

法律隱藏漏洞的發現與填補之法理基礎

—司法院大法官違憲審查實踐的觀察

 編目：憲法

【論文導讀】

- 一、文章名稱：法律隱藏漏洞的發現與填補之法理基礎
 —司法院大法官違憲審查實踐的觀察
- 二、作者：李惠宗教授
- 三、出處：月旦法學雜誌第 185 期，頁 5~16

<目次>

壹、重點整理

一、法律漏洞的種類及其成因

- (一)法律漏洞的種類
- (二)法律漏洞的成因

二、填補隱藏法律漏洞的基礎理論

- (一)民主原則與法治原則的支配領域各異
- (二)憲法一致性下的法律總體秩序的諧和性—合憲解釋的要求

三、法律隱藏漏洞的填補—目的性限縮

- (一)司法院大法官釋字第 502 號解釋
- (二)司法院大法官釋字第 290 號解釋

四、結論

貳、考題趨勢

參、參考文獻

肆、延伸閱讀

<摘要>

法律必然有漏洞，如果法律有明顯漏洞，應規定而未規定，司法機關得以類推適用類似的法規。但法律有隱藏漏洞，係屬規範過廣，應除外而未除外，在文義上較難「被發現」。憲法有事先設定的價值秩序，各法律與憲法間，應在實證上具有諧和性。民主原則只是國家組織法的原則，作用法上須依據法治原則運作。在法治原則下，基於權力分立原則，司法院大法官以憲法所確立的總體法律秩序及立法目的作為審查的基準，作違背文義的超越法律的法的續造，係司法機關對於法律漏洞填補的權力及義務，值得贊同。



壹、重點整理

一、法律漏洞的種類及其成因

(一)法律漏洞的種類

法律漏洞的種類，依其內容區分，可分為明顯漏洞及隱藏漏洞兩種。明顯漏洞係指應規定而未規定的狀態，使個案的解決，在法律適用上，出現無法可用的情形，此種情形，學理上又稱為「真正的漏洞」。所謂隱藏漏洞，係指法律雖有規定，對於具體的個案，適用該規定的結果，反而產生一種不合法規範目的的情況，簡言之，隱藏漏洞乃「規範過度」，應有例外規定而未設例外的規範狀態，是一種「不真正漏洞」。

(二)法律漏洞的成因

實證經驗上，造成法律的漏洞的成因，約有二種：

1.時空的變遷—嗣後法律漏洞

時空因素是法律漏洞最大的因素，所有的法律，都假設要適用在特定的時空下。釋字第 242 號解釋即稱：「惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，……」所謂的「國家遭遇重大變故」，就是一種時空極度的變遷，原法律所設定的時空背景完全不同，無法要求原法規一貫的適用。此種法律漏洞通常係屬「嗣後法律漏洞」。

2.立法思慮未及於憲法架構下的總體法律秩序—自始法律漏洞

各別法律所設定的目的正當，但未將憲法所確立的價值，一併納入考慮。例如：憲法要求國家應盡可能的保護言論自由的實現，以實現自我、溝通意見、追求真理及實現民主社會以監督各種政治或社會活動之功能。但各種基本權衝突之間或基本權與公共利益間，可能會有衝突的情形，而特定法律只是單純設定一種目標，未將其他法律或憲法基本權保障的價值納入考慮，故會有毫無例外地適用個別法律的結果，將發生不合乎憲政秩序或與其他法律價值衝突的情形。例如：在美國以象徵性言論所稱之侮辱國旗罪(刑法第 160 條)是否違憲？是否過度限制表意的方式？即屬此種類型。此種類型可能造成的隱藏法律漏洞，多屬「自始法律漏洞」。

二、填補隱藏法律漏洞的基礎理論

法律漏洞一般的理解是「法律違反計畫的不圓滿性」。如果是明顯漏洞，則屬應規定而未規定的狀態，此時賦予司法者從事法體系內的填補，即以「類推適用」的方式，使適用的範圍擴大，在學理上並無異見，實務上法院運用類推適用的方式以填補法律漏洞者，亦頗為常見。

但面對隱藏漏洞，如何正確處理，法院是否有填補隱藏漏洞的權力或義務，就是一項難題。法律漏洞，不論是明顯漏洞或隱藏漏洞，本質上是「立法論上是否正確」的問題。本文認為司法機關對於法律有隱藏漏洞，應具有填補的職權，同時也是一種義務，其理由如下：

(一)民主原則與法治原則的支配領域各異

大部分的法律都經過民主程序的決定，固然有其合理性，但不代表所有的法律都盡合乎憲法所架構的價值秩序。但也不因此可以直接導出，司法機關直接具有超越法律性的「法的續造」的職權與一物，因為此涉及到司法權與立法權的緊張關係，法理上有進一步辯證的必要。國民主權理論之下，國家主權的擁有與實現採分離原則，國家主權雖擬制為全體國民所有，但實現卻不得不委託給最高級的國家機關實行，故國會可以「代表人民」制定具有拘束全國



人民之法律，不問該法律是否違反憲法價值，在其未被宣告違憲無效以前，對全國各機關及人民均屬有效；最高行政機關可以代表國家及人民與外國簽訂條約或行政協定，不問該條約或行政協定對國家或人民是否有利，均發生法律效力；最高司法機關的判決，個案上具有最高的拘束力，不問該判決是否實質的正確。

因此，從國民主權說的角度來看，國家機關權力的來源是基於民主機制所形成的，但對於人民而言，基於民主原則所賦予的國家各機關權力，無從擔保其是否能夠實現國家以人民基本權利保障的最高目的，因為民主的功能是有限的，民主只是國家合法性的擔保，並非權力機關運作正當性或對人民有益的擔保。

國家權力機關運作正當性或有益性的擔保如何運作？此為法治原則之功能，法治乃要求國家機關實現公權力目的的過程必須依據憲法及法律所形成的客觀規範秩序，包括比例原則、平等原則、信賴保護原則等。透過法治原則，要求國家機關公權力之運作，必須在實體面上符合公共利益，程序面上遵守一定法則，此為權力分立與制衡原則所必須著墨者，亦即透過權力分立與制衡的組織設計，使各機關濫用或誤用權力的狀況，都有被糾正及被追究責任的可能性，並且在此一制度下，國家的組織設計，不可以存有不受監督與制衡的機關。

吾人可以結論：「民主原則是組織法的基礎，法治原則是作用法的基礎。」所以民主原則與法治原則分別支配著不同的法領域。雖然法治原則以民主原則為前提，亦即各個國家機關所執行的職務，必須在民主合法性上有所依據，但具體執行的程序是否合法正當，民主原則無法作任何擔保。而正確執行法律任務的功能，只有透過權力分立與制衡機制，亦即透過法治原則的要求，國家各機關有義務實現民主程序所確定的價值秩序。國家各機關就像接力賽一樣，有義務承擔其他機關漏未完成的價值。故如果法律本身係屬矛盾或隱有漏洞，司法機關有職權也有義務填補該漏洞。

(二)憲法一致性下的法律總體秩序的諧和性—合憲解釋的要求

憲法必須保持其具有規範力的功能，因此「實證上的諧和性」是「憲法一致性」的下位原則，各個法律不是獨立存在，必須與其他法律規定維持「諧和性」。憲政國家下，任何作為法律適用大前提的法律規定，皆必須符合憲法的客觀價值決定。

由於憲法具有最高規範性，故若法律規定的結果，原則上並不會發生違憲問題，只是太過度而毫無例外的規定，而形成法律適用結果，部分產生違憲疑慮時，則須透過「合憲解釋」將該法律規定作轉化或限縮的解釋(雖然可能違反法條文義)。

三、法律隱藏漏洞的填補—目的性限縮

針對明顯法律漏洞，須以擴大法律適用方式的「類推適用」填補，與此相反的，填補隱藏漏洞的方式，須將過度廣泛的規定，加以限縮，等於增加但書的規定，使其適用的結果，不至於過廣而合乎立法目的，以達正確適用法律的目標，故此種方式稱為「目的性限縮」。但「目的性限縮」也只是在立法目的範圍內，改變文義內涵而已，而不是改變立法目的本身。因為確定立法目的，係立法者的任務，司法機關不可僭越。

(一)司法院大法官釋字第 502 號解釋

民法有關收養的規定，養親必須長於養子女 20 歲以上，如果僅長於 19 歲，按照法律文義即不可允許。但釋字第 502 號解釋：「民法第一千零七十三條關於收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上，及第一千零七十九條之一關於違反第一千零七十三條者無效之規定，乃以尊重世代傳統，限制收養者與被收養者之年齡差距，符合我國倫常觀念，為維持社會秩序、增進公共利益所必要，與憲法保障人民自由權利之意旨並無抵觸。收養者與被收養者之年齡合



理差距，固屬立法裁量事項，惟現行收養制度以保護養子女之利益為宗旨，而現實多元化社會親子關係漸趨複雜，就有配偶者共同收養或收養他方配偶之子女情形，如不符民法第一千零七十三條規定致收養無效時，反有損被收養人之利益，影響家庭幸福。基於家庭和諧並兼顧養子女權利之考量，上開關於收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上之規定，於夫妻共同收養或夫妻之一方收養他方子女時，宜有彈性之設，以符合社會生活之實際需要，有關機關應予檢討修正。」

此一解釋提及：「……收養無效時，反有損被收養人之利益，影響家庭幸福。」亦即收養及被收養制度，立法目的本來是為實現個人人格發展而設，卻於特定案型，適用法條規定文義的結果，反而導致收養無效，等於法律制度將不予承認其有法定親屬的關係，實與立法目的背道而馳，此種立法係當初所未設想的，係屬自始的隱藏漏洞。故該解釋乃宣示：「上開關於收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上之規定，於夫妻共同收養或夫妻之一方收養他方子女時，宜有彈性之設」，表示該規定過於僵化，應該容許在「夫妻共同收養或夫妻之一方收養他方子女」的案型上有例外，亦即該條項須增加「但書」規定，而將該條規定改為：「收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上，但夫妻共同收養或夫妻之一方收養他方子女時，不在此限。」如此才不致於違反法律當初創設法定血親的立法目的。如果此一規定不設例外條款，反而有害收養的制度目的。雖然憲法對養親屬關係如何保障並未置一詞，但從保障人格發展自由的角度來看，令實質的養親屬關係，在法律上也同時獲得承認，正是憲政秩序保護人民基本權利的價值，故民法該規定在年齡上毫無例外地規定，反無助於親屬關係的促進。

(二) 司法院大法官釋字第 290 號解釋

一般而言，作為行政首長或民意代表，至少具有一定基本程度的學歷，並非過分的要求，但毫無例外地限制候選人的學經歷資格，是否合乎憲法人民參政權的意旨，即非無疑。釋字第 290 號解釋認為：「公職人員選舉罷免法第三十二條第一項有關各級民意代表候選人學、經歷之限制，與憲法尚無牴觸。惟此項學、經歷之限制，應隨國民之教育普及加以檢討，如認為乃有維持之必要，亦宜重視其實質意義，並斟酌就學有實際困難者，而為適當之規定，此當由立法機關為合理之裁量。」

本號解釋認為，選罷法中規定候選人應有學歷資格的限制，基本上沒有違憲疑慮，但某些個案就顯得極為不妥當。故解釋文對於學經歷限制要求改進。因為沒有設定例外的規定，會變成一種過度規範。聲請人劉俠由於其沒有接受正式教育的機會，然法律規定必須有「形式上資格」，以致其縱使有高中以上之「學力」，但因為欠缺「學歷」，在形式上不符合法律要求。此為法律隱藏漏洞，應除外而未除外。可惜的是，在本案中大法官的解釋雖然已嗅出其法學方法論上的問題，但最後僅以「警告性宣示」，要求「如認為乃有維持之必要，亦宜重視其實質意義，並斟酌就學有實際困難者，而為適當之規定，此當由立法機關為合理之裁量。」本文認為殊為可惜。雖然公職人員選舉罷免法也因此號解釋而取消學歷限制，但本號解釋未能充分發揮法學方法論上的隱藏漏洞的重要意義，令人惋惜。

四、結論

法律有漏洞是必然的現象。法律有漏洞是一種立法的錯誤，不論係自始漏洞或嗣後漏洞。國家機關應共同一體實踐憲法所架構的法律秩序，如果法律有明顯漏洞，應規定而未規定，法院得以類推適用的方式，適用類似的法規，此一方法，學理及實務俱無異議。但較為困難的是，法律有隱藏漏洞，係屬規範過廣，應除外而未除外，在文義上較難被發現，因實務上可能採取概念法學的立場，認為法律就是法律，法律既已明文規定，就不可偏離文義執行法律任務。



然憲法有事先設定的價值秩序，而各法律有其立法目的，各法律與憲法及各法律間，並非各自獨立，應在實證上具有諧和性。民主原則只是國家組織法的原則，作用法上須依據法治原則運作。法律有漏洞，涉及的是國家權力作用的問題，司法機關在法治原則下，基於權力分立原則，司法機關對於法律漏洞，不但有填補的職權，同時也是義務。但在權力分立原則下，司法者仍不可直接擬定立法目的，故所謂的填補法律漏洞，不論是明顯漏洞或隱藏漏洞之填補，只是分擔立法未竟之功能，而非取代。

我國司法院大法官並未在解釋文的宣示上，直接採取隱藏漏洞的用語，否則應更能夠引領學界及實務界同時注意此問題。因為在法律可能發生的隱藏漏洞，在法規命令也可能發生，行政法院從事案件之審判，也會面臨相同問題，從而也才可能達到法律正確適用的目標。

貳、考題趨勢

本篇文章內容先由憲法上學理論述民主原則及法治原則，證立司法權對法律漏洞填補之合憲性，再由我國歷來大法官解釋中舉出實例，說明法律漏洞的填補在我國憲法學及實務上之實踐。文章整體內容較偏學理，但其中論述過程及內文見解十分精闢，對於準備考試的同學，可藉此篇文章來加深憲法實力。

參、參考文獻

- 一、Karl Larenz 著，陳愛娥譯，《法學方法論》，五南，1996 年。
- 二、史慶璞，《美國憲法理論與實務》，三民，2007 年。
- 三、吳庚，《憲法的解釋與適用》，三版，2004 年。
- 四、吳從周，〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮〉，《民事法學與法學方法第一冊》，2008 年。
- 五、嚴靈峰、薩孟武、陶希聖等著，《誹韓案論戰》，東府出版社，1978 年。
- 六、林世宗，《言論新聞自由與誹謗隱私權》，2005 年。
- 七、楊仁壽，《法學方法論》，2005 年。
- 八、楊日然，《法理學》，三民，2005 年。
- 九、楊益誠，《法學基礎理論》，五南，2004 年。
- 十、王澤鑑，《民法總則》，2005 年。
- 十一、黃建輝，〈違憲審查與司法造法〉，台灣大學法研所博士論文，1995 年。
- 十二、黃茂榮，《法學方法與現代民法》，增訂五版，2006 年。

肆、延伸閱讀

- 一、黃維幸(2010)，〈流於浮濫的類推適用〉，《月旦法學雜誌》，第 183 期，頁 48-71。
- 二、黃茂榮(2010)，〈就民間合會論習慣對於法律漏洞的補充(上)、(下)〉，《植根雜誌》，26 卷 3 期、4 期，頁 35-40、23-35。
- 三、柯格鐘(2009)，〈稅捐規避及其相關聯概念之辨正〉，《月旦財經法雜誌》，第 19 期，頁 67-101。
- 四、謝開平(2009)，〈法律解釋與法條結構－投票受賄罪之法律漏洞〉，《月旦法學教室》，第 76 期，頁 268-277。
- 五、葛克昌(2009)，〈稅法適用：第四講：脫法避稅與法律補充〉，《月旦法學雜誌》，第 182 期，頁 109-118。



※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】www.lawdata.com.tw
立即在線搜尋！

