

關於中國可能參與非洲統一商法組織 (OHADA) 區域法律與數字化的發展過程¹

Salvatore Mancuso

澳門大學法學院助理教授

一、前言

20世紀後期，世界各國相互依存的關係日益緊密。前所未有的貿易自由化在多邊、區域以及雙邊層面上伴隨著快速發展的新信息技術已經改變了主權國家、企業和人民之間的互動方式。龐大的貿易自由化和貿易保護主義到開放的市場經濟的轉變已經賦予了跨國商業活動發展的基礎，同時民主的價值觀和體制已逐步加強。

一個能使私人跨國交易安全進行的法律與監管環境的建立，成為了發展中國家吸引更多投資以及促進當地私有部門發展的必備要素。為了支持非洲經濟的進一步發展，針對國內司法機構和法律本身的法律和司法改革則成為核心問題有待解決。

這種改革，通過促進跨國商業交易，不僅應該會支持經濟的增長，而且可能包含着各種不同的措施，如訂立或修改商法典、破產法規和公司法，並革新執行監管機構。在這個過程中除了因降低成本而吸引更多投資外，還可以趁此消除不確定的規定，促進透明度，在國內和國際貿易中提高競爭力。

無論如何，雖然任何經濟一體化的發生都不可能排除國家和國際層面上前置的一個政治過程，但是沒有一個堅實的法律框架，這是無法存在的。

¹ 本文于2006年12月8日至9日中非共和國首都班吉召開的有關“*Application et implantation du nouveau Droit des Affaires OHADA en Centrafrique*”的Journées nationales OHADA上發表。

法律多樣性的問題一直以來都是非洲經濟發展的一個重要（即使是間接的）障礙，這在相當長的時間都沒有得到非洲國家的適當考慮。自從獲得獨立以來，非洲法律統一的問題已被提出：Allott教授指出“邁向法律的融合與統一已成為獨立、渴望建立一個民族的必然結果，以指導擁有不同法律的不同部落面向共同的命運”²。

但是考慮到在地區內無論是國家法律的多樣化還是國際私法規則的複雜性都會給貿易帶來相當大的影響，尤其是在該地區的貿易准入³，非洲國家現在已經意識到盡可能多的除去多樣性所有形式的問題符合他們的利益，這會影響到他們參與區域內和區域外的貿易。既然促進貿易和投資符合非洲國家的利益，他們也應該通過法律的簡化來實現這一目標，指導他們法律統一化的活動向有關貿易和投資活動的實體法方向和國際貿易法中有關保護和強制執行既有權力的程序方面發展，進而促使進一步的國際商業交易⁴。

在這個方面，目前非洲的經驗告訴我們，統一商法的絕大部分嘗試是如何通過建立區域性國際組織得以開展的⁵。

非洲統一商法組織(*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires-OHADA*)⁶依據主要非洲法語國家⁷之間的條約而成立，並屬於法朗區，該條約於1993年10月7日在毛裏求斯的路易港簽署，並在1995年7月生效⁸。其目標是在商法領域落實一個現代的統一法律框架

² A. N. ALLOTT, 《邁向非洲法律統一》，載于1965年，《國際比較法季刊》，14期，第366-378頁。

³ M. NDULO, 《貿易法在非洲經濟共同體的統一》，載于1993年，《國際比較法季刊》，42期，第101-108頁。

⁴ G. BAMODU, 如前所引。

⁵ 可被記起的最初的例子之一就是肯尼亞、烏干達和坦桑尼亞獨立后，在它們之間立即建立起的東非共同體，它于70年代初期解體，近期已被重新發起。

⁶ 參見OHADA的網站：< www.ohada.com > 裏面可以查找到所有統一法案的全文，以及相關的案例和一些選定的書目。

⁷ 現有的16個成員國中14個是講法語的國家。

⁸ 組成OHADA的16個國家包括貝寧、佈基納法索、喀麥隆、中非共和國、乍得、科摩羅、剛果共和國、赤道幾內亞、加蓬、幾內亞、幾內亞比紹、象牙海岸、馬裏、尼日爾、塞內加爾和多哥。2004年，剛果民主共和國開始準備加入OHADA。安哥拉和利比里亞表示有興趣參加OHADA。尼日利亞目前也在就是否加入OHADA而爭論：就此需找一個良好的方法。參閱J. A. YAKUBU《協調非洲商法：尼日利亞如何能得益》，可見于 <www.thisdayonline.com/archive/2004/09/29/20040929dev04.html> 2005年10月13日查閱。

來促進投資和發展經濟增長。該條約呼籲制定統一法案來直接適用於會員國，儘管存在任何國內法律條款。OHADA由一個由常務秘書處協助的部長理事會⁹，一個共同司法和仲裁院(*Cour Commune de Justice et d'Arbitrage-CCJA*)¹⁰以及一個負責培養司法人員和律師的培訓學校組成(*École Régionale Supérieure de Magistrature - ERSUMA*)¹¹。

特別值得注意的是，統一法通過所謂的統一法案的文本形式表現，運用了具體形式。這些法案是由OHADA常務秘書處經過與建立OHADA條約中各締約國的政府協商後準備的。部長理事會是根據該條約設立的機構，它會就共同司法和仲裁院(CCJA)的意見作出討論並採納法案。需要牢記的是，國家議會是被排除在統一法案採納過程之外的。部長理事會就此方面獨享權力。這樣有可能避免間接程序所引起的由於相互矛盾的法律文本的通過而難以實行的弊端。該法案經刊登在OHADA的官方公報後立即生效，不需要額外的成員國的國內立法。他們對所有OHADA國家是直接適用並具有約束力的，儘管在現有或將來的法律中存在相互矛盾的規定¹²。

目前為止，已經被採納的統一法案涉及到一般商業法、公司法和經濟利益的匯集、證券組織、破產法、債的追償和執行法、會計法、貨物道路運輸的仲裁和合同規定¹³。該立法影響了商業的運作，尤其是對於外

⁹ 他們總部設在喀麥隆雅溫得。

¹⁰ 這個法院總部設在象牙海岸的阿比讓。

¹¹ 學校設在貝寧的波多諾伏。

¹² 參見S. BA，〈如何為法律和正義計劃發展有效的戰略？是否有法律改革計劃模式？非洲統一商法組織(OHADA)的例子〉，可見于 <www4.worldbank.org/legal/legop_judicial/ljr_conf_papers/Ba.pdf> 2005年10月13日查閱。

¹³ 就OHADA的書目目前非常多。期刊“Penant”每季的發行主要提供有關OHADA的學說和案例。對於OHADA的一般概述，參見：*L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Petites Affiches n. 205, 13 octobre 2004; J. ISSA-SAYEGH, *L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc*, Penant 1997-1998, p. 5 et 120; ID., *Quelques aspects techniques cit.*; M. KIRSCH, *Dixième anniversaire de la signature du Traité concernant l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (Libreville, 17 octobre 2003)*, Penant 2003, p. 389; L. BENKEMOUN, *Quelques réflexions sur l'Ohada, 10 ans après le Traité de Port-Louis*, Penant 2003, p. 133; C. SIETCHOUA DJUITCHOKO, *Les sources du droit de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Penant 2003, p. 140; G. KENFACK DOUAJNI, *L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA*, Penant 1999-2000, p. 125; J.-J. RAYNAL, *Intégration et souveraineté : le problème de la*

國投資者的利益來說。有關勞動法、運輸法、合同法、電信法、競爭法和合作組織法的條文正在籌備中。

這一新的法律框架也為爭端解決提供了一個機制，條約的其中一個目標就是要在涉及的國家中建立司法保障。CCJA對有關條約以及統一法案適用的所有事項具有最高管轄權。它的管轄權包括司法上（它規範成員國上訴法院裁決）和仲裁上（指定仲裁人和賦予判決可執行狀態的監管角色）的事項，從而保證對條約、統一法案以及相應法規和仲裁協議解釋的統一性¹⁴。

OHADA的法律有一個基本特徵：它考慮到非洲法律制度的複雜性和特殊性¹⁵。儘管統一法案顯然是受法國模式的啟發，但是一些成員國已經受到英國法律的影響；同時完全無視習慣法也是不現實的，即使它在商法中所起的作用相對於其他法律分支——如家庭法或土地法——來說比較小。

事實上，為了實現成員國的全體公民綜合接受該條約，該條約也同時受到英國法律、德國法律、葡萄牙法律和伊斯蘭法律的影響¹⁶。

目前在OHADA中法語和民法佔主要地位的情況預計會隨著OHADA吸納其它非洲國家的時間推移而有所改變。“雖然OHADA誕生於法語區，非洲領導人很快就認識到這個經濟一體化的無價工具應該擴大到其它國家”，國際法院的前任主席，法官Kéba Mbaye如是說。“幾內亞比紹和赤道幾內亞已經成為成員國，而現在，隨著跨入非洲發展的新夥伴關係，OHADA延伸到非洲英語國家是勢在必行的”。

二、OHADA 區域法律與數字化的發展過程

人們普遍承認屬於OHADA區域的非洲國家對於西方國家來說在技術

constitutionnalité du traité OHADA, Penant 2000, p. 5 ; B. BOUMAKANI, *Le juge interne et le droit OHADA*, Penant 2001-2002, p. 133.

¹⁴ J. ISSA-SAYEGH, *Quelques aspects techniques cit.*

¹⁵ 參見R. NEMEDEU: *OHADA: de l'harmonisation à l'unification du droit des affaires en Afrique*，可見於<www.univ-nancy2.fr/recherche/actualites/04-05/ohada_janvier_2005.pdf>，2005年10月12日查閱。

¹⁶ 正如前文引用的腳註中R. NEMEDEU在他的文章中指出，由於把伊斯蘭法考慮在內已經產生了有關商業交易和言辭證據權益的特別規定。

上有很大的差距，這阻礙了他們的經濟和市場積極參與到現代商業舞臺中，因而嚴重威脅到他們的競爭力和經濟增長前景。

的確，在電信產業中，適當的法律法規是必不可少的因素，這必須伴隨著持續快速的技術變革；他們是確保電信界活力和效率以及競爭力和其服務承擔力的必要條件。適當的法律和監管環境對於擁有令人滿意的、非歧視性的以及物有所值的電信服務來說也很必要，是當今經濟增長和人類發展的基本要求。

地區性協調法律和監管環境無疑是一種十分有用的工具，它能使各國注入他們的強項，分享他們的技能以面對他們在商業領域遇到的巨大挑戰。

由於上述種種原因，實施一項涵蓋屬於OHADA區域的國家電信法律和監管的改革對撒哈拉以南的非洲地區商業活動的開展和增長來說將是一個非常有益的貢獻。

但在具體落實這種可能性之前，一個前提問題應加以解決：一個有關電信法的統一法案是否可以涵蓋在OHADA條約內加以考慮？

這個問題的解決必須要考慮到在商業領域中電信的業務已很廣泛且日趨增加。電信，事實上也許是一種在商業領域中達成商業交易的主要工具：傳真、電子郵件、互聯網，在確保商務企業家之間的溝通過程中它們都扮演著不可或缺的角色，就特別問題提供必要的信息，實現合同的磋商，同樣也確保了合同的訂立。毫無疑問，各國之間的國際商業交易在當今是由電信工具來維持的。

現在，對OHADA條約中的第1條所列“商法”表述由於第2條的詮釋已理所當然地變得非常廣泛，涵蓋了有關經濟生活所有不同要素的規定¹⁷。

因此，通過這種假設，有可能得出有關電信法的統一法案可以被認為是涵蓋在OHADA條約範圍內的結論。

如果我們要考慮在該地區一般電信產業和特別電信法的情況，顯然，缺乏一個涵蓋電信各個方面的法律框架，肯定會成為危及在OHADA國家中投資發展的因素。

屬於OHADA組織內的國家就電信法的有關情況參差不齊。有些國家（如塞內加爾）的電信法律框架十分發達，而有些國家（如貝寧，剛

¹⁷ 參見 J. ISSA-SAYEGH 等編，*OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*，第2版，2002，對條約第2條的註釋。

果) 相關法律雖然並非完全不存在，但就該問題的解決還不盡如人意。

此外，“書面中的法律”執行問題仍然存在：有時候現有的規則並不適用，需要有上述的機關對成員國施加一定的壓力。

這種種情況被投資者視為一種風險，導致他們遲延甚至取消投資計劃。由於投資者的風險排斥和風險的存在關係到法規的缺位，所以只有少數投資——主要集中在自然資源方面——出現在撒哈拉以南的非洲地區。另外，在核心部門如電信業缺乏統一的規則也直接影響到消費者，他們為服務而接受昂貴的賬單，卻在缺乏競爭的市場中沒有從最先進的技術中受益。

在OHADA國家中就電信方面的統一法律框架通過消除在各國之間一切法律、技術、官僚和保護主義的壁壘，能有助於構建一個共同的電信市場。

三、中國潛在的角色

除了OHADA版圖的擴張之外，在未來還有重要的挑戰，包括在2004年後對OHADA組織的資助。然而，在相對較短的時間為OHADA已經應對了大量的挑戰。

中國對非洲有巨大的利益。新的中非軸心是建立在中國與幾乎所有非洲國家，特別是就經濟夥伴關係的鞏固的基礎之上的。

要特別突出的是中國和非洲國家都是發展中國家，具有共同根本利益的事實：“中國是最大的發展中國家，非洲存在數量最多的發展中國家。我們合併的人口超過世界總數的三分之一。在這個新時代，中國和非洲有著越來越多的共同利益，並且對彼此的需要日益增加”¹⁸。

這種在中非之間新型的戰略夥伴關係建立在政治平等與互信、經濟雙贏合作以及文化交流的基礎之上，並正通過新型的南南合作模式得以發展。這種南南合作模式“是一種重要手段，由此使發展中國家可以有效地回應國際形勢的變化，迎接由經濟全球化可能帶來的挑戰。它有利於發展中國家在自然資源和人力資源上充分發揮自己的優勢，充分發掘

¹⁸ 摘自中國國家主席胡錦濤在2006年11月北京舉行的最後一場中非合作論壇開幕式上的講話。

他們各自的生產和技術潛力，互相取長補短，達到共同進步”¹⁹。

該模式基於各種不同措施的並用來挖掘潛力和探索經濟合作和貿易往來的新途徑和新領域，所以建立在互惠互利的基礎上，以共同發展為目標的中非經濟關係和合作的新格局將逐步形成。

對於該合作模式可覆蓋的參考領域並沒有限制。目的是為了“提升人力資源的開發合作以及探討新的合作方式，使雙方可以分享發展帶來的好處。我們將在教育、科學和技術〔……〕上加強交流與合作，為中非合作提供智力動力和文化支持”²⁰。

因此，如果也考慮到在未來3年內中國表示其要培養15000名非洲專業人員，把中國政府給予非洲學生的獎學金的名額從目前的每年2000人增加到2009年每年4000人，可以肯定的是法律教育作為一項主題，可被包含在未來的中非合作中。

中國在這方面能給予OHADA的支持可謂意義重大。

OHADA國家需要支持和援助，在他們的法律環境中以適合他們的法律專業形式來加強法制教育。這將使OHADA統一法在各成員國中得到更廣泛層面的信息交流和應用，以此提供給中國投資者一個穩定且較可靠的法律環境。

不過對所有在OHADA成員國的法律專業人士應送往ERSUMA以提高他們OHADA法律知識水平的假設是不現實的。這將意味著在這些活動中大量時間和金錢的投入，對非洲國家來說都是不可能辦到的。更可行的是讓ERSUMA作為一個提供高層次OHADA法律形成的代表，通過在國家層面上運用地方大學和OHADA俱樂部現有的人力資源，使他們在必要時互相配合，從而有效協調，成為一個保障項目形成的實體。

中國在這個過程中通過學者的交流和對未來法律專業人士的培養，無論是財力上還是人力資源上，都會有相當大的幫助。對非洲法學習的興趣在中國逐漸興起。在中國已經存在至少3個非洲研究中心，其中一個致力於非洲法的研究；最近，一個OHADA俱樂部已經在中國澳門特別行政區組建，連同香港一起，可以作為代表說葡萄牙語和英語的非洲國家的文化和語言的橋梁。關於OHADA法律的會議在中國各所大學即將展開，同時中國學者也對非洲法的研究表現出濃厚的興趣。來自于OHADA

¹⁹ 摘自中國前任國家主席江澤民在同一論壇上的講話。

²⁰ 摘自中國國家主席胡錦濤于開幕式上的講話，同上。

國家法律系的學生正在中國學習法律，並以OHADA法律在中國為他們的論文主題。的確，就雙方的互惠合作存在一定的基礎。

科技，是中國針對非洲的合作計劃中已被明確提出的一個領域。中國可以就未來的電信統一法案予以支持，由於其技術含量高，所以也可為法案的執行提供適當的協助。這將確保中國和非洲之間更好的交流，有利於中國的投資者在OHADA國家從事他們的投資活動。

四、結論

非洲國家開始意識到協調商法的必要性，通過建立一個合適的法律環境來促進其領土範圍內的貿易和投資。

要實現建立公正和公平規則以便治理國際商務交易的目標有時有必要促進協調措施，尤其當現有法律框架的運用無法反映出理想層面上的公平度、信賴度以及與國際接軌。

OHADA統一商法的進程正發揮著顯著的作用，其無疑獲得了高度的成功和各層面的遵守。為了促進貿易，使所有經濟管理者得以適應新的法律環境，尤其是個體經營者，公司和將要確保法案執行的法官或仲裁員，已通過的統一法案的文本展現了經濟現狀和非洲公司的真實場景。

學者和法律專家對OHADA制度的內容體系和影響力做出了極大的貢獻。法文版有關非洲法的最著名和歷史悠久的雜誌之一——*Penant*——現在幾乎完全致力於有關OHADA以及相關案例分析的投稿。即便在歐洲，會議和研討會也時常舉辦，同樣這些會議也即將在中國舉辦，通過法律專業人員和商人來提高對OHADA法律框架的認識。其它國家對加入OHADA條約以及採用已經到位的統一法案表現出強烈的興趣，就OHADA事宜的判例法正迅速發展，同時成員國對促進商法領域的進一步協調統一表現積極。OHADA是非洲經濟融入全球經濟的一個重要機會，能夠使區域各成員國的非洲內部貿易增加，並成為以經濟衡量法律改革的一個例子。OHADA所取得的成就是這個項目質量和成功的最好證明。

已經取得的成果表明它對非洲國家進一步適用其法律原則，探索所有關於協調或統一非洲的法律來增加商機，發展這片大陸的具有必要性。

未來，關於電信法的統一法案應趨向於通過在新經濟背景下適用其法律原則，以實現OHADA國家的這個部門的現代化²¹。

但不能忘記的是僅僅有一個新統一法案是不夠的。鼓勵外國投資者把他們的資源轉移到非洲的其它同樣重要因素的存在，如政治穩定、杜絕腐敗以及更多的私有化和開放也是必不可少的。

當然，在OHADA地區電信法的統一是一個艱巨的項目，但是也有其可行性。OHADA在其它商法部門所取得的成果和成功同樣也是達到這個重要目標的指引，並且中國可以發揮其關鍵作用，推動這些可能取得的新成功。

²¹ 再次參考有關合同法的問題，F. ONANA ETOUNDI, *Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats*，載于*Uniform Law Review*，第10冊，2005年，第683頁及其後。