

八、成文法與不成文法

(一) 區別標準

以制定之程序、產生過程之不同，可分為成文法與不成文法。

1. 成文法

由國家依公權力以一定立法程序制定成條文形式公布者。

例如：憲法、法律、命令。

2. 不成文法

未依一定程序制定公布，非以法典化之形式存在者。

例如：判例、習慣、學說、法理。

(二) 區別實益

1. 民事事件，成文法未規定得以不成文法補充之：

民法第 1 條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」

2. 刑事處罰，不得以不成文法補充之：

刑法第 1 條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」

例：刑法第 315-1 條：「有下列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金：

一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。

二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。」

2. 地方自治法規之效力

地方制度法第 30 條：

1. 自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。
2. 自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例牴觸者，無效。
→發生牴觸無效者，分別由行政院、中央各該主管機關、縣政府予以函告。
3. 委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效。
→發生牴觸無效者，由委辦機關予以函告無效。
4. 自治法規與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。

3. 名稱

- (1)自治條例應分別冠以各該地方自治團體之名稱，在直轄市稱直轄市法規，在縣（市）稱縣（市）規章，在鄉（鎮、市）稱鄉（鎮、市）規約。
- (2)自治規則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)委辦規則名稱準用自治規則之規定。

4. 處罰

僅自治條例中的直轄市法規、縣（市）規章，得規定處以行政罰：直轄市法規、縣（市）規章就違反地方自治事項之行政業務者，得規定處以罰鍰或其他種類之行政罰。但法律另有規定者，不在此限。罰鍰之處罰，最高以新臺幣十萬元為限；並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分。

（五）條約

條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。

▲專題：條約是否應送立法院審議？—釋字第 329 號

【解釋文】：

憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。

【解釋理由】：

總統依憲法之規定，行使締結條約之權；行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之條約案提出於行政院會議議決之；立法院有議決條約案之權，憲法第三十八條、第五十八條第二項、第六十三條分別定有明文。依上述規定所締結之條約，其位階同於法律。故憲法所稱之條約，係指我國（包括主管機關授權之機構或團體）與其他國家（包括其授權之機關或團體）或國際組織所締結之國際書面協定，名稱用條約或公約者，或用協定等其他名稱而其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項或直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同（例如協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律）者外，亦應送立法院審議。其無須送立法院審議之國際書面協定，以及其他由主管機關或其授權之機構或團體簽訂而不屬於條約案之協定，應視其性質，由主管機關依訂定法規之程序，或一般行政程序處理。

三、不成文法源（間接法源）

非法典化之不成文法源，補充成文法源之不足。例如：習慣法、解釋、法理、學說。

（一）習慣法

1. 意義

係指客觀上具有多年反覆之慣行，主觀上具有法之確信，而無違背公序良俗之事實。

民法第1條：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」

民法第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。」

2. 效力

習慣法若無違背公序良俗，則具備補充成文法不足之功能，而為法源之一種。

▲考古演練

1. 有關法源的敘述，何者錯誤？【112 普考】
 - (A) 憲法、法律、行政命令、地方自治法規及條約，都屬於成文法源的範圍
 - (B) 習慣法與法理，屬於不成文法源之範圍
 - (C) 習慣必須經過法院裁判的援引跟認可，才能成為法源之一所稱的習慣法
 - (D) 習慣跟法理，都可以作為民事及刑事案件中的裁判依據
2. 關於民法第1條規定之習慣成立要件，下列敘述何者錯誤？【110 高考三級】
 - (A) 須有慣行多年之事實
 - (B) 必須已有法院透過判決予以承認

- (C)須為成文法未規定之事項
(D)須為社會一般大眾確信其有法之效力
3. 下列關於習慣法之敘述，何者錯誤？【106 稅務三等】
- (A)習慣法係為法律所未規定
(B)即使違背善良風俗，若多數人遵循，仍可成為習慣法
(C)習慣法須為社會長期慣行之事實
(D)須一般人對於該習慣具有法的確信

(二) 判例？

1. 意義

最高法院或最高行政法院所為之判決中，經會議選取其中法律見解堪為範式者依法定程序制定成為判例。

2. 刪除判例制度（108.7.4 施行）

~~法院組織法第 57 條：「最高法院之裁判，其所持法律見解，認有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會議決議後，報請司法院備查。最高法院審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定。」【108.7.4 施行】~~

▲法院組織法修法總說明：

依據五權憲法下之權力分立原則，終審法院本於司法權之固有權限而行使其審判權時，就個案法律適用所做成之法律解釋，僅以該個案之裁判結論為限，對於其他審判機關或審判以外之任何權利主體產生拘束力；**換言之，終審法院之裁判，不應以規範命令之形式，產生抽象、一般之通案法規範效力。**惟本法現行規定透過由最高法院院長、庭長及法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會議決之判例選編程序，將最高法院之裁判選編為判例，實係透過「裁判」與「判例」之區別，將裁判中之法律見解自個案中抽離，而獨立於個案事實之外，成為抽象簡約之判例要旨，使其具有一般法規範效力，雖以達成終審法院法律見解統一為目的，

然與權力分立原理未盡相符，且本法修正增訂大法庭制度，已可達到使終審法院法律見解統一之目的。現行判例選編暨判例變更制度自無再予維持之必要，應予修正刪除。

3. 效力？

(1) 判例制度刪除前

在英美法系國家，因採不成文法主義，判例成為主要之法律源；而大陸法系國家多採成文法主義，判例則成為間接法律源。於我國刪除判例制度以前，判例具有事實上拘束力，下級法院於審理案件適用法律時，通常皆會採用判例見解。

(2) 判例制度刪除後（即現行法）

選編判例制度廢除後，先前已經依法選編之判例，仍應予以明確定位，爰明定最高法院、最高行政法院於中華民國 108 年 7 月 4 日本法修正施行前依法選編之判例，若無該判例之裁判全文可資查考者，因無裁判所依憑之事實可供參佐，背離司法個案裁判之本質，應自本條文生效後停止適用；其餘先前已經依法選編之判例，則回歸裁判之本質——即終審法院某一庭先前所為之「裁判」，與未經選編為判例之其他終審法院先前裁判效力相同。

4. 事例

【最高法院 66 年台上第 2759 號判例】

不法侵害他人致死者，被害人子女得請求賠償相當數額之慰撫金，又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，民法第一百九十四條、第七條定有明文，慰撫金之數額如何始為相當，應酌量一切情形定之，但不得以子女為胎兒或年幼為不予賠償或減低賠償之依據。