

香港法律改革委員會
研究報告書

管制免責條款
(論題十三)

香港法律改革委員會謹提呈管制免責條款研究報告書，本委員會名單如下：

唐明治（律政司）

羅弼時（首席按察司）

區敬德（法律草擬專員）

區義國

鄭正訓

傅雅德

胡法光

葉文慶

李柱銘

陸恭蕙

麥雅理

MR. ARJAN SAKHRANI QC JP

（任期由一九八三年
至一九八六年）

翁松燃

韋彼得

一九八六年九月二十三日

香港法律改革委員會

研究報告書

管制免責條款

目錄

	頁次
1. 引言	1
職權範圍	1
小組委員會成員名單	1
研究方法	1
2. 免責條款在契約中的作用	3
契約的性質	3
違約	3
適當的法律補救	4
免責條款的地位	4
3. 契約自由、免責條款及普通法	6
普通法考驗	7
併合	7
當事人的互相關係	9
釋義規則	9
基本違約	10
4. 管制免責條款的理由	12

	免責條款總評	12
	契約自由與芝加哥學派	12
	結論	14
5.	成文法的改革	15
	英國及香港	15
	美國	16
	澳洲	18
	結論	19
6.	一九七七年不公平契約條款法概要	21
7.	檢討對不公平契約條款法的批評	24
	契約自由	24
	合理性作為基礎	24
	詮釋不確定	24
	法官作為合理性的仲裁人	25
	防洪閘論點	25
	法理基礎	26
	對草擬的批評	26
	結論	26
8.	本委員會就一九七七年不公平契約條款法提出的建議	27
	第一部	27
	第二部	35
	第三部	35
	附表 1	36
	保險契約	36
	產生或轉讓土地權益的契約	37
	其他免受管制事項	38
	附表 2	38

	附表 3	38
	不公平契約條款法與普通法	39
9.	建議撮要	40

附件：

1. 小組委員會成員名單
2. 研究小組成員名單
3. 被邀或自動提供意見之機關、公司及個別人士名單
4. 文獻目錄
5. 一九七七年不公平契約條款法
6. 審閱研究文件之諮詢機關名單

1. 引言

職權範圍

1.1 一九八三年八月三十日，首席按察司與律政司提交下列問題予法律改革委員會（下稱“委員會”）研究：

“在香港，是否有必要或應否立例，免使訂立契約的某一方承擔苛刻或不合理的明示條件所帶來的後果，包括承擔聲明在違反基本義務時得免除或限制應負責任的條件所帶來的後果。若有必要或應該立例，程度又如何？”

1.2 由委員會成立研究這個問題的小組委員會在審議過程中認定研究範圍應限於免責條款，職權範圍涉及的其他方面，宜列入範圍較廣的消費者法例檢討工作中。為此，本報告書及其所根據的小組委員會報告書，僅論及管制免責條款。

小組委員會成員名單

1.3 委員會委任的小組委員會，由委員會委員御用大律師 ARJAN SAKHRANI先生出任主席，小組委員會在一九八三年十一月召開了首次會議，成員名單見附錄一。

研究方法

1.4 小組委員會先後開會 7 次。一九八四年四月，小組委員會部份成員組成一工作小組。工作小組成員名單見附錄二。

1.5 小組委員會曾積極徵詢關注團體及個別人士的意見，亦曾在一九八三年十一月在各中、英文報章發表新聞稿。一九八四年二月，小組委員會致函本港各有關團體，就是否需要管制免責條款問題徵詢它們的意見。獲函邀提出意見的團體，以及其中曾作出反應者及自願提供意見的商號及個別人士，名單見附錄三。

1.6 小組委員會除廣徵民意外，亦曾研究包羅至廣的文獻及資料，詳情列於附錄四。特別值得一提的是，小組委員會曾從詳研究英國不公平契約條款法（ENGLISH UNFAIR CONTRACT TERMS ACT），以期考慮可否在香港採用相類的條文。該法例原文見附錄五。

1.7 一九八五年五月，小組委員會將一份工作文件通告予附錄三及六所列的機構及個別人士。

1.8 一九八六年一月，小組委員會在委員會第 40 次會議席上提交報告書。委員會其後在第 41、42、43、44、46 及 47 次會議上，都研究該報告書。

2. 免責條款在契約中的作用

2.1 本報告書的內容，是研究免除或限制某人對另一人應承擔的法律義務或責任的契約條文。這類條文一般稱為“免責條款”，通常見於契約。在考慮是否需要管制免責條款前，自必應先研究基本契約法及免責條款對該法的影響。

契約的性質

2.2 契約是兩人或超過兩人之間的協議，用意在各人之間締結法律上應予履行的法律責任。一份有效的契約必須具備下列要素：締約各方均須有立約能力；各方須就契約的全部具體實質條件達致協議；須有意使協議在法律上可以履行，以別於社會或道德上的義務；協議須不能因為不合法、不可能或因為違反公共政策而致可被反對者。若干類別的契約可能需要以特定形式制訂。另外，根據英國法律，契約必須具有某種形式的對價，方可成立。

2.3 實際上，契約是立約各方之間的互相承諾，承諾互相交換後，一份具約束力的契約即告生效，依法律而執行。

例如，甲應允將其汽車售予乙，售車的承諾是基於對方付款的承諾而作出的，反之亦然。不過，也會有作出其他承諾的。可能乙同意先行付款，或以美元付款，又或甲同意把車送到乙的家門，或繼續保養一年。這些都是明示的協議。

2.4 除明示條件外，契約每每含有並未明確載明的條件。這些條件稱為默示條件。因此。根據香港法例第二十六章售賣貨品條例的規定，甲暗示應允乙，他有權變賣該車，汽車的情況正如他（如甲為汽車推銷員）描述一般及該車為可銷售者，且適用於銷售目的。

違約

2.5 立約各方交換承諾，可為各方提供明確的契約範圍及意義，假如對方不能履行其在買賣中的責任，則另一方便可獲得法律補救。違約是指任何一方不能履行契約加諸其身的任何義務。遇違約之情發生，守約的另一方有權要求損害賠償，倘所違屬於契約基本要素，則可把契約視作終止，並可因對方毀約而要求損害賠償。可獲得的法律補救（損害賠償或解約及損害賠償）須視乎違約的性質而定。

例如，若甲未有交付汽車，乙可拒不付款，或倘乙已付款，乙可索回全部車款，並視契約已告終止。若乙蒙受其他損失（例如，汽車為一

部的士，而甲明知乙需要該部的士作營業用途），則乙可索取金錢賠償及車款。假如汽車完全不能行駛，乙可拒不付款。不過，如果座位套顏色與原先所說不符，則乙通常付款時可扣減該輕微違約所須賠償的金錢。

適當的法律補救

2.6 某一方可否拒絕履行契約可能成為重要的問題。

例如，如甲僱用乙在音樂會上演唱，而乙拒絕出席綵排，甲欲改聘另一位歌手，甲祇可在乙之違約足以使甲視原契約已被解除的情況下，始無須對乙負任何責任。假如違約情況未算嚴重，甲可能因聘用另一位歌手而違約，故須對乙負有責任。這種考慮見於三宗案例——¹ 柏天尼訴佳耳，² 林利訴韋納，及³ 保薩訴史皮雅斯。

2.7 法庭習慣把契約條款劃分為條件或保證，條件是契約的首要條款，保證則為次要條款。契約一方違反條件，另一方可以拒絕履行本身契約的部份；但若祇違反保證（條款），則另一方仍須履行契約。在這兩種違約情況下，守約的一方可獲得損害賠償。法庭現承認有第三類契約條款，名之為無名條款。違反這一類條款可否讓守約的一方把契約視為終止，須視乎所有情況而定，包括違約後果。無論怎樣，契約一方倘確認契約（即仍視契約存續），則喪失不受契約約束的權利。

乙從甲購得一雙鞋，首次穿著已告爆裂，則乙有權向甲索回鞋款。但若乙着甲把鞋修補，然後鞋又再爆裂，則乙不能因原先違約情況而取消契約，乙祇能提訴要求損害賠償。

免責條款的地位

2.8 書面契約一個最常見的特色，是契約某方試圖把己方在契約（或與契約有關的侵權行為）之下所應負的全部或部份責任加以限制，並以免責條款作為達此目的之手段。

2.9 席德在《契約》（第 25 版）一書中提出，免責條款可以分為三類。第一類，意在限制或減少被告人的義務（例如以不包括明示或默示條件方式為之）。第二類，有些條文意在免除或限制違反契約的責任（例如賠償的責任），或剝奪另一方捨棄或撤銷契約的應有權利。第三類條款意在完全免除或限制違約一方須向另一方賠償的義務（例如限制可索償的賠償金額）。

¹ [1876] 1 QBD 183

² 21 L.J.CH. 898

³ [1876] 1 CBD 410

2.10 免責條款的作用是改變契約的性質。在契約裏，若甲向乙說：“若你這樣做，我就會那樣做。若我不那樣做，你大可要求法律補救。”要是有了免責條款，第二句話就不能在無定限的情況下應用。免責條款可以完全免除或限制甲的責任。甲可以說：“你不會有法律補救”。舉例來說，某停車場的東主可以在與使用停車場人士簽訂的契約中，加插如此的聲明：“停泊在本停車場的車輛，責任一概由車主自負，本公司對於任何損失或損壞，無論因何種原因造成，均不負任何責任。”

2.11 甲也可較溫和地說：“你可有的法律補救並不是絕對的”。例如，乙本可有權認為已徑解約但因免責條款而祇可獲損害賠償，免責條款亦可對款項及時間加以某種形式的限制。例如：“交來清洗衣物倘有遺失，每件最高賠償 5 元。”或“本公司不受理意外發生七天以後方提出的索償要求。”

2.12 為本報告書目的起見，免責條款可被描述為免除或限制義務或責任或權利及法律補救的條款，有些免責條款是刻意用來達到上述一個或多個的目的。其他免責條款表面上雖意在其他目的，但也可有同樣效果。

2.13 我們認為，下列各項條款可明顯用作免責條款：

- (a) 規定行使權利或法律補救而產生責任的條款；
- (b) 規定執行權利或法律補救的時限比一般法定時間為短的條款；
- (c) 就任何權利、法律補救、義務或責任出現前可採取的行動規定時限的條款；
- (d) 更改舉證責任或規定一事項得為另一事項的確鑿證據的條款；
- (e) 由於一名人士已行使法律補救的權利，以致要向另一名人士賠償的條款；因為這一類規定限制了行使權利或要求法律補救；
- (f) 由契約一方決定糾紛，而該方的決定須為終局決定的條款；
- (g) 任何規定在訴諸法庭前須將爭議提交仲裁人處理的條款；因為這類條款限制了契約各方進行申訴的途徑。

2.14 免責條款往往由較強一方用諸於較弱一方或有欠精明的一方。倘締約的雙方在精明與討價還價能力兩方面相若，則免責條款可被視為每方對於價錢與風險的真確協議。若締約雙方的地位、能力懸殊，例如一家公司與一名普通消費者，免責條款則可被用作抑制消費者正常的期望。同理，在眾多案例中，契約某一方根本沒有真正的選擇餘地，祇能接受要約一方的條件，因為要商討修訂契約的原有條件是辦不到的。正因有這些因素，免責條款的使用在很多國家已引起關注。在英國，英格蘭和蘇格蘭法律委員會在一九七五年就曾為此發表了聯合報告書。

3. 契約自由、免責條款及普通法

3.1 在歷史上，作為貿易及市場經濟的產品而與契約有關的法律，在過去幾百年不斷演進。成文法的干預向來都是極少的，成文法的規定（例如英國一八九三年售賣貨品法或香港的香港法例第二十六章售賣貨品條例），大多祇是把普通法直述，而絕非有重大的背離。今日，契約理論最重要的一環，仍是自由交換承諾（契約自由）。不過，這種自由在若干地方已由普通法修訂，例如契約一方的同意有不完善之處。故此，法律已給予無行為能力的人（例如未成年人及心智不正常者）保障。受詐騙的人士得被視為未有自由地作出承諾，所以無須履行所作承諾。

3.2 理論上來說，契約法的基礎仍為“協議”（要約人與受要約人之間一致的意向）；但在實際法律涵義上，“協議”的意義可能不甚明顯。在決定法律責任時並非要看實際意向是否相符，而是契約載明的意向是否相符。在普通法中，並沒有責任要符合“合理”的期望（除非是對錯誤、不正確陳述、契約的受挫失效及懲罰條款的求情情況）。惟一有約束力是契約本身。

3.3 在普通法中，可能會有立約的一方無心地簽署了與他本人原來意向有別而具法律約束力的契約，該契約在任何“有理智人士”的心目中都會視之為全部或部份不能接受者。但若在法律理論上他已同意“改寫”條款，則法庭不會對他的不智行為施加援手。在*史贊資訴高羅各*一案中⁴，有“小字體印出”而未經原告人閱讀（但可看到）的文字，免除了契約未載明的任何“明示或暗示條件、聲明或保證”。與案原告人簽署契約時並未注意是項條款。法庭認為她須受該已簽具的契約的條款約束，不能引用默示條件。這類契約條款理論上可以改變表面協議的性質，可以否定責任，否定可以訴諸法庭、容許提供不同的服務等。在現行標準形式的書面契約下，這一規例明顯容許憑談判實力的優勢而欺壓對方，可能使對方不能用做成錯誤或不正確陳述的理由而得到法律補救。要注意的是，在某些濫用談判實力優勢的事例中，例如一方藉另一方暫時有財政困難而從中取利，“不公平”是由於不幸的一方未有時間細閱契約而造成的。

3.4 法庭不會細究超乎契約條款以外與約各方的意向。在*史都拿訴曼徹斯*一案中⁵，鄧寧勳爵（LORD DENNING）曾說：

“在契約中你無須查究一個人腦海中的真正意向，你要查究的，是他所說的和所做的。從表面判斷是契約的話，契約就告成立了。一個人如果實際上憑他的話而訂立了契約的話，他決

⁴ [1934] K.B. 394

⁵ [1974] 3 ALL E.R. 824 第 828 頁

不可單單說：‘我無意立約’，就可以擺脫契約的約束。要從他的文字言詞所表達的意義來尋出他的意向。假如文字言詞示明成立了契約便已足夠。”

3.5 韋科斯勳爵（LORD WILBERFORCE）在*史勒訴域文機器工具公司*一案中⁶的否定判決中引用了普通法中關於契約解釋這一個至重要的原則：

“……把條款認定為任意、任性、奇特或按有理智的人的標準來評定條款的有效性……是背離證據而假定契約雙方都採納漫不經心的標準，而非敢作敢為、堅決、精確和注重效率。這並不是本席準備作出的假定，要是他們的言詞已清楚表明確實如此，則本席亦無權把最先提及的標準加諸雙方身上……”

3.6 雖然除極少數情況外，普通法不能改變免責條款的效力，同時亦不能對它置之不理。但法庭一般不推崇這類條款。法庭這種態度明顯源於認識到免責條款之訂立，每每是契約各方的談判實力不相稱，使實力較弱的一方往往陷於極度不利。在某些情況下，立約各方的意向並不能在契約條件中反映出來，所以，雖然普通法理論上不能逆立約各方的意向行事，但卻有連串考驗可以清楚查明有關意向。這些考驗雖則不能公然管制免責條款，但可以使之歸於無效。

普通法考驗

併合

3.7 第一個考驗是決定免責條款是否為契約之一部份，如果契約有此條款，簽訂後即不能免除該條款的限制（見*史贊資訴高羅各案*）。不過，很多契約都涉及不需簽署的文件，如車票、船票、告示等。在這些情況下，要驗證的就是要看看在立約前，倚仗免責條款的一方是否採取足夠行動將此條款通知另一方。

在*柯理訴馬寶路酒店公司*一案中⁷，酒店睡房張貼的告示載明：“東主不對遺失或被竊物件負責，除非有關物件已交由女經理保管。”柯理太太的皮裘及珠寶（放在睡房中）被竊後，酒店引用免責條款作為保障。

法庭判決，酒店與客人之間的契約，最遲的簽訂時間是在接待處之時，簽約前客人並未獲悉免責條款，故此酒店不能引用免責條款。

3.8 不過，假若柯理夫婦是該酒店的常客，而該告示每次都有張貼，他們“經常惠顧該酒店”後，便理應受到該條款的約束，因為他們在簽訂是次

⁶ [1973] 2 ALL E.R. 39 第 55 頁

⁷ [1949] 1 K.B. 532

契約前已有機會看到該告示。這個論點在*史畢靈公司訴白烈蕭*一案中⁸曾引用，案中免責條款印在發票上，在交易完成時發出。由於從同一條款進行的交易已有多宗，故免責條款可視之為已併合在契約內。

3.9 這論點與*麥古前訴麥比理公司*一案中⁹的處理方法恰成對照。案中申訴人並無書面文件，但已知道若干條件，雖則確實性質仍不甚了了。法庭判定因沒有契約文件，申訴人不能因為以前有過交易，以而他或多或少知道條件為理由而被約束，因為他委實不知道確實條件是怎樣的。

3.10 即使免責條款已經寫明，在立約前亦已通知對方，但這亦未必是“足夠通知”，一切要視乎文件性質，提交的時間及條款的性質。例如，若一方祇把文件視為收條（連同票子）或祇為表示他有權取回某物件，就可能除文件以外，需要加上某種有免責條款的通知。

3.11 印在票子背面的條件，便須在正面印上“請參閱背面條件”的字樣。在英國法律中，對消費者最嚴厲的案件大概是*湯臣訴倫中蘇鐵路公司*一案¹⁰。

在該案中，一名文盲的老婦叫她的姪女代為購買一次特別火車旅程的火車票。

火車票印有“請參閱背面條件”的字樣，車票背面寫明有關條件請查看行車時間表（另行發售）。法庭判決該名老婦透過其代理人已有足夠通知。須知該班火車是一次特別旅程，而她理應知道會有特別條件。

3.12 這樣的處理方法在香港受到全面的排斥。香港傾向要把較大責任放在倚賴免責條款的一方。

在最近*翁愛瓊（譯音）訴 BEAUTYCITY RESTAURANT LTD.*一案中¹¹，該案涉及餐廳的泊車服務，原告人承認他知道餐廳通常在泊車服務中說明不會作出任何賠償，不過，法庭認為該餐廳並未向原告人說明該特別的條件，故判原告人勝訴。

3.13 上述一案依循*王維俊（譯音）訴 THE CHINA NAVIGATION CO. LTD.*一案中¹²法庭所作的論證。按察司何謹說（第 495 頁）：

“假如承運人已採取合乎情理的足夠措施通知（乘客），此一條件為雙方契約之一部份，即使乘客未有利用給予他的機會去確定條件，以致未能知悉有關條件，乘客亦同樣受該等條件約

⁸ [1956] 2 ALL E.R. 121

⁹ [1964] 1 W.L.R. (H.L.) 125

¹⁰ [1930] 1 K.B. 41

¹¹ 最高法院原訟庭 NO. 2708/81

¹² [1969] H.K.L.R. 471

束。每一宗案件的合乎情理的足夠通知都須視本身特別情況而決定，在一定範圍內還包括乘客或其代理人個人的特色。”

3.14 在翁愛瓊（譯音）訴 *BEAUTYCITY RESTAURANT LTD.* 一案中，法庭認為被告實際上並沒有給予通知，因為交回原告人的票子沒有印上“參閱背面條件”。問題不在於乙有否獲得免責條款的足夠通知，而在於甲有否採取措施確保乙祇要審慎便可以知道有免責條款。本港的法庭可能比英國的法庭更同情乙，但把條文併入並不可以完全解決有關的問題。

當事人的互相關係

3.15 契約的基本規則是非契約當事人不可就契約起訴別人或被起訴。同理，免責條款亦不會保護非契約當事人的利益。艾特拿訴狄遜一案中¹³的案情可說明這點。

一名乘船的人由於有關水手的疏忽，在走過跳板時受傷，因為有免責條款，該乘客不能起訴船公司，但她可循亦已循民事起訴水手疏忽，因為水手不受免責條款保障，即使該條款的措詞聲稱保障他們，法庭亦不會准許水手憑藉免責條款，因為水手並非原契約的立約人。

不過，近年來免責條款的措詞已經小心制訂，以包括保障第三者；但這些第三者並非僱員，而是獨立承造商。

釋義規則

3.16 法庭遇上免責條款有含糊不清之處，往往極力按不利提供條款者的立場而作出解釋。

在侯頓訴 *TRAFALGAR INSURANCE CO. LTD.* 一案中¹⁴，保險單不包括“當車輛載重超過製造時預定的重量時引致的賠償責任”。意外發生時，該輛五座位車輛載有六人，法庭判定免責條款祇可引用於車輛載重有明確說明時，例如貨車，該條款不能引伸到多載一名乘客的私家車的情況上。

3.17 有多個案例確立了豁免“保證”並不豁免“條件”，豁免“默示條件”而不豁免“明示條件”。不過，小心草擬契約便可避免這問題，史贊資訴高羅各一案中¹⁵載明：

“本協議包括所有條款及條件，說明本人同意購買上述機器，任何不列於此的明示或默示條件、聲明、保證等，不管法定與否，一概不包括在內。”

¹³ [1955] 1 Q.B. 158

¹⁴ [1953] 2 ALL E.R. 1409

¹⁵ 見第 3.3 段

3.18 法庭認為，由於購買角子老虎機者已簽訂載有所指的免責條款的文件，須受其中條件之約束，故不可倚仗默示保證而要求證明所涉機器適合售賣時所指的用途。如果是疏忽的話，便要應用特別的及非常技術性的規則，但可以憑確保條款說明是指因“疏忽或其他理由”或甚至“無論甚麼理由”而致的損失或損壞，便可能解決這些問題。

3.19 釋義規則最終是要把立約各方的意向演化為行動。這些意向是根據各方所說或所做（他們的表面意向），而非根據私人的保留或誤解意見。這一規則對技術上甚為明確、但實際不公平的條款無能為力。

基本違約

3.20 法庭訂立了一種規則，名為基本違約理論。根據這一理論，假如立約某一方被判違約罪名成立，而違約情節嚴重影響契約，以致不能履行契約時，該方不能引用免責條款逃避應負之責任。

3.21 曾經有一段時期，基本違約理論似乎給予法庭管制免責條款的方法。不過，這一理論畢竟祇是在釋義方面有多少作用。若違約是意外的，帶來了極嚴重的後果，有人可以提出免責條款從不旨在保障違約的一般後果和方式以外的情況。基本違約理論所載規則促使法庭以基本違約作為採用合理條款概念的藉口。這個因素在釋義中並未起到任何作用。最近，英國國會上議院已就任何試圖擴大這一規則的行動作出批評。

在 *PHOTO PRODUCTION LTD. 訴 SECURICOR TRANSPORT LTD.* 一案中¹⁶，一名派往看守一工廠的護衛員，蓄意縱火燒毀工廠。契約中的免責條款免除了護衛公司因其僱員引致的損毀而負上賠償責任。上議院認為在違反契約情況中，可以引用免責條款的程度是以契約的解釋為依歸。立約各方有自由以它們認為適當的方法分配風險。在此案中，免除條款措詞清楚，它的真正解釋亦包括了蓄意行動及疏忽，以免除被告人違反執行職務時要顧及工廠安全的默示職責的責任。

3.22 上訴法庭認為，因為違約情節屬基本性質，故該條款並不適用。上議院不過是重申其在 *SUISSE ATLANTIQUE* 一案¹⁷ 的判詞。在該案中，上議院說明免責條款能否包括基本違約應以契約解釋及把立約各方的意向付諸實行為依歸。雖然該條款多數不會繼續留存，但若意向明確清楚，則是可以留存的。*PHOTO PRODUCTION* 一案¹⁸ 是在不公平契約條款法制訂後始行判決的，但判決是按普通法作出，亦重申該法。該法取去法庭以往在審判案件時的一種自由，即裁定免責條款保障基本違約是不合理的時候所具備的自由。

¹⁶ [1980] A.C. 827

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

¹⁸ 見 3.21 段

4. 管制免責條款的理由

免責條款總評

4.1 英國法律委員會於一九七五年免責條款報告書中，曾對管制免責條款的箇中理由作出有力之辯護。委員會認定許多情況下免責條款有悖公眾利益，並續稱：

“這些條款訂立的方法往往使受影響一方對其存在或重要性毫無認識，至認識其存在或重要性時，則為時已晚。受影響一方縱使知悉免責條款之存在，通常無從判斷接受該條款後可能受之損失。總而言之，他也許根本不具備拒絕接受條款之談判實力。結果便要不應負責或無能力防禦之一方去負擔不慎或無法按標準完滿履行事務的風險。而免除此種不慎或錯失責任，便削減了要維持高水準履約表現的經濟壓力。”

4.2 擬採行免責條款之一方可能擁有經濟上之談判實力，足以迫使對方接受條件或不容任何磋商餘地。他實際上有能力說：“這是本人訂約的條款，如果不接受，就祇好拉倒。”祇要舉一個使用免責條款的普遍例子，即足以說明這種情形。當車主在停車場交出車匙時，通常會接到類似下列語句之條款：

“本公司經理、員工或代理人在任何情況下皆不必對 貴客車輛或乘客任何性質及任何方式之毀壞或損害、或 貴客車輛之遺失或盜竊、或車輛內或車輛上物品之遺失或盜竊負責。”

純粹從實際情況上看，我們不大可能想像駕車人士會與停車場磋商契約的條款，於是管理當局便取得了頗為有利的地位。

契約自由與芝加哥學派

4.3 我們曾經對某些人士批評“消費者法例”的意見，加以考慮。批評者所持理由為此種立法往往對自由經濟市場因素的有效運作加以不合理之干預。倡導此一觀點之最有力者是為了方便起見而統稱為芝加哥學派（此名稱未必準確）的經濟學家。這個學派認為自由市場經濟須以契約自由為必要條件。對訂約一方自行議定條件的自由加以任何干預，祇會扭曲市場的微妙機能，因此祇有在整個社會都能夠從而獲益的前提下，才屬無可非議。

4.4 芝加哥學派之基本假設為個人之理性行為會使人以最有利之方式為本身謀求利益。因此，個人應被賦予最大之自由，使他可以在個人利益與

他人利益一致之情況下謀求本身之利益。每個個體皆為滿足本身利益而在社會上進行交易活動，社會作為一個整體則會推進其福利至最大限度。於是，資源須予以最高價值的利用，而價值則以個人對商品願付之代價為定義。芝加哥學派認為自由交易程序，即是說對該程序不加以外來干擾，是達至此一目標之最佳手段。對此種雙方具有同等談判實力並可共同商討協議條款之觀點，很少香港人會有異議。

4.5 芝加哥學派的學者承認這個理論建基於一項假想——一個能夠完美運作的市場機能是存在的，即是說有一個純屬競爭性的市場，其中各方面對市場都有透徹的認識，同時交易過程是不花分文的。但芝加哥學派亦承認，假如任何一方沒有充分閱讀契約的機會，或根本沒有磋商契約條款的機會，或者其中一方享有壓倒性之優越談判地位，以致市場機能不能完美運作時，則法律上的某些干預是需要的。然而，自由交易過程的任何約制方式儘管如何有利，卻並非不必付出代價。根據該學派的觀點，祇有當干預給予受益者之利大於受害者之弊時，才是有需要的。於是問題變成如何去衡量“利”與“弊”——一個被該學派的批評者視為不可克服的難題。

4.6 標準契約往往是自由市場運作失調的產品，正如迪普洛克勳爵在 *A. SCHROEDER MUSIC PUBLISHING CO. LTD. 訴 MACAULAY* 一案中¹⁹ 所指出，有些標準契約是某種特殊行業集中在較少數人手中之結果……此等標準契約之條款並未經有關當事人磋商，亦未由任何代表較弱一方之組織加以批准，僅由一方單獨或聯同其他提供類似貨物或服務之商家運用其談判實力來支配和說“你要這些貨物或服務的話，這就是取得這些貨物或服務的惟一條款，如果不接受，就祇好拉倒。”以這種態度對待為取得貨物或服務而願意訂約的一方是具備優越談判實力的典型例子。

4.7 芝加哥學派替標準契約的使用作辯的理由是它可以減少交易費用。他們認為通過法律而非市場去矯正不平等現象將導至費用增加，進而轉嫁到消費者身上。換句話說，干擾的失多於得。該學派的批評者則指出這祇是猜測，並無證據足以證實此一結論。

4.8 反對全面管制免責條款的主要理由是此舉對契約自由作不合理干擾。我們認為祇有當契約自由確實存在而有干擾可言時，反對理由才有效。若磋商契約條款之可能性根本不存在、或其中一方不被認為會小心閱讀契約或未獲法律輔導前不能明瞭契約的含義，則反對理由實屬無效。祇有在此種情況下，我們才相信法律干預為合理的。我們同意英格蘭及蘇格蘭法律委員會以及幾個英聯邦地區立法機構的看法，認為免責條款之使用在許多情況下有違公眾利益。我們相信法律界對這類條款通常有懷疑態度——如果不是敵對態度的話——是有充份根據的。從我們曾經諮詢的人士的反應中，我們可

¹⁹ [1977] 1 WLR 1308 AT 1316

以毫無疑問地表示此等條款之濫用是值得反對的。其中有些完全於理不合，其他的則視不同情況而可能公平或不公平、有效能或無效能地被使用。

4.9 我們不相信有任何法律準則足以分辨何種情況具有而何種情況不具有真正的契約自由。祇有將所有情況，包括各方的談判地位、對所涉條款的知識與瞭解、一方對另一方意見或技能的依賴程度、以及其他各項有關事實，逐一加以審查，才能得出有效的分辨。此種分辨的必要就是法律干預的理由。干預形式則由估量這些因素的必要性來決定。

結論

4.10 我們的結論是免責條款的使用有濫用之嫌，尤其在各方的談判實力不相等的時候，我們相信若干程度管制的好處超過有限度干預契約自由帶來的經濟弊端。

5. 成文法的改革

英國及香港

5.1 從第三章的概述，我們清楚看到普通法的驗證不能防止不公平，祇能防止無欺詐的條款。該驗證處理的是將條款之存在通知對方之需要，但沒有處理到對方是否得到訊息的問題；它們處理的是簽約各方意向的實現，但各方的真正意向並不一定是在契約中充份反映出來的。

5.2 在英國，立例管制免責條款已有長遠歷史。早期的管制涉及特定類別契約之條款。例如一八五四年鐵路及運河交通法禁止鐵路及運河公司以契約條款推委責任，除非有關條款被法庭認為“公平及合理”。一九三八年分期付款購買法規定分期付款供貨之某些默示條款（包括貨物應具備可售品質之條款）必須明列在銷售契約中。一九七三年實施貨物銷售契約免責條款之管制，規定向消費者供貨時，成文法所包含的條款不可加以免除，至於其他銷售契約的免責條款則須通過“合理性”的驗證。

5.3 較近期的時候，英國立例管制各類契約。一九六七年不正確陳述法規定任何簽約一方不可排除不正確陳述責任，祇有在合理範圍內，才可援引免責條款。除了極有限的例子以外，一九七七年不公平契約條款法的管制對象包括各類契約。

5.4 香港對特定類別契約的免責條款，亦有立例管制。例如香港法例第二百七十二章汽車保險（第三者意外）條例及香港法例第二百八十二章僱員賠償條例，禁止承保人在索償事故發生後根據作為或不作為來逃避責任。香港法例第二十六章貨物銷售條例則對貨物銷售契約（不包括分期付款購買契約）之免責條款，加以管制，此條例與英國所頒佈者相似。僱主對僱員人身損傷應負責任之任何免除或限制皆據香港法例第二十三章法律修訂及改革（綜合）條例第 22(2)條定為無效。

5.5 就一般管制而言，香港有香港法例第二百八十四章虛偽陳詞條例，但並無類似不公平契約條款法之條例。基於此一緣故，香港的購物者受到保障，但分期付款購物者或單純的租賃者則不受保障。使用洗衣、停車等服務者完全沒有保障可言。

5.6 值得注意的是，英國的不公平契約條款法反映了比香港較為深厚的保障消費者的傳統。公平貿易署署長轄下（據一九七三年公平貿易法的規定創立）的整個政府部門負責監督不公平契約條款法之實施。在英國，採用已由成文法判為無效之免責條款是一種違法行為——這是一項管制該等條款之有效措施。

5.7 很明顯的是英國為保障消費者利益，比香港更為廣泛地干預自由市場的運作。基於兩地的社會與法律背景迥異，我們不認為香港應全盤承襲英國的改革方式。所以，我們的研究範圍祇限於英國不公平契約條款法內的事項。

5.8 由於不公平契約條款法的通過及其後 *PHOTO PRODUCTION* 一案的發展，使香港處於尷尬地位。一方面香港對免責條款並無一般的管制法例，但另一方面法庭卻在基本違約的基準上被剝奪了原有的法律管制權。

5.9 成文法祇對特別契約施加管制。這件工作既然已經完成了一部份，實在不應半途而廢。在租賃合約、工程及物料契約以及交換或易貨貿易契約中，簽約各方有自由按普通法的默示條款使出租人、接收工程人或收貨人的權益得到保障。既然在銷售契約中這些權利已經有所保障，祇要實際可行，我們認為普通法所賦予的此等權利沒有理由不應受到保障。

美國

5.10 我們在達成結論時審查了其他普通法管轄區的法律，尤其是美國保障消費者的措施。美國對保障消費者的管制並非存在於一項單一的法例，而是散見於不同的法律條文中，如《侵權行為第二次重述》第 402A 條、《統一商法典》和各州的法律。以下是我們曾經加以研究的《侵權行為第二次重述》第 402A 條及《統一商法典》的部份條文。

5.11 《侵權行為第二次重述》第 402A 條規定：

- “(一) 出售任何有缺陷產品而無理危及用戶或消費者或其財產之人士須負由此對最終用戶或消費者或其財產所引起之物質傷害責任，若
 - (甲) 出售人經營該產品之銷售生意，以及
 - (乙) 該產品預期及的確照出售時之情況而並無重大變更送達用戶或消費者。
- (二) 上述(一)款之規定仍屬有效，即使
 - (甲) 出售人在備辦及出售其產品之過程中已力求謹慎，以及
 - (乙) 用戶或消費者並未向出售人購買產品或訂立契約。”

5.12 《統一商法典》規定：

第 2-302 條——不合理契約或條款

- “(一) 若法庭根據法律立場認為契約或契約任何條款在立約之時已屬不合理，法庭可以拒絕執行契約、或祇執行契約中不合理條款以外之部份、或限制不合理條款之應用，以避免任何不合理之後果。
- (二) 當向法庭聲稱或當法庭認為契約或契約之任何條款可能為不合理時，各方應被給予合理機會，以便呈交有關商業背景、目的及效果之證據，協助法庭作出決定。”

5.13 第 2-316 條——保證之免除或修改

- “(一) 構成明示保證之有關文字或行為以及有助於否定或限制保證之文字或行為應在合理範圍內作互相一致之解釋；但依照本條口述或外在證據條款之規定（第 2-202 條），若否定或限制保證之文字在解釋上不合理，則該否定或限制便不能實行。
- (二) 按第(三)款之規定，免除或修改‘可銷售性’之默示保證或其任何部份之文字必須提及‘可銷售性’，若屬書面文字，必須顯著寫出，而‘適當性’之默示保證的免除或修改，必須以書面明顯表示。免除所有‘適當性’默示保證之文字，祇要載明‘本保證僅限於書面所述範圍’之類的文字，便已足夠。
- (三) 儘管有第(二)款之規定，
- (甲) 除非情況另有需要，所有默示保證的免除皆可採用‘照原狀’、‘連同瑕疵’等字句或其他通常能促使購買人注意到免除保證並清楚表明沒有默示保證之字眼；以及
- (乙) 當購買人在簽約前經已照本人的要求詳細審視貨物或樣品或樣式，或拒絕對貨物進行審視，則在審視中應該顯出的缺陷不在默示保證之範圍；以及
- (丙) 默示保證亦可以通過交易或履行或貿易而予以免除或修改。
- (四) 違反保證的法律補救，可根據本條有關損害賠償之清償或限制條款或契約修改或法律補救條款而加以限制。”

5.14 第 2-318 條——明示或默示保證之第三方受益人

“售貨人不論明示或默示之保證皆適用於任何自然人，祇要可以合理地預期該人可以使用、消費或受到貨物之影響，同時違

反保證亦會使該人受到損害。售貨人不可免除或限制本條之實施。”

5.15 第 2-719 條——契約之修改或法律補救之限制

- “(一) 按本條第(二)款及第(三)款以及前條損害賠償之清償及限制條款之規定，
- (甲) 可以在合約中增列本條並未訂明之法律補救方法或代以其他法律補救方法，本條所載明者，亦可限制或改變根據本條規定應得之損害賠償，例如在退貨、退款或修理及更換不符合標準之貨物或部件等情事上，對購買人應得之法律補救，予以限制；以及
 - (乙) 可選擇訴諸本條訂明之法律補救方法；除非與約各方已明確同意所涉法律補救是獨有的，在此情形下，此乃惟一之法律補救。
- (二) 在獨有或有限法律補救不能達到其主要目的時，則可按本法例規定提供法律補救。
- (三) 間接損害賠償可以加以限制或免除，除非該限制或免除為不合理的。對消費品人身損害的間接損害賠償施加限制在表面上有理由指其不合理；但對商業性損失損害賠償之限制則不然。”

澳洲

5.16 委員會亦曾研究以一九七四年澳洲商業法（AUSTRALIAN TRADE PRACTICES ACT 1974）為準而修訂完成之一九七七年商業修訂法。根據一九七七年修訂法第五十二條的規定：

- “(一) 任何一家公司不應在貿易或商業上從事誤導或欺詐或可能誤導或欺詐之行爲。
- (二) 本段下述條款所載不應視為把第(一)款的普遍性作默示的限制。”

5.17 該法例應與州法律一併閱覽，但互有抵觸時則以前者為準。澳洲的法例有類似英國不公平契約條款法的地方，但其着重點則在消費者——非消費者方面。香港不適合以聯邦法律為模式，其理由在於聯邦法律被人視作並不包括所有可能發生的情況在內並非為所有偶發事件而設。

5.18 新南威爾士州地方法律比英國法律更進步。在該州的一九八〇年契約檢討法之規定下，法庭擁有廣泛權力，可對任何契約條款，加以審核，並按照公平原則予以調整。該法第七(一)條規定：

“當法庭認為契約或契約條款之訂定有不公平之情況，若法庭認為其做法公平並為了在實際可行範圍內避免不公平之後果／結局。”

則可以賦予下列解除：

- (甲) 宣佈全部或部份契約無效；
- (乙) 拒絕強制執行契約；
- (丙) 變更契約之條款；或
- (丁) 運用附錄所載之輔助權力。

我們認為此種強大的權力並不適用於香港，因為它會導致香港契約法的不確定性達到不可接受的程度。

結論

5.19 我們認為英國不公平契約的條款法為我們提供了一個適切可行的模式，理由如下：

- (甲) 該法例專為管制免責條款而設；並且
- (乙) 英國法律的模式與從英國普通法及香港沿用的英國成文法（如貨物銷售法及不正確陳述法）引申而來的香港契約法的其餘部份，有其一致性。

5.20 我們認為香港至今跟隨英國法律（我們較早時已對香港法例第二十六章貨物銷售條例以及香港法例第二百八十四章虛偽陳詞條例，實施改革），但隨着 *PHOTO PRODUCTION LTD. 訴 SECURICOR TRANSPORT LTD.* 一案中的判決，普通法的保護力量似乎已被剝奪，因此，香港必須在不久的將來修訂它的法律。**我們基於此一理由建議將一九七七年不公平契約條款法的有關條款加以適當的修訂，並予以採用。**

5.21 我們研究了該英國法例的名稱問題，認為“不公平契約條款”一詞有誤導之嫌。該法例並非涉及所有被認定為苛刻及不合理之條款，而是祇限於免責條款。該法例亦非祇涉及契約之條款，同時亦涉及侵權行為上免除或限制責任之非契約性通知書。因此，**我們建議在香港的任何同等法例應冠以“免責條款管制條例”之類的名稱。**

5.22 我們在建議香港採納英國法例的同時，並非表示該等法律是保障消費者的極限。以我們的看法，在法律發展方面，香港的“消費者”立法比其他英聯邦管轄區落後；即使努力趕上此等發展的社區壓力有所增加，任何更進一步的改革都應該逐步漸進，並對改革的各種可能性加以徹底評估之後，才付諸實行。我們現時所建議實施的法律不可能成為這個主題的最終發展。

6. 一九七七年不公平契約條款法概要

6.1 一九七七年不公平契約條款法祇涉及免責條款，正如在 5.21 段所述，它的名稱似略有誤導性。再者，該法例本身並非局限於契約中的免責條款，而是亦適用於在違反契約以外義務時豁免應負責任的通告。例如在某些場所張貼的告示，豁免因疏忽而令訪客受傷或受損失的責任。

6.2 假如契約條款或通告屬該法例範圍，管制方法有二：

- (a) 宣告免除或限制責任條款完全無效；或
- (b) 指定該條款祇有在法庭判定合理時方為有效。

6.3 該法例絕大部份是與豁免或限制“業務責任”有關，即是指在經營業務中所作事情或佔用佔有人業務場所時違反義務所帶來的責任。該法例不包括豁免或限制純粹以私人身份引致的責任，因為在如此情況下引用豁免條款的人既不多，亦未引起關注。倘若鄰居兩人同意一方替另一方修理電視機或私家車，似無理由禁止他們在由誰來承擔不小心或技術拙劣的責任方面按他們的意思而作出安排。提供服務者一般是對一名友人或鄰居給予幫忙。兩者之間的關係大致上是屬於社交關係，提供服務者一般亦有強烈動機要保障另一方的利益。該法例並未界定何謂“業務”，但載明業務包括專業，以及政府部門、地區或公共團體的活動，還表明“業務”無須以牟利為目標。

6.4 某些受管制的範疇，局限於契約一方以“消費者”身份而與另一方進行交易。契約一方要取得消費者身份，要符合兩個條件。第一，該方在業務過程中既未有締訂有關契約，亦未表明有意這樣做。第二，契約另一方須在業務過程中締訂契約。在這些管制範疇中，有一類需要符合三個條件：涉及轉移貨品所有權或佔有權的契約方面，有關貨品須為通常供應私人使用或消費之用者。

6.5 表面看來，第 6.3 及 6.4 段所述“在業務過程中”對“業務責任”及“以消費者身份交易”兩句的意義十分重要。這裏應該提出的一點，是我們曾考慮在給“在業務過程中”下定義時，是否要把可能引致該法例管制的交易以及不可能引致該法例管制的交易加以明確的分野。我們考慮過英格蘭高等法院在 *PETER SYMMONS & CO. 訴 COOK* 一案中的判詞為指引。在該案中，法庭判決要“在業務過程中”，有關交易“須最少成為買家業務不可或缺的部份，或需要與買家業務同時進行”。法例並無指出該短句在適用於“業務責任”或“以消費者身份交易”時有不同意義。該案判詞所提供的指引，亦適用於賣家的業務責任。我們作出的結論是，基於下述兩個理由，我們認為不宜嘗試給予“在業務過程中”再下一個更為具體的定義。第一，在某一情

況中的定義，除非把定義祇限於該種情況，否則會影響另一種情況下的定義，這樣會令一套本已複雜的法例更趨繁複。第二，任何定義可能會導致香港法律與正在發展英國法律的司法釋義分離。

6.6 不公平契約條款法還為契約各方引進另一種管制，這是當契約一方根據另一方書面的業務標準條款來行事時施行的管制。必須要注意的是這方面的管制並不僅限於消費者交易，亦同樣適用於兩者進行本身業務時與對方所作交易。“書面的業務標準條款”並未有界定的釋義。大體來說，標準契約有兩種，一種是某種商業交易或某種物品交易使用的表格。這些表格由代表性團體制訂，目的是為照顧各種互相衝突的利益而制訂各方都接受的文件。另一種則為由其中一方或其代表制訂的表格，供擬進行的交易使用，以便無須商議即可併入同一性質的多份契約之中。這種表格的例子有各類列出不同條件的已印備文件、目錄及價目表上的條款，報價表、通告及票子提及或列出的條款等。雖然第二種標準契約經常受到最多批評，但兩種契約都同樣未有考慮任何當事方要進行的特定交易，往往亦甚少顧及到標準條款的合理性及個別情況。標準契約的一個主要特色，是在多數情況下都未經事先商議即使用。不過，未經商議或欠缺商議的機會，並非標準契約惟一可見的特色。很多這類契約，在訂立的時候，可能會對某些條款進行商議，例如數量、價格等，但沒有機會供會商議豁免或限制責任的條款，即使其中一方表示有意討論這種條款，實際上有關條款仍是以“要麼全數接受，要麼拉倒”為基準。我們同意英格蘭及蘇格蘭法律委員會的觀點，即法庭大有能力認識在業務過程中使用的標準契約，所以不宜試圖給予標準契約法定的描述。

6.7 該法例列明不受部份或全部本身條文管制的契約種類。本報告書下一章列出及研究這些例外情況。

6.8 本章已概括描述管制的範疇。現在讓我們描述一下豁免條款及通告的種類，這些都是管制的對象，大致可分為三類。第一類為免除或限制疏忽責任的條款，這是指違反契約的義務，在履行契約時未作出合理的謹慎或表現合理的技巧，在普通法中違反作出合理的謹慎或表現合理技巧的責任，或違反普通法規定場所佔有人對訪客應有的謹慎的責任。第二類為免除或限制因違反在供應貨品契約中成文法或普通法加諸的若干條款的責任的條款。第三類為免除或限制違反契約的責任的條款，這類條款或聲稱契約一方有權執行與他理應履行的契約行為大大有別的條款，或聲稱他完全無須履行契約。

6.9 “免除或限制責任”一語有更廣泛涵義。凡作出下述規定者，得視之為免除或限制責任的條款或通告：

- (a) 令到責任或執行責任局限於限制性或負有法律條件者（例如，要求某方在某期限內提出聲稱或比正常為短的期限內提起訴訟的條款）；

- (b) 免除或限制責任方面的任何權利或法律補救，或令任何人因尋求任何此等權利或法律補救而造成損害。（例如，剝奪或限制買方拒絕接受次貨的權利的條款，或要求他在拒絕收貨後繳付退貨的費用的條款）；

及(c) 免除或限制證據或程序的規例（例如，接受貨品或服務即為此等貨品或服務符合契約的確鑿證據的條款）。

6.10 不公平契約條款法明文規定，把爭議提交仲裁的書面協議，不能視作免除或限制責任論。這項規定將在第 8 章再作討論。該章會列出委員會對仲裁條款的意見與建議。

6.11 正如第 6.2 段所述，假如一契約條款或通告須受該法例管制，則管制有兩種形式：免責條款可宣告完全無效，或祇能在法庭判決該條款符合合理性的要求時方為有效。法例並未明文禁止使用免責條款。作為保障消費者的手段，法例的效用視乎消費者對他們根據法例中享有的權利的認識。以下為完全無效的條款及通告：

- (a) 免除或限制因疏忽而引致死亡或身體受傷的責任；
- (b) 在消費品附有的“保證書”所載的免除或限制責任，而有關的損失或損壞（從消費者使用時即發現有損壞）是由於製造商或批發商疏忽所致；
- (c) 在任何貨品所有權或佔有權轉移的消費者契約中，免除或限制違反規定貨品須與說明書或樣本相符的責任或品質須為可出售質量相符或符合任何特定目的責任。

其他受該法例管制的條款或通告，祇有在被發現不合理時方屬無效。

7. 檢討對不公平契約條款法的批評

7.1 不公平契約條款法受到某些方面的人士批評，有就草擬方面而論，亦有就該法背後的法理一些較基本的問題而論。我們會在本章研究其中一些批評。

契約自由

7.2 有人反對該法所採用的方法，其論據是基於任何干預契約自由的做法都不應鼓勵。要回答這一點，我們可以這麼說，這種“自由”通常是虛幻的。雖然說契約是以立約雙方的意圖為基礎，但這些意圖往往要客觀地判斷；一個普通人與一家財雄勢大的公司商議契約條件可能會發覺法庭所認為是他的“意圖”，與他實際上對這份契約所理解一點也扯不上關係。在某些範圍來說，難免干預了契約的自由。例如，遇單方面有過大優勢的情形，業主住客法例和現存的消費者法例一般都會謀求使雙方的利益較為均衡。究竟對契約自由作多少干預方為恰當，既是一項法律上的決定，也是一項政治上的決定。我們相信必須加強管制免責條款，以均衡消費者與供應商之間的利益。

合理性作為基礎

7.3 反對管制契約條件的人又辯稱，契約是基於雙方協議而達成的，所以契約載明的條款是雙方接納的，不應在事後有所爭議。支持這項英國法例的人則指出，有些協議是不合理的，遇有這些情形，宜干預這些契約。有一點應該指出，這項英國法並非無所不包；有些情形是不包括在這項法例的範圍之內的，就如經過特別商定的契約，即是說並不是雙方洽商其中一方的標準條件，而疏忽亦不牽涉其中（第三條）。假如 *PHOTO PRODUCTION LTD. 訴 SECURICOR TRANSPORT LTD.* 一案中²⁰ 是在實施該法之後判決的話，其結果亦會一樣，因為不能根據該法的規定而明確指出引起糾紛的契約條款有何不妥。

詮釋不確定

7.4 “確定性”向來是契約法的主導原則。契約是商業活動的基石，而商業則以“確定性”為任何交易或任何投資的必要條件。“合約”是意圖締造一項有法律約束力責任的書面證據。契約載明有關意圖，簽名即同意這些意圖，而其中的條款不得違反，否則須賠付合理的損害賠償。有人認為，在契約所界定的法律責任之外再加一項要這些條款必須是“合理”的條件，便會把契約的確定性扼殺了。他們認為，若可追溯條文是否合理，即表示在草

²⁰

見 3.21 段

擬契約時，立約雙方和他們的顧問都不知道他們所商定的條件是否會獲得司法上的許可。

7.5 至於相反的論點則是假如有了像該英國法例所包括的準則，便可減輕問題。此外，確立一套司法先例可為立約雙方提供清楚的準則。最後，可訂定查究條文是否合理須於簽約時進行，而不可在履約、違約或其後提出訴訟時進行。這些因素合起來使在必須追溯判定時能有相當程度的客觀。

7.6 辯說確定性應比公正為重要，是很不適宜的，而辯說契約法現時全都是這個情形則更誤導人。司法管制往往超乎單作解釋而已。舉個例來說，會決定契約的標的是否不合法，或契約本身是否有不正確陳述。

法官作為合理性的仲裁人

7.7 另外一項對該法的處理方法的批評是，不宜由並不熟識生意和商業的法官審理這些範圍內的糾紛。撇開有些法官事實上是專長於商業案件不談，這項批評通常是由於對該英國法的名稱有誤解所引起。當然，不是要法官判定一份契約公平或不公平，然後再商定另一份契約，亦不是要他們判定價格和交貨日期等事宜，而祇是要他們判定避開責任是否合理，而這些責任是因不履約而引起的。在我們的法制中，法官很多時要判定一些他們沒有直接實際經驗的問題。例如，在一宗醫事疏忽案中，法官要判定病人是否得到一切合理的照顧，便要根據擺在他面前的證據和論點來判定可能是極其專門醫學領域的事。委員會認為，當法官考慮一項有意避開或限制責任的契約條款是否合理時，他的職能與上述事例並無差別。

防洪閘論點

7.8 提出這個論點的人認為，可能有大量訴訟人湧到法庭請求審查他們契約中的免責條款是否合理。似乎每逢有法律改革時都有人這樣說。在某種程度上，這可能是因為對法例的適用範圍有誤解所致。

7.9 反駁這點時要指出，在英國並無此等事情發生。假如辯稱還沒有足夠時間讓輪候人群大排長龍，則有一點值得留言，這便是法庭在某種程度上已把閘門關上。*GEORGE MITCHELL (CHESTERHALL) LTD 訴 FINNEY LOCK SEED LTD*. 一案中²¹的判決是，較高級法庭不會無故干預較低級法庭對疏忽所作的判決，這無疑減低了上訴的可能性。

7.10 主要的反駁論點是，該法所關注的祇是免責條款而不是一般的不公平契約條件。假如香港要依循新南威爾斯的模式（見第 5.18 段），則無疑要更審慎處理這個“洪水閘論點”。

²¹ [1983] 1 ALL E.R. 108

法理基礎

7.11 前述論點都是互為相關的；但關於法理基礎的論點則是獨立的，而且從表面上看是嚴重的批評。論者說該法局限於有人試圖保護自己得免受某項責任所引起的後果，而這項責任是他曾答允承擔的。但假設他從未答允承擔呢？假設這項條文祇被視為風險的分配呢？這個論點並未為法庭贊同，而且亦未為學術界普遍接受。若干責任清楚出現（例如以出售貨物而論），而我們很難說賣貨人祇是要把無銷路貨物的風險分配給買貨人，而不是要免除自己的責任。另一方面來說，我們亦可以說“在此泊車，損失自負”這樣的句子可能被視為責任的分配。假如是這樣理解，則法庭大概完全無法引用該英國法，因為這句子並不是一項免責條款。

7.12 我們認識了學術界對這點的異議，但對於該英國法是以錯誤前提為基礎這點批評，我們則不信服，我們認為法庭能解決實際的問題。

7.13 為了避免可能會出現的困難，該英國法之若干條文可重新草擬如下：

- (a) 防止避免責任的一條（第九條）可加上一款，大意說並非草擬了一條款作為風險聲明就可避免須要合理性。
- (b) 第十三條（界定該英國法所用名詞的適用範圍）可重新草擬，以包括“使用界定風險條款來避免責任”。

無論如何，我們並不信服事實上有這樣草擬的必要，我們亦不相信，關於該法例法理基礎的論點是令人信服的。

對草擬的批評

7.14 有人批評該法有些部份既含糊又難懂。但這個題目相當繁複，不易提出一個簡化草擬的方式而又不背離原有目標。我們認為草擬工作的繁複程度不應窒礙香港頒行合適的法例。

結論

7.15 我們已審慎考慮了對該英國法的批評，我們認為在香港頒行一套類似英國不公平契約條款法的管制，好處多於我們所看出的困難。

8. 委員會就一九七七年不公平契約條款法提出的建議

8.1 我們在第六章概述了一九七七年不公平契約條款法的主要條文，並總結說香港應頒行類似的法例。現在我們要深入研究該法，以確定哪些條文是我們建議應採納的。該法的全文載於附件 5。

第一部——第一條

本條界定“疏忽”包括違反普通法的所有謹慎責任、佔用者的所有謹慎責任及違反履約時應有的謹慎行事責任。

8.2 第一條亦界定“業務責任”為某人進行自己的或別人的業務時所作的事情而引起的責任、或因佔用商業樓宇而引起的責任。除了一項輕微例外之外，該法祇着意於“業務責任”。因此，私人所訂的契約並不包括在內。該條載明，就第一部而言，關於違反責任或義務，不論有意違反與否，或因直接或代他人履行而引致的責任，均無分別。

8.3 本條一部份是定義，另一部份是關於各條文彼此關係的資料；可能把這兩種功能分開列明會更好。不過，除了這些草擬工作上應採用的形式的問題外，**我們建議香港採納第一條的內容，尤其是這條文的範圍須包括侵權法和契約法中的責任。**

第二條

8.4 第二條列載藉者契約條款或告示以免除或限制因疏忽引起的責任的事。本條的效用要視乎疏忽所引致的結果而定。如發生死亡或身體受傷，則完全不可倚賴免除或限制責任的條款；如發生其他損失或損害，則應引用第十一條的合理性驗證。第二條亦規定，知悉已聲稱免責的條款並不表示接納風險。故此，辯稱某人自願接受受損風險，祇因該人同意或知悉已聲稱免除或限制責任的條款或告示，均不能逃避本條的管制。

8.5 停車場或洗衣店這些經常試圖對損失限制責任的業務，本條加上前一條的規定可對之施行管制。本條可能亦通用於外科醫生、牙科醫生等專業人士（他們在習慣法上應負謹慎責任）和貨物製造商，但不要忘記有關責任必須是從事業務而引起的。

8.6 **我們認為絕對禁止以告示或合約條款免除因疏忽引致死亡或身體受傷的而應負責任這一點，應予採納，而豁免對其他損失的責任則須經過合理性驗證。**

第三條

8.7 第三條的適用範圍有限。正如第二條至第七條一樣，本條祇適用於業務責任，要引用本條，必須符合下述先決條件：一方必須是消費者，如非消費者，則必須是以另一方的業務書面標準條款來締約的人。“業務書面標準條款”並未有界定的釋義，所以將由法庭決定實際上這些標準條款改動多少才算不標準。所以經業務雙方特別洽商條款後訂立的合約並不受本條限制。

8.8 第三條防止任何與消費者訂約或以自己的書面標準條款訂約的商人作以下事情——

- (a) 違約時免除或限制其責任；或
- (b) 履約時所做之事“與他理應履行的大為不同”；或
- (c) 完全不履約。

除非該商人可通過第十一條所規定的合理性驗證。

8.9 正如我們已指出（在第 2.14 段），免責條款有時是較強的立約一方提出的，較弱的一方事實上沒有多大選擇，若非連同免責條款整份契約接納，便要完全拒絕這份契約。推想立約一方是供應商而另一方是消費者時最可能出現上述情況似乎是合理的。第三條確認這一事實，而力求保障消費者，否則消費者會在進行契約上的交易時陷入極不利的處境。

8.10 我們接納本條內在的推論。**我們建議，如交易一方為消費者或以業務書面標準條款進行交易，任何免除契約責任的條款須接受合理性驗證。**

第四條

8.11 本條規定，如某人以消費者身份交易，同意擔保另外一人（須為業務中的人）不受損失，則這項擔保須接受合理性驗證。例如，如某人把自己的汽車交給一個停車場的僱員，契約可能要求消費者在僱員駕駛消費者的汽車引致損失時，對該僱員的僱主負責賠償損失。這種契約條款須接受第十一條所規定的合理性驗證。**我們認為對這種賠償責任加以限制是合理的，香港應該採納，而由引用該條款的一方負責證明條款的合理性，也是適當的。**

第五條

8.12 本條適用於那些不是由賣貨人作出的保證。所指的是因製造商或批發商疏忽，以致“當消費者使用”次貨時造成損失或損害。“消費者使用”廣義可界定為不是專為某業務用途而使用者。有一點應該留意，本條適用於各種損失或損害，而不祇限於死亡或身體損傷。如契約涉及所有權或佔有權

由一方轉移另一方，則本條不適用；因為這類契約由第六及第七條作充分處理。

8.13 我們認為應防止製造商或批發商限制他們的疏忽責任，所以**我們建議香港採納類似第五條的規定**。

第六條

8.14 本條適用於默示條款所引起的責任，這些責任載於英國一九七九年售賣貨品法（不公平契約條款法最初頒佈時，其內容曾提及一八九三年售賣貨品法，後來經過修訂，於一九七九年即頒佈了綜合的法例），是關於售賣貨品方面的；此外亦載於一九七三年供應貨品（默示條款）法，是關於分期付款購買的。

8.15 在任何契約中，違反有關所有權的默示承諾而應負的責任是不能免除或限制的。其他默示條款（有關規格、品質或適用程度）可否免除責任，則視乎購買人的性質而定。如購買人為消費者，則這些條款根本不能免除責任。至於非消費者方面，則須引用第十一條“合理性”驗證來看看應否免除責任。

8.16 第(4)款規定本條適用於售賣契約或分期付款購買契約所引起的一切責任，而不僅限於第一條第(3)款規定的在進行某業務時所引起的責任，在私人合約中關於品質及適用問題是沒有默示條款的，但其餘條款在所有契約中則均有暗示，所以第六條便可生效。

8.17 香港並無類似英國貨品供應（默示條款）法的法例，因此，分期付款購買契約的默示條款是以普通法而非根據成文法為基礎。**假如能修訂法例以承認這個事實，並以售賣貨品條例代替售賣貨品法，則我們建議應把第六條的條文納入香港的法例之內。**

第七條

8.18 本條原本與第六條的規定相仿，處理的是售賣貨品或佔有權轉手的分期付款購買契約以外的契約。正如第六條一樣，有消費者與非消費者契約之分。如一方以消費者身份交易，則若干普通法的默示條款是完全不能免除的。在另外一些情況下，如果是合理的話，這些條款就可免除。但本條與第六條不同，關於所有權方面免除責任，要經過合理性驗證，而不像第六條一樣完全禁止。

8.19 雖然該法在英國已經修訂，但我們仍將原來的文本刊載在附件 5。為了要顧及一九八二年貨品及服務供應法，必須進行修訂。該法對有關貨品轉手的契約內的默示條款賦予法定的形式。該法亦管制有關契約中所有權的

默示條款，規定不能免除責任，但哪些屬於不公平契約條款法第七條第(4)款的範圍者，則仍須經過合理性驗證。

8.20 第六與第七條所採取的處理方法不同，這種差異的起源見於英國法律委員會有關免責條款第二次報告書第 30 段。該委員會指出，一八九三年售賣貨品法第十二條第(3)款的目的是讓締約雙方有意祇是轉讓有限的所有權時避過嚴格的默示條款。該委員會舉出一個事例，當一位破產管理人被委任接管一家分期付款購物公司的事務時，可能會發覺有些疑問，就是該公司從分期付款購買人收回的貨車的所有權問題。假如他想出租貨車，他不能向租車人給予所有權方面的絕對保證。該委員會認為要解決這類問題，可採用合理性驗證。

8.21 第七條適用於工程和材料契約、易物貿易契約、租賃契約等範疇。若貨品被視作轉手，亦可解釋為本條適用於修理契約，因為第七條祇提到佔有權或所有權。大概提到佔有權目的是要包括租賃，因為租賃時，轉手的是佔有權而非所有權。以第七條而言，可能一個像管倉人的受託人也可說是有佔有權的。不過，本條目的是要管制與第六條所規定的相類契約，所以我們很難想像本條怎樣適用於管倉。假如交還一件已修理而且有新零件的物件，這些新零件肯定屬於第七條的範圍。又假如安裝一些貨品（例如暖爐），亦屬於第七條的範圍，因為契約的要點不是出售而是執行安裝工程。

8.22 **第七條第(5)款所載關於交易印花的但書，與香港無關。我們建議採納第七條的規定，但要刪除第(5)款的但書。**

第八條

8.23 本條代替一九六七年不正確陳述法新的第三條。其效用是澄清較早時的合理性要求，並規定須遵守不公平契約條款法的合理性驗證。不正確陳述法第三條相當於香港法例第二八四章虛偽陳詞條例第四條的規定。

8.24 使香港法例第二八四章第四條成為較廣泛的管制計劃的一部份就可使人更易對之理解。有人辯稱，如發出一項告示，說明契約中無任何語句可依賴作為一項陳述，則可能可以避免本條的影響。但法庭一再拒絕接受這種處理方法，而把這類語句視作免責條款，且以合理性驗證加以驗證。上述論點曾於 *CREMDEAN PROPERTIES LTD. 訴 NASH* 一案中²² 提出，而被法庭直截了當拒絕。在該案中，被告試圖依賴一項附註來辯護，附註文字如下：“這份資料是為方便有意購買或租用的人，雖然這些資料相信是正確的，但我們不保證其準確程度，如有錯誤、遺漏或描述不當，並不能使買賣無效，亦不得藉此要求賠償，更未構成契約的要約的一部份…… 有意購買或租用的人必須自己查驗或以任何方法證明這些資料所載每一項聲明的正確性。”

²² [1977] 244 E.G. 547

8.25 被告辯稱，這段附註文字足以使整份文件內任何陳述歸於無效，以致情況有如完全沒有提出任何陳述一樣。在反駁其論點時，畢烈治（BRIDGE L. J.）說：

“……〔被告〕依賴的附註文字，以正確理解來說，簡直沒有他所辯說有的效力。但我要補充說，假如草擬的人有這樣天才可以寫出有該種效力的文字，我仍然十分懷疑法庭會否讓這些文字得以生效，而令一九六七年不正確陳述法第三條歸於無效。假設賣主列有有一條款，規定買主同意而實在買主已同意像這樣的文字：‘即使這些資料包含事實的聲明，但在一九六七年不正確陳述法的意義範圍內，賣主絕對地未被視為曾作出任何陳述論’，我認為這祇是實際上意圖要免除或限制責任的一種措詞形式，我不會認為法庭容許這種別具用意的措詞形式使第三條的清楚目的歸於無效”（見第 551 頁）。

8.26 修訂一九六七年不正確陳述法的合理性要求，與一九七七年不公平契約條款法的主旨相符。因此，**我們建議香港採用這條規定，並修訂香港的虛偽陳詞條例第四條。**

第九條

8.27 本條是爲了使 *HARBUTTS "PLASTICINE" LTD. 訴 WAVNE TANK & PUMP CO. LTD.* 一案中²³ 的結果變得無效。在該案中，法庭認為，若因一方違約致令契約終止，則違約的一方永不能依賴一項免責條款。即使在 *PHOTO PRODUCTION LTD. 訴 SECURICOR TRANSPORT LTD.* 一案中²⁴，上議院宣稱上述一案判決錯誤，但爲了**澄清真相起見，我們建議應保留第九條**。該條賦予法庭權力施行合理性驗證，即使任何一方違約或其中一方提出捨棄契約而令契約終止。同樣地，如一方在違約後再確認原契約，合理性的要求亦不可免除。由於一項免責條款可能是十分合理的，縱使契約終止，我們認為 *HARBUTTS* 一案所採取的處理方法是站不住腳的。

第十條

8.28 這是一項防止逃避責任的條文。本條防止有人利用第二份契約來妨礙本法例賦予第一份契約的應有權利，而**我們建議將之納入香港的法例內。**

²³ [1970] 1 Q.B. 447

²⁴ 見第 3.19 段

第十一條

8.29 本條說明何謂合理性驗證。這個驗證指“在訂約時，立約雙方所知的或理應知道的或考慮會有的情況”。在決定某條款是否公平合理時，在訂約後發生的事便不可顧及。有一點應該留意，舉證責任落在依賴該條款的一方來證明是合理的。

8.30 英國的法庭似乎對於施行合理性驗證並無困難。例如，在 *GEORGE MITCHELL (CHESTERHALL) LTD. 訴 FINNEY LOCK SEEDS LTD.* 一案中²⁵，上議院判決，初級法庭對合理性的驗證結果，不應祇因上訴法庭對合理性有不同見解而被推翻。畢烈治勳爵稱（見第 743 頁），“當有人上訴要求覆查這樣的判決時，上訴法庭應十分尊重原來的判決，非不得已不要干預該項判決，除非證明那是根據錯誤的原則作出，或很明顯是錯的。”

8.31 要驗證的不是一般來說某條款是否合理，而是在說訂約雙方之間是否合理。在 *SOUTHWESTERN GENERAL PROPERTY CO. 訴 JOSEF MARDON* 一案中²⁶，判詞指出，就一個專業買手而該買手又是個人而言，某項條款對他是公平的已變得無關宏旨。

8.32 如因第六及第七條而引起訴訟（即關於貨品供應契約），應考慮附表 2 所載的各項因素。準則(c)指出，“顧客是否知道或理應知道該條款的存在或該條款涉及範圍”，對於在決定某條款的合理性時是有關係的。如某條款限定祇負責指定款額，則另外要考慮其他因素。遇有一項沒有契約效力的告示，在發生誰人須負責任時，則要驗證合理性，且祇限於驗證該告示的合理性。

8.33 我們認為第十一條所規定的驗證是公平的，而**我們因此建議，在決定某項免除責任的契約條款的合理性時，應顧及在訂約時雙方所知的或理應知道的或考慮會有的情況。**不過，以香港的情況來說，我們認為在決定某項免責條款的合理性時，無論如何要考慮一個因素，就是契約用的語文。由於極大多數的香港人是不諳英語的，免責條款的語文肯定相當重要。附表 2 準則(c)可能會間接引導法庭考慮契約的語文，不過這項準則祇適用於有限的情況。我們建議，訂約的語文應是法庭常被引導作特別考慮的一項因素。

第十二條

8.34 本條界定何謂“以消費者身份交易”。根據一九七七年不公平契約條款法，一個人以消費者身份交易，不單不要在業務中交易，而且他不應言明他是這樣做。因此，一個普通人如假裝“行內人”而希望獲得折扣，他其後不可以聲稱以消費者身份受到保障。第十二條又作出規定，有關的貨品必

²⁵ [1983] 2 ALL E.R. 737

²⁶ 沒有報導——該案全文載於 LAWSON 著《免除責任條款》一書，第二版，第 168 頁。

定要是通常供應消費者使用的貨品，而賣主必定要在業務中進行交易。凡在拍賣或投標時買貨的人則特意不當作以消費者身份交易看待。而舉證的責任則落在聲稱對方不是以消費者身份交易的一方身上。

8.35 我們認為該英國法的處理方法令人滿意，而**我們建議應把“以消費者身份交易”的定義納入香港的法例中。**

第十三條

8.36 本條指出“免除責任”包括限制責任。這些包括限制條件，如覓求法律補救的時限、把該法或一般證據規則載明的舉證責任倒派往另一方。但對於仲裁條款卻有保留的說明。第(2)款規定，書面協議訂明把糾紛提交仲裁並不應當作免除或限制責任看待。我們考慮了這條文的立法背景。

8.37 在英國，國會認為不宜要遇上糾紛的人去到法庭才可找出他是否在正確的場所進行訴訟。如果法庭認為有關條款合理，他便要再將糾紛提交仲裁人而從頭再來一次。

8.38 上議院想出一個不同的解決辦法。上議院提議，對於一個以消費者身份交易的人來說，除非他在發生糾紛之後同意提交仲裁人仲裁，或他自己根據協議規定尋求仲裁，否則仲裁協議應該不能執行。這樣的規定不適用於非國內仲裁協議，亦不適用於一九七七年不公平契約條款法不予管制的契約，

8.39 下議院並無對所提議的修訂進行表決。那些反對這項提議的人的論點如下：

- (i) 這項提議遠超乎“貴客自理”的概念，這觀點在今日的複雜社會中已不足以保障消費者。
- (ii) 這項提議對契約的概念本身構成威脅。契約的基本原則是達成了協議就得遵守協議，這項提議可讓消費者祇要有利於本身就隨意違背他所訂的協議。
- (iii) 仲裁是好事。應鼓勵利用仲裁解決糾紛。這項提議則是開倒車。英國和歐洲的趨勢是以仲裁方式解決糾紛。以間接手段行事，便會使某等契約不能順應這種趨勢。
- (iv) 仲裁條款一般對消費者都有好處（不拘形式、快捷、廉宜）。這項提議會使仲裁條款喪失效力，要待發生糾紛後才可生效。供應商倒不如索性完全不在契約內寫上該條款。這對消費者來說是有弊無利的。

8.40 支持該項提議的人的論點如下：

- (a) 消費者得到選擇權。

- (b) 消費者得到選擇權的時間不在他購買貨品或服務的時候(這時他怎也不會想到會發生糾紛，甚少或甚至沒有意識到仲裁牽涉甚麼，也不打算查出是甚麼，所以實際上當時是全無選擇可言)，而是在糾紛發生後，他的思想集中在這問題上的時候。
- (c) 這項提議不會干預仲裁的過程，不會使仲裁較難進行，或減少仲裁機會。
- (d) 這項提議會防止在消費者寧願訴諸法庭的時候硬要他訴諸仲裁。
- (e) 消費者訴諸法庭的基本權利不應被契約中一項考慮周詳的條款所剝奪，這種權利可能被剝奪的原因是法庭認為支持協議提交仲裁是公眾政策的事。
- (f) 小額錢債審裁處的地點可能此較利便消費者，其職員可以幫助草擬索償申請，也可以在該審裁處取得法律援助。相反，仲裁地點可能要遷就供應商而不適合消費者，亦沒有人幫助消費者草擬索償申請，而他可能因此得不到法律援助。
- (g) 消費者須接納商會組織為他訂下的仲裁條款。
- (h) 一九七七年不公平契約條款法是關乎小字體印製的條款，處理日後因疏忽和違約而引起的責任。其中一項小字體條款是日後發生糾紛可提交有關方面仲裁。所以，有這樣的法規來應付那些強迫消費者以仲裁方式解決日後糾紛的條款，甚有幫助。
- (i) 小額錢債索償程序，甚至一般法院程序，可能比仲裁花費較少。如案件採用仲裁比較方便廉宜，則消費者可以選擇這個途徑。
- (j) 英國的公平交易署長與英國旅遊公司協會商議，訂出一套守則，讓消費者祇在發生糾紛後有仲裁的機會。

8.41 我們考慮了下列各項選擇：

- (i) 採用一九七七年不公平契約條款法，而不採用其中的仲裁條款。
- (ii) 祇限於消費者的交易，採納向國會提出但不獲接納的提議，即是說仲裁條款祇有在消費者作以下選擇時方可執行：
 - (a) 同意在糾紛發生後提交有關方面仲裁；或
 - (b) 他自己訴諸仲裁解決糾紛。這項提議祇適用於“國內”仲裁事件及一九七七年不公平契約條款法所規定的契約。
- (iii) 要仲裁條款通過合理性驗證後才可執行，而且要與消費者交易有關才可執行。

- (iv) 要仲裁條款不是在標準契約出現才可執行，而且要這些條款不適用於消費者交易才可執行。
- (v) 在消費者交易（及標準契約）中，要消費者（或標準契約的另一方）注意有仲裁條款，獲得以他自己的語言解釋該條款的效力，並在他訂約時他特別同意該條款，才可執行仲裁條款。
- (vi) 在任何類似一九七七年不公平契約條款法的法案中並未提及仲裁條款，而讓其中的條文帶來仲裁條款在某些情況下會無效力而祇在合理情況下才會有效力的後果。

8.42 我們所得到的最佳選擇是，在消費者交易中，如消費者同意在糾紛發生後提交有關方面仲裁，或他自己訴諸仲裁解決糾紛，才可執行仲裁條款。所以我們建議香港應採用上述(ii)項選擇。

第十四條

8.43 本條所載的是定義，每項定義都是不言自明的，但對香港可能不會完全適用。例如，“分期付款協議”的定義可能需要修改，“業務”的定義可能需重新考慮，看看是否要包括政府部門和地方當局或公眾機構。祇要能解決這些問題，我們建議採納第十四所載的定義。

第二部——第十五至二十五條

8.44 第十五至二十五條規定將類似的條文實施於蘇格蘭。蘇格蘭契約法與英格蘭的甚為不同。而且是英格蘭而不是蘇格蘭的法律構成香港的契約法的主要基礎。所以不宜再考慮這些條文。

第三部——第二十六至二十九條

8.45 第二十六至二十九條確保該法的條文與國際法和其他英國法例一致。祇要對香港本身的國際和本地情況有相關和適用，這些條文應完全採用。我們尤其建議採用該法第二十六條關於國際供應契約的條文。我們又建議採納一項類似一九七七年不公平契約條款法第二十七條規定的選擇法律條款的條文。爲了對海上客運作出臨時條文，我們亦建議應採用該法第二十八條，毋須有所修訂。

8.46 不過，要注意的是，這條最後的條文規定臨時將一九七四年雅典公約關於海上旅客和行李運送的規定納入。英國已簽署這條公約，但公約至今尚未實施。在該公約實施之前，本條在引用該公約的規則於某些涉及海上旅客和行李運送的契約方面爲英國作出臨時安排。至於香港是否受該公約在英國實施或頒佈所約束，如有約束，約束至何種程度，此等問題留待有關香港政府部門與英國相關部門合力查究。

8.47 第二十九條規定對其他有關法例作出保留。我們建議香港應有類似的條文（即：第二十九條第(1)、(2)(a)及(3)款）。

附表 1

8.48 正如第 8.1 段已指出，管制免除責任的條文祇適用於“業務責任”，即在進行業務或佔用供佔用者作商業用途的樓宇時，因某人所做的事或要做的事而違反義務或責任以致須負的責任。在這些範圍內，整體的法例管制適用於各種契約。但某些特別種類的契約則有理由作例外處理。我們研究了一九七七年不公平契約條款法附表 1 所載的例外情況。

保險契約

8.49 雖然在英國，英格蘭和蘇格蘭法律委員會均認為保險契約不應不受法例管制，但國會卻被說服把這些契約列為不受一九七七年不公平契約條款法的管制，其理由如下：保險業會在國際競爭中受到制肘；如施行管制則保險費勢必提高；免除責任條款通常祇不過是合法界定受保風險的範圍；而且無論如何，保險業的自律守則，可確保保險公司行事公平。

8.50 如投保人未能嚴格履行保險單的條款，保險公司有權拒絕賠償投保人。香港像別的地方一樣，有時即使投保人所不履行的事對於他所受的損失祇有微小甚至全無關係，保險公司亦使用這項權利。香港有兩個這樣的例子可以闡明這點。

8.51 在 *HANG SENG GOLDSMITH CO. 訴 AMERICAN INTERNATIONAL ASSURANCE CO. LTD.* 一案中²⁷，原告是一名珠寶金飾商。他的金舖被劫，損失超過一百萬元。他根據保險單的條款向被告索償。劫案是在金舖休息時發生的，劫匪在街上與原告的一名合夥人打招呼，強迫他進入金舖內。法庭認為被告無須因保險單的條款而負責任；因為保險單條款規定防盜警鐘須開啓着，但當時卻沒有開啓着。原告的論點是即使警鐘開啓着仍會有損失，但法庭認為與案無關而不予接納。

8.52 在 *KWAN ON FURNITURE CO. 訴 MUTUAL UNDERWRITERS LTD.* 一案中²⁸，原告根據水險保單的條款而索償。原來他的貨物從美國東岸海運來香港，貨運到後存在貨倉，原告約於兩個月後前往取貨，發覺貨物運抵前已告損毀。法庭認為被告無須負責，理由是原告等了兩個月才驗貨，違反保險單的規定，該規定聲明投保人必須採取合理的措施以確保第三者的一切權利得到正確的保存和行使。

²⁷ [1985] HCt NO. 8275 of 1983

²⁸ [1977] VD Ct NO. 2068 of 1977

8.53 當然，一項免除責任條款可頗為合法地用來作分配契約責任的工具：這樣的條款將某些風險讓一方承擔，預先決定誰要冒這些風險；而這條款亦可讓立約一方根據可獲的服務和他要承擔的風險而另訂價錢。商人公平交易時使用這些條款是完全合法的，但如雙方的談判實力懸殊，則免除責任條款的作用可能會不公平，這正是我們建議立法管制的原因。

8.54 我們認為英國所提出的理由不足以證明香港應將保險契約豁免於法例管制之外。香港可使這些管制祇適用“本地”的保險。為了使風險得到妥善的承保，較高的保險費是很小的代價，總比事後發覺原以為受保的，竟變為未受保的代價為低。法庭當不難分辨何為合理的風險範圍，何為不合理的免除責任。保險業目前並無業務守則，即使有，也不會有法律效力。不過，有一件事使我們不敢輕於建議保險契約應受擬制訂的免除責任條款法例所管制。

8.55 我們於一九八六年一月發表的保險業研究報告書中，建議立例規定管制保證條款、“契約基礎”條款、投保人隱瞞和虛報的影響等。尤其是該報告書附件中的保險公司（修訂）條例草案第 50E 條規定：

“……〔如〕投保人未能遵守或履行保險單某一條款，法庭若認為：

- (a) 在任何情況下這樣做是正確和公平的；及
- (b) 保險公司沒有因投保人未能依約履行條款而受到實質上的重大損害，

則法庭可下令無須理會並無遵守或履行之事……”

8.56 假如該條文獲通過頒行，我們相信擬制訂的管制免除責任條款法例在保險契約的管制方面，很多部份會有重複，並且可能是不需要的。所以，我們建議，假如第 50E 條獲通過頒行，則保險契約應不受本報告書所建議的管制所影響。假如為了某種原因第 50E 條不獲通過頒行，則我們建議保險契約不應不受這些管制所影響。

8.57 我們關心到投保人應受充份保障，免致遇上第 8.50 段所述的手段。我們建議，在第 50E 條通過頒行後，它對這些手段的影響應由保險業委員會來監察。假如證明第 50E 條對消除這些手段沒有作用，則我們建議應再考慮把保險契約列入擬制訂的管制免除責任條款法例的範圍內。

產生或轉讓土地權益的契約

8.58 英格蘭法律委員會認為沒有理由有任何類別的契約不受管制，但蘇格蘭法律委員會卻建議，關乎產生土地權益的契約不應受管制。

8.59 在提出支持這些契約不受管制的理由中，與香港最有關係的莫過於土地交易必須明確而肯定。在另一方面，近年香港地產業的特色是商住樓宇需求甚殷，使物業發展商處於極有利的地位，買家除了接受發展商所認為適合列入契約內的任何免除責任條款之外，便別無選擇。

8.60 在一九七七年不公平契約條款法中，明確性和肯定性的目標與買家的利益是平衡的，方法是使契約內產生或轉讓土地權益的部份不受該法的條文所管制。茲引述該條文如下：

“本法第二至四條的適用範圍並不適用於……任何契約，祇要這些契約是關乎產生或轉讓土地權益，或終止此等權益，無論是經消滅、合併、歸還、沒收、或其他方法……”（用以強調之黑綫是我們所附加的）

我們認為，上述條文將產生或轉讓土地權益的契約條款與無此性質的條款劃分清楚。前者不受該法的條文管轄，後者則受這些條文管制。

8.61 我們相信，理應把香港所有物業業主的權益（在土地交易中應仍享有明確性和肯定性）與買家的權益之間取得平衡，務使買家得以受到保障，不為不合理的免責條款所影響。

8.62 我們相信，香港採用類似一九七七年不公平契約條款法所載的免受管制規定，可達致該種平衡。因此，**我們建議任何契約祇要是關乎產生或轉讓土地權益，或終止此等權益，均可免受所建議的法例之管制。**

其他免受管制事項

8.63 我們把附表 1 其餘免受管制事項逐一予以考慮。我們建議，除其中一項外，所有事項均可採用於香港。附表 1 第 5 項就是例外的一項。這項是關乎煤礦業中肺塵埃沉著病賠償判額的清償與賠償問題，**我們建議，這項免受管制規定不應列為香港的管制免責條款條例的一部份。**

附表 2

8.64 正如我們已於第 8.32 段指出，這個附表載有合理性驗證的準則。關乎售賣貨品的類似準則早已見於香港法例第二十六章售賣貨品條例第五十七條第(5)款。我們對於附表 2 準則的建議已載於第 8.33 段。

附表 3

8.65 本附表所載的是該英國法例繼起的修訂和撤銷事項，與香港無關。

不公平契約條款法與普通法

8.66 該法並未把第三章所述的普通法驗證廢除，假如某項條款不能根據該法的規定獲得豁免（例如出售貨品給消費者），顯然最實際的辦法是先求助該法。但在其他情況下，則宜先參照普通法。保留普通法的法則似乎可能很複雜，但總可避免被人批評留給法官太多酌情處決權。

9. 建議撮要

9.1 我們的結論是，使用免責條款會導致出現使用不當的情形，尤其是立約雙方的談判實力並不相等的時候。實施若干程度的管制，雖然可能因對契約自由作有限度的干預而對經濟有所不利，但我們相信仍是利多於弊。

9.2 我們建議香港採用英國一九七七年不公平契約條款法有關的條文，並作出若干適當的修訂（第 5.20 段）。

9.3 我們提議香港的相等法例應冠以像“管制免責條款條例”這樣的名稱（第 5.21 段）。

9.4 我們建議香港的法例應將英國一九七七年不公平契約條款法的下列條款納入其中，但須作出必要的修訂：

- (i) 第一條（第 8.3 段）；
- (ii) 第二條（第 8.6 段）；
- (iii) 第三條（第 8.10 段）；
- (iv) 第四條（第 8.11 段）；
- (v) 第五條（第 8.13 段）；
- (vi) 第六條（第 8.17 段）；
- (vii) 第七條（第 8.22 段）；
- (viii) 第八條（第 8.26 段）；
- (ix) 第九條（第 8.27 段）；
- (x) 第十條（第 8.28 段）；
- (xi) 第十一條（第 8.33 段）；
- (xii) 第十二條（第 8.35 段）；
- (xiii) 第十四條（第 8.43 段）；
- (xiv) 第二十六條（第 8.45 段）；
- (xv) 第二十七條（第 8.45 段）；
- (xvi) 第二十八條（第 8.45 段）；
- (xvii) 第二十九條（第 8.47 段）；

(xviii) 附表 2，但須增列一項準則，說明訂約的語文應是法庭考慮的一項因素（第 8.33 段）。

9.5 我們建議在消費者交易中，如消費者同意在糾紛發生後提交有關方面仲裁，或他自己訴諸仲裁解決糾紛，才可強制執行仲裁條款。這種情形祇適用於“本地”仲裁事件及一九七七年不公平契約條款法沒有列為例外的契約（第 8.42 段）。

9.6 我們建議，假如我們的保險業研究報告書附載的保險公司（修訂）條例草案第 50E 條獲通過頒行，則保險契約應不受本報告書所建議的管制所影響。假如第 50E 條不獲通過頒行，則我們建議保險契約不應不受到管制（第 8.56 段）。

9.7 假如證明第 50E 條未能消除原意要消除的保險業慣用的某等手段，則我們建議應再考慮將保險契約列入擬制訂的管制免責條款法例的範圍內（第 8.57 段）。

9.8 我們建議，任何契約祇要是關乎產生或轉讓土地權益，或終止此等權益，均可免受所建議的法例管制（第 8.62 段）。

9.9 即使第 9.6 至 9.8 段已另有建議，我們仍建議香港採用英國一九七七年不公平契約條款法附表 1 所載的免受管制事項，但第 5 項除外（第 8.63）。