



第一章

什麼是法律

第一節 學理上的意義

法學緒論，是以法律為其研究對象的學科，因而在研究法學緒論的時候，首先要問什麼是法律？這個問題，不但是法學緒論的主要課題，也是整個法律學的主要課題。所以古往今來，有許多不同的說法。在篤信宗教的人們，認為法律是神的命令；在崇奉專制君主權力的人們，認為法律是主權者的命令。也有著重於法律靈魂之所在，說法律是正義的一部分；或著重於法律在實際生活上的意義，以法律為具有強制性的共同生活的規則者，眾說紛紜，莫衷一是。我們以為這些說法，都有相當的理由，但也都失諸一偏。其共同的缺失為：或許合於某一時代或某一國家的情形，但未必合於各時代各國家的情形；其合於各時代各國家的一般趨勢者，又未必能夠切於某些國家的情形，而有空洞之弊。所以法律的意義，應該先分為學理上的意義，和中國現行法上的意義兩種。前一種意義的對象，不限於哪一個時代，哪一個國家的法律，而是由學理上、法的實質上，確定法律的意義。後一種意義，則由我國現行法制著眼，來確定法律的意義。這種分開來看的方法，不但在學理上對於法律的含義，可以得到比較正確的看法；在我國現行法的認識上，亦比較有益。

先說學理上的意義。我們綜合各種說法，認為法律是社會生活上人與人之間關係的規律，以正義為其存在的基礎，以國家的強制力為其實施的手段者。分別說明於下：

(一)法律是社會生活的規律

人是社會的動物，無論哪一個時代的人，住在哪一個地方的人，都不能夠單獨生活，必須和別人互相幫助共同過日子。這種人與人互相幫助，共同過日子的情形，叫做團體生活，實行團體生活的範圍，叫做社會。人類自幼至老，沒有一天能夠離開社會生活，也沒有一天能夠離開社會。我



們的身體，由無數代祖先遺傳而來，我們衣食住行的生活資料，是社會上無數人共同勞作的結果。甚至我們日常使用的語言，存於我們心中的思想，亦無一不是社會的產物，無論由哪一方面看，個人都是生存於社會之中的，沒有社會也就沒有個人。

人類的活動，既然處處和別人發生關係，人類的生活，既然自始至終都是社會生活，個人和社會的關係，乃如影隨形，密切而不可分離。因為個人和社會的關係，如此密切，故在人群裡面，個人和個人之間，個人和團體之間，自然有其共守的規律；各人都循規蹈矩，不違反這個規律，而後社會生活，才有一定的秩序，使人們都能過著安寧的生活，團體亦日臻進步。維持社會秩序的規律很多（如道德），法律就是其中重要的一種。所以說，法律是社會生活上，人和人間關係的規律。

（二）法律以正義為其存在的基礎

法律何以能成為社會生活的規律呢？而且法律對於社會生活的規律力量，似較道德和習俗為大，又由於何種原因？有些人們，認為法律能成為社會生活規律，且其規律力量，又較道德和習俗為大者，係由於法律是以國家的強制力，為其實施的手段，即以國家的力量為其後盾者。我們以為這種說法，固然有相當的理由，但過於偏重法律底現實力量方面，而忽略了法律的基礎方面，和舊日以法是有實力的強者，對於弱者的命令之實力說，幾無所異。故我們對於這個問題的答案，毋寧和自然法說相近，認為「是非之心，人皆有之」，人人都有分別是非善惡的正義意識；殺人強盜等，是國人皆曰可殺的行為，法律所以具有規律社會生活的力量，即由於它以正義為其存在的基礎之故。法律如違反了正義，則為人們所厭惡的惡法，縱能存在於一時，終必歸於廢止。至於法律的規律力量，所以較道德和習俗為大，其具國家強制力的背景，當為其主要的因素。

(三)法律以國家的強制力為其實現的手段

法律和國家的關係如何？是一個有爭論的問題，多數學者認為法律和國家之間，具有必然的關係。有國家然後有法律，法律所以具有規律的力量，係由於以國家的實力，為其後盾。少數學者則認為這種想法，是國家法萬能的陳舊思想，不足為訓。因為法律是社會生活的規律，而社會範圍至廣，大之如國家和國家間的關係，小之如父與子間的關係，莫不為社會關係，國家不過是社會關係的一種。在國家之外，尚有種種社會，這些社會，亦各有其法律，國家的法律，不過法律之一種而已，所以法律和國家之間，並沒有絕對的關聯，並非有國家才有法律。

日本法學家尾高朝雄氏，對於國家和法律的關係，有很精到的說法，他認為國家和法律之間，具有密切不可分離的關係。蓋由一方面說，法以國家為前提，要想法能夠統一行使，使法之目的能夠有組織的實現，不能夠缺少國家的存在。認為只有國家之法才是法，沒有國家也就沒有法的說法，固然失於狹隘。人類組織的社會，不只國家一種，人類共同生活之單位，國家之外還有很多，所以國家以外的社會，亦有和國家系統不同的法，「有社會就有法」的古諺，其意義即在於此。但未組成國家底社會的法，不像國家的法那樣確實地、統一地施行；在發生爭執的時候，沒有處理訴訟的法院，在犯罪的時候，亦只能加以私的制裁。這種法只是不完全的法，要想法的目的能夠統一地實現，法的效果能夠得到確實的保障，法應該以國家為背景。近代法體系的發達，即由於近代國家的發達，把這種體系的法為主的時候，不能不承認法以國家為其前提¹。

尾高氏的說法，甚有理由，因為在人類各種社會之中，國家是最有組織的社會，且為各種社會的中心，範圍也往往比其他社會為大，所以國家

¹ 見尾高朝雄氏著：法哲學概論。



的法律，也比其他社會法律重要，確是法學研究的主要對象。

但我們不能因此之故，把國家和法律的關係，看得過於絕對化。蓋誠如少數學者所云，在國家法律之外，各種社會亦自有其法律，不容概予抹煞。觀於現代國際社會交往的頻繁，國際性法律之增加，為各國共同規範之世界法，且有脫穎而出之勢，尤可見少數說的主張亦值重視。

強制力是不是法律的要素？學者的意見也不一致，多數學者認為法律和國家之間，既具有必然的關係，而法律之所以為法律，即在於以國家的強制力為其後盾。強制力所以擔保法律的遵守，一般人因有強制力跟在後面之故，不敢違反法律，法律如無強制，等於不燃之火，無光之燈。且法律和道德及宗教的區別，亦在於強制力的有無，因為道德著重在個人內心的動機，須合於規矩，並不徒重於外部行為，內心的動機何能強制？至於宗教則純屬內心的信仰問題，內心的信仰也是不能強制的。

觀上所述，足見多數學者，均認為強制力是法律的要素，我們亦從通說，但這種說法，亦不可強調太過，蓋強制固為實施法律的手段，卻非法律存立的基礎。法律的發生、法律的存在，仍以人們的正義意識，為其存立的基礎，倘不如此，法律將成為暴力的化身；未附強制規定，縱使違法，亦無法加以制裁的規定（如我國民法上，關於夫妻同居義務的規定），將不成其為法律了。

在討論什麼是法律的時候，還有一個應該檢討的問題，即法律和民族的關係怎樣？蓋法律和國家之間，具有密切的關係，有如前述，那麼它和民族的關係怎樣呢？在昔有人特別注意法律和民族的關係，認為法律和語言一樣，是民族的產物、是民族共同確信的表現，所以力言習慣法的重要性，而輕視成文法。這種看法，在第二次世界大戰前後，因為民族主義的勃興，頗為人們所重視。但有些學者認為這種說法，重視法律之歷史的傳統、社會的基礎，使它不致和現實相隔閼，固然含有相當的真理，且可增

進民族的情感，尤有可取之處。但它只看到法之客觀的、歷史的因素，而忽略了法律之主觀的、人為的因素；不知道法不但是環境的產物，傳統的產物，同時也是人類智慧的結晶，是適應環境變化而創造的規則。且跟著社會的變遷而變遷者，並非依賴傳統，一成而不變。且如以法律和民族有必然的關係，對於職業團體的法律，以及國際社會的法律等——和民族無關的法律，又將何以說明。所以他們認為法律和民族之間，並無必然的關係。

我們以為由法律發達的歷史來看，法律和民族固然有密切的關係，法律多係由於各民族的環境，針對各民族的需要而成長而發達者。當此共產集團猖獗，正義意識低沉的時候，尤有重視民族和法律關係的必要，立法執法的時候，都應該具有民族的意識，熟計民族的利害。但現在交通發達，國際文化交流，國與國間經濟上復互相倚賴，是很顯明的事實。在這種社會背景之下，一個國家的法律，不但受民族傳統的影響，也受世界潮流的影響；不但有內在的因素，也有外在的因素。某些法律，或許受民族傳統的影響較多（如身分法）；另些法律，則恆受世界潮流的影響（如商事法），所以我們固然應該重視民族和法律的關係，但亦不可強調太過，反失法律的真相。

第二節 中國現行法上的意義

由中國現行法制上看來，所謂法律，可分為(一)憲法，(二)法律和(三)命令三種。分述於下：

一、憲 法

憲法，是規定國家的基本組織，人民的權利義務，和基本國策的根本法。它是國家最基本的規範，國家主要機關的組織和職權，人民基本的權



利義務，都規定於其中。又因為它是國家根本大法，為所有法令的根據，故國家所有法令，皆直接間接根據憲法而產生，且不得牴觸憲法，法律和命令違反憲法者無效。我國現行憲法於民國三十五年十二月二十五日，經國民大會通過，自民國三十六年十二月二十五日起，開始施行。因為行憲未久即值戡亂，現行憲法的規定，不足以適應戡亂時期的需要，乃由國民大會，依照憲法第一百七十四條規定的修改憲法程序，於民國三十七年四月十八日，制定動員戡亂時期臨時條款。臨時條款，因為係由有權修改憲法的國民大會，依照憲法所規定的修改憲法程序，而制定者。它所規定的事項，又和國家的基本組織，人民的權利義務有關，所以可以說是我國的戰時憲法。且因其中頗有變更現行憲法的規定（如第三項，總統、副總統得連選連任的規定），依照後述特別法優於普通法的原則，在動員戡亂時期，它的效力，有時且較現行憲法為強。到民國七十六年解除戒嚴後，回歸正常的憲政秩序，國會大會在民國八十年廢止動員戡亂臨時條款。後來則以增修條文的方式進行了七次修憲。

二、法 律

法律一語，有廣狹二義。廣義的法律，泛指憲法、立法院通過的法律、和行政機關制定的規章而言，一般所謂「法」、「法制」、「法規」者，均係採廣義的用法；狹義的法律，則專指立法院通過，總統公布的法律而言，以下所稱法律，專指狹義的法律。

法律，在一個國家的法制上，居於很重要的地位。因為憲法固然是國家的根本大法，地位極為崇高，但憲法的條文有限，它只是就國家的大經大計，為原則性、綱領性的規定。社會生活的主要規範，均授權法律規定，如憲法第十九條規定：「人民有依法律納稅之義務」；第二十條規定：「人民有依法律服兵役之義務」是。即憲法只規定人民有納稅和服兵

役的義務，至人民在什麼時候？如何履行其義務？則憲法不自規定，而委由法律定之，徵稅機關和徵兵機關不能自作主張。猶不僅人民負擔義務的規範，由法律定之，國家主要機關的組織和職權，憲法往往亦只定其大綱，而委其細節於法律，如憲法第六十一條：「行政院之組織，以法律定之」的規定是。其所以委任法律規定，而不由行政機關以命令規定，或任意處分的原因，由於法律是立法院所通過者，而「立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權」（憲法第六十二條）。也就是說，立法院是代表人民的民意機關，所以使人民負擔義務，或規定國家機關組織和職權的規範，授權立法院以法律定之，不容行政機關任意處理（限制人民權利的法律，亦屬如此）。觀此數例，足見立法院通過的法律，在國家法制上地位的重要。

中央法規標準法的規定，尤為上述理論的證明。依其第五條、第六條規定：下列各種事項，必須以法律規定，不得以命令規定：(1)憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。例如憲法第三十九條規定：總統依法宣布戒嚴，什麼時候可以戒嚴？戒嚴時期人民權利義務怎樣？應由法律規定，不得以命令規定是。(2)關於人民權利義務者。例如納稅為人民的義務，但什麼人要納什麼稅？要納多少？都要以法律規定，不能以命令規定是。(3)關於各機關之組織者，這指各機關的組織法而言。各機關的組織法，規定各機關在國家政治制度上的地位（如它隸屬於什麼機關？可以指揮監督那些機關），能代表國家行使何種權力，關係均甚重要，故須以法律規定。(4)其他重要事項之應以法律定之者。該法猶恐上列三點規定有所遺漏，故又設本項的規定。這四項規定是否失於過嚴，法律網羅的範圍是否過於廣泛，實行上有無困難，非無研究的餘地（例如機關的組織，是否不問大小，均須以法律規定），但由這些規定看來，益見法律地位的重要。法學上所謂「法律保留」的原則，即限制人民權利或使人民負擔義務的事項，



必須以法律規定，不得以命令規定的原則，於此更見彰明。

又依中央法規標準法規定：法律的名稱，有法、律、條例、通則四種。但截至現在止，還沒有稱為某某通則的法律，稱為律者似亦僅戰時軍律一種。大都分的法律均稱為某某法，如中華民國民法，中華民國刑法是。小部分的法律稱為某某條例，如戡亂時期貪污治罪條例，懲治盜匪條例是。至於哪一種法律，應該叫做法？哪一種法律應該叫做條例？沒有明文規定，依照慣例看來，大概暫時適用，或對於特殊事件適用的法律稱為條例，其餘都稱為法。

三、命 令

命令一語，可分為職務命令和法規命令兩種。職務命令，指上級機關對於下級機關執行職務的方法，所發布的命令而言。刑法第二十一條規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰……」，其所謂命令，即係指職務命令而言。法規命令，則係指行政機關依據職權，或依據法律所公布的規章而言；這裡所說的命令，專指法規命令，不包括職務命令在內。

命令的種類很多，依照學者通說，命令約可分為下列三類：

(一)以規定的內容為標準

可分為執行命令和獨立命令二種。執行命令，是執行法律或上級機關的訓示，而規定必要事項的行政命令，如為執行出版法的各種規定，而制定的出版法施行細則是。獨立命令，是為維持公共安寧秩序，或因應緊急情勢，而規定必要事項的行政命令，如憲法第四十三條規定：「國家遇有天然災害、瘟疫，或國家財政經濟上有重大變故，須為急速處分時，總統於立法院休會期間，得經行政院會議之決議，依緊急命令法，發布緊急命令……」。

(二)以授權的根據為標準

可分為委任命令和職權命令二種。委任命令，是行政機關依據法律、或上級行政機關的授權，而發布的行政命令，如私立學校法第八十條規定：「本法施行細則，由教育部定之」，教育部依照該法的授權，而發布的私立學校法施行細則是。職權命令，是各機關依據組織法上的權力，而發布的行政命令，如各機關制定辦事細則，使機關內各單位處理事件均有一定程序可循是。

(三)以發布的機關為標準

可分為 1.總統令，2.院令，3.部會令，4.省政府令，5.廳局令各種。

上述各種命令，除獨立命令性質特殊外，其餘各種命令，莫不直接間接由於法律的授權，自然不得違反、變更或抵觸法律，所以憲法第一百七十二條規定：「命令與憲法或法律抵觸者無效」。中央法規標準法第三條：「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。」故凡標題為規程、規則或細則的規章，均為命令而非法律。

除憲法外，國家既然還有許多法律，且如上所述，國家的重要事項，既然必須以法律規定，何以還要行政機關頒布命令呢？考其原因，蓋由於社會生活現象極為複雜，法律只能定其大綱，不能包羅罄盡，有以命令補充的必要。而且社會生活，時在變化之中，立法機關制定一部法律，手續甚繁，不便隨時更改，也有授權行政機關發布命令，以便臨機應變的必要。尤其是社會生活進步，各種專門性、技術性規章日多的現代，立法機關的人未必有專門的學識，不可強不知以為知，群為規定，故只能定其原則，授權行政機關以命令為細密的規定。所以命令在國家整個法制上的地位，雖低於法律，但由於上述各種原因，在現代國家，命令在法制上的地位也是很重要的。