

肆 影響法律解釋的方法前提架構與因素

Q 1 法律的解釋有需要方法嗎

Q 2 我們需要什麼樣的法律解釋方法

一 影響法學方法的因素：法律以外的因素

1 法律是透過文字公佈出來的。文字化的法律，相對於口頭的表示、可能只是空口無憑而已（例如判決，*Rechtsprechung*，）其內容更容易被確認（想想聖經中描述約西元前 1600 年，神親自將十誡的二塊石版交給摩西，以便讓以色列人與其立約，永世遵行。「動物農莊」中的故事，動物們把主人趕出農莊後，小豬便立法...），更容易超越時空的阻隔（想想聖經中約西元前 1600 年的的十誡，西元前 451/450 羅馬的十二銅表法，西元 533 年的查士丁尼法典），某個程度上而言，更容易獨立於立文字的人之外（參閱 客觀說）。換言之，文字化的法律，某程度可以脫離立法者，變成無法完全任由立法者掌控的事物。法律的文字化本身，在不成文法的國家，形同立法=*common law* 的法官下判決時，實為造法/法官造法。

2. 信守，不只是人民，也包括對立法者的拘束。

* 《左傳》昭公二十九年記載：晉鑄刑鼎，著范宣子所為刑書，孔子發表了反對意見，理由是“民在鼎矣，何以尊貴”，“貴賤無序，何以為國”

* 鄭人鑄刑書，晉國一個叫叔向的貴族寫信給鄭國的執政子產，表示反對，理由是“民知有辟（法），則不忌於上”，“民知爭端矣，將棄禮而征於書，錐刀之末，將盡爭之，亂獄滋豐，賄賂並行”，並警告子產說：終子之世，鄭其敗乎！”

* 450 BC 羅馬的十二（銅？象牙？木）表法，取經自希臘雅典索倫（Solon）的立法樹立於廣場，保護平民，免於貴族的枉法欺壓（原物毀於外族入侵羅馬之時= Gallischer Brand, 387 BC）

（John Austin 法律是主權者的命令，主權者本身不受法律之拘束）

法律既然是透過文字加以表達的，有待解釋才能適當地運用。

1.1. 表達規範的文字（Text）與規範本身（Norm）的落差

1.2. 抽象規範（Norm）與具體案例（Fall）間的差距

例：規範（Norm）：禁止殺人，刑法的 Text ？ 個案（Fall）：正當防衛？執行死刑？戰場上殺死士兵/平民？

二 基本命題-規範層面的影響

1. 法的終極目標（理想）-追求公平正義

聖經舊約創世記第二章第 15-17 節「耶和華上帝將那人安置在伊甸園，使他修理看守。耶和華上帝吩咐他說：園中各樣樹上的果子，你可以隨意吃。只是分別善

惡樹上的果子，你不可吃，因為你吃的日子必定死。」

聖經新約羅馬書第二章第 12-15 節「凡沒有律法犯了罪的，也必不按律法滅亡；凡在律法以下犯了罪的，也必按律法受審判。（原來在神面前，不是聽律法的為義，乃是行律法的稱義。沒有律法的外邦人若順著本性行律法上的事，他們雖然沒有律法，自己就是自己的律法。**這是顯出律法的功用刻在他們心裡，他們是非之心同作見證**，並且他們的思念互相較量，或以為是，或以為非。」

惡法亦法？惡法非法？法律只是統治者的工具？這是向來爭訟不停的問題。簡單的回答是：你希望活在哪一種社會裡呢？

在可能的範圍內的、有限的公平正義

聖經新約馬太福音第十九章第 3-8 節「有法利賽人來試探耶穌，說：人無論甚麼緣故都可以休妻麼？耶穌回答說：那起初造人的，是造男造女，並且說：因此，人要離開父母，與妻子連合，二人成為一體。這經你們沒有念過嗎？既然如此，夫妻不再是兩個人，乃是一體的了。所以，神配合的，人不可分開。法利賽人說：這樣，摩西為甚麼吩咐給妻子休書，就可以休她呢？**耶穌說：摩西因為你們的心硬，所以許你們休妻，但起初並不是這樣。**」

1.1. Radbruchsche Formel，法律的基本目的在追求公平正義，連最低限度的公平正義都不企圖實現者，非法律。納粹的惡法；Mauerschutzprozess=東德士兵受命殺害要投奔自由的東德民眾。

1.2. 法官所接受的公平正義，影響法律的適用（解釋/續造）

2. 國家法（Staatsrecht 憲法）的問題

2.1. 法治國原則

– 依法審判 + *獨立審判 § 80 憲法

（法官擁有解釋法律的權限，是國家權力的切割的問題，同時也受到法官的品行/專業能力是否值得信賴的影響。領事裁判權之例）

* 法官有解釋法律的權限（Raisch, S. 91 ff）

- Justinian 公佈 constitutio Tanta § 21 禁止解釋（註解）法律，否則處以竄改法律之罪（Kunkel/Schermeier, Römische Rechtsgeschichte, 14. Aufl, 2005, S. 225 f. ）

- 法國 1667 年，皇帝 Ludwig 十四世 規定法官於適用法律有疑義時，不得自為解釋，而應向國王請求釋疑。1804 法國民法第 4 條，法官不得拒絕審判→應自為解釋。

- 1813 年 Feuerbach 起草的巴發利亞邦刑法，禁止法官解釋法律

- 1780 普魯士皇帝 Friedrich der Große 明令禁止「解釋、擴大或限縮法律」（Die Gesetze zu interpretieren, auszudehnen oder einzuschränken）。1794

- 年普魯士一般邦法典禁止法官在文句、文句彼此間的關係、最相接近的法律上明確的理由之外，賦予法律規定其他的意義（Einl. § 46）、有疑義時向法規委員會（Gesetzcommission）請求釋疑（Einl. § 4）。1798年修正為得依據一般原則（nach den allgemeinen Regeln）解釋或請求釋疑。
- 奧地利皇帝 Joseph 二世 1781 一般法院組織法，法官應「依據對法律文字真實而通常的理解（nach dem wahren und allgemeinen Verstand der Worte dieses Gestezes）」為審判，有疑義時應向樞密院（Hof）申請釋疑。
 - 1811 一般民法典 AGBG (§§ 6 ff) 自為解釋
 - 1907 § 1 瑞士民法 文義/解釋→習慣法→若身為立法者時將會訂定的規則（穩當的學說與習慣）
 - 1929 § 1 台灣民法 法律未規定-習慣-法理；憲法解釋？法律牴觸憲法？
 - 前東德，廣泛地強調「有權解釋」（authentische Auslegung/Interpretation）（=人民大會（Volkskammer）；最高法院/國家契約法院（staatliches Vertragsgericht）（後者是隸屬於部長委員會的機構（Ministerrat）的解釋），禁止法官為法的續造（Althaus-Grewe, Karin, Methodenlehre in der DDR-Rechtswissenschaft, 2004, S. 225 ff）

- 法律保留-釋 611, 釋 602；施行細則逾越母法 釋 612; 釋 619
- 法律明確性-不確定法律概念； 例如：刑法第 235 條-猥褻, 釋 617

2.2. 權力分立：解釋、法的續造及其界限

2.3. 民主原則（國會保留）

2.4. 平等原則 § 7 憲法 相同案件為相同處理

3. 個別法律領域的基本原則

3.1. 罪刑法定主義/稅捐法定原則/行政罰 § 19 憲法，釋 593, 釋 597,

3.2. 法律未規定, § 1 民法。物權法定原則, § 757 民法。

3.3. 刑法的枉法裁判？ 訴訟法上的判決理由不備？法之續造？

（如：處死岳飛，依據？1. 罪名？莫須有！2. 僅引用刑法第一條而已；

如：民事官司，判陪 1 億元慰撫金，僅依據民法第一條而已）

三 法學方法的功能

法學方法的基本功能：檢驗法律適用與論證的合理性；≡ 標準操作程序

有公認的遊戲規則，才有遵守或違規可言。如：各類球賽（籃下秒犯規）？象棋（不得飛象過河？）....

1. 法學方法的必要性：實現上述公平正義、憲法以及個別法律領域的要求。
2. 法學方法的功用：重在檢驗/反思（≡ 邏輯之於推論；標準作業程序）
3. 應發展出最能適當地實現其任務的法學方法（法學方法的合目的性考量）。

1.在依法審判與不依法審判之間，必須有一個被公認檢驗標準。否則上述原則/要求，形同虛設。

2. 法學方法的功用：重在檢驗對法律詮釋所得的結果

2.1. 「答案」的發現≠「答案」的檢驗

如何發現（牛頓在蘋果樹下悟道（地心引力）、阿基米德在洗澡時發現密度、愛因斯坦在無法作實驗的情形下領悟相對論）← 若是懷疑其正確性？不必再站在蘋果樹下、洗澡、或是「冥想」，可以透過實驗加以檢驗。若是共產主義者、資本主義者（不同的意識型態），黑人、白人（不同的種族），女性，男性（不同的性別）作實驗，都可得相同結果，較被容易接受。

1869 年 2 月，它關係到化學王國的憲法--元素週期律。

當時已經發現了 63 種元素，科學家無可避免地要想到，自然界是否存在某種規律，使元素能夠有序地分門別類、各得其所？35 歲的化學教授門捷列夫苦苦思索著這個問題，在疲倦中進入了夢鄉。在夢裏他看到一張表，元素們紛紛落在合適的格子裏。醒來後他立刻記下了這個表的設計理念：元素的性質隨原子序數的遞增，呈現有規律的變化。門捷列夫在他的表裏為未知元素留下了空位，後來，很快就有新元素來填充，各種性質與他的預言驚人地吻合。

苯分子非常對稱，大家實在難以想像 6 個碳原子和 6 個氫原子怎麼能夠完全對稱地排列、形成穩定的分子。1864 年冬的某一天，德國化學家凱庫勒坐在壁爐前打了個瞌睡，原子和分子們開始在幻覺中跳舞，一條碳原子鏈像蛇一樣咬住自己的尾巴，在他眼前旋轉。猛然驚醒之後，凱庫勒明白了苯分子是一個環

1921 年復活節星期天之前的夜晚，奧地利生物學家洛伊從夢中醒來，抓過一張紙迷迷糊糊地寫了些東西，倒下去又睡著了。

早上 6 點鐘，他突然想到，自己昨夜記下了一些極其重要的東西，趕緊把那張紙拿來看，卻怎麼也看不明白自己寫的是些什麼鬼畫符。幸運的是，第二天凌晨 3 點，逃走的新思想又回來了，它是一個實驗的設計方法，可以用來驗證洛伊 17 年前提出的某個假說是否正確。洛伊趕緊起床，跑到實驗室，殺掉了兩隻青蛙，取出蛙心泡在生理鹽水裏，其中一號帶著迷走神經，二號不帶。用電極刺激一號心臟的迷走神經使心臟跳動變慢，幾分鐘後把泡著它的鹽水移到二號心臟所在的容器裏，結果二

號心臟的跳動也放慢了。這個實驗表明，神經並不直接作用於肌肉，而是通過釋放化學物質來起作用，一號心臟的迷走神經受刺激時產生了某些物質，它們溶解在鹽水裏，對二號心臟產生了作用。神經衝動的化學傳遞就這樣被發現了，它開啟了一個全新的研究領域，並使洛伊獲得 1936 年諾貝爾生理學和醫學獎

2.2. 檢驗=法學方法的重要性

特別是當答案（實質的結果）未必是那麼的明確時，獲得該答案的過程（形式的程序）就顯得更為重要；因為獲得答案的過程若是經得起考驗，則所獲得的答案就較容易為人所接受。例如關於總統競選時某候選人腹部遭槍一事，真相如何，爭論不斷。不論如何，李昌鈺所提出的鑑定意見雖未必令人滿意，但相較於其他「科南」們「版本」，總是最較被接受的。理由無他，科學辦案、有多少證據、說多少話，相對地較具有說服力。由此可知，依循大家公認可靠之知識所獲得的結論，總是較具說服力的。

法律應當如何詮釋？就詮釋的結果，常有爭論。因此該結果，若能藉由公認可靠之方法（法學方法）加以檢驗，就更容易被接受。因此作為一種檢驗的標準，法學方法就有其必要性。

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/forum/20151002/703447/applesearch/%E3%80%90%E7%A7%91%E5%AD%B8%E6%9C%88%E5%88%8A%E3%80%91%E5%8F%88%E6%9C%89%E7%A7%91%E5%AD%B8%E6%96%B0%E7%99%BC%E7%8F%BE%EF%BC%9F%E5%85%88%E5%88%A5%E8%BC%95%E6%98%93%E7%9B%B8%E4%BF%A1%EF%BC%81>

2015 年 10 月 02 日 09:54

2014 年，隸屬日本理化學研究所的小保方晴子博士，在頂尖期刊 *Nature* 上發表了嶄新的萬能細胞製作方法，此種細胞又稱為 STAP 細胞，具有分化為各種細胞的能力。比起其他製作幹細胞的程序，製作 STAP 細胞不但簡易、省時，且無倫理顧慮。因此論文一出，馬上引起了極大關注。然而，在世界各地許多研究人員嘗試重現 STAP 細胞後，竟無一人成功。接下來，數據造假、錯置等爭議喧囂塵上，最後在調查單位的監督下，證明一切皆是一場騙局。

今年 8 月，由各國專家組成的研究團隊，重新檢視當今三本最為重要的心理學期刊，並嘗試再現 2008 年所刊登的 100 個研究。結果發現，當中只有 36% 的結果可被複製，其餘研究的再現性都相當低。



難道，你只認領了論文標題和作者光環？

作者／黃正球（美國貝勒醫學院發育生物學博士，研究領域為癌癥與疼痛的神經機制，目前於美國聖路易華盛頓大學進行博士後研究）

糖尿病是影響現代人健康甚鉅的一種代謝疾病，據統計目前全球約有 3% 的人口罹患糖尿病，所花費的醫療開銷，一年超過六千億美金。

第一型糖尿病起於胰島 B 細胞的數量減少或功能異常，造成分泌的胰島素不足。第二型糖尿病則是主要因為胰島素阻抗（**insulin resistance**），即細胞無法正常反應胰島素引起的生理功能；隨著病情的加重，會進而引發 B 細胞受損、死亡，導致胰島素分泌的不足。雖然目前有口服降血糖藥物或胰島素注射劑可以當作治療的療法，但畢竟調整血糖的功效還是不如身體內健康的 B 細胞靈活。加上近年研究顯示，成體的 B 細胞在高血糖刺激或胰島素阻抗的情形下，能進行細胞分裂增生，對胰島素分泌與血糖調控有短期代償的效果，所以如果找到能長期促進 B 細胞增生的因子，或開發出等效的藥物，從根源醫治糖尿病的梦想也許就不遠了！

發現神奇蛋白 糖尿病藥到病除？

在這樣的邏輯和驅力下，科學家們以實驗小鼠為模型，開始了找尋這類因子的征戰。2013 年 4 月，美國哈佛大學的莫爾頓（**Doug Melton**）與實驗室同儕，在 *Cell* 期刊上發表了一篇可能會徹底改變糖尿病治療方法的論文。他們利用一個短肽 **S961** 作為胰島素受體拮抗劑，阻斷胰島素的訊息傳遞，在小鼠中建立了第二型糖尿病的模型。如前所述，由於胰島素阻抗作用產生的代償，小鼠的 B 細胞開始分裂增生，而胰島素分泌也顯著增加。他們先以實驗排除了 **S961** 直接影響 B 細胞增生的可能性，然後進一步利用基因微陣（**DNA microarray**）分析了和代謝有關器官的基因表現，發現有一個基因在第二型糖尿病小鼠的肝臟與白脂肪中大量表現，並且會表達一個能被細胞釋放的蛋白。更令人驚奇的是，在小鼠的肝臟中外加表達這個蛋白，可以促進胰島 B 細胞的分裂增生和胰島素的分泌，而且能有效調節血糖和葡萄糖耐受能力（**glucose tolerance**）。於是論文作者將這個神奇的蛋白取名為 **Betatrophin**（胰島 B 細胞滋養因子）。

這個革命性的發現，受到 *Cell* 期刊肯定，加上哈佛校方的宣傳和眾多媒體爭相報導，不但科學從業者熱烈討論，數以千百計的糖尿病患者也紛紛透過各種管道，詢問這個可能徹底治癒糖尿病的「靈藥」。當然，也吸引了許多投資客與生技製藥業的目光……

但是，很可惜現實不是童話

2014 年底，雷傑納隆（**Regeneron**）藥廠掌管代謝研究的格羅馬達（**Jesper Gromada**）與其團隊，在 *Cell* 期刊上刊登了一篇打臉莫爾頓的論文。文中先餵食小鼠高脂飼料以誘發第二型糖尿病，然後檢測野生型小鼠和 **Betatrophin** 基因剔除小鼠，胰島 B 細胞的增生能力。實驗結果證明，**Betatrophin** 基因剔除小鼠 B 細胞的增生能力，和野生型小鼠沒有區別。再來作者利用原本莫爾頓實驗室使用的短肽 **S961**，在野生型與 **Betatrophin** 基因剔除小鼠上引發第二型糖尿病，測試不同糖尿病模型是否導致不一樣的結果。很不幸的，還是沒有發現這兩個基因型的小鼠，在 B 細胞的增生上有任何差異。結合上述兩個實驗，得到的結論是 **Betatrophin** 對 B 細胞增生並不是必要條件。

更慘的是，作者在野生型和 **Betatrophin** 基因剔除小鼠的肝臟中外加 **Betatrophin** 蛋白，發現對 B 細胞增生、血糖調節、胰島素分泌以及葡萄糖耐受能力，居然一點功效也沒有！這個結果顯示，**Betatrophin** 對 B 細胞增生連充分條件都不是，雷傑納隆團隊完全無法重複莫爾頓實驗室在 2013 年所發表的結果，**Betatrophin** 這個靈藥一下被打回不起眼的原名：**ANGPTL8**（類血管生成素 8 號）。

緊鄰著雷傑納隆團隊發表的 *Cell* 期刊論文旁邊，其實有莫爾頓實驗室發表的更正聲明。他們首先重複了之前在肝臟中表達 **Betatrophin** 的實驗，並大大增加了樣本數（從原本的 7 隻到目前的 52 隻），計量後發現，外加的 **Betatrophin** 對胰島 B 細胞的增長只有非常細微的幫助（卻可以對胰島素的分泌有明顯的助益？）。而同時他們也承認，剔除 **Betatrophin** 基因並不會減少小鼠在第二型糖尿病病程初期 B 細胞的增長……

七隻小鼠的數據 為什麼你相信了？

從上述事件，我們能得到什麼訊息？又要怎麼去深辨其中的玄機呢？

第一，當我們在科學期刊上閱讀到一個「劃時代」、「革命性」發現的標題時，請先保持一種理性分析的心態，從頭到尾檢測文章中的實驗數據，是否足以撐得起作者的敘述與結論。在 *Betatrophin* 的事件中，原本 *Cell* 期刊論文裡最關鍵的活體實驗，其實只用了區區 7 隻小鼠，其中的 4 隻並沒有任何作用，顯示出的統計差異是源於另外 3 隻小鼠的樂透效應（*Jackpot Effect*），所以當樣本數增加到 52 隻之後，真正可能有生理意義的數據才顯露出來。

再者，以 *Cell* 這樣一個頂尖期刊，不管是編輯或是審稿者都不該不了解「充分且必要條件」的重要性，但 *Betatrophin* 的原始論文中，就是少了這麼一個用 *Betatrophin* 基因剔除小鼠來顯露必要條件的實驗，不知是否是作者的光環太過耀眼，屏蔽了編輯和審稿者實事求是的審核標竿。

第二，當我們從新聞媒體或網路上聽聞一個科技或醫藥新知，在廣泛轉發親朋好友之前，請盡量查明消息的出處以及相關的科學文章。在網路發達、新聞氾濫的當今社會，有太多良莠不齊的媒介能傳播不實甚至有害的消息，也有太多的假專家或有心人士署名一些似是而非的資訊。網路消息這把雙面刃，怎麼使用得當，對網路普及率這麼高的臺灣民眾來說，的確是一門不簡單的課題。

最後強調，希望各位讀者在閱讀吸收所謂的科技新知時，請多重視資訊中的立論、證據與邏輯性，做出您個人理性的判斷，當然，受審視的也包括您現在正在讀的這篇評論。

延伸閱讀

1. Yi, P., Park, J. S. and Melton, D. A., *Betatrophin: a hormone that controls pancreatic B cell proliferation*, *Cell*, Vol. 153: 747-58, 2013.
2. Gusarova, V., Alexa, C. A., Na, E. *et al.*, *ANGPTL8/betatrophin does not control pancreatic beta cell expansion*, *Cell*, Vol. 159: 691-6, 2014.
3. Yi, P., Park, J. S. and Melton, D. A., *Perspectives on the activities of ANGPTL8/betatrophin*, *Cell*, Vol. 159: 467-8, 2014.

2.3. 有公認的、可靠的標準才有所謂的檢驗可言=法學方法的必要性

（例一）數學測驗時，小明在他隨身攜帶的碗公裏擲骰子。監考老師不解地問道：「你到底在作什麼？」小明不耐地回答：「我在驗算！」。同例，若是電子計算機？
（例二）甲稱病拒絕到庭，提出：1. 台大醫院開的「診斷書」說生命危險。2. 皮膚科診所開具有相同內容的「診斷書」？3. 算命的所說具有相同內容「鐵口直斷」？

法學方法，應當是公認而且可靠的標準，雖然這標準不一定能夠達到，無論如何，吾人應當盡可能超越擲骰子之於驗算（跟著「感覺」/「法感」走？）、皮膚科（膚淺的「繼受」！）、「鐵口直斷」（僅僅訴諸採特定見解者的「地位」與「先見之明」）的水準，朝向法學社群所共通接受的標準而努力。

3. 應發展出最能適當地實現其任務的法學方法（法學方法的合目的性考量）

法學方法有其任務，因此吾人需要一套能適當地達成上述任務的法學方法，亦即法學方法有其合目的性的考量。就規範層面內的因素而言，可能隨不同的對法律的理解、個別的法律制度而有所差異。就規範層面外的因素而言，也可能隨著不同的學問（例如詮釋學、語言分析）的發展，而有所差異。未必先天上必然地僅限於哪一套的方法。

4 務實的角度 目前為止

4.1 Summers 與 Taruffo (Interpretation and Comparative Analysis, 收錄於該書 p. 461-510) 的總結了上述國家內共用的十一種論證的觀點 (p. 464 sq) 包括 1. 語言的通常意義 (ordinary meaning), 與 2. 專業/技術意義 (technical meaning), 3. 脈絡一致化 (contextual harmonization) 的論點, 4. 訴諸判決先例 (precedent), 5. 法規的類推適用 (statutory analogies), 6. 邏輯-概念的觀點 (logical-conceptual argument) (從公認的法律概念所擁有的內容加以推論), 7. 訴諸一般的法律原則 (general legal principles), 8. 歷史的觀點 (history), 9. 立法目的 (statutory purpose), 10. 實質的理由 (substantive reasons), 11. 立法意圖 (intention)

本文的分析：

與文義有關的 1, 2, 6, 4

與體系有關的 3, 5, 7, 4, 5

立法機關之「主觀」意圖 11, 8, 9, 5

或法律的客觀目的/功能有關 8, 9, 10, 5, 4

4.2 三階段，似乎是不可或缺的

文義是解釋的終點，是基於法學方法的任務的考量

←法律適用的三個層次：

4.2.1. 第一層次：解釋=文義可涵蓋範圍內，法官判決應具備的理由，原則上可以僅訴諸文義

4.2.2. 第二層次：於漏洞-補充，因文義已無法支持該答案，應說明漏洞的存在，以及應依立法計畫如何地加以補充

4.2.3. 第三層次：超越制定法外的法的續造，應訴諸堅強的理由；

例如事物本質（事實上夫妻關係？）、倫理要求（從：「擴大承認 §195 特別人格權」到「一般人格權的承認」？臺灣彰化地方法 95 年度繼字第 1302 號民事裁定：未成年人拋棄繼承的時效起算點：成年後）、強烈的交易需求（例如原先實務上對於最高限額抵押權的承認）

4.2.4. 分三個層次的理由

a 刑法禁止（不利於行為人的）類推/稅捐/行政罰，法有明定增加法律所無之限

制→因此必須在法有規定=解釋(第一層次)/法律未規定=非解釋之間加以區分。同一標準於其他法律領域(例如民法),亦有適用。

b 在法律未規定,但法院可為造法時,亦必須有其界限,不免不必要地侵害立法權限→因此必須區分:第二層次=原則上可允許的法的續造=漏洞的補充(制定法內之法的續造),基於貫徹立法計畫,平等原則之要求,法官有造法之義務/
第三層次:立法政策=具有民主正當性的立法者的權限,僅例外時才可以允許的制定法外之法的續造(在為貫徹基本權時,法官基於基本權保護義務,至少涉及基本權利的重大影響時,法官有義務為造法)

c. 比較法上.

Steiner, Eva, French legal method, 2002, P 93-96 論者亦有就判決先例,三分為:
Precedent secundum legem 適用與解釋既有的法律,是在法律規定的文義之內
(within boundaries fixed by the wording of statutory and code provision)

Precedent praeter legem,是在現行法體系之內,對法律的補充、且未與之衝突,在此,民事法院常援引相關法律以為判斷之基礎,行政法院則多訴諸不成文的一般法律原則
Precedent contra legem,判決與法律推定相衝突並取而代之,創設與法律規定明確衝突的新規範,亦或拒絕新的法規的適用而建立新的判決先例

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 9. Aufl, 2005, S. 66 f

政策錯誤亦或現行法補充的問題?實質正義(materielle Gerechtigkeit)和權力分立(Gewaltenteilung)、立法者所擁有的民主正當性(demokratische Legitimation)、法院基於其中立性所而來的權威、法律安定性(Rechtssicherheit)

Rüthers, Rn 828 方法 似乎不脫離給個重要的考量:(1)出發點:個別法規範的意義為何?文義的觀點(2)在的整體法體系觀察底下,其意義為何?體系的觀點(3)法規範乃立法者有意識的產物,其目的又為何