中國內地與澳門商事法律規則的特徵對比與銜接建議

馬哲

[摘要] 自《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》公佈以來，如何“在遵循憲法和澳門特別行政區基本法前提下，逐步構建民商事規則銜接澳門、接軌國際的制度體系”成為一項備受關注的重要工作。僅就商事法律規則而言，中國內地與澳門在立法體例、基本概念、具體規則設計、適用法律的文化等方面存在諸多差異，此雖為銜接工作帶來了一些困難，但並非沒有可能。在對內地和澳門的商事法律規則進行特徵對比後，本文認為，銜接內地與澳門的商事法律規則，應當分兩階段：第一階段是統一兩地的衝突法規範以消滅法律適用中的矛盾，但這顯然非長遠之計。長遠來看，即第二階段，應根據所涉及的事宜選用不同的銜接方式。

[關鍵詞] 深合區 商事規則銜接 內地與澳門 比較法 分階段 事宜導向

隨着中央和地方政府關於港澳、橫琴工作的多部文件中屢次提及粵澳民商事法律規則銜接這一工作目標，如何實現這一目標，成為近年來學者們研究的熱點問題。但是，中國內地和澳門各有不同的法律傳統和法律文化，在民商事領域也不例外，差異的存在使銜接的目標並不容易實現。本文將聚焦於商法領域，在分析兩地商事法律規則的特點並對兩者進行對比的基礎上，就如何實現規則銜接提出初步的建議。

一、澳門商法規則概述及主要特點

澳門採用的是民商分立的立法體例，在《民法典》之外另訂有獨立的《商法典》，後者自然成為澳門商法的最主要淵源。^①除了這一形式意義上的商法以外，澳門還有實質意義上的商法規則，即不以“商法”為名但實質上調整商業活動的法律規則，例如關於格式條款的單行法、^②信託法等。^③澳門《商法典》和其他實質意義上的商法規則如單行商法、《民法典》中適用於商事活動的規則等，共同組成了澳門商法。由於單行商法和其他法律文件中的商事規則比較分散，涉及廣泛，本文首先僅介紹澳門《商法典》，後文為與內地法律對比和服務於兩地規則銜接而有需要時，才提及特別商法。

作者簡介：馬哲，澳門大學法學院高級導師、中國—葡語國家司法法律研究中心副主任、法學博士。

^①《商法典》，<https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcomcn/>，2023年11月12日讀取。

^②指第17/92/M號法律《合約的一般條款》，https://bo.io.gov.mo/bo/i/92/39/lei17_cn.asp，2023年11月12日讀取。

^③指第15/2022號法律《信託法》，https://bo.io.gov.mo/bo/i/2022/46/lei15_cn.asp，2023年11月12日讀取。

要理解澳門《商法典》，首先需理解“商業企業”之概念。^①綜觀西方國家的法律發展歷史和比較法上的立法經驗，凡設置有獨立商法典的法域，將商法法典化的第一步都是尋找一個核心概念，圍繞於其將構建商法規則，使體系化的商法區別於一般私法。以德國為代表的法域的“商人”和以法國為代表的法域的“商行為”，發揮的就是商法法典化、體系化的核心概念的功能。^②以商行為主義商法典為例，商法典中首先界定“商行為”（l'acte de commerce）的概念，進而規範與商行為有關的規則，其他不落入此範圍的事宜，留在民法典中加以調整。澳門《商法典》採用比較法上最先進的理念，放棄傳統但各有弊端而備受批評的“商人”和“商行為”，轉而以“商業企業”為核心，構建其法典中的規則。澳門法中的“商業企業”指的是作為客體的商業企業，根據澳門《商法典》中的有關規定，作為該法典核心概念的“商業企業”，包含經營活動以及營業組織兩方面的含義。這使之完全不同於內地或台灣地區立法中的作為主體的“企業”，大致相當於內地和台灣法學理論中的“營業”概念。^③

圍繞“商業企業”這一核心概念，澳門《商法典》中的規則可分為四部分。

第一卷是關於商業企業經營的一般規則。該卷中首先定義了“商業企業主”、^④“商業企業”、^⑤“商行為”、^⑥“商事能力”^⑦這些基本概念，以劃定該法典的適用範圍。接着，立法者依次規定了商主體相對於一般的法律關係之主體而負有的四項特別義務，包括使用商業名稱、進行商業記帳、就須登記之行為作商業登記和提交帳目。^⑧然後，該卷中還涵蓋了經理制度、^⑨商業負債的承擔規則、^⑩生產商責任制度、^⑪以商業企業為客體的法律行為（轉讓、租賃）及以之為標的設置用益權和質權的制度、^⑫商主體之間的競爭規則（主要

^①澳門《商法典》序言，即核准商法典的第40/99/M號法令中指出：“本法典將商業企業確定為基本概念，並以此建立商業活動之整套新規則。除商業企業外，商業企業主此概念亦占有特別重要之地位。就重要性而言，此兩概念所扮演之角色與一八八八年之《商法典》之商行為及商人概念相同。在新法典中雖然仍存有商行為及商人概念，但該等概念已處於次要之層次。新法典在此方面亦跟隨了最現代之比較法之趨勢，從而使本地區立足於最現代化之商法體系之列。”

^②馬哲：〈比較法視野下我國商法體系的多元建構〉，陳潔主編，夏小雄、唐林堯副主編：《商法界論集》（第11卷），北京：中國金融出版社，2023年，頁119-142。

^③馬哲：〈歐陸及澳門商法中的“企業”概念〉，《蘇州大學學報（法學版）》（蘇州），第3期，2023年，頁12-26。

^④澳門《商法典》第1條（商業企業主）：“商業企業主為：a) 以自己名義，自行或透過第三人經營商業企業之一切自然人或法人；b) 公司。”

^⑤澳門《商法典》第2條（商業企業）：“一、商業企業係指以持續及營利交易為生產目的而從事經濟活動之生產要素之組織，尤其從事以下活動：a) 生產產品或提供服務之產業活動；b) 產品流通之中介活動；c) 運送活動；d) 銀行及保險活動；e) 上指活動之輔助活動。二、從事不能與活動主體分開之經濟活動之生產要素之組織，不視為商業企業。”

^⑥澳門《商法典》第3條（商行為）：“一、商行為係指：a) 法律視乎商業企業之需要而特別規範之行為，尤其本法典所規範之行為，以及類似行為；b) 因經營商業企業而作出之行為。二、商業企業主所作之行為，視為因經營企業而作出之行為，但該等行為及作出行為之情況顯示出有關行為並非因經營企業而作出者除外。”

^⑦澳門《商法典》第5-8條。

^⑧澳門《商法典》第12條（商業企業主之特別義務）：“商業企業主之特別義務為：a) 採用一商業名稱；b) 作出商業記帳；c) 就須登記之行為作商業登記；d) 提交帳目。”之後澳門《商法典》第一卷第二、三、四、五編分別是對上述四項義務的具體描述。

^⑨澳門《商法典》第一卷第六編，第64-80條。

^⑩澳門《商法典》第一卷第七編，第81-84條。相比於民法中的一般規定，這組規則尤其注重保護債權人的利益。

^⑪澳門《商法典》第一卷第八編，第85-94條。這組規則大體上遵循的是歐盟指令中的有關規定，即1985年7月25日第85/374號指令。

^⑫澳門《商法典》第一卷第九編，第95-152條。這是澳門《商法典》中非常具有創新性的一組制度，在比較法上處於較領先的地位，正如法典序言中所指出的：“本法典以創新方式對商業企業及以商業企業作為標的之法律行為，加以特別規範，訂定了對企業之所有權，關於此所有權，不應將之縮減為使有關主體得以處分在各時刻構成企業之全部及每一財產之各項權利，亦不應將之與此等權利混淆。”

是反不正當競爭規則)等。^①

在設計第一卷中的規則時，立法者是以自然人商業企業主經營商業企業的情形為模板進行規範的。到了第二卷，立法者考慮的是以合營或合作方式經營商業企業的情況。為共同進行商業活動，商人們可以採取兩種方式：其一是以組成具有獨立法律人格的新的組織體的方式，其二是以訂立合同的方式約定合作的細節。對於前者，澳門《商法典》中規定了公司和經濟利益集團兩種組織體，並分別規範其治理和運作規則。^②對於後者，該法典中規定了合作經營合同^③和隱名合夥合同^④兩類形式。

不難理解，雖然該卷實質包含了四種以法人或合同方式合營和合作的形式，但關於公司設立、運作和治理的規則佔據着該卷的絕大部分篇幅。根據澳門《商法典》第174條，澳門法接納的公司類型有四種，分別是無限公司、兩合公司（包括一般兩合公司和股份兩合公司）、有限公司（包括一人公司）和股份有限公司。澳門《商法典》中的公司法規則大體分為兩部分，前半部分是適用於各種類型公司的一般規則，後半部分是分別針對各種不同類型公司設置的特殊規則。

第三卷題為“企業外部活動”，更具體地說，該卷規範的是商主體在經營過程中所進行的外部活動，這尤其是通過訂立各類合同完成的活動，所以第三卷的主要內容其實就是各類商業合同。具體來說，澳門《商法典》中列舉的有名、典型商事合同包括：寄售合同、^⑤供應合同、^⑥行紀合同、^⑦承攬運送合同、^⑧代辦商合同、^⑨商業特許合同、^⑩特許經營合同、^⑪

^①澳門《商法典》第一卷第十編，第153—173條。在商法典中規範競爭法，在比較法上並不是一種常見的做法。這種略顯獨特的處理方法受到一些學者的讚譽，例如蔣大興教授曾經指出，澳門地區以商法典調整競爭關係是一種極有實踐理性的法典化技術，可惜在學術研究中卻常常被忽略，見蔣大興：〈《商法通則》／《商法典》的可能空間？——再論商法與民法規範內容的差異性〉，《比較法研究》（北京），第5期，2018年，頁57。

^②關於公司的規定，見於澳門《商法典》第二卷第一編，第174—488條；關於經濟利益集團的規定，見於澳門《商法典》第二卷第二編，第489—527條。根據澳門《商法典》第489條，經濟利益集團是“兩個或兩個以上商業企業主得在不影響其法人資格之情況下組成”的，目的是“促進或發展彼等之經濟活動，又或改善或擴展彼等之經濟活動之成果”。

^③關於合作經營合同的規定，見於澳門《商法典》第二卷第三編，第528—550條。根據澳門《商法典》第528條，合作經營係指“兩個或兩個以上從事經濟活動之自然人或法人互約承擔作出某種活動或出資之義務，以實現下條所指任一標的之合同”。另根據第529條，合作經營合同服務於下列標的：“a) 作出事實行為或法律行為，以準備某特定工程或某持續活動；b) 實施某特定工程；c) 向第三人提供各合作經營成員所生產之相同或補充之產品；d) 自然資源之勘探或開發；e) 生產合作經營成員得以實物進行分配之產品。”

^④關於隱名合夥合同的規定，見於澳門《商法典》第二卷第四編，第551—562條。根據澳門《商法典》第551條第1款：“隱名合夥合同係指：一人與由他人經營之商業企業合夥，而前者分享後者因經營商業企業所生之盈餘及分擔其所生之虧損之合同。”

^⑤澳門《商法典》第578條：“寄售合同係指當事人一方將一個或多個動產交付他方，而他方於約定期間內不將之返還時，須支付有關價金之合同。”

^⑥澳門《商法典》第581條：“供應合同係指當事人一方有義務定期或持續將物供應予他方以取得價金之合同。”

^⑦澳門《商法典》第593條：“行紀合同係指商業企業主有義務以自己名義為他人將物買入或出售以取得回報之委託合同。”

^⑧澳門《商法典》第616條：“承攬運送合同，係指商業企業主有義務以自己名義為委託人訂立物品運送合同，並完成有關附屬事項之委託合同。”

^⑨澳門《商法典》第622條第1款：“代辦商合同係指當事人一方有義務以自主及固定方式為他方促使合同之訂立以取得回報之合同，在合同內，後者得為前者確定一定區域或一定組別之顧客。”

^⑩澳門《商法典》第657條第1款：“商業特許係指當事人一方有義務以固定方式於一定區域內以自己名義及為自己買入及轉銷由他方當事人生產或銷售之產品，並接受他方當事人監察之合同。”

^⑪澳門《商法典》第679條：“特許經營合同係指當事人一方特許他方有權以固定方式在一定區域按前者之專有技術及技術指導，以前者之企業形象生產及／或銷售一定產品或服務，從而取得直接或間接回報，且須接受前者監督之合同。”

居間合同、^①廣告合同、^②運送合同、^③一般倉儲寄託、^④旅舍住宿合同、^⑤交互計算合同、^⑥回購合同、^⑦銀行合同、擔保合同、保險合同。

其中，銀行合同、擔保合同、保險合同部分所佔篇幅最大。在銀行合同部分，澳門《商法典》又具體規定了銀行寄存、^⑧保管箱租賃、^⑨銀行信貸之開立、^⑩銀行預付、^⑪往來帳戶中之銀行運作、^⑫銀行貼現、^⑬保理合同^⑭以及融資租賃合同。^⑮對於擔保合同，澳門《商法典》則具體列舉了商業質權、^⑯信託讓與擔保、^⑰浮動擔保^⑱以及獨立擔保^⑲四種合同類型。對於保險合同，^⑳澳門《商法典》並沒有窮盡規範市場上所有類型的保險合同，而僅設置了關

^①澳門《商法典》第 708 條及以下沒有定義何為“居間合同”，而在第 708 條中將“居間人”定義為“充當兩個或兩個以上利害關係人之媒介以訂立法律行為，但與彼等無任何合作、從屬或代理之法律關係之人”，由此可以推知，居間合同是居間人充當兩個或兩個以上利害關係人之間的媒介而在彼等之間訂立的合同。

^②澳門《商法典》第 720 條第 1 款：“廣告合同係指當事人一方有義務設計、製作及發布他方之廣告，以取得回報之合同。”

^③澳門《商法典》第 749 條：“運送合同係指一方有義務將旅客或物品從一地運送至另一地以取得回報之合同。”

^④澳門《商法典》第 779 條：“一般倉儲寄託係指對貨物作出保管及保存，而有關貨物係用作擔保可依法背書轉讓之證券。”

^⑤澳門《商法典》第 798 條：“旅舍住宿合同係指，當事人一方有義務向他方提供連膳食或不連膳食、相當方便舒適之住宿及其他固有服務，以取得回報之合同。”

^⑥澳門《商法典》第 820 條第 1 款：“交互計算合同係指雙方當事人有義務將相互交付所生之債權及債務金額記入帳戶，且在帳戶決算前將該等金額視為不可請求支付亦不可處分之合同。”

^⑦澳門《商法典》第 831 條：“回購合同係指出賣人透過一定價金將某種債權證券之所有權轉移予買受人，而買受人有義務於約定期限屆滿時將同一種類及數量之證券之所有權轉移予出賣人，以取得可按約定增減之價金之合同。”

^⑧澳門《商法典》第 840 條：“銀行寄存係指一人將一定款項或有價動產交付銀行保管並於提出要求時由銀行向其返還之合同。”

^⑨澳門《商法典》沒有通過一個明確的定義描述此類合同，但顧名思義，此指銀行將保險箱出租給顧客有償使用的合同，具體規則見第 844 條及以下。

^⑩澳門《商法典》第 850 條：“銀行信貸之開立，係指銀行有義務於一定期間內向他方提供一定款額，而他方有義務支付約定之手續費，以及按實際使用之信貸，償還銀行貸款及有關利息之合同。”

^⑪澳門《商法典》第 854 條：“銀行預付係指，銀行有義務在一定期限內，按對方當事人或第三人向其設定之質權之價值，將相應款項提供予對方當事人使用之合同。”

^⑫這是指銀行與開戶人之間存在往來帳戶的情況，根據澳門《商法典》第 860 條的：“如存款、貸款之開立或銀行運作係以往來帳戶形式進行，往來帳戶開戶人得隨時處分屬其債權之全部或部分款項，但須遵守倘有之提前通知之期間。”

^⑬澳門《商法典》第 866 條：“貼現係指銀行透過客戶之債權之讓與，以兌現為條件，在扣除利息後向客戶預付未到期之第三人債權款項之合同。”

^⑭澳門《商法典》第 869 條：“保理係指，一方當事人為取得回報有義務管理他方因經營企業所生之現有或將來之債權及收取債款，並向其預付該等款項或承擔債務人不清償債務之全部或部分風險之合同。”

^⑮澳門《商法典》第 889 條：“融資租賃為一合同，據此，當事人一方有義務將一物供他方暫時享益而收取回報，該物係從承租人本人或按承租人之指示從第三人取得，或按該承租人之指示建造，而該承租人在約定期間屆滿後，得以合同上已確定之價金或可透過合同訂定之準則之單純適用而確定之價金，購買該物。”

^⑯根據澳門《商法典》第 911 條及以下的規定，商業質權與民法中所規範的一般質權的區別在於，前者所擔保的必然是因經營企業而生之債務。商業質權的一個重要特徵是，它可能不伴隨質物的交付，對此澳門《商法典》第 912 條：“一、商業質權得以附隨或不附隨交付質權物之方式設定。二、商業質權之設定僅於以用於經營企業之財產為標的時，方得以不附隨交付之方式作出。三、商業質權之設定如以為經營企業所不可或缺之財產為標的，必須以不附隨交付之方式作出。”

^⑰澳門《商法典》第 917 條第 1 款：“信託讓與擔保將被讓與動產之可解除之所有權及占有轉移予債權人，該轉移得附隨或不附隨被讓與動產之實際交付，而債務人轉為該動產之持有人及受寄人，並須承擔法律所規定之責任及負擔。”

^⑱澳門《商法典》第 928 條第 1 款：“浮動擔保係指以不動產以外之全部或部分已用作或將用作經營企業之財產為標的之擔保，其效力處於中止狀態，直至發生法律或合同所規定之依據後債權人促使擔保結晶為止。”

^⑲澳門《商法典》第 942 條：“獨立擔保係指一方當事人有義務於發生一定風險或事件後，他方當事人提出清償確定或可確定之款項之請求時，立即作出清償之合同，該請求得附隨或不附隨與債務有關之文件。”

^⑳澳門《商法典》第 962 條：“保險合同係指保險人對於因承保標的之可能發生之事件發生而對被保險人所造成之損害按約定之限額承擔賠償或支付合同所定之保險金、定期金或其他給付之責任，以作為他方支付保險費之回報之合同。”

於損害保險（包括火災保險、信用保險和民事責任保險）、人身保險（包括人壽保險以及人身意外保險及疾病保險）和集體保險^①的一般規則，對各種具體類型的保險合同，可能另有專門法律規範，而補充適用法典中的一般規範。^②需說明的是，澳門《商法典》中關於銀行合同和保險合同的規定只是其銀行法或保險法的其中一個組成部分，澳門另有專門的法律制度規制和監管銀行和保險市場。^③

另需說明的是，澳門《商法典》第三卷僅僅涵蓋了澳門合同法的一部分，並非全部：澳門《民法典》關於債法的一卷中也用大量篇幅規範合同，而且其中規範的是比商事合同更常見的一些種類；^④澳門親屬法和繼承法中也有關於合同的規定；^⑤澳門行政法中則規範行政合同；^⑥等等。與民事合同相比，澳門《商法典》中的商事合同具有一些特殊性，這主要是由經營活動的特點所導致的。根據澳門《商法典》第2條，經營商業企業的活動具有持續性和營利性，^⑦這是商事活動區別於民事活動的最重要的特點，也是商事合同區分於民事合同的關鍵之處。例如，立法者預想的買賣合同是以“一錘子買賣”為模板的，所以將之置於澳門《民法典》之中，而如果相同的買方和賣方之間反覆、持續地進行交易，則可能構成澳門《商法典》中規範的供應合同，適用該法典中的規範調整，再補充適用民法中關於有償法律行為的一般規範。^⑧類似的例子又如，澳門《民法典》中規定有債權之讓與合同，而如果有金融機構長期以取得債權並管理、收取，同時兼有融資、擔保等功能的話，此時債權讓與人跟作為取得人的金融機構之間的關係就不再是一般的債權之讓與合同，而構成澳門《商法典》中規範的保理合同，補充適用民法中關於債權之讓與的一般規定。^⑨

^①澳門《商法典》第1060條第1款：“集體保險係指投保人為使符合合同所定條件之一組人參與而訂立之合同，其目的尤其為承保人之生命存續期之風險、影響身體完整性之風險或與妊娠有關之風險、無工作能力、殘廢及失業之風險。”

^②澳門《商法典》第963條：“各種保險合同受按其性質而特別適用之法律規定及本編中與該等法律規定無抵觸之規定規範。”保險業的其他法例，包括規範一些具體保險合同類型的法例，可見澳門特別行政區政府金融管理局：〈保險業之主要監管法例列表〉，<https://www.amcm.gov.mo/zh-hant/insurance-sector/regulatory-guidelines?type=key-regulatory-legislation>，2023年11月14日讀取。

^③前者見第13/2023號法律《金融體系法律制度》，https://bo.io.gov.mo/bo/i/2023/33/lei13_cn.asp，2023年11月12日讀取。後者見透過第229/2020號行政長官批示重新公佈、經第21/2020號法律修改的第27/97/M號法令《保險業務法律制度》，https://bo.io.gov.mo/bo/i/97/26/declei27_cn.asp，2023年11月14日讀取。

^④見澳門《民法典》第二卷第二編“各種合同”，即第865條及以下，其中規範了買賣、贈與、租賃、使用借貸、消費借貸、勞動、提供勞務、委任、寄託、承攬、永久定期金、終身定期金、賭博及打賭、和解等典型合同。除了“各種合同”——即合同法分則——部分有列舉若干合同類型以外，債法總論部分也有關於合同的規定，例如，澳門《民法典》第571條第1款規定：“不論債務人同意與否，債權人均得將部分或全部債權讓與第三人，但該讓與須不為法律規定或當事人約定所禁止，且有關債權非屬因給付本身性質而不可與債權人本人分離者。”這一定義表明，債權之讓與行為，其性質亦為合同。

^⑤例如，澳門《民法典》第1473條：“男女雙方所訂立之承諾締結婚姻之合同，既不賦予任何一方要求締結婚姻之權利，亦不賦予任何一方在合同不被履行時，要求施以任何處罰或收取非屬第一千四百七十六條所規定之其他損害賠償之權利，即使有關處罰或賠償係由違約金條款產生者亦然。”

^⑥見第57/99/M號法令《行政程序法典》第四部分第四章，第165條及以下。根據該法典第165條：“一、行政合同為一合意，基於此合意而設定、變更或消滅一行政法律關係。二、行政合同尤其包括下列者：a) 公共工程承攬合同；b) 公共工程特許合同；c) 公共事業特許合同；d) 博彩經營特許合同；e) 繼續供應合同；f) 為直接公益提供勞務之合同。”

^⑦澳門《商法典》第2條（商業企業）：“一、商業企業係指以持續及營利交易為生產目的而從事經濟活動之生產要素之組織，尤其從事以下活動：a) 生產產品或提供服務之產業活動；b) 產品流通之中介活動；c) 運送活動；d) 銀行及保險活動；e) 上指活動之輔助活動。二、從事不能與活動主體分開之經濟活動之生產要素之組織，不視為商業企業。”

^⑧參見例如澳門《商法典》第592條：“規範單一給付之合同之規定如與以上各條無抵觸，則適用於供應合同。”

^⑨參見例如澳門《商法典》第870條：“《民法典》關於債權讓與之規定中與本章無抵觸者，適用於保理合同。”

值得注意的是，上述澳門法上民事合同和商事合同的區分絕不僅僅表現於形式，不僅僅是立法位置上的不同。一旦界定某交易是民事行為抑或商事行為，可能適用不同甚至相反的規則。例如，根據澳門《民法典》第 506 條的規定，多數人之債，如非法律規定為連帶之債的情況，則以非為連帶之債為原則，除非當事人約定該債之關係為連帶。但是，澳門《商法典》就商業活動中的多數人之債作出了相反的規定：該法典第 567 條規定，如果多數人之債是因經營企業的活動而產生的，則原則上債務人之間承擔連帶責任，除非當事人約定排除連帶責任制度的適用。類似這般的一組表徵商事合同之特殊性的規則，規定在澳門《商法典》第三卷第一編之中，在列舉上述典型合同之前。^①

最後，澳門《商法典》第四卷規定的是債權證券。這一部分與“商業企業”的關係在於，商法典的立法者在進行制度設計的時候預計，商主體在經營過程中，為實現支付、信用擔保等目的，可能需要經常使用債權證券，故在商法典中包含其規則，雖然實踐當中債權證券也大量在非商業活動、非商主體之間使用。這也與澳門《商法典》定義“商行為”的方式有關：根據法典第 3 條，主觀商行為和客觀商行為都是商行為。前者指商主體為經營而作出的行為，後者指立法者考慮商主體經營需要而在商法中特別加以規範的行為。兩者通常都是交叉的，但也存在一般民事主體使用債權證券、甚至訂立商事合同這種不為主觀商行為僅為客觀商行為的行為，對該等行為，仍然適用商法中的規定。^②具體而言，第四卷分為兩大部分，前半部分是關於債權證券的一般規則，適用於各種符合該法典定義的債權證券：在一般規定之後，依次規定了無記名式、指示式和記名式債權證券的一般規則。^③後半部分題為“特別債權證券”，實質上就是匯票、本票、支票三種具體的債權證券的使用規則，也就是內地和台灣地區所稱的“票據法”。澳門《商法典》中關於票據的這部分規則完全採納了兩部日內瓦公約中的內容，^④而內地票據法也參照了公約內容，所以相比於其他法律部門，兩地票據法是最為接近的。

^①又如，不同於民法中的保證人享有檢索抗辯權（澳門《民法典》第 634 條第 1 款：“債權人已盡索債務人之所有財產而未能滿足其債權時，保證人無權拒絕履行債務。”），澳門《商法典》第 568 條：“商業債務之擔保人，即使並非商業企業主，亦須與債務人負連帶責任。”又如，不同於民法中規定，遲延利息通常按法定利率水平計算（澳門《民法典》第 795 條：“一、在金錢之債中，損害賠償相當於自構成遲延之日起計之利息。二、應付利息為法定利息；但在遲延前之應付利息高於法定利息或當事人訂定之遲延利息不同於法定利息者除外。……”），澳門《商法典》第 569 條規定：“一、商業利率為法定利率，但不影響關於確定利率之方式及利率變動之其他書面約定之適用。二、如債務人遲延償付商業性質之債，則上款所定之利率須另加 2% 附加利率，但不影響特別法之規定之適用。”此處所例舉的幾條規定的共同特點是加強了對商業活動中的債權人的保護，這是澳門商法所秉承的一項重要精神和原則。

^②澳門《商法典》第 3 條（商行為）：“一、商行為係指：a) 法律視乎商業企業之需要而特別規範之行為，尤其本法典所規範之行為，以及類似行為；b) 因經營商業企業而作出之行為。二、商業企業主所作之行為，視為因經營企業而作出之行為，但該等行為及作出行為之情況顯示出有關行為並非因經營企業而作出者除外。”

^③澳門《商法典》第 1065 條（無記名式證券、指示式證券及記名式證券）：“一、無記名式證券係指法律視為無記名式證券之證券，或按證券上之文義或款式，得明確推定為應向持票人作出給付之證券。二、指示式證券係指在證券上指定債權人且具有指定條款，或法律視為指示式證券之證券。三、記名式證券係指在證券上及簽發人之登記中載明債權人，但非以指示式證券方式簽發，且法律不視為指示式證券之證券。”

^④第 40/99/M 號法令第 4 條：“一、公布於一九六零年二月八日第六期《政府公報》副刊、制定《統一匯票本票法》之一九三零年六月七日日內瓦公約，納入《商法典》成為其第一千一百三十四條至一千二百一十一條。二、公布於一九六零年二月八日第六期《政府公報》副刊、制定《統一支票法》之一九三一年三月十九日日內瓦公約，納入《商法典》成為其第一千二百一十二條至第一千二百六十八條。”

概言之，澳門《商法典》圍繞“商業企業”這一核心概念而構建。法典第一卷是關於經營商業企業的一般規則，包括商業名稱、經理、商業企業之轉讓等制度。法典第二卷是合營或合作方式經營商業企業的規則，主要內容是公司法律制度。第三卷是為經營企業而進行的典型的外部活動，即商事合同。最後第四部分介紹了在經營過程中可能會經常使用的信用、擔保和支付工具——債權證券。這些就是澳門《商法典》的主要內容。

二、內地商法規則概述及主要特點：以與澳門法的對比為綱

反觀內地。首先，與澳門商法對比，內地商法的一個最為顯著的特點是並不擁有一部名為“商法”的法律，既沒有“商法典”，也沒有名為“商法通則”、“商法總則”或“商事通則”等等的商法一般法。這是因為，不同於澳門遵循歐洲大陸諸國採用的是民商分立的立法體例的傳統，中國自清末民初進行法律西方化、現代化的嘗試時，便一直偏好民商合一的立法體例。這在中國台灣地區的“民法”和新近頒佈的《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《中國民法典》）中都有體現。《中國民法典》中規範營利法人以及在合同卷中規範若干種典型的商事合同的做法，都表明這是一部典型的民商合一的法典。

鑑於《中國民法典》非常年輕，在短時間進行大範圍修改幾無可能，學者們深知另立獨立的“商法典”幾乎是不可能的，因此連商法學界自身的主流觀點也不提倡商法的法典化。但是，很多商法學者普遍呼籲制定商事一般法，在其中安置商業名稱、商業登記、營業轉讓等問題。雖然這已經幾乎成為商法學界的普遍觀點，但至今中國國家立法機關尚未在立法規劃中提及這一工作。總之，在可預見的一定時期內，預計內地商法的主要框架不會發生改變：欠缺商法典或商事一般法，而由分散着的若干部單行商事法律以及不同法律中的商事規則組成。至於哪些單行法應被視為內地商法的組成部分，並沒有一個規範的標準，筆者參考中國法制出版社2022年3月出版的《商法：實用版法規專輯（新7版）》，認為其中囊括的法律或其他規範性文件是內地商法的主要淵源，包括：

《中華人民共和國公司法》

《中華人民共和國合夥企業法》

《中華人民共和國個人獨資企業法》

《中華人民共和國外商投資法》

《中華人民共和國外商投資法實施條例》

《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國外商投資法〉若干問題的解釋》

《最高人民法院關於審理外商投資企業糾紛案件若干問題的規定（一）》

《優化營商環境條例》

《個體工商戶條例》

《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定（一）》

《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定（二）》
《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定（三）》
《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定（四）》
《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國公司法〉若干問題的規定（五）》
《中華人民共和國市場主體登記管理條例》
《企業名稱登記管理規定》
《中華人民共和國反壟斷法》
《中華人民共和國反不正當競爭法》
《中華人民共和國證券法》
《最高人民法院關於審理證券市場虛假陳述侵權民事賠償案件的若干規定》
《中華人民共和國票據法》
《中華人民共和國企業破產法》
《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國企業破產法〉若干問題的規定（一）》
《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國企業破產法〉若干問題的規定（二）》
《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國企業破產法〉若干問題的規定（三）》
《最高人民法院關於破產企業國有劃撥土地使用權應否列入破產財產等問題的批覆》

具體而言，與澳門商法相比，內地商法具有如下特點：

第一，由於欠缺商法典和商事一般法，內地的法律體系中並無對商主體、商行為、商事能力、營業等基本概念的定義，這導致在商事特別法中對某些問題的討論根本沒有根基可言。例如，目前中國商法學界熱議個人破產法的立法，立法者、學者和實務工作者們關心的其中一個問題就是要不要在適用個人破產法時區分經營者和消費者。^①以德國為例，德國制定有統一適用於各種類型的破產人的破產程序，在此基礎上，有一章節為消費者設置了一組特殊規則。但這一特殊處理建立在德國《民法典》和德國《商法典》中有對商人、經營者和消費者作出定義的基礎上。^②反觀內地，在並無任何一部基礎性法律對民事和商事主體進行區分、對經營者和消費者進行區分，在此情況下，即使個人破產法的立法者想要區分設計規則，在具體適用的時候也會面對極大困難。

又例如，內地並無基礎性法律對“營業”進行定義，也無確立營業轉讓制度，但《反壟斷法》和《企業破產法》中卻提及了營業之轉讓的情況，^③學者考據發現，這是兩部法律

^①殷慧芬：〈論自然人破產法的適用主體〉，《南大法學》（南京），第3期，2021年，頁106—117。

^②分別見德國《商法典》第1條第1款以及德國《民法典》第14條和第13條。

^③《企業破產法》第69條：“管理人實施下列行為，應當及時報告債權人委員會：……（三）全部庫存或者營業的轉讓；……。”《反壟斷法》第48條：“經營者違反本法規定實施集中的，由國務院反壟斷執法機構責令停止實施集中、限期處分股份或者資產、限期轉讓營業以及採取其他必要措施恢復到集中前的狀態，可以處五十萬元以下的罰款。”

的立法者在移植國外法律時的無意識的結果，他們本身並無意願、也無權限在中國一般性地引入營業及營業轉讓概念。^①不在商法一般法中界定甚麼是營業、甚麼是營業轉讓，卻在商法單行法中規定當發生營業之轉讓時的規則，也給兩部法律的適用帶來了不確定性。這些問題在強調體系化的澳門法中並不存在。

第二，根據包括澳門在內的比較法上的一般做法，商法典的總論部分通常都會包含關於商業名稱、商業登記等的一般規則。在中國內地，由於欠缺商法典和商事一般法，立法者也沒有制定專門的法律調整該等事宜，它們是通過國務院頒佈的行政法規來調整的，即《企業名稱登記管理規定》^②和《中華人民共和國市場主體登記管理條例》。^③這導致內地的企業名稱登記和商業主體登記有較強的行政管理色彩（主要由國務院市場監督管理部門負責），在國際化的營商環境評價體系中其評分和排名可能會受影響。而澳門在基礎性法律中對該等事宜作出安排，雖然具體規則設計並不必然優於國務院的管理條例，但在形式上確實更符合建設優質營商環境的要求。另一個與此相關的特點是，澳門商法的淵源主要是其商法典和其他單行法，但在內地，除了法律和行政法規以外，法院的司法解釋例如前述圍繞公司法、破產法的多部司法解釋，甚至其他指導性文件例如最高人民法院《全國法院民商事審判工作會議紀要》（法〔2019〕254號），也是商業活動中定分止爭的重要依據。

第三，雖然營業轉讓的實踐在中國內地居民和公司的經營和生活中大量存在，在司法實踐中引發了大量案件，但在中國內地法律體系中並不存在統一的營業轉讓制度。^④在描述這一現象時，內地現行的一些規範性文件（包括司法解釋）使用了不同的概念，有的使用“企業產權的轉讓”，有的使用“企業的出售”，還有的使用“資產的出售”，它們都不是嚴格意義上的法律概念，內涵和外延不明確，也無堅實的法理基礎，該等規範的立法層次也很低。^⑤此外，這些關於企業／營業轉讓的行政法規、部門規章和司法解釋都有特定的歷史背景和特殊的歷史使命，主要服務於國企改革過程中對國有資產進行保護的目的，對商事活動不具有普遍意義，進一步而言，有些規範性文件年代久遠，也無法滿足今天的制度要求。^⑥

在這一問題上，澳門法具有絕對的優勢。如前所述，澳門《商法典》的立法者當時採納了歐洲商法學界最先進的企業主義法學理論，以“商業企業”為核心概念構建商法，其中更有基於該客體之特殊性而設計的一組關於企業轉讓和租賃的特別規則，對轉讓後持續性法律關係之繼受、轉讓後對之前債權的享有、轉讓後對之前債務的承擔、轉讓人的不競

^① 蔣大興：〈營業轉讓的規制模型：直接規制與功能等值〉，《清華法學》（北京），第5期，2015年，頁51。

^② 中華人民共和國中央人民政府：《企業名稱登記管理規定》，https://www.gov.cn/zhengce/content/2021-01/19/content_5581091.htm，2023年11月14日讀取。

^③ 中華人民共和國中央人民政府：《中華人民共和國市場主體登記管理條例》，https://www.gov.cn/zhengce/content/2021-08/24/content_5632964.htm，2023年11月14日讀取。

^④ 林泰松：《商事營業轉讓法律制度研究》，北京：法律出版社，2018年，頁1。

^⑤ 林泰松：《商事營業轉讓法律制度研究》，北京：法律出版社，2018年，頁4—5、121—123。

^⑥ 林泰松：《商事營業轉讓法律制度研究》，北京：法律出版社，2018年，頁123。

業義務等都有作出詳盡安排。^①這組規則不僅對欠缺有關制度的內地具有借鑑意義，而且在整個比較法上都具有一定的優越地位。^②

第四，不同於澳門將各類與經營有關的規則匯集在商法典之中的做法，中國內地的立法者明顯更偏好制定商事單行法。澳門《商法典》第一卷第十編有競爭法律規則，內地則有專門的《反壟斷法》和《反不正當競爭法》；澳門《商法典》第二卷有合營和合作從事經營活動的各種法人形式和合同形式，尤其詳盡地規範公司的運作，內地則有《公司法》、《合夥企業法》、《個人獨資企業法》、《外商投資法》、《個體工商戶條例》等不同規則，分別適用於不同類型的商主體；澳門《商法典》第四卷規範債權證券，在內地，這些對應規則則分散地分佈在《證券法》、《票據法》等中。^③法典化和單行法化各有其優勢和劣勢，前者提升了法律規則的科學性和體系性，增加了法律使用者找法的便利程度，但是，在面對新出現的問題而需要新設或修改法律時，法典化程度較高的法域的反應速度也會更慢一些。當我們面對的是瞬息萬變的商業活動時，可能內地的立法模式反倒更容易及時作出反應，對經濟發展有利。

第五，如前所述，澳門《商法典》第三卷中列舉了數十種商事合同，它們中的大部分在《中國民法典》的合同編中也有出現，例如保理合同、融資租賃合同、行紀合同等。^④此外，有一些澳門法中作為有名合同的合同類型，在內地法中沒有被明確提及，例如商業特許合同和特許經營合同等；^⑤也有一些澳門法中沒有規範的合同類型，在內地法中有所

^①馬哲：〈歐陸及澳門商法中的“企業”概念〉，《蘇州大學學報（法學版）》（蘇州），第3期，2023年，頁20。例如，澳門《民法典》第418條規定：“一、在相互給付之合同中，任一方當事人均得將其合同地位移轉予第三人，只要他方立約人在有關合同訂立前或後同意該移轉。二、如他方立約人之同意係在讓與合同地位之前作出，則僅自該人獲通知有關讓與或承認該讓與時起，讓與方產生效力。”也就是說，合同關係中的一方當事人，如若想將其合同地位讓與予第三人，必須獲得對方當事人的同意。但是，為了便利商事營業的移轉，澳門《商法典》第110條規定：“一、取得人繼受為經營企業而訂立之合同所產生之非具人身性質之權利及義務，但另有約定者除外，且不影響特別規定之適用。二、如有合理理由，上述合同對方當事人得在知悉移轉之日起三個月內解除合同，但讓與人須承擔倘有之責任。三、以上兩款之規定，適用於企業之用益及租賃之存續期內之用益權人及承租人。”據此，如果某商業企業主在經營過程中、為經營目的訂立了財產性的合同法律關係，當其將所經營的企業轉讓時，企業的取得人繼受企業轉讓人在上述合同中的地位，而無須合同相對方的同意。類似於此的一組特殊規則，體現了澳門《商法典》立法者對商業企業作為一個整體本身具有價值的肯定和保護，體現了澳門商法遵循企業持續原則。

^②以一個在台灣地區發生的案例為例：甲公司本來自己經營某攤生意，經營中的關鍵是其所擁有的某項經銷權，現在甲公司需要吸引新投資，打算以其所擁有的經銷權作為出資，跟以現金出資的乙公司一起設立一間新公司。但是，究竟能否以一項基於合同產生的權利作為出資，在台灣地區的法學界引發了一些爭議。多數學者基於私法自治原則、盡量尊重當事人交易意願的想法，希望上述以權利出資的做法獲得主管機關的肯定，為此尋找支撐依據，例如嘗試將經銷權解讀為一種無形財產，但這顯然不能消除所有人的疑慮。關於此案的大致情況，可參見王文宇：〈論商法法學研究方法〉，《月旦民商法雜誌》（台北），總第79期，2023年，頁17—19。假如此案發生在澳門，其實非常容易解決：甲公司可以將其本來經營的這攤生意——也就是澳門法上所言其所經營之商業企業——作為一個整體“打包”轉讓給擬新設立的公司，作為其對公司的出資，隨之便可發生合同地位讓與予新公司的效果。

^③不過，有趣的是，對於通常被認為毫無疑問屬商法範疇的破產法，澳門《商法典》並沒有將之納入，這組規則被規範在《民事訴訟法典》第五卷第十二編第三章中。出現這種局面與葡萄牙和澳門的破產立法沿革有關，關於此，詳見馬哲：〈論澳門破產程序的統一和區分〉，《蘇州大學學報（法學版）》（蘇州），第3期，2018年，頁62—71。

^④《中國民法典》中列舉的有名合同包括：買賣合同、“供用電、水、氣、熱力合同”、贈與合同、借款合同、保證合同、租賃合同、融資租賃合同、保理合同、承攬合同、建設工程合同、運輸合同、技術合同、保管合同、倉儲合同、委託合同、物業服務合同、行紀合同、中介合同、合夥合同。

^⑤商業特許經營合同曾被寫入全國人大法工委法室的《民法典合同編（草案）》“室內稿”和全國人大法工委的《民法典合同編（草案）》“徵求意見稿”中，在後來的“提請審議稿”中被刪除了。詳見馮建生：〈民法典編纂視角下商業特許經營合同的名稱化〉，《法商研究》（武漢），第4期，2019年，頁14—26。

出現，例如物業管理合同等。

此外，值得一提的是，雖然筆者強調中國內地和澳門商事法律規則之差異，但也不能忽視其共性。例如，在珠海市中級人民法院於 2023 年 9 月 28 日發佈的〈一案兩答：珠澳民商事對讀案例（第二批）〉中，^①涉及到一個商事案件，即案例 9。該案的基本案情是：澳門甲公司請求某銀行為其債權人乙等提供獨立擔保，隨後，銀行收到甲公司關於撤銷保函的通知；後來，由於甲公司未向其債權人作出履行，幾項獨立擔保合同的受益人向銀行發出支付擔保金的要求，後者依法支付付款義務後，向其客戶甲公司追償，但甲公司已喪失償還能力，故該銀行申請宣告甲公司破產。根據澳門法，銀行接受其顧客指令，向後者之債權人——即受益人——發出獨立擔保書，在銀行和受益人之間形成了澳門《商法典》第 942 條及以下規定的獨立擔保合同。相比於具有從屬性的一般保證，獨立擔保合同中的擔保人不享有檢索抗辯權，一旦發生所約定的風險或事件，受益人只要向擔保人提出清償確定或可確定的款項的請求，擔保人須立即作出清償，而受益人在提出請求時有無附具與債務有關的文件、不取決於基礎法律行為是否存在及有效、不取決於擔保合同中未載明的條款等（第 942 條和第 947 條）。即使甲公司曾經要撤銷擔保書，亦不影響銀行對受益人的付款義務。這是因為，除非另有約定，獨立擔保合同是不得撤回的，也不得未經受益人同意即變更，否則該變更不可對抗受益人（第 949 條和第 950 條）。總而言之，銀行向甲公司的數位債權人——即獨立擔保合同中的受益人一方——支付擔保金是合法、正確的做法，事後有權要求甲公司償還該等款項。當甲公司資不抵償的時候，作為其債權人的某銀行有正當性申請宣告其破產。

有趣的是，假如完全相同的案情發生在內地，裁判結果將幾乎是完全相同的，裁判依據是《最高人民法院關於審理獨立保函糾紛案件若干問題的規定》（法釋〔2020〕18 號）：根據該司法解釋，案涉保證書的性質是獨立保函，銀行作為獨立保函的開立人，獨立審查請求付款的受益人所提交的單據是否與保函表面相符，如果是，應當向受益人付款，並在付款後有權向保函申請人追償。從這個在不同法域、適用不同法律體系會得出相同的裁判結果的案例可以感知到，對於某些在不同法域同樣存在的交易模式——例如本案的獨立擔保合同／獨立保函——雖然兩地用不同的法律載體規範（澳門用商法典，內地用司法解釋）、兩地的具體規則不完全一致，甚至在形式上看起來差異較大，但對一些核心問題的處置，兩地的規則其實在本質上並無二致。為甚麼在商業保證的事宜上，兩地的法律規則殊途同歸？這其實體現了商業規則的制定者尊重交易習慣，尤其是國際商事交易慣例的特點。^②

^① 這組案例是由澳門法院甄選的一批澳門初級法院、澳門中級法院、澳門終審法院民商事典型案例，珠海法官就假設該等案件發生在內地，適用內地法律應當如何解決撰寫意見，從而形成對同一案件的對讀。在此之前，珠海市中級人民法院亦曾於 2022 年 12 月發佈過〈一案兩答：珠澳民商事對讀案例（第一批）〉，案例素材選自珠海法院近年審結的涉澳民商事案件，涉及婚姻家庭、買賣合同、房屋租賃、知識產權、民間借貸等與珠澳兩地居民工作生活息息相關的領域，邀請澳門法律學者就假設該等案件發生在澳門，適用澳門法律應當如何解決撰寫意見。這種模式能夠非常集中地體現兩地法律在面對同一問題時是否存在不同規定，以及差異何在。

^② 王文宇：〈論商法法學研究方法〉，《月旦民商法雜誌》（台北），總第 79 期，2023 年，頁 21 - 22。

綜上所述，內地與澳門的商事法律規則，無論在形式上還是在內容上，都存在諸多差異。這也不難理解：澳門作為特別行政區，享有立法權、獨立的司法權和終審權。^①更具體地說，澳門是一個與內地實行不同法律制度的獨立法域，澳門的法律體系由不與《澳門基本法》相抵觸的原有法律，以及本地立法機關新制定的法律組成，全國性法律除列於《澳門基本法》附件三的之外，不在澳門實施，^②而附件三中並不包含任何一部民商事領域的法律制度。但是，另一方面，立法和司法制度的不同以及海關的設置並沒有阻隔內地與澳門之間人員、資本和財貨的交流，無論自然人還是公司，在內地和澳門同時從事活動和擁有財產的現象極為普遍，粵澳深度合作區的發展更是必然會將此趨勢進一步加深。正是因為兩地交往的加深以及法律差異的存在，如何在兩地之間建立和升級法律銜接機制成為一個重要的課題。兩地商事法律規則在很多問題上的實質規範的一致性，給銜接工作提供了非常好的基礎。

三、現有銜接機制及其不足：衝突規範的衝突

需要指出的是，兩地之間本來並非全無法律銜接機制，換句話說，我們目前討論的法律銜接工作，並不完全是一個從零到一的過程，毋寧說是一個將銜接方式升級的過程。中國內地與澳門之間現有的法律銜接機制，就是兩個法域各自的衝突規範。而現有銜接機制的顯著問題在於，內地和澳門不僅在實體法和程序法上存在差異，而且兩個法域的衝突規範本身是相衝突的。

現以有關公司（法人）的和有關合同的衝突規範為例加以說明，因為這兩類事宜是商事法律規則探討的重要方面。在澳門，關於法人和合同事宜的衝突規範分別規定在澳門《民法典》第 31 條以及第 40 – 41 條，內地關於此兩類事宜的衝突規範則見於《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》第 14 條和第 41 條，而根據《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉若干問題的解釋（一）》（法釋〔2020〕18 號）第 17 條，對涉澳門案件，可以參照適用該法。現對兩地的衝突規範對比如下（表 1）：

^① 《澳門基本法》第 2 條。

^② 《澳門基本法》第 8 條、第 18 條及附件三。

表1 中國內地與澳門的衝突規範對比

	中國內地	澳門
法人	<p>第十四條 法人及其分支機構的民事權利能力、民事行為能力、組織機構、股東權利義務等事項，適用登記地法律。 法人的主營業地與登記地不一致的，可以適用主營業地法律。法人的經常居所地，為其主營業地。</p>	<p>第三十一條 (法人) 一、法人之屬人法即其行政管理機關之主要實際所在地法。 二、屬人法尤其為規範下列事宜之準據法：法人之能力；法人機關之設立、運作及權限；成員資格之取得及喪失方式，以及成員之權利及義務；法人、法人機關及其據位人對第三人之責任；法人之組織變更、解散及消滅。 三、法人住所移至屬不同法律體系之地方時，不消滅法人之法律人格，只要該兩住所地之法律均有如此規定。 四、對具有不同屬人法之實體之合併，須按雙方屬人法之規定作出判斷。</p>
合同	<p>第四十一條 當事人可以協議選擇合同適用的法律。當事人沒有選擇的，適用履行義務最能體現該合同特徵的一方當事人經常居所地法律或者其他與該合同有最密切聯繫的法律。</p>	<p>第四十條 (由法律行為所生之債) 一、由法律行為所生之債以及法律行為本身之實質，均受有關主體指定之法律或顯示出為其意欲之法律所規範。 二、然而，當事人指定之法律或顯示出為其意欲之法律，僅得為符合表意人之應予重視利益而可適用之法律，或與該法律行為中任一為衝突法所考慮之要素有連結關係之法律。 第四十一條 (候補標準) 如未能定出準據法，則適用與法律行為有較密切聯繫地法。</p>

據此，設想一個登記地和行政管理機關實際所在地不同的公司：例如某登記地在澳門的公司，由於其主要業務面向內地，同時考慮到橫琴辦公成本較低，將行政管理機關實際活動地點設於橫琴。假如發生一件涉及公司董事對公司應負之責任的案件，如果根據內地的衝突規範確定所適用的法律，結論將是適用澳門法，而如果根據澳門的衝突規範確定所適用的法律，結論將是內地法。這導致，在不同的法域提起訴訟，適用的將是不同的準據法，而又因為兩地的實體法規則不盡一致，繼而會得到不同的判決結果。這極有可能導致當事人“選擇法院”。

中國內地和澳門在實體法、程序法和衝突規範層面均存在衝突，給很多糾紛的解決帶來不確定性和困難，這在跨境破產案件中可以得到淋漓盡致的體現。^①

概言之，內地與澳門的實體法律規則存在差異不難理解，甚至恰恰正是“一國兩制”的應有之義，但是，如果雙方所採納的衝突規範本身也彼此存在衝突，則會對牽涉兩地因素的案件的適用帶來非常大的不確定性。短期來看，建議在內地和澳門之間統一衝突規範，根據統一後的衝突規範，無論哪一類案件，無論在內地還是在澳門提起訴訟，所指方向的準據法要麼是內地法，要麼是澳門法，結果是確定的和具有可操作性的。這是實現兩地規則銜接的最便宜之策。

^①馬哲：〈內地與澳門跨境破產案件的法律適用〉，《澳門法學》（澳門），第2期，2024年，頁159—174。

四、在深合區加深內地和澳門商法的融合：深度銜接機制的初步建議

如上所述，內地與澳門在商事法律規則方面存在諸多差異，加之隨着粵澳深度合作區的建設，兩地之間的商事往來不可避免地繼續增多，故有必要建立和完善法律規則銜接機制。現有的解決兩地法律衝突的機制是區際私法規範，即兩地各自的衝突規範。但是，由於兩地之間的衝突規範也常常是彼此衝突的，又進一步加深了兩地融合的難度。解決該等問題的最快捷的方式是統一內地和澳門的衝突規範，即兩地法院或仲裁機構使用一個共同的公式去確定解決爭議所適用的準據法。

但是，這仍然無法解決兩地實體法存在差異這一根源問題。澳門回歸祖國已經超過二十年，澳門與內地——尤其粵港澳大灣區城市——的社會經濟狀況已經日漸靠攏，支撐各自不同的法律體系和法律制度的基礎已經不如剛剛回歸之時那麼明顯。加之內地與澳門的融合全面加深，促使兩地法律規則銜接，可以不再滿足於統一衝突規範，而可嘗試建立深度銜接機制。深合區近期的工作方向也體現了這一決心：合作區專門成立了跨部門的政策研究和規則銜接專責小組，制定了《橫琴粵澳深度合作區規則銜接工作指引》，提出了12類規則銜接路徑，包括推動國家立法、申請綜合授權、協同立法、法律轉化、簽署合作協議、單向認可、司法協助、引導以非訴方式解決爭議、運用科技手段實現規則與標準銜接等。^①

至於具體應以何種路徑實現銜接，筆者認為這不是一個具有統一答案的問題，而應根據所涉及的、需銜接的具體事宜的特點，確定最合適的銜接路徑。深圳前海合作區人民法院推動深圳和香港的法律銜接工作的做法也體現了這一“按事宜而定”的思路：該院於2022年12月發佈了《關於深入推進跨境商事訴訟規則銜接工作指引》及8個配套制度、2冊《跨境商事法律規則銜接系列白皮書》（分別是《內地與香港地區公司股權轉讓規則比較白皮書》和《內地與香港地區民間借貸規則比較白皮書》），推進跨境商事法律規則銜接；目前，該院正就買賣合同、國際貨物運輸合同、委託理財合同、代理合同、保證合同、金融借款合同、損害公司利益、損害公司債權人利益共八項事宜進行比較研究，將陸續以白皮書形式發佈，逐步形成跨境商事法律規則的銜接。^②

具體而言，關於如何深度銜接內地和澳門的商事法律規則，筆者的初步建議如下：

首先，對於某些問題，澳門和內地兩地的法律發展水平和發達程度可能不同。例如，有些事宜可能澳門法中有所規範，而內地法則沒有規範，最典型的例如前述營業轉讓制度；反之，也有一些合同類型，可能在20世紀90年代澳門進行本地立法時還不存在，到內地制定民法典時方興起，以至於澳門法中沒有規範，而內地法中則有所規範，例如前述物業

^① 〈橫琴粵澳深度合作區今年擬出40多項規則銜接清單〉，中央人民政府駐澳門特別行政區聯絡辦公室網頁，2022年3月28日，http://www.zlb.gov.cn/2022-03/28/c_1211624389.htm，2023年11月1日讀取。

^② 〈前海法院發佈制度成果與白皮書〉，深圳政府在線網頁，2022年12月16日，http://www.sz.gov.cn/cn/xxgk/zfxxgj/zwdt/content/post_10343242.html，2023年11月1日讀取。

服務合同。還有一些事宜，雖然兩地都有規範，但發達程度不同，例如內地近年來大力修改和完善證券法律制度，而澳門目前仍在對此進行積極探索。對於此類情況，對接的最簡單的方式就是借助廣東或珠海的地方立法權，^①將對有關問題有所規範或規範發達程度明顯更高的法域的規則適用於深合區全域，確保有關情形有法可依。長遠來看，在有關問題上立法相對落後的法域也可以大幅借鑑相對領先的法域，導致兩地有關規則逐漸靠攏。^②

第二，針對某些事宜，最適宜的對接方式是兩地達成區域合作，尤其是司法協助。這一方案的憲制基礎是《澳門基本法》第93條，該條規定“澳門特別行政區可與全國其他地區的司法機關通過協商依法進行司法方面的聯繫和相互提供協助”。

例如，如前所述，在處理跨境破產案件的態度上，內地與澳門存在天壤之別。這導致一些問題難以解決：澳門法中關於專屬管轄權的規定可能導致內地就某些案件作出的裁判無法獲得澳門法院的認可和執行；澳門法在有關問題上的地域主義取態可能導致內地法院拒絕對澳門法院的破產程序和破產裁判作出認可和執行；等等。要解決上述問題，最徹底的解決方法當然是令一地的法律制度向另一地靠攏，甚至進行中央統一立法，但這難以實現，至少曠日持久，即使實現，也不符合“一國兩制”的原則和精神。與此相比，更現實的解決方案是在兩地之間訂立有關跨境破產案件的司法協助協議。對此，內地和香港之間的有關實踐已經為我們提供了重要的借鑑，尤其是2021年5月，雙方在既往司法實踐的基礎上走出了重要一步。以此為鑑，當內地與澳門訂立類似的安排時，可以以“主要利益中心”標準解決管轄權衝突的問題，可以以國家主權原則柔化地域主義和普及主義之爭以及關於互惠原則的爭議，通過統一的破產程序解決同一債務人的無償還能力問題，以位處不同法域的財產共同地向不同法域的債權人負責，如此達到最節約司法資源也最有利於債權人之間的公平的局面。

第三，針對一些當事人發揮更大自主性的事宜，例如對於深合區內市場主體的外部活動，尤其是訂立商事合同的行為，首先看當事人之間有沒有選擇適用的法律規定。例如，內地法和澳門法中都規定有保理合同，假如深合區內的兩個市場主體簽訂保理合同，完全無妨在合同中約定適用內地法還是澳門法，甚至無妨約定既不同於內地法也不同於澳門法的準據法，只要不違反法律的強制性規範即可。如果當事人之間沒有作出上述明確安排，則可根據衝突規範確定所適用的法律規則。當然，這一方案仍然具有暫時性，仍然在很大程度上依賴於當事人具有較高的法律專業水平和在交易中有較高的謹慎程度。更徹底的解

^①珠海作為設區的市，同時作為經濟特區，擁有廣泛的地方立法權。中國《立法法》第81條第1款：“設區的市的人民代表大會及其常務委員會根據本市的具體情況和實際需要，在不同憲法、法律、行政法規和本省、自治區的地方性法規相抵觸的前提下，可以對城鄉建設與管理、生態文明建設、歷史文化保護、基層治理等方面的事項制定地方性法規，法律對設區的市制定地方性法規的事項另有規定的，從其規定。……”《立法法》第84條第1款：“經濟特區所在地的省、市的人民代表大會及其常務委員會根據全國人民代表大會的授權決定，制定法規，在經濟特區範圍內實施。……”接着第101條第2款：“經濟特區法規根據授權對法律、行政法規、地方性法規作變通規定的，在本經濟特區適用經濟特區法規的規定。”但需注意，有些事項必須由全國人大及其常委會通過頒佈國家法律的形式加以規範。見《立法法》第11條。

^②相同觀點另見伍俐斌：〈論橫琴粵澳深度合作區的民商事規則銜接〉，《港澳研究》（北京），第2期，2023年，頁92。

決方案可以是博採兩地合同法之所長，由具權限機關制定統一的合同法示範法，供當事人在草擬合同時參考選擇。

第四，對於一些更具行政管理色彩的事宜，例如在商事主體登記、商業名稱（內地稱“企業名稱”）選用及登記、公司類型選擇及公司登記等問題上，有三種可能的選擇。

第一個選擇是在深合區全面採用澳門《商法典》、澳門《商業登記法典》中的規則，在深合區派駐澳門的登記官和公證員，此方案的好處是可以最大程度地吸引澳門居民和公司到深合區活動。但是，這意味着在內地法域適用澳門的法律制度，要實現這一方案，門檻是比較高的。有學者建議，一種可能性是由最高人民法院制定針對《涉外民事關係法律適用法》的專門的司法解釋，增加涉港澳案件衝突規範的彈性，使澳門的民商事規則有更多機會被內地法院適用；另一種更穩妥的辦法是推進國家立法，因為無論廣東省、珠海市還是澳門特別行政區，顯然都沒有權限直接規定在橫琴適用澳門的民商事法律規則，唯有在國家立法層面進行協調。^①同時不能忽視的是，這一方案對深合區現有的和將有的更多內地背景的商事活動主體帶來沉重的成本和負擔，要求他們瞭解澳門法律，可能對他們來說是困難的和不公平的。

第二種可能的對接模式是將選擇權交予當事人，由準備在深合區活動的個人、公司或其他組織自行決定他們想登記成為適用內地法的市場主體還是適用澳門法的主體。此方案沒有前一方案徹底，但已經比現狀有所進步：我們將會在深合區看到完全適用澳門法律的個人、公司或其他組織。更重要的是，這一方案在最大程度上遵守了當事人自治，不會給任何主體帶來需瞭解另一法律體系的負擔。相應地，如果在商事主體登記、商業名稱選用及登記、公司類型選擇及公司登記等方面的選擇是以澳門法全面覆蓋，則該等主體後續活動和運作過程中出現的內部問題（例如公司設有哪些機關以及機關成員與公司之間的法律關係、市場主體在資不抵債時適用怎樣的破產程序等），也按澳門法處理。但是，如果對上一問題的選擇是讓當事人自行選擇，則後續的主體內部問題，自然也按其選擇的法域的法律處理。

除此之外，第三種可能是選擇是參照歐盟法律一體化的經驗，由具權限機關發佈指令，指引兩地立法機關遵守指令而修改內部法律，最終即使兩地法律不能完全一致，至少也能逐漸地在精神上趨於一致，弱化目前差異過大帶來的問題。這其實也就是目前中國學者所討論的“協同立法”。^②

^①陳欣新：〈大灣區框架內澳門與珠海法律銜接與協同立法〉，《港澳研究》（北京），第1期，2020年，頁89；伍俐斌：〈論橫琴粵澳深度合作區的民商事規則銜接〉，《港澳研究》（北京），第2期，2023年，頁92。

^②根據陳欣新教授的定義：“協同立法是指存在法制差異的多法域的立法機關先就互涉領域或需要法律規則銜接的領域的具體法律規則的創制和修改取得共識，再利用各自的立法權力，通過各自的立法程序制定、修改法律或具有普遍約束力的規範性法律文件，消除、減輕法制衝突的不良影響，實現立法協調的活動。”見陳欣新：〈大灣區框架內澳門與珠海法律銜接與協同立法〉，《港澳研究》（北京），第1期，2020年，頁89。

五、結論

自《橫琴粵澳深度合作區建設總體方案》公佈以來，如何“在遵循憲法和澳門特別行政區基本法前提下，逐步構建民商事規則銜接澳門、接軌國際的制度體系”成為一項備受關注的重要工作。僅就商事法律規則而言，中國內地與澳門在立法體例、基本概念、具體規則設計、適用法律的文化等方面存在諸多差異，給銜接工作提出了一些困難，但並非沒有可能。本文將在對內地和澳門的商事法律規則進行特徵對比的基礎上，提出關於如何銜接的具體建議。

本文認為，銜接內地與澳門的商事法律規則，應當分兩階段：第一階段是統一兩地的衝突法規範以消滅法律適用中的矛盾，但這顯然非長遠之計。長遠來看，即第二階段，則應根據所涉及的事宜選用不同的銜接方式：

第一，對於某些問題，澳門和內地兩地的法律發展水平和發達程度可能不同，此時銜接的最簡單的方式是借助廣東或珠海的地方立法權，將對有關問題有所規範或規範發達程度明顯更高的法域的規則適用於深合區全域，確保有關情形有法可依。

第二，針對某些事宜，例如兩地之間的跨境破產案件，最適宜的銜接方式是兩地達成區域合作，尤其是司法協助。

第三，針對一些當事人發揮更大自主性的事宜，例如深合區內市場主體之間訂立商事合同的行為，首先看當事人之間有沒有選擇適用的法律規定；更徹底的解決方案可以是博採兩地合同法之所長，由具權限機關制定統一的合同法示範法，供當事人在草擬合同時參考選擇。

第四，對於一些更具行政管理色彩的事宜，例如在商事主體登記、商業名稱（內地稱“企業名稱”）選用及登記、公司類型選擇及公司登記等問題上，有三種可能的選擇：第一個選擇是在深合區全面採用澳門法中的規則；第二種可能是將選擇權交予當事人，由準備在深合區活動者自行決定其想登記成為適用內地法的主體還是適用澳門法的主體；第三種可能的選擇是參照歐盟法律一體化的經驗，由具權限機關發佈指令，指引兩地立法機關遵守指令而修改內部法律，最終兩地法律至少在精神上趨於一致。

〔責任編輯 陳超敏〕

〔校對 宋永豪 何仲佳〕