

賭博合同所生債務和賭博信貸債務的法律效力： 內地與澳門比較視野下的分析

馬哲^{*}

摘 要 賭博行為雖有害無益，但因其牽涉人性固有弱點，不可能完全禁絕。對賭博行為的效力，刑法和行政法上有較清晰的規定，但與此相關的賭博合同在民法上的效力如何，則長期以來規定不明，爭議不斷，導致彼此衝突的司法判決的時有出現。《中華人民共和國民法典》的頒布並沒有將這一問題明晰化，因為該法典並沒有將賭博合同列為一類典型合同加以規範，也沒有明確確認在比較法上通常用來解釋涉賭行為的民事效力的自然之債、不完全之債、不法原因給付等理論。通過比較中國內地與澳門的相關法律，本文探討了不同情境下賭博合同所生債務及賭博信貸債務的法律效力問題。本文認為，應區分不同性質的賭博活動及債務，避免“一刀切”處理，以平衡法律規制與社會現實需求。

關鍵詞 賭博合同 賭博信貸債務 自然之債 不完全之債 不法原因給付

一、問題的提出

賭博，尤其成癮賭博，是具有嚴重危害性的行為，很多無法自控行為的賭博者的身體、心理受到嚴重損害，而且，由於他們往往落得傾家蕩產，也給自身及家庭生活帶來很多不穩定因素。賭博也嚴重危害社會公共利益：一方面，賭博者將其時間、精力、經濟資源等用於賭博這樣的投機行為，財富在他們之間移轉而不創造新的價值；另一方面，賭博作為一種封建惡習，嚴重污染社會風氣，尤其是自改革開放以來，一些投機者開設賭場賭局，聚眾賭博，甚至吸引未成年人賭博，給人們的工作、生活帶來惡劣影響。^[1]正因如此，在世界上的絕大多數國家和地區，包括諸如我國澳門地區一般以博彩業為支柱的地區，大多數賭博活動是受到限制甚至禁止的，這是國家出於善意，為使個人免受傷害而限制其自由的法律父愛主義，具有正當性。

^{*} 馬哲，澳門大學法學院助理教授，法學博士。

本文是澳門大學啟動研究資助項目“優化澳門營商環境：法律框架的全面檢討及改革建議”（項目編號：SRG2025-00020-FLL）階段性成果。

[1] 參見黃永主編：《中華人民共和國刑法立法背景與條文解讀（下冊）》，中國法制出版社2021年版，第816-817頁；許德風：《賭博的法律規制》，載《中國社會科學》2016年第3期，第147-151頁；Langham, E., Thorne, H., Browne, M. et al, *Understanding gambling related harm: a proposed definition, conceptual framework, and taxonomy of harms*. BMC Public Health 16 (1), p.80 (2015).

另一方面，貪婪、追求刺激、追求不勞而獲、投機、成癮又是某些賭博者無法克服的人性弱點，尤其我國民眾在一定程度上有“好賭”的國民性，^[2]嚴厲的刑事和行政處罰的威懾並未使賭博活動禁絕，無論違法賭博還是親友間作為娛樂活動的賭博，仍廣泛存在於現實生活中。這些活動引發大量民事紛爭，主要涉及的問題包括：賭贏者有無權利要求——尤其是通過司法途徑——賭輸者按約定向自己移轉財產？賭輸者已支付的，有無權利要求返還？一人向他人借款，目的是從事賭博活動，尤其是非法賭博時，出借人有無權利要求其返還本金和支付利息？等等。對此，很多國家和地區除通過公法對賭博行為進行規制外，亦會通過私法對賭博合同及其所生債務以及與賭博相關的借款合同及其所生債務的效力進行規範。

長期以來，我國內地的民事立法對上述問題規定不明，理論界和實務界對有關問題的重視也不足夠，導致司法實踐中出現很多不確定性，甚至出現“同案不同判”的局面。這主要體現在：其一，對不同情況下、不同種類的賭博行為的危害性不做區分，籠統地做出“賭博違法”“賭債非債”“賭債不受法律保護”等判斷；其二，法院在做出某個法律行為或某項債權“不受法律保護”的判斷時，往往未說明其規範和法理依據，而更多地是一種價值判斷；其三，如當事人已經因為某個本“不受法律保護”的法律行為做出了給付，是否有權要求返還，法院的態度往往不明；第四，對不法賭博進行制裁時，將公私法規則混為一談。^[3]《中華人民共和國民法典》（以下簡稱“中國《民法典》”）的頒布並沒有為上述問題給出清晰的答案，因為新法典既沒有將賭博合同列為一類有名合同及明確其效力規則，也沒有引入比較法上通常用來解釋涉賭行為的民事效力的自然之債、不完全之債、不法原因給付等理論。

尤其是，由於實踐中的很多司法爭議與一方或雙方當事人在澳門從事的賭博活動有關，裁判者時常需要根據澳門法對有關問題做出評判和解釋。但是，由於對澳門法的不熟悉，這些裁判也往往呈現出“一刀切”的特點：一方面，部分裁判僅憑賭場在澳門合法就徑自認定在澳門訂立的賭博合同所生債務甚至為此目的訂立的賭博信貸合同所生債務一概有效，是法定債務，受到澳門法律保護，殊不知很多涉賭活動即便在澳門也是不法、甚至構成犯罪的行為；另一方面，無論是否認可有關債務在澳門法上的效力，不少司法裁判徑自以內地禁賭、賭博惡習違反公序良俗等理由駁回當事人的請求，使得部分根據澳門法本屬有效的債務無法在內地法院獲得保護，不利於兩地之間的正常往來和澳門博彩業的健康發展。

這些涉賭爭議，歸根結底可以分為兩大類：其一是賭博合同所生債務的法律效力，其二是賭博信貸債務的法律效力。內地很多司法裁決中使用的“賭債”概念，並非規範的法律術語，實務中的“賭債”糾紛，往往表現為上述兩類或其中之一。以問題意識為導向，以解決司法實踐中出現的問題為目的，本文將分別分析賭博合同所生債務和賭博信貸債務的法律效力。一方面，文章將立足於中國《民法典》：沒有專門規定不代表無法可依，不妨礙根據新法典中關於民事法律行為、合同、借款合同的一般規則對上述問題進行解釋論上的闡釋。另一方面，文章也將兼顧澳門法的視角，這不僅因為內地法院的很多案件與在澳門發生的博彩活動有關，涉及對澳門法的解讀和適用，更是因為澳門是一個有著深厚大陸法系傳統積澱的法域，博彩業的獨特地位也使得這裏的博彩法格外細緻豐富，對澳門法的分析也極具比較法上的藉鑒意義。特別是，自2022年至2024年間，澳門對其博彩法律體系進行了大幅修訂，包括進一步明確若干種情形下的涉賭債務的效力，根據澳門法對上述兩大問題進行闡述，目前也正得其時。

[2] 參見蔣大興：《國民性、資本市場與法律的深層結構——民衆的“好賭性”與市場調控法則》，載《北方法學》2009年第1期，第6-12頁。

[3] 參見覃遠春：《論“賭債”分離可能性及其司法處理——自然債之於傳統問題民法新視角的貢獻》，載《河北法學》2011年第9期，第98頁。

二、賭博合同所生債務的法律效力

（一）概述

賭博合同所生債務的效力取決於作為其淵源的賭博合同的效力，非有效甚至違法的賭博合同自然也無法產生有法律約束力的債務。賭博合同的效力又與其是否在合法的賭博活動過程中訂立有關。因此，要分析賭博合同所生債務的法律效力，需首先分析賭博活動及與之相關的賭博合同的效力。

賭博活動的效力由公法評價。以在公法上受到的規制為區分依據，賭博活動可分為三類，包括：法律明確承認其有效性的賭博、法律默示容許的賭博以及法律不容許的賭博。三者之間的界限如何劃分，取決於有關法域看待賭博的態度以及所采取的公共政策。

賭博合同則是一個私法概念。它是賭博者之間的合意行為，當事人以獲利為動機，約定以某種客觀不確定事件作為財產移轉的依據，因而是有償合同、雙務合同；而與保險、期貨等交易相比，賭博合同的當事人作為創造了額外風險，而非如前者一般，是分散或消除市場既有風險的安排。^[4]如此定義的賭博合同範圍是比較廣的，在娛樂場博彩、打賭、彩票投注、麻將等結果主要甚至完全取決於運氣等人力不可控事件的活動中，都有賭博合同成立。

下面以公法對賭博活動的“三分法”為出發點，分別分析在不同類型活動中所締結的賭博合同的效力及由此所生債務的效力。

（二）法律特別允許的賭博及賭博合同所生債務的效力

在比較法上，考慮到彩票投注等賭博行為危害性較低，甚至有募集資金發展有益事業的功能，各國一般承認其合法性。例如，在我國，根據《彩票管理條例》，國務院特許專門機構發行福利彩票、體育彩票，由專門機構負責銷售，於是，彩票參與者根據本條例規定購買彩票的投注行為便是合法的賭博行為。而在對賭博活動持更包容態度的法域，立法者明確承認更多種類的賭博活動的合法性和有效性。例如，在以博彩業作為支柱產業的我國澳門地區，僅就娛樂場幸運博彩而言，目前澳門法明確准許的博彩方式就有 33 種之多。^[5]

這些為立法者明確確認並制定專門規則規範其運作的賭博活動，是合法賭博，由此產生的輸贏雙方之間的權利義務關係，是法律承認並以國家強制力保障實現的債權債務關係。^[6]很多立法例都有對此加以明確，例如，《德國民法典》第 763 條規定，“摸彩或抽獎活動經國家批准的，摸獎合同或抽獎合同有約束力，……。”^[7]《澳門民法典》第 1171 條第 1 款更是明確規定，“特別法有所規定時，賭博及打賭構成法定債務之淵源；涉及體育競賽之賭博及打賭，對於參加競賽之人亦構成法定債務之淵源；……。”

中國《民法典》雖未將賭博合同列為一類有名合同，更未從民法角度對不同的賭博行為進行分類並分別規定其效力，但也不難得出相同的結論：彩票投注者在國家特許機構購買國家特許機構發行的彩票，一旦中彩，有權兌獎，這是一種法定權利，國家強制力為其實現提供保障。對此《彩票管理條例》第 26 條第 1 款也明確規定，“彩票發行機構、彩票銷售機構、彩票代銷者應當按照彩

[4] 參見許德風：《賭博的法律規制》，載《中國社會科學》2016年第3期，第151-158頁。

[5] 列表見澳門特別行政區博彩監察協調局網站，<https://www.dicj.gov.mo/web/cn/rules/index.html>，2025年4月13日訪問。

[6] 不過，值得注意的是，即使是立法者明確肯定其效力的賭博，也不是市場化活動，而是由政府特許經營，我國的彩票事業如此，澳門的娛樂場幸運博彩亦如此。換言之，賭博合同當事人的合同自由受到嚴格限制，合同內容並非由各方當事人擬定，而是由立法者提前設定。

[7] 參見陳衛佐譯注：《德國民法典》（第5版），法律出版社2020年版，第367頁。

票品種的規則和兌獎操作規程兌獎。”

（三）法律明令禁止的賭博及賭博合同所生債務的效力

處於法律例外允許的賭博的對立一端的，是法律禁止的、構成行政違法甚至刑事犯罪的賭博。以刑法和行政法規制危害性最高的賭博行為，也是比較法上的通行做法。即使在總體上對賭博活動持最寬容態度的澳門，也規定了法律嚴厲禁止的賭博行為：早在回歸之前，澳葡政府就制定了第8/96/M號法律《不法賭博制度》，是規範博彩活動的一部單行刑法，其中規定了若干與賭博活動有關的罪名；2024年，澳門頒佈了第20/2024號法律《打擊不法賭博犯罪法》，進一步加強對構成犯罪的賭博活動的懲戒。^[8]據此，不法經營幸運博彩、不法進行幸運博彩、在不法經營幸運博彩的現場出現、不法經營互相博彩、不法投注、不法經營線上幸運博彩或線上互相博彩、不法經營或出售彩票、偽造或塗改彩票、為賭博的不法借貸、經營為賭博的不法匯兌、脅迫他人賭博或提供賭博資源、欺詐性賭博、不法經營麻將等行為，在澳門均構成犯罪。^[9]

我國《刑法》第303條規定了三個與賭博有關的罪名，其中基礎罪名是“賭博罪”，對此該條第1款規定，“以營利為目的，聚眾賭博或者以賭博為業的”，構成賭博罪。另外兩個是“開設賭場罪”和“組織參與國（境）外賭博罪”，前者懲戒的是“開設賭場”的行為，後一罪名的成立以“數額巨大或者有其他嚴重情節”為條件，而這往往與行為人活動的持續性有關。可見，刑法所處罰的賭博限於以營利為目的的聚眾賭博和賭博經營活動以及開設賭場等等，不具營利目的的賭博、私下的賭博、偶爾的賭博並不構成犯罪。^[10]例如，賭客進入違法開設的賭場中與後者對賭，只有後者的行為觸犯刑法，除非前者以營利為目的而以賭博為業，方才構成犯罪。

相比於《刑法》，我國《治安管理處罰法》的規制範圍更寬，根據該法第70條，“以營利為目的，為賭博提供條件的，或者參與賭博賭資較大的”，構成行政違法行為。這涉及兩類行為：第一類例如開設賭博場所（但非賭場）為他人之間的賭博提供便利，並為此收取高於一般場所服務費用的“抽成”。與賭博類犯罪一樣，此類行為的不法性與其經營性有關。第二類涉及刑法通常並不規制的賭博參與者的行為，即賭資較大的偶然賭博。高額賭資意味著對參與者的更高風險和對社會風氣的更大危害，因而該行為雖不構成犯罪，但受行政處罰。與其前身《治安管理處罰條例》對比，《治安管理處罰法》在規制賭博的問題上已經大為克制，曾經根據條例第32條第1款，一切賭博或為賭博提供條件的行為一律受到嚴厲禁止。據此，諸如親友間偶然進行的只為娛樂消遣且賭資很低的賭博，如今既不違反刑法也不違反行政法規，可認為是法律默許的賭博。

如果某一賭博合同是在構成行政違法甚至刑事犯罪的賭博活動中締結的，意味著該合同可能也涉及違法，其在民法上的效力可能因而受到影響。這是因為，一項民事法律行為要產生效力，除要求當事人達成願意受此約束的意思外，還需要獲得法律制度對此行為的承認，而後者要求有關行為符合法律的最低要求：一個違反強制性法律規定、違反善良風俗的法律行為，法律並不承認其效力。^[11]

對此，中國《民法典》的處理方式與比較法上的慣常做法一致，在第153條第1款中規定：“違反法律、行政法規的強制性規定的民事法律行為無效。但是，該強制性規定不導致該民事法律

[8] 關於第20/2024號法律《打擊不法賭博犯罪法》的革新之處，見澳門立法會第二常設委員會《第7/VII/2024號意見書，事由：〈打擊不法賭博犯罪法〉法案》，載澳門特別行政區印務局網站，<https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2024-10/1663367074eace192e.pdf>。

[9] 第20/2024號法律《打擊不法賭博犯罪法》，載澳門特別行政區政府立法會網站，https://bo.io.gov.mo/bo/i/2024/44/lei20_cn.asp。

[10] 關於“營利”和“以……為業”的含義，參見馬哲：《“營業”的破產法意義——兼論對我國〈企業破產法〉的完善建議》，載《中國政法大學學報》2021年第4期，第115-117頁。

[11] 參見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（下冊），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷斌譯，法律出版社2013年版，第586頁；[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第2-3頁。

行為無效的除外。”換言之，違反強制性規定的法律行為無效，除非該規定不導致該行為無效。顯然，這樣的條款為解釋和適用留下了相當大的空間。關於此，理論界和實務界的共識是應當限制根據該款宣告民事法律行為無效的範圍：一方面，此處的強制性規定應僅指公法中的強制性規定，因為私法上的強制性規定往往已經在條文本身明確了法律行為違反該規定的後果；另一方面，此處的強制性規定，應僅指“效力性”強制性規定，而不包括“管理性”強制性規定，違反前者的法律行為，方為無效。^[12]

不過，後一方面的限制標準仍不能消除法官在適用該款時可能產生的疑惑，因為效力性規定與管理性規定並非涇渭分明，仍需法院在審判過程中根據案件具體情況判斷。《全國法院民商事審判工作會議紀要》中指出，法院尤其要“考量強制性規定所保護的法益類型、違法行為的法律後果以及交易安全保護等因素”，根據以往的實踐經驗，效力性強制性規定包括“涉及金融安全、市場秩序、國家宏觀政策等公序良俗的；交易標的禁止買賣的，如禁止人體器官、毒品、槍支等買賣；違反特許經營規定的，如場外配資合同；交易方式嚴重違法的，如違反招投標等競爭性締約方式訂立的合同；交易場所違法的，如在批准的交易場所之外進行期貨交易”，而“關於經營範圍、交易時間、交易數量等行政管理性質的強制性規定，一般應當認定為‘管理性強制性規定’”。

為更準確適用第153條第1款評判賭博合同的效力，有必要回到兩種強制性規定更本質的區別上。二者的核心區別在於規範目的，^[13]正如史尚寬先生在將强行性法律規範區分為效力規定和取締規定時所指出的，前者的目的在於否定行為的法律效力，而後者的目的僅在於禁止此類行為。^[14]強制性規定的目的之於其效力的影響在於，如果不將違反某一強制性規定的法律行為認定為無效則無法達到該規定的立法目的，則可認為該規定是效力規定，否則只是取締規定；取締規定的目的僅在於對一方當事人的保護，如若將違反此規範的行為亦一律視為無效就有失偏頗了。^[15]按照規範目的確定違反法律或行政法規的法律行為是否無效的思路，在《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法典〉合同編通則若干問題的解釋》（法釋〔2023〕13號）中獲得了進一步確認，該司法解釋第16條規定，如合同違反法律、行政法規的強制性規定，但由行為人承擔行政責任或者刑事責任能夠實現強制性規定的立法目的的，法院可以認定該合同不因違反強制性規定而無效。^[16]

根據這一標準，即使涉及構成犯罪的賭博活動，也不能僅憑被違反的強制性法律規範為刑法規範，就直接認定活動過程中締結的賭博合同因違反強制性法律規定而無效。^[17]這是因為，刑法規

[12] 參見劉貴祥、吳光榮：《關於合同效力的幾個問題》，載《中國應用法學》2021年第6期，第10-12頁。關於該條文對公法和私法的連結，另見蘇永欽：《以公法規範控制私法契約》，載《人大法律評論》2010年卷，法律出版社2010年版，第20-21頁。

[13] 參見[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第402頁；[德]本德·呂特斯、阿斯特麗德·施塔德勒：《德國民法總論》（第18版），于馨渺、張姝譯，法律出版社2017年版，第434頁；[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（下冊），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷斌譯，法律出版社2013年版，第588頁。

[14] 參見史尚寬：《民法總論》，張穀校，中國政法大學出版社2000年版，第330頁。

[15] 參見同上註，第300頁；朱慶育主編、辛正郁副主編：《合同法評注選》，北京大學出版社2019年版，第213頁（朱慶育執筆）。

[16] 參見劉貴祥、吳光榮：《〈民法典〉合同編法律適用中的思維方法——以合同編通則解釋為中心》，《法學家》2024年第1期，第14頁。

[17] 我國有學者認為，構成刑事犯罪的賭博行為嚴重違反法律，是對刑法所保護的法益的嚴重破壞，在民法上亦應完全否認其效力，而僅違反《治安管理處罰法》的賭博行為危害性相對較輕，對賭博者施以拘留、罰款等行政處罰手段已經足以起到威懾和懲戒作用，在民法上否定其效力超出了該條文的規範目的，參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公私法體系透視為錢索》，載《法律科學》2020年第4期，第143頁。這在應然法上是值得提倡的解決方案，且按有關民事法律行為對法律規範秩序的破壞嚴重程度

範僅旨在禁止那些應受刑罰處罰的法律行為的實施，因而刑法規範對於該等民事法律行為而言屬間接禁止性規範，尤其當刑法規範只適用於其中一方當事人時更是如此；在此情況下，僅當另一方當事人知道或應當知道相對方觸犯刑法，却仍為自己的利益而締結有關法律行為時，才能認為該法律行為因違反該刑法規範而無效。^[18] 弗盧梅教授曾舉一關於賭博的例子解釋上述論斷。根據德國《賭場條例》，居於賭場附近的居民進入賭場的權利受到限制，故意或過失違反該禁令的賭博者應受到刑罰處罰。聯邦最高法院在審理一件與此相關的案件中指出，無論賭場有無過錯，違反《賭場條例》的賭博者與賭場之間的賭博合同是無效的，因為該合同在客觀上違反了禁止性法律規定，而該規定旨在保護賭場附近居民的利益。弗盧梅教授不贊同這一判決意見，認為在賭場一方不存在任何過錯更不構成犯罪的情況下完全否定賭博合同的效力是不恰當的，即使所涉刑法規範的功能是保護居民利益，也不能將此作為將該禁止性規範絕對化的理由。^[19] 弗盧梅教授的意見，從規範目的的角度也可以解釋：禁止附近居民進入賭場禁令的目的是保護居民利益，而非限制賭場經營活動，所以賭場與賭客（包括附近居民）之間的賭博合同原則上有效，僅當賭場明知或應知附近居民違法進入賭場，仍出於營利目的與之訂立博彩合同，此時假如肯定該合同的效力就違背了上述禁令的規範目的，所以此種情況下的博彩合同方因違反刑法上的強制性規範而無效。

根據上述標準反觀我國刑法中規定的情況。如果賭博雙方均以營利為目的，聚眾賭博或者以賭博為業，則他們的行為不僅構成賭博罪，在此過程中訂立的賭博合同亦因違反效力性強制性規範而無效。這是因為，假如允許此種情況下的賭博合同產生民法上的移轉財產權利的效力，顯然會使立法者將上述行為入罪的目的落空。如果僅一方進行具營利性和持續性的賭博活動，對方只是偶然地、出於娛樂目的加入其中，或者一方開設賭場並在其中與前來光顧的賭客互賭，在這兩種情況下，雖然只有一方構成賭博罪或開設賭場罪，但雙方之間的賭博合同亦應被認定為無效，唯有如此，才能達到降低上述兩類賭博犯罪行為的目的；更何況，某一國家或地區在何等程度上禁賭是一項基本的公共政策，偶爾賭博一方的行為本身雖不構成犯罪，但其應當知道對方的行為為刑法所禁止，從這一角度考慮，也不應在民法上確認此種情況下締結的賭博合同的效力。如果行為人組織我國公民參與國（境）外賭博，其行為構成賭博犯罪，但被組織者在國（境）外締結的賭博合同却可能因為完全符合當地政策而為有效法律行為。

與違反行政法規有關的賭博合同更是不宜被斷然認定為無效。有些強制性規範是純粹秩序規範，比較法和學理上經常討論的典型例子如，在公共街道的賭博、午夜後在私人場所進行以致滋擾鄰居的賭博和在違法經營的麻將館中打麻將的行為等，它們之所以被界定為行政違法，是為了維護平穩有序的社會秩序，因此破壞該秩序的行為人會受到行政處罰，但此類強制性行政法規的存在並不意味著在此期間訂立的民事合同必然為無效。^[20] 按此標準反觀我國《治安管理處罰法》懲戒的兩類涉及賭博的行政違法行為。首先，非法經營賭博場所並收取“抽成”之人構成行政違法無疑，但在場所內進行的可能是為法律所默許的親友間的小額、偶然的賭博活動，所形成的賭博合同本身並沒有違反任何強制性法律規定，並不必然無效。至於賭博者之間的賭資較大的賭博合同，雖然其對社會整體的危害性有限，更多地是規制賭博者之間的關係，但立法者禁止此行為的目的恰是為了

區分其效力，解決了《民法典》第153條第1款標準不明晰的問題。但該解決方案目前在實然法層面尚無法成立，因為第153條第1款并未採納基於行為嚴重性決定其效力的區分標準。

[18] 參見[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第406頁。

[19] 同上註，第407-408頁。

[20] 對近似情況下合同效力的分析，見朱慶育主編、辛正郁副主編：《合同法評注選》，北京大學出版社2019年版，第219頁（朱慶育執筆）；[德]本德·呂特斯、阿斯特麗德·施塔德勒：《德國民法總論》（第18版），于馨渺、張姝譯，法律出版社2017年版，第432頁。

避免由此行為引發的財產移轉效果，因此此類賭博合同因違反效力性強制性規範而無效。

仍需考慮的一個問題是，對於涉及違反強制性刑法或行政法規，但有關規範非屬效力性強制性規範，因而有關賭博合同的效力未因此原因而受到影響的情況，例如在他人組織下前往賭博合法化的國（境）外參與的賭博活動，又或在他人違法開設的賭博場所中進行的本身並不違法的賭博活動，該等合同會否因為違反公序良俗而根據《民法典》第153條第2款的規定認定其無效？答案仍應為否定。這是因為，公序良俗原則的核心要義在於，民事主體的行為不得踐踏社會秩序和倫理底線，否則法律拒絕為此提供履行強制。^[21]“底線”的要求意味著，並非一切法外公共秩序均構成民法公序良俗原則中的“公序”，“公序”僅限於體現“社會一般利益”的、與法律的一般價值和精神相符的那部分“公序”；也並非任何道德習俗都構成公序良俗原則中的“良俗”，“良俗”僅限於“社會一般道德觀念”。^[22]因此，因違反公序良俗而無效的法律行為，限於反社會性較強的行為，而不包括只具有較弱反社會性的行為。^[23]在他人組織下前往國（境）外參與符合當地法律的賭博活動，又或在他人開設的賭博場所中進行並不違反法律的賭博活動，雖然不是值得提倡的行為，但也不至於踐踏社會倫理道德“底線”而為無效行為。

關於上述幾種因為違反效力性強制性刑法或行政法規而無效的賭博合同，實踐中的爭議主要圍繞合同被宣告無效的法律效果展開。首先可以確認的是，無效認定具有追溯效力，對此中國《民法典》第155條規定，“無效的……民事法律行為自始沒有法律約束力。”因此，須將當事人的法律狀況恢復到行為實施以前的狀況。^[24]據此，賭贏方無權要求賭輸方按照之前“合同”的約定做出給付；賭輸方已經做出給付的，賭贏方無權保有受領的給付。那麼，在後一種情況下，依據無效行為做出給付一方有無權利要求受領給付一方返還？

對這一問題的回答，取決於賭輸一方是否為“被害人”或“被侵害人”。如果輸贏雙方的行為均構成賭博罪，且賭輸一方已作出給付，則賭贏一方所受領的給付為犯罪所得，並無保有給付的權利，但這部分給付對於賭輸一方意味著犯罪工具，也不是其合法財產，他也沒有要求獲得返還的權利。對此我國《刑法》第64條規定，“犯罪分子違法所得的一切財物，應當予以追繳或者責令退賠；對被害人的合法財產，應當及時返還；違禁品和供犯罪所用的本人財物，應當予以沒收。沒收的財物和罰金，一律上繳國庫，不得挪用和自行處理。”即使有關賭博行為僅構成行政違法行為，《治安管理處罰法》中也規定了類似的處置方式。根據該法第11條，“辦理治安案件所查獲的毒品、淫穢物品等違禁品，賭具、賭資，吸食、注射毒品的用具以及直接用於實施違反治安管理行為的本人所有的工具，應當收繳，按照規定處理。違反治安管理所得的財物，追繳退還被侵害人；沒有被侵害人的，登記造冊，公開拍賣或者按照國家有關規定處理，所得款項上繳國庫。”反之，如果是只有賭贏一方構成違反甚至犯罪的情況，賭輸一方實為被害人或被侵害人，則後者有權獲返還已做出的給付。

簡言之，涉及法律明令禁止的賭博活動時，如果所違反的是效力性強制性規範，則賭博合同無效；因無效賭博合同所生債務，不受法律保護，賭贏一方不能要求賭輸一方做出給付，已經做出給

[21] 參見于飛：《基本原則與概括條款的區分：我國誠實信用與公序良俗的解釋論構造》，載《中國法學》2021年第4期，第35-36頁。

[22] 參見王澤鑒：《民法總則》，北京大學出版社2014年版，第277-278頁。另見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（下冊），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷斌譯，法律出版社2013年版，第599頁及以下；[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第431頁及以下。

[23] 參見于飛：《公序良俗原則研究——以基本原則的具體化為中心》，北京大學出版社2006年版，第95頁；李永軍、李偉平：《論不法原因給付的制度構造》，載《政治與法律》2016年第10期，第119-120頁。

[24] 參見朱慶育：《民法總論》（第二版），北京大學出版社2016年版，第310-311頁。

付的，視賭輸一方同為違法者還是實為被害人決定將賭款上繳國庫還是退還賭輸者。

（四）既非法律特別允許、又非法律明令禁止的賭博及賭博合同所生債務的效力

另一類實踐中最廣泛存在的博彩活動介於前兩者中間：它們既非如彩票投注一般，為法律所特別允許的活動，也非如聚眾賭博、經營賭場一般，為法律所明令禁止的活動。比較典型的表現例如《最高人民法院、最高人民檢察院關於辦理賭博刑事案件具體應用法律若干問題的解釋》（法釋〔2005〕3號，簡稱《賭博案件司法解釋》）第9條中所規定的情況：“不以營利為目的，進行帶有少量財物輸贏的娛樂活動，以及提供棋牌室等娛樂場所只收取正常的場所和服務費用的經營行為等，不以賭博論處。”

關於此類賭博合同及由此所生債務的性質和效力問題，比較法上一般用自然之債或不完全之債理論解釋。^[25]以德國法為例：因為違反強制性法律規定而無效的賭博合同，自然不是債之淵源；經國家特批的賭博合同，是產生完全之債的淵源，對此《德國民法典》第763條前半部分規定，摸彩或抽獎活動經國家批准的，摸獎合同或抽獎合同有約束力；^[26]而未經國家批准的此類合同，雖然不是產生完全之債的淵源，但不妨礙不完全之債的產生，對此《德國民法典》第763條後半部分規定，此時適用第762條的規定，即“賭博和打賭並不使債務成立，因賭博或打賭而作出的給付，不得以債務不存在為由請求返還。”^[27]《法國民法典》第1965條至第1967條也殊途同歸：對於賭博合同所生債務，不能通過訴訟途徑請求，但已支付的，也無需返還。^[28]

據此，在賭博或打賭的當事人之間，賭勝方無權要求賭輸方作出給付，也無法通過訴訟程序、執执行程序、自力救濟等方式獲得對方的給付。這是因為，這些行為發生在法律層面以外，因此不產生法律上的後果，它們是社會層面上的行為，是非為法律事實的事實；在家庭、友誼、社交領域中的約定，如不涉及財產價值的給付，通常不構成法律行為的約定，即使涉及財產內容，也常常不被認為具有法律行為的性質。^[29]但是，另一方面，賭輸方作出給付的，賭勝方又有權保有。德國民法將具有此種效力的債之關係稱為“非完全之債”，因為相對於普通之債或者“完全之債”而言，此類債權欠缺了可訴請履行性、可執行性、可自力實現性的權能，但權利人仍有保有給付的法律原因，且有處分此權利的可能性。^[30]

類似地，我國澳門地區民法也對賭博合同所生債務的效力問題進行了三分：對此《澳門民法典》第1171條第1款明確規定，“特別法有所規定時，賭博及打賭構成法定債務之淵源；涉及體育競賽之賭博及打賭，對於參加競賽之人亦構成法定債務之淵源；如不屬上述各情況，則法律容許之賭博及打賭，僅為自然債務之淵源。”如果是法律不容許、構成行政違法行為甚至犯罪行為的賭博及打賭，則不是債的淵源。^[31]既不為法律明令禁止、又未為特別法明確允許的賭博和打賭合同產生自然債務意味著，債權人不能通過司法途徑要求債務人履行，但債務人自發履行後，也無權要求受領人返還。^[32]

[25] 二者是同義語，參見[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國債法總論》，杜景林、盧湛譯，法律出版社2004年版，第19頁；[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第111頁。

[26] 參見陳衛佐譯注：《德國民法典》（第5版），法律出版社2020年版，第367頁。

[27] 同上註。

[28] 參見李永軍、李偉平：《論不法原因給付的制度構造》，載《政治與法律》2016年第10期，第110-111頁。

[29] 參見[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第97頁及以下。

[30] 參見[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國債法總論》，杜景林、盧湛譯，法律出版社2004年版，第16-23頁。

[31] 國內很多文獻認為我國澳門地區的賭債按照效力二分為法定之債和自然之債，其實是忽略了該款最後部分“法律容許之”要件。如果是法律不容許的賭博或打賭行為，例如上述專門關於不法賭博的單行刑法中列舉的若干種與賭博相關的犯罪行為，既不是自然之債的淵源，更不是法定之債的淵源，而是不生任何法律上的約束力。

[32] 見《澳門民法典》第396條和第397條。

受西方法律制度影響，我國很早就接受了此類“中間”債務不受法律保護，但賭輸一方一旦做出交付，其也無權要求相對方返還的態度。正如大清民律第一草案關於賭博合同的第 855 條的立法理由中所指出的，“此項契約，雖非正常，然實際行之者甚衆，故不能不以法律明示其關係。……博戲及賭事既無益於社會之經濟，且使風俗浮燥之害，不宜使其發生債務，以維持公義。至因博戲及賭事已為給付者，其後亦不得以債務不存在為由而請求歸還。蓋敗者博戲及賭事已為給付者，咎由自取，法律不必保護之。”^[33]簡言之，介於“中間”的這些賭博合同雖然不值得提倡，但實踐中大量存在，有為法律規範的必要；因為其於社會經濟和社會風貌無益，不以法律和司法維護其實現；但賭輸者已為給付的，也不賦予其獲返還的權利。

我國內地現行《民法典》則因既無債法總則，又無關於賭博合同的專門規定，不存在比較法上通常用來為賭博合同及由此所生債務的效力進行規範的場合，但基於現有的法律規定，不難得出與上述“三分法”相同的結論。這一結論的得出主要是基於以下兩方面的考慮。

其一，我國民法中實際上存在具有“自然之債”之效力的債權債務關係，且根據比較法上的經驗和學理，某一法律體系中所接受的“自然之債”未必限於立法者所明確列舉的“自然之債”，相反，該制度是一個具有普遍性的制度。

我國法中具有“自然之債”效力的最典型的例子是義務人對訴訟時效已過的義務的自發履行。對此我國內地《民法典》第 192 條規定，“訴訟時效期間屆滿的，義務人可以提出不履行義務的抗辯。”但是，“訴訟時效期間屆滿後，義務人同意履行的，不得以訴訟時效期間屆滿為由抗辯；義務人已經自願履行的，不得請求返還。”接著第 193 條規定，“人民法院不得主動適用訴訟時效的規定。”這組規定體現了對抗辯權發生主義的進一步確認，據此，訴訟時效的完成並不意味著債權本身失去了法律的保護力，而只是令債務人取得了拒絕履行的抗辯權，債務人仍然負擔著法律上的給付義務。^[34]另一個例子是繼承人對超出其繼承利益的被繼承人債務的自發償還。對此中國《民法典》第 1161 條第 1 款規定，“繼承人以所得遺產實際價值為限清償被繼承人依法應當繳納的稅款和債務。超過遺產實際價值部分，繼承人自願償還的不在此限。”

其二，中國《民法典》在不當得利制度部分列舉了若干項例外情形，在該等情形下，給付人不得行使不當得利返還請求權，據此，既不為法律明確禁止又不為法律明確允許的賭博合同中的賭輸方向賭贏方做出給付後，不能行使不當得利返還請求權。具體而言，其中確認了不當得利制度，根據第 985 條的規定，“得利人沒有法律根據取得不當利益的，受損失的人可以請求得利人返還取得的利益。”該條同時窮盡式地列舉了不得行使不當得利返還請求權的三種例外情況：其一是為履行道德義務進行的給付，其二是債務到期之前的清償，其三是明知無給付義務而進行的債務清償。

概言之，對於既不為法律明確禁止又不為法律明確允許的賭博合同所生之債務，雖然中國《民法典》中沒有明確其為比較法上的“自然之債”或“不完全之債”，但是，一方面，賭贏方透過司法途徑要求賭輸方作出給付會因無法律依據而不能獲得支持，但另一方面，一旦賭輸方做出給付，該給付又是符合公正、仁義觀念的，可以視為是對道德義務的履行，給付人不得再以相對方系不當得利為由要求其返還。這實際上產生的就是比較法上“自然之債”或“不完全之債”的效果。

[33] 轉引自王澤鑒：《民法學說與判例研究》（第二卷），中國政法大學出版社1998年版，第124頁。

[34] 參見張雪忠：《自然之債的要義與範圍》，載《東方法學》2013年第6期，第65-66頁。另見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（上册），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷栻譯，法律出版社2013年版，第345-347頁；[德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國債法總論》，杜景林、盧湛譯，法律出版社2004年版，第21-22頁；[德]本德·特斯、阿斯特麗德·施塔德勒：《德國民法總論》，于馨渺、張姝譯，法律出版社2017年版，第84頁。

三、賭博信貸債務的法律效力

（一）概述

實踐中更多引發爭議的涉賭債務，其實並非賭博合同本身所生債務，因為很多賭博活動有根據賭博結果即時移轉財產的習慣，而更多涉及賭博信貸債務。所謂賭博信貸債務，是指出借人借款予借款人，而後者將款項用於賭博或償還賭博合同所生債務而形成的關係，或者是已完成的賭博行為中的賭勝方與賭輸方為規避賭博合同所生債務可能不受法律保護的狀況而以賭博結果為根據另外虛立借款合同而設置的還款義務。^[35] 賭博借貸合同的性質仍然是借款合同，其與賭博的關係在於，該借款合同的目的是便利借款人訂立另一賭博合同，或者以已經成立的另一賭博合同為基礎。因此，賭博借貸合同及由此產生的債務的性質和效力，與與之相關的賭博合同及其所生債務的性質和效力息息相關。

關於賭博借貸合同的效力，比較法上存在兩種立法模式。其一以《瑞士債法典》為代表，明確規定賭博借貸合同的效力與與之相關的賭博合同的效力相同，因為前者是後者的輔助行為，該法典第 513 條第 2 款規定，明知借款用於賭博目的的出借人不享有訴權；^[36] 另一種立法例以德國法為代表，沒有就賭博借貸合同的效力作出專門規定，這就需要根據關於法律行為、關於借款合同以及關於合同目的對合同效力的影響的一般規定去判斷。^[37] 中國《民法典》中既沒有將賭博合同作為一類典型合同加以規範，也沒有在關於借款合同的部分就服務於賭博目的的借款合同的效力作出專門安排，在判斷此類合同的效力的時候顯然需採納德國法的路徑。

另需注意的是，在分析賭博信貸債務的效力時，與分析賭博合同所生債務的效力時預設的出發點是不同的：大多數賭博行為都是受到嚴格限制甚至嚴厲禁止的，因此賭博合同僅在例外情況下才作為產生法定之債的淵源；但賭博信貸債務不同，賭博信貸合同本質上是借款合同，後者是我國民法中明確確認的一類典型合同，通常服務於民事主體之間正常的融資需求，唯因賭博信貸合同服務於賭博目的，而後者可能是違反法律或公共秩序的，才以例外形態出現了一些效力有瑕疵的借款合同。簡言之，賭博信貸合同，本質上作為借款合同，原則上應為有效，除非其本身效力上的瑕疵（例如本身違反法律或者公序良俗，又或沒有遵守合同訂立方式方面的法律要求），或者其因其目的為不法賭博活動而效力受到影響。現分別分析如下。

（二）本身違反法律或公序良俗的賭博信貸合同及其所生債務的效力

與前述賭博合同一樣，服務於賭博的借款合同本身也可能因為違反強制性法律規定（假如有關法域有此規定的話）或公序良俗而無效。

專門規制賭博信貸合同本身的強制性法律規定，在比較法上比較典型的立法是我國澳門刑法中的“為賭博的不法借貸”。根據前述澳門第 20/2024 號法律《打擊不法賭博犯罪法》第 10 條第 1 款，“凡意圖為自己或第三人獲得財產利益，向他人提供款項或任何其他資源以供賭博之用者，處一年至五年徒刑。”^[38] 為解決舉證的問題，該條第 2 款規定，“在娛樂場作出的消費借貸，推定是

[35] 參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公法體系透視為線索》，載《法律科學》2020年第4期，第139-140頁。

[36] 參見瑞士聯邦政府網站，https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de，2024年4月19日訪問。

[37] 參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公法體系透視為線索》，載《法律科學》2020年第4期，第143-144頁。

[38] 該規定的前身是第8/96/M號法律中的“為賭博的高利貸罪”，根據該法第13條第1款，“凡意圖為自己或他人獲得財產利益，向人提供用於賭博的款項或任何其他資源者”，構成為賭博的高利貸罪，處相當於《澳門刑法

為賭博提供”。

可見，要成立這一罪名，有兩個必備要件，其一是牟利目的，其二是借款用於賭博。因此，如果普通市民非出於牟利意圖而借款予其親友，即使款項用於賭博，或者某人出於牟利目的借款予他人，但款項并不用於賭博，皆不構成本罪，而仍屬《澳門民法典》第1070條及以下規定的消費借貸合同，通常為合法，除非出借人有利利用借款人的困境設定過高利息等等情節而構成《澳門刑法典》第219條的一般的暴利罪。此外，根據澳門第7/2024號法律《娛樂場幸運博彩信貸法律制度》，尤其是其中的第5條和第35條，如果為賭博的借貸屬於“娛樂場幸運博彩業務範圍內的博彩信貸業務”，表現為經營娛樂場幸運博彩的承批公司或其合資格的代理人博彩中介“將娛樂場幸運博彩所用籌碼的擁有權移轉予借貸人，但對該移轉並無即時以現款作出支付”的情況，該放貸行為也不構成犯罪，而且所訂立的借款合同是產生法定之債的淵源。^[39]

據此，承批公司或合資格博彩中介等特定主體以外的行為人，如果出於牟利意圖，向賭客提供款項或其他資源，供後者用於賭博，其行為構成犯罪，在此情況下締結的借貸合同也因本身違反法律規定而無效，^[40]雖然賭客利用該等款項或資源與賭場締結的賭博合同本身其實是有效的，是產生法定之債的淵源。作為犯罪行為人的貸款人與借款人之間的借貸合同無效，前者既無權要求獲返還本金，因為本金是其犯罪工具，也無權要求獲得或者保有利息，因為從刑事法的角度考慮，利息是犯罪所得，從民事法的角度考慮，利息是有效的借貸合同方產生的法律效果。^[41]

我國內地刑法或行政法並未有如澳門地區一般專門規定關於賭博信貸的罪名或行政違法行為，但民間借貸行為——包括借款目的為賭博者——本身也可能因為伴有其他情事而構成犯罪，例如非法集資罪、^[42]非法經營罪等等。^[43]如果該民間借貸合同本身“違反法律、行政法規強制性規定”，根據中國《民法典》第153條的規定以及有關民間借貸合同的司法解釋中的規定，為無效合同無疑。^[44]

至於有關借貸合同會否因為約定的利息過高而被認定為是一個違反善良風俗的行為，從而宣告其無效？^[45]《德國民法典》第138條第2款將暴利行為與違反善良風俗的行為規定在同一條文，似乎肯定了二者之間的聯繫。^[46]不過，即使認為暴利行為的法律效果是無效，貸款人也不能立即要求借款人還款，而是必須等待約定的還款期限屆至，而且貸款人不能要求獲得約定的高利息，而只有權獲得合理利息。^[47]從這個意義說，暴利的借貸合同並非無效，而是會發生法律行為的縮減：法

典》第219條暴利罪的刑罰。

[39] 該規定的前身是澳門第5/2004號法律《娛樂場博彩或投注信貸法律制度》第16條。

[40] 《澳門民法典》第273條第1款規定，“法律行為之標的，如……違反法律……，則法律行為無效”；第287條規定，“違反強行性之法律規定而訂立之法律行為無效，但法律另有規定者除外。”

[41] 澳門的立法和司法實踐也確認了這一點。關於立法上的確認，第20/2024號法律《打擊不法賭博犯罪法》第20條規定，“一、所有用於或來自實施本法律所定犯罪的金錢及有價物均予以扣押，並由法院宣告撥歸澳門特別行政區所有。二、如作出第十條所定的犯罪，相關金錢或有價物，以及所獲得的財產利益，亦按上款規定處理。”關於司法上的確認，參見例如澳門終審法院第6/2020號案合議庭裁判：<https://www.court.gov.mo/zh/subpage/tui-yong?cc=6/2020>，2025年4月19日訪問。

[42] 參見《民間借貸司法解釋》第5條、第6條。

[43] 參見陳興良：《高利放貸的法律規制：刑民雙重視角的考察》，《華東政法大學學報》2021年第6期，第10頁。

[44] 《民間借貸司法解釋》第13條第5項。

[45] 參見《民法典》第153條第2款及《民間借貸司法解釋》第13條第6項。

[46] 對其構成條件及效力的評價，詳見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（下冊），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷斌譯，法律出版社2013年版，第622頁及以下。

[47] 參見[德]漢斯·布洛克斯、[德]沃爾夫·迪特里希·瓦爾克：《德國民法總論》（第41版），張艷譯，楊大可校，馮楚奇補譯，中國人民大學出版社2019年版，第162-163頁。

律僅保護合理的利息範圍。根據我國現行法也可得出相同結論。中國《民法典》第 680 條第 1 款規定，“禁止高利放貸，借款的利率不得違反國家有關規定。”顯然這是一個不完全條款，需結合司法解釋的規定才能實現對民間借貸高息問題的規制。^[48]根據《最高人民法院關於審理民間借貸案件適用法律若干問題的規定（2020 第二次修正）》（法釋〔2020〕17 號，簡稱《民間借貸司法解釋》）第 25 條第 2 款，我國法院僅保護不超過“合同成立時一年期貸款市場報價利率四倍”的利率。

對於其餘的大多數情況，即借貸合同本身不構成違法或犯罪行為，也不構成對公序良俗的違反的情況，則需進一步考慮有關借貸合同的效力會否因為其服務於賭博目的而受到影響。

（三）因服務於賭博目的而效力受影響的賭博信貸合同及其所生債務的效力

首先可以確認的是，即使是以進行違法的賭博活動為目的訂立的借貸合同，並不必然無效。原因如前所述，不同於大多數賭博活動是不被法律支持的，因而大多數賭博合同不是產生法定之債的淵源，大多數借貸合同是服務於正常的融資需求的，原則上是有效的，除非其本身有效性瑕疵。

《民間借貸司法解釋》也確認了這一取態：該解釋第 12 條第 1 款規定，“借款人或者出借人的借貸行為涉嫌犯罪，或者已經生效的裁判認定構成犯罪，當事人提起民事訴訟的，民間借貸合同並不當然無效。人民法院應當依據民法典第一百四十四條、第一百四十六條、第一百五十三條、第一百五十四條以及本規定第十三條之規定，認定民間借貸合同的效力。”且實踐中，司法裁判傾向於維持借貸合同的效力。^[49]

什麼情況下借貸合同的賭博目的 / 原因會影響合同的效力？我國司法實踐的態度是出借人明知或應知目的違法的時候。對此《民間借貸司法解釋》第 13 條第 4 項規定，“出借人事先知道或者應當知道借款人借款用於違法犯罪活動仍然提供借款的”，“人民法院應當認定民間借貸合同無效”。而在刑事效力方面，此舉其實構成賭博罪的共犯，正如《賭博案件司法解釋》第 4 條所規定的，“明知他人實施賭博犯罪活動，而為其提供資金、計算機網絡、通訊、費用結算等直接幫助的，以賭博罪的共犯論處。”不過，在司法實踐中，法院根據該項規定認定借貸合同無效時非常克制，因為很難證明出借人在借款時知悉借款人將所得款項用於賭博。^[50]該規定本身也有過於嚴苛之嫌，比較法上的一般態度是，一方僅僅明知他方訂立法律行為的目的是違法的，並不足以認定該法律行為因目的違法而無效，而是需要更强的要件：雙方的目的是共同的，甚至借款人的賭博行為是出借人出於牟利意圖故意造成的。例如《澳門民法典》第 274 條規定，“如法律行為單純在目的上違反法律或公共秩序，又或侵犯善良風俗，則僅雙方當事人之目的相同時，該法律行為方為無效。”^[51]

（四）為鞏固賭博合同所生債務而虛立的“信貸合同”及其所生“債務”的效力

實踐中十分常見的一種賭博借貸合同訂立於已經完成的賭博活動的當事人之間，輸贏雙方根據賭博的結果，設定借貸合同關係中的給付義務方及給付的內容，以規避賭博合同所生債務往往不受國家強制力保障履行的局面。

此時當事人之間並不真正存在借貸關係，而是為規避賭博行為的不法性而作出的規避行為。^[52]

[48] 參見劉勇：《〈民法典〉第680條評注（借款利息規制）》，《法學家》2021年第1期，第173頁。

[49] 參見朱慶育主編：《合同法評注選》，北京大學出版社2019年版，第208頁（朱慶育執筆）。

[50] 參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公私法體系透視為綫索》，載《法律科學》2020年第4期，第140頁。

[51] 德國法院的態度亦然，參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公私法體系透視為綫索》，載《法律科學》2020年第4期，第145頁。

[52] 關於規避行為及其效力，見[德]卡爾·拉倫茨：《德國民法通論》（下冊），王曉曄、邵建東、程建英、徐國建、謝懷斌譯，法律出版社2013年版，第594頁及以下；[德]維爾納·弗盧梅：《法律行為論》，遲穎譯，法律出版社2013年版，第413-414頁。

《德國民法典》第 762 條第 2 款對此情況作出明確規範，其中規定，輸方據以為履行賭博債務或打賭債務之目的而對贏方承擔債務的協議，尤其是債務承認，適用前款的規定，即債務不因該等行為而成立，但因此而已作出的給付，亦不得因債務未曾存在而請求返還。^[53]

由於中國《民法典》沒有將賭博合同作為一類典型合同加以規範，自然沒有就上述問題做出專門規範的場合。但是，一方面，我國司法機關認為上述情況可納入《民間借貸司法解釋》第 13 條第 4 項“出借人事先知道或者應當知道借款人借款用於違法犯罪活動仍然提供借款的”，“民間借貸合同無效”；^[54] 另一方面，即使基於關於法律行為、借款合同的一般規則，仍然可以得出相同的結論。在上述關係中，所謂的“借款人”，即先前的賭博合同中的賭贏方，並沒有向相對方交付任何“借款”，自然也不涉及借款人是否知悉或者促進了賭博活動的問題，但是，這一借貸合同並非雙方當事人真實意思的體現，因屬虛偽行為而無效。中國《民法典》第 146 條第 1 款規定，“行為人與相對人以虛假的意思表示實施的民事法律行為無效。”更何況，如果此類借款合同發生在自然人之間，則其為要物合同，根據中國《民法典》第 679 條規定，合同“自貸款人提供借款時成立”，未為交付的借款合同根本未曾成立。類似地，如果原本真實的、確有提供借款的賭博借貸合同中的當事人自知其借貸關係不受法律強制力的保護（例如出借人明知借款人將以借款用於從事賭博犯罪的情況），而另以一虛假意思表示設立一形式上合法的借貸合同，則基於同上述相同的理由，新借貸合同同樣為無效或者根本未成立。

澳門民法雖將賭博和打賭合同作為典型合同加以規範，但未如德國民法一般對上述情況下的債務的效力作出明確規定，不過不妨礙得出與德國法和內地法相同的結論。澳門法上的消費借貸合同是要物合同，^[55] 出借人向借款人的交付並非已成立合同所生債務的履行，而是合同成立的要件，換言之，未有交付的所謂“消費借貸合同”，並未成立；即使有滿足交付這一要件而使合同成立，該合同也是無效的，因為這是一個雙方當事人為欺騙第三人而作出的一個與其真實意思不符的法律行為，為虛偽行為，是無效的。^[56]

（五）無效或不成立的賭博借貸合同的法律效果

如果賭博借貸合同因為本身違法或者因為雙方明知借貸的目的是從事違法的賭博合同而被認定無效，將產生何種法律後果？首先可以確認的是，出借人沒有權利要求借款人按照約定的利率支付利息，因為這是有效的借款合同方產生的效果。那麼，出借人有無權利收回本金，甚至連同合理的利息？這在理論和實務上都存在諸多爭議。

根據中國《民法典》第 157 條的規定，“民事法律行為無效、被撤銷或者確定不發生效力後，行為人因該行為取得的財產，應當予以返還；不能返還或者沒有必要返還的，應當折價補償。有過錯的一方應當賠償對方由此所受到的損失；各方都有過錯的，應當各自承擔相應的責任。法律另有規定的，依照其規定。”據此，法律行為被宣告無效的基本效力之一是行為人須將其因此取得的財產返還，也就是說，借款人應當將其從出借人處所收取的借貸本金歸還。即使借款人已經將本金輸盡亦然。因為合同無效返還的效果是要將當事人間的法律狀況回復到合同訂立之前的狀況，那麼就應當遵循全面返還原則而非現存利益返還原則。^[57] 即使出借人的行為有構成犯罪或行政違法行為，

[53] 參見陳衛佐譯注：《德國民法典》（第5版），法律出版社2020年版，第367頁。

[54] 參見杜萬華主編：《最高人民法院民間借貸司法解釋理解與適用》，人民法院出版社2015年版，第266頁。

[55] 參見唐曉晴：《論要物合同》，載《澳門研究》2005年第6期，第23頁；唐曉晴、蘇建峰、吳奇琦編著：《民法一般論題與〈澳門民法典〉總則（下冊）》，社會科學文獻出版社2020年版，第184頁。

[56] 《澳門民法典》第232條：“一、如因表意人與受意人意圖欺騙第三人之協議而使法律行為之意思表示與表意人之真正意思不一致，則該法律行為係虛偽行為。二、虛偽行為無效。”

[57] 參見葉名怡：《不當得利法的希爾伯特問題》，載《中外法學》2022年第4期，第945頁。

也應根據有關規定另行對其科處制裁。可以說，借貸合同有效抑或無效，在民事法律效果方面的主要區別唯在於出借人有否權利收取利息。

但是，司法實踐中多數法院的做法却是籠統地認定無效的借貸關係不受法律保護，借款人無需返還本金或利息，或者直接將本金作為賭資收繳。^[58]學理上通常認為這種做法的理論基礎是雙方不法排除不當得利返還請求權，後者來源於《德國民法典》第 817 條第 2 句；但是，德國法中的這一規定恰恰是錯誤擴張雙方不法排除不當得利返還之適用範圍的結果，該機制本應限於適用於給付方引誘受領方為不法行為的情況，但德國法不當地將其適用範圍擴張到一切無效合同；申言之，作為我國學者借鑒對象的這一德國法中的條款，恰恰是一個反面榜樣，中國《民法典》未予採納實屬正確。^[59]更何況，此類案件涉及的返還問題，是作為合同無效之效果的返還，無效合同關係的存在排除了“沒有法律根據”這一要件的成立，從而排除了不當得利制度的適用。^[60]此外，我國部分法院的上述取態也體現了對刑事制裁、行政制裁和民事制裁的混淆。我國已經失效的《民法通則》在列舉承擔民事責任的方式時，在第 134 條第 3 款中指出，“人民法院審理民事案件，除適用上述規定外，還可以予以訓誡、責令具結悔過，收繳進行非法活動的財物和非法所得，並可以依照法律規定處以罰款、拘留。”這些制裁實為非民事責任，體現了國家機關對平等主體之間的民事法律關係的不當侵入，不適宜規範在民事法律之中，^[61]後來的《民法總則》和《民法典》都刪去了這一條款，表明我國在這一問題上已經回到了正確的軌道。

上述論斷也適用於因《民法典》第 679 條而未成立的借款合同。這是因為，《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法典〉總則編若干問題的解釋》（法釋〔2022〕6 號）第 23 條規定，“民事法律行為不成立，當事人請求返還財產、折價補償或者賠償損失的，參照適用民法典第一百五十七條的規定。”

四、結論

概言之，因賭博參加者之間的賭博合同而產生的一方向另一方作出一定給付的約束——即所謂賭博合同所生債務——的效力，取決於作為其基礎的賭博合同的效力，而後者的效力又取決於某一國家或地區對賭博活動的公共政策。基於國家特許進行的賭博活動締結的賭博合同，例如彩票投注，是產生債之關係的正式淵源，一方有根據賭博結果向另一方為一定給付的義務，後者的權利受到法律、司法等國家強制力的保障。在違反刑法或行政法規定的賭博活動中締結的賭博合同，並不必然構成無效合同，而是要具體考察該賭博合同本身有否違反效力性強制性規範。如有，例如賭博合同是在同樣觸犯賭博罪或者同樣構成高額賭博的行政違法行為的雙方之間締結的，則賭博參與者的行為除受到刑事或行政處罰外，其所締結的賭博合同也不產生民法上的移轉財產權利的效果。^[62]

[58] 參見馮潔語：《論賭博借貸的民法教義學構造——以從賭博到賭博借貸的公私法體系透視為綫索》，載《法律科學》2020年第4期，第140頁。

[59] 參見同上註，第146-147頁；葉名怡：《不當得利法的希爾伯特問題》，載《中外法學》2022年第4期，第961頁。

[60] 參見葉名怡：《不當得利法的希爾伯特問題》，載《中外法學》2022年第4期，第945頁、第964頁；左傳衛：《論不當得利返還請求權的定性與體系安排》，載《政治與法律》2011年第1期，第126頁。

[61] 參見覃遠春：《論“賭債”分離可能性及其司法處理——自然債之於傳統問題民法新視角的貢獻》，載《河北法學》2011年第9期，第99頁。

[62] 簡言之，基於此類活動產生的約束并非債務。但需注意的是，依據民法并不存在或不具有強制執行力的賭債，在我國的刑事司法實踐中往往被認可為“債”。參見徐光華：《索債型非法拘禁罪擴張適用下對綁架罪的再認識》，載《中國法學》2020年第5期，第261頁。

反之，如果賭博合同本身並未違反效力性強制性法律規定，例如賭博參與者是在他人非法開設的賭場中締結的博彩合同，則雖然刑事犯罪或行政違法行為中的行為人要受到刑事或行政制裁，但賭博合同本身並不必然隨之無效。

前一類賭博合同中的後一種情況，連同“第三類”賭博合同——即在既不為法律明確禁止又不為法律明確允許的賭博活動中締結的賭博合同，例如親友之間進行的偶然的、小額的賭博或打賭——，是產生一種特殊的約束關係的淵源：賭贏一方的權利不獲國家強制力保障實現，但是，一旦賭輸一方作出給付，該給付又是符合公平正義的，可以視為對道德義務的履行，從而排除了給付方以相對方不當得利為由要求其返還的權利。此即比較法上的“自然之債”或“不完全之債”的效果，雖然中國《民法典》並沒有將此作為一般制度確認下來。

至於賭博借貸合同，本質上亦為借款合同，而後者是中國《民法典》中明確確認的一類典型合同，通常服務於民商事主體正常的融資需求，原則上有效，除非存在影響其效力的瑕疵事由。具體而言，如果賭博借貸合同本身違反效力性強制性法律規定，或者違反公序良俗，為無效合同；否則，僅當出借人明知借款人將所借款項用於從事違法犯罪的賭博活動時，有關借貸合同方因目的/原因違法而無效。當賭博參與者雙方為“鞏固”賭博結果而虛立借貸合同時，該合同因構成虛偽行為而無效，假如雙方均為自然人，更可能因為未為交付而未成立。對於無效的或不成立的賭博信貸合同，出借人無疑無權收取約定的利息，但司法實踐中幾乎一刀切地不認可其收回本金的權利的做法也值得反思，反倒容易迫使出借人使用不法手段收取“債”款。正確的思路是區分公私法思維。

Abstract: Gambling is a socially harmful activity that remains pervasive due to inherent human vulnerabilities. While its legal consequences are well-defined in criminal and administrative law, the civil law effects of gambling contracts have long been ambiguous, resulting in inconsistent judicial rulings. The promulgation of the Civil Code of the People's Republic of China failed to resolve this issue, as it neither classifies gambling contracts as a typical contractual category nor incorporates comparative legal doctrines—such as natural obligations, imperfect obligations, and *solutio indebiti*—that typically govern gambling-related civil liabilities. Through a comparative analysis of Mainland China and Macau's legal frameworks, this article examines the enforceability of debts arising from gambling contracts and gambling-related loans under varying circumstances. It advocates for a nuanced legal approach that distinguishes between different types of gambling activities and associated debts, rejecting a uniform treatment to better reconcile regulatory objectives with societal realities.

Key words: Gambling Contracts; Gambling-Related Loans; Natural Obligations; Imperfect Obligations; Unjust Enrichment

（責任編輯：咎晨東）