

第一章 法的概念、淵源與種類

考點分析 ☆☆☆☆☆

本章考點在法學之基本概念，必須注意到各法系的特徵與各種成文源、不成文源的法源意義。另外，成文源中憲法、法律、命令的意義及差異也常是命題焦點，再者有關法學概念的各種基本定義、法律的繼受與台灣法律的發展亦是近年經常出現的考題。

頻聚焦點

非議不可！

第一節 法的概念

一、法律之意義

法律者，以保障群眾安寧，維持社會秩序為目的，而透過國家公權力，以強制實行之一種社會生活規範。

二、法系之概念與分類（大陸法系與英美法系就司法制度之區別）

（一）審判機關：

1. 大陸法系：其行政案件的訴訟，不歸普通法院管轄，而另設立行政法院受理。行政法院與普通法院並行，另成系統而為雙軌制，此為司法

二元制意涵。

2. 英美法系：原則上無行政法院之設立，刑事、行政訴訟，都歸普通法院管轄受理，不另設立行政法院，此即司法一元制。

(二) 審理依據：

1. 大陸法系：以成文法為主，習慣法與判例法為輔。
2. 英美法系：美國除憲法外，其他所謂法律，均不重視成文法典，乃以習慣及判例為主。

(三) 訴訟程序之特色：

1. 大陸法系：採取定型的裁判機關，重視訴訟程序，強調「先程序、後實體」之觀念。
2. 英美法系：採陪審制度及巡迴審判制度，因重視判例而較重實體，忽略程序。

(四) 法庭組織：

1. 大陸法系：法庭組織原則採「合議制」，法官人數較多。
2. 英美法系：法庭組織原則採「獨任制」，法官人數較少。

三、法學之學派

(一) 歷史法學派（又稱沿革法學派）：此派認為法律係由人類之歷史事實累積而來，屬人類無意識的自然發展而成，強調法律乃民族精神的產物，無須人為制定，以下為該派學者的主張：

1. 謝林：國家有機體說，認為法律為國家有機體演化之表現。
2. 休果：主張法律為整個民族生活的一部分。
3. 德國法學家薩維尼：認為法和語言、習慣，同以民族精神為根據。民族是具有生命力與精神，且其永遠存在不變，法律之本質，是民族心理之表現。因此習慣、判例、學說及法條等之形成，皆屬民族心理之表現；其並認為「法律只求之於民族歷史、民族精神與民族確信」，故無須編纂人為之共通法典。
4. 梅因：英國歷史法學創始人，所處時代為歷史時代、進化論時代、法律改革時，提出進步社會法律發展過程「由身分到契約」。

- (二)自由法學派：認為法律由人類生活環境需要而產生，隨著人類生活環境之變遷與時代之不同而演進。因此研究法學，不應拘泥於形式的法條文字，應注意實際的社會現象，以探求法律之實在性。倘遇社會事物變動，須適用法律時，必須依人類生活環境之需要，斟酌實際情形，靈活運用。法律之缺漏，在所難免，法官審理案件時，欲補救法律之缺漏，端賴其運用科學的自由探究方法，以客觀之標準，達成法官創造法律之機能。
- (三)目的法學派：此派認為人類之行為與自然現象不同，自然現象受「因果律」之支配，而人類之行為須受「目的律」之支配，因此目的為一切文化制度之創造者與社會生活之原動力。

第二節 法律的淵源

一、罪刑法定主義之內涵、現行規定與派生原則

- (一)內涵：犯罪與刑罰以成文法律預先規定，如法律未予規定，無論任何行為均不受處罰，稱為罪刑法定主義，蓋「無法律即無犯罪，無法律就無刑罰」。
- (二)現行之根據：依憲法第八條之規定：「人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」另刑法第一條前段之規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限。」又依刑事訴訟法第一條第一項之規定：「犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。」等皆屬之。
- (三)罪刑法定主義之派生原則如下：
1. 刑法效力不溯及既往原則：任何人，非依據行為前所制定公布之法律，不受處罰。因此，如行為時屬於適法行為，其後法律雖已變更成為違法行為，仍不得溯及既往加以處罰。惟行為後所變更之法律，係科較輕之刑時，因對行為人有利，自得為溯及適用，如行為後所變更

之法律係科較重之刑時，為貫徹罪刑法定主義之旨，應禁止事後法之溯及。惟沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律（刑§2）。

2. 禁止類推解釋原則：類推解釋者，對於法律無明文規定之事項，援引與行為性質最相類似之條文，比附適用。此種援引比附，應為罪刑法定主義所禁止。惟學者間有主張禁止類推解釋，只是禁止不利於行為人之類推解釋。如對行為人有利，當可類推之。亦有謂不論對人有利、不利均不得類推之。
3. 習慣法禁止之原則：即刑法必須為成文法。如以習慣為論罪科刑之準據，則習慣之可否適用，操於法官之手，無異承認其有擅斷之權，故須排斥「習慣刑法」。
4. 絕對不定期刑之禁止：刑罰者，係對犯人法益之剝奪，如對被告僅判處徒刑判決，而未明確定其刑期者，即屬絕對不定期刑，為罪刑法定主義所禁止。惟為達到教育刑之效，宣告自由刑時，不宣告其一定之刑，僅宣告其長期與短期時，即為相對不定期刑，一般均認在保安處分與少年法應可適用。

二、法源

係指法規範產生的原因，可分為直接法源與間接法源。直接法源（又稱成文法源）：如憲法、法律、命令、條約、自治法規等；間接法源（又稱不成文法源）：如習慣法、法理、判例、大法官解釋等。

第三節 法律的種類

一、公法、私法二者之區別標準及實益

- (一)區別標準：公法即是規定國家與國家間，或國家與人民間的權力關係，例如國際公法為規定國家相互間的權利關係之法律；憲法、刑法、行政法等為規定國家與人民間的權利關係之法律，均屬公法之範圍。至於法律規定國家與公法人間、公法人相互間或公法人與人民間的權利關係者，其性質亦屬公法。因此，凡屬法律所規定者係屬國家關係、統治關