

論澳門公共採購合同訂定違約金條款的可行性

霍嘉誠*

一、前言

澳門特別行政區審計署於 2018 年 9 月公佈《輕軌系統—第四階段》專項審計報告。在輕軌系統的籌建事宜上，審計署曾作出了 3 個階段的審計工作，分別為 2011 年 5 月公佈的第 1 階段、2012 年 9 月公佈的第 2 階段和 2015 年 1 月公佈的第 3 階段。其中，第 3 階段報告揭示了澳門特區政府運輸基建辦公室對違約金條款(*cláusula penal*)的訂定出現一些仍未改善的問題，澳門特區政府表示“在工程合同中加入補償性違約金的做法引起社會廣泛討論，而工務部門亦就此作出研究探討。”¹ 繼而於 2016 年 3 月，運輸工務司司長於立法會上發言表示，目前工程合同中的罰款已優於補償性違約金。運輸基建辦公室現時並沒有打算引入補償性違約金的做法。

事實上，在澳門特區的公共採購法律制度中，從小額財貨的採購到大型的公共工程，無一不牽涉公共利益的追求。根據《行政程序法典》第 4 條的規定，行政機關有權限在尊重居民及受法律保護的利益下，謀求公共利益。公共行政的存在，就是為了履行公共利益。² 訂定採購合同是公共部門從事公共管理行動活動時的正常手段，公共部門必須盡力確保合同的完美履行(*cumprimento perfeito*)，方能有效保障有關公共利益。

2018 年底，澳門特區政府提出修改現行公共採購法律制度，尤其是經第 30/89/M 號法令修改的第 122/84/M 號法令和第 63/85/M 號法令，為此展開公眾諮詢。³ 藉此契機，本文嘗試對採購合同和違約金條款兩者進行一些分析，考究違約金條款引入採購合同的可行性。

二、公共採購合同的概念和性質

眾所周知，公共採購合同屬於行政合同的一種，是指公共部門與供應商或承攬人通過法定的公共採購過程而達成合同給付內容和方式的法律行為。為此，公共部門須動用公共開支進行採購。根據第

* 葡萄牙科英布拉大學法學碩士

122/84/M 號法令第 2 條至第 4 條的規定，採購合同主要分為三種：第一是公共工程合同，尤其是公共工程承攬合同⁴；第二是取得財貨的合同；第三是取得勞務的合同。

首先，公共採購合同本質上是行政合同的其中一種。當行政機關在履行所屬法人之職責時，便可訂立行政合同。⁵ 基於合同的公共特性，使其受到《行政程序法典》⁶和本身的實體制度的約束，賦予公共實體法律上高於共同訂立合同人的地位，因為它具有當局的公權力，使合同雙方地位不平等：行政當局不會因為受到合同的“約束”而絕對地失去它謀求行政合同的特權，因此合同關係不是純粹的平等（一權利相對於一義務），而（亦）是具有公權屈從的關係。⁷ 按照 J. Baptista Machado 區分公法和私法的主體地位說理解，公共實體與個人之間的這種公法關係是一種不平等的關係：公共實體地位超然，因公共實體機關行使其管治權（*imperium*），而個人則處於從屬的地位。⁸ 而 José Eduardo Figueiredo Dias 有類似的見解，其認為這制度本身的依據最終為行政合同和該利益不可因為私利而卻步：最終，行政合同凌駕於信守契約原則，因為若絕對地遵守這一原則將危及到公法的整個邏輯體系。⁹

公共採購合同符合《行政程序法典》第 165 條規定的行政合同的概念，其為一合意，基於此合意而設定、變更或消滅一行政法律關係。因為行政法律關係的不平等性，行政當局得享有法律規定的一些權限，包括單方變更給付之內容，只要符合合同標的及維持其財政平衡、指揮履行給付之方式、基於公共利益且經適當說明理由，單方解除合同，但不影響支付合理之損害賠償、監察履行合同之方式、科處為不履行合同而定之處罰。¹⁰

另一方面，雖然行政當局與私人法律地位處於不平等，但不妨礙公共採購合同具有民事合同性質，這類合同是符合《澳門民法典》相關規定的。行政合同與一般民事合同的區別之處只在於：第一是公共採購合同有形式上的要求；第二是公共採購合同雙方當事人處於不平等地位；第三是公共採購合同謀求公共利益。¹¹

三、違約金條款的概念、功能和種類

違約金條款的制度源遠流長，最早見於巴比倫法，理論得以發展在羅馬法時期。違約金條款不會單獨存在，它須從屬於一項主債務。違約金概念經過功能上的變遷，直至現行的《葡萄牙民法典》，按照 Pires de Lima 和 Antunes Varela 的理解，違約金條款是當事人可透過協議訂定一項損害賠償的金額，倘發生不履行或債務人的遲延時，在同一時間會產生或可產生一個新的或有效力的壓力手段施加予債務人的條款。¹² 按照 Carlos Alberto da Mota Pinto 的理解，違約金條款是一項訂定，雙方當事人在此項訂定中事先約定債務人如不履行其債務或不完全履行（尤其在時間上）其債務，則應向債權人作某一給付，通常為某一金額。¹³ 而根據《葡萄牙民法典》第 810 條和第 811 條的規定，可知葡萄牙立法者以傳統的單一模式，將違約金定性為當事人通過協議定出可要求給予之損害賠償。它既可以為確定不履行（*incumprimento definitivo*）訂定，也可以為遲延履行（*atraso no cumprimento*）而作出。

從前，意大利學者 Trimarchi 將違約金分為 2 種：第一是純正的違約金條款（*cláusula penal pura*）；

第二是不純正的違約金條款(*cláusula penal non pura*)。前者具專門的懲罰功能(*função exclusivamente punitiva*)，後者則兼具賠償和懲罰目的(*finalidades punitiva e indemnizatória*)。¹⁴ 但是，以一個條款用來訂定一個違約金金額時，其目的應只有一個。若一方欲與他方訂立合同和附屬的違約金條款，該違約金應作為倘債務人確定不履行合同時補償予債權人的損害賠償，即該金額便發揮補償功能。又或按從前德國法的理解，當債務人尚未處於違約的狀態時，違約金(*vertragsstrafe*)發揮的是強迫性功能；違約的事實發生後，違約金便表現出簡化賠償的功能。¹⁵ 然而，其實用以作為損害賠償的金額並不會在意當事人主觀上有沒有賦予它懲罰性或強迫性功能的。反正一旦發生違約，債務人便有可能被債權人要求給付一項定額的違約金。因此，Pinto Monteiro 認為倘違約金要發揮多種功能，較佳的做法是為每一功能另訂條款。

Pinto Monteiro 提出新的理論，根據合同自由原則(*princípio da liberdade contratual*)，他認為葡萄牙法律秩序中可存在補償性違約金(*cláusula penal compensatória*)以外的其他違約金——強迫性違約金(*cláusula penal compulsória*)。因此，現行葡萄牙法律的違約金種類不限於法律明文規定的補償性違約金，Pinto Monteiro 的理論使葡萄牙法律突破了傳統的單一模式限制。現行的《澳門民法典》違約金條款的規定也得益於 Pinto Monteiro 的精闢的見解，澳門特區法律決定明文規定兩種違約金的概念。該兩種概念同時反映現今違約金條款的雙重功能(*dupla função*)——補償性功能和強迫性功能。

根據《澳門民法典》第 799 條的規定，當事人得透過協議定出可要求給予之損害賠償或可適用的制裁；前者稱為補償性違約金，後者則稱為強迫性違約金。更進一步規定如其屬補償性質，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。

四、訂定違約金條款的自由主義立場

違約金條款可分為補償性和強迫性兩種，但須符合一些前提下方可為主債務訂定違約金條款。Pinto Monteiro 認為債務人應向債權人完美履行其債務，哪怕存在一點缺憾，也會對債權人造成或多或少的損害。因此，債權人應當不受限制地可與債務人協議以不履行、遲延履行、瑕疵履行、部分履行以至一些單純的不規則情況(*irregularidades*)為前提設定違約金條款。¹⁶ 這也是《澳門民法典》第 799 條第 1 款的立法精神。

法律只規定了當事人可對於不履行、瑕疵履行和遲延履行三種前提訂定違約金條款。事實上，法律容許當事人以更多的不規則情況為前提訂立違約金，例如提前履行。其實提前履行也會對債權人造成損失的，設想在一有償消費借貸合同關係中，貸與人與借用人訂定消費借貸合同，約定在一定期間以特定利率借款予借用人。倘借用人提前返還欠款，勢必對貸與人造成收取利息上的損失。因此，《澳門民法典》第 1074 條規定了借用人只要給付全部利息，即得提前作出返還。這是出於補償貸與人的損失而規定的。可見法律對於訂出違約金條款的前提，法律沒有作出限制的，只要當事人是以非完美履行為前提設定違約金，均是可接納的。所以當事人訂定提前履行的違約金用以取代上述所指的全部

利息，也應該是可以的。

再者，《澳門民法典》第 799 條第 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。抽象地說，大部分的法律行為都以複合之債的形式存在的，而就合同中的每一項債，雙方當事人可為該債訂定各式各樣的非完美履行前提，而分別訂定補償性或強迫性違約金條款。而立法者對此是持開放態度的。

綜合法律對訂立適用違約金條款前提和雙方當事人可在同一合同中為不同目的而定出多項違約金的自由開放態度，體現了澳門立法者對違約金的自由主義立場。

五、利益同一性——分析現行公共採購法律制度的罰款和單方終止合同規定

利益同一性(*identidade de interesse*)涉及公平原則和禁止重複支付原則(*princípio de não pagar duas vezes pelo mesmo objeto*)的實施。《葡萄牙民法典》第 811 條規定基於合同，債權人不可既要求主債務之強制履行又要求違約金之履行，但約定違約金作過期給付之情況除外；任何相反的規定均屬無效。¹⁷ 這是因為違約金給付的前是出現主債務不履行，當債務人自發或受強制方式履行主義務時，則不會發生要求違約金給付的前提。既強制要求債務人履行債務，又要求債務人給付違約金，是顯失公平的。

相反，約定違約金作過期給付便可同時要求強制履行主債務或履行違約金，究其原因是因為兩者沒有利益同一性。作為過期給付的延遲性違約金只補償債務人遲延對債權人造成的損失，與主債務的履行或者補償主債務不履行的違約金無關。所以，在葡萄牙法律中，同時要求履行兩者並無抵觸上述的原則。

處理利益的同一性的問題和實現公平原則和禁止重複支付原則的規定，在澳門特區法律也有體現，例如《澳門民法典》第 333 條第 4 款前半部分、第 436 條第 4 款前半部分、第 799 條第 3 款等規定。

而在公共採購法律制度中，第 63/85/M 號法令第 56 條和第 74/99/M 號法令第 174 條均規範了違反合同所定期限之罰款和單方終止合同的使用。

根據第 63/85/M 號法令第 56 條的規定：“如在合同所定之期限內被判給人不交付獲判給之財貨或未完成獲判給之勞務，且已超過行政決定或法定之延長期間，則直至履行合同之義務或單方解除合同時止，對被判給人每日科處下列罰款，但承投規則另定其他罰款者，則依其規定：a)相當於上述期間十分之一之第一段期間內，科處判給所涉及之金額千分之一之罰款；b)在往後每一相連接之 a 項所指長度之期間內增加千分之零點五之罰款直至千分之五為止。”

根據第 74/99/M 號法令第 174 條第 1 款的規定：“如承攬人在合同所定且按行政或法定方式延期之期間內未完成工程，除承攬規則另定數額更大之罰款外，須對其按日科處以下罰款，直至施工完畢

或單方解除合同為止：a)在合同所定期間之首個十分之一期間內，罰款為判給價金之1%；b)在隨後之每個十分之一期間內，罰款增加0.5%，最高額至5%。”第2款規定：“對未遵守有約束力之分段期間之承攬人，須按相同方式以延遲之工作之價款為基數，按上款所定罰款比例之一半科處罰款。”第3款規定：“臨時接收部分承攬時，第一款所指罰款須以未接收之工作之價款為基數科處。”第4款規定：“上數款所指罰款之總和不得超過判給價金之50%。”第5款規定：“按上數款之規定科處罰款前，須由定作人繕立筆錄，將副本送予承攬人，並通知其得在十日內提出辯護。”

對於研究在公共採購合同中引入違約金條款，不可避免地要分析上述罰款的功能、違約金條款的功能以至《行政程序法典》的一般制度，以解決利益同一性的問題。

從上述規定可知，除承攬規則另定其他罰款外，載於上述兩個法令的罰款是由行政當局依法按日科處的，而且在單方終止合同前，支付罰款並不會免除履行合同之義務。倘判給人或定作人決定單方終止合同，被判給人或承攬人須完全承擔因此而生之一切後果。¹⁸

由此可見，較適宜的做法是以科處罰款(multa)和單方終止(denúncia)分別討論兩者涉及的利益問題。

首先，在科處罰款方面：第一，法律之所以賦予行政當局對被判給人或承攬人可科處上述罰款的權限，是因為立法者認為倘上述合同未能準時履行，已對債權人造成損失。其中，兩部法令也定出“且已超過行政決定或法定之延長期間”的前提後才給予行政當局科處罰款的可能。據此，倘被判給人依然未能切實履行債務，產生了債務人遲延，但債權人的利益仍然存在，但遲延的事實已可被認為對債權人造成了損失；第二，無庸置疑罰款具有制裁功能(função sancionatória)和強迫功能(função compulsória)。罰款是依被判給人或承攬人的遲延履行而按日科處，且愈發遲延，科處罰款的幅度愈高，直至合同獲履行或施工完畢，又或直至合同的單方終止。理論上，債權人的利益仍然存在且債務人的遲延狀態一直延續，罰款金額是可以沒有上限的，只是立法者認為公共工程承攬合同有機會出現被處罰的罰款太高，而特別規定按處罰規則作出的罰款之總和不得超過判給價金之50%。總體地說，因遲延產生的罰款實際上能否補償合同的不履行的損失，須按照該公共採購合同本身的價值、遲延期間等因素決定，不能一概而論。然而從學理分析，科處罰款所補償的利益並不覆蓋切實履行合同的利益。

其次，在單方終止合同方面，在此僅討論因被判給人或承攬人之過錯而導致單方終止的情況。根據第63/85/M號法令第59條第2款和第74/99/M號法令第208條第3款而單方解除合同或承攬時，被判給人或承攬人須完全承擔一切後果。在此，應包括按一般制度給予判給人或定作人損害賠償，以便抵償或補償因債務人確定不履行的損失，因此，承擔一切後果意味須抵償或補償債權人的損失，可認為其具有補償功能(função compensatória)。

按《行政程序法典》第167條賦予行政當局之權力的規定，公共行政當局得科處為不履行合同而定的處罰。José Eduardo Figueiredo Dias認為，儘管法律的條文文字限制，不可以對該規定作限制的解釋：該處罰權不單可基於不履行，亦包括延遲不執行、不完善或瑕疵履行。在這裏所使用的處罰的典型方式為科處罰款(即可以是違約金或強迫性金錢處罰)、撤銷性解除合同和暫時行政介入。合同的處罰是透過行政行為實施，不需要司法判決。¹⁹況且，第63/85/M號法令和第74/99/M號法令均表明，如果承投或承攬規則另定其他罰款或數額更大之罰款，是可按“度身訂造”的規則處罰該公共採購合

同相對人的。

綜上所述，違約金條款可以透過新法引進公共採購合同的，並適宜在新法中明確規定行政當局應當為超過一定給付價值的公共採購合同設定違約金條款，以確保合同的切實履行，維護公共利益。在此，尚應特別注意利益同一性問題，以免倘被判給人或承攬人出現不履行時發生重複處罰。為此，當行政當局為一公共採購合同執行補償性違約金時，應不與給付的強制履行(*realização coativa da prestação*)、定金的執行、按一般制度求償或尚有的其他補償性規定並用；同一道理，為一公共採購合同執行強迫性違約金時，應不與罰款或強迫性金錢處罰(*sanção pecuniária compulsória*)或尚有的其他制裁性規定並用。因為根據《澳門民法典》第 799 條第 3 款的規定，前者抵償一切損失，後者抵償一切可適用之制裁。

訂立違約金條款具有不少好處。第一是違約金的執行不取決於實際的損害(*dano efetivo*)，只要出現發生違約的前提諸如不履行、遲延履行、瑕疵履行等一系列非完美履行的不規則情況，被判給人或承攬人又有過錯的²⁰，即可執行；第二是已設定違約金條款的行政當局獲免除證明損害及其程度，因為違約金的執行本來就是不取決於實際的損害，如果被判給人或承攬人欲對抗行政當局的違約金執行，則須證明自身無過錯²¹；第三是為行政當局保障公共利益提供更多選項，設定了違約金條款不代表行政當局必須執行，引用 Pinto Monteiro 的話來說，設定了違約金條款的債是屬於債權人的選擇之債(*obrigação com faculdade alternativa “a parte creditoris”*)²²，可由屬於債權人的行政當局就特定的公共採購合同的實際情況判斷使用一般制度或適用違約金的執行來充份保障公共利益；第四是違約金條款可透過行政行為快速執行，不必取決於法院的判決，避免冗長的行政司法爭訟。

六、影響違約金給付價值的因素——“不排除賠償超出損害”原則和司法酌減

“不排除賠償超出損害”原則是澳門特區法律的創新規定。《葡萄牙民法典》則規定為“不賠償超出損害”原則(*princípio de não reparação do dano excedente*)。《澳門民法典》原則上允許當損害遠超過違約金之數額時，債權人可在無協議下要求債務人賠償該超出部分。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，但必須事先有相關協議。澳門特區法律將葡萄牙的例外規定改為一般規定，但這個原則的改革並非沒有惹來爭議。

Pinto Monteiro 提出一些質疑，主要是圍繞兩點：第一是“損害遠超過違約金之數額”本身就是一個不確定元素，僅可憑藉解釋者的價值判斷決定應否賠償超出損害；第二是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《澳門民法典》第 799 條第 3 款作出的推定²³，其推定違約金抵償一切損失。但澳門特區檢察院杜慧芳檢察官則認為立法者是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*)，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。²⁴ 立法者應該是希望違約金制度始終可發揮修補性功能(*função reparatória*)。因澳門特區立法者尤其重視此種修補性功能，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，於是立法者在一般規則中訂定“損害遠超過違約金之數額”的前提作為調節。

對於公共採購合同作為債權人的行政當局而言，此是保障當局的一項規定。法律在特定情況下可確保遠超過違約金數額的損害的追償。

相反，在《澳門民法典》第 812 條規定按衡平原則減少違約金則是保障債務人的規定。這因為在合同自由的範圍內，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。而即使當初當事人訂定的違約金價值是合理的，但價值亦可因為嗣後原因而對債務人變得不公平，例如情事變更(*alteração das circunstâncias*)。因此，法律賦予法院監察權力以維護公共秩序(*ordem pública*)。

而《澳門民法典》第 812 條規定的“明顯過多”，亦是須取決於實際情況由被判給人或承攬人提起訴訟後，由法院判斷。Pinto Monteiro 認為，法院必須調查違約的嚴重性、債務人的過錯的嚴重程度、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、合同的特徵等等。²⁵

法院須就具體案件以謹慎心證裁定，否則違約金僅單純高於債權人的實際損害而遭酌減，則法官的決定便削弱了違約金條款本身的強迫功能。值得注意的是，如債務已部分履行，則法律是容許減少違約金的。

以上就是兩個會影響違約金給付價值的因素。

七、結語

在公共採購合同引入違約金條款，可充分發揮違約金的優點。在維護公共利益的角度而言，相比缺乏違約金條款的情況，引入違約金更能警示和施加適當的壓力予被判給人或承攬人，敦促他們切實履行提供財貨、勞務或公共工程給付的合同。對行政當局來說，當局也能因應具體情況決定適用一般制度或執行違約金，視乎哪種制度更能保障公共利益。因此，應修法規定超過特定價值的公共採購合同須訂定違約金條款，以謀求改變被判給人或承攬人拖延履行合同的現狀，根治澳門社會一直廣泛存在的工程延誤“風土病”。

註釋：

- ¹ 澳門審計署：《〈輕軌系統—第四階段〉專項審計報告》，2018年，第15頁。
- ² José Eduardo Figueiredo Dias：《澳門行政法培訓教程》，關冠雄譯，澳門：法律及司法培訓中心，2010年，第2頁。
- ³ 澳門財政局：《澳門特別行政區〈公共採購法〉諮詢文本》，2018年，第11頁。
- ⁴ 《行政程序法典》第165條第2款a)項和第74/99/M號法令的規定。
- ⁵ 《行政程序法典》第166條。
- ⁶ 《行政程序法典》第2條。
- ⁷ José Eduardo Figueiredo Dias：《澳門行政法培訓教程》，第203頁。
- ⁸ J. Baptista Machado：《法律及正當論題導論》，黃清薇、杜慧芳譯，澳門：澳門大學法學院，2010年，第51頁。
- ⁹ José Eduardo Figueiredo Dias：《澳門行政法培訓教程》，第203頁。
- ¹⁰ 《行政程序法典》第167條。
- ¹¹ 鄧達榮：《論政府採購合同性質及內容》，《行政》2011年第2期。
- ¹² Pires de Lima、Antunes Varela：《民法典註釋》，第二冊，第四修訂版，科英布拉：科英布拉出版社，2010年，第73頁。
- ¹³ Carlos Alberto da Mota Pinto：《民法總論》（中譯本），澳門：法務局、澳門大學法學院，2001年，第347頁。
- ¹⁴ António Pinto Monteiro：《違約金和損害賠償》，科英布拉：Almedina，2013年，第330頁。
- ¹⁵ 姚明斌：《違約金雙重功能論》，載於《清華法學》，2016年第5期。
- ¹⁶ António Pinto Monteiro：《違約金和損害賠償》，第429頁。
- ¹⁷ 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。
- ¹⁸ 第63/85/M號法令第59條第2款和第74/99/M號法令第208條第3款。
- ¹⁹ José Eduardo Figueiredo Dias：《澳門行政法培訓教程》，第207頁。
- ²⁰ 《民法典》第779條。
- ²¹ 《民法典》第788條和第800條第1款。
- ²² António Pinto Monteiro：《違約金和損害賠償》，第100頁。
- ²³ António Pinto Monteiro：《澳門法律秩序下的違約金》，《一場永無休止的對話 葡國法與澳門法論題的新視角》，第一冊，澳門：官樂怡基金會，2016年，第35-36頁。
- ²⁴ 杜慧芳：《〈澳門民法典〉對定金及違約金所作的修訂》，《法域縱橫》2000年第7期。
- ²⁵ António Pinto Monteiro：《違約金和損害賠償》，第744頁。