

釋字第六八七號解釋部分不同意見書

大法官 許宗力

大法官 林子儀

本件涉及法官以最高法院判例為對象，向本院聲請解釋，應否准許之問題。多數意見就此僅表示其與釋字第三七一號及五七二號解釋所定要件不合，應不受理，然善解其意，背後之理據可能係認：判例的拘束力不能與法律等同視之，即判例應僅具事實拘束力，縱使判例具有法律上之拘束力，也僅能相當於命令。是法官「不得」就判例聲請解釋的另一面，其實是指法官「毋庸」就判例聲請解釋，僅須詳述理由後不予援用——正如依釋字第一三七號、第二一六號解釋，法官對命令得本於篤信表達適當之法律見解。其次，法官對判例的歧見，無論有無涉及憲法問題，性質上均屬於普通及行政法院內部上下級法院間的見解歧異，理應由最高法院及最高行政法院加以統一，即由下級法院法官於判決理由中說服上級審，最終循判例變更之管道予以變更，而無由本院介入之理——正如統一解釋僅能就不同審判系統之見解歧異而為聲請，至於個別審判系統內部的歧異，應委由最高或最高行政法院予以統一。

上述論理有其見地，但基於以下理由本席等未能贊同：承襲林子儀大法官所提出，本席與楊仁壽大法官加入的釋字第五七六號解釋協同意見書之一貫見解，本席等須重申現行判例制度本身即有相當之違憲嫌疑。然姑不論其制度缺陷，現行判例無疑具有充分之法律拘束力，而非事實上的制約而已。我們因此應在判例具有法律效力的前提下，仔細思考對判例的違憲審查機制的最適安排。容許法官針對判例聲請解釋，並非在應然面肯定判例之效力與法律相當，而是誠懇地面對實然面的需求，蓋倘非如此，下級法院法官對於判例之

違憲審查義務，幾乎不可能是有意義的憲法要求。

多數意見即使不採本席等之立場，若至少能釐清其理據，本席等或尚勉能異中求同，但其卻在失之形式的結論之外，別無說理，本席等實感遺憾之至，爰提一部不同意見書如下：

一、 我國判例制度之再思考

（一）在審判獨立與法安定性之間

抽象而言，上級法院（在本文中特別是指最高法院及最高行政法院）於個案裁判所表達之法律見解，在判決之個案外，是否應對下級法院法官具有拘束力？如是，係基於何種理由？應在何種範圍內、以什麼方式拘束下級法院的法官？這個問題涉及調和「審判獨立」以及「法安定性及統一」這二組互有緊張關係的憲法要求，在更深刻的層次上，也是在探尋審判權的本質、與法官在民主憲政、權力分立的圖像中所應有的定位。一方面，法院體系面對人民時應是一個整體，有義務維持法安定性、判決的預測可能性，以及相同個案之間的平等，判決彼此之間應具有延續性。就此而言應透過制度安排，使上級法院肩負統一法律見解的功能，並藉由其判決對下級法院見解的拘束力，來達成司法體系內部的整全性、一致與平等。但另一方面，審判權受民主權力的支配，法官須依據具有民主正當性的憲法與法律獨立審判，也「僅應」受憲法及法律之拘束審判。就此而言，如上級審法院裁判具有超越其本案之外的、抽象的、一般的拘束力，而能「穿透」下級審的個案見解，似乎將使審判權帶有立法權的性質，並進而干涉下級審法官之審判獨立。

德國法相當程度反映了偏重法官依法獨立審判的思維，德國法院法官有義務依其法之確信獨立裁判(Art.20 Abs.3, Art.97 Abs.1 GG)，最高法院¹之判決先例既非法律，下級法院法官原則上自不受其拘束。但基於種種不同考慮，例如或為了維護判決的一致性與延續性，或考慮到倘作成與上級審法院判決先例歧異的判決，當事人勢必會尋求上級審救濟，其判決最終還是會被撤銷，且徒然增加人民的訟累，或為了減輕法院的工作負擔，或者單純認為上級法院判決先例之說理具有說服力等原因，下級審法官一般而言均尊重上級審（特別是終審）法院的判決先例。但這些理由都不能構成法官偏離依法獨立審判的便宜藉口。基於法官依法獨立審判的思維，法官作判決時不僅須隨時審查有無判決先例存在，以及該先例是否適宜適用在其當前的個案，更重要的是，法官還須謹慎審查該判決先例是否正確，或隨社會情勢變遷，是否還站得住腳，可以支持²。總之，判決先例的「效力」是建立在法官的自我抑制與尊重之上，僅具事實上之拘束力，法官對於「自己的」法律爭議，最終仍必須由其自己負責解決，其裁判的依據就是憲法與法律，遇有判決先例，不得盲目遵循，其仍有義務在個案中忠實地根據憲法及法律規定，審查該先例是否正確，或是否仍可支持。如確信先例不正確，已不能支持，而仍盲目、愚忠地堅守，誠如 Germann 所言，反而是公然違法，架空法律本身所原具有捍衛法平等與法安定性的功能³。

¹ 最高法院在此係指德國各不同審判系統的最高層級法院，例如聯邦普通法院與聯邦行政法院。

² Vgl. Maurer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts III, §60 Rdn.102; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.303.

³ Vgl. Germann, Präjudizien als Rechtsquelle, S.43, zitiert bei Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.303f.

相較之下，遵循判決先例拘束原則(*stare decisis*)的美國聯邦法⁴則代表了強調判決延續性、一致性與個案平等的傳統。判決先例拘束原則包含垂直之拘束與水平之拘束，垂直之拘束指上級審法院對具體個案所為之判決拘束下級審法院，下級法院僅能藉由區別判決先例的主文、主要理由或旁論(*dicta*)等，劃定其拘束效力的射程範圍，或透過與判決先例所涉事實是否同一的區辨，來決定其是否拘束該案，但對於應受先例拘束的個案，則不能偏離判決先例而另為判決，下級審法官即使表明自己並不贊成先例，惟在上級審改變見解或法律變更前，別無選擇僅能依循先例判決。至於水平的拘束，則是判決先例拘束原則更核心的層面，也更貼近 *stare decisis* 一語—stand by the thing decided—的原意，但在我國卻更常被忽略，其指同一審級之法院受到自身先前判決之拘束⁵，除非法官在確信先例有誤的前提下，例外地自我推翻修正⁶。

(二) 我國判例制度

以上對於德、美判決先例效力的說明可能失之化約，實際狀況不免複雜許多，但以上制度的對照足供反思我國判例制度的正當性困境。首先，判例不同於一般判決先例，係經由繁複的程序擇取而來：依法院組織法第五十七條及行政法

⁴ 美國各州亦幾乎均有判決先例拘束原則的適用，唯一的例外是路易西安那州的民事法。Jordan Wilder Connors, Note, *Treating Like Subdecisions Alike: The Scope of Stare Decisis as Applied to Judicial Methodology*, 108 COLUM. L. REV. 681, 689 (2008).

⁵ See FREDERICK SCHAUER, THINKING LIKE A LAWYER: A NEW INTRODUCTION TO LEGAL REASONING, 36-37, 41-44 (2009).

⁶ 特別是在無法透過立法修正推翻時，法院會容許較高的自我修正的彈性。如美國聯邦最高法院的憲法判決，於 1987-97 年間，平均每年變更 2.55 個判決先例。Supra note 4, 690.

院組織法第十六條規定，判例係由最高法院或最高行政法院，就各該院所為之裁判，經最高法院之民、刑事庭會議或總會、最高行政法院會議決議，選取認有編為判例之必要者，報請司法院備查。其審查程序，以最高法院判例選編及變更實施要點為例，分為初審與複審。初審前由民、刑庭各庭庭長或法官五人精選裁判，經院長核可後刊司法院公報，而後由院長選定庭長法官若干人組成審查小組，交付審查小組決定取捨，小組提出審查報告敘明理由後送請院長核閱，而經小組選為判例初稿者，得為文字之修正。院長核閱後召開民、刑事庭會議或總會複審之，複審會議由庭長、法官三分之二以上出席，出席人以記名投票過半數之同意決議。最後經選編之判例應報請司法院備查，並由最高法院公告之。

經過以上司法行政程序選編、乃至文字修正的判例，具有高於一般終審法院判決先例的效力：最高法院及最高行政法院均以判例確認法院判決違背判例，亦屬裁判違背法令，得據以為上訴第三審或再審之理由（最高法院六十年台再字第一七〇號判例；行政法院六十二年判字第六一〇號判例參照）。刑事妥速審判法第九條亦將判決違背判例列為上訴第三審的特別事由。違背判例之判決，原則上只要上訴幾乎必然遭到撤銷；相較之下，與終審法院判決先例的見解歧異，不僅沒有類似違背判例的效果，甚至在當事人主張上級法院已有某判決對某爭點著有先例時，還可以該判決尚未選為判例，不拘束其他個案之法官為由，輕易予以拒卻。

最後，在形式上，判例雖然脫胎於判決，但均以高度抽象化的要旨形式傳布，法官在個案中所援用的是要旨、判決是否違背判例之認定主要亦係根據要旨，而不是原判決中所涉及的其他爭點。是嚴格說來，判例中真正具有高於一般判

決先例的效力範圍者，可能僅限於判例要旨而已⁷。正因判例已與個案事實分離，並且抽象化成一則則簡約的法律見解，它的存在與適用對法官而言才特別具有經濟便捷的效果，而釋字第一五四號解釋也才能著眼於判例的效力上的特殊性與抽象性，認為判例與一般判決先例不同，「在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據」，其「相當於法律或命令」，得為人民聲請憲法解釋之對象。

司法安定性與延續性的需求，對所有司法體系來說都是極為核心的價值，也是審判權正當性的基礎之一。這自是我國判例的制度初衷，也有其貢獻，但與德、美的制度傳統卻顯著不同。德、美傳統下的先例效力雖殊異，然基本上均是藉由上級法院對自身判決先例之尊重與自我拘束，以及其在個案判決中所表達的見解，對於下級法院構成事實上或法律上拘束力來達成，法安定性因此是附隨於個案審判權的行使所形成的秩序，判決先例是一整則具有事實的個案，先例與先例之間，或許隨爭點重要與否而有所謂指標案件(leading case)的形成，但並無效力上的不同。對比之下，我國判例與判決先例間的效力落差，欠缺理論基礎。從我國所近似的德國法觀點衡量，判例既不該如此重如泰山（有法之拘束力），衝撞審判獨立；判決先例更不該如此輕如鴻毛（偏離時毋庸負擔特別之說理義務），戕害法安定性與一致性。

更甚者，判例與判決先例效力之差異，是透過在審判之外的司法行政程序運作所致，其權力性質及正當性始終可疑。英美法系的裁判先例垂直拘束效力雖強，仍然是在不告

⁷ 最高法院新編之判例彙編，在楊院長仁壽的主持下，已將判決全文納入，這的確有助法官藉由對原因案件事實的掌握，而能更正確地適用判例，尤其是區辨判例是否應適用於待決案件，值得肯定。但編輯形式的變革並不影響其選編程序、以及判例要旨效力「高人一等」的事實。

不理的前提下，針對個案事實及爭議適用法律所為的具體裁斷，基本上仍不失司法權被動性、個案性及法律適用的性格，但我國判例選編的權力則非如此，而有僭越立法權之嫌。最後，從實際觀點論，判例制度究竟是見解統一的制度，還是無形中在其他方面鼓勵了見解的歧異，實在是饒富興味的實證問題，值得識者進一步研究。蓋判例制度可能反而使法官在偏離未經選編為判例的判決時，感到更無負擔，無形中鼓勵了法官在判例之外，以審判獨立之名各吹各的調。

本席等對我國現行判例制度的嚴詞批判，著重在司法行政權的運作、判例的選編、抽象形式與特殊效力，但絕非認為最高法院、最高行政法院不該肩負起維護法安定性與統一見解的任務，或欲削弱其權威。相反地，終審法院首先務須自我拘束，遵守自身之判決先例，其縱有多庭，亦不應有法律見解歧異之情形⁸。其次，終審法院所有的判決先例，非僅判例，對於下級審法官均應發揮相同的拘束效力，即使不是如同判決先例拘束原則一般的垂直拘束力，至少也是事實的拘束力。下級法院法官在審判時有義務針對與上級審裁判見解歧異之處，負擔加強的說理義務；而上級法院在作成每一則裁判時，也都應在個案之外，慎重地思考對於司法體系整體而言，這則案例將如何延續過去、影響未來。

⁸ 重視法律體系的延續性與判決先例的效力，在我國不止是下級法院須尊重上級之判決先例而已，本席等一再強調更重要的毋寧是終審法院必須先遵守自身的判決先例，不應產生見解歧異而使下級法官無所適從。在受判決先例拘束原則的國家，由於法院受自身先例拘束，基本上不致因分庭而發生見解歧異的問題。以德國法為例，聯邦普通法院某一庭如欲採取與另一庭所已表示之法律見解歧異之見解，須先徵詢該另一庭之意見，該另一庭如堅持其見解，則繼續聲請大法庭（Grosser Senat）或聯合大法庭（Vereinigter Grosser Senat）以裁定方式解決歧見（§§132,138 GVG）。但我國法院各庭間的見解歧異，卻通常以決議予以統一，以此種方式統一見解，其問題恐怕較諸現行判例制度面臨更大的合憲性挑戰。然而本件爭點不涉及決議，本席等在此不擬進一步討論相關問題。

二、判例之拘束力與各級法院法官對判例之違憲審查

（一）判例具有法律上之拘束力

姑不論其應然面，本席等認為在我國現行判例制度下，判例在實然面上具有法律上效力，主要的依據是裁判違背判例即屬違背法令，屬得上訴第三審及再審之事由，已如前述。但許多主張判例不應為法官聲請解釋對象、甚至根本不應為違憲審查對象的論者，則主張判例至多只有很強的「事實上」拘束力，並以大陸法系對於判決先例的認知為論據。

實則判決先例之事實拘束力乃基於法體系的安定、一致與平等所必然，根本毋庸另經判例擇取的程序。而在現行制度下，判例所加諸於法官的，並非只是偏離見解時負有加強的說理義務而已，而是偏離即已構成違法裁判，上級審法院可能毋庸特別針對下級審法官所提出不適用判例的理由予以回覆即可發回，最重要的是，對法官個人而言，即使詳盡區辨判例於個案的適用性，或分析判例見解是否有可商榷的餘地後不予適用，仍可能遭致喪失候補法官身分、或影響判決維持率及考績評等等不利的人事管考⁹。如果這仍是所謂的「事實上」拘束力，則標籤本身或許也已盡失內涵，我們的

⁹ 本件聲請人之事例所透露的訊息值得深思。聲請人擔任候補法官時雖已在裁判中詳述最高法院判例在個案中應限縮援用的理由，但仍因法律見解與判例歧異、限縮判例之適用等由，遭書類審查評定不合格的結果，並經公務人員保障暨培訓委員會再申訴駁回。這個事件固然僅是個案，並涉及候補法官非實任法官，但候補法官所行使的權力仍舊是「依據法律獨立審判」的審判權，如果判例僅是供作辦案參考，換言之法官可以基於對法的合理確信而選擇參考或不參考，則書類審查委員在法官已敘明其法的確信的前提下，絕無再以其違反判例而評定其書類審查不合格的餘地。此外，對實任法官而言，作成與判例歧異的判決，雖不致對其法官身分造成不利影響，但仍可能間接地影響其判決維持率及考績評等。

任務毋寧應是跳脫定性上的爭議，直指在判例所具有的「此種拘束力」下，法官對判例之違憲審查權須在何種條件下始能實現。

（二）本院應受理法官對判例之聲請

釋字第三七一號解釋指出，解釋法律牴觸憲法而宣告其為無效，依憲法規定為專屬於司法院大法官之職權，但法官認法律有違憲疑義時得聲請本院解釋；另一方面釋字第一三七號、第二一六號解釋則容許法官針對命令得本於公正誠實之篤信，表示合法適當之見解，不受其拘束。上開二解釋建立我國法院法官對於法律及法規命令「雙軌式」的違憲審查制度。其中首須指出的是，大法官所獨占的是宣告法律違憲無效的權力，但不是獨占審查法規範合憲與否之權力：個別法官基於憲法的拘束，在所有案件中都有審查據以裁判之法規範是否合於憲法秩序的義務¹⁰，判例自不例外，此點無論贊成本件有關判例部分應否受理者，均無疑義，問題只是法官若形成判例違憲的心證，在制度上應如何表達，又應具有什麼效力，方能落實其審查，而不與我國整體制度有所扞格。

主張本院不應受理法官就判例違憲之聲請者，主要係認為判例縱有法律拘束力，其既欠缺民主正當性，位階僅能比照命令，根據釋憲先例，應由法官在個案中詳細陳述其本於憲法之確信而不予適用的理由，當然如果下級法院法官的理由不能說服上級法院，其亦應接受。然而，釋字第三七一號、第一三七號及第二一六號解釋區別法律及命令，而分別採取集中審查制（僅能由大法官宣告違憲與否，具通案效力）及

¹⁰ 詳請參許宗力，普通法院各級法官及行政法院評事應否具有違憲審查權？收錄於許宗力，憲法與法治國行政（2007），頁131以下。

分散審查制（由法官在個案中附帶審查，決定個案適用與否，僅具個案效力），固然有其憲法上之理據，但這不是指凡採取集中審查制者，在位階上一定等同於法律、或者只有法律才能採取集中審查制。事實上集中與分散審查並不互斥，無論是對法律或命令之違憲審查，在大法官獨享終局宣告違憲的權力外，同時容許法官在個案中拒絕適用，在理論上與實際上均非不可想像，只不過對於法律，我國釋憲先例最後沒有走上那條道路。

據上，採集中審查或分散審查與法位階的連結不是必然的，更與宏觀的審查效率、審查之通案或個案效力等因素有關，而必須從我國實務的真實狀態加以思考。平心而論，容許法官在個案判決中拒卻適用其認為違憲的判例，較諸聲請解釋，該個案可以更快地獲得裁判，法官也毋庸另外擔負撰寫釋憲聲請書的重擔；此外，如果上級審能審慎思考下級法官的挑戰，詳細就判例有無違憲的爭點仔細回應，則能促成由下而上的見解變更。換言之，法院體系內部若確實存在針對判例的憲法對話空間，則分散審查不失為一策，其甚至可能有助於普遍性地鬆動判例對下級審的效力。

然而，判例已享有長久的特殊拘束力，加以下級法院法官即使窮盡說理義務，不免僅因違背判例而遭到不利人事管考，因此所謂憲法說理的空間，在目前的條件下可能並不存在。這與在個案中拒卻命令之適用不同，命令是行政機關所作，在訴訟中法官的角色自外於行政權，上下級審之間沒有強烈的衝突性，也較能平和地審查命令本身的合憲性。但是在現行制度下，法官直接在判決中挑戰上級審經過複雜程序所挑選的判例，幾乎是挑戰上級審法官的集體智慧，當下級法院法官僅能透過直接衝突的方式，藉隨時會被上級審廢棄

發回的裁判書一途，才能完成其對判例違憲審查權的行使，則不難想像，遵守現行判例與遵守憲法意旨的義務，在法官的人性天平上，將孰先孰劣後。這不能苛責法官，但此種幾乎難以實現的違憲審查權是沒有意義的。

更重要的是，即使法官確實在個案中詳述拒絕適用判例之理由而為裁判，但從當事人的角度而言，如此勇於任事的法官究竟幸或不幸？一則，拒絕援用判例的判決確實鬆動了法體系的延續性與可預測性，這未必是訴訟當事人所樂見；二則，該判決非常可能受到撤銷發回的命運，因此即使當事人樂見原判結果，極有可能只是空歡喜一場，無奈地在上下級審移審、反覆歷經訟累，民事訴訟的當事人還涉及裁判費的問題。這些都是負責任的法官為了人民的程序利益會感到忌憚之處。但如果容許其裁定停止審判，向本院聲請解釋，便可以獲得終局的決定，而不用以讓當事人在審級間來來回回為代價，反覆測試判例的合憲性。縱不為其他理由，至少基於當事人的利益保護，本席等即認為容許法官就判例聲請解釋，是必要的設計制度。

三、 結語：判例制度何去何從

林子儀大法官所提出，本席等與楊仁壽大法官加入的釋字第五七六號協同意見書，表達了對我國現行判例制度的若干質疑，數年倏忽，審判體系在所有法官的努力下也有若干正面的改變，然而還有許多可以努力的方向。在判例制度尚存之際，司法行政體系必須絕對地確認，法官盡說理義務後，拒絕在個案中適用判例（無論是區別判例事實與待決個案事實之差異，或基於判決有違憲疑義之心證），不得構成對其不利人事管考的理由。而上級法院對於下級法院拒絕適

用判例的理由必須謹慎考量，如果認為不能為之說服，亦須針對其說理，詳具理由一一指駁，而不能單以違背判例為由撤銷發回或改判。上下審級間必須能真實存在此種憲法對話的條件與空間，多數意見的理據才有其現實基礎，而不是曲意迴護判例的飾詞。

長程而言，判例制度應當廢除。終審法院須直接透過裁判活動，藉由每一個判決的作成去維持法安定性與統一法律見解，這更包括終審法院亦不得任意反覆或歧異。下級法院法官不具理由違背任何的判決先例都可能構成裁判上的違法，而上級法院對於法官具理由而偏離先例之判決，如果不受其說服，則應以違背法律之理由（而非違背判例）廢棄發回或改判。最後，假如所謂堪為範式的指標案件，對於法官裁判有其參考價值，而認為非必選取不可，經受擇取的判決，必須單純是判決上的知識輔助，而不能是效力上的差異。凡此種種，涉及的不只是法院與法官，律師的角色和判決說理的義務與結構，也都必然須一併加強。

本席等與多數意見背後之論理固然觀點不同，但肯認一般法院法官對判例具有之違憲審查權的立場則一，多數意見倘能剴切說明其理據，本席等將尚存敬意，或勉能異中求同。但展現在文字上，多數意見的沈默與保留卻令人痛心之至。其一方面地取巧地暗示下級法院法官可以藉由說理，鬆動判例之拘束力，也藉此避免今後下級法院法官直接向本院提出對判例合憲性之質疑；但另一方面，卻對法官在審判時面對判例可能違憲時的難題絲毫不顧，今後法官在「依憲法及法律獨立審判」、及「為法安定性應受判例拘束」的雙重義務下，應如何審判而不致招致違憲、違法裁判之指摘？而欠缺解釋之明文，豈仍可期待下級法院法官於確信判例違憲

時，「以身試法」地在個案判決中詳細說理後拒絕援用？善解本號解釋多數意見的弦外之音，係在避免進一步鞏固判例對法官的拘束力，而非指判例不受違憲審查。本席等切盼下級法院法官對憲法的忠誠，終能劃開多數意見沈默的鐵幕，履踐其真意。