

《民法典》格式条款的效力审查规范解读

——以零时生效条款与等待期条款为例

贺栩栩

【摘要】格式条款审查制度运行20余年来,司法实践对于其内涵有基本认定,但对于其规范逻辑、规范功能、体系关联的把握尚有欠缺,第40条效力审查规范的适用度和要件化程度低。司法解释侧重于第39条的说明义务审查,忽视了对效力审查标准的讨论,第40条的适用存在实务困境。以上问题在本次法典编撰中均受到立法者关注,《民法典》第496条、第497条对《合同法》第39条、第40条及其相关司法解释做了全面修正,增加了“合理性”审查标准,令第497条发挥“一般条款”的功能。而“一般条款”的具体化和类型化标准,在有任意法规范的情形中,系格式条款和任意性规范以及其中内在的正义性实质的偏离程度;在尚无任意法规范的情形中,则考量等值原则、风险控制、保险保障等因素,从而确定格式条款是否限制了依据合同本质所发生的重要权利或义务,决定格式条款效力。

【关键词】《民法典》格式条款;效力审查;核心给付;给付均衡;保险格式条款

【作者简介】贺栩栩(1982-),女,浙江杭州人,华东政法大学法律学院副教授,主要从事民商法研究(上海201620)。

【原文出处】《苏州大学学报》:哲学社会科学版,2020.4.55~64

【基金项目】国家社会科学基金重大项目“健全以公平为原则的产权保护制度研究”(项目编号:20ZDA049)与2020年度华东政法大学科学研究项目(项目编号:20HZK002)的阶段性成果。

一、问题的提出

格式条款审查制度运行20余年来,司法实践对于其内涵有基本认定,但对于其规范逻辑、规范功能、体系关联的把握尚有欠缺,《合同法》第40条效力审查规范的适用度和要件化程度低。首先,要件层面,第40条后段的描述性要件不乏疑义,体系和目的的方法的运用有待充实。其次,无效条款类型化和识别层面,司法实践贡献了定义审查、说明义务前置审查、违反强行法无效审查以及权利义务失衡几方面的评价要点,但合同条款效力审查规范内外的分工以及内在机理应当再做梳理辨析。司法解释重点向说明义务审查(订入控制)的偏移,回避效力审查的实质标准,格式条款效力审查制度的司法适用存在困境。以上问题,在本次法典编撰中均受到立法者

关注,《民法典》第496条、第497条对《合同法》第39条、第40条及其相关司法解释做了全面修正,增加了“合理性”审查标准,令第497条发挥“一般条款”的功能。本文拟探讨“一般条款”的具体化标准,并以两则保险法领域争议最大的格式条款——“零时生效”条款与“等待期”条款为例,检验具体化标准是否真正有助实践适用。

“零时生效”条款的典型案例为“杨凤与永安财产保险常州公司关于机动车强制保险合同”案。本案中,保险合同中约定保险期限自2012年2月28日零时起,但保险车辆于2012年2月27日17时40分左右出现合同所承保的事故,投保人一方和保险人就是否应就该在特殊时间发生的保险事故承担保险责任产生了争议。一审法院认为,该“零时生效条款”

系预先拟定的格式条款,该条款实际上免除了保险人从签发保单到保险责任起算时点的责任,不利于投保人和被保险人,加重后者的责任并排除其权利,应为无效,保险责任开始时间应当从签发保单时起算,事故发生应认定在保险期间内,保险人应当承担保险责任。^①二审法院认为,“零时生效条款”属当事人约定的“合同基本条款”,是投保人首先关注的内容,是合同双方达成合意的结果,“且保险期间一单一定”,故不属于格式条款或免责条款。但二审法院在得出上述结论后,仍然根据内容控制规则认定并未加重或减轻相对方的合同义务,符合公平原则,进一步肯定条款的效力,认定保险人不应当承担保险责任。^②在再审复查与审判监督裁定书中,江苏省高院认为,该条款为格式条款,且并未免除或减轻保险人依法应当承担的义务,亦未违反法律、行政法规的强制规定,条款有效,并裁定驳回了杨凤的再审申请^③。

健康保险的“等待期”条款的典型案为“泰康人寿福建公司与曾燕妮人身保险合同纠纷案”。本案中,保险合同约定,被保险人于本合同生效(若曾复效,则自本合同最后复效)之日起1年内经医院初次确诊本合同所定义的重大疾病(内在原因所致),按已支付的本附加合同和主合同的累计保险费数额给付重大疾病保险金,本附加合同和主合同同时终止。2015年9月9日,曾燕妮办理了复效手续,2016年5月17日至24日其因患合同所保疾病而入院,曾燕妮与保险公司就条款的效力问题产生争议。一审法院认为,该条款属于双方对合同效力附条件的约定,不属于免责条款,曾燕妮对条款已充分理解,故未否认条款的效力。^④二审法院认为,复效条款约定的等待期实质上是整个保险期间另外设立一个甚至更多的等待期,从而变相地免除保险人在等待期的保险责任,排除被保险人的主要权利,故关于复效之后再设一年等待期的条款无效,且保险人在复效时有对投保人的身体情况予以核查的义务,其借助格式条款以逃避该义务,有违公平原则。^⑤福建高院在再审裁定中认为,依据《保险法》第37条第一款,保险合同经曾燕妮补交保险费后,效力恢复,不存在保

险人与投保人再就合同效力进行附生效条件约定的问题,并肯定了二审法院认为复效等待期条款变相免除保险人在所谓等待期的保险责任,排除被保险人的主要权利的观点,认为复效等待期条款无效。^⑥

通过案例筛选和对法院说理部分的观察,可以发现,两个典型案例比较全面地反映了我国司法实践中关于格式条款效力审查规则适用中的一些问题:第一,格式条款效力审查的范围有待澄清。如杨凤案中,二审法院既认为“零时生效”条款属于保险合同的基本条款,又依据效力审查规则肯定条款的效力,有所矛盾,核心给付条款并非内容控制规则的审查对象。第二,格式条款效力审查的原则和审查标准有待澄清。法院在依据格式条款效力审查规则审查条款效力时,常欠缺说理,往往直接援引《合同法》第40条后段所列举的情形而判断条款的效力。实际上,上述援引的内容仅为无效条款的表现情形,而非审查条款效力的原则和标准,条款是否有效应当根据公平原则(原《合同法》第39条,《民法典》第496条)以及新增的“合理性标准”(《民法典》第497条)及其具体化后的标准来进行判断。本文将对《民法典》第497条格式条款的效力审查规则进行解读,分析其适用范围、审查原则和标准,并利用该结论对上述两个争议条款进行效力审查,为《民法典》第497条的理解与适用提供实例参考。

二、《民法典》第497条格式条款效力审查的审查对象

(一)格式条款定义中“重复使用”要件的回归

目前主要的私法一体化法律文件^⑦中,对格式条款的定义,均仅要求“未经个别磋商”要件。《德国民法典》第305条文义虽保留“为多次使用”,但学说、判例,以及主要评注^⑧均对此要件弱化解释为具有“多次使用之意图”即可。至于事实上是否多次使用,在所不问。值得注意的是2019年12月28日的草案中,曾一度将“重复使用”要件删除。^⑨笔者对此予以赞同,立法者的这一“回归”,首先在要件删去之时,注意到了比较法合同领域学术和立法互动的最新成果,其次在要件回复之时,注意到了主体适用范围上我国法和比较法的区别。因为在此我们注意到,欧

共体《不公平条款指令》(93/13/EEC)规范的仅为消费者合同,其构成要件不仅不要求“重复使用”,而且更是以经营者“单方事先拟定”和“格式条款的提供”推定相对方的消费者对合同内容无实质影响。而我国《民法典》和《德国民法典》的适用范围还包括经营者之间的合同,消费者之间的合同,尤其在经营者合同情形,当事人主要以书面合同缔约,形式上与格式条款无异。然而在举证责任方面,两者差异明显:在格式合同中,是否“个别磋商”的举证责任在拟定方;一般合同则普遍认为双方合意达成,是否“个别磋商”的举证责任在相对方。诚然,“重复使用”并不是格式条款的本质特征,而仅仅是为说明“预先制订”之目的,不宜作为单独的要件要求其必须存在^⑩,^⑪,却为解释“未与对方磋商”要件提供解释依据和推定证据,笔者认为应予保留,否则大量个别磋商达成的书面合同,容易被认定为格式合同。

(二)格式条款效力审查的适用范围

满足格式条款定义的,又经《民法典》第496条第二款“订立控制”审查后,订入合同,成为合同内容的格式条款,原则上均可(应)受到《民法典》第497条的内容控制审查。仅有核心给付条款^⑫和违反强行法、有悖显失公平原则的条款、纯粹复述任意法规范的条款,应被排除于审查范围之外。

对《民法典》第497条^⑬进行体系解释,本条第一项不仅仅是参引条文,更是划定格式条款审查范围的条文。《民法典》第六章第三节和第五百零六条规定系关于民事法律行为效力以及原《合同法》第53条关于“免责条款”的规定,此类格式条款的效力审查,与一般合同条款审查无异,也不进入第497条后两项的“真正”的格式条款审查制度适用范围。

以下依次讨论第497条不审查的条款类型:(1)核心给付条款;(2)违反强行法的合同条款;(3)纯粹复述任意法规范的条款。

1. 核心给付条款

所谓核心给付条款,又称法律行为要素、必要之点(essentialia negotii),即对给付与对待给付内容进行描述和确定的条款。核心给付条款在受法律行为效力制度规制外,更多地由市场加以调整。^⑭格式条款

的效力审查仅以带来“不合理的不利益”的条款内容为对象,并不致力于解决一切条款的公平性问题。对于后一目标,应交由可审查一切条款的显失公平等制度实现。^⑮^[2]

核心给付条款不受格式条款效力制度审查^{⑯⑰},系基于下述理由:第一,核心给付条款所涉及的内容,属合同的“必要之点”,当事人在合同订立的过程中不可避免地会对核心给付内容进行磋商,这使其往往难以满足格式条款的“单方拟定,未与对方协商”要件。第二,如前所述,其更多地受市场调整,而无须格式条款效力审查制度的介入。第三,核心给付条款通常缺少与之关联的任意法规范,但格式条款以该规范作为内容控制标准和填补手段,即使将其纳入审查范围也无法发挥预期作用。

进一步来说,以“核心给付条款”为标准,可将合同的全部条款分为“是”与“非”两大类,后者“非核心给付条款”,为称谓上明确,下文称“附随条款”^[3]。以下可能会出现两种情况:第一种情况相对简单,当事人以给付与对价两项“核心给付条款”达成合意,即便对价关系偏低或偏高,格式条款审查制度因缺乏审查标准和填补工具,因而不能且无法介入。第二种情况需要特别说明。当事人以给付与偏低的对价两项核心给付条款达成合意,同时通过格式条款给一方施加“不利益”的,对于该项核心给付条款,与免责条款,是否构成“不合理”关系,格式条款审查制度亦无法介入。理由如下:格式条款效力审查的法效果是构成“不合理的利益减损”的条款无效,通常不影响合同其他部分的效力,相对方仍仅要按合同约定履行支付该相对较低的价款的义务。比较法上,欧盟多数国家采此立法例^{⑱⑲},此规制路径有利于相对方,并能对拟定方加以惩戒:如前所述,核心给付条款不受审查,价格条款亦属核心给付条款,其主要受市场调整,法官无权也无法对其公平与否进行审查。偏低的对价使条款提供方在市场中具有竞争优势,却隐藏了对相对人的“不合理的利益减损”,在此情况下,法官若对合同价格和相应的风险负担进行审查,不仅违背当事人意思,还会影响市场竞争。若仅审查风险负担本身,该条款在未能通过效

力审查时,相对方仍以支付该较低的对价义务,不仅有利于相对方,而且能够发挥对条款提供方的威慑作用。值得注意的是,该相对较低的价格并非完全不受审查,其作为核心给付条款,仍要受显失公平等制度的兜底审查,只不过显失公平的标准更为严格,需要到达“明显不相当”的程度。同时为克服该严重违反公平原则的行为,触发该制度的法律效果是,合同全部无效,而非仅个别条款无效,但并不妨碍当事人就该合同的其他内容重新订立合同。^②

2. 违反强行法的合同条款

强行法规范具有不受当事人意思自治而排除的属性,违反强行法的合同条款属于无效条款,无论其是属于格式条款还是一般条款。违反强行法的条款效力可以由法律行为效力制度解决,无须进入格式条款内容控制领域。

3. 纯粹复述任意法规范的条款^③

该类条款是对已有的任意法规范的复述,将其纳入合同内容,符合法律对给付均衡的安排,是遵循公平原则的体现,无须通过格式条款效力审查制度对其公平性进行重复判断。此外,若法官对其进行审查,还将违背“法官的裁判活动受法律的约束”这一宪法原则。

三、新增“合理性”审查标准的内涵与类型化

与《合同法》第40条相比,《民法典》第497条第2项增加了“合理性”审查标准,格式条款的提供方仅具备客观上的“不利益”情形并不导致条款当然无效,必须同时满足“不合理”要件,但针对“排除对方主要权利”的情形则未作改变。新法增加的要件使条文较《合同法》第40条更为合理,为第497条第2项所列举的情形提供了原则规定,但判断“不合理的利益减损”的具体标准仍需进一步明确化。

(一)《民法典》增加“合理性”审查标准

《民法典》第496条第2款前段规定格式条款提供方应当遵循公平原则拟定条款内容,第497条规定了格式条款的无效情形,除对部分情形新增了“不合理地”要件外,基本沿袭了《合同法》第39条和第40条的规定。不仅如此,在《合同法》后出台的部分特

别法,如《保险法》《消费者权益保护法》,也基本与其同步,在格式条款的内容控制规则上,仅强调对无效情形的列举,忽视了对效力判断标准进行规定,《民法典》第497条选择性地对第2项补充了合理性审查要件,而判断“不合理”仍缺少具体标准。过去对《合同法》第40条的讨论主要强调对条文进行文义解释,因而导致学者过多关注“主要权利和义务”^[4],虽有部分学者引入比较法中的绝对强制规范、相对强制规范及任意规范的参照指引作用的学说^[5-6],但未能根本解决问题。其实,无论是《合同法》第40条、《民法典》第497条还是上述特别法,各条文所列举的“免除、加重责任,排除权利,免除义务”等情形都是格式条款基本特征的体现。格式条款以“单方拟定”“未与对方磋商”等为要件,不可避免地会产生上述情形。故而合同法时代,欠缺总领的“不合理性”评价标准的我国实定法规定,仅系格式条款之特征,或效力审查之客体,而不是对其进行效力审查的判断标准。若格式条款不以上述情形为基本特征,而是将其作为效力的否定评价标准,则为避免条款具备上述情形而导致条款归于无效,将最终导致格式条款的内容与任意法规范无异,此时格式条款将丧失其存在意义,因为即使不拟定此格式条款,亦可发生同样的法律效果,条款的规定仅具有释明作用。可以看出,为发挥格式条款的实际功用,其往往是对提供方和相对人之间的权利义务、责任等有所调整的,上述列举的情形仅为格式条款的特征,而非效力审查的判断标准。

(二)“不合理的利益减损”的具体化

1. “利益减损”要件

“利益减损”系一项客观评价。以法条文义转述为:只要格式条款中含有“免除、减轻、加重、排除”时,客观上推定“利益减损”成立。以学理转述为:若合同条款偏离了任意法规范或减轻、免除的权利和义务事关合同目的,“利益减损”成立。

(1) 偏离任意法规范

无论是格式条款还是一般条款,若其违反强行法的规定将导致该条款归于无效,而任意法规范则与之不同,其可以被约定排除。但需要注意的是,对

任意法规范的违背仍需要受到一定程度的限制⁷¹,该类规范同样蕴含着不容背离的法律实质性基本思想⁷²,该种思想使这类条款能够在对格式条款的效力审查中发挥示范功能^{24②③④⑦⑧}:格式条款偏离了任意法规范的基本判断,即违背了立法者所设想的一般交易情形下,此类有名合同中双方当事人公平的、合理的权利义务的安排⁷³,除非格式条款提供方在他处给予相对方其他权利的优待,或提供实质性理由,否则格式条款无效。在此意义上言之,文义中格式条款的特征——“免除、减轻、加重、排除”,能够推定条款无效。

然而,我国司法实务界对格式条款的效力审查制度理解并不透彻,在判决中,法院常常错误地认定条款相关联的任意法规定为强制性规定,进而认为格式条款违反强制性规定,最终得出该格式条款无效的结论⁷⁴,这种做法实际上混淆了法律行为违法无效与格式条款效力审查两种制度。除此之外,还有法院认为,格式条款只有在违反强行法规定时才能被认定为无效条款,似将是否违反强行法作为格式条款效力审查的唯一标准。⁷⁵

关于任意法规范的理解需要进一步说明,即除法律、法规中规定的任意法规范外,在格式条款效力审查领域,仍应包括公认的法律原则,理由是,它们同样承载着如具体规范一般的立法者对权利义务均衡的价值判断:以《民法典》第584条为例,其仅强调了损害赔偿之可预见性规则,却将公认的损益相抵、与有过失等原则排除在外,但在对格式条款的效力审查时,仍要以上述原则作为标准。

(2)减轻、免除的权利和义务事关合同目的

在无名合同中通常不存在任意法规范,此时无法以是否偏离该类规范作为效力审查标准。可以取而代之的标准是:条款具备条文中所列举“免除、加重责任、排除权利”的情形,并且所涉及的责任和权利义务等严重影响到合同目的和利益的实现。⁷⁶

这一标准的适用需要以探究合同利益和合同目的为前提,而为确定合同目的和利益,应当遵循“约定优先”的原则,若不能通过此途径确定合同利益,则需要采取“理性当事人”的判断标准。⁷⁷具体到一

类合同中,探索合同目的应当立足于该合同的典型权利义务分配情况。比如,区别于在一般的买卖合同中当事人对标的物是否具有瑕疵格外关注的情况,在二手物交易中,当事人对标的物瑕疵的关注往往有所弱化,若格式条款表明条款提供方对标的物所具有的瑕疵概不负责,也往往在法律和当事人双方能够接受的范围内,该格式条款并不当然因排除了买受人要求交付无瑕疵之物的权利而归于无效,此时出卖人所交付的标的物是否具有瑕疵并非关乎“合同目的和合同利益”的重要义务。再比如,格式条款争议中涉及非常多的保险合同,而保险合同所承保的是未来不确定的风险。若在保险合同中,保险人以格式条款形式规定其具有“决定承保权”,则与保险本身的“承保未来风险”的性质相背离,严重影响了保险合同的合同目的与合同利益,该条款应归于无效。⁷⁸在责任保险合同中,保险人可能通过格式条款将其本应承担的风险转嫁于被保险人一方,如在合同中规定“按责赔付和无责免赔”,该条款的设立严重背离了责任保险合同的设立目的,应归于无效。^{79①}

2.“不合理”要件

基于上开“利益减损”要件的达成具有“不合理之利益减损”总体达成的推定功能,格式条款拟定方可说明理由推翻此推定。有效的理由说明主要包括:在非核心给付条款方面(“附随条款”⁸⁰)权利上的让渡,此时尤其应考虑合同的有偿、无偿性,因为有偿无偿性决定合同义务的范围、归责原则等重要问题;另一方面,格式条款提供方可以说明个案系争合同的特殊性,例如有偿的时长较长游园活动中禁止自带食物条款,与无偿的时长较短的校史馆参观活动中的禁止自带食物条款,效力判定不同。

除以上原则性判断标准外,经过实务案例分析与比较法观察,对于“合理性”审查这一概括性条款的类型化,在尚无任意法规范的情形,尤其是无名合同中,考量等值原则、风险控制因素、保险保障因素等,从而确定格式条款是否限制了依据合同本质所发生的重要权利或义务,可为格式条款效力判定提供重要指引。

(1) 给付描述条款(核心给付义务)与责任免除的甄别

在实践中,常有条款提供方就同一类型的合同分别拟定不同的格式合同的现象,各合同间的差异主要在于:价格和责任风险分配两个方面。较高的价格常搭配较少的责任免除,而较低的价格则与相对较多的责任限制相匹配。此类情形,仍属于当事人就合同义务和价格条款达成合意,不属于免责条款。

责任保险产品多有此特点:在对于该类产品的格式条款产生争议的司法裁判中,法官常将保险合同中的核心给付条款错误地认定为“免责条款”,忽视了对保险产品设计的功能和目的考量:其不仅以帮助社会公众为未来发生的风险提供保障为目的,为了保险业自身的长久稳定发展,也应当允许保险人通过各种方案设计合理规避风险。具有不同承保范围、赔偿责任额度、免责条款的责任保险产品即为实现此目的而设立。实际上,保险合同中所规定的“保险责任”并不等于合同法中一般意义的“责任”,其更符合“合同义务”的特征,即在合同约定的事由发生后,按照合同约定承担给付或“赔偿”保险金的合同义务。合同法意义的“免责”免除的是违反合同义务的法律后果,而此处的“免责”则是免除给付义务。将不同的对价与不同范围的给付义务搭配,实际上属于合同中的核心给付条款,不属于格式条款效力评价制度的审查对象。

(2) 对相对人给予其他权利之优待

为弥补“利益减损”,保险人可能在主给付义务以外的其他权利义务方面给予投保人优待,但是仅其他权利义务方面的优惠并不足以证明条款的正当性,尚需证成重新达成给付均衡。换言之,条款是否“不合理”,尚需结合后文的其他因素综合判断。

风险控制因素。除上述效力评价标准外,“最低成本规则”(cheapest cost avoider)亦可作为效力评价的考虑因素,即考虑由谁预防和控制风险最佳。在日常生活中,在一些公共场所常有“贵重物品丢失概不负责”和“贵重物品由前台有偿保管”的格式条款,在此情况下,风险由贵重物品持有者本人控制更加

节省成本,应肯定上述条款的效力。同理,保险公司通过格式条款免除车险中的“无证驾驶”“从事违法活动”“火灾、爆炸、自燃”“竞赛、测试,在营业性维修场所修理、养护期间”等更容易由被保险人控制风险的情形下发生的车辆损失的保险金给付或赔偿责任,并非无效。再比如在银行与客户签订的格式合同中,银行不得通过合同中的格式条款,不合理地免除其对由其控制风险最佳的事项所应承担的责任。近年来常见的银行卡盗刷案即为适例:第三人在自助银行刷卡处、柜员机处安装读卡器、摄像头以窃取储户卡号、密码,以盗取储户卡内钱财的,银行不得以格式条款免除其应当承担的责任^⑧;除此之外,“通过密码发生的交易视为持卡人亲自所为,银行不承担责任”的格式条款亦不合理地将银行应当承担的责任转嫁给储户,应当认定其构成“不合理的不利益”,为无效格式条款。^⑨

保险保障因素。在判断不利益是否“不合理”时,除风险控制因素外,与其关联密切的保险保障因素亦应予以考量,即判断条款所涉的由相对方承担的风险,可否由使用方通过投保方式预防与救济,也就是说,条款提供方可以就对方承担的风险为己设立免责条款,因为在此情形下,并未对相对方造成不利影响,条款应为有效。该因素在有名合同联立和无名合同的格式条款效力判定中常发挥重要作用:比如,承揽合同中多涉及对物的保管,考虑到承揽物经顾客手而遗失的概率、承揽交易程序、风险防范等因素,由提供格式条款的承揽人对其投保较定作人投保更为适宜,因此若承揽人通过格式条款逃避责任,应认定其属于无效条款。与承揽合同中承揽人更适合对承揽物进行投保不同的是,车船保管合同(实为场地租用)^⑩中,考虑到保管费用、交易习惯等因素,由车船主对车船损失进行投保更为合理,若此时保管人在其提供的格式条款中就此事项对自己免责,应认定该免责并非“不合理”,从而认定条款有效。在对保险保障因素的判断中,应优先考虑交易习惯,将其作为判断由哪一主体投保财产保险或责任保险更为恰当的理由。在车船盗窃、毁损相关案件中,车船主对车船情况更为了解,其对保险利益范

围的判断较保管人更为简便和准确,且车船主投保更具效率:保管人仅能对车船投保责任险,可能发生的责任险又有数个,而车船主仅需投保一项财产险。但在一些情形中,由车主投保并不合理,比如洗车场不得以格式条款免除其本应承担的车辆的毁损责任^③,应由洗车场对其过失造成的车辆毁损投保责任险^④。此外,在专家进行咨询服务或承揽某一事项时,为防范其意见瑕疵而导致相对方受有纯粹经济损失,应由专家对此风险投保。^⑤

四、《民法典》格式条款规则的商事特别法联动:实例分析

需要说明的是,《保险法》作为特别法,其条文中有关于格式条款效力审查如有特别规定,自当优先适用。然而《保险法》第19条直接来源于《合同法》第40条,文义也基本一致,在《民法典》生效后,对于保险合同中格式条款内容控制的规则,秉承新法优于旧法的原则,依据《民法典》第497条进行保险格式条款的效力审查。

(一)零时生效条款^⑥的效力审查

1. 格式条款的审查范围

(1)零时生效条款不属于核心给付条款

零时生效条款是对“保险责任开始时间”的约定,是否属于核心给付条款,主要评价标准为:1.是否属于保险合同的必要之点;2.当事人对此项内容未做约定时,是否存在任意法规范可予以补充。就保险合同而言,合同必要之点主要包括合同当事人、承保危险以及保险费。此外,“保险责任开始时间”具有可补充性。根据《保险法》第13条第3款第1句的规定,是否约定保险责任的开始时间并不影响合同成立。^⑦由此,零时生效条款非属核心给付条款,受到格式条款效力审查制度规制。

(2)零时生效条款不因违反《民法典》第153条无效

尽管《机动车交通事故责任强制保险条例》第2条第一款明文规定了机动车所有人或管理人投保机动车强制险的义务,《关于加强机动车交强险承保工作管理的通知》(保监厅函[2009]91号)又建议保险公司在保单中写明或加盖“即时生效”等字样,使保单

自出单时立即生效或者在保单中打印“保险期间自×年×月×日×时”覆盖原“保险期间自×年×月×日零时起”字样。但是两项法律文件不属于《民法典》第153条规定的“法律、行政法规”,不因违反《民法典》第153条无效。更何况除交强险外,尚存在大量机动车商业三者险,不属于以上两个法律文件调整。

2. 零时生效条款的效力审查

如前文已经说明,格式条款审查的首要工具是任意法规范。这是因为,该类规范同样体现了法律的基本思想,该种思想同样不得违背,因而能够作为格式条款效力审查的重要标准。任意法规范能够体现立法者于立法时的价值判断,是立法者对条文所涉当事人间的权利和义务关系进行深思熟虑后的结果,条文所反映的通常是立法者对于上述权利和义务关系的较为妥善的安排^⑧,因此若格式条款偏离了任意法规范,违背了其内涵的法律基本思想,将使该条款归于无效,除非条款拟定方能够证明条款并非“不合理的”。^⑨此处的任意法规范,也包括法律、行政法规以外的法律文件中规定的权利义务。解释上开《交强险条例》第2条第一款^⑩和保监厅的函^⑪,不难发现,至少在强制险领域,零时生效条款导致每个保险合同中的保险保障天然地、必然地存在空当,不合法规目的和强行性属性,应当认定格式条款无效。相反地,在其他商业保险中,因为缺乏强制险属性的特别保障要求和法规目的,应当允许当事人自由约定。对《保险法》第13条第三款的偏离,不构成实质性的偏离该合同的权利义务,造成“不合理之利益减损”,格式条款有效。

(二)等待期条款^⑫的效力审查

1. 格式条款的审查范围——核心给付条款的判定

等待期是指,在保险合同生效后,发生保险事故,保险公司不承担保险责任的期间。等待期的设置主要为保护保险公司,防止投保人“带病投保”,有效阻止投保中的逆选择与道德风险。等待期条款是健康保险领域格式合同中较为复杂的复合条款,依其权利和义务结构,可以分解为:保险责任期间+保险人解除权+保险责任开始时间三项规制内容,等待

期条款是否为核心给付条款也应从以上三层结构分别判断。除此之外,合同条款还区分为初次生效时等待期条款和复效时的等待期条款,以下一一做出说明。

首先,关于等待期条款中保险责任开始时间的约定,根据《合同法解释(二)》第1条,等待期不属于合同成立的必备要素,若未约定或约定无效,可以通过合同解释和漏洞填补规则解决问题,不符合核心给付条款“缺少任意法作为效力填补手段”的特点。其次,不同于保险人为不同的健康保险合同设定不同的承保疾病种类从而匹配不同价格的情况,在保险市场中鲜少存在同一保险人在其他承保条件相同的条件下,专门就不同长短的等待期匹配不同价格套餐的情况,投保人对等待期的选择空间被限制,不满足当事人对核心给付条款合意度要求高的特点。最后,保险实践中,等待期往往约定于保险金条款中,表现为:“约定在××日内发生保险事故,保险人按投保人已交纳的保险费给付保险金,合同终止。”虽然规定于保险金条款中,但不能据此认为其属于核心给付条款。上述约定在法律效果上相当于解除保险合同,退还保费,而非保险人按照约定给付保险金。

针对初次生效时的等待期条款,保险责任期间的约定应当系投保人比较关注的,合意度通常较高,属于核心给付条款;而保险人解除权和保险责任开始时间的约定相对来说合意度较低,属于附随条款。对于后两项,限制投保人的权利,其是否达到根本影响保险合同目的的程度,有待下文进一步检验。针对复效时的等待期条款,因为投保人投保之时多关注现时的利益,且是否会发生复效并不确定,因此无论有无复效时的等待期,投保人均不会如初次生效时关注,复效时额外的影响“保险责任期间长短”的内容不属于核心给付条款。

2. 等待期条款的效力审查

(1) 生效时等待期条款

在判断“生效时的等待期条款”,是否存在“不合理之利益减损”,因而可能被判定为无效时,首先需确定的是,等待期条款是否偏离保险法中的任意法

规范。《保险法》第16条第二款规定了投保人仅对故意或重大过失未履行如实告知义务承担不利后果,不仔细分析此条文,很容易得出其与等待期条款的相关性结论。然而两项合同内容实则为目的和功能上全然不同。等待期条款的设立不仅防范逆选择,更重要的是因为在健康保险中,疾病隐匿性高,潜伏期长,且存在证明难的问题,投保人可能不知道自己“带病投保”。保险仅承保未来发生的风险,若保险合同订立前被保险人已患有承保疾病,则当然不属于保险保障的范围,不受主观要件受限制。由此,生效时的等待期条款,不存在对任意法规范偏离和补充的情形。但此处我们也注意到,对一些真正在等待期内发病,而不是投保前疾病就已潜伏的被保险人而言,其不能请求保险人给付保险金,且保险合同被迫终止,等待期条款是否会造成对其重要权利的限制和免除,需要在下文“合理性”要件中进一步检视。

保险具有团体性特征,给付均衡的考察应从风险共同体层面审视,而非单个危险单位在事故发生后是否获得赔付。^[1]虽然等待期条款将一段时间内发生承保疾病的被保险人一概推定为“带病投保”,使部分非“带病投保”人利益受影响,但在风险共同体的层面,保险人节约了成本,若能反映于保费计算中,实际上维持了给付均衡,投保人并未承受“不合理的利益减损”。由此,生效时的等待期条款,格式条款拟定方具备实质合理性理由,此时格式条款效力应当判定为有效。

(2) 复效时等待期条款

“复效时的等待期条款”存在偏离任意法规范,有违复效合同性质,权利和义务关系失衡等方面的情形,满足格式条款效力审查中“不合理之利益减损”要件,格式条款效力应当判定为无效。以下,依据本文第三部分中的评价标准和具体考量因素,做出分析:

首先,就格式条款对任意法规范的偏离与补充方面,《保险法》第37条规定了在投保人补交保险费后,合同效力恢复;《保险法司法解释三》第8条规定了仅在被保险人的危险程度在中止期间显著增加的

情形下,保险人拒绝恢复效力才可能得到支持。复效以保护被保险人的权利为目的,应将“合同效力恢复”解释为“恢复承担保险责任”而非单纯恢复合同效力但不承担保险责任,否则合同复效目的将落空。复效时的等待期条款”实则偏离了《保险法》第37条及《保险法解释(三)》第8条关于复效的规定。

其次,就格式条款减轻、免除的权利与义务事实合同目的方面,复效时的等待期条款在旧合同中加入了新内容,对投保人苛加了新合同订立时才有的义务,与复效合同的性质有违。^[12]

再次,在重新达成给付描述一对价关系(核心给付约定),形成新的核心给付均衡关系方面,合同订立时的等待期适用于使用同种保险条款的所有要保人,保险人得(应)在保险产品的设计时,将等待期内的保险费排除,但并非所有保险合同均发生复效之情事,复效等待期的保险费,保险人并未予以排除。^[13] 无论是否发生复效情事,投保人每期应缴纳的保费都系同一数额,保险人通常不会因给选择合同复效的投保人带来额外的利益减损而额外主动扣减保费。

最后,风险控制因素方面,复效时被保险人存在隐藏疾病的风险,因《保险法》第37条,结合《保险法司法解释三》第8条^[14]通过“危险显著增加的情形除外”条件的设置,已经防范了道德风险,而除此之外的投保人健康状况的变化风险,本应由保险人承担。理由是:保险合同有效期内,即使保险合同效力从未中止过,保险人仍要承担被保险人身体状况变化的风险。因此,此条款限制了投保人、被保险人的主要权利。但是复效时投保人除补交之前的保费外,与未发生合同中止情形的投保人缴纳的保费并无不同,证明了此时投保人并未就此“利益减损”给予投保人对价上的优待,从而达成新的对价平衡,成立一种实质意义上的新的“给付描述—价格”约定(核心给付约定)。也无其他附随权利方面的优待,此时格式条款应当判定无效。

五、小结

格式条款效力审查制度是对私法自治的立法和司法体系化的干预,其以控制和防范违反公平原则

的格式条款造成相对方的利益减损为目的,而不是为给法官进行个案裁量提供多一种工具,亦不是针对特殊法政策下消费者交易类型的例外法。其关乎对格式条款效力审查和填补的价值选择,也将进一步决定着《民法典》总则与合同编中不同效力审查实体法体系的解释方向与适用细节。在格式条款效力审查之前,通过划定仅审查非核心给付条款,而界清其与显失公平制度的界限;通过划定其仅审查“偏离与补充任意法规范”的格式条款,而界清其与违背法律、行政法规强制性规定以及法定禁止的免责条款的界限。在此基础上,再结合《民法典》新增的“合理性”审查标准,提供任意性规范及其中内在的正义性实质、附随权利义务等值原则、风险控制因素、保险保障因素,为判定格式条款效力,提供适用工具和指引,从而完成《民法典》中多项效力审查制度之间的体系分工与适用合作。

注释:

①参见(2013)天商初字第982号民事判决书。

②参见(2013)常商终字第531号民事判决书。

③参见(2015)苏审二商中字第00075号民事裁定书。

④参见(2016)闽0502民初2379号民事判决书。

⑤参见(2017)闽05民终2918号民事判决书。

⑥参见(2018)闽民申866号民事裁定书。

⑦参见《欧洲共同买卖法》(CESL)第79条第一款,欧洲《共同参考框架草案》(DCFR)第二编第9:403条,欧共体《不公平条款指令》(93/13/EEC)第3条。

⑧Ulmer/Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht kommentar, 2016, § 305, Rn. 23-25; NK/Kollmann, 2016, §305, Rn. 11; BGH ZIP 2010628Rn. 10; WM 2006247(249).

⑨在合同法制定时,学者就撰文对此要件提出过建议,参见王利明:《对〈合同法〉格式条款规定的评析》,载《政法论坛(中国政法大学学报)》1999年第6期。

⑩参见BGH BB 1996, 2535; BGH BB 2004, 243; KG NJW-RR 2003, 1599.

⑪一般而言,“核心给付条款”因无法满足格式条款定义中“当事人并在订立合同时未与对方协商”的要件,自始不纳入第497条审查。也有例外情形,如小区物业管理费合同,价格条款也系事先拟定,不容协商,参见[2019]粤0607民初365

号：“其中第一章第二条服务收费和服务标准第二点第2项约定：“低密住宅配套的车位及花园综合管理费：100元/户·月”，该条款从内容格式看，应是原告为重复使用而预先拟定的格式条款，属于原告(物业服务企业)提供物业管理服务后向被告(业主)收取服务报酬的价格条款。”

⑫《民法典》第497条规定：“有下列情形之一的，该格式条款无效：(一)具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；(二)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；(三)提供格式条款一方排除对方主要权利。”

⑬参见《德国债法现代化法立法说明·总则部分》(BT-Drucks.14/6040, S.153)。

⑭例如“显失公平”制度中，对价关系相差30%。

⑮Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 11. Aufl., § 307.

⑯NK-BGB/Kollmann, 3. Aufl., 2016, § 307.

⑰Müko-BGB/Wurmnest, 7. Aufl., 2016, § 307.

⑱ Von Bar/Clive, Hrsg., Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Berlin 2009, Bd. 1, S. 649.

⑲Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl., 2009, S. 323 ff.

⑳Kötz, Europäisches Vertragsrecht, Bd. 1, 1996, S. 213 ff.

㉑我国法在目前采“一部无效，剩余有效”原则，且不区分普通合同条款与格式条款，是否妥当，可以探讨。

㉒例如：苏敏罗与萧富元等拍卖合同纠纷上诉案：格式条款中对于艺术品拍卖中的免责声明，系对《拍卖法》第61条第2款的复述；郑学诚与花旗银行(中国)有限公司上海分行贷款合同纠纷上诉案，银行自行调整利率条款系对《商业银行法》第31条、第38条的复述，仅有指示释明功能，不受审查。

㉓周显治、俞美芳与余姚众安房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷案，《最高人民法院公报》2016年第11期：格式条款约定开发商承担了逾期交房的责任之后，逾期办证的违约责任就不予承担，因偏离《合同法》第107条而无效；类似案件：罗剑挥等与连城恒益房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷上诉案，《人民司法·案例》2017年第5期；另有对定金罚则适用的构成要件“不可归责于当事人双方的事由”的偏离，格式条款应属无效，参见：戴雪飞诉华新公司商品房订购协议定金纠纷案，《最高人民法院公报》2006年第8期；管辖权条款约定格式条款使用方注册地法院管辖，偏离《民事诉讼法》第23条和第34条的规定，不合理地加重了消费者应诉的负担，格式条款无效，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，载《人民司法·案例》2009年第8期。

㉔BGHZ 135, 116, 120f.; BGH NJW-RR 2008, 818Nr. 40.

㉕NK-BGB/Kollmann, 3. Aufl., 2016, § 307.

㉖Müko-BGB/Wurmnest, 7. Aufl., 2016, § 307.

㉗Canaris, Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, 2003, S. 1095.

㉘Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 293.

㉙蒋军与招商银行股份有限公司深圳梅林支行期货强行平仓纠纷上诉案，参见《人民司法·案例》2013年第14期。

㉚成路诉无锡轻工大学教学合同纠纷案，参见《最高人民法院公报》2002年第2期。

㉛“合同目的”和“合同利益”标准，在有名合同中同样发挥作用，只是有名合同中任意法规范往往更为具体，因而在有名合同中可优先考虑格式条款与任意法规范的偏离程度，以及条款使用方是否可对此提供理由或给予其他方面的补偿。

㉜NK-BGB/Kollmann, 3. Aufl., 2016, § 307.

㉝渤海财产保险股份有限公司苏州中心支公司与苏州市宏辉物流有限公司保险合同纠纷上诉案，载《人民司法·案例》2010年第8期。

㉞参见应某与中华联合财产保险股份有限公司北京分公司机动车交通事故责任纠纷上诉案，载《人民司法·案例》2015年第16期。

㉟参见王永胜诉中国银行股份有限公司南京河西支行储蓄存款合同纠纷案，载《最高人民法院公报》2009年第2期(总第148期)。类似案件：陈某诉甲银行储蓄合同纠纷案(金融商事审判十大典型案例)，陈某诉甲银行借记卡纠纷案，[2013]沪一中民六(商)终字第152号(2013年度上海法院金融商事审判十大案例)，甲某诉乙银行储蓄存款合同纠纷案，[2015]浦民六(商)初字第9326号(2016年度上海法院金融商事审判十大案例)，将各种形式(复制卡，pos机，网银，“智付通”等)盗刷银行卡的造成损失的风险，分配给银行。

㊱参见：顾骏诉上海交行储蓄合同纠纷案，载《最高人民法院公报》2005年第4期(总第102期)。类似的案件：甲公司与乙银行股份有限公司储蓄存款合同纠纷上诉案。

㊲中国人民财产保险股份有限公司成都市分公司与四川安恒停车场管理有限公司高新区分公司保险人代位求偿权纠纷上诉案[2016]川01民终346号。

㊳参见：指导案例74号：中国平安财产保险股份有限公司江苏分公司诉江苏镇江安装集团有限公司保险人代位求偿权纠纷案“因第三者的违约行为给被保险人的保险标的造成损害的，可以认定为属于《中华人民共和国保险法》第六十条第一款规定的‘第三者对保险标的的损害’的情形。保险人由

此依法向第三者行使代位求偿权的,人民法院应予支持”。类似案件:中国人民财产保险股份有限公司成都市分公司与四川安恒停车场管理有限公司高新区分公司保险人代位求偿权纠纷上诉案,[2016]川01民终346号。

⑳永安财产保险股份有限公司珠海中心支公司与珠海市飞驰汽车护理有限公司保险代位求偿权纠纷上诉案,[2007]珠中法民二终字第92号;天安保险股份有限公司淮安中心支公司与于洪林保险合同纠纷上诉案,[2013]淮中商终字第0064号。

㉑关于专家责任的特别规定,参见《证券法》第69条。

㉒兹举例:《中国保险行业协会建设工程施工合同投标保证保险示范条款》第39条第三款:保险合同中按天计算时间,签署保险单当天不计入,从次日开始计算,期限最后一天的截止时间为当天24:00时。《中国人寿财产保险股份有限公司人身意外伤害综合保险条款》第9条:本合同的保险期间为1年,自保险人同意承保、收取保险费并签发保险单的次日零时起至约定的终止日24时止。

㉓Lakies, AGB im Arbeitsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 293.

㉔周显治、俞美芳与余姚众安房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷案,《最高人民法院公报》2016年第11期:格式条款约定开发商承担了逾期交房的责任之后,逾期办证的违约责任就不予承担,因偏离合同法第107条而无效;类似案件:罗剑挥等与连城恒益房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷上诉案,载《人民司法·案例》2017年第5期;另有对定金罚则适用的构成要件“不可归责于当事人双方的事由”的偏离,格式条款应属无效,参见:戴雪飞诉华新公司商品房订购协议定金纠纷案,载《最高人民法院公报》2006年第8期;管辖权条款约定格式条款使用方注册地法院管辖,偏离《民事诉讼法》第23条和第34条的规定,不合理地加重了消费者应诉的负担,格式条款无效,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,载《人民司法·案例》2009年第8期。

㉕《机动车交通事故责任强制保险条例》第2条第一款:在中华人民共和国境内道路上行驶的机动车的所有人或者管理人,应当依照《中华人民共和国道路交通安全法》的规定投保机动车交通事故责任强制保险。

㉖《关于加强机动车交强险承保工作管理的通知》(保监厅函[2009]91号):……各公司可在交强险承保工作中采取以下适当方式,以维护被保险人利益:一是在保单中“特别约定”栏中,就保险期间作特别说明,写明或加盖“即时生效”等字样,使保单自出单时立即生效。二是公司系统能够支持打印

体覆盖印刷体的,出单时在保单中打印“保险期间自×年×月×日×时……”覆盖原“保险期间自×年×月×日零时起……”字样,明确写明保险期间起止的具体时点。

㉗兹举例:《安邦人寿保险股份有限公司安邦团体重大疾病保险》第2.3条:第一次投保本保险或非连续投保本保险时,从本主险合同保险责任生效日起30天内为等待期。对于等待期内被保险人因疾病被医院诊断为本主险合同所定义的重大疾病,本公司无息返还该被保险人对应的保险费,本主险合同对该被保险人的保险责任终止。

㉘《保险法司法解释三》第8条:保险合同效力依照保险法第三十六条规定中止,投保人提出恢复效力申请并同意补交保险费的,除被保险人的危险程度在中止期间显著增加外,保险人拒绝恢复效力的,人民法院不予支持。

参考文献:

- [1]王利明.对《合同法》格式条款规定的评析[J].政法论坛(中国政法大学学报),1999,(6).
- [2]贺剑.《合同法》第54条第1款第2项(显失公平制度)评注[J].法学家,2017,(1).
- [3]解亘.论格式条款内容规制的规范体系[J].法学研究,2013,(2).
- [4]粮文仲.保险合同免责条款的理解与法律适用[J].保险研究,2010,(11).
- [5]刘宗荣.新保险法:保险契约法的理论与实务[M].台北:三民出版社,2007.
- [6]郑玉波.保险法论[M].台北:三民书局,2012.
- [7]苏永钦.走入新世纪的私法自治[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [8]王全弟,陈倩.德国法上对格式条款的规制——《一般交易条件法》及其变迁[J].比较法研究,2004,(1).
- [9]韩长印.责任保险中的连带责任承担问题——以机动车商业三责险条款为分析样本[J].中国法学,2015,(2).
- [10]沈小军.机动车保险中的零时生效条款与保险消费者保护[J].保险研究,2017,(12).
- [11]马宁.保险格式条款内容控制的规范体系[J].中外法学,2015,(5).
- [12]曹明哲.健康保险合同中等待期条款的效力和裁判路径研究[J].法律适用,2019,(6).
- [13]叶启洲.健康保险复效观察期间条款的效力[J].月旦裁判时报,2015,(6).