

# 中国法中的不公平合同条款規制

## Regulation of Unfair Contract Terms under Chinese Law

韩世远

HAN Shi-yuan

**【摘要】** 运用功能比较方法，可以更清楚地认识本国法。不公平合同条款处于合同自由与合同正义的交汇点，反映一国合同法理的时代特征。中国对于不公平合同条款的立法及司法規制虽有从“实质不公平”角度出发的情形，更多的是从“程序不公平”角度出发。格式条款使用人未尽提请注意义务及说明义务，中国司法解释独创规定格式条款可撤销或无效，未遵循比较法及学理通常立场，宜尽早拨乱反正。格式条款中的纠纷解决条款，纵然订入合同，如果实质剥夺了相对人的救济途径，仍应依《合同法》第40条认定为无效。《合同法》第53条第1项“造成对方人身伤害”的情形，不应将一方当事人对第三人的人身伤害包括在内。

**【关键词】** 不公平合同条款 格式条款 免责条款 消费者保护 公益诉讼

**【中图分类号】** DF525 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 04-0017-16

**Abstract:** By functional approach of comparative law, one can understand his own domestic law better. The regulation of unfair contract terms is a typical example to show the borderline between freedom of contract and justice of contract. Although there are some cases showing the regulation of substantive unfairness of contract terms in China, much more cases embody a control of procedural unfairness. Where a user of a standard term fails to give reasonable notice of the term to the other party or to explain its meaning upon the other's requirement, the Supreme People's Court interprets their legal effects as voidableness or void of the term, which are very different from the common understanding of non-incorporation of the term into the contract. Even where a dispute-resolution clause as a standard term incorporated into a contract, it still may be void for violating Article 40 of the Contract Law if it substantially deprive the other party's access to remedy. An Exemption clause "that exempts liability for personal injury caused to the other party", as provided in Article 53 (1) of the Contract Law, does not cover a case that exempts liability for personal injury caused to a third party.

**Key words:** Unfair contract terms Standard terms Exemption clause Consumer-protection Public interest action

[收稿日期] 2017-04-27

[作者简介] 韩世远，男，1969年11月生，清华大学法学院教授，研究方向为民法及比较私法。

## 一、引言

有合同自然会有合同条款，有合同条款也便会出现条款是否公平的问题。“不公平条款”在中国人的日常生活中有时被称为“霸王条款”。《中华人民共和国民法总则》（以下称《民法总则》）第6条规定，“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务”。《中华人民共和国合同法》（以下称《合同法》）规定“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务”（第5条）。“采用格式条款订立合同的，提供格式条款一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”（第39条第1款前段）。“公平”是包括合同法在内的民法的一条基本原则，说明立法者重视“公平”；对于不公平的合同条款，自然应予以规制。

不过，中国的立法机关并未以“不公平合同条款”为关键词设计规则、组织规范体系。与“不公平合同条款”相关的重要立法概念是格式条款、免责条款等。本诸功能比较的方法，以“不公平条款”为视角，审视中国法律规定、适用及问题，并与在此领域曾对中国法产生影响的英、德及欧盟法进行比较，或可收到以他山之石攻自家之玉的功效，增进对中国法的理解。特别是，合同法、消费者权益保护法等法律法规适用经年，在不远的将来，人们已可期待以“民法典”的形式，整理既有规范，并借助此机会使相关规范无论在形式还是在实质上均有进一步的提升，为此，理清自家家底，并借助比较法而发现不足，进而揭示改进的空间，亦可谓正当其时。

在梳理相关问题并进行体系化作业时，必然要面对如下问题：是否区分商事合同与消费者合同？如何规范格式条款及免责条款？如何理解就人身伤害责任的免责条款的效力（相应的规则的合理边界在哪里）？

## 二、主要的立法及司法解释

“不公平合同条款”一词牵涉两个方面：一是形式方面的“合同条款”，二是内容方面的“不公平”。这样一个结合了形式与内容的概念，从中国现行立法不容易找到直接的对应规定。因而，我们应该分别考察。

首先，从内容方面来说，《合同法》第5条确立了“公平原则”，<sup>〔1〕</sup>第54条第1款第2项规定“订立合同时显失公平的”，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。《民法总则》第151条做了进一步的修正，“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”。这类规定可以引以为据，规范所谓“实质的不公平”（sub-

---

〔1〕 值得注意的是，梁慧星教授认为《合同法》第5条公平原则本身，不具有裁判规范的性质，与诚实信用原则和公序良俗原则之属于裁判规范不同。人民法院和仲裁机构不得直接依据公平原则裁决案件，而应依体现公平原则的具体裁判规范（比如第54条第2项、第39条和第40条等）。参见梁慧星：《读条文 学民法》，人民法院出版社2014年版，第100页。

stantive unfairness)。不过，我国法上并没有“重大损失”（*laesio enormis*，价格不公毁约）<sup>〔2〕</sup>规则，也没有类似于《德国民法典》第307条第1款前段所规定的内容控制的概括条款。在实务中，法院或者仲裁机构向来对此比较谨慎，以显失公平为由而成功主张撤销的事例，并不多见。究其原因，对于公平与否，原则上是当事人主观判断的问题，裁判者通常会尊重当事人的意思自治。《民法总则》自2017年10月1日起生效，其第151条将乘人之危与显失公平合并规定，赋予显失公平以新的内涵，<sup>〔3〕</sup>增加了其可操作性，人们或可期待日后该法第151条能够发挥更大作用。

其次，从形式方面考察，中国法中也有一些专门的规范，规定诸如格式条款、免责条款、违约金条款、定金条款等。围绕不公平合同条款的规制，中国法中的相关规则可见于民事一般法、特别法及若干司法解释中。相应的规制，有的主要着眼于“程序的不公平”（*procedural unfairness*），有的侧重于“实质的不公平”（比如对于约定违约金数额的控制、对于定金的控制等）。

### （一）《合同法》（民事一般法）的规定

#### 1. 格式条款

1999年《合同法》作为民事一般法，在“总则”部分的第二章“合同的订立”中规定了格式条款问题，具体包括格式条款提供方对免责条款的提请注意义务和说明义务（《合同法》第39条第1款）、格式条款的定义（《合同法》第39条第2款）、格式条款的无效（《合同法》第40条）、格式条款的解释（《合同法》第41条）<sup>〔4〕</sup>。

上述规定具有如下主要特点：其一，没有区分消费者合同与商业性合同；其二，没有具体规定格式条款“灰名单”与“黑名单”（《合同法》第53条虽然可以说是一个“黑名单”，但它并非专门针对格式条款）；其三，没有规定可得同时适用于消费者合同与商业性合同的“异常条款”，面对“签字即视为同意”规则的适用，救济乏力。另外，第40条也存在字面语义过宽并与其他条文矛盾的立法瑕疵，在立法颁布之初，即已被学者指出。<sup>〔5〕</sup>

#### 2. 免责条款

《合同法》第三章“合同的效力”第53条规定了无效免责条款的情形，该规定具有如下特点：其一，没有限定于格式条款，也包括个别商议合同中的免责条款，且不以书面合同为限，口头合同亦得包括在规制范围之内；其二，对于人身利益的保护强于财产

〔2〕 H. Kötz, *European Contract Law*, Clarendon Press, 1998, pp. 133~131; Thomas Finkenauer, *Laesio Enormis*, in J Basedow, K Hopt, and R Zimmermann (eds), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. I, 2012, pp. 1029~1032; 黄风：《罗马法词典》，法律出版社2002年版，第147页。

〔3〕 参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第475页。

〔4〕 《合同法》第41条包括“不利于条款提供方”（*contra proferentem*）的解释规则。关于此规则，参见前注〔2〕，H. Kötz书，第141页。

〔5〕 梁慧星教授在《合同法》颁布之初便指出，关于免责条款的效力，按照第53条的规定，合同免责条款原则上有效，例外无效（即免除人身伤害责任的无效、免除故意和重大过失责任的无效）；按照第39条第1款的规定，格式合同中的免责条款，如果履行了提示义务和说明义务就有效。法律通过时在第40条加上“免除其责任”五字，导致依该条免责条款应绝对无效，因而与第39条和第53条的规定矛盾。参见梁慧星：“统一合同法：成功与不足”，《中国法学》1999年第3期，第25页。其他可参见苏号朋：《格式合同条款研究》，中国人民大学出版社2004年版，第322~323页。

利益；其三，对于人身伤害的责任，不论责任人是否具有过错，均不得免除；其四，免责条款所要免除的责任，既可以是合同责任，也可能是侵权责任，但均受此条的规范。

### 3. 比较法的影响

上述规定所参考的比较法主要包括1976年德国《一般交易条款规制法》、1977年英国《不公平合同条款法》、1993年欧共体《消费者合同中的不公平条款指令》、1994年国际统一私法协会《国际商事合同通则》等。当然，中国立法也具有自己的特点，并没有照抄外国立法。比如，关于人身伤害责任，《合同法》第53条不以过错为要件，与《德国民法典》第309条第7项以及英国《不公平合同条款法》第2条第1款具有显著的不同。

### 4. 其他合同条款

除了上述对于免责条款及格式条款的规定外，《合同法》对于约定违约金数额过高或者过低的，允许当事人请求人民法院或者仲裁机构予以调整（第114条第2款）。表明立法者对于违约金条款的基本立场，并非绝对奉行意思自治。另外，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款（第116条）。换言之，违约金条款与定金条款不能够并用。关于定金，1995年《担保法》第91条规定，定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20%。关于利息约定，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第26条第2款前段规定，“借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效”，剩余部分仍得有效。

## （二）《消费者权益保护法》等民事特别法

不公平合同条款往往与消费者保护具有密切的联系。所谓“消费者”，人们通常依《中华人民共和国消费者权益保护法》（1994年颁布；2013年修正）第2条，将其解释为是为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的“自然人”，<sup>〔6〕</sup>并不包括法人及其他组织。这从检索《最高人民法院公报》上所刊登的案例，也可以得到印证。这一特点与欧盟《消费者合同中的不公平条款》指令（93/13号）第2条、欧盟《消费品买卖及担保》指令（1999/44号）第1条第2款、英国《消费者合同不公平条款条例》（1999年）第3条第1款以及《德国民法典》第13条相一致，而与英国《不公平合同条款法》（1977年）的立场显然不同，后者承认法人为其经理购买汽车场合，该法人亦得作为消费者。<sup>〔7〕</sup>在中国消费者权益保护法中，经营者是与消费者相对应的一方主体，是指通过市场为消费者提供消费资料和消费服务的人。<sup>〔8〕</sup>

《消费者权益保护法》规定，消费者享有公平交易的权利（第10条第1款）；经营者“不得设定不公平、不合理的交易条件，不得强制交易”（第16条第3款后段）。《消费者权益保护法》也有关于格式条款、免责条款等的规定，<sup>〔9〕</sup>与《合同法》的规定相

〔6〕 参见李昌麒、许明月：《消费者权益保护法》，法律出版社1997年版，第70页；梁慧星：《为中国民法典而斗争》，法律出版社2002年版，第234页；王利明：《民商法研究》（第6辑），法律出版社2004年版，第781页。

〔7〕 See R & B Customs Brokers Co Ltd v United Dominions Trust Ltd (1988); Feldaroll Foundry plc v. Hermes Leasing (London) Ltd (2004). From Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, Oxford, 2012, p. 412.

〔8〕 参见前注〔6〕，李昌麒、许明月书，第97页。

〔9〕 参见《消费者权益保护法》第16条第3款和第26条。

比，虽有所突破，比如将使用格式条款的经营者的提请注意义务不再局限于免责条款，而是扩张为与消费者有重大利害关系的内容（第26条第1款），但总体而言，与《合同法》保持了一致，甚至连《合同法》第40条的立法瑕疵也一并继受下来。而作为消费者保护的特别法，本可以展现自身特性的方面，比如本可以规定格式条款或者霸王条款的“黑名单”和“灰名单”，却没有任何建树。《消费者权益保护法》所规范的消费者合同并不以合同书为限，口头合同或者部分书面、部分口头的合同（经营者利用通知、声明、店堂告示等表达意思场合）亦在其规范范围之内。

其他民事特别法，就免责条款或者格式条款也有一些规定，比如《劳动合同法》（2012年修正）第26条第1款、《保险法》（2015年修正）第17条和第19条、《海商法》（1992年）第126条等。

（三）《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（2009年，以下称《合同法司法解释二》）

该司法解释围绕《合同法》第39条和第40条，以三个条文进行解释，具体化了格式条款提供方提示及说明义务是否履行的判断标准（第6条）；将未尽上述义务的法律后果界定为相对人可申请撤销格式条款（第9条）；违反上述义务，如同时符合《合同法》第40条规定的情形之一的，人民法院可以认定格式条款无效（第10条）。

#### （四）特别的民事程序规则

立法者通过增设公益诉讼，突破了特定当事人的局限，为规制不公平合同条款提供了新路径。其中，《民事诉讼法》第55条规定：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”《消费者权益保护法》第47条：“对侵害众多消费者合法权益的行为，中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会，可以向人民法院提起诉讼。”

#### （五）小结：规范的三重维度

无论是格式条款、免责条款还是其他合同条款（违约金条款、定金条款、竞业禁止条款等），均是特定合同内容的外在表现形式，法律对于合同条款的规制，终极目的在于保障实质的公平。为此，立法者自然要掌握好合同安定、尊重当事人意思与避免不公平之间的平衡。<sup>〔10〕</sup>从我国立法对于合同条款规制的手段来看，无外乎：其一，条款是否订入合同；其二，条款是否有效；其三，条款有不同解释时的抉择；其四，无效或者被撤销的法律后果（是否有部分无效的问题）。

由上述描述可知，中国法律在以民事一般法（合同法）与民事特别法（消费者权益保护法等）规范着与不公平合同条款相关的不同维度的问题，大致可以区分为三重维度：（1）消费者合同与商事合同；（2）格式条款与非格式条款；（3）不公平合同条款（比如有的免责条款）与公平合同条款。此三维立法组合，可获八种不同组合结果，由此可以显现出问题的复杂。

### 三、立法指导思想及规制立场的证成

#### （一）合同自由及其限制

《合同法》的立法指导思想有五条，其中第二条为：“充分体现当事人意思自治，在不违反

〔10〕 参见前注〔7〕，Mindy Chen-Wishart书，第407页。

法律和公序良俗的前提下，保障当事人享有充分的合同自由，不受行政机关及其他组织的干预。非基于重大的正当事由，不得对当事人的合同自由予以限制。”<sup>〔11〕</sup>由此可见，保障合同自由依然是《合同法》的基本立场和出发点。但也表明，合同自由并非绝对的和不受限制的自由，基于重大的正当事由，仍可施以限制。

## （二）消费者保护

《合同法》的立法指导思想第四条提到：“本法在价值取向上应兼顾经济效率与社会公正、交易便捷与交易安全。即在拟定法律规则时，既要注重有利于提高效率，促进生产力发展，又要注重维护社会公益，保护消费者和劳动者权益，维护市场经济的道德秩序，不允许靠损害国家、社会利益，损害消费者和劳动者而发财致富；……”<sup>〔12〕</sup>

《合同法》虽然没有直接规定消费者合同（第113条第2款虽出现“经营者”和“消费者”概念，却并非实体规定，而是一项指引规定，指引到了《消费者权益保护法》），但是，其立法指导思想已经明确具有保护消费者、劳动者等弱者的内容。该法明确规定了格式条款的内容，而且是以民事一般法的形式规定许多立法例（比如日本、台湾地区的立法）以消费者权益保护法等特别法规定的内容，这在当时确实是体现了立法的潮流和趋势，2002年后的《德国民法典》也呈现了同样的立法特征。

## （三）规制立场的证成

从比较法观察，规制格式条款以确保合同公平，其理由可有如下数种：（1）交涉能力不平等（inequality of bargaining powers），仅格式条款的使用人有效地运用了合同自由；（2）大众福利（public welfare），在1930年代进入了讨论，谓单个合同中的不公平条款只是对个别合同当事人造成困扰，而与格式合同相对的是一般大众（the general public），因而格式合同中的不公平条款构成了对大众福利的损害；（3）消费者保护，该说自20世纪70年代以来成为主导学说；（4）部分市场失灵（a partial market failure），此系晚近被广泛接纳的学说，由于存在着部分市场失灵，故需要有公平性的规制。<sup>〔13〕</sup>

上述大众福利说是由德国学者路德维希·赖泽尔（Ludwig Raiser）在1935年最先提出的，<sup>〔14〕</sup>他认为正是一般大众暴露在格式条款之下，如果这些格式条款不公平，则大众福利因而遭受损害。反之，个别商议合同中的不公平条款也会对该单个当事人造成困扰，但大众福利并未因此遭受损害。赖泽尔的精确定分析在德国被人接受，这也可以解释为何在德国对合同条款公平性的司法控制变得如此重要、为何此种控制仅限于格式条款以及为何此种控制也适用于商人对商人的交易（B2B transactions）。<sup>〔15〕</sup>

分析中国《合同法》，既有关于格式条款的专门规定，也有关于免责条款的专门规定，而后者并不以格式条款为限，亦包括非格式条款在内。从司法实践观察，法院对于格式条款规制规

〔11〕 梁慧星：《民法学说判例与立法研究（二）》，国家行政学院出版社1999年版，第121页。

〔12〕 同上，第122页。

〔13〕 See Phillip Hellwege, Standard Contract Terms, in J Basedow, K Hopt, and R Zimmermann (eds), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. I, 2012, pp. 1588 ~ 1589; 前注〔2〕, H. Kötz 书, 第137~139页。

〔14〕 Ludwig Raiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (1935).

〔15〕 参见前注〔13〕, Phillip Hellwege 文, 第1591页。另外可以参考〔德〕莱因哈德·齐默曼：《德国新债法》，韩光明译，法律出版社2012年版，第293页。

则的适用,并不局限于商人对消费者(B2C)的合同,<sup>[16]</sup>也包括商人对商人(B2B)的合同。<sup>[17]</sup>对于免责条款的规制,纵然在非格式合同场合,如果触及《合同法》第53条,也会认定相关免责条款无效。<sup>[18]</sup>

在准备起草《合同法》的阶段,交涉能力不平等及弱者保护的思想比较占主流,因而,在《合同法》以及其他民事特别法中,之所以要规制不公平合同条款、免责条款、格式条款等,其正当性的基础在理论上大体上系建立在交涉能力不平等及弱者保护上面,是希望通过不同的规制手段,遏制强势一方对于合同自由的滥用,实现较为实质的公平和正义。<sup>[19]</sup>在《合同法》颁布之后,学说解释依旧沿袭此一理路。<sup>[20]</sup>如果说不公平可得区分为实质的不公平(substantive unfairness)与程序的不公平(procedural unfairness),<sup>[21]</sup>对于不公平条款的立法及司法规制的正当性,显然侧重于从程序的不公平角度进行说明。

对于这种论证,也可以从市场部分失灵及效率的确保<sup>[22]</sup>角度予以补强。申言之,格式合同虽存在难以理解其内涵的问题,但却可让消费者以较低的价格购买商品或者服务,导致了“低成本、苛刻条款”的合同;而这并没有效率,因为有的消费者更喜欢“较高成本、较好条款”的合同。因而,立法规制修正了市场的不完美性,鼓励商业主体提供更多的选择可能性,进而增进合同自由。<sup>[23]</sup>

## 四、具体问题的分析与展开

### (一) 适用范围:不公平条款规制是否及于B2B合同

规制不公平条款通常会以保护消费者等弱者为主要目的,以B2C合同为其典型,是否亦及于B2B合同,需要具体分析。

在《消费者权益保护法》中,消费者通常被解释成为自然人,并不包括法人或者非法人组织。因而,该法并不规范B2B合同,无法为其中的一方当事人提供保护。可是,这并不意味着

---

[16] 比如“北京链家房地产经纪有限公司与李丽居间合同纠纷上诉案”,北京市第一中级人民法院民事判决书(2015)一中民(商)终字第4290号。

[17] 比如“江苏刚正薄板科技有限公司与内蒙古包钢钢联股份有限公司等买卖合同纠纷申请案”,最高人民法院民事判决书(2013)民提字第216号;“上海玛辛电气有限公司诉深圳市原飞航物流有限公司青浦分公司公路货物运输合同纠纷案”,上海市青浦区人民法院民事判决书(2015)青民二(商)初字第637号。

[18] 比如“郭建芳诉贾明军等提供劳务者受害责任纠纷案”,河南省嵩县人民法院民事判决书(2015)嵩民四初字第5号;“潘世清诉周荣慧等提供劳务者受害责任纠纷案”,丽水市莲都区人民法院民事判决书(2015)丽莲南民初字第164号。

[19] 参见梁慧星:“合同自由与合同管理”,《中国工商管理研究》1996年第10期,第9页;梁慧星:“从近代民法到现代民法”,《中外法学》1997年第2期,第19页;王利明:“标准合同的若干问题”,《法商研究》1994年第3期,第73页;韩世远:“免责条款研究”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第455、467页。

[20] 比如杜军:《格式合同研究》,群众出版社2001年版,第8~12页;前注〔5〕,苏号朋书,第42~47页;张建军:《格式合同的司法规制研究》,中国政法大学出版社2014年版,第8页。

[21] 参见前注〔2〕,H. Kötz书,第131页;前注〔7〕,Mindy Chen-Wishart书,第406页。

[22] See V P Goldberg, Institutional Change and the Quasi-invisible Hand, 17 *J Law & Economics*, 1974, pp. 461, 483~484.

[23] 参见前注〔7〕,Mindy Chen-Wishart书,第407页。

中国法对于 B2B 合同中的不公平合同条款问题毫无对策。至少在《合同法》等法律法规中，我们可以找到一些能够规范 B2B 合同的规则。这些规则可以包括：

1. 关于格式条款的规则（第 39 条、第 40 条和第 41 条）；
2. 关于免责条款的规则（第 53 条）；
3. 关于违约金数额调整的规则（第 114 条第 2 款）；
4. 关于违约金与定金二者择一的规则（第 116 条）。

上述规则规定在《合同法》总则部分，并没有区分 B2B 合同与 B2C 合同，而是统一对待。因而，纵然是在 B2B 合同场合，如果合同文本是一方当事人的格式合同，具有“要么接受，要么走开”的特点，那么，在对格式条款有两种以上解释的，依《合同法》第 41 条，应当做出不利于提供格式条款一方的解释。<sup>[24]</sup>《合同法》在格式条款规制上的这一立场，与起草时重点参考了德、英两国特别立法不无关系。<sup>[25]</sup>而无论是否属于格式合同，如果当事人约定的违约金过高，一方当事人请求法院予以降低，得到法院的支持的事例更是寻常。

## （二）提请注意义务、说明义务及其违反的法律后果

### 1. 比较法的观察

从比较法观察，格式条款的使用人，对于一些重要的条款，如果没有尽到告知义务或者提醒对方注意的义务（中国《合同法》第 39 条第 1 款又进一步规定了说明义务<sup>[26]</sup>），往往是认为此类条款并不订入合同，不成为合同的组成部分。<sup>[27]</sup>法院这时所提出的第一个问题是，这些格式条款是否真正成为合同的一部分。<sup>[28]</sup>格式条款仅在双方当事人同意其订入合同（incorporation into the contract）场合才会有效，这一点早在 19 世纪便已众所周知。<sup>[29]</sup>这样的规则，背后自然有其道理：合同是双方当事人的合意，如果某些内容，只是一方当事人知道，另外一方当事人压根就不知道，那么，对这部分内容，便不存在真正的合意，因而，也就不应该成为双方合同的内容。

在中国《合同法》中，关于格式条款的规则，集中规定在了第二章“合同的订立”中，改变了起初规定在第三章“合同的效力”中的做法，也说明立法者意识到了这首先是合同订立的问题。关于格式条款订入合同，《合同法》虽未明确规定具体的订入规则，一如其他许多国家，可以从关于合同订立的一般规则中推导出具体的要求。如果相对人没有明确表示同意，只有当他有机会知悉这些条款，并且他引用了这些条款的场合，才可推定他同意。因而，推定格式条

[24] 参见“上海祖恩商贸有限公司诉联华超市股份有限公司联营合同纠纷案”，上海市普陀区人民法院民事判决书（2015）普民二（商）初字第 506 号；“吴江市恒泰担保投资有限公司诉吴江市双雄纺织有限公司等追偿权纠纷案”，江苏省苏州市吴江区人民法院民事判决书（2015）吴江商初字第 01359 号。

[25] 德国 1976 年《一般交易条款法》以及英国 1977 年《不公平合同条款法》，均不以保护消费者个人为限，亦得及于经营活动中的企业。此一立场与法国法及欧共同体第 93/13 号指令显有差异。参见前注〔2〕，H. Kötz 书，第 143 页。

[26] 此说明义务在功能上大致相当于透明性原则（principle of transparency），见欧盟《消费者合同中的不公平条款》[93/13 号指令] 第 5 条前段：如果向消费者发出要约的所有或部分合同条款是书面的，则必须总是使用浅显易懂的用语（in plain, intelligible language）。另见《德国民法典》第 307 条第 1 款后段。

[27] 比如《德国民法典》第 305c 条。

[28] 参见前注〔2〕，H. Kötz 书，第 139 页。

[29] 参见前注〔13〕，Phillip Hellwege 文，第 1589 页。



款订入合同得有三项要件：(1) 引用了格式条款；(2) 有机会知悉格式条款的内容；(3) 认同格式条款。<sup>〔30〕</sup>

## 2. 对最高人民法院《合同法司法解释二》第9条的分析与评论

在《合同法司法解释二》中，第9条规定，提供格式条款的一方当事人违反合同法第39条第1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。

撤销格式条款，自然是以该条款已然成为合同的组成部分为前提，否则，自然无须撤销。这样的立场，显然与前述比较法观察所获结论存在重大差异。何以如此？查看最高人民法院法官就上述规则所做释义，起草者是认为“格式条款未订入合同”的结论，“对作为格式条款相对人的普通消费者而言，理解起来似乎有逻辑混乱之感”。<sup>〔31〕</sup>换言之，在他们看来，社会大众认为格式条款自然就是双方合同的载体，当然要对双方具有约束力；如不想受其约束，自须通过请求法院予以撤销为必要。

最高人民法院在《合同法司法解释二》第9条上的立场彻底瓦解了被众多比较法证明为共同规则的推定格式条款订入合同的三项要件。这样的立场虽然奇特，但却是无独有偶。德国在1930年代便有过相似立场，如果相对人被推断知道 (constructive knowledge) 格式条款的存在，便认为格式条款构成合同的组成部分。与之相反，同一时期的英国法则坚持传统的订入要件 (丹宁勋爵的裁判意见<sup>〔32〕</sup>)。德国那个时期的发展被认为并不理想，后来立法机关拨乱反正，重新引入推定格式条款订入合同的三要件。<sup>〔33〕</sup>

对于上述司法解释立场，学术界颇有批评的声音。批评的理由略谓：其一，未尽提示和说明义务时，很难说双方就格式条款达成了合意，如此，何来撤销？其二，可撤销的条款在被撤销之前一直有效，如相对人未行使撤销权或者撤销权已过除斥期间，则该格式条款可拘束合同当事人。<sup>〔34〕</sup>

分析上述司法解释及其评注，其一，误将格式条款理解为格式合同，以偏概全。格式合同 (比如原《消费者权益保护法》第24条使用了此概念) 是一方为了重复使用而事先拟定的合同书。而格式条款，既可以表现为格式合同中的条款，也可以表现为其他格式条款，比如原《消费者权益保护法》第24条提到了通知、声明、店堂告示等，又如口头合同场合交付的收据上载有的文字条款。其二，不仅以偏概全，更进一步有不当免除格式条款使用人证明责任之弊端。以口头合同加收据印刷条款为例，该收据上的条款可否约束相对人，首先是使用人要证明的事项，可是，按照司法解释的立场，这一事项已无须证明，便当然地对相对人具有拘束力。相对人如不欲受此拘束，则须及时请求法院撤销。真是打着保护格式条款相对人的幌子，却实质性地损害相对人的利益。其三，背离让消费者“理解起来无逻辑混乱之感”的初衷。在许多消费者合同场合，当事人双方往往没有使用合同书 (比如商场购物)，可是，经营者却可能以店堂告

〔30〕 同上注。

〔31〕 参见沈德咏、奚晓明主编：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第87页。

〔32〕 See *Olley v Marlborough Court Ltd* [1949] 1 KB 532, 549.

〔33〕 参见前注〔13〕，Phillip Hellwege文，第1589页。

〔34〕 参见冉克平：“论格式化免责条款的效力——兼评法释〔2009〕5号第9-10条”，载易继明主编：《私法》（总第18卷），华中科技大学出版社2011年版，第61、75页；李伟平：“格式条款立法的反思与重构——以《合同法》第39条、40条为中心”，《西部法学评论》2016年第3期，第64、71页。

示的形式，力求将一些免责条款引入合同。这里的合同，首先没有体现为合同书，如果以店堂告示所载内容当然成为双方合同的内容，显然对于消费者不利，更是让普通消费者“理解起来似乎有逻辑混乱之感”。结论只有一个：最高人民法院宜尽早拨乱反正。

### （三）产品瑕疵与免责条款

在产品买卖场合，如果合同条款规定“免除销售者因瑕疵产品所产生的责任”，裁判者将如何裁判？因瑕疵产品所生责任，可能是作为侵权责任的“产品责任”（其责任主体包括产品生产者及销售者），也可能是买卖合同中出卖人向买受人负担的合同责任，宜分别探讨。如果不探讨生产者的责任，仅就销售者可能的责任而言，仍有必要从侵权责任（产品责任）及合同责任两个方面分别说明。

#### 1. 侵权责任与免责条款

首先应予说明，在涉及产品责任的诉讼中，笔者以“产品责任”和“免责”为关键词进行检索，极难见到以约定的免责条款抗辩的，通常的争点在于生产者或者销售者是否存在法定的免责事由。

因产品缺陷可能造成的损害，无外乎人身损害与财产损害，前者包括造成人员死亡或者受伤，后者包括缺陷产品以外的其他财产损害（参见《中华人民共和国产品质量法》第41条第1款）与缺陷产品自身的损害。如果产品销售者果真做了特别约定，免除其可能承担的产品责任，在中国法下，至少可以做如下分析。第一，如果因产品导致人身受伤或者死亡，在以销售者为被告的诉讼中，法院可能会依据《合同法》第53条第1项认定免责条款无效。第二，《侵权责任法》第43条第1款规定：“因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。”这里的赔偿责任，如果是对财产损害的责任，按多数解释，既包括缺陷产品以外的其他财产损害，也包括缺陷产品自身的损害。这一规定属于保护被侵权人的特别立法政策，在外部关系上方便被侵权人，具有强行法的性质，不允许当事人以特别约定加以改变。上述免责条款有可能因此被认定为无效。

#### 2. 合同责任与免责条款

对于因产品瑕疵产生的违约责任，可否任由出卖人预先免除，可能有不同认识。不过，个人认为可做如下分析：对于买卖标的物，出卖人负有权利瑕疵及物的瑕疵的担保义务，此类义务虽然有法律的规定作为基础，在属性上仍应归列于主给付义务，<sup>[35]</sup>违反此类义务，发生违约责任。既然属于主给付义务，违反之后如果不承担责任，无异于任由当事人免除其主要的合同义务、排除对方主要权利，故在格式条款场合，得依《合同法》第40条认定为无效。在非格式条款场合，如果不存在《合同法》第53条规定的事由，目前尚无具体的依据否定此种免责条款的效力。

### （四）检验期间与特别约定

《合同法》第157条规定：“买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的，应当及时检验。”由此可知，关于检验期间中国合同法原则上允许当事人自由约定。可是，对于检验期间，如果任由当事人自由约定，也可能被一方滥用进而产生问题，是否需要规制，仍属问题。比如，当事人可否约定“买受人应于交付后立即检验货物；买受人应自交付时起3日内就可能产生责任诉求的瑕疵做出通知”。这当然也要依具体情形而具体判断。如果是自由集市上“一手交钱、一手交货”的买卖，上述约定便具有合理性。反之，如果

[35] 参见韩世远：《合同法学》，高等教育出版社2010年版，第388～393页；Vgl. Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 31. Auflage, 2006, S. 6-7.

是购买种子，显然无法立即检验，也不可能在此3日内便发现瑕疵，于此场合，上述约定便可能属于不公平合同条款。

《合同法》第158条专门规定了买卖合同标的物瑕疵发现期间及权利行使期间问题，对于该条规定，有学者主张做限缩解释，限缩于商事交易。<sup>[36]</sup>其积极意义在于，让人们意识到在买卖合同名目下，存在着商事买卖与消费者买卖等不同类型，<sup>[37]</sup>应结合规范目的进行解释。其不足可能在于，如果依限缩解释方法，可能在B2C场合，便没有相应的法律规范（因解释而产生了法律漏洞），这恐与《合同法》统一立法目的不符（立法计划原本涵盖了B2C合同）。

鉴于瑕疵检验期间对于买受人主张合同权利而言必不可少，《合同法》在肯定当事人约定检验期间之类主观期间的同时，也肯定了“合理期间”、自收到标的物之日起两年期间之类客观期间。如果当事人通过特别约定，实质上使检验期间形同虚设，无异于剥夺了买受人主张瑕疵担保的权利。在B2C合同场合，得依《消费者权益保护法》第26条第2款和第3款规范，“经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得用格式条款并借助技术手段强制交易。”“格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。”在B2B合同场合，如果属于格式条款，自得依《合同法》第40条的规定认定为无效。<sup>[38]</sup>目前需要进一步明确作为“客观期间”的底线标准的具体内容，“自收到标的物之日起两年期间”似显过长，而“合理期间”又过于不确定。在非格式条款场合，目前尚无具体依据否定此种条款的效力。另外，以买卖种子为例，依《消费者权益保护法》第62条，“农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照本法执行。”如此，过短的瑕疵检验期间及通知期间的约定，亦得准用该法第26条第2款和第3款，认定为无效。

另外，按照《合同法》第158条第3款，“出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前两款规定的通知时间的限制。”换言之，此时出卖人不得以约定的检验期间约束买受人。买受人的请求权依诉讼时效规则处理。

### （五）出卖人的“最终解释权”

如果合同约定“出卖人对于合同条款含义的解释具有终局性和约束力”，这样的约定在欧盟会作为“单独赋予经营者解释合同条款的权利”而构成《消费者合同中的不公平条款》[欧盟93/13号指令]第3条所说的“不公平条款”。<sup>[39]</sup>这类约定，在中国的商业活动中也存在。而在国家工商总局《侵害消费者权益行为处罚办法》（2015年）第12条便明确规定，经营者向消费者提供商品或者服务使用格式条款、通知、声明、店堂告示等的，不得作出含有下列内容的规定：“……（六）规定经营者单方享有解释权或者最终解释权；……”关于格式条款中规定“最终解释权”的效力，依权威学者意见，当事人对于合同的解释意见，至多只能供法官参考，最终作为判决的事实依据的，是法院对合同的解释。因此，唯法院拥有合同的最终解释权，而经

[36] 参见武腾：“合同法上难以承受之混乱：围绕检验期间”，《法律科学》2013年第5期，第81页。

[37] 统一合同立法在适用于像商事买卖与消费者买卖这样不同类型的合同时，可能产生一些问题，详见韩世远：“买卖法的再法典化：区别对待消费者买卖与商事买卖”，《交大法学》2017年第1期，第79页。

[38] 作为比较法，对照《德国民法典》第309条（无评价可能性的条款禁止）第8项b）目之ee）（告知瑕疵的除斥期间）及ff）（减轻消灭时效）。

[39] 《消费者合同中的不公平条款》[欧盟93/13号指令]附件（第3条第3款所指的条款）之1（m）。

营者保留最终解释权，是不能算数的。另外，《合同法》第41条专门规定了格式合同的解释方法，确立了“不利解释规则”，属于强制性规定，不允许当事人以约定排除其适用。因此，经营者在合同文本、商品广告、优惠券、赠券及店堂告示中所谓保留最终解释权的规定，因违反强制性规定，是无效的。<sup>[40]</sup>

#### （六）出卖人“保留他种替代给付的权利”

约定“出卖人保留提供同等价值替代性类似货物的权利”，这样的约定，在中国合同法下是允许的。我们从《合同法》第111条的规定也可以看出，“质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。……”这里首先尊重当事人的约定。当然，如果质量不符合约定，导致对方合同目的不能实现，构成根本违约，那么，按照《合同法》第94条第4项的规定，对方当事人有权解除合同。如果对方解除合同，则上述约定虽然可作为一种“结算和清理条款”，依《合同法》第98条规定，合同的权利义务终止不影响其效力，由于合同目的已经不能实现，自然也失其意义。如果出卖人主张上述约定具有排除买受人解除权或者减价权的效力，该约定便具有“排除对方主要权利”的特征，如果该约定属于格式条款，依《合同法》第40条的规定，该条款无效。<sup>[41]</sup>

#### （七）纠纷解决条款与异常条款

##### 1. 纠纷解决条款

当事人可以在合同中约定纠纷解决条款，比如约定选择法院或者仲裁。不过，如果一方当事人利用格式条款，事先做出对他方明显不利的安排，则可能属于不公平合同条款。围绕网络平台的使用，有的网络平台会在合同中规定排除以诉讼方式解决争议的条款，要求用户在发生争议时先与平台协商，协商不成只能选择平台所在地进行仲裁；有的规定只能选择平台所在地法院诉讼。<sup>[42]</sup>这样的格式条款，是否有效，需要分析。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2015〕5号）第31条规定：“经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，未采取合理方式提请消费者注意，消费者主张管辖协议无效的，人民法院应予支持。”就违反提请注意义务的法律后果，前文已论述，此处仍存在同类问题，不再赘述。

一个身在西安的消费者在网上购买一件价值100余元的商品，如果受经营者确定的到北京进行仲裁的纠纷解决条款的拘束，由于主张权利救济的成本过于高昂（预付仲裁费用、往返的交通费用、食宿费用、可能的律师费用等，耽误的时间等），就不会真正到北京仲裁。如此，该格式条款显然会产生实际剥夺消费者主张法律救济的权利的效果。应该是出于相似的理由，欧盟指令将“排除或阻碍采取法律行动或者任何其他法律救济的权利，尤其是要求消费者将纠纷提交非法定的仲裁机构进行仲裁，或者强加其承担举证责任，而按照法律这种举证责任应当由合同对方承担”的条款作为不公平合同条款。<sup>[43]</sup>在中国，这样的格式条款可以认定为《合同

[40] 参见梁慧星：“合同解释方法与所谓‘最终解释权’”，载《北京日报》2001年4月23日，第15版；收录于梁慧星：《为中国民法典而斗争》，法律出版社2002年版，第262页以下。另外可参见崔建远：“消费者合同的解释”，《浙江社会科学》2002年第6期，第76页。

[41] 作为比较法，对照《消费者合同中的不公平条款》[欧盟93/13号指令]附件（第3条第3款所指的条款）之1（k）（允许经营者单方面更改产品或服务的性质，而不需要提供有效的依据）；《德国民法典》第309条（无评价可能性的条款禁止）第8项b）目之bb）（限于事后补充履行）。

[42] 参见王红霞、杨玉杰：“互联网平台滥用格式条款的法律规制——以20份互联网用户注册协议为样本”，《上海政法学院学报（法治论丛）》2016年第1期，第46页。

[43] 《消费者合同中的不公平条款》[欧盟93/13号指令]附件（第3条第3款所指的条款）之1（q）。

法》第40条规定的“加重对方责任、排除对方主要权利”情形，进而认定为无效条款。而该条所谓排除“对方主要权利”不仅包括实体法上的权利，也可以包括程序法上的权利。

## 2. 异常条款

如果双方当事人有长期的交易关系，一直使用相似的交易条款，那么，突然出现某种重大的改变，对一方有利而对另外一方不利，针对这种情形，在当初起草《合同法》时曾设计过“异常条款”的条文，其内容为：“定式条款依其客观情形，特别是考虑合同外表，因过分异常，致相对人无法预见时，视为不构成合同内容。”此条规定参考了1976年德国《一般交易条款法》第3条。草案的立法理由谓：“本条所设系定式条款订入合同的消极要件，于消费者合同及商业性合同均有适用。盖因在定式合同场合，相对人签署了定式合同并不必然意味着其已了解全部合同条款并因而接受了它们，尤其是普通消费品的购买者更为经常的是没有阅读那些缔结合同所使用的印刷文字，单凭‘签字视为已经同意’规则未免过于苛劣，故有本条之设，其基础在于：定式条款是作为规范当事人日常交易之权利义务之用，相对人必然期待定式条款所载之内容适好涵盖合同所涉之交易种类的各个方面，因此相对人可以被要求对此等条款熟稔。反之，若要求相对人对于与该交易种类通常条款相左之条款亦应予以注意，并表示异议，否则该等条款即订入合同，并对相对人发生拘束力，则甚不公平。”可惜的是，这个条文并没有被采纳。其结果是，目前关于格式条款订入合同，中国法上欠缺消极要件规则。“签字视为已经同意”，尽管在立法上没有明文规定，依然是通行的规则。

## (八) 免责条款的无效

### 1. 立法的由来

《合同法》第53条专门规定无效的免责条款。另外，该条规定不仅可以涵盖格式条款的情形，也可以涵盖非格式条款的情形。该条规定的免责条款，不以免除合同责任的情形为限，也可以涵盖免除侵权责任的情形。从规定的内容看，它针对两类责任：一是造成对方人身伤害的；二是因故意或者重大过失造成对方财产损失的。此处仅就前者做分析和说明。

《合同法》第53条第1项规则的缘起是20世纪80年代发生在天津的一起案件，雇主雇用雇工拆除厂房，某雇工在作业过程中受伤医治不及时而死亡，死者家属要求雇主承担赔偿责任，被告辩称：死者在填写招工登记表时，同意“工伤概不负责”。〔44〕由此引发了此项免责条款是否具有效力的争议。天津高院为此而请示最高人民法院，最高人民法院在批复中称：“经研究认为，对劳动者实行劳动保护，在我国宪法中已有明文规定，这是劳动者所享有的权利，受国家法律保护，任何个人和组织都不得任意侵犯。张学珍、徐广秋身为雇主，对雇员理应依法给予劳动保护，但他们却在招工登记表中注明‘工伤概不负责’。这是违反宪法和有关劳动保护法规的，也严重违反了社会主义公德，对这种行为应认定为无效。”上述案件也是依此批复处理，“工伤概不负责”免责条款无效。这起案件也引起了学术界的关注和评议，学者对此立场表示赞同。〔45〕有最高人民法院批复意见在先，有学者肯定在后，在起草合同法过程中，该规则被明确规定下来，自是水到渠成之事。

### 2. “人身伤害责任免责无效”的合理边界

依据《合同法》第53条第1项，只要是免除对人身伤害责任的条款，不管当事人是否有故

〔44〕 参见“张连起、张国莉诉张学珍损害赔偿纠纷案”，《中华人民共和国最高人民法院公报》1989年第1期。

〔45〕 参见梁慧星：“雇主承包厂房拆除工程违章施工致雇工受伤感染死亡案评释”，《法学研究》1989年第6期；梁慧星：《民法学说判例与立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第270页以下。

意或者重大过失，都应当使之无效。<sup>[46]</sup>检索裁判案例，均是严格遵守这一规则，未见例外。随着案例类型的不断丰富，时至今日，已有必要反思上述规则的合理边界。

自然人 Y2 与 Y1 签订《农村建房承揽合同》，在合同中约定，“如 Y1 及施工人员出现重大工伤事故，以及因施工造成他人损失等事故，一切赔偿责任均由 Y1 负责承担”。Y1 的雇工 X 在施工过程中受伤，起诉要求 Y1 及 Y2 承担连带赔偿责任。Y2 援引其与 Y1 之间的上述约定以为抗辩。法院往往依据《合同法》第 53 条第 1 项认定上述免责条款无效，<sup>[47]</sup>并以承揽人资质瑕疵为由，令发包人与之承担连带责任。假如承揽人不存在建筑资质问题，法院还会这样判决吗？

免责条款有的是要发挥免责抗辩 (defensive) 的功能，有的则是要发挥界定当事人义务 (duty-defining) 的功能。<sup>[48]</sup>在上述发包方与承包方的合同中约定免责条款，显然当事人的首要目的是要清晰界定双方之间的风险。这样的目的，无非是最后出了责任，要由哪一方负担的问题。法律是否一定要否定其效力，理应结合相应的规范目的进行分析。在约定“工伤概不负责”免责条款事例中，法律之所以要否定其效力，目的在于保障受到人身伤害的雇工能够得到赔偿。在保障这一规范目的的前提下，合同当事人约定是由甲方抑或由乙方负责赔偿，相应地明晰权利义务及风险，确定由哪一方负责投保意外伤害险，并无不妥。而在上述案例中，即便法院判决令两个被告 Y1 和 Y2 共同承担连带责任，在他们之间仍有可否求偿的问题未解决，而双方之间的免责条款约定，反映的是双方之间的真实意思，本可以发挥解决被告之间内部关系的功能。发包人通过免责条款，图的是清静，作为代价，肯定要为此额外付费。判决该条款无效，打破了当事人之间的事先安排，发包人既额外支付了成本，又没有真正得到清静，无助于问题的最终公平解决。换一种思路，允许 Y1 与 Y2 自由约定免责条款（包括免除人身伤害责任），法官承认这种约定在当事人之间有效，但是，无法用来对抗人身伤害责任的受害人 X。这样，X 的利益得到了保障，Y1 与 Y2 也各得其所，这又何尝不是一种更为巧妙的安排、一种高超的平衡呢？而这种安排，是否违反《合同法》第 53 条第 1 项呢？没有。第 53 条第 1 项“造成对方人身伤害的”措辞已然表明，立法者所要保护的是“对方”、是合同中的“对方”，换言之，受保护的是合同当事人，而非此外的第三人。而在上述案件中，遭受人身伤害的 X 并非是合同当事人，合同也只约束 Y1 与 Y2。因而，严格地说，是法官没有准确适用第 53 条第 1 项。

类似的问题，在比较法上也存在，我们不妨看一下外国同行是如何处理的。在英国，甲向乙雇一台挖掘机及一名驾驶员丙（乙方的员工），甲乙在合同中约定，由甲方对于丙在受甲雇用期间操作挖掘机所可能发生的责任负责。由于丙在操作中的重大过失，损毁了甲方工厂的围墙，甲向乙主张损害赔偿，乙以上述免责条款抗辩。法院认为，该免责条款不能免除乙方对于受害

[46] 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 1999 年版，第 95 页。

[47] 参见“潘世清诉周荣慧等提供劳务者受害责任纠纷案”，丽水市莲都区人民法院民事判决书（2015）丽莲南民初字第 164 号；“郭建芳诉贾明军等提供劳务者受害责任纠纷案”，河南省嵩县人民法院民事判决书（2015）嵩民四初字第 5 号。在此类案例中，原告请求被告承担连带责任的规范基础往往是最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕20 号）第 11 条第 2 款。

[48] 在英国围绕免责条款的功能究竟是抗辩抑或是义务界定，素有争论。《不公平合同条款法》的措辞被认为采“抗辩说”，免责条款仅当因违反第一性义务而发生责任场合始得发挥其功能，免除或者限制违约人的违约责任。相反，“义务界定说”则认为，免责条款只是界定义务，免责条款首先收缩了第一性义务的范围，从而对于范围外的事项不存在违约。参见前注〔7〕，Mindy Chen-Wishart 书，第 418 页；further B. Coote, *Exception Clauses* Sweet & Maxwell 1964。

甲方方的过失责任。<sup>[49]</sup> 在另一相似案件中，由于丙的过错，造成的不是甲的损害，而是导致丁死亡，丁的遗属向甲主张了损害赔偿；甲支付损害赔偿后，向乙进行追偿，乙援引上述免责条款以为抗辩。与上案结果相反，法院支持了乙的抗辩。<sup>[50]</sup> 法院认为，问题不在于援引免责条款的当事人是否想免除责任，而是在于该免责条款是否免除因过失而向受害人承担的责任（前者“是”，后者“否”）。《不公平合同条款法》第2条只是规制通过转嫁责任而排除对于因一方过失而受害之人的责任；它并不适用于将责任转嫁于因一方过失而受害之人以外的其他人的合同条款。<sup>[51]</sup>

英国《不公平合同条款法》第2条与我国《合同法》第53条具有相似的规范功能，英国法院在适用其法律时，并未机械固守“人身伤害责任免责无效”的规则，而是重视该规则对于真正受害人的保护功能。同理，在我国如果法官在裁判中能够注意探寻《合同法》第53条的规范目的，放弃机械思维，合理平衡受害人保护与合同自愿、风险分配及交易安全，将会使法律适用进入一个新的境界。

### （九）格式条款不订入或无效的后果

格式条款因其使用人未履行提醒注意义务或者说明义务而没有订入合同，或者因为其内容瑕疵而被认定为无效，原则上并不影响其他合同条款。在这里，原则上不承认将条款做效力维持的限缩解释（*geltungserhaltende Reduktion*；to reduce an unfair term to its fair nucleus）。<sup>[52]</sup> 换言之，对于格式条款，并不存在像过高的违约金条款被降低到可得有效程度的问题。

### （十）预防性控制

#### 1. 行政控制

工商行政管理机构是各级政府主管市场监管和行政执法的工作部门，从中央政策到县乃至乡镇一级政府，均有相应的机构，形成一个遍布全国的网络。各级工商行政管理机构在维护市场秩序、查处损害消费者权益行为方面，扮演非常重要的角色。2015年1月5日国家工商行政管理总局公布《侵害消费者权益行为处罚办法》，取代适用了近20年的国家工商行政管理局《欺诈消费者行为处罚办法》。该《办法》列举了对消费者不公平、不合理规定的“黑名单”（第12条），对于违反者，其他法律、法规有规定的，依照法律、法规的规定执行，法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门责令改正，可以单处或者并处警告，违法所得三倍以下、但最高不超过三万元的罚款，没有违法所得的，处以一万元以下的罚款（第15条）。

另外，工商行政管理总局也对重要的交易事项起草“合同示范文本”，在相关交易领域通用，比如《商品房买卖合同》范本便是由工商行政管理总局与建设部一起草拟，在实践中已经长期使用。

#### 2. 公益诉讼

2012年立法者通过修正《民事诉讼法》，在第55条确立了公益诉讼的原则框架，<sup>[53]</sup> 使得合格的消费者协会可以提起公益诉讼。2013年修正《消费者权益保护法》，在第47条增加了消费

[49] See *Phillips Products Ltd v. Hyland* [1987] 1 WLR 659.

[50] See *Thompson v. T Lohan (Plant Hire) Ltd* [1987] 1 WLR 649.

[51] 参见前注〔7〕，Mindy Chen-Wishart书，第422页。

[52] See Vgl. *Dirk Looschelders*, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, (2009), S. 130; 前注〔13〕，Phillip Hellwege文，第1592页。

[53] 参见张卫平：“民事公益诉讼原则的制度化及实施研究”，《清华法学》2013年第4期，第6~7页。

民事公益诉讼的规定。2016年4月24日,最高人民法院发布《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释[2016]10号),规定中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会,可以提起消费民事公益诉讼(第1条);第13条第2款明确规定,“经营者利用格式条款或者通知、声明、店堂告示等,排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任,原告认为对消费者不公平、不合理主张无效的,人民法院可予支持。”消费民事公益诉讼中法院确认不公平条款无效的判决,其最终确定的法律关系和法律状态不仅约束当事人,还约束一般第三人,即案涉不公平格式条款自被确认无效之日起,对将来的消费者而言,均属无效。<sup>[54]</sup>目前已有一些出于公益目的的消费侵权诉讼,<sup>[55]</sup>但尚未见到专门针对格式条款使用人提起的确认格式条款无效的诉讼。虽然如此,人们可以期待在不远的将来出现这样的诉讼,其判决的拘束力,超越个案而及于普遍的相关消费者。

## 五、未来可能的发展：走向民法典

中国目前正在紧锣密鼓地编纂民法典,作为第一步的《民法总则》已在2017年3月15日颁布,第二步是要整合现有民事立法,编纂民法典分则编,预计在2020年完成。如何在形式上及实体内容上使中国民事立法更进一步,成为中国法律人共同面临的重大课题。

在起草《合同法》时,立法思想中已经注意到了对于消费者等经济弱者的特别保护。《合同法》中具体规定格式条款的规则、免责条款无效的规则,便已显现出该法实质上吸纳了对于消费者保护的特别规则。当然,这些特别规则,是否存在被泛化适用于商业性合同的问题,仍有讨论的余地。面向将来,如何在民法典中进一步合理设计对于消费者合同及商事合同的共同的规则及各自的规则,整合消费者保护的特别规则,合理界定其适用范围,仍将考验中国法律人的智慧。

### 参考文献

- [1] 李适时. 中华人民共和国民法总则释义 [M]. 北京: 法律出版社, 2017.  
[2] 梁慧星. 统一合同法: 成功与不足 [J]. 中国法学, 1999 (3).

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

[54] 参进程新文、冯小光、关丽、李琪:“我国消费民事公益诉讼制度的新发展:《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用”,《法律适用》2016年第7期,第15、21页。

[55] 比如“上海市消费者权益保护委员会诉广东欧珀移动通信有限公司侵权责任纠纷案”,上海市第一中级人民法院民事裁定书(2015)沪一中民一(民)初字第9号;“上海市消费者权益保护委员会诉天津三星通信技术有限公司侵权责任纠纷案”,上海市第一中级人民法院民事裁定书(2015)沪一中民一(民)初字第10号。