

## 第二章 法學之學派

### 壹、學派

#### 一、自然法學派（Naturrechtslehre）

##### （一）學派精義：

自然法學派認為法律非人為所成，亦非演進而成，係自然存在的。換言之，在國家成立之前，或者是超越國家之上，有一種普遍妥當的理性法，是人類本其良知，可識別行為之善惡的一種永恆不變的法則，該學派採思辯性與哲學性的研究方法，因此又稱為哲學派（Philosophical School）。可分為古代、中世紀、現代三個階段。

古代	認為法律是神授給人類的東西，是神意的表現，所以是自然的，不是人為的，此時係採神意說。
中世紀	自然法，係以神之理性為基礎，富有濃厚宗教色彩，隨著羅馬教會的興盛，發展為基督教的法律學。代表學者：聖奧古斯丁（Aurelius Augustinus）、聖阿奎納（St. Thomas Aquinas）。
近代	因宗教改革和文藝復興，強調個人的自主性，以人類的自然狀態為觀念的中心，從而擺脫神和教會的束縛。此所謂自然狀態並非神意造成的狀態，而是人類天性的自然狀態，人類固有的是非善惡心就是自然法。因此，法學遂成為倫理學之一部，若有與倫理規範抵觸，則不能成為法律規範

##### （二）重要代表人物：

##### 1. 格勞秀斯（Hugo Grotius，1583-1645）：

被稱為「自然法之父」之格勞秀斯的根本思想，依照他所著的《戰爭與和平之法》之序言中云，法者社會之秩序也，其最終根底，乃求自於人類之社交性。格勞秀斯言，法者分為自然法與意思法，自然法者，在自然道德律中，定立人類相互的行動，此與意思法，即國家制定法或萬民法相對立。自然法之拘束力乃受自於神，其性質為絕對的，任何人均不得變更，自然法從格勞秀斯開始，脫離中世紀神學的傾向，而成為近代理性的東西。因此一般認為他是將自然法從神學的權威解放之第一人，但嚴格而言，並不正確，抱此見解者，在以前即已存在。反對者認為格氏只不過在當時，大膽先覺的主張，即使神之不存，自然法亦能存在，同時，他非僅為自然法學者，對國際法以及其他法律亦有貢獻，以其法學知識以及法學知識以外廣博知識的素養，還擔任過實務外交官，為歷史上的輝煌人物，故被世人冠上自然法之父之榮譽。

##### 2. 洛克（John Locke）：

（1）洛克係國家契約說之倡導者，洛克認為國家之任務到底是有限的，個人雖將其權力委託與國家行使，但仍儘量保留其自然狀態之自由，因此其說堅決反對專制，奠定

近世自由主義之基石。

(2)洛克藉契約觀念以說明國家權力之根據，然其理論之特色並不在此，氏更進一步闡述謂國家成立之目的，究為保障人民之權利自由，政治權力之行使苟超過此保障任務所必要者，絕對不能容許，亦屬理所當然，是以政治權力之運用，在國家組織中，必須遵守實定法之秩序，如有濫用情事，實定法自須加以禁止。為期實定法秩序能達成如此任務，當以民主制度為可貴，立法方針必依國民意志而為決定，方可使國民獲得抵制暴政之能力，恰如在自然狀態下，個人之能以己力自衛者然；氏基此理論，主張民主政治為理想的實定法制度，惟有採此途徑，纔能與自然法的原則深相合云云。此說對於近代民主主義原理之確立，實有不可磨滅之功績，法國之革命與美國之獨立，莫非由其鼓吹之功，而後得以實現。

### 3.孟德斯鳩（Montesquieu）

法國於 18 世紀之初，關於提倡人權、抑制官權之思潮，亦復澎湃一時，能吸收新思想而發揚其理論者，當以孟德斯鳩為最著。依其見解，權力集中，易有濫用的危險，欲資防範，莫若分權制衡，倘以同一政治機構，獨攬立法、司法、行政大權，必為禍患之源，因此民主政治必須分設立法、司法及行政機構，使之分掌立法、司法及行政權力，各有專司，毋相侵越，而後人權乃得確保，是為有名的權力分立理論。孟氏對於英國人民之享有充分自由，深致讚美，認為英國之政治組織實為確保人民自由之主因，然以英國之立法機關與行政機關，過於接近，殆猶未能盡符理想，故又依其成就，參以己見，構想一權力分立之最徹底制度，遂成為以後美國政治組織之藍圖。

### 4.盧騷（JeanJacques Rousseau，1712-1778）

大約與孟德斯鳩同時者，有以《社會契約論》著稱之盧騷。氏出生於瑞士，而活躍於法國之學術界，對於社會契約說更多所闡發。考其論旨，並非欲表明社會契約為歷史事實，而係依據自然法之理論，再加精淬，使成為國家理論之基礎。

緣在盧騷以前，主張社會契約說者，每謂人類在未形成政治生活以前，皆係個別存在，直至發達到某一階段，感覺有組織國家（廣義）之必要，始相約而獲致合意，產生政治組織云云。然而此說顯與事實不符，且所謂契約云者，本係在國家法律保障下始有效成立之物今乃引用為國家與法律成立之根據，毋乃倒果為因；是以盧騷撇開國家發展之歷史，專就現實存在之國家，研究如何方與人類之自由不相衝突，成為理想之制度，強調謂關於國家組織之理論基礎，應從人民合意方面尋求答案；氏在《社會契約論》中首謂：人類生而自由，然所至之處，均受枷鎖，繼又設問謂如此果何由而致，竟自答謂不知，更設問謂如此何以視為正當，則自謂此一問題可以解答，從可察知，盧騷決不主張國家契約係歷史事實，祇欲藉此國家制度尋求一合理化的論據而已。

(三)對法學的主張：認為在現實法之上，尚有普遍不易，而存在於自然界的真理為規範的理想。一部不公正的法不足以法律論之（即惡法非法）。

## 二、分析法學派 (Analytical School of Law)

### (一)學派精義

分析法學派係 19 世紀興起於英國，但其歷史可遠溯及 12 世紀義大利的註釋法學派，分析法學派認為研究法律不應脫離現實，應該從現行法規上去分析，故其反對自然法學派的觀點，認為法律不是自然存在的，是人為的，是人類有意識創造出來的產物。

### (二)重要代表人物：奧斯丁

分析法學派的代表人物是奧斯丁 (John Austin, 1790-1859)，他認為法律即主權者之命令，亦即以主權者（國家）的命令取代傳統法律意義中隱含的正義，則法律就與正義的觀念分離，不再根源於善惡理性，而是根源於主權者之權力。奧斯丁認為法律學是現實法律之學，故法律學的任務是在研究「法律是何物」(What is law)，而不是「法律應為何物」(What law ought to be)，他並倡言「惡法亦法」之說，他否定自然法學派所謂違反道德之法律應該無效的論點，而認為法律在未經修正廢止以前，仍具有法律之權威，縱使人民覺得不良，但仍然必須遵守。

(三)對法學的主張：分析法學派將法律學從自然法的抽象理論帶往重視實際的方向，固有其一定之價值，但忽視法律目的與內容正當性，亦有所缺憾。

## 三、歷史法學派 (Historical Jurisprudence)

### (一)學派精義

歷史法學派係研究法律現象的歷史事實，認為法律有一定的軌跡可循，因此法律是經驗的公式化，是隨民族的精神表現而逐漸成長的歷史產物。僅能自發成長而非人類得以理性創作，主張習慣法優於制定法，故又稱沿革學派。

### (二)重要代表人物：

1. 歷史法學派的代表人物是德國法學家薩維尼 (Friedrich Karl Von Savigny, 1779-1861)，他認為法律乃是民族精神的表現，是源於民族對於法律的確信，離開民族就沒有法律，故法律的淵源應以習慣法為主，並由其得意門生普赫塔 (George Friedrich Puchta, 1798-1846) 集其大成。

2. 英國歷史法學派的創立人梅因 (Sir Henry Maine, 1822-1888)，以歸納方法研究法律之歷史，探討法律進化之途徑，而提出「由身分到契約」之重要看法。

歷史法學派主張法律原是由習慣法孕育發展而成，立法只是為解決其疑義補充其缺陷的二次產物。其優點在於修正自然法學派因信賴人類理性而造成極端個人主義的弊病；但偏重習慣法的優越性，與現代各國繼受法及重視成文法的現象，並不相符。

## 四、純粹法學派

### (一)學派精義

該學派認為須將法學研究限定在對實定法（實際上適用的法律）的結構分析上，而不是

從心理或經濟去解釋法律的條件，也不是從道德或政治對法律作評價，如此才有可能建立特定的法律科學；所以法律須與正義或自然法分離，亦須排除社會學，即將法律視為是一個純粹、獨立規範體系，所以也稱為規範法學派。

## (二)重要代表人物

- 1.純粹法學派由奧地利的凱爾生（Hans Kelsen，1881-1973）所創，他的核心思想可以其名著《法與國家的一般理論》為代表，他的理論主要是要揚棄自然法學理論，凱爾生認為法是一種人類行為秩序，並且是一種強制秩序，而法是由法律規範構成的體系，是一種金字塔形的階層體系（此即「法律位階理論」）並不是自然科學的因果關係，此一理論對於現代法律有深遠的影響。
- 2.以上所述關於實定法的理論，可謂為純粹法學的精義之所在。最堪注意者，乃該派所指實定法階層構造中之最高頂點—基本規範，究為何物，並未作確切說明；按諸凱爾生之理論，一切法規範均為其上級規範所創立，並以上級規範為其效力之依據，他所見的基本規範，是憲法以下的各級法規範之效力淵源，並且居於最高創立地位，它的本身再也不受其他規範的創立與限制，可知基本規範的權威更超憲法而上之，無非就是立國的基本方針和政治的實際指導力量，可是凱爾生的純粹法學對於實定法所為分析到了基本規範的形式上的效力一點，便然而止，忽視了實定法背後的實踐理念，以及法與政治的關聯性，未免抱殘守缺，難以究明法之真諦。

## 五、社會法學派

### (一)學派精義：

西元十九世紀後半葉，西洋法學摒棄抽象法條之邏輯研究方法，開始以科學實證之態度，應用社會學的研究方法研究法律，從社會存在之經驗事實說明法律現象，並且認識法律，強調法律之目的與功能。二十世紀以還，進而以社會科學的研究方法從事法學之研究，探求法之一般原理，法學上泛稱之為社會法學（Sociological Jurisprudence）。

### (二)重要代表人：

社會法學派的學說代表者是龐德（Roscoe Pound，1870-1964），其主要思想表現在其任美國哈佛大學法學院院長時所出版的《通過法律的社會控制》一書中。他認為法律的任務是調整社會上衝突的利益，以保障社會眾人的實際利益，並不是維護個人權利，而是在實現正義，促進文明發展。因其從功能之角度視法律為社會控制（Social Control）之形態，以法律為達某社會目的之方法手段，而有功能法學（The Function Jurisprudence）之稱。

### (三)社會法學派特質：

- 1.破除十九世紀抽象法條之研究，重視法律之實際效果；
- 2.主張法律得由意識制定，亦得由人類之理性及經驗產生；
- 3.法律有其社會目的；



- 4.依功能的角度視法律為達一定社會目的之方法、手段；
- 5.各持其不同之立論基礎及社會學研究方法，從事法學之研究。

## 六、自由法學派

- (一)該學派主張法的自由發見，徹底排斥以往的偏於概念構成，強調法典權威的縮小，與之成對比者，即擴大法官的權威，尤其尊重法官的自由人格。
- (二)重要代表人物：  
在法國有葉尼（Francois Geny）主張法之科學自由的探求，接著在德國實際的展開了自由法運動。
- (三)自由學派特質：主張法官要忠於成文法規定，但在規定含糊不清，或在立法者顯然也不會接受這種規定時，法官應有創造法律的某種自由裁量權，根據正義原則進行判決，提高審判者地位，缺點是可能破壞權力分立原則。

## 七、目的法學派

- (一)學派精義：  
強調法律乃是人類意志的產物，有一定的目的，應受「目的律」支配，與自然法則系以「因果律」為基礎，有其必然的因果關係，截然不同。故解釋法律，必先了解法律究竟欲實現何種目的，以此為解釋之出發點，始能得其要領。以目的作為解釋法律之最高準則，此即所謂目的法學或利益法學，其所代表者為耶林（Rudolf v. Jhering）。
- (二)自由法運動之先驅者為德國法學鉅子耶林（Rudolf v. Jhering，1818-1892），彼於1884年著書稱當時之法學為「概念法學」。
- (三)概念法學乃係以法律之論理的自足性為前提，對於法律問題之解決，純以形式的三段論法，由成文法演繹而出，視裁判官不過為一種「可由上孔將事件注入，而由下孔將判決抽出」之一種自動機器而已，耶林對此極端反對，而認為法學不能與生活脫節，而法學目的之考察實特別重要。

## 八、新自然法學派

- (一)發展歷程：對於19世紀末之各種法律思想認為不滿，而對於20世紀之新康德派法律學說亦認為祇重形式而不能成為實證法之指標，遂有甚多法學者提倡新意義之自然法，此即標榜「自然法復興」之所謂新自然法學派是也。此派學者之代表人物為以社會學的立場之法國學者狄驥。
- (二)重要代表人物：  
狄驥（Leon Duguit）以社會連帶學說而出名，蓋吾人營共同生活，自有共同之需求，從而發生需要互助合作，需要有同一的生活方式之感覺，例如：以粟易布、以魚易米，此種社會連帶的感覺，即為分工的連帶。狄驥學說既由社會連帶出發，則不注重個人權

利，而注重社會職分，現代法律所以由權利本位進入社會本位者，狄氏之功績，實有足多者焉。

- (三)自然法學說的復興關鍵在於二戰後紐倫堡大審，當時德國戰犯所主張其所犯罪行，完全根據當時德國有效法律，屠殺猶太人是忠於法律的工作。當時審判法官認為法律必須以平等、正義、人權作為基本準則須體現人性、人道，主張「惡法非法」，依循自然法作為審判的基礎，對戰犯惡行予以制裁。



### 第三章 法律之分類

法律的種類以相對不同概念作為區分標準，因此一個法律可能同時兼具不同種類的特色，法律大致可分為以下九大類：

#### 一、成文法與不成文法

(一)意義：

- 1.成文法又稱為制定法，係指經由立法機關依照一定的立法程序，制定成條文的形式，並由國家根據一定程序所公布的法律。
- 2.不成文法係指成文法以外，由國家加以認可或採用而具有法律效力的法源，例如習慣、法理、判例等均屬之。因其非經由立法機關依立法程序制定，故又稱為非制定法。

(二)比較：

	成文法	不成文法
優點	經立法程序，內容具體且有一定形式	無特定形式，內容不明確
	法典體系完備	無法典，體系不完備
	法律修正生效等有一定程序要求，高度法安定性	人民無法預測
缺點	立法及修法程序繁複，不易配合社會變遷需求	法官易視個案情況公平正義予以衡平雙方權義變化

#### 二、普通法與特別法

(一)意義：

- 1.普通法係指適用於全體、一般的人、事、時、地的法律，又稱一般法。
- 2.特別法係指適用於特定的人、事、時、地的法律。例如陸海空軍刑法、試辦金門馬祖與大陸地區通航實施辦法、毒品危害防制條例、戰時軍律等。

(二)區別實益

普通法與特別法的區別實益，依中央法規標準法第 16 條規定，在於法律適上有特別法優於普通法原則的適用。換言之，倘若同一事件有二以上的法律為不同規定時，應優先適用特別法的規定，例如針對土地的使用、收益、處分，土地法即為民法的特別法，故應予優先適用。但應予注意者，為：

- 1.此等分類是相對而非絕對的，因而一個法律可同時具有普通法與特別法的地位。例如土地法雖為民法的特別法，但其同時為平均地權條例的普通法。

- 2.特別法的規定如有不足，仍應依普通法的規定予以補充。例如土地法雖為民法的特別法，但其針對土地的使用、收益、處分未予規定的部分，仍須適用民法以為補充；又如平均地權條例雖為土地法的特別法，但其針對平均地權之實施未予規定的部分，仍須適用土地法以為補充。
- 3.同一法律中的不同條文間亦有此原則之適用。
- 4.「新法優於舊法原則」與「特別法優於普通法原則」，二原則發生競合時，若新法為普通法，舊法特別法，仍應適用特別法。

### 三、強行法與任意法

#### (一)意義

- 1.強行法係指不問當事人的意思如何都必須適用的法律，可區分為：命令規定與禁止規定。
- 2.任意法係指當事人得自由決定是否適用的法律，可區分為補充規定與解釋規定。

#### (二)區別實益

強行法與任意法區別的實益，在於法律效果的不同。換言之，當事人如有違反任意規定，只要事前經過合意或事後並無異議，此等行為仍屬有效。倘若違反強行規定，當事人的行為在私法上的效果可能為無效或得撤銷。

例如民法第九八八條第一款規定，結婚違反民法第九八二條規定者，雖不處罰，但該行為不具效力。又如民法第九八九條規定，結婚違反民法第九八〇條規定者，雖不處罰，但當事人或其法定代理人得向法院請求撤銷之，如經撤銷，該行為即不具效力，如未撤銷，該行為則仍有效。至於當事人的行為在公法上的效果則可能須受刑罰或行政罰的制裁。例如民法第九八八條第三款規定，結婚違反民法第九八五條規定者，該行為不僅不具效力，且構成刑法第二三七條之重婚罪，須處五年以下有期徒刑。

### 四、公法與私法

#### (一)意義：

- 1.公法係指規定國家、公法人團體或人民間公法上的權利義務關係的法律。
- 2.私法係指規定國家、公法人團體或人民間私法上權利義務關係的法律。

#### (二)區別標準：

究有無區別公、私法之必要，學說上有一元論、二元論及三元論。惟在二元論下，有利益說、權力說、舊主體說、新主體說，目前通說係採新主體說。

#### (二)區分實益：

公法與私法區別的實益，在於法院審判管轄及司法程序的不同，此在採行行政裁判制度的國家尤其重要。換言之，倘若訴訟事件性質屬公法關係，依其情形可能適用行政訴訟法或刑事訴訟法，倘若訴訟事件性質屬私法關係，依其情形則可能適用民事訴訟法。惟



亦有主張應取消分類，或增加分類承認公法與私法混合法律的存在，以符合實際需求，至於法院審判管轄及司法程序的判斷，則仍以訴訟事件性質究屬公法關係或私法關係論斷。

## 五、實體法與程序法

### (一)意義

- 1.實體法係指規定諸如權利、義務、責任、效果、範圍等法律關係實體內容的法律。例如：民法、刑法、行政程序法…等。
- 2.程序法係指規定實現諸如權利、義務、責任、效果、範圍等法律關係實體內容方法的法律。例如：民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法等。

### (二)區別實益

實體法與程序法區別的實益，在於修法後新法可否適用於舊法時期的法律關係乃有所不同。換言之，實體法的修改有法律不溯既往原則之適用，亦即修改後新的實體法不得適用於舊法時期的法律關係，至於程序法的修改則有程序從新原則的適用，亦即修改後新的程序法仍應適用於舊法時期程序尚未終結的法律關係。此外，法院不得因為實體法未予規定而拒絕審判，但得因為程序法未予規定而不予受理。惟此等分類是相對而非絕對的，有的實體法中有可能會有關於程序的規定，有的程序法中也有可能會有關於實體的規定，甚至有的法律當中可能會同時存在實體與程序的規定，例如社會秩序維護法、道路交通管理處罰條例即是。此時對於新法可否適用於舊法時代的法律關係，或者法院得否因為法律未予規定而拒絕審判，即需根據個別規定予以具體判斷。

## 六、母法與子法

### (一)意義

- 1.母法係指某一法律根據其他法律產生，該被根據的法律即屬之。
- 2.子法係指某一法律根據其他法律產生，該被產生的法律即屬之。
- 3.事例：消費者保護法施行細則第 1 條規定：「本細則依消費者保護法第六十三條規定訂定之。」

### (二)區別實益

母法與子法區別的實益，在於效力上的相互影響上。因子法係源自母法而生，二者具有淵源關係，故母法如有修正或廢止，子法亦需隨同修正或廢止，反之，倘若子法有修正或廢止，母法並不因此受到影響，反而子法應注意是否有牴觸矛盾情事。此外，母法與子法的關係並非如同特別法與普通法間具有優先適用的關係，亦非如同例外法與原則法間具有排斥適用的關係，因母法通常先於子法制定，內容較為原則性、基本性及一般性，而子法內容則較為具體性、細節性及個別性，故二者不僅同時適用，且具補充適用的關係。

## 七、原則法與例外法

### (一)意義

- 1.原則法係指針對某些特定事項規定可以適用一般原則的法律，其可能出現在同一法律不同條文中，亦可能出現在同一條文中，例如民法第六條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」第七條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」第六條即為第七條的原則法。又如民法第二十六條規定：「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。但專屬於自然人之權利義務，不在此限。」前段規定即為但書規定的原則法。
- 2.例外法係指針對某些特定事項規定不可適用一般原則的法律，此同樣可能出現在同一法律不同條文中，亦可能出現在同一條文中，例如民法第七條即為第六條的例外法，又如民法第二十六條但書規定即為前段規定的例外法。

### (二)區別實益

原則法與例外法區別的實益，在於是否適用、解釋態度以及舉證責任分配的不同。在是否適用方面，符合原則規定應適用原則法不適用例外法，符合例外規定則適用例外法不適用原則法，故其間的關係並非如同普通法與特別法僅為優先適用與補充之關係。在解釋態度方面，例外法應比原則法採行更嚴格的解釋態度，以免例外過多而否定原則規定。在舉證責任分配方面，適用原則法的事實應由原告舉證，適用例外法的事實應由被告舉證。惟此等分類是相對而非絕對的，由於時代的變遷，例外法亦可能成為原則法，原則法亦可能成為例外法，故仍須根據規範目的及條文內容予以具體判斷。

## 八、國內法與國際法

### (一)意義

- 1.國內法係由國內立法機關所制定，並以一國主權效力所及之範圍作為適用範圍的法律。
- 2.國際法係指國際社會所公認的原則，並以國家為主體，藉以規範國與國之間相互關係的法律，故其效力範圍自遠超越一國主權效力所及之範圍。例如：聯合國憲章、世界人權宣言、聯合國 1966 年「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約」，均屬於國際法之性質

### (二)區別實益

國內法與國際法區別的實益，在於二者相互牴觸時，何者具有優先效力。此在學說上雖頗具爭議性，而有國內法效力優於國際法、國際法效力優於國內法或就國際法與國內法的內容具體判斷其優先效力等三種爭論，但實際適用上多數國家多半認為國際法必須經由國內立法始能付諸實行，故往往仍以國內法效力優於國際法