

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

本書之內容乃彙總筆者近年來對於法律適用方法論及其他相關問題之研究心得，並依循「從一般性導論到具體性應用」、「從法律解釋方法到法律補充方法」及「從法律適用層次擴及到立法論及解釋憲法層次」三大脈絡，盡可能兼顧理論及實務，並從個別不同法領域蒐集素材，環環相扣加以撰寫而成，務使讀者藉由本書之鋪陳，對法律適用方法論之面貌能有進一步之理解。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

www.lawdata.com.tw

ISBN 978-986-255-065-6



9 789862 550656



1D162PA

定價：280元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

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

國家圖書館出版品預行編目資料

法律適用方法論：一個批判觀點的考察 / 吳元曜
著. -- 初版. -- 臺北市：元照，2010.09

冊：公分

參考書目：面

ISBN 978-986-255-065-6 (平裝)

1.法理學 2.方法論

580.1

99014442

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

法律適用方法論

—— 一個批判觀點的考察

1D162PA

2010年9月 初版第1刷

作者 吳元曜

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣 280 元

專線 (02)2375-6688

傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-065-6



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。

6 法律適用方法論

(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，此時該資料即已成爲該公文書之一部，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，即謂並未爲不實登載，……」，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（邏輯符號為∧）「越」，若是兩者擇一，則會添上一「或」（邏輯符號為∨）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」行為無疑，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：「只要以營利為目的，有購（販）入或賣出兩者其中之一之行為，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為圭臬達數十年之久。

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項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意」，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項不得為證據之情形」，參酌該條項之內容，應符合如下兩個要件：其一，必須為「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，若不論其他較為特殊之情形，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。

換言之，此處之「人」是否應限於係「不特定人或特定多數人？」若完全著眼於該概括條款本身之文義，似無須作就此一限制，只要供任何人（縱使是特定少數人）觀覽、聽聞，即成立上開罪名。然而，最高法院84年台上字第6294號判例要旨載：「刑法第235條第1項之供人觀覽猥褻物品罪，乃屬侵害社會法益之罪，係以散布或販賣或公然陳列或以他法供人觀覽猥褻物品為要件，其中散布、販賣、公然陳列，乃例示規定，均屬圖供他人觀覽方法之一，但供人觀覽之方法，實不以上開三種為限，故又以他法供人觀覽之補充概括規定加以規範。所謂公然陳列者，指陳列於不特定人或特定多數人得以共見共聞之公然狀態；而散布者，乃散發傳布於公眾之意；販賣行為，亦足以流傳於眾，多係對不特定人或特定多數人為之。考其立法目的，以此等行為，使猥褻物品流傳於社會公眾，足以助長淫風，破壞社會善良風俗，其可罰性甚為顯著，此與猥褻物品僅供己或僅供極少數特定人觀覽，未達危害社會秩序而屬個人自由權限範疇之情形有別，故設刑罰規定，以資禁制。從而本罪所稱以他法供人觀覽之補充概括規定，雖未明定為公然，實與上開例示規定相同而含有公然之意，必係置於不特定人或特定多數人可得觀賞、瀏覽之狀態下，始足當之。」⁹而認為該概括條款在解釋上含有「公然」或「使不特定人或特定多數人得以觀覽（聽聞）」之意。細繹上開判例要旨之說理依據，除「立法解釋」（依據相關規定之立法目的，乃欲處罰使猥褻物品流傳於社會公眾，足以助長淫風、破壞社會善良風俗之行為），及「目的性解釋」（上開判例要旨所載「此與

⁹ 該判例要旨之內容固係對應於民國88年4月21日修正前刑法第235條第1項之規定：「散布或販賣猥褻之文字、圖畫或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科三千元以下罰金」，惟即使於修正後，在援引或作相關討論上並無何妨礙。

猥褻物品僅供己或僅供極少數特定人觀覽，未達危害社會秩序而屬個人自由權限範疇之情形有別」等語，似係表達「個人自由權」與「社會秩序」間之權衡結果）以外，「體系解釋」（相關例示規定之行爲態樣皆係公然爲之）亦扮演重要之角色。此等藉由添附「公然」之涵義實質上限縮該概括條款之可罰性範圍的適用結果，應係「在現行實證法之前提下」（姑且不予檢討刑法第235條之立法政策）得予以接受者。實則，上開判例要旨就如何適用此一規定所採取之見解，亦爲大法官釋字第617號解釋所肯認：「刑法第235條第1項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行爲，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品爲傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行爲；……。」

另一方面，「體系解釋」亦可能與其他解釋方法發生相互扞格之情形，此時若該其他解釋方法有其甚具合理性及說服力之考量，則「體系解釋」即需要加以讓步。例如刑法第224條規定強制猥褻罪之構成要件爲「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而爲猥褻之行爲」，其中何謂「其他違反其意願之方法」？（同法第221條強制性交罪亦有相同之疑問）在實務上頗具爭議，致使最高法院不得不以97年度第5次刑事庭會議來處理歧異之見解。在該次會議中，甲說顯然依據「體系解釋」方法，而認爲：「刑法第224條所謂『違反其意願之方法』，係指行爲人應有與條文列舉之所謂強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓制被害人人性自主決定權，始足當之，而非祇要行爲人以任何違反被害人意願之方法而爲猥褻行爲

者，即構成刑法妨害性自主罪章之強制猥褻罪」，惟最後決議結果係採取修正後之乙說：「民國88年4月21日修正前刑法第224條第1項，原規定『對於男女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而為猥褻之行爲者，處……』所謂『他法』，依當時規定固指類似於強暴、脅迫、藥劑、催眠術或與之相當之方法。惟該條文於88年4月21日修正時，已修正爲『對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行爲者，處……（修正後僅有1項）。』依立法理由說明，係以原條文之『至使不能抗拒』，要件過於嚴格，容易造成受侵害者，因爲需要『拼命抵抗』而致生命或身體方面受更大之傷害，故修正爲『違反其意願之方法』（即不以『至使不能抗拒』爲要件）。則修正後所稱其他『違反其意願之方法』，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權爲必要，始符立法本旨。」筆者以爲，該著眼於「立法解釋」之決議結果較具有合理性及說服力，而得以取得相對於「體系解釋」之優先性。

除「相關規範之脈絡」外，「體系解釋」尙以「相關規範與現行法制中其他規範間之一致性」作爲論述之標準，此乃指涉到不同法律條文作爲整體法體系之組成要素，其相互間之連結及融合。茲舉兩個例子來加以說明：

第一，何謂刑事訴訟法第206條「以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明」中之「必要時」？爲求整體規範體系之一致性及相容性，似應解爲凡不能適用傳聞法則例外規定（例如同法第159條之5之同意作爲證據規定）之情形，皆屬此處所謂之「必要時」，從而第206條實質上並無何獨立或重要地位，充其量僅係將

傳聞法則之相關規定適用於鑑定報告此一規範狀態的確認。就此，於後文第二章處將續予討論。

第二，在共有土地之變價分割程序中，依修正後民法第824條第7項之規定，於拍定後，共有人中之一人或數人得行使其優先承買權（若有二人以上願優先承買，則以抽籤定之）。為使參與應買之人或潛在之拍定人得以預見以保障其利益，似有必要將「共有關係及共有人之優先承買權」，解釋為係強制執行法第81條第2項第1款所規定於拍賣公告上「應記明之事項」，從而執行法院於事前應依職權予以載明。亦即，藉由與民法第824條第7項相連結之「體系解釋」方法，強制執行法第81條第2項第1款所規定「應記明之事項」，其意義乃於個案中被彰顯出來。

此外，許多法律之第1條乃立法目的之明文規定，實則，以此等立法目的規定為依歸來理解相關法律中之其他條文，亦係「體系解釋」整合工作之重要內容。舉例言之，從證券交易法第1條：「為發展國民經濟，並保障投資，特制定本法。」即可得知該法律所欲保護者，應係「證券市場之健全性及公平性」此一整體法益，而有別於保護個人財產法益之傳統刑法規範。若據此解釋諸如同法第20條第1項「證券詐欺」犯罪規定之構成要件，則唯有實質上造成上開整體法益之危險或實害者，始能成立該犯罪，如此亦能對應其所附隨之較高刑罰效果。研究經濟刑法成就卓著之日本學者芝原邦爾，即提出如下論調：「以著眼於各該財經法律之目的規定的法益理論，對相關構成要件作限縮解釋。」¹⁰

應予強調者為，「體系解釋」係屬於「法律解釋方法」之範疇，而與屬於立法政策層次之規範體系混亂或矛盾問題須作區分。此等立法政策問題，例如在消費者債務清理條例中，基於消

¹⁰ 請參閱芝原邦爾，經濟刑法研究（上），東京都：有斐閣，2005年10月，10-13頁。

費者債務清理事件之公益性質，為有效制裁及遏止債務人為虛報債務、隱匿財產，或對於債權人中之一人或數人允許額外利益等不正行為而侵害債權人之權益，且對照含有類似規範內容之該條例第139條之規定，則於第76條第1項：「自法院認可更生方案之翌日起一年內，發見債務人有虛報債務、隱匿財產，或對於債權人中之一人或數人允許額外利益之情事者，法院得依債權人之聲請裁定撤銷更生，並應同時裁定開始清算程序」中「法院得依債權人之聲請」之後似應增訂「或依職權」等語，使法院於發現債務人之上述相關不正行為時，不僅得依債權人之聲請，亦得依職權裁定撤銷更生。又，為適度保障作為利害關係人之債權人的程序參與權及意見表達權，且對照含有類似規範內容之該條例第64條第3項之規定，則於第121條第1項：「法院不召集債權人會議時，得以裁定代替其決議。但法院裁定前應將第一百零一條規定之書面（按，記載屬於清算財團之財產的書面）通知債權人」最後似應增訂「並使債權人有陳述意見之機會」等語。從該條例部分規定之規範缺漏情形即可得知，其在整體規範體系上之一致性尚嫌不足。

再者，經濟刑法領域之諸多規範並未規定於狹義之刑法典或「核心刑法」（Kernstrafrecht）中，而係散布在各個財經相關法律中，以「附屬刑法」（Nebenstrafrecht）之形式出現¹¹。在此等散布之型態下，若未能審慎顧及各該規範相互間之關係，則甚易產生雜亂無章之情形，我國之經濟刑法長久以來與狹義刑法典相較，即顯示出更高程度之「未計畫性」。

¹¹ 就刑法之規範形式而言，有「核心刑法」及「附屬刑法」之二分法，與「普通刑法」、「狹義之特別刑法」及「行政刑法」之三分法。就相關說明，Vgl. Naucke, Wolfgang, *Strafrecht: eine Einführung*, Neuwied; Kriffel: Luchterhand, 9., überarb. Aufl., 2000, § 4 Rn. 8, 15; 堀內捷三，*刑法總論*，東京都：有斐閣，二版，2004年4月，2-3頁。

例如，雖然專利法已全面除罪化，但同為智慧財產權法領域之商標法及著作權法卻仍然保留刑罰之規定。又，證券交易法第174條第1項第2款、第3款、第5款、第6款、第7款等所規定之「對文件或其他相關事項為虛偽記載或不實表示」行為，性質上皆屬於同法第20條第1項「證券詐欺概括條款」之特別行為態樣，另第174條第1項第8款所規定「貸與資金」及「提供擔保、保證或背書」行為，則為同法第171條第1項第2款或第3款所規定「特別背信或侵占罪」之特別行為態樣，惟第171條第1項、第2項與第174條第1項相互間刑罰效果輕重差異甚大，其理由何在？似不明確。

上述經濟刑法體系所顯現之未作整體計畫的缺失，實有相當比例涉及到與立法者價值取向之統一性及完整性有所扞格之內在價值衝突的「評價矛盾」（Wertungswidersprüche）問題，而應藉由立法或修法之方法來加以矯正¹²。實則，立法政策層次之「評價矛盾」問題，往往會伴隨違反「平等原則」、「比例原則」等憲法位階原則之疑慮，而產生違憲之結果。本書第七章亦將針對刑法第185條之4「肇事逃逸罪」之規定，就其所可能保護之「交通安全」、「被害人之生命、身體」、「確保民事請求權」及「利於國家追訴犯罪」四項法益，來一一探討相關之「評價矛盾」及牴觸「平等原則」、「比例原則」等問題。筆者以為，該條不論係解為保護上開何種法益，最終皆難以避免產生違憲之結果，而喪失其立法之正當性，故應予以除罪化。

接著談到「（主觀）立法解釋」。前文已述及，其係以「歷史上立法者之規範意圖」作為標準，且得對照到Alexy所謂之「發生學論述」，亦與「歷史論述」及「比較論述」有所交集。其中尤應注意「發生學論述」與「歷史論述」之關係，由於吾人可以

¹² 就「評價矛盾」之說明，Vgl. Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart: Kohlhammer, 9. Aufl., 1997, S. 212 ff.

推定立法者之規範意向乃不可避免地受到當代之相關歷史事件及脈絡所影響，故該兩者原則上應屬一致或得以相互補充；唯有其間存在顯著差異而發生衝突時，始有（連同其他解釋方法）作權衡以定優先性之必要。

就不同解釋方法之衝突問題，學界討論最為廣泛且最為悠久者，莫過於「（主觀）立法解釋」與「（客觀）目的性解釋」間所發生者¹³。我國學者林鈺雄即認為：「基於法律解釋應有適應社會變遷的功能，主觀解釋與客觀解釋產生歧異時，現代的法學方法多半傾向以客觀解釋論為主；……總之，刑法的保障功能以及刑法條文客觀的意義與目的，成為當代刑法解釋的重心所在」¹⁴，固頗值傾聽。然而，上開見解究竟係採取「主觀解釋基準具有表象（*prima facie*）優先性，惟客觀解釋基準仍可能最終（*definitiv*）取得優先地位」、「客觀解釋基準具有表象優先性，惟主觀解釋基準仍可能最終取得優先地位」（該兩種立場仍保留某種「論證負擔規則」及「衡量規則」之運用空間），抑或係「只要主觀解釋基準與客觀解釋基準一旦產生歧異，即直接以後者為準（亦即絕對客觀解釋基準賦予無條件之最終優先地位）」中之何種立場？仍有作不同解讀之可能性。如考量到「（主觀）立法解釋」所依據之「歷史上立法者之規範意圖」通常較為具體明確，而必須顧及其所表彰之法安定性，則可謂前文所述Alexy較有利於「歷史上之立法者意圖」之「論證負擔規則」頗為合理，惟其雖賦予「發生學論述」以表象優先性，惟若「（客觀）目的論論述」在論證上甚為有力，亦未始不能翻轉局面而取得終局之

¹³ 就「立法者意思說」（或「主觀說」）與「法律意思說」（或「客觀說」）間之對立及融合，請參閱平野仁彦、龜本洋、服部高宏，註1書，223-226頁。

¹⁴ 請參閱林鈺雄，新刑法總則，元照，二版，2009年9月，48頁。

優先性。

舉例來說，本書第二章有處理到如下問題：刑事訴訟法第159條第1項所謂「法律有規定者」，是否包含書面之鑑定報告？亦即，書面鑑定報告得否認定為係傳聞法則之例外而具有證據能力？依據該條立法理由第3點所述，此處「法律有規定者」，係指同法第159條之1至第159條之5及第206條等規定，此外尚包括其他多種刑事訴訟特別規定之情形，而第206條第1項規定：「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或『書面』報告。」從而，如採「（主觀）立法解釋」，似應認書面鑑定報告係傳聞法則之例外而具有證據能力，然而書面鑑定報告對於刑事程序之進行及犯罪事實之認定乃具有相當之重要性，其鑑定過程是否嚴謹、精確及鑑定結果是否具有可信賴性，實有經由交互詰問程序以作檢驗及挑戰之必要，故若考量到在規範評價上其乃傳聞法則典型所應予掌握之對象，則「（客觀）目的性解釋」應得合理且具說服力地凌駕於「（主觀）立法解釋」之上，此時法律解釋之結果應為「刑事訴訟法第159條第1項中之法律特別規定並不包括書面鑑定報告在內」，相關之書面鑑定報告必須符合諸如同法第159條之5之同意作為證據規定等傳聞法則例外情形，始得作為證據使用，此等見解亦與前揭對於同法第206條「必要時」所為之「體系解釋」結果相呼應。

上開Alexy之「論證負擔規則」誠然具有法學方法論之重要性，然而在不同法領域仍有其實際應用上之差異。筆者以為基於下列理由，相較於傳統刑法，於我國適用相關經濟刑法規範時，「（主觀）立法解釋」之力道或權威性應適度減弱，亦即以「（客觀）目的性解釋」推翻「（主觀）立法解釋」而取得終局優先性之容易度及可能性應予提升：

第一，經濟刑法所規範之範疇是日新月異、變遷迅速且對應

國際情勢之財經產業及市場，立法者即使符合完整蒐集相關資料、與產業界密切互動及克服立法技術之困難等條件，亦難以完全預見及適應未來客觀經濟環境之發展及需求，更何況立法者往往無法符合上述之條件，故在個案中「目的性解釋」往往得以凌駕於「立法解釋」之上。

第二，經濟刑法之制定不可諱言地時常具有強烈之政策導向性質，立法者在落實「拚經濟」、「提升國家競爭力」及「治（經濟）亂世，用（經濟）重典」等政策的同時，常常忽略若干憲法位階之重要價值，例如因為將經濟刑法過度工具化而違反「罪責原則」，從而漠視「人性尊嚴」之保障¹⁵，或者因為受限於立法專業認知之不足，若完全依從「立法解釋」，勢將產生法益保護之疏漏，亦因此等用法之疏漏及不均而有違「平等原則」之誠命。於上開情形，「目的性解釋」之地位顯然應優先於存有

¹⁵ 此並非謂完全不得使用經濟分析方法，相反地，基於經濟刑法之規範範疇為財經產業及市場的本質，此等方法有時實屬重要之標準。以公平交易法第14條之規定為例，從經濟分析之角度觀之，原則上若聯合行為所產生之邊際成本（例如因產量減少或價格升高而造成消費者利益之減損）大於邊際效益（例如因提高技術或統一規格而增加社會總體利益）時，則行為人成立該條之犯罪；反之，若邊際成本小於邊際效益時，則不成立。然而於適用相關規範時，還是不能過度依賴經濟分析方法，而應於個案中考量到以「人性尊嚴之保障」為首的法倫理性原則及客觀上所要求的目的與價值，後者往往為前者所忽略，即有論者著書批判以Posner為主之法律經濟分析學派正當化不平等之權利分配，及漠視人性共同基本尊嚴，就此請參閱林立，波斯納與法律經濟分析：一個批判性的探究，學林，2004年4月，174-181頁。

續以公平交易法第14條為例，即使經濟分析呈現「邊際成本小於邊際效益」之結果，但若身為一般國民的消費者，或新的市場參與者之社會或經濟地位過度居於劣勢，甚至於無法維持基本生活時，行為人仍應成立該條之犯罪。筆者認為，我國應該擁有的不是只知「向錢看」的「技術性經濟刑法」，而是重視「人性尊嚴」及「社會實質平等」的「倫理性經濟刑法」。

疑義之「立法解釋」。其具體之做法應為：在兼顧其他解釋方法（尤其是採取前揭「產業基準」或「專業用語基準」之「文義解釋」方法）之情況下，以諸如「金融市場或證券市場之健全性及公平性」等相關整體法益（亦即多數金融市場參與者或證券市場投資人之財產法益）之實害或危險，作為經濟犯罪成立之標準及界限，如此之適用結果亦因奠基於社會生活及交易實態，而具有法律社會學上之意義。

惟不應認為在經濟刑法領域中，「立法解釋」已完全式微或難以維持其優先性。舉例來說，固然有許多相關規範之內容及體例，明顯繼受其他先進國家之立法例或承襲其精神，惟若立法者在為此等繼受及承襲之餘，尚有慮及我國經濟及社會環境之特別需要，而於經濟刑法部分規範內容採取與外國立法例相異之設計，則此時「立法解釋」自仍應受到一定的尊重。

在刑法中使用「目的性解釋」最為頻繁或重要之場域，莫過於以「法益理論」來理解相關規範之內涵，此於前文已稍有提及。刑法第23條本文規定：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰」，此乃規範阻卻違法之正當防衛事由，其中所謂之「侵害」及「防衛自己或他人權利」究何所指？對於「個人法益」予以正當防衛固無疑義，惟若不法行為所侵害者乃「整體法益」〔*kollektives Rechtsgut*，或有稱為「超個人法益」（*überindividuelles Rechtsgut*）〕，則得否對其主張正當防衛？雖然相關學說多持否定之見解，亦即認為正當防衛以保護「個人法益」為必要，如係「整體法益」受有侵害，仍不容許私人對之為正當防衛。然而筆者以為，從「法益理論」之觀點出發，「整體法益」與「個人法益」間應具有「派生性關係」及「還原性關係」，此乃法治國及人性尊嚴刑法之必然要求，從而就「整體法益」之正當防衛問題，仍應回歸到刑法學理上原有、

且適用於「個人法益」正當防衛問題之判斷標準，亦即就該兩種法益應適用一套共同且明確之正當防衛成立要件，以作犯罪論違法性層次上是否阻卻違法之判斷。於後文第三章處，將對於上開問題續作更為深入之探討。

於本節最末處，尚須附帶提及解釋憲法之問題，要言之，對於憲法規範之解釋活動固非屬嚴格意義或狹義之「法律適用方法」，惟仍應屬廣義法律解釋之一環，且為使憲法規範得以因應社會文化之變遷而富有生命力，並與當代學理作適度之接軌，「(客觀)目的性解釋」方法在憲法釋義學中實具有舉足輕重之地位。本書第八章乃就此等重要場域，除將引介Robert Alexy所提出、由「受侵害之密度」、「抽象之重量」及「經驗上確定性之程度」三項因素鼎足而立之「重力公式」，亦欲藉由將之與大法官釋字第669號解釋作結合性之討論及檢驗，來彰顯此一公式作為我國憲法釋義學研究新工具之應用可能性及實用價值。

第二節 法律補充方法導論

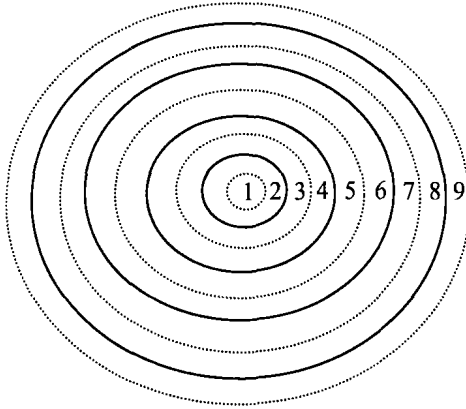
「法律解釋」乃謹守規範文義可能範圍之法律適用活動，相對於此，「法律補充」則係超越文義範圍之法律適用活動，惟該兩者仍有相同之處：其皆得於現行制定法中找到適用之依據，從而有別於所謂「制定法外之法律續造」，已如前述。論者認為，「法律補充」乃包括如下三種類型：「類推適用」、「目的性限縮」及「目的性擴張」。前兩者皆係源於「平等原則」之要求，只是所著眼者係該原則之不同面向：「類推適用」乃源於「等等之」之想法，藉規範意旨之探求，得確定相關規定之文義並未涵蓋之系爭案件構成事實，與該規定所預設之特定案型在具法律評價上重要意義之點上有相同特徵時，即可認為兩者具有類似性而予以比附援引；另一方面，「目的性限縮」則反映出平等原則

中「不等者不等之」之想法，係將法律文義所涵蓋之系爭案型，依相關規定之規範意旨而排除在其適用範圍之外。此外，「目的性擴張」係指依規範意旨，將相關規定之適用範圍擴張至與該規定所預設之特定案型不具有類似性之系爭案件¹⁶。

法學家Aleksander Peczenik嘗以共計九層之同心圓圖形，由內向外來說明(1)「(目的性)限縮」(Reduktion)、(2)「無爭議之核心」(unumstrittener Kern)、(3)「限縮解釋」(restriktive Interpretation)、(4)「可能之核心暨可能之外圍」(möglicherweise Kern, möglicherweise Peripherie)、(5)「字面解釋」(buchstäbliche Interpretation)、(6)「無爭議之外圍」(unumstrittener Peripherie)、(7)「擴張解釋」(extensive Interpretation)、(8)「可能之外圍暨可能之外部區域」(möglicherweise Peripherie, möglicherweise Außenbereich)，以及(9)「諸如類推適用此等更為普遍新規範之形成」(die Erzeugung einer allgemeineren neuen Norm, zB durch Analogieschluß)九個概念。其中「(目的性)限縮」較諸「無爭議之核心」更為內縮，而「類推適用」則較諸「可能之外圍暨可能之外部區域」更為外延。吾人得將Peczenik之概念結構圖示如下(各該數字請對照上開概念，其中實線部分係代表無爭議或可能之「核心」、「外圍」或「外部區域」，而虛線部分則係代表法律適用之不同方法類型)¹⁷：

¹⁶ 就「制定法內法律補充」之相關介紹，請參閱黃建輝，法律闡釋論，新學林，2000年1月，28頁以下。

¹⁷ Vgl. Peczenik, Aleksander, Grundlagen der juristischen Argumentation, Wien; New York: Springer-Verlag, 1983, S. 102.



學理上尚有提及所謂「舉重以明輕的推論」，此一方法係指「理由更強者更應適用相關法律規定」，其實質上應屬於「類推適用」之一環，蓋其亦係源於「除有作不同處理之正當理由外，就應作相同評價的構成要件，應作相同之處理」此等正義要求¹⁸。固有論者認為，「勿論解釋」（即「舉重以明輕的推論」，實際上因已逾越「法律解釋」之範疇而不應使用「解釋」二字，惟此並非此處之重點）係基於數量或程度大小之比較的推論方式，因不必然著眼於「類似性」，故不應將之理解為「類推適用」之一環¹⁹。然而筆者以為，若非著眼於基於相關規範目的之「類似性」，所謂「數量或程度大小之比較」實屬空洞，且易流於恣意。

就採用「舉重以明輕的推論」之實務見解，得以關於「另案監聽」之最高法院97年台非字第549號裁判要旨為例來加以說明。

¹⁸ 就「舉重以明輕的推論」此一方法類型之說明，請參閱Larenz著、陳愛娥譯，註2書，298-299頁。

¹⁹ 請參閱平野仁彥、龜本洋、服部高宏，註1書，238頁。

該裁判要旨認為：「……此種情形（即因本案監聽而得到另案通訊內容之情形）因屬於本案依法定程序實施通訊監察時，偶然附隨取得之證據，並非實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，自無刑事訴訟法第158條之4規定之適用。而同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第152條明定，允許執行人員於實施搜索或扣押時，對於所發現『另案應扣押之物』，得以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官（學理上稱為『另案扣押』）。則基於同一之法理，及刑事訴訟上發現真實之要求，自應容許將在本案通訊監察目的範圍以外，偶然獲得之資料，作為另案之證據使用。又96年7月11日修正公布之通訊保障及監察法第5條第5項、第6條第3項均規定『違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。』依上開二項規定意旨，並參酌刑事訴訟法第158條之4之規定，違法監聽如情節並非重大者，所取得之監聽內容及所衍生之證據，有無證據能力，仍應就人權保障及公共利益之均衡維護予以權衡決定，而非當然無證據能力，則依『舉重以明輕』之法理，在合法監聽時，偶然附隨取得之另案證據資料，並非違背法定程序取得之證據，亦未侵害憲法所保障之人民秘密通訊權，基於維護公平正義及刑事訴訟發現真實之目的，該偶然取得之監聽內容及所衍生之證據，亦應認為有證據能力。」

惟上開見解實不無疑義，蓋其所提及之現行通訊保障及監察法第5條第5項、第6條第3項及刑事訴訟法第158條之4等規定，其規範目的係為處理因「違法監聽」（或其他「違法強制處分」）所得證據可否使用之利益權衡問題，而非旨在「於合法前提或狀態下」妥善利用各種（不論係本欲取得、抑或係偶然取得之）證據而擴大採證範圍。從而，上開見解援引此等基於不同規範目的

之規定，實屬引喻失義、畫蛇添足，反不如僅保留「同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第152條明定，允許執行人員於實施搜索或扣押時，對於所發現『另案應扣押之物』，得以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官（學理上稱為『另案扣押』）。則基於同一之法理，及刑事訴訟上發現真實之要求，自應容許將在本案通訊監察目的範圍以外，偶然獲得之資料，作為另案之證據使用」等語，直接類推適用規範目的相同之「另案扣押」規定為妥。

就前揭論者列入「法律補充」範疇之「目的性擴張」類型，筆者認為其不無疑義：既係藉由相同規範目的之探求，來決定是否具有「類推適用」中之「類似性」，進而將相關規定之適用範圍擴張至其文義本未涵蓋的系爭案件，且若規範目的同一，依平等原則之要求，即應作「類推適用」中「類似性」之認定，則「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。若是如此，即殊難想像會存在「目的性擴張」中雖「不具有類似性」，惟「應直接依規範目的予以擴張適用」之情形。從而，似不應繼續援用「目的性擴張」，而應以「類推適用」來總括「公開漏洞」之填補方式。於後文第六章處將續作相關討論。

學者Claus-Wilhelm Canaris在其「『古典』解釋基準之位階關係」一文中，不僅強調法律適用方法論之個案關聯性與言說論證取向，亦將其體系精緻化為一般之權衡模式與特殊之優先規則，前者包括「解釋基準同步」、「以其他基準彌補文義論述之缺席」及「不同基準間有所衝突」三種情況，而後者則區分為「歷史之規範目的優先於立法者對規範內容之想像」、「以未禁止法續造為前提，法律之目的優先於文義」、「合憲性解釋優先於其他基準」、「立法者在法律中明顯表現之規範意圖優先於客觀目

的性基準」、「以無解釋活動空間（按，Canaris之真意應係『無法律補充活動空間』）及漏洞與未違反憲法平等原則（按，其真意應係『未違反憲法平等原則相對於其他原則或規則之最佳化結果²⁰』）為前提，文義優先於相衝突之目的」等規則²¹。

其中，「歷史之規範目的優先於立法者對規範內容之想像」、「合憲性解釋優先於其他基準」及「立法者在法律中明顯表現之規範意圖優先於客觀目的性基準」三個優先規則與「法律解釋」範疇較有關係，得作為前述Larenz及Alexy解釋標準適用順序或優先性見解之補充。惟仍應注意，不論係Larenz、Alexy，抑或係Canaris，其所提出之優先性應皆係指「表象」或「推定」（*prima facie*）之優先性，而非「確定」或「終局」（*definitiv*）之優先性。

再者，上開「以未禁止法續造為前提，法律之目的優先於文義」及「以無法律補充活動空間及漏洞與未違反憲法平等原則相對於其他原則或規則之最佳化結果為前提，文義優先於相衝突之目的」兩個實屬一體兩面之優先規則，似與位於更高層次之「法律解釋」及「法律補充」兩大範疇間之優先性相關，具言之，與諸如「反面推論」（著眼於法律文義之反推）及「類推適用」（著眼於法律規範目的之達成）間之方法選擇問題相關。此等問題乃涉及到謹守法律文本所產生之「法安定性」，與指涉到平等原則及規範目的之「正義」兩者間的權衡。

²⁰ 就Alexy理論中「規則」與「原則」之區分及「最佳化命令」（*Optimierungsgebote*）之說明，請參閱拙著，Robert Alexy之論證理論觀點與我國刑事法學之發展，元照，2009年9月，60-62頁。

²¹ Vgl. Canaris, Claus-Wilhelm, Das Rangverhältnis der »klassischen« Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: Festschrift für Dieter Medicus: Zum 70. Geburtstag, Hrsg. von Volker Beuthien u.a., Köln: Heymanns, 1999, S. 26 ff.

就因「勁永公司禿鷹案」而頗受各界關注之「新聞記者就其因採訪所知悉之消息來源，於刑事訴訟程序中是否擁有拒絕證言權？」此一議題，最高法院97年度台抗字第724號刑事裁定以「新聞記者並無類推適用刑事訴訟法第182條規定主張拒絕證言之餘地」，以及「查得此一洩漏公務機密之公共利益明顯高於證人拒絕證言權之利益」兩大理由，否定新聞記者就其因採訪所知悉之消息來源擁有拒絕證言權，此乃實務迄今最為明確且具指標性之見解。然而筆者以為，最高法院未能在「反面推論」與「類推適用」間之方法選擇問題上肩負起說理之職責，而發展出一套更為精緻及全面之論述，乃其缺失。再者，系爭案件與刑事訴訟法第182條文義原本所適用之案型間具有基於規範目的之「重要類似性」，而應類推適用該條之規定，最高法院及下級法院未予類推適用並非合理，其等所持之理由亦不足採。另外，在我國現行制定法之適用上，最高法院就系爭案件中「利益權衡」之定位及內容，以及新聞記者所擁有拒絕證言權之絕對或相對性質，亦有所誤解。本書第四章對此將有更為詳盡之闡述。

除「類推適用」外，「目的性限縮」亦係「法律補充方法」之重要類型。實務上運用到「目的性限縮」方法者，例如就「非供居住之營業用房屋是否仍有土地法第97條租金數額上限規定之適用？」此一問題，最高法院54年台上字第1528號判例要旨認為：「市場攤位之承租人，不僅在其承租之攤位得以營商，並得享受整個市場之特殊利益，其應付租金不僅為使用攤位之對價，且包括此項特殊利益之對價在內，自非普通之房屋兼土地之承租可比，固不受土地法第97條及實施都市平均地權條例第48條（舊）所定，房租及地租最高限制之拘束」、同院93年台上字第1718號裁判要旨認為：「按土地法第97條第1項限制房屋租金之規定，應僅限於城市地方供住宅用之房屋，始有其適用，至非供居

住之營業用房屋並不涵攝在內，此觀該條項立法本旨側重『防止房屋所有權人乘機哄抬租金，造成城市居住問題』及同法第3編第3章『房屋及基地租用』第94條至第96條均就『城市住宅用房屋』設其規範暨該條項蘊含摒除『城市營業用房屋』在外之『隱藏性法律漏洞』有以『目的性限縮解釋』補充必要自明。……」，另同院94年度第2次民事庭會議決議亦認為：「城市地方供營業用之房屋，承租人得以營商而享受商業上之特殊利益，非一般供住宅用之房屋可比，所約定之租金，自不受土地法第97條規定之限制。」姑且不論最高法院使用「目的性限縮解釋」此等用語，顯示出其對於「法律解釋」與「法律補充」兩大方法範疇仍有所混淆，大致來說，其上開見解得予贊同。

此外，在民法上運用到「目的性限縮」方法之例子，尚有無行為能力人純獲來自其法定代理人之法律上利益的情形，於此等情形既不發生利害衝突，即非民法第106條規定：「代理人非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為。但其法律行為，係專履行債務者，不在此限」所禁止者²²。

在刑法上，「目的性限縮」乃較有可能被運用之法律補充活動而扮演重要之角色，其原因有二：

第一，就刑法領域而言，基於「罪刑法定原則」及其背後之法安定性、預見可能性、行為規範、保障功能等要求，於適用某個刑法規範於具體個案事實時，若其結果將加重行為人之負擔或惡化其法律地位，亦即將創設或加重刑罰，則禁止逾越相關刑法規範之可能文義範圍而為適用。然而，若適用之結果有利於行為人，亦即減免刑罰或不成立犯罪，則得例外地於相關規範之可能

²² 就相關說明，請參閱王澤鑑，民法總則，三民，修訂版，2008年10月，488-489頁，及489頁註1至註3所援引之實務見解。

文義範圍外，做法律之補充或續造，以填補各種法律漏洞（Gesetzeslücke）或法律之不圓滿狀態。採取「目的性限縮」方法，往往產生限縮可罰性而不成立犯罪之結果，符合上開「有利於行為人」之適用前提。

第二，基於刑法為「法益保護法」之性質及人性尊嚴之憲法價值，即使某個行為在形式上具有明文之構成要件該當性，若實質上或在個案中，並未肇致相關規定所欲保護之法益的實害或危險，則仍不應予以處罰，此時「目的性限縮」方法即係適用層次上之控制閥，且「目的性限縮」之考量要素得、且應儘量類型化或具體化為各種不成文之犯罪成立要件，例如殺人既遂罪規定中之「死亡結果」（其性質為不成文之行為實害結果）、遺棄罪規定中之「生命危險」（其性質為不成文之行為危險結果）、證券交易法第20條第1項「證券詐欺」犯罪規定在適用上所添加之「致生損及證券市場正常運作之危險」（其性質為不成文之客觀可罰性要件）²³等。

實則，在法律適用上於文義可能範圍內進行法律解釋活動應屬常態，必係因實務上某一個或某一些案例之「偶然觸發」，始會產生後續之修正或補充，亦即開始進行法律補充活動，否則若立法者起初即已預見到此等案例，並意欲或不欲規範及之，大可在一開始便將該修正或補充之內容放入相關規定中。然而，「偶然觸發」之意義及內涵為何？在法學方法論之討論上往往未被重視。吾人以爲，所謂「不可接受論述」（arguments from unacceptability, Untragbarkeitsargument）之概念正可填補該理論上之空缺，其涵義爲：「依文義解釋（包括其反面推論）適用某一

²³ 就此等不成文之客觀可罰性要件的說明，請參閱拙著，證券詐欺刑事責任之研究，國立台灣大學國家發展研究所博士論文，2007年6月，212-221頁。

規定之結果，由於違反理性立法者所意欲達成之規範目的及價值，故被評價為係不可接受而應予排除之謬誤結果」，依據「不可接受論述」，應得合理地說明此一「偶然觸發」之過程：

第一步，如往常一般依文義解釋（包括其反面推論）來適用相關規定，而得出（初步）適用結果（法律解釋活動）；

第二步，該適用結果（在偶然間）引起注意，因為其被發現違反了理性立法者所意欲達成之客觀規範目的及價值；

第三步，該適用結果（一反往常地）被評價為係不可接受而應予排除之謬誤結果。於此，謹守法律文本所產生之「法安定性」亦應被加以考量。

於歷經上開「偶然觸發」之前階段後，即基於往復循環、反饋再製之規範適用模式，而進入修正或補充後之新推論過程、亦即「法律補充活動」之後階段。就「不可接受論述」與「法律補充活動」間之關係，於後文第五章處將續予討論。

「制定法外之法律續造」固非本書主要討論之對象，已如前述，惟為便於對照而增進理解，且顧及方法論闡述上之完整性，筆者欲利用本章最末處對之稍加說明。

不同於前揭得於現行制定法中尋得依據之「法律補充方法」，「制定法外之法律續造」係跳脫出現行制定法之框架，而植基於法理念、原則或事物本質之「法律創造」或「司法造法」活動（*Rechtsschöpfung*）²⁴。我國民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」，即賦予法院為「制定法外之法律續造」的可能性。由於「立法造法」一般來說具有民主之基礎，故「司法造法」較諸「立法造法」乃處於「候補」之性質，原則上僅當無何制定法可供援引以做法律解釋或法律補

²⁴ 就「制定法外之法律續造」的詳細說明，請參閱Larenz著、陳愛娥譯，註2書，321頁以下；黃建輝，註16書，63頁以下。

充時，始有「司法造法」之空間。

然而在例外之情形下，基於不當之政治過程、立法者之自利行為或損害少數人利益之傾向，「立法造法」之結果未必符合社會整體之評價或福祉；另一方面，因為法官亦為社會的一份子，而與他人共享相當程度之相互主觀性的經驗及理解，且加上溝通、論證及檢驗之理性程序的擔保，或更能於個案中取得其決定之民主正當性或實質正義性。從而，「立法造法」及「司法造法」在適用順序之先後關係上並非絕對，亦即若符合一定之前提（儘管此等情形顯然相當少見），法院應得（例外地）推翻或不再援引制定法，而依其對於法秩序之確信來作成個案之裁判。

積極推翻有效之制定法而為法律續造最為著名之例子，莫過於德國法上在面對「轉型正義」或「克服過去」（Vergangenheitsbewältigung）問題時所提出之「賴特布魯公式」（Radbruchsche Formel）：「極端不正義則非法律」（Extremes Unrecht ist kein Recht.），此一公式乃涉及到「法安定性」與「正義」兩者間之衝突及平衡，其對於我國白色恐怖及戒嚴時期結束後類似問題之處理，應亦具有高度之參考價值²⁵。

至此，筆者旨在扼要地說明「法律解釋方法」及「法律補充方法」之各種類型、於前者內在類型間之優先性決定，以及前者與後者間在運用上之選擇。後文則將較為深入地探討及檢視各該法律適用類型在實務上之可能應用情形，以及其他前文所述及之法律適用相關問題。

²⁵ 就「賴特布魯公式」之介紹及討論，請參閱拙著，註20書，75、80-85頁。

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

刑事訴訟法第159條第1項：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據」，乃我國之「傳聞法則」規定。其立法理由乃著眼於「直接審理主義」、「言詞審理主義」及「當事人之反對詰問權」，「是以為求實體真實之發見並保障人權，惟善用傳聞法則，始能克盡其功。」²⁶本條項所謂「法律有規定者」，係指同法第159條之1至第159條之5及第206條等規定，此外尚包括性侵害犯罪防制法第15條第2項、兒童及少年性交易防制條例第10條第2項、家庭暴力防治法第28條第2項、組織犯罪防制條例第12條及檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等多種刑事訴訟特別規定之情形²⁷。再者，「傳聞法則」之適用範圍乃刑事通常審判程序，而不適用於「起訴審查程序」、「簡式審判程序」、「簡易判決處刑程序」或「強制處分之審查程序」，刑事訴訟法第159條第2項著有規定²⁸。

²⁶ 參見本條立法理由第1點及第2點。

²⁷ 參見本條立法理由第3點。

²⁸ 此等整體之傳聞法則及其例外之設計，引發「例外情形過於簡略」、「例外情形之設計不合理」、「例外凌駕原則」等各種不同之學理上爭

在諸多法律另有規定之「傳聞法則之例外」中，刑事訴訟法第159條之5「當事人等明示同意或擬制同意作為證據」之情形：「（第1項）被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。（第2項）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項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意」，於學說及實務上皆具有相當重要之地位。再者，對於本條在適用上之相關探討，不論係就「文義解釋」、「體系解釋」、「（主觀）立法解釋」及「（客觀）目的性解釋」各該「法律解釋方法」類型之運用，抑或係就其間優先性之權衡決定，皆屬說明及理解上之佳例，且富有啟發性，故特以之作為本章之主題。

於下文，筆者將依序討論本條規定之立法理由、關於適用本條規定之新近實務見解，繼而對之作綜合性之檢討，最後並提出對於同意作為證據規定之修正建議，以代本章之小結。

第二節 同意作為證據規定之立法理由

刑事訴訟法第159條之5同意作為證據規定之立法理由為：「……二、按傳聞法則的重要理論依據，在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，乃予排斥。惟若當事人已放棄對原供述人之反對詰問權，於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，此時，法院自可承認該傳聞證據之證據能力。三、由於此種同意制度係根

議及批評，本章乃著重於刑事訴訟法第159條之5同意作為證據規定之內容及其適用情形，對於其他部分則不多加討論。

據當事人的意思而使本來不得作為證據之傳聞證據成為證據之制度，乃確認當事人對傳聞證據有處分權之制度。為貫徹本次修法加重當事人進行主義色彩之精神，固宜採納此一同意制度，作為配套措施。然而吾國尚非採徹底之當事人進行主義，故而法院如認該傳聞證據欠缺適當性時（例如證明力明顯過低或該證據係違法取得），仍可予以斟酌而不採為證據，爰參考日本刑事訴訟法第326條第1項之規定，增設本條第1項。四、至於當事人、代理人或辯護人於調查證據時，知有本法第159條第1項不得為證據之情形，卻表示『對於證據調查無異議』、『沒有意見』等意思，而未於言詞辯論終結前聲明異議者（Without Objection），為求與前開同意制度理論一貫，且強化言詞辯論主義，確保訴訟當事人到庭實行攻擊防禦，使訴訟程序進行、順暢，應視為已有將該等傳聞證據採為證據之同意，爰參考日本實務之見解，增訂本條第2項。」

前揭立法理由提及本條第1項之「明示同意作為證據」規定乃參考日本刑事訴訟法第326條第1項，其內容為：「檢察官及被告同意作為證據之書面或供述，以考慮作成該書面或為供述時之情況而認為相當者為限，雖無第321條至前條之規定（按，其他傳聞法則之例外規定），亦得作為證據。」又，其所謂作為本條第2項「擬制同意作為證據」規定參考依據之「日本實務之見解」，有學者認為此應係指最決昭59·2·29（刑集38·3·479）²⁹，該判例認為，如於證人訊問終了時被告及辯護人仍未聲明異議，以無法立即聲明異議等特殊情事為限，乃解為具有默示之同意。另外，若對照前揭立法理由第4點之內容，最判昭26·9·28（刑集

²⁹ 請參閱陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用—評94年台上字第3277號刑事判決，收錄於台灣本土法學雜誌93期，2007年4月，246頁註20之內容。

5·10·2131) 所載：「檢察官就告發書請求證據調查之際及證據調查實施後，被告及辯護人於裁判官詢問其意見時敘述無特別意見之情形，得認符合本條第1項所謂之『被告同意作為證據』」，亦可能為此處之「日本實務之見解」。

若細釋本條規定之立法理由的內容，得將之濃縮為下列三點：第一，證據資料愈豐富，愈有助於真實發見；第二，當事人對傳聞證據有處分權，惟我國尚非採徹底之當事人進行主義，故法院如認該傳聞證據欠缺適當性時，仍可予以斟酌而不採為證據；第三（針對擬制同意規定之情形），當事人、代理人或辯護人知有本法第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，為求與前開同意制度理論一貫，且強化言詞辯論主義，確保訴訟當事人到庭實行攻擊防禦，使訴訟程序進行、順暢，應視為已有將該等傳聞證據採為證據之同意。

然而，第一點理由並無太大實質意義，僅能謂顯示「在刑事訴訟中，證據應盡量保留而賦予其證據能力」之立法真意，惟無論如何，證據應經由一定之程序或審查以擔保其可信度，否則證據資料愈「豐富」，反而愈有害於真實發見。就第二點及第三點理由而言，即使承認當事人對證據有處分權（不論係現實為之、抑或係擬制為之），該處分權仍然應建立在一定之前提或基礎上，例如當事人必須得以瞭解行使該處分權所依憑之相關資訊，且亦應被告知行使該處分權所產生之法律效果等。若不符合此等前提或基礎，該處分權之行使即有瑕疵，且於當事人等實際上並未行使同意作為證據之處分權的擬制同意情形，更應嚴格要求此等前提或基礎之落實，而非一句「為求與前開同意制度理論一貫，且強化言詞辯論主義，確保訴訟當事人到庭實行攻擊防禦，使訴訟程序進行、順暢」，即得虛應故事。

或有學者謂：「此次修法基於失權效的理由，在當事人、代