

澳門《民法典》規定之非法律行為中的私法上的制裁

António Katchi*

目錄：

1. 導言
2. 私法上的制裁種類
3. 由法律規定的制裁
 - 3.1. 不取決於損害的損害賠償**
 - 3.1.1. 一般的損害賠償義務
 - 3.1.1.1. 損害賠償義務在語言及實體法中的意義
 - 3.1.1.2. 區分處罰與損害賠償的歷史進程
 - 3.1.1.3. 損害賠償義務的哲學依據
 - 3.1.1.4. 損害賠償義務的內容
 - 3.1.2. 不取決於損害的損害賠償情況
 - 3.1.3. 不取決於損害的損害賠償的法律性質
 - 3.1.4. 與其他私法上的制裁的併處
 - 3.2. 實質上具暴利性質的法定利息**
4. 由法院判決訂定的制裁
 - 4.1. 強迫性金錢處罰**
 - 4.1.1. 一般考慮
 - 4.1.2. 比較法中相似或相近的概念
 - 4.1.2.1. 法國法律

*法務局法律專家。

- 4.1.2.2. 德國法律
 - 4.1.2.3. 英國及美國法律
 - 4.1.2.4. 中華人民共和國法律
 - 4.1.2.5. 葡萄牙法律
 - 4.1.3. 強迫性金錢處罰及“強迫性監禁”
 - 4.1.4. 澳門的強迫性金錢處罰
 - 4.1.4.1. 法律制度
 - 4.1.4.1.1. 與葡萄牙《民法典》制度相似的方面
 - 4.1.4.1.2. 與葡萄牙《民法典》制度的差異
 - 4.1.4.2. 法律性質
- 4.2. 加重損害賠償**
5. 私法上的制裁及私有財產權
- 5.1. 一般考慮
 - 5.2. 私有財產權的憲法保障
 - 5.2.1. 《葡萄牙共和國憲法》所規定的制度
 - 5.2.2. 適用於澳門的現行制度
 - 5.3. 關於處罰的憲法原則
 - 5.4. 關於公正及平等的憲法原則
 - 5.5. 對私法上的制裁及其法律制度的合憲性研究

1. 導言

澳門現行《民法典》所體現的其中一個立法政策指引，就是提倡我們所指的“私法上的制裁”。

“私法上的制裁”一詞當然不是筆者的首創，例如由意大利學者 Francesco Busnelli及Cesare Salvi主編的一部關於該問題的集體著作就是以“私法上的制裁”命名。¹此外，組成該著作的數篇文章亦以此作

¹ 原著名為 *Le Pene Private*。可惜我們未能參考到該著作。

標題。²

葡萄牙民法學家António Pinto Monteiro在其博士論文中亦提到該概念。³以下是該論文的其中一段：⁴

“可以說，不斷提倡私法上的制裁是一個層面較大的由私人實體主持公正的問題；由私人實體主持公正是因為國家主持公正不力（向仲裁機制求助個案的增加足以證明此點），而其重要構成因素就是各種 *Verbandsstrafen*⁵ 及其他 *Betriebsjustiz*⁶ 措施，以及適用於 *Ladendiebstaelen*⁷ 的措施。”

提倡私法上的制裁事實上是當今民法的一種趨勢，而正如Pinto Monteiro所言，它屬於一個層面較大的由私人實體主持公正的問題。

至於由私人實體主持公正本身，又屬於層面更大的經濟活動私有化、社會工作私有化等私有化政策範疇的問題。在企業私有化問題上，有關負責人、受益人及支持者以公營企業效率欠佳作為解釋理由；同樣，支持由私人實體主持公正的理據，就是公共實體主持公正欠缺效率，而法院亦沒有能力解決交由其審理的所有案件。

規定由一個私人實體代替一個公共實體去主持公正的所有措施，均可納入廣大而複雜的由私人實體主持公正的過程。

當中，最典型的措施就是將審判權限賦予仲裁庭。

另一種措施是賦予私人實體訂定處罰的權力，亦即違反了法無明文規定者不罰原則（*nulla poene sine lege*）。眾所周知，該原則是指僅得科處法律規定的處罰，不論有關處罰是以固定金額或計算公式定

² 例如 Massimo Basile 的 *Le “pene private” nelle associazioni*（譯作：《團體中的“私法上的制裁”》）； Francesco Busnelli 的 *Verso una riscoperta delle “pene private”?*（譯作：《走向重新研究“私法上的制裁”的道路？》）； Cesare Salvi 的 *Risarcimento del danno extracontratual e “pena privata”*（譯作：《非合同損害的彌補及“私法上的制裁”》）。須注意的是，上述作者均把私法上的制裁用引號引。

³ 《違約金條款及損害賠償》，Almedina 書局，科英布拉，1990 年。筆者有機會參考到該著作並在本文中經常加以引用。

⁴ 第 114 頁，註腳 205。

⁵ 由團體作出的處罰。

⁶ 由企業主持公正。

⁷ 商店盜竊。

出，抑或是在一個刑罰幅度內訂定。澳門《民法典》第七百九十九條第一款容許立約雙方透過協議訂立具處罰性質的違約金條款，這會導致一種不合法化的情況，因為該規定容許透過一個依法作出的法律行為訂定一種處罰，而由於該法律行為屬私法性質，即有關規定容許私人訂定處罰。

此外，可歸入由私人實體主持公正過程的另一種措施，就是制定有利於私人實體的處罰。

原則上，適用處罰的結果都是有利於公法人，而非有利於受害人，這點與損害賠償不同。因此，以罰款或罰鍰名義支付的款項會撥歸公庫而不是歸受害人所有。⁸囚犯在服刑時所提供的工作在一種行政法律關係中，是他與負責監獄事務的公法人之間的關係，而在一種勞動法律關係中，則是他與該公法人委任的實體之間的關係，而不是囚犯向被害人提供個人服務的情況。

因此，當適用處罰的結果是有利於私人時，例如澳門《民法典》第三百三十三條所指的強迫性金錢處罰的情況，也就是在制定一種新處罰，即一種雖然就訂定者而言屬公共性質（因其由法院訂定），但就受益人而言則是私人性質的處罰，因為適用有關處罰的結果是有利於受害人。

從極端的角度來看，由私人實體主持公正，代表 倒退到對所受侵犯私下進行報復的時代。我們發現，沙特阿拉伯的情況就是這樣，現時該國在由公共實體主持公正方面仍然十分落後，很多犯罪的審判及處罰權仍然屬於一家之主，該國的法院大都不會投訴有“很多輕微犯罪訴訟”等候處理。幸好，大部分國家還未至於達到這種由私人實體主持公正的地步。

⁸ 葡萄牙及其他國家都開始將因違反《道路法典》而科處的部分罰款給予警務人員。這種旨在鼓勵他們科處罰款，使之成為利益當事人的措施，是導致公共實體主持公正腐敗的極負面因素。如果這種情況持續下去，被科處徒刑的人在部分時間內很可能會成為拘捕他們的警員或判刑的法官的奴隸。若有死刑，被判刑者的部分遺產便會給予拘捕他的警員、判刑的法官或行刑者。我們認為，若要改善警務人員的狀況，應該讓他們享有與其他勞工相同的權利，例如組織工會團體的權利、工會活動自由及罷工權。

本文不會針對由私人實體主持公正的問題作整體研究，而只會探討有關私法上的制裁問題。

2. 私法上的制裁種類

私法上的制裁指具體內容是由私人實體訂定或在適用上有利於私人實體的處罰措施。

我們所指的“處罰措施”當然不是各種單純的彌補方式（如損害賠償及不當得利的返還），又或其他純粹為恢復合法性或維護本身正當權益的措施（如法律行為的撤銷、宣告無效或解除及合同不履行的抗辯）。我們所針對的，是旨在懲罰違法者，使他們承受超出維護受害人的法律狀況所需的懲罰的措施，即真正的處罰。

不論就訂定者而言（可稱為“法律上的私法制裁”），抑或對受益人來說（可稱為“經濟上的私法制裁”），這些處罰均可以是私法上的制裁。

就訂定者而言的私法上的制裁，是指那些雖然抽象地規範於法律中，但卻由私人實體訂定的各種處罰。這些處罰可以透過合同訂定⁹，如強迫性違約金條款及實質上具暴利性質的約定利息；尚可以透過私人集合實體的章程及規章訂定，如在私法人、分層建築物所有人或分層建築物子部分所有人範疇內施行的處罰；亦可由該等集合實體的機關在其章程及規章所定限制內以決議的方式訂定。

⁹ 我們認為 Figueiredo Dias 及 Costa Andrade 僅把這種處罰視為私法上的制裁，因他們以被處罰者與處罰權的關係作為區分公法上的制裁與私法上的制裁的標準。他們認為在公法上的制裁中，“被處罰者面對處罰權時是處於一種受約束的關係”，而在私法上的制裁中，“利害關係人是自願服從處罰權的”（Jorge Figueiredo Dias 及 Manuel da Costa Andrade，《刑法》，複印教材，科英布拉大學法學院，1996年，第160頁）。我們假設上述刑法學家所指的“自願服從”發生於訂定處罰的時刻，而不是施行處罰的時刻，所以他們提到的“處罰權”是指訂定處罰的權力而不是施行處罰的權力，因為當被處罰者沒有自願履行處罰時，只能由公共當局強制施行，即使有關處罰是透過合同訂定亦然。因此，公法上的制裁與私法上的制裁的分別，不能以施行處罰程序中被處罰者的狀況為依據，而應以其在訂定處罰程序中的狀況為依據。

至於就受益人而言的私法上的制裁，是指在適用上有利於私人實體的制裁。在具財產性質的私法上的制裁情況中，施行有關處罰的所得會歸入私人實體的財產內。前段所述的處罰，不論就訂定者抑或就受益人而言，均屬私法上的制裁，因其施行結果是有利於私人實體。另外，雖然澳門《民法典》規定了一些處罰是由公共實體訂定，但其施行結果還是有利於私人實體的：由法院判決訂定的強迫性金錢處罰（第三百三十三條）；不取決於任何損害的“損害賠償”（第九百九十六條第一款、第一千零二十七條第一款、第一千零四十四條第二款及第一千三百七十九條第二款），其計算公式由《民法典》規定；造成房地產被包圍情況中的加重“損害賠償”（第一千四百四十三條第一款），其金額是由法院在《民法典》規定的限制內訂定（第一千四百四十三條第二款）；以及法定利息（第五百五十二條），其利率由規章性法規訂定（現由第9/2002號行政命令規定，利率為6%）。¹⁰

我們將兩種差異甚大的事實納入同一概念內可能會顯得奇怪，因為事實上，一種由私人實體訂定的處罰和一種適用上有利於私人實體的處罰，應該屬於兩個獨立的概念多於屬同一概念的兩種類型。

不過，兩者間亦存在以下的共通點：在兩種情況中均存在一種處罰性的私法法律關係，即主體雙方均為私人實體並以處罰為標的之法律關係。在就訂定者而言的私法上的制裁中，有關處罰是在一種私法法律關係中訂定，而不是透過一個公法法律行為確定。在就受益人而言的私法上的制裁中，有關處罰是在一種私法法律關係中履行，而其內容當然就是履行處罰的義務。

私法上的制裁反映出一種將制裁私法化的現象，又或一種制裁的公共性不足的現象。正如Pinto Monteiro所言，私法上的制裁屬於一個層面較大的“由私人實體主持公正”的問題¹¹，而本人則認為它屬於一個層面更廣的經濟私有化問題。

無論如何，由《民法典》規定的所有私法上的制裁，在適用上都

¹⁰ 我們之所以將法定利息看作為一種處罰，是因為其利率並不取決於通貨膨脹率，而且現時的法定利率更是遠遠高於通貨膨脹率。（見以下第 3.2 點）

¹¹ 前述著作，第 114 頁，第 250 項註腳。

是有利於私人實體的，並沒有一項是有利於公共實體的，即全屬經濟上的私法制裁。由此可見，私法上的制裁亦具有這個共同特徵，從而使到本文的研究內容更為統一。

爲了對澳門《民法典》所規定的私法上的制裁作出分類，我們可採用訂定處罰金額或計算處罰的公式的法律淵源作爲分類標準，並將該等制裁分爲以下三類：

- 法定的私法上的制裁，其金額或計算公式由法律訂定（不取決於損害的損害賠償及實質上具暴利性質的法定利息）；
- 司法上的私法上的制裁，其金額或計算公式由法院判決訂定（強迫性金錢處罰及加重損害賠償）；
- 法律行爲中的私法上的制裁，其金額或計算公式均在法律行爲中訂定（強迫性違約金條款、具暴利性質的約定利息、適用於分層建築物所有人或分層建築物子部分所有人的金錢處罰等）。

本文只會對非法律行爲中的私法上的制裁，即法定的私法上的制裁及司法上的私法上的制裁進行分析。換言之，本文僅涉及就訂定者來說屬公法性質，而對受益人來說則屬私法性質的制裁。

3. 由法律規定的制裁

3.1. 不取決於損害的損害賠償

3.1.1. 一般的損害賠償義務

3.1.1.1. 損害賠償義務在語言及實體法中的意義

在葡萄牙語中，“*indemnização*”（損害賠償）一詞意即“*acto ou efeito de indemnizar*”（作出損害賠償的行爲或結果），“*indemnizar*”（作出損害賠償）表示“*tornar indemne*”（使恢復未受損害狀況），而“*indemne*”（源自拉丁語*indemnis*）則表示“*sem dano*”（沒有損

害)。因此，“*indemnização*”（損害賠償）意即“*reparação dos danos*”（對損害的彌補）。¹²

在澳門《民法典》中文本內，“*indemnização*”一詞的對應中文為“損害賠償”，其字面解釋為“對損害的補償”（*compensação dos danos*）。¹³

《民法典》中規範損害賠償義務的內容的相關條文並無抵觸“*indemnização*”一詞在詞源學上的解釋，而是忠實地依循其詞義，且符合中譯本的“損害賠償”一詞的意義。以下是關於損害賠償的主要規定：

- 第五百五十六條：“對一項損害有義務彌補之人，應恢復假使未發生引致彌補之事件即應有之狀況”；
- 第五百五十七條：“僅就受害人如非受侵害即可能不遭受之損害，方成立損害賠償之債”；
- 第五百五十八條第一款：“損害賠償義務之範圍不僅包括侵害所造成之損失，亦包括受害人因受侵害而喪失之利益”；
- 第五百六十條第五款：“定出金錢之損害賠償時，須衡量受害人於法院所能考慮之最近日期之財產狀況與如未受損害而在同一日即應有之財產狀況之差額；但不影響其他條文規定之適用”。¹⁴

¹² 這與其他語言中具相同語根的詞的情況亦一樣，尤其是英語的 *indemnity* 和 *indemnification*，法語的 *indemnité* 和 *indemnisation*，西班牙語的 *indemnización*，以及意大利語的 *indennità* 和 *indennizo*。

¹³ 在此，基於好奇而指出一點，就是在其他不屬拉丁語系的語言中，亦存在與“*compensação dos danos*”的結構相似及相當於“*indemnização*”的詞語，例如英語的 *compensation of damages*（它的使用率可能高於 *indemnity* 及 *indemnification*）；德語的 *Schadenersatz* 或 *Schadenersatz*（*Schaden* 表示“*dano*”，而 *Ersatz* 則表示“*substituto*”或“*compensação*”）；俄語的 *vozmeshchenie ushcherba*（*vozmeshchenie* 表示“*compensação*”，而 *ushcherb(a)* 則表示“*(de) danos*”）。

¹⁴ 這些規定相當於葡萄牙《民法典》的第五百六十二條、第五百六十三條、第五百六十四條第一款及第五百六十六條第二款的規定。

對葡萄牙《民法典》影響最深的其他歐洲民法典對損害賠償義務亦有同樣的理解。透過葡萄牙《民法典》，澳門《民法典》亦受到相同的影響。

德國《民法典》（*BGB*）第二百四十九條規定如下：“有義務作出損害賠償之人，應恢復假使未發生引致彌補情況時即應有之狀況。如屬因侵害他人或損毀物件而須

若我們回顧一下損害賠償義務的歷史起源，亦能清楚知道它與損害之間的關係。

3.1.1.2. 區分處罰與損害賠償的歷史進程

《阿奎利亞法》(*Lex Aquilia*) 是歐洲法律在損害及民事責任事宜上最主要的歷史淵源，約成於公元前五世紀至公元前三世紀之間，但確切時間就不太清楚。¹⁵該法由一位名叫阿奎利亞 (*Aquilio*) 的司法官提出並由一個人民代表大會通過；在純屬民事性質的不法行為不予處罰的漫長歷史過程中，該法是一個重要里程碑。

在羅馬，不法行為可分為兩種：私法上的不法行為¹⁶及公法上的不法行為。

最初，私法上的不法行為是指侵犯私人的人身或財產的不法行

作出損害賠償，債權人有權要求給付彌補損害所需之款項，以代替恢復應有之狀況。”這是筆者的譯文，該規定原文為“Wer Zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen wuerde, wenn der zum Erastze verpflichtende Umstand nicht eingetreten waere. Ist wegen Verletzung einer Person oder der wegen Beschaedigung einer Sache Schadensersatz Zu leisten, so kann der Glaebiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen” (在上述規定中，以“ae”來表示“ä”及“ue”來表示“ü”)。

意大利《民法典》的多項規定（第八十一條、第一千二百一十八條、第一千二百二十三條等）均採用了“對損害的彌補”(*risarcimento del danno*) 的表述方式；有關規定相當於葡萄牙《民法典》及澳門《民法典》中採用“損害賠償”(*indemnização*) 一詞的規定。

此外，法國《民法典》(o *Code Napoléon*) 中有關不法行為的責任（第一千三百八十二條至第一千三百八十六條）及合同責任（第一千一百四十二條至第一千一百五十五條）的規定中，亦常出現“損害”(*dommage*) 及“彌補”(*reparation*) 等詞。

¹⁵ 根據 J. Cretella Júnior, 該法成於公元前五世紀末(《羅馬法課程》，第十七版，Forense 出版社，里約熱內盧，1994 年，第 312 頁)。在這問題上的另一位專家 Brassiolo 就認為該法成於公元前 286 年 (António Meneses Cordeiro, 《債法》，第二冊，第一版，里斯本法學院學術協會，1986 年，第 261 頁)。

¹⁶ 私法上的不法行為又可細分為違反民法的不法行為及違反大法官法的不法行為。前者主要是以民法(*jus civile*)作為審判及判罰基礎，並補充適用大法官法 (*jus praetorium ou jus honorarium*)，而後者則是以大法官法作為審判及判罰基礎。大法官法具司法見解性質，它是由大法官透過對民法作出確認、補充或修改而制定。

爲，而公法上的不法行爲是指侵犯國家的不法行爲。關於前者的訴訟

由普通法院審理，而關於後者的訴訟則由特別法院審理。在涉及私法上的不法行爲的案件中，法院可判令作出不法行爲者向受害人支付一筆款項，該款項包括一項罰款及一項對受害人所受損害的補償。¹⁷在關於公法上的不法行爲的案件中，法院可對不法分子科處“涉及人身的處罰（死刑、流放）或金錢處罰，而所得款項會歸國家所有而不是歸受害人所有”。¹⁸

隨 公法上的不法行爲的內容逐漸擴大，多種侵犯私人的行爲亦被納入其中。在公元前五世紀末通過的《十二表法》（*Lex duodecim tabularum*）中，謀殺近親（*parricidium*）及盜竊（*furtum*）等行爲亦歸入公法上的不法行爲範疇。¹⁹該法的制定結束了一場羅馬人民爭取權利的運動²⁰，並代表 在區分公法上的不法行爲和私法上的不法行爲方面的進展：前者指因侵害公共或私人的重要法益而需要國家作出遏止性干預的不法行爲；後者則指其他不法行爲。這代表侵害私人的法益可導致國家作出處罰，而這些處罰並不只限於向受害人給付款項。

在私法上的不法行爲的責任問題上，羅馬法的發展可分爲以下幾個階段：

— 不受規範的私人報復階段：“不法行爲的受害人或其親屬手持武器，不依循任何方法、系統或程度地以暴易暴”²¹；

— 受規範的私人報復階段：報復是透過科處同態復仇刑而作出（“以牙還牙，以眼還眼”）；一項侵犯與懲罰之間的適度原則開始具雛形²²；

¹⁷ J. Cretella Júnior，前述著作，第 305 頁。

¹⁸ 前述著作，第 303 頁。

¹⁹ Ditlev Tamm，《羅馬法與歐洲法史》，第一版，DJØF 出版社，哥本哈根，1997 年，第 157 頁。

²⁰ J. Cretella Júnior 解釋：“平民再次爲爭取權利而鬥爭，他們要求制定一個適用於全民的法律，從而減少因依循習慣而造成的不明確性（…）根據護民官 Tarenticio Arsa 的建議，於 462 年委任了一個負責起草一部法律的委員會，該法律就是著名的《十二表法》（*Lex duodecim tabularum*），而有關文本曾受到貴族及元老會的極力反對”（注意“*tabularum*”的第二個“*t*”屬印刷錯誤，應該是“*l*”）。

²¹ J. Cretella Júnior，前述著作，第 303 頁。

²² 在葡萄牙語中，“*talião*”（同態復仇刑）一詞源自拉丁語“*talio*”，而“*talio*”則是從“*talis*”派生出來的，後者意即“*tal*”（這樣的）。“*talião*”意思是“*tal delito, tal*”

—自由調解階段：不法行爲的受害人可選擇採取受規範的私人報復方式，或由雙方當事人訂定金錢處罰來解決問題；

—法定及強制調解階段：“法律規定每種不法行爲的行爲人須向受害人支付的特定金額，而受害人須接受該金額”²³，這樣便產生了罰款的概念²⁴；

—國家作出遏止階段：國家自行負起遏止不法行爲的責任。

上述的《十二表法》雖然處於法定及強制調解階段之初，但仍保留之前各階段適用的規定。例如，該法容許透過私人報復行爲殺死觸犯了晚間盜竊罪的人（第八表第十二段）²⁵，這便是不受規範的私人報復階段中的一種典型解決辦法。又如該法允許對犯了切除他人肢體罪的人科處同態復仇刑²⁶，也就是許可作出受規範的私人報復階段中的一種典型行爲。

之前提過，《十二表法》擴大了公法上的不法行爲的範圍，將某些損害私人法益的行爲亦納入其中。一種私法上的不法行爲轉變為公法上的不法行爲，代表適用金錢處罰的所得改為歸國家所有，而受害人僅享有要求彌補所受損害的權利。我們認為這種轉變預示私法上的罰款漸被廢除的趨勢，從而導致在私法上的不法行爲中，僅須對有關行爲所引致的損害作出補償。

這種趨勢當時在《十二表法》中並不是太明顯，因為根據該法的規定，多種私法上的不法行爲仍然會導致明顯具處罰性質的後果。處罰與損害兩者間比例不符的典型例子，就是對犯盜竊罪的現行犯科處

vingança”（這樣的不法行爲，這樣的懲罰）（前述著作，第 304 頁）。

²³ 同上著作。

²⁴ 有趣的是這種處罰在 Eshnuna 法典中已有所規定。Eshnuna 是位於美索不達米亞（位於現時伊拉克的領土）的一個舊王國，後來該王國被巴比倫首個王朝的第六任國王漢穆拉比（Hamurabi）攻占（公元前2003年至公元前1961年）。長久以來，為人所知的首部成文法典就是《漢穆拉比法典》（Hamurabi），但現今人們知道 Eshnuna 法典才是首部成文法典，而《漢穆拉比法典》就是以它作為根據。按照 Eshnuna 法典的規定，對於最嚴重的罪行，如殺人及傷害人身罪，亦只是科處財產性質的處罰。

²⁵ Ditlev Tamm，前述著作，第 159 頁。

²⁶ J. Cretella Júnior，前述著作，第 307 頁。

成爲奴隸的處罰（第八表第十四段）²⁷。即使是該法規定的金錢處罰，亦明顯具有處罰目的，而非爲作出補償，因有關金額已由法律規定一固定數目，而不是由法院根據損害的程度而訂定。

至於在《阿奎利亞法》中，補償的概念就取得一定的主導地位。且看以下的規定：

- “如某人違法地殺死他人的一個奴隸、女僕或一隻四腳牲畜，應向有關主人支付相當於該人或牲畜在受害前一年的最高價值的款項”（第一章）²⁸；
- “在與奴隸或牲畜被殺害無關的其他情況中，對他人造成損害，不法地燒毀、打碎或毀壞他人的財物，應於三十天內向有關物主支付相當於其所造成的損害的總價值的款項”（第三章）²⁹。

這些規定訂定了一種新的民事不法行爲：*o damnum iniuria datum*³⁰，即損害他人的奴隸、女僕或財物的不法行爲。我們可見該兩項規定並沒有就有關不法行爲科處任何處罰。該等規定僅要求作出不法行爲的人有義務向受害人支付特定數額的款項；該款項只不過是將行爲人對受害人所造成的損害以金額來表達。這種義務只不過是爲了彌補該損害，而不是爲了懲罰違法者。

這樣便形成了後來我們所稱的“非合同責任”：這是一種民事不

²⁷ Ditlev Tamm, 前述著作, 第 159 頁。

²⁸ 原文爲 “Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.” 本文葡文本中的有關規定是根據 Ditlev Tamm 的前述著作第 162 頁的英文譯本翻譯過來，該英文譯本爲 “If anyone kills unlawfully a slave or a servant-girl belonging to someone else or a four footed beast of the class of cattle, let him be condemned to pay the owner the highest value that the property had attained in the preceding year.”

²⁹ 原文爲 “Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus trigenta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.” 本文葡文本中的有關規定是根據 Ditlev Tamm 的前述著作中的英文譯本翻譯過來，該英文譯本爲 “In the case of all other things apart from slaves or cattle that have been killed, if anyone does damage to another by wrongfully burning, breaking or spoiling his property, let him be condemned to pay to the owner whatever the damage shall prove to be worth in the next thirty days.”

³⁰ J. Cretella Júnior, 前述著作, 第 312 頁。

法行為責任，是對民事不法行為的受害人的損害作出補償的義務。

後來，歐洲大陸法的發展明確區分了民事責任和刑事責任，並鞏固了民事不法行為與民事責任的關係，以及刑事不法行為與刑事責任的關係。

這樣，民事不法行為便不再受法定原則（*numerus clausus*）限制，其內容因而擴大至所有損害性不法行為。這類不法行為由民法規範，其後果是強制履行對損害作出彌補的義務。見證這個發展的實體法就是歐洲第一部民法典，即法國《民法典》（*Code Napoléon*），其第一千三百八十二條規定如下：

“作出損害他人的行為之人，有義務彌補因其過錯而造成的損害。”³¹

至於刑事不法行為則繼續受法定原則限制，故該等行為僅指被法律定性為犯罪的事實。適用於這種不法行為的處罰，是由刑法規範的刑罰，目的是要犯罪者承擔作出損害的責任、預防犯罪及使不法分子重返社會，而不是使受害人因犯罪而得利，所以當須要科處金錢處罰時，有關款項將歸國家所有。

鑒於民事不法行為適用非法定原則（*numerus apertus*），故凡造成損害的刑事不法行為亦屬民事不法行為，所以該等行為都會導致須對受害人作出金錢補償的義務，只不過這種義務不在於處罰罪犯，而是為了彌補受害人的損害。

由此可見一種逐漸由公共實體負責科處處罰的趨勢，故我們可以斷言：損害賠償歸受害人，處罰歸國家。

當然，這種發展並不是那麼單向的。例如我們不能忽視一種情況，就是在奴隸或封建制度的生產方式中，不履行債務可導致債務人成為奴隸或僕人，而奴隸或僕人的主人就是債權人。

不過，由於封建奴隸制後來被廢除，對不履行債務的人改為科處徒刑，雖然這樣做也是殘酷及不公平的，但在步向由公共實體負責科處處罰和減低債權人與債務人之間的不平等的過程中，的確是向前邁

³¹ 這是筆者的譯文。原文為 “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*”

進了一步。

由公共實體負責科處處罰亦有助於廢除對債務人作出私人處罰的做法。事實上，債務人當奴隸或僕人會使債權人在經濟上獲益，因債權人可為自己的利益而剝削他們。相反，將債務人關進國家監獄，除了不會令債權人獲利外，亦會加重國家的負擔，繼而對整個社會造成負擔。因此，根本沒有任何重大經濟利益作為依據，去反對那些爭取不應將欠債者監禁的人道主義運動。若這種爭取並非必定成功，我們認為原因並不在於某社群的直接經濟利益³²，而是基於通常與這種利益相隨的強烈壓制性政治思想所致。

3.1.1.3. 損害賠償義務的哲學依據

從哲學角度來看，公正所體現的價值（即Radbruch美稱的“法的理念中的北極星”），可以作為要求損害一方對受害一方履行損害賠償義務的依據。

為了支持這種價值觀，首先可引用亞里士多德（Aristóteles）提出的一種概念。他指出，在人與人的關係中，公正在於他們之間的平等付出（交換公正）。當然，我們不可輕易從這個概念中得出誰對他人造成損害便有義務作出補償的原則，因為亞里士多德所指的平等亦可透過同態復仇刑，即透過以牙還牙的方式而表現出來。因此，純粹基於雙方之間是平等的理念，並不足以強制履行彌補損害的義務。不過，就強制損害人對受害人支付高於損害的真實價值的款項，這種平等理念就足以說明有關強制要求是不正當的，因為這種強制要求會令受害人得利，即造成一個雙方不平等的新局面。換句話說，這種強制要求導致出現不當得利的情況。

因此，我們認為亞里士多德提出的交換公正概念雖然不足以作為損害賠償義務的依據，但卻足以說明不當得利是不正當的，故應將損害賠償義務局限於損害的真實價值範圍內。

著名羅馬法學家烏爾比安（Ulpiano）以下的陳述，對於公正概念

³² 除非監獄是批給私人企業管理而變成為一種商業活動。美國已開始出現這種情況。

的歷史發展及說明損害賠償義務僅限於損害的真實價值起了重大作用：

- “公正就是向每個人給付其應有的東西的持續及永恆的意願”³³；
- “法的規則如下：誠實地生活、不侵害他人、向每個人給付屬其所有的東西。”³⁴³⁵

當提及公正概念時經常引用的是上述“法的規則”中的最後一項，即向每個人給付屬其所有的東西（*suum cuique tribuere*）。它可作為損害賠償義務的依據，因透過該法則可輕易得出誰取去他人的東西應以實物或等值金額作出返還的結論。此外，一如亞里士多德的交換公正概念，該法則可用作限制損害賠償義務的範圍，因為強迫侵害人向受害人支付高於損害價值的損害賠償，等於奪去屬前者的東西以向後者作出非其應有的給付。該法則在發揮這種功能時，是同時附以誠實地生活（*honeste vivere*）法則的：兩者皆為禁止不當得利的理據。不過，單純依據這兩項法則，並非必然能阻止在不選擇損害賠償時適用同態復仇刑。

作為絕對摒棄同態復仇刑的理據，最重要的法則是不侵害他人（*alterum non laedere*），而公正概念所欠缺的正是這個要素；若具備這個要素，便可以在民事不法行為範疇內，在形式上平等的兩種解決方

³³ *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.*

³⁴ *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

³⁵ 烏爾比安所指的法是自然法。對於普遍的自然法學家，尤其是對於烏爾比安來說，自然法所表達的是絕對的公正。所以，此處所指的法則必定是以公正概念為依據而訂定的。為了證明公正與自然法是一致的，在此引述其中一位最具影響力的羅馬自然法學家西塞羅（Cicero，公元前 106 年至公元前 43 年）的著作《法律篇》（*De Legibus*）的部分內容：“法律是自然界中至高無上的理性者，它規定了何者可為及何者不可為。（…）因此，只有一個規範人類社會及作為唯一的法律的依據的法，而該唯一的法律在強制或禁止作出某行為方面都是以理性公正為基礎。（…）若公正不是建基於自然界，又或只是建基於某種利益而導致另一種利益可將之摧毀，那便沒有公正可言。（…）法律在於區分公正與不公正的事情，它是以世界上最古老及最先存在的自然界為依據，而人類的所有法律都是建立於這個自然界之上（…）。”此外，在這問題上，我們還可以引用拉丁語 *jus*（法）與 *justitia*（公正）兩詞之間的同源關係。雖然就哪一個詞是從另一個詞派生出來的問題仍存在疑問，但兩者間的關係是普遍獲認同的。

法中，即同態復仇刑及對損害的彌補中，確定摒棄前者並確定採用後者。這種法律哲學的發展或者亦受到仁慈理念所影響；雖然很多基督教徒均強調及維護該理念，但是教會本身亦嚴重違反之。

綜合上述法則可總結出如下規則：任何人侵害他人，並剝奪屬他人所有的特定金額，應向其返還該金額，但侵害人自己不能因返還高於必須支付的金額而受侵害。

雖然一直合理強調“向每個人給付屬其所有的東西”是公正概念的主要指導原則，但亦有理由認為該法則不足以具體評定何謂公正及何謂不公正。就這個問題，且看Cabral de Moncada的意見³⁶：

“(…)公正純粹是一個形式上的價值，所有人均可求助於公正，所有社會狀況均適用公正。有資本主義的公正及共產主義的公正，民主的公正及貴族的公正，以及奴隸的公正及主人的公正。(…)若將公正形式上的價值濃縮成我們所認識的‘物歸原主’及‘向每個人給付屬其所有的東西’，那麼我們永遠都不清楚該如何處理每一種情況，而根據其他標準，亦不能確切地知道在接受、給付或做某事時，何者屬何人所有。雖然我們已有一個準則，但卻不知以它來衡量甚麼。”

在這段文字中，葡萄牙法哲學家Cabral de Moncada提到借助“其他標準”的必要性，以便明確知道“在接受、給付或做某事時，何者屬何人所有”。馬克思（Karl Marx）及恩格斯（Friedrich Engels）這兩位著名但不被Cabral de Moncada看重的哲學家就提出了這些標準。

他們認為公正的價值並非永恒不變的，相反，它在特定的歷史背景中就有特定的內容：

- 在社會主義生產模式中，公正體現於“各盡所能，按勞分配”的原則；
- 在共產主義生產模式中，公正體現於“各盡所能，按需分配”的原則。

當然，由於共產主義社會將始建於社會主義時期，所以在社會主

³⁶ Luís Cabral de Moncada，《法律及國家的哲學》，第二冊，科英布拉出版社，第 289 頁。

義社會中應已存在並逐漸累積共產主義社會的特徵，故其在實現公正時，將透過一個漸趨普及的社會保障制度，關注到所有人的基本需求及文明需求。

同樣，由於社會主義社會亦須在資本主義生產方式中建立起來，故一個正過渡到社會主義社會的資本主義社會在實現公正時，應把勞動放在第一位。

按照關於價值的科學性理論（由亞當斯密Adam Smith，李嘉圖David Ricardo，馬克思Karl Marx及其他我們不認識的學者確立的），而不再依循意識形態（因“看見”資本及純投機活動所產生的經濟價值而將勞動收益及資本收益視為具有同等正當性的意識形態），一個正過渡到社會主義的資本主義社會應該以提供勞動的價值作為落實“向每個人給付屬其所有的東西”這一法則的主要標準。當然，亦應該把剝削他人的勞動的行為，視為違反烏爾比安在其提出的法則中首先指出的“誠實地生活”法則。

將這些概念適用於損害賠償義務問題上，我們可以說，在一個正過渡到社會主義的社會中，如果財產是透過無償取去他人的勞動成果而獲得，那麼在將有關財產國有化、徵收、徵用及先占的情況中便可能不會存在損害賠償義務，因為這些財產不被視為屬其主人所有，而是其主人以不誠實的方法將之據為己有。

剛才之所以提及馬克思和恩格斯，目的是希望提供一個例子，作為鞏固“向每個人給付屬其所有的東西”法則的標準。正如Cabral de Moncada所言，如不求助於其他能鞏固該法則的標準，公正只會變成一種徒具形式的價值。另一方面，這種形式主義亦進入了實體法範疇，使到只有法律規定屬每個人應有者才被視為“每個人應有的”³⁷。採取

³⁷ Paulo Cunha 亦有這個憂慮，他提醒大家關注該法則被解釋為“依實體法而擁有”的危險性。不過，對於這位葡萄牙法哲學家來說，問題的中心所在就是公正定義中的“意願”一詞。他指出，“（...）別忘記那是一種持續及永恆的意願，即公正意願（...）是須要不斷尋找及發自心靈的”（Paulo Ferreira da Cunha,《法律解讀——再看烏爾比安的三項規條及其他經典文章》）。我們認為，除非意願獲得適當的尊重，否則強調“意願”這個成分只可能有助於界定主觀的公正（公正作為一種美德，即一種道德價值），而對於界定客觀的公正（公正作為一種法律價值）就沒有明顯的作用，因為客觀的公正必須透過外在的解決方法表現出來，而不能局限於內

這種立場時必須承認的是，根據現行法律的規定，“每個人應有的東西”除指其勞動收益或代替有關收益的財產外，亦包括以其他名義取得者，尤其是資本收益或代替有關收益的財產。不過，法律一旦被修改，並將資本收益視為不正當時，則必須承認該等收益是不正當的，那麼此時徵收該等收益或代替有關收益的財產，便不須作出任何損害賠償。*Cohérence oblige...*，意即這是邏輯使然！

在進一步分析作為損害賠償義務的依據及限制的公正概念時，應該研究一下當出現兩個“應有”時所引起的問題。在這種情況中，問題已不在於究竟甚麼是屬於某人，或因何屬其所有，而是要知道當要取去某人應有的東西以便給予另一人其應有的東西時該怎麼辦。簡言之，就是如何解決權利衝突的問題。

這個問題又可一分為二：*具體的權利衝突及抽象的權利衝突*。

第一個問題會在適用法律的具體情況中出現，即某人行使其權利導致犧牲另一人的相同或不同權利的情況。這種衝突由《民法典》第三百二十七條規範，該規定體現了必要原則、適當原則及適度原則。

第二個問題就是立法者制定規定去維護某種權利並限制另一種權利時要面對的問題。一九九九年十二月二十日之前，關於在澳門出現的這種衝突是由《葡萄牙共和國憲法》第十八條規範。在限制權利、自由及保障事宜上，該規定訂定了必要原則、適當原則及適度原則，以及保障主要內容原則，亦即依循一種高度限制對權利作出限制的理念。目前在這個問題上，澳門並沒有任何這樣明確的規定，本文稍後在第5點會再探討有關問題。

上述的必要原則、適當原則、適度原則及保障主要內容原，可看作為“向每個人給付屬其所有的東西”及“不侵害他人”兩項法則的組合結果：根據第一項法則，必須確保每個人都能全面地享有及行使其權利；根據第二項法則，必須禁止權利人在行使其權利時損害他人，即在某程度上有必要限制該權利。在了解第二項法則後再分析第一項

心。此外，即使就主觀的公正而言，若認為每個人的公正意願都是源自理性而非感性，那麼亦必須承認，他們在擁有這種意願之前，都是要根據特定的標準以便知悉每個人所應有的東西為何。

法則，可以知道，即使根據第二項法則而對權利作出限制，仍然有需要尊重該權利，故這種限制本身亦一定要受到限制，即必須按所需而對權利作出最少的限制，以便透過有效及公平的方式避免他人受損。

在鞏固公正概念方面，上述四項原則代表一個非常重要的發展，因而也是建立一個對不法行為作出法律制裁的公正制度的重要理論基礎。另外，就現正分析的特定問題，即民事不法行為在私法上的解決方法，該等原則亦可作為其中一種依據，以說明這種解決方法應只限於對損害作出彌補而排除所有私法上的制裁，尤其是虛假的損害賠償。

3.1.1.4. 損害賠償義務的內容

根據澳門《民法典》第五百五十六條的規定，損害賠償義務指“應恢復假使未發生引致彌補之事件即應有之狀況。”該規定相當於作為其直接淵源的規定，即一九六六年的葡萄牙《民法典》第五百六十二條，而後者亦非首創性的規定，它是源於德國《民法典》第二百四十九條第一部分的。³⁸

眾所周知，第五百五十六條所規定的恢復應有之狀況分為兩部分：

- 一 返還受害人在發生損害事件當日擁有並因有關事件而失去的東西（即時的損害*damnum emergens*）；
- 一 向受害人給付其在發生損害事件當日未擁有，但若沒有發生有關事件其應取得的東西（未能享有的利益*lucrum cessans*）。

這也就是澳門《民法典》第五百五十八條第一款的規定；該規定引用了葡萄牙《民法典》第五百六十四條第一款的規定：

“損害賠償義務之範圍不僅包括侵害所造成之損失，亦包括受害人因受侵害而喪失之利益。”

由於損害賠償義務是建基於公正概念，尤其是“向每個人給付屬其所有的東西”法則，故在訂定損害賠償義務的各種內容時，必須求助於該等概念及法則，亦即就損害賠償義務而確定有關即時損害及未

³⁸ 第 3.1.1.1.點轉載了該規定。

能享有的利益實際上是多少時，必須依循該等概念及法則。

爲了說明這種邏輯思維，我們就以企業的徵收及對該徵收作出應有損害賠償³⁹爲例，並認同實體法本身已規定了用以確定每個人應有的東西的標準。

如果徵收是在一個承認資本收益屬正當的法律框架內作出，那麼企業擁有人應得的損害賠償，應包括以他們的財產（即使是資本收益或以資本收益取得的財產）作出的所有投資，以及若該企業沒有被徵收，他們在去世前會獲得的所有收益，因爲該等金額都屬於“向每個人給付屬其所有的東西”法則所指的“其應有的東西”。

相反，若徵收是在一個視資本收益爲不正當的法律框架內作出，那麼上述金額便不屬於其應有的東西，因而在訂定損害賠償金額時不應考慮該等金額。在這種情況下，僅應考慮透過以勞動取得的財產所作投資或透過法律視爲正當的其他方法（即符合“誠實地生活”法則的方法）所作的投資。超額的損害賠償，即超出正當的即時損害及未能享有的利益的價值的損害賠償，會導致在徵收人與被徵收人的經濟及法律關係中的交換公正遭到否定，亦即一種有利於被徵收人而處罰徵收人的情況。另外，由於徵收人是一個公共實體，其財產是屬於人民的，所以最終是人民受到處罰。這種爲了被徵收人的利益而處罰人民的做法抵觸了分配公正。此外，作出超額的損害賠償意味給予被徵收人一筆相當於違反按新制度解釋的“誠實地生活”法則而獲得的收益款項。也就是維護一種違反公正法則的活動。

最後，就有關損害賠償義務的問題，尚須指出一點，就是如不能恢復原狀或恢復原狀會使債務人負擔過重，則損害賠償應以金錢定出（第五百六十條第一款及第三款）。如能恢復原狀而又不會使債務人負擔過重，但卻不足以全部彌補損害，則對恢復原狀所未能彌補的損害部分，以金錢定出其損害賠償（第五百六十條第二款）。

³⁹ 直至今日爲止，本文一直談論基於不法損害行爲的損害賠償義務，但眾所周知，只要法律規定，合法損害行爲亦會導致出現損害賠償義務。徵收便是其中的一種情況（澳門《民法典》第一千二百三十四條）。

3.1.2. 不取決於損害的損害賠償情況

在此先分析一下澳門《民法典》的以下規定（橫線由筆者加上）：

第九百九十六條

（承租人之遲延）

一、如承租人處於遲延，則出租人除有權要求給付拖欠之租金外，亦有權要求給付相當於該金額之一半之損害賠償，但合同因欠繳租金而已被解除者除外；如拖欠超過三十日，則該損害賠償即增加至雙倍。

二、……

三、在第一款所指之義務尚未被履行時，出租人有權拒絕受領後期之租金，且該等被拒絕受領之租金就一切效力而言均視為欠繳之租金。

四、……

第一千零二十七條

（因過期返還租賃物而生之損害賠償）

一、承租人基於任何原因未於合同終止時立即返還租賃物者，有義務支付雙方當事人所訂定之租金作為損害賠償，直至其返還租賃物為止；但有理由將應返還之租賃物提存者除外。

二、然而，承租人一經遲延履行其債務，損害賠償隨即提高為兩倍；對承租人之遲延不適用第三百三十三條所規定之處罰。⁴⁰

三、如出租人遭受之損失超出以上兩款所指之金額，則保留其就超出部分獲得賠償之權利。

第一千零四十四條

（由承租人作出之單方廢止）

一、……

二、承租人按上款規定行使單方廢止權者，出租人即有權獲

⁴⁰ 強迫性金錢處罰。

得相當於一個月之租金作為補償，但另有訂定者除外；然而，所訂定之賠償額不得超過兩個月之租金，否則減至此數額。

**第一千三百七十九條
(年金之支付)**

一、……

二、出現遲延履行時，所有人有權收取相當於應收款項之一半之賠償，如遲延超過四十五日，該賠償即增至雙倍。

三、……

四、對遲延履行不得適用第三百三十三條所規定之處罰。⁴¹

五、……

上述規定中所指的“損害賠償”的金額均不取決於損害的價值。此外，在各種情況中強迫履行損害賠償義務亦不取決於是否證實存在損害。那麼該等“損害賠償”不就是真正的處罰嗎？

3.1.3. 不取決於損害的損害賠償的法律性質

以下是Antunes Varela及Pires de Lima對葡萄牙《民法典》第一千零四十一條第一款所規定的損害賠償的解釋；該規定與澳門《民法典》第九百九十六條第一款的規定相類似⁴²：

“該損害賠償是基於承租人沒有準時履行其首要義務而引致，對於平衡出租人定期收取房地產租金的利益，以及房屋穩定性方面的個人和集體利益而言，是一種標準協調方式。不過，現時這種解決方法已適用於整個關於租賃的法律範疇(…)”⁴³

上述兩位著名民法學家均認為該損害賠償是一種協調有關利益的

⁴¹ 同上。

⁴² 該規定僅屬類似而非相同，因為它更為嚴厲。該規定內容如下：“如承租人處於遲延，則出租人除有權要求給付拖欠之租金外，亦有權要求給付相當於該金額之雙倍之損害賠償，但合同因欠繳租金而已被解除者除外。”

⁴³ Pires de Lima 及 Antunes Varela,《民法典釋義》，第二冊，第三版，科英布拉出版社，1986年，第399頁。

“標準”方式，但事實上該損害賠償卻完全破壞了公正概念所體現的平等原則。

前文已經提過，在雙邊關係裏面，公正代表雙方是平等的，包括雙方在給付價值方面的平等（交換公正）。因此，在一種雙邊關係裏，公正及平等表示任何一方均不得因他方而獲利或受損害。

基於相同理由，本文亦曾指出，只有出現損害時方存在損害賠償義務，而損害賠償的幅度亦應相等於有關損害的價值，因為如損害賠償不取決於損害，又或其金額超過損害的價值，則會導致債權人因債務人而獲利；如其金額低於損害的價值，則會導致債權人因債務人的利益而受損。

但是，第九百九十六條第一款規定損害賠償義務不取決於是否存在損害，這必然會導致出租人和承租人之間出現不平衡狀況，而且通常會令承租人受損，因為出租人所受損害高於損害賠償金額的可能性很低。即使只是假設出租人和承租人之間是平等的，這種不平衡仍是顯而易見的。若然放棄這種假設而考慮另一因素，即普遍認為較出租人的利益重要的承租人的利益，該不平衡現象則更為顯著。

因此，可以說立法者所採取的解決方法是“標準的”不公正方法。

基於相同理由，這種價值觀方面的判斷亦適用於以上列舉的其他規定中的損害賠償義務。

綜上所述，不難回答如下的法律技術上的問題：究竟此等“損害賠償”是真正的損害賠償，抑或是不適當被冠以損害賠償之名的處罰？如損害賠償不取決於損害的發生，那麼它不得以補償名義存在，而應該是給予債權人的一份禮物及對債務人的一種懲罰，所以它是處罰而非損害賠償。嚴格來說，由於適用損害賠償的所得是有利於一個私人實體，故可稱之為私法上的制裁。

此等虛假的損害賠償跟《民法典》第三百三十三條所規定的*強迫性金錢處罰*相似。事實上，此等“損害賠償”原則上也是強迫性金錢處罰：正如剛才所言，損害賠償是一種處罰，且一般是以金錢支付，並具有跟第三百三十三條所規定之處罰相同的強制性及處罰性。它們之間的主要分別在於訂定處罰金額的方式：在不取決於損害的損害賠

償情況中，有關金額是根據法定公式計算；在強迫性金錢處罰情況中，有關金額則是由法院訂定，而不設任何法定公式或限額。因此，可以說，不取決於損害的損害賠償是一種法定的強迫性金錢處罰，而第三百三十三條所規定者則為司法上的強迫性金錢處罰。

虛假的損害賠償及強迫性金錢處罰均可納入Pinto Monteiro定名為私法上的強制措施的範圍內。他根據Gerbay及Calvão da Silva所採用的分類方法，將損害性的強制措施及保護性的強制措施兩者區分。損害性的強制措施僅包括違約金條款、定金、明文規定的解約條款及加重遲延利息等雙方自行訂定的處罰（對於訂定者來說屬私法上的制裁），並未提及虛假的損害賠償和強迫性金錢處罰（對於訂定者來說屬公法上的制裁，但對於受益人來說屬私法上的制裁）。不過，Pinto Monteiro卻承認“《民法典》中的多項規定同樣起處罰作用。”⁴⁴如在上述私法上的強制措施中加上對於受益人而言屬私法上的制裁者，即可加上法定及司法上的強迫性金錢處罰。

在此適宜對“強制”（或“強迫”）及“處罰”的關係作解釋。

雖然上述強制性措施一般被定性為“強迫性”（例如強迫性違約金條款及強迫性金錢處罰），而非“處罰性”，但其最先作用是處罰作用，而所謂的強迫性僅是從中衍生出來的。根據一項古老的格言，“無人可直接被迫作出一行為”（*nemo praecise potest cogi ad factum*）。

因此，對債務人的強迫，若不是其本人基於道德觀念且不問利益而作出的自我強迫（無條件的義務），則純屬其本人認為避免受處罰可對其有利而作出的自我強迫（有條件的義務）。

在第一種情況中，甚至無須任何關於處罰的法定或約定的規定，因為作出該行為絕對不取決於這種規定。

在第二種情況中，則是預期的處罰“迫使”債務人依法行事，因為單單一項關於處罰的規定本身怎樣也難以驅使債務人作出有關行為。

由此可見，上述任何一種處罰的規定之所以屬強迫性，是因為它們具有處罰性。

⁴⁴ António Pinto Monteiro，前述著作，第 109 頁及第 110 頁，第 238 項註腳。

然而，這並非表示普遍的規定所具有的強迫性均須以其處罰性為前提。強制承擔損害賠償義務亦可產生一種強迫作用，而且當有關損害賠償較諸履行一項義務本身對債務人造成更大的負擔時，有關強迫作用則更為肯定（例如當某人預見須向鄰居支付一筆維修費時，這可能在心理上會“迫使”他先找人修理好自家的爛水管，因為這項簡單工程所需費用較鄰居的維修費用為少）。

因此，可以說強迫作用既可從一項處罰性規定（其即時作用是處罰性）衍生出來，亦可因一項單純的補償規定（其即時作用是補償性）而生。

基於此，強迫性違約金條款跟補償性違約金條款的分別，並非在於前者的強迫作用，而是在於其處罰作用。同樣，第三百三十三條規定的處罰與損害賠償義務的分別亦非在於前者的強迫性，而是其處罰性。

在結束本分節前，值得指出的是，在上述第九百九十六條所規定的情況中，不履行“損害賠償”處罰可引起新的“損害賠償”處罰，因為該條第三款賦予債權人拒絕受領後期的租金的權利，並視該等租金為遲延支付的租金，因而導致新的“損害賠償”處罰。此乃一項不斷擴展的處罰。

3.1.4. 與其他私法上的制裁的併處

之前列舉的第一千零二十七條及第一千三百七十九條對不取決於損害的“損害賠償”作出了強制規範。該等規定的其中一個特點是禁止將第三百三十三條所規定的強迫性金錢處罰適用於其規定的遲延情況（第一千零二十七條第二款及第一千三百七十九條第四款）。

就該等規定，可以提出以下問題：該等規定所作出的禁止，究竟是否構成容許併處損害賠償與司法上的強迫性金錢處罰的一般規定（第三百三十三條）的例外情況，抑或揭示了一項不得併處各種強迫性金錢處罰的一般原則，還是概括地指出一項不得併處受益人相同的多種私法上的制裁的一般原則呢？

我們認為上述最後一種解釋較為恰當，因為可避免併處目的一致之多種制裁。

此外，該解釋似乎亦得到第三百三十三條第四款的支持，因為該項規定禁止併處目的相同之司法上的強迫性金錢處罰及強迫性違約金。值得注意的是，強迫性違約金條款所規定的處罰如屬金錢性質，其亦是一種強迫性金錢處罰——是一種合同上的強迫性金錢處罰。這表示第三百三十三條第四款所禁止的，是另一種併處多項強迫性金錢處罰的方式，即併處多項私法上的制裁的方式。

雖然如此，我們亦不敢斷言《民法典》載有一項禁止併處多項強迫性金錢處罰的一般原則，故在此暫不就這問題下定論。

然而，仍雖強調的是，假如立法者這樣做反映出一項不得併處的一般原則，那麼這也就是肯定了現正分析的規定所指的“損害賠償”具有處罰性，因為只有這樣才談得上禁止併處。根據第三百三十三條第一款、第七百九十九條第三款首部分及對第八百條第二款的相對解釋可以得知，單純的補償並不會妨礙處罰的適用。

3.2. 實質上具暴利性質的法定利息

不論法定利息抑或約定利息，其目的或作用不外乎兩種：補償目的或作用，以及處罰目的或作用。

從邏輯角度而言，如果利息價值相當於損害價值，則有關利息僅屬補償性質。在這情況中，利息是對債權人作出損害賠償的一種方式，而非損害債務人而令債權人得利。因此，它並非真正的利息，而僅為名義上的利息，且必然不是過去備受基督徒、伊斯蘭教徒及共產主義者有理由批評的那種利息。

相反，如利息高於損害價值，則債務人會受損而令債權人得利，所以對於債務人來說，利息是一種處罰。

正因如此，在中世紀時，博洛尼亞派(*Bolonha*)法學者將“*interesse*”及“*juro*”區分，兩者均指利息，但後者有暴利(*usurae*)的意思。前者僅為債務人就其遲延而對債權人所受損害作出的彌補，是正當的。後

者由於會為債權人帶來利潤，故被視為不正當的。⁴⁵但是，今時今日“*juro*”一詞可用以指明兩種情況。

利息的其中一種功能就是就遲延履行金錢之債作出損害賠償。第七百九十五條第一款規定如下：

“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。”

此乃遲延利息。至於其金額是多少呢？同條第二款就有如下規定：

“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。”

上述規定同時反映出第五百五十二條第一款所載的一般規定，根據該規定，“（…）在無指定利率（…）下訂定之利息，由行政長官以訓令定出。”

此等利息相當於最低的損害賠償金額，而非確定的金額，因為第七百九十五條第三款規定如下：

“然而，債權人得證明遲延對其造成之損害遠超過上款所指之利息，而要求給予相應之附加賠償。”

相反，如損害價值低於該利息，應作出的“損害賠償”金額仍相等於該利息，當中超出損害價值的部分則屬於一種處罰而非一項損害賠償。

一般來說，遲延履行一項金錢之債而引致的損害價值，相等於有關債務基於通貨膨脹而喪失的價值。因此，僅就補償目的而言，原則上利率應與通脹率相同。

為此，一方面必須定期訂定相等於同期通脹率的法定利率（故沒有真正的法定利息），而另一方面，約定利率僅在法定利率不足以彌補有關損害時（例如對債務人不利的匯率下調情況）方可高於法定利率。不過，事實並非如此。

根據十二月二十六日第330/95/M號訓令第一條的規定，過往的法定利率為9.5%。在一九九五年訂定該利率時，通脹率約為9%⁴⁶，因此真正的法定利率僅為0.5%。但是，在續後數年，通脹率急劇下降，於

⁴⁵ António Pinto Monteiro，前述著作，第374頁。

⁴⁶ 《消費物價指數》，統計暨普查司，1998年，第49頁。

一九九八年甚至下降至0.2%⁴⁷。其後，通脹率再度下跌，並錄得輕微負增長。這種情況加上澳門元的升值，對利息的債權人，尤其是信貸機構來說十分有利，但對債務人，尤其是工人則極為不利，因為其薪酬一直很難達到每年9.5%的增幅。

最近，於二零零二年四月一日公佈的第9/2002號行政命令，將法定利率下調至6%。該項於愚人節公佈的法規的可信性，事實上亦令人懷疑，因為其法律形式是不適當的。《民法典》第五百五十二條第一款規定以訓令訂定法定利率，而現時並沒有任何法律直接或間接地規定將對“訓令”的提述解釋為對“行政命令”的提述。如認為有需要系統地配合現況去解釋有關提述，以其他法規取代“訓令”，筆者認為應以“行政法規”而非“行政命令”取代。因為，根據在核准《民法典》之日適用的公法法律行為制度，訓令是處最高位階的行政法規。根據回歸後的公法法律行為制度，這種地位（即位處規章性行為的最高位階）改由“行政法規”所具有。當中，尤以制定行政法規前須徵詢行政會的意見（《基本法》第五十八條）這一事實最能證明此點。因此，行政命令一如其名，應屬於一種政治行為或行政行為模式，而非行政法規的模式，且必然處於行政法規以下的位階，故亦必然處於訓令之下，因而不得取代、廢止、修改或中止任何訓令。

無論如何，不論認為現行的法定利率為9.5%抑或6%，它都是遠高於通脹率及薪酬調整率。它使債權人在債務人受損的情況下而不當得利，故實質上是一種具暴利性質的利率。對債務人來說，是一種真正的處罰。

關於遲延利息的規定，經作出適當的配合後，亦適用於關於消費借貸合同的利息。當然，若消費借貸貸與人是一所信貸機構，為免其經營受到損害，該機構須徵收以高於通脹率的利率計算的利息，以應付其本身服務的成本開支（薪金及設備等開支）。但是，如有關利息高於消費借貸服務的必要成本，則會導致消費借貸借用人受損而令貸與人得利。對借用人來說，這情況並不是一種返還實際借款及相關服務費的公正情況，而是一種真正的處罰。導致這種處罰的原因是合法的

⁴⁷ 同上，第 17 頁。

(即借貸的設定)，而非不法的，例如它並不是偷竊。不過，應比較一下因借貸引致的處罰及因偷竊引致的處罰……

綜上所述，可以總結得出，訂定法定利率的規定直接抵觸了公正原則：破壞了法律及經濟關係上債權人及債務人之間的交換公正（即在給付方面的平等）；許可債權人在令債務人受損下“不誠實地生活”，並將債務人“應有的東西”據為己有，因而“損害”債務人，也違反了禁止不當得利原則。

由於禁止不當得利原則是經法令核准的《民法典》第四百六十七條所規範，而訂定法定利率的規定卻是經一項行政命令所核准，故可以肯定後者是違法的。同樣，被該行政命令所廢止的另一項訓令亦屬違法。

4. 由法院判決訂定的制裁

4.1. 強迫性金錢處罰

4.1.1. 一般考慮

以下開始談論《民法典》所規定的“強迫性金錢處罰”。此乃一種由法院科處的處罰，其內容由第三百三十三條第一款規範（筆者將部分內容改為斜體）：

“法院在判令債務人對因合同而擁有獲得給付權利之債權人履行給付之同時，或在判令當事人終止侵犯絕對權利或承擔損害賠償義務之同時，可應權利被侵害之一方之請求、按照最適宜於有關個案之具體情況之處理方式，而判令債務人須就其有過錯之遲延履行裁判而向受害人支付一項按日、按周或按月計算之金額，或判令債務人須向受害人支付一項按債務人每一有過錯之違反裁判之行為而計算之金額；對裁判之遲延履行推定屬有過錯。”

強迫性金錢處罰這個概念源自現行葡萄牙《民法典》第八百二十九-A條規定中的相同概念。由於該規定僅於一九八三年才透過六月十

六日第262/83號法令引入有關法典內，而該法令並沒有延伸適用於澳門，所以過往於澳門生效的葡萄牙《民法典》並未載有該規定。現行澳門《民法典》第三百三十三條所規定的強迫性金錢處罰，僅於一九九九年十一月一日該法典開始生效時才首次引入澳門的法律體系內。

強迫性金錢處罰是經過Rui de Alarcão及Mota Pinto⁴⁸的研究及建議而引入葡萄牙法律內。當時，Mota Pinto在核准上述法令的政府中擔任副總理職務。

上述兩位學者主要參考了法國法律中的“*astreinte*”（逾期罰款），但亦考慮到及其他法律體系中的相似概念。

Mota Pinto在他的一本著作⁴⁹中介紹了三種“間接強制措施”模式：法國模式、德國模式及英美模式。在此，我們加上第四種模式，即中華人民共和國模式。

以下將逐一就這四種模式作一般介紹，並在隨後分析一下葡萄牙及澳門的強迫性金錢處罰法律制度。

4.1.2. 比較法中相似或相近的概念

4.1.2.1. 法國法律

剛才提到的“*astreinte*”是一項強制措施，法院透過該措施判令未履行某項義務（特別是必須親身作出的義務）的人，須向債權人支付一項相對較高的因遲延履行而作出的每日（每周或每月）給付。⁵⁰法院得依職權而科處該處罰。⁵¹

這一概念自十九世紀開始出現於法國法院的判例中，由於沒有相關的法律規定，故其“自始被宣告為一項損害賠償，以避免有人因視

⁴⁸ Pinto Monteiro, 前述著作, 第 111 頁。

⁴⁹ Carlos Alberto da Mota Pinto, 《民法總論》, 第三版, 科英布拉出版社, 1993 年, 第 186 頁。

⁵⁰ Jean Carbonnier, 《民法》, 第四卷 (債法), 法國大學出版社, 巴黎, 1994 年, 第 582 頁。

⁵¹ 同上, 第 583 頁。

其為違法行為而提出抗議及反對”，Pinto Monteiro⁵²指出。

他還提到，“不過，該概念的真正意義漸漸為人所認識，司法判例亦敢於肯定其是獨立於損害賠償的概念”。⁵³

至一九七二年七月五日法國公佈了一項法律，該概念才受法律規範。其後，比利時、荷蘭、盧森堡、瑞士、瑞典及意大利亦採納了該概念。⁵⁴

4.1.2.2. 德國法律

正如Mota Pinto所言，德國《民事訴訟法典》第八百八十八條及第八百九十條規定，“在履行不可替代的積極事實義務及履行消極事實義務的情況中，法院應債權人的請求，應宣告債務人必須履行有關行為或不作出某行為以免受金錢處罰（*Zwangsgeld; Ordnungsgeld*）或免受徒刑處罰（*Zwangshaft; Ordnungshaft*）”。

德國模式與法國模式有以下四方面的分別：

- 在所針對的違法行為方面，前者規範較少，因其僅對不履行不可替代的積極事實義務或不履行消極事實義務作出處罰；
- 在處罰範疇內，前者規範得較廣，除了金錢處罰外，還包括剝奪自由的處罰；
- 就適用處罰的受益人來說，前者的規範較具公共性，因為適用有關處罰的所得全歸國家所有，而在法國法律中，則歸相對人所有；
- 就主動性而言，前者的規範較具私人性，因為處罰的適用取決於債權人的請求，而在法國法律中，則得依職權作出。

另一方面，奧地利的制度就跟德國的制度相似。

4.1.2.3. 英國及美國法律

⁵² Pinto Monteiro, 前述著作, 第 118 頁。

⁵³ 同上。

⁵⁴ 同上, 第 120 頁。

Mota Pinto 提出的第三種模式是“英美法律中的藐視法庭 (*contempt of court*) 制度”。

如債務人被判令特別執行一項積極義務（強制執行 *specific performance*）或不作出某義務，又或受禁制（禁制令 *injunction*）而沒有履行有關裁判，相對人（債權人或受損權利的權利人）得請求法官宣告沒有履行該裁判的債務人藐視法庭，並對其科處徒刑及／或罰金。

英美模式與德國模式具有下列共同特徵：

- 除罰金外，尚設有徒刑；
- 僅在債權人提出請求時方可適用處罰，不得由法院主動作出；
- 適用處罰的所得歸國家所有，而非歸相對人所有。

然而，這兩種模式在所針對的違法行為方面卻有所不同。兩者均對不履行消極義務作出處罰，但對不履行積極義務方面的規定各異。

德國模式僅考慮關於不可替代的事實的義務，而沒有規範關於可替代的事實的義務及給付義務，但英美模式則適用於債務人被判特別執行的任何義務。

此外，在協調特別執行及強迫性處罰方面，兩者亦有所不同：在德國制度中，強迫性處罰僅適用於債權人無法要求特別執行的情況（因屬一種關於不可替代的事實的義務），而在英美制度中，在適用強迫性處罰之前，已存在特別執行的法院命令，有關處罰是對該命令作出補充，是對不遵守特別執行命令的處罰。

4.1.2.4. 中華人民共和國法律

一九八六年四月十二日通過的《中華人民共和國民法通則》載有以下兩項適用於民事不法行為的處罰規定：

- 第一百一十條：“對承擔民事責任的公民、法人需要追究行政責任的，應當追究行政責任（…）”⁵⁵

⁵⁵ 葡文譯本及橫線由筆者作出。

— 第一百三十四條最後一段：“人民法院審理民事案件，(…)還可以予以訓誡、責令具結悔過、(…)並可以依照法律規定處以罰款、拘留。”⁵⁶

在參考過《民法通則》，特別是上述規定之後，可以得出以下結論：首先，中國法律容許透過司法途徑對單純民事不法行為科處剝奪自由的刑罰，即拘留。這方面與美國、英國、德國及奧地利的法律相似。

第二，中國法律亦容許諸如訓誡及具結悔過等的處罰，這些處罰在本文所分析過的其他體系中並不存在。

第三，中國法律容許因民事責任產生行政責任，此點亦有別於西方的法律體系，且違背了有關體系所規定的兩項原則：

- 其一是分權原則。根據該原則，排解一般爭議、專門審理民事不法行為、確定民事責任及有關後果，都是由法院負責；
- 其二是行政合法性原則。由於民事不法行為由非法定原則規範，因此，假如行政實體可任意科處行政處罰，則其作出處罰行為的範圍便不再受法律明確規定。

第四，該法律所規定的處罰具有三重公共性：無論是就處罰的適用者（正如西方體系，由公共實體科處）、受益人（正如在德國及英美體系，適用處罰的所得撥歸國家），抑或就主動性而言（正如法國體系，適用處罰不取決於債權人的請求）。這是我們在參考過上述規定後所得出的結論。因此，該等處罰絕不是私法上的制裁，這與法國及澳門的情況（下文將會提到）相反。

第五，法律將這些處罰規範於民事責任範疇。

上述規定載於《民法通則》第四章，其標題為“民事責任”。因此，在民事責任（其前提為出現損害，其幅度為損害的價值，其後果為彌補所造成的損害的義務）和所謂的“間接強制措施”（其運用不取決於任何損害）之間，似乎沒有作出任何區分（在其他體系是有的）。

這種見解得到該法第一百零六條印證，該條規定了須承擔民事責任的情況：

⁵⁶ 同上。

“公民、法人違反合同或者不履行其他義務的，應當承擔民事責任。”

公民、法人由於過錯侵害國家的、集體的財產，侵害他人財產、人身的，應當承擔民事責任。

沒有過錯，但法律規定應當承擔民事責任的，應當承擔民事責任。”⁵⁷

在第二段關於侵害絕對權利（物權及人格權）的條文中，其中文本對損害有近乎明確的表述：以“侵害”一詞表達，其中第二個字“害”是“損害”的意思。

相反，在第一段關於義務關係的規定中，則沒有任何對損害的明確或隱含的表述。

這似乎表明了中國法律的“民事責任”不以出現損害為必然前提，亦不以彌補損害作為唯一目的。

中國體系與前文分析過的體系之間的這種分別，可能僅為名稱上的分別。事實上，因為西方體系中所謂的“間接強制措施”，雖然由法律及學說規定獨立於民事責任，但該等措施都是追究民事責任的方法，因為它們代表法律對單純民事不法行為的回應措施。因此，在非純屬彌補性質的民事責任制度中，有關措施是追究民事責任的非補償性方式。

不過，將所謂的“間接強制措施”獨立於民事責任，可能有利於更清楚說明以下保障：民事責任不取決於過錯的規定，不得延伸適用於“間接強制措施”，因為該等措施是處罰，故受“無罪過者不罰”原則（*nulla poena sine culpa*）約束。然而，中國法律規定觸犯民事違法行為者可被科處行政處罰（第一百一十條），又或以罰金或徒刑定出的司法制裁（第一百三十四條），只不過限制了科處這些處罰時必須以出現民事責任為前提，以及處罰實體可自由裁量。而正如前文提過，民事責任並不必然取決於過錯（第一百零六條最後一段）。

這意味，對於未經證實違法者有過錯不得科處第一百一十條及第一百三十四條規定的處罰措施，《民法通則》沒有提供足夠保障。不

⁵⁷ 同上。

過，由於本人不瞭解整個中國法律體系，所以不敢斷言不存在此保障，因為有關保障可能體現於其他法規內。事實上，第一百三十四條在關於罰金及徒刑的部分，明確指出法院可以“依照法律規定”判刑，似乎在暗指某項補足法例。

根據剛才所分析的法規，可總結得出，在容許對單純民事違法行為科處金錢處罰或徒刑方面，中華人民共和國的體系比英美體系的範圍更廣。兩者都沒有限制可被處罰的民事違法行為的範圍，但英美體系就規定，必須在不遵守前一項司法裁決時，方可科處該等處罰，而剛才分析過的中國法律根本沒規定這種條件。此外，中國體系容許因民事責任產生行政責任，而就本人所知，英美體系並沒有此項規定。

4.1.2.5. 葡萄牙法律

六月十六日第262/83號法令將以下規定加入《民法典》內（橫線由筆者加上）：

第八百二十九-A條

（強迫性金錢處罰）

一、就不可替代之積極或消極事實之給付義務，法院應債權人之請求，應按照最適宜於有關個案之具體情況之處理方式，判令債務人須就其遲延履行義務而支付一項按日計算或按每一違法行為而計算之金額，但該義務係要求債務人具有特別之學歷或藝術水平除外。

二、上款所規定之強迫性金錢處罰須根據合理標準確定，且不影響倘有之損害賠償。

三、強迫性金錢處罰之金額由債權人及國家平均分享。

四、當規定或由法院確定以通用貨幣作出支付時，則由判決確定之日起，應付年息自動訂定為百分之五，該項利息將添加於倘有之遲延利息或損害賠償上。

此條文規定了兩種就受益人而言的私法上的制裁：一種是司法上

的強迫性金錢處罰（第一款至第三款），另一種是法定的強迫性金錢處罰，更貼切地說，是一種具處罰性質的法定利息（第四款）。

在此暫且不討論第二種情況，因為前文（第3.2點）就實質上具暴利性質的法定利息的分析亦適用於這種處罰。事實上，上述條文第四款所規定的利息，添加於因遲延而應付的補償利息，就等於一種真正的處罰。因此，它是實質上具暴利性質的利息。

現僅就司法上的強迫性金錢處罰進行分析。

首先，顧名思義，這種處罰僅為金錢上的處罰，不可能成為另一種處罰，尤其是不可能構成徒刑。在這方面，因受憲法原則所約束而儘量對自由作出最少限制的葡萄牙體系，就與法國體系相似，但卻有別於德國、英美及中華人民共和國的體系。

第二，這種處罰僅可適用於不履行“不可替代的事實的義務”之情況，這與德國體系相近。而澳門《民法典》則沒有作出這樣仔細的界定。

為甚麼要作出這種界定呢？

不可替代的事實的義務正是不能作為特別執行標的之義務。事實上，為了避免干擾債務人的人身自由，特別執行不可以是強迫債務人作出某一事實的措施（記得之前提過的格言：“無人可直接被迫作出一行為”），而應該是由他人作出有關事實，但費用由債務人的財產負擔（代位執行）的措施。但由於有關事實是不可替代的，即不可由他人代替債務人作出該事實，這意味特別執行此途徑不可行。正因為這樣，立法者認為必須就此情況設立一個間接強制機制，即一項就遲延履行義務而按日計算或按每一項違法行為而計算的金錢處罰。

為使強迫性金錢處罰能符合《憲法》規定的必要原則，有需要界定相關的適用範圍。根據該項憲法原則，對權利、自由及保障或性質類似的權利的限制，應“局限於為維護憲法保護之其他權利或利益所必要之範圍內”（第十八條第二款；該規定按第十七條的規定延伸適用於性質類似的權利）。訂定財產性質的處罰（例如強迫性金錢處罰）的規定乃限制所有權的規定，立法者在承認此明顯事實，以及在認同所有權乃性質類似於權利、自由及保障的權利（學說一般亦如此認為）

之前提下，在規範強迫性金錢處罰時，不得不考慮第十八條第二款規定及當中的必要原則。無論如何，本人認為第八百二十九-A條所規定的處罰本身已違反了必要原則，因為對於保護債權人被侵害的法益，法典內規定的其他方法，特別是對所造成的損害作出賠償（第七百九十八條）及合同不履行之抗辯（第四百二十八條）等方法，其實已經足夠。

第三，如未履行的義務係要求債務人具有特別的學歷或藝術水平的情況，則不適用上述處罰。大家得理解此例外情況：無論就尊重債務人的學術及藝術創作自由，抑或就確保倘能作出的給付本身的質素而言，學術及藝術活動都必須是自發的。且看Pinto Monteiro的見解：

“若文學、藝術或科學範疇的智力創作（其很大程度上取決於主觀條件，不能加以控制）有可能受到各種形式的制約，那麼立法者規定此種例外情況，應該就是想避免出現對債務人的人格產生各種負面影響的情況。”⁵⁸

因此，這種例外情況一方面是爲了避免智力創作自由（《憲法》第四十二條）受到侵犯，另一方面是爲了確保遵守適用於限制權利、自由及保障（《憲法》第十八條第二款）及類似性質的權利（第十七條）的適度原則。根據此原則，所有限制應局限於適當貫徹有關目的所需之範圍內。⁵⁹

第四，第八百二十九-A條適用於一系列非法定的不履行義務的行爲。這意味 科處強迫性金錢處罰的前提不是由法律規定，而是由未履行的義務的法律淵源訂定，該法律淵源可以是簡單的一份合同，或者一項單方法律行爲。這與可處罰的違法行爲的法定原則相抵觸。請看《憲法》第二十九條第一款規定：

“任何人如非因其作為或不作為被之前之法律規定應予懲罰，則不得受刑事判決；如之前之法律未定其前提，亦不得遭受任何保安處分。”

⁵⁸ Pinto Monteiro, 前述著作, 第 125 頁。

⁵⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, 《憲法》第四版, Almedina 書局, 科英布拉, 1989 年, 第 487 頁。

從字面上看，這項規定僅指刑事違法行為。再者，第二十九條的標題是“刑法之適用”。

然而，該規定的原則延伸適用於整個處罰法，因為制定這些原則當然並非基於刑法稱為刑法，而是基於刑法透過適用處罰，容許全部或部分剝奪某些基本權利。換言之，制定有關原則的理由是要維護因科處處罰而可能受損害的基本權利。

事實上，這些權利既可因科處刑罰而受損害，亦可因科處非刑事處罰而受損害。例如，罰金是一項刑事處罰，罰鍰是一項違反秩序的處罰，而強迫性金錢處罰則是一項民事處罰，但它們同樣都牽涉到所有權。造成第一種處罰的違法行為被定為犯罪，造成第二種處罰者被定為違反秩序，而造成第三種處罰者則僅為不履行一項民事義務，不過對於違法者的所有權而言，這些事實都是無關重要的。因此，“法無明文規定者不為罪”原則（*nullum crimen sine lege*）應被視為延伸適用於各種可處罰的違法行為。

否定此種延伸適用，會導致該原則本身被架空，以及另一項相關原則，即“法無明文規定者不罰”原則被否定。

事實上，假如法官因為考慮到《刑法典》沒有將不履行合同義務定為犯罪，而不向其科處罰金，但卻根據《民法典》第八百二十九-A條去科處強迫性金錢處罰，那麼“法無明文規定者不為罪”原則便空有其名，因為可能出現的情況就是，對於一種不能被合理界定為違法的行為，法官不會稱之為犯罪，亦不會科處罰金，但承認其具備了適用強迫性金錢處罰的前提，並科處該處罰。顯然，這亦意味“法無明文規定者不罰”原則遭到否定。關於這個問題本文稍後會再談到。

在科處強迫性金錢處罰方面，對於我們認為不以法律訂定處罰的前提屬於違憲行為，另一種論據就是所有對權利、自由及保障的限制，包括沒有處罰意圖的那些限制在內，都受法律保留原則所約束。

根據該原則，這些限制只有在法律規定的情況下才有效。此處提到的法律是指兼具實質意義（第十八條第三款⁶⁰）及形式意義（一九八二年的文本的第一百六十八條第一款 b 項，即一九九七年頒佈的現行

⁶⁰ “限制權利、自由及保障之法律，應具一般性質及抽象性質（…）”。

文本的第一百六十五條第一款 b 項⁶¹) 的法律。

法律保留原則延伸適用於與權利、自由及保障的性質類似的權利 (第十七條)。在這些性質類似的權利當中，其中一項就是所有權⁶²，因為對於國家及第三人而言，行使該權利是一項自由 (正如權利、自由及保障一樣)，而不是要求國家或第三人作出給付 (如同普遍的經濟、社會及文化權利)。

由於《民法典》第八百二十九-A 條容許法官以法律沒有訂定的前提來侵害債務人的所有權，故其違反了《憲法》規定的法律保留原則。因此，它實質上是違憲的規定。

顯然，這種看法不能延伸適用於說明損害賠償義務的情況。雖然可導致損害賠償義務的違法行為亦受非法定原則所約束，但正如之前所講的，這種義務源於交換公正，即平等原則。由於同態復仇刑已隨

歷史消失，當交換公正被損害行為所破壞時，損害賠償義務便成為唯一恢復交換公正的方法，因而也是對受害一方的權利提供法律保護所不可或缺的機制。作為基本權利及原則的必然結果，損害賠償義務不可依循法定原則，最重要是所適用的損害賠償是一項真正的損害賠償，即其價值必須相等於損害本身的價值。

第五，正如之前分析過的其他體系一樣，強迫性金錢處罰不須依循任何法定幅度，即沒有規定法院具體訂定處罰金額時的上下限 (或至少是上限)。本人認為，缺乏法定限度即違反了《憲法》第二十九條第三款⁶³所規定的罪刑法定原則 (法無明文規定者不罰)。

之前提過，雖然第二十九條的標題是“刑法之適用”，但其原則延伸適用於整個處罰法，因為制定有關原則的理由是要維護既可受刑事處罰又可受非刑事處罰所損害的基本權利。例如，《刑法典》所科處的罰金與《民法典》所規定的強迫性金錢處罰，對所有權而言具有相同效果：透過有關規定，法院減去債務人財產中的一部分價值，令債務

⁶¹ 一、共和國議會對下列事項有專屬立法權限，但將許可授予政府時除外：… b) 權利、自由及保障。”

⁶² 僅在所有權屬於一項真正的權利而非一項特權時，方可延伸適用權利、自由及保障制度。關於這點，請看下文第 5.2.1 點。

⁶³ 該條文為：“不得科處之前之法律無明文規定之刑罰或保安處分。”

人對特定財產的所有權被剝奪。既然如此，為甚麼罰金要遵守法定限額，而強迫性金錢處罰就不用遵守呢？

另外，前文亦提到，法定原則適用於各種對權利、自由及保障，以及性質類似的權利的限制，甚至適用於各種非處罰性的限制。因此，該原則亦適用於強迫性金錢處罰。既然如此，必須由一項實質及形式意義上的立法行為來確定強迫性金錢處罰的要素，包括其上下限。

由此可見，由於第八百二十九-A條沒有確定處罰的上限，故本人認為該規定在這方面是違憲的。另外，將費爾巴哈（Feuerbach）的另一句格言“法無明文規定處罰者不為罪”（*nullum crimen sine poena legali*）適用於這種處罰，可以說，基於第八百二十九-A條沒有確定處罰金額的上下限，所以它本身所規定的處罰便變得起不了作用。當然，法官不遵守《憲法》就不用說了。

第六，強迫性金錢處罰僅適用於遲延履行的情況，而不適用於確定不履行的情況。且再看Pinto Monteiro的解釋：

“（…）強迫性金錢處罰只有在可以發揮強迫功能時才能確立，對於確定不履行或不能履行的情況便不能適用，因此只有在遲延的情況下才可適用。雖然法律沒有明文規定，但這種限制是源於制定該處罰的理由。正因為這樣，無論不能履行是基於甚麼原因（債務人可或不可歸責），由給付不能履行的一刻起，便不適用強迫性金錢處罰。”

64

這種限制是受《憲法》規定的適度原則所約束的，而對權利、自由及保障（第十八條第二款）或性質類似的權利的限制（第十七條），均須遵守該原則。

第七，強迫性金錢處罰僅在債權人請求時才可適用。這與德國、英國及美國的法律規定相似，但卻有別於法國體系（其法院可依職權強制科處逾期罰款）。

第八，適用該處罰的所得會分為兩等份，一半給予債權人，另一半給予國家。就處罰所得歸債權人所有的法國體系，以及處罰所得歸國家所有的英美體系之間，這是中庸之道。因此，對受益人而言，葡

⁶⁴ Pinto Monteiro, 前述著作, 第 125 頁及第 126 頁。

葡萄牙《民法典》第八百二十九-A條所規定的強迫性金錢處罰可說是一項半公半私的制裁，而不是一項私法上的制裁。

無論如何，將部分收入給予債權人，就是容許債權人從債務人的損失中得利，因而違反了禁止不當得利原則，亦因此違背交換公正原則，以及前述的“誠實地生活、不侵害他人、向每個人給付屬其所有的東西”法則。

第九，亦即最後一點，就是第八百二十九-A條規定在形式上及制定機關方面是違憲的，因為關於規範權利、自由及保障以及性質類似的權利的事宜，無論在以往或現在都屬於共和國議會的專屬權限，但將許可授予政府時除外。前文引述在當時生效的一九八二年的《憲法》文本的第一百六十八條第一款b項（即現行的一九九七年的文本第一百六十五條第一款b項）是如此規定的。根據前述第十七條，該項規定延伸適用於性質類似的權利，包括所有權。

這些在制定機關方面違憲的規則，不會影響到內容有利於基本權利的規定，因為《憲法》第十六條第一款規定“憲法規定之基本權利，不排除國際法上適用之法律及規則所載之其他基本權利”。這代表法律（包括法令）可增加或擴大《憲法》規定的基本權利（即所謂的“基本權利開放條款”），但不可限制基本權利，除非在《憲法》規定的情況下為之。

事實上，正如前文提過，第八百二十九-A條載有限制所有權的規定，並透過一項未經共和國議會立法許可的法令，引入《民法典》。由於未經立法許可，將第八百二十九-A條引入《民法典》的規定，只應由共和國議會的法律通過。既然該規定由政府法令核准，便是在形式上及制定機關方面違憲，而由於《民法典》第八百二十九-A條是該規定的組成部分，所以其亦是違憲的。

4.1.3. 強迫性金錢處罰及“強迫性監禁”

前文剛分析過五種司法上的民事處罰模式，當中可見它們之間存在某些差異。我們認為，其中最突出的差異，在於各種模式所採納的

民事處罰種類。根據這點，可將上述五種模式歸納為以下兩種民事處罰制度：

- 一 純屬財產性質的民事處罰制度：在這制度中，對民事違法行為僅作出財產性質的處罰，尤其是金錢處罰，並不適用剝奪自由的處罰（法國、葡萄牙及澳門的法律均採用這種制度）；
- 一 財產及監禁性質的民事處罰制度：在這制度中，對於民事違法行為，不但可作出財產性質的處罰，亦可科處剝奪自由的處罰（德國、奧地利、英國、美國及中華人民共和國均適用這種制度）。

對不履行民事債務的行為科處徒刑是資本主義初期的一種典型處罰。在封建制度的生產模式中，普遍適用於欠債農民的處罰，就是要他們成為奴僕，後來這種處罰逐漸被徒刑所替代。

工人運動及爭取人權運動其後在資本主義社會的發展，對有關處罰法律造成了不可磨滅的影響。在這發展過程中獲得的一項勝利，就是採納了對處罰及保安處分作出最大限制原則，這是當代處罰制度的基礎原則。

爭取在處罰法律方面作出這種“緊縮”的人，必定針對因欠債而科處的徒刑，而他們抗拒這種處罰的態度亦以隱晦方式略略反映在《公民權利和政治權利國際公約》第十一條的規定中，該規定內容如下：

“任何人不得僅僅由於無力履行約定義務而被監禁。”

我們之所以認為上述規定以隱晦方式表現出對有關處罰的抗拒態度，是因為它不是規定“由於沒有履行”，而規定了“僅僅由於無力履行”（英文為“*merely on the ground of inability to fulfil*”）。從字面意義上解釋該規定，即容許將無償還能力及沒有履行債務者監禁，理由不僅是由於他無力償還債務，而是他除了無償還能力外，亦未曾支付過債款。也就是說，該規定似乎僅注重保證徒刑須基於某一事實，即未履行債務這一事實而科處，而非僅僅由於無力履行這種原因。不過，這似乎是一種少得可笑的保證；我們膽敢斷言，這樣解釋上述規定有違該公約之目的。我們認為應這樣理解上述規定：

“任何人如無力履行一項合同義務，不得因沒有履行該義務而被監禁。”

即使作這樣的解釋，有關規定依然不夠全面，因為它僅考慮到債務人因無力而沒有履行債務的情況。意即該規定仍然容許將有能力但沒有履行債務的債務人監禁。

大家已經知道，為保障債權人的權利，是有不致令債務人犧牲那麼大，而又具備保障債權人或更大效力，又或至少具備足夠效力的其他措施，包括：

- 非處罰措施，例如損害賠償、不履行合同的抗辯及解除合同（須返還債權人已給付的東西）；及
- 財產性質的處罰措施，例如本文所分析的有關措施。

因此，就捍衛自由及公正來說，我們認為上述公約第十一條的規定尚有很多待改進之處。

對於因不履行合同義務或民事不法行為而科處徒刑，特別危險之處在於有關義務及行為依循非法定原則（*numerus apertus*），亦即合同義務及民事不法行為均不受法定原則約束，這點有別於刑事不法行為，包括僅科處罰金的刑事不法行為的情況。綜合來說，這表示可科處徒刑的行為不再受法定原則約束。

就強迫性金錢處罰而言，雖然原則上該處罰不致令債務人十分難受，但實際上它可能是一種具傷害性，並因債務而科處的徒刑相同的處罰。事實上，如果基於強迫性金錢處罰的金額而導致債務人須像奴隸一樣長年累月地工作，該處罰最終也就是對債務人的人身自由作出像徒刑一樣的限制。

4.1.4. 澳門的強迫性金錢處罰

4.1.4.1. 法律制度

4.1.4.1.1. 與葡萄牙《民法典》制度相似的方面

之前提過，透過加入第八百二十九-A條規定而將強迫性金錢處罰引入葡萄牙《民法典》的六月十六日第262/83號法令，並沒有延伸適用於澳門，故當時在澳門生效至一九九九年十月三十一日的葡萄牙《民法典》內並未載有該概念。

澳門的民法改革工作始於一九九七年，並由 Luís Miguel Urbano 負責協調。在進行改革工作的過程中，本地區政府得知“經濟界別”（該界別在立法會內已具有廣泛的代表性）希望由法律規定一些能更有效強迫債務人償還欠款的措施。當時，政府決定滿足有關界別的期望，故在澳門《民法典》內加入了強迫性金錢處罰這個概念。

強迫性金錢處罰由以下轉載的第三百三十三條規範。為方便對該規定與葡萄牙《民法典》中的相應規定作一比較，下文再次轉載葡萄牙《民法典》第八百二十九-A條的規定。

葡萄牙《民法典》	澳門《民法典》
第二卷,第一編,第一章(“債務之履行及不履行”),第三節(“給付之強制執行”),第二分節(“特別執行”)	第一卷,第二編,第四分編(“權利之行使及保護”),第一章(“一般規定”)
第八百二十九-A條 (強迫性金錢處罰)	第三百三十三條 (強迫性金錢處罰)
一、就不可替代之積極或消極事實之給付義務,法院應債權人之請求,應按照最適宜於有關個案之具體情況之處理方式,判令債務人須就其遲延履行義務而支付一項按日計算或按每一違法行為而計算之金額,但該義務係要求債務人具有特別之學歷或藝術水平除外。	一、法院在判令債務人對因合同而擁有獲得給付權利之債權人履行給付之同時,或在判令當事人終止侵犯絕對權利或承擔損害賠償義務之同時,可應權利被侵害之一方之請求、按照最適宜於有關個案之具體情況之處理方式,而判令債務人須就其有過錯之遲延履行裁判而向受害人支付一項按日、按周或按月計算之金額,或判令債務人須向受害人支付一項按債務人每一

	<p>有過錯之違反裁判之行爲而計算之金額；對裁判之遲延履行推定屬有過錯。</p>
	<p>二、對於命令作出該處罰之判決成爲確定前之期間，不得設定強迫性金錢處罰，而就損害賠償算出前之期間，亦不得設定該金錢處罰；但債務人純粹以拖延爲目的提起上訴而被判敗訴者除外，在此情況下，有關處罰自命令該處罰之裁判被通知之日起適用。</p>
<p>二、上款所規定之強迫性金錢處罰須根據合理標準確定，且不影響倘有之損害賠償。</p>	<p>三、法院僅在認爲合理之情況下，方作出強迫性金錢處罰之命令，而有關處罰金額須根據<u>平衡原則</u>確定，其中包括對債務人之經濟條件、有關違法行爲之嚴重性及處罰金額對達成強迫履行之目的是否適當作出考慮。</p>
<p>三、強迫性金錢處罰之金額由債權人及國家平均分享。</p>	
<p>四、（在其他事宜上再談）</p>	<p>四、對已設定具相同目的之強迫性違約金之情況，不適用強迫性金錢處罰；如屬判令債務人對因合同而擁有獲得給付權利之債權人履行給付之情況，且給付之內容係要求債務人具有特別之學歷或藝術水平方可作出之不可替代之積極或消極事實，則對作出此命令之裁判，亦不適用強迫性金錢處罰。</p>

澳門法律與葡國法律相似，只容許對民事違法行爲作出財產性質

的處罰，而不得科處剝奪自由的處罰。在這方面，澳門法律與法國的制度亦類同，但卻有別於英美、德國及中華人民共和國的制度。

關於強迫性金錢處罰問題，在對葡萄牙及澳門兩地的相關規範進行比較時，很自然地可發現兩者間的異同。以下先從兩者相似的方面進行分析。

第一點相似的，就是必須由債權人提出有關聲請，而英國、美國、德國及奧地利的法律亦如是。

第二點相似的，就是當債務人被判令履行一項內容係要求其具有特別的學歷或藝術水平方可作出的不可替代的事實的給付時，不適用該處罰。

不適用上述處罰的原因有兩方面。一方面，是爲了適當尊重債務人在藝術或學術上的創作自由（在澳門《民法典》的起草、核准及開始生效階段適用於澳門的《葡萄牙共和國憲法》第四十二條）。另一方面，是基於適當原則；所有對權利、自由及保障的限制（同一憲法第十八條第二款）或對類似性質的權利的限制（第十七條）都應遵守該原則。而所有權便是其中一項類似性質的權利，但該權利卻遭到強迫性金錢處罰的侵犯。

根據適當原則，僅可在對貫徹有關目的屬適當的情況下方可作出限制。⁶⁵在這情況下，作出限制（即適用強迫性金錢處罰）是爲了保障債權人的法律地位。因此，該處罰的程度不應超過作出有關保障的適當限度。但是，如債務人必須具備特別的學術或藝術水平才能作出給付的話，那麼強迫債務人作出給付很難令其在作品中反映出真正的水平。

第三點相似的，就是可對非法定的違法行爲科處強迫性金錢處罰。法律本身並沒有確切及足夠地訂定適用該處罰的前提；對於此點，只要留意一下澳門《民法典》第三百三十三條第一款隨意規定的“因合同而擁有獲得給付權利之債權人”便可一目了然。法典容許在合同內訂定違法行爲的具體內容，亦即容許在合同內訂定適用該處罰的前提。

⁶⁵ Gomes Canotilho，前述著作及頁數。

正如前文就葡萄牙《民法典》第八百二十九—A條第一款所作的分析，上述法律規定在適用強迫性金錢處罰方面的界定是不足夠的，因而違反了可處罰的違法行為須依循的法定原則。

且看以下規定：

《葡萄牙共和國憲法》	《公民權利和政治權利國際公約》
第二十九條第一款：“任何人如非因其作為或不作為被之前之法律規定應予懲罰，則不得受刑事判決；如之前之法律未定其前提，亦不得遭受任何保安處分。”	第十五條第一款第一部分：“任何人的任何行為或不行為，在其發生時依照國家法或國際法均不構成刑事罪者，不得據以認為犯有刑事罪。”
第二十九條第三款：“不得科處之前之法律無明文規定之刑罰或保安處分。”	
第二十九條第四款：“不得對任何人科處較其行為實施時、或較有關法律之前提實現時法律所規定者更重之刑罰或保安處分，而內容對於嫌犯較有利之刑法，應具有追溯效力適用之。”	第十五條第一款第二及第三部分：“所加的刑罰也不得重於犯罪時適用的規定。如果在犯罪之後依法規定了應處以較輕的刑罰，犯罪者應予減刑。”

正如所見，《葡萄牙憲法》第二十九條的規定僅涉及刑事罪行。然而，前文已解釋過將“法無明文規定者不為罪”原則延伸適用於非刑事違法行為，尤其是可適用強迫性金錢處罰的違法行為的問題。當時提出的理據如下：

- 一 制定《葡萄牙憲法》第二十九條，包括其第一款規定的理由，就是對因適用處罰而受到損害的基本權利（行動自由、選擇職業自由、所有權等）加以保護。事實上，這種損害既可因刑事處罰所致，亦可因非刑事處罰所致。不同法律部門所適用的處罰均可透過相同方式及程度損害相同的基本權利（例

如刑事處罰中的罰金、行政處罰中的罰鍰及民事處罰中的強迫性金錢處罰均以相同方式損害所有權，且三者可以相同程度損害該權利)；

- 一 合法性原則適用於對權利、自由及保障的任何形式的限制(第十八條第三款)或對性質類似的權利的限制(第十七條)，故不論是刑事處罰、非刑事處罰，抑或是其他非處罰性的限制權利形式，均受合法性原則約束。

根據上述理據，可以說第三百三十三條第一款本身就是實質違憲的規定。

然而，由於《葡萄牙憲法》已不再適用於澳門，故須借助《澳門特別行政區基本法》及《公民權利和政治權利國際公約》，以便衡量該規定的法律效力。

《基本法》第二十九條第一段規定如下：

“澳門居民除其行為依照當時法律明文規定為犯罪和應受懲處外，不受刑事處罰。”

前述《公民權利和政治權利國際公約》第十五條第一款第一部分亦載有相似內容的規定。

以上兩項規定均表達了刑事違法行為的法定原則，且兩者的規定與《葡萄牙憲法》第二十九條第一款的規定相似。

除了規定的內容相似外，相信制定該等規定的理由都是一致的，故就《葡萄牙憲法》第二十九條第一款延伸適用於非刑事違法行為的解釋，亦適用於說明上述兩項規定。因此，我們認為可處罰的違法行為的法定基本原則，依然在澳門的法律秩序中生效，而且該原則並不局限於刑法範疇。

因此，基於澳門《民法典》第三百三十三條第一款違反《葡萄牙憲法》第二十九條第一款的相同理由，其亦違反《基本法》第二十九條及《公約》第十五條第一款的規定。

第四點相似的，就是沒有設定一個法定幅度，以便在各種具體情況中訂定強迫性金錢處罰的金額。前文在分析葡萄牙《民法典》第八百二十九—A條時亦提過，這種欠缺違反了“法無明文規定者不罰”

原則。

《葡萄牙共和國憲法》第二十九條第三款明文規定了上述原則。另外，按照邏輯推論，《公民權利和政治權利國際公約》第十五條第一款亦體現了該原則。

前文在分析葡萄牙《民法典》第八百二十九—A條的規定時，已談過關於該規定不符合《憲法》第二十九條第三款規定的問題，而當時所作的分析，亦延伸適用於說明澳門《民法典》第三百三十三條規定的情況，故可以指出該規定本身就是實質違憲的，因為它並沒有訂定強迫性金錢處罰的限額。

然而，問題在於《葡萄牙憲法》已不在澳門生效，而繼後開始在澳門生效的憲法性法律，即《澳門特別行政區基本法》的文本中，並無任何跟《葡萄牙憲法》第二十九條第三款規定相似的保障。

不過，從邏輯方面考慮，這種保障可從《公民權利和政治權利國際公約》第十五條第一款第二部分的規定中推斷出來。事實上，當規定不可適用一項較作出違法行為時可適用的處罰為重的處罰時，就等於規定處罰金額不得超過之前一般及抽象地訂定的處罰限額。對於這個問題，前提當然是須要設定一個處罰幅度。另外，若留意一下《葡萄牙憲法》第二十九條的規定，可以發現該規定中相當於《公約》第十五條第一款第二部分的條文，即其第四款規定，是緊貼關於“法無明文規定者不罰”原則的條文，即其第三款規定。這種關係並非偶然的，而是一種邏輯關係。

故此，我們可以斷言，“法無明文規定者不罰”原則仍然是澳門法律中的一項基本原則，而且該原則更凌駕於一般法律，所以一般法律中任何違反該原則的規定均屬無效。

根據《公約》第十五條第一款葡文本的意思，它不單涉及犯罪及刑事處罰，而是涉及一般違法行為及一般處罰，因為規定中的用詞是“*acto delituoso*”（不法行為）及“*infracção*”（違法行為），而非“*crime*”（犯罪）。所以，該規定的字面內容似乎較《葡萄牙憲法》第二十九條第三款規定的內容為廣。這足以清楚說明《民法典》第三百三十三條的規定並不符合《公約》第十五條第一款的規定。

然而，《公約》第十五條規定具同等效力的英文本⁶⁶卻專指刑事違法行爲。該規定第一部分爲 “*No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence (...)*”。該規定第二部分的葡文本爲 “*no monento em que a infracção foi cometida*”，英文本則爲 “*at the time when the criminal offence was committed*”。奇怪的是，在該規定最後一句中，英文本的用詞是 “*offender*”，而葡文本的用詞則是 “*delinquente*”。雖然後者的一般意義亦指 “*transgressor*” 或 “*infractor*”（違法者），但其正確用法是指犯罪者。

根據該規定英文本的內容，可以說按照該規定的字面意義，其涉及的範疇相等於《葡萄牙憲法》第二十九條規定所涉及的範疇。因此，該規定在解釋上亦會引起同樣的問題。

制定《公約》第十五條第一款規定及《葡萄牙憲法》第二十九條規定的理由，似乎都是爲了保障因適用處罰而受影響的基本權利。至於受處罰的違法行爲在澳門內部法律中被定性爲“犯罪”、“違反秩序”、“違紀行爲”、“民事不法行爲”，抑或“違反合同”，這點並不重要。值得關注的是，透過法律、行政行爲、法院判決或法律行爲而對違法行爲所作出的處罰，究竟有沒有違反基本權利。如果有的話，就應納入《公約》第十五條第一款規定的保護範疇。

眾所周知，《公民權利和政治權利國際公約》在適用上優先於《民法典》，這點可透過以下規定加以說明：《民法典》第一條第三款，當中規定“適用於澳門之國際協約優於普通法律”；《基本法》第四十條第二段，當中規定對權利及自由的限制不得抵觸該公約。⁶⁷

基於上述理由，可以說澳門《民法典》第三百三十三條規定實質上是違法的，因爲它違反了《公約》第十五條第一款的規定。

該規定的違法性，特別是在於當中未設定強迫性金錢處罰限額的部分。但是，正如之前對葡萄牙《民法典》第八百二十九—A條規定

⁶⁶ 該規定的中文本亦具同等效力，但葡文本卻不具（《公約》第五十三條第一款）。

⁶⁷ 此乃對《基本法》第四十條混亂規定的邏輯性解釋，以避免在該規定的文字上兜轉。關於這項規定的分析，見第 5.2.2 點。

的分析，這種瑕疵導致強迫性金錢處罰不可行，因為“法無明文規定者不罰”原則應延伸適用於這種處罰。

第五點相似的，就是只有債務人處於遲延履行狀況時方可適用強迫性金錢處罰，而在確定不履行的情況中則不適用。從澳門《民法典》第三百三十三條的以下規定中可見這種限制意圖：

- 第一款僅提及遲延履行，並沒有提及不履行；
- 第三款規定法院僅應在認為合理時方命令作出該處罰；
- 第三款亦規定法院在適用該處罰時，應考慮該處罰“對達成強迫履行之目的是否適當”（適當原則）。

也就是說，從遲延變成確定不履行時起，亦即從不可能履行時起，便不可對不履行適用強迫性金錢處罰。因此，自那時起經過的日子，不得作為計算該處罰的總金額之用。

4.1.4.1.2. 與葡萄牙《民法典》制度的差異

以下開始就兩者的差異進行分析。

第一點差異，就是兩項規定所處的位置：葡萄牙《民法典》第八百二十九—A條規定載於有關債的履行一章內，而澳門《民法典》第三百三十三條規定則載於有關權利的行使及保護的分編內。

只要留意該兩項規定的第一款，便可得知造成這種位置上的分別的原因：葡萄牙《民法典》規定，強迫性金錢處罰僅適用於不履行義務的情況；而澳門《民法典》則規定，在絕對權利（例如物權或人格權）遭到侵犯時，亦可適用強迫性金錢處罰。因此，該兩項規定在位置上的差異，是基於其所屬範疇的不同所致。

第二點差異，正是適用強迫性金錢處罰的範疇。

在葡萄牙《民法典》中，適用該處罰的範疇受到三重限制：

- 第一，該處罰僅適用於不履行義務的情況，故不適用於其他類型的民事違法行為；
- 第二，在各種義務中，該處罰僅適用於不履行要求作出不可替代的事實的義務的情況，這正是為了就不可透過代位執行

而履行義務的情況作出補償；

- 第三，在各種要求作出不可替代的事實的義務中，該處罰僅適用於不要求債務人具備特別的學歷或藝術水平者。

關於適用該處罰的範疇，澳門《民法典》的不同之處在於以下幾個方面：

- 該處罰除適用於不履行義務的情況外，尚適用於侵犯絕對權利的情況；
- 在履行義務事宜上，沒有因應給付的類型作出任何區分，而是涵蓋不可替代的事實的給付義務、可替代的事實的給付義務、給付特定物的義務，以及給付特定金額的義務；正如前述，只有要求債務人具備特別的學歷或藝術水平的不可替代的事實的給付義務，方被排除在外；
- 不過，因應義務的淵源則有所區分，因為僅規範了基於合同或基於引起民事責任的事實而生的義務，而未規範基於其他淵源的義務，尤其是基於單方法律行為、不當得利及無因管理而生的義務，但包括此等淵源可能間接導致的損害賠償義務。

第三點差異關乎判令科處強迫性金錢處罰的時間。

葡萄牙《民法典》第八百二十九—A條並沒有規定何時可作出有關宣判。當然，既然在法律上肯定處罰對象須履行某項義務是宣判的前提，那麼處罰對象在宣告之訴中被判令履行該項義務之前，不得被科處強迫性金錢處罰。因此，在某一時間點之前不得判處強迫性金錢處罰，但經過該時間點後，只要債務人仍然處於遲延狀況，便可以隨時作出有關宣判。

相反，澳門《民法典》第三百三十三條就規定了宣判強迫性金錢處罰的時刻，即處罰對象在宣告之訴中被判令採取必要行為以免被科處強迫性金錢處罰的時刻。根據各種情況，該必要行為是指向債權人作出其因合同而有權獲得的給付、終止對受害人的絕對權利的侵犯或對債權人作出損害賠償。

擬定上述規定的Miguel Urbano在有關理由簡述中清楚表明，“強

迫性金錢處罰(…)可(…)由法院在給付判決中判令作出(…)”。
68

如債權人沒有利用宣告之訴請求對債務人判處強迫性金錢處罰，或經請求但法院沒有判處該處罰，債權人不得再以獨立的訴訟請求科處強迫性金錢處罰。此時，債權人可以做的，就是提起執行之訴。

也就是說，判處強迫性金錢處罰之目的，是減低債權人須要提起第二宗司法訴訟的可能性。

即使必須提起第二宗司法訴訟，有關訴訟應為執行之訴較好，原因如下：

- 一 其一是為了真正保障債權人的利益，因為債權人的利益（至少是值得法律保障的利益）並非對債務人作出處罰，而是要求債務人履行其尚未履行的義務或尊重其正侵犯的絕對權利；
- 一 其二是為了減省訴訟程序，因為債權人如為了請求判處強迫性金錢處罰而提起第二宗訴訟，但請求遭法官拒絕，或法官作出有關判處但這不足以令債務人履行第一宗訴訟中的判決，那麼債權人便須再提起第三宗司法訴訟，即執行之訴，以便最終能滿足其訴求。

第四點差異是關於過錯問題。

葡萄牙《民法典》第八百二十九—A條沒有明文規定債務人遲延履行義務的過錯是適用強迫性金錢處罰的前提，而澳門《民法典》第三百三十三條第一款則對“遲延過錯”有明確的規定。

然而，澳門法律中的這種較高要求只屬表面的規定。

事實上，在適用葡萄牙《民法典》第八百二十九—A條規定時，亦須遵守“無罪過者不罰”原則。雖然《憲法》沒有明文規定這項原則，但正如José de Sousa e Brito所言⁶⁹，該原則“源於人性尊嚴（第一條）及自由權（第二十七條第一款）”。按照這種理據，可以說上述

⁶⁸ Luís Miguel Urbano,《理由簡述》，載於《民法典》（葡文本），政府印刷署，一九九九年，第XXIV頁。

⁶⁹ 《憲法中的刑法》，載於《憲法研究》，第二冊，Petrony 書局，1978年，第199頁。

原則並非刑法所專有的。雖然它是確立於刑法範疇，但卻普遍適用於所有處罰法律，所以，儘管第八百二十九—A 條規定沒有訂明該原則，但該原則亦適用於強迫性金錢處罰。

在過錯事宜上，澳門《民法典》的規定並不比葡萄牙《民法典》的規定要求高，反之其較後者的要求為低，因其第一款最後部分規定過錯屬推定的。

這種過錯的推定直接抵觸了下列規定所體現的無罪推定原則：

- 《葡萄牙共和國憲法》第三十二條第二款：“任何嫌犯在有罪判決確定前，推定為無罪，且應在不影響辯護保障情況下之最短期間內將之審判”；
- 《基本法》第二十九條第二段：“澳門居民在被指控犯罪時，享有盡早接受法院審判的權利，在法院判罪之前均假定無罪”；
- 《公民權利和政治權利國際公約》第十四條第二款：“凡受刑事控告者，在未依法證實有罪之前，應有權被視為無罪”。

在此，我們又再一次面對上述各項規定的字面意義僅涉及刑事違法行爲的問題，故亦須再次深入研究制定有關規定的理由，以便能將有關規定延伸適用於可能導致作出處罰的所有違法行爲。制定上述規定的理由，是要維護人類的尊嚴及基本權利，而人類的尊嚴及基本權利既可受推定有過錯的刑事違法行爲侵犯，亦可受推定有過錯的非刑事違法行爲侵犯。

因此，可以認為第三百三十三條第一款關於遲延推定屬有過錯的規定抵觸了上述三項規定。

第五點差異在於葡萄牙《民法典》第八百二十九—A 條第一款規定法院“應”適用強迫性金錢處罰，而澳門《民法典》則規定法院“可”適用該處罰。也就是說，即使具備適用該處罰的所有前提，法院仍可決定不適用該處罰，而債權人不得指控法院違反法律。

第六點差異在於澳門《民法典》第三百三十三條第四款規定“對已設定具相同目的之強迫性違約金之情況，不適用強迫性金錢處罰”。這項規定應理解為：強迫性違約金條款亦是一種強迫性金錢處

罰，只不過它是由合同訂定，而非由法院訂定。在同一情況下，基於相同目的及受益人屬同一人時，針對同一人而併處兩項金錢性質的處罰實屬過份。

至於葡萄牙《民法典》，則並未載有上述第四款的規定，因為該法典沒有規範強迫性違約金條款。在葡萄牙《民法典》中，違約金條款的目的是訂定“可要求之損害賠償金額”（第八百一十條第一款），亦即其僅具補償目的。

除了在已訂定強迫性違約金條款的情況下不適用強迫性金錢處罰外，該處罰亦不適用於遲延支付租金的承租人（第九百九十六條第五條），以及遲延支付年金的用益權人（第一千三百七十九條第四款），因為就該兩種情況，法律會直接科處受益人相同的另一項民事處罰，也就是前文第3.1.2.點分析過的不取決於損害的損害賠償。

第七點差異，是關於法官在訂定處罰金額時應遵守的標準。在這事宜上，葡萄牙《民法典》僅提及“合理標準”（第八百二十九—A條第二款），並沒有再作其他規定。澳門《民法典》在這方面的規定則較為講究，因為其明文規定，在訂定處罰金額時，須考慮債務人的經濟條件、違法行為的嚴重性，以及有關處罰對達成強迫履行之目的否適當（第三百三十三條第三款）。

須注意的是，即使存在訂定處罰金額的標準，亦須要設定處罰金額的法定上限。正如《刑法典》除規定了訂定刑罰的標準外，尚載有關於刑罰幅度的規定。法官在具體情況中就是根據這些標準，在一個抽象的刑罰幅度內，確定適用的處罰。

此外，擬定強迫性金錢處罰這項規定的Miguel Urbano本人，亦曾表明其清楚知道“濫用這種機制可能造成的危險”。⁷⁰此處所指的機制，當然就是強迫性金錢處罰。

第八點差異，是關乎適用強迫性金錢處罰的受益人。根據葡萄牙的法律，適用強迫性金錢處罰的收益，由債權人及國家平均分配（第八百二十九—A條第三款），而按照澳門的法律，這種收益全歸受害人所有（第三百三十三條第一款關於“向受害人支付”的部分）。正如前

⁷⁰ 前述著作，第 XXIV 頁。

述，法國法律亦採用這種解決辦法。也就是說，強迫性金錢處罰在葡萄牙是一項半公法上的制裁，在澳門則是一種私法上的制裁。

將強迫性金錢處罰的收益賦予債權人，會導致債權人因債務人受損而獲益，亦即令債務人因債權人獲益而受損。因此，這是一種不當得利的情況，且直接違反了“不侵犯他人及向每個人給付屬其所有的東西”法則，以及交換公正原則。⁷¹

4.1.4.2. 法律性質

前文已提過，澳門法律及葡萄牙法律所規定的強迫性金錢處罰的主要淵源，是法國法律中的“*astreinte*”（逾期罰款）。法國民法學家 Jean Carbonnier 對於該概念的精神，描述如下：

“設定這種罰款的目的，並非為彌補因未準時履行義務而造成的損害；原則上，它不與因遲延給付而生的損害賠償混淆。其目的是透過一種金額加幅不確定的金錢處罰，使債務人因恐怕受壓榨而履行義務。”⁷²

現在且看看澳門《民法典》草案協調員 Miguel Urbano 如何描述該法典第三百三十三條所規定的強迫性金錢處罰：

“這是一種阻止債務人拒絕適時履行法院命令其作出或不作出某種行為的判決的機制，目的是迫使債務人因恐怕有更大壞處而履行義務或不再作出某種違法行為”。⁷³

上述兩項意見明確指出了現正分析的強迫性金錢處罰之目的，就是迫使債務人因恐怕受到“更壞”的處罰而履行義務。

嚴格來說，強迫性金錢處罰具有雙重目的：其一是處罰目的，因

⁷¹ 參見第 3.1.1.3. 點。

⁷² Jean Carbonnier，前述著作，第 582 頁。葡文譯文及橫線由我們作出。其原文為“L'esprit de l'institution n'est pas de réparer le préjudice causé par le défaut d'exécution ponctuelle; elle ne se confond pas, en principe, avec les dommages-intérêts moratoires. Son but est d'amener le débiteur à s'exécuter par crainte d'être écrasé sous une condamnation indéfiniment croissante.”

⁷³ Luís Miguel Urbano，前述著作，第 XXV 頁。橫線由我們加上。

它旨在處罰作出違法行為的債務人；其二是強迫目的，因為它亦旨在對債務人構成心理威脅，使其作出應有行為以免受到懲罰。債務人之所以感到心理威脅，明顯是由於預見不履行法院判決會造成的負面後果所致。

任何一種處罰均具有上述兩種目的，而在刑法上，習慣稱這兩種目的為“報應目的”及“特別預防目的”。

因此，強迫性金錢處罰就是一種處罰。

就訂定者而言，它是一種公法上的制裁；準確地說，它是一種司法制裁。不過，就處罰的受益人而言，它則是一種私法上的制裁。

因此，第三百三十三條規定的強迫性金錢處罰，可以說是一種司法上的私法上的制裁，而且它只是其中一種，而非唯一的，這點稍後會再談。

4.2. 加重損害賠償

現先看看第一千四百四十三條的規定：

<p style="text-align: center;">第一千四百四十三條 （自願受包圍）</p> <p>一、所有人在無合理原因下造成其房地產絕對或相對被包圍者，僅得透過支付<u>加重之賠償</u>，方可設定通行地役權⁷⁴。</p> <p>二、定出加重之賠償額係按所有人過錯之程度為之，但以<u>正常之賠償額之三倍為限</u>。</p>
--

前文第3.1點已分析過一種虛假的損害賠償，即不取決於損害的損害賠償，現在且研究一下另一種虛假的損害賠償：加重損害賠償。

在第二種虛假的損害賠償中，履行損害賠償義務並非不取決於損害的發生，因為上述規定第二款訂明有關賠償額的上限為“正常之賠償之三倍”。事實上，“正常”之損害賠償，也就是賠償額與損害價值相同的賠償（第五百五十六條至第五百五十八條）。因此，如損害價

⁷⁴ 指法定通行地役權。

值為零，則第一千四百四十三條規定的賠償限額亦為零。相反，如損害價值高於零，那麼賠償額也就會超過它，而且可達其金額的三倍。在這情況下，損害價值限制了法院可判決的賠償額的上限，但沒有規定由法院訂定的具體賠償額，因為賠償額是按作出包圍者的過錯而定。因此，超過損害價值的“損害賠償”部分，就是一種處罰。此外，須注意的是，按違法者的過錯而訂定處罰程度是刑法中的典型做法。

Pires de Lima及Antunes Varela在評論葡萄牙《民法典》中的相應規定，即第一千五百五十二條⁷⁵時，再一次使用“標準的”這個形容詞來說明有關解決方法。他們指出，這種源自巴西《民法典》第五百六十一條規定的加重損害賠償，代表一種避免完全剝奪對作出包圍者的保障並考慮到整體經濟利益的方式，因為對於有關情況，主流學說是支持完全否定強行設定通行地役權的權利⁷⁶。

雖然我們認同加重損害賠償比一九六六年的主流學說所支持的解決辦法較為合理，但我們仍然認為它抵觸了公正準則，因為它會令需役地的業主受損而令供役地的業主受益。此外，它並非一種真正的損害賠償，而是一種處罰，因其金額高於損害價值。

正如不取決於損害的損害賠償一樣，加重損害賠償亦可被視為一種強迫性金錢處罰，而且它是一種與第三百三十三條所規定者更為相似的強迫性金錢處罰，因其金額亦是由法院訂定而非由法律規定。因此，加重損害賠償也是一種司法上的強迫性金錢處罰，但其不同之處在於有關賠償受法定限額約束，而第三百三十三條所規定的處罰則不受此限。

由此可分辨出《民法典》中的兩種司法上的強迫性金錢處罰：受法定限額約束的加重損害賠償，以及第三百三十三條規定不受法定限額約束的處罰。

5. 私法上的制裁及私有財產權

⁷⁵ 它只是相應而非相同的規定，因為它規定賠償額的上限為正常的賠償額的兩倍，而非三倍。

⁷⁶ 前述著作，第三冊，第 640 頁及第 641 頁。

5.1. 一般考慮

《民法典》規定的所有私法上的制裁，都會導致債務人損失一定的財產價值，並因而被剝奪所有權，又或對某財產或某些財產所擁有的另一種財產權。

由此可見，關於私法上的制裁的規定，會導致它們所針對的情況脫離私有財產權的保障範圍。也就是說，該等規定是限制所有權的規定。

因此，必須查證該等規定是否符合對所有權作出限制的法律條件。若不符合有關法律條件，該等規定在法律上便屬於非有效。

在進行查證之前，首先必須知道有關法律條件究竟是指甚麼，亦即先要了解何者是在澳門生效的保障私有財產權的憲法制度。

5.2 私有財產權的憲法保障

5.2.1. 《葡萄牙共和國憲法》所規定的制度

關於這個問題，在此先從《葡萄牙共和國憲法》方面進行分析，因為在澳門《民法典》的起草、通過及開始生效期間，該憲法是澳門的根本法律。

《葡萄牙共和國憲法》第六十二條第一款對私有財產權作出規範，其內容如下：

“依據憲法規定，保障任何人有私有財產權，並保障在其生存時或因其死亡得將之移轉。”

上述規定載於《憲法》第三編（經濟、社會與文化之權利及義務）第一章（經濟權利及義務），故相信私有財產權是受有關經濟、社會及文化權利的憲法制度約束。

此種憲法制度的根本特徵，就是訂定有關權利的準則及實現有關權利，均取決於憲法以下的法例，而有關法例是按國家的經濟條件及

國家機關的政治意向而制定。

另一大基本權利類別，即權利、自由及保障的制度更具保障性，該制度特別包括以下規定：

第十八條
(法律效力)

一、有關權利、自由及保障之憲法規定，直接適用於各公、私實體，並對之有約束力。

二、只有在憲法有明文規定之情況，法律方得限制權利、自由及保障，該等限制應局限於為維護憲法保護之其他權利或利益所必要之範圍內。

三、限制權利、自由及保障之法律，應具一般性質及抽象性質，無追溯效力，亦不能縮小關於權利、自由及保障之憲法規定主要內容之範圍及界限。

上述規定體現了以下原則⁷⁷：

- 直接適用原則（第十八條第一款第一部分）；
- 約束公共及私人實體原則（第十八條第一款第二部分）；
- 必須經憲法明文許可方得作出限制原則（第十八條第二款第一部分）；
- 禁止作出過份限制原則（第十八條第二款第二部分），包括必要原則、適當原則及適度原則；
- 限制的合法性原則（第十八條第二款及第三款）；
- 限制性法律的一般及抽象性原則（第十八條第三款第一部分）；
- 限制性法律不具追溯效力原則（第十八條第三款第二部分）；
- 保障受限制的權利的主要內容原則（第十八條第三款第三部分）。

這種制度當然適用於《憲法》第二編所指權利，亦即適用於權利、自由及保障。不過，除此之外，該制度尚適用於第二編未列明但性質

⁷⁷ 關於此等原則，參見 Gomes Canotilho，前述著作，第 483 頁至第 491 頁。

類似的權利。此乃第十七條所規定的內容：

“權利、自由及保障之制度，適用於第二編所指之各項權利、自由及保障，以及性質類似之基本權利。”

究竟哪些權利可被視為性質類似於第二編所指權利呢？

記得《憲法》是於一九七五年四月至一九七六年四月之間制定，當時正值大批工人及學生進行革命運動，以逐步打倒法西斯制度的各種架構的時期（法西斯制度於一九七四年四月二十五日被推翻）。在革命過程中，他們亦打破了建立新獨裁主義、法西斯主義或斯大林主義的企圖，以及令民主、自由及社會主義等思想成為新政治及法律秩序的基礎。

在促成《憲法》的民主及革命精神中，任何權利都應該儘量受到最大的尊重。那些不用花費且在一個貧困社會中仍可行使的權利，從一開始便應得到保障，而且僅在必須保障其他受憲法保護的權利或利益時，方可對之作出限制。至於那些需要金錢且其行使取決於社會的經濟發展的權利，就應該按照有關社會在每一階段的經濟條件而逐步得到實現。

因此，考慮到儘量對基本權利提供最大保障的原則，不論在法律邏輯抑或在經濟層面上均可適用權利、自由及保障制度的所有權利，均應視為性質類似於第二編所指權利。

權利、自由及保障的主要特徵，就是它們都是由權利人本人行使，而沒有要求國家或第三人作出給付，且很多時候更是以國家及第三人不作出干預為前提。

相反，經濟、社會及文化權利的主要特徵，就是行使該等權利時，須要國家或第三人作出給付，故其行使必然以國家或第三人的行為作為前提。

正因為行使權利、自由及保障是單靠權利人本人的力量，故可將由上述原則構成且能提供極大保障的制度，適用於有關權利。

至於經濟、社會及文化權利的情況，由於權利人行使該等權利會對國家或第三人造成經濟上的支出，因而須依賴經濟狀況，故適用於這些權利的制度只能提供較低的保障。直接適用原則、約束所有公共

及私人實體原則，以及關於限制權利的原則等，都是有關制度所欠奉的。

事實上，由《憲法》賦予的私有財產權，保障了權利人合法取得的財產權，原則上行使有關權利不取決於國家或第三人的任何給付。行使該項憲法權利時涉及到國家或第三人的前提，就是國家或第三人不得剝奪他人合法取得的任何財產權，亦不得作出阻止或妨礙權利人行使有關權利的行爲。

因此，不論從法律邏輯抑或經濟角度而言，均可將權利、自由及保障的憲法制度，適用於私有財產權。

這樣便可將私有財產權視爲與《憲法》第二編所列者相類似的權利，從而適用前述第十八條規定。

即使並非如此，根據以下規定，私有財產權亦會得到第十八條規定所體現的其中一些原則的保障。

《葡萄牙憲法》第十六條第二款	“有關基本權利之憲法規定及法律規定，應根據《世界人權宣言》予以解釋，在該等規定內出現漏洞時，亦應根據此宣言填補之”。
《世界人權宣言》第十七條	一、人人有權單獨占有或與他人合有財產。 二、任何人之財產不容無理剝奪。
《世界人權宣言》第二十九條第二款	人人於行使其權利及自由時僅應受法律所定之限制，且此種限制之唯一目的應在確認及尊重他人之權利與自由並謀符合民主社會中道德、公共秩序及一般福利所需之公允條件。

按照《葡萄牙憲法》第十六條第二款的規定，《世界人權宣言》爲其組成部分。

因此，《世界人權宣言》第二十九條第二款規定亦具有憲法效力。

該規定訂明對宣言所載權利作出的限制均須依循合法性原則、必要原則、適當原則及適度原則。

事實上，該宣言第二十九條第二款規定所指的基本權利，亦包括其第十七條規定所載的私有財產權。

所以，即使不將《憲法》第十八條規定適用於私有財產權，根據《宣言》第二十九條第二款的規定，該權利仍然受合法性原則、必要原則、適當原則及適度原則所約束。

然而，須注意的是，以上所有考慮僅針對作為權利而非特權的私有財產權。

權利是受普遍性原則（第十二條）及平等原則（第十三條）約束，而特權正正否決了這些原則。

因此，作為權利的私有財產權，僅可涵蓋所有人在平等條件下都可私人擁有的財產。

至於那些基於自然、科技、經濟或法律條件而僅可由某些人私人擁有的財產，便不屬此例，所以對該等財產擁有的就是一種特權，而非一種權利。特權尤其是指擁有中等至大規模的生產條件及大型房地產。

如欲將對該等財產的私有財產特權轉變為一項真正的權利，就必須在平等條件下將有關私有財產賦予所有人。不過，在這情況下所獲得的，已非一種私有財產，而是一種共有財產。也就是說，對於該類財產所擁有的只可以是私有財產特權；如要將特權轉變為一項權利，便得將私有財產轉變為共有財產。

綜合而言：

- 當私有財產權是一項真正的權利而非特權時，適用關於權利、自由及保障的憲法制度；
- 當私有財產權屬於一種特權時，除不適用關於權利、自由及保障的憲法制度外，亦不適用關於經濟、社會及文化權利的制度，即不適用任何關於基本權利的憲法制度。

本文僅針對屬於權利的私有財產權作分析，以下各點亦如是。

5.2.2. 適用於澳門的現行制度

由於《葡萄牙共和國憲法》已不適用於澳門，故須從《澳門特別行政區基本法》及國際法中找出適用於私有財產權的規定及原則。

且看《基本法》的如下規定：

第六條	澳門特別行政區以法律保護私有財產權。
第四十條	《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會及文化權利國際公約》和國際勞工公約適用於澳門的有關規定繼續有效，通過澳門特別行政區的法律予以實施。 澳門居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制，此種限制不得與本條第一款規定抵觸。

《基本法》在保障私有財產權的制度方面並非十分清晰。雖然不須就這事宜訂定特別制度，但該法應訂定一個適用於私有財產權的保障基本權利一般制度，但卻沒有這樣做。

第六條規定私有財產權受“法律保護”。按照這種行文方式，似乎不得直接適用該規定去保護私有財產權，因而使到原來應是普通法律須遵從該權利，變成該權利反受普通法律約束。

那麼，普通法律又應遵守哪些標準，以防止過份限制私有財產權呢？

在《基本法》的各項規定中，與限制基本權利事宜有較大關係的是第四十條規定。

該規定訂明，可對權利作出限制的情況須由法律指定，這也就構成了合法性原則。不過，將這項規定與《葡萄牙憲法》中的合法性原則的內容相比較，可見兩者間存在以下差異：g《葡萄牙憲法》規定，只有《憲法》明確規定得加以限制的權利方可受到限制，而非任何權利均可受限制，但《基本法》的規定就沒有這種要求。

一個地區的基本法律，除了向立法者說明只有其方可對基本權利作出限制，並必須透過立法行為作出外，還應為立法者提供較為準確

的實質標準，以便作為立法者在限制權利時的指引，以及防止立法者過份限制權利。

事實上，《基本法》第四十條規定並沒有提供這些標準。該規定第二段第二部分訂明，對基本權利的限制不得抵觸該規定第一段的内容，但第一段又規定其所指國際公約繼續在澳門生效，並“通過澳門特別行政區的法律予以實施”。就字面意義而言，這代表是由澳門的普通法律去訂定其可對基本權利作出限制的標準。因此，第四十條第二段第二部分的規定似乎完全是空泛的要求。

然而，對於第四十條的規定，亦可作另一種解釋。且看Eduardo Cabrita的意見：

“（…）《人權國際公約》或國際勞工公約所規定的權利，應透過澳門特別行政區法律適用並不構成適用公約的限制條件，而應理解為澳門特別行政區有義務對該等權利作出規範。”⁷⁸

事實上，對於該規定第一段訂明其所指國際公約“通過澳門特別行政區法律予以實施”，可理解為該規定並非禁止直接適用有關公約中本身可執行的規定，而是強制澳門的立法機關必須使本身不可執行的規定所載權利得以實行。

這樣解釋第四十條第一段的規定應得出的結論，就是該條第二段第二部分的作用，是強制立法者以有關公約作為其限制基本權利方面的界限。

按照對第四十條所作的這種有點不同於其行文的解釋，即須認同其第二段第二部分某些內容是有用處的。這表示當立法者對基本權利作出限制時，不得將有關權利的範圍縮窄至少於上述公約的保障範圍。

不過，這種解釋亦不足以界定法律可對私有財產權作出限制的範圍，因為該等公約並未明確保障私有財產權。

對於現正分析的問題，在資本主義生產模式及市場經濟環境（第五條）之下忠誠地履行職務的《基本法》，亦未能發揮任何作用。正如

⁷⁸ Eduardo Cabrita, 《在聯合聲明及基本法中澳門的法律自主》，載於《法域縱橫》，第五期，法律翻譯辦公室，澳門，1998年，第106頁（葡文本）及第135頁（中文本）。

前述，本文所關注的是符合普遍性原則及平等原則的私有財產權，而非透過剝奪他人的權利而獲得的特權。

然而，《基本法》中有一項很重要的原則是可取的，即其第五條、第十八條、第一百三十八條及第一百四十五條所體現的原澳門法制延續原則。

根據該原則，回歸前構建澳門法律體系的價值、原則及基本規定，只要不抵觸《基本法》，在回歸後繼續適用於澳門。這些價值、原則及基本規定實質上均為《基本法》所接納。

按照該原則，可以說只有抵觸《基本法》的憲法性法律方不再適用於澳門。之前適用的《基本法》以外的憲法性法律，如不抵觸《基本法》，則繼續適用，並補足及補充《基本法》不足之處。

因此，《葡萄牙共和國憲法》第十八條所載的規定及原則繼續屬於澳門法律秩序的一部分。

此外，《世界人權宣言》亦繼續適用於澳門，原因有二：

- 其一，該宣言屬於之前適用於澳門的憲法性法律的一部分，因為《葡萄牙憲法》第十六條第二款接納了該宣言；
- 其二，該宣言體現了一般或普遍的國際法律，規定了所有人都應尊重的全球性“最低道德標準”。

正如前述，該宣言第二十九條第二款規定，對該宣言所載權利作出限制時，包括對私有財產權的限制，必須遵守合法性原則、必要原則、適當原則及適度原則。

綜上所述得出的結論，就是現時立法者在制定可能限制私有財產權的規定時須遵守的法律標準，與一九九九年十二月二十日前生效的標準一致。

5.3. 關於處罰的憲法原則

毫無疑問，《民法典》中關於私法上的制裁的規定，除須符合適用於對私有財產權的一般性限制的憲法規定及原則外，亦須符合特別針對處罰的憲法規定及原則。

前文在分析強迫性金錢處罰的問題時，已提過多項關於處罰的憲法原則。⁷⁹當時曾提到，載有該等原則的規定僅明文規範刑事性質的違法行為及處罰，但另一方面，其時亦曾指出，基於制定有關規定的理由，有關規定亦適用非刑事性質的違法行為及處罰。

當時提出的原則如下：

- 可處罰的違法行為的法定原則（《葡萄牙憲法》第二十九條第一款、《基本法》第二十九條及《公民權利和政治權利國際公約》第十五條第一款的擴展性解釋）；
- 處罰的合法性原則（對《葡萄牙憲法》第二十九條第三款及《公民權利和政治權利國際公約》第十五條第一款的擴展性解釋）；
- 過錯原則（源自人類尊嚴及自由權）；
- 無罪推定原則（《葡萄牙憲法》第三十二條第二款、《基本法》第二十九條第二段及《公民權利和政治權利國際公約》第十四條第二款的擴展性解釋）。

上述前兩項原則是法律保留一般原則特有的表達方式；所有對權利、自由及保障或類似權利的限制均須遵守法律保留原則。

法律保留原則一方面涉及訂定對權利作出限制的前提，另一方面關乎對有關權利的限制形式及幅度。

法律保留一般原則的第一個組成要素，在處罰範疇內的表現為可處罰的違法行為的法定原則，因為有關違法行為就是適用處罰的前提。

該原則的第二個組成要素，在處罰範疇內的表現為處罰的合法性原則，因為處罰是對權利的限制形式，而處罰的幅度就是對權利的限制幅度。

也就是說，即使不對上述規定作出擴張性解釋，亦有足夠根據將可處罰的違法行為的法定原則，以及處罰的合法性原則，適用於所有處罰。

5.4. 關於公正及平等的憲法原則

⁷⁹ 參見前述第 4.1.2.點。

私法上的制裁除應遵守關於限制私有財產權的憲法規定及原則，以及關於處罰的憲法規定及原則之外，亦應符合一般的憲法原則。其中兩項一般憲法原則，就是前文分析損害賠償義務⁸⁰時提出的公正（《葡萄牙憲法》第一條）及平等（《葡萄牙憲法》第十三條及《基本法》第二十五條）。

根據亞里士多德對公正概念的分析，公正包括交換公正（雙方在一種雙邊關係中的平等給付）及分配公正（按各人的功績在社會上分配財產）。

對於公正概念，其後在歷史上亦出現過其他重要的觀點，如前文特別提到由烏爾比安提出的法則，即誠實地生活、不侵害他人及向每個人給付屬其所有的東西。

按照亞里士多德的交換公正概念及烏爾比安的法則，即時可以得出禁止不當得利的結論。

平等概念與公正概念相關，或者說兩者幾乎是相同的。亞里士多德道：“公正的就是平等的”。

交換公正正是代表一種雙邊關係中的絕對平等。正如亞里士多德所言，在這情況中，無須考慮關係雙方的功績或才能。平等純粹是數學上的問題。

至於分配公正，則表示須根據差異的程度，以相同的方式處理相同的情況，以及透過不同方式處理不同的情況。因此，分配公正包含一種按比例處理的概念，而分配公正中的平等與馬克思稱為“軍營中原始的平等主義”之間的分別，就是在於這種按比例處理的概念。

也就是說，違反公正原則的私法上的制裁，實際上亦違反了平等原則。

5.5. 對私法上的制裁及其法律制度的合憲性研究

經了解在澳門生效、用以規範私有財產權的憲法制度的構建原則

⁸⁰ 參見前述第 3.1.1.3.。

後，現在且看前文所介紹的私法上的制裁，在制定及規範方面是否符合該等原則。

事實上，前文在分析各種處罰時，已談過大部分有關問題。因此，現僅須將已分析過的意見作系統及綜合性闡述如下表：

	不取決於損害的損害賠償	實質上具暴利性質的法定利息	強迫性金錢處罰	加重損害賠償
可處罰的違法行為的法定性質	具備，違法行為指第九百九十六條第一款、第一千零二十七條第一款、第一千零四十四條第一款及第一千三百七十九條所規定的行為。	不具備。	不具備。	具備，違法行為指第一千四百四十三條第一款所規定的行為。
處罰的合法性	具備，因為計算公式由經法令核准的《民法典》訂定。	具備實質上的合法性，因為利率由規範性行為訂定。 不具備形式上的合法性：因為訂定利率的規範性行為是一項行政命令，即規章性行為。	不具備，因為法律並無訂定其金額、計算公式及限額。	具備，因為其上限由法典訂定。
過錯	沒有明確要求存在過錯，但亦未排除關於過錯的一般原則。	如支付利息的義務是由於債務人的遲延引致，須取決於過錯（第七百八十七條）。 如支付利息的義	不要求。	不要求。

		務是直接基於一份雙邊合同而產生，則不取決於借用人的過錯（第一千零七十二條）。		
無罪推定	是。	在遲延履行一項債務的情況下，推定債務人有過錯（第七百八十八條第一款）。	推定債務人的遲延為有過錯（第三百三十三條第一款最後部分）。	是。
必要性、適當性及適度性	不具備，僅適用於關於遲延履行的一般規定便可。	不具備，法定利率應等同於通貨膨脹率，但不影響對超出的損害作出賠償及就信貸機構的運作成本支付的報酬。	不具備必要性，因為之前存在的措施已足夠保障債權人。 具備適當性，因為應考慮處罰對於強迫履行的目的是否適當而訂定處罰金額（第三百三十三條第三款）。 具備適度性，因為應考慮違法行為的嚴重性而訂定處罰金額（第三百三十三條第三款）。	不具備，僅適用於關於民事責任的一般規定便可。
保障主要內容	有。	有。	有。	有。
交換公正及禁止不當	沒有。	沒有。	沒有。	沒有。

得利				
分配公正	沒有。	沒有。	有，因為應考慮債務人的經濟條件及違法行為的嚴重性而訂定處罰金額（第三百三十三條第三款）。	有，但僅要求應考慮違法者的過錯而訂定賠償額（第一千四百四十三條第二款）。

根據上表所列內容，可得出如下兩項結論。

第一，本文分析的所有私法上的制裁，在有關制度的某個層面上，均有點違憲性。

第二，本文分析的所有私法上的制裁，均違反了必要原則及交換公正這兩項憲法原則。此項結論十分重要，因為不僅《民法典》採納的制度違反該兩項原則，每項對於受益人而言的私法上的制裁的內容本身亦違反了該兩項原則。

正是因為這些私法上的制裁賦予債權人一項利益而令債務人受損，所以該等制裁會摧毀雙方之間應有的平等。因此，亦必然會違反交換公正原則。至於立法者所採納的涉及該等制裁的各種法律制度所可能產生的差異，只是違反有關原則的次數及程度問題，而非是否違反問題。

由於不公正的做法並非保障債權人的權利的必要方式，所以，基於私法上的制裁本身必然是不公正的做法，故有關制裁當然屬不必要。

以上的分析亦適用於本文未有談論的其他私法上的制裁，即約定的私法上的制裁。

總而言之，所有私法上的制裁均屬違憲。