我國特有「判例」制度的遞嬗

文／楊仁壽

壹 判例的拘束力

判例，指判決（包括裁定，以下同）的先例而言，不論是英文上的 precedents，或是德語上的 Rechtsprechung präjudizien，都意指某一判決，被後來的判決，反復的援用，而形成具有拘束力者而言。在英美法系國家，因採判例法主義，依先例拘束力的原則（stare decisis），判例具有法的拘束力。在大陸法系國家，則僅具有事實上的拘束力而已[1]。

大陸法系國家的判例（先例，以下同）具有事實上的拘束力，表現在以下兩方面：一、下級法院違反最高法院之判例時，可以作為上訴理由；二、最高法院變更判例時，必須透過大法庭為之。如此一來，最高法院各小法庭自然不輕易的作出與「判例」相反的判決；下級審法院的判決，也不輕易的作出可能被最高法院否定（廢棄或撤銷）的判決；涉訟的當事人為求勝訴，也不得不遵從「判例」採取行動。以此而言，最高法院小法庭、下級審法院以及涉訟當事人除非有必要，而且有相當的理由，自認可以變更判例，否則是不太敢「衝撞」判例的。可是一旦衝撞成功，就會讓法界傳誦不絕。

貳 判例要旨，並無拘束力

本年（108 年）1 月 4 日，總統公布刪除法院組織法第 57 條之規定，並增訂第 51 條之 1 至 11、第 57 條之 1 等條文，改革我國「判例」制度，並增置「大法庭」，使我國現有的制度，與德、日等大陸法系國家之判例「雷同」，不再抱殘守闕，殊足稱道。但其間仍略有小疵，不盡人意之處（另文再論），不無遺憾。但總的來說，大部分仍瑕不掩瑜。

我國現有判例制度，發軔於清末民初北洋時期（1906~1927 年），當時設「大理院」為終審機關，「法部」為「司法行政機關」，包括大理院在內之各級審判廳皆受「法部」監督，大理院對下級審判廳並無司法行政上的監督權。由於當時法典尚未完備，大理院審判案件，幾乎以日本民刑法律為「法理」，並參酌律例及習慣，「權衡折中」作出裁判[2]。嗣後為了供各級審判廳辦案的參考，大理院先後於民國 8 年編輯「大理院判例要旨匯覽正集」、民國 13 年 12 月刊行「大理院判例要旨匯覽續集」[3]。

大理院刊行之上述「匯覽正、續集」，有一共通點，都就裁判先例或成例予以「摘取」，成為「判例要旨」，不附裁判全文。民國 16 年國民政府定都南京，大理院改制為最高法院。最高法院一仍其舊，「依嚴格程序，擇其精要」，迭次編印「最高法院判例要旨」，自 16 年至 94 年為止，已刊行 10 次，經增、刪後，最後計有民事判例要旨 4,250 則，刑事判例要旨 3,577 則[4]。這些摘取之「判例要旨」本身，嚴格來說，並無拘束力可言。

參 最高法院摘取「判例要旨」的方式，繼受自日本大審院

事實上，北洋時期的司法制度，幾乎是日本明治時期司法制度的「翻版」：一、大理院仿自日本的大審院。大審院下設若干民事部、刑事部掌理民、刑審判事務，各部由 5 位法官組成會議，進行審判（書面審理）。各部判決的意見經評議結果，若擬推翻先前大審院各部已表示之法律見解時，須向大審院提出申請，由大審院院長酌核情況，組成聯合民事總部、刑事總部或民刑事總部「聯合部」進行評議，經「總部」法官三分之二以上出席，過半數評議通過，作成「聯合部判決」。二、司法行政權由司法大臣掌握，大審院及各級法院均受司法大臣監督。大審院對下級法院沒有司法行政上的監督權。三、大審院所作判決，其中有足供參考價值者，摘成「判決要旨」。自明治 8 年（1875 年），按照民事、刑事類別，分別集錄為「判決錄」（簡稱民錄、刑錄），截至大正 10 年（1921 年）止，共輯印 27 輯。四、大正 10 年，日本東京帝國大學末弘嚴太郎（1888-1951）自美國留學歸國後，與穗積重遠（1883-1951）及若干青年學者創立了「民事判例研究會」，大肆抨擊當時大審院所集錄的「判決錄」，只摘取「判決要旨」，沒有事實，「未充分發揮其本能」[5]，根本沒有盡責。大審院受教之餘，從善如流，改變了刊載判例的形式，改成刊載判決先例全文之「大審院判例集」（簡稱民集、刑集）。此舉對日本法學影響很大。

換言之，自是之後，日本學界的視線，已從單純對實定法的考察，轉向對社會事實的關注，開創了日本法學解釋論的新局面，此即一般所謂「日本法學大正 10 年（1921 年）的轉向」[6]。

除此之外，我妻榮（1897~1973）也痛責原先大審院的「判決錄」，只抽象的摘取「判決要旨」，根本忘却了法院「本身」的職責，誤解了「判例法」的本質，法院根本沒有制作「抽象的法則」權限[7]，大審院先前只摘取「判決要旨」，並賦予一定的拘束力，不但紊亂了「立法」與「司法」的區別，而且破壞了「三權分立」的理想[8]。

肆 判例要旨成為違憲審查的對象

我國北洋時期的「大理院」，不論是組織或權限，幾乎全然與日本的「大審院」制度無異，判例的摘取，亦復與日本大正 10 年以前的作法相同。大理院編輯之「大理院判例要旨匯覽正集」及「大理院判例要旨匯覽續集」，並非將大理院所有之判決，均予錄入，而是「經過大理院認可，編入判例要旨匯覽之判決要旨」[9]。

依當時「法院編制法」第 37 條規定：「大理院各庭審理上告案件，如解釋法令之意見與本庭或他庭成案有異，由大理院長依法令之義類，開民事庭或刑事庭或民刑兩庭之總會審判之」、第 44 條規定：「大理分院各庭審理上告案件，如解釋法令之意見與本庭或他庭成案有異，應函請大理院開總會審判之」[10]。可知，大理院「大法庭」之運作方式，與日本大審院之「聯合部」如出一轍，只是名稱不同而已。

民國 16 年 11 月 17 日，最高法院成立於南京，其組織、權限及其運作方式，一仍「大理院」之舊。截至大法庭新制實施前，最高法院仍維持「大理院」的架構，對下級法院並無司法行政權；以「民事庭會議」、「刑事庭會議」及「民刑事庭總會」的決議[11]，代替「大法庭」的「判決」；「判例要旨」仍然就各庭的「判決文」中摘取，甚至加以增刪，儼然成為「抽象的法則」了。

司法院大法官遂將錯就錯，自釋字第 153、154 號開始，將不是最高法院或行政法院「判決文」本身，而是由「第三人」（判例編輯委員會）所摘取之「判例要旨」，當成「命令」，作為「違憲審查的對象」。該兩號解釋所採取審查的方式，係「合憲性解釋」，亦即「判例要旨」若有二種以上解釋時，其中一種解釋的結果不牴觸憲法，其餘的解釋將牴觸憲法，就採取合憲部分的解釋，以避免將「判例要旨」宣告違憲，引起最高法院等不快。旋見最高法院等無何反應，於是接二連三地，首先宣告最高法院的「判例要旨」違憲，如釋字第 177、271 號，均其適例。最高法院至此，只好徒呼負負了。到了釋字第 582 號解釋，大法官一併宣告 5 則「判例要旨」違憲，雖引起最高法院極大的反彈，並於 93 年 11 月 23 日，召開學

（文轉三版）

註釋

1 參見拙著，法學方法論，第 3 版，第 371 頁至第 381 頁。
2 參見朱石炎，判解之應用，108 年 4 月 26 日，1949 期「司法周刊」第 2 版。
3 同前註，並請參閱王昱之，我國現行判例制度之研究，第 18 頁、第 19 頁，1988，政大博士論文。
4 行政法院由民國初年之「平政院」，而後「審政院」、「行政法院」及「最高行政法院」，其發展之迹，大抵與最高法院同。而該院所編輯「判例要旨」，歷經新編、續編、第 2 次續編、第 3 次續編，最後將之合編，並增列判例要旨若干則。其詳請參見王昱之，前揭書。
5 參見拙著，法學方法論之探索，第 23 頁。
6 同前註，第 45 頁。
7 我妻榮，私法の道しるべ，第 135 頁。
8 同前註，第 132 頁。
9 王昱之，前揭書，第 19 頁。
10 同前註，第 20 頁。
11 最高法院民、刑事庭會議，原係採民刑事庭聯合會議的方式。迨民國 61 年 8 月改採分別集會，並將其中「民刑事庭聯合會議」更名為「民刑事總會」。最後又另增「民刑事庭庭長會議」，其餘不變。
12 參見拙著，法學方法論之探討，第 23 頁。
13 參見中野次雄，判例とその読み方，第 30 頁。
14 見 99 年 1 月 29 日，司法周刊，第 1477 期。
15 以上請參見 2007 年 9 月到 2012 年 2 月「最高法院大事紀」，第 79 頁以下。

國家語言 我們開課
JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每週全年 費用新台 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

（文接二版）

術研討會，以「解釋權與審判權之分際」為題，邀集學者發表宏言讜論，群起反對，但「輕舟已過萬重山」，業已無法回頭了。

同為最高審判機關的，諸如最高行政法院及公務員懲戒委員會所摘錄之「判例要旨」或「案例要旨」，亦不能倖免。釋字第 185、243、368 等號解釋，宣告最高行政法院的 6 則「判例要旨」違憲；釋字第 395 號解釋，宣告公務員懲戒委員會的 1 則及其他類似「案例要旨」違憲。釋字第 374 號解釋，更擴及最高法院的一則「決議」，亦被宣告違憲。至此司法院大法官與「法院」體系，在「合憲性控制上的基本分工」與「憲法第 80 條規定法官獨立審判的誡命」，都已因「判例要旨」的摘取，而消失殆盡了。

伍 判決理由與事實，密不可分

我有幸當過司法院大法官、最高法院推事以及院長並為法官，說句公道話，此一問題的解決，除了雙方必須自我克制之外，就是「判例要旨」的摘取（包括決議制度），早就應該改弦更張了。

日本「大審院」於 1921 年經末弘嚴太郎的大肆指責之後，憬悟到摘取「判例要旨」的弊端，而有所謂「大正 10 年的轉向」[12]，而我國或許因國事日非，無暇察覺及此，一直把「判例」等同於所摘取的「判例要旨」，其弊害非止一端，大焉者違反了權力分立的原則（增加或減少法律構成要件的框架，侵害了立法權），小焉者牴觸了審判獨立的基本精神，審判者只曉得作「唯一正解」，不知個案的具體妥當性，因而引發了人民對司法「僵硬」的感覺。

如所週知，「法條」的結構，是由「構成要件」與「法律效果」所構成（大部分一條條文滿足此一結構者，稱為「完全性的法條」，小部分不滿足者，稱為「不完全性法條」，其作用端在補充完全性法條之不足），在邏輯上以 P → Q 表示之。每一結構成為一個「框架」，每件判決，只要在「框架」之內，即屬「合法」（亦即已滿足法條的構成要件及法律效果）。但「框架」之內，有若干「點」（各種結論的判斷），就審判者（不論獨任或合議，也不論何一審級）審判具體的個案而言，因事實之不同，或因情節之差異，本其確信所為之結論的判斷，認為最妥適者，即屬「正當」。一般在法條的框架之內，常有甲、乙、丙…… 不同案件，均各有其「正當」之點，沒有所謂唯一「正當」的正解。各自的正當之點，是憲法賦予每一審判者，就各個具體個案，依據法律，獨立審判而獲致。

「判例要旨」的摘取，如忠於判決文，不過是框架內某點（結論）之判決理由而已，就該具體的個案而言，或許「正當」，但於其他各案，則非當然正當。如不忠於判決文，肆加匿飾增減，就更不用說了。換言之，判決結論及其理由與該案的事實，血肉相連，密不可分，是審判者依據法律，斟酌全辯論意旨及調查證據結果，本其確信所為之法律上的判斷。其他各案的審判者不問重要的事實是否相同，把前案所摘取的「判例要旨」，奉為抽象的法則，依據該要旨審判，已屬不經；審判者以外之第三人，逕將「判例要旨」，當成框架內各點一致判決先例，更不切合審判的實際[13]。

陸 判例要旨所由出裁判全文的彙整

我於 96 年 9 月 12 日，奉調最高法院時，即將「恢復判例援用本質」，列為首要工作。於交接典禮上致詞，指出：「現行判例要旨抽象成分濃厚，應將現行判例要旨改為判例索引，並將判例要旨列在『裁判書全文』欄外，援用判例時，如重要事實相同，加以援用時，應以裁判全文為先例，不再援用抽象的判例要旨」等語。

同年 12 月 27 日，特別邀請日本學習院大學岡孝教授、錢偉榮副教授等，以「日本對於判例之理解方法」，作專題演講。據岡孝教授指出：「日本最高裁判所民事裁判集，事實上與台灣的情況有些不同，其原本是屬於最高裁判所內部的一個參考資料，其每個案例的重點，還是基於一、二審正確的事實下所作的判斷。…… 判決要旨，只是用來參考…… 而已」；錢偉榮副教授也補充說明：「日本最高裁判所判例集的登載方式，係先有一判決要旨，之後才是判決正文，此一判決要旨並不是判決本身，而是編纂判例集者（按：指最高裁判所判例委員會）所加上去的一個簡單的內容，…… 學者如果要作研究，是不看判決要旨的，而是只看判決本身，所以日本判決要旨的地位與台灣的判例（按：指判例要旨）不同，其只是作為一個參考資料而已，真正具有拘束力者乃判決正文的具體內容」各等語[14]。

我當時知道尋覓刊行「判例要旨」所由出之「判決全文」，已刻不容緩。之前，最高法院在錢國成院長指示下，曾於 74 年間，陸續彙整「判例要旨」及其判決全文，其後因故未賡續彙整刊行。因此，我於 97 年 4 月，即指示資料科史慶琬科長立即與相關室科同仁，「上窮碧落下黃泉」，找遍檔案室，終於在他們不辭勞苦之下，於 98 年間完成「最高法院判例全文彙編」共 7 冊，民事部分 4 冊，刑事部分 3 冊；內容涵括最高法院遷台後自 39 年迄 94 年止，全部有效可資「援用」之民、刑事判例要旨及其裁判書全文。

嗣因有鑒於「最高法院判例全文彙編」7 鉅冊套書，平均每冊 1,000 頁以上，難以隨身攜帶，亦不便隨時查閱。又煩請資訊室及資料科同仁開發「最高法院判例全文彙編單機版光碟片」檢索系統，於 98 年 12 月製作完竣；法官等於安裝完成後，即可使用該檢索系統，依判例字號、裁判日期、事（案）由、裁判相關法條，進行查詢檢索，使用簡捷，參考容易。

遺憾的是，民國 16 年至 38 年的判例，民事 2,726 件、刑事 3,087 件，最高法院於遷台時未一併攜台，不無美中不足之感。經多方探聽，偶由國立政治大學黃源盛教授處得知，該批判例全文資料尚典藏於南京之「第二歷史檔案館」，大感興奮，即於 99 年 1 月 8 日函請司法院洽請財團法人海峽交流基金會函大陸相關單位提供協助，並隨函檢附 16 年至 38 年民、刑事判例字號目錄。

嗣經雙方相關單位輾轉來往與協調，終於 100 年 3 月 31 日「中國最高人民法院」根據「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第 2 條規定，正式來函邀請司法院及最高法院組團參訪南京。我當即與司法院商洽，於 100 年 5 月 6 日至 12 日，指派林志斌官長、史慶琬科長等人隨同當時司法院司法行政廳黃嘉烈廳長等共計 6 人，應邀前往南京，考察「大陸第二歷史檔案館」有關最高法院 16 年至 38 年判例全文之保存情形，並共商相關事宜。

由於「第二歷史檔案館」檔案管理系統，屬於早期目錄體系的保存方式，係按「地區為主，案由為輔」的方式排列，並非按年度字號依序排列，亦未將各案裁判書另行抽出彙整保存。每個檔案盒內都存放數件案卷，如以案由搜尋，甚難判別欲查詢之案件資料，究竟存置於何檔案盒。歷史檔案館內有最高法院裁判書共計 13 萬 9 千多件，如何於浩瀚資料中，選取判例全文資料 6 千多件，是個大問題，唯有先請求全面數位化再給予，方是可行之道。經再三商談，「中國最高人民法院」允諾照辦。

100 年 12 月 6 日，「大陸第二歷史檔案館」人員隨「中國最高人民法院」高級法官王少南主任等一行 8 人，到最高法院參訪，謂該院已投入一半以上人力積極進行「16 年至 38 年最高法院民、刑事裁判書數位化」工作，預計 3 年可以全部完成，屆時即可交給所需判例要旨所由出的裁判書全文[15]。101 年 2 月 16 日我屆齡退休，此事即由接任的楊鼎章院長繼續完成，終於 105 年 10 月出版「20 年至 38 年判例全文彙編」民、刑事各 2 冊，並製成光碟片供各界參考（可上網取得）。美中不足的，尚缺 20 年以前部分，推想此部分可能已不存在了。

柒 結語

民國 108 年 1 月 4 日修正之「法院組織法」第 57 條之 1 第 1、2 項規定，依法選編之判例（要旨），若無裁判全文可資查考者，應停止「適用」；未經停止「適用」之判例（先例），其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同，業已釐清了我國特有的「判例要旨」制度。今後各級法院審判案件，只能根據判決的重要事實，「決定」是否「援用」最高法院的先前的判決了。援用次數一多，自然就成為「先例」了。

（作者為前最高法院院長）