

購書請上：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=12013>

法學概論



陳銘祥 著



元照出版

搶先試閱版

元照出版公司

自序

法學概論、法學緒論或是法學大意等科目，往往作為法學的入門課程，在我國已行之有年，且為諸多國家考試類科所必考者，其講授範疇與授課內容之深度，學界已有大致上的共識。本書即本於此等共識，將全書分為三篇，第一篇導論主要在介紹法學入門課程的內容、範疇，並對法學研究的本質、意義、類別，進行初步的介紹，內容涉及諸多法律哲學的部分，本非初習法律者所能了解清楚者，惟為求本書內容之完整，在體例上乃容納進來。在實際教學中，這一部分的内容可以略過不予講授。第二篇本論則是本體部分，一般法學緒論的書籍，即係以此部分内容為主要講授範疇，包括法源、法系、法之分類、法之體系、法之效力、法之適用、法之解釋、法之制裁、法律關係等。第三篇各論則是現行主要法律概述，包含憲法、民法、商事法、刑法、行政法、民事訴訟法、刑事訴訟法。

原本法學入門書籍的範疇應該是謹小慎微，限於講述各類法律共通的原理、原則，如法律不溯及既往、原則從寬、例外從嚴、程序從新等，而不應及於各類法律內容的說明或介紹。惟近十幾二十年來，國家考試法學入門相關類科的考試，出題範圍每每涵蓋各類別法律領域的內容，如憲法、民法概要、刑法概要、商事法概要、行政法概要等等，影響所及，幾乎所有法緒相關教科書也都附有介紹各類法律領域內容的章節。在形勢比人強的情形下，本書不得不隨波逐流，爰增加各類法律概述的部分，以資參酌。第三篇的現行法律各論部分，原則上是將現行各類主要法律的基本內容，依據各該法律的結構、體系，作大致的介紹、說明，其目的非在取代各該法律概要的書籍，如民法概要、刑法概

要、商事法概要等，而是作為參考、佐證之用，但凡本論中所舉例的法律規定以及其所涉及的相關法律關係或制度，讀者可以對照各論中相關法律關係或制度的說明，以求進一步理解。

本書之成，需要感謝的人很多。首先，元照出版公司的編輯同仁們不但辛苦、細心地完成本書的編排工作，還必須忍受作者一再爽約的交稿日期，真是勞苦功高。其次，作者任教的淡江大學在各方面的鼓勵與協助，使作者無後顧之憂，能專注於本書的撰寫，對本書之成，功不可沒。最後，作者要感謝的人是小兒子 Jesse，謝謝兮兮帶給作者無數的歡樂與「無奈」，本書算是補給他的出生禮物。



元照出版

搶先

陳銘祥

謹識

二〇一六年十月十日

目 錄

自 序

第1篇 導論——法學與法學入門課程

第一章 法學之概念	5
壹、法學之意義	6
貳、法學研究之性質與目的	8
第二章 法學之分類	10
壹、法律哲學與現實法學	11
貳、概念法學與法律科學	12
參、概念法學與法律科學區別之重要性	17
第三章 法學研究之主要方法與流派	20
壹、法學研究之主要方法	20
貳、法學研究之主要流派	27

第2篇 本論——法律

第一章 法律之意義與法律之本質	38
壹、法律之意義	38
貳、法律之作用與功能	48
參、法律之本質	49

第二章 法源與法系	53
壹、法 源	53
貳、法 系	66
第三章 法之分類	72
壹、國內法、國際法	74
貳、公法、私法	75
參、任意法、強行法	80
肆、普通法、特別法	84
伍、原則法、例外法	85
陸、實體法、程序法	87
柒、母法、子法	88
捌、固有法、繼受法	89
第四章 法之體系與法之效力	91
壹、法之體系	91
貳、法與實力	95
參、法律之有效性與實效性	96
肆、法律關於時地人之效力	98
伍、法之變動	104
第五章 法之適用	107
壹、法律三段論	107
貳、確定事實之輔助方式	108
參、適用法律之機關	110
肆、適用法律之共通原則	116
伍、適用法律之個別原則	118

第六章 法之解釋	122
壹、有權解釋、無權解釋、權威解釋	123
貳、立法解釋、司法解釋、行政解釋	125
參、文義解釋、論理解釋、其他解釋方法	129
第七章 法之制裁	142
壹、民法上之制裁	143
貳、刑法上之制裁	148
參、行政法上之制裁	151
第八章 法律與其他社會現象	157
壹、法與道德	157
貳、法與習慣	160
參、法與技術	161
肆、法與經濟	163
伍、法與政治	165
第九章 法律關係	168
壹、法律關係之形成	170
貳、法律制度	175
參、權利之觀念	176
肆、義務之觀念	185
伍、行使權利之基本原則	186
陸、權利之主體	188
柒、權利之客體	191
捌、權利義務之變動	193

第3篇 各論——現行主要法律概述

第一章 憲法	200
壹、憲法之意義	200
貳、憲法之理論與憲政發展簡史	201
參、基本人權	203
肆、國家政府之基本組織	209
第二章 民法	225
壹、民法之意義與基本原則	225
貳、民法各篇內容梗概	227
第三章 商事法	245
壹、公司法	245
貳、票據法	247
參、保險法	249
肆、海商法	251
第四章 刑法	254
壹、刑法之基本理論	255
貳、各類犯罪及其形態	262
第五章 行政法	285
壹、行政法之基本原則	286
貳、行政組織	291
參、行政作用	293
肆、行政救濟	295

第六章 民事訴訟法	297
壹、民事訴訟法之立法原則	298
貳、民事訴訟之種類	299
參、民事訴訟法之內容梗概	300
第七章 刑事訴訟法	307
壹、刑事訴訟法之立法原則	307
貳、刑事訴訟法之內容梗概	308
附錄一 中央法規標準法	315
附錄二 法律統一用字表	319



第 1 篇

導論——法學與法學入門課程

第一章 法學之概念

第二章 法學之分類

第三章 法學研究之主要方法與流派



元照出版

搶先試閱版

在我國法學教育發展過程中，有一科專為初習法律或非法律系學生所設計之課程，稱為「法學緒論」、「法學通論」、「法學概論」、「法律學概論」、「法學大意」、「基礎法學」等，屬於以法律為研究對象的一個入門課程，對於法律之概念、內容及其一般之原理原則，加以初步之巡禮、介紹，¹其教學對象集中在初習法律者以及非法律本科系之學子，至於其目的則在於提綱挈領地鋪陳法律基本原理、原則，俾引導初習法律者作更進一步之學習探討。此等法學入門課程乃一門專業課程，並非類同「法律與生活」、「生活中的法律」等通識課程，在教材以及教學方法上，並不強調生活案例之解析，而側重在法律原理、原則之論述。在內容上，法學入門課程原則上兼含基本法律原理、原則和我國現行法律內涵，亦即此等法學入門課程之內容，大部分在探討法律之意義與基本原則、適用法律之原則、法律之體系、制裁、法律關係之內容與效力等。另外有少部分涉及法學之意義與定位、法律思想、法律之本質等問題，性質上屬於法律哲學的部分。

此一科目的名稱，不同學者間容有不同稱呼，姑且不論科目名稱為何，此一法律的入門科目據信源自於十九世紀的德國，其時法律實證主義興盛，針對各類實定法之研究成為當時法學研究、法學教育的重心，對於一般法律原理、原則之論述，極度貧乏，為矯正其弊，其時德國乃有「一般法學」出現，思欲對法律理論部分的匱乏，有所補救。而其內容無非就是個別實定法（如民法、商法、刑法、行政法、民事訴訟法、刑事訴訟法等）所共通的概念與原則，例如權利義務之意義與類別、法律之效力、法律之強制、法律關係等，以及個別實定法的大致上介紹。嗣後，「一般法學」在原有內容上，再加上部分法律哲學之內容，另稱為「法學緒論」。在日本，類似於德國「一般法學」、「法學緒論」的著述，一向稱為「法學通論」，此外又有強調各類實定法介紹的「國法學」。我國

¹ 鄭玉波，法學緒論，八版，三民書局，一九九二年，第1頁。

4 ● 法學概論

法律及法學之發展，受德國、日本影響很大，大陸時期此類著述多半以「法學通論」為名，內容係以介紹各重要法律部門的內容為主，結果往往流於現行法律條文的釋義；後來又產生另一類較重視法律思想與法律基本原理的介紹，稱為「法學緒論」、「法律學概論」。²在國府遷台後，此一法學入門課程沿襲「法學緒論」的名稱與內容，並成為大學法律系的大一必修課程，而以「法學緒論」為名的著述，漸次增加。直到晚近，此一法學入門科目普遍成為多項國家考試類科的應考科目，同時開始有「法學大意」、「基礎法學」等名稱出現。除了法律專業科系必修外，諸多非法律專業的科系也列為必修，以為一般學生法律專業科目的入門課程。

本書取名為「法學概論」，一則要跟前身「法學緒論」一書有所區別，二則因為本書之內容除了法律基本原理、原則外，還包含我國現行主要法律介紹，概論一詞比緒論一詞，範圍來得廣泛一些，似乎較貼切。本書原則上著重在法律基本原理、原則的鋪陳、論述，針對法律之意義、適用、解釋、法律關係等，諸多基礎之法律概念、原理，一一加以介紹、說明，以導引初習法律者一窺法律殿堂之奧妙，並為來日研習法律專業科目，奠定基礎。此等法律之基本原理、原則，對所有類別的實定法原則上皆有適用。另外，針對現行各類主要法律，本書則以相當簡約的方式，大略敘述我國現行主要法律類別內容，如憲法、民法、商事法、刑法、行政法、民事訴訟法、刑事訴訟法等，並說明各自的基本原則與內容梗概。至於法律思想（史）比較偏重法理、法律哲學性質之內容，一般初習法律者多半較不易領會，若欲深入淺出，作一有意義之探索，非浩簡繁篇不足以為功，且往往事倍功半；若簡淺介紹，又宛如隔靴搔癢，意義實在不大。因此，幾經考慮，本書完全予以省略，讀者對這部分有興趣者，可以逕行閱讀相關專書。

² 韓忠謨，法學緒論，五版，自刊，一九七四年，第1-3頁。

第一章

法學之概念

法學（the study of law）以及法律之研究可說是一門沉重的學問，過去中國所謂刑名法術動輒牽動數十、數千條人命，甚至滿門抄斬，而西方文明發展歷程中，濫用法律程序、司法審判之例子，也是歷歷在目。可以說法律實在不是人類文明中很「文明」的一環。另一方面，法律這一領域的事物、工作，又有著獨特的性質、特色，專業、嚴謹的用語，特殊的程序、儀式等，常令門外漢覺得驚訝、好奇，甚至是滿懷憧憬，可以說法律、法學給一般人之感覺是既森嚴又神祕。究其實，法律乃人類社會之一個層面，而法學則是研究法律相關知識，法學之研究在人類知識領域中，到底占據何等角色，居於何種地位，法學研究在本質論、存在論、認識論的屬性，又是如何，此等哲理上問題，無一不牽動著吾人對法學研究的定位、法學知識的追求。從而在真正進入到法律的王國或殿堂之前，先就法律之研究、法學之性質進行一個綜覽式之巡禮，對初次接觸法律者，誠有相當助益。

本篇特別就法學之概念、法學之目的與性質、法學的分類等，進行簡淺的介紹，初習法律者對有關法學研究之概念、性質、目的等問題，當是不甚清楚，此乃自然之事，蓋此等問題涉及諸多哲學、哲理上的爭議與爭論，多少年來在法學界迄無定論，當非初習法律者一時間能夠完全掌握者。然而，對初習法律者而言，藉著對此等哲理上問題的理解與認識，當有助於略窺法學研究之堂奧，了解法學研究的廣度與深度。

法學，一般認為乃以法律為研究對象或研究客體的學問總稱，或是研究關於權利義務之有系統的、一般的、合理的學科。然而，類似這樣的理解並不足以使吾人對法學研究的範疇有較確切的認

識，蓋對法律的意義或範圍，各家學說、法學家的定義、認知容有不同。對於法學的範疇或性質以及法學研究的性質，主要有兩種不同說法。早期之法學家（十九世紀以前）每每從形而上、哲學之立場來研究法律，認為法學之任務在於探討法律之本質是什麼，法律應該有如何之目的或內容。晚期之法學家（十八世紀以後）則從經驗的、實證的科學態度，強調法學研究之使命在於探討法律是什麼，法律對人們有如何之影響、作用。此兩種對法學截然不同的認知，產生了兩種性質、目的迥異的法學概念，強調形而上、哲學之觀點者，稱為法律哲學（legal philosophy）或法理學（jurisprudence），強調經驗、實證之觀點者，稱為現實法學。法律哲學乃以形而上、哲學之立場出發，探求法律之終極、最高理念，藉以究明法律價值判斷之最終標準；現實法學則以經驗、實證之立場出發，探求法律之意義、法律現象之本質，藉以究明法律規範在人類社會中所具有之意義或實際之作用。法學之意義、法學研究之性質與目的等問題，彼此間互相關聯，對法學之意義持特定立場者，對法學研究之性質與目的也會有不同的認知，以下分別針對此等議題，進行說明、介紹。

壹、法學之意義

法學之意義、性質，究係為何，眾說紛紜，有人認為其屬於科學的一部分，認為法學的研究以及法學知識，屬於有組織、有系統的知識，性質上乃科學的一個分支。有學者則持否定看法，認為法學的研究乃在於從事人類社會行為的評價，屬於價值判斷的活動，非在探討事實現象（phenomenon），因此不能和物理、化學等自然科學相提並論，不能稱之為科學。這種衝突的認知，其實是源於對科學的理解、定義不同所致，若吾人認為科學只是任何有系統、有組織地探討或研究特定事物之學問，則法學的研究自然屬於科學的範疇。惟若吾人對科學持著較嚴格的理解，認為只有探討事實現

象、發掘因果法則的研究、活動，才屬於科學者，則傳統探究法律之原則、義理，或是探討實定法內容妥當與否的研究，確實不能稱為科學的一個分支，至多是人文學（the humanities）的一支。

任何學術領域、學門之研究，皆有其基本之本質論（epistemology）立場，而此等立場又決定了該學門是不是有如何之典範（paradigm）。法學的意義，應當源自於法學研究之本質，而歷史上諸多法學家對法學研究之本質其實存有相當不同之認知。早期的看法是法律之本質是社會生活規範，而規範之研究無法離開價值判斷，從而法學研究之本質無非就是價值判斷的過程，價值判斷屬於哲學、倫理學之範疇，不屬於科學。然而，自從實證主義取得社會科學之主流地位後，出現另一種看法，認為法律涉及人類社會或人類社會生活，法律之為用當是在規範人類社會生活，因此法學之研究，其所研究之對象無非是有關法律之社會現象，如法律對人類社會生活之影響、法律之發展、法律規範之存在等，從而法學之研究可以脫離價值判斷，而專注於此等超越價值之客觀現象，因此法學也可以是屬於科學的性質。³前一種看法形成較早，在十九世紀之前，大抵上對法學的理解，就是持著哲學、倫理學的立場，後一種看法之形成必有待於現代國家確立、實證主義盛行後，方有可能出現，時間已在十九世紀。

上述兩種迥然不同的看法以及其應用，同時存在於現今法學界，且由來已久。從哲理的觀點而言，法學之研究確實不能缺少評價、價值判斷的部分，蓋法律規範性質上必定具有價值判斷的成分，此種價值判斷的性質源自於法律之定義（法律的本質為社會生活規範，告訴人們何者當為，何者不當為，所以是當為法則），事實上法律之功能一大半來自於此一價值判斷的性質，離開價值判斷，法律不可能復為法律也。因此，法學性質上有哲學的成分，乃屬必然之事。另外，從實踐的觀點而言，法學研究之目的永遠有實

³ 韓忠謨，法學緒論，第5-6頁。

踐、實用的一環，試圖對人類實際生活有所影響，對人類社會生活中所發生的爭議事件之解決，有所貢獻，類此問題其實就是在研究客觀的現象，例如法律對社會現象之規範作用，法律作為影響人類社會行為的因素，法律的效用、實效等。因此，法學性質上有科學的成分，也是合理的結果。職是之故，吾人認為法學之研究有屬於哲學、倫理學的一面，但也有屬於科學的一面，前者在於對人類社會生活現象，進行評價、從事價值判斷，後者則是對法律規範本身以及法律規範與人類社會，進行科學理論、因果法則之探討或驗證。於今觀之，這兩種截然迥異之本質論立場，併存於法學之研究中，並且彼此居於互補關係，長久以來併行不悖，真可謂為學術發展之奇譚。

貳、法學研究之性質與目的

法學研究之性質與法學研究之目的二者，有著密切的相關性，已如上述。研究目的不同，研究的性質也隨之不同；同樣地，研究的性質不同，研究所能探討的問題、研究目的亦隨之不同。不徒如此，在研究方法上，亦有區別，研究目的、研究性質不同，所能使用或適合使用之研究方法，亦有所不同。當然，這不意味著同一種研究方法只能為一種性質的研究所用，如與研究目的不相違背，同一種研究方法可以適用在不同性質的研究上。

沿襲上述說法，法學研究涉及價值判斷之研究和超越價值判斷之研究兩種，從而吾人不能斬釘截鐵地認定法學研究性質上是科學，或是人文學，應該是二者兼而有之，其屬於涉及價值判斷之部分，性質上屬於哲學或人文學，其屬於超越價值判斷之部分，性質上屬於科學。蓋科學研究的基本立場或態度，乃超越價值，或稱價值盲目，科學的理論概皆屬於因果法則之命題，而因果法則之命題本身無是非對錯可言，牛頓的萬有引力定律就是屬於因果法則之命題，解釋了蘋果向下掉落的事實現象，萬有引力定律並未對蘋果向

下掉落這一事實現象，進行評價其是非對錯，與價值判斷無關，原則上不會因人而異。至於哲學、人文學研究的基本立場或態度，則是在從事價值判斷，評斷特定概念、現象的是非對錯，是否具有特定價值。此種研究的進行，必有賴於事先存在的特定之價值體系，而研究即圍繞在此等價值體系之推論以及其欲評斷的對象概念或現象，研究結果不是描述特定事實現象的因果法則，而是評斷價值、寓意是非對錯的應然面之論斷，如「為政者應大公無私」或「個人自由應優先於群體自由」等陳述，性質上皆係價值判斷的結果，所根據之價值體系不同，判斷的結果亦隨之不同。

進行價值判斷之研究和超越價值判斷之研究二者，在法學的研究皆有之，已如上述。法學研究中屬於價值判斷的部分，其研究目的不是在探討事實現象，而是在從事與法律規範有關之價值判斷，如闡明法律規範哲理上、倫理上之價值，以及法律規範內容的妥適與否等。至於法學研究中不屬於價值判斷的部分，其研究目的是在探討與法律規範有關之事實現象，究明為何會有特定的法律事實現象，特定的法律事實現象是受到何等因素的影響等。二者之研究性質及目的迥異，分別屬於不同類別的法學研究。

購書請上：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=12013>

國家圖書館出版品預行編目資料

法學概論／陳銘祥著．－三版．-- 臺北市：
元照，2020.10
面；公分
ISBN 978-957-511-412-1（平裝）
1.法學
580 109013428



元照出版

搶先試閱版

法學概論

5B018RC

作者 陳銘祥
出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 420 元
專線 (02)2375-6688
傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司
出版年月 2017 年 01 月 初版第 1 刷
2020 年 10 月 三版第 1 刷

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-412-1