

# 合同磋商終止中的締約過失責任

朱琳琳\*

## 一、引言

António Menezes Cordeiro教授認為締約過失責任是當代其中一個最重要的法學發現<sup>1</sup>。耶林於其1861年的著作中首次系統地論及締約過失責任的問題，但他當時所述及的問題，僅觸及締約過失責任的某個側面，他僅僅談及因一方的過失而訂立有瑕疵的合同的問題，而當時的法律界尚未能為這個問題提供一個合理的解決方法。

受善意原則及信賴原則影響的締約過失責任，和其他一般條款一樣，給予法律工作者適度彈性，使民法可因應社會的不斷發展而作出適當調整。

因此，經過耶林最初為締約過失責任界定的適用範圍後，締約過失責任的適用範圍不斷擴張，是不足為奇的，現在它不但適用於無效或不產生效力的合同，亦涵蓋有效及產生效力的合同，只要在合同的形成階段出現違反先合同義務的情況，並因而導致損害。此外，締約過失責任亦適用於因磋商終止而未能訂立合同的情況。

雖然，締約過失責任符合公義的要求，但僅於二十世紀<sup>2</sup>各國的立法者才開始就締約過失責任進行立法，並以一般規定的形式要求當事人在合同的形成階段按善意原則行事，以保障立約人的合理信賴。源自德國的締約過失責任雖逐漸被大陸法系的其他國家所接受，但一直未能進入普通法系的國家，在普通法中，於合同的磋商及形成階段，雙方當事人無須承擔按善意原則行事的義務。然而，面對日漸複雜的

---

\* 澳門大學法學院兼任講師。

1. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO《民法總論》，第一冊，第二版，1992年，第685頁。  
2. 例如意大利1942年民法典第1337條及第1338條、希臘1940年民法典第197條及第198條、德國1976年民法典第11條第7款、葡國1966年民法典第227條及澳門1999年民法典第219條。

合同磋商過程，及由此而引致的一系列問題，為確保真正的公義得以伸張，普通法為解決在大陸法中由締約過失責任此一機制解決的問題，亦創設了一些零散的機制，例如虛偽陳詞 (misrepresentation) 及 promissory estoppel<sup>3</sup>。

## 二、締約過失責任的適用範圍

於澳門，締約過失責任規範於《澳門民法典》第219條：“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方遭受之損害負責。”

法律清楚列明，不論在合同的磋商階段（為合同的訂立作出準備工作）抑或在合同的形成階段（雙方當事人作出要約或接受的意思表示），亦不管雙方最終是否成功訂立合同，只要符合法定要件，即可出現締約過失責任。

此外，雖然《民法典》第219條從字面上僅適用於合同，但有學者<sup>4</sup>基於締約過失責任的精神——保證一方可信賴他方當事人按正直、誠實、可靠及忠誠的標準行事——認為它亦可適於其他領域，例如有相對人的單方法律行為或法律上的行為。

亦有人提出締約過失責任是否應適用於行政當局所作出的公共管理行為<sup>5</sup>。澳門的法院未有處理涉及有關問題的案件，而《澳門行政程

3. Bingham, L. J. 於 Court of Appeal 有關 Interfoto Picture Library Ltd. V. Stilleto Visual Programmes Ltd. 一案的判決中就指出：“在很多大陸法系的國家，或者說在很多普通法系以外的國家，善意原則是債法規定並貫徹的基本原則，當事人於合同的形成及履行階段，均須按善意行事（……）英國法律絕不接受該原則，但為確保真正的公義得以伸張，普通法亦創設了一些零散的機制。”見 DÁRIO MOURA VICENTE 《國際私法中的締約過失責任》，Almedina 出版，2001 年，第 294 頁。

4. ANA PRATA，《締約過失責任概述》，Almedina 出版，2002 年，第 25 頁及第 26 頁；亦見 FRANCISCO BENATTI，《締約過失責任》，由 Adriano Vera Jardim e Miguel Caeiro 翻譯，Almedina 出版，1970 年，第 37 頁及第 38 頁：“事實上，要求一方當事人告知他方當事人存在可導致合同無效的原因或不具備授權書，是為了使他方不要信賴合同有效或可產生效力，而涉及單方法律行為時，亦應作出相同要求，在上述情況中，單方法律行為的相對人亦不應信賴合同有效或可產生效力。”

5. 例如涉及轉讓公產的合同、招聘人員的開考、工程的判給或財貨的取得。

序法典》第8條訂有善意原則，以保障私人的信賴利益：“一、在任何形式之行政活動中，以及在行政活動之任何階段，公共行政當局與私人均應依善意規則行事及建立關係。二、遵守上款規定時，應考慮在具體情況下需重視之法律基本價值，尤應考慮：a)有關活動使相對人產生之信賴；b)已實行之活動所擬達致之目的”。在未作出更深入的研究前，我們初步認為在合同的磋商及形成階段，行政當局亦應按善意原則行事。

有學者認為磋商階段的主體不僅包括將訂立的合同的雙方當事人，亦包括當事人以外的第三人，只要這些第三人基於其專業知識或職業，可完全自主地影響任一方當事人的決定，並繼而影響整個磋商進程，例如財務或稅務顧問、會計師及核算師等<sup>6</sup>。這些“第三人”在合同前階段亦負有特定義務，例如告知義務，在符合其他要件的情況下，違反此一義務，可引致締約過失責任。

鑑於締約過失制度在改善不合理合同或貫徹實際公義上的作用，它在以下範疇起着特別重要的作用：(i)保障作為法律關係中較弱一方的消費者、(iii)廣告宣傳訊息及(iii)股份的公開認購<sup>7</sup>。

### 三、締約過失責任的制度中的某些問題

締約過失責任的歷史較短，是現代的產物，它的法律制度亦未完善，而學術界對該制度中好些重要的問題仍未有定論，故澳門的立法者於一九九九年回歸前，在對民法進行現代化及本地化的工作時，並未為該制度引入任何修訂，只繼續保留了《葡國一九六六年民法典》第227條的規定<sup>8</sup>。

6. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA《第三類民事責任？》，Almedina出版，1997年，第85頁至第88頁、第95頁至第103頁。

7. JOÃO BATISTA MACHADO〈對信賴的保護〉及〈*venire contra factum proprium*〉，載於《*Obra Dispersa*》，第1冊，Scientia Iuridic出版，1991年，第361頁；DÁRIO MOURA VICENTE《國際私法中的締約過失責任》，第340頁及ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO《民法總論》，第712頁。

8. 《1966年葡國民法典》由海外省部第22869號訓令延伸適用於澳門，直至1999年11月1日經《澳門民法典》廢止為止。

在《民法典》中只有第219條對締約過失責任作出規範，其第一款為締約過失責任訂定了一般規定，第二款則涉及時效的期間，對於其他在適用締約過失責任時非常重要的課題，《民法典》均沒有提及。例如有關過錯的舉證責任；而視乎將締約過失責任定性為合同責任，還是因不法事實而生的民事責任，就過錯的舉證責任此一課題，可得出完全相反的答案：在合同責任中，推定債務人有過錯（《民法典》第788條第1款），在因不法事實而生的民事責任中，除一些例外情況外（第484條至第486條），須由受害人證明侵害人有過錯（第480條第1款）。為了為法律未就締約過失責任作出規範的事宜找出具體解決方案，很多學者嘗試為締約過失責任作出法律定性，其中大部分人主張將締約過失責任定性為合同責任或非合同責任（因不法事實而生的民事責任）<sup>9</sup>，但亦有一些學者認為締約過失責任既不是合同責任，亦不是非合同責任，它是另一種民事責任<sup>10</sup>，亦有人指出不能單純地將締約過失責任歸類為任何一種傳統的民事責任，它是兩者的集合體<sup>11</sup>。

另一個受到學術界關注的問題，涉及損害賠償的範圍，意見大致分為：a) 僅須賠償與消極利益或信賴利益有關的損害；b) 可賠償涉及積極利益的損害。如僅須賠償為保障信賴利益而生的損害，賠償金額是否可超過與積極利益有關的損害的賠償金額呢？

#### 四、本文的主要內容

在德國，司法見解將雙方當事人於合同形成階段負有的義務，分為以下三類，違反有關義務可引致締約過失責任：

1. 保護或照顧義務：在合同的磋商期間，當事人應採取措施，確保不對他人造成人身或財產損害<sup>12</sup>；

9. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO 《民法中的善意原則》，Almedina 出版，2001年，第585頁；ANA PRATA 《締約過失責任概述》，第198至214頁；ANTUNES VARELA，《債法》，第1冊，第9版，1996年，第279頁；ALMEIDA COSTA 《合同磋商終止時的締約過失責任》，Coimbra 出版，1984年，第93頁及續後數頁。

10. SINDE MONTEIRO 《因建議、提議或資訊而生的責任》，科英布拉，Almedina 出版，1989年，第509頁及 MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA 《第三類民事責任？》，第93頁及續後數頁。

11. DÁRIO MOURA VICENTE 《國際私法中的締約過失責任》，第273頁及第274頁。

12. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO 教授描述了這些德國法院的判例，計有亞麻油

2. 告知義務：雙方當事人應向對方提供必須的資訊，使擬訂立的合同有效及合理，不可隱瞞或提供虛假、不完整或不正確的訊息。在雙方當事人的能力強弱懸殊的情況中，強勢的一方<sup>13</sup>負有更多的告知義務；

3. 忠誠義務：忠誠義務與告知義務有別，前者涉及行為準則，後者則主要指訊息的傳達。在合同的磋商中，當事人不應作出背離忠誠，或正直的行為，尤其不應無理隨意終斷合同的磋商<sup>14</sup>。

澳門的法制與德國有別，在澳門的締約過失制度中，無須獨立處理保護或照顧義務，因為德國司法見解歸入此一義務的案件，在澳門和在葡國可直接引用非合同責任的制度（《澳門民法典》第477條第1款）。

本文主要集中討論忠誠義務及因違反有關義務終止合同的磋商而生的締約過失責任的構成要件，而不會論及與違反忠誠義務有關的其他事宜。

## 五、終止合同磋商的締約過失責任的特點

今天，合同既可於瞬間訂立（在一方當事人發出要約後，另一方當事人即時接受），亦可經過既漫長且複雜的磋商階段，雙方始達成合意。很多時，在磋商的過程中，雙方須作出一系列行為或研究，磋商亦時進時退，換言之，為成功訂立合同，雙方須經歷不同步驟，例如

---

地毯案、香蕉皮案、遊艇案及生菜葉案。前述《民法總論》，第700頁至第702頁及《民法中的善意原則》，Almedina出版，2001年，第547頁至549頁。

13. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO《民法總論》，第702頁至第704頁及《民法中的善意原則》，第549頁至551頁；ANA PRATA《締約過失責任概述》，第49頁及續後數頁。
14. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO《民法總論》，第704頁至第706頁及《民法中的善意原則》，第551頁至553頁及第583頁；ANA PRATA《締約過失責任概述》，第66頁及續後數頁；JORGE ABREU - TIAGO PITTA E CUNHA《締約過失責任》，Abreu & Marques出版，1999年；ALMEIDA COSTA《合同磋商終止時的締約過失責任》，Coimbra出版，1984年。

會議、研究、考察、技術諮詢、派員公幹、草擬記錄或臨時協議、製作合同擬本，發出要約及接受要約等。

誠然，在合同的形成階段，雙方當事人可合法終止磋商而無須作出任何賠償，因為合同的磋商本身沒有法律約束力，而在磋商過程中，當事人既可改變主意或初衷，亦可為自己謀求新的利益，甚至對合同的訂立失卻興趣。在這種情況中，不能要求終止磋商的一方透露終止磋商的真正原因，更不能要求須有合理理由方可終止磋商，因為必須尊重由意思自治原則引伸而來的不訂立合同的自由。若不承認當事人有不訂立合同的自由，會為商業活動帶來嚴重後果，因為在確保可成功訂立合同前，由於擔心會因終止磋商而須負賠償義務，沒有人會輕易開展合同的磋商。

因終止磋商而引致的締約過失責任（《民法典》第219條）有甚麼作用呢？意思自治原則雖是民法的基本原則，但它不是絕對不受任何限制的，在某些情況中，基於對善意原則的考量，終止磋商構成締約過失責任，從而對合同自由作出限制。

在某些情況中，磋商的終止很明顯是違反善意原則的，例如一方當事人雖自始至終沒有與他方當事人訂立合同的意圖，但仍與他方進行磋商，又或一方為使他方受損而終止磋商。在其他情況中，則比較難判斷磋商的終止是否足以構成賠償義務。原則上，應在合同自由與善意原則之間取得平衡，保證一方可合理信賴他方以誠實可靠的行為進行磋商。在磋商階段，給予雙方當事人充份自由，並為損害他方利益的軟合理行為設定限制，對交易的安全及流暢是非常重要的。

## 六、終止合同磋商的締約過失責任的構成的要件

《民法典》第219條所規範的締約過失責任的構成要件，與非合同責任（第477條第1款）及合同責任（第787條）的構成要件相同，包括：自發行為（作為或不作為）、行為的不法性、行為人有過錯、因行為而生的損害。

由於債法已對合同責任及非合同責任的構成要件作出詳細論述，在此僅探討締約過失責任中這些要件的特徵，故本文不會論及第一項

要件，因為在任一種傳統民事責任中，它的概念都是一致的，而在締約過失責任的範圍內，亦沒有人對它有不同的理解。

## 1. 不法性

雖然，不法性均是上指各種民事責任的構成要件，但視乎是因不法事實而生的民事責任、合同責任或締約過失責任，不法性的意義有所不同。

根據《民法典》第477條第1款的規定，在因不法事實而生的民事責任中，不法性可分為：

- i) 侵犯他人的權利，或
- ii) 違反旨在保護他人利益的法律規定。

除符合上述兩種不法性的情況外，即使存在損害，原則上侵害人亦無須就損害作出賠償，除非在侵害人與受害人之間存在特定關係，亦即，除非在他們之間早已存在債權關係，而損害又因不履行給付義務而生（合同責任）。

在締約過失責任中，雖在訂立合同前，雙方當事人均沒有主給付義務，但只要雙方進行磋商，他們均應履行因善意原則而生的義務，否則須為此而生的損害負責（第219條）。在違反這些義務時，由於尚未訂立合同，侵害人雖無須履行主給付，但仍負有作為次義務的賠償義務。

學術界把締約過失責任視為沒有主給付義務的債權債務關係，其不法性指違反由善意原則而生的義務，例如違反忠誠義務、告知義務、不正當及任意終止合同的磋商等。

對於因磋商終止而生的締約過失責任中的不法性的特點，我們會在下文加以論述。

根據《民法典》第219條第1款的規定，“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

錯而使他方遭受之損害負責”。因此，可把合同的磋商過程分為以下兩個階段：

i) 磋商階段：由雙方的初次接觸直至作出要約而止，在此期間，雙方會作出一系列不具法律約束力的前期準備工作；

ii) 形成階段：由具有約束力的兩項意思表示構成——要約及接受。

不論是在合同的磋商階段還是其形成階段，當事人均須按善意行事，否則須為此而向他方造成的損害負責。故此，首先須確定磋商階段是由何時開始的。

有些學者主張抽象地為所有情況定出磋商階段的起始點<sup>15</sup>，然而，基於實際生活複雜多變，實無法抽象地定出磋商階段的起始點。在某些情況中，純粹初步邀請他方進行磋商，就有可能導致當事人須遵守善意原則，而在另一些情況中，由於初步邀請磋商尚不足以在當事人之間建立特定關係，故不受善意原則約束。在磋商階段，當事人須按善意原則行事的起始點，應按每一具體個案加以確定，但在任何情況中，均不應忘記締約過失責任所保障的法益是當事人的信賴。

“在訂立合同前，雙方當事人藉著彼此的接觸會對對方產生信任，相信對方會忠實、誠懇、負責任及真正地行事，而先合同義務的產生，正與這種彼此信任直接掛鉤，當存在信賴時，即會產生先合同義務。要判斷是否存在信任，須分析雙方當事人的行為，分析這些行為在特定社會經濟狀況下的具體合同磋商過程中的意義。”<sup>16</sup>

這裡所指的信賴，不是主觀信賴，當事人是否相信可成功訂立合同是不重要的，當事人的精神狀況與賠償義務沒有任何關係，我們須注意當事人的行為及磋商的具體情況，以便由此判斷一方或雙方當事人是否可合理信賴他方會忠誠行事。

15. 例如 Heinrich Stoll 就認為當事人須按善意原則行事的起始點，是指發出邀約或邀請邀約的一刻，而 Almeida Costa 則認為僅在實際進入合同的磋商階段，當事人方須按善意原則行事。

16. ANA PRATA 《締約過失責任概述》，第 42 頁及第 43 頁。



由於不能抽象地指出當事人由何時起須按善意原則行事，我們會列出訂定該起始點時，須考慮的一些因素：

- i) 參與磋商的事業人的專業能力或受尊重程度；
- ii) 雙方當事人之前的關係，如合同關係、親屬關係、上下級關係或友誼；
- iii) 在一段頗長時間內，之前訂立的合同不斷續期；
- iv) 合同的種類、性質、經濟價值、訂立合同的慣常方式；
- v) 開始磋商時作出的具體意思表示及其方式。

因此，僅對具體個案進行分析，並對上指因素和當事人的磋商的進度及深度加以考量，方可估計因應善意原則的要求，當事人負有的忠誠義務的廣度及深度，從而確定在有關個案的實際情況中，按當事人所處的經濟社會狀況，是否可合理認定一方的行為可使他方處於受締約過失責任保障的客觀信賴狀況。

基於此，必須符合以下要件，磋商的終止才是不法的：i) 一方當事人合理信賴會成功訂立合同；ii) 對訂立合同的信賴是基於他方當事人在磋商過程中的行為而產生的；及 iii) 他方作出違背該合理信賴的行為，而客觀的善意原則是釐定有否違背信賴的標準。

藉合同的磋商過程，當事人訂立合同的意思逐漸成熟，而各自的利益亦得以取得平衡。但如在磋商的過程中，雙方存在無法解決的分歧，以致無法達成協議，法律必須允許當事人放棄訂立合同，在不訂立合同的自由與對合理信賴的保障之間，必須取得平衡，並藉此界定締約過失責任的內容。

按個案的具體情況，行為人的行為明顯違反道德意義上的善意原則時，方可構成締約過失責任。除純粹為使他方受損或由始至終根本無意與他方訂立合同的情況外，在其他不太明確的情況中，判斷是否存在合理信賴及違背信賴的情況，是頗困難的。簡而言之，一方不履行忠誠、正直、誠懇或告知義務，並因而違背了他方對訂立合同的正當且合理的信賴時，即可視有關行為違反了善意原則。

客觀的信賴是動態的，當雙方當事人的接觸越加頻繁深入，互相的信賴亦會漸漸加強，如在磋商日漸深入的過程中，共識的範圍不斷擴大且不存在分歧，很自然會信賴可成功訂立合同。在這種融洽的情況中，若一方忽然決定不與他方簽定已擬定的合同，對該方的合同自由加以限制，以締約過失責任為由保障他方的信賴利益，是合理的。

較上述情況更為常見的情況，是在合同的磋商階段雙方當事人存在分歧；在這種情況中，雙方當事人很自然不會信賴可成功訂立合同。因此，只要存在分歧，而不管分歧的性質，即可排除一方客觀的信賴嗎？

我們認為分歧應指嚴肅的分歧，它應涉及對雙方或一方當事人為重要的事實，而當事人又無法妥協或不願妥協。

分歧是否嚴肅又應以甚麼標準去衡量呢？應以主觀標準還是客觀標準衡量分歧是否重要呢？主觀標準指從一方當事人的角度去判斷分歧的重要性，客觀標準則指從雙方當事人的客觀利益出發，衡量分歧是否重要。這個問題不易回答，亦極具爭議性，因為不論是採用主觀標準還是客觀標準，均可被質疑。

分歧的出現，是不存在合理信賴的徵兆，在每一個案中，我們應提出以下問題：在具體個案中所出現的分歧，是否可導致一方當事人不能合理地信賴可藉磋商成功訂立合同呢？例如，在磋商階段，一方當事人告知他方特定要求對該方的重要性，即使按合同類型有關要求不合理或不符合邏輯，只要任一方當事人不讓步，在分歧尚存時，就不能說一方當事人可合理信賴最終可成功訂立合同。總括而言，在分析分歧的嚴肅性時，關鍵在於一方是否知道分歧所涉事宜對他方的重要性，知道有關事實的一方，如堅拒滿足他方的要求，就不能說自己合理地信賴可成功訂立合同。如不存在合理信賴，磋商的終止不但談不上不法，相反是對合同自由原則的行使。

終止合同磋商的締約過失責任的不法性，於下列情況出現：

i) 在合同的磋商或形成階段，一方當事人不合理違反因道德意義上的善意原則而生的義務，單方面終止磋商；及

ii) 當事人的行為足以使他方合理及客觀地信賴可成功訂立合同。

## 2. 過錯

正如在因不法事實而生的民事責任或合同責任的制度中，過錯亦是締約過失責任的構成要件（第219條第1款），但第890條及第901條適用於締約過失責任時除外，在此，法律不要求行為人有過錯。

第219條第1款所指的過錯，包括過失和故意兩種情況，但在某些情況中，必須存在故意，例如在贈與（第950條第2款b）項及第952條第1款）及使用借貸（第1062條）等無償合同中，行為人於合同的磋商及形成階段，必須存在故意，方可構成締約過失責任。

不論是在因不法事實而生的民事責任，還是在合同責任中，原則上，過錯均按每一具體情況以對善良家父之注意要求予以認定（第480條第2款及第788條第2款）。這種認定過錯的標準，亦適用於締約過失責任中過錯的認定。在此，暫且不談在這三種民事責任中認定過錯的共通點，而僅分析締約過失責任中對過錯認定的特點。在締約過失責任中，行為人的專業能力對過錯的認定是非常重要的，因為很多人認為專業人士不應不知悉其所製造或售賣的產品存有瑕疵，而在雙方當事人對專業知識的掌握能力懸殊時，法院應給予非專業人士的當事人更大的保障，以確保真正的公義能在他們之間伸張。

締約過失責任作為主觀責任的一種，如受害人在有過錯下作出的事實亦為產生或加重損害的原因，亦會引致第564條第1款所指後果，亦即按雙方當事人過錯的嚴重性及其過錯引致的後果，賠償可被減少或免除。受害人亦有過錯的情況計有：受害人魯莽地在磋商終止前作出一些按談判的進度不應作出的涉及磋商中的合同的開支，又或受害人本身不謹慎的態度，是其中一個導致雙方磋商終止的原因。

另一個與過錯的認定有關的問題，就是舉證責任誰屬的問題，而關鍵在於將締約過失責任定性為非合同責任還是合同責任。將締約過失責任定性為非合同責任的學者<sup>17</sup>，主張適用第480條第1款的規定，除有過錯推定的情況外，均由受害人舉證侵害人有過錯。

17. 例如 ALMEIDA COSTA，見其著作：《合同磋商終止時的締約過失責任》，COIMBRA 出版，1984年，第93頁。

另一些學者<sup>18</sup>則認為應將締約過失責任定性為合同責任，因為雖然締約過失責任中的不法性與違反合同義務無關，但該不法性是因在雙方的合同磋商過程中一方違反善意原則而生的，是因一方作出違背他方基於前者的行為而生的合理信賴的行為，因此，應推定侵害人有過錯（第788條第1款）；在這種情況中，如受害人有過錯，即排除侵害人的賠償義務（第564條第2款）。

然而，在因磋商終止而生的締約過失責任中，對過錯的舉證責任的問題並不是十分重要。

在非合同責任中的主觀責任及合同責任中，不法性及過錯均有不定的意義。在因磋商終止而生的締約過失責任中，不法性指違背他方合理的信賴，又或者說違反因善意原則而生的義務，而這裡所指的是道德意義上的客觀善意。有否違反善意原則本身已涉及道德價值判斷，已與是否值得法律譴責有關，亦即是說，終止磋商僅在一方有過錯（故意或過失）的情況中，才是不法的。終止磋商本身是合法的，它僅僅反映了消極意義上的合同自由原則，僅在違反善意原則的情況中，不顧他方因磋商的進展而生的合理信賴，終止磋商方可構成不法行為。

在因磋商終止而生的締約過失責任中，不法性不單單指違反一項成文法的規定，因為須同時違反道德意義上的善意原則，才會適用第219條的規定，在這種責任中，不法性與過錯是密不可分的。

### 3. 損害及因果關係

正如其他類別的民事責任一樣，在締約過失責任中，亦僅在有損害的情況中，方有賠償義務。這裡所指的損害包括在磋商過程中所作的必然開支（準備會議、公幹、研究、草擬合同等）和與落實將訂立的合同有關的費用（如在轉讓商業場所前，支付員工的解僱賠償）。

---

18. INOCNCIO GALVO TELLES, 《締約過失責任, 意見書》, 載於《法律雜誌》, 第125期, III-IV, 第346頁及第337頁; ANTUNES VARELA 《債法》, 第279頁; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 前述《民法中的善意原則》, 第585頁; ANA PRATA, 前述《締約過失責任概述》, 第198至214頁。

在有損害時，賠償包括哪些損害呢？賠償只包括涉及消極利益的損害？還是亦包括涉及積極利益的損害？

在磋商終止的情況中，涉及消極利益的損害指在合同的磋商過程中，為訂立合同而遭受的損失以及所喪失的其他商機；涉及積極利益的損害則指由合同的履行而帶來的利益。

葡國大部分學者均傾向於傳統見解，主張在締約過失責任的範圍內，僅涉及消極利益的損害可被列入賠償範圍之內。

然而，按消極利益計得的金額可以超出按積極利益而計得的金額嗎？

普遍而言，涉及消極利益的金額一般會低於涉及積極利益的金額，而在很多情況中，是頗難計算涉及消極利益的金額，尤其是可能喪失的利潤的金額。然而，在某些情況中，確須考慮積極利益是否可作為消極利益的上限的問題，有些學者<sup>19</sup>認為原則上可將積極利益視作消極利益的上限，而另一些學者<sup>20</sup>則認為任何損害均可受償，不應設有上限，因為第219條並未設有任何限制。

如雙方未能成功訂立合同，原則上，應由各自承擔自己所作出的開支，但磋商終止由違反先合同義務所引致者除外。賠償包括與違反先合同義務有因果關係的損害（第557條）。

---

19. VAZ SERRA 〈債務人或行為人的過失〉，《司法部簡報》，第68期，1957年，第134頁註213；MOTA PINTO 〈締約過失責任〉，《法學院學報》，第XIV期，科英布拉，1966年，第180頁；ALMEIDA COSTA 《合同磋商終止時的締約過失責任》，第84頁及第85頁。

20. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO 《民法中的善意原則》，第585頁。

