来越深入,多部学者草案设计了数十种具体类型的服务合同。例如,梁慧星的《中国民法典草案建议稿》(法律出版社2003年5月版)规定了雇用、承揽、建设工程、项目建设运营、运输、委托、行纪、居间、技术合同、保管、仓储、物业管理、教学培训、医疗、餐饮、住宿、旅游、演出、出版等合同类型;王利明主编的《中国民法典草案建议稿及说明》(中国法制出版社2004年11月版)除此之外还增加了通信服务、结算合同,但是没有规定医疗、教学培训合同;徐国栋主编的《绿色民法典》(社会科学文献出版社2004年5月版)与梁草案相比则增加了信托合同、展览合同、葬礼服务合同、邮政合同、交互结算合同、保姆雇用合同、分时使用度假设施合同、保安合同、寄售合同、广告合同、咨询合同、私人墓地服务合同、代理商合同等,但没有规定餐饮合同和项目建设运营合同。应该说,中国20世纪初的三大草案基本上已经涵盖了服务领域的方方面面。当然,不能否认的是,也存在试图整合各服务形态的建议。如王利明主编的草案第495页以下就指出,“在提供服务的合同中,承揽合同确立了这一类合同法律适用的一般规则……其他合同在法律为对其设置相应规定的情形,可以参照……承揽合同的相关规定。从而使买卖合同和承揽合同所包含的法律规则在合同编分则部分处于一般法的地位”,试图用承揽合同来统合各类服务类合同。另外,徐草案第469页以下则在债法总则分编中导入了“给之债”和“为之债”的债的标的的分类方法,后者在某种程度上可能可以统合服务合同之债,试图从债的基本元素的分类角度对为之债作出探索。

1998年合同法草案之所以最终删去了“服务合同”,是认为服务合同不具有典型性<sup>[2]</sup>(P150)。但服务合同作为典型合同的必要性已如前述,很难否定其典型性。或许更为重要的原因是当时对服务合同一般规则的研究并不充分,无论是比较法考察还是国内的理论探索,都存在较大的欠缺,因此难以起草出适合服务特性的服务合同总则。但20多年来,比较法上关于服务合同一般规则的研究成果层出不穷,国外也有不少立法机关在尝试服务合同一般规则的法典化;而在国内,关于服务合同一般规定立法研究的文献,也存在着上升趋势,对于应当如何认识服务的特性以及如何设计服务合同的规定,也取得了越来越多的共识。除了探讨服务合同一般规则立法的必要性之外,有不少文献就服务合同规则的立法模式和具体规则作出了探讨<sup>[40]</sup>(P78)<sup>[41]</sup>(P53),甚至也有不少学者专门设计了服务合同的一般规定<sup>[6]</sup>(P191-199)<sup>[12]</sup>(P476-480)<sup>[42]</sup>(P10)。学界关于服务合同立法的探讨,较之20多年前不可同日而语。从现在的研究来看,完全有能力设计出契合我国民法典体系及服务交易习惯的服务合同一般规则。

### (三) 司法实践的发展为服务合同规则的设计积累了丰富的案例

司法实践是洞悉交易规则的关键所在,对司法实践的观察,除了有助于我们了解服务交易中存在的法律问题点,也有助于通过稳定的判例法理提炼出实践中的一般规则。不仅如此,近年来随着我国案例研究方法的深入,案例综合研究得到广泛应用,也有助于从审判实践中归纳出服务合同立法中亟待解决的规则设计问题。以北大法宝“司法案例”收录的案例和裁判文书为例,截至2019年8月12日,共收录合同纠纷案例27673583份,不包括承揽、建设工程、运输、保管、仓储、技术服务合同、委托、居间、行纪等合同法规定的有名合同纠纷,民事案由“服务合同纠纷”项下收录了1940334份裁判文书,占到整个裁判文书的7%左右。“服务合同纠纷”项下涵盖了电信服务合同等22类服务类非典型合同。这其中包括第64号指导案例以及涵盖旅游、网路服务、银行结算服务、美容服务、咨询服务、设计服务、物业服务、医疗服务、住宿服务、教育服务等在内的25份最高人民法院公报案例。

大量的案例实践表明,服务类合同在司法实践中日益上升为与买卖合同同等重要的合同类型,同期买卖合同纠纷裁判文书为3625549份,大致为服务纠纷的2倍;若加上承揽、运输、建设工程、保管、委托等传统的服务类典型合同,买卖类合同纠纷与服务类合同纠纷案件数量已大致相当。这不仅表明亟须作出法律规范,同时也表明我国合同法实施以来已经积累了关于服务合同的大量审判实践经验。司法实践中所体现的争议焦点,为服务合同规则的设计也提供了方向,甚至是具体的判例法理。例如,以最高

人民法院第 64 号指导案例为例，该指导案例通过扩张解释《合同法》第 39 条关于格式条款的规则及引入消费者权益保护法中的经营者义务，试图确立未经告知的话费有效期限并不构成合同的内容，不仅凸显了服务合同缔结前说明义务的重要性，并同时表明了告知义务的履行方式以及违反此等告知义务的法律效果——并非是缔约过失损害赔偿问题，而是相关条款未纳入的部分无效问题；同时，该指导案例也试图说明合同缔结前的告知义务是否得以补正的问题，认为合同履行过程中的告知并不构成先合同义务的履行<sup>[43]</sup>（P33）。该指导案例的发布，试图统一审判实践中出现的电信服务合同缔约前说明义务的标准及违反的法律效果，对审判实践的乱象作出适当的纠偏<sup>[44]</sup>（P122）。再如，《最高人民法院公报》2009 年第 12 期刊载的“上海市弘正律师事务所诉中国船舶及海洋工程设计研究院服务合同纠纷案”则试图就律师风险代理中是否得以约定禁止当事人和解、调解的规则作出引导；该案中就会涉及委托合同中“成功报酬”约定的问题，涉及是否需要就现有的承揽与委托之间的中间状态的报酬服务规则作出特别规定的服务合同一般命题问题。再如，《最高人民法院公报》2014 年第 11 期刊载的“孙宝静诉上海一定得美容有限公司服务合同纠纷案”，则涉及美容服务合同的提前终止及服务受领人无正当理由拒绝受领及其法律效力问题。刘洋认为该案并不构成任意解除，而是无正当理由之拒绝受领，因此应考虑可归责于债权人事由之风险负担的问题<sup>[45]</sup>（P153）；这同样是服务合同纠纷中面临的共同规则之一。另外，作为最高人民法院 2014 年发布的十起维护消费者权益典型案例之一的“滕爽诉南京城际教育信息咨询有限公司教育服务合同纠纷案”，则涉及服务受领地点的变更是否得以构成解除事由以及是否得以要求返还部分预付款的问题。《最高人民法院公报》2006 年第 4 期刊载的“上海盘起贸易有限公司与盘起工业（大连）有限公司委托合同纠纷案”则试图厘定委托合同任意解除的损害赔偿范围问题<sup>[46]</sup>（P73）<sup>[47]</sup>（P75）。这些还只是最高人民法院指导案例和公报案例的枚举而已，若将其扩大到所有的服务类合同裁判文书，审判实践中所展现的服务交易纠纷争议焦点、丰富的判例法理以及非典型服务合同法律适用规则问题，对于建构服务合同一般规则具有非常重要的参考意义。

#### （四）立法技术上完全可以抽象出服务合同的一般规则

作为服务合同的总则，旨在以“总则—分则”的立法技术对服务类合同作出区分，得以与合同法现行的委托、承揽、保管等相区分，与现有的服务类典型合同、特别法中的各类服务合同共同协力，以便得以适用于层出不穷的服务类合同，以避免就纷繁复杂的各类具体服务合同作出特别规定，保持法典简洁性的同时，又能够维持法律的稳定性和法律适用的便捷性。

对服务合同一般规则立法持消极意见的学者多认为，目前尚无法充分把握雇佣、承揽、委托、保管及服务合同的共同规则，应该将重点放在医疗、信息咨询等重要合同类型的规则设计上<sup>[48]</sup>（P319）。由于服务的多样性，无法确定作为服务合同一般规则的“原型”，要用规格化、标准化的典型合同思维去处理多样化、个别性的服务本身就是不可能的。加之在服务类合同中，在信息和交涉能力方面，既有涉及消费者权益保护等服务提供人居于优势的合同类型，也有涉及服务提供人保护问题的服务受领人居于优势的合同类型，此外还有信息和交涉能力方面不存在不对称的合同类型，要统一规范如此众多类型的合同，非常困难<sup>[49]</sup>（P502）。同样地，我国也有学者主张抽象出服务合同一般规则的困难性<sup>[26]</sup>（P54）。

对此，美国学者也曾分析了服务合同法典化的必要性和可行性问题。主要可以归纳为五项原则：第一，该领域应具有经济重要性；第二，该领域应该能从法典化中获益；第三，该领域在实践中应具有全国性；第四，该领域应具有独立的主题和政治需求，从而可将其与其他已经法典化的部分区分开来；第五，这个法典化任务必须是合理可完成的。尤其是第五个原则，有人认为将服务合同进行法典化是一项不可能的任务，因为现存有太多不同的有关服务的商业问题以及太多的地方规则等。但就多样性而言，服务合同的多样性并不比商业货物买卖合同更多。美国一直以来的法典化经验已使他们学会将货物中的多样性通过《统一商法典》第 2 章的一般规则进行概括，对服务合同同样可以如此。而且，在对合同进

行法典化时并不需要囊括某特定领域中可以适用的规则,而只需关注那些法典化后能够对合同实践有所助益的基本规则。实际上,对法典化可行性的测验,不是法典化是否能够重写所有有关服务的合同法,而是对一些适用于服务合同的法律进行法典化是否能够助益商业实践,从而使合同法更具实践性、有效性,商业交易更有效率<sup>[25]</sup>(P740-741)。

实际上,服务合同规则设计的困难主要在于拟设计规则的定位问题,是在总层面设计服务相关的若干规则,还是作为服务合同小总则,或者是采纳个别服务合同主义模式等等,决定了不同的规则抽象难易度。但一般来说,无论采取哪种立法模式,已经有越来越多的学说或立法探索认识到:就服务合同的成立、效力、终止以及因不可归责于当事人事由终止服务给付时的报酬的计算方法等作出规定,既具有意义,也具有可行性<sup>[50]</sup>(P164)。或者认为,至少在服务合同一般规则的适用范围、服务提供人的义务、服务受领人的义务、服务报酬、服务合同的任意解除、服务提供与破产法等法律之间的协调等等各个方面,足以抽象出特定的服务合同规则<sup>[51]</sup>(P14)。关于这方面,会涉及服务合同立法的路径问题,只有采取合适的路径,才能把握服务合同一般规则;也只有设计出了真正可行的服务合同一般规则,才能真正说其规则设计具有可行性。

#### 四、服务合同典型化的路径和基本制度框架

关于服务合同的立法模式,笔者曾在借鉴日本学说的基础上作出探讨<sup>[3]</sup>(P18-21)<sup>[4]</sup>(P80-81)。此后也有不少学者依此框架展开分析。李建伟主张“积极、创新性地引入新的服务类合同”,并提供了“专章规定服务合同”“专章制定金融类服务合同的一般规则”“分别规定每类有名服务合同”三种方案<sup>[52]</sup>(P14)。也有学者与笔者一样主张采纳“中服务主义”立法模式<sup>[5]</sup>(P80-94)<sup>[6]</sup>(P56)<sup>[9]</sup>(P47)<sup>[42]</sup>(P154-159)。也有学者以国别方式归纳各种立法模式,并主张采用《欧洲法通则——服务合同》模式<sup>[40]</sup>(P79)。也有学者主张“个别服务合同主义”立法模式<sup>[26]</sup>(P54)。

##### (一) 服务合同典型化中的“中服务主义”立法模式

立法模式的选择,决定了如何建构服务合同一般规则的问题,也同时决定了服务合同一般规则建构的可行性问题。考虑到立法模式选择的重要性,笔者结合近年来的学说、立法等发展,对此做了适当修正,删去了“小服务主义”模式,并补充相关资料,做进一步的论证。

从理论上来说,若在民法典中对服务合同作出规范,至少有“超大服务主义”“大服务主义”“中服务主义”和“个别服务合同主义”等几种模式可以考虑。

“超大服务主义”将所有的“给付”(作为或不作为)都看作是“服务”。甚至有人认为,以雇佣与承揽为基本类型的服务合同才是契约的一般类型,其法律规范具有普遍性,买卖和互易等才是“特殊的契约”,其规则恰恰是特殊的,应该重新考虑契约规范的“一般与例外”<sup>[53]</sup>(P464)。然而,这一立法思路几乎完全颠覆了现有的债法规范及理论,即使从制度演变路径依赖角度言,也是不可行的。而且,虽然“给付”本身是行为,但给付所指向的对象或客体,会存在着物与服务的区别。即使将所有的“给付”看作是“服务”之一种,也不可避免地要以给付的具体标的做进一步细分。因此,该立法模式的不合理性与不可行性,一目了然。

“大服务主义”的立法模式,指的是在合同总则中规定服务合同的共同规则,或者是如《合同法》第174条规定一样,将某一类合同的规范准用于其他服务合同。考虑到合同法的逻辑结构,单独将服务合同作为合同编总则规定,而并没有将物型合同在合同总则中单独分列,其结构并不完美。而要将服务合同和物型合同单独分列规定合同总则,又有可能导致合同外延不周全的结果,在两类合同之外,还可能存在着其他合同,比如信息相关的合同。当然,若结合“各种合同的法”的理论,从构成债之给付的性质入手,在通则层面规定若干服务合同规则,也是一种权宜之计,与传统立法模式也较为接近。例如,从债的标的特殊性入手,我国《合同法》第109条和第110条区分了金钱给付和非金钱给付的履行请



求权的限度问题，有点接近于“类合同”的立法技术；民法典合同编草案二审稿通则编规定的“选择之债”“连带之债”等等，也是针对特定性质的给付作出的规定。我国有学者主张缓和违约损害赔偿责任的严格责任归责事由，“在归责原则中设定例外条款，可借鉴《国际商事合同通则》第 5.1.4 的做法，对手段债务（主要是服务合同领域）采取过错责任，或者在合同法分则（尤其是服务合同）中大量设置过错责任”<sup>[54]</sup>（P28）。这一立法思想，也是试图就某一类型的合同在总则层面设立相关规则的尝试，与“各种合同的法”的类合同理论具有共通之处。另外，比较法上出现的在总则层面规定“框架合同”“可持续性合同”的若干规则，也是针对合同内容的特殊性作出的规定。实际上，2016 年《法国民法典》第 1165 条关于服务报酬的规定，就是在“债总”层面所作的规定。从形式上看，《法国民法典》第 1165 条规定在第三编“债之渊源”第一副编“合同”第二章“合同的订立”第二节“合同的有效”第三副节“合同的内容”之中，并非是规定在其第四编“债之通则”中。因此，从形式上来说，该条属于合同法总则的规则。但是，法国民法典的立法方式，也被学界认为只是权宜之计，只不过是开辟了“各种合同的法”的类合同立法技术的萌芽而已。目前法国学界仍然积极建议规定作为“类合同”的服务合同总则，整体解决服务合同一般规则立法问题，而并不是在“债总”层面规定若干规则<sup>[31]</sup>（P449）。

若以某一类现行典型合同为原型建立服务合同规范，立法成本相对较低，我国也有学者建议以承揽为中心重新构筑服务合同规范<sup>[55]</sup>（P495）。也有学者认为，现实生活中大量存在的教育培训合同、美容医疗合同等，都属于新型承揽；似乎也存在着以承揽来统筹新型服务的思路，但同时认为，它们对承揽的准用程度以及合同内容的确定都尚待深入研究<sup>[56]</sup>（P25）。但该见解值得商榷。在委托、承揽和保管三类合同中，瑕疵判断及法律效果方面，相互之间区别甚大，仅仅依据承揽的规范难以统合所有的服务合同类型。而德国之所以试图通过承揽合同来统合服务合同，乃是因为德国的委托合同忠实地遵循了罗马法传统，将其定位为无偿合同，若不以承揽和雇佣为基石，则无法解决大量的有偿服务合同的定位问题。而德国民法典第 675 条，其原本是为了转化欧洲议会及欧洲共同理事会的指令，就有偿事务处理作出了规定。但该规定，并不是肯定“有偿事务处理契约”为独立的契约类型，只不过是为了能够令以事务处理为标的的承揽或雇佣能够准用部分委托的规定而加以规定而已<sup>[51]</sup>（P5）。当然，也有日本学者认为德国民法典第 675 条以下规定了事务处理方面的总则性规定<sup>[57]</sup>（P304）。

以某一现有典型合同类型作为服务合同的一般规则，其典型是日本民法典第 656 条规定的准委托。我妻荣认为，“民法上委托的规定也可以被认为是处理他人事务法律关系的通则”<sup>[58]</sup>（P134）。这一学理阐释长期影响了日本的学说和实践，该条规定的准委托长期以来被作为各类服务合同法律适用的兜底条款，对于那些无法纳入雇佣、承揽、保管等合同类型的服务类合同，均被纳入“准委托”对待<sup>[51]</sup>（P359）。甚至可以这么说，通过该条的指引，委托似乎发挥了服务合同总则的功能。这一模式，也可以被纳入“大服务主义”立法模式。

但是，如此一来，准委托名义下包含了各种各样的合同。而且，委托相关的规定，有很多并不能被简单地准用。日本民法典第 656 条实质上无法发挥“服务合同总则”的功能，当事人的法律关系内容仍然只能依赖合同解释。也正是由于准委托无法发挥此等功能，日本民法修改研讨委员会和日本法务省法制审议会才会在日本债法修改初期开始考虑服务合同一般规则的立法问题<sup>[57]</sup>（P300）。

我国并不拥有德国类似的体系构造，委托既可以是无偿也可以是有偿。另外，若采用类似《合同法》第 174 条的规定，并不能解决法律的准确适用问题。就目前来看，我国合同法及民法典分则编草案中的委托并不区分法律事务的委托和非法律事务的委托，其构造上与日本民法具有类似之处。因此，如果将委托作为服务合同的通则对待，也势必面临日本同样的难题。因此，该方案最多只能是备选方案之一，而不会是优先方案。

“中服务主义”模式，是在保留承揽、保管和委托的同时，设计服务合同总则，同时就特殊的服务类

型,增加服务合同的子类型。应该说,1998年合同法草案在一定程度上是该立法技术的反映。目前国外的各种立法或立法尝试,包括荷兰民法典、欧洲DCFR、日本债权法修改方针等在内,多数采用该方案;当然,日本民法2016年的大修改,包括服务合同在内,最终的正式立法,并未能增加典型合同类型<sup>[59]</sup>(P430-442)。这一模式,也是我国目前的多数说,但该模式并未引起立法机关的足够重视。笔者认为,我国民法典完全可以采纳这一立法模式,从而在合同法总则与各典型合同分则之间建立起作为“类合同”的服务合同的整体框架。

“个别服务合同主义”模式,力图将所有重要的服务类型典型合同化。日本学界也有将其作为备选方案之一,主张采纳该模式<sup>[60]</sup>(P236)。服务合同一般规定的立法方案在日本法制审议会受挫以后,也有学者主张,考虑到服务合同子类型的多样性,将来应当采用“新设诸个别类型”的立法方案。对于那些未能纳入民法典规范的服务类合同,则交由判例法理去发展相应的规则。也就是说,将个别具体的服务合同作为与承揽、委托、保管相并列的合同类型,而不是作为其上位概念来处理。我国民法典学者草案几乎都采用了这一模式,有学者主张增加电信服务合同,秉持的也是这一立法模式思维<sup>[61]</sup>(P806)。目前仍然有不少学者支持这一方案<sup>[26]</sup>(P54)。民法典分则编草案二审稿扩张合同类型的方式,也是采用这种模式,并为此增加了物业服务合同和保理合同。

从近几年的学说状况看,笔者仍主张应当采用服务合同一般规则统领各类具体服务类合同的“中服务主义”模式,以平衡“个别服务合同主义”所可能导致的外延不周全以及合同性质认定困难的问题。

## (二) 服务合同一般规则的基本框架

通过上述分析,在民法典草案合同编、现有服务类典型合同以及特别法上的服务类合同之间“目光往返”,笔者认为可以从以下几个方面出发考虑我国民法典编纂中的服务合同一般规则。笔者曾就此作过若干分析<sup>[3]</sup>(P21-31)<sup>[4]</sup>(P41)<sup>[12]</sup>(P476-480),这里只做简要概括,具体制度的论证留待将来进一步展开。

首先是服务合同的定义及其适用范围,即定义条款和法律适用规则。这部分主要是厘清服务合同的合同性质决定问题,同时要将其与民法典中的其他服务类合同的适用关系、特别法中的服务类合同的适用关系等等梳理清楚。

其次是服务合同中双方当事人的权利义务及责任问题。核心内容包含以下三个板块:(1)服务合同缔结的先合同信息义务。(2)服务合同当事人的权利义务内容及其履行上的法律规范。(3)服务合同的终止,尤其是对服务合同中途终止时的报酬请求权和损害赔偿请求权应作适当区分。规则设计的重点内容应当包括双方在提供服务和受领服务时的协作、服务合同订立过程中的信息提供义务、服务合同履行中的主给付义务类型及其违约形态、服务合同履行中的亲自履行原则及其例外、服务合同履行中的风险负担以及服务合同的单方变更和任意解除制度等等。

第三是相关规则的完善。服务合同一般规则的确立,需要与现有的典型合同相互联动。特别是考虑到服务合同一般规则的适用范围问题,有必要对委托、承揽等合同相关规定作出完善,以避免合同性质决定上的混乱。另外,考虑到服务合同领域破产规则的特殊性,也需要与相关的特别法作出联动考虑。

## 参考文献

- [1] 殿村桂司ほか. プラットフォームが提供するサービスを支える技術としてのクラウドと製品のサービス化に関する法問題. NBL, 2019, (1141).
- [2] 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍. 北京: 法律出版社, 2000.
- [3] 周江洪. 服务合同研究. 北京: 法律出版社, 2010.
- [4] 周江洪. 服务合同在我国民法典中的定位及其制度建构. 法学, 2008, (1).
- [5] 张彤, 王剑一. 我国服务合同一般规则的建构//北航法律评论:2013年卷. 北京: 法律出版社, 2013.
- [6] 刘训峰. 服务合同一般规定立法研究. 南京: 南京大学博士学位论文, 2011.

- [7] 方新军. 关于民法典合同分则的立法建议. 交大法学, 2017, (1).
- [8] 战东升. 民法典编纂视野下的服务合同立法——日本立法经验及其借鉴. 法商研究, 2017, (2).
- [9] 谢鸿飞. 民法典的外部体系效益及其扩张. 环球法律评论, 2018, (2).
- [10] 曾祥生. 服务合同一般规则与立法模式研究. 北京: 中国政法大学出版社, 2017.
- [11] 周江洪. 关于《民法典合同编》草案(二次审议稿)的若干修改建议. 法治研究, 2019, (2).
- [12] 周江洪. 民法典合同编服务合同立法建议//陈甦. 中国社会科学院民法典分则草案建议稿. 北京: 法律出版社, 2019.
- [13] 叶振军. 论服务合同体系构建. 上海对外经贸大学学报, 2018, (1).
- [14] 聂圣. 论合同编有名合同之增补. 社会科学动态, 2019, (4).
- [15] 王利明. 典型合同立法的发展趋势. 法制与社会发展, 2014, (2).
- [16] 王利明. 合同法研究: 第四卷. 北京: 中国人民大学出版社, 2017.
- [17] 大村敦志. 民法改正を考ふる. 東京: 岩波書店, 2011.
- [18] 周江洪. 典型合同与合同法分则的完善. 交大法学, 2017, (1).
- [19] 周江洪. 旅游合同性质决定之局限性探讨. 旅游学刊, 2009, (11).
- [20] 朱广新. 合同法总则研究: 上册. 北京: 中国人民大学出版社, 2018.
- [21] 龙卫球. 民法典合同编的编纂进展、主要发展与完善思路. 内蒙古社会科学(汉文版), 2019, (4).
- [22] 国家统计局服务业司. 服务业在改革开放中快速发展撑起国民经济半壁江山.[2019-08-10][http://www.stats.gov.cn/zjt/c/ztfx/ggkf40n/201809/t20180910\\_1621829.html](http://www.stats.gov.cn/zjt/c/ztfx/ggkf40n/201809/t20180910_1621829.html).
- [23] 国家统计局服务业司. 服务业风雨砥砺七十载新时代踏浪潮头领航行.[2019-08-10][http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201907/t20190722\\_1679700.html](http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201907/t20190722_1679700.html).
- [24] 国家统计局投资司. 建筑业持续快速发展城乡面貌显著改善.[2019-08-10][http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201907/t20190731\\_1683002.html](http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201907/t20190731_1683002.html).
- [25] Raymond T. Nimmer. Service Contracts: The Forgotten Sector of Commercial Law. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1993, 26(3).
- [26] 朱广新. 论合同法分则的再法典化. 华东政法大学学报, 2019, (2).
- [27] 周江洪. 服务合同的类型化及服务瑕疵研究. 中外法学, 2008, (5).
- [28] 金晶. 合同法第 111 条(质量不符合约定之违约责任)评注. 法学家, 2018, (3).
- [29] 徐国栋. 民法哲学. 北京: 中国法制出版社, 2009.
- [30] 李宇. 民法总则要义: 规范释义与判例集注. 北京: 法律出版社, 2017.
- [31] 都筑满雄. 各種契約の一般理論と日仏の契約法改正——役務提供契約について//道垣内弘人ほか. 社会の発展と民法学: 下卷——近江幸治先生古稀記念論文集. 東京: 成文堂, 2019.
- [32] 李世刚. 法国新债法——债之渊源(准合同). 北京: 人民日报出版社, 2017.
- [33] 周江洪. 风险负担规则与合同解除. 法学研究, 2010, (1).
- [34] 谢鸿飞. 合同法学的新发展. 北京: 中国社会科学出版社, 2014.
- [35] 河上正二. 債權法講義(各論)2——債權各論の対象と具体的契約類型. 法学セミナー. 2016, (5).
- [36] 周江洪. 论民法典透明度的实现及其障碍. 法制与社会发展, 2015, (6).
- [37] 方新军. 现代社会中的新合同研究. 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
- [38] 《法学研究》编辑部. 新中国民法学研究综述. 北京: 中国社会科学出版社, 1990.
- [39] 王家福, 梁慧星. 中国民法学·民法债权. 北京: 法律出版社, 1991.
- [40] 王金根. 服务合同研究. 重庆工商大学学报, 2010, (6).
- [41] 唐仪萱. 服务合同通知义务的一般规则——《欧洲示范民法典草案》的启示. 当代法学, 2016, (2).
- [42] 曾祥生. 服务合同一般规则与立法模式研究. 北京: 中国政法大学出版社, 2017.
- [43] 葛文, 石磊. 刘超捷诉中国移动通信集团江苏有限公司徐州分公司电信服务合同纠纷案的理解与参照. 人民司法(案例), 2017, (3).
- [44] 王婕. 垄断经营者的缔约说明义务研究. 财经法学, 2018, (3).
- [45] 刘洋. 预付式消费服务合同中拒绝受领的法律效果. 厦门大学法律评论, 2016, (1).

- [46] 崔建远, 龙俊. 委托合同的任意解除权及其限制. 法学研究, 2008, (6).
- [47] 周江洪. 委托合同任意解除的损害赔偿. 法学研究, 2017, (3).
- [48] 執行秀幸. 民法に新たに取り入れるべき契約類型はあるか//民法改正を考える. 東京: 日本評論社, 2008.
- [49] 日本法務省民事局参事官室. 民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明.[2018-07-10]<http://www.moj.go.jp/content/000112247.pdf>.
- [50] 松尾弘. 民法改正を読む——改正論から学ぶ民法. 東京: 慶応義塾大学出版会, 2012.
- [51] 山本豊. 新注积民法(14) 債権(7) §§623-696. 東京: 有斐閣, 2018.
- [52] 李建伟. 我国民法典合同法编分则的重大立法问题研究. 政治与法律, 2017, (7).
- [53] 山口幹雄. 役務提供契約の法的規律に関する一考察//市民法の新たな挑戦. 東京: 信山社, 2013.
- [54] 谢鸿飞. 民法典合同编总则的立法技术与制度安排. 河南社会科学, 2017, (6).
- [55] 王利明. 中国民法典草案建议稿及说明. 北京: 中国法制出版社, 2004.
- [56] 宁红丽. 我国典型合同理论与立法完善研究. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2016.
- [57] 手嶋豊. 役務提供契約//安永正昭ほか. 債権法改正と民法学 III 契約(2). 東京: 商事法務, 2018.
- [58] 我妻荣. 债权各论中卷二. 周江洪译. 北京: 法律出版社, 2008.
- [59] 山口齐昭. 医療契約の典型化に関する議論とその医療契約論への影響——債権法改正における議論から医療基本法の議論へ//安永正昭ほか. 債権法改正と民法学 III 契約(2). 東京: 商事法務, 2018.
- [60] 松本恒雄. サービス契約//債権法改正の課題と方向. 東京: 商事法務, 1998.
- [61] “电信服务合同”课题组. 电信服务合同类型化设计研究//龙卫球, 王文杰. 两岸民商法前沿. 北京: 中国法制出版社, 2017.

## The Future of Service Contract as a Typical Contract

### A Re-exploration of the Necessity and Feasibility of Service Contract's Typification

Zhou Jianghong (Zhejiang University)

**Abstract** Because of the meaning and function of typical contracts, what makes a contract a typical contract depends not only on the importance of the contract in society and economy, but also on its difference from other typical contracts. The current rules of contract law and other typical contracts cannot be effectively applied to service contract, so it is necessary for our civil code to regulate service contract as a typical contract. The development of Chinese theory of civil law, the abundance of judgment practice, precedents of comparative law and development in legislation techniques of contract law make it feasible to design general rules of service contract. As for specific legislation mode, general rules of service contract can be adopted to lead specific service contract. The design of specific rules can center on the legal relation between service provider and service receiver.

**Key words** civil code; service contract; necessity; feasibility

■ 收稿日期 2019-09-12

■ 作者简介 周江洪, 法学博士, 浙江大学光华法学院教授、博士生导师; 浙江 杭州 310008。

■ 责任编辑 李 媛 桂 莉