

「律法既是將來美事的影兒，不是本物的真像，總不能藉著每年常獻一樣的祭物叫那近前來的人得以完全。」（聖經 新約 希伯來書 十 1）

一 法律適用的三個階段

1. 解釋：在文義可涵蓋的範圍內，亦即文義足以支持該結論，判決應附之理由：系爭規定及其文義
2. 制定法內的法的續造（*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*）=漏洞的補充，尤其是類推適用/目的性限縮。此一結論已非文義可涵蓋的範圍，亦即文義並不足以支持該結論。判決應附之理由：漏洞+系爭案例事實與法律既已規定之事實 2.1. 相類似，類推適用；不相似，目的性限縮
基於平等原則（§ 7 憲），法官有從事制定法內法之續造的義務
3. 超越制定法之外的法的續造（*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*），無漏洞，原則上涉及法律政策/法律設計妥當與否的問題，是立法權的問題，法官原則上並無義務、亦無權利去從事制定法外法之續造（權力分立原則）。例外：Larenz 歸類德國制定法之外的法的續造的情形，約可分為三種情形：1. 基於強烈的交易需求、2.事物本質、 3.法倫理性的要求。

我：基本權保護義務；法官若不為時，將構成對基本權利的嚴重誤認=有義務為制定法外造法。

我國法上的例子

- 最高限額抵押權的承認（→←物權法定原則）
- 臺灣彰化地方法院 95 年度繼字第 1302 號民事裁定，讓未成年的繼承人於成年後 2 個月內得拋棄繼承（原非立法計畫範圍內）
- 臺灣高等法院 87 年上字第 76 號民事判決在債編修正前，承認對於隱私權本身的侵害得請求慰撫金；（→← § 18, 195）
- 臺灣高等法院 94 年家上字第 105 號民事判決（經最高法院 95 年台上字 1872 駁回上訴確定）承認和已婚男子長期同居的女子，於結束同居關係時可請求贍養費 →←一夫一妻制）

二 關於「漏洞」的幾點說明

1. 「漏洞」概念的設計，是為配合制定法內的法的續造，有漏洞時，
 - 在民法同時意味著法官補充/法的續造的權限；又基於平等原則，同時為其義務；
 - 在刑法、基於罪刑法定主義；在稅法、基於稅捐法定主義，原則上則否。
2. 「漏洞」的認定，主要是和立法計畫（*Gesetzesplan*）相對照，法規的文義並未適當地反映出該計畫，二者之間有落差。我們可合理地認為：不同時空、環境

所訂立的特定法典（例如民法、消保法、土地法、公寓大廈管理條例等等）的背後各自有其立法計畫，但卻不能說由前述不同法律所構成的民事法律**整體**、背後存在著立法計畫。因此原則上吾人僅承認「制定法漏洞」（Gesetzeslücke）、而不承認有所謂的「法漏洞」（Rechtslücke）。又基於權利分立原則，吾人若承認有所謂的「法漏洞」，將可能過度授權給司法者的造法，亦有不當。

3. 立法計畫，主要是基於立法目的（解釋目的的主觀說）、客觀功能（解釋目的的客觀說）（尤其是基於平等原則）加以認定。特別是當吾人對法規客觀功能認定從嚴時，法官補充法律漏洞的權限越狹小，反之則越寬鬆。若認定過於寬鬆，可能將原屬於制定法外之法的續造領域者、劃歸制定法內法的續造，導致擴張法官造法的權限。
4. 「漏洞」的補充，原則上也是依據上述立法計畫，
 - 4.1. 將特定的法規，適用到應納入、（依其可能文義）卻未納入的案例事實（主要是透過類推適用），亦或是
 - 4.2. 將應排除、（依其文義的核心）卻未排除的案例事實（主要是透過目的性限縮），排除於該特定法規的適用之外
5. 承上論述，「漏洞」補充的界線，原則上就是上述的立法計畫。超出立法計畫之外者，既無「漏洞」補充、自無「漏洞之補充」可言；應屬制定法外之法的續造的範疇。

三 關於漏洞的幾點疑義

1. 有「明知的漏洞」？立法者力有未迨，讓判決學說決定之。本文：有一個相對應的立法計畫（一個沒有具體內容一個立法計畫）？縱有，有授權補充、但並未提供解決之道。一般條款（例如誠信原則、權利濫用之禁止原則）或不確定法律概念（公序良俗、顯失公平）的具體化。有認為：在文義範圍內，仍為解釋的範疇。本文：2.1.縱然是解釋/文義範圍，但僅訴諸文義，通常將導致「判決不備理由」的結果。2.2.是明確地授權法官參照社會通念等加以決之（此與「漏洞」的概念相似），但並未提供足夠具體的標準（此與「漏洞」的補充不同）。
3. 和 § 1 的關係？不必將§ 1「法律所未規定」和方法論上漏洞的概念畫上等號；也不必將漏洞補充一定認定為是屬於該規定所規定的「依法理」。（法理的適用也未必是處於該條規定的「第三階段」，對此，參閱前述「體系」、「比較法」的說明）；否則將 § 1 認定為方論上的規定，是否為立法原意，非無疑問；且將阻礙方法論的發展，從結果言，亦有不當。

三 法的續造

1 本文：民事法律功能，在對相互衝突的權益，尋求最佳的解決方案≡當不為制定法外的法的續造，將嚴重侵蝕上述的法律功能，特別是對所涉及之當事人基本權利嚴重地忽視時，根據基本權保護義務的效力，法官有義務為制定法外之法的續造

2 最高法院九十五年度台上字第一六九二號民事判決

「按勞基法第十一條第二款規定，雇主有虧損或業務緊縮之情形時，得不經預告終止勞動契約。其立法意旨係慮及雇主於虧損及業務緊縮時，有裁員之必要，以進行企業組織調整，謀求企業之存續，俾免因持續虧損而倒閉，造成社會更大之不安，為保障雇主營業權，於雇主有虧損或業務緊縮，即得預告勞工終止勞動契約。原審既認上訴人確有業務虧損之情形，則上訴人依上開規定資遣被上訴人，即非無據。**乃原審謂上訴人資遣被上訴人之前，尚必須徵詢其調整職務之意願，始得資遣，增加該勞基法規定所無之限制，自有可議。**。次按就業服務法第四十二條所定「優先留用本勞」之原則，係指「同一職務」而言，非指事業單位需將外勞裁至一個不剩時，方可裁減本勞。是於企業裁減本勞時，如尚留有外勞，只要工作職位並非相同，則其裁減本勞，即不得指為違法」