

免责条款的合同法效力

——判例、规则、现代法干预与借鉴

廖志雄*

引言

让我们从一个真实的免责条款例子引出我们将要讨论的问题。顺丰速运有限公司“我的顺丰”系统平台(i. sf-express. com)在其网页上公布的《服务条款》包括这样一些条款:[1]

一、特别申明

1. 用户必须完全同意所有服务条款,才能注册成为“我的顺丰”的正式会员,用户在进行注册过程中点击“同意协议并进入下一步”即表示用户已完全知悉并接受全部服务条款。

顺丰速运有权根据业务需要酌情修订“条款”,并在其网站上予以公告。如用户不同意相关修订,请用户立即停止使用“服务”。经修订的“条款”一经在顺丰速运网站公布,即产生效力。如用户继续使用“服务”,则将视为用户已接受经修订的“条款”。

* 廖志雄,新西兰怀卡托大学法学院高级讲师,法学博士。

[1] 参见顺丰速运有限公司《服务条款》,载 [https://www. sf-express. com/cn/sc/about_us/member_interests/](https://www.sf-express.com/cn/sc/about_us/member_interests/),最后访问时间:2020年5月18日。



七、免责声明

1. 用户明确同意使用“我的顺丰”下单及查询服务所存在的风险及产生的一切后果将完全由用户自己承担。

2. “我的顺丰”不担保服务一定能满足用户的要求,也不担保服务不会受中断,对服务的及时性、安全性、出错发生均不作担保。

.....

九、违约赔偿及责任限制

1.

2. 用户同意“我的顺丰”不会为用户因使用本网站而招致的损失负上任何法律责任,也同意放弃追究“我的顺丰”任何赔偿。如果此项声明不适用于个别的例子,“我的顺丰”的责任不会超过用户在本网站下单所付出的金额。

假设出现下面这些情形,上面这些条款的效力会被法院接受吗?

1. 用户在注册账户时并没有阅读该《服务条款》;

2. 顺丰速运单方面修改了服务条款并公布于网站上,但是某一注册用户并没有注意到该修订,并使用了下单或查询服务,该用户受到该修订后条款的约束吗?

3. 假定完全由于顺丰速递自身或者其员工的过错,甚至是极端严重的错误,导致了用户的损失,并且该损失明显超出该用户在该网站下单所付出的金额,顺丰速递是否可以依赖上述条款免除或限制责任?

本文将结合原《合同法》以及新颁布的《民法典》的有关法律规定,尝试回答上述问题,并结合对其他国家特别是普通法系有关判例和法律规则的讨论,提出如何借鉴完善我国相关立法和司法的建议。

一、《合同法》的相关规定及疑问

《合同法》第40条规定:“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条



规定情形的,或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。”

该条列出了格式条款无效的三种情形。一是《合同法》第 52 条的情形,即一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;以合法形式掩盖非法目的;损害社会公共利益;违反法律、行政法规的强制性规定。依据该条并不能直接得出上述相关《服务条款》无效的结论。

二是《合同法》第 53 条所列的情形。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。”显然,以上顺丰速递的《服务条款》属于格式条款。比照《合同法》第 53 条的规定,上述《服务条款》的第 7 条第 1、2 款以及第 9 条第 2 款的法律效力就非常值得疑问。因为该等条款排除了顺丰速递的一切责任,即使该公司或者其员工存在故意或重大过失的情形下。

三是“提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利”的情形。很明显,《服务条款》第 9 条第 2 款规定的“(顺丰速运)不会为用户因使用本网站而招致的损失负上任何法律责任”属于免除格式条款提供方责任。第 7 条第 1 款规定的“用户同意……所存在的风险及产生的一切后果将完全由用户自己承担”属于提供格式条款一方加重对方责任或排除对方主要权利。第 9 条第 2 款规定的“(用户)同意放弃追究……任何赔偿”属于提供格式合同一方排除对方主要权利。

从以上简要观察至少可以得出一个表面结论,该《服务条款》的上述条款是否在合同法上有效是存疑的。而这些条款似乎是整个《服务条款》的核心,如果这些条款无效,整个《服务条款》的价值或意义就大打折扣。那么,为什么顺丰速运还要有加入这些似乎“显然无效”的条款呢?这些条款真的就绝对没有合同法上的效力吗?法院对这样的条款将会如何认定和处置?

事实上,许多商品或服务提供者都在其网站上公布了类似这样的条款,如果依照合同法当然无效,它们就既不充分也无必要;它们是普遍存在的事



实,是否至少表明存在其他的可能性呢?譬如在某些情形下它们可能是有效的;或者说,《合同法》的上述规定过于刚性,法院在司法的过程中可能引入某些柔性的处理或变通?如果这样,法院应该依据什么样的规则或者考虑哪些因素呢?新颁布的《民法典》对此是否有所改变呢?

免责条款如果是合同条款之一,免责条款的效力问题涉及两个重要的合同法原则的冲突。一方面,依照合同自由原则,^[1]合同当事人可以自由决定是否订立合同,跟谁订立合同,以怎样的条款来订立合同。除非存在明显违反法律和公共政策的情形,合同当事人的自由应当得到尊重。法官的职责不包括告诉合同当事人如何订立合同,更不包括将当事人已经一致同意的合同条款进行删除或变更,或者强加于合同当事人一个从未达成过的条款。而另一方面,合同法的公平原则和诚实信用原则要求合同各方不得滥用权利、利用优势地位强加他方不公平的交易条件。^[2]因此,对免责条款合同法上效力的认定,是一个在相互冲突的法律基本原则中寻求平衡的过程。单纯强调一方面而忽略另一方面的方法是不可取的。

免责条款有悠久的历史,并且关于该等条款是否应该具有法律效力,几乎是所有法律体系普遍要面对的命题。合同法是相对而言较少地域色彩的法律,这使得观察和借鉴其他法系或法域的立法司法经验具有意义。对于如何处理免责条款的合同法效力,普通法系已经建立起一套较为成熟的规则,并且在其丰富的判例中得到应用佐证,不断完善。为此,本文拟对普通法的相关规则及判例做一系统考察,以供借鉴。

二、分析免责条款效力的基本逻辑思路

某合同法著作中提到这样一个案例,某洗衣公司印制的“取衣凭证”上注明:“自取货之日起逾期 15 日不取,如遇不可抗拒的损失,本公司概不负

[1] 见《合同法》第 4 条;《民法典》第 5 条。

[2] 见《合同法》第 5、6 条;《民法典》第 6、7 条。

责,并应自付保管费。”^{〔1〕}从上下文分析,可以推断该书作者主张该凭证上的条款无效,其理由是该凭证“并未规定逾期交货所应承担的责任”,并且“不可抗拒的损失”如何解释完全由该公司自己决定,顾客不能提出异议。^{〔2〕}

这样的分析逻辑是存在问题的。假设该“取衣凭证”加上洗衣公司“逾期交货所应承担的责任”,并且顾客可以就“不可抗拒的损失”如何解释提出异议,那么该书作者提出该条款无效的原因或理由就消失了,那么,这样的免责条款就有效了吗?

其实该书作者忽略了一个重要的逻辑起点,即该“取衣凭证”是否构成洗衣合同条款的组成部分。如果该“凭证”并非合同的组成部分,一切关于其所记载的条款如何解释、是否有效的讨论都是多余的。按通常的交易习惯,顾客将需要洗涤的衣物交到洗衣公司职员的手中,职员依照价目表或其他依据计算应当收取的费用,不论该费用是否即时收取,邀约和承诺的缔约过程已经完成,洗衣合同已经成立。此后,洗衣公司的职员将“取衣凭证”交给顾客,此行为明显发生在洗衣合同成立之后,所以不论该“取衣凭证”上记录了怎样的条款,都并非已经成立了的洗衣合同的组成部分,因而不可能对顾客有任何约束效力。除非顾客阅读了“取衣凭证”的条款并表示接受,否则该等条款充其量只是一个由洗衣公司提出的在已经成立的洗衣合同之外的新的邀约。

本文认为,分析免责条款效力的基本逻辑思路应该包括这样几个步骤:首先,涉及的条款是否是合同的组成部分,如果答案是否定的,则该条款在当事人之间不具有合同法上的效力,条款如何解释、公平合理与否成为不必要的问题。其次,如果涉及的免责条款构成合同的组成部分,那么该条款如何恰当解释,之后发生的情形是否为免责条款的范围所涵盖。如果解释的结果显示之后发生的情形超出了免责条款的涵盖范围,则免责条款不起作用,此时,免责条款本身公平与否仍然是一个多余的问题。再次,如果之后发生的

〔1〕 吴鹏、朱晓娟:《合同法——原理、规则、案例》,清华大学出版社2006年版,第73页。

〔2〕 同上。

情形为免责条款的范围所涵盖,则看该条款是否公平合理,是否违反有关的法律或者公共政策。最后,在特定的情况下,或者需要考虑依赖免责条款的一方,是否存在“根本违约”的情形,从而导致其依赖免责条款的保护显失公平,进而促使法院部分或全部地否定该免责条款的效力。

三、免责条款是否合同的组成部分

这涉及几个重要的问题,第一,免责条款呈现的时间问题。免责条款呈现给合同他方的时间是判断其是否为合同组成部分的逻辑起点。

要成为合同的组成部分,免责条款应当在合同缔结之前或之时就为对方所得知,这样对方才有机会考虑是否接受,如此才能够形成合意,对方才可能受到该条款的约束。因此,加入免责条款的一方,对他方有告知的义务,他方应当得知或理应得知(如因为过往双方的多次交易都包含该条款)该条款,这样该条款才有可能成为合同的组成部分。这个时间要求也同样适用于单方修订的合同条件,如果合同他方并未知悉或者理应知悉,则该条款对合同他方没有约束力。

试想这样的例子,顾客走到酒店的前台,定了房间,付了费用,拿到钥匙,进入房间。进入房间后发现,在房间门的里侧,贴有酒店的免责声明:“本店对客人的财物损失概不负责,除非客人已经将贵重物品交由前台保管”。顾客外出时,酒店的清洁工疏忽,未能及时锁上房门,盗贼趁机进入房间盗取了客人的贵重物品。^[1]那么,在这种情形下,酒店是否能够依赖于房门里侧张贴的免责声明免除责任呢?答案是否定的,除非该客人之前曾经多次到该酒店,已经得知该免责条款,否则,他/她是在与酒店的服务合同订立之后才得知该免责条款,该条款并非酒店服务合同的组成部分。这是因为,顾客与酒店之间的服务合同,已经在酒店前台计价付款之时完成缔约过程,合同已告成立,而当时顾客并不得知这个免责条款,因而合同并不包括这个条款。

[1] 参见英国上诉法院判例: *Olley v. Marlborough Court Ltd* [1949] 1 KB 532, [1949] 1 All ER 127(CA)。



即使酒店主张其“有权单方面修改合同”,该单方面修改也并未得到客人的接受,加入免责条款的合同变更对该顾客并不具有法律约束力。

第二,免责条款是否已经得到合同他方的签署。免责条款或者包含免责条款的文件,是否必须得到合同他方的签署才有可能生效?依照通常证据规则,一个人对其签署的文件负责,除非他/她能够证明签署该文件并未出自其真实意思,譬如是在被强迫、被欺诈等情形下签署的。这个规则在一个英国判例里得到体现。在该案中,原告向被告购买了一台自动香烟售卖机。《销售协议》中包含这样一个条款:“本协议包含了本人同意购买的上述售卖机的全部条款和条件;任何本协议未提及的明示或默示条件、陈述、(质量及服务)保证,无论是否法定,在此一并排除。”原告取得售卖机后,发现其不能正常使用,起诉被告违反货物销售法中关于商品符合特定目的用途的义务。^[1]法院判决原告败诉,理由是,当一个包含合同条款的文件被签署,在没有欺诈、虚假陈述等(否定签署人的真实意思表示的)情形下,签署人应当受到该文件的约束;至于他是否已经阅读该文件无关紧要。^[2]

这涉及一个重要的合同法问题,签字是否代表了签署人的真实意思。内在意思与外在形式之间如何取舍?上述英国法院的判例表明,签署包含免责条款的文件通常会被认为是接受约束的结论性证据。这个立场,得到了澳大利亚和新西兰法院的支持。但是,加拿大法院采取了不同的立场。在 *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd* 案中,^[3]原告在酒醉的状态下,参加被告滑雪场的轮胎滑雪比赛。参赛者坐在充气的汽车内胎上,从滑雪场高处往下滑。原告签署了参赛申请表,该申请表包含了意图排除被告作为比赛组织者的任何责任。在比赛过程中,原告从轮胎滑落并被甩出,严重受伤,原告因此起诉被告,称被告举办具有内在危险性的比赛,且允许严重醉酒的人

[1] 对于非消费者特别法管辖的一般货物销售,合同双方可以以合同排斥或变更合同补充性质的货物销售法条款。

[2] *L' Etrange v. F Graucob Ltd* [1934] 2 KB 394(KB).

[3] *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd*(1985) 51 DLR(4th) 321 at 333.

参加,这是疏忽大意,应当承担责任。被告依赖申请表里包含的免责条款抗辩。加拿大最高法院判决被告不能依赖该免责条款,理由是尽管原告人签署了申请表,但是被告人并没有就免责条款提请原告人注意,原告人也并未阅读甚至根本就不知道免责条款的存在,因此该免责条款对原告人不具有约束力。

考虑到大陆法系关于民事法律行为的规则以及法院在合同解释中比普通法系法院更为重视探寻当事人的真实意思的状况,中国法院在司法实践中,如果把签字当作合同他方接受免责条款约束的真实意思表示的结论性证据,恐怕过于绝对,并不妥当。加拿大法院的做法,或许更值得借鉴。

第三,加入免责条款的一方是否已经采取必要措施使得免责条款引起合同他方的足够注意。在合同他方没有签署包含免责条款文件的情形下,或者即便合同他方已经签署,如果法院采取类似于加拿大法院的立场,并不将签署文件当然地看作结论性证据,那么,免责条款是否引起合同他方的足够注意,是免责条款是否已经被合同他方接纳并可能生效的关键。引起合同他方注意的方法多种多样,譬如向他方特别指出免责条款所在,口头提醒他方阅读免责条款,用鲜明的颜色和大号的字体突出免责条款等。免责条款越不寻常,越难以预料,排除的责任越大,提请注意的义务也越重,对提请注意的要求也越高。^[1] 在一个关于停车场免责条款的案子中,原告将其汽车停放在被告的停车场,他之前并未使用过该停车场。停车场外边有一个牌子,上面写着“停放于本停车场车辆的车主承担一切风险”。停车的流程是这样的,车主驾车到入口处,从自动闸机口取一张停车票,然后继续往里开,找位置停车。停车票包含这样的字句“本小票依照本场所展示的条件签发”。停车场内墙上展示的条款之一,是免除被告停车场对客户人身伤害的责任。原告并

[1] 这一点可以从英国上诉法院在 *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433(CA) 的判决得到例证。该案并非关于免责条款,但其中包含负担非常沉重的逾期归还付费条款,法院认定如此沉重的负担条款,应当需要依赖该条款的一方采取非常明显的必要措施提请对方注意。正如丹宁勋爵在 *Spurling v. Bradshaw* [1956] 2 All ER 121 所指出的,有些免责条款是如此的(非同一般或者令人惊诧),以致需要一只红色的大手指标指向它来提请他方注意。

没有注意到停车小票上的字句,也没有阅读停车场内墙上展示的条款。他在返回取车时受伤,起诉要求被告停车场承担责任。被告主张依赖停车场内展示的条款免责,但该主张被法院拒绝。英国上述法院认为,停车场地自动停车售票闸机代表其向前来停车的人邀约,邀约的条件是受要约人,即驾车进入的车主能够在该闸机附近能够看到条款内容,投币取票已经表明合同成立。一方面,停车小票的字句来得太晚,已经是停车合同成立之后,故此并非合同组成部分;另一方面,停车场也没有采取足够的步骤提请对方注意免责条款,除非被特别提醒,罕有停车者在入口处取得停车小票后阅读小票上面的字句。因而,该免责条款对原告没有约束效力。^[1]免除人身伤害责任非同寻常,所以提请他方注意的步骤也应当非同寻常。

如果合同各方之间已经存在多次交易,并且免责条款已经包括在之前的交易合同之中,那么,依赖免责条款的一方可以主张合同他方知道或者应当知道该免责条款,提请注意的义务将大大减轻。对免责条款尽提请注意的义务,也被《合同法》及《民法典》所确认。^[2]但对于过往交易是否能够减轻或者免除提请注意免责条款义务,我国法律未作规定。

第四,是否对免责条款内容存在虚假陈述或者免责条款以非合同文件的形式呈现。通常情况下,法院对于免除责任的条款抱有敌对的态度。即使免责条款似乎可能构成合同的组成部分,法院仍然可能通过各种途径否定或者限制免责条款的效力,例如寻找诸如存在虚假陈述,或者免责条款被淹没于一个非合同文件之中这样的理由来否定其效力。如果加入免责条款的一方,通过虚假陈述,将免责条款的范围效力等缩小,告知对方或提请对方注意,对方可以主张其所被提请注意的内容与后来依赖的免责条款并非同一事物,因而不后者的受约束。在一个干洗店试图免责的判例中,^[3]原告把她的白色纱裙交给被告洗衣店清洗。洗衣店员工让她签一张收据,告诉她这是要免除

[1] *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd* [1971] 2 QB 163 (CA).

[2] 《合同法》第39条,《民法典》第496条。但该两条仅适用于格式条款合同。

[3] *Curtis v. Chemical Cleaning and Dyeing Co Ltd* [1951] 1 KB 805, [1951] 1 All ER 631 (CA).

干洗店对于某些风险的责任,特别是整理衣服时可能造成对纱裙上镶嵌的亮片和小珠子的损坏。而事实上,收据上的免责条款是排除洗衣店对衣服可能损害的任何责任。由于洗衣店的过失,原告的白纱裙被沾上了颜色无法去除。原告起诉要求赔偿,被告洗衣店企图依赖原告签署的收据上的免责条款,被法院拒绝,依据是洗衣店对于免责条款的范围存在虚假陈述。

如果免责条款包含于一个处于合同他方位置的理性的人看起来不像合同文件的文件之中,即便他签署了该文件,法院也可能否定该免责条款的效力。^[1]

四、免责条款的解释规则

在无法否定免责条款已经构成合同组成部分的情况下,法院仍然可以通过对免责条款作限制性解释来否定或限制其效力。但是,这并不是说法院可以任意解释,法官仍然需要遵循某些既定的规则,并且在可能的情况下,尽量维持合同自由与公平原则的平衡。

首先,英美法法官通常运用 *Contra proferentem* 规则来解释免责条款。*Contra proferentem* 是拉丁语 *verba chartarum forties accopiuntur contra proferentem* 的简称,是指在存在歧义的情况下,字句应当作出对依赖于它们的一方(通常也是起草合同或者提供格式合同的一方)不利的解释。^[2] 在一个新西兰的案件中,原告将其车辆存放于被告的车行,车行的门外有一个显眼的牌子,上面写着:“在本车行内存放或行驶的车辆由车主承担风险。尽力照看;不负责任(*All Vehicles Stored and Driven at Owners Risk. All Care Taken; No Responsibility*)。”周末的时候,修车行的大门没有锁好,车辆的钥匙挂插在启动钥匙孔上,原告的车辆被盗。原告起诉索赔,被告认为车行门外的牌子上的免责条款构成合同组成部分,据此车行可以免责。法院认为,要排除疏忽大意过失的责任,免

[1] 一个典型的判例,是 *Burnett v. Westminster Bank Ltd* [1966] 1 QB 742 (OB)。

[2] 该规则也在《合同法》第41条以及《民法典》第498条得到体现,尽管其适用范围似乎局限于格式合同条款。

免责条款必须清楚、没有歧义,并且这样的条款应当(在可能的情况下)作出对依赖于条款一方不利的解释。而车行告示牌上的字句,并不清晰,存在两种可能的合理解释。它可以被解释为(车行将)尽力照看(车辆),但即使车行没有做到,也不承担任何责任;也可以被解释为(车行将)尽力照看(车辆),在车行做到(这样)的情况下,不承担任何责任。因此,法院认为,这个条款是有歧义的,因而法院依照 *Contra proferentem* 规则对该免责条款作出对车行不利的解释,即只有在车行尽到注意义务全力照看车辆的情况下,才能免除责任。^[1]

运用这个规则来解释的前提是免责条款存在模糊或者歧义之处。这一点也得到了《合同法》及《民法典》的确认。^[2]如果免责条款所用的字句非常清晰明确,法官不能够强行曲解,作出不同于当时双方合意的解释。法官的任意强行曲解会严重损害合同自由,要么忽略了合同各方已经达成的合意,要么强加给合同双方从来没有达成的条款。

其次,在可能的情况下,法官将尽力对免责条款的适用范围做限制性的解释。如果出现的情形超出免责条款的覆盖范围,该免责条款就不适用。一个典型的英国判例是 *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes*。^[3]在该案中,被告向原告销售“common English sainfoin”种子。合同中包括这样一个条款:“销售方对于(种子)的发芽、品种以及其他任何事项不提供任何明示或默示保证(warranty)。”结果送货的是“giant sainfoin”种子,一种不同且质量更低的种子。原告(买方)起诉要求被告即卖方赔偿损失。被告依赖合同中的免责条款拒绝。法院认为,上述合同中的免责条款只是涉及对“保证”(warranty)的免责,但是关于货物的“描述”(descript)是一种“条件”(condition)^[4]因而该

[1] *Livingstone v. Roskill* [1992] 3 NZLR 230 (HC).

[2] 见《合同法》第41条,《民法典》第498条。

[3] *Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes* [1911] AC 394 (HL).

[4] 在多个英美法系国家的货物销售的立法中,包含关于条件(condition)与保证(warranty)的区分。销售方违反 warranty 的,买方只能要求赔偿不能退货,而违反 condition 的,买方可以退货。所谓 condition,即除非这个条款得到满足,否则买方是不会订立这个合同的实质性的重要条款。参见英国《1979 货物销售法》(Sale of Goods Act 1979)第11条,新西兰《1908 货物销售法》(Sale of Goods Act 1908)[已经被《2017 合同与商业法》(Contract and Commercial Law Act 2017)所取代]第13条。

案中卖方的行为属于对于条件而非保证的违反,并不在免责条款的范围之内,卖方不能依赖该免责条款。

五、“根本性违约”与免责条款的效力

如果合同一方严重违约,甚至根本就没有履行任何实质性的合同义务,该“根本性违约”方能否依赖免责条款来免除或者限制其责任呢?所谓根本性违约,是20世纪50年代在英国法院逐步发展起来的观念,其含义是,每一个合同必然包含某些绝对重要的关键性的合同义务,如果没有履行这些合同义务,其实质性后果相当于整个合同都没有得到履行。也就是说,对于规定关键性合同义务条款(所谓“根本性条款”)的违反,称为“根本性违约”,相当于对整个合同的违反。

合同法在如何处置根本性违约上存在两难问题。如果合同法的规则是忽略“根本性违约”的特殊性,仅把它作为如其他(一般)违约做相同的他处理,这样就可能产生一个严重的问题,即受免责条款保护的一方,可以根本就不履行合同义务或者合同的主要义务,在违约事项落入免责条款范围的情况下,仍然可以免责,这样相当于给违约方提供某种激励,鼓励违约。这样不仅违背鼓励合同履行促进交易的公共政策,还对合同他方极不公平。一个英国20世纪50年代的上诉法院的判例证实了这个“给违约者激励”的问题。^[1]在该案中,被告买方在一个车行挑选了一辆二手别克轿车,他检查并试驾了车辆,觉得车的整体状况不错,就签订了融资购买合同,融资申请被批准以后,车行把车辆送到他家。车辆送到时是傍晚时分。第二天一大早,他检查车辆,发现虽然送来的车确实是他当时选中的车辆,但是新的轮胎已经全被换成了旧的,车上的收音机被拆走了,车体上的铬合金条没有了,汽缸盖不见了,气门嘴已经烧秃了,两个活塞已经裂了。这辆车在这种状态下根本就不能依靠自身来行走,这一点也可以从还留在车前部保险杠的拖车绳得到印

[1] *Karsales(Harrowe) Ltd v. Wallis* [1956] 1 WLR 936(CA).



证——它不是被开到买方家里,而是被拖到买方家里来的。买方拒绝支付,要求卖方修理。卖方依据合同中包含的免责条款拒绝修理,并且起诉买方要求支付。合同中包含的免责条款规定,卖方对于交付给买方的车辆的状况不承担任何责任。在这样的情况下,如果没有关于“根本性违约”的特殊规则,法院就容易陷于困境。首先,法院无法否定该免责条款是合同的组成部分。其次,无论做怎样的限制性解释或者尽力做出对依赖免责条款一方不利的解释,出现的状况都会落入免责条款的范围之内。然而,如果在这样极端的情形下,仍然尊重合同自由,允许卖方免责,又显然严重损害买方利益,明显不公。

那么,英国上诉法院是如何判决的呢?法院认为,这样的根本性违约导致违约一方不能依赖免责条款,^[1]其基本逻辑是,依据合同,买方要购买的是一辆可以使用的车,而交付的车辆是根本不能使用的,所以根本就不在(买卖可用车辆的)合同的范围之内,因而不能被合同中的免责条款所覆盖。

但是,这样的合同法规则,即根本性违约的一方完全不能依赖免责条款,也存在问题。它会导致对合同自由的否定,也过于绝对,在某些特定情形下不符合商业交易的实际情况。这个担忧在 *Susse Atlantique Societie d'Armement Maritime S A v. NV Rotterdamsche Kolen Centrale* 案中^[2]得到充分体现。当时具有英国最高法院职能的 House of Lords 认为,对于所谓的根本性违约,不应该存在一个单独的法律规则;免责条款生效与否,仍然是一个关于该条款是否合同的组成部分,以及合同条款如何解释的问题。如果免责条款是合同的组成部分,并且范围足够宽来覆盖出现的违约情形包括所谓的根本性违约,那么免责条款仍然生效。当然,要使在根本违约的情形下免责条款仍然生效,其用语必须非常清楚地表明它适用于根本违约的情形。这个态度在 House of Lords 的 1980 年的判决中得到再次确认,^[3]并在英

[1] *Karsales (Harrowe) Ltd v. Wallis* [1956] 1 WLR 936 (CA).

[2] *Susse Atlantique Societie d'Armement Maritime S A v. NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 AC 361 [HL].

[3] *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827 (HL).



国、^[1]加拿大^[2]和新西兰^[3]的法院得到确认和运用。

在 *DHL International (NZ) Ltd v. Richmond Ltd* 案中,^[4] 新西兰 Richmond 公司(原告,出口合同卖方,邮件快递服务的使用人)依照合同向意大利 Bini 公司(买方)出售皮毛产品。依照合同,卖方的提货文件应当邮寄到意大利银行,然后买方 Bini 公司向意大利银行支付价款并获得提货文件才能向承运人提货。Richmond 公司使用 DHL 新西兰公司的邮递服务,要求其将提货文件送达意大利银行。然后,DHL 错误地将整套文件直接送达 Bini 公司,使该公司无须支付价款即可向承运人提货。该公司提货后即清算消失,导致 Richmond 公司无法追索货款。Richmond 公司起诉 DHL 新西兰公司,要求其赔偿全部出口货物价款损失。DHL 新西兰公司依赖它与 Richmond 公司之间快递服务合同的一个限制责任条款提出抗辩,该条款规定 DHL 对客户的最高赔偿额为直接损失 100 美元,并不承担任何间接损失。新西兰上诉法院认为,该限制责任条款明显适用于所出现的情形,因而 DHL 可以依赖该条款。在 Richmond 公司与 DHL 新西兰公司之间,也不存在不平等的经济权力(unequal economic power),因而为了保护 Richmond 而对他们之间的合同条款进行强行扭曲的解释并不合适。合同条款应当在整个合同之中依据其平白的通常自然含义去解释。Richmond 公司本来可以通过购买保险来避免风险,当然它也可以选择承担这样的风险以此来节约商业费用,这也是理性的商业决策。该判决至少表明,在合同双方不存在不平等的经济权力的情况下,如双方都是商业经营者的情况下,根本性违约并不当然导致免责条款无效。免责条款的解释和适用问题,仍然遵循关于免责条款处理的一般规则,只是在根本性违约的情况下,或许对免责条款的清晰性(免责条款明白无误地表明包括根本性违约的情形)或许应有更高的要求。

[1] *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v. Malvern Fishing Co Ltd* [1983] 1 WLR 964(HL).

[2] *Hunter Engineering Co v. Syncrude Canada Ltd* [1989] 1 SCR 426.

[3] *DHL International(NZ) Ltd v. Richmond Ltd* [1993] 3 NZLR 10(CA).

[4] *Ibid.*

加拿大最高法院近期的判决似乎表明,它在支持该规则的同时,引入了有限的法院自由裁量考量,以应对严格适用该规则可能导致的明显不公平。^[1]加拿大最高法院认为,即使在免责条款确实构成合同的组成部分,并且依照解释规则来解释仍然覆盖所出现的根本性违约的情形下,法院仍然有有限的自由裁量权去拒绝免责条款的效力。当然这种自由裁量权必须严格限制,只能在广泛认可的与该违约行为的性质直接相关的公共政策允许的情形下运用。也就是说,只有在该本质上无可争议的公共政策考量足以超越合同自由公共政策考量的情况下,法院才能运用有限的自由裁量权而在根本性违约的情形下来拒绝本该认定为有效的免责条款的效力。^[2]

六、免责条款的现代法干预

出于加强消费者保护以及促进公平交易等需要,无论是大陆法系还是英美法系国家,都越来越多地通过立法限制免责条款的效力。因而,法院在处置某一免责条款是否有效时,在确定了该条款确实为合同组成部分之后,首先考虑的是该条款是否违反强制性的法律规定。如果答案是肯定的,法院可以拒绝赋予该条款法律效力。有些立法明确规定法院可以依据一方当事人或者法定机构的请求,宣布有些合同条款为不公平条款,进而否定其效力。^[3]

在特定情形下,特别是当违约行为导致他方完全丧失或者本质上失去其在合同中的所有或根本性的期待利益(类似于前述“根本性违约”的概念),而涉及的免责条款从根本上剥夺合同他方寻求司法救济或损害赔偿权利的情况下,立法赋予法院权力去忽略或限制免责条款的效力,给受害人以某些救济。^[4]某

[1] 参见加拿大最高法院在 *Tercon Contractors Ltd v. British Columbia (Transportation and Highways)* 2010 SCC 4, [2010] 1 SCR 69 一案判决,第 117 ~ 120 段。

[2] 一个典型的公共政策是(根本违约行为构成)犯罪或者严重欺诈。

[3] 如新西兰《1986 公平交易法》(Fair Trading Act 1986)第 46H-M 条。

[4] 如英国的《1977 不公平合同条款法》(Unfair Contract Terms Act 1977)、澳大利亚联邦《2010 竞争与消费者法》[Competition and Consumer Act 2010 (Cth)]、新西兰《1993 消费者保证法》(Consumer Guarantees Act 1993)及《1986 公平交易法》(Fair Trading Act 1986)等。

些立法还赋予法院以修改甚至重写不公平合同条款的权力。^[1]一些立法甚至明确规定通过合同排除或者试图排除该等强制性法律适用的行为为刑事违法。^[2]由于合同法是地域性色彩相对较为薄弱的法律部门,不同法系之间合同法的互相借鉴是相对合理和必要的,普通法系应对免责合同条款的丰富判例和立法,值得研究借鉴。

由于格式条款越来越广泛地被运用,且免责条款往往包含在格式条款之中,因而需要针对格式条款以及格式条款中包含的免责条款进行特别立法。^[3]原《合同法》第39~41条,在一定程度上提供了应对格式条款的基本法律规则,但不够完善。特别是第40条的(一律)无效的规定,似乎过于绝对,忽略了在特定情形下某些商业机构之间仍然存在公平适用格式化免责条款的可能性。商业经营者在经过充分考量的基础上,出于降低成本的考量,可能愿意选择承担某些商业风险,包括对方违约而可以依赖免责条款的风险,因而接受某些表面上看起来“不合理”的免责条款,这种选择是一种理性商业决策,具有一定的合理性,因而在:免责条款确实构成合同的组成部分;合同他方已经得到明确的提示,知道或者理应知道免责条款的存在及内容;即使法院尽可能对免责条款做限制性的解释,出现的情形确实落入免责条款的范围,以及依赖免责条款一方的违约行为不构成刑事违法或者严重欺诈的情形下赋予合同免责条款以效力有一定的正当性,特别是对于维护合商事交易的确性和可预见性以及合同自由原则很有必要。比较刚刚通过的《民法典》第497条第2款与原《合同法》第40条,可以看到《民法典》否定了《合同法》第40条的一律无效的规则,引入了合理性标准作为判定格式合同免责条

[1] 一个典型的例证是新西兰的《2003 信贷合同与消费者金融法》(Credit Contracts and Consumer Finance Act 2003)第120条规定法院可以在(消费者)信贷合同债权人存在压迫性行为的情况下以法院认为合理的方式或条款重开信贷合同。

[2] 如新西兰的《1993 消费者保证法》(Consumer Guarantees Act 1993)第43条明确规定,除非获取消费品或消费服务的一方是商业经营者且此次是为商业目的而获取,并且通过书面合同来排除该法的适用是公平且合理的,否则意图通过合同排除该法的适用属于《1986 公平交易法》(Fair Trading Act 1986)规定的刑事违法行为,不仅其排除是无效的,而且会受到刑事检控,面临巨额罚款。

[3] 如新西兰《1986 公平交易法》(Fair Trading Act 1986)第46H-M条。

款效力的一个重要或者可以说是决定性的考虑因素。《合同法》第40条规定,提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。而《民法典》第497条第2款规定,“提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利”的,该格式条款无效。也就是说,依照新法,提供格式条款的一方免除其责任、加重对方责任、限制对方主要权利的,该格式条款并不当然无效,而是只要是合理的,仍然可以有效。《民法典》的这一规定,相比于原《合同法》第40条,确实是一个进步。但是,对于证明条款的“不合理”,谁负举证责任呢?《民法典》第497条并未明确。该条规定“……不合理地……(无效)”,这表明不合理是无效的构成要件之一,也就是说除非能够证明它不合理,否则是有效的。如此一来,依照民事证据举证责任的一般规则,需要由主张免责条款不合理的一方即意图否定其效力的一方来举证。考虑到维护民事证据举证责任一般规则的整体性和确定性,这样的措辞或许是合适的。但是,考虑到法院对免责条款的通常否定态度,是否应当考虑将举证责任转移到提供格式条款的一方,使主张该免除其责任或加重对方责任合理的一方,负有证明其合理性的举证责任;举证不能的,承担举证失败的后果,即其免责条款被宣告无效的后果。当然,这个任务也许可以通过特别立法如消费者保护法、公平交易法等来承担。无论如何,《民法典》第497条相对于原《合同法》第40条引入了“不合理”作为该等免责条款无效要素的这个变化,从某种意义上说,不论是借鉴的结果还是某种偶然巧合,是与英美法关于“根本性违约”情况下免责条款的效力的法律规则发展是一致的。^[1]

结 语

关于免责条款是否具有合同法上的效力,存在两项相互冲突的公共政策考量:一方面,合同自由原则要求法院尊重合同当事人的意思自治,尊重当事

[1] 参见本文关于“根本性违约”与免责条款部分的论述。

人达成的所有合同条款,包括免除或减轻一方责任的条款;另一方面,公平原则(以及大陆法系的诚实信用原则)要求法院对不公平的免责条款加以干预。英美法法院在大量判例的基础上,发展出了一系列普通法规则,来协调合同法的两大原则之间的现实冲突,积累了丰富的经验,值得借鉴。随着消费者保护的加强和对公平交易的强调,以及应对广泛存在的格式合同条款问题,现代国家普遍加强了立法,对免责条款的效力加以限制。中国立法在这方面,特别是在最新的《民法典》中的有关规定,也体现了对这些规则某种程度的接纳或借鉴。《消费者权益保护法》等有关法律也在不断修订完善。总体趋势是免责条款的适用范围和效力将受到更加严格的限定。这样一来,大量现存的或流行的免责条款,^[1]或将面临严峻挑战。

[1] 如本文开头提到的顺丰速运的服务条款。