



Associação dos Advogados de Macau

澳門律師公會

意見書

事由：《公共資本企業法律制度》法案

一

澳門特別行政區立法會透過日期為本年八月三十日，由尊敬的立法會第一常設委員會主席李靜儀議員署名的公函，請求本澳門律師公會¹，以下

¹ 值得一提的是，律師公會為職業公共團體形式的公法人。有關這一由《關於澳門問題的聯合聲明》（附件一的第五點）及澳門特別行政區《基本法》（第 92 條）支持及保障的核心特徵，請參見，例如，在法例上，尤其是五月六日第 31/91/M 號法令的序言，原文為“為了達到這些目的，還應使該職業具有適當之組織，而該組織採用公共團體之模式被認為是適宜的，因為較為適合自由從事之職業之特點以及職業之自我管理。”，第 3 條“（職業公共團體）澳門律師公會為一公共團體，代表（...）法學士。”，通則第 27 條第 1 款，“澳門律師公會為一公法人，不服從任何其他公法人之指引權。”，在全部的本地司法見解，終審法院第 129/2020 號案的合議庭裁判，當中肯定了律師公會是“一個‘公共團體’；此不僅是源於其由法律賦與的定性，亦是源於其法律制度，尤其是源於其職責。”，以及在學術上，例如 LINO RIBEIRO 及 JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO 的《澳門行政程序法典釋義》，1998 年，第 171 頁及續後數頁，J. E. FIGUEIREDO DIAS 的《澳門行政法培訓教程》，法律及司法培訓中心，2020 年，第 84 頁及續後數頁，JORGE BAPTISTA BRUXO 的《澳門法律與行政程序》，澳門理工學院，2006，第 99 頁及第 100 頁。

簡稱律師公會，“對所指法案作出適當的評論和建議”²，並訂定以“九月三十日”為發出意見書的期限。

正如上述來自立法機關的公函很好地提及，是次邀請澳門律師公會發表意見，並作出評論和建議，是“考慮受規範之內容與構成澳門特別行政區法律體系其中一個結構性支柱的《商法典》有緊密的聯繫”。

在上述的邀請函中還附註並強調，“根據《公會章程》第三條第五款³的規定，公會的職責是‘為發展法律文化和完善立法等項目作出貢獻’”⁴。這確實是立法範圍中的一個重大元素，也是由立法會常設委員會明確提及的一個重要標誌。

²此日期為 2022 年 5 月 13 日的法案，於 2022 年 5 月 26 日舉行的全體會議中作出引介及一般性表決，並獲得一般性通過，錄得兩票棄權。其後為著審議及發表意見的效力，被分發予立法會第一常設委員會。

³有關律師公會之制定規範公權，其支撐《律師公會章程》的規定，在它的適用範圍內創造真正具備強制性的法律規定，如行政法院在第 3020/21-ADM 號案中的裁判提到，“即使在中華人民共和國恢復其主權行使後 (...) 由於澳門特別行政區《基本法》第九十二條所確立的在澳門以前生效的法規的有效性延續的原則，使這一以前由《律師通則》賦予於澳門律師公會的制定規範權，一直維持在其職權範圍中”，第 14 頁，及詳見如中級法院，第 775/2014 號案。

⁴因其重要關係，請回想《章程》的整個規定：“促進求取法律之認識與運用，以及為發展法律文化和完善立法等項目作出貢獻，並應對有利於從事律師業及一般在法院之代理之立法性法規草案發表意見，不論法律有否規定有義務聽取者；”。

眾所周知，核准《律師通則》的五月六日第 31/91/M 號法令⁵，在其標題為“職責”的第三十條第三款，訂定如下：

“關於規範司法組織、從事律師業、民事訴訟及刑事訴訟法規之提案或草案，必須聽取本公共團體之意見。”

換句話說，在一般的立法程序中植入了向澳門律師公會諮詢的必要性，由於有特別的法律強制規定，這一諮詢構成了一個額外的程序。

必需說明的是，在立法程序中制定諮詢的做法並非創新亦不是在澳門特有的；相反，是一個遠久且存在於不同的法律領域中的想法。

概括而言，“如果在起草法案之前已召集各實體，則該等實體的參與有助於收集仍未被考慮到的資料。在往後的時間，其重要性尤其在於修正或修改法案的某些方面。”⁶。

在本案中，正正是這一後者的情況（“尤其在於修正或修改法案的某些方面”）召集並形式現在所發出的意見書。

⁵ 經第 26/92/M 號法令修改 – 紿予於五月六日第 31/91/M 號法令通過之律師通則若干新條文 –，以及經第 42/95/M 號法令修改 – 修改五月六日第 31/91/M 號法令核准之《律師通則》若干條文。

⁶ MANUEL ANDRADE NEVES、NUNO SARDINHA DA MATA 及 INÊS SEQUEIRA MENDES，《葡語表達的立法技術獻芹》，澳門法律反思研究及傳播中心及官樂怡基金會，2015 年，第 11 頁。

這些摘要的考量使我們帶出本份意見書。現在便以具體考慮法案的角度來審議問題。

或許可以提出的是，除上述在律師公會的制定規範之公權力範圍⁷內明確引用及載明的規定外，這項諮詢是否可以建基於其他規定。

僅為了排除可能留下的疑問，現即可指出，上述問題的答案是肯定的。

為進一步的闡明，以及供未來備忘之用，請見以下的段落。

從表面來看，本法案所涉及的內容看似不構成這一法律規定的 — 強制 — 適用，換句話說，沒有表現出是屬於司法組織、民事訴訟、刑事訴訟和從事律師業的內容。

然而，一方面看來，除其他的特別制度外，至少從法案中標題為“迴避”的第二十三條訂定的特別制度來看，當其規定了一旦滿足某些實質及時間要件後，便不得接受在“司法訴訟中擔任代理人”的委任，此特別制度直接對從事律師業造成影響。

⁷ 值得再提，《澳門律師公會章程》第三條第五款。

而法案的這一規定本身，便足以確定五月六日第 31/91/M 號法令核准的《律師通則》中已提及到的第三十條第三款⁸的適用。

然而，卻不僅如此。

事實上，不難發現，多年來已存在一個可取的實踐⁹，便是在涉及其他各種事宜的立法程序中聽取澳門律師公會意見，而嚴格來說，該等事宜並不受《律師通則》第三十條第三款的制度約束，然而，就該等事宜，聽取澳門律師公會的意見，從而獲得重要的技術、學術和實踐意見，以及帶來一些即使可能對於其日常的工作已涉及到法院及律師業法律技術諮詢事務的人士亦難以獲得的看法，被認為是有用的。

最後，在此需要指出的是，根據早已由立法會普遍地落實的開放、透明和參與的政策，已形成和植根了一個對澳門社會開放和聽取意見的總體政策。

可見標明於特區立法機關官方網頁上的“一般公開邀請”：“如市民對法案有任何意見，可用書面或電郵方式向立法會提出。”。

⁸ 這是一個法定義務，規定，尤其或至少在涉及司法組織、從事律師業、民事訴訟及刑事訴訟事宜的立法程序中不應存有疑問。同樣的理解，如，簡天龍，《澳門議會法的立法程序講義》，2019 年，ANTÓNIO CORREIA MARQUES DA SILVA，《立法及公開諮詢程序系統》，陳軒志及 JOSÉ MIGUEL NEVES FIGUEIREDO，《立法案例分析：2013 年《刑事訴訟法典》之修訂－有關相關立法程序的簡註》，這兩篇文章均刊登於《立法領域研究，葡語文章》，法律及司法培訓中心，2018 年。

⁹ 實際上，在很多其他內容中，均有向律師公會諮詢的習慣，在其他許多可以帶來此處的例子，例如，《醫療事故法律制度》、《預防及遏止私營部門賄賂》、《土地法》、《集會權及示威權》、《稅務法典》。

總而言之，立法會就《公共資本企業法律制度》法案向本律師公會請求意見書的決定是正確的，亦正如立法會未曾受限於法律規定的表層，而是援引載於賦予這一專業公共團體在規範性職能（有時候是沒有得到認識或者錯誤理解的）之行使範圍內所通過的《澳門律師公會章程》中的真正公共規範之法律規定，從而作出正確的解釋。

也就是說，由常設委員會正確地援引的《澳門律師公會章程》的規定本身已是足夠了，當然亦同樣可為在本具體考慮的立法程序中聽取澳門律師公會的意見，附入其他額外的理據。

三

此外，亦藉此之際指出，在開展和落實這個立法程序的諮詢權中，其包括在謀求一系列公共利益的範圍內，本澳門律師公會一直以來負責任地額外關注，並在其權限及經驗的範圍內，致力尋求在不同方面為一個更好的並能惠及大眾的立法作出貢獻。

事實上，一部做得好，或做得更好的法律，很有可能是一部更好的法律，且最後將是一個好的法律，亦從而有助於建立一個整體地更好的法律體系。

在此，允許我們可以透過一個確定的例子，以強調以上所突顯的內容：

“因此，在此應指出，法案最後文本多有賴於澳門律師公會提出的具體建議。”¹⁰

這一秉持著務求更好地實現一系列公共利益的崇高意願，正是推動及構成澳門律師公會在立法程序範圍的諮詢層面上的所有 - 過去及將來的 - 意見書，自然地亦包括是次提出的意見書。

四

現正審議名為的《公共資本企業法律制度》法案不單單是以法律規範工具的形式來設立一個專門法律制度 “以規範公共資本企業的運作”¹¹，而是從根本地構成了澳門特別行政區法律體系內的革新內容。

值得注意的是，以上所述並不表示目前在澳門法律體系中存在法律漏洞，因為該等企業主要是適用澳門《商法典》，正如理由陳述中所說明的那樣，《商法典》已包含了該等公司的大部分法律制度。

因此，有必要按照這些法人的特點和性質，對其將遵守的法律制度作出更好地調整或更好地配合。

¹⁰ 第三常設委員會，第 4/III/2009 號意見書，《預防及遏止私營部門賄賂》。

¹¹ 此法案的理由陳述，<https://al.gov.mo/uploads/attachment/2022-05/6618562844e6aa7cbe.pdf>

另一方面，近年來，公共資本企業的數量 - 及規模 - 持續顯著增長並進入新的經濟領域。

亦需要指出的是，尤其是在擴張主義的趨勢下，這些實體的行為越來越受到社會的關注和擔憂，尤其且不僅是在公共資產的安全和效率方面，可見例如，“政府的目的是規範公共資本企業的運作及管理，‘確保其經營及決策的過程中，在事前、事中及事後受到有效監督，達到公帑的合理使用以及公共資產的保值和增值的目的’。”¹²

正如在理由陳述和之前的公開諮詢文件中清楚地顯示，所有這些情況都解釋並造就了本法案的提交。

五

現在讓我們仔細看各個重要的信息，以便更好地理解這些事項和提出的解決方案。

從事實資料上，我們可以得出以下：澳門特別行政區或澳門特別行政區的其他公法人直接持有財務出資的企業共有 23 間。

根據 2020 年的資料顯示，這些公共資本企業的資產總值約為澳門幣伍佰參拾億元。

¹² 《公共資本企業法律制度》諮詢總結報告，公共資產監督規劃辦公室。

另一方面，近年來，公共資本企業所涉及的經濟活動亦有所擴張。

澳門特別行政區成立以前，經濟活動側重於基礎建設、公共事業和商業服務，並逐步擴展至科技應用、軌道交通、都市更新、對外投資等其他經濟活動。¹³ 也就是說，公共資本企業在澳門的經濟結構和社會中扮演著越來越重要的角色。¹⁴

為具備充足的資訊以及更好的理解接下來的一些反思，亦為諮詢的便利，以下是澳門特別行政區的公共資本企業的簡短列表。¹⁵

A) 澳門特別行政區或澳門特別行政區其他公法人持有超過 50%財務出資的公共資本企業：

- 澳門屠宰場有限公司
- 澳門世界貿易中心股份有限公司
- 澳門廣播電視股份有限公司
- 澳門國際機場專營股份有限公司
- 澳門工業園區發展有限公司
- 澳門生產力暨科技轉移中心

¹³ 該等經濟活動可以更大地擴展。例如已經建議設立“一間公共‘獵頭’公司，以公共資本企業的方式成立”，盛力，《澳門高層次人才引進芻議》，行政公職局，總第 133 期，2021 年，第 14 頁。

¹⁴ 詳見概要，<https://www.gov.mo/pt/consulta-de-politicas/regiao-administrativa-especial-de-macau-regime-juridico-das-empresas-de-capitais-publicos-documento-de-consulta/> .

¹⁵ 欲取得更多資訊，尤其有關澳門特別行政區或其他澳門特別行政區公法人的財務出資比例，請參閱公共資本企業，<https://mo/pt-pt/enterprise> 。

- 澳門發展及質量研究所
- 澳門科學館股份有限公司
- 澳大創科有限公司
- 澳門投資發展股份有限公司
- 澳門基本電視頻道股份有限公司
- 澳門都市更新股份有限公司
- 澳門輕軌股份有限公司
- 澳大工程研究及檢測中心有限公司
- 澳門中央證券託管結算一人有限公司
- 澳門樂團有限公司

B) 澳門特別行政區或澳門特別行政區其他公法人持有等於或少於 50%財務出資的公共資本企業¹⁶

- 澳門電力股份有限公司
- 澳門電訊有限公司
- 澳門港口管理股份有限公司
- 澳門土木工程實驗室
- 澳門航空股份有限公司
- 中葡合作發展基金
- 中葡合作發展基金有限公司

六

¹⁶ 澳門特別行政區或澳門特別行政區其他公法人的財務出資比例變化很大，從中葡合作發展基金的 40%至澳門電訊有限公司的 1%。

在繼續之前，有必要就一般所謂“公營企業”與“公共資本企業”的區別和性質，即法案所涉及的企業，作出概括性的導言。

有必要釐清的是，儘管在某些情況下容易引起混淆，但我們現正面對的是從性質上及從法律制度上有所不同的事物 – 不論從法學的角度，還是從比較法的角度，還是從澳門法律歷史的角度。

也許提醒這兩類實體的區別是冗餘的，即公共資本企業和公共企業，它卻在法律方面帶來許多重要的後果 – 首先從法律人格層面¹⁷（私法或公法）、到設立層面（一般是商業合同與規範行為或行政行為）、實體法適用層面（例如以《商法典》或《行政程序法典》作為主要適用法律）、程序法適用層面和具管轄權之法院層面（《民事訴訟法典》及平常法院或《行政訴訟法典》及具有行政審判權之法院），在公司資本方面¹⁸，是（公共企業）否（公共資本企業）納入間接行政¹⁹中，以及繼而涉及到適

¹⁷ 不同的是權利能力的問題，“事實上，公共企業是一或嚴格來說，可以是一具備雙重權利能力：私法上的權利能力，其涉及在私法範圍內的沒有以公權權作為，正如任何其他個體一樣作出私人管治的行為；以及公法上的權利能力，所指的是，透過公法特有的工具及行為方式，來對公權力的行使，並按照不同的情況，透過法規、合同或一個授權行為來賦予這些公權力”，DÉBORA MELO FERNANDES，《有關公共企業權利能力界限之反思：特別原則》，《律師公會雜誌》，2020年12月，第561頁。

¹⁸ 詳見，儘管引用葡萄牙法律體制，但表達了一個可以視作共通的原則，“根據學說，公共企業（公共企業實體形式或地方企業實體形式）的章程資本與公司資本在法律上的處理有所不同”，MIGUEL ASSIS RAIMUNDO，《具有公法人格的公共企業的債務責任(公共企業實體及地方企業實體)》，《公司法雜誌I》，2009年，第769頁。

¹⁹ 詳見，“公共企業單純是國家創造的工具，並不代表任何集體或國家以下的集團。在這些情況下，我們面對的仍是一般被稱為的國家間接行政。國家間接行政為著國家利益，但由不是屬國家自身部門的其他實體實現的行政。這些納入國家間接行政的公共實體的特點是它們並不謀求自身利益，而是謀求母體（國家）的利益，以及它們不訂定自己的方針（這一方針來自母體）、相關的職責和權力（權力下放）。”，LEONEL SILVA DE SOUSA，《以公共企業作為解決方法？對現實情況背後的分析獻芹》，第24頁。

用於這些企業的公共實體權力之範圍 — 如政府部門一，例如領導權、監管權及委任一些公司機關據位人的權力等。

無需深入探討的是，對比起 “單純” 公共資本企業（即使是在那些公共資本完全掌控公司資本的企業中亦然），在公共企業中，行政當局的介入和權力的行使的範圍確實更為明顯及廣泛（或正常情況應是如此）。

製作上述極為簡略的清單，是因為法案在多個步驟中，似乎均建議將公共資本企業視為真正的公共企業，從規範上將其當作真正的公共企業般對待，即真正的公法人，而不是私法人。

首先，觀察在第二十二條中、第二十七條各項、第二十八條及第三十四條中所建議的制度，持公共資本的私法人與真正具有公法法律人格且隸屬於間接行政的公共企業之間的差異，正正是在這些規定中變得模糊。

正如 FREITAS DO AMARAL 所肯定，一個公共企業是一個公共實體，至少在三個方面具有公共特徵：它是一個公法人，它有一個公共方向，以及按其本義，它是具有公共資本，同一作者亦解釋道，“由公共資本全資組成的公司(以及所謂的混合經濟企業) … 所面對的不是真正的公共企業”²⁰。

七

²⁰ FREITAS DO AMARAL，《行政法教程》，第一冊，第 344 頁及續後數頁。

正如 J.E.FIGUEIREDO DIAS 等澳門的好學說解釋，“公共企業是企業類型組織，為具備公共資格，它們必須受制於公法的特別制度……並受制於行政當局機關的領導權或至少受制於其監管權”²¹。

基於以上轉錄的內容，同一作者肯定：“必須得出的結論是，在澳門特別行政區不存在公共企業：除了澳門不存在專門適用於公共企業的公法制度²²外，亦不存在任何具備上述特徵的實體；即使在我們之間存在公共資本公司，它們亦只具有私法人的法律人格。”²³

又如另一作者所言²⁴：“目前在澳門，至少在形式上，沒有任何澳門特別行政區的公共企業”²⁵。

眾所周知，在澳門的法律歷史上，至少存在過一間真正的公共企業，其亦明確地被立法行為標示為公共企業：第 56/82/M 號法令 -《設立澳門公共電視廣播公司》²⁶。其後，該公共企業由第 7/88/M 號法令解散 -《解散澳門廣播電視公司》。

²¹ J. E. FIGUEIREDO DIAS，《澳門行政法培訓教程》，法律及司法培訓中心，第 57 頁。

²² 就這一要點，法案的通過便彌補目前所缺乏的這一要件。

²³ J. E. FIGUEIREDO DIAS，《澳門行政法培訓教程》，法律及司法培訓中心，第 57 頁及第 58 頁。

²⁴ JORGE BAPTISTA BRUXO，《澳門法律與行政程序》，澳門理工學院，第 97 頁。

²⁵ 然而，其遊說或許在實質的觀點上可以“將郵電局及印務局考慮為公共企業”，《澳門法律與行政程序》，澳門理工學院，第 97 頁。

²⁶ 亦參閱第 9/87/M 號法令 -《核准澳門廣播電視公司章程》。

此外，可留意的是，從這一法律歷史的角度看，八月十一日第 85/84/M 號法令《澳門公共行政組織結構大綱》的序言中有明確地提及公共企業。

簡短地完成這個歷史回顧後，正如前面所強調，事實是目前在澳門並沒有公共企業。

而另一個或許有疑問的情況亦不會導致該結論失去意義：“*澳門世貿中心*可被視為一個邊緣個案，其中政府是主要股東；而無論如何，由於該機構是透過單純的合同而不是透過任何公法上的文書所產生，因此不具有公法法律人格”²⁷，由此可得，從法律技術及嚴謹的角度上，該機構（以及另一個或許有疑問但現今已不存在的個案）不能被視為一間真正的公共企業。²⁸

總的來說，由於各種原因和公共選擇，在澳門特別行政區並不存在公共企業，而是存在擁有公共資本的企業或公共資本企業。

正如先前強調，這一立法和經濟財政政策的（合法）選擇在性質、適用法律、司法管轄權以及這些實體與公共行政當局關係的範圍和強度，以及其從屬關係等各方面均衍生不同的後果。

²⁷ J. E. FIGUEIREDO DIAS，《澳門行政法培訓教程》，法律及司法培訓中心，第 58 頁。

²⁸ 同上。

如之前所述，法案中主張的一些解決方法將對這一個區別造成影響，亦或許會首要地在企業與公共行政當局的關係上產生一些不確定區域或灰色地帶。

考慮到這個問題的重要性，接下來將會先對其進行分析。

八

法案第二十二條是關於擔任機關成員職務的要件，第一款列出了“正常”的條件，規定自然人須具備品德、完全行爲能力、相適應的能力及經驗，如屬法人，須根據適用的法律設立等。然而，第二款規定“主管部門”可對擔任該等職務訂定其他條件（應讀作要件）。

請問是何種條件？什麼性質？根據甚麼標準？政治標準？經濟標準？等同現時及將來的公職要件？

這些沒有載於法律的新條件的限制是甚麼？例如是否可以基於公職制度設立一種特別的紀律程序？

又例如在某些情況下是否可以違反《商法典》的制度，違反其字面含義及其精神？值得一提的是，《商法典》將作為這個法律的補充法律。

九

在法案內標題為監督的第二十七條中，我們還發現了更多突顯差異模糊化的元素。

首先是普遍地援引監督這一概念。需要強調的是，在這一規定的適用範圍中，除了公共資本全資企業外，根據第二條（一）項，亦包括不是公共資本全資但屬於控股的企業，以及公共資本不是控股的企業！

而將這些權力無差別地賦予所有公共資本企業似乎走得過遠了。或許，一個更為平衡的解決方法是僅將該規定，或至少僅將其中數項，適用於公共資本全資企業。

讓我們看看其中的數項。

第（三）項對一些十分普遍的領域規定了一個無定義的一般“指導”權。可以理解到這規定旨在一個良好的管治，但現在所涉及的是商業企業，也許在許多情況下，這些商業企業比起一個公共部門及其官僚政治更懂得何謂一個更好的管治，尤其在於落實一個“現代企業管治”的方面。

第（四）項除了為澳門法律體系及其他法規的一些法律原則帶來很多疑問外，亦極有可能地為這些企業及其與真正公共實體之間的接近帶來嚴重問題。

在稍後對第三十四條的分析中，將會更好地分析這個問題。然而，現即可以提出的是：該項極強勢的權力，以對公共資本企業，再重申，所有的公共資本企業，制定具約束力的規範及指引是從何而來？這些規範及指引將受到哪些限制 – 實體的、形式的、權限的和淵源級別的限制？立法者正考慮的是甚麼內容？全部內容？或僅為部份內容，例如金融效益、謀求公共利益（即使損害其客觀利益亦然）、預防貪污等方面？

另一方面，這一內容，以及其他內容，是否打算在其後透過行政法規作進一步釐清？然而，補充性行政法規首先應遵守透過第 13/2009 號法律《關於訂定內部規範的法律制度》確立的制度。²⁹

而第（五）項提到通過“各種措施及方法”取得與之相關的文件和資料。

是甚麼類別的相關信息和文件？僅與企業有關？與其機關之據位人有關，即使由非公共股東所選出亦然？與僱員有關？是受商業秘密或是職業秘密所約束文件和信息？這些都是需要釐清的問題。以及應即時透過法律來釐清，而不是透過倘有的補充性行政法 – 考慮到此次要及受限的淵源的實質限制。

那麼，這些隱晦的各種措施及方法又是甚麼？甚麼類型？假設是合法的措施及方法，但是到底甚麼類型？這些問題都是應得到釐清。是應即時在法律中釐清而不是透過倘有的補充性行政法規。

²⁹ 參閱第 7 條。為取得更多資訊，請參閱第一常設委員會第 3/III/2009 號意見書。

當第（七）項提到其他法規所規定的其他職責，具體旨在甚麼？給予一個解釋是適時及適當的。是否在考慮一個倘有的補充性行政法規？再次提醒，補充性行政法規在範圍和效力上是有法律限制³⁰。

十

至於第二十八條的合作義務，是否規定所有的公共資本企業都應“配合”（？）“由主管部門提出的要求或採取的措施”。究竟是哪個主管部門，這便是首個要釐清的問題。

自然而言，請問是甚麼種類的要求，以及甚麼種類的措施？這些要求和措施會否會干預企業的日常管理？它們可否延伸至其他領域，例如延伸至機關據位人（即使是那些由私人股東委任的亦然？）和人員？有什麼限制？本條規定作出了首個的界定，即“根據本法律的規定”，卻又隨即擴展至“其他法律及法規”。是哪些其他法律及法規？

十一

法案以其第三十三條第一款，決定了三月二日第 13/92/M 號法令《通過本地區官方董事及政府代表之法定制度》不適用於由行政長官委任的公共資本企業的機關成員，即使該條文第二款另有規定亦然。

³⁰ 參閱，如第一常設委員會第 3/III/2009 號意見書。

然而，難以理解這一方法的原由。在理由陳述³¹中，曾嘗試找出有關疑問，卻是徒然無功。

顯而易見，現正涉及的是法律制度中的重要設定，例如權利和義務、擔任職務的制度、報酬、特定義務、決議的中止和無效、民事責任以及很多其他方面。

即使將來的法律允許對某些情況 - 尤其是第二十一條及隨後數條 - 作出回答的話，但事實是，在很多情況下無法在法案的行文中取得答案。那麼是否有一個法律漏洞？

抑或是希望就某些事項不作出規範？

或是希望“去法律化”，即以行政法規的形式來規範某些事項？那麼這個或然的未來行政法規將如何符合第 13/2009 號法律以及三月二日第 13/92/M 號法令的規定？眾所周知，該法令是一項立法行為，而不是一個規範性或位階在法律以下的規範行為。

這是否默視地對三月二日第 13/92/M 號法令作出部份廢止？

³¹ 這一法案的理由陳述 <https://al.gov.mo/uploads/attachment/2022-05/6618562844e6aa7cbe.pdf>. 在諮詢文本中，第 31 頁中，“在現行法律制度中，澳門特區及澳門特區其他公法人如何合理行使此等權利，並沒有明確規範。”何謂“合理行使”此等權利？當然地，又何謂“不合理的使用”？

僅靠列舉這些疑問 — 以及將會有更多的疑問 — 便可以清楚地得出的結論是，在這一內容上，應對法案加以優化、清晰，使其可以迎合法律淵源制度。至少，提案人應對這一選擇作出的充分解釋。

十二

第三十四條第一款規定了修訂章程的義務，以符合將來法律的規定，這是一個可理解及合理的解決辦法。

然而，法案在第三十四第二款規定，與 “主管部門制定的規範及指引” 相抵觸的章程條款為 “自動失效” 。

須再一次提出的問題是，到底是哪個主管部門？這些規範和指引的法律性質是甚麼？這些規範和指引有何區別？這些規範和指引如何與第 13/2009 號法律《關於訂定內部規範的法律制度》有關法律淵源的強制法律制度相協調？

另一方面，必須緊記公司章程的性質、作用及重要性³²。

³² 尤其參閱，「主觀方面是公司的設立人或發起人為設立公司、成為公司的股東而彼此之間達成合意，並對外作出意思表示的過程。」，冷鐵勛，《澳門公司設立制度的若干法律問題》，行政公職局，總第 53 期，第 1116 頁。

“公司章程（“articles of association”，“Satzung”，“statuto della società”，“statuts de société”）構成由股東所通過的一系列法律規則，這些法律規則規範着一間具體的公司的身份、出生、組織和運作、內部和外部關係以及其解散。可以稱得上是‘大憲章’或者根本法律（‘Lebensgesetz’）。”，還有，“公司章程——一間公司設立行爲的真正‘心臟’——有其本身內容，由兩種特性要素組成：必要要素（必須或者強制地載明）和任意要素（僅爲可選擇和偶然地載明）。”³³

除了公司章程是佔據企業及企業自治的核心外³⁴，須提及的是，這一規定的適用範圍擴大至甚至無公共資本控股的所有公共資本企業，也有因法律而屬於強制性的要素³⁵。例如，主管部門的一個規定或指引會否導致章程中的法定強制要素自動失效？若然出現這一失效，那麼法律上如何解決之？須指出的是，一般強制要素是“構成任何公司章程的必要及根本的核心”³⁶。

此外，亦產生了有關公司協定之變更的複雜問題，此處指的是因所規定的自動失效而導致的消滅性變更。換句話說，在何種情況下可以對在公

³³ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, 《公司章程：概念、要素及法律制度》，第 255 頁及第 256 頁。亦見，“事實上，一間公司的設立文件首要地是公司合同，其一方面載有當事人的認別資料（婚姻狀況、職業、住所等）以及設立一個新的法律實體的意思表示（本義上的公司合同），以及另一方面，載有這一實體之設立、組織、運作、融資、內外關係及解散的法律制度（一般稱爲“公司章程”或“公司協定”）。”。

³⁴ 詳見，“公司設立的立法原則是指一個國家或地區的公司立法對公司設立這一法律行爲所採取的原則。從歷史上看，關於公司設立的立法原則，大致可分爲四種，即自由主義、特許主義、核准主義和準則主義…《澳門商法典》就公司的設立亦主要採取了準則主義”，冷鐵勛，《澳門公司設立制度的若干法律問題》，行政公職局，總第 53 期，第 1117 頁。

³⁵ 詳見《商法典》第 179 條及續後條文。

³⁶ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, 《公司章程：概念、要素及法律制度》，第 256 頁。

司設立協議中制定的原規範及條款作出修改³⁷，要注意的是，該等原規範是由創始股東制定的，當中某些為私人股東。

那麼究竟這是甚麼類型的失效呢？似乎並不是私法本義上的失效，即所謂的真正、傳統或民法上的失效³⁸。

表面看來，我們面對的是一個處罰性失效，也就是說，處罰因為作為或不作為而未能遵守特定法定或合同義務要求的某一行爲。這個措施在這領域中又是否有任何意義？這種處罰性失效是否應在一段行政法律關係的範圍以外出現，例如在批給合同的範圍內，並延伸至這些事宜？

另一方面，顯而易見地，面對著澳門法律淵源的制度，這些來自不明確主管部門的規範和指引，為其作為真正的強制範圍法律淵源之存在，帶來嚴肅的問題，而另一方面，正如上所見，該等規範和指引亦會與真正訂定的法律淵源產生衝突，如法律（核准《商法典》的法律），在這或然的衝突中，它們亦自然地不得優於形式法律。

所有這些問題都是重要的，並應該得到釐清，同時應該尋求其他更符合澳門法律制度的解決方法。

十三

³⁷ 這是一個早已被提出及研究的問題。如，JOSÉ DIAS MARQUES，《公司協定之變更》，《律師公會雜誌》。

³⁸ 更多有用的解釋，詳見，JOSÉ DIAS MARQUES，《失效總論》，載於《法律》，84年期。

透過上述各點的內容，便可容易地得出法案所主張的制度之輪廓 — 雖然普遍肯定商法，尤其是作為補充法並形式上維持公司及私法法律人格的性質 — 走向對這些企業實體加以混合的道路。在某些時候，似乎將連同不具控股的企業在內的公共資本企業，視為公共行政當局的部門或類似之物。

在我們看來，這一道路並非最為審慎和符合《基本法》第 5 條的宣告³⁹，以及澳門整體的法律制度及其基本原則。

這一選擇的前進將帶來問題，亦難以與眾多的法律規定相配合。試想《商法典》，有關章程、股東權利的規定，或第 13/2009 號法律方面的規定。

亦難以與在此帶出的經濟結構及其精神相配合。

令人質疑為何在法案的多個條文中作出這一選擇。

³⁹ “第五條

澳門特別行政區不實行社會主義的制度和政策，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變”。就這一方面，在眾多作者中，如王禹表示，在澳門特別行政區“不實行社會主義制度和政策，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變”，以及其後澳門特別行政區應“保持社會活力及經濟繁榮”，在《澳門基本法條文簡釋》中，澳門律師公會，2021 年，第 20 頁。亦見，楊允中肯定，在特別行政區中“保持資本主義制度、社會及經濟制度及生活方式。這是一個表現出開放、感覺及實用主義的重要理論創設”，《澳門基本法釋要》，第 38 頁。

從《公共資本企業法律制度 — 諮詢文件》的閱讀中，或許可以在此帶來一些啓迪。

當中指出“為開展相關立法工作，公監辦對澳門特區公共資本企業的運作及管理進行了前期研究工作，經參考中國內地、葡萄牙、法國、美國、英國、德國、新加坡及日本的立法經驗，並結合本澳的實際情況。”。

值得強調的是，在不同環節中，尤其在“集中監督模式”方面，都提到了所作出的選擇是參考了內地現行模式。

而同時在另一方面，在分析的條文中，未能見到對上述或然提到的其他法律體系的解決方法所帶來的真正及領略到的影響和採納。

或許曾研究過該等法律體系，但最後未被考慮。事實上，在這些其他法律體系中，至少有部分的法律體系，在初步看來構成了可能更適合用作與澳門（且不僅是）公司法律制度比較的要素，以及更容易適應和融入⁴⁰本地實況及落實《基本法》第 5 條（及其他）的渴求。

⁴⁰ 在立法方面，此處引用 JORGE GODINHO 的良好講解，例如該作者提醒，在所述的法律移植中，必須“加以額外的注意，尤其是避免‘攬和’羅馬-日耳曼法律制度的根本概念及教義形式”以及更指出“比較法研究不可以是無限制的：必須挑選… 須根據每個情況根本地選出用作考慮的法律制度。在這個方面，不可基於欲達到的結果而進行這一個挑選或選擇”，《一個主權、兩個社會制度、三個法律傳統：澳門法律制度及羅馬-日耳曼法系》，《關於法律及公民權利的第三輪系列研討會》，立法會，2016 年，第 111 頁及第 112 頁。

根據在澳門特別行政區現行的資本主義市場經濟，以及考慮到與這種經濟模式交織、發展和保障的法律體系的“整體”，因此，在這一具體內容中，優先選擇以中國內地法例作為啓迪可能未必是最為適當的。

換句話說，輸入其中一些解決辦法並不符合澳門的法律和經濟特點，另一方面，亦可能為配合澳門法律制度的重要部分，帶來許多疑問和困難。

十四

現對法案中的其他問題提出意見和建議⁴¹。

在第二條第（一）項中提到澳門特別行政區以外設立的不是公司的“其他形式的商業企業”。此處涉及的不是公司的其他形式的商業企業又是甚麼？對此作出解釋是重要的。例如在第五項和第六項中的相同表述亦是如此。

⁴¹ 僅就葡文行文部分，提出以下在文法上的建議：

在第五條第一款中，建議在《商法典》前加上“do”，以及在其他法律前加上“de”，因這一修改在文法上更為合適。

在第七條中，在《商法典》後，按照上述就同類情況的原因，建議隨即在“其他法律”前加上“de”。

在第十四條中，建議在《商法典》後、其他法律前加上“por”。

在第十七條第一項中，建議隨即在《商法典》後加上“por”，與前述就同類情況的理由相同。

在第二十二條第一項中，建議隨即在《商法典》前加上“do”。

第三條是關於適用範圍。當第一款提及的是設立在澳門特別行政區的企業，第二款則指“經作出必要配合後”，設立在澳門特別行政區以外的企業。有設立在澳門特別行政區以外的公共資本企業嗎？但是又在澳門特別行政區從事活動？這些都是值得回答的問題。

就第四條第（一）項，建議可考慮將“公共利益原則”改為“謀求公共利益原則”，因認為更為合適。

在第（二）項中，共同提到“經濟及社會效益”。眾所周知，在某些領域，社會利益和效益應優於經濟利益和效益，而在其他領域，亦可出現相反情況。因此，建議至少要將這些通常有衝突的效益作出分離。例如：“經濟效益和社會效益”。

在第二款中，“範疇的部門”這一表述似乎並未能帶出原本的意思。

第八條制定了有關責任限制的重要制度。鑑於該規定的重要性，應該給予更深入和更具說明性的新行文。

第九條第一款和第三中，款在需要深化的事宜上援引了一個不確定概念。何謂“合理對價”？哪些是“被認可的專業機構”，以及，哪些是“主管部門”。

第（三）項“決策、執行、管理…制度”的表述似乎在法律上存在缺陷。可以借鑑如《商法典》的規定，例如第二百三十五條。

在立法技術的角度上，第十六條的行文似乎不可取。首先，設立監事會看來是強制性的 — “應” ，但後來似乎又可以存在獨任監事。因此，應作出一個完善及清晰的行文。

第五節提及 “重大事項” 。除了已明確規定的重大事項外，甚麼是 “重要事項” ？甚麼是 “重大項目” ？

第二十一條第二款第（二）項規定，各機關的其他成員（即非由行政長官委任的成員），由非屬公共出資人的出資人 “提名” ，並經股東會 “議決” 選出。理論上，這意味著私人股東最終可能或然地因欠缺股東會所需的票數而被剝奪選出任何據位人的權利，例如可試想被公共資本的代表圍困。

倘若章程規定，由具備一定出資的股東本身指定一名或多名該等機關的據位人？法律上如何解決？這些章程規定是否將如前述般失效？

第二十二條⁴²提到 “條件” ，相信在技術上是想表示 “要件” ，因此應作出修改。

在第二十五條中，再次將 “經濟及社會效益” 歸納為一個價值或原則。基於上述原因，建議分離這兩個很多時候可以是相互對立的效益。

⁴² 之前已就該條文的其他方面作出分析。

第二十六條中，因立法技術原因，“應”（deve-ser ter）這一表述應改為“須”（tem-se）。

第三十條第（六）項應釐清何謂“擔保”。例如此處所涉及的是否銀行擔保？

第三十四條中⁴³，“須...修訂”的表述可更好地用“修訂”來取代。

第三十六條關於生效，不應以留空的日期作出建議，而是應規定一個待生效的期間，例如三個月、六個月，又或可選擇在法案條文中訂定一個明確的日期，並在有需要時可在最後版本中對其作出修改。

不應在法案中，以空白的方式提出立法者所要生效之概念。

結上所述，除非有更佳意見，以上是我們的意見書。

在理事會會議上通過，

於澳門，2022年9月28日

⁴³ 之前已就該條文的其他方面作出分析。

