

第二章 法律的淵源

法律淵源，簡稱「法源」，乃法律所由發生的原因，並分直接淵源與間接淵源二種。

第一節 直接淵源

係指可以直接發生法律效力者，如憲法、法律、命令、自治法規與條約等，茲分述如次：

一、憲法

近代民主國家，莫不存有憲法，以爲其立國基礎。故舉凡國體、政府組織、基本國策與人民的權利義務等重要事項，莫不加以明確規定。惟憲法內容所指涉範圍甚廣，只能就重要事項做原則性規範，再以法律做具體詳細的規定。例如《憲法》第 61 條規定：「行政院之組織，以法律定之」便是。

二、法律

中華民國之法律係由立法院經立法程序通過，並經總統公布施行，始得謂之（《憲法》第 170 條）。法律亦爲法律淵源之一，大致如以下情形：

（一）新法以舊法爲法源

如《檢肅流氓條例》乃由《動員戡亂時期檢肅流氓條例》轉化而來。

（二）子法以母法爲法源

即法律之內亦常規定另以法律定之，如《工會法施行細則》乃基於《工會法》第 60 條而產生。

三、命令

行政機關爲行使公權力，通常得基於職權，訂定具有拘束力的規範。其種類如次：

（一）緊急命令

乃國家發生緊急危難或重大變故，由國家元首所發布的命令，具有制定、變更或取代法律的性質。該權之行使應經由憲法明文規定，行政部門始有發布的權限，以防濫用。《第七次憲法增修條文》第 2 條第 3 項即規定：「總統爲避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議發布緊急命令，爲必要之處置，不受憲法第四十三條之限制。但須於發布命令後十日內提交立法院追認，如立法院不同意時，該緊急命令立即失效。」

（二）法規命令

係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定（《行政程序法》第 150 條第 1 項）。

（三）行政規則

係指上級機關樹下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權爲規範機關內部秩序及運作，所爲非直接對外發生法規效力之一般、抽象之規定（《行政程序法》第 159 條第 1 項）。通常規範行政體系內部事項的命令，不直接對外發生效力，通常與人民的權利義務無直接關係。

四、自治法規

（一）意義

根據我國《地方制度法》第 25 條之規定，自治法規乃「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）就其自治事項或依法律及上級法規之授權而制定者謂之」。換言之，自治法規乃地方自治團體依據憲法賦與的自治權，而由地方立法機關依法定程序制定的法規。目前中華民國地方自治法規乃根據《憲法》第 118 條「直轄市自治制度」與《第七次憲法增修條文》第 9 條「省縣地方制度」而來。

（二）種類

1. 自治條例（《地方制度法》第 25 條）

自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者謂之。

2. 自治規則（地方制度法第 25 條、第 27 條）

自治法規由地方行政機關，如直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所就其自治事項，得依其法定職權或基於法律、自治條例之授權訂定，並發布或下達者謂之。並應分別冠以各該地方自治團體之名稱，並得依其性質，定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。

3. 委辦規則（《地方制度法》第 29 條）

直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所為辦理上級機關委辦事項，得依其法定職權或基於法律、中央法規之授權，訂定者謂之。

4. 自律規則（《地方制度法》第 31 條）

地方立法機關得訂定自律規則。自律規則除法律或自治條例另有規定外，由各該立法機關發布，並報各該上級政府備查。

五、條約

（一）意義

乃指兩個或兩個以上之國際法人（通常是國家）所相互締結的協定，並創設締約者之間的權利與義務關係，且受國際法所規範（丘宏達，1996：63-85）。

（二）種類

1. 依國際法人數目區分

（1）雙邊條約：只有兩個締約國。

（2）多邊條約：三個或三個以上的締約國。

2. 以效力可區分為

（1）契約條約（Treaty Contract）

乃締約國用以處理相互間特殊事項的條約。例如同盟條約、商務條約。

（2）立法條約（Law-Making Contract）

又稱為規範條約或國際立法，其內容為設定普遍性或行為性的規範，為國際社會提供關於處理共同問題的一般法律規則。例如《海牙公約》、《聯合國憲章》。

（三）條約對締約國人民的效力

1. 直接生效（Self-Executing）

指條約批准後，直接適用於締約國人民，故與國內法具同等地位。如法國憲

法中明文規定，條約批准後，不必另經立法程序，可自動產生國內法的效力，直接拘束人民。

2. 不直接生效 (Non Self-Executing)

指條約批准後，尚須經締約國依法定程序的承認，始對該國人民發生效力。如英國在條約批准後，不直接自動生效，須待立法機關為立法補充，並頒布實施後，始能生效。

(四) 條約對我國人民的效力

我國憲法及法律對條約在我國是否具有國內法之效力並無明確之規定。實務上，我國關於條約之效力，原則上採取「不直接生效原則」，但條約若訂有自動履行條款 (Self-Executing Provision) 的話，則可直接在國內發生法律效力；但如果條約僅作原則性之訂定，則須待行政或立法部門補充後，始能發生法律效力(法務部 77 參字第 20108 號函)。換言之，條約原則上應經立法院審議 (釋 329)，才能生效。我國最高法院亦曾適用條約作成判決 (七十二年度台上字 1412 號判決) 依據。

第二節 間接淵源

係指須經國家承認，始發生法律效力者，如判例、習慣、法理與學說等，茲分述如次：

一、判例

(一) 意義

乃法院對於訴訟案件所為之判決，並成為以後裁判同類案件所援用的先例，故又稱為判決先例。判例如經反覆援引，自然可產生「法的確信」，對審判官亦發生效力，除可補充法律不足、並可統一法令見解，維持法律秩序的安定性。此外，亦可供立法機關制定、修改或廢除法律的參考，自得為法律的間接法源。

(二) 判例的拘束力

判例的效力在不同法系國家並不相同，茲就英美法系與大陸法系之別，分述如次：

1. 英美法系 (不成文法國家)

英美法系因採不成文法主義，如英國者，判例即法律。因在英國法律形成的初期，法官採取各地的習慣，以審判權創造成法，且法院判案，遇有相同或類似的案件時，受前判決的拘束，故判例的效力與法律相同，故稱英國普通法，即所謂的「法官造法」(Judge-Made Law)。

英美法律體系主要是由普通法 (The Common Law) 所建構而成，其內容係指未曾被編為法典的眾多已成慣例法令之集合體，這些原則散見於各地法院的裁判中，成為判例法 (Precedental Law)，故判例在事實上及法律上均有拘束力，而成為法律最主要的法源。

2. 大陸法系 (成文法國家)

大陸法系為成文法主義，嚴守立法與司法分權，法律係經由立法程序的「制定法」(Statutory Law)，司法者的任務是依法審判，所以觀念上認為判例不應有法律的拘束力，但法院就相同或相似的案件，應避免做成歧異或相互牴觸的判

決，故判例在大陸法系仍有實質的拘束力。

（三）判例在中華民國的地位

我國司法制度上的判決並不等於判例，判決只是法院於具體訴訟案件上所為法律判斷，判例則是經由最高法院將有代表性法律見解的裁判選編成判例，經民、刑事庭會議決議後，並報請司法院備查（《法院組織法》第 57 條），故最高法院所為之判例，在實務上，不僅最高法院本身必須遵守，其所屬各級法院亦應受其拘束。此外，最高法院所為之判例並非不能改變，而是必須經過「變更判例會議」，做成變更判例之決議，始得變更。

另在法律拘束力上，先有最高法院於判例中明示，判決違背判例亦屬適用法規顯有錯誤（57 臺上 1091），後有《大法官會議釋字第 153 號解釋》對於最高法院之判例，及《大法官會議釋字第 154 號解釋》對於行政法院之判例，認為判例係屬於法律或命令，而間接賦予其法規範拘束力（《司法院大法官審理案件法》第 4 條第 1 項第 2 款）。因此判例在我國不僅有事實上拘束力，也有法律上之拘束力。

二、習慣

習慣為現實社會團體生活中的一般人就同一事項，反覆為同一行為的慣行或習俗。習慣之得為法律淵源，乃基於《民法》總則第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依『習慣』，無習慣者，依法理。」與第 2 條：「民事所適用之『習慣』，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」而來。其中第 1 條之「習慣」，係指「習慣法」而言；第 2 條之「習慣」，則兼指「習慣法」及「事實上的習慣」而言（王澤鑑，1995：25-8），茲分析如次：

（一）習慣法

係指社會上不特定多數人多年反覆慣行之事實，且具有法之確信的無形規範。惟形式上仍須透過法院之適用，始認其有法之效力。法院如認其有背公序良俗，即不認有法之效力。換言之，習慣一經法院適用，認其具有「法的效力」，即為習慣法。我國實務上一向認為，習慣成為習慣法的要件有四：

1. 須為一般人多年慣行之事實
2. 須一般人對該習慣，存有法的確信
3. 須該習慣不違反公序良俗

不論習慣法或事實上習慣，違反公序良俗者，均無適用餘地。

4. 須為法律所未規定者

蓋法律與習慣同時規定時，必從法律。惟法律未規定（《民法》第 1 條前段）或因法律之特別規定而具有優先效力（《民法》第 207 條第 2 項）時，就我國民法言，則依習慣。另就我國刑法言，基於罪刑法定主義之原則（《刑法》第 1 條），應排斥習慣的適用。

（二）事實上的習慣

此僅屬一種慣行，尚缺法之確信，不具法源地位，無補充法律之效力，不能做為民事裁判的依據。

三、法理

乃指法律為謀求社會生活之和諧，而就法律之性質、目的、手段等面向，所演繹出的一般法律原則。蓋法律現象無窮，非有限之法律條文所能概括，故須借助法理補充。《民法》第 1 條即規定：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理」，所以法理得成為法律淵源，茲補充說明如次(王澤鑑，1995：29-33)：

(一) 民事法律無規定時

法律優先於習慣之適用，又習慣優先於法理之適用，故僅當法律與習慣無規定時，方得適用法理以資補充。

(二) 民事法律有規定時

即法律雖有明文規定，但依現存的法條解釋仍無法知曉法律之意旨所在時，亦得運用法理解釋。

(三) 法理不得做為刑事法律的法源

蓋刑法涉及對人民處罰問題，為了保障人權，防止司法機構專斷，故民主國家多採罪刑法定主義為原則。即當法律無明文規定，亦不許比附援引或援用法理做為論罪科刑的依據。

四、學說

乃學者所發表的私人意見，並無形式的法律效力可言，但權威性的見解常有助於法律的制定、修改或解釋，且經採納而成為立法或判決的依據者亦非罕見，故在實質上頗具影響力，而得為法律的淵源。惟學說影響力的程度、範圍或根據，恆因各國法律制度或法律領域而異。

本章重點複習

一、專有名詞

1. 法規命令
2. 行政規則
3. 自治條例
4. 自治規則
5. 委辦規則
6. 自律規則
7. 條約
8. 判例
9. 習慣
10. 習慣法

二、問答

1. 何謂「法源」？
2. 試說明法律的直接淵源有那些？
3. 試說明法律的間接淵源有那些？
4. 試說明條約對我國人民的效力？
5. 試說明判例在我國的法律地位？
6. 試說明法理在我國民法與刑法適用的情形？