憲法訴訟 補充理由書 目錄

一、審級利益與刑事被告受公平審判之權利要屬二事，以審級利益作為判斷法官未予迴避是否違憲之標準，顯然誤會.....2

（一）憲法第16條之訴訟權保障人民於任何法院、任何審級均得受公平審判之權利，迴避制度係為確保並實現此項權利而設置，而與審級利益之保障無涉.....2

（二）認為迴避制度係為保障「審級利益」而設置，進而主張鈞庭爭點題綱第2點及第3點之情形均未違憲之見解，係出於對迴避制度之規範目的之誤會，尚難贊同.....5

二、法官重複參與同一案件之三審裁判，既無法排除法官預存定見之可能性，法院在客觀上即有公正性之疑慮，而與公平審判及公正法院之憲法原則有違.....10

（一）倘合理之觀察者可質疑法官對案件預存定見，審判之公正性即受動搖，刑事被告受公平審判之權利即遭侵害.....10

（二）以第三審係法律審為由，認為第三審法官就其先前曾參與作成發回更審裁判之案件，並無犯罪事實存否之成見，無庸迴避之見解，亦屬誤會.....16

1. 第三審法院亦審查二審裁判所為事實認定，並於審查之際形成對案件之成見，以第三審係法律審為由認為參與作成發回裁判之第三審法官無庸於更審裁判之上訴迴避，殊屬誤會 17

2. 參與作成發回裁判之法官參與更審裁判之上訴，使第三審法院之公正、中立外觀無從維持，即屬應行迴避之情形，更二連身規定與此背道而馳，構成違憲 21

3. 聲請人邱和順亦深受最高法院更二連身制度之荼毒，同一批有高度刑求疑慮之自白筆錄被反覆採為定罪證據，終致聲請人遭判處死刑定讞，含冤待決 23

4. 第三審為法律審，並非更二連身規定得以合憲之理由 27

三、更二連身規定違反法律保留原則 28

（一）憲法所保障人民「受公平審判權」如有限制之必要，亦應以法律規定之；縱認得以法律授權為補充規定，其內容亦不得牴觸法律，且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 28

（二）比較法上的觀點雖值得立法者做為參考，惟具體限制人民「受公平審判權」之事項，仍應由法律加以規定，或至少

須於法律具體明確授權的前提下，事先訂定一般抽象規範，始與法律保留之原則無違 30
1. 認為更二連身規定並未違憲之論點，亦有以外國法制上並未嚴格限制相同情形下法官應自行迴避為主張之依據，惟此類主張於我國是否具備實定法之依據，不無疑問 30
2. 我國《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款之解釋適用，於學說與實務上迭有爭議，實不應逕採國外嚴格解釋之觀點 33
3. 涉及人民「受公平審判權」之限制者，應以法律定之，非有法律具體明確授權不得增加法律所無之限制，且該命令或規則須以事先訂定之一般抽象規範客觀公平合理分配案件，始與法律保留之原則無違 37
（三）結論：更二連身規定對人民自由權利增加法律所無之限制，且受規範人民完全無法自母法中預見將受此等限制，應與法律保留原則有所違背 39

憲法訴訟 補充理由書

案　　號 107 年度憲二字第 43 號（主案：會台字第 13254 號）

聲 請 人 邱和順

代 理 人 尤伯祥律師
郭皓仁律師
李易撰律師

為鈞庭審理主案會台字第 13254 號及相關併案，依法補充理由事：

鈞庭為審理鈞院會台字第 13254 號聲請解釋憲法案件（下稱主案）及其他併案（包括本案即聲請人邱和順聲請解釋憲法之鈞院 107 年度憲二字第 43 號案件，以下將主案與併案合稱本次解釋案），擬定本次解釋案之審查標的（即刑事訴訟法第 17 條第 8 款、最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例、最高法院第二次發回更審以後民刑事上訴案件分案實施要點第 2 點、鈞院釋字第 178 號解釋）及爭點題綱（共 4 點，下稱爭點題綱），就審查標的及爭點題綱徵詢林鈺雄教授、李榮耕教授、何賴傑教授、劉芳伶教授共四位專家學者，暨司法院刑事廳、最高法院、最高行政法院、監察院國家人權委員會等機關之意見，核先敘明。鈞庭並通知聲請人得就鈞庭擬具之審查標的及爭點題綱陳述意見，故聲請人爰就本件解釋案之審查標的及爭點題綱陳述意見如下：

一、審級利益與刑事被告受公平審判之權利要屬二事，以審級利益作為判斷法官未予迴避是否違憲之標準，顯然誤會：

（一）憲法第 16 條之訴訟權保障人民於任何法院、任何審級均得受公平審判之權利，迴避制度係為確保並實現此項權利而設置，而與審級利益之保障無涉：

1. 誠如學者何賴傑（下稱何氏）於其意見書指出：「法官迴避制度精神，就是在締造一個值得當事人信賴的公平的審判環境。．．．司法院釋字第 178 號解釋（民國 71 年），大法官除公平審判外，亦提及審級利益，作為刑事訴訟法第 17 條第 8 款法官迴避之規範意旨。另一涉及法官迴避之司法院解釋者，係釋字第 256 號解釋（民國 79 年），係針對民事訴訟法之法官迴避而為解釋。釋字第 256 號解釋，也是以公平審判與審級利益為立論基礎。據此，無論是民事訴訟或刑事訴訟，涉及法官迴避者，大法官立論似乎並無不同。**惟此處是否觸及審級利益的保障，並非無疑**。所謂『保障審級利益』，主要應係指法官未『實質審理』，導致該審級的審理，沒有發揮應有的功效，因而等於少了一個當事人可以主張權利的審級。是否『保障審級利益』，多以外在形式觀察。如以刑事訴訟法第 447 條第 2 項明文『有維持被告審級利益之必要』而言，其係指因判決違背法令，導致該審級的審理只是『形式審理』而已。而**法官參與『前審』程序，**

後再參與上級審程序，未必即表示該法官於上級審無『實質審理』，導致該上級審『有審等於沒審』。但實際上，未必如此。因而法官參與『前審』程序之迴避事由，如同德國學者所言，不是因為法官『必然』偏頗或有偏頗疑慮，而是無法讓當事人及國民對法官產生客觀中立形象，此對公平審判有所危害。」等語（參其意見書第 3 頁、第 8 至 9 頁），公平審判及公正法院係具有憲法位階之上位概念，而法官本身無偏頗可指，乃至維持公正、中立、客觀之外觀，使合理第三人不致對法院之公正性有所質疑，均係此上位概念之內涵。因此，法定法官原則及法官無偏頗性，實係公平審判及公正法院概念下的一體兩面。基於憲法的最高性，任何法院、任何審級之審判均應確保法官無偏頗可指，並應維持公正、中立、客觀之外觀，使合理第三人不致對法院之公正性有所質疑，俾使人民得於任何法院、任何審級均得本於其憲法上之訴訟權受公平審判，因此立法者於各該訴訟法內均設置有法官迴避制度，以確保並實現人民此項訴訟上之基本權利。

2. 至於審級利益，則指人民得依法律所定之審級制度（三級三審制或二級二審制），逐級而上尋求救濟並因此目的而於每一審級獲得實質審理之利益。此項利益固亦屬訴訟權之內涵，然與任一法院、任一審級之審判均應確

保法官公正、中立、客觀，要屬不同之概念。故立法者就訴訟救濟應循之審級及程序，容有其立法形成之空間（鈞院釋字第 574 號解釋文參照），但公平受審作為憲法上訴訟權不容侵犯之核心內涵，則絕不容以立法限制甚或剝奪。立法者縱以法律建構審級救濟制度，又當事人縱能據以逐級尋求救濟，並於各審級均獲實質審理，惟，苟法官之公正、中立、客觀未獲確保，**則當事人之審級利益雖未受侵害，但不能謂其公平受審之權利已受保障。審級利益與公平審判係屬二事，由此即明。訴訟法上之迴避制度既係立法者為實現並確保人民公平受審之權利而設置，則迴避相關規定之解釋、適用，自應一以承審法官是否得維持公正、中立、客觀之外觀，使合理第三人不致對法院之公正性有所質疑為依歸，而與審級利益無關**。從而，上級審法官自行或依聲請迴避，雖使當事人得獲公平之上級審判（例如法官先後參與同一案件上下級審判或先行行政程序之決定，鈞院釋字第 761 號解釋理由書參照）而進一步確保其審級利益之實質實現，但此充其量僅係迴避制度之反射效果，自不能因此倒果為因，謂迴避制度係為保障審級利益。是關於法官迴避制度之規範目的，仍應以公平審判原則為核心，而非侷限於審級利益之解釋。

3. 質言之，法官應否迴避，係裁判主體是否適格之問題，

裁判主體倘不適格，即無正當法律程序可言，而已侵犯人民受公平審判之憲法上權利。是關於法官應否迴避之解釋與判斷，自應以確保當事人依正當法律程序受公平審判之權利，作為唯一考量。

（二）認為迴避制度係為保障「審級利益」而設置，進而主張鈞庭爭點題綱第 2 點及第 3 點之情形均未違憲之見解，係出於對迴避制度之規範目的之誤會，尚難贊同：

1. 學者林鈺雄教授及李榮耕教授均以「法官是否參與審理自身裁判之救濟」，作為判斷法官應否迴避之標準：

由前開四位專家學者提供之意見書可見，學者林鈺雄教授（下稱林氏）係以「法官是否參與審理自身裁判之救濟」，作為判斷法官未於案件中迴避是否違憲之標準，林氏因而認為：①曾於特定刑事通常程序參與裁判之原審及終審法官，後於該案非常上訴程序復參與裁判，而未迴避（即本案爭點題綱第 1 點之情形），係違反「法官不得參與審理自身裁判」之原則，故違憲；而②曾於特定案件刑事第二審參與審判之法官，於發回更審後復參與第二審之更審裁判而未迴避，及③曾於特定案件參與最高法院刑事第三審之法官，於該案發回更審又上訴至最高法院時，復參與第三審裁判而未迴避之二種情形（即本案爭點題綱第 2 點及第 3 點之情形），及最高法院最高法院第二次發回更審以

後民刑事上訴案件分案實施要點第 2 點規定，未違反「法官不得參與自己裁判之救濟」的原則，故不違憲（以上參林氏意見書第 12 至 14 頁）。學者李榮耕教授（下稱李氏）則以「法官是否審查自己作成的判決有無違誤」作為判斷法官未於案件中迴避是否違憲之標準，與前開林氏所主張之「法官是否參與審理自身裁判之救濟」僅有用字上不同，是李氏亦與林氏一樣，就爭點題綱第 1 點至第 3 點持相同之意見（參李氏意見書第 1 至 4 頁）。

2. **所謂「法官是否參與審理自身裁判之救濟」之判斷標準，實以審級利益作為判斷法官應否迴避之前提要件：**

上開學者林氏及李氏所謂「法官是否參與審理自身裁判之救濟」，本質上係以刑事被告之審級利益是否受到保障，作為判斷法官應否迴避之前提要件，意即以「審級說」解釋刑事訴訟法第 17 條第 8 款法官迴避原因之立法目的。其理論為法官作成裁判後，倘復於救濟程序中審理自己作成之裁判，其法律救濟程序即形同虛設，刑事被告原得依三級三審制度，逐級向上尋求救濟之審級利益即受損害，為避免此種情形，始應令法官迴避，此觀林氏於其意見書說明：「曾參與同一案件下級審裁判之法官，於上級審不得再執行法官職務，此乃『前審』法官應自行迴避之最典型情形，結論上並無爭議；且所稱『前審』包含『前前審』（如第一審法官復因職務調動而擔任第三審法官）・・・

畢竟，難以期待法官能夠公正地自己救濟自己的裁判，這等於是沒有法律救濟可言。」等語（參林氏意見書第 4 頁第 8 行至倒數第 2 行）即明。是林氏、李氏雖均謂刑事訴訟法之迴避制度，與刑事被告受公平審判之權利有關（參林氏意見書第 5 頁第 1 行、李氏意見書第 10 頁第 4 行），然渠二人所採「**法官是否參與審理自身裁判之救濟**」之區分方式，**實際上仍係以審級利益之維護作為判斷法官應否迴避之前提要件，而非以刑事被告受公平審判之憲法權利是否受侵害為斷**（蓋刑事被告受公平審判權利遭侵害之情形，並非只有法官參與自身裁判之救濟一種情形，自無從以法官是否參與自身裁判論斷被告是否已受公平之審判，此部分另詳如後述）。林氏及李氏甚至因而認為，於爭點題綱第 2 點及第 3 點之情形（即法官重複參與更審及更審上訴三審裁判之情形），法官迴避與否僅係司法實務運作或立法上的決定，不屬憲法層次的問題（參林氏意見書第 8 頁倒數第 4 行、李氏意見書第 10 頁末行）。

3. **學者劉芳伶教授亦主張應以審級利益作為判斷法官應否迴避之前提：**

學者劉芳伶教授（下稱劉氏）亦於其意見書謂：「本意見書認為，我國現行刑訴法既以『職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險』此一觀念為制度設計之前提，則如前所述以區分論為前提之分段說之支持論者所言應屬可

採，亦即迴避制度之所以禁止曾參與前審之法官再度參與審理，其保護核心並非在於預斷防止，而係在於維持審級利益。」等語，主張以審級利益作為認定法官應否迴避之前提要件，劉氏進而依此推論鈞庭爭點題綱第 1 點至第 3 點法官未迴避之情形均未違憲（參劉氏意見書第 14 頁、第 19 至 21 頁）。

4. **司法院刑事廳亦以「審級說」解釋刑事訴訟法第 17 條第 8 款之法官迴避事由，進而主張鈞庭爭點題綱第 1 至 3 點所示法官未迴避之情形均未違憲：**

由司法院刑事廳提交之意見書稱：「本法第 17 條及第 18 條之法官迴避事由，旨在確保法官公正中立之外觀，法官主觀上是否確實公平中立，不在所問...第 8 款『法官曾參與前審之裁判者』之基礎，在於一般人客觀上均會以之為偏頗。而此所以偏頗，係因法官參與案件之審理，嗣後參與相同案件之上訴審理，等於法官自己審查自己之裁判，將使救濟程序形同虛設，因而損及憲法所保障之訴訟權，已達到憲法上難以忍受之程度...」等語（參該意見書第 4 頁第 7 行至末行），可見，該廳亦以「審級說」解釋刑事訴訟法第 17 條第 8 款之法官迴避事由，進而就鈞庭爭點題綱第 1 點至第 3 點所示法官未迴避之情形，均主張並未違憲，僅係立法裁量之問題（參該意見書第 19 至 20 頁）。

5. 最高法院亦以刑事被告之**審級利益**是否受損，作為判斷法官應否迴避之前提：

就此有最高法院提交之意見書主張：「曾於特定案件刑事第二審程序參與審判之法官，後於該案經第三審撤銷發回後之更審程序中，復參與第二審之更審裁判之情形・・・既未剝奪被告於第二審受審判之機會，祇要排除第一審裁判之法官參與更審程序之裁判，其審級利益即無受侵害可言・・・因此，**曾參與更審前裁判之法官，於更審程序參與裁判，既與審級救濟利益無關，且不違反裁判自縛性原則，自不構成違憲**」、「題旨參與某案之第三審法官，於更審案件上訴最高法院時，再行參與第三審裁判之情形，該同一法官係參與同一案件之第三審裁判，並無上下審級之關係，且該 2 次(含以上)第三審裁判之對象，分別為第二審之第 1 次及更審裁判，而**非審查自己先前之裁判**，既**與審級救濟利益**無關，且不違反裁判自縛性原則・・・顯然均**不構成應自行迴避**。」等語（參該意見書第 9 至 11 頁）可參。

6. 綜上可見，學者林鈺雄教授、李榮耕教授、劉芳伶教授及司法院刑事廳、最高法院均係以審級利益是否受損作為判斷法官應否迴避之前提，渠等進而就鈞庭爭點題綱第 2 點及第 3 點所示法官未迴避之情形，均認為並非「法官自己參與審理自己之裁判」，故主張並未違憲。

7. 法官迴避制度應以公平審判為其判斷之核心概念，前開見解以為迴避制度係為保障審級利益而設置，顯屬誤會，自難贊同：

法官迴避制度既不得脫逸公平審判之核心概念，而公平審判之概念又與審級利益之維護要屬二事，則前開學者林氏、李氏、劉氏等專家學者及司法院刑事廳、最高法院等機關，基於以為迴避制度係為保障審級利益之誤會，以審級利益是否受損判斷法官應否迴避之見解，尚難贊同。進而，渠等就鈞庭爭點題綱第 2 點及第 3 點所示法官未迴避之情形，以未涉及審級利益之維護（即非「法官參與審理自己之裁判」之情形）為由，主張該等情形法官未迴避並不違憲之結論，亦失所附麗，自非可採。

二、法官重複參與同一案件之三審裁判，既無法排除法官預存定見之可能性，法院在客觀上即有公正性之疑慮，而與公平審判及公正法院之憲法原則有違：

（一）倘合理之觀察者可質疑法官對案件預存定見，審判之公正性即受動搖，刑事被告受公平審判之權利即遭侵害：

1. 法官本身須無偏頗可指，且必維持公正、中立、客觀之外觀，使合理第三人不致對法院之公正性有所質疑，乃公平審判及公正法院之核心內涵，已如前述（參本書狀第 3

業）。而所謂「無偏頗性」、「公正性」之意涵，係以客觀第三人之角度觀察，可從下述脈絡加以闡釋：

(1) 倘在合理第三人之觀察下，可質疑法院對其審判之案件已預存定見時，法院之公正性即受動搖：

依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(下稱兩公約施行法)第 2 條：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」及第 3 條：「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。」等規定，聯合國公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR,下稱公政公約）所揭示保障人權之規定，具有國內法之效力，且其適用應參照聯合國人權事務委員會之解釋。次按公政公約第 14 條第 1 項：「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。」之規定，刑事被告應受獨立無私、法定管轄之法庭，行公正公開之審問，其意旨與前述公平審判原則並無不同，亦應解為保障刑事被告受公平審判之權利。而依據聯合國人權事務委員會針對該條項規定發布之第 32 號一般性意見第 21 段說明（參聲請人 107 年 8 月 1 日釋憲聲請書附件 27）指出：「**公正性的要求涉及兩方面。**<u>法官判決時不得受其個人成見或偏</u>

見之影響，不可對其審判案件預存定見，也不得為當事一方增加不當的利益而損及另一當事方...。第二，法院在合理觀察者審視下來看也必須是公正的。」等旨，明揭審判之公正性要求包括二個層次：一是法院在主觀上不可受其個人成見或偏見之影響，也不可對案件預存定見；二則是在合理觀察者之審視下，法院亦必須是「不會對案件預存定見」而公正的。析言之，法院是否具備「公正性」及「無偏頗性」，不能僅從法院或是法官自身之角度判斷，亦須由公眾、客觀第三人之角度加以觀察。**倘在合理第三人之觀察下，可質疑法院對其審判之案件已預存定見時，法院之公正性即受動搖，人民受公平審判之權利即受侵害**。法院自須排除可使第三人質疑法院公正性之全部因素，始符公平審判及公正法院原則。

(2) 國際審查委員會亦於 111 年 5 月 13 日我國第三次國家報告審查結論指出，我國法院判例就法官迴避之解釋，與公政公約第 14 條第 1 項之公正性要求不符：

111 年 5 月 13 日我國政府關於落實國際人權公約第三次國家報告之審查，由國際審查委員會通過的結論性意見與建議第 82 點（附件 1）指出：「根據國內法院【按：指我國各級法院】的判例，各級刑事法院訴訟的法官，只有參與過前審裁判後，再行參與同一案件之裁判，才被認為缺乏公正性。然而，根據國際公平審判標準，若

其先前已參與預審程序，在此情況下，特別是出於調查措施的數量和性質等考量，若判決公正性可能引起合理的懷疑，法官就不應參與案件。因此，委員會建議政府確保國內法律符合《公民與政治權利國際公約》第 14 條第 1 款的要求。」等旨，已明揭依據**國際公平審判之標準，若判決之公正性「可能」引起合理的懷疑，法官即不應參與案件之審理**。然我國法院實務判例卻將公正性之解釋侷限在法官參與上下級審判之情形（其原因已如前述，係以審級利益之錯誤前提，解釋基於公平審判原則所設迴避制度之故），不符合前開公政公約第 14 條第 1 項對於法院公正性之要求。

(3) **聯合國班加羅爾司法行為準則亦強調法院的客觀公正性，應從合理旁觀者之觀點衡量，法院須排除任何不公正的合理懷疑，如存在擔心法官欠缺公正性的合理理由時，法官即應迴避：**

聯合國人權事務委員會於西元 2003 年 4 月 29 日決議通過之班加羅爾司法行為準則（參聲請人 107 年 8 月 1 日釋憲聲請書附件 29），**近 20 年來儼然成為國際上關於司法人員行為應遵循之標準**，例如鈞院於 101 年 6 月 21 日訂定之大法官自律實施辦法，即多參考該準則訂定大法官行使職權之方式及應遵守之事項（上開辦法第 2 至 6 條規定之訂定理由參照）。而班加羅爾司法行為準則

於「準則 2 公正」明揭：「在正當執行司法職務時，公正極為重要。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。」原則，其評注第 52 點「公正的感覺」闡明：「公正是法官及司法機關核心屬性所要求的基本特質，公正必須存在於事實及感覺上。**如果被合理感到偏心，則該感覺可能讓人有心中不平或處理不公的感受，從而破壞公眾對司法制度的信心。**公正的感覺是由合理旁觀者[1]的觀點來加以衡量。」等旨；第 53 點「公正的要件」則謂：「歐洲法院曾說明公正要件的兩個面向，第一，法官必須是主觀上公正，即法院的任何成員均不應存在個人偏見或成見，除有相反證據外，應推定個人的公正。第二，法院必須在客觀上也是公正，亦即它必須提供充分擔保，已排除在這方面任何合理懷疑。基此標準，不問法官個人行為如何，是否有可能讓人對於他是否公正引起懷疑的可確定事實，應加以判定。就此而言，即使是外觀，也具有某種程度重要性。在民主社會的法院必須激發公眾（包括刑事被告）的信心，是問題關鍵所在，因此有擔心法官欠缺公正的合理理由時，法官即必須迴避。」等旨，強調法院的客觀公正性，係從合理旁觀者的觀點加以衡量，法院必須

[1] 所謂「合理旁觀者」，可參照班加羅爾司法行為準則 2.5，評注第 77 點：「班加羅爾草案提到『合理、公正而有教養之人』即『可能相信』法官無法公正作出判決之人。現在的用語---『可能對於合理觀者所見』----是在海牙會議當中，大家合議**『合理旁觀者』是兼具公正以及教養的特質之人。**」之說明。

排除任何不公正的合理懷疑，如存在擔心法官欠缺公正性的合理理由時，法官即應迴避，否則將損及公眾對於法院公正性之信心，就此亦有班加羅爾司法行為準則 2.5 所闡明：「倘法官不能作出公正的判決，或根據合理的旁觀者的看法，法官將不能作出公正的判決時，該法官須自行退出審理有關法律程序。」之原則及其評注第 85 點「合理的偏見感受」謂：「...由另一角度來看，當發生**迴避爭議**時，相關之問題，並非法官在事實上有無故意或下意識偏袒之情事，**而是一位合理而有教養人士是否會有該感受**。在該意義下，**合理的偏見感受，並不僅僅是無法取得證據之替代品，或證明構成下意識偏見可能性之證據資料，而是對於司法形象，即公眾對於司法廉正之信心，顯示較大優位利益**。」等旨可參。

(4)歐洲人權法院近期關於法官公正性之見解亦指出，倘法官可能對案件產生先入為主之預斷，客觀上即存在公正性之疑慮：

另參監察院國家人權委員會提交鈞庭之意見書，其引用之歐洲人權法院於 2021 年作成之「Meng 案」判決，係歐洲人權法院關於法官公正性之解釋之最新代表案例，該判決係宣告德國聯邦最高法院違反歐洲人權公約第 6 條第 1 項關於法官公正性之要求，理由則係該案判決被告有罪之法官，曾於同一案件背景事實但被告不同之前

案裁判中，就具體犯罪事實及法律適用進行認定，導致該法官可能對於被告之案件有先入為主之預斷而產生客觀上公正性之疑慮（參該意見書第 15 至 17 頁）。

2. 綜合前述公政公約第 14 條第 1 款、聯合國班加羅爾司法行為準則及歐洲人權法院之近期見解可見，國際間晚近對於公平審判及公正法院原則所揭法官「公正性」及「無偏頗性」之要求，係自合理旁觀者之角度加以觀察，倘可合理懷疑法官就案件預存定見（即客觀上法官有預斷之可能性），審判之公正性即受動搖，於此情形法官即應迴避。

（二）以第三審係法律審為由，認為第三審法官就其先前曾參與作成發回更審裁判之案件，並無犯罪事實存否之成見，無庸迴避之見解，亦屬誤會：

就鈞庭爭點題綱第 3 點：「曾於特定案件參與最高法院刑事第三審審判之法官，於該案件發回更審後，又上訴至最高法院時，復參與第三審裁判，而未迴避，是否違憲？如均由被告上訴，情形是否不同？中華民國 80 年版本之最高法院第二次發回更審以後民刑事上訴案件分案實施要點第 2 點規定是否違憲？理由為何？」亦有見解以為，第三審係法律審，無庸審查就案件事實之存否，進而即不虞法官因曾參與作成將該案發回更審之先前裁判而存有成見，從而無須因此迴避，「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」（下稱更二連身規定）並不違憲。基於以下理由，該等見解亦難值贊同：

1. **第三審法院亦審查二審裁判所為事實認定，並於審查之際形成對案件之成見，以第三審係法律審為由認為參與作成發回裁判之第三審法官無庸於更審裁判之上訴迴避，殊屬誤會：**

(1)我國刑事訴訟制度二審為覆審制之事實審，刑事被告不服二審判決之認事用法，雖然應以判決違背法令為由，向最高法院提起第三審上訴，然最高法院除以上訴不合法駁回上訴之情形外，應就上訴理由指摘二審判決關於證據調查、證據取捨、事實認定及理由記載有違背法令之情形，進行實質之審查。例如以同法第 379 條第 10 款「應於審判期日調查之證據而未予調查」提起上訴時，三審法院即須判斷該證據是否為法院認定事實及適用法律之基礎（最高法院 78 年台非字第 90 號原判例參照）、是否與待證事實有重要關係而有調查之必要（最高法院 72 年台上字第 7035 號原判例參照）、是否應行調查而未調查（最高法院 30 年上字第 289 號原判例參照）、證據之內容是否已經明瞭（最高法院 31 年上字第 87 號原判例參照）；而以同法第 14 款「判決不載理由或理由矛盾」提起上訴時，最高法院須審查二審判決認定犯罪事實所憑證據為何、與證據調查之結果是否相符、判

決理由欄有無一致之記載（最高法院 45 年台上字第 1206 號原判例、45 年台上字第 1571 號原判例、46 年台上字第 149 號原判例、47 年台上字第 1364 號原判例、50 年台上字第 1220 號原判例、54 年台上字第 1980 號原判例參照），及就對被告有利之辯解事項與證據不予採納之理由是否記載完備（最高法院 48 年台上字第 1325 號原判例、63 年台上字第 3220 號原判例參照）。是刑事訴訟之第三審雖係法律審，但既須審查第二審之證據調查是否完備、證據之解讀與取捨是否有利不利一併注意暨有無違背經驗及論理法則、是否有認定事實不憑證據等情形，則第三審法院並非僅就二審裁判之法律適用審查並表示意見，而係亦審查二審裁判所認定之事實。

(2)第三審於審查及判斷二審裁判所認定事實之際，實<u>不免就案件之證據取捨與事實存有一定程度之心證，而有其成見</u>。從而，於第三審法院以調查未臻完備乃至證據取捨有所違誤為由而廢棄二審裁判之情形，參與作成該發回裁判之三審法官，就案件之證據取捨乃至事實存否不免因此存有成見。發回後之更審裁判若再經上訴，且其得參與本次上訴之審理，則其難免本於前次審判形成之成見，審查更審法院是否依其前次發回裁判之意旨調查或取捨證據進而認定事實。事實上，正因目前第三審法

院之法官無庸因曾參與作成將二審裁判撤銷發回之裁判而迴避，甚至「更二連身」，故其審查二審裁判之事實認定所表示之意見，對發回更審後之承審法院有高度的指導作用。故，以第三審法院係法律審、僅審查二審裁判之法律適用為由，認為不虞參與作成該發回裁判之三審法官對案件存有成見，實對我國之第三審制度存有極大之誤會。

(3)實際上，<u>最高法院部分或全部撤銷二審判決、發回二審法院更審之理由</u>，向來以「**證據調查不詳或未予調查**」、「**判決理由矛盾**」、「**判決理由不備**」、「**事實認定錯誤不符或不明或記載不明**」等四種發回理由為**最大宗**，依鈞院發布之 110 年「最高法院刑事上訴發回或發交更審案件次數及原因」統計資料（附件 2）所示，最高法院於 110 年撤銷發回之 822 件刑事裁判（全部發回計 557 件，部分發回計 265 件）中，即有 439 件係以「證據調查不詳或未予調查」發回，占比高達 53%[2]；另有 62 件係以「判決理由矛盾」發回、113 件係以「判決理由不備」發回、23 件係以「**事實認定錯誤**」發回，合計占比約 24%[3]（該統計資料未重複計算發回之原因，每件案件均僅歸類其中一種原因，是無重複計算占比之問題，

[2] 計算式：439 / 822 * 100% = 53.41%(小數點第二位後四捨五入。)
[3] 計算式：(62+113+23) / 822 * 100% = 24.09%(小數點第二位後四捨五入。)

下均同），**以上四種發回理由，合計占全部發回案件之比例約 77.5%[4]，逾四分之三**。其餘年度之情形亦相差彷彿，例如 108 年度以前開四種理由發回之 445 件刑事裁判，即占該年度總發回裁判數 516 件之**約 86%**[5]；105 年度以前開四種理由發回之 307 件刑事裁判，則占該年度總發回裁判數 389 件之約 **78.9%**[6]。由上開實證資料益證，以為我國第三審法院僅審查二審裁判之法律適用而不審查其事實認定之誤會至深，距離現實至遠。

(4)再由聲請人邱和順本案原因案件歷次最高法院發回更審之理由可見（如下表），最高法院 11 次發回更審，每次均係以「**證據調查不詳或未予調查**」、「**判決理由矛盾**」、「**判決理由不備**」其中部分或全部之類型作為發回理由。是曾參與聲請人原因案件三審裁判之法官，無一例外均就該案事實之認定及證據之取捨存有成見，甚明：

編號	判決字號	裁判日期	發回更審之理由類型（依判決理由欄記載之順序列出）
1	81 台上 1703	81.4.16	證據調查不詳或未予調查、判決理由不備、判決理由矛盾

[4] 計算式：(439+62+113+23) / 822 * 100% = 77.49%(小數點第二位後四捨五入。)
[5] 計算式：(285+83+52+25) / (366+150) * 100% = 86.24%(小數點第二位後四捨五入。)
[6] 計算式：(209+50+31+17) / (251+138) * 100% = 78.92%(小數點第二位後四捨五入。

2	82 台上 3968	82.7.30	證據調查不詳或未予調查、判決理由矛盾、判決理由不備
3	83 台上 6433	83.11.25	判決理由矛盾、證據調查不詳或未予調查
4	85 台上 1361	85.3.22	判決不適用法則或適用不當、證據調查不詳或未予調查、判決理由不備
5	86 台上 5757	86.9.26	證據調查不詳或未予調查、量刑失當、判決不適用法則或適用不當
6	87 台上 3115	87.9.17	證據調查不詳或未予調查、判決理由不備、未踐行告知義務
7	91 台上 717	91.2.1	判決不適用法則或適用不當、證據調查不詳或未予調查、未踐行告知義務、判決理由矛盾
8	93 台上 59	93.1.8	證據調查不詳或未予調查、判決理由不備
9	94 台上 4243	94.8.8	證據調查不詳或未予調查、未踐行告知義務、判決理由不備
10	95 台上 3718	95.7.7	判決理由不備、證據取捨違反證據法則
11	98 台上 4496	98.8.6	證據調查不詳或未予調查、判決理由不備、證據取捨違反證據法則
12	100 台上 4177	100.7.28	（駁回上訴，全案定讞）

2. 參與作成發回裁判之法官參與更審裁判之上訴，使第三審法院之公正、中立外觀無從維持，即屬應行迴避之情形，更二連身規定與此背道而馳，構成違憲：

(1)在我國最高法院上述實務運作結果下，於第三審以調查

未臻完備或證據取捨有所違誤為由廢棄二審裁判之情形，發回後之更審裁判若再經上訴，則參與前次發回裁判之第三審法官仍得參與本次上訴之審理。其既難免囿於前次審判形成之成見，而審查更審法院是否依其前次發回裁判之意旨調查或取捨證據進而認定事實，則**客觀之第三人自不免合理懷疑其有預斷而有偏頗之虞，進而審判之公正、中立外觀即無可維持，而與公平審判及公正法院之憲法原則有違**，實屬應行迴避之情形。此參學者林鈺雄教授亦坦承：「純粹從觀感而言，上訴後撤銷發回仍由同一法官審判，不免引發法官可能有成見，即有偏頗之虞的觀感。」等語（參林氏意見書第 8 頁第 19 至 20 行）；何賴傑教授則指出：「如此分配方式【按：指最高法院『更二連身』分案方式，造成同一法官，於同一審級，必須就同一案件，撤銷發回後又要重複審理，將引發當事人主觀上對審判不公平之疑慮，再加上最高法院目前對刑事案件又多為書面審理，更易產生諸多疑慮。」等語（參何氏意見書第 8 頁第 10 至 12 行）；學者劉芳伶教授則稱：「考量到我國司法信賴度素來低落，似乎一般國民也理所當然地『直覺式』的認為“難以期待”曾經參與『前次審判』之法官推翻『自己』所為之『前次審判』。」等語（參劉氏意見書第 20 頁第 22 至 24 行），益明。是**鈞庭爭點題綱第 3 點所指法官重複參與特定案件第三審裁判之情形，應屬違憲**。最高法院

(80 年)第二次發回更審以後民刑事上訴案件分案實施要點第 2 點之更二連身規定，未排除法院遭質疑不公正之因素，反而使對個案存有成見之法官重複參與第三審之審判，自屬違憲。

(2)質言之，世上既不存在完美無瑕之審判，則法官縱使經驗及學養豐富、主觀上亦盡力要求自己維持中立及客觀，惟終究有其判斷上之盲點、有犯錯之可能。如果法官自己糾正自己的錯誤是不可期待的，那麼要法官在重複參與審判時，發現自己過去所作判斷的盲點，也是同樣的不可期待。無論哪一審級的法官，皆然。**好比一近視之人，以肉眼辨認遠處之文字，縱令其重複嘗試千百次，仍不可得。**公眾對於法院之信賴，並非建立在對於法官完美、不會犯錯的盲信之上，而係信任法院將透過不同法律專家之審視，發現案件之盲點，減少冤錯案發生之機會，使案件獲得實質且正義之救濟，法院因而公正。最高法院「更二連身」之分案制度，即係使法院「一錯再錯」之制度，而一個無法發現、糾正自身盲點的法院，如何可稱之為公正、無偏頗的法院？

3. 聲請人邱和順亦深受最高法院更二連身制度之荼毒，同一批有高度刑求疑慮之自白筆錄被反覆採為定罪證據，終致聲請人遭判處死刑定讞，含冤待決：

(1)查聲請人邱和順本案之原因案件即「陸正學童綁票案」與「苗栗女保險員分屍案」二案件（下稱本案原因案件），於 78 年起訴後至 100 年間，在最高法院與高等法院間來回更審，前後歷經 22 年、共 24 次審判；其中經最高法院審判 12 次，除第一次及第五次上訴三審外，其餘 10 次上訴至最高法院，每次均有先前曾參與該案第三審判決之法官重複參與審理，亦即受最高法院「更二連身」之審判多達 10 次（此部分請詳參聲請人 111 年 10 月 14 日聲明異議狀第 4 至 5 頁），屬於鈞庭爭點題綱第 3 點之情形。

(2)聲請人本案原因案件在偵查過程中存在極為明確的刑求事實（包括聲請人在內之被告均指證於偵查中遭員警以脫光衣服、毆打、水刑、灌辣椒水、坐冰塊、倒吊、警棍戳下體、電擊棒電擊下體等方式刑求逼供，因不堪忍受才自白，下手刑求之數名員警更已遭判決有罪確定），且定罪所憑證據除存在嚴重瑕疵之聲紋鑑定報告一份外，僅有多達 200 多份彼此歧異、矛盾且存在刑求疑慮的自白筆錄，而無任何生物跡證得證明聲請人及其他被告涉案（確定判決採認之證物，均無被告等人之生物跡證），尤其「陸正學童綁票案」歹徒遺留之指紋與字跡均與聲請人等被告不符，重要證物如疑似凶器、被害人遺物及歹徒勒贖錄音帶更於審理過程中離奇消失，疑點重重。

故本案原因案件十數年來獲得國內及國際間諸多人權團體、組織之高度關注及聲援（此部分請參聲請人 111 年 10 月 14 日聲明異議狀第 6 至 7 頁）。

(3)然而，本案原因案件之歷審法院，**就本案極為明確的刑求事實及存在高度刑求疑慮的 200 多份自白筆錄**，歷次判決均以「**鋸箭法**」之方式進行證據取捨，即將有錄音可證該次警詢中發生刑求之部分自白筆錄排除；至其餘聲請人及其他同案被告之自白筆錄，則以無直接證據可證存在刑求為由（該案實際上僅有少數筆錄有錄音可佐），仍然採為定罪之證據。此種「鋸箭法」之論理包含了二項錯誤的法律邏輯：其一為**舉證責任倒轉，刑事被告應自證無罪，故被告應自證其自白欠缺任意性，而非由檢察官就其自白具備任意性負舉證責任**；其二，**刑求自白之非任意性「不會」延續至下次詢、訊問**，故法院得逕認被告遭刑求後之自白筆錄均認為具有任意性，**被告則同樣須自行舉證其遭刑求後之筆錄不具有任意性**。

(4)上開「鋸箭法」之法律邏輯，明顯與被告不自證己罪之憲法原則及檢察官應就自白任意性負舉證責任之法律規定（92 年修正後之刑事訴訟法第 156 條第 3 項規定暨修法理由參照）有悖，則最高法院本於法律審之職責，並作為保障刑事被告人權之守門人，原應指出歷次事實審法院上述「鋸箭法」法律邏輯之違法，並闡明檢察官應

就被告之犯罪事實及自白任意性負實質舉證責任。惟，**本案經多達 12 次之最高法院審理，歷次判決卻無一指正上述事實審法院所採之「鋸箭法」法律見解，反而均維持上開等同刑事被告應自證無罪及自白不具任意性之法律邏輯**，導致同一批存有高度刑求疑慮之自白筆錄，始終被事實審法院採為認定聲請人有罪之證據，最終判決聲請人死刑定讞。

(5)從而，最高法院作為法律審之糾錯功能，竟未能於本案多達 12 次之最高法院審判充分發揮，其原因正係最高法院認為刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱「曾參與前審之裁判」，並不包含參與最高法院就同一案件所為前次裁判，進而以「更二連身」條款確保更二審以後，每次三審均有與前次裁判重複之法官進行審理，俾確保本次裁判之見解與前次裁判相同之故。然如無此種「更二連身」之分案規則，本案於更二審之後的最高法院審判，即有可能由採「有疑唯利於基本權」之法規範解釋方法之法官，就無罪推定、被告不自證己罪、檢察官應證明自白任意性等刑訴基本原則進行解釋及審判，從而獲得不同審判結果，並免本案纏訟長達 23 年。

(6)是聲請人確因上述最高法院「更二連身」之分案規則，由對聲請人案件預存定見之同一批法官反覆參與第三審之裁判，致前述之明顯瑕疵始終未獲糾正而遭判死刑定

讞，聲請人受公平審判之憲法權利遭荼毒甚鉅。

4. 第三審為法律審，並非更二連身規定得以合憲之理由：

(1)學者林鈺雄教授針對上開鈞庭爭點題綱第 3 點之情形，固主張第三審裁判是法律審，其表達的法律見解拘束全體終審法院之法官，此種法律終審的自縛性，基本上預設不論何位終審法官來裁判案件，適用的都是一致的法律見解，因而法官重複參與第三審裁判無須迴避，亦不違憲云云（參林氏意見書第 9 頁）。然查，我國刑事案件三審裁判向來均以證據調查未盡、證據取捨上之理由不備或理由矛盾等做為絕大多數之發回理由，此般情形，自無法律審發回理由自我拘束可言，從而三審法官對於案件事實、證據價值乃至證據之取捨可能存在之成見，仍將損及刑事被告受公平審判之權利，上開見解顯然昧於現實。

(2)況且，縱使最高法院係以法律見解作為發回之理由，然被告本於憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，仍有爭執該法律見解違法、違憲之權利，尤以憲法訴訟法施行前，被告關於法律見解之爭執，倘非可作為聲請釋憲之標的，亦僅有向最高法院之第三審尋求救濟一途；況法官得本於自己之法律確信，審酌被告爭執之先前三審裁判所採法律見解是否可採。苟被告僅能向同一批法官爭執渠等

所採用之法律「定見」，無異於沒有就該法律見解獲得救濟之機會，更與公平審判及公正法院原則有悖。是自不能以最高法院第三審為法律審，作為合理化該院「更二連身」制度及法官重複參與第三審裁判無須迴避之理由。

三、 更二連身規定違反法律保留原則：

（一）憲法所保障人民「受公平審判權」如有限制之必要，亦應以法律規定之；縱認得以法律授權為補充規定，其內容亦不得牴觸法律，且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：

1. 人民「受公平審判權」係確保實體上基本權為目的之程序上基本權，以符合憲法意旨成立之法院進行公平審判，屬於憲法第 16 條訴訟權保障之核心內容：

按「憲法第十六條所謂人民有訴訟之權乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利；法院亦有依法審判之義務而言。訴訟權既係指人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權，**其性質自屬以確保實體上基本權為目的之程序上基本權**。其內涵包括由**符合憲法意旨成立之法院**依法定程序為公平之審判。」（司法院釋字第 395 號解釋孫森焱大法官協同意

見書參照）。次按「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（本院釋字第四一八號解釋參照）。基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，**請求依正當法律程序公平審判**，以獲及時有效救濟之機會，**此乃訴訟權保障之核心內容**（本院釋字第三九六號、第五七四號解釋參照）」（司法院釋字第 653 號解釋理由書參照，同院釋字第 761 號解釋併同此旨）。<u>由上可知，「受公平審判權」係具備憲法位階之程序上基本權，受「公平法院」審判案件應屬人民受訴訟權保障之核心內容。</u>

2. **涉及人民「受公平審判權」限制者，應以法律定之；縱認案件之分配得以事先訂定之一般抽象規範，由法規命令或行政規則訂之，惟非有法律具體明確之授權不得增加法律所無之限制：**

按「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：……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。」（司法院釋字第 443 號解釋理由書參照）。次按「人民之訴訟權為憲法所保障，國家應確保人民有依法定程序提起訴訟，**受充分而有效公平審判之權利**，以維護人民

之司法受益權，最高司法機關對於法官自有司法行政之監督權。……惟各該命令之內容不得牴觸法律，**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…**」（司法院釋字第 530 號解釋理由書參照）。再按「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**。為維護法官之公平獨立審判，並增進審判權有效率運作，法院案件之分配，如依**事先訂定之一般抽象規範**，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業者，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符。」（司法院釋字第 665 號解釋理由書參照）。由上可知，縱依法律之授權以法規命令或行政規則訂定案件之分配，非有法律具體明確之授權亦不得增加法所無之限制，且該命令須以事先訂定之一般抽象規範客觀公平合理分配案件。

（二）比較法上的觀點雖值得立法者做為參考，惟具體限制人民「受公平審判權」之事項，仍應由法律加以規定，或至少須於法律具體明確授權的前提下，事先訂定一般抽象規範，始與法律保留之原則無違：

1. 認為更二連身規定並未違憲之論點，亦有以外國法制上並未嚴格限制相同情形下法官應自行迴避為主張之依據，惟此類主張於我國是否具備實定法之依據，不無疑問：

(1)有關爭點題綱第(三)點所載「曾於特定案件最高法院刑事第三審裁判之法官，於該案件發回更審後，又上訴至最高法院時，復參與第三審裁判而未迴避是否違憲？」之問題，認為並未違憲之觀點，亦有採比較法上的觀察，指出許多外國法制亦未要求相同情形下法官應自行迴避。其中：

i.《美國聯邦法典》[7]（United States Code）28 USC § 455(a)以及《美國聯邦法官行為準則》（Code of Conduct for United States Judges）[8]，所規範法官迴避之事由，其具體條文內容多係「法官如有使人合理地認為其審理案件有偏頗之虞之情形者，應自行迴避，其情形包括但不限於下列情況：…」，其中所謂「下列情況」並未如我國刑事訴訟法第 17 條第 8 款直接列明「法官曾參與前審之裁判者。」，因此，就爭點題綱第(三)點所列之情形，係透過司法實務討論是否構成條文本身所列「使人合理地認為其審理案件有偏頗之虞」之事由。

ii.德國《刑事訴訟法》之法官迴避事由，參閱學者何賴傑教授之介紹可知，係由排除（Ausschliessung）類

[7] Any justice, judge, or magistrate judge of the United States shall disqualify himself in any proceeding in which his impartiality might reasonably be questioned.

[8] A judge shall disqualify himself or herself in a proceeding in which the judge's impartiality might reasonably be questioned, including but not limited to instances in which:

型以及拒卻（Ablehinmg）類型所構成。其中排除類型規範於第 22、23 條，後者規定於第 24 條第 1 項所規範的拒卻類型，則外加「偏頗疑慮」（Besorgnis der Befangenheit）事由[9]。而爭點題綱第(三)點所列情形，同樣未明確對應其第 23 條所列之排除類型，故德國處理相同情形下法官需否迴避之問題時，係個案檢驗有無合於第 24 條第 1 項所規範「偏頗之虞」（Besorgnis der Befangenheit）的拒卻事由。

iii. 日本《刑事訴訟法》之法官自行迴避事由，係規範於第 20 條所列事項其中第 7 款係將「法官曾於本案參與第 266 條第 2 款之裁定、簡易命令、前審裁判，或依據第 398 條至第 400、第 412 條或第 413 條之規定而發回，或參與原判決或上述裁判基礎之調查者。但以受託法官參與時，不在此限。」[10]詳列為法官依法應迴避之事由，是以，倘若不屬於上列事由，自應依第 21 條之規定探究是否有「偏頗之虞」[11]。

---

[9] Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

[10] 裁判官が事件について第二百六十六条第二号の決定、略式命令、前審の裁判、第三百九十八条乃至第四百条、第四百十二条若しくは第四百十三条の規定により差し戻し、若しくは移送された場合における原判決又はこれらの裁判の基礎となつた取調べに関与したとき。ただし、受託裁判官として関与した場合は、この限りでない。

[11] 裁判官が職務の執行から除斥されるべきとき、又は不公平な裁判をする虞があるときは、検察官又は被告人は、これを忌避することができ

(2)綜合觀察上列各規範，可知法官曾參與案件之審判，於後續審判程序是否應予迴避，有兩種主要的規範方式。其一，係完全以「偏頗之虞」處理者（如美國）；其二，係於法條中明確具體規範應自行迴避之事由，並另定法官有「偏頗之虞」時，可聲請迴避者。

(3)在第一種類型中，由於並未將「法官曾參與案件審判」明定為依法應迴避之事由，因此在司法實務上自然有探究各種情形是否構成「偏頗之虞」而應依法迴避之討論空間；至於第二種類型，雖有得否以拒卻事由「偏頗之虞」作為排除類型之「填補漏洞」要件之爭論，惟細究其原因，實乃係因該等國家（如日、德）之法制設計中對於「法官曾參與案件審判」之排除類型**已經做了較為具體明確之規範**，因此反對者始基於例外從嚴的角度，認為應禁止類推擴張之。

2. 我國《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款之解釋適用，於學說與實務上迭有爭議，實不應逕採國外嚴格解釋之觀點：

(1)適用我國《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款時，應無再判斷是否有「偏頗之虞」的具體危險之必要：

我國《刑事訴訟法》第 17 條係類似德國《刑事訴訟法》第 23 條、日本《刑事訴訟法》第 20 條之排除類型規範，

る。

既然在構成我國《刑事訴訟法》第 17 條第 1 至 7 款的情形下，苟法官與訴訟任一方當事人有法條所列之親屬關係，又或法官曾為案件鑑定人或證人，此時均毋庸進一步探究法官是否將有產生偏頗之虞的具體危險，則何獨第 8 款為例外？

(2)**《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款之「前審」的文義射程範圍並不明確，且普遍認為採最嚴格解釋並不符合憲法之意旨：**

i. 如同前述，我國《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款並非如德、日《刑事訴訟法》對「法官曾參與案件審判」之排除類型已做較為具體明確之規範，而係僅形諸於「法官曾參與**前審**之裁判者。」之簡陋規範。姑不論學說與實務上就此「**前審**」之射程範圍各自作何解釋，其「不明確的射程範圍長期以來在國內爭論不休」的此一事實，顯然應無任何爭議。

ii. 按，司法院釋字第 256 號解釋雖係針對民事訴訟法所為之解釋，惟依其理由書所載「憲法第十六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。現行民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定……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**。」等語可知，倘若堅守嚴格文義解釋，則法官曾參與該訴訟事件之更審前裁判、再審前確定終局裁判，恐怕均不在文義範圍之內，是以在解釋我國《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款「前審」之意涵時，不宜如德、日部分嚴格解釋之見解，否則適用上必將遠遠不足。

(3)與我國其他訴訟法相較，如認為對《刑事訴訟法》之迴避類型做更進一步的限制毋庸由立法者事先規範，恐有輕重失衡：

i. 按，《行政訴訟法》第 19 條明定：

「法官有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：一、有民事訴訟法第三十二條第一款至第六款情形之一。二、曾在中央或地方機關參與該訴訟事件之行政處分或訴願決定。三、曾參與該訴訟事件相牽涉之民刑事裁判。四、曾參與該訴訟事件相牽涉之法官、檢察官或公務員懲戒事件議決或裁判。五、曾參與該訴訟事件之前審裁判。六、曾參與該訴訟事件再審前之裁判。但其迴避以一次為限。」

ii. 次按，《智慧財產案件審理法》第 5 條明定：

「技術審查官之迴避，依其所參與審判之程序，分別準用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於法官迴避之規定。」

同法第 34 條第 2 項明定：

「辦理智慧財產民事訴訟或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，不適用行政訴訟法第十九條第三款之規定。」

iii. 查，迴避制度事涉人民「受公平審判權」，應屬訴訟權保障之核心內容已如前述（司法院釋字第 178、256、395、653 以及 761 等號解釋參照）。比較我國其他訴訟法之規範：

① 《行政訴訟法》雖針對「曾參與該訴訟事件再審前之裁判」設定迴避次數之限制，惟仍以法律明定於第 19 條第 6 款但書；

② 《智慧財產案件審理法》針對智慧財產行政訴訟，排除曾辦理智慧財產民事或刑事訴訟之法官應予迴避之規定，同樣以法律明定於第 34 條中；

③ 此外，針對被認為僅僅是輔助法官的技術審查官，其於各類案件中應否迴避始符合公平法院之意旨，亦明定於《智慧財產案件審理法》第 5 條中。

顯然我國其他訴訟法若針對迴避進一步限制，多由國會立法具體規範，如認涉及刑罰權實現之《刑事訴訟法》，其迴避限制反而毋庸由立法者事先規範，豈非輕重失衡？

3. **涉及人民「受公平審判權」之限制者，應以法律定之，非有法律具體明確授權不得增加法律所無之限制，且該命令或規則須以事先訂定之一般抽象規範客觀公平合理分配案件，始與法律保留之原則無違：**

(1)自《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款或《法院組織法》中，人民不可能預見憲法所保障之「受公平審判權」受更二連身規定限制，而於更二審後被直接分派予原主辦股法官：

i. 如同前述，迴避制度之精神係藉由憲法保障之正當法律程序建構人民對公平法院之信賴，進而實現憲法所保障人民訴訟權以及人身自由之內涵。「公平法院」之內涵在「程序正義」（procedural justice）的實踐，其價值在於自「合理第三人」之角度檢視，仍得賦予當事人足資信賴之程序保障。

ii. 我國《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款所謂「前審」之射程範圍於國內實務與學說上迭有爭議，釋字第 178 號解釋亦有謂「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**」等語，顯然此情形下是否符合「公平法院」之外觀，由「合理第三人」之角度檢視**已難認「毫無爭議」**。

iii. 此外，縱或認為人民有可能預見「受公平審判權」於一定條件下須受到進一步的限制，惟，由《刑事訴訟法》或《法院組織法》所形諸的文字中，應至多能預見原主辦法官可能毋庸迴避，實無可能更進一步預見其案件於更二審之後，將因系爭規範而被直接分派予原主辦股法官，而循一般分案程序分由該法官辦理。

(2)更二連身規定並不符合「以事先訂定之一般抽象規範客觀公平合理分配案件」之標準：

i. 按，如同前述，依司法院釋字第 665 號解釋理由書所載「法院案件之分配，如依**事先訂定之一般抽象規範**，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業者，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符。」之意旨，須依事先訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，始符合法定法官原則。

ii. 系爭規範強制將具體個案分配於特定法官，明顯已非

一般抽象規範。雖然，該規範之制定背景有希望促進審判效率，期使案件早日定讞的制度目的，惟查，上開目的是否合於「將案件客觀公平合理分配於法官」之標準，不無疑問。

iii. 此外，雖然司法院釋字第 665 號解釋中有關《臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點第十點及第四十三點規定》之爭點，同樣涉及將案件分派予特定法官之問題，且該號解釋之結論認為與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。惟查，其中有關併案之規定，至少有《刑事訴訟法》第 6 條所定相牽連案件合併審理之規範為依據，一定程度上足以令受規範者從國會立法中預見此一限制之可能性。然，系爭規範之「更二連身條款」，將更二以後之案件分派予原主辦股法官，此一限制方式完全無從自任何法律規範中預見，更難謂係以「事先訂定之一般抽象規範分配案件」。

（三）結論：

綜上所述，憲法所保障人民「受公平審判權」縱有限制之必要，亦應以法律或由法律具體明確授權之法規命令定之。更二連身規定對人民自由權利增加法律所無之限制，且受規範人民完全無法自母法中預見將受此等限制，應與法律保留原則有所違背。

此　　致

司　法　院　　公鑒

（附件，以下均為影本）

附件 1：中華民國政府關於落實國際人權公約第三次國家報告審查之結論性意見與建議節本列印本乙份。

附件 2：鈞院發布之 110 年「最高法院刑事上訴發回或發交更審案件次數及原因」司法統計資料列印本乙份。

中　華　民　國　一　百　一　十　一　年　十　月　二　十　四　日

聲請人　　邱和順

代理人　　尤伯祥律師

郭皓仁律師

李易撰律師