

論涵攝的邏輯結構  
—兼評Larenz的類型理論  
On the Logical Structure of Subsumption

王鵬翔  
Wang, Peng-Hsiang

成大法學 第九期 抽印本  
2005年06月發行  
Reprinted from Cheng Kung Law Review  
No.9, June 2005

# 論涵攝的邏輯結構—兼評 Larenz 的類型理論

## On the Logical Structure of Subsumption

王鵬翔\*

Wang, Peng-Hsiang

### 壹、前言

### 貳、涵攝的邏輯結構

一、涵攝的概念與傳統的的法學三段論

二、法學三段論的邏輯結構

三、涵攝的演繹模式

### 參、演繹模式在法律論證中的功能

一、內部證立與外部證立

二、演繹模式的說理規則

三、演繹模式與法律拘束的要求

### 肆、類型不能以涵攝的方式適用?—對 Larenz 看法的檢討

### 伍、結語

投稿日期:94.05.26.;審稿通過日期:94.05.30./94.06.11.;接受刊登日期:94.06.17.  
關鍵字: 法律適用、涵攝、法學三段論、演繹模式、內部證立、外部證立、類型

Keywords: application of law, subsumption, legal syllogism, deductive model of legal justification, internal justification, external justification, Typus

\* 德國基爾大學法學博士，國立高雄大學法律學系助理教授。本文承蒙兩位匿名審查委員細心斧正並惠賜寶貴建議，筆者衷心感謝，惟因截稿時間所限，倘仍有未及改正之闕漏疏失，尚祈見諒。

## 摘要

本文首先指出 Larenz 確定法律效果三段論在邏輯上的缺陷，再嘗試運用現代邏輯來分析涵攝的邏輯結構。法學三段論只能代表法律適用的簡單形式，當法規範的構成要件與具體案例事實存在裂縫時，法學三段論即面臨侷限，此時必須透過涵攝將構成要件與具體的案件事實連結起來。若要精確的表達涵攝的邏輯結構，必須將法學三段論擴展為涵攝的演繹模式。涵攝的演繹模式代表了法律論證之內部證立的複雜形式，而演繹模式中前提的正確性或真實性則屬於外部證立的對象。涵攝的演繹模式除了要求具體的法律效果必須從論證的前提透過邏輯推導而出之外，尚必須滿足一致性的要求、可普遍化的要求以及說理完備性的要求等說理規則，這些說理規則表達了對法律論證最低限度的理性要求。本文最後並對 Larenz 的主張「類型不能以涵攝的方式被適用」提出批判性的檢討。

## Abstract

Beginning with the logical deficiencies in Larenz's "Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung", this paper tries to use the modern symbol logic to analyze the formal structure of subsumption. The so called "Legal Syllogism" stands only for the simple form of the application of the law and is faced with its limitation when a "gap" (Kluf) exists between the description of a concrete case and the condition of a norm. This gap is to be bridged by the subsumption. In order to give a precise account of the logical structure of subsumption, the legal syllogism should be extended to the deductive scheme of subsumption. The deductive scheme represents the complex form of internal justification. The truth or rightness of the premises used in the deductive scheme is the object of external justification. The internal justification requires not only the logical deduction of the legal consequence from a set of

premises, the premises in the deductive scheme, for their part, must also satisfy the requirements of consistency, universalizability, and justificatory completeness. All these requirements constitute the minimal demands for a rational legal justification. The last part is a critical assessment of Larenz's theory of Typus.

## 壹、前言

涵攝(Subsumtion)作為法律適用的模式之一，國內法學方法論的文獻已有所論述，惟涵攝的邏輯結構應如何加以形式化，其在法律論證中的功能與地位為何，則仍有進一步討論的餘地<sup>1</sup>。本文將從說明涵攝的概念開始，檢討傳統法學方法論對於涵攝邏輯結構的看法，並以現代邏輯為工具重構涵攝的邏輯模式，再以此為基礎討論涵攝在法律論證中的功能，並檢討 Larenz 的類型理論。

## 貳、涵攝的邏輯結構

### 一、涵攝的概念與傳統的法學三段論

所謂涵攝，係將特定案例事實，歸屬於法規範的構成要件之下，以得出特定法律效果的推論過程<sup>2</sup>。這個推論過程通常被稱為所謂的「法學三段論」(juristischer Syllogismus)。國內學者如王澤鑑與黃茂榮教授對於法學三段論的表現形式承襲了 Larenz 的看法，認為其係以某個具有構成要件 T(=Tatbestand)與法律效果 R(=Rechtsfolge)的法規範(完全性法條)作為大前提，特定的案件事實 S(=Sachverhalt)

<sup>1</sup> 代表性的論述參照王澤鑑，法律思維與民法實例，頁 240-248，2001 年；黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 248-254，2002 年增訂四版。就筆者所知，以現代符號邏輯為工具分析法律適用之邏輯結構者，國內迄今為止似乎只有陳顯武教授所著之「法律推理與邏輯程式化」一文而已，見陳顯武，法律推理與邏輯程式化，政大法學評論第五十六期，頁 295-317，1996 年。

<sup>2</sup> 對此定義，請參照王澤鑑，同前註，頁 204；黃茂榮，同前註，頁 248。

該當於構成要件作為小前提，而以法律效果適用於該案件事實作為結論<sup>3</sup>。Larenz 在其代表作「法學方法論」(Methodenlehre der Rechtswissenschaft)中，將法學三段論表述為如下的形式：

大前提：如果 T 在某一個案件事實被實現了，則法律效果 R 應適用於該案件事實。

小前提：特定的案件事實 S 實現 T，亦即其係 T 的一個事例。

結論：法律效果 R 應適用至 S。<sup>4</sup>

Larenz 將上述三段論稱之為「確定法律效果的三段論」(Der Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung)，並用符號將其形式化如下：

$T \rightarrow R$  (對於每個 T 的事例，R 均有其適用)

$S = T$  (S 等於 T，S 是 T 的一個事例)

$S \rightarrow R$  (R 適用於 S)<sup>5</sup>

然而 Larenz 並未對其所用的符號的語意加以精確定義，而僅以直觀的方式加以說明<sup>6</sup>，此一形式在邏輯上為何是一有效論證，Larenz 亦未加以著墨<sup>7</sup>，因此 Larenz 對於法學三段論的形式化受到了不少批評，關於此點將於下文再進一步討論。

Larenz 認為，法學三段論的主要問題與其在於推論過程，毋寧是在於如何正確的形成前提—尤其是小前提的形成。由於大前提必

<sup>3</sup> 王澤鑑，同前註出處；黃茂榮，同前註，頁 249。

<sup>4</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1991, S. 271。亦請參照 Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論（以下簡稱陳譯），1996 年，頁 166（以下由筆者所譯之引文與陳著略有出入）。

<sup>5</sup> Larenz, a.a.O. S. 271; 陳譯，頁 169。

<sup>6</sup> 國內學者王澤鑑與黃茂榮對於法學三段論之邏輯結構亦採用了 Larenz 的形式，惟王澤鑑教授之說明與 Larenz 略有不同，其認為“ $T \rightarrow R$ ”代表「具備 T 的要件時，即適用 R 的法律效果」，“ $S = T$ ”代表「特定的案例事實該當於 T 的要件」，“ $S \rightarrow R$ ”代表「關於特定的案例事實適用 R 的法律效果」，見王澤鑑，法律思維與民法實例，頁 204。

<sup>7</sup> 對於 Larenz 之三段論是否為一有效論證形式的檢討，請見陳顯武，法律推理與邏輯程式化，頁 308-309。

須是個具有構成要件和法律效果的完全性法條，因此個別的法律條文往往不能被直接摘引作為大前提，而必須對法條進行組合，有時尚且必須透過法律解釋或法律續造才能獲得必要的大前提<sup>8</sup>。依 Larenz 之見，一般通稱的涵攝過程，涉及的乃是小前提「S 是 T 的一個事例」如何獲得的問題，獲得小前提之推論過程，Larenz 則以另一個三段論來加以表達：

T 之特徵藉由  $M_1, M_2, M_3$  而被完全列舉。

S 具有  $M_1, M_2, M_3$  的特徵。

因此 S 是 T 的一個事例。<sup>9</sup>

王澤鑑教授曾將上述的涵攝推論與確定法律效果的三段論相結合而提出了下列的推論形式：

$$T = M_1 + M_2 + M_3 \rightarrow R$$

$$S = M_1 + M_2 + M_3$$

$$S \rightarrow R^{10}$$

Larenz 認為，涵攝過程的重點在於判斷法規範的構成要件要素是否完全出現在案件事實當中。進行涵攝的前提在於，構成要件 T 必須是一個能透過列舉特徵  $M_1$  到  $M_x$  而被完全定義的概念。所謂完全的定義，指的是  $M_1$  到  $M_x$  構成了 T 的充分必要條件，一個案件事實 S，當且僅當其全部具備了這些特徵，才可將之涵攝於 T 之下<sup>11</sup>。但 Larenz 又指出，當構成要件 T 並非概念而是所謂的類型(Typus)——例如德國民法第八三三條之動物占有人(Tierhalter)——時，則獲得小前提「S 是 T 的一個事例」的過程並非涵攝，這是因為類型不能被完全的定義，只能用一些特徵來描述，但這些特徵並非類型之充分

<sup>8</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 273. 亦可參見黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 249。

<sup>9</sup> Larenz, a.a.O. S. 274 f.; 陳譯，頁 170。

<sup>10</sup> 王澤鑑，法律思維與民法實例，頁 205。

<sup>11</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 275; 陳譯，頁 172。

必要條件，它們不必然在每個可適用類型的案件都全部出現，要判斷一個具體案例事實是不是屬於某個類型，往往必須回溯到類型背後的評價觀點去進行價值判斷，但將案件事實的陳述涵攝於概念之下的過程，則通常不需作價值判斷，因此 Larenz 認為類型的適用並非涵攝，而是一種「評價性的歸入」(wertende Zuordnung)<sup>12</sup>。

Larenz 將概念與類型相對立，並且認為類型不能夠以涵攝的方式被適用，這種見解是否正確，仍有商榷之餘地，但在批判 Larenz 的看法之前，必須先檢討 Larenz 的法學三段論在邏輯上的缺陷。一般而言，法律適用的大前提必須是一個可適用於不特定多數人的全稱規範語句(universeller Normsatz)，例如：「所有使人受重傷者，皆應處以刑罰」，而具體案件事實之描述則是一個別語句，例如：「某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指」，所欲獲得的結論則是一個表示具體法律效果的個別規範語句(individueller Normsatz)，例如：「某甲應被處以刑罰」。但是如果將 Larenz 三段論形式中的 T、R、S 分別替代為「使人受重傷」、「應處以刑罰」、「某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指」，則可得到下面的三段論：

- (1) 使人受重傷 → 應處以刑罰
- (2) 某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指 = 使人受重傷
- (3) 某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指 → 應處以刑罰

這個三段論的小前提(2)必須透過上述的涵攝推論，亦即必須確定案件事實「某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指」具備了「重傷」這個概念的特徵，才能獲得。至於這個涵攝過程如何進行，則留待下文詳述，在此僅先透過這個例子來檢討 Larenz 之三段論在邏輯形式上的問題。

早在一九七〇年代初，德國的法律邏輯學者 Rödiger 即已指出，

<sup>12</sup> Larenz, a.a.O. S. 221 ff., 275; 陳譯，頁 111-113。

Larenz 的三段論形式最大的缺陷即在於其採用等號“=”來表現小前提<sup>13</sup>。“=”通常是用來表示等同(Identität)的關係，而等同具有對稱性，亦即如果  $S=T$ ，則  $T=S$ 。但問題在於：具體、個別的事實陳述如何能夠等同於抽象、一般的構成要件？按照對稱關係的性質可從(2)導出「使人受重傷 = 某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指」？這顯然是個無法接受的推論。當然，依 Larenz 的說明，“ $S=T$ ”應理解為「S 是 T 的一個事例」較為恰當，如上例中(2)即應解讀為「某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指是使人受重傷的一個事例」，但「...是...的一個事例」顯然既非等同關係，也不具對稱性：「使人受重傷」並非「某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指」的一個事例。因此 Koch 與 Rüßmann 附和 Rödиг 的批評，認為 Larenz 所使用的符號並不能妥當的表達其想法<sup>14</sup>，Larenz 本人後來亦接受此一批評，坦承「等號實在不能很清楚地將意旨表達出來。S 和 T 絕不會相同，因為這中間有特殊和一般的差距，其彼此相等僅意指：除了其它特殊要素外，所有作為 T 的特徵之要素，在 S 也都存在。我實在想不出適當的符號來表達這個想法。」<sup>15</sup> 同樣的問題也會出現在王澤鑑教授的三段論模式當中：具體的案例事實該當於抽象的構成要件特徵並不是一種等同或對稱的關係，因此並不適合用等號加以表達。

除了小前提的表現形式之外，Larenz 之確定法律效果的三段論在形式上的另一個缺陷在於，其無法推導出具體的法律效果作為結論<sup>16</sup>。暫且不管小前提的形式是否妥當而假定 Larenz 的三段論為有效。儘管 Larenz 明白表示有意省略大前提中的假定形式，但其仍採

<sup>13</sup> Rödиг, *Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Berlin u.a. 1973, S. 165.

<sup>14</sup> Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, S. 64.

<sup>15</sup> Larenz, *Methodenlehre*, S. 261, Fn. 34, 所引為陳愛城教授之譯文，見陳譯，頁 178。基於上述批評，在由 Canaris 所繼續編寫之學生版法學方法論第三版中，已將 Larenz 所提出的三段論形式刪除，見 Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995, S. 92.

<sup>16</sup> 對於此一批評見 Rödиг, *Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, S. 165.

用邏輯上表示條件句「如果...，則...」的符號“ $\rightarrow$ ”來形式化確定法律效果的三段論中之大前提和結論。如此一來，從大前提(1)「如果使人受重傷者，則應處以刑罰」與小前提(2)「某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指是使人受重傷的一個事例」頂多只能推論出一個條件語句(3)「如果某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指，則應處以刑罰」，卻無法繼續導出個別的法律效果：

(4)「某甲應被處以刑罰」<sup>17</sup>

Larenz 之確定法律效果的三段論的缺陷主要源自於其所使用的邏輯符號無法恰當的分析法律適用過程在形式結構上的重要特徵。若要克服此一缺陷，則必須重新檢視涵攝與法學三段論的形式，運用較為精確的邏輯工具，才能夠比較恰當的分析法律適用的邏輯結構，這正是本文所要嘗試進行的工作。

## 二、法學三段論的邏輯結構

我們首先分析法學三段論的形式。下面這個論證可以作為法學三段論的典型例子：

(1) 凡駕駛汽車闖紅燈者，應處新台幣一千八百元以上五千四百元以下之罰鍰。(道路交通管理處罰條例第五三條)<sup>18</sup>

<sup>17</sup> 要得出(4)必須將具體案例事實的陳述「某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指」(S)當作一個額外的前提加到原本的三段論中，加入新前提之後的推論則會具有下面這個形式：

- (1)  $T \rightarrow R$
- (2)  $S = T$
- (3)  $S \rightarrow R$
- (3\*) S
- (4) R

<sup>18</sup> 道路交通管理處罰條例第五三條原文為：「汽車駕駛人，行經有燈光號誌管制之岔路口闖紅燈者，處新台幣一千八百元以上五千四百元以下罰鍰」。為了行文便利，本文將其構成要件用簡化的方式加以表達。

- (2) 某甲駕駛汽車闖紅燈  
 (3) 某甲應處以新台幣一千八百元以上五千四百元以下之罰鍰。

從這個例子可以看出，一般所稱的法學三段論，形式與 Larenz 略有不同，其大前提是個一般性的，可適用於不特定多數人的法規範，小前提是對於具體案例事實的陳述，而結論則是適用在特定個體之上的法律效果<sup>19</sup>。我們以  $x$  代表不特定的個體， $a$  代表具體特定的個體（例如「某甲」），而以  $T$  代表構成要件「…駕駛汽車闖紅燈」， $R$  代表法律效果「…處新台幣一千八百元以上五千四百元以下之罰鍰」，則法學三段論的基本形式可表達如下：

- (1) 對於所有的  $x$  而言，如果  $x$  滿足構成要件  $T$ ，則法律效果  $R$  應適用於  $x$ 。  
 (2)  $a$  滿足構成要件  $T$ 。  
 (3) 法律效果  $R$  應適用於  $a$ 。

爲了進一步分析法學三段論的邏輯結構，我們以“( $x$ )”代表「對於所有的  $x$  而言…」，“ $\rightarrow$ ”代表「如果…，則…」，“ $O$ ”代表應然助詞(deontic operator)「應該…」。則法學三段論的邏輯結構可以形式化如下：

- (I) · (1) ( $x$ ) ( $Tx \rightarrow ORx$ )  
 · (2)  $Ta$   
 (3)  $ORa$                       (1), (2)

(I)係以包含規範助詞的一階述詞邏輯(first-order predicate logic)對法學三段論所爲之形式化<sup>20</sup>，此處之小前提“ $Ta$ ”代表「 $a$  是  $T$ 」，在語意

<sup>19</sup> 對此可參照 Engisch, Logische Studie zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963, S. 10 ff.

<sup>20</sup> 關於此一形式可見 Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996. 用一階述詞邏輯的術語來說，“ $T$ ”與“ $R$ ”乃是表述了某種性質的述詞(predicates)，“ $x$ ”則是所謂的個體變項(individual variable)，“ $a$ ”則是個體常項(individual constant)，“( $x$ )”稱作全稱量號(universal quantifier)，而“ $\rightarrow$ ”則

上意謂「概念  $T$  可適用至個體  $a$  之上」，或著更精確的說：「個體  $a$  屬於概念  $T$  的外延」，而可避免 Larenz 使用等號所帶來的困擾。不過，從法律邏輯的角度來看，我們更關心的是(I)的有效性：上面(1)，(2)兩行左邊之點表示(1)，(2)係推論的前提，而最後一行右邊之“(1)，(2)”代表(3)係從(1)，(2)所推論得出，那麼我們是根據哪些推論規則從三段論的前提演繹出結論呢？首先，作為一個全稱規範語句，大前提(1)表述了一條普遍性的規範，對於(1)之效力範圍內的所有個體  $a$ ， $b$ ， $c$ ， $\dots$ ，只要其滿足了(1)的構成要件  $T$ ，則法律效果  $R$  即應適用於其上，換言之，從(1)可推論出 “ $Ta \rightarrow ORa$ ”，“ $Tb \rightarrow ORb$ ”，“ $Tc \rightarrow ORc$ ” $\dots$ 。這個推論過程稱之為「全稱例示」或「全稱個別化」(universal instantiation)，簡稱為 UI。根據 UI 我們可從(1)推論出

$$(1') Ta \rightarrow ORa$$

(1')是一個以“ $Ta$ ”作為前件(antecedent)“ $ORa$ ”作為後件(consequent)的條件句。根據語句邏輯中「肯定前件以肯定後件」(modus ponendo ponens，簡稱為 MPP)的推論規則，我們可以從一個條件句與該條件句的前件，導出該條件句的後件<sup>21</sup>，從(1') “ $Ta \rightarrow ORa$ ”及(2)“ $Ta$ ”即可

---

是代表條件連結詞(conditional)的符號。關於這些符號，在任何一本介紹現代邏輯的教科書都有詳細的闡述。為法律人所寫之邏輯導論，則可參考 Herberger/Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt a. M. 1980; Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, S. 31 ff. 另外必須說明的是，(1)乃是一量化的條件式規範語句，(1)之表現形式對於分析法律推理雖有其實用性(見 Koch, *Deduktive Entscheidungsbegründung*, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden 2004, S. 45 ff.)但條件式規範(conditional norms)之語意特性及其表現形式，在規範邏輯(deontic logic)的研究上仍有爭議，特別是規範述詞邏輯(deontic predicate logic)更涉及了許多困難的語意學與哲學問題，對此問題之研究已遠超出本文之範圍，在此不作進一步處理。國內法學界對此問題之研究則可參考陳顯武，論條件式規範之邏輯特性，*台大法學論叢*第三十三卷第一期，頁 1-43，2004 年。

<sup>21</sup> MPP 的論證形式如下：

- (1)  $p \rightarrow q$
- (2)  $p$

依據 MPP 導出結論“ $ORa$ ”。因此，法學三段論的完整推論過程是：

- (I') · (1)  $(x)(Tx \rightarrow ORx)$   
 (1')  $Ta \rightarrow ORa$  (1) UI  
 · (2)  $Ta$   
 (3)  $ORa$  (1'), (2) MPP

(I)可以稱之為「法律適用的簡單模式」，在比較複雜的情形中，此一簡單模式即有所不足，這些複雜的情形主要包括：(一)法規範包含了多個構成要件要素，例如民法第一八四條第一項前段之構成要件即包含了「故意」、「過失」，「不法」、「侵害」、「他人權利」等多個概念；(二)適用法規範時還必須透過說明性法條、限制性法條、引用性法條以及擬制性法條加以補充；(三)所得到的法律效果必須進一步具體化，或有多個可供選擇的法律效果並存時必須加以選擇，如前例中所得到的法律效果僅為「某甲應處以新台幣一千八百元以上五千四百元以下之罰鍰」，至於在此範圍內某甲究竟應處多少元之罰鍰，則有待進一步確定。(四)法規範的構成要件必須加以解釋才能加以適用，這主要發生在構成要件所使用的概念與具體案例事實的描述之間並不完全一致的情形，此時我們無法確定  $a$  是不是  $T$ ，從而也就不清楚法律效果  $R$  是否應適用於  $a$ <sup>22</sup>。最後這種情形與涵攝的問題直接相關，以下將對此作進一步探討。

### 三、涵攝的演繹模式

透過(I)所形式化之法學三段論，其簡單之處在於其僅包含法律

---

∴ q

對於 UI 與 MPP 這兩條推論規則，此處都以直覺的方式加以介紹，對於其有效性的詳細說明，請進一步參考基本邏輯的教科書，例如林正弘，邏輯，頁 81-82，233-241，2002 年增訂三版。

<sup>22</sup> 上述(一)至(四)的問題請參照 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 276.

規範（大前提）和案例事實（小前提）兩個前提，而且描述案件事實所使用之概念「駕駛汽車闖紅燈」恰巧完全吻合構成要件所使用之概念，因此不需再加入額外的前提即可馬上推論出法律效果。但這種簡單的案例在實際的法律生活中可說少之又少，只有當構成要件所使用的概念是所謂的「基本概念」(Grundbegriffe)—亦即在日常或法學語言中不需再透過其它概念加以定義或說明的概念—時，才可能發生<sup>23</sup>，然而，大部分的法律概念都不屬於基本概念，例如刑法第二七八條第一項所稱之「重傷」，尚必須透過刑法第十條第四項加以定義。而在實際的法律案件中，案件事實的描述也往往並不完全等同於構成要件，試以前述某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指之案例為例，在直覺上，我們會認為表述刑法第二七八條第一項乃是可適用於此案件之法規範，因而可以

(P1) 凡使人受重傷者，應處五年以上十二年以下有期徒刑。  
作為大前提，而以案件事實的陳述

(P2) 某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指。  
作為小前提。但顯然易見的是，從(1)和(2)並不能推論出具體的法律效果「某甲應處五年以上十二年以下有期徒刑」，這是因為案件事實的描述與法條的構成要件之間具有落差：法條構成要件所使用的概念是「重傷」，而具體案件事實的描述則是「砍斷他人左手拇指、食指與中指」，兩者並不吻合，因此無法確定某甲是不是使人受重傷。用 Koch 與 Rüßmann 的術語來說，就是案件事實的描述與法規範的構成要件之間存在一道「裂縫」(Kluft)，而這個裂縫無法只靠法學三段論來加以彌補。我們用“T”代表「...使人受重傷」，“R”代表「...應處五年以上十二年以下有期徒刑」，“S”代表「...砍斷他人左手拇指、食指與中指」，“a”代表某甲，則上述之大前提與小前提可表述

<sup>23</sup> 對此請參照 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 25 f., 70 f. 兩氏認為基本概念之語意內含可直接透過觀察外在世界加以確定。

如下：

- (P1)  $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- (P2)  $Sa$

由此可以很清楚地看出，光從從(P1)與(P2)無法推論出“ $Ta$ ”（「某甲使他人受重傷」），因此也就不能透過 UI 和 MPP 這兩條推論規則得到“ $ORa$ ”。當然，要彌補上述裂縫的一個方法，就是斷定

(P1\*) 砍斷他人左手拇指、食指與中指係使人受重傷。

加入這個新的前提之後雖然可推論出「某甲應處五年以上十二年以下有期刑」，卻會出現下列問題：我們是約定俗成的將「砍斷他人左手拇指、食指與中指」這樣的行為稱為「重傷」嗎？如果是的話，那麼(P1\*)只是在確認「重傷」這個概念在中文裡的一種用法，即所謂「語言用法的確定」(Feststellung des Sprachgebrauchs)，亦或我們其實是透過(P1\*)來對「重傷」這個概念的用法作出規定(Festsetzung des Sprachgebrauchs)：「砍斷他人左手拇指、食指與中指」應被視為「重傷」？不管是對語言使用的確定或規定，我們都還可以進一步去問，特定的案件事實必須具有什麼樣的特徵，才能被歸屬到「重傷」這個概念之下？「砍斷他人左手拇指、食指與中指」這樣的行為具備了那些性質，以致於我們可將其稱之為「重傷」？<sup>24</sup> 由此可見，正是在案件事實的描述與法規範的構成要件之間存在有裂縫的情形，才出現涵攝的問題：我們必須提出一些理由來論證「某甲砍斷他人左手拇指、食指與中指」的行為該當於刑法第二七八條第一項「使人受重傷」這個構成要件，才能夠彌補案件事實和構成要件之間的裂縫，這個論證的過程稱之為「涵攝」。(P1\*)只能說是涵攝的結果，從此處的分析可清楚看出，要推論出(P1\*)以彌補裂縫，除了法規範和案件事實的描述之外，還必須加入額外的前提才有可能

<sup>24</sup> 上述問題的提出請見 Koch/Rußmann, a.a.O. S. 15.

25。在本例中，哪些額外的前提是推論出具體法律效果所必須的？首先，我們看刑法第十條第四項對於「重傷」之定義：「稱重傷者，謂左列傷害：…四、毀敗一肢以上之機能…」<sup>26</sup>，從該條條文可以得出下列這條語意規則(semantische Regel)：

(P3) 凡毀敗一肢之機能者，屬於重傷。

再根據日常語言對於「一肢之機能」的理解，還可以再得出另一條語意規則：

(P4) 喪失手之作用，係毀敗一肢之機能。

那麼是不是加入(P3)與(P4)這兩個新的前提，就能夠推論出(P1\*)，而可連同原本的前提(P1)與(P2)演繹出具體的法律效果呢？顯然還是不行，因為我們還必須確定「砍斷他人左手拇指、食指與中指」這個行為是否導致了手之作用的喪失，對此最高法院在二十九年上字第一三五號判例採取肯定的看法，其認為「手之作用全在於指，上訴人將被害人左手大指、食指、中指砍傷斷落，其殘餘之無名指、小指即失其效用，自不能謂非達於毀敗一肢機能之程度。」從上開判例可以再得出兩個對「重傷」這個概念加以精確化的前提：

(P5) 如果手指失去效用，即喪失手之作用。

(P6) 砍斷他人左手拇指、食指與中指，則手指即失去效用。

透過(P3)到(P6)對「重傷」這個概念一層一層的加以解釋，即可推論出(P1\*)「砍斷他人左手拇指、食指與中指係使人受重傷」。易言之，加入(P3)到(P6)這四個新的前提之後，即彌補了原本構成要件與案件事實之間的裂縫，而可以毫無跳躍的推論出法律效果「某甲應處五年以上十二年以下有期徒刑」。我們將這整個論證的前提和結論重新

<sup>25</sup> Larenz 也清楚的看到了這個問題，因此他指出，要獲得確定法律效果三段論中的小前提「S是T的一個事例」，尚必須藉助表達涵攝過程的三段論。

<sup>26</sup> 迄本文寫作之日尚未施行之刑法第十條第四項第四款之修正條文為：「毀敗或嚴重減損一肢以上之機能」，不過修正部分對於此處所舉之案例並無影響。

排序如下：

- (1) 凡使人受重傷者，應處五年以上十二年以下有期徒刑
- (2) 凡毀敗一肢之機能者，屬於重傷。
- (3) 喪失手之作用，係毀敗一肢之機能。
- (4) 如果手指失去效用，即喪失手之作用。
- (5) 砍斷他人左手拇指、食指與中指，則手指即失去效用。
- (6) 某甲砍斷左手他人拇指、食指與中指。
- (7) 某甲應處五年以上十二年以下有期徒刑。

我們可以看到，前提(1)到(6)各有不同的性質，(1)是法規範，(6)是具體案件事實的描述，(2)與(3)乃是說明「重傷」這個概念的意義或用法之語意規則，透過它們可以知道被稱為「重傷」的行為所應具備的性質是什麼，而(4)與(5)則是個經驗上的陳述，從醫學研究的經驗來看，其真實性雖然是無庸置疑的，但要能推論出(7)，它們仍然是一個不可或缺的前提。為了更清楚的呈現上述推論的邏輯結構，我們以  $M_1$  代表「…毀敗一肢之機能」， $M_2$  代表「…喪失手之作用」， $M_3$  代表「…手指失去效用」，則整個論證可形式化如下：

- (1)  $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- (2)  $(x) (M_1x \rightarrow Tx)$
- (3)  $(x) (M_2x \rightarrow M_1x)$
- (4)  $(x) (M_3x \rightarrow M_2x)$
- (5)  $(x) (Sx \rightarrow M_3x)$
- (6)  $Sa$
- (7)  $ORa$                       (1)-(6)

從(2)到(5)根據述詞邏輯的推論規則可以推論出

$$(8) (x) (Sx \rightarrow Tx)^{27}$$

<sup>27</sup> 從(2)到(5)之所以可以推論出(8)，主要是因為在述詞邏輯中下列的論證形式是有效的：

這個推論過程可以視為對前述 Larenz 所提出之涵攝三段論的精確化，因為(8)的地位相當於 Larenz 確定法律效果之三段論中的小前提。再根據前述之 UI 與 MPP 兩條推論規則，即可從(8)與(6)推論出

(9)  $Ta$

而(9)恰好是前述法學三段論(I)的小前提，從(1)與(9)即可推論出具體的法律效果(7)  $ORa$ 。由此一分析可以看出，法學三段論之重點究竟在於形成大前提抑或小前提，其實是個假問題<sup>28</sup>。由於(9)是以(2)到(6)作為前提所推論而來的，此一推論可被視為形成法學三段論之小前提的過程。但另外一種得出結論“ $ORa$ ”的方式則是從前提(1)到(5)演繹出下面這個普遍性的規範

(10)  $(x) (Sx \rightarrow ORx)$

以(10)作為大前提，(6)作為小前提，則同樣可依法學三段論的推論方式得到(7)  $ORa$ ，上述之(10)雖然也是個全稱規範語句，它表述了「凡是砍斷他人左手拇指、食指與中指者，皆應處以五年以上十二年以下有期徒刑」這樣一條規範，但由於(10)係以描述案件事實之概念作為構成要件，故其所規範之對象較(1)更為具體，在某些方面它相當於 Fikentscher 所稱之「個案規範」(Fallnorm)<sup>29</sup>，只要將案件事實置於其下即可直接推論出具體的法律效果。然而重點在於，(10)

· (1)  $(x) (Gx \rightarrow Hx)$

· (2)  $(x) (Fx \rightarrow Gx)$

∴  $(x) (Fx \rightarrow Hx)$

上面這個論證形式表達的其實就是傳統邏輯中的 Barbara 三段論：從「所有的  $G$  都是  $H$ 」與「所有的  $F$  都是  $G$ 」可以推論出「所有的  $F$  都是  $H$ 」。此一推論運用了前述之全稱個別化(UI)與全稱一般化(universal generalization, UG)以及語句邏輯中之假言三段論(Hypothetical Syllogism)等推論規則，在此不贅，有興趣的讀者可參考林正弘，邏輯，頁 237-243。

<sup>28</sup> 下面對此問題的分析參照 Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 279 Fn. 41.

<sup>29</sup> 關於個案規範，請參照 Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, IV, Tübingen 1977, S. 129 ff., 202 ff.

仍然必須從(1)至(5)推論而出，這個推論則可被視為形成大前提的過程。

無論如何，此處關心的重點在於，當案件事實之描述與法規範的構成要件之間具有裂縫時，法學三段論即有所不足，而必須進行涵攝以彌補此一裂縫，亦即透過層層的解釋來精確化法律概念的意義，直到能將構成要件與具體的案件事實連結起來為止。而涵攝的過程往往也不是三段論，而是含有多個前提的推論，因此，若要精確的表達涵攝的邏輯結構，則必須將法學三段論擴展為下述的(n+1)段論證：

- (II) · (1)  $(x) (Tx \rightarrow ORx)$   
 · (2)  $(x) (M_1x \rightarrow Tx)$   
 · (3)  $(x) (M_2x \rightarrow M_1x)$   
 ·  
 ·  
 · (n-1)  $(x) (M_nx \rightarrow M_{n-1}x)$   
 · (n)  $(x) (Sx \rightarrow M_nx)$   
 · (n+1)  $Sa$   
 (n+2)  $ORa$  (1)-(n+1)

(II)可稱之為「涵攝的演繹模式」(Das deduktive Modell der Subsumtion)<sup>30</sup>。此處(1)代表所要適用的法規範，(n+1)代表對具體案件事實的描述，(2)到(n)則是透過  $M_i(1 \leq i \leq n)$ 對  $T$ 所為之語意解釋

<sup>30</sup> 此一模式可參照 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 279; Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, S. 56，惟對於(1)-(n-1)，Koch與Rüßmann係由雙條件句“ $\leftrightarrow$ ”(當且僅當)來加以表達，例如“ $(x)(Tx \leftrightarrow ORx)$ ”，其用意在於，可透過否定構成要件“ $\neg Ta$ ”而得到否定的法律效果“ $\neg ORa$ ”。若不考慮法律效果的否定問題，則採用條件句來加以表達即已足夠。對 Koch 與 Rüßmann 之形式化的檢討請見 Ratschow, *Rechtswissenschaft und formale Logik*, Baden-Baden 1998, S. 136 ff.; 陳顯武，法律推理與邏輯程式化，頁 312-315。

(semantische Interpretation)，其中(n)通常為一經驗命題（如上例中之(P6)）。(II)代表了法律適用的基本形式：(II)雖尚未考慮到含有多個構成要件要素或法律效果內部的複雜形式，但其已將涵攝的邏輯結構清楚的表達出來<sup>31</sup>。

涵攝的演繹模式會面臨的問題之一乃是規範衝突的情形，所謂規範衝突指的是兩個規範同時適用到個案上產生互相矛盾的結果，亦即同一個案件事實可被涵攝於兩條法規範之下，從而推導出兩個互相矛盾的法律效果。規範衝突必須藉由確定相衝突的規範之間優先順序的後設規則(meta-rules)來解決，例如「上位法優於下位法」(lex superior derogat legi inferiori)，「後法優於前法」(lex postea derogat legi priori)，「特別法優於普通法」(lex specialis derogat legi generali)等等都是常見的後設規則。若要運用這些後設規則來解決規範衝突，尚必須進行另一層次的涵攝工作，以確定系爭的法條之間的關係是否滿足後設規則的條件，此種第二層次的涵攝可稱之為「後設涵攝」(meta-subsumption)<sup>32</sup>。透過後設涵攝確定了何者具有優先性後，即應適用該條具有優先性的規範，並導出其法律效果，而不具優先性的法規範，其法律效果即應被收回<sup>33</sup>。另一種規範衝突的情

<sup>31</sup> 要處理含有多個構成要件要素或多個法律效果同時並存的情形在現代邏輯中並不困難。以含有多個構成要件要素的法規範為例，前述之刑法第二七八條第一項所稱之「重傷」，在同法第十條第四項中係透過六種傷害型態  $M_1$ - $M_6$  來定義。我們以“ $\vee$ ”代表「或」，則刑法第十條第四項可用如下方式表述：

$$(1') (x) (M_1x \vee \dots \vee M_6x \leftrightarrow Tx)$$

從(1')與表述刑法第二七八條第一項之(1)  $(x) (Tx \rightarrow ORx)$ 我們即可得到含有多個構成要件要素的規範：

$$(1'') (x) (M_1x \vee \dots \vee M_6x \rightarrow ORx)$$

<sup>32</sup> 對此可參照 Alexy, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in: Ratio Juris Vol. 16 No. 4 (2003), p. 434.

<sup>33</sup> 從規範論上對於規則(rules, Regeln)和原則(principles, Prinzipien)的區分出發，上述優先規則之後設涵攝只能解決規則衝突，而不能解決原則衝突(見 Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. Frankfurt a.M., S. 79 ff.)，若兩原則  $P_1$  與  $P_2$  相衝

形則出現在法律規定中的規則—例外結構(Regel-Ausnahme-Struktur)。如果案件事實可被涵攝於某一條規則的構成要件之下，則原本即應推論出其法律效果，假設該案件事實同時滿足了例外條款，此時即會出現互相矛盾的法律效果，依照法條之間的規則—例外關係，此時即應撤回規則的法律效果，而優先適用例外之法律效果。就上例而言，設若某甲係基於正當防衛而砍斷盜匪某乙之左手拇指、食指與中指，則其行為雖然該當了刑法第二七八條第一項之構成要件，但亦可被涵攝於刑法第二十三條本文之下(暫不考慮是否有該條但書之防衛過當情形)，從而可得到不處罰某甲之結論，由於後者係前者之例外條款，因此就排除了原本應處罰某甲之法律效果。不論後設涵攝或規則—例外關係對法律人而言都是一種非常熟悉的思維方式，但其邏輯結構卻比上述涵攝的演繹模式複雜，因為(II)並未考慮到前提包含了相衝突的法規範的問題，一旦透過後設規則或規則—例外關係來解決規範衝突，都將使得涵攝的過程成爲一種非單調推理(nonmonotonic reasoning)：所謂推理的非單調性指的是論證所能推導出的結論並不隨著前提的擴張而增加，在加入新的前提(例如與原本可適用之規範相衝突的規範或例外條款)後，反而會撤回原本可推導出的結論。涵攝的演繹模式必須更進一步加以拓展才能處理法律推理中的非單調性問題，由於非單調推理在形式上相當複雜，在此僅能指出此一問題點，詳細之研

---

突，則必須透過衡量來解決，而衡量之結果則確定了  $P_1$  與  $P_2$  之間在個案條件下的優先關係，假設原則  $P_1$  在條件  $C$  之下優先於  $P_2$ ，則可從 Alexy 之碰撞法則(Kollisionsgesetz)得出一條以  $C$  為構成要件，並以  $P_1$  所要求者為法律效果的規則(Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 83)，而可將具體之案件事實涵攝於其下以得出應適用於個案的具體法律效果。由此觀之，解決原則衝突之條件式優先關係在邏輯結構上其實也是一種後設規則，其亦確定了在一定的條件之下哪個規範具有優先性，只是解決規則衝突之後設規則所表述之優先條件乃依規則制定之先後次序或上下位階而定，而在解決原則衝突之後設規則，其優先條件為何則必須視具體個案之情形而定。

究須另為專文加以探討之<sup>34</sup>。

## 參、演繹模式在法律論證中的功能

在分析了涵攝的邏輯結構之後，以下將進一步探討涵攝的演繹模式在法律論證中的功能與地位。

### 一、內部證立與外部證立

所謂法律論證(juristische Argumentation)，簡單來說，就是提出理由(前提)以證立某個法律命題(結論)的活動。依德國學者 Alexy 之見，法律論證可分為內部證立(interne Rechtfertigung)與外部證立(externe Rechtfertigung)兩個層面。內部證立關心的是，所欲證立的法律命題—尤其是具體的法律效果—是否從論證中作為理由的前提透過邏輯演繹所推導而出，而外部證立的對象則是前提本身的正確性或真實性<sup>35</sup>。內部證立的重點之一在於論證在邏輯形式上的有效性，一個有效的論證，當前提皆為真或正確時，則所推得的結論必然也為真或正確，因此，前提的真實性或正確性與推論的有效性共同確保了所欲證立之結論的真實性或正確性。

<sup>34</sup> 近年來法律邏輯學研究非單調推理的著作，可見 Sartor, *Defeasibility in Legal Reasoning*, in: *Rechtstheorie* 24(1993), S. 281-316; Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Argument: A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Dordrecht/Boston/London 1997; Wang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, Baden-Baden 2004.

<sup>35</sup> Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 273 ff. 對於內部證立與外部證立之中文介紹可參照顏厥安，*法、理性與論證—Robert Alexy 的法論證理論*，收於氏著，*法與實踐理性*，頁 146 以下，1998 年。亦用學者使用不同的術語來說明「內部證立」與「外部證立」的概念，例如 MacCormick 之「演繹證立」(deductive justification)與「二階證立」(second order justification)，見 MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, pp. 19, 100 ff. Koch 與 Rüßmann 則以「主要模式」(Hauptschema)與「附隨模式」(Nebenschema)來稱呼之，見 Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, S. 56 ff.

上述(I)法律適用的簡單模式與(II)涵攝的演繹模式分別代表了內部證立的簡單形式與複雜形式。而外部證立所關心的，則在於如何證立內部證立所使用的前提之真實性或正確性。如上所述，在涵攝的演繹模式中，所使用的前提基本上可分為三大類：(一)普遍性的法規範，亦即第一個前提(1)，(二)具體案件事實的描述，如上例中之(6)，(三)語意解釋，如上例中之(2)到(5)。隨著各個前提在性質上的不同，其證立方式亦有所不同。對於第一類前提，如果其為實證法規範，則通常只須指出其符合法秩序中對於法效力的形式判斷標準（例如由立法院三讀通過經總統公布）即為已足，只有在例外的情形下，才必須對其內容的正確性進行實質的證立<sup>36</sup>。對於具體案件事實描述之證立主要是訴訟法上事實認定與證明的問題。至於第三類前提之證立則是法論證理論的研究重點，其包括了傳統的法律解釋方法(Canones der Auslegung)，運用判決先例與法釋義學之論證，經驗論證(empirische Argumentation)，乃至一般實踐論證(allgemeine praktische Argumente)等不同的論證形式。在上例中，前提(2)是由實證法規範中之說明性法條（刑法第十條第四項第四款）所得出，因此其證立方式基本上和(1)相同；前提(3)則是對於「毀敗一肢之機能」這個概念的文義解釋；至於前提(4)與(5)之證立則可訴諸前揭最高法院的判例，倘若沒有判例可供援用時，由於(4)與(5)是一般性的經驗陳述，此時即必須援引經驗法則或醫學上之知識來加以證立，此種論證即屬於經驗論證的領域<sup>37</sup>。

<sup>36</sup> Alexy, a.a.O. S. 283; Koch/Rüßmann, a.a.O. S. 120 ff. 但必須注意的是，前提(1)未必一定是實證法規範，在碰到所謂的法律漏洞時，有時必須經由法之續造創設出一條新的的規範作為論證的大前提，此一規範既然無法從實證法規定所得出，而係法官造法的結果，即不能訴諸其係由立法者制定這種形式的效力標準，而必須援用實質的論點來證立其正確性。對此可參照王鵬翔，目的性限縮之論證結構，月旦民商法雜誌第四期，2004年，頁24。

<sup>37</sup> Alexy, a.a.O. S. 285 ff.，詳盡的論述則請參照 Koch/Rüßmann, a.a.O. S. 271 ff.

## 二、演繹模式的說理規則

以上對於內部證立與外部證立之扼要說明很容易造成一個印象，亦即將內部證立等同於單純的邏輯演繹，而認為法律論證的重點只在於前提的獲得與證立，至於涵攝則只有技術上的意義—只要能夠獲得正確的前提，則要推論出結論根本不是問題。然而這種看法並不正確：內部證立所關心的雖然是論證的邏輯結構，但其並不只是單純的邏輯演繹而已。從邏輯的觀點看，任何一個語句  $p$  都可以從其自身推導而出，一個以  $p$  作為前提，同樣以  $p$  作為結論的推論，在形式上是有效的，但從論證理論的角度來看卻不能被視為一個「證立」(rechtfertigen)或「說理」(begründen)的過程。從前述對於法學三段論的分析可以看，任何一個涉及法律適用的論證都至少必須包含了三個不同的語句，這一點說明了，內部證立除了邏輯推論之外還有其它的要求，這些要求主要包含了下面三點<sup>38</sup>：

(一) 論證的前提必須一致無矛盾：這個要求主要基於下列兩個理由：首先，如果作為前提的語句彼此不一致，則其不可能皆為真（或正確），其中必定有一語句為假（或錯誤）<sup>39</sup>。但一個成功的論證必須前提皆為真（或正確）

(二) 否則無法保證其所推得之結論為真（或正確）。其次，從一個不一致的前提我們可以推論出任意的語句—此即邏輯上所稱之 *ex falso quodlibet*—亦即我們不僅可以推論出所欲證立的命題  $p$ ，亦可以推論出其否定  $\neg p$ ，但這兩者顯然不能同時為真（或正確）。也就是說，一個以不一致的語句集合作為前提的論證無法區分正確的與錯誤的結論，從而也無法區分可被證立的與不能被證立的語句，因

<sup>38</sup> 關於演繹模式除了合乎邏輯之外的要求，可參見 Ratschow, *Rechtswissenschaft und formale Logik*, S. 130 f.

<sup>39</sup> 由不一致的前提會推論出一恆為假的矛盾句「 $p$  且非  $p$ 」。由於一個有效的推論不可能前提為真而結論為假，亦即從真前提必然只能推得真結論，因此由不一致的語句所組成的前提必然包含了一個為假的語句。

此，論證的前提不能不一致或互相矛盾。

(二) 論證的前提必須至少包含了一條普遍性的規範與一個描述具體案件事實的語句：既然內部證立主要是針對法律適用所提出的要求，而法律規範通常又是以全稱語句的形式來表達，則第二個要求似乎是自明之理。但必須要注意的是，這個要求同樣適用於沒有實證法規範可以適用的情形，此時通常必須透過法之續造（例如類推適用）的方式來創設出一條新的規範作為大前提，這條新的規範也必須是一條普遍性的，可適用於不特定多數人之規範<sup>40</sup>。此一要求的目的是為了符合形式正義或平等原則：從普遍性規範的形式“(x) (Tx → ORx)”即可導出，凡是具有 *T* 這個性質的個體，即應賦予法律效果 *R*，這意味者，當兩個具體案件在相關的重要特徵上完全相同時，即應對其作出相同的判決<sup>41</sup>。但正如前面所指出的，具體案件事實的描述往往不等同於構成要件，此時平等原則或形式正義的要求要如何透過演繹模式來實現？單純從邏輯的觀點看，若要從具體的案件事實“*Sa*”推論出具體的法律效果“*ORa*”，則只需加入

(11)  $Sa \rightarrow ORa$

這個語句作為前提即可。這樣的證立方式雖然在邏輯上沒有問題，但在法律上卻有缺陷：我們不知道另外一個同樣具有 *S* 這個特徵的個體 *b* 是不是也要適用相同的法律效果 *R*。如果我們試圖引入一條普遍性的法規範“(x) (Tx → ORx)”作為賦予相同法律效果的依據，此時又出現了另一個問題：儘管 *a* 與 *b* 在相關的特徵上完全相同，但如果不能確定 *S* 是否可被涵攝於 *T* 這個概念之下時，則仍然無法對 *a* 與 *b* 作出相同的判決。舉例來說，假設我們以某甲砍斷他人拇指、食指與中指的行為作為其應被判處五年以上十二年以下有期徒刑的

<sup>40</sup> 參見下文參、(三)。

<sup>41</sup> 對此可參照 Alexy, *Logische Analyse der juristischen Entscheidungen*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M. 1995, S. 19.

理由，卻又不能確定「砍斷他人拇指、食指與中指」這個行為是否該當刑法第二七八條「重傷」這個構成要件，則我們無法回答，對於同樣砍斷他人拇指、食指與中指的乙，是不是能以相同的理由對其判處同樣的法律效果？因此，平等原則不僅要求必須至少引用一條普遍性的規範作為前提，在這條規範能不能夠適用到具體的案件事實上有疑義時，還必須對此疑義作出決定，易言之，平等原則要求我們必須加入額外的前提來彌補案件事實與構成要件的裂縫<sup>42</sup>，而這正屬於下面第三個要求的內容。

（三）如果案件事實的描述和法規範的構成要件之間存在裂縫，則必須引入語意解釋來加以彌補，直到對於具體事實是否該當於構成要件沒有疑義為止<sup>43</sup>：從前面的分析得知，當構成要件和案件事實之間存有裂縫時，就不能從法規範和案件事實的描述直接得出法效果，否則將會是不合邏輯的跳躍推論。一個論證即使其前提在內容上是正確的，但若其形式上是個無效的推論時，則仍不能保證結論的正確性。要避免邏輯上有缺陷的跳躍推論，就必須加入額外的前提——亦即語意解釋——以彌補構成要件和案件事實之間的裂縫，而這正是涵攝的主要工作。由於這些額外的前提通常無法從法條直接演繹得出，它們的正確性與否即成為外部證立的重點。易言之，涵攝的演繹模式不僅可以防止發生推論的謬誤，還可以避免論證的過程中隱藏某些前提，而規避了外部證立的工作，透過內部證立的分析，可以顯明推論出法律效果所必須的所有前提，從而確定了需要進行外部證立的對象<sup>44</sup>。

內部證立除了要求具體的法律效果必須從論證的前提演繹而出

<sup>42</sup> 關於平等原則與演繹模式之間的關連可參照 Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, S. 113; Koch, *Deduktive Entscheidungsbegründung*, S. 38 ff.

<sup>43</sup> 這個對於內部證立的要求主要來自於 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 280.

<sup>44</sup> Alexy, a.a.O. S. 281.

之外，尚必須滿足上面三個要求，我們可以把（一）稱爲一致性的要求(Anforderung der Konsistenz)，（二）稱之爲形式正義或可普遍化的要求(Anforderung der formalen Gerechtigkeit oder Universalisierbarkeit)，（三）稱之爲完備性的要求(Anforderung der Vollständigkeit)，這三個要求可以稱之爲「演繹模式的說理規則」。

### 三、演繹模式與法律拘束的要求

涵攝的演繹模式有助於釐清法律拘束(Gesetzesbindung)的問題<sup>45</sup>。法官之裁判應受立法者所制定之法律拘束，係從權力分立原則所導出之要求，其在我國憲法上的直接依據則是憲法第八十條的規定：「法官須…依據法律獨立審判…」。在演繹模式中，法律拘束主要透過下列兩個要求來實現：首先，演繹模式的第一個前提必須盡可能是一條實證法規範。一旦如此，則演繹模式可以確保只要法律規定的構成要件滿足，其法律效果即應出現。然而之前已一再強調，在大多數的案件中，具體案件事實的描述往往不等同於構成要件，此時除了法律規定與案件事實的描述之外，尚必須加入語意解釋作爲額外的前提，才能透過涵攝得出具體的法律效果。這些語意解釋通常既非實證法的規定，也無法從實證法規範演繹得出，那麼如何能夠確保法律拘束的要求在加入這些額外的前之後仍然得以實現？這就涉及到法律拘束的第二個要求：在對語意解釋進行外部證立時，必須以法律概念的語意內涵與實現立法者所追求之目的作爲優先的論據，這兩個論據相當於方法論上所稱之文義解釋與主觀目的論解釋，從這個面向來看，所謂法律拘束即意謂者法官之裁判應受法律

<sup>45</sup> 關於法律拘束的要求，詳見 Koch, Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: ders. (Hg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt a.M. 1977, S. 56 ff.

文義及立法者意思之拘束<sup>46</sup>。

根據上面這兩個要求，所謂的法律拘束，指的是法官對於具體案件的裁判應自實證法規範、案件事實之描述、以及根據法律文義與立法者意思之語意解釋所共同組成的前提透過邏輯推論所得出。必須要特別強調的是，涵攝的演繹模式只是實現法律拘束要求之必要條件，但是演繹模式的說理規則並不同於法律拘束的要求。按演繹模式的說理規則只要求所欲證立之具體法律效果應從至少一條普遍性的規範與案例事實之描述，再加上彌補此兩者之間裂縫的語意解釋所演繹而出，但其並未對於該條普遍性規範的性質以及語意解釋之外部證立方式作出規定。而法律拘束則對內部證立提出更多的要求，其要求該條普遍性規範必須是一條實證法規範，且必須以法律文義與立法者之規範目的為理由來證立語意解釋，由此可見，法律拘束是比演繹模式更強的要求。且立法者所制定之法律對於法官裁判之拘束力亦有其界限，法律拘束的界限主要出現在：（一）對於系爭案件欠缺可資適用之法規範時，或者雖有可適用之法規範，卻欠缺例外規定加以限制，以及（二）法律文義具有不確定性，立法者意思模糊不一致乃至立法目的互相衝突時。然而，法律拘束之界限並不等於演繹模式的界限，即便在上述兩種情形，仍可運用演繹模式以推導出法律效果<sup>47</sup>。

法律拘束之第一個界限，用傳統法學方法論的話來說，就是如何透過法之續造(Rechtsfortbildung)以填補法律漏洞的問題<sup>48</sup>。從較新

<sup>46</sup> 以上兩個要求，見 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 112 f.; Koch, Deduktive Entscheidungsbegründung, S. 37.

<sup>47</sup> 關於演繹模式與法律拘束之區別，請見 Koch, Das Frankfurt Projekt zur juristischen Argumentation: Zur Rehabilitation deduktiven Begründens juristischer Entscheidungen, in: ARSP Beiheft 14 (1980), S. 59, 76 f.; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 69 f.

<sup>48</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 366 ff.; 陳譯，頁 277 以下；黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 385 以下。

的理論角度來看，法之續造的工作就在於如何形成並證立一條新的規範以作為演繹模式的第一個前提<sup>49</sup>。我們以兩個最常見的法之續造方法一類推適用與目的性限縮—為例說明此一問題。所謂類推適用指的是法律對屬於  $T_1$  之案件設有法律效果  $R$ ，亦即存在一條實證法規範  $N_1: (x) (T_1x \rightarrow ORx)$ ，但對於與  $T_1$  相類似之案型  $T_2$  法律卻未加以規範。基於平等原則，此時應對於  $T_2$  亦賦予相同的法律效果  $R$ ，是故類推適用的結果得到一條新的規範：

$$N_2: (x) (T_2x \rightarrow ORx)^{50}$$

這條新的規範可作為演繹模式的第一個前提，而將案件事實涵攝於其下以得到具體的法律效果。我們以民法第三六〇條為例說明之。依民法第三六〇條後段之規定，當出賣人故意不告知買賣標之物之瑕疵時( $T_1$ )，買受人除得解除契約或請求減少價金之外，尚得請求不履行之損害賠償( $R$ )。惟依法條之文義，此一規定無法直接適用於出賣人故意宣稱標之物具有實際上不存在之優點以誇大品質的案型( $T_2$ )。然而民法第三六〇條之規範目的在於，避免出賣人利用買受人對標的物品質效用的認知錯誤，來誤導買受人締結契約；故意不告知物之瑕疵與故意誇大品質之案型，兩者之差別僅在於，前者係以不作為的方式使買受人對於瑕疵是否存在陷於錯誤，後者則是以作為的方式使買受人對標的物品質認識錯誤，但在足以誤導買受人作出締結契約之決定這一點，兩者並無不同，因此對於故意誇大品質之案型，得類推適用民法第三六〇條之規定，使買受人亦得請求不履行之損害賠償<sup>51</sup>，類推適用的結果則形成一條新的規範：「出賣人

<sup>49</sup> 參照 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 343 ff.; Koch/Rübmann, *Juristische Begründungslehre*, S. 124.

<sup>50</sup> 從  $N_1$  與  $N_2$  可推論出  $N_3: (x)(T_1x \vee T_2x \rightarrow ORx)$ ，由此可見，所謂類推適用，不外是對原有之法規範以「或」的方式加上一新的構成要件特徵，使其擴張適用至原本依其文義所無法涵蓋之案件事實上。

<sup>51</sup> 對此請參照黃茂榮，*買賣法*，頁 454，2002 年增訂五版。

故意宣稱買賣標的物具有事實上不存在之優點時，買受人得請求不履行之損害賠償。」從而可將具體的案件事實（例如買賣房屋時出賣人謊稱標的物為溫泉豪宅，實際上浴室水龍頭所流出者卻為自來水時）涵攝於這個新規範的構成要件之下，而推論出法律效果。當然，要判斷具體的案件事實是否可被歸屬於此一新規範的構成要件之下，仍必須對構成要件所含之概念（例如何謂「事實上不存在之優點」）進行語意解釋。

至於目的性限縮，則係基於規範目的對法規範之構成要件附加限制性的條件，使其無法適用至原本依其文義所能涵蓋的案件事實之上。試以民法第一〇六條禁止自己代理行為的規定為例。該條本文規定「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。」惟民法第一〇六條禁止自己代理之立法意旨在於避免本人與代理人之間之利害衝突，以保護本人之利益。若自己代理行為係使本人純獲法律上之利益，則本人與代理人之間並無利害衝突，此時倘仍認為該代理行為因違反民法第一〇六條之規定而無效，反不足以保護本人之利益。對此應限縮民法第一〇六條之適用，對該條規定加上「但代理行為使本人純獲法律上之利益者，不在此限」的例外條款，而將有利於本人之自己代理行為排除於該條的適用範圍之外。我們以“*T*”代表「…係本人與代理人自己所為之法律行為」，“*R*”代表「…不生效力」，則簡化後之民法第一〇六條本文可表述為  $N: (x)(Tx \rightarrow ORx)$ 。我們再以“*M*”代表「…使本人純受法律上利益」，以符號“ $\neg$ ”代表否定句「非…」，“ $\wedge$ ”代表「且」，則限縮後之後的規範具有下面的形式：

$$N': (x)(Tx \wedge \neg Mx \rightarrow Rx)$$

亦即「凡由本人與代理人之間所為之法律行為，且非使本人純獲法律上之利益者，則不生效力」。這條新增的規範 *N'* 同樣可作為演繹

模式的第一個前提，對於一個具體的法律行為——例如「法定代理人某甲贈與其未滿其七歲之子房屋一棟」——是否有效，我們仍必須透過涵攝來加以確定<sup>52</sup>。

由上可知，法之續造與涵攝的演繹模式並不互相排斥，儘管法之續造的重點在於透過法官造法形成一條非由實證法所能得出的普遍性規範，但所創設出來的新規範是否可適用於系爭的案件以得出具體的法律效果，仍必須透過涵攝來決定。

法律拘束的第二個界限則在於法律概念之語意不確定性 (semantische Unbestimmtheit)。所謂語意的不確定性，係指法規範之構成要件容許數個可能的語意解釋之情形，語意之不確定性主要源自於法律概念具有(一)歧義性(Mehrdeutigkeit)、(二)模糊性(Vagheit)或(三)評價上的開放性(evaluative Offenheit)<sup>53</sup>。歧義性指的是同一個法律概念在不同的脈絡下具有不同的意義，亦即其可以根據數個不同的語意規則而被使用，例如「處分」一詞，在民法第八四條、第七五九條及第七六五條各有不同之含義<sup>54</sup>。而模糊性指的是一個概念的語意規則無法清楚的界定其外延(Extension)，以致於無法根據其語意規則判斷某個特定的個體 *a* 是不是落在這個概念的外延之內。如果構成要件 *T* 含有模糊性的概念（例如刑法第三二一條第一項第三款之「凶器」），則對於某些案件事實 *S* 是否可被涵攝於 *T* 之下（例如「某甲攜帶硫酸竊取乙之珠寶」是否該當於「攜帶凶器而

<sup>52</sup> 對於目的性限縮之說理形式之進一步分析，請參照王鵬翔，目的性限縮之論證結構，頁 17-29。

<sup>53</sup> 關於語意的不確定性問題及其分類主要參照 Alexy, Logische Analyse juristischer Entscheidungen, S. 24 f.; Koch, Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, S. 41 ff. 語意不確定性與前述法律效果之確定問題與行政法上不確定法律概念與裁量之問題密切相關，限於時間及能力，本文無法對此多所著墨，關於含有不確定概念與裁量條款之法規範的涵攝方式之深入研究，請參 Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigung im Verwaltungsrecht, Frankfurt a.M. 1979.

<sup>54</sup> 此例來自王澤鑑，法律思維與民法實例，頁 266-268。

犯竊盜罪」)，即會產生「*S* 可能是 *T*，*S* 也可能不是 *T*」的疑義。至於評價上的開放性指的是概念的語意內含必須透過價值判斷加以填補或具體化，典型的例子如「公序良俗」或「顯失公平」等等。

本文無法對語意不確定性之問題進行深入討論，從演繹模式的角度來看，不確定法律概念的一個共同之處在於，其容許有多種不同的語意解釋存在。對於同一個概念，當法官有數個可能的語意解釋可供選擇時，其即擁有所謂「語意的選擇餘地」(semantischer Spielraum)。由於選擇餘地存在之前提在於，概念的文義僅告訴我們有多種解釋的可能性，卻不能確定那一種解釋才是正確的<sup>55</sup>，是故法官此時已無法透過確定(feststellen)概念意義內含的方式來排除不確定性，而必須基於其它理由對於概念「應該具有什麼意義」作出規定(festsetzen)<sup>56</sup>。而根據法律拘束的第二個要求，法官應優先選擇符合立法者意思或最能實現立法者目的的語意解釋，惟若立法者意思並不清楚或者立法目的彼此互相衝突時，此一要求即面臨侷限。對此可以下面這個取材於大法官釋字第四一四號解釋的問題作為例子：藥商某甲在電台刊播藥物廣告，試問該行為是否受到憲法第十一條言論自由之保障？此問題中案例事實之描述(「刊播藥物廣告」)與基本權的構成要件(「言論」)之間顯然存在一條裂縫，而必須透過語意解釋加以彌補。然而問題即在於，憲法第十一條所稱之「言論」具有語意的不確定性，其可能僅指與公意形成，真理發現或信仰表達有關之言論，亦可能泛指包含商業廣告在內的意見表達。在此，立法者(亦即制憲者)之意思為何並不清楚，對於保障言論自

<sup>55</sup> 由此可見語意不確定性的問題涉及了法律解釋是否有惟一正確答案，乃至法律解釋客觀性等法理學上的重要問題，對此英語世界之分析法理學有相當深入之探討，全面性的研究可 Bix, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford 1993.

<sup>56</sup> 須注意的是，歧義性通常透過查看法律概念所處之脈絡及上下文關聯即可排除。

由之目的何在亦有不同看法：認為言論自由之目的在於追求真理或健全民主者，會採取第一種解釋，將商業廣告剔除於憲法第十一條「言論」的範圍之外，從而某甲刊播藥物廣告之行爲亦不受言論自由之保障；認為言論自由之目的在於保障個人自我實現者，則會採取第二種解釋，將商業廣告納入言論自由的保障範圍內，則某甲刊播藥物廣告之行爲亦屬於言論自由之行使。對此問題要採取何種解釋，涉及了不同目的與價值觀之間的取捨衡量，在此已無法訴諸憲法條文之文義或制憲者之原意，而必須援引政治哲學與倫理學之一般實踐論據(*allgemeine praktische Argumente*)作為決定的理由<sup>57</sup>。然而法律拘束之界限並不等於演繹模式之界限：即便法官無法或可以不依據法律概念的語意內容與立法者的意思來決定採取何種解釋時，其仍必須遵循演繹模式的說理規則來證立具體的法律效果。法律拘束的第二個界限僅僅意謂著，無法根據立法者的意思或立法目的來排除語意的不確定性，但這並不意謂著演繹模式即無適用之餘地。當有多個可能的語意解釋可供選擇時，要根據何種理由選取哪一個解釋，是外部證立而非內部證立關心的重點，內部證立所關切的是，在選定某一個語意解釋之後，仍然可以而且必須透過涵攝的方式以推論出具體的法律效果，以上述問題為例，如果對於「言論」的意義採取第二種解釋，則其內部證立可以重構為下面的涵攝過程：

- (1) 言論自由應受保障。
- (2) 商業上之意見表達亦屬言論之一種。
- (3) 刊播藥物廣告屬於商業上之意見表達。
- (4) 藥商某甲刊播藥物廣告。
- (5) 某甲刊播藥物廣告應受言論自由之保障。

綜上所述，演繹模式與法律拘束必須嚴格加以區分，即便我們不遵循嚴格的法律拘束要求，仍必須採取演繹模式對具體的法律效果進

<sup>57</sup> 對此可參照 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 346 f.

行內部證立。演繹模式並未對論證所使用的前提應具有何種性質，乃至於外部證立應採取何種理由作出規定，而只要求論證必須合乎邏輯、說理必須完備且不能自相矛盾、必須符合形式正義，就此而言，演繹模式的說理規則所表達的只是對於法律論證最低限度的理性要求。但正因為演繹模式並不預設某種外部證立的理論，因此它和不同的法論證理論皆可相容，任何一種忽略或違反演繹模式說理規則的論證都很難被視為是一個好的或成功的法律論證。因此，演繹模式對於法律說理的要求雖然比較弱，但這也正是它的長處所在。

## 肆、類型不能以涵攝的方式適用—對 Larenz 看法的檢討

在分析了涵攝的邏輯結構之後，最後再回頭檢討 Larenz 的主張：類型不能以涵攝的方式被適用。類型思維乃是法學方法論上的重要問題，本文不可能在此對其作全面的處理<sup>58</sup>，以下僅簡要討論 Larenz 對於類型與涵攝的看法。

如前所述，Larenz 主張，如果法規範之構成要件並非概念 (Begriff)，而是所謂的「類型」(Typus)，則該條法規範即不能以涵攝的方式被適用。進行涵攝的前提在於，構成要件是以概念而非類型來加以表述。Larenz 認為：

「涵攝模式的前提在於，作為法條構成要件的上位概念可以透過給出所有特徵而被完全的定義，若要被涵攝於這個概念之下，則這些特徵的出現是必要且充分的。因此，只有當構成要件 T 可以透過充分確定的特徵來加以完全的定義時—亦即以特徵  $M_1$  到  $M_x$  來描述 T 涉及了概念的

<sup>58</sup> 對類型理論作全面性介紹的中文文獻請參照吳從周，類型思維與法學方法，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1993年；徐育安，刑法上類推禁止之生與死，1998年。

定義時—才有可能將特定的案件事實 S 透過涵攝推論的方式將之歸屬於構成要件 T 之下。然而…以特徵來描述構成要件並非總是涉及概念的定義。類型以及需要填補的評價標準就無法被定義，儘管它們可以透過指導性的觀點、典型的特徵或者舉例來加以描述或明確化。然而，將某個生活事件歸屬於某個類型或需填補的評價標準之意義範圍內的過程並非涵攝，而是評價性的歸入。」<sup>59</sup>

對於概念和類型在適用上的區別，Larenz 則有如下之說明：「概念是透過其定義而以如下的方式被確定的：一個概念必須被適用在某個具體事件或案件事實之上，『當且僅當』定義這個概念的所有特徵恰巧都出現在這個事件或事實之中。」<sup>60</sup> 但適用類型時「描述類型的所有特徵不需要全部出現，特別是它們可以「或多或少」的不同程度而存在，這些特徵通常是可層級化(abstufbar)而且在一定程度內是可以互相替代的。…特定的案件事實是否可被歸入此一類型，並不取決於該案件事實是否具備了所有在該類型中所常見的特徵，而毋寧取決於，被視為該類型之『典型』特徵，其出現之數量與強度足以使得該案件事實『在整體上』符合該類型的外在形象。類型不能被定義，而只能被描述。我們無法將案件事實涵攝於類型描述之下，但藉助於類型描述我們仍可判斷某個現象是否可被歸入該類型。」<sup>61</sup>

綜合上面的引文以及 Larenz 在它處的論述<sup>62</sup>，我們可以將 Larenz 對於概念和類型所作的區別歸納為下列三個命題<sup>63</sup>：

<sup>59</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 274 f. 筆者之譯文與陳譯(頁 172) 略有出入。

<sup>60</sup> Larenz, a.a.O. S. 221. 筆者之譯文與陳譯(頁 111) 略有出入。

<sup>61</sup> Ebenda.

<sup>62</sup> Larenz, a.a.O. S. 216 ff.; 273 ff. 陳譯，頁 106-114; 170-173。

<sup>63</sup> 關於傳統法學方法論所提出之類型與概念的區別點及其批判，亦請見 Kuhlen, Die Denkform des Typus und die juristische Methodenlehre, in: H.-J. Koch(Hg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg 1976, S. 56 ff.

- (1) 概念必須被完全的定義，亦即定義概念的特徵構成了適用概念的充分與必要條件。而類型無法被完全的定義，用來描述類型的特徵並非判斷某一案件事實是否能被歸入該類型的充分必要條件。
- (2) 定義概念的特徵必須以「且」的方式來聯結，適用概念時，案例事實必須具備概念所有的特徵，缺一不可。但描述類型的特徵則不必在每個可以適用類型的案件中都出現。有些案件雖然不具備所有屬於該類型的典型特徵，但仍可將其歸屬於該類型之下。
- (3) 定義概念的特徵沒有程度的問題，而只能以「是」或「否」的方式出現在案件當中。但描述類型的特徵則可以「或多或少」的程度出現在案件中。

若要用精確的方式來表達 Larenz 的看法，我們以  $T$  代表構成要件所使用的概念， $M_1, \dots, M_n$  代表定義  $T$  的特徵，“ $\leftrightarrow$ ”代表充分及必要條件之「…當且僅當…」，則依 Larenz 之見，對於  $T$  的語意解釋必定具有下面的形式：

$$(x) (M_1x \wedge \dots \wedge M_nx \leftrightarrow Tx)$$

若一具體案件事實具備了  $M_1$  到  $M_n$  的每一個特徵，即可被涵攝於  $T$  之下，反之，凡是能被歸屬於  $T$  的案件事實，則必定具備了  $M_1, \dots, M_n$  的特徵，缺一不可。但 Larenz 認為，類型並非以此種方式被適用，如果  $T$  並非概念而是類型，則凡是被歸入於  $T$  的案型，未必皆具有  $M_1$  到  $M_n$  的每一個特徵，有些案件，只要具備其中一個或數個特徵，即可被認為是屬於  $T$  這個類型。對此，Larenz 曾以德國民法第八三三條之「動物占有人」(Tierhalter)作為類型的例子說明之<sup>64</sup>。根據該條之規定，對於由動物所造成之生命、身體或財產上之損害，動物占有人應負損害賠償責任。現假設有某人暫時將所有之馬匹無償借與他人供其於營業處所使用，於此期間馬匹踢傷他人時，則該馬之

<sup>64</sup> 以下之敘述，請參見 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 218 ff.

所有人是否屬於德國民法第八三三條所稱之動物占有人？Larenz 舉出了「動物占有人」的三個特徵：

$M_1$ ：「將動物置於家室或營業處所」

$M_2$ ：「對動物具有事實上之管領力」

$M_3$ ：「對動物之占有具有利益」

Larenz 認為，這三個特徵不能構成「動物占有人」之定義，亦即  $M_1$ ， $M_2$  與  $M_3$  並非判斷是否為「動物占有人」之充分必要條件。Larenz 指出，在某些案例當中，當事人儘管不具備  $M_1$  或  $M_2$  其中一個特徵，仍可被視為是動物占有人。先就第一個特徵而言，一個帶著狗的流浪藝人，其並非將狗置於其家室或營業處所之中，但其仍係德國民法第八三三條之動物占有人並無疑問。同樣的，並非所有動物占有人均具備第二個要素，若某人外出旅行時將其馬匹託由朋友代為照養時，在此期間其作為間接占有人對於馬匹並無事實上之管領力，但其仍應被視為動物占有人。然而，亦不能因此一概而論，認為凡動物之間接占有人均可被視為動物占有人，在上例中，將馬匹貸與他人營業使用之所有人，其雖係間接占有人，但在借用期間，直接占有動物之借用人才是德國民法第八三三條所稱之動物占有人。因此， $M_1$  或  $M_2$  都不是「動物占有人」所不可或缺的特徵。

Larenz 認為，判斷某人是否為動物占有之關鍵不在於其係直接占有或間接占有，而在於其是否為自身利益而占有動物。當馬主託其友人代為照養其馬匹時，後者係為前者之利益而管領動物，因此前者雖係間接占有人，仍應被視為動物占有人。反之，當馬主將其馬匹無償貸與他人供其營業使用時，借用人係為其自身之利益而占有動物，此時即非作為間接占有之馬主，而係直接占有動物之借用人為動物占有人。因此在具體的案件中，不論是出現  $M_1$  或  $M_2$  之中的任何一個特徵，都還必須結合  $M_3$  來作為判斷當事人是否為動物占有之主要依據。然而  $M_3$  並不適合作為定義概念的特徵，因為

此處之「利益」有或多或少的程度問題，在不同的情形下，不同之人因占有動物所享有之利益會有大小程度的不同，判斷誰是動物占有人的重點在於：誰對動物之占有具有較大的利益。但在某些情形下，雙方的利益程度亦可能不相上下，例如狗主將其愛犬寄托於以營利為目的之寵物旅社時，寄托人要求他方為其照管動物，以及受寄人藉照管動物所得之金錢收入，兩者之間並無一方之利益顯著大於他方，因此雙方均可被視為德國民法第八三三條之「動物占有人」。綜上所述，Larenz 認為，儘管結合  $M_1$ ， $M_2$  與  $M_3$  可以描述「動物占有人」之典型特徵，但「動物占有人」並無法藉由  $M_1$ ， $M_2$  與  $M_3$  加以定義，因此其並非概念而係類型，它不能藉由涵攝的方式加以適用，而必須考量到德國民法第八三三條背後的指導性評價觀點 (der leitende Wertungsgesichtspunkt) 一亦即該條之立法目的：為自己利益而占有動物者，應負擔因動物造成他人損害之風險—才能判斷是否能將當事人歸入於「動物占有人」這個類型之下。

Larenz 認為「類型無法被定義，因而不能以涵攝的方式加以適用」的主張，源自於其對概念之定義方式採取了一種偏狹甚至是錯誤的看法<sup>65</sup>。首先，概念未必要用完全的方式來加以定義，定義概念的特徵不一定同時構成了適用概念的充分且必要條件，我們也可用只給出充分條件的方式來定義概念，這種定義方式稱之為部分定義 (partielle Definition)。前述關於刑法第二七八條第一項「重傷」的語意規則：「凡毀敗一肢之機能者，屬於重傷」即為適例，「毀敗一肢之機能」頂多只是「重傷」的充分條件，卻非必要條件：並非所有屬於重傷的事例，都是毀敗一肢之機能的行為，非毀敗一肢之機能的行為，也未必就不是重傷。然而，從上文對於涵攝之分析可以清楚看出，藉著「重傷」的部分定義，仍可以將具體的案件事實涵攝

<sup>65</sup> 此一批評可見 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 75 f.; Kuhlen, Typuskonzeption in der Rechtstheorie, Berlin 1977, S. 120 ff.

於「重傷」這個概念之下。

不過，從 Larenz 的行文可以看出，他似乎並不認為類型可以用部分定義的方式來加以定義，亦即描述類型的特徵不能構成將案件事實歸屬於類型之下的充分條件。試以  $M_1$ 「對動物具有事實上之管領力」這個特徵為例，其雖非「動物占有人」之必要條件，但其是否構成了「動物占有人」之充分條件？雖然對動物具有事實上之管領力者，通常即可被視為動物占有人，但 Larenz 亦指出了，這並非全無例外：例如為他人利益而直接占有動物者，對動物雖具有事實上之管領力，其仍非屬德國第八三三條所稱之「動物占有人」。易言之，在一般的情形中， $M_1$  似乎是「動物占有人」的充分條件，但在特殊的情形下，即便當事人具備  $M_1$  的特徵，亦不能被歸類為「動物占有人」。套用英國法理學家 H.L.A. Hart 的術語， $M_1$  是一種「可被反駁的（充分）條件」(defeasible condition)，而 Larenz 所謂的類型，其實是一種「可反駁的概念」(defeasible concept)：亦即概念的充分條件含有例外狀況，一旦例外出現，即便充分條件已經滿足，仍不能適用此一概念<sup>66</sup>。概念的可反駁性會導致語意規則的修正，其修正的方式與上述之目的性限縮相同，例如表述動物占有者之部分定義的語意規則「凡對動物具有事實上之管領力者，為動物占有人」，若將例外情形納入，即可修正為：「凡對動物具有事實上之管領力，且非為他人之利益而占有動物者，為動物占有人」，而可將具體的案件事實涵攝於這條修正後的部分定義之下。筆者認為，類型作為一種可反駁的概念，其在法律適用上的真正問題其實不在於是否可以涵

<sup>66</sup> 由此可見，可反駁性(defeasibility)的問題與前述之非單調推理密切相關。關於法律概念的可反駁性，請見 Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in: Flew (ed.): *Logic and Language*, Oxford 1951, pp. 148-152; 對 Hart 理論及其後續發展的簡要介紹可見 Loui, *Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism*, in: *Proceedings of the Fifth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York 1987, pp. 100-106.

攝的方式被適用，而在於究竟是否可以用納入所有例外情況的方式將其充分條件完全列舉出來。可反駁的概念之特點在於，考量到個案的特殊狀況，有可能基於概念背後的目的或價值考量而限縮概念的適用範圍。正如 Hart 指出，由於我們不可能預見到未來每一個可能出現的案件的具體情狀為何，再加上所謂的目的或價值往往也具有不確定性，因此我們無法完全列舉出概念適用的所有可能例外<sup>67</sup>。這意謂者，我們無法事先列舉出構成概念充分條件的所有特徵，亦即無法給出一個終局的，不可反駁的充分條件或部分定義，而這正是類型的特點之一，亦即類型的語意規則會處於一種不斷被修正的不確定性狀態。但 Larenz 將類型與概念相對立的主張則未免矯枉過正。其實修正前與修正後的語意規則都可以涵攝的方式被適用，重點只在於修正的過程不可避免的要涉入實質的目的或價值考量，而這如同前述的目的性限縮一樣，屬於對於修正後的語意規則如何進行外部證立的問題<sup>68</sup>。

除此之外，定義概念的特徵也未必要以「且」的方式來聯結，它們彼此之間也可以用「或」的方式相結合<sup>69</sup>。例如刑法第十條第四項對於「重傷」之定義即可表述為：「凡稱為重傷者，係毀敗一目或二目之視能，或毀敗一耳或二耳之聽能，或…，或其它於身體或健康，有重大不治或難治之傷害」。雖然刑法第十條第四項第一款到第六款共同構成了適用「重傷」這個概念的充分且必要條件，但一個可以被歸屬於「重傷」這個概念之下的案件事實，顯然不必每一款的特徵都具備，只要具備其中之一（例如「毀敗一肢之機能」），

<sup>67</sup> 見 Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, p. 103.

<sup>68</sup> 關於可反駁性與規則修正的進一步研究，請見 Wang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, S. 101 ff., 163 ff.

<sup>69</sup> 從概念的特徵亦可用選言(disjunktiv)「或」的方式相聯結這一點出發對 Larenz 類型論的批評見 Kuhlen, *Typuskonzeption in der Rechtslehre*, S. 129 ff.; Bydliński, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1991, S. 545.

即可將其涵攝於「重傷」這個概念之下，亦即沒有任何一個特徵對於「重傷」這個概念而言是不可或缺的。因此 Larenz 認為進行涵攝時定義概念的特徵必須全部出現，乃是錯誤的想法。定義概念的特徵也可以同時使用「或」與「且」的方式進行組合。以 Larenz 所舉之「動物占有人」為例，「將動物置於家室或營業處所」( $M_1$ )或「對動物具有事實上之管領力」( $M_2$ )，乃至「間接占有動物」( $M_4$ )等特徵，個別來看都不是「動物占有人」這個概念所不可或缺的元素，亦即其彼此之間係以「或」的方式相聯結，但即便當事人具有這些特徵之一，都還必須再聯結「對於動物之占有具有利益」( $M_4$ )這個關鍵性的特徵加以判斷，亦即  $M_4$  乃是以「且」的方式和其它特徵相聯結。準此，則「動物占有人」的充分條件即可表述為「將動物置於家室或營業處所，或對動物具有事實上管領力，或間接占有動物，且對動物之占有具有利益」，若以  $T$  代表「動物占有人」這個概念，則上述對「動物占有人」之部分定義即可表述為：

$$(x) ((M_1x \vee M_2x \vee M_4x) \wedge M_3x \rightarrow Tx)$$

易言之，若某一個體具備了  $M_1$  或  $M_2$  或  $M_4$  其中之一個特徵，且又具備了  $M_3$  這個要素，即可被涵攝於「動物占有人」這個概念之下。

如果 Larenz 區分類型和概念的前兩個命題都不能成立的話，那麼就只剩類型具有程度性或層級性這一點或可作為區分的根據。然而，從現代科學哲學對於概念形式的區分來看，Larenz 所說的概念只限於分類式的概念(klassifikatorische Begriffe)，而忽略了比較式的概念(komparativer Begriffe)與量化式的概念(quantitative Begriffe)<sup>70</sup>。一個分類式的概念可以區分屬於這個概念的對象與不屬於這個概念的對象，例如「重傷」這個概念可以將行為區分為「造

<sup>70</sup> 對此，請參照 Stegmüller, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. 2, Theorie und Erfahrung, Berlin 1970, S. 15 ff.; Kühlen, Typuskonzepten a.a.O. S. 34 ff. 由此一區分對 Larenz 類型論所作的批評，見 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre. S. 76 f.

成重傷的行為」與「非造成重傷的行為」，「闖紅燈」這個概念可以將駕駛人區分為「闖紅燈的駕駛人」與「沒闖紅燈的駕駛人」。當然，由於分類標準（亦即概念的語意規則）不可能自始完全精確，因此可能會存在一些難以判斷其是否屬於某個分類式概念的對象，例如螺絲起子可能是凶器，也可能不是凶器。然而一旦對於分類標準（例如「凶器」的概念意義）進一步精確化之後，即有可能確定其是否屬於系爭的概念。所謂比較式的概念，則不是用來進行非此即彼的區分，而是用來比較兩個以上的對象之間的順序關係。例如「甲車的速度比乙車快」，「螺絲起子對於生命身體安全所造成之危險與扁鑽相同」，或者「A 工廠造成嚴重的污染，B 工廠造成輕微的污染，C 工廠造成之污染則介於兩者之間」。此處之「行車速度」、「生命身體安全之危險」、「造成污染」等概念即為比較式的概念。如果比較式的概念所表達的順序可以量化，即成為「量化式的概念」，例如行車速度之高低即可透過時速 xx 公里加以量化。透過量化式的概念，可以更精確的表達對象所具有的性質之程度高低，例如可由排放廢水所含有毒物質之 ppm 數值來界定何謂「嚴重」、「中度」與「輕微」的污染。由此可見，類型所具有之層級性或程度性其實可藉由比較式與量化式的概念加以掌握，量化式的概念可以用涵攝的方式加以適用並無問題，因為我們可以透過量化的標準測量某一性質在案件事實出現的程度，來判斷表達該性質的概念是否可適用於該案件事實之上，例如透過測量排放廢水所含有毒物質之 ppm 值可判斷其是否已造成「嚴重污染」。若涉及無法量化的比較式概念，則對於系爭之順序關係是否成立有疑問時，必須對其進行語意解釋，例如提出語意規則或經驗上的陳述來說明何謂「較高/相同/較小的危險性」，就此而言，其與分類式概念（如「重傷」）其實並無不同，適用時都

必須經語意解釋加以補充，而在確定順序關係成立之後，比較式的概念仍可以涵攝的方式來適用<sup>71</sup>。

綜上所述，Larenz 對類型與概念在適用方式上的區分不能成立，所謂「類型」其實與模糊的法律概念並無二致。儘管 Larenz 強調，要判斷一個具體個案是否能被歸類於類型之下，必須考量到其背後的價值判斷與立法目的，但這和確定模糊概念的語意所經常運用的目的解釋方法並無不同<sup>72</sup>。上文已經指出，概念的語意不確定性並不妨礙演繹模式之適用，類型的語意內含同樣必須藉由語意規則的提出來加以精確化，對於語意規則的確定和修正，屬於外部證立的問題，我們可以說，在適用類型的外部證立過程中，目的性論據具有關鍵的重要性，一旦確定語意規則之後，類型仍可以涵攝的方式適用到具體個案之上。

## 伍、結語

本文從檢討法學三段論開始，在指出 Larenz 確定法律效果三段論在邏輯上的缺陷後，再嘗試運用現代邏輯來重構法學三段論的邏

<sup>71</sup> 實際上，「動物占有人」之關鍵特徵「對於動物之占有具有利益」是否具有 Larenz 所稱之層級性，而必須用到比較式的概念來加以表達，仍值得進一步推敲。正如 Koch 與 Rüßmann 所指出的，這個特徵的「層級性」指的並非個別當事人可以用不同的程度來滿足「具有利益」這個特徵，從而可據此比較其所享利益大小的順序，就如同我們對於工廠所造成的污染程度進行比較一樣，見 Koch/Rüßman, a.a.O. S. 76。從 Larenz 的例子可以看出，「對動物占有具有利益」這個特徵所涉及的問題其實是，隨著直接占有人與間接占有人在個案中的法律關係的不同，其是否因占有動物而獲有利益，乃至其所獲得者為何種利益都會有所不同，例如有償為飼主照管動物之受寄人可獲得金錢收入，而寄託人則可免除親自照管動物的麻煩；或出租動物者可收取租金，承租人則可享受使用動物之利益。因此關鍵的問題不在於利益「大小」程度的不同，而在於享有不同的利益者之間誰應優先承擔動物加損害於他人所造成之風險。

<sup>72</sup> Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 547.

輯形式。然而法學三段論只能代表法律適用的簡單形式，當法規範的構成要件與具體案例事實存在裂縫時，法學三段論即面臨侷限，此時必須透過層層的語意解釋來精確化法律概念的意義，直到能將構成要件與具體的案件事實連結起來為止，這個過程即為通稱之涵攝。若要精確的表達涵攝的邏輯結構，必須將法學三段論擴展為涵攝的演繹模式。涵攝的演繹模式代表了法律論證之內部證立的複雜形式，而演繹模式中前提的正確性或真實性則屬於外部證立的對象。涵攝的演繹模式除了要求具體的法律效果必須從論證的前提透過邏輯推導而出之外，尚必須滿足一致性的要求、可普遍化的要求以及說理完備性的要求等說理規則，這些說理規則表達了對法律論證最低限度的理性要求。涵攝的演繹模式雖是實現法律拘束的必要條件，但兩者必須嚴格加以區分：即便在法之續造以及法律概念具有語意不確定性情形，演繹模式仍有其適用。最後，有關類型與涵攝的問題，可以透過對於概念定義方式的釐清以及引進比較式或量化式的概念來加以解決。

## 參考文獻

### 一、中文部分

王澤鑑，法律思維與民法實例，2001年。

王鵬翔，目的性限縮之論證結構，月旦民商法雜誌第四期，2004年，頁16-29。

林正弘，邏輯，2002年增訂三版。

吳從周，類型思維與法學方法，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1993年。徐育安，刑法上類推禁止之生與死，1998年。

陳顯武，法律推理與邏輯程式化，政大法學評論第五十六期，1996年，頁295-318。

——，論條件式規範之邏輯特性，台大法學論叢第三十三卷第一期，2004年，頁1-43。

黃茂榮，法學方法與現代民法，2002年增訂四版。

——，買賣法，2002年增訂五版。

顏厥安，法、理性與論證—Robert Alexy的法論證理論，收於氏著，法與實踐理性，1998年，頁95-212。

Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，1996年。

### 二、外文部分

Alexy, Robert, Logische Analyse der juristischen Entscheidungen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a.M. 1995, S. 13-51

——, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996.

——, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in: Ratio Juris Vol. 16 No. 4 (2003), p. 433-449.

Bix, Brian, Law, Language and Legal Determinacy, Oxford 1993.

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2.Aufl., Wien/New York 1991.

Engisch, Karl, Logische Studie zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963.

Fikentscher, Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, IV, Tübingen 1977.

Hart, H.L.A., The Ascription of Responsibility and Rights, in: A. Flew. (ed.): Logic and Language, Oxford 1951, pp. 145-166.

—, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983.

Herberger, Maximilian/Simon, Dieter, Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt a.M. 1980.

Koch, Hans-Joachim, Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: ders. (Hg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt a.M 1977, S. 13-60.

—, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigung im Verwaltungsrecht: Eine logisch-semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung, Frankfurt a.M. 1979.

—, Das Frankfurt Projekt zur juristischen Argumentation: Zur Rehabilitation deduktiven Begründens juristischer Entscheidungen, in: ARSP Beiheft 14(1980), S. 59-86.

—, Deduktive Entscheidungsbegründung, in: R.Alexy/H.-J. Koch, /L. Kuhlen/ H. Rübmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2004, S. 37-60.

Koch, Hans-Joachim/Rübmann, Helmut, Juristische Begründungslehre, München 1982.

Kuhlen, Lothar, Die Denkform des Typus und die juristische Methodenlehre, in: H.-J. Koch(Hg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg 1976, S. 53-69.

—, Typuskonzept in der Rechtstheorie, Berlin 1977.

Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg/ New York 1991.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1995.

Loui, Ronald P., *Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism*, in: *Proceedings of the Fifth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York 1987, pp. 100-106.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.

Prakken, Henry, *Logical Tools for Modelling Legal Argument: A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Dordrecht/Boston/ London 1997

Ratschow, Eckart, *Rechtswissenschaft und formale Logik*, Baden-Baden 1998.

Rödig, Jürgen, *Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Berlin/Heidelberg/ New York 1973.

Sartor, Giovanni, *Defeasibility in Legal Reasoning*, in: *Rechtstheorie* 24(1993), S. 281-316.

Stegmüller, Wolfgang, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, Bd. 2, *Theorie und Erfahrung*, Berlin 1970.

Wang, Peng-Hsiang, *Defeasibility in der juristischen Begründung*, Baden-Baden 2004.