

重點研析

壹、民法之法源

所謂法源，係指法律存在的形式。民法之法源，依民法第1條之規定，主要包括法律、習慣及法理；又依司法院大法官會議釋字第185號解釋，司法院解釋亦可作為民法之法源。至於判例、決議、學說等則非屬之。茲說明如下：

一、法律

指廣義的法律，包括：

(一)法律：

指立法院通過，經總統公布之法、律、條例、通則（憲§170、中標§2、§4）。例如民法、土地法、公司法、海商法、票據法、保險法……。

(二)行政規章：

指中央各行政機關依其法定職權或基於法律授權訂定的命令（中標§7）。例如土地登記規則、保險法施行細則……。

(三)自治法規：

指地方自治團體所制定的自治法規。依地方制度法第25條又可分為自治條例及自治規則：自治條例係指由地方立法機關通過並由各該行政機關公布之自治法規；自治規則係指由地方行政機關訂定並發布或下達之自治法規。

(四)條約：

指兩個以上國家、國際組織或其他國際法主體與國家之間的契約。條約如經立法院議決、總統公布以後，具有與國內法同等的效力。

學說討論

◎條約是否可以作為國內法之法源？

- (一)傳統見解：傳統認為條約之締約當事人為國家，故只能拘束國家，不能直接拘束國民，除非締約國透過立法程序使條約內容轉換為國內法，否則不能作為國內法之法源。
- (二)我國法院實務認為：依我國憲法第141條所定「尊重條約」及同法第63條所定條約必須經立法院議決之規定以觀，凡依法批准公布之條約，無須經過特別之立法程序即得逕行援用，亦無須另行以命令規定，即已具有國內法之同效力。且條約既經公布，其有與國內法牴觸者，國內法縱未為適當之修正或對牴觸部分未經宣佈失效，原則上亦應優先適用條約之有關規定（72台上1412決、司法院53.3.263台函參字第1450號函）。
- (三)我國民法學者亦贊同實務見解，認為條約經立法院議決並公布後，即得作為民法之法源¹。

◎憲法是否可以作為民法之法源²？

- (一)一般認為憲法並非民法第1條所稱之法律，不可作為民法之法源。主要係由於憲法係規範國家與人民或國家與國家之間的法律關係，性質上不得適用於人民與人民之間的私法關係。故吾人不可直接適用憲法處理民事問題。
- (二)惟憲法所規範的基本權利，不僅可作為人民對抗國家的權利（基本權之主觀權利功能），更是一種客觀的價值秩序（基本權之客觀規範功能）。故仍可透過以下之途徑影響民事關係：
 1. 民法規定不得牴觸憲法：故司法院大法官會議可就民事法規、最高法院判例或決議進行違憲審查，以保護人民的基本權利。例如司法院釋字第362號解釋即基於信賴保護原則而修正民法第988條第2款有關重婚無效之規定、釋字第365號解釋亦基於憲法第7條之平等權而宣告舊民法第1089條由父行使子女親權之規定違憲。

1 參照：王澤鑑，民法總則，頁50；施啟揚，民法總則，頁54。

2 參照：王澤鑑，前揭註1，頁51-52。

2. 合憲性解釋：解釋者於法律解釋有多種可能時，應盡量使基本權利得發揮其規範效力，故應選擇最能保護基本權之解釋方法。如此方能調整上位的憲法規範與下位的法律規範彼此之間的關係，以維持法秩序和諧。
3. 基本權利的第三人效力：此為憲法基本權對民事關係的「間接效力」。基本權得透過民法當中的概括條款或不確定法律概念（例如民§72之公序良俗或民§184 I 後段之公序良俗）以實現憲法基本價值。例如勞動契約當中的單身條款，即因其違反憲法賦予人民的工作權及婚姻自由，可被認為違反公序良俗，而依民法第72條，為無效的契約約定。

二、習慣

(一)意義：

習慣法指非由立法機關所制定，而由該社會各組成份子所反覆實施，且具有法之確信的規範。

(二)要件：

1. 積極要件：

- (1)客觀要件：多年慣行之事實。
- (2)主觀要件：普通一般人法之確信。

2. 消極要件：

- (1)非成文法既有之規範。

※最高法院39年台上字第346號判例，即以民法已針對法人之設立設有規定為理由，拒絕適用民間習慣認為祭祀公業為法人。

- (2)不得違反公序良俗（民§2）。

※最高法院18年上字第1346號、19年上字第1710號、30年上字第131號、30年上字第191號判例認為不動產之近鄰有優先承買權之習慣與賣產應先問親房之習慣有礙經濟流通及地方發達，故依民法第2條規定無習慣法之效力。

(三)習慣法與事實上的習慣：

1. 習慣法：指一般人具有法之確信的多年慣行事實（17上613例）。民