

## 试论合同免责条款适用的法律问题

阎高程

(武汉理工大学, 武汉 430070)

**摘要** 免责条款的适用是合同法理论与实践中的重要内容,尤其在司法实践中正确适用该条款具有重要意义。文章在分析免责条款的性质及其存在合理性的基础上,论述了遵循其规制的要求,探讨了对其适用效力的确认和解释的相关原则问题。

**关键词** 合同;免责条款;适用;法律问题

伴随着格式合同的出现和大量的应用,处于垄断或准垄断地位的经济强者极易利用优势地位订入以免责为典型的不公正合同条款,而合同相对人只能“要么接受,要么走开”,结果在所谓“契约自由”的名义下使得公平正义荡然无存。因此,如何正确认识并适用免责条款,维护契约正义,使经济上的强者不能假契约自由之名、压诈弱者理应是现代法学者须认真研究的课题。

### 一、合同免责条款的概念及其存在的合理性

免责条款是当事人双方在合同中事先约定的,旨在限制或免除其未来责任的条款。免责条款从其定义来看,它可以分为两类:一是限制责任的条款,即将当事人的法律责任限制在某种范围内;二是免除责任的条款。从严格意义上来说,限制与免除责任的条款还是有一定区别的,法律对免责条款的有效条件比限制责任的有效条件的要求更为严格。但是,由于免责条款和限责条款都是为了排除当事人未来的责任,因此,对这两种条款在理论上并没有作严格区分,一般将其统称为“免责条款”。

免责条款是债务人得以对抗债权人的违约损害赔偿请求权的重要免责事由。由于免责条款说明了债务人在什么样的条件下不承担违约责任的情况,它与违约责任构成条件是相辅相承的。违约责任的构成条件是从正面说明在什么样的条件下债务人应当承担违约责任,而免责条款则是从另一个方面予以说明,可以说是违约责任构成的“消极条件”。因

而其具有如下特点:

(1)免责条款是一种合同条款,它是合同的组成部分。任何当事人企图援引免责条款免除自己的责任,必须先证明该条款作为合同的一部分且已经成立并生效,否则他无权援引该免责条款。

(2)免责条款具有事先约定性。在责任发生以前由当事人约定且生效的免责条款才能导致当事人责任的减轻或免除;若在责任发生以后,当事人之间通过和解协议而减轻或免除责任则与事先达成免责条款是有着本质区别的。

(3)免责条款的适用具有免责性。商定免责条款之目的旨在免除或限制当事人未来所应负的责任。由于限制或免除的责任既可能是违约责任,也可以是侵权责任;而侵权责任不同于违约责任,它涉及到公共利益和社会公德;法律关于侵权的行为法属于强行法,我国法律对于它有更多的限制性规定。对此双方当事人必须遵守,不得随意约定。此外,免责条款虽然是为了预先排除未来发生的责任,但也不同于双方当事人在合同中预先估计的损害赔偿条款和其约定的违约金条款。

在一定条件下将免责条款订入合同是有一定积极意义及法理依据的。首先,从积极意义上来说,合同当事人在合同中约定免责条款,除了可以促使合同双方改善生产管理、提高服务质量以及努力履行合同外,还可以达到以下几个目的:一是可以适应现代科学技术发展和生产力水平提高的要求,应对复杂多变的困难和危险,通过免责条款将各种风险在当事人之间进行公平合理的分配,可以避免不必要

收稿日期:2004-07-26

阎高程:男,1963年生,硕士,武汉理工大学副研究员;研究方向:马克思主义理论、法制教育和管理

的诉讼和争议,也有利于刺激贸易的发展,提高民事流转的速度;二是免责条款的设立,可使企业能够精确地确定和计算其生产成本、利息、免除负担、消耗等,从而能促使企业努力完善管理、节省成本、降低消耗,有利于经济的发展;三是通过免责条款的适用,当事人可以自行确定其相互间的权利、义务和责任,能够较好地发挥当事人的积极性,也能较好地体现契约自由的精神及公平原则、增进社会效益。因此,无论是在大陆法系国家还是在英美法系国家,都允许当事人在一定条件下以协议形式免除其应承担的违约民事责任。

其次,允许当事人在合同中协议免责的法理基础还在于民事责任的“私人性”。因为民事责任首先主要是一种财产责任,在合同责任中尤为如此。同时民事责任还具有补偿性,即民事责任具有填补受害人损失的性质,此性质与民事责任所具有财产性是一脉相承的,而与刑事责任、行政责任有着鲜明的差异。民事责任的财产性、补偿性反映着民事责任对于受害人而言乃是一种经济利益,受害人放弃它实为一种权利处分行为,别人无权干涉。故此,由民事责任的财产性、补偿性可以导出民事责任作为一种私法上的责任,具有“私人性”。即它主要关涉当事人的利益得失。我国法律虽未明确规定“私法自治”原则,但却有《民法通则》第4条的自愿原则,该原则产生的目的恰恰在于当事人“自己的事情自己处理”。正是基于上述民事责任的“私人性”,民事诉讼的提起历来奉行自愿原则,即诉讼提起与否完全取决于当事人的意愿。

由于免责条款的存在有其合理性,所以它作为合同中的重要条款,在实践中运用很广泛,尤其是格式合同中的免责条款。从总的来讲,我国许多公用事业部门、国有大企业和公司所使用的免责条款,因在其制定过程中一定程度上考虑到了法律和社会公共利益的要求,考虑到了消费者的利益,因而其制定的免责条款是合理的,并为广大消费者所更多地接受。

## 二、合同免责条款的规制要求

诚然,免责条款在适用中的合理性毋庸置疑,其自身的悠久存在即为例证。然而,正如学者所指出的,这一经济合理性的前提是免责条款本身内容的合理性和合法性,没有这一前提,免责条款将成为一个令人讨厌的东西<sup>[1]</sup>。为此,各国立法与司法对免

责条款尤其是格式合同中免责条款的效力严加规范。西方民法学说规制免责条款效力的依据是公序良俗和诚实信用原则。如德国《一般合同条款法》第9条和1款规定:“一般合同条款之约定违反诚实信用原则,而不合理地不利于条款使用人之合同,无效。”我国《民法通则》第4条第6条规定了“民事活动应遵守诚实信用原则”及“民事活动必须遵守法律、国家政策”等。根据以上民事活动的应遵循的基本原则及我国的司法实务,笔者认为,对合同免责条款的规则可从以下几方面要求:

(1)免责条款必须具有公平合理性。英国《不公平合同条款法》第2条规定,免责或限责条款只有在符合“合理性条件要求”时才具有效力。所谓“符合合理性条件要求”是指根据订约当事人意图已经考虑到或者应该考虑到的一切情况看,该条款是公平合理的<sup>[2]</sup>。德国《一般合同条款法》第9条规定,违反诚实信用原则的一般合同条款无效。在我国《民法通则》第58条、59条规定了民事行为可因缺乏公平、合理而致使行为无效或得撤销的情况。据此,笔者认为,在认定免责条款是否公平合理时,应考虑如下情况:①双方在交易中的相对地位和权利,相对人是否对订约有选择余地;②相对人在订约过程中是否受到劝诱,是否已知悉或应知悉该条款;③若准许违约方援引免责条款,对受害方是否公平是否合理可行。

(2)免责条款不得排除故意或重大过失责任。因故意或重大过失致人损害的行为,表明行为人的过错程度是重大的。而从过错程度来控制免责条款的效力,乃各国立法通例。如《德国民法典》第276条第2款规定:“债务人因故意行为而应负的责任,不得预先免除”。英国《不公平合同条款法》亦规定免除或限制人身损害责任的条款无效,免除或限制故意或重大过失财产责任条款无效。在我国,虽然判例确认有关人身伤害的侵权行为免责条款无效,但在成文法中无明文规定禁止免除故意或重大过失的违约责任原则。笔者认为在今后的立法及司法解释中此禁止规定应予明确。

(3)免责条款不得排除合同当事人应负的基本义务。对此德国《一般合同条款》第9条第2款规定,一般合同条款中之约定限制基于合同之本质而生成的基本权利或义务,致该合同目的之达成受危害者,有疑义时,推定其有不合理之利益,因而无效。该法所对“合同之本质”做了解释,即指通常交易观

念及一般交易当事人所得合理预期之给付目的与契约利益而言。例如在买卖及分期付款的消费者合同中,卖方或所有人关于货物符合样品或其他的描述,以及关于货物质量适用于特定目的的默示担保,不能被排除。透视前述法律规定的基本精神可知,如果免除某种义务将使一方当事人所订立合同的目的不能达到,应认为该免责条款排除了合同当事人应负的基本义务,因而应认定为无效。

### 三、合同免责条款适用的效力及责任的确认

本着弘扬契约自由的精神,着眼于避免和减少社会损害、维护社会公德和诚实信用、保护弱者尤其是消费者合法权益的原则,在适用免责条款时应采取相应措施,如通过加强行政调控、立法规制、司法导引、舆论监督、行业自律和个人自我保护等途径,从多方面合法合理地调控免责条款尤其是格式条款,使其健康发展,有效地服务于社会经济生活。

在当事人合同实践中,关于免责条款的运用及其效力如何,有待于实践确认。在确认时,笔者认为应遵循《民法通则》和《合同法》的有关规定,坚持合法性原则与合理性原则相结合,以合法性原则为主,以合理性原则为辅,充分体现契约自由精神。值得注意的是,现代契约的法律问题已不再是契约自由而是契约公正的问题。针对目前合同适用的实际,充分考虑到当事人地位不平等的现实,抛弃形式上的观念而追求实质正义,这是免责条款健康发展的新要求,也是确认其效力时应考虑的新问题。

(1)任何当事人试图援引免责条款免除自己的责任,必须证明该条款作为合同的一部分,且已经成立并生效。成立是指当事人已就免责条款达成了合意,生效是指已经成立的免责条款符合既定的生效条件,从而能够产生法律的约束力。免责条款作为合同的组成部分,应当符合民事法律行为的生效条件及合同法规定,不得违反法律的规定和社会公共利益,当事人意思表示应真实,并遵循诚实信用和公平的原则。尽管合同当事人可以自行约定归责事由,可以排除、限制过失责任,约定风险责任或改变法定风险的承担方,但是免责条款不得与法律规定相抵触,不得违反诚实信用、公平、公正及社会公德的原则。具体而言,免责条款凡是具备合同绝对无效条件之一的,一律无效;凡是规定造成人身伤害而予免责的规定无效;规定因故意和重大过失给对方

造成财产损失而予以免责的条款,一律无效;凡是免除提供免责条款尤其是格式条款的一方当事人主要义务、排除对方当事人的主要权利的,一律无效。

(2)对于免责条款(格式条款)用语不清、范围含糊的,应从对方的经济目的、签订意图中探求当事人的真实意思,并兼顾当事人双方的利益来确定。一是对有争议的免责条款,应当根据一般人对条款的理解来进行解释;二是对免责条款不明确,应对条款制作人或提供人作不利的解释;三是免责条款有两种或多种解释的,只有一种解释有利于公共利益的,那么有利于公共利益的解释应被优先考虑;四是格式条款与非格式条款不一致的,应采用非格式条款。在一个格式合同中,既存在格式条款,又存在非格式条款,采用不同的条款,会对双方当事人的利益产生重大不同影响的。在这种情况下,非格式条款应处于优先地位,与该非格式条款相矛盾的格式条款无效。

(3)由于合同提供者对合同内容、目的等因素是清楚明白的,而相对人并不一定知道格式合同的基本内容或对此未加注意,或者仅注意到某些条款而没有注意到其他有关条款,因此,提供人应采取合理的方式,将有关的免责条款通知对方,让对方当事人了解免责条款的内容和免责条款适用的后果,提供人一方不能仅凭把合同中免责条款交给对方而要求免责,即使被免责了,也是不受法律保护的。具体而言,提供格式合同方有如下义务:一是遵循公平原则,有确认双方当事人之间的权利与义务的义务;二是有提请对方注意的义务;三是有给予说明的义务。若提供方不尽义务则要相对方单方承担相关责任,免责条款适用的结果是不受法律支持的。

(4)违约责任的免除是相对于有效合同而言的,无效合同不受法律保护,不存在违约的问题,当然也就谈不上违约责任问题。违约责任的免除还必须是违约发生在合同效力存续期间,超出存续期间的,仍应负违约责任,也就不存在免除责任问题。

### 参 考 文 献

- 1 [英] P·S 阿蒂亚著,程正康译,《合同法概论》,法律出版社,1982
- 2 董安生等编译,《英国商法》,法律出版社,1991
- 3 杨立新,《合同法的执行与运用》,吉林人民出版社,1999
- 4 武钦殿,《合同效力的研究与确认》,吉林人民出版社,2001
- 5 王宝发,《合同纠纷的预防与解决》,法律出版社,2002
- 6 王利民等,《合同法新论·总则》,中国政法大学出版,1998