

第 68 屆 司法節學術研討會

會議實錄

——目 錄——

壹、開幕式致詞

司法院賴院長浩敏致詞全文 1

法務部曾部長勇夫致詞全文 3

貳、閉幕式致詞

司法院林秘書長錦芳致詞全文 5

法務部陳政務次長守煌致詞全文 7

參、議程表、備忘錄

議程表 9

會議備忘錄(第一場) 10

會議備忘錄(第二場) 11

肆、會議論文及紀錄

◆第一場：終審機關統一法律見解功能之再檢視－

兼論日本最高裁判所大法庭制度

一、主持人、報告人、與談人簡歷……………13

二、會議論文（黃朝義教授）……………15

三、會議紀錄……………51

四、附錄：法律審大法庭之可能模式－初論美國

聯邦上訴法院全院法庭（林超駿教授）

……………91

◆第二場：臺灣的法官及檢察官應如何積極適用

已內國法化的核心國際人權條約－以

最高法院及最高行政法院適用兩人權

公約之裁判為中心

一、主持人、報告人、與談人簡歷……………127

二、會議論文（徐揮彥副教授）……………129

三、會議紀錄……………177

伍、會議剪影……………213

第 68 屆司法節學術研討會開幕式 司法院賴院長浩敏致詞



曾部長、陳次長、蘇副院長、律師公會全國聯合會林理事長、各位研討會的主持人、報告人與與談人，各位貴賓、各位司法界、法學界、律師界以及媒體界先進朋友，各位同仁，各位女士、先生，大家早安，大家好！

今天，欣逢第 68 屆司法節，是我國司法主權取得獨立及完整地位的重要紀念日，更是全體司法人的共同節日，過去，司法界先進們為追求司法主體價值的歷程與無私奉獻的典範，值得我們緬懷、感恩，未來我們更應在前輩們所奠定的良好基礎下，面對時代的挑戰，接受人民的付託，為司法開創新局。

為了慶祝這個特別的日子，司法院及法務部共同舉辦學術研討會，探討終審法院統一法律見解的功能，以及我國法官、檢察官應如何積極適用已經國內法化的核心國際人權條約。這兩項議題的探討，關係著審判的核心價值，以及司法如何發揮應有的功能，包括法官如何在審判獨立的前提下，統一法律見解，建立法的可預測性，以提升司法的公信力，法官及檢察官如何透過司法的運作，保障人權，維護社會秩序，實現社會的公平正義。

司法為民向來是司法院施政的基本理念，而維護審判獨立及提升裁判品質與效率，則是實現司法為民的兩大基石。經過多年來的努力，審判獨立已經是客觀的事實，而且成為堅定的鐵律，不容動搖。但是如何提升裁判品質，贏得民眾的信賴，則是當前司法問題中，有待努力的一環。司法院近年來除了加強司法專業化，成立專業法庭

或專股，並藉由資深或優遇法官帶領資淺法官的方式，讓審判經驗得以傳承，同時也建置了量刑資訊系統，提供法官辦案參考。除此之外，為了統一法律見解，避免因為終審法院法律見解的歧異，造成下級審及民眾無所適從的不安定感，司法院更推動在終審法院成立大法庭的制度，希望能解決終審法院各庭法律見解歧異的問題，而發揮統一法律見解的功能，並促進法律的續造。有關大法庭的設立，司法院已完成法院組織法及行政法院組織法部分條文修正草案，法院組織法部分條文修正草案已送請行政院會銜中，行政法院組織法部分條文修正草案則已送請立法院審議中，期盼能早日完成修法程序，讓裁判品質更加提升，並獲得民眾信賴；又大法官解釋權為司法權的一環，審理方式及程序應全面司法化、法庭化，以提升審理的效率、發揮維護憲政秩序及保障人權的功能，所以，我們也修正並擬具「司法院大法官審理案件法」草案，即將送請立法院審議。

今天上午場的研討會，非常榮幸邀請到中央警察大學黃朝義教授，針對終審機關統一法律見解的功能，提出精闢研究成果，同時介紹日本最高裁判所大法庭制度，也感謝與談的教授及法官貢獻智慧，相信透過法律及制度面的深入剖析，讓大家從更多元的角度，思考終審法院應如何發揮統一法律見解的功能。

法院設立的目的是在於保障民眾權益、維護社會公義，而公正的裁判，不僅有賴於健全的司法制度，更繫於執法者心中所存在「社會正義」的價值。司法人員不只要有正確的觀念，更要能從人權的角度去思考司法的價值，以同理心站在人民的角度去思考問題。「公民與政治權利國際公約」以及「經濟社會文化權利國際公約」施行法的制定，強化了我國民主法治的實質內涵，證明我國人權保障的規範已經與國際接軌。司法院配合兩公約的施行，已全面檢討相關法規，舉辦一系列的宣導講習，並在法院所作成的裁判及大法官會議解釋中，具體落實兩公約保障司法人權的內涵。在此特別感謝法務部精心安排下午場的研討會，相信透過學者精心的研究及各界集思廣益的探討，可以提供法官在裁判上解釋適用兩公約時的重要參考。

今天學術研討會所探討的議題，都是司法改革相當重要的面向，也是司法與時俱進最佳的見證。在司法改革的道路上，當謹記古人的訓示：「**昔日之得，不足以為矜；後日之成，不容以自限**」，不因過去的努力成果而自滿，並持續努力開創未來，營造值得全民信賴的司法，深化法治國的理想。衷心期盼所有司法同仁齊心努力，為司法的永續發展，再創新機！也感謝各位持續給予我們司法同仁的支持及指教。最後，敬祝各位身體健康、萬事如意，今日研討會圓滿順利！謝謝各位。

第 68 屆司法節學術研討會開幕式 法務部曾部長勇夫致詞



司法院賴院長、蘇副院長、林秘書長、法務部陳次長、院部各位司法首長、各位法官、檢察官、還有律師公會聯合會的林理事長、以及今天學術研討會的主持人、主講者以及與談人、各位女士、各位先生、各位媒體朋友：

我們面對一年一度法界所最期待的司法節，在四年前開始，我們都是以辦理學術研討會的方式來慶祝，當然今年也不例外，這也正回應著我們常常在講的，「司法是為人民而存在，是人民的司法」，因為我們藉學術研討會來聽取各界人民的聲音，藉著這些反應，來擬定做為施政的重要政策。今天我們辦的兩場學術研討會，其中之一是終審法院統一法律見解的省思再檢視，其次，就是我們的法官、檢察官如何來適用已內國法化的核心國際人權公約，這兩項議題可說切中民眾的要求，而也是我們司法機關、院部法官、檢察官所應該更為關注更為努力的課題，個人在這邊也要藉慶祝司法節的機會，向各位報告這一年來法務部就民眾所期待的，也是我們要努力做的一些事，一些成果與績效提出報告。

首先我們要先談到廉政，從去年國際透明組織做一項清廉印象指數就全世界 176 個國家評比，我國總排名為 37 名，該名次在東亞地區，僅次於新加坡、日本、香港，我們列居第四名，這也看得出來這一年來，法務部廉政署成立後，積極在肅貪以及推廣有關的廉政也有了初步的成果，其次，法務部要求檢察機關的檢察官、檢察事務官開庭時要注意準時、態度良好，這也就是呼應各界期待我們司法機關要營構公正友善

的司法環境，這一部分，我們非常積極的在省視我們的檢察官跟檢察事務官是不是有做到這項要求，另外，我們在司法互助方面也做了許多努力，例如最近「跨國移交受刑人法」，已經立法院三讀通過，接續相關的配套措施我們會推出，可以處理解決很多跨國受刑人怎麼樣來移交這些問題；另外，之前已訂定簽訂「臺越民事司法互助協定」，以及「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」等等，我們都有透過個案合作、業務交流等等做法，來加強司法互助跟共同打擊犯罪這些作為。

另外對人民所關注的毒品犯罪問題，法務部積極推出所謂防毒、拒毒、緝毒跟戒毒的連線行動方案，我們跟跨部會的相關單位合作，全面打擊毒品犯罪，另外在人口販運偵防方面，我們也獲得各國的高度肯定，像美國國務院在去年發布 2012 年人口販運裡面，我國列為最佳的第一級名單，在亞太區域，我國之外有澳洲、紐西蘭跟南韓四個國家，這樣名列第一級名單已經是第三年，在去年，美國國務院特別派官員來法務部拜會，要求法務部提供相關的資料讓他們編為教材提供給其他國家來參考，這一點也看得出法務部及相關部會單位在人口販運的防治方面做了很多很多的努力。

其次在民法方面法務部做了些重要的修正，像遺失物要求報酬，原先我們是可以要求到三成，那這一方面因為各界的反應，因此我們修正降為一成，而且如果給一成顯失公平的話，當事人還可以請求法院減輕或者免除報酬等等，另外還有一項，各界非常矚目，也就是個人資料保護法的施行，在去年的 10 月 1 號開始施行，個人資料保護法是在兼顧個人人格權的保障以及個人資料的合理使用，這兩方面的權益，可以說開啟了我們個人資料保護的新紀元。

還有我們今天主要要談到的國際人權兩公約這一部分，自從施行法訂定之後，我們在去年完成了初次國家人權報告，緊接著去年底，我們又把這部國家人權報告翻為英文，由外交部來幫忙翻譯，而且我們要更符合聯合國的標準來審查，因此我們延聘國際學者專家在下個月，2 月 25 號前來審查我國國家人權報告有關的落實跟做法等等，讓我國的這些作為可以推向國際，傳遞政府跟人民致力人權保障的努力跟成效。從這些作為看得出來，我們對於打擊不法犯罪、掃除黑金、獄政人權，以及司法保護排除民怨等方面的改善，我們都做了很多的努力，這也是未來我們法務部仍然要積極來處理的。歸納來講，本部未來的努力方向，在建構廉能的政治以及建立人權的保障，這兩方面我們會就各項做法細節會積極的來推出，我們藉今天司法節慶祝的這項學術研討會上面，公開的向各界來宣示我們的努力目標，也期待法務部的所屬同仁一起努力來實現。

最後，感謝今天各位熱烈的參與，以及全體工作人員籌辦的辛勞，也祝福今天的學術研討會圓滿成功，各位身體健康、事事如意，謝謝大家！

第 68 屆司法節學術研討會閉幕式 司法院林秘書長錦芳致詞



法務部陳政務次長、陳常務次長、報告人徐副教授、與談人林所長、廖副研究員、張副教授、各位先進、各位貴賓、各位女士、各位先生，大家午安！

從民國 99 年以來，司法院與法務部改以舉辦學術研討會的方式來慶祝司法節，今年也不例外，研討的議題有二項：第一項議題是終審機關統一法律見解功能的再檢視，經由日本、德國、美國、法國等各國終審機關所運作的大法庭與判例形成的制度，檢視我國終審機關統一法律見解的功能與修法的方向。第二項議題在於思考法官及檢察官如何積極適用已內國法化的國際人權條約，深化人權保障之普世價值。本人在此謹代表司法院，感謝法務部的精心策劃，院部參與同仁共同規劃、執行，讓研討會能夠圓滿、順利地舉行。也要特別感謝今天這兩場研討會的主持人、報告人及與談人貢獻多年研究的智慧，分享研究成果並提出許多值得省思的面向，讓我們獲益良多。相信經由學術研討會的腦力激盪，必能促進司法制度的發展與人權保障的進步，在慶祝司法節的今日，格外具有意義。

本次所探討的兩項主題，關係到司法公信力的提升及人權保障的落實，為當今各界極為關切的議題。在憲法第 80 條所規定審判獨立原則下，法官在審理個案時，本於自我對法律確信與判斷，難免涉及個別價值觀而對法律意涵作出不同的詮釋。又依照現行組織架構及訴訟制度，終審法院設置許多庭，各庭先後作成的裁判，如就相同事實之法律適用有所歧異，或就具有普遍、原則上重要性的法律見解裁判紛歧，將影

響裁判的安定性及可預測性，使下級審法院及人民無所適從。長此以往，難免斲傷司法的公信力，影響人民對司法的信賴。因此，司法院參考外國法制，並且邀集機關代表、立法委員、審、檢、辯、學各界舉辦座談會、公聽會，於廣納眾意後，日前擬具法院組織法及行政法院組織法部分條文修正草案，在終審法院設立大法庭制度，以增進統一法律見解的功能。

今天上午場提出報告的黃教授，介紹了我國判例及決議的形成與演變，以及日本判例的形成與功能，同時指出我國最高法院統一法律見解方式的若干問題，特別是現行的「判例」選編制度，把裁判中的法律見解從個案事實抽離，成為抽象簡約的判例要旨，使其具有一般法規範效力，雖其目的在於統一法律見解，但有悖權力分立原則，且容易產生不同的解讀，而有適用上之盲點。有鑑於此，司法院已在上述組織法之修正草案中，刪除現行判例選編及變更制度，期盼透過大法庭制度，以個案裁判之方式達成統一法律見解的功能。

下午場有關國際人權條約如何在實務上具體落實的重要議題，經由徐教授精闢的解析，以及各位與談人與貴賓寶貴的意見，更讓我們了解到，執法人員的觀念與態度能否與時俱進，攸關人權保障可否落實。所謂「法與時轉則治，治與世移則有功」，國際人權公約的內國法化，是促使我們在人權保障措施方面自我反省的動力，但是真正的實踐，仍然有待全體司法同仁共同努力，這也是院檢責無旁貸的任務。

最後，感謝所有先進及司法同仁熱情的參與，讓今天的學術研討會能夠圓滿成功，希望今天的研討內容，能為法制健全發展帶來新的契機，讓司法更贏得人民的信賴與尊重。再次感謝各位參加今天的學術研討會，我們期待明年再相見，也敬祝大家身體健康，新年快樂、如意！謝謝。

第 68 屆司法節學術研討會閉幕式 法務部陳政務次長守煌致詞



司法院林秘書長、法務部陳常務次長、司法官訓練所林所長、高等法院檢察署顏檢察長、徐教授、廖教授、張教授、各位學術界、司法界、還有律師界的各位先進、各位小姐、各位先生。

為了慶祝第 68 屆司法節所舉辦的學術研討會，經主持人用心、盡心的主持，報告人、與談人，內容豐富且精闢的報告，今天活動順利圓滿的閉幕。本次的研討會，正如剛剛林秘書長所提到的，是以終審機關統一法律見解功能的再檢視，以及臺灣的法官、檢察官應如何積極適用已內國法化的核心國際人權條約，做為討論的主題，這兩個主題都是屬於司法核心重要的一環。感謝主持人、主講人、與談人等專家學者提供寶貴的意見，做為未來法制推動實踐的參考，也謝謝與會人士熱情的參與，在此代表法務部表達衷心的敬意與謝意。

本次研討會在籌辦的時候，曾部長就曾指示，國際人權的實踐是當中的一個主題，聯合國經濟社會文化權利國際公約，以及公民與政治權利國際公約草擬完成的時候，我國就在 1967 年 10 月 5 日簽署這兩項的人權公約；但由於我國在 1971 年，也就是民國 60 年退出聯合國，喪失會籍，參與國際社會的機會大幅縮減，所以沒有將這兩項人權公約批准。

一直到 2009 年 3 月 31 日，立法院議決兩項的人權公約，並三讀通過這兩項公約的施行法，總統也在同年 5 月 14 日批准公布。從此，我國人權保障的發展，步入新

的里程碑，除了對國際社會公開承諾願履行公約所規定的人權保障義務，更確認人民在國內應享有公約所保障的人權，意義甚為重大。

未來檢察官及法官如何適用已內國法化的國際人權公約，是我們努力實踐的方向，經驗的傳承與知識的掘取，乃是推動學習進步的南針，此次研討會的豐碩成果、寶貴意見，將是未來法規修訂以及法制實現的重要參考。

在滿清時代，我國與外國簽訂了許多不平等條約，一直到民國 32 年 1 月 11 日，也就是在 70 年前，我國與美英等國締訂平等契約，廢除治外法權後，我國司法權始獲得完全的獨立，所以訂這天，也就是今天，1 月 11 日為司法節。當司法不分貧富貴賤，對所有人許下任何人皆生而平等的承諾時，政府就有義務去建立一套通過司法可以去實現正義的一個管道，而這就是我們所要的司法。

在慶祝司法節的今天，我們舉辦有關司法革新的學術研討會，自然有它深遠的意義與價值，深盼經過大家的努力，建構一套公益、專業、效率，而讓人民信服的司法，也讓我們在不久的將來，能很自豪的宣告我們的司法公平如浪海濤濤，正義如江河滾滾。

再次感謝大家熱心的參與，此次學術研討會，謝謝司法院給我們許多的指導及協助，也謝謝交通部提供美輪美奐的國際會議廳供研討會之用，在此表達深深的謝意。最後敬祝我們在座的每位，願你們的家庭有豐富的情緣與喜悅，你們的工作有知性的挑戰與成長，我們每人都得享上天所賜，天人和諧的平安與健康，願恩惠、平安跟上帝的賜福與大家同在，從今時直到永永遠遠，謝謝各位！

第 68 屆司法節學術研討會 議 程 表

一、日期：102 年 1 月 11 日（星期五）

二、地點：集思交通部國際會議中心（臺北市中正區杭州南路 1 段 24 號）

三、議程內容

時間	時程	議 程
08：30 ～ 9：00	30	報到
09：00 ～ 9：20	20	開幕式—司法院賴浩敏院長、法務部曾勇夫部長 司法節慶祝活動致詞
09：20 ～ 10：15 第一場學術研討會 （上半場）	55	主 題：終審機關統一法律見解功能之再檢視—兼論日 本最高裁判所大法庭制度 主持人：蘇永欽（司法院副院長） 報告人：黃朝義（中央警察大學行政系教授） 與談人：林鈺雄（臺灣大學法律學院教授） 林超駿（臺北大學法律學系教授） 林恩瑋（東海大學法律學院副教授） 魏大曉（最高法院法官）
10：15 ～ 10：30 中場休息及茶敘	15	
10：30 ～ 12：10 第一場學術研討會 （下半場）	100	
12：10 ～ 13：30	80	午餐休息
13：30 ～ 14：40 第二場學術研討會 （上半場）	70	主 題：臺灣的法官及檢察官應如何積極適用已內國 法化的核心國際人權條約 主持人：陳明堂（法務部常務次長） 報告人：徐揮彥（東華大學財經法律研究所副教授） 與談人：林輝煌（法務部司法官訓練所所長） 廖福特（中央研究院法律學研究所副研究員） 張文貞（臺灣大學法律學院副教授）
14：40 ～ 15：00 中場休息及茶敘	20	
15：00 ～ 16：10 第二場學術研討會 （下半場）	70	
16：10 ～ 16：30	20	閉幕式—司法院、法務部長官致詞

主辦單位：司法院（第一場）、法務部（第二場）

第 68 屆司法節學術研討會

第一場次會議備忘錄

歡迎參加第 68 屆司法節第一場次學術研討會。為使本場次研討會順利進行，敬請注意下列事項：

一、研討會時間分配：共 155 分鐘。

（一）主持人致詞 5 分鐘。

（二）論文報告時間為 50 分鐘。

1、第 48 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、第 50 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

（三）每位與談人評論時間為 20 分鐘。

1、第 18 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、第 20 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

（四）提問與回應時間為 20 分鐘。討論進行方式由會議主持人裁決。

二、發言人發言後，請將發言單擲交會場工作人員，以利資料整理。

三、會議中未盡完善之處，敬請不吝指正，謝謝。

第 68 屆司法節學術研討會

第二場次會議備忘錄

歡迎參加第 68 屆司法節第二場次學術研討會。為使本場次研討會順利進行，敬請注意下列事項：

一、研討會時間分配：共 140 分鐘。

（一）主持人致詞 5 分鐘。

（二）論文報告時間為 65 分鐘。

1、第 63 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、第 65 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

（三）每位與談人評論時間為 20 分鐘。

1、第 18 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、第 20 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

（四）提問與回應時間為 10 分鐘。討論進行方式由會議主持人裁決。

二、發言人發言後，請將發言單擲交會場工作人員，以利資料整理。

三、會議中未盡完善之處，敬請不吝指正，謝謝。

第 68 屆司法節學術研討會

第 68 屆 司 法 節 學 術 研 討 會

第一場

主持人簡歷

主持人	學 歷	現 職
蘇永欽	國立臺灣大學法律學系學士 德國慕尼黑大學法學博士	司法院副院長

報告人簡歷

報告人	學 歷	現 職
黃朝義	日本慶應義塾大學法學博士	中央警察大學行政系教授

與談人簡歷

與談人	學 歷	現 職
林鈺雄	德國慕尼黑大學法學博士	臺灣大學法律學院教授
林超駿	美國西北大學法學博士	臺北大學法律學系教授
林恩瑋	法國史特拉斯堡大學法學博士	東海大學法律學院副教授
魏大曉	臺灣大學法學博士	最高法院法官

第 68 屆司法節學術研討會

終審機關統一法律見解功能之再檢視

—兼論日本最高裁判所大法庭制度—

中央警察大學行政系教授(日本慶應義塾大學法學博士)

黃朝義

目 次

- 一、概說
- 二、判例與決議形成之沿革
 - (一) 概說(最高法院職權)
 - (二) 判例之沿革及演變
 - (三) 民刑事庭決議之形成及演變
 - (四) 小結
- 三、日本判例形成及其功能
 - (一) 概說
 - (二) 第三審審理與判決
 - (三) 判例的意義與形成
 - (四) 判例的變更
 - (五) 判例的功能
- 四、我國最高法院統一法律見解之問題點
 - (一) 憲法問題之處理
 - (二) 最高法院以「判例」作為統一法律解釋之問題點
 - (三) 最高法院以「決議」作為統一法律解釋之問題點
 - (四) 最高法院以「判決」作為統一法律解釋之問題點
 - (五) 不同(反對)意見、意見、補充意見之構成
- 五、代結論

一、概說

憲法第 80 條規定，法官應依據法律獨立審判。而法律之解釋，多涉及價值判斷與個案考量，每個適用法律者，對於法律之意涵，可能有不同之詮釋。法官依法獨立審判之結果，代表法官可以不受其他機關之干涉，而獨立做出法律之判斷，為妥適之判決。但此也代表不同法官對於同樣的事實、相同法律，可能做出不同結論的判決，難免有違「法安定性」，讓一般人民無所適從。蓋因類似案件有不同之判決結論，人民難以期待何者屬於法律規範之內容（因有不同解釋），而欠缺法之信賴。而此種情形為獨立審判下，不得不然之結果。

如何使法律之適用、解釋達成一致性，又要兼顧法官依法獨立審判之精神，則為立法上的難題。在下級審案件審理的具體情形，一般而言較無疑義。蓋因審級制度的建立，無非在於此點之思考，讓當事人透過上訴制度，由上級審表示法律見解，並藉由上級審之糾正，達成法律解釋適用之同一性。

惟若是終審機關，因已無上級審可資救濟¹，如何使終審機關達成法律解釋適用之一致性，則為困難所在。此問題緣由在於終審機關如果分設數個法庭，就會發生各庭見解不一致之情形。在我國，所謂終審機關，一般而言就是指最高法院（指民、刑事審判）與最高行政法院²。以刑事案件為例，最高法院裁判見解不一致之情形屢見不鮮³。就此而言，不免傷害法律適用之安定性，容易使下級審、人民無所適從。以

¹ 在我國因有大法官釋憲制度，如個案涉及憲法上違憲與否之爭議時，人民對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者，得聲請釋憲；或對於確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者，亦得聲請釋憲，此部分，詳下述。

² 本文以下均以最高法院為論述範圍，最高行政法院部分，留待結論時再予以論述，且因研究領域在刑事法學，故爰以最高法院刑事判決、刑事庭決議為討論，下文不再引述民事庭決議。

³ 例如，漏未告知證人得拒絕證言（刑事訴訟法第 186 條第 2 項），所取得之證詞，對於本案被告有無證據能力之問題，有未表示任何具體意見之見解，如最高法院 95 年度台上字第 348 號判決（此種論點，較不易為人接受，最高法院作為終審機關，理應指導下級審如何適用法律，而非將問題「丟」給下級審，由下級審自行研究；之後上訴，若結論、說理不被接受，又可作為撤銷之理由，如此作法將喪失法律審存在之意義）；亦有採此專屬證人之權利，非被告所得主張之見解（即有證據能力），例如最高法院 101 年度台上字

下先就我國最高法院對外表示法律意見之形式，而為論述。

「判決」⁴係指法院就具體事件判斷後所為之對外意思表示。「判例」係指最高法院就某一具體特定案件判決，認為具有特別參考價值，可以補充法律規定不足，依法由最高法院法庭法官表決後所為之決議，經報請司法院備查者，其效力等同法律規定般，具有拘束下級法院的效果。

具體而論，依法院組織法第 57 條之規定，「最高法院之裁判，其所持法律見解，認為有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會決議後，報請司法院備查（第一項）。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（第二項）」。⁵此即為我國判例之形成過程，亦即最高法院如何編纂與變更判例之職權及法定程序。

另外，「決議」並非針對具體案例，而是最高法院就特定的爭議問題（可能尚未發生，或許是下級法院判決見解不一致問題），經最高法院民刑庭總會法官等討論後，所作出的決定，可以供下級法院參考。惟此之決議與判例相較，何者效力較高，見解上尚有歧異⁵。一般而論，判例具有影響下級審法院裁判之拘束力，決議只是供法院審判時之內部參考意見⁶。兩者之共同特徵乃為，皆非以具體個案為基礎的法律見解，以及皆為經最高法院民、刑庭會議或民刑庭總會決議之內容。

我國對於判例之詮釋較多，大致認為具有以下之特色。亦即（1）判例係以最高法院所為之裁判見解為限，不包括高等法院或其分院及地方法院所為之裁判；（2）最高法院所有的裁判並非均得成為判例，而是須經最高法院民、刑庭會議或民刑庭總會決議，認為必要者，方得選為；（3）判例並非一成不變，當「最高法院審理案件，認

第 641 號判決；亦有採取權衡說之主張，例如最高法院 100 年度台上字第 5855 號判決、99 年度台上字第 949 號判決。

⁴ 此部分應包含裁定，惟為免用語上之疑義，以下均以判決概稱。

⁵ 最高行政法院為行政訴訟的終審法院，因此裁判書主張的法律見解，有拘束下級行政法院的效力，為避免各合議庭間的法律見解歧異，恐將產生爭議，因此每月定期舉行「庭長法官聯席會議」，就見解歧異的法律問題，經討論後作成決議，統一見解。此種「庭長法官聯席會議」所作決議，幾乎與判例等同效力，對相關法院有實質上拘束力，也就是說，最高行政法院和各地的高等行政法院，未來所作類似判決，原則上都應依上述決議內容審理、不宜抵觸，否則將被推翻，相關內容可參閱「最高行政法院庭長法官聯席會議議事要點」。

⁶ 如大法官釋字第 375 號解釋理由書所稱。

有必要」時，亦得變更之，惟仍須經法院組織法第 57 條規定之法定程序；(4) 不問判例選編或判例之變更，最後均須報請司法院核備；(5) 我國之判例內容，僅為裁判之一部分並為抽象之描述（如判例要旨）；外國之判例，為裁判內容之全部（包含事實及法律見解），並均為具體之案例（日本較接近此種型態）。至於，一般認為決議雖未具拘束力，僅具「命令」之性質，法官不受拘束，但是否即為如此之解讀，恐非單純之論述可以說明清楚。蓋因對下級法院而言，最高法院所為之決議仍有其一定之拘束力，乃為不爭之事實。

以目前最高法院決議而論，多在處理各庭之間法律見解歧異之問題⁷。換言之，對於類似或相同之案件，由最高法院各庭間表示意見後，若有不一致之情形，再召開刑事庭會議加以解決。此種作法，或許考量在某一關鍵之法律問題，各種論點如果能夠得到充分之思考後，始做成較為一致之作法，將有助於形成一般之共識。惟此卻也導致各庭之間不同見解之差異，造成下級審無從遵循，以讓人民欠缺法之信賴。以最近之最高法院 101 年度第 8 次刑事庭會議決議之事項為例，若成年人故意販毒予少年，是否應依兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段加重其刑，在決議做成之前，最高法院已有正、反之不同意見⁸，而此又涉及是否加重其刑之事由，對於被告之權益影響程度甚大，兩相歧異之見解，已然對於被告之權益直接產生影響（上訴第三審後，不同庭之見解，直接影響罪刑）。倘仍採取目前此種事後再行統一解釋（抽象法律解釋）之作法，已侵蝕法安定性。在此概念下，我國所謂最高法院「統一法律見解」之意義，似乎是指在各種（各庭）判決之結論併陳後，再以事後之刑事庭會議決議之方式，統一各庭見解。

另以判例制度而言，若經過選編為判例，一般而言，較不易產生見解前後不一致之問題。惟此種判例「類同」於法律般看待之見解（抽象解釋，完全脫離案例事實），是否有司法權介入立法權，而統一拘束下級審法院之違憲疑慮，則有莫大之討論空間。

以最高法院之判決而論，因屬具體案件所表示之法律意見，一般而言，下級審法院可將之視為一個具體案件所為之法律解釋，在不同之案例事實，自無受到拘束之問

⁷ 惟亦有抽象討論某一法律應如何適用之問題，如最高法院 99 年度第 9 次刑事庭會議，即在抽象討論刑事妥速審判法第 7 條之適用問題。

⁸ 採取肯定見解，如：最高法院 101 年度台上字第 3852 號判決；否定見解，如最高法院 95 年度台上字第 4670 號判決。

題。然亦有可能造成，最高法院判決發回更審中所表示之法律意見，再度上訴後，其他最高法院法官得否採取不同之見解（前後見解不一），再度發回更審。倘若不採取相對應之限制措施，恐將造成案件無止盡之反覆。觀察目前最高法院之判決，對於某些法律問題之闡釋，並未給予一個較為清楚之概念與結論，而有迴避處理法律爭點解釋之情形發生⁹。

目前最高法院統一法律見解之方式，以判例與決議影響程度較大，較易被下級審法院所遵守。惟此種作法，在理論與具體運用上是否妥適，則為本文探討之重心，因此，本文以下先以判例、決議之沿革談起（下文二），兼以日本最高裁判所運作之實務為本（下文三），進而探究現行實務運作之盲點（下文四），及提出相關之建議為結論（下文五）。

二、判例與決議形成之沿革

（一）概說（最高法院職權）

我國法律起先是繼受「歐陸法系」法制。嗣後，在法律近代化發展過程中，深受兩個重要源頭之影響：一為古代清末民初的中國法制（1902 年-1928 年）；另一個為日治時期（1895 年-1945 年）的台灣法制。就我國現行「法律體制」沿革以觀，仍然有一部分係延續「清末民初」時期之中國法制。

清末變法時，於光緒 32 年（1906 年）改舊有「刑部」為「法部」，屬於司法行政機關；改舊有「大理寺」為「大理院」專司審判業務¹⁰。此時期，可謂初步建立了司法機關與行政機關權力分立之概念，同時也確定了「大理院」為最高審判機關。

「大理院」設立初期，依《大理院審判編制法》規定，對於終審案件、不服京師

⁹ 對於事實認定部分，若最高法院審理後發現仍有合理之可疑，得否自為被告無罪之判決，有認為冤獄防止為法院存在之重要意義，無法想見國家將一無辜之人施以刑罰對待，此屬於不正義之事，因此，最高法院雖為法律審，但亦無迴避冤獄防止之義務，而不應將事實認定，推由下級審法院。此點，在我國發回更審情形仍多之情形下，值得實務思考。

¹⁰ 故宮博物院明清檔案部編，《清末籌備立憲檔案史料（上）》，中華書局，1979 年版，471 頁。

高等審判廳裁判之上訴等案件，大理院有管轄權¹¹。依該法第 19 條規定，大理院之裁判得以拘束全國審判機關；且依同法第 20 條規定，「大理院於上控、京控案件，其各科判決意見有相反時，科丞稟知院中長官，由長官審察案件性質，使民事科或刑事科或使民事、刑事兩科會同審判之」¹²。

依此得知《大理院審判編制法》僅只適用於京師地方案件。嗣後另又制定了《法院編制法》，將全國法院審判體系加以區分，審級制度採四級三審制（亦即初級審判廳、地方審判廳、高等審判廳、大理院等四級）¹³，以「大理院」為全國最高審判機關。大理院除受理終審案件及特別管轄案件外，依《法院編制法》第 35 條規定，「大理院卿有統一解釋法令及必要處置之權，但不得指揮審判官所掌理各案件之審判。」此為大理院具有「統一解釋法令」權限之初始制度。換言之，大理院在當時，除了屬於民、刑事案件之最高審判機關外，同時亦擁有「統一解釋法令」之權限。同法第 37 條亦規定，「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，由大理院卿依法之義類，開民事科或刑事科或民刑兩科之總會審判之」¹⁴。

從前述規定可知，晚清時期，當時之大理院對於判決先後有異或有變更時，係採取「會同審判」之合議方式審理。其會同審判型態類同於現行日、德兩國「大法庭」模式之設置；且此一「會同審判」之立法例，在古代中國之固有法制中，似乎亦有雷同之「三法司（刑部、都察院、大理寺）會審」結構之共同審理制度¹⁵。

¹¹ 《大理院審判編制法》（光緒 32 年，1906 年）全文共 45 條；可詳見〈大理院審判編制法〉，《大清法規大全（四）》，政學社印行（出版年月不詳），1851-1855 頁。

¹² 前揭〈大理院審判編制法〉，《大清法規大全（四）》，1852 頁。

¹³ 清末《法院編制法》於宣統元年（1909 年）12 月 28 日頒布；全文分為 16 章，條文共 164 條，舉凡審判衙門通則、初級審判廳，地方審判廳、高等審判廳、大理院、司法年度及分配事務、法庭之開閉及秩序、審判衙門之用語、判斷之評議及決議等，此為我國現行《法院組織法》之縮影；可詳見〈法院編制法〉，《大清法規大全（四）》，政學社印行（出版年月不詳），1819-183 頁。

¹⁴ 前揭〈法院編制法〉，《大清法規大全（四）》，1822-1823 頁。

¹⁵ 明清兩代以刑部、都察院、大理寺為三法司，遇有重大案件（即死罪案件），則由該「三法司會審」而為共同審理；可詳見：那思陸、歐陽正合著，《中國司法制度史》，國立空中大學發行，2001 年 2 月初版，279-280 頁、346-348 頁；那思陸，《清代中央司法審判制度》，北京大學出版社，2004 年 8 月初版，44-53 頁。

（二）判例之沿革及演變

1、民初大理院時期

民初大理院時期（1912 年-1928 年），北洋政府官方判例彙集的編纂，首見於民國 8 年 12 月由大理院編輯處刊印的《大理院判例要旨匯覽正集》，其內容係節取大理院自民國元年改組至 7 年 12 月底的判決先例¹⁶。嗣民國 13 年歲末，大理院復印行《大理院判例要旨匯覽續編》，此即為民國 8 年 1 月至 12 年 12 月間之判例，作節取要旨編輯而予以發行¹⁷。

此後，大理院至民國 17 年閉院為止，大理院本身未再編輯刊行判例要旨。惟有不少坊間法律專家，陸續將大理院的判例要旨彙編出版，彌足珍貴。在此些出版物中，流通最廣且最具影響力者，首推郭衛（1892 年-1958 年）所編輯之版本。該版本不僅蒐集《大理院公報》及《政府公報》所載大理院相關判例，並將《大理院判例要旨匯覽正集》與《大理院判例要旨匯覽續編》加以彙整，整編成《大理院判決例全書》。完整的收錄了大理院自民國元年迄至 16 年的民事、刑事法判例約 2800 則，其中，民事有 1757 則，刑事有 1043 則¹⁸。不過，當時並非所有大理院的判決都能成為判例。

就編輯判例程序而言，以「大理院院長選任或聘定曾任大理院推事擔任編輯判例初稿，並經庭長摘取判例後，送交院長檢閱後，發交油印分庭於各庭推事」（大理院辦事章程：第 6 章編輯事務第 221 條至第 228 條參照）¹⁹；因而，民初大理院的裁判中，能補充或闡明法律之不足，具有抽象規範價值者，方能選為判例。此些判例作成後，即刊載在《政府公報》與《司法公報》。因而「判例」對於同類案件，基於相同事件應作相同的決定，以及為確保法的安定性與公平性，該判例即具有事實上之拘束

¹⁶ 郭衛編輯，〈大理院判例要旨匯覽正集例言〉，《大理院判決例全書》，台北、成文出版社重印，1972 年 6 月初版，848 頁。

¹⁷ 大理院編輯處，《大理院判例要旨匯覽續編》，北京、大理院收發所發行，1926 年 12 月初版，1 頁。

¹⁸ 郭衛編輯，《大理院判決例全書》，台北、司法院秘書處重印，1978 年 4 月初版。

¹⁹ 此〈大理院辦事章程〉全文分九章，共 230 條，乃民國 8 年 5 月 29 日大理院經呈准，而於民國 8 年 6 月 1 日施行，此於該章程第 228 條定有明文；並於同章程第 230 條規定「民國 2 年 5 月 1 日施行之大理院處務規則廢止之。」，又此章程於第 6 章「編輯事務」第 211 條至 218 條，即規範大理院編輯判例、解釋例等程序；此可詳見《司法例規補編：第三冊》，司法公報發行所，民國 9 年 2 月第三次補編初版，204-205 頁。

力（此部分從抽象角度而論似乎具有說服力）。

民國 4 年 5 月重刊修定之《法院編制法》，除刪除初級審判廳，並將大理院院卿改為院長外，其餘均援用晚清《法院編制法》等相關規定。例如該法第 37 條亦規定：「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，由大理院卿依法之義類，開民事科或刑事科或民刑兩科之總會審判之。」²⁰，亦即其模式仍採「合議審判」而非開會決議方式。

迨至民國 16 年 7 月北伐後，在南京成立國民政府。同年 10 月 25 日公布《最高法院組織暫行條例》全文共 14 條。該條例第 3 條規定，「最高法院院長有統一解釋法令及必要處置之權，但不得指揮審判官所掌理各案件之審判。」²¹；此規定與大理院時期《法院編制法》之規定相同，僅把大理院院長改為最高法院院長，此時最高法院仍是全國最高審判終審機關，並職司統一解釋法令之權。

2、訓政、憲政時期以迄至今

南京國民政府於民國 17 年 10 月公布《國民政府司法院組織法》，民國 36 年 12 月公布《中華民國憲法》，此 20 年間稱之為訓政時期；嗣民國 18 年 8 月 14 日公布最高法院組織法，而廢止上揭《最高法院組織暫行條例》²²。此時五院分立制度業已成形，司法院為國民政府之最高司法機關，其所屬機關有司法行政部、最高法院、行政法院及公務員懲戒委員會等。司法院本身不行使統一解釋法令與審判權；此時司法院院長，經最高法院院長及所屬各庭庭長會議之議決，並行使統一解釋法令及變更判例之權²³。

民國 21 年 10 月 28 日公布《（舊）法院組織法》²⁴，該法第 25 條規定，「最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他庭判決先例有異時，應由院長呈由

²⁰ 民國 4 年 5 月所重刊〈法院編制法〉，全文可詳見《司法例規補編：第三冊》，司法公報發行所，民國 9 年 2 月第三次補編初版，16 頁以下。

²¹ 楊與齡，〈我國憲法解釋之沿革〉，《大法官釋憲史料》，司法院編印，民國 87 年版，21 頁。

²² 《現行法規大全》，商務印書館編，民國 22 年 12 月初版，173 頁。

²³ 黃少谷，〈司法院史實紀要：第一冊〉，司法週刊雜誌社印行，民國 71 年 11 月版，1 頁。

²⁴ 民國 21 年 10 月 28 日公布《法院組織法》，或包括往後歷年來《法院組織法》之修訂全文（最近一次修訂為民國 100 年 11 月 23 日），均可詳見司法院網站：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

司法院院長召集變更判例會議決定之。」，此乃一改過去「會同審判」合議方式，而採「會議」議決方式。迨至民國 78 年 12 月 22 日修訂為現行《法院組織法》第 57 條規定，「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（第一項）」，「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（第二項）」。²⁵因而，至今最高法院民、刑事庭會議決議，仍係以「會議決議」方式為之，並非如同晚清或民國初期「合議審判」方式。

又依舊法院組織法第 25 條所制定，於民國 41 年 9 月 15 日經司法院公布《司法院變更判例會議規則》第 2 條第 2 項規定，判例係指「前項所稱判決先例，係指經採為判例，編為判例要旨，呈奉司法院核定者而言。」²⁵

另依據法院組織法第 57 條授權訂定之《最高法院判例選編及變更實施要點》²⁶第四點規定，「判例之審查，分初審及複審。初審由院長指定庭長、法官若干人組成審查小組審查，經選為判例初稿者，得就文字修正，提出審查報告，敘明理由，檢送院長核閱後，分別召開民事庭會議、刑事庭會議或民刑事庭總會議複審之。」換言之，現行判例編審採初審與複審，而複審即經民、刑事庭會議決議，始得為之。

（三）民刑事庭決議之形成及演變

最高法院民、刑事庭會議決議之由來，乃可溯源於上揭晚清時期《法院編制法》第 80 條²⁷，及其民國初期《法院編制法》第 80 條均規定，「大理院民事庭、刑事庭及民刑事庭總會，須有各該庭推事三分之二以上列席方能開議，總會由大理院長總司其事，會長由院長自任或命廳長及推事中，資深者一人充之（第一項）」，「總會之決

²⁵ 〈司法院變更判例會議規則〉，全文共 8 條，可詳見葉潛昭主編，《最新實用中央法規彙編》，彥明出版有限公司，民國 62 年 10 月出版，6757 頁。

²⁶ 《最高法院判例選編及變更實施要點》於中華民國九十一年四月一日最高法院核定修正全文 7 點，經中華民國九十一年四月三十日司法院（91）院台廳民一字第 10502 號函准予備查

<http://www.6law.idv.tw/6law/law3/最高法院判例選編及變更實施要點.htm>

²⁷ 晚清《法院編制法》第 80 條規定，前揭〈法院編制法〉，《大清法規大全（四）》，政學社印行（出版年月不詳），1826-1827 頁。

議，以列席推事過半數之意見定之（第二項）」²⁸。

依法院組織法第 78 條規定所授權訂定之《最高法院處務規程》²⁹，從民國 61 年 11 月 10 日司法院（61）院台參字第 1232 號令核定，而相續援用至今，即明定最高法院民、刑事庭會議決議予以規範。依該規程第 32 條規定，「民刑事各庭為統一法令上之見解，得由院長召集民事庭、刑事庭會議或民刑事總會議決議之」。亦即我國現行最高法院民、刑事庭會議決議，係以「會議決議」之方式為之，與上揭晚清或民國初期採「會同審判」，而類似「大法庭」合議審判之情形迥異。

另按前最高法院吳啟賓院長在民國 92 年 9 月為《最高法院決議彙編》撰序時指出：「民國 16 年民初大理院改制成最高法院，掌理民、刑事訴訟之終審裁判，……第以受理民、刑訴訟案件甚多，且法律審法官民、刑專業分流，必須分設民、刑事庭，各職其事；因審判獨立，各庭互不隸屬，可能發生就同類案件所持法律上見解歧異之現象，滋生類同異判之弊，時為識者非議。有鑑於此，本院乃有民、刑庭總會議之設。依有關規定，由院長或各庭就同類案件不同或存廢之見解，提請總會討論，由院長主持，經全體三分之二以上庭長、法官出席，深入鑽研，反覆辯論，並獲得出席人數過半數之同意，始能作成決議，以定取捨，寓有統一法律見解之作用，……」³⁰。

再者，吳啟賓前院長又謂「茲須特別聲明者，本院民、刑事庭會議之決議，僅供院內各庭辦案之參考，目的在統一各庭裁判上之法律見解，並不具判例同等之效力，惟其係本院有代表性之見解，足為研究法學理論及從事實務者之重要參考資料，……」³¹。

嗣於該《最高法院決議彙編》「凡例」中，並有一些說明，「…四、本院決議原在統一本院民、刑事庭各庭之法律見解，俾供各庭辦案參考，並不具拘束力，與本院判例係報請司法院備查，具有司法解釋性質者迥異…」。「…五、本院民、刑事庭會議，

²⁸ 民初《法院編制法》第 80 條規定，參同前揭《司法例規補編：第三冊》，司法公報發行所，民國 9 年 2 月第三次補編初版，23 頁。

²⁹ 《最高法院處務規程》全文分 8 章，條文共 88 條，最近一次修訂時間為民國 101 年 3 月 13 日；詳見司法院網站：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

³⁰ 最高法院編輯，《最高法院民刑事庭會議決議暨全文彙編：民國 17 年至 92 年》，民國 92 年 9 月出版，民事部分，1 頁（吳啟賓院長「序」文）。

³¹ 最高法院編輯，同前註《最高法院民刑事庭會議決議暨全文彙編：民國 17 年至 92 年》，2 頁（吳啟賓院長「序」文）。

在 61 年 8 月以前，係採民刑事庭聯合會議方式，其後改為分別集會。並經制定《最高法院民事庭會議、刑事庭會議、及民刑事庭總會議規則》，報經司法院核定。嗣修正為《最高法院民刑事庭庭長會議、民刑事庭會議及民刑事庭總會議議事要點》。因此，凡在 61 年 8 月以前之歷次會議，仍沿用舊名稱，以後之新會議，則改用新名稱，藉存其真」³²。原民、刑事庭係聯合會議方式，其後改為民事、刑事庭分別召開；可見最高法院民、刑事庭會議決議之設立，原本之目的與功能，係在統一院內各庭法官之法律見解。

（四）小結

綜而言之，目前最高法院民、刑事庭會議之決議，在於執行兩項任務。亦即一為依據法院組織法第 57 條規定選編及變更判例，此乃基於立法所製作之「判例」，具有司法解釋效力。另一為依據法院組織法第 78 條所授權訂定《最高法院處務規程》，其性質乃為司法機關內部所訂定之行政規則，依該規程第 32 條規定：「民刑事各庭為統一法令上之見解，得由院長召集民事庭、刑事庭會議或民刑事總會議決議之。」已定明此僅係統一最高法院各庭之內部見解，以透過會議決議方式，俾統一法律上見解之適用。

另外，依據《最高法院處務規程》第 32 條所授權訂定《民刑事庭會議及民刑事庭總會議議事要點》³³，該要點第 5 點明定，「每次開會之議案，由院長或各庭庭長以庭銜提出（第一項）」、「民刑事同類事例之案件，如各庭見解不同，有求取見解一致之必要，或認有變更以往之先例或民刑事庭會議決議之必要者，承辦庭應將不同之見解提案討論。經會議決定後，承辦庭應於當日評議，將主文公告之（第二項）」。故最高法院民、刑事庭會議決議事項內容，原僅供院內，各庭法官辦案「參考」，與判例不能等同視之。

³² 最高法院編輯，同揭《最高法院民刑事庭會議決議暨全文彙編：民國 17 年至 92 年》，3-4 頁（凡例）。

³³ 《最高法院民刑事庭庭長會議、民刑事庭會議及民刑事庭總會議議事要點》於中華民國 91 年 5 月 14 日司法院（91）院臺廳一字第 11626 號令修正名稱及全文共 10 點，可詳見植根法律網：
<http://www.rootlaw.com.tw/LawHistory.aspx?LawID=A060020001000700-0910514>

惟因中華民國憲法制定實施後，新成立的司法院與原來最高法院間，就有關解釋憲法、統一解釋法令與統一法律見解等問題之處理，卻變的更加複雜與棘手。換言之，舊法時期（尚未制憲時）之大理院（或稱最高法院）係屬終審法院，所為所有判決對於下級法院審判具有拘束力，惟憲法實施後，最高法院卻在職權及功能上與司法院間之權限表面上互為共存（一為解釋憲法合憲與否，一為推定為合憲法律之適用），實質上最高法院在為案件之審理過程，兩者之關係似乎存有相互重疊與排擠現象。亦因為如此，現今對於最高法院所為之判例與決議部分，在認知與評價上，即會出現落差。亦即最高法院所為的「統一法律見解」，其能耐（功能）與所及之範圍究竟有無受到侷限，不無存有疑問。或許如後述般，此為一無解之課題，繼續存在著，最高審判機關（最高法院）與司法行政（兼及違憲審查）間如何進行整合，一元單軌之司改目標（兼及一、二審制度之調整）在推動上，似乎已經受到不少阻力，連帶影響最高法院統一解釋法律之功能受到相當之侷限。

三、日本判例形成及其功能

（一）概說

日本係採行成文法（法典法）主義國家，在法律制度上並未採用所謂的「判例拘束性」原則。尤其是，該國憲法 39 條法文所謂的「適法」係指「實定法」上之適法問題，而非指「判例法」上之適法問題（觀念上接近我國）³⁴。所謂的「判例」在法律上係指屬於上級法院相關的論點（看法）。因而關於判例法之法源性問題，學說上之見解頗為分歧³⁵。

³⁴ 例如，判例變更所為的解釋變更被認為並非屬於法律不溯及既往之問題。惟就刑法理論而言，將會產生欠缺違法性認識可能性之阻卻故意問題以及欠缺期待可能性之責任阻卻問題。

³⁵ 大陸法系國家之判例並未如英美法系國家般具有法拘束力，亦非如同制定法般為法源之一種。惟就法的統一解釋之最終判斷者最上級的最高法院所為判例，對下級法院而言，不僅僅具有拘束力，且對於所有的法律實務而言，事實上是具有拘束力。就此而論，即便是在大陸法系的國度裡，可謂是存在著廣義的判例法。

依據日本裁判所法規定，「關於憲法及其他法令之解釋適用，其意見違反最高法院先前見解時」，必須以「大法庭」之方式加以判斷（10 條 3 款）。相同案件上級法院所為的判斷，限於該案件有拘束下級法院之效力（同法 4 條）。另外，某一判決其所為之判斷係違反「最高法院判例」或者違反「大日本帝國憲法下大審院高等裁判所判例」之情形³⁶，在刑事訴訟程序係構成提起第三審上訴理由（日本刑事訴訟法 405 條 2 款 3 款）；在民事訴訟程序係構成三審上訴之聲請理由（日本民事訴訟法 318 條 1 項）；同時也構成許可抗告理由（同民事訴訟法 337 條 2 項）。上級法院發現法令解釋有誤之情形得以撤銷原審法院之判決（日刑事訴訟法 397 條 1 項 2 項、400 條；日民事訴訟法 325 條 1 項、337 條 5 項）。

在日本，法雖未規定，但就制度面而論，日本最高法院之判例其變更，規定著極為慎重的程序規範，其目的在於希望不輕易地得以變更既有的判例。再者，一旦發現下級法院作出違反最高法院判例之裁判時，最高法院得以違背法令解釋之理由，對之予以撤銷。最高法院所為乃在於期待法令解釋的安定，以及試圖透過案件而於事後作出法令的統一解釋。因而日本最高法院之判例可謂對於嗣後的法院判斷具有拘束力。

承襲歐陸法系國家思想之日本，認為判例未與法律或政令具有相同價值。原則上係以國會所制定的法律（或與法律同等效果之下位概念的條例）為法源依據。另外，透過裁判所形成的具有規範性準則（rule）之法，漸次的已經受到肯認與重視。

就裁判例（屬廣義概念，含下級審判例）之效果而論，同時存有不同判例之情形，其優先順序之排列，上級審之判例優先適用，倘若屬於同級審判例者，新成立的判例優先適用。尤其是於最高法院之判例中，倘若存有判例變更之情形而在新的判例成立後，即不得以違反舊有判例為提起第三審之上訴理由，蓋因舊有判例所具有之「裁判先例」價值業已消滅，很明顯的新的判例隨之取得判例優越性。既然最高法院存有判例變更的制度，自然所謂「相異判例」共存之概念，不可能存在。

（二）第三審審理與判決

³⁶ 承認高等法院所為裁判例，此與訴訟法上承認具有先例拘束性之最高法院等判例不同。對於下級審之裁判例，縱使違反亦不得據以作為合法上訴事由。在實務上，當無同種類之判例時，下級審之「裁判例」仍得為先例供參酌，具有一定之先例價值及影響力。最高法院學術研究會編印「日本行事判例之機能與作用」『最高法院九十九年度日本民刑事法判例制度研討會』（最高法院學術研究會叢書（二十二）），116 頁註 3 參照。

1、刑事第三審上訴案件的受理過程

案件透過第三審上訴、第三審特別上訴、特別抗告以及其他等方式向第三審法院提起，並為最高法院受理時，此一案件係依照預先所規定的順序，分別分配到第一小法庭至第三小法庭審理。分案後之同時，可說已決定了審理該案之未來的主任法官（此與我國不同，用語上較接近審判長）與擔當該案件的最高法院調查官。

擔當的調查官負責調查記錄，說明論述要點，調查與該案件有關的判例與學說見解等等，調查官將調查結果以書面彙整方式向各法官報告。可謂調查官之調查其範圍於事前已擴及該案件之全部內容，惟若嗣後其他法官有著追加調查之指示時，更應追加調查與報告。

最上級法院（最高法院）設置有調查官，此乃為大審院時代不存在之制度。此一制度係在最高法院成立之同時所設置者。該調查官制度被認為是參考美國聯邦最高法院內所設置之法律書記（law clerk）而成立。不過，日本調查官制度與現在美國法律書記間有些許不同。美國法律書記係採用法科大學院（law school）畢業學生充當，任期通常是一至二年，且係專屬於各法官；相對地，日本的調查官係由在下級法院頗有經驗的法官調任充當之，工作歷練也相當長，並不專門配屬於特定法官。現在調查官人數大約有三十餘人，首席調查官（調查官官長）下分成民事、行政、刑事等三部門（各部門分別設有主任調查官），擔當調查工作。

對於調查官制度不夠詳細者大致會認為，最高法院的判決應該是屬於調查官實質上決定裁判內容之「調查官裁判」模式。惟此種說法有些出入，蓋因日本最高法院之裁判，調查官只不過是法官的輔助者，決定裁判之實質內容者自始屬於法官權限。過程中，即便是法官會徵詢調查官之意見，但亦因為了決定自己之意見而將調查官意見當作參考使用。

2、刑事第三審的審理過程

案件經調查官調查過而將結果予以報告時，該調查官所屬的「小法庭」開始進行評議（合議方式，最高法院內部將其稱呼為「審議」），有些時候會將案件交付「大法庭」審議。而需交付大法庭審議案件計有：

A、基於當事人主張，認為有必要判斷是否牴觸憲法時（惟若關於此問題已經有大法庭為合憲之裁判，另外要為同旨趣判斷之情形，此時以小法庭判斷即可；只不過，要為違憲判斷時，即便是前已有大法庭之判例，此時倘若不再以大法庭判斷是不

可以的) (日本裁判所法 10 條 1 款 2 款);

B、預為變更最高法院之判例時 (日本裁判所法 10 條 3 款) (惟對此, 大審院之判例得以小法庭變更即可, 事務處理規則 9 條 6 項);

C、小法庭係以偶數法官構成, 正反意見呈現同數時 (事務處理規則 9 條 2 項 2 款);

D、其他認為以大法庭裁判為相當時 (事務處理規則 9 條 2 項 3 款)。

案件一旦移送大法庭時, 大法庭通常對於全部案件加以裁判, 惟在某些時候, 大法庭僅就問題點加以判斷, 其他點則可以交付小法庭審理與裁判 (事務處理規則 9 條 3 項 4 項)。另在處理上, 原審法院之裁判係以判決方式為之者, 最高法院應否開辯論庭是為問題。基本上此類判決案件, 第三審上訴案件倘若係屬違反訴訟法規定者, 是不需要進行言詞辯論, 係以裁定為之, 刑事案件部分係以駁回裁判終結 (日刑訴法 414 條、385 條、386 條)。

有關刑事案件, 第三審上訴理由僅限於憲法問題與判例違反部份, 因而係不經言詞辯論以裁定駁回上訴之例居多數。另外, 民刑事案件皆同, 即便是程序違反以外而須以實體裁判之案件, 認為僅以書面審理即可駁回第三審上訴時, 不開啟言詞辯論庭而得以判決駁回上訴案件之作法, 則屬於對第三審上訴所得為之特別規定 (日民訴法 319 條、刑訴法 408 條)。其結果, 本來在撤銷原判決時, 無論如何皆應開啟言詞辯論庭之審理方式, 然開啟言詞辯論庭與否之決定反而繫於法院之裁量。最後法院裁量之基準, 爭訟之問題點最為重要, 亦即在聽取當事人意見後, 再判斷是否以裁判為適當。

在實際之實務運作上, 關於原審判決為死刑之案件, 現在最高法院必然開啟言詞辯論庭審理之。再者, 一般而論, 屬於大法庭案件, 開啟言詞辯論庭審理之比例較高。當然所謂的言詞辯論係在公開法庭進行, 言詞辯論之目的在於強調與確認當事人各自之主張, 並非在於原封不動地朗讀上訴理由書或上訴趣意書。

最高法院審理案件時, 法官的定額數為大法庭九人、小法庭三人 (事務處理規則 7 條、3 條 2 項)。審判長部分, 屬於大法庭者為最高法院長官 (最高法院院長) (同規則 8 條), 最高法院長官未加入的小法庭, 案件的主任法官充當審判長。評議時, 先整理論點, 然後按照論點順序進行評議。蓋因所為之整理倘若不夠充分時, 於製作裁判書之際容易產生混亂。一個論點之評決 (決議) 結果為少數的法官, 對於下一個論點, 是可以在前面評決多數決之前提下闡述自己之意見, 此乃民主國家多數決之法

理。

3、刑事第三審的裁判

最高法院之審理，經由一次或數次之評議，有些情況下經由言詞辯論方式而決定法院之判斷，並基此作成裁判書。裁判理由中之全員一致意見或者多數意見（以前稱「多數意見」，現在稱為「法庭意見」）係由參與之任一法官所起草。其與其他國家係由一法官代書法庭意見而其他法官同調之方式不同，係以與其他全部同意見法官之共同意見方式表達。因此，透過此些法官之協議，有必要時可加以修正或增補意見，最後必須經由全部法官定位為屬於自己意見，並予以確認。

存有少數意見之情形，少數意見係附加在法庭意見之後，經參與的法官署名（屬於裁定部份要記名）捺印後完成裁判書原本，嗣後即為裁判之宣告。依據日本裁判所法 11 條規定，裁判書上需表示著各法官，此為修法之結果。原本法院為評議時，各法官之意見係列為秘密事項，然最高法院地位較為特殊，設有公告之例外。因為最高法院法官與下級法院法官不同，須受國民審查（日本憲法 79 條 2 項 3 項 4 項）。為提供給一般國民相關最高法院法官之審查資料，導入此一承襲英美法制度之實務運作經驗，以完成監督審查之功效。此種於判決書內得以提供意見之制度，從裁判內容可以發現，將來判例之動向亦得以預測。

少數意見現在得以分成「反對意見」、「意見」與「補充意見」等三種。反對意見係指反對某一論點之法庭意見所為多數意見之結論；單純「意見」係指對於結論雖然同意，但所附的理由不同。補充意見係指參與（贊同）法庭意見之法官更加附加自己本身之意見。少數意見之呈現，有單獨書寫意見者，有贊成少數意見之二人以上法官表示共同意見之型態。亦有與其他法官之少數意見同調，而不太同於共同意見之型態。再者，即便是以共同意見方式書寫反對意見，參與反對意見之法官亦有論述附加意見。其中「反對意見」以及所「附加意見」間之關係可謂與「法庭意見」與「補足意見」間之關係相同。

（三）判例的意義與形成

1、判例的意義

（1）多義性

「判例」之用語，從其語意概念而論，大致上被認為具有「裁判上先例」之意義。惟因其非屬法律上用語，自始被以多重意義加以使用，迄今時代似乎無任何改變。例如，(1) 有被認為象徵著含有先例判斷意義的各個裁判，「某年某月某日判決」將其改寫成「某年某月某日判例」；(2) 亦有不以上述方式，而是將「僅在裁判的理由當中所判斷的內容」稱呼其為「判例」；(3) 甚且有些係脫離各個裁判，而以更加抽象的方式，從那些裁判內容推測出法院所為基本法律的想法，將其稱呼為「判例」，很多情況率皆係以「最高法院採取某某學說或見解」。如此一來，在日本，「判例」用語之精準程度，受到使用多義性的影響，因而僅是有個人使用用語之問題，而無何人使用何者是錯誤之問題。

惟雖如此，於論述判例之際，自然仍須就判例的定義做說明，較符合一般學術論述之慣行。二次大戰後昭和 23 年（1948 年）所制定的刑事訴訟法第 405 條以及 410 條第 2 項，首度於規定內容中使用「判例」之用語。並於同年所制定頒布的「刑事訴訟規則第 253 條」以及昭和 31 年所制定頒布的「民事訴訟法規則 48 條」與平成 8 年（1996 年）修訂「民事訴訟法」時其第 318 條 1 項、337 條 2 項，同年制定的「民事訴訟規則」之第 192 條、199 條 1 項、203 條等皆於法文中使用「判例」之用語。自此以後所謂「法律上概念」的「判例」概念因而形成。

（2）判例與法院的判斷

前述日本刑事訴訟法第 405 條第 2 款、第 3 款規定，「原審判決...為與法院判例相違反的判斷」得為提起第三審上訴。因此，以此規定為憑藉，探討相關論點得以發現，此所謂的「判例」係指與原審判決之判斷相違反之見解，因而不可否認的「判例」亦為「一種判斷」。換言之，「判決或裁定³⁷」之任何一種並非為「判例」，而是判決或裁定中所顯現出之「法院的判斷」才屬於「判例」。

另外，規定著日本最高法院變更判例內容之裁判所法第 10 條 3 款係規定著「意見與先前最高法院所為裁判相違反」，此是與一般認為屬於「判例」部分反而卻以「裁判」用語予以呈現。惟雖以此規定，大前提上仍然屬於「意見違反判例」之類別，即

³⁷ 日本最高法院所為之裁判，在法庭內經由辯論並於法庭內宣示者稱之為「判決」，以書面審理後送達者稱之為「決定（裁定）」。前掲最高法院學術研究會編印「日本行事判例之機能與作用」『最高法院九十九年度日本民刑事法判例制度研討會』（最高法院學術研究會叢書（二十二）），114 頁參照。

便是以「裁判」用語呈現，其意義依舊將其讀為「裁判之意見」。亦即此所提之「意見」即是所謂的「判斷」。從裁判所法規定之內容亦可發現，很明顯的判例是屬於一種「判斷」。

（3）判例為屬「特定裁判」所為的判斷

一般而論，「判例」係指在個別的「特定裁判」（判決與裁定）中所顯現出的法院的判斷。日本民事訴訟規則第 192 條及刑事訴訟規則第 253 條規定，提起第三審理由（刑事案件上訴稱之為「上訴趣意」）中主張判例違反時，必須「具體的記載著（表示著）該判例」，或者前述裁判所法第 10 條 3 款所提之判例係以「先前最高法院所為裁判」呈現之規定，全數皆可將其讀為，判例係指「特定裁判的判斷」。

相對地，各個裁判中屬於呈現判斷基礎之法院的一般想法－相當於學說上所為「某某學說」－亦有稱其為判例。惟此雖稱之判例，但應該與一般所稱之「判例」概念不同。基本上此之「法院的一般想法」屬於預測將來判例可能形成之一種重要參考訊息（線索），其係與判例有別，或可稱其為「判例理論」³⁸。

（4）判例係指裁判理由中所顯現出的「法律的判斷」

據此所示，判例係指法院的判斷，嗣後，在為不同案件裁判時，屬於先例性質之判斷。因而為使其能成為「先例」，法院的「判斷」必須是得以適用於其他案件而具有「一般性」之特性方可。

然而，法律的判斷必須要捨棄其前提事實（事實關係）而在某種程度範圍內得以成為一般的命題³⁹，因而該判斷得以直接適用於往後發生的相類案件。就此觀點而論，僅就「法律的判斷」方被稱之為所謂的「判例」。此諸如前述最高法院有關變更判例規定之裁判所法第 10 條 3 款所提之「有關憲法及其他法令之解釋適用，所為之意見違反先前最高法院所為裁判時」規定內容般所示，日本最高法院本身就有關日本刑事訴訟法第 405 之「判例」意義，亦為如下之裁判。亦即日本最高法院認為「僅就量刑所為的判示（裁判意見）並非含有應該適用於其他案件之法律見解」，並非屬於「判例」⁴⁰。即便是如此之裁判，法院所為法律的判斷仍然係於裁判理由當中予以論

³⁸ 前掲中野次雄編，『判例とその読み方（3 訂版）』，96 頁。

³⁹ 前掲中野次雄編，『判例とその読み方（3 訂版）』，41 頁。

⁴⁰ 日本最高裁判所第 1 小法庭昭和 28 年 2 月 12 日決定（裁定） 刑集 7 卷 2 號 211 頁。

述。同理可謂所謂的「判例」可稱為法院在各個裁判理由當中所表示之法律的判斷。

法律的判斷可為兩方面說明，亦即一種為對於當事人主張予以回答之方式所為的論述；另一種為法院對於自己本身所取材的問題點（論點）所為的論述。法律的判斷，所論述者不僅只結論部份，其中所提的理由有時候應為詳細的說明。因而論述相關「論點」所為的法律判斷方有可能被認定為判例。

（5）裁判理由中之「判例內容」

裁判理由中所顯現出之法律判斷並非全部皆屬真正意義的「判例」。其中有值得為判例之判斷部分，亦即具有拘束力部分，英美法稱其為 *ratio decidendi*（判例），另具有拘束力以外之判斷部分，英美法稱其為 *obiter dictum* 或 *obiter dicta*（傍論）。

英國法認為，判例一旦被以「法」對待，所思考者為判例與傍論間之如何區別，即為問題之所在。與英國國情不同之日本，此部分之論述亦未見其不同。判例與傍論之具體區別必須考慮以下兩點。亦即第一，在刑事案件部分，有無得提起第三審上訴之違反「判例」理由或者不論民刑事案件有無採取「判例變更程序」之必要；第二，倘若不為「判例變更程序」而有相當程度得以保證其為判例之情形，對一般法官而言，對此內容必須予以尊重奉行（即具有所謂判例拘束力），或者倘若僅只屬於傍論之情形，自然未具有拘束力。換言之，其間區別之重要性即在此。

（6）「判例」存在於裁判理由中，判決（裁定）要旨並非是「判例」

一覽日本判例集得以發現，所登載各類的判決或裁定之開頭部分，以粗體字書寫著判決（裁定）要旨。倘對於判例意涵不熟悉者，或許會立刻認為此一內容為「判例」。其實此一部分係於判決或裁定後，另由非裁判者之大法庭或小法庭以外的第三者（判例委員會）所作成的要旨，並非屬於判決或裁定之一部分內容。

只不過，要旨的作成者自我認為此為裁判之「判例」而以要旨書寫，此部分自可提供吾等發現「判例」之參考，亦是尋找判例之好的「線索」，至少其具有提供找資料之一種索引價值。換言之，要旨作成者認為此為判例，以及該內容屬於真的「判例」，在性質上本屬不同之概念。判例集之判決（裁定）要旨中，即便是僅僅屬於未具有拘束力之「傍論」內容也會被登載⁴¹。甚且一些較為例外之情形，即便是與「裁判理由」

⁴¹ 日本最高裁判所第1小法庭昭和57年7月1日決定（裁定）民集36卷6號1229頁要旨；日本最高裁判所第大法庭昭和52年5月4日判決刑集31卷3號182頁要旨三等參

並不相同的要旨也被登載著⁴²。因此，直接將寫著判決（裁定）要旨部分而認為此為「判例」之作法相當危險，判例自始係從裁判理由中加以讀取⁴³。

（7）「判例」者為「論點」之「判斷」

綜上所述，所謂的「判例」係指必須是對於上訴第三審案件之法律上「論點」所為之判斷，此以外法律上問題所為之論述僅僅屬於傍論性質之內容。

法律上之論點，一般係藉由當事人所提的第三審上訴理由中而為一個或數個論點之提示，但有時亦會經由法院依職權而歸納出其論點。日本最高法院在刑事案件方面，所為的撤銷自判之情形究竟應該如何適用哪種法條，雖未明示的以論點之方式予以提出，但就整體而論，得以將其視為一種默示的論點。

論點之所以列為論點，倘若該論點之原法院之判斷係錯誤時，必然的原判決將被撤銷而與結論結合，因而此終將是左右著論點之問題點。因此，提起第三審案件中之刑事案件，犯罪是否成立，在程序法論點上，係指有關於影響判決內容之訴訟程序違反；在實體法論點上，並非屬於犯罪成立與否之結論內容，而是以更為細分化的問題予以呈現。換言之，犯罪成立與否係就構成要件該當性與各犯罪阻卻事由之有無而加以分類。

2、判例委員會

一般登載於「判例集」所選擇之「裁定或判決」，係由日本最高法院內所設置的「判例委員會」以為決定（判例委員會規程 1 條、2 條）。登載於判例集所選定的判例⁴⁴，其內容在於審議與決定判例委員會幹事所提之「判決（判示）事項」、「判例要

照。

⁴² 日本最高裁判所第 3 小法庭昭和 23 年 4 月 13 日判決 刑集 2 卷 4 號 342 頁要旨參照

⁴³ 在英國，在判例集的開頭註腳中（head note），此非為判例之表記得以證明。高柳賢三『英米法源理論』111 頁。

⁴⁴ 另外，登載之判例，由承辦該案件調查之調查官執筆「判例解說」。「判例解說」係對於該案之事實概要、一審以來之案件經過、爭點、最高法院所採之論點及判決要旨、相關之判例及學說等所為之解說。該解說刊載於法曹會所發行之「法曹時報」中，自昭和 29 年（1954 年）起，每年度按民、刑事案件彙整成「最高法院判例解說」合訂本發行之。解說本身係基於承辦調查官之個人見解所為，但對於判例旨趣、意義等之理解、判旨所及射程範圍之探討，足供實務參考之用。前揭最高法院學術研究會編印「日本刑事判例

旨」與「參照條文」等。基本上，判例委員會並不會公開表示決定何者為判例。但是判例委員會所為之決定卻是被認為可否成為判例的重要參考依據（參考線索）。另外，判例集所為的「記述內容」並非是記載著或闡述著何種確定的事實。

具體而論，最高法院之判例委員會分為民事與刑事兩類，原則上每個月一次會議，係由七人以下的最高法院法官（六名法官為委員，即每一小法庭二名，共有三小法庭）所組成，三十幾名調查官（擔當負責繫屬於最高法院案件調查工作之法官充任）全員與事務總局（秘書處）的職員為幹事⁴⁵。從前個月最高法院所為裁判中，挑選足供實務參考之法律理論或案例，就分別部分，決定判斷對象（即所謂的判決《判示》事項）與判決內容要點（即所謂的判決要旨）。此決定部分與該案件的地方法院、高等法院與最高法院所為的判決書登載於最高法院判例集，即為所謂的「公式判例」。此種過程係戰前第三審的大審院以來所建構的制度，現今最高法院仍然承襲此種制度。

判決事項與判決要旨僅以一則文章方式加以描述彙整，貴在要求其簡潔正確，亦即要求其必須完整易懂。也因須以一則文章方式描述為原則，而要求更嚴密的正確性，其也與擁有「代名詞」的英語不同，日本語在一文中要求其須實現「易懂」效果，確實需要「真功夫」。亦即書寫描述時，主語與述語的選取方法，形容詞的選取與使用，全部須要費工夫。

過程中，原始案（被選取的案例）係由擔當本案件的調查官負責作成，經該調查官所屬法庭其他調查官點檢（審查），再經全數調查官組成之全體檢討會審查後，方可正式的向判例委員會提案。裁判事實關係相當複雜與多樣化，判例理論亦無先例可依循，一旦要求以一文說明清楚時，文章也因而不得不變的相當冗長。但在現實面上又要求必須簡潔易懂，確實面臨到相當大的挑戰。

原始案的提出，經過調查官所屬法庭的點檢（審查）以及全體調查官檢討會審查

之機能與作用」『最高法院九十九年度日本民刑事法判例制度研討會』（最高法院學術研究會叢書（二十二）），115 頁參照。

⁴⁵ 日本最高法院之判例委員會除委員（三個小法庭中各選出兩名法官）外，在民事案件由首席調查官及民事、行政調查官以幹事（監事）身分出席，在刑事案件由首席調查官及刑事調查官以幹事（監事）身分出席。前揭最高法院學術研究會編印「日本行事判例之機能與作用」『最高法院九十九年度日本民刑事法判例制度研討會』（最高法院學術研究會叢書（二十二）），114 頁註 1 參照。

後，可謂已達體無完膚程度的受到修正，仍然會在判例委員會中再一次的被修正。其間擔當的調查官必須面對各個檢討會議負責說明，並回答任何的詢問⁴⁶。極端的論述時，最後「原始提案」與「最後結案」間，相通部分即便是說成只剩下「圈」與「點」也不為過。因此，可以推知判例委員會之檢討審查過程與內容之論述，所為之要求是何等的慎重。

此部分之要求，對一位新到任的調查官而言，可謂為極大之挑戰與難以煎熬。通常新到任的調查官在原始案作成階段，是看不到判例那種極端的表現，而是需要透過一番的檢討審查後，方得以呈現出判例完美的全貌。判例文章雖沒有使用特別形容詞，也不是有文學那種特殊風味，但就是有那種經過鍛鍊出的強勁美感。只不過將複雜的事實以一句易懂的文句表現，其間所為的努力，如同存有多種限制的詩歌或作文般，文章能力的鍛鍊是很重要的。

（四）判例的變更

1、判例變更方式

如前所述，判例係指最高法院（過去同等級之最上級法院大審院）先例所示之法律的判斷。最高法院判例扮演著極為重要角色而具有重大審判機能。最高法院雖然可以自己的判斷推翻其先前所建構的先例，並加以變更。但不可否認地其變更相當慎重⁴⁷。

判例之變更其型態計有，（1）判決文本身，特別是明確的指出法庭意見為判例變更之意旨（「判例明示的變更」）；（2）判決內容以及實體皆為判例的變更，但判決文不明確表示判例的變更（「判例默示的變更」）；另外有（3）形式上係尊重一直以來的

⁴⁶ 很多案件之事實關係頗為複雜，裁判內容亦從一審累積而來，所以其變遷過程必須盡全力加以分析與說明。並且亦應說明該判決理論之背景、判例與學說等之分別呈現情形，以及在現在的社經情況下判例所居的重要性位置。換言之，調查官在過程中的說明與對答，化繁為簡的功夫是必要的。尤其是，審查時所提的修正意見並非經常是正確的，對於裁判內容最為清楚的仍然是擔當該案件的調查官最為清楚，因而如何進行最為妥當的審查方式亦為調查官之責任所在。

⁴⁷ 為何帶來判例的變更，依一般的解讀，其理由不外乎在於，或為時代的變遷，或為最高法院法官構成的變動造成判例的變更。

判例判斷，雖不能說是判例的變更，但實質上可窺出判例已為變更（「判例實質的變更」）。

2、判例變更基準

明示變更方式的判例變更，在判例文上可清楚的理解到判例變更之內容，很容易獲得特定。相對地，屬於默示判例變更之情形，其變更存在與否之判斷，恐怕無法以唯一的基準得以判斷判例已為變更。蓋因以一基準論述明確的基準，在事情性質上確實有所困難。因而判斷基準即出現多樣的判斷依據，可參考之基準大致上為，針對（1）該判決的補充意見或反對意見之內容；（2）確認後面裁判內容有無變更判例；（3）對於該裁判最高法院調查官所為判例解說之記載內容⁴⁸；（4）對該判決所為判例研究或判例批判之傾向等，皆為判斷判例有無變更之最有價值之參考資料。（1）部分，在判決之補充意見或反對意見中明確表示該判決已為判例變更。（2）部分係在確認法庭意見判例變更之事實。（3）與（4）部分，係在對照著判決內容，綜合的加以判斷。

3、判例變更後影響

判例變更之結果，會對實務界造成全面性的影響，對最高法院而言是何等的重大。然判例之變更不論明式的或默示的，最高法院議不一定一舉推翻整個判例之型態進行判例之變更。對判例法理而言，判決以不同型態加以解釋；或者判決內容中設有重要例外；或者某一判決業已侵蝕掉其判決之基礎部分，結果該判決理論漸漸的改變著，等任何一種的判決雖不能謂之為判例業已變更，但長年下來其內容與原本的判例內容相必較，無可否認的，其形態已為變更（即所謂的「判例變遷」）。就此而論，對照於英美法系制度，一旦刻意地強調「判例的法源性」，可想像的（預想的）直接進行判例之變更確實是困難的。因為有此考量，或許此正可謂是為何日本最高法院採行此種方式之最好的說明理由（柔性變更）。

（五）判例的功能

日本最高法院所為裁判，一旦列為判例者，對於全國法官與法院而言，扮演著具

⁴⁸ 最高法院調查官所為的最高法院判例解說，公開發表者為自昭和 28 年（1953 年）起。蓋因調查官屬於最高法院之靈魂人物，其發表之意見相當受到重視。

有指導功能之效力。亦即從最高法院的特殊地位得以發現，其本身所為的裁判對於下級法院發揮著各種影響功能。

1、法令統一解釋的功能

一般而論，各級法院之任何法院皆屬代表國家之機關，因而其所為的法令解釋（即法律的判斷）不可否認的皆屬國家所為的判斷，任何法院必須為相同之內容（沒有道理不為相同的見解）。惟因基於法官獨立原則，法院所為之法律判斷，在制度上不似行政機關，係不可能達到事前予以統一規範。法令解釋的統一必須係於事後，亦即必須是上級審法院透過糾正原審法院見解之方法予以建構。至於全國性的統一解釋唯有透過單一最上級法院之設置以完成。現在，日本最高法院即為此一全國性統一法令解釋之機關。

然而此一事後所為法令統一解釋之機能，在現實環境裡有其極限，未必能夠完全獲得實現。蓋因最理想之法令解釋的統一，是所有下級法院的裁判必須要接受最高法院的審查，不過此種期待是不可能實現的。其理由在於，第一，在制度上得以上訴最高法院的案件以及上訴第三審法院之理由全數受到限制，因而並非所有案件皆受到最高法院之審查。

第二，案件即便是得以上訴到最高法院，惟各案件之當事人未必全部行使上訴權上訴到最高法院。就此而論，雖有統一法令解釋之架構，亦會因此而存有內在的限制。另外，惟若慮及整體事務負擔，此種限制上訴第三審法院之規範亦屬不得已之措施。同時，依現今之上訴制度，直接違反當事人之意而將案件全數列為處理對象（即全數接受最高法院審查）亦非法所容許。因而在於違反判例或抵觸判例見解之情形，方得以受到最高法院的審查判斷，而作出統一的法令解釋（例如日本民訴法 324 條、民事訴訟規則 203 條、刑訴法 405 條）。甚且在刑事案件方面，透過設立對確定判決所為非常上訴救濟制度，或多或少對於重要的法律問題提供法律判斷之統一意見，以達成最高法院統一法令解釋之功能。

2、規範下級法院裁判的功能

在作用上，最高法院之判例對於具體案件為屬規制法院之規範。在職務義務上，法官有尊重判例且應遵循判例審判之義務。惟若最高法院事前以通報等方式，對各法官為「該法條應為如此解釋」之一般指示時，依據日本國憲法第 76 條 3 項規定，一

定會侵害到法官僅受憲法及法律拘束之法解釋權限，同時亦侵害到法官之獨立審判權⁴⁹。

相對地，藉由下級審法院廣泛的對最高法院判例之尊重，以及累積同種案例所為同樣判斷之結果，該判例不多久即能成為確立的判例。如此一來，最高法院之判例規範著下級審法院之裁判，對於相同類別案件即應為相同之判斷，因而產生裁判結果之預測可能性，法的安定性亦因而獲得確保。

事實上，最高法院之判例一旦著重點於裁判規範機能或社會規範機能，最高法院之判例，即可謂其已具備「不成文法」之效力⁵⁰。

在刑事案件方面，日本最高法院對於不符合刑事訴訟法 405 條所列上訴理由而駁回第三審上訴之情形，認為與該案例具體爭點或論點有關聯，且具有對於同種案例應予適用之先例性重要事項，以職權表示法的判斷之例子亦不在少數。目前最高法院之判例集中登載的大多數判例，可謂皆屬最高法院在駁回第三審上訴案件中所為之職權判斷之法的判斷。

倘從駁回上訴所為形式判斷之觀點而論，最高院所為之此一職權判斷，係屬於對未必須要判斷事項所為的實體判斷，並非不是「傍論」。惟因如此的職權判斷，其第三審上訴理由即便是不符合刑事訴訟法第 405 條所列之合法上訴理由，但依據最高法院表示原審法院所為案件的結論得以維持之實質理由，亦即即便是不符合第三審上訴理由，但當事人所為論點或爭點，最高法院表示其主張無理由，在實質上，以此亦得以表示著，駁回第三審上訴之結論係屬正當（妥當），因而此一最高法院之職權判斷，未必即屬「傍論」。是故，此一職權判斷部份，實質上可謂得以構成本案最高法院之判決理由，亦可謂具有拘束下級審法院之「判例效力」⁵¹。

3、判例的立法功能

最高法院判例所具有的對於下級審法院之拘束力，或者具有指導實務運作之事實上拘束力，係與事實上之法令相同，擁有規制社會生活之規範效果。倘若著重點於判例所具有的機能與作用而論，判例可謂在於履行一種立法的角色，因而判例可謂其為「判例法」。

⁴⁹ 前掲中野次雄編，『判例とその読み方（3訂版）』，57 頁。

⁵⁰ 前掲中野次雄編，『判例とその読み方（3訂版）』，27 頁

⁵¹ 前掲中野次雄編，『判例とその読み方（3訂版）』，101 頁-103 頁參照。

另外，即便是最高法院，法院同屬於司法機關，亦屬係以具體案件之爭訟（紛爭）解決為使命之機關，依法並未賦予其扮演達成立法功能之任務（日本憲法 76 條 1 項）⁵²。在相關判決或裁定中，有時即便是表示著法的一般論，惟此部分係在於解決具體案件，以及論證說服其所為判斷的正當性，僅只表示著前提的法理論（法的命題），亦即雖有意圖為一般法規範之制定，但此絕非將其當作目的看待。換言之，最高法院判例並未具有立法功能。

惟雖如此，從最高法院判例所具有的上述功能，亦即具有同種案例必須為相同判斷之拘束力，以及該判例其當否亦須受到檢討等要件加以考查，最高法院的判例不能被說成完全無立法要素（立法功能）包含於其中。只不過最高法院判例自始至終依附於具體案件（該對象案件），所表現出的法令之解釋適用與法的判斷，且其所為之判斷並非作為法規範，而是嗣後在同種案例之法令解釋適用之際，作為指針參考之用，僅只具有事實上之指導力而已。亦即判例之創造並非將立法作用列為第一意義的目的，其乃為屬於訴訟法上制度設計之結果而伴隨著「立法作用」。此一結果即為所謂的反射效果、附隨效果或者波及效果，但卻屬於無法與裁判相切割部分⁵³。

四、我國最高法院統一法律見解之問題點

（一）憲法問題之處理

日本最高裁判所擔負違憲審查之任務，任何有關於憲法之爭議，都可以在此做終局之處理。而憲法為根本大法，解釋任何法律問題，都無法單從法律上解釋，而脫離憲法。近來與人權保障息息相關之最高法院刑事判決，都一再援引憲法上基本權、正當法律程序等，作為解釋法律之基礎⁵⁴，此均足以顯現出解釋法律係無法脫離憲法。惟目前我國之違憲審查權，係由司法官大法官為之，而憲法第 78 條又規定，司法院

⁵² 最高法院關於訴訟程序等，雖有規則制定權，但並未依法賦予其具有制定一般法規範之權限。

⁵³ 前掲中野次雄編，『判例とその読み方（3 訂版）』，57 頁。104 頁-106 頁參照。

⁵⁴ 例如最高法院 101 年度台上字第 5982 號判決，就從訴訟權推導出，一審辯護人有代為撰寫上訴理由之義務。

解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，因而導致如何進行憲法訴訟，形成一套體系，脫離於普通法院。

因此，倘係所涉及之法律、命令違憲與否之爭議，最高法院「無從」表示意見。蓋因違憲與否係由大法官決定，最高法院只能在「合憲」之前提下，作出法律解釋。即便是被告一再爭執法律之合憲性，或下級審法官在判決中指出判例有違憲之情形，最高法院僅能充耳不聞⁵⁵，待終局判決後，再由被告（人民）提起憲法解釋。現行雖有大法官釋字第 371 號解釋停止審判，聲請大法官解釋之運作方式，但幾乎未見最高法院提出停止審判釋憲之例⁵⁶。

其次，此種「合憲」推定之架構，也有可能被大法官推翻。換言之，即便是最高法院對於某一法律表示意見，但有可能經由司法院大法官之宣告，而有「違憲」或其他「合憲性」解釋之可能。此代表最高法院所為之法律解釋，並非最終之解釋，而仍有司法院大法官處理憲法問題⁵⁷。因而，我國最高法院在此意義下，恐不具有終審機關統一解釋法令之功能。此涉及司法院之定位問題，而有所謂「一元單軌」、「一元雙軌」等司法改革目標。惟至少在目前制度下，憲法可謂與法律脫離，最高法院無從宣告違憲，自無統一解釋法律之實質功能。

（二）最高法院以「判例」作為統一法律解釋之問題點

所謂最高法院「統一法律見解」，無非是基於「相同案件、相同處理」之法理而來，亦即「司法自我拘束」及「平等原則」之概念。因此，「統一法律見解」就是統一個案中之法律意見（適用），無法與具體案件中之事實抽離。法官依法獨立審判，於個案中所為之法律解釋，乃審判事項之核心。而此之法律解釋，乃根據個案而來，倘若是與案例事實抽離之後，所形成之法律見解，其實就是一種抽象之法律見解，已失去個案審判之色彩。倘若又能以此抽象之闡釋拘束其他法官，無異取代立法者。

在此等思考下，我國判例之選編制度，可謂臺灣獨有之制度。而抽離事實之後之

⁵⁵ 或有在判決中指出，此為本院一貫之見解作為理由，迴避說理之義務。

⁵⁶ 因而有司法院大法官為「第四審」之論點。

⁵⁷ 最高法院之判例、決議被宣告違憲者，例子甚多，此也導致兩機關之對立（如釋字第 582 號解釋），最近最高法院之見解，被大法官推翻者乃大法官釋字第 691 號解釋（此為統一法令解釋，與法律違憲與否無關）。

法律意見，又可作為上訴第三審之理由⁵⁸，此意味著判例已具有法律之功能⁵⁹。於此，意謂下級審法院應依「判例」審判，如此作為已有違憲之疑慮，自有加以廢除之必要。在日本，選編判例有相當嚴謹之程序，而且均與事實相結合，因而導致下級審法院在適用判決先例之同時，會先審查涉及之事實是否一致，而此亦會成為訴訟中功、防之重點⁶⁰），如此也可迴避遭質疑違憲之疑慮。因此，現行判例制度作為我國最高法院統一解釋法律之功能，將無任何正當性可言。

另外，「抽離具體個案而為之判例法律統一解釋，在適用上，亦容易為人有不同之解讀，產生適用上之盲點。例如，最高法院 28 年上字第 2510 號判例清楚表示：「不訊問被告而提起公訴，要非法所不許」⁶¹。

對此，最高法院 100 年度台上字第 654 號判決卻認為：「如檢察官未行偵訊，即依其他證據資料逕行起訴，致使被告無從充足此偵查中自白之要件，當然影響是類重罪案件被告可能得受減刑寬典處遇之機會與權益，無異剝奪其訴訟防禦權，難謂已經遵守憲法第八條所要求並保障之正當法律程序規範意旨」，就抽象之文字描述而論（法律意旨），判例見解認為訊問被告與否，乃檢察官得為裁量之權限，不訊問被告而起訴，符合法律之規定，惟上開判決意見卻認為，檢察官未訊問被告而起訴，違反憲法正當法律程序之意旨，兩者在適用上有所矛盾。

惟仔細觀察上揭判決涉及之案例事實，乃販賣毒品案件，檢察官未於偵查中訊問被告，導致被告無自白犯行之機會，原審是否得依毒品危害防制條例第 17 條第 2 項

⁵⁸ 最高法院 57 年台上字第 1091 號判例、60 年台再字第 170 號判例。刑事妥速審判法第 9 條第 1 項第 3 款。

⁵⁹ 最高法院以自己之判例，將判例之位階提升至法律般看待，而得為上訴第三審之理由，使判例拘束下級審法院，似乎欠缺授權之基礎，且有所矛盾。

⁶⁰ 即判例是否援用之問題，而只要案例事實與判例依附之事實不同，法官得拒絕適用，而所謂相同事實，指構成判例之重要事實（即法律事實，在民事因有習慣法之問題，刑事受罪刑法定、訴訟權之保障，在理解法律事實層面，亦有不同之理解），並非單純之社會事實，若僅有部分事實相同，法官亦得爰引判例，惟並無一定要依判例審理之理，而此涉及適用法律（司法）者之價值判斷。此部分涉及之層面較廣（屬於適用論之層面），不在此深論。

⁶¹ 該判例全文為：「檢察官偵查犯罪，並非必須訊問被告，即或予以訊問，而其訊問內容之詳略，檢察官亦得自由斟酌行之，如檢察官就其他方法偵查所得之證據，已足認被告有犯罪嫌疑，即不訊問被告而提起公訴，要非法所不許。」

之規定⁶²，減輕其刑。上述判例並無案例事實存在，無從得知全文之內容為何（為從文義、當時並無自白減輕其刑之規定等立法例「推知」，應屬訴訟要件是否欠缺之問題），若單從判例意旨而言，檢察官對於販毒案件未經訊問即提起公訴，既為法律所容許，就無從據此推導出判決所稱違反正當法律程序之結論。如此以言，判決即與判例有所違背（推論過程之法律理由與判例相違）。因此，若能將所謂之判例與案例事實結合，就能夠清楚掌握判例所涉及之重要（法律）事實、爭點為何，將來在適用上才不會發生疑義。

（三）最高法院以「決議」作為統一法律解釋之問題點

最高法院之決議是否有拘束下級審法院之效力，雖有不同之解讀⁶³，但事實上檢索各下級審法院之判決，常見最高法院決議之內容作為判決之依據，第二審法院亦有以此作為撤銷原判決之論據，而最高法院一旦有最新決議，亦有為一般民眾、法界關心之焦點者⁶⁴，司法院大法官亦將之作為釋憲之客體（對象）⁶⁵，如此可謂決議具有一般之拘束力，具有法之性格。

目前最高法院以決議統一法律解釋之法源依據，在於法院組織法第 78 條授權訂定之「最高法院處務規程」，此一內部性之行政規則（該處務規程第 32 條規定得召開刑事庭會議），卻能創造出對外發生法律效果（統一法律解釋）之決議，自有違憲與否之爭議。而最高法院之決議，一般而言，僅有法律問題、討論意見（各說併陳）及結論，亦欠缺個案訴訟之繫屬，此種欠缺個案事實之抽象法律意見，具有形同判例般之拘束力，更有以立法者自居之疑慮（侵害立法權）。

從最高法院決議觀察，有屬於「事前」統一法律解釋者、亦有「事後」統一法律

⁶² 該條規定：「犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」。

⁶³ 如最高法院前院長楊仁壽即認為，決議為最高法院內部統一見解之決定，大法官不應將之納為釋憲之對象，似指最高法院之決議並無拘束下級審法院之效力。見：最高法院學術研究會叢書（二十二），第 27 頁之發言紀錄。最高行政法院 99 年度裁字第 347 號裁定，亦認為決議只有事實上拘束力。

⁶⁴ 如最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議引發檢察官靜坐抗議；99 年度第 7 次刑事庭會議決議。

⁶⁵ 如司法院大法官釋字第 374 號解釋，明白將「決議」視為命令般看待。

解釋者，事前統一解釋者即無所謂法律問題之爭議存在，而係抽象討論法律應如何適用，而此種類型之決議，尤以新修法後較容易出現⁶⁶，此種事前統一解釋，固有使法律適用達成一致性，使下級審遵守，而趨於一致性之優勢，但此種事前指導，亦侵害法院依據法律獨立審判之憲法誠命，在理論上較不容易為人接受。

事後統一法律解釋者，多係各庭之間出現見解之歧異，而於事後提出於刑事庭會議討論，之後做出統一之法律見解。此雖屬最高法院決議之重要功能之一，而有助於法律解釋之統一性，然先任由各庭之表示不同見解，到之後決議始有統一之結論，難免侵害最高法院所樹立法律解釋之權威，形同其他庭相互否定之結論，此亦對被告、下級審產生無法接受、適用之感。因此，最高法院以決議產生法律適用之一致性，亦有脫離案例事實之疑慮，且欠缺法律授權之基礎，此一制度，自有加以變革之必要。

為了避免最高法院判決互相矛盾之問題，日本大法庭制度或有加以參考之必要。在我國，因不涉及違憲與否之爭議，故召開大法庭審理，即係基於統一法令解釋之立場而出發。為了趨於理論之一慣性，司法之功能既然在於個案審判，各項法律之解釋亦植基於個案事實而來。所謂之大法庭統一法律解釋，其實也是審判權之行使（個案中解釋、適用之法），其目的並非造法，而係透過個案之判決，使下級審或自己（終審）受到之前判決理由之拘束，如此始能在合憲解釋之架構下，形塑判例形成之空間。

此部分論述，因涉及法院組織之變更（小法庭變更為大法庭），故應有法律之明文規範（法定法官之立場）。我國最高法院法官人數甚多，所謂之大法庭仍係個案審理之色彩，只是法院組織有所變更而已，於此，並不存在所謂抽象解釋法律之問題存在。換言之，所謂大法庭制度之變革，絕非將現今最高法院之決議，提前至法律爭議發生之前（即其他各庭認為有不同法律見解），而係由大法庭做出具體之判決。

另外，現行行政法院部分，與普通法院相比，較有特殊之處，依最高行政法院庭長法官聯席會議議事要點，規定召開會議之事由，與日本大法庭召開之事由類似，該議事要點第 4 點規定，各庭遇有議案時，由各庭庭長或審判長以庭銜提出。院長認為有必要時，亦得提出議案（第 1 項）。同類事例之事件，如各庭見解不同，有求取見解一致之必要；或認有變更以往裁判先例或庭長法官聯席會議決議之必要者，承辦庭

⁶⁶ 如最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議決議，該決議之後，另有多次補充，而引發檢察官抗議者（最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議），亦係該決議之延伸。最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議決議，係刑法 95 年 7 月 1 日施行前，如何比較新舊法之決議。

應將不同之見解提案討論（第 2 項）。事件經本院廢棄發回，復再行上訴至本院者，承辦庭之見解如與本院廢棄裁判所持見解有異時，應由承辦庭先提案討論（第 3 項）。

上開規定，將會議提前至判決（擬採取不同意見）之前，而有避免終審法院裁判歧異之功能，但此一決議已經脫離個案，該提案庭所做出之判決，係根據聯席會議決議之結論為之，如此亦有法官依決議之結論（全院法院表決）而為判決（做成判決時以受理之合議庭判決）之疑慮。

（四）最高法院以「判決」作為統一法律解釋之問題點

最高法院於判決中所表示之法律意見，因有具體個案繫屬，其所為之法律判斷，一般而言較無疑問。惟目前各庭之見解有可能不一致，導致即便是最高法院在個案中之判決，未必是最後具有實質效力之決定。因而，對於下級審法院而言，其重要性即不若於判例或決議般具有拘束力，若有違反，亦不得為上訴第三審之理由。就此點而言，最高法院以判決作為統一法律解釋之手段，似乎較無拘束力。然下級審法院將最高法院之相關判決作為判決依據者，不在少數。而最高法院對於某一法律問題，若未有判例或決議存在，亦有一種幾乎定論之判決存在。於此，多數判決之累積，就實際而論，亦有類似於判例、決議般之拘束力。

而最高法院作為終審機關，其法律意見及推演之過程，代表實務界在法律問題思考上之精華，不論是實務經驗或法律理論之闡釋，均有其獨到之處，此亦是上級審作為統一法律解釋之功能所在。惟目前最高法院庭別甚多，對於類似案件之法律見解，雖有相同結論，但理由構成之依據亦有些許之差異⁶⁷，然而最高法院所表示之見解，具有學術研究與指導下級審法院裁判等重大功能。尤其是，個案案例事實與法律理由相結合後，下級審法院面對不同或類似之事實，亦可從最高法院類似之案例中找尋其推論意見為何。惟以目前之實務運作，無法清楚、具體判別最高法院之主流意見為何

⁶⁷ 例如，強制辯護案件之辯護人，有幫助被告撰寫上訴理由之義務，為目前最高法院幾乎一致性之見解，其理論依據，有從強制辯護案件之實質精神處理此問題之見解，如最高法院 99 年度台上字第 1836 號判決；亦有從訴訟權保障結合強制辯護案件精神之觀點，認為辯護人有為被告撰寫上訴理由之義務，如最高法院 99 年度台上字第 5079 號判決；更有從刑事訴訟法第 346 條、公設辯護人條例第 17 條、律師法第 36 條等法理，推導出此一結論，如最高法院 99 年度台上字第 5079 號判決。

⁶⁸，較為可惜。如此有可能影響日後事實與法律意見結合後，下級審法院如何予以適用、類推適用、拒絕適用等問題。

另外，在搜尋相關最高法院判決時，有時容易出現判決理由中僅提出法律爭議，但並未具體指出應如何判斷之內容⁶⁹，或者提出一些具體之適用方法。但對於個案已經相對清楚之事實，未能於判決中表示如何具體適用之意見，頗為可惜⁷⁰。最高法院作為終審機關，對於個案中之法律意見自有其重要性，除了闡明法律意見外，更應具體適用，並告訴下級審法院適用後之結論（函攝過程之說明），不應迴避法律適用之責任，如此才有所謂判決先例之概念存在，否則抽象提出法律見解，一般而言，較為空洞。若能具體適用，將來下級審法院較能清楚掌握其真意。

（五）不同（反對）意見、意見、補充意見之構成

我國最高法院相較於司法院大法官而言，或許受限於法院組織法第 103 條「裁判之評議，於裁判確定前均不公開」之限制，往往在判決書中僅能看到最高法院之「全部意見」，而無從得知其他不同想法之見解。此在「判例」與「決議」都有此狀況。

我國雖然沒有所謂「國民審查」之概念與憲法基礎，但最高法院為終審機關，其所為之法律見解又有事實上強大之拘束力，應該讓判決書中呈現多元之價值判斷，如此亦可讓下級審法院觀察到日後最高法院判例動向。以目前之思潮而言，終審機關不必然代表權威，不容侵犯。在維持判決一致性（安定性）之同時，亦可納入不同意見存在，如此方能達成理性思考。在此點思考下，所謂最高法院某則判決（判例）即非神聖不可動搖。在判例之引用欠缺事實基礎之現行實務運作下，檢視許多最高法院之

⁶⁸ 此部分應配合不同意見書，詳下述。

⁶⁹ 如最高法院 97 年度台上字第 421 號判決，對於原判決是否違反「罪刑相當」、「不利益變更禁止原則」，並未予以闡述，乃以「非無探求之餘地」加以指明，究竟有或無，並未給予答案。

⁷⁰ 如最高法院 100 年度台上字第 4813 號判決，即在處理證人於審判外向大陸公安機關所為之陳述筆錄，如何具體適用於我國之傳聞法則（含例外），該則判決提出之判準「可綜合考量當地政經發展情況是否已上軌道、從事筆錄製作時之過程及外部情況觀察，是否顯然具有足以相信其內容為真實之特殊情況等因素加以判斷」，但下級審法院如何判斷大陸地區之政經情況，此例子中，最高法院應可直接適用傳聞法則，並加以操作，或提出一些具體可以調查之方式，讓下級審法院、當事人進行相關之調查。

判例，往往僅有適用之結論，而欠缺說理過程，或其說理內容甚為簡要，欠缺說服力。而判決（例）之拘束力，並非法律般，而係事實上所形成，下級審法官在個案中，雖面對相同事實之判決（例），但仍可提出不同之理由，說明不再遵守之理由。上級審亦可充分進行審查，而有變更判決（例）之機制存在。我國判例制度施行迄今，似乎僅有一則判例遭變更，其餘均是以法律修正為由，宣告「不再援用」，似乎已將判例視為比法律更有規範性之效果般看待⁷¹，如此亦阻礙最高法院對於法律解釋與時俱進之機會。

在不同意見書之建構下，最高法院法官之組成，是否全以職業法官為限，亦有檢討之必要。唯有多元成員之加入，不同意見書方有予以呈現之可能⁷²。因而，在此等意義下（違憲審查功能），日本最高裁判所法官之任用，並非全部為職業法官，而有學者、檢察官、律師、行政官等參與，此即有反映多元意見之實質意義所在。我國最高法院雖無違憲審查之權限，但所為之法律意見，多具有指導下級審法院之功能，影響程度不亞於司法院大法官，作為終審機關，是否採取開放性之立場，容許非職業法官充任最高法院法官，則有其實質意義所在。

五、代結論

就以目前判例與決議所具有之意義而論，屬包括最高法院在內所有法院在為相類案件審理時，必須受到拘束。然無論何者，判例與決議兩者所呈現者卻為皆屬脫離具體事實而為抽象法律概念之論述之判例要旨與決議內容。如此脫離事實所為之見解能否惟一般人所接受，尤其是抽象概念之提出，在面臨到形形色色案件類型時，能否適用「相同案件，相同處理」之先例特性，早為人所詬病。亦即判例之判例要旨係與一般具有裁判內容（含事實與法律見解）之判例不同，很難解讀成適用「相同案件，相同處理」方式。

鑑於目前決議制度，是由全體法官參與討論作成，但決議並非裁判權的作用，僅具內部統一意見的功能。對外公佈的決議實質上已具備一般法律規範的實質內容與外

⁷¹ 尤其法官不得對判例或決議聲請大法官解釋，似乎代表判例、決議即便違憲也要遵守。

⁷² 如此亦可減緩外界對於最高法院有無落實評議制度及「期別文化」（資深等於權威）之疑慮。

觀形式，並於個案審判上被援引為規範依據，有招致權責不相符的質疑。為將法律見解統一回歸判決個案拘束力，司法院認為參考德、日法例，採「大法庭」裁判制有必要。考量增設大法庭制度後，已可達到使終審法院法律見解一致的目的，因此現行「判例選編暨判例變更制度」也沒有再維持的必要。

對於見解歧異的法律問題，最高法院本可依據法院組織法第 57 條第 1 項規定，由院長、庭長、法官所組成的民庭或刑庭會議，決議將某些最高法院的裁判選為判例。最高法院亦可藉由此種程序，將某些重要的法律爭議，經民、刑庭會議議決，提供各級法院參考適用。即便是其方式不一定為一般人所接受，但就形式而言，可謂已為最高法院所為統一法律見解之一種方式。尤其是，大法庭之設置，倘若與目前判例與決議制度之效果無二致時，大費周章式的修法，可謂意義不大。相對地，倘若讓大法庭審理具體案件，提出相關法律見解，似乎可以改變現實情況。

司法院推行之「一元單軌」或許為遠程之司改目標，蓋因大法庭制度之建立，若不能處理憲法問題，將失去其重要意義，從上述日本大法庭之運作可知，其違憲審查之審判功能，與判（決）例見解之變動般，都具有同樣意義，亦即宣告某一法令違憲與否，與先前所表示之法律見解是否變更，都受到相同之重視，此有助於法律見解之穩定（不隨意更動）及各種論點之呈現（詳加討論後之結果，並搭配意見書），此在與個案事實結合後，更有其實益所在，蓋因每一個見解變更與否，都受到相當程度之重視，結合事實之後，更先凸顯議題之重要性，而非僅在於抽象之法律論爭，更重要者乃結合事實整體觀察，給予不同之結論。

觀察日本大法庭制度，運作成功與否，有其重要之關鍵因素，在於法官員額與案件之篩選，若一旦我國也成立大法庭，目前最高法院之組成全體法官人數約八十人，如何組成大法庭是一問題，倘若全員參加時，面臨到的是人員眾多；倘若僅代表參加或僅庭長參加時，雖其代表性有疑慮外⁷³，人數亦不少（十六人左右）外，全員到齊之情形下，如何進行法律審之言詞辯論，根本無法操作，更無評議之可能，且與目前判例與決議之形成效果差距不大，不同者只在於判例與決議非經「審判方式」而已。在此前提下，日本之調查官制度，或許可提供我國借鏡。所謂之調查官，應係有相當實務經驗、學理豐富之法官（非法官助理或司法事務官般），其工作乃協助最高法院法官審理案件，對於某些不具重要性之上訴案件，予以篩選（配置於最高法院各庭）。

⁷³ 都為最高法院法官，均具審判權，何以拒却其參加大法庭。

目前最高法院之審查庭制度，或許有點類似於日本最高法院之調查官，此可有效控管上訴案件，讓最高法院法官能專心致力於理論之闡述。若以不變動現狀下之情形而論（最高法院法官員額不動），大法庭制度之建立，亦應回歸至個案審判，所有重要之爭議問題，均由大法庭處理，而非使最高法院之決議明文化（取得授權依據）後，又進行抽象之法律解釋，惟若將終審機關大法庭制度侷限於「統一法律解釋」後，似乎只要把我國現行之最高法院決議提前召開即可，但此處之思考重點，應回歸司法個案審判之色彩，當小法庭認為有變更見解之必要時，得變更法院組織，由大法庭審理，此種組織之變更，對外而言，均屬最高法院進行審判，而是否有變更見解之必要，先由小法庭審查後，認有變更之必要時，再移由大法庭審理，且對於上訴理由之審查，均在判決中一一予以交代，並加以適用法律，如此更能凸顯法律見解結合個案之適用過程。

其次，對於案件控管部分，此涉及一、二審上訴制度之調整問題，採取大法庭制度，關鍵因素在於上訴第三審之理由應予以限縮，否則過多的案件湧入法院，恐怕非 15 名法官（此指日本，共三個審判庭，我國共 15 名大法官）可以承受，於此，二審不可能再如同目前覆審制一般，三審自不能有過多發回更審之情形。此點，可謂與大法庭制度之運作息息相關。

當然在有判例或決議存在時，實務之運作自然須受其拘束。只不過礙於情事之變更，判例與決議內容在不能符合時代要求下，自然須作變更，否則不當的判例與決議繼續存在，實務爭端之開始，亦是民怨形成之原因。因而在不影響法安定性與預測可能性下，適度的變更判例與決議內容，應無需過度反應而認為，此將直接衝擊到法官審判獨立或者違反權力分立原則。對於最高法院而言，要求其為判例與決議之變更，如同要其承認「昨是今非」之事實，確實也是一件困難之事。因此，判決之不同意見、法官成員之多元參與，亦屬終審機關統一法律解釋之重要課題。

第 68 屆司法節學術研討會

第一場會議紀錄

時 間：102 年 1 月 11 日（星期五）上午 9 時 20 分

地 點：集思交通部國際會議中心

主持人：蘇副院長永欽

主講人：黃教授朝義

與談人：林教授鈺雄、林教授超駿、林副教授恩瑋、魏法官大曉

蘇副院長永欽（主持人）：

大家早安，很榮幸主持第一場研討會，這是司法院與法務部兩方長期以來一起合作，將司法節從儀式性的聯誼活動轉換成學術研討，大概已經有四、五年的歷史，一次挑選一些重大的正在進行中的司法改革議題，和學術界一起來討論，個人覺得非常有意義。去年有討論到觀審等問題，也談到兩公約。

今年我們這場上午的研討會，就一個正在各界熱烈討論，司法院剛剛賴院長已經提到通過的法院組織法修正會觸及到的幾個重大議題之一，就是終審法院，包括最高法院、最高行政法院設立大法庭來統一見解，以及判例制度的調整，這個問題在學界也有非常熱烈的迴響，辦了很多公聽會與討論會，對於這個影響深遠的問題，有很多值得再討論的地方，所以對今天上午的研討會有很高的期待。

我們也很謝謝在座的黃朝義教授擔任主講人，黃教授是中央警察大學的教授。然後我們有三位學者和最高法院的魏大曉法官來與談，我就一次性的介紹，因為待會兒主講人和兩位與談人要使用投影機，所以我就一次都介紹。等一下第一位與談人是我左手邊的台灣大學林鈺雄教授，他具有留德背景，對這個問題有一些看法；第二位是林恩瑋教授，他是東海大學教授，有留學法國背景，這兩個國家剛好都是終審法院是多法庭的，所以結構跟我們比較類似，但是剛好這兩個國家發展出不同的制度，也可以給我們做一個參照對比；我剛剛提到主講人黃教授他有留日背景，日本剛好終審法院是一個大法庭，有三個小法庭，所以有一定程度的可比較性；最後我們請台北大學林超駿教授，他有留學美國背景，司法制度長期以來是他研究的一個對象，所以對這個問題一定也可以提出一些很好的看法；魏大曉法官是最高法院的法官，他對於這個

制度是有深切的體驗，也參與最高法院對於這個問題的一些討論，所以他可以跟我們分享，在我們終審法院長期以來的經驗，這些可能對於學界來講更是難得，了解這些實務界的看法。我想我就不多講了，今天會議剛剛已經說了，希望有這麼多的首長跟各界代表都在的話，有更多的時間來討論，所以照規則，主講人不超過 50 分鐘，各位與談人不超過 20 分鐘，我們多留一些時間來討論，我們以掌聲來歡迎主講人。

黃教授朝義（主講人）：

我今天要來報告的題目是司法院當初告訴我的，以終審機關統一法院見解再檢視，談到日本最高法院的大法庭制度，作為今天的報告主題。我想今天報告的主題當中，大概分為以下幾個區塊，第一個大概是跟各位報告，我們目前一般最高法院所涉及到的判例、判決、決議，應該比較嚴格來說是裁判而不是判決；第二個部分就是我們終審法院的一個演進，在演進過程當中跟我們一般所謂的判例、判決或決議會有影響的，甚至發展的問題；第三個區塊是有關於日本的判例的形成以及日本最高法院大法庭小法庭的功能是怎樣操作；第四個區塊就回到我們的基本面，也就是現在我們終審機關的最高法院所做的，譬如說憲法定位問題，也有可能涉及到判例與決議能不能解決問題、判決能不能解決問題，甚至未來我們調整過的最高法院不管有沒有大法庭，大法庭形成的時候我們每一個大法庭法官能不能作一些意見的表達，或者一般最高法院的審判的裡面能不能有一些所謂法官的意見問題；最後在結論部分提出我個人一些看法。

首先我們看到說依照我們的憲法，法官依法獨立審判的結果代表法官可以不受行政機關干涉，獨立作出法律判斷妥適判決，代表不同的法官對於相同事實、相同法律可能作出不同結論的判決，可能會有違反法的安定性的問題，我們從這個地方來看，我們在審判過程中可能面臨到的兩個問題：法律適用解釋的一致性與法官獨立審判精神，這兩個應該如何取得平衡點？假如在下級審的法院來看，因為他有上級審的一個救濟程序，慢慢的可以去一致，法官的獨立原則或許不會受到侵害，但是我們涉及到最高法院的話，最高法院上面沒有救濟程序，如何來維持所謂的一般統一法律解釋而不會侵害到其他的權利問題，這是我先跟各位報告的。最高法院因為現在各庭庭數蠻多的，我現在所謂最高法院，另外其實也還有包括最高行政法院，只是因為今天本來是想說以最高法院為基準來作報告。現在最高法院已經有很多庭，各庭判決的差異各位先進應該都很清楚，這樣的差異傷害到法律適用的安定性，也可能會造成下級法院

或一般人民無所適從。

接著我們要談到的是說，一般所謂的判例就是最高法院就某特定案件事實認為具有參考價值，可以補充法律不足，依法由最高法院法官表決後所得到的決議，報請司法院備查，其效力具有拘束下級法院效果，我們現在法院組織法 57 條有這樣的規範。決議的部分，基本上也是另外一個概念，並非對於具體個案，而是最高法院就特定的爭議問題，這個爭議問題可能還沒有發生，或許下級法院因為見解不一致的狀況，也可能來自最高法院不一致，最高法院民刑庭總會法官討論後所作出的決定，所作出的決議可以供下級法院參考。接著我們來講判例跟決議有什麼差別？相同的地方，目前來看，都是以具體個案為基礎的法律見解，第二個，他們都是由最高法院民刑庭會議或民刑庭總會決議的內容。彼此之間的差異，看起來有差其實沒有差，判例有拘束下級審法院的拘束力，決議只是供法院審判時的內部參考，大家都認為以目前的判例來看大概以下幾種特色：第一點是都是以最高法院所為的裁判見解為限，下級法院的見解不列入；第二點是指認為有必要時，經最高法院民刑庭會議或民刑庭總會決議可以列為判例；第三點是最高法院審理案件認為有必要時可以變更；第四種是有選編或變更都要向司法院核備；第五點比較特殊，我們現在判例的內容僅為裁判的一部份，是抽象的描述，跟一般所謂談到日本的判例結構有明顯不同，日本的判例是整個裁判內容全部包括在內。

從一審二審到最高法院，所有的判決內容，也就是法院所作的判斷全都列為判例的內容，這個問題，也就是說最高法院見解上的差異來講，譬如說若成年人故意販毒予少年，是否應依兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段加重其刑？當然這邊有兩個見解，一個是肯定一個是否定，最高法院 101 年台上字 3852 號判決，原則上是比較朝向肯定要加重，但是最高法院 95 年以前是說不能加重，之後我們看到，最高法院在 101 年第八次刑庭會議決議時，原則上採否定，這樣的事後再行統一的抽象法律解釋的做法，基本上有可能侵害到法的安定性，對於判例的看法也會有相同的情形，也就是說我們在檢驗最高法院各庭之間以及下級法院各庭之間，譬如說我們二審上訴到最高法院第三審，第三審再度發回更審，所謂上訴跟發回更審來回過程當中，各庭之間的差異或許就會產生微妙的變化，案件就會有無止盡反覆的效果呈現。

第二個部分是我剛才談到的，有關於判例決議的部分還是會受到清末民初跟日本治理時期的兩個法制的嚴重影響，過去審級制度採四級三審制，以清末民初大理院是

民刑事最高審判機關以外，同時還有統一法令解釋的權限，跟我們現在不太一樣，在這個過程當中判例如何來編纂或整理？民初大理院時期，編輯判例的程序是以大理院院長選任或聘定曾任大理院推事擔任編輯判例初稿，並經庭長摘取判例後，送交院長檢閱後，發交油印分庭於各庭推事，這是有一個大理院辦事章程第六章編輯事務第 221 條至第 228 條參照。

接著就是把時代拉到北伐時期，民國 16 年 10 月 25 日公布最高法院組織暫行條例第三條，此規定僅把大理院院長改為最高法院院長，此時最高法院仍然是全國最高審判的終審機關，並職司統一解釋法令之權限。另外到訓政時期民國 21 年 10 月 28 日公布舊的法院組織法，第 25 條規定一改過去會同審判合議方式，而採取會議議決方式。這點要跟大家做一個報告，因為我們目前的決議依我估計是不是從那時候開始？以前是會同審判的方式，現在的決議內容改為會議方式決定。到我們現在民國 78 年修訂現行法院組織法第 57 條，至今仍以最高法院民刑事庭會議決議為之，並非如同晚清或民國初期合議審判方式來決定內容。

總和我們剛才所提到的，最高法院從晚清時期到民初時期到現在來講，最高法院基本上就我個人看法在執行兩項任務：第一個是選編及變更判例，這法院組織法第 57 條有規定，另一個是統一最高法院各庭之內部見解，這是依據法院組織法 78 條授權訂定的最高法院處務規則 32 條，民刑事庭會議大概來執行這兩項任務，所以最高法院民刑事庭會議決議事項原來僅供院內各庭法官辦案參考，跟判例不能等同視之。話說回來剛才我們也跟各位報告的，不管是大理院或後來改為最高法院，因為都是在中華民國憲法尚未實施之前，它的結構上面當然是終審機關，也有實施統一法令解釋的權限，憲法實施之後，司法院跟最高法院在職權跟功能上我把它看成是一個無解的課題，或許講得太嚴重請多包涵。

最高法院跟司法院之間的關係，當然現在還有最高行政法院，兩者之間其實職權跟功能表面上我的看法是互為依存，因為很多具體案件發生之後一定會延伸出來的憲法解釋或抵觸與不抵觸問題，兩者職權基本上是互為依存的。不過實質上最高法院在為案件審理過程，兩者關係似乎存有相互重疊與排擠的現象，也就是說最高法院因為看起來好像各有職司，但是彼此之間應該有某種程度的重疊與排擠。譬如說最高法院判決裡面常常會引用憲法的人權問題，基本權問題，還有涉及到一些條約的問題，我想這些多多少少會有重疊與排擠效果存在，最高審判機關也就是最高法院與最高行政

法院，跟司法行政兼及違憲審查的司法院之間如何進行整合？我想這個是蠻嚴重且嚴肅的問題，一元單軌的改革目標在推動上已經從民國 88 年到現在遭受到很多不同的聲音，不同的困境帶來的，現在連帶影響最高法院統一解釋法令的功能，已經受到嚴重侷限，這是我個人看法。我們過去從清末民初、日據時代以及現在最高法院之間的關係以及我們判決判例形成過程，主要來講我們本來是以所謂的一種審判方式來決定內容，後來改成會議的方式，也就是沿用到現在的情形。

從另外一個角度來看，也就是日本判例形成制度的功能如何在他們國家來落實的問題，日本在法制上面並未採用判例拘束性的原則，他是一個原則上過去受到大陸法系的嚴重影響的國家，整個結構上面還是以實定法為主，所以日本憲法第 39 條，所謂的適法裁判問題係指實定法上面的適法問題，而不是判例法上面的適法問題，在這個情況之下判例是不是被界定為法源的一種？當然會有很多的不同看法，基本上從日本憲法 39 條規定來看，雖然有他的影響力與拘束力，但還是沒有辦法廣泛被認為是法源的一種，在這所謂的判例，我剛剛也報告過，在法律上是指上級法院的相關論點，這個相關論點來加以論述之後所結合成的一個法院的法律上判斷問題，我們現在來講說這樣的判例有沒有拘束力？我剛才也跟各位報告過了他不是法源的一種，原則上沒有拘束力，不過在他們相關法律裡面也會提到的，會有一個效果出現，換句話說在各個審理過程當中，不管是民事刑事或涉及到憲法問題，他會有以下這五種情形，違反判例的效果產生：第一個是關於憲法及其他法律的解釋適用，其意見違反最高法院先前見解時，必須以大法庭方式加以判斷，這是日本裁判所法第 10 條第 3 款，其實這個地方就是一個切入點，換句話說，日本他們本身先前的判例，可能要先跟大家報告的是說，日本的判例形成不是像我們現在這樣的一個結構，最高法院開個會來做個選編的問題，其實他們有三個小法庭，案件進入之後如何去選編我們等一下會談到，假如碰到案件發生之後認為在作憲法及其他法律解釋時，他的意見違反最高法院以前見解，也就是我們以前的判例的話，一定要用大法庭來作判例的變更。第二個是在刑事訴訟程序會構成提起第三審上訴的理由，該法的 405 條第 2 款與第 3 款的問題。第三個與第四個是在民事訴訟程序裡面會構成第三審上訴的聲請理由，或者可抗告的理由，分別規定在民事訴訟法 318 條第 1 項跟 337 條第 2 項。另外最後一個比較特殊的是，上級法院發現法律解釋有誤的情形，得以撤銷原法院判決的部分，日本刑事訴訟法 397 條與 400 條、民事訴訟法 325 條第 1 項與 337 條第 5 項都有規定，也就是說在

違反先前所建構判例的效果，會有這樣五個情形產生。

接著要談到的是，日本最高法院在作案例的選擇應該是目的在期待整個法律解釋的安定，一個特別是透過極為慎重的程序規範，另一個透過案件事後作出法令統一解釋屆時達到統一法律解釋的一個效果，這樣的一個判例形成，在國內會有一個跟我們沒有多大差別，就是優先適用順序的問題，唯一不同就是我們現在沒有下級法院的參與，在日本就我所知不管是高院或最高院都會有一個判例委員會，選擇就是所謂下級的判例，或者是上級法院的判例，上級法院就是最高法院，上下級法院有不同判例存在的時候，原則上當然是優先以上級審所採判例為基準，假如說存有同期法院新舊判例的時候當然就是以新判例為主。

接著我們要談到的就是，我們還是以今天的主題是以終審裁判機關為主，還是以上訴第三審的案件流程來跟各位報告，案件已透過剛才所提到的，在效果的地方也提到，會透過特別上訴特別抗告與其他方式，這個案件就進入到最高法院，最高法院以後會有三個小法庭，這個小法庭也不見得一定要分成民事刑事或行政法庭，並不是這樣的結構，原則上是要方便受理案件所設立的三個小法庭，這個案件送到最高法院分案給各個小法庭之後，同時已經決定了該案件未來的主任法官跟擔當該案件的最高法院的調查官，這個調查官可能我們現在國內也多多少少大家有這個研究，這個調查官制度其實就我所知，應該是在日本的最高法院成立的時候才從美國引進，這樣的制度是輔助最高法院法官從事實質的審理，調查官當然跟美國的不太一樣，我們現在這個名詞可能很多法官先進聽起來不太喜歡，其實這個調查官就是法官，但是這個法官是下級審法院裡面學有專精而有辦案多年經驗，傑出的調查官來協助最高法院的法官從事審理，當然現在很多的調查官最後據我所知都升為最高法院的院長，因為他有實戰的經驗，而且是在這個區塊裡面算是頗有研究的專精人士，我記得雖然現任不是，但前任的最高法院院長就當過調查官，調查官制度的特點是最高法院法官的輔助者，負責調查記錄與該案件有關的判例學說見解，說明論述要點將調查結果以書面彙整的方面向各法官來報告，當然這個調查官原則上我剛才提到過，在下級法院頗有經驗的法官調任充當之，工作歷練有相當的，並不專屬配置於特定法官，當然這個就跟美國的法官不太一樣，因為美國的制度比較傾向配置特定法官，但日本的調查官原則上配在各小法庭裡面，主要是要彙整受理案件的內容來提出，他要彙整過去的判例，還有學說見解，還有把他的論點都要寫出來，所以是一個很艱鉅的工作，一般的調查官在工

作的時候，其實也是蠻辛苦的，一進去以後除了要把重點抓得住以外，還要受到來自於其他調查官對他的審查，這個審查不是說我會被審查其他人不會被審查，而是彼此之間在相輔相成的情況之下，整個論點作得更加精緻，所以說審理的規則剛才就是受理的情形由調查官來審理，案件經調查官調查報告的結果就是進入到程序的問題，交由所屬小法庭進行評議，有一些案件比較特殊，就不是小法庭可以處理的，那是交付大法庭來審議，交付大法庭的審議部分大概有以下幾種情形：第一個是當事人主張認為有必要判斷是否牴觸憲法時，此時完全以當事人意見為主，來認定，假如符合裁判所法第 10 條第 1 款第 2 款情形，就不是小法庭審理對象，交付大法庭來審議。

第二個是涉及到最高法院判例要不要變更，也就是隨著時間經過，先前所建構的判例在這時候面臨到具體的新案件，假如有需要變更的話那就要交由大法庭來作變更，小法庭基本上是不作這樣的變更，也有一些問題是說，譬如說合憲與違憲的問題，合憲的部分如果以前大法庭作過的話小法庭可以來處理，不過如果認為違憲的部分，不是小法庭可以處理，一定要交由大法庭來處理。另外一個就是小法庭因為目前來講大概五人，但是五人也不見得全員出席，萬一是偶數法官構成正反意見呈現同數的時候，按照事務處理規則第 9 條第 2 項第 2 款，也會把這個案件交付大法庭審議，其他的有需要的就要具體個案來判斷。

接著就是現在國內談的蠻多的，最高法院與我們即將要實施的大法庭制度要不要言詞辯論，我想開啟言詞辯論原則上是法院裁量，程序違反以外而須以實體裁判之案件，認為僅以書面審理即可駁回第三審上訴時，不開啟言詞辯論庭而得以判決駁回上訴案件，則屬於對第三審上訴所得為之特別規定。法院裁量基準以在聽取當事人意見後再判斷是否以開言詞辯論為適當，以我所知實務運作原審判決為死刑案件必然開啟言詞辯論庭，另外是小法庭受理之後進入大法庭案件，開啟言詞辯論庭審理之比例較高。裁判程序之後就是裁判內容之形成，一般來講分為一致意見或多數意見，由一個法官來起草，透過其他法官協議可以作一些修正或增補意見，最後由全部法官定位為屬於自己意見並予以確認，少數意見在裁判內容裡面可以附記，附記之後經參與法官署名（屬於裁定部分要記名）捺印後完成裁判書原本，嗣後即為裁判之宣告。以我所知，就算是少數意見，以後整個最高法院的法官結構改變時，這些少數意見後來可能會變成主流意見也不一定，也就是說在這個過程當中，這些意見的提出都可以供我們學術界研究或是未來實務界的參考對象。為什麼會有這樣的不管是多數意見或現在改

成是法庭意見或少數意見，因為日本最高法院法官有一項必須受一般國民監督審查，日本的最高法院提名到任命沒有多大的障礙，但是他們碰到眾議院選舉的時候，新任的最高法院法官一定要在投票的同時要受全民監督審查，換句話說，你有兩張票一張選眾議員，一張是最高法院國民對他進行審查，一般來講大概沒有問題，不會因為這樣而喪失最高法院的法官資格。

最高法院的判例形成當中，這個判例本身來講很多種意義，基本上在日本來講就是法律概念上的判例，判例就等於個別特定裁判中所形成的判斷，什麼叫法律判斷？基本上來自兩方面，一方面是用對當事人主張予以回答方式所為的論述，一個是法院自己取材所形成的論點，其實是調查官在調查過程中所取得的一種法律判斷，理由的部分，論點就是法律判斷，裁判理由會有兩個地方跟我們現在不太一樣，跟大法官釋字理由比較接近，裁判理由裡面分為兩個，一個就是判例，判例的判斷部分具有拘束力，拘束下級法院；另一個就是傍論，就是拘束力以外判斷部分，可能有一些法律意見但不是該具體案件所作的法律上判斷，這個部份來講，在英國認為說一旦形成法的判斷，所思考的就是這兩個區別，判例跟傍論之間，兩者的主要區別，就是有沒有構成上訴理由。剛才我們提到，違反判例的效果部分，另外一個就是有沒有需要變更的部分，要不要開大法庭來變更，這個地方假如有具備，這兩個就是屬於判例。以判例來講另外一個概念就是拘束力，下級法院必須尊重奉行，假如是傍論當然沒有這個拘束力，當然下級法院可以對上級法院來作挑戰，不過一旦上級法院的判例形成後，有具體案件形成後，下級法院來挑戰的時候一般來講是很難成功的。過去有一個「影印本是不是原本」的見解，最高法院認為是可以，下級法院可以挑戰，但最高法院通通都會撤銷。

所謂的判決要旨，我們一般來講現在看到的，這個判決要旨基本上就是所謂的判例委員會他們所做成的，並非屬於判決或裁定的一部分內容，所以我過去也是這麼認為，裁判要旨或判決要旨是不是就是判例？其實他們所謂的判例是整個裁判內容，當然判例判決要旨有個好處，我們要查這個判例的時候可以當作一個引線，查關鍵字下去就可以調出整個判例內容，就是上訴第三審法院所為的論點的判斷。

我們要講判例委員會，也就是說最高法院判決出來之後，一般來講他們的判例不一定是大法庭所做出來的，也可能是小法庭所做的判決，判例委員會每個月都會由七個人以後最高法院法官，一般是六個，因為三個小法庭各兩個，三十幾名調查官，還

有一些秘書處人員為幹事，原則上每個月開一次會議，開會的工作主要是把上個月最高法院的裁判中挑選出供實務參考的法律理論或判例，就分別部分決定判斷的對象，把他們分類，所謂的判決事項以及判決要點，分門別類之後認為有足供參考的，就會在所謂判斷對象全部登載於最高法院的判例集，登載的全部內容就是判例內容，這個判例內容包括下級法院的判決書，高院與最高法院，還有他們在做判例委員會篩選部分的意見表達都會在裡面，但是判例委員會基本上不會公開表示說哪個是判例哪個不是判例，只是用我剛才所說的做一個引言與線索，但一旦被選入其實就具有一個指標作用，判例委員會基本上每一個月開一次，會把判決提出來，原則上以一篇文章的方式加以表達，要求簡潔正確並完整易懂。原始案件所選取的案例，某一個調查官來負責，調查官提出意見以後，其他調查官來審查，全部的調查官會合來審查之後裁定判例委員會提案，就是那六個最高法院法官來組成的，相當複雜化，判例要點也是要求很嚴格，不能有贅字而且要很清楚地描述，所以一般來講這樣的要求是面臨很大的挑戰，對於這個判例委員會裡面工作的調查官而言，其實是很大的挑戰，也就是被選為案例裡面他所表述的內容，從提出到最後可能都不是他的意見，可能有人講說只有圈跟點是原來提出來人的意見，大部分都是在各個研討會當中來做調整，這是一個很嚴格的內部的判例選擇。

變更來講，判例有明示變更、默示變更與實質變更，大概有這三種類別，一個是可以有明確的判斷，另一個是無法有明確判斷，無法以唯一的標準來判斷的是默示的變更，實質的變更比較偏向等一下會講的柔性變更，有這四種情形，接著要談到的是柔性變更問題，日本最高法院其實他們不會馬上快速把原來的見解在短時間以內做一個調整，我想這是事關國家政策的問題，也沒有辦法這麼快速地變更，不論明示或默示的判例變更，最高法院不一定一舉推翻整個判例，倒不如新判決以不同形態加以解釋，或者新判決內容中設有重要例外，或者某一判決業已侵蝕掉其判例之基礎部分，結果該判例理論漸漸的改變。為什麼會這樣的改變呢？其實應該跟所謂判例法概念不太一樣，因為不做這樣的柔性變更，像判例法國家一樣以判例為基準一下就調整，因為他們還涉及實定法問題。

判例的功能，日本因為最高法院跟我們最高法院不太一樣，是可以做違憲審查的，我們最高法院現在基本上在合憲的基礎之下做判斷，判例有一個法令統一解釋的功能，跟規範下級法院裁判的功能，跟立法的功能。當然這個地方統一解釋的功能我

剛才也在開頭跟大家做報告，其實與法官獨立的原則，會有一個衝突的問題，統一解釋必須在事後，上級法院透過糾正原審法院見解的方式加以建構，全國性統一解釋唯有透過單一上級法院的設置，當然最理想的話是所有案件都最高法院審查，不過確實是不太可能，假如都由最高法院做每個案件審查，當然有統一解釋的效果，不過還是受到上訴理由的限制，因為考慮整體負擔的問題。

另外一個現在日本還存在的是非常上訴，非常上訴透過是不是違背法令的概念來做某種程度上的統一法律解釋的功能。另外規範下級法院裁判的功能，下級法院有遵守判例審判的義務，對最高法院的尊重。還有很重要的是，累積同種案例所為同樣判斷結果，該判例不多久即能成為確立的判例。對於相同類別案件即應為相同之判斷，因而產生裁判結果之預測可能性，法的安定性亦因而獲得確保。立法功能會有侵害立法權的問題，不過實質上規範整個下級法院的審理，日本最高法院原則上審理過程中，判例附著在具體案件，所表現出的法令之解釋適用與法的判斷，且其所為之判斷並非作為法規範，而是嗣後在同種案例之法令解釋適用之際，做指針參考之用，僅只具有事實上之指導力而已。這樣的一個判例的形成，目的不是在立法，不過受到下級法院的尊崇，所以在制度本身而言，制度設計上有立法的作法，不過這個立法的作用，我們只能說是一個附隨的效果。

我們現在來講目前最高法院如何來解決這個問題，也涉及到憲法問題、法律解釋的問題，還有統一判決決議等意見，不同意見跟相關意見的問題，憲法問題的相關問題剛才也跟大家報告了，因為我們現在違憲審查的問題，我們違憲審查權是在大法官，最高法院我的看法是在合憲的前提下做法律解釋，這樣的一個結果我們現在釋字 371 號解釋雖然可以停止審判聲請大法官解釋，但下級法院應該有一些案子，就我所知，應該幾乎沒有見到最高法院提出停止審判釋憲。這樣的問題，最高法院有沒有喪失終審機關統一解釋的功能呢？其實合憲推定的架構也可能被大法官推翻，因為透過大法官解釋，原先最高法院合憲法律解釋，因而有違憲或其他合憲性解釋之可能，此代表最高法院所為之法律解釋並非最終之解釋。這點可能各位會有不同看法。

自我拘束性的問題就是說，我們最高法院能不能在統一法律見解的時候，相同案件相同處理的問題，就是同一種類的個案當中法律適用，變成無法跟具體案件事實分離，不過我們現在最高法院的判例來講，這一點是不太一樣，所以倘若以案例事實脫離之後所形成的法律見解，一種抽象的法律見解，已失掉審判的色彩，倘若能以抽象

的闡釋拘束其他法官，某種程度判例也期待有所謂立法者的功能。跟日本法的比較來講，最主要的就是我們所說，他們選編是蠻嚴格的，會先審查事實是不是一致才作為訴訟中攻防的一個重點。我們現在談到的是決議的拘束力，最常見我們現在其實下級法院最常以最高法院決議內容作為判決的依據，第二審可能也以這個決議作為撤銷原判決的論據，我們最新的決議也是一般民眾與法界關心，大法官也把它當作釋憲的客體，具備有一般的拘束力跟法律的性質。不過決議是屬於行政規則對外發生效力，脫離個案的解釋，也就是說欠缺個案訴訟的繫屬，這樣的抽象法律意見形同具有判例一般的拘束力，更有以立法者自居的疑慮，這就是目前來講的決議的問題。決議有分為事前跟事後，事前就是會有作為一個指導的效果，侵害到法院依據法律獨立審判的憲法誠命，假如事後再決議的時候，先由各庭表示不同意見，形同其他各庭相互否定彼此結論，難免侵害到最高法院所樹立的法律解釋權威，所以也是有它的困難。日本的大法庭制度其實就是一個審判權的行使，目的是透過個案的一個判決，使下級審或自己（終審）受到之前判決理由之拘束，如此始能在合憲解釋之架構下，形塑判例形成之空間。

大法庭制度之變革，其實不應該是將現今最高法院之決議變相提前至法律爭議發生之前，而係由大法庭做出具體之判決。我想這個部份，司法院有做出新聞稿，大法庭要朝具體裁判方向來修法。判例的拘束力就實際來講，其實最高法院相關的判決某一個問題沒有形成判例或決議，也有一種幾乎定論之判決存在，此時多數判決之累積，就實際而言也有類似於判例、決議般的效果，在我們的實際操作過程當中也會有這樣的一個景象，也就是說最高法院判決的對象對法院有拘束的效果。最高法院的責任就是法律意見跟推演過程代表實務界法律上思考的精華，不管是實務經驗或法律理論的闡述就有獨特之處，目前最高法院的庭太多了，對類似案件的法律見解雖有相同結論，但構成依據上面還有一些差異。除了闡明法律意見之外，更應具體適用，並告訴下級審法院適用後之結論（也就是涵攝過程之說明），不應迴避法律適用之責任，才有所謂判決先例之概念存在，也就是說最高法院判決書的書寫，應該要具體的論述而且要做比較有理論性的論述，當然不能講最高法院現在的判決不好，應該還有一些成長的空間。

所謂的不同意見與補充意見的問題，當然這個地方還有多元價值的問題，我們現在法院組織法規裡面提到，評議過程不能對外，以後有沒有可能把這樣評議的意見提

出來，也就是不管未來的大法庭結構是如何的情形。當然我們沒有像日本的國民審查概念，法官怎麼樣提出意見好像不涉及到能不能保住法官資格的問題，但是在國民審查的國家裡面，法官在做具體案件的判決過程當中，意見很有可能是人民審查的對象。判例的變更與修正，我想我們現在判例的變更是不多，很多大概都是因為法律修法以後才宣告不再援用，假如說未來有判例這樣概念的形成，其實也應該要與時俱進對於一些有問題的或是不能夠具體適用的，也應該要有一個變更的程序，當然要改變過去的想法這很困難。最高法院的組成，以日本來講，他們最高法院的法官除了職業法官以外，學者、檢察官、律師還有行政官的參與，是有開放性的，不是只有職業性法官，這樣能不能在我們國內落實，我想也僅供參考。

結論上還是一樣，脫離事實所為的見解，是否能適用相同案件相同處理的先例，這個是有問題，所以我們現在的判例跟決議還是沒有辦法抹去這樣的疑問，為了將法律見解統一回歸判決個案的拘束力，我想司法院參考德國日本法例，採用大法庭裁判制度是有必要的，好像回到民國 21 年以前那種會審的概念，增設之後可以達到終審法院統一法律見解一致的目的，當然選編的部分或變更的部分就沒有必要。大法庭的設置假如審理的過程當中不是針對具體案件來講，其實我認為跟現在的決議沒有多大的兩樣，因為要形成一個具有拘束力的判決或判例，應該要以一個具體案件為前提。另外從日本大法庭的運作來講，它具有違憲審查的功能，判例也有變更的情形，宣告某一個法律違憲跟先前判例是否有變更都受到相同的重視，有助於法律見解的穩定，以及各種論點的凸顯。另外我也提出日本調查官制度，這個名稱雖然聽起來不太好聽，以後可能最高法院可以思考一下，調查官制度對於最高法院的審理會有正面的幫助，假如我們法官人數很少，他們會是最佳的幕僚跟輔助者，在議題上面可以篩選，就像我們現在不管各級法院，起訴或上訴的時候都會有先做審查的制度，就是目前最高法院審查庭制度，類似日本最高法院的調查官，管控上訴案件，來讓最高法院法官能專心致力於理論的闡述。

我們現在法官不能說太多，最高法院跟最高行政法院加起來可能將近一百人，大法庭的形成其實是很困難，我們司法院也提出了人數篩選的問題，原則上我想大法庭建議還是要回到個案審判，所有重要的議題均由大法庭來處理，不能是透過最高法院的決議將之明文化。控管部分是制度上最大的問題，現在最高法院朝向最高法院的方向解決一些紛爭，但是我們現在一二審的制度有沒有必要調整？因為採取大法庭制度

以後，關鍵在上訴第三審理由應不應該要限縮？假如不限縮的話，以現在的情形要如何來落實大法庭審理可能要重新再思考，因為我們現在二審還是採取覆審制，一、二審都相同，依我所知日本最高法院在做判決有無違背法令的部分，其實很多的違背法令的概念在二審，他們叫控訴審，就大部分已經消化了，真正到最高法院的時候其實案件是很少的，這樣的情形我們是不是可以參考？判例的內容在時代的要求之下自然要變更，繼續存在可能還是會造成紛爭跟民怨的形成，這是我的看法，至於不同意見的提出或是法官成員多元的參與，也是終審機關統一法律解釋的重要課題，我的報告到此結束，謝謝大家聆聽。

林教授鈺雄（與談人）：

剛好在邀約時我正在草擬大法庭的學者版草案，很高興司法院在 12 月底提出院版的草案，很高興在這邊跟大家討論這個議題。我今天只談兩個問題，第一個是為什麼要有大法庭，這我們要從員額跟編制跟功能談起，第二個就是大家爭的比較多的，要一階或二階，因為幾個草案的精神跟看法比較不一樣，其餘幾個問題包含程序參與原則的問題，原則上今天因為時間因素也沒辦法談，另外一個因素是司法院版在 12 月底的時候也接受了一些批評，然後也做了一些研議中甲案、乙案程序原則的加強，所以我今天還是集中在那兩個問題。

我們先來談一下為什麼需要大法庭的問題，大法庭基本上沒辦法離開終審法院編制的問題來看，不同的終審法院情況就不一樣，假使你終審法院本身分設數民庭、數刑庭或數行政庭這種情況，庭跟庭之間就會有裁判歧異，為了確保各庭之間做出來的裁判都代表終審法院迄今為止所代表的統一法律見解，因此需要大法庭這種機制。事實上在我國法來講，除了這個制度成因之外，還有一些比較本土性的因素，可以簡單歸納成兩個來談，因為在座都是法界先進前輩，我想對這些原因比我更了解，所以我只是點一下。

第一個是規避判決先例拘束的原則，這是比較我國法本土性的原因，我們終審法院法官在裁判之前常常沒有盡查詢先前裁判的義務，也就是先前有歧異不一樣的裁判時，終審法院還是做自己的見解，這造成下級審法官跟檢察官，甚至於學者在判斷終審法院見解為何的時候常常會無所適從，即便你知悉了以後也沒有受到拘束，我想這個情形非常多，我們單單貪污治罪條例，四個主要的論罪條款裡面就可以找出十幾種

完全不同的見解，而且都是終審法院的見解。

再來我們還有另外一個本土原因，就是法律審最受詬病的地方，就在於法律審本身規避回答法律問題，法律問題一提上去，法律審就跟你講事實沒查清楚，調查未盡、理由矛盾全部加起來在刑事案件撤銷 90%以上都是這樣的原因，這個當然是我國比較本土性的原因，這也是為什麼很多基層法官撤銷發回問題，對於法律審規避法律問題的義務會有非常多意見，原因是在這裡。

不過總結來講，回到第一個制度性的原因，我們現在來看一下最高法院因為在組織上，也就是民刑事務分流，行政庭的最高行政法院的問題也是，不過今天我們還是先把它集中在民刑庭比較容易談。因為你又分設數刑庭數民庭，現在民刑庭合計有 18 庭，超過 80 個法官，民事 6 個庭之間有可能是裁判歧異，12 個刑庭更不用講，這種配置方法我在用比較法的觀點來看，把他稱作為 A 型，A 型的配置就需要大法庭，譬如說我們舉德國聯邦最高法院，他也是分設數民刑庭，然後民庭 12 庭、刑庭 5 庭加起來一共 17 庭，因此會產生三種歧異見解，第一種是民庭跟民庭、第二種是刑庭跟刑庭，以及民庭與刑庭這三種歧異。我國最高院事實上就是這種情況，我們在比較法也比較熟知，以我國最高法院的人數跟編制來講事實上是跟德國最高聯邦法院最接近，民刑行政加起來破百人的編制，其實在其他國家，例如說瑞士法國，他們分設 7 個 6 個這種分庭的情況，也有大法庭的制度。即便我不是從內國制終審法院，來看歐洲人權法院，他有 47 個法庭，因為每個簽約國派一個法官，所以他也有很多分庭，因此他也需要一個大法庭來解決分庭之間可能歧異的問題，可是如果我們對照來看一下，為什麼美國聯邦最高法院本身不需要大法庭？道理很簡單，因為它全部加起來就是 9 個法官一個庭，本來就沒有分庭而且也只做違憲審查，所以本來就不會有大法庭這個問題，即使認為有大法庭問題也不是在聯邦最高法院這個層次，換句話說簡單來講，我們大法庭的問題要什麼功能、要怎麼談？沒有辦法脫離每個國家最高法院編制的問題來談，如果把編制問題、員額問題、功能問題，撇開來談，說要討論一階或二階，我個人看法是這樣全是空談。當然剛剛聽到黃教授所談的，黃教授所談的我等一下也說明一下，他的前提說的白話一點就是一元單軌，15 個法官全部來做一階的判斷，這個當然是非常的一致。

我用樂團來做例子，我想如果在場有愛樂者應該會知道，這個是鮑羅定四重奏，歷史上最常奏的四重奏，他們全是俄派跟德派的作曲都有，非常受到肯定，我問一個

很白癡的問題，看一下這四重奏，他的指揮在哪邊？他沒有指揮耶，四重奏沒有指揮，八重奏基本上也是沒有指揮，可是我想大家都知道，柏林愛樂一個大型的交響樂團編制上百人，如果要演奏貝多芬第九號，編制超過一百多人快兩百個人，他能夠沒有指揮嗎？他不能沒有指揮嘛，大家也都知道柏林愛樂的指揮們有誰，為什麼演奏形式會不一樣？因為很簡單嘛，編制不一樣嘛，一個一百人跟四個八個人的他處理方法怎麼會一樣呢？事實上這跟大法庭的問題一樣，最高法院的大法庭問題你完全不能脫離他的員額跟編制問題，我認為我們現在談一階二階，我最不能苟同的地方在於說，完全脫離編制的問題來談，脫離編制的問題要怎麼談法呢？我們來看一下，四重奏八重奏我們知道不需要指揮，可是如果到百人需要指揮，我們可以問如果是 12 個、16 個、18 個、25 個人要怎麼辦呢？我們先來談 12 個，這是柏林愛樂的 12 把大提琴，也是來過台灣，大家看一下，這 12 把大提琴有沒有指揮？他沒有指揮，可是我們再問一下，如果是 22 呢？30 呢？是不是問題就開始不一樣？

我要談的是我們剛剛講的 A 型跟 B 型，德國最高法院編制上百人，可是美國只有 9 人，如果我們介在中間要怎麼辦？像剛才黃教授報告日本，其實他們最高裁判所加起來就是 15 個人，我們大法官的編制剛好也是 15 個人，所以你看一下他是在 A 型，他有分庭，可是歧異問題簡單很多，因為加起來 3 個庭總共 15 個人，而且他本身就做違憲審查，因此我們在談日本的大法庭問題的時候，本來就一定要先把這個 3 個分庭 15 個大法官的問題先想進去。我們現在編制不一樣，我們編制是上百人，可是我們說所以我們要依照日本的制度走，可不可以？我們看一下，我認為，可以，但是要完全遵照黃教授的指示來做一個徹底的方式，先縮編再來談啊，你縮編成 15 個剩 3 分庭同日制，其實講白話一點就是一元單軌，黃教授其實代結論剛剛沒講到，但文章內容寫的很清楚，大家可能猜我是留德的會反對他的看法，錯了！如果大家要縮編成 15 個我就完全贊成黃教授的看法，但是回過來看，我們能不能不縮編又採取黃教授的看法呢？黃教授代結論有談到，這個要怎麼玩法？因為黃教授他在大法庭的時候就是所有最高法院的法官統統要到大法庭去，不能像德國這樣選代一個，這樣子我們大法庭要破百人，以後審判的時候大法庭開庭沒有人要去開，台下全部都是法官，這個要怎麼做到？黃教授就說這個很難想像不能做，基本上他有他的困難。現在我們的做法是什麼？就是你不管是剛才哪一種都好，但是現在的問題不是這樣子，現在的問題是我們最後採的制度一定是編制要學德國，民刑庭加最高行政庭要破百，但是不

要學日制縮編，可是大法庭要採日制全部一階連他的終審判決一起做，可是這樣不是啊，像德國一百多人他一定是得派各庭代表，可是我們現在的草案就是又要學德制推代表去，好，這樣子再來呢？黃教授一直提到說，大法庭要這樣做，要實施違憲審查，可是我們話一定是提一半，因為我們現在做出來的大法庭雖然要學日制，可是不做違憲審查，而是要學德制維持我們大法官是憲法法院，這樣不是錯亂組合嗎？再來我們大法庭要採日制的一階，但日制他加起來就 15 個人，德制大法庭加起來跟我們一樣快百人，他要先經過各庭徵詢程序，所以日制底下沒有一個正式的徵詢程序，徵詢裁定，可是德制有，現在要把日制湊德制。我個人感受很深啊，1999 年我剛回國時，在聯合晚報看到一個文章，批評司法改革當初的政策用歐洲的軌道走日本的電車，這個我記得剛好就是今天的主持人所提出來的觀點，我個人深表贊同，我們十幾年後從剛回來的學者變成快退休的老頭子，我們現在還是在玩這種歐洲的軌道日本的電車，大家知道台灣的高鐵，剛開始發生一大堆問題的原因是因為我們要整合全世界沒有人整合過的機電系統，歐洲的軌道跑日本的電車，沒有人做過這種事情，我們高鐵要這樣子做，我不太知道這樣子做的意義是什麼？如果編制的問題我們不談，一直來看要怎麼改，我認為說這個是不太有意義的。

再來我們談一下到底一階跟二階哪一種比較好？我們知道不管一階二階我們都不是原創而是靠比較法，可是最大的困難是這個比較上很多不是站在事實的前提下，因此不太容易對話。我們知道所謂一階就是大法庭自己做本案判決，二階是大法庭把案子連同事實提上去，但是只裁判法律問題要怎麼辦，最後本案終局判決回去，譬如德國是最高法院小法庭把這個案子提出去，大法庭下一個法律問題的中間裁判，最後本案終局判決是小法庭做，具體個案是過去的，事實上案例很多，因為我們現在不是這樣，大家比較不懂，可是想一下我們的大法官就好，我們大法官在釋字 371 號的情況底下，依據法規審查，小法官審案件認為違憲提到大法官去，是案件連同違憲法律問題一起上去，大法官做了違憲審查的結論之後，我們現在案件又回到小法官那邊去，小法官就做本案終局裁判，其實二階就是這麼運作，實際上是真正有所謂的三個階，這種模式有什麼好處呢？最大的好處就是當法律問題，後面這個案子，譬如徐自強案，不管再審或非常上訴或終審判決有任何變化時，你看一下大法官釋字 582 號的效力在不在？它都不會受到任何影響，可是你一起做的時候就會受到影響，因為 582 號解釋假使是連同徐自強案本案一起判的話，這個案件未來確定之後不管是被再審或

非常上訴都有動搖的可能性。事實上這不是只有我國的例子，譬如說歐洲人權法院，內國法院提一個法律問題，但都是有具體事實，還有大家比較不熟的歐盟法也是一樣，歐盟法裡面有內國法院碰到歐盟法律問題，他也這樣處理。

關於一階二階，當然事實上有許多技術難題要解決，今天因為是跟各位在實務先進的報告，我想就不要談這麼多理論問題，我舉非常實際的案例來跟大家談一下，因為一階就是終審判決，終審判決一定會有終審判決所有的問題，你想一下，我先拿扁案來談，扁案加起來有 10 個被告 4 個大案，龍潭購地案主要的法律問題就是總統他的職務上行為跟科學園區開發方式的關係，如果採一階，我跟大家說，連移送都不知道怎麼移，而且這個問題我是 4 個月前提出來到現在，我沒有得到任何答案，請看一下龍潭購地案要怎麼移法？有很多種移法，共同被告全部都移是最簡單，但是最不可能，為什麼？如果大法庭要負責這個案件本身的終局判決，我跟大家說，兩年大法庭弄一個案件就不得了，你知道這個案件有多複雜嗎？有人就說那就只要把阿扁龍潭購地那個部分移上去，但是不可能，因為阿扁龍潭購地案是不是構成公務員貪污的部分，會影響其他共同被告的論罪，這就是不可能，一樣，這是從移轉開始，現在撤銷的問題更為嚴重，能不能撤銷發回？能不能部分撤銷發回？這個案件有很多地方真的是有事實上的疑問，很難阻止撤銷發回，可是一撤銷發回那法律問題要怎麼樣？所以這個是很實際的問題，當然更不要講說我們在扁案的時候，它表達很多複雜的法律問題，我們現在只想到龍潭購地案的部分，其實不是，包含像共同正犯連帶沒收，還有吳淑珍跟余政憲的部分能不能成立哪一種的貪污罪，國務機要費跟大水庫理論的關係，這裡面在判決裡面都有，但是我們提問只有提那一個問題，其他這些問題會不會產生所謂的大法庭判決統一的效力？這個大家要想清楚，如果不能產生我們要怎麼區辨？如果可以產生，非常危險，我想這邊在場的最高法院法官應該都知道，我們最高法院法官第一次案件上訴的時候，也沒有想到說陳鎮慧跟吳淑珍他們要連帶還是不連帶？共同犯？依照陳鎮慧是沒拿錢進來的，吳淑珍是有拿錢的，結果現在幾億元叫陳鎮慧負連帶責任，最高法院原先沒有覺得怎麼樣，後來覺得不妥，可是我們知道人就是人，我們不可能要求最高法院，甚至於就算學者來研究一年，也不可能要求第一次的時候就把案件想得這麼清楚，可是我們想到的是龍潭購地案，這個請最高法院清楚的表達，我問到現在，每次舉這個案件，人家說：「扁案是特例啦！」，扁案不是特例，是台灣真是發生的案例，請問各位做了這麼多年司法的努力，也許十年二十年三十年

這樣兢兢業業，像在場的庭長這樣，請問累積了多少人多少年的努力？抵不過一個扁案詆毀的司法的信譽，怎麼會覺得這個是特例呢？不然我再舉一個例子，今天給我十個小時我就舉十個例子給大家聽，趙建銘的內線交易案，現在要問內線交易但是要採取哪一說？從移送開始就不知道怎麼移送，是要移送這四個共同被告全部的案件還是移送哪一個人的部分？因為超過一億是加重，再來，萬一這個案件最高法院採取擬制交易所得說，大法庭是採取這個說，可是後來因為計算錯誤，這個案件發生過好幾次計算上的問題，後來被再審，請問一下，大法庭針對證券交易法應該採取擬制交易所得說的法律見解，那個裁判效力是在還是不在？這個問題非常具體，在還不在？被再審之後這個法律效力是在還不在？我們剛才說過大法官解釋沒有這個問題，582 號解釋不會因為後來徐自強案怎樣變化而受到效力的影響，本身解釋的效力都還在，這個是採取一階的話一定要面對的問題，我不是要反對一階，我要談的是說，要談一階必須把後面所有訴訟法問題都想好再來談，要包裹立法，不能這樣子一半就上路。

相對來講二階並不是這樣子運作，當然我們知道很多對於二階的批評，包含也有先進提說，二階底下你大法庭變成小法庭的實質法官，因為主要見解是你寫的，這樣違反法定法官，這個我坦白說這樣是完全沒有根據，如果這樣講的話，我們大法官也不能維持啊，大法官也變成本案終局裁判的實質法官，那大法官制度要先廢除，廢完了之後再來廢法律審，因為法律審有判決拘束效力，法律審也變成實質法官違反法定法官啊，如果這種說法可以成立的話，更不得了的是我們還有判例，判例是拘束效力，做成判例的人可能都死亡，變成我們活人審判的時候受到死人意見的拘束，所以如果這種說法可以成立，我們的法院組織長期以來就是死人跟活人一起組成的對不對？他們都是法定法官。為什麼今天大法庭問題沒有辦法談清楚，因為像這種混淆視聽的話太多，這個真的是沒有根據，事實上還有很多，說沒有本案事實，看一下人家大法庭明明就有本案事實，還有原文可以看，當然後來先進批評我這個太短了要長一點比較好，有啊我找到了這樣夠不夠？有人就說這樣還不夠，要更長才好，哪有什麼一定長的比較好短的比較差的呢？能夠達到目的就是好的啊，所以我想對這個問題基本上我的看法不太一樣，有人說大法庭制度曠日廢時不符合訴訟經濟，我們司法院行政廳代表在立法院裡面提到說德國大法庭都要 2 年到 3 年，事實上請大家看一下數據，實際上這兩個最新的案件合計跑起來就是 38 個月，所以我覺得這個不是事實啦，就是說大法庭好不好我們可以談，徵詢裁定好不好都還是可以談的，但是不能去談一堆不是

事實的。

最後只是要跟大家誠實的說一下，雖然我自己提出學者版草案，如果要問我說用大法庭制度是不是比較好？我認為不一定，要思考一個很嚴重的問題，大法庭制度底下就沒有判例，沒有判例跟決議現在可以做我們大法官審查的對象，把大法庭建立起來，沒有判例跟決議之後，這些完全都不是違憲審查的標的，這一點我們跟副院長也非常的清楚，所以要知道如果以後建立了大法庭，未來尤其是在一階底下，一年只能承擔一兩個案件的這種審判功能，又把所有的判例決議概括廢除，那是我國司法救濟倒退，而不是進步，所以今天並不是我在玩文字遊戲，一階二階一定要怎麼樣？而是大家一定要想到它的功能是怎麼樣，如果大家希望大法庭一年做出十個、二十個重要裁判來彌補判例跟決議廢除之後的統一見解空缺與需求，其實可以想想看，剛才舉的趙建銘跟扁案，扁案在最高法院絕對可以弄出二、三十個重要的法律見解問題出來，趙建銘案至少可以弄出十個，要哪一種？我覺得這是一個比較實際的問題，今天就先報告到這邊，謝謝。

林副教授恩璋（與談人）：

我個人在這個部份今天主要就報告人黃教授的文章適度做一個基礎的回應，也就是說就整個法國的最高法院以及其組織的部分，以及法國判例制度形成的部分來跟各位先進做一點簡介。

首先我們要了解這個問題，大概要先從整個法國的民法典說起，法國民法典第5條曾有規定很明白的說，法官不能對於所受理的案件做出含有普遍性或原則性條款的判決，這樣的一個規定事實上有他歷史的背景，大概從1789年以來法國大革命之後，法國已經受夠了王權擴大行政權統治，所以對於權力分立的堅守以及對於司法判決權力的限制，在法國大革命之後體現的條文就是民法典的第5條，也就是用這個條文來限制法官對於所謂普遍性原則性條款不能做成，必須針對的是具體的事實做成判決，所以如果依照第5條的觀念來看，似乎判例這個問題不應該在法國成為一個法源依據。

但是事實上我們可以發現到說，在法國確實也有類似我們國家的法律判決判例制度，在我們可以找到相同相近的語彙，大概是在法文中的Jurisprudence，這個字的意義事實上就字義上來講，應該是判決彙編，就是很多判決的總和，但是實際上來講判決彙編是沒有意義的，因為主要還是看說判決本身在解釋法律上面適用的是什麼樣的

方法，以及法官在尋求的解決方案的途徑是用什麼樣的習慣去組成的，所以在判例的意義上來講，法文中有幾層意義，第一個是法官判決的習慣，另外也認為是法院的行為的化身，或是一段時間內法院針對事實就法律全部或一部進行判決的總和，或是司法判決在適用法律上面所援用的解決方案的總和，所以就整個適用的方法這個點來看，事實上判例或判決的習慣在法國來講，是有非常大的影響力，影響拘束下級法院判決的內容。也因為這樣，在判決和判例合法性的觀點上來看，大概大多數的學者在法國來講是認為判例具有合法性的地位，主要依據的理由是法國民法典的第 4 條，就是說法官以法無明文含糊不清不夠充分為理由拒絕裁判，這時候會用拒絕正義的這種罪名來受到訴追。在不同的判例還有不同的法律領域中，它產生的拘束力和影響也不太一樣，在民刑事來講，判決跟判例先例是具有事實上拘束力，不像法律的性質但是卻是一個解釋法律的方法。

在行政法的部分來講，因為法國到現在行政法法典化的情況並不多，實際上也不太可能，所以在這個地方法國行政法的部分基本上是從判例的累積和判決的做成來做成行政法的勾勒它的形象，所以在行政法的部分法國有一個很重要的單位叫 *Conseil d'Etat*，翻譯來講有很多，但不知道怎樣比較好，這邊翻成「平政院」，是跟民國初年有個「平政院」，在功能上，還有整個運作上有點相似的地方，所以這樣稱，一般來講會翻成法國的最高行政法院，但是實際上平政院不只有審判性質，還包含諮議的部分，所以我們很難找到一個對等的語彙形容，所以只好這樣稱呼，平政院基本上在做很多判例跟選擇的部分，後面會提到，事實上是在創造法律原則，所以基本上是法官造法的現象出現，這是在法國行政法上比較特別的現象，跟我們在民刑法上的發展不太一樣，因為民刑法很早就法典化了，所以在法國現在來講，最高法院每年都會有固定的編纂彙編以及年度的報告等等的，另外在機構上還有法國的平政院，有法國的憲法委員會，對憲法本身所做出的一些看法，還有就是歐盟的部分，歐盟法在這個部分，歐體法院做成的判決事實上是歐盟法的一部份，會影響到法國內國法，歐洲人權法院做成的判決比較沒有拘束力，但是事實上在法國內部判決來說，有相當的效果，所以我們可以看出區域性和國內性兩種來源的法源，在法國來看的話是這個樣子。

在法國法院整個組織簡圖來看，我們必須要說明的是，雖然翻譯叫最高法院，事實上他應該比較確切翻譯成廢棄法院，因為最高法院在法國來講，不是一個上訴法院的第三級審，換句話說最高法院受理的是爭議判決，所以不是針對當事人提出的爭訟

事實，或是當事人爭訟的法律關係去做判決，是針對下級的上訴法院或是一審法院的判決到底在適用法律上面有沒有問題去做處理的，基本上並不是一個上級的法院，所以在這裡面或許稱之為「廢棄法院」，較能夠切合最高法院的性質，以一個類似的架構圖來看，一審有一個通常庭跟簡易庭，還有商業法庭跟勞工顧問會，都有可能會上訴提交案件到最高法院去做判決內容，適用法律是否合乎判決先例的規定，在上訴法院來講也會提交最高法院，在刑事管轄的方面有違警法庭、輕罪法庭跟重罪法庭，一樣匯集的点都在這個最高法院的部分，所以最高法院基本上來說，在法國具有統一性，而且是唯一解釋整個法律適用的方式跟原則。

在功能來講的話，除了在判斷法院適用法律上面有沒有問題之外，也就是審理判決之外，在 1991 年 5 月 15 號法，授予法國最高法院有一個諮詢意見的權利，這個諮詢意見的權利基本上是一個比較事前的，提高整個最高法院的立場，不會只透過判決表現立場，在特定的情況之下，譬如說法院可以提出對於新法，大家還不知道新法怎麼運作可能會有一些爭議問題，就去問一下最高法院的意見，這個時候最高法院就會做出一個諮詢意見出來，這有幾個基本限制，做諮詢意見的話只能由法院向最高法院提出，當事人不可以提，第二個這必須是法律問題而且是新問題，不可以是在訴訟中爭議的問題，諮詢意見不可以延緩整個原審判決的做出，這兩個是併行的，另外這個問題必須要導致嚴重的困難，而且在諸多訴訟中重複出現，這時候才能提交到最高法院去問其意見認為怎麼樣。在整個最高法院的組織圖，誠如剛剛各位教授所說的，我們可以把他分為常態性機構跟臨時性機構來看，常態性機構可以分為以下各庭，民事一庭二庭三庭還有商事財經法庭、社會法庭、刑事法庭，文獻報告與研究委員會，這個是常設機構，專門針對最高法院彙編的部分研究，另外最高法院有專屬的律師，是壟斷制的，只有 97 人左右，只有他們能在最高法院行使律師的權力，還有檢察機構也是隸屬在裡面。最高法院來講，院長作為其他兩個臨時性機構的主持人，一個就是院審判合議庭，另外一個叫混合庭，院審判合議庭總共有 19 個人，由各庭庭長和首席法官和一個普通的法官所組成，在案件涉及到法律原則的時候，或是案件被最高法院廢棄，原審法院重新審理以後，仍然用同樣的理由被申訴又回到最高法院這邊來，此時會召開院審判合議庭，所以它是針對整個法律原則本身要不要堅守或是變更所召開的一個臨時性合議大法庭，所以它比較特殊在於，如果院審判合議庭廢棄的判決，下級審法院重審的時候，就必須要法律依據跟原來最高法院院審判合議庭的法律依據

要一致，這點上來講，確保了整個最高法院在最終解釋權的一個權力，另外在混合庭的部分，則是針對整個法律判例的適用，意見有分歧的時候，或是這個案件涉及到數個分庭的管轄權時，由每個法庭派出 4 個法官，組成 13 人的混合庭去做處理，所以這個是目前的組織簡圖跟判例形成有關的部分。

接下來我們看一個流程圖，最高法院審理流程從上訴法院來講的話，會透過最高法院的律師把上訴法院的判決進行申訴，到最高法院的書記官處做登記，登記以後進行訴狀的交換跟分案，分到各個分庭裡面去，分庭收案之後會指定一個叫做報告法官，跟黃老師講的調查官是類似的性質，報告法官是負責做準備一個簡短的報告，還有簡評、判決草案，甚至要擬一個認為要怎麼做判決的結論，分析整個案件的法律問題和價值，找到最相關的判例和學說，要用什麼樣的形式法庭去審理案件，這個法官的功能很重要，算是做一個事前篩選的動作，開庭前一週會由庭長和首席法官召開一個庭前會議，用來判斷說將來審這個案子的時候，我們要用什麼樣的法庭形式去審他，如果說一般來講看到問題的爭議點非常明確的話，大概就會用一個小的規模的形式，3 個人組成的形式去審理，如果問題比較複雜可能 5 個人，涉及到原則性可能院審議會要召開了，如果判決要橫跨領域的話可能臨時混合庭要召開，由合議的審理庭去審理他，比較特別的是說，這個審理庭雖然是多數決投票，但這個判決不會說明法官投票的情況，判決中也不會有反對意見的記載，出去的意見是統一的，這當然是後繼會有兩種結果，一種是申訴駁回，另一個是原判決廢棄發回到原審法院，流程圖大概是這個樣子。

在整個民刑事判決的彙編上來講，我們看到法國採取雙軌的情況，一個是官方的彙編判決，一個是私人大概從 1791 年開始以後的判決彙編，這兩個判決彙編在法國司法界裡面都有相當的影響力，在最高法院來講每個月會出兩份民刑事判決公報，每季一份的勞動法公報，每兩週有一次司法通訊，還有最重要的是年度報告，這個報告會把今年重要的判決內容摘錄下來，甚至還有立法的修法建議，最高法院對於立法和修法的建議，以及各個最高法院法官現在研究的成果，都會在年度報告中呈現出來。在最高法院的文獻研究報告部來講，他們是負責報告研究組織跟判例，對於判決的走向法院是做什麼樣的原理原則敘述，文獻報告部有很重要的地位，底下又設有一個歐洲法監測室，實際上是對於歐洲法適用在法國內國法之後做一個小小的研究，歐洲法監測室有很重要的部分，特別是歐洲法適用在內國化要怎麼處理的問題上面，從 1990

年開始就進行數位化的工程，所以我們在網站上看到從 1987 年以後發布的判決都可以在這個網站上面找到。私人的部分，他的編纂方式呈現三個大部分，第一個會講法律原則跟理論上面的問題，然後就法院的判例跟學者對他所做的筆記（note），往往是決定了判決呈現出來原理原則很重要的依據，學術參考性價值也是很高的，另外就是相關的立法文獻等等，這個是法國在民刑事判決彙編成果是這樣做的，頁面也有很多語言可以用。比較讓我驚訝的是，法國的平政院跟法國的最高法院現在都有中文的頁面，我不知道他們是怎麼做到的，顯然翻譯者是大陸的學者，因為用語跟台灣非常不一樣。

另一方面在法國平政院來講，跟法國行政法的關係，我們舉個例子，譬如最有名的是 Blanco 的案子，這個案子是一個國營的菸草的汽車撞傷 Blanco 先生的女兒，所以這個案子正式確立了法國行政訴訟制度與行政法的範圍，並且援用「公共服務理論」作為辨別系爭案件是否為行政司法機關的訴訟管轄權範圍內重要的依據。所以這裡面我們可以看到，一個是平政院，另外一個是權限爭議法院，這個是法國獨有的一個法院型態，權限爭議法院主要是在處理整個法院間管轄權衝突的問題，針對所謂的救濟途徑去釐清的功能，在平政院來講，我們簡圖可以看到他大概有三百名平政院的顧問，因為平政院是從國王時代的王政顧問團來的，所以原則上我們可以看到國家元首或是行政機關的元首總理作為平政院院長，但事實上副院長才是主要的領導，平政院底下可以分成兩大部分，一個是審判部門，另外一個是顧問諮詢部門，底下還有一個全體大會，全體大會就是在制定整個判決或是一些諮議文，顧問諮詢部門下面分為五個部門，內政財政公共工程社會跟行政管理，在另外一個審理部門來講，行政法庭跟行政上訴法院等等，我們看到平政院是做這個東西，大概在這個部門所做成的判決跟判例，以及這個部門所做成的諮議文構成了整個法國行政法的主要內容。

所以我們可以簡短的做一個小小結論，在我們看到法國法院的判決，我們可以發現嚴守整個原則性判決的禁止，這個還是法國司法機關堅持的原則，在不同的領域裡面，判例的影響力也各自不相同，法國的司法機關對於判例的選擇以及改變跟適用是非常謹慎，除非有相當必要，否則維護法的安定性是首要的考慮，對於適用法律意見的表達，法國的審判機關不限於審查案件才能表達，事先表達也是可能的，這種事先表達法律適用方式的意見，對於增進整個判決的可預測性是有助益的，特別是像平政院來講的話，法國的立法程序，大部分來講不管是眾議院提出的法案或者是法國內閣

提出的草案，都要先經過平政院的諮議委員會通過，審查後沒有問題再送憲法委員會去做審查合憲性問題，所以基本上大概做這種事前審查的部分，在規劃上來講都可以確保合憲性的一致，這個跟我們所熟悉的事後審查的違憲制度來講，可能比較不太一樣，另外對於判例的數位化跟研究，法國最高法院有專責機構進行統整與研究文獻資料，在組織結構上善用這些機構研究成果，我想這是我們現在最高法院可以去考慮增加的一個部門，我的報告到這邊，謝謝各位指教。

魏法官大曉（與談人）：

我現在純粹從我國終審法院的法律見解的現況，還有可能的發展方向，個人的一些淺見來向各位先進報告。

在大法庭制度引進的原因，我想判例要旨跟決議制度因為已經可以說是走到了窮途末路，為什麼這樣講呢？我們 81 年來統一法律見解的這兩個重要機制，受到了非常多的批評，包括與談人剛才談到的，跟死人做成的判例要旨跟決議一起審判，一直在指導著我們法官法律見解的審判，我想我也不希望我死了以後，我所參與的那些判例要旨跟決議將來給我的孫子去用。

所以整個大法庭制度的一個設計，可能就是要來取代判例要旨跟決議這樣的一個最高法院當作是一個有最高法院立法權的一個現象，我們可能就想到了有沒有其他的替代方案？想來想去，參考外國的制度大概就是只有大法庭，我們很高興這種制度在最高法院在去年楊院長指示下成立研究小組，對大法庭的制度最高法院應該是要採類似日本，不是完全一樣，是類似日本那種一階段的審判方式，司法院在去年年底送出去的草案是用一階段的審判方式，但是這種一階段的審判方式在立法院目前是受到了相當大的不同意見批評，包括剛才與談人提到的到底是要一階還是要二階？還有第二個問題，當發現法律見解歧異的時候，法官到底有沒有「提案義務」還是只有「說明義務」？我想這是第二個問題，第三個是說在大法庭法官人選產生方式，是不是要賦予他某種程度的正當性？也就是要不要把國民主權原理放到這裡面去，或者是純粹由最高法院的法官互推的方式，也就是從法官自治的立場加以設計，目前可能是立法院所面臨的三個比較大的爭議問題，大法庭制度這是一個非常好的制度，如果說因為一些很技術性的問題在立法院受到阻礙，我認為非常可惜，我就以這三個為主跟各位先進做報告。

第一個就是說大法庭未來的組織型態，我們到底是要賦予它怎麼樣的一種功能？究竟是要一個法律解釋的機關，或者一種審判機關？最近司法院大法官審理案件法修正草案也已經院會通過，我們也非常高興整個司法權的運作回到了一個司法權的本質問題，審判化、法庭化、裁判化，大法官的一個審理制度都要做這樣重大的變革，最高法院審判組織，大法庭組織我們到底是要讓它做解釋機關或者是個案審判的法庭？這個我想是一種抉擇，其實這個是面臨到了一個問題，大法庭是不是適合再做法律見解的指導？也就是用指導法官來如何做法律見解的方式，小法庭法官要受到大法庭法官的法律見解拘束，如果是這樣子的話是不是判例制度與決議制度會變成另外一種法加以明文化的情形？也就是報告人黃朝義教授所講的，是不是用大法庭來加以明文做一種法律的指導？如果說走二階段審判方式我個人是比較質疑，它會變成一個法律解釋機關，不是一個個案爭議解決的機制。

我們再來看第二個問題是二階段審判在大法庭的審判方式，它雖然是以審判為名，他也有某種程度的案例事實在裡面，就剛才與談人也有提到，它也有案例事實，但是這種二階段審判的案例事實，它是有部分要件事實被抽離，就像是有兩個外觀看起來是相同的案例，事實上內容是不一樣的，不過是抽離某部分的要件事實之後，會顯現出來是相同的。

我舉個例子來講，譬如說晚上拿鐮刀到民宅去竊盜、強盜，這個時候我們覺得危險性很高，所以在法律的解釋上可能會把它認為是加重竊盜或加重強盜罪，但是如果拿著鐮刀去搶警察局，我們是不是也要把它當成是持凶器去竊盜？把它抽離某部分要件事實後會一樣，就是拿著鐮刀去竊盜去搶劫，因此如果說在二階段的審判，由大法庭根據某一部份共同特徵的案例事實去做解釋的話，那種個案的正義可能是沒有辦法實現的。我再舉個例子，在民法上有些學者會喜歡研究最高法院的民事判決，挑兩個以上的案例事實來做抽象性分析，譬如說債務不履行跟買賣瑕疵擔保，分析的結果說這兩個一樣，都是物有瑕疵，為什麼法院所做的結論是不一樣的？譬如說買了房子7、8年以後，才去主張家裡面廚房的磁磚都破掉了，這個要用債務不履行，用這個長期的時效期限去主張，跟去買了一塊土地，土地上面有法定停車空間，這兩種案例事實，雖然都是物或權利上面有瑕疵，但是案例事實其他被抽離的那一部分如果加進來的話是會不一樣的，所以如果二階段的一個審判的方式，大法庭所做的法律見解沒有這些具體個案事實作為它的基礎的話，所做出來的法律解釋不一定是正確符合所謂

的個案正義。

再來我們再看所謂的權力分立，這種權力分立跟獨立審判的思考面向來看，大法庭的組織如果說還是要做這種抽象法律一種解釋的話，那我想未來還是可能侵害立法權，因為大法庭所做的法律解釋，將來在個案裡面還是會被去援引，就像我剛剛講的，拿鐮刀去割檳榔會被套進來，拿鐮刀去搶警察局也會被用進來，因為大法庭所做的抽象解釋，它所含括的個案事實會很高，等於是大法庭這個時候又某種程度去取代立法，因為它把立法上所謂的持兇器竊盜再做一個抽象文義限縮，跟目前的判例要旨，跟目前的最高法院決議制度是沒有什麼多大的不同，再來如果說法官的審判，不管是大法庭或小法庭、下級審或上級審，它的法律見解需要受到其他法庭的拘束的話，我想這個我們必須要去想到，依據法律獨立審判的精神會不會有問題，例如程序法上有相當多的規定是某一個審判庭必須受其他審判庭的拘束，就剛才與談人所提到的，第三審廢棄發回判斷對象有拘束力，或者是對其他人，例如裁定移送確定後，對受移送的法院有拘束力，這個是對法院的一種拘束力，但是大法庭的審判，例如說把它當作是一種類似指示上的功能的話，會在一種思考上來就是說，小法庭的法官為什麼要受拘束？獨立審判的精神又會到哪裡去？是不是一個中間裁判？中間裁判以我的理解，可能在定義上不是這樣子的，中間裁判做成的主體通常是一樣的，也就是說做中間裁判的法庭跟終局裁判的法庭是一致的。

我們來看第二個爭議點，就是所謂的「提案義務」跟「說明義務」，什麼叫「提案義務」？也就是說某些學者他們認為當小法庭發現有兩個不同案例事實的時候，兩個案例，法律見解不同的時候，要求最高法院的法官他有所謂向大法庭提案的義務，甚至如果沒有提案的話，會構成職務上的怠忽，甚至要受到處分，我想這個是相當嚴肅的課題，剛才我們談了很多，判決先例到底有沒有給他一個什麼樣的位置？判決先例在大陸法系與英美法系其實是不同的概念，英美法可能會把他當作是法之本身，但是在大陸法系，國家所謂的「法」它是注重在外觀，也就是立法形式上具有法之外觀，法官依據法律獨立審判，只能依據憲法，依據立法機關所做的法來審判，這個時候才有法律適用前的一個解釋階段，這種判決先例本身能夠去拘束法官嗎？也就是把它當作是一個具有法規範效力嗎？我個人是存疑，接著判決先例其實只是在某個個案事實以前的法官曾經做過這樣的法律解釋，也就是說應該是讓後案的法官可以去認識什麼叫作「法」，它是一種裁量，也可以說是在認識法的過程當中，一種尋求法之素材，

它當然會對法官產生一種影響力，但是它絕對不是一種法的規範效力，也不能夠禁止後案的法官以自己的法之確信去尋求法，如果把它當作是一種規範效力的話，後案當事人主張法之權利會受到剝奪。如果廢掉判例要旨使用判決先例這樣的概念去解釋的話，我們不應該把它的位置提高到具有強大法規範效力，應該是把它當作一種可被認識的一種法源，其實就是一種我們認識它的一種裁量。

這樣解釋我個人是要提出一點，當小法庭法官發現可能會有相同的案例做不同的法律見解的時候，小法庭的法官可以考慮要不要提交，如果不提交大法庭，這個時候他應該要做說明，而不是一定要有所謂的「提交義務」，我想這個可能是對判決先例的部分，或者是統一法律解釋的部分，不應該課予終審法院法官這麼大的不必要拘束，否則的話會限制法官去做法正確性的尋求，判決先例不是規範效，絕對不是一種法的規範效，沒有像英美法那樣的功能，縱然像法官在法之續造，個案審判的時候發現法有漏洞要做續造的時候，法官也只是在個案事實上去尋求法而已，法官所做成的判決先例我們不應該把它提升為一種規範效，我們也不否認任何一個判決它可能會產生一種判決效以外的效力，這個我們可以把它認為是一種事實上的影響力，就如同剛才黃朝義教授所講的，它沒有所謂的法的位階，它是一種影響力，也就是說相同的案例事實以前的人曾經這樣判過，後案的法官既然是一種尋求法的素材，法官會去參考，當作是一個重要參考，所以我是建議這個地方應該是讓大小法庭的法官在沒有提交大法庭或大法庭不予許可的時候，法官應該所做的是一種說明義務。

再來剛才與談人也提到的一個非常重要的組成二階段的主要論述，我們的終審法院的組織是那麼的龐大，如何去用一階段的審判方式，我想這個是大法庭的基本功能跟組織一個設計上的問題，我個人是比較認為說在大法庭的功能上，除了統一法律見解以外，或者是法律原則重要性這種審理以外，有一個地方必須要加以注意的，也就是說像合憲限縮解釋這個部分，因為判例要旨決議制度被廢止掉之後，個案審判的憲法救濟途徑可能會少一個，這邊有一個缺陷，這個缺陷怎麼去補？就是讓大法庭承接這個合憲限縮解釋的地方，當然如果說法律全部違憲的話，這個時候就應該聲請大法官解釋，因此在大法庭的基本功能上，要加入合憲限縮解釋這一部份的功能，既然是這樣子，包括統一解釋法令，不是大法庭的人比較多，這庭就可以拒絕，法律見解是比較正確的，其實沒有一定，不一定大法庭的法律見解一定是比小法庭大，怎麼決定說要用誰的？其實在組織上，我們必須要加入正當性，必須要把國民主權原理放進

來，就是大法庭法官的產生方式應該要有具備最小部分的國民主權原理，在法官法裡面，法官遴選委員會這個機制應該是可以朝這個方向去構思的。

在聲請方面，在刑事大法庭的發動上，我個人建議應該給檢察總長有一個聲請權，甚至將來可以把審理案件範圍擴大到已經長久沒有辦法去解決的個案事實，似乎也可以考慮由大法庭來做處理，讓檢察總長基於公益的目的可以向刑事大法庭去請求。

我個人的報告大概就這樣，但是最後還有一點點的感言要提出來，因為今天是司法節，司法人總是要把握一些機會來反映一些意見，我想民國 101 年在司法史上是很重要的，就向賴院長講的，最高法院的改革今年可能是最受矚目的，從最高法院楊院長上來之後最高法院也是動了起來，在各方面做了很多興革，當然很感謝改革聯盟推動的力量，還有最高法院本身從院長、庭長與各位法官，大家對於最高法院肩負的使命大家都有共識，還有司法院長官的支持。我想民國 101 年將來在最高法院院史上應該是會被記載，今年我相信會成為司法史上很重要的一年，因為大法官審理案件法草案，裡面對大法官釋憲制度做了非常重大的變革，另外大法庭制度的立法，還有觀審制度，觀審制度是國民主權的原理還有法官保留取得平衡點，在各國刑事審判制度上我想是非常符合我國實際需求，因為憲法我們能不能通過法官保留的制度，觀審制可以通過這個疑義。最後我要幫最高法院講一點話，我個人非常以身為最高法院法官為榮，但是最高法院的工作量可以說是相當重的，我們相當多的同仁不是眼睛出了毛病，就是哪裡出了毛病，這種比例非常高，一個法官當了 30 年，長久以來每個人的視力都嚴重消退，這種工作量其實是最高法院目前最大的問題，大家年紀都相當大了，有些人身體上毛病很多，所以如何減輕最高法院的工作量的問題，這當然要從制度面，人員人事的一個配置方面，最高法院上訴終審法院我是建議應該全面採用許可制，一、二審我個人建議是應該是要讓強制代理，然後最高法院應該要有助理法官等配置，我想這都是解決最高法院長久以來案件量每一年差不多要一萬件，全世界各國沒有一個終審法院他需要承擔這麼大的工作量，我想未來努力的目標希望司法院還有各界，重視最高法院的工作負荷，謝謝。

林教授超駿（與談人）：

今天如果可以提供一個超越一階段與二階段辯論的第三種方法的話，我今天是要

嘗試從美國上訴法院的大法庭制度來做一個分析，我想這是可以分析借鏡一個制度，用語上要強調的是，我以下所講的「判例」都是指事實加法律適用，法律涵攝到事實裡面具有法規範拘束力的一個裁判，所以以下「判例」主要是用這個觀念來看這個問題。

簡單來講，為什麼要從美國上訴法院的大法庭制度，就是所謂的 *en banc* 制度來看，因為美國聯邦上訴法院其實跟德國最高法院，如果跟憲法法院比較來看其實是類似的，因為美國上訴法院其實是解決該國絕大部分聯邦案件的樞紐，美國最高法院跟德國最高法院一樣只是少部分的案件，所以就這點來講是有比較的價值與可能性，另外一個原因是因為美國最高法院基本上也是複數庭，剛才林教授有提到組織架構絕對是比較重要，當然我同意。舉例而言，美國最大的上訴法院，聯邦第九巡迴上訴法院他有 29 個法官，每一庭至少 3 個法官，有 9 個庭看怎麼去算，基本上有類似的問題，美國上訴法院值得參考，這是第二個理由。第三個理由是因為它是法律審，有判決上的拘束力，按照英美法來講，它有法律上的拘束力，所以它其實跟最高法院一樣可以拘束下級審法院，當然僅限於它所轄的地區的一審法院來遵守它的判例，所以基本上情況是類似的。這個地方其實講一階段或二階段更有趣了，其實美國法從 1802 年開始就有二階段，美國當年在 1907、1908 年之前，刑事案件基本上是二階二審，在之前如果一審法院的法官對於法律問題有意見的話，法官是用提請問題，類似剛才報告德國法官釋憲的制度，將單純抽象的法律問題交給美國最高法院去做處理，這樣制度其實到現在繼續存在，而且在 1947 年是美國上訴法院作為解決內部爭議的一個主流，這個問題講的有點複雜，美國上訴法院是 1891 年以後才設立的，所以原來理想他認為每個法院只要三個法官就可以解決當年最高法院的問題，因為它是二級二審，1891 年來是慢慢變成三級三審，但是真正確立三級三審是 1907 年，這是有趣的比較法觀察。英國法也是 1908 年才確立刑事的三級三審，所以就這點而言，其實是蠻有趣的。

美國原來是二階段，法官認為法律問題有疑義，特別是後來上訴法院他雖然三個人，案件量慢慢增加，所以不斷的擴充人數，現在第九巡迴上訴法院有 29 個人，所以在 20 世紀初期開始發現一個問題就是，判決歧異的話該怎麼辦？最初的一個方式就運用 1802 年以來的制度，將抽象的問題交給最高法院去處理，所以今天要談二階段還有一個問題，法官到底要交給誰？由誰來幫法官解決這個問題？為什麼一定是院

內其他同仁？其實這是一個有趣的問題，在美國法上今天這種提交法律問題制度，不見得是要跟上級機關，基於所謂審判權尊重的立場，最高法院甚至有時要跟終審法院提請法律問題，所以這個問題其實有點複雜，從美國法的觀點來看，要提請二階段這還涉及到到底是誰來決定這個事情，如果以台灣這個二階段的話，大法官的統一解釋可不可以？最高法院、最高行政法院內部見解不一樣算不算是法律見解歧異呢？當然這大家可以有爭執，所以美國法基本上有二階段，到後來為什麼變一階段？是因為在 20 世紀初 3 個上訴法院有不同意見，一個上訴法院說我人數超過 3 個以上，我可以用全院來審理，另外一個說我可以適用酌加人手，另外一個說不行，只能 3 個，所以 3 個法院有不同的看法，美國最高法院在 1941 年說可以。1941 年幫助上訴法院解套說，法官這時候可以用全院的方式來審理案件，所以自此以後提起抽象問題給最高法院審理的制度，就慢慢的等於說失去功能。

上一次最高法院接受上訴法院提起的法律問題是 1981 年的事情，最近 30 年來沒有一件案件，2009 年最高法院曾經有一個判決出來，但是他是拒絕受理，美國最高法院移審制度裡面如果拒絕案件受理的話，建議或支持受理案件的法官可以發表不同意見，有兩個大法官，很有趣的一個是自由派，一個是保守派，他們兩個不約而同認為這個制度應該要維持，但是多數意見覺得不應該，你上訴法院應該自己先下具體判決之後再看情況而定這樣子。所以美國法他們已經進入到一階段，一階段在美國法上到底怎麼處理這是一個有趣的問題，因為按照目前大多數人討論這個問題的情況，其實是著重於案件審理之前有沒有發現判決歧異的發現或感覺。其實從美國的制度來講可以區分成三個情況，第一個是上訴的時候當事人就主張應該適用大法庭，第二個是審理之後不管到什麼情況，宣示判決之前也可以進行大法庭的一個聲請或提起，第三個是判決宣示之後，今天在他所謂的有點類似覆審的情況之下，在他符合美國聯邦上訴規則四十條的期限以內，可以進行重新審理，然後用一個大法庭重新審理，所以美國法上的大法庭發生的時間關鍵有三個時點，第一個上訴的時候就主張，另外一個是法官審理之後主張，再另外一個是判決宣示之後，這三個差別在哪裡呢？如果是判決宣示之後，其他該院所有的法官都可以要求進行是否要從事大法庭審理的一個討論，換句話說，這個觀點來看他是基於保護少數，保護其他法官對這個案件的意見，從這個觀點來決定要不要從事一個大法庭，基本上不管是上面來講三種時機到底什麼時候進行大法庭審理，基本上是類似的，第一個就是說，程序上必須是該院所有的法官，

當然各院的規定不太一樣，半數以上的認為就可以發動，換句話說經過大家討論以後有半數人支持可以發動，這是程序上的要件。實體上的要件基本上當然就是，第一個判例跟之前本院的判例有所衝突，第二個跟最高法院的判例有衝突，第三個是具有特殊重要性的案件，基本上他如何進行一個決定要不要發動程序，有點類似目前幾位先進剛才提到，跟德國法有點類似，類似一個徵詢程序，就是覺得應該就個案進行大法庭審理的法官，將意見用備忘錄傳遞給其他的法官，讓其他法官決定要不要，反對進行大法庭審理的法官也可以提出備忘錄，就是透過一個內部討論的機制來決定要不要進行大法庭的審理，這邊有個很重要要補充的是這樣子，剛剛講美國法上面有三種所謂的大法庭，其實這三種從數量上可以顯示他一個重要差異跟問題的重要性，因為目前現階段我們考慮的問題主要是判決作成前要不要採用大法庭，從美國法的數據上來看，以哥倫比亞特區上訴法院，就是美國目前最重要的上訴法院，1992 年到 2002 年 10 年之間的統計為例，最初的大法庭 5 件，宣示之前的大法庭零件，判決宣示後再重新大法庭審理的 30 件，所以在美國法上絕大多數大法庭案件是判決宣示之後的，所以這個地方引申出下面一個重要的問題：大法庭的定位到底是怎麼樣？其實待會兒可以再講。

另外一個是有趣的問題，剛才各位先進一再提出來，美國法中就具體個案審理的情況之下，大法庭本身是可以決定審理範圍，可以針對判決本身哪些問題要進行審理，並不是由提請人決定，而是大法庭本身加以決定，為什麼呢？回到剛剛來講，大部分的案件是判決宣示之後，所以判決已經出來了，今天由大法庭針對具體的判決本身哪些範圍應該進行大法庭的審理，其實理論上是可以被接受的。另外一個重點事項，大法庭本身作的判決只有它自己可以廢棄撤銷，換句話說只有它自己可以變更自己的裁判，其他的一般的小法庭是不可以的，所以它在運作上有這樣一個重要的功能，美國學者對這樣的制度當然提出很多的討論，和剛才幾位先進講的有點類似，包括人力的付出，因為要多好幾倍人力、時間、勞費等等，另外還有進行大法庭實質理由的探究，剛剛有講大法庭實質理由表面上看起來好像是判決歧異，但是按照學者研究其實不是，其實按照多數上訴法院第一個主張要進行大法庭的理由是，其他的法官對於個案的判決認事用法不同意，有點是內部的反省機制，就是說這個判決宣示出來，大家覺得裡面認定事實適用法律，當然二審基本上是法律見解問題，有不同的見解的時候，主要是這個情況之下是主要的原因，搭配附加上其他的因素來作為一個主

張聲請進行大法庭的理由。

如果在我們對於美國法這樣一個簡單的了解之下，個人的淺見有幾個問題必須加以討論：第一個問題是這樣，大法庭的定位為什麼從一開始定位在只是判決歧異解決的問題，其實有點可惜，以美國法來講，其實有兩大重要功能，第一個是重要案件表示最高法院或這個法院對於這個問題的重視，他用比較精良的武器裝備來解決一個比較重要的問題，從而樹立人民對於裁判的信心，其實有這樣的用意，以剛才以哥倫比亞上訴法院 1992 到 2002 年的 5 個案件，第一個時點，就是初審的案件，都是重要案件，其中一個是違憲案件，另外 4 個都是重要案件，其中一個大家如果熟悉的話，1990 年代，違反曾經被美國司法部必須解散，反托拉斯法的一個案件，所以都是重要案件才會是由初審大法庭審理，所以大法庭的功能我們或許不用只是把他限縮在一個判決歧異的解決問題。

另外一個從美國法來看，我國法可以參考的是，作一個上訴審再一次的問題解決申議，某種上具有這樣的意涵在內，這與美國最高法院採用擬審制度有關，譬如說一年只採 80 件案件，所以有這樣的功能。另外一個涉及到一階段與二階段的問題，從歐洲的兩個法院，歐洲人權法院跟歐洲聯盟法院其實基本上都是一階段，各國對於法律問題可以提請歐洲法院跟歐洲人權法院解決，但就歐洲法院跟歐洲人權法院本身他是一階段的設計，但是歐洲人權法院跟歐洲聯盟法院更重要的是告訴我們，大法庭的功能不是僅在於解決判決歧異的問題。舉一個例子，歐洲人權法院小法庭是 5 個人，大法庭是 17 個人，你知道歐洲人權法院有幾個法官嗎？47 個法官，另外一個例子是歐洲聯盟法院他更絕，他的法院有三種，小法庭 5 個人，大法庭 13 個人，全院法庭 27 個，所以大法庭的功能其實有點類似剛才林恩瑋教授提到法國制度，其實必須針對不同的個案來彈性適用法庭組成，我不知道歐洲聯盟法院這樣的制度施行是否受法國法影響，但它告訴我們大法庭制度設計功能可以有面向，而不用將侷限於單一的問題點來予以處理，所以這是先必須提出來的問題。

另外有一個問題，大法庭到底應該多少人？剛才有講歐洲各國的兩個國際法院的情況不太一樣，剛才忘了報告一點，美國最大的第九巡迴上訴法院他有 29 個法官，當然也有類似人太多不能審理的問題，剛才林鈺雄教授也有提到，所以美國國會在 1981 年代初期立法，准許任何一個上訴法院超過 15 個以上的人可以由他自己內部的規則決定大法庭組成的人數，這當然也可以供我們最高法院參考，所以美國第九巡迴

上訴法院目前他現在的大法庭審理人數是 11 個人，剛才講歐洲人權法院是 17 個，然後歐洲聯盟法院 27 個，所以目前看到最大的法院是歐洲聯盟法院的全院法庭，是 27 個人，這邊可以在程序上跟組織上作參考。

另外還有一個重點是這樣，從美國法來看，或從比較法來看，美國大法庭的程序發動基本上是法官決定，法官的權力而不是當事人的權利，但你會發現法官雖然在國情不一樣會有不一樣的看法，可是你會發現至少在美國幾個重要的例子裡面，法官內部對於問題的反省，其實是造成大法庭在運作的重要關鍵，這是一點。另外一點當然是跟我們的司法行政組織情況不一樣，美國相關案件傳遞或是討論的對象是以法官個人為對象，並不是以庭，同樣這邊可以思考一下，我們現階段是不是一定要以庭呢？譬如說德國最高法院之所以以庭是有其背景，強調專業等等，我們最高法院有關庭的組成是跟德國最高法院可以類比，所以一個徵詢程序到底是以法官個人為對象比較妥當，還是仍然以庭？這是美國法可以提供的意見，另外一個是剛才有提到的是，美國法特別強調對於少數意見，不同意見法官的保障，今天大法庭程序的發動除了當事人適格權利以外，純就法律的觀點，從法院本身如何去維繫制度上的正當性與妥當性，這已經超越訴訟權利保障的問題，這個情況之下其他法官如果對於個案判決有意見的話，其實適度提供一個發表意見的機制，這是美國法立法的初衷，或許這也可以參考一下，所以這是有關於大法庭本身幾個反省的問題。最後因為今天大法庭跟判例這兩個問題一起談，其實我個人不認為這兩個東西有必然的關係。

剛才林鈺雄教授有提到，既然有提到的話，而且目前相關草案也出來了，我表示一下意見，第一點，美國剛才的制度其實是一個趨勢，判例是建立在判例有位階的重要要素，我們一般人認為依美國法，裁判出來地位是一樣的，可是目前看好像不是這樣子，其實從很早開始，因為美國法採取顯名主義，就像目前大審法要改採，區別了非顯名主義判決跟顯名主義判決的拘束力不一樣，非顯名主義這個情況之下，本身是沒有實質拘束力，所以其實過去就有，在最近二十年美國最近上訴法院甚至又發展出來「不具判例拘束力的意見」，如果今天把美國的判例制度拿來看的話，至少可以有四個層次，事實審法院的判決本身沒有拘束力，法律審法院有三種，一個是沒有拘束力的意見，一個是全院表決意見，一個是顯名主義下的裁判，所以我們現在如果再採大法庭的同時，如果將既有的抽象規範判例要旨制度廢棄，這可以理解，但是如果不能建立一個有體系的判例制度的話，運作上會不會有疑問，這點其實大家可以思考，

剛才有先進已經提到過了，其實以美國法來講，不是所有裁判的位階是一樣的，我可以給大家一個數據，以上訴法院來講 80% 的案件是不具拘束力的，但這牽涉到最大的問題在於美國法是法官自己決定案件，當然還有抽象的規範，法官如果覺得規範，那個案子要不要給他拘束力還是個案裁判而已，就單純解決紛爭還是具有法律普遍重要性適用的裁判，作出區別，這個詮釋掌握在法官手上，所以這個地方當然有很多問題可以討論。另外有關判例可以討論，如果真的要統一裁判歧見的話，關鍵不在大法庭，是在法官本身有沒有去做，從比較法來看應該是這個樣子，我今天在裁判之前是不是應該看這個問題有什麼看法，像英國就沒有大法庭，而裁判先例拘束原則做得好好的，英國基本上如果真的要做得不一樣的話，必須明確的表示，所以問題的觀念是這樣，我們現行實務上好像欠缺一個變更裁判的概念，就是英文的 *overrule*，如果要採跟先前不同意見的話必須明講，告訴當事人判決所依據的法律基礎、法律觀點跟過去是不一樣的，問題關鍵在這個地方，如果每一個人每一個判決本身在判決的時候注意到這些細節，其實大法庭是否必須一定要存在，可能會是另外一個問題。

最後一個問題是，涉及到訴訟制度的問題，因為其實剛才講德國法，德國的重罪案件是二級二審，德國重罪案件用一個比較完整的通常審理程序就可以上訴到最高法院，反而是輕罪是三級三審，跟美國法和英國法是一樣，重罪案件是二級二審，所以剛剛講美國法，加上最高法院是許可上訴制度，所以發展出大法庭制度，所以這裡涉及到一個複雜的問題，司法院刑事廳現在要朝這個方向前進，我相信如果這一步驟做下去的話，對於我們今天討論大法庭可能可以提供另外一個角度思維，意思是大法庭這個制度是跟整體的訴訟制度是有關係的，我們今天是以這個制度來解決當下的問題，但是如果事後訴訟制度本身就沒有變革的話，大法庭本身要做什麼變革，可能還要思考一下。簡單報告如上，謝謝大家。

蘇永欽副院長：

剛剛黃教授的演講跟三位教授和魏法官，對於這個問題做了非常精彩的演講和與談，內容都很好，大部分都也有一些重點不完全交叉，所以我有一個不情之請，請四位與談人如果能夠再給我們一個經驗的報告，讓我們將來再進一步去探討，今天的這個研討會，我們再怎麼延長時間都不夠，但是一定要各位在座法官、檢察官與律師發表意見，不曉得用 15 分鐘夠不夠？我們將來再對這個問題，剛才把問題大部分都已

經顯示出來了，不只是修一個法把組織上必要的規定都已經解決了，其實很多問題才剛開始，特別是一些方法論的問題，裁判書寫的問題，程序進行中間配套法院內部程序的問題，甚至一些基本觀念的釐清，像法定法官或者是後續問題都可能不一定修法可以立刻解決，我們將來一定找時間再來辦一些研討會交換意見，現在就開放各位盡量把問題或意見濃縮在兩分鐘之內表達。

提問人：

我有一個想法，我是認為判例彙編立法意旨是良善的，因為判例的累積可以使法官在適用法律時避免會曲解或違誤法律的可能，避免枉法裁判，只是在與憲法保障基本人權的意旨是否有相符，這個是要依賴權力分立的功能，法官才能本於良知作審判，所以司法院跟最高法院的關係，不僅只是依存的關係，還存在一個緊張的關係，這是我給黃朝義教授的一個想法。

提問人：

想請問黃老師，在報告第 11 頁有提到判例與決議效力的差異有提到多，決議是行政命令的效力，但對於判例的效力是什麼好像沒有進一步說明，因為依據釋字第 137 號解釋，認為說法官原審判案件的時候，對於各機關所職掌所作的法規行政命令，未可逕與排斥而不用，但得依據法令表示其合法適當之見解，與談人魏法官認為判例只是法官認識法的一種材料，當法官認為無援引判例說明的必要之時，負有說明義務，想請問魏法官認為的判例效力跟釋字 137 號解釋下的法規釋示的行政命令是否有什麼不一樣？

魏大曉法官：

我想判例要旨或者是決議或是其他的規範命令，位階從層級式法律的位階來講，憲法、法律還有其他規範命令，大法官把判例要旨跟決議定位為命令的位階，既然是命令位階的話，憲法賦予法官是依據法律獨立審判，換句話說縱然判例要旨跟決議本身具有命令的性質，有規範性，但是對法官來講既然是依據法律獨立審判，法官不受判例要旨跟決議的拘束，但是因為透過平等原則的操作，就是同案同判，法官必須先去比對具有判決全文的，也就是在判例要旨，抽離原來的判決，去比對案例事實是不是同一，如果案例事實是同一的話，本於平等原則要加以操作，但是可不可以拘束呢？

縱然是同一個案例事實，是不是應該要把判例要旨跟決議當作法來適用？我個人認為不是，既然判例要旨跟決議只是一個命令，但是在平等原則的操作底下，後案的法官在尋求一個法的適當解釋的時候，對於先前的判決先例應該說明為何不採，應該負有這樣的義務，這樣才能夠回到憲法賦予法官依據法律獨立審判。

提問人：

剛才提到說，判例要旨跟決議的位階就在命令的性質，那為什麼刑事妥速審判法明白的規定，如果一審二審都判無罪，上訴的時候只能就判決違反解釋或判例才能上訴？反而違反法律還不能作為上訴的理由？請問各位先進能不能為我解惑，謝謝。

林超駿教授：

這個問題是有爭執的，我想妥速審判法按照傳統說法，最高法院的判例是有法律位階的，主要是先前有幾位大法官跟學界表示說因為判例脫離事實，而且並不只以個案作為對象，所以基本上只有命令的位階，當然是有爭執的，但大部分人認為現行制度這樣所以只能是命令，但我強調速審法是基於過去的看法，這就是兩種見解看目前要怎麼解決的問題。

林鈺雄教授：

我簡單表達一下我個人的看法，我不知道參加過多少次在各級法院的座談會，不管講什麼法律問題法理問題，只要有人舉手說：「這個我們有判例。」問題就解決了，也不用再討論下去。我用這個簡單說明，我覺得在台灣現在這種狀況底下，站在說判例本身沒有任何法拘束力這種談法是背離事實，其實我們注意看一下大法官之所以把判例決議納進去，其實那是從我們憲法訴願要救濟的角度來看，而不是在談，所以法官裁判的時候都應該受到判決的拘束，可是這句話被顛倒，就像我上次去參加高等法院座談會，談了一大堆見解，有人舉手起來說：「判例還有拘束力，沒有廢掉之前就是要這麼作。」所以我覺得這個問題要區分，不管學理上要怎麼處理，那個就不是現在的事實，現在的事實就是判例就是比法律還大，學說當然連提都不用提，所以考慮判例問題就像這樣，這就是為什麼要回到大法庭問題，判例本身難道不能用審判方法來做嗎？就回到審判、裁判的本質，這點也順便回應一下，很多人一直在談說只要採二階就是跟現在的決議一樣，我對這個問題的看法是這樣，這個我個人認為不是事

實，因為我們決議的提法就是沒有事實，可是你看，我們小法官提給大法官的時候是有案例在的，歐洲人權法院只要個人申訴每一個都是有案例事實，所以說二階就是只針對抽象法律問題作回答，這個完全就不是事實。坦白講，如果我們的決議當事人可以參與，然後也有事實可以做，最高法院也開庭審理，大家也都能表示意見，最後也做出一個非常好的格式，一清二楚來講，如果大家能夠把決議做得這麼審判的話，也不會有這個問題，謝謝。

黃朝義教授：

其實我們現在判例的編選制度當然是台灣的背景下所有的制度，脫離事實或者法律意見，可以上訴第三審的理由，這個因為判例已經具備了法律功能，所以我們刑事妥訴審判法第 9 條第 1 項第 3 款裡面所提到的，應該是在這個基礎上面所建構出來的。到底判例有沒有可以當作法律適用？大家一直認為最高法院的判例，大法官也認為是命令性質，但我想這些問題都不是跟現實很符合的，下級法院作判決能不能牴觸判例見解，能不能牴觸最高法院決議的見解，大家都很清楚，我在報告當中也提到過，日本的最高法院也一樣，雖然日本不是在一個判例法的基礎上面所做的判決，但是一旦最高法院大法庭所做判決後，下級審法院也可以去挑戰，沒有說不能挑戰，但是我們可以瞭解到，挑戰到最後最高法院也是一樣，它的見解強而有力的拘束下級法院，最後還是會面臨被撤銷的命運，我想這個地方來講說我們要把判例決議當作命令性質來看待，我沒有意見，但是現實上的考量之下，其實判例是強而有力的拘束效果，這是無庸置疑，這是我個人的看法，我在報告也有提到過，這是我們台灣所獨有的判例制度，謝謝。

林超駿教授：

因為他們兩位都跳出那個問題，所以我也補充一下，我不是為現行最高法院的判例要旨作辯護，從美國法的觀點來看，最高法院因為一年 80 件，所以必須要區別案件的位階，上訴法院一年加起來上千上萬件不可能每一個效力都一樣，我想它的思維是這樣，所以要作區別，最重要的判決是大法庭為之，只有它自己可以變更意見，再過來它下面又區分有拘束力、沒有拘束力，或是在沒有拘束力之前，還有非顯名的一般性案件，事實審案件基本上沒有拘束力，從這個角度來看，我們在採用大法庭制度同時，判例制度本來同時也要檢討，不是單純由所有判決位階是一樣，只是做一個參

考。其實這可能運作上會相當有問題，這是可能值得擔心的問題。

蘇永欽副院長：

時間差不多了，我們討論就到這裡為止，今天這個方向是不同的國家的經驗，在這裡有很多的參考比較，我們希望也會有更多的時間來談，當然一些共同的需求是所有可以討論的基礎，每一個國家的司法權都那麼的重要，因此運作必須是穩定的可預測的，因此一定程度的見解分歧必須避免，盡可能統一，另一方面司法權力也必須有彈性，社會一直在改變，需要一種微調的功能，所以類似判例變更等等的制度，非常強的判例拘束力或者判例是制定法的一種輔助，在這樣的不同的法源底下會有不同的配套制度，大法庭設計的問題這些我想是有很多可以需要去討論的，如我剛剛講的，我們現在法院組織法的修正，只是要面對現在判例決議中的一些問題一部分，後面還有很多問題可以討論，而且也歡迎各位對現在還在行政院會銜階段，將來這個制度都還可以仔細地讀一下，我剛才就聽到一些可能還沒有注意到的，譬如說像法院組織法草案裡頭對於判例的處理是有一些想法，對於突然廢掉，但是一直在資訊上的處理希望各級法院都把一些 leading case 可以做一個整理，另外林教授提到美國的不同法院的判決效力未必一樣，我就這邊也提到各位如果看到大法官審理案件法裡頭，對於涉及三分之二表決門檻的處理，在沒有得到三分之二認定違憲，甚至認為合憲不到二分之一這種非常不容易做的決定時，是可以不附理由認定沒有違反憲法，但是因為不附理由，所以它也是一個沒有拘束力的決定，類似的思考其實在全球化的今天就是通過更多的參照跟比較，但是很難把這麼多的因素考量之後直接移植。最後一點我個人的補充，剛才一再提到判例制度的內涵，可能都沒有提到大法官 576 號解釋，那個解釋後來是由楊仁壽大法官為主提的協同意見書，他提了很好的一個意見，其實應該有拘束力的，因為那個協同意見其實不是裡頭不同，而是把 576 號解釋做了更具體的說明，根據那套解釋保險法涉及到複保險的禁止，那個被宣告違憲的判例，其實從判例要旨是看不到複保險是及於區隔人身保險與財產保險，576 號解釋是建立在所有的判例都包含了案件事實，楊大法官的協同意見也把這樣的觀點寫出來，後來楊大法官擔任最高法院院長，延續了這個解釋的精神，把最高法院判例的所有相關判決資料都做了整理，所以今天我們談判例還是不是一個抽象的命令？576 號解釋是一個拘束力的大法官解釋是值得注意的，這些問題加在一起。我們只能說研討會只能討論一個問題，還沒有真正的答案，希望以後大家一起來努力，司法節討論這個重大的議題，相

信是很有意思的，非常感謝各位耐心參與，我們就到這裡結束，謝謝大家，司法節快樂。

(附錄)

法律審大法庭之可能模式

一 初論美國聯邦上訴法院全院法庭*

臺北大學法律學系教授 林超駿

壹、前言

過往一年多來，有關於最高法院（最高行政法院亦然）設立大法庭制度之討論，頓時於我國法學界成為熱門議題之一。推原其故，基本上或在於以下兩項原因：首先，我國現行判例制度向來受到批評，其檢討之重點，主要是在於現行依據法院組織法第57條規定所稱之判例，係由非承辦法官所製作（指經由最高法院民、刑事會議或總會決議言），脫離個案事實，且經修飾與原判決文字用語等可能不盡相同¹；其次，最高法院各庭間對於不免出現裁判歧異之情況，向來亦是以召開最高法院之民、刑事會議或總會之方式，以統一各方之裁判見解。而於去年（2013年）年年初一批深懷改革理想之法官，除呼應此過往之檢討，同時更建議以設立所謂大法庭之模式，俾以一方面取代現有總會決議作為統一法律見解之機制，亦一併改革現有之判例制度。²

對於這樣一個以在兩個終審法院內設置有別於一般法庭，即由多於5個以上法官所組成之大法庭，以解決現行法所面臨裁判見解歧異以及判例制度所蘊含之問題，不僅受到法官體系內部之迴響，亦受到司法最高當局之司法院重視，同時更在諸多立法委員支持鼓勵下，眾多不同改革草案紛然出現，此種現象，可謂是漪歟盛哉！

面對此一熱烈之場景，吾人是一則以喜，一則以憂。喜的是，由於各界對於此一

* 本文部分內容，曾以與談人身分，發表於2013年1月11日，由司法院與法務部所共同舉辦之司法節慶祝大會之中。本文已刊載於2013年5月出版之月旦法學雜誌第216期。

¹ 請參見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法：權力分立，二版，2008年9月，429頁。

² 請參見林孟皇、錢建榮，「我們對於最高法院改革的十點訴求」第一、二點。

大法庭議題之重視，相信一個受到大家所關注之法律，其立法品質應有一定之確保；憂的是，當對此一議題之複雜性與相關議題尚未有全盤認識之際，若遽予以定案，其結果不僅可能失之片面，同時更可能造成寶貴立法機會之淪喪。時乎，時恐未必再來！對此，必須強調的是，於決定如何設計一套新的制度之際，欲獲致預期之結果，關鍵還是在於對於是項制度認識之深度與廣度。唯有對於相關議題有越完整之掌握，相關法制設計方能越為妥善。事實上，有關大法庭制度規劃所牽涉議題層面之廣，內容之複雜，恐非當下已出現之文獻，所已完全觸及或已處理者。

舉例言，當下有關我國大法庭制度之辯論，或許由於從德、日等國比較法思考之故，有關一階段與二階段之辯論，是為相關制度研議過程中各方注目之焦點。³ 有關一階段與二階段之討論當然有其一定之重要性，但有關我國大法庭設計良窳之考慮，絕對不僅只是一階段與二階段乙事而已。舉其問題之瑣瑣大者，首先，大法庭制度於整體法院組織以及訴訟程序上，究應如何定位？其次，大法庭本身究竟有何缺點？制度上設計上應如何予以避免？復次，大法庭程序應究應如何發動？如果不免是法官本身，則法官與當事人各應扮演何種角色？再次，大法庭之組成應有多少法官？大法庭法官應以何種方式決定？此外，大法庭究應有何權限？大法庭與小法庭之間宜或應維持何種互動？最後，涉及此次大法庭制度設計之根本問題是，大法庭制度下，判例制度又應做如何調整？是全面廢除？還是另有其他可能性？問題之多與難，實有待吾人作更深入與全面之探討。

職此各方不同版本大法庭草案已送立法院之際，一個或可以給予立法者更妥適思考上述問題之方法，是藉由介紹他國類似法制之經驗，俾供主其事者之參考。而美國聯邦上訴法院之全院法庭（en banc）制度之設計與運作方式，一方面由於迄今在有關大法庭之辯論，尚未被完整提出討論（指相對於德、日兩國制度言⁴）；而另一方面，

³ 所謂一階段與二階段之辯論，主要是有關大法庭究竟是對個案逕為裁判，抑或僅先對個案系爭法律問題表示意見，再由一般法庭（小法庭）依據此一見解從事裁判。一階段與二階段辯論受到重視，可從 2012 年 12 月 22 日司法院院會決定修改法院組織法、行政法院組織法時，相關報導上見之。另學界對一階段、二階段辯論之大概，可參見月旦法學雜誌第 215 期，有關司法節學術研討會上午場有關大法庭探討之發言記錄，其中，特別可參考警察大學黃朝義教授、臺灣大學法律學院林鈺雄教授以及最高法院魏大曉法官，三位精闢之發言。

⁴ 有關德國最高法院大法庭制度之介紹，可參見：王士帆，德國大法庭—預防最高法院裁

從現今美國法相關文獻之研究中，此一全院法庭法制確有可供吾人借鏡之處，是故，本文擬嘗試藉由對美國聯邦上訴法院全院法庭規定與實務經驗之論述，作為我國制定大法庭相關法制之參考。

至若當下國內各界對於大法庭之不同看法，一則以行諸於文字之探討尚屬有限，另則以各方立論均可能會加以增補等情，若對之進行探討甚至批判，恐會導致厚誣之結果，是以本文不針對特定學者已提出有關大法庭之見解作進一步檢討，還請讀者理解。

基此，本文架構約略如下：本文將先於第貳段，對於美國聯邦上訴法院全院法庭制度之設計做一介紹，焦點將放在是項制度之源起、現狀與運作要件等，做一簡要之析述，希冀能勾勒出是項制度之基本輪廓；於第參段，則將側重於美國聯邦上訴法院全院法庭制度於運作上所突顯之問題，重點將放在國內現行有關大法庭討論有待被正視之幾項問題，這包括了大法庭制度之定位、所面臨之挑戰、進行方式與要件以及運作模式；於第肆段，則嘗試將美國經驗予以歸納，除將提出 6 項問題做進一步討論外，並將提出建議，他們分別是：大法庭之主要功能應不限於統一裁判見解、大法庭制度之出現不代表所有判決地位應屬相同、大法庭之主要功能即便是在裁判見解統一，於何一時點進行方是問題重點、大法庭之法官人數不宜超過 15 人且應依個案隨機任命，最高法院院長應為當然成員、大法庭之組織與程序若規定於組織法中，應兼顧訴訟法中之規定以及最後一點，誰來監督大法庭之裁判。

而在進入本文之論述之前，有 3 項用語必須先為說明。第一，由於我國不同訴訟法對於上級審法院不維持下級審法院裁判之際，用語有所不同，即分別採用廢棄與撤銷二詞，而此種情況為美國法上所無，故本文在處理美國上訴法院不維持地方法院裁判時，或是大法庭不維持同院一般法庭之裁判時，將廢棄與撤銷二詞一起使用。第二，本文對於我國現行依據法院組織法第 57 條所選定之判例，因係經濃縮且脫離個案事實，為與英美法之判決先例制度作區別，本文將稱我國現行判例為判例要旨，英美法之判決先例制度則簡稱為判例。第三，由於我國終審法院中之最高法院與最高行政法

判歧異之法定法庭，月旦法學雜誌，208 期，2012 年 9 月。又有關日本最高法院大法庭介紹，可參見：黃朝義，終審機關統一法律見解功能之再檢視——兼論日本最高法裁判所大法庭制度，發表於：第 68 屆司法節學術研討會，2013 年 1 月 11 日（研討會論文）。另已對大法庭制度發表高見者，可參見：魏大曉，大法庭制度研議，司法周刊，1633 期，2013 年 2 月 21 日，2-3 頁。

院，就解決裁判見解歧異以及判例要旨制度等事上，二者所面臨之問題類似，為行文方便，本文原則上將只針對最高法院作論述。

貳、美國聯邦上訴法院全院庭制度（en banc）之源起與現狀

如上所言，我國法界有關大法庭之討論，在短短一年中，從無到有，已有一定成果。然由於是項制度問題之複雜性，自仍有諸多議題值得也必須做更細緻之探討。而一個或許可以促使各界重視大法庭制度相關問題之方法，便是以他山之石的經驗，作為參考。是故，以下便以同屬法律審之美國聯邦上訴法院大法庭制度，作為研究之對象，於本段（第貳段）先剖析此一法制設計上之幾項重點，另在下一段（第參段）論述此一法制於運作上所突顯之若干重要問題。而在對此做闡釋之前，先對為何選擇以美國聯邦上訴法院全院法庭制度作為研究對象，再稍作說明。

一、以美國聯邦上訴法院全院法庭制度作為研究對象之理由

如前所述，在當下有關大法庭之討論中，美國法制似乎是較受到忽略的，但美國法在相關討論之中受到忽視，是可以理解。原因在於，當下有關大法庭之研議，主要是以最高法院作為討論對象，即以終審法院作為討論之標的。基此，美國最高法院因只有單一法庭，即任何案件除有迴避等情事之外，基本上皆是由全院予以審理，因而並無發生不同審判庭間法律見解歧異之可能，故美國法上似乎並無足為我國大法庭法制設計借鏡之處。

此種說法看似無誤，但似忽略了居於美國聯邦法院體系中之上訴法院。除形式上看，美國聯邦上訴法院有所謂全院法庭制度（en banc），係不折不扣有別於一般 3 人所組成小法庭之大法庭外；更重要的是，從功能上以及於美國司法體系上之地位看，美國聯邦上訴法院其實與我國最高法院之類似，故美國聯邦上訴法院全院法庭制度有其參考價值。以下茲將得參考美國聯邦上訴法院全院法庭制度之理由，做進一步申論：

（一）聯邦上訴法院全院法庭，即是一種大法庭制度

美國相關法制有參考價值之第一項理由，主要是在於行之於美國聯邦上訴法院之

全院法庭制度，本質上便是一種大法庭制度，雖然並不是每一上訴法院皆採用實質上全院法庭制度（如以下談及之第九巡迴上訴法院，係採 11 人所組成之大法庭），但各院皆有大法庭則屬事實。此處所要強調的是，如果當下我國所討論之大法庭制度，所指係在一般普通法庭之外，另設組成法官人數較多之法庭以審理特殊案件的話，則美國聯邦上訴法院之全院法庭制度，是不折不扣的一種大法庭制度。

（二）聯邦上訴法院係由複數法庭行使裁判權之法律審

美國聯邦上訴法院全院法庭法制有參考價值之另一項理由，是在於此一法院本身是法律審法院，且因其每每係由複數法庭行使裁判權，故與我國最高法院之情形類似。美國聯邦上訴法院之所以發展出全院法庭制度，關鍵在於，雖然各聯邦上訴法院人數多寡有別，但負責審理案件之法庭皆非單一庭，而係複數庭，加以此層級法院又係法律審，故以此而言，其實與我國最高法院亦係複數法庭所組成之法律審情形，十分類似。

必須補充的是，美國聯邦上訴法院之複數庭，並非固定「庭」的概念，也就是並非如我國等國家所為民一、民二……以及刑一、刑二……等固定編制概念，而是隨個案之繫屬而隨機抽籤組成。⁵ 雖然與我國法院（除司法院大法以外之各級法院）現狀有別，但於負責不同個案裁判之法院（訴訟法意義上之法院）組成未必相同，則是兩國皆有之特色。故以此而言，功能之一在於統一各審判庭法律見解歧異之美國聯邦上訴法院全院法庭制度，便有其參考價值。

（三）聯邦上訴法院於整體司法體系中之地位，與我國最高法院類似

美國聯邦上訴法院大法庭制度可以參酌之第三項理由，是在於此一法院於美國整體聯邦司法體系上之地位，與我國最高法院所處者類似。簡單說，當美國最高法院當下一年只平均審理 80 件左右之案件時，⁶ 美國聯邦上訴法院是絕大多數案件實際上

⁵ 嚴格言之，雖各上訴法院基本上係採隨機抽籤方式分發案件，但具體作法有所不同，有關聯邦上訴法院案件之分派簡介，請參見：J. Robert Brown, Jr. and Allison Herren Lee, *Neutral Assignment of Judges at the Court of Appeals*, 78 TEXAS L. REV. 1037, 1075-1078 (2000).

⁶ 精確言之，目前趨勢是，聲請移審案件不斷攀升，但最高法院實際受理案件並未有所增加。

之終審法院，就此而言，此亦是我國最高法院之情形，即該院為絕大多數案件之終審法院。此外，二者還有一項重要之類似，即對於二者之裁判，皆可能由另一更「上級」之法院，於美國即該國最高法院，於我國即是司法院大法官。當然，美國最高法院與我國司法院大法官之本質上有所不同，一般而言我國法上不將司法院大法官之於最高法院之關係，形式上視為一種審級救濟，但二者同屬具有一種對下級法院監督之機制，則無二致。而這樣上級監督機制之有無，一定程度上也會影響到大法庭之組織設計與功能討論等問題。

（四）聯邦上訴法院全院法庭與判例制度間關係之參考

美國聯邦上訴法院全院法庭制度之所以有參考價值之最後一項理由，是在於此一審級法院雖與該國最高法院有一類似之處，即所為之裁判得有拘束力，但不並非每一裁判皆屬如此。亦即，聯邦上訴法院裁判之效力是有所區別者，而在樣之區分在與全院法庭制度合併視之的情況下，對於解決我國當下所面臨判例要旨制度之變革，應有其貢獻，相關分析請詳第肆、二段之分析。

對於美國聯邦上訴法院全院法庭制度與我國最高法院類似性，因而得參酌此一法制之理由，有一基本認識之後，以下將分從源起、組織、運作模式與要件等角度，闡釋美國聯邦上訴法院全院法庭制度。

二、美國聯邦上訴法院全院法庭制度之源起：從二階段到一階段之法律見解統一

從解決法律見解歧異之觀點，美國聯邦上訴法院全院法庭制度之源起，若用我國法現今討論之術語，這是涉及從一階段到二階段之變化，也就是從類似我國法官聲請釋憲制度之法律問題提請解釋制度（certification）之一階段，到現在全院法庭之二階段。

（一）美國聯邦上訴法院解決法律見解歧異之最初機制：certification 制度

欲說明美國聯邦上訴法院解決法律見解歧異之最初提請解釋制度，必須先闡述與之有關兩項美國司法制度：一是美國聯邦上訴制度之演變，另一則是美國美國聯邦上訴法院設立之經過。

按美國聯邦法制於立國之初，無論是刑事或民事制度，基本上係採二級二審制度。也就是除一審之地方法院外，便只有終審之最高法院，也就是立國之初的一世紀，是無今日大家所熟悉之美國聯邦巡迴上訴法院制度設計。然雖無今日所見三級法院之制度，為緩和一審法院審理時或審理後所可能發生之問題，遂於 1802 年左右，開始准許一審法官就其所審理案件中可能適用之法律，如有任何疑義的話，得向最高法院僅就個案相關之法律問題提請解釋，這就是美國法上之提請解釋（certification）制度。⁷ 必須附帶一提的是，在 1789 年法院組織法中雖亦設有巡迴法院，除為非固定法院外，且基本上主要為事實審法院，故與以下談及之於 1891 年設立之當今聯邦巡迴上訴法院有別，此一法院於 1911 年正式廢止。⁸

隨著案件量之逐漸增加，特別是內戰後美國最高法院受理案件量逐年增加，在經過各種不同之考慮後，最後在 1891 年設立了美國聯邦上訴法院。⁹ 聯邦上訴法院在設立之最初，雖然即採三人合議庭之審理方式，但各上訴法院法官並非專職，一直要到 1911 年始有全職法官，且隨案件量又日益攀升，各個法院便逐漸增加人手，法官員額遂超過 3 名。¹⁰ 自此，各上訴法院便逐漸發生個案裁判見解彼此齟齬之結果，而為解決此同一法院內部不同審判庭法律見解不一致之情況，前述 1802 年即存在之提請解釋制度，便成為解決此裁判歧異之管道。然這樣一個管道，就在最高法院表示上訴法院得設置大法庭以解決法律見解之歧異後，便漸趨沒落了，甚至在 1957 年最高法院明示，不得使用此一管道作為解決上訴法院內部裁判見解歧異之用。¹¹

（二）聯邦上訴法院全院法庭制度出現之關鍵：最高法院之見解

當初，雖美國聯邦上訴法院得使用提請解釋制度以解內部法律見解歧異，但各院對於是否得使用其他機制以解決內部見解差異，有不同看法。問題之關鍵在於，各個聯邦上訴法院本身得否在一般 3 人法庭之外以全院方式，即如同最高法院之一般，以

⁷ ERWIN C. SURRENCY, HISTORY OF THE FEDERAL COURTS 310 (2002).

⁸ Jeffrey C. Dobbins, *Structure and Precedent*, 108 MICH. L. REV. 1453, 1464 (2010).

⁹ 也就是著名的 Evarts Act，請參見：Paul D. Carrington, *Crowded Dockets and the Courts of Appeals: the Threat to the Function of Review and the National Law*, 82 HARV. L. REV. 542, 542 (1969).

¹⁰ Dobbins, *supra* note 8, at 1464-1465.

¹¹ *Wisniewski v. United States*, 353 US 901, 902 (1957).

全院方式予以審理個案。對於此一問題，當時各聯邦上訴法院間本身有不同見解，約略可歸納為三種：有以為不可以者，有以為可以者，有本就以全院法庭審理為原則者。

¹² 由於此屬上訴法院間對於類似或相同法律問題有不同看法，故最高法院最後予以受理案件，先於 1941 年之案件中，最高法院准許上訴法院以全院審理方式解決問題之後，¹³ 接著國會於在 1948 年立法明文制定是項制度，¹⁴ 之後，最高法院在 1953 年之案件中對進行全院法庭程序之開啟要件表示看法，¹⁵ 最後，在參考該案中 Frankfurter 大法官協同意見之後，國會批准了規範全院法庭制度的聯邦上訴規則第 35 條（Federal Rules of Appellate Procedure 35）之規定。¹⁶

而在上訴法院全院法庭制度確立之後，前述之 certification 制度，便江河日下了。如上所述，美國最高院在 1957 年明確表示，屬於各上訴法院內部見解之歧異，不得使用 certification 程序以解決爭議。自此，美國聯邦上訴法院以全院法庭模式以解決法律見解之歧異，不僅已然確立，更幾乎是唯一管道。

三、美國聯邦上訴法院全院法庭之組成

至於美國聯邦上訴法院全院法庭之組成，可從以下兩點予以析述：

（一）全院法庭由誰組成

先從全院法庭由誰組成談起。按全院法庭顧名思義，即法文 en banc 之原意，係以特定法院之全部法官所組成。然因美國聯邦上訴法院（地方法院亦然），有所謂資深法官制度（senior judges）制度，即因年滿 65 歲且服務滿 15 年者（即 80 制），除得申請退休外，亦得選擇成為資深法官，凡成為資深法官者，成為非全職法官，不能行使完整法官之職權。¹⁷ 依據 Federal Rules of Appellate Procedure 35 之規定，資深法

¹² Douglas H. Ginsburg and Donald Falk, *The Court En Banc: 1981-1990*, 59 GEO WASH. L. REV. 1008, 1010 (1991).

¹³ *Textile Mills Securities Corp. v. Commissioner*, 314 US 326 (1941).

¹⁴ Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1011.

¹⁵ *Western Pacific Railroad Corp. v. Western Pacific Railroad Co.*, 345 US 247 (1953).

¹⁶ Tracy E. George, *The Dynamics and Determinations of the Decision to Grant En Banc Review*, 74 WASH. L. REV. 213, 230-231 (1999).

¹⁷ 請參考 28 USC §294 以及 28 USC §371 之規定。

官因非屬全職法官，故不能對全院法庭是否開啟參與投票，¹⁸ 但若原本即是小法庭成員一員者，多數上訴法院准許該資深法官參加大法庭之審理。¹⁹ 是故，美國聯邦上訴法院雖號稱全院法庭制度，但實際上並非真正現任全院所有法官參與，而是原則上將資深法官予以排除。

（二）全院法庭之人數

類似前者，既稱全院法庭，則全院法庭之人數亦應是該院全體法官之總數。但除上述之資深法官原則上不列入外，更因部分上訴法院之規模過大，比如說第九巡迴上訴法院現有近 30 名法官，基於人數過多造成開庭不便等理由，美國國會便於 1978 年立法，准許人數超過 15 名法官之上訴法院（目前有 3 個），不採用全院法庭，而是得自為決定進行大法庭之適當人數。²⁰ 於此一授權下，超過 15 名法官之第九巡迴上訴法院便規定，除上訴法院院長為全院大法庭之成員外，另由 10 名法官依抽籤所產生組成該院之大法庭，即該院大法庭目前係由 11 名法官所組成。²¹ 雖仍稱 *en banc*，即全院法庭，但實際上非真正全院法庭，故學界有稱之為迷你全院法庭者（*mini en banc*）。²²

四、美國聯邦上訴法院全院法庭之運作模式與要件

有關美國聯邦上訴法院全院法庭之運作模式，可從以下 5 點予以分析：

（一）原則：不鼓勵

如上所言上訴法院全院法庭之依據基礎係 Federal Rules of Appellate Procedure 35 之規定，而依據該條第（a）項後段規定，上訴法院大法庭制度係屬上訴法院審理之特殊情形，且不被鼓勵。

¹⁸ 請參看 Federal Rules of Appellate Procedure 35 (a)之規定。

¹⁹ Stephen L. Wasby, *The Supreme Court and Courts of Appelas En Bancs*, 33 MCGEORGE L. REV. 17, 20 (2001).

²⁰ George, *supra* note 16, at 231.

²¹ RICHARD A. POSNER, *THE FEDERAL COURTS: CHALLENGE AND REFORM* 136 (1996).

²² George, *supra* note 16, at 231.

（二）三種模式

依上述，上述 Federal Rules of Appellate Procedure 35 之規定，以及實務上之運作情形，美國聯邦上訴法院大法庭基本上有 3 種運作模式，第一是初審全院法庭（initial or original en banc），也就是當事人於提起上訴時便主張，且經法院同意者。第二則是案件繫屬至判決宣示前之全院法庭，也就是案件開始審理後判決宣示前，轉為全院法庭者。最後，第三種情形為所謂覆審全院法庭（rehearing en banc），即判決宣示後，依據聯邦上訴程序規則第 40 條所發動之聲請覆審（全院法庭）程序者。²³ 依據美國目前實務運作顯示，以美國當今最重要之上訴法院即哥倫比亞特區上訴法院，1991 至 2002 年之數據為例，第一類最初全院法庭案件有 5 件，第二類型判決宣示前之大法庭為零件，最多者為第三類型之覆審全院法庭，達 30 件之多。²⁴

（三）決定之程序與實體要件

三種全院法庭發動之要件，除如聲請初審大法庭者，當事人必須於上訴時便須提出；如屬聲請宣示後大法庭者，必須符合上述第 40 條聲請覆審期間之規定者外，²⁵ 其餘之程序與實體要件基本上類似。

就程序要件：無論是上述三種何一型態之大法庭，原則上是由上訴法院全職法官進行表決，但各院之作法略有不同。部分上訴法院是以不包括上述資深法官之全體過半數以為決定，但部分上訴法院則是以扣除迴避法官後之過半數決定之。²⁶ 在前者情形，由於將迴避審理之法官仍予以記入總數，故特定案件大法庭程序之是否發動，有時實質上係以該院法官人數之加重多數而為決定。²⁷ 又美國聯邦上訴法院全院法庭發動之特色是，當事人只能建議，是否進行大法庭審理為法官之權，事實上大部分案

²³ 三者之中，覆審全院法庭以其量最多，每每是學界研究之重點。而從此美國經驗以觀，究竟何時是進行統一裁判見解之最佳時點？便是一向值得討論之問題，相關問題請參見以下第肆、三、（一）之分析。

²⁴ Douglas H. Ginsburg and Brian M Boynton, *The Court En Banc: 1991-2002*, 70 GEO. WASH L. REV. 259, 263 (2002).

²⁵ 請參看 Federal Rules of Appellate Procedure 35 (c)。

²⁶ Wasby, *supra* note 19, at 20.

²⁷ Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1014.

件係由法官自發主動（*sua sponte*）。²⁸

而就實體要件言，主要有 3 項理由：本案裁判與同院其他裁判有所齟齬；本案裁判與最高法院裁判間有所抵觸；個案所牽涉問題之部分或全部，有特殊重要性者。²⁹就此以觀，美國聯邦上訴法院全院法庭之功能，不完全是在於統一裁判見解，同時具有處理重要案件之功能（與上述初審全院法庭程序一起看，會更為明顯，請詳下述）。

另必須強調的是，只有全院法庭本身得變更本身裁判，一般小法庭不得變更大法庭之見解。³⁰ 這樣一個規定，看起來似乎理所當然，但其實其中蘊含有相當深意，即所謂只有全院法庭本身得變更先前見解者，其實就是強調各個裁判效力可能有所不同，至少是全院法庭所為之裁判，其效力高於一般法庭所為者。然這只是美國聯邦上訴法院區別裁判效力法制之縮影而已，在以下會論及，英美法上向來就是區別不同裁判之效力，而恐為吾人所忽略者。

（四）全院法庭審理程序

一般而言，全院法庭審理程序與小法庭之程序並無二致，主要差異可能在於全院法庭之審理程序原則上會開言詞辯論，特別是覆審全院法庭，而此則是小法庭審理時不一定為之者。³¹

五、小結

美國聯邦上訴法院全院法庭之制度，從無到有，期間經歷幾番波折，不過如今是項制度不僅已然確立，更成為該國整體訴訟制度上不可缺之一環。不過，若欲對此一大法庭制度有更深入之認識，還有待於從實務運作上，予以探討。

參、美國聯邦上訴法院全院法庭實務運作上所突顯之問題

²⁸ Wasby, *supra* note 19, at 19.

²⁹ 請參看 Federal Rules of Appellate Procedure 35 (a)以及同條(b)(1)規定參看。

³⁰ 詳細分析請參見以下第肆、二點。

³¹ Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1045.

以上是就美國聯邦上訴法院全院法庭之實證法制規定，做扼要之論述。就當下我國法制之設計言，除他國實證法制之參酌外，一個可能同樣重要之借鏡，或是在於該國實務運作之情形。事實上，綜觀當前相關文獻之研究成果，就美國聯邦上訴法院全院法制之運作言，亦應有相當可為吾人參考者。以下便約略以全院法庭運作之階段為區分，以五點分別予以闡釋：

一、全院法庭運制度有何難題？

首先，第一個必須提出探討的是，美國法上全院法庭運作制度，到底面臨何種基本上之難題，這是對於欲落實大法庭制度之我國，很重要之經驗上參考。或許是基於對現行以民、刑事會議模式以解決裁判見解歧異與選編判例制度之批判，故對大法庭法制所可能面臨之難題，皆略而未談。其實，在對大法庭制度設計做進一步討論前，實有先釐清大法庭制度所可能面臨挑戰之必要。以下便分以 4 點闡釋，美國聯邦上訴法院全院法庭制度所面臨之難題。

（一）所付出之人力、時間與勞費等是否值得？

一個最常被提出討論之問題是，由於遠較小法庭耗費更多之人力、財力、物力與時間，因而大法庭之審理是否值得？此項問題特別是在上述第三類型，也就是判決宣示後之全院法庭審理，特為顯著。此因，在上述 3 類型之全院法庭，其系爭之個案實已先經小法庭之審理，此時是否值得以規模較為龐大之法庭再為審理一次？除人力必然增加外，審理與評議期間也相對可能延長。其實，這樣之問題，第二類型之全院法庭也會發生，此因此時小法庭雖尚未宣示判決，但至少也審理了一段期間，甚至是裁判已然作成即將宣示，故一樣有是否值得重新以全院法庭審理之問題。是故，我國目前所規劃之大法庭制度中，因係以「評議後」發現法律見解歧異之情況，³² 作為發動大法庭審理之要件，故新增時間與勞費等是否值得問題，亦恐會存在。至於第一類型之全院法庭，雖然於當事人提起上訴之後未幾即已決定進行全院法庭，故未先經小法庭之審理，看似人力、勞費上之耗損較輕微，但畢竟是以規模大之法庭審理個案，其所耗費之人、時、物力等，一定程度上亦大於小法庭審理之情形。所以，任何大法庭審理特定案件所面臨之基本問題是，考慮到人、時、物力等成本，如此是否值得？

³² 請參見司法院 2012 年 12 月 22 日新聞稿第二點。

有必要理解的是，在小法庭已審理過案件所進行之覆審全院法庭，大概會增加多少倍時間、勞力與費用等支出？依據 Douglas Ginsburg 法官之看法，以哥倫比亞特區法院全法庭 12 名法官之情況，不計入各類判決結果等情形，約略為 4 倍，亦即，花費在全院法庭單一案件中之人、時、物力，得審理一般小法庭之 4 件案子，若計入各類不同之判決結果，則可能高達 5.4 倍。³³ 另外必須提醒的是，大法庭當勞費之增加，不是只在於法院本身而已，亦同時或落在兩造訴訟當事人，請詳以下第（三）點之分析。

（二）大法庭程序之發動是否會影響法院內部之同事情誼？

從法院之角度看，大法庭制度可能產生之另一負面影響，是在於是項制度是否可能會影響法院內部之同事情誼？或內部之和諧？從美國聯邦上訴法院全院法庭上述之設計看，很顯然地，全院法庭制度至少會從兩個層面影響特定法院內部之運作，特別是同事間之關係：第一，由於是賦予法官作為發動大法庭程序主體之權，則任何全院法庭程序之啟動，不啻是使得不同法官間對於特定議題見解間之歧異，甚至意識型態上之差異，由暗轉明，浮上檯面；第二，全院法庭判決之結果，如果與先前小法庭所為者有所不同時，至少對小法庭判決之多數言，是項挫敗，故亦有可能影響法院內部之情誼與和諧。³⁴

（三）正義實現是否因而延宕？

大法庭制度可能造成實務運作上之第三項難題，可能是就當事人而言，個案正義實現上之延宕，此同樣是以美國法上第三種全院法庭之模式為著，但在第二類型，也就是目前類似我國法院組織法草案所採之模式上，亦可能存在。亦即，當小法庭已為判決，或僅是即將為判決（宣示）時，此時將已結案或即將結案之案件，改由大法庭審理，雖人力與程序保障可能較佳，無疑地，正義之實現可能遲延，此對於原本已獲得勝訴判決或即將獲得勝訴判決之一方，尤然；又對於敗訴之一方言，表面上看似大法庭程序之發動，帶來一線希望，但如果最後大法庭判決結果一如小法庭所為者（此

³³ Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1018-1020.

³⁴ 以上分析是參考 Ginsburg 以及 Falk 所提出 collegiality 概念，所為衍生之分析，請參 *Id.*, at 1016-1018.

部分情形如以下第五點之分析)，則或將有奈何多走一遭之感嘆！³⁵

抑有進者，此正義實現上之延宕，顯而易見地，恐因以下 2 項因素不免變得更為複雜：第一，大法庭之開啟，不僅是增加法院方面之勞費，亦是增添兩造當事人之負擔，³⁶ 因而對於當事人而言，如何避免賠了夫人又折兵之憾，是其中之關鍵；第二，大法庭程序之發動，無論是在美國法或是在建構中之我國法，當事人僅居於促請、建議之地位，因而當事人本身如不欲發動大法庭，但法官卻以為不得不發動之時，此際可以想像得到的場景是，對於當事人而言，如何看待正義實現上之延宕，以及勞費之增加，或許才是問題之難者！³⁷

（四）人民是否可能因而不信任小法庭之判決？

大法庭制度之可能第四項難題，是在於就一般人民言，是否會因而不信任小法庭之判決？³⁸ 當大法庭審理次數越多時，特別是當小法庭判決被推翻時，一般人民恐會不信任小法庭之判決。由於此一問題，事涉大法庭之定位與功能，相留待於以下第五點，再做進一步之申論。

二、全院法庭開啟程序之究竟應如何進行？

美國全院法庭運作實務另一值得參考之處，或許在於到底此一程序究竟如何開啟？如前述，美國法係由法官內部彼此交換意見以為決定，故如何進行內部意見溝通，便是問題之重點！就目前所提出之我國法院組織法看，類似地，亦是由承辦之庭以書面意見向其他法官徵詢意見，³⁹ 故美國實務上究竟上如何進行，或應有其參考價值！

（一）如何內部意見交換？

一般而言，美國聯邦上訴法院內部，究竟是如何就應否進行全院法庭做意見交

³⁵ *Id.*, at 1020-1021.

³⁶ *Id.*

³⁷ 事實上部分上訴法院規定，如果當事人未尋求進行全院法庭審理，應先詢問當事人對於開啟全院法庭程序之意見，請參考：Wasby, *supra* note 19, at 19-20.

³⁸ Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1021.

³⁹ 請參見司法院 2012 年 12 月 22 日所發新聞稿第二點。

換？依據文獻顯示，似乎是不同法院有不同之作法，是以，以下便分別介紹兩種略有差異之運作模式。

依據 Wasby 教授之研究成果，大法庭之啟動雖是由法官決定，在 3 種上述不同類型之全院法庭模式中，得要求啟動之法官有所不同。在判決宣示前，只有承審庭之法官得發動全院法庭請求，但在判決宣示後，任何法官，包括持反對意見之法官，皆得請求發動 en banc，⁴⁰ 這也是學理上所稱非承審法官（off-panleists）。但在 Ginsburg 法官所介紹哥倫比亞特區法院之全院法庭開啟程序中，由於該院要求任何判決於宣示前，皆應將裁判草稿傳閱（circulation）全院所有法官，所以就該院言，於判決宣示前，其他 off-panelists 其實也是可以請求發動大法庭者。⁴¹ 事實上，或許由於此一判決宣示前之強制傳閱裁判草稿程序，該院發展出所謂 Irons Footnote 制度，以致於該院變更法律見解之方式，不必然應循大法庭程序，此部分詳如以下第四、(二)點之分析。

（二）可否准許不同意見書之撰寫？

在要求進行全院法庭審理後，支持與反對之雙方會進行備忘錄之意見交換，如果最後的決定是不進行大法庭審理，則支持全院法庭審理之法官得發表不同意見。⁴²

三、全院法庭進行之要件究竟為何？

對於研究美國聯邦上訴法全院法庭之學者言，一個非常重要，但卻常帶著困惑的問題，是有關全院法庭到底是以哪一標準，以決定是否進行全院法庭？如上所言，法律規定係以裁判是否與其他本院裁判、最高法院裁判之見解歧異，以及個案問題是否具有特殊重要性等為要件，但問題是，實務操作之結果，學者以為全院法庭之進行，似不是真的以此要件為依歸。由於美國全院法庭進行與否之實際要件為何，對於我國未來大法庭之運作應有相當參考價值，以下便以 3 點，對於此一重要問題，做進一步剖析。

⁴⁰ Wasby, *supra* note 19, at 19.

⁴¹ Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1015-1016.

⁴² 關於此一問題之分析，可參見：Michael E. Solimine, *Due Process and En Banc Decisionmaking* 48 ARIZ. L. REV. 326, 330-338 (2006).

（一）美國全院法庭制度實務上所發生之弔詭情況

美國學者對於該國聯邦上訴法院全院法庭審理之檢討項目中，可謂是重點中之重點者，應是上訴法院到底是基於何種原因進行大法庭？如上所言，法律規定上之理由是裁判間之齟齬（與本院先前裁判以及最高法院之裁判等），以及案件本身具有重要性等理由，但在實務之操作上，似並非真的如此。之所以如此言，除係由於各上訴法院每每未於個案中明確表示以全院法庭審理之理由外，且每每發生一般以為係符合要件之案件，但上訴法院卻不進行全院法庭；反之，一般認為不具備要件之案件，卻進行全院法庭審理之弔詭情形。

專研美國聯邦司法制度之 Tracy George 教授，於其十多年前研究全院法庭之大文中，便是以當時第四巡迴上訴法院決定大法庭進行之令人費解情況，作為文章論述之基礎。George 教授所舉之其中一例是，在 1995 年間，有關美國著名軍事學校，即維吉尼亞軍事學校（VMI），拒絕接受女性學生入學所引發是否有違憲法平等權爭議之乙案，該上訴法院拒絕了聯邦政府等要求進行全院法庭審理之建議，但卻同時受理了相對來說遠為不重要之案件。⁴³ 其後之發展，應是熟悉美國憲法學者所知道的，即該案轉尋美國最高法院移審，最後不但被受理，而且作出一著名影響深遠裁判。⁴⁴ 如此拒絕極其重要之大案，但卻受理微不足道之小案，自不是第四巡迴上訴法院僅有之情況，另學者研究指出，其他巡迴上訴法院，似乎亦有類似之情形。⁴⁵

為何如此？此涉及上訴法院所據以為真正作為全院法庭開啟之依據為何？學者間之詮釋不盡相同，請詳以下兩點之析述。

（二）學者所以為真正進行大法庭審理之原因

由於實務操作上出現以上似非而是之弔詭情況，則探究上訴法院開啟大法庭程序之原因，就變得甚為重要。以下謹提出兩位學者之意見，作為參考。首先，先析述以上提及之 Tracy George 教授之意見。渠以為，上訴法院開啟大法庭程序有 3 個常見理由：第一，當小法庭撤銷廢棄一審法院之裁判獲行政機關之處分時；第二，合議庭有

⁴³ George, *supra* note 16, at 215-217.

⁴⁴ United States v. Virginia, 518 US 515 (1996).

⁴⁵ Sarah J. Berkus, *A Critique and Comparison of En Banc Review in the Tenth and D.C. Circuits and United States v. Nacchio*, DENV. U. L. REV. 1069 (2009).

不同意見時；第三，小法庭裁判見解屬自由派時。⁴⁶ 至於 Wasby 則於近作中，臚列了開啟大法庭程序之數項理由，其中，最常見之理由其實有其他法官不同意該庭之判決，以及考慮到是否可能被最高法院撤銷廢棄該案等理由。⁴⁷ 而此種因不同意特定裁判結果而欲發起全院法庭審理程序，相當程度上，也是前述分析全院法庭程序之開啟，可能影響法院內部同事間情誼、和諧之關鍵。問題之複雜，足為我國制定相關法制時，甚至是日後運作時之借鏡。

（三）辯論重點：是否應以全院多數意見作為受理準據

在有關全院法庭發動要件辯論乙事上，一個於學理及實務上皆屬重要性之問題是，無論是否以個案與他案間之法律見解是否有歧異，抑或是個案具有重要性，作為開啟全院法庭之依據，均涉及是否應以全院多數意見作為依據！一個可作為比較對象者，是美國最高法院決定是否接受移審聲請，係以所謂「四人規則（rule of four）」，作為是否受理之準據。⁴⁸ 由於此一問題牽涉甚廣，加以寫作時間與篇幅所限，本項問題只好留待日後再為增補。

四、全院法庭審理法制有無彈性？

另一個美國全院法庭運作實務上可為參考之點，是全院法庭審理之法制是否有何彈性？依據相關文獻以觀，有兩點值得提出，一是審理範圍，另一則是審理程序：

（一）範圍

先就美國聯邦上訴法院全院法庭之審理權限言，全院法庭，特別是第三類型之覆審全院法庭，審理範圍不必與小法庭完全相同，得選擇審理範圍，也就是限縮所審理之訴訟標的範圍。⁴⁹ 就此點而言，可對當下國內法界有關一階段與二階段之辯論，提出些許不同之思考。

⁴⁶ George, *supra* note 16, at 220.

⁴⁷ Stephen L. Wasby, *Why Sit En Banc?*, 63 HAST. L. J. 747, 754 (2012).

⁴⁸ 有關四人規則之扼要分析，請參閱：林超駿，概論美國最高法院移審制度之歷史演變與當下之運作模式，載超越繼受之憲法學，438-439 頁，2006 年 8 月。

⁴⁹ Wasby, *supra* note 47, at 750-751.

（二）似不要求必堅守固定模式

另依據 Ginsburg 法官大文顯示，上訴法院有關大法庭之審理程序，得視案件性質之不同，而作不同處理。第一種情況適於哥倫比亞特區上訴法院採用一種不成文之變更見解程序，稱之為 Irons Footnote，即當承審小法庭如以為某些先前案件應予變更的話，因如前述，該院要求任何裁判宣示前必須傳給全院法官，故當該判決傳閱後如無人反對，則於判決中以附註方式表示本案所採之法律見解與先前案件所採者不同，即稱為 Irons Footnote，於此程序下，無採取大法庭程序，但卻達到變更法律見解（判例）之效果，⁵⁰ 此在 1982 至 1991 年間，一共有 10 件案例出現於哥倫比亞特區上訴法院。⁵¹

另一種情況，則是以特殊大法庭程序審理案件，並達到變更法律見解（判例）之效果。Ginsburg 法官提及，於 1982 年至 1991 年之 10 年間，哥倫比亞特區法院出現 5 件所謂簡化大法庭程序案件。⁵² 第一件是小法庭多數對特定判例表示疑問，但多數意見兩位法官中之一位，於協同意見中表示不願完全變更此一判例，敗訴一方促請召開全院法庭，全院法庭此時除要求勝訴一方回應外，並未開庭審理，亦未要求雙方提出新訴狀，便下判決變更先前判例見解。⁵³ 另有兩件，是審理之小法庭原欲採上述 Irons Footnote 方式變更先前法院所持見解，但在傳閱過程中有法官反對，故召開大法庭，但僅處理變更裁判見解之法律問題乙事，之後便由小法庭依據變更後之見解而為判決。⁵⁴ 另有兩案處理類似問題，其中一案已判，另一尚未判決案件之法官請求召開大法庭，大法庭先將已判決之案件撤銷廢棄，然後僅針對二案共同之法律見解表示意見，然後請兩法庭依據此一見解為判決。⁵⁵

在上述之介紹中，可見美國聯邦上訴法院全院法庭實務運作上之彈性。其中，特別是簡化大法庭程序中之後 4 件案件，其實有類國內現階段相關辯論中之所謂二階段模式，也就是美國法雖原則上採一階段，但在部分特殊事例上，是可以權變的。如此或也證明，現行有關一階段與二階段之辯論，或有更為多方參酌之必要！

⁵⁰ Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1015-1016.

⁵¹ *Id.* at 1042.

⁵² *Id.* at 1039-1040.

⁵³ *Id.* at 1040.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.* at 1040-1041.

五、全院法庭之定位究竟為何？

對美國聯邦上訴法院全院法庭制度實務運作析述之最後一點，是有關全院法庭之功能與定位。所謂全院法庭之功能與定位，此處主要係言二事：第一，全院法庭所處理案件量應該多少為宜？佔全院審理案件量多少為妥？第二，就所處理案件之質而言，除以上提及之案件類型種類外，更重要之問題或許是，全院法庭之審理結果是否果能達成處理重要案件，或是達成裁判見解一致之目標？就此二者之經驗言，應皆足為我國大法庭設計時之參考。

（一）應處理多少案件量？

全院法庭所審理之案件量究應多少為宜？或以為這可能必須順其自然之事，但依據 Ginsburg 法官之分析，實情恐遠較為複雜。首先，全院法庭案件量若過多，會有前述小法庭判決最終性被忽視之問題；反之，案件量若過少，法官中若欲挑戰主流意見者，便較敢於下判決，有機會達其目的，此時便會形成裁判歧異之情況。⁵⁶ 當然，上述成本勞費問題，亦是案件量多寡所必須一併考慮之問題。是故，全院法庭、大法庭欲運作如期，合理之案件量是必須評估的。

（二）最後審理結果是否一如預期？

大法庭運作成果是否一如預期？涉及到幾個層面問題：第一，所選取之案件是否果具有重要性，或真有重要法律見解歧異？依據 Ginsburg 法官之看法，並不是每一案件於審理結果後皆是如此。⁵⁷ 第二，全院法庭審理後，多少比例案件維持原小法庭之見解？也是重要評估因素。⁵⁸ 因為，當花費如上所言約 4 至 6 倍之勞費後，最後結果與小法庭相同，是否會不利於全院法庭制度之存在？相關問題，值得做細細之思量！

六、小結

以上有關美國聯邦上訴法院全院法庭實務運作之剖析，只是舉其中之重要者而為

⁵⁶ *Id.* at 1021.

⁵⁷ *Id.* at 1020.

⁵⁸ *Id.*

分析而已，其他尚有諸多議題值得探討。比如說，大法庭案件量之多寡，亦與任何大法庭之設計究竟為常設機構，抑或只是視案件之有無而為臨時編組之非常設性機構有關，且與以下所言大法庭法官之組成方式亦有密切關係。由於時間與篇幅所限，相關之論述只有留待於他日再為之了！

肆、美國法制之借鏡

由以上對美國上訴法院全院法庭之評介可知，相關問題之困難、複雜，不是單篇文章所可道其究竟。然為當下相關法制之研議略盡棉薄之力，以下謹從我國法目前有關大法庭制度設計所面臨之問題為著眼，針對現時之幾項重要議題，以美國法之經驗為據做剖析。

一、大法庭之功能不應僅限於統一法律見解：採取一階段之重要理由

上述美國法制之經驗所可以提供之第一項思考，是大法庭其功能與角色到底應如何定位？雖然司法院所提出之草案中亦有賦予大法庭處理重要性案件之設計，⁵⁹ 但國內法界當下恐由於去年年初相關議題提出之故，遂迄今相關討論之重點，係將大法庭定位為解決裁判見解之歧異，此特別可從一階段與二階段辯論上見之。但從以上美國法之介紹可知，該國有關大法庭角色功能之定位，遠比我國當前所討論者為廣泛，也就是該國大法庭除係在解決法律見解之齟齬外，同時具有兩項現階段我國法界尚未注意到之問題，即大法庭作為解決重要性案件之機制，甚至是作為實質上訴審之功能。對於該國此種作法，應有其值得借鏡之處，我國或有參酌之必要。具體而言，大法庭功能與角色定位之所以不應僅限於法律見解之統一，可從以下四點做進一步之申論：

（一）法律見解統一關鍵不一定在於大法庭之有無

統一法院內部見解歧異，之所以不應作為大法庭定位與角色之唯一宗旨，甚至也不是主要功能，其第一項理由，係在於統一法律見解之關鍵，本恐就不一定在於大法庭之有無。從比較法觀點來看，英國法便屬適例。英國法制上有兩個法律審，即上訴

⁵⁹ 2012 年 12 月 22 日司法院新聞稿第二點。

法院（the Court of Appeal）及最高法院（the Supreme Court），且此兩個法律審皆非單一法庭，上訴法院有近 40 名法官，通常係 3 人一庭，⁶⁰ 至於最高法院則有 12 名法官，承繼先前上議院（House of Lords）運作實務，一般案件係 5 人一庭，較重要之案件則超過 5 人以上。⁶¹ 迄今該國仍未以統一法律見解為據，設立大法庭或是美國法上之全院法庭。

其實，維繫裁判見解統一之關鍵，是在於承審法官是否注意到其所採見解與先前裁判所採者不同，同時在裁判中明示推翻、變更（*overrule*）先前見解。易言之，如果每一承審法官在判決前，皆先注意先前是否有其他類似或相同案件對本案之系爭問題曾表示意見，如發現意見不同，此時便在本案裁判明示變更的情況下，法律見解歧異之情況自難以存在。

上述美國哥倫比亞特區上訴法院所採用之 *Irons Footnote* 制度，便是統一法律見解毋須透過大（全院）法庭之明證。⁶² 事實上，美國其他部分上訴法院，亦有以此特殊內部之諮詢程序，以達到避免裁判歧異之目的，而被稱為 *informal (mini) en banc* 制度，⁶³ 雖然，對於是項舉措不乏來自學界之檢討與批評，臚列出相當缺點，⁶⁴ 但這樣之實務上作為不曾終止。無論如何，是項實務作為之存在，等同於告訴吾人避免裁判歧異之關鍵，可能是在於其他之作法，而不完全是在於大法庭之有無。

（二）重要案件由大法庭予以審理可強化人民對司法之信心

之所以大法庭之主要定位，不應在於統一裁判見解歧異之第二項理由，是在於重要性案件如能由大法庭予以審理，此時已不是單純人民訴訟權保障之問題，而是得強化人民對司法體系信心之問題。按我國當下有關法院審理組織之規定，有一特徵，即無論何一審級法院，只要是進行相同程序之案件，負責審理之法院組織一律相同。即最高法院受理之案件一律 5 人一庭，高等法院案件一律 3 人一庭，地方法院通常程序案件 3 人一庭、簡易程序則採獨任制，無論從理論或比較法觀點言，此舉實嫌僵化。

⁶⁰ FIONA. COWNIE ET. AL, *ENGLISH LEGAL SYSTEM IN CONTEXT* 53 (5th ed. 2010).

⁶¹ *Id.* at 48-49.

⁶² Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1015-1016.

⁶³ Amy E. Sloan, *The Dog That Didn't Bark: Stealth Procedures and the Erosion of Stare Decisis in the Federal Courts of Appeals*, 78 *FORDHAM L. REV.* 713, 725 (2009).

⁶⁴ *Id.* at 744-764.

從理論上言，此種規定可能失之過猶不及，對於極其重要或稍微複雜之案件與簡單之案件，雖形式上要件符合法律規定，予以相同之法院組織審理，是否得當？從當事人訴訟權保障之角度看，恐是有相當討論之空間。更重要的或許是，以更完備、更加完善之法院組織作為審理機制，不僅事涉人民訴訟權保障之問題，同時更是涉及強化個案判決正當性與人民對司法體系信賴之問題。以美國哥倫比亞特區上訴法院之經驗為例，在處理有關水門事件之主要案件中，便以最初全院法庭模式予以審理，其目的便是為了強化人民對法院之信心。⁶⁵

再從比較法上看，很多國家在個案審理法案之組織乙事上，遠比我國為有彈性。上述英國之最高法院，便是典型視案件性質之重要性，而決定個案審理法院組織之大小。⁶⁶ 美國最高法院雖形式上看與上述英國之情形不同，但實際上之意義相去不遠。此因，美國最高法院是採不折不扣之許可上訴制度，最高法院原則上只選擇重要性之案件予以審理，特別是以美國最高法院現今僅受理約 9,000 件案件中之 80 件左右之角度看，案件重要性是其中作為選擇之最重要準據。⁶⁷

綜據上述，如果我國法將引進大法庭制度，或許是將我國傳統有關法院審理組織重新定義之契機，即應建立相同程序之案件，得因其重要性、複雜性之不同，而由不同組織之法院予以審理之觀念與制度。此外，如上所言，從強化人民對司法體系信心之角度看，如此彈性之運作，亦有利於人民權利、利益之維護。是故，大法庭之定位，不應以裁判見解之統一作為首要任務，更應包括處理重要、複雜之案件等情形。

（三）在建構金字塔型訴訟制度之際，大法庭可成為實質上之審級救濟一環

如上所言，美國上訴法院全院法庭所處理最多類型之案件，是在判決宣示後之覆審全院法庭類型之案件。由於此一管道之存在，對任何經美國上訴法院之判決之案件言，於判決宣示後在向小法庭聲請覆審之外，不啻有兩個可能之救濟途徑：一是傳統之上訴管道，即向美國最高法院提起上訴，但所面對之挑戰是必須經最高法院之同意；另一則是請求原上訴法院以全院法庭方式予以審理，當然此一管道亦非當然開啟，必須得到上訴法院法官過半數法官之同意，困難度不下於向最高法院聲請移審令

⁶⁵ Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1026.

⁶⁶ COWNIE ET. AL, *supra* note 60, at 48-49.

⁶⁷ 林超駿，前註 48 引文，442-443 頁。

者。⁶⁸ 然無論如何，任何美國上訴法院判決之當事人，如對小法庭裁判結果不服，現行法律體系共提供兩種向小法庭尋求覆審以外之管道可供使用。如此之兩項救濟程序並存，縱使程序開啟之要件非常嚴格，但無論如何是增加了人民訴訟救濟之機會。就我國法言，不失為一個可以參考之制度設計，特別是當我國法制如欲走向所謂一元單軌制之時，在限縮對終審法院提起上訴之際，如何適度開啟其他救濟機制，這是可以參考之制度設計。

（四）賦予大法庭超越解決法律問題歧異之功能，係符合兩個歐洲國際法院作為

最後，有關大法庭之定位與功能，之所以不應僅以統一裁判見解為要者，這還是基於主要國際組織下之法院之作法，此處所言國際組織下之法院，主要是指歐洲聯盟法院（the Court of Justice of the European Union）以及歐洲人權法院（the Court of European Convention on Human Rights）二者。按無論是歐洲聯盟法院，抑或是歐洲人權法院，皆有所謂大法庭與小法庭之區分，但二者之分野，主要不是在於是否要統一裁判見解。

先以歐洲聯盟法院之情況言，該院不僅只是大、小法庭之區別而已，還有全院法庭，所以該院之法庭組織一共 3 種：即 3 或 5 人之小法庭、17 名之大法庭以及 27 名之全院法庭，在如此 3 種審理法庭制度設計下，3 種法庭區別之主要關鍵，是在於案件之性質。⁶⁹ 類似地，歐洲人權法院雖只區分為大、小兩種法庭，大法庭 17 名法官（該院總數有 46 名法官），小法庭亦是 5 名法官，但何時使用大或小法庭之關鍵，相當程度亦是在於案件之重要性。⁷⁰

綜據上述，歐洲兩個主要國際公約所設計之裁判組織，相當程度地，是依據案件之重要性，而決定個案審理之法院組織。

二、設立大法庭，應不等同於將所有裁判立於相同地位

⁶⁸ 以哥倫比亞特區上訴法院為例，於 1981 至 1990 年間，聲請大法庭成功之案件，視先前是否經言詞辯論，約為 1% 至 2%，Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1046.

⁶⁹ 簡要說明，請參考該院官方網頁之介紹，http://curia.europa.ed/jcms/jcms/Jo2_7024/，（最後瀏覽日：2013 年 3 月 11 日）。

⁷⁰ 簡要說明，亦請參考該院官方網頁，<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/The+Grand+Cham>，（最後瀏覽日：2013 年 3 月 11 日）。

在以上對美國聯邦上訴法院全院法庭介紹中曾提及，該院對於裁判效力是有所區別，是項制度具體而微者，便是一般小法庭不能變更大法庭之見解。其實，美國法上對於裁判效力之區別，不是僅止於此而已，以上訴法院之裁判而論，其中有百分之八十是沒有拘束力者（詳下所述），這恐與傳統上吾人對於英美法判例效力之印象，有所距離，而這更是與目前所提出法院組織法草案中，將所有裁判（包括大法庭本身所為之裁判）置於相同地位之設計，⁷¹ 大異其趣者。

基於此，有關設立大法庭之第二項重要考慮（無論是否將大法庭之功能僅定位於解決裁判見解之歧異），應是各個裁判之地位，甚至是效力是否應予以區別。以下便從判例要旨意義與相關之檢討說起，再論述美國實務上有關區別裁判效力之作為，以及強調判例拘束力不代表法律見解便不能變動，最後則是檢討大陸法系的判例制度的實質，以及推動大法庭制度之兩項配套設計。

（一）問題再確認：判例要旨制度之精神以及對其之批評

似乎是由當初提出改革之初，將大法庭設立作為改革現行最高法院總會決議之手段，故司法院所提出之法院組織法草案中，同時將行之近百年判例要旨制度予以廢除，並規定所有各級法院裁判地位相同。對於這樣一個改革，可能有躍進之嫌。以大法庭設立取代總會決議制度，應有共識，但是否等同於自此之後所有裁判之效力立於相同地位？這可能是必須做進一步討論。

如本文開頭所言，按我國現行之判例要旨制度，係由最高法院以民、刑事會議或總會決議之方式，從眾多最高法院之裁判中，選擇其中較為重要有代表性之案件，將個案事實剝離並將其中論述予以精鍊，而成為所謂之判例要旨。對於這樣一個制度，向來之批評約略是：此所謂之判例已與個案事實分割，且最後修改文字之人已非全是當初審理該案之法官，故此種規範雖稱為判例，但本質僅為一種命令位階之規範，既僅是命令位階之規範，如何能對法官產生拘束力？⁷² 甚至有以為此種作法是有違權力分立者！上述有關現行判例要旨制度之批判，可謂是鏗鏘有力，特別是舉出現行制度之主要問題，係在於與個案事實分離以及製作之人非承審法官，故與行之於英美法之判決先例制度有別。

⁷¹ 2012 年 12 月 22 日司法院新聞稿第六點。

⁷² 請參考林子儀等，前註 1 引書。

然在這樣之批判架構下，一個未決之問題是，現行判例要旨制度確有不當，但廢掉是項制度後，應何去何從？可能之選項至少有二：一是將所有已選出之判例，能找出原案所依附事實者，便予以回復，同時日後繼續維持選擇裁判制度，以及賦予此等被選取裁判之法律上拘束力，或認可此等裁判之事實上拘束力效果。另一則是，除不再將個案事實與法律見解分離外，所有裁判立於相同地位，頂多只是選取重要性裁判以為參考。前者是最高法院在前院長楊仁壽先生任職時便採取之作法，後者則是現行法院組織法草案下之規定。⁷³

對於這兩種有關廢除判例要旨制度之後之可能選項，究竟是何者較為可採？本文以為可能應是前者。亦即，強調判例應依附於個案事實，不等同於所有裁判地位必須皆為相同，且皆無拘束力（至少是運作上所生事實上之拘束力），按現行判例要旨制度，由於僅對經選取之裁判始製作判例要旨，同時此判例要旨不免有其事實上之拘束力，故其所隱含之精神是，並非所有裁判是立於相同之地位者！所以，在立論任何判例必須有個案事實附著後，其實還必須解決一個同樣重要之問題，即裁判是否應區分其不同之地位？甚至是賦予不同之效力？

（二）美國法之作法實際上係區別裁判之地位與效力

如前已提及者，美國聯邦上訴法院全院法庭制度是植基於一項重要基礎，其裁判之效力是有區別的，如此之制度設計，應為我國設計類似制度時所注意。說美國法上全院法庭制度是以裁判效力之區別為基礎，原因很簡單，關鍵在於，當僅以全院法庭方能變更判例時，其實便是意味著一般上訴法院小法庭不僅不能變更任何小法庭之先前判例，更不能變動先前全院法庭判例之見解；反面言之，全院法庭則可以隨時變更任何包括小法庭在內判例之見解。⁷⁴ 事實上，這也是賦予全院法庭用以維持下述裁判水平（horizontal）效力之必然結果。基此，全院法庭之裁判效力顯然高於小法庭所為者，然這僅是整體美國判例制度之一環。

⁷³ 2012 年 12 月 22 日司法院新聞稿第六點。

⁷⁴ 所以這是部分學者批判 informal en banc 制度之理由所在。不過，必須強調的是，此處之分析係依據 Professor Sloan 之見解，Sloan, *supra* note 63, at 718-719. 若依據 Ginsburg 與 Falk 之觀察，則部分上訴法亦准許以小法庭推翻小法庭之判例的，Ginsburg and Falk, *supra* note 12, at 1015. 但即便如此，因小法庭不能推翻全院法庭之判例，故仍有區別裁判地位之意涵。

依據現行規定與實務運作，聯邦上訴法院是可以為不具拘束力之裁判，先前（在 2007 年以前），甚至此些裁判得被禁止引用。⁷⁵ 問題之重點在於，上訴法院所為此些不具拘束力之（甚至不被出版）裁判，佔總案件量之約 80%，並被稱之為不具判例效力之意見（non-precedential opinions）。⁷⁶ 上訴法院裁判之有無拘束力，是以個案裁判是否會產生具備抽象重要性之新的法規範，抑或該案僅純為解決當事人間之紛爭而已，而究為兩者間之何者，完全由承審法官所決定。⁷⁷ 在這樣之制度下，非常顯然地，並非所有裁判立於相同地位。再者，美國法上之將裁判效力予以區分，並不是僅在上訴法院之階層而已。就事實審法院之裁判言，基本上皆無拘束力。⁷⁸ 另就最高法院（上訴法院亦同）言，如該院判決係以 *per curiam* 形式出現者，亦無一般裁判之拘束力。⁷⁹ 此外，最高法院之許可上訴制度本質上亦預設了裁判效力地位之不同，當最高法院僅選擇渠認為重要之案件予以審理，最後亦賦予其拘束力時，其實便隱含著裁判效力區別之精神。

要之，此處所要強調的是，美國聯邦上訴法院所立基之判例體系，其實與我國現行判例要旨制度之實質，也就是區別裁判地位之情形，若合符節。僅以此而言，或可對我國現行判例要旨制度之變革，提供若干借鏡。

（三）區別裁判地位甚至是賦予部分裁判拘束力，不必然阻礙法制發展

當下主張應廢止現行判例要旨制度，同時所有裁判應立於相同地位者，所持之一項重要理由，是裁判若具有拘束力，恐因限制法官之創造力，故會影響法律發展。這樣之論述，的確可見諸於英、美法部分學者對判決先例制度之反省。⁸⁰ 不過，由於此種判例制度阻礙法學發展之論點，恐造成讀者以為，於判決先例制度下判例是不可

⁷⁵ Caleb E. Mason, *An Aesthetic Defense of the Nonprecedential Opinion: The Easy Cases Debate in the Wake of the 2007 Amendments to the Federal Rules of Appellate Procedure*, 55 UCLA L. REV. 643, 645 (2008).

⁷⁶ *Id.* at 644.

⁷⁷ Sarah E. Ricks, *The Perils of Unpublished Non-Precedential Federal Appellate Opinions: A Case Study of the Substantive Due Process State-Created Danger Doctrine in One Circuit*, 81 Wash. L. Rev. 217, 224 (2006).

⁷⁸ Sloan, *supra* note 63, at 717.

⁷⁹ POSNER, *supra* note 21, at 173.

⁸⁰ COWNIE ET. AL, *supra* note 60, at 91-94.

變動之誤解，此處有必要予以釐清。

在普通法之判例體系中，判例之拘束力區分為二者，即垂直（vertical）與水平（horizontal）效力二者，前者是指上級法院判例對下級法院之拘束力，後者則指本院先前判例之拘束力，而此處所謂可能阻礙法律進步之關鍵，是在於判例之水平拘束力，比如說，以同屬法律審之英國上訴法院（the Court of Appeal）為例。該院判例既會拘束本身，亦會拘束其所屬下級法院。是故，只要是上級法律審裁判見解可以變更，則勢必從水平效力牽引至垂直效力，整個法院體系相關見解便隨之變動。因此，除非上級法律審裁判見解無法變動，否則判例制度是不可能完全阻礙法學發展的。

就此而言，依據英國法，無論是最高法院抑或是上訴法院之判例，在符合一定條件下皆是可以變動的。就最高法院言，自 1966 年後，此時仍為上議院為終審法院之年代，在符合一定要件下，判例是可以變動的。⁸¹ 就上訴法院言，在 1940 年代之案件，便宣示判例變更之要件，其中特別是刑事案件，由於涉及人權與公益保障，其判例變動之可能性，甚至是寬於民事、行政案件。⁸² 足見，該國判例法制兼顧法變遷之不可避免性，並非墨守陳規，一層不變。是故，立論賦予裁判拘束力會阻滯法律發展之說法，可能是需有所斟酌者。而在美國法上之作法則更有彈性，就聯邦法律體系言，最高法院雖不任意變更判例，但該院改變先前見解之情形，並非罕見⁸³；至於同屬法律審之聯邦上訴法院，如前所言，全院法庭制度便是變更判例（維持水平拘束力）之關鍵所在，以此而言，當然預設之前提是判例是可以變更的。⁸⁴

總之，判例制度是否有礙法學發展？甚至是否僅因有可能阻礙法學發展，便完全予以否定？實有待做進一步討論。

（四）是否應賦予特定裁判拘束力，是方法論上難題，有待進一步研討

於此一定要提出檢討之問題是，論者為支持法院組織法草案中之規定，定會強調大陸法系之傳統，本就是無英美法之判決先例拘束法制，故在設立大法庭制度後，所有裁判地位立於相同，甚至是無法律上、事實上拘束力，並無誤。對於這樣之看法，

⁸¹ KATE MALLESON AND RICHARD MOULES, THE LEGAL SYSTEM 71 (4th ed. 2010).

⁸² *Id.*

⁸³ 可參考：State Oil Co. v. Khan, 522 US 3, 20 (1997).

⁸⁴ 當然，相較於美國最高法院之情形，美國聯邦上訴法院所牽涉之問題複雜得多，Sloan, *supra* note 63, at 718-721.

由於事涉判決先例制度優劣之問題，若要討論，勢必超過本文所允許之篇幅，故將留待日後再為文予以探討。

（五）兩個配套上之重要問題

最後，在此有關大法庭與裁判效力之討論上，有兩事必須於此提出討論，一是一階段之大法庭，應是預設裁判地位效力之區別；另一則是不應因裁判地位區別之困難，而不區分之。

1、採一階段如不區分裁判地位，恐是枉費設立之宗旨

首先，在於在大法庭制度下，所有裁判地位如屬相同，大法庭制度設立之良法美意，不僅恐被架空，更可能蕩然無存。按大法庭設立主要功能，不論是否僅在於統一裁判見解之歧異，如大法庭裁判之地位與小法庭所為者無殊的話，即小法庭得無視或變更大法庭見解的話，大法庭設立之功能將大打折扣，原本預設之目的，恐將難以達成。

2、不應因由誰區別裁判地位之困難，而不區分之

一個可能反對區別裁判地位之理由，可能是在於到底由誰區別裁判之地位？可能是有困難者！日本法上之作法，有點類似我國現制下總會決議之情形，⁸⁵ 而美國法之作法，則是承審法官本人。前一法制由於與我國現行制度差異不大，如採之，是否遭致換湯不換藥之批評，這可能是必須考慮者！若採後一項法制，則在人民對法官之信任尚有所不足之際，是否有實踐之可能性，恐是另一難題。不過，就我國現制言，若僅是選擇裁判，將完整之原裁判作為判例，選定者並不對裁判內容做文字做更動，其實便未必會有違反權力分立之疑慮。

三、即便將大法庭定位為統一法律見解，仍有兩項重要待解決問題

⁸⁵ 但二者仍有所不同，由於比較兩國現行相關法制之差異，勢必增加篇幅，只好亦留待日後再為論述，有關日本最高法院選編裁判之扼要介紹，請參見：Hiroshi Ito, *The Role of Precedent at Japan's Supreme Court*, 88 WASH.U. L. REV. 1631, 1636 (2011).

再者，即便將大法庭之功能僅定位為統一法律見解，相關之議題仍頗為複雜，以現階段各界所討論之問題言，至少有以下兩項問題必須為更進一步之探討。

（一）問題重點在到底應將統一法律見解放在哪一階段

首先，如大法庭之功能在統一裁判之見解，則一個隨之而來之問題是，到底應在哪一階段進行裁判見解之統一？如以上述美國法制為例，那至少是 3 個可能階段之問題，即案件上訴繫屬時、判決宣示前以及判決宣示後。從實務之運作角度看，提起上訴時由於法官尚未從事審理，此時便發現裁判見解可能歧異之情況，雖不能說絕無僅有，但畢竟較不可能。因此，統一法律見解之可能時點，主要是在經過一段審理期間之後的判決宣示前，另一則是判決宣示後才發現者，也就是美國法上之第二與第三類型之全院法庭。就我國現階段相關之問題討論言，似皆放在判決宣示前之情況，但美國法之事例則多數發生在判決宣示後。以我國訴訟與法院制度之現狀言，將解決裁判見解歧異之情況放在判決宣示前，當然有其可能性，但恐還是無法完全避免判決之後發現裁判歧異之情況。因此，問題之難者，應是在於判決做成後才發現本案判決與先前其他裁判見解不同之情形，此時該如何處理？

是以，判決後方發現裁判見解不一致，這或許才是問題之重點。現行非常上訴制度是否可行？有趣的是，這又與前一段之裁判效力地位是否區別之問題有關。簡單說，由於一般以為（至少是以法院組織法之修法為據）我國之裁判皆不應有拘束力，則一旦是判決後方發現裁判見解不一致情況，由於前一裁判無拘束力，故後一裁判其實無違法與否之問題。⁸⁶ 故以非常上訴程序用以統一判決後方發現裁判歧異之情況，恐還需進一步討論。因此，是否有必要另設一套程序，這便是值得思考之事了！⁸⁷

（二）應先釐清什麼才是所謂裁判歧異

再者，將大法庭定位為主要在解決裁判見解間之歧異，可能是小看了所謂裁判見解歧異問題之複雜性。簡單說，不同裁判間意見是否相異，不是一件容易判斷之事，甲法官可能以為是，但乙法官卻以為非，此時究竟是否屬裁判歧異？更難之問題是，法學論述上每每基於不同之需要，雖採與先前相同或類似案件不同之見解，但卻不明

⁸⁶ 這也就是實務上向來所言，是屬裁判見解不同之問題，並未違法可言。相關分析可見：林永謀，刑事訴訟法釋論（下），2007 年 9 月，244-246 頁。

⁸⁷ 當然，技術上可以等到下次類似案件再繫屬於最高法院時，再予以解決。

示，卻好似處理全新的一個案件，即便是單一法庭法院亦會如此，如美國最高法院（我國大法官亦然）有時看似已變更先前所持見解，但卻不明示，⁸⁸ 此時到底是否屬大法庭所要解決之裁判見解歧異之情況？如果大法庭只是扮演統一裁判見解歧異之機制，此時是否能介入？

四、由誰以及如何發動？

接下來一個重要問題是，大法庭程序應該由誰發動？以及如何發動？依據目前司法院所提出之草案，似乎只有承審之合議庭法官才能發動大法庭之程序，如此是否可能有所不足？

（一）由誰發動？

就有關大法庭設立於程序上恐為最難之一項議題，或許是大法庭審理特定個案，應由誰決定發動之。依據目前部分學者看法，似乎如果大法庭程序之發動係由法官所決定，因不免將應主動權操之於人，故不利於人民訴訟權之保障，所以大法庭程序之發動，應屬人民之權利。但從上述美國法制，其他國家法制以及歐洲兩國際法院等法制以觀，似乎是鮮有將大法庭程序之發動規定為人民權利者，人民頂多是擁有促請大法庭程序發動之機會，最終之發動權還是繫於法官之手。對於這樣一個制度設計，應不難理解。關鍵在於，大法庭之審理案件，畢竟是例外之情況，如果每個個案當事人可決定是否進行大法庭，則案件恐蜂擁而至，過多案件將導致大法庭無法運作。所以，即便不是賦予法官以決定是否進行大法庭，至少應有類似我國非常上訴由檢察總長控管案件之機制，否則大法庭制度終將因案件之湧至，而無法順利運作。

（二）法官中誰可以發動？以及如何發動？

是故，從控制案源之角度看，大法庭程序之發動不免是操於法官之手。如果大法庭之程序發動不免是由法官所決定，則接下來之問題是，法官內部應透過何種機制，

⁸⁸ 以近例言，本年（2013）2月方出現之釋字第708號解釋，與先前釋字第690號解釋皆是處理有關非刑事拘留合憲性之問題，然從結果上看，兩號解釋似有所不同，一是宣告系爭法律違憲，另一則宣告合憲。二者究竟是前後有關之兩案？抑或是完全不同之案件？還是有其他可能選項？這可是所謂要解決裁判見解歧異之其中一種挑戰。

以決定是否進行大法庭之審理？至少有 3 層次之問題：第一，承辦案件以外之法官可否作為發動之機制？如可以，時點為何？第二，於承辦案件之合議庭中，是否應給予持不同意見之法官至少於判決宣示前，發動大法庭之權利？第三，無論承辦案件之法官，或是其他非承辦案件之法官，相關意見之溝通與表達，究竟是以個別法官為單位，抑或是以庭為單位？第四，是否亦應分別賦予最高法院院長以及最高檢察署檢察總長發動大法庭程序之特殊地位？

首先，就非承辦案件之法官是否有發動大法庭程序之權，特別是就承辦合議庭以外其他持不同意見法官言，可否？以上述美國法制言，各上訴法院之規定不完全相同，有僅限於判決宣示後之情形，這應是可以被接受之作法，因為，在尚未判決之前，一切還在未定之天，其他法官既未參加審理程序，自應尊重合議庭之決定。亦即，如果有類似美國法判決宣示後之大法庭制度，此時判決既已公開，對判決見解持不同看法之法官，若提出發動大法庭之請求，應屬合理，問題只在於是否應有人數門檻上之限制？

第二，從保護少數意見之角度看，大法庭程序之發動，應特別賦予合議庭中持不同意見法官發動是項程序之權利。⁸⁹

第三，在提起發動大法庭審理程序之後，溝通與表決之單位與對象為誰？根據國內學者之引介，於德國法上似乎是以庭為單位，我國法究應如何？應以各庭為單位？抑或是以各個法官本身為單位？本文以為從意見呈現之多元、我國法上對庭之功能與定位不同、以及未來合議庭概念還應可以有所調整之等角度看，⁹⁰ 或許應以法官個人而非以各庭為單位。

第四，上述之建議某種程度上係以美國法為據，但因美國司法體系與我國法相較有一本質上之重大差異，即美國整體法官體系，由於任命方式、初任法官年齡以及退休之待遇等等，法官享有較佳之內部獨立，因而美國上訴法院賦予個別法官發動大法庭之權，是可以理解的。反觀我國司法體系，由於任命方式、期別受訓、初次任官年

⁸⁹ 當然，在我國現行制度下，因包括不同意見內之所有評議內容於裁判確定前不公開，故如准許於裁判宣示前持不同意見法官請求開啟大法庭程序，此點應如何操作，或需再為思考。

⁹⁰ 這是指合議庭所有法官皆係於個案繫屬時抽籤決定，甚至是由誰負責裁判之撰寫，亦應於評議後決定，請參考林超駿，試論設計法院分案制度應考慮之因素——也評我國一般所謂之法定法官原則，台灣法學雜誌，136 期，2009 年 10 月，87 頁。

齡輕等因素，法官內部獨立較缺，完全寄望於法官本身發動大法庭程序，恐有較大之挑戰，特別是前所提及同事間情誼、和諧之問題。

因此，是否還需要寄望於最高法院法官以外之人，特別是賦予最高法院院長或是最高檢察署檢察總長等 2 人，發動大法庭之權？本文以為，為避免大法庭形同虛設，功效不彰，師目前非常上訴制度之例，賦予法官以外之人發動之權利，應無不妥！加以最後是否進行大法庭審理，還是由最高法院法官本身決定，或應屬可被接受之事！

（三）由誰決定大法庭之開啟？

另一有一個值得討論之問題是，究竟由誰決定開啟大法庭程序？上述美國法係由全院所有法官（除掉資深法官等）表決決定，但依據司法院所提之法院組織草案，似乎是由大法庭所決定，⁹¹ 究應由誰開啟較佳？對此，涉及兩個層次問題：第一，當大法庭之組成不等於全院法庭時，應由誰決定發動？第二，此涉及大法庭究竟應是常設機構，抑或是臨時抽籤編組之問題，此處先就第一項問題略贅數言。以美國法為例，美國法既是稱全院法庭，則由全院法官表決，自屬當然之理。不過，值得注意的是，第九巡迴上訴法院雖僅由 11 名法官組成該院之全院法庭，但仍是經由該院所有法官決定是否開啟。是故，如以此一上訴法院為例，由誰決定開啟大法庭程序此一問題，應有討論之價值。

如是以全院法官表決以決定是進行大法庭程序，則參與表決之法官基數，是否應剔除優遇、減分以及所謂調辦事法官，而是以最高法院全職法官作為基數？以及表決數，究竟應以參與表決之過半數，或是以全職法官總額之半數？亦皆需再為討論。

五、大法庭之組成與審理程序

再談大法庭之組成與審理程序。

（一）大法庭之人數

大法庭究竟應由多少員額組成方屬妥當，這是一個我國當前法界辯論之重要問題。從比較法上看，如前所述美國國會於 1978 年立法，人數多於 15 名的法院，得不以全院方式審理，如第九巡迴上訴法院現有近 30 名全職法官，但大法庭僅有 11 名，

⁹¹ 2012 年 12 月 22 日司法院新聞稿第二點。

以抽籤方式組成，院長為當然成員。以此美國法為例，大法庭之上限似為 15 名。另外，在上舉歐洲聯盟法院之情形，其全院法庭在所有會員國法官皆參與之情況下，則多達 27 名，又歐洲人權法院之大法庭，則僅有 17 名，可見法官多少為宜，可能各方有不同之考慮。

（二）大法庭之法官如何組成

為強調公平正義，加以基於案件量之考慮，有關大法庭法官之組成，不宜採固定任期制，而應視個案繫屬由抽籤方式自組成。⁹² 對此，美國學者曾提及一個值得思考之問題，即大法庭組成可能越不確定時，越能促使小法庭法官於審理時，以整體法院之立場而非以個人之好惡，而為裁判之製作！⁹³ 至於院長是否應為當然成員，恐亦有不同意見，本文以院長應親冒矢石，處理複雜難解之案件，故應為當然成員。⁹⁴

（三）是否應有特殊程序：律師強制、專家證人與言詞辯論等制度

至於學者提及大法庭審理程序，應由律師代理或強制辯護、專家證人（美國法上之法院之友）、以及言詞辯論等制度，是可以設置。本文另以為，無論是民事、行政或刑事案件，均應強化國家代表之參與。⁹⁵

（四）大法庭之立法方法：究應規定在法院組織法或訴訟法中？

一個立法方法論上之重要問題是，大法庭相關組織與程序規定，究應放在法院組織法中？抑或是逕為規定訴訟法中？抑或是分別規定於組織法與訴訟法中？目前之作法，似乎是直接規定於法院組織法中，何者規定較為妥適？一個有趣的觀察是，法院組織法中之規定，除極少部分外，如檢察一體、特偵組等規定，基本上認為是較不重要之一部法律。然此次有關大法庭制度之規範，卻罕見地以法院組織法而非訴訟法

⁹² 如美國第九巡迴上訴法院亦採此方式，請參見：POSNER, *supra* note 21。

⁹³ Michael Abramowicz, *En Banc Revisited*, 100 COLUM. L. REV. 1600, 1620 (2000).

⁹⁴ 持相反意見者，恐會擔心院長以其位高權重，會影響其他法官之裁判；但從另一角度看，如果院長必然為處理疑難雜症大法庭案件之成員的話，動見觀瞻之結果，或可使部分學養平庸之士，不再覬覦是項職位。

⁹⁵ 有關行政權參與訴訟程序之例示分析，林超駿，行政權的釋憲機制——美國聯邦訴訟（次）長（Solicitor General）制度與運作簡介，月旦法學雜誌，180 期，2010 年 5 月。

作為處理機制，似乎是著眼於大法庭，特別是從統一裁判見解歧異之角度以觀，係屬各個不同類型訴訟之共同問題，故將之規定在法院組織法中。

這個問題看似簡單，其實頗為困難，這至少涉及下列幾項問題之思考：第一，這是涉及大法庭之定位與功能之問題；第二，這同時與大法庭所採用之程序是否與一般小法庭程序所採者，究竟有無差異？或差異多大？第三，各個不同訴訟程序所設計之大法庭，究竟應有相同或不同之處？由於篇幅所限，將留待於日後再予以討論。

六、誰來監督大法庭？

於此，最後一項必須談及之問題是，究竟由誰監督大法庭之裁判？如論者所擬議，大法庭將肩負釋憲之功能的話，此一問題將具有非常重要性，原因主要有二：第一，我國現行釋憲制度並不准許司法院大法官審查個案裁判是否違憲，也就是無德國法上所稱憲法訴願制度，如大法庭有釋憲之功能，此一問題必須妥為思考！第二，退一步言，大法庭如僅作合憲性解釋，甚至只是做一般法律解釋，還是有因大法官無法對個案裁判合憲性為審查，有如何對大法庭裁判監督之問題！⁹⁶ 由於問題複雜，希望日後有機會再予以探討。

七、小結

以上所言，不過是與大法庭制度設計相關問題中之一部而已。其他尚有諸多重要問題，或是因與其他制度設計有密切關係，如有提議強化大法庭合憲性解釋之功能，此實與整體憲法訴訟制度設計議題有關；或是在具有拘束力之判例制度下，案件維持率與法官升遷之關係等問題，因與本文宗旨尚有一段距離，故皆割捨不論。此亦突顯有關大法庭制度之研議所涉及議題層面之廣，故對於是項制度之擬定，有待主事者為更細緻之斟酌。

⁹⁶ 簡單說，無論是否賦予大法庭釋憲之機能，基本上皆會有如何對大法庭裁判進行憲法規範控制之問題，而此一問題會在司法院大法官無法以個案裁判作為釋憲標的之情況下，顯得更具挑戰性！

伍、結論

近年來，或是由於我國憲政民主制度之成長，抑或是由於司法體系內部趨於自主，發自下級審法官之司法改革訴求，可謂是屢見不鮮，此次於最高法院、最高行政法院內設立大法庭之舉措，可謂是其中之縮影。而從改革之主張提出未滿一年，便見到各類草案版本紛陳之情況以觀，可見是項議題所受各界之注目與關切。而以此為背景，本文嘗試對當下有關最高法院大法庭設置之討論，甚至是對即將進行之立法程序，從美國聯邦上訴法院全院法庭之實證規定與實務運作經驗，提出幾項淺見。

首先，本文先從對美國聯邦上訴法院全院法庭之源起與現狀之介紹，提供各界對於大法庭制度之另一種視野，特別是當德、日類似制度已然被介紹、參酌，以及國內現階段討論將重點放在所謂一階段與二階段討論之際，美國法制之引介，應有其一定開拓眼界之功能；其次，本文藉由對於美國全院法庭運作實務之介紹，嘗試提出國內各界相關討論可能尚未正視之問題，諸如大法庭制度可能面臨之困難與挑戰、大法庭究竟是如何發動、大法庭發動之要件究竟為何、大法庭審理程序之實質以及大法庭定位之等問題，藉由對上述問題之闡釋，能呈現有關大法庭制度可能蘊含之難題。

同時，本文亦針對國內當下各界有關大法庭制度討論所關心之數項議題，以美國聯邦上訴法院全院法庭制度為借鑑，提出本文之看法：第一，本文強調，大法庭設立之主要宗旨，應不僅以統一裁判見解為目標，處理重要案件，亦應是其中之重點。第二，美國法經驗告訴吾人，大法庭制度下不免必須區別裁判之位階，甚至是效力，以利於整體法制之運作。第三，即便將大法庭定位主要在於解決法律見解之歧異，究竟是於何一時點進行統一法律見解工作，有必要再予以釐清。第四，有關大法庭程序之發動，應尊重少數以及其他非承辦法官之意見。第五，大法庭之組成不宜超過 15 名法官，同時法官應隨機抽籤組成，而非固定人選所組成，以及大法庭制度之規範，應考慮究竟是規定在法院組織法抑或是分別在各訴訟法中。最後，則是提醒大家有關大法庭裁判，從憲法規範控制之觀點，有如何進行監督之問題。

任何制度之變革，皆面臨一定之挑戰與風險，如何將法制之改革臻於完美，同時避免治絲愈棼，實有賴主事者與其所屬之殫精竭慮，否則無以為功。而在另一方面，提出建言者，亦應避免囿於一己之立場而為議題之討論，如此方能提出中肯之建議，進而有利於制度之改革。同時，就最後負責立法工作之代議士言，謹守監督者之角色，揚棄不必要之意識型態糾葛，廓然大公為制度設計良窳之評估，更是扮演具有關鍵性

之地位。三者環環相扣，缺一不可。

最後，由於為趕在法院組織法有關設置大法庭草案修法完成前，提出相關淺見，在倉促完成之際，謬誤之處在所難免，還企盼各界先進不吝指正。

第 68 屆 司 法 節 學 術 研 討 會

第二場

主持人簡歷

主持人	學 歷	現 職
陳明堂	海洋大學海洋法律研究所 博士生 中國文化大學法律研究所 碩士	法務部常務次長

報告人簡歷

報告人	學 歷	現 職
徐揮彥	東吳大學法學博士	國立東華大學財經法律研究所副教授

與談人簡歷

與談人	學 歷	現 職
林輝煌	美國杜克大學法學博士	法務部司法官訓練所 所長
廖福特	牛津大學法學博士	中央研究院法律學研 究所副研究員
張文貞	美國耶魯大學法學博士	國立台灣大學法律學 院副教授

臺灣的法官及檢察官應如何積極適用已內國法化的 核心國際人權條約

—以最高法院及最高行政法院適用兩人權公約之裁判為中心

國立東華大學財經法律研究所副教授 徐揮彥

摘 要

締約國對於國際人權公約規範之實施，應全方面地在國內立法層面、行政執行層面及司法層面進行。法諺云：「有權利，必有救濟。」透過司法層面對於國際人權公約之實現，不僅是個人公約權利具體化之重要途徑，更是審視締約國對國際人權公約義務落實方式及程度的指標。本文之研究目的，係以國際法角度探究兩項人權公約之國內法化問題，以及其國內法化後在我國國內法之效力、位階及應如何適用及解釋之。另外，本文亦在探索相關兩項人權公約締約國國內法院適用該公約之經驗後，對我國最高法院及最高行政法院三年多期間適用兩項人權公約之案件予以分析，並基於此分析對於我國法院及檢察體系之司法機關人員應如何適用兩項人權公約及其他被國內法化的核心人權公約提出建議。

目 次

壹、緒論

貳、國際法與國內法律制度之關係及國際法國內法化之理論與實踐

一、國際法與國內法律制度之關係及併入或轉換之方式

二、兩項人權公約規範在國內法律制度之地位及其與嗣後國內法之關係

參、國內法院與兩項人權公約之關係

一、國內法院與國際人權公約之實施

二、自動執行效力之判斷

肆、國內法院對國際條約之解釋方法

一、需解釋的時機及目的

二、一致性解釋

三、維也納條約法公約所規定之解釋方法

伍、其他國家法院適用兩項人權公約之實踐

一、英國之實踐

二、德國之實踐

三、日本之實踐

陸、我國最高法院與最高行政法院案例分析

一、批准兩項人權公約前後案件之量化分析

二、關於兩項人權公約國內法化後之位階及適用問題

三、關於條約解釋方法之使用

柒、結論

附表

參考文獻

壹、緒論

我國雖然於聯合國「經濟、社會與文化權利國際公約」¹及「公民與政治權利國際公約」²（本文以下稱「兩項人權公約」）甫草擬完成後，即在 1967 年 10 月 5 日簽署兩項人權公約，但由於我國於 1971 年喪失聯合國會籍，而後參與國際社會空間大幅縮減，故始終未將兩項人權公約予以批准。直到 2009 年 3 月 31 日立法院議決兩項人權公約並三讀通過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」（本文以下稱「兩項人權公約施行法」），而總統亦在同年 5 月 14 日批准兩項人權公約。國家簽署及批准國際人權公約之意義有二，第一、確認條約規定人民應享有的人權及其規範內容為有效的國際人權法規則，第二、藉由締結人權公約後所產生的國際法拘束力，在國際社會公開承諾願履行該公約所規定的人權保障義務³。然而，我國在依兩項人權公約所規定的生效程式⁴，向聯合國秘書處交存批准書之行動被拒絕，而產生兩項人權公約並無法在國際法對我國產生效力及拘束力之疑議，在此應先予釐清。

在國際條約法之實踐中，有國家因為其單方行為或聲明(unilateral act, or statement)行為而受其聲明內容拘束之例證，此國家聲明之行為需視整體狀況而定其是否能生國

¹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN GA 2200A(XXI), 21 UNGAOR Supp (no. 16) at 49, UN Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entered into force Jan. 3, 1976 (hereafter ICESCR). 截至 2012 年 12 月 17 日共有 160 國家批准（未包括我國），參見聯合國網站，
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en（最後瀏覽日：2012 年 12 月 17 日）。

² International Covenant on Civil and Political Rights, UN GA 2200A (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171, entered into force Mar. 23, 1976(hereafter ICCPR). 截至 2012 年 12 月 17 日共有 167 國家批准（未包括我國），參見聯合國網站，
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en（最後瀏覽日：2012 年 12 月 17 日）。

³ 鄧衍森，從國際法論人權的保障與實踐，全國律師，14 卷 3 期，頁 13-22（2010 年）。

⁴ 公民與政治權利國際公約第 49 條第 2 項及經濟、社會及文化權利國際公約第 27 條第 2 項規定：「對於在第 35 件批准書或加入書交存後批准或加入本公約的國家，本公約應自該國交存其批准書或加入書之日起 3 個月生效。」

國際法效力，例如聲明機關、方法、場合等等。倘若國家對特定事務之作為或不作為的具體內容，對另一國家或國際社會所為正式承諾之表示，該聲明國家就此內容因此受國際法拘束，並承擔義務。關於國家因其片面聲明而受國際法拘束之案例早在常設國際法院時期，已有「東格陵蘭案」之印證⁵，更在 1974 年聯合國國際法院之澳洲及紐西蘭訴法國之核子試爆案(Nuclear Test Case)再度被確認，在本案中法國總統及外交部長，在正式國際記者會所做出不會再於南太平洋進行核子試爆聲明（且嗣後刊載於其國家公報文件）的行為，至少對澳洲及紐西蘭而言已是一項應受國際法拘束之承諾，對在南太平洋核試爆行為法國負有不作為義務⁶。

因此，我國對於兩項人權公約透過最初之簽署，及立法院以條約案議決通過兩項人權公約、兩項人權公約施行法之規定，並且總統簽署批准書及在國際記者會宣示我國願遵守兩項人權公約之單方聲明及行為，依上述國際法規範，已足以對我國產生國際法之拘束力。亦即兩項人權公約關於人權保障之規範，已對我國產生國際法之拘束力，即便我國無法送交批准書於聯合國以及無法參與兩項人權公約委員會的運作，但仍負有實現兩項人權公約所規定人權標準之義務。在國際人權法之國際實踐中，確實我國受兩項人權公約拘束之方式屬於特例，因此受到國際社會及學者之關注。是故，在國際法上我國對兩項人權公約之遵守及正確適用已是先驗上基於我國所為之遵守兩項人權公約承諾，以及維也納條約法公約第 26 條「條約必須善意履行」規定所產生之義務，而我國法院對於兩項人權公約之規範不應視之為一般國內法適用，而應自善意履行條約義務精神下解釋與適用之。

國際人權公約與其他多數國家所簽署的國際條約間，在性質上有顯著差異。大多數國家間所締結之條約，並未要求締約國在條約生效後應使其在國內法中成為個人訴訟上之請求權基礎，這類條約之義務性質可說是純粹國家間之作為或不作為內涵。但國際人權條約之義務性質與一般國際條約不同，特別是其並非以國家間之互惠授與為特徵。在國際人權條約中締約國同意對個人及特定群體權利給予無條件之保障，而法

⁵ Eastern Greenland Case PCIJ Ser. A/B No. 53 (1933)

⁶ ICJ Report (1974), p. 253 (Australia v France); ICJ Report (1974), p. 668 (New Zealand v France). See ROBERT JENNINGS & ARTHUR WATTS, OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW, pp. 1190-1192 (9th ed. 2008); DAVID HARRIS, CASES AND MATERIALS ON INTERNATIONAL LAW, p. 51 (7th ed. 2010); MARTIN DIXON, TEXTBOOK ON INTERNATIONAL LAW, p. 57. (6th ed. 2007)

律上之權利應該是可司法性的，故權利之受益者在法律上應該能確保其權利之實效，然對權利主體而言，確保權利最簡單之方式，是在其國內法院而非在國際性法院實現，許多國際人權公約甚至在其規定中即要求締約國，應對條約所保障之權利在被侵害時提供法律救濟管道，兩項人權公約之第 2 條即屬此類條款⁷。

國際人權公約雖然由國家依國際法締結，並對國家產生拘束力，但國際人權公約所課予國家對人權之保障義務內涵，若無法在締約國境內實現，特別是當人權公約所保障之權利被侵害而無法於締約國國內法院主張予以實現時，國際人權公約之規範目的將流於空談，而該系爭締約國可能被認為怠於履行公約義務，甚至可能致生國際法下的國家責任。因此，我國司法機關如何落實兩項人權公約規範，對我國而言至為重要，雖然兩項人權公約之國內法化僅三年多期間，但在國內法院中被當事人及法院援引之案例已迅速增加，由於我國在國際社會之特殊處境，過去我國國內法院適用國際條約之案例不多，又有鑑於國際人權公約異於一般條約之特殊性，故我國法院如何適用及是否正確適用兩項人權公約之規範深具探究價值。雖我國並非普通法國家，但基於我國最高法院及最高行政法院職司法律審，就國內法律及兩項人權公約規範之解釋與適用，對下級法院及相關法制發展具深刻地事實上之影響力，更是我國履行兩項人權公約義務程度最直接的觀察面向。故本文之研究目的，係以國際法角度探究兩項人權公約之國內法化問題，以及其國內法化後在我國國內法之效力、位階及應如何適用與解釋之問題。另外，本文亦在探索相關兩項人權公約締約國國內法院適用該公約之經驗後，對我國最高法院及最高行政法院三年多期間適用兩項人權公約之案件予以分析，並基於此分析對於我國法院及檢察體系之司法機關人員應如何適用兩項人權公約及其他被國內法化的核心人權公約提出建議。

貳、國際法與國內法律制度之關係及國際法國內法化之理論與實踐

⁷ Rosalyn Higgins, *The Role of Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights: The United Kingdom*, in ENFORCING INTERNATIONAL HUMAN RIGHT IN DOMESTIC COURTS 37, 38 (Benedetto Conforti & Francesco Francioni eds., 1997)

一、國際法與國內法律制度之關係及併入或轉換之方式

關於國際法與國內法之關係，理論上主要有一元論(monism)及二元論(dualism)之分。一元論認為，國際法與國內法皆為一個法律體系之不同部分，而國內法律制度，係基於國際法律制度之授權，在此一元化之法律制度中，國際法具有優位性；而二元論則認為，國際法與國內法為兩套完全不同的法律制度，兩者互不隸屬，亦無何者具有優位性之問題⁸。當國際法被國家國內法化後，即構成該國國內法體系之一部，國家機關就此所適用者，已是國內法，而國際法之內涵，欲在國內法律制度被實施，須依據不同系爭國家所採取的國內法化理論而定。

國家間如何使國際法在其國內法律制度取得法律地位之方式，本質上並非國際法問題，國際法就此亦無規範⁹，而應屬各國國內法之問題。各國實踐不一，有些國家將條約如何國內法化及效力與位階問題在憲法規範，例如奧地利所締結之條約生效後，在其國內法具有等同憲法位階之效力；有些國家對國內法化後的條約給予優於一般法律但在憲法之下的規範地位，如義大利及法國即採此方式；有些國家則對國內法化之條約給予一般法律位階，亦即若有新法或特別法制定或存在者，國內法化之條約規範即不具優先適用性，德國即是採取此方式¹⁰。

關於國際法國內法化之方式，國家間所採取之方式主要有併入說(incorporation)與轉換說(transformation)之別¹¹。併入說認為，條約不需國內法院或立法機關表示採納，即成為國內法之一部，因為條約為國際法規則之一，即併入國內法。詳言之，確

⁸ JENNINGS & WATTS, *supra* note 6, at 53-54; PETER MALANCZUK, *AKEHURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW* (7th rev. ed. 1997); HARRIS, *supra* note 6, at 61-62, 丘宏達，現代國際法，頁 107 (1995)。姜皇池，國際公法導論，修訂二版，頁 285-293 (2008 年)。

⁹ JENNINGS & WATTS, *supra* note 6, at 54.

¹⁰ 當然在此制度下法院無法依據國際人權公約作為審查國內規範或政府行為之依據，因此國際條約對國內法規範秩序之影響將相對降低。見 張文貞，跨國憲政主義的合縱與連橫——歐洲人權法院與內國法院關係初探，月旦法學雜誌，151 期，頁 57-70 (2007 年)。

¹¹ 由於國際法之法源，依國際法院規約第 38 條第 1 項規定，除了條約尚有習慣國際法與法律一般原則，以及國際性法條之司法決定與國際法學者之學說等輔助性法源，但基於本文之研究目的在探討兩項人權公約為我國法律審法院適用問題，故在此僅討論條約被國內法化之理論與實踐。

立之國際法規則一旦存在(對條約而言即締約國批准或生效後)，並與系爭案件相關，在併入理論下，該條約即是國內法之一部並得在系爭案件中被法院適用；而轉換說認為，條約及其他國際法應在國家明示作出採納行為後，才會構成國內法之一部，因此國內法院須在條約被國家有意地以適當方式轉換成國內法後才能適用，例如立法¹²。對於採用轉換說之國家，例如英國，批准條約或條約生效後，倘若國會未制定轉換法案者，條約仍不能構成國內法之一部，法院亦不會直接適用，此時，該條約仍在國際法上拘束該國家，國家仍須履行條約義務，而此類條約在國內法中僅有間接適用性，即作為法院在解釋國內法時所考量之素材¹³。

就我國法制而言，不論是對國際法與國內法之關係採一元論或二元論，抑或是對國際法法源究竟採取併入說或轉換說以取得國內法地位，在我國憲法或法律規定中，皆未有明確的直接規定，僅能由憲法規範精神及司法實踐探求。我國憲法與條約國內法化直接相關之規定，係憲法第 38 條¹⁴、第 58 條第 2 項¹⁵、第 63 條¹⁶及第 141 條¹⁷。前揭憲法規定，主要係針對我國行政機關對條約案之提出、立法院對條約案之議決權，以及總統之締約權，並未直接規定我國究竟屬一元論或二元論，亦未規定經議決及批准後之條約在我國法律體系之地位及效力如何。雖然司法院大法官會議曾在第 329 號解釋文就條約問題作成解釋，該解釋雖認為條約係「中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者」。但其主要意旨在釐

¹² DIXON, *supra* note 6, at 94-95.

¹³ 然而，應注意者，係併入說或轉換說僅說明國家如何在其國內法體系實施條約所採取之方式，並不意味採取併入說之國家就國際法與國內法之關係絕對是採一元論者，亦不意味採取轉換說之國家為二元論之國家。Ibid, pp. 96-97.

¹⁴ 憲法第 38 條：「總統依本憲法之規定，行使締結條約及宣戰、媾和之權。」

¹⁵ 憲法第 58 條第 2 項：「行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及其他重要事項，或涉及各部會共同關係之事項，提出於行政院會議議決之。」

¹⁶ 憲法第 63 條：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。」

¹⁷ 憲法第 141 條：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」

清我國憲法下條約之概念及其在什麼狀況下應送立法院以條約案審議之¹⁸，不僅未具體說明此「法律上效力」係指抽象或狹義意義之法律，亦未具體論及經審議後的條約在我國法體系之地位。然而，據上述憲法規定及基於立法院作為我國最高立法機關所享有的法律制訂權力，顯然我國對條約的國內法化並非如同多數普通法國家所採取的轉換說，將條約以形成另外一份法案方式予以國內法化。並且，根據我國憲法對條約的規定，我國就條約國內法化方式，似乎較傾向於採取併入說，亦即經立法院議決並經總統締結的條約案，立即成為我國法律體系之一部分，而得為法院直接適用的法源依據之一¹⁹。就兩項人權公約而言，我國在 1967 年 10 月 5 日締結，經立法院在 2009 年 3 月 31 日議決²⁰，並在同年 5 月 14 日經總統依憲法第 38 條批准後，依條約及協定處理準則第 11 條規定，完成國際法上的締約程序及國內法化之程序，使兩項人權公約之規範成為我國法體系之一部。在完成上述國內法化程序後（即總統完成批准時），兩項人權公約之規範已併入我國法律制度，並具直接適用性。但依「兩項人權公約施行法草案總說明」所述，基於我國在聯合國無會籍且國際處境特殊而無法對聯合國祕書處依兩項人權公約規定交存批准書，以及憲法未對條約在國內法體系之效力明確規定，為杜疑義，有必要就兩項人權公約規範再以法律明文定之，作為該公約規範在我國實現各項人權的依據。據此，立法院三讀通過「兩項人權公約施行法」²¹第 2 條立法說明提及「兩公約經立法院審議通過，總統批准後，本應具有不低於國內法之效

¹⁸ 在司法院釋字第 329 號解釋後，立法院依該釋字意旨修訂「條約及協定處理準則」。該準則第 11 條規定：「定有批准條款之條約案，經立法院審議通過，咨請總統批准時，主辦機關應即送外交部報請行政院轉呈總統頒發批准書，完成批准手續。

條約完成批准手續並互換或存放批准書生效後，由總統公布施行。但情形特殊者，得由總統完成批准手續後公布。」

¹⁹ 鄧衍森(註 3)，頁 21-22。

²⁰ 故公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約，係以兩份條約案經立法院於 98 年 3 月 31 日第 7 屆第 3 會期第 6 次會議通過。立法院公報處，第 7 屆第 3 會期第 6 次會議，立法院公報，98 卷 14 期，頁 518(2009 年)。

²¹ 有別於前述兩份條約案，就「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」係以法律案，經立法院於 97 年 12 月 26 日完成一讀，在 98 年 3 月 31 日（第 7 屆第 3 會期第 6 次會議）經過二讀及三讀通過。見立法院公報處，第 7 屆第 3 會期第 6 次會議，立法院公報，98 卷 14 期，頁 527(2009 年)。

力，...」故於本條重申：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力²²。」依據兩人權公約施行法第 9 條規定，其施行日期由行政院訂之，而行政院將本法正式施行日訂為 2009 年 12 月 10 日²³。從上述我國對條約所採取之國內法化模式，及另以由立法院以法律案三讀通過兩項人權公約施行法觀之，係為避免我國無法交存批准書於聯合國秘書處而對兩項人權公約效力產生質疑所設的「雙重保險」。亦即，兩項人權公約關於人權保障之規範係以條約經我國批准而拘束我國並成為我國法體系之一部，而制訂施行法只是再度「確認」上述效力，因此不應將兩項人權公約中人權保障規範之效力泉源視為來自於其施行法²⁴。

二、兩項人權公約規範在國內法律制度之地位及其與嗣後國內法之關係

由立法院三讀通過的「兩項人權公約施行法」第 2 條規定：「兩項人權公約之規定，具有國內法律之效力。」同法第 8 條規定：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」以下就兩項人權公約之規範國內法化後，在我國法律制度之位階如何之問題進行探討。

形式上兩項人權公約係由立法院議決並經總統批准而完成國際法與國內法之批准行為，同時由立法院以兩項人權公約施行法實施之，兩項人權公約應屬法律位階之規範無誤。雖同法第 8 條規定，各級政府機關應在「二年內」依兩項人權公約之規範修（制）訂相關主管之法令，然若政府機關未能在二年內，完成該法第 8 條之作業，

²² 廖福特，批准聯合國兩個人權公約及制訂施行法之評論，月旦法學雜誌，174 期，頁 223-229（2009 年）。另「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法總說明」請參見司法院網站：www.judicial.gov.tw/rights/work02/總說明及條文對照表.doc（最後瀏覽日：2013 年 3 月 18 日）。

²³ 行政院(98)臺外字第 0980067638 號令，定自 98 年 12 月 10 日（世界人權日）施行。

²⁴ 此認知概念之重要意義在於，若認為兩項人權公約中關於人權保障規範係基於兩項人權公約施行法所生者，確實該人權保障之實體規範即是以法律案被三讀通過的純粹「國內法律」，並被視為如普通一般法律般於其他法律互動時被解釋與適用，亦會如同一般法律面臨被後法及特別法優先適用的結果。倘若如此國際人權規範很容易被其他法律所取代，而造成兩項人權公約義務被違反的結果。

此義務是否告屆止？甚至，嗣後若有新制訂之法律（無論是否與人權保障相關），是否應依「後法優於前法」之原則，優先適用新法？對此問題，應從締約國在國際法下所承擔義務之性質及國際人權規範之本質探究。就兩項人權公約締約國之義務，皆規定在兩項人權公約第 2 條，兩項人權公約之委員會，皆曾對該條所規定的締約國義務內涵為釐清²⁵。

根據經濟、社會與文化權利委員會（本文以下稱「經社文委員會」）第 9 號一般意見書之闡釋，經社文權利公約要求締約國應採取所有可支配的措施，以實現公約所承認的權利，此係國家受國際人權法之根本要求。因此，本公約規範應在國內法律制度以適當的方式被承認，並應對權利受侵害的個人或群體提供適當的救濟方法或制度，而且應有確保政府責任的適當措施²⁶。關於適用本公約時，所應考量的國際法原則有二。首先、為維也納條約法公約第 27 條所揭示：「締約當事國不得以其國內法之理由，做為其怠於履行條約義務之理由」；在此原則下締約國為實施條約義務所必要，應修改相關之國內法制度。第二、如同世界人權宣言第 8 條所揭示：「當憲法或法律所規定之基本權利被侵害時，人人有權在具資格的國內法庭獲得有效救濟。」雖然經社文權利公約並無如同公民與政治權利國際公約第 2 條第 3 項 b 款要求締約國建立司法救濟可能性的規定，然而，經社文權利公約締約國若欲對怠於對個人提供公約權利受侵害時的國內法律救濟途徑進行正當化說明時，必須說明該欠缺之法律救濟，並非本公約第 2 條第 1 項的「適當措施」或者已有其他補救措施而使法律救濟本身欠缺必要性²⁷。換言之，倘若締約國無其他更適當之有效措施，應在兩項人權公約規範下提供有效的法律救濟措施。經社文委員會認為，有法律拘束力的國際人權標準，在每個締約國國內法律制度應直接與立即實施，俾利個人在國內法院或法庭尋求權利之實施²⁸。雖然經社文權利公約並未規定締約國在其國內法制度所應採取之特定實施措施，

²⁵ 而兩項人權公約施行法第 3 條亦規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」就締約國在兩項人權公約下之義務內涵，經社文委員會曾作成第 9 號一般意見書，人權事務委員會亦曾作成第 31 號一般意見書。

²⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 9: the domestic application of the Covenant, E/C.12/1998/24, 3 December 1998 (hereafter General Comment No. 9), para 2.

²⁷ *Ibid*, para. 3.

²⁸ *Ibid*, para. 4.

亦無對締約國課予應廣泛併入本公約之義務，或要求締約國應制訂任何特定類型之國內法規，亦即公約對於締約國在其國內法制度內應採取何種履行公約義務之適當措施乃交予締約國自行選擇決定，但委員會會審查系爭締約國所採取之措施，是否與其在公約下之義務一致²⁹。總而言之，無論締約國選擇何種方法實施公約所課予之責任，有三項原則應予尊重：第一、所選擇之實施措施，對確保實現公約義務而言係適當的；第二、應考量相關國家已證實對人權保障所採取最有效之措施；第三、雖然本公約並無正式地課予締約國將其條款併入其國內法之義務，但此作法是被期待的，因為直接併入之作法能避免將條約義務轉換入國內法所產生之問題，並提供給個人在國內法院直接訴諸公約權利之基礎³⁰。

就公民與政治權利國際公約，人權事務委員會在第 31 號一般意見書中認為，注意締約國可能的義務違反，並對其要求遵守義務，不僅不應被視為一項不友善之舉動，反而應被認為是反映國際社會之正當利益³¹。依公約第 2 條第 1 項的規範意旨，締約國所承擔之義務係尊重公約權利，並確保其領域內個人能享有公約權利，此係締約國按維也納條約法公約第 26 條意旨所擔負的善意履行公約之義務³²。一旦本公約對締約國生效，同時亦對其產生拘束力，締約國政府之所有部門，包括行政、立法與司法，以及中央與地方政府機關，皆承擔締約國在本公約下的責任。雖然公民與政治權利國際公約第 2 條第 2 項允許締約國在條約生效而欠缺立法及相關措施時，得依其憲法規定，採取必要步驟，制定必要措施以實現本公約所承認之權利，但依維也納條約法公約第 27 條規定，締約國不得援引國內法之理由，作為怠於履行條約義務之正當藉口³³。締約國在本公約第 2 條之總體義務性質，就第 1 項之尊重及確保義務，對所有締約國具立即效力，其義務性質包括消極與積極兩層面³⁴；依同條第 2 項規定，締約國所被課予者係採取立法、行政、司法、教育以及其他方面之適當措施，以履行

²⁹ *Ibid*, para. 5.

³⁰ *Ibid*, paras 7-8.

³¹ Human Rights Committee, General Comment No. 31: the Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004 (hereafter General Comment No. 31), para. 2.

³² *Ibid*, para. 3.

³³ *Ibid*, para. 4.

³⁴ *Ibid*, paras 5-6.

本公約之法律義務，而且本項之義務亦為無限制及立即的³⁵，除非特定系爭權利已經受國內法及相關實踐之保障，否則締約國應在批准本公約後修改其國內法或實踐，以確保其與本公約之義務一致，倘若國內法及其他實踐與公約規定衝突時，亦須予以修改以達本公約實質保障措施所規定之標準³⁶。

綜上分析，從國際法角度論，兩項人權公約委員會認為締約國所負擔之義務係持續性的，並應採取所有措施善意履行條約義務，且不得以國內法之理由，作為怠於履行條約義務之正當化藉口。故兩項人權公約施行法第 8 條之二年期間，應解釋為訓示性期間，因為兩項人權公約之義務係持續性地有效存在，條約義務之履行不因罹於此二年期間而停止³⁷。此外，據我國憲法第 141 條所規定「尊重條約」精神下之司法實踐，皆將國內法化之條約視為優於一般法律之地位³⁸，並基於兩項人權公約施行法第 8 條要求各級政府機關積極檢討所主管法令及措施有無不符兩項人權公約規定，係以兩項人權公約保障人權規定作為各級政府機關檢討之標準，而意味其位階性應優於其他法律之規範意涵。故兩項人權公約之規範，不僅應被視為優於一般法律之地位，締約國亦不得以嗣後立法牴觸公約規範³⁹，再者，由於人權法規範本質所具有的普世

³⁵ *Ibid*, para. 7.

³⁶ *Ibid*, para. 13.

³⁷ 甚至，在人權事務委員會第 26 號一般意見書認為兩項人權公約有別於其他國際條約，未設有退出條款。其規範意義在於就人權保障之長期規範實踐觀之，人民在兩項人權公約所享有的人權保障不允許被中斷，不論國家分裂或政黨輪替均不影響締約國在公約下的義務，遑論兩項人權公約施行法第 8 條之「二年條款」狀況。參見 張文貞，國際人權法與內國憲法的匯流——台灣施行兩大人權公約之後，王世榕、徐揮彥、張文貞、陳怡凱、郭書琴、謝靜慧、陳耀祥 著，台灣法學會主編，台灣法學新課題（八），頁 1-26（2009 年）。

³⁸ 民國 72 年 2 月 20 日法務部法(72)律字第 1813 號致外交部函中表示：「條約在我國憲法及有關法律中均未明文規定其具有國內法的效力，但立法院審查條約案時，與審查法律案的程序完全相同，條約亦和其他立法院通過的法律案一樣，均刊登在立法院公報及立法專刊中，是條約在我國應具有國內法效力。復從憲法第 141 條精神以觀，條約與國內法牴觸時，似宜優先適用條約。」另外，法務部民國 77 年 11 月 19 日法 77 參字第 20108 號函「有關法律與條約適用之優先順序案研究意見」亦認為：「原則上，一國政府有義務不制定違反條約之法律，故在解釋上，應儘可能推定立法機關不願為與條約有牴觸立法。」另參見 陳清雲，立法院對條約案之議決，法學叢刊，207 期，頁 117-154（2007 年）。

³⁹ 就法務部之見解亦認為兩項人權公約之規範，應優先於一般法律及行政命令而適用。見 法

性，人權也是人類社會共通的行為標準，故人權法規範不論在國際法或國內法，皆為所有法規範解釋的基準與指標，亦是檢視國家統治權正當性之基準與指標，此亦是基於保障人性尊嚴所形塑之論點。並且在兩項人權公約權利規範與憲法基本權條款競合時，應基於人權保障的最有利原則，適用最有利於當事人之規定⁴⁰。值得注意且思考者，有些兩項人權公約之權利並非我國憲法中之基本權，倘若人權保障存在基本人權間具位階性者，不僅無法完整實現兩項公約之規範目的，更可能導致違反兩項人權公約義務之結果。為避免此違反公約義務結果，基於善意履行條約之原則，應在具體個案，透過司法院大法官會議解釋將上述權利視為憲法第 22 條之權利，以維持人權之不可分割性與相互關連性。最後應強調者，人權雖因法律確認而較容易行使，但不可將人權視為法律的產物，否則人權將無法作為法律效力最終判斷的基礎，基此人權規範本質之理論，國際人權公約國內法化後，應具有優先的規範效力⁴¹，故兩項人權公約施行法第 2 條雖規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律效力，應理解為本條之意義係再度揭示兩項人權公約規範已併入我國法律體系，而具有直接適用性，並非指其僅具普通國內法律位階，否則將違反上述國際法理論詮釋所呈現締約國在兩項人權公約所負之義務。

參、國內法院與兩項人權公約之關係

一、國內法院與國際人權公約之實施

當一份條約被締約國依其憲法或國內法適當地併入國內法後，就條約中具充足清楚性及明確性規範內涵之條文，應該被其國內法院所實施⁴²。從國際法角度而言，條

務部對「國際公約內國法化的實踐」委託研究報告之對案建議，98 年 11 月 26 日，頁 8，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Data/16193619972.doc>。(最後瀏覽日：2013 年 3 月 18 日)但應特別注意者，此所謂具有優於一般法律地位者，係指兩項人權公約所規定的權利及自由保障及為實現此實體規範之國家義務規範而已，兩項人權公約施行法之規定除與此規範目的相關者，仍應僅為普通法律之地位（如第 6 條）。

⁴⁰ 吳庚，憲法的解釋與適用，3 版，頁 149-150(2004 年)。

⁴¹ 鄧衍森，人權保障的規範理論：序曲，臺灣法學雜誌，166 期，頁 123-130（2010 年）。

⁴² Francesco Francioni, *International Law as a Common Language for National Courts*, 36

約對締約國生效後對其即產生拘束力，應拘束該締約國整體，不論是中央或地方機關，行政、立法或司法機關（亦包括準政府機關），據維也納條約法公約第 26 條之意旨，作為締約國政府一部份之機關應善意履行該條約之義務。法院作為國家司法機關之一部，當然應視為履行條約義務之部分而負實施條約義務，自國內法角度觀之，不論締約國對系爭國際法如何被國內法化所採取的是併入理論或轉換理論，被國內法化後之條約規範，已成為國內法之一部分，自然應為政府機關所適用。因此在兩項人權公約施行法第 2 條規定，兩項人權公約關於人權保障之規定具有國內法效力後，第 4 條規定：「各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。」亦是實現上述實施國際條約法原則的國內法規定⁴³。而人權公約之規範經國內法化程序，成為國內法律之一部後，不但應具規範效力，並應受到司法的完全保障以落實其規範效度(normative efficacy)⁴⁴，因此國內法院對國際人權公約之適用，係該締約國對國際人權規範義務實施程度重要指標之一。

當條約對一締約國生效後之履行條約行為，即屬於國內事務，該締約國有權依其國內法律指定特定國內政府機關負責實施條約，其他締約國對另一締約國在此時僅有權主張條約應正當地被實施。締約國亦有權將其所締結條約之解釋及適用，授權給其司法部門為之。因此，當締約國之法院怠於履行或錯誤地履行條約義務，對該締約國而言，可能因此涉及違反條約義務之結果⁴⁵。

雖然國家批准國際人權公約並將其國內法化，國際人權公約之規範自然可被締約國之國內法院所適用，但自實務上觀察，國內法院適用其國家所批准之國際人權公約規範的狀況，並不如前述理論上理想。有學者認為，這主要是因為國內法院從國內法角度思考，過度強調人權公約所存在「非自動執行特徵」（或無法律拘束性）所造成的影響。條約中的非自動執行條款的特徵，不是不要求締約國使條約取得在國內法之

TAXES I.L. J.587, 595(2001).

⁴³ 亦有學者認為，若特別制訂國內法確立人權條約具有國內法地位，而國內法院卻不適用，不僅殊難想像，更可能導致實質毀棄國際人權條約的國內法實效性結果。見 廖福特，法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約，臺灣法學雜誌，163 期，頁 45-65(2010 年)。

⁴⁴ 鄧衍森（註 41），頁 127。

⁴⁵ LORD MCNAIR, THE LAW OF TREATIES 345-346 (1961)

有效性，就是因為約文內容本身之不完整而無法適用⁴⁶。詳言之，非自動履行條款並非未對締約國課予明確法律義務，而是給予締約國高度之裁量權，即便約文課予締約國法律義務，但這些義務須在特定機制或機關被建立的狀況下才能實施⁴⁷。在國內法院發現國際人權公約具非自動履行條款時，對該公約條款往往不予以適用，而適用既存的相關國內法規。事實上，國際人權公約納入此類條款，其旨在透過使締約國擔允採取所有必要立法及其他措施的彈性與空間，以實現該公約之目的，而不應因此使該條文之實施性受到阻礙，更不應影響公約之效力⁴⁸。當系爭國際人權公約之規範，依締約國之憲法或其他特別法而具備國內法之有效性，或締約國就該人權公約之實施建立必要的立法或行政措施後，這類非自動履行條款之存在就不應是締約國在適用上的障礙⁴⁹。亦即，倘若國際人權公約之規範已被國內法化而在締約國國內法中取得有效性，國內法院對實現國際人權公約扮演舉足輕重之角色，不僅在判斷系爭國際人權條款是否具自動執行效力時，更於條約文意內容不清楚或模糊時，國內法院須透過條約解釋方法，以善意原則釐清約文後適用，以實現條約目的。

雖然在兩項人權公約架構下並無國際性人權法庭之設立，僅有在締約國簽署下，使其人民得以提出通報方式，請求兩項人權公約之委員會作成不具法律拘束力的報告；相對的，基於歐洲人權公約所設之歐洲人權法院，能對於締約國之行為是否違反公約義務作成有拘束力之判決，然歐洲人權法院在形式上並非締約國國內法院之上級法院，其判決雖然拘束締約當事國，但卻無法拘束締約國國內法院，而歐洲人權法院對公約之解釋，在判例法則的基礎上拘束其自身及其他法院，其拘束力或整體性的影響力則相當薄弱。但在實踐上，歐洲人權法院對公約所保障之權利及自由之解釋及解釋方法，已受到各締約國國內法院之尊重，特別是對公約第 6 條及第 13 條之解釋，以德國為例，雖其國內法院早期較排斥歐洲人權法院對公約之解釋，但近年來德國國

⁴⁶ 兩項人權公約中，最常被誤認為是這類條款的例子，為兩項人權公約各自的第 2 條第 1 項。

⁴⁷ Benedetto Conforti, *National Courts and the International Law of Human Rights*, in *ENFORCING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN DOMESTIC COURTS* 3,7 (Benedetto Conforti & Francesco Francioni eds., 1997)

⁴⁸ *Ibid*, pp. 8-10.

⁴⁹ *Ibid*, p. 10.

內法院對歐洲人權法院就歐洲人權公約解釋之接受度有顯著提升⁵⁰。

就我國而言，我國對國際條約國內法化採取併入說之方式，故兩項人權公約之規範內涵在完成我國憲法之批准程序後，已為我國法律體系之一部，而為法官所據以獨立審判之法源之一⁵¹，且兩項人權公約關於人權保障之規範位階，較一般法律具有優位性，而人權事務委員會亦認為公民與政治權利國際公約第 2 條第 3 項(a)款中課予國家當本公約所保障之自由與權利遭受侵害時，應提供有效救濟措施之義務，雖然同項(b)款就此救濟措施不限司法性質，但締約國被期待提供司法救濟⁵²。經社文委員會亦認為，經社文權利公約要求締約國說明是否能在法院或其他法庭或機構引用公約條款，或法院及其他法庭或機構是否直接實施公約條款，且為確保國家行為符合公約義務，法院應考慮公約所規定之權利，若法院忽略此原則及責任，即與法治原則不符，因為在法治原則下，必然包括對國際人權義務之尊重，而法院應盡可能以與該國所承擔國際法義務一致的方式解釋法律⁵³，因此，我國法院對於兩項人權公約規範之實現，具有相當重要之地位。進一步言，依前述條約法理論對於兩項人權公約義務性質之說明及兩項人權公約施行法第 4 條之規範意旨，在我國批准兩項人權公約後之繫屬案件，法院在行使其審判職權時，應符合兩項人權公約之規範，更應在個案中主動審酌是否涉及兩項人權公約權利，不待當事人主張積極促進各項人權之實現。更有學者認為，法院在具體個案解釋及適用法律時應依職權適用兩項人權公約內容，在應適用而未適用公民與政治權利國際公約或未審視國內立法或行政措施有無實現經濟、社會與文化權利國際公約之義務時，可能有判決違背法令或適用法律不當之疑慮，而得為當事人提起第三審上訴或非常上訴⁵⁴。

⁵⁰ 張文貞（註 10），頁 66-67。

⁵¹ 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。」

⁵² General Comment No. 31, para. 15.

⁵³ General Comment No. 9, paras 12-15.

⁵⁴ 廖福特，法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約，臺灣法學雜誌，163 期，頁 45-65（2010 年）；廖福特，法院應否及如何適用經濟社會文化權利國際公約，臺灣人權學刊，1 卷 1 期，頁 3-29（2011 年）。

二、自動執行效力之判斷

當國際人權公約經國內法化程序，成為國內法之一部後，國際人權規範在該國國內法院具有直接適用性(direct applicability)，雖然有直接適用性但並非能讓人民在具體案件中作為向政府機關主張權利之法律基礎。此時應視該國際人權規範是否具備「自動執行效力(self-executing effect)」(亦稱「直接效力」(direct effect))，其指人民與政府間基於條約之條款形成相對的法律關係，在此條約條款所形成之法律關係中，賦予人民一般客觀法律權利，使人民得直接依據該條款作為請求權基礎。就國際條約如何能在國內法產生直接效力，大致上有三項判斷標準，即有效性、意圖及完整性。有效性係指特定條約已對國家生效，且已成為國內法之一部，不論是透過轉換或併入的方式；意圖則是指條約之內容或背景明示或默示呈現條款所規定的事項能在締約國國內法領域直接實施；而完整性則是指條約規定之內容具清楚及特定性⁵⁵。

就系爭人權公約條款是否對人民形成此客觀法律權利，係由適用此人權公約條款之國內法院所判斷，國內法院判斷系爭公約條款時，應視公約整體本身或是公約條款之性質、實質內容或規範目的是否純屬規範國家間的權利義務，倘若不是，且該條款之文意已清楚、明確、不模糊，不會產生其他疑義，且未附加其他條件者，此等條款即可直接為法院在個案作為判決基礎。由於此類公約條款之明確程度，已使人民對政府形成一正當的法律期待，亦是基於此正當期待所生利益之保障，使得該條款不必再經立法機關制訂法律即可直接履行⁵⁶；倘若系爭條款具有直接適用性但未具自動執行效力（直接效力），除了尚須立法機關制訂法律以補充其規範內涵外，不代表對該締約國不具拘束力，其仍具有間接效力，法院仍應以之作為締約國政府機關在解釋及適用中之素材，並在一致性解釋下使國內法之適用結果與系爭條約規範意旨一致，以實現系爭條約課與該國家之義務。

聯合國經社文委員會亦指出，國際人權公約條款是否具有自動執行效力之判斷權在司法機關而非行政及立法機關⁵⁷，故國內法院居於重要的判斷地位，其判斷後之適

⁵⁵ ANDRE NOLLKAEMPER, NATIONAL COURTS AND THE INTERNATIONAL RULE OF LAW 130-138. (2012)

⁵⁶ 鄧衍森，「兩公約」內國法化後相關題之探討，第 65 屆司法節學術研討會會議手冊，司法院、法務部主辦，頁 31-32（2010 年 1 月 11 日）。

⁵⁷ General Comment No. 9, para, 11.

用結果亦是該國家對於該國際人權公約義務履行的呈現。國內法院應以國際法中對條約解釋之通則，客觀上釐清條約之內容及性質，主觀上應檢視締約國在研擬條約過程中所呈現之意向，就兩項人權公約條款是否具有自動執行效力，經社文委員會在前揭一般意見書曾提及，經社文權利公約中許多條款，已具有立即履行效力，如第 3 條、第 7 條(a)項(i)款、第 8 條、第 10 條第 3 項、第 13 條第 2 項(a)款、第 13 條第 3 項、第 13 條第 4 項及第 15 條第 3 項，甚至在大多數締約國之國內法制度中，皆認為公約所保障之權利具有一定程度地可司法性面向(justiciable dimensions)，因此法院就公約權利之實施具有重要地位，即便系爭公約權利之實施涉及資源分配之問題⁵⁸。公民與政治權利一般而言，對被違反權利提供司法救濟已被認為是必須的，甚至在公民與政治權利國際公約第 2 條第 3 項要求締約國，應在公約權利被違反時提供有效之救濟，特別是司法救濟，否則即構成該項所課予締約國義務之怠於履行⁵⁹。

肆、國內法院對國際條約之解釋方法

對於條約正確適用的前提，在於締約國之機關能否正確解釋條約，因此在條約對締約國生效並經不同方式成為締約國國內法一部後，須經解釋才能使該條約之實際效果發生。但國內法院對於條約之解釋兼具國際法及國內法層面問題，且各國就此的實踐不盡一致，特殊之實踐方式如法國法院對條約之適用，係尊重行政部門對條約解釋之結果⁶⁰。法院在適用國內法的涵攝過程中，倘若遇到條文內涵是否能夠適用在系爭法律事實時，則自然會對系爭法律規定予以解釋，以釐清其規範內涵及性質，但國內法院對條約之解釋方法及程序，與對國內法之解釋則不盡相同。雖然國與國間對條約解釋之行為，係依據由 1969 年維也納條約法公約第 31 條與第 32 條所規定的內涵進行，且此二條條所規定的條約解釋通則，已具習慣國際法地位⁶¹，並廣為國際性法

⁵⁸ *Ibid*, para. 10.

⁵⁹ General Comment No. 31, para. 16.

⁶⁰ FRANCIS G. JACOBS & SHELLEY ROBERTS eds., *THE EFFECT OF TREATIES IN DOMESTIC LAW* xxix (1987)

⁶¹ RICHARD GARDINER, *TREATY INTERPRETATION* 12-13 (2008); OLIVIER CORTEN & PIERRE KLEIN eds., *THE VIENNA CONVENTIONS ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY* 812, 843 (vol. I 2011); *LaGrand Case*, *ICJ Reports* 2001, p. 501, para. 99.

庭及國際組織、締約國（包括非該公約締約國）及學者所使用，而當國家作為解釋主體時，作為國家機關一部之司法機關亦為常需對條約進行解釋之機關，自然應在解釋時採取此解釋通則之方法。但國內法院對其政府所簽署、批准，或國內法化後的條約，在適用時與其它國內法規範產生互動時，對釐清相關條約規定所使用之解釋方法，並不需如國際性法院就此受前述公約規定所指方法的拘束，國內法院是在落實國家所承擔之國際條約義務及其國家整體法律規範調合的立場下解釋相關條約條款與國內法規定。但作為條約解釋的基本通則，本章仍會在探討國內法院在解釋條約中最重要的—致性解釋方法後，分析維也納條約法公約第 31 條及第 32 條所揭示的解釋方法。

一、需解釋的時機及目的

雖然條約生效後，對締約國產生拘束力，締約國因此負有善意履行條約義務，但在適用條約遇有條約文意內容不清楚或定義不明確時，則應予以釐清，否則不僅無法確認締約國在系爭條約之權利義務，亦會影響條約目的之達成，甚至造成締約國間之爭端，故當適用條約的主體對條約之目的及宗旨不清楚，或對特定條文適用在特定事實中的法律關係內涵有疑義時，即應以條約解釋方法對有爭議之約文進行解釋。但亦有論者認為，上述條約解釋時機的論點之實用性有限，因為關於一項條約是否清楚，並非一開始就知道，而是透過解釋過程所獲致的結果。亦即應被釐清者並非條約抽象上的清楚性，而是條約關於特定情狀下的清楚性，以及當未被想像到的情狀且產生疑義的條約條款⁶²。

關於條約解釋的目的，在國際法學者間有不同看法，大致上分為三個觀點：主觀說認為，條約解釋之目的在確認締約當事國在條約所呈現之意圖；客觀說認為，締約當事國之意圖已反映在約文中，因此條約解釋之目的在確認條約內容之意義；折衷說（或目的說）論者認為，決策者應先確認條約之目的，進而為實施其目的及宗旨而解釋約文。事實上，此三項不同的解釋目的觀點並不絕對排斥，但以第三者為較多學者所採，且反應在聯合國國際法委員會所草擬條約法公約中關於條約解釋之通則⁶³。但在國內法院對條約解釋之目的所採之觀點較具多樣性，雖然大多數國家之國內法院對國

⁶² JENNINGS & WATTS, *supra* note 6, at 1267.

⁶³ IAN SINCLAIR, THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 114-115 (2nd ed. 1984)

際條約之解釋傾向客觀說，即依據協議內容之一般文義，協議的宗旨或目的僅是輔助性的，使一般文義能被探求。但美國法院對條約解釋，有顯著不同的差異。對美國法院而言，條約文字的一般意義，僅是在解釋過程中被考量的要素之一，其在解釋條約時的首要目的在確定締約方意欲的意涵為何，使條約必需依據締約國的意圖，被公平的解釋。而美國法院在解釋過程中首先考量的要素是條約文字、準備文件、國外司法決定、國家實踐（締約國之嗣後實踐）及其他要素（行政部門的解釋、條約宗旨與目的、特定解釋之結果）⁶⁴。

二、一致性解釋

被國內法化之後的條約，倘若系爭條文未能符合產生自動履行效力的要件，自然無法為個人在法院做為其對締約國提出主張的請求權基礎，此類欠缺自動履行效力之條約規定在締約國國內法仍具有間接效力，而應在解釋相關國內法時被考量。而此所指考量之實質內涵，即是一致性解釋(*consistent interpretation*)，其為對相關國內法所為之解釋應以符合該國所承擔之國際義務之方向為之，盡量使相關國內法之解釋結果不違反國際義務。一致性解釋之實施係基於系爭國際法對國家所生國際義務所生，其為確保國際法在國內法適用性之重要機制，且為確保國際法義務實現的重要方法⁶⁵。然而，倘若特定條約係就特定事務建立最低標準，而締約國國內法就此倘若提供更高標準者，一致性解釋並不會產生令相關事務的保障標準在國內法被降低的結果⁶⁶，特別是對人權保障事務所制定之標準，更應在國際法及國內法所存在之標準中選擇對個人最有利者。

對於條約一致性解釋之使用，有時會基於國內法之明文要求 (*express*

⁶⁴ John H. Jackson, *United States of America*, in *THE EFFECT OF TREATIES IN DOMESTIC LAW*, 165-168 (Francis G. Jacobs and Shelly Roberts eds., 1987).

⁶⁵ NOLLKAEMPER *supra* note 55, at 139.

⁶⁶ 例如，WTO 架構中的「與貿易有關的智慧財產權協定」(TRIPS Agreement)係對所規範的智慧財產權，在會員間建立一套最低標準，倘若我國之相關智慧財產權法規採取相對較高的保障標準，自然應適用揭示較高標準的系爭國內法規定，而此結果實質而言應是更符合 TRIPS 協定之規範精神。

mandate)⁶⁷，在我國憲法雖無此明文，但第 141 條所揭示「尊重條約」之精神仍可有做為對條約採取一致性解釋之共同基礎憲法。在人權保障面向揭示此一致性解釋原則之明文，係兩項人權公約施行法第 3 條及第 4 條之規定。在此等規定之意旨下，法院對國內法之解釋倘若涉及相關兩項人權公約條款時，應使相關國內法之解釋結果，與兩項人權公約相關權利條款對締約國所課予之義務一致。此解釋結果，亦是在憲法所規定「尊重條約」原則之具體實現，而對於與條約意旨不一致的國內法解釋結果不予採納，亦可說是實際上實現國內法化後之條約對國內法優位性之原則。

此外，亦有論者自立法機關議決條約之意圖為基礎，論述一致性解釋之必要性。由於條約係經國會議決，國會對特定條約議決通過意味立法機關對該條約之接納，故由權力分立角度言，司法機關自應以與立法機關對該條約案表示同意之意圖一致的方向解釋解釋其它國內法；再者，國家對一項條約表示接受後，其行為應被推定係在遵守其所承諾條約義務下為之，而各級政府機關抑是在此推定下行為，故國會在議決條約後之立法行為亦應被推定是在不違反其承擔條約義務下進行⁶⁸。因此，法院對於國內法所為的與條約義務一致的解釋，不僅是做為國家機關一部在條約義務下所必要，亦是權力分立關係下正確適用立法機關所制定規範（包括法律案與條約案）之職責所要求。而此對國內法與條約義務一致解釋的實踐已相當普遍，不論在大陸法系或普通法系國家間，亦不論在對條約採取何種國內法化方式的國家間⁶⁹。

許多憲法法院為調和國內法與國際人權公約而採取一致性解釋原則，亦即對國內法之解釋，採取與國際法規範一致的方向進行之。亦有學者認為此解釋原則，係使國際法併入國內法之常見模式，故許多國家之國內法律制度，皆適用此推定一致原則，

⁶⁷ 如西班牙憲法第 10 條第 2 項：「關於憲法所承認的基本權及自由，應以與世界人權宣言以及西班牙所批准的國際人權條約一致的方式解釋之。」，加拿大移民及難民保障法 (Immigration and Refugee Protection Act) 第 3 條第 3 項 f 款：「對本法之解釋及適用，應以以下方法為之：...(f) 符合加拿大所簽署之國際人權文件。」，以及英國 1998 年人權法 (Human Rights Act 1998) 第 3 條第 1 項：「主要及次要立法應儘可能，以與（歐洲人權）公約權利一致的方式解讀及實施。」

⁶⁸ NOLLKAEMPER *supra* note 55, at 154; Yuval Shany, *How Supreme is the Supreme Law of the Land? Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts*, 31 B. J. I. L. 341, 341 (2006).

⁶⁹ 有此立法或司法實踐的國家有奧地利、澳洲、加拿大、冰島、以色列、伊索比亞、日本、拉脫維亞、荷蘭、波蘭、美國、南非、烏干達、英國及辛巴威。 *ibid*, pp. 148-149.

規定政府機關在解釋國內法律之文意時，應盡可能使其與所承擔國際法義務一致⁷⁰。

三、維也納條約法公約所規定之解釋方法

（一）條約解釋之通則

關於解釋之原則，據維也納條約法公約第 31 條第 1 項規定：「所有條約應以善意原則解釋之，…」故善意原則係條約解釋過程中，最根本之原則。善意之概念固然抽象，有時指禁止權利濫用，有時可說是合理性的同義語，對於存在本條的善意概念之理解。首先應注意者，係本原則為「條約解釋的一般通則」之核心要素，因此對解釋目的來說，善意概念之內涵應從廣認定；再者，對於善意內涵之探求，更應考量本項所提及之條約宗旨及目的⁷¹。另外，據奧本海國際法對於本條善意之說明，善意的概念強烈地意味著合理的要素⁷²。因此，在條約解釋通則中善意原則之呈現，係在對有疑義以致權利義務內涵及界線不明確的約文，透過解釋合理地使系爭約文之規範意義能被釐清，以使系爭條約的規範目的及宗旨能獲得最大的實現⁷³。

其他在條約解釋過程中應注意之原則還包括，使條約條文在解釋時有明確地位，且除了注意條約明文規定外，兼顧當事國在其中的隱含意思。其他在實踐上亦常被使用之原則如不應修改或補充條約、特別規定優於一般規定、明示其一排除其他⁷⁴，以及例外條款從嚴解釋等⁷⁵。

（二）文意解釋

⁷⁰ HENRY J. STEINER, PHILIP ALSTON AND RYAN GOODMAN, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT 1098 (3rd ed. 2007)

⁷¹ GARDINER, *supra* note 61, at 152.

⁷² JENNINGS & WATTS, *supra* note 6, at 1272.

⁷³ 例如，WTO 爭端解決機構上訴機構在日本酒類產品案(*Japan – Alcoholic Beverages II*)即認為，第 31 條所揭示解釋通則的根本宗旨就是實效性原則(*ut res magis valeat quam pereat*)，即條約解釋應對所有條約條款給予意義與效果。Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996: I, 97, p. 12.

⁷⁴ 陳治世，條約法公約析論，頁 143(1992 年)；丘宏達，(註 8)，頁 224-227。

⁷⁵ H. Lauterpacht, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, 26 BYIL 48, 56-61(1949).

第 31 條第 1 項規定：「條約應根據其條款的通常文意(ordinary meaning to be given to the terms of the treaty)解釋之，…」在善意原則下所進行之條約解釋，應從釐清被解釋條約條款的文字所呈現的通常意義開始。所謂通常，應指一般、普通或慣常的，就通常文意之探求，法庭通常會使用字典或系爭名詞在特定專業領域之權威書籍，而解釋條約以文意解釋為起點，即應將條約條文視為締約國真正意思的記載，故解釋之首要起點即是釐清條約條文上所記載之意思，而非探求締約國在條文外之意思⁷⁶。但由於被解釋特定名詞的通常文意往往有數項定義或意涵，故出現此現象時，解釋者應以該名詞在其條約之規範意涵解釋之，必要時輔以目的性或體系性解釋⁷⁷。

1989 年國際法院「幾內亞比索與塞內加爾案」(*Guinea-Bissau v Senegal*)，曾對維也納條約法公約第 31 條第 1 項文意解釋之使用有所分析，法院在該案指出：「法院及法庭之首要責任，在解釋及適用條約之條款，並致力於實施系爭條約內容所呈現之正常及通常文意。倘若相關文字的正常及通常文意本身言之成理，則是文意解釋之終點。倘若文字的正常及一般文意模糊不清，或導致不合理的結果，則法院應訴諸其他的解釋方法，以探求當事方之真正意旨。」⁷⁸。

在進行文意解釋時，若遇到締約當事國對條約之條款或用語給予特別之定義或內涵時，此特別意義應在進行文意解釋時被使用。因此，本條第 4 項規定：「若經確定當事國有此原意，條約用語應使其具有特殊意義。」此狀況最常見的是在條約對條約特定條款之定義有特別規定，例如在 GATT 之第九份附件(Annex I)-「註釋與補充條款」(Notes and Supplementary Provisions)對協定中個別條文內容所為之補充，即是在解釋該個別條文中應予使用之內容，若欠缺對註釋與補充條文之分析與解釋，應為未完成的文意解釋。然若並非條約特定概念有特別界定，而當事國認為特定系爭條約概念應有特別定義者，該當事國應負舉證責任，例如常設國際法院在「東格陵蘭案」中提及：「格陵蘭(Greenland)此字之地理上定義，應被視為通常文意。倘若一造當事國聲稱應考慮其他非通常或例外之定義，該當事國應負舉證責任以確立其主張。」⁷⁹。

國內法院對文意解釋之使用亦是法律解釋之開始，且適用於條約解釋，在英國法

⁷⁶ 陳治世，(註 74)，頁 143。

⁷⁷ GARDINER, *supra* note 61, at 164.

⁷⁸ ICJ Reports [1991], p. 53.

⁷⁹ SINCLAIR, *supra* note 63, at 126.

院之實踐更將此解釋視為「黃金規則」，以契約解釋為例，在解釋規定條款及締約人意圖時，所有明文的文件，其文字之語意及一般意義應被謹遵，除非此方法導致模糊、荒謬或與其他規定產生不一致的結果。美國法院之實踐為，在解釋條約條款時，當系爭條款語意清晰且不模糊時，法院有責以其所呈現之狀態解釋之⁸⁰。

（三）目的性解釋

除上述解釋方法外，第 31 條第 1 項對條約之解釋規定，得根據條約之宗旨及目的為之，即是目的性解釋(teleological interpretation)。對條約之解釋，以條約之目的及宗旨對文意解釋之內涵予以修正，使解釋結果更有助於條約規範目的之達成，因此，本項目的解釋規定之根源，亦可追溯至本約第 26 條（條約必須遵守）之規定，即「條約生效後對締約國產生拘束力，並應以善意履行之。」⁸¹。

目的性解釋事實上係基於探求締約國締約目的之邏輯步驟，其旨在探求系爭狀況下締約國條約就此所強調的同意圖，以及所想達到之目的或所欲解決之狀況，此解釋方法在國內法院解釋條約時亦廣被使用⁸²。

進行目的性解釋時，就條約目的之探求，通常基於該條約中揭示條約目的及宗旨之條款為之，倘若欠缺此類宗旨條款，通常可自條約之前言得知其宗旨，而建立世界貿易組織協定及兩項人權公約即屬後者之狀況⁸³，因此對兩項人權公約條文進行目的性解釋時，應考量各人權皆奠基於人性尊嚴之核心概念，且兩項人權公約所保障權利間之不可分割性與相互關連性。

⁸⁰ C. H. Schreuer, *The Interpretation of Treaties by Domestic Courts*, 45 BYIL 255, 278 (1971).

⁸¹ GARDINER, *supra* note 61, at 190.

⁸² Schreuer, *supra* note 80, at 282.

⁸³ 就公民與政治權利國際公約與經濟、社會與文化權利國際公約之前言皆相同為：「本公約締約各國，考慮到，按照聯合國憲章所宣布的原則，對人類家庭所有成員的固有尊嚴及其平等的和不移的權利的承認，乃是世界自由、正義與和平的基礎；確認這些權利是源於人身的固有尊嚴；確認按照世界人權宣言，只有在創造了使人可以享有其經濟、社會及文化權利，正如享有其公民和政治權利一樣的條件的情況下，才能實現自由人類享有免於恐懼和匱乏的自由的理想；考慮到各國根據聯合國憲章負有義務促進對人的權利和自由的普遍尊重和遵行；認識到個人對其他個人和對他所屬的社會負有義務，應為促進和遵行本公約所承認的權利而努力；茲同意下述各條：……」

（四）體系性解釋

第 31 條第 1 項規定，條約應秉持善意，就其用語按照上下文，並參照其目的與宗旨所具之一般文意解釋之。其中所謂「按照上下文」(in their context)之解釋即是體系性解釋。體系性解釋是指，除了對特定條約文字探求其通常文意外，更對該文字存在該條款之位置、其所屬條款與其他條款之關係，甚至在整份條約之體系位置予以考量，以對被解釋文字之規範內涵加以釐清。體系性解釋之素材，原則上為被解釋文字所屬之整體條款及其標題、前後條文，甚至包括條約之前言及附件。

以公民與政治權利國際公約第 6 條所保障之權利，究竟為生命權或生存權為例。就該公約第 6 條英文版本及法文版本所稱者各為 right to life 與 le droit à la vie，但立法院所議決之公民與政治權利國際公約中文版第 6 條所稱之權利卻為「生存權」，對此，英文及法文用語所指涉之一般文意皆為生命，而非使用 survival(生存)一字。再者，於中文文意上，生命與生存之內涵亦不同，以該條第 1 項以下之款項之意旨，皆在規範與限制國家對死刑之執行，而國家執行死刑即是對生命權最直接之影響行為，甚至，由第 6 條在整份公約所處的位置是規範實體權利的第三篇之首項條文，對於第 6 條以外之同篇自由及權利，倘若在喪失生命的前提下，將無保障實益。因此，本條所保障之權利，應可確定為「生命權」，而非性質上屬於社會權而且為我國憲法第 11 條所稱之「生存權」。

（伍）其他輔助解釋之素材

當締約當事國在條約之真意，無法藉由對前言、條文及附件文字以文意解釋釐清時，即有必要透過體系性解釋，以條約整體文本之上下脈絡予以探求。第 31 條第 2 項規定：「就條約解釋之目的，上下文除指前言及附件在內之條文外，並應包括：(a)全體當事國間因締結條約，所定與條約有關之任何協議；(b)一個以上當事國因締結條約所定，並經其他當事國接受為條約有關條約之任何文件。」據本項規定，在此解釋過程中亦應被視為上下文的素材包括因締結條約之當事國所訂的任何協議，以及當事國所接受的其他相關文件。據國際法委員會在草擬本條之意見認為，本條第 2 項所指之二項素材，雖應被視為條約上下文之一部分，但此狀況並不意味這二項素材應被視為條約整體之一部，此須在個案中視當事國意願而定，但這兩類素材亦不應僅被視為解決條文模糊時的證據而已，而是應在獲致條約條款通常文意之目的下作為上下文

脈絡之一部⁸⁴。以兩項人權公約為例，締約國因締結兩項人權公約所定之任何協議，最顯著者即兩項人權公約各自之議定書，在簽署系爭議定書之公約締約國間，遇有對相關公約條文之解釋上疑義時，應將系爭議定書視為上下文脈絡之一部分，俾利探求系爭條文之通常文意。又以 WTO 會員為例，在釐清特定會員在系爭涵蓋協定條文之權利義務內涵時，維也納條約法公約第 31 條第 2 項(a)款所指之協議可包括其入會議定書對系爭涵蓋協定條文之內涵。就條約法公約第 31 條第 2 項(b)款所指「有關條約之任何文件」，最典型者即是締約國對特定條約條文解釋所提出之聲明文件，特別是聲明某些解釋性瞭解之主張，這些文件通常是締約國的批准書、加入書或其他類似文件⁸⁵。

維也納條約法公約第 31 條第 3 項規定：「應與上下文一併考慮者尚有：(a)當事國嗣後所締結關於條約之解釋或其規定之適用的任何協議；(b)嗣後在條約適用方面，確定各當事國對條約解釋之協議的任何實踐；(c)任何可適用於當事國間關係之相關國際法規則。」本項三款所指之素材，與前項二款之素材在解釋過程中之性質間，有顯著差異，前者應上下文脈絡一併考慮，而後者應被視為探求通常文義目的下系爭條文的上下脈絡整體之一部。就本項(a)款所指之「嗣後協議」與前項(a)所指之協議應有所區別，本款之協議是締約國在系爭條約締結後所簽署，而非前項(a)款協議係在締結條約時所定，而本款所指之協議其內容係關於解釋之協議，這類協議應以實質內容而非以條約之形式視之，且通常在締約國針對其條約中之解釋爭議問題，經協商達成之瞭解或妥協後以會議記錄或瞭解備忘錄呈現⁸⁶。就本項(b)款所指之嗣後實踐在解釋條約過程之重要性，國際法委員會及國際法院曾多次肯認，「就作為條約解釋要素之適用條約嗣後實踐的重要性，是很明顯的，因為其構成當事國對條約意義瞭解的客觀證據。作為一項解釋工具被使用，在國際性法庭已是項廣為接受的慣例。」⁸⁷。本項所指嗣後實踐應具要素包括嗣後性、關於系爭條約之適用、締約當事國參與在該實踐中，以及該實踐確立解釋之協議。雖然，嗣後實踐之內涵因系爭條約狀況不同，但應有系統及反覆地實施及適用條約⁸⁸。嗣後實踐之價值與重要性，取決於其和諧、共同

⁸⁴ GARDINER, *supra* note 61, at 205.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 214-215.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 218.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 225.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 226.

及一致之內容，因實踐為一系列的事實及行為，整體上無法因為一項單一的事實或行為，或者是數項個別適用而確立⁸⁹。對兩項人權公約而言，除了相關締約國對特定權利保障之實踐外，最重要者應為其委員會針對特定爭議解釋、適用條約所做出之「一般意見書」(General Comment)，以及聯合國國際法院或其他國際性法庭適用兩項人權公約所做之司法實踐。本項最後一款可與上下文內容共同考量之素材，係(c)款所規定「任何可適用於當事國間關係之相關國際法規則」。本款所指之關係，應以被解釋條款之本質及目的探求，此國際法規則應廣義認定之，而非僅限於條約。然本款最大之爭議在於認定可適用之相關國際法規則時，究竟應以條約草擬時草擬者之觀點，或以解釋當時的解釋者之觀點探求。目前之學界通說及國際法院實踐傾向後者，亦即對約文之解釋及適用，應以自條約被締結後至解釋當時所演進及發展之國際法內涵為之⁹⁰。例如 WTO 爭端解決機構之上訴機構，在美國海蝦案中詮釋 GATT 第 20 條 g 款所稱「可枯竭自然資源」內涵為何時，即借重條約法公約第 31 條第 2 項 c 款規定之解釋方法而認為，依 GATT 該條所稱之可枯竭自然資源，若以該協定草擬時所指者，應為不具生命的可枯竭自然資源，如石油、及其他金屬礦藏等，但上訴機構在釐清本概念之內涵時提及，國際法並非一個僵化的法律制度，而是會發展及成長的，故應在維也納條約法公約該款之規定下，採取「革新性解釋」(evolutionary interpretation)，考量諸多「相關國際法規則」以釐清之，如海洋法公約、北大西洋洄游魚種保護公約、甚至不具拘束力的里約宣言及 21 世紀議程，最後認為 GATT 第 20 條 g 款之可枯竭自然資源，在今日應包括如海龜及海豚等海洋生物⁹¹。

(六) 條約準備文件(preparatory work, travaux préparatoires)之使用

在草擬條約的協商過程中，締約國代表很容易為了獲致順利締結條約之結果，或者是為了避免條約生效後對其產生不方便或過於繁重的義務，刻意在條約中使用模糊或不精確之文字，因此當系爭條約在當事國間產生爭議，仍不能透過條約法公約第 31 條之解釋方法釐清文意的話，得透過對條約締結過程中的準備文件，以及探求締約當時之時空背景狀況，以探求當事國之真正意思表示內涵。故條約法公約第 32 條

⁸⁹ SINCLAIR, *supra* note 63, at 137.

⁹⁰ *Ibid*, pp. 139-140.

⁹¹ Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998: VII, 2755, paras 130-134.

規定，倘若依據第 31 條所揭示之解釋方法對條約文意之探求，仍導致「意義仍屬不明或難解」或「所獲結果顯然屬荒謬或不合理」之狀況時，始得訴諸於（或使用）條約草擬時之準備文件這項補充性的解釋方法，釐清約文之內涵及當事國之權利義務。本項補充性解釋方法之使用，應以審慎之態度進行，亦即當事國須在使用第 31 條之解釋方法釐清系爭約文的文意後，仍生「意義仍屬不明或難解」或「所獲結果顯然屬荒謬或不合理」之結果後，才得以使用本方法，否則以不符合第 31 條及第 32 條解釋順序所為之解釋結果將不被接受。

伍、其他國家法院適用兩項人權公約之實踐

一、英國之實踐

英國在 1968 年 9 月 16 日締結兩項人權公約，於 1976 年 5 月 20 日批准。在英國法中，對條約國內法化的方式採取轉換說(Transformation)，亦即經批准之條約若未被國會轉換成國內法者，該條約之規範無法成為英國國內法之一部，但在國際法上仍對英國具有拘束力。一般來說英國在締結條約前，會先確認其國內法與該條約義務一致，若不一致則會在修改至一致後才締結該條約，未被併入之條約規範，則無法對個人產生權利與義務，且這類條約雖對國家產生拘束力，但這類條約之規範並無法在國內法院被實施。英國法院對於未被國會併入之條約不予適用，主要是基於三權分立架構下，司法權不應侵犯立法權之考量⁹²。

就英國法院對條約解釋之實踐觀之，英國法院在適用國內法規並未發現有模糊不清時，不會探求相關之條約，此時法院僅會著重在國內法規之適用與解釋。倘若法院認為相關國內法規並不清楚時，即會對可能相關之條約探求其意旨，不論該條約有無被併入或併入之方法。即便英國國內法未提及特定條約，仍會尋求對條約之解釋以釐清國內法。另外，在解釋國內法發現模糊之結果，法院對法規解釋之首要目的，亦在一致性解釋原則下將在使其與英國所承擔之國際義務一致。亦即，在英國立法欠缺清楚性時，與其相關的條約規定將使法院在文字的可能意義間做出決定，這是基於對國會不會制訂出違反國際法之法案的表面推定原理的適用。關於條約準備文件之問題，

⁹² Higgins, *supra* note 7, at 37-38.

法院為使條約內容實施，會使用條約之準備文件。英國法院在解釋國內法規時，並不會探求立法過程中的文件（主要為討論記錄），但法院若在闡釋一份旨在實施條約之立法時，法院就會審視該條約之準備文件。法院相當樂於依據維也納條約法公約就條約解釋所規定之通則，但不會僅使用公約第 31 條及第 32 條所規定的條約解釋習慣規則⁹³。英國國內法院對維也納條約法公約所揭示之解釋規則之適用有二項重要特徵，第一、英國國內法院如同國際性法庭般，頻繁地使用國際組織報告、決議及研究等國際性資料，並依國際性法庭對條約解釋規則，以相同的方法使用之；第二、更進一步的闡明維也納條約法公約在解釋規則之地位⁹⁴。

若兩項人權公約要在英國國內法院中被適用，應如歐洲人權公約以被英國國會在 1998 年以「人權法案」(Human Rights Act)方式轉換成國內法為之，然英國雖簽署並批准兩項人權公約，但國會迄今尚未制定轉換立法⁹⁵。據英國學者、前國際法院院長 Higgins 教授表示，英國雖然會實施公民與政治權利國際公約，但司法機關對兩項人權公約很陌生，雖然瞭解英國批准兩項人權公約，但對其條款內涵及其委員會監督公約義務履行所作成之決定幾乎不瞭解⁹⁶。

相較之下，人民就權利保障基於人權法案在法院提出主張時，歐洲人權公約之規範在國內法院就常被提出並為法院所適用，此係因一方面公民與政治權利國際公約之實體權利規範，幾乎與歐洲人權公約規定一致，另方面作為歐洲人權公約締約國，締約國人民就其國家之法律及措施，若主張違反歐洲人權公約之標準，在用盡當地救濟後，可向歐洲人權法院對其國家提出控訴，而該法院亦可能宣告締約國之行為違反公約義務。而對未為歐洲人權公約規範之兩項人權公約權利，則由英國其他國內法直接或間接提供保障，故英國政府目前尚未有將兩項人權公約完全轉換至國內法之規劃⁹⁷。

⁹³ R. Higgins, *United Kingdom*, in *THE EFFECT OF TREATIES IN DOMESTIC LAW* 123, 137-139 (Francis G. Jacobs and Shelly Roberts eds., 1987)

⁹⁴ GARDINER, *supra* note 61, at 50.

⁹⁵ Human Rights Committee, Replies to the List of Issues (CCPR/C/GBR/Q/6) to Be taken up in Connection with the Consideration of the Sixth Periodic Report of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (CCPR/C/GBR/6), CCPR/C/GBR/Q/6/Add.1, 18 June 2008, para. 1.

⁹⁶ Higgins, *supra* note 7, at 54-55.

⁹⁷ Human Rights Committee, *supra* note 95, paras 3-4.

二、德國之實踐

德國在 1968 年 10 月 9 日締結兩項人權公約，於 1973 年 12 月 17 日批准。德國係聯邦制國家，就其對條約解釋的司法實踐觀察，國際法中關於條約解釋之原則，可適用在國內法下的條約解釋。在解釋條約的重點，在藉由約文、條約目的及草擬歷史，探求締約國的共同意圖。而德國聯邦憲法法院，在一項 1955 年之判決已揭示，就條約解釋之目的，國際法所發展出的一般規則應該適用，以達成締約國所意欲之目的。而在晚近一點之案件，聯邦法院在未援引維也納條約法公約下，表示其解釋條約之觀點，其認為約文具有特別重要性，因為此乃確保所有締約國共同適用所必要，此外草擬歷史、特定條款之上下體系結構及宗旨亦應考量。而且條約應以其自身內容解釋之，國內法之概念不能使用，因為若使用者，法律之統一性會被損壞⁹⁸。

雖然德國締結許多國際人權公約，但就其司法實踐觀察，德國法院在裁判中援引國際人權規範之頻率並不高，其中最常被其援引的國際人權規範，為歐洲人權公約。而在援引國際人權規範之裁判中，國際人權公約之規範多僅被提及，而不常被作為判決推論之基礎，亦即法院仍依據國內法為其唯一判決基礎，附帶地援引特定國際人權規範。德國法院就適用國際人權公約之普遍性立場為，如果國內法已提供足夠之保障，則歐洲人權公約(或其他國際人權規範)即非屬必要⁹⁹。因為，德國基本法中關於基本權保障之條文已包括世界人權宣言及公民與政治權利國際公約所規定之規範，在此狀況下法院當然較無適用該公約之需要，但經濟、社會及文化權利國際公約之條文，就不如前述公約內容，被基本法平行地成文化於其條文中。基本法中明確提及經社文權利之條款，為其第 20 條第 1 項規定德國為一社會國，而該條之性質僅被認為屬計畫宣示性之條款，故在公民與政治權利之範疇，德國法院認為此類權利在基本法所建構出的標準高於公民與政治權利國際公約及其他國際人權公約，故法院遇到涉及前述權利之案件，仍以基本法或其他國內法規為其裁判基礎，僅在少數狀況下提及相

⁹⁸ Jochen A. Frowein, *Federal Republic of Germany*, in *THE EFFECT OF TREATIES IN DOMESTIC LAW* ,73-74 (Francis G. Jacobs and Shelly Roberts eds., 1987)

⁹⁹ Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Markus Zöckler and Rudolf Geiger, *The Role of German Courts in the Enforcement of International Human Rights*, in *ENFORCING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN DOMESTIC COURTS* 71,72-73 (Benedetto Conforti and Francesco Francioni eds., 1997)

關國際人權公約之規定¹⁰⁰。

而被德國法院直接適用的國際人權規範，應具備自動履行性，此類條約規範須被草擬者或締約國有意對特定規範給予直接適用性，並且該特定規範已足夠清楚、完整而不需進一步的國內法補充即得以實施。就德國法院之實踐，公民與政治權利國際公約及歐洲人權公約之實體條款，被法院接受而適用乃係因具備自動履行性，而經濟、社會及文化權利國際公約則被法院認為僅具計畫性條款，而需進一步之國家行為才得以實施¹⁰¹。

除了直接適用國際人權規範外，德國法院在推論權利保障規範時，得對相關國際人權規範給予間接效力，亦即法院會在釐清國內法時考量國際人權規範。在德國聯邦法院之實踐引導下，德國法院遵循一項解釋通則，即對國內法之解釋應與德國所承諾之國際義務一致的方式為之。另外，在基本法第 1.2 條、第 24 至 26 條及第 59.2 條關於國際法之規定下，實務及學者形成一項憲法對「開放國家資格」(open statehood)及「對國際法友善」概念之一般承諾，作為解釋的通則之一。依此原則論之，聯邦法院認為國會對於國內法的修改，應在不違反德國所承諾國際義務的前提下為之，因此德國所承擔的條約義務不會因「後法優於前法」之原則而讓嗣後之修法導致該條約義務失去優位性。按該「有利於國際法義務」之推定原則，當對相關法規及國際義務之解釋存有數項解釋結果時，國內法院有義務在釐清相關國內法時對國際人權規範納入考量。聯邦法院曾在一項判決對德國憲法之解釋中，考量國際人權標準，其表示：「基本法之解釋，應考慮歐洲人權公約之內涵及發展狀態，以避免基本法所保障之基本權保障之水準受限制或降低。」¹⁰²。

三、日本之實踐

日本在 1978 年 5 月 30 日締結兩項人權公約，於 1979 年 6 月 21 日批准。日本與我國皆為非聯邦制的大陸法系國家，不僅其法制與我國有共同的繼受來源，其亦是我國許多法制繼受之來源。依據日本憲法第 98 條第 2 項規定，日本所締結之條約及已確立的國際法，必須善意遵守之。故條約在日本法律制度中，具有優於一般法律之地

¹⁰⁰ *Ibid*, 77.

¹⁰¹ *Ibid*, pp. 85-86.

¹⁰² *Ibid*, pp. 94-95.

位，而且當日本批准條約後，與條約規範不一致之國內法將被修改使之符合條約要求。但日本對於簽署及加入國際人權公約，抱持極為小心翼翼的態度。日本在 1979 年批准了兩項人權公約，而被批准之兩項人權公約規範，依前開憲法規定具有法律地位，個人在國內法院援引兩項人權公約之數量亦有顯著增加¹⁰³。

雖然日本所締結之條約及確立之國際法在日本國內法律制度有法律位階之效力，但不一定產生拘束力，依其法院實踐系爭條約及國際法規定應具有拘束力，才能在日本國內法律制度中被適用並具拘束性。例如，日本最高法院曾對於國際勞工組織之廢止強迫勞動公約表示，因該公約並非日本所締結之條約，亦非確立之國際法，因此不能產生國內法效力。此外，雖然日本有締結但對特定條款提出保留者，該條款因對日本不具拘束力，故亦不能在國內法產生拘束力或被法院所適用，例如經濟、社會及文化權利國際公約第 8 條第 1 項(d)款被日本在批准時，即提出保留。

至於兩項人權公約在日本國內法之直接適用性，司法實踐上大致基於兩項人權公約第 2 條第 1 項規定，屬於漸進性質而認為不具直接適用性。唯一之例外實踐，係 1993 年東京上訴法院對公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項 f 款直接適用，認為該規定賦予被告一項當時原本不存在其國內法之權利，即被告在訴訟中接受通譯協助之權利¹⁰⁴。雖然兩項國際人權公約及其他國際文件，在日本司法實踐中的直接適用案件極少，但對於國際文件作為國內法解釋過程中輔助的間接適用則較能為法院所接受¹⁰⁵。

據日本學者岩澤雄司教授之觀察，日本國內法院整體上對當事人基於國際人權法主張的態度極為負面，法院不是忽略此種主張，就是基於憲法解釋撤銷之，或者認定系爭國內法或措施未違反國際人權規範。倘若系爭國內法或措施被認為合憲的話，基於憲法位階優於條約，日本法院即作成沒有違反國際人權公約之認定¹⁰⁶。另外，日本法院不樂於處理國際人權法之議題，或許還有項主觀因素，即法官所受的國際法訓練不足，遑論國際人權法，故法官與其深入陌生之領域，不如借重其熟悉的國內法基礎，

¹⁰³ Yuji Iwasawa (岩澤雄司), *International Human Rights Adjudication in Japan*, in ENFORCING INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN DOMESTIC COURTS 223, 223-224.(Benedetto Conforti & Francesco Francioni eds., 1997)

¹⁰⁴ *Ibid*, p. 240.

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 284.

¹⁰⁶ *Ibid*, pp. 264-269.

以憲法規範處理之¹⁰⁷。

陸、我國最高法院與最高行政法院案例分析

一、批准兩項人權公約前後案件之量化分析

在我國批准兩項人權公約並通過兩項人權公約施行法之前，最高法院及最高行政法院已有當事人在案件中援引兩項人權公約作為其主張基礎之一，但數量上並不多，共有 11 件案件。其中 10 件為最高行政法院判決，1 件為最高法院刑事判決，就判決結果分析，其中 2 件判決撤銷原裁判，9 件駁回上訴。

在批准兩項人權公約後迄 2013 年 2 月僅三年多期間，最高法院及最高行政法院已有 104 件當事人主張或法院適用兩項人權公約案件。就此案件數量之分布，在 98 年有 2 件，在 99 年有 25 件，在 100 年有 33 件，在 101 年有 36 件，至 102 年 2 月有 8 件，在此三年多間人民在所涉案件中基於兩項人權公約提出主張及最高法院及最高行政法院適用兩項人權公約之數量有顯著增加，而且逐年提升。在此 104 件案件中，最高法院之裁判共有 77 件，其中刑事裁判有 75 件，民事裁判有 2 件，而最高行政法院有 27 件裁判。

就此 104 件裁判中所援引之兩項人權公約條款之次數，仍以公民與政治權利國際公約最多，共有 119 次。其中援引第 6 條生命權者有 16 次，援引人身自由保障之第 9 條共有 11 次，援引居住及遷徙自由之第 12 條共有 3 次，援引公平審判權之第 14 條共有 50 次，援引隱私及秘密通訊自由之第 17 條有 2 次，援引思想、良心及宗教自由之第 18 條有 1 次，援引表意自由之第 19 條有一次，援引對家庭保障之第 23 條有 1 次，援引兒童權利之第 24 條有 1 次，援引參政及服公職權之第 25 條共有 6 次，援引平等保障之第 26 條共有 12 次，援引對原住民及少數民族之第 27 條有 1 次，援引第 1 條民族自決權者有 1 次，提及關於締約國義務之第 2 條有 2 次，未指明本公約中特定條款僅概括地提及本公約者有 10 次。至於經濟、社會及文化權利公約在 3 件最高法院裁判及 3 件最高行政法院裁判中，共有 7 次援引，援引第 3 條男女平等保障 1 次，援引第 10 條第 3 項之兒童保障 1 次，援引第 11 條的生存權與住房權共 3 次，援

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 278.

引第 12 條健康權共 2 次。而值得注意者，援引兩項人權公約施行法第 2 條之次數有 22 次，援引第 3 條有 9 次，援引第 4 條有 2 次，援引第 8 條有 7 次。就上述被主張或援引之公約條文，以公民與政治權利國際公約第 14 條公平審判權次數最多，其中 36 次皆屬第 14 條第 2 項無罪推定之規定；次多項為主張或援引第 6 條生命權保障者，共有 16 次；援引次數第三為第 26 條關於平等保障，共有 12 次，援引次數第 4 多者，係關於人身自由的第 9 條規定共有 11 次，其中所主張或援引的為該條第 3 項「候審人原則不羈押」之原則。另外，目前援引兩項人權公約之最高法院級最高行政法院裁判，僅出現在刑事及行政案件，民事案件僅有 2 件裁定援引兩項人權公約，民事裁判援引兩項人權公約數量顯著偏低之因素，應與人權之法律關係本質上多為政府與人民之垂直關係，僅有在少數狀況才會在人民間產生水平效力關係。

二、關於兩項人權公約國內法化後之位階及適用問題

（一）當事人主張或法院主動適用

如本文第參章所述，由於兩項人權公約不僅已為我國國內法之一部，依兩項人權公約施行法第 4 條規定，做為國家機關一部之法院更應積極且正確適用兩項人權公約之規範以「積極促進各項人權之實現」。倘若法院未予適用或適用不當，可能有判決違背法令或適用法律不當之疑慮，而得為當事人提起第三審上訴或非常上訴。在適用兩項人權公約之 104 件裁判中，當事人未主張而法院主動援引兩項人權公約之裁判共有 64 件，而當事人主張兩項人權公約規定，且法院在裁判理由中有回應者，共有 19 件裁判。刑事被告或人民當事人基於兩項人權公約規定作為主張理由之一，但卻未被法院解釋、分析或回應，而直接基於相關國內法規定作成裁判者，共有 21 件裁判，其中 16 件為最高行政法院裁判，4 件最高法院裁判。在這些案件中未被回應之因，部分是當事人就兩公約主張模糊，甚至只提及兩公約而未主張具體公約權利或條文，或是所主張之公約權利與系爭爭點無關連，另一部份則是法院完全未附理由之不回應。

（二）關於適用兩項人權公約之時間問題

批准兩項人權公約及其施行法實施前，在當事人主張兩項人權公約或其他人權文件之最高法院及最高行政法院案件中，法院不是完全未予回應而直接以相關國內法為

裁判¹⁰⁸，就是表示系爭人權公約主張由於相關權利僅是抽象概念，有待立法機關制定具體立法以落實始得適用在案件中，例如最高行政法院在 90 年度判字第 2408 號，針對原告依據聯合國通過之人權公約，在理由中表示：「又聯合國通過之公約，須送立法院審議而具有法律上效力者，始得拘束行政機關，併予指明。」同院在 95 年度裁字第 2436 號裁定，針對抗告人主張原處分「違背世界人權宣言及關於人權國際公約，一國之法律應受國際公約拘束…」，最高行政法院除依兩岸人民關係條例相關規定認定外，表示原處分「並非基於國際公約所承擔之國際義務」而駁回抗告。針對上述裁判，最高法院及最高行政法院視兩項人權公約及其他聯合國人權文件，並非我國國內法之一部，係符合我國對國際公約國內法化採形式併入說之立場，亦即未經批准之國際條約，在法院無直接適用性。

而批准兩項人權公約後，依我國對國際公約國內法化採取併入說下，兩項人權公約規範已成為我國國內法之一部而具國內法效力，國內法院不僅可予以適用，依兩項人權公約施行法第 4 條規定，只要案件繫屬於法院不論事實發生在我國批准兩公約之前或之後，法院更應主動適用以「積極促進各項人權之實現」。而兩項人權公約施行法之制定，如前所述，僅是為了避免孳生疑義之做法。例如，在我國對兩項人權公約完成批准程序後至兩項人權公約施行法正式施行前，最高法院在 98 年 9 月 17 日作成 98 年台上字第 5283 號判決時即適用公民與政治權利國際公約，在本判決之理由書中，最高法院對檢方之上訴認為：「...(二)、羈押被告，限制其人身自由，使其與家庭、社會及職業生活隔離，嚴重打擊其心理，重大影響其名譽、信用等人格權，故應審慎羈押，如以違法羈押為手段，強迫被告自白者，依刑事訴訟法第 165 條第 1 項規定，該自白不得作為證據，98 年 4 月 22 日經總統公布其施行法之『公民與政治權利國際公約』第 14 條第 3 項第 7 款亦規定：『不得強迫被告自供或認罪』。然此並非謂，一有違法羈押，其自白即應加以排除，而必須該項自白係『出於』違法羈押之原因，即自白係因違法羈押所致，其間具有因果關係者，始有上開法條之適用。…」因此，最高法院撤銷原判決並發回原高分院，此判決作成係在兩項人權公約施行法正式實施

¹⁰⁸ 參見最高行政法院 88 年度判字第 4309 號判決、最高行政法院 92 年度判字第 1535 號判決、最高行政法院 94 年度判字第 1180 號判決、最高行政法院 96 年度裁字第 1653 號判決、最高行政法院 96 年度裁字第 1974 號判決、最高行政法院 96 年度裁字第 1979 號判決、最高行政法院 97 年度裁字第 1370 號判決、最高行政法院 97 年度裁字第 5334 號判決。

前，因此，依據兩項人權公約所為之判決，似乎有因為該法未施行而有違法之疑慮¹⁰⁹，然事實上因我國對條約之國內法化採取併入說之方式，故當我國依憲法、條約及協定處理準則所完成之批准程序後，兩項人權公約規範即已成為我國法之一部，並具直接適用性而得為法院判決之依據，故前揭判決並無適用法律上違法之疑慮，精確而言，該項判決理由可直接陳述：「依據我國所批准之公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 7 款規定...」而不需援引當時尚未施行之兩項人權公約施行法。因此，基於兩項人權公約被國內法化後在我國法律體系所生之直接適用性，法院在判決中除非有必要援引兩項人權公約施行法特定條文，否則對兩公約條文之適用已無須以該施行法第 2 條為前提再援引相關之公約條文。

另外，在兩項人權公約施行法正式實施後，於最高法院及最高行政法院援引兩項人權公約裁判中，先提及施行法第 2 條兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力規定後，再主張特定之公約條文作為論述之依據者共有 22 件。然在我國採取併入說作為國際條約國內法化的方式下，完成條約批准程序後，該條約即據國內法效力，故前述施行法第 2 條及特定條約條款之結合主張可省略，而直接主張特定兩項人權公約條文。

（三）依據兩項人權公約之直接效力與新權利

最高法院 99 年台抗字第 533 號刑事裁定，係因受強盜殺人判處死刑定讞之受刑人，其抗告意旨將公民與政治權利國際公約第 6 條第 4 項聲請減刑（減輕死刑之宣判）結合減刑條例之解釋提出主張：「依公民與政治權利國際公約第 6 條第 4 項規定：『受死刑宣告者，有請求特赦或減刑之權。一切判處死刑之案件均得邀大赦、特赦或減刑。』又我國公民與政治權利公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條規定：『兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。』是上開公民與政治權利國際公約第 6 條第 4 項死刑減刑之規定，已有國內法律之效力，無須再經立法院制定法律即可予以適用，又依中華民國 96 年罪犯減刑條例第八條規定，有關減刑係由最後審理事實之法院以裁定為之，足證減刑係司法機關之職權，原裁定認死刑減刑問題尚有爭議，而非法院所得擅代，實屬誤解，原裁定自有違誤等語。」此案抗告人將兩項人權

¹⁰⁹ 有論者將此稱之為「美麗的錯誤」，參見 廖宗聖，公民與政治權利國際公約在我國的效力——以最高及高等法院刑事裁判為研究中心，中華國際法與超國際法評論，7 卷 1 期，頁 75-127（2011 年）。

公約結合國內法之詮釋，相較其他案件之主張，其論證較為完整。

此裁定就適用兩項人權公約所具高度價值，在最高法院認可「大赦、特赦及減刑請求權」(right to seek pardon)，可基於公民與政治權利國際公約主張，且此權利在我國實定法未曾規定¹¹⁰。此係基於本公約第 6 條第 4 項之內容已清楚、明確而且不需進一步立法以實施，故應認為具直接效力，而對人民創設權利。惟本權利之本質係一程序上之請求權，國家機關並非因此權利之主張負有實現主張內涵之義務，並保有裁量之權力，亦即是否實現此請求仍須依相關國內法規定¹¹¹，但對本權利之理解仍應注意不應倒果為因，以其欠缺前述相關國內法規而否定此程序上請求權未被實現。

對於抗告人之主張，最高法院認為「關於死刑之減行，尚未經我國立法。...受死刑宣告確定之被告得否請求依上開公約減刑，乃立法機關依公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 8 條規定應如何對應辦理之問題，抗告人執抗告意旨貳所載為由，指摘原裁定上開部分違法，應為無理由，予以駁回。」另外，「關於原裁定駁回抗告人以自首、投案為由聲請減刑、聲請法院促使公民與政治權利國際公約之實現、聲請向執行機關為暫緩執行刑罰等部分：原裁定於理由欄說明自首已為原確定判決所不採，又法律並無於判決確定後，得以投案或坦承犯行為由另行予以減刑之規定；...」但最高法院卻認為「至於如何促進公民與政治權利國際公約之實現，非屬法院之職權；...」另因刑事訴訟法並無由法院轉告執行機關暫緩執行刑罰之規定，以抗告人聲請於法無據，應認為無理由，予以駁回。

另外在最高行政法院 100 年度裁字第 1535 號裁定中，經最高法院在 95 年判決死刑定讞之抗告人，亦基於公民與政治權利國際公約第 6 條第 4 項主張對死刑犯之赦免請求權。最高行政法院雖然對於抗告人廢棄原裁定之請求認為無理由而予以駁回，但亦是在接受死刑犯之赦免請求權前提下，認為赦免之考量與決定係屬總統之職權，屬高權行為而非最高行政法院審判權之範圍。

作為司法機關之一部，最高法院及最高行政法院固然無法僭越立法機關之職權以

¹¹⁰ 雖然我國有赦免法，但本法對於大赦、特赦、減刑、復權之決定性質上屬高權行為，並非人民可請求之權利，僅規定上述決定之程序及法律效果。

¹¹¹ 此係人權事務委員會在 Kennedy v Trinidad and Tobago 案對此條款所為之詮釋，參見 SARAH JOSEPH, JENNY SCHULTZ & MELISSA CASTAN, THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CASES, MATERIALS AND COMMENTARY 174 (2nd ed. 2004)

及總統在憲法第 40 條下的特赦、大赦及減刑權，但在此二案件中對抗告人在本案之請求，亦僅能在肯定公約第 6 條第 4 項之請求權下依現行法審視是否得為減刑之決定，就司法機關適用公民與政治權利公約該條款之見解仍足以肯定。唯一美中不足者，係在前案中最高法院做為國家機關之一部，卻在裁定理由表示「促進兩人權公約之實現並非其職權」，此於法律基礎上實難以理解，並且違反兩項人權公約施行法第 4 條。就此項裁定理由，易讓人誤以為最高法院認為因其無法律權限（或無法律依據）實現抗告人請求，卻以促進兩項人權公約實現非其職權之理由作為其職權上障礙，而致生遺憾之感。

（四）兩項人權公約之規範優位性被違反

基於本文第貳章分析，兩項人權公約對於人權保障之規範，在我國國內法體系至少應具有優於一般法律之地位，甚至期待在修憲納入兩項人權公約所規定權利於憲法前，透過大法官會議解釋將尚未成為憲法保障基本權清單的公約權利視為憲法第 22 條之權利，以免造成權利間因法律位階之落差而破壞人權之不可分割性，並避免因此違反兩項人權公約之義務。然而，最高行政法院在 100 年判字第 1813 號案件，對兩項人權公約之規範與其施行法之解釋，似認為其與兩岸人民關係條例相較前者僅屬普通法，而使兩項人權公約之規範位階，產生次於兩岸人民關係條例相關規定之結果。本案上訴人係一位大陸民主異議人士，在民國 96 年自宜蘭偷渡入境後，向我國政府尋求政治庇護及居留。在上訴人主張之一係申請基於政治考量在台灣長期居留，並依據我國國籍法主張具有中華民國國籍，並表示：「依國籍法規定上訴人亦具有中華民國國籍，受中華民國憲法第 12 條入出國及居住遷徙基本權利規定之保障。又立法院 98 年 3 月 31 日三讀通過兩項人權公約施行法，已賦予上開公約之國內法效力，被上訴人以上訴人『未經合法入境』駁回其申請，已違反兩公約施行法第 2 條、第 4 條及第 8 條之規定；另參照『世界人權宣言』、『1951 年難民地位公約』及『中華民國難民法草案』等規定，…」上訴人之主張，係包括公民與政治權利國際公約第 12 條第 4 項所規定，人人有權返回其自身國家之權利，以及世界人權宣言第 14 條之尋求庇護權。對此上訴主張，被上訴人內政部之陳述認為：「基於『特別法優於普通法』之法理，凡係屬兩岸人民之事務，兩岸人民關係條例已有規定者，即應適用該條例之規定。有關大陸地區人民申請在臺灣地區專案長期居留之法定要件，兩岸人民關係條例第 17 條第 8 項已有明文規範，自應優先適用該規定…」而高等行政法院在原審判決

中認為，兩岸關係基於憲法增修條文第 11 條之規定為最高之規範基礎，並經司法院大法官會議釋字第 475 號、第 497 號及第 618 號解釋在案，又「公民與政治權利國際公約第 12 條規定遷徙往來及擇居之自由，依其文義限於合法居留之人及締約國之『本國人』」。惟目前兩岸分治，為因應現況，憲法增修條文第 11 條及兩岸人民關係條例將兩岸人民為差別處理，有如前述，準此，大陸地區人民在進入臺灣地區方面，尚非屬上開公約所指之本國人；且兩公約施行法僅具有國內法相同之效力，然依特別法優於普通法之法理，凡屬兩岸人民之事務，兩岸人民關係條例已有明文規定者，即應優先適用該規定，故被上訴人依該條例對於大陸人民申請在臺灣居留之審查，並無違反公民與政治權利國際公約之規定。」高等行政法院亦採納被上訴人內政部之觀點，認為兩項人權公約施行法係普通法，就兩岸事務應優先適用具特別法地位之兩岸關係條例，就此亦難謂有違反兩項人權公約規定。

最高行政法院判決理由完全無回應上訴人基於公民與政治權利國際公約及世界人權宣言之主張，僅依兩岸人民關係條例第 17 條第 4 項及大陸人民入臺許可辦法第 19 條之分析認為被上訴人（內政部）給予上訴人之專案許可停留處分屬附負擔之受益處分性質，故被上訴人認為上訴人長期居留申請係違法，乃適用法律不當，而准許上訴人廢棄之請求。最高法院在其理由中，雖未對高等行政法院關於兩公約次於兩岸條例特別法之論述進行說明，亦未對上訴人基於公民與政治權利公約、世界人權宣言及其他國際人權文件為基礎之主張為回應，僅直接據相關國內法作成判決。依據行政訴訟法第 242 條所規定，上訴最高行政法院應以前審判決違背法令為理由，且同法第 251 條第 2 項對於高等行政法院判決有無違背法令，不受上訴理由拘束應予調查。但作為職司法律審之最高行政法院在本案對於前審關於相關國內法與兩項人權公約規範之位階及適用正確性完全未予探究，似乎認為前審判決之理由就此問題並無法律上錯誤，倘若如此則無疑地間接做出兩項人權公約之權利保障規範位階次於兩岸人民關係條例之實踐，而造成與前述公約規範意旨相牴觸之結果。雖然結果上，我國相關主管機關對本案上訴人由專案方式給予臨時居留許可，但相關主管機關並未接受本案當事人政治庇護之申請。在兩岸人民關係條例下，上訴人無法被視為本國人而主張公民與政治權利國際公約第 12 條第 4 項進入其本國之權利，以及享有其他國民所享受在兩項人權公約下的每項權利，亦無法以非本國籍人身分（此包括外國人及無國籍人）主張世界人權宣言第 14 條尋求庇護權，而基於非本國籍人身分得主張該公約第 13

條之權利亦有可能受到限制，凡此種種結果亦有違公民與政治權利國際公約第 26 條以及兩項人權公約之共同第 2 條的規範精神。

最後，另有將兩項人權公約認識錯誤之案例實踐值得注意，如最高法院 99 年度台抗字第 533 號刑事裁定，將公民與政治權利國際公約作為是否為刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款所規定得申請再審理由的「證據」進行探討，而最終則認為該公約並非新證據。蓋批准並實施兩項人權公約後，公約規範因國內法化而屬國內法之一部，應為法源之一，但此裁定卻將公約視為證據素材而探討，實為相當特殊之舉！

三、關於條約解釋方法之使用

兩項人權公約施行法第 3 條規定，適用兩公約規定，應參照兩項人權公約之立法意旨及兩公約人權事務委員會對兩公約規定之解釋，因為兩項人權公約之委員會具有對公約權利提出解釋之權，並已累積許多適用上的解釋案件及文獻，對初步開始實踐兩項人權公約之我國政府機關，特別是司法機關來說，更應以此方式對兩項人權公約進行解釋，俾利正確探求各項公約所規定自由及權利之內涵與國家對此之義務內涵，使我國能完全善意履行條約義務。

對於兩項人權公約之解釋除了依該施行法第 3 條規定外，依據本文第肆章所探討，國內法院對國際條約之解釋除了依一致性解釋原則使國內法與條約意旨一致外，更應依據 1969 年維也納條約法公約第 31 條及第 32 條之條約解釋通則釐清條約規範內涵。雖然此項解釋通則未被兩項人權公約施行法第 3 條所提及，但由於此通則已具習慣國際法地位並受到國際性法庭、聯合國及其附屬組織、國際法實務及學界所認可，故當我國國內法院審理涉及兩項人權公約之案件時，為落實兩項人權公約施行法第 4 條，並確保公約規範目的之實現，除該施行法第 3 條規定之解釋方法外，更應使用維也納條約法公約所揭示的解釋通則為之。

就採取一致性解釋之裁判，較明顯者係 101 年 8 月 3 日由最高法院所做成的 101 年度台上字第 4028 號及 101 年度台上字第 4531 號兩件關於科處死刑之刑事判決，當時刑事訴訟法第 289 條第 3 項規定：「依前二項辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會」，但本項擬修正為「前項辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬就科刑範圍表示意見之機會」，在本修正條文未完成前，最高法院在此二件判決中，基於公民與政治權利國際公約第 6

條第 1 項規定：「人人皆有天賦之生命權，任何人不得無理剝奪。」之規範精神，在考量到死刑執行之不可回復性下，在前述刑事訴訟法未完成修法成為有效法前，基於公約對生命權保障之意旨，對現行刑事訴訟法之規定以符合公約對生命權保障規範一致之方向，解釋現行相關條文後認為，「審判長基於訴訟指揮權之行使，自非不可曉諭檢、辯雙方就所調查與量刑範圍有關之被告科刑資料（刑事訴訟法第 288 條第 4 項）等事項互為辯論，再由合議庭綜合全辯論意旨並斟酌被害人家屬之意見，選擇最為妥當之宣告刑，以示公平法院之不存有任何主見，期臻罰當其罪，並補現行法律規定之不足。」此二件判決除了為直接使用一致性解釋之實踐外，亦有間接呈現兩項人權公約就相關與之不一致國內法規定之優先適用效果，而為更具體實現公民與政治權利國際公約對生命權保障義務之實踐。

但在我國批准兩項人權公約或施行法正式施行後，最高法院及最高行政法院於涉及兩項人權公約之裁判中，尚未有當事人或法院以維也納條約法公約所揭示之條約解釋通則對相關公約條款所規定之權利內涵進行釐清與詮釋，絕大多數兩項人權公約中權利之主張，都僅單純地依國內法律規定主張後附帶提出該權利被違反之主張，卻無進一步釐清該權利內涵及國家對此權利之相對義務內涵，並將此涵攝入本案系爭事實及相關系爭國內法法律關係而提出完整主張。

依據兩項人權公約施行法第 3 條在解釋兩項公約時參照兩項人權公約人權委員會所作成之一般意見書，目前僅有 2 件最高行政法院裁判。第一件係最高行政法院 101 年度裁字第 331 號裁定，本案上訴人經最高法院判決違反公職人員選罷法確定，並宣告褫奪公權，故被內政部被解除議員職務後提起救濟，上訴人不服高等行政法院判決而提出上訴，認為其被褫奪公權期間完成後，原本之職務不應完全喪失而應予以回復，並主張公民與政治權利國際公約第 25 條第 3 項下公民之在一般平等條件下，參加本國公務之權利，並輔以人權事務委員會第 25 號一般意見書第 4 段所說明：「對行使第 25 條保護的權利所規定之任何條件應以客觀和合理標準為基礎。...不得中止或排除公民對這些權利的行使，除非基於法律規定並屬於客觀和合理的理由。...」對此主張，最高行政法院分析選罷法第 74 條第 2 項及第 120 條第 1 項第 3 款相關規定後，認為並無上訴人所主張違反系爭公民與政治權利公約第 25 條第 3 項及第 25 號一般意見書之意旨，亦無違反釋字第 42 號及前述選罷法規定，因而判決駁回。

第二案係最高行政法院 102 年判字第 70 號，本案上訴人基於經社文權利公約第

11 條所保障之用水權提出主張「...(十)原處分除係基於不完整、不正確資訊作成，未評估法定應評估項目，違反開發行為環境影響評估作業準則第 28 條及 95 年版開發行為環境影響評估作業準則第 6 條第 1 項附件三附表八，而有得撤銷之瑕疵外，更違背基於經社文公約而生的國家義務，以經濟發展項目為由，侵奪農民受水利法第 18 條與公約所保障之優先水權。故原處分違背經社文公約所課予之國家義務，基於兩公約施行法第 2、3 條，實已違背內國法律之強行規定，有嚴重之違法瑕疵，而應予撤銷等語，求為判決撤銷訴願決定及原處分。」高等行政法院審酌全辯論意旨及證據調查結果後認為：「末查本件原處分調度農業用水，乃在供水誤差率範圍內，且未影響農業用水優先使用權。經社文公約主要是保障發展中之國家，另外在水權規範之內容中，主要是針對個人供水及質量而言，至於農業用水方面，乃特別規定優先保障邊緣化（包括婦女）農民（disadvantaged and marginalized famers, including women farmers）有公平獲取（農業）水之權利（equitable access to water）等，最終目的希望保障生命權及人的尊嚴。然查我國已經接近已開發國家，並無人民因國家未提供供水義務而生命或尊嚴無法維持之情形；我國農民因機械化及大量使用肥料等農業科技，因此全年均專營農業，且主要以之營生的人口占全部人口比例極少，且各地均設有農田水利會調度分配農業用水權，顯與經濟社會文化權利國際公約之針對性並不相符。」針對前審法院將經社文權利公約所保障之權利認為是「第三世界國家」所享有，我國已近已開發國家故不適用經社文權利公約所保障用水權之規範，上訴人提出之上訴主張認為：「我國並非第三世界國家，不適用經社文公約保障水權相關規定，顯與國際人權之普世價值相違，足證原處分係基於違法、不正確且不充分之資訊作成，上訴人之主張與舉證何以不足採，原判決並未說明，逕為相反之認定，已屬判決不備理由並有違證據法則與經驗法則；且原判決消極未適用環評法第 6 條第 2 項第 6 款、開發行為環境影響評估作業準則第 6 條第 1 項及第 28 條、水利法第 18 條及第 20 條、彰化縣農田水利會組織章程第 46 條第 2 項、司法院釋字第 628 號解釋及經社文公約第 15 條一般性意見，嚴重違背法令，應予廢棄。」高等行政法院對經社文權利公約之認識為，該公約屬於「第三世界國家」所適用之權利。此認識實屬顯著錯誤之理解，倘若如此的話已開發國家即不須締結此公約，而且此解釋亦與人權之普世性及不可分割性有違。上訴人在上訴理由對前審法院錯誤理解經社文權利公約本身之適用對象及用水權的論述，依兩項人權公約施行法第 3 條輔以詮釋用水權的經社文權利委員會第 15 號

一般意見書說明，對本公約及用水權性質為正確的解釋與主張，但最高行政法院雖對本案發回更審，但對此上訴人主張及前審此錯誤理解該公約之裁判理由卻完全未予回應。

最高法院及最高行政法院近年間所涉及兩項人權公約之案件中，當事人及法院使用國際法中條約解釋通則或輔以兩項人權公約委員會一般意見書以釐清相關公約權利及法律關係之實踐極少，一方面應與我國司法實務案件適用國際條約及協定之機會不多，再加上我國法學教育主要著重國內法之學習，對國際法基礎理論探索之內容較為初步，更遑論條約法論之內涵，故當事人及法院對條約之主張多僅單純援引條文，而未依條約解釋通則探究系爭條約規定及規定權利內涵。欠缺對兩項人權公約完整且正確解釋下的權利主張，法院對該權利之規範內涵欠缺瞭解下不易對其產生應予適用的心證，因此較易做出對人民不利之決定。故對兩項人權公約條文基於完整的詮釋所提出的主張，對公約規範目的之實現及我國人權保障，有助於產生實質的提升。

柒、結論

在第二次世界大戰後，國家間已肯認人權保障已非單純的國內事務，而具有國際關切，並且致力於國際人權標準之制定與實施。兩項國際人權公約不僅已被國際社會稱為「國際人權法典」(International Bill of Human Rights)，其規定之權利及自由已為各國公認係對人權保障之最低標準。我國批准兩項人權公約並制定兩項人權公約施行法之行為，受到國際及國內實務及學界相當大的關注與討論。我國因為無聯合國會員國身分，對聯合國祕書處遞交兩項人權公約批准書的動作亦被拒絕，因此引發兩項國際人權公約對我國未產生國際法拘束力之疑慮，但從國際條約法中國家片面對條約表示願意遵守之意思表示亦能使該條約對國家產生拘束力之實踐觀之，此項疑慮應可被化解。為實踐兩項人權公約規範義務，我國不僅在 2012 年 4 月依公約規定提出初次國家人權報告，並邀請國際人權學者專家對我國之初次國家人權報告在 102 年 2 月 25 日至 28 日舉行首次國際審查，更將我國初次國家人權報告廣泛提供給世界各國、聯合國相關組織及國際人權團體參考，以讓世界看見我國雖被排除於聯合國人權體系外，我國政府仍不斷促進及保障人權與參與國際人權事務的決心¹¹²。

¹¹² 中華民國(2012 年 4 月)，《作為簽約國報告組成部分的核心文件》，臺灣台北，頁 VIII。

國家批准國際人權公約之意義，除了對國際社會公開承諾願履行公約所規定之人權保障義務，更在確認人民在國內應享有公約所保障的人權。故除提出國家人權報告外，我國政府以善意原則實質地落實兩項人權公約所規定的人權保障義務，應是更重要且務實的任務。而且也是因為我國與兩項人權公約之其他締約國不同，並未直接受聯合國之人權機構之監督或參與其他國際性人權法庭，故積極落實兩項人權公約之義務更形重要。

根據本研究，在批准兩項人權公約後至今三年多間的最高法院及最高行政法院裁判中，兩項人權公約被當事人或法院主張或援引的次數相較過去有顯著提升，共有 104 件裁判，在這些裁判所援引的公約條文中，以援引公民與政治權利國際公約次數占絕大多數。但最高法院及最高行政法院對兩項人權公約之解釋及適用亦呈現顯著的陌生感，例如對於公約條文之援引未輔以適當的條約解釋通則以釐清公約權利之規範內涵，在遇有與相關國內法相衝突可能時亦未採取一致性解釋或者對當事人所基於兩項人權公約及其他國內法所提出之主張，法院多為對人權公約部分之主張理由回應，而僅對國內法主張部分回應，或以對國內法規定之分析作成判決。在未對兩項人權公約條文內容依解釋通則釐清下，自然較可能忽略某些條款之自動履行效力(直接效力)，而對於相關權利怠於實現，而未採取一致性解釋則易造成怠於履行公約義務之結果。在此解釋不足之狀況下，遑論對不具自動履行效力之公約條款，在實施一致性解釋時，使之在解釋相關國內法規定時作為重要參考素材。就目前所出現之 104 件裁判中，尚未出現系爭主張涉及相關國內法規定與兩項人權公約條文相牴觸或位階衝突之案例，除了最高行政法院 100 年判字第 1813 號似乎呈現兩岸人民關係條例相較於兩項人權公約規範為特別法外。基於憲法增修條文第 11 條所制定的兩岸人民關係條例，對人權之享有給予差別待遇，在我國實踐上已有不少案例¹¹³，在未來可能成為我國違反兩項人權公約之地雷區。綜合上述，我國批准兩項人權公約之實踐，就最高法院及最高行政法院之實踐觀之，雖在量上有顯著之發展，但在解釋及適用兩項人權公約之質的面向觀察，仍大有提升空間。

我國在國際社會之地位及處境相當特殊，但我國仍積極努力已融入國際社會並期

¹¹³ 例如大法官會議解釋第 618 號認為，對於原本持有中華人民共和國國籍之人取得我國國籍後在應考服公職權（公民與政治權利國際公約第 25 條之參政權），基於兩岸人民關係條例所為之限制，並不違憲。

待能與在國際社會與其他國家在具備相同國家屬性(statehood)下展開更實質的互動關係。因此對於規範國際社會最低人權標準之兩項國際人權公約義務的履行，不僅深刻關係到我國人民人權保障是否能實質提升，我國對兩項人權公約義務之實踐程度，更關切到我國是否被國際社會認為係一個有能力承擔並履行國際法義務之主體，亦是被國際社會接納的重要入門票。

參考文獻

（一）中文部分

- 丘宏達（1995），現代國際法，台北：三民。
- 吳 庚（2004），憲法的解釋與適用，第三版，台北：三民書局。
- 姜皇池（2008），國際公法導論，修訂二版，台北：新學林。
- 陳治世（1992），條約法公約析論，臺北：臺灣學生書局。
- 陳清雲（2007），立法院對條約案之議決，法學叢刊，207 期，頁 117-154。
- 張文貞（2009），國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後，收於：王世榕、徐揮彥、張文貞、陳怡凱、郭書琴、謝靜慧、陳耀祥（著），台灣法學會主編，台灣法學新課題（八），頁 1-26，台北市：臺灣法學會。
- 張文貞（2007），跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院與內國法院關係初探，月旦法學雜誌，151 期，頁 57-70。
- 鄧衍森（2010），從國際法論人權的保障與實踐，全國律師，14 卷第 3 期，頁 13-22。
- 鄧衍森（2010），人權保障的規範理論：序曲，臺灣法學雜誌，166 期，頁 123-130。
- 鄧衍森（2010），〈「兩公約」內國法化後相關題之探討〉，發表於：《第 65 屆司法節學術研討會》。司法院、法務部（主辦），政治大學公共行政及企業管理教育中心國際會議廳 7 樓。
- 廖宗聖（2011），公民與政治權利國際公約在我國的效力：以最高及高等法院刑事裁判為研究中心，中華國際法與超國際法評論，7 卷 1 期，頁 75-127。
- 廖福特（2009），批准聯合國兩個人權公約及制訂施行法之評論，月旦法學雜誌，174 期，頁 223-229。

廖福特 (2010), 法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約, 臺灣法學雜誌, 163 期, 頁 45-65。

廖福特 (2011), 法院應否及如何適用經濟社會文化權利國際公約, 臺灣人權學刊, 1 卷 1 期, 頁 3-29。

(二) 英文部分

Benedetto Conforti. 1997. National Courts and the International Law of Human Rights. Pp. 3-14 in *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, edited by Benedetto Conforti and Francesco Francioni. Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

Olivier Corten and Pierre Klein eds. 2011. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: a commentary, vol. I*. Oxford: Oxford University Press.

Martin Dixon. 2007 *Textbook on International Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press.

Jochen A. Frowein. 1987. Federal Republic of Germany. pp. 63-86. in *The Effect of Treaties in Domestic Law*, edited by Francis G. Jacobs and Shelly Roberts . London: Sweet & Maxwell.

Richard Gardiner. 2008. *Treaty Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.

David Harris. 2010. *Cases and Materials on International Law*. 7th ed. London: Sweet & Maxwell.

R. Higgins. 1987. United Kingdom. p. 137-139. in *The Effect of Treaties in Domestic Law* .edited by Francis G. Jacobs and Shelly Roberts .London: Sweet & Maxwell.

Francesco Francioni. 2001 International Law as a Common Language for National Courts, *Texas International Law Journal*, 36: 587-598.

Rosalyn Higgins. 1997. The Role of Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights: The United Kingdom. pp.37-58 in *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, edited by Benedetto Conforti and Francesco Francioni . Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

Yuji Iwasawa.1997. International Human Rights Adjudication in Japan. pp. 223-294. in *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, edited by Benedetto

- Conforti and Francesco Francioni .Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
- Francis G. Jacobs and Shelley Roberts eds.1987. *The Effect of Treaties in Domestic Law*. xxix .London: Sweet & Maxwell.
- John H. Jackson. 1987. United States of America. pp. 141-171. in *The Effect of Treaties in Domestic Law*, edited by Francis G. Jacobs and Shelly Roberts. London: Sweet & Maxwell.
- Robert Jennings and Arthur Watts . 2008. *Oppenheim's International Law*.9th ed. Oxford: Oxford University Press.
- Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan. 2004. *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- H. Lauterpacht. 1949. Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties, *BYIL* 26: 48-84.
- Peter Malanczuk. 1997. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th rev. ed. New York: Routledge.
- Lord McNair. 1961 *The Law of Treaties* New York: Oxford University Press.
- André Nollkaemper. 2012. *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- C. H. Schreuer. 1971 The Interpretation of Treaties by Domestic Courts. *BYIL* 45: 255-301.
- Yuval Shany. 2006. How Supreme is the Supreme Law of the Land? Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts, *Brooklyn Journal of International Law* 31: 341-404.
- Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Markus Zöckler and Rudof Geiger. 1997. The Role of German Courts in the Enforcement of International Human Rights. pp. 71-110. in *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, edited by Benedetto Conforti and Francesco Francioni. Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
- Henry J. Steiner, Philip Alston and Ryan Goodman. 2007. *International Human Rights in*

Context. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press.

Ian Sinclair. 1984. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. 2nd ed. Manchester: Manchester University Press.

第 68 屆司法節學術研討會

第二場會議紀錄

時 間：102 年 1 月 11 日(星期五)下午 1 時 30 分

地 點：集思交通部國際會議中心

主持人：陳常務次長明堂

主講人：徐副教授揮彥

與談人：林所長輝煌、廖副研究員福特、張副教授文貞

一、主持人致詞

法務部陳常務次長明堂：

報告人徐老師、與談人廖老師、林所長、張老師、各位院檢同仁，各位女士、各位先生，大家午安！

下午場次是由法務部主辦，法務部在民國 97 年底由行政院研考會將人權業務交給法務部，法務部從 98 年初在經費及人力有限下，必須將人權業務推展至全國，秉持著總統及行政院之指示，於 98 年 4 月 22 日總統公布兩公約施行法，並於同年 5 月 14 日批准兩公約，行政院將兩公約施行法訂於 98 年 12 月 10 日施行，總統府於 99 年 12 月 10 日成立總統府人權諮詢委員會。法務部除了負責舉辦研討會、說明會等一般性業務之外，於民國 101 年總統府人權諮詢委員會公布中華民國第一部符合聯合國標準的國家人權報告。法務部，尤其法制司的同仁，邀集各界的專家學者，包括在座的廖福特老師、蘇友辰律師，在法務部真的是沒經費沒人力之情況下，在半年多的時間內整理各部會所提報來的資料，在 101 年 4 月 20 日公布第一部符合聯合國標準的國家人權報告書（中文版），在 101 年 12 月 18 日舉行英文版的國家人權報告書發表記者會。除此兩項人權公約之外，我國也在 101 年 1 月 1 日施行消除對婦女一切形式歧視公約施行法，所以人權是與時俱進的。依兩公約施行法第 2 條，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力，同時適用兩公約規定，要參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會的解釋，因此在適用上不是只看條文，截一段或截全段，各取所需的來適用，在法官、檢察官辦理之業務範圍內，對於兩公約的真諦，應該也做

一番深切的體認。

法務部也在 101 年底將聯合國人權事務委員會所公布兩公約一般性意見簡體中文，校正為正體中文版，並在 101 年 12 月公布，未來各位法官、檢察官同仁在適用上，也不妨多參考該一般性意見，將來法務部可能再繼續蒐集相關的判決，提供各界做為參考。今天謝謝徐揮彥老師，他是東吳大學博士，現在在東華大學任職；與談人林所長，他是杜克大學博士；廖福特老師，法務部也非常感謝他，自從開始辦理人權業務就請廖老師幫忙，包括第一次寫的研究報告，他是牛津大學博士，現在在中研院任職；張文貞老師，是耶魯大學博士，目前是台灣大學副教授，希望透過這場研討會，彼此集思廣義，互相切磋，現在請徐老師先進行報告。

二、研討會內容

報告人徐副教授揮彥：

非常謝謝陳次長的介紹，今天與談人林所長、廖老師、張老師，以及各位與會的實務界與學界的先進大家午安！

非常感謝法務部的邀請，能在今天這個對司法界、法務界來講，非常重要的司法節研討會來向各位先進共同來探討兩公約，或者是說我們準備要去實踐，進一步落實，積極落實國際人權公約的問題，這份文章還有許多值得再進一步提升或改進之處，文章內難免會有一些小小的謬誤，還請各位先進多多包涵，不吝指正。

先向各位先進報告，最初法務部所訂的題目是「臺灣的法官及檢察官應如何積極適用已內國法化的核心國際人權條約」，當然這不僅是法務部所應該重視的，還包括司法院及整個法律學界都應該積極讓兩項人權公約的規範進一步落實。其實在聯合國的人權文件中有非常多資料，如果根據聯合國已出版的人權條約或文件彙編，已經有 90 幾份，在國際人權法當中，有國際人權法典之稱的，就是以世界人權宣言，再加經濟社會文化權利國際公約（下稱經社文公約）與公民與政治權利國際公約（下稱公政公約），所以事實上，國際人權條約非常多，在聯合國人權事務高級專員的辦公室當中，就所謂的核心人權條約已經有一個明確的界定。目前根據聯合國人權事務高級專員辦公室所整理出來，當今在國際間堪稱為核心人權公約共有 9 項。對中華民國來講，我們有簽署且批准的是前面 4 份。包括消除一切形式種族歧視公約是在 1970 年我國還有聯合國會籍身分的時候，所簽署批准；另外，在近年間，也就是 2009 年到

2011 年，分別完成批准，並制定施行法的這 3 份人權公約，分別是公政公約、經社文公約及消除對婦女一切形式歧視公約(下稱 CEDAW)。其他還有 5 份人權公約，分別是禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約、兒童權利公約、保護所有遷徙勞工及其家庭成員權利國際公約、保護所有人免遭強迫失蹤國際公約及保護身心障礙者權利公約。這 5 份公約我們尚未簽署，當然也還沒有辦法積極去實踐。但我個人認為，根據我國對公政公約、經社文公約及 CEDAW 的實施方式，我認為其他 5 份人權文件，理論上亦可按照相同的方式來參與，或是以我們的方式來片面的聲明、遵守，對我國產生國際法上的拘束力，進一步轉換成國內法。

核心人權公約非常多，若以我國有簽署且批准的這 4 份文件而言，我請助理在實務案件檢索系統中搜尋，雖然我們現已簽署批准了這 4 份文件，但在實務界的見解、實務裁判中，有出現的就只有公政公約及經社文公約，也就是兩人權公約。所以我稍事將這題目修改為，以兩人權公約為中心，聚焦在最高法院以及最高行政法院的裁判如何解釋適用為中心，這樣可能對於未來如何進一步落實，會有一個比較明確的聚焦。

我的研究目的簡單來說，就是去探討以兩人權公約為核心，理論上，在兩人權公約之實踐下，在 CEDAW 亦可適用，消除一切形式種族歧視公約的國內實踐來講，也是相同的實踐方式。只是目前的實踐，實務裁判見解，在最高法院、最高行政法院，都是以兩人權公約為主，所以透過兩人權公約實務裁判見解為主要研究對象，探討兩人權公約在我國國內法化所面臨的一些問題；以及國內法化後，在我國法律地位、效力、位階如何？以及第三國正確的解釋適用；以及現在實務裁判解釋怎麼適用兩項人權公約，並且提出一些建議及參考意見。

首先，就總論、理論部分向各位先進報告的是，國際法與國內法律制度之間的關係，著重在我國的實踐及規範，以及國際法國內法化之理論與實踐，附帶說明，有人稱內國法化、國內法化，事實上，在概念上、效果上沒有差別，只是用語上的些許差異而已，在理論上不會有差異。

第三，國內法院對於兩項人權公約實踐的關係，以及國內法院如何解釋、適用國際人權條約，特別是國際人權公約的部分。當然兩人權公約的締約國非常多，以 ICCPR 公政公約為例，已有 167 個締約國；經社文公約亦有 160 個締約國，包含批准，因為締約國非常多，在有限時間當中，挑幾個國家來探討該國的法院如何解釋、適用兩人權公約。

本研究案例的蒐集範圍是從我國批准之後到 101 年 11 月，發現最高法院及最高行政法院有適用兩人權公約的裁判共有 93 個，就這 93 個案件之適用狀況進行探討及結論。

總論上，在探討國際人權規範，或國際法與國內法之關係，有一些層級問題須釐清。雖然在第 65 屆司法節研討會中，也是以兩人權公約的國內法化為主題，在該研討會中有相當多重要文章發表，但我發現，不管是實務界或學界，對於國際人權公約，或是整體來講，條約國內法化後要如何看待，見解還是相當分歧。所以在這部分我做一些釐清，換言之，就我國的憲政制度而言，國際法與國內法之關係如何？以及我國如何將國際法法源，轉換進來我們國內法？在我國憲法中，事實上未有明文規定，包括我國國內法制度與國際法制度之間關係是一元論或二元論？或我們是以什麼方式併入或轉換的方式？憲法均無明文，只能透過相關條款來探究。當然我們知道，在憲法當中，與條約有關係的條款就是憲法第 38 條，總統有締約權、憲法第 58 條第 2 項、第 63 條及憲法第 141 條等規範。

另外，非常值得重視的是，司法院大法官會議解釋第 329 號，釐清哪些國際文件必須送立法院審議。釋字第 329 號有提及，經立法院議決後之條約，有國內法律地位和效力；但在學界上，還是有爭論，認為這法律，是指抽象的法律？還是指立法院所通過的狹義的法律？這當然還有一些分歧見解。

回到我國的規定，目前根據法務部研究的見解，法務部認為我們是一元論國家，但我認為一、二元論非重點，重點是我們如何實施國際法的法源。國際法的法源相當多，今天文章報告是針對國際人權條約、公約。針對條約這項法源，若回到上述條文，及釋字第 329 號解釋之精神，以及目前我國在國際社會之處境和狀況來看，目前的確採取併入說。針對條約這項法源，採取併入說對我國而言，較能將國際人權條約國內法化。按憲法第 38 條，以及批准的兩人權公約、CEDAW 之作法，我認為的確是比較傾向併入說。所謂併入說，就是只要國家完成批准程序，就系爭批准的條約就成為我國法一部分；但是有些國家採取轉換說，轉換說是除簽署、批准外，立法機關或國會的轉換行為，英國就採取這種實踐。

以我國而言，至少就兩人權公約、CEDAW 之作法，目前採取併入說。亦即經過立法院議決，這是國內批准程序，及總統依照憲法第 38 條締約權之行使，國際批准行為，系爭國際法即成為我國法的一部分。又憲法第 141 條，我國外交應本於尊重條

約之精神來詮釋，我國應該是採取併入說，較符合實際需求狀況。另補充說明，有些實務上之見解，或有些文章討論，對於兩人權公約之國內法化，是何時完成？事實上，也是因為我國在國際社會的特殊處境，當初我們也可預見到我國批准書送至聯合國，最後一定沒有被接受，所以我們除國內批准外，另外制定兩人權公約施行法。其目的在兩人權公約施行法立法前言總說明有提到，是為了杜絕爭議。因為一定有人質疑我們的批准書沒辦法送到聯合國，這兩項公約對我們根本未產生拘束力，所以進一步透過兩人權公約施行法，來宣示、說明及規定，依兩公約施行法第 2 條規定，兩人權公約之規範具有國內法效力。

但事實上，若從併入說之角度而言，我國只要完成國內及國際批准手續後，這兩項人權公約，已成為我國法之一部分，它已經被國內法化，兩公約施行法第 2 條只是再度確認。且當時施行法及兩人權公約，是分別在立法院以 1 個法律案及 2 個條約案送到立法院，所以當時顯然是採取兩個軌道來處理，國際以及國內；另對於批准書無法被接受這個事實，國際法的實踐對於條約拘束力的產生，除了雙邊、多邊傳統的措施與程序之外，在國際法院已有相當多的判決，例如法國的核子武器試爆諮詢案件。那個案件就是關於法國過去很喜歡在南太平洋進行核子武器試爆，讓澳洲、紐西蘭這些國家相當受不了，提出很多抗議，當然也引起很多其他國家的關切，所以法國總統及外長，都在非常正式的外交國際記者會的場合，宣告法國未來不會在南太平洋進行核子武器試爆。最後，法國仍然忍不住在南太平洋試爆，結果就被澳洲、紐西蘭這兩個國家將此爭議提告到國際法院。國際法院認為，法國當時以正式的方式，以有權機關做出的承諾使其受拘束。例如，總統對外代表該國家那當然沒有問題，又透過外長在外交國際記者會，又在政府公報，如此的宣示行為。在國際法上，這樣的聲明內容已經可以對法國產生拘束力，在國際法上對此稱為「片面的承諾」或「片面的聲明」，國家也會因為這片面的聲明或承諾，產生一定國際法拘束力。

對我國而言，雖然批准書無法被聯合國接受，但依照這個理論及實踐來看，其實我們透過立法院的議決，透過總統的行使締約權的方式，至少這兩份人權公約，在這理論實踐之下，對我國是有產生國際法上拘束力。另外，兩人權公約是以 2 個條約案，及 1 個法律案施行法送至立法院，所以兩人權公約已經成為我國法之一部分，這是可以確定的；另外，在國際法上，它也對我國產生拘束力。這個認知的重要性在於未來對於兩人權公約的解釋，不應該單純被視為國內法，因為我看到非常多的實務見解，

都是從兩人權公約施行法第 2 條作為適用的前提基礎。事實上，沒有兩人權公約施行法，在國際法、國內法的角度來講，都會產生拘束力。因此，對於兩人權公約的解釋和適用，會單純視之為一般的法律來適用。因為，如果視為一般的法律來適用，立法院將來還會有許多法律案被三讀通過，那未來很容易發生新法取代 2009 年三讀通過的兩人權公約施行法。若兩人權公約規範在國內法制度沒有優位性，而被後來的施行法取代掉，甚至將兩人權公約施行法視為普通法，後來又說有其他特別法，我們應該依照特別法優於普通法的原則，來適用其他的國內法規，那兩人權公約規範就絕對沒有可能完整實現，此易導致我國違反公約義務。為了符合我國憲法第 141 條，應該以尊重條約精神來看，所以兩人權公約的規範，在我國第一個確認它是有法律的地位和效力，而且應該有優位性。但我認為應該是法律的位階，因為它是經過立法院議決，還沒有到憲法的位階，但我認為這個法律位階會優於一般的法律，因為在兩人權公約施行法第 8 條提到，在 2 年內，要將國內與之不一致的法令修改或廢止，但 2 年過了之後是不是不用做呢？法務部很多同仁還很累的在做，所以 2 年之規定，基本上理解或詮釋為訓示性條款。換言之，條約義務本身是持續的，不以 2 年為限。根據待會與談人之一，張文貞老師的研究也發現，兩人權公約和其他國際人權條約，或一般的條約，有一個很大的差別在於，兩人權公約居然沒有退出條款。各位如果先前有注意到的話，像委內瑞拉前一陣子發表聲明退出美洲人權公約，美洲人權公約有退出條款，但兩人權公約沒有，所以這一般也是在規範上確立了兩人權公約的優位性與重要性。因此可以向各位先進來確認，兩人權公約的國內法化是在我們完成批准之後，產生國內法的效果；在位階上，它應該被視為優於一般法律的位階，而且既然是優於一般法律位階，換言之，就比較不應該出現有其它的法律，以新法優於舊法的方式來優先適用，否則非常有可能造成兩人權公約義務無法實現的結果。這是初步來向各位先進釐清的。

關於國內法院與兩人權公約之間的關係。首先，我們探討的是，國內法院跟國際人權公約之間實施的關係。在每個國家締結條約的時候，條約生效是拘束整體國家，國家是一個法人，它的整體行為，是透過各個不同的國家機關，不管中央、行政、立法、司法，或者地方機關來共同實施的，所以一般來講，條約生效當然拘束整體國家，即便有些國家是採取聯邦制，也是一樣的狀況。當然，司法機關做為國家機關的一部分，當然會受拘束，而且有義務履行，而它履行的行為、作成的決定，就代表這個國

家履行條約的狀況。所以在兩人權公約施行法第 4 條規定，各級政府機關應該積極的落實兩人權公約，尊重兩人權公約，以及促進它的實現。事實上施行法第 4 條已將維也納條約法公約第 26 條，關於條約必須善意履行的原則，具體的國內法化，所以我認為施行法第 4 條是符合維也納條約法公約第 26 條之精神。

另外，在公政公約及經社交公約各自第 2 條，都是國家義務履行條款，揭示相同的原則，也就是條約是拘束整體國家機關，不管是行政、立法、司法，都必須來履行公約的義務，當然也包括法院。在履行人權公約的時候，其重要的工作，是其他機關沒辦法做到的。第一個，剛才提到條約被批准後，以我國對條約採取併入說的國家來說，它已經成為我國法之一部分。但人權公約的特定條款成為國內法一部分後，不一定能夠成為人民在法院當中的請求權基礎，特別是針對國家重大案件關係的時候，這時候應該進一步確認系爭人權公約條款有沒有直接效力？在美國法上是稱自動履行效力，或自動執行效力；在歐洲是稱直接效力。直接效力是指，系爭條約能夠直接讓人民做為請求權基礎，也就是不用再去主張附帶其他國內法律條文，這就是所謂自動履行效力，或自動執行效力。

根據經社文權利委員會一般性意見書提到，自動履行效力判斷的權責機關不在行政機關，是在司法機關。所以對法院來講，這部分對條約，特別是人權公約來講，它的角色及功能特別重要。所以自動履行效力前提，一定要有直接適用性，也就是有被併入或轉換的方式國內法化，也就是國內法化的條約，才有辦法進行判斷直接效力的資格。那判斷的基準是哪些呢？在學說、實務上有三大標準。第一是有效性，有效性是這個國家國內法的一部分，不管這個國家是採併入說或轉換說，都沒關係；第二，是意圖，指條約、條文的文字已清楚的在它的內容、背景當中，明示或默示的呈現這條約所規定的事項，能在締約國的國內法領域直接實施；第三，完整性，是指條約規定的內容已經足夠清楚及特定，也就是說這條款已非常明確、清楚、不模糊，不會產生其他歧異，它的實施不會再附帶其他條件或附款。就權利理論來講，已經發現這種條款它的明確程度，可以對人民產生一定的正當法律期待，而這個期待，應該是被保護的，因此，能夠產生自動履行效力。所以司法機關，特別是法院，在這就居於一個非常重要的地位，來進行這樣的判斷。

回過頭來，在兩人權公約條款的直接效力存不存在？一般來說，在公政公約會有比較多符合這樣資格的條款，而最大的爭議在於，經社文公約當中的條款有沒有自動

履行效力？因為大部分機關會誤以為經社文公約第 2 條規定，它的義務是漸進式的，因此在漸進式的義務之下，漸進式義務是什麼？經社文公約第 2 條第 1 項規定，國家義務是就國家可得的資源，漸進達到權利的實現，所以有些國家、機關就會以為這個漸進式義務意味著本公約無法律上拘束力，事實上不是如此的。它的目標達成的確是漸進的，但它義務的性質還是立即的。換言之，立即就國內可得的所有資源，能做到多少，就是做到多少，但它義務還是立即的。經社文公約哪些條款有自動履行效力，在經社文權利委員會已分別確認經社文公約第 7 條、第 8 條、第 10 條 3 項、第 13 條第 2 項 a 款、第 13 條第 3 項、第 13 條第 4 項及第 15 條第 3 項等條款有自動執行效力。

接下來，有關國內法院對條約的解釋方法。在國際法中，特別是學習條約法時，其中一個重要的主題，就是條約的解釋。條約的解釋，我們都相當熟悉的就是 1969 年維也納條約法公約第 31 條及第 32 條規定；但要注意到，維也納條約法公約第 31 條及第 32 條關於條約解釋的通則，目前已是習慣國際法，不需要透過國家來簽署、批准維也納條約法公約，也會對國家產生拘束力。也就是對條約的解釋，固然有維也納條約法公約第 31 條及第 32 條的規定，但針對國家在國際間，特別是國際性法院產生依據特定國際法，不管是條約、習慣國際法、或是其他一般法律原則，產生法律問題爭議時，在國際性法庭，彼此主張條約當中權利義務時，的確應該依照維也納條約法公約第 31 條及第 32 條的規定，來釐清條約的內容。

對於國內法院來講，維也納條約法公約第 31 條及第 32 條是個重要的規定可以參考，但是它的意義不一樣。它在國內法的角度，國內法院在解釋、適用條約的時候，不是只有維也納條約法公約第 31 條及第 32 條可以用，它還可以使用其它的解釋方式；那為何在國際性法庭比較堅持用維也納條約法公約第 31 條及第 32 條？是因為要避免國家主權被過度侵犯，所以在國際性法庭，維也納條約法公約第 31 條及第 32 條一定要被嚴格遵守的。回到國內來講，國內法院解釋的靈活性就比較高，這是第一部分先跟各位先進說明的。

有關國內法院對條約的解釋適用，這裡指的還是以兩人權公約為主。對於什麼時候需要解釋條約，一般來講，只要對於相關條約的內文的精神跟內容有疑義時，就可以。解釋的目的，在學說、理論，還有實務上，有 3 個見解，就是客觀說、主觀說和折衷說。所謂客觀說是依照條約的文字，一般文意所呈現出來的法律關係內容；主觀

說是指不是只有文意而已，還要透過文意推敲締約國在締約時，或草擬條約時主觀意圖為何？折衷說是指除了文字和主觀意圖外，還須特別注意條約的規範目的、條約宗旨。在維也納條約法公約第 31 條及第 32 條，比較傾向折衷說。但根據美國一位知名國際法學者 John Jackson 的分析發現，大部分國家的國內法院，在解釋國內法化後的條約時，比較傾向採取客觀說。對於針對條約的文意及國家締約時的意圖，已經不可考；但我們可以推定這意圖一定都具體呈現在約文當中，所以我們只要從約文當中去釐清它的權利義務範圍就好。所以大部分國家的國內法院，對條約解釋採取的論點是客觀說。剛所提的 John Jackson 教授，是美國學者，他發現美國的國內法院，對條約的解釋和其他國家比較不一樣，美國比較傾向於主觀說，也就是美國國內法院在解釋條約時，比較傾向去探究國家在簽署系爭條約的主觀意圖，但還是可以確認，大部分國家對條約解釋的目的，還是傾向採取客觀說。

另外，第二部分要探討一致性解釋。一致性解釋不會發生在國際性法院的，只會發生在國內法院，所以一致性解釋，是大部分國內法院在解釋條約和國內法之間的法律關係及界線時都會用到的。剛和各位先進報告過的，一致性解釋在我國我所蒐集到的資料中，還沒有明確的被使用。什麼是一致性解釋？是指我國國內法最後和國際法、兩人權公約一致？不是的！一致性解釋，基本上是基於國際法義務所產生的，也就是當國內法跟這個國家所批准或承諾所要遵守國際文件的決議方向，有衝突牴觸疑慮時，法院應該就諸多可能的解釋當中，選擇一個解釋的結果會和條約義務不牴觸，這就是所謂的一致性解釋。在一致性解釋之下，讓國內法的適用和條約的義務一致，避免造成一個違約的法律效果。

一致性解釋從我國來看，可從憲法第 141 條，尊重條約的精神來推敲，並且在兩人權公約施行法第 3 條有特別的規定，事實上第 4 條也是一樣的精神，也就是說憲法第 141 條規定，我國的外交應尊重條約，「尊重」這兩個字，我印象中，和「遵守」是兩件事情，但別忽略，我們簽約本來就應該遵守，所以尊重的意思，應該是在遵守的前提下，進一步提升。比如說，對條約的解釋適用和國內法互動時，要盡量讓國內法解釋的結果不會和條約的精神相違背。

另外，兩人權公約施行法第 3 條規定，解釋兩人權公約時，要參照立法目的及兩人權公約委員會的一般性意見解釋。還有施行法第 4 條，也是一樣的精神。第 4 條規定，各級政府機關在施行義務過程中，要盡量促進公約的規範被實現，所以在憲法第

141 條、兩人權公約施行法第 3 條及第 4 條意旨之下，國內法院在解釋相關的國內法有可能與國際法相衝突時，必須採取一致性解釋來調和它。

對於一致性解釋的理論，大家可能比較陌生，事實上，它也可以基於權力分立理論中，尊重立法權的精神來做一個說明。譬如說，條約在我國一定是經過立法院議決，對司法機關來說，就是尊重立法機關的意志及議決精神，所以被立法機關議決通過的條約案，做為國家在國際社會當中應該受遵守的規範來源之一後，法院應該在這樣意旨下，儘量將立法院所批准議決通過的條約與國內法做一致性解釋。對於批准議決機關，在我國是單一國會，是立法院，所以推定在同一個機關下，它所議決出來的法律，儘量也要讓它一致。舉一個例子，最近才剛開始實施的住宅法，大家可能比較陌生，住宅法有很多突破的地方，讓我們人權學者覺得很關切且驚豔的規定就是住宅法第 45 條。住宅法第 45 條規定，居住是基本人權，且不得被歧視。這規定就這樣講完了，前後文並沒有進一步具體提到所謂居住是基本人權它的內涵是什麼？所以這樣一個規定，如果純粹以國內法角度來詮釋，大部分都會理解成訓示性條款，它沒有辦法直接產生法律拘束效果來拘束國家機關；但如果回到一致性解釋的使用，在經社文公約第 11 條規定適當住房權，在適當住房權的權利規範下，經社文權利委員會也分別做成兩份一般意見書，第 4 號及第 7 號一般意見書，詮釋何謂適當住房權。

對國家而言，適當住房權不僅包括積極義務，還有消極義務，包括不能夠違法的強迫搬遷，這是住宅法本身沒有提到。當我們以此為例，住宅法第 45 條在解釋或詮釋它的性質及內涵時，若只單純當它是訓示性條款，沒有辦法做為一個請求權基礎，那可能對於經社文公約第 11 條住房權的實現，可能會發生遺憾的結果。所以在住宅法第 45 條的內涵本來是空的，再加上一致性解釋後，參考經社文公約第 11 條規範內容，還有第 4 號、第 7 號一般意見書，就比較能夠清楚了解，以後我們在認知法律在適用相關規定時，住宅法第 45 條的居住基本人權應該是如何。另外，在 1969 年維也納條約法公約第 31 條及第 32 條，分別是目前國際法庭或國際組織在解釋條約時，所使用的一個通則，不僅在聯合國體系，在 WTO 也一樣適用，所以說維也納條約法公約第 31 條及第 32 條的解釋方法，也是可以被參考使用的。再確認一次，前面提到的一致性解釋，它不會發生在國際性法庭。

回過頭來，國內法庭它的解釋工具以及自主性是比較高的，所以除了一致性解釋外，維也納條約法公約第 31 條及第 32 條的解釋方法都可以使用，所以應該有基本的

認識及瞭解。就維也納條約法公約第 31 條及第 32 條，兩個法律審的法院，目前還沒有使用到。

維也納條約法公約第 31 條解釋通則，第一個是善意原則。善意原則是指，要儘量將條約規範目的予以實現，且在善意原則下，維也納條約法公約第 27 條也規定，締約國不能以國內法的理由，做為怠於履行所承諾條約義務的藉口；白話一點，不能說今天不能履行一個條約是因為我國法律規定，這就牴觸了維也納條約法公約第 26 條及第 27 條的明文，這是所謂善意解釋。此外，還有其它的解釋，對國內法的解釋來說，都不陌生。包括文意解釋、目的性解釋及體系解釋。在維也納條約法公約第 31 條中比較特殊的是，我們依照前面幾個方法，針對條約的目的來解釋相關的文意時，還可以參考其他輔助性解釋素材，這些輔助性解釋素材是蠻多樣化，包括維也納條約法公約第 31 條第 2 項所規定的，由全體締約國，因締結條約所定與條約有關的任何協議，或是一個以上的當事國因締結條約所規定，並經其他當事國所接受為條約有關的任何文件，這是其中一項。

另外，在維也納條約法公約第 31 條第 3 項也規定，在進行上下文解釋及體系解釋，還有其它的文件和素材可以參考。譬如，當事國在事後所締結關於任何條約解釋，或其規定的任何協議，或事後對條約實施的任何實踐，也就是所謂的事後實踐，前面是講事後的條約、協議，以及第二個是事後實踐；所以第三個還包括，任何可以適用於當事國之間的相關國際法規則。以兩人權公約為例，以兩人權公約的一般意見書，或針對個別國家所做成的國家檢討報告，或在公政公約的人權事務委員會，還有申訴案件。這些都算事後實踐，在我們解釋兩人權公約時，應該可以做為輔助性解釋參考文獻。這是維也納條約法公約第 31 條第 2 項與第 3 項，關於輔助性解釋素材的一個補充說明。

另外，比較特別的部分是條約的準備文件，國內法的學者或實務工作者可能會比較陌生。若以國內法語言來講，就類似是一個法案在被通過之前，二讀或三讀之前的一些立法理由或院會討論的會議紀錄；但因為條約的協商與簽署過程通常非常冗長，所以條約的準備文件就是指，一個條約它成為確定的草案版本之前的一個相關委員會討論的會議紀錄，及會員國在此階段所為的相關聲明，這部分就是在釐清條約的意旨、內涵，及規範效力的重要工具。但剛提到維也納條約法公約第 31 條及第 32 條，原本是在國際性場域，國際法庭被使用的。在國際性法庭來說，第 31 條及第 32 條有

適用上必要的順序，也就是經過第 31 條解釋工具使用完後，對於系爭條文還是覺得是冗文、沒有意義的話，才可以來使用第 32 條所謂條約的準備文件。這樣的一個次序性，在國際法庭是基於確保締約國的主權，沒有被太積極的司法造法所侵犯才存在的。但回到國內法來講，第 31 條及第 32 條的解釋適用次序，就不是那麼必然，國內法院可以參照來使用。當然，解釋的標的包括條約前言，很多人以為條約前言好像很抽象，很理想性的文字，事實上它是屬於文本的部分，這是維也納條約法公約所規定的。所以解釋的內容除了本文之外，還包括前言及附件。

當然我們知道兩人權公約都有一些相關的任擇議定書，但對我國來說，這次批准兩人權公約，只有兩人權公約的本文，兩人權公約的其他議定書我們沒有簽署，當然也沒辦法批准。但是，我之前看到的文獻，好像有提到我們有簽署過廢死議定書，但是就擱著？我不知道，待會再請實務界先進指教。在兩人權公約裡面沒有附件，或任擇議定書的情況。這是維也納條約法公約所規定的一些解釋方法。

接下來，我們進一步探討其他國家，剛有提到，有 160 多個國家簽署兩人權公約，因為時間有限，不可能每個國家都進行探討，簡單就英國、德國及日本等 3 個國家的狀況來探討。這 3 個國家都有簽署批准兩人權公約，有些人可能會提到，為什麼討論英國，卻沒有討論美國？因為美國它沒有簽兩人權公約，美國只有簽公政公約，而經社文公約美國就不批准了。雖然美國對兩公約的草擬有非常重要的歷史性地位，但後來因為冷戰的關係，經社文公約的性質比較傾向於左派，社會主義的社會權，所以在冷戰之後，因為美國國內的狀況，美國就不去批准經社文公約，它認為美國憲法對經社文權利的保障已經足夠，所以它不想簽。但事實上，背後也有當時東西冷戰意識形態的作祟。所以以普通法國家來說，以英國做一個探討。

英國和我們的狀況，有一個顯著的不同。英國對於條約的國內法化是採取轉換說，但英國對於習慣國際法的國內法化，是採取併入說，這是英國比較特殊的狀況。英國對條約的實踐，英國有簽署兩人權公約，也有批准；但英國對於兩人權公約沒有進一步透過國會，建立一個轉換式的立法；主要是因為英國同時也是歐洲人權公約的締約國，歐洲人權公約它自己又設立一個運作效果很好的歐洲人權法院，所以歐洲國家，包括英國，它們人權標準的國內法化，最直接的監督機制主要是來自歐洲人權公約體系，所以英國認為它去實現歐洲人權公約當中的人權標準就好。所以英國有簽署批准兩人權公約，但它沒有像實施歐洲人權公約一樣，再制定出一個 Human Rights Act

「人權法案」，人權法案就是將歐洲人權公約的條款再寫一遍，透過國會立法呈現出來。英國官方也正式說過，目前不會考慮將兩人權公約再做一個轉換立法。英國的國內法院主要還是解釋適用歐洲人權公約為主，在國內法規與歐洲人權公約，及其他英國有簽署批准的人權公約，在國內法院解釋適用的時候，基本上英國的國內法院比較傾向直接適用國內法規；只有在國內法規不清楚時，才會對英國所簽署批准，以及國內法化的條約來予以探求。如果發現系爭國際法和條約產生牴觸時，英國會透過一致性解釋，讓解釋結果導向不會去牴觸其所簽署批准及國內法化的那些條約。對英國國內法院的實踐發現，除了一致性解釋，它還會使用維也納條約法公約第 31 條及第 32 條；甚至還很多學者觀察發現，英國法院不能只靠維也納條約法公約第 31 條及第 32 條，它希望還有更多的空間、工具能夠來使用。除非出現這種狀況，國會是有可能針對它後來的立法，特別規定去取代它本來所簽署批准，而且國內法化的條約，這是例外狀況，一般來講，還是以一致性解釋為主。

針對德國的實踐，我們知道很多基本權理論來自德國，當然德國有簽署批准兩人權公約，它同時也是歐洲人權公約的締約國。德國國內法院在解釋適用條約時，立場比較特別，它認為條約應該以它自身的規範內容來解釋，國內法的概念不能夠拘束它的國際條約，解釋空間上不能混合使用，因為它認為混合適用，會破壞法律的統一性。整體來講，德國國內法院援引歐洲人權公約以外的國際人權條約的頻率並不多，最主要還是因為歐洲人權公約的執行、運作模式的效率，制度性比較高，德國同時也是歐洲人權公約的締約國，所以德國引到最多的國際人權條約是以區域性的歐洲人權公約為最多。在德國基本法的規範下，德國人非常以基本法為傲，基本法主要還是基於規範公民與政治權利，對經社文權利在基本法當中，只有基本法第 20 條第 1 項提到德國是一個社會國，但目前通說還是認為這個條款只是一個宣示性條款。相對的，在憲法結構、基本法這樣的規定下，德國的確更不可能就這些社會性條款，特別是經社文權利公約來適用。另外，德國國內法院在它適用國內法之後，可能產生跟它簽署的人權規範相牴觸，德國也是透過一致性解釋避免這樣的衝突。甚至，根據德國文獻表示，德國法院對它所承擔的義務，不會以後法優於前法的方式，讓事後的新法經修法讓原本所簽署的條約失去適用上的優位性，所以它是採取一個所謂有利於國際法義務的推定，以及解釋適用原則。

另外，日本對於兩人權公約的實踐也是蠻保守的。在日本憲法體系及實務運作

下，條約在日本法的法律制度當中，它們認為是有優於一般法律地位。日本是不輕易簽署、批准國際性的人權公約，但在批准之後它會先做一個動作，也是跟我們施行法第 8 條動作一樣，就是儘量將與之規範不一樣的國內法修改成條約的要求。根據日本學者岩澤雄司教授的觀察，日本法院對於兩人權公約的適用是比較消極一點，這是因為基於法官或司法人員的訓練對國際法這塊比較欠缺，所以法官比較不太敢去適用比較陌生的法領域，這是日本簡單的觀察面向。

總結而言，英、德、日三個國家有一個共通點，就是針對國內法及國際法的運作、解釋過程當中，如果兩個產生牴觸或衝突，讓義務沒辦法實現的話，都會儘量優先採取一致性解釋來調和。

回到我國法院在這三年間的實務見解，最高法院及最高行政法院的裁判，在我國批准兩人權公約之前，也是有出現法律審的法院有適用過兩項人權公約，或出現在裁判理由書當中的紀錄。在批准前有 11 件裁判，其中 1 件是最高法院的刑事判決，以及在最高行政法院有 10 件。在批准前這 11 件法律審的裁判當中，它的效果待會再講，我們先就量來看；自批准後到 101 年 11 月底，12 月之後，因為交稿後就無法更新，所以在 2009 年 5 月 14 日總統批准之後，到 101 年 11 月底，有 93 件案件量。這樣的案件量，是增長得相當快，單單在 98 年 5 月後有 2 件，99 年有 25 件，100 年有 33 件，到 101 年 11 月，就已經有 33 件。當然，12 月數量也是繼續累積下去，所以 101 年的數量是超過 100 年，量的增加是蠻顯著的，這是非常值得肯定的。

剛是講案件量，在有些案件裁判中，它可能不只一次或提到一項條文。在最高法院適用兩人權公約的裁判有 70 件裁判案件中有 68 件刑事裁判，2 件民事裁判，其餘 23 件，的確是在最高行政法院。在這 93 件裁判當中，兩人權公約被援引，或主張的次數就相當豐富。對於公政公約的次數，可以想見是很顯著的超越經社文公約，目前次數已經有 106 次的援引次數，援引最多的是第 14 條公民審判權，因為第 14 條有好幾項，數項總合起來計 45 次；再來是第 6 條生命權計 12 次；第 26 條平等保障是 11 次；以及第 9 條人身自由保障計 10 次；其他條文約莫都是 1 次或 2 次的主張次數。

在經社文公約援引是比較少的，目前只有 6 次。關於經社文公約第 3 條男女平等權有 2 次；第 10 條第 3 項兒童保障有 1 次；第 11 條住房權出現過 2 次；第 12 條健康權有 1 次。經社文公約不僅是當事人主張的次數較少，法院的適用也較少。以上就簡單的狀況來了解，這是第一個部分。第二個部分，我們來看適用狀況跟位階。在這

93 個最高法院及最高行政法院的裁判案件當中，法院不待當事人援引，主動將兩人權公約條款放進來，做為裁判理由之一的有 59 件，透過當事人主張的有 34 件。就法院主動適用性的量來講，是相對多於當事人主張，但有再更加謹慎的空間。

進一步來看關於適用上時間的問題。為什麼會探討時間問題？當然，未來一定是不會再發生，因為時間問題我是聚焦在我剛跟各位先進報告過的，這施行法的法律案，在三讀通過以及正式施行日和批准日不是同一日，曾經有學者、實務工作者有提到，是不是在兩人權公約施行法正式實施之前，兩人權公約還不是國內法的一部分？在 98 年 5 月 14 日我們簽署批准之後，到施行法正式上路之這段期間，事實上兩人權公約還沒有成為我國國內法的一部分，這時候適用兩人權公約可能是一個錯誤？

如果我國採取併入說，我們完成國內國際批准那天，也就是民國 98 年 5 月 14 日那天開始，兩人權公約就成為我國法的一部分了。根據兩人權公約施行法立法理由總說明，施行法只是為了杜絕爭議，並且規定像是我國要繳交人權報告，這些程序性的國內實施條款。就兩公約實質權利條款內容，的確應該採取這樣的一個認知，如果說我們是併入說的話，在 98 年 5 月 14 日之後國內法院及整體政府機關，就受兩人權公約國際法國內法的拘束。有學者把它說成蠻浪漫，說是美麗的錯誤。不過這還不會構成錯誤，沒那麼嚴重，因為採取併入說，應該就在批准日那天就國內法化了。

還有一點，是時間問題。很多實務判解在法院當中都是先主張兩人權公約施行法第 2 條，認兩人權公約具有國內法地位和效力，才開始以下的論述。如果我們是併入說，98 年 5 月 14 日之後它就成為我國國內法的一部分，它的國內法效力從 98 年 5 月 14 日那天開始，而不是基於兩人權公約施行法第 2 條。再說一次，兩人權公約施行法只是為了杜絕爭議而制定。所以本人是比較建議，裁判不用基於兩人權公約施行法第 2 條的主張，再開始推論，就可以適用，當然寫是比較不會有裁判上的瑕疵。

另外，有幾個案件蠻特別的。99 年台抗字第 533 號裁定，在這裁定中我認為它有承認一項，我們也可以說這是一個直接效力，是自動履行效力的一個實踐，關於公政公約第 6 條第 4 項，任何被判處死刑定讞的受刑人，有要得特赦的權利。在我國國內法中，關於赦免當然有特別的赦免法，關於大赦、特赦的決定機關不在法院、司法機關，我們知道都在總統。在這裁定當中，該受刑人提出依公政公約第 6 條第 4 項，有要得特赦之權，法院有接受他的請求，我覺得後來的論述是正確的。何謂接受？意味著公政公約第 6 條第 4 項要得特赦的權利，它是一個程序上的請求權，那決定權不

在法院。首先，法院在這部分有讓他的權利實現；後半部分，我認為進一步更細緻的，他必須要讓這樣的一個主張，以什麼樣的方式，讓特赦決定的主管機關，也就是總統府了解到。至少程序上的請求權，在這個程序上是有讓他主張的。這是這個裁定比較特別的地方，要得特赦權。

但不只這個案件有受死刑判決定讞的受刑人請求法院特赦，曾經有一個相關案件，在會議手冊第 68 頁提到，最高法院的裁定認為針對這樣的主張，它特別說明，如何促進公政公約的實現，並非法院職權。判決理由做這樣聲明，個人是認為比較不適當，因為法院當然有實踐的責任及義務，只是說要把職權講清楚就好，就特赦的決定權並不在法院。這樣整體寫下來，感覺整體義務並非法院職權，這可能會產生一些疑義。

另外，在會議手冊第 68 頁以下所提的案件，我看到一個比較擔憂的現象，在第 68 頁至第 69 頁間，此案件的事實本身在政治上是相當複雜，涉及到一個大陸民主異議人士，他當然未符合我國國內法的方式入境，而請求庇護居留，這是最高行政法院的裁判，在這裁判中，對造是內政部；在高等行政法院第二審中，被上訴人是內政部，它的論述是這樣的，第 69 頁提到，兩岸關係應該基於憲法增修條文第 11 條，及釋字第 475 號、第 497 號及第 618 號解釋在案，高等法院是採取內政部的見解，認為兩人權公約施行法具有與國內法相同效力，但依特別法優於普通法的法理，凡屬兩岸人民事務，兩岸人民關係條例也有明文規定，應該優先適用該規定。換言之，在高等行政法院的見解，兩人權公約是普通法，不應該優先適用，因為有兩岸人民關係條例這個特別法。這樣的效果，對於兩人權公約的優位性就會被破壞掉，但這樣的見解在最高行政法院，因為最高行政法院是法律審，沒有去討論，去糾正它；也就是說，在最高行政法院，當事人還是有提出這樣的主張，但最高行政法院沒有回應，就直接以相關的國內法做裁判。這是讓我覺得比較可惜的地方，因為優位性被違反了。當然，兩岸關係政治上的確很複雜，但就法律關係來講，還是應該這樣來解釋。

最後，比較重要的是，關於解釋方法的使用。兩人權公約施行法第 3 條規定，在解釋適用兩人權公約時，必須參照立法理由及人權事務委員會的解釋，在這 93 件裁判當中，只有一個裁判，101 年度裁字第 331 號，有援引人權事務委員會第 25 號一般意見書，其它 92 件都沒有。另外，也是最近大家都很關切的，昨天最高法院也做成一個決議，關於受死刑的判決應該召開言詞辯論，那在 101 年台上字第 4028 號及

101 年台上字第 4531 號這兩件裁判中，當然目前刑訴法正在修正，對這樣的案件應該召開言詞辯論。但事實上，修正條文應該還沒通過。換言之，在這兩個案件當中，法院就基於公政公約第 6 條意旨，為確保死刑的科處比較審慎，它認為在修法三讀通過前，應該就要召開言詞辯論。這裡是我認為比較符合一致性解釋的，當然也有間接凸顯兩人權公約的優位性。

最後小小的結論，剛在休息室和部內同仁聊天也談到，目前法務部很多同仁很辛苦，尤其法制司同仁，要開始準備國際審查。我國在批准兩人權公約之後，國家履行義務不是只有提出國家人權報告，還有要進行國際審查；附帶提到國際審查，法務部邀得的這些國際學者，就我們國際法來說，他們都是大咖，非常忙，甚至有些委員有聯合國相關委員會委員的身分，所以這些身分是相當敏感，可是他們還是願意來。原因在於，現在全世界都在關注中國大陸，不僅是因為它經濟崛起，大家更希望它除了經濟以外的面向，更能夠一起成長，所以不管是在華人社會或亞洲社會，中華民國或臺灣，在簽署批准兩人權公約之後，落實、實現的一個結果，對中國大陸或全世界來說，都會有相當大的影響，這也是為什麼那麼多的學者願意受法務部的邀請來參與我們的國際審查，因為它們認為這很重要。

除了提出國家人權報告及國際審查之外，更重要的是，我們應該實現兩人權公約施行法第 4 條所說的，在各層面，政府機關都應該積極促進人權的實現。既然是權利，權利應該在它受到損害時要有救濟，對權利救濟管道，最主要還是透過司法機制，也就是法院。不管是就整體司法機關、檢察機關、法院，一樣都受兩人權公約拘束，所以這部分的實踐，會成為未來不管是自我審查、國際審查，或其他國家在研究的時候，都特別關注我們司法實踐這部分。

所以透過剛剛的分析及探究，我們在解釋適用的部分，是比較弱一點，一部分是因為我們實踐的經驗才剛開始，未來還很多路要走；但整體來說，案件量的成長是相當顯著的，但在解釋適用的方法上，要更加提升。以上就簡單報告到這邊，待會請各位先進多多指教，也請多多包涵，謝謝！

主持人陳常務次長明堂：

各位老師、各位同仁、各位貴賓，因為與談人林所長有做簡報，先請林所長先進行與談。

與談人林所長輝煌：

主持人、論文發表人、與談人、各位司法先進，還有我們同仁，各位貴賓。其實不是因為我有 powerpoint 先上來，而是笨鳥先飛，因為在場的幾位教授，是這一方面真正的專家，他們投入這一個議題，論文真的是等深，而我從未寫過這一方面的論文，所以我想拋磚引玉，我剛才非常仔細聆聽徐教授把我們兩公約的實踐，有關兩公約的定位、如何實踐外國的經驗，還有很重要的就是實踐的方法，就是如何透過解釋的方法，達成兩公約的實現，其實我受益很多，所以為了回應徐教授的一些啟發，我準備我個人的一點心得來跟大家分享，有很多是不成熟，不過很多也是有依據的，根據國際公約或一些裁判，或是一些解釋等等裡面來的，所以我想來跟大家分享。

第一部分想跟大家談的，就是兩公約跟我國人權保障的關係，我的感觸就是說，兩公約雖然批准也有施行法，但對於我國人權保障的實踐，到底是一個里程碑，還是只不過是一個華麗的裝飾品，其實這重要的關鍵在於，第一，一定要有最大善意，也就是說要誠心的去實踐；第二，當然就是方法，也就是說我們想要去實踐，在現在的法治體系底下，我們要如何去實踐？我個人的感受認為關鍵就是我們要正確的了解兩公約的內涵，要能夠正確的適用兩公約施行法，如此才能落實國際人權公約的內國化，這是我的第一個感想。

第二個感想就是，我參考了很多的文獻，司法官訓練所也舉辦過有關人權議題的討論，邀請了英國、法國、德國、加拿大等很多的國家來，他們的共同的經驗就是醒世，其實司法的裁判才是人權保障的利器，比我們現做很多法規的檢討其實還要來的更快，像給我們兩年時間檢討，其實現在法規到底是不是很完整，我前兩天才收到所謂兩公約監督聯盟寄給我的資料，裡面當然有很多非常凌厲的批判，他說我們現在還停留在大步走而已，然後我們還停留在只有人權報告的撰寫而已，當然這個有時候也不盡公平，因為我們自己在體系內，目睹很多的努力，但是可以看得出來說這個腳步是沒有辦法跟上的，要能夠馬上顯現它的成果，真的就是靠司法裁判。所以我才會說司法裁判是人權保障的最大利器，它比其他法規的檢討更為有效。從外國的經驗我們就可以了解到，其實法官、檢察官就國際人權公約的內國化，是扮演非常關鍵積極的角色，所以今天我們的研討會，會以說臺灣的法官跟檢察官應該如何積極適用內國化的核心人權公約來做為主題，是有它的道理的，這個是我的一個感想。

第二部分，我想跟大家分享的心得，就是我們要正確的認識兩公約，所以就要知

道兩公約有什麼特殊的地位。我來跟大家分享一下，第一個，就是公約的名稱都把它稱為 Covenant，我們查所有國際的公約裡面，以 Covenant 來做為公約名稱的，大概就是這兩個公約，其他多稱為 Convention，如果學過英美契約法的人大概會知道，其實最早的時候我們講契約的用語就是 Covenant，他不是用 Contract，為什麼呢？因為早期契約法的來源，所做的承諾，不是對對造當事人，是對神的誓約，所以才會有契約嚴格遵守，你不能夠反悔，所以用 Covenant 其實隱含有什麼？是對神所為的誓約之意，我當然沒有辦法找到文獻說它是不是這個背景，但是就我對英文的了解，他是要彰顯這兩個國際人權公約的神聖性及崇高性，所以聯合國從此以後沒有再用 Covenant，都是用 Convention 來表示，可見兩公約的地位真的是非常非常的特殊，這個是我們第一個認識。我們國內當然有翻譯，我們現在目前的實定法，就是兩公約施行法是稱公約，但是我查一查，在民國 84 年司法院大法官釋字第 392 號解釋，當時大法官的解釋理由書也引用了兩公約，就是公民與政治權利國際公約，但是翻譯是用盟約，而不用公約。我不知道大法官是不是有這個意思來顯現它與其他公約地位不相同，我沒有辦法去了解，因為這個是翻譯，是不是有什麼特別意義，但是從釋字第 392 號以後，所有的解釋，大法官的解釋都還是用公約，所以我覺得這有一點遺憾，尤其是像我們的施行法裡面還是用公約，可能就是從俗，但是沒有辦法去突顯這兩個公約在國際上的地位，所以我覺得這個是必也正名乎，這個是我的一個小心得。

那從這心得裡面我們再來看，名稱這麼特殊它的特徵到底在哪裡。就剛才徐教授也提到、張文貞教授也在她論文裡面提到，Covenant 和其他公約最顯著的不同點，它是僅有簽署、加入、批准及交存的規定，但沒有撤回或退出的規定，所以其他都可以自己說我不想參加了，意思就是說你只進不出，絕無後悔餘地，因為這個是對上帝的盟約，所以它不讓你離開，有人說為什麼，因為這是人權的，所以它非常的特殊。

第二個特徵，是承續聯合國世界人權宣言加以具體化來的，所以現在國際法學者，尤其是國際人權法學者，都把它定位為在兩個人權公約裡面，這兩個公約裡面所列舉的一些權利，它具有國際強行法或是絕對法的性質。所謂國際強行法的意思，就是國際社會必須要接受，沒有例外的共同規範，各國當然有義務必須遵循，這個盟約雖然可以隨時去演進，但僅能夠以同樣具有國際法或是絕對法性質的規範來取代，如果不是的話，像國內要用內國法立法，後法優於前法，在國際法的原則裡面它是不被允許的，這就是強行法的性質。有一些當然不一定完全承認，但至少大家有共認，它

應該也是構成習慣國際法的一部分，所謂習慣國際法的意思就是說，國家是不是同意這些成文或不成文的國際規範或是慣行，都還是要受到拘束。所以對這兩公約，不能當成一般的條約，它有它特殊的地位。

第三個特徵就是，兩公約規定的內容，特別是 ICCPR，和歐洲人權公約的內容幾乎相同，歐洲人權公約是比 ICCPR 更早，是在 1960 年，ICCPR 是在 1966 年，所以歐洲人權公約比 ICCPR 早。當然，我們不能說它是抄來的，因為歐洲人權公約是一個地域性的，但聯合國的公約非常巧的，是不是有意的？我想應該是有意的，就是把歐洲人權公約的內容變成現在的 ICCPR 的內容。這有什麼意義呢？這意義是說，這兩個公約是相通的，相通的時候，因為它組織的不一樣，所以聯合國是用事務委員會做解釋，你們知道解釋就是很簡短的，三言兩語，所以法條說要去引用人權委員會的解釋。大家看解釋其實跟條文沒有差很多，所以一定要看歐洲人權公約裡面的執行保護者，就是歐洲人權法院的裁判，裁判裡面才有論述。

現在我們看看國內在兩公約施行以後，有 90 多件的司法裁判都引這個公約，我也看了，但我們只有引用條文，沒有去詮釋條文的意義，就很像我們把它當做法律而已，引一下法律的適用，但卻沒有法律的 spirit，也就是我們重他的 letter，好像說我們的法律和他的法律是相通，但對於它的精髓到底是怎麼樣，其實都是語焉不詳。所以我看大法官的解釋，有時候也是引過來，很少有詳細的論述，這就給我一個啟發。所以說歐洲人權法院的裁判有關於歐洲人權公約，甚至 ICCPR 解釋的時候，其實對我們是具有可以引用，不好講是拘束力，但這是一個標準。

第四個特徵，人權公約它是一個活的法律，它是一個活的法律文件，這個叫做 Living Document，instrument 就是它是一個活的，什麼意思呢？這一個公約它是累積漸進的，它是具有前瞻性及發展性，所以我們要有這種活的公約，很重要的就是要依賴創意性解釋，有一種叫開創性或是發明性，我們英文叫作 creative interpretation，就是要用創意的解釋，這樣這一個活動公約才能夠與時俱進，它的內涵的生命才能夠豐富，才能夠綿延不絕，所以這是這公約它的特殊的地位。

第三部分，我要告訴大家我的想法跟心得，就是這兩個公約不能夠把它獨立看做獨立的公約，因為這兩個公約有它的時代背景，它根據最先的聯合國人權宣言，後來隨著時間的演變，它累積了，我們一般把它稱為國際人權法，所以 the bill of international of human rights，但是這個人權法裡面是有一個法律體系，就是國際人權法律體系，

所以當我們在解釋 ICCPR 時，不能只有看單一公約的內容，我們應該要一脈相承，相關的公約要相互勾稽，同時要做比較完整性的體系的解釋，這樣才能充分了解它的精神，這才是符合兩公約的目的，剛才徐教授已經有提過相關的人權公約，我在這不重複。

第四部分，我想跟大家談一下兩公約施行法到底應該如何解釋，當然國內裡面有很多的爭執，那我簡單的講，第一，就是兩人權公約施行法第 4 條裡面所講的各級政府機關，我的主張，就是我們在解釋兩公約，要用兩公約來解釋我們的施行法，而不是用國內法來解釋我們的施行法，如果是這樣的話，那兩公約就沒有意義了，所以第 1 條說，為了實施兩公約，所以要怎麼樣？要建全我國的人權保障體系，所以這個解釋要用國際公約的解釋方法，不應該用國內平常法律的解釋方法，所以這裡所謂的各級政府機關，其實根據兩公約的概念，他包括行政、立法、司法全部，它英文叫做 All branches of government，所以應該是這樣解釋。

第二，施行法第 3 條的解釋方法，假設要用公約的立法意旨及人權委員會的解釋，其實這個隱含的告訴你說，不只它的解釋內容而已，它的解釋方法應該包括在內，我們才能夠真正的去適用。

第三，施行法第 2 條有所謂的國內法律概念說，這兩公約是我們的國內法律，依我的想法，國內法律它包括我們整個法律制度，包括法律的全部，意思就是說，是憲法及一般的法律、特別法，為什麼這樣看？因為人權公約，也就是 ICCPR 把人權的體系分做三種，一種叫做 Fundamental rights，這是絕對不能夠減損的權利，那另外一種權利是可以在國家遇到重大危難的時候可以稍減，第三種叫做衡量的權利，有三種類型的權利，這三種權利就把它鑲到我們人權的法律體系，意思是要告訴我們，它要我們講說這是國內法，我們都會把它解釋做這是國內法，所以這個法律的地位是低於我們的憲法等等，我的解釋是這樣，我認為它在鑲那個權利的內容。

所以我很快的把最近我們比較熱門的死刑案，讓我想來談一談，有關死刑根據歐洲人權法院及後來 ICCPR 的解釋，歸納為大概以下十五點，很簡單沒有時間充分的說明，我把它條列式的讓大家看，第一是科處死刑要用最重的犯罪為限，它的法條用語叫做 most serious crimes。但是根據歐洲的標準，所謂的 most serious crimes 指的是要 international crimes，也就是國際犯罪，是會造成死或非常非常多後果的犯罪，才會判死刑，這是歐洲人權法院對這一個的了解；第二個是死刑的科處要以犯罪實施時

法律有明文規定為限，那如果後面有比較輕的法律要適用法律，這一個我們大家都了解，我不再多講；第三個原則，是特定的人不能夠判處死刑，比方說未滿 18 歲、或是懷孕、或是新的媽媽、或是已經心神喪失的人；第四個就是死刑案件之成罪定罪標準，我沒有辦法一一細舉，其實都有內涵的，但是我只把條文引用出來；第五個是死刑案件的程序規定，也就是說要受到公平審判，這公平審判在 ICCPR 第 14 條有詳細規定，這個各位要把它引用；第六個是死刑案件要有上訴救濟制度，不是只有形式的上訴，要有實質的上訴，所以有實質的救濟，就被科處死刑，要可以請求大赦特赦；第七是國際及內國救濟程序未盡前不得執行死刑；第八個是被科處死刑有請求大赦、特赦、減刑之權利，這一條我也自己解釋，我認為說這一條意思就是說，根據這個引過來，死刑犯是有向總統請求給大赦、特赦的權利，對減刑時他可以向司法機關，所以他可以用現在的形式來請求，就是等於創設的權利，我不認為說他只有程序上的權利，所以依法就是你已經有這個權利，這是我的想法；第九個是死刑的執行，不得違背該國對國際的承諾；第十個就是死刑判決後的延宕時間要做為考慮因素；第十一個就是死刑執行方式的限制；第十二個是不得以死刑做為政治報復。剛好昨天有最高法院的裁判，就是關於吳敏誠的死刑案件，這個剛好跟國際公約的走向有一致；第十三個規定就是，第一個審判跟量刑的程序要分離，所以死刑案是不能夠像我們現行的結構，把審判程序跟量刑合在一起，要程序的分離；第十四個就是量刑因子應該要經過嚴格證明，不是像我們刑法 57 條的適用都用自由證明；最後第十五個就是要依職權去調查犯人的精神狀況，這一些都是國際公約人權法院裡面的裁判。我最後一個結論，就是外國司法裁判他們都是廣泛的檢視相關國際人權公約，他們法院也參考其他國家相關的司法裁判，做為裁判的依據，來落實兩公約的內國法化，所以我們吸收別人的經驗，當我們的法官跟檢察官在執行職務的時候，應該要隨時來檢視整體的國際人權公約，要參考外國的相關裁判，在對於正確認識兩公約適用、兩公約施行法落實及兩公約的內國法化才会有莫大的助益，以上不成熟的一些想法僅供參考，謝謝大家！

主持人陳常務次長明堂：

謝謝徐老師及林所長精闢的報告與解說。因為時間所限，我們要在 4 點 10 分準時結束，進行閉幕典禮，所以各位同仁、各位貴賓，如果有意見的話，各位桌上有發

言單，請先填寫，可以指定代答，看哪一位要答，我們寫起來一起談，因為我們時間的關係。接下來我們有請廖福特老師。

與談人廖副研究員福特：

謝謝主持人陳次長、以及發表人徐教授、與談人林所長、張教授以及在座的各位先進，大家好！非常榮幸能夠擔任今天與談人的角色，我想因為徐教授寫的論文其實非常非常的完整，同時剛才林所長也做了相關的與談，我個人認為林所長剛才與談非常非常的精彩，是我個人覺得在現在可能去論述在一個還有死刑的國家裡面，應該最完整的一個論述。關於要執行死刑的那個角色，這讓我回憶到我還是研究生的時候，果然我的老師是非常優秀的，因為我是林所長的學生，所以我想我沒有辦法像老師這麼優秀，那我可能從我的角度，我所了解的就是在國際人權法的部分，來擔任與談人的角色。

因為徐教授的文章其實非常的完整，所以我大概依照他的順序，來討論今天我們可能會碰到的一些問題。我個人覺得第一個問題可能是發生在說我們都還沒有解決的，第一個是我們在面臨這個國家特殊情況，我們去批准國際人權條約，它到底是生效的時間點是什麼時候？我剛才如果沒有理解錯誤的話，徐教授所說的時間點，應該是定位在總統公布批准書的那個時間點，可是我的了解是，其實我們實務單位的理解應該不是這一天，應該會比較在乎的是生效，也就是施行法生效的那個時間點，這有什麼落差呢？大家都知道 2009 年 3 月 31 日我們批准，立法院通過，5 月的時候總統公布，可是施行法生效是在 2009 年 12 月 10 日，這個落差就在於說 5 月到 12 月，這時候最嚴重的落差，它到底有沒有效力？這會有七至八個月的空窗期的生效方法，我覺得這個部分，可能司法實務界並沒有去解決這一個問題。另外一個要牽扯的是，剛才主席也有提到 CEDAW，CEDAW 有更嚴重的落差，CEDAW 在 2007 年總統就已經公布了，可是 CEDAW 施行法是在 2012 年 1 月 1 日生效，這有非常嚴重的落差，也就是說從 CEDAW 的眼光來看的話，有四、五年的時間到底有沒有國內法的效力？其實這個是非常嚴重的問題，可是我們司法實務界並沒有把這個問題完全釐清，就是說在一個沒有辦法存放批准書的情況之下，我們的國際人權條約到底從哪個時候開始生效？我個人是比較贊同徐教授，因為我們都是因為國際法學者，臭氣相投，目前為止，我認為是司法界沒有去釐清的一個狀況。

第二個，徐教授有提到就是法律位階的問題，法律位階其實我也比較贊同徐教授

的說法，可是又一樣，搞不好我們自己自我感覺良好，但是釋字 329 號所告訴我們就是經過批准的條約，其實是跟一般的法律有相同的位階，並沒有說他一定高於一般法律的位階，可是我們如果特別看實務界，其實有極少數的實務界判決還是認為兩公約沒有高於國內法，為什麼我一定要用，在判決書裡面直接說；所以我覺得這也是法律實務界沒有完全釐清的，也是要麻煩法院要去釐清的一個事情，到底現在兩公約，特別是國內法，我想憲法我們就先不要去看，到底跟一般國內法它的法律位階是什麼位子？這一定要釐清，如果沒有釐清的話，未來會有後續非常嚴重的問題，可是我也認為現在法院還沒有完全釐清的一個情況。

第三個，就是徐教授提到自動履行條約，這部分我可能跟徐教授有點不太一樣的想法，因為我個人一直不太喜歡自動履行條約這個概念，我個人認為自動履行條約是美國的法院，因為腦袋裡面有英國的二元論的思考，卻必須要面對美國憲法一元論的概念，所產生的衝突情況而形成的理論對我來說，我一直不贊同自動履行條約或非自動履行效力這個概念，那為什麼會有這樣個情況？因為這個會有很嚴重的影響，兩公約如果照我們剛才徐教授所說的，他所謂的特別是經濟、社會及文化權利國際公約，你怎麼提倡那個 General Comment 所說的，只有第 7 條、第 8 條、第 10 條。另外還有一個問題，法院有沒有義務要適用經濟社會文化權利國際公約，你所說的第 7 條、第 8 條、第 10 條以外的條文，這個就非常嚴重影響的一個狀況。

所以我個人會比較不從自動履行條約這個角度來討論兩公約，我會討論的是這是有關於國家義務的急迫性，你一定要履行，只是這個國家義務，我們因為可能經濟社會文化權利公約是一個社會權的概念，我國家特別是司法權，法院在審查不論是行政權或其他法律概念的時候，我所必須要判斷的標準不一樣，而不是說我可不可以用的問題，因為如果我們去探討自動履行條約，就會面臨到一個狀況，因為他裡面提到一個數據，我們法院似乎在適用經濟社會文化權利國際公約的制度，遠低於公民與政治權利國際公約，我覺得跟這所謂自動履行與否的條約是有相當的意涵的，我覺得我們反而會陷入另外一個困境，讓法院認為說，我根本不認為經濟社會文化權利國際公約是一個自動履行條約，所以我在高等行政法院的時候，有關於提倡水權，對不起不用討論，居住權，對不起不用討論，就會非常大的一個影響，所以我是覺得可能不見得要從這個角度去討論兩公約的一個情況。

第四個我要談到的是解釋方法的問題，因為徐教授提到非常完整精彩的維也納條

約法公約，特別是第 31 條、第 32 條的解釋方法論，或許我們再進一步思考，維也納條約法公約第 31 條第 32 條，在解釋兩公約的時候它應該扮演什麼角色？我個人覺得兩公約，特別是其他人權公約也一樣，它和其他的國際法律規定比較不太一樣，有某一種準司法機制去詮釋它，因為譬如說大家都知道這個兩個委員會，就是人權事務委員會跟經濟社會文化委員會，去做更細部的一個詮釋，所以我是建議或許我們可以建構一個完整的兩公約解釋方法，第一套最優先適用的是，這兩個委員會的解釋意見，因為它已經更細緻的準司法，至少是準司法的意見，然後條約法公約所稱的解釋方法當作備用的方法，也就是說萬一還是會碰到兩個委員會並沒有解釋完整的時候，那我們回到最基本的國際法原則，國際法解釋的概念來做為詮釋的內容，所以我覺得這樣子就可以更完整的建構在這兩公約可能的解釋方法。

不然我覺得會碰到第五點我想要說的問題，因為兩公約施行法忽略了一點，我們都常說兩公約人權事務委員會的解釋，可是徐教授剛才所舉的例子就很明顯的提到，居住權應該怎麼詮釋？除了我國住宅法以外，依據我們國內法律，可是如果要詮釋清楚的話，就要用經濟社會文化權利公約，加上經濟社會文化委員會一般性意見的詮釋內容來做為詮釋的一個情況，那這個詮釋方法論就會有一個狀況，我個人認為這是一個我們立法上的疏失，就是我們沒有把經濟社會文化權利委員會很明確的放在施行法內，另外我比較擔心，在法院適用的過程裡面可能並不會那麼的著重，因為如果法院沒有義務要參照經濟社會文化權利委員會時，剛才你舉的例子就沒有辦法成立，因為你剛才舉的例子是經濟社會文化權利委員會有關一個居住正義居住權的例子，以可能直接的去適用經濟社會文化權利委員會一般性意見的情況來看，我認為至少法務部法制司在討論所謂的一般性意見都是包含兩個委員會，可是這必須要最終後續回到法院很確定的意見，應該要引用經濟社會文化權利委員會的意見。那剛才提到，法院目前為止，適用經濟社會文化權利公約的案件相當少，根本不要說是適用到進一步有關經濟社會文化權利委員會一般性意見或甚至到更細緻的各種意見的時候，這是我覺得第五點應該法院所必須要清楚確認這些事情。

第六點是剛才延續著徐教授所提到的那個解釋方法論，我們施行法還是有一個條文，說要參照立法意旨，參照立法意旨我們長久以來都不知道怎麼參照，講實話，這立法意旨到底怎麼參照？不過我們細讀徐教授所稱的這個條約法公約的內涵，它其實還包括了各種的，應該是在整個條約的前言，它的準備文件等等的這些概念。我的理

解是，施行法所稱的立法意旨應該指的是兩公約的前言的部分，我覺得徐教授的論述可以幫助我們去詮釋施行法立法意旨，其實我們了解條約的整個發展，應該包括它整個所形成的前言以及他的歷史背景，然後加上徐教授所說的，維也納條約法公約的詮釋方法，那我相信，我們就可以比較理解整個施行法所稱的立法意旨的基本意涵，不然通常我們還是陷入一個困境，施行法告訴我們說，我們在適用兩公約的時候要參照立法意旨，可是我們卻沒辦法完全釐清，到目前為止我也不知道法院到底要怎麼參照立法意旨，就施行法的立法意旨，我也不知道法院如果沒參照會有什麼樣的效果，因為到目前為止，我們看不到任何一個判決是從這個角度去做判決的狀況，目前我覺得這是法院還沒有釐清的部分。

第七點我要提的是，徐教授有提到比較法的歷史，他選了三個模式，是滿經典的，不過在兩公約的論述的時候就有點可惜，因為選了英國、德國都是歐洲國家，歐洲國家比較在乎歐洲人權法院的適用，選了一個日本是東方的國家，然後又很害怕適用國際人權條約之後，法院會崩潰，因為我剛好也寫了一篇文章是關於日本的一個狀況，另外我們又常會想說我要去選擇美國，那美國又沒有批准，所以說在國內要談到比較法例子的時候，其實這兩個公約，講一句實話是有非常大的障礙，所以我是覺得可能要開發新產品，可能要更廣的比較的一個例子。我個人覺得在亞太區區域，可能韓國是一個可以去尋找的例子，比如說韓國有相當強烈的國際化的意願；另外一個可能是澳洲及紐西蘭，因為它是二元論國家，在經過一定的國內的立法之後而適用到國內來，這或許是我們彼此繼續努力，更擴展更多的比較法適用的例子。

第八個，如果依照徐教授所提到的論證的順序來看，我覺得我們現在必須要很嚴肅的面對一個問題，兩公約法院有沒有義務主動適用兩公約？我再重複一次，我認為這一點非常非常重要，法院有沒有義務主動適用兩公約？這是絕對重要的命題，因為剛才徐教授有提到各種案件，它可能有不同狀況，第一個是法院主動適用，第二個是因為當事人有聲請，可是法院並沒有確認這個意念，當兩公約有國內法效力後，法院有沒有義務去主動適用，其實有沒有這個義務我認為是非常非常重要的一個概念，它會影響所有的可能的判決，而且現在之後所有可能的判決，我個人認為如果兩公約有國內法效力後，理論上法院必須要有適用的義務，同時我們必須要想到一個問題，如果法院沒適用會有什麼效果？我覺得這是很嚴肅的問題，就是說當事人如果有論證、有聲請，可是法院根本不理你，或者是說法院有義務，法院必須要適用，可是卻沒有

適用的時候，會產生什麼法律效果？我覺得應該要去面對。我就常開玩笑，那這可不可以當成非常上訴及上訴第三審的理由？應適用法律而未適用法律，所以我們以後要是上訴第三審或非常上訴，全部只要講一個理由，沒有適用兩公約，以後再補理由，這樣就可以了，所以我覺得這是法院應該要完整釐清的事情，到底法院有沒有義務？

第九點要提到一個核心的問題，兩公約在個案的適用時間點，不是法院的時間點，我講白話一點，也就是 2009 年 3 月 31 日發生的個案事實可不可以被適用？我覺得這也是我們一直沒有釐清的狀況，就是到底有沒有溯及到個案事實的情況，還是 2009 年以後，不管施行法是 12 月 10 日產生過後，所有法院審理中的案件全部都可以適用，不用問任何時間點的問題，以徐教授剛才所提到的各種判決的情況，其實我們施行法之前沒通過，我們也用，施行法通過後還沒生效，我們也用，施行法生效之後，我們還是用，可是絕大多數還是沒用，也就是說時間點的部分，切割是必須要釐清的，我個人的想法是應該是必須要適用到所有的個案才對，不管它事實發生以後是在 2009 年之前還是之後，在法院所有審理的個案當中，應該要適用才是合理的。可是我還會認為，這不是法院已經確認的概念，法院並沒有完全釐清這個概念，這到目前為止還是一個在戰國時代的狀況。

最後一點，大家都提到，要參照兩公約的人權事務委員會，包括經濟社會文化權利委員會的解釋，這個參照我想徐教授剛剛也告訴我們，其實很多的個案到目前為止，他的方法是引述公約的條文，可是沒有更進一步，法院沒有更進一步的話，我猜想因為我們都面臨到一個困境，因為我們本來這方面的基礎研究都不足，所以說還是必須要問一個問題，法院如果要適用兩公約，卻不能夠更精細的去掌握兩公約的內容的時候，可能會有非常大的疑惑點，剛才林所長是一個非常非常精彩的示範，看起來好像沒有什麼狀況的議題，可是應去仔細地去問十幾個問題，我想這是法院應該要在處理個案的時候，也應該要這樣參照它實質上的意見，否則不能夠達到一個人權公約所要得到的效果，其實我長久以來也是覺得這些問題應該要逐步被釐清，可是我們還是沒有釐清的一個狀況，那就發表這些意見供大家做參考，謝謝！

與談人張副教授文貞：

謝謝主持人陳次長、報告人，與談人林所長、廖老師，以及在座各位先進，大家好！

今天很高興在司法節的這一天，由法務部所舉辦的下午場次，是討論兩公約人權

的相關議題，雖然一開始，主持人陳次長提到說，法務部勉強接納了這個人權的工作，但是我想任何的民主人權法治國家，由法務部來主導人權的相關事務，其實這是民主法治的人權國家的指標，任何一個國家如果在從事整個相關的法治業務的時候，能夠以人權做為一個最高的標準其實是有相當的進步性，所以我今天很高興在這下午聽到，不管是徐教授很豐富，也很有深度的報告，以及兩位與談人很有深度的一些與談，我自己也想藉這個機會，談一下兩公約經過我國批准，經過兩公約施行法生效，成為我國內國法的一部份的一些相關議題，這個議題也是配合徐教授的大作。

我今天還滿高興的，在徐教授的口頭報告裡指出一個很重要的問題，就是在中華民國正式的批准兩公約之後，我們過去所關心的是，兩公約對我國內國法效力的問題，這也是徐教授的大作，剛剛幾位與談人所關心的重點，我過去也比較關心這個問題，這個問題的重點就會在，到底是我國批准之後就已經對我國內國法產生拘束力，以及進一步的直接適用性的問題，還是要等到兩公約施行法在 2009 年 12 月 10 日生效之後才成為我們內國法的一部分？這是一個重要的問題，這中間也有時間差，不過我今天想要先不談這個問題。

我想要先談的是，徐教授剛剛一開始點到的一個問題，我相信接下來我們中華民國臺灣會面對的一個很重要的問題是，我們在批准兩公約之後，在國際法上的效力這個問題，剛剛徐教授只是在口頭報告中提到，我想這個問題是非常嚴肅，也許接下來我們也要有一個國際人權法學者的研討會來處理，我贊同徐教授剛剛在口頭報告中所提到的，第一個就是，在中華民國政府正式的批准兩公約之後，雖然我們沒有辦法成功的存放於聯合國，那到底兩公約對中華民國在國際法上是不是已經產生拘束力？我認為是，當然這裡可以有好幾個不同的學理，包括剛剛徐教授所提到的國際法院的判決等等，以及非常多國際人權法的論述跟不同的法院判決，有提到當一個國家已經完成一個條約的批准程序之後，其實它很清楚的已經對外做出這個國家受這個條約拘束的承諾，後續的許多的程序的問題，並不影響這個國家所做的這個承諾，所以臺灣現在承諾要對兩公約來予以實踐這件事情，我認為是已經有國際法的效力，那接下來就是說，有國際法的效力是什麼意思？事實上我也贊同徐教授所說的，所以事實上，當然有時候我們很不希望這樣的案件發生，但是這個案件確實有可能發生，只是說，是不是在 2009 年 5 月馬總統正式公布了批准書之後，在國際、區域法院或許多仲裁的相關法庭法院上，相關的當事人是不是可以援引中華民國政府已經願意讓兩公約對你

發生拘束力，所以可以要求我們負擔國際法上的義務？我認為是可以的，當然有時候我們會很擔心如果在國際法院被訴，或擔心我們在其他歐洲法院被訴，或擔心我們在國際刑事法院被訴，但我認為這個東西是已經發生的，當然這裡有很多細節，我想需要國際人權法的學者再好好的看，但這是一件重要的問題，這其實也是當時中華民國政府在批准兩公約的時候也許沒有想太多，但是我自己其實還滿樂見將來我們在國際法的層次上，被要求要負擔我們願意承諾的條約法上的義務。

我為什麼今天想要談這個，因為我認為這件事情跟我們接下來法務部做為總統府人權諮詢委員會的秘書處，所承接一件我覺得是在中華民國整個憲政人權發展歷史上最重要的里程碑的工作，就是兩公約國家報告的國際人權審查，就法務部人權大步走的網站，人權審查在今年的2月底就會舉行，我之所以想要談國際法上的效力，是想要談這一些，剛剛其實幾位先進都提到說，這次受總統府人權諮詢委員會以及其秘書處的協助，邀請來臺的許多國際人權專家都是在聯合國相關機制裡頭非常有聲望，也很重要，甚至許多都是兩個公約委員會的前任或現任的委員，他們受邀來臺組成這個國際審查小組，就我的了解以及法務部所公告目前相關的資料，都是會按照兩公約的委員會所做的審查的程序，以及最後會做出所謂審查的結論。

我今天想要藉著剛好是在座有非常多司法界的先進以及接下來要負責這個業務的同仁，我想要拋磚引玉的是，國際審查小組所做的審查結論，假設它對中華民國政府在許多相關兩公約的人權的執行的問題點上，做了跟兩公約委員會平常在做的審查結論是一樣，可能有些地方做的很好，但可能有些地方與兩公約的人權規定有違，有些地方可能還要怎麼樣的改善，這些審查結論他的法律的效力是什麼？這個是我想要藉由談兩公約，我們現在中華民國政府在對兩公約所負擔的國際法上的拘束力的這一點來看的。我認為，事實上在中華民國政府批准兩公約之後，已經必須在國際法上受兩公約在國際法上的拘束，所以這個國際審查小組所做的審查結論，就這個審查結論是與兩公約的委員會，就是人權事務委員會跟經濟社會文化委員會，所能做的兩公約的條文的解釋的內容是一致的情況之下，我認為，對不起今天有點拗口，如果這個國際審查小組的審查結論，它的解釋方法，它所依據的法理，尤其是我們兩個國際審查小組，其實有許多的委員都是現任或前任的兩個委員會的委員，就它所做的解釋反映出，與兩公約的委員會的解釋所做的是一樣的，換句話說，它符合兩公約的國際人權法上的解釋跟內容的情況之下，我認為它所做的審查結論對中華民國政府在國際法上

是有拘束力的。

也就是說，回過來當我們願意承諾一個條約法上義務的時候，即便我們沒有辦法進入聯合國的機制，舉一個例子，當然最後沒有發生，假設今天兩個公約的委員會，不管是人權事務委員會或經濟社會文化委員會，他們竟然願意審查我們國家報告的時候，它所做的審查結論代表什麼？我認為這是代表一個國際法上，對於中華民國所應該負擔的兩公約的義務的一個國際法上的內容，所以從這個角度來看，我認為接下來 2 月的審查結論，它在國際法上，是對中華民國政府有拘束力的，當然我們只能說因為中華民國很特殊的法律地位，所以我們當然可以說它畢竟不是兩公約的委員會，它是裡頭的委員，很多是現任或是前任的委員，雖然儘可能可以反映出兩個公約法律的見解，但是它畢竟還是不是，但是就這兩公約的權利的內容而言，就是我剛所提到的，如果它的詮釋是反映了國際上規範的內容的話，我認為就這個規範的實質，它是有國際法上的拘束力，這意思也是說將來除了在國際法院、區域法院、司法仲裁，各式各樣的國際區域的仲裁或是法院的機制底下，其他國家不僅可以援引中華民國已經願意負擔兩公約的這個義務，甚至可以援引這個國際審查小組所做的相關的審查結論，在國際的司法或仲裁的機制裡頭來做主張，這個是我目前對我們兩公約對中華民國政府在國際法上的效力的一些反思。

也想藉這個機會拋磚引玉，希望大家能夠提出來思考，事實上我也認為這是今年 2 月即將來臺的許多國際審查小組的這些學者專家，許多現任的或前任的委員，他們之所以願意承擔這個毫無先例、很特殊的國際法上的實踐，背後一個很重要的原因，就在於我相信他們會認為他們所做的不只是一個單純的宣示或者是一個單純的幫忙，他們如果從國際人權法的標準出發所做的這些要求，我相信會形成中華民國政府在國際法上需要負擔的義務及規範，這是我第一個比較想談的事情。

這當然是對於一個沒有完成整個批准程序及進入國際機制的一個願意負擔條約法上義務的國家一個相當例外的詮釋，那之所以如此，我認為這跟兩公約規範的特殊性，跟它是一個人權公約的地位有關係，就這一點，其實剛剛林所長跟報告人徐教授其實都已經提到非常多，包括兩公約它是一個不得退出的，所以法務部最近已經整理的一般性意見裡頭，我們就可以很清楚的看到兩公約的特殊性，它不得退出的這件事情，在公政公約第 26 號一般性意見裡頭提到非常的清楚。

各位也許不清楚、可能不知道的是，香港在回歸中國之前，因為英國的關係是在

公政公約的機制裡面，在回歸中國之後，當然因為中國不是公政公約的締約國，但是香港因為第 26 號的一般性意見，繼續的在回歸中國之後，還是依公政公約定期繳交報告，定期在接受公政公約人權事務委員會審查及觀察性結論等等的做成，所以第 26 號一般性意見，其實適用的當然不只是香港，其實還有許多東歐的國家，所以兩公約特殊的規範地位，除了反映在不得退出的這第 26 號一般性意見之外，當然剛剛林所長也提到，它的許多權利的內涵，其實有強行國際法、習慣國際法等等相關的內容，所以我都完全同意幾位先進所講的，因此比較遺憾的是，我國的司法實務界往往在適用兩公約相關的權利的時候，只單純去提到因為兩公約施行法讓這些權利有國內法的效力，所以就用哪一條，但很可惜的是，還沒有機會能夠比較詳細的去看說，這些權利的內涵其實不盡相同。

之所以想要談習慣國際法是因為剛好徐教授沒有提到美國，那我剛好可以替美國做一點點補充的是雖然大家都知道美國在人權的實踐有一點惡名昭彰是，美國雖然是公政公約的締約國，但是不太願意在司法實踐上去用公政公約，可是因為公政公約裡面有一些權利是習慣國際法，而對英美法系的國家來講，習慣國際法的內涵是屬於司法就可以直接援引，這就是剛剛徐教授所講的併入，司法就可以主動援引的這個內容，所以其實在英美法的國家，尤其是美國的聯邦最高法院以及聯邦的法院，它很多時候會透過習慣國際法的詮釋來用兩公約，而不是像我們所看到的，好像表面上對兩公約，尤其是公政公約是這麼的歧視。

最後一個補充的是說，我也很敬佩徐教授在論文當中，去就最高法院跟最高行政法院，在過去幾年間適用兩項人權公約所做的實證研究，那我只想做一點點補充是，在前年兩公約施行法生效 2 周年的時候，因為臺北律師公會跟思與言雜誌的邀請，我自己也做了當時包含了最高法院、最高行政法院以及下級法院的一個初步統計，我自己是覺得很令人振奮的，雖然不多，但是我們確實看到兩公約成為我國內國法的一部分之後，其實是有一些效果出現，我只想補充徐教授因為沒有機會做到下級法院的部分。事實上在我們的地方法院，針對集會結社的自由，許多法官都已經開始援引公政公約第 25 條關於集會自由的保障，對於許多因為 3 次的解散令就被認定是首謀，要受刑法制裁的許多被告開始做成，前兩個禮拜其實也有律師界的朋友就寄給我這樣的判決，說張老師，我們又看到一個好的例子。不只是如此，在行政法院的部分，就像剛剛廖教授跟徐教授的對談一樣，雖然經社文公約有一些是政府負擔的義務，那人民

是不是可以直接以權利來主張，那有一些是可以討論的部分，但其實我們臺北高等行政法院，在面對中科相關的爭議的時候，對於律師所主張的，經過經社文委員會所詮釋的水權，也就願意直接加以適用了，那這些我都覺得是在我們下級法院表現得很亮的部分。

其實我相信我們的檢察部門也有非常多令人進步的表現，昨天我看到新聞，臺南的這個很不幸的殺童的案件，雖然檢察官起訴的時候還是求處了死刑，我沒有看到原本，但我注意到的是新聞，在檢察官求處死刑的段落當中，有直接提到、直接適用公約，在適用了公約認為這是最嚴厲的罪刑之後，那才求處死刑，先不管這是不是最嚴厲的罪行，我想這都還可以進一步留到司法程序作最符合刑事正當程序保障的論辯，但是光從檢察官這樣的一個起訴書，我們就很清楚的可以看到，我相信法務部過去這段時間的工作，已經對我們整個司法，包括我們檢察的部門有很好的影響，我就先與談到這裡，謝謝！

主持人陳常務次長明堂：

謝謝張老師，張老師對於我們法務部推動人權議題裡面指教甚多，法務部一定會遵照您的指示，我們會繼續努力的、認真的做，剛才提到說法務部是匆匆的接下人權業務，不過我們法制司是很努力，他們八個人要派到這兩個科，眼淚都流下來，他們是含著眼淚還帶著微笑在做，因為根據巴黎原則，政府應該是要設專門機關(構)，就是人權的機構，可是我們目前國內的情勢，因為組織再造，要設專責機構是不太可能，所以法務部還是會努力的遵照張老師的指示繼續的來做。

今天因為我們時間所限，如果各位有意見的話，請提書面，現在提不出來，明天寄給我們也可以，我們一定會誠懇的用書面答覆，最後我們是不是請徐老師做一個最後的總結。

主講人徐副教授揮彥：

謝謝次長，剛剛次長要求我限時解答，因為時間有限，首先非常感謝林所長、廖老師、張老師提供很多寶貴的意見及糾正，我盡量就我掌握到的來對談或回覆。

針對我們以這種片面聲明的方式，來表達對兩人權公約願意受拘束的這種意思表示，在國際法上，剛張老師提到產生效力，所謂產生效力的內涵是如何呢？根據國際

法當中的一個實踐，沒有錯，這種片面的表示聲明願意受拘束所產生的法律效果就是因此會負擔義務，但沒有辦法享受兩人權公約當中的權利，簡單來講，就是有義務但沒有權利；話說回來，在兩人權公約一般正常締約國所享有的權利是什麼呢？其實主要也只是參與兩公約人權委員會的一些業務而已，它可以參與兩公約，針對其他國家提出國家人權報告，也可以去質疑、指摘人家，就這樣子而已。所以對兩人權公約的規範目的來講，這種單純只有義務沒有權利的法律效果，事實上是沒有重大影響，因為國家本來最重要的義務就是實踐人權公約、人權標準在國內的面向，這個進一步我這樣說明。

我非常感謝張老師提到另外一個問題，的確我們以前，至少是我以前都沒有想到過的，對我國這種特殊的實踐案例，我們自己籌組的國際審查小組，他們所做成的報告對我們的拘束力是如何？效力是如何？應該是說效力是如何，也沒有拘束力這個問題，我覺得這問題很單純，就我來看，回到一般正常的兩人權公約的締約國，在參與兩人權公約委員會當中，他們所提出的國家人權報告以及委員會的委員做完審查之後的效力，我認為是差不多的，意思說一般正常的締約國，參與兩人權公約委員會接受到的人權報告以及審查結果，事實上都是建議性的，比如說那文本本身性質是建議性沒有拘束力，拘束力真正來自於哪裡？來自於兩人權公約。我認為兩人權公約的國家報告審查機制和在 WTO 當中的 TPR 貿易政策審查機制是一樣，類似一個自評報告，自己提出一個自評報告。當然很多其他國家在 WTO-TSP 當中，對我們提出質疑，那質疑會不會對你產生拘束力？其實我認為這個狀況和 WTO 的 TPR，貿易政策審查機制和兩人權公約審查報告的效力地位，我認為是差不多的，也就是它本身只有建議效力，但是它的拘束力還是來自於兩人權公約的文本本身。

另外廖老師的部分就很豐富了，首先回到關於直接效力或是自動履行效力與否這個問題，當然廖老師認為他不喜歡所謂自動履行這種用語，事實上沒錯，在美國的憲政體制有它的特殊狀況，所以說會開展出這樣一個概念和機制，可是就內涵而言，在美國是稱自動履行效力，在歐盟法所講的，是直接效力，也就是說直接效力或自動履行效力的前提一定要有可適用性、直接適用性，那有適用性之後不見得會有自動履行效力或者是直接效力，也就是說，假設沒有直接效力或是自動履行效力，至少還有什麼？間接效力。什麼叫間接效力呢？就是會員國各級機關，當然包括法院，它有義務在解釋國內法的時候，一定要去參考他所承擔的國際法義務的內涵，所以要去採行一

致性解釋，避免國內法的適用抵觸它所承擔的國際義務，所以說雖然沒有直接效力，但是還有間接效力，也就是要實施一致性解釋，來避免違反條約義務，這是我個人的淺見。

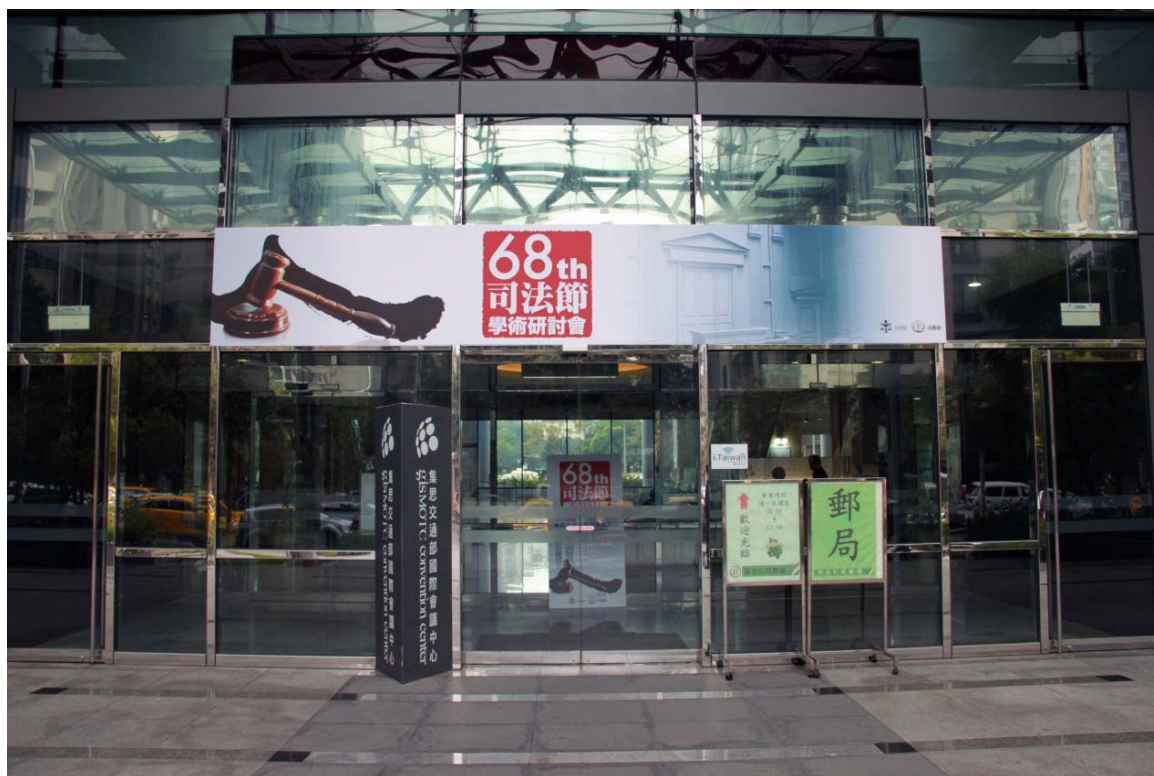
廖老師也提出幾個很關鍵、很重要的問題，關於兩人權公約施行法第 3 條的問題，適用兩公約的規定應該參照它的立法意旨，及兩人權公約事務委員會的解釋。就廖老師認為說，人權事務委員會這個字在第 3 條來講，是不是排除經社文公約權利委員會，我認為就它前面所加的前置詞兩公約，兩公約人權事務委員會，所以我認為，就目的性解釋來講，我們可以將後面這幾個字，人權事務委員會把它理解成關於兩人權公約的這個委員會，因為前面已經提到兩公約，所以我認為既然前置語把兩公約都放進來，雖然用語上或許我們在經驗上比較不足，以為說他們都叫人權事務委員會，但是我認為可以在目的上以及廣義的來講，雖然被叫人權事務委員會，但是包括 ICCPR 的人權事務委員會，以及經社文公約的經濟社會文化權利委員會。

另外參照立法意旨的確我是覺得蠻弔詭的，到底是要參照什麼的立法意旨，在國際法上我們不會說立法，因為國際社會沒有立法機關，所以這個立法機關到底是指兩人權公約施行法的立法意旨，還是兩公約的背景，這問題我個人也是有疑惑。另外廖老師還有一個蠻關鍵的問題，就是說法院有沒有適用的義務？我認為當然有適用的義務，還是有直接適用性，只是不一定會有直接效力或自動履行效力。這個依據何來？第一個，當然基於條約必須遵守與善意履行，維也納條約法公約第 26 條及第 27 條，這是國際條約法的一個理論基礎以及條約規定，就國內法的部分，我認為施行法第 4 條明定，各級政府機關行使其職權應符合，它講「應符合」，不是得符合或最好參考鼓勵你，我們沒有，它是用「應符合」，所以我認為從國際法當中的義務基礎，還有施行法第 4 條，我認為應適用，更直接的講，有適用義務。最後，因為時間有限，簡短的回答到此，如果說不圓滿的話請各位多包涵，謝謝次長！

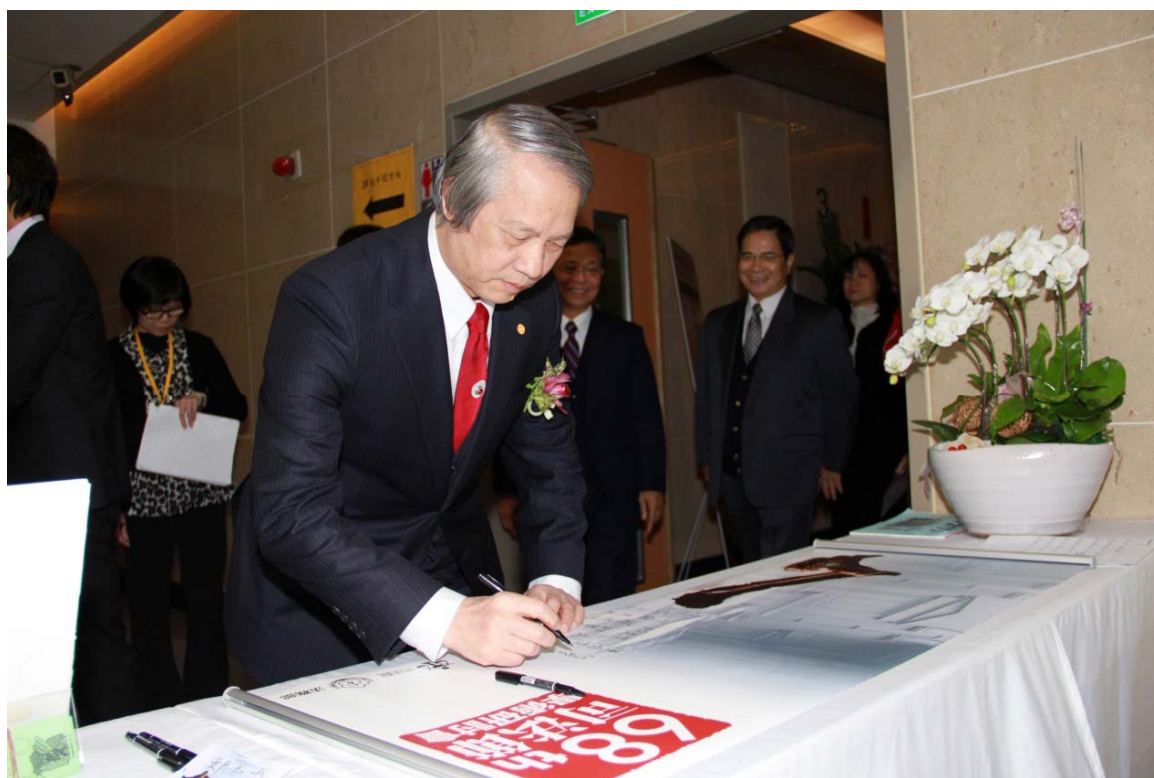
主持人陳常務次長明堂：

意猶未盡的，請各位老師用書面再補充，我們再給各位看看發言稿，今天因為時間有限，對各位表示非常抱歉，最後我們人權是要與時俱進的，法務部在去年底也出版一本「人權 APP—兩公約人權故事集」，不是要各位打手機，這是彙集各機關對於人權的案例，我們希望司法同仁也能了解，那為什麼要用「APP」呢？第一個要 Action，人權要行動；第二個要 Protection，要保護及保障，人權不是掛在牆壁看的；

第三個要 Promotion，要提升人權。所以我們司法同仁也不能站在自己本位，要多關注、多了解人權的真諦，在我們的司法工作上能夠達到保障人權、盡善盡美。今天謝謝各位老師的報告跟與談，也謝謝各位的參與，本場次我們到這裡結束，祝大家身體健康、新年愉快、新年快樂，謝謝！



研討會會場入口



研討會貴賓簽到



開幕式：司法院賴院長浩敏致詞



開幕式：法務部曾部長勇夫致詞



第一場學術研討會

左起：與談人林副教授恩瑋、魏法官大曉、報告人黃教授朝義、
主持人蘇副院長永欽、與談人林教授鈺雄、林教授超駿



第一場學術研討會

左起：與談人林教授鈺雄、林教授超駿



第二場學術研討會

左起：與談人張副教授文貞、林所長輝煌、主持人陳常務次長明堂、
報告人徐副教授揮彥、與談人廖副研究員福特



第二場研討會實況



第二場研討會實況



第二場研討會實況