

# 澳門特區娛樂場中的賭博打賭合同及賭博信貸：“賴帳”問題的解決辦法以及美國消極擔保和衡平留置權制度的可接受性芻議

Hugo Luz dos Santos\*

## 一、1999年澳門《民法典》規定的賭博和打賭合同法律制度概說

澳門《民法典》<sup>1/2</sup>在債法和各種合同的範疇內規定了私法自治<sup>3</sup>的最高權威，而私法自治則規範合同自由原則。<sup>4</sup>

合同自由原則包含訂立和不訂立合同的自由，以及得在法律限制範圍內自由設定合同內容，規定了各方當事人有訂立法律所規定之合同的自由，或者按照澳門《民法典》第399條第一款的規定，在合同內加入當事人均接受之條款，將其認為合宜的條款加入合同之內；按照

---

\* 葡萄牙亞速爾自治區柯爾塔法區檢察院法官。

1. 1999年的澳門《民法典》繼承1966年的《民法典》；後者就是經1966年11月25日第47344號法令核准的1966年的葡萄牙《民法典》，此法典通過刊登於1967年11月23日《澳門政府公報》第46期第二副刊的1967年9月4日第22869號訓令延伸適用於澳門。
2. 循此意義的有MANUEL MARCELINO ESCOVAR TRIGO（尹思哲）：“澳門民法典中的各種合同與賭博和打賭合同”，原載《公司法典頒佈二十周年特刊，向A. Ferrer Correia、Orlando Carvalho和Vasco Lobo Xavier教授致敬》，第三冊（不分類），科英布拉，科英布拉大學法學院及科英布拉出版社，2007年，第346頁。下文將會緊跟此著作。
3. 一如澳門的學說清楚說明：“是適當的時候提醒，從‘一國兩制’原則和保持資本主義的原則來看，私法自治以及對合同自由和私有財產的承認會成為澳門特別行政區的構成要素；而澳門《基本法》第4條、第5條、第6條、第24條及續後幾條，以及第103條及續後幾條所規定的建構澳門特別行政區的各項原則，包括：保護居民自由原則、合同自由原則和建立保護私人保護框架原則等都建基於這兩條支柱。”參見，尹思哲：“澳門之民法”，原載《法域縱橫》總第二期，澳門，1997年，第175頁及續後幾頁。
4. 循此意義的有JOÃO PAULO ROCHA：“債法——概論與淵源”，原載《澳門法律論文集》，澳門，澳門大學法學院，2007年，第397-402頁。

澳門《民法典》第399條第二款的規定，甚至可以將涉及兩項或多項全部或部分受法律規範之法律行為之規則，納入同一合同內。<sup>5</sup> 當然，在這個課題的範圍之內，非典型合同<sup>6</sup> 越來越重要。

而法律明文規定和規範的合同通常稱為典型合同。在澳門《民法典》之中明文規定的典型合同就包括買賣合同（第865條及續後幾條）和本文所關注的賭博或打賭合同（第1171條），以及澳門《民法典》第二卷“債法”第二編“各種合同”所規範的其他合同。

賭博（*gaming*）合同和打賭（*betting*）合同都是射倖合同<sup>7/8/9/10</sup>，也就是以對雙方當事人或輸或贏的風險或可能性為特點的合同。<sup>11</sup>

賭博及打賭屬非有效合同，不構成法定債務之淵源，亦不構成自然債務的淵源（葡萄牙《民法典》第1245條首部份），但法律特別規定賭博及打賭產生法定債務不在此限（澳門《民法典》第1171條第一款）。<sup>12</sup>

與此不同，法律容許之賭博及打賭（依靠玩家的運氣和技巧）為自然債務之淵源（澳門《民法典》第1171條第一款末部），也就是不

- 
5. 參見尹思哲：“澳門民法典中的各種合同與賭博和打賭合同”，前揭書，第347頁。
  6. 須謹記“各種非典型的合同就像典型的合同一樣，並不免除在體系的框架內‘對實體問題的判斷’”。參見CATARINA MONTEIRO PIRES：“在銀行和金融法中的糾正模式和情報模式之間”，原載《私法雜誌》，2013年10月/12月，第42期，Cejur, Braga, 2014年，第7頁。
  7. 循此意義的有JORGE GODINHO：《娛樂場內的賭博借貸》，原載《澳門大學法學院學報》，澳門，2007年，第93頁。
  8. 關於前注之義，亦請參見JORGE GODINHO：“*Credit for gaming in Macau*”，原載《*Law Review and Economics*》，第十冊，2006年第4期，第363頁及續後幾頁。
  9. 參見PAULO MOTA PINTO：“利率掉期合同、賭博和打賭以及作為決定訂立合同依據的情事的變更”，原載《立法和司法見解雜誌》，第144年第3988期，2014年9月、10月，科英布拉，科英布拉出版社，2014年，第14頁。
  10. 參見JOÃO CALVÃO DA SILVA：“利率掉期的合法性和自主性以及賭博和打賭抗辯的不適用性”，原載《立法和司法見解雜誌》，第142年第3979期，2013年3月、4月，科英布拉，科英布拉出版社，2013年，第264頁。
  11. 參見MARIA CLARA CALHEIROS：“在全球金融危機的現況下的掉期合同”，原載《私法雜誌》，2013年10月/12月，第42期，Cejur, Braga, 2013年，第7頁。
  12. 參見JORGE GODINHO：“*The Regulation of gaming and betting contracts in 1999 Macau Civil Code*”，原載《*Gaming Law Review and Economics*》，第11冊，第3期，2007年，第572頁及續後幾頁。

可通過法院執行的債務<sup>13</sup>，但如果自發支付，則支付視為有效且不得請求返還（退還）。<sup>14</sup>

澳門《民法典》並無對法律容許之賭博及打賭和不法的賭博及打賭加以區分。依靠玩家的運氣和技巧的，視為法律容許；如僅依靠運氣，則屬不法。

然而，正如權威學說清楚說明<sup>15</sup>，與澳門《民法典》預計的其他典型合同相反，法律刻意不對“賭博”和“打賭”的技術概念加以詳論。

就是在這個主題的範圍之下，必須稍為在比較法中瀏覽一下，以便覓得“賭博”和“打賭”在技術上穩妥而可操作的概念。

其中一個較多人摒棄的準則認為，如參與人（*players*）在賭博的過程中有所互動並主動參與，並通過所作的各項選擇而對其投注的最後結果有決定性影響的話，就是賭博。<sup>16/17</sup> 這樣，賭博容許參加者對結果加以干涉<sup>18</sup>；打賭中則不會有這種情況。<sup>19</sup>

- 
13. 一如學說清楚指出：“各種自然債務，不論是否屬法律上的債務，仍然是債務，也就是：在兩個人之間的特定關係，而由於這特定關係，其中一人因之而應該作出特定給付。此項給付的義務在法律上是不可要求履行的，但卻是存在的，否則就不能理解以履行之名義而留置（*soluti retentio*）了……‘只要想想賭博就可以了！’”。見ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO：“論自然債務：是法律還是道德？”，原載《法律雜誌》第141年，第3冊，科英布拉，Almedina，2009年，第526-532頁。
  14. 參見JORGE GODINHO：“*Gaming and betting contracts in the 1999 Macau Civil Code*”，原載《*Gaming Law Review and Economics*》，第三冊，2010年第5期，第2頁；JORGE GODINHO：《*Macau Business law and legal system*》，Hong Kong，LexisNexis，2007年，文中多處；MARTIN VRANKEN：《*Fundamentals of European civil law*》，London，Blackpress Press，2nd edition，2000年，第83頁。
  15. 參見JORGE GODINHO：“娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第92頁。
  16. 參見CARLOS MOTA PINTO、A. PINTO MONTEIRO和JOÃO CALVÃO DA SILVA：《賭博和打賭：倫理、歷史和法律依據》，葡萄牙里斯本，里斯本仁慈堂，1982年，文中多處。
  17. 參見RUI PINTO DUARTE：“賭博與法律”，原載《*Themis*》（里斯本新大學法學院學刊），2001年第3期，里斯本，第69-93頁。
  18. “二十一點”（博彩者決定將其投注金額增加一倍，將一對紙牌分門，博牌或不博牌）或視頻撲克（*Video Poker*，博彩者決定保留或換掉那一張牌）都屬於此情況。見JORGE GODINHO：“娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第93頁。
  19. 輪盤或角子機都屬於此情況，這兩種博彩方式之中，博彩人與博彩遊戲本身沒有任何互動，而僅限於下注和等待根本上屬隨機得出的結果；百家樂博彩都屬於此情況，因

按此，在賭博合同之中，立約人有所參與，各方當事人對事件進行和不進行都有主動的角色：使賭博實現而須符合的條件是各方當事人應履行的事情。與此不同，在打賭合同之中，各方當事人未有參與對結果產生影響的事件，結果單純依賴一件與各方當事人無關的，已進行或仍屬未來的事件的出現。<sup>20</sup>

眾所周知，某些賭博只有一個或若干個博彩人參與〔莊荷或博彩人獨自面對一部電子博彩機器（角子機，*slot machine*）〕。然而此情況僅僅因為賭博規則規定的技術要求而出現，並不影響其作為賭博或打賭合同的定性。因為在這種情況下，博彩人在賭博的同時製造了各項前提（也就是發生導致須作約定給付的情況所需的各種條件）。

這樣，與澳門《民法典》預計的其他射倖合同截然不同，賭博和打賭的特點是着重人為製造的藏於合同之內的風險——賭博和打賭的客觀要素。此外，人為製造的風險必須具有賭博和打賭的意圖——主觀要素——即是，消遣或獲利的玩樂猜估意圖，而且不具有以從事經濟活動而達成認真的經濟目的。

事實上，只有這樣才可以將賭博和打賭視為本身是非生產性的、沒有經濟利益的和在社會上不應存在的活動，並因而只是自然債務之淵源。<sup>21</sup> 下文將會再就這點進行論述。

一如前文預先提及過，編纂澳門《民法典》的立法者並未為賭博和打賭下定義，但本文認為，清楚的是對賭博和打賭作單純客觀理解是不足夠的，因為有些活動具有認真的經濟目的，因而值得給予法律保護，而且這些目的同樣客觀地體現在合同條文的要件規定中，外觀

---

為，對博彩人和莊家而言，是否再要牌是有固定規則的（經第55/2004號經濟財政司司長對外規範性批示核准的《百家樂法定規章》）。參見JORGE GODINHO：“娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第93頁。

20. 參見PAULO MOTA PINTO：“利率掉期合同、賭博和打賭以及作為決定訂立合同依據的情事的變更”，前揭書，第16頁。

21. 參見PAULO MOTA PINTO：“利率掉期合同、賭博和打賭以及作為決定訂立合同依據的情事的變更”，前揭書，第18頁。本文會緊隨此著作，甚至引用原文。

上與賭博和打賭並無分別。故此，需要存在體現為賭博和打賭意圖的主觀要素——就是德國法律亦要求的“*Spielabsicht*”。<sup>22</sup>

這個賭博和打賭的意圖不能僅維持於絕對主觀性之中，也就是賭博者或打賭者的心中。相反，賭博和打賭的意圖必須係由各方當事人的明示或默示的法律行為的意思表示產生，或者，必須起碼係可以被對方當事人確認的。

故此，賭博和打賭的意圖必須是雙方的，也就是雙方當事人所共有的，並且被另一方所知悉或是另一方可以確認的，才可以確定存在一份賭博或打賭合同<sup>23</sup>：這是絕大多數學說<sup>24/25</sup>和瑞士司法見解的理解<sup>26</sup>。

在德國的法律方面，較被接受並獲多數學說接納的準則是着重對立約人的動機、意圖或所謀求的目標（消遣或獲利）的分析。<sup>27</sup>

事實上，對德國法律而言（但完全可以移殖到澳門民法的賭博和打賭的概念之中<sup>28</sup>），如果其中一方當事人並非以賭博目的為動機，甚至連確認對方當事人的賭博的意圖也不可能的話，按照德國《民法典》（*BGB – Bürgerliches Gesetzbuch*）第762條和澳門《民法典》第

22. 參見M. HENSSLER：《*Risiko als Vertragsgegenstand*》，Beck，München，3. Auflage，2008年，第446頁。

23. 參見PAULO MOTA PINTO：“利率掉期合同、賭博和打賭以及作為決定訂立合同依據的情事的變更”，前揭書，第16頁。本文會緊隨此著作，甚至引用原文。

24. 參看EUGEN BUCHER：《*Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil*》，3. Auflage，Schulthess Polygr.，1988年，第315-317頁。

25. 循前注之義，請參閱HUGO OSER和WILHELM SCHÖNENBERGER：《*Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band (Bd.) 5: Das Obligationenrecht Teil 3*》，2. Auflage，Zürich，Schulthess，（1945），n.º 45，§ 67。

26. 參看瑞士聯邦法院1939年1月24日的合議庭裁判（*Urteil*）（*BGE – Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, vol. 65, Band II, pp. 23-34*）；聯邦法院1994年3月14日的合議庭裁判（*Urteil*）（*BGE – Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, vol. 120, Band II, pp. 35-42*）。

27. 關於德國的學說，SPRAU指出了區分賭博（*Spiel*）和打賭（*Wette*）合同的準則，參見《*Bürgerliches Gesetzbuch*》，59. Auflage，§ 762，n.º 3，（2000），pp. 880。

28. 德國《民法典》第762條所載的法律制度與葡萄牙《民法典》第1245條和澳門《民法典》第1171條第一款規定的法律制度相似，均僅賦予賭博及打賭合同成為自然債務之淵源的可能性。

1171條第一款的立法理據，就沒有任何理由任由該當事人不受法律保護。與嚴肅的經濟活動之中具有利害關係的當事人比較，找不到一個比保護博彩人更重大的需要。<sup>29</sup>

關於美國的法律方面，為了界定遊戲（*gaming*）的實質內涵，通常都會參考*predominance test*（主導性測試）<sup>30</sup>、*gambling instinct test*（賭博天性測試）<sup>31</sup>和*material element test*（實質要素測試）<sup>32</sup>。

按照這些測試，如果發現同時存在*consideration*、*chance*以及*prize or reward*<sup>33</sup>的話，就視之為賭博。然而，運氣（*chance*）在各測試之中的評估方式都不大相同。

因此，在*predominance test*之中，如果運氣比玩家的技巧為優或更具主導性，就視之為賭博<sup>34</sup>；為此目的，學說通常以51%為界線以分辨運氣是否比技巧更具主導性。

在*gambling instinct test*之中，關於賭博的實際動能方面，玩家根本上係由其*gambling instinct*所驅動；自然地，由於玩家的內心是不可測量的，這項測試一直未獲得美國的學說所接受。<sup>35</sup>

29. 參見M. HENSSLER：“*Risiko als Vertragsgegenstand*”，前揭書，第444頁。

30. 美國大部分州際司法管轄區都施行，參閱ERICA OKERBERG：“What’s in a Game? A Test under which we may call a ‘VGT’ a gambling game is not so sweet: Why courts should not apply the material element test to VGTS”，in (*UNLV Gaming Law Journal*), Vol. 5, Spring 2014, (2014), pp. 28。

31. 由於其性質屬高度主觀，因而所引起的問題較其解決的問題多，參看ANTHONY N. CABOT、GLENN J. LIGHT和KARL RUTLEDGE：“Alex Rodriguez, a Monkey, and the Game of Scrabble: the Hazard of Using Illogic to Define Legality of Games of Mixed Skill and Chance”，in (*Drake Law Review*), (2009), pp. 393-394；於此方向相同的，也表達了同樣保留的，請參閱ERICA OKERBERG：“What’s in a Game? A Test under which we may call a ‘VGT’ a gambling game is not so sweet: Why courts should not apply the material element test to VGTS”，前揭書，第28頁。

32. 在美國七個州際司法管轄區施行，包括：阿拉巴馬州、阿拉斯加州、夏威夷州、密蘇里州、新澤西州、紐約州、奧克拉荷馬州和俄勒岡州。參看ANTHONY N. CABOT、GLENN J. LIGHT和KARL RUTLEDGE，前揭書，第392頁，注64。

33. 關於美國的司法見解，參見Commonwealth v. Dent, 992, A. 2d, 190, 191, (Pa 2010)。

34. 參看ANTHONY N. CABOT、GLENN J. LIGHT和KARL RUTLEDGE：“Alex Rodriguez, a Monkey, and the Game of Scrabble: the Hazard of Using Illogic to Define Legality of Games of Mixed Skill and Chance”，前揭書，第383-394頁。

35. 參閱ERICA OKERBERG，前揭書，第28頁。

按照 *material element test*，當運氣 (*chance*) 被視為遊戲的實質要素<sup>36</sup>時，就證實是賭博 (*gambling*)。

這樣，在這項測試之中，將 *consideration* 理解為 *detriment or promise*<sup>37</sup>，就是一項金錢獎賞<sup>38</sup>；將運氣理解為賭博的實質元素<sup>39</sup>，就是 *mere incidental effect of the game*<sup>41/40</sup> 以外的東西——這意味着，運氣如果對遊戲的結果產生一定的作用的話，就可能是遊戲的一項實質要素<sup>41</sup>，而這種作用不一定<sup>42</sup>是顯著的或具決定性的<sup>43</sup>。

在 *predominance test* 之中，賭博的概念以三個要素為特點，包含：(1) *consideration*，(2) *chance predominates over skill* 和 (3) *prize*。<sup>44</sup>

事實上，如在統計 (*percentage benchmark for when chance “predominates” over skill*)<sup>45</sup> 方面，對遊戲的結果影響而言，如運氣較玩家的技巧更具主導性，則視為賭博；相關的百分比須估計超過 51%。<sup>46/47</sup>

36. 參看 ANTHONY N. CABOT、GLENN J. LIGHT 和 KARL RUTLEDGE，前揭書，第 392 頁；ERICA OKERBERG，前揭書，第 28 頁。
37. 關於美國的司法見解，參見 *Dalton c. Pataki*, 11 A.D. 3d 62, 90 (New York App. Div. 2004) (當中對 *gambling* 的實質要素進行了討論)。
38. 參閱 *People v. Dubinsky*, 31 N.Y.S.2d 234, 239 (N.Y. Sp. Sess 1941) (當中認為 *consideration* 不一定是金錢)；與此方向相同的有 *Veterans of Foreign Wars Post 6477 v. Mo. Gaming Comm’n*, 260 S.W. 3d 388。
39. *U.S. v. DiCristina*, 886 F. Supp. 2d, 164, 234 (E.D.N.Y 2012)。
40. 參看 MICHAEL A. TSELNIK: “Note, Check, Raise, or Fold. Poker and the Unlawful Internet Gambling Enforcement Act, 35” (*Hofstra Law Review*), 2007 年，第 1167 及 1646 頁。(當中闡釋了 *Poker* 是一個熟能生巧的遊戲而非依靠運氣的賭博的原因)。
41. 參閱 *Thole v. Westfall*, 682, S.W.D.2d 33, 37 n. 8 (*Mo. Ct App. 1984*); *State v. Prevo*, 44 *Haw.*, 665, 678 (*Haw. 1961*)。
42. 參見 GEORGE REMENIK: “Mrs. Tschetschot’s Busted Hand, Poker, and Taxes: The Inconsistent Application of Tax Laws on a Game of Skill”, 《*Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics Journal*》, 2010 年，第 485、491-492 頁。
43. 參閱 ANTHONY N. CABOT、GLENN J. LIGHT 和 KARL RUTLEDGE，前揭書，第 392-393 頁；ERICA OKERBERG，前揭書，第 29 頁。
44. 參看 *Commonwealth v. Dent*, 992, A. 2d, 190, 191, (Pa 2010)。
45. 參閱 ANTHONY N. CABOT、GLENN J. LIGHT 和 KARL RUTLEDGE，前揭書，第 402 頁；ERICA OKERBERG，前揭書，第 45 頁。
46. 參考 ERICA OKERBERG，前揭書，第 45 頁。
47. 參閱 U.S.C. § 5362 (1) (E) (ix) (2012); Ala CODE § 13-A-12-76 8 (c) (2013); *Price et al. Pinnacle Brands, Inc.*, 138, F3d 602, 606 (5th Circuit 1998)。

對於本文來說，從《民法典》第1171條第一款得知，如果同時存在兩項要素——內在要素和外在要素——的話，就應視為打賭（*betting*）。

作為內在表現的內在要素，從經驗上講，它反映在*animus ludendi*，也就是消遣或娛樂的意圖的外在環境之中，因而沒有任何營利的意圖（縱使營利的意圖經常都是這個消閒意圖的一個結果），亦沒有嚴肅的經濟活動。

外在要素是指，無論玩家有多高超的*skills*（技巧），都受到其技巧以外的，必然屬可變化的和可轉變的一系列外在要素所約制，歸根究底，這些要素將會決定打賭的最終結果。就是說，這項外在要素使玩家變成一名單純的參與人而非主角。這是顯而易見的。實際上，打賭的條款通過複雜的演算所預先決定，而且必然遠超玩家操控範圍。玩家引領不了打賭的條款。打賭的條款係由打賭的標的本身創造和引領。玩家參與引領打賭，但不能決定賭局，因而對打賭的最終結果沒有絲毫影響。

故此，打賭的最終結果完全超出玩家的控制範圍之外：電子博彩機器（角子機）和百家樂就是典型的情況。

於此不同，從澳門《民法典》第1171條第一款來看，如果玩家與一項具消閒性質的標的互動的條款與打賭相反的話，則應視之為遊戲（*gaming*）。

如此，與打賭相反，玩家技巧（*skills*）的佔比就是遊戲最終結果的絕對決定因素。

事實上，如果在打賭方面，玩家的技巧完全被專斷的遊戲條款抵銷的話，在遊戲方面，玩家對最終結果的確定和如何得到最終結果都具有決定性。玩家對遊戲（的最終結果）演進的條款的情況有控制權，因為最終結果的好壞完全取決於玩家對遊戲的操控而非與遊戲互動。總而言之，遊戲由玩家決定。

因此，玩家一方對遊戲掌握的好與壞將決定遊戲的最終結果：視頻撲克和二十一點就是典型的情況。

## 二、作為自然債務淵源的澳門《民法典》中的賭博和打賭合同——不違法（*praeter legem*）的習慣的重要性——簡述

賭博合同和打賭合同是“遊戲的人”（*homo ludens*）實際的體現；歸根究底，它象徵着娛樂的意願、消遣的意願。

事實上，在風險社會（*Risikogesellschaft*）的背景下，人類感到有需要在經營嚴肅的經濟活動的邏輯以外，找尋達到可以為自己製造個人消遣機制的娛樂途徑；基於這個前提，玩家的消遣意圖相應於高度個人化的需要，這種需要對自己有害並不罕見，因而不值得法律保護。

事實上，一如所述，玩家的那種消遣意願象徵着高度個人化的需要，由於對玩家並無經濟利益，因而不存在值得以法制進行法律保護的充分實質理由。

基於這個理由，澳門《民法典》將賭博或打賭合同產生欠債的*enforceability*剔除，原因是，考慮到消遣的目的和這些欠債不具有經濟利益，因而將欠債之事交由各方立約人自由處分。

賦予賭博或打賭合同的各方當事人的自由處分權表現為：一方面，縱使各方當事人事前已知道此等合同所產生的欠債純粹是自然債務（澳門《民法典》第1171條第一款），仍然可以訂立合同；另一方面則表現為這些合同不具強制性，以及這些欠債的債務人“要的話才會支付欠債”的（已估計的）風險，而且如果這樣做，就不可請求對不當支付作出退還。

既然這是正確的而且基於欠債的法律性質屬於自然債務，在中華人民共和國澳門特別行政區的娛樂場裏面一貫的做法是，由賭博或打賭合同所產生的債務必須向債權人全數支付。

支付由賭博或打賭合同（澳門《民法典》第1171條第一款）所產生的債務是基於習以為常的規則（基於澳門的娛樂場所有人和客人之間的關係所確立的社會實踐）而為之。

編寫關於不違法的習慣的簡述屬重要就是基於這個邏輯，因為在澳門《民法典》之中，習慣並不構成法律的淵源。

習慣通常都被定義為反覆進行的社會實踐（體素），伴之以被認為必須遵守的信念（心素）。<sup>48</sup>

第一項要件是行為，在中華人民共和國澳門特別行政區的娛樂場之中，這項要件是普遍存在的，因為賭博和打賭合同的立約人都是基於必須遵守的信念。<sup>49</sup>

就是說，這個必須遵守的信念在目的論方面的理由是，支付由賭博和打賭合同所產生的欠債的行為是理性的或具合理性的<sup>50</sup>；這是可獲認為澳門的法律的社會實踐<sup>51</sup>的表達。

### 三、澳門特別行政區娛樂場中的賭博借貸： 6月14日第5/2004號法律——是消費借貸合同 還是像信託行為一樣具有信貸和擔保功能的回購合同？ *Marciano*約定——簡述

6月14日第5/2004號法律第二條第一款規定：“信貸僅於信貸實體將娛樂場幸運博彩用籌碼的擁有權移轉予第三人，但就該移轉並無即時以現款作出支付的情況下成立。”

關於這項規定，學說一向認為，考慮到以賭博信貸為基礎而訂立的各種合同，同樣的經濟效果可以產生不同的法律框架。<sup>52</sup>

48. 參見：ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO：“十九世紀的風俗習慣”，原載《公司法雜誌》，第三年，第3期，科英布拉，Almedina，2011年，第627頁。

49. 關於德國的學說，參見ERNST ZITELMANN：《*Gewohnheitsrecht und Irrthum*》，AcP 66（1883），pp. 323-468；GUSTAV RÜMELIN：《*Das Gewohnheitsrecht*》，Jhjb, XXVII，第164頁及續後幾頁。

50. 關於意大利的學說，參見NORBERTO BOBBIO：《*Consuetudine (teoria generale)*》，ED IX（1961），第429/I頁及續後幾頁。

51. 關於意大利的學說，參見CIRO LIPARTITI：《*Consuetudine (diritto internazionale)*》，NssDI IV（1960），327-333；FABIO ZICCARD：《*Consuetudine (diritto internazionale)*》，ED XI（1961），476-501。

52. 關於商業特許合同（澳門《商法典》第657條及續後幾條）方面，在此合同的範圍之內，當事人一方有義務轉銷由他方當事人生產或銷售之產品，作為分銷商而為行

尤其可想起的是消費借貸合同（澳門《民法典》第1070條）或者之後才支付價金的買賣籌碼合同。<sup>53</sup>

在這個學說的觀點之中，相關的法律定性是基於“擁有權移轉”似乎是指實際交付籌碼的情況，這就賦予賭博信貸物權（*quoad constitutionem*）的性質。上述的學說亦稱，這與消費借貸制度相適應，在消費借貸之中，借用物之所有權透過借用物之交付而轉移予借用人（澳門《民法典》第1071條）；事實上，在可預計的買賣籌碼的情況之中，這個概念也會包括履行交付所出售籌碼的義務。無論如何，在賭博信貸的法律而言，似乎尤其以經驗和經濟狀況為重要：為使信貸的受益人可以即時賭博，博彩用籌碼的實質轉移（也就是籌碼的實際交付）是必不可少的，這就是相關信貸的核心。<sup>54</sup>

這個學理上的概念將其分析的重點放在賭博信貸的法律定性之上，可以直接適用於賭博信貸受益人（博彩人）使用為在娛樂場賭博或打賭而借用全部資金的情況；隨着信貸實體交給借用的全部資金（賭博信貸），這些資金通過購買籌碼（*chips*）而流入澳門特別行政區娛樂場作賭博或打賭的消遣用途。

而在“賴帳” [*walking*，賭博信貸的借款人（博彩人）只使用了其獲批出用作此消遣用途的部份金額] 的情況又如何？在這類情況之中，對*walking*的事實描繪較為適宜的法律定性不就是一如信託法律行為的具信貸或擔保作用的回購麼？

依本文的觀點，答案不可能不是肯定的。這樣，本文對這種合同作一說明。

澳門《商法典》第831條預計了回購合同，並且規定：“回購合同係指出賣人透過一定價金將某種債權證券之所有權移轉予買受人，而買受人有義務於約定期限屆滿時將同一種類及數量之證券之所有權移

---

為，參閱JORGE GODINHO：《*Macau Business Law and Legal System*》，香港，LexisNexis，2007年，第126-129頁。

53. 參見JORGE GODINHO：“娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第89頁。

54. 參見JORGE GODINHO：“娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第89頁。

轉予出賣人，以取得可按約定增減之價金之合同”；“回購合同於證券實際交付時成立”（澳門《商法典》第832條）。

在*walking*的情況之中，從合同自由原則（澳門《民法典》第399條第一款和第二款）和簽發債權證券之自由原則（澳門《商法典》第1064條）出發，各方立約人可以使用一如信託法律行為的具信貸或擔保作用的回購。<sup>55</sup>

按此，在具有信貸和擔保功能的回購方面的初始出售之中，這象徵着借出的賭博信貸金額。流通債權證券（可兌換為金錢的籌碼）就是借出金額的擔保<sup>56</sup>，在實踐上，這些證券就是部份退還交付予博彩人或投注人的賭博信貸的擔保。<sup>57</sup>

故此，在具有信貸和擔保功能的回購之中，考慮到連繫賭博信貸各方立約人的交託關係，回購應具有信託法律行為的性質。

事實上，信託法律行為<sup>58</sup>這類行為類別的特點是採納一個專門的架構，當中出現一項權利的完全取得，而行使權利時僅受債權方面的限制，而且取得人（獲批給賭博信貸的博彩人）須將未在澳門娛樂場使用的賭博信貸餘數再作移轉，這就使出託人（賭博信貸的放貸人）處於特別不利的狀況，或者風險——信託風險<sup>59</sup>——的狀況。

55. 關於信託行為的行為類型，尤其關於一如信託行為具有信貸和擔保功能的回購的定性，參閱MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS：“債權讓與擔保和無償還能力·讓與人無償還能力情況下受讓人的地位特論”，博士學位論文，科英布拉，科英布拉出版社，2007年，第46頁及續後幾頁，以及第231頁及續後幾頁。

56. 關於意大利的學說，參見GIACOMO MOLLE等：“I contratti bancari”，《*Tratato di diritto civile e commerciale*》，第XXXV卷，第一冊，米蘭，Giuffrè，1981年，第366頁；ANGELO LUMINOSO：“I contratti tipici e atipici”，《*Tratato di diritto privato (a cura de Giovanni Iudica e Paolo Zatti)*》，米蘭，Giuffrè，1995年，第202頁。

57. 關於意大利的學說，參見C. VIVANTE：“Il contrato di riporto”，《*Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni (RDCom)*》，1919年第I期，第667頁；FRANCO BELLI和CLAUDIA ROVINI：“Riporto (contrato di)”，《*Digesto delle discipline privatistiche (DDP)*》，sezione commerciale, XXIV，2012年，第545頁。

58. 參閱PEDRO PAIS DE VASCONCELOS：“非典型合同”，博士學位論文，《學位論文集》，科英布拉，Almedina，2007年，第254頁及續後幾頁。

59. 參閱LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS：“關於具有信貸和擔保功能的回購”，原載《公司法典頒佈二十周年，向A. Ferrer Correia、Orlando Carvalho和

一如所述，出託人這種不利的地位或處於風險的狀況係以信託風險為特點<sup>60</sup>；這是因為存在着受託人（獲批給賭博信貸的博彩人）拒絕將未在澳門娛樂場使用的借用資金（以博彩籌碼的形式提供且可以兌換成金錢）餘額移轉或拒絕信託轉移<sup>61</sup>的可能性。

基於此理由，亦基於合同自由原則（澳門《民法典》第399條第一款和第二款），賭博信貸（視之為一如信託法律行為的具信貸或擔保作用的回購）的各方立約人應該在合同的擬本（通常都是通過事先設計好的格式）中預計受託人將賭博信貸總額中未有在澳門娛樂場使用的贖餘信貸金額退還的可能性：意大利學說一向稱之為*marciano*約定（與不容許約定完全不同）。

*Marciano*約定是一項協定，按照此協定，如發生不履行的情況，用作擔保的財產（可兌換為金錢的博彩籌碼）須轉移予債權人，但如未支付欠債金額與有關財產之間存在差額的話，則債權人須向債務人支付此差額。<sup>62</sup>

---

Vasco Lobo Xavier教授致敬》，第三冊（不分類），科英布拉，科英布拉大學學院及科英布拉出版社，2007年，第21頁；具相同意義的有CATARINA MONTEIRO PIRES：《讓與擔保》，碩士論文，科英布拉，Almedina，2010年，第227頁及續後幾頁。

60. 關於意大利的學說，參見FILIPPO ANNUNZIATA：“Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla convenzione dell’Aja alla Collateral Directive”，in 《Banca, Borsa e di Credito》，（BBTC），（2003），pp. 178 e ss；EUGENIO MASTROPAOLO：“La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria（Direttiva 2002/47/CE del giugno 2002）”，in 《Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni（RDCM）》，（2003），pp. 519 e ss；關於德國的學說，參見KATHARINA KOLLMANN：“Zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6 Juni 2002 über Finanzsicherheiten in das deutsche Recht”，in 《Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrechts, Wertpapier-Mitteilungen（WM）》，（2004），pp. 1012 e ss。
61. 參閱ANDRÉ FIGUEIREDO：“尤其適用於動產有價物管理的對於第三人的信託行為”，博士學位論文，《學位論文集》，科英布拉，Almedina，2013年，第309頁；JOÃO CALVÃO DA SILVA：《銀行業、股市和保險，歐盟法和葡萄牙法》，第一冊，總則，科英布拉，科英布拉出版社，2007年，第216頁。
62. 關於意大利的學說，參見FRANCISCO REALMONTE：“Stipulazioni commissorie vendita com patto di riscatto e distribuzione dei rischi”，in 《FI》，（1989），parte I, cols. 1440 e ss，col. 1444，當中申明：“從來沒有人懷疑*marciano*約定合規範性”；GUISEPPE STOLFI：“Promessa di vendita e patto commissorio”，in 《FP》，（1957），parte I, cols. 767 e ss，著者認為，正因為col. 767：“立法者並不禁止容

上述marciano約定是合規範的，因為並不存在債權人從財產（可兌換成金錢的博彩籌碼）的價值與其債權（通常與有關財產的價值一樣）之間的差額得利的風險，而所轉讓的財產之價值必然相應於擔保的債權之價值是有保證的。<sup>63</sup>

#### 四、“walking”的問題：“泥碼”或者是否可以接納“消極擔保（negative pledge）”、“equitable security”、“floating charge”等在美國學說上的分類？繼而討論關於遲延給付的違約金條款和強迫性違約金條款

賭博信貸法律效力的問題並不僅限於（屬射倖合同的）專有意義上的幸運博彩。

事實上，賭博信貸的法律效力在屬金融性質的非射倖的合同的關係方面別具重要性，這些合同旨在為他人提供在娛樂場進行幸運博彩的博彩籌碼或“tokens”。<sup>64</sup>這是顯而易見的。實際上，由於對澳門特別行政區的娛樂場格外重要，賭博信貸因而成為法定債務的淵源（6月14日第5/2004號法律第四條規定：“按照本法律的規定提供信貸，則產生法定債務”）。

---

許消費借貸與人變為附負擔之物所有人的任何條款，但卻僅禁止規定已抵押之物或已質押的所有權，因不準時支付債務並因而未有辦理其他手續而移轉予債權人”；GIANLUCA MAURO PELLEGRINI: “In tema di alienazioni in garanzia e patto commissório”, in *Giurisprudenza Italiana (GI)*, (1991), I, 1, cols. 1207 e ss., col. 1208認為不容許約定的禁止範圍亦延伸適用於債權約定和旨在保證債務人履行債務的，由第三人作出的不動產買賣預約的各種情況是“毋庸辯論的”。

63. 參見IRA BUGANI: “Il divieto del patto commissório e la vendita com patto di riscatto (o com patto di retrovendita)”, 《La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata》, 1986年，第二部，第31頁及續後幾頁，當中亦稱意大利主流司法見解認為不容許約定的禁止範圍僅限於只有債權效力協議，因為這會讓各方當事人獲得產生物權效力的不容許約定擬達致的經濟結果，這個結果是立法者欲通過禁止性規定而阻止達致的。一如上文所述，此情況是不會在marciano約定中發生的。關於葡萄牙的學說，參見JÚLIO GOMES: “關於不容許約定的禁止範圍、自主的不容許約定和marciano約定——最高法院2003年1月30日第3896/02號上訴案的合議庭裁判”，原載《私法雜誌》，2014年10月/12月，第8期，Cejur, Braga, 科英布拉出版社，第71頁。

64. 參見JORGE GODINHO: “娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第93頁。

如果這是正確的，對此所產生的疑問就是，當博彩人將獲批給的賭博信貸用作其他用途時，法律如何看待 (*quid iuris*)？在這個論題的範圍內，“*walking*”——在獲得賭博信貸之後僅作小量投注，並且帶同大部份借用資金離開娛樂場<sup>65</sup>——是常見的做法。這種行為損害博彩營運商<sup>66</sup>，因為有關所批出的賭博信貸並未實際在娛樂場作賭博投注，失去了*house advantage*，也就是自動存在於所有設有莊家的賭博的優勢。這種做法可以通過使用“泥碼”<sup>67</sup>（不能兌換為現金的賭博籌碼）和選擇獲提供賭博信貸的博彩人<sup>68</sup>而加以控制。<sup>69/70</sup>

關於這方面，學說一向指出，賭博信貸通常沒有特別擔保，但以執行名義而言，其文件是不變的。這樣，按照賭博信貸的法律制度，賭博信貸是可以用債權證券來代表，而這些債權證券可為無記名證

- 
65. 參見JORGE GODINHO：“娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第94頁，注33。
66. 參閱WILLIAM R. EADINGTON和RICARDO SIU：“Between Law and Custom — Examining the Interaction between Legislative Chance and the Evolution of Macao’s Casino Industry”，《*International Gambling Studies*》，Volume 7，2007年，文中多處。
67. “泥碼 (*dead chips*)”不能兌換為金錢而只可以用作投注；這些籌碼通常為長方形。所贏的彩金都可在娛樂場櫃台兌換為金錢的籌碼支付。這是澳門傳統採用旨在保證供賭博的借貸用於娛樂場賭博而非用於其他用途的辦法。參閱WUYI WANG和WILLIAM R. EADINGTON：“Vip Room Contractual System of Macau’s Traditional Casino Industry”，in 《*University of Nevada and Reno (UNR), Working Papers Series Working Papers*》，n.º 07-001, January 2007, (2007), pp. (1-39) (6)；ROBERT C. HANNUM和SUDHIR H. KALE：《*The mathematics and marketing of dead chips programmes: finding and keeping the edge*》，Volume IV, n.º 1, June 2004, (2004)，文中多處；於此方向相同的，參見JORGE GODINHO：“娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第90頁，注15。
68. 關於“VIP Room Promoters”和賭客的選擇，參看WUYI WANG：“Rethinking of Macau’s Gaming Liberalization from a view of Institutional Economics”，in 《*Macau Polytechnic Institute Publishing*》，Macau, (2005)，文中多處。
69. 關於美國的學說，參看ANTHONY CABOT/JOSEPH KELLY：“Casino Credit and Collection”，in 《*Institute for the Study of Gambling and Commercial Gaming*》，Las Vegas, NV, (2003)，pp. 3；JIM KILBY、JIM FOX和ANTHONY LUCAS：《*Casino Operations Management*》，2nd edition, Wiley, Hoboken NJ, (2005)，pp. 103-106。
70. 關於VIP room gaming promoters報酬的問題，尤其聚焦於Rolling Chip Turnover的辦法，參閱JORGE GODINHO：“Casino Gaming in Macau: Evolution, Regulation and Challenges”，in 《*UNLV Gaming Law Journal (UNLVGLJ)*》，Volume 5, Issue 1, (2014)，pp. 12，注52。

券<sup>71</sup>（6月14日第5/2004號法律第二條第四款）。澳門《商法典》容許簽發法律無特別規範之債權證券，且認可創造和簽發任何債權證券的自由之事實說明這是合理的（第1064條）。

然而，倘若一如上文所述，澳門《商法典》第1064條規定的創造和簽發任何債權證券的自由存在的話，出現的問題就是是否可以再基於合同自由原則（澳門《民法典》第399條第一款）創立個人擔保和特別擔保以便防範不履行賭博信貸所產生法定債務（6月14日第5/2004號法律第4條）。

答案必然是肯定的。為此目的，需求諸安格魯撒克遜法律，具體就是美國的法律，以便察看是否可以在澳門特別行政區娛樂場範圍內接納美國在學說上幾個類型，包括：*equitable security*、*negative pledge*，甚至*floating charge*（浮動擔保），後者在澳門《商法典》第928條至第981條有明文規定。

*Equitable security*這項法律制度，特別是衡平留置權（*equitable lien*）在學說上的概念，在澳門法律體系中都是沒有對應的，但可在符合特定要件的情況下容許法院給予某個主體類似於通過物權擔保登記而獲得的保護（有關要件仍未明確或獲一致認同<sup>72</sup>），縱使相關保護從未獲證實確立。<sup>73</sup>

建基於各方當事人的合同自由（澳門《民法典》第399條第一款）而通過他們的簡單的意思表示設定擔保，而非透過登記設定擔保的意

71. 學說一直贊同可以在澳門的娛樂場使用源於美國的所謂“*markers*”，參考LIONEL SAWYER等：《*Nevada Gaming Law*》，4th edition, Las Vegas and Reno, (2002)，pp. 268-277；參見JORGE GODINHO：“娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第94頁，注34。

72. 關於美國的學說，循此意義的有GRANT GILMORE：“Security Interests in Personal Property”，原載《*The Lawbook Exchange*》，in *The Lawbook Exchange*, New Jersey, (1965)，pp. 198，當中認為，關於這方面“*the term “equitable”, with reference to assignments, liens, pledges and security interests, is used in a variety of senses, often contradictory*”。

73. 參閱ANTÓNIO MANUEL MENEZES CORDEIRO：“Negative Pledge的一項比較研究”，原載《法律雜誌》，第三冊，科英布拉，Almedina，2010年，第497-538頁，本文會緊隨此著作，甚至引用原文。

念，在美國法律中獲得確立。<sup>74</sup> 可以找到19世紀20年代中期 *Court of Appeals of Maryland*的裁決，當中以很簡單的方式訂出了若干項適用的原則。<sup>75</sup>

這項原則現今仍然獲得一致的接納<sup>76</sup>，能明確顯示各方當事人有此意思時即適用之。<sup>77</sup>然而，屬重要的是須肯定有關物權擔保不會提出以對抗已經適當登記此項擔保的善意第三人。<sup>78</sup>

*Equitable security*是因應美國的司法見解而實際實施經歷百年的多項原則而出現。在*Crabtree v Bramble*一案之中，*Court of Chancery*以十分抽象的方式提出了本文認為可以將之視為這個概念基礎的裁決。<sup>79</sup>

74. 關於美國的學說，參考WILLIAM E. BRITTON: “Equitable Liens — A Tentative Analysis of the Problem”, in 《*N.C.L. Review*》, (1930), pp. 399-407; HARLAN F. STONE: “The ‘Equitable Mortgage’”, in 《*Columbia Law Review (CLR)*》, (1920), pp. 526-532; GARRARD GLENN: “The Equitable Pledge Creditors Rights and the Chandler Act”, in 《*Vanderbilt Law Review (VLR)*》, (1939), pp. 435-446; TIJO HANS: “Of Prohibitions on Assignments, Restrictive Covenants and Negative Pledges in Commercial Law: Clogs on Commerce”, in 《*S. Ac Law Journal*》, (1994), pp. 156-159。

75. 當中主要申明如下: “When any instrument of writing is designed to operate as a transfer of property, and proper and apt terms are used, whereby the meaning of the parties can be clearly ascertained, if some circumstances are omitted to give it legal validity, which deprive it of its intended, specific operation, a Court of Equity will set it up as a contract.”

76. 關於美國的司法見解，參閱 *James v Alderton Dock Yards*, 256 New York 298-306, 303, 176 N.E. 401-404, 403 (N.Y. 1931); *Adams v Avirett*, 252 Md. 556-571, 568, 250 A.2d 891-894, 892 (Md. 1969); *Equitable Trust Company v Imbesi*, 287 Md. 249-272, 260, 412 A.2d 96-107, 101 (Md.1980)。

77. 各方當事人的意思應基於對合同的解釋而確定，而在此範疇內，解釋者 / 應用者應確定所使用的字眼的意義。在英國的司法見解方面，參閱 *Equitable Life Assurance Society v Hyman* (LORD STEYN), (2000), 3 All E.R., 961-973 at 969; *Ashvile Investments v Elements Ltd* (MAY LJ), (1989) Q.B., 488-518 at 494; *Palm Shipping Inc. v Kuwait Petroleum Corporation* (SAVILLE J.), 1988, Lloyd’s Rep 500-503 at 502。

78. *Datlof v Turestsky* 111 A.D.2d 364-366, 365, 489 N.Y.S. 2d 353-355, 354 (N.Y.A.D. 2 Dept, 1985)。

*Datlof v Turestsky* 111 A.D.2d 364-366, 365, 489 N.Y.S. 2d 353-355, 354 (N.Y.A.D. 2 Dept, 1985)。

79. 循此意義的有，*Court of Chancery*申明 “It must be allowed equity follows the contracts of parties, in order to preserve their intent, by carrying it into execution, and

在下文的轉錄之中，可以總結為，如果訂立賭博信貸合同的各方當事人明知而訂立產生特定法律效力的協議——也就是將賭博信貸受益人的財產設定擔保的意思，以防範因*walking*出現的，也就是不履行退還未在澳門娛樂場使用的信貸餘額的情況（通常這個意思僅有單純的債權效力）——，按照合同自由原則（澳門《民法典》第399條第一款），法院<sup>80</sup> 就會傾向於承認有關協定有效<sup>81</sup> 和可執行<sup>82</sup>，是否嚴格遵守法律手續在所不問。<sup>83</sup>

與在美國法律中發生的情況相似，由某一法院設定的債務利害關係，一如前文所述，並不影響善意第三人的法律地位。<sup>84</sup>

而在*negative pledge*條款方面，以其最簡單的方式來說，它就是消費借貸借用人（也就是賭博信貸的受益人）在具有信貸和屬信託性質擔保的功能的回購合同——本文認為*walking*的情況屬此法律定性——訂立後所承擔的債務，除具體訂明的例外情況外，不得將其為

---

depends on this principle, that what has been agreed to be done for valuable consideration is considered as done, and holds in every case in dower.”。

80. 法律的重點在於法院的活動；這都可以歸納為要了解法官如何對具體的案件作出裁判，因為 “It matters how judges decide cases”。在美國的學說方面，參考RONALD DWORKIN：《*Law's Empire*》，倫敦，Hart Publishing，1998年，1986年版重新印刷，第1頁；RONALD DWORKIN：《*A Matter of Principle*》，牛津，Clarendon Press，2001年，1985年版重新印刷，第10頁及續後幾頁；RONALD DWORKIN：《*Taking rights seriously*》，Duckworth Books, London, 2nd edition, (1982), pp. 3 e ss。
81. 關於美國的司法見解，參考Frederick v Frederick (1721) 1 P. Wms 710-723, 713。
82. 受安格魯撒克遜影響的法律體系之所以採用解釋合同的客觀方法論，很大程度上是由於憂慮各方當事人的真實意思因不存在共同的意思而不能確定，從而使多數合同不能維持。參考ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO：“安格魯撒克遜法系中合同的解釋”，原載《法律雜誌》，第141期第三冊，科英布拉，Almedina，第2009頁，第526-532頁；KIM LEWISON：《*The Interpretation of Contracts*》，Sweet and Maxwell, London, (2004), pp. 23-25。
83. 關於美國的學說方面，參閱ROY GOODE和LOUISE GULLIFER：《*Goode on Legal Problems of Credit and Security*》，4th edition, Sweet & Maxwell, (2008), pp. 7-12。
84. 參閱JOHN PHILIPS：《*Equitable Liens – A Search for a Unifying Principle in Securities Over Personality*》，The Federation Press, Sydney, (1994), pp. 29-36。

權利人的物權作為擔保<sup>85</sup>，除非事先獲賭博信貸提供者（消費借貸貸與人）許可。<sup>86</sup>

通常，是否可以在將來提供擔保，須視乎有否債權人一方的事先同意。<sup>87</sup>

關於這方面，傳統上都會提及特拉華州最高法院（*Supreme Court of Delaware*）的裁判以說明 *negative pledge* 條款在實踐上適用性。

事實上，在 *Coast Bank v Minderhout* 一案<sup>88</sup> 中，就出現過這種情況。1957年1月18日至11月12日之間，*Coast Bank*<sup>89</sup> 多次向 *Burton Enright* 和 *Donald Enright* 貸款，各方當事人在另一合同訂明，在全數支付之前，未經 *Coast Bank* 事先同意，姓 *Enright* 的二人既不能將其為權利人的任何所有權出售，也不能將之設定擔保。如果不遵守這條條款，*Coast Bank* 有權追收未償還的其餘各期給付。這條條款適當地在 *Recorder of Deeds*（等同於澳門物業登記局）登記。在訂立合同後不久，姓 *Enright* 的二人未經 *Coast Bank* 事先同意將一幅土地移轉給他人。*Coast Bank* 基於 *negative pledge* 條款而提早終結有關合同並要求履行全部主債務。由於經濟拮据，二人未能滿足有關債權。<sup>90</sup> *Coast Bank* 知悉所有權被出售後，主張法院承認已經設定 *equitable lien* 並

85. 關於美國的學說方面，JONATHAN R.C. ARKINS：“‘Ok-so You’ve Promised, Right?’，The Negative Pledge Clause and the ‘Security’ it Provides”，in «*J.I.B.L.*», (1993)，270-271；PETER F. GOOGAN/HOMER KRIPKE和FREDERIC WEISS：“The Outer Fringes of Article 9: Subordination Agreements, Security Interests in Money and Deposits, Negative Pledge Clauses and Participation Agreements”，in «*Harvard Law Review (HLR)*», (1965)，pp. 256-267；THOMAS C. MITCHELL：“The Negative Pledge Clause and the Classification of Financing Devices: A Question of Perspective, First Installment”，in «*American Bankr. Law Journal*», (1986)，pp. 156-179。

86. 參見ANTÓNIO MANUEL MENEZES CORDEIRO：“*Negative Pledge*的一項比較研究”，前揭書，第497-538頁。

87. 參考TIJO HANS：“Of Prohibitions on Assignments, Restrictive Covenants and Negative Pledges in Commercial Law: Clogs on Commerce”，in «*S. Ac Law Journal*», (1994)，pp. 171。

88. 392 P.2d 265-269 (Col.1964)。

89. 在批出貸款的時候，*Coast Bank*名為Bank of Belmont Shore。

90. 參閱ANTÓNIO MANUEL MENEZES CORDEIRO：“*Negative Pledge*的一項比較研究”，前揭書，第497-538頁，本文會緊隨此著作，甚至引用原文。

因而最終應指明有關財產權的買方已經知悉合同包含*negative pledge*條款。<sup>91</sup>

然而，法院認為*negative pledge*條款的訂立容許各方當事人在設定物權擔保時，按照其真實意圖作出選擇。<sup>92</sup>

縱使作出了*Coast Bank v Minderhout*一案的裁判，美國法院的一些裁判都傾向於將*negative pledge*條款視為在未來不提供擔保<sup>93</sup>的單純義務，具有債權性質<sup>94</sup>的單純義務。

至於*floating charge*（浮動擔保）方面，基於存在於英國法律體系的三種類似的物權擔保——*pledge*、*mortgage*和*charge*——的特點，不難得出如下的結論：上述的物權擔保制度並不適用於可以構成擔保客體的財產，但基於物的性質而不得不由債務人佔有以便確保其業務得以繼續（並因此而繼續創造財富和繼續提供必要資源以履行其債務），並且顯出周轉（浮動）而非靜止性質從而導致擔保的財產不斷變動的情況。<sup>95</sup>

91. 392 P.2d 265-269, 266, (Col.1964)。

92. 392 P.2d 265-269, 268, (Col.1964)。

93. 在美國的學說方面，參閱CARL S. BJERRE：“Secured Transactions Inside Out: Negative Pledge Covenants, Property and Perfection”，in《*Cornell Law Review (CLR)*》，(1998)，pp. 319-328。

94. 關於美國的司法見解方面，參考*Chase Manhattan Bank v Gems-By-Gordon*, 649 F.2d 710-713 (9th Circuit 1981)；*Browne v San Luis Obispo*, 462 F.2d 129-134, 133 (9th Circuit. 1972)；*In Re Friese*, 28 B.R. 953-955, 955 (Bankr. D. Conn 1983)；*Werner v. Tri City Credit Bureau*, 557 P.2d 1072-1077, 1075-1076 (Arizona Ct. App. 1976)；*Equitable Trust v Imbesi*, 412 A 2d 96-107, 98 (Md. 1980)；*Kuppenheimer v Mormin*, 78 F.2d 261-265 (1935)。

95. 參見R.M. GOODE：“The English Floating Charge”，in《*Lectures on the Common Law*》，Volume 2, Kluwer Law and Taxation Publishers, (1989)，pp. 54-55；在意大利的學說方面，參考ENRICO GABRIELLE和G.ANDREA DANESE：“Le Garanzie sui Beni dell’Impresa: Profili della Floating Charge nel Diritto Inglese”，in《*Banca Borsa e Titoli de Credito, Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*》，anno LVIII, Fascicolo V, Parte Prima, Set-Out, (1995)，632-639；GIAN BRUNO BRUNI：“La Garanzie “Fluttuante” nell’Esperienza Giuridica Inglese e Italiana”，in《*Banca Borsa e Titoli de Credito, Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*》，anno XLIX, fasc. V Parte Prima, Novembre-Dicembre, (1986)，pp. 692-693；在安格魯撒克遜的學說方面，參考MICHAEL G. BRIDGE：“The English Law of Real Security”，in《*European Review*

其時，*floating charge*是由於商業慣常做法和英國法院的司法見解而出現。關於這方面，須着重提出*Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co.*（1870）和*Re Yorkshire Woolcombers Association*（1903）兩件案件；前者承認債務人在將企業全部財產的浮動擔保轉為固定擔保之前，有處分擔保財產的自由，後者則確定承認*floating charge*的概念，訂定其主要和典型的特徵：（一）它是關乎企業一系列財產或現在和將來的全部財產的擔保；（二）“*in the ordinary course of business of the company*”，屬不斷變動的一系列或全部財產；以及（三）至各方當事人訂定的特定時刻為止，企業可以使用相關的財產繼續正常地發展其業務。<sup>96</sup> 其後的司法見解<sup>97</sup> 將這個特點視為“*the hall mark of a floating charge and serves to distinguish it from a fixed charge*”<sup>98</sup>。

如此，還可以將關乎一家公司已經設定*fixed charge*（體現為將某些財物——不一定是特定的財物——撥入特定的信貸關係的範圍之中）以外的全部或近乎全部財產的擔保視為*floating charge*或“浮動擔保”的特點。<sup>99</sup> 全部財產都用作擔保；包括全部資產，由不動產、銀行帳戶，以至債權，也就是，所有公司在法律上擁有的財產性資產（*assets*）。<sup>100</sup>

---

*of Private Law*》, Vol. 10, n.º 4, (2002), pp. 486-487; MARISA VAZ: “在葡萄牙法律體系中加入浮動擔保”，原載《公司法雜誌》，第五期，2013年，第四冊，科英布拉，Almedina，2014年，第891-938頁。

96. 參見MARISA VAZ: “在葡萄牙法律體系中加入浮動擔保”，前揭書，第894頁。

97. 參見Smith administrator of Cosslett (Contractors) v Bridgend County Borough Council (2002), 1 AC 336, 354, (41)。

98. E. P. ELLINGER、E.LOMNICKA和R.J.A. HOOLEY: 《*Ellinger's Modern Banking Law*》, 4th Edition, (2006), pp. 790-796。具有相同意義的，見MARISA VAZ: “在葡萄牙法律體系中加入浮動擔保”，前揭書，第894頁，本文會緊隨此著作，甚至引用原文。

99. 在法國的學說方面，參考FRÉDÉRIQUE DAHAN: “La floating charge: reconnaissance en France d'une sureté anglaise”，in 《*Journal du droit international*》，anné. 123 (1996)，n.º 2, pp. 387；關於澳大利亞的學說方面，參見JOHN CHANDLER: “The Modern floating charge”，in 《*Securities over personalty*》，Federation Press, Sydney, (2008)，pp. 6-9。

100. 參見DÉCIO ALEXANDRE VÁRZEA CORREIA: “在協調動產擔保法背景下的floating charge”，原載《不履行合同之研究》，科英布拉，科英布拉出版社 / Wolters Kluwer小組，2011年，第204頁。

鑑於擔保的客體可變的情況，將擔保視為浮動的（*floating*），因為擔保在全部財產上浮動，而非固定於某一具體的財產。<sup>101</sup>

關於*floating charge*（浮動擔保）運行的動態方面，擔保由*floating charge*變為*fixed charge*的時候，擔保的內容隨之而轉變。這個時刻在學說上稱為擔保的“*consolidação*”（固化）或“*cristalização*”（結晶，*crystallisation*）；自此公司的全部資產變為受制於*fixed charge*。故此，自這個時刻開始，用作*floating charge*的全部財物脫離賭博信貸受益人（債務人）的可處分範圍，繼而，債務人處分其財產和為之設定負擔的自由被剝奪。<sup>102</sup>

在澳門娛樂場的賭博信貸方面<sup>103</sup>，擔保的“固化”或“結晶”的時刻隨着不遵守將賭博信貸未用作此目的的餘額部份退還的義務而出現。

最後但同樣重要的是，在對賭博信貸的提供者／消費借貸貸與人信貸保護的機制方面，還需就遲延給付的違約金條款和單純或純粹強迫性違約金條款（澳門《民法典》第1073條第二款）作出說明。

關於遲延給付的違約金條款方面，非常簡潔而言，這種條款就是各方當事人所訂立的，規定賭博信貸受益人因延遲退還未在澳門娛樂場使用的賭博信貸餘額部份而每月須向賭博信貸的貸與人支付的特定數目金錢<sup>104</sup>的條款。

101. 參見DÉCIO ALEXANDRE VÁRZEA CORREIA：“在協調動產擔保法背景下的*floating charge*”，前揭書，第204頁。

102. 在美國的學說方面，參考GEORGE GRETTON：“Reception without Integration? Floating Charges and Mixed Systems”，in《*Tulane Law Review*》，Volume 78, (2003)，313-315；EILÍS FERRAN：“Floating Charges- the nature of the security”，in《*Cambridge Law Journal*》，Volume 47, (1988)，n.º 2, pp. 223。

103. 一如澳門的學說所言：“由於浮動擔保起源於安格魯撒克遜法律……，已被引入於澳門的法律制度之中……而理由是接近（受壓於）香港，而且從實踐上因相對於鄰埠的選擇而言可用的保證種類有限而備受批評。參見AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA：“澳門商法典與比較法的助益”，原載《公司法雜誌》，2011年10月，第三年，第六期，半年刊，科英布拉，Almedina，2011年，第146頁。

104. 關於遲延給付的違約金條款，參看ANTÓNIO PINTO MONTEIRO：“民法典第811條第三款：賠償性違約金條款的‘安魂曲’？”，原載《立法與司法見解雜誌》，第142年，第3976期，2012年9月/10月，科英布拉，科英布拉出版社，2012年，第68頁。

故此，這是從主債務（未退還的在澳門娛樂場賭博信貸借用但未使用的賸餘的資金）而衍生的因遲延而造成的損失的事先訂定清償的一種方式，也就是說，並非強制債務人因不準時履行而向債權人賠償實際造成的損害，而是強制債務人支付通過約定違約金的方式預先以法律行為就損害訂定的金額，是否已就超額損害的賠償達成協定在所不問。<sup>105</sup>

與此不同，在單純或純粹強迫性違約金條款方面，會設立一項附加於遵守或附加不遵守損害賠償之上的違約金：關於後者，各方當事人的目的是向債務人施加遵守的壓力，而非代替損害賠償。

這種違約金條款純屬強迫性，因為只具有這個目的，並不取代出現不遵守的情況時所出現的賠償。

故此，賭博信貸合同的各方立約人同意債權人因不遵守而訴諸特定執行或賠償程序，還可以要求一項附加（*plus*）——在實現該等權利時加上某一金額（或某東西）。據此，違約金純屬強迫性，因為，違約金唯一的目的是強迫賭博信貸的債務人 / 受益人履行合同（退還賭博信貸中未在澳門娛樂場使用的賸餘部分），而非免除在出現不遵守時求取賠償的目的。<sup>106</sup> 基於這個理由，單純或純粹強迫性違約金條款具有純粹懲罰的性質，因而可以按照澳門《民法典》的一般規定與損害賠償並存。<sup>107</sup>

下文將會加以論述。

105. 參見ANTÓNIO PINTO MONTEIRO：“違約金條款與賠償”，博士學位論文，《學位論文集》，科英布拉，Almedina，1990年，第433-455頁，1999年澳門《民法典》關於違約金條款事宜受其規範性解決辦法啟發；JOÃO CALVÃO DA SILVA：《強迫性金錢處罰及履行》，科英布拉，Almedina，第四版，2002年，第260-269頁。

106. 參見ANTÓNIO PINTO MONTEIRO：“單純或純粹強迫性違約金條款”，原載《立法和司法見解雜誌》，第141年，第3972期，2012年1月/2月號，科英布拉，科英布拉出版社，2012年，第190-191頁。

107. 參考ANTÓNIO PINTO MONTEIRO：“處罰與損害”，原載《私法雜誌》，第二屆私法雜誌研討會“民事責任”特刊第二期，2013年12月，Braga, Cejur，2013年，第60頁。

## 五、美國在學說上作為因實質不可動用 借用金額而向賭博信貸貸與人作合理補償的 損害賠償機制的“impairment of the right of access” 和“剝奪使用權”類別的簡述

一如前文提前所述，為了解決（熾熱的）“walking”問題，按照澳門《民法典》的一般規定，單純或純粹強迫性違約金條款與損害賠償並存是可以接受的。

事實上，賭博信貸的提供者／消費借貸貸與人在賭博信貸受益人所借用但未在澳門娛樂場使用的贖餘部份的使用權被剝奪時，就有權獲得這種損害賠償。

這樣，賭博信貸的提供者被剝奪所借用資金的使用權一段時間後，就會導致喪失其可能提供的用途（例如：利息、將有關資金用作向其他受益人提供賭博信貸），而如果這種使用權的損失不通過恢復原狀（退還借用資金）加以彌補的話，賭博信貸的受益人就必須向債權人作出同等程度的補償。

故此，這種因被剝奪使用權而導致的損害賠償<sup>108</sup>相等於或會出現的情況與在實際證實賭博信貸借用資金被剝奪使用權之後可能出現的情況之間的差額，這就足以通過唯一可能的途徑——也就是給予金錢補償——而確定賠償金額，有需要時可採用衡平原則以達致公平的數額。<sup>109</sup>

故此，本文認為，這些具體利益的剝奪而非對屬賭博信貸提供者財產權範圍的使用權能做成干擾，是可以從因抽象的使用權可能性受影響的不法性中獨立出來的一種損害，所受的影響較接近於在損害的

108. 參見ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES：“因被剝奪使用權而產生損害的賠償”，原載《私法雜誌》，第二屆私法雜誌研討會“民事責任”特刊第二期，2013年12月，Braga, Cejur, 2013年，第190頁。

109. 參閱ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES：《因被剝奪使用權而產生損害的賠償》，科英布拉，Almedina，第39-58頁。

事件發生之後或可能獲得益處的理念，因而較接近所失利益或（廣義的）“收益”，多於賭博信貸借用資金的所有人在新地位中所產生的損失或損害<sup>110</sup>；這是將倫理或道德責任重新理解為由於一個人<sup>111</sup>（賭博信貸的受益人）的行為所導致的結果所產生的責任的推論，只要相關之人係處於自由和負責任地服膺其本然（*sein*）及其環境的狀況之中。<sup>112</sup>

歸根究底，經適當適應化之後，因被剝奪使用權而產生的損害賠償在功能上等同於美國學說上的*just compensation*（*compensability*）*for impairment of the right of access*的類型。

事實上，這個學說旨在為資金所有人（在本文探討的情況中，就是賭博信貸的貸與人）裁斷因其被剝奪涉及賭博信貸中借用資金的*property right to reasonable access*<sup>113</sup>和使用隨之而來的經濟收益的而引致的一項*just compensation*。

實際上，*impairment of the right of access*的學說建基於“*substantial loss of access*”的客觀準則<sup>114</sup>，適用於“*to all injuries less than a*

110. 參閱PAULO MOTA PINTO：“合同的消極利益與合同的積極利益”，博士學位論文，第一冊，科英布拉出版社，2008年，第594-596頁。

111. 關於因行為的積極或消極結果而產生責任的原則，在德國的學說方面，參考NILS JANSEN：“Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz”，《*J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)*》，Tübingen, (2003), pp. 614-627。

112. “Outcome liability”應理解為：作為人的人類形象的重要成分，因為“*we could not dispense with outcome-responsability without ceasing to be persons*”。參見TONY HONORÉ：“Responsability and luck: the moral basis of strict liability”，in《*L.Q.R.*》，Volume 104, (1988), pp. 531。

113. 在美國的學說方面，參閱：WILLIAM STOEBUCK：“The Property Right of Access Versus Power of Eminent Domain”，in《*Texas Law Review (TLR)*》，733, 734 (1969)；ROBERT BRAUNEIS：“The First Constitutional Tort: The Remedial Revolution in Nineteenth-Century State Just Compensation Law”，in《*Vanderbilt Law Review (VLR)*》，120-130, (1999)；G. HERBERT：“Expropriation — Consequential Damages Under the Constitution”，in《*Los Angeles Law Review (LLR)*》，490, 492-494；KURT H. GARBER：“Eminent Domain: When Does a Temporary Denial of Access Become a Compensable Taking”，in《*U. Mem. Law Review*》，271, 273, (1994)。

114. 關於美國的學說方面，參考AHSLEY MAS：“Eminent Domain Law and “Just” Compensation for Diminution of Access”，in《*Cardozo Law Review (CLR)*》，Vol. 36, 371, (2014)。

*total elimination of access, which is compensable as a taking*<sup>115</sup>，但僅當“*the remaining access is unreasonably deficient*”<sup>116</sup>（亦都包括 *partial takings*<sup>117/118</sup> 的各種情況）時適用。

## 六、賭博信貸方面的遲延利息法定上限和美國學說上的“**unconscionability**”類型——簡述

至於適用的遲延利息方面，賭博信貸與其他金融業務沒有不同之處：都設有不能逾越的法定限制，不論所有人是按照消費借貸合同提供賭博信貸<sup>119</sup>，還是通過本文所述的法律定性<sup>120</sup>，也就是具有信貸和屬信託性質擔保的功能的回購合同提供賭博信貸亦然。如遲延利息高於現行法定遲延利息之三倍，就視為具有暴利性質（澳門《民法典》第1073條第一款和第553條）。按此，適用的利息上限就是年率29.25%。如違反此規定，則將之減至法律容許的上限（澳門《民法典》第1073條第三款）。<sup>121</sup>

115. JEREMY P. HOPKINS: “Just Compensation: Elementary Principles and Considerations to Ensure Property Owner is Made Whole”, in 《ALI-ABA》, 53, 117, (2006)。

116. 在美國的司法見解方面，參見 *Wilbert Family Ltd P’ship v Dall. Area Rapid Transit*, 371 S.W.D., 3d 506, 510 (Tex. App 2012)。

117. 參閱 PHILIP NICHOLS 等: “Nichols on Eminent Domain”, § 16.01, Mathew Bender, 3rd edition, (2013); JACK R. SPERBER: “Just Compensation and the Valuation Concepts You Need to Know to Measure”, in 《ALI-ABA》, 1, 8-9, (2009)。

118. 關於“*eminent domain power*”的概念，在美國的司法見解方面，參看 *Bos. Chamber of Commerce v. City of Boston*, 217 U.S. 189, 195 (1910)。

119. 參見 JORGE GODINHO: “娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第92頁。

120. “今天，‘暴利 (usura)’ 一詞有更廣泛的意義，已不是專門指由消費借貸合同所產生的收益，而是指由於不法利用他方當事人急需的狀況的不公平合同”，參看 HUGO ROSA FERREIRA: “反對和遏制在銀行借貸中的暴利：對理論和實踐中解決辦法的分析”，原載《公司法雜誌》，第五年（2013），第三期，科英布拉，Almedina，2014年，第634頁；在意大利的學說方面，參考 DONATO MASCIANDARO: “Economia dell’usura e politica dell’antiusura: la legge 108 dal 2006”, in 《Bancaria》, Settembre 2006, Bancaria Editrice, Roma, (2006), pp. 18-23; VALERIA MARTINO: “Usura: Dal Misticismo Alle Pratiche Mercantili”, in 《Mercato del Credito e Usura》, Milano, Giuffrè, (2002), pp. 26。

121. 參見 JORGE GODINHO: “娛樂場內的賭博借貸”，前揭書，第92頁。

這意味着，在賭博信貸方面，如約定的遲延利息屬高利貸利息，就會變成“*unconscionable*”的合同（有悖於良知的合同）。<sup>122/123/124</sup>

事實上，美國《*Uniform Commercial Code*》§ 2-302規範了*unconscionability*的一般條款，當中規定，如果法院認為合同或合同條款在訂立之時屬*unconscionable*的話，有權不採納有關合同，不施行有關的合同條款或限制合同的適用性。<sup>125</sup>

關於*unconscionability*的一般條款使法院可以監控合同條款（*substantive unconscionability*）的各方面，也可以監控合同的方式和形成（*procedural unconscionability*）的各方面。<sup>126</sup>

本文認為，（亦）基於這個原因，中華人民共和國澳門特別行政區立法者所引入的高利貸遲延利息法律制度是值得鼓舞的。

122. 參看JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO：“合同的問題——合同的一般條款和合同自由原則”，博士學位論文，《學位論文集》，科英布拉，Almedina，1999年，第328頁。

123. 關於這方面，美國的學說認為，合同如果包含“*excessively disproportionate terms*”的話，就會變成“*unconscionable*”。參看LARRY A. DIMATTEO和BRUCE LOUIS RICH：“A consent theory of Unconscionability: An empirical Study of Law in Action”，in《*Florida State University Law Review*》，Volume 33，（2006），pp. 1073。

124. 美國最高法院（US Supreme Court）的司法見解明確吸納了*unconscionability*的學說，在眾多的合議庭裁判之中，可參看Ohio University Bd of Trs v. Smith, 724, N.E., 2d 1155, 1161（Ohio Ct. App 1999）以及Morrison v. Circuit City Stores, Inc, 313, F3d, 646, 666（6th Cir. 2003）。

125. 參閱PEDRO CAETANO NUNES：《關於合同一般條款的共通性》，原載《向Carlos Ferreira de Almeida教授致敬的研究報告》，籌組委員會成員：José Lebre de Freitas、Rui Pinto Duarte、Assunção Cristas、Vitor Pereira das Neves和Marta Tavares de Almeida，第三冊，科英布拉，Almedina，2011年，第517頁。

126. 在美國的學說方面，參見JOSEPH M. PERILLO：《*Calamari and Perillo on contracts*》，5th edition, Saint Paul, West，（2003），pp. 388-389。

