

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2010.06.014

服务合同研究*

王金根

(泉州师范学院 陈守仁工商信息学院,福建 泉州 362000)

[摘要]基于服务合同与物型合同的重大差别,有必要在未来的民法典中采纳广义服务合同概念并借鉴《欧洲法通则:服务合同》立法模式对服务合同做出类型化规范。在服务合同中应着重规定服务合同的概念、服务提供者的先合同警告义务及合同中警告义务、服务提供者的注意义务标准、服务提供者和客户间的相互协作义务、客户的随时解除权与损害赔偿权。

[关键词]服务合同;立法模式;立法内容;民法

[中图分类号]D923.6 [文献标志码]A [文章编号]1672-0598(2010)06-0078-07

一、研究服务合同的意义

随着经济的发展,服务合同在社会生活中扮演着越来越重要的角色。TRIPS 协议已把服务和货物、知识产权并列,作为国际贸易的三大客体。以服务业为内容的第三产业也日渐成为我国国民经济的支柱产业。主要以服务合同为主的新型合同类型也逐渐丰富起来。

然而,传统的民法典中的合同法总则却是以物型合同为基点(即以物或权利的移转为基点)构筑起来,这种合同法规定并不能有效地适用于服务合同。^[1]因为,服务合同与物型合同有着重大的差别。对此,周江洪博士将其归纳为如下九点:(1)服务具有库存之不可能性特征;(2)服务具有无形性或识别困难性,以及由此而引起的确定债务内容的困难、客观判断服务品质的困难等;(3)复原、返还已经提供的服务非常困难甚至不可能;(4)服务的提供受到服务提供者特质的制约。服务的实际提供者本身的技能,在很大程度上决定了服务的内

容、质量;(5)客户的协作以及客户自身的特性与服务的效果之间密切关联;(6)与服务相关的信息在当事人之间具有不对称性;(7)服务提供者对客户的权益领域的介入与服务提供者的来自客户的权益管理托付相辅相成;(8)服务具有持续性;(9)服务合同具有损害赔偿责任上的自身特征。^[1]因此,在起草民法典合同法编时,有必要在物型合同之外,将服务合同有名化和类型化,从而确立为与物型合同相对应的另一大合同类型。

当然,这一问题不仅涉及服务合同具体规则的设计,更涉及合同法的立法模式选择。为此,我们有必要借鉴其他国家学理与立法经验^①,在提炼我国现行合同法各个具体服务合同的规定基础上,形成较为成熟的服务合同立法模式及具体规则设计。

二、服务合同概念与范围

(一)服务合同概念

就何谓服务合同,学理上和立法上都有所界

* [收稿日期]2010-06-14

[作者简介]王金根(1980—),男,江西德安人;讲师,在泉州师范学院陈守仁工商信息学院任教,主要从事商法学、国际商法学研究。

① 学理上较早的尝试把服务合同确立为民法调整对象的学者是让·多玛,他的著作《在其自然秩序中的民法》把债分为两种,一种是亲属之间的债,一种是以协议形成的债,人们用它交换财货和服务。(转引自徐国栋著,《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第73-74页。)立法上将服务合同类型化的典型如,《俄罗斯联邦民法典》第1条第3款规定商品、服务和资金可以在俄罗斯联邦全境内自由流通。在随后的合同法具体规定中,则单独将服务合同列为一章,由此把服务增列为合同法的一大类型。其他的国家如:《荷兰民法典》在第七编(具体合同)第七题中专门规定了 Services,具体包括出版合同、医疗合同等;《魁北克民法典》也用专章规定了 Contract of Enterprise or for Services(第2098条至2129条)。

定。如在学理上,日本学者中田裕康将其界定为一般指全部或者部分以劳务为债务内容的合同,又称为提供劳务的合同。^[2]我国学者余延满教授界定为“提供服务的合同,又称提供劳务的合同,是指以一方方向对方提供特定的劳务行为为标的的合同。”^{[3]644}费安玲教授则界定为“双方当事人约定,一方依他方的要求,完成一定服务行为或客观特定的服务活动,他方可支付服务报酬的一类合同。”^{[4]730}

立法上,根据魁北克民法典 2098 条,服务合同系服务提供者为客户提供服务,而客户支付报酬的合同。根据俄罗斯联邦民法典第 779 条规定,有偿服务合同系指服务提供者根据客户指示提供服务,而客户支付报酬的合同。《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》在 313 条规定:“服务合同是服务人提供技术、文化、生活服务,受服务人接受服务并给付服务费的合同。”

从上述学者定义及立法定义来看,对于服务合同系提供服务或劳务的合同,并没有差异,但就服务合同是否为有偿,则存在争议。对此,笔者以为,我们没有必要强调服务合同必须为有偿合同。因为首先从社会生活现实来看,社会当中存在着大量的无偿服务合同类型,如志愿者服务等。其次,从法律的逻辑严谨性来看,我们也不应规定服务合同系有偿合同,因为根据现行合同法规定,委托合同既可以是无偿,也可以是有偿合同,而委托合同系典型的服务合同一种。如若法律规定服务合同系有偿合同,则如何容纳那些法律规定可以为无偿的典型服务合同?

也正是基于上述原因,《欧洲法通则:服务合

同》^[5]第 1,101 条第(1)款规定:本章适用于一方当事人(服务提供者)为获得报酬而向对方当事人(客户)提供服务的合同。同条第(6)款则规定:本章经适当之修正,可适用于服务提供者非为报酬而对客户提供服务之合同,但第 1,102 条(价款)规定除外。从而一方面因应了市场经济体制下社会生活中大部分服务系有偿服务的性质,另一方面又兼顾了相互扶助的传统道德中无偿服务的现实。因此,在未来民法典中,我们应规定服务合同原则上系有偿,但经适当之修正,也可适用于无偿服务合同,以扩大法律适用范围。

(二) 服务合同范围

1. 学界传统观点

就服务合同的具体类型,我国民法学界认为,服务合同有广义与狭义之分,广义合同包括完成工作的合同(如承揽、建设合同等)以及狭义服务合同,而狭义服务合同又具体划分为经济性服务合同(如运输、保管、委托合同等)与社会性服务合同(如医疗、旅游合同等)(具体见下表)。这种观点较早的见于王家福、谢怀栻等编著的《合同法》。^①但该著作却仅采狭义服务合同观点,并将其限于经济性服务合同,可以说是最为狭义的服务合同。^{[6]285-296}这一著作体例为后来学术著作如法学研究编辑部编著的《新中国民法学研究综述》^{[7]415-416}、张俊浩主编的《民法学原理》^{[4]730}以及余延满著《合同法原论》^{[3]641}等所采纳,他们均认为,提供劳务合同包括运送、保管、委托、信托、居间等合同,而建设合同及承揽合同则系完成工作交付成果类合同,与服务合同不同,至于社会性服务合同,则基本不予以涉及。

广义服务合同	狭义服务合同	经济性服务合同 (最狭义服务合同)	运输合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同、居间合同、结算合同等
		社会性服务合同	医疗服务合同、邮电服务合同、旅游合同、律师服务合同、会计服务合同等
	完成工作合同	承揽合同、建设合同等	

① 应注意的,早在上世纪 80 年代初,谢怀栻先生在人大法学院讲授《外国民商法》的讲稿中便将合同类型分为三大类,第一类是以财产为对象的合同,第二类是以劳务为对象的合同,第三类是以共同从事一定工作为目的的合同。其中,就第二类,以劳务为对象的合同又具体分为:债权人直接支配他人劳动力从而利用之的合同(如雇佣合同),以及债权人并不直接支配他人的劳动,只利用他人的劳务的合同。后者又可具体分为:债务人提供劳动成果的合同(如承揽合同等);债务人处理事务的合同(如委托合同等);债务人保管财物的合同(如寄托合同等)。参见谢怀栻. 外国民商法精要[M]. 法律出版社,2002。因此,笔者以为,从现有资料来看,应该是谢怀栻先生首先提出了该种分类方法。

2. 国外通行观点

与我国民法学界观点不同,国外无论是学术上还是立法上均倾向于采广义服务合同概念。如日本法学界主流观点便是将雇用、承揽、建筑、委托、保管和医疗等典型合同都作为服务合同来看待。^{[8]657}

目前欧盟境内学者起草的《欧洲法通则:服务合同》更是采纳广义服务合同概念的典型,该示范法调整范围不仅包括完成工作的建设、承揽合同,也包括属于经济性服务的保管合同以及属于社会性服务的医疗合同。2006年12月修改生效的欧盟服务指令(Directive 2006 / 123/EC,通常称之为Bolkestein Directive)同样如此,其不仅适用于建设合同,也适用于法律服务、旅游服务等。^①

国际服务贸易领域也是采纳了广义服务合同概念。如国际货币基金组织1995年修订的《国际收支手册》(第5版)确定的纳入国际通行统计范围的服务贸易便包括建筑、运输、保险、旅游等十一个部门^[9]。世贸组织统计和信息局(SISD)提供并经WTO服务贸易理事会认可的《国际服务贸易分类表》,也把国际服务贸易归纳为11个部门,其中即包括建筑和工程服务、医疗保健服务等。^{[10]538-539}

由此可以认为,广义服务合同理论属于国际上通行观点。

3. 小结

笔者以为,时至今日,我们在制定民法典时有必要吸收国际上的合同类型分类成果,将服务理解为不仅包括经济性服务,也包括社会性服务,不仅

包括完成工作成果的合同,也包括狭义的提供服务的合同。^{[8]665}因为这种广义服务合同观点具有其自身的逻辑合理性。理由在于,第一,正如《欧洲法通则:服务合同》起草者所言,“服务,即为提供劳务,其或有可能涉及材料、零件等之投入,因此,服务过程可能产生出不动产、动产或者无形财产。”^{[11]131}从而,作为服务之结果,无论是向客户交付物质上的产品,还是提供无形之财产,如信息、身体状况之改善等等,均属于服务之提供。第二,无论是经济性服务也好,还是社会性服务也好,为了客户之利益,服务提供者均必须具备专业性的知识、技能,并尽一切合理之谨慎。^{[12]14}也即他们在规则设计方面具有共性。

三、服务合同立法模式

那么如何在民法典中对服务合同作出规范?从现行各国民法典规定来看,主要有如下几种立法模式。^②

(一) 德国民法典立法模式

所谓德国民法典立法模式,即在不对现行合同立法结构做出重大变更的情况下,选取某一类合同(承揽合同和委托合同)作为服务合同的基本原型,规定该合同规范准用于其他服务合同。

德国民法典在第二编第八章第九节规定了承揽合同和类似的合同。其中又具体分为两目。第一目为承揽合同,第二目为旅游合同。承揽合同中第631条规定,“(1)因承揽合同,承揽人负有完成约定的工作的义务,定作人负有支付约定报酬的义务。(2)承揽合同的标的,既可以是某物的制作或

① 当然,基于各种原因,部分原本属于服务合同类型的合同,如运输合同、金融服务合同等被排除在该指令之外,但这并不等于他们认为这些合同不属于服务合同。

② 周江洪博士在《服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建》一文中指出,服务合同立法模式可有如下几种,即:“超大服务主义”立法模式、“大服务主义”立法模式、“中服务主义”的立法模式、“小服务主义”立法模式以及“个别服务合同主义”立法模式。所谓“超大服务主义”立法模式,即将所有的合同都看作是服务合同,彻底改变以物为中心构筑规则的传统立法方式。而“大服务主义”立法模式即是在合同总则中规定服务合同的共同规则,或者是选取某一类合同作为服务合同的基本原型,规定该合同规范准用于其他服务合同。所谓“中服务主义”的立法模式,即运用现代合同法所提倡的“类合同”理论,将服务合同作为新的典型合同纳入民法典中,从而改变现行的合同分类体系。其作为所有服务类合同的上位概念,涵摄现行的服务类典型合同,同时也包括那些在合同性质认定上非常困难的新的服务类型。“小服务主义”立法模式是指将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。所谓“个别服务合同主义”立法模式,是指仅将现实生活中的服务类型根据一定标准实现有名合同化,力图涵盖所有重要的服务类型。个人以为,正如周江洪博士所言,超大服务主义立法模式缺乏操作性,因此笔者在此不拟阐述。至于大服务主义立法模式,鉴于该分类不是特别明晰,因此笔者认为直接采纳这种模式的德国民法典作为模式之名称,倒是更为准确。同理,采纳小服务主义立法模式的典型国家为俄罗斯,故称之为俄罗斯联邦民法典立法模式,《欧洲法通则:服务合同》为采纳中服务主义立法模式的典型,故可称之为《欧洲法通则》模式,我国合同法以及现行民法典学者建议稿立法模式即为个别主义立法模式。具体详见下述。

变更,也可以是其他由劳动或劳务给付所引起的结果。”

另在第十二节第二目规定了有偿事务处理合同。根据第675条第1款规定可知,事务处理合同是以事务处理为标的的雇佣合同或承揽合同,其具体又可分为汇兑合同、支付合同与转账合同等。虽然他们属于有偿的双务合同,但却在很大程度上准用关于无偿委托合同的规定。故而在第十二节规定委任合同之后进行规定。

从而可知,在德国民法典中,他们将服务合同一分为二,根据各服务合同义务的性质而分别规定于承揽合同和委托合同之中。

(二) 欧洲法通则立法模式

欧洲法通则就服务合同的规定,见于《欧洲法通则:服务合同》。该立法模式运用现代合同法所提倡的“类合同”理论,将服务合同作为新的典型合同纳入民法典中,从而改变现行的合同分类体系。其作为所有服务类合同的上位概念,涵摄现行的服务类典型合同,同时也包括那些在合同性质认定上非常困难的新的服务类型。

《欧洲法通则:服务合同》首先在第一章规定了适用于所有服务合同的一般性规范(“小总则”),然后再分别规定较为典型之服务合同如承揽合同、建设合同、保管合同、设计合同、信息合同、医疗合同等六种。从而与物型合同(《欧洲法通则:买卖合同》)相对应,共同隶属于更高层次之合同法总则(“大总则”)。

(三) 俄罗斯联邦民法典立法模式

《俄罗斯联邦民法典》立法模式是将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。

在《俄罗斯联邦民法典》第四编(债的种类)中,分别规定了承揽(第37章)、完成科学研究工作、实验设计和工艺工作(第38章)、运送(第40章)、运输代办(第41章)、借贷和信贷(第42章)、财务代理(第43章)、银行存款(第44章)、银行账户(第45章)、结算(第46章)、保管(第47章)、保险(第48章)、委托(第49章)、行纪(第51章)、代办(第52章)及财产的委托管理(53章)等合同服务类型。除此之外,另行专章规定了有偿服务合同(第39章)。根据该章第779条第(2)款规定,有

偿服务合同规则适用于提供通讯、医疗、兽医、审计、咨询、信息、旅游等服务类型,但前述已经具体详细规定的有名服务合同除外。

(四) 我国合同法立法模式

我国在起草《中华人民共和国合同法》过程中,曾在1997年5月14日《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》中专设一章“服务合同”(第二十五章)。然而,在1998年8月20日的《中华人民共和国合同法(草案)》中,却以服务合同缺乏典型性、在概念以及调整的范围上与承揽合同难以区分、国外一般也没有将服务合同列为有名合同并且征求意见稿对服务合同的规定条文简单、内容尚不成熟等为由而将其删除。^{[13]166}从而,最终颁布的合同法仅将现实生活中的服务类型根据一定标准实现有名合同化,力图涵盖所有重要的服务类型。至于并未实现有名化的“非典型”合同,如医疗合同、旅游合同等则付之阙如或适用合同法总则规定。

之后,在起草民法典的过程中,无论是梁版民法典学者建议稿还是王版民法典学者建议稿,甚至包括徐国栋教授的私家《绿色民法典》,均遵循现行合同法模式,并未用专章规定服务合同,只是尽量将较具典型性的提供服务型合同有名化,并没有试图在其上归纳提炼出服务合同共同的规则。^①

事实上,我国的这种立法模式也是属于最早最老的立法模式。如早期的法国民法典及随后的瑞士债法典等,均是如此。

(五) 小结:最佳模式

综合考虑前述四种立法模式,笔者以为《欧洲法通则:服务合同》的立法模式最为可取,因为该立法模式的总分结构,不仅有利于减少具体规则的重复规定,使服务合同群规范逻辑上更为严谨、条文上更为简洁,从而便于公众了解法律、法官律师运用法律,而且有利于民法典(合同法)本身在新的社会经济情势面前作出必要的自我调整,从而使得法典保持适度的开放性和稳定性,避免因经济生活中新产生的服务合同类型而不断修改民法典(合同法)。

至于德国民法典立法模式,虽然说能够尽量遵循传统民法典的立法结构,避免因新型服务合同的产生而给民法典结构带来重大影响,但却并不足取。其只属于特定法律背景下的特定选择而已,并

^① 参见梁慧星. 中国民法典草案建议稿[M]. 法律出版社,2003;王利明. 中国民法典草案建议稿及说明[M]. 中国法制出版社,2004;徐国栋. 绿色民法典[M]. 社会科学文献出版社,2004.

不具有普适性。况且,其他服务合同如运输合同、信息合同、旅游合同及结算合同等,毕竟还是和承揽合同及委托合同等存在不完全一致的地方,从而,不排除可能导致适用上的困难,使得法律规定形同虚设,事实上,从德国民法典在承揽合同之外单独规定旅游合同便正是因为存在前述缺陷之明证。

俄罗斯联邦民法典立法模式,同样在遵循传统民法典立法结构,并避免因新型服务合同的产生而给民法典结构带来重大影响方面具有重大意义。然而,其最大的问题在于有名化的服务合同与传统的承揽、保管和委托之间的合同性质认定上的问题,它有可能进一步加剧合同性质认定上的困难。同时,也无法避免法律条文的不必要的重复。

至于我国合同法及学者民法典建议稿的立法模式,则可能导致外延不周全以及合同性质认定困难。^[1]立法者的能力是有限的,而社会生活却是多样的,妄图以有限的服务合同类型来规制日渐复杂的社会生活,必然会导致失败。

故而,笔者建议,在未来民法典起草时,应借鉴《欧洲法通则:服务合同》模式。果如此,则可在合同法分则中物型合同群之外,另定服务合同群规范,在简要提取出服务合同的共同规范构成一般规则(小总则)基础上,分别制定属于承揽合同、建设合同、委托合同、居间合同、行纪合同以及医疗合同、旅游合同、金融合同等的具体规则。

四、服务合同内容

如前述,我国未来民法典起草时,应采取《欧洲法通则:服务合同》的立法模式。然而,这种立法模式也面临着巨大的挑战,即如何提取服务合同的共同规则构成小总则。笔者以为,我们在服务合同法小总则中应着重规范如下内容:

(一) 服务合同的定义

关于服务合同的定义,最为关键的问题便在于服务合同究竟是否应当明确其为有偿合同。1997年5月14日中华人民共和国合同法(征求意见稿)第313条明确规定服务合同为有偿合同。然而,鉴于相当部分服务合同是或可以是无偿性质的,如保管合同、服务合同等,我们应当借鉴《欧洲法通则:服务合同》的规定,确定服务合同法一般规定原则上适用于有偿服务合同,但经适当之修正,也可适用于无偿服务合同。

(二) 服务提供者先合同警告义务及合同中警告义务

所谓服务提供者的先合同警告义务是指,如果服务提供者在签订合同前便已知道或有理由知道客户所要求的服务可能无法达到其所声明或预期的效果,或可能损害客户其他权益,或可能比客户合理预期的更为昂贵或需更长时间,服务提供者应如实告知该等风险。该义务是基于先合同义务而自然衍生的逻辑结果,是诚信原则在服务合同中的具体体现。我国现行合同法各个具体服务合同中就服务提供者的先合同警告义务并没有明确规定,只在如第257条中闪烁其词隐约包含了先合同警告义务,该条规定“承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的,应当及时通知定作人。因定作人怠于答复等原因造成承揽人损失的,应当赔偿损失。”笔者以为,服务合同是建立在双方当事人人身信任基础之上的,当事人之间应当承担更强的诚信义务,而这不仅限于服务合同签订后,且应包括服务合同签订之前。鉴于相对于“职业性”的服务提供者而言,客户一方处于相对弱势的地位,为此有必要在法律上明确规定在签订合同之前服务提供者便应履行先合同警告义务,当然客户已经知道或意识到上述各风险的除外。否则,客户可以解除合同并请求损害赔偿。

与此相对应,如果在合同履行期间,服务提供者已知道到或有理由知道所要求之服务可能无法实现客户签订合同时所声明或所预期之结果,或可能损害客户之其它利益,或因为遵从客户所提供之信息或所做之指示或是因其它风险之发生,导致结果可能变得比合同约定的更为昂贵或需花费更长时间,则服务提供者有义务警告客户。对此义务,我国现行合同法所有体现,但并不全面,如第256条规定“定作人提供材料的,定作人应当按照约定提供材料。承揽人对定作人提供的材料,应当及时检验,发现不符合约定时,应当及时通知定作人更换、补齐或者采取其他补救措施。”第373条规定:“……第三人对保管人提起诉讼或者对保管物申请扣押的,保管人应当及时通知寄存人。”以及第389条:“保管人对入库仓储物发现有变质或者其他损坏的,应当及时通知存货人或者仓单持有人”等。因此,我们也应将这些规定予以提炼归纳,构成适用于所有服务合同类型的合同中警告义务规定。

(三) 服务提供者的注意义务标准

再次,我们应在服务合同中确定服务提供者的注意义务标准。对于该义务,我国现行合同法各具体合同也有所规定,如第369条:“保管人应当妥善保管保管物……”,第383条:“……保管人储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的,应当具备相应的保管条件。”然而,这些规定比较零散、且并不全面。为了有效保护客户利益,并明确最终责任归属,有必要在法律上明确规定服务提供者的注意义务标准。在借鉴《欧洲法通则:服务合同》的规定基础上,笔者以为,服务提供者的具体注意义务标准如下:(1)理性服务提供者于同样情形下所具有的注意与技能,并遵守任何适用于该服务的法定规则或其它具有拘束力的法律规则;(2)如果服务提供者声称具有更高标准的注意与技能,则其必须履行该种注意与技能;(3)如果服务提供者是,或据称是职业服务提供者团体的成员,而该团体存在由有关机构制定或由该团体自身制定的标准,则其必须履行这些标准所规定的注意与技能;(4)除此之外,服务提供者还应履行客户有权期待之注意与技能。且,无论如何,服务提供者均应采取合理之预防措施以避免因服务之履行而导致人身伤害或对不动产、动产、无形财产产生损害。

(四) 服务提供者和客户间的相互协作义务

合同的履行,尤其是服务合同的履行,仅仅只有服务提供者的服务提供,而没有客户的积极配合,合同的目的终归难以实现。故而,只有双方当事人在合同履行过程中相互配合、相互协作,合同目的才能得以圆满实现。为此,我们应借鉴现行合同法第60条第2款以及第259条、第370条等规定,明确确定服务合同提供者和客户之间的相互协作义务,只要这是为履行服务合同所合理需要的。如客户应回答服务提供者为获得信息而询问之合理问题、就服务之履行给予指示、在服务提供者履行合同所合理需要之时间内获得必要的证件等,而服务提供者也应给客户合理机会以决定是否同意服务提供者履行合同所规定之义务等。

(五) 客户的合同解除权

鉴于服务合同是建立在客户和服务提供者相互信任基础之上的,那么,一旦客户丧失该信任,则当然应允许其随时解除合同。我国现行合同法第410条对此有所体现,“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的,

除不可归责于该当事人的事由以外,应当赔偿损失。”

然而,为了有效保护客户的利益,避免服务提供者随时解除合同而给客户造成不必要损失,我们在服务合同总则中应当原则上限定服务合同中随时解除合同权的主体为客户,而非服务提供者。因为,比如,如果立法上也允许医疗服务提供者可以随时解除与患者的医疗合同的话,这不仅会严重损害患者生命健康利益,而且会使得原本紧张的医患关系雪上加霜,矛盾更加激化。而且,如此规定,也与现今整个民法注重保护弱者利益的精神相违背。当然,为了平衡服务提供者和客户的权益,就某些具体合同,如物业管理合同、教育培训合同、住宿合同等,我们可以在具体合同类型中规定服务提供者在一定条件下也可以解除合同。(梁慧星主持起草的《中国民法典(学者建议稿)》第1328、1348、1394条等)对此,《魁北克民法典》规定为服务提供者仅在重大原因并机会适当时方得单方解除合同,这对我们有一定的借鉴价值(第2126条)。

另外,就客户因随时解除合同的效果,也应有所明确。对此,《欧洲法通则:服务合同》第1,115条第2款规定,赔偿范围应使服务提供者“几乎处于如果合同被正确履行时其应当所处之状况。该损害赔偿包括服务提供者所遭受之损失以及其被剥夺之利益。”笔者认为并不可取,因为在合同解除后要求客户仍应赔偿服务提供者根据服务合同所可取得的利润,有违公平。笔者以为,鉴于服务合同都属于继续性合同,复原、返还已经提供的服务非常困难甚至不可能,故而,解除合同不应具有溯及既往的效力,而仅使合同关系向将来消灭,解除之前的合同关系仍然有效。从而,对于在合同解除前服务提供者已经提供之服务,客户应赔偿相应的价款、成本与费用。而对于解除后服务提供者根据合同所可取得的利益,不应给予赔偿。当然因解除而给服务提供者造成其他损害的,也应给予赔偿。

(六) 客户的损害赔偿请求权

在服务提供者违反合同而给客户造成损害者,客户享有损害赔偿请求权。对此,不存在疑问。然而,该损害赔偿是否应包括精神损害赔偿,则有不同观点。在目前合同法范围内,损害赔偿不包括精神损害赔偿,是学界通说。但是,服务合同下给客户造成的损害,往往不同于物型合同下的损害,服务提供者的服务瑕疵,经常会伴随着客户精神上的

损失,典型的便是旅游合同、医疗合同等。对此,笔者以为应对给予赔偿。

事实上,违约损害赔偿中的精神损失应给予赔偿,在国外司法实践和立法上已有所体现。如日本裁判实践中以债务不履行构成肯定精神损害赔偿的案件不在少数。日本民法(债权法)修改研讨委员会于2009年5月1日公布的《债权法修改的基本方针》中,根据日本目前的实务及理论,在第3.

1.1.68(以金钱为赔偿)中也明确规定,在以金钱计算损害时,应考虑债权人所受之非财产损害,确定赔偿额。^[14]国际商会的《国际商事合同通则》(2004年版)第7.4.2条第(2)款同样承认了精神损害赔偿。其规定,“此损害可以是非金钱性质的,例如包括肉体上的或精神上的痛苦。”在我国,违约时可以主张精神损害赔偿也为学者所认可。梁慧星先生主持的民法典学者建议稿在部分服务合同违约损害赔偿中包括了精神损害赔偿。如,建议稿第1410条(精神损害赔偿)规定:在以下情形,使游客人身、自由、人格遭受损害及时间浪费的,可以向旅行社主张精神损害赔偿:(一)因旅行社的原因导致游客遭受人身伤害;(二)因旅行社办理出入境手续有瑕疵导致游客不能出入境或者被羁押、扣留、遣返的;(三)因运输、住宿、餐饮等有瑕疵导致严重损害游客健康的。

因此,笔者建议吸收国内外对此问题的研究成果,正式在合同法尤其是服务合同中确认损害赔偿范围包括精神损害赔偿。

建[J].法学,2008(1).

- [2] 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).
- [3] 余延满.合同法原理[M].武汉大学出版社,1999.
- [4] 张俊浩主编.民法学原理[M].中国政法大学出版社,1997.
- [5] 王金根译.欧洲法通则:服务合同[A].徐国栋主编.罗马法与现代民法(第七卷)[C].厦门大学出版社,2009.
- [6] 王家福,谢怀栻等.合同法[M].中国社会科学出版社,1986.
- [7] 《法学研究》编辑部.新中国民法学研究综述[M].中国社会科学出版社,1990.
- [8] 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).
- [9] International Monetary Fund. Balance of Payments Manual (5th version)[Z]. 252-266.
- [10] 沈木珠.国际贸易法研究[M].法律出版社,2002.
- [11] Sellier Principles of European Law on Service Contracts [M]. European Law Publishers, 2007.
- [12] Paloma de Barrón Arniches. Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia [J]. <http://ssrn.com/abstract=1370291>.
- [13] 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[M].法律出版社,1999.
- [14] 周江洪.服务合同立法模式及其具体规则之探讨——兼评日本<债权法改正的基本方针>中的相关规定》(简约报告版)[EB/OL]. <http://zhon.fyfz.cn/blog/zhon/index.aspx?blogid=524748>,2009-9-30.

[参考文献]

(责任编辑:杨 睿)

- [1] 周江洪.服务合同在我国民法典中的定位及其制度构

On Services Contract

WANG Jin-gen

(TSBIT, Quanzhou Normal University, Fujian Quanzhou 362000, China)

Abstract: Based on the great difference between the services contracts and goods-type contracts, it is necessary to take the broad definition on service contract and take reference of the legislation mode of the Principles of European Law on Services Contracts in our making of Civil Code of China. In the legislation, we shall especially make rules on the definition of services contract, the pre-contractual & contractual duty of the services providers to warn, the general standard of care for services, duty to corporate, termination right of the client at any time and right to damages.

Key words: services contract; mode of legislation; contents of legislation; civil law