

法律叢書

法律 研究概述

Prof. Doutor João Castro Mendes
孟狄士教授

黃顯輝譯

Universidade de Macau
Faculdade de Direito
Fundação Macau

澳門大學法學院
澳門基金會



法律研究概述*

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO

中文譯著
EDIÇÃO CHINESA

著者：Prof. Doutor João Castro Mendes（孟狄士教授）

翻譯：黃顯輝（Vong Hin Fai）

澳門大學法學院（中文譯本）

Faculdade de Direito da Universidade de Macau

1998

* 葡文原著一九九四年版經 Prof. Miguel Teixeira Sousa（蘇沙教授）修訂

書名：法律研究概述

作者：孟狄士教授（Prof. Doutor João de Castro Mendes）

翻譯：黃顯輝

所有權人：澳門基金會

出版：澳門基金會
澳門大學法學院

封面：Nuno Calçada Bastos

排版和植字：澳門政府印刷署

印刷和釘裝：澳門政府印刷署

數量：1000 本（一九九八年印）

ISBN: 972-658-065-X

目 錄

第一編 法的基本概念及問題

第一章	法的概念	3
1.	法的中心概念	3
2.	「法」(direito) 一詞的其他含意	8
3.	法與國家	11
4.	法屬於規範性秩序；自然法及公正	13
5.	人權宣言	15
第二章	法律概念的元素	17
第一節	緒論	17
6.	法律概念元素的列舉	17
第二節	法律體系	17
7.	作為體系的法律；建制；制度	17
8.	法律體系的特性及其他問題	18
第三節	法律規範	22
§ 1.º	—— 狹義的規範	22
9.	狹義法律規範的概念與結構	22
10.	法律規範的性質	24
11.	法律規範的特性	24
§ 2.º	—— 廣義的規範	25
12.	廣義的規範：行為規定、規定	25
13.	道德規範及技術規範	27
14.	制定實質效果的規範與制定法律效果的規範	28
15.	命令性規範、容許性規範、候補性規範及解釋性規範	28
16.	遵循性規範與制裁性規範	32

17. 直接規範與間接規範	32
18. 完整規範與不完整規範	34
19. 其他有可能的分類	34
第四節 強制保護	35
§ 1. ^o ——緒論	35
20. 預防性強制保護及遏止性強制保護或制裁	35
§ 2. ^o ——遏止性保護：制裁	36
21. 制裁的概念	36
22. 制裁的種類：實質制裁及法律制裁	37
23. 實質制裁	37
24. 法律制裁	39
25. 完備規範、不完備規範、較完備規範及不甚完備規範	42
§ 3. ^o ——預防性保護	42
26. 預防性保護	42
27. 強迫手段	43
§ 4. ^o ——補充意見	44
28. 獎勵法	44
29. 勸導法	44

第二編 法淵源

第一章 列舉	47
30. 法淵源的概念	47
31. 法淵源的列舉：法律、習慣、司法見解及學說	48
第二章 法律	51
§ 1. ^o ——基本概念：靜態角度	51
32. 法律的概念	51

33. 立法權的基礎及準憲法	52
34. 憲法	53
35. 法律 (lei)	54
36. 規章	55
37. 地方規範及領域性規範	57
38. 國際法、一般國際法及協約國際法	58
39. 法律位階的覆述	59
§ 2. ^o ——動態方面	60
40. 緒論	60
41. 法律的制定	60
42. 《共和國公報》	63
43. 法律生效的終止	64
§ 3. ^o ——法律的識別、法典編彙	66
44. 法律本身的識別及法律的形式	66
45. 法典	68
§ 4. ^o ——判例	69
46. 概念	69
47. 法律性質	70
第三章 其他淵源	71
§ 1. ^o ——習慣	71
48. 概念及作為法淵源的價值	71
§ 2. ^o ——司法見解	72
49. 概念及作為法淵源的價值	72
§ 3. ^o ——學說	73
50. 概念及作為法淵源的價值	73

第三編 法律關係

第一章 緒論	77
§ 1. ^o ——法律關係的概念	77
51. 法律關係的概念	77
§ 2. ^o ——法律關係的要素	80
52. 法律關係要素的列舉及敘述	80
53. 主體	80
54. 客體	81
55. 事實	82
56. 保障	82
57. 法律關係以及絕對權和相對權	83
第二章 主體	85
§ 1. ^o ——緒論	85
58. 主體與人；擁有性與人格	85
59. 能力	85
60. 法律人格的延伸	87
§ 2. ^o ——自然人	88
61. 自然人的人格	88
62. 自然人的權利能力	88
63. 自然人的行為能力	88
§ 3. ^o ——法人	89
64. 概念及分類	89
65. 法人的權利能力	90
66. 法人的行為能力	90

第三章	客體	91
§ 1. ^o —	緒論	91
67.	法律關係客體：直接客體及間接客體	91
§ 2. ^o —	直接客體	91
68.	法律關係直接客體：主動方的權利及被動方的約束	91
69.	主動方的權利	91
70.	權利的分類；財產；權利義務範圍	92
71.	約束	94
§ 3. ^o —	間接客體	94
72.	法律關係間接客體的意義	94
73.	物；物的概念	95
74.	物的分類	97
75.	融通物及不融通物	97
76.	有形物及無形物	98
77.	動產及不動產	98
78.	現在物及將來物	99
79.	給付；給付的概念	99
80.	給付的分類	100
81.	其他的法律關係間接客體；人格的要素	100
82.	法律效果	101
83.	權利（權利之標的）	101
第四章	事實	103
84.	法律事實	103
85.	狹義法律事實及廣義法律行為	104
86.	簡單法律行為及法律行為	104
87.	單方法律行為及合同	108
第五章	保障	111
88.	保障	111

第四編 法律的分類（法律部門）

§ 1. ^o —— 緒論	115
89. 緒論	115
90. 國際（公）法及國內法	115
91. 公法及私法	115
§ 2. ^o —— 私法的次分類	117
92. 一般私法（民法）及特別私法（商法及勞動法）.....	117
93. 民法	118
94. 民法的次分類	118
95. 債法	120
96. 物法	121
97. 親屬法	122
98. 繼承法	126
99. 特別私法	126
100. 商法	127
101. 勞動法	131
§ 3. ^o —— 主要的公法部門	132
102. 緒論	132
103. 憲法	132
104. 行政法	134
105. 財政法	134
106. 稅法	135
107. 犯罪法或刑法	135
108. 訴訟法	135
§ 4. ^o —— 特別情況	137
109. 國際私法	137

第五編 法律的解釋及適用

第一章	緒論	141
	110. 緒論	141
第二章	法律解釋	143
	111. 基礎概念	143
	112. 解釋在其來源及效力方面的類別	143
	113. 解釋在其目的方面的類別：主觀解釋及客觀解釋， 歷史解釋及現實解釋	144
	114. 解釋的要素	145
	115. 解釋在其結果方面的類別：文存解釋、擴張解釋、 限制解釋、推理解釋及廢止解釋	152
	116. 《民法典》第9條	154
	117. 利益法理學及概念法理學	154
第三章	法律漏洞的填補	157
	118. 法律漏洞及其填補；緒論	157
	119. 類推	158
	120. 《民法典》第11條	159
	121. 《民法典》第10條第3款	160
第四章	法律適用	163
	122. 緒論	163
	123. 法律在時間上的適用	164
	124. 法律在空間上的適用	170

第一編

法的基本概念及問題

第一章 法的概念

1. 法的中心概念

一、從「法」一詞的中心含意來說，我們可將法界定為一個**獲強制保護的社會行為規範體系**。

二、法的存在源自下列兩類事實，我們可利用下列句子將之表述：

A) 人類是社會動物；

B) 有社會，就有法律 (*ubi societas, ibi jus*)。

A) 人類是社會動物：人類的天性並非單獨生活，而是與別人共同生活在一個有組織的群體中：社會。

在本文中，我們將對一些有人提出及有興趣加以討論及分析的問題不予探討。因此，在此刻最重要的只是研究以下的問題：

a) 人類的社會性是否屬於自然及原本的傾向，又或是一種因人類的進化而產生的傾向。

一般人均認為，人類的社會性是一種自然及原本的傾向。但是，有些學者及思想家強調人的社會性並非為自然的傾向：人類的**本性**是愛單獨生活的，而**社會性**是人類本性的扭曲而已。

提倡這論調的思想家，包括盧梭 (ROUSSEAU)¹及霍布斯 (HOBBS)²。

雖然兩人均同意人類的本性是不合群的，但續後二人各持不同的意

1. 約翰積奇盧梭 (Jean-Jacques Rousseau)，生於日內瓦 (1712-1778)，著有《人類不平等起源論》(Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre os homens) (1753) 及《社會契約論》(O Contrato Social) (1762)。“是他清晰及理性地弄清了在那個世紀的政治思想所出現的混亂情況”(Giorgio del Vecchio，法哲學教程，António José Brandão 博士譯，第二版，科英布拉，第100頁)。

見。盧梭認為人類本性是善良的（善良的蠻荒神話），是社會使人類腐化。霍布斯則認為人類本性是惡毒的（*homo homini lupus, bellum omnium contra omnes*），是社會將人類的自然惡性治癒。

主張人類出現合群階段，這種想法僅是一個邏輯上的前提：欲給予社會一個契約基礎（社會契約）而非天性的基礎。在事實上或歷史上是毫無依據的。

- b) 哪一個是歷史上首先出現的社會模式：是家庭？而家庭是基於兩性間的交往及生兒育女的需要而自然形成並隨後集成較大規模的社會（部落、部族、國家）。又或是部落？而部落是在紛亂無章之下生活，隨後演變並分裂成為一些家庭。對於這些純屬歷史的問題，我們並沒有興趣研究。

B) 在社會中，共同生活的體現就是互助、同舟共濟及分工，而這些均須存有既定的行為準則及確保各項活動能和諧進行的規則方能實現。故此，必須解決社會生活中無可避免的衝突，而法律就是促進各利益的團結及解決利益衝突的必要工具。

但是，為了社會能繼續存在及進步，不僅需有規則，還需確保這些規則能發揮效力：使到這些規則能存在及被遵守，而不論這些規則的相對人（即這些規則所規範的人）的願望及意欲為何，又或至少使到違反獲得彌補。

因此，法律的特徵就是一個能發揮效力的規範性秩序。這點是重要的且值得我們花多些時間加以考證。為此，我們將不作出抽象的解釋而是舉出四個例子：

例一：應訂出一條規則，其規定“須還款予借款者”。這樣便鼓勵了以“借款”作為內容的互相幫助。如“償還欠債”不是通常的行為準則，那麼只有十分慷慨的人（少數的人）才會借錢予別人³。然而，只定出這規則，規定欠債

2. 湯瑪士·霍布斯（THOMAS HOBBS），英國人（1588-1679）著有“De cive”（1642）及“Levathan”（1651）。按照霍布斯，“*homo ad societatem non natura, sed disciplina aptus factum est*”。

3. 參見 Evangelho de S. Lucas, Luc.6.30。

還錢，這是不足夠的，因為有很多人是不遵守這規則的，從而損害到這種互助方式。故此，應儘可能確保這規定能產生效力。

這確保並不是指強迫債務人親身實行該給付。事實上，嚴格來說，這是不可能的。然而，當某人借錢予別人時，他（債權人）一般及主要關心的，並非由哪一個人來還款，而是還款的結果：得回他所借出的錢。

因此，有不同的途徑——法院，警察部隊，軍隊——可達至這樣的確保，通過這些途徑使債務人遵守該規則。例如，到債務人的住處取回欠款。如有需要，可使用公力取回欠款，之後將之交回債權人。又例如，取去⁴其財物出售⁵，藉此還款予債權人。

例二：有一條一般規定說“應履行合同”，*pacta sunt servanda*（按《民法典》第406條）。假設某人與另一人訂立合同。按合同規定，某人（債務人）須親身為對方作出一債權人所欲之給付⁶。例如，某人聘請一外科醫生為其進行手術或聘請一著名畫家為其繪畫肖像。如債務人不履行合同，則不可能強迫他親身履行合同（*nemo potest precise cogi ad actum*）。那麼，就讓這規定成為一條不獲保護的規定嗎？不。即使不可能強迫作出特定的給付，但法律應使該人履行一些在法律上視為等同的給付，*faute de mieux*：對損失及損害（按照新《民法典》所採用的字句）作出賠償，又或按傳統的說法，對損害作出賠償。若嫌冗長，則可說以非特定執行或以金錢作代替物來執行，以代替特定執行⁷。

如今並非強制遵守規定以達至確切遵守該規定所指定者，而是法律藉債務人的一定損失而取得一個等同於該規定獲得遵守時所取得的結果。

例三：某人用石頭擲破別人的窗。在此有人可以說“玻璃已被打爛，不可能使之還原”。故此，法律對此無能為力。

4. 此“取去”財物稱為扣押。《民法典》第819條及續後各條及《民事訴訟法典》第821條及續後各條。

5. 按《民法典》第824條及續後各條以及《民事訴訟法典》第882條及續後各條。

6. 必須由債務人本人而非由別人作出債權人所欲之給付，稱為不可替代的給付。反之，稱為可替代的給付。

7. 執行須通過一專門的司法程序進行（《民事訴訟法典》第4條第3款，第801條及續後各條）。如執行係為著實現債權人視為根本的某一特定給付，稱為特定執行；如為著實現或許等同於該給付的另一給付，則為非特定執行。

這種說法明顯是不正確的。雖然那塊玻璃不能還原，但可以採取其他方法使事物回復至一如該玻璃未被打碎前之狀況：重新安裝另一塊玻璃（特定執行）或支付該塊被打破的玻璃的價值（以金錢作代替物來執行）⁸。

關於這方面的內容，宜指出《民法典》其中三條條文，以便認識我國法律的基本原則：

——第 483 條（在《民事責任》一節中所載的《基本原則》）第 1 款：

“故意或過失不法侵犯他人的權利或違反任何旨在保護他人利益的法律規定者，須對因此而造成的損害向受害人賠償”⁹；

——第 562 條：

“須彌補損害的人，應重建有關狀況，使之處於在導致須彌補損害的事件沒有發生時所應存在者”；

——第 566 條第 1 款：

“如回復原狀不可能、未能彌補全部損害或對債務人來說屬負擔過重，則以金錢定出賠償”¹⁰。

例四：有規則規定不可殺人；明顯是有需要定出這一規定的。但如何運用強制力保護這一規則呢？

首先可採取一些**預防措施**：尋求避免殺人案件的發生。如有需要可使用公力例如通過警察部隊為之。

但除此之外，法律還力求彌補因違反該規定（某人殺了另一人）所造成的惡害¹¹。在此，當然不能考慮作出一特定彌補，亦不應首先立即採取以金錢作代

8. 如某人打破別人窗子的玻璃而導致下雨時雨水損毀別人一幅名貴的地氈，則可能除了須支付安裝另一玻璃的費用外（特定執行），還須支付該幅地氈的價額（以金錢作代替物來執行）。

9. 第二款：“僅在法律特別規定的情況下，方存有不論有否過錯的賠償義務”。並非 A 打破 B 的玻璃就一定要支付該玻璃的價額：一般而言，僅當行為人有過錯，即故意（蓄意）或有過失時，方須賠償。

10. 雖然該條文具如此的表述，但一般均以恢復原狀（特別執行）為優先，以金錢方式恢復原狀、作損害賠償及執行——即以金錢作代替物來執行——僅在該條規定的情況下方可進行。亦須參見同條第 2 款。

11. 考慮到在某些情況下（例如正當防衛），使他人死亡者並不一定受處罰。

替物（代替一個人的生命？）來彌補。不能進行特定彌補，是因為不可能重新給予被害人生命。應注意的，是在**某程度上**，可以要求以金錢作代替品。例如，被殺之人須照顧其子女，則可賦予其子女獲扶養的權利或獲給予其一筆金錢，藉此過活。然而很明顯始終一個人是不可能以金錢來代替的。

因此，法律採取兩種措施：

- 首先，施以刑罰：藉此，力求彌補該犯罪所造成的惡害並使行為人贖罪；
- 此外，對精神上的損害作補償，即裁定一數額，推定此數額能滿足或減輕因有關之不法行為而受苦的人（例如受害人的父母）在人身方面（而非財產上）所受的痛苦。

三、故此，法律秩序的基本特徵是它本身的規定的效力是存在著保障的。這保障存在之目的是使這些規定不是僅具道德或倫理價值，而是能實際地適用及獲得尊重。當法律規定的相對人未能自發性遵守這些規定時，可運用強制力（**強制性**）使之遵守。

正如上文所見，對遵守規則所提供的保障是多樣的。當有可能時（或儘可能）以**特定履行**來保障。在如此為之不可能時，則以**金錢作代替物**的方式來保障。第三個層面，是以**補償或其他彌補方式**（其中最後才採用刑罰）來保障。

嚴格來說，法律體系的主要特點是藉著其**強制性或運用強制力予以保護的可能性**，對其**效力設有各種保障**。因此，天主教法相對於身體強制措施更多採用精神上的措施（例如逐出教會）。規範國際社會的國際公法（一門現在還處於十分原始發展階段的法律）今天仍廣泛採納私自伸張正義，受害者可對於規則不被遵守的情況以武力作出反應，而法律本身亦承認之¹²（很多時在理論上）。

對於作為今天典型的法律——國家法律，文明社會的法律——其效力的保障基本上¹³係由國家本身的權力及主權機關實行強制保護來保障。這種強制保護是一種**預防性及彌補性的保護**。

12. 亦即是說：對抗侵犯者而作出正當反應的戰爭，是正義的戰爭。

13. 並非是唯一的：因為私自伸張正義在受限制的範圍內仍獲確認：見《民法典》第336條、第337條及第339條。