

大學用書

法學方法

黃 異 著



元照出版

本書簡介

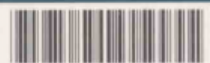
本書的目的在於簡潔及系統地呈現法學方法，讓讀者能迅速獲得一些基本知識，而有助於建構出在解釋及適用規定時的適當態度。

本書內容主要涉及兩方面：一些與法相關的基本概念以及法適用思考活動應遵循的原則。此外，本書亦涉及辯證的意義及案例解析應有的功能。

ISBN 978-986-6540-61-5



9 789866 540615



1C068PA

定價：250元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

法學方法



黃 異 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法學方法 / 黃異 著. -- 初版. --

臺北市：元照出版，2009.03

面；公分

參考書目：面

ISBN 978-986-6540-61-5 (平裝)

1. 法學 2. 治學方法

580.1

98002419

法學方法

1C068PA

2009 年 3 月 初版第 1 刷

作 者	黃 異
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 250 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2370-3286
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-6540-61-5

To my wife and children

Luzminda

Alma, Yves

序 言

法反映了它所期望的社會秩序。實際的社會秩序應依照法所預設的來塑造，換言之，法必須落實到現實生活之中。社會中的人就其所扮演的角度，依據相關規定來決定應為的行為，並依此進一步實際採取行為。經由此種方法，使得法落實到現實生活中。

「依據相關規定來決定應為的行為」就是所謂的「適用規定」。適用規定是一種思考活動。此種思考活動，並非光憑個人恣意，而是必須遵守定則，此種定則謂之法學方法。法學方法是指法適用的方法。

但法學方法並不是萬靈丹，它並不能保證產出唯一而不能撼動的結果。法學方法僅能確保法適用的思考活動，在一條合理的軌道上走，並產出一個具有說服力的論證。而這樣的論證也可以由他人以同樣的思考方法加以檢視。

法學方法是由人在思考時加以運用的，因此人是否正當地運用方法，也只有秉諸個人良心。有些人會假法學方法之名，達到一己之私的目的。而有些人則會為了不當的目的，而拒絕法學方法。司法院大法官即曾以「高度政治問題」為藉口，粗暴地拒絕對憲法第四條之「固有之疆域」為解釋。漁政機關在行政制裁的決定中，常單純地列出發生的事實，相關的條文以及制裁，但未深入說明如何由事實及規定引出

制裁。令人訝異的是，此種態度卻少面臨挑戰，以致某些鄉愿又欠缺敬業精神且自甘墮落的公職人員得以在安詳的環境中掛著詭譎的正義笑容把玩各種規定。在今日混亂的價值環境中，此種態度也許是個人的生存之道，但卻是腐蝕社會秩序的另一個重要因素。

法學方法主要是在法適用的實務中所逐步發展出來的。有些方法已進入實證法之中，而具有法的性質。雖然法學方法也是法學研究的方法，但是「法學方法」一詞並不妥當，因為該詞過度強調「法學」，而抹煞了法適用方法在實務中所扮演的重要角色。但法學方法一詞，在我們的學術領域中已是定型化的用語，因此本書仍採用該詞。本書的目的，是對於法學方法為何，作簡要的說明。

本書的目的不在於說明何以有此種法學方法。基於這個理由，本書不採用「法學方法論」，而用「法學方法」。本書採用大量的例子，希望藉著例子讓讀者自行體會法學方法為何。所舉例子當然是著者所熟悉的。雖然法學方法是指法適用的方法，但是法適用與一些有關法的基本概念脫不了關係。因此本書亦把與法相關的一些基本概念納入敘述範圍。

本書希望對學生提供有關法學方法的基本知識，也希望藉此表達一個期望，即學生在習法的過程中應注意法適用方法的吸收及運用，並嘗試藉此來了解規定的內涵，而不是僅單純地把學說及實務的見解奉為主臬，視其為規定的內涵。

本書是參酌德文文獻而成，因此許多德語系國家法制上的概念必須運用中文予以表達。如何使用適當的中文表達外

文原意，十分不易。若完全照德文字面直譯，經常會發生一些不良狀況。一個典型的例子就是「主觀公權利」。該詞應是由德文「subjektives öffentliches Recht」依字面翻譯而來的。「Recht」一詞在德國法學領域中有兩種用法，一是指「權利」，一是指「法」或「規定」。為了區別，在使用「Recht」時，常會在該字前面加個字。若用「Recht」來指權利，會在前面加「subjektiv」，而成為「subjektives Recht」，若用「Recht」來指法或規定，則在前面加「objektiv」，而成為「objektives Recht」。「subjektives Recht」指「權利」，「objektives Recht」指法或規定。若把「subjektives Recht」譯為「主觀權利」，「objektives Recht」譯為「客觀規定」，是否有點畫蛇添足且怪異？而主觀權利是否也會讓人誤以為還有一種「客觀權利」的存在？「öffentlich」指「公」，若把此字與「subjektives Recht」共用，則成為「subjektives öffentliches Recht」，若把此詞譯為「主觀公權利」是否怪異？難道還有客觀公權利的存在？不可否認的，在德國法制中之「subjektives öffentliches Recht」有其特殊意義，它是指在公法領域中的請求權能，特別是指人民對於具公權力主體的請求其履行義務之權能*。若此，則何不把「subjektives öffentliches Recht」譯述為「公法請求權」或「公請求權」。而此種用法也比較貼近中文的法制用語：權利與權利種類：請求權、抗辯權、支配權、形成權等。權利依其產生規定的性質差異，分公法權利及私法權利。而無論公法性質權利或私法性質權利，皆可依其內容的不同而可進一步為分類，

* 參見：Franz-Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Berlin 2006, S. 58 ff.

如：公法請求權、公法抗辯權、公法支配權、公法形成權以及私法請求權、私法抗辯權、私法支配權與私法形成權等。另一個令人覺得格格不入的用語，是「給付行政」。此詞在德文中謂之「**Leistungsverwaltung**」。「**Verwaltung**」指「行政」。「**Leistung**」在民法債的關係中謂之「給付」，而在行政法領域中則指行政主體對於社會所為之各種積極的提供作為。把表述民法債的關係中履行債務的「給付」一詞，用來表述行政主體在行政法領域中之各種提供作為，是否恰當，值得懷疑。「**Leistungsverwaltung**」也許可以譯述成「給予行政」、「供給行政」或其他更恰當的中文用法。本書基本上仍然依字面把德文「翻譯」成中文，但若有必要，則把德文「譯述」成適當的中文。當然，此種譯述的結果是否合理，仍待大家評斷。

法學碩士周怡良小姐與夫婿周怡法學碩士打字完成本書的稿件，以及接洽出版事宜。法學碩士王文忠先生則協助校稿。對於他們的熱心協助，特別表示謝意。另外，也祝福他們在法學的道路上漸入佳境。

黃 異

2008年12月25日

於中原大學財法系研究室

目 錄

序 言

第一章 法學與法學方法.....	1
第二章 有關法的基本概念.....	7
壹、法、道德、習俗.....	7
貳、法 源.....	13
一、概 說.....	13
二、種 類.....	14
(一)國際法.....	14
1. 習慣法.....	14
2. 條約法.....	15
3. 一般法律原則.....	16
4. 習慣法與條約法引入國內法的機制.....	17
(二)國內法.....	19
1. 憲 法.....	19
2. 法 律.....	21
3. 法規命令.....	24
4. 行政規則.....	25
5. 自治法規.....	27
6. 引入國內法領域的習慣法與條約法.....	28

7. 法官法.....	29
三、位階關係.....	29
(一)概 說	29
(二)國際法	30
(三)國內法	30
(四)衝突的解決.....	32
參、法的拘束力.....	33
肆、法的效力範圍.....	35
一、概 說	35
二、事的效力範圍	35
三、人的效力範圍	36
四、地的效力範圍	39
五、時的效力範圍	41
伍、規 定	43
一、意 義	43
二、種 類	44
(一)權義規定.....	44
(二)制裁規定、行為規定	45
(三)授權規定.....	46
(四)組織規定、程序規定	47
(五)地位規定.....	48
(六)闡明性規定	49
(七)限制規定.....	50
(八)例示規定、列舉規定	51

(ㄅ)指示適用之規定.....	52
(ㄆ)推定（法制上的推定）.....	53
(ㄇ)準用（法定之類推適用）.....	54
(ㄋ)擬 制.....	56
陸、法 規.....	57
柒、法與自然法.....	63
捌、法理念.....	65
一、概 說.....	65
二、正義原則.....	66
三、合目的性原則.....	68
四、安定性原則.....	70
玖、法秩序.....	73

第三章 法的適用..... 75

壹、概 說.....	75
貳、尋找法規.....	77
參、涵 攝.....	79
肆、解 釋.....	82
一、意 義.....	82
二、方 法.....	84
(一)概 說.....	84
(二)文義解釋.....	84
(三)系統解釋.....	90

(四)目的解釋.....	97
(五)歷史解釋.....	100
(六)特殊問題的處理.....	102
1. 規定間的衝突.....	102
2. 編纂及印製的錯誤.....	103
伍、造 法.....	103
一、漏洞補充.....	103
(一)漏洞的意義.....	103
(二)漏洞的種類.....	104
(三)漏洞補充的依據.....	114
(四)漏洞補充的方法.....	115
(五)不特定法律概念的具體化.....	126
二、規定調整.....	128
三、判 例.....	130
陸、事實認定.....	133
柒、法效的具體化.....	136

第四章 辯 證..... 141

第五章 案例解析..... 145

參考文獻..... 147

第一章 法學與法學方法

法學、語言學、歷史學及數學同屬於人文科學。法學與其他學術領域的區別可由研究對象與研究目的之差異見之。法學研究的對象是法，法學研究的目的，則是對於法進行了解並系統地予以呈現出來。

法由規定所形成。規定為求能適用於多數事件¹，而具有高度的抽象性，換言之，規定多由抽象概念所形成。當規定初生效時，只能對於規定就字面以及依據立法資料為了解，並發現其間的系統關係，進而將其描述出來，簡言之，把規定的內涵系統化地呈現出來。但是，當行政機關、司法機關或其他機關依規定來為決定或採取其他措施時，則必須判斷相關的案件是否涵蓋於規定之中。若答案是肯定的，則可進一步具體化規定所預定的法效（即：決定或其他措施）。此種過程謂之法的適用。在法適用過程中，法適用機關必須對於規定為解釋，亦即：確認當前案件是否涵蓋於規定之中。經由逐次的適用，得以逐漸掌握規定所涵蓋的案件類型。另一方面，研究規定的人也可以重新檢視各機關所建立的案件類型。析言之，以各機關所面臨的案件做為基礎，

¹ 為避免混淆，本書把「事實」、「事件」與「案件」相區隔。事實是指形成事件的素材。事件是指由多數可供法律適用的事實所形成。司法機關、行政機關或其他機關所面臨之應做成決定之事件，則稱之為案件。另外，已由司法機關、行政機關或其他機關做成決定之事件，也稱之為案件。

2 法學方法

重新發現可供適用的規定，以及經由解釋來確認規定是否涵蓋案件以及應為之具體化結果為何。當然，研究規定的人所產出的見解，未必與機關見解相同。由前述可知，不論是機關或研究規定的人，主要是透過法適用的途徑，來闡明規定的內涵。

法適用的主要思考活動有：

(1)形成案件之事實的認定。

(2)規定的解釋及涵攝（狹義）²、漏洞補充、規定的調整，以及法效的具體化。

法適用並非由機關或研究人員恣意為之，而是依據固定的思考原則而為之。此種原則謂之法適用方法，但傳統以來，則稱之為法學方法。法學方法包括：事實認定方法、解釋規定方法、涵攝（狹義）方法、漏洞補充方法、規定調整方法及法效具體化方法。

不論是在研究方面或是在實務方面，凡是涉及法之解釋及其他適用問題時，皆應嚴守法學方法的要求。如此產出的結果較具有合理性，且也能讓他人以同樣的方法來檢視結果。很遺憾的是，並非人人在解釋或適用規定時，皆依循法學方法而為之。

例1

早期行政院農委會的漁政部門對於違反漁業法規定之行為，做出懲處決定時，經常僅分別指出事實及依據之條文，而未運用法學方法對於相關條文為解釋活動。條文未

² 有關狹義的涵攝意義，參見本書，頁76及80。廣義的涵攝包含解釋及狹義涵攝兩者，參見本書，頁76及80。

經解釋，如何能確認其涵蓋有關事實，令人費解。此種行政處分，因未具備適當的理由而有瑕疵。

Radbruch 說：「……法學是一個實用的學術，它必須迅速地對於每個法律問題提供答案，而不得基於規定之漏洞、矛盾或不明，進而拒絕做出結論³」。若此，則適用規定時，也不得基於任何其他理由，拒絕做出結論。

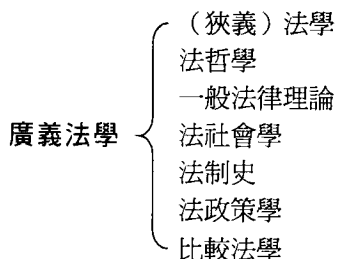
例2

憲法第四條規定：「中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。」第四條並未一一列出形成中華民國之領土為何，而是以一個概括式的概念來描述之，即：「固有之疆域」。「固有之疆域」所指為何，應運用法學方法經由解釋來予釐清，而且必然會有一個答案。但司法院大法官會議卻在釋字第三二八號解釋文中武斷地指稱：「固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋。」大法官所面臨的問題是一個單純的規定的解釋問題，是憲法第四條的解釋問題。「解釋」第四條怎麼會是「重大之政治問題」！兩岸的分治狀況應何去何從是政治問題。如何因應這個政治問題，應該是行政部門及民意機關的事情，應由

³ „...die Jurisprudenz ist eine praktische Wissenschaft, sie muß auf jede Rechtsfrage sofort Antwort erteilen und kann nicht unter Berufung auf Lücken, Widersprüche oder Dunkelheiten des Gesetzes die Entscheidung ablehnen.“ 見：Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 9. 此外，參見：Franz Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien 1982, S. 11.

他們「決定」。大法官要做的只是，面對兩岸分治的事實，憲法第四條應做何「解釋」。我們不知道是什麼原因導致大法官做出前述粗魯的決定，但可以確定的是，大法官顯然在閃避職責，拒絕運用法學方法產出適當的結論。

法學亦可稱之為「狹義法學」，以與廣義法學相區隔。廣義法學包括所有以法為研究對象的思考活動：（狹義）法學、法哲學、一般法律理論、法社會學、法制史、法政策學、比較法學等⁴。前述與法相關的研究，表列如下：



習法的學生當然不可能一開始就會運用法學方法來解釋規定，進而掌握規定的內涵。習法的學生在開始學法的時候，通常是利用教科書、註釋書、專論、論文以及其他相關資料，去了解規定的內容。上述文獻不僅反映相關規定在立

⁴ 各種與法相關之研究領域的任務，參見：Nobert Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Heidelberg 1996, S. 36 ff. 各學術領域之德文用語為：法學：Rechtswissenschaft或Jurisprudenz或Rechtsdogmatik；法哲學：Rechtsphilosophie；法理學：Rechtstheorie或Allgemeine Rechtslehre；法社會學：Rechtssoziologie；法制史：Rechtsgeschichte；法政策學：Rechtspolitik；比較法學：Rechtsvergleichung。當然各領域涵蓋範圍為何，不是沒有爭議，特別是法理學的研究範疇。