

《澳門民法典》

對定金及違約金條款所作的修訂*

*杜慧芳

一、在《澳門民法典》生效前，一直在澳門生效的《葡萄牙民法典》中所規定的定金及違約金條款

1. 定金

於法典第四百四十條及續後數條條文中規定的定金，是《民法典》所提及的其中一種攻取式強制方法，它對交付或收取定金的雙方立約人均構成威脅，任一立約人不履行合

* 本文係摘自作者在一九九九年九月的一個由澳門大學法學院及司法事務政務司辦公室合辦之“民商法研討會－澳門民法典及商法典”研討會上所發表的“澳門民法典所提及之強逼履行之方法”論文中的一部份。原文係以葡文寫成，本文為中文譯本。

* 前法律翻譯辦公室副主任，澳門大學法學院講師。

同¹時，即會遭受相等於定金的損失，如交付定金的一方不履行合同，便會被沒收其已交付的定金；收取定金的一方不履行給付時，則必須返還雙倍定金予對方²。由於定金為當事人預先定出了不利的違約後果，通常都被視為一種可“鼓勵”履行的強制方法，但不可否定其所具有的其他功能。

然而，定金除了有其一般制度外，還有另一種特別制度，此兩種制度向債務人所施

¹ 由於對第四百四十二條及第八百三十條所作的修改並未延伸至澳門，故在澳門不存在葡國學者就遲延履行的情況是否適用定金規則的爭論，第四百四十二條所指的不履行，只可理解為最終不履行，正如本地的司法見解所持的看法一樣，作為其中的一些例子有高等法院九七年四月二十三日的合議庭裁判，載於《高等法院司法見解》九七年、第一冊、第四百三十五頁及續後數頁；高等法院九七年十一月九日的合議庭裁判，載於《高等法院司法見解》九七年、第二冊、第一千二百八十四頁及續後數頁；有關以上談及的爭論請參考（例如）下列持不同見解的學者的著作：Antunes Varela 所著的《債法概論》第一冊、第九版、科英布拉、一九九六年、第三百五十六頁；Pires de Lima 及 Antunes Varela 著的《民法典註釋》第一冊、第四版、科英布拉、一九八六年、第四百二十三頁中對經第 379/86 號法令修改的第四百四十二條作出的第五及第六點註釋；Menezes Cordeiro 所著的《履行預約合同的抗辯》（經十一月十一日第 379/86 號法令修改的《民法典》第四百四十二條第三款第二部分），載於《司法論壇》、第二十七號、一九八七年三月、第五頁；Calvão de Silva 所著的《定金及預約合同》（從第 236/80 號法令到第 379/86 號法令）第四版、科英布拉、一九九五年、第九十八頁及第九十九頁；以及參考 Brandão Proença 所著的《雙務預約合同的不履行、特定執行或解除合同的抉擇》，載於《為表揚 Ferrer Correia 教授的研究》中，第二版、科英布拉，一九九六年，第一百五十七頁。

² 在定金的眾多功能中，通常被提及的是確定功能及後悔功能，前者指出定金的交付在於強調雙方當事人不但對訂立合同具有堅定的意向，對履行合同的意向也同樣堅定，因此定金的交付絲毫不妨礙在有關狀況容許下進行特定執行的可能；在後悔功能中，定金雖然仍起著迫使雙方當事人履行給付的作用，但事實上卻成為後悔的代價，因為當發生不履行時，忠誠的一方按其所屬的角色而只可沒收定金或要求返還雙倍定金，但不可要求作出特定執行。在較常出現定金設定情況的預約合同的範疇內，定金在澳門就發揮著後悔功能，因為之前在澳門生效的第八百三十條的原文，透過在其第二款所訂定的可被推翻的推定，規定對於有定金設定的情況，不可作出特定執行，由此可知立法者有意賦予定金後悔功能，並把定金視為後悔的代價。有關這議題見 Pinto Monteiro 所著的《違約金條款及損害賠償》，科英布拉，一九九零年、第一百七十三頁及續後數頁。

予的壓力程度互有不同。

在一般制度中，定金有後悔功能，因為通過推定排除特定執行³及排除因不履行而生的任何賠償⁴的機制，定金可作為換取“後悔權利”的代價。因此，定金在此一般制度下所給予債務人的壓力，當然較在無排除特定執行的情況下所給予債務人的壓力為輕，因為擬不履行債務的債務人在衡量了後果後，如發現透過“購買”此一後悔權利而不履行給付要比履行給付“合算”，定金的強迫履行功能自然盪然無存。

基於有需要賦予不動產預約合同中的預約買受人特別保障，一九八八年第 20/88/M 號法律就制定了一特別制度，規定只要已交付定金，即使未交付合同標的物，均賦予預約買受人要求進行特定執行的權利；該權利無論如何都不能藉着雙方的明示協定⁵而排除。因此，定金在此對預約買受人而言屬確定性質，但對預約出賣人⁶而言則屬後悔的性質。換言之，在同一合同中，同樣的定金對預約人雙方所施予壓力的程度是截然不同的。

2. 違約金條款

《民法典》中另一以協定方式定出的強迫履行的方法是違約金條款⁷，透過違約金條

³ 之前在澳門生效的葡國民法典第八百三十條第二款。

⁴ 之前在澳門生效的葡國民法典第四百四十二條第三款。

⁵ 八月十五日第 20/88/M 號法律第三條。

⁶ 在不動產的價格有上升趨勢的期間，假定預約出賣人為投機者，給予預約買受人特別保護是可以理解的，因為預約出賣人很可能寧願退還雙倍定金以解脫合同的束縛及以更高的價錢轉賣該不動產，而不願履行合同。然而，亦有可能出現不動產的價格有下滑趨勢而預約買受人是投機者的相反情況。在這種情況中，較弱的一方立約人是預約出賣人，他在另一方悔約時，既不可以要求作出特定執行，且除沒收定金外，亦不可取得其他賠償，但又因此失去了以在預約中議定的較高價錢出售有關不動產的機會。所以，定金這一特定制度，絲毫沒有改變定金在一般情況下所起具的後悔功能，只是盲目地保護預約買受人，即使預約買受人是投機者或預約中較強的一方亦然。

⁷ 之前在澳門生效的葡國民法典第八百一十條及續後數條。

款雙方立約人預先定出了在特定類別的不履行情況⁸應支付的賠償金額或應承受的處罰⁹，箇中意義為提醒一方或雙方立約人，如發生違約金條款所指的不履行，他方立約人即可要求作出該條款所定的賠償或處罰，而無須證明損害的存在，並提醒唯一可避免出現該賠償義務¹⁰的方法就是履行合同。

從抽象的角度而言，如違約金條款僅具有強迫¹¹性質，便以一種獨立處罰而運作，從而不會抵銷損害或代替應為的給付本身。違約金的強迫作用在此是最為明顯的，因為即使

⁸ 與定金的制度有別（見註釋五），普遍認為違約金條款不但適用於最終不履行，亦適用於遲延履行或瑕疵履行。

⁹ 雖然第八百一十條只定出了賠償性違約金的概念，但雙方當事人仍可在合同自由原則下定出其他類型的違約金，因此產生了兩種或三種違約金的理論，此乃視乎除認為違約金條款可單獨起具強迫作用外，是否認為同一違約金可兼具雙重功能或認為違約金的懲罰功能應獨立於其賠償功能。如要更詳細研究這題目，請參閱 Pinto Monteiro 的上述著作，第六百一十九頁及續後數頁。

¹⁰ 定出比預期損害為高的硬性賠償在純屬賠償性的違約金條款內；定出純屬強迫性的違約金條款，而有關違約金係附加在給付之履行或按一般規定而定出的不履行的後果之上；以及定出用以在不履行時取代原先給付且比原先給付更重的違約金條款，都具有強迫債務人履行債務的性質。然而，我們不應忘記，任何類型的違約金條款，只要屬明顯過高，均有可能被法院按照第八百一十二條的規定而酌減。

¹¹ 接納單純具備強迫性質的違約金條款的學者有：Vaz Serra，他於一九六六年編制民法典草案時，就表明了其贊同接納此協定處罰的立場，見《司法部簡報》第六十七期、第一百八十六頁（註三）第二百零五頁（註五十一）及第二百零九頁；其他持接納意見的學者還有 Almeida Costa《債法》第六版，科英布拉，一九九四年，第六百八十三頁及第六百八十四頁；以及 Pinto Monteiro，見其上述著作第四百五十三頁及第四百五十四頁；持相反意見的則有 Calvão da Silva，見上述《履行及金錢處罰》之著作第二百五十九頁（註四百七十一）。

證明該不履行並未造成損害¹²，亦可以要求履行違約金條款中所定的處罰。至於對認為制裁性違約金條款（或稱真正的違約金條款）可以獨立存在之人而言，違約金條款是一種有利於債權人的選擇¹³，守約方不論如何都可以就超出違約金的損害取得賠償，因為債權人可不選擇執行違約金條款而選擇按一般規定收取賠償。違約金條款在這種情況下所帶來的壓力亦比純粹預先定出賠償金額的違約金條款所帶來的壓力為大。此外，違約金的多少，對債務人所施予的壓力亦起著決定性作用，毫無疑問，在同一類別的處罰條款中，較重的處罰當然對其相對人造成更大的壓力。處罰的性質及金額均有別時，就較難確定哪一種處罰能給予債務人較大的壓力，為此須分析其他因素，例如預期會因不履行而引致的損害及要求法院按照第八百一十二條的規定減少違約金的請求會否得直等因素。

然而，如為最終不履行的情況訂定補償性違約金條款¹⁴，在雙方立約人無相反協定時¹⁵，由於違約金的訂定不但推定排除特定執行¹⁶，亦導致不可要求賠償超出違約金的損害，故違約金在這種情況下的強迫履行功能，對能藉擺脫履行義務而獲利之人而言，作用亦是有限的。

¹² 持賠償性違約金有雙重功能理論者認為，違約金的要求履行不取決於是否存在損害，換句話說，即使在債務人能證明無損害存在的情況下，仍可要求其履行根據第八百一十條規定而定出的違約金；見 Antunes Varela 所著的《債法概論》第二冊，第六版，科英布拉，一九九五年，第一百三十七頁；Calvão da Silva 的上述《履行及強迫性金錢處罰》著作第二百四十八頁、第二百五十一頁及第二百五十二頁；Galvão Telles 所著的《債法》，重新修訂的第六版、一九八九年、第四百四十頁及續後數頁。

¹³ 就這一理論見 Pinto Monteiro 的前述著作，第一百頁及續後數頁。

¹⁴ 當然，我們認為此種排除性質的推定只適用於在最終不履行中的補償性違約金，因為在其他情況中（例如為遲延履行或瑕疵履行訂定的補償性違約金、僅屬強迫性質的違約金及不贊同違約金具雙重功能之人所指的本義上的違約金；持最後一種立場之人認為違約金的處罰功能獨立於其補償功能），違約金條款之所以存在已顯明其履行完全可與特定執行兼容；欲更詳細了解有關問題，參見 Pinto Monteiro 的上述著作第六百一十九頁及續後數頁。

¹⁵ 之前在澳門生效的葡國民法典第八百一十一條。

¹⁶ 之前在澳門生效的葡國民法典第八百三十條第二款。

二、於《澳門民法典》中引入的修改

《澳門民法典》對定金及違約金條款作出了若干不只是形式上的修改，這些修改不是為了使《民法典》由本地的立法機關核准《民法典》而作出的，而是基於法律的實質本地化、法典的重新編纂及法規的現代化等方面的需要而作出的，從而能在此千禧交替的時代中回應法制現代化的需要及切合澳門社會特點的需要¹⁷。這樣，就上述兩制度所引入的修改，其原因就必須符合我們剛才所說的理由，以下我們將有關修改加以指出。

1. 定金

在定金制度方面，澳門的立法者絕無盲目跟隨葡國現行民法典中的做法的意圖，相反，將關注的重點放在把經常採用定金機制的預約合同制度的系統重新整理這一方面上。

首先，立法者放棄了定金的一般性“後悔功能”，因此，不論有否設定定金，只要雙方立約人無相反協定¹⁸，針對預約合同必可進行特定執行。對於屬轉移房地產或其獨立單位的物權的預約合同，或屬就該等物權設定負擔的預約合同，現今在法典中所確立的制度與八月十五日第 20/88/M 號法律所定的制度則有所不同，因為既然在預約合同的一般制度中，不論如何都可進行特定執行，定金已不再構成特定執行的障礙，故保留上述單行法規中有關定金係進行特定執行的其中一個先決條件的規定¹⁹是毫無意義的。此外，為了賦予預約一種不可反悔的確實性，又或者說，為了使雙方不能訂定排除特定執行的協議，以社會的實際情況來考慮，最恰當的做法莫過於以預約標的物的交付為要件，因為合同標的物的交付更反映出預約人履行合同的堅定意願。

此外，在定金一般制度中所訂定的規定，只適用於最終不履行的情況，如僅屬遲延，則不適用有關規則，這可從立法者沒有照搬葡國現行《民法典》第四百四十二條第三款第

¹⁷ 核准《澳門民法典》的八月三日第 39/99/M 號法令的序言。

¹⁸ 《澳門民法典》第八百二十條第一款及第二款。我們認為值得在此一提的是，根據該條第二款的規定，預約係涉及有償移轉或設定房地產或其獨立單位上的物權時，只要預約取得人已取得合同標的物的交付，即使有相反協議或設定了定金，預約取得人仍享有請求特定執行的權利。

¹⁹ 八月十五日第 20/88/M 號法律第三條。

二部份²⁰的規定這事實來證明；我們亦認為這樣做是較正確的²¹。

澳門的立法者對有可能出現損害遠超過所交付定金的情況亦有所關注，因為如無訂明保留要求賠償的權利，當一方立約人預期因其不履行而生的損害遠遠超出定金的數額時，定金的交付便很有可能鼓勵了這一方不履行合同，尤其在特定執行屬不可能的情況下；這種“鼓勵不履行”情況的產生自然是不正常的，因為它是源於一種強迫履行的方法。基於此，在損害明顯超過定金的數額時，立法者就允許債權人取得一項補充賠償。

既然立法者預料到有可能出現損害明顯超出定金數額的情況，自然亦預見到沒收定金或返還雙倍定金的處罰在某些情況中對違約人而言會屬過重，尤其在沒有損害或損害對比於定金數額是微不足道的情況，以致沒收定金或返還雙倍定金會導致不公平，故此，在這類情況中，正如某些學者²²所認為的，較佳的做法是允許在應債務人的要求下，法院可按衡平原則減少定金（被沒收或雙倍返還）的金額，只要定金數額明顯過高²³。

2. 違約金條款

在違約金條款中，澳門的立法者明顯採取了自由主義立場，因為明文規定雙方立約人可以就各種不履行的情況訂定一項或多項補償性或強迫性違約金條款²⁴；我們認為這種做法並不是修改以往在這方面的規定，只是使以往在這方面的規定更明確，因為我們認為即使在以往的制度中，由於沒有禁止性規定，合同自由原則已允許作出這類協定。

對違約金的性質有疑問時，法律推定其屬補償性違約金；作出這樣的推定是可以理

²⁰ 該條這部分的規定在葡國學術界及司法界掀起了對遲延履行的情況是否適用定金制度的爭論，見註十。

²¹ 定金規則是由法律訂定的，其內容並非如違約金條款般由雙方當事人本身來訂定，假若只要一方遲延履行，另一方即可沒收定金或要求返還雙倍定金，那麼定金制度與附隨定金規則運作的合同解除，都會成為制裁遲延履行的處罰，從而使合同變得脆弱及不可靠，並可輕易解除。我們認為上述做法不符合澳門的實際環境，尤其在民法的領域中。

²² 可參閱 Pinto Monteiro 的上述著作第一百九十五頁及續後數頁作例。

²³ 《澳門民法典》第四百三十六條第五款及第八百零一條。

²⁴ 《澳門民法典》第七百九十九條。

解的，因為在用盡一切解釋法律的方法都無法知悉立約人的真正意思時，需要有解決問題的方法，況且補償性違約金不但是之前制度所明文規定的唯一一種違約金，亦是最常用的一種違約金，故理所當然地在有需要推定違約金的性質時，會推定其屬補償性違約金。

在違約金條款的範疇內，《民法典》亦作出了另一推定：如只就不履行情況定出一項違約金，且其屬補償性質，則推定該違約金抵償一切損失，如其屬強迫性質，則推定該違約金抵償一切可適用的制裁。我們認為這一推定是一適當的法定解決方法，因為它使違約金制度更為明確及具有預見性，並使訂定違約金條款之人能在法律上獲得更大的安全感。

由於一併取得違約金及其他賠償的問題早已成為學者²⁵所關注的問題，故在規範違約金條款的執行時，澳門的立法者就在法律條文²⁶中清楚表明其立場——債權人不可既要求履行違約金條款又要求強制履行違約金所針對的給付，亦不可既要求履行違約金條款又要求賠償已被違約金抵償的損害；然而，在遲延履行或瑕疵履行的情況中，債權人既可要求履行為上述情況所定的違約金條款又可要求履行合同的主給付，因為問題的關鍵在於「不可為相同的東西作出雙重支付」。

然而，為了表明補償性違約金亦有促使履行給付的功能，正如在設定了定金的情況中，《民法典》亦賦予債權人在損害顯著高於違約金時，擁有就超出違約金的損害收取賠償的權利²⁷。立法者這樣做，是為了避免出現違約金條款的訂立反而鼓勵了不履行的情況。

我們認為《澳門民法典》為違約金制度引入的唯一革新，就是為僅可在違約人有過錯的情況下方可要求其履行違約金的規定訂出了例外情況——允許雙方立約人透過明確

²⁵ 見 Pinto Monteiro 的上述著作第四百二十四頁及續後數頁。

²⁶ 《澳門民法典》第八百條第二款第一部份。

²⁷ 《澳門民法典》第八百條第二款第二部分。應要強調的是，早在一九八零年葡國已考慮此增加違約金的問題，其時正對第八百一十一條及第八百一十二條的規定作出修改，但是，為了使葡萄牙體制中所採納的方案靠近一九七八年一月二十日歐洲議會的 78(3)號決議，便排斥了增加違約金的方案，即使德國及瑞士都作出了有關增加違約金的規定。上述的最終解決方案使學術界對其是否公正提出了疑問；見 Galvão Telles 所著的上述《債法》，第四百四十六頁。

訂定的協議，排除違約人的違約須屬有過錯才可履行違約金此一要件²⁸。雖然我們認為立法者的這種選擇會有誤導解釋法律者的危險，使其對擔保條款與違約金條款產生混淆²⁹，但我們偏向於對該規定作出另一種解釋，認為立法者的原意並非為違約金條款給予重新定性，而是想讓雙方立約人能透過預先約定來為未能取得預期結果的情況定出一項可要求支付的數額，訂定有懲罰功能的擔保條款³⁰，從而避免了因就事後產生的損害作出證明而出現的種種困難或不明朗之處。另一方面，立法者亦藉此定出違約金制度中的適用部分係適用於擔保條款。例如，當約定的金額按未取得以有關條款所擔保的結果之時的實際情況考慮屬明顯過高時，法院可以酌減有關數額。

3. 結束語

經指出《澳門民法典》對定金及違約金條款所作的修訂後，我們也許會提出一個問題——有關條款是否真如立法者所言“回應法制現代化的需要及切合澳門社會特點的需要呢”？

事實上，現在還不是解答這問題的適當時候，《澳門民法典》生效仍未足半年，法典內所定方案在具體個案中可發揮的作用仍未得到充份驗證，過於輕率地下斷語並不是適當的做法，而作為澳門的法律工作者，應有責任推廣各種關係民生的法律制度，使更多人認識及了解法律對其賦予的權能及施加的約束，從而為擴大市民對完善法制可作出的參與締造條件，發揮更佳的法律精神。

²⁸ 《澳門民法典》第八百條第一款。

²⁹ 理論上，擔保條款與違約金條款不同，前者旨在迫使一方當事人向另一方保證某一特定結果的實現，因此只要所保證的結果未能實現，即可要求支付擔保條款中所定的金額，見 Pinto Monteiro 的前述著作，第二百七十四頁及續後數頁。

³⁰ 見 Pinto Monteiro 的上述著作第二百七十八頁。