

合同格式条款规制问题初探

——以保险合同为例

倪受彬 施幽静

摘 要：格式条款规制问题是我国经济实践和合同法研究中的一个重要问题，文章重新探讨了包括保险合同在内的格式条款规制的理论基础。本文还结合我国保险合同司法解释和保险业的行业惯例，采取比较法的分析方法，讨论各国关于保险合同格式条款规制的几种方法，即行政控制、司法控制和立法控制等。在上述理论和比较法研究的基础上，文章提出了我国保险合同立法和司法解释中对保险合同规制的模式选择和具体建议。

关键词：格式条款；国外经验；规制体系；立法模式

中图分类号：D912 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2007)03-0047-06

一、对保险合同格式条款规制的理论基础

20世纪二三十年代之前，市场经济的各国对合同几乎都是采取“意思自治”，“合同自由”的态度。合同“意思自治”不仅是当时盛行的“自由主义”法哲学观念在合同法领域的体现，也是根植于19世纪以前资本主义经济发展的现实。即市场的充分竞争以及国家对经济的自由放任政策。合同当事人地位的平等使得双方有自由磋商的机会和条件，合同订立中的一方利用自己的优势地位欺压相对人的情况并不明显。国家于是充分尊重当事人的自由意志，对待合同采取“旁观者”的态度。

20世纪二三十年代以后，自由资本主义经济进入一个新的阶段，交易中双方地位不平等的情形日益显著。经济强者利用其优势地位，为达到交易的便捷和控制成本的目的而使用定式合同。通过定式合同，他们以自己单方面的意志取代双方的合意。通过定式合同排除法律的强制性规范在合同条款中适用的余地，如在定式合同中免除自己的主要义务，^①免除或减轻自己的违约责任，甚至预先免除基于自身的故意或重大过失给对方造成的人身伤害的侵权责任。除此之外，处于强势地位的商事主体甚至在合同中恣意提高对方的义务。如单方面否定对方的权利主张，如抗辩权。强行缩短相对方请求权的法定时效。^②在这种地位失衡的情况下，相对人虽然表面上还保留着拒绝与经济强者订立合同的“自由”，但是当条款使用者处于经济或行政垄断的情况下，相对人特别是消费者被迫与之订立定式合同几乎是无法避免的事。特别是交易的标的是生活必需品而销售方具有市场独占和垄断地位时。

传统合同法上的“合同自由”和“国家不干预合同的原则”所基于的自由经济、

当事人地位平等的社会背景已经发生变化。“合同自由”正在被作为幌子,掩盖着经济强者对弱者的“侵权自由”。国家必须正视自由被滥用,弱者遭欺凌的社会现实,调整“旁观者”的角色定位。应对定式合同进行规制。因为在“现代社会,一个把不干预私人活动确定为政府政策的主要原则的社会制度,可能会产生一种高度不平等的社会形式”。^③

随着保险业的发展,对保险合同的规制也被提出。因为,保险合同双方当事人地位并不平等。保险业务中的专业化和技术化问题非一般投保人、要保人或被保险人所能理解。特别是保险合同中存在大量的除外责任条款和保险人免责任条款,会直接影响到投保人投保目的的实现。

二、对合同格式条款规制的国外经验

各国对包括保险合同在内的定式合同的重视和控制与国家干预经济的理论是分不开的。以1929~1933年资本主义世界经济危机的发生为肇始,市场自发调节经济的失灵,各国政府纷纷对经济进行干预;作为对凯恩斯主义的呼应,各国开始通过司法、行政等手段对合同这种经济交往的主要媒介,包括定式合同进行管理,赋予法官变更合同的权力。到了20世纪70年代,随着消费者保护运动的兴起,对定式合同的控制又成为消费者保护运动的一个主要组成部分和内容。消费者保护运动中出台的许多旨在防止供应商或厂家滥用优势地位侵害消费者利益的法律与定式合同的立法密不可分,以至使人很难在消费者保护运动与对定式合同的控制间划出一条明确的界线。

总的来说,各国都开始重视定式合同问题,并采取了公力介入的做法,对一般契约条款采取立法、行政、司法等多元控制的手段,以期达到社会正义,现分析如下:

1. 行政规制 行政手段是各国最早用来控制定式合同的方法。从规制的时间上来看,行政规制可分为事先规制和事后规制。就保险业而言,前者是指保险公司须将他们准备订入合同的一般契约条款事先向有关保险行政主管部门呈报,在获得主管部门的批准、许可后方可使用并订入合同。德国、日本、以色列多采取事先控制的行政规制的方法。如以色列设立专门的部门接受条款使用者的呈报。在事先呈报制上各国又有不同,以色列采取“自愿呈报制”,而德日法英等国则采取“强制呈报制”。法国成立了一个15人组成的特别调查委员会,对不公平的“一般约款”进行调查,政府根据该委员会的建议发布命令,禁止使用特定类型的条款。在英国,内阁中的国务大臣,有权发布禁令,禁止不公平条款的使用。总的来说,各国行政控制的实效并不大。

2. 司法控制 主要是指法院接受消费者因保险合同中的格式条款纠纷提起的诉讼,并予以裁决。司法控制具有直接性、终局性和事后性的优点,因而它是各国规制合同普遍采用的方法。在司法控制中,法官拥有一定程度的自由裁量权。法官根据法律、判例或法理对一般条款进行解释,在此基础上宣布某些合同条款为无效或可撤销条款,并禁止此种条款在类似合同中的应用。令人遗憾的是,虽然法国、以色列是较早采用司法控制定式合同的国家,但效果与上述行政控制一样并不理想。主要的原因是,两国都担心法官的司法裁量权会给经济生活带来不安定的因素从而有意限制法院对合同条款的裁量权。反对者担心法院通过对涉及保险公司使用的合同条款进行合法性裁决,特别是宣布条款无效或可撤销,会损害保险业的发展,从而不利于国家金融业的发展。

3. 立法控制 各国有关定式合同的立法大致可分为两类:(1)以单行法的形式中对保险合同的相关问题作出规定,法国在这方面尤为突出。如《法国保险法》R310-6条规定,禁止保险公司对要求投保人签署事先未经国家财政部审核的一般条款;上述对特定行业的定式合同进行的立法虽有针对性,但并不具备广泛适用性。(2)针对包括保险合同在内的所有定式合同条款的广泛的统一立法,主要有:以色列1964年的《标准合同法》,德国1976年《一般合同条款法》(又译作《一般约款法》),英国1977年的《不公平合同条款法》,欧共体《不公平合同条款指令(草案)》,瑞典1971年《瑞典不当契约禁止法》,另外,《荷兰民法典修订草案》第2、3条,1942年公布施行的意大利民法典第1341条、1342条、1370条关于一般约款的规定基本上可被列入第2类,即“统一立法”。上述法律几乎都对不公平合同条款的效力作出了两种不同的规定,一类是绝对无效(黑名单),另一类便是相对无效(灰名单)。

三、我国对保险合同格式控制的模式选择

定式合同在我国经济生活中也大量存在。从条款使用者的角度可以分为两类:(1)由行政单位或政府控制的企业使用的定式合同。如邮电部门的电话的装机合同,电话费缴付合同;土地房产部门的土地使用权出让合同。这些合同的订立以及条款的使用,带有法律垄断或权力介入的因素,可将之称为行政性定式合同;(2)可以称之为私人性定式合同。保险合同显然属于第2种。

近年来,在我国,涉及标准合同的纠纷也呈上升趋势,据统计从1996~2004年消费者协会共受理消费者投诉116万件,其中许多涉及到保险合同问题。司法实践中,涉及保险合同格式条款的诉讼也屡见不鲜。在这些纠纷中存在着一个共同现象,便是保险合同的条款内容缺乏公正性,使投保人的利益遭到损失。如,对于《保险法》第17条、第18条规定的说明义务规定的过于简单。合同条款中,对于保险人的免责条款,没有以醒目的字体标明,也没有在合同中设立“已了解免责条款”的声明栏。一旦发生纠纷,投保人和保险人往往在举证的问题上耗费大量精力,案件也难以很快得到公正处理。

由上可见,在我国保险合同格式条款使用的现状不容乐观,对保险合同的规制应提上议程。那么我国应选择何种模式来控制此类合同?权衡国外此举的成败得失,并结合我国的现实国情,笔者认为我国应采取立法、行政、司法以及社会监督4个方面良性互动的综合控制模式。现阐述如下:

1. 立法控制 《合同法》第39、40、41条只对格式条款的定义、提示义务、合同条款的效力认定等作了原则规定。除此之外,还有一些零星的规定,如《消费者保护法》第24条、34条。我国尚无一部规范定式合同的统一立法。目前的法律也还有完善的必要,相关立法可以从以下几个方面完善:

(1)吸收国外标准合同的有益经验,如对不公平的格式条款采取区别对待的立法政策。除了对于那些直接违反法律的强制性规定认定绝对无效外,对有些不公正条款可采取相对无效的规定。从而保护交易的安全和合同双方的利益。例如,对于保险人或保险代理人违反保险法第17、18条的规定,没有适当履行“订约说明义务”的,不应该导致“该条款不产生效力”的后果。因为,格式条款中存在不同的情况,有的本身是保险监管部

门制定的法定免责条款,显然不能“当然无效”。因此,可以借鉴韩国〈商法〉第638条第2款的规定:如保险人违反说明义务,投保人可以在保险合同成立之日起一个月内取消该合同;另一方面可通过合同解释(适用有利投保人解释原则)来保护投保人。^④

(2) 适当扩大相关立法的规制范围。德国的《一般约款法》将自己的适用范围仅限于“消费性合同”,不适用商人、公法人或财团法人作为相对人的交易合同。且将劳动关系、公司经营关系中的标准合同也排除于控制之外。这种局限性使得德国的《一般约款法》的效力大打折扣。有鉴于此,在我国相关的合同立法中,除了对自然人作为保险人的消费性合同进行规制外,还应包括法人作为投保人所签订的定式合同条款。对于法人(包括企业法人)作为投保人一方,特别是与条款使用人经营不同种业务的法人或商人,他们与条款使用者订立的标准合同中出现的不公正条款,也应受到《定式合同法》的规范和调整。例如,一个大规模的冰箱生产企业在办理运输海运保险时,由于不通晓海运业务,其对保险条款的陌生程度也近乎于普通的个人。因此,虽然这种投保人为公司,也不能将其排除在《定式合同法》的保护之外。

2. 行政控制 在我国应有一个中立的行政部门来负责对包括保险合同在内的不公正格式条款的行政规制。为了保证行政规制的有效性,应采取条款使用者的强行呈报制。有关条款只有在获得批准后,才可订入合同。当然对于行政机关的决定不服的,可向有关部门提请行政复议或向法院提起行政诉讼;除了事先监督外,事后监督也非常重要,通过事后监督,行政部门可以了解和掌握条款使用者对监督部门所作出决定的执行情况,从而作出相应的反应。可根据变化了的实际情况对自己原先作出的决定进行修正。当然,为了保证经济秩序的稳定,应规定定式合同行政规制的专门机关作出的行政决定在一定时期内不可更改。事先监督与事后监督中应以事先监督为主。

3. 司法控制 我国目前对保险合同的司法规制力度不足。法官在裁定保险合同条款的合理性与效力时态度保守。为了改变这种状况,积极发挥司法控制的不可替代的作用,应赋予法官一定程度的司法裁量权。法官可根据《合同法》、《民法通则》、《消费者保护法》以及《宪法》^⑤的相关条款;法官享有根据客观情况和法理对不公正条款是否订入合同、条款的内容、含义等进行解释;一般来说,格式条款无论是载于保险合同中,或独立于保险合同外单独存在的宣传单,只有在相对人被给予阅读、了解机会的情况下,相对人的“承诺”,如签名于定式合同上,才为有效;否则该部分格式条款视为未订入合同。格式条款的不利解释方法和解释结果的确认应由当事人提出并经过法院确认。

对于那些已经被保险行政主管部门核准使用的格式合同条款,司法机关也可对其进行审查。即使条款直接来源于行政规章,如果其内容完全是基于保险业本位主义而对保险公司从事交易活动规则的制定,且涉及到第三人的权利、义务,也应列入属于司法控制的范围。如果相关条款侵犯了广大投保者的利益,司法机关可宣布此类“行政性定式合同条款”无效。

应承认判例的法源作用以扩大判例的适用面和影响面,保护不特定关系人的利益,即有条件承认这些判例对类似的定式合同条款的纠纷具有的先例作用。德国《一般约款法》为扩大判决的影响力,别出心裁,将法院作出的关于定式合同的判决进行公告,并向联邦同业联盟局进行登记,该登记保存20年,供任何人查询。德国的上述做法可资借鉴,我国法院也可将涉及保险合同条款的判决通报给中国保险业监督管理委员会,以便它更好

地行使行政监督职能。

4. 社会监督 在今天整个社会已呈现出集团多元化和阶层分化的态势。就定式合同而言,经济强者挟持其集团优势,对单个、弱勢的消费者进行侵害,为了保护自身利益,经济弱者也组成了利益团体,利用集团的力量捍卫自身利益,这些团体有工会、消协、个体劳动者协会等。为了发挥反对不公平条款对本集团成员的伤害,他们主要通过3种方法对不公平条款进行监督:(1)这些团体,特别是消费者协会以自己的名义对不公平条款的使用者提起团体诉讼,以保护本集团成员的利益。德国的法院就接受这种团体诉讼;(2)这些团体可就定式合同条款的订立,事先与相对方磋商,以使定式合同条款可以反映经济弱者的利益,如工会与企业就雇佣合同条款的内容进行谈判;(3)这些团体将条款的使用情况反馈给政府部门,以便政府部门作为决策的依据。在我国,有关部门应重视社会团体在对定式合同规制中的作用,从制度上对社会监督作用的发挥作出保证。此外,还应重视新闻媒体、社会舆论对定式合同的规制作用。

就保险合同格式条款的规制而言,除了借助于消费者协会、新闻媒体等手段发挥社会监督外,应该发挥保险同业公会和保险业协会的作用。

四、规制中应注意的几个问题

1. 在判断某一合同是否是定式合同时,不应拘泥于合同的外在形式 有人认为合同是统一印刷的便是标准合同。而合同是口头的,或是手写的便是普通合同。这种认识是错误的。判断的唯一标准只能是“相对人”是否有平等磋商的能力与机会,相对人的自由意志是否得到了尊重。所谓“协商的自由程度取决于当事人在不对自己造成严重损失的情况下终止谈判的可能性的。”德国《一般约款法》第1条对一般契约条款的定义中所云:“只要是一方片面制定,不论该条款系独立于契约之外,为契约的一部分,或者载于契约书面上,也不论其范围,字体或契约的方式如何均属之”,在有些情况下,合同虽然是印刷体、格式化的,但只要是经平等协商而订立的,它仍然是普通合同;而即使是手书的或者条款使用者只是应相对人的要求仅将印刷的定式合同条款的次要部分作些修改,而合同仍然是以条款使用者的单方意志为基础的,合同也应被认为是定式合同,受格式合同法以及司法、行政等手段的控制;对于否认自己使用的合同为格式合同的,条款使用者应负举证责任。

2. 不应过分敌视定式合同 在认识到定式合同对消费者利益可能会造成侵害,从而应对其进行规制的同时,我们也应认识到定式合同的正面价值。即一方面它可使条款使用者节约交易成本,使交易便捷,从而有效率价值;另一方面对交易价款等重要事项的预先确定,使得条款使用者,特别是大企业未来的市场会有一个明确的预期,使得其经营决策减少不确定因素;而上述两方面的优点,必然有利于企业,以至整个社会经济的发展。

就保险合同而言,同样如此,保险条款的“同一”性,也有利于规制措施的统一性和提高监管效果。因此,我们仅仅是反对保险合同条款的不公正性,并非反对所有的保险合同中的格式条款。

3. 对定式合同的规制,从本质上言是公力介入私法领域(社会监督似乎应除外)

这种公力介入是矫正合同双方地位失衡的必要措施,但这种介入并非没有限度。也并非象某些学者所主张的完全以“他治”代替合同的“自治”。^⑥公力介入的范围应是恢复失衡

的契约自由,而不是全然否定契约自由。如前所言,立法者和法院不应简单宣布所有不公正的保险条款无效,而允许当事人保险人或投保方变更或修改合同,以意志自由来补足合同;法院在司法解释时,应尽力探求合同双方当事人的真实意思。在保险合同中,当格式条款与普通契约条款^①发生矛盾时,应采取双方磋商的普通契约条款(单个契约条款)的效力优先于一般契约条款的做法;法院对合同条款应采取合目的性解释和就整体性解释原则。对定式合同的公力介入应以保护双方当事人的利益为目标。在某些条款因违反强制性规定而无效,但并不影响其他条款和整个合同的存在时,应只裁量一部分无效;即使整个合同无效,在无效合同的后果上,应使合同无效只面向将来,而不溯及既往。

4. 在标准合同规制实践中应有灵活的规定 应根据不同产业发展的现状、水平以及国家的产业政策进行适当的区别对待。就保险业而言,中国加入WTO之后,尚属于应保护发展的产业,在规制实践中,在保护投保人利益的前提下,不能为了监管而监管,窒息了行业的创新和进一步发展。

5. 国际性消费者契约 是指消费者或条款使用者有一方为外国人的商业契约,特别是指消费者为外国人的商业契约。在中国加入WTO后,金融服务贸易,包括保险服务贸易从总量上将不断扩大。在保险服务贸易中,所谓国际性消费契约指其中的跨境保险服务和消费。在处理跨境保险服务和消费案件时,当涉及保险合同条款纠纷时,应根据与对方当事人所属国与我国相关的条约来处理。当缺乏双边或多边条约基础时,可坚持对等原则。如我国某一公司使用一份标准合同与德国某投保者订立保险合同。如果按照我国的法律或惯常做法,对于投保者为外国人的保险合同中的格式条款,保险公司必须:(1)提请德国人注意该合同中的一般契约条款,特别是免责条款。(2)并提供翻译或寄送给该德国人的德语译本后,该外国人承诺并签字,格式合同条款才被认为已订入合同,成为合同的一部分,否则合同无效;而根据德国的法律,对于外国投保者,德国保险人只要提请对方注意某些条款为一般契约条款,将订入合同,而无须提供该条款内容的译本给该外国人。外国消费者即使在因无译本,从而不了解合同条款的情况下的承诺也是有效承诺。根据德国布雷门上诉法院在一宗判决中所指出的那样“外国人保证其正确地了解了任何寄给他的文件的内容,不论其居住德国期间的长短”。^②可见若两国法律存在着差异,在没有条约基础的情况下,可以根据对等原则来处理此类跨境保险合同中关于格式条款的纠纷。

(作者单位:上海对外贸易学院 华东政法大学)

注释:

- ① 即实现契约目的必须履行的义务。
- ② 如将相对方的债权请求权的法定时效由两年缩短为一年。
- ③ 韩世远.免责条款研究[A].民商法论丛[C].北京:法律出版社,2000.第455页。
- ④ 温世扬.保险人订约说明义务之我见[J].法学杂志,2001,(2).
- ⑤ 如宪法中关于平等、自由、公民人身权利、民主权利等精神,对条款进行合法性审查,特别对行政性定式合同更应如此,当然,宪法作为裁判法的渊源的问题还有待于进一步研究。
- ⑥ 金勇军.一般契约条款的解释[J].法学,1997,(5).
- ⑦ 如双方另行协商或在合同空白处的附注,其他约定等均可视为“普通条款”。
- ⑧ (台)刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,第189页。