

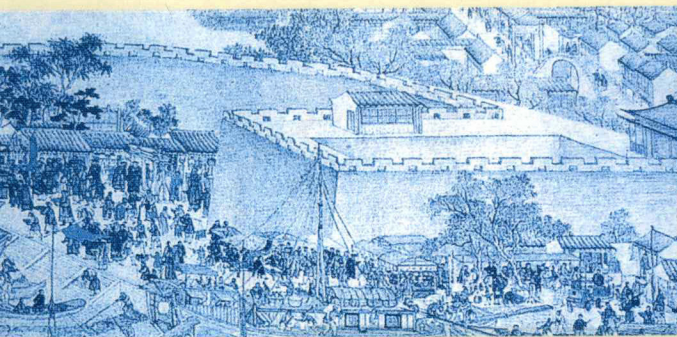
C 中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

服务合同研究

周江洪 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国民商法专题研究丛书
梁慧星 主编

本书获得浙江省“钱江人才计划”重点项目、
浙江大学优秀青年教师资助计划（紫金计划）资助

服务合同研究

周江洪 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

服务合同研究 / 周江洪著. —北京: 法律出版社,
2010. 8
(中国民商法专题研究丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1110 - 3

I. ①服… II. ①周… III. ①服务业—经济合同—研究—中国 IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 157128 号

中国民商法专题研究丛书	服务合同研究	周江洪 著	责任编辑 刘文科 装帧设计 乔智炜
-------------	--------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 16.5 字数 430 千

版本 2010 年 8 月第 1 版

印次 2010 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1110-3

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值20世纪90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

前 言

发展服务业以及以服务业为代表的产业结构优化升级已成为我国未来发展的战略重点之一。反映在法律上,对服务的调整成为现代社会中的重要法律现象,以服务为客体的合同群成为新型合同的增长点。但与此不相适应的是,现行的法律规则体系难以跟上服务业迅速发展的要求。无论是传统债法总则还是我国合同法总则,其大部分都只是以物及其权利的交易为中心构筑起来的规则,甚至可以说只是买卖合同的总则化而已。这一规则体系很难适应以服务为主导的新的社会变化。

服务合同的研究,已成为民商法学领域的世界性前沿课题之一。例如,日本民法学界目前正着手民法典的修改;在学者起草的建议稿中,服务合同被单列一章规定。在欧洲,20世纪90年代,欧盟也试图在“产品责任”规则之外建立“服务责任”规则,并为此起草了欧盟服务指令。但总体上而言,各国仍处于摸索阶段,服务合同相关问题的研究仍然是各国民法学研究中的难点之一。

对此,我国民法学界也作出了相应的努力。我国民法学界曾进行了将服务合同典型合同化的制度性尝试,在合同法征求意见稿中曾专设“服务合同”一章。但因理论准备的不足导致所设计的条文过于简略和粗糙,最终以服务合同缺乏典型性为由,删除了该章的规定。同时,我国民法学界在医疗、旅游等特定类型服务方面的研究也取得了一些成果。但目前的研究多集中于一个个单独的服务类型,只是根据当时的社会经济现象指出和介绍了各类型服务的存在,并试图使得各种服务形态都成为一种独立的典型合同。从总体上看,我国有关服务合同的研究,停留在服务合同的个别性研究,尚缺乏体系性的、整合性的思考。

本书分为服务合同总论和服务合同分论两编,既涵盖总论层次的研究,亦覆盖包括建筑承揽、软件制作、保安、旅游、教育培训、护理、侦探、会计审计服务、律师服务、医疗服务等在内的分则层次的研究。其整体写作思路是:通过整理各类服务的公开案件,结合学说状况,整理并评析每一服务类型关于服务瑕疵的判断及其责任的趋向及应然方向。在此基础上,对各类服务类型作出总括性研究,得出最终的结论。基于这样的写作思路,需要说明以下事项。

(1)尽可能地穷尽涉及服务瑕疵及其责任的所有案件,其具体范围是日本“二战”以后到2007年之间的所有公开案例(但医疗服务方面的案件,只涉及日本最高法院案件)。

(2)对每个案件都做概括处理。同时,每个案件都采用固定的写作格式,即【案件标题】、【审理法院及出处】、【案情】、【判决】四部分。因日本公开的大部分判决书在事实认定、判决说理等方面较为充分,非常冗长,甚至有的案件达到了400多页篇幅。为节约篇幅、便于阅读又无损内容之完整,在案情方面,尽可能地概括;而在判决部分,则是采用直接引用和间接引用相结合的方式,只保留对行文有必要的判决理由部分。

(3)服务合同分论部分的写作,也基本上采用固定的写作格式,即【案例纵览】、【案例综合评述】两部分。

这一写作思路似乎十分“另类”，但也在某种程度上体现了一定的写作特色。具体如下：

(1) 本书利用综合案例研究方法及类型化方法，对每类服务都用案例实践与学说相结合的方法进行研究，然后在每类案例研究的基础上，对服务合同的总体状况及其解决方案作了总论层次的概括。尽量避免先入为主的判断，而是通过归纳的方式来理解案例实践状况。

(2) 本书所利用的案例，完全是第一手案例资料的整理，几乎涵盖了日本“二战”以后到2007年为止的该类型服务所有公开案件，可以较好地把握日本这方面的整体状况。在这点上，尚未有学者对服务合同作过如此大规模的实证式研究。此外，第一手资料的运用，也为我国今后相关研究提供了丰富的第一手文献资料。

(3) 丰富的案例资料，不仅为服务相关的疑难案件的司法解决提供了具体的参考指引，对实践还具有重要的意义。而且，目前为止，国内法学界尚不存在如此大规模的综合案例研究，该方法对研究方法的进一步革新亦具有一定的意义。

以上前言，难免有“黄婆卖瓜、自吹自擂”之嫌。本书亦难免有纰漏之处，还望各位同仁批评指正。

以上研究思路和研究方法，多得益于我的博士生导师矶村保教授（日本国神户大学法学研究科）。若没有矶村教授的谆谆教导和细致点拨，难以完成本书的写作。在此，对矶村教授致以最真挚的谢意。当然，本书中的任何纰漏，概由我本人自负其责。

目 录

绪论 服务合同的现在与未来 / 1

- 一、服务合同的法律特征 / 3
- 二、我国服务合同的研究状况及相关法律 / 4
 - (一)研究状况 / 4
 - (二)相关法律及其问题 / 7
- 三、我国服务合同的研究方向 / 8

第一编 服务合同总论

第一章 服务合同立法模式及其具体规则之 探讨 / 13

- 一、服务合同的含义 / 14
- 二、服务合同典型化的必要性分析 / 15
- 三、服务合同的立法模式分析 / 18
- 四、服务合同的规则设计——兼评《方针》的相关
规定 / 21

第二章 服务合同的类型化及服务瑕疵研究 / 32

- 一、日本民法学说及裁判实务上的进展 / 32
 - (一)服务合同的再类型化 / 32
 - (二)服务瑕疵的判断 / 36
 - (三)服务瑕疵的法律效果 / 42

二、日本民法学说及实务对我国的启示 / 46

(一)服务合同的再类型化 / 46

(二)服务瑕疵的判断 / 48

(三)服务瑕疵的法律效果 / 52

第二编 服务合同分论

第三章 日本关于承揽型服务的学说及裁判

实践 / 59

第一节 学说状况 / 60

一、学说状况 / 60

二、服务合同视角出发的可能视点 / 63

第二节 关于瑕疵判断的学说及裁判实践 / 66

一、案例及分析 / 67

(一)建设工程承揽合同案件 / 67

(二)与信息系统构筑、软件制作相关的案件 / 89

(三)其他类型案件 / 99

二、关于承揽型服务瑕疵判断的综合评析 / 105

(一)裁判实践状况分析结果的再确认 / 105

(二)承揽合同中服务的定位问题 / 107

第三节 关于瑕疵效果的学说及裁判实践 / 110

一、案件及分析 / 110

(一)建设工程承揽合同案件 / 110

(二)与信息系统构筑、软件制作相关的案件 / 135

(三)与设计瑕疵相关的案件 / 139

(四)保安服务合同 / 152

(五)其他类型案件 / 160

二、关于承揽型服务存在瑕疵时的法律效果的综合

评析 / 161

第四章 日本关于委托型服务的学说及裁判

实践 / 164

第一节 旅游合同相关的案件及其分析 / 164

一、案件纵览 / 164

二、案件综合评述 / 188

(一) 法律规定及学说状况 / 188

(二) 服务合同视角对裁判实践的考察 / 196

第二节 教育服务相关的案件及其分析 / 218

一、案件纵览 / 218

二、案件综合评述 / 234

(一) 教育服务合同的相关学说状况 / 234

(二) 服务合同视角对教育服务裁判实践的考察 / 236

第三节 护理服务相关的案件及其分析 / 250

一、案件纵览 / 250

二、案件综合评述 / 263

(一) 法律规定及学说状况 / 263

(二) 服务合同视角对护理服务裁判实践的考察 / 270

第四节 侦探事务所的调查相关的案件及其

分析 / 282

一、案件纵览 / 282

二、案件综合评述 / 286

(一) 法律规定及学说状况 / 286

(二) 服务合同视角对裁判实践的考察 / 288

第五节 会计及审计服务相关的案件及其分析 / 293

一、案件纵览 / 293

二、案件综合评述 / 300

(一) 法律规定及学说状况 / 300

(二) 服务合同视角对注册会计师及审计服务裁判实践的
考察 / 306

第六节 律师业务相关的案件及其分析 / 317

一、案件纵览 / 317

二、案件综合评述 / 375
(一) 法律规定及学说状况 / 375
(二) 服务合同视角对律师服务裁判实践的考察 / 388
第七节 医疗服务相关的案件及其分析 / 409
一、案件纵览 / 409
二、案件综合评述 / 465
(一) 法律规定及其学说状况 / 465
(二) 服务合同视角对医疗服务裁判实践的考察 / 491

绪论 服务合同的现在与未来

随着社会的发展,服务在整个国民经济、社会生活中的地位日益重要,围绕服务发生的纠纷也日益增多,服务合同的重要性也就日渐突出。与此相应,以物及其权利的交易为中心构筑起来的传统债权法或合同法规则是否仍然能够适应以服务为主导的这一新的社会变化,便成为现代合同法的重要研究课题之一。对此,我国现行私法体系在一定程度上也作出了积极回应,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。^{〔1〕}不仅如此,在1997年5月合同法意见征求意见稿中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”,^{〔2〕}试图建立统一的服务合同规

〔1〕 以我国《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。

〔2〕 参见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》(王胜明、梁慧星等编著),法律出版社2000年版,第150页以下。

则。但是,虽然有上述积极的对应,但并不能乐观地认为我国民法学界对于服务的概念、法律特征以及服务合同及其合同法上的定位等问题已经有了十分清晰的认识。无论是对于现行合同法的适用还是从制定民法典或修改合同法来说,对服务作一总论性的研究十分必要。

其实,不仅是我国,就世界范围内的合同法理论而言,服务合同的研究都显得十分必要。^[3]就现代合同法的发展来看,随着合同多样化的发展,将市民社会的合同规则全部集中于民法典或者合同法典已经几乎不可能;即使将各种现实中存在的交易行为全部规定为典型合同,也会由于合同类型过于繁杂而增加合同定性的困难。因此,在合同法总则(或债法总则)和各典型合同的有关规则之外的、介于两者之间的“各种合同的法”^[4]的重要性也日益凸显。具体来说,传统合同法,一般都是先规定适用于各类合同的总则,然后依据合同的种类、性质分别规定各典型合同,形成了以总则为树干的垂直式树型结构。而依“各种合同的法”理论重构的合同法结构,则在此基础上又从特定的视角(如债务的内容、功能、性质等)出发,将能够适用于“同类型合同”的具有共通性质的一般性规则进行横向重组,并形成一种介于现行“总则一分则”之间的、并不一定能够适用所有的合同,但对某一类合同得以适用的“各种合同的法”,也就是说,通过“各种合同的法”沟通了各典型合同之间的联系,从而形成一个网状性构造。例如,(1)以物或财产权的转移为内容的合同,不管其为买卖、承揽,还是物与服务之间的交换,赋予其同样的法律效果,比如所有权转移的时期、物的瑕疵担保责任及权利瑕疵担保责任等;(2)以物的返还为前提的移转占有的合同,不管其为保管、租赁、委托、承揽还是试用买卖,赋予其同样的法律效果,比如危险负担;(3)以提

[3] 以日本为例,服务合同也被作为日本民法修改中的重大问题来对待。参见民法(債權法)改正検討委員会第4準備会報告「各種契約に関する規律の改正の方向性」(2007年12月25日)、<http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/shingiroku/shingiroku008.pdf>、民法(債權法)改正検討委員会主页,2008年7月5日访问。

[4] 北村一郎編:「フランス民法典の200年」〔森田宏樹〕有斐閣2006年10月317頁以下。

供服务为内容的合同,不管其为承揽、委托还是中介,确立同样的制度,如债务履行的代替性问题、报酬费用的变更等;等等。该重新组合,相较于传统的合同法构造,具有以下优势:(1)在一定程度上可以避免因不同的合同性质决定而适用不同法律规定所引起的不整合,在一定程度上消解合同性质决定的僵化和不足;(2)对于新形成的、超越现有典型合同框架的新型合同,具有更强的包容性,从而使得法典保持开放性;(3)具有不为合同领域的形势变化所左右的稳定性;等等。该重新组合理论对于传统合同法的适用、特别是在厘清各典型合同相互之间的关系并加以准确适用方面具有重要的参考作用。因此,从这一重要趋势来看,对于我国合同法中的横跨了数个典型合同的服务合同作一综合性的研究,不仅具有我国民法典建设层次上的立法论意义,也具有现行合同法适用上的解释论意义。为达成这一目标,就有必要对特定的合同类型的特征作一基础性综合考察。

一、服务合同的法律特征〔5〕

所谓服务合同,一般指全部或者部分以劳务为债务内容的合同,亦称提供劳务的合同。同时,服务合同并不以有偿为要件,无偿服务也可以构成服务合同。〔6〕而且,根据服务提供过程中服务与物之间的关系,服务又可以细分为与物的交易相伴随的服务、服务提供过程中物作为手

〔5〕 参见周江洪:“服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建”,载《法学》2008年第1期。

〔6〕 前引〔2〕全国人大常委会法制工作委员会民法室书第150页将服务合同定义为“服务合同是服务人提供技术、文化、生活服务,服务受领人接受服务并给付服务费的合同”,明确规定其有偿性。但从社会现实来看,无偿服务的大量存在也是一个不争的事实,如志愿者活动。另外,也存在依经济学上的产业区分来界定“服务”的观点,如王家福、谢怀栻等编著的《合同法》、中国社会科学出版社1986年版第285页以下就依产业划分、将第三产业中的各种服务行业的合同形态总称为“服务合同”(梁慧星执笔)。但是,产业划分上的服务概念与民法学上的服务概念,并不能完全等同,比如作为第二产业形态的建筑业,在很多时候也是作为一种服务合同来看待的。

段·设施·材料被使用的服务以及纯粹的服务。^{〔7〕}但是,无论是否与物结合,作为一种劳务提供的服务及其合同,服务区别于物的一些特征,在某些方面可能会引起与以物的交易为中心构筑起来的交易规则之间的不协调问题,因此有必要对服务合同的法律特征作一概括。与物及其相关合同相比,服务及其合同具有其特有的许多法律特征。^{〔8〕}

二、我国服务合同的研究状况及相关法律

(一)研究状况

如前所述,我国民法学界也已经意识到了服务合同的重要性,并作出了积极回应。例如,在《新中国民法学研究综述》中,就非常明确地将提供服务合同与转让财产合同、使用财产的合同等并列、将其作为单独的一类合同加以对待。^{〔9〕}《中国民法学·民法债权》也基本上沿袭了这一分类体系,将提供服务合同与转让财产合同、使用财产的合同等合同类型并列,并同时将保管、仓储、委托、信托、居间、演出、培训、出版、旅游、邮政等合同纳入了提供服务合同的范畴。^{〔10〕}这一分类影响至

〔7〕 河上正二「商品のサービス化と役務の欠陥・瑕疵」(上)(下)、NBL 593号、595号(1996年)。

〔8〕 该部分详见后述。参见後藤卷則:『消費契約法の法理論』弘文堂2002年300頁以下、浦川道太郎「サービス契約における消費者被害の救済——不完全なサービス提供と役務提供者責任——」『岩波講座・現代の法(13)消費生活と法』岩波書店1997年220頁以下、川端敏男:「サービス契約の多様化と消費者保護」早稲田法学74巻第3号(1999年)261頁以下、中田裕康:『現代における役務提供契約の特徴』(上)(中)(下)NBL578号、579号、581号(1995年)、長坂純「役務提供者責任の基本構造」『法律論叢』(明治大学法律研究所)78巻1号(2005年)39頁以下、北川善太郎「債権各論(第三版)」(有斐閣2003年31頁)及び松本恒雄「サービス契約」『債権法改正の課題と方向』別冊NBL No. 51(1998年)202頁以下、潮見佳男「債権総論Ⅰ債権関係・契約規範・履行障害(第2版)」信山社2003年81頁以下。

〔9〕《法学研究》编辑部编著:《新中国民法学研究综述》,中国社会科学出版社1990年版,第415页、第520页以下。

〔10〕王家福、梁慧星编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第712页以下。

今。^{〔11〕}因此,虽然各学说所包摄范围不同,我国民法学界至少在学理上已视服务合同为一类独立的合同。

不仅如此,我国民法学界也为此进行了将服务合同典型合同化的制度性尝试,在合同法征求意见稿中曾专设“服务合同”一章。^{〔12〕}但是,在1998年合同法草案中,以服务合同缺乏典型性为由,最终删除了该章。当时,服务合同被认为是,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典型合同,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。然而,从现实生活中服务的重要性及其提供的频繁性来看,仅以上述理由难以充分说明否认服务合同的典型性的合理性所在。从征求意见稿所规定的内容来看,我们认为最重要的原因还是理论准备的不足,并因此而导致条款的设计过于简略和草率。

实际上,虽然我国民法学界在较早的阶段就注意到了服务合同的特殊性并进行了相应的制度设计,在特定类型的服务合同,如医疗、旅游等方面的研究也取得了长足的进步,但从结果上来看,更多的只是根据当时的社会经济现象指出和介绍了各类型服务的存在,并试图将各种各样的服务类型纳入合同法或民法典,各服务形态“各自为政”,即试图使各种服务形态都成为一种独立的典型合同,而并没有对各种服务合同作一

〔11〕 例如,王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第495页就明确地将有明合同的类型区分为转移财产的合同、提供服务的合同及其他合同(王轶、易军执笔)。

〔12〕 前引(2)全国人大常委会法制工作委员会民法室书第150页以下。