

法律漏洞及其補充的方法（下）

黃 茂 榮

II ein Regelbildungsversuch

固然執法機關，特別是法官所作的法律補充常被當成造法活動看待。但事實上法官所作之法律補充的活動只是一種造法的嘗試。法院幾乎不可能通過它，便一次地把一個從前未有的規定，一般地為一切類似的案件創造出來。理由是：在這裡法官，或更符合國內體制地說，法院所作的只是：為了一件他正必須去裁判的案件，取向於法律的體系與價值，採取一個法律見解，並將之引為裁判的依據，在該裁判中把它表現出來。所以，在這裡，法院之所為，由司法實務觀之，只是做了一個裁判。這是司法權的行使。其功能本來即是：指向於裁判存於該具體案件之爭執，而不在於為相同於該案件之案型補充地制定一個一般規範¹。惟因期待，法院「所作之裁判與現行法相符合：所作之解釋是中肯的（*zutreffend*），所作之法律漏洞的補充是必要的（*geboten*）」²。因此，其法律見解原則上應該適用到將來的同類案件。

裁判應與現行法相符合既然是一種裁判上的要求，而且事實上也當如此，則確定之裁判中的法律見解，不管其所在之裁判是否被編選為「判例」，其法律上的地位都應該是一樣的。一個裁判之被選為「判例」一事，並不使存在於該判例中之法律見解取得習慣法的地位。而將一個裁判選為判例一事，它首先也只具有法院內部之注意規定的意義，而沒有使該判例（或存在於其中之法律見解）因之取得「法源」地位的意義³。蓋司法機關並無制定一般規範的權限。下級法院事實上固然多取向於上級法院，特別是最高法院的判決先例作裁判；最高法院也多取向

¹ *Göldner*, aaO. S. 108f.; *Larenz*, aaO. S. 421.

² *Larenz*, aaO. S. 421.

³ 民法第一條規定「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」該條縱將法源作比較寬之臚列，也未將判例列為民事法的法源之一。在德國，判決先例也不構成法源，請參照 *Göldner*, aaO. S.113ff.; *Larenz*, aaO. S.424; *Esser*, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gwöhnheitsrecht*, im Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 95ff.; *ders*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, S. 184ff.(184, 186f).

於自己之判決先例作裁判，從而人民也多取向於判決先例從事交易，但這種現象僅足以說明判決先例事實上享有類似於法律之效力。而事實上的效力（*faktische Geltung*）與法律所具有之強制人民、公機關、法院去遵守的那種「規範的效力」（*normative Geltung*）究竟不同。這種強制的規範效力卻是判決先例所沒有的。如果我們認為只有這種具有強制的規範效力之法律規範（*eine Rechtsnorm*）之發生上的基礎（*der Entstehungsgrund*）或其產物才是法源，那麼當今就國內法論，足以或得以被以法源相稱的將只有立法（其產物：制定法），或具有普遍之法的確信的慣行（其產物：習慣法）⁴。換言之，司法機關之裁判行為或其產物（判決先例）皆不是該意義下之法源。在該見解下，如果一個法院作了與裁判先例相違反之裁判，該裁判並不因為該違反而構成「違背法令」。蓋相對於裁判先例，法院本來便得通過適當之說理，而採取與之相異之見解。所以，在這種情形，首先牽涉到的是：該法院在該裁判是否盡了說理義務（*die Begründungspflicht*）的問題。如有所未盡，則該裁判固然違背法令，但其所以違背法令係因其未盡說理義務，而非因其採取了與裁判先例相異之見解。判決先例（*Präjudizien*）在規範上之此種意義反映在法院的裁判上便是法院對既存判決先例之斟酌的義務（*die Berücksichtigungspflicht*），而不是遵守的義務（*die Befolgungspflicht*）。申言之，當有與擬裁判之案件相同案型之判決先例存在，法院不採判決先例中之法律見解時，就其為何不採便有論弁的負擔（*eine Argumentationslast*）⁵。至於法院如採判決先例中之法律見解，則由於法院業務之過度繁重的事實，基於對判決先例之正確性，以及從而對其拘束力之存在的推定，法院在這裡可以不為詳細的說理⁶。不過，該見解有謂未為德國實務所採⁷。該見解固如 *Kriele* 所指陳的：不是一個圓滿的見解。

⁴ *Larenz*, aaO.S. 424.關於事實上的慣行，特別是判決先例如何演變成習慣法，請參照 *Larenz*, aaO. S. 425ff; *Esser*, aaO.S.95ff.; *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*,1967, S. 251ff.

⁵ *Göldner*, aaO. S. 92ff., 107f.,118; *Kriele*, aaO. S.243ff., 260; *Larenz*, aaO. S.422ff.

⁶ *Kriele*, 前揭書第九章：判決先例之推定的拘束力。反對 *Kriele* 之見解的有 *Larenz*, aaO. S. 423Anm. 144 及 *Göldner*, aaO. S.118 Anm35.他們皆以為 *Kriele* 所主張並為實務所廣為採納的見解（即判決先例內之法律見解應被推定為正確，從而並具有推定的拘束力）是多餘而危險的。因為用來確認判決先例中（的法律見解）之不正確性的理由如果不是灼灼逼人，法院很可能會不加審查地繼受該法律見解」（*Larenz*, aaO. S. 423 Anm. 44 ）。蓋在判決先例的正確性及其拘束力的推定下，「法院將面對著一個抉擇，即或者不具詳盡理由地去依從判決先例上的法律見解，或者具詳盡而難舉之理由去採取與該判決先例不同的法律見解。這一個處境將使當今業務已太繁忙的法官，正與 *Kriele* 所期待者相反地放棄思考，而跟隨判決先例走。這樣子，*Kriele*（的見解）將危害他自己的（法律見證的）目標：樹立一個公開而理性的法律討論」（*Göldner*, aaO. S. 118 Anm. 35）。

⁷ *Larenz*, aaO. S. 423 Anm. 144.

理想的實務應當是法院在作任何判決時，不管它是採或不採判決先例之法律見解，皆應有詳盡的說理。但這一種理想的境界，衡之當今法官之工作負荷，可能也不切實際。縱然如此，在此應特別指出：

(1)政府應適當調整法官的工作負荷，使他們有時間作必要的思考。

(2)法院不得以工作負荷太重為由，透過引用那些適當地被懷疑為不正確之判決先例來積非成是地合理化其法律主張，亦即「判決先例上的法律見解之正確性如已被認真地懷疑，則該判決先例之正確性的推定便不再充分」⁸。蓋判決先例之所以得享有任何拘束力，不管是推定的，或事實上的，其理由皆應當在其與正義或現行法之要求相符的高度可能性上⁹。因此，判決先例到底是否應具有拘束力，應受法律的意旨，即其所追求之正義的客觀驗證。就此而言，它與法律固無區別。不過，驗證的結果，如果認為，判決先例內之法律見解是不正確的，從而應予變更時，法院在權力區分的憲政體制下，毫無疑問的享有在新判決中變更判決先例之法律見解的權力。反之，在認為某法律規定有「不正確」的情形，則關於其修

⁸ Larenz, aaO. S. 423 Anm. 144

⁹ Larenz, aaO. S.391：「判決先例這種事務在我們的（德國的）法律結構中並不享有拘束力（Bindekraft）。它對法律生活之形成力（prägende Kraft für das Rechtsleben）毋寧是以法院的權威及判決先例曾經法律上的考量所合理化為其基礎」。關於為何應賦予判決先例以推定的拘束力之理由，詳請參照 Kriete, aaO. S. 258ff.：(1) 統一適用法律，(2) 保持法律見解之繼續性，(3) 提高裁判結果之可預見性（以上關於法的安定性），(4) 平等權的要求，(5) 訴訟經濟的要求，(6) 減輕法院在說理上的業務負擔，(7) 尊重經驗，以比較溫和而保守地求取進步。至於 *Göldner* 則顯然試圖透過法院之法律原則的具體化與價值的關連性（aaO. S. 92ff.），以及對該具體化在法律上可被驗證的說理要求（aaO. S. 113ff.），來說明與判決先例之事實上拘束力之獲得與喪失有關的問題（aaO. S. 107f.）。依他的看法，判決先例中的法律見解首先是針對該判決所裁判之個案而發（aaO. S.108f.）。該法律見解對於他案固然基於平等原則及信賴保護原則（aaO. S. 115f.），有其案型比較（Fallvergleichung）上的意義，並從而產生事實上的拘束力（aaO. S. 113ff.）。但該拘束力在規範上並不是終局的。該法律見解仍待經過進一步的說理過程，來確認其對於另一個具體案件是否有拘束力。當通過該說理過程，發現在事理上它並不適合於該具體案件，而不採取該法律見解時，對於一個新的見解的採取，前述之平等原則或信賴保護原則並不構成不能克服的障礙（aaO. S. 115, 118）。當一個新的見解被考慮應被接受時，此際牽涉到的已比較多的是「法院之法律見解的變更之溯及效力」的問題。關於這個問題 *Larenz* 的看法認為應讓「新見解」即刻對該具體案件生效，即賦與溯及的效力。蓋法院應依其認為正確之見解為裁判。此外他也反對 *Knittel* 在其 *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, 1965 一書上所作的建議，「即法院在此情形應依舊見解為裁判，但同時在該判決上宣示其新見解，並表明往後將依新見解裁判」（S. 50ff.）。蓋世事多變化，「法院為其裁判上之必要的彈性，應避免因此僵化自己的法律見解」（*Larenz*, aaO. S. 425ff.(427)）。國內關於判決之法源性的討論，請參見王澤鑑老師著，*民法學說與判例研究*，壹版 1975，頁二九四以下。

正，法院在權力區分的憲政體制下是否享有修正的權限，便不是毫無疑問¹⁰。上述的區別也顯現：法院補充法律之活動的性質極其量只是造法的嘗試，而非終局的制定法律。法院經由造法嘗試在判決先例中表示其法律見解。該見解將來可能通過慣行的形成，及一般之法律確信的產生，而轉化為習慣法。但也可能或遲或早的被變更或拋棄。

C

在這裡要討論的是：當法律被確認有漏洞時，法院對該漏洞進行補充的權力，以及該權力的限界。該問題可以從法律的功能、權力區分及人民的基本權利三個角度來加以觀察。鑑於法律的功能在於促進正義在人類共同生活上的體現，任何現行法體系如不貫徹該功能的要求，則它便不成其為法，或不成其為由法所構成的體系。它將比較像一個非現代國家之暴力團體的幫規。本於該認識，現代國家皆致力於澄清或具體化正義的內容，並將之納入現行法體系，以求貫徹。此即實質法治國家原則的肯認及其實踐的努力。在該努力中，比較顯著的幾項建樹是：將一些在正義的指導下，構思出來的基本價值決定（例如人民基本權利的保障、民主原則、權力區分原則），通過憲法給予宣示出來。同時，為貫徹這些基本價值決定，使之不再形同具文，現代法治國家並提出了憲法之直接（拘束）性（*Verfassungsunmittelbarkeit*）¹¹的要求。該要求給予人民的基本權利及權力區分的政治體制以現代憲政的意義與活力。

I

憲法的直接性原則首先要求貫徹「關於人民之權利、義務」事項的規定應以法律定之（憲法第二十三條、中央法規標準法第五條第一項第二款）。這便是學說與實務就人民基本權利之規範所稱的「法律保留」（*Gesetzesvorbehalt*）原則。法律

¹⁰ 關於法官補充法律的權限之界限，詳請見 *Larenz*, aaO. S.417ff. 憲法的具體化活動之具有法律補充的性質是沒有爭議的。*Göldner* 嘗試由權力區分（*Gewaltenteilung*）、法院的法規審查權（*richterliche Normenkontrollkompetenz*）和法律對法官的拘束性（*richterliche Gesetzesgebundenheit*）來說明法官在憲法之具體化上的功能性界限（*funktionelle Grenzen richterlicher Verfassungskonkretisierung*）（*Göldner*, aaO. Dritter Teil: Abgrenzungsprobleme）。

¹¹ *Göldner*, 32ff., 36ff., 40f., 85f., 178ff.,

保留要求，限制人民基本權利應以法律為其基礎。此為法源的問題。所以應以法律為基礎，源自民主原則。按民主原則意義下之法律原指有人民或其代表所制定之規範。貫徹法律保留即是貫徹民主原則。在法律保留的基礎上，透過「依法行政」及「依法審判」原則，分別約束行政機關及司法機關的權限在於執行法律。不過，這很快的便遭遇到二個大難題：(1) 立法機關在經驗、技術及時效上不一定能夠在技術性或細節性的問題，及時具體的制定適當的規範，(2) 不論法律如何細心制定，總是有多義或漏洞，需要經由法律解釋或甚至法律補充，以接續的形成其妥當的規範內容。及時具體制定適當規範的問題引起由立法機關授權行政機關制訂行政命令，具體化相關法律之實體及施行規定的需要。法律之多義或漏洞引起由司法機關解釋法律或甚至補充法律，以具體化其妥適內容的需要。這在一定的程度都分享了立法機關之立法權，衝擊到權力區分制度。

基於上述需要，委任立法雖無憲法之明文規定為其依據，司法院大法官還是在實務上肯認委任立法的制度¹²。該見解後來並經立法機關在行政程序法第一百五十條予以肯定¹³。司法院大法官並在一些解釋中進一步闡明委任立法之授權方法，以及行政機關在法規命令之制訂上應遵守的事項。例如(1) 法律授權行政機關訂定法規命令規範裁罰依據者，須為具體明確之規定¹⁴。(2) 因為施行細則之制訂的授權屬於概括授權，不得有限制人民基本權利的規定¹⁵。不過，後來也分別按所涉

¹² 司法院 83.07.29.大法官釋字第三六〇號解釋之解釋理由書稱：「依憲法第二十三條之規定，國家對於人民之自由及權利有所限制，固應以法律定之。惟法律對於有關人民權利義務之事項，不能鉅細靡遺，一律加以規定，其屬於細節性、技術性者，法律自得授權主管機關以命令定之，俾便法律之實施。行政機關基於此種授權發布之命令，其內容未逾越授權範圍，並符合授權之目的者，自為憲法之所許。」

¹³ 行政程序法第一百五十條「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定（第一項）。法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神（第二項）。」該條只是就法規命令加以定義，並未就立法機關得對行政機關授權立法直接規定。其實，因為委任立法涉及國家權力區分，應以憲法為其規範依據。

¹⁴ 司法院 85.01.05.大法官釋字第三九四號解釋：「建築法第十五條第二項規定：『營造業之管理規則，由內政部定之』，概括授權訂定營造業管理規則。此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為明確之規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員之行為準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。至於對營造業者所為裁罰性之行政處分，固與上開事項有關，但究涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件與法律效果，應由法律定之；法律若授權行政機關訂定法規命令予以規範，亦須為具體明確之規定，始符憲法第二十三條法律保留原則之意旨。」

¹⁵ 司法院 83.11.11.大法官釋字第三六七號解釋之解釋理由書稱：「若法律僅概括授權行政機關訂定

人民基本權利之輕重，表示應受不等程度之保護的見解¹⁶。

司法機關在哪種情形得為法律補充？與前述在哪種情形得委任立法，或在某種情形應受國會保留之限制一樣，並不能一概而論。通說的見解，似乎傾向於在「有利」於，或至少在不「不利」於人民的情形下，允許司法機關為法律補充。該問題通常見於刑法¹⁷或稅捐法¹⁸之類推適用的允許或禁止的論述上。類推適用的

施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容不能抵觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制，行政機關在施行細則之外，為執行法律依職權發布之命令，尤應遵守上述原則。本院釋字第一六八號、第二七四號、第三一三號及第三六號解釋分別闡釋甚明。」所謂「其內容不能抵觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」的意旨當指：不得有抵觸母法之限制人民自由權利的實體規定。該解釋理由書之意旨並經司法院 85.01.05.大法官釋字第三九四號解釋之解釋理由書再予重申：「對於人民違反行政法上義務之行為科處裁罰性之行政處分，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及法律效果，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨，本院釋字第三一三號解釋可資參照。準此，凡與限制人民自由權利有關之事項，應以法律或法律授權命令加以規範，方與法律保留原則相符。故法律授權訂定命令者，如涉及限制人民之自由權利時，其授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之要件；若法律僅為概括授權時，固應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字；惟依此種概括授權所訂定之命令祇能就執行母法有關之細節性及技術性事項加以規定，尚不得超越法律授權之外，逕行訂定制裁性之條款，此觀本院釋字第三六七號解釋甚為明顯。」

¹⁶ 司法院 86.12.26.大法官釋字第四四三號解釋之解釋理由書稱：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障；關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」該號解釋顯示一個態勢，認為不需立法機關之授權，行政機關即得制訂「僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項」之必要規範。惟司法院 88.04.16.大法官釋字第四八〇號解釋理由書似乎又回到，一切法規命令皆應有授權依據：「國家對人民自由權利之限制，應以法律定之且不得逾必要程度，憲法第二十三條定有明文。但法律內容不能鉅細靡遺，一律加以規定，其屬細節性、技術性之事項，法律自得授權主管機關以命令定之，俾利法律之實施。」

¹⁷ *Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 1974, S. 160ff(163).

意旨既是爲了貫徹平等原則，且通過有利的類推適用並不帶來關係人以不測之不利的法律效力，故司法機關補充法律漏洞之權限的限制，在此限度之讓步應該可以接受¹⁹。

上述見解後來皆有更爲細緻的發展。首先是授權立法的肯認：由立法機關在其制定之法律中明確授權行政機關爲一定之目的，在一定之範圍內就一定之事項內容制定法規命令，具體化或補充法律所未明文規定的事項（行政程序法第一百五十條）。由之乃又導出就刑法²⁰及稅捐法²¹之法源是否應進一步要求國會保留的議論。然縱使有國會保留之適用，亦非謂行政機關不得爲適用法律之需要，而爲解釋（稅捐稽徵法第一條之一）。重要的是：除其解釋應符合所解釋之法律的意旨外，其解釋對於司法機關無拘束力²²。同理，在這些法域，特別是在稅捐法，亦有法院

¹⁸ Tipke, Steuerrecht, 3. Aufl. 1975, S. 32ff.

¹⁹ 此外，在訴訟法上通常也一般地不禁止類推適用。採這種見解的如：Tipke, aaO. S. 34; Baumann, aaO. S. 163.

²⁰ 司法院 85.05.10.大法官釋字第四〇二號解釋之解釋文稱：「對人民違反行政法上義務之行為予以裁罰性之行政處分，涉及人民權利之限制，其處分之構成要件與法律效果，應由法律定之，法律雖得授權以命令爲補充規定，惟授權之目的、範圍及內容必須具體明確，然後據以發布命令，方符憲法第二十三條之意旨。保險法第一百七十七條規定：『代理人、經紀人、公證人及保險業務員管理規則，由財政部另訂之』，主管機關固得依此訂定法規命令，對該等從業人員之行為爲必要之規範，惟保險法並未就上述人員違反義務應予處罰之構成要件與法律效果爲具體明確之授權，則其依據上開法條訂定發布之保險代理人經紀人公證人管理規則第四十八條第一項第十一款，對於保險代理人、經紀人及公證人等從業人員違反義務之行為，訂定得予裁罰性之行政處分，顯與首開憲法保障人民權利之意旨不符，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。」該號解釋顯示：即便是違憲之惡法，亦不一定在經宣告爲違憲時，立即失效。這對於處罰性的違憲規定是否適當，值得檢討。雖可謂經濟秩序的維持不可一日懈怠，但一件違憲解釋耗時經年，在爭訟期間不速謀求修正該管理規則關於處罰之授權依據，亦屬可議。

²¹ 司法院 92.09.26.大法官釋字第五六六號解釋之解釋理由書稱：「憲法第十九條規定，人民有依法納稅之義務，係指人民有依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及稅捐減免等項目，負繳納稅捐之義務或享受減免稅捐之優惠，主管機關基於法律概括授權而訂定之施行細則，僅得就實施母法所定納稅義務及其要件有關之事項予以規範，不得另爲增減，否則即屬違反租稅法律主義；又有關人民自由權利之限制，應以法律定之，且不得逾越必要之程度，憲法第二十三條定有明文，如立法機關授權行政機關發布命令爲補充規定者，行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，亦得就執行法律有關之細節性、技術性事項以施行細則定之，惟其內容不得牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制，迭經本院釋字第三一三號、第三六七號、第三八五號、第四一三號、第四一五號、第四五八號等解釋闡釋甚明。是租稅法律主義之目的，亦在於防止行政機關恣意以行政命令逾越母法之規定，變更納稅義務，致侵害人民權益。」依該號解釋理由書之意旨，關於稅捐法，立法機關亦得爲委任立法之授權。

²² 司法院 94.05.20.大法官釋字第五九七號解釋之解釋文稱：「憲法第十九條規定，人民有依法納稅

得否為法律補充，特別是得否為類推適用的爭議。由於稅捐之課徵對於特定稅捐義務人以外之稅捐義務人有稅捐負擔上及市場競爭上之利害關係，使得其類推適用之禁止或容許，不能訴諸於有利於或不利於特定私人的標準。目前相持不下之對立的論據主要為：平等課稅之實質公平與信賴保護之法的安定²³。

II

a

將憲法直接性原則適用到政治體制上後，立法機關與司法機關之功能上的關係有顯著的改變。由於憲法上的基本價值決定直接拘束立法機關及司法機關，一方面使得立法機關之立法權的性質，由過去之專屬的立法權（*Rechtsetzungsmonopol*）轉變為當今之優先的立法權（*Rechtsetzungsprärogative*）²⁴。從而使司法機關取得對於立法機關制定之法律的補充權。亦即使司法機關取得在法律補充的意義下之候補的「立法」權，以於必要時，針對其正處理之個案的規範需要，建構出一個立法機關所未制定的規範，並將之適用於該個案。在此了解下，司法機關所享有之「法律的補充權」具備兩個特徵，即它是「候補的」與「針對個案的」²⁵。

稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。……財政部八十六年四月二十三日臺財稅第八六一八九三五八八號函釋示，關於被繼承人死亡日後所孳生之利息，係屬繼承人之所得，應扣繳個人綜合所得稅等語，符合前開遺產及贈與稅法與所得稅法之立法意旨，與憲法所定租稅法律主義並無抵觸，尙未逾越對人民正當合理之稅課範圍，不生侵害人民受憲法第十五條保障之財產權問題。」財政部該號函釋係關於利息在主體之歸屬基準的解釋。以事務法則為基礎。按利息為繼續性債務或債權，隨時間之經過而發生，並歸屬於其發生時之收取權人。至其收取權人，民法第七十條第二項規定：「有收取法定孳息權利之人，按其權利存續期間內之日數，取得其孳息。」該項適用於繼承的情形，自當以繼承事故發生時為分界點，將利息歸屬於被繼承人及繼承人。其歸屬於被繼承人者屬於遺產，其歸屬於繼承人者屬於繼承人之利息所得。

²³ 關於類推適用及其他法律補充之禁止原則，請參考黃茂榮，稅捐法定主義，收錄於稅法總論（第一冊增訂二版），2005/09，台北，頁三四二以下。

²⁴ *Kriele*, *Theorie des Rechtsgewinnung*, 1967, §14; *Göldner*, aaO. §13; *Larenz*, aaO. S. 330, 419.

²⁵ 關於法院之「法律補充權」，*Larenz* 在前揭書顯然抱持比較保守的見解。他顧慮法院如果介入這種政策性的決定，「便會意味著在一個政策性的意見爭執中，其判決必須採取立場。這時其地位屬於一造，而不再被認為是一個以法律為依據的宣判」（aaO. S. 419）。因此他認為，除非立法機關對

b

將憲法的直接性原則適用到政治體制上後，使司法機關取得對於立法機關制定之法律的審查權。該審查權可分成兩種：(1) 體系違反審查權，(2) 違憲審查權。

1

為將憲法中的基本價值決定即憲法原則（*Verfassungsprinzip*）體現在其國民的日常生活中，首先必須將這些憲法原則進一步具體化。就具體化，立法機關享有優先為具體化的權限，這便是前述之立法機關的優先立法權。如果憲法原則有真正被忠實地貫徹在其下位規範中，則這些上下位的規範便會組成一個在邏輯上及價值上皆沒有矛盾的體系。反之，如果沒有被忠實地貫徹，則它便會有矛盾，也就是有體系違反存在。體系違反與體系是不並容的現象。蓋體系的建構要求，應避免與排除體系違反。基於這個理由，當憲法對立法機關及司法機關皆有直接拘束力（直接性）時，則一方面在立法階段，立法機關應避免制定有體系違反的法律規定；另一方面在適用法律的階段，司法機關有義務與權利，審查既存之法律是否有體系違反的情形。如果有，則應盡其可能，在法律解釋或法律補充中，透過體系因素的考慮，排除體系違反的規定²⁶。司法機關之該權限便是這裡所稱的

某一案型之長期的不為立法，已導致一個真正之規範上的緊急狀態，不然為了司法的威信，法院還是尊重立法機關之優先立法權為上策（S. 419）。鑑於立法機關在立法上之主動性及優先性，以及司法機關之法律補充權的候補性及其效力之個案性，本文以為 *Larenz* 的見解似嫌過度小心。蓋立法機關之優先立法權的意義，本來僅止於：除其所制定之法律有違憲之情事外，司法機關應尊重之，以及立法機關嗣後並得立法「廢止」司法機關透過法律補充所建構的規範，即使它已演變為習慣法，亦然。今立法機關如立法懈怠，不採取主動，而任令法律漏洞繼續存在，則為了貫徹法律（價值）體系的功能，殊無禁止司法機關首先針對個案進行法律補充的理由。或謂如此廣泛授權司法機關補充法律的權限，恐流之於濫。然其顧慮縱使為真，亦應從鞭策立法機關勤奮起來，並在方法論上設法科學地控制司法機關之法律補充的正確性才是上策。

²⁶ *Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1969, S. 116ff., *Göldner*, aaO. S. 53ff., *Esser, Grundsatz und Norm*, 2. Aufl. 1964, S. 255, 259; *Larenz, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung*, 1965, S. 13:「(用來補充漏洞的) 規範必須能夠被密切地併入既存的法秩序中；也就是法秩序的內在的一致性必須被維持。」

「體系違反審查權」²⁷。

2

基於「合體系性與憲法上之平等原則間的密切關係」²⁸，如果法院在適用法律的過程中，透過體系因素的考慮仍無法排除前述體系違反，則帶有體系違反之法律便因違反平等原則而有違憲性²⁹。換言之，一個法律只有當其不能透過「法律解釋」或「法律補充」使之與憲法的意旨相符時，才具有違憲性³⁰。基於這個了解，「違憲審查權」可以說是「體系違反審查權」的繼續。「體系違反審查」既然是司法機關在適用法律的過程中所不能少，且法律的違憲性又是通過法律解釋與法律補充所不能排除之法律的體系違反，則司法機關在體系違反的審查過程中，實際上亦已就該法律之是否具有違憲性進行審查，並作了認定。是故，在這裡實際上所關注者並不是司法機關是否有權審查法律之違憲性的問題。

鑑於法秩序之體系性與體系違反情事之不能併容，在事理邏輯上，司法機關自當享有體系違反審查權，從而也享有違憲審查權。於是，關於違憲審查權的討論，所剩下的便只有司法機關對一個被其認定為有違憲性之法律得採取如何措施的問題。它是否得拒絕適用違憲的法律，以及它是否有權宣布該法律為無效。基於裁判之「個案性」，以及宣布法律為無效之效力的「一般性」，裁判當不是一個宣布違憲法律為無效的適當工具。此所以職司具體案件之裁判的司法機關例如普通法院、行政法院和公務員懲戒委員會不適當享有宣布違憲法律為無效的權限。至於司法院大法官，因其對法規之審查，本來就不是針對一個具體的個案而發，而是針對一般案件所適用之法規進行「抽象的法規審查」（*abstrakte Normenkontrolle*），所以，其審查的結果自得享有一般的拘束力。這和宣布違憲法律為無效之

²⁷ 為維持法律體系之無矛盾的統一性，憲法規定「省法規與國家法律牴觸者無效」（第一百十六條）。「縣單行規章，與國家法律或省法規牴觸者無效」（第一百二十五條）。「命令與憲法或法律牴觸者無效」（第一百七十二條）。「法律與憲法牴觸者無效」（第一百七十一條第一項）。其有無牴觸發生疑義時，雖然憲法一概規定由司法院解釋之，但除有無牴觸憲法，由司法院大法官專屬審查外（司法院大法官審理案件法第四條），命令有無牴觸法律或下級法規有無牴觸上級法規的疑義，普通法院也有審查權（憲法第一百十七條、第一百七十一條第二項）。另法律之統一解釋亦由司法院大法官為之（司法院大法官審理案件法第七條）。法律之統一解釋具有防止或排除體系違反的機能。

²⁸ *Tipke*, aaO. S. 84.

²⁹ *Larenz*, aaO. S. 419.

³⁰ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1970, S. 31f.

效力的「一般性」間沒有衝突。是故，大法官會議自宜享有宣布違憲法律為無效的權限。該見解並為憲法第七十九條第二項所採³¹。

關於拒絕適用違憲法律，因為拒絕適用行為依其性質自始即係針對繫屬中的個案而發，而具有「個案性」，這與裁判之「個案性」正相吻合，且憲法第八十條規定「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，所以，法官自應本著自己之法律的了解與確信，獨立從事審判。為貫徹憲法第八十條之意旨，自不得勉強法官適用其以為違憲的法律。從而法官或法院依憲法第八十條自當享有拒絕適用違憲法律的權限，以進而對由該違憲法律之適用的拒絕所引起的法律漏洞加以補充，並據以審判該繫屬於它的案件。往後如有其他法院或機關與就該法律之違憲性持有與該法院不同之見解，因而引起該法律是否牴觸憲法之疑義時，其他法院或機關得依司法院大法官審理案件法第四條第一項第一款聲請大法官會議解憲法。

由於法規範之體系性，每適用任何法律，即同時包含憲法的適用在內。而因解釋為適用之前置行為，所以，每適用法律，不但包含法律的解釋，也包含憲法的解釋在內。因此，若謂憲法的解釋權應專屬司法院大法官，則它的專屬性應以中央或地方機關於其行使職權，適用憲法發生自己認為無法解決之疑義，或因行使職權與其他機關之職權發生適用憲法之爭議，或適用法律與命令因自己無法判斷有無牴觸憲法，或其判斷與其他機關之判斷相左而發生疑義，以及人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局判決所適用之法律或命令有牴觸憲法之疑義者為限。否則各級法院的法律素養勢必因制度地被置於司法院大法官之監護下而沒有機會獲得發展。這也會影響到他們在法律之無違憲性判斷上的正確性。如果一般地懷疑法院判斷法律具有違憲性的能力，則便有足夠的理由對其判斷法律之無違憲性的能力給予同樣程度的懷疑。蓋這兩個判斷在判斷能力之素質上的要求是一樣的。賦與法院判斷法律之違憲性的責任，才能培養出法院判斷法律之違憲性的能力。不然，法院的憲法素養將在司法院大法官的監護下，隨著立法機關所制定之法律得被推定為無違憲性的原則，而慢慢地萎縮下去。此外，憲法第一七一條第二項規定「法律與憲法有無牴觸發生『疑義』時，由司法院解釋之。」及司法院大法官審理案件法第四條列為得聲請大法官會議解釋憲法之事由，亦皆或以「疑義」或以「爭議」之存在為其前提。

³¹ 詳見翁岳生老師著，行政法與現代法治國家，壹版，1976：論命令違法之審查，頁一〇九以下（一一九以下，一二六以下）。

換言之，法院對某一法律之違憲性若已獲有確信而無疑義，或關於憲法的適用，並無在兩個以上機關間發生相持不下的爭議³²，則該法院或該機關自得自為解釋。另自司法院大法官審理案件法第四條第一項第一款之文義觀之，在無疑義或無爭議之情形，該法院或機關可能根本便不得聲請大法官會議解釋憲法，而應自為解釋。該見解，在關於命令之違法性或違憲性的審查上，已為司法院所接受³³。該見解在法院關於法律違憲性之審查問題的處理上應予貫徹才妥。

最後必須補充的是，基於法院前述之「體系違反審查權」及「違憲審查權」，法院對法律之見解，在權力區分底下的各個機關間，應屬最權威的終局（*letztinstanzlich*）見解³⁴。在該了解下，就法律與命令之見解，法院的看法若與其

³² 司法院大法官會議法第七條：「中央或地方機關就其職權上適用法律命令所持見解與本機關或其他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者，得聲請統一解釋。但該機關依法應受本機關見解之拘束或得變更其見解者不在此限」。

³³ 司法院於民國三十七年六月十五日所作之院解字第四〇一二號解釋第一項稱：「與憲法或法律抵觸之命令法院得逕認為無效不予適用」。鑑於法院裁判之個案性，這裡所謂之「逕認為無效」，當係「拒絕適用」的意思。其理由已詳如前述。司法院在前述解釋中所持的見解，後來在民國六十二年十二月十四日，並為大法官會議釋字第一三七號解釋所重申。該號解釋稱：「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解」。又其解釋理由書更進一步謂：「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，或為認定事實之依據，或須資為裁判之基礎，固未可逕行排斥而不用。惟各種有關法規釋示之行政命令，範圍廣泛，為數甚多，其中是否與法意偶有出入，或不無憲法第一百七十二條之情形，未可一概而論。法官依據法律，獨立審判，依憲法第八十條之規定，為其應有之職責。在其職責範圍內，關於認事用法，如就系爭之點，有為正確闡釋之必要時，自得本於公正誠實之篤信，表示合法適當之見解」。簡言之，大法官會議本號解釋，肯認依憲法第八十條，法官應依據法律，獨立審判。而為盡其職責，法官就有關法規釋示之行政命令，固未可「逕行」排斥而不用，但仍得本於公正誠實之篤信，表示合法適當之見解」。這一項肯認在現代法學方法論下之意義為，法官「不可不具理由」「逕行」排斥該行政命令之適用。即法官於排斥該行政命令之適用時，應盡說理的義務。在拒絕行政命令之適用上，可能發生之法官的恣意，應該通過說理義務的貫徹來解決。關於法官的說理義務詳請參照 *Jürgen Brügemann, Die richterliche Begründungspflicht, 1971*。此外，也有可能擔心：因行政命令之被拒絕適用而影響到政府威信。其實這個顧慮是多餘的。蓋只要在行政命令之適用的拒絕上，能通過說理義務的要求，有效控制法官的恣意，則行政命令的正確性正可因法官之審查而提高。加上行政機關與司法機關間在該過程中之事實求是之論弁，它們在人民的心目中慢慢地會被肯認為正義的化身。其威信也自然而然被建立起來。現代國家應通過說理，建立威信，而不是通過一味主張自己有理。主張歸主張，再多也只是主張；主張只有在被附以證據及理由後才會產生信服力。「政府的威信」與「作威作福」間的區別全在說理義務之要求與貫徹上。聰明的同胞怎能，怎可不認真對待！另詳見翁岳生老師前揭書，頁一一九以下。

³⁴ *Göldner, aaO.S.168ff.*, 同樣的見解，另見翁岳生老師著前揭書，頁一二〇。他在那裡並引楊武連所著碩士論文「我國救濟制度之研究」內所引之行政院台六十二法字第五九一六號函，證明該見解

他中央或地方機關之見解有異，則應以法院之見解為準。是故，在它們的見解之間，至少由法院的立場觀之，不會發生大法官會議法第七條所規定之相持不下的爭議情形。當然，在這裡，其他機關仍得依該條規定，就該爭議訴諸於司法院大法官的解釋。

法律補充的任務在消除法秩序中的體系違反，以使法律所追求的價值更完全地，以可理解及驗證（*nachprüfen*）的方式，實現到人類的共同生活上來。爲了圓滿地達成該任務，執法機關，特別是法院，在法律漏洞之有無的認定及其補充的操作上，應取向於價值及生活事實，並符合價值與事理的要求³⁵。對於生活事實的取向，有兩重意義，即一般地取向於生活事實之性質（*die Natur der Sache*），或具體地取向於正要處理的具體案件。認爲一個正確的法律補充必須是中立於價值或事理，或同時中立於兩者之純邏輯推論的見解，在規範上是沒有意義，或甚至有害的³⁶。蓋法律或其適用如果與價值脫節，那便會演成絕對肯認惡法亦法的蠻橫主張。法律或其適用如果與其所擬規範或處理之生活類型的性質（事理）脫節，那便會演成「指鹿爲馬」式的強詞奪理³⁷。此外，人們還必須注意到，光光強調價值的追求，而不腳踏實地的探究如何將該價值通過法律體系或制度道道地地的貫徹到日常生活上來，則該價值之強調，久而久之便會淪爲口號，以致最後再也沒有足夠的人相信它。其結果，該法律體系便會失去倫理的說服力，變得威而無信。

並已爲最高行政機關所肯認。該函謂：「司法權與行政權分別獨立，故司法機關與行政機關就其職掌之事務，所爲之判斷，應彼此互相尊重。就法律之適用言，行政機關關於其職掌範圍內之事項，適用法律所持見解，如與司法機關適用同一法律所已表示之見解有異，而有統一之必要者，可依憲法第七十八條後段及司法院大法官審理案件法第七條之規定，請求司法院統一解釋。就具體事項之認定言，法院與行政機關所爲之判斷不一致，依法治國家先例，應尊重法院之裁判。」

³⁵ 關於這個問題之比較詳細的討論與引證，請參考本書第五章，一 AI。

³⁶ *Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der Verfassungskon- formen Auslegung und Rechtsfortbildung*, 1969, S. 91 ff. 在法律的補充上，勢必牽涉到法律原則之具體化的問題。於是，他說：「在法律原則與被規範的對象間，說理必須邁過的距離越遠，其方法之明白性便越容易受到減損。是故，該具體化行爲也就越加迫切需要方法上的確保。符合方法要求之具體化必須一方面符合該原則之普遍的意旨，另一方面也必須同樣程度符合擬去解決之個別問題的具體事理架構」（S. 92）。關於這個見解他並在該書頁九二，註四中作了詳細之文獻上的引證。

³⁷ 民法第九十八條規定「解釋意思表示應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」其對契約這種生活類型之規範上的意義，即在於排除這種『指』或『誤』鹿爲馬的情形。

反之，在個案的處理上，就情、理、法中之情、理兩個標準的引用，如果不體系地，也就是沒有矛盾地予以貫徹，則所謂個案之具體情況的考慮，往往會淪為恣意徇私的藉口³⁸。由以上的說明顯示，法律補充之對「價值」與「事理」的取向是由其任務³⁹所決定下來之「必要」。既然如此，則剩下來的問題便不再是：法律補充是否應該或必須取向於「價值」及「事理」的問題，而是在該取向要求之貫徹的同時，如何不使法律的適用，因為拋棄純邏輯的推論，而失去透過法學方法加以檢證的可能性。該檢證的可能性及其實際操作的技術之探討構成當今法學方法論之努力的重點。以下謹從法律補充的因素及法律補充的方法這兩個層面來說明在法律補充時之法律適用的檢證問題。

³⁸ *Göldner*, aaO. S. 93:「在法律原則之具體化的程序中，價值良心及價值感情固然不得被棄置不顧，但法律的適用者也不得誤入歧途，從事僅屬個人之衝動的感情性評價（eine lediglich spontanindividuelle Emotionalwertung）。取向於法官個人之主觀看法及法律感情來適用法律，為現在已不被接受之自由法學派（die Freirechtsschule）及感情法學派（die Gefühlsjurisprudenz）所主張（*Meier-Hayoz* im Berner Kommentar Einleitungsband, N. 174 zu Art. 1 ZGB）。

³⁹ 關於法律解釋的任務及其對於具體案件之關聯性與對於價值之取向性，請參考本書第五章，一、A I。Larenz 在其所著 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* 一書，頁一九二以下，關於「在法學中之價值取向思維」（Wertorientiertes Denken in der Jurisprudenz）的討論中，顯然將該價值取向上的必要性歸因於法律用語之不確定性。詳言之，即立法者在法律規定的制定上並未全部使用了「概念性的用語」，以致法律不能通過純邏輯的操作，就精確地適用到具體案件來；而必須通過評價的過程。所謂「非概念性的用語」在這裏經其著重提出來討論者：有法律之定義規定中的不確定概念（如德民第九三條：稱「物之重要成分」者（wesentliche Bestandteile），謂如不破壞其中之一或不改變它們的性質，便不可能使它們互相分離之部分。物之重要成分不得獨立為權利之客體（Larenz, aaO. S. 195 f.）。類型（式概念）（Typus）（aaO. S. 197ff.）及需要補充之評價標準（ausfüllungsbedürftige Wertungsmaßstäbe），例如誠信原則（Treu und Glauben），重要理由（ein wichtiger Grund），給付與對待給付間的相當關係（ein angemessenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung），相當期間（eine angemessene Frist）或衡平的裁量（billiges Ermessen）等（aaO. S. 203f.）。惟 Larenz 所列舉的上述原因，似乎不是在法律適用上，必需取向於價值的根本原因。它們僅是由根本原因所導出，表現在規範中的現象。申言之，該價值取向之必要性的根本原因，當是存在於法律（解釋或補充）的任務上。即為了將法律所追求的正義，衡平地以可以理解並驗證的方式，實現到人類的共同生活上來。為了使該任務的實現能在實務上取得依據，並使法律在實證的過程中能不斷地獲得更完滿的新生，在法律秩序或制度的規劃上，必須使價值的理念或標準著床於實證法上。前引 Larenz 所舉的例子正是該考慮下的產物。此所以說這些例子並不是在法律適用上必需取向於價值之根本原因，而只是由該根本原因所導出的派出原因。

所謂補充法律的因素，指在法律補充時必需考慮的觀點或因素。該因素與在法律解釋時所應考慮者，在類目上並無不同。在法律補充上，同樣應考慮文義因素、歷史因素、體系因素、目的因素及合憲性因素⁴⁰。其考慮文義因素的必要，在協調所進行之法律補充與法律既有之明文規定間的關係，且要特別注意避免，與法律明文規定有互相抵觸的結果發生⁴¹。考慮歷史因素，在貫徹立法階段所持的建制意旨，以符合民主原則。考慮體系因素，在使因法律補充而新生的規定能順利地納入體系，避免因補充了法律漏洞，而造成新舊規定間的不協調，或甚至產生矛盾的情形。這點在法律補充上必須特別注意，否則便難免顧此失彼，以致「扶得東來，西又倒」⁴²。考慮目的因素，在確保法律補充之倫理價值的一貫性，使其能夠善盡實現正義的功能。想當有鑑於此，*Larenz*⁴³乃認為：「法官補充法律如能滿足以下三個要求，則堪稱為（人民之）大幸：(1)該法律補充必須樹立一個可以一般地適用於某一典型案件之規定。該案型之特點⁴⁴必須足以充為嗣後用來檢證法院

⁴⁰ 關於法律解釋的因素，詳請參照本書第五章，四。

⁴¹ 法律補充固在於引入新規定，彌補法律之漏洞，但通常情形，其補充之結果，並不發生與法律明文規定之文義正相衝突的情形。通常除非有社會情勢之重大變遷，或原來之規定顯有重大違反法律所一貫承認之原則的情形，向來避免與法律文義正相衝突的法律補充。關於與法律文義正相衝突的法律補充，詳請參照。*Dietrich Jesch, Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem?* NJW 1963, S. 241-245; *Von Dres. G. und D. Reinicke, Die Bindung des Richters an Veraltete Gesetze*, MDR 1957, S. 193-198; *Theo Zimmermann, Die höhstrichterliche Rechtsprechung zur Anpassung der Gesetze an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse*, NJW, 1953, S. 484-486。

⁴² 不考慮體系因素會導致顧此失彼的情形。不僅在法律解釋與補充上，而且在立法上皆會引起這種問題，例如土地法第一〇二條規定：「租用基地建築房屋，應由出租人與承租人於契約訂立後二個月內，聲請該管直轄市或縣（市）地政機關為地上權之登記。」該規定顯然忽略民事法上關於土地用益權之授與有債權性之租賃與物權性之地上權之區分的既有體制。以致在制度上，使得單純之債權性的基地租賃實際上成為不可能；如將該條規定定性為強行規定，在實務上並會引起違反當事人之法效意思的法律效果。惟內政部 80.12.20.臺內地字第八〇七六七五八號函認為：「按土地法第一百零二條規定：『租用基地建築房屋，應由出租人與承租人於契約成立後二個月內，申請該管市縣地政機關為地上權之登記。』析其文義，所謂申請地上權之登記，應解為係由當事人間以法律行為而設定，如契約無相反之約定，出租人應負與承租人同為申請登記之義務（參照最高法院四十一年台上字第一一七號判例）。因此契約中如已有相反之約定，即當事人間明訂不得為申請地上權之登記，參照前述最高法院判例意旨，似可排除土地法第一百零二條之適用。」民法第四百二十二條之一有類似於土地法第一百零二條之規定：「租用基地建築房屋者，承租人於契約成立後，得請求出租人為地上權之登記。」

⁴³ *Larenz, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung*, 1965. S. 13.

⁴⁴ 所謂將該案型之特點予以表徵到可以用來檢證法院之裁判的意義為：將該案型之特徵構成要件化，使其具有足夠的明確性，在將來能夠不待於更進一步利用裁判者之主觀裁量加以具體化，便已

之裁判的表徵。是故，將該用來補充之構成要件要素，繼續寄望於各該具體案件之裁判者的主觀裁量是不足夠的。例如利用像『顯然難以忍受之結果』或『顯屬過苛』做為構成要件要素⁴⁵即不充分。(2)關於系爭法律效力是否正該連結於系爭構成要件的觀點，應以正法的考量為其依據。由該構成要件及法律效力所組成之規範，必須清楚顯示，其意旨在於實現某一實體的法律原則，而不得僅具想當如此的性格。(3)該規範並應可被無裂隙地納入既存的法律體系，以維護該法律體系之內在的，亦即價值上的一致性。」至於合憲性因素，則在維護憲法在法律補充上的貫徹。

以上所討論之因素，屬於體制內之規範上的因素。在法律補充上，固然必須視情形衡量社會性的因素，但其觀點屬於事實面而非規範面的論點⁴⁶。該論點的作用，常常在於認知，在一定的具體情形下法律補充之必要，並提供補充之取向上的參考。

法源在這裏首先係指法源論上所稱「一切得為裁判之大前提的規範總稱」，亦即自現行法之表現形式（*Erscheinungsformen des geltenden Rechts*）加以瞭解。在

能直接將之引為裁判的大前提。此即規範建構上之構成要件化及構成要件之明確化的問題。該問題在受嚴格之法律保留原則限制的法域(例如稅捐法及刑法)，特別受到重視。在這些法域中，本問題牽涉到法源的問題。在該等法域，為貫徹其分別要求之「稅捐法定主義」或「罪刑法定主義」，除了要求無法律即無稅捐或刑罰外，為避免公權力機關利用空洞之構成要件規避該等原則之要求，莫不要求，其構成要件必須臻於明確。在稅捐法定主義下，甚至要求其法律效果亦須臻於明確。關於稅捐構成要件之明確性，詳請參考 *Lang in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 18. Aufl., 2005, Köln, § 4 Rz. 167ff.* 黃茂榮，稅捐法定主義，收錄於稅法總論（第一冊增訂二版），2005/09，台北，頁二七三以下。不過，*Tipke/Lang* 認為構成要件之明確性原則的要求在立法及司法實務上的實踐落差極大。對此，德國「聯邦憲法法院的判決並不一貫。就稅捐法，該法院曾經判決：構成要件明確性原則做為法治國原則之表現，要求稅捐發生依據之構成要件應該如此明確，以使納稅義務人能夠預計落於他身上之稅捐負擔。依該觀點，稅捐法中之許多規定都該是違憲的。不過，聯邦憲法法院又在其他判決中做了克制，並且事實上尚未在任何案件中，以構成要件太不確定為理由，將稅捐法的規定宣告為違憲。縱使是很不確定的條項，他也都予認可」（aaO. Rz.168）。

⁴⁵「顯然難以忍受之結果」或「顯屬過苛」常被引來做為債務因嗣後之主觀情勢變更，而主張調整雙務契約之對價關係，或在調整顯有困難時主張解除或終止契約的理由。

⁴⁶這裏所以不將社會因素列為在法律補充上應考慮之規範因素，其理由為：該因素尚未經規範化，定著於法律體系中。反之，當其已定著於法律體系中，原則上它會以文義因素、歷史因素或目的因素表現出來。

此意義下，所謂法源，在民事法上即指：制定法、習慣法、契約、產業自治規約、家族自治規約及團體自治規約、事實上之習慣及法理而言。以上規範得為民事關係之法源，為實務所肯定⁴⁷。至於事實上之習慣及法理之得為民事關係的法源，其規範基礎在民法第一條。該條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」其次，法源尚可能指(1)這些規範之所以具有拘束力的理由或基礎。該拘束力之基礎通常係指立法者之意思，或人民對該規範之法的確信或承認；(2)或者規範在事實上之發生的原因。該原因通常係指政治，經濟、社會或歷史的事實及其關係。例如權力的對比；(3)或者制定法律之行為，例如立法機關之決議⁴⁸。

自以上實務及學說對法源的看法觀之，當實務上所承認之法源的範圍，在現行法之表現形式上，及於制定法以外之規範時，便涉及到法律補充的問題：哪個機關有權利用哪些社會規範補充制定法的漏洞。

關於這個問題，其解答不能一概而論，蓋不同的法律，由於其對人民基本權利的介入程度深淺不一，從而應受法律保留（*Ge- setzesvorbehalt*）拘束的密度亦有高低之別。其拘束的理由，主要有三類：(1)基本權利的保障，像稅捐之課徵或刑罰之科處對人民之基本權利介入最深，因此，原則上應受「絕對之形式的法律保留」之適用，此即稅捐法上之「稅捐法定主義」⁴⁹，以及刑法上之「罪刑法定主義」的要求；(2)交易安全之保障，像物權法定主義。是故，司法機關不得利用法律補充創設新物權（亦即法律所未規定之物權）以維護交易之安全（例如制定動產擔保交易法，創設動產抵押、附條件買賣及信託占有等新擔保類型）⁵⁰；(3)市場經濟之保障。像商標權、專利權或著作權的態樣，應以法律所列舉者為限，行政機關及司法機關皆不得以交易上有此需要為理由，利用法律補充創設之，以保障市場

⁴⁷ 詳請參照拙著民法總則，七十一年增訂版，頁九以下。

⁴⁸ 參照 *Georg Dahm, Deutsches Recht, 1963, S. 34ff.*

⁴⁹ 關於稅捐法定主義，詳請參照 *Hans-Jurgen Papier, Die Finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973.*

⁵⁰ 至於為何雖然沒有法律明文依據，還是肯認讓與擔保？其理由為，所有權之移轉為物權法所規定之常態的物權行為。所以，即便當事人為擔保之目的而為之，還是不能否認其所有權之移轉效力。而當所有權移轉於債權人，自然能夠產生預期之擔保效力。剩下來的問題是：其超過擔保目的移轉出去的所有權利益，應當如何？按當所有權之移轉超出經濟目的之必要，構成信託。因此，為恰如其分規範讓與人、受讓人及他們之債權人對於系爭讓與物的利益，並保護其他人就該物，與受讓人從事交易時之交易安全，必須從擔保信託的觀點，處理讓與擔保構成之法律關係。亦即從信託的觀點，限制了該物之讓與的部分效力，使之大致接近於動產抵押。不過，由於讓與擔保沒有登記，可能引起比較多之信賴保護方面的問題。

機能。蓋商標權、專利權或著作權之賦予，使其權利人在權利範圍內取得壟斷產銷的權利，從而相對的犧牲了市場經濟應有的競爭機能。是故，如基於交易上之需要在商標權、專利權或著作權方面，有承認新類型的需要，應以立法的方式為之。例如在商標方面，有服務及營業表徵、包裝式樣、商品外觀；在專利方面，有設計；在著作權方面，有電腦軟體。其中關於營業表徵、包裝式樣、商品外觀雖一直未被肯認為具有與商標權同等地位之權利，但在其已為相關事業或消費者所普遍認知的前提下，公平交易法第二十條仍對其仿冒提供保護。電腦軟體則已經被肯認為可受著作權之保護（著作權法第五條第一項第十款）。

所謂現行法之表現形式，及於制定法以外之規範，係指承認制定法以外之規範，亦得為法源。當其如此承認，則契約、產業自治規約、家族自治規約、團體自治規約在法律的授權下，補充了一些法律所未規定之事項，或甚至修正了一些法律容許修正之任意規定。不過，這些情形通常不認為屬於法律的補充。反之，習慣法雖已演進成現行法，但其存在卻為法律補充的產物。是故，凡是受「絕對形式之法律保留」適用的法域（例如稅捐法及刑法），原則上關於不利於人民之事項，不會有習慣法之產生。蓋既不許法律補充，則不可能因法律補充而形成習慣，並進一步使該習慣，因人民之法的確信，而演進成習慣法⁵¹。惟在承認習慣法得為其法源之法域，論斷該法是否有漏洞，應兼顧習慣法的規定，亦即只有在制定

⁵¹ O. A. Germann, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2. Aufl, 1967, S. 141 f:「刑法受無法律，即無刑罰之原則的拘束。依學說與實務上一致之見解，就一個行為之可罰性或刑罰之加重，沒有產生習慣法之可能。反之，對行為者之免罰、寬恕或刑罰之減輕，則原則上可有習慣法之適用。至於行政法，學說與實務就是否可用習慣法來補充法律漏洞，並無一致的見解。所謂依法律行政原則，雖然在這裏大都亦被引為討論的出發點，但其瞭解卻見仁見智。為滿足依法行政原則之要求，在此並不要求系爭規範必須由該管立法機關制定，而僅要求其有法律規定為其依據，亦即只要求有實質意義之法律。是故，原則上引用習慣法亦為已足……。在財稅法，亦即在稅捐或其他公法上的輸納義務的課徵，一樣的不承認習慣法得做為不利於納稅義務人之基礎。只有在有利於納稅義務人的情形，在過去的案例中，才會以習慣法 做為規範基礎。」Tipke, aaO. S. 84f:「習慣法由不成文法組成，而該不成文法則由經久之慣行所形成，並經一般的正法意識所肯認。該經久之慣行大都由一個經年之法院的一貫見解所促成。當該慣行經過考驗獲得一般之法的確信時，該慣行即被稱為合乎正法。惟欲轉為習慣法，該慣行還必須能被轉述為法條（*Rechtssatz*）（亦即經構成要件化）。關於稅法是否，以及得在那一個範圍內以習慣法為其基礎，見仁見智。Paulick 認為習慣法不得做為稅捐之負擔或稅捐之優惠的依據，而 Kruse 則認為習慣法僅不得做為稅捐之發生的依據。而根據作者的看法，德國基本法第一〇五條，將稅捐立法限制為議會立法，是故，稅捐習慣法與德國基本法第一〇五條不能一致。在稅捐法上，習慣法縱有可能，亦僅能在法官造法的基礎上形成。不過縱使認其為可能，也有其限界。」

法及習慣法對之皆無規定的情形，方有法律漏洞的存在。

至於容許以判例、判決先例、實務見解、學說或法理⁵² 做為法源的情形，只要在該判例，判決先例，實務見解，或學說尚未演進成習慣法，其所屬之法律領域，並不因這些法源之存在，而可論斷為無漏洞。換言之，引用判例、判決先例、實務見解、或學說來解答或處理法律問題，構成法律漏洞之補充。同理，民事在法律未明文規定時，事實上的習慣固亦得引為法源，做為裁判的依據（民法第一條），但其引用之性質亦屬法律之補充。

事實上之習慣在現行民法之地位，有時法律明文規定應優於制定法受適用⁵³。例如：民法第六八條第一項、第二〇七條第二項、第三一四條、第三六九條、第三七二條、第三七八條、第四二九條、第四三九條、第四五〇條第二項、第四八六條、第四八八條第二項、第五三七條、第五六〇條、第五七〇條、第五七九條、第五九二條、第六百零二條第三項、第六三二條第一項、第七七六條、第七七八

⁵² 實務有時將外國立法例當成法理，引為補充法律的依據，作為裁判的基礎。例如：司法行政部四三年一月二日臺（四三）鳳公參字第七五四七號令：「依照民法第一條之規定，民事，法律未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。外國立法例，有時不失為法理來源之一種，必要時似無妨加以參考」。最高法院五九年台上字第一〇〇五號民事判決：「因上訴人之增加設施，所借用房屋之價值顯然增加，在我民法使用借貸一節內，雖無得請求償還或返還其價值之明文，然依據外國立法例，既不乏得依無因管理或不當得利之法則，請求償還或返還之規定，則本於誠實信用之原則，似非不可將外國立法例視為法理而適用。」惟如真要以為無因管理或不當得利做為借用人向貸與人請求償還其對於借用物支付之有益費用的依據，並不需要引用外國立法例做為法理，補充關於使用借貸之規定。蓋無因管理或不當得利為現行民法明文規定之制度，只要該當於其要件即有其適用。除非認為民法第四百三十一條關於租賃的規定具有排除無因管理或不當得利在上述情形之適用的效力。從民法第四百三十一條第一項規定：「承租人就租賃物支出有益費用，因而增加該物之價值者，如出租人知其情事而不為反對之表示，於租賃關係終止時，應償還其費用。但以其現存之增價額為限。」當尚不至於此。有疑問者僅在於：是否應類推適用該條規定？類推適用該條規定與適用無因管理或不當得利之區別在於：該條與無因管理雖同以費用之償還為其要件，但該條所定得請求償還之範圍自始限於與民法第一七七條關於不適法無因管理所定者相同之範圍。此外，關於費用之償還請求權，第四百三十一條還設有較無因管理嚴格之消極要件。既然如此，關於第四百三十一條之類推適用自以採肯定的見解，較能符合使用借貸與租賃間之協調關係。

⁵³ 在制定法就某些習慣明文規定應優先於法律受適用的情形，不得再執民法第一條前段所定之一般原則，主張習慣在適用上對於法律之候補性。對此，最高法院二六年論上字第九四八號著有判例予以肯定：「依民法第一條前段之規定，習慣固僅就法律所未規定之事項有補充之效力，惟法律於其有規定之事項明定另有習慣時，不適用其規定者，此項習慣即因法律之特別規定，而有優先之效力，民法第二〇七條第二項明定前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之，則商業上得將利息滾入原本再生利息之習慣，自應優於同條第一項之規定而適用之，不容再執民法第一條前段所定之一般原則，以排斥其適用。」

條、第七八一條、第七八四條第三項、第七八五條第三項、第七八六條第三項、第七九〇條第二款、第七九三條、第八〇〇條第一項、第八三四條第一項、第八三六條、第八三八條、第八四六條、第九一五條第一項。此際，法律既直接以習慣為其內容，則該習慣便已成為制定法的一部分。

就事實上的習慣，法律未明文規定其適用優先於制定法者，該習慣之適用依民法第一條，對於法律僅具有補充性。此際，該習慣雖構成法源之一，但其對法律之補充的性質，仍不失為法律漏洞之補充⁵⁴。至於民法第二條之規定的意義則為：限制可以引用來補充法律之習慣，「以不背於公共秩序或善良風俗者為限」⁵⁵。

又法理之得為法源，縱使在民事上為民法第一條所明定，但其引用，如在於補充法律或習慣所未規定之情形，其引用之性質，亦屬法律補充。蓋法理於經具體化成明確之構成要件的形式前，並不能直接被引用來解答法律問題，而只能被引用來做為解答法律問題之取向或考慮的出發點。

由以上的說明可知，制定法或習慣法以外之法源，其被承認為法源之一的意義，僅在於法院得將之引為補充法律的材料，使其在這種情形，候補於制定法或習慣法，在容許法律補充之法域，做為裁判的規範依據。

⁵⁴ 雖然法律承認以上所稱習慣對法律之補充的或優位的適用資格。但它們終究都尚未演變為習慣法。從而也不具備法律的地位。是故這裡所讓出來給習慣的那個空白，便構成一個法內漏洞。該法內漏洞與其他法內漏洞的區別，不在它的漏洞性，而在補充該漏洞的機關。後者是法院，而前者則不必然，它往往是該系爭案型所屬的生活圈內的成員全體。例如民法第二〇七條「利息不得滾入原本再生利息。……前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之」。在這裡，由於補充空白規定之空白的主體具有或多或少的主權者性格。因此，該補充之活動是否得被看成法律補充乃成疑問。惟鑑於民法上所適用之習慣，尚須經民法第二條之管制。所以，在民法第一條上所存在的法內漏洞與其他以習慣來補充其空白之法律一樣，皆構成漏洞。

⁵⁵ 民法第一條及第二條中所稱之習慣都屬於事實上的習慣。蓋(a)如民法第二條所稱之習慣非專指事實上的慣行，而兼指習慣法，則該條的規定就習慣法部分，即不可理解。因已演進為習慣法之習慣，不再有所謂背於公共秩序或善良風俗的問題。又(b)第二條乃承第一條而來，所以第一條上所稱之習慣在此理由下，亦應專指事實上的慣行。(c)再則，習慣法與制定法係屬同一位階，用法律這一個概念予以概稱，比之將習慣法與習慣這兩個不同位階的事項，用習慣這一個概念予以概稱為妥。(d)習慣法與制定法的關係，應依競合理論解決，如將習慣法依民法第一條定階為事實上的慣行，則習慣法對制定法勢將自始處於民法第一條所規定的補充地位。(e)將習慣法與習慣同一化後，使習慣法相對於習慣之特殊地位，無法被表現出來。不同的見解，例如施啓揚老師著，民法總則七十一年，頁五十五：「民法第一條所稱習慣，指具有法的效力與價值的習慣，也即『習慣法』或『習慣法則』，而非『事實上的習慣』或『單純的習慣』」。又如王澤鑑老師著，民法實例研習叢書：民法總則七十二年，頁二六以下。

A

民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」就該條規定之文義觀之，法理在民事法體系上之地位似乎僅在於候補於法律、習慣法及事實上之習慣，充為補充法律之材料。惟現代法治國家莫不要求形式意義之法律⁵⁶，至少在經由解釋後，必須符合正法的要求，亦即法律規範必須符合實質意義之法律的要求。申言之，在受「絕對的形式的法律保留」（國會保留）之要求的法律（例如稅捐法、刑法），至少其不利於人民之規定，必須兼符形式意義之法律及實質意義之法律資格的要求；在不受「絕對的形式的法律保留」之要求的法律（例如民法），雖不要求其法律必須為形式意義之法律，但必須為實質意義之法律。該觀點即為惡法非法。是故，法理在法律體系上的地位，當不僅止於候補法源，當還兼具供為審查法律之標準，以認定其是否符合正法要求的功能。該審查活動對惡法之修正而言，具有補充法律的意義。法理與習慣法在具體化的程度不同。習慣法已將其規範意旨明確地構成要件化，從而能被直接適用於個別案件；反之，法理則尚僅屬於一些抽象的正法價值觀點或原則。其具體化尚未達到能供法官直接適用於個別案件的程度⁵⁷。因此，引用法理補充法律前，尚必須就法理

⁵⁶ 所謂絕對的或嚴格意義之形式意義的法律，指經立法機關制定之法律。亦即適用國會保留意義下之法律。非國會保留意義下之法律則另含經立法機關在其制定之法律中授權行政機關制訂之法規命令。此為民主原則之不等程度的實踐。

⁵⁷ *Germann*, aaO. S. 156：「自方法論的觀點，必須強調：原則上一般的法律原則，尚非可以不再加以處理，即可用來做為裁判個別案件的依據。……縱使對於一個法律原則沒有爭議，而且已經學說論證及闡明，然苟非僅事關法律原則之消極作用，否則，為在實務上直接將之適用於特定案件，尚必須經由法律補充。該必要性並不因該法律原則業經著於實證法中之一部分，而有所不同。是故，就像法律已明文規定（法律適用者）得如立法者般造法（按：例如像依民法第一條規定，得依法理裁判），或得衡平裁量（按：例如像依民法第七十四條第一項規定：「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為或減輕其給付。」）第二百十八條規定：「損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時，法院得減輕其賠償金額。」），或得準用（按：例如像依民法第三四七條前段規定：買賣節之規定，「於買賣契約以外之有償契約準用之。」）等情形，其涉及之規定皆非可直接適用於個別案件之法律規定。為將之適用於個別案件，尚須利用補充法律的方法始克為之。正像探討一般法律原則，利用補充法律之方法，使上述法律原則可適用於個案，亦屬於學說的重要的任務。」

進一步加以具體化。該具體化的工作，常由學說或實務在日積月累的努力中逐步完成。此即學說對實務之準備工作，以及實務在個案處理上之演進法律或造法的功能。

B

法理在民事法體系中的地位，決定法理之存在的態樣。關於這個問題可以分成兩方面加以說明：(a) 法理與實證法之關係，(b) 法理之存在態樣，茲分述之：

I

法理與實證法之關係有三種態樣：(I) 存在於法律明文，(II) 存在於法律基礎，(III) 存在於法律上面。

a

存在於法律明文之法理，係指直接存在於憲法，其他制定法或甚至習慣法之明文中的法律原則⁵⁸。存在於法律明文中之法理，例如憲法第一條規定：「中華民國基於三民主義，為民有、民治、民享之民主共和國。」第七條規定：「中華民國人民無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」第二十二條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」第二十三條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難，維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」又如民法第二條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」第一四八條第二項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」⁵⁹這些原則雖皆因已規定於憲法或法律中，而具有實證法上之明文規定的地位，法官應受其拘束。然是否得直接

⁵⁸ 通常雖稱習慣法為不成文法，但實際上習慣法並非不形諸於文字，而只是非以制定法的形式存在於文字而已。是故，在這裏稱存在於習慣法之構成要件中的法理已存在於法律明文，並不矛盾。

⁵⁹ *Germann*, aaO. S. 152：「這些原則雖皆因規定於憲法或法律中，而分別自法律原則，變為實證法上之規定，法官應受其拘束。不過，由於其內容極為概括，所以，一個個案是否能涵攝於其下，常常不確定。是故，為使其能適用於個案，尚須經由法律補充所獲得之具體的法規予以具體化。」

以之為請求權的發生基礎，尚待於具體化或逐一檢證。比較肯定的是：得以之為如何行使權利，或如何履行義務的準繩。

b

本類型所稱之法律原則，「雖然並不以原則的型態為憲法或法律在其規定所明定。但在憲法或法律之規定中，終究已有規定以該原則為其規範基礎⁶⁰」，亦即以該法律原則之實踐為其立法目的。例如權能區分、五權分立雖未經憲法直接明文提及，但其為憲法採為政治體制之規定基礎，當無疑義。又在私法上，民法雖顯以私法自治原則、契約原則、契約自由原則⁶¹、私有財產應予保障⁶²、自己責任主義⁶³、過失責任主義⁶⁴、信賴責任⁶⁵、比例原則⁶⁶、損益相抵⁶⁷及權利負有社會責任⁶⁸

⁶⁰ *Germann*, aaO. S. 152.

⁶¹ 關於契約自由原則，詳請參考黃茂榮，民法總則七十一年增訂版，頁三九五至頁四〇九；。

⁶² 私有財產應予保障雖為憲法第十五條所明文規定，惟相對於民法及稅捐法，該規定究應如何體現，尚待於更具體的規定，始臻明確。此外，從權利（例如所有權）之社會責任的觀點出發，也使私有財產之保障的立法原則更加需要經由具體規定予以澄清。像民法第一百七十九條（不當得利）、第一八四條（侵權行為）、第七六七條（所有人之物上請求權），第九六二條（占有人之物上請求權）莫不以私有財產之保護為其立法基礎。惟關於所有權之保護，於民法第七六五條已顯示其保護並非絕對。蓋該條規定：「所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」亦即其受保護之程度限於：「法令限制之範圍內」。

⁶³ 自己責任主義為私法自治原則衍生出來的原則。其例外即為一個人對於他人行為依法所負之責任。例如民法第二十八條規定：「法人對於其董事或其他有代表權之人，因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責。」此為法人對於其機關之行為所負的責任。第一八八條關於僱用人就其受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利之侵權行為所負之連帶損害賠償責任。第二二四條規定之債務人的履輔責任。另民法第五百三十八條就違約或不違約之複委任亦有受任人應為受任人之行為負責的規定。根據以上規定可以歸納出，只於法律有明文之例外規定時，始有為他人之行為負責之義務。換言之，民法採自己責任主義，亦即原則上每個人只為自己之行為負責。

⁶⁴ 民法第二二〇條第一項規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」第二三〇條規定：「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。」第二二五條第一項規定：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。」第二二六條第一項規定：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人得請求損害賠償。」第一八四條第一項規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，亦同。」由以上規定可以歸納出：不論在債務不履行或侵權行為，原則上皆以債務人或行為人就損害之發生有過失，為其賠償責任的要件。換言之，無過失所引起之損害，原則上只有在法律有例外之明文規定時，始當負責。例如民法第一百七十四條第一項、第二百三十一條第二項、第五百三十八條第一項關於違反第一次義務後之結果責任；第一百八十七條第三項關於法定代理人對於無行為能力人或限制行為能力人之侵權行為，及第一百八十八條第二項關於僱用人對於受僱人之侵

為其立法基礎，但這些原則並未經法律在法條中明白加以宣示。

c

權行為所負之衡平責任；消費者保護法第七條關於企業經營者對於消費者或第三人所負之危險責任。

⁶⁵ 以信賴責任為立法基礎者例如：民法第一六九條（表見代理）、第二九八條（表見讓與）。該二條規定之法律效力雖以責任稱之，但其表現型態則為：使基於表見代理從事之代理行為對於本人有效；相對於債務人，使表見讓與對於讓與人生讓與之效力。更為典型者為：民法第八十六條規定：「表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者，其意思表示，不因之無效。但其情形為相對人所明知者，不在此限。」蓋一個意思表示本以法效意思及表示行為為其要素。而心中保留因無法效意思，本當不成其為意思表示，從而不能生意思表示之效力。惟因表意人明知無法效意思，而惡意為意思表示，所以，利用規定該「意思表示，不因之無效」的方法，使負信賴責任。不過，其義務態樣不以責任，而以視為存在之意定內容為其內容之法律行為義務的型態表現出來。心中保留的類型特徵與附撤回保留之要約（民法第一百五十四）似同而實異。蓋在附撤回保留之要約，要約人在要約當時已預先聲明不受拘束，或依其情形或事件之性質，可認當事人無受其拘束之意思。亦即無心中保留的情事。附撤回保留之要約所以還是要約，其理由為：在要約人撤回其要約前，受要約人如為承諾，該承諾還是能夠與該要約結合為一個有效之契約。該契約之締結如以非對話的方式為之，在採到達生效主義的情形，如果撤回通知發出後，承諾通知到達，實務上可能引起撤回在先或承諾在先的爭議。為防止該爭議，附撤回保留而為要約者，在其要約中應明示，該要約之撤回通知採發生效主義，並妥善處理其撤回要約之通知時點及承諾之到達時點的存證工作。

⁶⁶ 以比例原則為其立法基礎者例如：民法第一四九條（過當防衛）；第一五〇條第一項但書（緊急避難以未逾越危險所能致之損害程度為限）；第七八七條第二項（袋地所有人之必要通行權，「應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之」）。就此原則，關於緊急避難，施啓揚老師著民法總則，於頁四〇一將之稱為「權衡的原則」。比例原則在憲法上的規定為第二十三條，在行政法為行政程序法第七條。此為關於權力濫用之禁止的一般規定。

⁶⁷ 以損益相抵為立法基礎者，其關於給付不能，規定於民法第二六七條，關於僱傭，於僱用人受領遲延時，受僱人之報酬請求權應扣除受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得或故意怠於取得之利益，規定於第四八七條；關於運送，於運送物因喪失、毀損而得請求損害賠償者，應自損害賠償額中，扣除無須支付之運費及其他費用，規定於第六三八條第二項。該關於債之履行的損益相抵原則，於 89.04.26. 修正民法債編時並將之增定於第二百十六條之一，成為損害賠償之債的一般原則。該條規定：「基於同一原因事實受有損害並受有利益者，其請求之賠償金額，應扣除所受之利益。」

⁶⁸ 以社會責任為其立法基礎者例如：關於耕地租賃的終止，規定於耕地三七五減租條例第十九條及第二十條。該二條規定顯然相反於定期契約，於期間屆滿時消滅之一般原則，而規定耕地租約期滿時，如有該條例第十九條所規定之情形，出租人不得收回自耕，而應依第二十條於承租人願繼續承租時，續定租約。關於土地之使用義務，除規定應依編定之地目使用外，並於不依法使用，就建地課徵空地稅（土地稅法第二十一條），就農業及其他生產用地課徵荒地稅（土地法第一七四條）。

本類型所稱之法律原則，不但尚未直接為憲法，其他制定法或習慣法所明文規定，而且不能明顯自憲法或法律規定歸納出：實證法以其為規範基礎。這些法律原則雖居於法律之上，但本於現代法治國家對於實證法之正法要求，仍有其規範上的意義。這些法律原則之效力基礎，來自實質法治國家原則對於正義或與正法相關之基本價值的肯認。法哲學對其確信為存在之基本價值的最高層次，通常以正義（*die Gerechtigkeit*）或法理念（*die Rechtsidee*）稱之。由於這些原則尚未落實於實證法上，所以，其引用常與自然法的論點相關連。

縱使這些原則不存在於法律明文，也不明顯存在於法律基礎。但由於這裏所稱之法律原則，在理解上認為與法律所應實現之最高價值最接近，是故，「這些法律原則也被稱為位階最高的法源，其他法源與之牴觸者，其正法資格即生動搖」⁶⁹。這涉及惡法亦法或惡法非法的論辯。

法律原則常因此被認為係超越一切實際上存在之實證法之上，也先於一切實際存在之實證法而存在，並賦予實證法以規範的目標和準繩⁷⁰。倘實證法不以包含於法律原則中之價值的實現為其目標，或其規範內容不符合該準繩的要求，則該實證法即非正法，而僅屬於基於國家權力之強制規範。此種規範縱有國家權力為其後盾，終難建立並維持一個可長可久的和平秩序。因為本類型所稱之法律原則過於抽象，所以，在這裏正如正義這種基本價值，必須利用其他的倫理、習慣所承認之價值予以具體化，方能確實實踐。例如一方面應從個人之人格權的尊嚴予以具體化；另一方面應由人類之環境或其共同體之社會價值（例如誠實、信用、可靠）加以補充。

本類型之法律原則的拘束力以獨立於實證法外之法的確信為基礎。由於這個緣故，「在其拘束力之說明上，可能常引用某些自然法之觀點，但這也並非必須如此不可。同樣地，也可以從價值的觀點直接予以論證。究其實際，這裏所探討之法律原則，大部分可能屬於法政策或倫理上之建制的設定（*Postulate rechtspolitischer oder ethischer Art*）。這裏所討論之法律原則，於經學說進一步加以研究和闡明後始能轉為現行法。以上將這些原則分為三類，與其歷史和內容皆無關係，其分類的目的，全為此處方法上之考慮。蓋一個落實於實證法之原則，可

⁶⁹ *Germann*, aaO. S. 154。

⁷⁰ 在所謂超越時空的法律原則中，常被提及者有：「人類尊嚴之尊重、平等原則、善良風俗、交易上之誠實信用原則，法的安定性原則，禁止恣意、公共福利之維護等」（*Germann*, aaO. S. 154）。由於本類型所討論之法律原則常涉及自然法學派所稱之超乎時空，放之古今中外而皆準的法律原則。是故，前述所討論存於法律明文，或存於法律基礎之法律原則中，也有些可能併入本類型。

分享實證法之拘束力；其他原則則必須受法律補充之方法的限制。惟實體法如顯然抵觸法理念，則該以實體法為依據之拘束力，也可能因而動搖。以法哲學，特別是批判的價值，為依據之拘束力固然可能如學說一再強調者，居於較高的地位，但是切勿因此忽略法官在實務上通常遵守之順位關係正好相反，該順位以法律優先為基礎」⁷¹。

II

法理自其存在之態樣，一般可要分為：(I)平等原則，(II)立法意旨，(III)法理念，(IV)事物之性質：事理。這些法理之具體化的層次不一，其與實證法之關係的密切程度亦不盡相同，已如前述。大致說來，這些法理之應用，在價值上，最終必須取向於法理念，亦即正義之要求；在事理上，必須取向於法律所規範之客體的性質，以一方面求其合於正法之要求，另一方面不與生活脫節。蓋終究法律規範的最終目的，在於將正義實現至人間。法理念與事理距離規範化固然較為遙遠，但其對法律之制定及解釋或補充並非毫無作用。實際上它們之中有些都已經由立法機關之立法，或適用法律的機關之法律解釋或續造，而或深或淺滲入實證法中。是故，法理念及事理與實證法間，在前述三個層面（存在於法律明文，存在於法律基礎、存在於法律上面）都可能發生關係。當其比較具體地滲入實證法，成為其基礎，即構成該實證法之立法意旨。此為法理在實證法上最常見的一種體現方式。至於平等原則本身則為由法理念所導出，並為現行法（憲法第七條）所肯認之法律原則。平等原則在法律補充上占有極為重要的地位。蓋平等原則為確定法律矛盾（法律漏洞）是否存在之極為有效的標準。茲分述之：

a

所謂平等原則，係指原則上要求：相同案件，應相同地處理；不同案件，應不同地處理⁷²。自相同案件，應相同處理的要求，導出類推適用之法律補充的方法；自不同案件，應不同處理的要求，導出反面解釋或目的性限縮之法律補充的方法。

⁷¹ Germann, aaO. S. 155f.

⁷² Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975, S 366, 378; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 70ff.

法律依相同案件應相同處理，或不同案件應不同處理的要求，經認定有漏洞者，其漏洞在學說上雖有所謂明顯的（前者）與隱藏的（後者）漏洞之別，但其認定或補充，以平等原則為基礎者，皆以實證法既有之規定⁷³為其補充的依據。

不過，在平等原則的適用上，由於擬處理之案件與法律所規定之案型間究竟相同或不相同的認定，並不能自平等原則自身獲得說明，所以，其認定尚須引用系爭法律之立法意旨⁷⁴。

在類推適用的情形，由於在擬處理之案件與法律所規定之案型間，其特徵並非同一，故關於其「相同」之認定，事實上僅屬於「類似」之判斷。

所謂兩個法律事實互相「類似」，其意義為它們在某些方面一樣，但在另一些方面則不一樣。如果每一方面都一樣，那麼它們是相同而非類似。在類推適用的情形，擬處理之案件的特徵，與法律所規定之案型的特徵，既非相同，也非絕對的不同。不過，在規範之評價有意義的事項上，它們必須具有相同之特徵。困難的是：哪些事項或特徵應論為在規範之評價上有意義之事項或特徵。它們是否類似，不是邏輯上之同一或非同一的判斷。首先，必須先探討系爭法律規定之規範意旨，然後才能認定其規範評價有意義之事項，並據以判斷擬處理之案件是否具有法律所規定案型之一切重要的特徵。至於擬處理之案件如另具有其他法律所規定之重要特徵，會引起是否因此應將之認定為不相同的問題。在前述類似性之有無的判斷上，必須以系爭法律之立法意旨為依歸⁷⁵。

反之，在目的性限縮的情形，其推求的重點則在於：是否有依該法律之規範意旨應加以考慮，而法律未予明文規定之特徵。如果有，則應以之為標準，加以類型化，然後對各類型進行差別待遇。引入依立法意旨所應考慮，但未明文規定之特徵的結果，使本來在原來之法律明文規定下「相同」之案型，在該立法意旨下，成為不相同之類型。於是，依平等原則之要求（不同之案件，應為不同之處理），必須將其中之一，排除於原來規定之適用外。其應用有時係基於立法意旨，增加原規定之構成要件，全面限縮該規定之適用範圍；有時只對原規定加上一些例外規定。

前者，例如關於請求返還不當得利，民法第一八〇條第一項第四款規定，因不法之原因而為給付者，不得請求返還。在這裏，自該款的文義觀之，似僅以其

⁷³ *Canaris*, aaO, S. 83.

⁷⁴ *Canaris*, aaO. S. 72, 83; *Larenz*, aaO. S. 366f.

⁷⁵ *Larenz*, aaO. S. 366f.

給付之原因不法為要件，而不考慮該不法行為者就該不法行為是否有主觀上之可非難性（*Persönliche Vorwerfbarkeit des Handelns*）。此處由於非以損害賠償義務為內容，而似無考慮主觀要件的餘地。但因為其規範結果究為剝奪給付人請求法律保護的權利，並使相對人獲有不當之利益。所以，在這種情形，如不考慮給付人主觀上之可非難性，權衡當事人間之利益，顯不盡符合正義的要求⁷⁶。

後者，例如關於限制行為能力人之代理資格，民法第一〇四條規定：「代理人所為或所受意思表示之效力，不因其為限制行為能力人而受影響。」對於該條規定，關於有限公司，公司法第一〇八條規定，其董事應「就有行為能力之股東中選任之」；關於股份有限公司，公司法第一九二條第一項亦規定其董事應「由股東會就有行為能力之人選任之。」但關於無限公司之執行業務股東，公司法並未為類似之規定。於是，其執行業務股東是否得由限制行為能力人充任之，便不無疑問。倘認為限制行為能力人不得充任之⁷⁷，其結果等於在公司法第一〇八條及第一九二條第一項外，新增一個民法第一〇四條之例外規定。但仍非經由構成要件之附加，全盤目的性限縮民法第一〇四條。此與前例不同。

以上關於目的性限縮的討論，其論據亦直接從平等原則出發。其與類推適用不同者為：在目的性限縮所欲貫徹之平等原則為對不同之案件應做不同之處理；反之，在類推適用所欲貫徹者為，對相同之案件，應做相同之處理。

b

所謂立法意旨，係指存在於法律基礎之客觀目的。該意旨使系爭規定成為一個有意義，亦即公正並符合目的之規定。在立法意旨中，不但顯示法律之實用的基礎，而且顯示出法律之倫理基礎。立法意旨不但得自主觀解釋，而且得自客觀解釋得知⁷⁸。所謂主觀解釋，係指探求立法者之意思；所謂客觀解釋，係指探求存在於法律之客觀意旨。是故，為認知立法意旨，固應斟酌歷史因素，但並不以歷史因素，亦即不以立法者之意思為唯一依據。

⁷⁶ *Canaris* 認為應對與本條款相當之德國民法第八一七條第二句附以可非難性之構成要件。該構成要件經此附加之結果，使原規定之適用範圍，全面受到目的性之限縮（*Canaris, aaO. S. 88f.*）。

⁷⁷ 關於限制行為能力人是否得充任無限公司之執行業務股東，德國法亦有類似問題。對之，*Canaris* 認為限制行為能力人不得充任執行業務股東，亦即他認為與我國第一〇四條相當之德國民法第一六五條，應予目的性限縮（*Canaris, aaO, S. 82f.*）。

⁷⁸ *Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1969, S. 321f.*

為探求存在於法律基礎之立法意旨，得以單一規定或以多數規定為其探討之基礎。倘只能自單一規定出發，且在法律體系中另無與該規定相類之規定時，應注意法律是否正要將存在於該規定之法律原則的適用範圍（暫）限於該條明文規定的情形。縱使有一群規定針對類似案型給予相同效力，亦應注意法律還是可能要將存在於該等法律中之法律原則的適用範圍（暫）限於已規定的案型。例如關於危險責任⁷⁹，各國立法例莫不小心地從一些案型逐步制定特別規定認許之，而對其一般規定暫時保留⁸⁰。

所謂危險責任，係指因從事帶有一定危險之活動，或持有或使用具有一定危險之物（機器、設備、動物、交通工具），而對第三人因該危險所受損害所負之無過失責任。關於危險責任之規定的立法理由為：「營運有危險性之設備（例如核能

⁷⁹ 關於危險責任的規定，例如：消費者保護法第七條「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性（第一項）。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法（第二項）。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任（第三項）。」礦業法第四十九條「因礦業工作致礦區以外之土地有重大損失時，礦業權者應給與土地所有人及關係人以相當之補償。」民用航空法第八十九條「航空器失事致人死傷，或毀損他人財物時，不論故意或過失，航空器所有人應負損害賠償責任；其因不可抗力所生之損害，亦應負責。自航空器上落下或投下物品，致生損害時，亦同。」第九十條「航空器依租賃、附條件買賣或借貸而使用者，關於前條所生之損害，由所有人與承租人、附條件買賣買受人或借用人負連帶賠償責任。但附條件買賣、租賃已登記，除所有人有過失外，由承租人、附條件買賣買受人單獨負責。」第九十一條「乘客於航空器中或於上下航空器時，因意外事故致死亡或傷者，航空器使用人或運送人應負賠償之責。……（第一項）。乘客因航空器運送人之運送遲到而致損害者，航空器運送人應負賠償之責。但航空器運送人能證明其遲到係因不可抗力之事由所致者，除另有交易習慣者外，以乘客因遲到而增加支出之必要費用為限（第二項）。」第九十九條之六「操作超輕型載具而致他人死傷，或毀損他人財物時，不論故意或過失，超輕型載具所有人應負賠償責任；其因不可抗力所生之損害，亦應負責。自超輕型載具上落下或投下物品，致生損害時，亦同（第一項）。超輕型載具所有人將其超輕型載具交由他人操作者，關於前項所生之損害，由所有人與操作人負連帶賠償責任（第二項）。」核子損害賠償法第十八條「核子設施經營者，對於核子損害之發生或擴大，不論有無故意或過失，均應依本法之規定負賠償責任。但核子事故係直接由於國際武裝衝突、敵對行為、內亂或重大天然災害所造成者，不在此限。」至其詳細說明，請參照王澤鑑老師著「侵權行為法之危機及其發展趨勢」一文中關於「無過失責任主義之建立」部分，文載氏著，民法學說與判例研究第二冊，一九七九年版頁一五六至頁一六九。

⁸⁰ 民法第一百九十一條之三規定：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限。」該條規定雖尚係界於過失責任與無過失責任間的中間責任，但已顯示出一般的肯認危險責任之趨勢。

發電廠)、使用危險性之機器(例如汽車、飛機、雪橇)或飼養動物,而造成法律所容許之危險者,因其自該危險享有利益,必須為因該危險對他人所造成之損害負賠償責任。該損害之歸屬並非因其有義務之違反,而是因為在這種情形,縱使其已盡法律所要求之注意義務,也不足以完全防止該危險導致損害之發生。針對該危險,在法秩序之規劃上,立法者本來可直截了當禁止該危險之引入,以根本杜絕由之導致損害的可能性。不過,由於科技發展或生活物資之滿足上的需要,不能不冒一定之風險,摸索於目前尚不能確實掌握的領域,以確保生存,謀圖進步。是故,基於經濟或社會政策的理由,不得不容許利用一些帶有危險之物或服務。於是,如何處理自該危險引起的損害,便成為規範上之重要課題。早期,單純從在法定注意義務的基礎上建立起來之過失理論,以及過失責任主義,認為由該危險無過失引起之損害只好由受害人負擔。後來認為,可以課從事該危險之活動者分散該損害的義務,補償受害人。從而發展出有強制之限額責任保險配套的危險責任制度⁸¹,使與生活或生產、製造活動相隨之必要危險對於他人所引起的損害,不再繼續成為無賠償請求權保護的意外(Zufall)災難⁸²。

一般說來,自多數規定歸納而得之共同的立法意旨,比較能夠求得蘊涵正義,並經實證法證實之一般法律原則。不過,仍應注意是否有反於該一般法律原則之其他法律規定。此外,即使該一般法律原則可獲得肯定,還是要注意:在體系上協調其與其他法律原則間之關係,並去除矛盾,以決定其適當之適用範圍⁸³。

⁸¹ Esser, Schuldrecht Allgemeiner Teil Teilband 1, 5. Aufl. 1976. S. 72; Canaris, aaO. S. 95f:「危險責任固以下列原則為基礎:自物享有利益者,應負擔典型與該物相隨之危險。該原則以分配的正義為依據。不過,因尚不能將該原則當成現行法的一部分,所以,不將危險責任肯認為一般規定,雖然十足是一個法律政策上的缺失,但絕非一個超出規劃的法律漏洞。蓋自法律分際分明地臚列其已承認之危險責任的構成要件,足以顯示其尚不擬制定(肯認危險責任之)一般規定」。危險責任固然是一種無過失責任,但與同係無過失責任之結果責任的理論基礎不同。危險責任之發展依然建立在過失責任的背景下,所以認為,不但賠償義務人之賠償責任應當是有限額的,而且應有強制責任保險制度與之配套,以一方面避免由於部分應負危險責任者不投保或不提列賠償準備,而發生劣幣驅逐良幣的結果,或引起過大的財務風險。反之,在結果責任,只是單純認為:誰引起損害結果,誰便應負賠償責任。這根本推翻過失責任主義,斷喪經由該主義之實踐可能敦促行為人,防止損害發生的機能。此外,從結果責任出發,不容易產生限額(保險)責任的諒解。或謂危險責任也同樣會使行為人喪失注意的誘因。其實不然,蓋不但出險率,而且過失之有無,都會影響該行為人後來應適用之保險費率。

⁸² 請參考黃茂榮,醫療損害之危險責任,收錄於債法總論第二冊增訂版,2004/07,頁一以下;強制汽車責任保險與與責任競合,收錄於前揭書,頁一三五以下。

⁸³ Larenz, aaO. S. 370

前述關於平等原則之討論，以立法意旨為其評價基礎，已如前述。但立法意旨對法律補充之意義，並不僅限於：以案型之「類似性」為基礎，要求平等適用；或以案型之「差異性」為基礎，要求差別待遇。有時還可基於立法意旨本身直接引起對法律加以補充的要求。例如基於立法意旨，將系爭法律之適用範圍擴及於其文義所及之範圍外（目的性擴張：teleologische Extension），或將之限縮至不包括一部分本來顯為其文義所及之部分（目的性限縮：teleologische Reduktion）。在這些法律補充中，其屬於目的性擴張者與類推適用之不同在於：不以案型間之類似性為推論基礎⁸⁴。至於直接以立法意旨，而不引用平等原則之目的性限縮，與引用平等原則之目的性限縮的區別在於：引用者，係對明文規定原來選取之案例，構成例外案型。這其實是主張，該例外案型與法律明文規定者間有規範上重要之點的區別（例如就給付不能，區分自始主觀不能與自始客觀不能，並將民法第二百四十六條所規定者限於自始客觀不能）。反之，前者，則係對於原來規定附以新的構成要件要素，全面限縮其適用範圍，以使之更為符合系爭規定之立法意旨（例如就代理，可區分為意定代理與法定代理；法定代理尚可區分為基於及非基於監護關係之代理，並將民法第二一七條第三項所規定之代理人目的限縮為不包含基於監護關係之代理）⁸⁵。就此，已於關於平等原則之討論中論及，不再深述。以下

⁸⁴ *Canaris, aaO, S. 90; Larenz, aaO, S. 384ff.*

⁸⁵ 最高法院七十二年臺上字第二二〇一號判例：「民法第二百二十四條所謂代理人，應包括法定代理人在內，該條可類推適用於同法第二百十七條被害人與有過失之規定，亦即在適用民法第二百十七條之場合，損害賠償權利人之代理人或使用人之過失，可視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則。」該判例的見解後來在 89.04.26.修正民法第二百十七條時，經增定第三項予以明文規定：「前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。」在民法第二百二十四條關於債務人之履行輔助人固然適宜將法定代理人納入，但這是否亦適用於民法第二百十七條關於與有過失的規定，不無疑問。蓋第二百二十四條之適用，以雙方有債務關係存在為要件，而第二百十七條則否。何況，法定代理尚可區分為基於及非基於監護關係之代理。在基於監護關係之代理，將法定代理人之過失論為受其監護之人的過失，顯然違反該法定代理所據以發生之規定的立法意旨：保護受監護人。是故，民法第二百十七條第三項所定之代理人應目的限縮至基於監護關係之代理以外之代理人，而不宜泛就法定代理人立論。例如甲之四歲小兒乙在路上玩耍時，為丙過失撞傷。在此，如認為甲之疏於看管乙，亦為該事件的發生原因，則會引起丙是否得將甲之過失，主張為乙之與有過失的問題。應採否定的見解。蓋在該案例中，就乙之損害，甲之所以應負賠償責任，乃因其違反對於乙之監護義務；丙所以應負賠償責任，乃因其對於乙之侵權行為。甲與丙所以應負賠償責任之規範依據雖然不同，但應賠償者則同為乙因該事件所受之損害。從而具備民法第二百七十三條第一項所定關於連帶債務之外部連帶效力的特徵：「……債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。」應論為連帶債務。至其內部連帶之效力為何？應按與連帶債務人之內部關係有關的規定定之。就連帶債務人相互間之分擔義務，民法第二百八十八條規

茲就目的性擴張的情形要述之。

再如雖然民法第七六〇條規定：「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之。」但民法債編買賣節就不動產之買賣並未規定應以書面為之。於是，引起一個疑問：究竟不動產之買賣，是否應以書面為之。對該問題，最高法院之一貫見解認為：不動產買賣不必以書面為之⁸⁶。按書面要式的意旨應在於提醒當事人避免輕率為不動產之移轉行為。今若不因為民法第七六〇條之要式規定，而一併要求不動產之買賣亦應以書面為之，則該條規定之規範意旨勢難貫徹。基於以上的看法，為貫徹民法第七六〇條之規範意旨，顯有將其適用範圍擴及其原因行為（債權行為）的必要⁸⁷。由於債權行為與物權行為間並無類似性，所以，不以其間有類似性為理由，而基於該條規定之立法意旨，將之擴張至債權行為的適用方法，應屬於目的性擴張，而非類推適用⁸⁸。

c 法理念

定「連帶債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔義務。但因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害及支付之費用，由該債務人負擔。」設甲、丙之過失為乙之損害的共同發生原因，則依該條但書之規定意旨，自當按其原因力所占比例分擔損害。此為甲丙間關於責任分擔的內部關係，雙方只可據之互為主張，丙不得據之對於乙主張：乙應就甲之過失依與有過失（民法第二一七條第三項）的規定負責，以減免丙對乙之賠償責任。採連帶債務說，而不採與有過失說，在甲無資力，而丙有資力賠償時，對於乙有實益：乙能先自丙獲得完全之賠償，而丙只能俟甲有資力償還時，向甲為有效果的求償（民法第二百八十一條）。

⁸⁶ 例如最高法院五七年台上一四三六號判例載：「不動產物權之移轉，應以書面為之，其移轉不動產物權之書面如未合法成立，固不能生移轉之效力。惟關於買賣不動產之債權契約，乃非要式行為，若雙方就其移轉之不動產及價金已互相同意，則其買賣契約即為成立。出賣不動產之一方，自應負交付該不動產並使他方取得該不動產所有權之義務。買受人若取得出賣人協同辦理所有權移轉登記之確定判決，則得單獨聲請登記取得所有權。移轉不動產物權書面之欠缺，即因之而補正」。

⁸⁷ 物權行為具有無因性的意義，僅止於：因物權行為之作成所生之物權得喪變更的效力，純以該物權行為為依據，不受當事人所以從事該物權行為之原因行為的影響。但這並非謂其原因行為，對於該物權行為之效力的維持沒有意義。倘該原因行為無效，該物權行為所造成之產權的得喪變更，便不具有法律上原因，得依不當得利有關規定請求返還。是故，若要對產權之移轉為要式要求，則其要求至少應對債權行為為之；如僅對物權行為為之，根本不能發生防止輕率移轉之作用。

⁸⁸ 德國商法第四十九條第二項規定亦有類似的問題。依該條項之規定，代辦商就不動產不得為移轉或設定負擔之行為。依法律之文義，該條所限制者似乎僅為物權行為。但為達到該條之立法目的，必須將其適用範圍擴及債權行為，否則第三人得以該債權行為為其基礎，而請求本人移轉不動產。此即立法目的要求擴張法律之適用範圍的情形。其詳細的討論請參照 *Canaris*, aaO. S. 89f.

「法理念」(Rechtsidee)是人類追求至善之意志的表現。學者常將之再解析為三個因素：(a) 正義 (Gerechtigkeit)，(b) 合目的性 (Zweckmäßigkeit) 及 (c) 法的安定性 (Rechtssicherheit)。為法理念之實現，這些因素之作用關係為「相反相成」⁸⁹。其所以如此，主要是由於可支配之資源的有限性，使得必需從比較效益觀點，從事一個最佳的決定。例如為正義之實現，在有限資源的限制下，不能不顧機會成本，而不計代價。是故，在稅捐法上有時會為了「稅捐經濟」之「合目的性」考慮，而委屈「量能課稅原則」⁹⁰；有時則為防止公權力機關濫用權力，而基於「稅捐法定主義」禁止「類推適用」及「法律之溯及效力」，以貫徹「法的安定性」⁹¹之要求，因而使正義所要求之平等原則一下子不能獲得貫徹。在這裡，其委曲求全，是為爭千秋，而不計一時。為了整合其間的關係，有將之訴諸於正義優位者⁹²，有訴諸於所謂更上一層之價值者⁹³。

⁸⁹ Radbruch, Rechtsphilosophien, 1950, S. 168ff.; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, §31. 正義，合目的性及法的安定性間的關係，見仁見智，其強調也常隨時代背景之變遷而不同。在絕對的警察國家時代，「合目的性」顯然具主導的地位，例如，在德國普通法時代之調查程序的發展中，關於確保「法的安定性」和「公正之平等待遇」之程序規定和方式，漸漸的被排除，以致於為實質真實的發現，賦與法官幾乎毫無限制的裁量權。其結果，嫌疑人在程序法上應有之保障，幾全喪失。至該時代之末葉，合目的性原則幾乎主宰了法律之制定與適用。而當發展至歐洲在十八世紀之啓蒙運動時代，其政治上之主要目標為：如何使人民在國家至高無上之權力下獲得安全及保障。於是，法的安定性成為主導的角色：人民有免於國家機關之恣意或不受法律拘束之裁量的自由。換言之，所謂自由，係指僅受法律之限制，而且該法律必須符合合法之安定性的要求，亦即其構成要件必須明確；其法律效果必須可以預見。法的安定性之主導的角色延續至啓蒙時代後之法實證主義。惟由於實證法之慢慢發生僵化的情形，自二十世紀初以來開始反實證法主義的運動，該運動反對法之安定性思想的優位性，認為應以正義做為法律的最後目標 (Henkel, aaO. S. 342f; Radbruch, aaO. S. 168ff.)

⁹⁰ 例如關於稅捐客體之歸屬，營業稅法選取營業人為納稅義務人，固然與消費稅依量能課稅原則所決定之本來的歸屬不同，但將其稅捐客體自消費轉為銷售，並歸屬於營業人，卻有大量減少營業稅之申報單位，從而降低徵納成本的稅捐稽徵經濟。惟為確保營業稅之課徵不因此而不符合量能課稅原則，應保障營業人之轉嫁的可能性。該認識對於營業稅法之規範規劃及執行有重要意義。例如是否肯認以收款時為其稅捐客體之發生時，或為憑證之開立時點；如認為在營業人履行債務時，不待於收款時，即應開立憑證，並據以自動報繳稅款，則事後如果發生倒帳，是否容許其請求退還已繳之營業稅稅款？

⁹¹ 關於稅捐法，Tipke 認為：「法的安定性意在制止恣意，以及意在（稅捐之）可透視性、計算性、預見性和信賴的保護。利用稅捐法定主義、法律的明確性、禁止法律及行政行為之溯及效力、禁止法律補充、保護對主管機關之措施的信賴來確保法的安定性」(Steuerrecht, 1983, S. 41)

⁹² Radbruch, aaO. S. 71f., 322, 335f., 352ff.

⁹³ Henkel, aaO. §33: "Der Grundwert des Rechts: das Gemeinwohl".

由於法理念之最後內容是什麼，人類一直還在摸索中。所以，法理念在實務上的意義，常僅是人類追求至善時的取向⁹⁴。蓋人類所認識之法理念的內容常常是人類在特定時空的文化水準上，所能設想得到或理解得到的至善。這些做為一個抽象的概念，常感圓滿，成為值為努力的目標，深具鼓舞向上的力量。但在實踐上，欲使之發生確實的作用，尚需要進一步的具體化。

該具體化的工作必需雙向進行，亦即由上而下，自法理念向一般法律原則具體化；以及由下而上，自具體的案件向一般法律原則歸納⁹⁵。在具體化的過程中，偶有心得，人類常常用合乎正義來加以標記。雖然法理念之最後內容是什麼，一直處在發展中，其內容隨著人類文化的演進而遞變。人類對之尚未有終局的認識。但由它延申出來，或被認為由它延申出來的具體原則，對法律之合理化已有不少可貴的貢獻。對實際上存在或想像中存在之至善的仰慕及思考，不但啓導人類去構思，也鼓舞人類去實現至善的世界。正因這一番仰慕及思考，使人類的文化世界生生不息，邁向至善。惟由於正義的標記，人人想貼；其結果，在實踐上，其引用，常屬空洞的論據，較之具體的法律原則，隱藏更多濫用的危險。是故，為了避免冒進，或避免法理念的引用成為精英分子的獨裁，其引用除了在方法上，應利用類型化來加以具體化已如前述外；在價值上，也應該落實到一般條項（General- klauseln）。讓一般條項扮演將法理念的內容適當具體化，並將之接引到實證法之管道的角色⁹⁶。

d 事務之性質：事理

從中華社會文化認識之社會規範出發，用來判斷人際關係的準繩為：情、理、法。而且向有應以何者為先的爭議。該爭議並未配合現代法治思想的發展給予醇化，而一直停留在社會常識的階段。其實，關於社會規範之理，應當指存在於事

⁹⁴ Henkel 將正義、合目的性及法的安定性三者合稱為法理念之三個趨向（drei Tendenzen der Rechtsidee）（Henkel, aaO. S. 340）。

⁹⁵ Canaris, aaO. S. 106f.：「這在方法上通常並非以演繹的方法行之，而是利用 Topisches Denken：在一個具體案件發現解決問題的方法，並以『法律思想』稱之，然後在一連串的案件認識其類型，並將該法律思想落實為原則……。為說明該原則之拘束力，常常必須逐級而上，回溯到法的最高原則即法理念」。這裡所應用的工具是「類型化」的法學方法。按「類型化」具有將「抽象的具體化」，「具體的抽象化」的雙向作用。請參照 Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, §2, 6.

⁹⁶ 關於一般條項接引法理念至實證法的功能詳請參照 Gunther Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971.

務中的法則：事務法則。有疑問的是：誰有宣示該法則之內容的權威？或依據一定之權威所宣示之事務法則的內容是否與其真正存在者相符，或僅是該權威者主觀上的認識？在沒有任何人有宣示其內容之權威，或所宣示者被懷疑與其真正之內容不符時，理之規範效力受到質疑。至於情則是一個具體案件之個別情狀。個別情狀雖不一定普遍，但卻可能有其適合於該個別情狀的道理。所以，顧及個案之情，不即是徇私。重要的是：如何將事務法則通過國家權力正確注入法律中，使法、理相通；如何在法律思慮不週不能顧及個案之正當利益時，衡平實現個案的正義。這些都是現代法律哲學與法學方法致力研究的課題。

法律以人類的生活為其規範對象，並以將法理念或正義實現於人類生活中為其規範目標。所以在規範的形成上，除了必需取向於法理念外，還必需取向於其所規範之對象的性質，方不會使法律因與人類的社會生活關係脫節，以致成為人類和平發展的障礙。所謂法律所規範之對象的性質，亦即人類社會生活之性質，學說上稱之為「事務之性質」(die Natur der Sache)，在本文擬以「事理」稱之。

在規範的形成上，「事理」的考慮屬於「事實面」的觀點。其關切者為法律所擬去規範的事項。對法律而言，它屬於「法前之既存情況」⁹⁷(die Vorgegebenheit des Rechts)。反之，「法理念」所考慮者，則屬於「理想面」的觀點，其關切者為人類間之至善的實現。對法律而言，它屬於「法的任務」(die Aufgegebenheit des Rechts)⁹⁸。法律的發展固應以至善為目標，但仍必需注意既存情況的侷限。是故，一部可行的實證法常常必需是「理想」與「現實」之折衷的結果。在這裡固不能以「既存情況」所構成之現實條件為理由，根本放棄向上的努力；也不宜將法理念絕對化，忽視現實條件所容許的極限。實證法的制定者或適用者，在遵守其所應遵守之法理念時，應斟酌事理及個案之具體情況。因此，在法律解釋或法律補充上，

⁹⁷ Henkel, aaO. §25; Coing, aaO. S. 185:「事理在此所提供者為：構成規範之因素，而非規範本身。其考慮顯示：事理與法律秩序有關，社會生活並非一團混沌，而是已具有法律秩序可以，而且也應該連結之形態。不過，該形態之存在的確認，並不免除對之加以評價的，以及規範的調整的責任。是故，它並不使制定法律之規範行為成為莫須有。相反的，應認為只有評價的趨進於生活事實，才使前述構成事理之形態明白地顯示出來，並取得其重要性。這在利用法律處理人類的事務便已顯然。當然，法首先考慮者為：人類本來是什麼，及其一切的性質。不過，法律不該一直停留在那裏，法律不會讓人類順其本能及苦難自由滋長，法律毋寧必須限制某些人類的特性，激勵另外一些特性，並使其發生作用。為此，法律必須對人加以評價。此外，法律對人類也提出某些要求，要其為不道德或不理智的行為，依據（當時的）文化（所要求）的規範負責，不准其一走了之。」

⁹⁸ Henkel, aaO. §26.

事理也當是應予斟酌的因素或論點⁹⁹。

做為法律規範對象之人類的社會生活，主要由人、物、事及人與人間之社會關係所組成。其中，例如人之性別、年齡、婚姻、宗教、種族、階級、黨派關係（憲法第七條）；物之為動產或不動產、主物或從物；人與物之關係，例如占有、所有；人與人之間之各種債的關係，或身分的關係；以及人類之社會生活的建立與維持關係，特別是結社或其與國家之關係¹⁰⁰。申言之，未成年人為何不能享有完全之行爲能力（民法第十三條第一項、第七十五至八十五條）；結婚之未成年人為何賦予行爲能力（民法第十三條第二項）；動產與不動產之所有權的移轉為何適用不同之規定（民法第七五八至七六一條）；所有與占有為何分別受不同程度之保護（民法物權篇第二章，第四章）；各種債之關係為何根據其不同之給付內容分別加以規定；親屬間為何有扶養義務及繼承權；人民對國家為何有納稅、服兵役之義務，以及國家對人民為何有刑事制裁的權利等等。這些莫不以人類的社會生活所具有之性質為其規範上之發展的基點。人類並在既有條件下，積極或消極參與決定實證法之內容的形成。在法律補充上，斟酌「事理」的目的，在於檢討由事理所構成之法規的發展條件，以考察實證法與事理間的落差，並避免實證法悖於事理、操切急進，或因過度牽就誤認為存在之現實條件的拘束，放慢了趨於至善（法理念）的努力¹⁰¹。

十 補充法律的方法

補充法律的方法要分為：類推適用，目的性限縮、目的性擴張以及創制性的補充。類推適用及目的性限縮所依據之法理主要為平等原則。申言之，類推適用所依據者為：「相同之案型，應為相同處理」¹⁰²；目的性限縮所依據者為：「不相

⁹⁹ Henkel, aaO. S. 291; Larenz, aaO.S.406ff.; Esser, Grundsatz und Norm, 1956, S.101ff.

¹⁰⁰ Coing, aaO. S. 187f.

¹⁰¹ 文中所述事理對實證法之作用，屬於「存在」與「當為」之關係的問題。通常所討論者為：自「存在」是否能導出「當為」的規範。詳請參照 Canaris, aaO. S. 118; Coing, aaO. S. 181ff.

¹⁰² 本原則亦為現行實務所採，例如最高法院二十二年上字第七四八號民事判例：「有同一或類似之法律理由時，應認同一或類似之法律效果，為法理上所當然。依舊法所立之嗣子女，固非與民法上之養子女全然同一，而其以他人之子女為子女，則與養子女無異。故民法親屬編施行後發生之終止嗣子關係事件，應就民法關於終止收養關係之規定，類推適用。」惟「民法總則規定之事項，僅於其他各編或其他法律無特別規定者，始得適用之。又類推適用，以無法規可資引用為前提，若某種事項，法律已經明定，即無類推適用之餘地」（最高法院五十三年台臺上字第三五一八號民事

同的案型，應為不同的處理」。而目的性擴張，則主要以立法意旨為其補充之法理基礎。其與類推適用之區別在：擬處理之案型與法律所規定之案型間並無規範意義下之類似性，而係基於系爭規定的立法意旨，認為其適用之範圍顯然過小，應擴張至該擬處理之案型。在以上這些補充的態樣，其補充皆有實證法上之具體的參考規定，為其出發點或依據。反之，在創制性的補充，於實證法上，並無可供攀附援引之具體規定¹⁰³，必須由法律適用者根據法理念及事理，為擬處理之案件予以創制。是故，稱這種法律補充為「創制性的補充」。由於較之前述其他三種法律補充的態樣，創制性的補充顯然超越實證法之外，所以其補充，在說理上較易引起見仁見智的爭論。茲分述之。

A 類推適用

所謂類推適用，係指將法律明文之規定，適用到該法律規定所未直接加以規定，但其規範上之重要特徵與該規定所明文規定者相同之案型。在類推適用上，最引起爭執之問題為：如何認定擬處理之案型與法律明文規定之案型，分別所具之規範上有意義的特徵為相同¹⁰⁴。為認識法律所規定之案件的特徵中，那些具有規範上之評價的意義？以及為何具有意義？必須求助於該法律規定之立法目的，亦即其規範意旨。

關於類推適用在學說上常被提及的例子為：民法第三六〇條之規定，對出賣人惡意誇張買賣標的物所不具有之品質者，是否得類推適用該關於出賣人故意不告知買賣標的物之瑕疵的規定：准許買受人不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償¹⁰⁵。此外，在將來之物的買賣，例如在國內盛行之房屋預售的情形，出賣人所完成之房屋的坪數、高度，或使用之建材，與約定者顯然不符時，其瑕疵是否屬於出賣人故意不告知瑕疵的情形，亦值得探討。蓋在締約時，系爭房屋尚未存在，尚無所謂約定時，故意不告知瑕疵的情形。惟在將來之物的買賣，

判決)。

¹⁰³ 創制性的補充所補充者為實證法中顯然違反體系之沈默。其漏洞之認定的依據為：除所屬法域（稅捐法、刑法）受「嚴格之形式的法律保留原則」（國會保留）適用者外，並無「一般的消極規定」。申言之，在其他法域，只要所涉生活事實不屬於法外空間，亦即不是在法律上無意義，或法律不擬加以規範，則法律對該生活事實之沈默，便構成法律漏洞。請參考 *Canaris*, aaO. S. 49ff.

¹⁰⁴ *Larenz*, aaO, S. 366; *Canaris*, aaO. S. 71ff.

¹⁰⁵ 關於這個問題在德國立法例之討論，詳請參照 *Larenz*, aaO. S. 367.

預告該物之品質者，如不課出賣人保證該品質將來一定存在，必然鼓勵出賣人信口開河，減損買受人之正當期待，有害於交易安全。所以，應將之與出賣人於締約時明知有瑕疵之情形同論，亦將民法第三六〇條之規定適用於此種情形。鑑於該兩種案型，除其瑕疵之存在時間不同外，其他重要特徵皆相同，故其適用當可定性為類推適用。

關於得利用類推適用補充法律漏洞的案例數以千計。不過，其適用有時還是會有問題。例如最高法院六十三年臺上字第二一三九號民事判例，該判例要旨稱：「民法第四百五十一條之規定，乃出租人表示反對續租之意思，有阻卻繼續契約之效力，此與同法第二百六十三條所定，當事人依法律之規定終止契約之情形，具有同一之法律理由，自應類推適用。故租賃物為數人所共同出租者，表示此項意思時，應準用第二百五十八條第二項規定，由出租人全體為之。本件系爭土地為上訴人等四人所共有，而由上訴人等四人共同出租與被上訴人使用，則其依民法第四百五十一條為反對續租之意思表示，自應由上訴人全體為之。」該判例之見解，似待商榷。蓋租賃契約之續租，與其終止不同。原則上須要出租人方有同意續租的意思表示，方始成立。此外，也只有當出租人方是否同意續租之法效意思不明時，始有民法第四五一條之適用，亦即才得以「租賃期限屆滿後，承租人仍為租賃物之使用收益，而出租人不即表示反對之意思表示」為理由，「視為以不定期限繼續契約」。民法第八百二十條規定「共有物，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。」而共有物之出租屬於共有物之管理行為，不論其出租，而且其續租之意思表示皆應由共有人共同為之。只要共有人中有人表示不願續租，即不能構成同意共同出租所需之一致的意思表示，從而縱使有一部分共有人是否願意續租之意思因沈默而不明，亦無民法第四五一條之適用之餘地。甚至縱使有一部分共有人已為願意續租之表示，只要有一人不願續租，續租關係亦不會成立。今該判例將「續租」之拒絕錯誤定性為租賃契約之終止，以致認為續租之拒絕的表示與租約之終止一樣，「應準用民法第二五八條第二項規定，由出租人全體為之。」由於該判例對續租之法律性質的認定，與事實顯有不符，所以其類推適用之論述也就無理由。何況，該見解之適用結果，與共有物之管理規定（民法第八二〇條），亦顯相衝突，而類推適用之結果，必須能夠納入法律體系，亦即不與法律上其他相關規定，互相矛盾，方始正當。否則，即會發生「扶得東來，西又倒」的情形。

至於越界建築之規定（民法第七九六條），是否得類推適用於房屋基地租賃的情形，最高法院認為不無疑義，該院五十二年臺上字第2409號判決謂：「民法

第七百九十六條所定土地所有權人，因建築逾越疆界對鄰地所有人所得主張之權利，依同法第八百三十三條之規定，於地上權與土地所有人間固得準用，惟地上權為物權，故地上權人得行使本於土地所有權之請求權，而建地租賃權則為債權，僅適用債編關於租賃權之規定，是除當事人間另有使租地建屋相當於土地所有人自建之特別約定外，（例如租賃期間屆滿土地所有權人即取得房屋所有權是），能否類推適用，民法第七百九十六條之規定，即屬不無疑義」。該判決中所引以否定該條對本案型之類推適用性的理由為：須「當事人間另有使租地建屋相當於土地所有人自建之特別約定」。該理由所考慮的問題，於民法分別在第八三三條、第九一四條所規定的案型，同樣存在。立法者既然不因該理由中所考慮之問題而不制定第八三三條、第九一四條等規定，則顯然立法者並不以為該理由為否定將第七九六條類推適用到第八三三條、第九一四條之充分理由。

按第七九六條之立法理由為：「……土地所有人建築房屋，遇有逾越疆界之時，鄰地所有人如知其越界，應即提出異議，阻止動工興建。若不即時提出異議，俟該建築完成後，始請求移去或變更其建築物，則土地所有人未免損失過鉅，姑無論鄰地所有人是否存心破壞，有意為難，而於社會經濟，亦必大受影響，故為法所不許……」；再者民法第八三三條及第九一四條既規定民法第七九六條於地上權及典權準用之，則第七九六條的法律上重要之點當在於鄰地所有人知有越界建築之事實，而不即提出異議。從而，該判決所持理由與民法第七九六條是否得類推適用顯不相干。是故，基地承租人之越界建築，不論其基地之承租是否已辦理地上權之設定登記（土地法第一〇二條），當皆得類推適用之。甚至依據第七九六條之前開立法理由，無權占有之越界建築，應亦有本條之類推適用¹⁰⁶。蓋被無權占有者所越界建築之鄰地所有人，在法律上並不得對該無權占有人主張其為無權占有¹⁰⁷。

¹⁰⁶ 同說請參照李肇偉，民法物權，五十五年十二月版，第一五二頁：「……承租人若不包括在內，倘租用基地建築房屋而越界時，勢非拆除不可，自與本條（七九六條）規定之意旨不符。則承租人越界建築房屋時，自應有本條之適用。不寧惟是，縱屬無權占有他人未登記之土地而為越界建築房屋時，仍應有本條之適用（作者按：應為類推適用）為宜……」。反對說請參照史尚寬前揭書第一〇一頁：「……第三人之越界建築，鄰地所有人無容忍之義務。假冒之土地登記名義人或基地承租人所為之越界建築，除得鄰地所有人之承認外（民一一八條），無忍受之義務……」，但是「已登記之基地租用權人等於土地所有人」；姚瑞光，前揭書第九三頁：「……基地承租人，基地借用人，在理論上雖亦有準用之必要……但於法究嫌無據……」。此種見解似嫌過度拘泥於文義，而忽略了該條之規範意旨。

¹⁰⁷ 因為基於無權占有關係之相對性，只有真正權利人才得對該無權占有人主張後者為無權占有。

B 目的性限縮

法律文義所涵蓋之案型，有時衡諸該規定之立法意旨，顯然過廣，以致將不同之案型，同置於一個法律規定下，造成規定應對「不同之案型，為相同之處理」的情形。為消除該缺失，以貫徹該規定之立法意旨，顯有對原為其文義所涵蓋之案型，予以類型化，然後將與該立法意旨不符的部分，排除於其適用範圍外，以符「不同之案型，應為不同之處理」的平等要求。因為這裏涉及者為：基於立法意旨，將原為法律文義所涵蓋之案型，排除於該法律之適用範圍外，所以，其法律適用之性質，屬於法律補充。就這種法律補充，學說上稱為「目的性限縮」。其對法律適用範圍之作用，雖與類推適用相反，但兩者所依據之法理上的論據卻同為平等原則，已如前述。

這裏所稱之限縮，與限縮解釋之區別在：其限縮程度是否已損及文義核心（*der Begriffskern*），如已損及文義核心，則它便是目的性限縮；如未損及，則它仍是限縮解釋。惟該界限，可以理解的，並不一直很清楚。在實務上與學說上為了強化自己的見解在現行法上的依據，傾向於儘可能將自己的論據評價為限縮解釋，而非目的性限縮¹⁰⁸。例如勞動基準法第二條雖然規定：「一、勞工：謂受雇主僱用從工作獲致工資者。二、雇主：謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。……」但財政部 74.9.4.臺財稅字第二一六〇三號函釋：「二、公司經理人、廠長、人事人員等，雖屬勞動基準法第二條所稱之事業經營之負責人或代表雇主處理有關勞工事務之人，惟依內政部七十四年八月三日七十四臺內勞字第三二九四四四號函釋，渠等仍有受僱從事工作獲致工資之實，兼具勞工身分，應同受該法所訂勞動條件之保障。是以，其所領取之退休金，應適

相對於真正權利人以外之人，該無權占有人大可依民法第九四三條之規定：「占有人於占有物上，行使之權利，推定其適法有此權利」，主張自己為有權占有人，從而相對於鄰地所有人，並無所謂無權占有。就此被推定為真正之權利，在法律上祇有真正權利人才得通過反證予以推翻。至於被越界建築之人非這裡所稱之真正權利人自屬顯然。申言之，該無權占有人與被越界建築之土地所有人間，就越界建築所生之法律關係，首先係通過該無權占有人對被占有之土地的占有，而取得占有的地位，從而被推定為真正權利人，然後基於此地位，因越界建築而與被越界之土地的所有人發生民法第七九六條之法律關係。是故，被越界建築之人在法律上並無主張該占有為無權占有的可能。關於占有人權利之推定及其反證之舉證範圍，請參考黃茂榮，債法總論第二冊增訂版，2004/07，頁五三九以下。

¹⁰⁸ 詳請參照 Enneccerus-Nipperdey, 民總 S. 348.

用所得稅法第四條第四款（按：相當於現行法同條項第七款）免納所得稅之規定。三、公司之董事長、董事、執行業務股東、監察人等，依經濟部七十四年七月十七日經（七四）商第三〇三四三號函釋，均係股東會依委任關係選任，與公司間並無僱傭關係，尚非公司之職員，不得依勞動基準法支領退職金。惟如兼任經理人或職員，並以勞工身分領取之退休金，應適用所得稅法第四條第四款（按：相當於現行法同條項第七款）免納所得稅之規定。」倘認為所得稅法第四條第七款所稱之「勞工」，不包括代表雇主行使管理權之受僱人，或解釋為不包括不具備產職業工會會員資格的受僱人（參財政廳(59)財稅一字第〇九八〇二號），其見解可認為屬於限縮解釋的結果。倘進一步認為未實際加入工會者，即非該條款所稱之勞工，則其見解顯然非經目的性地限縮不能獲致，蓋為雇主行使管理權者，以及根本不具備工會會員之入會資格者，其勞工身分，自勞工立場的觀點，固可認為不具備，但對具備入會資格而未實際入會者，在法律上逕予否認其實際具備之勞工身分，便顯然逾越勞工法之規範意旨，將從勞工法演進而來的用語，遷就財政目的，在稅捐法上給予目的性限縮。又如土地稅法第九條規定：「本法所稱自用住宅用地，指土地所有權人或其配偶、直系親屬於該地辦竣戶籍登記，且無出租或供營業用之住宅用地。」為避免自用住宅用地之稅捐優惠趨於浮濫，就自用住宅用地增值稅之課徵，同法第三十四條第二項規定，土地於出售前一年內，曾供營業使用或出租者，不適用前項，其土地增值稅統就該部分之土地漲價總數額按百分之十徵收之規定。後一規定限縮了前一規定對自用住宅用地所定義之範圍。其限縮是否達到損及概念核心，容或見仁見智；然財政部後來於七十三年十二月二十七日臺財稅第六五六三四號函謂：「土地所有權人出售自用住宅用地，於二年內重購土地者，除自完成移轉登記之日起，不得有出租或營業情事外，並須經稽徵機關核准按自用住宅用地稅率課徵地價稅者，始准依土地稅法第三十五條第一項第一款規定，退還已納土地增值稅。」即顯已限縮其概念核心。因此司法院88.03.19.大法官釋字第四七八號解釋：以「土地稅法第三十五條第一項第一款所定『自用住宅用地』，依同法第九條規定，係指『為土地所有權人或其配偶、直系親屬於該地辦竣戶籍登記，且無出租或供營業用之住宅用地』，並未以須經稽徵機關核准按自用住宅用地稅率課徵地價稅為認定之標準」為理由，認為「財政部該號函釋以『須經稽徵機關核准按自用住宅用地稅率課徵地價稅』為申請退稅之要件部分，係增加土地稅法第三十五條第一項第一款所無之限制，有違憲法第十九條租稅法律主義，應不予援用。」

民法第二一七條第三項規定：「前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。」然代理人按其規範基礎，有意定代理與法定代理之分。法定代理中又有基於監護之目的及非基於監護目的者。其中基於監護目的而依法成立之法定代理的意旨在於對於受監護人（通常為未成年人或禁治產人）提供特別保護。所以其相關規定之適用自不應反而不利於受監護人。基於該認識，顯有必要將第二百一七條第三項之適用範圍目的性限縮至非因監護目的而發生之代理的情形¹⁰⁹。

又如關於民法第二四六條就其所規定之自始給付不能，雖僅提及「不能之給付」，而未將不能之種類區分為主觀不能與客觀不能。但在實務上¹¹⁰與學說上¹¹¹都將該條所稱之「不能」限縮在「客觀不能」上。蓋主觀不能之態樣千差萬別，要難如態樣單純之客觀不能，對之為劃一的規定¹¹²。

土地法第三十四條之一就其所定共有人享有優先承購權的情形，規定：「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。」而未就共有之態樣加以類型化，然後區別待遇之。其結果，使該規定與當今之區分所有（民法第七九九條）的性質格格不入。是故，有予以目的性限縮的必要¹¹³。

¹⁰⁹ 惟在民法第二百一七條第三項增定前，最高法院七十三年臺上字第220一號判例已認為：「民法第二百二十四條所謂代理人，應包括法定代理人在內，該條可類推適用於同法第二百一七條被害人與有過失之規定，亦即在適用民法第二百一七條之場合，損害賠償權利人之代理人或使用人之過失，可視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則。」

¹¹⁰ 最高法院三三年上字第2489號：「公共共同有人中之一人，以公共共有物所有權之移轉為買賣契約之標的。並非所謂以不能之給付為契約標的，其移轉所有權之處分行為，雖因未經其他公共共有人之承認不能發生效力，而其關於買賣債權契約則非無效」。這種買賣，就其他公共共有人之應有部分言，具有買賣他人之物的性質。從而這種買賣即屬「部分的他人之物的買賣」。他人之物的買賣為最常見之自始的主觀不能的案型。由前引判例顯見實務上已將民法第二四六條所稱之「不能」目的性限縮為「客觀不能」。關於他人之物的買賣的法律問題，請參照黃茂榮，〈他人之物的買賣〉，收錄於民事法判解評釋（I），1978，頁一九八以下。

¹¹¹ 如梅仲協著，民法要義，頁一八四；鄭玉波著，民法債編總論，頁三三一；胡長清，中國民法債篇總論，民國五三年台一版，頁三五四；何孝元，民法債篇總論，民國五一年版，頁一九一。

¹¹² 詳請參考 Mao-Zong Huang, Umfang des Schadensersatzanspruchs bei culpa in contrahendo, 1974, S. 90f., 126ff.

¹¹³ 參照司法行政部六十四年十一月十一日臺（六四）函參字第○九八六一號函：「一（一）4·(5)對於地上已有建物，且該建物區分為各別所有者，如各別所有人出賣其建物時，就其建物所在基地之應有部分併同出賣者，本土地法第一百零四條，使基地與地上之房屋所有人合而為一之立法精神，基地之他共有人無優先購買權。」

C 目的性擴張

法律文義所涵蓋之案型，有時衡諸該規定之立法意旨，顯然過狹，以致不能貫徹該規範的意旨。是故，為貫徹該意旨，顯有越過該規定之文義，將其適用範圍擴張至該文義原不包括之類型的必要。由於這裏涉及將原不為法律文義所涵蓋之案型，包括於該法律之適用範圍內的情形，所以，其適用之性質，屬於法律補充。就這種法律補充，學說上稱為「目的性擴張」。

目的性擴張與目的性限縮相同者為：兩者皆以立法意旨做為其調整系爭規定之適用範圍的依據。其與類推適用之不同為：經目的性擴張擬予處理之類型，與法律所明文規定者不同（無類似性）。造成法律規定帶有這種缺失的原因為：衡諸其立法意旨，乃因法律明文選取之類型太過具體（過度類型化）。是故，為貫徹該立法意旨，乃升高其據以類型化之特徵，將之再予抽象化，以兼容其他適當案型。

目的性擴張，常在類推適用的名義下，為實務採為補充法律的方法，例如最高法院二九年上字第一四〇五號民事判例稱：「無權利人就權利標的物為處分後，因繼承或其他原因取得其權利者，其處分為有效，民法第一百十八條第二項定有明文。無權利人就權利標的物為處分後，權利人繼承無權利人者，其處分是否有效，雖無明文規定，然在繼承人就被繼承人之債務負無限責任時，實具有同一之法律理由，自應由此（作者按：當指民法第一一八條第二項）類推解釋，認其處分為有效」¹¹⁴。類似的觀點及處理，另見於最高法院三十九年台上字第一〇五號判例：「系爭房屋就令如上訴人所稱，係因上訴人出國往加拿大經商故僅交其母某氏保管，自行收益以資養贍，並未授與處分權，但某氏既在上訴人提起本件訴訟之前死亡，上訴人又為某氏之概括繼承人，對於某氏之債務原負無限責任，以民法第一百十八條第二項之規定類推解釋，應認某氏就該房屋與被上訴人訂立之買賣契約為有效，上訴人仍負使被上訴人取得該房屋所有權之義務，自不得藉口某氏無權處分，請求確認該房屋所有權仍屬於己，並命被上訴人回復原狀。」

鑑於民法第一一八條第二項所定者為無權處分人繼承真正權利人的情形，而擬處理之案型之特徵則為：真正權利人繼承無權處分人。兩者之間當無類推適用意義下之「類似性」。至於依該條項之立法目的，是否應予目的性擴張則為另一個問題。

¹¹⁴ 同樣見解亦為該院五六年台上字第一七二二號判決所採。

最高法院在三九年台上字第一〇五號判例認為該條第二項得類推適用於真正權利人繼承無權處分人的情形，固非無見，但仍應斟酌真正權利人是否曾為繼承之拋棄（民法第一一七四條以下）或限定繼承（民法第一一五四條以下），以及民法第三四四條但書所定之混同的法律思想。

由於買賣契約為債權契約，這種契約之締結，並不使既存權利的歸屬發生移轉，或使既存的權利內容因而變更或消滅，從而也無侵害真正權利人之權利的能力。所以，其效力之發生不待於真正權利人之承認。在他人之物的買賣契約，若約定由出賣人自為給付，而出賣人事後不能自真正權利人取得買賣標的物的所有權，並為移轉，則其法律效力視買賣雙方是否約定出賣人應負一般的履行義務或給付危險而定。如二者皆無，而只是讓出賣人試試看，是否能克服主觀給付不能的障礙，則其效力與第二百四十六條第一項但書所定者相同。如約定出賣人應負一般的履行義務，則他僅就可歸責於自己之事由致不能給付負責；如約定出賣人應負給付危險，則他應就不能給付負擔保責任。但無論如何這不屬於民法第三五三條所定之權利瑕疵擔保的問題。蓋民法第三百五十條所定之「其他權利」如包含所有權，則該條規定便與第二百四十六條第一項前段的規定相衝突。因為依第二百四十六條第一項前段，以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。而契約既然無效，即不可能要出賣人擔保買賣標的物之所有權確係存在，並讓買受人得據第三百五十三條，依關於債務不履行之規定，行使其權利。反之，若約定由真正權利人給付，則依民法第二六八條亦僅使約定人（出賣人）「於第三人（真正權利人）不為給付時應負損害賠償責任」，而不使該第三人因而負給付義務。在本件判決所示情形，真正權利人既非該買賣契約之原始債務人，則其只有在繼受債務的情形始負債務人的義務，當無疑義。至於繼承固為繼受的原因之一，但真正權利人之因繼承而負債務，仍以未為繼承之拋棄或限定繼承者為限。其次該真正權利人在這裡之所以對被上訴人（買受人）負移轉系爭土地所有權之義務，純以其繼承被繼承人（無權處分人）為基礎，其規範上的依據為民法第一一四八條及第一一五三條第一項，而非民法第一一八條之直接適用或類推適用。

倘無權利人尚未為該買賣契約之履行行為，則當尚未構成民法第一一八條所定之無權處分。不論繼承人（真正權利人）依繼承關係是否有履行該買賣契約之義務，是否，得如最高法院三十九年台上字第一〇五號判例所稱認為：「以民法第一一八條第二項規定之類推解釋，應認某氏（被繼承人）就該房屋與被上訴人訂立之買賣契約為有效，上訴人仍負使被上訴人取得該房屋所有權之義務，自不

得藉口某氏無權處分，請求確認房屋所有權仍屬於己，並命被上訴人回復原狀」，誠有疑問。蓋這裡所示情形，與混同似同而實異。在混同的情形是：權利（例如債權或所有權）與其義務（例如債務或抵押權）同歸於一人。在這裡，則是無權處分人之法律地位與承認權人之法律地位歸於一人。權利與其義務同歸一人時，除其債權（權利）為他人之權利標的或法律另有規定者外，原則上沒有存在的意義（民法第三四四條）；但無權處分與其承認間之相對關係，並不像債權與其債務之關係。因此，並無混同的理由。民法第一一八條第二項之所以規定，無權利人就權利標的物為處分後取得其權利者，其處分自始有效，主要乃著眼於無權處分人已「參與」該處分行為之作成，因此，不待於其在取得權利後，再為「承認」，便可使該處分自始有效。反之，真正權利人繼承無權處分人的情形，真正權利人從未「參與」該處分行為之作成。是故，本諸私法自治之契約原則仍待真正權利人之承認，始符民法體制（私法自治）。至於真正權利人依繼承關係，是否繼承無權處分人所負之債務，則是另一個問題。縱使其繼承無權處分人所負之債務，鑑於民法嚴格區分負擔行為與履行（處分）行為，該無權處分，仍待該繼承人之承認，對其始生效力。該效力上之差別，自繼承人之利益的角度觀之，或不甚重要；但自繼承人之債權人的角度觀之，便相當重要。這只要假設繼承人破產，便可明瞭。蓋當其被宣告破產，倘其繼承，使該無權處分自始有效，則該經無權處分之標的物，便不構成破產財團的一部分；反之，倘其繼承，不使該無權處分自始有效，則該無權處分之標的物，便構成破產財團之一部分，從而該繼承人也因破產而再也不得自為承認。基於以上之了解，最高法院在本判例中所持見解仍有商榷餘地。

關於意思表示之解釋的規定（民法第九八條），實務上認為可以適用至訴之聲明。最高法院認為「解釋意思表示應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法第九十八條定有明文。解釋當事人之聲明，亦應適用此項方法」（最高法院四十四年台抗字第一六五號）。是故法院裁判，固應以當事人之聲明為範圍。但「若當事人之聲明未完足或不明晰時，則法院應以職權闡明當事人之真意，而不應拘泥於當事人所用之語句或法律上之名稱」（最高法院二十四年上字第200四號判決）。例如「契約解除權之行使，依民法第二百五十八條第一項之規定，應由當事人向他方當事人以意思表示為之，不得請求法院為宣告解除之形成判決。（惟）此項意思表示，本不限於訴訟之外為之，亦無一定方式（之要求）。苟於訴訟上以書狀或言詞由有解除權人向他方當事人表示其解除契約之意思，即應認

為有解除之效力。故訴之聲明，雖因用語錯誤，求為解除契約之判決，法院仍應認係主張其解除契約之意思表示有效。（得對）他方當事人就解約結果，（請求）履行其應有之義務」（最高法院三十七年上字第七六九一號判決）。

鑑於訴訟行為與實體法上之法律行為，屬於不同法域，且訴之聲明在訴訟上具有特殊地位，要求其特別明確。故本件准許將民法第九十八條適用至訴之聲明的觀點，當已超過該條原來文義所及之適用範圍，而至少達於以目的性擴張補充訴訟法上之法律漏洞的程度。

D 創制性的補充

當擬處理之案型依據法理念斟酌其蘊含之事理，認為有加以規範的必要，而卻在實證法上縱使經由類推適用，或目的性擴張，亦不能找到其規範依據時，便有根據法理念及事理，試擬規範的必要。此種做法即為這裏所稱之「創制性的補充」。所以稱之為「創制」，其理由為：在這裏所擬引來補充法律漏洞之規定，在實證法上不能找到已具構成要件之形式的規範，以供攀附援引。

在學說上常引為例子說明之者例如：讓與擔保、信託、期待權、對締約上過失的責任、積極侵害債權、區分所有權、融資性租賃等等。以上這些問題，隨著經濟發展的結果，其規定在國內越見迫切。其中信託及區分所有權已分別有信託法（85.01.26. 制定）、信託業法（94.05.18. 修正）及公寓大廈管理條例（92.12.31. 修正）等專法加以規範。締約上過失及積極侵害債權雖不周全，但已在民法債編於89.04.26. 修正時，分別增定第二百四十五條之一或修正第二百二十七條給予一般規定。至於讓與擔保、期待權及融資性租賃則尚未在立法上給予回應。不論是否已經立法，皆亟待學說及實務共同努力充實。不同者為：已立法者，需予完善；尚未立法者，需引用法理念，斟酌其事理的要求，予以創制性的補充。

茲以限制行為能力人之行為能力為例說明之：

無行為能力人因根本不能為法律行為，所以一概由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示（民法第七十六條）。這基本上是清楚的。反之，限制行為能力人雖無完全之行為能力，但在法律限制以外的情形則有行為能力。問題是何謂在法律限制以外的情形？歸納民法第七十七條、第八十四條及第八十五條的規定，可謂限制行為能力人就「純獲法律上之利益，或依其年齡及身分，日常生活所必需」之法律行為有行為能力。為從事該法律行為不需其法定代理人之允許（第

七十七條但書)。至於該條但書以外之法律行為，限制行為能力人一概須經法定代理人允許，始得為之。其允許的方法為：(1) 就限制行為能力人擬從事之法律行為（為意思表示及受意思表示），特別允許（第七十七條前段）。其特別允許可能以法律行為之種類概括之¹¹⁵。(2) 就特定財產允許限制行為能力人處分（第八十四條）。(3) 就特定營業允許限制行為能力人獨立經營（第八十五條）。就特定財產或特定營業所做之允許皆屬於一種概括允許。惟其概括以特定財產或營業侷限之。然在前述三種允許的態樣，其概括皆不得至等於使限制行為能力人取得完全行為能力的程度。蓋這無異容許法定代理人宣告其監護之限制行為能力人成年。以上關於允許的看法，皆可從上述規定之解釋得到規範依據。有疑問者為：(1) 法定代理人就第七十七條但書所規定之事務，是否得從事與限制行為能力人之意思不一致之法律行為，(2) 就須經法定代理人允許之事務，法定代理人得否不經限制行為能力人同意，逕自為之；或甚至從事與限制行為能力人已明白表示不同意之法律行為。對此，民法並未若無行為能力人之代理，於第七十六條明白規定：「無行為能力人，由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示。」該漏洞並不能單純以類推適用、目的性擴張或目的性限縮的方法補充之。在以親子關係為基礎之法定代理，該問題必須兼從親屬法尋求答案。

父母為其未成年子女之法定代理人（第一千零八十六條）。親屬法中關於未成年人之行為能力的限制有：(1) 未成年人訂定婚約（第九百七十四條）、結婚（第九百八十一條）或兩願離婚（第一千零四十九條但書）應得法定代理人之同意。(2) 被收養，應得法定代理人之同意（第一千零七十九條第三項）；終止收養，應得收養終止後為其法定代理人之同意（第一千零八十條）。以上為關於身分關係之法律行為的限制。依上述規定，未成年人要從事該等身分行為固然需要其法定代理人之同意，但基於身分行為不得代理，法定代理人尚不得代理未成年人從事該等身分行為。

關於未成年子女之財產親屬法僅就其父母之權限規定：「未成年子女，因繼承、贈與或其他無償取得之財產，為其特有財產」（第一千零八十七條）。有疑問者為，未成年子女之特有財產是否即為第八十四條所定「法定代理人允許限制行為能力人處分之財產」？其由法定代理人給與者，視法定代理人給與時之意思而定；由其他人給與者，依第八十四條還需法定代理人之允許，始為第八十四條所

¹¹⁵ 德民第一一三條第四項有此種規定：「就個別案件給予之授權有疑義時視為對於接受相同種類之關係的一般授權。」

定允許限制行為能力人處分之財產。要之，未成年子女就其特有財產是否得自由處分，全繫於父母之允許。第一千零八十八條第二項僅規定「父母對於未成年子女之特有財產，有使用、收益之權。但非為子女之利益，不得處分之。」然關於特有財產，未成年子女得否針對父母之處分行為，消極的拒絕一定之法律行為？看來似乎只能藉助於該項但書的實質限制規定。將該條但書與第七十七條但書併列可得：純獲法律上利益之行為，限制行為能力人得獨立為之；關於特有財產之雙務契約，其有利於未成年子女者，父母有權為之。於是，留下一個缺口，與人格權有關之事項，例如侵入身體或對於健康有影響之醫療契約或新藥之人體試驗契約，父母有無法定代理權，或是正像身分契約僅有同意權？就醫療契約，日常疾病可認定為日常生活所必需，朝未成年子女得不經父母允許，獨立從事的看法；就非日常疾病應朝應經父母允許的看法。就新藥之人體試驗契約，應朝與身分契約同視的看法，父母無代理權，而僅有同意權¹¹⁶。蓋新藥之人體實驗充滿不可預測之危險。倘由父母單獨為未成年子女同意試驗即可，對於未成年子女之利益的保障顯然不足。是故，此種法律行為之從事除需要未成年子女自己之同意外，其實還需要公正第三者之參與。這些規範上的需要顯然都不是經由類推適用、目的性擴充或目的性限縮補充法律漏洞，即可圓滿規範，而有待於創制性的補充。

¹¹⁶ 關於絕育，德民第一六三一 c 條「父母不得同意其未成年子女之絕育。未成年子女自己亦不得同意絕育。第一九〇九條不適用之。」亦即將絕育有關的法律行為規定留待未成年子女成年後自己決定。