

中國內地與澳門私法制度之比較¹

姚新華²

引言

根據中葡兩國政府於1987年4月13日的《聯合聲明》，中國政府將1999年12月20日恢復對澳門的治權，但根據《澳門特別行政區基本法》第八條的規定，澳門原有的法律將仍予以保留，因此，將來的澳門與中國大陸仍屬於不同的法域，研究兩地法律的不同特點與體系，對於協調兩地的關係、解決兩地的法律衝突以至於促進兩地法律業者的對話和溝通，都具有相當重要的現實意義。

澳門的法律是由葡萄牙法律和澳門當地制訂的法律構成的，特別能引起我興趣的是，葡萄牙法律屬於羅馬日爾曼法系，而葡萄牙的私法採民商分立體制，其最初制定的民法典（1867年）和商法典（1888年）比較多地受法國的影響³，但經過修訂後，葡萄牙民法似乎更接近德國民法典的體系⁴。而中國內地私法，雖自民國始就走上了民商合一的體例，但從所移植法律的範本選擇上，卻始終將德國法作為首選⁵。就此而言，

¹ 一九九五年十一月十日及十一日由中國政法大學與澳門法律翻譯辦公室合辦，在北京舉行之「澳門過渡期法律問題研討會」上宣讀之論文。

² 中國政法大學副教授。

³ 參見艾倫·澳森《民法法系的演變及形成》，第159頁。

⁴ 指1966年修訂的葡萄牙民法典，其採用總分則的五編制，在體系上與德國民法典採用的學說匯纂體例相近。

⁵ 我國著名民法學者謝懷栻先生認為，民國初年直至現在，中國大陸和台灣的民法，一直受德國民法的影響。詳見《外國法譯評》1994年第4期。

內地與澳門兩地的私法比之內地與香港兩地的法律應該有更多的共同點。內地與澳門兩地雖屬不同的法域，但兩地都屬大陸法系，指出這一點非常重要，兩地私法之間的這一親緣關係，是比較並溝通兩地法律的基礎和前提。

中國大陸的民法，主要由《民法通則》和三部合同法，以及新近公布的《擔保法》等法律組成，商法則由《公司法》、《票據法》、《保險法》，以及有關破產方面的法律組成。另外，依《民法通則》的架構，知識產權方面的法律通常也被認為是屬於民法的範疇。這裏還必須指明的是，中國內地現在雖有被大陸法稱之為“民法”及“商法”的私法規範，但1949年以來的中國大陸，卻還沒有作為大陸法形式上標記的法典化特色。所以，我在作兩地私法比較時，在彼 選擇的是在澳門實行的葡萄牙民商法律，在此 則以通說認可的、可與彼相比較的中華人民共和國的民商單行法規。

一、民法總則

這方面的制定法，在澳門見之於1967年9月4日第22869號訓令，施行於澳門的1966年《葡萄牙法典》總則編共396個條文，在中國內地則是1986年公布的《民法通則》第一至第四章和第七章，計77個條文。規範差不多的內容，後者的條文數量只有前者的五分之一，其內容的稀薄是顯而易見的，這也決定了比較只能是粗線條的。

（一）關於自然人

對於“人格”的規定，是最能體現民法人文關係的一項制度，羅馬人的這一創造被大陸法系所有的民法典繼承了下來。在漢語中，“人格”又稱之“權利能力”。葡民法不僅規定了人格，而且還將人格權溶於人格，這與中國民法通則不同，後者將人格權置於分則，視人格權是與其他財產權相並列的民事權利。

在行為能力方面、葡民法沿襲羅馬法傳統，對未滿18歲者，以親權或監護補救，對成年人中的心智障礙者，另設禁治產制度。而華民通則為未成年人和心智障礙者統一設立無行為能力和限制行為能力人制度，其特點是對兩類人一律以監護作為補救，摒棄了親權和禁治產的概念。對於中國內地法律這一制度“革新”，在國內就有學者持以微詞⁶。

對宣告失蹤和宣告死亡的規定，兩者相似，只是在宣告死亡的申請要件上，葡民法對失蹤持續的期限（10年）要比華民通則規定的期限（4年）要長，筆者以為中國內地的規定更合理些。

（二）法人制度

法人是大陸民法特有的制度⁷，葡華民法中皆設專章事定制。但在法人制度的最重要內容——關於法人的類型上，兩國民法的規定則大相逕庭。葡民法以法人成立的基礎為因，將法人分為社團法人與財團法人，前者以社員的集合而組成法人，而後者則以捐助財產成立法人。中國內地的民通，基於立法時經濟背景，以功能作為劃分的標準，將法人分為企業法人、機關法人、事業單位法人、社會團體法人。以創造利潤為責任的為企業法人，其他則是擔負國家行政司法或公益職能的法人。相比較，葡民法中的法人分類更為科學，實踐中也便於對法人的分類管理，而中國內地的分類法，有逸更多的計劃經濟的痕跡，例如事業單位法人，在計劃體制中是指由國家預算全額撥款的部門，但在實行市場體制後，學校、科研院所都要靠收費或從事商業活動才能維

⁶ 參見彭萬林主編《民法學》，中國政法大學出版社1994年版第59-63頁。

⁷ 法國民法典無此項制度，屬例外。

持運轉，這樣事業與企業的界限就模糊了。因此法律所作的劃分，也就失去其原有的意義了。這裏葡民法的法人分類法是值得中國內地修改民法時參考借鑒的。

（三）、法律行為

法律行為作為思辨哲學的產物，是由德民法典首創的，葡華民法都移植了這一制度，而且都將法律行為界定為合法的表意行為。但在無效民事行為的規定上，兩國民法稍有不同，葡民法嚴格以法律行為的意思表示為要件，不符合該要件的，例如人身脅迫、標的不能或違法、目的違法等，視為確定（絕對）無效的民事行為，而對意思表示有瑕疵的，視為效力未定，是可撤銷（相對無效）的民事行為。中國民法的規定，則帶有更多的倫理色彩，在葡民法中作為可撤銷民事行為的欺詐、精神脅迫（Coação Moral）等，也列入絕對無效民事行為，這樣就使中國內地法律劃分無效和可撤銷民事行為的標準呈二元論，既有邏輯的，又有倫理的。

（四）訴訟時效

因中國內地法律沒有占有（取得）時效，故僅就兩國的訴訟（消滅）時效作一比較。兩國民法關於訴訟時效最大的不同，在於對時效的期限規定上。中國內地法律將訴訟時效劃分為普通、特殊和長期時效三種。普通的為二年，長期的為二十年，特殊的則為一年或由特別法另行規定，如環保法規定環境污染受損害的賠償請求權訴訟時效為三年，鐵路法規定貨損賠償請求時效為180日等。葡民法將訴訟時效期間分為普通時效、五年時效、二年時效和六個月時效四種。其普通訴訟時效期間為二十年，與中國內地法律的規定相比，整整多出了一個人取得成年資格的成長期（18歲）。孰優孰劣，筆者不敢妄自評說，但隨社會生活節奏的加速，時間價值日益被法律所尊重，各國立法的規定有縮短訴訟時效期間的趨勢。如《拿破倫民法典》（1804年）為三十年，《日本民法》（1896年）為二十年，《中華民國民法》（1930年）為十五年，

《蘇俄民法典》（1964年）為三年等，皆可為證。

二、民法分則

葡萄牙民法的分則由物法、債法、家庭法、繼承法四編組成。為簡約文章的篇幅，本文僅就中葡兩國的物法、債法作研究比較。

（一）物權法

物權是一種能對抗不特定第三人的財產權。在大陸法系的民法典中，物權被普遍採納。不過，在中國內地的《民法通則》中，因受蘇俄的影響，沒有出現“物權”一詞，而是用“財產所有權和與財產所有權有關的財產權”來概括物權所包含的內容。

根據物權法定主義原則，兩國民法都對物權的類型加以釐定。葡民法將物權分為所有權（自物權）和他物權兩類，在他物權又分用益物權和擔保物權，用益物權指地上權、永佃權和地役權等，法律以詳盡的條文對各類物權的得喪變更作了規定。相比較而言，中國內地法律對所有權和擔保物權⁸的規定要完善些，對用益物權的規定不僅落伍，而且也顯得混亂和不確定。例如憲法修正案和土地法早已允許土地可以有償轉讓、抵押，但在《民法通則》中卻還擺著禁止性條款（第80條第3款）。由此可以說明中國內地的物權法比之民法中的其他內容，更顯得滯後於變化發展社會生活。正因為如此，新的物權法在草擬之中，所以就現行法與葡民法多作比較，意義不大。筆者以為，葡民法中的物權法結合自身國情，兼收法民法和德民法的物權法中較為成熟的內

⁸ 關於擔保物權的法律，主要是在1995年公布的《擔保法》第三至第五章中。

容的立法方法，是中國內地制定物權法時可以借鑒的。澳門作為葡民法的海外實施地，與大陸毗鄰交流方便，今後不妨可以就物權法作專項交流，為中國的立法提供一些成功的經驗。

（二）債權法

葡民法中的債法編，基本上是仿德國民法體例，在總共的16個章節中，分別對債的發生、類型、移轉、擔保、履行、消滅以及合同等內容作了詳細的規定。從整體上說與中國民法通則中的債權體系相近⁹，只是在侵權行為法上，葡民法從羅馬法傳統，將其視為債法發生的原因，列入債法範疇，而民法通則將之從債法抽出，編為獨立的一章，並謂之“民事責任”。不過就具體內容而言，兩國民法都對侵權行為採取過失責任原則，並以不問過失為例外。在債的其他部分中除合同外，應該說兩國民法的規定也是相同點多於不同點。但葡民法對商業慣例肯認，是值得重建市場法律的中國內地立法者注意的。

令人遺憾的是，在債法的最重要組成部分——合同法方面，因中國內地現行的幾部合同法都是計劃經濟時代的產物，將其與葡合同法作比較，顯然是無意義的，而新的合同法雖已完成了草擬工作，但尚未公布，所以這方面研究工作只能有待來日再進行了。

三、商法

葡萄牙是實行民商分立的國家，其1988年的商法典共有四編，第一編商事總論，

⁹ 這裏須指明，《民法通則》中債權僅是“民事權利”中的一節，有的在葡民法中是一章的內容，在民通中可能只有一至二個條文，如債的類型、移轉等。這裏側重於立法思路的比較。

規定了商人、商行為、商業名稱、商業帳簿、商業登記、經紀人等內容。第二編則是商法典的重點，其內容中不僅有公司、票據、保險、商業銀行等規範，而且還包括擔保、商業合同等規範。葡商法典的第三編和第四編分別是海商法與破產法。

與澳門現行的葡商法相比，中國內地目前已完成的商事法有公司法、票據法、銀行法、海商法與企業破產法等法律。鑒於本文的容量所限擬就兩地商事法的不同特點作一些比較。

（一）澳門商事法更具國際化特徵

根據葡萄牙法律的規定，國際公約或雙邊協定可直接成為葡法律體系的組成部分，在經過一定的程序後，也可以延伸至澳門¹⁰。目前在澳門適用的有關商事方面的條約有40多個¹¹，成為澳門商法的一個重要淵源。隨著國際分工擴大、商業活動日益呈現國際化，作為內國法的商事法只有與國際接軌，才能保障本國與外界的商業交往。在這方面，中國內地的商事立法由於剛剛起步，雖然在立法時也注意了採用國際慣例，但在國際化方面顯然要落後於澳門。

（二）澳門商事法具有體系化的特徵

澳門實施的商法，由於採用法典化方式，顯得體系完備，內容協調。中國大陸雖也屬大陸法，但至今未採法典化的立法方式，民商法規制定分屬不同的官方機構，有時由於立法的思路、視野甚至利益分配的原因，使法律的內容互不協調，甚至還發生衝突。與澳門商事法相比，最突出的缺陷是法律不完整，例如雖然有了公司法而且

¹⁰ 蔣恩慈：《澳門商法導論》，中國大百科全書出版社上海分社1994年版第7頁。

¹¹ 同¹⁰。

還在制定合伙法，但卻沒有商業簿記、商業登記方面立法準備。

（三）澳門商事法更具私法的特徵

民商法雖在法律的分類上被劃入私法的範疇，在某種意義上甚至成為私法的同義語，但公法向私法的滲透，是自凱恩斯主義出現後，所有國家的私法都無法避免的現象，其中尤以商法為甚，這在客觀上也是政府對經濟生活承擔一定責任的表現。但相比較而言，中國大陸的商事立法中，政府的主導性地位更突出些，澳門的商事立法，政府的地位更顯消極些。例如在公司、銀行的設立上，兩地政府所扮演的角色就有很大的差別。這種差別的實質，反映了兩地市場體制的不同特點，中國內地的市場經濟是由以往完全是政府控制的計劃經濟體制轉化過來的，而這轉化是自上而下推動的，在這一過程中，政府不可能僅僅當一個“裁判官”。而澳門作為葡萄牙的海外鄰地，其市場體系的形成與大陸完全不同，特別是澳門作為一個外向型城市，其商事法更顯有私法自治的特徵。

結束語，本文是為了與澳門同行交流而倉促完成的，由於筆者不識葡文，且大陸尚未見有葡萄牙民商法典的漢語譯本，所以寫作時資料缺乏，手頭掌握的僅有的也只是些二手資料，因此文章中若有不準確之處，敬請同仁指正。

主要參考書目：

《澳門法律概述》，本書編寫組編，中國政法大學出版社1993年版。

《澳門法律概論》，楊賢坤主編，中山大學出版社1994年版。

《澳門商法導論》，蔣恩慈著，中國大百科全書出版社1994年版。