

# 香港合同法与全国性合同法的冲突及其解决

刘仁山 赖晨野

**作者** 刘仁山, 武汉大学法学院博士生, 武汉, 430072

赖晨野, 惠州市正大律师事务所副主任律师, 惠州, 516001

**关键词** 合同法 冲突 解决

**提要** 本文认为, 香港合同法与全国性合同法的歧异主要表现在合同的订立、合同的形式、合同当事人的能力和无效合同的因素四个方面, 这种歧异必然导致区际合同法律适用的冲突。对这一领域法律冲突的解决同其它领域区际法律冲突的解决一样, 应分阶段进行, 在每一阶段都应采取适宜的解决办法。

合同或者契约是指当事人之间就一定的权利义务达成协议的法律产物。现代社会的实践表明, 以合同为调整对象的合同法则为人们参与民商事活动的重要行为准则。由于历史的原因, 香港和内地的法律制度存在着较大的歧异, 这种歧异在合同法领域表现得尤为明显。随着跨区域合同关系的发生, 必然会产生法律适用上的冲突。中国内地与香港已有的民商事活动实践已经充分证明了这一点。1997年中国恢复对香港的主权后, 中国内地与香港在合同领域的法律冲突会同其它领域的法律冲突一样, 将更为频繁和复杂。因此, 研究香港合同法与全国性合同法的冲突, 并提出适宜的解决办法, 无疑具有重要的实践意义。

香港没有一部成文的合同法。香港合同法由英国的普通法和衡平法在合同方面的一系列规则和香港为修订这些规则而制订的成文法构成<sup>①</sup>。中国内地的合同法则主要由三部分规范构成: 其一是关于合同的普通法, 即《民法通则》; 其二是关于合同的特别法及其与之配套的法规, 它们分别是: 1. 《经济合同法》及国家有关主管机关颁布的与之配套的相应法规, 如《工矿产品购销合同条例》等; 2. 《涉外经济合同法》及与之配套的《技术引进合同管理条例》和《技术引进合同管理条例实施细则》等; 3. 《技术合同法》及与之配套的《技术合同法实施条例》、《技术合同管理暂行规定》等。其三是实际上已成为我国合同法组成部分的由最高人民法院颁布的有关解决合同纠纷的司法解释, 目前主要有 1987年的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》(以下简称《解答》)和 1988年的《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》(以下简称 1988年《意见》)等<sup>②</sup>。

香港合同法与全国性合同法在立法体例及构成上的歧异是其次的, 二者主要的歧异则在于其内容上的

不同。对此,笔者拟从以下四个方面予以分述。

### (一) 合同订立方面

合同的订立通常有要约和承诺两个步骤。香港和中国内地在要约方面的歧异主要表现在:

1. 在要约的形式方面。香港合同法规定,要约可以言语(口头或书面)或行为,或两者兼用的方式发出,要约人有选择要约方式的绝对自由。但这一规定不适用于:须经盖章的合同(如附有土地转让功能的合同),书面或书面证明的合同(如票据,涉及土地交易的合同)以及通知和注册(如借款合同,票据)<sup>③</sup>。这三类合同在订立时,要约人必须以书面形式要约。我国现行合同法未对要约作出规定,自然就更谈不上法律对要约形式的要求。但我国合同法将合同划分为要式和不要式合同两类,从理论上讲,这也就要求要约的形式应与所订合同的种类相符。因此,在实践中,对于发生在公民之间和公民与法人之间的合同(一般为不要式合同),当事人可以口头形式进行要约;对于发生在法人之间的合同(除及时结清的外,一般为要式合同),当事人应以书面形式发出要约。

2. 在要约的效力方面。要约效力首先涉及的是要约生效的时间问题。香港合同法规定,要约自送达受要约人时生效。泰勒诉莱尔德案表明,受要约人在未知有要约这回事而作的“受约”,不构成受约<sup>④</sup>。我国国内法对此无明文规定,但无论在理论上还是在实践中,多坚持要约送达受要约人时生效。我国已参加的1980年《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《销售合同公约》)第15条也规定:“发价于送达被要约人时生效。”伴随着生效的时间问题而来的即是要约能否得以撤回和撤销。香港合同法由于坚持英美合同法的对价理论,规定要约除签字盖印或法律有特殊规定者外,即使规定了承诺期限,在受要约人承诺之前,要约人可以随时撤回或撤销要约<sup>⑤</sup>。迪克逊诉多兹案(Dickson V. Dodds)的判决即是如此。显然,这一原则使受要约人缺乏应有的法律保障。我国国内法对此无明文规定,但1980年的《销售合同公约》规定,如果撤回要约的通知于要约送达受要约人之前或同时送达受要约人,要约得以撤回。公约在要约能否撤销这一问题上规定,在要约生效后合同未订立之前,如果撤销要约的通知于受要约人发出承诺通知之前送达受要约人,要约得以撤销<sup>⑥</sup>。但公约规定了两条例外:其一是要约写明了承诺期限或以其它方式表示要约是不可撤销的;其二是受要约人有充分理由信赖该要约是不可撤销的,且已本着对该信赖行事<sup>⑦</sup>。公约的规定表明,承诺一经发出,就产生了阻止要约人撤销要约的效力。

香港合同法和中国内地在承诺方面的主要歧异表现在:1. 在承诺的形式上,香港合同法规定除要约人指定承诺方式外,承诺可采用口头、书面或行为等方式<sup>⑧</sup>;我国法律一般要求承诺的形式为书面形式,如《涉外经济合同法》第七条规定:“当事人就合同条款以书面形式达成协议并签字,即为合同成立。”2. 在承诺生效的时间问题上,香港合同法规定以邮寄方法送达承诺通知的,该承诺以承诺通知投入邮筒时生效,即香港合同法坚持的是所谓的投邮主义原则。但香港合同法又规定,以口头、电话、电传等方式订立的合同,在口头表示之时,或要约人接获电话、电传内容时,承诺方为生效<sup>⑨</sup>;我国合同法中对承诺生效的时间也无明文规定,但1980年的《销售合同公约》第18条规定,接受要约表示同意的通知送达受要约人时生效。这表明我国在此问题上坚持的是大陆法系的受信主义原则。3. 在承诺能否撤回问题上,由于香港合同法坚持的是投邮主义原则,承诺通知一经发出即生效,因此不存在承诺能否被撤回问题;从我国参加的《销售合同公约》的规定看,我国对此的态度是,如果撤回承诺的通知于接受原应生效的承诺之前或同时送达受要约人,承诺得以撤回。4. 在承诺能否附加条款问题上,香港合同法规定,一项承诺不得有任何附加条款,否则即构成反要约,受制于要约的法规<sup>⑩</sup>;《销售合同公约》则在一定条件下承认附加条件的承诺为有效承诺。条件为:(1)承诺的附加条件没有在实质上改变要约的条件;(2)要约人在不过分迟延的时间内没有反对承诺的附加条件。同时公约还规定对六个事项的附加条件应视为反要约,这六个事项为:货物的价格、付款,货物的数量、质量,交货地点和时间,一方当事人对另一方当事人的赔偿范围和解决争端等。

### (二) 合同的形式方面

合同的形式是合同的当事人意思表示结果的外在形态。《民法通则》第五十六条规定:“民事法律行为可以采用书面形式,口头形式或其他形式。法律规定用特殊形式的,应当依照法律的规定。”可见,我国法律在

合同形式上坚持的是法定形式和约定形式原则，对各类具体合同的形式问题，则应依法律的直接规定；香港合同法的一般原则是，合同可非正式地成立，但成文法另有规定的除外<sup>①</sup>。由此看来，香港和中国内地在合同形式上的一般性原则基本一致，但不同在于：（1）二者在合同具体形式上的分类不一致；（2）香港对未依相应形式所订的合同的效力作出了规定，但我国在此方面规定得不够完善。

香港合同法虽然规定一项合同可以全部或部分用言语（口头或书面）或行为成立，但香港的《法律修订与改革（综合）条例》等法规，对有关土地的出售或其他处置的合同，汇票、支票、期票、海上保险合同、注册公司的股票的转让、动产抵押合同等，都要求以书面方式才为有效。这类合同被称为普通的书面合同。香港的书面合同又被分为两种，一种为专载式，一种为备忘录式。专载式书面合同是指有完整条件的合同，这类合同必须有订约双方签字并各执一份正式文本。一般的商事合同均采此种形式。备忘录式书面合同是一种文字记录的合同，这类文字记录虽然不一定专门为了订约而制作，但该文字记录的内容却可以证明当事人之间存在着协议。如当事人之间为进行某种交易所发生的各种往来信函常被当作备忘录式书面合同。

属于这两类合同又不符合相应规格的法律后果是合同不可强制执行，即不可就合同提出诉讼，但合同并非自始无效。

香港合同法还规定了另一类须以契约方式订立的合同，即所谓须经盖章的合同。这类合同必须以书面方式订立，经双方当事人签字并相互交付契据（当然，这里的交付往往只是指双方当事人做出愿受契约约束的行动，并不一定是将文件本身的转让）这类合同的格式要求也较为严格。在香港，附有土地或其他不动产转让功能的合同多采此种形式，如果这类合同在形式上不符合规定，则该合同无效。

香港合同法对普通书面合同与契据式书面合同的效力的规定是有区别的。前者须有对价才可强制执行，而后者则相反；前者的诉讼时效为6年，后者的诉讼时效为10年；契据式合同可以取代普通合同，但普通合同则绝不能取代契据式合同；契据式合同一般不得变更，除非当事人一方能够证明曾遇有不正当行为（如受到欺诈）。

从我国合同法的规定看，目前我国法律承认这样几种形式：（1）口头形式，这种形式只能适用于公民相互间，公民与法人之间的能及时结清且数额较小的合同；（2）书面形式，《经济合同法》第三条规定不能即时结清的合同一律采用此种形式。《涉外经济合同法》和《技术合同法》则规定涉外经济合同和技术合同一律采用书面形式；（3）批准形式，即我国法律规定某些类别的合同须采取经国家有关主管机关审查批准的一种合同形式。这类合同，除应当由当事人意思表示一致而成立外，还应将合同书及有关文件提交国家主管机关审查批准方能生效。这种形式主要适用于技术引进合同和基于保密考虑的国内技术合同；（4）登记形式，这类合同形式是指当事人约定或依法律规定，采取将合同提交国家主管登记机关的方式订立的合同形式。我国法律规定有关房屋买卖、船舶转让等合同均须采取登记方式才为有效。此外，我国法律规定的合同形式还有公证形式、鉴证形式等。

我国《民法通则》和各类合同法都有关于合同形式的效力的规定，对有些合同，如技术引进合同、船舶转让合同等，未依法采取法定形式的，相关合同法已明确规定为无效。但一般而言，有法定形式要求的合同而未依法定形式订立的合同是否有效，我国立法却缺乏明确规定。如《经济合同法》第三条规定，除及时结清者外，经济合同应采用书面形式。但该法第七条关于无效经济合同认定的规定，却又未将第三条的规定列入。最高人民法院通过司法解释解决了这一矛盾，如1987年的《解答》规定订立合同未采用书面形式的无效。

### （三）合同当事人的能力方面

香港合同法和我国合同法都规定合同当事人应具有相应的行为能力，但二者的不同主要表现在：

在自然人作为合同的主体方面，二者关于未成年人缔约资格的规定不同。香港法律规定，未满21周岁的为未成年人；未成年人、神经不正常的人和酗酒的人一般都无订约能力。但未成年人签订的涉及生活必需品的合同有效。这里所谓“必需品”并不限于维持生命必需的物件，而往往只是维持某订约人的社会地位所必需的物品。因此，某一物品是否为某一订约人所必需，要视情况而定。此外，香港合同法还规定，未成年人以合同方式诈骗或未成年人所定合同属地方法院管辖范围的，未成年人要承担订约责任；我国法律规定，

年满18岁,或年满16岁未及18岁,精神状态正常,以自己的收入为生活来源的,为完全行为能力人,其具有订约主体资格;年满10岁以上,或不能辨认自己行为的精神病人为限制民事行为能力人,他们只能订立一些与其本人生活相关,本人的智力或精神状态能理解其行为并能预见行为后果,行为标的数额不大的合同。订立其他合同,须由其法定代理人代理,或征得其法定代理人的同意。我国合同法还规定,无行为能力和限制行为能力人可成为只享受法律上利益而丝毫不承担法律上义务的主体。但我国合同法未将酗酒的人作为合同主体资格受限制的人。

在法人的订约能力方面,香港早先遵循的是“越权原则”,即公司订约不得超越自己的经营范围,否则无效。但香港1984年的《公司条例》第5条第5款规定,所有于1984年8月31日后成立的法人公司,都自动享有该条例第7附表所载列的权利,即一般营业性公司所享有的权利<sup>⑥</sup>。而现代营业公司的目的地条款中通常规定有“经营公司的董事会认为可以对公司现实业务有所裨益的一切其他业务”字样。这样,香港公司就可以享有不受限制的行为能力,除非能证明交易对方不诚实,公司与外部的交易,不能因超越目的条款而无效。从我国合同法的立法及实践看,我国在此问题上坚持的仍是“越权原则”。如1987年的《解答》明确规定,订立合同的我国当事人超越其经营范围的涉外经济合同无效。

#### (四) 合同无效的因素

在香港,无效合同被分为没有法律效力的合同,可撤销的合同和不可强制履行的合同三种。这里无法律效力的合同一般是指由于合同中有错误或合同违反法规而不产生相应的法律义务;可撤销的合同则是指合同中存在诸如虚伪陈述、胁迫,以及不当影响等情形,使一方当事人有权确认或拒绝,而另一方当事人无此权利的合同;不可强制履行的合同则是指合同中存在一些技术上的缺陷而不能强制执行的合同。从我国合同法的规定看,无效合同被分为绝对无效合同和相对无效合同两种。

从香港合同法和我国合同法的规定看,虽然合同当事人的“无能”、“违反法律”、“意思表示不真实”等都被认为是确认合同无效的因素,但是,两者在这方面的具体规定上又存在较大的歧异。

何谓无能?即哪些人不具订约主体资格,这方面的歧异已如前述。在无能的后果方面,二者的歧异为:第一,香港合同法允许未成年人、精神病人及酗酒的人具有订立某些合同的资格,即在某些情况下,这些人所订合同并非无效。而我国合同法则规定,欠缺相应行为能力的人所订合同无效;第二,在香港,与未成年人等订约的成年人,依然要受合同的约束。而我国法律则规定,无效合同从订立时起就没有约束力;第三,在香港,法律赋予了作为订约人的未成年人或精神病人等的追认权,即合同经其追认,就可对双方产生约束力。而从我国法律的规定看,我们的理解是不承认追认权。

香港和我国合同法在意思表示这一因素方面的规定基本一致,所不同的是二者对意思表示不真实的法律后果的规定不同。香港合同法规定,合同中如果存在“虚伪陈述”、“不当影响”、“胁迫”等因素,当事人可选择撤销合同;如果合同存在“错误”(即“重大误解”),则合同无效。我国合同法则规定,意思表示存在“欺诈”、“胁迫”、“乘人之危”等因素时,合同无效;而“重大误解”则不一定导致合同无效。合同是否无效,取决于人民法院或仲裁机关的裁决。可见,在意思表示上,我国合同法倾向于表示主义,而香港则是倾向于“意思主义”。

香港和我国合同法在违法合同的界定和分类方面基本一致,但二者在违法合同的法律后果方面的规定歧异较大。我国合同法规定,违反现行法规中的强制性规定以及国家的政策规定的违法合同,自始无效。但香港的合同法例则表明,在某些情况下,合同虽违法但仍有效。即违法性合同的后果一般是不可强制执行(但若合同当事人一方在订合同时并无违法意图,或不知道或不参与违法活动的,可强制执行合同)。在成文法有明确规定或暗示规定违法性合同无效时,合同自始无效<sup>⑦</sup>。

此外,香港合同法还规定合同必须有对价,否则合同无效,或合同虽能成立,但不能强制执行。所谓对价是指“一方可得的权利,利益,利润或好处,或是另一方须付,须受或须承担的宽容,损害或责任。”<sup>⑧</sup>简言之,对价是指订约双方必须存在一方有利益,一方有损失的事实。我国合同法则无对价的规定。

## 二

从前述来看，由于香港和我国在合同法上的歧异，必将导致同一涉及香港和内地法律的合同，适用香港合同法与适用我国合同法的结果上的冲突，这种在合同领域内的法律冲突将是 1997年后我国区际法律冲突的一部分。对我国未来区际法律冲突的解决，笔者赞同这样的意见，即在解决区际法律冲突的步骤和方式上分三步：（1）从现在起若干年内，各法域分别比照或援引各自的国际私法规则来解决区际法律冲突；（2）在充分协商和协调的基础上，制订全国统一的区际冲突法；（3）在各法域的发展更加接近，相互间更加理解的基础上，据需要和可能，借助实体法来避免和消除区际法律冲突的发生<sup>⑥</sup>。笔者拟在此基础上，就合同领域内法律冲突的解决阐述自己的如下意见：

（一）比照或援引各自的国际私法规则来解决区际法律冲突，这一作法已为我国目前合同法实践所采纳。从《涉外经济合同法》的规定看，我国是以合同主体的国籍作为涉外经济合同的界定标准的。即从立法上看，该法不适用于香港当事人与内地当事人间所订立的经济合同。但 1987年的《解答》则规定，《涉外经济合同法》可适用于港澳地区的企业，其他经济组织或个人同内地的企业或其他经济组织之间订立的各类涉外经济合同（除海上货物运输合同外），以及港澳地区的企业，其他经济组织或个人之间在中国境内订立的各类经济合同。这即说明，现阶段凡在我国境内发生的经济合同，在区际法律冲突的解决上，应依相关的国际私法规则解决。

我国立法上对合同法律适用冲突上的解决，采用了“意思自治”和“最密切联系”两大原则，且后者是作为前者的补充形式出现的。如《涉外经济合同法》第 5 条、《民法通则》第一百四十五条都规定，涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。从 1987年的《解答》看，我国在司法实践中引进了“特征性给付原则”，并以之作为“最密切联系原则”的具体化的依据。如《解答》规定：“国际货物买卖合同，适用合同订立时卖方营业所所在地法律。如果合同是在买方营业所所在地谈判并订立的，或者合同主要是依买方确定的条件并应买方发出的招标订立的，或者合同明确规定卖方必须在买方营业所所在地履行交货义务的，则适用合同订立时买方营业所所在地法律。”《解答》分别对 13 种合同的“最密切联系地”作了界定，同时《解答》又以“最密切联系原则”作为例外条款。如《解答》规定，当合同明显地与另一地的法律有更密切联系时，则应适用该另一地的法律。这表明，无论是从立法还是从司法实践方面看，我国基本上吸收了国际私法在国际商事领域的最新成果。但是，我国在这一领域还有着严重的不足。这表现在：其一，在合同当事人未选择法律时，立法上虽然规定了“最密切联系原则”为确定合同准据法的依据，但如今仍无相应的细则与之配套。这表明它一方面缺乏可操作性，另一方面又会导致法官自由裁量权的滥用；其二，虽然《解答》依“特征性给付原则”对 13 种合同的“最密切联系地”作了界定，但除国际货物买卖合同外，都是采取的单一冲突规范，而在某些特殊场合下，也会给法官以例外条款为据滥用自由裁量权提供借口，而最终影响法律适用的确定性与公正性。为此，笔者认为，在完善我国关于“最密切联系原则”的立法时，可从这几方面进行：（1）将《解答》第二部分第六条的精神（即以“特征性给付原则”作为“最密切联系原则”的具体化的依据）作为将要制定的国际私法典的债权篇中，合同当事人未选择法律时准据法确定的原则，同时又以“最密切联系原则”为例外条款。即规定，根据所有情况，如果案件与本条所指定的法律明显的仅有松散的联系，而与另一法律有更密切的联系，则作为例外不适用本条所指定的法律；（2）在将《解答》第二部分第六条第一款上升为成文法的同时，将此立法技术应用于其他各种合同，即尽量为每种涉外合同制定出一组冲突规范，以分别适用于各种案情；（3）对法律未作列举的合同的准据法的确定，或须援引“例外”条款确定合同准据法时，立法上可对这一原则的适用限制作出规定。如对应用这一原则确定合同准据法时所应考虑的合同连结点进行列举，和对与合同有关的其他联系因素（如合同形式，合同使用的术语等）进行列举；规定在考察与合同争议有关的连结点对各连结点和其他

联系因素在各国的分布进行定量和定性的分析;规定对与合同有联系的各国法律的目的以及该法律所体现的政策进行分析。

(二)制定全国统一的区际冲突法,用以解决包括合同法律适用冲突在内的区际法律冲突。我国学者早就开始了这方面的研究工作,1990年5月,在济南召开的中国国际私法第六届年会上,与会学者讨论并通过了韩德培教授和黄进教授起草的《大陆地区与台湾、香港、澳门地区民事法律适用示范条例》(以下简称《条例》)<sup>⑥</sup>。该《条例》第27至第28条都是关于合同法律适用的规定,从其内容看,《条例》基本上总结了我国现有的解决区际法律冲突的立法及实践的经验,如《条例》对“意思自治原则”的采纳就是一例。前述我国现有立法只是确立了“意思自治原则”在合同法律适用中的首要的原则性地位,1987年《解答》则对如何适用这一原则作出了规定,而《条例》则对二者进行了有机的结合。《条例》第27条第1款规定,合同适用当事人协商一致和以明示方式选择的法律。当事人可以在订立合同时,或者合同争议发生后,或者法院开庭审理前作出选择。

从香港对涉外合同法律适用冲突的解决看,香港和我国在这一领域达成共识的可能性较大。因为香港在这方面基本上采用的是英国的合同自体法理论(The theory of Proper Law of Contract),其内容为:合同首先适用缔约双方当事人明示选择的法律;如果缔约双方没有明示选择的,则适用当事人默示选择的法律或推定选择的法律,当事人未选择法律的时候,则适用与合同有最密切、最真实联系的国家的法律<sup>⑦</sup>。这一理论上可认为是对“意思自治原则”和“最密切联系原则”的揉合。

但我们应注意到,香港和中国内地在这方面仍存在着歧异。首先,在“意思自治原则”的采纳上,香港合同法承认默示选择法律的方式,而我国的立法及实践只承认明示选择法律的方式;其次,虽然香港和中国都采纳了“最密切联系原则”,但在“最密切联系地”的界定上,中国是以“特征性给付原则”为依据的,而香港在这方面却赋予了法官较大的自由裁量权。因此,如何在这方面达成共识,仍有待于作进一步的研究。

(三)用实体法来避免和消除合同方面的区际法律冲突当然是一种最理想的方式,但这必须是一渐进的过程。在这一过程中,较好的途径是通过各自采用一些相同或类似的实体法来求得实体法的统一,尤其是采用国际上已有的一些共同作法(如贸易方面的实体法)来逐步实现某些实体法的统一。笔者认为,虽然1980年《销售合同公约》并不能适用于香港和中国内地的货物买卖合同,但若公约能适用于香港,使香港和我国在货物买卖合同方面遵循相同的作法,必将有助于推进香港和中国在合同法方面统一的进程。

那么,公约应以何种方式适用于香港呢?一般认为,公约适用于香港地区可有两种方式:一是由中央人民政府决定公约效力是否扩及香港地区;一是以“中国香港”名义加入该公约而使香港成为公约的缔约方。我们认为,采用前一方式较为妥当。

公约第93条规定,如果缔约国具有两个或两个以上领土单位,该国政府可根据宪法声明公约适用于其全部领土或仅适用于其中的一个或数个领土单位;如果缔约国政府不作出此种声明,则公约适用于该国所有领土单位。因此,在我国恢复对香港行使主权后,香港地区便重新成为中国的领土单位,如届时中央人民政府不就此发表声明,公约将自动适用于香港地区;如果声明指出公约仅适用于内地而不适用于香港,则公约对香港地区将不发生效力;《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称《基本法》)第一百五十三条规定香港特别行政区加入国际协议有两种情况:其一是国家缔结的协议可以决定是否适用于香港地区;其二是国家尚未参加的但已适用于香港的国际协议,仍可继续适用于香港地区。因我国已经是公约的缔约国,所以在采取前一种而非后种加入方式。

《基本法》第一百五十一条规定,香港可在经济、贸易、金融、航运等领域,以“中国香港”名义单独对外签订或履行国际协议,且《基本法》第一百六十一条又允许香港以“中国香港”名义加入《关税与贸易总协定》(以下简称《总协定》),这样给人的认识是,对《销售合同公约》而言,香港可采用加入方式。但我们首先要明确的是,公约与总协定对香港地区是两个不同性质的法律问题,这主要表现在缔约主体资格的差别上,公约的缔约方只能是主权国家(公约规定,合同当事人的营业地所必须位于不同的国家,这些国家又必须是公约的成员国),而总协定规定缔约主体除主权国家外,还可以是一个国家的“关税领土”或不具完整

主权的地方政府（《世界贸易组织宪章》的规定也是如此），因此，以加入方式使公约适用于香港，并不符合《基本法》第一百五十一条和第一百五十六条的规定。只有采取依《基本法》第一百五十三条的规定，在将来由中央政府征询香港特别行政区的意见后，由中央政府发表声明决定的方式才较为适宜。

严格的讲，中国和香港在法律上的渐趋一致将经历一较长的时间过程（合同法领域当然亦如此）。在这一过程中，除前述通过遵循国际上通行作法，使两地实体法渐趋统一这一方式外，两地同时对现行的合同法进行相应的修订、完善，并在修订、完善过程中尽量符合国际通行做法也不失为一种为将来进行合同法方面的统一创造条件的有效方式。

前述香港合同法中有一对价原则，而对价理论本身存在缺陷，如它不能界定何为有价值的对价，它将实践中的无偿行为，如赠与等排除于合同之外；由于其存在缺陷，在实践中违背对价原则的例外情况越来越多（如并非所有过时对价都不能成为对价）；而且衡平法中的“不得食言原则”要求，若许诺人的许诺是意图建立某种法律关系，即使诺言无对价支持，许诺人也不得食言；加之香港合同法的对价原则移植自英国，该原则与香港的历史传统本身并无联系。因此，随着香港与中国内地联系的增多、密切，香港就无须继续遵循这一原则。我国合同法也有许多亟待修订、完善的地方。如关于合同的形式问题，我国《民法通则》规定，有法定形式的合同，应依法律的规定，但对未依照法定形式订立的合同是否有效，法律却未作明确规定。目前，我国学术界比较一致的意见是，我国合同法体系庞杂的现状应予改变，即应搞一部统一的合同法<sup>⑩</sup>。许多学者也正进行这方面的工作，相信一部完善的、先进的合同法会尽早出台。

#### 注 释：

- ①③④⑤⑧ ⑩⑪⑬⑭ 参见何美欢著《香港合同法》，香港中文大学出版社 1990年版，第 24 33 73-84 39-40 73 224 63-64页。
- ② 见《中华人民共和国最高人民法院公报》，1987年第 4期，1988年第 2期。
- ⑥⑦ 见 1980年《销售合同公约》，第 15-16条。
- ⑨ 参见董立坤著《香港法的理论与实践》，法律出版社 1990年版，第 127页。
- ⑫ See Companies Ordinance Cap 32 of the Revised Edition 1984.
- ⑮ 见韩德培主编《中国冲突法研究》，武汉大学出版社 1993年版，第 425-427页。
- ⑯ 见顾倚龙等主编《海峡两岸法律冲突及海事法律问题研究解决》，山东大学出版社 1991年版，第 1-8页。
- ⑰ J. H. C. Morris *The Conflict of Laws*, Stevens, London, 1984, 3rd. edn., pp. 270.
- ⑱ 参见张广兴著《中华人民共和国合同法的起草》，载《法学研究》1995年第 5期，第 3-14页。

(责任编辑 车 英)