

试论合同的免责

肖文通



合同的免责无论是国内法,还是外国法中都是一个十分复杂的问题。其中最为困难的是确认哪些原因可以成为免责的原因。

在英美法系国家中,用“合同落空”概括免责的原因。合同预定目标或效力已经落空或肯定落空,则对于这种落空没有过失或受落空损害的一方,得解除其履行合同的义务。除非发现当事人另有相反的意思。

大陆法系国家认为,法律关系成立之后,作为该项法律关系之基础的情事,由于不可归责于当事人的原因,发生了非当初所能预料的变化。如果仍然坚持原来的法律效力,将会产生显失公平的结果,有背于诚实信用的原则。因此,把合同免责原因归为情势变迁。

《国际货物销售合同公约》规避了上述两种概括方式。提出“非能控制障碍”作为合同免责的原因。

由于三种定义的表达不同,免责原因的范围亦有所不同。结果在具体合同中经常因理解问题发生争议,只能求助于仲裁机关或法院。

我国亦同样存在这样的问题。1979年国家经济委员会、工商行政管理局、中国人民银行关于《管理经济合同若干问题的联合通知》中指出:“由于人力不可抗和确非企业本身造成的原因而不能履行合同的,经仲裁机关查实证明,免于承担经济责任。由主管部门采取措施,尽量避免损失。”经济合同法规定,“不可抗力”和“依法可以免除责任的”可以免于承担责任。

“民法通则”在153条和107条仅规定不可抗力是合同免责的原因。北京大学版《经济法概论》把免责原因归为三种:不可抗力,法律规定或合同特别约定的免责条件,计划。中国人民大学版《中国经济法教程》则把免责原因归为二种:不可抗力和由于国家计划的变更。

笔者对上述免责理由有不同看法,作如下论述:

一、合同免责原因的一般条件

(1)合同当事人主观上无过错。

我们知道,承担违约责任的主观要件是当事人的

过错。即由于合同当事人一方或双方的故意或过失使合同不能履行或不适当履行。相反,合同当事人尽管没有履行合同或不适当履行合同,但并无过错,则可免除违约责任。

无过错原则是我们确认合同免责原因的首要标准。只有当事人无过错,才导致合同责任的免除。例如被告承诺在预定期间内将音乐厅出租给原告供音乐会之用;在预定演出之前,音乐厅因火灾烧毁。原告起诉要求被告按违约赔偿损失是不能胜诉的。因为火灾烧毁音乐厅,非因被告的过错而发生。但假定,该音乐厅是因被告的故意而烧毁,被告则不能主张以火灾为免责的原因。

(2)合同免责的原因只能存在于合同订立以后。

合同订立之前,尽管发生了当事人意志之外的某种客观现象,但这不可能影响其后成立的合同的履行。合同当事人不得援引这一事实作为免责的原因。

(3)合同免责原因在客观上是不能预见,不能避免并不能克服的。

对于可以预见的、可能使合同无法履行的客观现象,合同当事人应当通过停止订立合同,改变合同内容等方法加以避免。例如,集体渔场不顾正式天气预报仍然签订合同,结果因风暴的到来而不能履行合同。那么,集体渔场不得以暴风为不可抗力主张免责。

如何认定“不可预见”有两种学说。

主观说,认为如行为人的预见能力和应当预见的范围一致,则以行为人主观上能否预见为标准。这种学说缺点在于,只分析了行为人预见有害结果的能力,而没有适当关心他应预见的范围。

客观说,认为当行为人没有预见到自己行为的有害结果而给他人造成损害时,其是否承担责任,依据客观标准看他是否应当预见。这个客观标准设立一种适用于任何人,但又不同于任何具体人的标准。客观说的缺点在于没有更多考虑当事人自身的预见能力。对智力有缺陷的人来说未免苛刻。

笔者认为,我国采取主观说与客观说结合较为可行。以客观标准为原则,同时也考虑当事人自身的预

见能力。

合同免责原因还必须是不能避免并不能克服的。

合同签订后,发生某种可能使合同难以履行的客观现象,但如果合同当事人积极改变条件就有可能避免这种现象却未做任何努力加以避免,应认为他们主观心理上存在过错,须承担违约责任。例如,近邻发生火灾,将危及合同标的物。如采取必要措施,标的物能够得到安全保护。但合同当事人一方没有采取必要的措施以避免火灾对合同标的物的危险,或者没有以足够程度的努力扑灭烈火,导致合同标的物的灭失或毁损。为此合同当事人一方应承担违约责任,不得主张免责。本要求之目的在于尽量使损失缩小到最低限度增强合同当事人的责任感。

(4) 适用合同免责应符合公平原则

免责对于一方来说是一种特别权利而不是基于合同产生的权利。它只不过是出于某种意外的事实,依照法律而享有的特别权利。因此,为了保护对方的利益不受严重的侵害,法律对免责的原因作严格限制。为各国立法普遍采纳的是公平原则。在合同免责原因确定时,通常要考虑:让一方或双方承担合同不能履行的后果是否合理?如果让任何一方承担都不合理,那么,合同当事人可以免责。反之,不能免责,应当由一方或双方承担违约责任。例如,在货物运输中,由于发生风暴,为了挽救船员的生命,采取紧急避险把托运人受托的货物抛进海中,造成托运人重大损失。承运人尽管是由于意外事故,没有任何过错。但根据公平原则,他仍有责任承担赔偿责任。承运人和托运人共同承担因风暴造成的损失。

(5) 合同中无其它规定。某些合同是以承担某种风险作为业务范围的,这种风险的承担是合同当事人一方的主要义务。此类合同最典型的是保险合同。如中国人民保险公司家庭财产保险条例第五条规定:保险财产由于下列原因造成的损失,本公司负赔偿责任:

一、火灾,爆炸。

二、雷电,冰雹,洪水,海啸,地震,地陷,崖崩。

三、天空飞行物或陨石的坠落。

四、因风暴、暴雨使房屋、建筑物的主要结构——墙、屋顶及屋架倒塌而造成保险财产的损失。

五、因防止灾害蔓延或因施救保护所采取必要措施造成保险财产的损失和支付的合理费用。

二、合同免责原因的种类

依据上文阐述的一般要求和法律的有关规定,笔者认为合同免责原因主要包括如下几类。

1. 不可抗力。

我国民法通则第153条规定:“本法所称的‘不可抗力’是指不能预见,不能避免并不能克服的客观情况。”不可抗力分成客观事件和社会事件。客观事件如洪水、暴风、飓风、雷击、铁道列车颠覆、船舶遇险,飞机坠毁等。社会事件如战争,政府征用,进出口许可证等。有些学者提出经济原因如物价涨落、能源、原材料匮乏都应视为社会事件。笔者认为,这种观点难以符合免责原因的一般要求。此类社会现象尽管表面上也是一种人力不可抗拒的强制力,但把它们作为债务人免责的根据,债权人的权利难于保障。它们的发生较为经常,应视为合同风险。

不可抗力有一个重要特征,那就是相对性。在某地、某一环境不易于预防的事,另一地、某一环境下可能是不可抗力。如进出口许可证限制并不当然成为不可抗力。实践中曾发生过外商因履行合同无利可图,而采取手段从当地政府取得进口许可证限制证明,作为免责借口的事件。科学技术的发展已使原认为不可抗力的事件变成可以预防或避免的事件。如:由于扫雪机的增多,铁路上的雪堆不再认为是不可抗力。因此,在确认不可抗力时,应当根据不同的场合,以事实为根据,综合分析加以定夺。

2. 法律。

新法改废旧法往往使合同不能履行。在这种情形下,双方合同当事人均无过错。因为,法律的更替是无法预见,无法避免,不可能加以克服。因此,免除各自的责任是公平合理的。

3. 一方当事人的故意或过失造成合同不能履行。

一方当事人的故意或过失造成合同不能履行的事实足以证明另一方当事人不存在故意或过失。根据无过错原则、另一方当事人应当允许要求减轻或免除责任。例如货物运输合同中,承运人对不按合同规定进行内部包装的货损不承担责任。在货运活动中,取货人无故拒绝或拖延取货,致使货物损坏的、承运人免除责任。

4. 合同免责条款的满足(本文后面将专门论述)

指令性计划能否作为免责原因,现仍有所争论。有些同志认为,指令性计划就是法律,应作为免除责任的原因。另一些同志认为,指令性计划不能成为法律,只是行政手段,不能作为免责的原因。笔者主张后者。

指令性计划是一种具有指示或命令性质的计划。它属于经济行政手段、不应被认为是法律。计划缺乏法律所应有的稳定性,常处于动态之中;计划缺乏法

律所应有的适用普遍性,绝大多数场合适用于国营企业;计划缺乏律所应有的概括性、抽象性,指令性计划属于具体性指标;计划缺乏律所应有的极大权威性,执行机关有权要求上级机关变更或取消不适当的指令性计划。

企业有义务执行指令性计划主要在于国家对国营企业的所有权。国家是财产的唯一主体,国营企业只是财产的实际经营者,经营者必须服从所有者的领导。国家为了使国营企业繁荣发展而发布指令性计划,与企业订立合同具有相同的目标。因此,指令性计划变更造成合同不能履行,应推定为企业本身的过错。因企业所有者(国家)的计划发生变化造成他方受害,而要求免除责任是难于令人接受的。企业应当承担违约责任。

尽管基于国家与企业之间的特殊关系,企业承担了违约责任。但这个“过错”毕竟不是企业本身造成,而是由于国家这个所有者的“不当”。因此,拥有企业财产经营管理权的企业有权依据经济行政法向国家索赔,国家亦有义务赔偿由此而产生的损失。企业的请求根据是国家侵犯企业的经营管理权。这种赔偿请求在法律上亦有依据,民法通则116条规定,“当事人一方由于上级机关的原因,不能履行合同义务的,应当按照合同约定向另一方赔偿损失或采取其他补救措施,再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。”

一般来说,指令性计划不能向集体企业或个人发布。但在特殊情况下,指令性计划造成集体企业或个人不能履行合同时,应当先由集体企业或个人负担违约责任。不过,集体企业或个人承担违约责任与国营企业为国家“不当”行为承担违约责任有所不同。后者在于国家对国有企业享有所有权,处于所有者的地位。前者缺乏国家与国有企业之间的纵向关系,集体企业或个人服从指令性计划在于国家是整个社会经济的组织者,企业有义务服从组织者的领导。但在有计划的商品经济社会中,国家应当尊重集体企业或个人的所有权。在因指令性变更使他们受损害时,应当适当给予赔偿。这种赔偿的性质是国家指令性计划侵犯了集体企业个人的所有权。

三、合同中关于合同免责的约定

法律允许合同当事人约定合同免责的原因是一种减少争议的有效办法。在国际上被广泛接受,我国立法亦接受这种办法。涉外经济合同法24条规定:“……不可抗力事件的范围可以在合同中约定”。铁路,水路,陆路运输法规也有关于合同免责的约定。

免责原因种类和范围的约定多见于标准合同和重大风险的合同。其中标准合同最为典型。

近世纪以来,合同方面的一个最重要的发展,是标准合同的出现与大量使用,标准合同也叫做附合同。这种合同是由合同的一方单独起草并铅印的。起草者一般都是大公司,铁路运输系统,银行或大企业。采取标准合同可以避免同类合同的逐一谈判和起草的麻烦。这一点似乎无可厚非。但实际上,各个大公司采用标准合同的主要目标,是便于免除其本身应当承担的各种责任。由于条款一律,合同印就,另一方如拟达成交易,就只有在标准合同上签字,从而接受免责条款。如不愿接受,则只有另觅蹊径。甚至,有些合同无须签字则视为接受。火车票、飞机票、船票都属于此类不需签字而成立的特殊标准合同。当购买火车票、飞机票、船票时,我们绝大多数人都不清楚合同条款,更不可能单独与承运人进行协商。只能无条件地接受含有免责条款的合同。到商店购买商品也存在同样的情形。

由于标准合同具有这样特点,必然产生一个问题,这些免责条款都是合理的吗?会不会给予自己一方更多的权利,而使对方或广大的消费者处于极为不利的地位呢?

这种可能性在日常生活中转化为现实的例子在不断增加。从产品销售,运输服务、劳务服务,直至医疗卫生部门,都不乏其例,这里列举一例。1979年6月25日《交通部水路货物运输规则》37条规定:货物承运后、发生亏损,货量事故,承运人应负责赔偿,但下列原因之一所造成的除外:“……,②货物的自然特性(内部变质,干枯,干裂,生锈,自燃,自燃减量等)或潜在缺点。……”,第二款中“潜在缺点”显然是使托运人处于极为不利地位的免责条款。

标准合同免责条款过宽带来的后果是严重的。其中“野蛮装卸”“货物毁损严重”“医疗事故激剧上升”“商品质量极差”等都是明显的例证。这些现象越来越被人们所注意。

那么,要如何使免责条款订得公平合理呢?笔者认为,

1. 免责条款不能免除合同当事人过错所应承担的责任。

合同当事人存在过错必须承担违约责任,不能免除责任。否则将导致一方合同当事人恣意妄为,随意变更或单方解除合同,损害合同对方当事人。

2. 免责条款的适用不能导致整个合同性质或基础改变或消灭。

合同性质或基础是当事人之间关系存续的基石。只有存在这块基石,当事人才能够达到预期的目的。

如免责条款的适用导致合同性质或基础的改变和消灭,当事人的权利义务无从体现。例如,在仓储保管合同中,把货物被盗作为免责条款,该合同基础虽然被否认,保管人的最基本的义务亦不复存在。上文提及《交通部水路运输规则》的免责条款“潜在缺点”,则是一条可塑性极大的条款。它可以使承托人免除一切责任或绝大部分责任,这些责任往往是承运人本应承担的。例如,在运输和装卸过程中,承运人没有履行一个善良保管人所应履行的义务或野蛮装卸,造成货物严重毁损,承运人本应承担赔偿责任。而不得以“潜在缺点”免除责任。

3. 免责条款不能把经常性或必然事件列入范围。

合同免责原因就其本质来说是一种客观偶然事件。这种事件促使合同不能履行而合同当事人却无任何过错。经常性或必然性的事件,应当推断为当事人可以预见,应当避免的事件。因此,它们不能列为合同免责条款。否则将侵害债权人的合法权益。

4. 免责条款应该符合公平的原则。

免责条款本质上是风险分担的预先约定。这种约

定作为一种法律行为,应当符合民法中的公平原则。一方享有极大特权的免责条款不能认为是有效的。

5. 免责条款应采取比较合理的方式。

现比较普遍采用的方式有三种。

① **概括式**。即不作具体原因规定,只作抽象的概括规定。如“由于人力不可抗拒事故影响,不可履行本合同的当事人一方,在另一方协商同意后,可根据实际受影响时间,延长合同履行期限。对此而产生的损失、对方不得提出赔偿要求。”

② **列举式**。明确规定具体范围。如列举风灾、旱灾、大雪、地震、战争、法律等是免责原因。我国财产保险条例,对“除外责任”的规定均采用列举式。

③ **综合式**。即列举式和概括式结合在一起。如进口合同标准式规定:“由于战争、地震、严重的风灾、雪灾、火灾以及双方同意的其它人力不可推事故、致使任何一方不能履行合同时,遇有上述不可抗力的一方应将影响合同履行的不可抗力事故立即以电报通知双方,并应在十五天内,以航空挂号提供事故的详细情况……”

【函大校园】

唐山分校学员搞法律咨询活动



北京人文函大唐山分校八五级法律系部分学员,于1987年国庆节期间在唐山市凤凰山公园门口开展了唐山市第一次由函大学员举办的法律咨询活动。共解答群众的法律询问百余件,记录在案的有三十七件,其中有关民事纠纷的有十四件,经济合同纠纷的七件,社会治安管理方面的四件,刑事以及有关程序法方面的十二件。学员用自己所学的法律知识为家乡人民排忧解难,提供法律帮助,同时也检验了学习成果。

这次法律咨询活动由分校学生会组织,邀请了法律系肖保主任和翟俊喜老师及市公安局的吴老师。活动前,参加咨询的学员进行了分工,重点准备一个方面的问题,因而解答的效果较好,提出咨询的群众比较满意,受到广大群众的赞扬。

这次法律咨询活动,共有十八名同学参加。大家热情很高,许多同学在国庆期间都有很多工作,如市公安局吴英树同志在局里值班,还利用休息时间赶来参加活动。学员刘东风同志是厂内保人员,夜间值班白天还积极参加了活动。学员韩利福、梁永欣、女学员冯淑文、郝玲玲、赵惠芬等同志,在这次活动中都放弃了自己的休息时间,特别许贺虎同志,家住丰南县,离市里有六十多里路,也按时参加了咨询活动。

(人文函大唐山分校供稿)