

憲法法庭 115 年憲裁字第 11 號裁定

部分不同意見書

尤伯祥大法官提出

謝銘洋大法官加入

本件聲請人係審理臺灣花蓮地方法院（下稱花蓮地院）112 年度少調字第 208 號殺人未遂等案件之法官。該案少年之保護事件亦係由聲請人承審，雖然該少年於保護事件程序否認犯行，但聲請人經調查後認定少年有強制性交未遂之非行，乃依少年事件處理法（下稱少事法）第 27 條第 2 項規定裁定移送臺灣花蓮地方檢察署檢察官偵辦。該少年於偵查時雖仍否認非行，惟檢察官認其犯強制猥褻罪而向花蓮地院提起公訴。嗣花蓮地院依該院少家庭分案要點貳、二、（一）、2：「少年保護事件裁定移送檢察官，則少年刑事事件應指分原裁定移送股辦理。」之規定，將該案（案號：114 年度少侵訴字第 2 號）指分由聲請人審理。聲請人認該案於裁判上所應適用之少事法第 70 條：「少年刑事案件之偵查及審判，準用第三章第一節及第三節有關之規定。」及法院組織法第 14 條之 1 第 2 項：「承辦前項案件（偵查中強制處分及暫行安置聲請案件）之法官，不得辦理同一案件之審判事務。」等規定，並未要求裁定將少年移送檢察官偵辦之法官應迴避辦理該少年之刑事案件，致該少年之刑事案件得由自始即存有認定其犯罪之心證的法官審理，已無從確保該少年得受公平之審判，有侵害其憲法第 16 條訴訟權之疑義，乃就少事法第 70 條及法院組織法第 14 條之 1 第 2 項等規定聲請法規範憲法審查。

法院組織法第 14 條之 1 第 2 項係規定承辦偵查中強制處分及暫行安置聲請案件之法官，不得辦理同一案件之審判事務，顯與本件聲請案無涉，並非聲請人審理上開少年刑事案件時於裁判上所應適用之法規範。承辦大法官雖非執此理由認為此部分之聲請不應受理，但本席對此部分聲請不受理之結論敬表贊同。

至於少事法第 70 條（下稱系爭規定），該條規定少年刑事案件之偵查及審判，準用同法第三章「少年保護事件」第一節「調查及審理」及第三節「抗告及重新審理」有關之規定，自屬聲請人審理上開少年刑事案件時之裁判上應適用之法規範。

本席認為，聲請人既已依其調查之結果，認定該案少年犯罪情節重大，且以受刑事處分為適當，因而依少事法第 27 條第 2 項規定裁定將少年移送檢察官偵辦，則其於承審該少年刑事案件之初，即自始存有該少年犯罪之強烈心證，並有該少年已不具需保護性（以受刑事處分為適當）之預斷。由聲請人審判其刑事案件，其得否公平受審，已屬合理可疑。尤其該案少年始終否認非行，則由聲請人審理所滋之審判不公疑慮，益為明顯。聲請人對此疑慮已有自覺，但其適用系爭規定之結果，卻無從為保障被告之訴訟權而自行迴避，因此就系爭規定竟容許上述侵害該少年訴訟權核心內容之情況發生而言，應受理此部分聲請。多數意見不受理之結論，本席不能贊同。茲進一步說明理由如下：

一、少年刑事案件之被告所享有依正當法律程序原則，受法院公平審判之權利，應不遜於成年人

少事法係國家為履行對少年身心健康及人格健全

成長之特別保護義務所制定之法律，其為維護少年之最佳利益，使其得以健全自我成長（少事法第 1 條規定參照），對於有觸犯刑罰法律行為之少年係採保護優先主義，以保護並協助非行少年健全成長為原則，例外始追訴、處罰其犯罪。為落實保護優先主義，立法者推定觸法之非行少年均具備需保護性，進而基此推定將少年觸法行為一律定性為少年保護事件，交少年法院先議，由少年法院經由少事法第三章所定之少年保護事件處理程序，調整非行少年之成長環境，並矯治其性格。僅在調查或審理之結果足以推翻上開推定的情況下，少年法院始例外裁定將不具需保護性之少年移送檢察官偵辦，進而將少年保護事件轉為少年刑事案件，以追訴、處罰少年之犯罪（少事法第 27 條第 1 項及第 2 項、第 40 條參照）。

成為少年刑事案件被告之非行少年，既有受刑事處罰之風險，則其本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，所應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，不僅不遜於成年人，而且其既經少年法院認定為不具需保護性，則國家尤其不得假保護之名義，限制、減損甚至剝奪其依正當法律程序公平受審之權利。反而基於前述對少年之特別保護義務，國家甚且應為確保少年得以依正當法律程序公平受審，而使少年獲得必要之協助或保護（例如，少事法第 3 條之 1 第 1 項規定詢問或訊問少年時，應通知其法定代理人、現在保護少年之人或其他適當之人陪同在場）。

- 二、由裁定將少年移送檢察官偵辦之法官審判該少年之刑事案件，侵害少年依正當法律程序受公平審判之權利

檢察官受理少年法院依第 27 條第 1 項、第 2 項移送之少年刑事案件，應即開始偵查（少事法第 66 條參照）。偵查之結果，認應起訴者，應向少年法院提起公訴（少事法第 67 條第 1 項後段參照）。就檢察官所起訴之少年刑事案件而言，裁定將少年移送檢察官偵查之少年保護事件，實係該案件之先行程序。因此，本件聲請所涉憲法上疑義，係法官因參與作成同一案件之先行程序之決定，基於憲法保障人民訴訟權之意旨，是否應因其受預斷影響之風險而自行迴避，暨系爭規定因未就此情形有所規定而構成違憲。

就法官因參與先前裁判或先行程序之決定所生受預斷影響之風險，是否足以使該法官迴避之疑義，本席於本庭 115 年憲裁字第 9 號裁定所提不同意見書已指出，本庭 112 年憲判字第 14 號判決所建立之「審查自己所作裁判」基準，係為刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 17 條第 8 款之適用範圍而建立，並未能涵蓋所有存在此類風險之情況，於無該款規定適用之情形，應依上開「審查自己所作裁判」基準背後之原理，即聯合國班加羅爾司法行為原則（The Bangalore Principles of Judicial Conduct）所揭之普世性判準：「具備通常理性之人，根據一般知識及經驗觀察，若認為該法官在受預斷影響下將不能公平審判，審判因而將難以維持公正中立之外觀，即應認預斷影響之風險已臻難以確保當事人受公平審判之程度，而屬憲法所要求之法官迴避事由」，判斷法官是否應行迴避。若法官依此原理審查之結果應行迴避，相關法規卻容許其得不迴避或未規定應迴避，該法規範應屬違憲；法官於此種情形未迴避而參與個案之審

判，該個案裁判亦屬違憲（本庭 112 年憲判字第 14 號判決理由第 60 段參照）。

就少事法第 27 條第 1 項規定：「少年法院依調查之結果，認少年觸犯刑罰法律，且有左列情形之一者，應以裁定移送於有管轄權之法院檢察署檢察官：一、犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。二、事件繫屬後已滿二十歲者。」及同條第 2 項規定：「除前項情形外，少年法院依調查之結果，認犯罪情節重大，參酌其品行、性格、經歷等情狀，以受刑事處分為適當者，得以裁定移送於有管轄權之法院檢察署檢察官。」之內容觀之，無論是依哪一項規定移送，均以少年法院依調查之結果認定少年犯罪為首要之要件。雖然上開規定所稱認定少年犯罪，並非判決有罪，不必嚴格證明，故此項認定所需之心證程度不必達到無合理可疑，但仍應有相當之確信。即使僅須自由證明即為已足，少年法院法官在裁定將少年移送檢察官偵辦時，內心仍至少已存在少年有犯罪之機率逾 50% 的心證。

從心理學上的隧道視野（tunnel vision）及因此產生之確認偏誤（confirmation bias）的影響來看，檢察官偵查後提起公訴之結果，難免進一步強化該法官原有的有罪預斷。尤其在少事法第 67 條第 2 項之情形，檢察官是因少年法院兩度裁定移送而不得不起訴，於此種情況下，少年法院之有罪預斷恐怕更已達接近無合理可疑之程度。因此，一個具備通常理性之人，根據一般知識及經驗觀察該法官承審的少年刑事案件，恐怕很難不強烈懷疑審判在出發點就不公平，對於法官能否翻轉預斷也不會抱有不切實際的期待，更不會認為這樣的審判還能

具有公正中立的外觀。而對像本件聲請案中這樣否認犯罪的被告少年來說，再度面對在保護事件程序時就已不相信其辯解之法官，自然很可能自始就覺得審判根本不公平，辯護毫無意義，遑論甘服這位法官所作的有罪判決。

再者，即使少年認罪，於檢察官起訴之犯罪事實與罪名輕於移送裁定之認定的情形，若由原裁定移送之法官審理其刑事案件，則該法官仍可能受原本之有罪預斷影響而職權調查進而變更起訴法條，改論以較重之罪名。即使個案中不存在此種風險，但對認罪之少年來說，其就得否依少事法第 74 條第 1 項規定獲免刑及保護處分，仍有重大利益。於少年法院之法官當初係依少事法第 27 條第 2 項規定移送檢察官之情形，該法官除存有少年犯罪情節重大之心證外，復存有該少年欠缺保護必要性之心證。若由該法官帶著如是心證審判該少年之刑事案件，則同樣在隧道視野及確認偏誤的影響下，仍舊難以期待其能翻轉預斷，改為少年犯罪情節並不重大且仍具保護必要性之認定（亦即，第 74 條第 1 項之回流機制若要發揮作用，實以裁定移送與審理之法官係不同人為前提）。司法院的統計數字一定程度上可以佐證隧道視野及確認偏誤的影響¹：中華民國 111 年全國各少年法院終結之少年刑事案件為 397 件，其中諭知保護處分者 2 件；112 年之終結數為 320 件，其中諭知保護處分 1 件；113 年之終結數為 351 件，其中諭知保護處分 1 件。可見，即使少年認罪，由原裁定移送檢察官偵辦

¹ 相關統計資訊請參見 <https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1921-1-xCat-03.html>（最後瀏覽日：115 年 6 月 9 日）。

之法官審判其刑事案件，對該少年受公平審判之權利所造成的不利影響，仍屬無從忽視。

綜上，裁定將少年移送檢察官偵辦之法官，其受預斷影響之風險於客觀上已臻難以確保公平審判之程度，不應參與同一少年之刑事案件。這種情況已涉及該少年之訴訟權保障核心內容，該法官應依憲法保障人民訴訟權之意旨，迴避該少年刑事案件之審判。

三、反對該法官迴避之可能觀點，不能成立

第一種可能的反對觀點，是認為於此種情形，既未發生「審查自己所作裁判」之狀況，則依本庭 112 年憲判字第 14 號判決之意旨，裁定移送之法官無庸迴避。惟，這種觀點係主張該判決已將法官因參與先前裁判或先行程序之決定而受預斷影響之所有情形，一網打盡，實屬不當放大該判決之射程，就此本席業於本庭 115 年憲裁字第 9 號裁定所提不同意見書予以指明。何況，就本案之情況而言，裁定移送之法官審理其移送之少年的刑事案件時，實際上也是以今日之我與昨日之我戰鬥，與「審查自己所作裁判」之自我衝突情境又有何異？

第二種可能的反對觀點，是認為該少年之刑事審判雖在對其不利之起跑點出發，但這是少事法之本質使然，蓋該存有有罪預斷之法官既係該少年保護事件之法官，對於少年有無應受保護之情形最為理解，即使判少年有罪，仍得依第 74 條第 1 項規定：「法院審理第二十七條之少年刑事案件，對於少年犯最重本刑十年以下有期徒刑之罪，如顯可憫恕，認為依刑法第五十九條規定減輕其刑仍嫌過重，且以受保護處分為適當者，得免

除其刑，諭知第四十二條第一項第二款至第四款之保護處分，並得同時諭知同條第二項各款之處分。」予以免刑並給予保護處分，以達保護少年之目的。然而，辦理少年保護事件之法官正是因為已認定少年不具保護必要性，才會裁定將其移送檢察官。如前所述，在隧道視野及確認偏誤的影響下，仍舊難以期待這項預斷能夠翻轉。因此，無論少年認罪與否，由裁定移送之法官承審其刑事案件，都會侵害少年受公平審判之權利。直白地說，此種反對觀點不僅不切實際，而且根本是假保護之名，行侵害少年訴訟權之實。

第三種可能的反對觀點，是考量部分地院少年法庭之法官員額較少，擔心若一律不許裁定移送檢察官偵辦之法官承辦同一少年之刑事案件，將導致這類法院在辦理少年刑事案件時法官人力的調度困難，因而認為作成移送裁定之法官是否應於少年刑事案件迴避，應由各法院本於法官自治原則自訂規範。然而，這類情況涉及少年之訴訟權核心內容，已非法官自治之範疇。就少年刑事案件採獨任審判而言，絕大多數地院所配置承辦少年事件之法官人數都在 1 人以上，不會產生因迴避而無人承審的問題。何況，雖然少事法第 67 條規定檢察官應向少年法院提起公訴，但少年刑事案件不同於少年保護事件，並無非由少年法院審判不可的性質（日、韓都是將少年刑事案件交由地院刑事庭審理）。因此即使發生這種情形，仍可將少年刑事案件例外交由同院刑事庭審判來處理。

四、系爭規定因未規定曾參與作成將少年移送檢察官偵辦之裁定的法官，應於同一少年刑事案件迴避，違反憲法

保障人民訴訟權之意旨

按法官迴避制度之目的在確保法官公正審判，以維護訴訟救濟之功能，是法官迴避制度為訴訟制度之重要事項，原則上應由立法者以法律定之（本庭 112 年憲判字第 14 號判決理由第 57 段參照）。少事法第 67 條第 1 項既規定檢察官依偵查之結果認應起訴者，應向少年法院提起公訴，則少事法自應就少年法院辦理少年刑事案件之職員的迴避有所規範，以維護少年被告受公平審判之權利。

就少年刑事案件之偵查及審判，立法者於系爭規定明定應準用少事法第三章「少年保護事件」第一節「調查及審理」及第三節「抗告及重新審理」之規定。可見，立法者就系爭規定所制定之立法計畫，係藉系爭規定規範少年刑事案件之偵查及審判所應踐行之程序，並就此待規範事項以比照少年保護事件之方式規範之。然而，遍查被準用之規定，並無關於少年法院職員迴避之規定。再查其他少事法條文，亦無關於迴避之規定。可見，在系爭規定之立法計畫裡，根本不曾考慮到迴避的問題。亦即，系爭規定立法時並未慮及：曾參與作成將少年移送檢察官偵辦之裁定，應屬同一少年刑事案件之憲法上迴避事由。

即使依少事法第 1 條之 1 第 2 項規定：「本法未規定者，於與少年保護事件、少年刑事案件性質不相違反之範圍內，準用其他法律。」準用刑訴法第三章關於法院職員迴避之規定²，亦無法填補系爭規定之上開漏洞

² 另一個可以得到相同結論但比較迂迴的解釋方法，是從寬解釋系爭規定所稱「準用第三章第一節及第三節有關之規定」，認為少事法之附屬法規中與少年保護事件之「調查及審理」、「抗告

（刑訴法第 17 條各款規定亦顯與將少年移送檢察官偵辦之法官，得否審判該少年之刑事案件之問題無涉）。

綜上可知，系爭規定因未規定曾參與作成將少年移送檢察官偵辦之裁定的法官，應於同一少年刑事案件迴避，違反憲法保障人民訴訟權之意旨。聲請人自知無法公平審判自己裁定移送偵辦之少年的刑事案件，基於法官優先遵守憲法之義務，以及少年法院維護少年最佳利益之責任，欲依憲法保障人民訴訟權之意旨迴避，卻因系爭規定存在上述漏洞，以致其陷於被迫依花蓮地院少家庭分案要點承審其應迴避之案件的困境裡，欲自拔而無法可依。憲訴法設置法院聲請法規範憲法審查制度，不僅是要為法官解決這種困境，更是要使個案當事人有機會在審級救濟過程中即可除去違憲法規範對其基本權之侵害，及早獲得救濟。本席必須很遺憾地指出，本件不受理決議已悖離了這個制度的初衷。

及重新審理」有關者均包括在內，從而辦理少年刑事案件之少年法院職員的迴避，得依系爭規定準用少年保護事件審理細則第 9 條規定：「（第 1 項）少年法院之法官、書記官、通譯之迴避，準用刑事訴訟法有關之規定。（第 2 項）少年調查官、少年保護官、心理測驗員、心理輔導員之迴避，準用刑事訴訟法有關書記官迴避之規定。」進而準用刑訴法第三章有關法院職員迴避之規定。