

學術專論

法律適用方法論

——一個批判觀點的考察

The Methodology of Legal Application

A Exploration from the Critical Perspective

吳元曜 著

法律適用方法論

——一個批判觀點的考察

吳元曜 著

元照出版公司

自序

方法成，則學問立，法學方法論之重要性不言而喻；再者，於承襲外，亦須常保批判之態度，方為學術之道。此等想法乃拙作書名之由來。

本書第二章及第三章主要涉及到法律解釋方法，第七章則涉及到立法論層次之問題，此三章大約於筆者2007年拿到博士前後寫成，時間較早。嗣後進入司法官訓練所受訓，在2009年8月結訓前又陸續完成第四章、第五章及第六章，此三章筆者合稱為「法律補充三部曲」。於同年9月開始在桃園地院當法官，業務量相當繁重，但筆者仍心繫本書，利用不多的時間先後寫出第一章法律適用方法導論，以及關於釋憲問題的第八章，並疏理全書俾使其理論一貫，最後補上篇幅不大但不可或缺的第九章結語部分，始算完整成書。

從而，拙作花費將近三年斷斷續續才完成，且因為筆者在各個時期須務博士論文、司訓所受訓及實務工作等「正業」，此等「副業」只能寫了又擱、擱後再寫，加之筆者能力才智頗為有限，故本書絕對難免於疏漏及錯誤，亦請各方大家、法學同好不吝予以指正，惟願讀者於撥冗翻閱拙作時，能夠體會筆者欲貢獻所學並拋磚引玉之一片心意。

本書得以付梓，我要感謝陳志龍老師對我在刑事法學方面，及陳顯武老師對我在法學方法論方面的指導，使我得以

在學術之海中繼續前進。我也要感謝妻子小昭及母親、岳父母對我生活各方面的照顧，使我無後顧之憂地從事「正業」及「副業」，又元照出版公司大力促成拙作問世，亦須致上謝意。最後，我仍要感謝 神的憐憫，及已安息主懷的父親生前對我的付出。

吳元曜

序於家中書房

2010年6月

目 錄

自 序

第一章 法律適用方法導論

第一節	法律解釋方法導論	2
第二節	法律補充方法導論	21

第二章 刑事訴訟法第159條之5同意作為證據規定在適用上之檢討

第一節	前 言	33
第二節	同意作為證據規定之立法理由	34
第三節	關於適用同意作為證據規定之實務見解	38
第四節	對於同意作為證據規定在適用上之檢討	47
第五節	對於同意作為證據規定之修正建議—代小結	60

第三章 論對於侵害整體法益行為之正當防衛問題

第一節	前 言	63
第二節	對相關學說見解之討論	64
第三節	整體法益與個人法益間之關係	69
第四節	對於侵害整體法益行為正當防衛之判斷標準	72
第五節	小 結	81

第四章 「反面推論」、「類推適用」 與「利益權衡」

——評最高法院97年度台抗字第724號刑事 裁定

第一節	前 言	83
第二節	「反面推論」與「類推適用」間之選擇問題	84
第三節	系爭案件是否具有「重要類似性」及應否予以 類推適用之問題	90
第四節	「利益權衡」、「類推適用」與「拒絕證言 權」	95
第五節	小 結	98

第五章 「不可接受論述」與「法律補充活動」

第一節	前 言	99
第二節	「不可接受論述」之涵義	100
第三節	「不可接受論述」之類型	104
第四節	「不可接受論述」之論述結構	105
第五節	「不可接受論述」與「法律補充活動」間之關 係	109
第六節	小 結	113

第六章 對「目的性擴張」之再檢討

第一節	前 言	115
第二節	「目的性擴張」在方法論上之定位及內涵	115
第三節	從「類似性」與「規範目的」間之關係來檢討 「目的性擴張」	121

第四節	對於我國「目的性擴張」範例之再檢視	126
第五節	小 結	134
第七章	論刑法第185條之4肇事逃逸罪之評價 矛盾與違憲問題	
第一節	前 言	135
第二節	肇事逃逸罪規定所可能保護之法益	136
第三節	「交通安全」法益及「被害人之生命、身體」 法益所產生之違憲問題	140
第四節	「確保民事請求權」法益所產生之評價矛盾與 違憲問題	144
第五節	「利於國家追訴犯罪」法益所產生之評價矛盾 與違憲問題	154
第六節	小 結	159
第八章	Robert Alexy之「重力公式」與大法 官釋字第669號解釋	
第一節	前 言	163
第二節	對於該號解釋之瀏覽及檢視	164
第三節	「重力公式」之源起與內涵	171
第四節	以「重力公式」檢驗該號解釋	178
第五節	小 結	181
第九章	結 語	183
參考文獻		187

第一章

法律適用方法導論

本書所欲討論之「法律適用方法」，係指未超越文義範圍之「法律解釋方法」，以及超越文義範圍、惟仍得肯認在現行制定法內之「法律補充方法」（*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*）。從而，「制定法外之法律續造」（*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*）、諸如「評價矛盾」（*Wertungswidersprüche*）此等立法論層次之問題，以及解釋憲法之問題，並非此處所謂（嚴格意義或狹義之）「法律適用方法」，惟為加以對照而增進理解，於本章最末處將就「制定法外之法律續造」稍加說明，且本書第七章就「評價矛盾」問題、第八章就釋憲問題，亦將分別有所著墨。

「法律解釋方法」主要包括「文義解釋」、「體系解釋」、「（主觀）立法解釋」、「（客觀）目的性解釋」及「合憲性解釋」五種類型，就此部分應較無爭議，所重者乃在於如何憑之於個案中適用相關規範，此即係本書第二章及第三章之重心所在。另一方面，在學說上或有認為「法律補充方法」包括「類推適用」（*Analogie, Analogieschluß*）、「目的性限縮」（*teleologische Reduktion*）及「目的性擴張」（*teleologische Extension*）三種類型，惟就此等認知不無再予商榷及補充之空間。筆者以為：第一，「目的性擴張」方法具有相當之疑義，蓋「類似性」與「基於規範目的之擴張適用要件」兩者應得完全予以同視，而殊難想像會存在「目的性擴張」中雖「不具有類似性」，惟「應直

2 法律適用方法論

接依規範目的予以擴張適用」之情形，故不應繼續援用之，而應以「類推適用」來總括「公開漏洞」之填補方式；第二，在學理上尚有「反面推論」（argumentum e contrario, Umkehrschluß）及「不可接受論述」（arguments from unacceptability）之概念，其乃「謹守文義」至「文義外續造」間之過渡，以及動用「法律補充方法」之前導階段，而亦應將之融入上開方法論架構中。於後文將續予討論前述兩點之內容。

「法律適用方法」屬於學說上所謂「形式之思想體系」的一環，而與直接連結到實定法內容及結論之「實質之思想體系」有別，與「實質之思想體系」相比，「形式之思想體系」固然較少依存於個別法律人之正義觀或倫理觀，從而在其間之共享程度相對較大¹，惟亦非毫無爭議。於首章導論部分，第一節將對於前揭「法律解釋方法」之五種類型、各該類型間之優先順序，以及其等在實務上之可能應用情形，作一探討及檢視；第二節則旨在扼要地說明本書何以就「法律補充方法」不採「目的性擴張」之理由、「法律解釋方法」與「法律補充方法」間之優先性或選擇問題，以及「法律補充方法」除「目的性擴張」外之其他兩種類型的實務運用狀況。

第一節 法律解釋方法導論

德國法學家Karl Larenz認為，法律解釋之標準乃分為下列五項：一、「字義」：此由一般的語言用法，或法律的特殊語法，或一般的法學語法中獲得，其一方面可以當作第一個方向指標，另一方面也可以劃定解釋的界限；二、「法律的意義脈絡」：此

¹ 請參閱平野仁彦、龜本洋、服部高宏，法哲学，東京都：有斐閣，2002年4月，197頁。

一標準首先要求考慮上下文脈絡的關係，此外也意指規整脈絡中許多條文間事理上的一致性、對法律的外部安排及其內在概念體系的考慮；三、「歷史上的立法者之規定意向、目標及規範想法」：此指由法律本身或相關之各種立法資料，來認識立法者之規定意向及目的；四、「客觀的目的論的標準」：其決定性之解釋準則有二，其一為「被規整之事物領域的結構」，其二為「法倫理性的原則」；五、「合憲性解釋的要求」：此指在多數可能的解釋中，應始終優先選用最能符合各種憲法原則者。再者，前揭各項解釋標準原則上具有依照其先後順序之適用關係，惟此並非絕對²。

再者，德國基爾大學教授Robert Alexy亦提出包含如下六組論述形式之解釋基準：一、「語義學論述」：此係指藉由訴諸語言之使用，來證立、批評或作出某個解釋之主張；二、「發生學論述」：此係指藉由指出相關解釋應與立法者之意圖相吻合來加以證立，包括立法者之意旨本身或其得達到之目標；三、「歷史論述」：此係指引述關於正被討論之法律問題的歷史事實，來作為支持或反對某個解釋之理由；四、「比較論述」：此時涉及到另一個社會或國家之法律狀況；五、「體系論述」：在嚴格意義下之體系論述係指只討論規範之間邏輯關係的論述，其最重要之形式乃涉及到規範矛盾之問題；六、「（客觀）目的論論述」：其係依據「符合理性」或「在現行有效之法秩序框架內客觀上所要求」的目的，此一目的是諸原則在其中有效之狀態，故目的論論述就變成為一種基於原則之論述形式，且為普遍實踐論證留有餘地。又，就不同論述形式之適用順序及份量而言，Alexy設定了一個論證負擔規則：「表達受法律之文義或歷史上之立法者意圖之

² 請參閱Larenz, Karl著、陳愛娥譯，法學方法論（Methodenlehre der Rechtswissenschaft），五南，1996年12月，225頁以下。

4 法律適用方法論

約束的論述比其他論述具有優先性，除非能夠提出合理之理由說明其他論述被賦予優先性」，因為各該論述之位序並非終局確定，故其亦設定如下之衡量規則：「各種不同形式之論述的份量，必須根據權衡輕重之規則來加以確定。」³

就解釋標準之形式或種類而言，前揭Larenz及Alexy之見解大致上得作如下之類比（在前者係Larenz所提出，在後者則係Alexy所提出）：「字義」標準可對照到「語義學論述」，「法律的意義脈絡」標準可對照到「體系論述」，「歷史上的立法者之規定意向、目標及規範想法」標準可對照到「發生學論述」，「客觀的目的論」標準可對照到「（客觀）目的論論述」，且「合憲性解釋的要求」標準亦可對照到「（客觀）目的論論述」，蓋得將合憲性解釋之標準視作「（客觀）目的論論述」中為憲法所明定或享有憲法位階者。於此Alexy固然多補充了「歷史論述」及「比較論述」，惟就前者來說，除非是相關歷史事實背景與立法者之意圖間存在顯著差異的情形（可以想見，此等情形應屬例外），其應得補充或明確化「歷史上的立法者之規定意向、目標及規範想法」，而可納入「發生學論述」之範疇；就後者來說，援引「另一個社會或國家的法律狀況」，或可澄清立法者之規範意圖，或可作為理性秩序及價值判斷之重要參考，故非不得當作「發生學論述」或「（客觀）目的論論述」之一環。此外，就各項解釋標準之適用順序而言，固然Alexy提出了論述優先性之例外，以及用衡量規則來決定論述之重要性等說法，惟Larenz亦未表示順序在後之解釋標準，即使在特別情形下，也不能凌駕順序

³ 請參閱Alexy, Robert著、舒國滢譯，法律論證理論—作為法律證立理論的理性論辯理論（Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung），中國法制，2002年12月，290-309頁。

在前之解釋標準，從而兩者之看法亦頗為相仿。從而，筆者以為該兩者就解釋標準及其適用順序之見解，原則上應得作相同之理解。

職故，前述「法律解釋方法」之五種類型，乃各以「相關規範文本之可能語意內涵」、「相關規範之脈絡及與現行法制中其他規範間之一致性」、「歷史上立法者之規範意圖」、「客觀（或相互主觀）之（道德）價值」，以及「具有憲法位階之原則或規則」作為論述之標準。其中「合憲性解釋」實質上為「目的性解釋」之一環，蓋「具有憲法位階之原則或規則」可視作憲法所肯認之客觀價值，故於下文將不再特別區分兩者。實則，由於除了同一位階之法規範（例如同為法律）相互間的論理或邏輯關係外，「體系解釋」亦涉及到不同位階之法規範間的關係（例如處於較低位階之法律不得牴觸處於較高位階之憲法）⁴，從而「合憲性解釋」亦可謂屬「體系解釋」的一種。

法學家Jerzy Wróblewski於其所著「司法法律適用」（The judicial application of law, *Sądowe Stosowania Prawa*）一書中提出「有效解釋理論模型」（the theoretical model of operative interpretation），該模型係由兩個層次之解釋準則所構成：第一層次之解釋準則乃說明決定法律規定意義時應予考量之相關脈絡，而第二層次之解釋準則，則包括關於使用第一層次準則之（依後述各該脈絡）順序的「程序性準則」（directives of procedure），以及在依據第一層次準則所產生之不同意義間（例如按照與經過檢驗之法律外社會規範及評價間之一致程度）加以選擇的「優先性準則」（directives of preference）。就上開第一層次準則，Wróblewski強調「語言的」（linguistic）、「體系的」

⁴ 請參閱吳耀宗，刑法之解釋方法與業務作為阻卻犯罪成立之要素，收錄於月旦法學教室45期，元照，2006年7月，36頁。

（systemic）及「功能性」（functional）三個主要脈絡，前兩個脈絡明顯得以分別連結到「文義解釋」及「體系解釋」方法；另「功能性」脈絡，乃涉及到所有制定及（或）解釋法律規定當時之社會政治、文化、經濟及其他因素、法律（作為整體）及其個別規定在此等背景中所具有之目的及功能，以及法律外（extra-legal）之規範及評價，相關素材可能明定於法律規定文本中，亦可能見諸於立法過程資料，或直接由社會政治等背景所導出，就此而論，Wróblewski所謂之「功能性」脈絡，應與「（主觀）立法解釋」及「（客觀）目的性解釋」若合符節⁵。

其中，「文義解釋」乃「法律解釋方法」之基礎，蓋後者即係未逾越規範文義可能範圍之法律適用活動，且在受「罪刑法定原則」拘束之刑法領域，「文義解釋」更是具有重要之地位，僅當適用之結果乃較有利於行為人，使得例外地於文義範圍外做法律之補充或續造。

然而，在刑法適用上仍不乏明顯逾越文義可能範圍、從而違反「罪刑法定原則」之實例。例如刑法第214條使公務員登載不實罪之構成要件係「明知為不實之事項，而使公務員『登載』於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者」，惟最高法院87年台上字第4081號裁判要旨認：「……如繼承人雖有合法之繼承權，但於辦理繼承登記時，曾使用不實資料，該資料並經該管公務員採取，編列於所掌之公文書，此時該資料即已成為該公文書之一部，該管公務員僅係以『編列』代替『登載』而已，不得以形式上該管公務員並未將該不實資料內容『轉載』於所掌公文書上，即謂並未為不實登載，……」，此一「以編列代替登載」

⁵ 關於該「有效解釋理論模型」之詳細內容，See Wróblewski, Jerzy, *The judicial application of law* (Sądowe Stosowania Prawa, edited by Bańkowski, Zenon/MacCormick, Neil), Dordrecht; Boston; London: Kluwer Academic Publishers, 91-107 (1992).

之說法顯然不當地擴張該罪之可罰性範圍。又，同法第321條第1項第2款規定：「犯竊盜罪而有左列情形之一者，處六月以上、五年以下有期徒刑：二、毀越門扇、牆垣或其他安全設備而犯之者」，「毀越」二字連寫，就中文語法而言應指「毀」加（邏輯符號爲 $\wedge$ ）「越」，若是兩者擇一，則會添上一「或」（邏輯符號爲 $\vee$ ）字，惟司法院院字第610號解釋文載：「刑法第338條第2款（即現行法第321條第1項第2款）所謂毀越門扇牆垣，指毀損或越進門扇牆垣者而言，毀而不越，或越而不毀，均得依該條款處斷」，該逾越文義可能範圍之見解，乃長期影響我國之實務。再者，在一般語意上，「販賣」二字連用，應指「賣出」行爲無疑，惟就刑事特別法中「販賣」之意義應作何理解？最高法院69年台上字第1675號、68年台上字第606號、67年台上字第2500號、25年非字第123號等判例，以及最高法院66年1月24日66年度第1次刑庭庭推總會決議 $\square$ 皆認：「只要以營利爲目的，有購（販）入或賣出兩者其中之一之行爲，即成立刑法上之『販賣』」，同樣地，此等具有疑義之見解亦被實務奉爲圭臬達數十年之久。

在若干情況下，法律規範之文義本身在理解上看似簡單，惟於實際適用或涵攝時，則產生不少需要進一步區分及處理之問題。例如刑事訴訟法第159條之5第2項規定：「當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，『知』有第159條第1項不得爲證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視爲有前項之同意」，此一「知」字在一般語意上怎樣詮釋，應無須多加贅述。然而關鍵的是，於個案中要如何認定各該主體「知」之？須知，所謂「第159條第1項不得爲證據之情形」，參酌該條項之內容，應符合如下兩個要件：其一，必須爲「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述」（即「傳聞證據」）；其二，必須無法律上之傳聞例外規定得予適用，若不論其他較爲特殊之情形，此主要係

指第159條之1至第159條之4之規定內容。首先，吾人得以想像對於較不懂法律之當事人與較懂法律之代理人及辯護人，在認定其是否「知」之上勢必要採取寬嚴不同之標準。再者，上開兩個要件是否符合而得以確定「不得作為證據」，乃繫諸法院就此所持之相關法律見解，且此等見解非屬統一、確定，亦可能與其他程序參與者有所歧異，從而若法院不予闡明其法律見解，則如何得謂當事人、代理人或辯護人「知」之，或證明其「知」之？於此即涉及到法院避免「突襲性裁判」（*überraschende Entscheidung*）之闡明義務，以及作為程序上處分權行使之前提的充分資訊接近權。

另外，亦須談到刑法領域中文義解釋基準之問題，實則筆者在數年前已就此提出倡議。首先仍應強調，「構成要件明確性」及「預見可能性」所代表之「保證功能」的保護對象，應係刑法之規範對象或潛在規範對象，使其知道何者是被禁止的，以調整其行為而符合規範之要求⁶，此等刑法基本要求應不能被忽視。然而，諸如許多經濟刑法規定之規範內容乃具有一定程度之模糊性，若僅由一般日常用語之意義出發，實在難以確切得知其所指涉之對象或範圍為何，又即使由法律用語之意義出發，所獲得之理解圖像仍可能無法精確及完整描繪出相關概念之內涵。此一現象或者由於規範範疇（例如證券交易法所面對之證券交易市場、公平交易法所面對之產業競爭秩序等）之本質，本來就無法純由一般日常用語、甚至法律用語之意義來加以理解，或者由於立法者有意在立法層次上保持一定之彈性，留待適用機關因時制宜建構相關規範或概念之具體內容，以配合產業發展及社會情勢，俾

⁶ Vgl. Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg: C. F. Müller, 37., neu bearb. Aufl., 2007, § 2 Rn. 44, 47.

使經濟刑法發揮最大之規範效力。此等情形若從依據一般日常用語或法律用語之傳統刑法文義解釋的角度來看，勢必會引發違反「構成要件明確性」及「預見可能性」之疑慮。

此時應予思考者為，除一般日常用語及法律用語之基準以外，經濟刑法規範是否有其他可供選擇之文義解釋基準？吾人以為，似應就此不足之處採取「產業基準」或「專業用語基準」，蓋「構成要件明確性」及「預見可能性」所保護之規範對象或潛在規範對象，於傳統刑法中往往係全體國民，惟相關經濟刑法規定主要或全部之規範對象，則為各個經濟產業之主導者、參與者或關係人，其對所處理之事務大抵皆具有某程度上專業或特別之認知，亦能對系爭規範或概念之禁止內容產生大致上之共識或理解圖像，據以調整其行為，而符合上開刑法基本要求。再者，若就相關規定之文義採取「產業基準」或「專業用語基準」，亦能將產業界日新月異之運作狀態，與前揭經濟刑法在規範範疇上之本質，以及在規範彈性上因時制宜之特色相結合。

再者，若以經濟刑法規範對象之認知內容作為其文義解釋之基準，亦頗能與著眼於相關立法目的規定之「體系解釋」，以及為適應客觀經濟環境發展之「目的性解釋」等解釋方法前後呼應，而具有融合、加乘之效果。就此而言，其並不牴觸大法官釋字第617號解釋理由書彙整歷年來數號大法官解釋，所得出用以判斷是否違反「法律明確性原則」之標準：「立法者為求規範之普遍適用而使用不確定法律概念者，觀諸立法目的與法規範體系整體關聯，若其意義非難以理解，且所涵攝之個案事實為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則不相違背。」⁷

⁷ 就此一判斷標準在大法官解釋實務中之發展過程，亦得參閱大法官釋字第432號、第521號、第594號、第602號等解釋之內容。尤其是釋字第

於「文義解釋」處應附帶提及者為，學理上所稱之「擴張解釋」及「限縮解釋」，乃著眼於法律條文之「真實意義」與其（在通常理解意義下之）表現形式間之齟齬，亦即「擴張解釋」係指條文中所使用之表現形式較諸其「真實意義」（惟仍未逾越文義可能之範圍，否則即非屬「法律解釋」之範疇）來的狹隘之情形，而「限縮解釋」則指條文中所使用之表現形式較諸其「真實意義」來的廣大之情形。然而，就該「真實意義」之確定，乃由解釋者立於「立法者意思說」或「法律意思說」，依據體系（論理）、歷史、目的性等解釋方法，或類推、反面等推論方法，來作成相關判斷。從而，「擴張解釋」及「限縮解釋」係關於「解釋結果」之概念，而非關於「解釋根據」或「推論方法」之概念。又，刑法中「嚴格解釋」之誠命表面上固與「限縮解釋」相似，惟前者並非從條文「真實意義」與其表現形式間之齟齬此一觀點出發而被定義，毋寧係為防止國家權利之恣意專斷而對刑事被告有所不利，故應盡可能作為較為狹隘之解釋，就此而言，此處所謂之「嚴格解釋」與「限縮解釋」相異⁸。

「體系解釋」乃以「相關規範之脈絡及與現行法制中其他規範間之一致性」作為論述之標準，已如前述。所謂「相關規範之脈絡」，係指同一法律條文中前、後規範內容或要件間之整體性關係，在實務上較為重要者為例示規定中概括條款之解釋問題。

舉例來說，刑法第235條第1項規定「散布、販賣猥褻物品及製造持有罪」之構成要件為：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞」，其中「以他法供人觀覽、聽聞」應如何加以解釋？

602號解釋不僅涉及到財經領域（公平交易法及多層次傳銷事業）及刑罰效果，亦提出規範對象之「專業知識」基準，實值注意。

⁸ 請參閱平野仁彥、龜本洋、服部高宏，註1書，234-235頁。