

法学方法与现代民法法学方法与现代民法法学方

法与现民法法法学方法与现代民法法学方法与现

代民法法学方法与现代民法法学方法与现代民法

法与现民法法法学方法与现代民法法学方

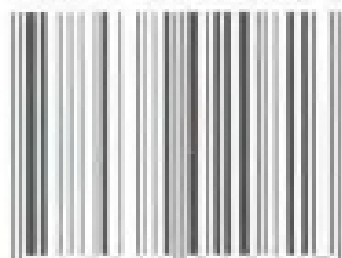
法学方法与现代民法

法与现民法法法学方法与现代民法法学方

代民法法学方法与现代民法法学方法与现代

法学方法与现代民法法学方法与现代民法法

ISBN 7-5620-2081-7



9 787562 020813 >

ISBN 7-5620-2081-7/D · 2041

定价：32.00元

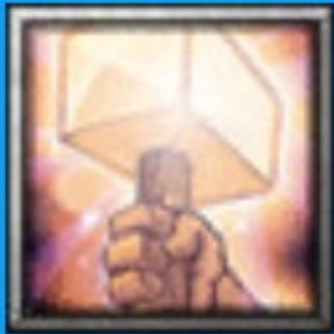
法学方法与现代民法

黄茂荣 著

中国政法大学出版社

www.docsriver.com

搜索商家 巨力电子书



图书在版编目(CIP)数据

法学方法与现代民法/黄茂荣著. —北京:中国政法大学出版社,2001.5

ISBN 7 - 5620 - 2081 - 7

I. 法… II. 黄… III. ①法—方法论②民法—立法—方法论
IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 031613 号

☆☆☆☆☆

书 名 法学方法与现代民法
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880 × 1230mm 1/32
印 张 18.5
字 数 477 千字
版 本 2001 年 10 月第 1 版 2001 年 10 月第 1 次印刷
印 数 0 001 - 5 000
书 号 ISBN 7 - 5620 - 2081 - 7/D · 2041
定 价 32.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声明: 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现印装质量问题,请与出版社联系调换。

简体字版序言

学习法学将近 40 年，体认现代民法受法学方法的影响很大。本书的写作主要在说明法学方法对现代民法的影响，并从其中认识法学方法，以训练运用法学方法进行说理的能力。

法律的现代化及正义的实践莫不系于法学方法的认识、接受与应用，不然，小则免不了各说各话，不能客观严谨的论断是非，大则免不了强词夺理，根据主观利益颠倒是非。

本书承政法大学法学博士王文杰先生之引荐，得以由中国政法大学出版社印行出版，十分高兴，特此申谢。学无止境，凡所论述，若有未当，敬请前辈及后起之秀惠予指教，笔者将很感激。

黄茂荣 谨识

2001 年 3 月 8 日

三 版 序

拙著《法学方法与现代民法》将于近日增订出版。其中除了一些资料的更新及部分改写外，最主要是增加了第一章论法源（以下章次顺延）及补充了第七章并将其章名改为“法律体系”。为了增订，再次审阅，不尽满意，深感还必须多用功。

黄茂荣

1993年6月24日

端午节于舟山路宿舍

再 版 序

拙著《法学方法与现代民法》将于近日增订出版。其中除了一些资料的更新及部分改写外，最主要是增订了第五章法律补充的部分。鉴于该章可自成单元，供为研究法学之参考，并考虑旧版读者之需要，爰将该章另印单行本出版。敬请指教。

黄茂荣

1987年8月20日

于台大法学院综合研究大楼410室

序

现代民法受法学方法的影响很大。本书的写作主要在说明法学方法对现代民法的影响，并从其中认识法学方法，以及训练运用法学方法进行说理的能力。

法律的现代化系于法学方法的认识、接受与应用，不然，小则免不了各说各话，不能客观严谨的论断是非，大则免不了强词夺理，根据主观利益颠倒是非。

科学方法到目前的成就，虽然不是处处皆已能肯定指出正义何在，但基本上已能使法律的运作脱离人治的擅断，愿本书能有助于这个共识的形成。

法学方法的学习，笔者承王泽鉴老师的启蒙，本书的写作承郑玉波老师的关心、鼓励，笔者表示衷心感激。在本书写作过程中，历承陈民拥、据盘江、陈昭华、谢铭洋、张慧真、王慧芬、黄秀兰的协助并提供宝贵的意见，以此申谢。

学无止境，凡所论述若有未当失真，敬请前辈及后起之秀多予指教，笔者将很感激。

黄茂荣

1982年5月11日

于台大法学院综合研究大楼410室



黄茂荣

1955年1月11日出生

现任台湾大学法学院教授

学历

1. 台湾大学法学学士
2. 台湾大学法学硕士
3. 德国杜宾根大学法学博士

经历

1. 美国华盛顿大学博士后研究员
2. 台湾大学法学院副教授
3. “民法研究修正委员会”委员
4. “公平交易委员会”委员

曾获得之学术奖励情形

1. “科学委员会”甲种研究奖
2. “科学委员会”杰出研究奖

责任编辑：何力

BEIJING
红十月工作室 RED OCTOBER STUDIO

目 录

§ 1	论法源	(1)
§ 2	法律概念	(38)
§ 3	法律规定之逻辑结构	(105)
§ 4	法律事实的认定	(188)
§ 5	法律解释	(250)
§ 6	法律漏洞及其补充的方法	(290)
§ 7	法律体系	(405)
§ 8	从民间合会之法律关系论习惯 对法律漏洞的补充	(512)

目 录

§ 1 论法源

一、法源的意义	(1)
二、法源表现形式的态样	(3)
(一)制定法	(4)
(二)法院的裁判	(4)
(三)习惯法	(6)
(四)契约或协约	(8)
(五)学说	(8)
(六)国际法	(9)
三、法规性命令	(9)
四、行政规则(Verwaltungsvorschriften)	(13)
五、自治法规	(16)
六、税法上之法规性命令	(17)
(一)国会保留	(18)
(二)如何委任立法	(22)
七、法规性命令在台湾地区之适用情形	(29)
八、结论	(35)

§ 2 法律概念

壹、探讨法律概念与法律体系的重要性	(38)
贰、概念之定义	(38)
叁、概念之形成	(39)
一、方法:舍弃不重要之特征	(39)
二、取向	(45)
(一)法律概念应目的而生	(45)
(二)为合理化,而将价值概念化	(46)
(三)编纂概念与当为概念	(49)
(四)逻辑(体系)思维与价值判断	(51)
三、作用	(52)
(一)承认、共识及储藏价值	(52)
(二)减轻思维的工作负担	(54)
1. 法律行为	(55)
2. 无权处分、无权代理	(55)
(三)承认、共识及储藏价值过程之省略	(57)
1. 基于“强制力”之省略	(57)
2. 基于“无限的好意”之省略	(58)
四、副作用	(60)
(一)诱引自价值剥离	(60)
(二)过度抽象化	(62)
1. 在构成要件过度抽象化的情形	(63)
1) 由于立法者之疏忽	(63)
2) 由于执行法律机关(司法者)之疏忽	(65)
3) 由于情事的变更	(66)

2. 在法律效果过度抽象化的情形	(69)
1) 债务不履行	(71)
2) 债权人拒绝受领	(72)
3) 债权人违反对己义务	(72)
4) 对报酬之计算结果有错误	(73)
(三) 过度具体化	(76)
1. 由于立法者的疏忽	(76)
2. 由于执行法律机关的疏忽	(77)
3. 由于情事的变更	(78)
(四) 补救方法	(79)
肆、概念之演变	(82)
一、法律概念之历史性	(82)
二、取向于目的、价值而演变	(83)
三、学说上的见解	(84)
(一) Kelsen 的看法(纯粹法学)	(84)
1. 无漏洞的实证法	(84)
2. 消除漏洞的方法;颠倒论法	(86)
(二) 检讨:利益法学或价值法学的看法	(87)
1. 立法权需要司法权的监督与鞭策	(87)
2. 概念语意以规范目的为基础	(88)
四、规范目的对法律概念之意义的影响	(89)
(一) 以“人”为例	(89)
(二) 以“公务员”为例	(90)
(三) 以“法律行为”与“事实行为”为例	(91)
(四) 以“不当得利”与“侵权行为”为例	(92)
(五) 以“无过失责任”为例	(94)
1. 危险责任	(94)
2. 结果责任	(96)

4 详 目

3.担保责任	(96)
4.信赖责任	(97)
(六)小结	(99)
伍、法律概念之位阶性:律系化的基础	(99)
一、由抽象程度所构成的位阶	(100)
二、由负荷之价值所构成的位阶	(100)
(一)法理对法律的监督功能:恶法非法	(101)
(二)诚信原则对契约的监督功能:恶约非约	(101)
(三)正法思想在实证法上的基础	(102)
(四)正法思想在实务上的障碍	(102)

§ 3 法律规定之逻辑结构

壹、法条之存在上的逻辑结构	(105)
一、法条的概念	(105)
(一)法规范与法条	(105)
(二)法规范(Rechtsordnung)、法律规定(Regelung) 与法条(Rechtssatz)	(106)
(三)小结:法条的概念	(110)
二、法条或法律规定的性质	(110)
(一)行为规范与裁判规范	(110)
(二)规范性与一般性	(111)
(三)对命令说之批评	(118)
三、法条之种类	(122)
(一)严格规定与衡平规定	(122)
(二)任意规定与强行规定	(124)
(三)命令行为之规定与授权规定	(126)
(四)完全法条	(126)

(五)不完全法条	(128)
1. 说明性法条(erläuternde Rechtssätze)	(132)
2. 限制性法条(einschränkende Rechtssätze)	(134)
3. 引用性法条(Verweisende Rechtssätze)	(137)
1) 引用性法条与说明性法条之可能的关系	(138)
2) 引用性法条的类型	(139)
(1) 避免烦琐的重复规定	(139)
①“适用(关于)……之规定”	(139)
②“准用……之规定”或“比照……之 规定”	(141)
③“……亦同”或“……有同一效力”	(145)
④“依(关于)……之规定”	(148)
(2) 避免挂一漏万的规定:例示规定	(154)
3) 被引用法条在适用上之限制与修正	(154)
4. 拟制性法条	(156)
1) 拟制性法条的类型	(156)
(1) 隐藏的引用	(156)
①表见拟制	(158)
②推定式拟制	(160)
③引用性拟制	(164)
④定义性拟制	(165)
(2) 隐藏的限缩	(165)
2) 被拟制地引用之法条在适用上的限制与修正	(166)
3) 小结	(167)
四、法条或法律规定间之竞合关系	(168)
(一)法条间的竞合关系	(168)
1. 法律效果相同的情形	(168)

6 详 目

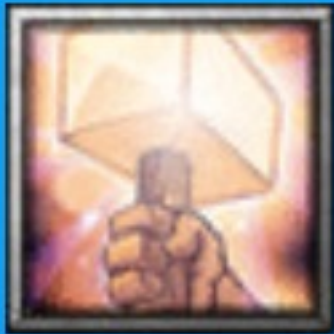
2. 法律效果不同的情形	(169)
1) 在法律体系位阶上异位阶之法条间：优位法 优于劣位法	(171)
2) 同位阶之法条间	(171)
(1) 后法优于前法	(171)
(2) 特别法优于普通法	(172)
① 构成要件重合的情形	(174)
② 构成要件交集的情形	(175)
(二) 法律规定间的竞合关系	(178)
贰、法律之适用上的逻辑结构	(181)
一、法律效果之确定上的三段论法	(181)
二、小前提之确定：法律事实之涵摄于构成要件	(184)
三、经由三段论法的结论导出个案的法律效果	(186)

§ 4 法律事实的认定

壹、生活事实与法律事实	(188)
一、生活事实	(188)
(一) 与人有关之事项	(188)
(二) 关于与人有关之事项的陈述	(190)
二、法律事实	(193)
(一) 台湾地区学者之观点	(193)
1. 构成要件说	(193)
2. 因果关系说：为法律效果之原因说	(194)
3. 为法律所规范之事实说	(196)
(二) 本文之观点	(199)
三、法律事实的种类	(202)
四、以法律关系为构成要件要素或法律事实	(204)

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



贰、在法律事实的认定上所必要的判断与评价	(204)
一、法律事实之判断的基础	(205)
(一)以事实为判断基础	(205)
1.以感官的观察为判断基础	(205)
2.以社会经验为判断基础	(207)
1)对人的行为之判断:解说	(208)
2)对自然事实之判断:解说	(210)
(1)未经立法解释加以形式化之社会经验	(211)
(2)经立法解释加以形式化之社会经验	(217)
(二)以价值标准为判断基础	(219)
二、法院所享有之判断余地	(225)
叁、法律行为	(227)
一、法律行为在规范上之地位	(227)
(一)法律行为之法律规范的性格	(228)
(二)法律行为之法律事实的性格	(230)
二、法律行为的解释	(231)
三、法律行为与有名契约	(234)
(一)有名契约的意义	(234)
(二)有名契约的规范功能	(235)
(三)如何将契约归属于有名契约	(239)
1.应依类型观察法为之	(239)
2.应斟酌当事人之缔约目的	(242)
肆、法律事实之认定	(243)
一、实质之真实的探知	(244)
二、法律问题与事实问题之区别	(247)

§ 5 法律解释

壹、法律解释的概念	(250)
一、前言	(250)
(一)由法律解释的任务产生的特征	(250)
1. 法律解释对具体案件之关联性	
(Die Fallbezogenheit der Gesetzesauslegung)	(250)
2. 法律解释之价值取向性	
(Die Wertorientiertheit der Gesetzesauslegung)	(257)
(二)由解释学导出的特征	(259)
1. 法律解释之文义的范围性	(259)
2. 法律解释之解释循环性	(260)
(三)由“宪政体制”导出的特征	(261)
1. 法律解释之(主观)历史性	(261)
2. 法律解释之“合宪性”	(262)
贰、法律解释的标的	(263)
叁、法律解释的目标	(264)
一、主观说	(265)
二、客观说	(267)
三、折中说	(270)
肆、法律解释的因素	(272)
一、范围性因素	(273)
(一)文义因素	(274)
(二)历史因素	(277)
二、内容性因素	(279)
(一)体系因素	(279)
(二)目的因素	(282)

三、控制性因素	(286)
(一)“合宪性”因素	(286)
四、解释因素相互间的关系	(287)
五、结论	(288)

§ 6 法律漏洞及其补充的方法

壹、法律漏洞的概念	(290)
一、法律	(290)
二、漏洞(die Lücke)	(292)
三、法律的漏洞	(293)
(一)不圆满性(die Unvollständigkeit)	(294)
1.立法政策上或技术上的缺失 (rechtspotitischer bzw. rechtstechnischer Fehler)	(295)
2.法内漏洞(Lücken intra legem)	(297)
1)需要评价地予以补充的法律概念(Wertausfü- llungsbedürftiger Rechtsbegriffe)之引用	(297)
2)授权式类推适用	(306)
(1)避免烦琐的重复规定	(306)
(2)避免挂一漏万的规定:例示规定	(309)
(3)空白规定(Blankettnormen)	(310)
3.体系违反	(311)
1)规范矛盾	(312)
2)价值判断矛盾	(314)
(1)碰撞式价值判断矛盾	(314)
(2)类推适用式价值判断矛盾	(315)
(3)目的地扩张式价值判断矛盾	(317)
(4)目的地限缩式价值判断矛盾	(318)

3) 准竞合式体系违反	(320)
4) 残缺式体系违反	(323)
(1) 部分残缺	(324)
(2) 全部残缺	(325)
5) 演变式体系违反	(328)
(二) 违反计划性(die Planwidrigkeit)	(330)
1. 有意义的沉默(qualifiziertes Schweigen)	(330)
1) 法外空间(rechtsfreier Raum)	(330)
2) 反面解释(argumentum e contrario)	(331)
2. 其他沉默的态样: 自始的无据式体系违反	(333)
(三) 结论	(334)
贰、法律漏洞发生的原因	(335)
叁、法律漏洞的种类	(335)
一、本文的观点	(335)
二、文献上重要的分类	(336)
(一) 认知的(bewusste)与无认知的漏洞 (unbewusste Lücken)	(336)
(二) 自始的(anfängliche)与嗣后的漏洞 (nachträgliche Lücken)	(337)
(三) 部分漏洞(Teillücken)与全部漏洞 (Gesamtlücken)	(338)
(四) 真正的(echte)与不真正的漏洞 (unechte Lücken)	(340)
(五) 明显的(offene)与隐藏的漏洞 (verdeckte Lücken)	(341)
(六) 禁止拒绝审判式漏洞(Rechtsverweigerungslücken), 目的漏洞(teleologische Lücken)及原则的或价值的 漏洞(Prinzip-oder Wertlücken)	(345)

肆、法律漏洞的认定	(348)
伍、法律漏洞的补充	(349)
一、法律漏洞之补充的必要性	(349)
(一)目的的角度	(349)
(二)体系的角度	(351)
二、法律漏洞之补充的性质	(351)
(一)法律解释活动的继续	(351)
(二)造法的尝试(ein Regelbildungsversuch)	(354)
三、法院之补充法律的权限	(359)
(一)基本权利与法律保留	(359)
(二)权力区分	(360)
1.立法机关之优先的立法权	(360)
2.司法机关之法律审查权	(361)
1)体系违反审查权	(361)
2)违宪审查权	(362)
陆、法律补充的取向	(366)
柒、法律补充的因素	(369)
捌、法源与法律补充	(371)
玖、法理与法律补充	(376)
一、法理在民事法上的地位	(376)
二、法理之存在态样	(377)
(一)法理与实证法之关系	(377)
1.存于法律明文	(377)
2.存于法律基础	(378)
3.存于法律上面	(380)
(二)存在态样	(381)
1.平等原则	(382)
2.立法意旨	(384)

3. 法理念	(388)
4. 事务之性质: 事理	(390)
拾、补充法律的方法	(392)
一、类推适用	(393)
二、目的性的限缩	(397)
三、目的性的扩张	(400)
四、创制性的补充	(403)

§ 7 法律体系

一、律系的发生背景	(405)
二、体系化之存在论上的基础	(407)
(一) 形式逻辑之最高原则在存在论上的基础	(409)
(二) 法律逻辑之最高原则在存在论上的基础	(410)
(三) 法律伦理在存在论上的基础	(413)
1. 正法与实证法间有差距	(413)
2. 学说对该差距的立场	(413)
1) 极端的实证法学派	(413)
2) 极端的自然法学派	(414)
3) 折中说	(414)
(1) 正法与实证法独立并存说	(414)
(2) 正法与实证法对极并存说	(414)
3. 引起差距的原因: 追求至善的能力及其 有限性	(415)
4. 正法与实证法间的依存关系	(417)
1) 正法的实现依赖实证法	(417)
2) 实证法的内容应受正法的监督	(418)
3) 正法促使规范体系化	(419)

三、体系之定义	(420)
(一)学者的观点	(420)
1. Puchta 即形式的概念法学派的观点	(421)
2. Stammer (1856 ~ 1936)的观点	(425)
3. Binder 的观点	(426)
4. Heck(1858 ~ 1943)即利益法学派的观点	(428)
1)体系概念的特征	(428)
2)组成体系的成分:冲突的裁断	(430)
3)组成体系的纽带:冲突裁断间的关联	(431)
4)概念间之关联的构成:类型化	(434)
(1)演绎法	(436)
(2)归纳法	(436)
(3)利益法学派也承认说明利益	(437)
(4)说明利益仰仗归纳法	(439)
5)学说上对其所作的评价	(443)
5. 价值法学派的观点	(446)
1)对利益法学派的批评	(446)
2)从“利益”(法学)到“价值”(法学)	(447)
3)利益、权力对价值之取舍的影响	(450)
4)权力的决定及正法的伸张	(451)
5)正法价值在实证法中的基础	(452)
6)价值法学的特征	(453)
四、体系的形成概说	(456)
(一)各派学说	(461)
1. 概念法学派的观点	(461)
2. 利益法学派的观点	(461)
五、体系化的任务	(469)
六、体系形成的方法	(471)

(一)利用编纂概念·····	(471)
(二)利用类型模组·····	(472)
1.类型的种类·····	(474)
2.对极思考·····	(476)
3.类型谱·····	(479)
(三)利用法律原则·····	(483)
1.私法自治原则(静的利益)·····	(484)
2.过失责任主义·····	(485)
3.自己责任主义·····	(486)
1)主体之相对性·····	(488)
2)客体之相对性·····	(492)
4.衡平原则(衡平的利益)·····	(494)
5.表见事实之信赖保护(动的利益)·····	(494)
(四)利用功能概念·····	(496)
七、体系在法学上的应用·····	(497)
(一)类型之应用·····	(502)
1.利用类型掌握法律资料·····	(502)
2.利用类型帮助了解·····	(503)
3.利用类型发现法律漏洞·····	(505)
(二)利用法律原则补充法律漏洞·····	(509)
(三)利用体系维持法律的一贯性·····	(510)

§ 8 从民间合会之法律关系论

习惯对法律漏洞的补充

壹、民间合会的类型特征·····	(512)
贰、关于合会有法律漏洞·····	(514)
叁、该法律漏洞之补充方法·····	(515)
一、消费借贷说·····	(516)

二、合伙说	(518)
三、无名契约说	(519)
肆、习惯对法律漏洞的补充	(520)
伍、实务上见解的检讨	(522)
一、过度简单地将合会概念化	(522)
二、忽视法律补充上之目的因素	(524)
三、未掌握合会之类型特征	(527)
陆、本文的建议	(531)

论 法 源

税捐之课征，会深刻介入纳税义务人之财产权及工作权，影响其自由发展的机会，因此，现代法治社会莫不肯认税捐法定主义，认为没有法律依据，便没有纳税义务（Gesetzesvorbehalt）。然则何谓“法律”？是否限指国会（立法机关）制定之形式意义的法律（Parlamentsvorbehalt）？或者还包括经立法机关授权制定之“法规性命令”（Rechtsverordnung），甚至包括行政机关基于其职权所颁布之“行政规则”（Verwaltungsvorschriften）？这些问题属于学说上所谓之“法源”（Rechtsquelle）问题。其澄清与共识为税捐法定主义之贯彻上的重要基础。以下兹从民主法治社会的观点，分就法源的意义、法源的表现形式、法规性命令、行政规则、自治法规及税法上之法规性命令说明之。

一、法源的意义

“法源”为借用自“水源”的画像性用语。属于一种利用生活上的具象存在，比喻概念上抽象存在的表达方式。虽然是比喻，难免有误导，但是其比喻还是很贴切的。谈水源，如以一口井而论，可以分成几个层次来看它：（1）井的地理位置、深浅、大小；（2）井体所过之处的水文；（3）开成之井；（4）井中或取得之水。同样地论法源，也可以分成几个层次来说明：（1）特定时空之政治、经济、社会、历史的事实或关系，特别是政经力量之相对关系，该力量的对比关系可以决定国际法或国内法的立法活动及立法内容。在

上只是当时权力关系的表彰。^[2]

从权力区分的观点看法源，认为“国家”享有制定法律的权限，甚至认为其权限是“独占”的。所谓独占，主要指相对于其他“国家”机关（例如行政机关、司法机关）之独占，有时兼指相对于人民及地方团体或产职业团体之独占。不过，其相对于人民及地方或产职业团体之独占，某种程度受私法自治及产职业自治的“补充”或“修正”。至于经由私法自治或产职业自治制定之契约或规章究竟只是补充“国家”制定之法规或修正之，属于“国家”权力之垂直划分的问题。一般固然认为私法自治或产职业自治因“国家”之授权而得行使，但“国家”之不为授权，在有些情形，会涉及垂直划分权限之“违宪”问题。此外，对于人民主张立法权之独占，也涉及到“习惯法”之法源地位的承认问题。

由于法源概念之过度的不确定，Kelsen 建议避免引用，^[3] 不过，从以上的说明可见，法源在学说之各种不同层次的意义，事实皆有其分别要说明的重要观点，实际上可以认为是不同的角度对于法源的观察结果，分别代表不同之说明利益及价值利益。

二、法源表现形式的态样

依前述法源的表现形式，其态样在“国内法”方面可以分为：

[2] Radbruch, 前揭书, 第 50 页: “历史法学派所称随民族、随时代而异之正法 (das richtige Recht), 也是随个人所属之阶层、人生观及政治立场之不同, 而有不同之看法。……Karl Marx 及 Friedrich Engels 建立之唯物史观, 虽非先验的定律, 但至少是法律观之改变的原因之一。”

Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, 9 Aufl., 1974, S. 113: “关于法之发生及其效力的道理可以提出各种不同的问题。例如, 从历史及社会的观点, 可以探寻于某种社会权力关系或其他情况之特定法秩序或法律的存在原因; 从法理的观点可以探寻一个法律、法规性命令、自治规章之宪法上的制定依据; 从伦理的观点可以探寻法之道德上的负担效力, 并在良心或民俗规范中发现其发生的源头。……在此称法所来之处为法源。从而在此意义下, 法源指实证法的认识基础 (Erkenntnisgrund fuer etwas als positives Recht)”。

[3] Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1967, S. 238f.

上只是当时权力关系的表彰。^[2]

从权力区分的观点看法源，认为“国家”享有制定法律的权限，甚至认为其权限是“独占”的。所谓独占，主要指相对于其他“国家”机关（例如行政机关、司法机关）之独占，有时兼指相对于人民及地方团体或产职业团体之独占。不过，其相对于人民及地方或产职业团体之独占，某种程度受私法自治及产职业自治的“补充”或“修正”。至于经由私法自治或产职业自治制定之契约或规章究竟只是补充“国家”制定之法规或修正之，属于“国家”权力之垂直划分的问题。一般固然认为私法自治或产职业自治因“国家”之授权而得行使，但“国家”之不为授权，在有些情形，会涉及垂直划分权限之“违宪”问题。此外，对于人民主张立法权之独占，也涉及到“习惯法”之法源地位的承认问题。

由于法源概念之过度的不确定，Kelsen 建议避免引用，^[3] 不过，从以上的说明可见，法源在学说之各种不同层次的意义，事实皆有其分别要说明的重要观点，实际上可以认为是不同的角度对于法源的观察结果，分别代表不同之说明利益及价值利益。

二、法源表现形式的态样

依前述法源的表现形式，其态样在“国内法”方面可以分为：

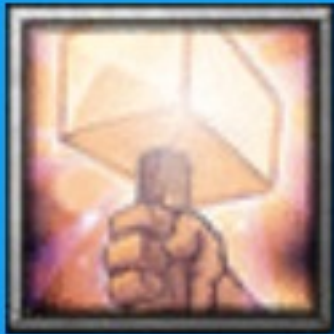
[2] Radbruch, 前掲书, 第 50 页: “历史法学派所称随民族、随时代而异之正法 (das richtige Recht), 也是随个人所属之阶层、人生观及政治立场之不同, 而有不同之看法。……Karl Marx 及 Friedrid Engels 建立之唯物史观, 虽非先验的定律, 但至少是法律观之改变的原因之一。”

Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, 9 Aufl., 1974, S. 113: “关于法之发生及其效力的道理可以提出各种不同的问题。例如, 从历史及社会的观点, 可以探寻于某种社会权力关系或其他情况之特定法秩序或法律的存在原因; 从法理的观点可以探寻一个法律、法规性命令、自治规章之宪法上的制定依据; 从伦理的观点可以探寻法之道德上的负担效力, 并在良心或民俗规范中发现其发生的源头。……在此称法所来之处为法源。从而在此意义下, 法源指实证法的认识基础 (Erkenntnisgrund fuer etwas als positives Recht)”。

[3] Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1967, S. 238f.

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



4 法学方法与现代民法

(1) 制定法；(2) 习惯法；(3) 法规性命令；(4) 自治团体之规章；(5) 契约。此外，法院的判（决）例即使尚未演为习惯法，也常被论为法源之一。

（一）制定法

制定法首先指“立法院”通过之法律。制定法属于形式意义之法源，其效力只有在违反法之实质要求时，始被质疑，此即“恶法亦法”或“恶法非法”的问题。在现代宪制社会，对于恶法的监控，主要靠司法机关对于法规之“违宪审查”。不过，法律——不论其为制定法或习惯法，皆应符合正义之要求，这在台湾地区“民法”第1条并没有适当的表达出来，该条规定“民事、法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”因为法理所包含者，主要为正义之要求，所以，从“具体规定”对于“一般规定”在适用上的优先关系而论，该条规定之适用顺位，固然妥当，此为体系之逻辑关系；但从法律不应违反正义的观点而论，法律与习惯皆应符合法理的要求，始有其效力上的正当性，从而法律或习惯不应违背法理，此为体系之价值关系。

（二）法院的裁判

法院的裁判为对于个别案件所下之法律上的判断，因此，法院的裁判原则上应只对于其所审理之个案有其拘束力。是故，法院的裁判不是法源。此为法律之适用（*Rechtsanwendung*）与法律之制定（*Rechtsetzung*）不同之处，而裁判仅是法律之适用。

不过，即使法院的裁判仅是为了个案之审判而适用法律，但“最高法院”在个案之裁判中所表示的“法律见解”〔4〕基于“法的

〔4〕 Larenz, *Methodenlehre des Rechtswissenschaft*, 5. Aufl. 1983, S. 415: “在此，有拘束力的，不是法院的裁判全部，而是其裁判中所表示作为裁判理由的法律见解。而且只有当其法律见解以法律之中肯的解释或补充为其基础，或以足为示范的方式，将法律原则具体化时，才有拘束力。是否如此，一直得予审查，不论是本庭或他庭所作之裁判，法官不被要求盲目的追随一个判决先例”。

平等性” (Rechtsgleichheit) 及“法的安定性” (Rechtssicherheit) 仍有其“事实上的拘束力” (faktische Bindung an die Praejudizien)。^[5] 此固与英美法中其判决先例之“形式上的拘束力” (foermliche Bindung an die precedents im angelsaechsischen Recht) 有所不同, 但法院仍非得不具理由, 而不依判决先例中所持见解从事裁判。^[6] 当其裁判之规范依据以法律之解释为基础, 则新见解如较为符合法律之立法意旨, 便可变更过去裁判的见解。同理, 新法的公布实施, 一样可以引为变更判决先例的理由。当其规范依据以法律补充为基础, 则社会事实的变迁, 科技的进步常常是过去裁判的见解, 所以, 必须变更的正当理由。^[7] 此外, 事实上法律之规范内容待法院之解释适用, 而具体化、生活化。因此, 法院的裁判不论其是仅为法律解释, 或进一步涉及法律补充, 事实上最后皆赋予法律以与时推移的生命。结果法院裁判工作的重点, 越来越多的从单纯根据法源、适用法律 (Rechtsanwendung), 移至法的发现 (Rechtsfindung)。^[8] 在此意义下, 法院的裁判“形式上”固然不是, 但在“事实上”却具有法源的意义。惟无论如何, 除非法院裁判中所持见解已演变为“习惯法”,^[9] 法院之裁判仍非独立之法源, 其拘束力基本上仍依附在制定法上。^[10]

学说上有主张, 将法院的裁判径论为法源, 赋予规范性拘束力

[5] O. A. Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1967, S. 246ff., 268ff., (273).

[6] Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 41 2ff.

[7] Germann, 前揭书, 第 254 页以下。

[8] Germann, 前揭书, 第 275 页。

[9] Germann, 前揭书, 第 268 页。

[10] Dahm, 前揭书, 第 35 ~ 36 页。