

「110 台上大 1797 大法庭爭點」法律意見書

國立政治大學法律系教授 楊雲驊

本意見書之撰寫，係獨立、公正執行職務，與本案之當事人、關係人、代理人及辯護人無任何分工及合作關係，亦絕未接受其等之任何金錢資助或報酬，謹此聲明。

本案所涉及「110 台上大 1797 大法庭爭點」法律問題：

經依法院組織法所定大法庭相關程序徵詢本院其他各庭後之一致法律見解，或提案大法庭審理後所裁定之法律見解，徵詢(或提案)庭依該徵詢一致或大法庭裁定之見解所為裁判(下稱「依徵詢或大法庭裁定見解所為之判決先例」)，於本院未認有變更之必要而循大法庭相關程序變更前，第一審判決及原判決就相同事實之法律見解與上開「依徵詢或大法庭裁定見解所為之判決先例」不同，是否屬於刑事妥速審判法(下稱速審法)第 9 條第 1 項第 3 款所稱之「判決違背判例」？

本文認為屬於刑事妥速審判法(下稱速審法)第 9 條第 1 項第 3 款所稱之「判決違背判例」，理由如下：

一 兩部法律之立法目的不一(組織法與程序法)，不可混為一談

法院組織法大法庭制度，係就最高法院民或刑事庭就發生法律見解歧異如何統一見解之機制(維持終審法院意見一致避免歧異，即水平一致性)，與速審法第 9 條第 1 項第 3 款所稱之「判決違背判例」係就下級審判決違背最高法院統一見解可否上訴救濟之意旨不同(下級審遵守最高法院之一致性見解，即垂直一致性)，故不可以法院組織法原第 57 條判例之法律基礎遭刪除，以及第 57 條之 1 之規定，遽認為速審法第 9 條第 1 項第 3 款所稱之「判例」已經不復存在，亦即認為在將來立法機關修法之前，第 3 款等於廢止。如此一來，立法者欲以新制大法庭維持最高法院法律意見之水平一致性，但卻大量丟失垂直一致性的既有標準。簡言之，舊法院組織法之「判例」制度雖已不存在，但過去判例所代表的最高法院一致性見解依然存在，且大法庭制度設立後之陸續亦有新的一致性見解產生。故「(6)判例制度廢除後，本款已無從適用。至本款未因應修正，係立法問題。」之說法並不可採。

二 合憲性解釋要求—過去判例之法律見解仍為最高法院之一致性見解

未經停止適用之判例，形式上雖與未經選編為判例之其他最高法院先前裁判效力相同，但實質上，仍為最高法院之一致性見解，其對下級審法院之拘束力並不因「不再是判例」而消失。

法院組織法第 51 條之 2 雖新增大法庭制度，但觀其立法意旨，應係僅就最高法院以後遇有法律見解歧異應遵循的統一見解方式，至於大法庭制度成立之前的統一見解(包括過去判例與決議所做成)，依據立法理由所載「……準此，倘若就某法律爭議，最高法院先前裁判雖出現歧異看法，但已透過選編判例或作成民事庭會議、刑事庭會議、民刑事庭總會會議決議之方式統一見解，事後即不再有裁判

歧異之問題，在大法庭設置後，當無就同一法律爭議在判例選編或決議作成前之見解歧異裁判，以歧異提案開啟大法庭程序之必要」。因此，過去之統一見解依然存在，並不因此當然消失。尤其自憲法角度而言，此一問題涉及調和「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！基於法安定性、相同個案之間的平等，判決彼此之間應具有延續性以及可預見性之憲法要求，不可能將過去幾十年司法實務（不論是判例或決議等），在大法庭制度施行後瞬間「冰消瓦解」，這將讓天平的另外一端，亦即「法官須依據具有民主正當性的憲法與法律獨立審判」完全凌駕於司法體系內部的整全性、一致與平等之要求，此將使最高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「大量流失」，這將與「合憲性解釋要求」，亦即在法律條文所具有多種可能的文義解釋之間，應捨棄違反憲法的法律解釋，優先選擇符合憲法精神的法律解釋，明顯不符。

誠如有大法官在司法院釋字第 687 號部分不同意見書內所指出：「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。」透過大法庭制度之建立，最高法院已就自身判決先例之尊重與自我拘束等獲致極大之改善，但不要忘了，最高法院長期以來的一致性見解以及對於下級法院之拘束，亦是不可捨棄之必要部分。

三 漏洞填補之必要性

按刑事妥速審判法第 9 條第 1 項規定，除同法第 8 條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例為限。此規定將判例提升至與司法院解釋相同之地位，甚至超越法律，亦即第二審法院維持第一審所為無罪判決，即便是違法，也不能上訴第三審，只有判決本身違背司法院解釋或違背判例，方可上訴第三審。此一特殊之限制上訴第三審規定，會因原法院組織法第 57 條判例之法律基礎遭刪除後，成為法律之真空狀態？

速審法第 9 條立法理由二敘載：「……. 再者，判例係就具體個案之判決中因有關法令之重要事項有統一見解之必要而作成，故判決違背判例者，自屬最高法院得以審查之事項。又，第一項各款所謂之法令、司法院解釋、判例均以『現行有效者』為限。」可知過去之最高法院判例係「因有關法令之重要事項有統一見解之必要而作成」。如今這些判例卻經民國 107 年修正法院組織法改採大法庭制度

後，地位似乎瞬間下降，原第 57 條判例之法律基礎遭刪除¹，依據民國 108 年 7 月 4 日起施行之法院組織法第 57 條之 1 第 2 項規定，若非屬應停止適用者，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。

當這些判例不再具有「判例」位階，並不表示「因有關法令之重要事項有統一見解之必要而作成」之要求亦隨之煙消雲散，反而是出現巨大的立法漏洞。按立法漏洞乃是指法律體系上違反計畫之不圓滿狀態。只要某個生活事實屬於法律應予規範之事項，但法律對之根本未做規範，或對之未為完全之規範，或對之做了不妥當之規範，或對之所做之規範互相矛盾，則法律就該生活事實，便有漏洞存在。一般將法律漏洞定義為「違反計畫的不圓滿性」，學者有法律漏洞定義為「法律體系上之違反計畫的不圓滿狀態」²，也有認為「所謂法律漏洞，系指依現行法律規定之基本思想及內在目的，對於某項問題，可期待設有規定而未設規定之謂。」³

關於法律漏洞的分類甚多，其中有一重要的分類就是「自始 (anfänglich)」的漏洞與「嗣後 (nachträglich)」的漏洞。自始的漏洞不難理解，因為立法者於立法當時僅能就其所認知之事務或社會事實有規範必要者而規定，但對於當時其所未能認知，卻有規範必要之事實就無法予以評估而進一步規定，遂發生自始之規範漏洞。此外，立法時未將憲法所確立的價值考慮進去，也是一種自始的漏洞。嗣後之漏洞則指，立法者所欲規範之生活事實，在立法公布之初與後來個案應用之時點之間，因為社會新的發展而發生或多或少的重要改變，導致對於新的事實而言，缺少了法律的規定，而這部分是立法者所未預見或缺少完整的評估而未予評價，例如釋字第 242 號所稱「惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，……」即是⁴。嗣後之漏洞也可能發生在立法者於其他法領域公布了新的法律規範，但其規範意旨卻與現存之法律處於一緊張關係，有時甚至處於明顯矛盾或衝突關係。這種所謂衝突漏洞同樣要由法官依據法律解釋的規則予以填補⁵，法官不可以拒絕審判。

因此，由前述之合憲性解釋要求，法官應填補因修正法院組織法「判例」而造成速審法第 9 條之「嗣後漏洞」。填補之方法應採目的性擴張之解釋方法。所謂目的性擴張則係指由於立法者之疏忽未將法律文義涵蓋某一類型，為貫徹規範意旨，

¹ 第 57 條：最高法院之裁判，其所持法律見解，認有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會議決議後，報請司法院備查。最高法院審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定。

² 黃茂榮，法學方法與現代民法，2007 年，377 頁。

³ 王澤鑑，關於鄰地通行權的法律漏洞與類推適用—最高法院七十九年度第二次民事會議決議在法學方法論上的分析檢討，萬國法律第 55 期，1991 年 2 月，頁 3 以下。

⁴ 對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所抵觸。

⁵ Rüthers, Rechtstheorie, S. 474

乃將該一類型包括在該法律適用範圍內之漏洞補充方法。目的性擴張係將法規構成要件在文義上做廣泛之解釋。由於規範構成要件的表達過於狹隘，以致某一生活事實無法涵攝入內，但這將是依據規範目的必須包含在內者。超越文義解釋的前提在於先有所謂「法律漏洞」為前提，按前所述，在判例依據法院組織法「若非屬應停止適用者，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。」之規定後，應對速審法第 9 條所稱之判例採目的性擴張解釋，認為包括「因有關法令之重要事項有統一見解之必要而作成」之最高法院見解，包括「經依法院組織法所定大法庭相關程序徵詢本院其他各庭後之一致法律見解，或提案大法庭審理後所裁定之法律見解，徵詢（或提案庭）依該徵詢一致或大法庭裁定之見解所為裁判」等統一見解，均為速審法第 9 條所稱之判例。

四 需有法律明定，最高法院之一致性見解方具有拘束力？

首先以德國為例，德國法律內明定法院判例具有拘束力的不多。根據「聯邦憲法法院法 (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG)」第 31 條第 1 項規定，聯邦憲法法院的判決對所有法院與政府機關均有約束力。同條第 2 項規定，在重大案件，特別是憲法法院確認相關法律規定違憲無效的案件，憲法法院的判例具有與成文法同等的效力 (Gesetzeskraft)。另德國法院組織法第 138 條第 3 項規定，聯邦最高法院的大法庭或聯合大法庭的裁判，對原裁判法庭有拘束力。

要注意的是，在其他審判系統相關法律內雖然沒有關於其他法院判決效力的類似規定，但各審判體系均可藉由關於法律問題的上訴來保證判決的統一性。如果審理關於法律問題的上訴法院將案件發回下級審法院，下級審法院將以推翻先前判決所依據的法律評價為基礎，作出新的判決。對此，著名法學家 Karl Larenz 指出，德國法院對某個案件作出判決，如果其裁判理由是合理正確的，實際上就成為了具有指導性與示範性的判例，這個判例對處理未來同類法律關係的案件具有指導意義。德國的法院在實務上往往受到此類判例的指導，其中主要是最高法院所發佈的判例，最高法院已公佈的大多數判例對下級法院的同類案件的判決起到指導性作用，並且最高法院本身也不會輕易偏離其曾經採用的法律解釋及判決。

按此，上訴制度是德國法律秩序中為實現法律的統一適用採取之最有力機制。該制度賦予五個聯邦最高法院非常強勢的地位，因其賦予這些法院對於所有法律的最終解釋權。即使在沒有被發回更審的情況下，下級法院也通常按照上級法院的裁決審理，以避免它們的判決被推翻，並促進法律的確定性。制度上甚至明訂上訴必須受理，例如，2012 年 7 月 21 日最新修訂的行政法院法 (Verwaltungsgerichtsordnung) 第 132 條第 2 項，針對高等行政法院 (Oberverwaltungsgericht) 判決中的法律適用問題向聯邦行政法院提出的上訴，若該法律問題具有重要性，或該判決偏離聯邦行政法院、聯邦最高法院聯合大法

庭或聯邦憲法法院的見解，而且該判決就是依據於該不同見解者，該上訴須被予以受理。根據該法第 133 條第 1 項，如果拒絕受理針對法律適用問題而提出的上訴，甚至可以對聯邦行政法院拒絕上訴的決定提起抗告。類似這種上訴，2012 年 7 月 21 日最新修訂的勞動法院法(Arbeitsgerichtsgesetz)提供多種的可能性：若聯邦勞動法院對於某具體的法律問題還未作出判決，而某高等勞動法院(Landesarbeitsgericht)的判決偏離同一高等勞動法院他庭或者另一高等勞動法院的判決，而且該判決是基於該偏離所為者，法院必須允許上訴。

在德國，司法界希望法官作出的判決與在先的判例盡量保持一致，但又不願判例的拘束力過強而致使法律的適用失去個案靈活性，在此可能衝突下，該如何定位判例的法律地位和效力？便一直是法學界、實務界爭論的焦點，目前學說上主要認為判例具有一定之拘束力。例如：

1 事實的拘束力

此為德國學界關於判例效力問題的主流學說，認為判例所具有的效力是事實上的拘束力。此說以 Karl Larenz 為代表，在法學方法論一書中指出⁶，判例在德國不是正式的法律淵源，本身沒有強制法官必須遵從和直接援引的法律拘束力，但判例在司法活動中具有實際的拘束力，受到遵循，是因為其對法律規範作出了正確的解釋，或對規範表達進行了具體分析，能夠彌補法律規定的空白，且有利於保障法的確定性、可預測性以及裁判的連續性。他還認為，遵循先例的做法讓一般人對已生效的判決產生了信賴利益，一旦不遵循先例，會給相關人民帶來損害。故在一般情況下，如果沒有充分的理由與證據來說明適用某一判例會給法律規範及秩序帶來不利的影響，就應該遵從，以保障人們的信賴利益，並維護法的確定性。Köhler 亦認為，下級法院對最高法院判例的事實上遵循，是因為法官希望保持法律適用的一致性與可預測性，避免承擔違反法律適用的責任，並節省案件審理時間。

2 推定的拘束力

持此說者先推定先例的裁判結果是正確具有拘束力，因而主張法官的判決原則上要與先例維持一致，且要賦予法官以論證說理的義務。Martin Kriele 認為⁷，為了能使相同或相類的案件獲得相同或類似的判決，確保法的穩定性，聯邦法院應推定先例是正確且賦予其拘束力，讓先例成為法官思考的邏輯起點。法官不能恣意的作出與先前判例不同的判決，如果作出不遵循先例的判決，法官必須為其偏離先例的判決作出「謹慎小心且令人信服」的合理解釋，否則，判例仍被推定為具有拘束力，此適用於各層級法院的法官。Franz Bydlinski 也有與之近似的理

⁶ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 252.

⁷ Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2 Aufl., 1976, S. 269 ff.

論⁸，但比前者更進一步，他認為先例不僅具有推定上的拘束力，而且具有規範上的拘束力。為維護法的穩定性，他甚至主張只要是無法證明先例是錯誤的，就應當遵從先例。

由以上分析可知，德國僅有在少數的法律內，例如「聯邦憲法法院法（Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG）」第 31 條第 1 項規定，聯邦憲法法院的判決對所有法院與政府機關均有約束力。另德國法院組織法第 138 條第 3 項規定，聯邦最高法院的大法庭或聯合大法庭的裁判，對原裁判法庭有拘束力。但這不妨礙於其他眾多的裁判系統⁹，藉由上訴制度讓終審法院的判例對處理未來同類法律關係的案件具有指導意義。德國的法院在實務上往往受到此類判例的指導，其中主要是最高法院所發佈的判例，最高法院已公佈的大多數判例對下級法院的同類案件的判決起到指導性作用，並且最高法院本身也不會輕易偏離其曾經採用的法律解釋及判決。

以前述德國之例子可知，其有謀求終審法院意見一致的大法庭制度，但同時具有對於下級審發生拘束力之終審法院諸多判例，建構了德國司法的一致性與可預見性：

- 1 由於長久以來的穩定性，各庭發生爭議需經由大法庭或聯合大法庭達成一致見解的案件不多（1998 至 2013 年，刑事大法庭只召開 11 次，民事大法庭只召開 2 次）
- 2 德國法律內明定法院判例具有拘束力的不多。
- 3 實務上，多數均是長期以來，由終審法院選編之判例扮演重要角色。
- 4 如何選編，並不需要法律規定，亦即不屬於法律保留事項，均由終審法院內部自訂程序。
- 5 選編之判例以及摘要（Leitsätze）等，對下級審具有相當強的拘束力（事實上及推定之效力），而審級制度的約束甚強，背離上級法院見解的風險極高，通常也不會成功。
- 6 一般認為，判例持續的時間越長，其所具有的拘束力越大。有看法認為，只有藉由法院的解釋與適用，成文法才能真正落實，因此，判例法可以被認為是成文法的延伸。

回到我國，雖然我國法院組織法第 51 條之 10 僅規定大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力，但如前所述德國的情形可知，終審法院見解對下級審法案其

⁸ Franz Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3Auffl., 2018, S. 116 ff.

⁹ 二戰以後，德國司法制度分為五個聯邦級最高法院的法院體系：一、聯邦最高法院（Bundesgerichtshof），負責審判民事和刑事案件。二、聯邦行政法院（Bundesverwaltungsgericht）。三、聯邦稅務法院（Bundesfinanzhof）。四、聯邦勞動法院（Bundesarbeitsgericht）。五、聯邦社會法院（Bundessozialgericht）。

產生拘束力者，不限於法有明定者而已，而是基於其具有事實上或推定之拘束力以及長久以來的司法傳統，普遍的拘束各級法院，相當發生具有通案之法規範效力。更何況我國與德國不同，我國係在速審法第 9 條第 1 項明定即「三、判決違背判例。」為法定提起上訴之事由，故原法院組織法第 57 條之判例本來就有法定之拘束力。另依據前述之理由，可知「原法定判例之法律見解」與現行「經依法院組織法所定大法庭相關程序徵詢本院其他各庭後之一致法律見解，或提案大法庭審理後所裁定之法律見解，徵詢（或提案庭）依該徵詢一致或大法庭裁定之見解所為裁判」等統一見解，既均為速審法第 9 條所稱之判例範圍，自有拘束下級審之效力。

五 速審法第 9 條第 1 項第 3 款立法理由謂：「……第一項各款所謂之法令、司法院解釋、判例均以現行有效者為限」之正確解釋

法令時有修改，司法院解釋亦然。例如釋字第 812 號：「本院釋字第 528 號解釋於相關範圍內應予變更。」；釋字第 791 號：「於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更。」判例亦然，例如最高法院民國 107 年度第 5 次刑事庭會議決議不再援用刑事判例 1 則（26 年滬上字第 86 號）；最高法院民國 106 年度第 7 次刑事庭會議決議不再援用刑事判例 5 則等¹⁰。故第一項各款所謂之法令、司法院解釋、判例等非恆久有效不變，因此速審法第 9 條第 1 項第 3 款立法理由稱「需以現行有效者為限」，事屬當然。

立法理由內所稱「又，第一項各款所謂之法令、司法院解釋、判例均以現行有效者為限」，係指可上訴第三審之事由當以「現行有效」者為限，亦即「法令」制度仍在，只是因法令會遭修改或廢止，故需以「現行有效」者為限；「司法院解釋」仍在，只是同樣可能會遭修改或廢止，故需以「現行有效」者為限。但當判例制度已經「修正後法院組織法所增訂之第 57 條之 1 第 1、2 項，明文規範本院依修正前法院組織法第 57 條所選編之判例，若該判例已無裁判全文可資查考者，既無裁判所依憑之事實可供參佐，應停止適用；其餘未經停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之本院裁判相同。」而整體改變，原先之判例已不再是傳統所稱判例後，此與前述判例制度依然有效存在時，只是決議「不再援用刑事判例若干則」的情形顯然不同，故速審法第 9 條第 1 項第 3 款立法理由「…….. 又，第一項各款所謂之法令、司法院解釋、判例均以現行有效者為限」所指判例部分，不能侷限在過去尚有法定「判例時代」時，所稱僅限於「現行有效者」之判例而已。今天面臨的情況是原法院組織法第 57 條之判例制度整體遭廢除，再提「現行有效者」之判例毫無意義，這也不是當初速審法第 9 條第 1 項立法理由內所稱「又，第一項各款所謂之法令、司法院解釋、判例均以現行有效者為限」之規範意義。

¹⁰ 民國 79 年 06 月 12 日之前尚有「司法院變更判例會議規則」。

故法需「與時俱進」，既然已非當初速審法立法時所已預見到之變化，自不能故步自封，拘泥於當初之立法理由內容，而是應賦予速審法條第9條條文內「判例」二字新的生命與解釋，如前所述之各種解釋方法以及合憲性解釋要求，實應包括「原法定判例之法律見解」以及現行「經依法院組織法所定大法庭相關程序徵詢本院其他各庭後之一致法律見解，或提案大法庭審理後所裁定之法律見解，徵詢（或提案庭）依該徵詢一致或大法庭裁定之見解所為裁判」等統一見解均屬之！不抵觸速審法第9條第1項第3款立法理由謂：「……第一項各款所謂之法令、司法院解釋、判例均以現行有效者為限」之範圍。

六 大法庭決議以及各庭徵詢後一致意見之正當性較過去之判例更高，拘束下級審的理由也應更堅強

依舊法院組織法第五十七條及行政法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。

惟此一制度也受到不少批判，例如「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。」、「但我國判例選編的權力則非如此，而有僭越立法權之嫌。」、「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，……」等。但現行「經依法院組織法所定大法庭相關程序徵詢本院其他各庭後之一致法律見解，或提案大法庭審理後所裁定之法律見解，徵詢（或提案庭）依該徵詢一致或大法庭裁定之見解所為裁判」等統一見解，已經屬於純然屬終審法院審判權運作產生，與過去判例選編、決議是最高法院在具體個案之外，以司法行政作用表示法律見解，有本質的不同。且相較於過去判例、決議的制度，大法庭須對外公開，舉行言詞辯論，並讓檢察官、當事人律師、甚至專家學者都參與表達意見，故其正當性當更較過去判例、決議為強。

按此，現行「經依法院組織法所定大法庭相關程序徵詢本院其他各庭後之一致法律見解，或提案大法庭審理後所裁定之法律見解，徵詢（或提案庭）依該徵詢一

致或大法庭裁定之見解所為裁判」等更具正當性之統一見解，反而認為在判例制度取消後，於速審法第 9 條之情形下級審法院如不遵守時，無法成為提起上訴之理由，自屬不當且令人費解。

七 結論

按刑事妥速審判法第 9 條第 1 項規定，除同法第 8 條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例為限。將判例提升至與司法院解釋相同之地位，甚至較法律更高，亦即第二審法院維持第一審所為無罪判決，即便是違法，也不能上訴第三審，只有判決本身違背司法院解釋或違背判例，方可上訴第三審。曾幾何時，民國 107 年修正法院組織法改採大法庭制度後，判例的地位卻瞬間滑落，原第 57 條判例之法律基礎遭刪除，而原有之眾多判例，依據民國法院組織法第 57 條之 1 第 2 項規定，若非屬應停止適用者，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同，從此走下神壇。

面臨這樣的法制巨變，在進步的法制國家，一定要事先有所規劃安排，例如透過包裹式立法¹¹，通盤討論後修改相關法律，有利於相關法規之調整並兼顧政策宣示與法律體系完整，促進法律體系內部的協調和一致。可惜我國立法文化較無此傳統，以本文討論之題目而言，立法時未考慮組織法（法院組織法）與程序法（刑事妥速審判法）關於舊判例與新大法庭制度間的協調統整，造成似乎各行其是、扞格不一的矛盾現象。

法官依據法律獨立審判，但其所謂「依據法律者」，憲法並未設一定法規形式之限制。法官為行使憲法所賦與之獨立審判之職權，負有在憲法秩序之下「發現法律」之任務。因此，法院以法律為審判之主要依據，並非除法律以外，與憲法或法律不相牴觸之有效規章，均行排斥而不用，司法院釋字第 38 號解釋意旨甚明。又法院裁判所適用之法令，並不以由立法機關所制定或行政機關依據授權或基於職權所訂定之法令為限，司法機關依憲法規定之解釋、統一解釋，均有相當於憲法或法律位階之效力，司法院大法官之解釋之法律效力，即是憲法秩序所確認之適例。而其中法院之判例或司法機關之決議對於司法職權之具體行使，包括規範之解釋、證據調查之權衡、及適用法律之「合理性」(Sachgemaessheit) 與「正當性」(Richtigkeit) 之判斷，雖無必然之拘束力，但仍不失有相當之任意性規範效力，容許於法官職權範圍之內，作為認事用法或裁量之重要依據¹²。

¹¹ 包裹立法通常是根據同一立法目的將相關法律條文一併加以修改。採用這種方式有利於立法機關統籌考慮新的立法會導致原有法律哪些條文必須加以修改。

¹² 見大法官蘇俊雄釋字第 374 部分不同意見書。

我國司法實務判例制度行之多年，雖遭受不少批評，甚至遭到立法廢除之窘境，但誠如學者所言：「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¹³」，今按照法院組織法大法庭制度，終審法院之一致性見解係由審判權作用形成，其程序與實質正當性遠較過去之判例更高，當無走到其他法律，如刑事妥速審判法，即落的捉襟見肘，甚至百無一用的窘境。

因此，本文分別從「一 兩部法律之立法目的不一（組織法與程序法），不可混為一談」、「二 合憲性解釋要求—過去判例之法律見解仍為最高法院之一致性見解」、「三 漏洞填補之必要性」、「四 需有法律明定，最高法院之一致性見解方具有拘束力？」、「五 速審法第9條第1項第3款立法理由謂：「……第一項各款所謂之法令、司法院解釋、判例均以現行有效者為限」之正確解釋」以及「六 大法庭決議以及各庭徵詢後一致意見之正當性較過去之判例更高，拘束下級審的理由也應更堅強」等六項理由，參酌德國相關法制及實務，認為過去判例（非屬應停止適用者）所代表之一致性見解，以及大法庭制度實施後所得到之一致性見解，包括依據相關程序徵詢本院其他各庭後之一致法律見解、提案大法庭審理後所裁定之法律見解、徵詢（或提案）庭依該徵詢一致或大法庭裁定之見解所為裁判（即「依徵詢或大法庭裁定見解所為之判決先例」）等，在未認有變更之必要而循大法庭相關程序變更前，均屬於均為速審法第9條所稱之判例，第二審法院維持第一審所為無罪判決若有違反時，自可提起上訴救濟。

¹³ 見釋字第687號解釋部分不同意見書（大法官許宗力提出、大法官林子儀加入）。

八 附錄 德國法院判例（一致性判決先例）之發展與實務重要性

在 19 世紀的歐洲，基於權利分立原則，認為法院的職責是個案解決爭執，而不是制定法律，這種權力分立原則主要是基於對法院的不信任。當時的看法認為，法律具有確定性和完整性，法院的職責就是嚴格適用法律，不能有裁量或者專斷的空間。此外，傳統德國的法學界認為，在成文法以外另創如英美法之判例法制度是沒有意義，主要的理由在於：

- 1 實務審判中不存在完全相同之案件，只有類似的案件，任何兩個案件都不可能完全相同之判決。
- 2 司法獨立的基本意義是法官可以對於法律進行獨立的解釋，應該不受其他法官或上級法院之影響。

不過，隨著法律制度的不斷發展，大陸法系的法學者開始對成文法的確定性和完整性提出質疑，在司法實務中，為彌補成文法的不足，法院也開始重視判例制度的功能。有學者認為，對判例的依賴是一種必然的選擇。大陸法系國家通常不認可判例的拘束力，但在裁判時依賴判例可說是甚為常見的做法。二戰以後，德國司法制度分為五個聯邦級最高法院的法院體系：一、聯邦最高法院（Bundesgerichtshof），負責審判民事和刑事案件。二、聯邦行政法院（Bundesverwaltungsgericht）。三、聯邦稅務法院（Bundesfinanzhof）。四、聯邦勞動法院（Bundesarbeitsgericht）。五、聯邦社會法院（Bundessozialgericht）。另聯邦憲法法院（Bundesverfassungsgericht）負責憲法問題的裁決。該法院雖然在形式上不屬於聯邦級「最高法院」，但在憲法問題方面卻是德國法院體系中的最高級法院。邦一級設有下級法院。聯邦法律不僅被聯邦法院所適用，也被邦法院所適用。

一 法律明定法院判例具有拘束力？

德國法律內明定法院判例具有拘束力的不多。根據「聯邦憲法法院法（Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG）」第 31 條第 1 項規定，聯邦憲法法院的判決對所有法院與政府機關均有約束力。同條第 2 項規定，在重大案件，特別是憲法法院確認相關法律規定違憲無效的案件，憲法法院的判例具有與成文法同等的效力（Gesetzeskraft）。另德國法院組織法第 138 條第 3 項規定，聯邦最高法院的大法庭或聯合大法庭的裁判，對原裁判法庭有拘束力。

要注意的是，在其他審判系統相關法律內雖然沒有關於其他法院判決效力的類似規定，但各審判體系均可藉由關於法律問題的上訴來保證判決的統一性。如果審理關於法律問題的上訴法院將案件發回下級審法院，下級審法院將以推翻先前判決所依據的法律評價為基礎，作出新的判決。對此，著名法學家 Karl Larenz 指

出，德國法院對某個案件作出判決，如果其裁判理由是合理正確的，實際上就成為了具有指導性與示範性的判例，這個判例對處理未來同類法律關係的案件具有指導意義。德國的法院在實務上往往受到此類判例的指導，其中主要是最高法院所發佈的判例，最高法院已公佈的大多數判例對下級法院的同類案件的判決起到指導性作用，並且最高法院本身也不會輕易偏離其曾經採用的法律解釋及判決。判例之所以具有效力，主要是由於其對相關法律規定作出具體的解釋，而法律通常屬抽象、一般規定，正是經由判例的解釋才得以具體適用¹⁴。因此，判例是使法律得以真正實施的關鍵中介，判例的效力或者拘束力實際上來源於其對法律的解釋，換言之，判例是藉由其所解釋的法律而產生效力。在與法官依法獨立審判的面向上，德國法官依據基本法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¹⁵。

德國一直努力試圖立法賦予判例以拘束力，目的是為了確保法律的確定性和平等適用。由於德國法律目前並未規定判例的拘束力，從判例適用的角度看，法院一般認為，針對特定事項的一系列判決形成了一種司法慣例，較長時間內穩定一致的判例就發展成為影響法院裁判的影響力量。當然，終審法院的判例不是絕對的權威與不容挑戰，下級審法院如認為上級法院之判例有誤，並非逕行排斥不用，德國對此建立了判決偏離的報告制度，要求作出與以前判例衝突的判決法院，須向上級法院報告，解釋和證明另作判決的必要性。

按此，上訴制度是德國法律秩序中為實現法律的統一適用採取之最有力機制。該制度賦予五個聯邦最高法院非常強勢的地位，因其賦予這些法院對於所有法律的最終解釋權。即使在沒有被發回更審的情況下，下級法院也通常按照上級法院的裁決審理，以避免它們的判決被推翻，並促進法律的確定性。制度上甚至明訂上訴必須受理，例如，2012年7月21日最新修訂的行政法院法（Verwaltungsgerichtsordnung）第132條第2項，針對高等行政法院（Oberverwaltungsgericht）判決中的法律適用問題向聯邦行政法院提出的上訴，若該法律問題具有重要性，或該判決偏離聯邦行政法院、聯邦最高法院聯合大法庭或聯邦憲法法院的見解，而且該判決就是依據於該不同見解者，該上訴須被予以受理。根據該法第133條第1項，如果拒絕受理針對法律適用問題而提出的上

¹⁴ 有些情況下，為了填補法律漏洞，法官可能超越實定法或補充法律依據的作用，此種判例就不純粹的是在解釋法律，而是包含造法的功能。

¹⁵ 釋字第687號解釋部分不同意見書（大法官許宗力提出、大法官林子儀加入）。

訴，甚至可以對聯邦行政法院拒絕上訴的決定提起抗告。類似這種上訴，2012年7月21日最新修訂的勞動法院法(Arbeitsgerichtsgesetz)提供多種的可能性：若聯邦勞動法院對於某具體的法律問題還未作出判決，而某高等勞動法院(Landesarbeitsgericht)的判決偏離同一高等勞動法院他庭或者另一高等勞動法院的判決，而且該判決是基於該偏離所為者，法院必須允許上訴。

二 學界看法

在德國，司法界希望法官作出的判決與在先的判例盡量保持一致，但又不願判例的拘束力過強而致使法律的適用失去個案靈活性，在此可能衝突下，該如何定位判例的法律地位和效力？便一直是法學界、實務界爭論的焦點，學說上主要認為判例具有一定之拘束力。例如：

1 事實上的拘束力

此為德國學界關於判例效力問題的主流學說，認為判例所具有的效力是事實上的拘束力。此說以Karl Larenz為代表，在法學方法論一書中指出¹⁶，判例在德國不是正式的法律淵源，本身沒有強制法官必須遵從和直接援引的法律拘束力，但判例在司法活動中具有實際的拘束力，受到遵循，是因為其對法律規範作出了正確的解釋，或對規範表達進行了具體分析，能夠彌補法律規定的空白，且有利於保障法的確定性、可預測性以及裁判的連續性。他還認為，遵循先例的做法讓一般人對已生效的判決產生了信賴利益，一旦不遵循先例，會給相關人民帶來損害。故在一般情況下，如果沒有充分的理由與證據來說明適用某一判例會給法律規範及秩序帶來不利的影響，就應該遵從，以保障人們的信賴利益，並維護法的確定性。Köhler亦認為，下級法院對最高法院判例的事實上遵循，是因為法官希望保持法律適用的一致性與可預測性，避免承擔違反法律適用的責任，並節省案件審理時間。

2 推定上的拘束力

持此說者先推定先例的裁判結果是正確具有拘束力，因而主張法官的判決原則上要與先例維持一致，且要賦予法官以論證說理的義務。Martin Kriele認為¹⁷，為了能使相同或相類的案件獲得相同或類似的判決，確保法的穩定性，聯邦法院應推定先例是正確且賦予其拘束力，讓先例成為法官思考的邏輯起點。法官不能恣意的作出與先前判例不同的判決，如果作出不遵循先例的判決，法官必須為其偏離先例的判決作出「謹慎小心且令人信服」的合理解釋，否則，判例仍被推定為具有拘束力，此適用於各層級法院的法官。Franz Bydlinski也有與之近似的理論¹⁸，但比前者更進一步，他認為先例不僅具有推定上的拘束力，而且具有規範

¹⁶ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 252.

¹⁷ Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2 Aufl., 1976, S. 269 ff.

¹⁸ Franz Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3Aufl., 2018, S. 116

上的拘束力。為維護法的穩定性，他甚至主張只要是無法證明先例是錯誤的，就應當遵從先例。

三 法院判例的挑選與編撰

在德國的判例體系下，德國聯邦憲法法院負責審查法律適用中的違憲審查與合憲性爭議，其判例處於最頂端的位置，對全聯邦的法律適用自具有影響力。該法院和德國聯邦各法院是德國司法的最高審判機構，自建院半個多世紀以來，每年各院都依照專業領域，各出版一冊或若干冊精選且厚達數百頁的判例集，即德國「聯邦憲法法院判例集（Entscheidungen der amtlichen Sammlung, BVerfGE）」、「聯邦法院民事判例集（Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, BGHZ）」、「聯邦法院刑事判例集（Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, BGHSt）」等。這種判例編纂於德意志第一帝國時代即已有基礎（Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen）。以刑法為例，從 1871 年德國统一到二戰期間，每年均出版「帝國法院刑事判例集」。值得注意的是，其中收錄的每個判例，均在案情事實介紹之前，歸納該判決的主要觀點，稱判決摘要。二戰結束後，盟軍佔領德國期間，亦有編纂出版如「英國占領區法院判例集」等。這些判例，在德國的司法實務和學術討論中具有重要影響，也得到法學界頻頻引用。在聯邦最高審級以下，也有編纂判例集者，像巴伐利亞州高等法院，自聯邦德國建立以來一直專門編纂其判例集。其他邦高等法院也有聯合起來編纂的判例集。

四 判例摘要（Leitsätze）和先例¹⁹

僅以最高法院而言，百餘年來，累積了上萬個判決，密密麻麻。實務上，下級法院希望能確保他們根據上級法院的裁決來審理案件，但下級法院如何才能迅速判斷上級法院是否已有相關裁決呢？在德國，該任務主要是藉由判決彙編與判決摘要而完成²⁰。

判例彙編在 19 世紀早期即於德國各邦出現，當時下級法院所承擔的陳述裁決理由的職責首次普遍延伸至上級法院。這些判例彙編由法院自行編纂，法院還開始

ff.

¹⁹ Detlev Fischer, Amtliche Leitsätze und Entscheidungssammlungen – Ein Überblick an Hand der Entwicklung im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit, JuS 1995, S. 654 ff.

²⁰ 對我國而言，「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。」見釋字第六八七號解釋部分不同意見書（大法官許宗力提出、大法官林子儀加入）。

創建參考文獻，列出他們各個分庭的裁決和判例摘要。這些參考文獻依照所適用的法律進行分類。其主要目的為方便法官找尋所在法院的先例。普魯士高級法庭（Preußisches Obertribunal）早在 1832 年便公佈其參考文獻，此後的帝國最高法院（Reichsgericht）僅將其參考文獻用作內部工具，對外只公佈判例彙編。

今日，最高法院的內部規定中都有關於**判例彙編**和**判例摘要**的規定。例如「聯邦最高法院內部規定（Geschäftsordnung des Bundesgerichtshofes）」第 18 條「參考品以及判決彙編」第 2 項即規定「判決彙編應記錄大法庭和聯合大法庭的所有判決，以及個別法庭認為處理重要法律問題的判決。各個分庭可決定在彙編註明判決的哪些內容，並確定判例摘要。另「聯邦勞動法院內部規定（Geschäftsordnung des Bundesarbeitsgerichts）」第 14 條規定²¹，法庭的職業法官決定應在哪些判決前加入判例摘要，並制定（判決摘要的）措辭用字。

判例摘要的措辭不見得均是逐字逐句引用判決，也可是法律推理的簡要概述。一般而言，判例摘要並不構成判決的一部分。不僅聯邦層級之最高法院，其他如邦高等法院、有時甚至一審法院也會發佈裁決和判例摘要。但是，這些法院選擇發佈的裁決所佔比例並不高。

以著名之德國聯邦最高法院刑事裁判（BGHSt 42, 15 協助被告聯繫辯護人）為例，在正式判決前即先有 3 點判例摘要列出：

BGHSt 42, 15

1. Verlangt der Beschuldigte bei einer polizeilichen Vernehmung nach einem Verteidiger und will der Polizeibeamte die Vernehmung fortsetzen, so ist dies ohne vorangegangene Konsultation eines Verteidigers nur zulässig, wenn sich der Beschuldigte ausdrücklich nach erneutem Hinweis auf sein Recht auf Zuziehung eines Verteidigers mit der Fortsetzung der Vernehmung einverstanden erklärt. Dem müssen allerdings ernsthafte Bemühungen des Polizeibeamten vorausgegangen sein, dem Beschuldigten bei der Herstellung des Kontakts zu einem Verteidiger in effektiver Weise zu helfen (Fortführung von BGHSt 38, 372).
2. Zur Verwertbarkeit von Vernehmungen bei Verstößen gegen diese Grundsätze (Fortführung von BGHSt 38, 214; 39, 349).
3. Zur Verwertbarkeit von Informationen eines V-Mannes.

²¹ § 13 Leitsätze

Die Berufsrichter des Senats beschließen, welchen Entscheidungen Leitsätze vorangestellt werden, und formulieren den Wortlaut.

BGHSt 42, 15 裁判要旨

1. 被告於警察詢問階段請求諮詢辯護人，警察卻希望繼續詢問時，若被告先前未與辯護人諮詢，警察只有再次告知被告有受辯護人協助權，而被告明示同意繼續詢問後，警察之繼續詢問始為合法。惟被告明示同意前，警察必須先盡力以有效方式協助被告建立與辯護人之間的聯繫（延續 BGHSt 38, 372）。
2. 關於詢問被告違反上述原則之證據能力（延續 BGHSt 38, 214; 39, 349）。
3. 關於臥底線民資訊之證據能力。

五 德國終審法院的一致性見解受到尊重及下級審之遵守

德國終審法院的一致性見解會受到尊重及下級審之遵守，主要理由有：

- 1 法官個人的信譽與威望：不遵守判例，屢遭撤消，個人威望將受質疑。
- 2 審級制度的約束極強：背離上級法院見解的風險極高，也極難成功
- 3 上級法院的權威性甚高：較高級別法院採合議制，意見不同還有大法庭制度

故以前述德國之例子可知，其有謀求終審法院意見一致的大法庭制度，但同時具有對於下級審發生拘束力之終審法院諸多判例，建構了德國司法的一致性與可預見性：

- 1 由於長久以來的穩定性，各庭發生爭議需經由大法庭或聯合大法庭達成一致見解的案件不多（1998 至 2013 年，刑事大法庭只召開 11 次，民事大法庭只召開 2 次）
- 2 德國法律內明定法院判例具有拘束力的不多。
- 3 實務上，多數均是長期以來，由終審法院選編之判例扮演重要角色。
- 4 如何選編，並不需要法律規定，亦即不屬於法律保留事項，均由終審法院內部自訂。
- 5 選編之判例以及摘要（Leitsätze）等，對下級審具有相當強的拘束力（事實及推定），而審級制度的約束甚強，背離上級法院見解的風險極高，通常也不會成功。
- 6 一般認為，判例持續的時間越長，其所具有的拘束力越大。有看法認為，只有藉由法院的解釋與適用，成文法才能真正落實，因此，判例法可以被認為是成文法的延伸。

