



澳门丛书

AoMen Yu OuMeng XiangGuan GuoJia FaZhi YanJiu

澳门与欧盟 相关国家法治研究

◎ 范剑虹 / 著



广东人民出版社



澳门丛书

AoMen Yu OuMeng XiangGuan GuoJia FaZhi YanJiu

澳门与欧盟 相关国家法治研究

◎ 范剑虹 / 著



广东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

澳门与欧盟相关国家法治研究 / 范剑虹著. — 广州:
广东人民出版社, 2004.11

(澳门丛书)

ISBN 7-218-04724-6

I. 澳… II. 范… III. 法制—研究—澳门

IV. D927.659.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 075581 号

责任编辑	赵殿红
封面设计	方楚涓
责任技编	黎碧霞
出版发行	广东人民出版社
印 刷	广东省农垦总局印刷厂
开 本	787 毫米×1092 毫米 1/16
印 张	21.5
插 页	1
字 数	313 千
版 次	2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 7-218-04724-6/D·560
定 价	36.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与承印厂联系调换。

前言

—

澳门属于大陆法系，那么大陆法系的发源地、分布范围及发展趋势如何呢？

在欧洲，除了普通法的代表英国及苏格兰（属于混合法）外，欧洲各国基本属于大陆法系（Continental Family）。大陆法系一般是指以罗马法为基础而形成和发展起来的一个完整的法律体系的总称。大陆法系名称的由来就是由于该法系首先是在欧洲大陆出现和形成的。而由于它具有法典的特征，因此，大陆法系又称为法典法系（Code Family）；又由于大陆法系中的民法受罗马法的影响最为强烈和广泛，所以也被称为民法法系（Civil Law Family）。此外，大陆法系是以法国法和德国法为主而发展起来的，所以我们往往也把大陆法系称为法国法系与德国法系，前者包括拉丁语系各国，即法国、比利时、西班牙、葡萄牙（“Códigode Seabra”，1867—1966）、意大利等国；后者包括日耳曼语系各国，即德国、奥地利、瑞士、荷兰、葡萄牙（1967年接受德国民法典的内容与结构后，转向德国法系）等国。《法国民法典》代表自由资本主义时代的民法典，法律用语以概括、明确、精确著称，便于一般人理解和掌握。《德国民法典》代表垄断资本主义时代的民法典，它有结构严谨、逻辑清楚、避免重复的优点。由于德国法有高度抽象化的法律用语，对没有受过法律专业训练的人来说较难理解和掌握，属于法学家的法律，而不是一般人的法律。由于德国的民法典比较适合





现代资本主义的发展,加上它的技术性与科学性强的特点,因而葡萄牙、日本、中国台湾地区、韩国等欧亚国家与地区纷纷由学习法国法转向德国法,并按德国民法典制定或修正本国民法典。北欧各国即挪威、瑞典、丹麦、芬兰和冰岛的法律,通称为斯堪的纳维亚法律,基本上是属于亚大陆法系。在北美方面,除美国是典型的英美法系外(历史上美国先试图接受大陆法,后因历史和经济及语言问题转向英国法),美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省,因先接受大陆法系,但是后来因受英美法影响,有些学者就称路易斯安那州与魁北克省为混合法系。此外,非洲的刚果、卢旺达、布隆等,由于以前属于大陆法系国家殖民地,故亦属于大陆法系。北非如阿尔及利亚、摩洛哥、突尼斯亦受大陆法系影响,当时非洲大多数地区属殖民地,故法律亦受其殖民者影响。

中华人民共和国澳门特别行政区(以下简称澳门)位于亚洲,也与亚洲的日本^①、中国内地、中国台湾地区、韩国、泰国等一样被视为大陆法系地区与国家。特别需提及的是:澳门是一个典型的大陆法系地区,而且她不但接受了葡萄牙的立法内容,也接受了葡萄牙司法判例的内容,并在大学的教育上也继承了大陆法系的教材体系与内容,融立法、司法与法学教育于一体,这是中国其他区域内所没有的现象。此外,对于台湾地区与日本而言,虽然他们在接受德国法时也像澳门那样走全盘接受的途径,^②但是中国台湾与日本国在将法律语言本地化、法律适应本地政治与经济发展以及灵活接受英美法系精华方面比澳门积累了更多的教训与经验,他们已将这些看作法制建设的主流,并且做出了特有的贡献。这可能与日本和中国台湾地

① 自1868年“明治维新”以来的法律属于大陆法系。日本先学法国法,后转向德国法。

② 在独立后将原殖民地的法律(往往被称为 *aufgetroienes Rechtssystem*)视为独立后的法律,往往被称为合法继受(*legalisierte Rezeption*);自由继受的情况如Liberia接受美国法。参阅:FAN Jianhong, *Die Rezeption der deutschen Strafrechtslehre und Strafvorschriften in der VR China*, in: *International Asienforum*, Vol. 28 (1997), No. 4, p 362.



区的政治与经济发展有关，与拥有众多的了解本国与本地区政治与经济发展前途的政治家与法律家有关，与有大量的懂得两种语言的大陆法与英美法法学专业人员有关，因而他们能够按本地区与本国的实际情况，并用本地区与本国语言来立法及撰写判例，从而建立了带有大陆法系精华的（在某些领域接受英美法精华的）、以本国与本地区的语言进行立法与司法的制度。

综上所述，由于属于大陆法系的国家远远不限于欧洲大陆的范围，因此，大陆法系也即民法法系具有更为通用的趋向。^①

二

那么澳门、葡萄牙与欧洲各国大陆法有哪些特点呢？

由于现代社会发展主流上的一致性与世界经济的一体化以及法律科学无国界的特点，使两大法系的政治与经济背景趋向一致，加上大陆法系各国的先进法规、判例与学说已可以从各种语言中获取，所以有专业人士认为：对法律工作者而言，法律思维能力训练与知识面的要求在增加，特定语言能力的要求在降低；但是，对专业翻译要求反而更高。此外，各种立法、司法在判例中引用他国的判例，甚至引用不同法系的判例来做判例，已屡见不鲜，判例与学理也日益交流与互补，所以以下大陆法系的特点举例已具有相对性，对大陆法系特点的简单举例也只能在与英美法系的比较中才能理解得更好。

第一，通常大陆法强调成文法的作用。欧洲各国一般都进行过大规模的法典编纂工作。近代意义上的法典，是指对某一部门法进行系统的、全面的编纂，从而使之成为一个正式的法律文献。它在结构上强调法律的系统化、归类化、法典化和逻辑化。但是，英美法系同样也有众多的法典与法规，所以法典的形式与数量还不能作为区别两大法系的特征。^② 实际上，两

^① 当然，英国、美国、加拿大、新加坡、中国香港、澳洲、新西兰、南非和以色列是属于英美法系。

^② John H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, 1969, p. 27 et seq.



大法系法典编创的含义不同,尤其是法典的精神特征与其在本法源中的价值有重大区别。我们可以从法典创立的历史背景、动机与过程中发现大陆法系特有的精神特征。此外,虽然不能说英美法的法典有更多法规汇编特征,而大陆法的法典却有更多法理构建的特征,但是却一定程度地反映了不同的法典精神特征。

第二,大陆法系各国把全部法律区分为公法和私法两大部分。^①这种分法最早由罗马学者乌尔比安(170—228)提出。相反,英美法将法律分为普通法(Common Law)与衡平法(Equity Law)。

第三,与英国法(是以判例法作为法的主要渊源)^②相反,在大陆法系,司法判决不是主要的法律渊源,而仅仅是对法律的注释。在司法过程中,法官的判决只是起着加强对法律的解释作用,一个法学原则的适用在司法实践中还必须遵守“立法特权”的总则。从大陆法系的宪法的背景去观察,对规范的结构与密度的处理,取决于立法机关在多大范围中来控制法律运

^① 民法法系中关于公法和私法的划分,起源于古罗马法。最早由罗马法学家乌尔比安(Domitius Ulpianus)提出。由于罗马帝国的专制统治,统治者集所有权力于一身,所以在这种条件下,除刑法外,其他公法没有发展的空间。17、18世纪时,国家主权观念的兴起和公民对各种权利和自由的诉求,使公法的地位大大提高,使公私法的划分趋向确立。而19世纪建立的双重法院系统(普通法院和行政法院),促进了公私法之分的确立,在民法法系国家中,公私法之分同法院管辖权关系极为密切。普通法院受理一般民事和刑事案件,通称为私法案件。行政法院受理行政诉讼,通称为公法案件。因此,涉及不同的法部门,用不同的救济途径。进入20世纪,公私法从19世纪相互渗透。德国首倡的经济法就是有公私法内容。划分公私法标准的学说一般有:权力说、服从说、强行说、利益说与折中说(不同的分法请参阅:徐开墅,《民商法字典》,上海人民出版社1997年版,第339页私法条目)。由于随着公私法相互渗透,这些标准只能结合起来考虑。

^② 比如英国的“遵从先例”原则是指上议院的判决对其他一切法院均有约束力;上诉法院的判决,对其本身和所有以外的法院均有约束力;高等法院的一个法官的判决下级法院必须遵从,但对该法院其他法官或刑事法院法官并无绝对的约束力,而仅有重要的说服力。在美国,州下级法院在州法律问题上受州上诉法院判决的约束。在联邦法问题上,应受联邦法院,特别是联邦最高法院判决的约束。联邦法院在联邦法案件中受联邦上级法院判决的约束,可是在州法律问题上,则受州法院的有关判决的约束,只要这些判决并不违反联邦宪法。

作机构，也即在多大范围内来设定法治国家基本权利的要求。^①大陆法系的立法者就是这样运用立法技巧给法律运作者留出了—定的“行动空间”，然而法官仍必须在法律所确定的价值范围内进行解释，而不是进行自由评判，以改变立法原意。德国著名法学家威斯特曼有一句名言，即“司法就其本质而言是法律的价值运用，而不是法官的独立评判”^②。即使立法者没有给予一个明确的条款以供适用，法律运用者（如法官）又在无法类推的情况下，^③也必须在此法典或整个体系的价值范围中进行解释（这种限制在学术论坛中是不存在的）。在这种“行动空间”中使用原则和已判定的著名案例群来作为辅助手段进行解释也是合法的。这与英美法的法官造法的特征是有区别的。

第四，在民法内容方面，民法法系中的动产和不动产两词来自罗马法，是根据物的特性作出的分类。动产是指可移动场所之物。反之，不动产是不能移动之物。但这并不是绝对的分类，因在《法国民法典》中就规定某些可移动之物，根据其用途可称为不动产。而普通法法系所讲的财产权的范围比大陆法系的物权范围要广，它包括以所有权为主的物权、准物权（比如香港法中准动产当中的土地租业权，这种权利在大陆法系称为一种债权，而不是物权）、债权与继承权及知识产权中的财产权。普通法中动产和不动产是来自于英国的中世纪普通法诉讼程序之分。不动产来自对物的诉讼，意为这种诉讼要求收回实体的特定之物；动产来自对人的诉讼，意即是要求特定的人归还原物或作出赔偿。但是对人与对物诉讼在诉讼程序上的区别已消失。

普通法法系和民法法系在各自法律中都有侵权行为这一法

^① 参阅〔德〕Hermann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre (《立法学导论》), Heidelberg 1982, p. 106。

^② 参阅〔德〕Harry Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht (《民法中法官的争议性判决的本质与界线》), Muenster 1955。

^③ 与民法不同，刑法是禁止类推的，还包括不溯及既往，当然不溯及既往不应包括谋杀与禁止不利于被告的习惯法的运用（但后者在瑞士民法中是允许的。参阅瑞士民法第一条，第一款）。



律术语。但不同的是：在民法法系中，比如葡萄牙侵权行为法（*Deliktsrecht, Law of Delict*）一般只是民法债编中的节（葡萄牙的侵权行为法由 Vaz Serra 起草，其第 483 条 I 的概念与设计是将德国民法典第 823 条的两项合二为一）；^① 而英国的侵权行为法虽然规定了许多形式的侵权行为，但相对于大陆法系，它似乎对适用于各种侵权行为法的一般原则，也没有将那些分散的侵权行为法构成一个很协调一致的体系。这一点表明了两种法系在法律分类、风格上的差别。但近年普通法系和民法法系的侵权行为法中有两个新的改革，即严格责任原则（*Strict Liability*）^② 和无过错责任（*Liability without Fault, no Fault Liability*）^③。严格责任是指要求承担比通常讲的合理注意更加严格的责任。而无过错责任就像一些保险制一样，对损害不考虑过错就加以赔偿。尤其是美国的产品责任法走在大陆法系一些国家的前头。

在大多数民法法系的国家，立遗嘱人死亡后，遗嘱不经检验即行生效。但在普通法系国家中，被继承人死亡后，其遗产中的动产应转归一个独立的法律实体，称为“某人的遗产”，由遗产管理人管理，直至分配给继承人为止。实际上，在普通法系不动产直接转归继承人往往是由遗产管理人来处理。

第五，商法上，大陆法系在公司资本制度中有一法定资本制度。它是由大陆法系国家首创的，并对其他各国公司资本制度产生了重要的影响。法定资本制度的核心内容是资本三原则（资本确定、资本维持与资本不变原则），其基本特点是强调公司资本的真实与可靠，因而能较充分地保障债权人的利益和社会交易的安全。但因其固守资本的确定、不变和维持之理念，往往导致公司设立周期的延长、设立成本的提高及公司成立后增减资本的麻烦。英美法系的授权资本制主要内容是：设立公

^① Sinda Monteiro, *Responsabilidade por Conselhos*, p. 177.

^② 法国的 Pierre Catala 认为这与法国的过错推定相似：Pierre Catala, *Delict and Torts*, *Tulane Law Rev.*, June 1963, p. 600.

^③ 由 Ballatine 在 1916 年《哈佛法律评论》的关于交通事故的论文中提出。



司时，须在章程中确定公司资本总额，发起人和股东只需认购并缴足资本总额中的一定比例的资本，公司即可成立，未认足的那部分资本，可授权董事会在公司成立后，根据需要随时发行募集之。与法定资本制相比，授权资本制因其并不要求发起人和股东在公司成立之前全部认足公司的所有股份，从而使得公司成立较为容易，并可避免因全部资本都发行完毕而可能出现的资金闲置和浪费；同时，因成立时未认足的那部分资本系在章程中记载的资本总额之内，故再行募集时，无须变更章程，亦不必履行增资程序。其弊端就是：在公司成立之初，因其实收资本与注册资本相差甚大，极易出现实有资本与其生产经营规模严重不符的情况，从而可能被欺诈行为所利用，减弱公司对债权人利益的保护能力。此外，将发行新股的权利完全赋予董事会，对股东权益的保护也显不足。德国带头创立了折中资本制，折中资本制又称认可资本制。其主要内容是：设立公司时，章程中确定的资本总额不必一次全部发行完毕，公司就可成立。但在公司成立前由发起人和认股人认购的股份总额须达到法定比例，其余部分资本可以授权董事会在公司成立后的一定期限内根据公司的实际需要而随时发行。折中资本制的出现，实际上是各国在法定资本制及授权资本制的基础上，为完善本国公司资本制度而采用的一种趋利除弊的改革。它不仅便于公司迅速成立，免于公司资金的闲置或浪费，还能有效地控制设立欺诈行为。无论从保护公司债权人利益的角度，还是从维护公司及股东利益的角度，都不失为一种较为理想的资本制度。

第六，首先，大陆法系各国法院一般都分为三级。此外，有些国家如德国（德国有行政诉讼法典，它对葡萄牙及澳门影响极大）、法国、奥地利、比利时、意大利、芬兰、卢森堡、瑞典等国，还设有行政法院并构成独立的审级层次。^① 英美两国

^① 英国没有一套独立的行政法系统，仅有各种名为委员会（Board Commission）的准审判机关，主要受理有关经济（空运、陆运、商标权、著作权、有价证券）、税务（所得税、土地税、偷税漏税）、征用不动产及社会福利方面的案件。这些准审判机关大多同一个相应的行政机关结合在一起，但也有一些是完全独立的。它们具有低级法院性质，都受高等法院的监督。



没有独立的行政法院审级层次，也没有系统的行政法制定法。但在 20 世纪后，在行政诉讼问题上普通法法系国家日益向民法法系靠拢，但仍保留自己的特色。

其次，与英国法相反，大陆法国家重视实体法较多于注重程序法。英国法中的“救济先于权利”的谚语就是体现了注重程序法多于实体法的精神。

再次，民法法系国家一般实行自由心证制，证据的证明力及其取舍不由法律规定，而取决于法官对证据的评价是否已达到确信无疑的程度，法官对证据的提出也有较大的自由裁量权。中级上诉法院受理上诉案件的含义较为广泛，不仅有对法律适用是否正确的审查，而且有对认定事实是否正确的审查，还容许当事人提出新的证据。但最高法院对上诉案件的处理一般仅指对适用法律是否适当的审查，不复查事实，且不容许提出新的证据。民法法系国家的法院一般不泄露合议庭法官对判决的分歧意见，判决以法院集体名义作出。民法法系国家在诉讼程序上的另一个特征是实行职权制。其含义主要是法官在诉讼进行以及证据的调查中起主导作用，法官以职权审判者的地位作出审判。

第七，大陆法系国家一般实行检察官制度，但是英国是具有私人起诉传统的国家，在近、现代，大多数案件由警察机关起诉，严重犯罪由检察机关起诉。当然，经 1985 年英国刑事起诉法对起诉制度改革，英国检察机关已实际掌握了大部分案件的起诉权。检察官出席法庭会破坏司法独立原则的理由以及检察官出席法庭会破坏刑事案件的原告人与被告人的平等地位的状态已被法律修改。在刑事庭审方面，英美法系实行当事人主义（也有人称为对抗制，“起诉一本状”主义），它在提高被告地位，防止法官偏见以及从宪政角度维护法院的公正地位上起了不少的作用，而大陆法系的法官职权主义在查明案情的真实能力上有优势，在效率上也有长处。职权制有别于对抗制，它起源于罗马帝国。这种程序的含义主要是法庭主动追究犯罪，秘密进行侦查和审理，并对被告进行审问。在法学上，这种实践就称为职权制。在很多民法法系国家的诉讼程序中，职权制



和辩论制（对抗制）往往是结合使用的。二次大战以后，更多的民法法系国家参考了普通法法系国家的对抗制或辩论制，有些国家甚至提出从职权制向对抗制转变。日本、意大利、西班牙与葡萄牙均已向混合型的方向发展，尤其是日本与意大利发展的方向是英美的当事人主义。

第八，大陆法系的教育制度多数是有统一的规定，比如德国实行一元化法律教育制度，法国实行多元化法律教育制度，葡萄牙与澳门也是有统一法律教育制度的。大陆法的教育制度注重系统的法学理论与案例解析演绎法的教育，但它不属于职业教育，而是属于普通高等教育；而英美法系注重判例与专题教育，比如：美国法律教育没有统一专门的政府部门负责，各州高校的许多重要制度和方针主要通过美国律师公会和美国法学院协会等非官方组织加以协助，入学资格之一是已在大学本科毕业，即已取得文科或理科学士学位。法学院法律教育在性质上属于职业教育。采用“判例教学法”（Case Method）代替传统的演绎法。就美国范围而言，这种教学法是19世纪70年代哈佛大学法学院院长兰达尔（Christopher Columbus Langdell, 1826—1906）首创。以后哈佛大学法学院院长艾姆斯的论战（Ames Competition）给模拟法庭（Moot Court）增加了色彩。他们上课时用苏格拉底式讨论问题的方法，期末考试也以分析判例作为主要内容。同样在德国，对本国学生来说，几乎所有的考试亦是属于案例考试，这一点似乎出乎了许多人的意外。

实际上，大陆法系包括澳门法特点的例举还有很多，有些必须用功能比较的方法去观察，比如同一个损害赔偿的条款，仅仅从赔偿数目的不同难以看到它们的特点，但是如从功能比较的角度去观察就可以发现：数目多的那个条款可能是体现了惩罚功能，即让损害人赔偿比损害结果更多的金钱，以此防止这种行为的再发生；而另一个条款仅是平衡功能，是为了补偿被损害人。这样两个条款所体现的法理以及法理所体现的法律政策和政治及经济的发展背景均会不同，不研究这些，就无法成为一个出色的法律工作者。

1829年，德国法学家密特马耶尔（Mittermaier, 1787—

1867) 等人创办了世界上第一个旨在研究比较法的期刊《外国法学与立法评论》，第二次世界大战后欧洲各国相继成立极为著名的比较法研究所，比如德国的研究外国私法与公法的六个马克斯—布朗克研究院 (Max - Planck - Institute)，法国里昂大学的比较法研究所，美国与英国的一些小型的比较法研究所等等。但是，从论著及国际会议的角度，人们往往会得出大陆法系比英美法系更重视比较法，而研究比较法的人员往往是懂一国语言与法律的专业人员。澳门是大陆法系，而大陆法系的特征只有在与英美法的比较中才能显示出来。本书希望通过对澳门法与欧盟的一些法律、德国的一些法学的研究，给读者具体展现大陆法系的学理、立法、司法以及法学教育，尤其是澳门在继受大陆法过程中的经验与教训。笔者不揣浅陋，希望为此略尽微薄之力。



目 录

前言	(1)
澳门民法中的缔约过失	(1)
澳中合资企业投资合同法	(16)
澳门一人有限责任公司法比较研究	(54)
澳门的投资环境及投资法律政策	(68)
澳门商法的国际统一化含义与趋势	(118)
欧盟公司法概论	(126)
欧盟投资环境与风险及合同谈判破裂的法律责任	(148)
欧洲证券与衍生金融投资及其他投资方式	(171)
澳门知识产权法与《与贸易有关的知识产权协议》的比较	(195)
欧盟习惯法中的比例原则	(210)
德国成文宪法中民主与专制发展的轨迹	(223)
德国宪法法院法	(241)
澳门投资争端解决的法律途径	(255)
德国法学院教与学	(284)
以请求权为基准的德国式解案分析法	(291)
精神成人——澳门高校法学教师与法学管理人员的人文 训练的目标	(303)
参考资料	(319)
后记	(331)

澳门民法中的缔约过失

一、导 论

拉伦茨认为立法与法官所创造的规则必须能与既存的法律秩序融为一体，契合无间，以维护法律秩序内在的一致性。在第一节与第二节中我们来讨论缔约过失是否符合以上的标准。

因合同形成阶段之过错而导致损害赔偿的责任，早已在德国的司法判例与学说文献中得到认可。以前德国将其视为习惯法，而现在在新的债法（第 311 条第二款，第 241 条第二款）中作了明文规定。《澳门民法典》第 219 条^①（在合同形成阶段之过错）规定：“一、一人为订立合同而与他人磋商，应在合同之准备及形成阶段内按善意规则行事，否则须对因其过错而使他人遭受之损害负责。二、上述责任按第四百九十一条^②规定完成时效”。它是指在契约未成立时，一方当事人在缔约过程中违反了从特别的义务关系中产生的行为义务，致使他方蒙受损失，依法应承担的民事损害赔偿责任。这是对传统民法理论和制度留下的一个缺口的补充。

众所周知，传统民法理论和制度中债务关系的产生主要为

^① 是《葡国民法典》第 227 条的翻版。

^② 与《葡国民法典》第 498 条相同。





因合同的缔结及通过单方的法律行为^①和基于法律的关于侵权、不当得利、无因管理等。^②但在对合同债务与法律明文规定的债务划定了界限的同时却留下一个问号：在契约未成立时，一方当事人在缔约过程中违反了特别义务关系中的行为义务时，应如何处理？比如：外商与某中国公司有长期业务关系，并正在谈判签订一份买卖合同，外方希望中方到国外作进一步谈判并签订这一买卖合同，但当中国公司代表到了国外后，此外商无故不来参加谈判，此代表在等待无望时，经了解是因外商在一个月前已与其他客户签订了这种买卖合同，却又忘了让秘书通知中方不必来国外。中方作为受害人在契约尚未成立时，不能援用违约责任使有过错的一方承担责任。由于对方与中国公司有长期业务关系，并在谈判签订买卖合同，理应在与他方签约后，即一个月前通知中方不必前来。中方问：可否在根本没有正式缔约情况下赔偿他所付的旅差费？又如：甲要从乙那儿购买宝马轿车，甲与乙同车并由乙来试车，由于乙的重大过失，宝马轿车中途出现障碍，因是晚上，甲不得不从郊外坐出租车回家。与上述案例一样，甲与乙无购买宝马轿车的合同，即不能援用违约责任。乙也没有损害甲的绝对权（如生命、健康、自由、财产等等），侵权行为法的规定不足以保护当事人在缔约阶段的利益，因为侵权责任不以当事人之间存在任何信任关系为前提，而它保护的权益仅限于物权、人格权等绝对权而非信赖利益，加上在此对方也无违反善良风俗和相关法规之处，甲似乎无法提出赔偿。但甲认为这在法理上有缺陷，问其昂贵的

① 例1：有拘束力的许诺，尤其是通过公开的通告，对完成某行为，特别是对产生结果悬赏的人，有向完成此行为的人给付报酬的义务；例2：被继承人通过遗嘱将财产上的利益赠与他人（遗赠）而不指定该他人为继承人。受遗赠人因遗赠而有向承担履行遗赠义务的人请求给付遗赠标的物的权利。单方法律行为而产生的债务关系详见：Palandt (hrsgg.), Buergerliches Gesetzbuch, Kommentar, 53Aufl. Muenchen 1994, 657, 1939, 2174。

② 参见：Rebmann/Saecker (hrsgg.): Muenchner Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. Muenchen 1992, § § . 823 ff., 812ff., 677ff., 985ff. 上述民法评论集中对此作了目前世界上最详尽的论述，并提示了众多论文包括博士后论文及判例对此问题的出处。

出租费是否能从乙那儿获得赔偿。

这就提出了在合同准备及形成阶段内是否需要规则和义务，即缔约过失责任问题。立法者与法官在按良好的法理去创造法律进步的活动时，必须具备三项条件，“（1）所提出的规则能适用于一定的案件类型。（2）法律要件与法律效果的结合，系基于法律上的考虑，旨在实践一项实体的法律原则。（3）所创造的规则必须能与既存的法律秩序融为一体，契合无间，以维护法律秩序内在的一致性”^①。台湾大学的王泽鉴教授认为缔约上过失制度的建立完全符合此三项原则。我认为最为符合的是第3条原则。因为缔约过失责任是一种既不同于违约责任，包括“积极侵害债权”（笔者认为它实际上是一种缔约后之过失，对此在对缔约过失界定时将予以说明）^②，又不同于侵权责任的特殊民事责任，需要在民法学中作出特别规范，是对传统民法理论和制度留下的一个缺口的补充，完全可纳入契约上的基本理论体系。

《澳门民法典》第219条中的缔约过失的概念应如何界定呢？即如何与1. “积极侵害债权”，2. 意思表达的错误，3. 表达的内容错误，4. 性质错误，5. 传递错误，6. 因威胁或欺诈造成的错误等相区别？它在民法体系中的归属如何？尤其是它适用哪些一定的案件类型以及它的适用要件是什么？如果说无代理权的代理人责任的条款以及事先的客观给付不能条款等是缔约过失责任立法形式中的特别规定，而《澳门民法典》第219条是缔约过失责任的一般规定，那么两者之间关系如何？这些问题在司法实践与理论中具有重要意义，因而需加分析与

^① Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., 1964; Karl Larenz, Kennzeichnen gegluckter richterlicher Rechtsfortbildung, 1965, S. 13f.

^② 我国台湾地区及日本学者称其为“不完全给付”；中国内地学者称其为“不当履行”，亦可称之为积极的履行义务的违反。此说是德国著名律师史韬伯（Staub）在《论积极侵害契约及其法律效果》中首先提出，因此种履行义务之违反不仅在契约中有之，在其他之债中亦有之，故称之为“积极侵害之债权”（Positive Vertragsverletzung oder Positive Foderungsverletzung，简称为PVV或PFV）。