

第

5

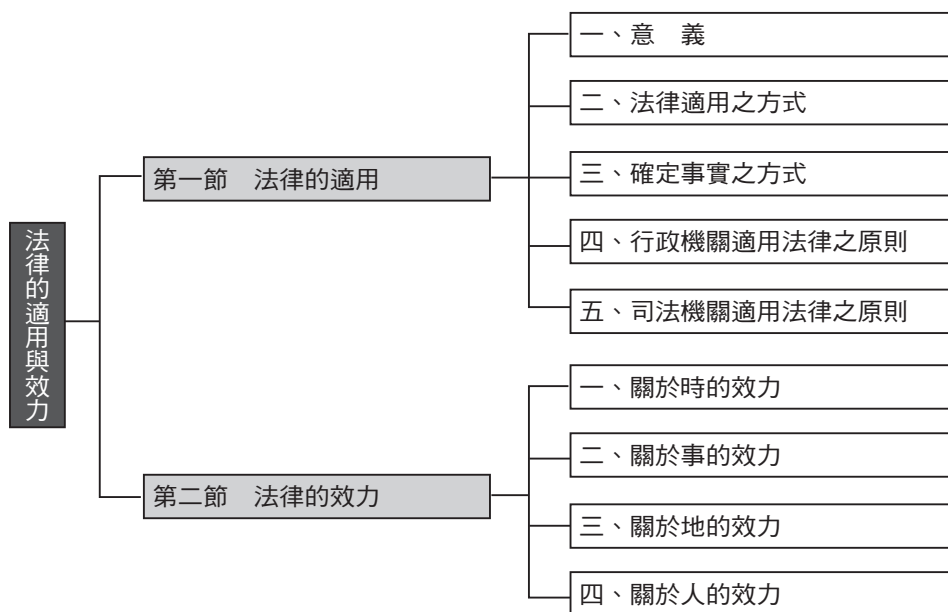
章

法律的適用與效力

本章學習重點

1. 推定與擬制。
2. 行政機關和司法機關適用法律之態度。
3. 法律不溯及既往原則。

本章大綱



內文教學區

第一節 法律的適用

一、意 義

法律適用係指將抽象的法律規定，適用具體的社會現象，即對某種具體事實引用法律條文，使生某種法律效果之過程所以，對於某種具體事實，引用法律條文，以便演繹某種法律效果之過程，便是法律適用。簡單的說，即係對個別具體之社會事實，引用抽象之法律規定，使之產生一定之法律效果，是謂法律的適用。中央法規標準法關於法規之適用，其相關的規定有：

(一) 特別法優於普通法，前特別法優於後普通法

依照中央法規標準法第 16 條：「法規對於其他法規所規定之同一事項，而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」

(二) 法規修正後之適用或準用

依照中央法規標準法第 17 條：「法規對於某一事項，規定適用或準用其他法規之規定者，其他法規修正後，適用或準用修正後之法規。」

(三) 從新從輕（優）原則

依照中央法規標準法第 18 條：「各機關受理人民聲請許可案件，適用法規時，除依其性質應適用行為時之法規外，如在處理程序終結以前，據以准許之法規有變更者，適用新法規。但舊法有利於當事人，而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規。」

(四) 法規適用之停止或恢復

依照中央法規標準法第 19 條：「法規因國家遭遇非常事故，一時不能適用，得暫停適用其一部或全部。法規停止或恢復適用之程序，準用本法有關法規廢止或制定之規定。」

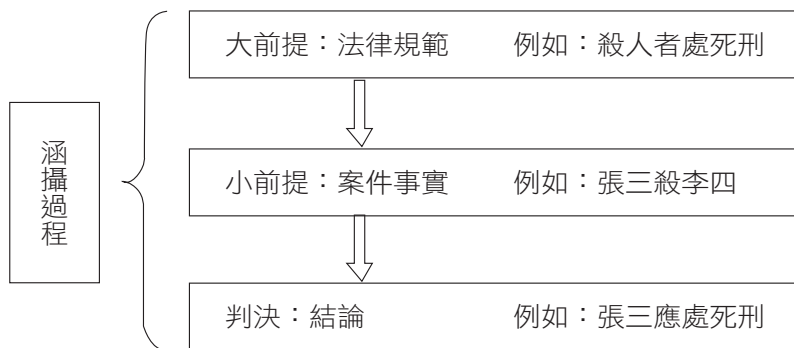
惟應注意的是，法律的適用與準用之間有所區別，適用為法律之運用

過程，務必於確定事實後而對法律運用之；而準用為立法技巧，為謀立法上之便宜，法律為了避免重複規定以求精簡，乃規定將來某種具體事實，間接引用其已有明文規定之相類似具體事實所適用之法律規定。

二、法律適用之方式

應依邏輯學上之三段論法為之，即以法律為大前提，以具體事件為小前提，而推得其結論。簡單的說，就是先搞清楚大前提，也就是法律到底規定了什麼。然後在搞清楚小前提，亦即到底發生了什麼事情。最後才能做出判斷，判斷本案適不適合用那一條法律。將具體的案例事實，置於特定法律要件之中，以獲得一定之結論，這段過程稱為「涵攝」。

例如：刑法規定殺人者處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑（大前提），今有某甲殺人之事實（小前提），故某甲應處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑（結論）。



雖然這個過程好像很標準，但實際上一個個案到底是不是用該法條，往往是不清楚的。所以實際適用時，有時候可能得先搞清楚事實，再從事實的關係中想想是不是該法條想要規範的。

三、確定事實之方式

一般法律條文須先透過解釋方法確定其真義，屬於法律解釋之問題，事實之確定以證據為基礎，但證據之尋求往往不易，法律乃有凡主張有利於己之事實者，應負舉證責任之規定，如民事訴訟法第 277 條：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別

有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」但證據之真偽常因時間等因素難以辨明，故尚須採推定、視為以及法定證據三種。

(一) 推 定

法律的推定，是指對於某種事實之存在或不存在，因無顯明之證據，基於公益需要、簡化法律關係，而就事實存在或不存在先為之假設規定。例如：民法第 1063 條第 1 項：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生之子女為婚生子女。」但此推定若有反證，自可推翻。所以民法第 1063 條第 2 項，前項推定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴。須注意者為，推定可以反證推翻。

(二) 視為（擬制）

為法律上不動的推定，是指基於公益上之需要，對於某種事實之存在或不存在，依據法的政策，而為之擬定，不容許以反證推翻，法文中會使用「視為」之字樣。採用擬制之規定，通常是確認一非真實存在之事實，從而就特定事件得出根本不存在之法律效果。縱與真的事實相反，亦不容舉反證推翻。如民法第 80 條：「前條契約相對人（指與限制行為能力人訂立契約之人），得定一個月以上之期限，催告法定代理人，確答是否承認。於前項期限內，法定代理人不為確答者，視為拒絕承認。」於此若超過期限不問法定代理人之原意為何，概以「拒絕」處理；民法第 154 條第 2 項規定：「貨物標定賣價陳列者，視為要約。」；民法第 7 條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」

綜合以上所敘述，推定與視為須法有明文規定者為限，但推定可舉反證推翻之，而視為（擬制）則不可舉反證推翻。

(三) 法定證據

即指關於事實之確定，以法律定其證據者，稱之。如民法第 4 條：「關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不符時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以文字為準。」

經典試題

- () 1. 將抽象之法律規範應用於具體之社會事實，稱之為下列何者？
 (A) 法律之制裁 (B) 法律之適用
 (C) 法律之效力 (D) 法律之分類
- () 2. 下列何者係將抽象之法律規範應用於具體之社會事實？
 (A) 法律之分類 (B) 法律之效力
 (C) 法律之適用 (D) 法律之體
- () 3. 依中央法規標準法規定，適用法律應注意：
 (A) 特別法優於普通法適用，從新從優原則
 (B) 普通法優於特別法適用，從舊從重原則
 (C) 普通法優於特別法適用，從新從優原則
 (D) 特別法優於普通法適用，從舊從重原則
- () 4. 下列何者為中央法規標準法所規定之適用原則？
 (A) 特別法優於普通法之原則 (B) 從新從重原則
 (C) 罪刑法定原則 (D) 一事不再理原則
- () 5. 訂定行政規則，在性質上屬於下列何者？
 (A) 立法行為 (B) 司法行為
 (C) 法律適用行為 (D) 行政處分
- () 6. 法律為了避免重複規定以求精簡，乃規定將來某種具體事實，間接引用其已有明文規定之相類似具體事實所適用之法律規定。此種立法技術稱為：
 (A) 適用 (B) 準用
 (C) 視為 (D) 推定
- () 7. 法律適用三段論中的小前提，所指為下列何者？
 (A) 法律規範 (B) 具體事件
 (C) 涵攝過程 (D) 最後結論
- () 8. 下列對於法律三段論法的說明，何者錯誤？
 (A) 至三段論法係邏輯學上的推論規則
 (B) 操作法律三段論法時，並不涉及到涵攝作用
 (C) 事實為小前提
 (D) 法規為大前提
- () 9. 法律適用過程中，將具體的案例事實，置於特定法律要件之中，以獲得特定之結論。此稱為
 (A) 準用 (B) 外延
 (C) 涵攝 (D) 舉例
- () 10. 下列關於「推定」之陳述，何者錯誤？

- (A) 可倒置舉證責任
 (B) 受不利推定之一造可舉反證排除之
 (C) 法律之用語稱「視為」
 (D) 受有利推定之一造於他造舉反證前，毋庸舉證
- () 11. 法律基於公益需要、簡化法律關係，而就事實存在或不存在先為之假設規定。稱為：
 (A) 擬制 (B) 反致
 (C) 推定 (D) 目的限縮
- () 12. 對於某種事實的存在與否，法律依一般之常理予以推論認定，但容許主張者舉反證推翻之者，稱為：
 (A) 適用 (B) 準用
 (C) 視為 (D) 推定
- () 13. 法律條文如有「視為」之字樣者，其與「推定」之區別何在？
 (A) 可舉反證推翻 (B) 須經公證始生效力
 (C) 需另補充書證始生效力 (D) 不容舉反證推翻
- () 14. 若基於公益上之需要，對於某種事實之存在或不存在，依據法的政策，予以擬定，不容以反證推翻之者，法律條文上常用的文句是：
 (A) 推定 (B) 不在此限
 (C) 視為 (D) 亦同
- () 15. 下列關於「擬制」之敘述，何者為何確？
 (A) 乃在倒置舉證責任
 (B) 擬制乃真實發生有該等之事實
 (C) 法律之用語稱「視為」
 (D) 受不利推定之一造可舉反證以排除之
- () 16. 藉法律規定，確認一非真實存在之事實，從而就特定事件得出根本不存在之法律效果。此種方法稱為：
 (A) 推定 (B) 類推
 (C) 擬制 (D) 反面解釋
- () 17. 民法第 154 條第 2 項規定：「貨物標定賣價陳列者，視為要約。」此處所稱之「視為」可否證據推翻之？
 (A) 可以 (B) 不可以
 (C) 視情況而定 (D) 由法官決定
- () 18. 胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護應如何呢？
 (A) 視為既已出生 (B) 推定既已出生
 (C) 視為完全行為能力人 (D) 推定完全行為能力人

- () 19.民法第 7 條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」此處之「視為」即係為：
- (A) 擬制 (B) 推定
(C) 臆測 (D) 判決
- () 20.有關「推定」與「擬制」的敘述，何者正確？
- (A) 推定可以舉反證推翻之，擬制不可
(B) 擬制可以舉反證推翻之，推定不可
(C) 二者均可以舉反證推翻之
(D) 二者均不可以舉反證推翻之

四、行政機關適用法律之原則

(一) 積極依法行政

有三項特色，表現在行政機關積極主動這方面，分別敘述之。

1. 主動適用法律，應無待請求，亦即應適用者雖無人民請求，亦須適用；不應適用者雖有人民請求，亦不得適用。亦有基於人民請求始得適用者，例如：訴願。2. 適用法律得自由裁量，亦即行政機關在不牴觸憲法情形下，有廣泛的裁量權。3. 適用法律得隨時發布命令，亦即行政機關適用法律時，得依據法律另訂施行辦法或施行細則，以為補充。

(二) 在消極被動方面

有兩項特色，表現在行政機關消極被動這方面，分別敘述之。

1. 適用法律應遵循依法行政原則，依法行政為近代民主法治國家行政權運作之基本規範，故行政機關自應依法行政，即應遵守「法治行政」、「依法平等」、「依法限制」、「依法裁量」、「依法負責」等原則。簡言之，即依法行政，遵守原則性之規定。2. 適用法律應受到上級之指揮監督，依照公務員服務法第 2 條，長官就其監督範圍以內所發之命令，屬官有服從之義務；但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述（另請參見公務人員保障法第 17 條所規定之報告義務）。

五、司法機關適用法律之原則

(一) 不告不理

不論何種案件，非經合法之起訴，則法官縱明知有違法之案件，

亦不得自動審理。在民事須經原告之請求，或被告之反訴；在刑事須經檢察官之公訴，或被害人之自訴，司法官始得審理，否則無適用法律而為裁判之餘地。例如：1. 地方法院刑事庭的法官私下知悉鄰居販毒，應向檢察官告發由檢察官提起公訴，法院方得受理而為裁判。2. 某大學發生校園溜鳥事件，即使有論者主張該行為已觸犯刑法公然猥褻罪，但基於不告不理原則，非經檢察官提起公訴，法院不得審判。

（二）一事不再理

凡案件一經判決，即有確定之效力，判決之法院，對於同一案件，即不得再予審理。當事人對於已受判決之事項，亦不得再行起訴。判決須經過上訴期間而未上訴時，始發生判決確定之效力。例如：民事訴訟法第 253 條規定：「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴。」

但此原則亦有例外，依其原因可分三種情況。其一為，特定之法定原因。參見刑事訴訟法第 420 條至 422 條等規定，例如：因發現確實之新證據等情況；以及民事訴訟法第 496 條至第 498 條等規定，例如：適用法規顯有錯誤等情況。其二為，提起非常上訴者。此情況主要是指，刑事訴訟法第 441 條，判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴。其三為，在國外之審判。依照刑法第 9 條，同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。

（三）不得拒絕審判

依照我國憲法第 16 條規定，人民有請願、訴願，及訴訟之權。訴訟為人民之一種公權（訴訟基本權），法官不能剝奪之。但若遇法律不明時，則應運用解釋技術，以確定其義，不得以法規未規定而拒絕審判。但須注意的是，民刑事應異其適用。刑事依刑法第 1 條的罪刑法定主義，法律未規定，應即宣告無罪，不能證明被告有罪者，亦同。例如：法官於審判時，雖有懷疑，但不能證明被告有罪，應宣告被告無罪。民事依民法第 1 條的法律適用順序，亦即無法律則依習慣、法理。

（四）不得拒絕適用法律

法律之正當與否屬立法權之範圍，法官不得以法律之不善不正為理由而拒絕適用，否則易生流弊。但法官若遇法律違憲應裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋（釋字第 371 號）。

（五）獨立審判

係指法官審判案件，不受任何外力干預，而影響其審判意旨。不受行政機關之干涉，上級法院亦不得干涉。司法獨立主要內容包括實質獨立、身分獨立、內部獨立與集體獨立。

1. 實質獨立

指法官依據法律獨立審判，不受任何干涉，我國憲法第 80 條規定：「法官需超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」即為此意；法官實質獨立之重點在於法官之裁判只受憲法與法律之拘束，不受法院院長之行政拘束與行政機關之意志拘束。當法官發覺行政機關之行政釋示違憲或違法時，得依據法律表示其合法適當之見解。

2. 身分獨立

對於法官之職位與薪給予以特別之保障，使其無後顧之憂，一般亦稱為法官之身分保障，例如：我國憲法第 81 條規定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸。」即是為了使法官無所憂慮，為其所應為而設計；由於法官之身分獨立，尤其我國法官具有終身職之保障，除非有法定事由，不得免職、停職、轉任或減俸，因此法官在裁判之時更能不受干涉，無須擔憂生活所需。

3. 內部獨立

是有關於司法行政之監督與法院內部事務之管理，由法官自治，一方面強化法官之自治，減低司法行政上之權威色彩，另一方面要求法官之自律，以提升法官素質，淨化司法風氣。

4. 集體獨立

就司法權整體來看，司法權與其他國家權力間的互動關係應為獨立，換句話說，司法權在人事、預算等軟硬體需求互動間，應該在政治間的角力中，取得司法最大的集體獨立；其中尤其是關於司法預算的部分，憲法增修條文第 5 條規定，司法預算由行政權形式上提出預算，交由代表民意機關之立法權加以審查，而行政權僅為轉手之過程，應頗能符合司法獨立之要求。

（六）審判須在法庭公開為之

依照法院組織法第 84 條規定，法庭開庭於法院內為之。並依法院組織法第 86 條，訴訟之辯論及裁判之宣示，應公開法庭行之。

但有妨害國家安全、公共秩序或善良風俗之虞時，法院得不予公開。

經典試題

- () 1. 下列何者非行政機關適用法律之原則：
 - (A) 依法行政原則
 - (B) 為執行法律得發布命令
 - (C) 不告不理原則
 - (D) 服從上級機關或長官指示
- () 2. 下列何者是行政機關適用法律的原則？
 - (A) 依法獨立審判
 - (B) 不告不理
 - (C) 積極依法行政
 - (D) 只能依據法律不能制頒命令
- () 3. 下列何者不屬於行政機關適用法律的原則？
 - (A) 受上級指揮監督
 - (B) 適用法律時可以發布命令
 - (C) 不告不理
 - (D) 依合義務性裁量
- () 4. 行政機關適用法律應注意下列何種原則？
 - (A) 不告不理
 - (B) 無待請求
 - (C) 公布法律
 - (D) 獨立審判
- () 5. 行政機關適用法律之原則為：
 - (A) 應採取不告不理原則
 - (B) 適用法律應受上級之指揮監督
 - (C) 只能依據法律不得發布命令
 - (D) 只能適用法律不得自由裁量
- () 6. 以下何者非屬司法機關所適用法律之原則？
 - (A) 不告不理
 - (B) 一事不再理
 - (C) 適用法律，應無待請求
 - (D) 不得拒絕審判
- () 7. 下列何者是司法審判機關適用法律的原則？
 - (A) 無法律規定即可拒絕審判
 - (B) 必須受上級指揮監督
 - (C) 當事人未起訴事項，基於公平正義仍須加以審理
 - (D) 不告不理
- () 8. 「不告不理」原則是司法機關適用法律的原則。它：
 - (A) 僅適用於民事案件
 - (B) 僅適用於刑事案件
 - (C) 僅適用於部分之刑事案件
 - (D) 適用於所有的訴訟案件
- () 9. 法官縱知有民事糾紛存在或犯罪存在，但未經合法起訴，亦不得自動審理之原則為：
 - (A) 告訴乃論原則
 - (B) 不告不理原則
 - (C) 法律不溯既往原則
 - (D) 一事不再理原則

- () 10. 法院適用法律完全處於被動，非經當事人請求，不得對法律爭議逕為裁判，此一原則稱為：
- (A) 一事不再理原則 (B) 不告不理原則
(C) 罪刑法定主義 (D) 審判獨立原則
- () 11. 依法律之適用原則，非經當事人之請求或檢察官之起訴，則法官不得自行審理是為：
- (A) 告訴乃論 (B) 不告不理
(C) 不溯既往 (D) 一事不再理
- () 12. 地方法院刑事庭的法官私下知悉鄰居販毒，下列何種處理方式為合法？
- (A) 主動直接開庭審理判決
(B) 向檢察官告發由檢察官提起公訴，法院方得受理而為裁判
(C) 不須經檢察官提起公訴，主動行使法官職權調查犯罪事實，若證據確鑿即審判
(D) 因須迴避，請法院同事主動直接開庭審理判決
- () 13. 某大學發生校園溜鳥事件，即使有論者主張該行為已觸犯刑法公然猥褻罪，但非經檢察官提起公訴，法院不得審判，係基於下列何種原則？
- (A) 信賴保護原則 (B) 罪刑法定原則
(C) 不告不理原則 (D) 誠信原則
- () 14. 法院受理案件，一經裁判確定，當事人即不得對之再為同一訴訟。此即所謂：
- (A) 訴外裁判 (B) 不告不理
(C) 拒絕適用法律 (D) 一事不再理
- () 15. 當事人對於已受判決確定之事項，不得再行起訴，此為下列何者？
- (A) 既判力效力原則 (B) 告訴乃論原則
(C) 一事不再理原則 (D) 拒絕審判原則
- () 16. 民事訴訟法第 253 條規定，當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中更行起訴。此規定為何種原則之例？
- (A) 一罪不二罰原則 (B) 當事人恆定原則
(C) 無罪推定原則 (D) 一事不再理原則
- () 17. 對於任何訴訟案件，遇有法律規定不明時，法官應如何審理？
- (A) 得置之不理 (B) 得拒絕審判
(C) 運用解釋，闡明法之意義 (D) 逕行駁回
- () 18. 下列何者非司法機關適用之原則？

- (A) 不告不理
(B) 法官得以法律未規定而拒絕審判
(C) 一事不再理
(D) 依法審判
- () 19. 下列原則何者為非？
(A) 特別法優於普通法原則 (B) 後法優於前法原則
(C) 從新從輕原則 (D) 罪刑意定原則
- () 20. 法官於審判時，雖有懷疑，但不能證明被告有罪，應：
(A) 宣告被告無罪
(B) 適用「罪疑惟輕」，減輕被告刑罰
(C) 引用習慣法或法理，據以審判
(D) 中止審判，提請大法官會議解釋
- () 21. 法院對於民事問題的審斷，應依下列為標準？
(A) 憲法、法律、命令 (B) 法律、習慣、法理
(C) 法律、民情、禮節 (D) 誠信、公序、良俗
- () 22. 下列何者不屬司法機關適用法律之原則？
(A) 法院認定法律違憲時，得逕為違憲之宣告而不適用
(B) 法院不得就未經請求之事項加以裁判
(C) 法院不得以法律不明拒絕裁判
(D) 法院依據法律獨立審判，但不以形式意義之法律為唯一依據
- () 23. 下列何者非司法機關適用法律之原則？
(A) 不告不理原則 (B) 法院有權拒絕審理案件
(C) 一事不再理原則 (D) 法官依據法律獨立審判
- () 24. 依據法律獨立審判，當法官發覺法律違憲時，則下列何者是正確的作法？
(A) 可宣告違憲並拒絕適用
(B) 無權逕行拒絕適用，但可聲請釋憲
(C) 可逕行拒絕適用
(D) 可宣告違憲，但尚不能逕行拒絕適用
- () 25. 憲法第 80 條：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」當法官發覺行政機關之行政釋示違憲或違法時，下列何者是正確作法？
(A) 可宣告違憲，但尚不能逕行拒絕適用
(B) 可宣告違憲
(C) 無權逕行拒絕適用
(D) 得依據法律表示其合法適當之見解