

澳門和葡萄牙法律秩序中的違約金條款

——對澳門特區違約金制度的修法建議

霍嘉誠*

違約金條款(*cláusula penal*)是現代民商法制度中的其中一項不可或缺的組成部分。在民商事實踐活動上，違約金經常被雙方當事人利用為合同的一項從屬性條款，以釐清倘發生違約時負有過錯的一方當事人可能須要承擔的法律責任。在歐洲，這種局面甚至引發了國際統一法層面的規範選擇，國際社會試圖統一各國對違約金的立場。歐洲一些國家和歐盟先後分別在 1973 年和 1978 年頒佈《比荷盧經濟聯盟公約》和《歐洲委員會民法違約金條款方案》。1983 年，聯合國國際貿易法委員會也頒佈《關於預先約定金額作為違約責任之合同條款的統一規則》。從上述國際法規範的頒佈可以得知，違約金的性質應當逐步在國際社會上形成共識，以利各國頻密的民商事交往。

一、關於違約金的主要理論

(一) 懲罰功能

違約金的懲罰概念始於古代希臘法，具私法上的制裁性質。當時，違約金的目的是迫使債務人履行債務，尤其當債務不履行時，懲罰之。“違約便懲罰之”是古代法律面對違約的金科玉律。在羅馬法時代，罰金條款的一些初始理論方被構建出來。¹ 第一，罰金請求獨立於損害，即使債務人能證明其違約不產生損害，其給付義務並不消滅；第二，罰金請求獨立於過錯，即使債務不履行是不可歸責於債務人，亦不免除支付罰金，也無扣減。懲罰功能在罰金條款中是不言而喻的，衍生了當時的罰金完全不可侵犯性原則(*princípio de absoluta intangibilidade da pena*)。

在《德國商法典》誕生前，正如德國學者 J. Staudinger 和 Hubert Kaduk 所述，德國法中的違約金條款一直堅持私法上的懲罰(*Privatstrafe*)立場，其不被視為一項賠償。對上述兩位學者而言，違約金是專門服務於債權人的利益並基於雙方當事人意思表示達成的協議作為其法律基礎。與此同時，它亦是一旨在針對證明損害的困難而可採取的一種適宜的方法。² Konrad Cosack 和 Heinrich Mitteis 則認為違約金作為私法上的懲罰之同時，有清償予債權人的功能，亦即其亦具民事賠償功能。³ Reichel 認為基於維護債權人的權益，違約金條款具贖罪功能(*função de expiação*)。⁴

現代國家基本已經摒棄違約金作為罰金條款的見解，皆因現代民法愈趨着重債的履行功能(*função de cumprimento obrigacional*)，澳門特區法律的立場也跟其他國家和地區一脈相承。當事人應透過補償性或強迫性功能達致防止違約目的，不應當存在任何懲罰性或報復性功能(*função vingativa*)。

* 科英布拉大學法學碩士

(二) 強迫功能

在違約金的領域，其具有雙方性，以一項雙方法律行為訂定民事責任。相反，在非合同領域，釐定責任時，侵害人必須符合因故意或過失不法侵犯他人權利或違反旨在保護他人利益的任何法律規定者，方有義務就其侵犯或違反所造成的損害向受害人作出損害賠償。而且，必須是存在因果關係，僅就受害人如非受侵害即可能不遭受的損害，方成立損害賠償之債。

根據羅馬法中的格言“沒有人可以直接被迫作出一行為”(nemo potest praecise cogi ad factum)，給付的強制履行並不可能解決所有債務問題。當面對一項不可替代給付時，法律便不能直接強迫債務人親身履行債務。因此，立法者制定一項新的制度——強迫性金錢處罰。它是一項間接強迫方法，旨在促進債務的履行(尤其針對不可替代的給付)和維護司法機關的尊嚴。正如葡萄牙學者Ana Prata所述，面對積極或消極的不可替代給付時，債權人不可要求特定執行，但可以司法途徑請求法官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的金額。⁵

現金法律制度下，強迫性違約金發揮如法國式罰款(*astreinte francesa*)的功能，透過一項附加的、不抵償或不替代主債務的給付以強迫債務人履行債務。因此，強迫性違約金、給付的強制履行和強迫性金錢處罰共同發揮在法律秩序中的強迫功能。

(三) 賠償功能

根據損害賠償之債的規定，對一項損害有義務彌補之人，應恢復假使未發生引致彌補的事件即應有的狀況。如不能恢復原狀，則損害賠償應以金錢定出。如恢復原狀雖為可能，但不足以全部彌補損害，則對恢復原狀所未彌補的損害部分，以金錢定出其損害賠償。原則上，雖然恢復原狀是履行損害賠償之債的最完美方式，但事實上它並非作為一種最普遍的履行方式。根據法律的規定，定出損金錢損害賠償時，必須由法院定出。

在合同責任領域內，債權人無須證實所受的損害，即使其約定的賠償價金明顯過多亦然。相反，根據《葡萄牙民法典》第812條(《澳門民法典》第801條)的規定，雖然違約金的請求不取決於實際損害，但倘債務人欲請求法院按衡平原則(*equidade*)酌減違約金，按照“誰主張、誰舉證”的原則，債務人必須承擔舉證責任。在訴訟中訂定具體的損害賠償金額從來都不容易，訂立違約金的好處是債權人可避免司法訴訟的複雜性和遲緩性，迅速獲得違約金的給付。

1804年，民事賠償功能由《法國民法典》確立。及後，《普魯士民法典》和《奧地利民法典》均作出了以民事賠償功能作為違約金條款的立法選擇。⁶當時，葡萄牙學者Jaime de Gouveia和Pessoa Jorge亦支持違約金應專門用於民事損害賠償之用途。⁷但隨着時間的過去，法學家們逐漸承認賦予違約金民事損害賠償功能的同時，也不妨礙它可包含強迫目的。

(四) 雙重功能

強迫功能固然被學者們肯定下來，但民事賠償功能是採納預先衡量賠償價值論還是損害賠償替代論，學者們則有不同見解。Pinto Monteiro教授認為其所持的立場是損害賠償替代論中的雙重功能理論，提出違約金給付是代替了主債務不被履行時的損害賠償之債。Mota Pinto教授則持預先衡量賠償價值論的雙重功能理論立場，認為違約金條款可由當事人雙方議定如何事先清算損失，但其另一作用亦不可低估，即起制裁作用，債務人施加壓力迫使他老實執行合同，尤其當違約金數額很高時。⁸

二、《葡萄牙民法典》中的違約金制度

(一) 第 810 條

《葡萄牙民法典》第 810 條第 1 款規定，“當事人得通過協議定出可要求給予之損害賠償：此為違約金。”⁹ 第 2 款規定，“違約金條款須以對主債務所要求之方式訂立；如該債務無效，違約金條款亦無效。”¹⁰

違約金是透過當事人訂立的一項可請求的賠償的協議，其協議的給付可代替根據一般規則求償的損害賠償之債。葡萄牙立法者採取了傳統的單一模式立法，但違約金的意義並不僅限於法條文義所表述的。事實上，亦存在另一種不以法律明文規定的、不抵償或不代替債務人不履行時有義務給付的或針對債務人遲延的違約金——強迫性違約金條款(*cláusula penal compulsória*)。這種違約金是專門強迫債務人，迫令他履行債務或避免不履行，其訂定的給付不取代根據一般規則求償的損害賠償之債，也不抵償倘有的補償性違約金的給付。

關於違約金訂立的給付的性質，必須釐清違約金條款和損害賠償的預先訂定條款(*cláusula de fixação antecipada da indemnização*)的區別，後者不屬於違約金。關鍵是法條使用的文字為“得通過協議定出可要求給予之損害賠償”，但法律文字沒有規定為“得通過協議定出賠償損害的價值”。正如 Antunes Varela 教授指出，違約金條款的訂定是獨立於損害而存在的。通過協議預先定出賠償債權人受損害的價值的“違約金”，實質上是違背了違約金理論的，也無從解釋為何真實損害沒有發生時，債權人仍可依法獲得違約金的給付。因此，只要清晰理解因違約金的給付而免於債務人履行主債務，是因為該被無履行的主債務已被另一項給付代替了(不論真實損害最終有無發生)，便可正確理解法典的含義。

違約金的從屬性原則(*princípio de acessoriedade da cláusula penal*)規定於第 810 條第 2 款：第一，主債務必須是有效地被建立，如主債務無效，違約金亦面對相同後果；第二，訂立違約金所要求的方式必須以對主債務所要求的方式訂立，此也稱為方式等同原則；第三，除了法律文義上規定“主債務無效，違約金條款亦無效”外，倘主債務因法律或法律行為而消滅，違約金的債亦即告消滅。倘當事人欲保持違約金的有效性，則必須符合上述幾個要求。

(二) 第 811 條

《葡萄牙民法典》第 811 條第 1 款規定，“基於合同，債權人不可既要求主債務之強制履行又要違約金之履行，但約定違約金作過期給付之情況除外；任何相反的規定均無效。”¹¹ 第 2 款規定，“違約金之定出，即導致債權人不可要求賠償超出部分，但合同方有其他約定者除外。”¹² 第 3 款規定，“債權人絕對不可要求高於不履行主債務而引起損失之數額之賠償。”¹³

違約金的禁止重複支付原則(*princípio de “não pagar duas vezes pelo mesmo objeto” da cláusula penal*)與利益同一性問題密切相關，1966 年葡萄牙立法者禁止債權人請求違約金給付的同時又請求履行主債務，任何相反的規定均無效。本條第 1 款實質上是反映第 810 條第 1 款的邏輯思維，因為違約金的給付是建基於債務不履行的情況。債權人有權選擇要求債務人支付違約給付以取代不履行主債務時的損害賠償之債，或者選擇以給付的強制履行或當其不可用時向法院提出強迫性金錢處罰間接迫使債務人履行主債務。違約金給付的前提是出現主債務不履行，當債務人自發或受強制方式履行主債務

時，則不會發生要求違約金給付的前提。立法者在本條第1款確立這個原則是希望以明文規定的方式展示債權人可行使的兩項權利的不相容性。

遲延性違約金條款(*cláusula penal mortarória*)被規定在本條第1款前半部分的但書中。Mota Pinto教授認為違約金可以有兩種模式，即賠償性違約金與遲延性違約金，視當時訂定是針對債之不履行或針對債務人之純粹遲延而異。¹⁴ 根據Pires de Lima和Antunes Varela教授的見解，遲延性違約金跟給付的強制履行和違約金條款可例外地同時請求。¹⁵ 因為這項違約金僅為不準時履行而訂定的一項遲延性給付。¹⁶ 遲延性違約金的利益不跟主債務的利益發生重疊，因不存在利益的同一性，可一併對債務人作出給付的請求。

除了因確定不履行和單純遲延可訂立違約金條款外，Pinto Monteiro教授認為當事人也可藉着部分履行(*cumprimento parcial*)、瑕疵履行(*cumprimento defeituoso*)或其他給付的不規則情況(*irregularidade*)訂立違約金。¹⁷ 與強迫性違約金的存在理由一樣，根據合同自由原則，當事人可為各種不履行、部分或瑕疵履行訂立違約金。

除了確定不履行或單純遲延兩種法定情況，其實還有其他情況會影響債的完美履行(*cumprimento perfeito da obrigação*)。對於部分履行，根據第802條第1款(《澳門民法典》第791條第1款)，在任何情況下，債權人仍享有對損害賠償的權利。又根據第812條第2款(《澳門民法典》第801條第2款)，如債務已部分履行，則容許在第1款所指情況下減少違約金。因此，當事人也有權訂定一項以部分不履行為前提應由違約的一方作出的給付，以取代債權人遭受部分不履行的損失。

對於瑕疵履行，當事人亦可訂定一項可請求的賠償，以取代瑕疵履行主債務而遭受的損失。對於提前履行(*cumprimento antecipado*)，其實也有可能對債權人帶來損失的。有人提出質疑，提前償還欠款理應對債權人有利，債權人能夠提早收回借出的貸款，對債權人有甚麼損失可言？舉例說明，假設銀行A與居民B建立消費借貸，A貸與B一筆金錢，合同內訂定了分期還款以約定的利息計算和12個月的分期給付期。B因其經濟環境轉好而想提早清償早前欠下A的債務，由於合同早已規定分期給付時B應返還的欠款和利息，倘B提前履行全部債務，A便會無法收取在餘下的給付期內應付的約定利息，這就是A因B的提前履行而遭受的損害。法律有見及此，便規定借用人只要給付全部利息，即得提前作出返還。當然，雙方當事人亦可約定因債務人提前履行債務對債權人產生的損害(利息的損失)須以一項給付代替，這項約定即為雙方當事人以提前履行為前提的違約金。按照以利益同一性的角度分析，提前履行的違約金的利益僅覆蓋提前履行對債權人造成的損失，因此，在上述例子當中，B應當向A支付提前履行訂定的違約金，同時償還本身的欠款。

違約金的不賠償超出損害原則(*princípio de não reparação do dano excedente*)反映了違約金本身的基本價值。根據違約金的禁止重複支付原則，違約金條款的訂立代表債權人不可既請求履行主債務又要求違約金的給付，因為違約金本身已取代了全數的不履行的損害賠償。因此，法律原則上禁止債權人再請求賠償超出的損害，此為第811條第2款的立法原意。

雙方當事人訂立違約金條款本身的風險就是債權人有可能不能完全彌補其實際遭受的損害。出現這種情況的時候，債權人其實可考慮按一般規定請求賠償，雖然會導致不能享受違約金帶來的好處，但能追償比單純按違約金給付的價值為高的損害賠償。如果法律容許同時請求違約金和超出的損害，則違約金則成為民事責任的加重條款(*cláusula de agravamento da responsabilidade civil*)。

有原則亦有例外，根據本條第2款但書部分，如果雙方當事人事先為賠償超出的損害作出協議，

債權人仍有權在執行違約金的前提下，再請求超出的損害。此時，債權人則必須證明其所遭受的全部損害，因為如果沒有計算出全部損害，就不可能確定超出的損害。法律例外地允許雙方當事人可協議追償超出的損害，是因為立法者總是希望維持違約金的修補性功能(*função reparatória*)，也想維持債權人選擇執行違約金的誘因。當雙方當事人事先另定協議下，則違約金的優勢被發揮的同時，不致債權人喪失部分利益。

本條第 3 款規定的“債權人絕對不可要求高於不履行主債務而引起損失之數額之賠償”是立法者後來增加的。當本款被加入法典時，隨即在學術界引起軒然大波。Antunes Varela 教授認為，增加這規定將會大大限制訂立違約金價值的自由，並認為這項修改是對違約金的閹割。¹⁸ 第一，違約金的強迫功能將會完全消失；第二，本款的存在將會自動縮減當事人訂立的違約金給付價值至法定水平，使得第 812 條規定的司法酌減制度喪失原本的意義。因為違約金給付的價值已被自動降至不履行主債務而引起損失之數額，根本就不會發生過多或明顯過多的情況；第三，因為強迫功能的消失，葡萄牙一直奉行的雙重功能理論也會消亡。

根據本款的立法原意，可以解決它與其他法條中的不相容性。1983 年前，第 811 條第 3 款是不存在的。當時，法律透過本條第 2 款的但書部分允許請求超出的賠償。基於合同自由原則，法律對超出損害的協議價值亦沒有限制(1983 年後方由新增的第 3 款限制)，債權人或在雙方當事人的共同作用影響下，當事人有可能最後訂出一項以賠償超出損害為名的高昂給付，該給付的價值可能比債權人實際遭受的損害扣減原定的違約金給付後仍高出很多。當時，葡萄牙便出現很多這些情況。因而，1983 年前的違約金制度有機會被當事人以補償性或修復性的違約金作為外衣從而掩蓋了它實質的懲罰功能。這種高額的違約金給付被稱作懲罰性賠償。有見及此，立法者後來才於第 811 條增加了第 3 款，專門針對當事人有超出損害協議的情況作出限制。

(三) 第 812 條

《葡萄牙民法典》第 812 條第 1 款規定，“約定違約金明顯過多時，即使係基於嗣後原因所造成，法院仍得按衡平原則減少之；任何相反之訂定，均屬無效。”¹⁹ 第 2 款規定，“如債務已部分履行，則容許在第 1 款所指情況下減少違約金。”²⁰

本法條的立法原意是，在合同自由的範圍內，由於法律對違約金給付的價值沒有限制，以致在現實個案中，違約金的價值可顯得非常高或被當事人濫用。不僅如此，即使當事人訂定的違約金價值屬合理，價值亦可因嗣後原因而對債務人變得不公平。一直以來的學說均強調違約金的司法酌減機制並不排除法律一般制度的總體控制，例如錯誤、欺詐、精神脅迫、偶然無能力和暴利等。在特定領域內，違約金條款亦應遵從法律的特別限制，例如在消費借貸內，法律規定如透過違約金條款就未因返還借用物而按遲延時間定出的損害賠償，高於法定利息加上視乎是否存在物權擔保時的 7% 或 9% 時，則亦視有關合同具有暴利性質；如訂定的利率或定出的賠償金超過法定上限，則視為減至該等上限，即使不符合立約人的意思亦然。第 812 條(《澳門民法典》第 801 條)賦予法院有權按衡平原則更改當事人協定的違約金價值。Pinto Monteiro 教授認為，法院的監察權力來源於維護公共秩序(*ordem pública*)的必要性，防止債權人濫定違約金。²¹

《塞亞布拉法典》規定：如債已部分履行，則違約金可按比例更改，直至後來的 1966 年《葡萄牙民法典》和《澳門民法典》的制度——約定違約金明顯過多時，即使是基於嗣後原因造成，法律給

予其減輕違約金的可能性。本法條適用於所有類型的、為着不同目的的違約金條款和擔保條款。

何謂違約金明顯過多(*manifestamente excessiva*)? 司法酌減制度的啟動源於債務人的請求,法院不主動審查違約金是否明顯過多。只有提起訴訟後,法院才必須調查債權人的實際損害,因為此損害額將與違約金價值作出比較,不查明實際損害則無法審視本前提。此外,法院亦必須調查違約的嚴重性、債務人過錯的嚴重程度、不履行債務時債務人的利益、債權人在給付中的利益、雙方當事人的經濟情況、善意或惡意、合同的特徵等。²² 但何謂“明顯過多”,並不能清晰界定,這須由法院就具體案件以謹慎心證裁定。倘定出的違約金僅單純高於債權人的實際損害,而違約金最後被法院裁定須酌減,則法官的決定便削弱了法律給予違約金條款本身的強迫功能。而法院按衡平原則酌減違約金的最低限度是裁判絕對不得低於債權人的實際損害,否則連補償功能也被侵犯了。

本條第2款源於《塞亞布拉法典》的規定,並由1966年《葡萄牙民法典》對此作出改進。對債務已部分履行,則可按照請求法院按衡平原則酌減的規則減少之,並準用第1款後半部分的規範——“任何相反之訂定,均屬無效。”法律藉此明確排除當事人對債的部分履行排除司法酌減的可能性。

綜上所述,當違約金明顯過多或債務已部分履行時,即使基於嗣後原因所造成,只要債務人向法院起訴,法院便須審理這個訴訟。

三、《澳門民法典》中的違約金制度

(一) 第799條

《澳門民法典》第799條第1款規定,“對於不履行、瑕疵履行或延遲履行之情況,當事人得透過協議定出可要求給予之損害賠償或可適用之制裁;前者稱為補償性違約金,後者則稱為強迫性違約金。”第2款規定,“對違約金之性質有疑問時,視其屬補償性違約金。”第3款規定,“雙方當事人得於同一合同中為不同目的定出多項違約金;然而,只就不履行情況定出一項違約金時,如其屬補償性質,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之制裁。”第4款規定,“違約金條款須以對主債務所要求之方式訂立;如該債務無效,違約金條款亦無效。”

澳門特區法律採納了Pinto Monteiro教授的學說,法律以明文方式規定了澳門的違約金有補償性違約金和強迫性違約金兩種類型。立法者在本條第3款中將兩種違約金的廣泛應用性作出了規定。在本條第1款中,法律僅規定對於不履行、瑕疵履行或延遲履行²³三種情況,當事人得透過協議定出兩種違約金,但對現行法律理解,就其他情況作為適用違約金的前提也沒問題。對於本條第2款“對違約金之性質有疑問時,視其屬補償性違約金”的規定,首先要知悉何謂“對違約金的性質有疑問時”,其次是了解為何在有疑問時立法者要推定該違約金屬補償性。

違約金是一種雙方法律行為。既然是法律行為,則應當適用《澳門民法典》總則中對法律行為解釋及填補的規則。根據第228條第1款的規定,“法律行為意思表示之含義,以一般受意人處於真正受意人位置時,能從表意人之有關行為推知之含義為準,但該含義未能為表意人所預料係屬合理者除外。”立法者判斷法律行為的含義時是採納客觀主義學說中的相對人印象學說的。相關意思表示必須以一個處於真正受意人具體地位的有理智的相對人認為該表示會具有的含義為準。把真正的受意人視為正處於他所處的具體狀況之中,並考慮到他實際知悉的情況,以及考慮到他作為一個有理智的人,

亦即一個有正常程度的清醒、勤勉與敏慧頭腦的人所本應知悉的情況，同時還假定他像一個有理智的受意人那樣曾經對這些情形進行過思考推理。²⁴ 如果未能從協議中立即得出雙方當事人訂立違約金性質的結論時，便要透過第 228 條第 1 款的準則尋求答案，但答案未能為表意人所預料屬合理者除外。同時根據第 228 條第 2 款的規定，“如受意人明知表意人之真正意思，則表意人所作之意思表示應以該真正意思為準。”

通過上述的準則仍然未知確定雙方當事人訂立違約金條款的性質時，才可認定“對違約金之性質有疑問”。產生疑問後，立法者隨即將性質存疑的違約金視為補償性違約金。澳門特區檢察院檢察官杜慧芳認為，因為補償性違約金不但是之前制度所明文規定的惟一一種違約金，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，推定其屬補償性違約金。²⁵

本條第 3 款亦存在兩項推定，雙方當事人只就不履行情況定出一項違約金時，第一，如屬補償性質，則推定其抵償一切損失；第二，如屬強迫性質，則推定抵償一切可適用的制裁。兩項推定皆源於違約金的禁止重複支付原則，為着一種不履行情況，債務人僅應為其補償或受強迫承受一次給付。要求債務人為同一情況承受多於一次結果是不公平的。因此，法律推定為同一種不履行情況有訂立違約金，它便抵償一切損失或一切制裁。

(二) 第 800 條

《澳門民法典》第 800 條第 1 款規定，“違約金之履行，僅債務人有過錯之情況下方可要求，但另有明確訂定者除外。”第 2 款規定，“補償性違約金之定出，即導致債權人不可既要求該違約金之履行又要求違約金所針對之給付之強制履行，又或既要求履行該違約金又要求賠償已被違約金抵償之損害，但在無相反約定之情況下，如損害遠超過違約金之數額，則仍可要求賠償該超出部分。”

根據第 800 條第 1 款前半部分的規定，過錯(culpa)是執行違約金條款的前提。法律規定，就債務的不履行或瑕疵履行，須由債務人證明非因其過錯所造成。基於可歸責於債務人的原因以致不能作出給付時，債務人須承擔的責任與其因過錯不履行債務而承擔的責任相同，不可歸責於債務人的原因以致不能作出給付時，債務即告消滅。有過錯才能要求債務人履行違約金的給付，反之債務即告消滅。這已經成為執行違約金條款的前提。澳門的立法者選擇明文規定在法典中。

法律也允許雙方當事人透過明確訂定排除過錯的前提，此規定在第 800 條第 1 款的但書部分。事實上，可排除過錯而執行的違約金條款會使人對違約金條款本身的定位產生疑問。到底它是不是第三種違約金條款？Pinto Monteiro教授認為此種條款應歸類為擔保條款(cláusula de garantia)。Ana Prata教授認為它是一種債務人責任加重的約定，當不履行的事實不能歸責於任何一方當事人時，債務人承諾仍須向債權人給付的條款。²⁶ Pinto Monteiro教授認為雙方當事人可透過合同自由原則事先約定排除過錯下承擔責任的條款。其次，當事人可約定一項給付保障他們欲擔保的結果，即使主債務因不可歸責於債務人的不履行而無法滿足債權人的利益，債權人仍然可以得到債務人擔保履行的約定給付。因此，Pinto Monteiro教授認為此種條款實質是反映它的懲罰功能(função penal)。

跟葡萄牙法律不同的是，擔保條款被明文規定在《澳門民法典》中，作為第 800 條第 1 款的但書部分。筆者認為擔保條款非屬違約金的範圍內。因為應該堅持違約應以債務人有過錯為前提。因為根據違約金的從屬性原則，主債務的可請求性其實是源於一般制度當中因過錯不履行須對債權人因此而遭受的損失負責，而基於不可歸責於債務人時，債務即告消滅。違約金條款的主債務的可請求性源於

過錯，沒有過錯則沒有過錯責任。因此，筆者認為應該將擔保條款與違約金條款清晰區分，以免產生混淆。雖然基於上述理由將擔保條款與違約金條款作區別，但學理均認為這類擔保條款應適用第 801 條的司法酌減制度：第一，因訂定擔保條款的債權人也有機會濫用權利、暴利和違反善意原則而定出明顯過多的擔保性給付，對債務人造成不公平；第二，擔保性給付也有機會因嗣後原因而顯得對債務人來說負擔明顯過高。因此，將擔保條款也置於可採用司法酌減的適用範圍內是符合公平原則的。

對於擔保條款行使了懲罰功能的觀點，筆者則有另一種看法，當事人訂定在無過錯前提下，債權人也可獲得擔保條款的給付不必然反映條款的懲罰功能。在現行法律制度下，由風險責任而生的債務正正就不是為了懲處債務人的。它只是為某些特別的人類活動而規定的。在人類活動中，有時人會從事一些雖利己但卻給別人增加風險的活動。如某人在從事利己活動時給他人增加了風險，那麼當然應由此人負責賠償該等利己活動給別人造成的損失。這是基於符合社會公正和互助的古老原則——“那裏有舒適，那裏就產生不舒適 (*ubi commodum, ibi incommodum*)”。²⁷

擔保條款發揮的也僅是債務的擔保功能。第一，假設擔保性給付的價值等同或高於不可歸責於債務人的不履行主債務的損害賠償，擔保條款純粹是促使債權得已被履行；第二，當出現不可歸責於債務人的不履行時，債權人不至於按債務即告消滅的一般規定或以過錯為執行前提的違約金無法啟動而無法得到任何給付。這也有別於第 620 條第 1 款規定的基於法律行為而有義務提供的特別擔保，因為即使雙方當事人約定了擔保條款，不代表債務人即有義務向債權人提供擔保(擔保給付)，只有在債因不可歸責於債務人而對主債務履行不能下，債務人方有義務對債權人作出擔保給付。因此，因當事人設定擔保條款對債權的履行予以確保，實質就是一種無過錯下嗣後產生的債之擔保。

本條第 2 款的前半部分的規定與《葡萄牙民法典》第 811 條第 1 款的立法原意是一脈相承，在此不再贅述。此款後半部分確立了違約金的不排除賠償超出損害原則。關於賠償超出損害的立場，澳門特區法律的規定剛好與葡萄牙法律相反。《澳門民法典》原則上允許當損害遠超過違約金的數額時，債權人可在無協議下要求賠償該超出部分。葡萄牙法律則從原則上禁止債權人可要求賠償該超出部分，可要求賠償為例外，但必須事先有協議。澳門特區法律將葡萄牙的例外規定改為一般規定。

對於《澳門民法典》的規定，Pinto Monteiro 教授提出質疑：第一，第 800 條後半部分規定的作為賠償超出損害的前提“損害遠超過違約金之數額”是一個不確定元素；第二，他認為立法者實質是針對違約金出現明顯過低(*manifestamente baixa*)的情況而容許調升違約金給付；第三，若法律以可要求賠償超出損害為原則、不可要求為例外，則會損害了立法者在第 799 條第 3 款作出的兩項推定。²⁸

對於本條第 2 款後半部分的規定，杜慧芳認為立法者為了表明補償性違約金亦有促使履行給付的功能(*função promotora do cumprimento*)，正如在設定了定金的情況中，《澳門民法典》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。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。²⁹

四、澳門與葡萄牙法律關於違約金條款的比較

損害超過違約金的數額是債權人必須承受的風險，但至於法律對遠超過違約金之數額的情況定出特別處理方法，筆者是贊同的。筆者並就 Pinto Monteiro 教授對《澳門民法典》超出損害的規定提出

的質疑和杜慧芳檢察官的見解發表幾點意見。

第一，法律允許對遠超過違約金的數額的損害仍可追償是因為立法者希望違約金制度始終可發揮修補性功能，此種功能與杜慧芳檢察官指出的促使履行給付的功能是殊途同歸的。因澳門特區的立法者尤其重視此種修補性功能，故此才將之定為一般制度，但同時也要維護違約金的禁止重複支付原則的精神，因為法律已規定違約金的給付推定抵償一切損失。有見及此，立法者在一般規則中訂定了“損害遠超過違約金之數額”的前提作為調節，當事人滿足這個前提下方可提出追償超出的損害要求。

第二，筆者同意 Pinto Monteiro 教授的見解並認為“損害遠超過違約金之數額”的前提會為違約金條款帶來不確定性，該前提屬於不確定概念(*conceito indeterminado*)，可以借用第 801 條有關如何判斷“違約金明顯過多”的準則作參考。首先應當由擬追償超出損害的債權人舉證其實際損害，其後才有條件比較損害和違約金的數額。實際損害是客觀的、須經證明的，違約金給付價值也是客觀的，要主觀判斷的是前者是否“遠超過”後者的價值。

第三，立法者實質是希望針對違約金可能出現明顯過低的情況而容許調升違約金給付的，但《澳門民法典》的相關規定還是有其獨特性的。第 800 條第 2 款後半部分的立法原意是維護違約金條款的修補性功能，使債務人須支付實際損害與違約金給付之間的差額予債權人，但並非按衡平原則調升。若立法者僅針對違約金明顯過低而參照違約金明顯過多時的做法，從而規定法官有權按照衡平原則作出調升，其調升幅度則可能出現落差。立法者以符合“損害遠超過違約金之數額”為前提，嚴格地只容許債權人追償超出部分是有其合理性的，也符合公平原則和遵從違約金條款修補性功能。否則，違約金條款則變相成為民事責任的加重條款。

第四，筆者認同 Pinto Monteiro 教授指出第 800 條第 2 款後半部分與第 799 條第 3 款中立法者對補償性違約金抵償一切損失的推定會產生衝突。原因是法律以一般規範的形式推定補償性違約金抵償一切損失，又以一般規範的形式規定在無相反約定的情況下符合“損害遠超過違約金之數額”的前提下，債權人仍可要求賠償超出部分。後者的規定雖然有其功能性和合理性，但必然會損害了立法者對補償性違約金的推定。該推定是違約金的禁止重複支付原則和利益同一性的產物，當損害遠超過違約金的數額，立法者實質上已認定違約金不再推定抵償債權人遭受的一切損失，是第 799 條第 3 款對補償性違約金推定的例外。既然是例外情況，則不應以一般規範的方式規定在法律中。

第五，容許追償超出的損害成為債權人仍選擇執行違約金條款的誘因。立法者允許在情況極端時，債權人仍可在應被滿足之債的一部分範圍內享受違約金條款帶來的好處，對債務人應履行的餘下部分之債再作出舉證追償超出損害。

綜上所述，《澳門民法典》第 800 條第 2 款後半部分應以適當的地位繼續存在，因為這個規定無疑更能發揮違約金的價值。

五、對澳門特區違約金制度的三點建議

綜上所述，筆者對澳門特區現行的違約金制度提出下列建議：第一，針對《澳門民法典》第 799 條第 1 款第 1 部分中可透過協議定出補償性違約金或強迫性違約金的情況，法律只明文規定了不履行、瑕疵履行和遲延履行三種。提前履行乃至其他在債的履行上出現不規則情況都可適用由當事人為

相關情況而訂立違約金。因此，為着清晰規範可協議違約金的各種情況起見，筆者建議《澳門民法典》第799條第1款第1部分可增加提前履行和其他在債的履行上出現不規則的情況。

第二，鑑於《澳門民法典》第799條第3款補償性違約金推定抵償一切損失的規定與《澳門民法典》第800條第2款後半部分存在不相容性，也由於筆者認為立法者容許債權人仍可要求賠償超出損害是對補償性違約金推定抵償一切損失的否定。因此，《澳門民法典》第800條第2款後半部分應作為該推定的例外。為此，立法者可考慮對《澳門民法典》作適當修法，以凸顯賠償超出損害規定的例外性和維護法律對補償性違約金的推定。

第三，絕大部分的葡萄牙現代違約金學說已經以明文方式規定在《澳門民法典》中，對於第800條第1款的但書部分，立法者也可適當修法，明文規定不以過錯為前提的、不屬於違約金條款範疇的擔保條款也可適用第801條的司法酌減制度。為着適用法律時清晰起見，現行《澳門民法典》已有先例，規範定金制度的第436條第5款指出，“第801條之規定，經作出必要配合後，亦適用之。”

筆者具體修法提議是：(1)《澳門民法典》第799條第1款修改為，“對於不履行、瑕疵履行、提前履行、遲延履行和其他在債的履行上出現不規則之情況，當事人得透過協議定出可要求給予之損害賠償或可適用之制裁；前者稱為補償性違約金，後者則稱為強迫性違約金。”(2)《澳門民法典》第799條第3款修改為，“雙方當事人得於同一合同中為不同目的定出多項違約金；然而，就不履行之情況定出一項違約金時，如其屬補償性質，則除第800條第2款後半部分規定外，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之制裁。”(3)在《澳門民法典》第800條增加第3款，“下條的規定，經作出必要配合後，適用本條第1款後半部分訂定的協議。”

註釋：

¹ C. Bertolini：《羅馬法下罰金的一般理論》，羅馬：羅馬法制出版社，1984年，第91頁。

² J. Staudinger：《債法》，柏林：馬斯特爾赫特大學法學院，1985年，第172-173頁。

³ Konrad Cosack、Heinrich Mitteis：《民法教程》(第8版)，莫爾：蒂賓根出版社，1927年，第407頁。

⁴ António Pinto Monteiro：《違約金及損害賠償》，科英布拉：Almedina書局，1990年，第334頁。

⁵ Ana Prata：《法律詞典》(第1冊)，科英布拉：Almedina書局，2011年第5版，第1331頁。

⁶ 同註4，第322頁。

⁷ Jaime de Gouveia：《合同責任》，里斯本：里斯本大學法學院出版社，1932年，第136頁；Pessoa Jorge：《債法》(第1冊)，里斯本：Almedina書局，1975-1976年，第587頁。

⁸ Carlos Alberto da Mota Pinto：《民法總論》(中譯本)，澳門：澳門特別行政區政府法務局、澳門大學法學院，2001年，第348頁。

⁹ 唐曉晴等譯：《葡萄牙民法典》，北京：北京大學出版社，2009年，第140頁。

¹⁰ 同上註。

¹¹ 同上註。

¹² 同上註，第140-141頁。

- ¹³ 同上註。
- ¹⁴ 同註 8，第 347 頁。
- ¹⁵ Pires de Lima、Antunes Varela：《民法典註釋》(第 2 冊)，科英布拉：科英布拉出版社，1986 年第 4 版，第 79 頁；同註 5，第 291 頁。
- ¹⁶ Pires de Lima、Antunes Varela：《民法典註釋》(第 2 冊)，科英布拉：科英布拉出版社，1986 年第 4 版，第 79 頁。
- ¹⁷ 同註 4，第 427-432 頁。
- ¹⁸ Antunes Varela：《債法總論》(第 2 冊)，科英布拉：科英布拉出版社，1997 年第 7 版，第 147 頁。
- ¹⁹ 同註 9，第 141 頁。
- ²⁰ 同上註。
- ²¹ 同註 4，第 723-724 頁。
- ²² 同上註，第 744 頁。
- ²³ 在此已包含葡萄牙法律對遲延性違約金條款的規定。
- ²⁴ 同註 8，第 254-255 頁。
- ²⁵ 杜慧芳：《〈澳門民法典〉對定金及違約金條款所作的修訂》，載於《法域縱橫》，2000 年第 7 期。
- ²⁶ 同註 5，第 286 頁。
- ²⁷ 同註 8，第 59 頁。
- ²⁸ António Pinto Monteiro：《澳門法律秩序下的違約金》，載於《一場永無休止的對話：葡國法與澳門法論題的新視角》(第 1 冊)，澳門：官樂怡基金會，2016 年，第 35-36 頁。
- ²⁹ 同註 25。