

[文章编号] 1672-7320(2010)06-0898-06

论免责条款的效力

钟国才 谢 菲

[摘 要] 免责条款的效力基础,源于法律对社会公共利益的维护与合同正义原则对合同自由原则的矫正。以此为基础,免责条款可以划分为免除人身伤害责任的条款以及免除债务人故意或重大过失不履行债务所应承担的违约责任的条款,与免除债务人一般过失造成的有关财产损失责任的条款两大类,其效力规则亦应当采取不同的标准分别予以判断。

[关键词] 免责条款;效力;社会公共利益;合同公平

[中图分类号] DF21 [文献标识码] A

一、免责条款的效力基础

免责条款,是指当事人双方在合同中事先约定的、旨在限制或免除其未来的责任的条款。由于民事责任主要是一种财产责任,其主要具有补偿性,对此种责任的承担虽然具有浓厚的国家强制性,但也可以根据当事人自愿作出安排。简言之,此种责任具有了一定程度的“私人性”,因此,免责条款为法律所承认。免责条款是否有效,则取决于具体场合的个人利益与社会利益的权衡。只要免责条款不损害国家、社会公共利益和第三人利益,则国家不应当对其进行干预^[1](第479页)。

对于免责条款的效力基础,上述观点具有合理性。但是,由于社会公共利益作为弹性概念,其含义具有很大的不确定性,即使是在判例法国家,公共政策原则亦受到判例的严格限制。不仅如此,由于格式化免责条款非常广泛,不仅包括免除人身伤害责任的条款,还包括免除财产损失责任的条款。当事人之间的约定,尤其纯粹是财产关系的免责条款的约定,很难说违反了社会公共利益。“盖免责条款所涉及者,乃契约当事人间利益的均衡、契约危险的合理分配,与公共秩序并无关系。”^[2](第90页)合同自由原则的基础就在于,如果赋予私人以通过法律上具有强制执行效力的协议来安排自己的事务的广泛权利,公共利益可以因此而得到促进,对于免责条款也是如此。因此,完全以是否符合社会公共利益作为免责条款的效力基础,很难涵盖免责条款的所有类型。

参考不同国家或地区的有关免责条款的效力基础的立法与判例,可以发现:法律对当事人之间约定旨在免除有关人身伤害的责任条款,或者是免除债务人因故意或重大过失行为而应负的责任条款予以控制,是以社会公共利益为其效力的基础;对于当事人之间约定的旨在免除前述以外的、其他有关财产责任的条款进行法律规制,则是以公平原则为其效力的基础。具体分析如下:

其一,免除人身伤害的责任条款,或者免除债务人因故意或重大过失造成对方财产损失的责任条款,主要表现为有关免除赔偿责任或者将赔偿责任限定在一定的责任额、一定的请求权基础(如排除严格责任)、一定的过错形式(如故意或过失)、一定的损害形态(如只赔偿人身伤亡)或一定的行为方式(如仅承担个人行为责任而不承担商业行为责任)等。法律规制有关人身伤害的免责条款,是为避免一方当

作者简介:钟国才,武汉大学法学院博士生;湖北 武汉 430072。

谢 菲,重庆市合川区人民检察院研究室主任。

事人处于完全无助的境地。更深层次的原因,是由于这种个人利益中隐含着社会利益。文明的社会生活要求控制触犯道德感的行为,伤害他人人身的行为在侵权行为人有过错时当属强烈触犯道德感的行为,一般道德的利益作为一种社会利益,要求法律禁止协议免除故意或过失人身伤害责任;法律对债务人因故意或重大过失行为而应负的责任条款予以控制,是因为允许故意或重大过失责任免责与保护财产权利这一社会利益不相符合。从过错的角度看,还与对过错的否定性评价涉及一般道德的利益这一社会利益相关^[3](第506-508页)。从立法上看,《瑞士债法典》第100条规定:“事先达成的旨在免除故意或者重大过失行为责任的协议无效。”我国《合同法》第53条规定:“合同中的下列免责条款无效:(一)造成对方人身伤害的;(二)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”这些规定的基础与目的都反映了立法政策对社会公共利益的维护。

其二,当事人双方约定旨在免除债务人非因故意或者重大过失造成的有关财产损失责任的条款,属于合同自由的范畴。由于科学技术的发展和生产力水平的提高,已出现越来越多的无法预见、无法克服的危险来源,从而在一定程度上妨碍了交易的展开。通过免责条款预先锁定风险并在当事人之间进行分配,可以避免不必要的诉讼和争议,有利于刺激交易的发展。因此,免责条款具有合理性。免责条款作为合同的重要条款,其经济合理性还表现在:由于免责条款的设立,可使企业能预先精确的确定和计算其成本、利息、免除负担,从而能努力完善管理、节省成本。正因为免责条款具有上述作用,因此其运用的范围也日益广泛。但是,自19世纪晚期以来,由于社会经济条件的变迁,合同当事人之间的均衡性逐渐遭到破坏,并出现许多令人难以忍受的社会现象,仅仅对当事人合同自由以最低限度的限制的古典合同自由原则,开始偏离合同正义(公平)原则。人们越来越清楚地认识到,“仅仅依靠每个人都具有的订立合同的法律上的可能性,还不足以保障每个人都能实现他在一般财产和服务交易方面的自决权。只有在有关当事人之间存在某种均势,即他们实现权利的能力大体上相同时,才能期待每一方当事人都能在合同中实现自己的意志”^[4](第69页)。为了维持当事人之间的均衡性,弥补合同自由与合同公正之间的鸿沟,法律有必要采取措施以创造某种均衡态势,以期达到合同公正的目标。合同正义(公平)原则是民法公平原则在合同法中的具体表现,系属平均正义,以双务合同为主要适用对象,强调一方的给付与他方的对待给付之间,应具等值原则;合同正义的另一重要内容,是合同上负担及危险的合理分配。因此,当一方当事人利用其优势地位,以格式化免责条款排除法律的任意性规定,限制或免除其未来应当承担的责任,导致合同负担或危险的不合理分配日趋严重之时,公平原则是法律对其予以规制并决定其效力的基础。

我国《合同法》第39条第1款规定:“提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”,理论上对于其性质究竟是免责条款的订立规则,还是免责条款的效力规则,存在争议。有学者认为这一规定属于效力规则,规定格式条款的使用人在决定合同内容的时候应该遵循诚实信用的原则、遵循公平的原则。违反了公平,就构成了显失公平,按照后面的制度对方当事人可以要求变更、撤销^[5](第50页)。还有学者认为,该规范属于订立规则,免责条款不公平的,视为未订入合同或不生合同效力。”^[6](第186页)笔者认为,该条是《合同法》第5条规定的公平原则对于格式合同的具体适用,所表达的是以公平原则作为格式条款的效力基础。从第39条规定的文义看,其强调格式条款须公平配置双方当事人权利和义务的立法意旨非常明显,在于保证格式条款的内容的实质公平,第40条的规定又进一步显现了立法者对格式条款之实质公平的追求。

二、免责条款的效力规则

(一)免除人身伤害的责任条款,或者免除债务人因故意或重大过失造成对方财产损失的责任条款的效力

当事人通过订立格式合同免除人身伤害的责任条款与免除债务人因故意或重大过失造成对方财产损失的责任条款,两种类型的效力基础虽然相同,但是性质上仍然存在差别:前者实质免除的是人身伤害的侵权责任;而后者具体包括免除财产损失的侵权责任与免除债务人不履行、迟延履行或不完全履行

债务所应承担的违约责任两种类型。

免除侵权责任的格式条款,由于认为其背离了公共秩序,法国确定了免除侵权责任无效的基本原则。除法国外,免除侵权责任的条款原则上是有效的,但是它们受到条件的限制。主要表现在以下两个方面:其一,过错的严重性被看作是重要因素,排除本人故意和重大过失行为赔偿责任的协议均被认为是违反善良风俗的,因此是无效的。对于故意行为的免责协议,如《德国民法典》第 276 条第 3 款规定:“因故意而发生的责任,不得预先向债务人免除之。”对于重大过失责任的免责协议,如《意大利民法典》第 1229 条规定:“任何预先免除或者限定债务人的故意责任或者重大过失责任的约定都是无效的。任何预先免除或者限定债务人或者他的辅助人违反公共秩序准则的行为责任的约定同样无效。”其二,人身伤害的免责条款是无效的。对此,1977 年《英国不公平合同条款法》第 1 条规定:“任何人都不能通过合同或针对一般人及特定人发出的告知免除或限制自己因过失致他人伤害或死亡的赔偿责任。”希腊和意大利学术界的主流观点认为,任何人都可以协议免除轻微过失导致的物损和财产损失赔偿责任,但任何人都不能协议免除侵害人格利益(生命、健康、自由和名誉)赔偿责任^[7](第 652 页)。

总之,现代法律制度针对格式合同,毫无例外的限制了免责条款的效力:要么完全剥夺免责条款的可能性;要么仅限于因轻微过失导致的物损或身体损害。倘若(至少在人身伤害中)由此形成的保护我尚不充分,法院就会通过极其有利于受害者的合同解释方法来帮助后者,和认定包含无法预见及无法计算值损失的免责协议的无效性。

对于当事人约定的免除债务人故意或重大过失不履行、迟延履行或不完全履行债务所应承担的违约责任条款的效力,依据法国合同法,故意行为导致的责任不能约定免除,而重大过失责任亦是如此。比利时合同法也是如此,所有违背必要的制定法规定以及违反一般可接受性或公共秩序的条款都是不允许的。依据葡萄牙 1999 年 7 月 7 日第 249 号立法规定,若一般商业条款通过直接或间接的方式免除或限制债务人存在故意或重大过失时,对确定的不履行、迟延履行或不良履行的责任,这些条款就是绝对禁止或无效的^[8](第 144 页)。《德国民法典》第 309 条第 7b 项规定:“排除或限制对因使用人有重大过失的违反义务,或使用人的法定代理人或履行辅助人故意或有重大过失的违反义务而造成的其他损害的责任。”但是,这一条款并不适用于经国家批准的摸彩合同或抽奖合同的责任限制。

由此可见,免除人身伤害的责任条款,或者免除债务人因故意或重大过失造成对方财产损失的责任条款,由于违反了社会公共利益,多数国家或地区的立法及判例均规定其无效。

(二)免除债务人一般过失造成的有关财产损失责任的格式条款的效力

当事人约定的免除债务人因一般过失或轻微过失造成有关财产损失责任的格式条款,通常情况并不违背公共秩序,而是具有一定的合理性,因而不应对免责条款抱有完全“敌视”的态度。

法国最高法院第一民事法庭在 1982 年 1 月 19 日的判决中确认:“没有任何法律规定一般的禁止当事人将对民事责任的限制条款或者免责条款写入附合合同。”^[9](第 147 页)但是,针对不正当、不合理的损害相对人的格式化免责条款,法国法院努力判定买卖合同中卖方寻求免除产品瑕疵责任的条款无效:除非买方自己也是该种商品的贸易者,知道产品的瑕疵,需受到保护,否则,法院就将正在销售此类商品的卖方视为已经知道此种瑕疵。与法国不同,瑞典则通过立法明确规定了一般条款。《瑞典债法典》第 36 条第 1 款规定:“考虑到合同的订立、合同后出现的情形及其他情形,免责条款是不公平之时就必须加以调整或排除适用。”《欧洲合同法原则》同样采取了一个“一般条款”,以此来评定不公平条款(包括免责条款)是否有效。该原则第 4:110 条规定:“未经个别商议的不公平合同条款(一)如果未经个别商议的合同条款造成当事人的合同权利义务显著失衡,有损于一方当事人,有悖于诚实信用和公平交易,考虑合同所要求的履行的性质、合同的其他所有条款以及缔结合同时的具体情事,该方当事人可以宣布该条款无效。”

《德国民法典》对成为合同组成部分的格式条款(包括免责条款)的效力规定了一些标准,由法官做出内容审查为准而有效。这些标准有些是一般性的规定,有些则是极其具体的规定。《德国民法典》第

307 条第 1 款为法官的审查拟定了一般性标准:“一般交易条款中的条款违反诚实信用原则导致使用人的合同对方当事人蒙受不适当的不利,则不发生效力。”依照联邦最高法院所下的定义,如下情况即属此种情形:“通过单方面合同规定,使用人试图以滥用方式使其合同对方当事人遭受不利而让自己的利益得到贯彻,并且自始既未对对方当事人的利益给予充分考虑、也未给其以适当的补偿。”这项一般性标准由于第 307 条第 2 款的价值评判观点而得以进一步明确:“在发生疑义时,若有下列情形,一项一般交易条款即可被推定为将会使人蒙受不适当的不利:一是该条款与所偏离的法律规定(任意性规范)的重要的基本思想不相符合;二是该条款限制基于合同性质而发生的重要权利或义务,致使危及合同的目的的达到的。”鉴于任意性规范的示范功能,联邦最高法院认为,任意性规范的公平性内涵越强,对此偏离的一般交易条款是否与诚实信用原则相符合的审查就应当越严格^[10](第 338-358 页)。《德国民法典》第 308 条与 309 条则分别列举出一些具体条款,其中,相当部分是免除或限制一般交易条款使用人责任的条款,主要包括:用来免除使用人催告合同当事人另一方或向后者指定给付期间或事后补充履行期间的法定义务的条款;关于使用人对损害赔偿或价额减少的赔偿的总括计算请求权的协议,但存在着例外;使用人负担为事后补充履行的目的所必要的费用,特别是运输费、道路费、劳动费和材料费得义务因之而受到排除或限制的条款;使用人使事后补充履行取决于事先支付全部报酬、或取决于事先支付在考虑到瑕疵的情况下为过高的部分报酬的条款等。

在英国议会制定通过制定法限制免责条款之前,为防止当事人在合同自由的原则下滥用免责条款,英国法院试图在合同自由原则与禁止滥用免责条款之间,寻求某种公正的平衡,发展了根本违反合同原则:某些违反合同的行为是如此严重,以至于没有任何免责条款可以免除这些行为的责任。这一规则表明,有些违反合同的情形完全破坏了当事人的合同义务,对此,不能通过任何免责条款来免除或限制当事人的责任。但是,在 1977 年《英国不公平合同条款法》实施后,根本违反原则的实践意义就随之大大降低了。该法第 2 条规定:“对其他损失或损害,除非告知的条款附合理要求,否则任何人也不能免除或限制自己的过失赔偿责任。”在非消费者的一方或者提出标准营业条款的一方当事人,如果企图免除或者限制自己的责任,其标准条款必须符合该法第 11 条规定的合理性要求。可以说,合理性的要求是 1977 年《不公平合同条款法》中适用性最强的一项规定。但是,要求确定一项免责条款是否满足合理性的要求,往往是十分复杂的。

由此可见,对于免除债务人一般过失造成的有关财产损失责任的格式条款,以公平原则作为其有效与否的判断标准。如果该免责条款符合公平合理标准,则有效;反之则可以被宣告无效。

三、我国立法上格式化免责条款效力的规制的不足与完善

我国《消费者权益保护法》第 24 条规定:“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定,或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的,其内容无效。”这是立法上首次对格式化免责条款的效力作出规定,但过于笼统与简略。

1999 年颁布实施的《合同法》对格式条款进行了系统的规定。第 39 条第 1 款虽然对格式条款使用人的说明和提示义务进行了明确规定,但是并未规定使用人违背该义务时的法律效果。对此,有学者认为,“第 39 条第 1 款为格式条款订入合同的规则,违反该规定者,格式条款即没有订入合同。”^[11](第 394 页)还有学者认为,“格式条款提供方未尽到《合同法》第 39 条规定的义务的,该格式条款已经成为合同的条款,但该条款由于违反了法律规定而对另一方当事人不具备法律约束力,所以应当是无效条款。”^[12](第 136 页)应该说,上述两种观点虽有不同,但未经使用人说明和提示的“格式化免责条款未订入合同”与“该免责条款订入合同但无效”,其最终法律效果并无实质性差异。对此,《合同法司法解释(二)》第 9 条规定:“提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款,对方当事人申请撤销该格式条款的,人民法院应

当支持。”这一解释的立法理由是:“实务中,不少格式条款都是以书面形式载于合同书文本上的,如果采格式化免责条款未订入合同这一观点,对作为格式条款相对人的普通消费者而言,理解起来似乎有混乱之感;如果采该免责条款订入合同但无效这一观点,对格式条款的具体内容不作区分,逕行规定该格式条款无效,则又过于严苛。例如,在人身保险合同中,明确规定某种疾病不在承保范围之内,并不能因为保险人违反说明、提示义务而逕行认定无效。”^[13](第 87 页)

上述司法解释规定格式条款使用人对免责条款未尽提示和说明义务时,则产生该免责条款属于可撤销条款这一法律后果并不妥当。理由在于:其一,格式条款使用人在订立合同时未尽提示和说明义务,导致相对人没有注意免责条款,很难说相对人已经就格式条款与对方达成“合意”。既然合意未达成,何来可撤销呢?实质上,法律规定免责条款使用人在订立合同时向相对人负有提示和说明的义务,其目的是为维护合同内容形成自由的最低限度。其次,法律行为无效与可撤销具有本质的区别,无效性使法律行为自始无效,并且一般是相对人于任何人都不得生效力,因此,无效性是一种与当事人意思无关的不生效力,是不生效力的最强程度;与无效性相反,可撤销性并不影响法律行为的成立,只是允许撤销权人嗣后决定是否消灭法律行为的权利。据此,规定未向相对人提示和说明的免责条款之性质属于可撤销条款,在相对人撤销之前,该免责条款一直是有效的。再次,从比较法的角度看,依据《德国民法典》第 305c 条规定,一般交易条款使用人在合同订立时未向相对人提示的,一般交易条件全部或部分的没有成为合同的组成部分或不生效力。最后,从我国相关立法来看,2009 年《保险法》修正案第 17 条规定:“对保险合同中免除保险人责任的条款,保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示,并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明;未作提示或者明确说明的,该条款不产生效力。”因此,如果投保人未对免责条款提示或者明确说明的,该条款无效。

《合同法》第 40 条规定:“格式条款具有本法第 52 条和第 53 条规定的情形的,或者提供格式条款的一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。”本条是对免责条款无效的规定,即凡是格式条款使用人免除其责任的,该条款无效。对于《合同法》第 40 条与第 39 条之间的关系,有学者认为其间存在逻辑混乱,理由是,根据第 39 条的规定,如果一方以合理的方式提请对方注意或者向对方进行了说明,免责条款应该是有效的;而第 40 条又说这样的免责条款无效。这两个条款之间显然存在直接的抵触。但有学者认为,第 39 条关注的是以格式条款订立的合同是否成立的问题,免责的格式条款在提请注意之后订入合同的,合同虽然成立了,但据第 40 条的规定,这样的条款可能是无效的。因此,第 39 条和第 40 条之间不存在明显的冲突^[14](第 79 页)。还有学者认为:“《合同法》第 40 条规定,该规定的文义涵盖过宽,依据立法目的,此类免责条款若系企业的合理化经营所必需,或免除的是一般过失责任,或是轻微违约场合的责任等,并且提供又履行了提请注意的义务,那么,此类免责条款应当有效;除此而外的免责条款才归于无效。因而,对于该条规定应当进行目的性限缩。”^[15](第 291 页)

为了消除理论与实践中的疑难,《合同法司法解释(二)》第 10 条进一步规定:“提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定,并具有合同法第四十条规定的情形之一的,人民法院应当认定该格式条款无效。”该条司法解释针对的是,格式条款使用人违反将免责条款订入合同时所应承担的提示和说明义务,且违反第 40 条规定时,该无效。

笔者认为,客观而言,《合同法》第 40 条对格式化免责条款持有过分简单化的态度,即认为免责条款是坏的,因此无效。这一“敌视”免责条款的态度忽略了免责条款所具有的合理性。从社会和商业的角度来看,并不总是认为免责条款必然是不合理的或者不可期待的。《合同法司法解释(二)》第 10 条对格式化免责条款效力的规定,不仅未消除原有的矛盾,反而进一步强化了对免责化格式条款否定态度。法律对免责条款的规范与控制,实质是为了协调与平衡合同自由原则与禁止免责条款滥用之间的矛盾与冲突。免责条款的效力基础,源于法律对社会公共利益的维护与合同公正对合同自由的矫正。为保护居于弱势地位的格式化免责条款相对人(主要是消费者)的利益,参考先进国家或地区以及国际条约对

格式化免责条款的立法与判例,结合我国相关立法的规定,格式化免责条款的效力规则如下:

- 1. 格式化免责条款违反社会公共利益的无效 这主要是《合同法》第 52、53 条规定的法定情形。
- 2. 格式化使用人在订立合同时,未采取合理的方式向相对人提示和说明免责条款,导致相对人没有注意该免责条款的,免责条款无效。提供格式条款一方应对已尽合理提示及说明义务承担举证责任。
- 3. 格式条款使用人在订立合同时,采取合理的方式向相对人提示和说明免除使用人一般过失造成的有关财产损失责任的条款,相对人对此表示同意。此类免责条款是否有效,取决于其是否具有公平合理性。免责条款显失公平的,该条款无效。免责条款是否公平合理,应斟酌合同的性质、缔约目的、全部条款内容、交易习惯及其他情事综合判断。

[参 考 文 献]

[1] 王利明:《合同法研究》(2),北京:中国人民大学出版社 2003 年版。
[2] 王泽鉴:《债法原理I 基本理论债之发生》,北京:中国政法大学出版社 2001 年版。
[3] 韩世远:《免责条款研究》,载梁慧星:《民商法论丛》(2),北京:法律出版社 1994 年版。
[4] [德] 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上,王晓晔等译,北京:法律出版社 2003 年版。
[5] 梁慧星:《合同法的成功与不足》,载《中外法学》1999 年第 6 期。
[6] 苏号朋:《格式合同条款研究》,北京:中国人民大学出版社 2004 年版。
[7] [德] 冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下,焦美华译,北京:法律出版社 2004 年版。
[8] [德] 冯·巴尔等:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越等译,北京:法律出版社 2007 年版。
[9] 尹 田:《法国现代合同法》,北京:法律出版社 2009 年版。
[10] [德] 迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,北京:法律出版社 2006 年版。
[11] 王利明:《合同法研究》(1),北京:法律出版社 2002 年版。
[12] 杨立新:《〈中华人民共和国合同法〉解释与适用》,吉林人民出版社 1999 年版。
[13] 沈德咏、奚晓明:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,长春:人民法院出版社 2009 年版。
[14] 朱广新:《合同法总则》,北京:中国人民大学出版社 2008 年版。
[15] 崔建远:《合同法总则》,北京:中国人民大学出版社 2008 年版。

(责任编辑 车 英)

On the Validity of Exception Clauses

Zhong Guocai, Xie Fei

- (1. Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China;
- 2. People's Procuratorate, Hechuan District, Chongqing)

Abstract: Validity basis of Exception Clause stems from the Law's maintenance of Social Public Interests and Contract Justice Principle's Rectification towards the Contract Freedom Principle. Based on this, Exception Clause can be divided into the Clause of immunity from the personal injury liability, the clause of the liability for breach that debtor can not fulfil obligation and should take the responsibility be clause of the intentional offense and gross negligence, and the clause of the exception that the debtor cause the damage to property because of Ordinary Negligence. Then Rule of Effectiveness should be evaluated separately according to the different standard.

Key words: exception clause; validity; social public interests; contract justice