

基于类型区分的免责条款效力判断

殷秋实^{*}

摘 要 对于一般免责条款的效力控制,以及其与格式条款的关系,理论和实践存在不少误解。免责条款的效力判断应当基于责任性质而作区分,适用不同规则。免除侵权责任时,应遵循与自甘冒险、受害人同意相同的价值判断,以法律行为无效的一般规则判断免责条款效力,即使人身损害、故意或重大过失造成的财产损失也可能免责。《民法典》第 506 条应作限制,不适用于侵权责任的免除。对于违约责任,免除故意、重大过失违反主要义务而生的救济时,免责条款无效,依据在于原因或正当性的丧失导致法律行为的自我否定。违约和侵权责任竞合时,依据更侧重的责任性质处理。就与格式条款的关系而言,第 506 条第 1 项只适用于格式条款;第 2 项和第 497 条第 2、3 项可能形成适用范围交集,此时后者优先适用。两条不宜混淆,或被笼统界定为一般法与特别法。

关键词 免责条款 格式条款 效力控制 人身损害 财产损失

基于意思自治,当事人可以通过免责条款,事先免除或者限制自己可能的责任。免责条款具有降低不确定性、减少交易成本,进而鼓励交易的作用,但也可能被当事人滥用。为此,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)通过第 506 条和第 497 条,分别控制一般免责条款和格式免责条款的效力。

相比而言,格式免责条款的效力控制获得了更多关注,甚至占据和替代了对一般免责条款效力控制的讨论。^{〔1〕}一般免责条款的“空心化”,导致其无效事由和原因的界定并不准确,也影响了格式免责条款的体系定位和解释。反映到实践中,体现为《民法典》第 506 条的少量适

^{*} 中央财经大学法学院副教授。本文受中央财经大学科研创新团队支持计划资助。

〔1〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社 2020 年版,第 103 页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用[一]》,人民法院出版社 2020 年版,第 328 页;钟国才、谢菲:“论免责条款的效力”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 6 期,第 899 页。

用存在诸多不当之处,如将事后的和解协议认定为免责条款,或将责任转移、分担条款认定为无效的免责条款等。^{〔2〕}

为妥当构建和解释免责条款的效力控制规则,本文拟基于所免责任的性质,首先通过对侵权法中基于当事人意思的免责事由的讨论,明确《民法典》第 506 条应适用于违约责任;然后在此前提下分别讨论免除人身损害责任和财产损失责任的条款效力,基于意思自治的内外边界确定其无效依据;从而形成类型区分的免责条款效力控制体系。

一、解释“责任”的两种思路

要解释免责条款的效力控制规则,首先需要明确责任的含义和范围。免责条款是免除或者限制当事人未来责任的条款。^{〔3〕} 责任含义的明确不仅是界定免责条款的前提,也是讨论免责条款效力的基础。对于如何解释免责条款中的责任,我国法上有两种解释思路:一为区分义务与责任,二为区分责任的性质。

(一) 区分义务与责任的思路

区分义务与责任是我国立法和学理的一贯立场。《民法典》第 176 条即在文义上明确区分了义务和责任。此外,《民法典》中民事责任单独成章,也是遵循了“权利—义务—责任”相区分的逻辑。^{〔4〕} 学理的主流观点同样赞同这一区分,认为义务是第一性的,指当事人按照合同约定或者法律规定应为或者不应为特定行为;责任是第二性的,是义务不履行的后果,带有国家强制性。^{〔5〕}

以此为前提,区分限制义务和免除责任就是应有之义,前者意味着当事人义务受限,也就没有责任,后者的前提则是当事人本有义务和责任。既然免责条款免除和限制的是“责任”,那么当事人对义务的限制就不在《民法典》第 506 条的调整范围之内。换言之,本条规制的对象是当事人就义务违反后果的约定,但尊重当事人就义务范围的约定。我国有学者支持这一观点,认为保险合同中的有些责任免除条款是对承保风险范围的界定,这是保险产品的具体表述方式,^{〔6〕}不是真正的免责条款。

作为他山之石,区分义务与责任也是比较法的普遍做法。例如,英国法原则上区分界定合

〔2〕 参见宋成荣诉丁国良案,江苏省苏州市中级人民法院民事判决书,(2001)苏中民终字第 250 号;高晓慧诉双流县籍田中心卫生院医疗事故损害赔偿纠纷案,四川省高级人民法院民事判决书,(2005)川民终字第 571 号。

〔3〕 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》(第 2 版),法律出版社 2009 年版,第 93 页;黄薇,见前注 1,第 103 页。

〔4〕 参见李国强:“《民法典》民事责任制度的演进逻辑及体系解释基础”,《当代法学》2021 年第 6 期,第 68 页。

〔5〕 参见王利明:《民法总则研究》(第二版),中国人民大学出版社 2012 年版,第 488 页;陈甦主编:《民法总则评注(下册)》,法律出版社 2017 年版,第 1258 页。

〔6〕 参见潘红艳:“论保险人的免责条款明确说明义务——以对保险行业的实践考察为基础”,《当代法学》2013 年第 2 期,第 95 页。

同内容的条款和免责条款；〔7〕意大利法认为，当事人之间界定法律行为内容、限制一方当事人承担义务的约定不是免责条款，这尤见于银行和保险领域。〔8〕《国际商事合同通则》（Unidroit Principles of International Commercial Contracts，简称 PICC）也认可这一区分，并举例加以释明：如果旅店主表示只看管汽车而不看管车内的贵重物品，这就并非免责条款，而是界定旅店主义务的范围。〔9〕

（二）界定责任性质的思路

另外一种思路则试图确定《民法典》第 506 条所免除责任的性质。虽然综合文义、体系等各方面，《民法典》第 506 条包括的责任既可为违约责任，也可为侵权责任，但我国学者往往采限制解释的态度。

就违约责任而言，《民法典》第 506 条明确提到了“合同”中的免责条款，且该条位于合同编通则，这意味着违约责任属于免责条款所免除的责任。立法机关的释义也明确将《民法典》第 506 条和违约责任挂钩。〔10〕从历史渊源看，《民法典》第 506 条和原《合同法》第 53 条基本一致，而对《合同法》制定有重要影响的《联合国国际货物销售合同公约》（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods，简称 CISG）、《国际商事合同通则》中所规制的免责条款针对的也主要是违约责任。〔11〕

侵权责任则体现在《民法典》第 506 条的用词上。第 1 项所言的“人身损害”，我国法通常将其理解为对生命、身体和健康的侵害，如《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〔2020〕17 号）的第 1 条第 1 款。这一表达在《民法典》侵权责任编的第 1179、1199、1200、1201 条中也多次出现。第 2 项的“财产损失”也可为侵权责任。位于侵权责任编的《民法典》第 1182、1184 条即使用了“财产损失”的表达。在合同编中，《民法典》第 749、802 条规定的“财产损失”，也是在侵权责任意义上理解的。〔12〕

虽然违约和侵权责任都包含在《民法典》第 506 条的文义中，但不少学者会限制免责条款所能免除的责任性质。不过，思路并不统一。有学者认为，有的免责条款只免除违约责任，有

〔7〕 See *Kenyon Son and Craven Ltd. v. Baxter Hoare and Co. Ltd.* [1971] 1 W. L. R. 519 at 522.

〔8〕 Cfr. F. Benatti, Voce Clausole di esonero dalla responsabilità, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, II, Torino, 1988, 403.

〔9〕 See UNIDROIT Principles 2016, article 7.1.6, comment 2.

〔10〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读（上）》，中国法制出版社 2020 年版，第 408 页。

〔11〕 CISG 中虽然没有明确规定，但一般认为基于意思自治，免责条款自然处在 CISG 的规制范畴。See Lauro Gama Jr., CISG Advisory Council Opinion No. 17, Limitation and Exclusion Clauses in CISG Contracts, rule 1.14. PICC 的规定，参见第 7.1.6 条。See also Gabriela Shalev, “Control over Exemption Clauses: A Comparative Synthesis,” *Boston College International and Comparative Law Journal*, Vol. 1, No. 1, 1977, p. 11.

〔12〕 关于第 749 条，参见谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注：合同编 典型合同与准合同（2）》，中国法制出版社 2020 年版，第 486 页。关于第 802 条，参见谢鸿飞、朱广新主编：《民法典评注：合同编 典型合同与准合同（3）》，中国法制出版社 2020 年版，第 157 页。

的则可以同时免除违约责任和侵权责任；^{〔13〕}有的学者侧重违约，认为合同中的免责条款能够免除违约责任，以及以合同为中介的侵权责任；^{〔14〕}还有学者从条文的具体内容出发，更强调侵权，认为涉及人身损害的时候，免除的是侵权责任；涉及财产损害的时候，免除的包括侵权责任和违约责任。^{〔15〕}

（三）两种思路的各自缺陷与路径选择

上文所述的两种思路目前都有缺陷。区分义务与责任的思路在理论上是可行的，但这种区分无法在免责条款效力控制的角度下贯彻。除了在债务人自发提供给付，无责任的义务仍可作为债权人保有给付的依据等少数情况外，大多数情况中限制义务和免除责任对权利人而言并无实质区别。如果严格区分义务与责任，债务人完全可以通过限制义务的方式来达到免除责任的效果，从而使免责条款效力控制的目的落空。

界定责任性质思路的缺陷在于论证的欠缺。学者们所提出的多种观点存在不小差异，有的学者侧重违约责任，对免除侵权责任的态度比较保守，甚至只针对特定的侵权责任；有的学者则认为免责条款主要针对侵权责任。而且，这些观点尚欠缺充足的理由和论证，并未指出为何侧重违约或侵权责任。这一问题在比较法上同样存在。《民法典》第 506 条的前身（原《合同法》第 53 条）借鉴了《意大利民法典》第 1229 条和我国台湾地区“民法”第 222 条。^{〔16〕}在这两个立法例中，都存在免除侵权责任是否适用相关条文的争议。^{〔17〕}

相比而言，区分义务与责任思路的缺陷更难克服。严格区分义务与责任，不可避免会产生规避问题。此时的解决之道，是在免责条款的效力控制中，不拘泥于义务和责任的严格区分。正如有学者指出，免责条款既包括免除责任，也包括免除义务。^{〔18〕}这就背离了区分义务和责任的前提。此时，需要基于责任的性质而分别讨论免责条款无效的事由和原因。这是因为不同性质的责任有其独特的免责事由或无效事由，免除相应责任的条款效力，应当与这些事由相协调。因此，所免责任的性质、免责无效的原因和《民法典》第 506 条适用范围的界定，三者是相辅相成的关系。只有揭示责任性质与效力判断之间的关系，补充无效的原因和依据，方能弥补现有界定责任性质思路的缺陷。

二、侵权责任免责事由对免责条款范围的限缩

侵权法中已经有自甘冒险、受害人同意等基于当事人意思而事先免除侵权责任的免责事

〔13〕 参见朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注：合同编 通则（1）》，中国法制出版社 2020 年版，第 342 页。

〔14〕 参见曹士兵：“免责条款辨析——兼论合同的默示条款”，《当代法学》1991 年第 1 期，第 17 页。

〔15〕 参见钟国才等，见前注〔1〕，第 900 页。

〔16〕 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《〈中华人民共和国合同法〉与国内外有关合同规定条文对照》，法律出版社 1999 年版，第 41 页。

〔17〕 意大利法上的反对观点，cfr. F. Benatti, Clausole di esonero dalla responsabilità, cit., 402；支持观点，cfr. V. Roppo, Il contratto, Milano, 2001, 999。我国台湾地区的争议，参见王泽鉴：《民法学说与判例研究（第六册）》，北京大学出版社 2009 年版，第 67 页。

〔18〕 参见曹士兵，见前注〔14〕，第 15—16 页；朱广新等，见前注〔13〕，第 343 页。

由。《民法典》第 506 条规定的免责条款如若能免除侵权责任,其效力判断应当与侵权责任的免责事由相协调。

可能的疑问是,这些免责事由和《民法典》第 506 条规定的免责条款,在体系定位上有所不同。免责事由会导致侵权责任的某些成立要件不具备,从而使侵权责任不成立;^[19]免责条款则指向损害赔偿请求权的事先放弃,此时以侵权责任已经成立为前提。不过,基于以下两个原因,这种不同不是否定协调考虑的理由。一方面,这种不同并不绝对,免责条款也可能成为免责事由特别是受害人同意的表现形式,免责条款本身也可以免除义务,从而阻却侵权责任的成立;免责事由亦可能被理解为构成要件符合、侵权责任成立以后的责任免除。^[20]另一方面,应当考虑内在价值的贯通。如果两者处在同一层面,在效果不同时,需要判断优先适用的特别法;即使不在同一层面,也应该注意内在体系的协调,既然都是基于当事人的事前意思导致最终侵权责任的不承担或者减轻,两者应该具有类似的利益衡量,在解释时应避免会导致价值冲突的结果。因此,要解决《民法典》第 506 条能否以及如何适用于免除侵权责任的问题,需要考察本条与自甘冒险、受害人同意之间的关系,并特别注重目的和利益的角度。

(一) 自甘冒险能够免除部分人身损害责任

自甘冒险规定于《民法典》第 1176 条第 1 款,该条强调在一定风险的文体活动中,可基于受害人自愿而免除责任,并规定加害人故意、重大过失时不能免责。这在文义和价值衡量上与《民法典》第 506 条第 2 项相呼应,也体现了协调考虑两者的必要性。

自甘冒险和免责条款一般不会竞合,但这并非绝对。免责条款是一种约定,通常是明示的。而在“一定风险的文体活动”中,加害人和受害人之间往往没有约定或协议,甚至可能并不相识。自甘冒险出自受害人单方的自愿参加,这种自愿也可以不是明示的,而是默示作出。^[21]不过,在自愿参加特定文体活动之前,当事人之间若达成了免责的约定,也可能同时满足两者。

两项条款在免责效果上有所不同。在涉及财产损失时,两者似乎并无差异。^[22]在涉及人身损害时,两者则差异明显:依据《民法典》第 506 条第 1 项,免除人身损害责任的条款无效;但是在文体活动、特别是体育活动中,一般过失造成的人身损害责任仍在免除之列。

之所以有这种区别,在于《民法典》第 1176 条第 1 款的独特立法目的,即保障行为自由,促进相关体育活动的正常发展。^[23]此时,如果基于自甘冒险能够免责的行为,在当事人另有免责条款时,反而不能免除,会导致《民法典》第 1176 条第 1 款的落空。为了避免这种冲突,应当优先满足《民法典》第 1176 条的立法目的,亦即,第 506 条适用于一定风险的文体活动时应作相应限缩。

[19] 参见程啸:《侵权责任法》(第三版),法律出版社 2021 年版,第 325 页。

[20] 参见王利明:《侵权责任法研究(上卷)》(第二版),中国人民大学出版社 2016 版,第 418 页。

[21] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 116 页。

[22] 实则不然,对财产侵权责任的免责也不应适用《民法典》第 506 条第 2 项,详见后文论述。

[23] 参见邹海林、朱广新主编:《民法典评注:侵权责任编(1)》,中国法制出版社 2020 年版,第 128 页。

(二) 受害人同意能够免除财产侵权责任与部分人身侵权责任

虽然《民法典》没有明确规定受害人同意,但学理认可这一制度作为免责事由。^{〔24〕}比较法也是如此,很多立法例虽然没有明确规定受害人同意,但均承认其作为侵权责任的免责事由或违法性阻却事由。^{〔25〕}而且,受害人同意和自甘冒险在对风险认识的具体程度、对损害的接受意向以及价值基础等方面都有所不同,^{〔26〕}因此不能直接套用前文对自甘冒险与免责条款关系的讨论。

受害人同意和免责条款同属法律行为。虽有学者认为受害人同意是准法律行为,^{〔27〕}但在我国法中,这一观点难以成立。准法律行为是虽有表示,但效果直接由法律规定的行为。^{〔28〕}一方面,《民法典》既然没有明文规定受害人同意,也就谈不上规定其效果。另一方面,受害人同意的效果是侵权责任的减免或者请求权的预先放弃,这正是当事人意思表示的内容,符合《民法典》第134条对法律行为的界定。有观点认为,导致受害人同意无效、因而不能免责的情形主要是违反法律的禁止性规定和违反公序良俗。^{〔29〕}这也是将受害人同意置于法律行为的框架之下。故此,我国法应将受害人同意认定为法律行为。这也是《民法典》即使未规定受害人同意,其仍为免责事由的原因。

受害人同意和免责条款固有不同之处,但不妨碍受害人同意和免责条款的效力判断应当彼此协调。受害人同意可能是单方的,也可以是双方的;而免责条款应是双方的。但是,两者均为建立在当事人意思自治之上的法律行为。我国有学者即认为,免责条款是受害人同意的类型之一。^{〔30〕}受害人同意的体系定位,可能为违法性的阻却,而免责条款通常被认为是责任免除。不过,两者的实质效果,都是让加害人最终免于承担侵权责任。既然都是基于意思自治减免侵权责任,在效力判断上就应当协调受害人同意和免责条款。

就财产损失而言,如果受害人已经事先知晓并明确同意,即使财产权受侵害是由加害人故意、重大过失所致,也没有横加干涉的必要。财产权的客体是当事人自由处分的对象,当事人可以自己损毁财产,也可以委托、雇佣他人来损毁自己的财产。此时涉及的是特定受害人的私人利益,没有侵害公共利益。有学者即指出,财产权益原则上可以自由处分,对侵害财产权益行为的同意一般不存在违反法律禁止性规定和公序良俗的情形。^{〔31〕}财产本身都如此,基于

〔24〕 参见张新宝:《侵权责任法》(第五版),中国人民大学出版社2020年版,第68页;杨立新:《侵权责任法》(第四版),法律出版社2021年版,第181页。

〔25〕 See Christian von Bar and Eric Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Volume 4, Munich: Sellier European Law Publishers, 2009, p. 3609.

〔26〕 参见周晓晨:“论受害人自甘冒险现象的侵权法规制”,《当代法学》2020年第2期,第35页;申海恩:“文体活动自甘冒险的风险分配与范围划定”,《法学研究》2023年第4期,第97页。

〔27〕 参见王泽鉴:《侵权行为》(第三版),北京大学出版社2016年版,第280页。

〔28〕 参见常鹏翱:“对准法律行为的体系化解读”,《环球法律评论》2014年第2期,第53页。

〔29〕 参见张新宝,见前注〔24〕。

〔30〕 参见王利明,见前注〔20〕,第464页。

〔31〕 参见程啸,见前注〔19〕,第349页。

财产权而生的损害赔偿请求权就更非例外。姓名、肖像、隐私等精神性人格权与之类似,当事人同样可以自己处分或交由他人处理,因此也可以通过意思自治来有效减轻、免除他人的侵权责任。

生命、身体、健康等物质性人格权,亦即“人身损害”的传统范畴,对权利人的处分则有更多的限制。生命具有极高的价值位阶,自然人并不能处分生命权益。除“安乐死”等极少数争议巨大的情况外,假他人之手结束生命亦不为法律认可。因此,事先同意放弃侵犯生命利益而生的各类救济应作无效处理。身体、健康则有所不同。《民法典》第 1006 条、第 1008 条的规定,体现出自然人仍可在一定程度上处分身体和健康利益。不赞同事先同意可以免除因侵害身体、健康而生的侵权责任的观点,可能出于对道德风险行为的防范,^[32]避免当事人事先的免责声明导致相对人的轻率行为。但是,这并不能论证免除侵害身体、健康责任的意思一律无效,特别是受害人已经慎重考虑、面临的风险明确、免责范围清晰时。从体系协调的角度看也是如此,如在参与《民法典》第 1176 条第 1 款所不能涵盖的娱乐活动时,^[33]基于和自甘冒险类似的价值考量,完全可以事先免除一般过失导致的身体、健康侵权责任。

刑事责任领域关于侵犯人身、财产权益的讨论也可提供佐证。刑法同样区分生命和身体、健康、财产权益来判断受害人承诺的效力。关于生命权,即使受害人同意,杀人行为仍然构成犯罪,不能免于刑事责任,理由在于对生命法益的绝对保护。^[34]对于侵害身体、健康权的行为,虽然有不同观点,^[35]但均认可受害人同意可以免除故意伤害身体、健康行为的刑事责任。相比人格权而言,受害人对个人财产的处分更是自由。^[36]如果侵害身体、健康和财产的刑事责任的成立与否应尊重受害人意思,在更强调意思自治的民事责任领域中,更没有反其道而行之的道理。

受害人同意可以免除财产侵权责任,以及生命以外的人身损害责任。这建立在意思自治之上,源于当事人可以处分相关利益以及为保护利益而生的各项救济。受害人同意的效力要受到法律强制性规定和公序良俗的限制,但是免除侵害生命之外的人身损害责任或者免除故意、重大过失而导致的财产损失责任本身不直接构成违法或者违反公序良俗。这就和《民法典》第 506 条的文义形成区别。由于受害人同意和免责条款在利益判断上的相似性,免责条款应遵循相同的价值判断,优先适用受害人同意的规则,以维护当事人的意思自治。

[32] 类似观点,参见马军胜主编:《中华人民共和国邮政法释义》,法律出版社 2010 年版,第 112 页。

[33] “文体活动”表达的狭窄,可参见李鼎:“论自甘风险的适用范围——与过失相抵、受害人同意的关系”,《甘肃政法大学学报》2021 年第 1 期,第 141 页。

[34] 参见赵星:“被害人承诺的体系定位及其展开”,《政法论坛》2014 年第 4 期,第 138 页。

[35] 处分自己健康利益的承诺伤害行为,原则上应当认可。参见黎宏:“被害人承诺问题研究”,《法学研究》2007 年第 1 期,第 94 页。被害人可以承诺重伤行为,但行为手段不能违反善良风俗。参见车浩:“论被害人同意在故意伤害罪中的界限——以我国刑法第 234 条第 2 款中段为中心”,《中外法学》2008 年第 5 期,第 719 页。可以承诺轻伤行为,但不能承诺重伤行为的观点,参见周光权:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 220 页。

[36] 参见黄忠军:“被害人承诺在故意伤害罪中的规范限度”,《南大法学》2022 年第 1 期,第 77 页。

(三) 违约责任与侵权责任竞合的情况区分

在免除侵权责任时,《民法典》第 506 条所规定的免责条款效力,应与自甘冒险、受害人同意等制度相协调。协调的结果,是不能如同《民法典》第 506 条的文义那样,只依据权利性质和主观状态判断免责条款的效力。应当尊重自甘冒险、受害人同意等制度的价值判断,考察免除侵权责任的意思是否违法或者违反公序良俗而确定其效力,人身损害的免责不会一律无效,故意或者重大过失导致的财产损害也可能免责。如此,《民法典》第 506 条应作限缩解释,侵权责任的免除不属于该条的适用范围。

在违约责任和侵权责任竞合时,也应基于这一前提而区分讨论。违约责任与侵权责任的竞合可能产生于两种情形,一是债务人违反附随义务中的保护义务,侵犯债权人的固有利益;^[37]二是固有利益保护也构成债务人的给付义务,例如人身安保合同、保管合同。依据责任性质更侧重侵权还是违约,《民法典》第 506 条在这两种情形中的适用应有不同。

侵犯固有利益违反附随义务是最常见的违约、侵权责任竞合。如果当事人在合同中约定免除违反附随义务所生的责任,该免责条款同时免除违约责任和侵权责任,否则约定免责条款的目的就会落空。^[38]此时,免责条款的效力判断仍不应适用《民法典》第 506 条。因为在发生竞合时,需要协调合同法和侵权法的规则,避免因为归类不同而造成不同的处理结果。^[39]由于适用《民法典》第 506 条会导致自甘冒险、受害人同意等制度的目的被架空,协调的结果应是该条不予适用。其实,此时也并非典型的违约责任,有学者甚至认为保护义务应从合同义务中剥离,只用侵权法保护固有利益。^[40]这就直接阻止了违约责任和侵权责任的竞合。

在保护固有利益也构成债务人的给付义务时,义务违反也可能同时构成侵权责任和违约责任。不过,此时的责任免除需要更注重违约视角,因为债务人违反的义务是合同主要义务,免除责任会导致债权人履行利益不能实现。这种免责条款的无效并非基于公共利益,而是另有依据。对此后文会有更详细的论证。

三、人身损害免责无效的范围限定

既然免除侵权责任的条款效力不直接适用《民法典》第 506 条,那么接下来就应当在违约责任的范畴内考察该条的适用。可以发现,在违约责任的视角下,免除人身损害责任的条款也

[37] 保护义务是一种附随义务是我国的主流观点。参见王利明:《合同法研究(第一卷)》(第三版),中国人民大学出版社 2015 年版,第 393 页;韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 347 页。也有观点认为附随义务只保护固有利益。参见崔建远:《合同法总论(上卷)》(第二版),中国人民大学出版社 2011 年版,第 242 页。

[38] 参见程啸,见前注[19],第 366 页。

[39] 参见张家勇:“合同保护义务的体系定位”,《环球法律评论》2012 年第 6 期,第 69 页;叶名怡:“《合同法》第 122 条(责任竞合)评注”,《法学家》2019 年第 2 期,第 180—182 页。

[40] 参见王文胜:“论合同法和侵权法在固有利益保护上的分工与协作”,《中国法学》2015 年第 4 期,第 220 页。

非一概无效,除非限于格式条款的范围内。

(一) 人身损失免责一概无效缺乏正当性

《民法典》之所以将免除人身损害责任的条款一律规定为无效,可能是认为其违反强制性规定或公序良俗。立法历史的演变可以提供证明。1995 年 1 月的《合同法(试拟稿)》第 34 条第 1 款规定,“违反法律强制性或者禁止性规定的合同,无效”;同条第 2 款规定,“合同中免除下列责任的条款无效:(一)故意或者重大过失的责任;(二)人身损害的责任;(三)消费者权益法禁止免除的责任;(四)其他违反公序良俗的责任”。^[41]这种体例安排反映了在立法者眼中,免除人身损害责任是违法、违反公序良俗的例示。

《合同法》及《民法典》在形式上将免责条款的无效和违法、违反公序良俗分离,并置于不同的章、编中,但学理仍然以违反法律强制性规定或违反公序良俗来论证免除人身责任条款的无效。认为免除人身损害责任违反法律强制性规定的学者,或者认为这种免责违反了保护人身的宪法原则,^[42]或者认为这违反了侵权法上不得侵害他人人身和财产的强制性义务。^[43]认为其违反了公序良俗的学者,则会一般性地强调这种免责条款对公共利益、公共道德或者基本法律正义的违背。^[44]

违反强制性规定并不是《民法典》第 506 条第 1 项的无效依据。事实上,这里难以寻找被违反的强制性规定。现有观点并未具体言明所违反的法律规范。《宪法》提及人身的条文主要是第 37 条的人身自由和第 38 条的人格尊严。宪法的这些原则和理念可以帮助判断法律行为是否违反公益而无效,^[45]但并不具体,因而不足以作为“效力性强制性规定”。考虑到本处所讨论的责任已经被限定为不构成侵权的违约责任,因而无需讨论侵权责任编的条文是否可作为“强制性规定”。更何况,如前文所述,侵权责任是可以基于受害人意思而减免的。

免除人身损害责任的约定也不必然违反公序良俗。我国学者其实已经指出这一规则太过严苛,理由是一概无效会限制手术、汽车驾驶培训等行业的发展,最终损害消费者利益。^[46]不过,这一论证并不妥当。因为如后文所述,将消费者以及通常与之相伴的格式条款引入讨论范围,反而可能触发公序良俗,证成人身损害免责条款的无效。公序良俗或者体现为基本权,

[41] 何勤华、李秀清、陈颐:《新中国民法典草案总览(增订本)(下卷)》,北京大学出版社 2017 年版,第 1855 页。

[42] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组,见前注[1],第 329 页;黄薇,见前注[1],第 103 页。

[43] 参见王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由:债法总则编、合同编》,法律出版社 2005 年版,第 245 页;邓绍秋:“论免责条款效力的认定”,《求索》2007 年第 3 期,第 105 页。不过,这些学者同时也认为这种免责条款违反了公序良俗。

[44] 参见钟国才等,见前注[1];朱广新:《合同法总则研究(上册)》,中国人民大学出版社 2018 年版,第 322 页。

[45] 参见章程:“从基本权理论看法律行为之阻却生效要件——一个跨法域释义学的尝试”,《法学研究》2019 年第 2 期,第 28 页。

[46] 参见王利明,见前注[43];朱广新等,见前注[13],第 346 页。

或者体现为无法还原于特定主体权利的社会公益,^[47]亦即不特定多数人所享有的利益。生命利益比较特殊,另当别论。身体、健康等利益虽可能构成基本权,但是民事主体仍然可以基于意思自治处分这些利益,此时相关利益并不必然以宪法所保障的基本权的面貌出现。免责条款的当事人是确定的,也不涉及不特定多数人的利益。因此,免除侵害身体、健康利益的人身损害责任的约定,不因其自身构造而当然违反公序良俗,不宜一概认定为无效。

比较法的经验可以提供佐证。在合同法的历次草案和民法典学者建议稿中,免责条款效力控制所借鉴的立法例,除前已提到的《意大利民法典》第 1229 条第 1 款、我国台湾地区“民法”第 222 条外,还有《德国民法典》第 276 条、《瑞士债务法》第 100 条等。^[48] 这些立法例在主观状态上有些许不同,^[49]但共同之处在于均一般性地规定不能预先免除责任,没有明确提到人身损害责任。考虑到以固有利益保护为重要内容的附随义务理论提出于 1929 年,形成于 1932 年,^[50]可推知最初人身损害责任并不必然进入免责条款的调整范围。时至今日,意大利法中免除人身损害责任条款的效力也不是基于《意大利民法典》第 1229 条第 1 款,而是基于第 2 款判断,即免除人身损害责任的条款可能违反公共秩序准则而无效。^[51] 这就回到了基于法律行为的一般无效事由而具体判断免除人身损害责任条款效力的思路。

顺便提及,《民法典》第 506 条第 1 项的“人身损害”并不契合公序良俗的规制思路。人身损害的免责并不一定违反公序良俗,已如前述;人身损害之外的某些责任同样可能违反公序良俗,却不为条文所涵盖。有学者即扩张解释“人身损害”,将人格权和身份权的损害均囊括其中。^[52] 还有学者认为,人身不应仅指向人的身体,而应当指向作为主体的人,包括物质性人格要素和精神性人格要素。^[53] 作为旁证,《意大利民法典》第 1229 条提到的“公共秩序准则”就包括了人身完整性、道德完整性和家庭关系的满足或者保护。^[54] 这些观点都超越了传统的“人身损害”,将对精神性人格要素和身份利益侵害的免责条款也纳入效力控制范围。不过也需要注意,精神性人格要素和身份利益虽然与公序良俗联系密切,但仍处在意思自治的范畴。对侵害此类利益责任的免除,同样并不必然超出意思自治的边界而无效。

(二) 免除人身损害责任的格式条款应认定为无效

不过,在特定条件下,免除人身损害责任的条款也可能一概无效。比较法的做法可提供启发。在域外立法中,人身损害免责条款一概无效的规定亦属常见。如依据《德国民法典》第

[47] 参见章程,见前注[45]。

[48] 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:合同编(上册)》,法律出版社 2013 年版,第 110—111 页。

[49] 《德国民法典》第 276 条规定不能预先免除故意责任,而其他三者则扩及于重大过失。

[50] 参见迟颖:“我国合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照”,《政治与法律》2011 年第 7 期,第 129 页。

[51] Cfr. V. Roppo, Il contratto, cit., 998.

[52] 参见江平主编:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 44 页。

[53] 参见温世扬:“民法典视域下的‘人身自由’”,《法制与社会发展》2022 年第 3 期,第 34 页。

[54] Cfr. G. Ceccherini, Responsabilità per fatto degli ausiliari, clausole di esonero da responsabilità, in Il codice civile commentario, artt. 1228-1229, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2003, 171.

309 条第 7 项,排除或者限制对因侵害生命、身体、健康而发生损害的责任的,免责条款不生效力,而且没有评价可能。《德国民法典》第 310 条进一步规定,第 309 条不适用于对经营者使用的一般交易条款。2006 年《意大利消费法典》第 36 条第 2 款第 1 项规定,免除或者限制经营者对消费者死亡或者人身损害责任的条款无效;2015 年的《英国消费者权益法案》第 65 条第 1 款规定,经营者不能免除或者限制由于过失造成的消费者死亡或者人身损害责任。

可以发现,前述立法例在判定人身损害免责条款无效时,均有限定条件。共同点在于对消费者保护的强调。有的立法例还需要格式条款的要件,如德国法。有的立法例则只注重相对人的消费者身份。如《意大利消费法典》第 36 条第 2 款第一句明确规定,无论条款是否建立在个别磋商之上,只要有人身损害免责的效果或者目的,该条款即无效。

在我国法中,人身损害免责条款的一概无效建立在格式条款之上。原因在于,格式条款的性质会使意思自治和公共利益的边界发生变动。一方面,对于侵犯生命以外的人身法益的责任,如果受害人免责的意思表示真实自由,损害的性质、范围明确,法律诚应尊重当事人的意思自治。但在格式条款的情况下,相对人没有能力改变免责条款的内容,无法就责任免除形成真实有效的意思。另一方面,格式条款具有重复使用的特征,因此通过格式条款进行免责会侵犯不特定多数人的利益,从而跨越违背善良风俗、侵犯公共利益的门槛。个别合同的不公平是合同自由的当然代价,但格式合同会导致社会公众长期受到企业主施加的单方规则,代表了相对人所遭受的社会经济不平等。^[55] 因此,格式化的人身损害免责条款侵犯意思自治、违反公序良俗,理应一概无效。

消费者保护其实并不足以为人身损害免责条款无效提供充足理由。我国的消费者保护立法秉持弱者保护的功能,将消费者假定为弱者。^[56] 弱者身份会导致为消费者配置更多的权利,但不足以使合同直接无效。从《消费者权益保护法》第 26 条的规定来看,消费者为一方当事人的合同无效,仍然建立在格式条款的不公平、不合理之上。这就回到了格式条款的规制框架,是格式条款以及内容不公平的叠加,导致了合同的无效。仅基于消费者身份而否定人身免责条款的效力,在非格式条款而消费者确实具有免责的真实、有效意思时,反而是对消费者意思的侵害;在构成格式条款而相对人是非消费者的主体时,同样存在意思自治不足、公共利益受损的情况,这些主体若无法得到保护,未免厚此薄彼。

前述的比较法例,虽然表面上均强调消费者保护,但无效的判断仍然植根于格式条款。这些立法例都建立在处理消费者合同中不公平条款的欧盟 93/13/EEC 指令之上。该指令第 3 条第 1 款将不公平条款界定为未经个别协商、违反诚实信用而导致当事人之间权利义务显著失衡的条款,可见其在本质上属于格式条款。可能的例外是《意大利消费法典》第 36 条第 2 款,其认为无论是否协商,人身损害免责条款均无效。但是,该款和同法典的第 33 条第 2 款存在矛盾。后者规定,人身损害免责条款被推定为不公平条款,但允许反证。故而,《意大利消费

[55] Cfr. C. M. Bianca, Diritto civile, III, Il contratto, Milano, 2000, 371.

[56] 参见陈婉玲、胡莹莹:“场景消费时代我国消费者保护法的功能拓展——从弱者倾斜保护到能力提升激励”,《浙江社会科学》2022 年第 10 期,第 66 页。

法典》第 36 条第 2 款的规定,可能是立法者的疏忽所致,^[57]在转化指令时,误删了未经个别协商的要求。

(三)《民法典》第 506 条第 1 项的再定位

综合前文论述可以发现,在免除人身损害责任时,免责条款不会一概无效,而是要区分所免责任和条款属性,分别判断其效力。究其根本,此处仍然是意思自治和公共利益的边界划定问题。

如果不涉及格式条款,且人身损害构成侵权责任时,应依据侵权法中的自甘冒险、受害人同意,以及法律行为一般规则等来判断免责条款效力。此时适用的根本依据是《民法典》第 153 条。除免除侵害生命的责任因违法而一概无效外,免除其他人身侵害责任,应当考察是否存在违法、违反公序良俗等严重侵犯公共利益的情况。如果人身损害主要构成违约责任,免除这种责任通常不生违法或违反公序良俗的问题,但可能会产生后文讨论的由于否定意思自治本身而无效的问题。

如果免责条款以格式条款的形态出现,免除人身损害责任的约定或单方表示一律无效。这种条款属于格式条款效力判断中的“黑名单”,^[58]是格式条款中绝对无效、没有评价可能的情形。《民法典》第 497 条第 2、3 项等规定可作为此类条款的无效依据。原因在于格式条款不经协商而订立带来的意思自治不足,和重复使用目的会导致的公共利益减损。此消彼长之下,应当更注重保护格式条款相对人的利益。

既然免除人身损害责任的表示需依据具体情形、援引不同规定,分门别类地确定效力,《民法典》第 506 条第 1 项的规定就不恰当。该项规定的内容,本身并不必然构成《民法典》第 153 条的例示或注意规定,缺乏一概无效的正当性。该项的合适场景是格式免责条款,引用该项的第 497 条第 1 项才是其合适的体系位置。第 506 条第 1 项的文义的确清晰明确,但这反而成为解释的障碍,导致在非格式条款的情况下,只能搁置此项,不予适用。

四、原因丧失视角下的财产损失免责无效

在违约责任的视角下,也可以发现《民法典》第 506 条第 2 项规定的,免除“因故意或者重大过失造成对方财产损失”条款无效的原因。这类条款的无效并非基于违反法律或者公序良俗,而是内生的对意思自治的否定。

(一)财产损失免责无效原因的“无效”

可能由于文义的明确,现有理论在解释《民法典》第 506 条第 2 项时,并没有纠结于本项的

[57] Cfr. E. Cesàro (a cura di), I contratti del consumatore, Padova, 2007, 72.

[58] 参见宁红丽:“平台格式条款的强制披露规制完善研究”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2020 年第 2 期,第 67 页。

内容,着重讨论的是无效理由,具体表现为四类观点。第一种是立法机关和最高人民法院的观点,^[59]认为免除故意或者重大过失造成的财产损失责任无效是因为违反了诚实信用原则。第二种观点认为此类免责无效的原因在于违反法律的强制性规定。^[60]第三种观点认为,不能免除故意或重大过失造成的财产损失是因为其动摇了以私人自治为基点的过错责任原则。^[61]最后一种观点认为,免除故意或者重大过失的财产损失责任之所以无效,是因为其违背了公共利益,损害了社会秩序和社会公德。^[62]然而,从违约责任的角度观察,这些观点都存在问题,不足以或者不适宜作为此类免责条款的无效依据。

首先,诚实信用原则不能担此重任。和作为行为底线、主要机能在于否定行为效力的公序良俗原则不同,诚实信用原则主要限制当事人行使权利、履行义务的方式,一般不否定行为的效力。^[63]只是在格式条款的特定情形中,可能因违反诚实信用而否定不公平条款的效力,而《民法典》第 506 条第 2 项规制的是一般免责条款,并非格式条款。

其次,《民法典》第 506 条第 2 项的无效也不是因为其违反强制性规定。和第 1 项的情况相同,这里其实并没有合适的强制性规定。违约责任的主要目的就是明确嗣后所生风险如何在当事人之间分配,^[64]其应属于任意性规范。而任意性规范之所以能够进入合同,是因为其符合当事人的可能意思。^[65]基于意思自治原则,当事人本就可以自行约定违约时的责任分配,也就谈不上规定的强制性。

再次,动摇过错责任原则也不是合适的无效事由。通常认为我国的违约责任为严格责任,和过错责任无涉,后者的动摇也就成为无本之木。部分合同可基于法律规定或当事人约定而适用过错责任。此时,免除故意或者重大过失而生的违约责任的条款确实无效,但如后文所述,此时动摇的并非过错责任,而是意思自治的正当性。

最后,既然诚实信用、违法和动摇过错责任都不合适,似乎就只能依托公序良俗来判定免责条款的效力。问题在于,此时的公共利益更加难以寻觅。合同具有相对性,违约责任涉及的是特定债权人的财产利益,这不涉及公共利益。即使以故意和重大过失作为要件,也不意味着此时债权人的利益成为公共利益。正如欺诈、胁迫等虽然也以故意为要件,手段亦违背善良风俗,但只侵犯私人利益,故行为并非无效,而是可撤销。

[59] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组,见前注[1],第 329 页;黄薇,见前注[1],第 104 页。

[60] 参见杨立新:《合同法总则(上)》,法律出版社 1999 年版,第 167 页。有学者采用的是不法性的表达。参见王利明,见前注[43];邓绍秋,见前注[43]。

[61] 参见朱广新,见前注[44]。

[62] 违背公共利益的观点,参见赵金龙:“浅谈免责条款的认定”,《当代法学》1999 年第 5 期,第 60 页;钟国才等,见前注[1],第 900 页。违背社会秩序和社会公德的观点,参见韩世远:“免责条款探讨”,《当代法学》1993 年第 2 期,第 29 页;朱广新等,见前注[13],第 345 页。

[63] 参见于飞:“公序良俗原则与诚实信用原则的区分”,《中国社会科学》2015 年第 11 期,第 154 页;王利明:“论公序良俗原则与诚实信用原则的界分”,《江汉论坛》2019 年第 3 期,第 132 页。

[64] Cfr. A. Di Majo, La responsabilità contrattuale, Torino, 1997, 69.

[65] 参见王轶:“民法典的规范类型及其配置关系”,《清华法学》2014 年第 6 期,第 58 页。

(二) 建立在意思自治否定之上的免责无效

要分析《民法典》第 506 条第 2 项的无效原因,需要建立在所免除责任的严重性之上。当事人所不能有效免除的是严重的违约责任。这在文义中已有所体现,即“故意或者重大过失”的主观要件。故意要求行为人对损害的发生有所认识,并追求或放任损害的发生。重大过失的行为人对损害发生有所认识,客观上制造了一种巨大风险,这是重大过失和轻过失的区分所在,并产生等同对待故意和重大过失的正当性。^{〔66〕}可见,“故意或者重大过失”的主观要件蕴含了严重程度的要求。

与之相应,虽然没有明确规定,但“财产损失”也应达到一定严重程度才能解释免责条款的无效。在没有严重损害债权人的履行利益时,即使故意的违约责任也可以被免除或限制,因其无损于无效背后的价值衡量。例如,航次租船合同中允许一定数目的“停泊日数”以便承租人对船舶装卸,如果停泊日数超过限制,则承租人只需支付一定限额的赔偿。在双方都知道装货港堵塞,承租人故意延迟装船直到其另一艘船舶已装完时,该限制责任的约定仍然有效。^{〔67〕}

由于免责条款是对责任的事先免除,具体损失还未发生,因此在界定“财产损失”责任的严重程度时,应该定性而非定量;应当明确违约行为对债权人利益可能导致的严重后果,而非事后考察损失的经济价值。^{〔68〕}因为免除保护固有利益的侵权责任另有效力控制规则,此处免除的应是侵犯履行利益导致的财产损失。因此,“严重”的违约责任应解释为对债权人履行利益的剥夺。这里的解释思路和解除相似。依据《民法典》第 563 条第 1 款,违约行为致使“不能实现合同目的”时,当事人可以解除合同。这里的不能实现合同目的,也是指违约具有客观严重性,会实际剥夺债权人的履行利益。^{〔69〕}

将主客观方面的要件相结合,可以发现《民法典》第 506 条第 2 项所规定免责条款的实质效果,是债务人明知或应知自己的行为会剥夺债权人的履行利益,但仍追求、放任这种行为的实施,且不会受到惩罚。

如果此类免责条款有效,会导致合同的权利义务状态和无效相近。这主要体现在约束力的丧失上。依据《民法典》第 155 条,无效的民事法律行为自始没有法律约束力。在有此类免责条款的合同中,如果是单务合同,债权人本就不负担对待给付义务,债务人不履行义务或者严重违约时,若债权人不能主张违约责任,则意味着债务人可以不必履行。如果是双务合同,债务人基于免责条款而无需实际履行,债权人可以基于牵连性而提出履行抗辩,同样无需履行。可见,此类免责条款的有效,会导致债务人可以基于自己意愿而任意摆脱合同,合同没有

〔66〕 参见叶名怡:“重大过失理论的构建”,《法学研究》2009 年第 6 期,第 82 页。

〔67〕 See *Suisse Atlantique Societe d'Armement SA v. NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A. C. 361.《欧洲示范民法典草案》也引用了这个案例。See Christian von Bar and Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Volume 1, Munich: Sellier European Law Publishers, 2009, p. 795.

〔68〕 对经济价值的限定,相当于限定上限的违约金,而违约金本就有增加规则。

〔69〕 参见赵文杰:“《合同法》第 94 条(法定解除)评注”,《法学家》2019 年第 4 期,第 180 页。

形式约束力；^{〔70〕}其还会导致合同双方不能向对方提出履行请求，合同没有实质约束力。

除约束力的丧失外，可能的返还也是有此类免责条款的合同与无效合同在效果上的相似之处。如果是双务合同，且债权人已经履行时，债务人的无需履行或不必承担违约责任，会让债权人订立合同的目的落空，此时应当允许债权人取回财产。这就与《民法典》第 157 条第 1 句所规定的无效后果相似。

可见，《民法典》第 506 条第 2 项所规定的免责条款如果有效，实质会导致合同无效。这不仅反映出此类免责条款存在问题，从而应当认定免责条款无效；更揭示了，其无效原因并不在于常见的因违法或违反公序良俗而无效。

在我国民法中，法律行为的无效建立在两种可能原因之上。一是法律行为违反公共利益，二是法律行为不存在。^{〔71〕}公共利益是当事人意思自治的外部边界，突破这一边界会导致意思表示被否定而无效，这为人所熟知。不过，法律行为的不存在、不成立也是不容忽视的无效原因，其和无效行为自始、绝对、当然和确定地不生效力的效果相兼容，^{〔72〕}在我国法中也一直有所体现。《民法典》第 146 条第 1 款的通谋虚伪表示无效是典型情况。此时并不存在有效或生效的意思表示，而是缺乏有效的意思表示，因而法律行为并未成立。^{〔73〕}我国也已经有学者注意到通谋虚伪表示与其他无效事由不同。^{〔74〕}与之类似的，还有纯粹以意愿为生效条件的法律行为，此时行为的约束力在一方的任意决定之下，既然一方没有负担义务的意思，法律行为就不成立。^{〔75〕}《民法典》第 506 条第 2 项正是建立在意思表示不存在之上的无效，而非违反公共利益所致的无效。

进一步来说，《民法典》第 506 条第 2 项的无效源于意思自治内核的丧失。虽然形式上存在意思自治行为，但当事人并没有设立权利义务关系的真意，属于借助意思自治的形式而实质否定自治，故应否定其效力。如果条款的目的在于完全免除一方的任何违约责任，这和合同的目的不符，从而会否定当事人之间的关系是合同。^{〔76〕}对于单务合同而言，《民法典》第 506 条第 2 项规定的免责条款否定了债务人的慷慨目的；对于双务合同而言，提前免除故意、重大过

〔70〕 虽然通常认为形式约束力是法律行为成立的后果，但将其作为合同有效的后果更为合适。参见殷秋实：“效力体系视角下的法律行为成立理论构建”，《当代法学》2024 年第 2 期，第 42 页。

〔71〕 参见殷秋实：“公司决议无效制度的类型区分与漏洞填补”，《法学》2024 年第 3 期，第 110 页。

〔72〕 不成立、不存在长期以来和无效是等同概念。罗马法到中世纪的情况，cfr. A. Masi, voce Nullità (storia), in Enciclopedia del diritto, XXVIII, Milano, 1978, 866; M. Talamanca, Inesistenza, nullità, ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana, in BIDR, CI-CII, 1998-1999, 36。很多现代学者同样如此认为。参见崔建远：《合同法》（第三版），北京大学出版社 2016 年版，第 83 页。

〔73〕 参见王琦：“德国法上意思表示和法律行为理论的新发展——兼论对中国民法总则立法的启示”，《清华法学》2016 年第 6 期，第 46 页。

〔74〕 参见李宇：《民法总则要义：规范释论与判解集注》，法律出版社 2017 年版，第 531 页；李永军：《民法总则》，中国法制出版社 2018 年版，第 687 页。

〔75〕 参见朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社 2016 年版，第 130 页。

〔76〕 See Edwin Peel, *Treitel on The Law of Contract*, 14th ed., London: Sweet & Maxwell Ltd., 2015, para. 7-030.

失而违反主要义务的条款,让债权人负担义务的允诺失去了对价,不能实现债权人的目的,这些均是对合同自身的否定。所有的基于法律行为的给予都应当具备法律上的原因,否则会使法律行为丧失正当性,进而效力消灭。^{〔77〕}基于此,可以说《民法典》第 506 条第 2 项规定的免责条款无效,原因在于合同原因的丧失。即使不认可原因是合同效力判断事由的观点,也认同在判断合同效力时,需要确认合意是否真诚、当事人是否具有自我约束的意思。^{〔78〕}而如前所述,《民法典》第 506 条第 2 项规定的免责条款,反映出合同当事人没有真诚的约束意思。故此,这类免责条款欠缺被法律认可的正当性,应被认定为无效。

(三) 从“责任”到“救济”的扩张

明确《民法典》第 506 条第 2 项所规定的免责条款的无效原因后,也可以发现该项在文义上的不足之处,即“责任”涵盖的范围不够全面。

该项所规定的免责条款无效,建立在责任免除导致合同丧失约束力,进而失去了法律行为存在的原因或正当性之上。但是,除免除违约责任之外,也有其他方式能够达到类似结果。例如,合同双方当事人可以约定严格限制一方解除权或者赋予另一方非常宽泛的解除权。在严格限制乃至排除一方解除权的情况下,合同的命运同样会操之于债务人之手。宽泛乃至任意的解除权,更是让合同对解除权人丧失形式约束力。虽然实务中法院通常认可此类约定的效力,^{〔79〕}但比照《民法典》第 506 条第 2 项,上述约定的效力其实存在疑问。

考虑到解除虽不是违约责任,但属违约救济的一种形态,^{〔80〕}可以将免责条款的效力规制对象从责任免除扩张到救济剥夺。这符合立法目的。违约责任侧重否定违约行为,违约救济则强调对守约方的补救,而合同制度的目的本就是对受允诺人提供救济以弥补违约。^{〔81〕}如果发生严重的违约行为,守约方却不能得到相关救济,就会剥夺其履行利益、背离合同目的,合同就此丧失正当性。反之,如果限于对责任免除进行效力控制,忽视其他救济的剥夺,难免对权利人保护不足。

而且,从责任扩张到救济,也有助于解决违约责任范围不够明晰所带来的问题。通常认为,违约责任主要体现为《民法典》第 577 条所列举的继续履行、采取补救措施和赔偿损失。但是,这其中的不少形态,如继续履行、修理更换、减价、退货等是否为违约责任存在争议;相反,将其认定为对违约提供的救济,^{〔82〕}则契合通常认知。

〔77〕 参见(德)维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 179—184 页;李永军:“从法律结构上区分‘标的’与‘原因’对合同效力的影响”,《法律科学》2025 年第 2 期,第 131 页。

〔78〕 参见杨代雄:《法律行为论》,北京大学出版社 2021 年版,第 96 页。

〔79〕 参见重庆中建工程公司与中国信达资产管理公司重庆办事处等借款合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2004)民二终字第 168 号;上海飞蕾科技有限公司诉富士医疗器材(上海)有限公司、富士胶片(中国)投资有限公司合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2018)最高法民再 82 号。

〔80〕 参见王春梅:“解除合同:违约救济的功能分析”,《学术交流》2018 年第 6 期,第 79 页。

〔81〕 参见崔建远:“违约责任探微”,《法治研究》2022 年第 6 期,第 18 页。

〔82〕 参见王洪亮:“强制履行请求权的性质及其行使”,《法学》2012 年第 1 期,第 105 页;许中缘:“给付障碍责任:一种被忽略的合同责任形态”,《法制与社会发展》2024 年第 2 期,第 22 页。

因此,在解释《民法典》第 506 条第 2 项时,不必局限于责任,而应将其扩及于救济。比较法例在解释一般免责条款的无效时,也会强调剥夺救济的问题,目的在于确保债务人违反义务时,债权人至少有一定程度或最低程度的救济,^[83]以免债务人不受约束,合同丧失其原因或正当性。即使条文表达用的是“责任”,但在具体解释时则不限于损害赔偿,而是包括解除、减价、排除抗辩等各种救济措施。^[84]

既然强调的是救济而非责任,回到前文所提到的解释责任的观点分歧,不必纠结“责任”和“义务”的区分也就顺理成章。无论当事人采用限制义务、免除责任抑或剥夺救济的方式,效力判断的重点是合同是否会丧失原因,失去正当性。拘泥于义务和责任的区分,只讨论免除狭义“责任”的条款效力,反而会顾此失彼,人为制造本不必要的问题。这也再次显现了区分义务和责任思路的局限性。

(四) 一般免责条款与格式免责条款的关系

行文至此,也可以明确一般免责条款和格式免责条款的效力控制规则之间的关系。前已述及,我国立法、学理常常将《民法典》第 506 条和第 497 条合并讨论,并将后者视为前者的特别法。^[85] 这种观点不免让人疑惑,因为从条文表述来看,反而是《民法典》第 506 条的内容更加具体,看起来更加特别。

要厘清两条规定的关系,需区分讨论《民法典》第 506 条的两项,因为两者无效的原因与依据并不相同。对于第 506 条第 1 项,正如上文所述,其不应该适用于非格式条款的场合。该项的合适场景是格式条款。严格说来,第 506 条第 1 项其实应是第 497 条第 2、3 项的示例,而非后者是前者的特别法。

对于第 506 条第 2 项和第 497 条第 2、3 项的关系,首先需要明确,虽然两者均导致“无效”,但由于无效原因不同,故分属不同类型。第 506 条第 2 项的无效源于意思自治内核的丧失,法律行为徒有其型但并不成立,因而无效。这种无效属于任何人均可主张的绝对无效,不受时间限制。格式免责条款的无效则有所不同。格式免责条款以诚实信用原则为效力判断依据。^[86] 基于体系自恰,诚实信用原则也会限制主张无效的主体。换言之,格式条款的无效是只能由格式条款相对人主张的相对无效。这也是比较法上的常见做法。^[87]

既然两者的效果有别,为决定优先适用的条文,需要讨论构成要件的范围。第 506 条第 2 项的要件,是剥夺由于故意或者重大过失违反主要义务时的救济。就第 497 条第 2、3 项而言,虽然其规定颇为细致,包括格式条款使用人“不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限

[83] See UCC, article 2-719, comment 1; Lauro Gama Jr., *supra* note 11, rule 2.15.

[84] See von Bar and Clive, *supra* note 67, p. 794; cfr. F. Paolo Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 175.

[85] 参见朱广新等,见前注[13],第 348 页。

[86] 参见范雪飞:“论不公平条款制度”,《法律科学》2014 年第 6 期,第 108 页;马一德:“免除或限制责任格式条款的效力认定”,《法学》2014 年第 11 期,第 153 页。

[87] Cfr. P. Gallo, *Trattato del contratto*, I, La formazione, Torino, 2010, 803. See Edwin Peel, *supra* note 76, para. 7-119.

制对方主要权利”，以及“排除对方主要权利”，但这些不是具体的效力评价标准。会导致格式条款无效的，是格式条款造成的相对人不合理、不公平的利益减损，^{〔88〕}是双方当事人的权利义务构成的失衡。就此而言，格式免责条款的要件范围更广，包括免除、限制违反主要义务所产生的责任和救济；包括格式条款使用人為自己加权的情况，例如允许经营者不经合理的提前通知就终止不定期合同的约定；^{〔89〕}也包括不当的管辖条款或仲裁协议。^{〔90〕}

因此，一般免责条款和格式免责条款的要件并非一方包含另一方的关系，不当然构成普通法与特别法。只是在免除违反主要义务而生的责任和救济时，可能存在要件上的交集。^{〔91〕}在存在交集时，应优先适用的条文不难判断：如果优先适用《民法典》第 506 条第 2 项，第 497 条的特别效果和相应的利益衡量就可能落空。此时，《民法典》第 497 条第 2、3 项构成应当优先适用的特别法。

五、结 论

一般免责条款的效力判断不能仅依据《民法典》第 506 条的文义，而是要依据责任性质，分别协调其和自甘冒险、受害人同意、格式条款、合同原因等制度的关系，建立类型区分的效力判断体系。如此方能合理划定意思自治的内外界限，以公共利益为外界，以原因和正当性为内核，建立妥当的免责条款效力判断规则，并以此贯通法律行为无效和格式免责条款无效。

判断一般免责条款的效力时，首先需要基于所免责任的性质进行区分。对于侵权责任的免除，应该尊重自甘冒险、受害人同意等制度所体现的利益衡量，考察免责条款是否违法、违反公序良俗。只要免责人的意思表示真实、自由，损害的范围、性质明确，即使免除的是生命以外的人身损害责任、故意或重大过失造成的财产损失责任，法律也应尊重当事人的意思。此时不适用《民法典》第 506 条。对于违约责任，如果是免除或剥夺违反主要义务而生的责任或救济，就会导致合同名不副实，丧失原因与正当性而无效。这也是《民法典》第 506 条第 2 项的解释方向。违约责任与侵权责任竞合时，免除违反合同主要义务所生救济的条款效力，应适用《民法典》第 506 条第 2 项判断，其余的竞合情形则与侵权责任的免除作相同处理，以避免评价矛盾。

据此也可确定《民法典》第 506 条与第 497 条的关系。第 506 条第 1 项应适用于格式免责条款的场合；非格式条款的情形则应避开本项。因此，第 506 条第 1 项是第 497 条第 2、3 项的

〔88〕 参见贺栩栩：“《合同法》第 40 条后段（格式条款效力审查）评注”，《法学家》2018 年第 6 期，第 182—183 页。

〔89〕 在比较法上，即使允许消费者也有同样的随时终止的权利，也不会让这一约定有效。Cfr. R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, 382.

〔90〕 参见北京京东世纪贸易有限公司诉王旭春格式合同纠纷案，北京市海淀区人民法院民事裁定书，（2008）海民初字第 30043 号；林琳与北京携程国际旅行社有限公司旅游合同纠纷上诉案，北京市第二中级人民法院民事裁定书，（2012）二中民终字第 17117 号。

〔91〕 关于构成要件交集，参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社 2007 年版，第 215—217 页。

例示。第 506 条第 2 项和第 497 条的“无效”不同,前者为绝对无效,后者为相对无效。两者可能存在适用上的交集,并非典型的一般法和特别法关系。在存在交集时,第 497 条第 2、3 项应优先适用。

Abstract: For the validity of non-standard exemption clauses, and its relationship with that of the standard terms, there are many misunderstandings, theoretical and practical. The validity of exemption clauses should be determined separately according to the nature of the liability. As for the tort liability, the same value judgment as assumption of risk and victim consent should be followed, judging the validity of exemption clauses based on the general rule of invalidity of legal transactions. Even personal injury, intentional or grossly negligent property damage can be exempted. The scope of article 506 of the Civil Code should thus be restricted. As regards to the contractual liability, the exemption clauses are void, when the remedies for the breach of major duties intentionally or in gross negligence are deprived. The invalidity is based on the loss of cause or justification, which leads to the self-negation of legal transactions. When tort and breach of contract concur, the determination of validity should refer to the solution of the major liability. The subparagraph (1) of article 506 should apply only to the standard terms. The subparagraph (2) of article 506 may intersects with subparagraphs (2)(3) of article 497 and in this situation the latter one should apply. These two articles shouldn't be confused, neither conform generally the relation of general law and special law.

Key Words: Exemption Clause; Standard Terms; Validity Control; Personal Damage; Property Damage

(责任编辑:贺 剑)