



國立政治大學法律學系法學叢書(二十六)

民法經濟法論文集

(一)

蘇永欽著

國立政治大學法律學系
法學叢書編輯委員會編印
中華民國七十七年十月出版



國立政治大學法律學系法學叢書(二十六)

民法經濟法論文集

(一)

蘇永欽著

國立政治大學法律學系
法學叢書編輯委員會編印
中華民國七十七年十月出版

著者簡介：蘇 永 欽
民國四十年生
浙江省杭州市人
台灣大學法學士
西德慕尼黑大學法學博士
現任政大法律系副教授

版權所有
翻印必究

國立政治大學法律學系法學叢書（二十六）

民法經濟法論文集（一）

著 作 者：蘇 永 欽
發 行 人：蘇 永 欽
叢書編輯：國 立 政 治 大 學 法 律 學 系
法 學 叢 書 編 輯 委 員 會
印 刷 者：瑞 明 彩 色 印 刷 有 限 公 司
台 北 市 康 定 路 173 巷 33 號
電 話：3089616
經 銷 者：三 民 書 局
台 北 市 重 慶 南 路 一 段 六 十 一 號
定 價：精 裝 500 元
平 裝 400 元

中華民國七十七年十月初版

序

這本集子收羅了我過去七年寫和譯的十四篇形式較完整的論文，加上十六篇短論。基於個別動機而寫，當然談不到什麼連貫的主題。勉強要說有些共同的地方，大概就是比較法的觀點，和從整個社會及法律體系來觀照的方法。此外，問題的選擇和切入，常常環繞在民法和經濟法的互補與衝突關係，多少也反映我這幾年的思考走向。

在此要感謝吳秀明、王信祝、吳彥宏、黃家慧、趙相文、黃玲玉、吳士琪、許惠珠、郭慧雯等同學幫忙校對。也要感謝老朋友林明宗接下打印出版的工作，忍耐我的拖泥帶水。

這本集子獻給我的父親，和兩年半前過世的母親。

蘇 永 欽

記於七十七年雙十國慶

目 錄

論文部份

一、試論判決的法源性	1
二、判決先例在德國私法中的意義(譯)	61
三、法律中的死亡概念—以民法為例	75
四、違反強制或禁止規定的法律行爲—從德國民法 § 134 的理論與實務操作看我國民法 § 71	87
五、無因管理中本人之承認	123
六、侵害占有的侵權責任	143
七、動產善意取得若干問題	167
八、論動產加工的物權及債權效果—兼論我國民法中償金 請求權的性質—	205
√九、消費者保護法—一個新法域的誕生?—	327
十、關於防止限制競爭立法的基本問題	353
十一、論不正競爭和限制競爭的關係—試從德國現行法觀察—	385
十二、營業競爭法在歐洲各國的發展與整合	431
十三、簡介西德及歐市卡特爾法(譯)	461
十四、我國勞基法的問題與展望(英文)	475

短論部份

一、關於老鼠會問題幾點法律上的看法	517
-------------------------	-----

✓ 二、消費者保護法—消費者應該開一份什麼樣的菜單？—	523
三、如何防止良藥變成毒酒？	
一談以產品比較試驗作廣告的法律問題—	531
✓ 四、不能忽視消費資訊的規範	541
五、用良性試驗廣告來驅逐低劣試驗廣告	549
六、不當競爭防止法能不能防止攤販活動？	553
✓ 七、消費者需要多少法律保護？	559
八、淺談不正競爭法上的仿冒	563
九、對公平交易法立法的幾點淺見	569
十、問題玉米引出來的問題	575
十一、管制廣告品質，提升生活品質	581
十二、書評：施啓揚著：民法總則（英文）	589
十三、經濟法—已開發國家的任務與難題	593
十四、突破心理迷障，提升勞資關係	605
十五、從兩玻案談卡特爾法的法律規範	609
十六、區分地上權的立法問題	617

試論判決的法源性

目 次

壹、引言	二、英美法系
貳、法源	三、混合法系
參、判決的法源性——問題概述	伍、判決的法源性——我國
肆、判決的法源性——外國	陸、總結、檢討、前瞻
一、大陸法系	

壹、引言

司法或行政機關的決定除了對當事人產生了拘束力（既判力）以外，是否還對爾後的案件有某種程度的規範作用（本文所用的拘束力），這個在學者間仍莫衷一是的問題對理論和實務都有很高的研究價值。

判例法的承認對大陸法系國家來說首先意味方法上的擴張，在單純的演繹（deduzieren）或化簡（reduzieren）以外更增加了歸納（induzieren），同時隨着實定法規範數量上的膨脹，法律註解必然益趨繁瑣，法學教育勢需轉向案例研究，法律資

訊的蒐集、整理、開放、甚至自動化，也成為刻不容緩的工作，而法律社會學的研究——尤其法官社會學——也因為法官角色的吃重而愈發不可輕忽了。

判例是不是，或者應不應該成爲一種法源，視法源的不同概念，可以從不同的角度去討論，而比較法的知識則是不可或缺的參考資料，這篇論文嘗試從外國法律實務和理論的現狀和發展出發，再回頭看這個問題在我國現行法的答案，最後提出幾點檢討和展望。

貳、法源

法的淵源，一般習稱法源 (Rechtsquellen; the sources of law)，是一個具有多層意義的概念。依認識目的的不同，A. Ross 很早就區分爲三種語義¹：一、取其爲法律規範認識上的素材，二、取其爲法律事實上的發生原因，三、取其爲法律倫理上的根據。P. Liver 分別稱之爲法律認識的淵源 (Erkenntnisquellen)、法律形成的淵源 (Erzeugungsquellen) 和法律價值的淵源 (Wertungsquellen)²，這三種認識角度都包含在廣義的社會科學研究範圍之內。

法律註釋研究的第一步，無非是確定實定法規範到那裡去找，這在各國現行法來說大多已不成問題，但是對法制史的研究，

1. A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen* 1929, S. 291, 轉述自 Luhmann 載於 König 紀念集, 1973, S. 387.

2. P. Liver, 收錄於論文選集: *Privatrechtliche Abhandlungen*, 1972, S. 33.

這一步就不簡單了，狹義的，如歷代典章詔令³，較廣義的還包括一切公、私法的法律文書，如官府判決、土地籍冊等，最廣義的則如稗官佚史古器等也斑斑可考。總之這一層意義的法源，主要見於法制史的研究，和本文關係比較小。

其次，每個社會的法律形態內容所以各具特色，必然「其來有自」，決定法律形成的因素，從個人的習慣、情慾到團體的風俗、宗教、民族性、意識型態，乃至外在的環境：地形、氣候、交通、資源等及經濟、社會、政治結構等等，再推進點看，立法者怎樣處理一個法案，法官怎樣處理一個實案，整個決定過程中那些因素最具分量？從這些實證的資料來檢討法律的形成，是法律社會學的興趣所在。

第三種意義的法源著眼於法律涵蘊的價值：如 Radbruch 提示的三個主要價值理念（Wertideen）——正義，合目的性、法律安定以及一般公認的維持秩序和促進社會進步兩大功能，乃至諸如理性、事理之常（Natur der Sache）等等，從這些「後設」的法律價值來理解法律，基本上是採取法律哲學的觀察角度⁴。

以上三層意義的法源分別從法制史、法律社會學、法律哲學觀察而得，似乎可以總稱之為基礎法學中的法源，以別於註釋法學（dogmatische Rechtswissenschaft）中使用的第四種概念

3. 如戴炎輝著「中國法制史」開宗明義就談「法源史」，所指法源即是狹義的認識上的法源，民國 55 年出版，一至十六頁。

4. 比如從亞里斯多德的正義論（Dikālogie）來看法律，對等的正義（iustitia commutativa）之於民法，分配的正義（iustitia distributiva）之於公法，再加上 Thomas von Aquino 所補充的一般的正義（iustitia legalis）之於社會立法。

——稱法規範形式效力的來源為法源。Liver 把這個在一般討論最常用的法源概念稱之為「法律技術意義上的法源」⁵，因為所謂規範的效力（juristische Geltung）在這裡指的是純粹形式的效力：凡是使被規範的對象——司法和行政機關以及人民⁶——有遵從「義務」的規範都有效力，不論它「實際上」是否被遵從，也不管它是不是符合法律理念的「正當」規範。這些規範的效力淵源，便是法源。註釋法學的法源有時候明文規定於相關法規裡，如瑞士民法第一條，我國民法第一條，刑法第一條，有時候就個別法律雖未直接規定，如德國民法，但是在憲法中設有間接的規定（詳後）。

僅僅這個歧義的概念的存在，便是一件耐人尋味的事。早在 1885 年 Andreas Heusler 在他的「德國私法制度」一書裡就指摘這個概念過於不確定⁷。然而撇開純粹語義上的混淆，法源理論隱然透露了政治發展的脈絡，面對急劇轉變的社會而政治權力集中的時候，主權者常有把形式的法律效力從事實規範中抽離而使法源也定於一尊的傾向，隨着社會的分化（differentiation），法出多源卻又不可避免，這時候應然和實然便處於一種混沌的狀態了。事實上，正如許多人嘗試建立一套和法制史、法律社會學、法律哲學完全分離的純粹法學，結果治絲益棼一樣，法律技

5. Liver, 前揭文, S. 38。

6. 法律的規範對象問題（das Adressatenproblem）從耶林（v. Jhering）以降始終聚訟紛芸，偏向實定法觀點的認為每個人都是對象，偏向法律實務的則認為只有了解命令的或必須執行命令的人才是規範的對象，其詳請參 U. Krüger 著 Der Adressat des Rechtsgebers 1969。

7. Liver, 前揭文, S. 32。

術意義下的法源幾乎註定了爭執不休的命運。把若干基礎法學理解的法源加以「技術化」而賦予實定法法源的地位，是一個妥協的辦法，如我國民法宣示習慣（法律形成的淵源）和法理（法律價值的淵源）具有補充法源（*sub sidia*）的地位，我國憲法前言，第一條、第一百四十二條等宣示三民主義（當代政治思想主流——法律形成的淵源）的法源地位便是，儘管這些表面技術化了的法源在方法論上常常免不了要交白卷。

事實上爭執並不因此而中止。雖然註釋法學的法源問題（「形式上」應該拘束立法、司法、行政決定和人民行為的規範效力從那裡來？）和基礎法學的法源問題（那裡可以找到實定法的規範？「事實上」支配立法、司法、行政決定和人民行為的規範從那裡來？實定法規範背後有別於其他社會規範的「價值理念」是什麼？）本來截然不同，但是對於前一個問題的探討終究不能完全忽視後面問題的討論結果：畢竟形式有效的實定法規範體系仍然建築在這個體系大致上能有效運作的「事實」上，而且只有在它的內容不抵觸若干法律基本價值時，這個規範體系才真正合法（*legitimate*）存在⁸。因此，在所有關於實定法法源問題的討論中，最顯著的一點就是基礎法學的法源理論每每在不知不覺中穿梭於各種論點中，甚至成爲主要的論點。

8. 不過認識到數種法源概念之間的牽連關係，並不表示在闡明這個概念的時候可以混同使用而不加區別，混同的例子很多，如管歐著「中國行政法總論」61年44頁以下，把行政法的法源分爲成文法和不成文法，在不成文法下開列：1.主義 2.習慣 3.道德 4.宗教 5.法理 6.判決例 7.解釋 8.學說 9.外國法，只能從不同的法源概念去索解；另外如劉日安著「法學緒論」，第五版，66年，44頁以下，亦同。

N. Luhmann 從法律社會學（不如說是法律理論）的角度探索法源這個概念的曖昧存在，用他的體系理論（Systemtheorie）作了下面的詮釋：「法源這個法學概念在愈趨繁複的社會結構中對作決定（Entscheidungsfindung）有其特別意義」；「在強制作成決定的司法制度下，它不僅有法律一般的化簡（Reduktion）功能，同時提供了足夠的論點以備大量決定之需」；「每個法律體系的存續都有賴於社會價值觀的轉化為法律，這種繼受在把規範和效力問題的劃分予以制度化以後，它的自主性就更能提高了。這樣，法律的決定體系和社會的法律經驗之間就毋需在規範期待和事實的應然觀念上求其恒等了，法律以它的論理方式嘗試各種社會價值和價值的變遷，而逐漸協調變遷中的（zu Änderndes）和仍然有效的（Geltendes）因素，比如安全需要的增強以致社會上相應產生價值變遷，暴露了過失責任主義的困難，但是藉若干矯正的責任條件觀點，如危險責任、或者裁判上對某些情形排除過失責任，如國家賠償責任等，逐漸把這些需要和價值變遷吸收進現行有效法律，而社會生活中自我決定和安全保障兩種價值也得以並行不悖⁹」。

總之，從法源理論的發生和爭執的延續，已經可以了解它基本上是法學對社會的一種回應¹⁰。執此以觀判決的法源性，或許能理出一條新的思路。

9. Luhmann 前揭文，S. 3901 f.

10. Luhmann 前揭文，S. 388

叁、判決的法源性—問題概述

判決是否法源的一種？或者，從判決中可不可以產生具有法律拘束力（*Verbindlichkeit*）或具有效力（*Geltung*）的規範？對這個問題，在一般法律學者的討論中，大抵都是從法律技術的觀點出發¹¹，與這個問題有關，但是屬於另一層次的是法官造法（*Rechtsfortbildung*）的妥當性和合法性問題，對後面這個問題持否定態度的，通常對前面的問題不予肯定，但是對後一問題予以至少某種程度肯定的，並不當然肯定前一問題，其中原委頗值推敲（詳後）。

這兩個問題對較早期的法律文化和對法律實證主義鼎盛時期一樣是多餘的。在制定法出現以前，總是先有法官，由他來決定法律。「左傳」記載晉貴族叔向的話：「先王議事以制，不為刑辟」，即由貴族決定如何處理個別法律案件，而並無法律的制定。法國民法的主要起草人 *Portalis* 也說，西方歷史上是先有法官，以後才有制定法，法官造的法，通常也都有相當程度的持續性¹¹，因此在那個階段，判決的法源性根本不容置疑。至於法律實證主義一旦成為官方的意識形態，法律制定即由立法機關獨占，法院判決既無由創設規範，更無從產生形式的拘束力，從而判決的法源地位被否定得很徹底，毫無爭執餘地。在我國法律實定主義的極政，是戰國末期和大一統的秦朝，法家集大成者韓非子嚴厲警告法官：「不遊意於法之外，不為惡於法之內」（有度篇

11. Kriele 著 *Recht und praktische Vernunft*, 1979, S. 71 ff.

），「不引繩之外，不推繩之內，不急法之外，不緩法之內」（大體篇），而「法者，編著之圖籍，設之於官府而布之於百姓者也」（難三篇），到了秦朝更把「儒以文亂法」懸為厲禁，以致「偶語詩書者棄市」（史記李斯列傳）。歐陸的法律實定主義則在公元六世紀羅馬的優帝（Justinianus）勅纂羅馬法會典（*corpus iuris civilis*）以後首次達到高峯，會典以外別無法源，援引舊法或評論新法視為作偽依律科刑；十八、九世紀之交，法典制定再度風行，法國 1791 年刑法第一條禁止法官為任何裁量，條文多達一萬九千條的普魯士邦法典禁止法官對條文作擴張或限制解釋，遇有疑義但得聲請法規委員會決之（法例第 47 條），任何裁判不得參考學者見解或舊裁判先例（法例第 6 條）¹²。

然而，越過了法律實定主義的高峯以後，判決在各實定法體系中的法源地位便或高或低，或者「妾身不明」，比較粗糙的二分法則謂在大陸法系國家判決並無法源地位，而在英美法系國家傳統上卻是最重要法源，實際情形自然要複雜得多，尤其不能忽視介於二者之間的第三類國家（*mixed jurisdictions*）。下面便先就判決在這三種類型國家的法源性略作探討，再回頭看看我國的情形。

肆、判決的法源性—外國

一、大陸法系

優帝的名言：「裁判依法不依例」（*non exemplis sed*

12 參閱Rehfeldt/Rehbinder, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1973, Kap. 31。

legibus iudicandum est.) 至今仍相當程度地支配歐陸國家的法律方法論，儘管法律實務和理論之間已經顯示了不小的差距。以下僅就有代表性，而且對我國法律較具影響力的德國、法國和瑞士撮要述之。

甲、德國

現代的德國法制基本上仍以制定法 (Gesetz) 為重心¹³。法院的判決只對系爭案件有意義，既判力只及於訴訟當事人，對於處理類似案件的其他法院無任何拘束力。唯一的例外是聯邦憲法法院的判決，依聯邦憲法法院法第卅一條第一項該法院判決拘束聯邦和各邦憲法機關以至所有法院和行政機關，第二項進一步規定判決在特定情形有法律的效力。基本法第九十七條第一項宣示法官獨立的古老箴言，「只服從制定法 (Gesetz)」(法院組織法第一條與法官法第廿五條採用相同的語句)，但第廿條第三項的規定略有不同：司法裁判「受制定法和法律 (Gesetz und Recht) 的拘束，從而法官不受判決先例的拘束似乎相當清楚。然而再透視整個實定法體系，卻也不盡然。

首先，根據國家提供司法保障的義務¹⁴，法官不得以沒有法律為理由而拒絕裁判，因此法官在沒有法律的時候不但有權利，甚至有義務創設法律¹⁵，這種創設自然不違背基本法上法官服從法律的義務和三權分立的憲法設計¹⁶，綜合二十、九十七條來解

13. Engisch 著 Einführung in das juristische Denken, 7 Aufl., 1977, S. 43 ff.

14. Baumann 著 Einführung in die Rechtswissenschaft, 1967, S. 437

15. R. Fischer 著 Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971.

釋，後者只是爲了強調法官的獨立而保留的傳統語句，殊不能狹隘的解釋成法官只受制定法的拘束¹⁷，在制定法之外再加上「法律」，基本法的立法者已經爲法源問題開了一道大門。制定法指的是一切成文法，法律則指一切有效的不成文法¹⁸。因此法院組織法第 137 條第 1 項規定最高法院聯合庭有權在必要時「創設法律」（Fortbildung des Rechts）或促成「法律統一」（einheitliche Rechtsprechung）¹⁹；同法第 121 條第 2 項規定高等法院就刑事案件在一定情形下如要爲與其他高等法院或最高法院不同的裁判，應呈報最高法院，第 136 條規定最高法院聯合庭（die Großen Senate）和大聯合庭（die Vereinigten Großen Senate）在民事或刑事庭要變更他庭或聯合庭見解時的特別管轄權²⁰。雖然在解釋上這時候法院並不當然受判決先例的「拘束」，但是變更見解的自由確已大受限制，憲法法院卻不認爲這種限制與基本法第 97 條第 1 項保障的法官獨立性有所抵

16. 憲法法院在數次判決中對法院的造法活動認可，如 BVerf GE 20,162 (219)；25, 167 (181)；34, 269 (286 ff.)
17. Maunz 著 Deutsches Staatsrecht, 21 Aufl. 1977, S. 270；而且制定法（Gesetz）在德國法中的使用常常不限於法律位階論裡的「法律」。德國民法施行法第二條，民事訴訟法施行法第十二條及法官法第卅八條就明文規定民法中制定法泛指一切「法律規範」（Rechtsnorm），雖然大多數學者依照「歷史解釋」方法把法律規範限制於制定的法令和習慣法，但這是 1900 年立法者的意思，在今天這個概念是否還可以擴張，不無斟酌餘地！
18. Schmidt/Bleibtreu/Klein 編基本法評釋，4 Aufl., Art. 20, Rn. 13a.
19. 參閱 BGHZ 3, 308.
20. 參閱鄒忠科著：「中德司法制度比較研究」，69 年版，第 82 頁。

觸：因為本質上九十七條保護的是司法權不受行政和立法兩權的干涉，與司法權內部的彼此拘束無涉²¹。事實上，基本法第九十五條在 1968 年增列了第三項，明文規定「為維護裁判之統一，應設置第一項各法院之聯合庭，其詳另由法律定之」，同年通過此一法律，從此，法官獨立和法律統一這兩個看起來難免矛盾的價值在憲法上取得了同等的地位²²。

綜合上面的敘述至少可以得到一個結論：無論是法官的創造法律活動或者以法院判決為有拘束力的法源，與基本法的精神都無不合，從若干基本法和普通法的規定以及司法實務看來，甚至有這樣的傾向，不過實務同時充分顯示，判例無論如何不足與制定法等量齊觀，憲法法院在一個重要判決裡明白表示變更判決先例尚不構成憲法平等原則的違反，也不抵觸「法律不溯既往」原則²³。另一方面，實定法中卻也同樣找不出具體的規定為判決的法源提供有力的證明。因此學者的意見相當分歧。

傾向法律實定主義 (*Rechtspositivismus*) 的學者，如 Flume，對法官的造法活動自然比較保留，法官除了以個別法規範為準據以外，最多還能以全體法律秩序為依歸從事解釋活動，逾此便無合法性，而且實定法以制定法為重心，判決無法作為裁判的基礎²⁴；多數學者卻對法官造法活動不但認知而且予以程

21. 參閱 BVerfGE 12, 67.

22. Baur 文載於 Weitnauer 紀念集, 1980, S. 247-259 詳細討論這個問題。

23. 參閱 BVerfGE 18, 224 (240 f.)

24. 參閱 Flume 著 *Richter und Recht*, 1967 ; 另外與他思想接近的如 Diederichsen 在 *Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht*, 1974 一書中也指出所謂的法官造法活動有相當部分都造成了違法的結果, S. 62 。

度不一的正面評價²⁵，但是對判決成爲有規範拘束力的法源一點卻不予支持²⁶。著名的方法學論著無不重視法官造法的活動²⁷，唯對適用判例的方法，似乎仍不視爲「正聲雅樂」，分量極輕。Engisch只說這基本上和類推適用「從個體到個體」的方法有關²⁸，Larenz 和 Esser基本上不承認判決有拘束力，甚至連「經驗法則」的拘束力都不及²⁹，但是因爲實定法（制定法加上習慣法）只有透過判決才真正落實，所以承認判決是認識上的法源（Rechtserkenntnisquellen）³⁰。Larenz 認爲法律正確的要求應高於平等的要求，Esser 承認援引判決對使用論證的合理性和社會相當性有徵憑作用（Indizbedeutung）³¹，但也僅止於此

-
25. 激烈鼓吹的當推六十年代中期以來受社會學批判理論和美國法律現實主義影響的「政治法學」（Politische Jurisprudenz）學派，以Wiethölter，Rasehorn，Wassermann，Ostermeyer 等人爲首。
26. Hattenhauer 便指出德文的法官法 Richterrecht 在語義上只襲取英美法的 judge-made law 的一部分，即法官創設法律，至於後者更重要的「法源」因素，則通常不包含在 Richterrecht 的語義裡，文載期刊 ZRP 1978, S. 85。
27. 如 Engisch 前揭書，Kap. 6. 7；Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, Kap. 5；Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, Kap 7,8；Zippelius, Einführung in die Methodenlehre des Rechts, 1971, Kap. 3.
28. Engisch 前揭，S. 184。
29. Larenz 前揭，S. 421 ff, 又，Schima 紀念集，1969, S. 252 ff；Esser 前揭，S. 184 ff, 又，Fritz von Hippel 紀念集，1967, S. 95 ff.
30. Larenz 前揭，S. 424；Esser 前揭，S. 196, Fn. 16.
31. Esser 前揭，S. 187 f.

。判決中涵蘊的法理、原則的正確性在下一一次判決中仍面臨挑戰；此外，訴訟法學者每每從法官獨立的角度否定判決法源地位，但也都承認它事實上有強大的拘束力³²。

對判決的法源性持肯定態度的學者有 Kriele, Fikentscher, Kruse 等³³。Kriele 對這個問題的看法表面上和 Larenz, Esser 相去不遠，他所提出來的「推定的拘束力」(Präsumtive Verbindlichkeit von Präjudizien)，只比前者承認的事實上的拘束力推前半步，歸根究底，仍以爲「判決先例並無拘束力，否則檢討、更正就無從進行了」³⁴。實則他的「推定拘束力」的理論重點不在爲判決法源性作這半步的正名工作，而在更新方法論的研究策略：

「法學上的論證、方法論等和法源理論關係很密切，實定法理論只接受實定的規範——憲法、法律、命令、自治公約和習慣法——爲法源。癥結是：我們該以法律方法爲主還是以法源理論爲主？我們可以說：有了法源理論、方法論就可以在它的基礎上，討論如何從法源中作出具體決定。但是我們也可以不理會這套法源理論，先發展出方法論，然後從我們研究的結果看看，這套法源理論是不是得到了驗證或者修改，或者需要全盤修正。這第

32. 如 Jauernig, Zivilprozeßrecht, 19 Aufl. 1981, S. 27; Wolf, Gerichtliches Verfahrensrecht, 1978, S. 279.

33. Kriele, 前揭, 又, Theorie der Rechtsgewinnung, 2 Aufl. 1976; Fikentscher, Methoden des Rechts Bd. IV, 1977, ZRV 1980, S. 161-174, Kruse, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971.

34. Kriele, 前揭書 Rechtsgewinnung, S. 326.

二個辦法固然比較激烈，但也比較有實益」³⁵。

Kriele 以爲，判決雖然沒有拘束力，但是足以構成「論證義務的轉換」，從實務上看，拘束力的推定實在是不成文的規則，法律人不懂這一點，就等於還沒跨進門檻，作律師不會發達，作法官不會擢昇，教授寫的意見書、論文、教科書也不會引起重視，法院忽略了上級法院的重要判例，構成第三審上訴的理由，公務員忽略了，可能構成國家賠償案件的過失，律師和公證人忽略了，則對顧客要負損害賠償責任；甚至法律學生的家庭作業、高考等如果不參考重要判例，也不可能過關³⁶。罔顧這些事實而從狹隘的法源清談法律方法的方法論，究竟有多少意義³⁷？

Kriele 列舉「推定拘束力」的理由有五：一、符合一般法律原則（平等待遇、統一、安定、連續、可預見等）。二、塑造法律制度。三、減低複雜性（減少重覆思考）。四、建立法官追求普遍與公正的倫理（使法官同時後顧與前瞻）。五、進步（只有被推定有拘束力的判決足以引起有分量的討論）³⁸。從這裡他再進一步稀釋實定法學的法源論：大陸法和英美法在法學「理論」上固然南轅北轍，在法律實務上，卻根本沒有太大差異：判例在這兩個法系的地位基本上是差不多的，嚴格說，同樣都是介於有拘束力和無拘束力之間³⁹，實定法學的法源理論既執著於法律的

35. Kriele 前揭書 *Praktische Vernunft*, S. 91.

36. *ibid.* S. 93-95.

37. 要知道 Kriele 堅持法律應該代表「實用理性」（*prudentia*；*praktische Vernunft*）的觀點才不難理解他爲什麼提出這樣的詰難。

38. *ibid.* S. 96-99.

39. *ibid.* S. 102.

科學理性 (*scientia*)，強與實用理性劃清界限，才會造成有無拘束力的無謂困擾，因此他的結論：放棄這一套法源理論⁴⁰！

Fikentscher 從一個更廣的哲學基礎和研究策略上，對德國流行的法源理論提出挑戰，比 Kriele 更深入的指出法源理論影響下的方法論不夠誠實的地方，並且創設一套代替的方法論，境界之高，幾乎又使人無法企及，譽謗相與俱來自然可以想像。這就是他在「法之方法」五卷中第四卷所舖陳的「個案規範理論」(*Fall-norm Lehre*)。

Fikentscher 認為德國一般方法論最不誠實的地方是陽以制定法和習慣法為本源，陰以概念上更廣泛的「規範」(*Norm*)或「法律語句」(*Rechtssatz*)為經緯⁴¹，以解決法律不足的窘境，偏偏又不正式承認判決可以創設規範，以方法學的巨擘 Larenz 為例，已經很正確的看到實定法所產生的規範包括許多法院判決涵蘊的決定法則(*Entscheidungsmaximen*)⁴²，承認法官不但可以在法律文字直接延展的範圍創造規範(*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*)，還可以超越法律文字和立法目的來創設規範(*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*)，例外的甚至違反法律(*contra legem*)⁴³，但是一旦討論到「法源」、「拘束力」問題，便又回到傳統實定法定的立場，肯定制定法和習慣法的法源性，否定判決的法源性。Larenz

40. *ibid.* S. 107 ff.

41. Böckenförde 指出，法律語句的總數顯然比法律本身超出甚多，參閱 Fikentscher 前揭文，S. 165。

42. 同上註。

43. Larenz 前揭文，S. 420.

的理由是，並非已經作成的裁判有任何拘束可言，有拘束力的只是裁判中實現的法律語句，也就是針對一定法律問題提出來的「正確」答覆，而正確與否，對以後每一個法官仍然是個重新要面對的問題。Fikentscher 對這個論點的質疑是：法官面對一個案件必須找出一個「正確」答案，這在適用制定法的法律語句不是完全一樣的過程嗎？如果因此說判決沒有拘束力，那麼制定法和習慣法豈不一樣沒有拘束力嗎⁴⁴？

要了解 Fikentscher 的論點，不能不解釋一下他的「個案規範」理論。他的方法是從要解決的個案出發，每個個案都應該有一個適當的規範，這個規範就是「個案規範」，法官必須找到一個儘可能合乎「正確」要求的規範（sachgerecht），這個規範在法院判決以後並不因此消失，它對以後「相同」的案件仍有拘束力，這才合乎「平等」的要求（gleichgerecht），個案規範在大陸法系國家雖然常常來自成文法，但是不一定「直接」從成文法演繹出來——除非成文法具體到不必再加詮釋，這時候它本身就是個案規範，如「二十歲以上正常人午夜十二時以後侵入他人住宅竊取他人財產者處七年以下有期徒刑」——而是經過假設規範和本案事實對比區分逐漸接近而來（Fikentscher 稱之為「詮釋接近」hermeneutische Näherung）⁴⁵，因此在通常情形，制定法、習慣法和一般所說的法官造法（Richterrecht）同樣都只是解決個案的參考資料（Wertungshilfen；Bestätigungs-

44. Fikentscher 前揭文，S. 241.

45. *ibid.* S. 197 ff.; 基本上，Fikentscher 的個案規範方法和美國法學大師 Julius Stone 的方法很接近，請參 Stone, *The Ratio of the Ratio Decidendi*, 22 *Modern Law Review* (1959), 597.

hilfen)，嚴格說起來，有拘束力的只是「個案規範」，這個「個案規範」的「一般性」表現在以後遇有完全一樣的案件——即指依法官的理解沒有再加區分的必要，如「三十歲本省籍男子」和「六十歲外省籍女子」——時，它就是該案的個案規範。

所以 Fikentscher 的論點是：「如果把拘束力廣義的定義為對一具體案件的答案提供評價的資料，那麼判決和制定法、習慣法都有拘束力，它們的法源性毫無軒輊，如果把拘束力狹義的定義為對具體案件有直接適用的規範力，那麼只有「個案規範」足以當之，大部分的制定法、習慣法和判決都還「差了一截」⁴⁶，像 Larenz 那樣以有無審酌「正確性」的義務來判斷，不論法官援用上述那一種都不能規避，也就都不具有拘束力了。

Fikentscher 不僅和 Kriele 一樣，使方法學面對法律實務以便作更好的控制，更重要的是他指出一般方法學在追求「正確」之餘，未免忽略了「平等」的要求，使法官從文字中獲得解放，卻沒有賦予追求法律最基本的價值——平等——的責任。就從法律文字外尋不斷與法律事實融合的「規範」存在而言，Esser 雖然早就針對德國法提出完整的理論⁴⁷，但是他也沒有注意到平等待遇的要求，Fikentscher 的理論陳義顯然更高些。

那麼，牽就「平等」的個案規範理論會不會妨礙法官的獨立審判乃至使全部司法活動陷於僵滯（Erstarrung der Rechtsprechung）⁴⁸？法官既然在普通的法律（Gesetz）之外更受超法規的法律（Recht）的拘束，Fikentscher 自不排除法官在

46. *ibid.* S. 241 ff.

47. Esser 著 *Grundsatz und Norm*, 3 Aufl. 1974.

48. Larenz 前揭書, S. 487.

一定情況下得推翻 (*overrule*) 有效的個案規範，這一點他傾向於美國法官的作法，反對英國法官以擬制的方式作無實質意義的辨異 (美國大法官 *Cardozo* 批評的 “ *pious fraud of fiction* ”)，依他的理論，法官要作不同決定的時候可有四種不同方式⁴⁹：

1. 在制定法規構成要件十分具體的時候，他可以直接基於「制定法」 (*Gesetz*)⁵⁰ 而變更，本來不需受舊判決的拘束。

2. 在制定法規構成要件是不確定法律概念，空白規範，概括條款，或者假設規範根本是法官造的法的時候，則有兩種情形：

(a) 仍承認舊判決的拘束力，但找出事實的區別作不同的決定，因此是基於「事實」 (*Tatsachen*) 而變更。

(b) 確信舊判決是錯誤的，則不必擬制的區別事實，直截了當說明不採該判決見解，因此是基於「超法規的法律」 (*Recht*) 而變更。

3. 在法案事實完全找不到任何個案規範可資適用的時候，可以創造先例，不受任何拘束，這時不拘束則是基於制定法和超法規法律的「闕如」 (*Fehlen von Gesetz und Recht*)。

由此可見法官仍有足夠的判斷空間，運用之妙存乎一心而已。 *Fikentscher* 所謂的拘束力與 *Kriele* 所謂的「推定拘束力」實際上也沒有什麼差異，只是前者理論架構或許比較細緻。從

49. *Fikentscher* 前揭書，S. 242 ff.

50. 依據「個案規範」理論，習慣法只是較高效力位階的法官造法 (*Richterrecht*) 而已，不具獨立法院地位， *ibid.* S. 319，因此可以不包含在 *Gesetz* 之內。

Fikentscher 所謂判決仍需透過個案規範才真正有「拘束」力一點看，又和 Larenz, Esser 的「認識法源」觀點相去不遠，只是後二者相信制定法和習慣性超越了認識法源而取得法律技術意義的法源地位，而 Fikentscher 卻以為就這點它們和判決先例並無二致而已。

個案規範的理論徵之於普通制定法，功用尚不顯著⁵¹，但是用於現代法律普遍存在的不確定法律概念、概括條款、空白規範以及法官造法的時候，的確克服了一般方法學束手無策的問題，使司法決定得到一定程度的控制⁵²，某些法域，如勞工法、行政法，因為制定法在實定法的領域中正如海洋中的島嶼⁵³，他的方法論尤其不容輕視⁵⁴。至於 Fikentscher 藉此理論綜合英美與歐陸的法律方法以實現歐洲法的理想，乃至融滙於他的整套綜合法學⁵⁵，則已超越本文範圍，不便置喙了。

Fikentscher 對判決的法源性予以正面的、全盤的肯定，在

51. 參閱 Larenz 的批評，前揭書 S. 479。
52. 比如 Fikentscher 的學生 Chiotellis 使用這套方法觀察德國最高法院關於「情事變更法則」制度的實務而提出比較圓滿的理論，*Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen*, 1981.
53. Larenz 的比喻，前揭書，S. 482.
54. 西德聯邦勞工法院和聯邦財務法院的態度頗傾向於支持判決的拘束力：BAG WM 64, 467 (Leitsatz 2)；BAGE 12 278 (284 f.)；BAG DB 1967, 778；BFH BstBl. III 1964, 578；BFH BstBl. III 1958, 390；BFH BstBl. III 1959, 345 Leitsatz 3)等，引自 Fikentscher, 前揭書，S. 342 Fn. 142, 143.
55. 參閱 Fikentscher 著 *Synepëik und eine synepëische Definition des Rechts*, 1981.

理論上固然糾正了傳統方法論的不實，付諸實際卻會遭遇兩個困難：一、正如 Larenz 指出的，西德任一法院將必須受到國境內任一其他法院某時提出來的個案規範的拘束，只要在法律上兩案情形相同的話⁵⁶，這比英美法原則上僅僅受上級和同級法院判決的約束還要嚴格，以現在西德法律資訊公開及交換尚不及英美的情形來看⁵⁷，理論和實際自然還有一大段距離⁵⁸，因此如果傳統方法論對判決法源性的看法是不及的話，他的看法恐怕也太過了。二、Larenz 與 Canaris 還提出訴訟法上的質疑：第三審上訴會不會因此泛濫？Fikentscher 的回答：既然判例法「事實」存在，為什麼制定法的違反可以上訴，而判例法的違反不可以？此其一；實務上對思考法則和方法理則的違反都允許上訴，又何懼於對判例法違反的上訴？此其二⁵⁹，答辯誠然無懈可擊，法院的負累卻也是不容忽視的事實。

綜合所述，可見判決的法源性問題依西德現行法規規定仍有爭辯餘地而事實上在學者間也仍在爭辯之中，迄無定論。

乙、法國

拿破崙帝國的文治武功曾使得法國在十八、九世紀之交繼普魯士邦法之後再度掀起法典主義的高潮，大儒孟德斯鳩（Montesquieu）在「法意」（*Esprit des Lois*, 1748）中創設的三權分立原則——嚴禁法官擅越法條文字的雷池，固然沒有完全在

56. Larenz 前揭書，S. 481.

57. 西德每年官方公布的判決約二萬件，占全部法院判決的五十分之一。

58. 所謂判例衝突（*Konflikt von Präjudizien*），在這種情形下必然普遍存在。

59. 參閱 Fikentscher 前揭文，S. 170 f.

這五部法典中落實，但是「法官獨裁」的警告至今仍影響法國法律的發展。原則上，法官在制定法不足支應的時候，有義務從別的源頭去找出適合的規範，1800年的政府草案（*Projet du Gouvernement*）第十一條規定：「民事，無法律直接規定者，法官應如衡平部長。衡平者，即實定法沈默時，回歸自然法或公認之習慣」，法典雖沒有採納這一條（原因是立法者認為法源的尋找是「法學」，不是法律本身的任務！）不過間接的在第四條規定：「法官藉口法律未為規定，語焉不詳或不完備者，以侵害司法受益權論罪」，雖然如此，法官的判定只能拘束系爭案件，否則便混淆了立法與司法的分際。民法典第五條便明文禁止任何司法裁判有控制未來訴訟（*arrêts de règlement*）的意圖，依該條理論上即使最高法院（*La Cour de Cassation*）的判決也不能拘束下級法院⁶⁰，根據學說，只有當判決累積為法院常例（*jurisprudence constante*）的時候，才因為形成習慣法而具有法源的地位，一般的判決則沒有絲毫拘束力，這在今天仍是法國學者間一致的見解⁶¹。

儘管如此，法國法官造法的活力比之英美德等國並不稍遜，在沒有法典規範的行政法領域，實際上判例法早已喧賓奪主⁶²，

60. 與此類似的還有1811年的奧地利民法第十二條：「法院對個別案件所作之決定與對特定訴訟行為所表示之意見，絕無法律之效力；上項決定與意見不能延伸適用於其他案件或他人」。

61. Yiannopoulos 文載於 Dainow 編：*The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, Baton Rouge, 1974, p. 74.

62. 參閱 Allen 著 *Law in the Making*, 7 ed. 1963, p. 181.

規範經濟活動，對現代工業社會十分重要的不正競爭法，在法國也沒有像德國、瑞士那樣完整的法律，可以說除了若干特別單行法以外，主要的內容便是由民法侵權行為兩個概括條款（1382，1383）發展出來的判例法⁶³，就是在法典法的領域，判決先例的研究也逐漸成為方法學上不可或缺的一部分⁶⁴，要想不靠 Dalloz, Sirey 或 Gazette du Palais 這類判例彙編而能理解法國法無異緣木求魚，而且，即使民法典第五條明文排除了判決的法源地位，最高法院判決的拘束力事實（de facto）存在也是學者間一致的看法⁶⁵。

丙、瑞士

瑞士恐怕是大陸法系國家中最傾向於肯定判決法源性的一個。1907年公布的瑞士民法第一條規定：「法律問題，在文字上及解釋上，法律已有規定者概适用法律，法律所未規定者，依習慣法，無習慣法時，法官應推測立法者可能制定之原則予以裁判，於此情形，法官務需遵照穩妥之學說及實務慣例」。由於瑞士承認三種官方語言，對於該條第三項的「遵照」（“Er folgt”），語義上頗有出入⁶⁶，法文使用「應參酌」（ils' inspire），義文使用「依循」（egli si attiene），語義上都比「遵照」緩和，從法制史的背景資料看來，學說（Lehre）和實務慣例

63. 參閱 Krasser 著 Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Bd. IV, 1967, S. 10f.

64. Allen, *ibid.*

65. Allen, *ibid.* p. 183.

66. 參閱 Berner Kommentar, Bd. I, 1966, Meier-Hayoz 評註 Art. 1, Rdn. 44.

(*überlieferung*) 的地位則是介於第三法源和適用法律參考資料之間⁶⁷，據學者的解釋，實務慣例主要指判決，但不包括全部判決，又不僅指法院判決，還包含行政權關的決定及其他生活中的一般常習(“*was Lauf und Brauch ist*”)。但是撇開這個概念細節上的爭執，法院判決是學者公認這個概念的核心，而且不僅聯邦法院的判決，各邦的判決(不論審級)也都包含在這個概念裡。尤有進者，不僅已公布的判決，未公布的判決也可當成實務慣例(主要指同一法院的判決)；這種慣例不僅可以直接援用，類推適用也非不許⁶⁸，所以綜合說起來，判決在瑞士法律的地位是比制定法和習慣法低一層次的補充法源。瑞士民法典的主要起草人 E. Huber 在一本書裡使用「附條件法源」(*bedingte Rechtsquellen*)來描述學說和判例，因為它們不及制定法和習慣法這兩個完全法源(*vollwirksame Rechtsquellen*)，它們之取得法律一般規範力仍繫於通過審酌(*Nachprüfung*)⁶⁹。學者們對判決的法源性通常比較保留，實務界則有強烈的肯定傾向⁷⁰。

有待研究的是，判決拘束力的範圍多大？Germann、Meier-Hayoz 以為依民法第一條第二項法官在法無明文必須越俎代庖的時候，有提出一般性，抽象性規則的義務，眼光要及於本案和將來的類似情形⁷¹，也就是兼顧個案的正義和平等的正義，在出

67. *ibid.* Rdn. 43.

68. *ibid.* Rdn. 471.

69. 參閱 Huber 著 *Recht und Rechtsverwirklichung*, 1925, S. 445.

70. 前揭，*Berner Komm.* Art. 1, Rdn. 478.

71. *ibid.* Rdn. 501 ff.

發點上可以說和前面提到的 Fikentscher 的理論一樣，因此有拘束力的不是裁判本身，而是在裁判中提出來的規則（*Regel*）或規範語句（*Rechtssatz*），這在適用制定法和習慣法的時候，事實上也無不同。

另一方面拘束力仍有其界限。在什麼情形下，法官可以置判決先例於不顧？最重要的，是對所有有關的先例作廣泛的討論，然後提出不同的見解⁷²。其次，就有法律規定（第一項）和無法律規定（第二項）的情形，應有區別：在前者，法官要說明他的見解比較能符合法律的精神，這時候，因為法有明文，「平等性」已經獲得較高的保障，因此法官在論理上可以給予「正確性」較高的比重；雖然如此，法官不能以提出與前判例「同樣」有力的論點為足，基於「平等」的要求，法官變更見解仍應該提出比前判例見解顯然有力的論點⁷³。在後者，法官的地位如同立法者，變更判例與變更法律無殊，所以法官這時候要特別考慮法律的平等與安定⁷⁴。

由上可知，儘管有瑞士學者以為瑞士民法第一條比起同時期的其他法典，「其實並無新意，只不過把我們一直無意識地重覆做的事情意識地表達出來而已」⁷⁵，但在大陸法系國家，判例的法源性得到這樣公開的承認，瑞士無疑是獨樹一幟了。

72. *ibid.* Rdn. 506.

73. *ibid.* Rdn. 507.

74. *ibid.* Rdn. 510 f.

75. Liver, 前揭文, S. 75, Fn. 85.

二、英美法系

英美法系國家以判決為主要法源，下級法院對上級及本院所作判決必須尊重，不得偏離違誤，是為「裁判恒定原則」（*stare decisis doctrine*），和大陸法系國家的情形，適成對比。

這項原則其實並沒有憲法或法律的基礎。在英國傳統上把判決的法源性歸之於上級法院享有的無上權威（“*Her Majesty's Judges*”），在美國，除了法官的權威以外，平等性，可預見性以及裁判經濟等等則是一般比較常舉的理由。事實上，在像英國這樣沒有受到羅馬法法典主義洗禮的國家，發展出這套原則，使法律能成為有效的社會控制工具，毋寧是很自然的事⁷⁶。判決拘束力的承認可以回溯到英國亨利二世（1154～1189）的時代，但是原則的完全確立仍要到十八、九世紀之交，法院審級制度和判決公布都趨於完備的時候⁷⁷，因為法律的合法性不是建立在立法者的權威上，而是法官的權威和社會的認同上，表現的形式也不是普遍的，抽象的法律語句，而是卷帙浩繁的判例集；對「法源」概念的使用，也不像大陸法學者那樣細緻；當他們提到法源的時候，有時偏重法律技術層面的規範因素，有時候偏重於社會學層面的事實因素，因為經久長行，英美最高法院的判決事實

76. Cross 指出使判決在英國法有拘束力的三個重要因素：1. 法律確定的需要 2. 英國法院審級的高度集中 3. 法官地位崇高，參閱所著 *Precedent in English Law*, 3 ed. 1977, pp. 13-17

77. 參閱 Blumenwitz 著 *Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht*, 2, Aufl. 1976, S. 25.

上多數都已具備真正習慣法的特質⁷⁸，因此所謂「拘束法院」（binding on the courts），常常兼指二者。

英美法中判例的拘束力原則上是由上而下的，英國最高法院（就是上院，House of Lords）的判決拘束所有法院，下級法院的裁判對上級法院沒有拘束力，比如上訴法院（Court of Appeal）之於上院，但仍有必須參酌的效力（persuasive authority）。原則上，絕對的拘束力自始就不存在，比如英國上院可以變更見解，不受過去判決的拘束⁷⁹，上訴法院在 *Young v. Bristol Aeroplane Co.*（1944）K.B. 718 案以後，也可以以原見解與上院最近所持見解不合或者不知上院在原判決形成當時已有不同見解為理由，而擺脫原判決的拘束力，同樣各地區的高等法院（High Court of Justice）雖然不能廢棄以前見解，但是仍可以表示無法苟同而另外裁判，但是事實上明白推翻或變更舊裁判見解的只在極少數情形下才發生，一般來說，法官只會對判例中涵蓋面太廣的法律語句加以辨異（distinguish），使系爭案件能擺脫舊見解的拘束。下級法院尤其不肯輕易出此，面對社會變遷必須有所興革的時候，法官通常都期待以立法的方式來取代舊法律⁸⁰，或者任其自然淘汰。美國的情形大抵相若，除了聯邦體制使得不同主權之間的司法判例僅具參酌的效力以外⁸¹。但是聯邦最高法院因為職司護憲，國會修憲程序繁複，法

78. *ibid.* S. 24f, Fn. 45

79. 參閱 Walker/Walker 著 *The English Legal System*, 3 ed 1973, p. 131.

80. Cross 前揭書，p. 167 以下。

81. *ibid.* pp. 17-18.

院只好負擔起改革的重任。不過即令如此，最高法院對推翻前例一事仍然非常慎重，在成立以後，一百五十年中推翻判例的紀錄不過 91 次⁸²。

如果比較研究大陸法系國家法官受「法律」拘束和英美法系國家法官受「判例」拘束的實際意義，會發現中間有相督大的區別：比如在英美法，裁判抵觸判決先例者，並不因此無效，法官忽略某一判例的存在，在判例數字多如牛毛的情形下尤其無法避免⁸³。如此，作成的裁判（*decision per incuriam*）仍然有效，而被忽略的判例，它的法源性難免因此減損，乃至在時間的湍流中淘汰。此外，如前所述在實務中，有時還有法官對不妥當的判例明知不用的情況（宣稱“*the precedent is ignored*”）反覆行之，判例的價值事實上也被剝削了，可見建立於不成文基礎上的拘束力比建立在成文基礎上的拘束力是要脆弱一些⁸⁴。其次，制定法的拘束力，照一般說法是及於規範的全部，即使 *Fikentscher* 的「個案規範」理論也強調在法律文字十分確定、具體的時候，它本身不待衍化為個案規範就有直接的規範力。但是英美法所謂的判例拘束力就不同了。有拘束力的不是判決的全部內容，而是其中主要的法律理由，稱之為「主旨」（*ratio decidendi* 或 *holding*），不屬於 *ratio decidendi* 的法律理由，只是無拘束力的傍論（*dicta*），只不過傍論如果論理精闢或者論述的法官聲望卓著，也會產生必須參酌的效力。至於什麼是主

82. Blumenwitz, 前揭書, S. 31, Fn. 55.

83. 據說美國已經輸入電腦的判例資料已經有上億件。

84. Blumenwitz 前揭書, S. 33.

旨，什麼是傍論，可以說正是英美法律方法論上的主要問題⁸⁵。每個案子都有一定的爭點（issues），這些爭點中又可區分為事實問題與法律問題，只有針對法律問題所作的支持該判決的、普遍化的陳述是所謂的主旨，除去這部分，判決結果必不相同。現代美國的法律方法論在決定主旨內容時已經比往昔更側重相關的事實⁸⁶。

儘管討論英美普通法「裁判恒定原則」的文字已非汗牛充棟不足以形容⁸⁷，但是到今天仍然沒有一套明確的方法釐清主旨和傍論，以決定判例拘束力的範圍。依 Allen 的說法，即使作決定的法官自己也還常常拿捏不住分寸：已經抵達了主旨或者還遊移於傍論⁸⁸。事實上，在美國仍然堅信裁判恒定原則是使司法裁判所以有別於其他公權力決策方式的主要因素的人已經愈來愈少了；面對一個問題，法官可能從不同的法規、判決、主旨、傍論中擷取他認為最有力的論點來作成決定，即使在此之前有一個事實跡近相同的案例，如果不慊於心，仍然可以公然拒絕遵循，拘束力云乎哉？Shapiro 一方面認定這個原則已經破產⁸⁹，另一方面又從決策角度觀察到一個現象，也就是存在於美國各公權力決策過程中共通的現象：「微量改變原則」（incrementalism）⁹⁰

85. Cross, 前揭, pp. 38-102; Goodhart, 40 Yale Law Journal (1931), 161.

86. 參閱 Fikentscher 著 Methoden des Rechts, Bd. II. S. 86 f.

87. 參閱 Shapiro 文 The Breakdown of Stare Decisis, 收錄於 S. Ulmer 編 Courts, Law and Judicial Process, 1981, pp. 309-312.

88. Allen, 前揭, p. 260 以下。

89. Shapiro 前揭文, p. 312.

90. 參閱 Shapiro 文: Incremental Decision Making, 收錄於 Ulmer 編, 前揭書, pp. 313-323.

。法院既然是公權力的一部分，也免不了這樣的習性，受這個習性的約制，法官的決定仍傾向於從現狀（status quo）出發，也就是在過去判決建立的決定模式上加進一個新的，稍許改變的決定，「任何組織都不僅希望找到一個好的或者『最好』的政策，它們也迫切的希望維繫政策間的穩定」⁹¹ 如果用前面德國法律方法學者使用的判準來說，也就是在決定的正確性和平等性中找它的平衡點。法律技術層次的「裁判恒定原則」在社會科學的透視下不過如此。

三、混合法系

判決法源性地位的昇降在若干由於政治，歷史或地理因素徘徊於大陸和英美法系間的國家中最為明顯，它和制定法不但共存，而且彼此的法源地位相去遠不如在大陸或英美法系國家那樣懸殊，因此可以稱為混合法系，典型的國家如以色列，蘇格蘭以及屬於美國的路易西安那州等⁹²。

甲、土耳其鄂圖曼帝國管轄下的巴勒斯坦在第一次世界大戰以後落入英國人的統治，1948年以色列宣布獨立建國，卻因為外患頻仍，建國初期仍保留一切混合英國法和鄂圖曼法的原有法令，後者基本上屬於大陸系統，一部分是法典化的回教規範，一部分繼受自法國，前者主要包含不成文的習慣和衡平法。然而經

91. *ibid.* p. 315.

92. 參閱Dainow 編前揭書；屬於這一類型的國家或地區還有墨西哥、波多黎各、魁北克、南非、辛巴威、斯里蘭卡、菲律賓等，參閱 Zweigert/Kötz 著 *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Bd. I 1971, S. 271 ff.

過將近三十年的英國統治，整個法律體系實際上已經相當徹底的英國化了⁹³——包括英國普通法的裁判恒定原則。等到以色列立國基礎漸趨穩固以後，法制改革立即開始，大規模的法典和單行法陸續制定定成，判例法又從主要的法源逐漸退居補充的法源，這種斷乳式的變法目的無非在建立自我，昭示獨立形象。判例法被批評為過分保守，不民主（違反三權分立原則）一旦法典化運動告一段落，判例法一定會再度撞場⁹⁴。

乙、蘇格蘭的發展和以色列一樣，一部法源史正好反映出一部政治史⁹⁵。十七世紀以前，蘇格蘭仍屬於法典國家，判例不是法源，法官和律師私下抄錄判例作為參考，最高法院（*court of session*）的判決首次公布出版是在1683和1687，自此判例附驥於衡平的法理和習慣，漸漸發生事實的拘束力1707年併入英格蘭成立聯合王國以後，因為判例的不斷出版和法院系統改隸英國上院為最終審，判例法的法源地位遂日形鞏固，英國普通法的裁判恒定原則以及辨異的法律方法也一併繼受。判決依法院體系由上而下有其拘束力⁹⁶，與英國的裁判恒定原則如出一轍，只是法官在適用判例時較為自由而已。

對於目前這種情形，學者並非全無批評。愛丁堡大學著名的比較法學者 A. Watson 在一篇討論法律創造理論的論文⁹⁷裡便

93. 參閱 Tedeschi/Zemach 文載於 Dainow 編前揭書，pp. 272-278。

94. *ibid.* p. 294.

95. 參閱 Walker 文載於 Dainow 編前揭書，pp. 202-223。

96. *ibid.* p. 214.

97. Watson 文載於 *International and Comparative Law Quarterly*, July, 1978, pp. 552-575.

認為以判決先例作為主要法源的不適當。他舉出三個測準，用來檢驗法源的妥當性：第一是對社區急迫需要和願望反應的程度（how responsive？），第二是法律內容被規範對象了解的程度（how comprehensible？），第三是法律內容涵蓋的程度（how comprehensive？）。Watson以為判決被檢驗的結果是統統不及格。就第一個測準來說，送到法院來的問題常常不足以適當適時反應大部分社區成員的急迫需要，原被告的訴訟技巧，經濟能力反而更具決定性，其次，判例不但卷帙浩繁，而且事實敘述和法理論證相互糾結，使內行人找出法律規範已經不易，外行人只好視為天書；再就涵蓋面來說，涓滴成河式的判例法終不能如法典集人類經驗和智慧針對一個領域一次作系統的規範，因此判例法的涵蓋面撇開數量來說未必比法典廣。從而，判例即使像若干大陸法系國家那樣作為補充法源似乎也不足為訓，Watson認為最好完全否認判例的法源性，而以其他的法源來頂替。他的構想是一個所謂「雙階法」（two-tier law），以一套抽象的簡明的法律規範為上階法（the front rank law），內容類似於一般大陸法國家的民法典，再配合上一套同樣具有法律效力的權威評釋作為次階法（the second rank law），其內容的深廣度則近於一般大陸法國家民法典的權威評釋。上階法由普通立法機構制定，次階法由常設專家委員會每年補編，前者可以滿足簡明易懂的要求，後者可以滿足適時回應以及涵蓋面既深且廣的要求；這整個設計和羅馬優帝時候的欽定法學梁津（Institutionen）及總典（Digesten），普魯士邦法的法規委員會（Gesetzkommission），法國民法施行以後出現的註釋學派（*école de l'exégèse*）都有一、二分神似，可以說明延續了法典主義的基本

精神，在技巧上作了相當大創新的新的法律實定主義的理想（*Idealtypus*）。

Watson 的目的不過是用一個比較理性的法源來完全取代判例法，但是要知道 Watson 的政治目標——一個獨立的蘇格蘭！——就更容易理解這個構想的弦外之音了⁹⁸。一個完全獨立於英國的蘇格蘭，不能繼續汲取英格蘭的法源，而五百萬人口的蘇格蘭要靠法院的判決逐步建立新秩序，可以想見是太迂緩了。於是，鐘擺再從判例法擺回到制定法，和以色列一樣。

丙、屬於大陸法系的美國路易西安那州則是受到地理和人文環境的影響而兼有濃厚英美法色彩。路州原是美國在 1803 年花了一千五百萬美元從法國政府手上買來的，但是法國法已經在此植了根，使它成為美國唯一不屬於普通法系統的一州。路州民法典（1870）的主要起草人，如 Livingston, Derbigny, Moreau-Lislet 等，對判決的法源性基本上持否定的態度⁹⁹，依照他們的構想，當制定法沒有規定的時候，法官應該依衡平的法理決之（*法典*第 21 條），不應該援引成例；制定法如有疑義，法官也只有照會立法機關來補正闕誤，不宜越俎代庖，1870 年公布的法典雖然沒有採納這個建議，也沒有繼受法國民法第五條，但是第一條：「法律為立法者意志莊嚴之宣示」，即使尚不表示立法者對於制定法的獨鍾一味，也足以顯示對判例法的疑忌。理論上判決先例只有成為常例的時候具有法源地位，這時候判例實際上已經是習慣法，有它獨立的效力依據了¹⁰⁰。

98. *ibid.* p. 570.

99. 詳參 Yiannopoulos, 前揭文, p. 73.

100. 路州民法典第三條。

然而理論如此，判例事實上的拘束力卻十分強大，路州法官處理案件大多先找出本院或其他法院的判決先例，律師們幾乎毫無例外地透過判決來了解法律，只有在要加強或減低判例權威的時候才引述法律條文¹⁰¹，因此在法律的實際運作中，「官方」的法源和「事實」的法源主客易位，下級法院不遵循上級法院成例的，可說相當罕見¹⁰²。這種現象使的路州的法律文化成為比較法學者最有興趣研究的對象之一，路州州立大學教授 Yiannopoulos 卻得到一個和德國學者 Kriele 相似的結論：「在實務上，判例的使用在大陸法國系和普通法國家常常並無軒輊，不同的只是它所受崇敬的程度而已」¹⁰³。

伍、判決的法源性—我國

在我國現行法律體系下，判決是否具有法源地位，不十分明確，學者間也無定論。又因為若干法令在概念上區分判決與判例，使這個問題更形複雜。

一、純粹從有關的制定法來看，判決或判例的法源性在法律技術意義的層次並無任何依據，憲法第八十條規定法官「依據法律獨立之審判，不受任何干涉」，第一百七十條則謂「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律」。另外，如民事訴訟法第 468 條：「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令」，刑事訴訟法第 378 條：「判決不適用法則或適用不當者為違

101. *ibid.* p. 79.

102. *ibid.* p. 80.

103. *ibid.* p. 79.

背法令」，其中法規、法則依照一般文字解釋都不包含判決判例。民法第一條：「民事，法律所未規定者，依習慣。無習慣者，依法理」，判決例也不在其中，與瑞士民法第一條顯然不同。此外，法院組織法第廿五條：「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司法院院長召集變更判例會議決定之」行政法院處務規程第廿四條：「各庭審理案件於法律上之見解，與以前判例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之」，僅僅是爲了統一裁判而設，使最高法院，行政法院變更判決先例時能格外慎重，因此，不但本院判例依一定程序仍得變更，各級法院也不當然受最高法院判決先例的拘束¹⁰⁴。總之，僅從相關制定法的文字上看，所謂判決的拘束力或法源性尚乏依據。

制定法以外，最高法院本身曾有兩號判例¹⁰⁵，認定民事訴訟法上所謂適用法規顯有錯誤，包含了判決所適用的法規違背現仍有效的判例在內。判例似乎因此取得法律上的拘束力。但是最高法院對法條所作的解釋並不能當然類推適用於其他法律，使判決發生一般的規範上拘束力，何況現在的問題正是「判例有沒有拘束力？」，引這兩號判例爲肯定的依據，實無異以問答問。

與此不同的是大法官會議根據憲法第七十八條及七十九條第二項對憲法的解釋與對法律、命令的統一解釋。大法官會議的規範控制（Normenkontrolle）活動原則上有一律適用的效力，以維法律體系的統一和諧。針對判決法源性的問題大法官會議在釋

104. 參閱王澤鑑：「最高法院判決在法學方法論上之檢討」，收錄於論文集：「民法學說與判例研究」第一卷，民國64年，第295頁。

105. 57年臺上字第1091號，60年臺再字第170號。

字第 153 號及第 154 號解釋中曾有間接的肯定解釋。本來依司法院大法官會議法第四條第一項第二款的規定，「人民於其憲法上所受保障之權利遭受不法侵害經依法定程序提起訴訟，對於終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者」，始得聲請解釋^{105a}，如果有抵觸憲法疑義的不是適用的「法律」或「命令」，而是「判例」，依字面解釋，便應不在大法官會議解釋權之內。但是釋字 153 號針對最高法院一則判例，釋字 154 號針對行政法院一則判例是否違憲分別作了解釋，無異表示判例至少是「法律」或命令的一種，依釋字 154 號的解釋理由書看起來，大法官會議顯然逕自把司法院大法官會議法第四條第一項第二款的規定加以擴張，也就是在「法律或命令」之外，加上了「相當於法律或命令」的選項，同認為是解釋權的標的。該號理由書以前引法院組織法第 25 條及行政法院處務規程第 24 條為證，認為「足見最高法院及行政法院判例在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據」，換句話說，即「相當於法律或命令」，並以為如此解釋，「始足以維護人民之權利」。因此解釋的方法似乎是以憲法精神為依據作超越立法旨意的擴張解釋（*extra legem*，但 *intra ius*！）。雖然解釋文的範圍最多只及於司法院大法官會議第四條第一項第二款，但參酌理由書，應可認定對於這個原則問題大法官會議已經表示了十分肯定的看法——最高法院和行政法院的判例可以為各法院裁判的依據。解釋理由書中表示的法律見解原則上固然有參酌的效力（*persuasive autho-*

105a. 關於我國人民聲請釋憲權的性質及問題請參閱拙文，載於法學叢刊第 107 期。

ity)，沒有拘束力（binding authority）¹⁰⁶，但是在立法機關沒有以立法方式對大法官會議的解釋權再作具體限制以前，即使解釋超越會議法（extra legem，不是 contra legem），仍然有絕對的拘束力^{106a}，而從解釋文明文以最高法院和行政法院的判例為違憲審查標的，已經足以認定判例規範上的拘束力，因為依據該款的法意，只有裁判引以為據的「有效」法令才在違憲審查之列，這一點釋字 169 號解釋文說明得十分清楚：凡已失效的法令，「縱令法院採為裁判之依據，亦僅係可否依訴訟法程序請求救濟，尚不發生是否抵觸憲法問題」。雖然大法官會議對於「規範」以外，單純司法裁判是否得作違憲審查的問題似乎採取相當自由的立場（釋字第 156 號解釋），但是釋字第 153，154 號解釋中的聲請人不是所聲請解釋判例的當事人，依該款即使只對判例的裁判本身聲請作違憲審查，聲請人也不適格（不是當事人），可見解釋的是假設有規範效力的判例，這似乎是邏輯上可以導出來的唯一結果，不待「理由書」的補充而自明。

儘管大法官會議行使解釋權所表示的法律見解，由於司法院大法官會議法對解釋效力未作規定而常常沒有實質的效果，但是無論如何從這裡已經可以為最高法院，行政法院判例的拘束力找到——即使論理並不堅強的實定法上的依據。

106. 對解釋理由書的拘束力持全盤否定看法的，如姚瑞光，解字第 156 號解釋不同意見書（註三；持肯定看法的如鄭玉波，憲政思潮第二卷第四期第四九頁。

106a. 即使解釋理由書的論證不無瑕疵，對解釋文的效力仍不生妨礙，關於釋字 153, 154 兩號解釋以判例為解釋標的論理上的批評，詳見姚瑞光大法官的兩件不同意見書。