

法學大意



法學大意

陳滄海 著

 學富文化事業有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法學大意 / 陳滄海 著.

--初版 -- 臺北市：學富文化, 2007. 08

面： 公分

ISBN 978-986-83578-3-9 (平裝)

1. 法學

580

96015048

初版一刷 2007 年 8 月

初版二刷 2008 年 9 月

法學大意

作 者 陳滄海

編輯校對 呂國麗

發行人 于雪祥

發行所 學富文化事業有限公司

地 址 台北市大安區 106 新生南路三段 60 巷 9 號

電 話 02-23620918

傳 真 02-23622701

E - M A I L proedp@ms34.hinet.net

法律顧問 宇州國際法律事務所 廖正多律師

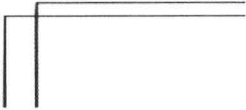
印 刷 上穀印刷有限公司

定 價 450 元(不含運費)

ISBN: 978-986-83578-3-9

本書如有缺頁、破損、裝訂錯誤，請寄回更換

版權所有◎翻（影）印必究



作者序



法律是民主法治國家運作的準則，也是現代國民應行具備的基本知能。法律之良窳影響人民生活至深且鉅，小自個人家庭事務，大至國家治理發展，均須依循一定的法律規範，才能使政府權力有所節制，社會正義得以伸張，人民權益獲得保障，進而提升生活品質，促使社會和諧，增進文明進化。

然而，不可否認地，由於我國民主發展進程為時甚短，國人的法律知識尚嫌不足，此以作者多年在大學講授憲法、行政法與法學緒論等課程的經驗，更能深刻感受現今大學生對於法律知識的忽視與欠缺。而一般人民對於事務之處理，若非人情重於法理，就是盲目服從權威，致常錯失爭取自身權益之時機，尤其整體社會對於法治觀念的扭曲，使得許多人視法律為權力運作的工具，忽略了法律在於規範權力與保障人權的本義，導致民主法治發展受到阻滯，甚而妨害社會之安定。

有鑑於此，儘管目前坊間法學緒論用書為數不少，筆者仍覺尚有必要繼續以不同的思維，從不同的方式，用不同的案例，介紹基礎的法律觀念，以提升國人法律素養，適蒙學富出版社發行人于雪祥先生亦有感於推廣法學之重要，終能促成本書之出版。

本書的內容與目的，有下列幾項特點：

- 一、兼顧教學與考試之需要：筆者在構思本書時，即設定作為大專院校相關科系修習基礎法學與通識法學教育之用書；同時適用於國家考試相關科目的基本參考書，相信對於學生或考生，若能深入理解，對其學習與考試，必然有重大之幫助。
- 二、結合法理與案例之大成：本書之撰寫，除了涵蓋基礎的法學理論、法理原則，以及實徵的法律條文內容之介紹外，更引

用甚多實際發生之案例，並以專欄之方式呈現在內文相關位置，使讀者能與法學概念或規範條文相對照，以提升學習興趣，強化學習效果。

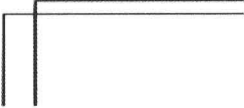
三、具備內容與資訊之完整：本書共分兩大部分，第一部分為一般法學的基本知識，包括法律基本內涵、權利義務概念、法律的分類、解釋、適用與法律的效力與制裁等。第二部分為個別實定法律之介紹，包括憲法、民法、刑法等。其中相關法律條文，均配合法律之修正，呈現最新條文內容，例如結婚要件之變革，以及消費者清償條例等，均有最新資訊之介紹。

四、提供考題與答案之解析：本書附錄附有 5 種國家考試法學大意的測驗試題，不但提供正確答案，更特別深入解析每一題之解題方向與依據，甚至包括每一答案選項的分析，考生若能深入閱讀，當能節省參與國家考試的準備時間，並有助於整體概念的理解與答題技巧。

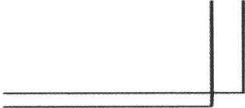
本書之能如期付梓，要特別感謝呂國麗小姐辛勤的整理資料、細心打校與編纂，使本書不論內容與編排，均有令人耳目一新的感覺，感謝國麗！

陳滄海

96.7.31.



目錄



第一章 法學之基本概念 1

- 第一節 為何要有法律 1
- 第二節 何謂法律 3
- 第三節 法律之權利關係 5
- 第四節 法律之義務關係 14
- 第五節 法律與其他社會規範 16

第二章 法律之淵源 19

- 第一節 法律淵源之概念 19
- 第二節 直接法源 21
- 第三節 間接法源 29

第三章 法系之發展與內涵 33

- 第一節 法系之意義 33
- 第二節 英美法系 34
- 第三節 大陸法系 35
- 第四節 其他法系 37

第四章 法律之分類 41

- 第一節 法律分類之概念 41
- 第二節 依法律行使範圍分類 41

- 第三節 依法律內容性質分類 44
- 第四節 依法律適用原則之分類 47
- 第五節 依法律適用程度分類 53
- 第六節 法律來源從屬關係 55

第五章 法律之適用與解釋 57

- 第一節 機關適用法律之原則 57
- 第二節 適用法律之方法論 61
- 第三節 法律之解釋 63

第六章 法律之制定、修正與廢止 70

- 第一節 法律之制定 70
- 第二節 法案之公布與施行 78
- 第三節 法律之修正與廢止 80

第七章 法律之效力 85

- 第一節 法律效力之理論 85
- 第二節 法律關於時之效力 87
- 第三節 法律關於人與地之效力 89

第八章 法律之制裁 91

- 第一節 法律制裁之意涵 91
- 第二節 公力制裁 92
- 第三節 私力制裁 106

第九章 憲法概要 110

- 第一節 憲法之基本內涵 110

第二節	人權之理念與內容	112
第三節	政府體制	116
第四節	憲政改革	122

第十章 民法概要 124

第一節	總則	124
第二節	債編	130
第三節	物權編	147
第四節	親屬編	150
第五節	繼承編	171

第十一章 刑法概要 181

第一節	概說	181
第二節	刑罰之基本原則	184
第三節	刑罰的效力與責任	187
第四節	犯罪之型態	192
第五節	刑罰之性質與內容	195
第六節	刑罰之適用	199
第七節	保安處分	201

第十二章 行政法概要 205

第一節	行政法的意義	205
第二節	行政法的法理原則	206
第三節	行政組織	208
第四節	行政作用法	213

第十三章 訴訟法概要 219

第一節	概述	219
-----	----	-----

第二節	民事訴訟	223
第三節	刑事訴訟	228
第四節	行政救濟與行政訴訟	237

第十四章 生活與權益性法律 242

第一節	著作權法	242
第二節	消費者保護法	253
第三節	家庭暴力防治法	262
第四節	消費者債務清償條例	273

第十五章 性別平等法律 281

第一節	性別平等之重要性	281
第二節	兩性工作平等法	282
第三節	性別平等教育法	286
第四節	性騷擾防治法	292

附錄一	96 年公務人員初等考試：一般行政	297
附錄二	96 年公務人員初等考試：人事／經建行政	309
附錄三	95 年特種考試地方政府公務人員考試	321
附錄四	95 年公務人員特種考試原住民考試	335
附錄五	95 年公務人員初等考試	348

參考書目 361

索引 363

圖目錄

- 圖 1-1 法律規範之關係圖 3
- 圖 1-2 法人之種類圖 10
- 圖 2-1 法律規範位階圖 28
- 圖 4-1 當代法律系統圖 42
- 圖 4-2 當代法律分類圖 43
- 圖 5-1 構成要件與法律效果示意圖 62
- 圖 10-1 內部授權之代理授與示意圖 132
- 圖 10-2 外部授權之代理授與示意圖 133
- 圖 10-3 侵權行為示意圖 138
- 圖 10-4 親屬親等關係示意圖 154
- 圖 10-5 結婚之無效及撤銷示意圖 158
- 圖 10-6 第 1 順位繼承示意圖 172
- 圖 10-7 代位繼承示意圖 172
- 圖 10-8 第 2 順位繼承示意圖 173
- 圖 10-9 第 3 順位繼承示意圖 173
- 圖 10-10 第 4 順位繼承示意圖 174
- 圖 11-1 主刑與從刑分類圖 196
- 圖 12-1 行政作用示意圖 213
- 圖 13-1 我國司法機關組織系統圖 221

表目錄

表 2-1	法源概念表	20
表 4-1	普通法與特別法之相對性原則例示表	50
表 5-1	三段論法例示表	61
表 8-1	法律制裁區分表	92
表 10-1	物權與債權區分表	148
表 11-1	本國人民在國外犯罪適用刑法例示表	188
表 11-2	刑罰與保安處分之內容比較表	204
表 12-1	機關與單位之區分表	209
表 12-2	行政處分例示表	214
表 14-1	各類保護令之區分表	269
表 15-1	促進工作平等要義表	285

第一章

法學之基本概念

第一節 為何要有法律

一、人類需要法律維持秩序

在原始社會中，人與人之間並無太多人爲的規範，而是根據自然的生活法則。例如，爲了傳宗接代，而有男女的結合；爲了生存，而須群居以禦天敵，這就是所謂的自然法狀態。其時，人們並無法制的觀念，而係根據習慣或祖先傳承下來的模式生活。早在古希臘時代，就有思想家提出，真正公民平等的社會，應是屬於自然狀態下的社會，他們依據自然法則及人類天生的理性，和平共存。

然而，原始社會也需要有階層性的組織以及家長式的統治，以維持社會秩序。因爲，人類是群居的動物，當聚居到相當人數時，自然形成聚落，此時，若無相當的管理，就容易產生脫序的現象。雖然人類本質有理性的天性，但也有自利、敵意、野蠻、侵略的特性，如果每個人都堅稱自己有自然的「權利」，而去侵犯他人，社會就容易陷入混亂的狀態。

爲了確保和平與秩序，人們之間不論有形或默許的方式，逐漸會形成一種約定。根據霍布斯（T. Hobbes 1588-1679）的說法，在自然狀態下，每個人同意把人類本有的權利轉讓給一個人、一群人、或一個組織，以維持社會秩序與人類和平，這就是所謂的「社會契約說」。

霍氏認爲，爲使主權者充分的履行其職能，人們既簽訂契約賦予主權者權力，主權者便應該是至高無上的，不受法律約束，換言之，主權者有絕對的權力，形成專制獨裁亦無所不可。斯賓諾莎（Spinoza, 1632-1677），大致承續了霍布斯的觀點，他宣稱人生活在自然統治時，總是因仇恨、忌妒而引起戰爭和混亂，爲了避免悲慘的後果，人們內在的理性驅使他們放棄的自然原則，就是自然法。康德從科學的理論

系統分析，將人類權力分成自然權利和實在的權利；自然的權利以先驗的純粹理性原則為根據，實在的法律的權利是由立法者的意志所規定的。因此自然法與實定法是有其基本區別，但兩者並非必然具排斥性。社會的根本結構和自然秩序是在公平和尊重人性的基礎之上，因此，為了結合社會的人的自然權利範圍，必須盡可能以作為最好統治基礎的自然法則為依據，個人必須服從統治，對於結合成社會的人來說，是最有利的自然秩序，同時也是實定法的自然狀態，並用一種和平、理性的方式，依契約組成國家、建立政府，以維持社會秩序，確保人的生命安全。

二、國家需要法律規範權力

近代憲政理論受到洛克(J. Locke. 1689-1755)與孟德斯鳩(Charles Louis Montesquieu. 1689-1775)的影響頗深，而這兩位均為自然法學派的思想家。自洛克以降，自然法學派的主要論點傾向於預防政府違反自然法的有效措施，法律因此被認為是一種防止獨裁與專制的工具，其目的則在於求得之「自由」。洛克特別強調人人生而平等、獨立，任何人不得侵害他人的生命、健康、自由或所有權，洛克與霍布斯所不同的，霍氏以為人們既已簽訂契約將權利讓渡給特定人，縱其以獨裁統治的方式，亦應遵從。洛克反對君主專制的政府型態，主張有限權利的政府。孟德斯鳩對洛克的法律哲學提供了必要的補充，他的論點是，法律是由事物的性質產生出來的必然關係(Necessary Relations)，這些構成法律基礎的必然關係取決於政治、宗教、人性、歷史等不同的因素。由於一切有權利的人都容易濫權，權利愈大，濫權愈烈，為了防止濫權，相對的就必須約束權力，孟氏基此理論創設三權分立學說，認為最可靠的政府是行政、立法、司法三權分立而制衡的形式，經由這種分權方法，以達防止過分擴張和專橫地行使政府權力。洛克的自然法理論與孟德斯鳩分權原則的結合，形成了美國憲政的哲學基礎；洛克的自然權力說及其人民有權反抗政府壓迫的正當權利的理論構成了「獨立宣言」(Declaration of Independencen)的藍圖，孟式的三權分立清楚體現在美國聯邦憲法的體制中。

自然法學說的契約說，由社會契約說發展到國家契約說，形成國家的基礎法，及國家乃依自由的國民之契約組織形成，此契約即為國

家基礎。成文憲法為國家的契約之根本思想的觀念，在十七、八世紀逐漸形成，憲法的根本性與最高性，也為人們所共識。華達爾（De Vattel, *Le droit des gens*）對於憲法與普通法，區分得最為明白，他說：立法權者沒有變更基礎法及憲法的能力，國民除了明示授立法權者予變更憲法的權利之外，憲法對於立法權者為神聖不可侵犯，國民先制定憲法，而後委任立法，形成憲法與法律的系統性。

從以上法律體系思想發展之脈絡，不難理解人類之所以建立法律秩序，國家之所以需要制定法律，究其根源，乃為求得和平與秩序，以使人類永續生存。

第二節 何謂法律

人類是群居性的動物，有了群體生活，便形成社會，有了社會國家，則形成秩序，為了秩序，便必須有所規範。因此，人、社會、法律，便成人類文明生活的重要元素。

這就是所指「有人，斯有社會，有社會，斯有法律」的邏輯，反面而言，及形成「有法律，斯成社會，有社會，斯屬人類。」，三者彼之間，構成一個綿密的系統。

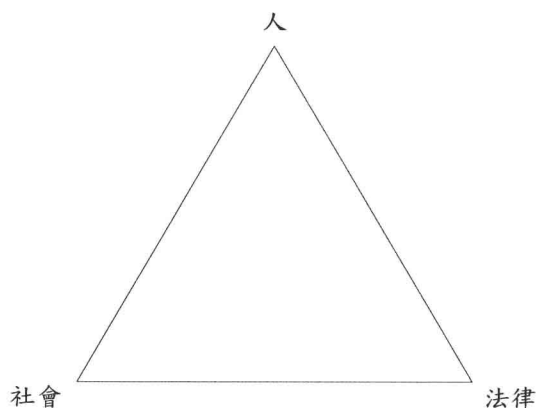


圖 1-1 法律規範之關係圖

進而言之，法律的意義，尚可有下列各種面向的思考。

一、法律之目的意義

法律的首要目的是爲了維持社會的基本秩序。在人類社會中，爲了生存，人們常易產生爭奪權利的紛爭，譬如爲了遺產，造成兄弟鬩牆，爲了錢財利益，而以詐欺的手段行騙。又如，人倫之間的關係，如果沒有家庭規範，則易形成道德淪喪，社會失序的困境，因此，爲了維持秩序，而須以法律規範之。一般而言，社會秩序有三個面向：人倫秩序，包括婚姻、家庭、財產與人際關係等；經濟秩序，則包括買賣、契約、所有權等行爲；政治秩序，包括政府權力，如對人們犯罪之防治與刑罰爲規範。

關於自由層面，依據天賦人權的倫理，人類生而是自由平等的，任何人都不能侵犯他人，如果不經約束，則極易侵犯他人的權利，例如，人生而有言論自由，可是不當的言論，就會涉及對他人的侮辱、謾罵等問題，又如古代社會，常因私人恩怨而尋仇私了，數年前，花蓮即曾發生因車禍而動用私刑，造成受害者死亡的案例。凡此都影響到他人的自由，因此究竟自由的界限爲何？侵犯他人自由應該如何處罰，都應有法律的規範，否則，社會就形同瓦解了。

還有人類因爲自私的天性，每個人都會因爲觀念，思想的不同而產生大大小小的紛爭。例如，因爲買賣價格談不攏而爭議，或因族群之間的生活習慣而械鬥，乃至國家之間的戰爭，均須有一定的法律規範，以消弭紛爭，維護社會的和平。

二、法律之實際意義

從實際意義而言，法律是人類生活的規範。在大自然環境的天體運行，風雨雷電的形成，以及山川河流的變化，都有其一定的自然法則，而不必訂定規範。然而，人類社會與自然社會不同，因爲人類思想的多元性與多變性，造成在社會生活中有千變萬化的形式與作法，例如婚姻與家庭關係，中國古代的一夫多妻，以及家庭的男尊女卑，對於現代的社會而言，卻是一種不平等的觀念。爲了讓這些人際關係更合乎平等與人性，因而必須經由法律，規定一夫一妻與性別平等，於是，便有重婚罪及男生、女生均有同等繼承權的法律規定。

三、法律之形式意義

從形式意義而言，法律須經一定程序，且具有強制力。所謂形式意義是指法律必須經過一定程序，才能成為法律，依據我國憲法第 170 條規定：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」不過，這是指狹義的「法律」意義，另有廣義的法律概念，則包括憲法、法律與命令等，只要具有規範性，均可稱為法律，也就是俗稱的「法規」之概念。

四、法律之規範意義

從性質而言，法律具有強制性。社會規範有多種，從國家的角度而言，有些社會規範具有任意性，國家並不強制限制，例如，宗教、道德之對信仰者的約束，只要有不違背善良風俗，國家原則上採取放任政策，而不予介入。但是，有些社會規範則具有強制性，例如，違反交通規則，法律有明文規定處罰，警察即可取締，並施以罰責；又如，為保護古蹟，縱使祖傳的私人財產，一旦被列入古蹟，就必須受到相關法律的約束，私人不可任意使用、處分其財產，這些都是強制性的社會規範。

第三節 法律之權利關係

一、權利

法律最重要的一個概念，就是「權利」，法律規範的主要目的也就是在確保人的權利，如果沒有權利的概念，就不必有法律的存在。因此，法學家乃謂：「法學是研究權利之學」，而拉丁文的「法律」就是 *ius*，它同時也有權利的意義，顯見，權利就是法律思想的核心。

二、權利之性質

權利是法學中最重要的概念之一，乃無庸置疑，但是關於權利的性質與內涵為何，法學界並無定論，其最重要的理論，有「意思說」、「利益說」與「法力說」等三種學說。

（一）意思說

「意思說」認為權利的本質，在於意思之自由支配之謂，即權利的基礎在於個人意思的自由創設，或個人所欲支配的範圍，如果失去人類

意思的自由，則「權利」便不復存在，也就是「無意思即無權利」。

意思說其實是天賦人權下的一種產物，它主張權利先於法律而存在，因此，將個人主觀意思的表達與實行能力作為權利的基礎面向。雖然在某種情況下，的確如此，但此說不免有所偏頗，例如，胎兒雖無表意之能力，但仍可擁有權利，而權利的擁有與否，也未必一定要有意思之表示，例如人格權，只要是人，就有基本的人性尊嚴，均應受到尊重，故意思說甚難完整地代表權利的性質。

（二）利益說

「利益說」認為權利是為了保護法律上的合法利益。此一學說是從客觀的法律面向思考，主張法律所保護的利益，就是人民的權利。利益說強調法律所保護之「利益」，即是權利，具有糾正意思說過於注重權利主體傾向於主觀意思的缺點，但似乎忽略了法律所欲保護的利益範圍十分廣泛，並不是每一種法律所保護的利益，都屬於個人所應享有的「權利」，例如法律保護高科技產業，而設有許多免稅的優惠措施，其目的並不是著眼於這些企業主本身擁有關稅優惠的「權利」，而是基於國家經濟發展的需要所形成的政策。另一方面，法律有時對某種利益設有保護規定，但並非為保護當事人的權利，而是為了整體施政考量，部分居民可能因此政策而在無形中獲得利益，此種利益稱為「反射利益」而非可以要求的「權利」。例如，食品衛生管理法對於不合格的食品訂有處罰規定，其目的並不是賦予個人有直接請求他人為一定作為或不作為的權利，而是基於保護國民健康的整體考量；同樣地，因拓寬馬路，而促成地價上漲，馬路兩旁的居民因而獲利，這些都是一種反射利益，而不是個人權利。質言之，反射利益並非人民當然所得主張者，僅因法律規定而產生的效果，從而使某些人享受其利益，此種利益的產生是一種反射的效果，而非個人所可主張的權利。

（三）法力說

「法力說」認為權利是法律經由制度規範，以保護特定人享有一定的權利之謂。在此前提下，權利可謂是法律所承認而應予保護人民的合法利益，如果法益無法獲得滿足時，國家可用強制力保護人民權