

澳門民法體系中契約自由之內容

劉 怡、葉再興*

一、緒論

本文旨在探究澳門民法體系中的契約自由之內容。在學理上，關於契約自由的內容，也就是說契約自由的外延，可謂仁者見仁、智者見智。¹ 19世紀大陸法和普通法學者或者法官的普遍看法是，契約自由原則包括三個方面的內容：第一，當事人具有作出承諾或者不作出承諾的自由，這就是所謂的締結契約的自由；第二，當事人能夠自己選擇所要設定的債務內容，這就被稱為契約內容的自由；第三，契約當事人一旦決定允諾和允諾的條款，那就必須對自己的決定負責，即契約神聖。從以上三方面來剖析契約自由的內容，在學理上稱之為廣義的契約自由原則。² 從狹義而言，契約自由強調的是法律必須尊重當事人的選擇，以及尊重交易過程中必須要踐行的某些特殊條款。³ 從一般法理看，契約自由之“內涵”並不同於其“內容”，所謂內涵主要揭示契約自由中對自由的維度，尤其是要勾勒出自由背後的真實理念和價值觀念，學界已有分析揭示出契約自由的基本價值定位——在保障表意人自主決定的基礎上，亦強調對其的行為表示的自我約束和自我負責。與之不同的是，契約自由的內容主要是從契約自由所涉及的層面和範圍而言，所以着重指向於契約自由的外延。

二、“契約自由”的外延

確切的講，廣義上的契約自由將締約自由和內容自由視為契約自由的內容無可厚非，但契約神聖則顯得有些牽強，契約自由的內容一般是從形態上來進行界定，如締約形式、締約內容、締約主體、契約變更形式、契約結束形式等等。因此，把契約神聖歸結為契約自由的意涵更為準確，它屬於形式背後的理念範疇。至於狹義上的契約自由雖然從相對性出發，說明了契約自由的原則和界限——即自由是契約行為的原則，遵守某些特定條款是(最低)界限，但至於所謂的契約“自由”到底是甚麼？它包含幾方面的內容則沒有解釋清楚。

* 前者為法學博士、中國人壽保險(海外)股份有限公司澳門分公司風控合規高級主任；後者為法學博士、珠海華發實業股份有限公司博士後科研工作站高級研究員

在中國民法學界，有學者將其概括為“定約自由”和“成約自由”兩個方面⁴；有學者從契約本質出發，將契約自由歸結為締約不受強制、約定應當遵守、違約應負責任三個方面⁵；有學者將其區別為是否締約、與誰締約、決定契約內容、選擇契約形式四方面自由，即四要件說⁶；也有學者概括為六方面自由，即在四方面自由上再加了兩個自由：變更自由、結束自由，即六要件說。⁷ 應當說，不管是四要件說還是六要件說，基本上都可以解釋契約自由的內容。

在澳門契約法中，《澳門民法典》第 399 條第 1 款僅規定，當事人得在法律限制範圍內自由設定合同內容，訂立不同於本法典所規定之合同或在本法典規定之合同內加入當事人均接受之條款，所以並沒有從更多更廣的層面解釋契約自由應然包含的內容。當然，立法作出這樣的選擇並不見得契約自由的內容就必然是空洞虛無，因為一般性的條款可以透過私法判決、解釋，以及學理上的論證來豐富具體內容。因此，可以從締約自由、契約形式自由、選擇締約相對人自由、契約內容自由、決定合同糾紛解決方式的自由等幾個方面就契約自由的內容作詳盡解釋⁸，澳門契約自由的外延也可以六要件為基礎予以闡釋。事實上，澳門的民法文獻對這個問題沒有全面的予以論證，源自葡萄牙民法學者的著述也僅是從合同內容自由、訂立合同自由兩個方面作出簡單的解釋。⁹

三、契約自由的第一要義：締約自由

如前所述，《澳門民法典》第 399 條雖然僅是“明確規範了制定合同內容的自由，但亦暗示了承認訂立合同的自由。”¹⁰ 因此，締約當事人有權自由簽訂或者拒絕締結契約，締約自由是締約當事人自主決定是否與他人締結契約的自由，包含積極締約自由和消極締約自由兩方面的權利。¹¹

(一) 積極締約自由

積極締約自由是指民事主體有主動向他人發出要約的權利，或者接受他人要約、作出承諾的權利。可見，即使是接受他人的要約，只要民事主體積極的作出要約的意思表示，也應當包含在積極締約自由之中。

締約自由表明契約以合意為基礎，當事人締約的自由意志受法律保護，願意或不願意與外部發生契約聯繫應由其自行決定，訂立或不訂立契約完全屬於個人的私權利，這源自羅馬法上“設立契約之債時需基於合意”的規定。《法國民法典》第 1108 條中關於契約的成立需“承擔義務的當事人的同意”，內地《合同法》第 3 條規定合同當事人的法律地位平等一方不得將自己的意志“強加”給另一方，也都體現了法律對積極締約自由的保護。

雖然《澳門民法典》第 399 條第 1 款僅是規定，當事人得在法律限制範圍內自由設定合同內容，訂立不同於本法典所規定之合同或在本法典規定之合同內加入當事人均接受之條款，條文本身無法得出積極締約的信息，但如果沒有表意人積極的邀約，又怎會有受意人接受要約之行為？因此，無論是

表意人還是受意人，在協議條款中所表現出來的變更要約、交叉要約等都是積極的締約行為。

(二) 消極締約自由

至於消極締約自由則是保障民事主體不締結契約的權利，即對締約行為保持距離，生活中自給自足，不和他人發生任何交易行為就是典型的實施消極締約自由權的行為。根據契約自由的內容，任何人不得違背他人意願將契約強加於人或者因拒絕締約而施以懲處，當然，也不得強迫他人放棄締約。

在葡萄牙現行民法典的起草工作中，Vaz Serra 曾建議條文內容如是擬定：除法律規定的情況外，任何人不得被強迫訂立或者放棄簽訂合同。¹² 從法律解釋方法論來講，歷史的解釋是洞悉立法意圖最重要的方法之一¹³，因此，從立法的過程及相關的資料可獲悉《葡萄牙民法典》第 405 條，即現行《澳門民法典》第 399 條的規定含有消極締約自由的內容。相關研究表明，在法律移植過程中，繼受一方固然可以從法律輸出方的尋覓一項特定具體制度的立法淵源，但有時也會因為輸出方本身在法制理念和立法歷史方面的原因，致使某些制度找不到制度根源，有學者就發現澳門長期租賃制度居然在葡萄牙的民法中尋找不到制度淵源。¹⁴

其實，消極的締約自由同樣可以從意思表示的脅迫中解讀出，《澳門民法典》第 248 條第 1 款規定，如表意人受到旨在獲得其意思表示之不法威脅，因恐懼受到該威脅所指之惡害而作出法律行為意思表示，則該意思視為在精神脅迫下作出。第 249 條就精神脅迫的法律後果作出規定，因脅迫而作出之法律行為意思表示得予以撤銷，即使脅迫係來自第三人亦然，但在此情況下，威脅所指之惡害須為嚴重，且恐懼惡害之發生須為合理。

上述兩個條款表明，如果締約行為是迫於外力的威脅，違背自己的本願——無論是契約內容不符合自身意願，還是締約行為非出於自願，這樣的締約行為可以撤銷，回復到締約前的狀態。如果再從相反的角度思考，法律反對強迫締約，不就是保護消極締約自由嗎？甚至，消極的締約自由還可以從憲法所保障的行為自由——積極行為自由和消極行為自由中得到進一步解釋。從比較法角度來看，《法國民法典》第 1120 條規定，未經他人允諾而為該他人締約時，債務由承諾人自負，內地《合同法》第 4 條的規定則更明確：“任何一方不得把自己的意志強加給對方，任何單位和個人不得非法干預。”綜上所述，所謂的締約自由簡單地說，如果某人願意，可以締結契約；如果不願意，亦可以拒絕締結契約。¹⁵

四、契約形式自由的基礎與原則

契約形式指的是契約意思的載體，如對話形式、書面形式，以及行為本身等。契約形式自由，就是賦予當事人選擇意思表示載體的自由。¹⁶ 廢除契約的形式主義，宣傳契約的形式自由，是契約自由原則不可或缺的要義。

(一) 契約形式之思想基礎

古代法對契約採取嚴格的形式主義，除了同古代法中濃厚的宗教成分和法律訴訟中對形式的嚴格要求有關之外¹⁷，更主要的是從法律對經濟生活保障的功能上考慮：強調契約形式要求，既可加強交易的安全性和穩定性，亦可排除訴訟過程中出現的舉證障礙，減輕裁判難度，節約司法資源。例如，出於保護消費者之類弱者的目的，要求經營者就交易內容作成書面形式交付給消費者，尤其是就其中的關鍵事項，要求必須用明確的文字表示出來，在這種場合，書面形式確保其獲得一定的交易資訊，具有保護消費者或交易弱勢一方的功能。¹⁸

但是，恰恰是形式主義的要求違背了交易過程中所要求的便捷、效率和成本節約。這也是羅馬法後期為甚麼致力突破形式主義的障礙，出現了要物契約和諾成契約的分類標準。在消費借貸、使用借貸、寄託、質押等要物契約，只要有交付物的行為，契約便可成立；在買賣、租賃、合夥、委託等諾成契約，只需有當事人的合意即發生債的效力，對形式方面則不強調過多的規範，學者謂之“以不要式為原則，以要式為例外”。¹⁹

雖然羅馬法以精密的邏輯分類，在契約形式主義的樊籬上打開了一個缺口，使契約形式趨向多元化。但是，真正破除契約的形式主義，確立契約形式自由的理論基礎，則是人文主義哲學思想中的自由意志論。²⁰ 這一理論認為，契約只不過是個人意志的外在行為，不論這種外在行為如何表現，每一項契約的內含無非是兩個意志，即：允諾和對允諾的接受。²¹

啟蒙時代的自然法學者則進一步解釋道，契約的存在，有些是以明確的言詞表述的，有些則是推測的，而推測的表示有時是語言的結果，有時是沉默的結果；有時是行為的結果，有時是不行為的結果。一般說來，自由意志理論對於契約形式的啟示，在於將謀求交易的安全抑或交易便捷的選擇權賦予交易當事人自己，而不對當事人的意志作強行干預。²²

承受這一理論的近代私法，於是就不再將契約看作是某種法定形式的完成過程，將契約的成立視為意思表示一致，即合意的結果。為了使各種形式的合意均能發生相同的效力，近代契約法還以“要約—承諾”作為形而上的締約範式。可見，契約不論以何種形式訂立，只要具備要約與承諾兩個構成要素，契約便可成立。

(二) 契約自由與去形式化

縱觀《澳門民法典》，其主要的典型契約都沒有規定合同成立的法定形式。雖然《澳門民法典》第 355 條至第 381 條規定了眾多的公文書和私文書條款，但立法指向主要針對的是書證的真實性和效力，並沒有透露出契約締結需要採用書面或其他形式的意圖。甚至像贈與這樣的典型合同，法律也沒有規定形式要件。

《澳門民法典》第 934 條第 1 款僅規定，贈與為一合同，透過該合同，一人出於慷慨意願使用自己之財產為另一立約人之利益而無償處分一物或一項權利，又或承擔一項債務。第 963 條第 1 款進而規定，贈與尚未被接受時，贈與人得自由廢止其法律行為之意思表示，只要該廢止係以原來意思表示所使用之方式作出。可見，無論是贈與合同的成立或是廢止，法律皆以不干涉的方式賦予合同雙方的

任意選擇契約方式的自由。儘管去形式化更符合契約自由的要求，但對於一些不動產的買賣，尤其是樓花的預約買賣，該買賣合同的物權效力問題還是一個值得思考的問題。²³

除了《澳門民法典》之外，澳門其他的法律也貫徹形式自由的立法理念。澳門《勞動關係法》第17條第1款就規定，勞動合同不須遵守特定形式，可以口頭或書面方式訂立，只有具期限的合同及未成年人的勞動合同必須以書面方式訂立。

當然，方式自由也有界限，像《澳門民法典》第866條規定涉及到不動產之買賣合同，須以公證法所規定之方式訂立方為有效。有學者就建議將不動產的買賣分為兩個階段，即預約買賣階段和最終買賣階段，並以公證的形式輔助建立良性的、以保護誠信為核心的不動產物權變動制度。²⁴ 概言之，形式自由是澳門契約法的主導思想，只有涉及到特別法益的存在，如不動產保護、未成年人或附期限合同形式就可逃逸出“形式自由”的獄圍。

在此，可以把內地相關的法律做一比較，以驗證契約形式自由的鮮明對比。澳門民法繼受葡萄牙民法，而葡萄牙現行的民法典則是借鑑法制先進國家之經驗後才創設的民法典，它不僅晚於1804年的《法國民法典》和1811年的《奧地利民法典》，也晚於1900年的《德國民法典》，所以在物權法出台之前，有學者指出不僅在債篇方面，其他各篇、尤其是物權都有內地民事立法借鑑之處。²⁵ 與市場國家的立法例比較，內地的契約法似乎有着突出的“不發達法律制度”的特徵，幾乎所有的合同法，尤其是涉及到經濟往來方面的合同規範都明確規定合同必須採取書面形式。現已經失效的《經濟合同法》第3條規定，經濟合同，除即時清結外，應當採取書面形式。同樣已經失效的《技術合同法》第9條也規定，技術合同的訂立、變更和解除採用書面形式。

除已公佈的經濟、技術、涉外三大合同法外，其他法律中涉及到的合同規範也同此轍。如果說以上法規已經失效而缺乏說服力的話，可以參考現行的《勞動合同法》，該法第10條規定，建立勞動關係，應當訂立書面勞動合同。《勞動法》第19條也規定，勞動合同應當以書面形式訂立。《著作權法實施條例》第23條規定，同著作權人訂立合同或者取得許可使用其作品，應當採取書面形式，但是報社、雜誌社刊登作品除外。法律如是規定則顯得多餘，如果一個工人沒有與僱主締結書面合同卻有勞動的事實，就不能證明勞動關係的存在？《勞動合同法》第7條不是也規定，用人單位自用工之日起即與勞動者建立勞動關係，且用人單位應當建立職工名冊備查嗎？難道職工名冊沒有證明勞動關係存在的力度嗎？或許，立法追求書面勞動合同和職工名冊的“雙保險”？

在國際法層面，《聯合國國際貨物銷售合同公約》第11條就規定，銷售合同無須以書面訂立或以書面證明，在形式方面也不受其他條件的限制，銷售合同可以用包括人證在內的任何方式證明。但問題就在於中國政府對此作出保留，並美其名曰為了方便舉證責任和保護國民，對此亦有學者就中國內地合同法形式問題和國際法作出了較為系統的比較研究。²⁶

內地契約法深陷書面主義的誤區要歸結計劃經濟體制的價值觀。在計劃經濟中，當事人簽訂的合同在表面上受合同法調整，但在實質上只是計劃指令的表現形式，對合同的承諾與其說是達成合意，還不如說是對計劃服從的保證。對計劃的保證則完全應採取比較嚴格的形式，以加強合同紀律，保證國民經濟計劃的完成。²⁷

在政企不分的體制中，企業的上級主管部門為了便於對企業的生產經營活動進行監督、管理甚至干預，就需要通過書面載體瞭解合同的內容，若允許企業以書面以外形式訂立合同，就會增加主管機關瞭解的成本。從內地契約法這一“反面教材”為分析對象，可以更好的理解澳門契約法中形式自由的要旨。

對於契約法中的形式自由還可以從訴訟模式上加以分析，在採取與市場經濟相適應的當事人主義訴訟制度中，契約採取書面形式還是口頭形式或其他默示形式，只是在證明契約關係是否存在的舉證上有難易之分，而不是契約本身存在着優劣的差別。

最值一提的，現代訴訟體制的完善、受過法律訓練的專業人士擔任法官等事實，都能在最大程度上保障各種交易的安全。有學者指出：“現在對於大多數法律行為不講方式的現象，使非法學家們對此感到驚奇。然而，固守某種方式恰恰是原始的和不發達的法律制度的特徵，它反映了法院在沒有任何方式的框框或其他清規戒律的情況下是否能夠查清案件真情的能力缺乏信心。在最現代的各種法律體制中，很少強調表面的形式，更多地強調事情的實質。至少在英國是這樣。這在很大程度上是由於相信法院即使在最複雜的情況下也能發現事情的全部真情的能力而產生的。一旦對法院有了這種信任，也就不那麼強調法律行為的方式要求了。”²⁸

五、締約相對人選擇自由與契約內容自由

（一）締約相對人選擇自由

從《澳門民法典》第 399 條中同樣可解讀出締約相對人選擇自由，即決定與誰締結契約的自由。在當事人有締約的意願時，選擇相對人自由也就是自由選擇交易夥伴的權利，這是基於市場交易的需而必須具備的一項權利。

譬如，買賣關係中當買方或賣方作出“買”或“賣”的意思決定時，眾多的賣方或買方就成為交易候選人，《澳門民法典》第 865 條有關買賣契約中所涉及的買賣關係就有可能成立。買方或賣方選擇交易夥伴的過程，就是相對人之間的競爭過程。所以，選擇相對人自由的市場涵義就是自由競爭，沒有自由競爭，就沒有市場經濟，也就不可能有選擇相對人的自由。²⁹ 同理，要使市場保持充分的競爭，就必須廓清非市場的外力因素對競爭的干擾，防止由於競爭失靈導致的整個市場失靈。³⁰

近幾十年來，各國面對非市場因素對競爭秩序的破壞，紛紛制定了一些促進和保護競爭的法律，尤其以反壟斷法、反不正當競爭法、電子交易法、智慧財產權法等為主，通過對非競爭行為的限制，來維護締約對象的選擇自由權。內地於《反不正當競爭法》第 6 條規定，公用企業或者其他依法具有獨佔地位的經營者，不得限定他人購買其指定的經營者的商品，以排擠其他經營者的公平競爭；第 7 條規定，政府及其所屬部門不得濫用行政權力，限定他人購買其指定經營者的商品，限制其他經營者正當的經營活動。

以上兩條都是通過限制賣方的強制行為來保護買方的選擇自由。澳門法律制度中雖然沒有專門的反不正當競爭立法，但也不乏規制契約相對人選擇自由相關的法律規範。

(二) 契約內容自由

如果締約自由和締約主體的選擇自由是從《澳門民法典》第399條的規定中推導得出，那麼有關契約的內容自由則可以從該條款的文理含義中直接得出。《澳門民法典》第399條第1款規定，當事人得在法律限制範圍內自由設定合同內容，訂立不同於本法典所規定之合同或在本法典規定之合同內加入當事人均接受之條款。第2款規定，當事人亦得將涉及兩項或多項、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。從內容自由的角度，可作如下解析：

第一，關於法律限制範圍。“在法律的限制範圍”並不在於強調契約內容設置的限制程度，而在於強調“除了僅有的法律限制”之外都是創設、選擇契約內容的自由空間，“自由空間”遠大於所謂的“法律限制”。

第二，關於訂立不同於法典之條款。如同任何一部民法典，《澳門民法典》就契約法規定了大量的規章制度，契約的締結、契約的履行、違約形態、法律後果、免責事由、訴訟時效等等。但是，在如此眾多的規則當中，並非都屬於強制性規範，更多的規範可以透過契約主體之間的議定條款或意定條款來排除法定條款的規定，法律適用過程中的效力位階還是遵循約定優先適用於法定之原則來確定。內地與澳門的合同法律適用法都採用了當事人意思自治原則作為確定合同準據法的首要原則，但是，兩法域在選法方法、時間、所受到的限制、適用範圍以及在缺乏當事人合意選法情況下的準據法的確定等諸多問題上的具體規定卻相差甚遠。³¹ 私法自治、契約自由的中心在於自由而非規制，即使眾多的監管條款和監管法規透過民法典中的默認通道——一般性條款來限制自由的濫用，但自由的核心位置不容質疑，或者說，正是透過這樣的形式來實現實質的契約自由，來印證民法典體系的包容性和跨越性。有關民法典和公法制度之間銜接和轉介一般都是透過概括性條款來實現，這方面的論著可見諸學界的相關研究。³²

第三，關於典型契約和非典型契約。契約的類型，是指根據一定的標準劃分出的各種契約的類別。契約類型自由，即指締約人有根據交易的意願決定何種契約類別的選擇權。例如在需要物品時，可以任意選擇買賣、租賃或加工等交易方式。

契約依法律有無規定區分，可分為有名契約和無名契約，例如《澳門民法典》規定的買賣合同、承攬合同、旅遊合同、租賃合同等幾類合同就屬於有名契約。無名契約亦稱非典型合同，是法律沒有規定其內容亦沒有賦予其名稱的契約，例如肖像使用、球員轉會、沉船打撈、物業管理等契約即屬於此類型。

契約類型自由的首要價值，就在於表明法律對當事人契約類型的選擇，不採取強制主義，只要不違反法律的禁止性規定和公序良俗，當事人可以充分行使對契約類型的選擇權。法律行為制度是意思自治的工具，法律行為制度之所以能夠成為意思自治的工具，其原因在於法律行為制度對意思表示效力的確認和所確立的“法無明文禁止即合法”的規則，為實現當事人意思自治奠定了制度的基礎，也

為締約主體締約內容自由創造基礎。³³ 至於法律對有名契約的規定，是順應了司法理性化的潮流，也是出於交易成本和交易風險的考慮。³⁴ 經過邏輯歸納和疏理的類型化契約，其名稱、性質、條款都已成型，當事人若選用之，對於提高司法機關的辦案品質和效率、降低辦案成本頗為有利。

就當事人而言，有名契約作為任意性規範，既提供了契約的範式，又能提供締約雙方容易疏忽之事項，即使有名契約不盡心意時，締約雙方也可以特約排除其適用。如果契約雙方沒有事先以特約形式排除有名契約中的特定條款時，則制定法中有關該契約的條款可直接適用於締約者之間，使條款缺漏的契約仍可得以成立並履行。

無名契約的出現，如羅馬法學家所說，是“實際生活中存在的交易形式遠遠多於人們能夠用語言為之命名”的結果。³⁵ 法律容納無名契約，一方面為市場中千變萬化的各種交易形式提供了創設契約的自由空間；另一方面，也使在制定法中“師出無名”的契約獲得與有名契約同等的司法支撐，從而使契約法有限的條文得以調整包括有名契約和無名契約在內的所有的契約關係。

透過以上分析可知，契約的內容構成契約的主體部分，是契約自由最為重要的構成成分，當事人一旦經過平等協商，以合意的方式自由選定契約內容的各項要素，即會產生預期的法律約束力，契約主體間的自由約定會產生法律拘束力——可以作為私法自治內涵的詮釋，正所謂“契約內容自由，為契約自由的靈魂”。³⁶

據此，締約者可自由選擇契約的標的、價款、交付方式、履約的時間和地點等內容；締約方可以就典型契約或者非典型契約作自由商定，如果訂立典型契約，還可以附加締約各方都認可的契約條款的自由，甚至把兩個或者多個典型契約合併，構成混合契約的自由等等，這些都在契約自由的彈性範圍之內。³⁷ 需要指出的是，合同所指向的標的也是民法當中經常討論的問題，就以買賣合同為例，合同標的有時不僅指向一個特定物、種類物，有時還會涉及到將來物，這也是澳門民法當中值得研究的一個課題。³⁸

六、解約與選擇裁判之自由

（一）解約自由之內涵及特徵

締約後，契約當事人可以依據一方或者雙方的意思表示終止契約關係的自由。解約自由是近代民法肯定個人利益的產物，是相對於古代法中嚴禁解約而言，在古羅馬法視之為“法鎖”，債務人不履行契約債務時，債權人有權拘押債務人人身，故契約締結後不得任意解除。

在近代法中，因貫徹契約自由原則，遂產生兩種解約方式。一是雙方合意解約，即在已締約的當事人之間以“合意解約”的形式來消滅已締結的前一個契約，這種合意解約方式，已被各國契約法普遍肯定。合意解約以“契約解除契約”，解約仍以合意為前提，從相反的角度很好的解釋了契約自由原則。³⁹

除了雙方合意解約之外，還存有單方解約，即由一方當事人依其意思表示直接解除契約，它屬於典型的形成權，尤其適用於持續性的契約形式，如租賃合同、長期供貨合同、僱傭合同等。⁴⁰ 由於單方解約的解約權由一方當事人選擇行使，也是透過意思表示的方式來進行，故也屬於解約自由的範疇。《澳門民法典》第 426 條第 1 款規定，容許依據法律或協議而解除合同。在這裏，因協定解除指的是合同雙方事先於締約階段約定導致合同被解除的原因或情形，只要約定的事件出現，則契約一方可以以行使形成權的方式解除合同關係，因此該條款的協定解除其實不是雙方合意解除。

同樣的情形還有《澳門民法典》第 963 條第 1 款，該條款規定，如果贈與尚未被接受，贈與人得自由廢止其法律行為之意思表示，只要該廢止係以原來意思表示所使用之方式作出。至於雙方合意解除，即廢止的情形有《澳門民法典》第 1016 條，該條款規定，當事人得隨時透過協議終止合同，這裏所謂的透過協議就是一個完整的邀約、承諾過程，是雙方合意而非單方意思表示的結果。《澳門勞動關係法》第 67 條也有類似的規定，僱主與僱員在雙方協定下得終止合同，且無須預先通知及作出任何賠償，但對此不得預先在勞動合同內訂明。當然，終止合同的協定須以書面方式作成，其內須載明協議訂立的日期及開始生效的日期。

以上分析可以得知，無論是單方意思表示還是雙方意思表示，合同關係都可以得以終止，屬於典型的解約自由權，而這種終止方式的設置，歸根結底還是源自法律對個體行為自由的尊重。

(二) 選擇裁判自由之內涵與特徵

選擇裁判自由是指契約當事人有選擇仲裁或訴訟解決契約爭議的自由。質言之，對於契約爭議，締約者有依約定排除法院司法管轄的權利。澳門第 29/96/M 號法令第 1 條規定，爭議之當事人，不論為自然人或法人，得透過協議將爭議提交仲裁，由一名或數名仲裁員解決之。第 5 條又規定，具有行為能力之人均有訂立仲裁協議之能力，且特別法允許或仲裁協議以涉及民事或商事性質法律關係之爭議為標的時，澳門地區及其他公法人均有訂立仲裁協議之能力。

仲裁在性質上屬自力救濟，與公力救濟的訴訟相比，有程序簡便、仲裁人由雙方當事人選任、仲裁機構為民間團體等特點，而且大多按專業設置，如海事、貿易、勞動等，仲裁員也多為專業人士，通常易於為當事人所信賴。所以，選擇裁判自由已成為各國存約法的通例，澳門也不例外。根據選擇裁判自由，當事人選擇仲裁並服從由此產生的裁定，都屬於自由意願行使的結果，其間蘊涵着私法自治的理念。因此，根據私法自治，仲裁機構必須是依章程(即契約)設立的自律性民間機構，當事人對仲裁機構的選擇也意味着對其章程和經公允的仲裁規則的認可。

選擇裁判方式是契約內容之一，是否成為契約條款，或者何者為契約條款，都體現締約當事人自由選擇的過程，符合締約自由的要求。因此，任何以行政命令或政府強制方式排除法院管轄的指定仲裁，與強制排除仲裁一樣，都是違背契約自由原則的內在價值。

綜上所述，鑑於本文主題在挖掘澳門法下有關契約自由的公法保障和管制，公法“如何保障”和“如何限制”澳門契約法的契約自然是研究的重點，但對澳門法中契約自由的法制現狀卻有介紹之必要，正所謂“皮之不存，毛將焉附”。基於此，本章以澳門法為主要分析對象，勾勒出澳門法下契約

自由的法律基礎和法制現狀，為下一部分之研究鋪設道路。

七、結語

透過對契約自由的內涵方面的分析可以得出，自由也是相對的自由，表意人在獲得自由決定的同時也強化其表示的自我約束和自我負責，自我決定、自我約束和自我負責既折射出契約自由並存的三個維度，但也折射出自由理念從形式化到實質化的發展變遷。其中，作為動力，正是意思表示理論從“意思說”到“表示說”的變遷引領了契約自由實質化的進程。甚至，基於對表意人表示行為的信賴，也從另一個角度闡明了法律應該對合同相對人正當期待的保障，以維護法律關係的穩定性。

當然，這也為其他手段的介入，尤其是公權力介入契約自由提供了正當性理由。此外，從契約自由的內容來解構契約自由的外延對本文的深入意義重大，正是契約自由解構後所呈現出來的締約自由、解約自由、內容自由或是形式自由、選擇裁判的自由等層面，為公權力如何介入契約自由提供了路徑。如果說契約自由的內涵解決了自由得以限制的原因，則契約自由的內容解決了自由如何限制的方法，兩者互為倚重不可偏廢。

註釋：

- ¹ 代表性觀點參見王澤鑑：《債法原理》（第一冊），北京：中國政法大學出版社，2001年，第73-74頁；陳自強：《民法講義 I：契約之成立與生效》，北京：法律出版社，2002年，第120頁；江平：《論新合同法中的合同自由原則與誠實信用原則》，《政法論壇》1999年第1期。有關英美法對契約自由的論述，可參見 Peter Bensen, “The Unity of Contract Law,” In Peter Bensen, ed., *The Theory of Contract Law: New Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 181-205.
- ² 王慧：《契約神聖原則是否過時——評〈契約神聖原則的再思考〉》，《中外法學》1997年第5期。
- ³ Roger Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 36.
- ⁴ 彭亞楠：《解析契約自由》，《人大法律評論》2000年卷第2輯，第378-389頁。
- ⁵ 馬新彥：《民法現代性與制度現代化》，長春：吉林人民出版社，2011年，第23頁及以下。
- ⁶ 李永軍：《從契約自由原則的基礎看其在現代合同法上的地位》，《民商法學》2003年第1期，第2頁及以下。
- ⁷ 陳自強：《民法講義 I：契約之成立與生效》，北京：法律出版社，2002年，第120頁。
- ⁸ 孫憲忠主編：《中國民法教科書》，澳門：澳門大學法學院，2005年，第323頁。

- ⁹ [葡]Carlos Alberto Da Monta Pinto:《民法總論》(中譯本),澳門:澳門大學法學院,2001年,第46-48頁。
- ¹⁰ [葡]Carlos Alberto Da Monta Pinto:《民法總論》(中譯本),第46頁。
- ¹¹ Helge Dedek, *Negative Haftung aus Vertrag*, Heidelberg: Mohr Siebeck, 2007, s. 5ff.
- ¹² [葡]Carlos Alberto Da Monta Pinto:《民法總論》(中譯本),第46頁。原始資料源自葡萄牙《司法部學刊》第77號,第189頁。
- ¹³ [德]卡爾·拉倫茨:《法學方法論》,陳愛娥譯,北京:商務印書館,2005年,第207頁。
- ¹⁴ 唐曉晴:《澳門特別行政區土地法中的長期租借制度——以 dominium directum 和 dominium utile 的區分為視角》,《北方法學》2012年第1期,第63頁及以下。
- ¹⁵ [葡]Carlos Alberto Da Monta Pinto:《民法總論》(中譯本),第46頁。
- ¹⁶ 孫鵬:《合同法熱點問題》,北京:群眾出版社,2001年,第207頁。
- ¹⁷ 孫鵬、陳樹森:《論意思自治——兼論從近代民法到現代民法》,《安徽大學法學評論》2004年第2期,第197-198頁。
- ¹⁸ [德]海因·克茨:《歐洲合同法》(上卷),周忠海等譯,北京:法律出版社,2001年,第116-117頁。
- ¹⁹ 李永軍:《合同法》,北京:法律出版社,2005年,第38頁。
- ²⁰ 徐滌宇:《合同概念的歷史變遷及其解釋》,《法學研究》2004年第2期,第57-65頁。
- ²¹ 王洪:《合同形式欠缺與履行治癒論》,《現代法學》2005年第3期,第82頁。
- ²² Reihnhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 83.
- ²³ 艾燦、趙晶:《澳門與內地商品房預售之預約合同的法律比較》,《石家莊職業技術學院學報》2011年第5期,第41頁。
- ²⁴ 張禮洪:《物權制度設計現代化的幾點思考——以葡萄牙民法為視角》,《環球法律評論》2012年第2期,第102-105頁。
- ²⁵ 蔣學躍:《澳門民法物權制度對我國制定物權法的啟示》,《廣西社會科學》2004年第9期,第71頁。
- ²⁶ 項劍:《評〈合同法〉與〈聯合國貨物銷售合同公約〉合同形式的衝突與協調》,《現代法學》1999年第4期,第73頁及以下。更有學者明確指出,中國應撤回該保留,參見張建軍:《中國應撤回對〈聯合國國際貨物銷售合同公約〉“合同形式”的保留》,《西北大學學報(哲學社會版)》2008年第5期,第241頁及以下。
- ²⁷ 張坦:《論合同形式》,《法商研究》1995年第2期,第47-48頁。
- ²⁸ [英]阿蒂亞:《合同法概論》,程正康等譯,北京:法律出版社,1982年,第134頁。
- ²⁹ [葡]Carlos Alberto Da Monta Pinto:《民法總論》(中譯本),第54頁。
- ³⁰ 孫憲忠主編:《中國民法教科書》,第323頁。
- ³¹ 李新天:《中國內地與澳門合同法律適用之比較分析》,《法學評論》1999年第5期,第92頁。
- ³² 蘇永欽:《尋找新民法》,北京:北京大學出版社,2012年。
- ³³ 參見柳經緯:《意思自治與法律行為制度》,《華東政法學院學報》2006年第5期,第22-23頁。
- ³⁴ 參見蘇永欽:《走進新時代的私法自治》,北京:中國政法大學出版社,2002年,第16-17頁。
- ³⁵ 丁玫譯:《民法大全選譯IV·1債契約之債》,北京:中國政法大學出版社,1992年,第10頁。

- ³⁶ 米也天：《澳門法制與大陸法系》，第 121 頁。
- ³⁷ [葡]Carlos Alberto Da Monta Pinto：《民法總論》（中譯本），第 47 頁。
- ³⁸ 參見唐曉晴：《〈澳門民法典〉中的將來物與將來物買賣合同》，《政法論叢》2006 年第 1 期，第 36 頁。
- ³⁹ 姚新華：《契約自由論》，《比較法研究》1997 年第 1 期，第 22 頁。
- ⁴⁰ 有關澳門僱傭合同的解除制度，參見李剛：《澳門與中國內地勞動關係法律制度之比較與借鑑》，《南陽理工學院學報》2011 年第 5 期，第 73-74 頁。