

## ➤ 111.11.14 最高檢察署 2022 法學論壇 「法學方法論在刑事實務之運用」(一)

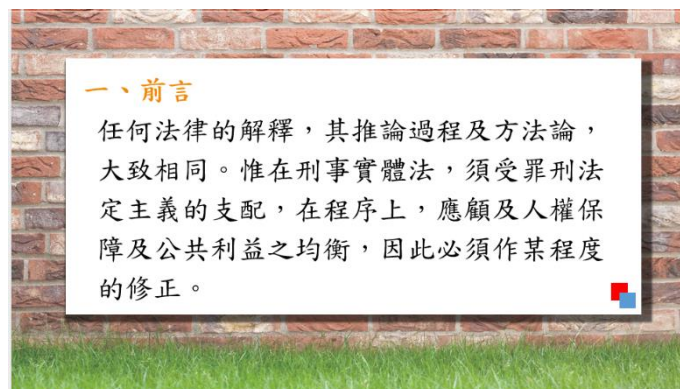
最高法院  
楊前院長仁壽

每項專業都運用一定方法，或遵循特定方式解決業內問題。司法官辦理刑事案件「認定事實、適用法律」，可以運用來解決問題的方法有哪些呢？

司法人員的價值判斷可能無從依客觀的標準做事後審查；有時案件事實所擬歸向的法規範，本身也需要經過解釋；有時實務聚訟之焦點，是如何尋找個案的正當裁判？

如何辯證出具正當性的判斷，獲得社會支持，方法論在現代法學（指狹義的法學）的論證中往往具關鍵性地位。

最高檢察署與社團法人中華民國檢察官協會非常榮幸於 111 年 11 月 14 日邀請對於法學方法論素有深入研究之最高法院楊前院長仁壽，與大家進行交流與討論。本專題演講全文如下：



### 一、前言

45 年的法官及檢察官司法公務生涯中，總覺得立法者不可能預見並規律到所有待裁判的一切案件，司法者也不該做「法律」的奴隸，成為運用法條的機器人。因此，在我的司法生涯中，對法學方法論朝斯夕斯，念茲在茲的，即是此故。

以前我們學法學方法論，是在法理學中學到的，因為它與正義論、法的一般理論共同組成法理學中的一部分，由於擔任這門課的，大多是學者出身，所以在法理學課堂中比較少聽到法學方法論的論述，今天乃以此題目，也即將法學方法論的部分內容，來就教於各位。

首先任何的 legal 解釋，任何的推論以及法學方法，都大致相同，只是因為在刑事法裡面，尤其是刑事實體法，要受到罪刑法定主義的支配，以及在程序法上又要兼顧到人權保障及公共利益的衡量，所以會稍微不同，但也不多。什麼叫做法學方法論，「法學」是指法解釋學，「方法」是在解決問題的思維、判斷，以及實行的過程，所以「法學方法論」就是解決法解釋學的思辨及判斷的討論和過程。在民事法中，需要適用的，除了法律之外，也有習慣法、法理，甚至法律背面活生生的社會現實，因此稱為法學方法論原則上是沒錯的；但是在刑事法中，因為受到罪刑法定主義的拘束，法無明文不為罪（*nullum crimen*），行為之處罰以行為時有法律明文規定者為限（*nulla poena sine lege*），因此稱為法學方法論有點不太正確，應該稱為法律方法論，或是法律學方法論才對，但一般來講，大家都把法學方法論也包括法律方法論在內，就像我們辦案時，民事事件稱為事件，刑事案件則稱為案件，但是碰到兩者有共通的時候，都稱為民、刑事案件，不會在案件後又稱事件，這幾乎已約定俗成了。

第二個是推論，推論在法學方法論最重要的地方是，演繹法以及歸納法。法學方法論旨在提供裁判能夠充分說理的論證模型，其目的在維護法的安定性與具體的妥當性，它可以訓練法律人純熟運用法解釋、具體化和建構等方面的法學思維。但演繹法是由一般推到個別，而歸納法則是以個別推到一般，這兩個方法不同。但我們長期以來，從小學、國中、高中到大學，甚至到了司法官訓練所（現在的司法官學院）或是到了候補階段，都一直用演繹法，演繹法結果會造成怎樣呢，造成什麼問題都是在以大前提歸攝（即涵攝，以下同）事實後就想要推出結論，這樣的結論很難由所有的案件中推出來，特別是碰到比較複雜或疑難的案件，根本戛戛乎難哉，推不出結論來，因為法律只能就核心的部分來規定，其他模糊的地方到底是否該適用法律，就會發生很難推出結論。當然，法學的思維方式，除演繹、歸納外，還包括衡量以及論題上的創新，它的目的，端在使說理經得起理性的事後檢驗，並透過其自身的方式，實現正義。在此我先要聲明的，如講到法官就包括檢察官在內，審判也包括偵查，我今天不將兩者一直並列，所以特地省略。我國法官辦案時，一碰到比較複雜或疑難的案件就辦不下去，因為對於歸納法這部分比較缺少碰觸，尤其是沒有受過法學方法論訓練的人更是如此，我們以前在看各法院案件時，常會有所謂「股王」出現，案件拖延不決，就是因為他們不會善用歸納法之故，這是我們所不樂見的。



## 二、法律人的思維模式

### (一) 學者 (法律→事實→結論)

所謂歸納法在外國是把它當成一種作學問的方法，而演繹法則是為了準備考試的方法，因為在學校考試「事實」已經確定，老師在教學也是如此，所以這部分法律人不會運用歸納法，既然不擅長此道，終究應該要補足。在審判時這兩種方法都要交互使用，不太可能只用演繹法就達到辦案的目的，事實上在美國法院已習用於此種方法，美國的霍姆斯 ( Oliver Wendell Holmes )、盧埃林 ( Karl Nickerson Llewellyn )、佛蘭克 ( Jerome New Frank ) 或者龐德 ( Roscoe Pound )、卡多佐 ( Benjamin Nathan Cardozo ) 等現實主義學者，他們事實上也許是因為英美法的關係，他們把「結論」也就是我們所謂「判決結果」，將此當作判決或是審判的中心，至於判決理由，他們認為不太重要。日本的我妻榮，或是來栖三郎、加藤一郎教授，認為所謂「判決理由」不過是將之作為穿在法律上的外衣或作為附隨理由而已。在結論產生以後再去適用法律，此因三權分立的關係不能把法律拋在一旁，所以是在結論獲得後，把它當成穿在法律上的外衣，或是附隨理由，亦即對「判決理由」比較輕忽，事實上這種輕忽是不太對，應該要將兩者結合在一起。

倒是龐德 ( Roscoe Pound ) 著有法理學四冊，把「結論」與「判決理由」當成一種社會的工程學，這兩個無論如何都要結合起來，這樣才是真正能解決疑難案件的方法。上述現實主義學者們受到英美法、或是英國、美國傳統的影響，對這部分，他們比較重視結論，結論得出之後再來尋找先例，因受到先例的影響，判決始能夠稱得上完整，尤其是英美法採用陪審制，陪審員做出結論後，法官再幫他披上法律的外衣，才會有這樣的結果，等會兒我會繼續提到。

推論不限於演繹法、不是只有三段論法，三段論法有時候推下去無法得到結論。有時反而從結論出發，透過歸納法以及以結果取向的辦案方法，會使疑難案件迎刃而解，當然要從結論出發一定要有相當的知識與經驗，才能駕輕就熟，「結論」不是從上天掉下來的，要經過長期的磨練，才能慢慢知道。

因此，也不難瞭解英美等國陪審制的優點。該制陪審員有 12 人，這 12 人是代表社會上平均的人，法律人並不能當陪審員，因為法律人只擅長法律，在尋求社會上的通念時，容易為他的專業所拘束，影響到「結論」的獲取。換言之法律是吾人營社會生活的產物，所以一定要合乎社會的常情，如果不能符合，這樣的結論只是法律人的專業所得出結論而已，這不符合社會所需要的社會良識( common sense )，這點無論是在英美法，還是大陸法系也應該要這樣，所以當法官、檢察官困難的地方就在於要把結論，和判決理由結合時，他的思考不能僅用法律人的思考。而要將結論的取得與判決理由分開。結論的取得要依社會良識，而「判決理由」則依其專業。我們一般所說社會良識，簡單來說就是常識，也就是社會的通念，若結論不合乎社會上的通念，僅用法律人的專業逕把結論勉強的尋覓出來，則所尋覓出來的結論並非社會需要的，那就會受到社會上嚴厲的責難，這是現在很多法官所欠缺的。至於法律部分，法官、檢察官是專家，這部分如果也要合理的平均人來完成，當然比法官、檢察官困難。

以前有人說這樣恐怕困難重重，那我們就來採陪審制吧，但這一步跨得比較大，而且我國也沒有這種傳統，於是就採了國民法官參審，我在想國民法官參審不免也會受到法官的影響，亦即在參審時，法官若沒有用社會的平均人、社會的常識、良識來得出「結論」的話，一定得不出合乎社會的需要，甚至會引誘這些國民法官用演繹法演繹出「結論」，認為法律就是這樣子，事實歸攝的結果就是如此。如果不是讀法律的人不知道他的任務，只在結論或價值判斷方面，就枉費了採用這種制度的初衷了。其實在一般的情況之下，正本清源之道，應該是某一行為在結果上應該要判有罪還是無罪，釐清後再根據法律適用法條。也就是說，適用法律部分國民法官就要聽法官的話，這兩者要怎麼結合是相當困難的，但我想千里之行，起於足下，總是要起步，也許參審會做得很成功也說不定，若是不成功，搞不好下一步就會被社會上認為這樣的判決結果仍不合乎社會的期待，國民法官參審制如果造成這樣的結果，也許會醞釀那就來採陪審制吧。但萬事起頭難，就一步一步來吧，我覺得在這之前，無論如何法官在評議「結論」時，自己要作相當的克制，讓國民法官多提一點意見，不過這是很難的工程。

其次講到法律學者的思考模式，我國學者也許因為教學的關係，要使學生理解法律的概念、構成要件以及法律效果等等，非用演繹法不為功，這樣教學的結果，因為「事實」是確定的，沒有像法官或者檢察官承辦案件之初，事實未定，隨著調查證據的過程慢慢才確定，這部分的教學與審判有其相異之處。其實歸納法是做研究的方法，如果一個學者不知道歸納法，那麼他沒有辦法把一篇論文或是一篇升等論文寫得很好，如所週知，碩士論文與博士論文不同，碩士論文只要對法律進行批判性的質疑及整理就算合格；而博士論文則需要有新樹的建樹，這在在需要用歸納法。現在社會上風傳有一些論文好像都是抄

來抄去，引用來引用去，不但不引註，也不得其法，都是用演繹法，自難更上一層樓。甚至有些法官作學問時，不知道歸納法是重要的。一篇論文之所以能夠贏得審查委員的通過，一定做到比目前所用演繹法，而更能創新出來的部分，那才是做學問。如果單用演繹法，因為演繹法是證明的工具，不是發明、發現的工具，演繹法寫得再多、論文寫得再大本，即使是皇皇巨著，如果沒有把你所了解的、所增加別人所不知道的部分寫出來，那不是論文，那只是蒐集、分析而已，這個在碩士的過程還勉強可以，在博士過程就會黔驢技窮，束手無策了。博士若是沒有比別人更多，比現在的資料、發現更多，這個論文一送審查，立刻就會給你不及格，哪有人到了博士還只用演繹法，這是不夠格的，一定要比別人多一點，而且這個多一點要必須是你發現的，為前人所無，單用演繹法根本無法達到此一目的。一定要用歸納法，才能夠達到你所需要、想要的。因此目前我們社會上不管各黨派如何，都在攻擊論文抄襲，因為碩士生或博士生無力用歸納法，而演繹法都是要抄襲別人或引註別人的著作，沒有比別人多一點創新，所以他的論文一定會被評為不及格。如果用歸納法歸納各學者著作的結果則不然。所謂歸納是由個別推到原理原則，因為個別所以要看很多著作，尤其在自然科學更是如此。例如以物理而言，如果能從物理現象中來達到別人所沒有發現的原理原則，博士學位就拿到了，若是沒有從現象中獲得另一個發明或發現，那你論文寫幾百頁都沒用。在外國攻讀自然學科，要拿到一個博士，寫 7、10 頁就可以了，你寫再多，都是抄來抄去，老師也不知道你有什麼地方比別人多，那當然就難獲得青睞。我們的學術水準還沒有到達那樣的水準，這是非常可惜的。主要原因是我們從小學、國中、大學、甚至司法官學院，或候補期間，大都是熟諳演繹法出身的，這樣已經習慣成自然，不能進行創造性的思維活動，非常可惜。所以如此，乃是學者所教的案例，「事實」是確定的，適用已經確定的事實來歸攝法律，他一定要用演繹法的教學，無須用歸納法所致。目前即使有些學者想用歸納法來教學也不免力不從心。

曾經有某單位聘我當審查委員審查他人著作，我從頭看到後面，都是演繹法，也沒有比人家多一些創新的見解，都是從他人蒐集起來的東西堆砌起來，我只好打不及格，這樣的升等論文怎麼能拿得出來，實在匪夷所思。如果學者的教法，只用演繹法教學的結果，其所教導出來的學生，也都只是精於此道，其結果就不問可知了。在此我不好意思批評司法官學院，約莫 20 多年前，朱石炎秘書長當司法官訓練所所長的時候，他曾要我去講法學方法論，但效果並不好，也許是我講的不好，大家都習慣演繹法以為常。這次總長有心，要我來講法學方法論，我認為一定要提醒各位演繹法與歸納法的研究，必須兼備。換言之，在司法官學院學習當中，歸納法的思考及論證能力，非常重要。除了要熟悉案例分析的結構之外，應避免無謂的背誦。亦即相對於涉獵大量零碎知識，用處不大。必須在進入法界之初，就能掌握到各種法學的論證模型，才符合學習經濟的明智之舉。

## （二）律師（結論→事實→法律）

律師是從結論出發的，他受委任後，朝朝暮暮，就是想要打贏官司，但他所接的案件，只是委託人的片面之詞，其「事實」是未定的，因為要經過檢察官，依刑事訴訟法第 251 條，依照所得的證據足認有犯罪嫌疑時才能提起公訴；在法庭時一定要證據成熟了，法官才可以判斷，這時候才可以獲得到勝敗的結論。若用數字來講，在民事庭一定要有證據的優勢，也就是要百分之五十一的證據，贏得對造所提出的證據後才可以獲得勝訴；在刑事一定要有確實性，確實性到百分之百是稀少的，至少能夠獲得百分之七十五或八十以上的證據才可。法官擁有這樣的確實性的證據才可以判決。有些律師為了接案子，為

了要生活，即使只有百分之十的證據也會接案，結果就會備嚐敗績。敗訴結果如何？因為他事先沒有好好地篩選案子所致。

以前我當司法院廳長時，有一位法官非常優秀，台灣有一間很大的律師事務所要聘請她去做訴訟案件的主管，因為她非常優秀，判決寫得很好，結果她辭職應聘去該事務所當律師以後，她仍用法官的立場去接案件，一看到案件本身不會勝訴，就不接案，差不多一個月後，幾十幾件到她手上，沒有一件可以成案，一概婉拒了。幾個月下來，負責人受不了，就對她說：我請你來當律師，就是要請你好好的接辦案件，結果妳這件不辦，那件也不辦，煮熟的鴨子都飛掉了。妳既然當了律師，無論任何案件，都要接下來，不可婉拒。她壓力很大，差不多幾個多月以後就辦不下去了。她認為還是當法官好，就來我辦公室跟我說，想要回來，我一向認為她相當優秀，那是因為律師事務所主其事者觀念錯誤，所以才會導致她壓力這麼重。作為一個律師，案件的勝率至少也要到百分之四十五、百分之五十的結果才能接案。但是現在律師競爭激烈，若持此態度案件一定會馬上跑到別的律師事務所去，別人也會馬上受到委任，這樣的結果，蜂擁而至的案件幾乎就沒完沒了。

以前我在台北地方法院當推事，當時有個律師叫劉旺財先生，他所指導下來的小律師，現在都已成大律師。當初，法官辦理他們的案子，都非常輕輕爽爽的，在民事案件，訴訟標的法律關係他們都闡釋得非常清楚、訴狀寫得簡短有力，條理分明，所以他們所接的案件在法院幾乎都會獲得勝訴，並不是因為他們個人的關係，而是他們接案的態度嚴謹，都經過相當程度的篩選，勝率超過百分之四十甚至百分之五十一才會願意接受委任，這樣的結果，也許某些比較沒辦法獲得勝訴判決或是無罪判決的案件都會跑到別的律師事務所去，但從結果上來講，他們受委任的每件案件幾乎都是勝訴，每件被他辯護的案件被告幾乎都獲判無罪，風聲一出，結果當然業務興隆，想來委任案件的人，不應接不暇也難，這才是我們所需要的。當然，當事人歷經久了以後會知道，如果某某人願意來辦我的案件，就會勝訴，如果每個律師都抱懷這樣的精神和態度，案件一定會源源不絕的來。從長久來看，這些都是非常好的律師；如果不問青紅皂白，所接的案件，在接案之初，沒有百分之十的證據，甚至在百分之十以下或百分之零你也受委任，經辦的案件一下子很多，但大部分被判敗訴，名聲太壞後，就沒有人來委任他了，乘除加減的結果，到頭來不免門庭寥落。但因為現在律師非常多，競爭激烈，導致律師沒有辦法去好好篩選，造成這樣的結果，又怪誰來呢？他們如果不去檢討，何以致此？卻去怪律師競爭激烈，那就永遠不能獲得到事實的真相了。

律師到了法院，「事實」仍是未定的、暫定的，暫定了以後，他必須竭盡所能，努力蒐集事實，然後在法院根據法理、事實，據理力爭，他就慢慢的在法律上獲得比較好的結果，贏得了好的名聲。

又講一個例子，有位同事跟我司法官訓練所同期，辦案認真負責，做事又盡心盡力，台塑集團王永慶先生就聘任其為法務室主任，待遇相當優渥，而且每年年底所加給的大紅包，比年薪還多。但到那邊去當法務室主任，整個關係企業有關的契約案都要經過他過目、增刪，結果如契約發生糾紛，或敗訴，王永慶就會叫他去，說道：「我請你當法務室主任，是要你幫我把契約看好，既然打上了官司也要贏，怎麼會輸呢？」，他壓力很大，當沒有幾年就辭掉了。律師或法務室主任都有相同的壓力，這樣的結果，不能說當了律師或法務室主任就沒壓力，打官司如打敗了，有時就會遭受責難。

### (三)法官、檢察官(事實→結論→法律)

法官、檢察官所要調查的「事實」是未定的，還沒有確定，因此承辦案件之前，不能先入為主，事實最初階段是「未定」的，比如說：檢察官要根據偵查所得的證據，足認有犯罪嫌疑，才可以提起公訴。證據經由蒐集的過程，事實才由未定轉臻確定，法官也是如此，接到了起訴的案件或是原告的案件，一定要好好的調查證據，不能先入為主，一旦先入為主就會有所偏頗。根據日本倉田卓次法官的說法，法官工作量的比重，地方法院法律與事實的比重，是 1 比 9。高等法院的比重，是 2 比 8，我國法院大致亦復如此。民國五十九年左右，我在台北地院當檢察官的時候（那時，檢察官配置在法院，檢察「處」是一黑機關，沒有自己的關防。），有一位同事，他在起訴書裡面寫道：「右揭事實，業經告訴人指述歷歷，訊之被告，雖矢口否認，但聽其言閃爍其詞，觀其貌獐頭鼠目，所辯無非是狡展之詞，不足採信。」就逕行起訴了，後來當事人非常生氣，把起訴書寄到當時的司法行政部（那時候高院和地院都隸屬於司法行政部），就把他記過，並且調職，但他後來反省改正，知道這樣是不行的，然後快退休時做到了最高行政法院的審判長。人非聖賢，孰能無過，他事後知道悔改可以說就善莫大焉了。

法官、檢察官一定要根據未定的事實，調查清楚，獲得到結論後，再去尋找法律，日本學者稱此為「正當化的過程」而不是從法律用三段論法就一直推到結論，推論的結果有時推不出結論的，日本來栖三郎教授上課時，東大的學生在課堂上問他說：「老師，什麼是法學方法論？」他說：「看月亮你就知道了。」大家心理想：為什麼要去看月亮，就知道法學方法論呢？就相約去瞧個究竟。未婚的學生，就約他的女友、或男友，正是「人約黃昏後，月上柳梢頭」，於當月十五日去看月亮，東看西看，還是被看出端倪出來。正如明朝王陽明先生的弟子蕭惠問他說：「老師，孔子的學生子路問他說：『什麼是死呢？』，孔子只間接的說：『未知生，焉知死？』」，沒說出答案。什麼叫生，什麼叫死，王陽明卻直截了當的說：「知晝夜即知生死」，你只要知道白天，知道晚上，互相交替，就會知道生死」，後來蕭惠慢慢體會到，原來人生不過和晝夜一樣而已，如將之縮短，譬如白天生了晚上就死掉，這是天下不變的道理。人總會死，無論如何在我們有生之年，一定要好好奮鬥，好好學習，才是正辦。所以來栖三郎教授要他的學生去看月亮，自有他的道理，於此暫且不表，等到稍後我再來向各位報告。



### 三、「結論」的獲得

用歸納法，來獲得案件的「結論」，是非常重要的，如果在簡明的案件，也就是立法者在立法的時候，按照自己假定的核心來規定，當然能夠馬上用演繹法就能達到結論，但比較複雜或疑難的案件，就不可能輕易的達到了。一般而言，法律是由一系列的概念所組成，其內涵常不夠完整，或難以使人明晰其含

意，因此，如果不熟諳法學方法論，就會猶疑不決，難以獲得「結論」。在刑事案件較簡易，因為某一具體的法條，通常已囊括了所有的構成要件的要素或無須再借用所謂「砌造技術」，但也不盡如此，仍有待於利用歸納法，才能獲取「結論」。要說這個觀念之前，大家應該要了解：「人是有理性的動物」，人類自己要知道自己是動物的一種，身為動物的人類，一方面有理性，一方面也有獸性，這才是人，舉凡人類，都有本能 (instinct)、知能 (intellect)、直覺 (intuition)，這三個英文字都有 in 字，代表說這些獸性或理性都是人類的心中。本能，諸如「弱肉強食」是；而知能，諸如「趨吉避凶」是；人類的本身，都隱含此等獸性。直覺也有 in，這就要靠教養，包括家庭教育、學校教育以及社會教育，不斷培育，才能臻此境界，才具有直覺。

大家也許有看過俄羅斯的大文豪托爾斯泰，寫了一系列聞名於世的大著，長篇例如：《戰爭與和平》、《安娜·卡列妮娜》、《復活》；中短篇的例如：《三個驃騎兵》、《暴風雪》、《哥薩克》等等，看他的書，是人生一大享受，他在書裡面反復強調，人既有獸性，也有作為人的「良心」。按聖經的想法，獸性是原罪，亞當夏娃吃禁果這是原罪，因而人總會有獸性，大家不要以為你不會有獸性，有時出現偏頗放蕩的話或行為這就是獸性，當你的良心壓不住獸性的時候，就會做了不正常的言行，所以人類要好好修養，把獸性壓在心裡面的底層，讓他不能暴走，這才是典型的理性的人。人是理性的，獸性要壓下來，若是沒有壓下來，代表沒有好好修持，導致獸性跑出來。孟子公孫丑一章所說的「諛辭知其所蔽，淫辭知其所陷」，不外乎此。若以前的司法院黃少谷院長演講稿「竭智盡忠負責，勿使民眾失望」一書中，就說到「一個人在其歷練的過程中，必須長期經過心性的陶冶，和理智的鍛鍊，才能不斷地自省自覺，以擴充其良知良能，進而實踐其所知所能，達到人格完美的境界」這樣才能達到外邪不入，諸魔怯步的境界。一個人如有魔鬼在你的心中，有時候就會受到外邪的侵害、引誘。外邪可能是親友、同事，或是其他別的，人一旦受到引誘，人的獸性就會發作，發作後，不該吃的飯去吃、不該拿的襯衫去拿，不該打球的去打，這就是外邪的引誘，一旦受到引誘後，獸性 (魔鬼) 就出來了，他認為這是無可避免的，即使是當過很多年法官照樣也可能會犯這樣的錯誤。

再介紹你們看一套書，還珠樓主 (李壽民) 寫的《蜀山劍俠傳》他裡面寫了劍仙啊、妖魔鬼怪啊，都不足憑信。該書的「主旋律」，主要在勸說，人類如何去獸性，擁有理性。他說猿猴在高山裡面每天吸收日月精華，經過千年幻化為人，成為人之後，又因為人的所做所為，也就是受到「業力」的牽引，即使是無心之因，也要償還其果，所以那些人在修行時，經常要去獸性，純化良心。若受到「業力」的牽引時要「兵解」自己或「坐化」，再去投胎，歷經幾次之後，才能變成所謂的真正神仙。那只是小說家言，人要做神仙是不可能的，意思只是在過程中，奉勸人要好好的修養，才能做到「外邪不入，諸魔怯步」的理性境界。換言之，人要隨時反省，把自己的獸性壓下來。日本三浦綾子寫的《冰點》，也一直在講原罪。所以我對於孔子所說的「性善說」，不太贊成，因為有原罪，他講說「人之初，性本善，性相近，習相遠」，不太符合實際，反而荀子所說的「性惡說」較能切合事實。性惡有深淺之分，自己的先人如善於壓抑惡性，後代子孫惡性較淺，這是現代人所說的基因，再加上後天的修持，才懂得壓抑惡性，發揮理性之光。

大學教育就先別說了，法官在候補期間尤其重要，日本在五年候補期間，把候補法官當作左陪席，案子以「庭」為單位分案，審判長經開庭審理、辯論終結及評議之後，可以把案子交給左陪席法官去制作，

也可以給右席制作，右席通常是已滿 5 年的候補法官，左席候補法官制作的案件，一般都交給右席修改、指導，這才是真正的候補階段的磨練、薰陶，要成為一個好的法官，唯有如此，才知道「結論」怎麼樣獲得、判決書怎樣制作，這才是真正的候補的學習歷程。依我國民、刑訴訟法規定，案件是分到「庭」，並不是直接分給所謂「承辦法官」，只是訴訟法雖然這樣規定，但處務規程卻規定直接分給承辦法官。早期因為法官少，迫不得已，才採此辦法，到現在法官增員已多，應該要好好的規劃，才屬正辦。候補的法官難得考上，長期都是受到演繹法的教育、訓練，沒有涉獵歸納法，不知以「結論」取向，這是不好的。甚至當了承案法官，尚在候補期間，就要獨立審判，未免行之過早。法官獨立審判是對的，但在候補期間，恐有不宜。在日本，整個庭的審判長要負全責，發生問題都由審判長扛下全責，不會是發生由左陪席候補法官負責的問題；至於我國，候補法官出錯，候補法官記過，而審判長卻只申誡一次，顛倒過來，這樣是不對的，要讓審判長負起全部督導的責任，這樣子才是好的候補學習階段，但我國一開始就獨立辦案，甚至可以充當人事審議委員會委員、還有選舉權、可參加各種會議，並非一項好的制度。

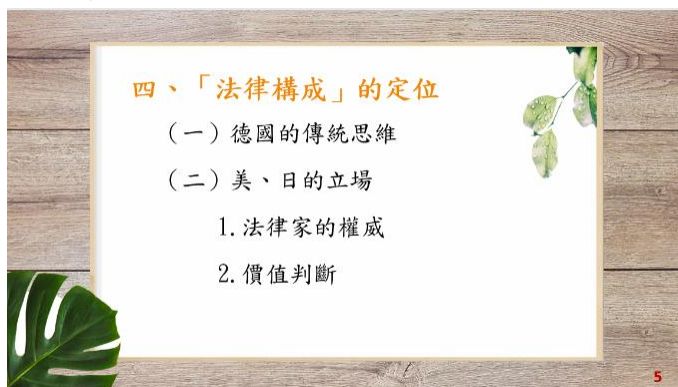
我當副秘書長的時候，朱石炎先生是秘書長，他學問、教養非常好，品格高尚，他曾對我說：「副秘書長，我發現到檢察官的素質比法官還好。」，我也有同感。因為檢察一體，辦案會受到主任檢察官，乃至檢察長的指導，所以在候補階段，成長較快，而法官部門做得不夠，就獨立審判，如果再這樣下去，法官候補期間永遠無法得到它應有的辦案磨練，這是非常可惜的。再者，所謂社會良識，就是社會常識，美國採陪審制，由陪審員評決，得到結論，再由法官依其專業，尋找先例去適用就好了。這十二位陪審員代表社會各基層選出來的人，但並非無弊病，例如 1995 年的辛普森案( O. J. Simpson murder case ) 的世紀審判，結果所有的陪審員一面倒，殺人判無罪，其主因或許是 DNA 採取的方法有點不合乎程序；沒有聲請搜索票，警察就去搜索；雖然在民事方面判辛普森敗訴，挽回一點法院的顏面。由此而言，陪審制度不是說沒有缺點。反觀我國刑事訴訟第 158 條之 4 增修條文規定，因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，還要審酌人權保障以及公共利益的均衡為維護，讓法官在審判或是檢察官在偵查的時候，可以做適當的改正。不管如何，判決「結論」一定要合乎社會的常情，這與自然科學不能等量齊觀。判決「結論」的獲得，要合乎社會的平均人的通念或社會良識，至於有關法律的適用部分則要由法官的專業來決定。由於法律規定不是十全十美，即使像 1804 年《拿破崙法典》一樣，拿破崙想要制定一部完美的法典，因而網羅全國的專家來制定，務期每個人看其內容就知道他的權利義務所在，法官也一看就知道要審判誰贏或誰輸，不必浪費多大的周章。但結果卻失敗了，法律在本質上是粗躁的，法律是不完美的，不能把所有的事項規定得完美無瑕，也沒辦法使結論的獲得，都按照事實得出真相。所以有關「結論」的獲得，法官一定要知道，我們只是社會的一分子，自己也有做「人」的缺點，我們自己也有獸性，必須靠修持，用良心把獸性壓下來。所以日本憲法第 76 條第 3 項規定：「法官要依其良心，獨立行使職權，僅受本憲法及法律的拘束。」把良心也制定在憲法裡面，我國憲法 80 條：「法官超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」也一定要本諸良心審判，乃理所當然。( 待續 )



## ➤ 111.11.14 最高檢察署 2022 法學論壇 「法學方法論在刑事實務之運用」(二)

最高法院  
楊前院長仁壽

( 接續 111 年 12 月份月刊內容 )



### 四、法律構成的定位

「法律構成」就是判決理由的部分，德國因為堅守體現受限於法條以及立法者意思的傳統思維，所以無論是 19 世紀的概念法學，以及到黑克 ( Philipp Heck ) 的利益法學，審判都是要遵從法律。黑克的利益法學派雖然在修正「概念法學」的基礎上，承認法官的創造，但這種創造是有限的，創造必須依據立法者在立法當時所確立的利益衡量作為標準進行創造，這也就是日本加藤一郎所說的「德國利益法學派，在根本上的利益衡量，須遵從法律」。到了拉倫茲 ( Karl Larenz ) 的評價法學，他雖然已經進一步修正利益法學派過份重視立法者歷史意思的不足，認為更重要的是，必須透過法條，進行倫理的、體系的、目的的解釋，而得到當下的結論。具體說來，就是把利益法學派所重視的立法者優先保護何種利益，修改為必須透過法條，體現出立法者對利益的評價，但無論如何他們都是尊重法律，這是德國的傳統。換言之，法律如有漏洞時，黑克承認法官可以依據自由裁量來加以補充，但必須有其界限，法官須受到立法者價值判斷的拘束，而拉倫茲卻認為法官必須遵循立法計劃去補充其內容。大家看了德國的法學方法論，沒有像美國一樣從「結論」再來披上法律的外衣，或是把法律當成獲得「結論」後的附隨理由。日本就持這樣的見解，像我妻榮、川島武宜等等都在美國留學，深受美國現實主義的影響，他們也認為判決「結論」是重要的，「法律構成」也就是「判決理由」，因為結論已經尋覓出來，「判決理由」只是一種「說服力」而已，所以大家看早期日本的判決，甚至有些判決理由三言兩語就結束，是有這樣的一個傳統存在。換言之，日本優先重視紛爭中的事實要素，輕視法律構成，強調①具體直覺的思考；②強烈的社會拘束感；③重視功能性的功利主義。以日本的利益衡量論而言，端在實現日本的社會評價，也就是以自己的判斷、法外的價值，以及普通人的感覺一致為目標。日本法解釋學具有強烈的社會拘束感，由此不難索解。

所以所謂法律家的權威，只是在判決理由或是法律的構成中說服的工具而已。因為法官受到法律專業的訓練，而作為「結論」的「價值判斷」一定要取諸合理的平均人，依照社會通念而獲得，如果這部分沒有辦法來尋覓的話，那所做的判決並非是合適的。法律的構成部分，只是獲得「結論」後的說服工具而已，這點和我國所受的教育好像還是有點隔閡，等下我會說明。

**五、法律概念的運用**

(一) 內涵：指某一概念所表達事物所必須具備性質的總和

(二) 外延：指概念所涵蓋各分子的全體

外延	概念	內涵
動物、植物、生物	物	存在
植物、生物	生物	存在、生命
人、牛、馬、狗	動物	存在、生命、感覺
黃、白、黑、棕	人	存在、生命、感覺、理性

## 五、法律概念的運用

概念的意義，來自其所表達之事物，可就「質」與「量」兩方面來說明，就「質」的方面來說，稱為「內涵」；就「量」的方面來說，稱為外延。因此內涵是指一個概念所表達事物必須具備性質的總和而言，例如「物」、「生物」、「動物」、「人」都是概念，而「物」的內涵，是「存在」；「生物」的內涵是「存在」及「生命」；而「動物」的內涵則為「存在」、「生命」及「感覺」；「人」的內涵則包括「存在」、「生命」、「感覺」及「理性」。而外延則指概念所涵蓋各分子的的全體。例如「物」的外延有動物、植物、生物、礦物等；「生物」的外延有「植物」、「生物」等；「動物」的外延在「人」之外，有「牛」、「馬」、「狗」、「鳥」等禽獸而言；而「人」的外延有黃種人、白種人、黑種人、棕種人而言。

也就是說「人」比「動物」多了一個內涵，就是他有「理性」；「動物」比「生物」多了一個內涵就是牠有「感覺」；依此類推，「生物」比「物」多了「生命」；而「物」的內涵，則只是「存在」而已。這些都是邏輯上的看法，但是「法律」不是純然依據「邏輯」，不能用邏輯來演繹上、下位的概念，不能作機械的操作。所以霍姆斯 (Holmes) 說法律不是邏輯而是經驗，其義即在於此。但在運用原理上，法律的概念與邏輯上的概念，則無差異。亦即內涵多，外延就多；反之，內涵少，外延就少。內涵不變，外延就不變。因此如果法律規定的概念內涵 (構成要件要素) 太多的時候，其涵蓋面就比較窄；概念的內涵如果太少的話，其涵蓋面就廣，這大家恐怕都懂，尤其是在解釋概念的時候，就有所謂擴張解釋、限縮解釋、當然解釋及反對解釋等，都根據這個原理來演繹的。日本的碧海純一教授說這是射程的遠近問題，但這樣講有些抽象，可能不太能夠瞭解。

舉個例子來講，制定法律都有目的的，沒有法律的制定不依據目的，例如在一個有牧草的地方，立了一個告示牌說：「此處禁止拴馬。」，也就是禁止把馬拴在那邊，如果小馬怎麼辦？小馬也是馬，文義解釋就能達到目的，因為小馬也會吃草；如果是驢或是騾，因驢、騾同屬於馬科的也會吃草，就要用擴張解釋。牛也會吃草，但牠不屬於馬科，這時候就要用類推解釋；如果調換目的，在兒童的遊樂場所，也立個告示牌說此處禁止拴馬，那意思就不一樣了，因為馬會踢人，可能踢到在遊樂場所玩耍的小孩子，因此此處禁止拴馬，小馬還不會踢人，還沒有學到「踢」，就要作限縮解釋，不包括禁止小馬在內；如果牛呢，因為牛不會踢人，所以這時候要作反對解釋，將牠排除在外。法律條文或概念都是具有目的的概念，如果不具有目的的概念，就會僵化。



## 六、法律概念的框架

法律概念或法條本身是有「框架」的。在以往我當法官時，尤其是當地院法官的時候，司法行政部都會有所謂「裁判指正」，說你這個法律見解不對、那個法律見解不對，他的觀念就是不管社會事實如何千變萬化，都認為法的概念或法條只有「唯一的正解」，其他的見解都不對，當時法官的內心很恐怖，一定要把所有的「裁判指正」奉為圭臬，背得滾瓜爛熟。到了末了，司法行政機關並非審判機關，於是又把最高法院的見解當作經典，這時候每個人都要把最高法院的見解，讀得很熟，甚至要會背，其實這種觀念是錯誤的。我在最高法院當院長的時候，還有很多庭長或法官，一講到某一見解，就說有什麼判例、幾年幾號，他就都全部講出內容來，這不是不好啦，但是他的觀念上，就是把它當成唯一的見解。

在法學方法論上，早期就有德沃金 ( Ronald Dworkin ) 與哈特 ( Herbert L.A. Hart )，為法律概念或法條只有「唯一見解」，引發論戰。但現在已成為過眼雲煙了。尤其從凱爾生 ( Hans Kelsen ) 所著「純粹法學」一出，就沒有人再與之爭鋒了。凱爾生認為法律解釋存在著複數解釋的可能性，是為了摒除主觀，從而達到法學研究對象的純粹性。他指出：法律與判決之間的關係，是規定或者約束的關係。但是，這個規定，並不能規定全部的事物，它有一種框架的性質。如果把解釋看作是對執行規範的意思來確定的話，則這個活動的成果，就不僅是對這個規範所表現出來的框架的確定，還包括對這個框架之內所存在的複數可能性的認識。法律的解釋，並非一定限於到達哪個是正確的，是唯一決定的見解上。在規範的框架內所存在的可能性當中，哪一個纔是正確的問題，這並非是認識的問題，而是政策的問題。法官終究是法的創造者，在這一法創造的機能中，他們是相對的、自由的，可謂一言九鼎，各界靡然成風。甚至將此見解，制定成法律，或著成判例。簡言之，在法律概念或法條的框架內，依其情事，有多數的見解，都是「合法的」，只是在法官適用時，選擇其中之一而已，其他未被選者，仍屬合法，只是就該案而言，構成「不當」而已。

我剛才說來栖三郎告訴他的學生們說，只要去看每月 15 日的月亮就會知道法學方法論。月亮看了之後，或許有些看得懂，有些看不懂，大家如果在每月 15 日跟你的家人、男女朋友到公園去看月亮上升，月亮有圓圓的部分，也有圓圓外面有光芒的部分，圓圓的部分也就是法律的核心，用演繹法勉強可以得到，可演繹出來。因為法律就是為了這部分制定的；但光芒的部分或朦朧之處你就沒有辦法用演繹法來達到。要用歸納法，以結果取向纔能夠得到真相。換言之，來栖三郎將凱爾生所謂的「框架」，改成「月亮」，非常傳神，月亮圓圓及四周光芒朦朧之處內多數法律見解，俱屬合法，在此之外始屬不合法；不僅如此，月亮會移動，也表示法律見解，可因社會情況的變動，慢慢變遷。我國民事訴訟法第 449 條第 2 項規定：「原判決依其理由雖屬不當，而依其他理由認為正當者，應以上訴為無理由。」，亦即月亮

圓圓的部分及四周朦朧之處有多數見解，在適用的時候，未被上訴審採用沒關係，如果上訴審認為見解不對，但結論一樣，仍在同一個框架或月亮光芒所及之內，雖然未被上訴審採用，仍屬合法，只是不當而已，應以上訴為無理由。至於如逸出框架或月亮光芒之外，見解就不合法了，上訴審應認為上訴有理由。

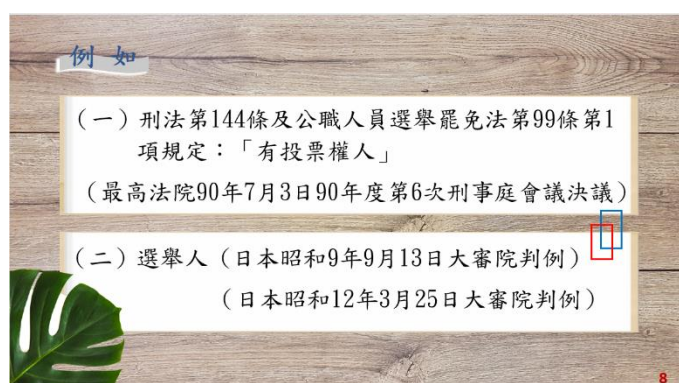
做法官的人動輒會認為你的法律很強，別的理由不對，那未免太高傲了。二審沒有好好審查，到了三審民事訴訟法第 478 條第 1 項 ( 舊法 ) 規定：「但判決理由未盡或不當，如依其他理由認為判決結果相當者，不得廢棄原判決。」，如果框架或月亮光芒所及之處裡面有好多理由(見解)是認為正確的，只是在該案不正確，或是因個人看法不相同，終審認為應該採框架內或月亮光芒所及的其他見解纔對，但如果「判決結果相同」時，就不能廢棄，一旦廢棄反而就違背法令了，台灣案子非常多，就是因為最高法院硬要認為自己見解是唯一合法，顯然自己違法，仍然不自知，不無遺憾。

又現行民事訴訟法第 477 條之 1 規定：「除第四百六十九條第一款至第五款之情形外，原判決違背法令而不影響裁判之結果者，不得廢棄原判決。」，將「不當」改成「違背法令」，在立法上顯然有誤解。果係如此，不論在框架或月亮光芒所及之內，或在其外，都「違背法令」，都不得廢棄原判決，反不如舊法。所以一直被姚瑞光老師詬病，甚至他為此拒當修正委員，不無原因。亦即如果在框架之內或月亮的光芒所及之內，是違背法令，在其外也是違背法令，豈不是間接允許法官可以隨意地適用法律，因為法官只是在正確的框架或月亮光芒所及之內，依自己的見地，有各種不同見解，纔是法官「獨立審判」之本意所在。如果超出框架，或是超出月亮光芒之外的話，豈不助長法官恣意，違法亂判。所以不分框架或月亮光芒所及之內或外，在內也違背法令，在外也違背法令，通通不影響判決結果不得廢棄，這種修法，不如舊法遠甚，備受各界指責，是有其道理在的。有一段期間，司法院和監察院為了「法律見解」是否屬於獨立審判的範圍內，都不能被干涉，那就有點強詞奪理了。監察院不能干涉，應只限於「不當」的範圍之內，如果是違背法令時當然可以干涉。也就是說如果已經超出框架，或已經超出月亮光芒之外當然可以干涉，所以新法修改為違背法令，不影響裁判結果者，應作限縮解釋，只限於不當的情形，纔不得廢棄原判決。

我舉一個日本加藤一郎所舉很好的例子來講，他說：飛機在上面飛的時候，如果因為雷擊或其他原因掉到地面，把人壓死了，被害人的家屬到底能不能請求賠償，因為他們沒有像我國民用航空法規定可以賠償，只能根據該國侵權行為第 709 條規定：「因故意或過失而侵害他人之權利或法律上保護之利益者，負因此所生之損害賠償責任。」，跟我國民法第 184 條的規定一樣。如有一架民用航空機被雷擊掉到地面，因沒有故意或過失，使地面的人被壓死，這時候法官就要像我剛剛說的以結果取向，「結論」先行。結論是怎樣呢？法官要思考，如果地面上的人無緣無故被掉下來的飛機壓死了，航空機負責人因無故意或過失，拒絕賠償。哪有法律會這樣規定，必然法律有漏洞吧。如果反過頭來，無故意或過失也要航空公司負責，那航空公司一定也會破產，這樣也不太公平，所以經過分析事實，加藤一郎認為說如果航空公司能投保責任保險，責任保險當然可以再保險，機票提高一點票價，他就可以把提高的票價當保險費，這樣讓航空公司賠償有何不可，他也不致破產。獲得這樣的結論以後，就去尋找法律，日本民法第 709 條規定沒有故意或過失，不負責任，那該怎麼辦？他就去尋找第一個方法，把航空公司的注意能力提高一點，是不是飛機上避雷針之類的做得不好，就有責任了，這樣就和結論相同；第二種方法，先讓被害

人負舉證責任，舉證到一定的程度就採舉證責任倒置，推定要航空公司負舉證責任，他如果舉證不出來，就要航空公司負損害賠償責任；也許前兩個方法不是很好，但是跟結論是相同的。第三個方法，他們的第 713 條，跟我國民法第 191 條的規定大致相同，亦即工作物如設置或管理不當者，要負損害賠償責任。工作物的設置或管理不當，設置人或管理人要負無過失責任，而日本民法第 709 條就此沒有規定，但第 713 條却設有工作物設置人或管理人員須負無過失責任的規定，就像我國民法第 191 條負無過失責任一樣，如果能類推適用的話，也是和結論相同。前三種方法，在框架之內都有根據，也就是說要求航空機負責人負嚴格責任，或是舉證責任倒置，推定要由他負舉證責任，他若不能舉證仍然要負責，第三個方法要負無過失責任，這樣的結果都在框架或月亮光芒所及之內，都是「合法」的。最後如果採無過失責任，因法律沒有規定當然就要類推適用第 713 條。這三種解釋都在框架之內有月亮光芒所及之內，你用結果取向來選擇是沒問題的。但如果用第 709 條來演繹，則因為航空機負責人無故意或無過失結論推出來就變成不負損害賠償責任了，這樣結果當然有欠公平。所以這時候用演繹法就會得出不是好的結果。

刑事案件亦復如此，最高法院 25 年非 139 判例稱：「終審法院之判決內容，關於確定事實之援用法令如無不當，僅係前後判決所持法令之見解不同者，尚不能執後判決所持之見解不同者，而指前次判決為違背法令，誠以終審法院判決關於法律上之解釋，有時因探討法律之真意，期求適應社會情勢起見，不能一成不變，若以後之所是，即指前之為非，不僅確定判決有隨時搖動之虞，且因強使齊一之結果，反足以阻遏運用法律之精神，故就統一法令解釋之效果而言，自不能因後判決之見解不同，而使前之判決效力受其影響。」也就是說，如果探討法律上真義，要適應社會上情況，如果法律見解不對，而判決結果相同的時候，那你還是該判無罪就判無罪，該判有罪就判有罪，不能說因法律見解不同，就撤銷原判決，所以法律上的見解不同沒關係，只要在框架之內或月亮光芒所及之內見解不同沒有關係，只要判決結果相同就好。我在最高法院當院長的時候，曾經一再向同仁說，不要動輒廢棄（民事）、或撤銷（刑事）判決，只要結論相同就好了，但他們有少數聽不下去，一定要在判決裡面，發揮最高法院引導的功能，這當然非常不好，法律明明已經規定了，這個判例也已經規定了，作不當的廢棄（民事）或撤銷（刑事），本身就已違法了。



最高法院 90 年 7 月 3 日 90 年度第 6 次刑事庭會議決議，針對刑法第 144 條及公職人員選舉罷免法第 99 條第一項所規定之「正、副議長」之「有投票權人」作成決議，認為「預期至選舉時，取得有投票權之人」，就是有投票權之人。把有投票權人擴張到「框架」或月亮光芒所及的最遠之處，以因應賄

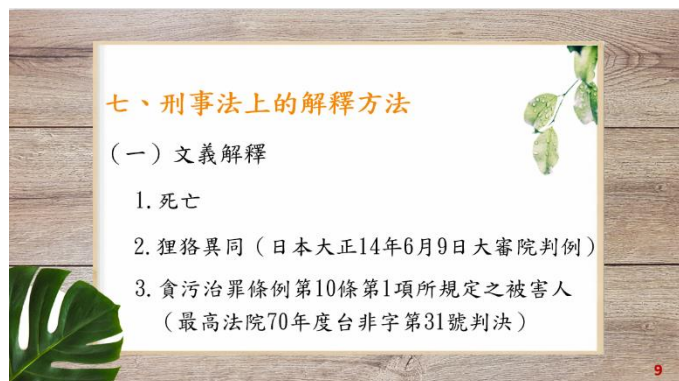
選之歪風，亦頗可取。事實上，在框架或月亮光芒所及之內，由近至遠，有①宣誓就職、②公告當選、③選舉結果揭曉、④公告候選人名單、⑤發布選舉公告、⑥有參加候選人之意思或活動，客觀上可預期其參加縣市議會正、副議長之選舉人、⑦預期至選舉時，取得有投票資格之人，此七種見解，俱在「框架之內或在月亮光芒所及之內」都屬合法，如果判決結果相同，上級審就不能撤銷。日本昭和 12 年 3 月 25 日大審院判例，也認為「至選舉時，有被登錄選舉人名簿之資格之人」俱為選舉人，不侷限於昭和 9 年 9 月 13 日大審院判例所持「行賄時」有被登錄為選舉人名冊資格之人，以正賄選歪風。都是善用「框架」或「月亮光芒所及」之理論。

司法院最近把所有經篩選之判例都廢掉，認為只要有「判決原文」的都是判例，這一步走得太快了，殊不知在日本百分之九十六最高法院的判決，都是三行半不合法的判決，因為在民事採許可上訴制度，刑事採嚴格上訴制度，所以才有百分之九十六都是三行半的判決，而且日本的最高法院的判決也不盡然都是判例，根據川島武宜的看法，還有些沒編成判例的。判例的功能是供參考之用，或僅具事實上的拘束力，不一定是唯一的，如果最高法院沒有改，一直在廢棄發回，已經到了五更，天該亮了但審判還沒有亮，造成二、三審負荷嚴重，這樣即使增加多少法官也沒有用。我當最高法院院長時，一再向他們勸說，判決不該發回就不發回，到我退休時，民事刑事的積案都已經降到最低限度，但現在又回到以往，讓二、三審法官不勝負荷了，真讓人扼腕。甚至不久前有法官，被分到有專庭，就在哭，都說辦不下去，我不知道院長有「指分」案件沒有，如果有當然不對，但是依當時分案辦法，院長根本不知道案件分給何法官，也不該知道，因為該院有兩個分案的書記官，一個分刑案，一個分民案，有兩個法官也用保密的方法分案。我怕分案不保密，會洩漏出去，所以我跟分案的書記官要求，若有人來查案，應該一律拒絕，因為到分案書記官查，再到分案法官那兒去查，大概就可以查得到案件分給哪一個法官了。我對他們兩個書記官說如果有人來查，包括院長在內，你就公佈出來，若有洩漏出去我會嚴辦，你們好好做，我會給你們每年考績甲等。但是外面偶爾還是會有人知道案件分到何人手上，因為有極少數的法官可能受到外邪來引誘，彼此互相探詢案件分在哪、案件分在這，問一問就洩漏出去，這樣是失格的，愧當法官，讓人瞧不起。( 待續 )



法學方法論在刑事實務之運用研討會

( 接續 112 年 1 月份月刊內容 )



## 七、刑事法上的解釋方法

解釋方法自從薩維尼 (Friedrich Carl Von Savigny) 分為文義解釋、體系解釋、歷史解釋及目的解釋等四種解釋後，迄今已逾 150 多年，仍為大家津津樂道。不過我現在，將它分為文義解釋、體系解釋、立法者意思解釋，是根據日本學者星野英一的分法，是他在法國留學研究所得，但當然這不能涵蓋所有的解釋方法，關於以結果取向的解釋，前面已提及，不再贅述。至於立法者意思解釋，一般稱為歷史解釋或沿革解釋。刑事法適用罪刑法定主義的結果，不得突破文義或可能文義的界限，已為大家所週知，不另贅及。又在實體刑法上有利於行為人的類推解釋，至今在學說上已被允許。而目的解釋，則貫穿整個法律，此正如耶林(Von Jhering)所說的，整個法體系都被創造的目的所指引，就是說任何法律規範，都是為了實現某一目的或者說某一實踐中的需求而存在的。在此不另敘述，但最重要的，因為我今天沒有那麼多時間來詳細介紹。只能簡單的說，文義的解釋是基於規範文義的解釋，體系解釋是基於自身關聯性的解釋，目的解釋是基於規範目的解釋，歷史解釋則是基於立法材料及立法史的解釋。

### (一)文義解釋

文義解釋是根據法律上的文義來解釋，是在月亮中間的中心。在此舉幾個例子：

#### 1、死亡

大家都知道，什麼叫死亡？書中都寫道：停止呼吸、心臟停止鼓動之時，叫做死亡，後來醫學界中說這不算死亡，沒有腦波時才是真正的死亡，一般來說停止呼吸過了三天就沒有腦波，這時候，如果醫學界想要摘取器官移植，會在停止呼吸時，立即摘除，同時移植他人才有用處，如果等到沒有腦波時才移除，時間就太晚，一點用處都沒有了。我有一個長官，生前告訴我說：「副秘書長你知道嗎，人死了以後，腦波還在，如立即火化或冰凍，他會很痛苦，只是不會講而已。」他不希望有一天他也會這樣，希望我有朝一日到了，告訴他的子女，能否暫停三天，才火化或冰凍，這樣腦波都沒有了，就沒感覺了。我答應他照做。到底有沒有這一回事，醫學界應該可以研究出來。我曾為此詢問醫師，在尚有腦波時就

拆除器官，人會不會痛苦不堪，醫生說不知道啊，上帝才知道。我想醫界鼓勵人們捐贈器官，至少應用科學方法來說服想捐贈器官的人吧。我故鄉有一位朋友，他非常孝順，爸爸過世後，他為了每天去看爸爸，他仍用機器讓他的爸爸心臟一直跳動，呼吸不停止，但腦波已沒了，成為植物人，他每個月仍花五萬多元到護理之家，把爸爸安排在那，每天工作完了就去探望，他心理上也能獲得慰藉，我問他說要多少年，他說要直到最後一天吧。腦波這種東西很難說，有人一年後會突然醒過來。在這樣的情況下，什麼時候纔算作屍體呢，如何才構成毀損屍體罪，就不得而知了，我在想，人在什麼時候腦波會沒有，應該科學上可以鑑定吧，雖然用特別法規定心臟停止鼓動時可以摘取，這不是我們所能夠了解的，用文義來解釋是否構成毀損屍體罪，恐怕必須由法律界與醫學界共同來努力吧。

## 2、狸貉異同

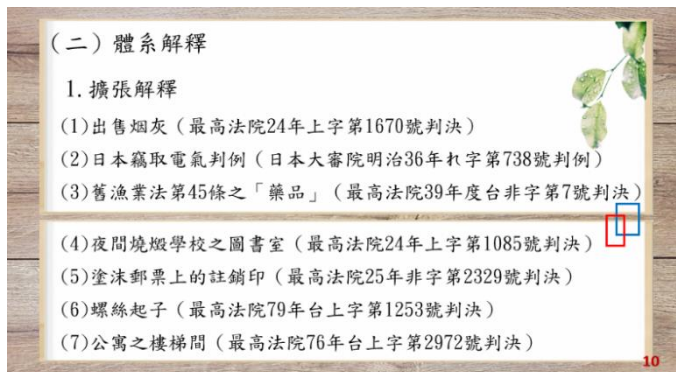
這是日本發生的案例，這裡面有兩個爭點：一個是，狸跟貉是不是同樣的動物，後來請專家來鑑定，說這是同樣的動物，只是名稱不同而已，不過這不是本案的重點，重點在於，法律為了不使狸懷孕的時候被獵殺，所以規定在每年的十二月一日到二月底不能捕捉，若是捕捉就要負刑責，有一個人在大正十三年二月二十九日(那年剛好是閏年)，追狸追到山洞中，他就把山洞封起來，等到三月三日再帶獵狗去，用槍逼狸跑出來，再命狗去追捕，結果被判刑。這問題的爭執點，就是把山洞封起來是否就構成「捕獲」，後來日本大審院法官認為，這事實上就是已經捕獲，因為這時已經對之有事實上的支配力，三月三日再去，雖然已經超過二月底，但他僅是把捕獲的事實延長而已，所以這不算捕獲(日本大正 14 年 6 月 9 日大審院判例)。

3、舊貪污罪第十條第一項規定：「犯第四條至第六條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。」，有一個職務上行賄的被害人，請求法院發還賄款，就照准了。最高法院經過當時的檢察總長提起非常上訴，認為行賄人意圖不法，而交付賄賂，不能認係該條的被害人。(最高法院 70 年度台非字第 31 號刑事判決)這些都是文義可以解決。(待續)



## ➤ 111.11.14 最高檢察署 2022 法學論壇 「法學方法論在刑事實務之運用」(四)

最高法院  
楊前院長仁壽



### (二)體系解釋

體系解釋中有擴張、當然、反對、減縮等解釋方法，這些都是超出文義的範圍，但是沒有超出文義可能的範圍，文義可能的範圍根據碧波純一的見解，是用射程範圍來界定的，但這太抽象，什麼是文義射程範圍，這就要用剛才我所講的內涵來界定，如在內涵所及的「外延」範圍之內，就是文義可能的範圍。如果在超出外延之外，已不是文義可能的範圍，而是法律沒有規定的問題。

#### 1、擴張解釋

擴張解釋，是指法律規定的文義，失之過於狹隘，不足以表示立法的真意，因而擴張法文的意義，以期正確的適用而言。

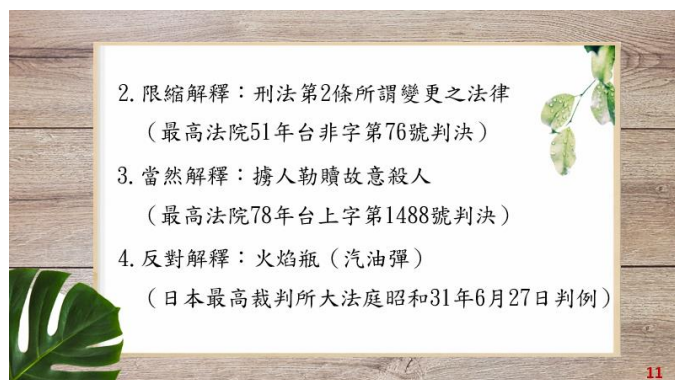
(1)出售烟灰，算不算販賣鴉片，如果從其字面言、既不是出售鴉片，僅出售烟灰不構成犯罪，於是依三段論法演繹的結果就會判他無罪。但如果從歸納法分析，烟灰到底是什麼，烟灰是不是可以抵癮，那要經過鑑定人鑑定，認為烟灰可以抵癮，這時候就要按鴉片的內涵來判定，認為吸食烟灰也可以抵癮，因此構成販賣鴉片罪(最高法院 24 年上字第 1670 號判決)。

(2)日本竊取電氣的判例，日本刑法原來只有規定，像我國的第 320 條規定：「意圖為自己不法之所有，而竊取動產(財物)者，為竊盜罪。」，後來纔改為：電氣關於「本章」之罪，視為動產。在沒有修正之前，竊取電氣算不算竊取動產呢？構成不構成竊盜罪呢？承辦的法官很難定奪，如果判不構成犯罪，那大家就會去竊取，電力公司就非倒下去不可。結果日本大審院就用「文義可能」的定義，也就是我剛才所講的要用內涵來界定，內涵的構成要件，不必限於財物、不必限於動產，只要他具有管理可能性、可動性，可以管理並移來移去，這就是動產(財物)，應判決竊取者有罪。這就是以結果取向，從結論來分析內涵、外延來解決(日本大審院明治 36 年判字第 738 號判例)。當然後來日本的學者有一些爭議，認為這樣不太對，明明規範動產(財物)，電氣怎能算呢，不過日本後來也制定了規定，認為電氣於「本章」之罪，視為動產(財物)。但隨著社會的發展，竊取煤氣又如何呢，該國沒有再修正，因為如果再修正會沒完沒了，他們沒有像我國刑法第 323 條規定：電能、熱能或其他能量，關於「本章」之罪，視為動產。把所有能量都包括在內。

(3)舊漁業法第 45 條規定的藥品，要如何解釋呢？在鄉下捕魚，會用氰化鉀，放在上游，魚吃了之後，立即浮出水面，隨水流下，在下游馬上就能捕獲，所以鄉下吃淡水魚，大家有個「規矩」，頭尾不能

吃，內臟的東西也不吃，只有魚肉可以，但這還是危險。如用導電可不可以呢？不知道大家有沒有看過一種用貯電池發電，以導電竹竿接通電流，投放水中，使魚類觸電麻醉浮出水面撈取，這種魚頭魚尾都可以吃。本案就是有人在民國三十八年十一月二十四日去電魚，第一、二審法院根據舊漁業法第 45 條所規定之「藥品」，擴張解釋包括「電流」在內，因而判決被告有罪，後來當時的檢察長提起非常上訴，認為電流和藥品不一樣，它也不是氰化鉀，怎麼能擴張解釋，說這是類推適用。結果最高法院認同檢察長的看法，認為確定判決是類推適用，亦即「藥品」不能以「具有麻醉作用」之「物」為其外延，如強為擴張解釋，即逸出「藥品」一詞的外延之外，而是類推適用，因而予以糾正(最高法院 39 年度台非字第 7 號判決)。

- (4)夜間燒毀學校圖書館。你們大概沒有這個經驗，以前在學生時代有人讀物理，如果物理考不好，可能留級或是不及格補考，就會希望存放考卷的學校圖書室失火，把考卷燒掉，大家再來重考一次，這是學生的妄想。圖書室到底是有人所在的建築物，還是沒有人所在的建築物，就會發生法條的適用問題，因為學校的校區很廣，大都沒有人在圖書室值夜，而在其他辦公室睡覺，這樣的情況就牽涉到刑法第 173 或第 174 的適用問題，刑法第 173 條規定在有人所在的建築物，刑度可以判到無期徒刑或是七年以上有期徒刑。但如果在沒人所在的建築物，只可判決三年以上十年以下有期徒刑，罪刑輕重有異，下級審認為這是沒有人所在的建築物，但最後最高法院認為還是在有人值夜的建築物，也就是把有人所在的建築物擴張到整個校區(最高法院 24 年上字第 1085 號判決)。
- (5)塗抹郵票的註銷印。現在郵票沒有幾個錢，但以前的人生活困難，所以會把郵票上的註銷印塗掉，這是所謂塗抹，這樣的定義擴張到只要除去、消滅註銷符號的行為都算入，不是只有塗抹才算，這當中就有目的上的考量(最高法院 25 年非字第 2329 號判決)。
- (6)螺絲起子。這些都比較簡單，是為了讓大家了解，在文義可能的範圍。什麼叫兇器。夜間侵入住宅或攜帶螺絲起子是不是攜帶兇器？攜帶螺絲起子不一定要殺人，但足以殺傷人的身體、安全，就可以算，這也是擴張解釋(最高法院 79 年台上字第 1253 號刑事判決)。
- (7)公寓的樓梯間算不算有人居住的建築物，有人要竊取某家的財物，他就躲在樓梯間，等到那家人坐電梯下去後，就跑進去偷，最高法院解釋認為這是有人居住的空間(最高法院 51 年台非字第 76 號刑事判決)。



## 2、限縮解釋

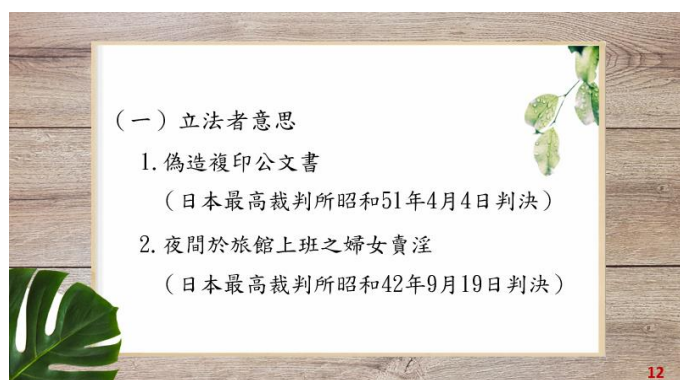
限縮解釋就是指法律規定的文義，過於廣泛，因而限縮法文的意義，侷限於核心，以期正確的適用而言。例如刑法第 2 條規定：「法律有變更者適用裁判時的法律。」其中「法律有變更」到底是指哪種法律呢，最高法院就把它限縮到刑罰法律，不是刑罰的法律就不包括在內，這就是限縮解釋(最高法院 51 年台非字第 76 號判決)。

### 3、當然解釋

當然解釋就是根據法律規範目的衡量，或是依邏輯推論，其事實較之法律所規定者更有適用的理由，就是當然解釋。例如擄人勒贖故意殺人，在這個案例中，到底可不可以減刑？因為根據 77 年的減刑條例，擄人勒贖是不可以減刑的，但下級審法院判決認為擄人勒贖故意殺人仍然可以減刑，結果最高法院就認為，既然擄人勒贖不可以減刑，擄人勒贖故意殺人當然更不可以減刑。(最高法院 78 年台上字第 1488 號刑事判決)。

### 4、反對解釋

依照法律規定之文字，推論其反對之結果，藉明法律的真意，就是反對解釋，人民抗議或示威的時候丟汽油彈算不算投擲爆裂物呢？因為汽油彈是否和炸裂物相當？炸裂物有法律明文規定，遇到有人丟汽油彈示威時，法院認為丟汽油彈也等同丟爆裂物，但最高法院認為汽油彈不是爆裂物(日本最高裁判所大法庭昭和 31 年 6 月 27 日判決)。後來纔再制定有關丟汽油彈的法律，加以規範。



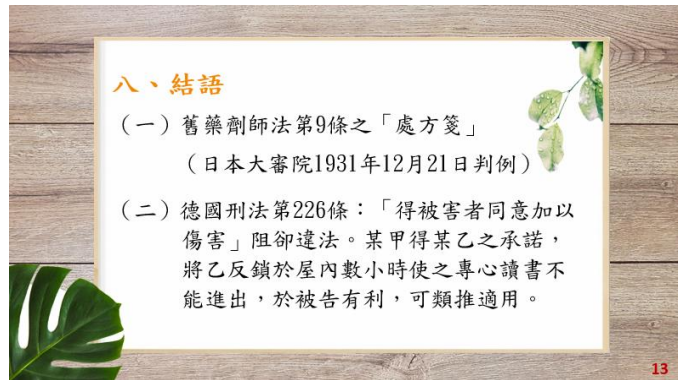
## (三)立法者意思

### 1、偽造複印公文書

現在複印發達，在日本篡改公文書進行影印，當成副本在使用，日本最高裁判所認為根據立法者的意思，當然屬於偽造複印的公文書(日本最高裁判所昭和 51 年 4 月 4 日判決)。我國也有個相關的判決，73 年台上字第 3885 號的判決，認為：影本與原本有相同的效果，因此將原本影印，將影本部分內容竄改後重加影印，應成立變造文書罪。

### 2、夜間讓旅館上班之婦女賣淫

日本法律禁止旅館容留「使居住」之婦女賣淫，於是旅館營業者，讓賣淫之婦女，假夜間上班之名，行賣淫之實，最高裁判所仍認為這等同使賣淫之婦女「使居住」，應予論罪科處(日本最高裁判所昭和 42 年 9 月 19 日判決)。



## 八、結語

### (一) 舊藥劑師法第 9 條之「處方箋」

藥劑師要根據醫師蓋章之處方箋給藥，有病患央求藥店可否通融一下，是不是能請醫師打電話來給藥劑師事後補給，暫先給藥，藥劑師就被判刑。後來大審院認為，既然原來是醫師的過失未給處方箋，臨時救急，既已打電話交代，也有電話紀錄可憑，就不算犯罪(日本大審院 1931 年 12 月 21 日判決)。

### (二) 德國刑法第 226 條之類推適用

德國刑法第 226 條規定，只要同意他人輕傷害，就會阻卻違法。某天某甲得某乙之承諾，將某乙反鎖於屋內數小時，使他能專心讀書，不能進出，某甲是否觸犯強制罪？碧海純一就引用德國教授恩吉斯(Karl Engisch)的見解，認為刑法雖禁止類推適用，但是只要對於被告有利的話，類推適用是可以的。

我今天之所以以這兩則案例作結，主要在告訴大家法學方法論雖有定則，仍非一定不變，必須通權達變，以能實現公平正為目標。

