

《商法典之改革》

Augusto Teixeira Garcia

法學院客座助理教授

在《商法典》本地化方面，首先提出的問題是要清楚本地化（應理解為既是保留原有法律，也是為未來澳門特別行政區制定法律）是否必要。其次的問題是，有關的工作是否應限於改革，即保留原法典，並賦予其活力，或是否有必要引入新的原則和思維制定一部新的法典。也就是說，是否有必要採納在此領域最新的經驗以及建立完全新型的商法制度。

我們知道，《商法典》本地化問題是“五大法典本地化”計劃達至的目標之一。從法典本身來講，其應表現為澳門現在和九九年以後對《商法典》的一系列需求。

在目前的政治經濟和社會條件下，即使對上述問題的回答不是肯定的，亦不應因此否認有關工作可能存在的效用；同樣我們要問，九九年以後，存在一部有關商業事宜的法典，對於未來歲月中維持澳門人的生活方式基本不變是否有著某種非常重要的價值。如果是，那麼《商法典》的本地化工作，不管其用何種具體方式，其理由便是不言而喻的。

2. 制定《商法典》的議題

將一部關於商業事宜的法律以法典的形式保留下來，並非一件任意和無序的事情，相反它是一項系統工程，其中包含了商法制度的最基本的架構——商法框架。這在今天並非一件容易的事情。事實上，權威人士Ripert所質疑的不僅是這類工作的有效性，而且亦懷疑其科學上的可行性。這位學者曾指出，一部《商法典》從來不應有一個理性的範圍（計

劃），它只不過是對以或多或少任意的方式挑選的眾多事宜所作出的規範在某個領域中的結合（見《商法論》第一卷，第十四版，一九九九年，巴黎）。因此，他主張商法的非法典化，即透過單行法或特別法作出規範。

事實上，從目前來看，在民法制度中，隨處可見對於商法事宜的規定呈現出商法非法典化的傾向；即傳統上由法典規定的事宜現在不再由法典作出規範，例如，破產、商業登記、公司、工業產權、證券交易所等。我們的《商法典》亦遵循了這一傾向。葡國《商法典》比澳門的《商法典》還要簡單。對此可參考Orlando de Carvalho的觀點（《商法》第七頁，一九九三年科英布拉出版），他認為《商法典》已變成了一具“殭屍”。

法律非法典化時代的取消法典的意圖，在Luís Díez Picazo的冒犯性語句中遇到了批駁：“失落源自取消我們先前擁有的一部偉大作品——法典，這曾是一部具有專業判斷力的有理性的法典，且值得我們去研究和愛戴。某些事物已表明了實際生活已經超越了傳統法律。然而，我們正期待新的法律的艱巨出台；它是用某種新的解釋方法而作出的適當反應”。

有趣的是，在傳統上反對法典化的國家——普通法國家，在商事領域，出現了一種制定法典的傾向，美國《統一商法典》便是一個範例。在此方面，Roy Goode在其教材《商法》（倫敦，一九八七年）中，在讚美支持法典化模式的主導者、上一世紀的著名英國法律專家及立法者Sir Mackenzie Chalmers於百多年前的關注的同時，提倡跟隨民法制度國家，將商法法典化。

事實上，Mackenzie Chalmers是《商品銷售法》和《匯票法》的起草人，他在起草這二部商法部門法典（Roy Goode語）的過程中，遇到了大量沒有文獻記載、很多時候是不可靠的情況，需要其在隨後的工作中引入其自身的原則體系，進行系統化和分類。

這位上世紀的法學家所遇到的困難在本世紀日趨嚴重。因此，英國法律專家認為，制定《商法典》的工作變得更加迫切。美國《統一商法典》的成功，表明此項工作的效用是不容置疑的。

由上可見，在以往肯定法典傾向的制度中出現了非法典化的傾向，而在以往否定法典傾向的制度中卻在提倡法典化，且表現得相當迫切。

以上兩種傾向，要求我們需對其利弊作出評估。

至於主張制定法典的觀點，除了法律規範集中、便於掌握這一顯而易見的優點外，制定法典將不可避免對貿易領域的運作、機制和制度進行反思，有序、統一及系統地列出存在的問題、解決辦法和相應對

策。這同樣有利於發揮制度本身的活力。

針對眾多的商法制度制定單行法的利處是不容否認的，至少可以期待它可能最大程度上適應多種制度出現的新問題，保證法律對現實生活的適應性。但商業事宜由眾多的單行法作出規定的弊處也是巨大的，最突出地表現為人們難於了解和掌握它。

除此之外，由眾多的法律規定將商業事宜這種法律處置的分散性，因不同時期制定的法律這一情況而變得更加分散；不同的情況，不同的立法者，不同的立法意圖（“時移世易，人的想法亦隨時變遷”），均會導致法律的不協調、欠連貫及產生“灰色地帶”。在此問題上，Karl Llewellyn的話頗有喻意（“為何我們需要統一的商法典”，見R.Goode前述著作），足以解釋美國對商法典的需要：“在過去五十多前來，不同的人在不同情況下以不同見解逐一草擬單行法，縱橫交錯”。

由眾多的法律對商業事宜作出規範必然給其解釋及補充造成困難，在商事立法上產生幾乎不可逾越的隔膜。總之，制定單行法會產生眾多的困惑，它無助於從整體上理解相關制度。

Rodrigo Uría對此亦有相同看法。一九八五年在由司法部主辦的紀念一八八五年西班牙《商法典》頒布一百周年的研討會開幕式上，在談及商法非法典化的現象時，他提醒人們，無論是在英美法系國家，還是在大陸法系國家，均存在反對商法非法典化的聲音：“非法典化本身似乎不是一個理想目標，反而更確切地說是一種需要加以控制的適時解救方法，如不加以控制我們便要面對繁雜特別法的風險，這些難以貫通的特別法，可能會破壞一般法，尤其是商法中的法律範圍的“秩序”或“體系”的某些基本概念。”

從另一方面看，儘管在制定統一法典或單行法問題上均有否定的觀點，且觀點各異，但大多數觀點還是贊同制定統一的法典，爭論的問題在於目前是否已為制定一部新的法典創造了條件。Rodrigo Uría即持此種看法（如前所述）。

在這方面，西班牙制定法典總委員會主席Antonio Hernández Gil講得不無道理。他指出，並非十九世紀的法學家們提出了制定法典問題，制定法典的工作早在幾個世紀前的羅馬便已存在了，如疾病及其診斷法典、職業道德法典等。相反，可以說，我們的法學家是法典化的掘墓人。因此，在商事領域，“成也蕭何，敗也蕭何”。

除法國外，幾乎所有歐洲國家《商法典》均是先於《民法典》而制

定的。例如，西班牙、德國、意大利、葡萄牙等。這並非出於偶然。正如 Ferreira Borges 在其一八三三年有關《商法典》的起因一文中所指出的，這種普遍性的作法並不是由於十九世紀出現的眾多法典彼此相互抄襲，而是因為它們擁有共同的淵源。準確地講，由於擁有共同的淵源，從而產生了商法超國家的屬性，所以制定《商法典》作為一般的規則先於制定《民法典》而產生（José de Oliveira Ascensão《商法》第一卷總論，一九八八年里斯本，第六頁）：因為制定《商法典》就是把在文明社會中普遍接受及採用的傳統商事活動規範下來（Aurélio Menéndez Méndez，《自由經濟自主性與制定商法典》，於“紀念《商法典》一百周年研討會”，馬德里，一九八六年，第六十五頁）。

基於以上理由，我們認為，制定法典更可取。但是，即使不存在上述理由，或者沒有來自民法傳統及普通法傳統的著名的法學家支持，還有另外一個理由對於選擇制定法典亦至關重要。

上個世紀法典化運動旨在因應法律確定及安全的需要，及消除司法擅斷。然而，儘管存在這一目的，法典化同樣不失為許多政治地緣空間中存在的民族特性的沉淀因素（Aurélio Menéndez Méndez，一九九六年，第六十一頁）。

德國一八六一年制定的《德國商法典》便是完成日耳曼國家統一工作的工具。在意大利，政治上統一以後，隨即出現了旨在鞏固統一的政治的立法統一，為此，借鑒於採納拿破倫法典的模式，且在法國人征服意大利後，逐漸延伸至整個意大利。雖然意大利王國復辟後廢棄了拿破倫法典的模式，但始終沒有回到舊制度上去。事實上，超過一個世紀的法典化進程，一直證實著其本身的優點，並最終使意大利人接受了法典模式。因此，並未沿用法國人征服前所用的法典（Toscânia 區及梵蒂岡國是唯一的例外），而是制定了許多地區性法典，如 Albertino 法典、Parmense 法典、Estense 法典，和西西里法典，其模式均是拿破倫法典的模式（Lombardia-Veneto 地區採用的是奧地利《民法典》模式）。在商法領域亦是如此。一八零八年七月十七日意大利王國頒布了《商法典》，雖然拿破倫帝國覆滅後被廢止，但後來又在意大利境內諸國重新適用，僅作了輕微的修改。在統一立法時，由於所有地區性法典均淵源於同一模式，故《民法典》和《商法典》的模式便成為基本的模式。

這種方式避免了就法典的效能所產生的爭論，加強了立法統一和國家統一。也就是說，法典化還具有統一諸國情感的積極作用。多國同法促

成國家的統一，多國異法必將造成諸國分立（Aurélio Menéndez Menéndez，一九八六年，第六十一頁）。

澳門法律本地化進程目的是要為在其回歸中國後的五十年內保持其固有的特色創造必要的政治法律條件。澳門的回歸，不可避免地會受到中華人民共和國牽引，對此應予以提防，否則已作出的承諾，將無法實現。

像上個世紀那樣，制定一部《商法典》，雖然不一定具有實現統一的作用，但至少可以促進其自身的特徵，換句話說，將本地區商業利益加以區分，從而保障（包括商業領域）能夠使澳門在未來保持其特質的制度。

《商法典》本地化的社會法律意義和採用法典形式已為世人所接受，現在的問題是，我們僅僅進行修改工作，還是要制定一部新的法典。

考慮到工作的時限及無需制定草案，我們認為，進行修改工作比較適合的，儘管是大膽的修改，而其最終也許會具有新法典的效果。

一九九九年後，法律的適用者，特別是法官均以中文為母語，其中有些也懂葡文和英文，但懂歐洲其他國家語言的，如法文、意大利文、德文的肯定不多。也就是說，制定一部與先前法典模式完全不同的、且僅以歐洲大陸商法典為淵源的新法典，勢必會產生諸多困難，反而會使之與上述淵源相脫離。因此，我們的困難在於由於既沒有放棄在商事領域發展變化的許多東西，亦沒有擺脫過去，目前只有採取中庸之道。

如果可能的話，這是一個需要時間來回答的問題。但是，為了現實、科學的嚴格要求，或至少為了體系的連貫性，儘管需要作出犧牲，我們亦不能放棄進行嘗試。

3. 目前的情況和改革的方向

毫無疑問，經過一百多年的實施，《商法典》已贏得人們的尊重，人們甚至對它有些眷戀。但也應看到，它的許多規定已與目前的社會經濟情況不相適應。

《商法典》所規定的公司與目前的公司有著根本區別（見 Orlando de Carvalho 著《商業機構的標準和結構》一九六七年科英布拉出版，第一百六十九頁；《企業法註釋》，一九七九年科英布拉出版，第二頁）。在上個世紀八十年代，《商法典》受到客觀主義精神的推動，並逐漸採納了對商人行為商業屬性的一般推定（《商法典》第二條第二部分），規定了實質上的商業活動，使用了嚴格意義上的術語，但對工業活動則關注不夠，儘管工業活動不及現時重要，但在當時已具有重大的經濟意

義，甚至確立了一種特定的公司形式：股份有限公司；而對於提供服務的活動的關注就更少了。

從根本上講，《商法典》所針對的並非是十九世紀末的商業活動，而是十九世紀初的商業活動。因此，Fernando Sánchez Calero(《商法典與商業合同》一文)在談及存在同樣缺陷的《西班牙商法典》時，稱其就像一部小商販的法典(Alberto曾稱法國《商法典》是十足的手工業經濟的法典)。

今天的世界，工業已成為最大的經濟活動，而服務業越來越成為本世紀末乃至下個世紀的熱門行業。因此，《商法典》極需關注經濟活動的這一發展趨勢及其可能發生的變化。

儘管如此，已經生效了一百多年的《商法典》仍不失為一個時代的見證人，就像所有見證人那樣，它記憶了人和制度，令我們肅然起敬。誠然，它已不能適應今天的經濟生活，但它不僅沒有阻礙現今經濟生活的發展，而且還成為經濟生活變化的基礎。《商法典》一直以來所遭遇的變化可謂層出不窮。

對得以維持下來的這樣一個重要法規的價值過份認同，是一種智力的鍛煉；因此，不容置疑的是，結束此曾經承受時間巨浪所衝擊的法典是有可能及有益的。

在我們這個真正熱衷於立法的時代——任何事都立法、不論有沒有目的，有時不幸地(為了用溫和的字眼)不是很好的立法——，就像立法者偶然間忽然受到難耐的痲子煩擾一樣，只有大量立法才安樂，能夠留下且存在已一個世紀的，(因為懶惰、疏忽、無能或其他原因?)我們要為其歡呼。

生活始於對先人的尊重。因此，新的法典又懂得去尊重原有的經驗，並植根於其中能負起規範商事活動的職能。這就要求未來的《商法典》不應與現行《商法典》長期積累的經驗完全割斷。

一八八八年《商法典》是歐洲十九世紀最後一部客觀主義的法典。此後雖然出現了一八九七年德國法典，但該法典已經採用了主觀主義。

我國法典採用客觀主義這一事實意味著其適用的著眼點在於商業行為，其仿效的是法國《商法典》。該法典第一條開門見山地表明法典規範的標的是商業行為，而不管參與人具有甚麼身份。

正如十九世紀中葉頒佈的其他法典(Justino F. Dugue Domínguez稱之為第二代《商法典》)一樣，葡國一八八八年《商法典》澄清了客觀

主義的概念，其比法國《商法典》及一八八五年西班牙《商法典》明確了許多，這兩部《商法典》第一條規定的是商人及獲得商人身份的條件，而葡國《商法典》第一條規定的則是商行為。

此外，更為重要的是，客觀化了原本意義上的商行為，在許多規定中不再以商人身份來界定商行為。例如，商業寄存（第四百零三條）或商業借貸（第三百九十四條）。這與西班牙《商法典》第三百零三條和第三百一十一條的規定相同。

然而，與西班牙《商法典》不同的是，葡國《商法典》對商人行為規定了商業屬性的一般推定，這就使《商法典》設定了一種反常的制度。葡國《商法典》的這種客觀主義傾向，亦表現在對商法淵源的極為不尊重上：習慣。法典中僅有少量規定涉及習慣，且對其重視程序亦遜於同時期的《商法典》。這就是說，即使在淵源方面，亦消除了作為等級法的商法的痕跡。

人們並未忘記，習慣作為商法淵源的危機是與商法客觀主義概念的出現相關聯的，它是中央集權統一法律淵源的結果，是加強王室權力和主權原則的要求（Ferrer Correia，《商法教程》第一卷，一九七三年版第十一頁；Jean Escarra，第十三頁）；雖然商法只是將商業習慣作出規定，例如見Colbert的Ordonnances（Jean Escarra，一九五二年版，第十四頁；Ripert，一九九一年第十三頁及以後數頁）。需強調的是，在國內統一法律淵源，突出法律作為法的淵源的優越地位。這種現象在許多部門法中均存在，《商法典》第三條規定了規範商事權利和義務問題的多種方式和商法淵源，唯獨沒有提及習慣（Ferrer Correia，一九七三年，第四十六及四十七頁）——即使其淵源為一八八二年法國《商法典》，其第一條規定：“有關商業的事宜遵照商業習慣，沒有商業習慣時適用《民法典》，而一八八五年西班牙《商法典》第二條則規定：“無論是由商人實施的商行為，抑或是由本法典訂定的商行為，都由本法典所載的規定所限制；假如沒有有關規定，就按當地普遍遵照的商業習慣；兩者皆缺時，由普通法所限制”。

眾所周知，商法客觀主義的概念是於舊制度下作為等級法和特權法的商法是根本不同的。它根除了一切特權。因此，可以認為，第二代《商法典》建基於這種觀念，儘可能將商法的適用條件客觀化。儘管並未到達此目的（消除特權，保障法律面前人人平等），反而建立了（德國《商法典》）單方商業行為制度（個人受有關商人的法律約束），不動產的商品

化或縮減商業渠道不僅因此被視為科學上的平庸，同樣因為由於是商人行為（Jean Escarra，一九五二年，第三十四、三十五頁），而被視為是對“善意的一種違背”（Orlando de Carvalho，一九六七年，第一百七十頁）。然而，如前所述，由於涉及商業習慣，其在上個世紀《商法典》中作為淵源並未消除，只不過是成為第二位的法律淵源，正如西班牙《商法典》所規定的那樣。有人認為，只有我們沒有將習慣（參見 Fernando Olavo 著《商法》第二版，一九六九年，第五十頁）作為商法的淵源，但事實並非如此（參見 Adelino da Palma Carlos 著《商法》——一九二四／一九二五年 Barbosa de Magalhães 在第四學年法律課程的授課匯編，一九二四年，里斯本，第六十五頁以後，特別是第七十和七十一頁）。

眾所周知，作為商行為的法律這一商法概念曾受到眾多的非議。這些非議主要集中在無法確定商行為的標準上，因而不能確定地劃定商法的範圍。

不能制定商行為的概念其結果是不言而喻的，它是與一種時間現象相聯繫的，即它是一種對特有領域的一種劃一，從中不能分出兩個私法部門，其表現為欲將商法制定融入民法，或稱將民法商事化，換句話說，消除歷史上使商法獨立出來的原因，借此使商法失去獨立於民法作為部門法存在的理由（有關的理由及批評見 Orlando de Carvalho，一九六七年，第六十四項，特別是第一百二十及一百二十七以後數頁）。

從那時起，為商法獨立存在所作的辯護一直建基於對商業生活中存在的內在本質的考察。Heck曾得出以下結論：商業活動的特點在於商行為的整體實踐（massenverkehr）；商業是一種活動，它以系統、連續和不間斷的重複進行為前提（Orlando de Carvalho，一九六七年，第一百三十六頁）。從法律角度講，這個量的範圍造就了特定的制度和特殊的要求，而需由商法作出規範，因為民法的規定不相協調或說不能提供令人滿意的解決辦法（例如，民事買賣制度與商業買賣不協調），或不存在相應的制度。因此，當整體交易賦予其特點後，商法沒有了獨立存在的理由。

整體行為（massenverkehr）這一概念再次強調了固有專業範圍，其更接近於經濟現實，從整體行為實踐，大規模交易需求的特點，到像企業法這樣的商法概念的形成，應該說是一個飛越。我們可以說，假設不能認為 Heck 已明確形成了企業的概念，但至少他已為企業概念的形成設定了條件（Orlando de Carvalho，一九六七年第一百三十六頁）。

以慣常、系統的方式進行整體商業行為要求有起碼的資源和組織；

換句話說，要求有一定的機構，這是Karl Wieland在觀察商法所調整的經濟生活後所提出的要求。企業的系統性存在意味著資金及勞動的使用目的是要獲得不確定的利潤。企業的商業性取決於根據一定的計劃而進行的經營，而該計劃使人們可以對經濟效果合理地進行計算。因此，在Wieland看來，商法正轉變為企業的專屬領域，或稱之為企業及企業交易法。

自二十世紀二十年代開始，商法的這一概念普遍為人所接受，一九四二年《民法典》中（第五卷）亦作出了規定。

然而，商法並不能成為企業法。這是因為，從經濟的觀點看，我們可以把企業稱之為一種資金和勞動的組織，其目的是為市場生產或提供資產或服務。很容易發現，企業包含二種基本要素：資金和勞動。如果商法不調整勞動這一企業的基本要素，就不能下結論。認為商法是企業法（Manuel Broseta Pont 著《商法教材》第九版，一九九一年，第五十九頁）。

為了使這一概念正確無誤，似乎所有規範企業的規定均應具有商業性質。然而，這是不現實的，因為商法並不介入企業內部的管理。企業內部的管理是由其他部門法律來調整的，如稅法、經濟公法、勞動法等（Ferrer Correia，一九七三年，第三十、三十一頁）。還有人認為，所有企業均應受商法的約束。這也是不對的：商法並非正如 Orlando de Carvalho所言（一九六七年第九十六頁第五十二項），規範企業的法律，但是由於其涉及企業，故它只能是商業企業的法律。

Joaquim Garrigues一開始就指出（《商法教程》，一九八七年第七版再版，Bogotá，第二十五頁），只有真正的商業機構（個體商人和公司的法律地位、財產、專利、標識和企業的保護，證券和交易所的運作）和本質屬於企業運行所必需的合同（保險、銀行合同、文件的買賣、代理、運輸、一般倉儲、寄宿合同等）才屬商法範疇。

另一方面，如認為商法即是企業法，勢必意味忽略了《商法典》傳統上所包括之領域及對商業交易的保護，例如證券，特別是公司票據（匯票）、本票和支票等這些進行集體商業活動的特殊方式（Ferrer Correia，一九七三年，前述數頁）。

因此，儘管企業，或稱商業機構，是商法的必不可少的核心內容，但正如 Orlando de Carvalho 所指出的那樣，它並未涵蓋商法所規範之領域，包括那些並非企業範疇所專有，但具有商業利益的機制、制度和活動。

新的《商法典》已超出了企業法範疇（其從來不是企業法），它應當是一部關於企業的法律。多年來，Orlando de Carvalho在其教學工作中便是如此認為（一九六七年第一百二十頁，一九七九年第二頁）。

如果考察一下今日商法所調整的經濟活動，我們便可發現其內容是圍繞三個基本要素而設立的：企業主、商業機構和企業。

商業企業主是指採用有組織的和職業化的方式，以自己的名義，自行或透過第三人從事經濟活動為市場提供或交換財產或服務的自然人或法人。商業企業主的特徵在於他是透過企業有組織地從事經濟活動，並將此作為職業。

自己創立企業、監管企業和承擔企業風險是商業企業主的特點。所謂自己創立企業，是指由其決定企業的成立，並負責組織和領導企業，當然亦可透過第三人進行。所謂企業風險，不僅是指由其負責企業經營過程中與第三人建立之關係，而且還包括企業主在法律上要以其全部財產承擔企業活動中產生之責任（Broseta Pont，一九九一年，第八十一頁；Orlando de Carvalho著《企業和企業邏輯》，科英布拉，一九九七年第十頁和第十一頁）。

商業機構是解釋商法特徵和依據的第二個要素。我們認為，商業機構是指從事商業、工業和服務活動的生產要素組織。由此可見，企業是企業主實現特定經濟活動的工具或機制（Orlando de Carvalho，一九九七年，前述頁數）。

從企業主所從事之經濟活動上看，企業是說明商法特徵和限定其內容的第三個要素。

此種活動既可從經濟的角度也可從法律角度來考察。從經濟角度看，企業主的活動是一種為市場提供或交換財產和服務的活動。從法律角度看，企業主的活動對商法之所以重要，是因為在從事職業活動過程中，其主體具有特殊的地位，並且使之具有特定的原則和制度；同時，此項經營活動體現為從事一系列行為以及與企業主產生關係之人在經濟活動中實施法律行為（Broseta Pont，一九九一年第六十二頁）。

為了使企業主透過企業經營的整體經濟活動成為可能，以及適當因應該活動本身之要求，在商法中出現了以下制度：1. 商業輔助制度，用以協助或支持企業主從事職業活動；2. 標識：特別是商業名稱和標誌、商標和商號，這些制度可以將商業企業主、其企業、其產品和服務區別開來及特定化；3. 對競爭的規範：符合自由經濟的憲法原則；4. 債權

證券：如本票、支票、貨單、一般倉儲寄托倉單，這一切不僅有利於特定的商業企業主之活動，而且還是彼等經營企業的條件；企業主透過企業進行外部經濟活動最主要地表現為其與其他企業主或消費者所訂立的合同上，而合同的數目和結果則取決於企業的經營是否成功（Broseta Pont，一九九一年，第六十二頁）。

4. 改革的基本思路

綜上所述，新的《商法典》應當首先對自然人或法人商業企業主（這一稱謂相對於傳統的商人概念，但它更側重於透過企業而從事的商業活動方面）作出規定；訂明其法律地位；成為商業企業主身份之條件，商業企業主的義務；同時對商號（取得、轉讓和消滅）、商業記帳、登記、資產負債表和帳目的提交、商業能力、配偶財產對商業活動中設定之債務的責任、商業企業主協助人的地位及商業代理等作出規定（Ferrer Correia 著《葡國商法改革的設想》，於《商法論文集》第三十三頁）。

商法還本應對商業公司作出規定。商業公司曾是一個獨立的法律草案規範的內容，但其通過恐怕還要等五年時間以上。商業公司法典草案中並未規定合作社公司，立法者在此作了特別選擇：即在《商法典》而不是在公司法典中保留合作社公司。這樣做從制度的連貫角度講是不妥的。

新的《商法典》應規範企業主賴以從事商事活動的工具：商業機構或企業。

在規範對企業或機構的權利時，應當接納學說中最為重要的理論，特別是在機構能否成為所有權問題上。此問題應以明確方式加以解決。對此學說已有闡述，法院的一些判決也為我們提供了信息，例如商業機構的返還，占有的可能性，對機構設定擔保，不交付情況下出質，抵押、對機構設定用益等。

未來的《商法典》還應建立企業的保護機制：如對企業有形及無形要求的保護，特別是在標識（商標已有專門法律作出了規範，企業名稱和標誌也被納入了工業產權法典的範疇，因此，儘管系統上講是正確的，但將此事納入未來的《商法典》似乎是不可能的；及對作為單位的企業或機構的保護）。

《商法典》或許還應對競爭問題作出規定，規範進行競爭的法律範圍，防止可能出現之濫用競爭，損害企業和消費者的利益。自由意味著責任。儘管經濟自由仍是商法所推舉的基本理念，但經濟自由同樣要求

健康的競爭，開展競爭不應扼殺企業（或某些企業）的經濟能力，損害整體經濟。因此，僅確認經濟自由的原則是不夠的，我們還應創造條件使之能夠實現及取得成果。

在規定競爭時，還應考慮到不正當競爭問題。第56/95/M號法令對這個問題已作出了規定。但是，從系統角度講，這個問題應在對競爭作出一般性規定之後作出規定（不正當競爭，儘管其方法不被接受，但仍是一種競爭形式）。一九四二年意大利《民法典》便是個例子。

另一方面，上述法令是專門規範商標的法律規範，不正當競爭由該法作出規定，與該法的性質不符，這是因為不正當競爭與侵犯商標權以及侵犯其他工業權毫無關係。這一點立法者本身在第56/95/M號法令第八十條的規定中亦作出了證實（José de Oliveira Ascensão 著《商法》，第二卷，“工業產權”，一九八八年，里斯本，第四十五頁，《工業產權法典草案和立法許可法》，RFDUL，一九九六年第六十九頁；西班牙學說對一九八八年《商標法》亦有相同的批評，該法在第八十七至八十九條規定了不正當競爭；見 Hermenegildo Baylos Corroza，《工業權論文集》，一九九三年 Civitas 第二版，第三百四十頁）。這樣規定的目的是保護商業活動過程中的道德和誠實，以及企業組織的價值。正如 Orlando de Carvalho 所指出的（一九九三／一九九四學年四年級商法強化課程學生筆記第三百四十一頁），在任何階段，“只要試圖破壞或減弱機構，未直接影響到其組織價值，但影響到其內部組織或外部形象的，均視為不正當競爭。因此，我們認為，在上述法令中規定不正當競爭是不妥的。在《工業產權法典》中規定不正當競爭也是傳統的作法”（José de Oliveira Ascensão，一九九五年第三十七、七十及以後數頁；Pierre Chavanne，Jean-Jaques Burst《工業產權法》，Précis Dalloz，一九九一年出版，第一頁）。Baylos Corroza認為，（一九九三年第三百三十三頁）“.....將不正當競爭規定在工業產權法中是完全錯誤的，之所以產生這一錯誤，是因為它認為一切不正當競爭行為均是對受侵害一方主體權利的侵害，而事實是，它只是沒有履行進行競爭所應遵守的法律規範和誠實風俗這一法律義務”。

《商法典》還應對以企業或機構為標的眾多的法律行為作出規定。正如 Orlando de Carvalho 所說，做到這一點恐怕還要等三十年。目前，商法（《商法典》第二十四條；《工業產權法典》第二十九條四、五、六款；第56/95/M號法令第六十六條；《都市不動產租賃制度》第八條第

三款和第一百零九條及其他數量可數的法律）對此事宜的規定，只是剛剛起步。然而，立法的迫切性確與日俱增。

在與企業有關的法律行為一章中，無論是對生前行為：確定轉讓行為（出售、交換、入股、贈與）和臨時轉讓行為（機構的出租，借用），還是對死後行為，均規定了當事人的權利和義務，特別是不競爭義務的範圍，即機構的轉讓人或主人，如是機構的享用臨時轉讓（用益權、機構出租）所承擔之義務。

在與機構有關的法律行為方面還有必要規定轉讓人 and 取得人的責任，以便轉讓人的債權人的利益受到適當保護，這是因為對於轉讓人的債權人來講，機構是實現其債權的最可靠的擔保。

法典第二部分，應對企業活動作出規定。企業的活動主要是透過與其他企業主及消費者簽訂合同來實現的，故此部分應對眾多的商業合同作出規定。各國《商法典》均規定有多種商業合同，但其中很多合同後來又為民法所調整，因而造成對相同的合同存在雙重規定。因此，對於上述合同，如果涉及的不是《民法典》的專門規定，那些保護企業賴以生存的商業利益的規則應由《商法典》作出規定。

另一方面，亦有必要將近百年來出現的反映商業生活新的表現形式的合同納入《商法典》。這主要是指那些與企業主息息相關的合同（如保險合同、銀行合同、文件的出售、承攬合同、一般企業合同等）。

未來《商法典》在規定合同時，應當考慮到合同的訂立事宜，即它涉及的是當事人協商訂立的或根據合同的一般條款訂立的合同。因此，在此事宜上應適用第17/92/M號法律所訂立的規則，儘管涉及的是企業主或企業主和消費者之間的合同。在企業主之間訂立的合同情況下，應當對上述法律的禁止範圍作出界定。這首先是因為，合同的當事人是可以運用多種方法對合同的內容達成一致的職業人員，其次也是因為，企業主之間對合同的一般條件毋需要求過嚴，這不同於有消費者的合同。

學說上一般認為：買賣合同，特別是那些所謂特別銷售，即採用標準模式（例如成本加保險費加運費、船上交貨、按重量出售、按樣本出售、跟單出售），或根據企業本身的銷售制度所容許而給予顧客信貸，例如以分期付款方式出售、或標準產品出售，而與按樣本出售有關的等等（G. Ferri，如上）。由於此種合同已在《民法典》中作了適當規定，故未來的《商法典》毋須再作出規定，或者說，目前《民法典》中所有與此種合同商業應用不符的規定，應加入未來的《商法典》內，如前面提到的特

別出售、供應合同(《商法典》第二百三十條第二款規定，但未作出規定；寄售合同(在零售交易中非常重要，特別是書商，但沒有任何特別規定)；行紀合同；承攬運輸行紀合同(《一八八八年商法典》與同期其他國家《商法典》不同，它沒有根據具體的合同對行紀進行區分，而只是強調行紀的標的是從事商業行為。但有關規定是以買賣行紀為前提。眾所周知，除了買賣行紀，最為重要的行紀是以貨物運輸合同為標的的行紀，似乎有必要規範這兩種無代理權，但亦不妨礙對其他合同的規定(類似德國《商法典》第四百零六條)：代辦商合同、商業特許合同、特許經營合同。

《商法典》同樣還設想應規定經紀合同和交易所合同，但這二種合同的前提是有證券交易所的存在，由於香港交易所的存在，澳門目前乃至未來可能均不會有交易所。因此此兩類合同不應在未來的《商法典》中作出規定。而現行《商法典》第477條及以後數條的回購合同的情況就應該不同了。該種合同一般與證券交易所存在有關，經常由銀行用作給予客戶貸款，而以之前獲轉讓的信用證的所有權作保證：銀行為了給予一項有保證的貸款，便購買與貸款數額相同的信用證，並同時以貸款的期限、貸款額加上有關利息，將該些信用證賣與出賣人／借用人(G. Ferri，一九九一年，第八百零七頁)。

一般人亦認為新《商法典》應對工業創作加以規範，例如專利准照、商標准照等，但這便代表要將對工業產權的規範加入《商法典》內，這正如上文提過，是值得質疑的。廣告合同、旅遊合同(旅舍住宿合同及與旅行社之間的合同)、運送合同、一般倉儲寄託、出版合同(這些合同一般涉及一間公司——出版社，亦將不會成為《商法典》規範的標的，而是由《著作權法典》規範)、泊車合同、銀行合同(存款、開立信貸、銀行預付、貼現、保管箱租賃、融資租賃、保理)。

以上列舉的是學說上一般認為應納入《商法典》內的合同(Fernando Sanchez Calero，一九八六年，第二百五十一頁；Joaquim Garrigues，一九八七年，第三十三頁；G. Ferri，一九九一年，第十三頁及第十四頁)，它們最終不會全數被納入新《商法典》內，但無論如何，都是值得將之納入的。

另一方面，亦有需要將擔保文書多樣化，因此，應趁機規範信託證與擔保、獨立擔保、浮動擔保。在保留商業質權及引入企業質權的同時，在擔保事宜上將會有更多選擇，信貸將會被有效保護，亦因而刺激了企業活動的發展。

在訂立合同這方面(而不止於此)，應考慮與我們相近的法律體系(尤其是意大利體系，對上述大部份的合同都有規範，就像一九六六年的《民法典》，在各類合同方面可見於意大利現行規定)，而只要可取，可參考鄰近地區的體系。

另一方面，在國際貿易方面，我們所面對的是統一商法的復興，其中由國際統一私法學會所開展的工作至為突出(《EDI示範法》、《國際保付代理公約》)，而由聯合國國際貿易法委員會(《聯合國國際貨物銷售合同公約》、《獨立擔保及備用信用證公約》)及國際商會的《國際貿易術語解釋通則》，或《跟單信用證統一慣例》亦同樣突出。

因此，這些實體所保護的工作成果亦應成為《商法典》考慮之列，它們在國際上形成的一個法律框架是各利害關係人共有的，因此推動了國際貿易。

未來法典對於這些工作不但應考慮到實際涉及的範疇(統一某些合同票據，尤其因為通常是關於不記名合同，例如特許經營、保理、獨立擔保)，而且應考慮到所建議的具體範疇，以便在法典內規範這些票據時，能遵守我們的傳統，不會造成很大的偏離。

另一方面，對這些票據的規範，將為包括外地人的投資者創造一個“友好的法律環境”，因為所建議的規範與現行的規範大致上相同，但同時亦消除單純殖民主義的法律習慣，就像在太平洋彼岸出現且受來自該處的企業家所樂用的新合同形式，與來源地的法律規定明顯相悖時，便參照國際公約的做法(例如特許經營)。

第三方面，應對債權證券作規範，並應引入其一般原理。雖然Vaz Serra已草擬了預備稿(“債權證券，載於《司法部學刊》，第60及61項)，但最終沒被納入一九六六年《民法典》內，理由是有關事宜將納入未來的《商法典》內(António Pereira de Almeida, “商法——債權證券”，AAFDL，一九八八年，第十三頁)。可以肯定的是，未來《商法典》在葡國並不適用。

另一方面，沒有任何法規代替了此份建議書，否則我們的法律體系肯定比歐洲其他國家早對該事宜立法。

因此，應重新採納Vaz Serra教授的上述建議，再以此為未來《商法典》擬定關於債權證券的一般規範。理由有二：第一，我們已簡略提過，由於它是對債權證券事宜的無可估計及寶貴的研究；第二，Vaz Serra教授的研究已公佈，因此得以填補(雖然只是部份)《商法典》改

革工作的其中一個重大及不可避免的缺陷：缺乏準備工作。由於提交草案的時間有限，徹底地中斷了準備工作的構想。

除了債權證券的一般原理外，未來法典亦應仿效法國立法者，納入現有有關匯票、本票及支票的統一法律。此舉更可避免追認國際公約問題，雖然不影響澳門加入國際公約。

未來《商法典》的倒數第二部份，應納入破產範疇的原則和規定（實質的破產法）。

破產事宜現時由《民事訴訟法典》規範，其靈感來自債權人的利益而進行清算（Vasco Soares da Veiga，“銀行法”，Almedina出版社，一九九四年，第二百九十一及以後數頁）；現在是適當時候對此進行評估，以便該範疇主要被理解為一個整頓可望繼續運作的企業的機制，而只是在無計可施下才清算財產。

最後是刑事規定：在法典的最後部份，納入具處罰性質的各項規定，尤其是反不正當競爭、公司刑法等。

這樣的結構，是基於一個基本概念，就是商業活動主要是專業人士的行為，因此正如Rodrigo Uria（一九九一年第十一頁）所言，它就象於一幅描述主體由開始活動至其結束的曲線圖。