

拘束力或說服力？ 分析我國釋憲實務中的「前解釋」*

賈文宇**

摘要

歐陸法傳統下，一般並不承認「法官造法」的規範效力。然而，我國的大法官於釋憲實務中，不但常態引用前解釋，更不時在後案中進行「補充解釋」、甚至「變更」前解釋或「不再援用」。相較而言，例如司法院釋字第414號解釋與第744號解釋都涉及商業言論的事前審查，前者為藥物廣告、後者為化妝品廣告，但前者宣告合憲、後者宣告違憲，且司法院釋字第744號解釋對第414號解釋隻字未提。若前解釋無拘束力，則難以解釋為何需要補充、變更或不再援用之；但若前解釋有規範拘束力，則難以說明司法院釋字第744號的隻字未提。

準此，本文希望能解答：前解釋於我國釋憲實務中，究竟是一種法源、或僅是法律論證中具說服力的素材？

關鍵詞：先例拘束原則、判例、法官造法、法源、拘束力、說服力、憲法解釋、違憲審查。

* [責任校對：廖翊婷]。

** 臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所副教授。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/92410112.pdf>。



目次

壹、研究緣起	三、法源否定說：憲法規範 「偷偷地」在改變
貳、先例拘束與法官造法	四、對前解釋拘束力範圍的綜 合判斷：應以積極、明示 作為之意義優先
參、釋憲實務的自我認知	伍、釋憲者將前解釋視為法源， 對法律系統更好嗎？——代 結論
一、積非成是？	
二、我國釋憲機制自我認知的 種種變化，及合法性的判斷	
肆、釋憲機制如何自我認知？	
一、法源肯定說的質性觀察	
二、肯定說的量化觀察	

壹、研究緣起

查閱大法官解釋的解釋文及理由書時，已經很難找到一則是完全沒有援引任何前解釋的了；但援引前解釋的慣行是否有規範意義，抑或只是釋憲機關長期以來的寫作風格？這個問題在釋憲者延續過往標準、單純於新案中適用既存規範時或可存而不論；但若原規範實質發生變化、或疑似發生變化時，新解釋與前解釋之間出現了緊張關係，就必須面對前解釋是否、又如何拘束釋憲者的問題。大法官於2017年1月6日作成司法院釋字第744號解釋，可謂又一次緊張關係的適例。該號解釋認定對化妝品（包括含藥化妝品）廣告的「事前審查」逾越比例原則、過度侵害言論自由違憲，系爭規定於解釋公布之日立即失效。對我國言論自由發展稍有了解者，不難聯想到將近20年前（1996年）作成的、認定對藥品廣告事前審查「不違憲」的司法院釋字第414號解釋。究竟兩號解釋之間是什麼關係，就成為一個耐人尋味的問題——畢竟兩號解釋的釋憲者都會主張自己是依憲法做成的解釋，卻似乎宣示了完全相反的兩種標準、兩種結果。

「一起讀判決」網站，就特別羅列出司法院釋字第744號解釋的九份個別意見書中，大法官各自對司法院釋字第414號解釋採取的態度¹。或許正是沒有任何一方見解取得足夠列入解釋文或理由書的多數，司法院釋字第744號解釋的理由書與解釋文對司法院釋字第414號解釋的態度既非援用、亦非推翻或補充，而是隻字未提的「沉默」——就屢屢在新解釋中堆疊許多前解釋的大法官解釋來說，格外醒目。本文的問題意識在於，這份「沉默」在規範論證上合宜、合法嗎？抑或大法官有義務對（潛在）有關的規範表態？要進一步探討此議題，則須先說明「先例拘束原則」之概念。

貳、先例拘束與法官造法

先例拘束原則（*stare decisis*）的核心意義，在於前裁判（*precedents*）被視為有拘束力的法源（*mandatory authority; source of law*）之一：本案法官受「處理相同爭議」的前裁判「拘束（而非被說服）」，而在本案中為與前裁判一致之決定²。若是如此，當前裁判有可能拘束本案時，本案就不能對前裁判沉默以對；即使主張前裁判其實與本案並不相同，本案裁判也必須有所交待：例如進行「區隔」（*distinguish*）、說明二案之基礎事實並不相同，故本案不受前裁判拘束。換作是明確有拘束力的憲法條文，若其與多數意見的立場扞格，大法官於解釋文或理由書中即不能（或不敢）保持沉默。因為所謂的法律論證（*legal reasoning*），是一個說明該裁判確實植基於「法」：不但有憑（法源）有據（論證），也必須排除其他

1 一起讀判決，<https://casebf.com/2017/01/07/744414/>（最後瀏覽日：2021年10月27日）。

2 Frederick Schauer, *The Practice and Problems of Precedent*, in *THINKING LIKE A LAWYER: A NEW INTRODUCTION TO LEGAL REASONING* 36, 36-41 (2009). 併此指明，本文此處討論的並非上級法院拘束下級法院、「垂直」意義的先例拘束原則，而是「水平」意義（只有時序先後、無從屬關係）的先例拘束原則。

（潛在）基於不同法源或論證而做成不同裁判之可能——或可謂「有利不利一併注意」原則之運用，不應限於事實證據，也包括法源及其衍伸之論證。

以當年社會熱議的司法院釋字第613號解釋為例，大法官雖然否決了立法院所設計的、國家通訊傳播委員會（下稱「通傳會」）委員第一版任命方式，但也認為既然將通傳會設計為「獨立機關」是合憲的，通傳會委員也就不必然要遵循憲法第56條³、政務委員的方式任命⁴：此處大法官當然既非「推翻」、亦非「援用」憲法第56條，但也沒有「沉默」，而是進行區隔、主張獨立機關並不必然需要遵循該條文所規制的任命方式。我國憲法解釋的實務運作現況下，大多數的解釋於解釋文或理由書中，都會援引前解釋；但對前解釋的援引是將其視為如中華民國憲法、中華民國憲法增修條文一般的法源，或只是判決中的旁論（*dicta*）？究竟前解釋有的是拘束力，亦或只是說服力（*persuasive authority*）？若有拘束力，又是屬於何種形式、位階的拘束力？

值得注意的問題是，承認先例拘束原則，是否也幾乎等同於承認法官造法（*judge-made law*）？乍看之下，因為有權力製造乃至於推翻裁判（=「法」）的就是法官（司法）系統。不過二者仍是可區分的不同概念——前者是法源的種類、後者是權力分立的界線；只是在實際影響上，二者幾乎可以畫上等號——故在後續討論中，也會參考論者關於法官造法的論述，並將之延伸至本文主題之討論。

回答本文的問題，或可從學界最一般性的基礎介紹開始。吳庚、陳淳文認為，大法官解釋

3 憲法第56條：「行政院副院長，各部會首長及不管部會之政務委員，由行政院院長提請總統任命之。」

4 司法院釋字第613號解釋理由書第9段。

位階與作為解釋對象的條文相同，具有憲法同等效力，例如憲法第八十一條的法官，就是釋字第十三號解釋所指的法官，因此釋字第十三號與第八十一條有同等的效力⁵。

他們也進一步在針對憲法法院功能的討論中，認為其具備「代位制憲者」之角色⁶——似（間接）支持「憲法解釋為憲法法源＝承認（大）法官造法」的等式成立。與後段基於法系差異立論之反對說相對照，吳、陳二位就「代位制憲者」理論所舉之案例包括德國、義大利、土耳其，均為歐陸法系國家，似乎並不認為法系的差異必然排斥（在憲法裁判領域的）先例拘束原則。彭鳳至似也認為目前大法官解釋之效力屬憲法位階，並認為是歷任大法官長期主張之立場⁷。

相對而言，黃舒芃著眼於影響我國憲法學深遠的德國法／歐陸法傳統（civil law tradition），從權力分立的角度認為，即使憲法因其本身的抽象性而不斷地需要針對個案情狀進行「漏洞填補」或「法之續造」，但基於「法官依法審判」之司法權與立法權根本區分，司法權的運作即須維繫住個案結果與原始憲法規範「體系上的一致與協調」，而終究是「法適用」而非「法制訂」⁸。相對而言，屬於普通法傳統（common law tradition）的法官造法，在歐陸法傳統中即無立足之地⁹。至於比較法上，德國憲法法院累積的裁判是否為法源？黃教授引述多位學者的詮釋，認為這些成果是提供憲法法院「能站在一個穩固的解釋與適用基礎上來行使其職權」，也就

5 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，頁2（2013年）。

6 吳庚、陳淳文（註5），頁592-593。

7 彭鳳至，司法院大法官憲法解釋之效力——兼論大法官憲法解釋一般拘束力與德國聯邦憲法法院法第三一條規定德國聯邦憲法法院裁判之效力，月旦法學雜誌，161期，頁126、128（2008年）。

8 黃舒芃，憲法解釋的「法適用」性格——從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制訂」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁225-227（2009年）。

9 黃舒芃（註8），頁181。

是一個「出發點」¹⁰。Donald P. Kommers及Russell A. Miller則認為形式上，在意見書中大量援引前裁判的做法與其他國家的最高審級法院（high courts）雖然類同，但屬於歐陸法系的德國聯邦憲法法院並不承認先例拘束原則；援引前裁判的意義，在展現本案裁判確實符合法治國原則中，對法律安定性及可預見性的要求¹¹。換言之，歐陸法系下的裁判先例被視為一種提供說服力的來源¹²。然而，實務上，德國聯邦憲法法院，其運用／誤用前裁判的狀況確與這些法院驚人地相似；同時，這也可以從越來越多案例書（case books）的出版窺知，長年累積的先例對德國憲法學發展之重要性¹³。

參、釋憲實務的自我認知

一、積非成是？

前段所呈現的討論，基本上獨立於釋憲機制本身對此議題的認定；易言之，前解釋是否（若是，則如何）產生拘束力，由不得釋憲實務運作而改變。但另一個可能的討論方式，是觀察實務運作中前解釋是否呈現「有拘束力」的面貌，並將此觀察結果用以正當化（justify）前解釋是否（若是，則如何）產生拘束力的論證基礎。

¹⁰ 黃舒芄（註8），頁221-223。

¹¹ DONALD P. KOMMERS & RUSSELL A. MILLER, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 37, 62, 72-73 (3d ed. 2012).

¹² Jason Edwin Dunahoe, “*Jurisprudence Désorientée:*” *The Louisiana Supreme Court’s Theory of Jurisprudential Valuation*, *Doerr v. Mobil Oil and Louisiana Electorate of Gays and Lesbians v. State*, 64 LA. L. REV. 679, 684 (2004). 相較於“*stare decisis*”，這種「先例說服力」被稱為“*jurisprudence constante*”或“*giurisprudenza constant*”，應可理解為「法安定性」。Mary Garvey Algero, *The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*, 65 LA. L. REV. 775, 787 (2005).

¹³ KOMMERS & MILLER, *supra* note 11, at 752 n.140. Kommers & Miller特別比較了德、美兩國釋憲實務中學術論著及教科書的不同地位：顯然德國學界對釋憲實務的影響更為直接且明白。KOMMERS & MILLER, *supra* note 11, at 73.

這樣的思考方式乍看是倒果為因或積非成是，卻更實際地呈現了法的內涵、本質（可能）變動的一面。Frederick Schauer在 *Authority and Authorities* 一文中，主張法的本質及「何為法源」是「律師、法官、論者及其他行動者漸進式、擴散式、且非線性地建構而成」；他更直指實證法主義（legal positivism）大師H.L.A. Hart的「承認規則（rule of recognition，用於界定何謂法律的次級規範之一）」，其所描繪、判斷「什麼是法」的標準，是法律社群「一系列持續變動的實踐或慣習（a series of continuing changing practices or conventions）」¹⁴，最後由法官對自己的權力基礎為有權之認定、形成一種自我認知¹⁵。從這個角度來說，普通法系或歐陸法系的區隔，一方面確實是法律社群自我認知下整理、歸納「法（應該）是什麼」的結果；但同時，各系統的本質是可能發生變化的¹⁶。從法制史的角度來看，憲法層次的先例拘束原則連在美國建國制憲之初都未必被明白承認、而更可能是在時間積累下所形成的¹⁷。就此而言，先例是否有拘束力的討論除了純粹應然的爭論層面外，還須納入一個實然的考察、並準此從實然納入應然層面的論證¹⁸。

二、我國釋憲機制自我認知的種種變化，及合法性的判斷

從司法實踐中自行改變法源的認定固然是牽動規範面的一樁大事，然而，（司法權）自我認知變動的發生，並不必然違反權力分立

14 Frederick Schauer, *Authority and Authorities*, in THINKING LIKE A LAWYER: A NEW INTRODUCTION TO LEGAL REASONING 61, 81 (2009). 邏輯上更進一步的問題，恐怕又會走向「法系決定論」的爭論：Schauer的主張是否會因為法系的差異而採不同見解呢？歐陸法系下是不允許，還是不偏重這個變動的機制呢？

15 當然，此處的「自我認知」是對（代表釋憲機制全體）解釋文／解釋理由進行客觀詮釋的狀態，並不是個別大法官心理狀態的總和或多數決。

16 Russell A. Miller, *Germany's German Constitution*, 57 VA. J. INT'L L. 95, 101-03 (2017).

17 Thomas Healy, *Stare Decisis as a Constitutional Requirement*, 104 W. VA. L. REV. 43,106 (2001).

18 雖然說起來，前述的法系決定論也是建立在一個實然的描述上：即，由於我國是／不是歐陸法系（實然），故不應／應接受先例拘束原則（應然）。

或其他憲法原則，而需要針對變動之內容分析。從我國釋憲機制的歷史實踐觀察，釋憲者透過憲法裁判成功於憲法未明文禁止之處限縮立法形成空間改變既定規範、建立新慣行之案例並不罕見，而主要在釋憲程序權力、釋憲標的與效力範圍之各種擴張（司法院釋字第741號、第585號、第371號、第242號、第185號及第177號解釋參照）¹⁹。除此之外，張嘉尹點出更有「論證技術與形式」上的創舉，也就是於司法院釋字第509號、第535號、第617號及第689號等解釋所採取的「合憲性解釋」方法²⁰。換言之，我國釋憲實務自我認知的變遷不但發生在直接產生效力的初級（primary）規範，也發生在非初級規範的層次²¹，並且都有被後解釋反覆承認、運用之事例。

相較於初級規範的變動，非初級規範層次的變動更難以由憲法（文義）正當化或判斷其合法（合憲）與否——事實上，本文正是探尋「法源」範圍之問題，欲由既存的法源探求其他潛在法源之合法（合憲）性，實有乞題（question begging）之嫌。即使有如國際法院規約第38條²²界定法源之明文規定，在Schauer/Hart的理論下，該規定也不會是唯一或終極的認定標準。如此一來，法系其實也是

19 參考張嘉尹，司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎，收於：憲法學的新視野（二）：憲法科際整合研究的理論與實踐，頁215-272（2015年）。

20 張嘉尹（註19），頁259-261。

21 由於不論方法論或法源，均不必然屬於「承認規則」、「變更規則」或「裁判規則」等Hart所歸納的次級（secondary）規則，但他們亦非典型的初級規範。為避免名詞上的混用與爭論，此處以負面排除的方式稱為「非初級規範」。Hart似乎不認為法律論證（legal reasoning）相關的議題是其理論欲處理的部分。可參考陳景輝，哈特《法律的概念》導讀，台灣法學雜誌，189期，頁38（2011年）。

22 國際法院規約第38條：

一、法院對於陳訴各項爭端，應依國際法裁判之，裁判時應適用：

（子）不論普通或特別國際協約，確立訴訟當事國明白承認之規條者。

（丑）國際習慣，作為通例之證明而經接受為法律者。

（寅）一般法律原則為文明各國所承認者。

（卯）在第五十九條規定之下，司法判例及各國權威最高之公法學家學說，作為確定法律原則之補助資料者。

二、前項規定不妨礙法院經當事國同意本「公允及善良」原則裁判案件之權。

一種自我認知的結果，而尋求既存的其他法源又是一種邏輯謬誤，合理的討論標準似乎只剩下兩種：一是依Schauer/Hart的主張，確認法律社群的運作事實狀態，並以此為判斷標準；另一者則是從效益觀點出發，分析「前解釋是否被承認為法源」對法律系統的利弊得失。

肆、釋憲機制如何自我認知？

大法官歷年七百餘件解釋——從第一次開始實質引用前解釋的司法院釋字第33號解釋開始²³——尚未直接對「前解釋」之於本案是否有拘束力、及其拘束力之位階一事提出直接的認定，而必須從眾多號案例中分別歸納、詮釋肯定說與否定說的跡證後再併予衡量、判斷。以下將採「質性觀察」與「量化觀察」的角度探求主題，前者系針對相關個別解釋的實質內容分析，後者則偏向以特定特徵出現之次數，歸納釋憲者自我認知之趨勢。

一、法源肯定說的質性觀察

質性觀察的對象，本文認為司法院釋字第185號、第261號解釋已約略觸及此一主題，但均未給出決定性的看法，而有進一步討論之空間。

司法院釋字第185號解釋宣示大法官解釋有拘束全國各機關與人民的廣泛「拘束力」——惟此一拘束力之對象是否包括釋憲者本身？其位階與性質為何？均不清楚²⁴。前一問題尚可在文義解釋的

23 嚴格說來，解釋中出現前解釋的第一次是司法院釋字第11號解釋；惟該號解釋並非違憲審查，故予排除。

24 彭鳳至（註7），頁118-119。

範圍內得出肯定說的可能²⁵。但後一問題對照「行政處分」可知，行政處分確有規範力及拘束力、甚至實務上更承認「行政自我拘束原則」²⁶，但處分本身仍非行政法之法源、「前處分」不能是行政處分做成之唯一授權依據。故這種拘束力是否是憲法位階的法源性質，尚無從自司法院釋字第185號解釋中讀出。

第二個是司法院釋字第261號解釋。其於解釋文與理由書將釋字第31號解釋與其他具備憲法位階之規範（包括憲法本文之條文及動員戡亂時期臨時條款）並列為審查標的²⁷。解釋文中「本院釋字第三十一號解釋[及其他條文]，既無使第一屆中央民意代表無限期繼續行使職權或變更其任期之意，亦未限制次屆中央民意代表之選舉」一語，究竟只是依個案情狀而為「法適用」的結果，抑或司法院釋字第261號解釋的大法官認為當初「其實有權力（無限期延續、變更任期或限制次屆選舉），但未這麼做」？考量解釋文中並無更明確之論述，以及該釋字特殊的時代背景，也難有更進一步的衍伸。

不過，將前解釋作為審查標的一事，已對回答本題跨出重要的一步，因為照我國以抽象規範審查為原則的制度設計以觀，可以推論前解釋至少是有抽象規範（而不只是個案適用結果）之地位、剩下「位階」（是否為法源）的問題。類似的狀況在我國釋憲實務中亦非孤例，透過搜尋「解釋文」一詞再研讀搜尋結果判斷，可發現目前為止（2017年9月30日）將前解釋當作審查標的違憲審查案例（至少）有以下10則：

25 吳庚、陳淳文（註5），頁632。

26 最高行政法院95年度判字第829號判決。

27 但最後也都沒有對這些標的（司法院釋字第31號解釋及臨時條款）做成處置，而是直接指示應進行全面改選。

表1 以前解釋為審查標的之案例

編號	案例 (所涉爭點)	被審查之 前解釋	備註
1	742 (訴訟權)	156	156為148之補充解釋
2	741 (訴訟權)	725	725為185、177 之補充解釋
3	725 (訴訟權*)	185、177	
4	672 (總統刑事訴追豁免權)	388	
5	592 (訴訟權*)	572 ⁺	
6	449 (財產權*)	363	
7	425 (財產權)	110	
8	210 (租稅法律主義)	177	
9	193 (訴訟權)	177	本案中185號並未被審查
10	183 (訴訟權*)	177	

*為作者（依前解釋）判斷、並未明文顯於解釋文或解釋理由書中

⁺為該號解釋中並未援引前解釋之原文

資料來源：作者自製。

10件案例中的9件，釋憲者援引者不只是案號，而是前解釋被審查部分之「原文（解釋文或解釋理由）」，似乎已超過展現法律安定性或一致性之需要，而是對前解釋進行精準分析、確認意義與範圍之必要。而後段「肆、二、(一)」討論的「補充解釋」，也常常是實質將前解釋當作違憲審查標的之類型²⁸。

二、肯定說的量化觀察

若「前解釋作為違憲審查之標的」確實代表其為有拘束力的抽

²⁸ 請見吳信華，論大法官釋憲程序中的「補充解釋」，收於：憲法訴訟專題研究（一）——「訴訟類型」，頁322（2009年）。

象規範，則接下來須決定此規範的位階是否足以做為釋憲者進行違憲審查之法源。本文認為另可透過下述的指標評量，從案例的量來了解釋憲者對前解釋拘束力及其位階的自我認知：解釋文或理由書中，是否宣示個別前解釋「有拘束力」(binding)，或「應予變更」、「不再援用」²⁹、「應予補充／補充解釋」，或與本案情狀可區隔(distinguishable)而無拘束力。此類狀況越多，代表前解釋越常被大法官視為法源，不論是否持續遵循前解釋所決定的標準，都必須對前解釋的立場表態、不能置之不理。尤其當見解確實改變時，若非必要，新解釋於情(說服力)於理(法安定性)都會盡量減少與新見解不一致之論述出現、避免破壞整體論證之和諧；但違憲審查中「(廣義的)憲法」究竟怎麼說，就是一個不得不處理的對象——故當新解釋採取新見解、同時援引前解釋時，可視為釋憲者認知前解釋有法源之地位。而此類狀況的出現之頻率，可透過對解釋文及解釋理由書的關鍵字檢索得知，無須細讀各號解釋。

(一) 補充前解釋之意義與案例

雖非司法院大法官案件審理法中明訂的聲請類型，但我國釋憲實務承認「補充解釋」制度已行之有年³⁰。依搜尋結果，相關的案例頗多，甚至不乏權力分立之案件³¹：

29 經搜尋後，大法官「不再援用」一詞大多針對下級法院之判例、決議等，未見用於前解釋者，故此後不列調查結果。

30 吳信華(註28)，頁308-310；徐良維，補充解釋與大法官解釋效力之關連性——評司法院釋字第六八六號解釋，全國律師，18卷5期，頁90-92(2014年)。此處為求討論之精準，先排除對行憲前解釋之類型。

31 此處一樣排除推翻「非司法院釋字」案例之計算。又，實務上頗多聲請人聲請補充或變更解釋、但大法官審酌後未予補充或變更之案例，一併排除。

表2 補充前解釋之案例

編號	案例 (所涉爭點)	被補充之 前解釋	備註
1	742 (訴訟權)	156	
2	741 (訴訟權)	725	聲請補充709部分 未准
3	729 (國會調查權)	325	
4	725 (訴訟權)*	177、185	聲請補充709、658、 638、188部分未准
5	720 (訴訟權)	653	
6	718 (集會自由)	445	
7	686 (平等原則、訴訟權*)	193	
8	652 (財產權)	516	
9	640 (租稅法律主義)	247	
10	610 (訴訟權)	446	
11	592 (訴訟權)	582	
12	590 (訴訟權)	371、572	
13	585 (國會調查權)	325	
14	572 (訴訟制度*)	371	
15	552 (婚姻制度)	362	
16	503 (一行為不二罰)	356	
17	449 (獎勵投資條例)	363	統一解釋
18	378 (訴訟權)	295	
19	338 (訴訟權)	323	
20	314 (國民大會)	29	
31	312 (財產權)	266、201、187	
32	299 (國民大會)	282	
33	298 (訴訟權)	243	
34	282 (國民大會)	76	
35	254 (國民大會)	199	
36	251 (人身自由)	166	
37	209 (訴訟權*)	188	統一解釋

38	165 (地方議員言論免責)	122	
39	156 (訴訟權)	148	

*為作者判斷、並未明文顯於解釋文或解釋理由書中

資料來源：作者自製。

在補充解釋的制度下，應如何理解前解釋呢？彭鳳至認為：「無案例足認解釋確定後，不須經過補充或變更解釋，大法官即得任意排除先前解釋之拘束力」³²；徐良維進一步將前開見解歸納，認為「大法官解釋則相當於法院所作成之終審確定終局判決，自應發生『對己效力』」、在符合一定程序要件下可變更前解釋³³。二者都認為前解釋對大法官本身有拘束力，但於一定程序要件下可變更之——如此一來，相當程度上回答了司法院釋字第185號解釋沒有回答的大問題，也就是大法官解釋所拘束的對象，其實包括釋憲機關本身。

(二)「推翻」前解釋之意義與案例

相較於「補充」，推翻前解釋之意義對於認定前解釋之效力，提供了更多的線索。因為「補充」尚可理解為原解釋之延續、不真正屬於「前、後案」之關係³⁴；但大法官也有權力以「應予變更」之名實質取消前解釋的效力——這個舉措隱含了兩個前提，第一，延續本文發展至此的理解，前解釋對本案是有拘束力的，不先處理前解釋的效力，會妨礙新秩序的確立。第二，處理的方式必須是「推翻」、而不能只是「補充」。黃昭元認為，我國憲法解釋機制是抽象規範解釋，而

³² 彭鳳至（註7），頁118。

³³ 徐良維（註30），頁98。

³⁴ 雖然也不乏以「補充解釋」之名行「新解釋」或「前解釋再審」之嫌者。請見，徐良維（註30），頁90-100。

其拘束力的存續仍然應該考量解釋事項的規範與事實基礎。如果規範與事實基礎相同（或類似），解釋結論與理由自然繼續有拘束力（或類推適用）。反之，就不必然。……

在方法論上，變更司法院憲法解釋的方法，主要有「後解釋推翻前解釋」，或是「修憲變更憲法解釋」。另外，由於規範或事實基礎的變遷，也有可能使一個原本有效的憲法解釋無所附麗而失去實效，甚至失去形式上效力。因此，我們不能因為一個憲法解釋在形式上繼續存在，就認為這個解釋當然繼續適用³⁵。

在規範與基礎事實相同時的拘束力，尚可以「確定力」或一事不再理的「既判力」詮釋。但若「類似」時可「類推適用」，首先代表有一個「釋義學解釋不及的漏洞」存在、但問題依然必須處理；而將前解釋定為類推的「固定點」、並適用於本案，代表承認前解釋對本案具有價值指引的關鍵地位、作為進一步法律論證的基礎³⁶。如此一來，前解釋似乎正扮演著法源的角色。至於「推翻前解釋」，則代表本案與前解釋身處同樣的背景事實、面對同樣的規範爭點，但本案依然受理、且在規範面上做出與前解釋不相容的結論。故推翻的反面意義是釋憲者自我認知到「不推翻則必須做出如前解釋相容的判斷」——此時代表著前解釋的拘束力不只是「一事不再理」意義下的程序穩定及程序經濟面向，更有實質價值引導的地位。若再考量下段「肆、三」中釋憲者（可能）為了維持表面的法安定性而「偷偷改變」規範的和諧案例，則更突顯釋憲者將推翻一事檯面化時，可能有著「不得不為」的明確認知。

35 黃昭元，立法委員改選後行政院應否總辭？收於：吳信華等合著，月旦法學教室（3），別冊：公法學篇1995-2002，頁94（2002年）。

36 此處判決先例及類比論證的討論，請見張嘉尹，法學方法與法律推理——類比推理作為法律推理的核心，收於：憲法學的新視野（一）：憲法理論與法學方法，頁245-252（2012年）。

就大法官歷年解釋而言，似無以前解釋為基準向本案類推之明確案例；至於推翻前解釋³⁷之案件，如下表所示（至少）有5件：

表3 推翻／變更前解釋之案例

編號	案例 (所涉爭點)	被推翻之 前解釋	備註
1	684 (訴訟權)	382	
2	581 (財產權)	347	為部分變更
3	556 (刑法)	68、129	本案似屬「統一解釋」
4	439 (訴訟權)	211	
5	392 (人身自由)	130	為部分變更

資料來源：作者自製。

在釋憲者對推翻或變更前解釋之態度保留下，推翻前解釋的案件確屬罕例、並均集中在人民基本權問題；且最後一次明示的變更，是2011年做成的司法院釋字第684號解釋——時任大法官者除許宗力以司法院長身分再任外，皆已卸任，是否會影響釋憲機關之自我認知？就往例來看，大法官改組並不根絕此一宣示類型之運用，但仍值得觀察。值此同時，實務上頗多聲請人聲請補充或變更解釋、但大法官審酌後未予補充或變更之案例——最近者包括2017年做成之司法院釋字第747號解釋。這些案例也值得參考之處在於，大法官雖然未予補充或變更，但曾進行審酌，代表其自認補充或變更（推翻）前解釋為釋憲者之權限，只是因程序或實體原因未於本案中動用。

三、法源否定說：憲法規範「偷偷地」在改變

與「肆、一與肆、二」兩段相反的判斷標準是，解釋文或理由

³⁷ 此處一樣排除推翻「非釋字」案例之計算。

書中已實質變更規範之內涵，但並未清楚交待本案與前解釋之關係時，則傾向否定具備憲法之位階。申言之，在見解確有實質變更時，若多數意見選擇保持沉默，代表其認定前解釋並無法源位階之拘束力，故無交待說明之必要；而出現此類案例的數量越多，則越代表釋憲機關並不認為前解釋具有法源之地位。但操作這個標準同時須配合實質的分析及判斷（例如輔以學者研究或個別大法官之意見書），檢視新解釋中使用的憲法原則是否出現實質的變化。囿於研究能力，我不宜宣示已做成完整、確定之判斷，只能以例示方式陳述管見。

有時，釋憲機關可能不明確承認憲法規範之變動。「有名」的例子包括推翻司法院釋字第31號解釋的司法院釋字第261號解釋，雖然列了司法院釋字第31號解釋為審查對象，卻未正式且明確宣示「推翻」、「變更」或「停止」前解釋之效力。不過至少從全文意旨尚能讀出司法院釋字第261號解釋之於司法院釋字第31號解釋的意義。但對比司法院釋字第744號及第414號解釋之間的關係，就不那麼明顯了：解釋文與理由書保持沉默，而有出具意見書的大法官則多認為已有「實質變更」，但基於「一次一案」的程序考量、未正式／形式上（formal）推翻司法院釋字第414號解釋³⁸；黃昭元大法官則堅持本案做了「區別（distinguish）」、本來就不完全適用司法院釋字第414號解釋、黃瑞明大法官之見解亦相似。

就調查的方法來看，憲法規範是否「偷偷改變」不若前開分析可以透過文本搜尋釋憲者明確宣示、相對客觀的方式計算。尤其，是否變動往往繫於判斷「單位」的範圍：綜觀表意自由或細分「政治言論」、「情色言論」、「集會遊行」，或在「商業言論」下更細分「藥物廣告」、「非藥物廣告」、「菸品廣告」，都是合理（雖未必最

³⁸ 採此見解者的大法官包括許宗力、湯德宗、詹森林、蔡明誠、許志雄、林俊益、羅昌發。

好)的區分方式；但若得出「有變化」的觀察評價，也可能只是論理更精緻化的產物、而未必是出現「不相容」的轉折——如此便不適合作為前解釋是否有拘束力的試金石。同時，論者也難以區分兩種未明說而出現規範變動的可能原因：一是無意的適用錯誤、但後解釋持續沿用；二是有意隱藏變動的「舊瓶裝新酒」。在解釋理由書保持沉默的狀況下，司法院釋字第744號及司法院釋字第414號解釋之間即處於這種引人疑竇的不確定中。

一種可能的觀察方式，是將有共通性但又可細分為數個子類型的多個案例同時觀察，找出不同類型（不論是否處於同一抽象層次）之實際趨勢，並將之與釋憲者宣示的規範交互對照。以許宗力〈大法官解釋與社會正義之實踐〉一文為例，最抽象的層次是以涉及資源與經濟調控、處理事實上不平等的「社會正義」的釋憲案為界；次類型則包括九個項目：全民健保、勞工權益、農民／業政策、過度優惠、階級平等、老年保障、身障保護、原住民保護、新移民與更生人權益。許宗力量化觀察後認為，大法官在系爭立法有利弱勢時多採寬鬆審查、不利時則會移往較嚴格要求法律保留之審查標準³⁹。

首先值得注意的是，許宗力所調查的41案中，沒有任何一案與前文表1、表2或表3所列之案件重疊——亦即攸關社會正義的案件中，大法官不曾將前解釋列為解釋標的仔細審查，更未明白變動（補充或推翻）其見解⁴⁰。而綜觀整體方向與九個子類型，該文並未指陳憲法規範曾發生明顯變遷，反而認為各類型幾乎都能夠看出

39 許宗力，大法官解釋與社會正義之實踐，臺大法學論叢，45卷特刊，頁1398-1400（2016年）。

40 案件列表請見許宗力（註39），頁1407-1414。該文的最後一案為司法院釋字第727號解釋，本文最後一案則為司法院釋字第752號解釋、表1~3所列的最後一案則為司法院釋字第742號解釋。若以該文之標準，司法院釋字第727號解釋之後與社會正義相關的案件應有司法院釋字第749號、第740號及第730號解釋三案，但未與本文所選案例重疊。

一些一致的趨勢（甚至包括釋憲機關易受刻板印象影響的特徵）——只是該趨勢未必是作者樂見的，也不是一般論者可能推想的「經濟事項採寬鬆審查」⁴¹。唯一有被描述為「變動」之嫌者，為「五、階級平等：從口惠到棄守」一段所比較的司法院釋字第485號及第596號解釋⁴²。但前解釋（釋字第485號解釋）本來也沒有提出真正可操作的標準，到了司法院釋字第596號解釋甚至沒有提及該號前解釋，就「社會正義」的主題看來，尚難謂發生規範的轉變。

當然，前段完全無法論斷我國憲法規範具高度的穩定性。同樣以社會正義相關的司法院釋字第666號解釋為例，廖元豪即認為釋憲者在該號解釋所運用的平等權審查，有別以往地開始關注事實平等的問題，認為「是一個新的突破」、且確實造成結果（合憲與否）的差異⁴³，成為測驗前解釋拘束力性質的試金石。黃昭元則指出在身體自由的案例中，大法官呈現標準寬嚴間浮動的現象⁴⁴。就非初級規範的層次，蘇永欽指出在政府體制的案件中，第一屆大法官常用的歷史解釋方法到第二屆就極少使用了，但到司法院釋字第530號解釋又再度成為論證的重心，令其錯愕⁴⁵。諸如此類的規範變化發生在大法官並未明白補充或推翻前解釋時，固難以量化，但前解釋在這些案例中或變成一種裝飾、只被賦予說服的功能，或根本未被提及或忽視，削弱了「釋憲者將前解釋視為法源」之主張——且若認為此類狀況越多，則代表從大法官自我認知的判斷標準下，「釋憲者將前解釋視為法源」之主張越難成立。

41 許宗力（註39），頁1368-1398，1403-1406。

42 許宗力（註39），頁1379-1382。

43 廖元豪，平等權：第六講——平等權的檢討與展望，月旦法學教室，90期，頁28-31（2010年）。

44 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42卷2期，頁245-246（2013年）。

45 蘇永欽，大法官解釋政府體制的方法，收於：江大樹等合著，公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集，頁296-300（2004年）。

四、對前解釋拘束力範圍的綜合判斷：應以積極、明示作為之意義優先

綜整本段之全部論述，對前解釋拘束力最有共識之部分，應該是以「一事不再理」的確定力為核心的程序上及形式上拘束力。而就其實體的、憲法規範上的拘束力而言，則可分為「個案適用」與「通案標準」兩種可能：以行政法秩序類比，前者如行政處分，後者則如法規命令；用普通法院裁判為類比，則前者為個案裁判、後者為判例——於滿足一定程序要件下，機關本身固有權變更，但變更前都有規範上的拘束力，機關本身亦須遵守；差別在於前者是一次性、這次的決斷不必然衍伸到下一次，後者則是必須據以重複適用的法源。大法官解釋（由釋憲機關所認知到的）究竟是哪一種？

本文認為，既然此處的判斷是自我認知、法秩序的公示性又被視為法（即使非必要）的重要條件，終究應以明確表述之意義優先。雖然釋憲者從未直接對此一議題表示意見，但「肆、一與肆、二」段中的案例都是釋憲者積極、明白的作為，表達「前解釋有抽象、通案拘束力，不處理會影響本案」的認定；相對而言，「肆、三」.最後一段的討論，是對釋憲者默示的、且難有共識的詮釋。默示固非虛無或幻覺，但對於重視公示性的法秩序而言，不論釋憲者「沒說出口」的原因是什麼，其可能傳達的意義原則上即應列後。至於前解釋的效力位階問題，在憲法明文授權「法律抵觸憲法（解釋）無效」又採「修憲有限論」的我國，最重要的就是「對大法官有拘束力」、「推翻前解釋亦不得踰越權力分立」，而很難以形式（法律、憲法或中間類型）框限或定位之。若認為釋憲機關確實為「代位制憲者」，則前解釋之位階應較接近憲法；若堅持憲法解釋必低於憲法，則前解釋之位階應較接近（立法者所立之）法律。

也因此，真正對「前解釋之本案拘束力」造成困擾者，恐怕是「一次一案」或「訴外裁判禁止」的法理——二者均為維持司法被

動性的重要權力分立規範⁴⁶。放在司法院釋字第744號解釋的實例中，問題就是，釋憲者是否可以只變更司法院釋字第414號解釋宣示的抽象規範、但不宣告「藥物廣告事前審查（之條文）違憲」？技術上來說是可能的：如同判例被宣告違憲不再援用後，後續個案救濟仍須另尋管道（再審）為之、並不直接因違憲宣告而完成救濟。故若有權聲請釋憲者認為新憲法標準下藥物廣告事前審查（之條文）違憲，則應得再次聲請釋憲。

伍、釋憲者將前解釋視為法源，對法律系統更好嗎？——代結論

如果目前的分析尚無法判斷前解釋是否應以「法源」之地位拘束本案，則或許可以考慮效益觀點的分析：釋憲者在本案審理與論證時將前解釋視為法源，是否對法律系統更好？本文認為，應該至少有三個效益，一個是提昇釋憲機制的穩定性與說理完整度，其二則是讓釋憲機制對規範爭議的脈絡情狀更加敏銳；而可能的代價，則是「承認」新法源帶來的法秩序不穩定、或大法官擴權之印象。其三，本文認為對司法決策有實質影響力者（本文來說，即前解釋）應受控管。代價的部分，不穩定印象是過渡期的問題，所有的傳統都有一個被視為「典範轉移」的開始。比較值得深究的是大法官是否真的因此擴權？看似大法官取得了創造高位階法源的權限，但這個權力最直接對付的對象正是大法官自己——申言之，恐怕只有先例才能真正拘束釋憲機關⁴⁷；包括屬於歐陸法系的德國聯邦憲法法院，論者⁴⁸及聯邦憲法法院（現任或卸任）法官⁴⁹皆認為先例

46 吳庚、陳淳文（註5），頁583-584。

47 廖元豪，美國憲法學對臺灣憲法理論與實務之影響——以方法論為重心，月旦法學教室，100期，頁52（2011年）。

48 Miller, *supra* note 16, at 123-24.

極具影響力，且有助於法安定性⁵⁰。

然而一旦承認先例是釋憲者決策與論證的法源，自然需要一套如同「釋義學之於條文解釋」的操作方法——而值得參考者，當屬普通法傳統下同樣也被稱作“common law”、以類比論證（analogy）為特徵的那套法學方法。最關鍵也艱難的一步，就是要指出哪個前裁判才是之於本案的「先例」——畢竟幾乎不可能存在兩個完全相同的案例（events），而必須判斷各種關於背景事實、規範、爭點在不同抽象層次（level of abstraction/generality）的「異、同」之間，在本案裁判中是否有規範上的重要性，才能決定究竟哪些之前做過的裁判是真正應該拘束本案的先例⁵¹。正是因為這步驟並不容易，釋憲者必須對案件的整體脈絡更加精確地掌握，且於理由書中詳盡論證——不論對前解釋提及或不提及，援用、區隔或推翻，都不能只是一種行禮如儀的裝飾。

司法院釋字第690號解釋的解釋理由書與李震山、林子儀大法官的部分不同意見書，二者對於該案（授權強制隔離SARS病患之傳染病防治法第37條第1項）所應援引的前案（關於限制人身自由是否為憲法保留，以及限制之前提、程序安排、實質限制），就有截然不同的看法⁵²。李、林不同意見書⁵³：

49 Uwe Kranenpohl著，黃耀宗譯，揭開德國聯邦憲法法院的神秘面紗——憲法法院的意志形成與決定過程，頁461-463（2017年）。

50 Uwe Kranenpohl著，黃耀宗譯（註49），頁404-405。

51 Schauer, *supra* note 2, at 36, 44-54. Schauer特別強調，只釐清「事實」的異同尚無法判斷孰為有拘束力的先例。Schauer, *supra* note 2, at 51. 亦請見，張嘉尹（註36），頁240-247。

52 本文曾經考慮過的另一種量化調查方式，即是找出多數意見與個別意見書之間對應、不應援引之前解釋有爭執之案例進行統計——越常發生或不一致之前解釋越多，代表大法官於次數與程度上越在意正確援用前解釋，而代表其有如法源之拘束力。惟此工程浩繁，必須讀完所有意見書後始能實質確認，此處僅以例示呈現。

53 司法院釋字第690號解釋，李震山、林子儀大法官部分不同意見書。

本院歷來針對人身自由保障解釋所採周延審慎的態度，特別是揭櫫「憲法第八條保障之對象不限以犯罪嫌疑人或刑事被告為限」，逐案所累積的成果，已有效營造我國人身自由保障的友善環境。該等關鍵且耀眼的重要解釋至少有：釋字第一六六號、第二五一號、第三八四號、第三九二號、第五二三號、第五八八號、第六三六號、第六六四號解釋等，然皆未稍受本件解釋之青睞；縱有引用（理由書第一段末），亦僅是作為支持「防疫效能」之理由，且純屬儀式性的客套用語，因為冠冕堂皇地指出：「在人身自由之限制達到剝奪之情形，則應按其實際剝奪之方式、目的與造成之影響，而在審查上定相當之標準（本院釋字第三九二號、第五八八號、第六三六號及第六六四號解釋參照）。」之後，各該解釋的重要內容即未出現，實僅具裝飾門面作用。

……

……「行政措施與刑事處罰之本質不同」一節，就此，或許多數意見尚寄情於釋字第五八八號解釋所釋放出的耐人尋味訊息；其謂憲法第八條第一項所稱「依法定程序」：「固屬憲法保留之範疇，縱係立法機關亦不得制定法律而遽予剝奪；惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，畢竟有其本質上之差異，是其必須踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。」若憲法第八條第一項之「法定程序」不能排除同條第二項「法官保留」之程序，就前揭解釋內容中既稱「不得制定法律而遽以剝奪」，又稱「自非均須同一不可」，其合理的解釋應該是；人身自由剝奪的本質並不會因採取措施的目的是刑罰、照料、教育或懲戒等而有所不同，應不能制定法律遽以剝奪「法官保留」之機制，至於本質不同的是刑事或行政事件，因此該兩事件中「法官保留」相關程序設計之寬嚴、繁簡容有不

同之空間。至於應有如何之空間，以及何以對侵害法益較嚴重的「刑事被告」設了完善的人身自由保障機制，卻對於僅違反行政義務而侵害法益較輕的「非刑事被告」之人身自由保障，就如此殘缺而不成比例，此正是本件解釋亟待釐清與突破之處。然本件解釋既未承接或善用本院先前得來不易之正確解釋，又於此關鍵之時刻，逕自棄甲曳兵而遁，繳交了白卷。

事實上，不論立場，本件中七份意見書，都在釐清大法官歷年累積的、關於人身自由的解釋究竟應否及如何適用於本案一事上，下了不少功夫。如果前解釋不是法源、只是一種彰顯法安定性的工具，諸多大法官此處的論辯重要性便極有限、甚至是無關緊要的討論；相對地，或許唯有承認前解釋是大法官解釋的法源，才能理解多位大法官之間的思辨，不只是法安定性的問題，更是決定裁判合法性的前提。也正因為前解釋為法源之定位事涉重大，大法官必須透過具體案例之間的對比，深入探究背景事實（急性傳染病爆發控管，犯罪預防及嫌疑人、被告之處遇）、規範（憲法第8條、人身自由、前解釋）、爭點（應否考量限制自由之原因？）之間應如何認識與評價的問題，並且形成共識、做為正式裁判的一部分，才能做出合法裁判。

回到最初的問題意識，司法院釋字第414號解釋之於司法院釋字第744號解釋，究竟是否為有拘束力的前例？其實尚在未定之天。兩案最相近之處，主要在受限制的基本權類型上（對廣告事前審查是表意自由、商業言論之限制）、以及都以衛生福利部為主管機關；但在此之外，被爭執的立法並不相同（前者為藥事法第66條，後者為化粧品衛生管理條例第24條）。最需細辨者，應是受管制對象之異同：司法院釋字第414號解釋管「藥品」、司法院釋字第744號解釋管「（一般／含藥）化妝品」。不過，黃昭元大法官在司法院第744號的協同意見書中第[3]至[10]段，即示範了檢驗本案是

否受前解釋（司法院釋字第414號解釋及司法院釋字第445號、第718號解釋）拘束之可能方式⁵⁴。

更重要的是，如果一個因素確實司法決策產生實質影響力，則承認其規範地位，正是透過規範方式加以管控的第一步。故，若前解釋在我國釋憲機制中已經具備了實質的影響力，即有必要學習用更一致而合理的方法面對；否認——放任既無助法安定性之維繫，大法官也更無動機處理彼此的歧異，對前解釋招之即來、揮之即去，又還能存在多少說服力呢？或許大法官開始援用前解釋時並無意引入先例拘束原則，但日積月累下，當解釋文、解釋理由書行文、論證已經離不開前解釋，而對待前解釋的方式開始引人注意、甚至激發內部的辯論時，或許就是整個法律社群已有意無意承認前解釋法源地位的徵象。

54 司法院釋字第744號解釋，黃昭元大法官協同意見書。

參考文獻

1. 中文部分

Uwe Kranenpohl著，黃耀宗譯（2017），揭開德國聯邦憲法法院的神秘面紗——憲法法院的意志形成與決定過程，頁461-463，臺北：新學林。[Kranenpohl, Uwe (2010), *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses Der Willensbildungs — und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.]

吳庚、陳淳文（2013），憲法理論與政府體制，臺北：自版。

吳信華（2009），論大法官釋憲程序中的「補充解釋」，收於：憲法訴訟專題研究（一）——「訴訟類型」，頁305-336，臺北：元照。

徐良維（2014），補充解釋與大法官解釋效力之關連性——評司法院釋字第六八六號解釋，全國律師，18卷5期，頁89-105。

張嘉尹（2012），法學方法與法律推理——類比推理作為法律推理的核心，收於：憲法學的新視野（一）：憲法理論與法學方法，頁231-254，臺北：五南。

——（2015），司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎，收於：憲法學的新視野（二）：憲法科際整合研究的理論與實踐，頁215-272，臺北：五南。

許宗力（2016），大法官解釋與社會正義之實踐，臺大法學論叢，45卷特刊，頁1359-1421。

陳景輝（2011），哈特《法律的概念》導讀，台灣法學雜誌，189期，頁28-38。

彭鳳至（2008），司法院大法官憲法解釋之效力——兼論大法官憲法解釋一般拘束力與德國聯邦憲法法院法第三一條規定德國聯

- 邦憲法法院裁判之效力，月旦法學雜誌，161期，頁105-134。
- 黃昭元（2002），立法委員改選後行政院應否總辭？收於：吳信華、李建良、李惠宗、李震山、周志宏、林明鏘、許志雄、黃昭元、蔡茂寅合著，月旦法學教室（3），別冊：公法學篇1995-2002，頁94-96，臺北：元照。
- （2013），大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42卷2期，頁225-258。
- 黃舒芃（2009），憲法解釋的「法適用」性格——從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制訂」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁179-244，臺北：元照。
- 廖元豪（2010），平等權：第六講——平等權的檢討與展望，月旦法學教室，90期，頁28-36。
- （2011），美國憲法學對臺灣憲法理論與實務之影響——以方法論為重心，月旦法學教室，100期，頁51-69。
- 蘇永欽（2004），大法官解釋政府體制的方法，收於：江大樹、李念祖、李俊增、李建良、李震山、林明鏘、林超駿、姚朝森、翁岳生、張文郁、陳淳文、陳愛娥、黃錦堂、楊鈞池、詹鎮榮、蔡英文、蔡庭榕、蔡震榮、蕭高彥、賴恆盈、鍾國允、簡玉聰、顏厥安、蘇永欽合著，公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集，頁293-330，臺北：元照。

2. 外文部分

- Algero, Mary Garvey. 2005. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. *Louisiana Law Review* 65:775-822.
- Dunahoe, Jason Edwin. 2004. "Jurisprudence Désorientée:" The Louisiana Supreme Court's Theory of Jurisprudential Valuation, *Doerr v. Mobil Oil and Louisiana Electorate of Gays and Lesbians*

v. State. Louisiana Law Review 64:679-698.

Healy, Thomas. 2001. Stare Decisis as a Constitutional Requirement. *West Virginia Law Review* 104:43-121.

Kommers, Donald P., and Russell A. Miller. 2012. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3d ed. Durham, NC: Duke University Press.

Miller, Russell A. 2017. Germany's German Constitution. *Virginia Journal of International Law* 57:95-129.

Schauer, Frederick. 2009. The Practice and Problems of Precedent. Pp. 36-60 in *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

———. 2009. Authority and Authorities. Pp.61-84 in *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Mandatory or Persuasive Authority? A Normative Analysis on TCC's Precedents

Wen-Yu Chia*

Abstract

Judge-made law is not recognized as a legal source within civil-law tradition. Nonetheless, the Taiwan Constitutional Court (TCC) has constantly referred to its precedents in its decisions and categorized them as “shall be further illustrated,” “shall be revised,” or “no longer referable” from time to time. By contrast, both Judicial Yuan Interpretations No. 414 & 744 reviewed *ex-ante* restrictions on commercial speech: the former involved drug advertisements and considered the restrictions constitutional, and the latter involved cosmetic advertisements but considered the restrictions unconstitutional. Surprisingly, Judicial Yuan Interpretations No. 744 made no reference to No. 414.

If precedents are not legally binding in the TCC, the Court needs not to further illustrate, revise, or reject to refer them. But if precedents are indeed binding, the Court's silence about Judicial Yuan Interpretations No. 414 in No. 744's reasoning would be odd, to say the least. This essay intends to explore the legal status of precedents made by the TCC in constitutional review: are they mandatory authority, or materials cited for persuasion only?

KEYWORDS: *stare decisis*, legal precedents, judge-made law, mandatory authority, persuasive authority, legal sources, the Taiwan Constitutional Court, judicial review.

* Associate Professor, Graduate Institute of Health and Biotechnology Law, Taipei Medical University.