舉重明輕？舉輕明重？
—最高法院相關裁判之簡要研究（上）

文／張弘昌

壹 趣味法律問題

舉重明輕，舉輕明重，或者說舉重以明輕，舉輕以明重，相信法律人對這樣的字句應不陌生，然而，這樣看似熟悉的字句，我們真的有清楚理解嗎？本文嘗試由一些趣味法律問題開始，分析說明學說及實務判決的見解，期待能與讀者們一起更深入思考探討。

趣味法律問題 1.（關於「舉重以明輕」）

首先，讓我們來思考一下這個問題，某場所允許抽雪茄[1]，那麼這個場所是否會允許抽一般香菸呢？如果依照「舉重以明輕」的思考方式，雪茄與香菸基本上主要成分都是菸草，同樣都是點火吸啜，而一支雪茄在物理性質上，通常比一支香菸重得多，尺寸也大多了，點燃後的煙霧通常也大多了。那我們是否可以說：因為「舉重以明輕」，雪茄都可以抽了，香菸應該也可抽？

然而，事情似乎不是那麼簡單。讓我們接著看下面的情境敘述，並進一步思考。

某成年人甲，在某個飄著小雪的日子，來到日本東京銀座時尚街區的某家高級雪茄館，在該館內有個用透明玻璃圍成，嚴格控制著溫度、濕度的雪茄展示間，裏頭有著各式各樣的雪茄，那些雪茄都有著漂亮精緻的各廠牌環標，有些甚至是燙金的標籤，還有些擺放在表面有著鋼琴烤漆的精緻木盒中，館內的空氣中有著獨特迷人的雪茄菸葉的香氣。雪茄館裡另外的空間，有著精美而舒適的沙發椅，合宜的燈光，有著厚重石材做成的吧檯，專業的酒保提供各種佐雪茄的飲品或堅果等小點。隱藏式的環繞音響正撥放著由約翰・柯川（John Coltrane）主奏薩克斯風的爵士樂。吧檯前與沙發區的熟客們，有些手上正拿著自己精心挑選的雪茄細細品嘗，有趣的是，這裡的煙灰缸尺寸比一般的還要大得多，其邊緣的特大號溝槽，一看就知道是為了暫時擺放雪茄用的，擺的應該不會是一般細細的香菸。在這瀰漫著雪茄煙霧與香氣的空間裡，某甲忽然開始思考著：這裡可以抽香菸嗎？於是某甲與專業的酒保談了起來，酒保微微一笑，對於這樣的疑惑似乎並不感到意外，酒保客氣地解釋說明：基本上希望貴客們不要在這裡抽香菸，因為這邊販售的雪茄幾乎都是以天然菸葉經過複雜工序[2]處理後，由手工捲製而成。雪茄因為菸葉經過長久工序處裡，燃燒起來的味道與一般香菸差別很大，通常也較不容易留下如抽菸後的菸臭味。如果在館內抽香菸的話，香菸二手菸的味道會破壞欣賞品味雪茄味道的樂趣。某甲仔細聞了空氣中瀰漫的雪茄味道，的確與一般香菸二手菸的味道差別很大，某甲也開始用心向酒保請教並學習品味，而某甲也知道，酒保雖然是客氣地說「希望貴客們不要在這裡抽香菸」，但那其實也就是禁止抽一般香菸的意思了。而這樣的規矩，對於高級雪茄館來說，其實大多已經算是一種習慣或常識。

由以上這個趣味法律問題及情境敘述，我們可以重新思考關於「舉重以明輕」這樣的思考方式是否那麼理所當然？本文之後會深入探討，這邊可以先舉出些思考方向，例如：香菸與雪茄究竟類似與否？有哪些特質相似？哪些特質相異？輕重之間的標準何在？或者是在這個例子根本不適合講輕重？系爭場所規範之目的或理由何在？

趣味法律問題 2.（關於「舉輕以明重」）

我們再來思考一下這個問題，若某場所禁止家貓進入，那麼這個場所是否會禁止獅子進入呢？如果依照「舉輕以明重」的思考方式，家貓與獅子同屬食肉目貓科動物，獅子在體型上比家貓要大且重得多，當然危險性也大得多。那我們是否可以說：如果連家貓被禁止進入的話，「舉輕以明重」，獅子應該也會被禁止進入該場所？

當然，讀者們已經看過了前面那個趣味法律問題，可能會覺得事情未必那麼單純，或許有必要更小心謹慎地思考一下。促進思考正是本文提出這些趣味法律問題的初衷之一，就讓我們再看以下這個情境。

某乙十分愛貓，幾年前收養了一隻流浪貓，取名「小咪」，並加以細心照料，各種預防針劑都打過，平日餵食高級飼料，家裡也布置了許多供家貓玩樂的道具。某乙外出總喜歡帶著小咪，小咪很乖巧而黏人，也不太會亂咬人或亂抓傷人。而某乙在某流浪動物保護協會擔任志工，總帶著小咪在該處工作。某日，某乙有機會到動物園擔任志工，某乙就選了貓科動物區服務，畢竟愛貓的某乙對於威猛帥氣的獅子、老虎、獵豹等大型貓科動物，毫無抵抗力。與小咪如影隨形的某乙也想帶著小咪一起前往，但是服務工作須知上面有一條就寫明了：「禁止攜帶寵物」，某乙仔細想了想，也明白理解了動物園[3]有其考量，包括各種動物間傳染疾病問題，或小動物可能刺激到大型兇猛動物的問題等等。某乙只好把小咪留在家中，以其購入的最新型人工智慧[4]機器狗陪伴小咪。

在此，我們可以思考：動物園禁止攜帶寵物的目的或理由何在？家貓與獅子之間，有哪些特質相似？哪些特質相異？輕重之間的標準何在？或者是在這個例子根本不適合講輕重？

趣味法律問題 3.

韓忠謨教授在其著作中，有段有趣舉例：「同類者，例如修築馬路，法條上禁止牛馬經過，則象與駱駝自在禁止之列」[5]。牛馬象駝等動物，在現代的都市叢林中甚難想像，若在早年，一般來講，某路段禁止牛馬經過，大概也會禁止象駝等動物經過。然而，是否可能有其他狀況，使這樣的推論無法成立呢？

如果讓我們發揮一點想像力，以大象來說，某些國家觀光區域的某些路線就是供遊客騎乘大象觀光的，這些路段可能會禁止大象以外的動物行走經過，理由可能是維護觀光客及大象之安全、避免大象受到驚嚇、使觀光客能好好欣賞沿途風光等。

再者，關於駱駝，我們似乎更容易想像到某些情境，像是在乾燥的沙漠小徑，可能只有駱駝這樣耐旱的動物可以撐過路程，而牛馬無法耐住乾旱可能渴死，所以沙漠小徑可能會允許駱駝，而禁止牛馬經過。

這個趣味法律問題，也可以再次讓我們思考許多面向，牛馬象駝固然都是動物，某些也都有被用於搬運、騎乘等工作，但各種動物之間多少還是有其特殊之處，並非完全相同。值得我們思考的包括：牛馬象駝有哪些特質相似？哪些特質相異？系爭道路禁止牛馬經過之目的或理由何在？

貳 實務與學說見解簡介

以下簡要說明相關的實務與學說見解，依照王澤鑑教授的說明[6]，舉重明輕（Argumentum mariore ad minus），是一項法律邏輯的基本論證。而在法律邏輯上，除舉重明輕外，尚有舉輕明重（Argumentum mariore ad maius）。據王教授分析，實務上有認為舉重明輕係屬一種「解釋的原則」[7]，亦有認為「舉輕明重」係屬「法理」[8]，在論證上均屬「尚且……當然」的推論，仍在解釋的範疇，且屬於「論理解釋」。王教授並特別指出：舉重明輕或舉輕明重不僅是邏輯問題，而是一種具有目的性的論證方法，何者為重，何者為輕，應就法律要件與法律效果之間的關聯為法律上衡量的判斷。準此，依照王教授的說明及其所舉出的實務見解，王教授認為舉重明輕及舉輕明重，仍屬法律解釋之範疇，與「類推適用」屬於法律補充的領域，有所不同[9]。然而，舉重明輕或舉輕明重，似乎常已超出法律可能的文義範圍，是否仍屬法律解釋之範疇？值得加以探討。

據後來吳從周教授為文之說明[10]，德國學說上稱「舉重明輕」或「舉輕明重」為「輕重相舉之推論」或「當然推論」，德國通說認為其性質上係一種與類推適用、反面推論、目的性限縮並列之續造法律之論證方式，輕重相舉並不是在「可能文義範圍」內之解釋方式。輕重相舉之論證方式主要係基於平等原則（作為法理）之正義要求，相同事物應予相同處理，而要判斷是否為相同事物？就必須探討系爭法律規範目的，探求立法意旨等，在在都涉及法律及事理之評價，是一種以目的論為條件的法學論證方

（文轉三版）

註釋

1 本文特別強調：未達法定年齡請勿吸菸（或雪茄）、飲酒，依據資料指出吸菸（或雪茄）可能有害健康。本文舉例係為法律學術探討，絕無任何廣告或鼓勵吸菸（或雪茄）之意。

2 包括：風乾、發酵、揀選分類後再次發酵、陳化、再次分類、去梗、裁切捲製等。

3 例如臺北市立動物園之遊園須知中，就有規定禁止攜帶寵物進入園區。請參見其網頁說明，網址為：http：//www.zoo.gov.taipei/ct.asp?xItem=1103785&ctNode=30756&mp=104031。

4 英文為：Artificial Intelligence，常簡稱為AI。

5 韓忠謨，刑法原理，頁 68。本文因寫作需要，僅引用韓教授部分文例作為趣味法律問題之案例，若要瞭解其完整內容，避免斷章取義，仍請讀者參閱原著。

6 請參照：王澤鑑，〈舉重明輕、衡平原則與類推適用〉，民法學說與判例研究第八冊，2000 年 3 月出版，頁 10 至 15。

7 舊制行政法院 72 年判字第 2255 號判決，同註 6，頁 12 至 13。

8 司法院大法官釋字第 182 號解釋，同註 6，頁 13 至 14。

9 同註 6，頁 16。

10 請參照：吳從周，〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮〉，東吳法律學報第 18 卷第 2 期，接受刊登日：2006 年 11 月 23 日，頁 120 至 124。

11 同前註。

JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每週 全年 費用新 如 蒙 請郵 帳 5005 帳 司法院

（文接二版）

式。而輕重相舉及類推適用均須探求立法意旨及目的，才能妥適評價判斷構成要件與法律效果的輕重寬嚴等。而德國學說多認為「輕重相舉」是「類推適用」之一種特殊型態，兩者其實難以嚴格區分[11]。

德國學者 Arthur Kaufmann 認為：「輕重相舉之推論也屬於類推」，並將類推、反面推論與法官續造法律等三者並列為填補漏洞之方法[12]。本文贊同德國學者 Arthur Kaufmann 之見解，輕重相舉與類推適用乃基於平等原則之正義要求已如前述，且輕重相舉及類推適用均已超出法律文義解釋之範疇，兩者之論證方式非常類似，而輕重相舉乃是類推適用的一種。而且，好好論述區分解釋與類推的界線，也可以好好思考立法、司法的任務與界限，超過解釋範圍的，就用類推適用等方式，可以讓立法者有修法的動力，也可避免司法過度承載立法規範不足產生的問題。

拉丁法諺有云：「Ubi eadem ratio, ibi idem jus; et de similibus est Judicium」（在同一理由應適用同一法律下；類似事項應予類同判決）[13]。這樣的原則其實是體現在舉重明輕、舉輕明重及類推適用等。

在此，讓我們看一下 83 年度台上字第 2701 號判例要旨：「鄰地所有人知悉土地所有人越界建屋而不即提出異議者，依民法第七百九十六條但書之規定，尚得請求土地所有人購買越界部分之土地，舉重以明輕[14]，不知情而得請求移去或變更建物之鄰地所有人，當然更得不請求土地所有人移去或變更建物而請求其以相當之價額購買越界部分之土地。」依照王澤鑑教授之分析說明，鄰地所有人所以不得請求土地所有人移去或變更建物，係基於權利濫用，而「權利濫用」與「知悉越界建築而不提出異議」，規範意義不同，難以比較其輕重。若採舉重明輕，則本件將屬民法第 796 條規定的「解釋」，顯然忽略了此係適用民法第 148 條而生的「善後」問題，本非屬民法第 796 條規定的適用範疇。就方法論而言，本件係法律漏洞及其填補的問題，即因適用民法第 148 條規定使鄰地所有人不能請求移去或變更建物，致發生鄰地所有人得否請求土地所有人價購越界部分土地的問題，屬於造法層次[15]。

王教授並在文章稍後進一步說明：最高法院係以衡平原則支持（或強化）民法第 796 條規定的類推適用。但王教授該文認為衡平原則係針對個案，非在提供一般性規範，其本身不足作為填補法律漏洞的手段，亦不得以之作為類推適用的依據[16]。

準此，修改法律來明確規範，或許是解決此項爭議之最佳方法。民國 98 年 1 月 23 日總統華總一義字第 09800018501 號令公布修正民法部分條文，其中包括新增民法第 796 條之 1、第 796 條之 2 等條文，新增之民法第 796 條之 1 第 1 項及第 2 項分別規定：「土地所有人建築房屋逾越地界，鄰地所有人請求移去或變更時，法院得斟酌公共利益及當事人利益，免為全部或一部之移去或變更。但土地所有人故意逾越地界者，不適用之。」「前條第一項但書及第二項規定，於前項情形準用之」。

新增民法第 796 條之 1 之立法理由為：「對於不符合第 796 條規定者，鄰地所有人得請求移去或變更逾越地界之房屋。然有時難免對社會經濟及當事人之利益造成重大損害。為示平允，宜賦予法院裁量權，爰參酌最高法院 67 年台上字第 800 號判例，由法院斟酌公共利益及當事人之利益，例如參酌都市計畫法第 39 條規定，考慮逾越地界與鄰地法定空地之比率、容積率等情形，免為全部或一部之移去或變更，以顧及社會整體經濟利益，並兼顧雙方當事人之權益。但土地所有人故意逾越地界者，不適用上開規定，始為公平，爰增訂第 1 項。」「土地所有人如因法院之判決，免為全部或一部房屋之移去或變更者，為示平允，宜許鄰地所有人對於越界部分之土地及因此形成之畸零地，得以相當之價格請求土地所有人購買，如有損害，並得請求賠償，爰增訂第 2 項準用規定」。

參 趨味法律問題之再探討

本文前面介紹了「舉重明輕」、「舉輕明重」相關的學說與實務上見解，並說明本文贊同德國學者 Arthur Kaufmann 之見解，即「舉重明輕」、「舉輕明重」，或說「輕重相舉」，乃屬於類推適用，已經超過文義解釋之可能範圍，屬於造法層次。以下就讓我們再來回顧一下本文前面的趨味法律問題。

一、關於趨味法律問題 1.

若係一般之吸菸區域，不會嚴格區分雪茄與香菸，大多會一併允許。

而若前述情境中之高級雪茄館僅揭露規則 R1：「允許在該館抽雪茄」，如果我們認真思考的話，雪茄之文義解釋範圍並不包括香菸，故無法由法律解釋層次知悉該雪茄館是否允許抽香菸。接下來若要探討是否可將該規則類推適用於香菸？就必須先了解該規則之規範目的。若該雪茄館允許抽雪茄係為了讓喜好品味雪茄之人可以好好欣賞品味雪茄之香氣等，並營造該館繚繞雪茄菸霧之氣氛。而雪茄與香菸之差異已如前所述，兩者在燃燒之味道有很大的差異，二手香菸的味道可能會影響品味雪茄，所以此規則 R1 無法類推適用於香菸。

從這樣的分析，我們可以瞭解到，分析規則是否適用之重點不在於物理性質上的輕重，或感覺上的輕重，而在於平等原則之要求，即相同事物同等對待，不同事物不同對待。論述重點在探求規範目的，妥適評價究係相同或不同事物。

二、關於趨味法律問題 2.

此趨味法律問題，因場所之不同，可能有不同之規範目的。若係購物商場，禁止家貓進入的規範目的可能係安全或衛生等考量，

若該場所係動物園，其禁止家貓等寵物進入之規則，規範目的可能包括避免各種動物間傳染疾病，或小動物可能刺激到大型兇猛動物的問題等等。然而，獅子本來就關養在動物園的猛獸區內。若係來客欲攜帶其自行飼養的寵物獅子要進入動物園，則該寵物獅子其實也是寵物的文義範圍內，應在禁止之列[17]。基本上法律文義解釋範圍內就可以解決的問題，不需要[18]使用「舉重明輕」、「舉輕明重」。

在此趨味法律問題中，趨味性質較高，本文並沒有把規則及場所等寫得很清楚明確，主要係以趨味促進思考，請讀者見諒，可不須太過嚴肅看待。

三、關於趨味法律問題 3.

此趨味法律問題其實是因為原來的文字敘述固然甚為文雅簡潔，但可能過於簡短，沒有充分考慮到各種可能的狀況，例如不同地區的不同道路，各種動物的特殊性等等，當我們仔細去思考各種可能性之後，就會有很多思考討論的空間。而本文在前面也舉出了騎乘大象的觀光道路、沙漠中供駱駝行走的小徑等例子，顯出各種不同狀況下可能有不同規範目的，各種動物的特性也就可能須做不同的評價判斷。

申言之，某些國家觀光區域的某些路線就是供遊客騎乘大象觀光的，這些路段可能會禁止大象以外的動物行走經過，理由可能是維護觀光客及大象之安全、避免大象受到驚嚇、使觀光客能好好欣賞沿途風光等。此際，此處規範可能是「禁止大象與人類[19]以外的動物經過」，則牛馬被禁止經過，是文義解釋的結論，也符合目的解釋。

再者，關於駱駝，在乾燥的沙漠小徑，可能只有駱駝這樣耐旱的動物可以撐過路程，而牛馬無法耐住乾旱可能渴死，所以沙漠小徑可能會允許駱駝，而禁止牛馬經過。此處的規範可能是「僅允許耐旱馱獸經過」，故禁止一般牛馬經過，也是文義解釋之結論，也符合目的解釋。

以上各個趨味法律問題，主要目的都是在以趨味促進思考，可能有諸多不清楚、不明確等問題，尚請讀者見諒。

肆 最高法院相關裁判之簡要研究分析

經過了前面的說明，以下就來探討分析一些最高法院的判決，希望能對法律的不斷發展做些貢獻。

一、81 年台抗字第 412 號民事判例[20]

判例要旨為：「給付之訴含有確認之訴之意義在內，從而給付訴訟應適用簡易訴訟程序者，依舉重以明輕之原則[21]，其確認訴訟亦應適用簡易訴訟程序。故民事訴訟法第四百二十七條第二項第六款所定：『本於票據有所請求而涉訟者』，應包括確認票據債權存在或不存在之訴訟在內」。

本文之淺見，此判例要旨的論證方式可分析敘述如下：

1. 給付之訴包含有確認之訴的性質。

2. 關於本於票據有所請求的給付之訴，依法[22]規定應適用簡易訴訟程序。

3. 那麼，關於票據債權存在與否的確認之訴，也應該適用簡易程序。

而其中 1.、2. 兩點的先後順序其實是可以互換的，這個論證形式類似三段論法，重點在於給付之訴包含有確認之訴的性質，從這個判例最後的用詞是 ──「應包括」確認票據債權存在或不存在之訴訟在內 ──，判例傾向認為此論證仍在法律條文文義解釋之範圍內，前開法條所稱「本於票據有所請求而涉訟者」，並未嚴格限制在給付或確認訴訟之類型，解釋上本有空間，可以文義解釋、目的解釋來處理。而本判例把舉重明輕當作一種法律原則來使用，也是實務上常見的用法之一。

本文見解[23]，則建議在此判例之情況，並不需要用到舉重明輕，可避免徒增混淆之困擾。前述 3 點所分析的論述方式，應該已經可以解決這個問題。

（下期待續）

（作者為南投地檢署檢察官）

註釋

12 同前註。
13 同註 6，頁 70 至 71。
14 底線為本文所添加。
15 同註 6，頁 16。
16 同註 6，頁 45。
17 這樣的解釋在文義解釋範圍內，也符合目的解釋。
18 本文建議也不應使用，以免又混淆解釋與類推之分界。
19 大象與人，可能均限於有取得允許者。
20 最高法院 81 年度台上字第 2555 號判決要旨與此判例內容甚為相似。
21 底線為本文所加。
22 即判例所舉之民事訴訟法相關條文。
23 即舉重明輕、舉輕明重屬於類推適用，已超過可能文義範圍。