

歐盟投資法律環境、投資風險與合同談判破裂的法律責任¹

范劍虹

澳門大學法學院副教授

一、 歐盟經濟法簡述

歐盟是建立在歐洲的歐洲煤炭與鋼鐵共同體（European Coal and Steel Community，簡稱“歐洲煤鋼共同體”），歐洲經濟共同體（European Economic Community，簡稱EEC：歐共體）和歐洲原子能共同體（European Atomic Energy Community，簡稱：Euratom）之上的。歐盟的建立是鑒於各國歷經了二戰，歐洲經濟急待各國政府攜手合作，以便重振經濟。1950年，當時的法國外長羅伯特·舒曼（Robert Schuman）提出一項由歐洲各國政府聯合管理煤炭與鋼鐵生產的計劃。這個計劃得到了歐洲一些國家的回應。1951年4月18日，法國、前聯邦德國、荷蘭、義大利、比利時和盧森堡等6國在巴黎簽署了《歐洲煤炭與鋼鐵共同體條約》（又稱《巴黎條約》），正式成立了歐洲煤鋼共同體。隨著形勢的發展，上述6國又於1957年3月25日在羅馬簽署了《歐洲經濟共同體條約》和《歐洲原子能共同體條約》（統稱《羅馬條約》）。在第一個《歐洲煤炭與鋼鐵共同體條約》這個條約的緒言中，還就建立該共同體的目的問題明確指出：條約是“通過建立一個經濟共同體來維繫他們的基本利益，以取代長期的敵對，並作為在長期以來被血腥衝突

¹ 本文是著者在Euro-China Macau 2001(for European and Asian Companies)會上的講話稿（非嚴格意義上的注文，因是講話稿所以也有引述其它作者的部份內容）。講稿主要介紹了歐盟與德國的相關的法律，詳細與深入地研究了投資法律環境與投資風險，並用案例群探討了合同談判破裂的法律責任。

而分裂的人民中確立更為廣泛和更為深入的共同體的基礎”。1973年1月1日，丹麥、愛爾蘭和英國首批加入了上述3個共同體。其後，1981年1月1日，希臘又加入了上述3個共同體。西班牙與葡萄牙是於1986年1月1日第三批加入上述3個共同體的。1990年，前東德地區作為統一後的聯邦德國的一部分當然地成為3個共同體的成員。至1995年1月1日，又有奧地利、芬蘭、瑞典等3個國家加入了3個共同體，以後荷蘭、比利時、盧森堡也加入共同體，以後相繼加入的國家總數已經達到目前的25個國家²。

1992年2月7日，當時的12個成員國又於荷蘭的馬斯特裏赫特簽署了《歐洲聯盟條約》（簡稱《馬約》，或簡稱《歐盟條約》）³。這個條約重申了“在歐洲人民中建立更為緊密的聯盟”的宗旨，並且提出在3個共同體的基礎上建立歐洲聯盟。《歐盟條約》又在1997年於荷蘭的阿姆斯特丹作了修改⁴。

在歐盟除了《馬約》、《羅馬條約》（1957）⁵、《歐洲中央銀行章程》（1992）⁶、《保護人權與基本自由的公約》（7.8.1952）⁷外，在經濟法領域主要集中在公司法與競爭法上：

就公司法而言，為了歐洲共同市場的形成並消除人員及物品自由交流產生的障礙，在1987年公佈的EC統一法中再次約定：在各個領域中進行各成員國之間的法制協調工作，關於公司法是很重要的立法行動之一。如：

1）歐洲公司法案的起草（歐洲公司法案原名是關於歐洲公司法的評議會規定之提案，不是根據歐洲聯盟各成員國的公司法，而是持有共同準據法的歐洲公司設立和法律關係的法案。因而，歐洲公司並非是

² 15成員國的財政自治情況可參閱：董禮勝，《歐盟成員國·中央與地方關係比較研究》，中國政法大學出版社，第31頁。

³ Treaty of European Union，簡稱TEU。

⁴ AB1.EG Nr. C 340 S.1；BGB1. 1998 II S. 387，ber. BGB1. 1999 II S.416（In Kraft getreten am 1.5.1999，vgl.: Bekanntmachung vom 6.4.1999，BGB1. II S. 296.）

⁵ 1997年10月2日在阿姆斯特丹修訂（AB1.EG Nr. C 340 S.1；BGB1. 1998 II S. 387，ber. BGB1. 1999 II S.416（In Kraft getreten am 1.5.1999，vgl.: Bekanntmachung vom 6.4.1999，BGB1. II S. 296.）。

⁶ 1997年10月2日在阿姆斯特丹修訂（AB1.EG Nr. C 340 S.68；BGB1. 1998 II S. 413）。

⁷ BGB1. 685，953。

現在實際設立或已存在的公司)⁸。此歐洲公司法案體現了德國 1965 年 9 月 6 日制定的並在 1998 年 6 月 6 日按歐洲公司法指令修訂的德國股份公司法的許多內容，也包括一些法國公司法的內容；

2) 按歐共體指令進行的各國公司法修正。歐洲聯盟 (EU) 公司法指令與各成員國的公司法修正應使自國國民在他國可以自由地進行企業活動。為此，各成員國各自擁有的企業組織必須進行協調才行，並需努力設置對於各成員國的公司和企業活動的共同保護裝置。歐洲聯盟 (EU) 的公司法指令包括：《歐共體理事會關於協調成員國為保護歐共體條約》第 58 條第 2 項所稱公司的股東和其他利害關係人的利益而制定的保障措施，以使這些措施趨同的第一號公司法指令⁹；歐共體理事會關於協調成員國為保護歐共體條約第 58 條第 2 項所稱公司的股東和其他利害關係人的利益而制定的有關股份有限公司設立及其資本的維持和變更的保障措施，以使這些措施趨同的第二號公司法指令¹⁰；歐共體理事會關於修改有關股份有限公司設立及其資本的維持和變更的《77 / 91 號歐共體指令》的 92 / 101 號歐共體指令¹¹；歐共體理事會關於股份有限公司合併的第三號公司法指令¹²；歐共體理事會基於《歐共體條約》第 54 條第 3 項第 7 目關於特定類型公司年度財務報表的第四號公司法指令¹³；歐共體理事會關於修改有關年度財務會計報表的《78 / 660 號歐共體指令》和有關合併財務會計報表的《83 / 349 號歐共體指令》，以修改這些指令適用範圍的 90 / 605 號歐共體指令¹⁴；歐共體理事會關於修改有關年度財務會計報表的《78 / 660 號歐共體指令》和有關合併財務會計報表的《83 / 349 號歐共體指令》，以免除中小公司的有關

⁸ 此法案原本就是為了從美國的跨國企業的滲透中保護歐洲共同體的經濟，實現歐洲可與美國相抗衡的超國家的大型的企業集中而制定的。1975 年 5 月 13 日通過了修改的第二稿，共 284 條、4 個附則，可以說是折衷了法國公司法和德意志股份法的內容。

⁹ 歐共體理事會 1968 年 3 月 9 日，第 68/151 號。

¹⁰ 歐共體理事會 1976 年 12 月 13 日，第 77/91 號。

¹¹ 歐共體理事會 1992 年 11 月 23 日，第 92/101 號。

¹² 歐共體理事會 1978 年 10 月 9 日，第 78/855 號。

¹³ 歐共體理事會 1978 年 7 月 25 日，第 78/660 號。

¹⁴ 歐共體理事會 1990 年 11 月 8 日，第 90/605 號。

義務，以及用歐元公佈財務會計報表的 90/604 號歐共體指令¹⁵；根據《歐共體條約》第 54 條制定的有關股份有限公司組織結構及其機關的權力與義務的第五號公司法指令草案修改稿 COM (91) 372 號最終稿¹⁶；歐共體理事會基於《歐共體條約》第 54 條第 3 項第 7 目關於股份有限公司分立的第六號公司法指令¹⁷；歐共體理事會關於公司合併財務報表的第七號公司法指令¹⁸；歐共體理事會基於《歐共體條約》第 54 條第 3 項第 7 目關於許可負責對財務會計文件進行法定審計的人員的第八號公司法指令¹⁹；歐共體理事會基於《歐共體條約》第 54 條第 3 項第 7 目關於股份有限公司跨國合併的第十號公司法指令草案²⁰；歐共體理事會關於受一個成員國法律管轄的特定類型公司在其他成員國設立的公司遵守資訊披露要求的第十一號公司法指令²¹；歐共體理事會關於一人公司的第十二號公司法指令²²；歐洲議會和歐盟理事會關於公司公開收購的第十三號公司法指令草案²³；關於為尊重職工的知情權和被徵詢權，在歐盟範圍內的公司和歐盟範圍內的公司集團中建立歐洲工人理事會或者相應程式的理事會指令²⁴；歐共體理事會關於歐洲經濟利益集團 (EEIG) 的規則²⁵；歐共體理事會關於控制公司集中行為的規則²⁶；歐共體理事會關於改善經營環境、推動企業尤其是中小企業發展的決定²⁷；關於歐洲公司章程的理事會規則修改建議稿²⁸；歐盟理事會關於補充歐洲公司

¹⁵ 歐共體理事會 1990 年 11 月 8 日，第 90/604 號。

¹⁶ 歐共體委員會按照《歐洲經濟共同體條約》第 149 條第 3 項之規定，於 1991 年 11 月 20 日提交歐共體理事會。

¹⁷ 歐共體理事會 1982 年 12 月 17 日，第 82/811 號。

¹⁸ 歐共體理事會 1983 年 6 月 13 日，第 83/349 號。

¹⁹ 歐共體理事會 1984 年 4 月 10 日，第 84/253 號。

²⁰ AIM (84) 727 終定稿 (委員會於 1985 年 1 月 14 日提交理事會)。

²¹ 歐共體理事會 1989 年 12 月 21 日，第 89/666 號。

²² 歐共體理事會 1989 年 12 月 21 日，第 89/667 號。

²³ 96/C162/05 (歐盟委員會於 1996 年 2 月 7 日提交)。

²⁴ 歐共體理事會 1994 年 9 月 22 日，第 94/45 號。

²⁵ 歐共體理事會 1985 年 7 月 25 日，第 2137/85 號規則。

²⁶ 歐共體理事會 1989 年 12 月 21 日，第 4064/89 號規則。

²⁷ 歐共體理事會 1989 年 7 月 28 日，第 89/490 號。

²⁸ COM (91) 第 174 號最終稿 (歐共體委員會於 1991 年 5 月 16 日根據《歐共體條約》第 149 條第 3 項之規定提交) (91/C176/01)。

章程有關職工參加歐洲公司機關的指令修改建議稿（COM（91）第174號最終稿）²⁹；歐盟理事會關於推動僱員參加企業利潤和經營成果（包括股權參加）的建議修正草案（COM（92）第193號最終稿）³⁰；關於使成員國有關集體裁員的法律趨於一致的第75/129號歐共體理事會指令（1975年2月17日）；關於協調成員國有關公司、營業或者營業之一部發生轉讓時保護僱員權利的法律的第77/187號歐共體理事會指令（1977年2月14日）；1980年10月20日關於使成員國有關雇主支付不能時保護僱員權利的法律趨於一致的第80/987號歐共體理事會指令；關於適用於不同成員國的關聯公司之間支付的利息和特許權使用費的共同稅收制度的理事會指令建議稿³¹，等等。所有這一切使各國公司法在原來繼承德國與法國及英美公司法的基礎上又更加歐盟化。

競爭法方面，人們從競爭和市場機制方面的主要期望的是資源配置效益和生產效益。鑒於有限的資金，人們投資時要選擇最可能獲利的品牌或者生產區域。然而，要使價格機制能夠發揮調節社會生產和優化配置資源的功能，這首先就要求市場上存在著有效競爭。因為只有在市場競爭的條件下，企業才可能努力地降低生產成本和價格，用最少的投入獲得最大的產出。但是市場經濟下的競爭不但是為了企業的效率 and 社會福利，而且還與“自由民主”有著密切的關係。歐洲歷史已解釋了一個社會如果只有市場經濟而沒有自由，這樣的社會不是市場經濟。反之，一個社會如果只有自由而沒有市場經濟，這種社會實際上也沒有自由。因為只有通過競爭才能限制經濟勢力以及由此產生的社會勢力和政治勢力，而且也只有競爭的條件下，一種經濟勢力才不會成為壟斷勢力永久性地存在下去，保護競爭的法律制度在維護一個國家的政治民主和經濟民主的過程中就會發揮極其重要作用³²。

歐盟競爭法的重要條款是第85條³³。它涉及到競爭規則，也就是

²⁹ 歐盟委員會於1991年4月6日根據《歐共同體條約》第149條第3項之規定提議（91/C138/08）。

³⁰ 歐盟委員會於1992年5月5日根據《歐共同體條約》第149條第3項之規定提交（92/C 140/06）。

³¹ 98/C123/07 歐盟委員會於1998年3月6日提交。

³² 參閱王曉曄：《歐共體競爭法》，中國法制出版社，第21頁。

³³ 具體的案例請參閱：J.A.Alpmann, Kartell-und Wettbewerbsrecht, Muenster 1996, S. 42-47。

涉及到適用於企業的規則。第 85 條規定：（1）下列事項因與共同市場不相容而被禁止：企業之間的一切協定。企業團體所作的決定和協同一致的經營行為，可能影響成員國之間貿易並且具有阻止、限制或者扭曲共同市場內的競爭的目的或者效果的；特別禁止下列事項：（a）直接或者間接地固定購買或者銷售價格或者其他任何交易條件的；（b）限制或者控制生產、市場，技術發展或者投資的；（c）分享市場或者貨源的；（d）在相同的交易情形下對交易物件適用不同的交易條件，因而置其於不利的競爭地位的；（e）要求對方當事人接受與合同的主題在本質上或者商業慣例上無關聯的附加義務，作為簽訂合同的前提條件的。（2）任何依照本條規定被禁止的協定或者決定自始無效。此外第 86 條也相當重要，它指出：一個或者多個在共同市場內或者其中的相當一部分地域內佔有優勢地位的企業濫用這種地位的任何行為，可能影響成員國之間貿易的，因而與共同市場不相容而被禁止；特別是禁止包含下列內容的濫用行為：（a）直接或者間接地實行不公平的購買或者銷售價格或者其他不公平交易條件的；（b）限制生產、市場或者技術發展，損害消費者利益的；（c）在相同的交易情形下，對交易當事人實行不同的交易條件，因而其於不利的競爭地位的；（d）要求對方當事人接受與合同主題在本質上或者商業慣例上無關聯的義務，作為簽訂合同的前提條件的。

歐盟經濟的發展對中國與歐洲的互相投資會產生影響，尤其是要注意中國銀行對歐元賬戶及兌換業務的一些做法：

（一）中國銀行關於賬戶的開立方面

1．按照“不強迫、不禁止”的原則，自 1999 年 1 月 1 日至 2001 年 12 月 31 日的歐元過渡期間，客戶可自願選擇使用歐元。中行對客戶提出的使用歐元、歐幣、同時使用歐元和歐幣的三種選擇，均可提供同樣的服務。中行在 1999 年 1 月 1 日起為客戶辦理歐元開戶手續，賬戶的種類包括以下三種：一、保留歐元區內貨幣賬戶；二、繼續保留歐元區內貨幣賬戶，同時開立一個歐元賬戶；三、關閉原來的歐元區內貨幣賬戶，另開立一個歐元賬戶。

2．在客戶持有歐元款項時，和客戶申請依照有關賬戶規定和為客戶開立存款賬戶。以上賬戶的開立和使用均由客戶自行決定。中行將遵

照“不強迫，不禁止”的原則，隨時按照客戶的要求開戶。需要指出的是：在歐元過渡期內。中行只能為客戶開立歐元現匯賬戶；2002年1月1日起，中行方可開立歐元現鈔賬戶。

3．賬戶的轉換。中行將採取與各國國際銀行一致的歐元轉換原則和步驟。在過渡期內，對於客戶是否進行歐元轉換，採取“不強迫、不禁止”的原則即客戶可自願選擇使用歐元，同時向客戶做好宣傳工作，提醒客戶歐元的最後轉換期限，協助客戶做好轉換工作。中行將在2001年12月31日將所餘歐幣的現匯賬戶轉換為歐元現匯賬戶；2002年6月30日將所餘歐幣的現鈔賬戶轉換為歐元現鈔賬戶。

中行將採用“先批發、後零售”的過渡辦法，先實現批發業務向歐元的轉換，然後，再根據業務的發展和客戶的要求，本著客戶自願的原則，在過渡期間逐漸完成零售業務向歐元的轉換。

（二）中國銀行關於兌換業務

歐元實施後，中行按照歐盟的規定，使用固定兌換率（即折算匯率）進行歐幣與歐元的兌換、區內兩種貨幣之間的兌換。中行將使用1998年12月31日歐盟確定的固定兌換率，進行上述兌換，現匯折算免收費用，現鈔兌換需收取一定的手續費。按照歐盟的規定，在1999年1月12日至2001年12月31日的歐元過渡期內，歐元只以現匯的形式存在，包括：支票、信用卡、電子錢包、股票、債券。在此過渡期內，歐幣現匯只能兌換成歐元現匯；歐幣現鈔（包括紙幣和硬幣），將在2002年1月1日至6月30日之間的六個月內，兌換成歐元現鈔。中行接受的歐元區內貨幣的現鈔僅有兩種，即德國馬克、法國法郎。從1999年1月1日至2001年12月31日的三年過渡時期內，歐幣仍然是國際流通貨幣，可以隨時兌換成歐元或歐元區外的國際流通貨幣，如美元、日元等，也可以兌換成人民幣。因為在過渡期內歐元只能以現匯的形式存在，如客戶需要提取現鈔，只能提取等值的歐幣紙幣。歐元的旅行支票與其他外幣的旅行支票的出售、使用及處理方式是一樣的。客戶可以在中行購買或以此兌換國際流通貨幣，如美元、歐幣等，也可以兌換人民幣。

（三）中國銀行關於匯款業務

對於客戶來講，在過渡期內的匯款業務未發生變化，客戶可以根據實際需要彙出或收入歐元區內貨幣、歐元或其他外幣。中行會根據客戶的具體要求在業務操作上作相應的調整。例1：如果客戶到銀行來辦理彙出匯款業務，向國外匯出馬克100.000.00，客戶在銀行的匯款申請書中的彙出金額欄上填寫DM100.000.00即可，銀行會在對外付款發送的SWIFT電文中做相應的描述。國外銀行在收到此份電文後，會根據其客戶的要求解付該筆款項。例2：如果國外匯入款是歐元/歐幣，而國內客戶需要歐幣/歐元入賬的話，銀行會按固定兌換率折算，而且不需多付任何費用。

二、投資法律環境³⁴

這裏的投資環境（Investment Climate），是指足以影響中歐資本能否有效運行、能否發揮資本的基本職能以及資本能否增殖的一切外部條件和因素。投資環境是一個有各種外部條件和因素有機結合而形成的綜合環境，它包括自然的、社會的、政治的、經濟的、法制的、文化教育的、科學技術的乃至民族意識、人民心理、歷史傳統、風尚等各種條件和因素在內的一個綜合體系。其中，法律投資環境是投資環境中最具有決定性和影響力的重要因素，是外國投資能否進入一國、能否被允許進入一定行業領域進行經營以及能否受到保護與鼓勵的前提條件，也是外國投資者目前權益和未來權益的根本保證。外國投資者意圖在海外從事企業經營，在進行投資決策之前，首先就要考察東道國的投資環境，尤其是其法制環境。因而此處主要論述歐洲投資法律環境，實際上也是國際投資環境。

東道國的法律環境，通常包括三個方面：

- （1）東道國國內的法制環境。這也是狹義上的中國與歐洲法律投資環境，是指接受投資者即東道國（Host Country）通過有關法律和立法所體現的對外國投資的一般態度（積極的或消極的），特別是對外國投資者期待的利益可能給予的影響。譬如

³⁴ 這裏特指中歐投資中的法律環境。

關於外國投資的行業範圍、投資形式、外國投資者的權利與義務、外國資本投資企業的經營管理許可權、對特定投資專案的鼓勵、限制或禁止以及對外國投資企業的稅收優惠、對政治風險的保障等，都通過一定法律形式作出明文規定。

- (2) 與投資者母國政府之間的法律關係。即東道國與投資者母國政府之間是否簽定有雙邊經濟協定或條約，尤其是雙邊投資保障協定 (Bilateral Investment Guarantee Agreement) 或雙邊投資條約 (Bilateral Investment Treaty)。這也是中國與歐洲法律投資環境的一個內容，只是把投資法律保護上升為兩國政府間的共同保證而已。中國幾乎與所有的歐洲國家都訂立了投資保護協定³⁵，其中德國的投資保護協定模式在世界上被視為典範。
- (3) 東道國政府所簽署的相關國際條約或協定以及所加入的國際組織相應的規定。如與工業產權有關的一些條約，《保護工業產權國際公約》(International Convention for the Protection of Industrial Property)、《專利合作條約》(Patent Cooperation Treaty)、《商標註冊條約》(Trademark Registration Treaty)，其中的相應內容往往會影響投資者的投資方式，如擁有某項技術秘密 (know-how) 的投資者，為保證其技術秘密的安全性和永久性，會多考慮獨享而選擇獨資形式。

除以上三個方面外，還有一個因素，即投資爭端處理過程中可能涉及到的中國與歐洲法制度。從嚴格意義上講，這不能歸納為是東道國的法律環境之一，但是，當投資者在採取合作企業方式，以合同形式確定各方的權利和義務、投資爭議的處理方法等等內容時，必然涉及東道國法律對合作契約的允許、限制及禁止性規定，從而明確合同中有關爭議處理的自由選擇性條款是否合法有效。

總的來說，中歐法律投資環境，是一個國家或地區的足以直接或間接影響外國投資者投資權益、投資活動及組織的有法律制度和法律規範的總稱，它是一個綜合環境，不僅僅限於東道國的外國投資法本身，還

³⁵ 參閱拙著：《國際投資法》，浙江大學出版社，10/2000。

廣義地包括與外資有關的其他相關法律、法規，構成一個整體結構的綜合法律環境³⁶，譬如你想在德國建立一個有限責任公司，那麼就必須事先知道其法律的規定，譬如：如何在德國投資建立有限責任公司。由於德國的法律制度具有穩定性和可預見性，基礎設施齊全，在這裏投資不僅可以佔據世界上最重要的市場，也可以在整個歐盟開展業務。如果決定在德國進行投資，首先應該明確何種企業形式最合適。有限責任公司作為一種公司的法律形式為德國所首創，是德國最成功的公司形式，也是中國及其它外國有限公司法律概念的原型。德國公司法規定了各種不同的公司法律形式。首先分成普通合夥和一般的公司；只有公司才具備法人資格。普通合夥只有在特殊的環節上，譬如，當它作為營業稅法及其合同法律等方面的主體時，在一定範圍內被視為法人。合夥企業分為民法公司（BGB-Gesellschaft），無限合夥公司（OHG）以及兩合公司（KG），資本性公司分為有限責任公司（GmbH）和股份有限公司（AG）。上述幾種公司的法律形式最為常見。有限責任公司從數量上來看，是最為普遍的公司法律形式。特別是在貿易領域及其服務領域，沒有其他的公司形式能與之相比。如果營業額還沒有達到一定規模，也往往極願意採取有限責任公司的形式。所有經濟領域都存在各種規模的有限責任公司，在絕對數量上有限責任公司僅次於個體企業。有限責任公司是最實際的公司組織形式，特別對於中小型企業，具有重要的意義。有限責任公司可以為任何合法的目的而建立。僅需要最低法定資本為 5 萬馬克，註冊資本可由物資投資來構成，如現金投資，則至少要支付 2 萬 5 仟德國馬克。如僅一人為公司發起人，現金投資的其他部份的餘額則須提供擔保。有限責任公司獨立的法人地位並不因其所有者的變更而改變。有限責任公司的存在形式極其穩定。股東變更事宜非常容易辦理，法律上沒有規定股東人數的最多和最少限額。也就是說，一個人也可以開辦一家有限責任公司（一人有限公司）³⁷。股東大會有權任命經理。由於經理須經任命，而股東之間關係又具有靈活性，這種公司形式為大型財團集中或分散其組織結構提供了良好條件。有限責任公司僅以公司自有資產承擔責任，股東個人可以清楚地瞭解其責任。有限責任公

³⁶ 參閱拙著：《國際投資法》，浙江大學出版社，10/2000。

³⁷ 參閱范劍虹拙文：《對澳門一人有限責任公司法律的立法與司法的比較思考》，載於《新澳門論叢》，2003 年版，第 163-176 頁。

司自其公司合同獲得公證後即告成立。其開辦費用低於3仟馬克包括律師費用)。公司合同應包含下列事項：商號及公司所在地；企業經營專案；註冊資本額，註冊資本中每個股東的出資額(註冊資產)；公司商號(即：公司名稱)必須與企業經營範圍有關，或者冠以股東個人名字，如果有多個股東，至少應有一人的名字在上面，並說明和其他股東之關係。公司必須注明有限責任公司或者GmbH，公司所在地可設在德國任何一個地方，只要郵件可以送到，也就是說僅有個郵箱即可。公司可以經營各類業務，當然法律禁止的除外。經過公證形式成立的公司要向商業登記機構申請註冊。經過商業登記機構註冊後，公司成為獨立的法人組織。除個別情況需更長時間外，但一般在遞交申請後三個月內，可獲得註冊。在公司成立到獲得註冊期間，公司可以開展其業務，然而這對於公司經理有很大的風險，因為他在這段期間內需要個人承擔公司為了避免自公司成立到獲得註冊所擁有的風險，在德國通常存在著所謂庫存公司，即所有法律手續都完成的正式有限責任公司。外國投資者可向這種公司的股東簽訂買賣合同，經公證後，即可立即擁有這家公司。這種方式優點是：投資人擁有的是經過商業登記機構註冊的公司，不用再擔心其經營人在等待註冊期間的個人責任。購買這樣的公司一般只要求在其銀行賬戶上擁有多於5萬德國馬克的存款，同時加上當時成立公司的費用，除此之外還有大約1500馬克論證費用。公司在成立之初，就要確定一位或者多位經理。經理人無需具有德國國籍，並可居住在國外。經理之人選可隨時變更並指定新的人員；經理在法律上代表公司。為了監督經理人員，可以成立監督委員會。有限責任公司的要繳納企業所得稅和財產稅，另外還要繳納營業稅。這些稅務一般由產品批發商承擔，有限責任公司自身並沒有任何經濟負擔。自1994年起，企業所得稅的稅率分別為應納稅所得的百分之三十(30%)(分配的利潤)和百分之四十五(45%)(不進行分配的利潤)。資產稅的稅率為應納稅資產的百分之零點六(0.6%)。營業稅因公司的駐地不同而有差異，其稅率為企業所得應納稅收入與營業利潤的值差之百分之十五(15%)到百分之二十五點七五(25.75%)。營業資產稅佔企業資產的百分之零點六(0.6%)到一點零三(1.03%)，這也和公司的所在地有關。繳納工商營業稅，則降低了應繳納企業所得稅的收入。如該有限責任公司之中國股東欲分配其利潤，自1994年起，應繳納來源稅百分之十五(15%)。按照兩國的稅收協定，將可由中國股東在向中國納稅的同

時，予以減免。如果中國股東佔德國有限責任公司總股份的百分之十（10%）以上，則按德國有限責任公司所應繳納的企業所得稅按份額予以計算。在德國，如向有限責任公司轉讓股份，轉讓人在轉讓前五年內曾擁有超過百分之二十五的股份，則需要納稅³⁸。衡量一國的法制環境，主要是考察其法制的穩定性和連續性。一個國家的法制環境，不僅包含現行法制和法律的狀況，而且還包括一定法律條件下可能出現的狀況。因此一個投資者將資本投放於東道國，不應僅僅滿足於目前的法制狀況，還不能不預測和考慮該國因未來國內情況可能的變化引起政策和法律變化時，給自己帶來的影響。

三、中國與歐洲投資的風險³⁹

（一）中歐投資的風險分析

中歐投資風險是指在特定環境下和特定時期內，客觀存在的可能導致中歐投資經濟損失的狀況。其最主要的表現類型為：政治風險、外匯風險和經濟風險。

1. 政治風險

政治風險是指接受外國投資的東道國所發生的政治因素變化而給中歐投資活動可能帶來經濟損失的風險。它的主要內容包括：

- 國有化風險
- 戰爭與內亂風險
- 政策變動風險

政策變動風險是指由於東道國有意或無意變更政策而可能給外國投資者造成的經濟損失。投資者進行對外投資活動必須遵循東道國的各項經濟政策，東道國的土地、稅收、市場、產業規劃等方面具體政策的變化將影響投資者的決策。如土地政策中涉及到土地的購買，擁有使用權時間的長短，土地稅的內容均會影響投資者的利益，稅收政策中計稅基數、稅率和徵稅方法關係到投資者的收益。東道國市場的開放程度以及

³⁸ 赫軍：《留德學人報》，6/1994。

³⁹ 黃先海，載於范劍虹主編，《國際投資法》（經作者同意簡要引述如下）。

在投資區域和行業等方面實行的限制或鼓勵政策也是投資者所關注的問題。

識別或反映政治風險的指標有許多種，主要包括：（1）政黨結構。如東道國各政黨的政治實力、在野黨和執政黨的力量對比；（2）政治體制。如獨裁者統治、一黨政治、二黨政治或多黨政治；（3）政府形態。如國會民主政治、專制統治；（4）重要領導者的變更。如各主要政黨領導人的變更、政府首腦的交替；（5）政策傾向。如各政黨、政府政策的穩定性與連續性；（6）東道國與鄰國的關係。如與鄰國是否存在政治、經濟、邊界的衝突，有無被侵略的可能性；（7）東道國社會運動的狀況。如罷工、罷課、罷市等現象是否頻繁出現、各界對政府的政策是否滿意等。此外，還有政府、政黨對外國投資者的基本態度、東道國有無種族衝突等。

2. 外匯風險

外匯風險，又稱匯率風險，是指中歐直接投資活動中由於匯率變動對企業潛在利潤、淨現金流量和市場價值變動的影響。按照不同的時間關係，外匯風險可以分為三大類：財會風險、交易風險、經營風險。

1) 財會風險 (Translation or Accounting Exposure)，也稱為轉換風險，它是對企業經營活動結果評價時產生的風險，它主要是指由於匯率的變化而引起有關企業的資產負債表中某些必須換算成本幣的外匯專案金額發生變動，從而產生賬面上的損失或收益。一個中歐性公司在其他國家擁有的資產和負債，收入與費用一般都是用所在國的貨幣來計量的，而在進行核算時，則必須根據一定的規定將原來用外匯計價專案的發生額轉換成本國貨幣重新表示，以便適應報告時需要。由於各國之間匯率的變動，轉換時所適用的匯率與當初入賬時特定的匯率會有較大的不同，使賬面上出現損益差異。

2) 交易風險 (Transaction Exposure)，也稱外匯結算風險。

它是指企業在進行以外幣計價的交易時，因將來結算時所適用的匯率不確定，使企業有蒙受經濟損失或獲得額外收益的機會或可能性。交易風險主要表現在以下幾種交易中：

(1) 以延期付款為支付條件的商品或勞務的進出口。當交易的一方

已經交付了貨物或提供了勞務以後，對方以外幣計價的貨幣或勞務費尚未支付，這一期間，如果匯率發生了變化，便可以給交易的一方帶來損失或收益。

(2) 以外幣計價的中歐信貸活動，在債權債務活動清償之前，如果匯率發生了變化，也將給債權人或債務人帶來損失或收益。

(3) 待交割的遠期外匯合同到期時，如果匯率發生了變化，交易的一方便可能以更多的或較少的一種貨幣去換取另一種貨幣，從而使之發生損失或收益。

3) 經營風險，是指投資國和東道國貨幣匯率發生變動時，使得在東道國中設立的外國企業的投資價值確定、股權和收益確定方面發生的匯率風險。

外匯風險的主要識別指標是：中歐金融市場的基本狀況、東道國及母國的外匯供應狀況、主要貨幣的兌換率、短期及長期利率的調整、中歐收入狀況、進出口業務狀況、中歐貿易的供求結構、外匯儲備的變化、各國金融政策等。

3. 經濟風險

所謂經濟風險，是指在東道國的各種經濟因素的變化使中歐投資可能出現收益下降、虧損等的危險。它通常包括：

1) 經濟蕭條的風險。當東道國的經濟突然出現惡化，市場蕭條、消費者購買能力下降、產品價格大幅下跌、使中歐企業無法取得預期的收益。

2) 進口限制的風險。東道國為保護民族工業的發展，常利用許可證、關稅、非關稅、配額、歧視性政策來限制中歐企業的原材料、零部件、設備及其它物資的進口，迫使中歐企業購買本地的產品，從而為本地民族工業創造市場。這樣會直接造成中歐企業的生產成本提高，難以生產出優質產品，削弱了中歐企業的競爭力。例如，巴西政府曾規定：進口企業為取得進口巴西不生產的部件的許可證，必須在進口之前360天交納進口押款。這項規定的直接結果是使進口成本至少提高50%。

3) 價格管制的風險。東道國利用價格控制的手段，干預中歐企業的市場活動，人爲地規定商品銷售價格的上限與下限。

4) 市場管制的風險。有時東道國利用市場控制的手段，限制中歐企業的市場競爭能力。如規定中歐企業不能涉足批發、零售業領域；規定中歐企業的銷售渠道；規定中歐企業的某些商品不能在本地市場銷售等。

另外，還包括稅收管制的風險和勞工限制的風險等。

識別經濟風險的主要指標：（1）宏觀經濟狀況指標。如年國民生產總值、外匯儲備量、國民財政收入與支出、通貨膨脹率、國內貨幣供應量、人均收入、收入分佈等。（2）經濟結構指標。如產業結構情況、工業化程度、自然資源和人力資源的水平與分佈、經濟發展水平、消費結構、消費水平等。（3）經濟政策指標。如對外資的優惠政策、對外資的開發程度、經濟體制、政策走向等。（4）債務指標。如所欠外債總量、外債償還狀況、外債構成、償債信用、海外籌資能力、金融戰略、各種債務比率等。

（二）中歐投資風險的規避

從一定意義上講，中歐投資的過程即是預測風險、規避風險的過程。如何有效地採取措施防範和規避風險，最大限度地降低損失，這對中歐投資者來說甚爲重要。

1. 政治風險的規避

1) 投資前期的政治風險規避

辦理海外投資保險。在許多工業化國家，如美國、英國、日本、德國、法國等，都設有專門的官方機構對私人的海外投資提供政治風險的保險，如美國海外私人投資公司（OPLC），英國的出口信貸保證部（ECGD），日本通商產業省的海外投資保險班等。海外投資保險承擔的政治風險包括國有化風險、戰爭風險和轉移風險三類。一般做法是：投資者向保險機構提出保險申請，保險機構經調查認可後接受申請並與之簽訂保險單。投資者有義務不斷報告其投資的變更狀況、損失發生狀

況，且每年定期支付費用。當風險發生並給投資者造成經濟損失後，保險機構按合同支付保險賠償金。

與東道國政府進行談判。投資者在投資前要與東道國政府談判，並達成協定，以盡量減少政治風險發生的可能性。這類協定要明確：第一、子公司可以自由地將股息、紅利、專利權費、管理費用和貸款本金利息彙回母公司。第二、劃撥價格的定價辦法，以免日後雙方在劃撥價格問題上產生爭議。第三、公司繳納所得稅和財產稅參照的法律和法規。第四、發生爭議時採用的仲裁法和仲裁地點。澳門與葡萄牙就有類似的投資協議⁴⁰。

2) 投資中的政治風險規避

生產和經營戰略。這種戰略是投資者通過生產和經營方面的安排，使得東道國政府實施徵用、國有化或沒收政策後，無法維持原公司的正常運轉，從而避免被徵用的政治風險。第一、在生產戰略上，要控制住兩點：一是控制原材料及零配件的供應。進口原材料和零配件雖然運輸成本較高，交貨時間較長，但它可以保證投入品的來源和質量，免受東道國政府的控制，還可以有效地降低政治風險，因為東道國即便徵用該企業，也無法獲得生產所必需的原材料和零配件，無法維持企業正常運轉，徵用後無法收到原有效果。二是控制專利及技術訣竅。投資者得將專利、技術訣竅控制在手中，一旦公司被徵用，東道國沒有專利和技術訣竅，就無法維持原有的正常經營。第二、在營銷戰略上，通過控制產品的出口市場以及產品出口運輸及分銷機構，使得東道國政府接管該企業後，失去了產品進入中歐市場的渠道，生產的產品無法出口，這樣做可以有效地減少被徵用的風險。

融資戰略。這種戰略是投資者通過對公司融資渠道的有效管理，達到降低政治風險的目的。其中一種方式是積極爭取在東道國金融市場上融資。儘管在東道國金融市場上融資成本較高，並有可能受到東道國政府緊縮銀根、使籌資成本提高的影響，但這樣做可有效地防範政治風險。因為東道國政府對該公司實行歧視性政策或經營上的限制，會影響東道國本身金融機構的利益，因而在採取徵用措施時，東道國不得不慎之又慎。

⁴⁰ 參閱：第 14/2000 號行政長官公告。

1. 外匯風險的規避

爲規避外匯風險，中歐投資者應採取以下基本措施：

(1) 妥善地選擇計價結算貨幣。通常的手段有：資產、出口、儲備選擇硬貨幣；進口、負債等選擇軟貨幣；先償還即將升值的貨幣、延期償還即將貶值的貨幣。這樣，在一定程度上可避免外匯風險，同時也可能在匯率變動中取得收益。但這此手段的前提是：中歐企業必須準確地預測匯率變動的方向。

(2) 調整合同支付條款並爭取與對方簽訂“保值條款”。即規定在支付貨款時應根據匯率變動重新調整支付款總額。例如，某中歐企業向日本售出一批產品，計 9000 萬日元。但日方只同意用美元支付。此時，企業可使用“保值條款”。如簽約時 90 日元 = 1 美元，共計 100 萬美元。而在實際支付時日元可兌美元匯率調爲 80 日元 = 1 美元，根據所簽訂的保值條款，日方應支付 112.5 萬美元。由於企業與日方簽訂保值條款，企業可多收 12.5 萬美元，從而有效地避免了日元兌美元匯率變動的風險。

(3) 利用遠期外匯交易彌補風險。當中歐企業擁有的某種外幣受險時，可用買賣遠期外匯來抵補可能出現的匯率變動損失，如利用遠期外匯交易買進或賣出一筆時間、金額相當的外匯，使其與受險部分相互抵消。由於遠期外匯合同約定了交割時間、金額和匯率，企業實際上無須擔憂外匯風險問題。具體的操作是：如企業擁有某種外幣淨資產，可利用遠期合同賣出一筆外匯，其金額、時間必須與受險部分相一致；如擁有是外幣淨負債，可買進一筆外匯。此時，整個企業在該種外幣上的受險部分爲零，匯率也固定不變了。

(4) 實施有效的計價策略。這種方法是通過調整商品價格來達到規避外匯風險的目的，如預計交易貨幣對本幣將貶值，可提高出商品價格；反之，則可降低進口商品價格。

2. 經濟風險的規避

中歐投資者規避經濟風險的最重要的途徑是作好投資的可行性研究。

中歐投資者所作的投資可行研究主要包括：

(1) 市場和生產規模研究。包括預測東道國市場的未來需求量、市場變化的形勢、市場佔有率、銷售價格、銷售收益，確定產品品種、預測生產能力等。

(2) 東道國資源狀況研究。包括研究東道國原材料、燃料、動力、供水、供電、交通運輸的狀況，以及這些因素的變動對企業生產成本產生的影響。同時，還要研究東道國人力資源狀況，如熟練工人、非熟練工人、技術人員、管理人員的數量、質量，他們所需的培訓費用等。

(3) 財務分析研究。包括對資本的籌集、費用的支出、流動資金、固定資產、稅務狀況、盈利、投資回收期、土地使用費等方面的分析。

(4) 技術可行性研究。包括研究產品設計、生產工藝技術、中歐企業技術專利的應用等。

(三) 中歐市場進入方式的選擇

中歐投資決策有廣義和狹義之分。廣義的中歐投資決策，即跨國經營的中歐市場進入方式的選擇；狹義的中歐投資決策，即對外直接投資進入方式的決策。

中歐投資者在進行跨國經營活動時，首先遇到的決策性問題，是進入外國市場的最佳可行方式的選擇。

跨國經營有多種多樣的方式。從企業對跨國經營的控制程度及跨國經營本身的風險程度來劃分，跨國經營方式有四種：間接出口、直接出口、技術轉讓和直接投資。

1. 間接出口

間接出口是指企業通過設在本國的各種外貿機構，或國外企業設在本國的分支機構出口。其特點是經營中歐化與企業中歐化的分離，企業的產品走出了國界，而企業的經銷活動卻幾乎完全是在國內進行的，出

口企業本身並不直接參與其產品的中歐營銷活動。間接出口是所有跨國經營方式中風險最小的一種。它既不要求新增投資，也不牽涉到跨國經營的種種商務、外匯和政治風險。利用得當，間接出口可以以很低的投入有效地增加企業的產出。但是企業通過間接出口方式來學習瞭解中歐市場的潛力也很低，出口企業控制海外營銷活動的能力也極有限。根據間接出口的這種特點，企業可以選擇間接出口作為走向世界的跳板，作為一種摸索學習，逐步發展的方式，它適用於剛剛起步走向世界的企業。有經驗的企業也可以利用間接出口方式的投資少、管理容易的特點，作為覆蓋大面積次要市場的手段，或者作為推銷企業次要產品的一種輔助手段。

2. 直接出口

直接出口與間接出口的根本區別是產品的生產廠商以不同的程度直接參與其出口產品的中歐營銷活動。因此，生產廠商對其出口產品的經營管理保留部分或全部的控制權。在直接出口的方式中，出口企業均與國外企業直接發生接觸；主要中歐營銷活動，如發展和建立海外客戶、中歐商務調研、產品分銷和定價、出口文件處理，都由出口企業本身的內部機構處理。直接出口的主要好處是可以加強控制，更有效地實施企業自身的出口戰略，積累中歐營銷經驗，培養營銷人才。由於出口企業直接參與出口營銷活動，目標市場的資訊反饋渠道更短，資訊反饋更及時、豐富，對學習瞭解目標市場環境特性，提高在中歐市場上競爭能力來說，其優勢遠勝於間接出口。但是，直接出口要求企業投入的資源也多，無論人力物力和管理決策時間都是如此。同時，直接出口的風險一般也比間接出口來得大。

3. 技術轉讓（許可證交易）

技術轉讓是指用簽訂合同的方式，向技術購買方提供生產該出口產品所必需的技術和專利，然後由出讓方企業向使用方收取相應費用和報酬。技術轉讓相對來說要求企業的參與程度和資源投入都較低，大約介於直接出口與間接出口之間。一般不要求轉讓方大量投資或參與管理，主要是幫助技術受讓方掌握技術，協助組織初始生產，幫助選購合適的設備、原材料，協助指導安裝調試、工藝流程設計等。採用技術轉讓方式佔領國外市場可以有好幾種情況：一是企業缺少“市場內化”的經濟

和組織能力，無力或無意於該技術的商業性生產開發。二是企業雖具有“市場內化”能力，卻不具備內化優勢。三是用技術轉讓方式進行市場測試開發市場。四是用技術轉讓去佔領次要市場，保護技術專利不受侵犯。

4. 直接投資

直接投資是指企業用股份控制的方法，直接參與目標國市場廠商的生產；直接投資的形式可以是合資，也可以是獨資。無論合資、獨資，既可以採用組建新公司，也可以採用兼併現存企業的辦法。在所有的跨國經營方式中，給企業以最大限度的控制和“戰略自由度”的要數建立跨國直接投資方式。無論在產銷計劃和營銷策略的制訂方面還是企業的經營管理上，都更自由，也容易與本國企業總部取得統一。但是，隨著跨國直接投資而來的是所需投資的增加和這種投資的不可逆轉性。同時，由於跨國直接投資涉及的不僅僅是產品的銷售環節（如進口方式）或初始生產（如技術轉讓），而是全面地介入，受到目標國各種因素的影響，管理的難度也大得多。

5. 間接投資⁴¹

國際間接投資是國際資本流動的一種重要形式。除國際衍生金融投資外它是傳統的國際投資形式。國際間接投資又稱金融投資，是國際資本流動的一個重要形式。它是指投資者通過各種方式的國際信貸投資（銀行金融投資）、國際證券投資（如購買股票、發行債券，也稱證券金融投資）、國際衍生金融投資（如期貨、期權、掉期⁴²交易行為）進行的對外投資活動。

⁴¹ 請參閱拙著：《國際金融法》，浙江大學出版社，2001年版。

⁴² 也稱互換。掉期交易（Swap Transaction）掉期交易目前已成為西方國家干預外匯市場的重要手段之一。例如，美國聯邦儲備銀行為取得干預外匯市場所需資金，可向德國中央銀行（Deutsche Bundesbank）賣出美元，買入馬克現匯，同時又買進3個月期的美元期彙，賣出3個月期的馬克期彙，這樣，美國即得到了干預所需馬克，又避免了3個月後馬克貶值的風險。

四、談判破裂的法律責任(合同前的法律責任)

(一) 導論

在歐洲各國一般都規定，為訂立合同而與他人談判，應在合同之準備及形成階段內按善意規則行事。因合同形成階段之過錯而導致損害賠償的責任，這早已在德國的司法判例與學說文獻中得到認可。以前德國將其視為習慣法，在新的債法（第 311 第 2 款，第 241 第 2 款）中作了明文規定。澳門《民法典》第 219 條⁴³（在合同形成階段之過錯）規定：“一、一人為訂立合同而與他人磋商，應在合同之準備及形成階段內按善意規則行事，否則須對因其過錯而使他人遭受之損害負責。二、上述責任按第 491 條⁴⁴規定完成時效”。它是指在契約未成立時，一方當事人在締約過程中違反了從特別的義務關係（*besonderes Pflichtverhaeltnis*）中產生的行為義務，致使他方蒙受損失，依法應承擔的民事的損害賠償責任。是對傳統民法理論和制度留下一個缺口的補充。眾所周知，傳統民法理論和制度中的債務關係的產生限於因合同的締結及限於通過單方的法律行為⁴⁵和基於法律的關於侵權，不當得利，無因管理等的明文規定⁴⁶。但在對合同債務與法律明文規定的債務劃定了界限的同時卻留下一個問號：即，在契約未成立時，一方當事人在締

⁴³ 是葡國《民法典》第 227 條的翻版：“Artigo 227 Culpa na formação dos contratos, 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar á outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498”。

⁴⁴ 與葡國《民法典》第 498 相同。

⁴⁵ 例 1：有拘束力的許諾，尤其是通過公開的通告，對完成某行為，特別是對產生結果懸賞的人，有向完成此行為的人給付報酬的義務；例 2：被繼承人藉以遺囑將財產上的利益贈與他人（遺贈）而不指定該他人為繼承人。受遺贈人因遺贈而有向承擔履行遺贈義務的人請求給付遺贈標的物的權利。單方法律行為而產生的債務關係的詳見：Palandt(hrsgg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 53Aufl. Muenchen 1994, 657, 1939, 2174。

⁴⁶ 參見：Rebmann/ Saecker(hrsgg.): Muenchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. Muenchen 1992, § . 823 ff., 677ff., 985ff. 上述民法評論集中對此作了目前世界上最詳盡的論述，並提示了眾多論文，包括博士後論文及判例對此問題的出處。

約過程中違反了特別義務關係（*besonderes Pflichtverhaeltnis*）中的行為義務時，應如何處理？譬如：外商與某中國公司有長期業務關係，並正在談判簽定一買賣合同，外方希望中方到國外作進一步談判並簽定一買賣合同，但當中國公司代表到了國外後，此外商無故不來參加談判，此代表在等待無望時，經瞭解是因外商在一月前已與其他客戶簽定了這種買賣合同，卻又忘了讓秘書通知中方不必來國外。中方作為受害人在契約尚未成立時，受害人不能援用違約責任使有過錯的一方承擔責任。由於對方與中國公司有長期業務關係，並在談判簽定一買賣合同，理應在與他方簽約後，即一月前通知中方不必來國外。中方問：可否在根本沒有正式締約情況下賠償他所付的旅差費。

這兒就提出了在合同之準備及形成階段內是否需要規則和義務，即：締約過失責任問題。立法者與法官在按良好的法理去創造法律進步的活動時，必須具備三項條件，即，（1）所提出的規則能適用於一定的案件類型（*Falltypus*）。（2）法律要件與法律效果的結合，系基於法律上的考慮，旨在實踐一項實體的法律原則（*Ein materiales Rechtsprinzip*）。（3）所創造的規則必須能與既存的法律秩序融為一體，契合無間，以維護法律秩序內在的一致性⁴⁷，台大的王澤鑒教授認為締約上過失制度的建立完全符合此三項原則。我認為最為符合的是第3條原則。因為由於締約過失責任是一種既不同於違約責任，包括“積極侵害債權”（筆者認為它實際上是一種締約後之過失，對此在對締約過失界定時將予以說明）⁴⁸，又不等同於侵權責任的特殊民事責任，需要在民法學中作出特別規範，是對傳統民法理論和制度留下一個缺口的補充，完全可納入契約上的基本理論體系。

對在合同之準備及形成階段內等類似狀態中所產生的問題的解決可追溯到羅馬法。在締約過程中，一方應當對另一方負有注意義務的案例在蓋尤斯（*Gaio*）《論行省告示》第10篇中已有體現：“在看過土地之

⁴⁷ Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2. Aufl., 1964; Karl Larenz, *Kennzeichnen geglueckter richterlicher Rechtsfortbildung*, 1965, S. 13f.

⁴⁸ 臺灣及日本學者稱其為“不完全給付”；中國大陸學者稱其為“不當履行”，亦可稱之為積極的履行義務的違反。此說是德國著名律師史韜伯（*Staub*）在《論積極侵害契約及其法律效果》中首先提出，因此種履行義務之違反不僅在契約中有之，在其他之債中亦有之，故稱之為“積極侵害之債權”（*Positive Vertragsverletzung* oder *Positive Foderungsverletzung*，簡稱為PVV或PFV）。

後，買賣契約締結之前，大風將土地上種植的樹木吹倒了。人們也許會問，這些樹木是否也應當交給買方呢？我認為，不必交給買方——但是，如果買方並不知道樹木被吹倒，而賣方卻是知道的，然而並未將這點告知買方，那麼在締結契約時，就要對這些樹木進行估價，以確定本來可以給買方帶來的利益”。但完整地首倡締約過失理論的是十九世紀中葉德國哥廷根著名法學家魯道夫·封·耶林(Rodolf von Ihering)。1861年，耶林在其主編的《耶林學說年報》第四卷上發表《締約過失，抑或無效或未臻完全的合同中的損害賠償》⁴⁹一文中提出：“從事契約締結的人，是從契約交易外的消極義務範疇，進入契約上的積極義務範疇”。“不僅是已存在的，而且是已在產生的合同關係必須置於過失規則保護之下。倘若未將合同交往以敏銳的方式將其置於這種保護之下，那麼每個締約不免承受因他方的疏忽而成犧牲品的危險”⁵⁰。締約上的過失責任的確立是契約責任擴張適用的結果，耶林肯定了當事人因締約行為而產生了一種類似契約的信賴關係，即，一方當事人在締約過程中違反了從特別的義務關係(besonderes Pflichtverhaeltnis)中產生的行為義務，而使之適用範圍不再局限於契約成立。“culpa in contrahendo在德國首倡並發展，至今還處在最發達的地位，為該國法制的一項主要特色，對瑞、奧、希、日、法、意、葡⁵¹等國的判例學說或立法判例亦有深遠的影響”⁵²，當然對日本、臺灣及中國⁵³也有影響。

當然，C.I.C.首先是一種習慣法⁵⁴。它不但直接影響了大陸法國

⁴⁹ 【德】魯道夫·封·耶林(Rodolf von Ihering)：“締約前過失，抑或無效或未臻完全的合同中的損害賠償”，4、1861，1-112頁。（“Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”，Iher Jb. 4/ 1861, 1-112.）

⁵⁰ 同上，第41頁。

⁵¹ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, DA BOA FÉ, NO DIREITO CIVIL, Volume 1, Coimbra 1985, cit., 527-556; Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, 3.a Edição, Coimbra Editora 1982, cit., 215-216.

⁵² 【台】王澤鑒：《民法學說與判例研究》第一卷，中國政法大學出版社，1997年版，第87頁。

⁵³ 但在中國對其的定義界定及適用構成要件研究似乎還沒涉及。

⁵⁴ 參閱 Hans Brox, Allgemeines Schuldrecht (債法總論)，20. Aufl. Muenchen，1992 Rn56；Finkentscher, Schuldrecht (債法)，8. Aufl. Berlin 1992；Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. AT (債法總論) 14.. Aufl., Muenchen 87 §. 91.

家⁵⁵，也間接影響了英美法系國家在處理意向書（Letter of Intent）以及定心書（Letter of Comfort）或諒解備忘錄（Grundsatzvereinbarung）引起的法律責任時的見解⁵⁶，但這些與 C.I.C 相比，效力更低⁵⁷。C.I.C. 的內涵與歸屬將會在與英美法系國家的司法實踐的融通中有進一步的發展。

對 C.I.C 的含義除了理論上的表述外，還可以從案例群的角度加以具體化，並以法律為依據，結合案例群的分析其適用構成要件，也即拉倫茨所提出：一個規則的提出能適用於一定的案件類型（Falltypus）。締約過失可表現在下列三大案例群中：

第一、阻礙有效合同的締約

也即通過應受指責的行為來阻礙有效合同的締約。譬如：故意不告知締約合同的審批要求及形式要件⁵⁸，或者是一方以違反善良風俗的行為，促使本可締約的合同無效；或者從客觀上看合同的締約已無任何障礙⁵⁹，但是一方（甲）無故中斷與對方（乙）的談判，需要注意的是對故意不告知形式要件的，原告方除了引用締約過失外，更應該訴被告非法利用形式要件，這樣對原告更有利，因為原告可以要求被告履行合同，而不是僅僅得到適用締約過失時的信任賠償。

第二、以應受指責的行為促使對方放棄合同的締約。

譬如在談判過程中，過錯方以不作為或對談判標的作出錯誤的聲明，尤其是在企業合併與分立等重大問題上採取隱瞞與不作為⁶⁰，以促

⁵⁵ 參閱 Stoll: Festschrift von Caemmerer, P 435 Fn. 2; Artt. 1337f. Ital Codice civile.

⁵⁶ 參閱 Banque Breussels Lambert SA v. Australian National Industries Ltd (1989), 21 NSWLR502; Turriff Construction Ltd v Regalia Knitting Mills Ltd (1971) 222 EG169.

⁵⁷ Lutter, der Letter of Intent, 1982; Fontaine, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, Dr. Prat. com. Int. 1977, 105; Oppetit, L'engagement d'honneur, D. 1979. Chron. 107, 轉引自：Hein Koetz《歐洲合同法》上卷，周忠海等譯，法律出版社，第 52 頁。

⁵⁸ 對此案例群請參閱 Medicus (Lit. Zu Kap.2), Gutachten, S.507.

⁵⁹ 對此案例群請參閱 Soergel/Wiedermann, Vor §275Rn. 128ff. ; BHB WM 1989, 685。

⁶⁰ 對此案例群請參閱德國《新法學周刊》及最高法院民事庭判例：BGH NJW

使對方失望，主動提出放棄合同締約。

第三、對人身健康，生命及財產的前合同式的保護義務。

這是德國民法典生效後，締約過失最早涉及的案例群。其中的香蕉皮案例比較著名。案情是：顧客去商店買東西，在商店中的打掃衛生人員不慎將香蕉皮丟在地上，以至使一顧客滑倒，最終導致骨折。這當中顧客與商店之間的法定的前合同式的買賣關係已存在，店主爲了這種買賣關係安排店員打掃，也是爲了承擔保護顧客的義務。這裏的C.I.C.能夠彌補有關侵權條款的不足之處。因爲店主如在受僱人的選任，並在其應提供設備和工具器械或應監督事務的執行時，對裝備和監督已盡相當注意的，或者縱然已盡相當的注意也難免發生損害者，在法律上店主不負賠償責任。而按C.I.C.規範範圍，前合同關係是在顧客與店主之間發生，顧主難以推卸責任，也減輕了作爲被傷害者的顧客的舉證責任。

總而言之，債務關係可以產生於合同的準備與開始階段，這是基於誠實信用原則⁶¹發展而來的習慣法，在澳門已體現在民法典219條。締約上之過失在其他條件限定下可歸屬於合同責任和侵權責任之外的第三大責任——特別信任責任，也即特別行爲義務。締約上的過失在法律上的適用在澳門，1：要部分受輔助性原則的限制；2：C.I.C.適用的構成要件是必須要有一個合同前的債務關係的出現；3：債務人必須有行爲能力；4：其損害行爲可以是作爲，也可以是不作爲；5：有實質性，按誠實信用原則發展而來的具體化的違反這種行爲義務的損害內容；6：損害結果與損害行爲有直接因果關係；7：債務人的違反行爲義務的損害行爲是出於故意或過失；8：損害賠償是因信任的損害賠償，但是可以超越合同不履行賠償的數額。

1988，1907；BGH NJW 1988, 2882, NJW 1993, 2434; BGHZ 79, 337; BGHZ 93, 264, 266。

⁶¹ 誠實信用原則與善良風俗的原則均給締約上過失原則以不同的影響。誠實信用原則與善良風俗的原則的區別，請參閱拙著：《資方解雇的法律基礎及控制結構》，歐洲高校專著叢書出版社，1997年，德國，第85-86頁。(Rechtsgrundlage und Kontrollstruktur der Arbeitgeberkündigung nach den Grundsätzen deutscher Verhältnismässigkeit und chinesischer beilegungsimmanenter Schiedsentscheidung, Europäische Hochschulschriftreihe, Frankfurt-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien-Lang 1997, P. 85-86)。