

《澳門商法典》及商業銷售合同

賓托·蒙泰羅

António Pinto Monteiro

科英布拉大學法學院教授

澳門大學法學院訪問教授

1. 引言

《澳門商法典》草案中標題為「企業外部活動」的第三卷規範各類合同，當中包括銷售合同。

銷售合同實屬一廣泛而豐富的類別，在學說上仍有待確定。當中可以包括多種合同，大部份亦在法典草案中明確地羅列出來：這樣，粗略地在廣義上可分為：寄售合同、供應合同、行紀合同、代辦商合同、特許合同、特許經營合同及居間合同。

在踏出這步時，法典草案採取一種先鋒的態度，雖然在某些情況下，法典草案只重複闡述葡萄牙法的法律規定——如代辦商合同——但在其他情況下，草案敢於創新，大膽為合同作出規範——如特許合同和特許經營合同——這兩種合同（幾乎）絕對需要法定制度來作出規範（例外情況很明顯，如在比利時及巴西所規範的特許合同可作為例子）。

但法典草案所採取的態度並非冒險。雖然，在比較法中欠缺一些成文的規定，但草案曉得運用最精的學說及採用合理的解決方法。

以上我們羅列了多種法典草案第三卷所規範的合同，正如我們曾說，這些合同可歸納在銷售合同的範疇內：也只有透過這些獨特的種類，透過立法者為實現經濟目的及符合所涉及之實際利益而定出的法律制度，學說方能確定出銷售合同的類別。



在這個前提下，代辦商合同、特許合同以及特許經營合同因其重要性及現實情況，有非常凸顯的地位。我們將會專門去探討這些合同。當然，我們亦不會忽略其他合同，如行紀合同及居間合同。有這樣的安排亦係基於分類的原故。

經過第一部份對各種合同作出識別後，並在無法對法典草案中的所有法律制度作出分析的情況下，我們將把焦點集中在探討“終止”這一方面。這樣的安排亦係基於多方面的：首先，是因為“終止”具備不可爭議的重要性，接著是由於法典草案第673條及704條的準用使草案定出代辦商合同、特許合同及特許經營合同的共同制度，最後是因為“終止”規範了一個值得我們特別重視且非常感興趣的內容——因顧客而獲得之賠償。

2. 功能及特點

我們對銷售這一現象並不陌生。大家都知道（生產企業會更清楚），我們不僅需要生產而且更需要出售。所以對招攬顧客、占領市場和產品促銷的憂慮並不是剛剛出現的。但商業銷售，作為旨在由生產者把物或服務有償移轉到消費者身上的活動，在現今已有一種獨特的面貌。一般在商業上一直都是這樣。然而，事實上由於工業革命後，生產力的提高以及生產功能和銷售功能的分離使商業居間具有一種獨特的輪廓。銷售功能成為了專家的一種獨特功能，很多時候甚至不受法律的束縛，但透過緊密而穩定的合作關係始終跟生產者分不開。

因此，商業銷售包括居間人與合作者的業務，他們以有組織和協調的方式來開展業務，並成為生產者的縱向整體部份。總的來說，經濟的發展，一方面透過商業和工業的擴張，另一方面憑著隨之而引入的獨特性，促使貨品推出市場的新方式及不同的法律形式之出現——銷售合同，甚至商業銷售法律。

實際上，利用企業人員的力量去尋找遠離生產中心的新市場屬一種不合適且帶有很高成本和高風險的策略。

把人員調派到遠離總公司的地方或在該處設立子公司或分公司會帶來組織之開支及未知之結果，故企業選擇僱用當地人員，利用他們的組織、才幹及當地公眾對他們之信任。這樣便可避免一些固定開支——如組織的固定開支、薪金等等，同時，透過設在當地並熟悉當地公眾的居

間人的協助，占領新市場亦變得容易。

因此，企業合作者，即在經濟層面上的企業代理人迅速增長，他們享有法律自主，並負責謀求企業的利益，該等利益最終也是他們的個人利益，且他們的回報取決於所完成交易的數量。

體現這種合作（在原義上稱為經濟代理）的第一種形式先由源自古舊的“commenda”的行紀合同開始。但很快便進入另一種合作形式，一種較符合企業利益和因經濟發展而產生的形式：我們指的是代辦商合同。

與行紀人一樣，代辦商是獨立且自主的，它為企業節省組織上的費用，同時，其報酬亦是因應其所獲得的成果而計算。企業繼續享有使用當地人員的優越條件。但與行紀人不同之處在於通常係由企業來跟顧客訂立合同，代辦商僅局限於促進合同之訂立及招攬顧客。

除促進企業之法律行為之基本任務（憑著本身的本領、啟發出來的信任、與顧客建立的直接而私人的關係及當中所產生的忠誠聯繫），避免主要的設置開支及減低在新市場進行任何新構思而務必出現的風險外，代辦商還需履行一些對企業較為重要的補充功能，如：生產策略指導。事實上，代辦商憑著顧客反應、競爭研究等變成生產策略者提供資訊的最佳人選。

代辦商在法律上不代表企業，通常也不作出法律行為，但是在經濟層面上，他與企業合作，從自主和穩定的角度上，他幫助企業發展商業活動，就像企業的經濟代理人一樣。

雖然代辦商並非一個正式的企業代理人，然而，企業可授予他代理權。就是因為缺乏這些代理權，合同才顯得其實際的重要性，因企業繼續持有商業活動的控制權及領導權，由代辦商磋商而不對本人有約束的合同能否完成是企業決定的。

代辦商是一個自治的合作夥伴，法律上他並不從屬於企業，因此他不屬於受薪僱員或從屬僱主的純僱員身份。儘管其工作可越出企業範圍，而在這情況下他享有一定的活動自由（如流動售貨員），代辦商是站在法律行為者那邊但並不附屬於他，他本身也可以持有一家企業。

一些所謂售賣代辦商實質上並不是代辦商，以及一些總行的子公司或分公司又或（雖然獨立於總行）部門，即使被含糊地稱上代辦（例如：一些銀行代辦處），也並不是代辦商。最重要的是要調查每一個個案，看看想被當作代辦商的自然人或法人到底是否符合有關的要求：以

自主及固定方式透過合同取得回報。

在代辦商合同的所有要素之中最為凸顯的是代辦商為他人促使合同之訂立之義務（法典草案第 622 條）。這是這種合同的基本要素，這要素並不只局限於對貨品或服務進行廣告活動的工作。為他方促使法律行為之義務不僅包括開發市場和招攬顧客的工作（為本人的商品和服務進行推廣，為顧客提供目錄、樣品、價目表及其他資料），同樣包括跟有潛質的顧客著手進行協商並把協商而成的訂單和計劃書呈交本人。除此之外，還應提供有關市場情況、顧客的反應和競爭的狀況等資訊。

因此，包括整體複雜而多方面的事實行為，這些事實行為是為著和朝著特定目的而進行的：由代辦商負責促進和使顧客和本人之間的合同得以完成。然而，代辦商本身並不享有與顧客訂立合同的權力，除得到書面授予其這些權力外。

以上所談論的可使我們區分代辦合同和委託合同。委託合同旨在進行一個或多個法律行為之合同，而代辦合同則主要進行事實行為。即使代辦商被授予代理權，進行法律行為時也只不過在進行代辦商的附屬補充活動而已。

基於相同原因，也能區分代辦商合同和行紀合同（法典草案第 593 條）。行紀合同係一個沒有代理之委託合同，因此，再看上述關於委託合同時，也能區分代辦商合同。再講，倘若代辦商被賦予訂立法律行為之權力，他定會為本人、以本人之名義及以本人之利益促進合同之訂立，而行紀人則會為委託人以委託人之利益，但以其本身之名義促進合同之訂立。

最後，至於居間合同方面（法典草案第 708 條），它與代辦商有著共同的地方，兩者均作為中介角色，務求某法律行為能得以落實及完成。在這一點，居間人的工作與代辦商的工作很相似，雖然代辦商的工作也是居間工作，但遠遠超越居間範圍，故在多方面有別於居間人的工作。

居間人的基本義務是促成利害關係人進行法律行為，並甚少與自己完成該法律行為，僅把兩人拉近，為合同之訂立提供方便。居間人以無私及非從屬之方式為之，與任何一方立約人並沒有合作、從屬或代理之關係，其工作只局限於對某具體行為作出準備。相反，代辦商是為本人服務及進行有延續性之實質活動，與本人有長久之合作關係，而固定性則是代辦商合同之一個主要要素。

但由於經濟和工業綜合而多元化的發展，逼使其他針對特定目標之合作方式之出現，除代辦商合同外，它們的最終目的也是為產品之銷售提供方便。

經濟發展促使生產和銷售日趨分離。假如說代辦商工作是為促進企業之法律行為，而完成該行為之最終決定係由企業自己作出，那對商業特許合同來說則不然。

在這裏，雖然被特許人同樣被視為特許人之合作夥伴，但他係一個以自己名義及為自己買入再轉銷之獨立商人。他與特許企業之關係表現在為其履行多方面義務，這些義務，一方面主要讓企業能對銷售活動進行最起碼之監督，另一方面確保能為其出售某特定配額之產品。這監督在供應合同中並不存在（法典草案第 581 條）。

特許合同是令當事人之間產生一種綜合義務關係之框架合同（“Rahmenvertrag”），基於這種義務，其中一方（特許人）有義務把特定配額之產品出售予另一方（被特許人），而後者則向前者買入該配額之產品以便轉銷，並接納某特定義務（主要為有關組織、商業政策及為顧客提供指導等的義務）及接受特許人進行一定的監督和監察（法典草案第 657 條）。基於框架合同之故，商業特許合同建立起一種固定合作、內容繁多之關係，這關係在執行上令當事人之間能透過對將來合同之訂立讓特許人把被特許人有義務銷售之產品售予其以便轉銷。

雖然當事人之間穩定和合作之關係與代辦商合同有共通之處，然而，這是兩種不同的合同。因為被特許人是一名以自己名義為自己進行買入以便轉銷的商人，通常先獲得產品之所有權，然後再面對貿易風險，其回報是因應所獲取之利潤，即係向特許人買入產品之價格和轉銷予大眾之價格之間之差價。

為了能進一步在銷售階段進行干預，以使消費者深信所獲取之產品係直接來自製造商或其分公司，所以不久前便出現一種新的合同技術：特許經營合同。

如被特許人，被特許經營人是一名不從屬於特許經營人之銷售者，但在進行其銷售活動時，將會以特許經營人之企業形象為之。“特許經營等於特權”這句話令人聯想產品之貿易係生產者之權利或“無限特權”，並可將出售產品之特權授予其他人。被特許經營人需依從生產者的既定安排執行，出售產品時並以生產者之企業形象面對公眾。我們為一直沿用的語句能同樣在法典草案第 679 條中明確地被立法者所採用感到十分高興。

為著有關目的，被特許經營人被批准使用特許經營人之商標、名稱、徽號及其他商業標誌，而後者則向前者提供指導、科技知識、組織規則、貿易計劃和市場推廣等等。

這均為被特許經營人應嚴格遵守之一連串細則規定，且對所有被特許經營人而言都是一致的，目的是使特許經營人能監督被特許經營人之活動（儘管如此，後者依然保留不從屬於前者）及維護其產品及／或以其商標所提供之服務，以保護其形象及所生產之產品之形象。

總而言之，如被特許人，被特許經營人是一名以其名義為自己進行買入再轉銷之商人，並且承擔起貿易風險。通常也享有專利權，在該等情況下也存在向顧客提供指導之義務及受對方（特許人／特許經營人）在組織上之干預。

特許經營合同與代辦商合同之區別跟辨別代辦商合同與被特許合同並無兩樣。而最難區分的（最起碼實際上是這樣難區分的）是商業特許合同與特許經營合同之分別。它們之分別有以下幾方面：第一方面，特許經營人對被特許經營人活動之干預（指在其組織、製造計劃、出售方式和市場推廣政策等方面所作之干預）比在特許合同內所作之干預更顯得突出及繁複；第二方面，被特許經營人有義務使用特許經營人之商標及其他商業標誌進行貿易；第三方面，這些標誌之使用准照必須連帶提供“專門技術知識”、指導、市場方式及計劃、科技知識、關於市場推廣政策之方針及所使用之廣告工具等等；最後，通常在特許經營合同中，被特許經營人會因應商標之使用以及因取得知識及指導而獲得之利益作出回報金來支付：這些回報金原則是作為支付開始之費用（收取開始費用之權利），再加上其他定期支付之費用（“專利權使用費”）。

這樣，雖然它們擁有共同特徵，但它們也有明顯之分別，因此，“特許經營”是一種對生產者之縱向整合政策最適合及適宜之工具。這樣，可以肯定的是，特許經營合同在努力把生產者拉近銷售階段上，較特許合同更能踏出實質性的一步，以致更能干預銷售工作——監督及領導銷售工作但仍然作為非從屬之企業。

3. 合同之終止及因顧客而獲得之賠償

根據安排順序，現在讓我們來探討有關終止合同之規範。無論是代辦商合同、特許合同甚至特許經營合同，除了因當事人雙方約定而

終止合同外，還可因失效、單方終止或解除而終止合同（法典草案第645條及其隨後條文，第673條及其隨後條文以及第704條及其隨後條文）。

除基於失效性質外，以上任何終止合同之方式均應以書面為之，眾所周知，失效是因某事件之出現而引致自動終止合同效力，如以有期限合同為例，一旦超越期限，合同隨即自動失效。

至於單方終止，當然只局限於無期限之合同。這是一種透過接收及自由裁量意思表示而終止長久關係之典型方式。然而，根據合同之生效時間，還須遵守最起碼之期間。

未按提前通知時間而單方終止合同，有權獲得賠償；對代辦商而言，還可以選擇請求一筆按一定期間而計算之款項。如按提前通知之時間單方終止合同，提出單方終止合同之一方訂立合同人是合法作出的，除在一般規定出現權利濫用之情況外。

合同之解除是在法律以外以書面向他方作出，但與單方終止合同不同的是必須解釋理由。除此之外，須於知悉解除所依據之事實起一個月內為之，且應指出所依據之理由。

法例規定兩個解除之依據。第一個是指任何一方當事人不履行有關義務，只要願意承擔某特定金額，且不履行義務之嚴重性或重複性導致無法向他方要求維持合同關係。

另一個依據則較具客觀性，主要指不能向無法達成合同目的或嚴重妨礙達成合同目的之任何一方歸責之情況。在某程度上，跟當事人在一般規定下，由於異常情況之變遷而作出解除或變更合同之決定有相似之處。

在結束之前，我們簡單講述一個有關代辦商所具備的特殊性——因顧客而獲得之賠償。

這是代辦商在合同終止後應得之賠償。基於本人在合同終止後（無論以何種方式結束合同及獲得其他賠償）繼續受惠於代辦商所招攬或拓展之顧客。仿如一種由代辦商替本人提供“最有價值成果”而獲得之補償，這有賴代辦商因發展其活動以使本人在代辦商合同結束後繼續從該活動成果中獲益。

雖然有賠償之稱，但嚴格來說卻不是真正的賠償，因為它並不取決於代辦商所遭受損害之證據。所指的是代辦商為他方所提供之利益，這些利益在合同生效期間為共同享有的，而在合同結束後成為本人單方所

享有。嚴格而言，並不是要彌補代辦商所遭受之任何損害，主要由於前代辦商所進行之活動使他方繼續獲得利益而向前者作出之補償。儘管代辦商沒有遭受到損害，本人也存有得利，因此就能正當解釋補償之意（在德國稱之為“Ausgleichsanspruch”，這一詞比“賠償”——“Schadensersatz”用得較為恰當）。

至於由本人所獲取之利益，並不需要證明他曾獲取該利益，只要根據預測判斷證明將來可能獲得該利益就行了，儘管合同消滅，代辦商所招攬之顧客仍能與本人維持聯繫，並對本人帶來一個機會（Chance）。

另一方面，並不要求由本人親自直接經營市場，依吾之見，可由其他代辦商、被特許人及子公司等受惠。即使是間接透過中介人而受惠，最重要是本人繼續享用代辦商之活動。

要知道一旦被特許人及被特許經營人符合法律規定之必要條件時，可否在有關合同結束時同樣享有給予代辦商因顧客而獲得之賠償，這疑問在比較法中議論紛紛。

法典草案並沒有就有關此情況而訂立任何特別規定。然而，透過第673及704條所提及有關合同終止之規定，似乎一旦符合有關前提，也不排除對被特許人及被特許經營人適用因顧客而獲得之賠償。

我們一直都站在這一原則立場，而且葡國司法見解亦同樣採納這立場。與此同時，一直對這個問題有特別討論和分析的德國，其大部份學說和司法見解也持此態度。

但需要留意一些特別注意事項，尤其有關法典草案第653條第1款b項所指之前提。所以不僅顧客要由代辦商／被特許人／被特許經營人招攬（或由其中介人招攬以便大量增加貿易額），我們還必須知道本人／特許人／特許經營人在將來是否受惠及在什麼情況下因該顧客而受惠。

困難就在於這個地方。在代辦商合同，係由本人而並非代辦商來負責與顧客訂立合同，或由代辦商但為本人及以本人之名義為之；而在特許合同及特許經營合同，則相反，係由被特許人／被特許經營人以其名義及為自己與顧客訂立合同。因此，在第一個情況下，當合同終止時，顧客歸於本人；在第二個情況下則不同，所以欠奉一個因顧客而獲得之賠償之基本條件。簡而言之，儘管被特許人或被特許經營人曾招攬重要顧客，特許人、特許經營人在合同終止後也沒有法律途徑能從該顧客中得益。他們（顧客）是被特許人／被特許經營人的顧客而並非屬於特許人／特許經營人的。

基於這個原因，所以德國司法見解要求合同約束被特許人把顧客移轉予特許人。但後來這約束條件受到相當大的抨擊，皆因司法見解後來發覺，倘若在合同期間特許人能透過被特許人履行有關合同義務而得到顧客之資料，那麼，當特許人與被特許人之關係完結時，特許人便能取得顧客。

我們相信，合同結束後關注顧客命運之憂慮也能理解。這是一個我們應注意的基本情況，所以如果本人／特許人／特許經營人不能在將來直接受惠，因代辦商、被特許人／被特許經營人之過往活動而向其作出補償，這也是不合理的。因此，這是一個因顧客而獲得之賠償之法定要件。

但要關注上述之憂慮及使上述之法定要件得以履行，只要在合同結束時，特許人／特許經營人能有效地接觸由被特許人／被特許經營人所招攬之顧客，而該接觸並非由任何合同所規定之義務所引致（通常都存在這義務，這由於被特許人／被特許經營人所扮演的角色及應履行義務，尤其維護特許人／特許經營人之利益，這是這種合同的管理性質）。因此，確實存在能（繼續）使特許人／特許經營人享有固定客源及延續良好的客戶關係（《Kundenkontinuität》）。

