

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2018.01.007

论服务合同体系构建

叶振军

(上海交通大学凯原法学院, 上海 200240)

摘要: 从我国《合同法》现有的体系框架进行分析, 对比德国和日本民事立法中关于服务合同相关立法设置的思路, 提出通过对服务合同进行类型化分类的手法, 将服务合同在我国合同法律规制中作为类合同设置一般性规则, 同时设置下位的基本合同和具体合同类型, 进而得到树形脉络的拓展, 并就我国现有法律框架下如何保护合同履行中各方利益保护问题进行分析 and 总结。

关键词: 服务合同; 类型化; 立法设置; 对比研究立法事登记; “超时默认”和“缺席默认”; 法律责任倒查机制; 自由贸易港; 容缺受理

中图分类号: DF525

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2018)01—0067—10

引言

对服务合同范围的界定、本质的探讨和法律规则的适用, 是探讨服务合同法律构建的科学性。当前我国民事立法体系, 对服务合同尚无整体、系统的概念和规划。当今民商事交易不断涌现种类多样的服务合同, 远超合同法内其他合同类别, 及时构建其制度体系有理论及实践迫切性。显然, 对服务类合同建立起体系化规定, 一方面通过体系化法律规则的建立, 可以使服务合同体系呈现金字塔机构, 同层级种类的合同类型处于横向并列状态, 而纵向则可以根据具体的服务合同类型不断进行细化, 依据树形机构向下延伸。另一方面可以对服务类合同的一般性规则进行归纳和综述, 使之“以服务为合同标的”这一共通的特性被紧密连接在一起, 为统一适法奠基。

随着经济的发展, 民商事主体在市场交易行为中所签订的契约合同类型已经千差万别。由于合同双方的出发点是以各自的实际利益为基点, 现实中合同性质和法律中规定的合同性质总会存在差距, 合同双方在缔结合约时甚至很可能构思出当前民事法律中尚未明确的新型合同。因此, 法律条文不必要倾尽所能囊括所有合同, 而应该适当忽略这些差距, 将某一范围的合同纳入到具体的规制框架中来。此外, 类型化是指将具有相同特征和意义的合同划归为统一范畴进行规制。大陆法系民法界对此一贯秉持倾向态度, 通过对常见或不常见的具有影响性的合同用分类的方法建造架构形成系统。这种归类思维对于服务合同同样适用。尽管服务种类繁多, 但可以按照服务给付的特征对服务合同的上位特征进行划分。依这种原理, 还可以进一步细化进行归类, 将上位的合同归为上层序列或更为通用范畴的合同中去。

一、层级式服务合同体系设想

将服务合同按类合同规制考量是客观需要。相应地,作为对合同交易进行规制的根本依据,合同法应该在分则中进行综合调整,通过类型化的方式方法将其按照系统划分,形成阶梯式法律合同规制体系。

(一) 服务合同法律体系模式

综合国内外相关法律,服务合同法律规制总体可以归纳为以下两种模式。

第一种是日本《债权法修改的基本方针》所采用类型化模式,在立法中设立了服务合同,并进行法律适用的规定,对其总体架构再设立其基本类型。在基本类型之下,再结合现实经济社会中的具体存在的合同进行具体的约束和规制。这种“类合同—基本类型—具体类型”避免了法律条文繁琐,不至于相同规定在每种服务合同规定中重复出现;第二种即为仅设立基本类型规制,并没有设置类合同进行规制。在基本类型划分的基础上,分别于各独立章节进行法律适用的规定。所有的服务合同集中在承揽、委托、雇佣、保管4种基本类型中适用法律规则。值得说明的两点是,在德国的民法体系中,委托合同必须是无偿的。若为非无偿行为,则只能运用雇佣或承揽合同中的一些法律法规。此外,在我国台湾地区的民法中,委托合同作为劳务合同的一般性规则进行普遍适用。上述这种“基本类型—具体类型”的立法模式尽管在当前很多国家予以实践应用,但主要是基于历史的法律沿革,随着时代发展,该模式的弊端也逐渐显现。相比第一种模式,该模式缺乏类合同的一般性规则,在对某一种服务合同的法律问题进行规制时只能依靠相似合同类型进行类推适用。这往往在合同性质难以认定时,对于适用哪一种类型合同的法律规定很容易发生争议。

(二) 我国服务合同体系立法现状

对于服务合同的法律体系构建,我国民法学界早在20世纪八九十年代已经开始深入探索。尽管学界各类观点和看法纷纭,但是在学理上已经将服务合同作为一个独立的合同门类与传统物型合同进行区分并进行研究。1990年的《新中国民法学研究综述》已经把合同类型分为8个种类,其中劳务类与转让财产、使用财产并列。而在我国《合同法》起草之初,民法学界就试图对服务合同作为类合同加以法律规制进行立法上的尝试。但是,这种声音很快遭到一些学者的反对。当时没能将服务合同作为单独章节进行立法规制的原因,归根结底还是在于立法准备的不足。随后,1999年《中国民法学民法债权》^①与2000年《民法学原理》^②总体上还是沿袭了《新中国民法学研究综述》分类体系。该体系的构建对现在的合同法仍有很大的影响。在《中国民法学民法债权》中,对于服务合同的共性问题进行了归纳和分析,但是,这里所指的服务合同仅仅限于纯粹以提供服务为合同履行内容的合同,并不包括承揽合同这种成果

^① 王家福. 中国民法学民法债权[M]. 北京: 法律出版社, 1999.

^② 张俊浩. 民法学原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.

可以物化的合同。《民法学原理》同样将其限定在不可物化劳务上,即服务成果均不可以实物形式表现。此外,2003年《中国民法典草案建议稿》将服务合同种类进行了扩充性质学理探求,以及2005年王利明教授主编的《中国民法典学者建议稿及立法理由》中,将合同分为三种类别,即财产转移合同、劳务提供合同和作为兜底的其他合同。这种体系采用“基本类型—具体类型”的模式,通过构筑介于总则和分则之间的类合同,对服务合同进行统一的法律适用。

目前,学界对服务合同的认识已经普遍由狭义的单纯提供服务或劳务的服务合同逐步扩展到广义上的即包括以服务本身为内容的合同和成果可物化的合同的服务合同范畴。对服务合同的研究逐步开拓了思维和视野。同时,学者们将市场规律、生产消费实践结合到服务合同的研究之中,将签订合同的民商事主体的需求和服务形态的确定纳入到服务合同的研究之中。此外,也有学者从服务性质角度区分为以商事为主要内容的经济性服务合同和以民事为主要内容的非经济性服务合同。可见,我国的立法界和学界在服务合同的法律体系设计上进行了很多的研究和探索,在很多特殊的服务类型交易中也进行了分析。但迄今为止,这些分析还仅仅是针对具体的合同交易行为现象进行介绍,并在此基础上建立相应的立法规制,但对这些新型合同交易行为的类别并没有进行可行的横向或纵向整理。因此,无论从法律适用的角度出发还是从完善法律制定的角度考虑,对服务合同进行总论性规制研究是很必要的。

(三) 服务合同体系化立法建议

从众多服务合同类型看,各个合同类型在彼此具有特性进而相互区别的基础上,都存在一定程度的共性,以至于合同之间的界限时常模糊不清,甚至满足一定条件后可以相互转换。我们认为,对于我国民事立法中服务合同的体系化可以充分借鉴德日的民事立法思路,进行类型化体系构筑。

第一,将服务合同设置为类合同,进行一般性法律规制。这种思路在总则和分则层次间设置类合同,按照合同履行标的及性质进行分类。进而根据分类对债务人的义务、履行瑕疵和违约责任进行不同的规定设置。在当前我国合同法领域中,这种类合同基本划分为三类,即所有权转移合同、使用权移转合同以及提供服务合同。这里的第三类合同类型即为服务合同。我们认为,将服务合同单独设为类合同进行法律规制的难点在于对服务合同这一门类的一般性规定。从当今研究成果看,类型化深入研究相对较少。对于该问题最好的出路就是适用类合同统一规则,走出类合同规制的第一步,并不断成熟扩展,使合同法更好地适用民商事活动实践。

其次,通过设置基本类型,将众多合同分门别类加以规制。鉴于该类合同复杂性和多样性,通过构建基本类型方式,搭建体系框架,将同种特征多个服务种类归为统一的基本类型,设置一般性规则的条文。这是在立法技术上对服务合同纷乱复杂的数量进行的系统梳理,通过对共性的分析,提炼出若干基本类型,进而给整个服务合同体系以提纲挈领。基本类型甚至可以理解为类合同的系统支柱。目前,我国同很多

大陆法国家一样，法律规制问题倾向于通过类型化手段认定合同性质，特别是很多在民法上没有进行具体阐述的类型。在对这些合同条款无法进行法律适用或具体解释的时候，只能套用与之相似的类型合同。抛开服务合同的法律体系问题不谈，单以这种套用的方式适用相关法律条文对服务合同进行规制，显然对服务合同的基本类型要求得更加详细。本文认为，可以在我国《合同法》当前的有名服务合同类型的基础上，充分借鉴德日民法实践的做法，将雇佣也作为基本类型之一，进而构建成为雇佣、承揽、委托、保管四类基本类型的服务合同为支柱的法律体系。理由在于，雇佣、承揽、委托、保管四类合同是大陆法系传统典型合同类型，目前的民事立法中对这四类的法律规则设置得较为科学详尽。同时，这四类合同基本囊括了当前服务合同的诸多种类，四类合同分别对应了雇用式服务、承揽式服务、委托式服务和保管式服务。

二、国外服务合同类型设置

构建法律体系之前，需要对服务合同下位类型进行划分和归类。本文按照比较法的方式首先对德国和日本的相关立法例和学说进行对比，以期对我国立法进行借鉴和参考。

（一）德国民法服务合同类型设置

德国民事立法中，将服务合同定义为提供劳务或者完成特定工作成果的合同，并将这类范畴界定为雇佣、承揽、居间、委托、寄托几类。鉴于这些行为的变化具有极强丰富性及不确定性，德国民法将有偿雇佣、承揽与无偿委托设置为基本类型，并在基本类型的合同章节中设置了一般性规则。

1. 德国民事立法中服务合同的基本类型

一是无偿的委托合同。^①委托合同中所涉及的内容，即委托的事项可以是每一个“关涉他人的活动”，但前提是无偿行为，一旦涉及到报酬的给付，那么只能归属到其他服务合同基本类型之中；二是有偿的雇佣合同。《德国民法典》规定，雇佣合同内容指向为任意性质的劳务。法典同时还规定，劳动合同是雇佣合同的一种特殊类型。从德国民法的规定看，雇佣合同可以按照服务提供方即被雇佣人对工作的自主性划分为一次性交付的高级且自由的劳务合同和存在一定继续性的低级且不自由的劳务合同。显然，后者要更多地受制于雇佣人的具体指示；三是承揽合同。按照约定，通过实施合同约定的任务，并达到某种特定结果发生，这是德国民事立法中规定的承揽与雇佣的本质区别。基于这个理念，很多看似同一性质的服务合同往往会被划分为不同的服务合同基本类型之中。事实上，在德国民法概念中承揽合同范围相当广泛。有民法学者对德国民法中的承揽合同种类进行了归纳和梳理，并细化为8个具体的服务合同种类。这8个子类别的服务合同分别是在服务受领人的大型设施上进行的相关工作，如设备检修等；在服务受领人的所有物上进行的工作，如物件维修等；手工业服

^① 这里强调无偿，是由于《德国民法典》认为委托合同应以无偿为必要。

务如摄影等；脑力劳动工作；赢利基础加工；人身辅助利益工作，如眼镜配制等；建筑工程工作以及其他工作。

2. 德国民事立法中服务合同的特殊类型

除了以上3种基本类型之外，德国民法典还规定一些特殊的服务合同类型。根据自身的特点，这些服务合同类型很难归属到3种基本类型的服务合同之中。德国民事立法体系将这些类别的服务合同单列出来，予以另外的法律规制。一是不同于雇佣或承揽合同的有偿事务处理合同。德国民法对这类合同的标的范围设置相对较为狭窄。在雇佣和承揽的大范畴内，能够作为有偿事务处理的法律十分稀少；二是居间合同。德国民法明确指出，居间是一种义务行为。这种义务主要负担在服务提供方身上。因此，居间被作为一种特殊类型对待；三是动产的寄托合同。德国民法典将寄托合同中的标的限定在动产的范围内。这类合同是否有偿没有做任何限制。若合同双方约定的寄托行为无偿时，服务提供方只需要尽到通常意义上的注意义务即可。

（二）日本民事立法对服务合同类型设置

在对服务合同类型化的体系设计上，应该说日本民法典深受德国的影响，在内容上很多地方都和德国民法典具有相似之处。

1. 基本类型

日本把服务设置为雇佣、承揽、委托和保管4种基本类型：一是承揽合同。日本民法中将工作成果作为交付要件。这里，工作成果是指按照服务合同中双方当事人约定的通过一定的工作直接形成的结果。但是，对于这种工作成果是否一定是可物化的成果，日本民法没有严格限制；^①二是委托合同。与德国严格限制在无偿范畴不同，日本对于是否有偿没有明确限制，即允许有支付报酬行为作为对价发生，同时允许没有任何报酬支付；三是雇佣合同。雇佣合同在日本民法体系里对承揽和委托起到了很好的补充作用。首先，《日本民法典》规定，雇佣必须有偿，虽然标的都是相关服务，但是这种劳务并不以不可拆分的整体工作为限，使得服务受领方可以按照自己的意愿更加合理地安排受雇人进行工作以便更高效率地完成自己的预期目的。这是雇佣合同与委托合同的主要区别。其次，雇佣合同的标的是劳务或劳动本身，不以可物化的完成结果为给付内容，使得雇佣合同在操作上更加灵活和便捷。这是雇佣合同与承揽合同的主要区别；四是保管合同。日本民法典将保管作为一种典型的服务合同基本类型予以法律上的规制。

2. 日本民事立法中服务合同拓展

在对于服务合同类型化的探索上，日本民法界仍在进行更新拓展。日本的《债权法修改的基本方针》中将合同罗列为15种典型类别，并在这15类合同的基础上划分了4大

^① 也可以理解为，日本民法对于承揽合同更加注重结果的输出，对于履行合同义务中的方式和方法以及在合同履行过程的风险，都是提供方考虑范围，受领人一般不需要过问和承担。

类合同。第一类是交换，其中主要包括买卖、交换和赠与；第二类为借贷，其中主要包括租赁、使用借贷、消费借贷、融资租赁；第三类为服务，其中主要包括服务提供、承揽、委托、寄存、雇佣；第四类是其他，其中主要包括合伙、终身定期金、和解等。

综上所述，《日本民法典》从制定至今已近一个世纪之久，对于合同契约的法律规制，主要还是建立在一个世纪以前思维模式的基础上。那时的合同契约法律都是以买卖合同作为基础模型，进而构筑整个债法中的合同契约体系。但是，社会发展使得旧式思维模式显然落后于现实生活实际。无论是信息化时代的到来，还是服务业的迅猛兴起，都对传统的交易方式产生了巨大的冲击。在这种情况下，仍将交易的内容限定在特定物品的买卖这个框架内是不科学的。相反，交易内容已经开始转化成不特定物买卖、交换以及劳务。因此，对应的承载合同交易法律规定的民事立法也要进行必要的补充、修改。《债权法修改的基本方针》中应用的“类合同”理论在很大程度上提升了服务合同的重要地位，并且应对了现实中的诸多问题和对法律的挑战。同时，《债权法修改的基本方针》中对服务提供合同的概念和法律规制既可以适用于承揽、委托、寄存、雇佣等4种基本类型的服务合同，也可以对4种基本类型以外的服务合同进行规制和约束，当然，法律另有规定的除外。

三、服务合同类型化建议

由于我国《合同法》在总则部分将违约责任适用了严格责任原则，即除分则有单独章节规制的典型合同外，所有民商事合同都将适用于该原则进行责任追究。而分则中对服务合同进行独立章节进行规制的类型十分有限，对于大多数服务合同如果不能套用分则中的典型服务合同，将只能适用严格责任原则，无法适用分则层面的过错责任原则，基于服务合同自身的特性，很可能对合同当事人造成利益损害，使得法律适用层面陷入不公状态。在这种情况下，考究服务合同的具体类型和性质尤为重要，直接决定了违约责任的适用原则。本文认为，在我国的民事立法中设立服务合同体系可以借鉴德、日民法典已有的民事立法例，同时结合学者建议稿，于司法实践中对现有合同进行再类型化基础上决定性质。首先，在总则上可以将服务合同作为一个典型种类与其他合同进行并列规制。这种典型类合同的分类可以按照交易的性质和状态为标准 and 依据，设立如财产转移合同、权利转让合同和服务类合同。本文主要对服务合同类型化进行阐述，其他不赘。这种类合同的形态划分也在我国民法学界有了越来越多的赞同声音。其次，在合同法的各类合同之下，进行典型化设计。

（一）服务合同类型化设置

1. 服务合同基本类型

这里所谓的服务合同基本类型，指的是某一类具有共同特性的服务合同的集合，通过对符合这类特性的服务合同设置统一的法律约束，进而成为这一类服务合同的一般性规定，达到统一规范和统一法律适用的目的。我国民法对3种服务合同作为典型

化设置,并分别规制。这3种服务类型分别是承揽、保管和委托。在对3类合同进行典型化设置的同时,《合同法》还在一定程度上将这3类合同作为服务合同的基本类型进行法律适用。而国外的民事立法中,这种对基本类型的规制也较为多见。如德国的民事立法中将服务合同划分为雇佣、承揽和委任3种基本类型,并在此基础上为旅游、居间和保管等合同单独设立了一种类型。奥地利民事立法认为基本类型可以涵盖劳动、雇佣和承揽3种。瑞士在体系构建上,把委托、承揽、保管和运输作为了类合同下位基本类型进行规制。

对比国内外立法体例和司法实践,服务合同可以概括成4类:首先是雇佣合同,这类主要内容和标的为劳务行为;二是承揽合同,这类主要以双方约定标准加工或制作一定成果,同时在交付服务成果之后,由服务受领方完成支付相应报酬的义务,典型的有建设工程合同、技术开发合同等;三是委托服务合同,这类服务合同的典型特征在于对服务受领方有特定的要求或要求服务提供方以专门的社会技能完成一定的工作任务,这种工作任务是帮助或替代委托方处理一定工作项目,如物业管理、医疗合同等;四是保管服务合同,这类合同的内容是服务提供方为服务受领方对一定的事物进行妥善保管,并附有返还的义务,典型的如仓储合同。

以上这4种基本类型的服务合同,我国目前的《合同法》中仅有后面3种,而对于雇佣合同尚没有典型化的规制。从这个意义上看,很多雇佣行为并不适合在劳动法的范畴内进行调整,典型的如民事主体之间的农业雇佣、家庭消费雇佣关系等等。站在国内民事立法立场来看,雇佣合同独立地位越来越凸显薄弱。雇佣合同中超出劳动法调整范畴的合同类型已经逐步开始发展成为一种独立的服务合同类型,国外的民事立法中已有先例,如《荷兰民法典》中对雇佣合同按照服务提供方是否属于自由职业进行划分,自由职业纳入到委托类别,非自由职业纳入到劳动合同调整。因此,雇佣合同在服务合同体系中典型性已经并非具有明显必要。

2. 服务合同基本类型之间的区别

鉴于雇佣合同的性质和我国民事立法的实际,很多特征已融合在其他合同之中。而承揽、委托和保管合同均属于服务合同中的典型,履行合同的主要方式都是通过向服务受领方提供劳务的形式实现的。三者的差别主要体现在提供劳务的方式和内容不同,以及因此而衍生出的权利义务规则的不尽相同。

在解除权规定方面,我国民事立法明确,承揽双方都享有违约解除权,这种权利以一方已经严重不履行义务为前提,相对方才可享有。此外,合同法中还明确约定作方即合同受领方任意解除权,这一点上文已详细阐述。这里值得说明,承揽合同不像委托合同中有双方的任意解除权,是其与委托之本质区别。从现行《合同法》来看,对于保管任意解除权没有明文制约,实践中通常理解为,保管服务双方协商一致即可。对于服务履行期间出现第三人相关法律问题,三种类型各有不同。保管合同和承揽合同一般来说不涉及到第三人,尤其是保管合同,仅是服务提供方和服务受领方之间的法律关系。此外,风险承担方面,承揽、委托和保管三种合同也不尽相同。由于工作

成果的可物化，承揽合同的风险可以适用物型交易风险转移规定，这里所说的风险指的是由不可归责于合同双方当事人的风险和责任。

（二）服务合同的再规制

内容受到篇幅限制的成文法无法囊括每一个具体的法律行为和法律关系，也就不可能穷尽所有的社会现象，为之赋予法学上的意义。类型化的思维是解决这一问题的出路。它是一种内涵相对确定，而外延不加固定的相对包容性思维。^①这种归纳式模式，可以简化立法表述，补充法律概念之欠缺。将民事法律无法涵盖的社会现象进行类别整理，进而对同类型的服务合同的内涵和外延进行进一步的丰富和扩展。如果说服务合同基本类型为服务合同体系搭建了基本类别框架，那么众多服务合同可以根据基本类型特质进行归类。我国当前的民事立法体系中对一些服务合同进行法律规定，如《合同法》中的9类服务合同，《民事案件案由规定》中的22种服务合同等等。在这众多的服务合同中如果不具有独立的特征而不能被再类型化，则需要归入某类服务合同基本类型中进行法律适用。

目前我国有学者将现实经济生活中服务合同的诸多种类进行总结分析，大致分为物型承揽与建设施工、委托等7个方面。以再类型化的思维分析，均可以纳入基本合同分类之中。如物型承揽与建设施工、运输、设计开发、信息咨询等服务合同类型可以按照承揽合同作为基本类型，适用相关的法律规定；委托、医疗等合同可以按照委托合同作为基本类型，参照适用相关法律条文；保管与仓储可以纳入保管类合同进行法律适用。当然，随着市场经济的不断深入，在保留现有合同类型的前提下可以就生活中经常发生而且重要的服务类型作出特别规定，增加服务合同的种类。

1. 完成工作类合同

很多业界人士将承揽合同作为物型衍生合同。这是基于承揽合同的典型特征进行的判断和评析。正是基于可物化的服务成果，在承揽合同的履行瑕疵判断上，很多可以借用物型合同中对标的的衡量标准进行质量判断。这一特性在一类服务合同中都有吻合之处，如建设工程合同中服务提供方以工程的结果作为交付标的对服务受领方进行义务履行，运输合同中服务提供方以把相应标的运送到指定的地点为义务的履行等等。正是基于这点考虑，我国明确承揽合同相关章节同样可以对建设工程合同进行规制，并且在运输合同中可以参照适用。

建设工程合同被归为承揽基本类型，尽管作为一种独立有名合同，但仍可以适用承揽合同的相关条文。其特殊在于建设工程的成果一般为不动产，经济价值较高，从这个角度考虑，《合同法》为建设工程中的设计、勘察、施工等方面的合同行为设置了特殊的法律规则。同样以实现一定工作成果为目的的运输合同，合同的标的并不仅仅在于单纯地提供运输服务，而是要通过提供运送的行为达到将服务受领方指定的人员或物品运送到指定的地点，按照约定实现人员或货物所在地点的变化。从这个意义

^① 刘士国. 类型化与民法解释[J]. 法学研究, 2006(6).

上来看, 运输合同符合承揽合同的构成要件并且可以进行同样的法律规制。

由于服务工作成果的可物化性以及合同履行的实现是通过标的物的交付为节点, 使得承揽合同在一定程度上和物型合同交易具有一定的相似性, 有学者将承揽合同作为物型合同的衍生合同来进行对待评价。因此在对以承揽合同为代表的“完成工作”的合同进行分析研究时, 首先有必要明确这类合同与物型合同之间的关联和区别, 以便在具体的实务问题和案例中进行恰当的法律适用。

在这类以完成工作为主要标的的合同类别中, 可物化的劳务成果并不都是有形的财产, 也存在一些无形成果的情况。因此, 在瑕疵判断、责任承担的方式上不能一味按照物型合同的质量评判规则进行套用。民法学者山本敬三对承揽合同进行再次分类, 一类是最终体现在可见成果上的承揽, 如建筑、制造、加工等, 另一类则是以劳务为主要内容的承揽, 如设计、信息处理等, 这类承揽中, 劳务未必一定和结果统一。这类以劳务为主要内容的承揽工作, 服务提供方对于工作成果的瑕疵并不承担瑕疵担保责任, 一旦工作成果不符合服务受领方的要求, 则只能通过违约责任请求救济。在这种理念基础上, 山本敬三提出该类合同从服务合同中分离出来, 纳入物型合同种类之一, 将主要内容为劳务的承揽与委托共同构成“服务合同”。^①

本文认为, 主要内容是劳务的承揽合同的目的仍是完成一定任务, 就这一特性说, 应纳入承揽合同范畴之内。同时, 无论从责任承担还是从任意解除权方面看, 以劳务为主要内容的承揽合同适用于委托合同的规则显然不尽适合。但是, 日本学者的观点对于承揽合同内容的规则适用有一定的启示作用。鉴于这种现实需要, 可以在我国当前民事立法中以物型承揽为主导的背景下建立服务型承揽的一般规定, 通过这些规定可以更好地对服务型承揽合同进行约束和适用依据。如在信息提供合同中, 服务受领方考虑到信息收集方式的不科学、来源不可靠的因素, 可以认定服务提供方的履行瑕疵。

2. 处理事务类型的合同

委托合同的核心内容在于服务提供方接受服务受领方赋予一定的处置相关事务的自由权力, 为达成服务受领方一定目的进行的管理处分行为。在我国当前的民事立法体系中, 这种以处理事务的行为作为主要内容的主要还包括行纪和居间。其中, 行纪是根据服务受领方的要求, 独立进行商事活动, 这是在委托合同法律规制的基础上, 增加了法律限制。这种限制主要表现在对服务提供方资质的限制以及对委托事项范畴的限制。居间合同往往为服务受领方寻求订约机会以及进行相关介绍。在这种服务合同中, 服务提供方所发挥的作用仅仅是在委托人和第三方之间的介绍功能。不同的是, 居间合同的工作成果仅作为服务提供方获取报酬的条件, 而不能作为违约责任的考量要件。《瑞士债法典》中明确将居间作为委托的特殊形态。鉴于其内容是服务提供方按照服务受领方的意愿和要求, 为其促成其他合同成立进行事务处理, 因此将其归入“处理事务”合同范畴之中。^②对于行纪、居间等行为, 由于和委托合同的内容

① 周江洪. 服务合同的类型化及服务瑕疵研究[J]. 中外法学, 2008(5): 655.

② 周江洪. 服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建[J]. 法学, 2008(1): 23.

属性特征相同,即合同内容都以接受委托的形式为服务受领方提供处理一定事务提供一定劳务。合同之所以可以顺利进行,主要是基于服务受领方对服务提供的能力、专业等方面的充分信赖。因此都适用委托合同的一般性法律规则,从这一点上,可以将行纪和居间作为委托的一种特殊形态。

对于这类处理事务的合同的有偿性问题,可以适用委托合同的规定。我国《合同法》没有对委托合同是否有偿做出强制性规定,但是可以有合同双方当事人依据合同缔结时的意愿即具体事项的难易程度来确定。在合同解除权方面,由于双方缔结合同是基于信赖关系,因此双方当事人都可以享有任意解除权,这是因为一旦一方当事人没有继续维持合同效力的意愿,在这种以信任为基础合同中,用合同效力继续约束双方已无实际意义。不仅如此,本文认为,委托合同中的这种任意解除权可以推广至服务合同的一般性规则,这是基于事实上大部分服务合同都是基于信赖基础所订立的。

3. 保管类型合同

保管合同与其他服务合同相比,具有很强的消极性。服务提供方并不需要进行积极作为,只需要最低限度尽到相应的注意义务即可。这种注意义务仅限于把服务受领方要求的服务指向物件处于服务提供方占有之下,并保证在此期间维持原状。实践中,有一种服务类型与保管类似,两者一定程度上具有相同特征,这就是仓储合同。尽管仓储合同在主要特征及合同目的等方面与保管合同类似,但合同双方在有意愿进行仓储行为后,服务提供方往往需要为履行合同做一定的准备,先期投入一定的成本,出于为仓储合同的服务提供方的利益考虑,民法规定,对于该合同的成立,不求货物交付。仓储类的合同在成立要件上存在些许不同,可终究是保管合同的延伸。也就是说,这一类型服务合同普遍适用以保管合同为基础建立的法律规则。

【作者简介】叶振军:上海交通大学凯原法学院博士研究生。研究方向:民商法。

On Systemic Construction of Service Contract

YE Zhen-jun

(Kaiyuan School of Law, Shanghai Jiaotong University, Shanghai 200040, China)

Abstract: From the existing system framework of the Contract Law of our country, comparing the thinking of the relevant legislation of the service contract in German and Japanese civil legislation. It proposes that the service contracts should be classified into different categories. In the legal regulation, we set the general rules as the class contract, and set the basic contract and the specific contract type. At the same time, the development of the tree-shaped venation is obtained, and the protection of the interests of all parties under the existing legal framework of our country is analyzed and summarized.

Keywords: service contract; typification; legislation setting; comparative research

(责任编辑:黄志瑾)