

## 釋憲聲請書

聲請人：王鴻偉

現於台北看守所(新北市土城區立德路2號)

代理人：翁國彥律師 電話：(02)2391-3808 分機125

(扶助律師) 住台北市中正區忠孝東路二段94號8樓

茲依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款及第8條第1項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下：

### 壹、聲請解釋憲法之目的

最高法院98年度台上字第2594號刑事判決實質援用之刑事訴訟法第17條第8款規定、司法院釋字第178號解釋文、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點適用結果，排除第三審法官曾參與前次發回更審裁判亦應適用刑事訴訟法第17條第8款規定(即所謂參與「前審」之裁判，應包含第三審法官曾參與前次發回更審裁判之情形)予以迴避，違反憲法所保障之人民訴訟基本權與公平法院原則，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點應宣告違憲不再適用，釋字第178號解釋文應予補充解釋。

### 貳、疑義之性質與經過

- 一、本件原因案件聲請人即王鴻偉因涉犯刑法殺人案件，前經臺灣士林地方法院檢察署以89年度偵字第8639號起訴書提起公訴，嗣經臺灣高等法院以97年度重上更(七)字第63號判決原判決撤銷，聲請人殺人，處死刑，褫奪公權終身，並經最高法

院 98 年度台上字第 2594 號判決駁回聲請人之上訴而終局確定(附件 1)。

二、惟觀諸聲請人之歷審判決，自二審階段起，即有第三審程序合議庭逾半數法官重覆、未自行迴避之情形，包括：(1)二審上訴最高法院 91 年度台上字第 4558 號、更一審上訴最高法院 92 年度台上字第 5361 號、更二審上訴最高法院 93 年度台上字第 1174 號、更三審上訴最高法院 93 年度台上字第 5214 號判決，有合議庭全數法官張淳琮、謝俊雄、蘇振堂、張春福、呂丹玉重覆而未自行迴避之情形；(2)更三審上訴最高法院 93 年度台上字第 5214 號、更四審上訴最高法院 94 年度台上字第 4146 號判決，有合議庭法官張淳琮、張春福、呂丹玉重覆而未自行迴避之情形；(3)更四審上訴最高法院 94 年度台上字第 4146 號、更五審上訴最高法院 95 年度台上字第 6135 號判決，有合議庭法官張淳琮、張春福、洪昌宏重覆而未自行迴避之情形；(4)更六審上訴最高法院 97 年度台上字第 1442 號、更七審上訴最高法院 98 年度台上字第 2594 號判決，有合議庭法官邵燕玲、李伯道、孫增同、李英勇重覆而未自行迴避之情形，另法官劉介民曾參與先前更五審上訴最高法院 95 年度台上字第 6135 號判決，亦構成重覆而未自行迴避。聲請人謹針對本案自二審上訴三審以後歷次最高法院法官重覆而未迴避之情形，整理如下表格(個別法官重覆之情形均以粗體方式註明)：

| 編號 | 判決字號                        | 裁判日期           | 法官                     |
|----|-----------------------------|----------------|------------------------|
| 1  | 臺灣高等法院 90 年度上重訴字第 32 號      | 91 年 05 月 16 日 | 蔡炯墩 盧彥如 鄧振球            |
| 2  | 最高法院 91 年度台上字第 4558 號(附件 2) | 91 年 08 月 15 日 | 張淳琮 謝俊雄 蘇振堂<br>張春福 呂丹玉 |
| 3  | 臺灣高等法院 91 年度上重更(一)字第 43 號   | 92 年 07 月 10 日 | 蔡長溪 楊貴志 林俊益            |

|    |                             |                |                        |
|----|-----------------------------|----------------|------------------------|
| 4  | 最高法院 92 年度台上字第 5361 號(附件 3) | 92 年 09 月 25 日 | 張淳琮 謝俊雄 蘇振堂<br>張春福 呂丹玉 |
| 5  | 臺灣高等法院 92 年度上重更(二)字第 56 號   | 92 年 11 月 20 日 | 陳正雄 許宗和 許錦印            |
| 6  | 最高法院 93 年度台上字第 1174 號(附件 4) | 93 年 03 月 11 日 | 張淳琮 謝俊雄 蘇振堂<br>張春福 呂丹玉 |
| 7  | 臺灣高等法院 92 年度重上更(三)字第 62 號   | 93 年 06 月 30 日 | 房阿生 蔡光治 雷元結            |
| 8  | 最高法院 93 年度台上字第 5214 號(附件 5) | 93 年 10 月 07 日 | 張淳琮 謝俊雄 蘇振堂<br>張春福 呂丹玉 |
| 9  | 臺灣高等法院 93 年度重上更(四)字第 193 號  | 94 年 04 月 20 日 | 陳祐輔 邱瑞祥 楊炳禎            |
| 10 | 最高法院 94 年度台上字第 4146 號(附件 6) | 94 年 08 月 04 日 | 張淳琮 張春福 呂丹玉<br>洪昌宏 林開任 |
| 11 | 臺灣高等法院 94 年度重上更(五)字第 146 號  | 95 年 07 月 05 日 | 官有明 李文成 王復生            |
| 12 | 最高法院 95 年度台上字第 6135 號(附件 7) | 95 年 11 月 09 日 | 張淳琮 劉介民 張春福<br>洪昌宏 蔡彩貞 |
| 13 | 臺灣高等法院 96 年度重上更(六)字第 209 號  | 96 年 08 月 31 日 | 吳 敦 陳祐治 吳啟民            |
| 14 | 最高法院 97 年度台上字第 1442 號(附件 8) | 97 年 04 月 03 日 | 邵燕玲 李伯道 孫增同<br>吳 燦 李英勇 |
| 15 | 臺灣高等法院 97 年度重上更(七)字第 63 號   | 97 年 09 月 30 日 | 趙功恆 陳世宗 陳憲裕            |
| 16 | 最高法院 98 年度台上字第 2594 號(附件 1) | 95 年 05 月 14 日 | 邵燕玲 李伯道 孫增同<br>李英勇 劉介民 |

三、按刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定：「推事於該管案件有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：八 推事曾參與前審之裁判者。」，上開條文旨在避免法院執行職務有偏頗之虞，因而列舉是項情形，推事應自行迴避，以擔保法院之無私

公正。且依據同法第 379 條第 2 款規定，違反迴避規定之判決，其判決當然違背法令。

四、雖然鈞院大法官釋字第 178 號解釋指出：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」但釋字第 256 號解釋理由書又指出：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。現行民事訴訟法第 32 條第 7 款關於法官應自行迴避之規定，即在當事人就法官曾參與之裁判聲明不服時，使該法官於其救濟程序，不得再執行職務，以保持法官客觀超然之立場，而維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避；對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局裁判之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。」

五、經查，本案最終局判決即最高法院 98 年度台上字第 2594 號刑事判決(附件 1)，判決理由中並未針對有無適用刑事訴訟法第 17 條第 8 款、釋字第 178 號解釋文及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 點表示見解。惟查，有無應予迴避之法官參與審判，乃刑事法院職權調查事項，最高法院 98 年度台上字第 2594 號判決中，其 5 位合議庭法官與前次更六審上訴判決(即最高法院 97 年度台上字第 1442 號判決)之合議庭法官就有高達 4 位重覆，剩餘一位也曾經參與再前一次即更五審之上訴判決(即最高法院 95 年度台上字第 6135 號判決)。換言之，本案最終局判決即最高法院 98 年度台上字第 2594 號刑事判決，顯然僅適用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，而未依據刑事訴訟法第 17 條第 8 款令重覆之法官自行迴避。職此，最高法院 98 年度台上字第 2594 號刑事判決，縱未於理由中交代適

用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、刑事訴訟法第17條第8款及釋字第178號解釋文之見解，實質上仍產生適用之效果。

- 六、對此，聲請人認為本件原因案件最高法院法官曾參與前次發回更審裁判之情形，亦屬法官應自行迴避之事由，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點規定，不僅抵觸法定法官原則及公民與政治權利國際公約第14條第1項規範，並與憲法第16條保障人民訴訟權、第7條保障人民平等權之意旨相互違背，鈞院釋字第178號顯然有再為補充解釋之必要。故聲請人以最高法院98年度台上字第2594號判決(附件1)為確定終局判決，並就該判決所適用刑事訴訟法第17條第8款、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，依據司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款及第8條第1項之規定，聲請鈞院解釋憲法，並就鈞院釋字第178號解釋文聲請予以補充解釋。

#### 參、涉及之憲法條文

- 一、憲法第7條平等權、憲法第16條訴訟權之保障。
- 二、公民與政治權利國際公約第14條第1項前段：「一、人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問…。」所規定之公平法院原則、第6條第1項「禁止恣意剝奪生命權」之國際人權法義務。

#### 肆、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

- 一、迴避制度係憲法所保障人民訴訟權以及人身自由正當法律程序之內涵：

- (一) 按「人民有請願，訴願及訴訟之權。」憲法第 16 條就人民訴訟權之保障定有明文。復按 鈞院大法官釋字第 178 號解釋理由書指出：「按刑事訴訟法為確定國家具體刑罰權之程序法，以發現實體真實，俾刑罰權得以正確行使為目的，為求裁判之允當，因有特殊原因足致推事執行職務有難期公平之虞時，特設迴避之規定。」又按聯合國公民與政治權利國際公約(以下稱公政公約)第 14 條第 1 項前段宣示：「一、人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問...。」明確揭示公平法院原則。而刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定推事曾參與前審之裁判者應自行迴避之規定，乃因推事曾參與前審裁判復又參與同案之裁判，難期法官能予公平審判，蘊含實踐上開大法官解釋暨國際人權公約應保障被告受公平審判之訴訟權、獲得正當法律程序之誡命。
- (二) 按憲法第 8 條揭櫫憲法上人身自由之正當法律程序， 鈞院大法官釋字第 639 號解釋理由書也指出：「人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨(本院釋字第 384 號、第 436 號、第 567 號解釋參照)」，闡明 鈞院一貫立場。此種正當法律程序之保障固非一絕對之標準，而應隨基本權利之侵害類型而浮動，因此 鈞院大法官釋字第 639 號解釋理由書即謂：「惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為個案認定。」於闡述原理後，該號解釋隨即說明羈押規定之合憲前提，在於已提供「係由審理受羈押被告之合議庭以外之另一合議庭審理」之救濟機會，方無違正當法律程序。此處提出所謂「另一合議庭」之概念者，明

白表示訴訟程序之救濟手段若非由不同法官予以審理，即無從合於正當法律程序，可證人身自由上正當法律程序之標準，在於提供刑事被告有不同且獨立法官審理之程序，而成為迴避制度之立論基礎。

(三) 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點規定，牴觸法定法官原則、釋字第256號解釋、憲法第7條平等權、憲法第16條訴訟基本權及公政公約第14條第1項之規定：

1. 按針對刑事訴訟法第17條第8款有關「前審」之規定，學說上向來有「審級說」與「拘束說」之爭議。「審級說」指系爭規定重在保護當事人之審級利益，如在下級審已就該案件參與審判之法官，於上級審仍容許其執行職務，則審級制度即失其存在之意義。是以，所謂「前審」，係指「下級審」而言。「拘束說」則重在維護裁判之自縛性，依「拘束說」之見解，同一法官應受自身意見之拘束，因此所謂前審，係指「前次審」而言。學者並謂除純以法律觀點，檢討前次審判之缺失外，無論為下級審或同級審，推事曾參與前審之裁判時，則應認為符合刑事訴訟法第17條第8款，始得維持「公平之法院」之審判(附件9)。
2. 鈞院大法官釋字第665號解釋對於法定法官原則，亦有明確之闡釋：「世界主要法治國家中，德意志聯邦共和國基本法第101條第1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；惟該原則並不排除以命令或依法組成(含院長及法官代表)之法官會議(Präsidium)訂定規範為案件分配之規定(德國法院組織法第21條之5第1

項參照)。...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。」

3. 台灣高等法院錢建榮法官亦曾撰文，對於最高法院內部分案決議之合憲性提出質疑：「法定法官原則要求的就是法院案件之分配不容恣意操控，也就是隨機、盲目的分案方為原則，更不得恣意操控由特定法官承辦。以最高法院撤銷(廢棄)發回再上訴的案件而言，更有釋字第 178 號及 256 號強調，如無事實上的困難，原承辦法官應迴避，這不僅是審級利益，更是維護公平法院的要求。」(附件 10)。錢建榮法官認為最高法院內部分案決議，不從案件當事人的角度，而只從司法行政方便管考的角度出發，內容等於牴觸隨機、盲目分案的法定法官原則，此一決議已非一般抽象之規範，而是個別具體的指定法官，尤其重大刑案上訴之後，被告的命運就註定交給特定法官手中，而由同一位法官繼續承辦更審上訴後的相同案件，等於自己審理先前自己的裁判。
4. 我國刑事訴訟實務自 鈞院大法官釋字第 178 號解釋以降，多採取審級說，包括釋字第 178 號解釋謂：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」是依據本號解釋之見解，系爭規定所謂「前審」似指下級審。如採此一見解，則本件原因案件合議庭並未參與下級審，即無迴避之適用。
5. 惟查， 鈞院大法官釋字第 256 號解釋對於再審程序似改採「拘束說」之見解，其解釋理由書謂：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。現行民事訴訟法第 32 條第 7 款關於法官應自行迴避之規定，即在當事人就法官曾參與之裁判聲明不服時，使該法官於其救濟程序，不得再執行職務，以保持法官客觀超然

之立場，而維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避；對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局裁判之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。」換言之，若依照釋字第 256 號解釋明確揭示民事訴訟再審仍有因參與前審而迴避的問題，則本件原因案件之情形，參與第一次上訴第三審審判之法官，於第二次以後上訴第三審案件，基於其已於前次審判表示過量刑之見解，依照 鈞院釋字第 256 號解釋意旨，亦應自行迴避。對此，鈞院釋字第 178 號解釋與第 256 號解釋之關係為何？釋字第 256 號解釋是否適用刑事案件？相關爭議均有再予釐清(附件 11)、有再為補充解釋之必要。

6. 或有謂釋字第 256 號解釋僅適用於民事案件，刑事案件無適用餘地云云。惟查，依據前揭釋字第 256 號解釋理由書之意旨，迴避規則源自於憲法第 16 條訴訟基本權。訴訟權之目的，在於保障人民受公平審判之權利，由訴訟權所衍伸出之「公平審判權」要得以實現，必先有「公平法院」之形成作為前提。而公平法院最基本的要素，即在法院必須由客觀無偏見之審判者組成。此一由憲法位階之訴訟基本權所推導之原則，顯然不應區別民事案件或刑事案件而有所不同。

- (四) 實則，法官自行迴避的規範目的在於公平審判，而刑事訴訟法第 17 條第 8 款「前審」的解釋應該如同其他各款，應以能否維持公平審判作為依歸(附件 12)。本案最高法院 98 年度台上字第 2594 號刑事判決實質適用刑事訴訟法第 17 條第 8 款、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、釋字第 178 號解釋之結果，導致刑事被告於同一個刑事審判程序中，可能先後受到法院內同一合議庭之審理，此效果不僅顯然限縮刑事訴訟法關於迴避之規定，更導致刑事被告

無法信賴法院能夠為公平審判(詳後述)。鑒於刑事訴訟程序可能剝奪人民人身自由、甚或是生命權(例如本案)，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、釋字178號解釋文，對憲法第16條訴訟權、第8條人身自由正當法律程序，以及憲法保障人民生命權應有之嚴謹訴訟程序，顯然都已造成限制。

## 二、 公平審判制度的核心，在於賦予刑事被告足資信賴之程序：

- (一) 正當法律程序之意義，在於賦予刑事被告公平審判之保障，已如前述，參諸釋字第654號解釋理由書：「憲法第16條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。」特別羅列應賦予刑事被告選任令其信賴辯護人之機會，在於凸顯正當法律程序之目的在於提供刑事被告之信賴。是以法院審判程序，須提供得始被告信賴其得受公平公正之審判，乃屬當然。
- (二) 刑事訴訟法第17條第8款、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點及釋字178號解釋意旨之適用，將造成同一審級之同一合議庭繼續參與同一案件之審理，此時若該次審判之合議庭曾經在以往程序中，無論是下級審或前次判決中，表達對被告之不利心證，且此一事實又為該刑事被告所知悉，則將如何期待被告信賴該次訴訟程序之公平公正？而此種信賴感之剝奪，將導致公平審判保障之基礎遭到掏空，使憲法保障人民訴訟權之意旨流於具文，終將產生人民不信任司法之惡果。

## 三、 參考憲法第16條訴訟權所保障之「公平法院」精神，第三審法官曾經參與前次發回更審裁判，再行參與者，是否不在刑事

訴訟法第 17 條第 8 款之「前審」範圍，而不屬應自行迴避之列，應以一個「合理第三人」之角度觀察，以及法院能否維持「公正之外觀」作為判斷標準：

(一) 憲法第 16 條保障公平法院之內涵在於程序正義：

1. 「公平法院」究竟有何內涵？聲請人主張，「公平法院」之內涵在於「程序正義」(procedural justice)的實踐。現代民主法治國家莫不以增進人民對司法之信賴作為施政重要方針，而「程序正義」的實踐，則被認為是增進人民對司法信賴感之重要手段。美國關於程序正義之實證研究即發現，不論個案之勝敗，若司法程序重視「程序正義」，兩造對於司法之信賴感均會大幅提升；反之，若司法體系不重視「程序正義」，則即令勝訴之一方仍可能對司法體系產生質疑，因為人民清楚地知道勝訴的結果，只是因為自己一時的幸運。<sup>1</sup>
2. 學者也指出，「程序正義」隱藏在一些過去比較不為人們所重視的細節之中。例如：當事人對於程序進行有多少主導的權利？法官有付出哪些努力維持自身的公正性？法官問案是否耐心懇切？法官是否關心當事人的權利？法官對於當事人律師權的關切程度如何？法官是否言出必行？是否毫無偏見？<sup>2</sup>是以，所謂的「程序正義」，一言以蔽之，應是指「裁判者是否竭盡所能地維持自身的公平性與中立性？」
3. 蓋「程序正義」與「實質正義」不同，實質正義的目的在於追求正確之結論，正當的程序雖有可能增進結論的正確性，但程序正義的目的毋寧更重視程序本身之獨立價值，同時也更重視程序本身帶給人民的觀感。「程序正義」強調人民對司法的信

<sup>1</sup> See TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006).

<sup>2</sup> *Id.*

賴並不應該是「預設立場」，司法必須積極地從人民的觀點斟酌程序的各種細節，以爭取人民對於司法之信賴。

(二) 程序正義要求審判者應維持法院最基本的公正外觀：

1. 憲法第 16 條訴訟基本權之目的，既然在保障人民受公平審判之權利，則「公平」之定義自然不應脫離一般人民之合理想像。鈞院大法官釋字第 178 號解釋亦本於相同意旨，而於理由書中強調：「因推事已在下級審法院參與裁判，在上級審法院再行參與同一案件之裁判，『當事人難免疑其具有成見』，而影響審級之利益。」
2. 事實上，刑事訴訟法第 17 條其他各款也都表彰相同概念，蓋系爭條文第 1 款至第 7 款內容，為立法者所預設可能使法官無法公正行使職權的風險因素。符合第 1 至 7 款任何一款的情形，雖不代表法官就「絕對」會有偏見，但法律仍將該等情況「視為」法官無法正常行使職權，而要求法官必須自行迴避。換言之，憲法與刑事訴訟法所關切者，並非法官本人是否確實形成偏見，而是法官是否「有可能」形成偏見。是以，其重點在於法院能否取信於人民，而維持公平法院原則要求下的公正外觀。又因刑事訴訟法第 17 條無法一一列舉出所有可能影響法官公正性之因素，故於第 18 條第 2 款設定一概括規定，只要「足認其執行職務有偏頗之虞者」，當事人皆得聲請法官迴避。此款規定更加彰顯刑事訴訟法之迴避規則真正之精神，在於確保審判者維持其「公正的外觀」。

(三) 「公正外觀」應自合理第三人之角度檢視：

1. 參諸外國立法例，大多都認為迴避制度之設計，應以確保審判者「公正的外觀」為中心。以美國為例，美國聯邦法典(United States Code) 28 USC § 455(a)規定，美國聯邦法官在任何程序

中之公正性受到合理質疑時，皆應自行迴避<sup>3</sup>。美國聯邦法官行為準則(Code of Conduct for United States Judges)Canon 3(C)(1)(e)中更明定，所謂「可受到合理質疑」，包括但不限於法官曾在系爭案件中擔任法官，或曾經就系爭案件表達過意見<sup>4</sup>。

2. 英國上議院(House of Lords)於西元 2002 年通過新「測試標準([2002] 2 A.C. 357, at 494.)」，依據該標準，法官是否必須自我迴避，應從一個公平且受充分告知的觀察者角度，經過考量事實後，認為該法庭確實有可能具有偏見<sup>5</sup>。而澳洲最高法院(the High Court of Australia)在 *Johnson v. Johnson* 一案中，也表示法官的自我迴避，應以一個虛構的合理第三人角度來判斷，該合理第三人不應是法律專業人士，但是仍應對相關的法律有所了解，該第三人不應過度懈怠，也不應過度敏感，並且了解法律的顧慮、法律對法官的限制以及法官專業上的壓力<sup>6</sup>。加拿大法院則認為，「合理」可區分為兩個層次：判斷者本身合理以及判斷過程的合理。所謂判斷者本身合理，係指判斷者必須了解到所有的司法決定都有相當程度的主觀成分，主事者的生活經驗必然會影響決策<sup>7</sup>。所謂的合理有地域性的概念，他必須是一個社群的成員，並且了解這個社群的歷史與思想<sup>8</sup>。至於所謂判斷過程的合理，則是指判斷者必須對爭議的事實有充分的了解<sup>9</sup>。南非憲法法院則是指出：「關鍵在於一個合理、客觀、受告知的人是否認為法官在本案中無法公正行使職

<sup>3</sup> United States Code, 28 USC § 455(a).

<sup>4</sup> Code of Conduct for United States Judges, Canon 3(C)(1)(e).

<sup>5</sup> R. Matthew Pearson, *Duck Duck Recuse? Foreign Common Law Guidance & Improving Recusal of Supreme Court Justices*, 62 Wash. & Lee L. Rev. 1799, 1819 (2005). (citing *Porter v. Magill*, [2002] 2 A.C. 357, 494 (H.L.)).

<sup>6</sup> *Id.* at 1823. (citing *Johnson v. Johnson*, (2000) 201 C.L.R. 488, 508-09.)

<sup>7</sup> *Id.* at 1816-17. (citing *Comm. for Justice & Liberty*, [1978] 1 S.C.R. at 395 (de Grandpre, J., dissenting))

<sup>8</sup> *Id.* at 1817. (citing *R.D.S.*, [1997] 3 S.C.R. at 507-08 (L'Heureux-Dube & McLachlin, JJ., concurring))

<sup>9</sup> *Id.* at 1817. (citing *Comm. for Justice & Liberty*, [1978] 1 S.C.R. at 394 (de Grandpre, J., dissenting))

權」<sup>10</sup>。由以上外國法例之判斷可知，法官在個案中是否存有「偏見」之風險而應迴避，若自「公平法院」，也就是「程序正義」的實踐進行論述，此判準有兩項要素：第一，觀察的角度不應流於司法院本位，而應從「合理第三人」角度檢視之；第二，不以法官確實受到前審之成見影響為必要，只要風險存在即為足夠。故刑事訴訟法第17條第8款之「前審」，也應以相同標準進行詮釋，重點不在「審級說」或「拘束說」之異同，也不是法官本身是否有可能不受前審影響，更非法律人對於程序之強行割裂；法官應否迴避之判斷基準，應該是一般人能否合理期待法院在系爭案件的法律或事實判斷上，依然維持「公正之外觀」。

四、自「合理第三人」之角度檢視，已參與審判之法官，於案件發回更審後再次參與審理，必然具有不可避免的「偏見」風險，應不符合公正法院之外觀：

(一) 「隧道視野」造成審判者的「偏見」：

1. 關於前審法官再次參與審判可能造成之偏見風險，近年來美國冤獄成因的相關研究一再指出，造成冤獄的其中一個重要要素，在於法律專業者的「隧道視野」(tunnel vision)。所謂的隧道視野現象指的是，一旦作出事實認定後，人們會傾向忽略所有嗣後出現、與自己已為之事實認定相矛盾之證據，以維持自己所作成決定之一致性。這種心理情狀雖然是潛意識且無惡意的，卻往往造成誤判的發生<sup>11</sup>。
2. 隧道視野其實正是心理學上之「確認偏誤」(confirmation bias)此種認知錯誤的行為表現。確認偏誤會使人們在求證的過程

<sup>10</sup> *Id.* at 1826. (citing SARFU, 1999 (7) BCLR 725 (CC), 1999 SACLR LEXIS 18, at 78-79.

<sup>11</sup> See Keith A. Findley & Michael S. Scott, *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases*, 2006 WIS. L. REV. 291, 292 (2006).；吳俊龍，刑事司法實踐者共同的願景與挑戰—論錯誤定罪之救濟與預防，司法週刊，第1582期，頁2(2012)。

中，過度看重符合自己認定結果的證據，而忽略其他可能被用來推翻原本認定結果的資訊。例如在一個經典實驗中，研究人員在受試者面前擺上四張卡片，這四張卡片上面分別寫著 A、B、2、3。實驗人員告訴受試者一項假設：卡片一面若是英文字母的「母音」，其另一面必然搭配數字的「偶數」。接著，實驗人員詢問受試者，若要驗證這樣的假設，他會先翻開哪一張卡片？實驗結果發現，大多數受試者都選擇翻開上面寫著 A 或 2 的卡片，卻沒有選擇翻開可能提供最多資訊的 3：因為如果寫有 3 的卡片另一面上寫著母音，即可推翻前述「母音必搭配偶數」的假設；相對地，翻開寫著 A 或 2 的卡片，並無法獲得該給定假設以外之資訊，只是用以證明該假設內容成立。這個實驗結果顯示：大多數人在認知心理學上，傾向尋求可以支持假設的證據，而相較之下忽略可以推翻假設的證據<sup>12</sup>。

3. 在另一個實驗中，實驗人員發給所有受試者一系列問題，用以探知一個人的人格特質。一半受試者的任務，是探求該人是否為「外向」，另一半受試者則需要探求該人是否「內向」。研究結果發現，受試者大多選擇能用以「正面證明」其所給定假設結果的題目，例如在前者的情況中，受試者的問題類似於：「在派對中，你會做什麼事情炒熱派對氣氛？」而後者的題目則例如：「為何一個許多人的團體會讓你感到不自在？」<sup>13</sup>。這項實驗再次說明：人們在探求證據時，傾向選擇「符合假設結果」，而非「推翻假設結果」的證據(例如前者並不會以「團體如何讓你感覺不自在」的問題，而導致可能產生「此人並非外向」與原假設相衝突的結果)。
4. 確認偏誤不只會影響資訊的接收、擷取，還可能影響到資訊價值的輕重。許多心理學研究顯示，人們在已有既定印象的情況下，無法合理判斷證據的價值。也就是說，我們會傾向過度看

---

<sup>12</sup> *Id.* at 310.

<sup>13</sup> *Id.* at 311.

重與自身成見相符的資訊，而過度貶低與自身成見相矛盾的資訊<sup>14</sup>。

5. 「確認偏見」說明了法院判決中，同一審判者重複審判所潛在的偏頗性。當審判者先前已作出不利於某方的判決，嗣後又碰到該方請求重新審理的同一案件，審判者在已經形成心證，或已經有「認定結果」的情況下，難以不受此一「確認偏見」之左右，而於後審判中，僅接納支持其原認定結果的證據(新、舊證據皆同)，而忽略可能推翻其原先認定結果的證據，這也是為何同一審判者難以真正「公平公正」作二次審判的原因。
6. 需要強調的是，受隧道視野影響之原因，不在於審判者為「壞人」，而乃是因為其與吾等同樣均是「人」，因而有侷限性與欠缺期待可能性，受過專業訓練之法官亦不例外，此乃人在進行決策時所不可避免的問題。為實踐憲法對於人民訴訟權之保障，法律程序之制定應儘量降低司法決策過程中可能產生之類似風險。而刑事訴訟法中的迴避規定，正是作為降低產生隧道視野風險的有效方法。

(二) 曾參與前審之法官再次參與審判，已不符合人民對於公平法院之期待：

1. 美國聯邦第三巡迴上訴法院在 *Clemmons v. Wolfe* 判決中，即曾明確主張曾參與前審的法官，應在特別救濟程序中迴避。在該案件中，被告針對確定判決向聯邦地方法院提起救濟(habeas corpus)，而該聯邦法院的法官於任職州法院時曾就同一案件進行裁判，第三巡迴上訴法院認為此時該位法官應自行迴避。美國聯邦巡迴上訴法院在該案中也認為，「在法官可能已受到污染的情況下，若法官不為迴避，將會造成公眾對於司法之信心無法彌補的傷害」<sup>15</sup>。該判決並強調，儘管該名曾參與前審裁判的法官是位有良知而勤奮的審判者，在程序的進行中也未懷

<sup>14</sup> *Id.* at 313.

<sup>15</sup> *Clemmons v. Wolfe*, 377 F.3d 322, 325.

有任何的惡意，惟法官在該救濟程序是否確實顯露出偏頗，並非迴避的要件，因為「正義只有經由正義的外觀才能彰顯」<sup>16</sup>，「該名法官未自行迴避的不作為，已使得司法程序的進行有了『不適當的外觀』，而使得公眾對於司法程序的信心有被侵蝕之虞」<sup>17</sup>。

2. 美國北卡羅萊納州於西元 2007 年通過「北卡無罪調查委員會程序法(The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures)」，其中更明訂決定是否開啟再審程序之委員，對於系爭案件若曾有任何的涉入<sup>18</sup>，即必須自行迴避；開啟再審程序後負責審理之三名法官中，亦不可包含曾經實質涉入系爭案件的審判者<sup>19</sup>。顯見，為保障人民訴訟權，曾參與審理之法官自應避免再參與該案件審理，以確保「公平法院」之外觀。
- (三) 本案第三審法官曾參與前次發回更審裁判，再行參與本案裁判，已違反憲法第 7 條平等權、第 16 條訴訟權保障與公政公約第 14 條第 1 項對於人民訴訟基本權之保障。

## 五、不予迴避制度之目的正當性檢驗：

### (一) 目的不明：

人民受憲法保障之基本權利雖非不得限制，但必須具有正當目的，手段與目的間須合乎比例原則，始符合憲法第 23 條之意旨。法官曾參與「前次審判」者，與曾參與「下級審」裁判者相同，皆可能存在先入為主之偏見，影響判決之公正性。大法官釋字 178 號解釋文將聲請迴避範圍，限縮於參與「下級審」裁判之法官，其作不同規範之目的為何？實難明瞭。既然目的不明，罔論其目的之正當性，應已違反憲法第 23 條之意旨。

<sup>16</sup> Clemmons, 377 F.3d at 328.

<sup>17</sup> Clemmons, 377 F.3d at 328.

<sup>18</sup> The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures, art. 6(C).

<sup>19</sup> The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures, art. 7(A).

(二) 「避免法官員額不足」，並非正當理由：

或有認為，此限制之目的在於避免法院之法官多遭迴避、員額不足以組成審判庭之窘境。然而，此一目的顯然並非正當。

1. 此一窘境可歸責於國家，不應由刑事被告承擔不利益：

姑不論此一窘境於我國法制現實上是否果真會發生，但此窘境只可能發生於第三審法院屢次發回更審之情形，而此情形必為第二審法院於認定事實上有重大瑕疵、可歸責於國家，此不利益顯然不應該委由刑事被告承受。是故，避免法官員額不足之目的，難謂正當。

2. 欠缺重大急迫之目的：

刑事審判結果涉及人身自由與人格權之侵害，皆為人民最核心之基本權利，故刑事審判之訴訟權保障密度應格外提高，必須採取最嚴格的違憲審查密度。從而限制訴訟權之目的，不能僅為達成一般的政府利益，而必須為追求重大急迫之公眾利益。避免法官員額不足，僅係出於司法行政方便之考量，雖能節省司法資源，惟此僅為一般的經濟利益，並非具有重大急迫之公共利益。故此目的並不正當。

3. 目的縱使於過去正當，於今日也已不正當：

況按大法官釋字第 178 號解釋理由書已明揭：「至曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推事，在第三審復就同一案件參與裁判，以往雖不認為具有該款迴避原因，但為貫徹推事迴避制度之目的，如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理。」為貫徹推事迴避制度之目的，必須懷抱一個基本精神，

就是只要該法官曾經審理過系爭案件，「如無事實上困難」，應改分其他推事辦理，以免當事人懷疑法官具有成見。

#### 4. 違反比例原則

##### (1)適合性

將「前審」限縮解釋為「下級審」，雖可能有助於避免法官員額不足之窘境發生，或可達成上開目的，惟上開避免法官員額不足之目的，顯然不具備正當性，縱使適合目的達成，亦具有違憲疑慮。

##### (2)必要性

特別法官之指派等制度，應能夠達成目的，又不侵害被告之訴訟權。是以將「前審」限縮解釋為「下級審」，並非於達成目的之前提下最小侵害人民訴訟權之手段，不符比例原則中之必要性原則。

##### (3)衡平性

迴避制度影響審判之公平性，於刑事審判中牽涉人身自由與人格權等核心基本權利。另一方面，大法官釋字第 178 號解釋將「前審」限縮解釋為「下級審」，相較於認定構成應予迴避事由，而改以「特別法官之指派」等制度解決爭議，前者至多僅能達成方便司法行政之一般政府利益，卻犧牲人民訴訟權核心基本權利作為代價，換取司法行政之一般政府利益，損益顯然失衡，不符合比例原則中之衡平性原則。

六、公政公約第 14 條所揭櫫之公平審判權，以及聯合國人權事務委員會之一般性意見，應具有國際法及國內法之拘束力，而「公平法院」正是落實公平審判權的充分必要條件：

- (一) 立法院於 98 年 3 月 31 日制定「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」(以下簡稱兩公約施行法)，並於同年 12 月 10 日施行。兩公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法之效力。」第 3 條規定：「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。」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。」其中所稱「各級政府機關」應包括法院。是以，公政公約揭櫫之公平審判權及聯合國人權事務委員會對此權利提出之一般性意見，均具有國際法及國內法的拘束力。
- (二) 公政公約第 14 條第 1 項規定：「人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。」規範被告有權利接受無偏頗之法院審理，即為「公平法院」之規範依據。聯合國人權事務委員會在第 32 號一般性意見第 19 點也指出：「第 14 條第 1 項關於獨立無私之法定管轄法庭的規定，是一項絕對的權利，不得有任何例外。」第 21 點再指出：「無私的規定涉及兩方面。第一，法官作判決不得受其個人傾向或偏見之影響，不可對其審判的案件存有成見，也不得為當事一方的利益而損及另一當事方。第二，法院由合情理的人來看也必須是無私的。例如：根據國內法規，本應被取消的法官若參加審理，而使審判深受影響，通常不能被視為無私的審判。」

(三) 1985 年 11 月 29 日聯合國大會決議之《關於司法機關獨立的基本準則》，其中第 2 點明文指出：「司法機關應不偏不倚，以事實為根據並依法律規定來裁決其所受理的案件，而不應有任何約束，也不應為任何直接間接不當影響、慫恿、壓力、威脅、或干涉所左右，不論其來自何方或出於何種理由」(附件 13)。2006 年 7 月 27 日聯合國經濟及社會理事會第 41 次全體會議通過《加強司法行為基本原則》(附件 14)，鼓勵締約國採納《班加羅司法行為原則》(The Bangalore Principles of Judicial Conduct)，來制定司法機關成員職業和道德行為的規則，以之對前述《關於司法機關獨立的基本準則》予以進一步發展及補充。根據《班加羅司法行為原則》準則 2《公正無私》一項，即舉其原則為「在正當執行司法職務時，公正無私極之重要，該項準則不僅適用於判決本身，亦適用於達致有關判決之司法程序。」於此項原則下，對法官作出以下要求：

- 2.1 法官執行司法職務時，不得偏私，亦不可存有偏見或成見。
- 2.2 法官應確保其法庭內外的行為能維持及增進公眾、法律專業及訴訟人對法官及司法機關公正無私的信心。
- 2.3 在合理範圍內，法官之行為應盡量避免讓法官得退出案件聆訊或判案的情況發生。
- 2.4 在法官負責審理或將會負責審理之法律程序中，如他明知評語在他合理預期中將會影響判決結果或損害法律程序的公正性，法官不得作出有關評語。在公開或其他場合，法官亦不得作出對任何人的公平審訊或論據造成影響之評語。
- 2.5 倘若法官不能作出公正無私的判決，或根據合理的旁觀者的看法，法官將不能作出公正無私的判決時，該法官需自行退

出審理有關法律程序。有關法律程序包括(但不限於)以下情況：

- (a)法官對程序的任何一方有具體偏見或成見，或法官本人知悉與程序有關之受爭議證據事實；
- (b)法官曾任爭論事項的律師或關鍵證人；或
- (c)法官或法官家人對爭論事項的結果具有經濟利益；

惟若沒有其他審判庭可以接辦案件，或由於情況緊急，如不接辦案件將會發生嚴重司法不公情況，法官將毋須退出審理案件。

- (四) 參照公政公約第 14 條所揭禁之公平審判權及聯合國人權事務委員會之一般性意見，由無偏頗之公平法院進行審理，顯然係公政公約第 14 條第 1 項之核心規範。如再參照上述《班加羅司法行為原則》2.5 之內容可知，曾參與前審並為判決之法官，已有先前之定見，而與一般未曾參與案件而可維持客觀中立無偏頗進行審理之法官有間，依據合理旁觀者之角度，已難期待該法官無所偏頗地進行審判，為保司法公信，本應自行迴避。由上開規範、意見內容可見，大法官釋字第 178 號解釋文已不符公政公約與聯合國人權事務委員會對於公平法院之要求，進而侵害人民受公政公約公平審判權之保障。

## 伍、結論

綜上所述，前次參與第三審審判之法官，若參與同一案件第二次上訴第三審之審判，從客觀理性第三人之角度觀察，應可認為存在高度的偏見風險，而就該前次審法官能否為公平之裁判產生懷疑。刑事訴訟法作為國家行使刑罰權之根本基礎，應對

於此一人性盲點、以及在此盲點下所產生之程序及實質不正義有所認識及防免。本件確定終局判決實質援用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點規定，已嚴重侵蝕公平法院之外觀，有違憲法第7條平等權、憲法第16條與公政公約第14條第1項對於人民訴訟基本權之保障，並違反公政公約第6條第1項「禁止恣意剝奪生命權」之國家義務。而本件確定終局判決所實質援用之刑事訴訟法第17條第8款規定，所謂參與「前審」之裁判應包含最高法院法官曾參與前次發回更審裁判之情形，顯示 鈞院大法官釋字第178號解釋亦有補充之必要。

陸、爰提呈釋憲聲請書如上，謹請 鈞院鑒核。

此 致

司法院 公鑒

**【附件名稱及件數】**

附件：法律扶助基金會專用委任狀正本影本乙份。

附件1：最高法院98年度台上字第2594號判決乙則。

附件2：最高法院91年度台上字第4558號刑事判決。

附件3：最高法院92年度台上字第5361號刑事判決。

附件4：最高法院93年度台上字第1171號刑事判決。

附件5：最高法院93年度台上字第5214號刑事判決。

附件 6：最高法院 94 年度台上字第 4146 號刑事判決。

附件 7：最高法院 95 年度台上字第 6135 號刑事判決。

附件 8：最高法院 97 年度台上字第 1442 號刑事判決。

附件 9：黃東熊、吳景芳著，《刑事訴訟法論(上)》，第 54 頁至第 60 頁影本乙份。

附件 10：錢建榮法官著違反法定法官原則的更二連身條款文章乙份。

附件 11：林榮耀、蔡佩芬著，《刑事訴訟法逐條釋論》，第 93、94 頁影本乙份。

附件 12：林鈺雄著，《刑事訴訟法(上冊)總論編》，第 92 頁至第 96 頁影本各乙份。

附件 13：1985 年聯合國大會決議《關於司法機關獨立的基本準則》影本乙份。

附件 14：2006 年 7 月 27 日聯合國經濟及社會理事會第 41 次全體會議決議及《班加羅司法行為原則》影本乙份。

中 華 民 國 1 0 7 年 0 7 月 2 0 日

聲 請 人：王鴻偉

王鴻偉

代 理 人：翁國彥律師

