

國立臺灣大學法學叢書(三二)

# 法學方法與現代民法

(增訂第五版)

黃茂榮 著

二〇〇六年四月增訂五版

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

臺大學法學叢書(三二)

# 法學方法與現代民法

(增訂五版)

黃茂榮 著

二〇〇六年四月增訂五版

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

## 作者簡介

**學經歷** 國立臺灣大學法律學系畢業  
國立臺灣大學法律學研究所畢業  
德國杜賓根大學法學博士  
前行政院公平交易委員會委員  
第三屆教育部國家講座  
連震東先生紀念講座（法政講座）

**現職** 國立臺灣大學法律學院教授

**版權所有  
翻印必究**

國立臺灣大學法學叢書(三二)

### 法學方法與現代民法 (增訂第五版)

**著作人** 黃茂榮  
**發行人** 黃茂榮  
**叢書編輯** 國立臺灣大學法律學系法學叢書編輯委員會  
**印刷者** 建誠印刷有限公司  
**賜教處** 臺北市106 基隆路三段三十巷四弄三號  
電話：(02)2707-2848 (02)2362-0976  
**郵撥帳號**：0135641-9 黃茂榮 帳戶

**定價** 精裝本新台幣捌佰元整  
二〇〇六年四月增訂第五版

獻 給

我的父親

## 序

現代民法受法學方法的影響很大。本書的寫作主要在說明法學方法對現代民法的影響，並從其中認識法學方法，以及訓練運用法學方法進行說理的能力。

法學的現代化繫於法學方法的認識、接受與應用，不然，小則免不了各說各話，不能客觀嚴謹的論斷是非，大則免不了強詞奪理，根據主觀利益顛倒是非。

科學方法到目前的成就，雖然不是處處皆已能肯定指出正義何在，但基本上已能使法律的運作脫離人治的擅斷，願本書能有助於這個共識的形成。

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。本書寫作過程中，歷承陳民擁、楊盤江、陳昭華、謝銘洋、張慧真、王慧芬、黃秀蘭的協助並提供寶貴的意見併此申謝。

學無止境，凡所論述若有未當失真，敬請前輩及後起之秀多予指教，筆者將很感激。

黃茂榮

七十一年五月十一日

於台大法學院綜合研究大樓410室

## 五版序

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種法律之發展的影響很大。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。第一章法源論所以主要以稅捐法為說明對象，主要在於稅捐之課徵有稅捐法定主義的適用，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、二冊已分別於二〇〇五年九、十月出版。

對於本書的內容一直感覺不滿意，久思全面檢討改寫，到這次終於下定決心，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。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習有進展後，才能完整增補重寫。

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、電腦化工作的同仁，給我很大的幫助。大恩不言謝。他們的功德只能乞求上蒼賜福於他們。最後也要感謝我的父親及博士論文的指導教授 *Dr. Dr. h. c. Josef Esser*，無限懷念！

學無止境，敬請惠予指教，筆者將很感激。

黃茂榮

二〇〇六年三月二十八日

於台大法學院綜合研究大樓研究室

## 簡 目

第一章	論法源 .....	1
第二章	法律概念.....	79
第三章	法律規定之邏輯結構 .....	191
第四章	法律事實的認定 .....	337
第五章	法律解釋 .....	441
第六章	法律漏洞及其補充的方法 .....	547
第七章	法律體系 .....	751

## 詳 目

<b>第一章 論法源</b> .....	1
一 法源的意義 .....	2
二 法源表現形式的態樣 .....	5
A 制定法 .....	5
B 法院的裁判 .....	6
C 習慣法 .....	14
D 契約或協約 .....	17
E 學 說 .....	18
F 國際法 .....	18
三 法規性命令 .....	19
四 行政規則 .....	25
五 自治法規 .....	34
六 稅法上之法規性命令 .....	36
A 國會保留 .....	37
B 如何委任立法 .....	43
七 法規性命令在我國適用之情形 .....	52
A 法規性命令之制定應經法律授權 .....	53
B 如何授權 .....	56
C 法規性命令不得超越母法 .....	57
D 以法規性命令規範稅捐構成要件 .....	58
八 法規範之位階構造 .....	64



4	法學方法與現代民法	
A	位階構造及其牴觸之效力	64
B	無效或得宣告為無效	67
C	牴觸之疑義的解釋	71
九	最高行政法院之判例	74
十	結 論	75

## **第二章 法律概念**.....79

一	探討法律概念與法律體系之重要性	80
二	概念之定義	81
三	概念之建構	82
A	方法：捨棄不重要之特徵	82
B	取向：	90
I	法律概念應目的而生	90
II	為合理化，而將價值概念化	93
III	編纂概念與當為概念	95
IV	邏輯（體系）思維與價值判斷	98
C	作用：	100
I	承認、共識及儲藏價值	100
II	減輕思維的工作負擔	102
a	法律行為	104
b	無權處分、無權代理	105
III	承認、共識及儲藏價值過程之省略	107
a	基於「強制力」之省略	107

b 基於「無限的好意」之省略	109
D 副作用	112
I 誘引自價值剝離	112
II 過度抽象化	114
a 在構成要件過度抽象化的情形	115
1 由於立法者之疏忽	116
2 由於執行法律機關(司法者)之疏忽	119
3 由於情事的變更	126
b 在法律效果過度抽象化的情形	131
1 債務不履行	134
2 債權人拒絕受領	136
3 債權人違反對己義務	137
4 對報酬之計算結果有錯誤	138
III 過度具體化	141
a 由於立法者的疏忽	142
b 由於執行法律機關的疏忽	144
c 由於情事的變更	147
IV 補救方法	148
四 概念之演變	154
A 法律概念之歷史性	154
B 取向於目的、價值而演變	155
C 學說上的見解	156
I Kelsen 的看法(純粹法學)	156
a 無漏洞的實證法	156

## 6 法學方法與現代民法

b 消除漏洞的方法：逆向論法	159
II 檢討：利益法學或價值法學的看法	160
a 立法權需要司法權的監督與鞭策	160
b 概念語意以規範目的為基礎	162
D 規範目的對法律概念之意義的影響	163
I 以「人」為例	163
II 以「公務員」為例	165
III 以「法律行為」與「事實行為」為例	166
IV 以意思表示與意思通知為例	167
V 以「不當得利」與「侵權行為」為例	169
VI 以「無過失責任」為例	172
a 危險責任	173
b 結果責任	175
c 擔保責任	176
d 信賴責任	177
e 衡平責任	180
VII 小結	180
五 法律概念之位階性：體系化的基礎	181
A 由抽象程度所構成的位階	181
B 由負荷之價值所構成的位階	182
I 法理對法律的監督功能：惡法非法	183
II 誠信原則對契約的監督功能：惡約非約	183
III 正法思想在實證法上的基礎	184
IV 正法思想在實務上的障礙	185

C	概念與類型譜 .....	188
<b>第三章</b>	<b>法律規定之邏輯結構 .....</b>	<b>191</b>
一	法規範之存在上的邏輯結構 .....	191
A	法條、法律規定與法規範 .....	191
I	法條之概念 .....	191
II	法律規定 .....	198
III	法規範 .....	203
B	法條或法律規定的性質 .....	205
I	行為規範與裁判規範 .....	205
II	規範性與一般性 .....	206
III	對命令說之批評 .....	216
C	法條之種類 .....	222
I	嚴格規定與衡平規定 .....	222
II	任意規定與強行規定 .....	227
III	命令行為之規定與授權規定 .....	230
IV	完全法條 .....	232
V	不完全法條 .....	235
a	說明性法條 .....	241
b	限制性法條 .....	243
c	引用性法條 .....	250
1	引用性法條與說明性法條之可能的關係 .....	251
2	引用性法條的類型 .....	252

## 8 法學方法與現代民法

(a)	避免煩瑣的重覆規定	253
(1)	「適用（關於）……之規定」	253
(2)	「準用……之規定」或「比照……之規定」	254
(3)	「……亦同」或「……有同一效力」	263
(4)	「依（關於）……之規定」	268
(b)	避免掛一漏萬的規定：例示規定	280
3	被引用法條在適用上之限制與修正	282
d	擬制性法條	284
1	擬制性法條的類型	285
(a)	隱藏的引用	285
(1)	表見擬制	287
(2)	推定式擬制	289
(3)	引用性擬制	295
(4)	定義性擬制	297
(b)	隱藏的限縮	297
2	被擬制地引用之法條在適用上的限制與修正	299
3	小結	301
D	法條或法律規定間之競合關係	302
I	法條間的競合關係	302
a	法律效力相同的情形	303
b	法律效力不同的情形	305
1	在法律體系位階上異位階之法條間：優位法優於劣位法	307

2	同位階之法條間	308
(a)	後法優於前法	308
(b)	特別法優於普通法	309
(1)	構成要件重合	312
(2)	構成要件包含	313
(3)	構成要件交集	316
II	法律規定間的競合關係	320
二	法律之適用上的邏輯結構	326
A	確定法律效力的三段論法	327
B	小前提之認定：法律事實之涵攝於構成要件	330
C	經由三段論法的結論導出個案的法律效力	333

#### **第四章 法律事實的認定** .....337

一	生活事實與法律事實	338
A	生活事實	338
I	與人有關之事項	338
II	關於與人有關之事項的陳述	341
B	法律事實	346
I	學者的觀點	346
a	構成要件說	346
b	因果關係說	348
c	為法律所規範之事實說	350
II	本文之觀點	353

10 法學方法與現代民法

C	法律事實的種類	359
D	以法律關係為構成要件要素或法律事實	362
二	在法律事實的認定上所必要的判斷與評價	363
A	法律事實之判斷的基礎	364
I	以事實為判斷基礎	364
a	以感官的觀察為判斷基礎	364
b	以社會經驗為判斷基礎	367
1	對人的行為之判斷：解說	368
2	對自然事實之判斷：解說	372
(a)	未經立法解釋加以形式化之社會經驗	376
(b)	經立法解釋加以形式化之社會經驗	382
II	以價值標準為判斷基礎	384
B	法院所享有之判斷餘地	395
三	法律行為	399
A	法律行為在規範上之地位	399
I	法律行為之法律事實的性格	399
II	法律行為之法律規範的性格	401
B	法律行為的解釋	405
C	法律行為與有名契約	410
I	有名契約的意義	410
II	有名契約的規範功能	411
III	如何將契約歸屬於有名契約	418
a	應依類型觀察法為之	418
b	應斟酌當事人之締約目的	424

四	法律事實之認定	428
A	實質之真實的探知	428
B	法律問題與事實問題之區別	435
<b>第五章</b>	<b>法律解釋</b>	<b>441</b>
一	法律解釋的概念	441
A	前言	441
I	由法律解釋的任務產生的特徵	443
a	法律解釋對具體案件之關連性	444
b	法律解釋之價值取向性	467
II	由解釋學導出的特徵	469
a	法律解釋之文義的範圍性	470
b	法律解釋之詮釋的循環性	471
III	由憲政體制導出的特徵	472
a	法律解釋之(主觀)歷史性	472
b	法律解釋之合憲性	475
二	法律解釋的標的	476
三	法律解釋的目標	478
A	主觀說	478
B	客觀說	482
C	折衷說	487
四	法律解釋的因素	490
A	範圍性因素	491



## 12 法學方法與現代民法

I	文義因素	494
II	歷史因素	502
B	內容性因素	505
I	體系因素	507
II	目的因素	512
C	控制性因素	529
I	合憲性因素	529
D	解釋因素相互間的關係	531
五	經濟觀察法	532
六	結 論	544

## **第六章 法律漏洞及其補充的方法** 547

一	法律漏洞的概念	549
A	法 律	549
B	漏 洞	553
C	法律的漏洞	555
I	不圓滿性	556
a	立法政策上或技術上的缺失	558
b	法內漏洞	561
1	需要評價地予以補充的法律概念之引用	561
2	授權式類推適用	573
(a)	避免煩瑣的重覆規定	573
(b)	避免掛一漏萬的規定；例示規定	579

3	空白規定	579
c	體系違反	582
1	規範矛盾	584
2	價值判斷矛盾	593
(a)	碰撞式價值判斷矛盾	593
(b)	類推適用式價值判斷矛盾	597
(c)	目的性擴張式價值判斷矛盾	600
(d)	目的性限縮式價值判斷矛盾	603
3	準競合式體系違反	605
4	殘缺式體系違反	611
(a)	部份殘缺	611
(b)	全部殘缺	615
5	演變式體系違反	619
II	違反計劃性	623
a	有意義的沈默	623
1	法外空間	624
2	反面解釋	625
b	其他沈默的態樣：自始的無據式體系違反	628
III	結 論	630
二	法律漏洞之發生原因	630
三	法律漏洞的種類	631
A	本文的觀點	631
B	文獻上重要的分類	633
I	認知的 (bewusste) 與無認知的漏洞 (	