

第一章

概 論

拉丁法諺云：「有社會，即有法律」(ubi societas, ibi ius)，自古西亞早期的漢摩拉比法典 (Code of Hammurabi)、西元前 450 年古羅馬的十二銅表法 (leges duodecim tabularum；Zwölftafelgesetz；Twelve Tables)，或是中國古代的秦律以來，無論東西方社會，法律即與人類社會相伴。對於初進入法律領域的學習者而言，法律是既熟悉卻又陌生的制度，原因在於法律是現實生活中無時無刻不存在的限制與保護規定，從居家住宅的安寧、外出行路的安全、生活上購物的日常交易，以及人身、行動、言論、工作等自由與權益，均與個人有著切身的利害關係，法律是如此貼近現實生活而無法分離，卻又在其本身存在著高度的理論與技術性。法律規定的意涵常是初學法律者所困惑的關鍵，更是法律專家不時爭辯的焦點，如此的密切關聯，卻又如此的深不可測，使得法律的適用常予人有模糊的想像空間，法律的門外漢更常常本著自己對文字的一般瞭解，而自行解讀法律的意義，使得法律益加難以理解。

法律的條文規定，無論在用語或編排上，都蘊含著豐富的理論體系及立法技術，從事法律工作的人，由於常引用法律條文作為行事論斷的依據，使得一般人對法律人的認識，都停留在只要熟記法條即可成為優秀法律人的錯誤印象。須知法條有限，人事無窮，欲以有限的法條規範無窮的人事，實有難以達成的困境。立法者在此前提的考量下，只能捨棄針對具體而明確的個案規定，將法條文字加以抽象化與概括化，以適應不同時空背景下的人類生活。因此法律的適用，就不應再是個別條文的單純記憶與堆砌，也不應再是片段法律文字及語言的拼湊與整合，而應確實掌握法律規定的意涵，深切瞭解形成法律的背景，進而從法律體系的架構以及規定的精神層面，尋繹法律真意，以達精確地適用法律、實踐公平正義。所以法律的適用，本身就是個尋找法律適用的過程，從眾多現行法律規定中，依個案的特性，找尋出最適合個案的法律規定。而法律的學習與研究，則是在鋪設找法的途徑與基礎，學習及建立法律規定的原理原則，以供找法的依據，法律學的教科書，更要將法律體系與法學理論完整地建構，呈現於學習者的面前。

第一節 法律概說

壹、法律的意義

一、什麼是法律

法律（Recht）是人類社會生活的規範，而人類為群居的動物，經由彼此間的互動在生活上發生關係。這種互動關係，須要有一定的約束存在，才能夠使得人類的活動得以長久持續，且再經由不斷創新與開展，而能夠更加豐富與進步。生活中的約束種類繁多，如道德啟示、風俗習慣、宗教教義等，但法律則是以規範人類的權利與義務關係為內容，在法律的規制下，人與人間的行為雖受到一定的限制與約束，但同時也從其中得到一定的尊重與保障，因此建立起人類共同的生活秩序。沒有法律的社會，完全依照個人的意思任意行事，人類間的活動則由弱肉強食的叢林法則加以決定，人類將失去應有的尊嚴與人格，此時的人類社會與其他動物社會並無差異，人類已非人類，社會亦非社會。

二、法律係以國家強制力為後盾之規範

人類生活中的社會規範種類諸多，常見者如宗教、道德、習慣等都會對人之行為產生一定的拘束力，但法律不同於此些規範之處，在於法律是以國家的公權力為後盾，經由國家公權力的強制，能夠使得不服從法律的人，遵守法律規定，而達到法律被貫徹執行的目的。因此，法律能夠被強制遵守，除須透過法律的制裁規定外，更要有實現制裁的方式，例如刑法上對於犯罪行為有處罰規定、民法上關於侵權行為有損害賠償規定，如果這些規定僅僅只是單純地存在，卻沒有被實現的可能，就會如同道德的啟示或宗教的教義般，僅有勸說的功能與效果，自然就

喪失了其所應存在的功能與價值。因此，一個國家的法律規定，除了有刑法的處罰規定外，還要有刑事訴訟法、監獄行刑法等相對應的實行規定；除了民法的規定外，還要有民事訴訟法、強制執行法等實現權利的規定；除了有所得稅法的規定外，還要有稅捐稽徵法、行政執行法等規定，目的就是在確保法律規定得以實現，因此立法者在制定或修改法律時，更應該注意法律的規定應有被遵行或施行的高度可能性，這就是法律的實效性¹，法律若失去了實效性，不但隨時隨地都會被違反，而違反的人也不會受到法律應有的制裁，將使得社會大眾遵守法律的意願降低，嚴重影響法律的威信，阻礙公權力的實行，社會秩序也將陷入混亂的局面！

貳、狹義的法律與廣義的法律

法律依照其適用的範圍與效力，可區分為狹義的法律與廣義的法律：

一、狹義的法律

所謂狹義的法律（Gesetz），是指憲法第 170 條所稱由立法院通過、總統公布的法律。此種法律，依照中央法規標準法第 2 條規定：「法律得定名為法、律、條例或通則。」由於此種法律具有一定的名稱，從其名稱的外觀上即可得知其制定的依據，所以又稱為形式上的法律，例如民「法」、刑「法」；戰時軍「律」²；公寓大廈管理「條例」；農田水利會組織「通則」。應以狹義的法律規定的事項，係依照中央法規標準法第 5 條：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各

¹ Hans Kelsen, The Pure Theory of Law, Translated by Max Knight, University of California Press, 1970, pp. 208；雷崧生譯，法律與國家，1970 年版，149 頁以下參照。

² 戰時軍律自從 2002 年 12 月 25 日廢止後，現今法律中，似尚未再有以「律」命名者。

機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」其中尤以涉及到人民權利與義務關係的法律，必須經過嚴格的立法程序，並經由民選的民意代表加以制定，才能夠符合民主的程序，此為狹義的法律之特性。

二、廣義的法律

所謂廣義的法律，包括憲法（Grundgesetz）、法律（Gesetz）、命令（Verordnung）等在內，是包含上述所稱狹義的法律，以及其他具有強制力的規範，故又稱為實質上的法律。法律的規範，在效力上如同金字塔架構般，有上下的位階，最上層的是憲法，其次是（狹義的）法律，再次為命令³。下位階的法律，不得牴觸上位階的法律，因此法律與憲法牴觸者無效（憲法 §171 I），命令與憲法或法律牴觸者無效（憲法 §172）。各機關發布之命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則（中央法規標準法 §3），由於其非經由立法院三讀通過的立法程序，原則上自不能如同狹義的法律般，對人民的權利與義務關係加以規範。

參、公法與私法之區別

傳統上將法律體系區分為公法（Öffentliches Recht）與私法（Privatrecht），通常所稱的公法，包括憲法、行政法、刑法、刑事訴訟法等，而私法則包括民法、商事法（公司法、票據法、海商法、保險法）等法律。區別公法與私法之目的，主要是針對法律事件的救濟途徑以及案件的管轄法院⁴，此乃源自歐陸法系之立法傳統，藉由區分公法與私法事件之性質，以建構不同之紛爭解決體系。

³ 關於法律位階論，可參考 Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Translated by Max Knight, University of California Press, 1970, pp. 221；雷崧生譯，*法律與國家*，1970 年版，156 頁以下。

⁴ 英美法系由於並未有此救濟途徑及管轄法院的區別，因此並無公私法區別的必要。

一、區別理論

關於公法與私法的區別理論，學說紛歧，至今尚未有明確定論，通常均採取下述 3 種主要的分類方式：

(一) 主體說：法律所規範的主體一方或雙方為國家機關或國家機關所授權的公共團體者，就是公法；法律所規範的雙方均為私人者，則稱為私法。例如刑法是國家機關對人民犯罪的處罰規定，其法律關係主體的一方是國家，所以是公法，但民法則是私人間權利與義務關係的規定，其法律關係雙方通常都是私人，所以是私法⁵。

(二) 利益說：法律是以公共利益為規範目的者，稱為公法；以私人利益為規範目的者，則稱為私法。例如刑法是為維護國家與社會秩序的公共利益為目的，所以是公法，但民法是為保護私人利益為目的，所以是私法。惟此說現今已鮮少被採用。

(三) 權力說：法律所規範的當事人雙方，是屬於上下服從關係者，就是公法，若屬於平等關係者則為私法⁶。例如國家本於刑法對犯罪者加以處罰，國家與人民間是立於上下的服從關係，所以刑法是公法，但私人間適用民法解決民事糾紛，並沒有上下服從關係存在，所以民法是私法⁷。

由於現代社會生活的複雜，法律的規定，常有同時涉及公法及私法的內容，使得公法與私法有難以明確劃分的情形，例如公寓大廈管理條例的規定，第二章住戶之權利義務的部分，雖有涉及到私法的部分

5 此外，對於行政契約與私法契約之區別，尚可參考，最高法院 95 年度台抗字第 341 號民事判決；最高法院 95 年度台上字第 1445 號民事判決。

6 最高行政法院 22 年判字第 17 號判決先例即指出，國家在公法上對於人民為權力服從關係，於一定限度內，固可用其強制力；但在私法上則與人民處於對等地位，故若對於人民事實上管領之不動產而與之發生所有權之爭執者，即屬私法關係，應由該管法院受理審判。

7 關於公私法區別理論的介紹，詳細內容可參考鄭玉波/黃宗樂/楊宏暉，民法總則，2021 年 8 月版，1 頁以下；Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2025, §2, Rn. 1 ff.; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2024, §1 II, Rn. 7 ff.; MüKoBGB/Säcker, 10. Aufl. 2025, Einleitung zum BGB, Rn. 32 ff.。

(§§4~24)，第五章罰則卻有涉及公法的規定 (§§47~52)。此外，更有法律規定不符合私法，亦不適宜列入公法領域者，例如土地法；而亦有以社會權保障為主之法律，例如長期照顧服務法、國民年金法等「社會法」(Sozialrecht)⁸。

二、區別實益

(一) 救濟之途徑

關於公法上的爭議事件，涉及行政機關處分的事項，是由行政法院為管轄法院，但救濟的途徑，須先依行政救濟的程序，向處分機關之上級機關或原機關提起訴願後，再向行政法院提起行政訴訟⁹。至於私法上的爭議事件，則由民事法院負責審理，經由民事訴訟程序之救濟途徑，達到定紛止爭的效果。最高法院 104 年度台上字第 2118 號民事判決即指出：「自辦市地重劃，係由參加市地重劃之土地所有人自行組成自辦市地重劃區重劃會，本於私法自治之原則所作成之土地重劃分配，具有高度之自治性與相當之自主性，與行政委託之意義並不相同，並無上下隸屬或服從之關係存在。因此，重劃會與土地所有人間就市地重劃之重劃土地分配、差額地價補償及重劃費用之負擔，遷讓、交接土地等爭議，自屬民事爭議¹⁰。」又國家之戶政機關，其依職掌所為戶籍上之記載，進而駁回人民更正之申請，屬於行政處分範圍，並非私權爭執。人民認為以前所申報而由戶政機關記載於戶籍登記簿上之出生年月日有誤，於申請更正未獲允准後，未依訴願及行政訴訟程序謀求解決，竟尋民事訴訟程序提起確認之訴，自有民事訴訟法第 249 條第 1 項第 1 款規

⁸ Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 2003, § 1, Rn. 1 ff.

⁹ 目前台灣訴訟審理制度，是採普通法院（民事訴訟與刑事訴訟）、智慧財產及商業法院與行政法院三元制，刑法雖屬於公法領域，但刑事案件則仍是向普通法院提起訴訟，而非提起行政訴訟。

¹⁰ 此外，公務人員因公殉職之撫卹金，係基於公法關係所生之請求權，既非屬私法上權利，自不得為民事訴訟之標的，從而以國家機關拒不給付撫卹金為由，依民事訴訟程序向普通法院訴請裁判，顯非法之所許，最高法院 76 年台上字第 1203 號民事判決先例參照。

定之訴訟事件不屬普通法院權限之情形，而應予以駁回¹¹。

（二）救濟之方式

將公法與私法予以區別，會涉及到受侵害人尋求救濟的方式。對於在私法領域遭受侵害的人，法律所提供的救濟方式，通常為向加害人請求損害賠償（§184 I）、請求返還利益（§179）等，並向民事法院提起救濟，但對於受行政機關侵害的人，其救濟方式則以向侵害機關之上級機關提起訴願、向行政法院提起行政訴訟，或訴請國家賠償¹²。例如土地徵收乃行政處分之一種，補償亦屬徵收程序範圍，土地所有權人如對政府徵收其土地或發給補償金之時間有所爭執，固應循行政訟爭程序解決，非審理私權之法院所可審認，但若係因核准徵收案已失其效力，請求確認土地所有權仍屬於己，並排除需用土地人之侵害，性質上為民事訴訟，不屬行政救濟範圍¹³。又例如大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，而無特別限制之必要¹⁴。

（三）私法自治（Privatautonomie）

私法的規範，是就私人間的權利與義務的規定，原則上不涉及到公共利益的問題，因此國家機關無須為過多的干涉，而應任由私人間自行

11 最高法院 69 年台上字第 4155 號民事判決先例。

12 進一步介紹，可參考吳志光，行政法，2016 年 2 月七版，392 及次頁；400 頁以下；425 頁以下。

13 最高法院 64 年台上字第 1261 號民事判決先例參照；1944 年 7 月 10 日司法院院字第 2704 號解釋：「需用土地人，不依土地法第三百六十八條第一項規定於公告完畢後十五日內，將應補償地價及其他補償費額，繳交主管地政機關發給完竣者，法律上既無強制需用土地人繳交之規定，實際上又未便使徵收土地核准案久懸不決，尋繹立法本旨，徵收土地核准案，自應解為從此失其效力，土地所有人如因此而受損害者，得向需用土地人請求賠償。」

14 2011 年 1 月 17 日司法院釋字第 684 號解釋。

安排各自的私生活領域，經由私人的自由意思，以決定私人間的權利與義務關係，此為私法自治的意義。私法自治可具體表現在下述民法各編的規定中：

1. 結社自由

任何人均有結社的自由，為憲法第 14 條所明定之基本權，民法第 25 條規定：「法人非依本法或其他法律之規定，不得成立。」因此任何人欲依民法成立法人者，僅須符合民法所規定的成立要件，向法人事務所所在地之法院為法人之登記（民法總則施行法§10），即可成立法人，法律不宜為其他過多之干涉，此為民法總則編關於私法自治的具體表現。

2. 契約自由

契約乃是當事人雙方契合的約定，其係經由彼此間自由的意思，自行決定所欲締結契約的對象與內容，彼此自應受到約定內容的拘束，是為契約自由原則，民法第 153 條規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」私人間出於自由意思所為的約定，只要不違反法律的強行或禁止之規定（§71），不違背公共秩序或善良風俗（§72），國家機關就應該加以尊重，使其在當事人間發生應有的效力，此為民法債編關於私法自治的具體表現。

3. 所有權人之自由

民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」依此規定，所有權人對其所有的物，可以依其自由意思按照生活所需為積極的支配，並消極的排除他人之干涉，此種所有權人對物全面支配的權限，乃民法物權編關於私法自治的具體表現。