

## 第三章 法的適用

### 壹、概 說

法的目的之一是建構社會的秩序。換言之，法是一種遊戲規則，人人皆應以法做為行為的準據。人在為行為之前，經常會自行以法來檢視想為的行為，或請專業人員（如律師）來檢視想為的行為。人也經常在為行為之後，來檢討其所為行為是否合法，或者請律師來幫忙檢討。而國家機關也是經常依據相關規定來決定其所為之行為，或者來判斷人民所為的行為是否符合規定，進而決定該行為應引起的效果為何。

前述各種情形中的思考活動，可稱之為法的適用或法適用<sup>63</sup>。但若進一步仔細觀察司法機關之法適用的思考活動時，則可較精確地將其描述如下：所謂法適用，是指在法秩序中找到適當的法規，進而判斷規定是否涵攝當前案件，若規定涵攝當前案件，則確定其應引起之法效。

由前述對於法適用的描述可知，法適用包括下列各種步驟：

- (1) 認定事實，即掌握形成案件之事實。
- (2) 找法規，即在法秩序中尋找可供為判斷的法規，亦即：發現可供為涵攝及確定法效的法規。

---

<sup>63</sup> 「法適用」在德文為「Rechtsanwendung」。

(3)涵攝，即解釋法規的條件，並確認案件涵蓋於該條件之中（狹義涵攝）。

(4)確定法效，即把法規中之效果規定，針對案件予以具體化。

從邏輯的角度來看，法的適用實即所謂的三段論法，亦即由大前提及小前提引出結論。

規定是大前提，事實是小前提，法效則是結論。

### 例88

殺人者，應處死刑（大前提）

甲為殺人者（小前提）

甲應處死刑（結論）

大前提是指可供判斷的法規，小前提是指涵攝活動的結果，即確認甲殺死乙之案件屬於法規所稱之「殺人者」。基於前述之大前提及小前提而導出結論：甲應處以死刑。

確定大前提，即前述(2)所稱之發現可供為判斷的法規。確定小前提，則指前述(1)之認定事實及(3)之解釋與涵攝。而結論則是指前述(4)之確定法效。

在下文中將首先針對如何發現可供判斷之法規、法規之涵攝（解釋及狹義涵攝）、事實認定及法效的具體化為說明。

## 貳、尋找法規

要在法秩序中發現與當前案件相關的法規，則必須先對於整體法秩序有足夠的認知，否則將無功而返。

目前的法秩序被歸類為公法法規、民事法規、刑事法規。而前述三大分類則包括實體法與程序法。當然，前述三大領域的法規，又可進一步為區分，如公法法規分為憲法與行政法規。民事法規分為民法、商事法及其他。如此，層層相因而分類下去。

當然，要發現一個或一些可供判斷的法規，光靠分類的知識是不足的，而必須對於規定的實質內容有足夠的了解。而對於規定內容的知識，則是靠學習而來，如大學中的法學教育，或自習等。而在學習過程中，則可利用各種有助於法規了解之文獻，如：教科書、注釋書、專論、期刊論文等等。而司法機關判決中所表述的見解，以及其他機關在實務中所表述的見解，對於規定的了解亦有助益。

對於法秩序的知識，不僅是建構在對於實質內容點點滴滴的了解，同時也應把點點滴滴的了解予以系統化。知識本來就是系統化的東西。欠缺系統化的了解，對於可適用法規的發掘，將造成障礙。

要找到可用於當前案件之法規，必先確定針對案件所欲認定的法效為何，亦即針對當前個案所欲探求的法效為何。然後進一步判斷此法效應是屬於哪個法領域所規定的。

### 例89

確定甲與乙是否具有配偶身分，是屬於民法所規制的範疇。因此，確定甲與乙是否具有配偶身分，應在民法領域中去找相關規定。

### 例90

確定甲是否因殺死乙而應負殺人刑責，是屬於刑法所規制的範疇。因此，確定是否有殺人刑責，應在刑法領域中去找相關規定。

在確定各法領域後，再進一步依據案件之內容逐步篩選及建構出相關可供為判斷的法規。成文法是由多數的規定所組成的。而每單一規定並不即是一個可供為判斷依據的法規。可供為判斷的法規，通常是由多數的規定中整合出來的。而此種整合則是斟酌案件而為之，換言之，法適用人，一方面斟酌案件之事實；一方面去尋找相關規定並整合出可供判斷的法規。

### 例91

甲之妻因乙大夫之醫療疏失而死亡，甲憤而把乙殺死。若今要決定甲是否應給予制裁，則必須找到可供判斷的法規。一個法適用人依其法學知識，應該很快就會想到中華民國刑法第二編第二十一章第二七一條之普通殺人罪的構成要件以及該法第一編第二章中之責任能力、阻卻違法事由及犯罪主觀要件之規定。由這些規定中可以「初步」整合出可供判斷之法規如下：「一個有責任能力者，

在欠缺違法阻卻事由情形下，故意殺人時，應處以死刑、無期徒刑或十年以下有期徒刑。」當然，初步整合出來的法規，仍要經過進一步的解釋及涵攝（狹義），才能確定它是否涵蓋到當前案件以及確定應予以之制裁為何。

如上所述，尋找法規是從針對案件所應引起之法效開始，因此，必然是先斟酌事實，再去尋找規定，但找到規定後又必須再回顧事實，以便檢視是否可用，若有問題則必須再行尋找，找到之後再回頭檢視事實，以便確定是否可用。如此，持續地在案件與規定間「來回顧盼」，至最後可大致整合出一個可供判斷的法規。所謂在案件與規定間的「來回顧盼」<sup>64</sup>，不僅發生在尋找法規的情形中，同時也發生在解釋及涵攝活動及確定法效的情形中<sup>65</sup>。

## 參、涵 攝

在找到可供判斷的法規之後，則可進一步確認當前案件是否涵蓋於該法規的條件之中。此種的思考活動謂之涵攝。涵攝活動包括兩個步驟：

<sup>64</sup> 「來回顧盼」是由德文「Hin-und Herwandern des Blicks」譯述而來。該說法首由Karl Engisch提出，參見：Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1963, S. 15. Karl Engisch的描述方法，經常被其他德語系學者所引用，如：Dieter Schmalz, Methodenlehre für das juristische Studium, 4 Aufl., Baden Baden 1998, S. 29; Rüthers, (Anm. 45), S. 374 f. 此即所謂的「擺動視野理論」（Pandeblick-Theorie）。

<sup>65</sup> 參見本書，頁135以下。