

第二章 有關法的基本概念

壹、法、道德、習俗

規制人共同生活的，謂之規範。規範對於人爲要求，亦即命令人當如何。規範的內容是一種「應當」。因此，規制人之規範稱之爲「當爲規範」⁵。當爲規範分爲三種：法、道德及習俗，或稱法規範、道德規範及習俗規範⁶。那麼法是什麼，它與道德及習俗如何區隔？

道德或道德規範（又稱之爲倫理或倫理規範），固然是以人爲規制對象，但卻是以人之內部應有之心態做爲規制的標的，亦即針對人之內心爲要求⁷。人之內心首先服從道德規範，進而依此而爲外部行爲。因此，道德規範是經由對於人之內心爲規制，而達到影響人之外部行爲的目的。

道德規範分爲四種：

(1)個人良心所認知之個人應遵守之規範⁸。由於每人不同，因此，此種個人良知所認知的規範會發生差異。

⁵ 「當爲規範」在德文爲「Sollensnorm」，「Sollen」在德文應譯爲「應當」或「當爲」。

⁶ 「道德」在德文爲「Moral」或「Sittlichkeit」或「Ethik」。習俗在德文爲「Sitte」。

⁷ Paul Bockelmann, Einführung in das Recht, München 1975, S. 25; Arthur Faller, Einführung in die Rechtslehre, Regensburg 1980, S. 33.

⁸ Faller (Anm. 7), S. 44.

8 法學方法

例3

有些人在內心上，認為不應使用武器結束他人生命，或對於不仁不義之政府，應起來反抗（反抗權）。

(2)人在特定群體中，就特定生活關係所應遵守的規範⁹。此種群體有大有小，且有不同性質。

例4

在商業之交易活動中之誠信原則，公務員對國家之忠誠，尊重老師。

(3)所有的人不論在何種生活群體中，都必須遵守的規範¹⁰，亦即所有人都必須遵守的規範。

例5

人享有人性尊嚴，人享有生命權、言論自由、居住自由以及其他的人之基本權利。

(4)宗教規範以及基於特定世界觀而生的規範¹¹。

例6

基督教教義、回教教義、共產主義等。

⁹ Faller (Anm. 7), S. 44.

¹⁰ Faller (Anm. 7), S. 45.

¹¹ Faller (Anm. 7), S. 45.

道德規範是以人的內心做為規範的標的，而人的內心是否遵從，是無法以強制方法來落實的。因此，道德規範本身也不可能設置一些強制的方法，來促其被遵守。

習俗是指經由慣常的行為而產生的規範，亦即因相沿成習而形成的規範。例如：參加婚禮致送禮金，搭電扶梯時往右站。習俗的形成，也許是基於實際的需求，也許是基於某一種的認知，也許是基於某一理性的判斷，也許是基於某些非理性的因素。當然，習俗會隨著時間或地區的不同，而有不同。

習俗本身未被遵行時，相關群體的人會採取一些反制的行為，諸如：拒絕往來、批評等等。

「法」所指為何？若我們僅著眼於在一個國家中所存在的規範，則可以認為「法」是指以建構共同生活秩序為目的，並以國家的強制機制促其落實的規範¹²。此項意義說明如下：

(1)法是基於人的意志而產生的，亦即由人所制定的。法的目的在於建構人的共同生活。析言之，法是針對人之不同生活領域中應存在之關係為何，先有一個構想，然後依此構想，針對人之行為來規制，即要求其應為之行為。換言之，透過對人之行為的要求，而達到實現特定生活領域應有秩序之目的。法是人之行為的準則。當然，人與人之間對於行為是否適當發生質疑時，也是以法做為判斷的標準。換言之，法是爭議解決的標準。

(2)法雖然告訴人們當為之行為為何，但也同時針對違法行為，規定了制裁或其他不利後果。利用此種制裁機制，來

¹² Horn (Anm. 4), S. 3.

10 法學方法

給予人們壓力，促其揚棄違法行爲，來達到落實法的目的。另一方面，法也規制了一些強制執行的機制，以強制手段，來落實法所要求的結果。制裁及強制執行是法本身所設置之強制機制，用來促使法被遵行。而這些強制機制則是由特定的國家機關爲之。

(3)法、道德及習俗，皆是當爲規範，亦即告訴人何者爲「應當」。但是，法與習俗皆以人的外部行爲做爲規制的內涵，亦即，指出何種行爲是當爲的行爲。但是，法與習俗的差別，在於前者附有由國家機關來執行的強制機制，後者則沒有相同性質的強制機制。對於違反習俗的行爲，不會由國家機關出面施以制裁或採取強制措施。對於違反習俗的行爲，充其量只能由其他人予於譴責，或者採取其他方法施以某種程度的壓力。道德也是當爲規範，但道德規範是對於人之內部心態爲要求，因此，對於違反道德規範之心態，並無強制機制存在的可能。

綜合以上所述可知，由規範是否附有由國家爲執行的強制機制，可以區隔出法與習俗，而由規範是否以人之外部行爲做爲規制的內涵，可以區隔出法與道德。

有些主張認爲，「法」必須與正當性的理念掛鉤，亦即法必須具有正當性¹³。若採用此種主張，則前述法的意義，應調整如下：所謂法，是指以建構共同生活秩序爲目的，並以國家強制機制促其落實之具有正當性的規範¹⁴。若採用此

¹³ 德文中常以「richtig」或「gerecht」等詞，來指正當性。參見：Oscar Adolf Germann, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Bern 1975, S. 21; Bockelmann (Anm. 7), S. 32.

¹⁴ 例如：Faller (Anm. 7), S. 45.

種意義，則凡是不具有正當性的規範，皆不具有「法」的性質。所謂「具有正當性」是指法以自然法為基礎，並進一步具體化自然法。換言之，法之內涵應符合自然法的原則¹⁵。

前述兩個意義應採用何者，是個人的認知問題。本書認為規範必須具有正當性，才具有法的性質。

前述法的意義是著眼於國內法而生。因此，它僅能涵蓋國內法，而不及於國際法。國際法在本質上是否為「法」，在早期（二十世紀初之前）頗有爭議，但在今日，國際法具有法的性質，已無爭議。若要把國際法納入「法」所涵蓋的範疇，則前述法的意義應予調整。析言之，前述所稱之「強制機制」，不是僅指各國國內法上由國內法所設相關機關所採取之制裁及強制執行手段，而是兼及國際社會中各國對於違反國際法之行為所採用之制裁及強制執行的手段¹⁶。質言之，所謂之「強制機制」是兼指國內法及國際法中之促使規定被遵行的手段。

如上所述，法與道德及習俗是可以區隔的。但是道德及習俗亦可以進入法而成為其內容。但道德成為法的內容後，道德仍然繼續存在，亦即，道德不因被納入法而喪失本身的存在。此時，法規範具有道德規範的色彩；反之，有些法規範與道德規範無關，亦即不具有道德規範的色彩。

¹⁵ Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin/New York 1976, S. 177. 此外，參見本書，頁64。

¹⁶ 如：戰爭、報復，參見：黃異，*國際法*，臺北，2002，再版，頁187及189。