

有關第 20/88/M 號法律第 三條的空間適用問題

João Nuno Riquito

澳門大學法學院助理教授

前言

1. 本文的撰寫原本是為了解答一個向筆者諮詢的問題。
所諮詢兩個問題如下：

- a) 有關第20/88/M法律生效以前所簽訂的承諾買賣合同強制執行（*execução específica*）的實際條件細則，應適用哪一法例？
- b) 當不遵守承諾的事實是在上述法律生效以後出現，是否會影響到對上述問題的解答？

2. 多年來由於筆者仍堅持相同的觀點（這亦是很久以前已持的態度），由於問題在現時澳門的司法解釋中，仍具有其價值，同時，也因為文章的形式及內容都未因為筆者所奉行的忠於學術分析原則以外的其他原則所改變，所以筆者以下將會把原來所公布的答覆，不經修改地刊出。

1. 引言：分析編排陳述

3. 要回答第一個問題，只要分析一下法律規範的資料即可。



在實體法方面，必須考慮《民法典》原文（即本個案承諾買賣合同簽定時所生效的法律）有關承諾合同的一般規範和有關“訂金、強制執行”¹的特別規範。同時，亦應對 20/88/M 號法律第三條所載之制度作一分析。

在法律空間適用衝突法方面，必須分析以下兩法律，即：

- 1) 第20/88/M號法律，看它是否具有重申或排除過渡法一般制度的特別過渡法規範；
- 2) 審核該制度（載於澳門施行的《葡國民法典》第十二條內）當中所包括的規則及原則。

常被稱為“過渡性法律”的過渡法，為“二級法”或“法中法”的一種（Baptista Machado）。所以，它本身的問題，只能夠透過對新法所建立法制的解釋和理解來解答，換句話說，只能夠透過新法對生效以前發生的事實所作規定來決定。

所以，首要的便是對在承諾合同制度框架下定出自願履行以外的合同消滅的實體法規則和原則，進行解釋。

4. 第二個問題，主要是一個法律的問題，以下我們會證實這點。但由於在這個問題中，必須確定不履行承諾的時間，所以亦可能會引用到一些事實的資料加以解釋。

被視為重要的事實資料將會作附件載出。

II. 第 20/88/M 號法律並沒有過渡性規範：從過渡法角度來看沒有過渡性規範可能存在的意義。

5. 本分析首先會從第20/88/M號法律是否載有定出時效範圍的過渡性規範著手，儘管從嚴格的角度來說，並非最適當的程序。

¹ José Carlos Brandão Proença 一九八七年科英布拉在“不遵守雙方承諾合同”文中所使用的詞彙（“強制執行、解約”）各部分。



不過，從實際角度看，主要是考慮到待決的法律問題，筆者認為這做法最為適宜。

當然，問題是可以通過立法去解決。不過，這並非妨礙學術上對此所提出的批評，這也是分析所必然採取的態度。

6. 倘若我們仔細閱讀第20/88/M號法律的條文，不難發現當中並沒有任何過渡性的規範。

分析中：

- a) 並不能獨立找出（廣稱為）“過渡和最後規定”的編或章，以定出待生效的特別期限或新法生效前效力²，甚至過渡性規則等³。
- b) 第三條⁴亦沒有任何指示，指出有關制度中可否有效適用於新法生效以前所簽定的承諾合同。

7. 總括來說，要完整從該法的條文進行分析，除了以上所指的 analysis 外，還必須配合該法序言的分析⁵。

這是因為，雖然通說均認為序言及理由申述並沒有真正的規範效力，不過大家都承認，在具體情況下，序言及理由申述是可以協助法律條文的解釋和補充的。

² 如澳門立法會於第12/95/M號法律（都市租賃制度）中所採取的辦法。不過，在該法的生效期限的規則及特別過渡性規定卻是在“序言法”部分。有關都市租賃新制度的適用問題，可參閱拙作《都市租賃新制度的空間適用》。

³ Baptista Machado 曾強調：“新法生效的時間繼受問題可以（最少部分問題可以）透過新法的專門規範得到解決，這專門規範稱為“過渡規定”（...）這些規定可以是形式的或實際性質的。形式上的過渡規定只定出某情況是適用新或舊法。而實際性過渡規範，本身已對臨界於新、舊法的情況作了規範，跟新、舊法無涉。見一九八五年科英布拉法律入門書第230頁（原文斜體）。

⁴ 第三條（特定執行）倘有付定或價金分期給付，承諾買方縱有明示或默示協議的反對，亦得依照民法第八百三十條的規定，申請對不動產買賣承諾合約為特定執行，為此目的而將價金差額繳付。

⁵ “為消費者正當權利的保障，本法律特引進若干創新於不動產承諾的法律制度”。“要強調的有，特定執行制度的修訂以及賦予承諾合約以實效形式的簡化，這些措施對涉及商務的穩定性自有其必要”。“除賦予承諾買方的債權以特別權利之外，還設法使當初未經分層樓宇登記而巳行交易的獨立單位合法化，而當事人無須付出負擔”。



所以對我們來說，第 20/88/M 號法律的序言亦只可以作輔助解釋之用，不過，對於我們討論中的問題倘若大家同意我們的觀點，在它的序言中立法者仍然是完全沒有規定是否把第 3 條所建立的制度延伸適用於它生效以前所簽定的承諾合同。

8. 況且，嚴格來說（但我們相信不應該過於側重嚴謹解釋）倘若我們以序言去配合弄清楚這個問題的話，答案將會是新制度只適用於將來所簽定的合同。

正如序言第二段中具體指出，“特定執行制度的修訂”是基於“涉及商務的穩定性”。毫無疑問對過渡法來說“涉及商務的穩定性”應理解為新法不適用於過去的事實⁶。

不過，正如剛才所說，我們不相信分析應該那麼嚴格，理由很簡單，我們不相信立法者在道出“涉及商務的穩定性”時，是有意識地將過渡法意義上和一般衝突法意義中的“涉及商務穩定性”的概念。

不過可以肯定的是，在“對承諾買賣合同特定執行制度引入修改”部分，立法者並沒有任何指示新規定應適用於以前簽訂的合同。

9. 但是，在序言中第三段究竟立法者有否明示新法具有追溯適用效力，卻是我們所關心的問題。

當中指出：

“除賦予承諾買方的債權以特別權利之外，還設法使當初未經分層樓宇登記而已行交易的獨立單位合法化，而當事人無須付出負擔。”

“請問，究竟立法者申述這理由是否意味著擬把第 20/88/M 號法律第 3 條的制度適用於它生效以前所簽定的承諾合同？”

愚見以為，答案是否定的。

因為首先，很明顯在這一部分立法者所指的，是新法中的第五條

⁶ 容許我們在這裏引述過往曾向澳門立法會提交的意見書中所簡述的過渡法一般原則：“(…) 在過渡法中有兩組本質相對的利益／目的，基於不同的考慮和不同的評價，可以模擬構組出本質上不同的規定” “一方面，是維持私法關係的延續和穩定，(…) 它要求嚴格地把法律純粹適用於法律生效以後所發生的事實。”

部分⁷所指的分層樓宇登記的組成問題，而非特定執行的問題。在正式合同之前先簽定承諾合同的個案中，經常會引起這樣的問題。須知道，雖然財產（在法律上）未分開，但這不會對承諾的有效性構成障礙。

況且，如果我們細加觀察，不難發現其實該法第五條，即立法者在該法序言第三段所指的情況，即：假定當中的承諾已履行，並且已簽定了正式的合同。問題不是要知道，承諾購買者對他方不履行承諾是否可以取得法院代替過失立約人作法律行為聲明的宣告，而是分層樓宇登記如何組成，和有關行為和手續稅務責任的歸屬。

簡言之，在分層樓宇登記的問題上，序言第三段文字上所指的不單是跟特定執行完全不同的問題，而且所述的制度亦假定已簽立了買賣合同，這亦意味著這裏不可能會涉及到已簽立承諾合同規範的問題。從文意上看，這裏立法只規範了已行交易樓宇的獨立單位問題。

若序言中所指的真是該法的第三條的話（雖然這是無稽的假設），別忘記，立法者在句中所作的“當事人無須付出負擔”保留。

對我們來說，明顯地立法者在這裏所指的只是新法第五條後部分稅務豁免的優惠制度而已。

不過，對於擬把這部分與第20/88/M號法令生效以前所簽定的承諾合同的特定執行問題連上關係的人來說，他們必須解釋以下問題：容許在過去不可進行的特定執行對當事人即承諾出售人來說必然構成負擔，這不就是上述之保留所否定的情況嗎？

嚴格來說，我們亦相信上述的情況其實完全沒有依據，企圖把立法者規範一些分層樓宇登記問題的部分視為第三條規定的追溯適用，明顯已超逾了可接受的法律解釋觀點。

10. 綜合來說，直至現在為止從第20/88/M號法律的條文及序言中，我們都看到立法者沒有把特定執行的（新）法律制度延伸適用到法律生效以前所簽定的合同的意向。

⁷ “分層物業登記法律”第五條：倘樓宇當初未經申請為分層樓宇之設定登記而有任何獨立單位權利轉移或責任承擔者，任何小業主得申請為有關登記及註記而免付稅捐及手續費。



11. 可是，對該法律的分析，不應至此終結。

還有一個十分重要的地方我們必須進行思考，那就是把該法律跟參考制作的另一法律進行比較。

我們所指的就是七月十八日第236/80號法令。當中立法者明示地把新法追溯適用於之前所簽定的承諾合同，某種程度上是因為^{8 9} 既定制度的純粹過渡性質，和明顯考慮到貨幣貶值等現象。

澳門立法者卻沒有跟隨這種做法，而只是對新法的時間適用問題保持緘默。

12. 雖然，嚴格來說由於澳門立法會和葡國共和國議會採用不同的做法，我們不可以得出任何結論，因為兩者毫不關連（具體來說是因為邏輯上的反意理據）。然而，對澳門立法者的緘默，我們亦不得不找出一些標準，以正確地定出第20/88/M號法律第3條規定的時間適用範圍。

或用另一種方式表示，當缺乏法律規範時（沒有明確定出任何一項過渡性法律規範時），對於新法是否適用於之前所簽定的合同問題解答，應該根據什麼標準？在什麼情況下容許和可適用特定執行？

從另一個角度來說，對立法者的緘默，我們所憂慮的問題，已不是以前歷史立法者的主觀意志，而是應否根據客觀現實的法律解釋角度去解答這問題。

現在，我們要知道的是根據和採用哪些澳門地區現行的法律體制的原則和規則，才可以解答上述的問題，並得出澳門法制系統中對問題的答案。

13. 不過，在進行這項工作以前，我們必須注意一點。

儘管以上觀點由於認為缺乏一項特別過渡法規定而使本問題的分析不能直接得出一個答案，不過立法的緘默，從某種角度來看對了解有關的問題，並非完全沒有意義的。

⁸ 從當中所涉及利益當角度來說，這解釋可以以另一個實質方式探討。有關評論可參閱 Antunes Varela 一九八八年科英布拉有關承諾合同第二次版第73頁及續後。

⁹ 澳門立法會憲法、權利自由保障委員會其實在審議訂定第20/88/M號法律第3條制度追溯適用的一條特別過渡規範條文草案時，也留意到第20/88/M號法律和236/80法令的分歧。有關這問題，可參閱拙作澳門地區現行承諾買賣合同修訂補充第一部分：有關20/88/M號法律的時間適用（意見書），註五。



正如Baptista Machado在一項一般推廣“如何訂定合同關係適用法律的問題”的研究中指出¹⁰，“雖然我們似乎是應該接受傳統上的指引，不過，我們仍以為立法者應該有先見之明，當希望新法適用於已生效的合同時，應作明確規定”。

至少，從我們應完全同意的忠告裏，可以得出以下結論：當法律沒有明示規定新法適用於生效以前已發生的法律關係時，合同的條款細則是應該由完成合同時所生效的法律來確定。

14. 只是當我們以上述的方式提出問題時，無形中亦提出了解答我們問題的一般性原則。

這裏所指的是，當沒有一項過渡性特別規定時，法律的時間適用問題，更準確的是指新法的時間效力範圍的確定，必須按照相關的一般原則解決。

根據澳門現行的法律體系，這些原則載於《葡國民法典》第12條中¹¹。

15. 因此，我們應即時討論的問題（似乎亦沒有其他更先決的問題）就是過渡法的一般原則如何適用或排除第20/88/M號法律第3條的制度，使之套用於本個案中所述的承諾合同，促使或排除承諾購買人採取特定執行的機制。

以下我們會逐點的分析這問題。

III. 過渡法在確定 20/88/M 號法律第 3 條的時間效力適用範圍

(A) 分析編排陳述

16. 要確定 20/88/M 號法律第 3 條規定的空間適用範圍，即這規

¹⁰ 上述“法律入門...”第237頁及續後。

¹¹ 再引用 Baptista Machado 以上著作第230頁中的撮述“在大部分的情況或個案中，立法者都不會特別指出法律空間衝突問題所適用的法律，法律專家於是便會引用第12條規定的法律不溯及既往原則。然這個表面看來很簡單的原則，在適用於不同的假設時，卻會顯得十分複雜。

定（應）是否適用於本個案中所指的承諾合同，必先簡單地綜述通說中對合同（條款細則）在過渡法中的“定位”問題。

這是問題的第一點。在這問題上存在二項制約：

- a) 一方面，以下我們（幾乎）不會道出過渡法的一般原則論。由於這是一項針對實踐中問題的學述的研究，所以並沒有對時間衝突法制各問題作抽象化的分析。
- b) 另一方面，正如以上所述，這研究的課目已於我們過往的意見書中討論過，所以我們將會轉錄這意見書中的某些部分來進行分析。

17. 對第一點，接著我們會以承諾買賣合同處分機制的角度去理解分析特定執行制度。

因為過渡法的實踐問題，不單是理解它分析中所涉及的基本原則和規則，而是要定出它適用上的具體細則。

以下我們將可以見到，這一切的實踐問題其實都具有同一的性質：它們都是新法的解釋問題和新法適用於主要規範事實的問題¹²。

所以，我們就不能忽視對承諾買賣合同處分機制即特定執行制度部分本身的分析，把舊法（《葡國民法典》原始版本）的細則規範跟新法（第20/88/M號法律第3條）作比較，從而了解上述制度在承諾合同制度中的地位和功能。

（B）合同在過渡法的“定位”¹³

18. “批判性的反思必須從傳統上所考慮利益開始。而這些一般情況下依從的利益考慮便是過渡法規定產生的依據，儘管只是宣告過渡法法制的一般原則，或相反或者跟本個案一樣，或者跟一般原則論相異。

¹² 這觀點很清楚可參閱Baptista Machado一九六八年科英布拉有關新民法典時間適用問題各部分及當中第301頁及續後特別撮要部分。

¹³ 部分轉錄自上述意見書III-(b)（我們向立法會所提交的意見書）其中包括書目的引述部分。



在過渡法範疇中，存在著兩組本質對立的利益，隨著不同的假設和評價，可模擬組合出各類本質不同的規定¹⁴。

也就是說，一方面必須考慮到私法關係的連續性和穩定性，因為它是法律本身存在的基本目的之一。從原因論來說，同時又是構成葡國憲法秩序的原則之一（法律的確定和安全性¹⁵）。基於這一特性，法律應毫不例外地只適用於生效以後發生的事實。

只是除了上述所肯定的觀點（即 Cícero 所說的“從事實到產生法律”的見解）外，亦必須考慮到它相反的一面，法律秩序的更新的需要。更新現行法律秩序以配合法律所規範的社會生活關係，並隨時適應變遷的多樣化和多重變化的需求，並對社會論理進行更新，促進它發展。

然而，在實際中，由於存在著效力不只在單一時間或即時發生，相反可能發生在隨後的法律關係中，所以隨其程度變化亦產生了上述兩組利益的衝突。

由於這兩組利益在理論上的不斷衝突，引起究竟那組利益原則上應優於他組利益的問題¹⁶。

¹⁴ 有關這問題，可參考的書目可謂不勝枚舉，如 Baptista Machado 上述“法律入門”及“有關新民法典的時間適用問題：新法即時適用個案”；基礎標準，科英布拉，一九六八年，第 299 頁；Ferrer Correia *La Doctrine des Droits Acquis dans un Système de Règles de Conflits Bilatérales*, in *Mélanges W. Wengler*, *Multitudo Legum Ius Unum*, II (柏林一九七三年) 第 285 頁；F. Dekeuwer-Défossez, *Les Dispositions Transitoires dans la Législation Civile Contemporaine*, 巴黎 1977；就同一理論問題，但跟葡國大部分學說相異的著作可參閱 Paul Roubier, *Le Droit Transitoire*, 巴黎 1960 各部分及 Nuno Riquito 有關 32/91/M 號法令時間適用一過渡性國際私法問題，第 10 頁。

請留意現分析中的憲法、權利、自由、保障委員會意見書，如當中指出“可見，規範只有適用於未來，才能夠確保涉及商務的安全性和保障根據有關法律規定而決定簽立合同雙方的期望”。“然而，有些情況，基於社會程序或社會公正的理由，仍建議新法有追溯適用效力（當宜於改變社會現實的做法），上述一九八零年的改革，雖然不大純正，卻可充作為適應社會情況的例子”。（第 4 頁）。

¹⁵ 法律確定和安全性原則。作為實現構築法治國家原則的一般原則，可參閱 Gomes Canotilho 憲法第 5 次版科英布拉一九九二年第 376 頁。

¹⁶ 以此我們欲說明一點，跟過去於憲法事務、權利自由保障委員會似乎肯定的不同。更新法律體系的重要性不只在於（其根本非在於）能夠引用狹義過渡法規則，或說不只在於能夠“在規範某一法律的時間適用細則時，適用一項跟單純使用過渡法一般原則

粗略的分析，大概會想法律時間適用一般原則為：適用於一項法律應適用於生效以後所成立的法律關係，又或者構成法律關係事實在新法生效以後發生。這項原則唯一例外情況是，當法律適用於生效之前的事實實際上會侵犯到既得權利或法律關係參與者任何一方既存的法律期望時，那麼，便純粹適用不溯及力規則。

可是，除非有更好論據，否則對上述理解我們不敢苟同。

因為在我們所述的範疇中，法律不溯及既往原則不可能是唯一的原則。這原則不應該也不可能純以立法政策取向為基礎，經常由立法者在法制中強制規定而形成。相反，它應該跟從我們現今實際中統一的思想，直接以法（思想）性質為基礎，由法擔當首要和先前規定的功能¹⁷。

正是這原因，過渡法才可以從立論角度上被理解為一般衝突法的一部門法，能夠建立一套以衝突法基礎規則（Baptista Machado所指的）為基礎的一般理論。根據這理論，“法律適用於任何事實，但這些事實必須與法律有所連繫”¹⁸。

換句話，就是法律功能本身，作為“規範動因”無缺地限制法律時間及空間上的效力。

倘著這基礎規則是以不超出於連繫及不超出於適用效力範圍原則，那麼溯及既往原則便是它在時效方面的表現。

所以必須強調，我們不應該單純地認為，新法是不可適用於其生效以前所發生的法律關係。

所得出的不同或相反的制度。因為，如前所述，一方面過渡性特別規範並非經常擔當著相同的功能”相反它有時候會被用作實現相反的目的，如單純的宣告過渡法的一般原則（旨在於最出色的法律解釋者皆可能存疑的地方作純粹解釋以確保法律執行上的統一）。另一方面（也是這裏最應該突出的部分），就是在實踐中，雖然有些規定是可以即時從過渡法的一般原則中得出，但並不因此而就單純地排除法律追溯適用。有關這個問題，以下我們會再詳細分析。

¹⁷ 有關這部分可參閱 Baptista Machado 上述法律效力範圍和權限範圍各部分。

¹⁸ “在國際私法和過渡法的基本原則或公理中，不單存在著類推原則，也有基本相同原則。整個法律衝突法事實上基本都是以法律不適用於效力範圍以外的事實、尊重既得權利或已建立法律關係等全面性的法律原則為基礎的”。Baptista Machado 上述著作第 148 頁及續後。

除了一般衝突法和具體過渡法施行框架中的其他特定分類之外¹⁹，最重要的是債和組織的私法法律關係的分類。

在以合同概念為模範的債務法律關係中，參與法律關係各方的意志，相對法律來說，本身就是首要構成這關係的事實。也就是說，在法律範疇中起著重要作用的社會關係出現，本身是源自參與這法律關係的主體的意志²⁰。而且，合同行為對參與合同個人所產生的權利和義務主要內容，都是由這些意志所塑造出來的。

所以，除了組成這行為的意思表示是為了產生雙方所欲受法律保護的實際效力外，可以理解為何新法在任何面貌適用於法律行為關係（由合同各方的意志所支配）均可能會侵犯到法律期望繼而對法律確定和安全性構成不可容許的侵犯²¹。不過，隨著意思絕對論在民法規範中²²尤其對一般法律行為領域的理解、規範的淡化（隨著合同概念和現實配合經濟大規模交換的需要²³，總體社會整體模式亦不斷變化，繼而意思絕對論亦逐漸淡化），從過渡法的角度法制來說，更能夠分辨出合同存在、有效性的問題和合同內容、效力的問題²⁴。

¹⁹ 正如我們在本文的開始中指出，由於本研究本身的目的和時間的關係，我們不能夠稍為細緻地探究各個不同和複雜的問題，例如過渡法法制範疇中的分辨性質問題。因此，若有需要較嚴謹地對一般性的問題作研究，我們繼續建議參閱本文中所引述各書目。

²⁰ 文中思想表述令人留下特別深刻概念。究其根源，是 Orlando Carvalho 對法律行為概念的定義：“人為自願合法的事實（法律行為），其基礎是為了產生某實際（事實）效果的意思表示，而產生的效果，一般來說都是財產性質的，是為了法律能夠對這效果作出規範，作出實際的規範。使之基本上與關係人所希望的一樣（斜體部分是由筆者加上的）。

²¹ Baptista Machado 對此的一段扼要的話“（...）法律的功能是穩定相信它和以它為人生計劃的人的期望。沒有什麼比對法律的正當期望粉碎，繼而使人對法律失去信心，更能侵蝕法律的社會功能。所以，必需尊重這法律社會功能本身的穩定功能”上述“法學入門 ...”第 225 至 226 頁。

²² 有關這問題可參閱 Sousa Ribeiro 一般合同條款和合同示例科英布拉一九九零年第 17 頁及續後的一般論述。

²³ 有關這課題的書目。不勝枚舉，巴塞盧那私法及經濟進程，Nápoles 1980，第 230 頁及續後及 Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd.I, 慕尼黑一九五三第 27 至 29 頁。

²⁴ 這複雜問題可參閱 Baptista Machado 上述一九六八年“有關新民法典...”第 87 頁及續後。

雖然如此，在一般的法律行為中，分辨組成法及效力法仍是十分複雜的問題。這並不是因為在過渡法的基礎程序規範時（《民法典》第12條），沒有意識到它們之間的分別。

事實上在《民法典》第12條2款中，肯定已作了上述分類而且抽象和清晰地把它們分別開來²⁵。正如我們可以在最直接影響葡國民事法例的學術中見到，有些法律事實（作為產生法律關係的事實）會預先確定或訂定本身所產生的法律關係的內容和效力。

在不妨礙上述的分類下，得承認法律關係的內容和效力訂定，也是一項法律實際對同一事實特別評價的產物，即被認為是引起關係產生的事實的特別評價的結果。

因此，在過渡法的合同特別問題中有需要分析三個問題：

- (1) 確定合同關係存在和法律有效性的問題。對於這個完全依付於組成制度的問題，考慮到當中關係的債結構和債功能性質，從過渡法角度來說毫無疑問是應該遵照 *tempus regit actum*²⁶ 原則為之的；
- (2) 有關舊法生效其間所發生事實的未來（在新法生效後）效力；
- (3) 有關合同取消和解除的問題。

雖然這裏不是對全面檢討整個確定合同關係適用法律問題的最佳場合，但我們必須突出有關制度的主要方面，以便可以正確地面對20/88/M號法律第3條所載規定的追溯適用問題。

²⁵ 第12條（法律的時間適用一般原則）“1. 法律只適用於未來發生的事實；儘管已授予追溯效力，但亦假定不妨礙法律所規範但已發生效力的事實”“2. 當法律直接規範事實的實質或形式有效性條件或其效力時，若存有疑問者，則假定只適用於新發生的事實；但當法律是直接規範某一法律關係的內容時，而抽象於產生它的事實時，則視為法律已包括在其生效日已組成的關係”。（註：原文非斜體）。

²⁶ 由於當為了確保舊法生效期間所發生的法律關係的有效性和效力。在新法對這一關係的有效條件進行審查時，我們不可以說這是該原則的真正例外情況。如需進一步了解有關這個問題，可參閱Baptista Machado中上述“有關新民法典的時間適用”第76頁及續後。



從上述分析可知主要的困難其實是在(2)及(3)點的問題上。

對於合同的未來效力應適用新或舊法的問題(2)，首先我們要分析規範合同效力的(a)是後補的規定(b)還是強制性質的規定²⁷就第一類規範，通說一直認為，合同法律關係應不受法律體系任何客觀對合同自然要素或範疇的改變所影響。這是因為如果參與合同關係各方沒有有效地排除這類規定的適用，即意味著他們希望這合同關係能夠受該規定的監管，所以容許新法對這合同關係產生效力，嚴格來說即容許它追溯適用於過去，換句話說，以新法去面對過去事實(在雙方合意作評價不排除候補法律制度的適用)，必然會侵犯到由雙方合意下所構成的合同核心部分。

所以從規範邏輯角度看，這情況必然為《葡國民法典》第12條所禁止的。

同樣地，在(b)的假設中，即新法以強制性質規定規範合同關係的某一方面時，也屬於第12條所禁止的情況。不能看清問題的人，大概會認為具強制內容的新法是可以適用於生效以前所產生的合同法律關係在新法生效以後的效力。事實上，這理解並不正確。

對於這個問題(無論在本個案的特定情形，抑或任何法規的時間空間適用問題上)，答案只是新法所建立法律制度的解釋和理解問題。

簡述之，對分析中的問題的答案，其實就是：如果(強制內容)新法是有關合同制度的話，那麼它便不可能用於規範一項創設事實於效力發生以前已形成的關係的效力²⁸。

²⁷ 有關這兩類規範的類型分別可參閱 Baptista Machado 上述法律入門第93頁及續後。

²⁸ 正如，Baptista Machado 在上述有關新民法典的時間適用第109頁中解釋稱：“根據我們的法典，首先要知道的是新法所針對的是否某行為的有效性。若果不是的話，再看新法是否針對這行為的效力，即新法是否在沒有抽象於這行為的情況下訂出了這行為所產生的法律情況的內容。在上述兩情況下，均可適用行為進行時的法律。然而，很多時我們都很難確定，a) 究竟法律的某一規定是關於某合同條款的有效性，抑或它的效力；又或者究竟新法是反對這些效力為之，抑或反對產生這些效力的行為；b) 究竟合



因為法律的強制性是不可以改變一項直接以效力發生以前的意志支配下的行為為基礎的實際性法律規定。

對於第三個有關確定合同取消及解除適用的問題，讓我們亦簡要地交待一下。學術和實踐中提出這個問題，主要源自合同的間接或偶然要素的規範問題。正因為那是偶然的要素，所以沒有被合同各方（即使間接地）預計到。

既然“新法一般不適用於生效以前的合同法律關係的原則”是為了確保合同各方的期望，而法律上的期望形成亦只有在合同各方合意直接或間接賦予其效力時才發生，因此，任何合同的取消及解除，都應適用新法²⁹。

上述理論表面上雖然很簡單和正確，但我們不應該接受它，原因很多：首先是由於它抽象化的趨勢，使它流於原則矛盾，把欲證實者視為已證實；或者，它認為由於不履行債等所引致合同解除或合同關係消滅的問題，並非合同各方意志所驅使。須知道，實踐上行為可以證實上述想法是錯誤的。

另一方面（也是我們想強調的地方）即使是在抽象中，更新法律體系的目的似乎也不影響到舊法生效期間成立的合同的解除。因為合同各方在舊法生效期間的行為，可能是因為考慮到當時法律制度（例如當時法律的處分制度）即各方債關係建立時唯一知悉的制度而作出的。

(C) 綜述

19. 茲把上述的分述總結摘要如下：

- a) 第一點，在法律空間適用方面原則上一般不溯及既往。這不是立法者（擅斷）的決定，而是基於法律的首要功能；法律作為行為的規範，本身不應適用與時間空間上跟它沒有任何連繫的事實；
- b) 第二點，並非一切新法適用於生效以前所發生的事實，皆為溯及既往的情況之故。所謂溯及既往者，新法必須直接針對一 所

同的偶然和間接的後果是否仍可被視為訂定合同的效力；抑或法律在完全抽象於這行為下所規定的後果”。

²⁹ 欲便細緻地理解上述學說可完全參閱 Gabba 法律追溯力理論第一卷第 295 及續後。

謂的重新評價 — 已發生但未產生效力的事實，換句話，溯及既往必然引致重新評價；

- c) 要正確理解合同在過渡法中的地位，必須懂得分辨債的法律關係和組織法律關係。在債的特點或性質中，法律關係的內容及效力的訂定是法律對被認為是產生（和塑造）關係的事實的特別評價的結果；
- d) 在上述範疇中，新法適用於“起因事實”——引起新法所規範的效力的事實——表示新法已違反“民法典第12條的規定，真正地溯及適用於過去。”

在這情況下，從另一個角度看，絕不能說新法只是間接或“從旁的”規範有關假設中的事實。可以說，新法沒有抽象於產生法律關係的事實來規範該法律關係的內容及效力。

- e) 在合同範疇中，或 Baptista Machado 所述的“私法自治行為”中，要解答新法是否有在抽象裏產生法律關係的事實情況下去規範這關係內容和效力這問題，必須先分析三方面的問題：
- I. 有關確定合同關係的法律存在和有效性的問題，毫無疑問，這裏所涉及的是規範法律行為本身的形成過程，新法的適用當然會構成追溯效力的情況；
 - II. 有關舊法生效期間發生的事實在新法生效以後的效力問題。在學術上通常分為兩種情況：(aa) 第一種，其效力受候補性質規範（毫無疑問候補規定是立法者留給“私法自治”的部分，所以新法的適用必然構成追溯既往的情況）；(bb) 另一種，其效力受強制性規範。這種情況不可以引用“一般適用新法原則”（沒有反映在《葡國民法典》第十二條或為其接納）；相反，應該從新法所設立的法律制度的解釋中找出解答。也就是說，倘若強制性質的新法指的只是規範過去的事實的話，那麼這便是不折不扣的溯及既往。相反，若果新法所規範的過去事實只是規範“產生規範的事實”，那麼新法的適用只是即時適用的情況³⁰。

³⁰ 有關“產生規範的事實”，“類別的過來事實”和“直接規範過去事實”的分別，以下我們會詳細分析。



III. 有關一合同解除的問題(合同偶然或間接要素的規範)。要正確地解答這問題，必須先了解合同解除的規範是否由合意所促使。倘若存在合意的成分，那麼我們必須結論，這問題適用新法(即使合同解除問題只是新法生效以後才發生)明顯是溯及既往的情況。

- f) 最後，總結上述的理論，我們得出以下結論：在合同範疇中，更新法律體系這組利益(贊成一切和任何情況下適用新法)地位比較低，這是因為考慮到因意思而產生的債的(技術意義上)相對性。

(D) 對規範過往簽立合同在新法生效以後效力問題的進一步分析：分辨“產生規範的事實”和“產生規範的事實的效力”。

20. 在分析 20/88/M 號法律第 3 條的制度適用於其生效以前所簽立的買賣合同是否和在什麼情況下才會違反《民法典》第 12 條所禁止的“追溯效力”之前，先讓我們簡要地解釋一下分別上述兩種情況的複雜問題。上述第二組的問題的分析，即規範過去簽立合同在新法生效後的效力問題，具體來說主要是圍繞著如何分辨規範“產生規範的事實”和規範“產生規範的事實效力”的問題³¹。

21. 分辨規範“產生規範的事實”和“產生規範的事實效力”所欲解決的問題，最初在實踐和過渡法學術研究中提出，當時他們正嘗試解釋為何在合同範疇中，一項法律在合同形成以後適用並不一定會構成真正的追溯效力情形，即不一定構成對欲規範但已過去事實的重新評價。

某些學者起初以為，這現象就是“新法一般適用於在新法生效以後合同所發生的效力”法則的表現³²。

只是，這理解並不合符葡國過渡法如《民法典》第 12 條中所載的一般性原則。同樣理由，它亦不能適當地確保合同範疇中欲保護的法益。

³¹ 有關如何分辨這兩種情況和分辨這兩種情況對理解《葡國民法典》第十二條第一、二部分的不同做法和解釋的意義，可參閱Baptista Machado上述有關新民法典的時間適用第 33 頁及續後。

³² 主張這樣理解問題的可參閱Roubier 上述著作。

Baptista Machado³³ 在這問題上提醒我們 (...) 這理解並不代表合同所產生的私法規範，跟任何其他事實般，都是過去事實效力使然，所不同者是這“效力規範”是以特別的方式發生在未來而已。

而且，這理解把過去合同的未來效力適用新法視為一般原則，結果仍不能得到解答，那就是為何“合同在新法生效以後的效力一般適用新法”與“在某此情況下新法的適用又不一定引起追溯適用的情況”兩者並存的問題。

22. 所以，問題必須從另一個角度去闡釋。

首先，作用先決問題，宜解答為何新法適用於生效前合同在生效以後所發生的效力並不能只視乎該效力是否 ... 在未來發生，即在新法生效以後發生³⁴。如果這樣理解即使在《葡國民法典》第12條1款第二部分的解釋中便是忘記法律上合同效力（未來或過去）的性質和解釋。

第二，問題（區別《葡國民法典》第12條第一、二部分的實踐問題）應從以下方式提出：“某類非即時生效的合同規定，會形成合同規範雙方行為的“效力規範”。但在甚麼情況下我們才可以說具有制度內容的新法定出了一項與“私人規範”抵觸，繼而排除私人規範的效力和對已簽定合同在新法以後發生的效力適用新法規定？”

事實上，答案只有一個“當新法的適用不同時引起效力追溯的情況”。

這簡單的答案並沒能解答我們的問題。相反，立即引起了另一個問題：“在甚麼情況下才可以肯定沒有引起追溯效力”？

實際上，答案應該從新法解釋的結果中找出，即：

- a) 如果解釋結果是新法在定出與“效力規範”相反的制度規定時，也規範了構成關係的事實，那麼我們即論新法的適用有效

³³ 見上述有關新民法典的時間適用一書。

³⁴ 當然如果那是過去合同在 ... 未來的效力（即在新法開始生效以前未及發生的效力）新法，但很明顯既然事實並非這樣，我們是不可以說這是一法律適用於過去合同在其生效以後的效力。如果是過去效力使然（不過在新法生效以後發生）那麼新法適用於這情況，毫無疑問就是新法追溯適用過去。不過，正如文中指出，所們所分析的問題並非這個。

力追溯之嫌，應依《葡國民法典》第12條1款第二部分被否定。在這情況下，從另一個角度來看，可以說效力表面上是未來（因為在新法生效以後發生）從衝突法角度來看，卻是一項過去的效力；

- b) 相反，若解釋結果顯示新法並非為了規範合同的形成，而只是針對合同在此法以後的效力，那麼可以說新法的適用只是簡單的即時適用情況，符合《葡國民法典》第12條1款二部分的規定³⁵。

23. 在之後的分析可以見到，在分析本案具體情況中，有著關鍵的作用。無論是一般地分析我們所建議的辦法是否符合《民法典》第12條的規定，抑或從具體中定出第20/88/M號法律第3條是什麼類型的規定，繼而正確地從時間上適用之，它都有著重要的作用。

（E）具體問題

24. 確定新法的時間效力範圍的問題，其實最終就是新法對有關假定的事實的實質法律制度的解釋問題。若果能夠明白到（和接受）這一點的話，那麼本個案問題的解答，實際上也應該從特別執行制度的含意和範圍的解釋和識別20/88/M號法律第3條所指出的事實著手。

我們相信，只有這樣才可以正確地解釋20/88/M號法律第3條規定，繼而定出相應適用的過渡法制度。

這也是我們嘗試盡量簡單所做到的事，即嘗試把特定執行制度中最能特顯其在承諾買賣合同中功能的部分指出。

³⁵ 正如Baptista Machado清晰指出，新法（即時）適用於過去合同在新法生效以後的效力，必須遵守以下條件：“必需明白上述規則只可以適用於合同法律情況在未來的效力，亦即只適用於隨後透過合同雙方一項行為、法律行為或事實來實現的私法自治效力（...）另一方面，效力本身必需與新法禁止（或強制）規定抵觸，即新法規定是為了建立合同形成的制度。事實上，某項條款的禁止有時是為了防止合同一方濫用其經濟力量或其對他方的優勢，又或者乘他方缺乏經驗，不瞭解或迫切需要而提出不符合合同給付公正平衡的條件。這類個案，當然禁止條款適用合同形成時規定，否則，新法的禁止規定，正如我們之前所說，其根本定然已是一項對人或物的新構想”甚至已把合同基礎法律關係本身制度化——見上述有關新民法典的時間適用第345至346頁。

25. 以下我們重新抄錄第 20/88/M 號法律第 3 條：

“倘有付定或價金分期給付，承諾買方縱有明示或默示協議的反對，亦得依照民法第 8 百 30 條的規定，申請對不動產買賣承諾合約為特定執行，為此目的而將價金差額繳付。”

26. 首先要注意的是，新法假設中提到以下法律性質的資料：如“定金”“價金分期給付”“特定執行”和“明示和默示協議反對（排除）”。

從法定準用（引述）類型來看，新法的引述（第 20/88/M 號法律第 3 條）可被視為“條件準用”³⁶亦即（暗示）準用某一項抽象的法律制度的補充適用內容。具體來說，就是（暗示）準用《葡國民法典》原來版本有關承諾買賣合同和“定金—特定執行”特定制度中所載的法律制度³⁷。因此，有必要定出法律上這兩（定金 ...）概念制度的主要特徵以

³⁶ 跟我們文中內容相同的“條件準用”的定義可參閱 Baptista Machado 上述“法律的權限及效力範圍”內容“所謂條件準用是一項特定的實質規定對他法規定其內容的引述，內容的發生視乎同一規定中的法定後果是否發生。”第 308 頁。

³⁷ 注意在使用“定金—特定執行”時，我們是沒有放棄準用另一新法中的“定金或價金分期給付”引述。眾所周知，《葡國民法典》的原始版本在定出定金制度時，立法者定出了一項雙重推定；一方面（隨後在文中我們會再討論）推定定金的協定排除了合同雙方引用特定執行制度；另一方面，又推定所有承諾購買者所給付的金額皆為定金—第 441 條（承諾購買合同）“在承諾購買合同中，推定承諾購買者向承諾出售者所給付的金額，皆視為具有定金性質，作為提前或開始給付價金之用。”

雖然上述法律推定給付的金額被視為“提前或開始給付”，但並不排除這些金額被視為定金的可能。所以 20/88/M 號法律第 3 條中所使用的“或”（倘有付定或價金分期給付）只可能以下解釋：即使在承諾購買者所繳交的金額不可被視為定金的情況（大概是《民法典》第 442 條對法律推定的反證），皆應承認購買者特定執行承諾合同的權利。換句話說，在規定定金／價金分期給付時立法者犯了不必要重複問題。因為，如果任何繳交金額即使價金分期給付皆被推定為定金的話，便沒有需要提出上述兩情況。不過，事實並非如此。因為即使實際上推反所有繳付金額皆為定金的推定，在承諾購買人的合同地位中，也不一定可以肯定得到一項特定執行的權利。理由很簡單，除了定金的推定會排除特定執行外，法律中還容許合同雙方明示協議後悔權。既然如此，毫無疑問“價金分期給付”情況的敘述，主要是為了在容許特定執行的情況保障承諾購買者，即雖然非因訂金的繳付，特定執行的排除卻是由於雙方明示協定所致。

但可以見到，總的來說這問題只是我們次要引述的問題，因為它並不跟新法第 3 條的時間效力問題抵觸。這問題的援引只是為了弄清為何上述規定中的假設的法律概念部分使用了“付定或價金分期給付”的表述。



定出本個案中的承諾合同是否可以適用／有關規定，繼而識別出新法對本個案（事實）所作的規定的類型。

27. 對有關的制度（《葡國民法典》原始版本中的）首先要指出，特定執行權利並不因為可能承諾買賣合同的存在和具體規範而被排除。原因很簡單，就是舊法對承諾人取得這項權利³⁸，比新法所規定的要求更嚴格。

- a) 一方面，承諾買賣合同雙方可以明示協議訂定特別執行的權利。當然，即使這裏雙方把任何繳付金額視為定金，也不會導致“定金的協定無效”；只是，當雙方明示“選擇”特定執行制度時，那便不可適用一般的定金的處分制度，即承諾出售者不可以沒收已繳付的金額，承諾購買者無權要求取回雙倍的定金。
- b) 另一方面，若雙方沒有明示協議訂定特定執行權利時，也不可視為排除這項權利。因為，定金的繳交推定排除特別執行，同其他一般的法律推定一樣是可以推翻的³⁹。也就是說，並不妨礙承諾購買者可以按照法律所容許的方法推翻有關法律推定，以承諾合同中的真實意願為依據，即接受特定執行為有關合同的處分機制。
- c) 另外，承諾合同雙方還可以明示排除特定執行權。這種情況，如果能夠直接證實有關雙方的意願，就不會引起《民法典》第830條2款所規定的推定證據的引用問題。

28. 上述三種情況可以簡說如下：原版《民法典》（舊法）中的定金制度為一補充適用制度，也就是說，舊法所依循的立法政策取向，在一定合理的廣泛程度上，保障了承諾人的合同自由⁴⁰。

³⁸ 見以下我們有關把“特定執行權利”視為主觀權利或單純的法律權能所引起的問題和這假設在過渡法中可能引起的影響的反思。

³⁹ 《民法典》第830條（承諾買賣合同）：“若某方有責任簽立某合同而沒有履行承諾者，他方在沒有相反協定下，且只要所承擔責任的性質容許，使可以取得具有失約者法律行為意思表示效力的判決”“2. 如果有定金或已定出不遵守承諾刑罰時，則視為有相反協定。”“3. 倘屬責任者可提出抗辯的情況，而申請人又沒有在法院所指定的期限提存給付者，則訴訟不得直”。（斜體為本文作者加上）。

⁴⁰ 基於其典範性，容許本人在此撮要引述 Antunes Varela 的一段話“第三，在賦予定金（唯一）制度補充適用性質的同時，這制度亦被置於一項真正的法律推定之上。”“從



29. 不過，如果是這樣的話 — 事實上也毫無疑問是這樣 — 而當我們嘗試從過渡法的概念和種類的角度來看有定金的承諾買賣合同，那麼我們便得指出《葡國民法典》原文是把“定金與特別執行”（規範）制度置於承諾合同的債的（結構和功能上）的層面上。

用另一個方式說出，即按照上述過渡法在合同方面的主要類別索引／分析來說，《葡國民法典》原文在規範現在和過去有定金承諾合同的合意時，是把雙方合意視為引致排除特別執行效力的產生事實。

再從另一個方式講，問題就在於：規範“定金與特定執行”制度的法律是否對“產生規範的事實”的效力（直接，即時或評價性地）作規範，和法律關係形成本身。

30. 因此正如以上所描述“定金與特定執行制度”，當直接作用於一具體和現實的法律行為情況，便構成20/88/M號法律3條假定的中事實。

在解答“假設這規定適用於上述事實是否構成追溯適用”問題前，本人想先簡單指出上述間接的問題（“定金與特定執行”制度概要情況）中幾點值得注意的地方。

這數點，正如之後所結論，不外乎是為了突出該制度或者說是在過渡法角度下合同地位本身債的面貌。

- a) 首先，根據承諾合同的一般規範模式顯示承諾合同和被承諾合同之間，是相互獨立的⁴¹。也就是說，立法者既沒有把承諾置於（合同本身）約束“以內” — 不簽立正式合同不會引起不能完成

這個雖然受到制約但廣泛地尊重合同自治的意義來看，有需要對該法第441條及442條3款規定作解釋(...)然而，在邏輯上完全配合新思想的同時法律卻容許雙方排除債的特別執行，儘管雙方已通過磋商協議得出簽立合同的承諾“在推定特定執行被排除的情況下，法律本身已包括了構成定金或定出不履行承諾的處分條款的假設”“無定金合同可（特定）執行和有定金合同不可特定執行（表面上這情況對合同雙方的制約力較強）並不是法律的矛盾，只是以下想法的當然結論：立約人希望把其簽立合同與否的自由保持到最後，並以失去定金、歸還雙倍定金（可能比補償實踐損失多）來維繫”見上述有關承諾合同第70至72頁。

⁴¹ 然而，不知怎樣的承諾合同相對獨立於被承諾合同的問題，在實踐中主要在單方承諾的情況出現。有關這問題的葡國司法見解，可參閱八三年十一月二十四日最高法院判例和八三年三月三日里斯本上訴院判決（司法見解彙編VI，第230頁）。



合同的行為磋商前責任⁴²；也沒有把被承諾合同視為只是“車子的第五輛輪胎”（Montesano）⁴³或只是承諾的執行或結果。

這觀點成了我們上述提到的“定金與特定執行”制度分類和特定執行屬“合同權利義務內容”的佐證，儘管這主要還是從學術上講。

- b) 要注意的還有，儘管法例上只定出單一性質的定金，並沒有分別“確定定金”和“處分定金”，《葡國民法典》的立法者卻令人費解地強調定金的處分性質⁴⁴。

這靈巧細微的地方（懲罰性定金的制度的取向）間接、直接地確定了“定金與特定執行”制度的債性質。間接是因為當中確認了承諾合同獨立於被承諾合同，直接是因為它完全代表著不履行合同（直接）處分功能“非法制化”（更具體的是這功能轉移到私法自治範疇中）。

- c) 最後，更不要忽略特定執行機制的法律所定的訴訟模式是宣告之訴。這點不單確定了承諾合同相對於被承諾合同的獨立性，而且更在肯定排除構成之訴和執行即時之訴的同時，顯示出特定執行是屬於承諾合同（技術意義上）的債地位⁴⁵。

⁴² 有關這一具體觀點，可參閱 Carlos Alberto da Mota Pinto 不簽立合同的磋商行為前責任，另外 Baptista Machado 在合同約束界線上的合理條款（同時刊載於《立法及司法見解雜誌》第 117 頁及九二年 Baptista Machado 作品散記）也有間接地討論到這個問題。

⁴³ 關於承諾合同相對於被承諾合同獨立的問題，可完全參閱 Brandão Proença 相互承諾合同的不履行 — 特別執行 — 解約雙制度，科英布拉一九八七年第 11 頁。

⁴⁴ 法典中並沒有規定或調整意大利法典（當中承認為了清楚解釋繼承自一八六五年法典的規範，把兩概念視為相同族系的不同成員）中嫁妝和定金兩類情況（確定性嫁妝和處分性嫁妝是羅馬法原文中所特別強調的問題）在新法典所採用的單一（補充適用）制度，明顯較接近處分性定金的模式（意大利法典稱之為 Caparra Penitenziale）多於確定性定金模式。見 Antunes Varela 上述有關承諾合同第 68 頁（斜體為原文部分）。

⁴⁵ 正如 Brandão Proença 所強調“在某些法律體系中（德國 Z.P.O. 中 894 及 726II，奧地利 Exekutionsordnung · Z.O.P. 中 376，柏恩州 Z.P.O. 中 407）有正當地位的立約人有權取得違約者發出行為意思表示的判決，作為隨後階段執行之用，倘判決正式生效敗訴者仍未履行合同，便擬制他已履行合同的情況。第 830 條的行文清楚地否定了這判決訴訟模式，而且跟《法國民法典》第 2932 條規定不同，因為判決並不產生“未完成合同的效力”，而只是產生違約者的法律行為意思表示。見上述著作第 16 頁。奧地利 Exekutionsordnungzop。



31. 接著餘下的，就是本文研究的主要的核心部份，但不外乎是把至現時分析為止的兩部分分開。

在此，再次提出中心問題：把 20/88/M 號法律第三條所載制度，適用於其生效以前簽立而且不包括特別執行機制的承諾合同，是否構成《民法典》第 12 條所禁止的新法追溯適用情況？

可以提前結論說，答案是肯定的。

32. 較簡單的分析，根據以下論據即可。不過，這大概不足以在具體個案中建立一項具充分理據的結論。

如果合同雙方在根據適用行為時法律所定的有效性和效力界限而行使合同自治，把特定執行排除於承諾合同以外，隨後生效的法律如果引入處分機制，其適用使合同雙方都無從計算，所以是一項侵犯既得利益的做法，或最低限制也侵犯了合同雙方權益內確定所載的法律義務上的期待權⁴⁶。

33. 不過，這考慮仍未足夠，正如上述研究分析指出，關鍵是要知道在具體上一切新法對⁴⁷過去事實的適用是否直接的引述。該引述是否以過去事實作為法律正面或負面處分效力的直接原因，抑或相反這引述只是間接的，只是針對這事實所假定而非已設定的“規範狀況”。

34. 在分析回答這個問題時，我們可以即時發現一項重要的（負面）資料：新法（20/88/M 號法律第 3 條）抽象於立約人個人地位和有

⁴⁶ 要注意的是，我們這裏的結論跟我們呈交予澳門立法會的意見書相似，不過，這簡單的分析並不妨礙我們對過渡法中合同地位的分析引述，而且亦嚴格地遵守了理由解釋原則。但當中並非特地討論一項新法的解釋適用問題。當中主要討論到的是過渡法規範的“憲法”問題。換句話，關鍵是知道第 17/V/93 法律草案所建議的過渡性規範在抽象假設中肯定抑或否定了《民法典》第 12 條所載的過渡法一般原則論，和從公法（本義憲法）角度來看該制度具有一般強制效力的追溯適用，從保護私有財產法角度來說，可否構成負面的影響。對本文研究來說，第一個關鍵問題的分析是不容忽略的，不過這仍然是不足以應付本文具體待決個案中新法適用問題本身要求。

⁴⁷ 這裏（葡語版本）所用的虛擬語氣現在式是有必要的，否則從意義上理解便會構成“把待證事實和結果混淆”錯誤的情況。



關物的特別地位⁴⁸而確立了當中的辦法。又或說，最少新法沒有直接地規範承諾合同法律關係的本質制度部分。

正如我們以上解釋所說，一般情況只有當新法從制度上對過去合同的未來效力作用，才可以肯定地是新法的適用只是即時適用的情況（即符合《民法典》第12條1款第二部分）。

35. 不過，雖然新法並未規範承諾買賣合同的制度部分，它並不因此而對過去合同債部分發生制度化效力。

這就是這個中心問題的答案。

從分析上展示如下：

- a) 首先要提醒的是，20/88/M號法律第3條的明示目的，是保障承諾購買者。
- b) 保障承諾購買者目的是因為理解到舊制是建基於一項承諾買賣合同平衡之上，但新法不欲保留。
- c) 所以，正如以上所說，並根據學術上一致的結論（但非一致的論據），問題仍然是合同形成究竟是建基於“本質相互性”，抑或假定合同是建基於經濟法律相對性。
- d) 所以，新法適用容許特定執行，繼而否定“產生規範的事實”的內在效力，一於生效以前所簽立的承諾合同，使構成追溯適用情況。
- e) 新法的追溯適用構成《民法典》第12條1款第一部分（該款部分及第2款正如以上所解釋，而且也從來沒有被學術或司法見解的接納，只是學理上的原則而已⁴⁹）。

至於第二個問題：不履行時間的重要性。

⁴⁸ 有趣的是，最少在這方面20/88/M號法律便跟葡國相對法律（236/80號法令）不同。因為大家都知道236/80號法令所針對的是章程中所定的物——“他們的樓宇和獨立單位”——和過渡地確保特定人物的地位，自置住所的承諾的購買人。這差異對在處理236/80號法令的時間適用問題，由於沒有這個需要，在此我們暫不作分析討論。

⁴⁹ 有關這部分可參閱Baptista Machado上述有關新民法典的時間適用第352至362頁的明確分析。



36. 我們相信上述的結論——和支持上述結論的過渡法學術分析——已解答了查詢中的第二個問題，即本個案中的承諾合同的不履行，倘在 20/88/M 號法律生效以後發生，是否應得出不同的後果。

用另一番話來解釋，就是要知道倘若不履行合同是在新法生效以後發生，第 3 條中所指的承諾合同特定執行會否不構成追溯適用，繼而成爲第 12 條所容許的情況。

答案當然不是。

37. 首先，我們想就此而簡單提出兩點要注意的地方

- a) 第一，就是要宣告如下事實：對這個問題，說該適用情況只引起“輕微的追溯適用”情況是沒有意義的。

說 20/88/M 號法律第 3 條適用於其生效以後的情況只會引起“輕微的追溯情況”，因此不應為《民法典》第 12 條 1 款第二部分所禁止。原因很簡單《民法典》第 12 條 1 款第二部分只不過是法律非追溯適用原則的部分面貌。從這規定得出的相反情況，只是新法即時適用的一種情況（正如以上曾指出）。

由於新法對過去的規範不一定會引致追溯適用（可能只是即時適用情況），該理論便把欲證實的事視為已證事實：所以 20/88/M 號法律 3 款制度適用於該情況下的並不構成追溯適用。

- b) 第二，也是第一點的一面兩體，是要提醒剛才大致已提到的事實：要新法不追溯適用，不單獨視乎有關效力是否“未來效力”。問題是這些未來效力必須從過渡法角度上是未來的效力。而並非只是時間上在新法生效以後發生（時間上未來）只有效力在新法生效以後產生，而且新法又不把它視為過去事實（從形成講）本身的效力（衝突上未來），它才可算是未來效力。

38. 這樣，在本個案中，我們已知道這問題的答案了。“定金與特定執行”制度被新、舊法視為一項狹義（更正確說法本義）上屬“合同地位”的事實。亦即不履行合同情況，會導致適用這一規範制度（當然新舊法實質結果相反）所以被視為“過去事實”。



或從另一角度考慮，新法規範所產生的效力，雖然在生效以後所發生，卻是過去事實本身的效力。

39. 同樣，若把問題適當地從過渡法角度提出，亦會得出同樣結論。因為，我們以為這問題涉及“把證明項目視為結果”錯誤，因此，稍有不懂便會影響到問題的解答。

嚴格來說，這更不是“把證明項目視為結果”錯誤問題，不是（或說並非主要是）要知道“不履行合同”是在新法生效以後發生，而是要知道被承諾合同的不簽定是否一項因為合同而屬於立約人雙方法律地位中的“後悔權”。

40. 或說：倘若“不履行合同”問題是在過渡法問題中發生，其先決問題便是確認“不履行合同”可能在新舊法範疇中不在存相同意義。

在可引用特定執行可能性的前提中——重複是從過渡法角度來看——不可以忽略在舊法生效下立約的承諾者的法律地位，“不履行合同”不“只”是《民法典》第 790 條及續後所定的前提和情況。

抑或，從適用時間法考慮，“不履行合同”嚴格上可能不是不履行合同，而是權利的行使：不簽定正式合同的權利，或一般所說的“後悔權”。

IV. 結論

(A) 八月十五日第 20/88/M 號法律第 3 條規定適用於本個案中的承諾合同，構成新法追溯適用情況，有違《葡國民法典》第 12 條的規定。

1. 第 20/88/M 號法律中並不包括任何特別過渡法律制度規範。據以序言協助的解釋得出了上述的結論。

2. 一般來說，新法（即使強制內容的新法）適用於生效以前所簽定的合同時，立法者都會制定一項過渡性的特別法規定。

3. 無論學術上或司法解釋中，都同意當沒有過渡性特別法規定時，應引用過渡法的一般原則，在澳門法制中即《民法典》第 12 條的規定。

4. 在定出過渡法中的合同地位，必需考慮合同所建立的法律關係的債性質。

5. 特別要了解，根據《民法典》第 12 條 1 款第一、二部分就有關定出過去合同在新法生效以後所需用的法律問題的解釋：

- a) 其效力的“未來”性質並不只是取決於其所處的時間：在新法生效以後發生的事實並不足以把這過去事實的效力視為未來效力。
- b) 要過去事實效力被視為未來效力，繼而即時適用新法的有關規定必需“沒有設定合同形成的制度”（Baptista Machado）。

6. 上述問題（即新法追溯適用抑或只是即時適用的分別問題）的具體解答只能透過對新法（規定）內容的解釋，並由此而定出新法如何作用於過去事實。

7. 在本個案的具體分析中，20/88/M 號法律第 3 條假設中的事實本身，在法律上並不重視——定金，價金分期給付、特定執行、明示或默示協議反對——其具體規範必須透過引用有關事實發生期間所生效的法律來確定；對本個案來說，這法律就是澳門地區現行適用的原始《葡國民法典》。

8. 因此，有必要指出舊法中承諾合同制度的要點（尤其有關“定金—特定執行”制度）和定出本個案中的具體規範：

- a) 合同雙方可以明示定出特定執行權利；
- b) 同時，也可透過《民法典》中第 830 條 2 款的反推定確定特定執行權；
- c) 可以明示排除特定執行。

總括來說，作為補充性質的制度，已廣泛合理地保障了承諾者的合同自由。

9. 從規定的其他方面，同樣可以看到，有定金的承諾合同，是一項債類別關係，其中特定執行以承諾合同為其構成或來源事實：

- a) 在承諾和正式合同關係中，承諾合同相對正式合同的獨立；
- b) 強調訂金的後悔性質（非制度化或把不履行合同處分功能轉移到私法中）；
- c) 在訴訟法律規範中，特定執行之訴被定為宣告之訴。

10. 第 20/88/M 號法律第 3 條——跟葡國的制度（DL 236/80）不同——規定即使曾有協議反對，也可採用特定執行，不管簽立合同者的個人地位和有關物的特殊地位。新法對重要事實的適用，因此不具有制度的特點。

11. 新法（20/88/M 號法律第 3 條）意欲給予真正的承諾購買者特別保護，因為考慮到新法不欲維持舊法中對合同平衡所採納的做法。

12. 由上述結論得出如下：新法對“定金與特定執行”制度的規範是直接的。問題只是合同形成時的“本質相互性”，也就是說，而該相互性構成經濟法中的基礎。

13. 由上述兩結論最後得出：新法對已付定金承諾合同的“產生規範的事實”的內在效力的否定。

所以，新法適用於其生效以前所簽定合同便構成追溯適用情況，有違《葡國民法典》第 12 條 1 款第一部分的規定（其他規定部分與此無關）。

（B）新法生效以後不履行合同對分析無影響

1. 要把過去事實效力視為“未來效力”，以適用新法的規定（而又不引起追溯適用）不能只看這效力是否在時間上是未來效力，即其的發生是時間上比新法為後。

2. 要把過去事實的某項效力視為未來效力，還需要在衝突法角度上屬未來效力（從過渡法的規範角度來看是未來的效力）。也就是說，這效力無論與新法相符或相反，不被新法視為過去一項事實本身的效力。

3. 正如以上所結論（見本結論中（A）10至13部分），新法還把“定金——特別執行”制度的處分視為合同地位的事實——如果新法所否定的仍是法律上某類效力的形成——那麼，該事實仍然是一項來源或構成行為的事實，從這角度看，其效力是過去的效力而非新法的效力（以確保《民法典》第12條1款第二部分的分類）。

4. 嚴格地分析，問題並非要知道“不履行合同”是在新法生效以前或以後發生，因為這會引起把已證事實和待證事實混淆的情況，繼而忽略了承諾合同的簽定是一項因為合同而成為立約人法律地位上的後悔權的（主要）問題。

5. 從另一角度來說，反而應考慮新法或舊法生效期間承諾買賣合同的“履行”，是否“後悔權”的行使，而“並非”《民法典》第790及續後部分所規定的情況。因此，要知道的是舊法生效期間，在立約者法律地位中是否已形成強制解約權的本質性後悔權。

我們還可以從以下分析得出相同結論。

因此，即使“不履行合同”是在20/88/M號法律第3條生效以後發生，若排除了特定執行制度，便是一項真正追溯適用的情況，因為它直接作用於（直接評價）一項既得權利上。那就是不簽立正式合同的權利。

法律

第二零 / 八八 / M 號 八月十五日

承諾買方權利的保障

為消費者正當權利的保障，本法律特引進若干創新於不動產買賣承諾的法律制度。

要強調的是，特定執行制度的修訂以及賦予承諾合約以實效形式的簡化，這些措施對涉及商務的穩定性自有其必要。

除賦予承諾買方的債權以特別權利之外，還設法使當初未經分層樓宇登記而已交易的獨立單位合法化，而當事人無須付出負擔。

綜上所述，按照澳門組織章程第三十一條一款 A 項的規定，立法會合制定在澳門地區具法律效力的條文如下：

（承諾買方權利的維護）

- 樓宇設定責任向信用機構融資建造者，其承諾買賣合約得應立約人任何一方的請求，有抵押債權人的參與而繕立。
- 上款所預見的情況及只在有付定，其後加定或價金的其他分期付款約信用機構或經其同意付給承諾賣方時，該信用機構必須發給承諾買方一聲明書，約定承諾合約標的物之抵押責任全部或相應於承諾買方已為給付部份將予撤銷。
- 關於承諾出賣物的設定抵押，承諾賣方必須事前最少五天內以書面告知承諾買方。

（承諾買方的特別權利）

倘承諾出賣物已告交付，承諾買方的債權將優先於其他一般債權人，而由該物的價金為償付。



（特定執行）

倘有付定或價金分期給付，承諾買方縱有明示或默示協議的反對，亦得依照民法第八百三十條的規定，申請對不動產買賣承諾合約為特定執定，為此目的而將價金差額繳付。

（承諾的實效形式）

立約人欲按照民法第四百一十三條的規定賦予承諾以實效時，得行冊籍以外的分證文書或確認。

（分層樓宇登記）

倘樓宇當初未經申請為分層樓宇之設定登記而有任何獨立單位權利轉移或責任承擔者，任何小業主得申請為有關登記及註記而免付稅捐及手續費。

一九八八年七月二十八日通過

立法會主席 宋玉生

一九八八年八月三日頒佈

