

最新版 NEW EDITION

大力 推薦

具優質師資、最新考情內容的
絕佳輔助教材/參考書

專業科目

教材式系列

高普考第二試

法學緒論

● 游伯欽 編著

地方政府特考、各類就業特考、升等考適用

附最新考題

詳見內文

NEW EDITION

大力推薦

具優質師資、最新考情內容的
絕佳輔助教材／參考書

事業科目

教材式系列

高普考第二試

法學緒論

● 游伯欽 編著

地方政府特考、各類就業特考適用

Introduction to Law

高普考系列

版權所有
請勿翻印

法學緒論 (2Q23)

作者 游伯欽 (336.4)
責任編輯 蔣和平、李敏華、盧昭年
出版者 考用出版社
製作者 發達網製作小組
發行人 楊榮川

地址：106 台北市和平東路二段 339 號 4 樓

電話：27055066 (代表號)

傳真：27014570

劃撥：1642589-5

局版台業字第 5517 號

考用網址：<http://www.kao-une.com.tw>

考用 E-Mail：kaoune@kao-une.com.tw

總經銷 東芝文化事業有限公司
地址：台北縣中和市中山路二段 315 巷 2 號 4 樓
電話：(02) 8242-1523
傳真：(02) 8242-1531

顧問 財團法人資訊工業策進會科技法律中心

版次 2003 年 11 月初版一刷 / 2004 年 10 月二版一刷

定價 420 元

～～如有缺頁或倒裝，請寄回本公司換新～～

我的經驗談——考取高普考之路

◎張加明

準備要訣方面

(一) 確定目標——生涯規劃的抉擇

做出決定時需要勇氣，因為準備方向的不同，可能影響到自己往後的人生，當時總覺得畢業生的出路無非是繼續升學、出國留學、修習教育學程或師資班、就業或創業，及參加國家考試。

在經濟不景氣的現況下，企業界人人自危，想要以新鮮人的姿態就業或創業實非易事。再者，本身覺得經濟獨立是件很重要的事，於是在考量上述的因素後，確定了目標，我選擇了參加國家考試——高普考。

(二) 掌握資訊

傳播媒體與網路的應用→考選部或補習班的網站，都有很多資訊可以獲得，如最新考試動態、考古題等。另外，考選週刊也是一份不錯的刊物，可獲得同步的資訊。

時事、新修法條與猜題→報紙的相關時事也很重要，看報紙比看電視新聞對考試有幫助。此外，可對考古題進行歸納分類的工作，由命題委員的出題型式（如偏重考實例題或記憶題）找出出題方向。

(三) 慎選書籍

一本書主義→每個領域都有屬於自己的「聖經」，也就是經典教科書，若一味跟隨，不一定有幫助，倒不如選擇一本適合本身唸得下、看得懂的書，再以其他資料補充為輔，整理出屬於自己的「葵花寶典」才重要。

建立體系（教科書）與重點整理（補習班）→「書錢不要省」，這是一項投資。借來的書並不能劃記重點，過期的書可能資料老舊。最好命題委員的教科書還是看一下，其名單在考選週刊上均有公布。另外，補習班的重點整理在考前也很重要，可幫助自己節省許多時間。

(四)擬定讀書計畫，妥善規劃時間

將時間劃分為長程、中程及短程目標，找出最適合自己的準備時間表及作息時間。只要本身覺得有效率，怎麼唸都可以。不過，在考前一星期應配合考試時間，調整生活作息。

(五)專心一致、心無旁騖

「要會讀書也要會玩」，不要勉強自己坐在書桌前，玩一玩讓自己不再有休息的理由，增強唸書的動力。

(六)持之以恆

心理學上有一種現象叫「過度學習」，也就是說時常接觸導致新鮮的記憶，同時也較不會遺忘。同理，考試科目如果常接觸就較不會遺忘與生疏。此外，「循環複習」法在複習時非常有用，可與過度學習法融入複習計畫，較容易保持記憶。

(七)控制情緒

這是保持理性、冷靜頭腦的重要方法，心情不好或心情過好都很難專心。

(八)注意健康，養成運動習慣

長坐會使血液不易循環，藉由適度的運動，增加體內的新陳代謝，精神會更好。另外，多喝水也是避免久坐的方法。

答題技巧方面

(一)做好萬全準備

物理面→建立起一本書主義，考試時即可少帶書去考場。此外，相關應考工具書亦應準備。

心理面→考試要有全力以赴的心態，而不是陪考的心態。考前先看考場可放鬆心情，避免隔天出現突發狀況。在每堂考完後不要再討論，如此可避免影響心情。

(二)掌握作答時間、有效分配

高普考一試考選擇題時間較好控制，第二試每科大多為申論題，約有四題，有七

頁答案紙，因此平均每題至少要寫一頁半，平時自己應多加練習提筆。

(三) 看清題目下筆，會寫儘量寫，不要留空白

考選擇題時最好先寫完全部，再回頭審視有問題的題目。考申論題時透過審題，確定答題方向是很重要的，據某些命題委員的閱卷習慣，觀念錯即全錯，沒有所謂寫多就有同情分數情形。至於作答時應依試卷題目格式書寫。

(四) 列點答題、建立架構、客觀論述

以列點答題優點有三：試卷井然有序、條理分明；試卷整潔，印象分數較高；本身作答時，較易控制時間。

(五) 注意字跡及用語、避免錯別字與情緒性用語

國文一科論文部分均為論說文，因此不需抒情文語法，諸如「啊」、「哇」、「嗯」等感情性用字。此外，一般科目也應用理性語法，畢竟閱卷者是看你的思維，而不是情感的宣洩。

(六) 保持卷面乾淨——命題委員的心理

目前閱卷已經較少因字跡美醜而影響成績，但整張試卷乾淨整潔與否，仍讓人聯想到其人格是否足以擔當國家公職人員角色的疑義。此外，儘量減少塗改，提高印象分數。

未經一番寒澈骨，焉得梅花撲鼻香，對於自己的生涯，勇敢作出決定吧！

前言

在填大學聯考志願的時候，法律並不是惟一的志願，東吳法律系確是法律系中唯一的志願，那時聽高中的同學說，讀英美法以後找工作很容易，可以去大型涉外法律事務所當助理，年薪也都不低。因此，在大學期間，對於英美法的學習態度遠佳於大陸法，在不是很好的大陸法大學成績中，祇有李鴻禧教授的憲法及楊日然教授的法理學二科成績超過七十分。

入學東吳大學比較法學組就讀時，大學聯招英文的入學分數也高出錄取之高標準十幾分，但是以這種相當之程度，即使每週以占研習法律時間之70%，仍不足以應付每週二個學分的英美法導論的課程。實在說來，讓一個剛畢業於高中之十八歲學生，而且並不是每一個人的英文程度都很好，以必修的方式來學習有深厚民主及法律背景之英美法，實在是一件非常殘忍而且不符學習經濟效益的事，對於一個剛學習法律的大學新鮮人來說，學習大陸法的時間及成就的可期待性實遠大於英美法之學習。記得大學南部同窗，很多立志從法，卻必須窮於應付東吳比較法律系以必修之方式的英美法學分，由於英美法的學習與研討占據大量學習時間而放棄大陸法的雙榜考試，生命中的黃金時代也在一陣嘆息無奈聲中渡過者，甚多。筆者早在大一的時候，便放棄雙榜之考試，預計以留學或進入法律事務所服務，做為人生之目標。

也因為受到英美法的法學內容及其方法論上案例研究之限制，在有機會更上層樓從事學術研究時，也祇能以美國憲法或其聯邦最高法院對基本人權保障之解釋論作為研究之基點，以「美國司法違憲審查制度」為碩士論文（請陸潤康教授當指導老師），以「美國基本人權之保障—美國聯邦最高法院與日本最高裁判所之比較為出發」（請李鴻禧教授當指導老師）。限於對德文與日文原典閱讀能力欠缺與不足，對於歐陸唯心主流的法哲學思想，也能以譯作來補足。由於德、日語文能力之限制，影響法學緒論創作過程，原典引註能力的貧瘠，因此，在撰寫的過程，

除了大綱的擬定無法向傳統的法學緒論那樣鉅細靡遺外，註解之引用也發生語言多樣性不足的窘境。

在政黨政治世代交替的關鍵時刻，法學界中祝壽論文集也紛紛出籠，世代交替的情況也極為明顯，在這競爭極為激烈的法學學術市場，民國50年代前後出身的法律研究者身上所背負的研究壓力常使人喘不過氣。此次，五南圖書公司的執事者並未嫌棄筆者未拿到博士學位，委託出版法學中極為基本與重要之「法學緒論」乙科之著作，本應全力以赴，然2004年總統選舉將至，對於已從事動態憲法學與選舉研究的筆者來說，所能支配於法學創作的時間也就相當的有限。礙於有限的時間，這次法學緒論的創作，也祇能以鳥瞰及走馬看花的走馬燈方式，對個人二十年來，殘存在腦中，體系並不完整的法理念及法理論的點滴與片斷作若干回顧，其有待補足與更進一步研究之處仍多，希望有法學界諸先進及志有興於法學研究者能多多給予包涵與原諒。

於基隆市南榮新村

2003.09.02

【目 錄】

〈第 1 章〉	法律之進路	1
	第一節 台灣法學研究路線之主要變遷	2
	第二節 法學研究的任務	6
	第三節 法學的研究路徑	9
	第四節 法學與其他社會學科之整合	13
〈第 2 章〉	法律體系	37
	第一節 公法與私法二元論	38
	第二節 法制史體系論	62
	第三節 自然法與實定法二元論	89
〈第 3 章〉	法之素材	95
	第一節 法之淵源	96
	第二節 法之分類論	98
	第三節 法律關係理論	109
〈第 4 章〉	法之社會機能	127
	第一節 社會控制之法的手段	128
	第二節 法律與其他社會現象	131
	第三節 法律變遷	137
	第四節 法之效力根據	150
	第五節 法的效力理論	151
	第六節 國家法規範構造與動態	155

〈第 5 章〉	憲法概論	167
	第一節 憲法之種類	168
	第二節 我國憲法關於政府機關權力分配之規定	169
	第三節 基本人權	176
	第四節 憲法增修條文對憲法原文之凍結	208
〈第 6 章〉	行政法概論	211
	第一節 國家論	212
	第二節 行政之意義	216
	第三節 行政法之性質與法源	216
	第四節 行政法之原則	217
	第五節 法律適用之方法	222
	第六節 行政法之法的關係	223
	第七節 行政程序	225
	第八節 行政機關之運營	227
	第九節 行政爭訟	229
	第十節 行政法體系要旨	233
〈第 7 章〉	刑法概論	239
	第一節 我國憲法中之刑事思想	240
	第二節 刑法之法理論	241
	第三節 管轄權	243
	第四節 刑事責任	245
	第五節 犯罪之著手施行	247
	第六節 刑罰之義務與作用	249
	第七節 刑法分則	263
	第八節 犯罪被害人之保護法	269

〈第 8 章〉	民法概論	277
	第一節 憲法與民法	278
	第二節 民法之概念及法源	282
	第三節 民法適用之順序——法例	285
	第四節 總 則	288
	第五節 債	298
	第六節 物 權	314
	第七節 親 屬	329
	第八節 繼 承	354
	第九節 遺 囑	363
〈第 9 章〉	商法概論	371
	第一節 公司法	372
	第二節 票據法	409
	第三節 海商法	424
	第四節 保險法	432
〈第 10 章〉	司法機關及其程序規範概論	447
	第一節 司法之意義與作用	448
	第二節 立憲主義中法官之角色與定位	449
	第三節 我國司法人員之進用	452
	第四節 司法機關	454
	第五節 民事訴訟法	456
	第六節 刑事訴訟法	484
	第七節 行政訴訟法	530
	第八節 非訟事件法	541

〈附錄 1〉 最新試題暨解答	549
參考資料.....	555

第 1 章

法律之進路

學習目標

1. 法學緒論之任務為何
2. 法學研究是屬於科學領域或是哲學領域
3. 研究法學應以何種態度
4. 法學研究的路徑有哪些
5. 法學與哪些社會學科有整合之必要
6. 何謂法律的經濟分析
7. 何謂歸納法？何謂演繹法
8. 英國梅因的歷史法學派有何要旨
9. 德國薩維尼的歷史法學派有何要旨
10. 美國龐德的社會法學派有何要旨
11. 德國耶林的利益法學派有何要旨
12. 法國狄驥的社會法學有何要旨
13. 憲法與政治的關係

本章重點

第一節 台灣法學研究路線之主要變遷

一、走向現代法治的開端

(一)新統治關係下繼續法律的西化

從接收到整個中央政府遷台，據守台灣反共防共，政府除了盡一切力量維護生存外，尋求統治權的正當性也是極迫切的課題。所謂法統，也就是憲法秩序的正統被一再強調，便不足為奇了。更由於中共政權一上台即宣告廢止所有國民政府時代所立之法，在台的國民政府除了繼續大陸時期草創卻因戡亂未及落實的法制西化工作外，別無選擇。以當時東西集團壁壘分明的國際形勢而建立西方法制，無疑亦較有力於國際地位的穩固及貿易空間的開展。在此一背景下才有戡亂與行憲併行的決定，而事實上，因為具備了種種有利條件，法制建設在台灣推展要比國民政府在大陸時期順利得多。

(二)大陸註釋法學的延續

可以想像，當法律是來自外國時，註釋工作之格外重要與艱鉅。我國繼受西法，從基本概念到法條結構、解釋方法，無一不是陌生的。本來許多法律用語即在原產國已屬技術語言，非外行人所能了解，但更多原屬原產國自然語言的用語，經過翻譯到不同背景的我國，尤其許多翻譯出自當時聘請的日本顧問之手。故在國民政府完成民刑法的制定後，即由司法院擔負起法律抽象解釋的工作，從民國 17 年到 37 年公布了 4097 號解釋，以為全國各地初

學乍練的法官解惑，並達到統一裁判的目的。這類官方的解釋數量既有限，又祇能依聲請零星作成，無法給予初學者整體的認知，法律專業的大量培育主要即需依賴學者對新法做有系統的註解。

二、經濟發展與法學的成长獨立

(一)財產法作為經濟發展的重要基礎

台灣的經濟在渡過了民國 30、40 年代的戰後重建期之後，50 年代已經開始起飛，60 年代則是快速成長的十年，受到學世注目。經濟的成就為威權體制的政府提供了較高的正當性。然而威權體制除了保障政治的安定外，它透過法律強力推動的干預與引導性政策。

(二)從教科書到判例研究

光復後才考進法律科系，畢業後因成績優異而在政府或執政黨資助或獲得外國獎助的情形下出國深造的少數學生，從民國 50 年代中期開始陸續回國，在法學院漸漸接替來自大陸或早期留日的老一輩學者，成為教學和研究的主力，留學國包括德、日、美、英、法、奧等，法學在幾年間起了顯著的變化。基本上法學研究的重心仍是法律的註解，但這些新一代的留學生不僅接觸了二次大戰後西方法學的一些新思潮，而且不像老一代學者普遍依賴日本學者的引介，尤其對於影響我國幾部大法最深的德國法，他們可以直接閱讀原典而有更多的「參悟」。但最大的不同，還是在問題取向的研究風氣，不再把大部分的精力投入教科書的寫作。民國 55 年創刊的中興法學和民國 58 年創刊的政大法學評論，在開辦初期還沒有完全擺脫短論的風格，俟民國 60 年台大法學論叢問世便已明確呈現法律學報的新風格。年輕教授是這些學報的

主要作者，他們和上一代一樣重視比較法的研究，但在資料的完整性與論證的精密度上，則有顯著的進步，也有較高的批判性。自主化的另一面，就是理論和實務對話管道的建立。除了各種期刊，學會或實驗性的定期研討會在這段時期便發揮了這個功能。民國 59 年底成立的中國比較法學會涵蓋面最廣，一定程度上接近德日的法律人學會。相對的民國 69 年才成立的民事訴訟法研討會最具同仁團體的凝聚力，也是公認生產力最旺盛的學會。整體而言，法學在這段也跨越了約二十年的時間，可以說摸索出一個新的方向，和西方的同僚一樣，法學和司法工作者各自在法律這個次體系中有了自己的功能定位，某種程度代表不同的理性，相互補充。

三、社會多元化與法學的反思

(一)多元社會與政治改革對法律的衝擊

民國 70 年代初期，楊國樞和林敏生還爲了台灣是否已成爲多元社會而爭辯，但最遲到了 70 年代中期，多元社會的特徵已經相當明顯而不再有「是否」之辯。一波的社會運動顯示現有社經制度已不足回應高度分殊化的結構，民進黨突破戒嚴令宣告成立而且在選舉中大有斬獲。也就在民國 75 年，執政的國民黨決定推動六大政治革新，包括解除報禁、黨禁、結束非常時期、地方自治法制化等，以後的十年，其實就是一步一步的，在由下而上的社會運動和由上而下的政治改革交錯推壓下，緩緩告別所謂軟性威權主義，進入民主憲政時期。兩岸關係也在社會主義理論破產，大陸走向改革開放後開始務實調整。憲法從民國 80 年起三度修改，周邊的修法工程不知凡幾，法律體系出現前所未見的鬆動。

(二)從規範科學到社會科學

憲政改革從醞釀到實行將近十年，反映在法學上的便是公法學的景象，包括公法課程與研究者的明顯增加，公法碩、博士論文質與量的進步。風起雲湧的社會運動，以及民國 80 年代成爲主調的經濟、社會立法，使勞工法、環保法、經濟法與社會法也登堂入室成爲正式法律領域。也許受到社會轉變，法律規範體系鬆動的影響，法律學者參與修法立法的討論而意識到法政策形成的複雜性，對於過去自限於規範註釋象牙塔的價值開始懷疑；法律學者也欣然發現，當今時代的政治比從前更依賴法律工具而他們正好擁有精通法律語言的優勢時，放棄這種優勢是何其不智。總之第三代的法律學者比從前更主動的加入公共事務的討論，擴大其關懷領域。第三代法律學者在國外學習時，有意的在法律科目外增加了社會學、經濟學、政治學、管理學、資訊學等的課程，這些知識不僅豐富了他們的思考，無形中也改變了他們的語言乃至語體，新一代的法律學者逐漸開始使用社會科學論述通用的白話體，放棄法學多年慣用的淺白文言體，以示擴大與社會科學溝通的誠意。傳統的法學方法論在法律功能變遷、規範目的與形式的趨於多元以後，早已窮於應付，卻在接觸社會科學的方法後有柳暗花明之感。¹

¹ 蘇永欽，台灣社會變遷與法律學的發展，收錄《當代法學名家論文集》——慶祝法學叢刊創刊四十週年，頁 558-574（台北：法學叢刊雜誌社，民國 85 年 1 月）。