

國立臺灣大學法學叢書(三二)

法學方法與現代民法

黃茂榮 著

二〇二〇年四月 增訂七版

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯



讓我們一起努力
做一些植根的工作
把公平播向四方

ISBN 978-957-43-7620-9

國立臺灣大學法學叢書(三二)

法學方法與現代民法

黃茂榮 著

二〇二〇年四月 增訂七版

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

獻給父親及母親

感謝您們辛苦栽培

七 版 序

仔細觀察先進國家之法學與法制，不難發現法學方法對於現代民法及各部門法之發展有關鍵的影響。特別值得一提的是：在 *Klaus Tipke* 教授引入法學方法，以不同於以往的風貌，在一九七三年發表其稅法教科書第一版以來，迄二〇一八年已發行至第二十三版。當中明白的呈現，即便在德國，其稅捐法學的發展，亦與法學方法的應用，息息相關。因為稅捐法與現代法學方法的密切結合，才四十多年，容易比較觀察其陡然而起之顯著的影響。不像民事法，淵遠流長，其發展較具漸進性，一時不易感覺法學方法對其發展的重要性。

本書的寫作主要在介紹並演習法學方法在民法之研究上的應用情形，以從其中認識法學方法。其中並穿插稅捐法的案例，以擴大關於法學方法之運用的視野。第一章法源論所以基本上以稅捐法為說明對象，其理由在於：稅捐之課徵因有稅捐法定主義的適用，所以，其法源的問題特別尖銳。關於法學方法在稅捐法之運用，另在〈法學方法與現代稅法〉中論述。該書第一、二冊增訂三版、已分別於二〇一二年三月及二〇一五年十二月出版。第三冊增訂二版於二〇〇八年二月出版。

對於本書的內容一直感覺不滿意，久思全面檢討改寫，上次大幅改寫於二〇一一年九月六版，這次再下定決心，拋下所有迫切必須進行的專題研究工作，把所有的時間集中到

本書這次全面之改作上。篇幅雖然增加約百分之四十，然由於受限於時間，還不能做到如意。有一些還必須等到債法及稅捐法之實體法寫作告一段落，以及法哲學、法社會學及法經濟學的研究有進展後，才能完整增補重寫。

這次改作，除了增加一章：論法理外，並調整其各章順序，使之比較符合思路及事務發展之出現的層次。

法學方法的學習，筆者承王澤鑑老師的啟蒙，本書的寫作承鄭玉波老師的關心、鼓勵，衷心感激。歷年及目前在植根從事相關法律資料之整理、植根法律資料庫工作的同仁，給我很大的幫助。在植根法律資料庫的支持下，基本上可以讓我在幾秒鐘內確認相關法、令、判解之有無，而後打開參閱，大大降低仔細研究時之勞動強度。大恩不言謝。他們的功德只能祈求上蒼賜福於他們。最後也要感謝我的父親、母親及博士論文的指導教授 *Dr. Dr. h. c. Josef Esser*，無限懷念！本書出版承陳孟嬋律師、林欣伶小姐、李宜亭小姐的協助，使本書能夠順利付梓。於此併致謝忱。

學無止境，敬請惠予指教，筆者將很感激。

黃茂榮

二〇二〇年四月六日

於信義路植根研究室

簡目

第一章 論法源.....	1
第二章 論法理.....	91
第三章 法律概念	153
第四章 法律規定之邏輯結構.....	255
第五章 法律體系	369
第六章 法律解釋	567
第七章 法律漏洞及其補充的方法	681
第八章 法律事實的認定.....	845
《索引》	927

2 法學方法與現代民法

詳 目

第一章 論法源.....	1
一 法源的意義.....	2
二 民事法之法源.....	5
A 民 事.....	5
I 公法與私法之區別理論及其區別標準.....	7
a 利益說.....	7
b 平等或上下關係說.....	8
c 主體說.....	10
d 特別權利說.....	11
II 公法與私法之交織.....	13
III 公法與私法之區別實益.....	14
IV 公私法之不同的基礎原則及其任務.....	14
B 法 律.....	15
I 制定法.....	16
a 中央法規.....	16
b 地方法規.....	16
c 制定法接納之習慣法或習慣已成為制定法.....	17
II 習慣法.....	17
a 意義及要件.....	17
b 舉證責任.....	18
III 契 約.....	18
IV 產業自治規約.....	19
V 家族自治規約.....	19
VI 團體協約.....	20

4 法學方法與現代民法

C 習慣.....	21
I 本條所稱習慣係指事實上之慣行.....	21
II 習慣對法律之補充性.....	21
a 原則.....	21
b 例外.....	22
III 習慣存在之舉證.....	22
D 法理.....	22
E 基本權利之直接或間接的第三人效力.....	23
F 基本原則之實證法化及其適用性.....	28
三 稅捐法之法源.....	29
A 法源表現形式的態樣.....	30
I 制定法.....	31
II 法院的裁判.....	32
III 習慣法.....	39
IV 契約或協約.....	41
V 學說.....	42
VI 國際法.....	42
B 法規性命令.....	43
C 行政規則（Verwaltungsvorschriften）.....	48
D 自治法規.....	55
E 稅法上之法規性命令.....	56
I 國會保留.....	57
II 如何委任立法.....	62
F 法規性命令在我國之適用情形.....	69
I 法規性命令之制定應經法律授權.....	69
II 如何授權.....	72

III 法規性命令不得超越母法	73
IV 以法規性命令規範稅捐構成要件	73
G 法規範之位階構造	79
I 位階構造及其牴觸之效力	79
II 無效或得宣告為無效	81
III 牴觸之疑義的解釋	84
H 最高行政法院之判例	87
I 結論	88
第二章 論法理	91
一 法理之概念與正法思想	92
二 法理之概念及其傳統構成因素	94
三 法理念之現代內容的擴展	96
A 公平因素之擴展	97
B 由公平擴展至效率	100
C 由效率擴展至和諧	101
四 民法總則所含之法理因素	102
五 法理之淵源地位的立法技術	103
A 概括性規定方式	103
B 例示性規定方式	104
六 法理在法律位階上的地位	105
A 由抽象程度所構成的位階	105
B 由負荷之價值所構成的位階	108
I 法理對法律的監督功能：惡法非法	109
II 誠信原則對契約的監督功能：惡約非約	109
III 正法思想在實證法上的基礎	111

6 法學方法與現代民法

IV 法理在民事法上的地位.....	111
V 正法思想在實務上之實踐的障礙.....	113
七 法理在民事法體系中的地位.....	115
A 法理與實證法之關係.....	116
I 存在於法律明文.....	116
II 存在於法律基礎.....	117
III 存在於法律上面.....	120
B 法理經具體化的內容.....	122
I 平等原則.....	122
II 立法意旨.....	126
III 法理念.....	133
IV 事務之性質：事理.....	136
八 正法與實證法間有差距.....	138
九 引起差距的原因：追求至善的能力及其有限性.....	140
十 學說對該差距的立場.....	142
A 極端的實證法學派.....	142
B 極端的自然法學派.....	142
C 折衷說.....	143
I 正法與實證法獨立並存說.....	143
II 正法與實證法對極並存說.....	143
十一 法理之實證法化及其適用性.....	144
十二 是否規定法理為法淵源之檢討.....	145
十三 正法與實證法間的依存關係.....	146
A 正法的實現依賴實證法.....	146
B 實證法的内容應受正法的監督.....	148
C 正法促使規範體系化.....	149

十四 期盼：‘法治中國’與‘法理中國’	150
第三章 法律概念	153
一 探討法律概念與法律體系的重要性	154
二 概念之定義	155
三 概念之建構	157
A 方法：捨棄不重要之特徵	157
B 取向於公平	165
I 法律概念為目的而生	165
II 為合理化，而將價值概念化	167
III 編纂概念與當為概念	170
IV 邏輯（體系）思維與價值判斷	173
C 作用	174
I 承認、共識及儲藏價值	174
II 減輕思維的工作負擔	176
a 法律行為	177
b 無權處分、無權代理	179
III 承認、共識及儲藏價值過程之省略	181
a 基於強制力之省略	182
b 基於「無限的好意」之省略	183
D 副作用	185
I 誘引自價值剝離	185
II 過度抽象化	187
a 在構成要件過度抽象化的情形	188
1 由於立法者之疏忽	188
2 由於執行法律機關之疏忽	191

3 由於情事的變更.....	197
b 在法律效力過度抽象化的情形.....	201
1 債務不履行.....	204
2 債權人拒絕受領.....	206
3 債權人違反對己義務.....	206
4 對報酬之計算結果有錯誤.....	207
III 過度具體化.....	210
a 由於立法者之疏忽.....	210
b 由於執行法律機關之疏忽.....	212
c 由於情事的變更.....	216
IV 補救方法.....	216
四 概念之演變.....	221
A 法律概念之歷史性.....	222
B 取向於目的、價值而演變.....	223
C 學說上的見解.....	224
I Kelsen 的看法（純粹法學）.....	224
a 無漏洞的實證法.....	224
b 消除漏洞的方法：逆向論法.....	226
II 檢討：利益法學或價值法學的看法.....	227
a 立法權需要司法權的監督與鞭策.....	227
b 概念語意以規範目的為基礎.....	228
D 規範目的對法律概念之意義的影響.....	229
I 以「人」為例.....	229
II 以「公務員」為例.....	231
III 以「法律行為」與「事實行為」為例.....	231
IV 以「意思表示」與「意思通知」為例.....	233

V	以「不當得利」與「侵權行為」為例.....	234
VI	以「無過失責任」為例.....	237
	a 危險責任.....	237
	b 結果責任.....	239
	c 擔保責任.....	240
	d 信賴責任.....	242
	e 衡平責任.....	245
VII	小結.....	245
五	法律概念之位階性：體系化的基礎.....	246
	A 由抽象程度所構成的位階.....	246
	B 由負荷之價值所構成的位階.....	247
	I 法理對法律的監督功能：惡法非法.....	247
	II 誠信原則對契約的監督功能：惡約非約.....	248
	III 正法思想在實證法上的基礎.....	249
	IV 正法思想在實務上的障礙.....	250
	C 概念與類型譜.....	252
第四章	法律規定之邏輯結構.....	255
	一 法規範之存在上的邏輯結構.....	256
	A 法條、法律規定與法規範.....	256
	I 法條的概念.....	256
	II 法律規定.....	260
	III 法規範.....	264
	B 法條或法律規定的性質.....	265
	I 行為規範與裁判規範.....	266
	II 規範性與一般性.....	267

III 對命令說之批評.....	275
C 法條之種類.....	279
I 嚴格規定與衡平規定.....	279
II 任意規定與強行規定.....	283
III 命令行為之規定與授權規定.....	286
IV 完全法條.....	287
V 不完全法條.....	290
a 說明性法條（erläuternde Rechtssätze）.....	294
b 限制性法條（einschränkende Rechtssätze）.....	296
c 引用性法條（verweisende Rechtssätze）.....	301
1 引用性法條與說明性法條之可能的關係.....	302
2 引用性法條的類型.....	303
(a) 避免煩瑣的重覆規定.....	303
(b) 避免掛一漏萬的規定：例示規定.....	324
3 被引用法條在適用上之限制與修正.....	326
d 擬制性法條.....	327
1 擬制性法條的類型.....	328
(a) 隱藏的引用.....	328
(b) 隱藏的限縮.....	339
2 被擬制地引用之法條在適用上之限制與修正.....	340
3 小 結.....	342
D 法條或法律規定間之競合關係.....	343
I 法條間的競合關係.....	343
a 法律效力相同的情形.....	343
b 法律效力不同的情形.....	345
1 在法律體系位階上異位階之法條間：優位法優於劣位法.....	346

2 同位階之法條間.....	347
(a) 後法優於前法.....	347
(b) 特別法優於普通法.....	348
II 法律規定間的競合關係.....	356
二 法律之適用上的邏輯結構.....	361
A 確定法律效力的三段論法.....	361
B 小前提之認定：法律事實之涵攝於構成要件.....	364
C 經由三段論法之結論導出個案的法律效力.....	366
第五章 法律體系.....	369
一 體系的發生背景.....	370
二 體系化之存在論上的基礎.....	373
A 形式邏輯之最高原則在存在論上的基礎.....	375
B 法律邏輯之最高原則在存在論上的基礎.....	377
C 法律倫理在存在論上的基礎.....	380
I 正法與實證法間有差距.....	380
II 學說對該差距的立場.....	381
a 極端的實證法學派.....	381
b 極端的自然法學派.....	381
c 折衷說.....	381
1 正法與實證法獨立並存說.....	382
2 正法與實證法對極並存說.....	382
III 引起差距的原因：追求至善的能力及其有限性.....	383
IV 正法與實證法間的依存關係.....	385
a 正法的實現依賴實證法.....	385
b 實證法的內容應受正法的監督.....	387

c	正法促使規範體系化.....	388
三	體系之定義.....	389
A	學者的觀點.....	389
I	Puchta 所代表之形式的概念法學派的觀點.....	390
II	Stammler 的觀點.....	394
III	Binder 的觀點.....	395
IV	Heck 即利益法學派的觀點.....	397
a	體系概念的特徵.....	397
b	組成體系的成分：衝突的裁斷.....	399
c	組成體系的紐帶：衝突裁斷間的關聯.....	400
d	概念間之關聯的構成：類型化.....	404
1	演繹法.....	405
2	歸納法.....	406
3	利益法學派也承認說明利益.....	407
4	說明利益仰仗歸納法.....	409
e	學說上對其所作的評價.....	413
V	價值法學派的觀點.....	418
a	對利益法學派的批評.....	418
b	從「利益」（法學）到「價值」（法學）.....	419
c	利益、權力對價值之取捨的影響.....	424
d	權力的決定及正法的伸張.....	425
e	正法價值在實證法中的基礎.....	428
f	價值法學的特徵.....	429
四	體系的建構學說.....	434
A	概說.....	434
B	各派學說.....	439

I	概念法學派的觀點	439
II	利益法學派的觀點	439
III	價值法學派的觀點	446
IV	小 結	448
五	體系化的任務	449
六	體系形成的方法	451
A	利用編纂概念	451
B	利用類型模組	452
I	類型的種類	455
II	對極思考	464
III	類型譜	469
IV	類型的濫用	477
C	利用法律原則	480
I	私法自治事項	481
II	私法自治原則（靜的利益）	483
III	過失責任原則與危險責任	487
IV	自己責任原則	491
a	概 說	491
b	債之相對性	492
1	主體之相對性	494
2	客體之相對性	498
V	衡平原則（衡平的利益）	500
VI	表見事實之信賴保護（動的利益）	502
D	利用功能概念	505
七	體系的種類	508
A	外在體系	509

14 法學方法與現代民法

B 內在體系.....	511
八 法學的建構與體系的建立.....	520
九 概括繼受附押租金約款之租賃契約的法學建構.....	528
十 體系在法學上的應用.....	539
A 法條內部之意旨關聯.....	540
B 類型之應用.....	541
I 利用類型掌握法律資料.....	541
II 利用類型幫助法律解釋.....	542
III 利用類型發現法律漏洞.....	546
IV 利用類型規劃法典：買賣之標的及類型.....	551
C 利用法律原則補充法律漏洞.....	563
D 利用體系維持法律的一貫性.....	564
第六章 法律解釋.....	567
一 法律解釋的概念.....	567
A 前言.....	568
I 由法律解釋的任務產生的特徵.....	569
a 法律解釋對具體案件之關連性（Die Fallbezogenheit der Gesetzesauslegung）.....	570
b 法律解釋之價值取向性（Die Wertorientiertheit der Gesetzes-auslegung）.....	587
II 由解釋學導出的特徵.....	589
a 法律解釋之文義的範圍性.....	589
b 法律解釋之詮釋的循環性.....	590
III 由憲政體制導出的特徵.....	591
a 法律解釋之（主觀）歷史性.....	591

b 法律解釋之合憲性.....	594
二 法律解釋之標的.....	594
三 法律解釋的目標.....	596
A 主觀說.....	596
B 客觀說.....	600
C 折衷說.....	603
四 法律解釋的因素.....	606
A 範圍性因素.....	607
I 文義因素.....	609
II 歷史因素.....	616
B 內容性因素.....	618
I 體系因素.....	619
II 目的因素.....	625
C 控制性因素.....	639
I 合憲性因素.....	639
II 合憲性因素之實踐.....	640
D 解釋因素相互間的關係.....	647
五 經濟觀察法.....	648
六 法律解釋之相關問題.....	657
A 狹義解釋與廣義解釋.....	657
B 例外規定及其解釋.....	661
C 憲法解釋.....	663
D 習慣法及判決先例之解釋.....	667
E 法律行為之解釋.....	674
F 致力於公平裁判.....	675
G 規範情事之變遷.....	677

七 結 論.....	679
第七章 法律漏洞及其補充的方法.....	681
一 法律漏洞的概念.....	682
A 法律.....	682
B 漏洞（die Lücke）.....	685
C 法律的漏洞.....	687
I 不圓滿性（die Unvollständigkeit）.....	688
a 立法政策上或技術上的缺失（rechtspolitischer bzw. rechtstechnischer Fehler）.....	689
b 法內漏洞（Lücken intra legem）.....	691
1 需要評價地予以補充的法律概念（wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe）之引用.....	691
2 授權式類推適用.....	701
(a) 避免煩瑣的重覆規定.....	701
(b) 避免掛一漏萬的規定：例示規定.....	705
(c) 空白規定（Blankettnormen）.....	706
c 體系違反.....	708
1 規範矛盾.....	709
2 價值判斷矛盾.....	716
(a) 碰撞式價值判斷矛盾.....	716
(b) 類推適用式價值判斷矛盾.....	720
(c) 目的性擴張式價值判斷矛盾.....	723
(d) 目的性限縮式價值判斷矛盾.....	726
3 準競合式體系違反.....	728
4 殘缺式體系違反.....	733

(a) 部分殘缺	733
(b) 全部殘缺	735
5 演變式體系違反	739
II 違反計劃性 (die Planwidrigkeit)	741
a 有意義的沈默 (qualifiziertes Schweigen)	742
1 法外空間 (rechtsfreier Raum)	742
2 反面解釋 (argumentum e contrario)	743
b 其他沈默的態樣：自始的無據式體系違反	745
III 結論	747
二 法律漏洞之發生原因	747
三 法律漏洞的種類	748
A 本文的觀點	748
B 文獻上重要的分類	749
I 認知的 (bewußte) 與無認知的漏洞 (unbewußte Lücken)	749
II 自始的 (anfängliche) 與嗣後的漏洞 (nachträgliche Lücken)	751
III 部分漏洞 (Teillücken) 與全部漏洞 (Gesamtlücken)	752
IV 真正的 (echte) 與不真正的漏洞 (unechte Lücken)	754
V 明顯的 (offene) 與隱藏的漏洞 (verdeckte Lücken)	755
VI 禁止拒絕審判式漏洞 (Rechtsverweigerungslücken)、目的漏洞 (teleologische Lücken) 及原則的或價值的漏洞 (Prinzip- oder Wertlücken)	761
四 法律漏洞的認定	764
五 法律漏洞的補充	765
A 法律漏洞之補充的必要性	765
I 目的之角度	766

II	體系的角度	767
B	法律漏洞之補充的性質	768
I	法律解釋活動的繼續	768
II	造法的嘗試 (ein Regelbildungsversuch)	772
C	法院之補充法律的權限	779
I	基本權利與法律保留	780
II	權力區分	786
a	立法機關之優先的立法權	786
b	司法機關之法律審查權	787
1	體系違反審查權	787
2	違憲審查權	788
六	法律補充的取向	793
七	法律補充的因素	795
八	法源與法律補充	798
九	法理與法律補充	804
A	法理在民事法上的地位	804
B	法理之存在態樣	806
I	法理與實證法之關係	806
a	存在於法律明文	806
b	存在於法律基礎	807
c	存在於法律上面	810
II	存在態樣	811
a	平等原則	812
b	立法意旨	815
c	法理念	821
d	事務之性質：事理	824

十 補充法律的方法.....	826
A 類推適用.....	827
B 目的性限縮.....	832
C 目的性擴張.....	835
D 創制性的補充.....	840
第八章 法律事實的認定.....	845
一 生活事實與法律事實.....	845
A 生活事實.....	846
I 與人有關之事項.....	846
II 關於與人有關之事項的陳述.....	849
B 法律事實.....	853
I 學者的觀點.....	853
a 構成要件說.....	853
b 因果關係說.....	854
c 為法律所規範之事實說.....	856
II 本文之觀點.....	858
C 法律事實的種類.....	862
D 以法律關係為構成要件要素或法律事實.....	865
二 在法律事實的認定上所必要的判斷與評價.....	866
A 法律事實之判斷的基礎.....	867
I 以事實為判斷基礎.....	867
a 以感官的觀察為判斷基礎.....	867
b 以社會經驗為判斷基礎.....	869
1 對人的行為之判斷：解說.....	870
2 對自然事實之判斷：解說.....	873

(a) 未經立法解釋加以形式化之社會經驗.....	875
(b) 經立法解釋加以形式化之社會經驗.....	880
II 以價值標準為判斷基礎.....	882
B 法院所享有之判斷餘地.....	890
三 法律行為.....	895
A 法律行為在規範上之地位.....	895
I 法律行為之法律事實的性格.....	895
II 法律行為之法律規範的性格.....	896
B 法律行為的解釋.....	899
C 法律行為與有名契約.....	904
I 有名契約的意義.....	904
II 有名契約的規範功能.....	905
III 如何將契約歸屬於有名契約.....	910
a 應依類型觀察法為之.....	910
b 應斟酌當事人之締約目的.....	915
四 法律事實之認定.....	917
A 實質之真實的探知.....	918
B 法律問題與事實問題之區別.....	923
《索引》.....	927

論 法 源

【目 次】

- 一 法源的意義
 - 二 民事法之法源
 - A 民事
 - I 公法與私法之區別理論及其標準
 - a 利益說
 - b 平等或上下關係說
 - c 主體說
 - d 特別權利說
 - II 公法與私法之交織
 - III 公法與私法之區別實益
 - IV 公私法之不同的基礎原則及其任務
 - B 法律
 - I 制定法
 - a 中央法規
 - b 地方法規
 - c 制定法接納之習慣法或習慣已成為制定法
 - II 習慣法
 - a 意義及要件
 - b 舉證責任
 - III 契約
 - IV 產業自治規約
 - V 家族自治規約
 - VI 團體規約
 - C 習慣
 - I 本條所稱習慣係指事實上之慣行
 - II 習慣對法律之補充性
 - a 原則
 - b 例外
 - III 習慣存在之舉證
 - D 法理
 - E 基本權利之直接或間接的第三人效力
 - F 基本原則之實證法化及其適用性
- 三 稅捐法之法源
 - A 法源表現形式的態樣
 - I 制定法
 - II 法院的裁判
 - III 習慣法
 - IV 契約或協約
 - V 學說
 - VI 國際法
 - B 法規性命令
 - C 行政規則
 - D 自治法規
 - E 稅法上之法規性命令
 - I 國會保留
 - II 如何委任立法要件
 - F 法規性命令在我國適用之情形
 - I 法規性命令之制定應經法律

授權	I 位階構造及其牴觸之效力
II 如何授權	II 無效或得宣告為無效
III 法規性命令不得超越母法	III 牴觸之疑義的解釋
IV 以法規性命令規範稅捐構成要件	H 最高行政法院之判例
G 法規範之位階構造	I 結論

一 法源的意義

「法源」為借用自「水源」的畫像性用語。屬於一種利用生活上之具象存在，比喻概念上之抽象存在的表達方式。雖然因為是比喻難免有誤導，但是其比喻還是滿貼切的。談水源，如以一口井而論，可以分成幾個層次來看它：(1) 井的地理位置、深淺、大小，(2) 井體所在之處的水文，(3) 開成之井，(4) 井中或取得之水。同樣地論法源，也可以分成幾個層次來說明：(1) 特定時空之政治、經濟、社會、歷史的事實或關係，特別是政經力量之相對關係。該力量的對比關係能決定國際法或國內法的立法活動及立法內容。在此意義下，「政經力量」便是法源，(2) 立法者或人民對於規範之「法的確信」(Rechtsüberzeugung)，或人民對於規範之「承認」。在此，該「法的確信」或「承認」為規範內容之所以演變成社會行為標準的共識基礎，具有社會倫理上之「實質的意義」。由於「法的確信」或「法的承認」為規範之效力的實質基礎(materieller Geltungsgrund)。因此在此意義下，可將之論為法源，(3) 立法行為(Rechtsetzungsakte)帶來新法。因此，也有人將之論為法源，例如立法機關之立法上的決議，(4) 立法機關，立法機關才有權做成決議，制定法律，因此，立法機關也可論為法源，(5) 有權制定法律之機關所「制定」之「規範」，這些規範隨其「制定機關」之不同，而有不同的表現形式及稱謂，

例如「制定法」及「習慣法」，法規性命令¹。

在以上的定義中，「政經力量」屬於政治學、社會學上的觀察；法的確信屬於法哲學上之價值的觀察；立法機關及立法行為為屬憲法學上關於權力區分之權能的觀察；規範之表現形式屬於權力區分之權力行使結果的觀察。法哲學上之價值的觀察結果，屬於「實質意義之法律」；權力區分之權能觀察的結果，屬於「形式意義之法律」²。

從政經力量看法源，肯認在各個時期得勢的法律觀，事實上只是當時權力關係的表彰³。從權力區分的觀點看法源，認為國家之立法機關享有制定法律的權限，甚至認為其權限是「獨占」的。所謂獨占，主要指相對於其他國家機關（例如行政機關、司法機關）之獨占，有時兼指相對於人民及地方團體或產職業團體之獨占。不過，其相對於人民及地方或產職業團體之獨占，某種程度

¹ 請參考 *Georg Dahm, Deutsches Recht*, 1963, S.34f.

² *Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Berlin 1969, S. 280f..

³ *Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12. Aufl., 1969, S. 50：「歷史法學派所稱隨民族、隨時代而異之正法（das richtige Recht），也是隨個人所屬之階層、人生觀及政治立場之不同，而有不同之看法，……*Karl Marx* 及 *Friedrich Engels* 建立之唯物史觀，雖非先驗的定律，但至少是法律觀之改變的原因之一。」*Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht*, 9. Aufl., 1974, S.113：「關於法之發生及其效力的道理可以提出各種不同的問題。例如從歷史及社會的觀點，可以探尋在某種社會權力關係或其他情況下之特定法秩序或法律的存在原因；從法理的觀點可以探尋一個法律、法規性命令，自治規章之憲法上的制定依據；從倫理的觀點可以探尋法之道德上的負擔效力，並在良心或民俗規範中發現其發生的源頭。……在此稱法所來之處為法源。從而在此意義下，法源指實證法的認識基礎（*Erkenntnisgrund für etwas als positives Recht*）」。關於行政法之法源詳請參考 *Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I*, 10. Aufl., 1994, §§ 24-28.

4 法學方法與現代民法

受私法自治及產職業自治的「補充」或「修正」。至於經由私法自治或產職業自治制定之契約或規章究竟只是補充國家制定之法規或甚至修正之，屬於國家權力之垂直劃分的問題。一般固然認為私法自治或產職業自治因國家之授權而得行使，但國家之不為授權，在有些情形，會涉及垂直劃分權限之違憲問題（憲法第一百十一條）。此外，對於人民主張立法權之獨占，也涉及到「習慣法」之法源地位的承認問題。

由於法源概念之過度的不確定，Kelsen 建議避免引用⁴。不過，從以上說明可見，法源在學說之各種不同層次的意義，事實皆有其分別要說明的重要觀點。實際上可以認為是從不同的角度，對於法源的觀察結果，分別代表不同之說明利益及價值利益。其中，特別是依選舉意義下之民主方式產生的立法機關，如果不以法之終極價值為其立法行為的神針，則在實踐上很可能流於制定當時之掌權者的擅斷⁵。當國家的統治遇到這樣的困難時，如果司法機關不能發揮制衡的力量，及時導正，等到發展至越過不可回復點時，民主體制將喪失機能。其結果將挫傷同胞們對於民主體制的信賴，禍害千萬年。一切制度都有其導致失能的罩門，有識之士要力求將之逐步完善，而非乘虛而入。鑑於在國家的行政機關及立法機關於政黨利益的引導下陷入迷茫，不再認識正義價值時，司法機關有維繫正義命脈的特殊功能與任務，所以，平時必須特別維護司法機關的權威，不適合以偏概全，對其做解構性之醜化。

⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.Aufl., 1967, S.238f.

⁵ 這是議會之「形式民主」與「實質民主」之衝突的問題。由之產生的法律分別稱為「形式意義之法律」與「實質意義之法律」。如何確保二者之一致，為現代民主之重要課題。歸結起來，都是由誰來決定或如何決定由誰來制定法律，最能夠使「形式意義之法律」與「實質意義之法律」趨於一致。傳統意義之議會民主，質諸於現代國家之財經及社會行政法規，以及實際之包裹制定的方式，因少有公開辯論與論證，其可靠性已漸受懷疑。可靠的替代模式，尚待發展與驗證。如能確保專家公正，專家之有效的參與可能比由平均人決定有指望。

否則，一旦民粹性言論形成氣候，將難以善後。

關於法源，民事法及稅捐法有不同之核心問題。在民事法，因為法院不得拒絕審判，所以民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」亦即事實上之慣行，其「不背於公共秩序或善良風俗者」，次於法律，得為規範民事關係之法源。此外，當法律及習慣對應予規範之民事關係皆無規定，存在漏洞時，並得引用法理，對之加以補充。在此意義下，法理亦為規範民事關係之法源。因之，如何適用法理補充民事法之漏洞在民事關係之規範的探索上，特別具有重要性。反之，在稅捐法，因稅捐之課徵必然侵入納稅義務人之基本權利，所以其法源之形式要求便特別重要。首先有稅捐之課徵應有法律為其依據，而後有在此所稱之法律是否應採國會保留，限於國會制定之法律？國會得否授權行政機關制定法規性命令，具體化未經法律規定之規範內容⁶？另關於稅捐法得否為漏洞之補充？本書雖主要在於論述法學方法在現代民法的應用情形，但為凸顯法源問題在民事法及稅捐法上之表現，特兼論稅捐法之法源。

二 民事法之法源

A 民事

正如行政法為公法的一部份，民法為私法的一部份。私法規

⁶ 司法院釋字第 705 號：「……憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律或法律具體明確授權之法規命令定之；若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，始得由主管機關發布行政規則為必要之規範（本院釋字第六五〇號、第六五七號解釋參照）。」

定以自然人或法人的身分，在平等與自治的基礎上，所形成之相互的關係。反之，公法規定國家（各級政府機關）及其他經賦以高權任務之機關、機構，因公權力之行使而與他人形成之法律關係。公法規定之事項含這些機關或機構之組織、其相互間，或與其成員或使用者間之法律關係。

因我國採取民商合一制度，所以民事關係在規範上，其對象無商人或非商人之區別，統由民事法規範之。但在實際上並非絕無民商之區分的情事。當有此種情事，而有對於具有商事性質之民事關係，特別加以規範之需要時，便在民法之外，另為制定以商人為規範對象之民事特別法⁷。然在民法債編所定各種之債之有名契約中，亦有明文規定，其當事人之一方，需為以該有名契約所定之交易為營業之人（商人）⁸。惟不論民事關係是否兼有商事之性質，其仍具有民事關係之共同的類型特徵：即其當事人間之法律關係的發生、變更及消滅不涉及公權力之行使，而是單純基於私人有意識之事實行為，或（有法效意思之）意思表示⁹，或在

⁷ 例如除在學校教學上有傳統稱為商事法之公司法、票據法、保險法、海商法外，銀行法、企業併購法、金融控股公司法、金融機構合併法、票券金融管理法、國際金融業務條例、金融資產證券化條例、證券交易法亦屬商法。

⁸ 民法第五百十四條之一（旅遊營業人之定義）、第五百五十四條（經理權（一）——管理行為）、第五百七十六條（行紀之定義）、第六百十三條（倉庫營業人之定義）、第六百二十二條（運送人之定義）、第六百六十條（承攬運送人之定義）。

⁹ 意思表示為將法效意思表示出來之行為，所以原則上含法效意思，並以法效意思之內容為其意思表示之效力內容。惟法律如對於所表示之意思表示的內容有強制規定，該意思表示可能因違反該強制規定而無效，或其效力經修正為法律所定之內容（民法第七十一條）。此外，另有意思表示例外不含法效意思（例如民法第八十六條：心中保留）、表示行為未到達（例如民法第一百六十一條：意思實現）或既無法效意思亦無表示行為，而經擬制為意思表示（視為承認或拒絕承認）的沈默（民法第八十條第二項、第一百七十條、第三百

有可歸責事由時，基於自然事件，依據法律而發生。這當中，其當事人間的法律地位原則上是平等的。沒有上下的服從關係。

一個生活事實是否屬於民事之決定，視其發生、變更及消滅是否涉及公權力之行使而定。涉及公權力之行使者，因之發生之法律關係為公法關係。規範該公權力及其歸屬與行使的法律即是公法。反之，不涉及公權力之行使者，因之發生之法律關係為私法關係。規範該法律關係的法律即是私法。茲就公法與私法的區別再說明如下：

I 公法與私法之區別理論及其區別標準

a 利益說

利益說（Die Interessentheorie）係以法律所規範或保護之客體的利益，究屬於公益或私益為其基準。利益說認為，原則上，私法以私人利益之維護，公法以公共利益之維護為其任務。惟事實上有些公法也維護私人利益，例如與基本權利之維護、公用徵收之合理補償有關的規定；而私法則除民法第一百四十八條第一項前段一般的規定，「權利之行使，不得違反公共利益」外，並有下列一般性以公共秩序為理由之限制規定：民法第二條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」第十七條第二項規定：「自由之限制，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」第三十六條規定：「法人之目的或其行為，有違反法律、公共秩序或善良風俗者，法院得因主管機關、檢察官或利害關係人之請求，宣告解散。」第七十二條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」此外，例如民法第七百九十六條之一第一項，以公共利益為理由，限制鄰地所有人對於越

零二條第一項、第三百八十六條、第三百八十七條、第五百三十條)。

界建築者之除去請求權：「土地所有人建築房屋逾越地界，鄰地所有人請求移去或變更時，法院得斟酌公共利益及當事人利益，免為全部或一部之移去或變更。但土地所有人故意逾越地界者，不適用之。」是故，雖然法律所維護之利益首先為私人利益或公共利益，在一定的程度能夠彰顯私法與公法之規範任務的特色，但還是有不盡然周全的情形¹⁰。

作為區分公法與私法的標準。學說上認為該標準並不十分妥當。其理由為：目前毫無疑問地被歸類為私法的法律，所規範之利益，並不全然以私益為限，有時亦規定一些涉及公益的事項。例如關於親屬關係、財團法人及社團法人之規定¹¹。

b 平等或上下關係說

平等或上下關係說(Die Subjektionstheorie, die Subordinationstheorie)係以法律所規定之法律關係的當事人間的相對關係，究為平等關係或上下關係作為公、私法的區別標準。

所規範之法律關係為當事人間之平等的相對關係時，規範該法律關係之法律為私法。在私法上，雙方在對等的基礎上，互相同意以契約，一起規範其法律關係。此即對等關係說(Koordinatontheorie)。當事人之一方有權，以單方行為，形成雙方之法律關係，屬於例外的情形。此與在公法關係，公權力機關以單方行為(行政處分)為原則，以行政契約為例外，形成雙方之法律關係者，正好相反。然私法所規範之法律關係，有時亦

¹⁰ Larenz/ Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München, 2004, § 1 Rn. 24; Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., § 1 Rn. 16.

¹¹ Wolf/ Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München, § 2 Rn. 17ff.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl., 1985 Heidelberg, § 1 Rn. 7.

有上下關係之屬性，例如父母與其監護之未成年子女間的監護關係。

聯繫於高權的行使，將帶有高權之單方決定權的從屬關係，稱為公法之特色。在公法上，國家機關以單方行為（行政處分）形成其與私人之公法關係，例如稅捐稽徵機關以課稅處分對納稅義務人課以繳納稅捐之義務。該納稅義務之課予，固然必須依據經過立法機關制定，或依據經其授權，由行政機關制訂之法規命令¹²，但並不需得到個別納稅義務人之同意。此即從屬關係說（*Subordinationstheorie*）。當事人間之相對關係，為上下關係時，規範該法律關係之法律，原則上固為公法。但公法所規範之法律關係，有時亦有平等關係之屬性，例如行政機關因業務上之需要，依法規將其權限之一部分，委託不相隸屬之行政機關執行（行政程式法第十五條第二項）¹³。

上述從屬關係固為一般公法關係的共同特徵，但一方面因為有些公法關係，以當事人雙方之對等地位為基礎，例如同級行政機關間，行政機關與大學間，透過締結行政契約，維護高權上的任務。另一方面有些私法關係，以雙方之不對等的，從屬關係為基礎，例如除前述親子間之教養的關係外，在社團，社團之決議對於其社員（民法第五十二條、第五十三條、第五十六條），公寓管理委員會之決議對於各區分所有權人（公寓大廈管理條例第

¹² 司法院釋字第 705 號：「……憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，系指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律或法律具體明確授權之法規命令定之；若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，始得由主管機關發佈行政規則為必要之規範（本院釋字第六五〇號、第六五七號解釋參照）。」

¹³ *Wolf/ Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., München, § 2 Rn. 20ff.; *Medicus, Allgemeiner Teil des BGB*, 2. Aufl., 1985 Heidelberg, § 1 Rn. 8.