

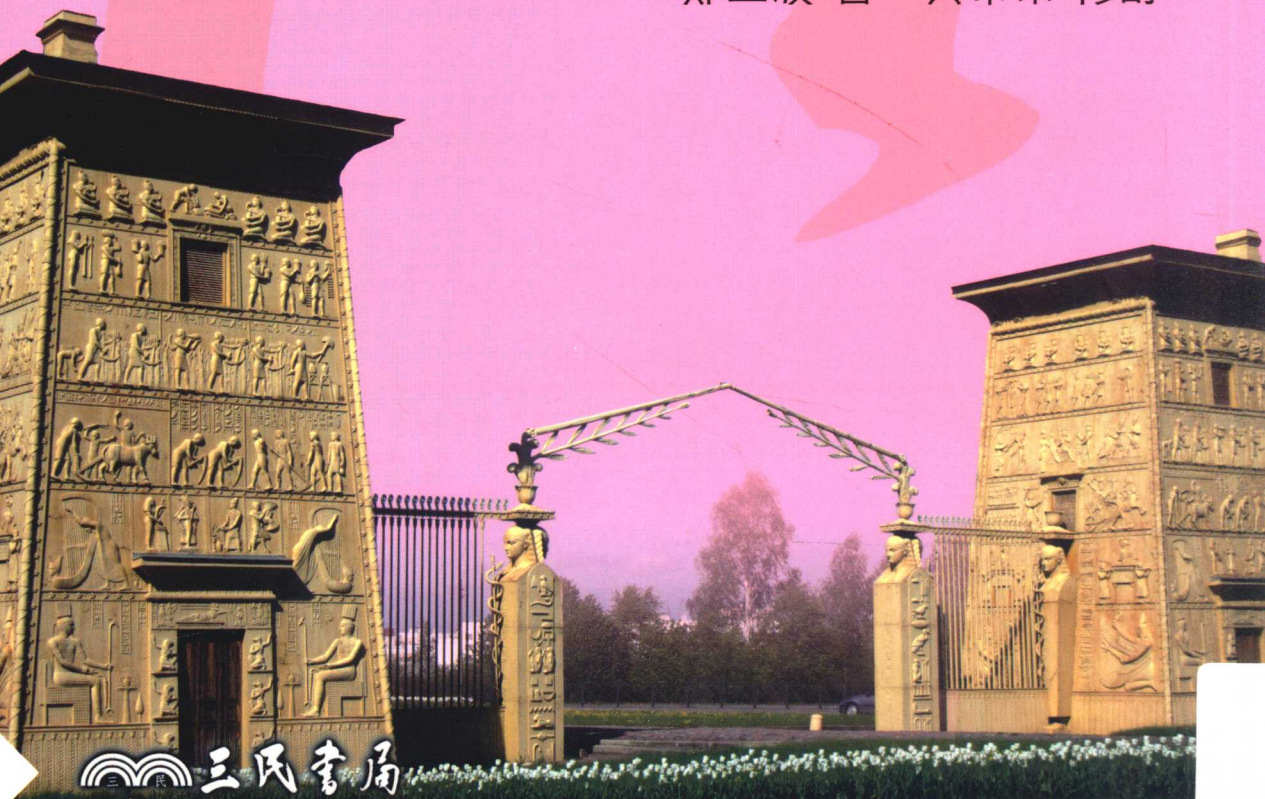
修訂二十一版



*Introduction to Legal Science*

# 法學緒論

鄭玉波 著 黃宗樂 修訂



三民書局



01477380

本書將「法學緒論」定位為「對於法律之概念、內容及其一般之原理原則，以至於法律思想等，加以初步之介紹者」，共分十二章：第一章〈法律之概念〉、第二章〈法律與其他社會現象〉、第三章〈法律之淵源〉、第四章〈法律之分類〉、第五章〈法律之效力〉、第六章〈法律之解釋〉、第七章〈法律之適用〉、第八章〈法律之制裁〉、第九章〈法律關係〉、第十章〈法律之結構及內容〉、第十一章〈法律之進化及法系〉、第十二章〈法律思想簡史〉。文字力求通順，敘述力求扼要，並儘量舉例說明，以幫助了解。總之，本書允為法學之最佳階梯，乃學習法律之津樑。

ISBN 978-957-14-5822-9

(580)



3 789571 458229

NT. 250



三民網路書店  
www.sanmin.com.tw

法律乃善良與公平之藝術  
θυσ εστ αρσ βονι ετ αεθυι.

港台書

修訂二十一版



*Introduction to Legal Science*

# 法學緒論

鄭玉波 著 黃宗樂 修訂



三民書局



國家圖書館出版品預行編目資料

法學緒論 / 鄭玉波著;黃宗樂修訂.——修訂二十一版  
一刷.——臺北市:三民,2013  
面;公分

ISBN 978-957-14-5822-9 (平裝)

1.法學

580

102013236

◎ 法 學 緒 論

著 作 人 鄭玉波  
修 訂 者 黃宗樂  
發 行 人 劉振強  
著作財產權人 三民書局股份有限公司  
發 行 所 三民書局股份有限公司  
地址 臺北市復興北路386號  
電話 (02)25006600  
郵撥帳號 0009998-5  
門 市 部 (復北店) 臺北市復興北路386號  
(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 1956年11月  
修訂十九版一刷 2010年4月  
修訂二十版一刷 2010年7月  
修訂二十一版一刷 2013年8月

編 號 S 580010

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權，不准侵害

ISBN 978-957-14-5822-9 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

# 修訂二十一版序

本書承蒙各界支持與愛護，自民國八十八年七月修訂第十五版重新排版印行，共發行九刷，而修訂第十六版印行，發行二刷，修訂第十七版印行，發行一刷，修訂第十八版印行，發行一刷，修訂第十九版印行，發行一刷。其間，本書為保持常新，法律一有變動，亦隨即修訂，以提供正確訊息。

第十六版修訂，適逢中華民國憲法增修條文及部分重要法律於九十四年上半年大幅修正（如刑法），或制定公布（如行政罰法），對我國憲政體制、刑事及行政法制影響頗大。考量本書此次修正幅度不小，爰予重新排版。又，原版經發現有疏漏或未盡其宜之處，亦一併訂補之，而使本書更臻於完善。第十七版、第十八版、第十九版及第二十版，乃因應民法總則編、物權編、親屬編、繼承編、商業登記法、公司法、海商法、保險法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法及涉外民事法律適用法等之修正，而就相關部分一一加以修訂。

第二十一版，主要是增補行政訴訟法及家事事件法。

本書著者、先師鄭玉波先生仙逝，倏忽二十一載，宗樂有幸擔任先生遺著之修訂，誠光榮之至。惟宗樂學殖未深，修訂本書，雖戰戰兢兢，但疏漏仍所難免，倘蒙海內宏達，不吝指正，則無任感荷。此次修訂，仍承三民書局多所協助，併此致謝。

黃宗樂 敬序

於蘭園九德居

中華民國一百零二年七月一日

## 修訂十五版序

法學緒論一科，到底應該包括如何內容？坊間著述著力各有不同，本書將之定位為「對於法律之概念、內容及其一般之原理原則，以至於法律思想等，加以初步之介紹者」，堪稱最為適切允當，加之本書敘述扼要，理路清晰，文從字順，故自民國四十五年十月初版發行以來，一直膾炙人口，洛陽紙貴，實非偶然。

本書為保持常新，法律一有變動，本書亦隨即修訂，迄今修訂不知凡幾，庶可以歷久彌新之典籍稱之。而此次（一九九九年）修訂，並全部予以重新排版，全書印刷因之煥然一新。

本書著者、先師鄭玉波先生仙逝，倏忽八載。鄭先生，日本京都帝國大學畢業，歷任政治大學、臺灣大學教授、中國文化大學法學院長、司法院大法官，精研法學，著作等身，望重士林，乃被公認的法學大師。先師楊日然先生於「民商法理論之研究·鄭玉波先生七秩華誕祝賀論文集」壽序中稱道（「」乃宗樂所加）：

立德、立功、立言，世謂之三不朽。

先生獻身法學教育，曾任教於省立法商學院、聯勤財務學

校、國立政治大學，現任國立臺灣大學教授、司法官訓練所講座、空中行專電視主講教授、私立〔中國〕文化大學法學院院長，經師人師，垂數十年，教澤廣被，作育英才無數，此立德也。

先生曾任司法院第四屆大法官，現任民法〔研究〕修正委員會委員，司憲釋憲，訂法修法，對我國法治建設，有卓越貢獻，此立功也。先生仁智兼備，著述等身，至目前已付梓者，有〔法學緒論〕、〔民法概要〕、民法總則、民法債編總論、民法債編各論、〔民法物權、公司法〕、票據法、〔海商法、保險法〕、法諺、民商法問題研究等近三十種，達千萬言，文筆流暢，淺顯易懂，內容嚴謹，足以久傳，此立言也。是世所謂三不朽者，先生均兼備矣，其德業將垂諸久遠，實可斷言。

誠令人敬仰贊歎！

先生生前，宗樂有幸忝列門牆，仰霑化雨；先生故後，有幸參與先生遺著之修訂，溫故而知新，實乃人生之一大福緣也。

師恩山高，永誌不忘。

中華民國八十八年八月十日

黃宗樂 敬序

## 修訂八版序

本書初版以來，我國社會進步，法律多有修改，就實體法言，如公司法、票據法、保險法、海商法；就程序法言，如民事訴訟法，刑事訴訟法，均有修正，或竟一修再修。去年新公布中央法規標準法後，原有之法律施行日期條例及法律廢止條例二者，即因之而廢止，而原有之交易所法亦為證券交易法所代。凡此均影響本書之內容，雖本書歷次各版，隨上述法律之修正，而小有修訂，但仍嫌不足，因藉此八版之機會，作一通盤的修訂，而重行排版。

惟筆者淺學，本書雖屢次修訂，但仍難免有所疏漏，倘蒙斯學先進，不吝賜教，至為感幸！

鄭玉波

序於臺大法學院研究室

中華民國六十年二月



# 法學緒論

## 目次

修訂二十一版序

修訂十五版序

修訂八版序

第一章 法律之概念

.....

一

第一節 法律之語源

.....

三

第二節 法律之定義

.....

四

第二章 法律與其他社會現象……………七

第一節 法律與道德……………九

第二節 法律與宗教……………一

第三節 法律與禮儀……………二

第四節 法律與政治……………四

第五節 法律與經濟……………六

第六節 法律與實力……………八

第三章 法律之淵源……………二

第一節 直接法源……………三

第二節 間接法源……………七

第四章 法律之分類 ..... 三三

第一節 基於法之成立過程之分類 ..... 三五

第二節 基於法之內容之分類 ..... 三七

第三節 基於法之適用範圍之分類 ..... 四二

第四節 基於法之適用程度之分類 ..... 四四

第五節 基於法之資料來源之分類 ..... 四七

第五章 法律之效力 ..... 四九

第一節 法律效力之根據 ..... 五一

第二節 法律效力之範圍 ..... 五四

第一、法律關於時之效力 ..... 五四

第二、法律關於人之效力 ..... 五八

第三、法律關於地之效力……………六一

第六章 法律之解釋……………六三

第一節 解釋之必要……………六五

第二節 解釋之主體……………六七

第一、機關解釋……………六七

第二、個人解釋……………七一

第三節 解釋之技術……………七二

第一、文理解釋……………七二

第二、論理解釋……………七四

第七章 法律之適用……………七九

第一節 法律適用之方式……………八一

第二節 法律適用之原則…………… 八三

第一、司法機關適用法律之原則…………… 八四

第二、行政機關適用法律之原則…………… 八八

## 第八章 法律之制裁…………… 九一

第一節 法律制裁之意義…………… 九三

第二節 刑事制裁…………… 九四

第三節 行政制裁…………… 一〇一

第一、對公務人員之制裁…………… 一〇二

第二、對行政機關之制裁…………… 一〇四

第三、對一般人民之制裁…………… 一〇六

第四節 民事制裁…………… 一一四

第一、權利上之制裁…………… 一一五

第二、財產上之制裁…………… 一一七

第三、其他之制裁·····

一一八

第五節 國際制裁·····

一二二

第一、干涉（公力制裁）·····

一二三

第二、自助（自力救濟）·····

一二四

## 第九章 法律關係·····

一二七

第一節 法律關係之複合性·····

一二九

第二節 權利義務之意義·····

一三三

第一、權利之意義·····

一三三

第二、義務之意義·····

一三五

第三節 權利義務之分類·····

一三七

第一、權利之分類·····

一三七

第二、義務之分類·····

一五一

第四節 權利義務之主體·····

一五四

第一、自然人·····	一五四
第二、法人·····	一五六
第五節 權利義務之客體·····	一五八
第一、物·····	一五八
第二、行為·····	一六二
第六節 權利義務之變動·····	一六三
第一、權利義務之發生·····	一六三
第二、權利義務之變更·····	一六四
第三、權利義務之消滅·····	一六五
第四、權利行使與義務履行·····	一六五
第十章 法律之結構及內容·····	一六九
第一節 法律之結構·····	一七一
第二節 法律之內容·····	一七三

第一、憲法	一七四
第二、行政法	一八〇
第三、刑法	一八六
第四、民事訴訟法	一八九
第五、刑事訴訟法	一九四
第六、民法	一九六
第七、商法	二〇四
第八、經濟法，勞動法	二〇七
第九、國際私法	二〇八
第十、國際法	二〇九
第十一章 法律之進化及法系	二一三
第一節 法律之進化	二一五
第一、法律之發生	二一五



第二、法律之發展·····	二一八
第三、法律之趨勢·····	二二〇
第二節 法系概略·····	二二一
第一、中華法系·····	二二二
第二、日本法系·····	二二五
第三、大陸法系·····	二二六
第四、英美法系·····	二二七
第十一章 法律思想簡史·····	二二九
第一節 中國法律思想·····	二三一
第一、儒家法律思想·····	二三二
第二、法家法律思想·····	二三四
第二節 西洋法律思想·····	二三八
第一、古代法律思想·····	二三八

第二、中古法律思想	二四一
第三、近世法律思想	二四三
第四、現代法律思想	二四五

---

第一章  
法律之概念

---



# 第一節 法律之語源

「法學緒論」者何？以法律為研究對象之學科，謂之法學；發端之論述，謂之緒論。申言之，對於法律之概念、內容及其一般之原理原則，以至於法律思想等，加以初步之介紹者，即「法學緒論」是也；其研究對象既為法律，則吾人對於法律二字，自應先有認識。

「法」字古書為「灋」，說文：「灋，刑也，平之如水，廌所以觸不直者去之，從廌從去」。說文「廌」字下又云：「廌，解廌獸也，似牛一角，古者決訟，令觸不直者」。據此可知法字實含有公平正直之觀念。又辭源法字註：「有定式可以遵循則效者曰法」。可知法字又含有常規之意。

「律」字據說文：「律，均布也」；段注：「律者所以範天下之不一，而歸於一，故曰均布」。可見律字意義，在乎整齊劃一。又爾雅·釋詁：「法常也，律常也法也」，則法律二字，原可互訓，意義相同，不過古時多目人類行為之準則為法，而以詰姦禁暴之條款為律，如吾國歷代法律多稱律而不稱法，但演至近代，律之範圍漸小，一切法律概稱法而不稱律（稱律者唯戰時軍律一種，現已廢止），於是法律二字僅有之小區別亦泯滅矣。

## 第二節 法律之定義

法律二字之語源既明，茲再就現代法學上關於法律之定義，加以闡述如下：

「法律者，以保障群眾安寧，維持社會秩序為目的，而通過國家權力以強制實行之一種社會生活規範也」。

本此定義，可顯示出左列三端：

(一)法律者社會生活之規範也 規範與自然法則不同，規範乃支配人類思想、行為、感情之法則，例如：論理學為思想之規範；倫理學為行為之規範；美學為感情之規範是。而自然法則乃是自然界所具有之法則，如天文學上之法則，物理學上之法則是。前者可以支配人類活動，使實現一定之目的，所謂當然的法則；後者乃支配無理性之自然界，而不為人類意志所左右，所謂必然的法則是也。因之一曰規範，便不具有「太陽東出而西沒」之必然性，亦不具有「種瓜得瓜，種豆得豆」之因果律，而僅能指示人類何者當為，何者不當為而已。惟規範亦可分二種：一為純正價值的規範，如審美規範、論理規範等等；一為經驗實踐的規範，亦即社會生活規範是。蓋人類不能離群而索居，勢必共營團體生活，亦即社會生活，於是個人與個人間，個人與團體間，遂發生種種錯綜複雜之關係，此種關係，倘無常軌以範圍

之，不免釀成衝突，紊亂不已，於人類之生活，大有影響，以此遂有社會生活規範之產生，社會生活規範種類甚多（參看下章），法律即其一也。

(二)法律者通過國家權力以強制實行之規範也 社會規範雖有多種，但大別之則有任意與強制之分。道德、宗教等規範屬於前者，純由個人定其依違，縱有違反，亦祇能受個人良心或一般輿論之譴責，別無何種力量可以強制其必行；法律則不然，其規定之事項，如當為而不為，或不當為而為時，則均能強制之，使當為者必為，不當為者必不為而後已。此種強制力何自來？來自國家，國家憑藉其權力，強制執行法律，使法律之前，人人平等，受其拘束；法律之內，人人自由，受其保障。故曰：法律者通過國家權力以強制實行之規範也。

(三)法律者以保障群眾安寧，維持社會秩序為目的之規範也 人類社會生活，其關係錯綜複雜，既如前述，而利己自私之心，又人所難免，倘有人焉，任意擴張一己之利益，而罔顧他人之損害，則必發生衝突，因而鬥爭混亂，不堪言狀，而群眾之安寧，社會之秩序，必被破壞無遺，尚何有生活之可言。故群眾之安寧，不能無保障；社會之秩序，不能不維持，而善盡斯責者，非法律莫屬，故曰：法律者以保障群眾安寧，維持社會秩序為目的之規範也。

關於法律之定義，言人人殊，莫衷一是，以上所述，係較為普遍而平允者。至於學者間有謂強制性並非法律之要素者，亦有謂法律與國家並無必然之關係者，見仁見智，各不相同，限於篇幅，姑不論列。





---

第一章  
法律與其他社會現象

---



## 第一節 法律與道德

道德亦為社會生活規範之一，其目的亦在乎維持社會秩序，而指示人類何者當為，何者不當為。然其與法律之關係，究竟如何？學者間議論紛紜，懸案不決。有謂道德即是法律，法律即是道德，並無區別者；有謂道德與法律純屬截然兩事，不可同日而語者；又有謂道德與法律容有若干方面之差異，但本質上究屬相同，因而二者實具有密切關係者。後說較為折衷，吾人見解亦應如是，茲就二者之異同及其關係說明如下：

### (一) 法律與道德之異點

(1) 作用不同：法律之作用，在乎拘束人類外部行為，而道德之作用，乃在支配人類內在之心機。因此凡不表現於外部，而僅係內在之心理作用，雖其居心不良，法律輒不能過問；而道德則嘗誅及人之心，凡人一生邪念，則道德之制裁隨之。語云：「孝字論心不論事，論事萬年無孝子；淫字論事不論心，論心千古無完人」。差堪借為道德制裁與法律制裁有不同之說明。同時道德既屬誅心，則能弭患於未然之前，可謂之治本；法律既係論事，則僅能制裁於已然之後，應謂之治標。或曰：法律亦何嘗不過問內心，例如我國刑法第五十七條規定於科刑時應審酌犯罪之動機，以定其輕重。然此不過遇有行動表現於

外時，在法律評價上，一併檢討而已，初不能將此內心動機，單獨作為法律問題而處理也。

(2) 觀念不同：道德祇講義務，而不講權利；法律則權利與義務輒相伴而生。詳言之，在道德，縱令某一行為，可與人以利益，亦祇有義務人之存在，而無所謂權利人，例如：孝親、報恩、救災、卹憐等無一而非道德之表現，但受之者既無請求權，而施之者亦無權要求代價。在法律則不然，義務與權利常相對待，例如：買賣，一法律行為也，買受人支付價金可以要求出賣人交付標的物；出賣人交付標的物亦有權請求買受人支付價金，權利義務對待不爽。又如贈與亦一法律行為也，贈與人雖不能向對方取得代價，但既允贈於人，則受贈人自有請求其履行之權利，而贈與人亦有交付贈與物之義務，權利義務仍屬相伴，故一言法律則權利義務之觀念頓起，而道德則否。

(3) 產生不同：法律是由國家制定、公布、施行；而道德之產生，則無此程序，僅由於人類社會意識確信無形中而產生，並無任何機關，在主持制定。

(4) 制裁不同：違反法律或道德，雖同受制裁，但以制裁主體之不同，致制裁力之強弱亦異。法律制裁之主體為國家，其制裁力非常切實而有效；道德制裁之主體為個人之良心或社會之清議，其制裁力自然薄弱而渺茫。或曰：孔子之作春秋也，一字之褒榮於華袞；一字之貶嚴於斧鉞，道德之制裁力何嘗不強？然此施諸特殊人物或有效，加諸一般人未見有何影響。

## (二) 法律與道德之同點

(1) 目的相同：法律之目的是在保障群眾安寧，及維持社會秩序，前已言之。道德之鵠的固不免懸之過高，但其結論，亦不外謀人類之向善，社會之和諧而已，與法律之目的祇有程度之參差，尚無本質之

差異，亦可謂為殊途而同歸。

(2) 內容相同：法律嘗以道德之內容為內容，例如：殺人為道德所不容，同時亦為法律所禁止；誠實信用為道德所期許，同時亦為法律所要求（民法第一四八條第二項：行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法）。可見二者在內容上亦無差異。

### (三) 法律與道德之關係

法律與道德異而復同，則其關係當然密切。其關係若何？一言以蔽之曰：相輔相成而已。蓋道德秩序賴法律而確保；法律之效力有道德始可濟其窮。良以人心惟危，人情亦險，倘無道德防範於惡念初動之時，而無形中消滅其犯罪，則法律將不勝其制裁矣；反之窮凶極醜之輩，狡黠奸獪者流，倘無法律予以嚴厲之制裁，勢必毫無忌憚，恣意妄為，社會秩序將不堪設想矣，道德云乎哉！可見道德為先鋒，法律為後盾，二者相輔相成。

## 第二節 法律與宗教

宗教亦為社會規範之一，其與法律之區別約如左述：

(1) 產生不同：宗教多假神意而產生，法律則由於國家而制定。

(2)作用不同：宗教主迷信，以因果報應，籠絡人類良心，使之向善；法律主強制，以國家權力，支配人類行為，使不敢為惡，其作用較宗教為現實。

(3)範圍不同：宗教力量僅能及於教徒，非教徒固無服從其教條之義務，故宗教之範圍小；法律則普及於全國，凡屬國民均須受其國法之支配，故其範圍大。且宗教之信仰與否，個人有其自由；但法律則無論誰何，均須服從。

以上各點，係就法律與宗教之不同處而言，若論其目的，固皆在維持社會之秩序。宗教之所戒，亦嘗為法律之所禁者有之；宗教之所勸，亦嘗為法律之所命者有之。前者如宗教戒人污衊神靈，法律則禁人褻瀆祀典（刑法第十八章）；後者如宗教勸人孝親（摩西十誡之第五誡，現在天主教列為第四誡），法律則規定人子有孝敬父母之義務（民法第一〇八四條第一項），然則二者仍保有關聯也。

## 第三節 法律與禮儀

欲知法與禮之關係，須先知何謂禮。禮乃我國歷史文化傳統特有之一種社會規範，在西方各國幾無跡象可尋，希臘哲人柏拉圖(Plato)之人性論，重視國民道德生活及教化力量，雖稍放禮治之色彩，但其後此類思想，竟屬罕見。因而西方社會形成之要素，不外宗教信仰，法律政治與經濟生產三種。宗教保障

個人尊嚴，法律保障個人安全，經濟保障個人福利。中國社會則不如此，雖亦有宗教，但宗教並非形成中國社會之要素，以佛教而言，中國在其傳入之前，與已傳入之後，社會上並無多大變化，同時中國歷史上從無宗教戰爭，可見宗教於中國社會不發生多大影響。其次，法律亦非中國社會形成之要素，因為窮鄉僻壤之人民，根本不知法律；而知識份子又多鄙視法律，可見法律在中國社會上亦無多大影響。至於經濟尤非形成中國社會之要素，因為中國根本無所謂依經濟而分之奴隸社會、封建社會、資本主義社會，以及什麼共產主義社會。中國社會形成之唯一要素即上述之「禮」是也。

禮初起於商朝之祭儀，至周而燦然大備，後經儒家之提倡，遂愈放異彩，竟成為支配中國社會之唯一重要規範，舉凡國政之紀綱，乃至天時、人事，無不納入禮之範疇。禮記：「夫禮所以定親疏，法嫌疑，別同異，明是非也。……道德仁義，非禮不成；教訓正俗，非禮不備；分爭辨訟，非禮不決；君臣上下，父子兄弟，非禮不定；官學事師，非禮不親；班朝治軍，洩官行法，非禮威嚴不行；禱祠祭祀，供給鬼神，非禮不誠不莊」。足徵禮也者，已通於人己，群我，天地萬物為一體，其內涵非常博大。但約而言之，乃是以人格尊嚴為本位，由敬字出發，敬人敬己，敬己必先敬人，因而君臣、父子、師友、賓主、昆弟、夫婦之間，均以敬字相處，行見一團和氣，自無摩擦對立之虞，所謂「禮之用，和為貴」即指此而言。

禮在中國社會上既發生前述之大功用，故法律遂退處於不重要之地位，充其量亦不過為禮之輔而已。孔子云：「禮樂不興，則刑罰不中」；韓愈原道：「為之禮以次其先後……為之刑以鋤其強梗」，皆為禮法關係孰先孰後之最好說明。時至今日，中國已應世界潮流而進入法治，致數千年來中國特有之社會規

範——禮，幾有被抹殺之勢，殊堪注意。然所幸者吾國現所採取之立法原則，係遵奉 國父之三民主義，三民主義除包容新時代之精神外，仍集我固有文化精華之大成。據此為原則之立法，當然已將禮之精神，潛移默化於其中。例如：父為子隱，子為父隱，禮也，而現行法律即有親屬間拒絕證言之規定（刑事訴訟法第一八〇條）；男女授受不親，禮也，而現行法律即有搜索婦女身體應命婦女行之之規定（刑事訴訟法第一二三條），可見禮已多變為法之內容矣。

## 第四節 法律與政治

何謂政治？其說不一：有謂政治者，國家權力之活動也。依此說離開國家即無政治，將國家與政治混為一談，未見其當。有謂政治者，支配階級壓迫被支配階級之武器也。此乃唯物史觀者之邪說，殊不足採。良以一國之中，形式上雖有治者與被治者之分，然絕非兩階級對立。蓋因民權運用之結果，人人皆為治者，同時亦為被治者，二者變動不居，實無階級之可言。故關於政治之解釋，均不若 國父之說為允當。 國父說：「政就是眾人的事，治就是管理，管理眾人的事，就是政治。」此一解釋，明白而中肯，吾人自不必標奇立異，徒事旁求。

政治與法律之關係，約有二說：①政治領導法律。所據之理由為：法律之成立，多先由行政機關制



定草案，提經立法機關通過，再由行政機關公布施行，此各國之通例也。而政黨政治盛行之今日，主持行政者固為競選獲勝之政黨，即立法機關內，對法案之通過具有最大影響力者，亦莫不為與行政機關同一競選而獲勝之政黨；政黨自以其政綱政策為一切準繩，施政以之，立法亦以之，孰謂法律不為政治所領導？況法律既為社會生活規範，當然由於社會需要而產生，亦當然隨社會生活之變遷而變遷；競選獲勝之政黨，必其政綱政策為當時社會所需要，因而當選。可見社會所需要之事，須先於政治上表現，然後始能據以制定法律，故政治之領導法律，乃勢有必至，應勿庸疑。②法律領導政治。其所據之理由為：於今法治之聲，風靡一世，法治者依法而治也。不惟依法審判，尤須依法行政，否則如無法律根據，施政者不得擅行限制人民之權利，或漫課以義務，然則政治受法律之控制，情形豈不顯然？

二說雖各言之成理，但吾人以為法律與政治並非主從關係，談不上何者領導，何者被領導之問題。二者乃如鳥之雙翼，車之兩輪，互有影響，並行不悖，政治不清明，法律固等於具文；法律不確立，政治亦難免脫軌，可見二者實非車頭與車廂之關係也。

以上係就法律與政治本質之關係而言，若由形式上觀察，則亦有左列之區別：

(1) 形態不同：法律有有形之法典，形態較為固定；政治則為無形之作用，形態常變動不居。  
(2) 產生方法不同：法律之制定須經立法程序，其修正廢止亦莫不依法定程序為之；政治之設施或變更則無一定嚴格之程序。

(3) 產生機關不同：法律由立法機關制定；政治由行政機關推行。現我國最高立法機關為立法院；而政治之總樞紐，則為最高行政機關之行政院。

## 第五節 法律與經濟

人類社會生活，應分兩種，一為精神生活，一為物質生活，所謂經濟即物質生活也。其與法律之關係若何？說者亦有如政治之於法律，不曰法律依附於經濟；即曰經濟全為法律所支配。但吾人之見解卻認為二者之關係，為聯立的，而非本末的，茲申述之：

謂法律依附於經濟者，以經濟為本，法律為末，乃唯物史觀者之理論，彼輩認為法律係上層建築，經濟為下層建築，亦即經濟為法律之基礎，法律非理性產物，乃是經濟條件之背影，法律家幻想以為自己依先天法則而為裁判，其實此法則不過為經濟之反射而已。此種說法實過分渲染經濟作用，而混淆視聽，圖以經濟吞沒一切，以物質生活囊括人類社會生活之全部，而抹殺精神生活，影響所及，滅絕人性，自毀人類前途，識者當深惡痛絕。中國古時法家者流雖亦有「衣食足而後知榮辱，倉廩實然後知禮義」之論調，然而儒家亦正有「一簞食，一豆羹，得之則生，弗得則死；噍爾而與之，行路之人弗受；蹴爾而與之，乞人不屑也」之卓識，是足以證明經濟之權威，並非無上，而法律完全依附於經濟之說，亦非真理。

謂經濟全為法律所支配者，以法律為社會生活規範，其機能在乎定分止爭。緣人與人之糾紛，幾全

由經濟行為所引起，故法律有關支配經濟之規定特多，如民法總則之社團，及債編、物權編、以至於民事特別法之公司、票據、海商、保險諸法，無一而非有關經濟之立法；甚且親屬法雖旨在規定身分關係，似與經濟無涉，但其中之夫妻財產制，扶養義務等仍與經濟息息相關。加以兩次世界大戰，影響於國民經濟生活者至鉅，各國為適合戰時非常目的之需要，曾制定甚多有關統制經濟之法規，於是經濟法大有於法律系統中獨樹一幟之勢，因此謂法律支配經濟，誰曰不宜？豈知此說亦屬偏見，蓋經濟生活不為法律所支配之處尚多，例如嫁女粧奩，飯館小賬，均不在法律規定之內，但行之若素，仍不失其為經濟行為也。

由此觀之，經濟與法律實無本末關係，然而卻不能無聯立關係，何耶？經濟生活既為社會生活之一部，而法律規範又為社會生活規範之一種，則經濟自嘗藉法律以規範其秩序，但不全為法律所規範，而法律亦嘗以經濟而充實其內容，但其內容亦不全為經濟所獨佔。換言之，二者除去關聯之部分外，尚各保有獨立部分，故為聯立關係，而非本末關係，不過現代經濟生活，日趨複雜，藉法律技術以釐訂其制度之處漸多，例如公司制度，保險制度等，於是法律與經濟之關聯部分日增，亦即互不相涉之部分相對日減，其關係當然愈臻緊密。

## 第六節 法律與實力

我國素有「勝者王侯敗者賊」之諺語，日本亦有「勝テバ官軍、負レバ賊軍」之同樣說法，而英國則有「實力就是權利」(might is right)之法諺，似乎實力高於一切。又唯物論者更明目張膽以法律為強者壓迫弱者之工具，混實力與法律為一談。其實上述說法均屬偏見，法律不惟不等於實力，而實力反因法律在，始不得逞其淫威。法家管子云：「古者未有君臣上下之別，未有夫婦妃匹之合，獸處群居，以力相爭，於是智者詐愚，強者凌弱，老幼孤獨，不得其所。故智者假群力以禁強虐而暴人止，為民興利除害，正民之德，而民師之」(君臣篇)；又古文大家柳宗元亦曰：「惟人之初，總總而生，林林而群，雪霜風雨雷雹暴其外，於是乃知築巢空穴，挽草木，取皮革；饑渴牝牡之欲毆其內，於是乃噬禽獸，咀果穀，合偶而居，交焉而爭，睽焉而鬥，力大者搏，齒利者齧，爪剛者決，群眾者軌，兵良者殺，披披藉藉，草野塗血，然後強有力者出而治之，往往為曹於險阻，用號今起，而君臣什伍之法立。」(貞符篇)細繹兩氏之說，則可知實力所支配之社會，純係弱肉強食，黑暗悲慘，冷酷已極。然此種現象究與人類本性不合，蓋人類天性可分兩面，一面即上述之智者詐愚，強者凌弱之獸性；另一面尚有人性(狹義的)，即孟子所說之惻隱，羞惡，辭讓，是非諸美德是，人性不斷抵制獸性，使獸性消而人性長，於是人生之

理想始現。法律之發現，亦屬人類邁往理想境域中所獲得之一條康莊大道。一有法律則「智者詐愚，強者凌弱」之實力狀態便為之斂跡；而「披披藉藉，草野塗血」之悲慘世界亦轉為化日光天，可見法律與實力兩相敵對。此種敵對情形不僅往昔如此，且因時代愈進步，人類愈自覺，而法律亦愈顯示其抑強扶弱之功能，例如契約自由原則，表面上已極盡平等之能事，但詳析人類之智力及財力之強弱，則可知若絕對貫徹此一原則，勢必造成甚多不平等，不正義之結果，事實亦的確如此，蓋此一原則嘗為智力財力之強者所利用以欺壓弱者故也。法律鑒乎此，乃對此原則進而加以限制，即以自己之一部力量，加諸弱者一方面，使之均衡，如團體協約法等勞動法令，即其明證。

法律雖然排斥實力，但不可不利用實力，何以故？因法律之目的，不徒宣告社會何者當為，何者不當為而已，尚須以強制力使其所宣告者具體實現，不致落空；倘有人違反，則必立予扭轉，毫無寬假。例如：法律有保護所有權之規定，設有人妨害之，則權利所有人自可訴請法院予以除去，甚且有妨害之虞者，即得請求防止之（民法第七六七條）是也。不寧惟是，法律有時唯恐其強制力於時間上緩不濟急，乃竟仍許私人以自力救濟者（民法第一五一條），亦不足怪異，是皆法律利用實力之適例。然則法律既排斥實力於前，復利用實力於後，何其自相矛盾耶？曰不然，法律所排斥之實力，暴力也；法律所利用之實力，權力也，若由物理上觀之，固均為實力，無所軒輊；然由其使用之目的上觀之，則大相逕庭，匪可等量也。



---

# 第三章 法律之淵源

---





法律之淵源，簡稱「法源」，其意義約有四種：有指為法律權力之根據者；有指為法律存在之形式者；有指為法律演進之源流者；有指為法律組成之資料者。最後者為通說，本章即此加以闡述。

法源有直接發生法律效力者，如憲法、法令、自治法規、條約等，謂之直接法源，亦稱成文法法源；有須經過國家之承認，始發生效力者，如習慣、法理、判例、學說等，謂之間接法源，亦稱不文法法源，茲分節述之。

## 第一節 直接法源

(一)憲法 國父說：「憲法者，國家之構成法，亦即人民權利之保障書也。」此定義最為平實而允當。蓋憲法內所規定者不外為國家構成之主要因素，政府各部門之組織職權及其相互關係，以及人民之基本權利與義務等項。我憲法更將基本國策規定於其中，較為特色。憲法之效力高於普通法律，而其條文中嘗有「……以法律定之」等字樣，故憲法實為首要之法源。

(二)法令 法律與命令併稱為法令，各為法源之一。法律有廣狹二義，狹義之法律則專指由立法機關經過立法程序所制定之法律而言，亦即構成直接法源者是也（中央法規標準法第二條規定：「法律得定名為法、律、條例或通則。」）。其詳散見各章，於此不贅，率僅就命令一項，說明如下。

命令者通過國家權力而強制實行之一種公的意思表示也。個人相互間雖亦有意思表示，但個人與個人間係平等關係，無命令之可言。必須上級機關或上級人員，於公的立場所為之意思表示始可稱為命令。此種公的意思表示，雖不以行政機關為限，但究以行政機關為多，且不惟對於所屬人員或機關可以發布命令，對於人民亦得發布，此其一。公的意思表示，非必全以命令方式出之，例如各機關間洽商某事，或對人民宣布某事，亦不失為公的意思表示，但所以與命令不同，端在強制實行與否。換言之，一曰命令則強制性隨之，此其二。命令既帶強制性，則遇有窒礙難行時，勢必通過國家權力以強制其實行，否則僅憑私人腕力以強制之者非茲所謂命令也，此其三。基於上述三點，命令之意義，不難明瞭。

以上係就實質上觀察，若由形式上觀察，則凡帶有「令」，以及「規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則」等字樣者（中央法規標準法第三條：「各機關發布之命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。」），一望即可知其為命令也。至於命令與法律之區別，約有：

- (1) 效力不同：命令除國家元首根據憲法所頒布之緊急命令，得變更或抵觸法律外，其餘無論任何機關之任何命令，均不得變更或抵觸法律，倘有抵觸則命令無效，故命令之效力不若法律之強。
- (2) 制定程序不同：命令由各機關制定或公布，無一定程序，法律之制定須經立法程序。
- (3) 規定範圍不同：命令與法律常有一定之範圍，命令所規定之事項，不得侵入法律範圍之內，如中央法規標準法第六條有：「應以法律規定之事項，不得以命令定之」之規定，可為明證。至於何者應以法律定之？同法第五條各款所列即：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者；二、關於人民之權利、義務者；三、關於國家各機關之組織者；及四、其他重要事項之應以法律定之者是也。

命令雖與法律不同，但仍有密切關係。第一、立法機關所制定之法律，須經國家元首以命令公布，始能生效，此法律之公布有賴於命令者；第二、法律之施行，嘗有另以命令訂定施行細則之情事，此法律之施行有賴於命令者；加以時至二十世紀之後期，社會政治經濟之發展若白雲蒼狗，變化多端，此種現象，倘仍專賴立法機關之立法，實不足以應付，於是委任立法遂如雨後春筍，應運而生，以致命令之範圍有日益拓寬之勢，可知命令亦為重要之法律。

(三)自治法規 自治團體依其自治立法權而制定之法規，謂之自治法規。此之所謂自治團體當以地方自治團體為限，亦有認為應包括其他自治團體，如職業團體等，從而其內部之規章，亦可謂為自治法規者；然究屬少數人之意見，茲不採取。我憲法上所列之自治法規有：①省自治法，由省民代表大會制定；②省法規，由省議會立法；③縣自治法，由縣民代表大會制定；④縣規章，由縣議會立法等四種，四者均不得牴觸憲法自不待言，省法規與縣法規且不得牴觸法律，但省自治法與縣自治法得牴觸法律與否，迄猶解釋分歧，似無定論。修憲後，依民國八十八年一月二十五日公布施行之地方制度法規定，直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規有：①自治條例：經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，有直轄市法規、縣（市）規章、鄉（鎮、市）規約；②自治規則：由地方行政機關訂定，並發布或下達者，申言之，直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所就其自治事項，依其法定職權或基於法律、自治條例之授權，所訂定者。依其性質，為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則；③委辦規則：直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所為辦理上級機關委辦事項，依其法定職權或基於法律、中央法規之授權而訂定

者。自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效；自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例牴觸者，無效；委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效。自治法規因地方自治之積極推行，而日益加增，其有特殊重要性，或有永久性者，國家自亦得參酌採擇，作為立法之資料，故自治法規亦為法律之淵源。

(四)條約 條約者國家與國家間所締結之契約也。關於條約之國內效力如何，議論不一，有謂條約既係國家與國家間之契約，則祇能拘束其當事之國家，而不能直接拘束其國民者；有謂條約雖一面為國際間之契約，但同時亦為國家之意思決定，其公布即為對於國民發生拘束之表示，因此當然有拘束國民之效力者，應以後說為當。如此則條約與法律有同等之效力，惟條約倘與法律相牴觸時則如何？一般理論，認為如條約批准在法律之後，自應適用「後法優於前法」之原則，而以條約為有效；若條約批准在法律之先，即應將法律有牴觸之點予以修正。換言之，原則上以條約之效力為優也。至於是否於批准之後即生國內法之效力，抑須另經其他程序始生效力，各國採取之方式，可分左列兩種：

- (1) 憲法中明文規定條約批准後即生國內法之效力者，如義、法等國是。
- (2) 對於締結之條約須另行制定法律公布始生國內法之效力者，如英國是。

## 第二節 間接法源

(一)習慣 人類有模仿本能，一人之所為，他人輒踵而效之，由是遞傳多人，則此一行為遂普遍為某地區或某階層所仿行，而成為一般行為之準繩矣，此就空間而言也。若今日如是，明日如是，日日如是，年年如是，則一行為已永遠為眾人所遵循，而成為因襲罔替之規則矣，此就時間而言也。綜此時間空間積累而成之某地區某階層人所共守之規則，即習慣是也。不過此處所指之習慣與個人之習慣不同，個人之飲食起居以及嗜好等習慣，祇為其個人所慣行，於社會上無拘束力，換言之，即不具有社會性，非茲所謂習慣也。

習慣既為群眾所慣行，則對於群眾自有拘束力，有人說：「人為習慣之奴隸」，又有人說：「活人往往為死人所支配」，足見習慣對人類支配力量之大。因此習慣亦為社會生活規範之一，其與法律道德不同者，在於習慣富於事實性，缺乏理想要素，而道德則純重理想，法律則徘徊於事實與理想之間，此三者之大較也。

習慣與習慣法有無區別？說者亦不一致，有主張有區別者，認為習慣是事實，習慣法是法律；前者為社會所通行，後者為國家所承認，習慣乃法律之間接淵源，而習慣法則已具法律之本質。有主張二者

並無區別者，認為習慣法即是習慣。我國民法雖稱習慣（民法第一條）而不稱習慣法，但此所謂習慣，乃專指有法之效力者而言，與所謂習慣法之意義無殊，並非泛指任何單純習慣也。

習慣（我民法所指者以下全此）如何始有法之效力，其要件有四：

(1) 須有外部要素：即該習慣事實確屬存在與慣行。換言之，即於一定期間內就同一事項，反復而為同一之行為是。

(2) 須有內部要素：即人人確信其為法律，甘願受其拘束而無爭議者是。

(3) 須為法律所未規定之事項：我民法第一條「民事，法律所未規定者，依習慣……」可見法律無規定之事項，始可適用習慣，否則法律一有規定，便無適用習慣之餘地。民法第四百五十條第二項：「未定期限者，各當事人得隨時終止契約，但有利於承租人之習慣者，從其習慣」。乍視之似屬例外，其實此乃法律賦與習慣以優先效力，並非習慣本身具此效力。故仍與原則無背。

(4) 須有法律之價值：即無背於公共秩序或善良風俗是（民法第二條：民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限），倘屬一種陋規或惡習，而非美俗醇化，則與法律維持社會秩序之目的不符，即無法律之價值，法律方矯正之不暇，焉能承認其有法律之效力？

習慣之效力如何，輒因時因地而不同：例如羅馬於共和時代，以法律係基於人民之總意結果，故尊重習慣，認為習慣之效力高於法律。洎乎帝政時代以法律為君主之命令，其效力自較習慣為優，習慣遂退居法律之次。近世自然法思想勃興，尊重成文法，而抑壓習慣，尤其十八世紀迄十九世紀初，編纂法典之風盛行，幾乎否認習慣之效力；但歷史法學派崛起後，以習慣可以表現民族之法律確信，乃極端尊

重習慣，而對於法典之編纂予以強烈之反對，於是習慣之效力，又轉弱為強。若就各國立法例言之，則情形不一。有不認習慣有法之效力者，如普國國法第三條：「未列入法典之習慣無法律效力」是；有認為習慣與法律有同等之效力者，德國歷史法學派倡行此說，其民法中曾採入條文，後雖刪除，然通說仍如是解釋；有認為習慣相對的有法之效力者，如瑞士民法第一條第二項：「本法未規定者，審判官依習慣」，及日本法例第二條「習慣僅限於為法令之規定所認，及關於法令無規定之事項為有效。」現大陸法系大都如此，我民法亦同，即認為習慣祇有協助補充成文法之效力。

(二)法理 法理二字之解釋，尚不一致，有謂法理即是條理，日本法律及我國歷次民法草案皆稱條理，現行民法雖改為法理，但其意義仍屬一而二，二而一者；有謂法理即法律之原理（客觀的），條理乃自然之道理（主觀的），兩者雖大同小異，但尚非毫無區別者。後說較當，蓋適用法理仍須有客觀價值，僅憑審判官個人主觀之判斷，而不參照歷來辦案之成例及法律一般原理原則，實未見其允當。

法理何以有法律效力？其效力若何？蓋以法律之規定縱極綿密，然社會情狀，變化無窮，勢非法規所能網羅無遺，而法官又不能以法律之不備為理由，而拒絕裁判，故遇法律無規定之事項，而又乏習慣可資依據時，自不得不援用法理以濟其窮，此所以我民法第一條有：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者依法理」之規定，則法理亦有補充法律之效力，於茲可見。不過法理須後於習慣而適用自不待言。

法理如何適用？其方法有：

(1)現行法之類推適用：即遇有法律無規定及無習慣可資依據之事件，應依其類似事件之法律解決之。

(2) 外國法律及判例不與我國社會情形相反者，可採用之。

(3) 舊法及法律草案之不與現行法律精神相牴觸者，亦可採用之。

(三) 判例 法院對訴訟案件所為之判決，以後遇有相同或類似之案件，仍引用此判決而為判決，則此一判決，即成為判例。判例既經反覆援引，人民對之自生法律規範之信念，同時審判官亦受其拘束。不過其拘束力，大陸法系與英美法系不同，大陸法系諸國因採取成文法主義，則判例祇有事實上之拘束力，而不認有法律上之拘束力，但英美法系諸國，因採取不文法主義，則判例於事實上、法律上均有拘束力，此種判例亦稱判例法。我國雖屬大陸法系，但最高法院之判例，不僅其本身須據之以為裁判，即以下各級法院，倘無別具堅強自信之見解，亦莫不受其拘束，故事實上拘束力頗大，依法院組織法第五十七條：「最高法院之裁判，其所持法律見解，認有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會議決議後，報請司法院備查。最高法院審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定」之規定，謂我國最高法院之判例，一經履行此種程序，即具有法律上之拘束力亦不為過。

判例援用之利弊，有可言者為：①補法律之不足，蓋成文法條文簡約，補苴罅漏，判例是賴。②促法律之縝密，蓋有一判決，遂有一成例，法律因之而細密，此其利也。至其弊端有：①法律之固執與強辨，判例既定，即須遵守，縱或不當，不易矯正，法律因之固執，有礙法官之自由裁量，況社會狀況，波譎雲幻，判例難免不合宜，然法官對於判例卻不敢公然違背。惟有強辨案情之異同，削足適履，以符合判例了事而已。②法律之繁瑣，判例隨時日而加增，久之判決錄卷帙浩繁，於檢查及援用上俱感煩難，



以此雖特別重視判例之英美法系國家，近來亦轉移目標，而有傾向成文法主義之趨勢。

(四)學說 對某學科學者之私人主張調之學說，如政治學說，經濟學說是，此處所指當然為法律學說。學說影響於制度及政策之力量甚大，如孟德斯鳩(Montesquieu, 1689-1755)之法意出，於是三權分立之政制即風行歐美；而凱因斯(J. M. Keynes)之一般理論出，則各資本主義國家之經濟政策亦為之不變，政治經濟如此，法律亦如此，因有關於法律真理之闡明，法律得失之檢討，唯學說是賴。以此學說遂嘗為法律之淵源，甚且古代羅馬戴有圖帝二世(Theodosius II)竟直接賦與五大法家之學說以法律效力，此種情形近世雖罕觀，然學說之為重要法源於此可見。

上述之五大法學者指巴比尼安(Papinianus)、烏爾比安(Ulpianus)、葛由斯(Gaius)、包路斯(Paulus)、孟德丁諾斯(Moestinus)而言。



---

第四章  
法律之分類

---



## 第一節 基於法之成立過程之分類

以法之成立過程為標準，可分為成文法與不文法兩種。凡由於制度上有立法權之機關製成文書，並經通過一定手續公布之法律即謂之成文法，亦稱制定法。如我國現行之民法刑法及商事法等均屬此類，至於成文法以外之一切有法律之效力者如習慣、法理、判例等皆為不文法，因其非經立法機關依立法程序制定，亦未經一定手續公布，故亦稱非制定法。由此可知成文法與不文法之區別，不在乎有無文字記載（判例亦有文字記載，但仍為不文法），乃在乎其已否經過立法程序及公布程序，換言之，其區別係以其成立之過程為標準。成文法及不文法之細節，已於前章法律淵源內詳加敘過，茲不復贅。惟此處尚須一言者即成文法與不文法之孰優孰劣是已。

### (一) 成文法之優點 (即不文法之劣點)

(1) 成文法較為明確，易於施行；而不文法既不經制定與公布之程序，即難明確，大有遵之者莫知其際之感，適用上自多不便。

(2) 成文法能改革社會，領導社會，例如實施耕者有其田條例（已廢止），改革了土地制度是；而不文法則比較守舊，援例從事，類多魂縈舊夢，缺乏革新氣魄，不易推動社會進步。

(3) 成文法比較周密完善；而不文法則詳略不均，易於掛漏，且毫無系統，零亂不堪。

(二) 不文法之優點 (即成文法之劣點)

(1) 不文法以具體事實為背景，比較吻合社會實情；而成文法徒注重抽象條文，結果難免有隔靴搔癢，不切實際之虞。

(2) 不文法因不須經過繁複之立法程序，有時較為易於適應現實；而成文法則因立法及修改程序之迂迴，有時反難以適應變化萬端之社會。

(3) 不文法係基於一般之法律確信而產生，較為不偏不倚；而成文法因於今實行政黨政治之結果，往往因遷就各政黨之意見，而不能貫徹一公允之立法精神。

根據上述可知成文法與不文法互有短長，然近世交通發達，人事紛紜，因之各種法律關係益形複雜，非有明確之成文法典，以資依據，則易滋疑竇，故各國多趨向成文法主義，而對不文法之尊重，已不如前矣。惟應注意者法律之成文與不文，於國家之法治非法治無干，蓋法典雖不完備，但其國家政府與人民均有守法之精神，如英國者，仍不失其為法治國家，否則雖其法令多如牛毛，而其政府與人民倘無守法精神，而視同具文者，尚難以法治國家目之。