從法學方法論法院解釋與適用 法律之憲法界限

——由高雄少年及家事法院
110 年度司養聲字第 85 號
同性配偶收養裁定出發

張志偉*

要 目

壹、緣起：由高雄少年及家事法院110年度司養聲字第85號同性配偶收養裁定所突顯的方法問題	肆、欠缺方法意識的同性配偶收養裁定
貳、法適用任務與依法審判	一、釋字第七四八號解釋施行法第 20 條的法律解釋
一、司法的法解釋與法適用任務	二、本件收養裁定誤用漏洞、反面推論與準用等方法論內涵
二、方法忠誠作為權力分立與民主原則下之憲法誠命	三、法官拒絕適用法律與憲法訴訟
參、法解釋與法續造的基本理解	四、兒童權利公約或家庭權作為法官續造之基礎？
一、探求規範目的作為法解釋之任務	五、透過修法以達合憲之法政策變遷
二、法官法續造作為憲法問題	
三、法續造與憲法訴訟	伍、結 論

關鍵字：法學方法、法官依法裁判、法律解釋、法續造、憲法訴訟

投稿日期：111 年 11 月 04 日；接受刊登日期：112 年 09 月 23 日

* 銘傳大學公共事務與行政管理學系助理教授，慕尼黑大學法學博士。

壹、緣起：由高雄少年及家事法院 110 年度司養聲字第 85 號同性配偶收養裁定所突顯的方法問題

為落實司法院釋字第 748 號解釋之意旨，立法院於 2019 年 5 月 22 日公布《司法院釋字第七四八號解釋施行法》（以下簡稱為本施行法），作為規範「相同性別之二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」（本施行法第 2 條參照）之專法。為規範「第二條關係雙方當事人」之收養事宜，本施行法第 20 條規定，「第二條關係雙方當事人之一方收養他方之親生子女時，準用民法關於收養之規定。」依此，行政及司法實務見解過去均係認定僅保障同性伴侶結婚的權利，就收養部分而言，僅限於收養他方配偶「親生子女」，始得為之，並無法（接續）收養他方配偶的無血緣子女。此一立場雖然一直都面臨著同婚伴侶們的挑戰，但實務見解則是嚴守文義立場，認定惟有同婚配偶一方之親生子女方得為同婚伴侶所收養。蓋民法中雖無正面規定何謂親生子女，但依民法第 967 條第 1 項規定，稱直系血親者，謂己身所從出或從己身所出之血親。藉此一血親之定義，並輔以法律上之親子關係（即婚生子女），間接認定具有真實血緣關係者，即為親生子女；民法第四編親屬第三章父母子女一章中，第 1061 條規定，「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女」；同法第 1065 條第 2 項規定，「非婚生子女與其生母之關係，視為婚生子女，無須認領」，以及第 1063 條第 1 項，「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」由此，即認定得為同婚伴侶收養者，限於具真實血緣關係之親生子女，實務上諸多爭議即著眼於此。

而 2021 年 12 月一則臺灣高雄少年及家事法院 110 年度司養

聲字第 85 號民事裁定突破此一立法文義及實務見解¹，此一由司法事務官所為之裁定理由略謂：依兒童權利公約，締約國每一兒童均享有不因兒童、父母身分地位不同而有歧視的權利。兒童事務應以兒童最佳利益為優先考量。收養應根據相關可靠的資訊，了解充分關係人並取得同意後認可收養關係。本施行法並無禁止收養養子女，不宜作否定或歧視文義的解釋，因此在以兒童最佳利益為優先考量下，運用體系解釋、目的性擴張解釋等法律解釋方法，收養他方未成年養子女時，準用民法有關收養之規定²。最後，經過社工訪視，認為當事人可以提供小孩穩定的成長環境。因此考量兒童最佳利益後，高雄少年及家事法院裁定可以收養對方的養子女³。

¹ 依司法院事後新聞稿說明，法院組織法第 17 條之 2 第 1 項第 3 款、少年及家事法院組織法第 25 條第 1 項第 3 款、非訟事件法第 50 條規定，司法事務官得辦理非訟事件，依此等規定司法院發布「司法事務官辦理各類事務之範圍貳之一、肆之二」，明定收養事件的認可收養、認可終止收養、許可終止收養事件，由司法事務官辦理。參見吳政峰，司事官裁准同婚伴侶收養無血緣子女 司法院回應了，自由電子報，2022 年 01 月 05 日，<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/3791528>（2022/08/29，造訪）。

而參見法務部（111）年法律字第 11003516960 號函釋。可知其案號應係「高雄少年及家事法院 110 年度司養聲字第 85 號裁定」。

² 引自本件裁定當事人臉書分享，<https://www.facebook.com/catpawidad/posts/397565095452822>（2022/08/29，造訪）。

³ 或因本件係屬收養事件之裁定，司法院法學資料檢索系統中並未收錄此則裁定，作者曾向司法院函詢可否公開該裁定遮隱當事人個資後重要之裁定理由。惟臺灣高雄少年及家事法院回信表示，基於下列理由礙難提供：「一、按各級法院及分院應定期出版公報或以其他適當方式，公開裁判書，但其他法律有規定者，依其規定，法院組織法第 83 條第 1 項定有明文。再按公民與政治權利國際公約第 14 條規定：『人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。法院得因民主社會之風化、公共秩序

此則民事裁定一出，輿論討論甚多，關注焦點多集中於此為同性配偶（同性婚姻關係當事人）收養的突破性見解，或亦有關注本則裁定係由司法事務官所為，是否有違司法事務官與法官之功能分配的問題。惟本文認為，此一裁定在方法論上的意義毋寧更為關鍵，其涉及法律解釋與法續造間的區分及界限，亦體現出實務上對於法釋義學、方法論與憲法訴訟法間的可能誤解⁴。因此，

或國家安全關係，或於保護當事人私生活有此必要時，或因情形特殊公開審判勢必影響司法而在其認為絕對必要之限度內，禁止新聞界及公眾旁聽審判程序之全部或一部；但除保護少年有此必要，或事關婚姻爭執或子女監護問題外，刑事民事之判決應一律公開宣示。』上開公約並依公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條明定具有國內法律之效力。

二、依旨揭法文之規定，事關婚姻爭執或子女監護問題等類此之民事判決，法院裁判不公開宣示且不宜發布新聞稿。而本件收養未成年人事件，事涉兒童之隱私，為貫徹上開公約意旨及兒童權利公約第 16 條之兒童最佳利益與兒少隱私權保障原則，本院不宜公開裁定內容，臺端所請礙難辦理，尚祈見諒。」

筆者對於兒少隱私保護的重要性完全理解並亦支持，但是否全無遮隱後公開裁定理由的空間，恐怕容有斟酌餘地，蓋基於政府資訊公開法第 18 條第 2 項之分離原則，「政府資訊含有前項各款限制公開或不予提供之事項者，應僅就其他部分公開或提供之。」蓋本件裁定爭議之處係在於裁定理由並不在於個案事實，且此一爭議可一般性成為普遍適用之先例，尤有評釋之價值；且方法爭議之所以有其評釋意涵，正是因為其可得一般化。對於同性婚姻（伴侶）制度之好惡或評價，不該以有違方法意識而為裁判，此所以本文之目的，筆者應已盡可能取得本裁定而未可得。

⁴ 類似此處爭議，先前依民法上當然繼承之規定，而未成年人未即時表示拋棄繼承而必須繼承父母債務所衍生的「背債兒」案例，臺灣彰化地方法院民事裁定 95 年度繼字第 1302 號裁定即認定，「查聲明人於被繼承人死亡時，僅年僅約 10 歲之兒童，其成長、發育均待父母之照顧撫育，尚無相當之智識或相當能力，得以評估繼承之利益與否與責任，原有賴國家以明文之制度性保障其利益，惟竟因其法定代理人消極不作為或濫用親權之行使，致使無力保護自身權益之一之未成年人，承擔非可歸責於己之不利益，顯然有失國家對未

本文擬以此一同性配偶收養裁定為例，先就司法權之法適用任務與依法審判的憲法定位出發（本文第貳部分）；再對於法解釋與法續造的區分與界限略加討論後（本文第參部分），進一步檢視本則裁定所持之立場，就方法論與憲法訴訟法上可能之疑慮，加以分析（本文第肆部分）。本文所欲討論之處並不在於個案事實，而毋寧在於此一爭議可一般性成為普遍適用之先例，尤有評釋之價值。但由於無法取得裁定原文，故改以討論此一法律爭議為本文重心，此則裁定僅作為適例而提出，故非屬「裁判評釋」之論著類型。筆者毋寧著眼於其背後植基的方法爭議，此則裁定之所以有其案例與評釋意涵，正是因為其可得一般化。

而本施行法甫於 2023 年 5 月 23 日修正、6 月 9 日公布第 20 條修正條文，即採取修法模式以回應此一爭議，而修正為「第二條關係雙方當事人之一方收養他方之子女或共同收養時，準用民法關於收養之規定。」至此，在法律位階上立法者即採取一致之立場，而不再是由個別不同的司法裁判為個案(容或有別的)認定。但此則裁定仍有其方法論與憲法訴訟上的重要意義，仍值得提出加以評釋（詳見肆、五部分）。

本文旨在結合釋義學、方法論和憲法訴訟法，試圖提供司法實務上法解釋與續造的可能途徑與界限，並就憲法訴訟法上可能的解決模式略加討論。就比較法的參照上，由於我國憲法釋義學

成年人利益保障優於交易安全之立法特別考量與憲法基本政策。因此，基於我國憲法保障人民生存自由權利、人性尊嚴之理念，對於上述情形，本件應視為立法上之疏漏，尚難依當然繼承法理而將該不利益逕由未成年之繼承人完全承受，依前述法理，類推適用得於其滿二十歲即成年之日起二個月內，決定是否拋棄繼承。」對此裁定，方法上容或亦有爭議之處在於，此處是否有法律漏洞存在，是否得以「類推適用」方式填補之；抑或係屬逾越制定法之法續造，而必須透過法官聲請釋憲的方式，排除法規範之違憲？

與法學方法論深受德國法的影響，因而相關論證基礎多有援引德國法學理及實務見解。惟應反覆強調先予敘明的是，本文之分析並無意論及同性配偶或伴侶於法政策上是否應肯認除他方配偶親生子女外，應及於共同或接續收養無血緣關係之子女的立法政策問題，亦未就憲法評價上本施行法之原本立法是否合憲予以論述。再者，立法機關縱有修法之倡議與新法通過，亦不應減損本文之學術立場，蓋遵守法學方法與訴訟法之「依法審判」意旨，本屬司法之內在正當性基礎，自應予以強調並恪守，本文所欲指明之處，僅止於此。質言之，本文並未觸及立法政策上的立法學問題，亦未論及現行法是否合憲的憲法爭議，而是從方法論及憲法訴訟法的觀點，分析本裁定背後（及其支持者）所持之法律見解，並提出在憲法訴訟法之下，究應如何處理此類爭議的解決之道。也因此，本文一開始方不厭其煩地建構司法之法適用任務與依法審判之憲法要求，再就法解釋與法續造分屬不同的司法活動，其背後自應有不同的要件與正當性基礎再加論述。最後，則是以同婚配偶收養一事作為前述方法論適用之例，並指明其可能的憲法訴訟或修法解決途徑。

貳、法適用任務與依法審判

首先必須強調的是，本裁定雖由司法事務官所為⁵，惟其既屬司法權之一部，所受之憲法拘束自然並未解消，必須獨立執行職

⁵ 作為我國司法事務官制度之繼受典範，德國法務官法（Rechtspflegergesetz, RPflG）第9條即已明定，「法務官獨立執行職務，僅受法律與法之拘束」（Der Rechtspfleger ist sachlich unabhängig und nur an Recht und Gesetz gebunden.）。我國相關法規範中似未明定，惟其解釋上亦應同受拘束。關於司法事務官性質的闡述，可參見魏大曉，司法事務官之本質論，收錄於法學方法、憲法原理實踐，頁163-176，新學林出版股份有限公司（2017）。

務，僅受法律與法之拘束，此即體現司法應受法律與法之拘束（基本法第 20 條第 3 項）⁶。法官依法審判之憲法要求（我國憲法第 80 條、德國基本法第 20 條第 3 項與第 97 條第 1 項）並非意指嚴守字義解釋，而是受到法律意義與目的之拘束⁷。舉重以明輕，法官審判須依法審判，法院所管轄之非訟事件亦應依法審查，司法事務官所為毋寧更應遵循合憲法規範之要求，自不待言。

一、司法的法解釋與法適用任務

在權力分立的國家組織法中，司法權係付託於法官實現司法任務的方式為之，而司法的核心任務即在於現行法的貫徹（Durchsetzung des geltenden Rechts），此一目標正體現於**司法權受法律與法之拘束**（憲法第 80 條、德國基本法第 20 條第 3 項參照）。我國憲法第 80 條雖僅以「依據法律」作為法官審判之憲法要求，惟基於憲法優位性，此處的法律不得僅以形式意義的法律加以理解，而毋寧係指「合憲法規範」之理解。因此，解釋上亦與德國基本法第 20 條第 3 項、第 97 條第 1 項之理解相同，法官應受法律與法之拘束，**唯有法官受法律與法之拘束始得正當化法官獨立之憲法要求，兩者為必然關聯之互為條件**⁸。此一要求不僅

⁶ Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 5. Aufl., 2021, § 17 Rn. 972.

⁷ Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 97 Rn. 55.

⁸ 參見吳信華，憲法釋論，頁 750 以下，三民書局股份有限公司，增訂 4 版（2021）。惟若仔細觀察兩國憲法文本及憲法學理的闡述，由於我國憲法第 80 條文本及學理上均多著重於「獨立審判」的面向，對於「法官依法審判」的理解即略顯不足；論及「依法審判」所關注重點又多集中於法官違憲審查權的爭議（如釋字第 371 號解釋），對於法官受法律與法之拘束，則較少為憲法學理所重視。遍查我國憲法教科書，多僅於司法獨立（審判獨立）一節中論及法官依法審判之要求，而未能如同德國法般清楚揭示：唯有法官受法律與法之拘束始得正當化法官獨立之憲法要求，兩者為必然關聯

有其民主國原則之基礎⁹，亦為法治國原則中法律優位與法律保留之依據¹⁰。

在憲法權限分配的框架秩序內，司法所承擔的任務毋寧是扮演著法律解釋者（Gesetzesinterpret）的立場。因此法官係為民主立法者而執行職務，而不得搖身一變，以立法者自居。法解釋係著眼於立法者藉由法律所提交、完成且待適用的標準加以實現，因此法官係具有服務性功能（dienende Funktion）¹¹。立法者在憲法框架內自主形成可變動的、政治上關於合法與違法之決定，並藉此作為人民容許、誡命或禁止某些行為的唯一標準；進而成為法官唯一的決定標準。依法審判與法官獨立性互為表裡。服從法律不僅是民主體制下的人民義務，更是民主原則下之法官義務。倘法官置民主立法者之規範意志於不顧，不只是逾越其權力界限，更只是表達其不重要的法政策見解；質言之，依憲法所劃定的權力功能，司法不得推動其自己的法政策¹²。民主多數所代表的立法者決定自由，其界限僅在於憲法上具有規範拘束力的憲法共識與決定。德國法上係由基本法明文規定（基本法第 100 條第 1 項），

之互為條件。參見 Hillgruber, a.a.O. (Fn. 7), Art. 97 Rn. 25 f.

⁹ 關於嚴格的法律拘束作為事物與內容民主正當性之依據，亦即法官所依循之法律——無論在程序法或實體法上——均有明確規範，因此法官必須嚴格受到法律的拘束。亦即透過嚴守法律拘束的要求，而達成事物與內容民主正當性之水準。參見 Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, Rn. 24; Voßkuhle/Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 678.

¹⁰ 參見 Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 26 ff.

¹¹ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 62.

¹² Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 30.; Jestaedt, Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive, in: Masing/Erbguth (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 27.

而我國則是先由司法院釋字第 371 號解釋所肯認，繼而由憲法訴訟法明文規定（憲法訴訟法第 55 條參照），形式意義法律之廢棄係由釋憲機關（司法院大法官組成憲法法庭，憲法訴訟法第 1 條）所獨占；直至憲法法庭廢棄法規範之裁判，始免除了專業法院之法律拘束¹³。

然而法官的法適用並不限於解釋，並接著將確認之構成要件單純涵攝於透過解釋而得出的法律標準之下。法律適用絕非純粹邏輯推論過程，而毋寧是在必要的法具體化與法個別化，而必然帶有評價，亦即規範制定的要素之過程¹⁴；然而不得誤解為，司法可以堂而皇之地踏入法制定之領域，毋寧更應強調的是，司法仍為法適用之本質¹⁵。因此，法官的法適用活動即涉及法官藉由抽象／一般的法律語句（即法條）所及、由法源理論所認定，尋找現行法的找法過程，並且符合事實地具體化於個別爭議問題。如是即涉及到法官所應遵循的方法忠誠誠命（Gebot der Methodenehrlichkeit）¹⁶。

二、方法忠誠作為權力分立與民主原則下之憲法誠命

由於方法論具有確保法律拘束以實現民主原則及權力分立的憲法要求，並藉此可實踐平等對待與法安定性¹⁷，方法問題最終是國家權力分立的基本課題，亦即關乎國家權力分配與其透明度。依行政與司法受法律與法之拘束、以及法官受法律拘束的憲法誠

¹³ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 31.

¹⁴ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 62.

¹⁵ Jestaedt, a.a.O.(Fn. 12), S. 27.

¹⁶ Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 8. Aufl., 2015, Rn. 655, 724. 由此亦足見，法源、方法論與法適用之間的密切關聯性。

¹⁷ 參見張志偉，*法學方法與憲法*，台灣法律人，第 6 期，頁 10 以下（2021）。

命。由此亦可導出，不僅法官，一切法律適用者包括行政機關都要受到法律之拘束。倘若法律適用者就其方法選擇可任意為之，基於不同的方法通常可得出不同的結論，那麼方法選擇的自由即可得出結果的選擇¹⁸。如是命題與憲法未符，雖然實踐上方法選擇的任意性盛行，但在憲法效力範圍下，法適用的方法並非由適用者任意擇取¹⁹。質言之，「方法問題是憲法問題。解釋方法的選擇並非任由法官為之」²⁰。

此外，方法問題亦屬憲法上民主原則的問題：在憲政民主國家中，制定法律規範的權限在於立法，亦即透過民主正當化的立法機關來實現立法。由立法機關所合憲地通過的法律乃是民主形成的共同意志，亦即主權者之具體的、具有規範拘束力的決定。法院受到法律拘束意指其受到民主形成之意志決定的拘束，在此意義下，民主即意指法律支配（*Herrschaft der Gesetze*）。也只有在法官從於法律，法官始為獨立的。對於依民主原則而頒布的法律而言，法官是具有思考地順從的僕人（*der denkend gehorsame Diener*），而非法律之主²¹。從憲法觀之，應遵循那些符合民主原則與權力分立的解釋方法，亦即儘可能嚴格實現法官之法律拘束²²。

¹⁸ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), § 22 Rn. 707. 於此係批評曾任憲法法院副院長 Hassemer 的主張，參見 Hassemer, *Juristische Methodenlehre und Richterliche Pragmatik*, *Rechtstheorie* 39 (2008), S. 1 ff.; 另 Rüthers, *Methodenfragen als Verfassungsfragen?*, *Rechtstheorie* 40 (2009), S. 253 ff. 即完整回應此一論題。

¹⁹ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), § 22 Rn. 707.

²⁰ Rüthers, *Klartext zu den Grenzen des Richterrechts*, *NJW* 2011, 1857.; Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 706 f.

²¹ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), § 22 Rn. 708.或是如利益法學的海克（Philipp Heck, 1858-1943）所言，法官作為立法者之助手（*Gehilfen des Gesetzgebers*）。參見 Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 529.

²² Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), § 22 Rn. 712.

在每個法規範背後都有立法者的法政策上的形塑意志。規範與法律並沒有自己的「意志」，其係反映出規範制定機關之形塑意向。藉由合憲、有效的法制定行為，於法規範中所確立的規範目的係具有拘束力的²³。合憲法律即為民主正當的、預先規定的，法官唯一的標準。鑑於憲法所保障法官職務行使之獨立性，法官實質的法律拘束係證立充足的民主正當化水準所不可或缺的。質言之，法官的法律服從性與法官獨立性乃一體兩面；守法義務不僅是民主體制中人民義務，同時也是民主要求下法官之義務²⁴。

在法適用中能夠實現兩種規整意志，一是規範制定機構（立法者），或是法適用者（特別是法官）之意志。就法適用而言，首先必須查明立法的規範目的，並以「有思考地服從」加以實現。因此，普遍有效的解釋原則是：首先適切地理解法條，並掌握待規範的具體事實，並將法條適用於此等事實²⁵。**遵循立法者的規範目的以及方法忠誠，乃是法適用的首要誡命**²⁶。司法內在之要求係將抽象、一般之規範適用於具體案件事實，亦即藉此具體化實證法之基礎。當司法非僅解釋實證法，而是針對法律未能規範之事物採取自己的價值判斷時，此一法續造即偏離此一優先性，因而必須課予加重的論證要求²⁷。

當法適用違反公認的解釋方法，違背方法規則的程序上的效

²³ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 718.從利益法學角度而言，法官受制定法拘束（die Bindung des Richters an das Gesetz），是絕對必要的條件。參見吳從周，概念法學、利益法學與價值法學：探索一部民法方法論的演變史——民事法學與法學方法（第二冊），頁281，一品文化出版社（2007）。

²⁴ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 30.

²⁵ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 719.

²⁶ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 724.

²⁷ Morlok/Michael, a.a.O.(Fn. 6), § 17 Rn. 984.

果即為違法（Rechtsfehler），而可藉由上訴審或法律審上訴救濟之。但其未必即屬特別憲法之侵犯而具備提供裁判憲法訴訟之聲請權能之要件，而毋寧必須是違反某些特殊憲法的方法規定（die spezifisch verfassungsrechtlichen Methodenvorgaben），始得藉由憲法訴願救濟之²⁸。

參、法解釋與法續造的基本理解

一、探求規範目的作為法解釋之任務

（一）規範目的作為解釋目的：主觀——歷史解釋目標辯護

法、制定法以及法官法只存在於語言之中²⁹，因此解釋的任務

²⁸ Reimer, Juristische-Methodenlehre, 2. Aufl., 2020, Rn. 52, 58.所謂法院裁判涉及「特別憲法」之違反，係指涉界分憲法法院與一般法院權限與功能的審查標準，憲法法院僅於法院裁判之錯誤涉及「特別憲法」之違犯時，憲法法院始介入審查。蓋憲法法院並非上訴審法院，並非全面審查一般法院任何的違法之處。其案例可參見 Klaus Schlaich/Stefan Koriath 著（吳信華譯），聯邦憲法法院——地位、程序、裁判，邊碼 222 f., 280 ff. 元照出版有限公司（2017）。例如：1、對於合憲法規範採取重大違反基本權的解釋與適用（構成要件與法律效果方面）；2、法官恣意：方法論上無可支持地適用法律，基於與事物無關的考量，法院裁判牴觸恣意禁止原則；3、顯然有瑕疵的事實認定；4、法官逾越法續造的界線。

²⁹ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 150 ff; 717.原文中所稱之「法」與「制定法」之概念，係源自於德國基本法第 20 條第 3 項，行政與司法應受制定法與法之拘束。「制定法」之概念為立法機關藉由立法程序所制定之法規範，而「法」則指涉某種來自於整體意義下的憲政法秩序，並具有糾正成文制定法的作用。而「法官法」則是指涉以自身的權威對於法所為之言說，亦即由法官所為之評價標準，而無法從制定法所得出。Vgl. Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 235.

在於將規範文本中的概念內容和範圍予以具體化。對於內容的說明是藉由定義，亦即藉助概念要素的引述而為之；對於概念範圍的說明是藉由對案例群和個別案例的闡明而開展，而此等案例則係歸屬或涵攝該法律概念之中³⁰。換言之，探究法律文本的涵義，問難該法律本文所表達的事實、價值與應然概念³¹。解釋的認識目的必須是，探求法律有什麼內容；而非探求法律基於憲法應該有什麼內容³²。

在每個法規範背後有著規範制定者法政策上的形塑意志，指向特定的目標與目的；規範目的作為法律之評價標準，規範制定者藉此規範語句表達出以應然的形式力求達到目的，亦即主要透過構成要件與法律效果的連結，體現出立法者的利益評價，此一可辨明的立法評價標準是每個法規範的解釋與適用至關重要的關鍵要素。法規範所蘊含的評價標準，對於法官亦有其拘束性，裁判藉此亦可證立其正當性³³。藉由有效且合憲的規範制定，規範中所確立的規範目的即有拘束力。規範或法律並沒有自己的「意志」，其係表達立法機關的形塑意志，由此而頒布法律。是故所謂「法律意志」一詞其實有其誤導與令人困惑之處³⁴。

³⁰ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., 2010, S. 126.

³¹ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., 2006, S. 42.

³² Lembke, Einheit aus Erkenntnis? – Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, 2009, S. 294 f., 337.

³³ Rütters/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 136-138.

³⁴ Rütters/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 718. 同此批評，如 Larenz 即指出，「『法律的意志』這種表達方式，不當地把法律擬人化，而這種擬人化只是用來遮掩——立法者原本的意向與法律『經演進之後』的標準內涵之間的——緊張關係，這種遮掩並不濟事，緊張關係仍然存在。」Karl Larenz 著（陳愛娥譯），法學方法論，頁 224，

因此法律解釋的**首要之務**即在於，探究立法者制定法規範所欲發生的作用為何？立法者想要規整哪些典型的生活事實、如何為之，以及追求何種形塑目的，此即首先涉及**規範頒布時歷史上的規範目的**。因此，解釋目的始終是，找出立法者（議會、立法院）賦予法律文本的法律意義，法院必須將此種意義作為基礎，對於所有人具有拘束力的方式為裁判，此即涉及「立法者意志」探求的問題；再者，倘法律已呈現老化現象，又應如何回應法律事實與法律評價基礎變遷的問題³⁵。基於法律拘束，法適用者負有義務，探求立法者所為之利益衡量³⁶。法適用者必須設身處地地理解（*nachvollziehen*）規範制定者對於各該衝突情境的解決標準³⁷。倘若立法者的意志可以毫無疑義地得到確認，並且此種意志符合法律文本的一項意義選項時，則該意義選項對於法律解釋即具有拘束力。當立法者採取明確的決定，法官不得以其自己法政策的觀點，藉由司法給定的答案——而此一解決模式並非國會所支持的——取代之。蓋如此一來，憲法下民主原則與功能結構將受到長遠的損害³⁸。在此立場下，解釋者係受到規範制定者得以確定的足

五南圖書出版股份有限公司（2001）。

³⁵ Rolf Wank 著（蔣毅、季紅明譯），法律解釋，頁 50 以下，北京大學出版社，6 版（2020）。

³⁶ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 720.此即涉及法律解釋係以主觀、客觀取向；現今或發生時之觀點為之的爭議，依 Reimer 的分析，可分為主觀——歷史解釋（*Subjektiv-historische Auslegung*）、主觀——現今解釋（*Subjektiv-aktuelle Auslegung*），以及客觀——現今解釋（*Objektiv-aktuelle Auslegung*）的立場。其中學界較為多數係採取主觀——歷史解釋；而聯邦憲法法院與著名學者，如 Radbruch 則較為傾向於客觀——現今解釋。參見 Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 248. 中文文獻，可參見林更盛，論法律解釋的目標，高大法學論叢，第 7 卷第 2 期，頁 23 以下（2012）。

³⁷ Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 411.

³⁸ vgl. BVerfGE 82, 6 (12 f.); auch abweichende Meinung des Richters Voßkuhle, der Richterin Osterloh und des Richters Di Fabio zum

夠可靠之規整意圖所拘束，此即德國學者 Alexy 及 Reimer 所稱「主觀—歷史解釋之相對優先性」(relativer Vorrang der subjektiv-historischen Auslegung)³⁹。

然而所有法規範生效後都會歷經「老化過程」(Alterungsprozeß)，從法規範頒布到適用時可能已經過長短不一的歷程。在此期間，一方面因社會、經濟與科技因素與結構，另一方面則是其他法秩序的法領域中的持續發展的立法價值標準、政治體系或社會價值觀都有可能根本性變化，例如基本權利開展之各項效力。法適用者不僅是從個別規範中而毋寧是整體法秩序中尋求解答，如何將「舊的」法規範適用於新的事實⁴⁰。因此對於每個法適用行為，特別是陳舊法規範之適用而言，**第二個重要的問題是**：鑑於上述領域可能發生的變化，在適用時點下，待適用的規範現今應有何種涵義⁴¹？此亦連結到法官法續造甚至是逾越法律之造法的容許性與界限。

Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07, Rn. 97.

³⁹ Dazu vgl. Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 251. Reimer 進一步指出，此處的規範制定者係指各該規範之「歸責主體」(Zurechnungssubjekt)，如制憲委員會 (Parlamentarischer Rat) 之於基本法、聯邦眾議院之於聯邦法律、聯邦部會 (Bundesministerium) 之於聯邦法規命令。就 Alexy 此處之意義，依學者顏厥安的介紹，Alexy 此處並不是提出一項固定的優先順序，而是一種討論規則的程序規定，蓋「有依法審判或依法行政的要求，因此能將『受法律拘束』這個層最直接表現的解釋應 prima facie (首先地) 受到尊重。所以文義解釋或依歷史立法者意旨的解釋，應優於為追求特定目的而偏離字義的解釋，除非後者不但具支持本身主張的理由，而且此一理由已足夠堅強到壓過文義或立法者意旨解釋。」參見顏厥安，法、理性與論證——Robert Alexy 的法論證理論，收錄於法與實踐理性，頁 163-164，允晨文化 (1998)。

⁴⁰ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 779.

⁴¹ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 721.

因此，每個法解釋的核心目的在於探求其規範目的，任何解釋應當有助於實現規範內容所追求之規範目的，而解釋標準（方法）則應服膺此一目的，解釋者必須藉由此等輔助工具認識規範目的。從而，**解釋目的即為探求與實現規範目的；而解釋方法即為文義、體系與歷史解釋**⁴²。藉此，首先是取向於個別法規範原始的、歷史上的規範目的，此為法律解釋的第一步，但並非最後一步⁴³。再者，必須探究的是，自法規範頒布後，立法規整的各項因素結構以及價值觀是否有所改變。原始富有意義的法規範也可能因已達成的規範目的而「死去」。法解釋的第二步驟即為，審究若立法之各項因素結構及整體法秩序的價值觀已然改變時，該歷史上的規範目的是否仍有其重要性。倘若該規範目的已不具重要性時，則必須考慮續造該法規範⁴⁴。最後，在考慮是否續造時，亦應審酌是否有特殊例外的排除事由，例如刑法上類推禁止，此即法適用的階層模式（*Stufenmodelle der Rechtsanwendung*）⁴⁵。

（二）歷史解釋方法的意義

在本文脈絡中，歷史解釋尤其應予留意。依 Rüthers/Fischer/Birk 之介紹，歷史解釋係從法律規定產生時的脈絡關聯中尋其法律規定之誠命內容與規範目的。此涉及規範產生時所共同發展作用的各種情況與影響因素：1、歷史—社會的脈絡：基於何種社會利益、衝突情況與目的觀念而導致立法。2、思想史與教條史

⁴² Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 725-727.

⁴³ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 812.

⁴⁴ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 730.類似見解，Wank 認為「新的法律」（法律生效不久），係依主觀理論，如立法者所理解對該法律為解釋；倘法事實或規範環境發生變化，則主觀理論亦必須顧及此。參見 Rolf Wank 著（蔣毅、李紅明譯），前揭註 35，頁 58-61。

⁴⁵ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 730b.

(geistes- und dogmengeschichtlicher Kontext): 必須留意規範立法研擬與表達時，係處於何種概念與教條史的起初情況。同一概念在產生時可能有完全不同的意涵。要理解規範語言，就必須瞭解立法者的語言。只有藉此才能媒介規範的原初誠命內涵。3、立法的規整意志：就此涉及探究立法之法政策意圖與調控目標，這些係對於規範制定過程中深刻影響著立法表達與法政策貫徹。此為歷史解釋的核心目標⁴⁶。

之所以格外強調歷史解釋之意義，依 Rüthers/Fischer/Birk 之分析，其事理原因約略有三：第一，精確的規範規整目的的產生歷史經常可以給出相較於文義或體系地位更為可靠的答案。放棄對於產生歷史可能的闡述可能導致解釋者無法認定規範目的，因而其解釋係基於錯誤的規範目的。第二、歷史解釋的功能在於可以作為區別解釋與法續造的機制。透過解釋只能探求立法放入規範中的要求內容。因此，精確澄清的歷史規範目的係適切地被稱為進行規範與法律「解釋」此一過程中的核心對象與合理界限。遠離了藉由解釋而探求歷史上的規範目的，即開啟了解釋者的自我評價過程 (Eigenwertungsprozesse der Interpreten)，此一過程雖仍屬於法適用，但已非屬解釋概念所及。就此而言，在法學方法實踐中低估與抑制歷史解釋，即為擴大法適用者的評價餘地。藉以法官所獲致的自我評價範圍被伴稱為既定法律標準之適用下的「解釋」，但究其量係涉及法官之規範制定，且此一行為未被公開，也未證立其正當性。最後，歷史解釋具有作為方法忠誠的決定性標準。只有對於發生史與歷史上的規範目的予以釐清，才能使得關於客觀給定的要求內容具有可能的清晰性。歷史解釋對法適用者提出下列問題：法適用者是想要理解立法的評價，抑或他認為必須偏離立法評價？這也讓法適用者覺察到，他是實現立法

⁴⁶ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 780-783.

者之意志，或是使他自己的意志取而代之。因此，法院在憲法上負有義務，必須探究歷史上的規範目的，基於法律拘束，法官必須至少對於歷史上立法者的預先決定有所掌握⁴⁷。對於法解釋而言，直至除了依憲法訴訟程序所廢棄或變更法律外，毋寧是在法律中所確立且均始終有效的歷史上立法者的意志，方屬關鍵⁴⁸。在此理解下，解釋始終是確定法規範之輔助工具，而不是產生法規範——是複製，而非生產（Reproduktion, nicht Produktion）⁴⁹。

即使此處認定規範適用者受歷史上規範制定者之規整意圖所拘束，亦未限制規範適用者在主觀歷史解釋無法確定時，不得回溯及其他解釋觀點的協助，因此「並無主觀—歷史解釋保留」（kein Vorbehalt der subjektiv-historischen Auslegung）之意涵。若規範制定者的考量雖屬可得確定，但本身價值矛盾或完全令人困惑，則解釋者負有此艱困任務與權限，必須藉助其他解釋觀點基於維持該規範效力之解釋的方式，而救援該規範。此即彰顯規範制定者賦予解釋者的特殊解釋任務之委託⁵⁰。再者，此一立場亦非意指想要導致法律狀態的「石化」：首先，此一拘束力並非毫無例外。當規整意圖牴觸憲法或是完全欠缺立法理性時⁵¹，即無拘束力可言。再者，就一般用語或專業術語之指引，如同動態和靜態準用一般，立法者有意將此待解釋之規範配合其他規範發展時，即應參酌其他規範之法解釋。最後，在憲法框架規範下（例如明確性原則），規範制定者賦予規範適用者實質的解釋與續造權限時（亦即更新

⁴⁷ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 792-794.

⁴⁸ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 60.

⁴⁹ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 41.

⁵⁰ Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 253.

⁵¹ 欠缺立法理性一般係指，因變遷的環境因素，例如真實世界的變化導致原本的立法目的成空，因而導致此一立法完全無適用餘地之情形，vgl. Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 615.

權限 (Aktualisierungsbefugnisse)，亦屬之⁵²。

在此基礎上，法官為解釋其所適用之法條始終必須援引（拘束法院之）法與制定法為其依據。分配予法官之功能即為（制定）法解釋，司法之意本即「說法」(Rechtsprechung, Recht sprechen)。主觀—歷史解釋係民主原則的要求，故而認為法官可自由選擇其解釋方法一說，係與法律拘束不相容。凡是憲法忠誠的方法論必然是由憲法所要求的法官受法律拘束所出發⁵³。此外，亦應留意的是，本文此處所指涉的法解釋與法續造基本上係以一般法規為討論範圍，亦即主要針對法律或命令所為闡述，至於憲法領域中的憲法解釋與憲法續造，考量到成文憲法之制憲、修憲乃至於憲法解釋或裁判，容有與一般法規有所不同；特別是我國向採歐陸體系之集中制司法違憲審查體制，所受憲法拘束自與一般法院必須恪守依法審判有別，此係不同背景下探討法學方法之拘束尤應留意之處⁵⁴。

二、法官法續造作為憲法問題

由於前述案例所涉及的爭議主要係本案中司法事務官是否有權為法續造之爭議，尤其是該裁定雖自我界定為「準用民法有關收養之規定」，然究其實，一來就此已誤解（用）方法論及立法上之「準用」意涵，故已非法律解釋之範疇；再者，本施行法第 20 條亦因清楚的文義與歷史論據，而無法律漏洞可言；因此，本案中該裁定實已涉及而進入到超越法律之法續造的憲法界限探究。是故，此處自應先就法續造之正當性與界限問題，略作探討。

⁵² Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 254.其他支持主觀——歷史解釋的論據，亦參見 Rn. 255-259.

⁵³ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 55 ff.

⁵⁴ 關於判例法國家中，運用立法史料的介紹與分析，可參見賴英照，歷史解釋法的強制與疏離，檢察新論，第 21 期，頁 167-171(2017)。

（一）法續造的正當性與類型

對於法續造的證立基礎，尤其是涉及是否容許法官進行違反制定法文義的法續造⁵⁵，亦即牴觸法律的判決的容許性問題，在德國法上多係溯及於聯邦最高法院與聯邦憲法法院關於侵害人格權的金錢賠償是否容許的方法論爭議，此即憲法法院索拉雅裁定一案的關鍵問題（BVerfGE 34, 269 (286 f.) – Soraya）。本案所涉及的是，某週刊發表虛構的關於伊朗國王前妻索拉雅（Soraya）王妃訪談，而未得其同意。聯邦最高法院判准索拉雅所請求的損害賠償，此即牴觸當時德國民法第 253 條「以法律有特別規定者為限」，才能請求非財產損害的賠償（慰撫金），而本案中並不屬於此等案例，但聯邦最高法院則支持此一侵害人格權之金錢賠償，聯邦憲法法院亦同意此一見解（Soraya-Beschluss），其判決主要理由在於如下：

傳統上所認為法官受法律拘束——此為權力分立與法治國原則的基本要素——這項要求至少在表達形式上在基本法中已轉變為司法裁判受到「法律及法」（Gesetz und Recht）的拘束（基本法第 20 條第 3 項）。依照通說，這樣的表達形式拒絕了某種狹隘的法律實證主義。它所樹立的意識是，雖然法律與法實際上大致相符，但不必然也並非總是如此。法並不同於成文法律的總合。相對於國家權力所制定之實證規定，在某些情況下還存在著更高的法，法來自於作為一個意義整體的合憲法秩序，並且具有糾正文法律的作用。發現它，並將之實現於裁判中，乃是司法的任

⁵⁵ 關於法官法（Richterrecht）與法官法續造（richterliche Rechtsfortbildung）的概念辨正，參見 Jestaedt, a.a.O.(Fn. 12), S. 29-31. 關於法續造在德國法上的歷史發展，可參見 Hillgruber, Neue Methodik Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, S. 745-755.

務。依基本法，法官並未被限定於在可能文義界限內將立法者的指示適用於個案。此類見解係以實證國家法秩序原則上無漏洞為前提，然而此一狀態實際上是無法達成的，即使作為法安定性的原則要求而言，可支持的法官活動並不只是認識立法者的決定並表達出來。司法任務可能更要求的是，將合憲法秩序所蘊含的價值觀，但在成文法律文本中並未或未完全成功表達出來的，以一種評價認識的方式，亦即包括意志要素的方式，予以顯示出來並於裁判中予以實現。就此法官必須不得恣意為之；其裁判必須植基於理性論證。他必須將成文法律未能適切解決法律問題以易於理解方式揭示。法官裁判依實際理性的標準填補此一漏洞，並且植基於共同體中的正義觀之上。⁵⁶

由於具體個案僅能有限地原則上被抽象、一般地規範決定；而立法者無法將所有法律政策上的個案問題以儘可能地精確的方式加以規範，更不用說是裁判，就此係繫於裁判的抽象性與一般性而定。相應地，就法適用而言必然產生法釋義學的形塑空間⁵⁷。以德國聯邦憲法法院的話來說，「法續造在德意志法史不僅向來屬於司法公認的功能；在現代國家亦為不可或缺的」⁵⁸。法院負有依法審判之義務，當規範存在「漏洞」時，始有法官採取其評價

⁵⁶ 同樣從此裁定出發，檢視法官法續造之正當性基礎，可參見 Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 549.; Jestaedt, a.a.O. (Fn. 12), S. 31 ff.; Karl Larenz 著（陳愛娥譯），前揭註 34，頁 279。批評聯邦憲法法院用語，認為某程度上掩蓋法官決斷（Dezision）性質，並且以「法發現」為名，而未明示其「造法」，可參見 Rüter/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 824 f.

⁵⁷ Poscher, Rechtsprechung und Verfassungsrecht, in: Masing/Erbguth (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 138.

⁵⁸ BVerfGE 65, 182/190; 69, 188/203. 不同意見，參見 Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 65 f.

之餘地，欠缺立法評價之處，即無從予以解釋，法官始須基於不得拒絕裁判（*Rechtsverweigerungsverbot*）的要求，而以法官法方式續造規範以為裁判基礎⁵⁹。但於刑事法中此一法續造權限受有限制，如我國刑法第 1 條所揭示的罪刑法定原則即可導出無法律即無處罰（*nulla poena sine lege*），意指沒有法律規定，即不能施加任何之處罰；從而，若法律未明確規定時，法院不應藉由類推來填補漏洞⁶⁰。

再者，廣義的法官之法適用任務，不僅在於法律概念的闡釋，更包括法律漏洞的發現與填補，甚至是規範修正。漏洞領域係重要的但非唯一的法官法制定範疇。對於待決事實，法適用者係將法規涵攝於該事實，並且依法律解釋之標準而適用法規範。惟出於諸多棘手的原因，法適用者可能認定由此所導出的法律效果是無法接受的，因而不願遵循由此規範所導出的規範要求。此時若法官對於待適用的法規有所疑慮，即不再是受到法律拘束的法官，此即不再涉及「單純的」法續造，而是涉及藉由**拒絕法律而改造法**（*Rechtsumbildung durch Geestzesablehnung*）⁶¹。因此，此處所涉及的不再是漏洞，而是（法官所認為）法律「錯誤」（*Fehler*）。在此階段中，法官角色從法律忠實的僕人轉變為批判性的修正者⁶²。惟在此階段法官應如何回應則係取決於不同法律制度對於司法審查功能分配，有別於分散制違憲審查體制下法官可拒絕適用違憲之法規範，此一問題在我國法上則係依我國司法

⁵⁹ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 723.

⁶⁰ 此亦可從德國基本法第 103 條第 2 項之內涵得出：「僅當可刑罰性（*Strafbarkeit*）於行為實行前即以法律規定時，該行為始可處罰。」（„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“）

⁶¹ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 826.

⁶² Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 827.

院釋字第 371 號解釋以及憲法訴訟法第 55 條，為維持憲法上的權力分立、法安定性以及立法相對於司法的規範制定優先性（*Normsetzungsvorrang der Gesetzgebung vor der Justiz*），法院有義務向憲法法庭聲請法規範的憲法審查⁶³。

因此，總結前述法適用過程中法官的不同任務，應可分為以下三個階段：

- 第一個階段是解釋與適用既有相關的法律規定於待決的法律案件。此時法官係處於「有思考地服從」法律。
- 第二個階段則是法官認定法律漏洞存在，並且以理性可驗證的論證證立漏洞確定，進而填補漏洞。只要法官在實證法中尋找到填補漏洞的依據，即涉及法續造。若欠缺此一依據，則應進行法重構（*Rechtsneubildung*），此種法續造即為「法律以外之法」（*praeter legem*）。
- 第三個階段則是法官格外困難的領域，亦即法官對於現行法律「拒絕服從」（*Gehorsamsverweigerung*）。法院藉由法官自己的評價，排斥並替代法律評價，此處法官係對於實證法進行修正與變更。此時即為「違背法律（文義）」（*contra legem*）⁶⁴。

此一三階模式的劃分雖然看似清楚，但不可諱言地其界線容有爭議，但基本上係呈現出法官評價與法律文義及規範目的間的距離，法學方法的任務在於，倘若認真看待法律拘束之憲法要求，讓法適用者（包括行政部門及法院）清楚認識，什麼時候適用法律、什麼時候續造法律以及何時修正法律，因此法律解釋、漏洞填補以及法官所為的法律修正方得以儘可能清楚地區分⁶⁵。因此

⁶³ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 827.

⁶⁴ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 828.

⁶⁵ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 831.

法律解釋、法律內的法續造 (gesetzesimmanente Rechtsfortbildung) 以及超越法律之法續造 (gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung)⁶⁶三種不同階層的法適用與司法造法行為的區分目的在於，法適用者距離法律越遠，則越負有義務，對其偏離予以說理⁶⁷。而前兩者之區分標準即為法律漏洞的有無，即為區別法律解釋與法律內

⁶⁶ 此一基本區分（法解釋、法律內的法續造以及超越法律之法續造，術語上容或有不同），基本上應為德國法之普遍見解。可參見 Karl Larenz 著（陳愛娥譯），前揭註 34，頁 278 以下；Zippelius, a.a.O.(Fn. 31), S. 42-85.; Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 548 ff., 607 ff.; Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 696 ff, 822 ff., 936 ff.我國學界基本上亦持此一立場，如王澤鑑，法律思維與民法實例——請求權基礎理論體系，頁 301 以下，自版（1999）；黃建輝，法律闡釋論，頁 26、28、63 以下，新學林出版股份有限公司（2000）；吳從周，台灣民法方法論之發展現狀——特別聚焦法律解釋方法在法院實務之運用狀況，收錄於民事實務之當前論爭課題——民法學與法學方法（第八冊），頁 6-19，元照出版有限公司（2019）。而陳清秀，法理學，頁 565 以下，元照出版有限公司，修訂 3 版（2020），則於「法律的漏洞補充」同一章中討論一般的漏洞補充與「超越制定法的法的漏洞補充」（頁 594）。惟李惠宗，法學方法論，頁 329 以下，新學林出版股份有限公司，3 版（2018），則似僅討論「法律漏洞的填補——法律之續造」，而未特別提及超越法律之法續造的類型。

我國司法實務見解，亦已繼受此一法適用過程的不同階段，如最高法院 109 年度台簡抗字第 253 號裁定父母均再婚，子女可否請求變更姓氏的問題，於裁定理由中指出，「按法律適用之思考過程，可分為法律解釋、制定法內之法律續造、制定法外之法律續造，其中制定法內之法律續造得以類推適用為其填補方法。所謂類推適用，係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似事項之規定，加以適用，為基於平等原則及社會通念以填補法律漏洞的方法，而是否得以類推適用，應先探求法律規定之規範目的，再判斷得否基於『同一法律理由』，依平等原則，將該法律規定類推及於該未經法律規範之事項。」可謂適例。

由上述學界見解及最高法院之實務見解，應已可認定，德國此一方法論立場已為我國法所繼受。

⁶⁷ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), § 23 Rn. 830.

之法續造之關鍵；而後兩者之區分標準即在於法官之造法是否已超越立法者原本的計劃、目的範圍內，故已非單純之法律漏洞可言⁶⁸。法續造（*Rechtsfortbildung*）意指連結舊有的（„Fort-“），而創造新的部分（„-bildung“）。由於法適用者在此所享有的權力，不免與制憲者、議會或其他規範制定者有所競爭或進而衝突，因此相較於法解釋而言，法續造必須具有更高的正當化需求，故其區分問題同時也是重要的權力與法律問題⁶⁹。

（二）法續造的憲法界限

在學理上，不無認為法律解釋的目標在於客觀一當下的解釋立場，如此一來便容易藉由所謂「客觀解釋」放棄前述三階段的嚴格區分，因而對於法官採取偏離立法意圖之造法行為，而未有特別意識。若將視角轉向德國聯邦憲法法院之立場，其早期立場係採取所謂「被客觀化的立法者意志」（*objektivierter Wille des Gesetzgebers*），亦即從該法律規定的文義及其相關規定的意義關聯中所導出的立法者意志；反之，不重要的是個別參與立法程序之機關或個別成員關於此規定的意涵之主觀理解⁷⁰。然而此一立場在 2009 年與 2011 年聯邦憲法法院兩則裁判中則有不同發展⁷¹：首先是 2009 年一則由聯邦憲法法院第 2 庭所為裁定中，多數意見支持聯邦最高法院大法庭偏離法律之法續造，但三位公法學者背景的法官共同提出不同意見書後，反對該庭多數意見認定偏離法

⁶⁸ Karl Larenz 著（陳愛娥譯），前揭註 34，頁 278-280。Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 554.

⁶⁹ Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 548.

⁷⁰ BVerfGE 1, 299 (312).

⁷¹ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07.; BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2011 1 BvR 918/10, Rn. 52 f. = NJW 2011, 836 ff.

律的法續造仍屬合憲之見解，而提出法官法續造之憲法界限⁷²；繼而於 2011 年第 1 庭亦認定法官之法續造亦有其憲法界限後，憲法法院早期支持所謂的「客觀」解釋優先已受到限縮⁷³。

正如聯邦憲法法院第 1 庭在 2011 年 1 月所作成的裁定宣示了下述原則：

權力分立反對下述主張，法院聲稱其依憲法由立法者所委由之權限，得以從規範適用者的角色轉而成為規範制定機構，因而免除法與法律之拘束。法官的法續造不得導致，法官以其自己的實質正義觀取代了立法者的地位。然而這些憲法原則並沒有禁止法官為法續造。鑑於迅速的社會情況變遷、立法者有限的反應可能性以及諸多規範的開放表達，將現行法適應於變動情況乃屬第三權的任務。「創造性的法發現與法續造」之任務與權限必須顧及基於法治國原則所不可放棄的司法受法律拘束的要求，而有所界限。法官不得免除由立法者所確定之法律意涵與目的。他必須尊重立法者的基本決定，並且在變遷的條件下儘可能可靠地將立法者的意志加以實現、使之生效。因此他必須遵守法律解釋所公認的方法。作為法官法續造的一種解釋，忽略法律的清楚文義，在法律中找不到清楚的回應，並且非由立法者清楚的或是有存在可辨別計畫違反的法律漏洞所默示同意之下，即不被容許地侵犯民主、正當的立法者權限。⁷⁴

⁷² abweichende Meinung des Richters Voßkuhle, der Richterin Osterloh und des Richters Di Fabio zum Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07, Rn. 97 ff.

⁷³ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 799.

⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2011 1 BvR 918/10, Rn. 52 f. = NJW 2011, 836 ff.; https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/01/rs20110125_1bvr091810.html; dazu auch

依德國基本法第 97 條規定，法官受法律拘束，只能在基於特殊事由時始得為法續造，法續造的權限必須顧及司法受法律拘束原則而劃定其界限。因此只有在法治國原則、民主原則以及權力分立原則下所劃定的憲法界限內，始能為法律續造⁷⁵；從民主原則出發，法官不得透過法續造而引入在政治上有所爭議的改革，蓋此乃經由選舉而正當化的立法者任務；基於權力分立原則，除明確授權外，應當由具有履行某一任務最適條件的權力部門來履行該項任務。因此諸如需要進行詳細調查或對於法律體系予以廣泛改造的革新，即為立法者所保留⁷⁶。因此，法官的法續造需要相應的權限分派予法官，始得為之；此一權限意指使法官在此條件下可部分免受現行有效之法律拘束⁷⁷。若法院為受允許之法官造法，則聯邦憲法法院對此等法官造法亦將之置於如同法規範性規定之相同審查⁷⁸；當法官逾越此一法官法續造之界限時，該裁判即屬違法，且至少亦侵害相關當事人之一般行為自由（*allgemeine*

Rüthers, a.a.O.(Fn. 20), 1856-1858; Schönberger, *Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen*, VVDStRL 71 (2012); S. 296 (325 ff.).

⁷⁵ 民主原則、權力分立原則以及法治國原則上法律保留原則等，共同構成法官法續造之界限，就此參見 Poscher, a.a.O.(Fn.57), S. 129-130.; Jestaedt, a.a.O.(Fn. 12), S. 34-36; Möllers, *Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Zum Beschluss des BVerfG vom 15. 1. 2009 – 2 BvR 2044/07*, JZ 2009, S. 672 f.; Hillgruber, *Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem*, JZ 1996, S. 118-125. 我國文獻，可參見黃建輝，前揭註 66，頁 63-93。

⁷⁶ Rolf Wank 著（蔣毅、季紅明譯），前揭註 35，頁 144-145。

⁷⁷ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 63. 就此而言，似與行政法上證立行政機關享有判斷餘地之「規範授權理論」有其相似之處，關於規範授權理論可參見張志偉，*行政自主餘地——以德國行政法院判斷餘地理論為檢視重點*，*財產法暨經濟法*，第 52 期，頁 121 以下（2018）。

⁷⁸ Klaus Schlaich/Stefan Koriath 著（吳信華譯），前揭註 28，頁 295。

Handlungsfreiheit) 79, 得以憲法訴願的方式救濟之⁸⁰。因此, 法續造界限的本質並非方法邏輯的, 而寧是實證(憲法的)法的本質(nicht methodologischer, sondern positiv(verfassungs)rechtlicher Natur)⁸¹。

倘若法官違反上述法續造的界限, 在憲法訴訟上的意義則在於此一法續造活動僅受有限的憲法審查——原則上不允許, 聯邦憲法法院以其自己的評價取代專業法院的評價。其僅審查, 專業法院是否以可支持的方式尊重立法者之基本決定及其目的, 並以可支持之方式遵循公認的法律解釋方法, 以識別普通法律的漏洞並填補之⁸²。若聯邦憲法法院認定專業法院逾越法續造之界限時, 即可肯認此一專業法院裁判侵害聲請人之基本權(視其法律效果至少是一般行為自由)及法治國原則⁸³, 蓋於此情況下, 法官之法續造在結果上即創設一個對法律新的適用情狀或一個須法律明文規定的基本權利干預的構成要件⁸⁴。質言之, 構成憲法法院可審查專業法院裁判的特別憲法違反。

在此背景下, 立法者間或以制定法授權的方式, 賦予最高審

⁷⁹ 此處譯詞有「一般行動自由」與「一般行為自由」之別, 惟考量到我國司法院釋字第 689、699 號解釋已揭示, 「人民隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由, 自在一般行為自由保障範圍之內。」爰統一為「一般行為自由」。

⁸⁰ Möllers, a.a.O.(Fn. 75), S. 668.

⁸¹ Jestaedt, a.a.O.(Fn. 12), S. 34.

⁸² BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2011 1 BvR 918/10, Rn. 54.; BVerfGE 82, 6 (13); 96, 375 (394 f.); 111, 54 (81 f.); 122, 248 (258); 131, 130 (146). auch Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 2020, § 90 Rn. 257.

⁸³ 如前述聯邦憲法法院 2011 年的裁定, 針對贍養費認定的法院裁判即認定侵害基本法第 2 條第 1 項一般行為自由, 以及法治國原則。

⁸⁴ Klaus Schlaich/Stefan Koriath 著(吳信華譯), 前揭註 28, 邊碼 301 以下附有更多案例。

級之大法庭得以為法續造之權限；或是以「從事法之續造」為由，作為最高法院許可上訴第三審之事由。例如 2018 年 12 月 7 日立法院三讀通過法院組織法、行政法院組織法部分條文修正案，建構最高法院與最高行政法院（以下合稱為「終審法院」）的大法庭制度後，終審法院之大法庭制度已於 2019 年 7 月 4 日正式上路。大法庭制度之目的即在於，確保法律適用一致以及促進法律續造之作用⁸⁵；我國民事訴訟法第 469 條之 1 第 2 項即指明，上訴第三審之許可事由，除法定事由外，必須「以從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性者為限」；而刑事訴訟法之修法草案中，就其他判決違背法令得上訴三審之情形，亦以「從事法之續造、確保裁判之一致性或其他涉及之法律見解具有原則上之重要性」或「原審判決有重大事實誤認，且足以影響裁判結果」之事由，始得為之⁸⁶。依此，立法者透過此一授權條款的方式，即肯認一般法院有限的法續造之權⁸⁷。

三、法續造與憲法訴訟

首先必須釐清的是，法官所為的規範審查權不僅是法官受憲法拘束之展現，同時也印證了法官依法審判的憲法要求。民主多數的憲法界限僅能從憲法所導出，在我國司法權內部的權限分配上，形式意義法律的廢棄，係由大法官所組成的憲法法庭所獨占；也只有憲法法庭所為的規範廢棄裁判，始得解除一般法院的法律拘束（司法院釋字第 371 號解釋參照）⁸⁸。正如德國學者 Hillgruber 正確指明，所謂法官必要時可無視法律以追求其「實質正義」這

⁸⁵ 法院組織法第 51 條之 1、行政法院組織法第 15 條之 1 立法理由參照。

⁸⁶ 司法院通過民訴、刑訴第三審相關修正草案建構金字塔型制度，司法周刊，第 1 版，第 2083 期（2021）。

⁸⁷ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 71.

⁸⁸ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 31.

樣的法官義務，在基本法中並不存在。毋寧從基本法第 100 條第 1 項可導出，由法官法續造活動所生的形式意義法律廢棄只有在待適用的法規係違憲時，始得為之；而非法官認定其僅屬法政策有所欠缺或是「社會上過時的」，即可為之⁸⁹。

依 Hillgruber 分析德國聯邦憲法法院裁判後所整理的見解，即使立法者授權特定高等及最高審級法院原則上有權為法續造，但具體規範審查程序（即我國的法官聲請法規範憲法審查）也同時對其劃定出欲偏離國會制定法之法官自我授權法續造的封鎖作用。當某一形式意義法律對於法官待審個案之事實有所規範時，但法官欲採取有別於法律明定之法律效果時，必須先廢棄該法律，始能再填補此等法律漏洞。在此情況下所為的規範廢棄正開啟逾越法律的法續造之路。依基本法第 100 條第 1 項，禁止法官任意地將議會所制定的法律認定為違憲無效而不予適用。依憲法優先性之拘束，法官有權且有義務審查待適用的法律之合憲性，並且只要可能的話，必須採取合憲性解釋。但法官亦不得逾越法律解釋與合憲性解釋之界限，否則不只是侵犯立法者之權限，同時也侵犯到憲法法院之權限。只要後於憲法所制定之法律（nachkonstitutionelles Gesetz）無合憲性解釋的空間，則貫徹司法裁判亦受憲法拘束之下，必須依基本法第 100 條第 1 項具體規範審查程序為之。因此，針對依基本法所頒布之法律所為的逾越法律之法續造，在此前提下即不得為之；而只有（未被後於憲法之立法者意志所接受的）先於憲法的法律以及法律之下的規範，始得考慮逾越法律之法官法續造。此即所謂「具體規範審查程序的封鎖作用」（Sperrwirkung des konkreten Normenkontrollverfahren）⁹⁰：

⁸⁹ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 70.

⁹⁰ Hillgruber, a.a.O.(Fn. 7), Art. 97 Rn. 72.; Hillgruber, a.a.O.(Fn 75), S. 124. 類此見解，Zippelius, a.a.O.(Fn. 31), S. 67.

法律解釋與法律補充之界限，即為法官聲請憲法審查之始。簡言之，法官必須一方面維持法律拘束性，又必須為合憲性解釋劃定界限，故而在有違憲確信時，且已逾越法律明確文義而不得採取合憲性解釋時，便必須提起具體規範審查。換言之，受憲法拘束之要求並未廢棄法官依法裁判之義務，而任由法官自行造法為裁判依據⁹¹。

肆、欠缺方法意識的同性配偶收養裁定

承上論述基礎，應可進一步就本件收養裁定所涉及之方法爭議再作分析。筆者先前即曾指出，方法問題在我國司法實務中長期即不受重視，少有深入闡述與分析法官之法適用活動，更遑論在司法裁判上即少有自我認知、自我提醒地提出法官法續造的界限⁹²，此一論斷亦適用於本件裁定。本裁定係以「本施行法並無禁止收養養子女，不宜作否定或歧視文義的解釋，因此在以兒童最佳利益為優先考量下，運用體系解釋、目的性擴張解釋等法律解

關於專業法院若可採取合憲性解釋，即排除法官對於待適用之法律的違憲確信，故不得提起具體規範審查，就此亦可參見 Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 637.

至於立法不作為所生之法律漏洞，是否必須以具體規範審查程序確認其確憲，學理上有不同見解。就此肯定見解可參見 Hillgruber, a.a.O.(Fn. 75), S. 120.; Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 142. 不同意見，認為依保護義務釋義學所認定為違憲的法律漏洞，無法藉由具體規範審查而提交由憲法法院審查，蓋其非屬基本法第 100 條第 1 項意義下的法律；而只能由受規範者本身依憲法訴願而主張立法不作為而聲請憲法法院裁判。就此可參見 Lembke, a.a.O.(Fn. 32), S. 265. 其註腳 350 則附有學界正反意見的整理。

⁹¹ Möllers, a.a.O.(Fn 75), S. 671 f.

⁹² 張志偉，前揭註 17，頁 7-12。

釋方法，收養他方未成年養子女時，準用民法有關收養之規定」即肯認同性配偶可收養他方之養子女。惟細究其法律解釋與適用，則不無若干方法概念不清甚至錯誤適用之疑慮。以下特別針對本號裁定涉及法學方法之處略作分析，但此一立場分析自不限於本號裁定，本文毋寧更想和持此一立場的支持者交流。

一、釋字第七四八號解釋施行法第 20 條的法律解釋

如前所述，至少在立法之初，法律解釋必須由主觀一歷史解釋出發，以確保（貫徹）依法裁判之憲法要求。依本施行法第 20 條之立法理由所揭示：「一、鑑於成立第二條關係之雙方當事人有共同經營生活事實，為保障同性關係之一方親生子女之權益，應許他方得為繼親收養，由社工專業評估及法院之認可，依個案判斷其收養是否符合子女最佳利益，並準用民法有關收養之規定。」由此立法理由所示，已明示係為保障同性關係之一方收養他方之親生子女之權益，而得為繼親收養。由立法理由中的「親生子女」與「繼親收養」之明文，足以揭示立法者對此的清楚立場；此亦可觀諸法務部提出草案專法時，時任法律事務司司長鍾瑞蘭即明確表示，本次同婚專法之收養子女規定，「就是法律上所稱『繼親收養』，即是同婚伴侶之一方，已有之親生子女，可由另一方收養，後續必須經過社工評估，並且獲得雙方當事人之同意。」⁹³法條用語並不是使用「他方子女」或「共同收養」等用詞，而是明白表示「親生」子女，顯見已屬有意使用此等概念⁹⁴。此一「親生」概念即連結到民法第 967 條第 1 項規定，直系血親即係「己身所從

⁹³ 林上祚，同婚伴侶之收養僅限繼親收養 蔡清祥：考量同性伴侶一方親生子女之權益，風傳媒，<https://www.storm.mg/article/974985>（2019/02/21，最後更新日）。

⁹⁴ 以清楚文義（klare Wortlaut）作為規範適用的首要指引，參見 Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 731 ff.

出或從己身所出之血親」，故「親生」之文義即限於自然血親之意⁹⁵；而此一親生子女，概念上亦包括同性配偶中，由一方（甲）提供卵子，與匿名精子結合後，將受精卵植入他方伴侶而由他方（乙）之子宮，由乙分娩子女。此種情況下，基於羅馬法諺「分娩者為母」之原理，乙即為生母，甲即得以繼親收養的方式，建立法律上之親子關係⁹⁶。再者，從立法過程、立法草案與理由均可印證此一立法意向，立法時各黨團協商過程中，時代力量黨團即曾提出肯認收養他方之子女或共同收養之修正動議，惟**未獲多數立委支持**，最後通過民進黨黨團再修正動議條文，即為現行法條文⁹⁷。就此而言，從文義及歷史解釋出發，實無不同解釋可能性之餘地；亦不得單以參與立法程序個別立法委員的發言，即認定有不同立場，甚至推論法院可單引個別委員見解，即採取立法過程中所不採之立場。由體系解釋亦可得知，此一「親生子女」之收養範圍界定，即屬立法者對於同性配偶之親子關係所為具有內在關聯之認定，倘若立法者有意開放同性配偶之收養可能性，即應更為明確表示其收養範圍與可能之收養效力等具體規定，而非將其限定於特定概念範疇；捨此不為，若僅透過司法者自行（錯誤）準用

⁹⁵ 此一立法模式與德國原先立法有其近似之處。按德國 2001 年所制定的同性登記伴侶法中關於收養之立法原本並未納入共同收養子女的可能性；於 2005 年始擴及繼親收養，使一方伴侶得以收養他方伴侶之子女，而未允許同性伴侶共同收養第三人之子女，蓋共同收養只以具備夫妻身分為前提。可參見戴瑀如，同性婚姻立法之相關問題——由德國民法納入同性婚所帶來的疑義檢視我國之立法方向，月旦法學雜誌，第 283 期，頁 59（2018）。惟此一限制隨著德國 2017 年同性婚姻的立法而不存在，同性配偶可向法院聲請收養子女。至於我國，則是法無明文。

⁹⁶ 林庭葦，從同性寄養轉換為同性收養之研究，頁 52-54，國立臺北大學法律學系碩士論文（2021）。

⁹⁷ 立法院公報，第 108 卷第 48 期，頁 577-584（2019）。

收養規定，在法適用上不免難解，法秩序亦因此紊亂⁹⁸。此亦可從體系解釋上，民法第 1073 條第 2 項即規定，「夫妻之一方收養他方之子女時，應長於被收養者十六歲以上」即明示係他方之「子女」，而非「親生子女」，法律內在體系中即已揭示此一區分。再者，本施行法制定目的即已明示，係為「為落實司法院釋字第 748 號解釋之施行」，而司法院釋字第 748 號解釋之解釋標的與範圍已有意限定於「達成婚姻自由之平等保護」的目的，而「僅就婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第 22 條保障之婚姻自由及第 7 條保障之平等權，作成解釋，不及於其他」（司法院釋字第 748 號解釋文及理由書參照），就同性配偶之收養面向，司法院釋字第 748 號解釋並未處理，自應取向於立法者所為之界定。且本施行法正式適用迄今之時間並不算長，難認已有規範老化，事實與社會評價已有重大不同的現象發生。

從而，立法者既已為清楚界定其收養範圍，無論從文義、歷史、體系及目的之解釋方法，均無法得出其他解釋可能性，法律解釋上即無空間為不同之解釋。再者，本施行法並無使同性配偶在規範其親子關係中，有類推適用的空間。蓋一來立法者已清楚表白其立法意向，**除非此立法牴觸上位階之憲法規範而必須藉由憲法訴訟之途徑宣告其違憲外**，此一立法即屬合憲之法律，清楚文義即排除法律漏洞之存在，若未存在法律漏洞，即無填補漏洞

⁹⁸ 關於同性婚姻下親子關係之各種立法模式與建議，可參見鄧學仁，同性婚姻法制化後之親子關係，月旦法學雜誌，第 283 期，頁 40-52（2018）；郭書琴，從「伴侶」到「父母」論身分法規範重心之轉變——兼評 96 年度養聲字第 81 號裁定，成大法學，第 20 期，頁 75-119（2010）；施慧玲，同性伴侶組成家庭的權利——收養敘事分析，月旦法學教室，第 208 期，頁 55-63（2020）；戴瑀如，前揭註 95，頁 53-69。

之餘地；二來同性配偶收養是否有其相應的權利地位，仍有待立法者所創設或釋憲機關之認定。個別法官或司法事務官為使全面肯認異性與同性婚姻的權利平等而擴張親子法的適用範圍，僅屬個別之法政策訴求，並不能將之認為屬於法律漏洞，而濫權進行續造，否則即有違司法依法裁判之憲法界限。

二、本件收養裁定誤用漏洞、反面推論與準用等方法論內涵

（一）漏洞作為類推之前提

再者，本件收養裁定理由中亦混用若干方法論概念，亦應對此加以指明。若系爭事件無法尋得正確規範以為適用時，常見的方法論工具即為「類推」⁹⁹。例如先前因民法上當然繼承之規定，而未成年人未即時表示拋棄繼承而必須繼承父母債務所衍生的「背債兒」案例，法院即以「類推」拋棄繼承之規定，認定系爭個案中當事人滿 20 歲即成年之日起 2 個月內，可決定是否拋棄繼承。若以此運用至本案而言，是否可認為本施行法之立法者漏未規定，而有類推民法收養規定的空間呢？

按方法論上，規範漏洞係指縱有規範需求，但未為規定的情形¹⁰⁰，法律漏洞即指以現行整體法秩序為標準的法律秩序中「違反計畫的不完整性」(planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes)¹⁰¹。因法規範整體欠缺圓滿性而導致無法可依，或因矛盾立法，致對於

⁹⁹ 關於類推的操作，可參見 Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 562-594.; Rütters/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), § 23 Rn. 889-896.; Karl Larenz 著 (陳愛娥譯)，前揭註 34，頁 290-298。

¹⁰⁰ Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 568.

¹⁰¹ Engisch, a.a.O.(Fn. 30), S. 241.; Rütters/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), § 23 Rn. 832.; Karl Larenz 著 (陳愛娥譯)，前揭註 34，頁 283；吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，東吳法律學報，第 18 卷第 2 期，頁 112 以下 (2006)。

具體發生的法律事件，有效的規範無法發揮功能，即有漏洞存在。欲判斷是否確有此類漏洞存在，須以法律本身的觀點、法律的根本規整意向、藉此追求的目的以及立法者的「計畫」為準¹⁰²。依據該項法律的規整計畫或其整體的關聯性，可期待某一個特定的規範，但法律規範文本卻有所欠缺而言。法律漏洞是以整體現行法律秩序為標準，即屬「違背計畫的不完整性」；亦即未規範之案例事實與法規範所規整之事實具有「規範上等價性」(normative Gleichwertigkeit)，始存在漏洞，而有必要以類推方式予以填補¹⁰³。若法律並無不圓滿的情況，而只是有法政策上的錯誤，則無漏洞填補的空間，至多只能作超越法律之法的續造¹⁰⁴。換言之，制定法內之法續造的前提係法律中存在漏洞¹⁰⁵。惟不可避免的是，此處的漏洞認定並非單純的事實判斷或邏輯推論，而是涉及解釋者的評價行為¹⁰⁶。

在此理解下，必須與此處的漏洞相區別的是所謂的「法政策的漏洞」(rechtspolitische Lücke)、或「批判性漏洞」(kritische Lücke)、「非真正的漏洞」(unechte Lücke)等概念。此等概念係指從一個未來更好的法律觀點(Standpunkt eines künftigen besseren Rechts)，意指「著眼於未來的法律」、立法論(de lege ferenda)；

¹⁰² Karl Larenz 著(陳愛娥譯)，前揭註 34，頁 283。

¹⁰³ Reimer, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 594.

¹⁰⁴ Karl Larenz 著(陳愛娥譯)，前揭註 34，頁 284。Engisch, a.a.O.(Fn. 30), S. 241 f.稱「法政策的漏洞」為「不真正漏洞」，亦即取向於將來更佳的法(de lege ferenda)；反之，「現行法中的漏洞」(de lege lata)，即為真正漏洞。

¹⁰⁵ BVerfGE 108, 150 (160); 96, 56 (64); 84, 212 (226 f.); 65, 182 (191 f.) zit. aus Lembke, a.a.O. (Fn. 32), S. 45.

¹⁰⁶ Rütters/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), § 23 Rn. 834.; Hillgruber, a.a.O. (Fn. 7), Art. 97 Rn. 69.; Karl Larenz 著(陳愛娥譯)，前揭註 34，頁 284。

但此種漏洞並不能說是真正的、根本的漏洞，亦即現行有效之法的漏洞（*Lücke im geltenden Recht*；意指「現行法」（*de lege lata*））。立法論上的漏洞只能促使立法對於法律的改革，但並不能促使法官填補漏洞。法官的漏洞填補必須以現行法之漏洞（*Lücke de lege lata*）為前提¹⁰⁷。

回到本案的情況，如前所述，立法者於制訂本施行法時，就同性配偶間的收養範圍已明定為「親生子女」始有繼親收養之適用。從此法律本身、立法目的與立法者意圖而言，並無「違反計畫的不圓滿性」存在，故而並無現行法之漏洞存在，從而並無開啟法官制定法內之法續造之餘地。從而，關於是否應開放至他方之法定血親子女，充其量僅屬「法政策之漏洞」或是是否牴觸平等原則之合憲性審查問題，斷無法透過法官類推的方式得出法政策上非屬立法者納為規範內容之法律效果。

此處亦可從反面推論（*Umkehrschluß, argumentum e contrario, argumentum e silentio*）可得出此一結論：反面推論係類推推論（*Analogieschluß*）的相對物，係來自拉丁法諺「明示其一排除其他」，其表明，若無法律漏洞，法官就不得進行漏洞填補。若法律對某一生活事實未作規範，即可得出立法有意對此保持沉默，蓋其不願對此有所規整，此時即係指涉立法「深思後的」、「確信的」沉默（*beredtes Schweigen*）¹⁰⁸。倘若法院對此誤認有漏洞存在並予以填補，即屬違反法律¹⁰⁹。蓋此處應留意的是，反面推論邏輯

¹⁰⁷ Engisch, a.a.O. (Fn. 30), S. 241 f.

¹⁰⁸ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), §23 Rn. 899. 作者並舉出德國民法典第 1601 條僅規定「直系親屬」負有扶養義務，由於立法者清楚知悉有其他親屬存在，如兄弟姐妹，故從民法典中並不能得出兄弟姐妹負有扶養義務。關於類推推論與反面推論的討論，可參見 Engisch, a.a.O. (Fn. 30), S. 251 ff.

¹⁰⁹ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 838.

構成係呈現出由於法律僅對於構成要件 P 連結法律效果 Q，因此對於其他構成要件，即使其與構成要件近似，亦不適用該法律效果 Q。至於此等反面推論只有在構成要件部分被充分列舉時，始能成為一個有效的邏輯規則，若立法者僅作一些例示規定，則尚得類推至與其所例示之案型類似的相似案型上，即不得逕為反面推論。至於是否屬此種反面推論，則僅於法律明文規定或至少依其意旨，顯然為立法者所意欲或依法律之目的所要求時，始具正當理由。從而，若肯認反面推論，即應排除法律漏洞的存在，亦無類推適用的餘地，蓋此時並無「違反計畫的」法定規則的不圓滿¹¹⁰。因此，在漏洞確定與漏洞填補所適用的一般性原則，即為法官係受到法律之立法評價與規範目的之拘束，其係作為立法或法秩序之服務性助手 (dienende Gehilfen)，而非主人 (Herren)¹¹¹。就本案而言，立法者已清楚表明其規範目的：將同性配偶之收養限定在他方之親生子女，就此即應適用的是反面推論，而非類推推論。

(二) 錯誤理解的「準用」與「目的性擴張」

本案裁定中復提及，「在以兒童最佳利益為優先考量下，運用

¹¹⁰ Karl Larenz 著 (陳愛娥譯)，前揭註 34，頁 299；陳清秀，前揭註 66，頁 580-581。Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), §23 Rn. 900.關於近來反面推論之例，可參見憲法 130 條所設定之 20 歲選舉權之規定是否構成 18 歲參政權必須修憲的爭議，相關討論可參見顏厥安，顏厥安觀點：十八歲投票權不需要修憲，新新聞，<https://new7.storm.mg/article/4184029> (2022/02/08，最後更新日)。廖元豪，十八歲投票權 以修法探綠營真假，中時新聞網，2022/02/11，<https://www.chinatimes.com/opinion/20220211003611-262104?chdtv> (2022/08/30，造訪)。李念祖，正確解釋憲法 成年人就該有投票權，中時新聞網，2022/02/24，<https://www.chinatimes.com/opinion/20220224004133-262104?chdtv> (2022/8/30，造訪)。

¹¹¹ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 901.

體系解釋、目的性擴張解釋等法律解釋方法，收養他方未成年養子女時，準用民法有關收養之規定」此一理由證立所提及之「體系解釋」、「目的性擴張解釋」等概念，如前所述，並非正確。除此之外，更為明顯的錯誤係裁定此處所使用的「準用」概念。

按各法律領域中立法常見之「準用」，係法條理論下的一種立法技術，意指法制定主體就其制定權限內所為之個別規定本身並未明定其構成要件或法效果，而係援引其他由自身或其他法制定主體所制定之規定作為個別規定之構成要件或法效果內涵¹¹²。此即立法技術上之準用形式（entsprechende Anwendung），為立法者本身所為之類推形式（gesetzgeberische Form der Analogie）。是以，準用條款係指由法律明文授權法院將法定案型之法律規定適用到系爭類似案型上，典型之例如行政執行法第 26 條，「關於本章之執行，除本法另有規定外，準用強制執行法之規定」的概括規定。由此以觀，倘無立法者所明定之「準用」條款，即無由法官（司法事務官）自行創設的「準用」之餘地。

再者，「目的性擴張」（teleologische Extension）係指規範要素的擴張，而修正規範文本之形式。此係指在法律文本所涵蓋的情形，衡酌該條文的立法意旨顯然過狹，以致無法貫徹該規範的意旨，因此將其適用範圍擴張及於該文義所不包括的類型¹¹³。由於此處呈現出規範文本與規範意旨間的不一致，故屬修正規範文本

¹¹² 關於「準用條款」的詳細分析，可參見張志偉，行政執行法公法上金錢給付義務章準用條款之檢視——以限制住居之爭議為例，收錄於行政罰法與相鄰行政法關係，頁 196-212，元照出版有限公司（2021）。

¹¹³ Karl Larenz 著（陳愛娥譯），前揭註 34，頁 306-307；陳清秀，前揭註 66，頁 591；黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 747，自版，增訂 6 版（2009）。

的形式¹¹⁴。此一模式與擴張解釋之不同處在於，前者在規範之構成要件或法效果要素中並未提供擴張理解的出發點（Anknüpfungspunkt），反之在後者則仍尋得其出發點¹¹⁵；與類推推論相近之處在於，作用上均將一項規整擴張適用於依其字義並未包含的其他案件事實¹¹⁶，但相異之處則係依目的性擴張所擬處理的類型，與法律明文規定者不同，故無類似性可言（此即類推之特徵），惟為貫徹立法意旨，而兼容其他適當案型。兩者共通之處係完全實現法律規範目的，以避免無法正當化的價值矛盾，因此在禁止類推適用之處，亦禁止目的性擴張¹¹⁷。

至於是否得為目的性擴張之容許性問題，首先必須是不得有擴張禁止之規定（如罪刑或處罰法定原則），且依規範發生史、體系及目的意義得以確認，規範文本相較於規範目的係過窄，而需要擴張之理解。相反地，若僅為法適用者認定該規範係法政策上瑕疵，此一擴張僅屬法政策上之要求者，則不得為目的性擴張¹¹⁸。依此，如前所述，本案中並無漏洞，亦無規範文本與規範目的之落差，故而擴張及於他方養子女之收養僅屬法政策之要求或是憲法上之評價，而非屬法院可自行「目的性擴張」之範圍。

惟學理上容有不同見解，如學者李惠宗基於此處涉及「超法規準則」之適用，而認「本案例乃涉及『法官應遵求法律文義原

¹¹⁴ 至於此種模式係屬於制定法內之法續造，抑或超越制定法內之造法，學理上有所爭議。如 Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 556, 623 認為目的性擴張係規範之修正，規範制定者並未完全轉換其價值決定，而類推則係於法有漏洞時，基於類似性所為的補充；而 Rütters/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), §23 Rn. 904 則認為目的性擴張屬類推之特殊案型。

¹¹⁵ Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 623.

¹¹⁶ Karl Larenz 著（陳愛娥譯），前揭註 34，頁 307。

¹¹⁷ Karl Larenz 著（陳愛娥譯），前揭註；陳清秀，前揭註 66，頁 592。

¹¹⁸ Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn. 623 f.

則』與『貫徹子女最佳利益原則』的衝突的問題。本案並非通常案件，此二原則衝突的結果，法官選擇子女最佳利益原則的貫徹，使結婚同志可以共同收養無血緣關係的子女。本文基於倫理準則具有超法規準則的性質，贊同此種裁定結果。」¹¹⁹對此，筆者認為，在民主法治憲政國家中，倫理準則基本上已內涵於基本權利、民主與法治等憲法原則之中，而不應任由法適用者援引而排除實證法。若認有違憲疑慮，於我國法制則應專屬於憲法法庭審查之；若屬法政策之倡議，亦為立法等政治部門所職司調整¹²⁰。

三、法官拒絕適用法律與憲法訴訟

然而，在某些並非上述漏洞之情況，而司法裁判仍須為裁判之情形，於此，已逾越了單純的漏洞填補的界限，而進入到「超越法律的法之續造」的階段。學理上肯認得為此種法續造的正當事由，例如鑑於法律交易上的需要、事物本質或是法倫理原則等¹²¹；又或者是在極權不法體制下，法官引用自然法或抵抗權等思想，拒絕適用法律¹²²。我國司法實務中之實例為最高法院運用民法第 1 條，「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」之

¹¹⁹ 李惠宗，從法律倫理學看超法規的法律適用——兼評最高法院 107 年度台上字第 267 號判決及高雄少年及家事法院 110 年度司養聲字第 85 號民事裁定，月旦實務選評，第 2 卷第 10 期，頁 88(2022)。

¹²⁰ 相似見解，另可參見周裕善，同性結婚者收養子女權之研究，頁 101，國立中興大學法律學系碩士班碩士學位論文(2023)：「以司法解釋之方式擴大條文文義，使同性結婚者得為接續收養並非妥適。蓋立法者具有民主正當性，由立法者針對同性結婚者收養子女之規定，藉由修法之方式，使同性結婚者享有收養子女之權利方符國家法治。」

¹²¹ Karl Larenz 著(陳愛娥譯)，前揭註 34，頁 321-333。

¹²² Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), §24 Rn. 977 ff. 此外，鑑於法律與更高位階之法(如合憲性解釋、合於歐洲法解釋或合於國際法之解釋)所生之規範衝突，亦有可能導致法官修正法律的情況，就此可參見 Reimer, a.a.O.(Fn. 28), Rn.628-683。

規定所為司法造法，亦即以嗣後之新法規定作為民法第 1 條之法理，而適用於舊法時期發生之事實，例如民法第 247 條之 1 定型化契約條款、民法第 425 條之 1 推定租賃關係等例¹²³。在此情況下，或係基於民法第 1 條法理作為法源或是裁判拒絕禁止原則下，法院並不是基於特定之制定法或立法目的，毋寧更以超越這些的法律思想為根據自行創造出一些法律制度以為個案適用之依據，於此，法院不再是從事個案裁判，毋寧如立法者一般所為，是在創設一般性規範¹²⁴。

惟由於此一現象違反立法機關與司法機關之功能分配，學理上莫不嚴格限定其要件或認為可忽略之：如 Larenz 即認為，「僅能於特殊情況，在具備下列兩項前提時，始能認可。其一：該當的問題領域欠缺詳細的法律規定，因此所致的法不安定性將造成當事人不堪忍受的後果；而且不能預期立法者將立即採取行動。此外，事實的關係如此清楚，因此，法院完全能夠預估，其所擬採取的規則對經濟、社會政策及其他領域將造成如何的影響；它也的確掌握必要的經驗資料。而即使此等條件均具備，此種作法基於前述理由，仍屬不無可議。因此，在司法裁判的『古典』領域（指：民事、刑事及一般行政法院）仍不宜採納此等作法。」¹²⁵而 Wank 則認為，若漏洞是基於法律交易的需要、事物本質或是法倫理原則此類理由的基礎，「那麼它更多地是一個法政策上的要求，而不是真正的漏洞」¹²⁶。而公法學者兼方法論學者的 Zippelius 則簡

¹²³ 引自吳從周，台灣民法方法論之發展現狀，收錄於身分法之回顧與前瞻——戴東雄教授八秩華誕祝壽論文集，頁 506 以下，元照出版有限公司（2017）。其他法官「創制性的補充」的適例，可參見黃茂榮，前揭註 113，頁 752-756。

¹²⁴ Karl Larenz 著（陳愛娥譯），前揭註 34，頁 340。

¹²⁵ Karl Larenz 著（陳愛娥譯），前揭註，頁 341。

¹²⁶ Rolf Wank 著（蔣毅、季紅明譯），前揭註 35，頁 143。

潔地指出，「偏離法律字義的法官法續造只有在下列情況下方屬合法：即其所依據的受『法』的拘束而非僅受『法律』拘束的理由比要求法官嚴格遵守『法律』的權力區分與法安定性的論據更有分量，並且法律文義存在此種可能性，亦即立法者對於所爭議的案例欠缺充分思考，亦未在立法上對之有所規定。但若法律清楚可辨別的意涵已排除此種可能性，則在憲法法院廢棄專屬權（*verfassungsgerichtliches Verwerfungsmonopol*）範圍內，僅剩憲法法院的規範審查一途。」¹²⁷

若以上述法學方法論的介紹為基礎，本案情況下該司法事務官所為的並不是針對全無法律規範的法領域為造法，而是表現出法官對於現行法律「拒絕服從」（*Gehorsamsverweigerung*）。藉由法官自己的評價，排斥並替代法律評價，此即意味著法律拘束之破毀，亦即由法官所為之「法律破毀」（*Gesetzesvereitelung durch den Richter*）¹²⁸。事實上，在德國基本法所確立的「基本權利民主體制」（*Grundrechtsdemokratie*）下，法官拒絕服從的問題在實證憲法中即大為緩和，每個法院都可以審查法律之合憲性。如 *Rüthers/Fischer/Birk* 所指出，由於正義的傳統標準在基本法中的基本權目錄下已然確立（實證化），也就意味著法官有權為正義審查（*Gerechtigkeitsprüfung*）。若法官認定憲法制定前的法律違憲，可附具理由拒絕適用；對於制憲後的法律，則可以依據基本法第 100 條第 1 項之程序，提請憲法法院審查此一有疑義的法律。因此，法官個人的良知衝突，亦即對於法律的法性質有所疑義，而必須在法律拘束或良知間加以選擇，即獲致重大緩和。法院因「不正義」法律內容而拒絕法律的問題，已納入到法治國家中的訴訟程序加以規整。法官無權以其自身的正義觀取代現行法，並因此

¹²⁷ Zippelius, a.a.O.(Fn. 31), S. 67.

¹²⁸ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O. (Fn. 16), § 24 Rn. 944.

破壞法律共同體的意志。若法官的良知不允許其服從法律，則其必須放棄法官職務。聯邦憲法法院新的裁判見解即已指出，任由法官以其正義觀取代立法意志之地位所生的混亂情形，係與民主法治之憲法國家未能相符¹²⁹。此一提醒，在本案中尤應格外留意。倘法官有意修正法律，即應將此一背離予以揭露，就此亦毋寧是方法忠誠的要求¹³⁰。

此一結論在我國憲法秩序下，亦無不同：從司法院釋字第 371 號解釋即已清楚揭示規範審查與憲法訴訟上係採取集中制之違憲審查模式，由此法官應依法裁判，若裁判所適用的法律確信有違憲疑義，並不是自行認定其違憲而拒絕適用或是恣意擴張、變更法律概念，而是必須統一交由釋憲機關認定。就此，依我國憲法解釋實務及憲法訴訟法的相關規定，承審法院可藉由法官聲請釋憲的憲法訴訟類型，聲請司法院大法官就該法律是否違憲予以審查，以確保所適用之法規範乃合憲法規範。就此而言，亦為我國憲法審判制度採取集中制之立法用意：法安定性之確保，而避免不同審判法官即有不同裁判結果。因此，在我國憲法秩序下，貫徹憲法優位與法官依法裁判之憲法要求，法官對於法律是否違憲雖有解釋權與聲請權，但無拒絕適用權及廢棄權，自然也無法肯認假藉法續造或是國際法之名，即行違憲之造法行為。況且，若任由單一法院自行造法，反而造成各地法院見解不一，徒增有違法安定性之情況¹³¹；且未能督促立法者善盡妥適、完整立法之機會。本案裁定之司法事務官，若認本施行法第 20 條之法律解釋結

¹²⁹ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O. (Fn. 16), § 24 Rn. 967 f.

¹³⁰ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O. (Fn. 16), § 24 Rn. 990. 關於法學方法的功能與其規範性，可參見張志偉，前揭註 17，頁 10-12。

¹³¹ 除本件裁定案例外，似尚無其他法院採取相同見解之裁定，就此可見一般。且同法院其他法官亦有著文採取不同立場之見解，詳後述。

論限於「親生子女」違憲，又無合憲之法續造空間時，此時並不得誤解法律之意旨，而強加自己的法政策結論於規範之中，而毋寧應尋求憲法審查之途徑¹³²。事實上，德國關於同性家庭收養範圍的逐漸開放，也是透過其聯邦憲法法院歷次裁判影響下而漸次推展。再者，即使依司法院所頒布「司法事務官辦理各類事務之範圍」之法規命令規定，認可收養子女事件得由司法事務官為之；然依家事事件法第 114 條第 1 項規定，認可收養子女事件，專屬收養人或被收養人住所地之法院管轄。故依此規定，自亦可由法院依憲法訴訟法第 55 條，「就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」

四、兒童權利公約或家庭權作為法官續造之基礎？

又匿名審稿委員之一提請留意，「兒童權利公約第 21 條關於收養制度與兒童利益的保障，經兒童權利公約施行法第 2 條規定，已具有國內法效力，並非國際法規定」，是否可以此肯認本裁定見解？不無疑義。面對同為立法者制定通過之（修正前）本施行法第 20 條及兒童權利公約第 21 條、兒童權利公約施行法第 2 條，如何正確解釋即為關鍵所在。就此，若吾人細察兒童權利公約第 21 條規定，「締約國承認及（或）允許收養制度者，應確保以兒童之最佳利益為最大考量，並應：（a）確保兒童之收養僅得由主管機關許可。該機關應依據適用之法律及程序，並根據所有相關且可靠之資訊，據以判定基於兒童與其父母、親屬及法定監護人之情況，認可該收養，且如為必要，認為該等諮詢可能有必要時，應取得關係人經過充分瞭解而對該收養所表示之同意後，方得認可該收養關係；（b）在無法為兒童安排寄養或收養家庭，或無法

¹³² 就德國裁判實務及立法演進的介紹，可參見林庭華，前揭註 96，頁 30-38。

在其出生國給予適當照顧時，承認跨國境收養為照顧兒童之一個替代辦法；(c) 確保跨國境收養的兒童，享有與在國內被收養的兒童相當之保障及標準；(d) 採取一切適當措施確保跨國境收養之安排，不致使所涉之人士獲得不正當的財務上收益；(e) 於適當情況下，締結雙邊或多邊協議或協定以促進本條之目的，並在此一架構下，努力確保由主管機關或機構負責安排兒童於他國之收養事宜。」旨在揭示「兒童最佳利益為最大考量」，並指明若干實體、程序及組織之標準，以符合收養制度之目的，並未要求締約國必須負有（國際間容或尚有爭議的）同性伴侶或配偶得共同收養非血緣子女之立法義務¹³³。此從我國立法過程亦可得出此一結論：如前所述，本施行法立法時已確知有兒童權利公約及其施行法之立法，仍於第 20 條（修正前）已明確採取僅肯認繼親收養之立場，就此而言，由立法者主觀意志應足以認定其規整原則與內涵。質言之，不因有兒童權利公約及其施行法而必然立法肯認有無血緣關係之收養。

再者，另一匿名審查委員亦提及可否由家庭權而證立此處之收養可能性：「以後事之師來看，後來修法也的確容許同性者除繼親收養外，亦得接續收養及共同收養，則以『前瞻式』的法律見解作為裁定結論（同時也促成立法的修正），是否完全不符合法學方法論，亦值得商榷。蓋因為法律存有漏洞的法律續造及以合憲解釋方法，直接限縮現行法律的適用範圍，如果在憲政主義下，應屬容許。蓋因為法律的懈怠，未賦予特定族群之人，應有的基本權利（例如本裁定的『家庭權』），則一般法院以憲法基本權的保障為鵠的之法律續造，似亦屬憲政主義容許範圍，此亦為功能性權力分立的落實。從而本文所檢討的裁定是否因此而成為『違

¹³³ 反而從兒童角度值得思索的是，是否應賦予該子女有請求收養之權？

憲之造法行為』，亦容有商榷餘地。本案所涉及的情形，正是『社會變遷』，立法者未有適當反映的情形。」確實點出重要的提問，但筆者仍欲持原先見解，其理由如下：

(一)按家庭權之保護範圍是否及於收養，以及收養制度如何形塑，本有其立法形成自由與憲法界限，此為家庭制度乃憲法制度性保障之意涵，尚無法直接導出憲法上應有如何特定具體內容之收養制度，否則即屬違憲的結論。同理，同性配偶之收養亦屬相同。立法者先開放繼親收養，再循序漸進地判斷是否開放共同收養，考量到同性婚姻制度的引進，實有其複雜性，有待審慎、斟酌之必要。此未必係立法者未有適當反映「社會變遷」之情況，蓋收養首重子女最佳利益，立法者對此仍有先位之評價餘地。

(二)此觀諸德國聯邦憲法法院「同性同居伴侶一方收養另一方伴侶的養子女」判決中，其裁判要旨（亦僅審慎地）認定「1.雖然基本法第 2 條第 1 項連結基本法第 6 條第 2 項第 1 句規定，賦予孩童要求國家保障其獲得父母親照護與受教育的權利，但從這些規定中並無法推導出立法者負有義務，讓已登記同居生活伴侶之一方所收養的孩童，能夠被另一方伴侶收養（接續收養）。2.隸屬相同性別而在法律上被承認為某一孩童之父／母親的兩人，也是憲法意義下的雙親（基本法第 6 條第 2 項第 1 句）。長久以來和孩童既沒有血緣上，也沒有普通法律上親子關係的人，原則上並不會僅因為該人與該孩童生活在一個社會性的一家庭式的關係，使得依據基本法第 6 條第 2 項第 1 句規定，主張是憲法意義下的父／母親。3.當已登記的同居生活伴侶們與其中一方的親生子女或養子女，生活在一個社會性的一家庭式的共同體中時，則這對伴侶與該子女即形成了被基本法第 6 條第 1 項所保障的、基本法意義下的家庭。在家庭的法建構上，立法者並不必然被憲法賦予義務，對於事實上履行社會性父／母親功能之人，僅以此為由即

創設出收養（該孩童）的可能。4.同居生活伴侶法第 9 條第 7 項排除了已登記同居生活伴侶一方的養子女，被他方伴侶領養（接續收養）的可能性。相反的，領養已締結婚姻配偶的養子女，以及已登記同居生活伴侶的親生子女（繼子女收養），則是可能的。因此緣故，相關孩童以及相關的同居生活伴侶在其平等待遇請求上（基本法第 3 條第 1 項），即受到傷害。」¹³⁴由裁判要旨第 1 點、第 2 點即可得知，僅高舉同性伴侶之家庭權即推導出必須肯認同性伴侶共同收養之權（卻未提及何以子女無請求收養之權），可能是未必精確的論證。至於何種情況下會構成平等原則之違反，則須更精確地審查其具體情況而定。

（三）再者，就本施行法第 20 條修法前之法律解釋層次，應可肯定未肯認共同收養。所餘者僅屬法律續造可以考量。惟如同本文前述所指出，「本施行法正式適用迄今之時間並不算長，難認已有規範老化，事實與社會評價已有重大不同的現象發生。」且評價社會變遷亦不應由非訟事件之司法事務官所為，而主要應是政治部門之任務，此亦為國家組織法上，基於權力分立所為考量。

（四）又本案中並無規範漏洞，亦無規範文本與規範目的之落差，故而若欲擴張及於共同收養子女，容或屬法政策之要求，又或是基於憲法上之評價。故本文認為，欲處理同性伴侶收養問題，一則是以修法之法政策方式為之；另一則是透過憲法訴訟之方式處理，此於我國集中制之憲法審查制度，尤應如此。考量到若任由各地法院採取不同見解，反而造成不一致之情況，所衍生的混亂，實可預見。事實上，最後仍是透過修法之立法政策途徑予以

¹³⁴ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Februar 2013

- 1 BvL 1/11 -, Rn. 1-110 = BVerfGE 133, 59. 參見周敬凡譯，「同性同居伴侶一方收養另一方伴侶的養子女」判決，收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯（十五），頁 96-97（2014）。

處理。

五、透過修法以達合憲之法政策變遷¹³⁵

至此，依筆者之見，就同性配偶收養無血緣子女之法律爭議，其解決之道一則為憲法訴訟；另一則是透過立法論上修法處理，而不應由法院自行曲解法律意旨而為法政策變動。事實上，在本件高雄少年及家事法院同性配偶收養裁定之後，不但引起同為高雄少年及家事法院之法官為文，採取不同立場¹³⁶；內政部亦函請法務部函釋，法務部法律字第 11003516960 號函釋（2022 年 1 月 4 日）亦採取有別於該收養裁定之立場，而認定「參照司法院釋字第七四八號解釋施行法第 20 條規定意旨，為保障同性關係之一方親生子女之權益，應許他方得為繼親收養，並於此範圍準用民法有關收養之規定，惟同性配偶尚無法準用民法第 1074 條規定共同收養第三人子女或由一方單獨收養他方養子女。」¹³⁷就此已足見，倘允許個別法官或司法事務官背於法律明文而採取不同立場，卻不以聲請憲法審查或藉由修法為之，恐會造成法律秩序之混亂，從而造成有意尋求收養之同性配偶及相關人士的無所適從。

因此，甫於 2023 年 5 月 23 日修正、6 月 9 日公布之本施行法第 20 條修正條文，即採取第二條路：修正為「第二條關係雙方當事人之一方收養他方之子女或共同收養時，準用民法關於收養之規定。」依主責提案修正之法務部新聞稿，針對舊法規定同性配偶尚無法收養無血緣子女一節，邀集收出養媒合服務者、兒童

¹³⁵ 於本文初稿完成後，由於立法院修法改採得收養他方之子女或共同收養之規定，爰另起一段論述以說明修法與本文所採立場之關聯性。

¹³⁶ 參見劉子健、施好青，同婚一方得否收養他方之養子女——我國首件認可接續收養裁定評析，警專學報，第 7 卷第 8 期，頁 123-140（2022）。

¹³⁷ 法務部（111）年法律字第 11003516960 號函釋。

福利團體、社工團體、心理諮商團體、同志團體、家長團體、被收養兒少、中央兒少代表及有關機關召開諮商會議，廣納各界意見並檢視相關行政配套，以提出修正草案，放寬同性配偶得予收養無血緣子女，同性配偶與異性配偶享有相同收養子女之權利，不再僅以收養家庭之型態，作為判斷是否合適收養子女之唯一因素，而係透過社工專業評估及法院之認可，依個案判斷是否符合未成年子女最佳利益¹³⁸。

就此，已足以清楚瞭解，立法問題仍須由立法為之，具體個案中的收養是否認可，即轉由法院判斷是否認可為準。其憲法上之指引或許可以從同樣處理家事事件的憲法判決中，尋得一些程序要求：如憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決所處理之問題中，亦可得出若干家事事件中之**程序義務**，應可作為同性配偶收養之借鏡。本判決提及，「維護未成年子女最佳利益，為憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之重要內涵，凡涉及未成年子女之事件，因未成年子女為承受裁判結果之主體，無論法院所進行之程序或裁判之結果，均應以未成年子女最佳利益為最優先之考量。又父母與未成年子女間之親權關係，同受憲法之保障，維持父母與未成年子女間之親權關係，原則上亦符合未成年子女最佳利益。（第 32 段）」；「法院酌定父母對於未成年子女權利義務之行使、負擔時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀。所謂『未成年子女之最佳利益』屬不確定之法律概念，並無明確、具體且固定不變之判斷標準，應由法院於具體個案中，先查明一切對未成年子女有影響之有利或不利之因素（第 34 段）」；「法院於處理有關未成年

¹³⁸ 法務部新聞稿，立法院三讀通過「司法院釋字第七四八號解釋施行法第二十條條文修正草案」，完善同性配偶收養權利，法務部，<https://www.moj.gov.tw/media/25359/1120516-%E6%96%B0%E8%81%9E%E7%A8%BF-%E5%A5%89%E6%A0%B8.pdf?mediaDL=true>。（2023/05/16，最後更新日）。

子女之事件，應基於該未成年子女之主體性，尊重該未成年子女之意願，使其於相關程序陳述意見，並據為審酌判斷該未成年子女最佳利益之極重要因素。(第 38 段)」就此，應可提供法院判斷同性配偶收養非血緣子女之審酌要點：法院應提供必要資訊予未成年子女，該未成年子女亦有選擇陳述與否之權利，法院亦應以適當之方式聽取子女意見後，基於子女最佳利益為適當之收養裁判¹³⁹；若子女有足夠的識別能力，亦應尊重子女被收養與否的意願¹⁴⁰，蓋於收養事件中毋寧子女最佳利益為其關鍵。

伍、結 論

方法論要求法律適用者有義務說明其用以評價事實的一般法律規範，法官必須揭示其法適用的步驟，藉此才能檢視法官是否在相同案例中事實上仍為相同的裁判。為達此目的，方法論最終要求，必須在用以裁判的前提以及法官的推論間必須存在一項可資檢驗的推導關係(nachprüfbare Ableitungsbeziehung)。作為法官獨立之相對物，法官依合憲法規範裁判成為法官之憲法任務，而方法忠誠即為確保法官依法裁判之憲法義務能夠被檢視、落實的「法官自我紀律」(richterliche Selbstdisziplinierung)。德國方法論學者檢視其司法實務後提醒，從德國案例即可表明，對法律漏洞的「確認」包含了多少的法官造法可能性和濫用，從此等例子的經驗應可警告，在與法律漏洞這個概念打交道時必須謹防法官的「天真、質樸」(richterliche Naivität)¹⁴¹。就同性配偶收養的議題

¹³⁹ 參見沈冠伶，裁判憲法審查與未成年子女在家事程序之正當程序保障：憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決之重要程序議題研析，臺大法學論叢，第 51 卷特刊，頁 986-993 (2022)。

¹⁴⁰ 參見劉昭辰，司法院釋字第 748 號解釋施行法——一個新家庭制度的產生，世新法學，第 13 卷第 1 號，頁 81 (2019)。

¹⁴¹ Rüthers/Fischer/Birk, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 876.

而言，本為國內重大的政治、社會、性別及文化爭議聚焦之所在，尤應留待政治部門或立法形成共識，或由憲法審查判定有無違憲，此為我國所採憲法審查與權力分立之基礎。法官（或司法事務官）就此尤應留意立法者對此所為之規範目的與規範意旨，否則即有僭越立法者與輕忽方法拘束之疑慮；而法學者亦不應順從自身之文化、性別認同或其自身之學術見解，即任由——縱與自身立場相同之——法院恣意為之。惟從另一方面而言，倘一般法院法官本其對於裁判所適用之法律具有違憲確信，而聲請憲法審查時，憲法法庭亦應審慎、積極地面對此一憲法難題，不應託詞、迴避而不受理¹⁴²。就前述關於同性配偶可否共同收養無血緣關係之子女，既涉及本施行法第 20 條之合憲性爭議，自應透過憲法訴訟法之規定聲請憲法審查，自不得捨此不為，而自行造法而為裁判。事實上，從本條之修法亦可發現，就同性配偶收養之爭議，還是必須回歸政治部門，透過修法始得畢其功於一役，否則只會衍生出依法審判之質疑與各法院間裁判不一致之疑慮。本文之作亦旨在提請留意，縱令目的正當，亦不可忽略法官依法裁判與方法忠誠之憲法要求。

¹⁴² 例如民法第 1148 條修法前後，均有不同法官聲請本條當然繼承之規定及繼承編施行法關於溯及適用部分違憲而聲請解釋，均遭大法官第 1290、1292、1294、1352 次會議駁回其聲請。最後則是在 2009 年 6 月修正民法第 1148 條之規定，由立法者直接作出限定繼承之宣示而解決此一爭議。與同性伴侶收養之議題，有其類似之處。收養既屬家庭法制之一環，亦應由立法者具體化此一憲法上家庭制度之具體形塑。

參考文獻

書籍

- Rolf Wank 著（蔣毅、季紅明譯），法律解釋，北京大學出版社，6 版（2020）。
- Karl Larenz 著（陳愛娥譯），法學方法論，五南圖書出版股份有限公司（2001）。
- Klaus Schlaich/Stefan Koriath 著（吳信華譯），聯邦憲法法院——地位、程序、裁判，元照出版有限公司（2017）。
- 王澤鑑，法律思維與民法實例——請求權基礎理論體系，自版（1999）。
- 吳信華，憲法釋論，三民書局股份有限公司，增訂 4 版（2021）。
- 吳從周，概念法學、利益法學與價值法學：探索一部民法方法論的演變史——民事法學與法學方法第二冊，一品文化出版社（2007）。
- 李惠宗，法學方法論，新學林出版股份有限公司，3 版（2018）。
- 周裕善，同性結婚者收養子女權之研究，國立中興大學法律學系碩士班碩士學位論文（2023）。
- 林庭葦，從同性寄養轉換為同性收養之研究，國立臺北大學法律學系碩士論文（2021）。
- 陳清秀，法理學，元照出版有限公司，修訂 3 版（2020）。
- 黃建輝，法律闡釋論，新學林出版股份有限公司（2000）。
- 黃茂榮，法學方法與現代民法，自版，增訂 6 版（2009）。
- Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., 2010.
- Lembke, Ulrike: Einheit aus Erkenntnis? – Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, 2009.
- Lenz, Christofer/Hansel, Ronald: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 2020.

- Morlok, Martin/Michael, Lothar: Staatsorganisationsrecht, 5. Aufl., 2021.
- Reimer, Franz: Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 2020.
- Rütters, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl., 2015.
- Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., 2006.

期刊論文

- 吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，東吳法律學報，第 18 卷第 2 期，頁 103-140（2006）。
- 李惠宗，從法律倫理學看超法規的法律適用——兼評最高法院 107 年度台上字第 267 號判決及高雄少年及家事法院 110 年度司養聲字第 85 號民事裁定，月旦實務選評，第 2 卷第 10 期，頁 71-90（2022）。
- 沈冠伶，裁判憲法審查與未成年子女在家事程序之正當程序保障：憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決之重要程序議題研析，臺大法學論叢，第 51 卷特刊，頁 945-1021（2022）。
- 林更盛，論法律解釋的目標，高大法學論叢，第 7 卷第 2 期，頁 1-40（2012）。
- 施慧玲，同性伴侶組成家庭的權利——收養敘事分析，月旦法學教室，第 208 期，頁 55-63（2020）。
- 張志偉，法學方法與憲法，台灣法律人，第 6 期，頁 7-24（2021）。
- 張志偉，行政自主餘地——以德國行政法院判斷餘地理論為檢視重點，財產法暨經濟法，第 52 期，頁 93-138（2018）。
- 郭書琴，從「伴侶」到「父母」論身分法規範重心之轉變——兼評 96 年度養聲字第 81 號裁定，成大法學，第 20 期，頁 75-119（2010）。
- 劉子健、施好青，同婚一方得否收養他方之養子女——我國首件認可接續收養裁定評析，警專學報，第 7 卷第 8 期，頁 123-140（2022）。
- 劉昭辰，司法院釋字第 748 號解釋施行法——一個新家庭制度的產生，世新法學，第 13 卷第 1 號，頁 59-94（2019）。

- 鄧學仁，同性婚姻法制化後之親子關係，月旦法學雜誌，第 283 期，頁 40-52（2018）。
- 賴英照，歷史解釋法的強制與疏離，檢察新論，第 21 期，頁 158-173（2017）。
- 戴瑀如，同性婚姻立法之相關問題——由德國民法納入同性婚所帶來的疑義檢視我國之立法方向，月旦法學雜誌，第283期，頁53-69（2018）。
- Hassemer, Winfried: Juristische Methodenlehre und Richterliche Pragmatik, *Rechtstheorie* 39 (2008), S. 1-22.
- Hermes, Georg: Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, *VVDStRL* 61 (2002), S. 119-154.
- Hillgruber, Christian: Neue Methodik“ – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, *JZ* 2008, S. 745-755.
- Hillgruber, Christian: Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, *JZ* 1996, S. 118-125.
- Möllers, Christoph: Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Zum Beschluss des BVerfG vom 15. 1. 2009 – 2 BvR 2044/07, *JZ* 2009, S. 668-673.
- Rüthers, Bernd: Methodenfragen als Verfassungsfragen?, *Rechtstheorie* 40 (2009), S. 253-283.
- Rüthers, Bernd: Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, *NJW* 2011, S. 1856-1858.
- Schönberger, Christoph: Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, *VVDStRL* 71 (2012), S. 296-335.
- Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernot: Die demokratische Legitimation des Richters, *JZ* 2002, S. 673-682.

專書論文

- 吳從周，台灣民法方法論之發展現狀——特別聚焦法律解釋方法在法院實務之運用狀況，收錄於民事實務之當前論爭課題，民事法學與法學方法第八冊，頁 1-44，元照出版有限公司（2019）。
- 吳從周，台灣民法方法論之發展現狀，收錄於身分法之回顧與前瞻——戴東雄教授八秩華誕祝壽論文集，頁 491-524，元照出版有限公司（2017）。
- 張志偉，行政執行法公法上金錢給付義務章準用條款之檢視——以限制住居之爭議為例，收錄於行政罰法與相鄰行政法關係，頁 191-234，元照出版有限公司（2021）。
- 顏厥安，法、理性與論證——Robert Alexy 的法論證理論，收錄於法與實踐理性，頁 33-58，允晨文化（1998）。
- 周敬凡譯，「同性同居伴侶一方收養另一方伴侶的養子女」判決，收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯（十五），頁95-124（2014）。
- 魏大曉，司法事務官之本質論，收錄於法學方法、憲法原理實踐，頁 163-176，新學林出版股份有限公司（2017）。
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders. Staat: Verfassung, Demokratie, 1991, S. 289-378.
- Hillgruber, Christian: in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 97.
- Jestaedt, Matthias: Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive, in: Masing/Erbguth (Hrsg.): Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 25-79.
- Poscher, Ralf: Rechtsprechung und Verfassungsrecht, in: Masing/Erbguth (Hrsg.): Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 127-150.

摘 要

關於同性配偶關係中之收養範圍，過去行政與司法實務基於司法院釋字第七四八號解釋施行法第 20 條的規範文義，僅限於一方收養他方配偶親生子女，始得為之。惟臺灣高雄少年及家事法院一則民事裁定則突破該施行法第 20 條規範文義限制，認為亦得收養他方之養子女。就同性配偶收養的議題而言，本為國內重大的政治、社會、性別及文化爭議聚焦之所在，法官就此尤應留意立法者對此所為之規範目的與規範意旨，否則即有僭越立法者與輕忽方法拘束之疑慮。本文之作亦旨在提請留意，縱令目的正當，亦不可忽略法官依法裁判與方法忠誠之憲法要求。

中原財經法學

The Constitutional Boundaries of Judicial Discretion on the Interpretation and Application of Laws from the Legal Methodology

Chih-Wei Chang

Abstract

In the past, administrative and judicial practices only allow one party in same-sex spousal relationships to adopt the genetic child of the other party according to Article 20 of the Act for the Implementation of Judicial Yuan Interpretation No. 748 (the "Act"), which stipulated that adoption was only permissible when one party adopted the biological children of the other spouse. However, a civil ruling by the Kaohsiung Juvenile and Family Court has surpassed the limitations of Article 20 of the Act and stated that one party may adopt the other party's adopted child. In the context of adoption by same-sex spouses, this is a significant focal point of political, social, gender, and cultural controversy in Taiwan. When interpreting laws, judges should be mindful of the purpose and the intent of the legislators. Otherwise, there will be a concern of overstepping legislative authority and neglecting the constraints of the legal interpretation doctrines. This article aims to draw attention to the importance of considering, with legitimate objectives, the constitutional requirements for judges to faithfully adhere to the rule of law and legal methodology.

Keywords: legal methodology, judicial discretion bound by laws (or by the rule of law), legal interpretation, law gap filling, constitutional litigation

中原財經法學