

法定法官原則，法官自己決定原則？
--評司法院釋字第665號解釋

李佳玟

成功大學法律系教授

法定法官原則，法官自己決定原則？ -- 評司法院釋字第 665 號解釋

李佳玟
成功大學法律系教授

目次

一、前言

二、法定法官原則

1. 定義、目的與法理依據
2. 法定法官原則與法律保留原則
 - A. 學說意見
 - B. 本文立場

三、大法官釋字 665 號解釋的檢討

1. 基本法理認識正確
2. 對於分案狀況的討論欠缺應有的細緻度
3. 以過於寬鬆的方式審查《臺北地院刑庭分案要點》
4. 釋字 665 號解釋射程過廣

四、結論

一、前言

2009 年 1 月的時候，被特偵組以涉嫌洗錢、偽造文書等罪名起訴的前總統陳水扁，透過辯護律師向大法官提起釋憲聲請。因為其案件（以下簡稱扁案）先被分至金融專庭（台北地方法院刑 3 庭）之後，再被合併至同院第 16 庭，理由是扁案在國務機要費的犯罪事實上，與第 16 庭正在審理的國務機要費案（被告為陳水扁配偶吳淑珍等人）具有相牽連關係。只是該次案件合併是在第 3 庭做出兩次不羈押裁定之後（第一次為無保釋放，第二次為限制住居），該庭才依據台北地院分案規則申請併案，最後由同院庭長所組成的審核小組議決併案。扁案更換法官後，檢察官對於刑 3 庭限制住居的裁定提起抗告，高院裁定撤銷刑 3 庭的第 2 次裁定並發回重裁，第 16 庭以陳水扁具有羈押事由裁定羈押。陳水扁遂以終局裁定所涉及的台北地院分案規則等規定具有違憲疑義，聲請大法官解釋¹。

七年多之後，審理過程爭議不斷的頂新劣油案，因為審理過程更換法官，再度躍上媒體。報導指出，頂新案二審其中一名承審法官將於當年 9 月 1 日回任台中地院，該案將更換法官再重新審理。依照台中高分院的說明，法官的更換是依據台中高分院內部事務分配的規定，先經過 14 位庭長會議以抽籤方式分配各庭的新到任法官，再召開由 10 位庭長組成的事務分配會議討論，最後經全院法官會議議決後才會定案，屆時將對外公佈更換的法官是誰。整個程序不會對外公開，一切都依照制度和慣例。但是負責此案公訴蒞庭的台中高分檢檢察官對此程序相當不滿，除了主張法官的年度調動可以因為業務需要留任，譬如高本院和台南高分院共有 13 名必須回任一審的法官都因「業務需要」留任之外，法院若不在法官會議上以公開抽籤方式決定承接法官，將讓人懷疑是承接本案的法官乃是指定人選，檢察官揚言屆時將聲請法官迴避²。

¹ 關於扁案一開始分案與併案經過，參閱大法官書記處，665 號事實摘要，2009 年 10 月 16 日，頁 1；大法官書記處，抄本 665，2009 年 10 月 16 日，頁 128-129；林孟皇，金融專庭與法定法官原則，法令月刊，第 60 卷第 4 期，2009 年 4 月，頁 16-17。

² 頂新劣油案 驚傳 9 月要「換法官」，自由時報電子報，2016 年 7 月 5 日，<<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1752842>>（拜訪日期：2016 年 10 月 20 日）；頂新案換法官 兩造互批干預審判，自由時報，2016 年 7 月 13 日，a11 版；頂新案將換法官卻非公開抽籤 檢方揚言聲請法官迴避，蘋果日報即時新聞，2016 年 8 月 4 日，<<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20160804/921736/>>（拜訪日期：2016 年 9 月 19 日）；頂新案換法官 高分院：無黑箱，聯合報，2016 年 8 月 5 日，b02 版。

從犯罪事實來看，涉及貪污與金融弊案的扁案與涉及食品安全的頂新劣油案毫不相干，但兩者都在審判中更換法官，兩案的訴訟當事人都曾對於法官的更換表示反對，雖然理由不同，這個讓兩個案件因此有了共通性。

司法院大法官為了回應陳水扁的釋憲聲請做出釋字 665 號解釋（以下簡稱釋字 665 號解釋，或是釋字 665）讓扁案與頂新案的關係更為密切。雖然釋字 665 僅處理扁案之相牽連案件的合併，但大法官在解釋文裡強調「承辦法官調職、升遷、辭職、退休或其他因案件性質等情形，而改分或合併由其他法官承辦，乃法院審判實務上所不可避免」，主張「各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則…時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率」。此種解釋方式，讓釋字 665 的射程幾乎擴及所有法官更換的狀況，甚至是所有案件初分或改分的規則。這也是台中高分院面對質疑，可以從容地表示「一切依照制度和慣例」，檢察官只能訴諸媒體輿論向法院施壓，並表示之後打算聲請法官迴避的原因。檢察官在刑事案件中作為起訴之一方，固然無法主張自己的訴訟權遭受侵害，但是即便頂新案被告想要反對法官更換，在制度上也沒有給他事前表意與事後抗告的訴訟權利，釋字 665 讓因為法官更換受到影響的當事人有如局外人。某程度可說，2016 年頂新案二審更換法官之爭議的命運，在 2009 年已被大法官決定。

釋字 665 號解釋之作成離現在已有七年，然而，諸如法官轉調民庭逃避大案³，或是頂新案審判途中更換法官，持續引發法院自訂的分案規則是否違背法定法官原則，侵害被告訴訟權，影響審判公平的爭議。本文因此計畫再度檢視這號大法官解釋，希望指出：在該解釋裡，多數意見大法官

³ 臨陣脫逃？法官鄧雅心：司法院誤導，自由時報，2012 年 10 月 12 日，a29 版（板橋地院法官鄧雅心承審新北市營養午餐貪污弊案時，轉調家事法庭並釋出案件，遭媒體批評。但板橋地院經過法官會議討論表決，通過鄧的調職，認為鄧承辦午餐弊案未超過 1 年，且甫於去年生產，若請育嬰假，案件勢必重新分配，恐延滯審理，決議同意調動案）。

並未考察相牽連案件合併所涉及的相對利益，也沒有挑惕台北地方法院分案規則中「各受理法官協商併辦並簽請院長核准」的部分，相當程度容許司法行政的介入，更沒有注意到被併案被告的相對利益以及所需的程序保障。過於籠統的論證與個案涵攝方式，沒有注意到法官更換的情況可能牽涉的結構問題與人民基本權利，阻礙法定法官原則應用於我國審判實務的細緻化，整體而言有害公平審判的實現。

本文以下的分析將以陳水扁釋憲聲請書與釋字 665 的理由書都提到的法定法官原則為主軸⁴，依序討論法定法官原則之內容、法理依據與實踐方式，其實踐是否只能透過立法者所制定的法律，相關規範的內容又該如何，以此檢視大法官釋字 665 解釋。於討論法定法官原則的實踐時，本文不僅會討論訴訟權、司法獨立與司法自治之間的關係，以確認個別法院在何等前提與限度下可自行訂定分案規則，也會討論法官更動與案件分配的各種情況，以及各個情況所涉及的結構問題與相對利益，將問題的分析與解決複雜化。本文預計的結論有二：（1）台北地方法院分案規則違憲，違憲的原因除了違反法律保留原則之外，其規定方式讓司法行政可以介入，更沒有顧慮到相牽連案件之相對利益的程序保障；（2）釋字 665 的解釋過於籠統，並以過於寬鬆的標準審查台北地方法院的分案規則，影響所及，其他有爭執空間的分案規則也因這號解釋一併被合理化 / 合憲化。本文希望呼籲立法者與各法院應針對不同情況，設想合憲之法官更易程序與案件分配程序。

⁴ 在 2009 年 1 月 15 日陳水扁提起釋憲聲請之前，實務界即以扁案併案是否違背法定法官原則進行探討。例如：林孟皇，誰在乎法定法官原則？，中國時報，2008 年 12 月 25 日，a14 版；陳憲裕，蔡守訓是否有權審理「扁案」？，自由時報，2008 年 12 月 29 日，a15 版；洪英花，蔡守訓審理扁案違法違憲，自由時報，2008 年 12 月 30 日，a15 版。於釋憲聲請提起後至大法官做出釋字 665 號解釋之前，學界也多以法定法官原則檢討扁案的併案。例如：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，臺灣法學雜誌，第 136 期，2009 年 9 月，頁 61-91。姜世明，法定法官原則之基本概念，法官協會雜誌，第 11 卷，頁 33-50；陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，法官協會雜誌，第 11 卷，2009 年 12 月，頁 51-60；林鈺雄，法定法官原則研討會（投影片），法官協會雜誌，第 11 卷，2009 年 12 月，頁 101-114。雖然也有留美學者介紹美國實務如何以「案件分配中立原則」處理類似問題，但我國法界對此問題的討論框架仍為「法定法官原則」。參閱王兆鵬，法院分案規則合憲性之探討，軍法專刊，第 55 卷第 3 期，2009 年 6 月，頁 134-142；法官協會，法定法官原則研討會會議記錄，法官協會雜誌，第 11 卷，2009 年 12 月，頁 9-13（會議在 2009 年 9 月 18 日舉行，釋字 665 則是在 2009 年 10 月 16 日做出）；黃國昌，案件分配、司法中立與正當法律程序 -- 以美國聯邦地方法院之規範為中心，東吳法律學報，21 卷 4 期，2010 年 4 月，頁 155-206。

二、法定法官原則

1. 定義、目的與法理依據

所謂法定法官原則，是指個別案件交由哪個法官承審，必須依據事先已經建立之一般、抽象的規定進行分配，以避免司法行政在個案中以操縱何人審判的方式操作審判結果。一般認為，這個原則的目的在於維護法官獨立性與確保裁判的公正性⁵，其適用不僅針對普通法院，也包括於大法官釋憲與公務員懲戒程序，範圍涵蓋所有與審判任務有關的司法工作。本國人與外國人、自然人或法人若作為訴訟當事人，均可主張此一原則的保護⁶。文獻指出，此一原則早在 17 世紀的英國、1791 年的法國憲法，19 世紀之後的德國，以及 19 世紀末制定的日本明治憲法中出現⁷。不過，雖然案件分配不受恣意干預的重要性廣被各國肯認，當代只有德國將此原則明文規定在憲法裡。德國基本法第 101 條第 1 項規定：「非常法院不得設置，任何人受法律所定法官審理之權利不能被剝奪。」⁸

由於我國憲法並未像德國一樣在憲法明文規定法定法官原則，若要在引用這個原則進行違憲審查，首先必須確認法定法官原則是否能在我國憲法裡找到依據。就此問題，學說大致無爭議地認為，雖然我國憲法並無明文規定法定法官原則，但是鑑於我國憲法第 8 條、第 16 條與第 80 條保障人民正當法律程序、訴訟權，以及法官依法獨立審判，而案件分配不受人為操控是訴訟權中之公平審判的前提要件，審判程序公平才能讓人民的審問、處罰符合正當法律程序，而案件分配不受人為操控，才能讓司法行政不能以指定或撤換法官的方式恣意操控審判，確保法官擁有依據法律獨立

⁵ 姜世明，註 4 文，頁 33-36。

⁶ 姜世明，長期被忽略之法治國支柱 -- 論法定法官原則之觀念釐清及實踐前瞻，台灣法學雜誌，第 125 期，2009 年 4 月，頁 12-13。

⁷ 姜世明，註 4 文，頁 33；陳運財，註 4 文，頁 53；陳新民，評議法定法官原則的探源與重罪羈押合憲性的爭議，軍法專刊，56 卷 1 期，2010 年 2 月，頁 9-12。

⁸ 陳運財，大法官釋字第 665 號解釋評析，月旦法學雜誌，第 176 期，2010 年 1 月，頁 26。日本則是透過解釋，將法定法官原則包括至日本憲法第 32 條（「任何人接受法院裁判的權利，不容被剝奪」）裡。參閱陳運財，註 4 文，頁 53-54。

審判的空間，因此上述憲法條文可成為法定法官原則的法理依據⁹。事實上法定法官原則的目的就是在維護法官獨立性與確保裁判的公正性，法定法官原則因而屬於訴訟權保障與司法獨立保障的具體內容之一，像是被告之防禦權的保障之於訴訟權一樣，都是在維護審判的公平。因此，即便我國憲法並未明文規定，依然可從訴訟權與司法獨立的憲法條文中推演而出，成為我國違憲審查的具體標準之一¹⁰。

2. 法定法官原則與法律保留原則

雖然法定法官原則可在我國憲法中找到法理依據並無太多爭論，但是，該原則該如何被實踐，特別是該原則所涵攝的司法審判事務，在多大程度必須依據國會通過的法律，才能充分地保障人民之訴訟權，並且維護法官獨立的審判空間，學說見解並不完全一致。

A. 學說意見

學說大致同意法定法官原則沒有全然依據國會通過之法律實踐的必要。有些學者的理由是法定法官原則所涵攝的事項範圍相當廣，從某一案件應該由哪種法院、哪個法院，哪種審判體審理，由哪些法官參與組成該審判體，案件如何分配、法官基於調職、升遷、辭職、退休或其他因案件性質等情形，原來承審之案件如何改分或合併由其他法官承辦等法院內部之事務分配都包括在內。但是每個法院的規模不一，人力與資源狀況不同，很難讓所有與案件分配有關的司法事務都由國會事先以法律一致性地預先決定。

⁹ 例如：王兆鵬，註4文，頁138；姜世明，註4文，頁43；陳運財，註8文，頁26-29；黃國昌，註4文，頁191。不過學者李建良認為刑事訴訟的訴訟權保障基礎於憲法第8條，所以法定法官原則的基礎只有在憲法第8條正當法律程序，不過此一見解同樣認為法定法官原則可以在我國憲法找到依據。參見李建良，審判獨立與司法獨裁——解評司法院釋字第六六五號解釋，月旦法學雜誌，第176期，2010年1月，頁44-45。

¹⁰ 陳運財教授認為我國憲法第8條、第16條與第80條都可推衍出恣意操控審判之禁止，因此有無承認法定法官原則，並將之提升至憲法層次，並不重要。參閱陳運財，註8文，頁29。陳新民也有類似的見解，註7文，頁11-12。

採取這個見解的，傾向於將相關司法事務分層處理。譬如：大法官陳新民仿照德國學者 Maurer 的見解，將法定法官原則之實踐分為不同層次：關於法院的組織與程序，亦即管轄的規定，必須由法律明定；至於法院之內，則由法院的自治作為職務運作與分配之依據¹¹。陳新民大法官認為司法自治可以形成規範的方式，「補強」法定法官原則及由法律規範所餘留的空間，履行憲法所賦予司法的職責，保障人民訴訟權¹²。學者姜世明與陳運財有類似見解，姜世明認為法院間管轄權的劃分應由法律明定，但法院組織內部事務分配，則可藉由下位階規範處理，但該規則仍必須符合抽象一般的性質¹³。陳運財同樣認為行使審判權所需之機關、管轄的決定屬於法律保留的事項，而審判庭的組成以及法院內部事務分配決定案件審理的法官，則不排除以命令或依法組成之法官會議訂定之規範行之，只是命令與規範都必須符合事先一般抽象與內容明確之標準¹⁴。

另一種見解則是正面肯認司法自身的權限制定分案規則，此種做法以美國與日本為代表。依照學者黃國昌對於美國聯邦司法體系的介紹，美國國會以法律授權各聯邦地方法院以全體法官合意的方式，自訂規則決定法院內部事務分配。在地方法院法官無法達成合意時，則建立司法會議（judicial council）頒佈命令之方式予以解決的機制，國會對法院分案之事務並無統一的立法¹⁵。學者李仁森指稱日本繼受英美制度，因此對司法規則制定權有比較高的尊重，日本憲法第 77 條（「最高法院有關訴訟程序、律師、法院之內部規律，以及司法事務事項，有制定規則之權限。」）便

¹¹ Maurer 將法定法官原則分三個層次來討論：有管轄權法院、各個法院之審判庭之管轄與組成，以及各法官在審判庭上如何任命與協力。第一層次必須有形式上法律依據，至少須有法律授權之法規命令為根據。至於後兩個層次，即法院內部管轄權及事務分配上，基於組織與結構的理由，不須由立法者規定，可由法院自己規定，但必須如同立法者一樣，透過法規訂定的程序來建立。參見陳新民，註 7 文，頁 12。

¹² 陳新民，註 7 文，頁 12-13。許玉秀大法官也引用 Maurer 的見解，主張法定法官原則在法庭組織衍生出三個層次的要求。參見許玉秀，釋字 665 部分不同意見書，抄本 665，2009 年 10 月，頁 72。

¹³ 姜世明，註 4 文，頁 36-37。

¹⁴ 陳運財，註 8 文，頁 30。

¹⁵ 黃國昌，註 4 文，頁 160。不過黃國昌在此議題上的討論方式接近幾位德國學者，他同意「分案可能涉及的實際狀況相當歧異，而各個法院的條件不一」，鑑於法院組織法第 79 條明文授權司法機關訂定其年度司法事務分配辦法，他認為由法院自訂分案規則並未違憲。黃國昌，註 4 文，頁 195-196。

直接賦予最高法院在刑事訴訟法與裁判所法（類似我國法院組織法）之外的司法規則制定權。他認為雖然我國並無如日本憲法第 77 條之規定，但既然我國憲法也保障司法獨立，因此可導出最高司法機關具有規則制定權，此一權限也為大法官釋字 530 號所肯認。李仁淼除認為最高司法機關得將這個司法機關規則制定權委任給下級法院，國會不應對這些司法事務分配等事項制定過於細密之法律，方能維持司法審判之獨立¹⁶。

本文認為，上述兩種見解的論理方式各自存在一些問題。第一種見解看似分類清楚，因為一旦採取這個說法，要處理個案的問題，只需要辨明個案屬於那個層次或類型的議題（譬如這個議題比較像是管轄還是法院內部事務分配？）¹⁷，就可以得到答案。但是，這個做法卻沒有說明如此區分的標準以及區分適用的理由。究竟此種區分適用純粹受限於現實，法院內部事務毫不可能由國會事先訂定規範，還是法院內部事務分配對於人民訴訟權侵害沒有侵害可能性，所以沒有適用法律保留原則的必要？這個來自於德國的學說，很奇異地沒有依據德國通說重要性理論，以決定哪些事項該適用法律保留原則¹⁸，陳新民大法官於討論時也沒有特別引用我國大法官釋字 443 號建立的層級化法律保留原則¹⁹。至於各法院舉行之法官會議所制定的分案規則是否涉及人民訴訟權的議題，陳新民大法官認為，這些規則只是拘束法官間的抽象規範，與各別人民的訴訟權益並無關連，並不侵犯人民之權利，且未增加法律所無之限制²⁰。這個說法是否能夠概括所有狀況？譬如：案件分配予某特定法官後，再變易更改為由其他法官審理，倘若原法官對案件已有所處理，對被告的訴訟權真的不生任何影響？本文認為，這種說法的論理過於粗糙，且法院內部司法事務分配與人民訴訟權無關的宣稱恐怕過於武斷。

¹⁶ 李仁淼，司法規則制定權與法定法官原則——釋字第六六五號解釋評析，月旦裁判時報，第 4 卷，2010 年 8 月，頁 14-23。

¹⁷ 參見陳運財，註 8 文，頁 31。

¹⁸ 關於德國學說實務對於法律保留原則的討論，以及法律保留原則在我國該如何被理解與適用，參見許宗力，論法律保留原則，法與國家權力，1993 年，台北：月旦出版有限公司，頁 117-213。

¹⁹ 關於層級化法律保留原則的討論，參閱莊國榮，行政法，台北：元照出版社，2014 年增訂二版，頁 74-86。

²⁰ 陳新民，註 7 文，頁 14-15。

至於第二種強調司法擁有制定分案規則的固有權限的說法，姑且不說我國憲法並無日本憲法第 77 條的規定，是否真能以憲法第 80 條司法獨立肯定個別法院之分案規則的合憲性，過於強調司法擁有規則制定權，似乎忘了憲法之所以保障司法獨立，目的在於維護司法救濟制度的公平，保障人民的訴訟權，而最終是希望人民的生命、自由不會受到非正當程序的剝奪。換言之，相對於人民的訴訟權與受正當法律程序保障的權利，司法獨立是較為工具性的價值，人民訴訟權保障是司法獨立之目的，進一步地，人民的自由生命財產受到正當法律程序的保障才是最終的目的²¹。從技術的層面來看，第二說也沒有提出明確標準，說明哪些應由國會制定的法律加以處理，只是說在涉及人民基本權利的部分，國會與最高法院都可以制定相關規則，兩者衝突時，日本最高法院的立場並不清楚²²。

B. 本文立場

a. 法律保留原則是否適用應有標準

在決定哪些國家事務必須保留給國會通過的法律加以規定，而不能留給行政權自行規範決定，德國聯邦憲法法院自 1970 年代開始，透過一連串判決建立「重要性」標準，指出倘若某個國家事務對於基本權利的行使或實現具有重要性，特別是涉及自由與平等，不管是干預行政或是給付行政，都必須有法律依據。意思是，國家措施涉及人民的基本權利，不必然導出國會就必須介入立法，還必須判斷涉及的領域是否對於基本權的行使或實現具有重要性。針對「重要性」概念不構明確的批評，學者許宗力整理德國學說見解，提出幾個判斷公共事務之重要性的參考標準：受規範人範圍的大小、影響作用之久暫、財政影響的大小、公共爭議的強弱、現狀變革幅度的大小，以及與現行法的比較。除此之外還提出不適合法律保留的消極衡量標準：須做彈性反映的事務、發展變遷中的事務、事務本質上固有的自主規律性、試驗、有因地制宜需要的事務、施行或細節性規範與自治

²¹ 類似意見，參見林孟皇，法定法官原則的理論與實務 - 兼評司法院釋字 665 號解釋，法官協會雜誌，第 11 卷，2009 年 12 月，頁 74。

²² 李仁森，註 16 文，頁 16-18。

保留。許宗力認為，只要透過個案判決與學說的討論，將重要性標準進一步具體化與類型化，就可以將這個標準的內涵確定下來²³。

重要性理論在德國聯邦憲法法院的支持下成為德國通說²⁴，這個概念也在學者的介紹之下被引入台灣²⁵。不過我國大法官於1997年之釋字443號解釋另外建立一套「層級化法律保留」理論 - 「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制…，而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。…」依照學者的整理，與剝奪人身自由、財產與身體自主有關的刑罰事項、行政罰、公務員懲戒、租稅、臨檢、強制隔離、外國人受驅逐前暫時收容、強制注射等事項需要嚴格的法律保留。至於國家行政需要彈性、效率與專業的事項，則不要求國會自行制定法律，可授權給行政機關制訂規則²⁶。

不管是重要性理論或是層級化法律保留原則，都試圖為其區分標準提出清楚的說理，以回答哪些事項必須適用法律保留原則。不過在討論司法

²³ 許宗力，註18文，頁185-205。

²⁴ 許宗力，註18文，頁158-179。

²⁵ 學者許宗力於引介法律保留原則至台灣時，同時指出我國憲法第63條：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案……及國家其他重要事項之權」可作為重要性理論之依據，給予重要性理論在我國發展的空間。參閱許宗力，註18文，頁61。

²⁶ 莊國榮，註19書，頁76-82。

規則制定是否違反法律保留原則還必須確定兩點：司法行政規則亦有受到法律保留原則限制的可能，以及司法行政規則干預何等基本權利。

b. 司法行政規則亦有適用法律保留原則的可能

雖然法律保留原則一開始發展的目的是為了保護人民基本權利，避免行政權的侵犯，學說的討論也集中在此，但會干預人民基本權的，不只有行政權，司法也有可能透過司法行政規則之制定或甚至是審判中違法擴張法律的適用（譬如：於刑事審判中上類推適用刑事訴訟法中傳聞例外的規定）侵害人民基本權，因而法律保留原則的討論自然不應限制在行政權行使的議題上²⁷。事實上大法官在釋字 530 號解釋也注意到這點，該號解釋的重點雖然在於確認作為最高司法機關的司法院就審理事項有規則制訂權，但也劃定此一制定權不得侵害司法獨立的界限（「司法院本於司法行政監督權之行使所發布之各注意事項及實施要點等，亦不得有違審判獨立之原則」），不過大法官也強調該「命令之內容不得抵觸法律，非有法律具體明確之授權亦不得對人民自由權利增加法律所無之限制。」換言之，這號解釋除了提醒了最高司法機關雖因為司法獨立而有司法規則制定權，以處理司法事務，但這個規則制定權仍有侵害司法獨立、僭越立法權與侵害人民權利的可能性，大法官因此一併劃定了司法規則的數個界限。

從司法存在的目的雖然是為了保障人民權利，但司法（行政）仍有可能侵害人民權利的角度來看，當國會透過諸如法院組織法第 79 條：「各級法院及分院於每年度終結前，由院長、庭長、法官舉行會議，按照本法、處務規程及其他法令規定，預定次年度司法事務之分配及代理次序。辦理民事、刑事、行政訴訟及其他特殊專業類型案件之法官，其年度司法事務分配辦法，由司法院另定之。第一項會議並應預定次年度關於合議審判時法官之配置。」賦予個別法院司法自治的權限時，同樣不能保證司法自治的結果就不會侵害人民權利。意思是，即便法官自治更接近司法獨立的理

²⁷ 雖然多數對於法律保留原則的討論，都指出此一原則是行政與立法之間的關係，例如：許育典，憲法，2016 年 7 版，台北：元照出版社，頁 58；莊國榮，註 19 書，頁 68；陳新民，行政法學總論，2015 年 9 版，頁 95；但處理以在扁案併案是否合憲的問題為例，學界與實務雖然對於同一法院各庭相牽連案件之併案是否應為法律保留有不同看法，但不曾出現法律保留原則不適用於司法事務的意見。

想，法官透過自治之方式可以抗拒外在或是院內院外之司法行政高層的干涉²⁸，但是相對於民眾而言，法官自治仍是有別於審判之司法行政的一環，法官自治依然有可能制定出違反法律或是侵害人民權利的規則。因此，法官自治所制定的規則不能就絕對排除法律保留原則的適用，是否適用，仍應該依據重要性理論或是大法官先前自己發展出的層級化法律保留理論來判斷。

本文因此不同意陳新民大法官的見解，陳大法官認為法院內部制定的規則只是拘束法官間的抽象規範，與各別人民的訴訟權益並無關連，並不侵犯人民之權利，且未增加法律所無之限制²⁹，本文認為這種說法過於武斷。法官即便負有保障人民權益的職責，但法官也是凡人，也有可能為了自身利益，無視於訴訟當事人的權益，逃避案件分配或任意脫手案件。認為法官只要自治，擺脫上級控制，就沒有侵害人民訴訟權益的可能，是一種過於天真的想法。

c. 案件初分與改分涉及的訴訟權益

本文抽象地否定「法院內部制定的規則只是拘束法官間的抽象規範，與各別人民的訴訟權益並無關連」的說法，但究竟法院內部制定的規則，或是聚焦於本文主題有關的分案方式如何讓人民訴訟權益受到影響，仍必須具體辨認。

關於案件分配大體可分為「初分」以及「改分」兩種情況。初分是指檢察官向法院起訴，案件繫屬法院之後，案件應由哪個法官來審理。事實上，決定特定法院的特定法官承審某案需要經過兩個層次的分案，一個是法院之間的分案，一個是法院內部的分案，前者稱為管轄，規定在刑事訴訟法裡，由立法者預先決定法院間管轄分配的規則；後者則被稱為法院內部的分案，雖然司法院有訂定相關辦法³⁰，但各個法院的分案方式通常是

²⁸ 在台灣，司法自治是經過一段漫長的爭取過程。司法自治的規定雖然早就規定在法院組織法裡，只是早年很多決定（包括案件如何分配）都是由法院院長一人做成，一直要到 1993 年台中地院法官發起還我自治權運動，1999 年司法改革會議作出強化法官會議事務分配功能的結論，以法官會議為中心的司法自治才逐漸實現。參閱林孟皇，註 20，頁 70-71。

²⁹ 陳新民，註 7 文，頁 14-15。

³⁰ 例如：《民刑事事件編號計數分案報結實施要點》第 23 點：「高等法院、地方法院民刑事案件及非訟事件之分案，應按案件種類以抽籤方式為之。…」

依據該法院之法官會議通過的分案規則，分配的方式通常採取隨機與平均分配的方式³¹。為了增進審判的專業化，在司法院的指示下，有些法院尚且針對特殊刑事案件成立專庭（例如：重大金融案件專庭等）³²，另有分案規則³³。改分則是指案件初次分配之後，因為承辦法官調職、升遷、疾病、辭職、退休，或因為案件與其他案件相牽連、積案清理等原因，改由其他法官承辦³⁴。案件分配的需要不僅出現在一審，二審、三審也有分案的必要³⁵，原則上上訴審採取類似一審的分案方式，但最高法院為了使發回更審三次以內的民、刑事案早日確定，於1991年以院長核定的方式發佈《最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點》，於該要點第2點規定更二以後之案件一律分由發回前原主辦股法官承辦³⁶，被稱為「更二連身條款」³⁷。

面對上述複雜的分案狀況，學者王兆鵬大致上區分「案件分配」與「裁判者更易」這兩個類型，大約對應前述之初分與改分兩種情況。王兆鵬認

³¹ 例如：《臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點》第3點：「刑事庭分案除另有規定外，以電腦抽籤方式為之，且不因年度更新而變換輪分次序。」

³² 司法院於1999年10月訂定發布《各級法院法官辦理民刑事及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法》，並於2006年訂定《司法院所屬各級法院設置專業法庭應行注意事項》。

³³ 例如：《臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點》第51~55點。第52點：「1. 刑事重大金融案件專股，辦理依司法院規定應由重大金融專庭辦理之案件及院長依法指定兼辦之案件。2. 刑事重大金融案件，以人工抽籤方式為之，於各股均分得同一輪次之案件後始進入下一輪次，且不因年度更新、承辦法官更換而變換輪分次序；但同一輪次，僅剩同一庭法官籤次時，應再放入下一輪次全體法官籤次。…」台北地院在司法院的指示下，於2008年8月研議設立金融專庭。參閱司法週刊，1404期，2008年8月28日（北院8.28設置金融專庭期使重大金融及社會矚目案件妥速審結共2庭長、1審判長、6法官組3專庭已繫屬之重金案件基於訴訟經濟不移轉專庭）。

³⁴ 例如：《臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點》第14點：「刑事訴訟法第七條所定相牽連案件，業已分由數法官辦理而有合併審理之必要者，由各受理法官協商併辦並簽請院長核准；不能協商時，由後案承辦法官簽請審核小組議決之。」

³⁵ 《臺灣高等法院分案實施要點》第2點：「分案，除下列情形外，應依案件之種類，以抽籤方式為之…」第4點：「分案時，實質一罪或裁判上一罪或數人共犯一罪之案件，其前案未審結者（已辯論終結而未宣判者，須經前案法官之同意），後案應分由前案合併審理。惟前案之法官認無前開併案之原因而不同意合併審理者，應簽請院長核准後退科依第二點規定重分。分案後，後案之法官發現係實質一罪或裁判上一罪或數人共犯一罪之案件，其前案未審結者，得儘速簽會前案之法官同意後報請院長核准，併前案辦理，前案法官停分同字號案件一件，後案法官補分同字號案件一件。但：1. 公、自訴案件，互不併案。2. 已分案後，後案被告人數多於前案時，不得簽請併案。3. 專庭案件不併入普通案件，普通案件得併入專庭案件。惟前後均屬專庭案件者，應優先分予分案時之專庭辦理。」

³⁶ 《最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點》第2點：「更二以後之案件，按民、刑事科製作之一般分案送案清單所列原主辦股法官，循一般分案程序，分由該法官辦理；並依最高法院民、刑事案件編號、計數、分案、報結要點第十點規定，辦理提前分案。」

³⁷ 參閱錢建榮，違反法定法官原則的更二連身條款，月旦法學教室，第140期，2014年6月，48-56。

為，進行案件分配時，「必須」假設每一位法官都是中立超然的裁判者，被告無權參與法院之分案程序，也無權要求由特定法官審判，更無權要求以隨機的方式挑選法官。被告倘若認為承審法官存在個人利害或情感關係，可以依據刑事訴訟法的規定聲請法官迴避。除非法院濫用裁量權，存在歧視等問題，否則法院基於行政、人事或效率等因素進行案件分配，不存在違反正當法律程序的問題³⁸。王兆鵬對於法官更易的情況討論較為繁複，他將法官更易的時點分為六個時期：案件繫屬法院至分案前、分案後至法官開始為審前相關程序裁定前、法官開始為審前相關程序裁定後至審判期日開始前、審判期日開始後至審判期日終結前、審判期日終結後至判決前，以及判決後至宣判前。法律僅明文禁止審判期日終結後至判決前更換法官（刑事訴訟法第 379 條第 13 款規定「未經參與審理之法官參與判決者」，構成判決當然違背法令），但他認為在法官開始為審前相關程序裁定之後，法官更換都會對被告造成不利益，包括訴訟費用增加，可能影響其受律師協助的權利；審判時間延長，影響其受迅速審判的權利，也可能連帶造成被告羈押期間延長、有利證物及證人因為時間拖延而滅失、死亡或記憶衰退；檢察官得藉此窺知被告之訴訟策略，影響被告受公平審判的權利。王兆鵬擔心檢察官可替換心證對控方不利的法官，影響審判公平性。他認為在法官對案件已有所裁定之後，只有在有正當理由時（譬如：死亡、疾病，或是案件經審查小組先行審查）才可以更換法官³⁹。

王兆鵬對於分案的討論是個不錯的起點，他將「案件分配」與「裁判者更易」區分開來，主張初分與改分兩種情況涉及不同的憲法權益，因此應有不同的審判公平性之審查標準。本文認同這種區分方式，但希望進一步釐清各種分案狀況所涉及的相對利益。

首先關於王兆鵬所說，進行案件分配時，必須假設每一位法官都是中立超然的裁判者，除非個別法官展現偏見，才能夠用迴避制度排除特定法官，也除非法院濫用裁量權，讓案件的分配流於恣意，本文希望將上述說

³⁸ 王兆鵬，註 4 文，頁 138-139。

³⁹ 王兆鵬，註 4 文，頁 139-141。

法細緻化。本文認為，由於經驗背景的不同，每個法官不可能有完全一樣的世界觀以及對事實的理解方式，每個法官甚至或多或少都有屬於她（他）自己的偏見。少數族裔或特定性別的法官比較有可能理解少數族裔或特定性別所面對的歧視，雖然有這個背景的法官不必然對相同背景者的處境能夠同理⁴⁰，法官基於其經驗背景存在偏見的情況也為心理學等經驗性研究所證實⁴¹。只是，既然族裔階級性別等身份不能絕對影響其見解，在法官並未對案件有所處理，透露其心證之前，被告只能假設每個法官都是一樣的，都有能力依照法律公正審判。當事人所倚靠的，除了對法官之一般性的監督機制與個案的法定迴避制度之外，還需要一套事先就建立中立、抽象一般的規則分配案件。建立一套事前中立、抽象、一般之分案規則之所以重要，正是因為每個法官是不一樣的。

正因為每個法官是不一樣的，所以當承審法官對個案已有裁定，相當程度從其對於證據的處理方式流露出對於個案的心證傾向時，對當事人而言，更換法官勢必讓案件的發展陷入不確定的情況。也因此更換法官容易引起當事人的懷疑，懷疑是否有人想要藉由更換法官的方式，操弄審判結果，特別是原先法官心證有利的那一方，這是為什麼案件改分導致更換法官的情況必須跟案件初分的情況相分開討論的原因，以及為什麼案件改分更換法官需要證立其法官異動的正當性之外，更需要一套中立抽象一般分案規則的原因。對於當事人而言，當案件已被處理，法官就不一樣。因此，倘若案件改分欠缺正當理由，改分規則不夠客觀中立抽象，甚至讓司法行政（司法院、法院院長、庭長等）有介入空間，很容易動搖當事人與社會大眾對於審判公平性的信賴。

王兆鵬在討論裁判者更易時，雖然也意識到一旦法官對案件有所裁定時，相當程度流露出對於案件的心證，更換法官有可能會成為不利一方（王兆鵬指控檢察官有可能這樣做）的訴訟策略，但是他將重點放在變更法官

⁴⁰ 關於族裔、性別身份與法官見解之關聯性的討論，參見陳昭如，黑男人、白女人與棕女人的台灣啟示，上報，2016年10月21日，<http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=6106>（拜訪日期：2016年10月24日）。

⁴¹ 關於法官之經驗與其偏見的討論，參見亞當 班福拉多著（堯嘉寧譯），不平等的審判，台北：臉譜出版社，2016年，頁190-213。

造成程序拖延，可能會造成被告的負擔，譬如：訴訟時間拉長造成被告訴訟費用增加，可能影響其受律師協助的權利，侵害其受迅速審判的權利，也可能連帶造成被告羈押期間延長、有利證物及證人因為時間拖延而滅失、死亡或記憶衰退等問題。上述批評並非沒有道理，只是台灣現行實務對於法官更易因此必須更新審判程序（刑事訴訟法第 292 條）採取頗為形式化的做法，並不必然把證物重新調查一遍，證人重新傳喚一次，而是以重新提示筆錄及書證方式調查，因此更換法官對被告的拖延，問題其實並不嚴重。所以，倘若要以更換法官造成程序拖延的理由，主張被告的訴訟權益受到影響，依據台灣的司法實務現況，很可能會認為更換法官對於被告的負面影響並不嚴重。倘若又不認為法官不同，在這種情況之下，審判者更替就會跟一開始的分案沒有什麼兩樣，被告並沒有特別可以主張的地方。

上述對於「案件分配」與「裁判者更易」的討論將兩者的情況區分開來，但嚴格來說還是過於粗略。譬如可以問的是，案件初分與改分的方式是否中立客觀，是不是只涉及當事人對於審判公正性的信任而已？本文希望討論下列兩種狀況：一是最高法院的更二連身條款，意即為了使發回更審三次以內的民、刑事案早日確定，最高法院發佈相關辦法，規定更二以後之案件一律分由發回前原主辦法官承辦；一是基於案件相牽連合併而產生的審判者更易。理由是這兩種情況與其他的案件初分與改分狀況有所不同，都涉及審判程序公正性之外的其他利益。

最高法院之所以制定更二連身條款，顯然是因為某些案件發回次數過多，以邱和順案為例，最高法院前後撤銷十一次發回高院，邱和順因而被羈押二十三年。司法行政非常可能認為，倘若讓同一位法官主辦，對於案卷爭點比較清楚，不會因為更換承審法官必須重先檢視卷宗⁴²。更二連身的處置方式，也不至於每次上訴遇到不同的法官，有不同的法律見解，又因為其他爭點（甚至是同個爭點不同意見）再度撤銷發回，使得判決定讞遙遙無期。司法行政體系希望促進審判效率，希望案件早日定讞的設計並不是沒有正當性，案件早日定讞也對被告有利。問題是，被告不只是希望

⁴² 錢建榮，註 38 文，頁 55。

早日定讞，更希望案件被正確地審判，從被告的角度來說，每次上訴，都希望是由沒有定見與成見的法官對下級審的案件進行審查，倘若是由同一個最高法院法官承審，這樣的上訴甚至是之後的發回更審都沒有真正的實益，而只是由同一個法官不斷地檢查到底下級法院有沒有依照他的見解（成見）「矯正」判決而已，最高法院的這個更二連身條款因此剝奪了被告的上訴利益與更審利益。簡單地說，最高法院制訂這樣的規則顯然是為了結案的效率，效率的追求雖有正當性，但是這樣的效率卻是以被告的訴訟權為代價⁴³。從法定法官原則的角度來看，這也讓上訴的分案個別具體地指定給特定法官，而非一般抽象地分案⁴⁴。

至於在相牽連案件合併導致審判者更易的情況，所謂案件相牽連，不管是不同法院之間或是同個法院不同庭間，都是依照刑事訴訟法第七條的規定來認定。刑事訴訟法第七條規定：「有左列情形之一者，為相牽連之案件：一、一人犯數罪者。二、數人共犯一罪或數罪者。三、數人同時在同一處所各別犯罪者。四、犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。」刑事訴訟法第六條規定：「數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄。（第一項）前項情形，如各案件已繫屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之。有不同意者，由共同之直接上級法院裁定之。（第二項）不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄。已繫屬於下級法院者，其上級法院得以裁定命其移送上級法院合併審判。但第七條第三款之情形，不在此限。（第三項）」依照通說的看法，將這些案件合併審判，可以避免重複調查事證的勞費及裁判的歧異，符合訴訟經濟及裁判一致性之要求。學者陳運財進一步指出，相牽連案件合併審判尚且可讓共同被告之間量刑均衡⁴⁵。

不過，陳運財強調，合併審判雖然有上述好處，但也有可能導致下列的問題：受理合併審判的法院早因為先前審理共同被告案件對犯罪事實已

⁴³ 此處的效率追求跟法院設立金融專庭希望增進審判之專業與效率是相當不同的，後者得設置有其正當性與必要性，為德國基本法第 101 條第二項所允許（「處理特別事件之法院，為根據法律使得設置。」）關於專業法庭設置之相關問題，參閱林孟皇，註 1 文，頁 16-35。

⁴⁴ 錢建榮，註 38 文，頁 56。

⁴⁵ 陳運財，註 8 文，頁 31。

經形成心證，因此對於後合併的案件的被告存在偏見或預斷。此外，共同被告之相牽連案件具有一定的證據共通性或利害相反，合併審判之後，可能會影響檢察官的舉證或是被告的防禦權利⁴⁶。本文認為陳運財對於相牽連案件合併審理的擔憂並非憑空想像，實務上的確曾經出現共同被告一起審理，其中一名被告雖然欠缺足夠的自白補強證據，卻因為共同被告的自白被補強，而該名被告的犯罪自白就被一併被補強的問題⁴⁷。先前提到的邱和順案也有類似的情況，邱案中有些被告甚至連自白也沒有，因為其他被告的自白被認為受到補強，因而被認為證據足夠一併被定罪⁴⁸。雖然這些案子之所以有這種結果與法院適用的證據法則不夠嚴謹最為相關，但共犯合併審理讓這種情況容易發生。也雖然這些案件並不是因為相牽連案件後來才被併案，而是共犯自始就合併起訴與審判，但這些案件說明了，即便刑事訴訟法有分離審判的規定（刑事訴訟法第 287-1 條），也給予共同被告詰問其他被告的權利，但這些規定依然難以避免法官對於共同被告的心證會「相互汙染」，相牽連案件合併審雖然有事實認定一致性的好處，但這個好處有時候卻是犧牲某些被告的利益而來。如果相牽連案件並沒有自始就被合併審判，被告自認檢察官起訴自己的證據不足，合併反而對自己的案件會有不利影響，應該有表達反對案件被合併審理的權利。

上述兩個例子都反駁了陳新民大法官所說，法院內分案規則只是拘束法官間的抽象規範，與各別人民的訴訟權益並無關連，並不侵犯人民之權利，且未增加法律所無之限制⁴⁹。從上面的討論來看，分案規則涉及訴訟當事人對於審判公平性的信賴，在個別的情況，也涉及被告救濟的權利，以及法官是否因此存有偏見預斷，與妨礙其防禦權等與被告訴訟權高度相關的利益。

⁴⁶ 陳運財，註 8 文，頁 31。

⁴⁷ 此為司改團體所救援的謝志宏案，相關討論參閱李佳玟，求歡不遂殺人事件，收錄於《程序正義的鋼索》，2014 年，頁 53-59

⁴⁸ 李佳玟，邱和順等人被控擄人勒贖撕票案—刑事人權報告，收錄於《程序正義的鋼索》，2014 年，頁 29-51。

⁴⁹ 陳新民，註 7 文，頁 14-15。

d. 案件分配方式與法律保留原則

確認了司法行政規則亦應受審查是否適用法律保留原則，以及法院分案規則涉及訴訟當事人對於審判公平性的信賴，在個別的情況也涉及被告的訴訟權益，本文接下來將討論從重要性理論或是層級化理論討論法院分案規則是否屬於法律保留領域。

依照重要性理論，某個事項是否為法律保留領域，必須判斷該事項是否對於基本權的行使或實現具有重要性。衡量標準包括：受規範人範圍的大小、影響作用之久暫、財政影響的大小、公共爭議的強弱、現狀變革幅度的大小，以及與現行法的比較。不適合法律保留的消極衡量標準為：須做彈性反映的事務、發展變遷中的事務、事務本質上固有的自主規律性、試驗、有因地制宜需要的事務、施行或細節性規範與自治保留。至於「層級化法律保留」的理論觀點其實與重要性理論類似，只是明確地點名剝奪人身自由、財產與身體自主有關的刑罰事項、行政罰、公務員懲戒、租稅、臨檢、強制隔離、外國人受驅逐前暫時收容、強制注射等事項需要嚴格的法律保留。但在不適合法律保留的消極要件上，重要性理論提出比較多參考的標準。層級化法律保留理論只提到國家行政需要彈性、效率與專業的事項，不要求國會自行制定法律。

依據上述審查清單，與分案規則可能有關的應該是受規範人範圍的大小、公共爭議的強弱、事務本質上固有的自主規律性、有因地制宜需要的事務、施行或細節性規範與自治保留。法院分案規則適用於所有案件，因此所有需要透過法院救濟或保障其權利的人，都會受到法院分案規則的影響，法院分案規則潛在影響相當數量的人。與公共爭議的強弱有關，是因為如果分案方式欠缺公平，讓司法行政有介入空間，或是案件改分的理由薄弱，欠缺正當性，將會引發大眾對於司法公正性的懷疑。姑且不說司法在一國扮演相當重要的功能，倘若司法欠缺可信賴度，將會喪失定爭止紛的功能，台灣司法信賴度於近年來持續低迷，分案規則又牽動人民對於審判公正性的信賴。因此，不僅是法院與法院之間的管轄，法院內部的分案方式，不管是初分或是改分，在避免分案不公平與不透明引發當事人與大眾疑慮的考量下，同樣以國會通過的法律加以規定，有其必要。

只是雖然法院分案方式與司法公正性與可信賴性有關，也影響到所有透過法院解決紛爭、爭取權利的人，但是，鑑於各個法院因為面對的案件量不一，連帶地規模大小不一，人力資源不同，有的法院只有兩、三個人，有的則各有幾十位法官。法院原則上必須設置各種專庭，小法院則沒有此要求⁵⁰。事實上，有的法院規模甚小，法官必須民刑案兼辦。各法院在處理法官調任、疾病、退休等必須重新分案等問題，因此會有不同作法。譬如調職法官原先受理而尚未終結的案件，是由接任法官全部收受辦理，或打散由全部法官輪分，規模比較大的法院因為人力充足，比較有可能採取第二種做法，小規模的法院通常只能採取第一種做法。這或許是不少學者再三強調基於現實考量，法院分案方式很難由國會制定法律統一處理的原因。從先前重要性理論的角度來看，這裡出現「因地制宜」之不適合法律保留的消極要件，而非單因司法自治（分案規則並沒有像大學裡的教育行政一樣，教學科目的安排涉及專業⁵¹，不是外行的立法者能夠置喙，畢竟法院分案方式的專業性並不強，而在於案件管理的效率，以及分案的公平），或是這只是相對不重要的執行細節（如同李震山大法官於釋字 665 號部分不同意見書所說：「在這陽光照射不到的幽微轉折處，正是可能滋生恣意干涉審判之溫床。」⁵²許玉秀大法官於釋字 665 號部分不同意見書認為：「如果司法為民不是虛假的口號，真正密切相關的是，對人民權益影響甚鉅，分案事項絕非細節性、技術性的事項。」⁵³細節性規範正是具體影響審判公平性與人民訴訟權的地方）。

綜合考量上述幾個因素：受規範人範圍的大小、公共爭議的強弱與有因地制宜需要的事務，以及先前討論之分案規則所涉及到的利益，本文認為，倘若是一般的初分，或是涉及法官調動等人事因素的改分，因為只單純涉及對於審判公平的信賴，本文認為可依照既有的做法，由國會透過法

⁵⁰ 《各級法院法官辦理民刑事與行政訴訟及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法》第 11 條：「各地方法院、高等法院及其分院，除附表三所示外，應成立專業法庭或專股辦理民、刑事特殊專業類型案件，並由法官會議擇定辦理民、刑事特殊專業類型案件之法官。…」

⁵¹ 關於與自治有關的討論，參閱許宗力，註 18 文，頁 202-205。

⁵² 李震山，釋字 665 部分不同意見書，抄本 665，2009 年 10 月，頁 108。

⁵³ 許玉秀，註 12 文，頁 75。

院組織法授權司法院制定規範各級法院及分院的處務規程（法院組織法第78條），並授權各級法院透過法官會議的方式，每年度終結前，按照法院組織法、處務規程及其他法令規定，預定次年度司法事務之分配及代理次序（法院組織法第79條第1項），並預定次年度關於合議審判時法官之配置（同條第3項）。只要相關處務規程與法官會議所制定的相關分案辦法能夠滿足抽象一般中立的要件，就能夠符合法定法官原則，滿足憲法保障人民訴訟權的要求。只有這個部分才是屬於陳新民大法官所說，在基於「實際可行性考量」，法定法官原則必須依賴法院的內部規範來「補充」。依據法院自治，由各個法院所舉行法官會議進行「該法院司法事務分配」，此處的「事務分配計畫」也包括分案規則⁵⁴。

不過值得進一步思考的是，倘若專庭因為人力關係，法官人數有限，而是否為專庭案件卻是由法院院長核定，使得由誰審判變成相對可被預期（一如扁案一開始被分到金融專庭的狀況）⁵⁵；或是說有些法院的分案規則在重大刑案上限制法官調動，但何為重大刑案卻是由法院院長核定⁵⁶，這

⁵⁴ 陳新民，註7文，頁13。

⁵⁵ 蘇位榮，扁案怎分案 法官吵翻天，聯合報，2008年12月23日，a04版（「立委邱毅爆料指稱，台北地院對扁案的分案方式根本就是在「圍標」，周占春抽中審理阿扁的機率竟高達百分之五十。其實，台北地院在扁案的分案上，的確是有爭議，在十二月十二日阿扁被特偵組起訴當天，台北地院刑庭的法官們已經為此吵翻了天。爭執的焦點在扁案究竟應由重金庭的法官抽籤，還是一般刑案的法官都要抽籤？台北地方法院的重大金融專庭只有三個庭，共九位法官，如果扣除三位審判長不能抽籤，加上有兩位法官手上已有其他重大金融案件在審理，也不必抽，只剩下四個法官來抽籤，其中兩位法官的審判長是周占春，推算周占春抽中的比率高達百分之五十。…」）

⁵⁶ 《法官遷調改任辦法》第5條：「法官有下列情形之一者，得不予遷調：一、辦理逾五年未結之遲延案件或重大、矚目案件尚未審結。但已能預定於一定期間內審結者，得延展其報到日期。…」《法官遷調改任辦法第五條第一項各款所定得不予遷調之定義及裁量基準》第1點：「一、辦理逾五年未結之遲延案件或重大、矚目案件尚未審結。但已能預定於一定期間內審結者，得延展其報到日期。（一）本款所稱逾五年未結之遲延案件，…（二）本款所稱重大、矚目案件，定義如下：1. 民事案件：…（4）各法院院長斟酌當地社會經濟實際情形、社會矚目程度，經敘明具體理由，認定為重大、矚目案件者。2. 刑事案件：（5）下列刑事案件，報經各法院院長認定者：違反組織犯罪條例案件。以強暴、脅迫或其他非法方法介入公共工程之案件。案情繁雜或社會矚目之貪污案件。案情繁雜或社會矚目之賄選案件。特別停分案件。其他犯罪手段殘酷、所生損害重大或嚴重影響社會治安，引起公眾關注之案件。…3. 行政訴訟案件：3」各行政法院院長斟酌當地社會經濟實際情形、社會矚目程度，經敘明具體理由，認定為重大、矚目案件者。4. 智慧財產案件：…（2）智慧財產刑事訴訟案件：智慧財產法院院長斟酌當地社會經濟實際情形、社會矚目程度，經敘明具體理由，認定為重大、矚目案件者。…6. 家事案件：（3）各法院院長斟酌當地社會經濟實際情形、社會矚目程度，經敘明具體理由，認定為重大、矚目案件者。…」類似規定如：《法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項》，該規定雖然在第2條從詳列何為重大刑事案件，但該條第1項第22款依然給予法院院長裁定空間：「（二十二）下列刑事案件，報經院長核定者：1. 違反組織犯罪條例案件。2. 以強暴、脅迫或其他非法方法介入公共工程之案件。3. 案情繁雜或社會矚目之貪污案件。4. 案情繁雜或社會矚目之賄選案件。5. 其他認為於社會治安有重大影響之案件。」第四條：「法院為審理重大刑事案件，得預為指定專庭或專人辦理之。」這些規定都讓司法行政有影響分案的權限。

些做法是否讓司法行政有介入法院分案的空間⁵⁷？還是說相關辦法是法官會議通過，因而可以算是法官會議授權，因而沒有架空法定法官原則的問題？簡單地說，法院的一般分案方式雖然容許各院法官透過法官會議訂定規則，但若規則裡給予司法行政決定的權限，這樣的規則雖然事先訂立，相當程度也一般、抽象地適用，但這種做法是否真能符合法定法官原則中對於分案規則中立公平合理的要求，仍有討論餘地⁵⁸。另一個值得思考的議題是，雖然「承辦法官調職、升遷、辭職、退休或其他因案件性質等情形，而改分或合併由其他法官承辦，乃法院審判實務上所不可避免」，但是這也跟案件無法集中審理，無法迅速結案，以至於容易因為人事因素而使法官更動，案件改分。鑑於審判者更動還是增加當事人對於案件的不確定性，以及整體審判成本的增加，未來還是應該朝向讓審判集中的方向前進，減少案件改分的問題⁵⁹。

至於最高法院為處理更審案件之更二連身條款，鑑於這個條款剝奪了被告的上訴利益與更審利益，也讓上訴的分案個別具體地指定給特定法官，而非一般抽象中立地分案，違反法定法官原則，本文認為這樣的分案規則侵害人民的訴訟權，應該被宣告違憲⁶⁰。本文認為，案件之所以久懸不定，主要與案件一開始的偵查品質不良，所以事實細節無法確定，證據無法定罪，法官又不能堅持無罪推定、罪疑唯輕原則有關，蘇建和案與邱和順案

⁵⁷ 針對金融專庭之分案是由法院院長核定的批評，參閱施吟蓓，刑事訴訟法上之法定法官原則—從釋字第六六五號案件事實出發，月旦法學雜誌，第233期，2014年10月，頁163-164。

⁵⁸ 此外亦可參考：《高等法院及其分院處務規程》第4條第2項：「年終會議後，因案件或法官增減或其他項事故，有變更之必要時，得由院長徵詢有關庭長、法官意見後定之。但遇有法官分發調動，而有大幅變更法官司法事務分配之必要時，宜以法官會議議決之。」釋字665號解釋的釋憲聲請文裡曾質疑此一規定賦予司法行政在無明確標準之前提下仍得介入審判，又加上法院組織法第5條第1項之規定：「法官審判訴訟案件，其事務分配及代理次序，雖有未合本法所定者，審判仍屬有效。」使得分案規則若不符合法定法官原則，當事人依然難以得到救濟。

⁵⁹ 美國聯邦法對公判程序開始之後的法官更易，採取原則禁止，例外允許的立場。例外的要件與效果分別規定在聯邦訴訟規則第25條與聯邦民事訴訟規則第63條。以刑事訴訟程序為例，限制在法官死亡、疾病或其他不能情況，而不能繼續主持公判程序方能更換法官，這跟台灣允許法官因為輪調升遷而更換法官的情況大不相同。參閱黃國昌，註4文，頁163。之所以如此，與美國採集中審判制度，台灣的審判無法集中有關。

⁶⁰ 同此見解，錢建榮，註36文。雖然釋字665號解釋並沒有特別提到更二連身條款的狀況，但釋字665號解釋內之「各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則…時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率」的說理方式，卻有可能將更二連身條款包括進去。

都有類似的問題。因此如果想要解決案件久懸不定的問題，不應該用限制人民訴訟權的方式來解決，而是增進偵查品質，要求法官嚴守無罪推定與罪疑唯輕原則。至於最高法院各庭對於某些法律問題的見解不一，或許可以透過設置大法庭等制度加以改革。

至於相牽連案件合併審判，本文認為，相牽連案件合併是否會造成對於後合併的案件的被告的偏見或預斷，或是被告的防禦權利等問題，雖是潛在的問題，但在具體個案中，這些問題是否真的存在，與重複調查事證之勞費及裁判之歧異的避免，以及共同被告之間量刑均衡的利益相比究竟哪個利益比較大，應由法官針對個案的證據狀況進行判斷與裁定。在這個問題上，學者陳運財有類似見解，他認為，相牽連案件是否合併，除了考量案件情節、性質樣態、相牽連案件之間的關聯程度，案件審理之證據調查階段等因素，還必須考量到技術上之法庭的資源設備及法庭秩序的維護等問題⁶¹。從個案證據狀況究竟如何，是否影響被告權益部分，由法院個別深入判斷，並就合併與否進行裁定，才是比較適當的做法。更重要的是，被告應該有表達反對案件被合併審理的權利，不管是事前表達的權利，以及事後抗告法院合併之裁定的決定。

不過在這個部分比較重要的議題毋寧是，從重要性理論或是從層級化法律保留理論的角度來說，相牽連案件合併是否是否為法律保留領域？本文認為，相牽連案件合併屬於案件改分，會更動承審法官，本身就容易引起審判公正性的疑慮，再加上有對於後合併的案件的被告的偏見或預斷，或是被告的防禦權利等問題，相牽連案件之合併方式對於被告訴訟權的行使具有重要性。針對此議題比較適當的處理方式是由法官針對個案狀況加以判斷，於判斷時也可以一併考量法庭的資源設備及法庭秩序的維護，這個判斷方式不會因為法院大小而有所差異，因此沒有因地制宜的需求。從

⁶¹ 陳運財，註4文，頁58。事實上，從實務慣例來看，即便相牽連案件合併有案件事實合一認定的好處，但是否真能帶來訴訟經濟的好處，很難一概而論，台灣高等法院法官陳憲裕便曾指出：「法院對數人共同犯罪的案件，若檢察官先後起訴各該被告，分由同一法院不同法官審理時，後案原則上可併由前案一併審理（即後案併前案）；但後案被告人數若多於前案或後案屬於專庭案件，則後案不得併由前案審理（即大案不併入小案、專庭案件不併入普通庭），此時，前案反而可併由後案一併審理或前後案各辦各的，這是實務上行之有年的分案慣例。」參閱陳憲裕，註4文。姑且不說上述實務慣例僅以審判的方便為主，並未思考併案對於被告的影響，陳法官所描述的實務慣例，顯示合併審理並不必然經濟，這也是遇有相牽連案件的情況，各法院分案規則都沒有自動併案的規定，仍須經過裁量或是庭長審核小組的討論商議。

此角度來說，法院內部相牽連案件之合併，也應該適用法律保留原則。本文雖然不同意學者陳運財教授的論證方式，追問法院內部相牽連案件的合併比較像是刑事訴訟法已經規定的管轄，屬於法律保留的項目，還是比較像是審判庭的組成或是因人事異動更換法官之案件改分，屬於法院內部事務分配的問題⁶²，但同意他的結論與最後的處理。在這個問題上，應類推適用刑事訴訟法第六條的規定。只是這個條文並未賦予被告事前表意與事後抗告的機會，這個法條也應加以修正，以保障被告的訴訟權。

三、大法官釋字 665 號解釋的檢討

前一部分已經討論過法定法官原則之定義、目的、法理依據，以及與法律保留原則之關係，在法律保留原則部分尚且討論分案規則應如何規定，才真能滿足法定法官原則。這一個部分將檢視釋字 665 號解釋，分析該號解釋多數意見如何阻礙法定法官原則應用於我國審判實務的細緻化，妨礙公平審判的實現。

1. 基本法理認識正確

本文認為，大法官釋字 665 號解釋正確地指出《臺北地院刑庭分案要點》就相牽連案件的併案規定，與憲法第 16 條與第 80 條所欲保障之與司法公正及審判獨立之落實密切相關，這兩個憲法條文是本案系爭法規是否合憲的審查依據：

「憲法第十六條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟。為確保人民得受公平之審判，憲法第八十條並規定，法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」「法院經由案件分配作業，決定案件之承辦法官，與司法公正及審判獨立之落實，具有密切關係。」

多數意見大法官也正確地認識學說引用德國基本法第 101 條之法定法官原則就是用來處理這個議題，並以此一原則充實對於系爭法規的審查：

「世界主要法治國家中，德意志聯邦共和國基本法第一百零一條第一

⁶² 陳運財，註 8 文，頁 29-31。

項雖明文規定，非常法院不得設置；任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪—此即為學理所稱之法定法官原則，其內容包括應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判；」

多數意見大法官明確指出即便我國憲法無此規定，依然不妨礙法定法官原則的適用：

「其他如英國、美國、法國、荷蘭、丹麥等國，不論為成文或不成文憲法，均無法定法官原則之規定。惟法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則。我國憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判，亦有相同之意旨…。」

2. 對於分案狀況的討論欠缺應有的細緻度

只是多數意見大法官雖然正確認識到分案規則的憲法意義，也藉助法定法官原則，說明分案規則應如何規定方能滿足憲法要求，但在回答分案規則是否應以國會通過之法律來規定時，說理嚴謹度開始下降。多數意見大法官迅速地將「各法院之組織規模、案件負擔、法官人數之情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷」等現實狀況納入討論，做出各級法院有因地制宜處理司法行政事務之必要的結論，因此「於不抵觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第七十八條、第七十九條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率。」

本文認為，上述論證的最大問題並不在於多數意見大法官並沒有在此明確使用其先前所發展出的層級化法律保留原則進行分案規則的審查⁶³；也不在於多數意見大法官沒有清楚說明司法獨立與訴訟權保障的主從關

⁶³ 李震山大法官是唯一明確提出應以重要性理論等方式審查《臺北地院刑庭分案要點》是否違反法律保留原則的大法官。他主張：「系爭分案要點於「併案而換法官」一節，就其非純屬司法行政領域而涉及審判事項且影響人民訴訟權保障核心之部分，已非純粹內部性、技術性、細節性事項，不論從權力分立相互制衡的觀點，或依對基本權利實現顯屬重要的「重要性理論」…，皆應以法律規定之。本件解釋未予區分與審查，僅以法律優位原則為據，一律允以所謂「補充規範」訂定之，自不符法律保留原則。」參考李震山，註52文，頁103-106。

係，認識到司法自治也是司法行政之一環，因此也必須注意到釋字 530 號解釋提出之司法行政所制定的命令內容有「…對人民自由權利增加法律所無之限制」的可能性，此處論證最大的問題在於多數意見大法官沒有意識到司法事務與分案的複雜性，並審慎思考分案規則與人民訴訟權的關係。意思是，司法事務之分配雖然包括案件的分配，但是分案規則所涉及的問題卻與其他司法事務不完全一樣，分案並不只是審判效率與法官間的工作負擔量的公平而已，分案方式是讓人民忖度審判是否公平最直接的對象，某些案件初分（例如：最高法院的更二連身條款）與改分方式（例如：與本釋憲最相關的相牽連案件合併）甚至涉及其他訴訟權益。

本文的想法是，司法的確基於其獨立性可以自治的方式處理司法事務，但不代表司法可以自行決定所有案件的分配方式。各級法院是否可以透過司法自治自行制定規則，取決於案件分配究竟涉及何等基本權利，以及是否真的有難以克服的現實問題必須被遷就，因此必須因地制宜，這才是「司法為民」的真諦。大法官或許沒有義務在這號解釋裡一併處理其他分案的問題，但對於本釋憲案所涉及的相牽連案件合併，多數意見大法官無視於刑事訴訟法學者的提醒⁶⁴，將相牽連案件合併因而改分的狀況，與「承辦法官調職、升遷、辭職、退休或其他因案件性質等情形，而改分或合併由其他法官承辦」的情況相提並論。由於看不到司法事務與分案複雜性，多數意見大法官因此輕易地認可法院組織法第 5 條：「法官審判訴訟案件，其事務分配及代理次序，雖有未合本法所定者，審判仍屬有效。前項規定，於非訟事件之處理準用之。」毫不在意這個條文讓各種分案規則不管是否侵害人民訴訟權都被合法化，侵害人民受到救濟的權利。

3. 以過於寬鬆的方式審查《臺北地院刑庭分案要點》

由於多數意見大法官並未意識到相牽連案件合併可能牽涉被告某些訴訟權受到侵害，自然不可能進一步思考哪種方式才是審查被併案被告之訴訟權是否受侵害，以及衡量本案合併是否真能達到訴訟經濟的最佳作法，

⁶⁴ 學者陳運財在釋字 665 號做出之前，便是一個由法官協會所舉辦的會議裡提出相牽連案件合併可能涉及的問題，參閱陳運財，註 4 文，頁 58-59，但一直沒有受到應有的重視。大法官在審查個別領域的規範合憲性時，應更注意各該領域學者所提出的論點。

更不可能思考避免被告權利受到損害之事前與事後的救濟。刑事訴訟法中關於不同法院間相牽連案件之合併管轄的規定，對多數意見大法官而言，僅在提供相牽連案件合併的正當性（「旨在避免重複調查事證之勞費及裁判之歧異，符合訴訟經濟及裁判一致性之要求」），以及論證《臺北地院刑庭分案要點》也以同樣的方式認定相牽連案件，所以《臺北地院刑庭分案要點》並沒有何為相牽連案件定義不明確的問題。刑事訴訟法第 6 條第 2 項中當各承審法院不同意合併，由共同之直接上級法院裁定的規定，對多數意見大法官而言不具備指示的功用⁶⁵。欠缺問題意識的多數意見大法官顯然也未曾思考刑事訴訟法第 6 條對於被告而言保障也嫌不足。多數意見大法官似乎認為，只要《臺北地院刑庭分案要點》的相牽連案件合併規則事先抽象一般地規定，就能夠滿足法定法官原則的要求。

從某個角度來說，「事先、抽象、一般」的要求於形式上很容易滿足，只要《臺北地院刑庭分案要點》關於相牽連案件合併的規定不是在扁案出現之後才制定的，只要它抽象地一體（違憲地）適用在其他案件上即可⁶⁶，不管現實上其他案件倘若被告人數較多案情較為複雜不必然被併案⁶⁷。容易引起爭議的，除了相關要點涉及人民權利，法院卻未主動對外公開之

⁶⁵ 黃茂榮大法官只看到刑事訴訟法第 6 條強制併案的部分，認為《臺北地院刑庭分案要點》經過審核小組決議同樣強制併案，既然強制併案有訴訟經濟的好處並不違憲，由刑事庭庭長會議（審核小組）以決議的方式決之，比由法院院長核准更符合法官自治的精神，所以《臺北地院刑庭分案要點》第 10 點並不違憲。參閱黃茂榮，釋字 665 協同意見書，抄本 665，頁 15-17。本文認為，姑且不論強制併案是否真能帶來訴訟經濟，刑事訴訟法第 6 條由法院以裁定方式之所以優於庭長所組成的審核小組，是因為併案與否應針對相牽連案件合併後，是否對於後合併的案件的被告產生偏見或預斷、影響被告的防禦權利，因而影響審判公平性，法院應審酌兩個案件之情節、審判進度狀況、兩個法庭的資源設備及法庭秩序的維護等，這些都應交由個別法院針對相牽連案件的內容進行實質判斷，並不適當由庭長以開會投票的方式決議。

⁶⁶ 許宗力大法官在其部分協同、部分不同意意見書中，指出新收案件的分案與案件改分導致於法官更換所涉及的問題不同，對於案件改分法官更易會對當事人造成何等基本權干預有相當清楚的說明，主張應給當事人足夠的事前與事後程序保障，並要求讓相關分案規則透明，否則侵害當事人之正當法律程序的權利。他並從實際併案情況不多，質疑《臺北地院刑庭分案要點》第 10 點中相牽連案件合併「必要性」的要件是否足夠明確。認為迴避制度所處理的問題與分案規則所要處理的問題層次不同。他批評多數意見就分案規則的論證方式邏輯不一致，主張雖然並非各國都在併案時給當事人訴訟上的權益，但在司法公信力低落的我國，應該朝向給予當事人表意的訴訟權利方向前進，如此才能真正給予被告在程序中的主體地位，提升司法可信賴性。他指出刑事訴訟法第 273 條之 1 裁定進行簡式審判程序也給予被告表意之機會，因此給被告程序保障是可能，他對本件解釋錯失興革司法實務的契機感到遺憾。參見許宗力，釋字 665 部分協同部分不同意意見書，抄本 665，頁 31-41。對於許宗力大法官對於釋字 665 號解釋多數意見與《臺北地院刑庭分案要點》提出這麼多批評，卻只因司法有權因地制宜自訂規則，《臺北地院刑庭分案要點》滿足事先抽象一般的要件，並沒有主張該要點違憲，本文感到十分不解。

⁶⁷ 扁案的併案方式曾引發實務界的議論，認為並不符合實務慣行的方式。參閱陳憲裕，註 4 文。

外，是這個要點讓代表司法行政的法院院長與法院庭長在併案過程中扮演一定的角色。《臺北地院刑庭分案要點》第 10 點規定：「刑事訴訟法第七條所定相牽連案件，業已分由數法官辦理而有合併審理之必要者，由各受理法官協商併辦並簽請院長核准；不能協商時，由後案承辦法官簽請審核小組議決之。」該要點第 43 點規定：「本要點所稱審核小組，由刑事庭各庭長（含代庭長）組成，並以刑一庭庭長為召集人。（第一項）庭長（含代庭長）不能出席者，應指派該庭法官代理之，惟有利害關係之法官應迴避。（第二項）審核小組會議之決議，應以過半數成員之出席及出席成員過半數意見定之；可否同數時，取決於召集人。（第三項）」對於多數意見大法官而言，上述併案方式是自於「刑事庭全體法官之授權」，既然併案之發動、標準都沒有恣意的問題，那麼這個要點就符合明確性的要求，並未違法法定法官原則。

只是從當事人與社會大眾的角度來看，具有行政職的院長擁有併案核定權，同樣是行政職的庭長組成小組負責審核是否併案，很容易引發司法行政介入併案的疑慮，畢竟法院院長與庭長擁有考績評定的權力⁶⁸。即便主張法院院長有義務進行行政監督，以避免法官間私相授受，隨意併案，如此可以解釋《臺北地院刑庭分案要點》第十點「各受理法官協商併辦並簽請院長核准」的部分，但依然不能說明庭長所組成之審核小組在各受理法官不能協商時，可以議決併案，以及併案至哪個審判庭的權限來源⁶⁹。關於相牽連案件合併程序即便不採取本文主張的類推適用刑事訴訟法第 6 條的處理方式，多數意見大法官顯然也沒有意識到，是不是只要經過法官

⁶⁸ 許玉秀大法官認為這些規定開啟了行政介入干擾的機會，鑑於庭長或院長都掌管考績評定的權限，就算掌管考績評定權的人主動克制濫權，也不能完全排除被評定者可能主動讓恣意操控發生。參見許玉秀，註 12 文，頁 74-75。

⁶⁹ 陳春生大法官在其協同意見書裡提及「但具體案件最後為了確定所分配的法官，難免可能必須由院長、庭長等加以裁量，因此德國的法定法官原則最終並不排除由院長、首長來決定，只要沒有恣意即可。聯邦憲法法院對於分案規範於實務上並不排除給予院長、首長裁量的權限，只要非恣意，因為實務上不可能完全排除需要首長裁量的情況。」「…首長或其他機制不能恣意地決定，從法定法官原則切入，表面似有可能被操作，但合法之行政監督是必要的，例如併案時，是否前後案的承辦法官合意即可？答案是否定的，必須由首長監督以避免發生私相授受情形。」參閱陳春生，釋字 665 部分協同意見書，抄本 665，頁 29-30，本文一方面認為此一說理並不能充分解釋庭長介入的基礎，另一方面認為，在台灣這個司法信賴度低的國家，與其由法院院長核定併案，由庭長組成小組強迫併案，不如由個別法庭判斷併案之必要性。

會議的授權⁷⁰，無論制訂何等規則，只要有內容足夠明確，都符合事前中立一般的要求，就能滿足大眾對於審判公平的期待？

4. 釋字 665 號解釋射程過廣

本文不僅認為多數意見大法官並沒有合理地處理扁案的釋憲聲請，本號解釋的論證過於籠統一般，不只沒有釐清分案所涉及的狀況與相對利益，也沒有回答是否只要經過法官會議的授權，無論制訂何等規則，只要有內容有相當的明確性，都符合法定法官原則的要求，用一種相當寬鬆的標準審查《臺北地院刑庭分案要點》。但本號解釋卻因為大法官在解釋文裡將相牽連合併的情況與「承辦法官調職、升遷、辭職、退休或其他因案件性質等情形，而改分或合併由其他法官承辦，乃法院審判實務上所不可避免」，等同處理，主張「各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則…時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率」，此種解釋方式，讓釋字 665 的射程幾乎擴及所有法官更換的狀況，甚至包括一開始的分案，不管是一審或是上訴審的分案，只要規範內容相當程度像《臺北地院刑庭分案要點》抽象一般明確，便可以得到合憲的結論。這是頂新案二審法官因為調動更換引發抗議，台中高分院可以從容地回應「一切依照制度和慣例」的原因，這應該也是最高法院面對法官為文質疑更二連身條款合憲性時，不動如山的原因。

本文並不是認為法官在討論分案時都是自私的，法官自治不可信賴，法官會議無權制定相關分案規則，具有行政職身份的法院院長或庭長都不能參與案件的分配，因此都必須由國會介入，而是案件分配涉及審判公平

⁷⁰ 林子儀大法官同樣認為，併案審核小組雖由刑事庭各庭長組成，但各庭長之所以有此權限，是經過刑事庭全體法官的授權，再加上是否併案仍由承審法官決定，司法行政無法強迫，因此認為台北地院的分案要點合憲。參閱林子儀，釋字 665 部分協同部分不同意意見書，抄本 665，頁 57-60。本文對於「經過法官會議授權，規範即合理」的論證感到懷疑，畢竟獨裁的開始也可能來自於人民投票授權。

性與被告的訴訟權利，有必要一一區分狀況進行討論，具體思量個別情況應如何處理，才能兼顧人民訴訟權利、審判公平性、訴訟經濟，以及法官間之負擔公平性等利益。在一個高度不信任法院的社會裡，司法行政若有行政監督的必要，而參與分案過程，應審慎思考如何設計才能杜絕有心人士上下其手的可能性，而使分案被人民信任。甚至從比較法的角度去思考這些問題發生的原因，探討台灣是否應做更大的改革，譬如：讓審判更集中，讓證人可以按時到庭，避免因為法官調動而更換法官，或是改善偵查品質，避免案件不斷被發回無法定讞等問題。

四、結論

本文從對比扁案與頂新案開始，說明這兩個看起來犯罪事實風馬牛不相及的案件，如何因為法官更換的這個特徵與大法官釋字 665 解釋而命運相連。

本文認為，不管引不引用德國基本法上的法定法官原則，我國憲法第 8 條、第 16 條與第 80 條對於正當法律程序、訴訟權與法官獨立審判的保障，都要求案件之分配（不管初分或是改分）都必須在事前制定一般抽象中立公正的規定。而這個規定究竟只能由個別法院透過法官自治的方式加以規定，或是由國會通過的法律加以處理，取決於個別分案情況所涉及到的權利。倘若案件分配規則自始就會牽動對於審判公平性的信賴，也唯有現實上必須因地制宜的那些情況才交由各級法院自行訂定分案規則，倘若並沒有統一規定的困難，自應由國會提供適當的分案準則。

至於就分案規則的規範內容而言，本文不認為只要設立一個明確標準就能夠達成保障被告訴訟權的要求，分案方式是否能夠滿足大眾對於審判公平的期待，是一個相當重要的考量。釋字 665 號解釋沒有宣告法院組織法第 5 條以及台北地方法院法院刑事庭分案要點第 10 點及第 43 點違憲，其瑕疵相當明顯，不過立法者與各法院還是可以針對不同情況，設想合憲之法官更易程序與案件分配程序，畢竟大法官解釋只是提供憲法保障的下限，法規制定者永遠可以提供人民更充足的保障。傷害司法公平性的魔鬼如果藏在規範細節裡，那麼對於司法的信心或許也從規範細節開始建立。

《參考文獻》

- 大法官書記處，665 號事實摘要，2009 年 10 月 16 日，頁 1。
- 大法官書記處，抄本 665，2009 年 10 月 16 日，頁 1-171。
- 王兆鵬，法院分案規則合憲性之探討，軍法專刊，第 55 卷第 3 期，2009 年 6 月，頁 134-142。
- 李仁淼，司法規則制定權與法定法官原則——釋字第六六五號解釋評析，月旦裁判時報，第 4 卷，2010 年 8 月，頁 14-23。
- 李佳玟，求歡不遂殺人事件，收錄於《程序正義的鋼索》，2014 年，頁 53-59
- 李佳玟，邱和順等人被控擄人勒贖撕票案—刑事人權報告，收錄於《程序正義的鋼索》，2014 年，頁 29-51。
- 李建良，審判獨立與司法獨裁——解評司法院釋字第六六五號解釋，月旦法學雜誌，第 176 期，2010 年 1 月，頁 42-67。
- 李震山，釋字 665 部分不同意見書，抄本 665，2009 年 10 月，頁 99-128。
- 亞當·班福拉多著（堯嘉寧譯），不平等的審判，台北：臉譜出版社，2016 年。
- 林子儀，釋字 665 部分協同、部分不同意見書，抄本 665，2009 年 10 月，頁 54-68。
- 林孟皇，法定法官原則的理論與實務 - 兼評司法院釋字 665 號解釋，法官協會雜誌，第 11 卷，2009 年 12 月，頁 61-100。
- 林孟皇，金融專庭與法定法官原則，法令月刊，第 60 卷第 4 期，2009 年 4 月，頁 16-35。
- 林孟皇，誰在乎法定法官原則？，中國時報，2008 年 12 月 25 日，a14 版。
- 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，臺灣法學雜誌，第 136 期，2009 年 9 月，頁 61-91。
- 林鈺雄，法定法官原則研討會（投影片），法官協會雜誌，第 11 卷，2009 年 12 月，頁 101-114。
- 法官協會，法定法官原則研討會會議記錄，法官協會雜誌，第 11 卷，2009 年 12 月，頁 2-32。
- 姜世明，法定法官原則之基本概念，法官協會雜誌，第 11 卷，頁 33-50；

姜世明，長期被忽略之法治國支柱 -- 論法定法官原則之觀念釐清及實踐前瞻，台灣法學雜誌，第 125 期，2009 年 4 月，頁 9-21。

施吟蓓，刑事訴訟法上之法定法官原則—從釋字第六六五號案件事實出發，月旦法學雜誌，第 233 期，2014 年 10 月，頁 153-172。

洪英花，蔡守訓審理扁案違法違憲，自由時報，2008 年 12 月 30 日，a15 版。

莊國榮，行政法，台北：元照出版社，2014 年增訂二版。

許玉秀，釋字 665 部分不同意見書，抄本 665，2009 年 10 月，頁 68-99。

許育典，憲法，台北：元照出版社，2016 年 7 版

許宗力，論法律保留原則，法與國家權力，台北：月旦出版有限公司，1993 年。

許宗力，釋字 665 部分協同、部分不同意見書，抄本 665，2009 年 10 月，頁 31-54。

陳春生，釋字 665 部分協同意見書，抄本 665，2009 年 10 月，頁 22-31。

陳昭如，黑男人、白女人與棕女人的台灣啟示，上報，2016 年 10 月 21 日，<http://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=6106>（拜訪日期：2016 年 10 月 24 日）。

陳新民，行政法學總論，作者自版，2015 年 9 版。

陳新民，評議法定法官原則的探源與重罪羈押合憲性的爭議，軍法專刊，56 卷 1 期，2010 年 2 月，頁 9-12。

陳運財，大法官釋字第六六五號解釋評析，月旦法學雜誌，第 176 期，2010 年 1 月，頁 24-41。

陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，法官協會雜誌，第 11 卷，2009 年 12 月，頁 51-60；

陳憲裕，蔡守訓是否有權審理「扁案」？，自由時報，2008 年 12 月 29 日，a15 版；

頂新劣油案 驚傳 9 月要「換法官」，自由時報電子報，2016 年 7 月 5 日，<<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1752842>>（拜訪日期：2016 年 10 月 20 日）；

頂新案將換法官卻非公開抽籤 檢方揚言聲請法官迴避，蘋果日報即時新聞，2016 年 8 月 4 日，<<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20160804/921736/>>（拜訪日期：2016 年 9 月 19 日）

頂新案換法官 兩造互批干預審判，自由時報，2016年7月13日，a11版；
頂新案換法官 高分院：無黑箱，聯合報，2016年8月5日，b02版。
黃茂榮，釋字 665 協同意見書，抄本 665，2009年10月，頁 10-22。
黃國昌，案件分配、司法中立與正當法律程序 -- 以美國聯邦地方法院之規範為中心，東吳法律學報，21卷4期，2010年4月，頁 155-206。
錢建榮，違反法定法官原則的更二連身條款，月旦法學教室，第 140 期，2014年6月，48-56。
臨陣脫逃？法官鄧雅心：司法院誤導，自由時報，2012年10月12日，a29版。
蘇位榮，扁案怎分案 法官吵翻天，聯合報，2008年12月23日，a04版。

