# 法學方法論的基本問題

王鵬翔
中央研究院法律學研究所
05/08-09/2013

# 什麼是法學？為什麼法學需要一套方法？

- 法學(Rechtswissenschaft, the doctrinal study of law)的工作：以特定的法秩序為基礎，透過說理論證的方式，來解決規範問題。

- 規範問題: 規範命題是否成立的問題
  - 「規範命題」: 涉及「應該／允許／禁止」、「權利／義務」的主張。例: 「某甲應該被處以一千八百元的罰鍰」、「甲有義務向乙支付價金二萬元整」、「國家不得禁止電台主持人播送藥物廣告」...
  - 法學所關心的規範命題可稱為「法律命題」（propositions of law)

- 法學是依據特定的法秩序為來決定規範命題是否成立
  - 「根據道路交通管理處罰條例第50條，開車闖紅燈應被處1800元以上5400元以下罰鍰。」
  - 「根據民法第367條，買受人甲有向出賣人乙支付價金的義務。」
  - 「根據憲法第11條，人民有言論自由，所以國家不得干預電台播送藥物廣告」。

- 法學是以說理論證的方式來解決規範問題
  - 「說理」「論證」：提出理由來支持所主張的法律命題。

# 說理論證的一個簡單例子

- 例1: 假設你是一位交通警察，在執勤時看到某甲開車經過交岔路口闖紅燈呼嘯而過，你把甲攔下來，表示要開張一千八百元的罰單，甲問:「為什麼我應該被處罰？」你的回答會是什麼？
- 「因為你(甲)開車闖紅燈。」→
  - 舉出事實作為支持「甲應被處罰」的理由

- 甲繼續問: 「為什麼開車闖紅燈就應該被處罰？」你的回答又會是什麼？
- 「因為這是法律的規定，道路交通管理處罰條例第50條規定: 汽車駕駛人，行經有燈光號誌管制之交岔路口闖紅燈者，應處以新臺幣一千八百元以上五千四百元以下罰鍰。」 →
  - 訴諸法律規範說明為什麼特定的事實可以作為支持某個規範命題的理由。

# 最基本的法律論證結構—法學三段論

- 認定事實 ✚ 找出可適用的法律規範 → 邏輯推論 → 法律效果

- 例1中法律適用的三段論
  - (1) 如果汽車駕駛人闖紅燈，則應處以新臺幣一千八百元以上五千四百元以下罰鍰。（大前提：法律規範）
  - (2) 甲駕駛汽車闖紅燈。（小前提：案例事實）
  - 因此，甲應處以新臺幣一千八百元以上五千四百元以下罰鍰。（結論：法律效果——所主張的規範命題）

- 問題：但所有的法律問題都能透過法學三段論來解決嗎？

# 法學三段論的侷限

- 例2：
  - (1)使人受重傷者，應處五年以上十二年以下有期徒刑。(刑法278I)
  - (2) 甲砍斷他人左手拇指，食指與中指。

- Q1:你能夠從(1), (2)直接推論出刑法278I的法律效果嗎?
  - 當案例事實的描述與法律規範在構成要件中所使用的概念之間具有裂縫（gap）時，無法僅憑法學三段論得出法律效果。

- Q2: 如果不行，你必須加入那些前提才能彌補法條構成要件所使用的概念（「重傷」）和案例事實（「砍斷他人左手拇指、食指與中指」）之間的裂縫?

# 欠缺的前提是什麼？

- (1) 使人受重傷者，應處五年以上十二年以下有期徒刑。
- (2) 毀敗一肢之機能者，屬於重傷。（刑法10IV(4)對於「重傷的定義」）
- (3) 喪失手之作用，係屬毀敗一肢之機能。（日常語言對於「一肢」的理解）
- (4) 甲砍斷他人左手拇指，食指與中指。

- Q. 從(1), (2), (3), (4)可以直接無跳躍地推論出刑法278I的法律效果嗎?

- 最高法院29年上字135號判例:「手之作用全在於指，上訴人將被害人左手大指、食指、中指砍傷斷落，其殘餘之無名指、小指即失其效用，自不能謂非達於毀敗一肢機能之程度。」

- 從上開判例可以再得出兩個將刑法第10條第4項第4款加以精確化的前提：
  - 「如果手指失去效用，即喪失手之作用」
  - 「砍斷手之拇指、食指、中指，則手指即失去效用。」

# 涵攝與解釋

- (1) 使人受重傷者，應處五年以上十二年以下有期徒刑。
- (2) 毀敗一肢之機能者，屬於重傷。
- (3) 喪失手之作用，係屬毀敗一肢之機能。
- (4) 若手指失去效用，則喪失手之作用。
- (5) 砍斷手之拇指、食指、中指，則手指即失去效用。
- (6) 甲砍斷他人左手拇指，食指與中指。
- 因此，甲應處以五年以上十二年以下有期徒刑。

- 彌補案例事實與法律規範之間裂縫的論證過程，稱之為「涵攝」(Subsumtion)。
- (2)-(5) 是解釋法律規範的命題，簡稱為「法律解釋」
  - Q1: 你如何(=用什麼方法)得出這些法律解釋？
  - Q2: 你要用什麼理由來支持這些解釋法律的命題的正確性?

# 裂縫可能有多種彌補方式

- 例3: 某甲在電台刊播藥物廣告，試問他的行為是否受到憲法第11條言論自由的保障？
  - (1) 憲法保障人民有發表言論的自由。
  - (2) 甲在電台刊播藥物廣告。
  - 所以，「憲法保障甲有在電台刊播藥物廣告的自由」？

- 問題：你能夠從(1), (2)直接推導出結論嗎? 這樣的推論會不會仍然有跳躍的問題?
- 你要如何確定法律(例如憲法第11條)的內容是什麼，以得出消除論證跳躍所必須的前提?

# 要選擇哪一種解釋?

## 解釋I

- (1) 憲法保障人民有發表言論的自由
- (2) 商業上之意見表達屬於憲法所保障的言論。
- (3) 在電台刊播藥物廣告屬於商業上之意見表達。
- (4) 甲在電台刊播藥物廣告。
- 所以，憲法保障甲有在電台刊播藥物廣告的自由。

## 解釋II

- (1) 憲法保障人民有發表言論的自由。
- (2a) 只有與公意形成、信仰表達與追求真理有關的意見才屬於憲法所保障的言論。
- (3a) 在電台刊播藥物廣告與公意形成、信仰表達或追求真理無關。
- (4) 甲在電台刊播藥物廣告。
- 所以，憲法並不保障甲有在電台刊播藥物廣告的自由。

# 法學方法論的基本問題

- 要推論出特定的法律效果，除了案例事實和法律規範之外，我們可能還需要一些額外的前提。
  - 這些額外的前提通常是所謂的「法律解釋」
- 如何(=用什麼方法)來得到推論出法律效果所必要的前提？
  - 這些必要的前提包括了法律規範、法律解釋與案件事實的描述，但傳統的法學方法論最關心的通常是法律解釋的部分：有沒有一套用來得出法律解釋的方法？
- 什麼樣的理由可以用來支持這些前提的正確性？
- 如果有不同的前提（例如不同的法律解釋）可供選擇時，要如何（=用什麼方法) 決定採取哪一個前提？
- 這些選擇或決定有沒有正確與否可言？如果是的話，什麼樣的理由可以用來支持你的選擇或決定是正確的？

# 法學方法論的主要內容

第一部分: 法律規範與法律適用的邏輯結構

第二部分: 法律解釋

第三部分: 法律續造

第四部分: 判決先例與法釋義學的運用

第五部分: 價值判斷與法律體系

第六部分: 法學方法論的法律哲學問題

# 法律解釋

- 例4: 某甲出租駿馬一匹予乙，乙交由其馬夫丙看管失周，致馬踢傷丁，試問丁得向何人請求損害賠償？

- 可資適用的法律規範—民法第190條第1項：「動物加損害於他人者，由其占有人負損害賠償責任。」

- 問題：民法190I的「占有人」所指為何?

直接占有人(乙)、間接占有人(甲)、占有輔助人(丙)?

# 例5

- 年逾古稀之黃姓阿公學會中文輸入法，遂以電腦打字遺囑全文，記明年月日後，列印出來並簽名於上，試問黃阿公此分遺囑是否為有效的自書遺囑?
- 相關的法律規範: 民法1190「自書遺囑者，應自書遺囑全文，記明年、月、日，並親自簽名。」
- 問題: 民法1190條所謂「自書」，所指為何?

# 法律解釋的方法

- 法律解釋的方法（標準、準則, the canons of legal interpretation）：用來支持或反對採取一個法律解釋的論證形式。

- 典型的法律解釋方法:
  - 文義解釋
  - 歷史解釋
  - 體系解釋(包括合憲解釋)
  - 目的解釋

- 法律解釋方法只告訴我們如何得出一個解釋，哪些素材可以作為解釋的依據。
- 但是法律解釋方法並沒有告訴我們，為什麼這些素材可以作為解釋的的依據，因此也無法告訴我們，為什麼要採取這樣或那樣的解釋。

# 文義解釋

- 以法律概念在日常或專業上的意義或使用方式來得出法律解釋。
  - 「砍斷他人拇指、食指與中指將使其手失去效用，毀敗其一肢之機能，屬於刑法所稱之『重傷』」。
  - 「自己用筆書寫遺囑為民法1190條所稱之『自書』；自己口述他人代筆則非該條所稱之『自書』。」

- 文義解釋的侷限：當法律概念的文義具有不確定性，允許多種可能的解釋時，無法單憑文義決定採取何種解釋。
  - 憲法第11條的「言論」是否包括了賣藥廣告?
  - 自己用電腦打字是否屬於民法1190條所稱之「自書」?
  - 民法246I之「不能」是否包括客觀不能與主觀不能，或僅指客觀不能?
  - 民法190I「占有人」的文義可能包括直接占有人、間接占有人、甚至占有輔助人。

# 文義解釋的功能

- 作為其它解釋的起點：若法律概念的文義指出有多種解釋可能，則要採取何種解釋，必須引入其它解釋方法加以決定。
  - 例: 有沒有文義以外的論據支持將民法246I的「不能」採取限縮的解釋(僅指客觀不能)?
  - 例: 要用什麼樣的論據才能將民法190I的「占有人」解釋為包括占有輔助人?

- 畫定法律解釋的範圍: 逾越或違反法律文義的「解釋」，非屬固有意義的法律解釋，而是法律續造(如類推適用)。
  - 例: 被害人之未婚妻或同居人是否得依民法194向加害人請求非財產上之損害賠償?

# 例6

- (一)某甲與其妻乙有一養子丙，某日甲偕乙丙上街購物，竟被酒後駕車之某丁自後追撞致死，乙丙當場目睹甲被輾斃之慘狀後，精神極度痛苦，試問乙丙是否得依民法194之規定「不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償。」，向丁請求支付慰撫金?

- (二) 同上，若乙係甲之同居人，丙為甲乙之非婚生子，則乙丙是否仍得向丁請求支付慰撫金?

- (三) 同上，若乙係甲之未婚妻，則又有何不同?

# 文義解釋的論證方式

- 以T代表要去解釋的概念(例如「配偶」、「子女」)，M代表案例事實的特徵(如「妻」、「未婚妻」、「同居人」、「養子」)
- 文義解釋有下列三種可能的論證形式:
  - 基於T的文義，M是T。
  - 基於T的文義，M不是T。
  - 基於T的文義，M可能是T，也可能不是T (語意的不確定性，文義解釋無法決定M是不是T)

- 例6的文義解釋
  - 基於「配偶」的文義，「妻子」屬於配偶。
  - 基於「配偶」的文義，「同居人」不是配偶。
  - 基於「配偶」的文義，「未婚妻」是配偶嗎?

  - 基於「子女」的文義，非婚生子女或養子女是否屬於民法194所稱之子女?
  - 有沒有除了文義以外的論據支持將「未婚妻」視為民法194所稱之「配偶」?

# 歷史解釋

例7:監察院是否可對立法委員與國大代表提出糾舉案或彈劾案? 憲法第97條第2項所稱之「中央及地方公務人員」是否包括立法委員與國大代表? (參閱大法官釋字第14號)

例8: 某甲於5月2日與乙約定出賣其所收藏之名貴古瓷瓶，交付前夕甲始發現該古瓷瓶已於5月1日被其子出售給丙，並移轉所有權，試問甲乙間之買賣契約是否有效?

（相關法條: 民法246I「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效」）

# 歷史解釋

- 以歷史上(=當初制定法律的)的立法者之意思作為根據的解釋方法。

- 論證形式(I):
  - (1)對法律規範N採取解釋I符合立法者的意旨
  - 所以，應該採取解釋I

- 論證形式(II)
  - (1) E是立法者制定法律規範N所要追求的目的
  - (2) 如果不對N採取解釋I，則無法達到目的E
  - 因此，應該採取解釋I

# 釋字第14號—以立法者(制憲者)意旨為論據的解釋方式

- 「在制憲會議中，若干代表認為監察院彈劾權行使之對象應包括立法委員、監察委員在內。曾經提出修正案數起，主張將(憲法草案)第一百零二條行政院或其各部會人員改為各院及其各部會人員，包括立法院、監察院人員在內…。　討論結果，對此毫無疑義之修正文均未通過，即所以表示立監委員係屬除外。
- 「若謂同時，復以中央公務人員字樣可藉解釋之途徑，使立監委員包括在內，殊難自圓其說。在制憲者之意，當以立監委員為直接或間接之 民意代表，均不認其為監察權行使之對象。
- 「國民大會代表為民意代表，其非監察權行使對象更不待言。憲法草案及各修正案，對於國大代表均無可以彈劾之擬議，與立、監委員包括在內之各修正案不予採納者，實為制憲時一貫之意思。

- 對憲法第97條之「中央及地方公務人員」採取排除立法委員與國大代表的解釋，符合制憲者之意旨。
- 因此，應該對憲法97條採取此種解釋方式。

# 歷史解釋的例子

- 民法246之立法理由:「當事人得自由以契約訂立債權債務關係之內容，而其契約則以可能為必要，故以客觀不能給付為標的之契約，終歸無效，所以防無益之爭議也，但其不能係指主觀之不而言，則其契約仍應認為有效，使債務人負損害賠償之責，然此無待明文規定，故本條僅明示其旨。」

- 使契約盡可能有效，讓給付不能之債務人負損害賠償之責，是立法者的目的。
- 如果不將民法246I所稱之「不能之給付」解釋為「只包含客觀不能」，則無法達到上述之目的。
- 因此，應該將民法246I所稱之「不能之給付」解釋為客觀不能，不包括主觀不能。

# 歷史解釋的方法及侷限

- 歷史解釋的重點在於探求立法者的意旨，而立法者的意思如何探求?
- 立法史、立法草案、文獻、立法理由、制定經過。

- 歷史解釋的界限:
- (1) 並非總是能透過立法史與立法資料探求立法者之意思。
  - 例: 民法190的立法理由有告訴我們「占有人」所指為何嗎?
- (2) 社會生活變遷產生立法者當時所無法預見的案件。
  - 例: 用電腦打字列印後親自簽名的遺囑是否可被認為是民法1190之「自書」遺囑?

# 體系解釋

- 意義: 以維持法律體系的一致性與融貫性作為根據的解釋方法

- 方法: 在解釋個別法律規定時，必須注意其在法律體系中的地位與關聯→
  - 避免採取會和其它法律規定發生矛盾的解釋（一致性的要求）
  - 盡量採取能夠和其它法律規定相容甚至是相互支持的解釋（融貫性的要求）。

# 體系解釋的論證形式

- 論證形式I:
  - (1) 對法律規範N1採取I的解釋，會導致與另一法律規範N2相矛盾
  - 因此，不應該採取解釋I

- 論證形式II:
  - (1) 對法律規範N1有兩種可能解釋I1, I2
  - (2) 對法律規範N1採取解釋I1，將比I2更能夠和另一法律規範N2產生相互支持的效果
  - 因此，應該採取解釋I1

# 體系解釋的例子

- (1) 民法194所稱之「子女」在解釋上是否應包括「養子女」?
  - 考慮到民法第1077條「養子女與養父母之關係除法律規定外，應與婚生子女相同」，原則上應採肯定解釋。

- (2) 刑法310III「能證明其為其真實者」應採下列何種解釋?
  - I1:「行為人必須自行證明其言論內容確屬真實」
  - I2:「依行為人所提之證據資料，認為行為人有理由確信其為真實者。」
  - 採取I2較能夠符合憲法中對於言論自由與新聞自由的保障(釋509)
  - 「合憲解釋」是體系解釋的下位類型。

- (3)按照體系解釋，民法190Ⅰ之「占有人」應採取何種解釋?

# 內部體系與外部體系

- 外部體系(das äußere System）：
- 法律的編制體例與上下文關聯—由法律概念的位階所形成的體系

- 內部體系(das innere System):
- 取向於法律體系的原則或價值判斷—由法律原則的具體化所形成的體系。

# 例9

- (1)甲向乙建商購屋，甲相中A屋，並與乙談妥價金為一千萬，惟關於A屋之裝潢與貸款方式，雙方仍未達成共識，約定回家各自考慮後，擇日再談。試問甲乙間之買賣契約是否成立?

- (2) 甲向乙車商購車，已約定車種及價金，惟對於交車地點雙方仍未達成合意，試問乙是否仍得向甲請求給付價金?

# 體系解釋—外部體系與內部體系

- 民法345II: 當事人就標的物及其價金互相同意時，契約即為成立。

- 民法153II: 當事人對於必要之點，意思一致，對於非必要之點，未經意思表示，推定契約成立。

  - Q. 從體系觀點，345II應如何解釋較為妥當?
  - 從外部體系而言，應解釋為「推定」成立較能與債總之契約成立規定(153II)相一致
  - 從內部體系而言，345II可能剝奪當事人進一步就非必要之點進行協議以決定是否締結契約的自由，為貫徹契約自由原則，亦宜解釋為「推定成立」

# 外部體系 vs. 內部體系

- 例10: 甲將A車租予丙，在租賃契約存續期間，甲將A車賣予乙，雙方並約定由甲將其對丙之租賃物返還請求權讓予乙以代交付，未料A車於租約到期前兩天即因停車場火災全毀，試問甲是否仍得向乙請求支付價金?

- 民法373所稱之「交付」指的是?
  - 外部體系:「交付」為物權行為的概念，應包括761之四種交付型態。
  - 內部體系:373以「交付」作為危險負擔移轉時點，所要貫徹的原則或價值判斷是什麼?
    - 「利益之所在，危險之所歸」
    - 「對物有事實上管領能力者，方能防止危險之發生，故應使其負擔危險」

# 目的解釋

- 意義：以法律規定的規範目的作為依據的解釋方法

- 主觀目的解釋(歷史解釋的一種類型)：
  - 以立法者制定規範時所欲實現之立法目的作為依據的解釋方法。

- 客觀目的解釋：
  - 以法律本身客觀的規範目的（法律規定所欲實現的原則或價值判斷）作為根據的解釋方法。

# 目的解釋的論證形式

- 目的解釋的論證形式
  - (1) E是法律規範N所欲實現之目的
  - (2)若不對N採取解釋I，則無法達到目的Z。
  - 所以，應採取解釋I。

- 民法190的目的解釋:
  - (1) 讓事實上能夠控制、防止動物造成損害之人負責，是民法190所欲實現之目的。(「誰有能力控制防止損害之發生，誰就應該對於所發生之損害負責。」)
  - (2) 如果不將民法190之「占有人」解釋為「對於動物具有事實上管領力之人」，則不能貫徹此一目的。
  - (3) 因此，必須將將民法190之「占有人」解釋為「對於動物具有事實上管領力之人」→ 直接占有人&占有輔助人

# 目的解釋的問題

- 要如何探知法律規範背後所欲實現的目的、價值或原則?
- 如果法律規範$N$可被賦予多個相衝突的規範目的$E1,...., En$，而每個目的又各自要求對$N$作不同的解釋時，該如何解決?

- 例：在電台刊播藥物廣告是否受到憲法言論自由的保障？
  - 憲法保障言論自由的目的是什麼? 個人自我實現 or 追求真理or 健全民主?
- 例：從民法第1190條之規範目的來看，是否可將「親自以電腦打字」解釋為「自書」?
  - 民法1190要求立囑人自書的目的是什麼? 尊重立囑人之意思自主，或確保遺囑之真實性?

- 「規範目的」→ 透過建構詮釋所作的一種規範性假設(normative hypothesis)，它必須能夠合理地說明，為什麼會去制定所要解釋的法律規範，同時也能夠盡可能地證立其它相關的法律規範

(cf. Dworkin *Law's Empire:* fit & justification in constructive interpretation)

# 解釋方法的順序問題

- 關於解釋方法的運用規則: 在解釋法律時，應盡可能考量所有相關的解釋方法。
  - 例4: 民法190I的「占有人」
    - 文義解釋: 直接占有人(文義核心)、間接占有人、占有輔助人(文義邊緣)
    - 歷史解釋: ?
    - 體系解釋: 僅指直接占有人與間接占有人
    - 目的解釋: 直接占有人與占有輔助人

- 解釋方法的順序與法律解釋的正確性問題:
  當不同的解釋方法導致不同的解釋結果I1, I2, ...In時，要採取哪個解釋是正確的？解釋方法之間是否有一定的優先次序？
  - 解釋方法本身無法回答這個問題。
  - 法學方法論的主流見解認為：各種解釋方法之間沒有絕對的，一成不變的優先次序
  - 運用之妙，存乎一心（取決於個人的直覺、情感、偏好、成見、乃至民意或社會觀感）？

# 解釋方法的「順序」與法律解釋的正確性歸根究底是一個法理學與政治哲學的問題

- 為什麼應該採取文義解釋與歷史解釋（主觀目的解釋）？
  - 立法者的權威應予尊重、法官應受制定法的拘束。
  - 制定法的拘束力表現於：
    - 法官應受法律文義的拘束，不得任偏離法律文義
    - 法官解釋法律時，應尊重立法者的意旨。

- 「制定法拘束」背後的價值或原則：民主原則、權力分立、法安定性　←所謂的「形式原則」（formal principles)：關於「應該如何決定？由誰來作決定?」的原則

# 解釋方法順序的法理學問題 (續)

- 為什麼應該採取（客觀）目的解釋？
  - 法律追求某些實質正義原則——權利/義務、利益/負擔、機會/資源如何分配的原則：關於「什麼樣的決定才是公正或合理的?」的原則。
  - 法律解釋應該盡可能符合法律所欲採納或追求的實質正義原則。

- 體系解釋是一種中間類型：形式上的一致或融貫（所謂「外在體系」）vs. 實質原則上的一致或融貫(所謂「內在體系)。

- 問題：當形式原則與實質原則相競合，甚至相衝突時，要如何解決?—取決於我們對於legality（法治或合法性)採取何種看法。

# 法律續造

- 對「法律」的一種刻板看法(stereotype): 法律是一組規範的集合，但這組規範是不完備的。
  - 當法律規範與案例事實之間有裂縫時(欠缺中間前提)——透過解釋加以彌補。
  - 當案例事實欠缺法律規範可資適用(欠缺大前提)，或者可資適用的法律規範必須例外地不予適用時(大前提必須修正) →
  - 透過法官的「法律續造」來「造法」或「修法」。

- 傳統方法論: 法律續造作為填補法律漏洞的方法
  - 「法律漏洞」： 關於某個法律問題，法律依其規範目的應有所規範卻漏未規範。
  - 漏洞的分類
    - 公開漏洞: 關於某個法律問題，法律依其目的及規範計畫，應積極的加以規定，卻未設規定。→ 透過「類推適用」加以填補。
    - 隱藏漏洞: 關於某個法律問題，法律雖已有規定，但依法律之目的及規範計畫，應對該規定設有例外，卻未設例外。→ 透過「目的性限縮」來填補

# 公開漏洞

- 例11: 某甲向某乙購買位於礁溪之房屋一棟，乙知甲平常素喜泡湯，遂謊稱標的物為溫泉豪宅(假定乙並無保證之意思，甲乙亦未在買賣契約中對此有所約定)，甲一聽大喜，即購買之。搬入後卻發現實際上浴室水龍頭所流出者為自來水，問甲是否得「適用」民法第360條後半之規定向乙請求不履行之損害賠償?

- (1)出賣人故意不告知物之瑕疵，買受人得請求不履行損害賠償。
- (2)出賣人乙故意宣稱標的物具有不存在之優點。
- 結論:.....?

# 反面推論 vs. 法律續造

- (1)如果出賣人故意不告知物之瑕疵，買受人得請求不履行損害賠償。
- (2)出賣人乙謊稱標的物為溫泉豪宅，並非故意不告知物之瑕疵。
- 因此，買受人甲不得請求損害賠償(反面推論)。
- 問題: 這是個有效論證嗎?
  - (1) 如果p，則q
  - (2)非p
  - 所以非q。
  - 這是個錯誤推論! (否定前件以否定後件的謬誤)

- (1)如果出賣人故意告知標的物具有實際上不存在之優點，買受人得請求不履行之損害賠償。
- (2) 出賣人乙謊稱房屋為溫泉豪宅，係屬故意告知標的物實際上不存在之優點。
- 因此，買受人甲得請求不履行之損害賠償。
- 這雖然是個有效論證，但(1)並非法律明文的規定，問題:
  - 你如何得出(1)?
  - 要用什麼理由來支持(1)的正確性?

# 如何得出欠缺的前提?—類推適用的論證結構

- (1)案型$T_1$與案型$T_2$相類似
- (2) 法律對$T_1$設有法律效果R，對$T_2$則無。
- 基於$T_1$與$T_2$之相似性，將法律效果R轉移到T2

- 例:
  - 「出賣人故意不告知瑕疵」與「出賣人故意告知不存在之優點」是相似的。
  - 民法360對於「出賣人故意不告知瑕疵」課予「買受人得請求不履行損害賠償」的法律效果。
  - 因此，對於故意告知不存在優點的出賣人，也應課予同樣的法律效果。→得出欠缺的前提(1)

- 問題:
  - 為什麼你能夠進行類推適用?(「相同者應作相同處理」?但類似並不是相同!)
  - 你如何認定$T_1$與$T_2$之間具有相似性?

# 類推適用的論證重點

- (1)找出既有規範T1→R背後的目的或原則E。
- (2)從E來判斷T1與T2之間的共同點。
- (3)根據平等原則(原則一貫性)，應賦予T2相同的法律效果R。
- 結論: 得出一條新的規範T2→R

- 例:
  - 民法360後半的目的是為了保護買受人，避免出賣人利用買受人對標的物品質效用的認知錯誤，來誤導買受人締結契約。
  - 「故意不告知瑕疵」雖屬不作為（隱藏為真的負面資訊），「故意宣稱實際上不存在之優點」則屬作為（告知為假的正面資訊）；但從規範目的來看，兩者都會使得買受人關於標的物的品質效用的認知錯誤，而誤導買受人締結契約。
  - 為了貫徹上述規範目的，兩者應作相同評價，對於出賣人故意宣稱標的物具有實際上不存在優點的案型，應類推適用民法三六0條後段之規定，令其負不履行之損害賠償責任。
  - 結論:如果出賣人故意告知標的物具有實際上不存在之優點，買受人得請求不履行之損害賠償。

# 隱藏漏洞

- 民法第106條禁止自己代理的規定:
- 「代理人，非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為。但其法律行為係專履行債務者，不在此限。」

- 例12: 若甲贈與五歲之子乙房屋一棟並即為登記，試問該贈與契約與物權行為是否有效?

# 隱藏漏洞何在？

- 民法第106條之立法目的:
  「如當事人之一方，得為他方之代理人，而為法律行為，然使之得為雙方之代理人，而為法律行為，則利益衝突，代理人決不能完全盡其義務，自為法律所不許。」

- 上例中之甲與乙之間的法律行為是否有利害衝突之虞?
- 是否應對民法106增設新的例外而未設例外?

# 填補隱藏漏洞的方法—目的性限縮

- 對於某特定案型T，法律已規定法律效果R，亦即設有規範N: T→ R
- 在特殊情形M時，M雖然可被涵蓋在T的文義範圍內；
- 但為避免適用N違背或失去其規範目的，而對N附加限制性的條件，將案型M排除於N的適用範圍之外。

- 例：民法106條之限縮結構
  - 限縮前之民法第106條:
  - N:「凡自己代理之法律行為 (T) → 不生效力 (R )」

  - M＝「使本人純獲法律上之利益之自己代理」
  - 增設例外:「但法律行為使本人純獲法律上利益者，不在此限。」

  - 限縮後之民法第106條
  - 「凡自己代理之行為(T)，且非使本人純獲法律上利益者(¬M) →　不生效力 (R )」

# 目的性限縮的論證重點

- (1) 找出規範T→R背後的目的E。
- (2) 從規範目的E來指出M與T之間的差異性。
- (3) 根據平等原則(不同者應作不同處理)，不能賦予M法律效果R，應將M排除於規範的適用範圍之外。

- 例: 民法106條的目的性限縮
  - (1) 民法106條的規範目的:避免代理人與本人間的利害衝突，保護本人的利益。
  - (2) 從這個目的來看，「使本人純獲法律上利益的自己代理」與一般的自己代理有所不同。
  - (3) 因此，應將「使本人純獲法律上利益的自己代理」排除於民法106條的適用範圍之外。

# 「超越法律計畫之法律續造」

- 傳統方法論:與「填補漏洞的法律續造」不同，並非基於法律目的與規範計畫，而是基於一般法律原則對於法律的補充或修正。

- 創制性的補充: 締約上過失(Culpa Contrahendo)

- 非基於法規範本身之目的，而係基於其它法律原則對該規範所為之限縮:
  - 釋字第362號對修正前民法第988條第2款所為之限縮。

# 釋字362號的案例事實

- 陳周豐與蔡玉鳳於民國62.02.21結婚，起初感情融洽，但育有子女後即經常爭吵，感情日漸惡劣，蔡遂攜子女前往美國，陳於蔡旅居美國期間，以蔡違背同居義務，惡意遺棄為由，提起離婚之訴，經一造辯論而由高雄地方法院於77.05.04判准離婚勝訴確定後，陳周豐於77.07.04與善意信賴其前婚姻關係已因確定判決消滅之許辰月結婚。
- 嗣後蔡玉鳳以陳周豐知其住所竟指其所在不明而興訟，認為陳所取得之離婚確定判決有再審原因，提起再審之訴請求廢棄原確定判決，獲得勝訴後，再以陳許之婚姻違反(修正前)民法第988條第2款及第985條第1項規定，提請確認婚姻無效之訴，業經最高法院81年台上字1621號判決確認許與陳之婚姻無效，許辰月遂以該判決適用(修正前)民法第988條第2款之規定侵害其受憲法所保障之婚姻自由權(憲法第22條)為由，聲請大法官釋憲。

# 相關法條

- 民法988第2款(修正前):「結婚有左列情形之一者無效....二、違反第九八三條或第九八五條之規定者」

- 民法第985條(修正前):
  - 有配偶者不得重婚
  - 一人不得同時與二人以上結婚

- 民法988第2款+985:
  - 有配偶而重婚者，其後婚姻無效

# 釋字362號的爭點

- 當前婚姻關係已因確定判決(如本案之離婚判決)而消滅，而善意無過失之第三人因信賴該判決而與前婚姻之一方相婚，嗣後該判決又經法定程序(如再審)而變更時，導致後婚姻成為重婚時，是否仍應適用(修正前)民法988條第2款之規定，認為該後婚姻為無效?

- 最高法院: 肯定
- 大法官: 否定

# 大法官的理由

- 解釋文:民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。
- 惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚；究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維特。
- 首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。在修正前，上開規定對於前述因信賴確定判決而締結之婚姻部分，應停止適用。如因而致前後婚姻關係同時存在，則重婚者之他方，自得依法請求離婚，併予指明。

# 非基於規範本身目的之限縮

- 釋字362的結論: 對重婚無效的規定設立新的例外:
  - 「若第三人因善意無過失信賴前婚姻已因確定判決消滅，而與前婚姻之一方相婚，而該判決嗣後又經變更導致後婚姻成為重婚者，不在此限」

- 反對與支持進行限縮的原則
  - P1: 一夫一妻制之社會秩序 (民法985, 988的規範目的 )

  vs.
  - P2: 婚姻自由應予保障
  - P3: 信賴保護原則

  - Q. 當支持與反對限縮的原則相衝突時，要如何解決?

# 基於法律原則之限縮的論證步驟

- (1) 確定對規範N進行限縮乃是實現某個法律原則Pi之手段 。

- (2) 將Pi 與其它相衝突的原則Pj相衡量，以決定其優先順序:
  - 若Pi具有較高的重要性，則允許限縮N。
  - 若相衝突的原則Pj具有較高的重要性，則不允許限縮N。

  - Q. 釋字第362號的說理缺陷為何?

# 從法律續造的許可性到法學方法論的法律哲學問題

- 如果你採取stereotype的法律觀（「法律就是一組規範或規則的集合」），那麼你可能會傾向認為法官在「填補漏洞」或「法律續造」時，是在「創造」或「修改」法律，而非「發現」或「適用」法律。

- 法律續造的許可性問題（類似於法律解釋方法的順序問題）：在什麼樣的條件下，法官可以為了貫徹某些實質正義原則，而作出逾越或違背制定法文義的判決 ← 違背「制定法拘束」？
  - 注意: 類推適用或目的性限縮所依據的目的或原則，通常是詮釋得出的假設，而未必是當初立法者曾經想到或明白表述的。

# 法律的概念與法治的理念

- 「法治」要求法官必須「依法審判」，但法律是什麼?
  - 一組實定規則或規範的集合（Law as a discrete set of norms or rules)?
  - 原則一貫性(Law as integrity)?

- 另外一個角度來思考:「法治」要求法官有義務或責任依據**為真的法律命題**來作出裁判。

- 什麼是使得法律命題為真的根據(the grounds of law)?
  - 制憲者、立法者或法官透過其決定所曾經說過的、所想的或所要的—Legal Positivism's Social Fact Thesis
  - 一個法律命題為真，當且僅當，它能夠從一組能對於法律實踐——過去曾經作出的決定，即既存的憲法、制定法、司法判決先例——提供最佳證成的原則所推導而出—Dworkin's Law as integrity

# 為什麼要去關心「法治」、「法律是什麼」或「法律根據」的問題?

- 當法官作出一個判決時，他不只是在陳述「法律要求／禁止／允許某人去作…」或「某人在法律上有權利／義務…」等法律命題。
- 更重要的是，這些法律命題，如果為真的話，將是國家得以對於當事人行使強制力（處罰、強制執行）的依據。
- 最抽象的「法治」理念：國家對於人民的強制力運用必須以法律之名為之，才能具有正當性。
- 對於「法律（或法律的根據）是什麼？」的不同立場，反映了對於「法治」理念的不同看法，亦即對於國家行使強制力之正當性根據為何的爭議。

# 進階閱讀

- Ingeborg Puppe，蔡聖偉譯（2010），法學思維小學堂：法學方法論密集班，元照出版社。
- Hans-Joachim Koch & Helmut Rüßmann(1982), *Juristische Begründungslehre*, München: C. H. Beck.
- Robert Alexy (2002), *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Oxford University Press.（舒國瀅譯，法律論證理論，中國法制出版社）
- Jerzy Stelmach & Bartosz Brozek (2006), *Methods of Legal Reasoning*, Dordrecht: Springer

謝謝聆聽，敬請指教