

法學概論

劉振鯤 著



元照出版提供 請勿公開散布。

元照出版公司

第壹編 法律學

第一章 導 讀

第一節 前言——為何要瞭解法律

西元 1753 年，一個明朗清新的早晨，在英國牛津大學的一間教室裏，學生們帶著點興奮與焦躁，正期待著他們的英國法課程教授到來，這是牛津大學有史以來第一次開設有關於英國法的課程，在此之前英國的大學向來只有羅馬法的課程，這位教授正是布萊克史東爵士（Sir William Blackstone 1723-1780）¹，後來也成為著名的法官，他在上課時說了以下的話：「...如果各位紳士們，沒有一些關於法律的知識，那麼在人生的任何場合，你都無法適當地保護社會大眾或自己應有的權利。」

在二百多年後的今天，法律知識對於個人的重要性更是有增無減，每個人「從搖籃到墳墓」的過程中，都將直接或間接的與法律發生關聯，因為法律是人人所應遵循的社會生活規範，知道法律，瞭解法律，不僅只是消極的使自己避免違法，更可以積極保障自己的權益。所以法律對於個人的重要性，實不言而喻。

第二節 法治與民主之關係

現代法治國理念下，基於「主權在民」，立法機關之權源係來自民主選舉的授權，立法機關制定「法律」後，行政機關即須「依法行政」，除彰顯國家施政的「民主正當性」，並能落實人民基本權利的保障，社會才能在法治基礎上建立起民有、民治、民享的民主社會，故法治的根本在於民主，而民主的建立在於法治，二者實為一體兩面的關係。如果法治脫離民主，法律就失去全民正義的基礎，則國家就易在獨裁者的恣意下成為壓迫人民的工具。如果民主脫離法治，民主就成為肆無忌憚的放任，則放任下的民主反而成為破壞社會安定的亂源。

其實「民主」一詞，是複雜的法政理論，也是簡單的生活態度，因為民主其實就是「極權」或「霸道」的反義字，民主所追求的是服從多數，尊重少數

¹ 威廉·布萊克史東（Sir William Blackstone 1723-1780），英國法律學者，首開英國大學講授英國法課程之先河，著有「英國法釋義」，流傳甚廣，再版 20 餘次以上。曾擔任英國王座法院（Court of King's Bench）法官及高等民事法院（the Common Pleas）法官。

的和諧。民主也是一種「我雖不同意你的意見，但仍願意維護你說話權利」的包容，所以民主絕不是個人漫無紀律的放任，更不是個人恣意橫行的專制。在現代民主社會中，政府固然要保障人民權利，不能再有封建時代「朕即國家」的獨裁心態。人民也必須遵守法治約束以維護民主，如果個人假民主之名放任作為而侵害他人權利，則此非民主，反而是破壞民主的違法行為，故民主不能脫離法治，亦唯有法治才能保障民主，如此才能使「法律之前人人平等，法律之內人人自由」。惟我國人民法治觀念薄弱，民主素養亦待建立。反應於生活面，則見國人遇事往往人情重於法治，遇權利則爭，有義務則避。反應於政治面，則國會殿堂之內，屢見民代打鬧不休；殿堂之外，時間群眾事件脫法失序，究竟是表達民主，或是遊走違法邊緣，而政府態度或因民粹或因選舉考量而左右不一，徒增國人迷惑與不安。反應於社會面，更見犯罪率逐日增加，犯罪年齡逐日下降，令人深憂不已。論社會治安敗壞之因，當不止一端，溯本探源則在國民的法治教育不足，既不能知法，又怎能守法？故欲建立民主法治的祥和社會，其根本在於法治教育的落實，以期人人都能知法，進而守法。

但是法學浩瀚，法令又多如牛毛，卻並不是每一個人都能窮經皓首的研讀法律，對於法律學者以外的其他人，應該提供他們一種便捷有效的途徑去學習法律，以達到全民知法的理想，而「法學概論」一書正是這把開啟法律學習之門的鑰匙。

第二章 法律概說

學習法律的第一個問題，不免要問到：「法律是什麼？」這個問題正是法律學的中心課題，自古以來，曾有許多學者分別從不同的立場，為這個問題提供許多答案，西元前的希臘哲人柏拉圖（Plato 428-348 B.C.）為此寫下「法律」（Laws）一書，羅馬法學家西塞羅（Cicero 106-43 B.C.）寫下「論法律」（de legibus），孟德斯鳩（Montesquieu 1689-1755）也著書論述「法意」（De l'esprit des lois），當代法理學大師德沃金（Ronald Dworkin）²的名著「法律帝國」（Law's Empire）亦在討論此問題，全書開宗明義於第一章就提出「法律是什麼？」，可見此一問題不僅是法律學最基本的問題，也是最重要的問題，而且這個問題在不同的面向上，可以找到不同層次的答案，並不是簡單的一句話可以圓滿說明。以下我們嘗試從法的語源及法律與其他規範的關係，去勾勒出法律的面貌。

² 羅納德·德沃金（Ronald Dworkin），美國紐約大學法學教授、英國牛津大學法理學教授，當代著名法理學家。其思想與學說對於西方法學、政治、哲學領域均有影響。

第一節 法律的語源

一、我國法律的語源

我國自古以來，法通常是指事物的常理，爾雅釋詁說道：「法，常也。」法同時指禮節，周禮天官就說：「法其禮法也。」法也是指制度，管子曾說：「法者，天下之程式也，萬事之儀表也。」法也是指模範，中庸就說：「君子行而世為天下法。」法既是禮法制度或是模範，對於違法者就須有所處罰，故法也代表刑罰，管子就說：「殺僂禁誅謂之法。」

從法的語源來看，法的古字寫作「灋」，是由「水」「廌」「去」三個字所組成，東漢許慎於說文解字中解釋謂：「灋，刑也，平之如水，從水，廌所以觸不直者去之，從廌去」所謂「廌」，說文解字指其：「獸也，似山牛一角，古者決獄，令觸不直」。「水」代表公平；「廌」通「豸」，性忠直，為喜善厭惡之異獸，代表懲罰；「去」代表去邪扶正。換言之，法就是對於不守禮法制度之人施以公正的刑罰。

律者就是法，爾雅釋詁也說道：「律，常也。」與法同義，故「法」「律」是互通的同義字，依據史記李斯傳的記載，直到秦二世用趙高，申法令，始「更為法律」，秦漢以後法律才成為通用的名詞。法學亦稱為律學，漢朝以後講授法律學已蔚成風氣，唐朝大詩人白居易任刑部尚書時，尚曾奏請「懸法學為上科」以招攬人材。

二、西方法律的語源

法律在西方語源中與拉丁文密切相關，拉丁文中的 *Jus* 原是指羅馬人在法庭上必須發誓說真話，後來羅馬法就以 *Jus* 代表一種理想或自然法。其後羅馬法中如國王制定、民眾大會立法、平民會議決議、元老院決議等制定法漸增，中世紀後羅馬人就以拉丁文 *Lex* 代表人為制定的一切行為規範。*Jus* 與 *Lex* 不同，*Jus* 指抽象或實質意義的法，含有公平、正義、權利等意義，例如自然法。*Lex* 指人為具體確定並有立法形式的法，例如羅馬王政時期³國王制定的法律，或共和國時期立法機構通過的法律。十七世紀時，*Lex* 取代 *Jus* 成為一般性的法律名稱，逐漸被融入英文的語彙中成為大家熟知的 *Law*—法律。*Law* 一字在英語中指規則 (*rule*)，並不含權利、公平、正義等意義，*Jus* 則引伸成為 *Right*—

³ 古羅馬歷史的發展可分為三個時期，最初是王政時期 (B.C.753- 509) 又稱羅馬王國，是羅馬從原始社會的公社制度走向國家的過渡時期。羅馬王政時期結束後，進入羅馬共和國時期 (B.C. 510-27)，國家最高執政機構是公民大會，實際政權操在執政官手中。至屋大維統治後，羅馬進入帝國時期 (B. C.27-A.D. 476)。

權利⁴，Jus 又衍生出 Jurisprudence 一字，通常是指法律學或法理學，其本義是法律的知識（Knowledge of Law）。

第二節 法律與宗教

一、畏天敬神

在法律發展史上，宗教對於法律有極深的影響，當人類走出野蠻時代，開始建立群體社會生活，雖然人類可以戰勝野獸，但卻未能走出對於大自然的恐懼，日蝕、閃電、洪水、地震、暴風雨...等現象，都使人類畏懼於不可知的神秘，因此畏天敬神，祈求平安，祈福過程逐次儀式化而漸成宗教，宗教就成為群體中安定人心與約束行為的力量，因此早期的法律就帶著神意與宗教的色彩，故世界各民族文明發展初期的法律，都不可避免的須要假託神授或依附宗教，法律也往往被祭司或神官（Pontifices）所掌控。

二、漢摩拉比法典

漢摩拉比法典是法由神授的典型代表，1901年12月至1902年1月，一支法國考古隊在今日伊朗西南部的蘇薩古城遺跡，挖掘出斷裂為三塊的石柱，上面刻滿楔形文字，這是西元前十二世紀伊蘭人（Elam）進攻巴比倫掠奪的戰利品之一，這個石柱就是歷史上著名的漢摩拉比法典（Code of Hammurabi）。漢摩拉比是巴比倫⁵第六任國王（統治期間西元前1792-1750），於西元前1760年頒布的這部法典，過去曾被認為是世界第一部的成文法律，雖然陸續出土的文物顯示在美索不達米亞文明中，還有更為古老的法典，但是漢摩拉比法典仍然是最完整且最有系統的司法規章彙編，在法律發展史上仍有其固有的地位。漢摩拉比法典並未展現巴比倫法律制度的全貌，但證實當時已有成文法治國家的存在，法典規定禁止家族或私人復仇，總體上已經超過部落習慣的層次。

法典是刻在一塊高達2.25公尺的黑色玄武石柱的前後兩面，石柱上端就刻著有浮雕，右側是太陽神夏瑪希端坐於寶座上，把象徵國王權威與無上至尊的權杖與環，授與左邊恭敬站立的漢摩拉比王。法典共有序言、本文、結語三大

⁴ 歐洲的語言中，法律多為權利之同義詞，如德語的 Recht、法語的 Droit，英語的法律（law）與權利（Right）雖有區別，但權利以法律為基礎。

⁵ 巴比倫王朝（即今日伊拉克）第六任國王漢摩拉比，於西元前1760年頒布的法典，全文刻在一塊黑色玄武岩石柱上，石柱高2.25公尺，底部圓周1.9公尺，頂部圓周1.65公尺，正面浮雕高0.65公尺，前後以密布的楔形文字撰刻共282條法律，其中一部分已磨損，內容廣泛，有如一部巴比倫時代的百科全書，目前原物存於法國羅浮宮博物館。

部分，序言與結語都顯示權力來自神授，如序言中寫道：「我在此地創立法律和公正，在此時我使人類幸福。」

本文共有 282 條，內容廣泛，約可分為民法、刑法、經濟法、婚姻法、繼承法、兵役法等，法典中第 196 條規定：「如果有人損壞他人的眼睛時，人們必須將此人的眼睛損壞。」及法典中第 197 條規定：「如果有人折斷他人的骨頭時，人們必須將此人的骨頭折斷。」這就是聖經中著名「以眼還眼，以牙還牙」的來源。

法典第 2 條規定：「如果有人控告他人施行巫術，但無法加以證明，被控告者要走向大河，跳入河裡。如果大河制服了他，控告他的人便擁有他的房屋。但，如果大河洗清了這個人，且讓他完好的從河中出來，控告他施行巫術的人將被處死，跳入河裡的人將可取得控告者的房屋。」此即所謂神裁法（Ordeal）或稱「河神判決」，更明顯表現出「神意法」不符理性的特點。

三、摩奴法典

摩奴法典（Laws of Manu）則說明了法律依附宗教的現象，摩奴法典是古印度的婆羅門教經典，作成的確實年代已不可考，大約在西元前二世紀至公元二世紀之間，其內容是婆羅門教祭司根據吠陀經典與累世傳承的習慣所編成，主要目的是為維護印度的種姓制度。摩奴者，相傳是大神梵天之子，法典全文分為 12 卷，各卷由數十句到數百多句不等的簡短文句所組成。法典一開始就說道：「摩奴靜坐凝思，眾大仙走近前來，對他敬謹施禮後，聲言：尊者啊，請如實依次將關於一切原始種姓和雜種種姓的法律，惠予宣告給我們。」

法典內容中夾雜有神話、宗教教律、道德規範、生活規範、對國王的政務指導及法律等事項。在第 1 卷「創造」中就敘述著關於神創造宇宙與種性起源的神話，例如「他創造了時間和時間的劃分、星宿、行星、江河、海洋、山岳、平原、起伏地勢。」、「當時，為了繁衍人類，他從自己的口、臂、腿、足創造了婆羅門、剎帝利、吠舍和首陀羅。」

法典 12 卷中有兩卷關於法律的規定，分別為第 8 卷「法官的任務、民法與刑法」、第 9 卷「民法與刑法」，可見民法與刑法已有區分，如「損壞人家財產者，無論有意無意，應該賠償，並向國王繳付與損害相等的罰金」，此規定類似於現行民法的侵權行為（參照民法 184）。又如「在物主面前，強取物品是搶奪；物主不在時，是偷竊，接受人家東西後不承認者也是盜竊。」此規定類似於現行刑法的搶奪罪（參照刑法 325）、竊盜罪（參照刑法 320）及侵占罪（參照刑法 335）。

國家圖書館出版品預行編目資料

法學概論／劉振鯤著．-- 二十五版．--
臺北市：劉振鯤出版：元照總經銷，
2018.09
面；公分
ISBN 978-957-43-5945-5（平裝）
1. 法學
580 107015257

法學概論

5C001PY

作者 劉振鯤
總經銷 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 350 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 9 月 二十四版第 1 刷
2018 年 9 月 二十五版第 1 刷

著作權所有・侵害必究

ISBN 978-957-43-5945-5