

適用法律與填補漏洞之區別 —以大法官再任、回任爭議為例

編目：公法

出處	月旦法學雜誌，第 266 期，頁 93~106	
作者	劉幸義教授	
關鍵詞	解釋、類推、大法官、再任、連任、回任	
摘要	憲法增修條文第 5 條第 2 項只明文規定禁止連任，其立法並不完善。再任包括連任與回任，因為任何一種再任都可能妨害司法獨立，故無論法條是否明文規定禁止回任，亦應禁止。就此角度而言，法律並無應規定事項（假設可以回任），而無規定（回任）的情形，故憲法增修條文第 5 條第 2 項規定並無法律漏洞，基於維護司法獨立性，大法官不得回任。未來修法方向可修改為「不得再任」或「不得連任與回任」。	
重點整理	本案爭點	憲法增修條文第 5 條第 2 項有無法律漏洞
	解評	<p>一、解釋與類推</p> <p>解釋與類推二者的重大不同點：</p> <p>(一)客體方面：解釋以成文的制定法為客體，類推則是無法律條文可用的情形。</p> <p>(二)功能方面：解釋是釐清法律條文的意義，以正確適用法律條文。類推則對於法律所未規定之事實，來填補法律漏洞。</p> <p>(三)結果方面：解釋結果必須在條文可能的字義範圍內，不產生新的規則。類推則在法條之外創造新的規則，其適用結果，超出法律條文字義範圍之外。</p> <p>(四)效應方面：法官可做有利與不利於原告或被告的解釋。至於類推，刑法禁止不利於被告的類推，行政法對人民賦予義務與設定負責的規定也不可類推，至於民法上可做有利與不利於原告或被告的類推。</p> <p>二、大法官再任，法無禁止？於法無據？</p> <p>(一)憲法增修條文第 5 條第 2 項規定「司法院大法官任期八年，不分屆次，個別計算，並不得連任。……」明文禁止大法官連任，對於再（回）任則無</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>規定，因而引發爭議。</p> <p>(二)從法學方法論角度觀察，法律沒有規定的事項，通常並不能就此得出任何結論。例外如因罪刑法定原則之故，任何刑法沒有明文規定處罰的行為，就可推論出「不犯罪」的結論。憲法增修條文第5條並沒有「再任」二字，無法只因「不得連任」，就由該條文推論出可以再任。要透過解釋方法後，才能確認此際是否有法律漏洞情形？</p> <p>三、再任與連任的意義關聯性</p> <p>(一)再任與連任的爭議，其釐清與解決之道，在於文義解釋。由於「再任」一詞有歧義，為避免思考與討論混亂，本文使用再任一詞，定位為上位概念，如以時間之間隔為準據，區分為連任與回任。</p> <p>(二)文義解釋可再分作兩種解釋方法：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.字詞（文字）解釋：有關語意學，係了解一個符號（文字、名詞）的概念內容為何。 2.文法（文理）解釋：有關語法學，係有關符號彼此之間的關聯性，由文句結構來理解法條的意義，包括標點符號、甚至個別字詞在句子中的位置。 <p>四、語言文字的多義性和複數解釋的可能性</p> <p>(一)由任職情況的整體思維途徑著手----任職條件與任期種類的可能性。選擇特定人擔任特定職務時，通常有多方面且多種考慮或審查的可能性，例如：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.該職位有政治性質的（議員、縣市長等），也有無關政治（人民團體）或不應涉入政治因素的（大法官、政府內的獨立機構）。 2.選擇權人可能是一人（機關首長、理事長）、一些人（委員會）或全體人民（縣、市、全國選民）；也可能是二道以上的關卡（提名權與同意權分屬不同機關）。 3.經過一定的考試及格或其他法定要件，才取得擔任特定職位的資格（參審制度的法律外行人擔任法官）。 <p>(二)就時間上間隔的角度觀察：曾經擔任特定的職位，任期屆滿或其他原因卸任後，再度擔任同一職位，可分為二類：直接銜接繼續擔任（連任）、過一段期間（例如：隔開一任期後）再度擔任，</p>
--------------------	-----------	---

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>無論哪一種都是再任。</p> <p>五、引用德國制度翻譯不當，影響對任期制度的認知</p> <p>(一)與我國司法院大法官「再任」議題相關的，是德國禁止憲法法官的再任制度。就時間上是否有間隔，德國區分為二種再任：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.時間直接銜接、接續的再任，可譯為連任。 2.時間有間隔之後的再任，可考慮字譯為嗣後再任。或筆者以離開該職位後，再度回頭擔任，稱為回任。 <p>(二)德國憲法法院法的再任，則是上位概念，包括二種不同時間間隔的再任：連任、回任。將其分別譯為連任與再任並不精確。</p> <p>六、主張再任合憲的基本思維途徑</p> <p>(一)法條只規定「不得連任」，沒有規定「不得再任」，因而「再任」不違憲。然而憲法條文沒有「再任」二字，並不能因此就直接導出：再任不為憲法所禁止。例如：政黨的相關法律，沒有明文寫出禁止經營營利事業，並不能因此就直接導出政黨的營利行為「不在法律所明文禁止之列」。</p> <p>(二)憲法只明文禁止連任，因此可以再任。「明示其一，排除其他」，此一推論基本上是邏輯謬誤的。無論是「法無禁止」或「於法無據」，都必須提出論證說明理由。當法律沒有規定，且確認有漏洞後，才能補洞。</p> <p>七、大法官是否能再任，屬於填補法律漏洞的問題</p> <p>對於立法者的疏失，或立法時不能預見，或其他原因，以致於應有法律規定的事項，事實上卻沒有法律可用，就是有法律漏洞。</p> <p>八、爭議中的一些基本法律觀念</p> <p>嚴格解釋涉及基本態度的寬嚴，擴張解釋則是涉及解釋結果的取舍範圍較大。二者之間準據不同，並無關聯，不能並排論述。嚴格解釋，其對應概念為從寬解釋。擴張解釋，其對應概念為限制解釋。</p> <p>九、法律解釋，始於文義，終於文義</p> <p>(一)「始於文義」係涉及適用方法的順序，在多數方法當中，必須文義作為解釋之起點。先確定某一法律條文或用詞整個可能意義範圍，在解釋時，先將所有可能意義範圍列入，才不會有遺漏。</p> <p>(二)「終於文義」則指瞭解可能的整體文義後，採用</p>
--------------------	-----------	--

【高點法律導班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>文義範圍大小（廣義與狹義）的問題。解釋的結論，即使採取擴張解釋（廣義），也不能超出「可能的字義範圍」之外，否則就進入填補漏洞、創設新規則的情形，不再是屬於解釋範圍內的工作。探討再任，不是解釋，而是進入填補漏洞的問題。</p> <p>(三)解釋法律不能超越可能的字義範圍之外，並不是說，法官行使審判職權時，絕對不能逾越字義範圍；只有在特定要件下法官才能以超越可能字義範圍的方式審判，但此際已經不再屬於解釋法律，而是進入法官造法的領域。</p> <p>十、修憲代表的討論意見</p> <p>(一) 討論大法官再任議題時，有提及「1997年修憲時的國民大會修憲實錄並未有隻言片語提到再任」涉及歷史解釋。</p> <p>(二) 歷史解釋是要探求立法者的意思，如果以立法當時的歷史文獻為參考資料，稱之為主觀理論。對執法者（司法與行政）而言，這些歷史資料僅供參考用，這些資料也可能相互衝突與矛盾，尤其是不同黨派不同意見情形，能拘束執法者，只有法律條文本身。</p> <p>十一、再任與司法獨立性</p> <p>憲法增修條文第5條第2項明文禁止大法官連任。在此，就必須討論：為什麼禁止連任？此一議題涉及目的論解釋，不得連任的規範目的在於維護司法獨立性，然而不只連任，任何形式的再任，就難免因有尋求後續機會的再任可能性，而影響獨立。在維護司法獨立性前提下，立法者對大法官的任期有形成自由，可採用(一)終身制，或(二)有任期且不得再任；二者均可避免因再任機會，而影響司法獨立性。</p> <p>十二、大法官回任，造成體系矛盾現象</p> <p>(一)體系解釋是由法律之間的關聯性，由整體法律的結構，以理解法律條文或其用詞。</p> <p>憲法第七章司法以及司法院組織法內的司法官，包括大法官與法官。為維護司法獨立，在任期方面法官為終身職，大法官則有任期，固然形成不一至的現象；然而，由任期角度維護司法獨立，終身職並非唯一途徑。關鍵在於何種任期制</p>
--------------------	-----------	--

【高點法律尋班】

版權所有，重製必究！

<p>重點整理</p>	<p>解評</p>	<p>度，可以達到司法獨立的目的。 憲法增修條文規定不得連任，符合法治國家維護司法獨立原則。但條文文字延續舊觀念與實務情形，使用「連任」一詞，以至於產生有關回任是否允許的疑義。如果大法官可以回任（再任），將開啓妨害司法獨立之門，會造成體系矛盾。</p> <p>(二)由執法（司法與行政）者填補法律漏洞，屬於權力分立原則的例外情形，立法權仍然是立法院的職權。填補法律漏洞時，當然不能違反既定的法律政策，不能以違反立法目的事項來填補。由於回任（再任）並不符合立法目的，可能妨害司法獨立，造成體系矛盾的現象，因此即使憲法有漏洞，也不可以採用作為填補漏洞的事項。</p> <p>十三、比較法的論證 研究比較法，或舉出外國法律規定為論證，並非只是指出外國規定如何，而是要提出論證。</p> <p>十四、提名爭議與複合問句的謬誤 關於大法官再任爭議事件，應區分「任期制度」是否違憲？與「個案人選」是否適任？此二不同的問題之間，具有先後不同的先驗關係，必須分開處理。只提出「個案人選」，要求回答是或否，就犯了邏輯上複合問句的謬誤。</p> <p>十五、結論 憲法只明文規定禁止連任，並不是一完善的立法。再任包括連任與回任，因為任何一種再任都可能妨害司法獨立，故無論法條是否明文規定禁止回任，也是在禁止之列。就此角度而言，法律並無應規定事項（假設可以回任），而無規定（回任）的情形，所以結論是：憲法增修條文第 5 條第 2 項並無法律漏洞；基於維護司法獨立性，大法官不得回任。未來要修法可以修改為「不得再任」或「不得連任與回任」。</p>
<p>考題趨勢</p>	<p>大法官再任的合憲性</p>	
<p>延伸閱讀</p>	<p>一、陳英鈴，〈許宗力教授再任大法官的合憲性〉，《台灣法學雜誌》，第 305 期，頁 1-4。</p> <p>二、廖元豪，〈大法官難「再」「續」？－司法院院長任命的民主正當性考量〉，《台灣法學雜誌》，第 305 期，頁 13-17。</p> <p>三、吳信華，〈大法官任滿後的再任問題〉，《月旦法學教室》，第 170 期，頁 43-49。</p>	

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！