

觀念的傳統與《澳門商法典》 草案的總體特色評價

盛杰民

中國北京大學法學院教授

澳門雖然一直是作為一個獨立的自治體或社會存在，葡國的法律傳統雖然在整體的形式上居於統治性特徵之地位，但出於澳門本身特殊的政治經濟條件和歷史遭遇以及現代社會生產條件影響的存在，都決定了甚不可避免的還要受到所處區域其他地區的政治經濟和法律文化的滲透。這一部商法草案尤其體現了這種綜合性，並呈現出若干創新的特點。以下謹對其作出如下幾點初步的評價：

（一）大陸法系影響為主，相對本地化和區域化

一般說來，各法律部門之間私法比公法更易溝通，而商法則比民法又具有更大的互通性，這就使得澳門的商法塑造具有較大的彈性或通融性，在這一部商法典草案上表現得尤為明顯，它含有許多具有當地特色並直接規範著商業活動的有關條款，如將代理列入“代辦商合同”一條的作法，更便於一般民眾對代理制度的理解和操作（見第622條）。而法典草案對設立或存在“一人有限公司”之允許（第390條），這亦是

考慮到了在澳門登記的獨資商人為數眾多，由一名股東持有公司資本超過百分九十的有限公司的數量也有很多的因素，傳統公司法理論對一人公司償債能力的疑慮已近乎於悖謬，而且商法典草案已經在領銜的“經營商業企業之一般規則”一卷中對“商業記帳”（第38條）、“登記”（第61條）、“帳目之提交”（第63條）、“經營商業之代理”（第64條）等作出了相當周密的規範，可大大減少各類型企業運營的道德風險。同時，在許多場合，該部法典草案還盡可能地根據澳門所處區域內其他地區的做法，來制訂有關規定，如規定在不妨礙公司意願之多數原則的情況下，股東可以書面的方式參與公司的事務管理和決策（第220條），這一規定應該說是直接受到了香港法律的影響和啟發。另外，中國內地和台灣的有關法律及商業習慣，如合同模式、債權式證券和買賣等，亦在本部商法典中留下影響之痕跡，值得注意的是，在1979年中葡建交之前，澳門在涉及澳門本地居民為當事人的民事或商事案件時，較多時候是採取援用台灣的有關法律的做法。而1979年中葡建交之後，澳門又開始注重從理論和立法上參照中國大陸地區的法律，可以說大陸地區的學者對本部商法草案的行文措辭並無生疏之感，這一方面有中國大陸地區在一定意義上亦屬於法典法系的原因，同時說明澳門的經濟規模較小也直接決定了其與周圍地區的制度互動，在很大程度上是單向、被動式的。從整體上而言，這部澳門商法典草案相對呈現出本地化和區域化的特點。

（二）受到當代各國有關法律或習慣的影響

在呈現出本地化及區域化的同時，這一部《商法典》也對當代其他各國及地區的有關法律予以了參照，如在有關公司治理機構的選擇上，第214條規定“公司秘書”為公司機關的組成要件，並在各類型公司章程中予以專門規定，這一制定乃由英美法中引進，香港、新加坡、澳大利亞、英國及美國的若干州都有此項制度，它有利於提高公司的經營運作效率。此外，“公司”和“經濟利益集團”部分的規定在相當程度上參照了葡萄牙、法國、德國的有關公司及企業集團方面的立法經驗，使其更適應現代企業多樣化條件下的制度需求。此外，如在第一卷第九編“商業企業”的第三、四章中對“企業之用益權”、“企業質權”的規定，亦是在適應澳門中小企業經營靈活的同時借鑑了各國立法經驗的做法。

（三）在引入規範經濟條款方面的若干創新

對規範性條款的引入是本法典草案的一大特色，尤其體現在第一卷第十編“企業主之間之競爭規則”中。競爭法向來被認為具有相當濃厚的公法性質，尤其在大陸法系國家的商法典中一般不予列入，而這一部商法典草案在第一卷第十編第153條中即鄭重指出：“企業主之間之競爭，應在法律所規定之限制內以不損害本地區經濟利益之方式為之”，“禁止一切目的或效果為阻止競爭、違背競爭規則或限制競爭之協議及做法”。這一條結合第156條第1款的規定（“本章所指之行為如在市場上以競爭為目的而作出，則視為不正當競爭行為”），以及第158條對“行為”的界定（“一切在客觀上表現出違反經濟活動規範及誠信慣例之競爭行為，均構成不正當競爭行為”）一起共同構成了整體上“不正當競爭”之概念。這表明其中具有同時規定一般性不正當競爭行為和限制性競爭的內容的立法意圖。這在一定意義上是借鑑了中國大陸反不正當競爭的立法經驗，同樣具有區域立法趨同的特徵。

一般說來，不正當競爭屬於侵權法調整的範圍，有的大陸法系國家如法國，對之為直接援用民法典有關侵權行為的條款予以規定，如《法國民法典》第1382條規定：“任何行為使他人受損害時，因自己的過失而致損害發生之人，對該他人負賠償的責任。”有的大陸法系國家則將之視為商業不法行為，但並不將之列入商法典或民法典的內容，而是採取了單獨立法的形式。如在1896年德意志聯邦共和國反對不正當競爭法第1條中即規定：“不正當競爭就是商業上不道德的違反善良風俗的行為。”“在營業中為競爭目的採取違反善良風俗的行為者，可請求其制止或賠償損害。”日本則更呈現出競爭法單獨立法的典型性，其於1934年頒布了不正當競爭防止法，1947年公布了禁止私人壟斷確保公平交易法，相比而言，單獨性立法似乎使得競爭法具有了較強的公法色彩，對不正當競爭行為的處罰趨於嚴厲化，表現為在除賠償原對方當事人損失以外，國家仍將對違法當事人施以罰金、行政處分甚至刑事制裁。英法系國家的立法傳統迴避，它們雖然沒有大陸法系的公私法部門劃分，但在競爭立法上亦採取了統一、成文的單獨立法制，在處罰方式上亦極具“公法”色彩（以美國的競爭立法最為突出）。舉英國為例，其將不正當競爭視為違反“善良道德”，在審判實踐中不斷總結制裁之形式，在立法上，如1956年的限制貿易措施法、1973年的公平貿易法即為成文法之體例。可以說，兩大法系在規定非法競爭行為的立法上是相當趨

同的。與前述國家的立法例相異，澳門商法典草案將競爭規定直接引入，可以說在體制上是一種革新，但在對其競爭規定條款進行仔細斟酌之後仍可發現起草者的初衷並非簡單地以“創新”便能概括。草案中首先從“法定限制”（第153條）、“合同限制”（第154條）入手，對企業主間之競爭一般規則尤其是對“限制性協定”部分予以了總括性的說明，值得注意的是在第153條第1款中規定“企業主之間之競爭，應在法律所規定之限制內以不損害本地區經濟利益之方式為之”，表明商法典之外的“法律規定”亦為競爭執法的有效依據，澳門商法典草案在這個問題上留下的“立法空間”頗為耐人尋味，我認為這不僅是從商法典本身的民事特性和容量限度出發，而且更重要的考慮在於對於澳門經濟現實的估計，澳門經濟容量不大，典型的限制性競爭和壟斷行為並不發達，急於以一部統一的商法典及實體內容對之進行系統調整並無必要亦不現實，甚至有可能成為外來投資者評估澳門投資環境時的一個負面因素，所以一部擇要而定的市場競爭規則實為澳門之至需，同樣結合草案第171、172條中對不正當競爭行為只規定了“禁止經濟作為”、“損害賠償”等民事責任的做法和對一般悖德性不正當競爭行為的規定（第157條至170條）來看，這一部商法典草案的確是科學、切實而謹慎地達到了上述要求。

（四）在相當程度上克服了民商分立有可能帶來的重疊調整的制度成本的弊端

比如其將海商部分排除在外，使其由單獨立法而為調整，這樣的話便在有利於調整的統一性的同時兼顧了經濟生活的特殊性與複雜性，對澳門這種繁榮維繫於商業而人口不多的國際性城市而言，一部集成扼要的商法典的存在的確要比多部零散的商事單行法更易為人民所了解和應用。這也許說明了一個簡單的道理：實事求是，一切從實際出發。民商合一與民商分立的優劣之分必須在相對而非絕對的意義上予以理解，正如著名比較法學家達維德指出的那樣：民法與商法在立法上的統一幾乎只有形式上的意義¹。就與澳門相對而採取了民商合一的台灣的情況看，

¹ 參見 R·達維德：《比較法律傳統》中譯本第72頁，法律出版社，1989年。

“合一”亦僅僅體現在形式上的商法典不存在，大量的單行商事法規並未被“合一”進法。同樣就形式上獨立的美國《統一商法典》而言，其並未對所涉及的商事問題作出全面的回答，必須結合普通法規則方能適用，事實上仍是普通法之特別法，“判例成文化而已”。我贊同法國學者丹尼斯·特倫的觀點：“人們既不能從私法一元化的理論，也不能從民商分立理論中發現至關重要的原理；各持己見的學者都是適應於本國的體制，忽視了這一體制所存在的缺點”²。澳門採取的這一民商分立的立法格局某種意義上則恰是堅持從自己的需要出發，在適應民商相互融合化趨勢的現代立法趨向方面做出了“初步”成功的嘗試。總表明了草案的起草者是力圖在傳統與現代、共性與特性、觀念與行為之間達成一種平衡，這無疑是一條值得讚許的中肯的思路。

² 參見〔2〕注書，第39頁。

