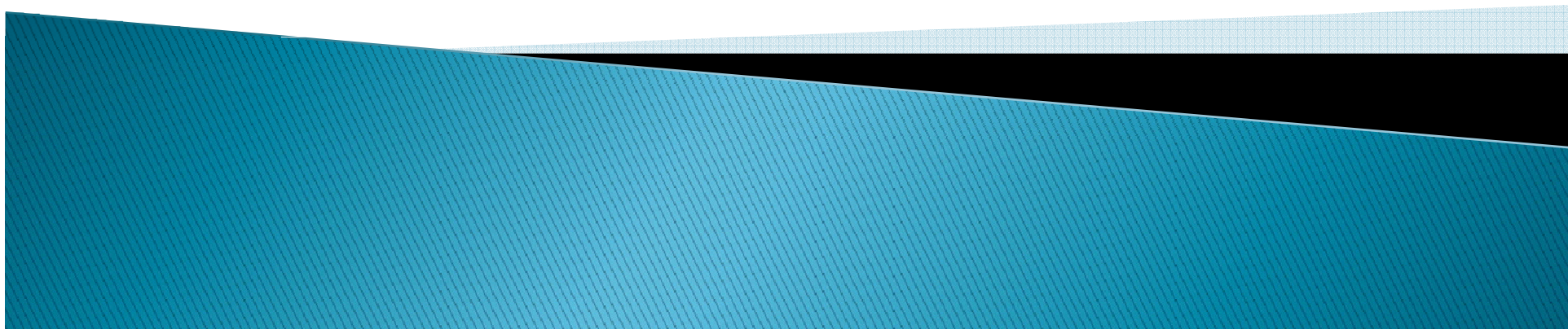


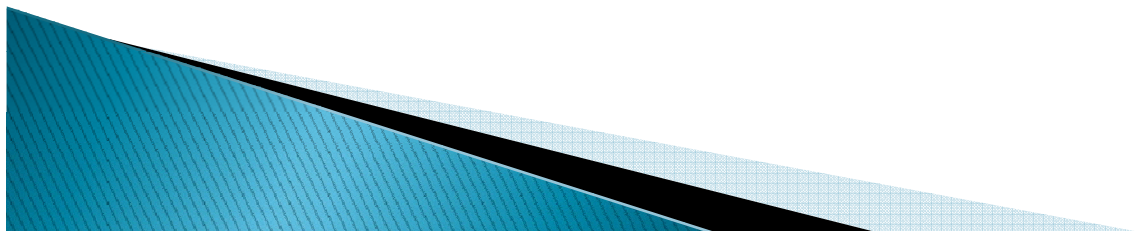
## 二、法知識論

### 4. 法律解釋與法學方法



# 4.1 何謂「法律解釋」？

- ▶ 何謂「解釋」？是不是所有的法律規範都須要解釋？
  - 例：「教室裡禁止吸煙」
  - 例：「自書遺囑者，應自書遺囑全文，記明年月日，並親自簽名。」(民法1190前段)
  
- ▶ 廣義的「解釋」：所有理解語言文字意義的過程。
  
- ▶ 狹義的「解釋」：起點在於「意義為何」的疑問，而以「選擇某種理解方式」做為終點。



# 法律解釋的例子(一)

## ▶ 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) 在地下電台刊播藥物廣告屬於商業上之意見表達。
- ▶ (4) 甲在地下電台刊播藥物廣告
- ▶ 所以，憲法保障甲有在地下電台刊播藥物廣告的自由

(2)是對憲法所稱之「言論」的一種理解方式

## ▶ 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) 在地下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) 甲在地下電台刊播藥物廣告。
- ▶ 所以，憲法並不保障甲有在地下電台刊播藥物廣告的自由

(2a)是對憲法所稱之「言論」另一種理解方式

# 什麼時候需要對法律規範作解釋?

- ▶ 當具體案例事實的描述與法律規範所使用的概念之間存有「裂縫」(gap)的時候。
- ▶ 例:
  - (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?
- ▶ 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和案例事實之間的裂縫?

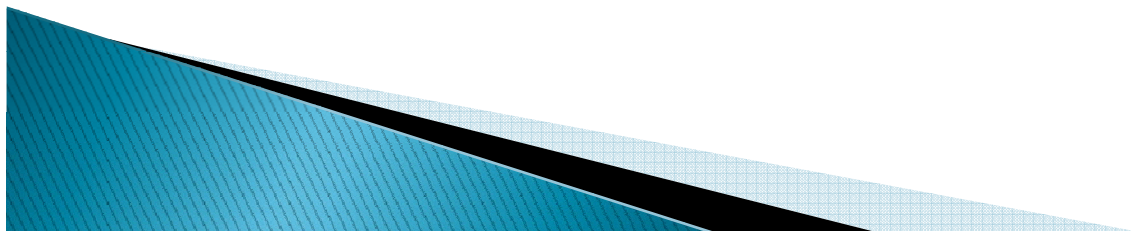
# 法律解釋的例子(二)

- ▶ 彌補案例事實和法律規範構成要件中的概念之間的裂縫  
→ 解釋的工作
- ▶ 有哪些素材可以幫助我們得到解釋刑法278I所稱之「重傷」的命題？
  - 「重傷」的定義(刑法第10條第4款): 「稱重傷者，謂...毀敗一肢以上之機能」
  - 根據重傷的定義以及日常用語對「一肢」之理解，我們可以加入下面兩個前提:
    - 「毀敗一肢之機能者，屬於重傷。」
    - 「喪失手之作用，係屬毀敗一肢之機能」



## 法律解釋的例子(二)續

- ▶ (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) 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?



## 法律解釋的例子(二)續

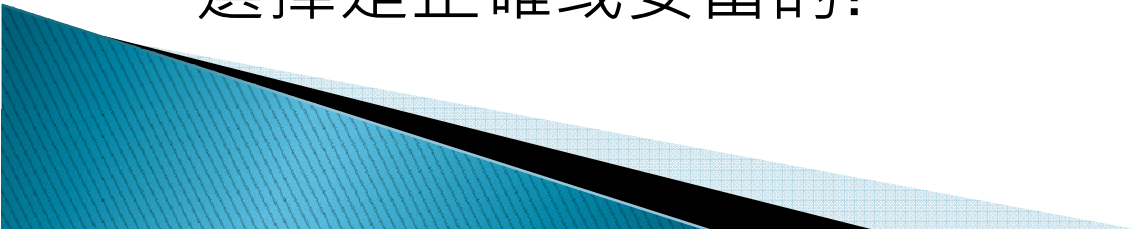
- ▶ 有哪些素材可以幫助我們進一步彌補縫隙以更精確地理解刑法278I與10(4)所稱之「重傷」？
- ▶ 最高法院二十九年上字一三五號判例：「手之作用全在於指，上訴人將被害人左手大指、食指、中指砍傷斷落，其殘餘之無名指、小指即失其效用，自不能謂非達於毀敗一肢機能之程度。」
- ▶ 從上開判例可以再得出兩個將化刑法第十條第四款加以精確化的前提：
  - 「如果手指失去效用，即喪失手之作用」
  - 「砍斷手之拇指、食指、中指，則手指即失去效用。」

# 法律解釋與涵攝(Subsumtion)

- ▶ (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。
  
- ▶ (2)-(5)是一種語意規則(semantic rules)，即解釋法律的命題，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: 你要用什麼理由去證成這些語意規則的正確性?

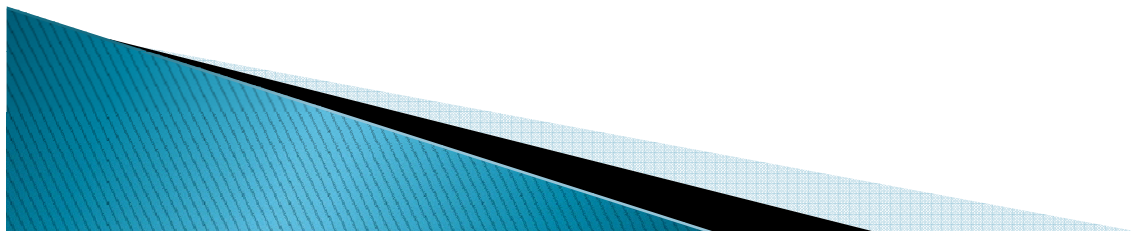


# 法律解釋與法學方法的基本問題

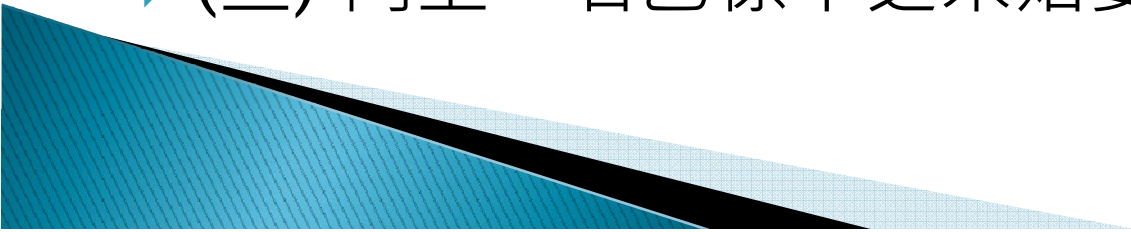
- ▶ 如何(=用什麼方法)得到一個法律解釋?
  - ▶ 一個得到法律解釋的方法如何才能夠稱之為「理性的」或「妥當的」?
  - ▶ 什麼樣的理由能夠證成一個法律解釋的正確性?
  - ▶ 當有多種方法可以得到不同的數個法律解釋時，要用什麼方法來選擇? 什麼樣的理由能夠證成這樣的選擇是正確或妥當的?
- 

## 4.2 法律解釋的方法

- ▶ 法律解釋的方法(the canons of legal interpretation): 用來支持或反對一個法律解釋的論證形式(argument forms)
- ▶ 法律解釋方法的種類
  - 文義解釋
  - 歷史解釋
  - 體系解釋
  - 目的解釋
  - 合憲解釋
  - 其它解釋方法(比較法、判決先例、學說)



# 例1

- ▶ (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之規定向丁請求支付慰撫金？
  - ▶ 民法194「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。」
  - ▶ (二) 同上，若乙係甲之同居人，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？
- 

## 4.2.1 文義解釋

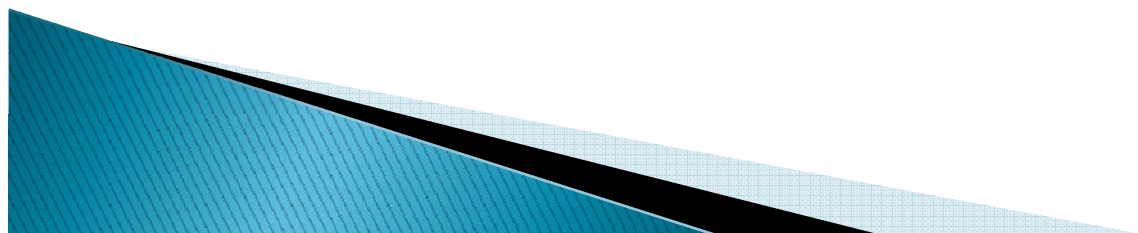
- ▶ 以法律概念在日常或專業上的意義或使用方式作為根據的解釋方法。
- ▶ 以W代表欲解釋概念T(例如「配偶」、「子女」)的文義，  
M代表案例事實的特徵(如「妻」、「未婚妻」、「同居人」、「養子」)

則文義解釋有下列三種可能的論證形式：

- 基於 W，M是T。
  - 基於 W，M不是T。
  - 基於W，M可能是T，也可能不是T (語意的不確定性)
- 

# 例1 中的文義解釋

- ▶ 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」？



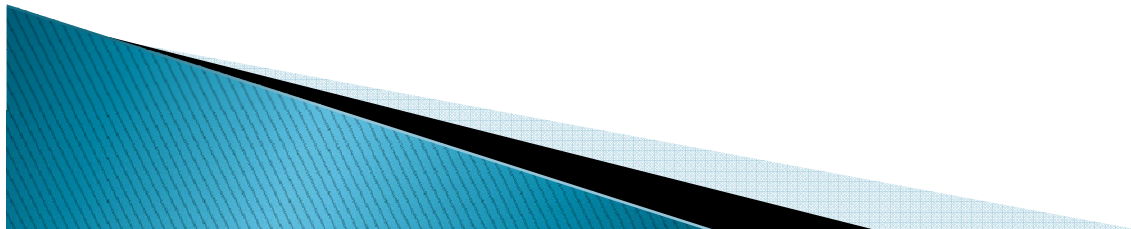
# 文義解釋的功能

- ▶ 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」? 將「養子女」認為係民法194所稱之「子女」
- ▶ 畫定法律解釋的範圍: 逾越或違反法律文義的「解釋」，非屬(狹義的)法律解釋，而是法律續造(如類推適用)。
  - 例: 同居人乙是否得因當場目睹甲被輾斃之慘狀後，精神極度痛苦，而向丁請求支付慰撫金?

## 4.2.2 歷史解釋

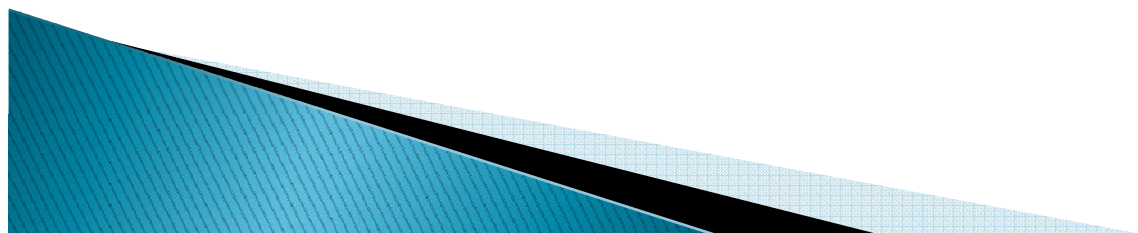
### ▶ 例2:

- (1) 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? 憲法第九十七條第二項所稱之「中央及地方公務人員」是否包括立法委員與國大代表? (參閱釋字第十四號)
  
- (2) 某甲於五月二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五月一日被其子出售給丙，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(起源解釋)

- ▶ 以歷史上的(=當初制定法律的)立法者的意思作為根據的解釋方法。
- ▶ 歷史解釋的論證形式(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
- ▶ 歷史解釋的論證形式(II)
  - (1) Z是立法者制定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Z
  - 因此，應該採取解釋I





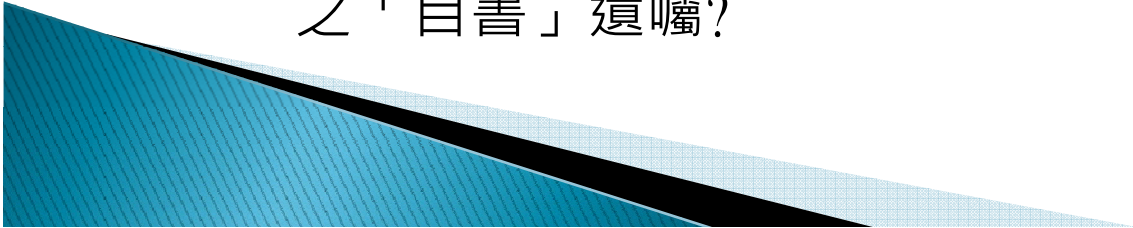
# 大法官釋字第14號解釋

- ▶ 「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。

# 歷史解釋作為主觀目的解釋

- ▶ 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。」
- ▶ 立法者所要追求的目的: 使契約盡可能有效，讓給付不能之債務人負損害賠償之責。
- ▶ 如果不將民法246I所稱之「不能之給付」解釋為「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。

# 歷史解釋的方法與界限

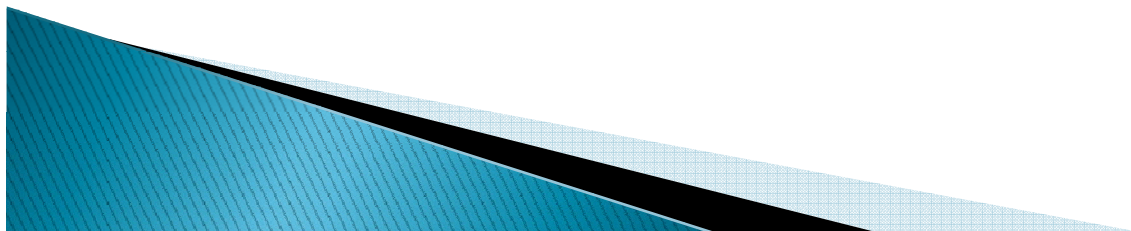
- ▶ 歷史解釋的重點在於探求立法者的意旨，而立法者的意思如何探求？
  - ▶ 立法史、立法草案、文獻、立法理由、制定經過。
  - ▶ 歷史解釋的界限：
    - ▶ (1) 並非總是能透過立法史與立法資料探求立法者之意思
    - ▶ (2) 社會生活變遷產生立法者當時所無法預見的案件。
      - 例: 用電腦打字列印後親自簽名的遺囑是否可被認為是民法1190之「自書」遺囑？
- 

## 4.2.3 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)
  - 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。
- ▶ 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: 對法律規範N1有兩種可能解釋I1, I2
  - (1) 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
  - 因此，應該採取解釋I1

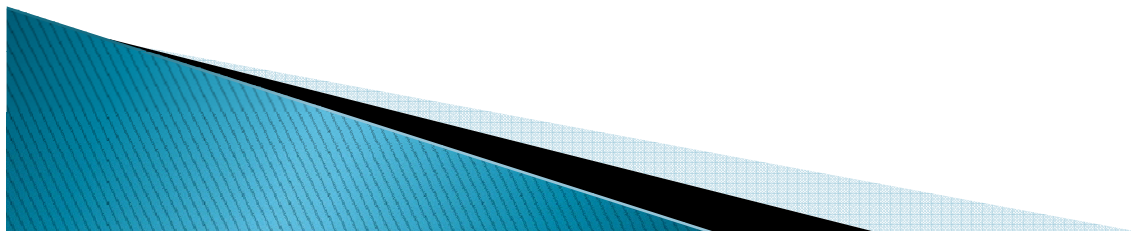
# 例3

- ▶ (1) 民法195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」，應採肯定解釋
  - ▶ 問題：在例1中如車禍當時丙和甲之收養關係已終止時則該如何？
- ▶ (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

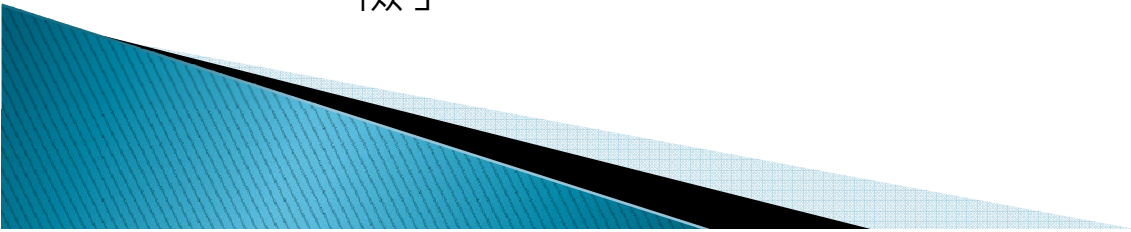


# 內部體系與外部體系

- ▶ 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。



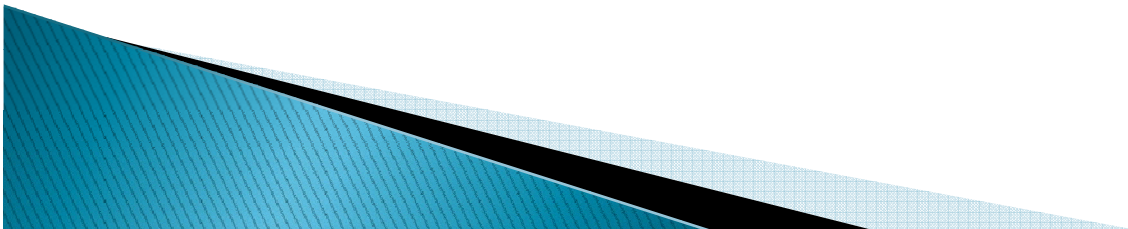
# 例4

- ▶ 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」
- 

## 4.2.4目的解釋

### ▶ 例5

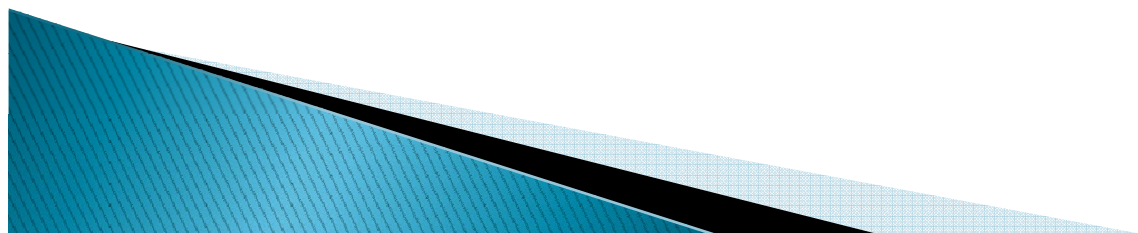
- (1) 甲駕車不慎撞到乙之果樹，致果實落於丙地時，則掉落之果實應屬於誰所有？
  
- (2) 某甲出租駿馬一匹予乙，乙交由其所僱傭之馬夫丙看管失周，致馬踢傷丁，試問丁得向何人請求損害賠償？



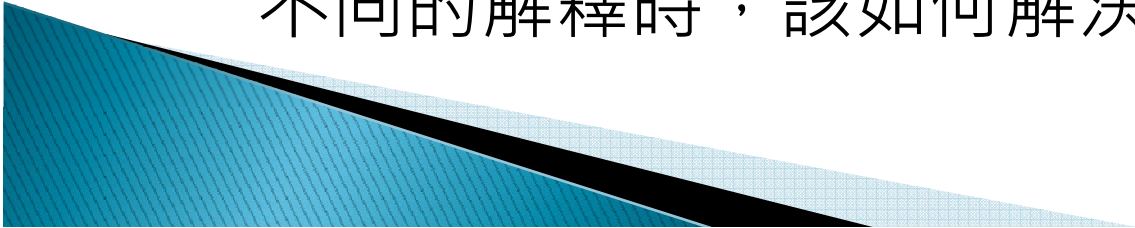


# 目的解釋的意義及類型

- ▶ 意義:以法律規定的規範目的作為依據的解釋方法
- ▶ 類型:
  - ▶ 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(法律規定本身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與問題

- ▶ 目的解釋的論證形式
  - ▶ (1)  $Z$ 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 $I$ 。
  
  - ▶ 目的解釋的問題：
  - ▶ 如果同一個法規範 $N$ 可被賦予多個相衝突的規範目的 $Z_1, \dots, Z_n$ ，而每個目的又都要求對 $N$ 作不同的解釋時，該如何解決？
- 

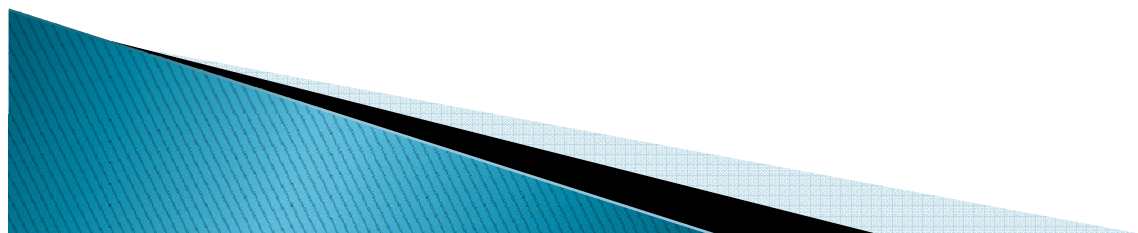
# 例6

(1) 某甲閒時以寫黃色小說投稿成人雜誌為樂，請問該行為是否受到憲法第十一條之言論出版自由所保障？

Q. 憲法保障言論自由的目的是什麼？個人自我實現，追求真理，健全民主？

(2) 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」？

Q. 民法1190要求自書的目的是什麼？尊重立囑人之意思自主，或確保遺囑之真實性？

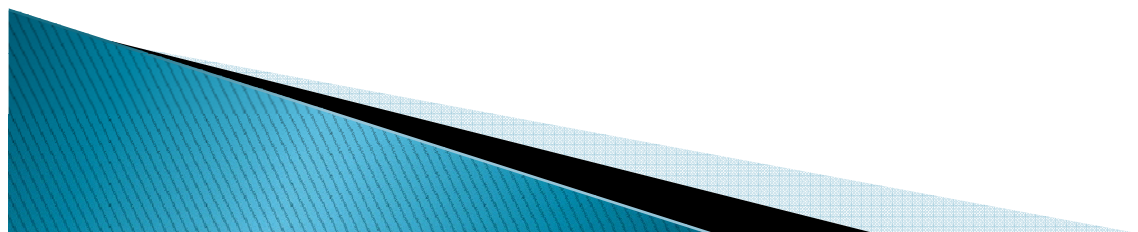


## 4.3 法律續造

- ▶ 法律續造(Rechtsforbildung)：
  - 廣義： 每一個法律解釋
  - 狹義： 逾越或造反法律文義的「解釋」
  - 法律解釋與法律續造的區別點： 法律概念的文義範圍
- ▶ 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。
    - 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。

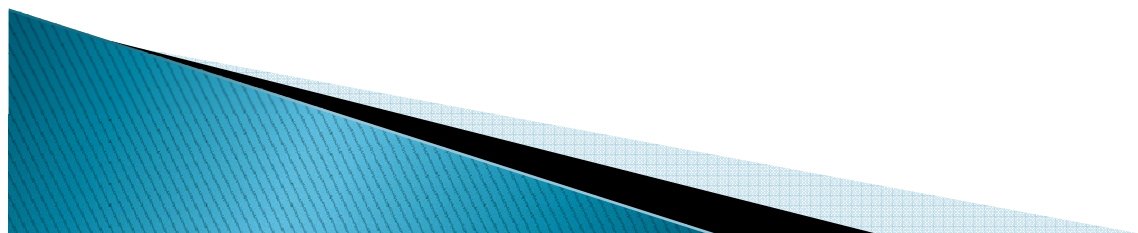
## 例7: 公開漏洞的案例

- ▶ (1)某甲向建商某乙購買房屋一棟，乙謊稱標的物為溫泉豪宅，甲搬入後發現實際上浴室水龍頭所流出者卻為自來水時，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？
- ▶ (2)修正前民法條787第1項本文:「土地與公路無適宜之聯絡，致不能為通常之使用者，土地所有人得通行周圍地以至公路」  
請問袋地之土地承租人或使用借貸人是否亦得享有鄰地通行權？



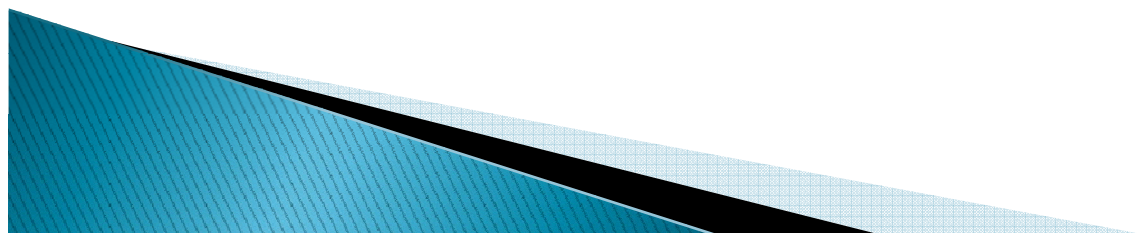
# 公開漏洞的論證問題

- ▶ 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，是否能透過解釋民法360後半的方式來讓甲得請求不履行損害賠償？
- ▶ (1) 出賣人乙故意告知標的物標的物具有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。
  - 這是一個跳躍推論，要如何消除論證上的跳躍？欠缺的前提是什麼？



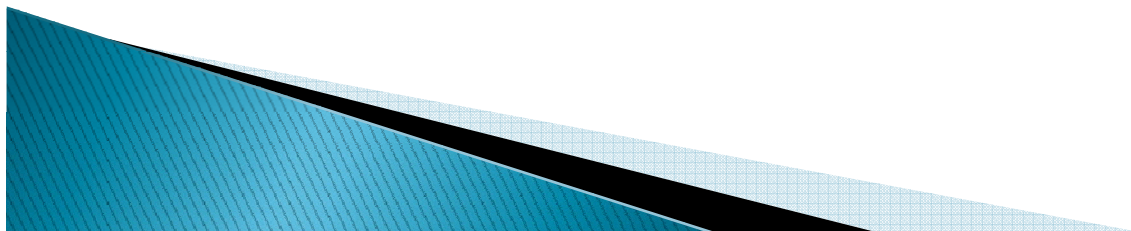
# 填補公開漏洞的方法與問題

- ▶ (1) 出賣人故意告知標的物具有實際上不存在之優點時，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。
  
- ▶ 問題:
- ▶ 前提(1)不是一個明文的法律規定，你是如何得到這個前提，要如何證成其正確性?



# 填補公開漏洞的方法—類推適用

- ▶ (1)案型T<sub>1</sub>與案型T<sub>2</sub>相類似
- ▶ (2) 法律對T<sub>1</sub>設有法律效果R，對T<sub>2</sub>則無。
- ▶ 基於T<sub>1</sub>與T<sub>2</sub>之相似性，將法律效果R轉移到T<sub>2</sub>
  
- ▶ 問題:
- ▶ 為什麼你能夠進行類推適用?
- ▶ 你如何認定T<sub>1</sub>與T<sub>2</sub>之間具有相似性?

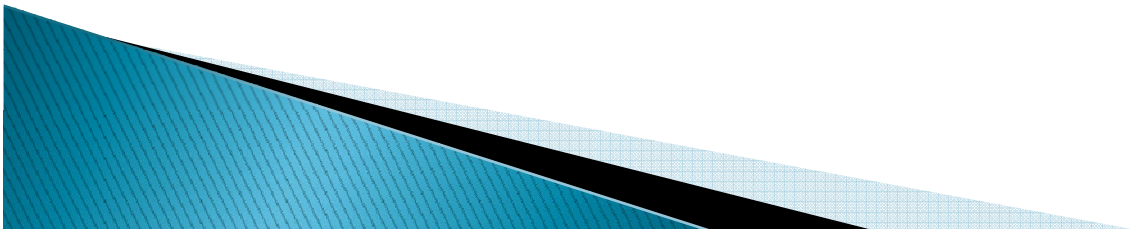




# 類推適用在論證上的重點

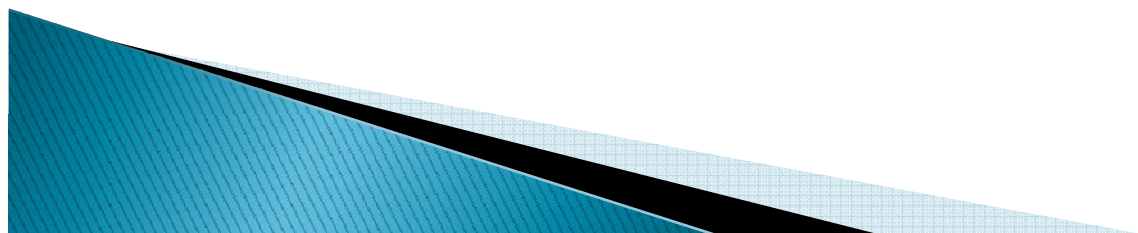
- ▶ (1) 找出既有規範  $T1 \rightarrow R$  背後的目的  $Z$ 。
- ▶ (2) 從規範目的  $Z$  來判斷  $T1$  與  $T2$  之間的重點。
- ▶ (3) 根據平等原則(相同者應作相同處理)，應賦予  $T2$  相同的法律效果  $R$ 。

結論：得出一條新的規範  $T2 \rightarrow R$



# 民法787之類推適用(物權編修正前)

- ▶ 民法第787條之立法理由：  
「不通公路之土地，及通公路非常困難之土地，不得不於其四周繞地之所有權加以限制，故許此項土地之所有人於四周具有通行權，所以全其土地之用也」
- ▶ 從此一立法理由來看，袋地所有人與袋地承租人之類似性何在？

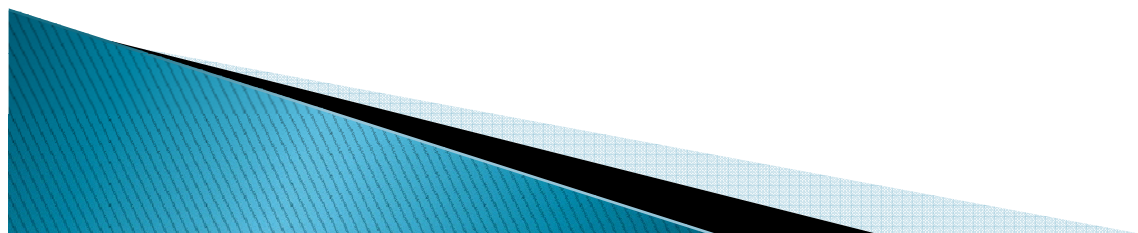


# 最高法院79年第2次民事庭會議決議

- ▶ 民法創設鄰地通行權，原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利，增進社會經濟之公益目的，是以袋地無論由所有權或其他利用權人使用，周圍地之所有權及其他利用權人均有容忍其通行之義務。民法第七百八十七條規定土地所有權人鄰地通行權，依同法第八百三十三條、第八百五十條、第九百十四條之規定準用於地上權人、永佃權人或典權人間，及各該不動產物權人與土地所有權人間，不外本此立法意旨所為一部分例示性質之規定而已，要非表示於所有權以外其他利用權人間即無相互通行鄰地之必要而有意不予規定。從而鄰地通行權，除上述法律已明定適用或準用之情形外，於其他土地利用權人相互間（包括承租人、使用借貸人在內），亦應援用「相類似案件，應為相同之處理」之法理，為之補充解釋，以求貫徹。

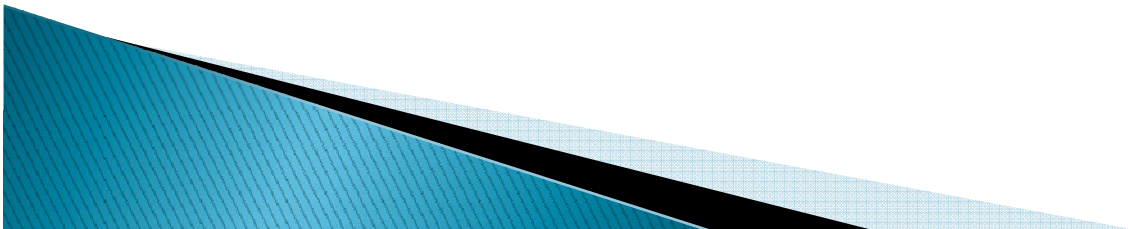
# 隱藏漏洞的案例

- ▶ 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。」
- ▶ 問: 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？



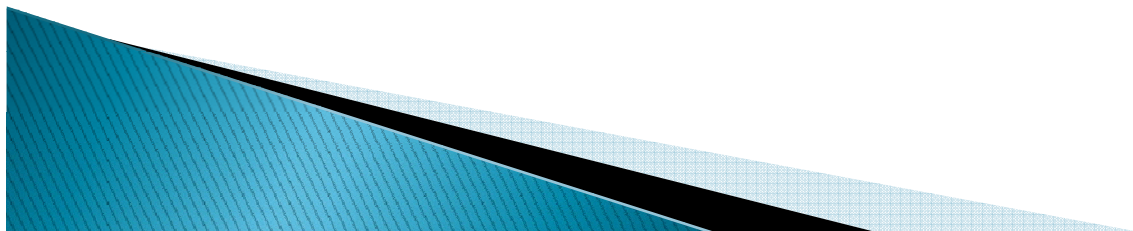
# 隱藏漏洞何在？

- ▶ 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？



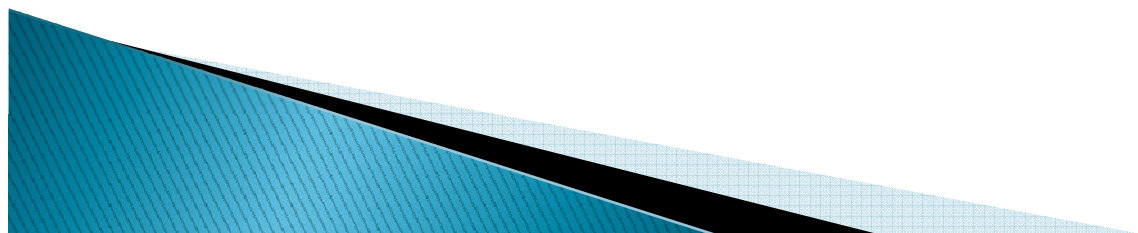
# 填補隱藏漏洞的方法—目的性限縮

- ▶ 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:  $T \rightarrow R$
  - ▶ 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，而對其附加限制性的條件，將案型M排除於N的適用範圍之外。
- 
- ▶ 例：民法第一〇六條應增設一例外：「但法律行為係使本人純獲法律上利益者，不在此限」
  - ▶ 增設限制條款的結果：民法第一〇六條之適用僅限制在「非使本人純獲法律上利益之自己代理行為」。



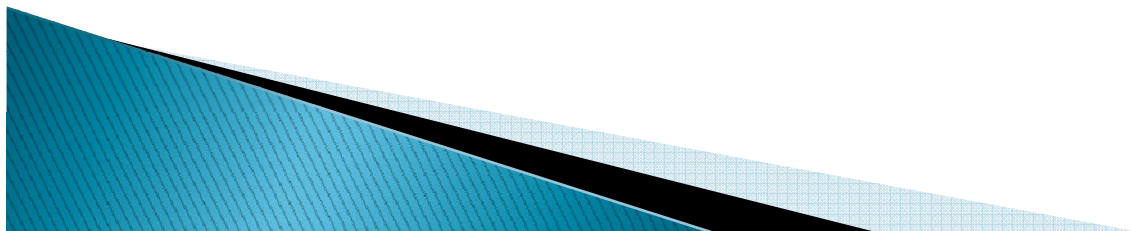
# 目的性限縮的論證重點

- ▶ (1) 找出規範 $T \rightarrow R$ 背後的目的 $Z$ 。
- ▶ (2) 從規範目的 $Z$ 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。



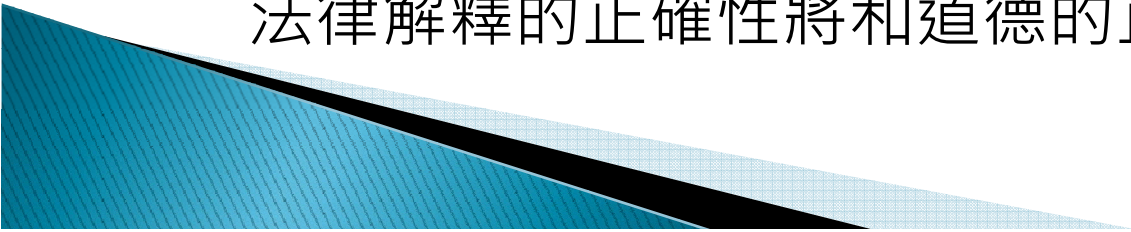
## 4.4 法律解釋方法與法律續造許可性的問題

- ▶ 關於法律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。
  
- ▶ 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 $I_1, I_2, \dots, I_n$ 時，是否哪個解釋是正確的？解釋方法之間是否有一定的優先次序？
- ▶ ← 解釋方法本身無法對上述問題提出答案



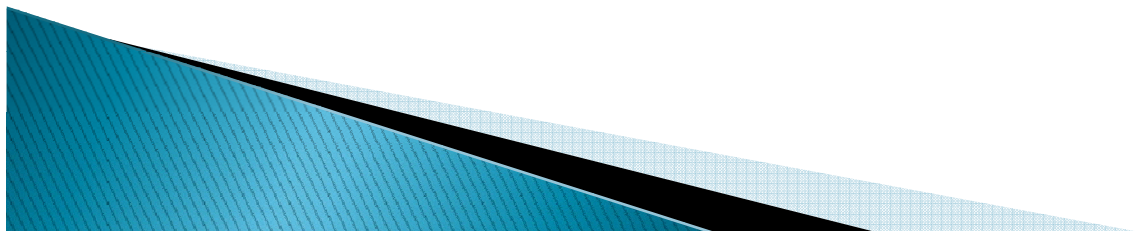


# 法律解釋的正確性問題

- ▶ 法實證主義的裁量命題(the Discretion Thesis)
  - ▶ 如果一個法律規範N容許有多個解釋I1, I2, ...In，且沒有權威性的理由(如判決先例)要求採取哪一個解釋時，則沒有哪一個解釋在法律上是正確的，法官可以自由選擇其一。
  - ▶ 反法實證主義的理論：
  - ▶ 如果一個法律規範N容許有多個解釋I1, I2, ...In，且沒有權威性的理由(如判決先例)要求採取哪一個解釋時，則必須引進道德理由來證立法律解釋的正確性→法律解釋的正確性將和道德的正確性相關。
- 

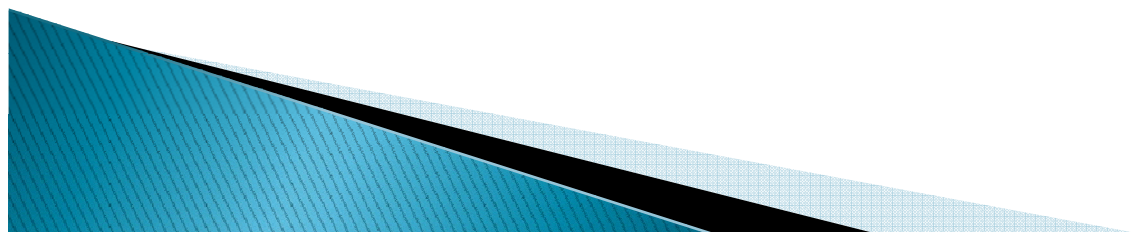
# 法律解釋的正確性問題(續)

- ▶ 裁量命題:如果一個法律規範N容許有多個解釋I1, I2, ...In，且沒有權威性的理由要求採取哪一個解釋時，則法律解釋沒有正確的答案。
- ▶ 正確性命題: 透過道德評價的論證可以找到法律解釋的正確答案
  - 強的正確性命題(唯一正解命題): 法律解釋有唯一正確的答案(one right answer)—Dworkin
  - 弱的正確性命題: 透過某種論證程序可以證成法律解釋的正確性，但這個程序不保證有唯一正確的答案。—Alexy

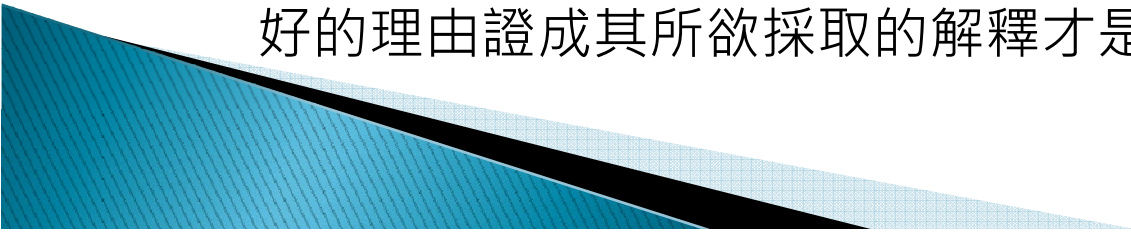


# 法律續造的許可性問題

- ▶ 在什麼樣的條件下允許法官進行法律續造?
  - 法實證主義: 除非實證法明文禁止法官造法(如罪刑法定原則之類推禁止), 否則法官是否得進行法律續造, 也是一個裁量問題。
  - 反法實證主義: 法官為了追求一個正確合理的判決, 允許偏離法律文義進行法律續造。
    - 問題:
      - 判決的正確性要如何證成? 是否必須訴諸道德理由?
      - 偏離法律文義的判決(*contra-legem-decision*)是不是犧牲掉一些法律價值, 如法的安定性與可預測性、尊重立法權威等等。



# 從法學方法論到法論證理論

- ▶ 法學方法論的法律解釋方法本身，無法提供解釋方法之間的順序，也無法告訴我們，採取什麼樣的解釋才是正確的。
  - ▶ 我們須要一套關於法律命題(包括法律解釋)的正確性如何證成的論證理論—法論證理論(theory of legal argumentation)
  - ▶ 從論證理論的角度來看，解釋方法的順序可被視為論證負擔(the burden of legal argumentation)的問題：
    - 何種解釋方法具有推定的優先性?
    - 反對此一推定優先性的論證者，負擔某種論證責任(必須提出更好的理由證成其所欲採取的解釋才是正確的)
- 

# 閱讀文獻

- ▶ 黃茂榮，法學方法與現代民法，第五章「法律解釋」，第六章「法律漏洞及其補充的方法」
- ▶ Larenz，陳愛娥譯，法學方法論，第五章「法律解釋」，第六章「法官從事法的續造之方法」

