

香港法律改革委员会
研究报告书

管制免责条款
(论题十三)

香港法律改革委员会谨提呈管制免责条款研究报告书，本委员会名单如下：

唐明治（律政司）

罗弼时（首席按察司）

区敬德（法律草拟专员）

区义国

郑正训

傅雅德

胡法光

叶文庆

李柱铭

陆恭蕙

麦雅理

MR. ARJAN SAKHRANI QC JP

（任期由一九八三年
至一九八六年）

翁松燃

韦彼得

一九八六年九月二十三日

香港法律改革委员会 研究报告书

管制免责条款

目录

	页次
1. 引言	1
职权范围	1
小组委员会成员名单	1
研究方法	1
2. 免责条款在契约中的作用	3
契约的性质	3
违约	3
适当的法律补救	4
免责条款的地位	4
3. 契约自由、免责条款及普通法	6
普通法考验	7
并合	7
当事人的互相关系	9
释义规则	9
基本违约	10
4. 管制免责条款的理由	12

	免责条款总评	12
	契约自由与芝加哥学派	12
	结论	14
5.	成文法的改革	15
	英国及香港	15
	美国	16
	澳洲	18
	结论	19
6.	一九七七年不公平契约条款法概要	21
7.	检讨对不公平契约条款法的批评	24
	契约自由	24
	合理性作为基础	24
	诠释不确定	24
	法官作为合理性的仲裁人	25
	防洪闸论点	25
	法理基础	26
	对草拟的批评	26
	结论	26
8.	本委员会就一九七七年不公平契约条款法提出的建议	27
	第一部	27
	第二部	35
	第三部	35
	附表 1	36
	保险契约	36
	产生或转让土地权益的契约	37
	其他免受管制事项	38
	附表 2	38

	附表 3	38
	不公平契约条款法与普通法	39
9.	建议撮要	40

附件：

1. 小组委员会成员名单
2. 研究小组成员名单
3. 被邀或自动提供意见之机关、公司及个别人士名单
4. 文献目录
5. 一九七七年不公平契约条款法
6. 审阅研究文件之谘询机关名单

1. 引言

职权范围

1.1 一九八三年八月三十日，首席按察司与律政司提交下列问题予法律改革委员会（下称“委员会”）研究：

“在香港，是否有必要或应否立例，免使订立契约的某一方承担苛刻或不合理的明示条件所带来的后果，包括承担声明在违反基本义务时得免除或限制应负责任的条件所带来的后果。若有必要或应该立例，程度又如何？”

1.2 由委员会成立研究这个问题的小组委员会在审议过程中认定研究范围应限于免责条款，职权范围涉及的其他方面，宜列入范围较广的消费者法例检讨工作中。为此，本报告书及其所根据的小组委员会报告书，仅论及管制免责条款。

小组委员会成员名单

1.3 委员会委任的小组委员会，由委员会委员御用大律师 ARJAN SAKHRANI 先生出任主席，小组委员会在一九八三年十一月召开了首次会议，成员名单见附录一。

研究方法

1.4 小组委员会先后开会 7 次。一九八四年四月，小组委员会部份成员组成一工作小组。工作小组成员名单见附录二。

1.5 小组委员会曾积极征询关注团体及个别人士的意见，亦曾在一九八三年十一月在各中、英文报章发表新闻稿。一九八四年二月，小组委员会致函本港各有关团体，就是否需要管制免责条款问题征询它们的意见。获函邀提出意见的团体，以及其中曾作出反应者及自愿提供意见的商号及个别人士，名单见附录三。

1.6 小组委员会除广征民意外，亦曾研究包罗至广的文献及资料，详情列于附录四。特别值得一提的是，小组委员会曾从详研究英国不公平契约条款法（ENGLISH UNFAIR CONTRACT TERMS ACT），以期考虑可否在香港采用相类的条文。该法例原文见附录五。

1.7 一九八五年五月，小组委员会将一份工作文件通告予附录三及六所列的机构及个别人士。

1.8 一九八六年一月，小组委员会在委员会第 40 次会议席上提交报告书。委员会其后在第 41、42、43、44、46 及 47 次会议上，都研究该报告书。

2. 免责条款在契约中的作用

2.1 本报告书的内容，是研究免除或限制某人对另一人应承担的法律义务或责任的契约条文。这类条文一般称为“免责条款”，通常见于契约。在考虑是否需要管制免责条款前，自必应先研究基本契约法及免责条款对该法的影响。

契约的性质

2.2 契约是两人或超过两人之间的协议，用意在各人之间缔结法律上应予履行的法律责任。一份有效的契约必须具备下列要素：缔约各方均须有立约能力；各方须就契约的全部具体实质条件达成协议；须有意使协议在法律上可以履行，以别于社会或道德上的义务；协议须不能因为不合法、不可能或因为违反公共政策而致可被反对者。若干类别的契约可能需要以特定形式制订。另外，根据英国法律，契约必须具有某种形式的对价，方可成立。

2.3 实际上，契约是立约各方之间的互相承诺，承诺互相交换后，一份具约束力的契约即告生效，依法律而执行。

例如，甲应允将其汽车售予乙，售车的承诺是基于对方付款的承诺而作出的，反之亦然。不过，也会有作出其他承诺的。可能乙同意先行付款，或以美元付款，又或甲同意把车送到乙的家门，或继续保养一年。这些都是明示的协议。

2.4 除明示条件外，契约每每含有并未明确载明的条件。这些条件称为默示条件。因此。根据香港法例第二十六章售卖货品条例的规定，甲暗示应允乙，他有权变卖该车，汽车的情况正如他（如甲为汽车推销员）描述一般及该车为可销售者，且适用于销售目的。

违约

2.5 立约各方交换承诺，可为各方提供明确的契约范围及意义，假如对方不能履行其在买卖中的责任，则另一方便可获得法律补救。违约是指任何一方不能履行契约加诸其身的任何义务。遇违约之情发生，守约的另一方有权要求损害赔偿，倘所违属于契约基本要素，则可把契约视作终止，并可因对方毁约而要求损害赔偿。可获得的法律补救（损害赔偿或解约及损害赔偿）须视乎违约的性质而定。

例如，若甲未有交付汽车，乙可拒不付款，或倘乙已付款，乙可索回全部车款，并视契约已告终止。若乙蒙受其他损失（例如，汽车为一

部的士，而甲明知乙需要该部的士作营业用途），则乙可索取金钱赔偿及车款。假如汽车完全不能行驶，乙可拒不付款。不过，如果座位套颜色与原先所说不符，则乙通常付款时可扣减该轻微违约所需赔偿的金钱。

适当的法律补救

2.6 某一方可否拒绝履行契约可能成为重要的问题。

例如，如甲雇用乙在音乐会上演唱，而乙拒绝出席彩排，甲欲改聘另一位歌手，甲祇可在乙之违约足以使甲视原契约已被解除的情况下，始无须对乙负任何责任。假如违约情况未算严重，甲可能因聘用另一位歌手而违约，故须对乙负有责任。这种考虑见于三宗案例——¹ 柏天尼诉佳耳，² 林利诉韦纳，及³ 保萨诉史皮雅斯。

2.7 法庭习惯把契约条款划分为条件或保证，条件是契约的首要条款，保证则为次要条款。契约一方违反条件，另一方可以拒绝履行本身契约的部份；但若祇违反保证（条款），则另一方仍须履行契约。在这两种违约情况下，守约的一方可获得损害赔偿。法庭现承认有第三类契约条款，名之为无名条款。违反这一类条款可否让守约的一方把契约视为终止，须视乎所有情况而定，包括违约后果。无论怎样，契约一方倘确认契约（即仍视契约存续），则丧失不受契约约束的权利。

乙从甲购得一双鞋，首次穿着已告爆裂，则乙有权向甲索回鞋款。但若乙着甲把鞋修补，然后鞋又再爆裂，则乙不能因原先违约情况而取消契约，乙祇能提诉要求损害赔偿。

免责条款的地位

2.8 书面契约一个最常见的特色，是契约某方试图把己方在契约（或与契约有关的侵权行为）之下所应负的全部或部份责任加以限制，并以免责条款作为达此目的之手段。

2.9 席德在《契约》（第 25 版）一书中提出，免责条款可以分为三类。第一类，意在限制或减少被告人的义务（例如以不包括明示或默示条件方式为之）。第二类，有些条文意在免除或限制违反契约的责任（例如赔偿的责任），或剥夺另一方舍弃或撤销契约的应有权利。第三类条款意在完全免除或限制违约一方须向另一方赔偿的义务（例如限制可索偿的赔偿金额）。

¹ [1876] 1 QBD 183

² 21 L.J.CH. 898

³ [1876] 1 CBD 410

2.10 免责条款的作用是改变契约的性质。在契约里，若甲向乙说：“若你这样做，我就会那样做。若我不那样做，你大可要求法律补救。”要是有了免责条款，第二句话就不能在无定限的情况下应用。免责条款可以完全免除或限制甲的责任。甲可以说：“你不会有法律补救”。举例来说，某停车场的东主可以在与使用停车场人士签订的契约中，加插如此的声明：“停泊在本停车场的车辆，责任一概由车主自负，本公司对于任何损失或损坏，无论因何种原因造成，均不负任何责任。”

2.11 甲也可较温和地说：“你可有的法律补救并不是绝对的”。例如，乙本可有权认为已径解约但因免责条款而祇可获损害赔偿，免责条款亦可对款项及时间加以某种形式的限制。例如：“交来清洗衣物倘有遗失，每件最高赔偿 5 元。”或“本公司不受理意外发生七天以后方提出的索偿要求。”

2.12 为本报告书目的起见，免责条款可被描述为免除或限制义务或责任或权利及法律补救的条款，有些免责条款是刻意用来达到上述一个或多个的目的。其他免责条款表面上虽意在其他目的，但也可有同样效果。

2.13 我们认为，下列各项条款可明显用作免责条款：

- (a) 规定行使权利或法律补救而产生责任的条款；
- (b) 规定执行权利或法律补救的时限比一般法定时间为短的条款；
- (c) 就任何权利、法律补救、义务或责任出现前可采取的行动规定时限的条款；
- (d) 更改举证责任或规定一事项得为另一事项的确凿证据的条款；
- (e) 由于一名人士已行使法律补救的权利，以致要向另一名人士赔偿的条款；因为这一类规定限制了行使权利或要求法律补救；
- (f) 由契约一方决定纠纷，而该方的决定须为终局决定的条款；
- (g) 任何规定在诉诸法庭前须将争议提交仲裁人处理的条款；因为这类条款限制了契约各方进行申诉的途径。

2.14 免责条款往往由较强一方用诸于较弱一方或有欠精明的一方。倘缔约的双方在精明与讨价还价能力两方面相若，则免责条款可被视为每方对于价钱与风险的真确协议。若缔约双方的地位、能力悬殊，例如一家公司与一名普通消费者，免责条款则可被用作抑制消费者正常的期望。同理，在众多案例中，契约某一方根本没有真正的选择余地，祇能接受要约一方的条件，因为要商讨修订契约的原有条件是办不到的。正因有这些因素，免责条款的使用在很多国家已引起关注。在英国，英格兰和苏格兰法律委员会在一九七五年就曾为此发表了联合报告书。

3. 契约自由、免责条款及普通法

3.1 在历史上，作为贸易及市场经济的产品而与契约有关的法律，在过去几百年不断演进。成文法的干预向来都是极少的，成文法的规定（例如英国一八九三年售卖货品法或香港的香港法例第二十六章售卖货品条例），大多祇是把普通法直述，而绝非有重大的背离。今日，契约理论最重要的一环，仍是自由交换承诺（契约自由）。不过，这种自由在若干地方已由普通法修订，例如契约一方的同意有不完善之处。故此，法律已给予无行为能力的人（例如未成年人及心智不正常者）保障。受诈骗的人士得被视为未有自由地作出承诺，所以无须履行所作承诺。

3.2 理论上来说，契约法的基础仍为“协议”（要约人与受要约人之间一致的意向）；但在实际法律涵义上，“协议”的意义可能不甚明显。在决定法律责任时并非要看实际意向是否相符，而是契约载明的意向是否相符。在普通法中，并没有责任要符合“合理”的期望（除非是对错误、不正确陈述、契约的受挫失效及惩罚条款的求情情况）。惟一有约束力是契约本身。

3.3 在普通法中，可能会有立约的一方无心地签署了与他本人原来意向有别而具法律约束力的契约，该契约在任何“有理智人士”的心目中都会视之为全部或部份不能接受者。但若在法律理论上他已同意“改写”条款，则法庭不会对他的不智行为施加援手。在*史赞资诉高罗各*一案中⁴，有“小字体印出”而未经原告人阅读（但可看到）的文字，免除了契约未载明的任何“明示或暗示条件、声明或保证”。与案原告人签署契约时并未注意是项条款。法庭认为她须受该已签具的契约的条款约束，不能引用默示条件。这类契约条款理论上可以改变表面协议的性质，可以否定责任，否定可以诉诸法庭、容许提供不同的服务等。在现行标准形式的书面契约下，这一规例明显容许凭谈判实力的优势而欺压对方，可能使对方不能用做成错误或不正确陈述的理由而得到法律补救。要注意的是，在某些滥用谈判实力优势的事例中，例如一方藉另一方暂时有财政困难而从中取利，“不公平”是由于不幸的一方未有时间细阅契约而造成的。

3.4 法庭不会细究超乎契约条款以外与约各方的意向。在*史都拿诉曼彻斯*一案中⁵，邓宁勋爵（LORD DENNING）曾说：

“在契约中你无须查究一个人脑海中的真正意向，你要查究的，是他所说的和所做的。从表面判断是契约的话，契约就告成立了。一个人如果实际上凭他的话而订立了契约的话，他决

⁴ [1934] K.B. 394

⁵ [1974] 3 ALL E.R. 824 第 828 页

不可单单说：‘我无意立约’，就可以摆脱契约的约束。要从他的文字言词所表达的意义来寻出他的意向。假如文字言词说明成立了契约便已足够。”

3.5 韦科斯勋爵（LORD WILBERFORCE）在*史勒诉域文机器工具公司*一案中⁶的否定判决中引用了普通法中关于契约解释这一个至重要的原则：

“……把条款认定为任意、任性、奇特或按有理智的人的标准来评定条款的有效性……是背离证据而假定契约双方都采纳漫不经心的标准，而非敢作敢为、坚决、精确和注重效率。这并不是本席准备作出的假定，要是他们的言词已清楚表明确实如此，则本席亦无权把最先提及的标准加诸双方身上……”

3.6 虽然除极少数情况外，普通法不能改变免责条款的效力，同时亦不能对它置之不理。但法庭一般不推崇这类条款。法庭这种态度明显源于认识到免责条款之订立，每每是契约各方的谈判实力不相称，使实力较弱的一方往往陷于极度不利。在某些情况下，立约各方的意向并不能在契约条件中反映出来，所以，虽然普通法理论上不能逆立约各方的意向行事，但却有连串考验可以清楚查明有关意向。这些考验虽则不能公然管制免责条款，但可以使之归于无效。

普通法考验

并合

3.7 第一个考验是决定免责条款是否为契约之一部份，如果契约有此条款，签订后即不能免除该条款的限制（见*史赞资诉高罗各案*）。不过，很多契约都涉及不需签署的文件，如车票、船票、告示等。在这些情况下，要验证的就是要看看在立约前，倚仗免责条款的一方是否采取足够行动将此条款通知另一方。

在*柯理诉马宝路酒店公司*一案中⁷，酒店睡房张贴的告示载明：“东主不对遗失或被窃物件负责，除非有关物件已交由女经理保管。”柯理太太的皮裘及珠宝（放在睡房中）被窃后，酒店引用免责条款作为保障。

法庭判决，酒店与客人之间的契约，最迟的签订时间是在接待处之时，签约前客人并未获悉免责条款，故此酒店不能引用免责条款。

3.8 不过，假若柯理夫妇是该酒店的常客，而该告示每次都有张贴，他们“经常惠顾该酒店”后，便理应受到该条款的约束，因为他们在签订是次

⁶ [1973] 2 ALL E.R. 39 第 55 页

⁷ [1949] 1 K.B. 532

契约前已有机会看到该告示。这个论点在*史毕灵公司诉白烈萧*一案中⁸曾引用，案中免责条款印在发票上，在交易完成时发出。由于从同一条款进行的交易已有多宗，故免责条款可视之为已并合在契约内。

3.9 这论点与*麦古前诉麦比理公司*一案中⁹的处理方法恰成对照。案中申诉人并无书面文件，但已知道若干条件，虽则确实性质仍不甚了了。法庭判定因没有契约文件，申诉人不能因为以前有过交易，以而他或多或少知道条件为理由而被约束，因为他委实不知道确实条件是怎样的。

3.10 即使免责条款已经写明，在立约前亦已通知对方，但这亦未必是“足够通知”，一切要视乎文件性质，提交的时间及条款的性质。例如，若一方祇把文件视为收条（连同票子）或祇为表示他有权取回某物件，就可能除文件以外，需要加上某种有免责条款的通知。

3.11 印在票子背面的条件，便须在正面印上“请参阅背面条件”的字样。在英国法律中，对消费者最严厉的案件大概是*汤臣诉伦中苏铁路公司*一案¹⁰。

在该案中，一名文盲的老妇叫她的侄女代为购买一次特别火车旅程的火车票。

火车票印有“请参阅背面条件”的字样，车票背面写明有关条件请查看行车时间表（另行发售）。法庭判决该名老妇透过其代理人已有足够通知。须知该班火车是一次特别旅程，而她理应知道会有特别条件。

3.12 这样的处理方法在香港受到全面的排斥。香港倾向要把较大责任放在倚赖免责条款的一方。

在最近*翁爱琼（译音）诉 BEAUTYCITY RESTAURANT LTD.*一案中¹¹，该案涉及餐厅的泊车服务，原告人承认他知道餐厅通常在泊车服务中说明不会作出任何赔偿，不过，法庭认为该餐厅并未向原告人说明该特别的条件，故判原告人胜诉。

3.13 上述一案依循*王维俊（译音）诉 THE CHINA NAVIGATION CO. LTD.*一案中¹²法庭所作的论证。按察司何谨说（第 495 页）：

“假如承运人已采取合乎情理的足够措施通知（乘客），此一条件为双方契约之一部份，即使乘客未有利用给予他的机会去确定条件，以致未能知悉有关条件，乘客亦同样受该等条件约束。每一宗案件的合乎情理的足够通知都须视本身特别情况而决定，在一定范围内还包括乘客或其代理人个人的特色。”

⁸ [1956] 2 ALL E.R. 121

⁹ [1964] 1 W.L.R. (H.L.) 125

¹⁰ [1930] 1 K.B. 41

¹¹ 最高法院原讼庭 NO. 2708/81

¹² [1969] H.K.L.R. 471

3.14 在翁爱琼（译音）诉 *BEAUTYCITY RESTAURANT LTD.* 一案中，法庭认为被告实际上并没有给予通知，因为交回原告人的票子没有印上“参阅背面条件”。问题不在于乙有否获得免责条款的足够通知，而在于甲有否采取措施确保乙祇要审慎便可以知道有免责条款。本港的法庭可能比英国的法庭更同情乙，但把条文并入并不可以完全解决有关的问题。

当事人的互相关系

3.15 契约的基本规则是非契约当事人不可就契约起诉别人或被起诉。同理，免责条款亦不会保护非契约当事人的利益。*艾特拿诉狄逊*一案中¹³的案情可说明这点。

一名乘船的人由于有关水手的疏忽，在走过跳板时受伤，因为有免责条款，该乘客不能起诉船公司，但她可循亦已循民事起诉水手疏忽，因为水手不受免责条款保障，即使该条款的措词声称保障他们，法庭亦不会准许水手凭借免责条款，因为水手并非原契约的立约人。

不过，近年来免责条款的措词已经小心制订，以包括保障第三者；但这些第三者并非雇员，而是独立承造商。

释义规则

3.16 法庭遇上免责条款有含糊不清之处，往往极力按不利提供条款者的立场而作出解释。

在*侯顿诉 TRAFALGAR INSURANCE CO. LTD.* 一案中¹⁴，保险单不包括“当车辆载重超过制造时预定的重量时引致的赔偿责任”。意外发生时，该辆五座位车辆载有六人，法庭判定免责条款祇可引用于车辆载重有明确说明时，例如货车，该条款不能引伸到多载一名乘客的私家车的情况上。

3.17 有多个案例确立了豁免“保证”并不豁免“条件”，豁免“默示条件”而不豁免“明示条件”。不过，小心草拟契约便可避免这问题，*史赞资诉高罗各*一案中¹⁵载明：

“本协议包括所有条款及条件，说明本人同意购买上述机器，任何不列于此的明示或默示条件、声明、保证等，不管法定与否，一概不包括在内。”

3.18 法庭认为，由于购买角子老虎机者已签订载有所指的免责条款的文件，须受其中条件之约束，故不可倚仗默示保证而要求证明所涉机器适合售卖时所指的用途。如果是疏忽的话，便要应用特别的及非常技术性的规则，

¹³ [1955] 1.Q.B. 158

¹⁴ [1953] 2 ALL E.R. 1409

¹⁵ 见第 3.3 段

但可以凭确保条款说明是指因“疏忽或其他理由”或甚至“无论甚么理由”而致的损失或损坏，便可能解决这些问题。

3.19 释义规则最终是要把立约各方的意向演化为行动。这些意向是根据各方所说或所做（他们的表面意向），而非根据私人的保留或误解意见。这一规则对技术上甚为明确、但实际不公平的条款无能为力。

基本违约

3.20 法庭订立了一种规则，名为基本违约理论。根据这一理论，假如立约某一方被判违约罪名成立，而违约情节严重影响契约，以致不能履行契约时，该方不能引用免责条款逃避应负之责任。

3.21 曾经有一段时期，基本违约理论似乎给予法庭管制免责条款的方法。不过，这一理论毕竟祇是在释义方面有多少作用。若违约是意外的，带来了极严重的后果，有人可以提出免责条款从不旨在保障违约的一般后果和方式以外的情况。基本违约理论所载规则促使法庭以基本违约作为采用合理条款概念的借口。这个因素在释义中并未起到任何作用。最近，英国国会上议院已就任何试图扩大这一规则的行动作出批评。

在 *PHOTO PRODUCTION LTD. 诉 SECURICOR TRANSPORT LTD.* 一案中¹⁶，一名派往看守一工厂的护卫员，蓄意纵火烧毁工厂。契约中的免责条款免除了护卫公司因其雇员引致的损毁而负上赔偿责任。上议院认为在违反契约情况中，可以引用免责条款的程度是以契约的解释为依归。立约各方有自由以它们认为适当的方法分配风险。在此案中，免除条款措词清楚，它的真正解释亦包括了蓄意行动及疏忽，以免除被告人违反执行职务时要顾及工厂安全的默示职责的责任。

3.22 上诉法庭认为，因为违约情节属基本性质，故该条款并不适用。上议院不过是重申其在 *SUISSE ATLANTIQUE* 一案¹⁷ 的判词。在该案中，上议院说明免责条款能否包括基本违约应以契约解释及把立约各方的意向付诸实行为依归。虽然该条款多数不会继续留存，但若意向明确清楚，则是可以留存的。*PHOTO PRODUCTION* 一案¹⁸ 是在不公平契约条款法制订后始行判决的，但判决是按普通法作出，亦重申该法。该法取去法庭以往在审判案件时的一种自由，即裁定免责条款保障基本违约是不合理的时候所具备的自由。

¹⁶ [1980] A.C. 827

¹⁷ *SUISSE ATLANTIQUE SOCIETE D'ARMEMENT MARITIME S.A. 诉 ROTTERDAMSCHER KOLEN CENTRALE* [1967] 1 A.C. 361

¹⁸ 见 3.21 段

4. 管制免责条款的理由

免责条款总评

4.1 英国法律委员会于一九七五年免责条款报告书中，曾对管制免责条款的个中理由作出有力之辩护。委员会认定许多情况下免责条款有悖公众利益，并续称：

“这些条款订立的方法往往使受影响一方对其存在或重要性毫无认识，至认识其存在或重要性时，则为时已晚。受影响一方纵使知悉免责条款之存在，通常无从判断接受该条款后可能受之损失。总而言之，他也许根本不具备拒绝接受条款之谈判实力。结果便要不应负责或无能力防御之一方去负担不慎或无法按标准完满履行事务的风险。而免除此种不慎或错失责任，便削减了要维持高水准履约表现的经济压力。”

4.2 拟采行免责条款之一方可能拥有经济上之谈判实力，足以迫使对方接受条件或不容任何磋商余地。他实际上有能力说：“这是本人订约的条款，如果不接受，就祇好拉倒。”祇要举一个使用免责条款的普遍例子，即足以说明这种情形。当车主在停车场交出车匙时，通常会接到类似下列语句之条款：

“本公司经理、员工或代理人在任何情况下皆不必对 贵客车辆或乘客任何性质及任何方式之毁坏或损害、或 贵客车辆之遗失或盗窃、或车辆内或车辆上物品之遗失或盗窃负责。”

纯粹从实际情况上看，我们不大可能想象驾车人士会与停车场磋商契约的条款，于是管理当局便取得了颇为有利的地位。

契约自由与芝加哥学派

4.3 我们曾经对某些人士批评“消费者法例”的意见，加以考虑。批评者所持理由为此种立法往往对自由经济市场因素的有效运作加以不合理之干预。倡导此一观点之最有力者是为了方便起见而统称为芝加哥学派（此名称未必准确）的经济学家。这个学派认为自由市场经济须以契约自由为必要条件。对订约一方自行议定条件的自由加以任何干预，祇会扭曲市场的微妙机能，因此祇有在整个社会都能够从而获益的前提下，才属无可非议。

4.4 芝加哥学派之基本假设为个人之理性行为会使人以最有利之方式为本身谋求利益。因此，个人应被赋予最大之自由，使他可以在个人利益与

他人利益一致之情况下谋求本身之利益。每个个体皆为满足本身利益而在社会上进行交易活动，社会作为一个整体则会推进其福利至最大限度。于是，资源须予以最高价值的利用，而价值则以个人对商品愿付之代价为定义。芝加哥学派认为自由交易程序，即是说对该程序不加以外来干扰，是达至此一目标之最佳手段。对此种双方具有同等谈判实力并可共同商讨协议条款之观点，很少香港人会有异议。

4.5 芝加哥学派的学者承认这个理论建基于一项假想——一个能够完美运作的市场机能是存在的，即是说有一个纯属竞争性的市场，其中各方面对市场都有透彻的认识，同时交易过程是不花分文的。但芝加哥学派亦承认，假如任何一方没有充分阅读契约的机会，或根本没有磋商契约条款的机会，或者其中一方享有压倒性之优越谈判地位，以致市场机能不能完美运作时，则法律上的某些干预是需要的。然而，自由交易过程的任何约制方式尽管如何有利，却并非不必付出代价。根据该学派的观点，祇有当干预给予受益者之利大于受害者之弊时，才是有需要的。于是问题变成如何去衡量“利”与“弊”——一个被该学派的批评者视为不可克服的难题。

4.6 标准契约往往是自由市场运作失调的产品，正如迪普洛克勋爵在 *A. SCHROEDER MUSIC PUBLISHING CO. LTD. 诉 MACAULAY* 一案中¹⁹ 所指出，有些标准契约是某种特殊行业集中在较少数人手中之结果……此等标准契约之条款并未经有关当事人磋商，亦未由任何代表较弱一方之组织加以批准，仅由一方单独或联同其他提供类似货物或服务之商家运用其谈判实力来支配和说“你要这些货物或服务的话，这就是取得这些货物或服务的惟一条款，如果不接受，就祇好拉倒。”以这种态度对待为取得货物或服务而愿意订约的一方是具备优越谈判实力的典型例子。

4.7 芝加哥学派替标准契约的使用作辩的理由是它可以减少交易费用。他们认为通过法律而非市场去矫正不平等现象将导致费用增加，进而转嫁到消费者身上。换句话说，干扰的失多于得。该学派的批评者则指出这祇是猜测，并无证据足以证实此一结论。

4.8 反对全面管制免责条款的主要理由是此举对契约自由作不合理干扰。我们认为祇有当契约自由确实存在而有干扰可言时，反对理由才有效。若磋商契约条款之可能性根本不存在、或其中一方不被认为会小心阅读契约或未获法律辅导前不能明了契约的含义，则反对理由实属无效。祇有在此种情况下，我们才相信法律干预为合理的。我们同意英格兰及苏格兰法律委员会以及几个英联邦地区立法机构的看法，认为免责条款之使用在许多情况下有违公众利益。我们相信法律界对这类条款通常有怀疑态度——如果不是敌对态度的话——是有充份根据的。从我们曾经咨询的人士的反应中，我们可

¹⁹ [1977] 1 WLR 1308 AT 1316

以毫无疑问地表示此等条款之滥用是值得反对的。其中有些完全于理不合，其他的则视不同情况而可能公平或不公平、有效能或无效能地被使用。

4.9 我们不相信有任何法律准则足以分辨何种情况具有而何种情况不具有真正的契约自由。祇有将所有情况，包括各方的谈判地位、对所涉条款的知识与了解、一方对另一方意见或技能的依赖程度、以及其他各项有关事实，逐一加以审查，才能得出有效的分辨。此种分辨的必要就是法律干预的理由。干预形式则由估量这些因素的必要性来决定。

结论

4.10 我们的结论是免责条款的使用有滥用之嫌，尤其在各方的谈判实力不相等的时候，我们相信若干程度管制的好处超过有限度干预契约自由带来的经济弊端。

5. 成文法的改革

英国及香港

5.1 从第三章的概述，我们清楚看到普通法的验证不能防止不公平，祇能防止无欺诈的条款。该验证处理的是将条款之存在通知对方之需要，但没有处理到对方是否得到讯息的问题；它们处理的是签约各方意向的实现，但各方的真正意向并不一定是在契约中充份反映出来的。

5.2 在英国，立例管制免责条款已有长远历史。早期的管制涉及特定类别契约之条款。例如一八五四年铁路及运河交通法禁止铁路及运河公司以契约条款推委责任，除非有关条款被法庭认为“公平及合理”。一九三八年分期付款购买法规定分期付款供货之某些默示条款（包括货物应具备可售品质之条款）必须明列在销售契约中。一九七三年实施货物销售契约免责条款之管制，规定向消费者供货时，成文法所包含的条款不可加以免除，至于其他销售契约的免责条款则须通过“合理性”的验证。

5.3 较近期的时候，英国立例管制各类契约。一九六七年不正确陈述法规定任何签约一方不可排除不正确陈述责任，祇有在合理范围内，才可援引免责条款。除了极有限的例子以外，一九七七年不公平契约条款法的管制对象包括各类契约。

5.4 香港对特定类别契约的免责条款，亦有立例管制。例如香港法例第二百七十二章汽车保险（第三者意外）条例及香港法例第二百八十二章雇员赔偿条例，禁止承保人在索偿事故发生后根据作为或不作为来逃避责任。香港法例第二十六章货物销售条例则对货物销售契约（不包括分期付款购买契约）之免责条款，加以管制，此条例与英国所颁布者相似。雇主对雇员人身损伤应负责任之任何免除或限制皆据香港法例第二十三章法律修订及改革（综合）条例第 22(2)条定为无效。

5.5 就一般管制而言，香港有香港法例第二百八十四章虚伪陈词条例，但并无类似不公平契约条款法之条例。基于此一缘故，香港的购物者受到保障，但分期付款购物者或单纯的租赁者则不受保障。使用洗衣、停车等服务者完全没有保障可言。

5.6 值得注意的是，英国的不公平契约条款法反映了比香港较为深厚的保障消费者的传统。公平贸易署署长辖下（据一九七三年公平贸易法的规定创立）的整个政府部门负责监督不公平契约条款法之实施。在英国，采用已由成文法判为无效之免责条款是一种违法行为——这是一项管制该等条款之有效措施。

5.7 很明显的是英国为保障消费者利益，比香港更为广泛地干预自由市场的运作。基于两地的社会与法律背景迥异，我们不认为香港应全盘承袭英国的改革方式。所以，我们的研究范围祇限于英国不公平契约条款法内的事项。

5.8 由于不公平契约条款法的通过及其后 *PHOTO PRODUCTION* 一案的发展，使香港处于尴尬地位。一方面香港对免责条款并无一般的管制法例，但另一方面法庭却在基本违约的基准上被剥夺了原有的法律管制权。

5.9 成文法祇对特别契约施加管制。这件工作既然已经完成了一部份，实在不应半途而废。在租赁合约、工程及物料契约以及交换或易货贸易契约中，签约各方有自由按普通法的默示条款使出租人、接收工程人或收货人的权益得到保障。既然在销售契约中这些权利已经有所保障，祇要实际可行，我们认为普通法所赋予的此等权利没有理由不应受到保障。

美国

5.10 我们在达成结论时审查了其他普通法管辖区的法律，尤其是美国保障消费者的措施。美国对保障消费者的管制并非存在于一项单一的法例，而是散见于不同的法律条文中，如《侵权行为第二次重述》第 402A 条、《统一商法典》和各州的法律。以下是我们曾经加以研究的《侵权行为第二次重述》第 402A 条及《统一商法典》的部份条文。

5.11 《侵权行为第二次重述》第 402A 条规定：

“(一) 出售任何有缺陷产品而无理危及用户或消费者或其财产之人士须负由此对最终用户或消费者或其财产所引起之物质伤害责任，若

(甲) 出售人经营该产品之销售生意，以及

(乙) 该产品预期及的确照出售时之情况而并无重大变更送达用户或消费者。

(二) 上述(一)款之规定仍属有效，即使

(甲) 出售人在备办及出售其产品之过程中已力求谨慎，以及

(乙) 用户或消费者并未向出售人购买产品或订立契约。”

5.12 《统一商法典》规定：

第 2-302 条——不合理契约或条款

“(一) 若法庭根据法律立场认为契约或契约任何条款在立约之时已属不合理，法庭可以拒绝执行契约、或祇执行契约

中不合理条款以外之部份、或限制不合理条款之应用，以避免任何不合理之后果。

- (二) 当向法庭声称或当法庭认为契约或契约之任何条款可能为不合理时，各方应被给予合理机会，以便呈交有关商业背景、目的及效果之证据，协助法庭作出决定。”

5.13 第 2-316 条——保证之免除或修改

- “(一) 构成明示保证之有关文字或行为以及有助于否定或限制保证之文字或行为应在合理范围内作互相一致之解释；但依照本条口述或外在证据条款之规定（第 2-202 条），若否定或限制保证之文字在解释上不合理，则该否定或限制便不能实行。
- (二) 按第(三)款之规定，免除或修改‘可销售性’之默示保证或其任何部份之文字必须提及‘可销售性’，若属书面文字，必须显著写出，而‘适当性’之默示保证的免除或修改，必须以书面明显表示。免除所有‘适当性’默示保证之文字，祇要载明‘本保证仅限于书面所述范围’之类的文字，便已足够。
- (三) 尽管有第(二)款之规定，
- (甲) 除非情况另有需要，所有默示保证的免除皆可采用‘照原状’、‘连同瑕疵’等字句或其他通常能促使购买人注意到免除保证并清楚表明没有默示保证之字眼；以及
- (乙) 当购买人在签约前经已照本人的要求详细审视货物或样品或样式，或拒绝对货物进行审视，则在审视中应该显出的缺陷不在默示保证之范围；以及
- (丙) 默示保证亦可以通过交易或履行或贸易而予以免除或修改。
- (四) 违反保证的法律补救，可根据本条有关损害赔偿之清偿或限制条款或契约修改或法律补救条款而加以限制。”

5.14 第 2-318 条——明示或默示保证之第三方受益人

“售货人不论明示或默示之保证皆适用于任何自然人，祇要可以合理地预期该人可以使用、消费或受到货物之影响，同时违反保证亦会使该人受到损害。售货人不可免除或限制本条之实施。”

5.15 第 2-719 条——契约之修改或法律补救之限制

- “(一) 按本条第(二)款及第(三)款以及前条损害赔偿之清偿及限制条款之规定，
- (甲) 可以在合约中增列本条并未订明之法律补救方法或代以其他法律补救方法，本条所载明者，亦可限制或改变根据本条规定应得之损害赔偿，例如在退货、退款或修理及更换不符合标准之货物或部件等情事上，对购买人应得之法律补救，予以限制；以及
 - (乙) 可选择诉诸本条订明之法律补救方法；除非与约各方已明确同意所涉法律补救是独有的，在此情形下，此乃惟一之法律补救。
- (二) 在独有或有限法律补救不能达到其主要目的时，则可按本法例规定提供法律补救。
- (三) 间接损害赔偿可以加以限制或免除，除非该限制或免除为不合理的。对消费品人身损害的间接损害赔偿施加限制在表面上有理由指其不合理；但对商业性损失损害赔偿之限制则不然。”

澳洲

5.16 委员会亦曾研究以一九七四年澳洲商业法 (AUSTRALIAN TRADE PRACTICES ACT 1974) 为准而修订完成之一九七七年商业修订法。根据一九七七年修订法第五十二条的规定：

- “(一) 任何一家公司不应在贸易或商业上从事误导或欺诈或可能误导或欺诈之行为。
- (二) 本段下述条款所载不应视为把第(一)款的普遍性作默示的限制。”

5.17 该法例应与州法律一并阅览，但互有抵触时则以前者为准。澳洲的法例有类似英国不公平契约条款法的地方，但其着重点则在消费者——非消费者方面。香港不适合以联邦法律为模式，其理由在于联邦法律被人视作并不包括所有可能发生的情况在内并非为所有偶发事件而设。

5.18 新南威尔士州地方法律比英国法律更进步。在该州的一九八〇年契约检讨法之规定下，法庭拥有广泛权力，可对任何契约条款，加以审核，并按照公平原则予以调整。该法第七(一)条规定：

“当法庭认为契约或契约条款之订定有不公平之情况，若法庭认为其做法公平并为了在实际可行范围内避免不公平之后果／结局。”

则可以赋予下列解除：

- (甲) 宣布全部或部份契约无效；
- (乙) 拒绝强制执行契约；
- (丙) 变更契约之条款；或
- (丁) 运用附录所载之辅助权力。

我们认为此种强大的权力并不适用于香港，因为它会导致香港契约法的不确定性达到不可接受的程度。

结论

5.19 我们认为英国不公平契约的条款法为我们提供了一个适切可行的模式，理由如下：

- (甲) 该法例专为管制免责条款而设；并且
- (乙) 英国法律的模式与从英国普通法及香港沿用的英国成文法（如货物销售法及不正确陈述法）引申而来的香港契约法的其余部份，有其一致性。

5.20 我们认为香港至今跟随英国法律（我们较早时已对香港法例第二十六章货物销售条例以及香港法例第二百八十四章虚伪陈词条例，实施改革），但随着 *PHOTO PRODUCTION LTD. 诉 SECURICOR TRANSPORT LTD.* 一案中的判决，普通法的保护力量似乎已被剥夺，因此，香港必须在不久的将来修订它的法律。**我们基于此一理由建议将一九七七年不公平契约条款法的有关条款加以适当的修订，并予以采用。**

5.21 我们研究了该英国法例的名称问题，认为“不公平契约条款”一词有误导之嫌。该法例并非涉及所有被认定为苛刻及不合理之条款，而是祇限于免责条款。该法例亦非祇涉及契约之条款，同时亦涉及侵权行为上免除或限制责任之非契约性通知书。因此，**我们建议在香港的任何同等法例应冠以“免责条款管制条例”之类的名称。**

5.22 我们在建议香港采纳英国法例的同时，并非表示该等法律是保障消费者的极限。以我们的看法，在法律发展方面，香港的“消费者”立法比其他英联邦管辖区落后；即使努力赶上此等发展的社区压力有所增加，任何更进一步的改革都应该逐步渐进，并对改革的各种可能性加以彻底评估之后，才付诸实行。我们现时所建议实施的法律不可能成为这个主题的最终发展。

6. 一九七七年不公平契约条款法概要

6.1 一九七七年不公平契约条款法祇涉及免责条款，正如在 5.21 段所述，它的名称似略有误导性。再者，该法例本身并非局限于契约中的免责条款，而是亦适用于在违反契约以外义务时豁免应负责任的通告。例如在某些场所张贴的告示，豁免因疏忽而令访客受伤或受损失的责任。

6.2 假如契约条款或通告属该法例范围，管制方法有二：

- (a) 宣告免除或限制责任条款完全无效；或
- (b) 指定该条款祇有在法庭判定合理时方为有效。

6.3 该法例绝大部份是与豁免或限制“业务责任”有关，即是指在经营业务中所作事情或占用占有人业务场所时违反义务所带来的责任。该法例不包括豁免或限制纯粹以私人身份引致的责任，因为在如此情况下引用豁免条款的人既不多，亦未引起关注。倘若邻居两人同意一方替另一方修理电视机或私家车，似无理由禁止他们在由谁来承担不小心或技术拙劣的责任方面按他们的意思而作出安排。提供服务者一般是对一名友人或邻居给予帮忙。两者之间的关系大致上是属于社交关系，提供服务者一般亦有强烈动机要保障另一方的利益。该法例并未界定何谓“业务”，但载明业务包括专业，以及政府部门、地区或公共团体的活动，还表明“业务”无须以牟利为目标。

6.4 某些受管制的范畴，局限于契约一方以“消费者”身份而与另一方进行交易。契约一方要取得消费者身份，要符合两个条件。第一，该方在业务过程中既未有缔订有关契约，亦未表明有意这样做。第二，契约另一方须在业务过程中缔订契约。在这些管制范畴中，有一类需要符合三个条件：涉及转移货品所有权或占有权的契约方面，有关货品须为通常供应私人使用或消费之用者。

6.5 表面看来，第 6.3 及 6.4 段所述“在业务过程中”对“业务责任”及“以消费者身份交易”两句的意义十分重要。这裏应该提出的一点，是我们曾考虑在给“在业务过程中”下定义时，是否要把可能引致该法例管制的交易以及不可能引致该法例管制的交易加以明确的分野。我们考虑过英格兰高等法院在 *PETER SYMMONS & CO. 诉 COOK* 一案中的判词为指引。在该案中，法庭判决要“在业务过程中”，有关交易“须最少成为买家业务不可或缺的部份，或需要与买家业务同时进行”。法例并无指出该短句在适用于“业务责任”或“以消费者身份交易”时有不同意義。该案判词所提供的指引，亦适用于卖家的业务责任。我们作出的结论是，基于下述两个理由，我们认为不宜尝试给予“在业务过程中”再下一个更为具体的定义。第一，在某一情

况中的定义，除非把定义祇限于该种情况，否则会影响另一种情况下的定义，这样会令一套本已复杂的法例更趋繁复。第二，任何定义可能会导致香港法律与正在发展英国法律的司法释义分离。

6.6 不公平契约条款法还为契约各方引进另一种管制，这是当契约一方根据另一方书面的业务标准条款来行事时施行的管制。必须要注意的是这方面的管制并不仅限于消费者交易，亦同样适用于两者进行本身业务时与对方所作交易。“书面的业务标准条款”并未有界定的释义。大体来说，标准契约有两种，一种是某种商业交易或某种物品交易使用的表格。这些表格由代表性团体制订，目的是为照顾各种互相冲突的利益而制订各方都接受的文件。另一种则由其中一方或其代表制订的表格，供拟进行的交易使用，以便无须商议即可并入同一性质的多份契约之中。这种表格的例子有各类列出不同条件的已印备文件、目录及价目表上的条款，报价表、通告及票子提及或列出的条款等。虽然第二种标准契约经常受到最多批评，但两种契约都同样未有考虑任何当事方要进行的特定交易，往往亦甚少顾及到标准条款的合理性及个别情况。标准契约的一个主要特色，是在多数情况下都未经事先商议即使用。不过，未经商议或缺商议的机会，并非标准契约惟一可见的特色。很多这类契约，在订立的时候，可能会对某些条款进行商议，例如数量、价格等，但没有机会供会商议豁免或限制责任的条款，即使其中一方表示有意讨论这种条款，实际上有关条款仍是以“要么全数接受，要么拉倒”为基准。我们同意英格兰及苏格兰法律委员会的观点，即法庭大有能力认识在业务过程中使用的标准契约，所以不宜试图给予标准契约法定的描述。

6.7 该法例列明不受部份或全部本身条文管制的契约种类。本报告书下一章列出及研究这些例外情况。

6.8 本章已概括描述管制的范畴。现在让我们描述一下豁免条款及通告的种类，这些都是管制的对象，大致可分为三类。第一类为免除或限制疏忽责任的条款，这是指违反契约的义务，在履行契约时未作出合理的谨慎或表现合理的技巧，在普通法中违反作出合理的谨慎或表现合理技巧的责任，或违反普通法规定场所占有人对访客应有的谨慎的责任。第二类为免除或限制因违反在供应货品契约中成文法或普通法加诸的若干条款的责任的条款。第三类为免除或限制违反契约的责任的条款，这类条款或声称契约一方有权执行与他理应履行的契约行为大大有别的条款，或声称他完全无须履行契约。

6.9 “免除或限制责任”一语有更广泛涵义。凡作出下述规定者，得视之为免除或限制责任的条款或通告：

- (a) 令到责任或执行责任局限于限制性或负有法律条件者（例如，要求某方在某期限内提出声称或比正常为短的期限内提起诉讼的条款）；

(b) 免除或限制责任方面的任何权利或法律补救，或令任何人因寻求任何此等权利或法律补救而造成损害。（例如，剥夺或限制买方拒绝接受次货的权利的条款，或要求他在拒绝收货后缴付退货的费用的条款）；

及(c) 免除或限制证据或程序的规例（例如，接受货品或服务即为此等货品或服务符合契约的确凿证据的条款）。

6.10 不公平契约条款法明文规定，把争议提交仲裁的书面协议，不能视作免除或限制责任论。这项规定将在第 8 章再作讨论。该章会列出委员会对仲裁条款的意见与建议。

6.11 正如第 6.2 段所述，假如一契约条款或通告须受该法例管制，则管制有两种形式：免责条款可宣告完全无效，或祇能在法庭判决该条款符合合理性的要求时方为有效。法例并未明文禁止使用免责条款。作为保障消费者的手段，法例的效用视乎消费者对他们根据法例中享有的权利的认识。以下为完全无效的条款及通告：

- (a) 免除或限制因疏忽而引致死亡或身体受伤的责任；
- (b) 在消费品附有的“保证书”所载的免除或限制责任，而有关的损失或损坏（从消费者使用时即发现有损坏）是由于制造商或批发商疏忽所致；
- (c) 在任何货品所有权或占有权转移的消费者契约中，免除或限制违反规定货品须与说明书或样本相符的责任或品质须为可出售质量相符或符合任何特定目的责任。

其他受该法例管制的条款或通告，祇有在被发现不合理时方属无效。

7. 检讨对不公平契约条款法的批评

7.1 不公平契约条款法受到某些方面的人士批评，有就草拟方面而论，亦有就该法背后的法理一些较基本的问题而论。我们会在本章研究其中一些批评。

契约自由

7.2 有人反对该法所采用的方法，其论据是基于任何干预契约自由的做法都不应鼓励。要回答这一点，我们可以这么说，这种“自由”通常是虚幻的。虽然说契约是以立约双方的意图为基础，但这些意图往往要客观地判断；一个普通人与一家财雄势大的公司商议契约条件可能会发觉法庭所认为是他的“意图”，与他实际上对这份契约所理解一点也扯不上关系。在某些范围来说，难免干预了契约的自由。例如，遇单方面有过大优势的情形，业主住客法例和现存的消费者法例一般都会谋求使双方的利益较为均衡。究竟对契约自由作多少干预方为恰当，既是一项法律上的决定，也是一项政治上的决定。我们相信必须加强管制免责条款，以均衡消费者与供应商之间的利益。

合理性作为基础

7.3 反对管制契约条件的人又辩称，契约是基于双方协议而达成的，所以契约载明的条款是双方接纳的，不应在事后有所争议。支持这项英国法例的人则指出，有些协议是不合理的，遇有这些情形，宜干预这些契约。有一点应该指出，这项英国法并非无所不包；有些情形是不包括在这项法例的范围之内的，就如经过特别商定的契约，即是说并不是双方洽商其中一方的标准条件，而疏忽亦不牵涉其中（第三条）。假如 *PHOTO PRODUCTION LTD. 诉 SECURICOR TRANSPORT LTD.* 一案中²⁰ 是在实施该法之后判决的话，其结果亦会一样，因为不能根据该法的规定而明确指出引起纠纷的契约条款有何不妥。

诠释不确定

7.4 “确定性”向来是契约法的主导原则。契约是商业活动的基石，而商业则以“确定性”为任何交易或任何投资的必要条件。“合约”是意图缔造一项有法律约束力责任的书面证据。契约载明有关意图，签名即同意这些意图，而其中的条款不得违反，否则须赔付合理的损害赔偿。有人认为，在契约所界定的法律责任之外再加一项要这些条款必须是“合理”的条件，便会把契约的确定性扼杀了。他们认为，若可追溯条文是否合理，即表示在草

²⁰ 见 3.21 段

拟契约时，立约双方和他们的顾问都不知道他们所商定的条件是否会获得司法上的许可。

7.5 至于相反的论点则是假如有了像该英国法例所包括的准则，便可减轻问题。此外，确立一套司法先例可为立约双方提供清楚的准则。最后，可订定查究条文是否合理须于签约时进行，而不可在履约、违约或其后提出诉讼时进行。这些因素合起来使在必须追溯判定时能有相当程度的客观。

7.6 辩说确定性应比公正为重要，是很不适宜的，而辩说契约法现时全都是这个情形则更误导人。司法管制往往超乎单作解释而已。举个例子来说，会决定契约的标的是否不合法，或契约本身是否有不正确陈述。

法官作为合理性的仲裁人

7.7 另外一项对该法的处理方法的批评是，不宜由并不熟识生意和商业的法官审理这些范围内的纠纷。撇开有些法官事实上是专长于商业案件不谈，这项批评通常是由于对该英国法的名称有误解所引起。当然，不是要法官判定一份契约公平或不公平，然后再商定另一份契约，亦不是要他们判定价格和交货日期等事宜，而祇是要他们判定避开责任是否合理，而这些责任是因不履约而引起的。在我们的法制中，法官很多时要判定一些他们没有直接实际经验的问题。例如，在一宗医事疏忽案中，法官要判定病人是否得到一切合理的照顾，便要根据摆在他面前的证据和论点来判定可能是极其专门医学领域的事。委员会认为，当法官考虑一项有意避开或限制责任的契约条款是否合理时，他的职能与上述事例并无差别。

防洪闸论点

7.8 提出这个论点的人认为，可能有大量诉讼人涌到法庭请求审查他们契约中的免责条款是否合理。似乎每逢有法律改革时都有人这样说。在某种程度上，这可能是对法例的适用范围有误解所致。

7.9 反驳这点时要指出，在英国并无此等事情发生。假如辩称还没有足够时间让轮候人群大排长龙，则有一点值得留言，这便是法庭在某种程度上已把闸门关上。*GEORGE MITCHELL (CHESTERHALL) LTD 诉 FINNEY LOCK SEED LTD*. 一案中²¹的判决是，较高级法庭不会无故干预较低级法庭对疏忽所作的判决，这无疑减低了上诉的可能性。

7.10 主要的反驳论点是，该法所关注的祇是免责条款而不是一般的不公平契约条件。假如香港要依循新南威尔斯的模式（见第 5.18 段），则无疑要更审慎处理这个“洪水闸论点”。

²¹ [1983] 1 ALL E.R. 108

法理基础

7.11 前述论点都是互为相关的；但关于法理基础的论点则是独立的，而且从表面上看是严重的批评。论者说该法局限于有人试图保护自己得免受某项责任所引起的后果，而这项责任是他曾答允承担的。但假设他从未答允承担呢？假设这项条文祇被视为风险的分配呢？这个论点并未为法庭赞同，而且亦未为学术界普遍接受。若干责任清楚出现（例如以出售货物而论），而我们很难说卖货人祇是要把无销路货物的风险分配给买货人，而不是要免除自己的责任。另一方面来说，我们亦可以说“在此泊车，损失自负”这样的句子可能被视为责任的分配。假如是这样理解，则法庭大概完全无法引用该英国法，因为这句子并不是一项免责条款。

7.12 我们认识了学术界对这点的异议，但对于该英国法是以错误前提为基础这点批评，我们则不信服，我们认为法庭能解决实际的问题。

7.13 为了避免可能会出现困难，该英国法之若干条文可重新草拟如下：

- (a) 防止避免责任的一条（第九条）可加上一款，大意说并非草拟了一条款作为风险声明就可避免须要合理性。
- (b) 第十三条（界定该英国法所用名词的适用范围）可重新草拟，以包括“使用界定风险条款来避免责任”。

无论如何，我们并不信服事实上有这样草拟的必要，我们亦不相信，关于该法例法理基础的论点是令人信服的。

对草拟的批评

7.14 有人批评该法有些部份既含糊又难懂。但这个题目相当繁复，不易提出一个简化草拟的方式而又不背离原有目标。我们认为草拟工作的繁复程度不应窒碍香港颁行合适的法例。

结论

7.15 我们已审慎考虑了对该英国法的批评，我们认为在香港颁行一套类似英国不公平契约条款法的管制，好处多于我们所看出的困难。

8. 委员会就一九七七年不公平契约条款法提出的建议

8.1 我们在第六章概述了一九七七年不公平契约条款法的主要条文，并总结说香港应颁行类似的法例。现在我们要深入研究该法，以确定哪些条文是我们建议应采纳的。该法的全文载于附件 5。

第一部——第一条

本条界定“疏忽”包括违反普通法的所有谨慎责任、占用者的所有谨慎责任及违反履约时应有的谨慎行事责任。

8.2 第一条亦界定“业务责任”为某人进行自己的或别人的业务时所做的事情而引起的责任、或因占用商业楼宇而引起的责任。除了一项轻微例外之外，该法祇着意于“业务责任”。因此，私人所订的契约并不包括在内。该条载明，就第一部而言，关于违反责任或义务，不论有意违反与否，或因直接或代他人履行而引致的责任，均无分别。

8.3 本条一部份是定义，另一部份是关于各条文彼此关系的资料；可能把这两种功能分开列明会更好。不过，除了这些草拟工作上应采用的形式的问题外，**我们建议香港采纳第一条的内容，尤其是这条文的范围须包括侵权法和契约法中的责任。**

第二条

8.4 第二条刊载藉者契约条款或告示以免除或限制因疏忽引起的责任的事。本条的效用要视乎疏忽所引致的结果而定。如发生死亡或身体受伤，则完全不可倚赖免除或限制责任的条款；如发生其他损失或损害，则应引用第十一条的合理性验证。第二条亦规定，知悉已声称免责的条款并不表示接纳风险。故此，辩称某人自愿接受受损风险，祇因该人同意或知悉已声称免除或限制责任的条款或告示，均不能逃避本条的管制。

8.5 停车场或洗衣店这些经常试图对损失限制责任的业务，本条加上前一条的规定可对之施行管制。本条可能亦通用于外科医生、牙科医生等专业人士（他们在习惯法上应负谨慎责任）和货物制造商，但不要忘记有关责任必须是从事业务而引起的。

8.6 **我们认为绝对禁止以告示或合约条款免除因疏忽引致死亡或身体受伤的而应负责任这一点，应予采纳，而豁免对其他损失的责任则须经过合理性验证。**

第三条

8.7 第三条的适用范围有限。正如第二条至第七条一样，本条只适用于业务责任，要引用本条，必须符合下述先决条件：一方必须是消费者，如非消费者，则必须是以另一方的业务书面标准条款来缔约的人。“业务书面标准条款”并未有界定的释义，所以将由法庭决定实际上这些标准条款改动多少才算不标准。所以经业务双方特别洽商条款后订立的合约并不受本条限制。

8.8 第三条防止任何与消费者订约或以自己的书面标准条款订约的商人作以下事情——

- (a) 违约时免除或限制其责任；或
- (b) 履约时所做之事“与他理应履行的大为不同”；或
- (c) 完全不履约。

除非该商人可通过第十一条所规定的合理性验证。

8.9 正如我们已指出（在第 2.14 段），免责条款有时是较强的立约一方提出的，较弱的一方事实上没有多大选择，若非连同免责条款整份契约接纳，便要完全拒绝这份契约。推想立约一方是供应商而另一方是消费者时最可能出现上述情况似乎是合理的。第三条确认这一事实，而力求保障消费者，否则消费者会在进行契约上的交易时陷入极不利的处境。

8.10 我们接纳本条内在的推论。**我们建议，如交易一方为消费者或以业务书面标准条款进行交易，任何免除契约责任的条款须接受合理性验证。**

第四条

8.11 本条规定，如某人以消费者身份交易，同意担保另外一人（须为业务中的人）不受损失，则这项担保须接受合理性验证。例如，如某人把自己的汽车交给一个停车场的雇员，契约可能要求消费者在雇员驾驶消费者的汽车引致损失时，对该雇员的雇主负责赔偿损失。这种契约条款须接受第十一条所规定的合理性验证。**我们认为对这种赔偿责任加以限制是合理的，香港应该采纳，而由引用该条款的一方负责证明条款的合理性，也是适当的。**

第五条

8.12 本条适用于那些不是由卖货人作出的保证。所指的是因制造商或批发商疏忽，以致“当消费者使用”次货时造成损失或损害。“消费者使用”广义可界定为不是专为某业务用途而使用者。有一点应该留意，本条适用于各种损失或损害，而不只限于死亡或身体损伤。如契约涉及所有权或占有权

由一方转移另一方，则本条不适用；因为这类契约由第六及第七条作充分处理。

8.13 我们认为应防止制造商或批发商限制他们的疏忽责任，所以**我们建议香港采纳类似第五条的规定。**

第六条

8.14 本条适用于默示条款所引起的责任，这些责任载于英国一九七九年售卖货品法（不公平契约条款法最初颁布时，其内容曾提及一八九三年售卖货品法，后来经过修订，于一九七九年即颁布了综合的法例），是关于售卖货品方面的；此外亦载于一九七三年供应货品（默示条款）法，是关于分期付款购买的。

8.15 在任何契约中，违反有关所有权的默示承诺而应负的责任是不能免除或限制的。其他默示条款（有关规格、品质或适用程度）可否免除责任，则视乎购买人的性质而定。如购买人为消费者，则这些条款根本不能免除责任。至于非消费者方面，则须引用第十一条“合理性”验证来看看应否免除责任。

8.16 第(4)款规定本条适用于售卖契约或分期付款购买契约所引起的一切责任，而不仅限于第一条第(3)款规定的在进行某业务时所引起的责任，在私人合约中关于于品质及适用问题是没有默示条款的，但其余条款在所有契约中则均有暗示，所以第六条便可生效。

8.17 香港并无类似英国货品供应（默示条款）法的法例，因此，分期付款购买契约的默示条款是以普通法而非根据成文法为基础。**假如能修订法例以承认这个事实，并以售卖货品条例代替售卖货品法，则我们建议应把第六条的条文纳入香港的法例之内。**

第七条

8.18 本条原本与第六条的规定相仿，处理的是售卖货品或占有权转手的分期付款购买契约以外的契约。正如第六条一样，有消费者与非消费者契约之分。如一方以消费者身份交易，则若干普通法的默示条款是完全不能免除的。在另外一些情况下，如果是合理的话，这些条款就可免除。但本条与第六条不同，关于所有权方面免除责任，要经过合理性验证，而不像第六条一样完全禁止。

8.19 虽然该法在英国已经修订，但我们仍将原来的文本刊载在附件 5。为了要顾及一九八二年货品及服务供应法，必须进行修订。该法对有关货品转手的契约内的默示条款赋予法定的形式。该法亦管制有关契约中所有权的

默示条款，规定不能免除责任，但哪些属于不公平契约条款法第七条第(4)款的范围者，则仍须经过合理性验证。

8.20 第六与第七条所采取的处理方法不同，这种差异的起源见于英国法律委员会有关免责条款第二次报告书第 30 段。该委员会指出，一八九三年售卖货品法第十二条第(3)款的目的是让缔约双方有意祇是转让有限的所有权时避过严格的默示条款。该委员会举出一个事例，当一位破产管理人被委任接管一家分期付款购物公司的事务时，可能会发觉有些疑问，就是该公司从分期付款购买人收回的货车的所有权问题。假如他想出租货车，他不能向租车人给予所有权方面的绝对保证。该委员会认为要解决这类问题，可采用合理性验证。

8.21 第七条适用于工程和材料契约、易物贸易契约、租赁契约等范畴。若货品被视作转手，亦可解释为本条适用于修理契约，因为第七条祇提到占有权或所有权。大概提到占有权目的是要包括租赁，因为租赁时，转手的是占有权而非所有权。以第七条而言，可能一个像管仓人的受托人也可说是占有权的。不过，本条目的是要管制与第六条所规定的相类契约，所以我们很难想象本条怎样适用于管仓。假如交还一件已修理而且有新零件的物件，这些新零件肯定属于第七条的范围。又假如安装一些货品（例如暖炉），亦属于第七条的范围，因为契约的要点不是出售而是执行安装工程。

8.22 **第七条第(5)款所载关于交易印花的但书，与香港无关。我们建议采纳第七条的规定，但要删除第(5)款的但书。**

第八条

8.23 本条代替一九六七年不正确陈述法新的第三条。其效用是澄清较早时的合理性要求，并规定须遵守不公平契约条款法的合理性验证。不正确陈述法第三条相当于香港法例第二八四章虚伪陈词条例第四条的规定。

8.24 使香港法例第二八四章第四条成为较广泛的管制计划的一部份就可使人更易对之理解。有人辩称，如发出一项告示，说明契约中无任何语句可依赖作为一项陈述，则可能可以避免本条的影响。但法庭一再拒绝接受这种处理方法，而把这类语句视作免责条款，且以合理性验证加以验证。上述论点曾于 *CREMDEAN PROPERTIES LTD. 诉 NASH* 一案中²² 提出，而被法庭直截了当拒绝。在该案中，被告试图依赖一项附注来辩护，附注文字如下：“这份资料是为方便有意购买或租用的人，虽然这些资料相信是正确的，但我们不保证其准确程度，如有错误、遗漏或描述不当，并不能使买卖无效，亦不得藉此要求赔偿，更未构成契约的要约的一部份……有意购买或租用的人必须自己查验或以任何方法证明这些资料所载每一项声明的正确性。”

²² [1977] 244 E.G. 547

8.25 被告辩称，这段附注文字足以使整份文件内任何陈述归于无效，以致情况有如完全没有提出任何陈述一样。在反驳其论点时，毕烈治（BRIDGE L. J.）说：

“……〔被告〕依赖的附注文字，以正确理解来说，简直没有他所辩说有的效力。但我要补充说，假如草拟的人有这样天才可以写出有该种效力的文字，我仍然十分怀疑法庭会否让这些文字得以生效，而令一九六七年不正确陈述法第三条归于无效。假设卖主列有有一条款，规定买主同意而实在买主已同意像这样的文字：‘即使这些资料包含事实的声明，但在一九六七年不正确陈述法的意义范围内，卖主绝对地未被视为曾作出任何陈述论’，我认为这祇是实际上意图要免除或限制责任的一种措词形式，我不会认为法庭容许这种别具用意的措词形式使第三条的清楚目的归于无效”（见第 551 页）。

8.26 修订一九六七年不正确陈述法的合理性要求，与一九七七年不公平契约条款法的主旨相符。因此，**我们建议香港采用这条规定，并修订香港的虚伪陈词条例第四条。**

第九条

8.27 本条是为了使 *HARBUTTS "PLASTICINE" LTD. 诉 WAVNE TANK & PUMP CO. LTD.* 一案中²³ 的结果变得无效。在该案中，法庭认为，若因一方违约致令契约终止，则违约的一方永不能依赖一项免责条款。即使在 *PHOTO PRODUCTION LTD. 诉 SECURICOR TRANSPORT LTD.* 一案中²⁴，上议院宣称上述一案判决错误，但为了**澄清真相起见，我们建议应保留第九条**。该条赋予法庭权力施行合理性验证，即使任何一方违约或其中一方提出舍弃契约而令契约终止。同样地，如一方在违约后再确认原契约，合理性的要求亦不可免除。由于一项免责条款可能是十分合理的，纵使契约终止，我们认为 *HARBUTTS* 一案所采取的处理方法是站不住脚的。

第十条

8.28 这是一项防止逃避责任的条文。本条防止有人利用第二份契约来妨碍本法例赋予第一份契约的应有权利，而**我们建议将之纳入香港的法例内。**

²³ [1970] 1 Q.B. 447

²⁴ 见第 3.19 段

第十一条

8.29 本条说明何谓合理性验证。这个验证指“在订约时，立约双方所知的或理应知道的或考虑会有情况”。在决定某条款是否公平合理时，在订约后发生的事便不可顾及。有一点应该留意，举证责任落在依赖该条款的一方来证明是合理的。

8.30 英国的法庭似乎对于施行合理性验证并无困难。例如，在 *GEORGE MITCHELL (CHESTERHALL) LTD. 诉 FINNEY LOCK SEEDS LTD.* 一案中²⁵，上议院判决，初级法庭对合理性的验证结果，不应祇因上诉法庭对合理性有不同见解而被推翻。毕烈治勋爵称（见第 743 页），“当有人上诉要求覆查这样的判决时，上诉法庭应十分尊重原来的判决，非不得已不要干预该项判决，除非证明那是根据错误的原则作出，或很明显是错的。”

8.31 要验证的不是一般来说某条款是否合理，而是在说订约双方之间是否合理。在 *SOUTHWESTERN GENERAL PROPERTY CO. 诉 JOSEF MARDON* 一案中²⁶，判词指出，就一个专业买手而该买手又是个人而言，某项条款对他是公平的已变得无关宏旨。

8.32 如因第六及第七条而引起诉讼（即关于货品供应契约），应考虑附表 2 所载的各项因素。准则(c)指出，“顾客是否知道或理应知道该条款的存在或该条款涉及范围”，对于在决定某条款的合理性时是有关系的。如某条款限定祇负责指定款额，则另外要考虑其他因素。遇有一项没有契约效力的告示，在发生谁人须负责任时，则要验证合理性，且祇限于验证该告示的合理性。

8.33 我们认为第十一条所规定的验证是公平的，而**我们因此建议，在决定某项免除责任的契约条款的合理性时，应顾及在订约时双方所知的或理应知道的或考虑会有情况**。不过，以香港的情况来说，我们认为在决定某项免责条款的合理性时，无论如何要考虑一个因素，就是契约用的语文。由于极大多数的香港人是不谙英语的，免责条款的语文肯定相当重要。附表 2 准则(c)可能会间接引导法庭考虑契约的语文，不过这项准则祇适用于有限的情况。我们建议，订约的语文应是法庭常被引导作特别考虑的一项因素。

第十二条

8.34 本条界定何谓“以消费者身份交易”。根据一九七七年不公平契约条款法，一个人以消费者身份交易，不单不要在业务中交易，而且他不应当言明他是这样做。因此，一个普通人如假装“行业内人”而希望获得折扣，他其后不可以声称以消费者身份受到保障。第十二条又作出规定，有关的货品必

²⁵ [1983] 2 ALL E.R. 737

²⁶ 没有报导——该案全文载于 LAWSON 着《免除责任条款》一书，第二版，第 168 页。

定要是通常供应消费者使用的货品，而卖主必定要在业务中进行交易。凡在拍卖或投标时买货的人则特意不当作以消费者身份交易看待。而举证的责任则落在声称对方不是以消费者身份交易的一方身上。

8.35 我们认为该英国法的处理方法令人满意，而**我们建议应把“以消费者身份交易”的定义纳入香港的法例中。**

第十三条

8.36 本条指出“免除责任”包括限制责任。这些包括限制条件，如觅求法律补救的时限、把该法或一般证据规则载明的举证责任倒派往另一方。但对于仲裁条款却有保留的说明。第(2)款规定，书面协议订明把纠纷提交仲裁并不应当作免除或限制责任看待。我们考虑了这条文的立法背景。

8.37 在英国，国会认为不宜要遇上纠纷的人去到法庭才可找出他是否在正确的场所进行诉讼。如果法庭认为有关条款合理，他便要再将纠纷提交仲裁人而从头再来一次。

8.38 上议院想出一个不同的解决办法。上议院提议，对于一个以消费者身份交易的人来说，除非他在发生纠纷之后同意提交仲裁人仲裁，或他自己根据协议规定寻求仲裁，否则仲裁协议应该不能执行。这样的规定不适用于非国内仲裁协议，亦不适用于一九七七年不公平契约条款法不予管制的契约，

8.39 下议院并无对所提议的修订进行表决。那些反对这项提议的人的论点如下：

- (i) 这项提议远超乎“贵客自理”的概念，这观点在今日的复杂社会中已不足以保障消费者。
- (ii) 这项提议对契约的概念本身构成威胁。契约的基本原则是达成了协议就得遵守协议，这项提议可让消费者祇要有利于本身就随意违背他所订的协议。
- (iii) 仲裁是好事。应鼓励利用仲裁解决纠纷。这项提议则是开倒车。英国和欧洲的趋势是以仲裁方式解决纠纷。以间接手段行事，便会使某等契约不能顺应这种趋势。
- (iv) 仲裁条款一般对消费者都有好处（不拘形式、快捷、廉宜）。这项提议会使仲裁条款丧失效力，要待发生纠纷后才可生效。供应商倒不如索性完全不在契约内写上该条款。这对消费者来说是有弊无利的。

8.40 支持该项提议的人的论点如下：

- (a) 消费者得到选择权。

- (b) 消费者得到选择权的时间不在他购买货品或服务的时候(这时他怎也不会想到会发生纠纷,甚少或甚至没有意识到仲裁牵涉甚么,也不打算查出是甚么,所以实际上当时是全无选择可言),而是在纠纷发生后,他的思想集中在这问题上的时候。
- (c) 这项提议不会干预仲裁的过程,不会使仲裁较难进行,或减少仲裁机会。
- (d) 这项提议会防止在消费者宁愿诉诸法庭的时候硬要他诉诸仲裁。
- (e) 消费者诉诸法庭的基本权利不应被契约中一项考虑周详的条款所剥夺,这种权利可能被剥夺的原因是法庭认为支持协议提交仲裁是公众政策的事。
- (f) 小额钱债仲裁处的地点可能比较利便消费者,其职员可以帮助草拟索偿申请,也可以在该仲裁处取得法律援助。相反,仲裁地点可能要迁就供应商而不适合消费者,亦没有人帮助消费者草拟索偿申请,而他可能因此得不到法律援助。
- (g) 消费者须接纳商会组织为他订下的仲裁条款。
- (h) 一九七七年不公平契约条款法是关乎小字体印制的条款,处理日后因疏忽和违约而引起的责任。其中一项小字体条款是日后发生纠纷可提交有关方面仲裁。所以,有这样的法规来应付那些强迫消费者以仲裁方式解决日后纠纷的条款,甚有帮助。
- (i) 小额钱债索偿程序,甚至一般法院程序,可能比仲裁花费较少。如案件采用仲裁比较方便廉宜,则消费者可以选择这个途径。
- (j) 英国的公平交易署长与英国旅游公司协会商议,订出一套守则,让消费者祇在发生纠纷后有仲裁的机会。

8.41 我们考虑了下列各项选择：

- (i) 采用一九七七年不公平契约条款法,而不采用其中的仲裁条款。
- (ii) 祇限于消费者的交易,采纳向国会提出但不获接纳的提议,即是说仲裁条款祇有在消费者作以下选择时方可执行：
 - (a) 同意在纠纷发生后提交有关方面仲裁；或
 - (b) 他自己诉诸仲裁解决纠纷。这项提议祇适用于“国内”仲裁事件及一九七七年不公平契约条款法所规定的契约。
- (iii) 要仲裁条款通过合理性验证后才可执行,而且要与消费者交易有关才可执行。

- (iv) 要仲裁条款不是在标准契约出现才可执行，而且要这些条款不适用于消费者交易才可执行。
- (v) 在消费者交易（及标准契约）中，要消费者（或标准契约的另一方）注意有仲裁条款，获得以他自己的语言解释该条款的效力，并在他订约时他特别同意该条款，才可执行仲裁条款。
- (vi) 在任何类似一九七七年不公平契约条款法的法案中并未提及仲裁条款，而让其中的条文带来仲裁条款在某些情况下会无效力而祇在合理情况下才会有效力的后果。

8.42 我们所得到的最佳选择是，在消费者交易中，如消费者同意在纠纷发生后提交有关方面仲裁，或他自己诉诸仲裁解决纠纷，才可执行仲裁条款。所以我们建议香港应采用上述(ii)项选择。

第十四条

8.43 本条所载的是定义，每项定义都是不言自明的，但对香港可能不会完全适用。例如，“分期付款协议”的定义可能需要修改，“业务”的定义可能需重新考虑，看看是否要包括政府部门和地方当局或公众机构。祇要能解决这些问题，我们建议采纳第十四所载的定义。

第二部——第十五至二十五条

8.44 第十五至二十五条规定将类似的条文实施于苏格兰。苏格兰契约法与英格兰的甚为不同。而且是英格兰而不是苏格兰的法律构成香港的契约法的主要基础。所以不宜再考虑这些条文。

第三部——第二十六至二十九条

8.45 第二十六至二十九条确保该法的条文与国际法和其他英国法例一致。祇要对香港本身的国际和本地情况有相关和适用，这些条文应完全采用。我们尤其建议采用该法第二十六条关于国际供应契约的条文。我们又建议采纳一项类似一九七七年不公平契约条款法第二十七条规定的选择法律条款的条文。为了对海上客运作出临时条文，我们亦建议应采用该法第二十八条，毋须有所修订。

8.46 不过，要注意的是，这条最后的条文规定临时将一九七四年雅典公约关于海上旅客和行李运送的规定纳入。英国已签署这条公约，但公约至今尚未实施。在该公约实施之前，本条在引用该公约的规则于某些涉及海上旅客和行李运送的契约方面为英国作出临时安排。至于香港是否受该公约在英国实施或颁布所约束，如有约束，约束至何种程度，此等问题留待有关香港政府部门与英国相关部门合力查究。

8.47 第二十九条规定对其他有关法例作出保留。我们建议香港应有类似的条文（即：第二十九条第(1)、(2)(a)及(3)款）。

附表 1

8.48 正如第 8.1 段已指出，管制免除责任的条文只适用于“业务责任”，即在进行业务或占用供占用者作商业用途的楼宇时，因某人所做或要做的事而违反义务或责任以致须负的责任。在这些范围内，整体的法例管制适用于各种契约。但某些特别种类的契约则有理由作例外处理。我们研究了一九七七年不公平契约条款法附表 1 所载的例外情况。

保险契约

8.49 虽然在英国，英格兰和苏格兰法律委员会均认为保险契约不应不受法例管制，但国会却被说服把这些契约列为不受一九七七年不公平契约条款法的管制，其理由如下：保险业会在国际竞争中受到制肘；如施行管制则保险费势必提高；免除责任条款通常只不过是合法界定受保风险的范围；而且无论如何，保险业的自律守则，可确保保险公司行事公平。

8.50 如投保人未能严格履行保险单的条款，保险公司有权拒绝赔偿投保人。香港像别的地方一样，有时即使投保人所不履行的事对于他所受的损失只有微小甚至全无关系，保险公司亦使用这项权利。香港有两个这样的例子可以阐明这点。

8.51 在 *HANG SENG GOLDSMITH CO. 诉 AMERICAN INTERNATIONAL ASSURANCE CO. LTD.* 一案中²⁷，原告是一名珠宝金饰商。他的金铺被劫，损失超过一百万元。他根据保险单的条款向被告索偿。劫案是在金铺休息时发生的，劫匪在街上与原告的一名合伙人打招呼，强迫他进入金铺内。法庭认为被告无须因保险单的条款而负责任；因为保险单条款规定防盗警钟须开启着，但当时却没有开启着。原告的论点是即使警钟开启着仍会有损失，但法庭认为与案无关而不予接纳。

8.52 在 *KWAN ON FURNITURE CO. 诉 MUTUAL UNDERWRITERS LTD.* 一案中²⁸，原告根据水险保单的条款而索偿。原来他的货物从美国东岸海运来香港，货运到后存在货仓，原告约于两个月后前往取货，发觉货物运抵前已告损毁。法庭认为被告无须负责，理由是原告等了两个月才验货，违反保险单的规定，该规定声明投保人必须采取合理的措施以确保第三者的一切权利得到正确的保存和行使。

²⁷ [1985] HCt NO. 8275 of 1983

²⁸ [1977] VD Ct NO. 2068 of 1977

8.53 当然，一项免除责任条款可颇为合法地用来作分配契约责任的工具：这样的条款将某些风险让一方承担，预先决定谁要冒这些风险；而这条款亦能让立约一方根据可获的服务和他要承担的风险而另订价钱。商人公平交易时使用这些条款是完全合法的，但如双方的谈判实力悬殊，则免除责任条款的作用可能会不公平，这正是我们建议立法管制的原因。

8.54 我们认为英国所提出的理由不足以证明香港应将保险契约豁免于法例管制之外。香港可使这些管制祇适用“本地”的保险。为了使风险得到妥善的承保，较高的保险费是很小的代价，总比事后发觉原以为受保的，竟变为未受保的代价为低。法庭当不难分辨何为合理的风险范围，何为不合理的免除责任。保险业目前并无业务守则，即使有，也不会有法律效力。不过，有一件事使我们不敢轻于建议保险契约应受拟制订的免除责任条款法例所管制。

8.55 我们于一九八六年一月发表的保险业研究报告书中，建议立例规定管制保证条款、“契约基础”条款、投保人隐瞒和虚报的影响等。尤其是该报告书附件中的保险公司（修订）条例草案第 50E 条规定：

“……〔如〕投保人未能遵守或履行保险单某一条款，法庭若认为：

- (a) 在任何情况下这样做是正确和公平的；及
- (b) 保险公司没有因投保人未能依约履行条款而受到实质上的重大损害，

则法庭可下令无须理会并无遵守或履行之事……”

8.56 假如该条文获通过颁行，我们相信拟制订的管制免除责任条款法例在保险契约的管制方面，很多部份会有重复，并且可能是不需要的。所以，我们建议，假如第 50E 条获通过颁行，则保险契约应不受本报告书所建议的管制所影响。假如为了某种原因第 50E 条不获通过颁行，则我们建议保险契约不应不受这些管制所影响。

8.57 我们关心到投保人应受充份保障，免致遇上第 8.50 段所述的手段。我们建议，在第 50E 条通过颁行后，它对这些手段的影响应由保险业委员会来监察。假如证明第 50E 条对消除这些手段没有作用，则我们建议应再考虑把保险契约列入拟制订的管制免除责任条款法例的范围内。

产生或转让土地权益的契约

8.58 英格兰法律委员会认为没有理由有任何类别的契约不受管制，但苏格兰法律委员会却建议，关乎产生土地权益的契约不应受管制。

8.59 在提出支持这些契约不受管制的理由中，与香港最有关系的莫过于土地交易必须明确而肯定。在另一方面，近年香港地产业的特色是商住楼宇需求甚殷，使物业发展商处于极有利的地位，买家除了接受发展商所认为适合列入契约内的任何免除责任条款之外，便别无选择。

8.60 在一九七七年不公平契约条款法中，明确性和肯定性的目标与买家的利益是平衡的，方法是使契约内产生或转让土地权益的部份不受该法的条文所管制。兹引述该条文如下：

“本法第二至四条的适用范围并不适用于……任何契约，祇要这些契约是关乎产生或转让土地权益，或终止此等权益，无论是经消灭、合并、归还、没收、或其他方法……”（用以强调之黑线是我们所附加的）

我们认为，上述条文将产生或转让土地权益的契约条款与无此性质的条款划分清楚。前者不受该法的条文管辖，后者则受这些条文管制。

8.61 我们相信，理应把香港所有物业业主的权益（在土地交易中应仍享有明确性和肯定性）与买家的权益之间取得平衡，务使买家得以受到保障，不为不合理的免责条款所影响。

8.62 我们相信，香港采用类似一九七七年不公平契约条款法所载的免受管制规定，可达致该种平衡。因此，**我们建议任何契约祇要是关乎产生或转让土地权益，或终止此等权益，均可免受所建议的法例之管制。**

其他免受管制事项

8.63 我们把附表 1 其余免受管制事项逐一予以考虑。我们建议，除其中一项外，所有事项均可采用于香港。附表 1 第 5 项就是例外的一项。这项是关乎煤矿业中肺尘埃沉着病赔偿判额的清偿与赔偿问题，**我们建议，这项免受管制规定不应列为香港的管制免责条款条例的一部份。**

附表 2

8.64 正如我们已于第 8.32 段指出，这个附表载有合理性验证的准则。关乎售卖货品的类似准则早已见于香港法例第二十六章售卖货品条例第五十七条第(5)款。我们对于附表 2 准则的建议已载于第 8.33 段。

附表 3

8.65 本附表所载的是该英国法例继起的修订和撤销事项，与香港无关。

不公平契约条款法与普通法

8.66 该法并未把第三章所述的普通法验证废除，假如某项条款不能根据该法的规定获得豁免（例如出售货品给消费者），显然最实际的办法是先求助该法。但在其他情况下，则宜先参照普通法。保留普通法的法则似乎可能很复杂，但总可避免被人批评留给法官太多酌情处决权。

9. 建议撮要

9.1 我们的结论是，使用免责条款会导致出现使用不当的情形，尤其是立约双方的谈判实力并不相等的时候。实施若干程度的管制，虽然可能因对契约自由作有限度的干预而对经济有所不利，但我们相信仍是利多于弊。

9.2 我们建议香港采用英国一九七七年不公平契约条款法有关的条文，并作出若干适当的修订（第 5.20 段）。

9.3 我们提议香港的相等法例应冠以像“管制免责条款条例”这样的名称（第 5.21 段）。

9.4 我们建议香港的法例应将英国一九七七年不公平契约条款法的下列条款纳入其中，但须作出必要的修订：

- (i) 第一条（第 8.3 段）；
- (ii) 第二条（第 8.6 段）；
- (iii) 第三条（第 8.10 段）；
- (iv) 第四条（第 8.11 段）；
- (v) 第五条（第 8.13 段）；
- (vi) 第六条（第 8.17 段）；
- (vii) 第七条（第 8.22 段）；
- (viii) 第八条（第 8.26 段）；
- (ix) 第九条（第 8.27 段）；
- (x) 第十条（第 8.28 段）；
- (xi) 第十一条（第 8.33 段）；
- (xii) 第十二条（第 8.35 段）；
- (xiii) 第十四条（第 8.43 段）；
- (xiv) 第二十六条（第 8.45 段）；
- (xv) 第二十七条（第 8.45 段）；
- (xvi) 第二十八条（第 8.45 段）；
- (xvii) 第二十九条（第 8.47 段）；

(xviii) 附表 2，但须增列一项准则，说明订约的语文应是法庭考虑的一项因素（第 8.33 段）。

9.5 我们建议在消费者交易中，如消费者同意在纠纷发生后提交有关方面仲裁，或他自己诉诸仲裁解决纠纷，才可强制执行仲裁条款。这种情形祇适用于“本地”仲裁事件及一九七七年不公平契约条款法没有列为例外的契约（第 8.42 段）。

9.6 我们建议，假如我们的保险业研究报告书附载的保险公司（修订）条例草案第 50E 条获通过颁行，则保险契约应不受本报告书所建议的管制所影响。假如第 50E 条不获通过颁行，则我们建议保险契约不应不受到管制（第 8.56 段）。

9.7 假如证明第 50E 条未能消除原意要消除的保险业惯用的某等手段，则我们建议应再考虑将保险契约列入拟制订的管制免责条款法例的范围内（第 8.57 段）。

9.8 我们建议，任何契约祇要是关乎产生或转让土地权益，或终止此等权益，均可免受所建议的法例管制（第 8.62 段）。

9.9 即使第 9.6 至 9.8 段已另有建议，我们仍建议香港采用英国一九七七年不公平契约条款法附表 1 所载的免受管制事项，但第 5 项除外（第 8.63）。