

狀別：釋憲聲請書

聲請人即 廖家麟 男

受刑人 身分證字號

現羈押於臺北看守所

代理人 新竹市北大路 150 號 4 樓

(法律扶助 任君逸律師

弘理法律事務所

基金會指派 (附委任狀)

律師) (03)5322-722

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 99 年度台上字第 5845 號刑事判決(參附件 1)實質援用之刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定，就司法院大法官解釋第 178 號解釋文(參附件 2)、《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(參附件 3)之適用結果，竟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 款規定予以迴避(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)，實已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》(參附件 3)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、本件原因案件係聲請人即廖家麟涉嫌強盜殺人之犯罪事實，前經台北地方法院檢察署 85 年度偵字第 2857 號、4079 號、4445 號、4945 號、4969 號起訴書提起公訴，聲請人固不爭執強盜罪，惟聲請人並無殺人犯行，反復爭執、辯解，希冀得以釐清。俟本案迭經審理，反復於台灣高等法院、最高法院更迭審理、撤銷發回，迨至台灣高等法院 98 年度重上更(十)字第 227 號刑事判決維持死刑判決，最高法院 99 年度台上字第 5845 號刑事判決駁回聲請人上訴，本案因而確定。
- 二、經查本案最高法院之第三審程序部分，亦有相同之情形，聲請人後知悉係依《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，始造成原先之第三審承審法官繼續、一再重複審理，實有違憲疑義，此部分聲請人再行向 貴院聲請大法官解釋¹：

¹本案更三審撤銷發回台灣高等法院，更四審合議庭法官分別為審判長曾德水、陪席法官趙功恆、受命法官蘇素娥，以台灣高等法院 90 年度重上更(四)字第 144 號判決聲請人成立連續犯強盜而故意殺人罪（以下稱「更四審判決」），俟於本案再經多次上訴、廢棄發回，最高法院 95 年度台上字第 4977 號刑事判決第八次發回台灣高等法院更審。台灣高等法院更八審時，合議審理之法官分別為審判長曾德水、陪席法官林婷立、受命法官王秉梁組成合議庭，其中曾德水法官已於更四審審理本案，且更四審審理時已擔任審判長，更八審續任審判長，卻未自行迴避，旋以 95 年度重上更(八)字第 163 號判決仍然認定聲請人成

- (一)最高法院之三審程序前三次發回(最高法院 87 年度台上字第 2094 號刑事判決、最高法院 89 年度台上字第 3998 號刑事判決、最高法院 90 年度台上字第 3678 號刑事判決)，施文仁、張淳淙均有重覆，亦未自行迴避，且第二次、第三次發回，甚至兩組合議庭法官完全相同之情形，均為施文仁、張淳淙、林永茂、蕭仰歸、陳世淙，亦未有自行迴避之情形。
- (二)再者，最高法院第四次發回、第五次發回時(最高法院 92 年台上字第 1494 號刑事判決、最高法院 92 年台上字第 6055 號刑事判決)，兩組合議庭法官亦完全相同，均為陳錫奎、洪清江、李伯道、邵燕玲、吳昆仁，未有自行迴避之情形。
- (三)又最高法院第六次發回、第七次發回時(最高法院 94 年台上字第 1759 號刑事判決、最高法院 95 年台上字第 4977 號刑事判決)，合議庭 4 名法官為相同之法官，均為洪清江、石木欽、李伯道、林勤純，未有自行迴避之情形。
- (四)末查，最高法院第八次、第九次發回(最高法院 97 年台上字第 1744 號刑事判決、最高法院 98 年台上字第 6513 號刑事判決)，合議庭逾半數法官為相同法官，均為邵燕玲、李伯道、孫增同、李英勇，未有自行迴避之情形。

立相同罪名之連續犯強盜而故意殺人罪，並判處死刑，判決認定之罪名完全相同，此部分聲請人業已於 106 年 9 月 5 日向 貴院聲請大法官解釋。

(五) 聲請人茲就上述情形整理如下表：

編號	案號	合議庭法官	依據
1	最高法院 87 年度台上字第 2094 號刑事判決 (第一次發回)	施文仁 陳炳煌 張淳淙 洪文章 林錦芳	附件 4
2	最高法院 89 年度台上字第 3998 號刑事判決 (第二次發回)	施文仁 張淳淙 林永茂 蕭仰歸 陳世淙	附件 5
3	最高法院 90 年度台上字第 3678 號刑事判決 (第三次發回)	施文仁 張淳淙 林永茂 蕭仰歸 陳世淙	附件 6
4	最高法院 92 年台上字第 1494 號刑事判決 (第四次發回)	陳錫奎 洪清江 李伯道 邵燕玲 吳昆仁	附件 7
5	最高法院 92 年台上字第 6055 號刑事判決 (第五次發回)	陳錫奎 洪清江 李伯道 邵燕玲 吳昆仁	附件 8
6	最高法院 94 年台上字第 1759 號刑事判決 (第六次發回)	洪清江 石木欽 李伯道	附件 9

		韓金秀 林勤純	
7	最高法院 95 年台上字第 4977 號刑事判決 (第七次發回)	洪清江 石木欽 李伯道 林勤純 陳晴教	附件 10
8	最高法院 97 年台上字第 1744 號刑事判決 (第八次發回)	邵燕玲 李伯道 孫增同 吳燦 李英勇	附件 11
9	最高法院 98 年台上字第 6513 號刑事判決 (第九次發回)	邵燕玲 李伯道 孫增同 李英勇 張春福	附件 12

三、本案最終於最高法院 99 年度台上字第 5845 號判決駁回上訴確定，除未認定更八審法官之審判長應自行迴避外(此部分已聲請釋憲在案)，就最高法院合議庭法官有無迴避之必要、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，未依據刑事訴訟法第 17 條第 8 款自行迴避，且有實質適用《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 點之規定，就司法院大法官第 178 號解釋應有再行補充解釋之必要：

(一)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。」、第 379 條第 2 款規定：「有左列情形之一者，其判決當然違背法令：二、依法律或裁判應迴避之法官參與審判者。」，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，違反迴避規定之判決，其判決當然違背法令。

(二)又據 貴院大法官釋字第 178 號解釋文：「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。」、以及系爭違憲判例意旨：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所謂推事曾參與前審之裁判應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，至推事曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列。」，將刑事訴訟法第 17 條第 8 款所規定「推事曾參與前審之裁判」之意涵，限制為「同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判」，最高法院 29 年上字第 3276 號判例之意旨，更敘明上訴審參與裁判之推事，其判決經上級審發回更審後，若再行參與系爭案

件，毋庸適用刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定自行迴避之規定云云。

(三)經查最高法院 99 年度台上字第 5845 號刑事判決固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，然有無應予迴避之法官參與審判，乃刑事法院職權調查事項，此部分合法或合憲性應有職權審酌之必要。

(四)稽諸最高法院 99 年度台上字第 5845 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 款自行迴避。職此，最高法院最高法院 99 年度台上字第 5845 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。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 點不僅不符合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，貴院釋字第 178 號則有再為補充解釋之必要，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請解釋憲法及補充解釋。是聲請人自得

以最高法院 99 年度台上字第 5845 號刑事判決為確定終局判決，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，聲請憲法解釋，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「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。」，此有

鈞院釋字第 654 號解釋理由書可參。是可徵憲法第 16 條所保障之訴訟權內涵在於透過正當法律程序之要求賦予刑事被告公平審判之保障。復按 鈞院第 178 號解釋理由書：「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。」。又按公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）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。……。」明揭公平法院原則。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公約應保障被告受公平審判之訴訟權之正當法律程序之誠命。

(二)又按憲法第 8 條揭櫫憲法上人身自由之正當法律程序，司法院釋字第 639 號解釋理由書指出：「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（本院釋字第三八四號、第四三六號、第五六七號解釋參照）」，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，可徵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 點有違法定法官原則、釋字第 256 號解釋及憲法第 7 條平等權、憲法第 16 條訴訟基本權及公民與政治權利國際公約第 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。

2、釋字第 665 號解釋對於法定法官原則亦已有明確之闡釋：

「世界主要法治國家中，德意志聯邦共和國基本法第一百零一條第一項雖明文規定，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(德國法院組織法第二十一條之五第一項參照)。…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、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 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。」錢建榮法官亦認為最高法院內部分案決議不從案件當事人的角度，只

從司法行政方便管考的角度出發。內容等於抵觸隨機、盲目分案的法定法官原則，這樣的決議已非一般抽象之規範，而是個別具體的指定法官，尤其重大刑案一上訴之後，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 鈞院釋字第 178 號解釋以降，雖多採取審級說。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。然 鈞院釋字第 256 號解釋對於再審程序似改採「拘束說」之見解，釋字第 256 號解釋理由書謂：「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，則依照 鈞院釋字第 256 號解釋，亦應迴避。惟 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，均有再予釐清，而有再為補充解釋之必要。

- 5、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之見解。惟查，依前揭釋字第 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，不應區別民事案件或刑事案件而有所不同。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，以能否維持公平判為依歸。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)，是《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造成限制。

二、公平審判制度核心在於賦予刑事被告足資信賴之程序：

- (一) 按正當法律程序之意義復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，此種信賴即為公平審判保障之基礎。
- (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，釋字 178 號解釋文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，此際，倘若是次審判之合議庭，曾經於以往程序中，無論是下級審甚或前次判決，表達對被告之不利心證，且此點又為該刑事訴訟被告所知，則將如何期待被告信賴是次訴訟程序？而此種信賴感之剝奪將肇致公平審判保障之基礎為之掏空，使憲法保障人民訴訟權之意旨流於具文，終將產生人民不信賴司法之惡果。

- 三、參考憲法第 16 條訴訟權所保障之「公平法院」之規範，第三審法官曾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，自應以一個「合理第三人」之角度觀察，法院能否維持「公正之外觀」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：

「公平法院」究竟有何內涵？聲請人主張，「公平法院」之內涵在「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」，二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。²

又學者指出，「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？³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？」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

² See TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006).

³ *Id.*

本身帶給人民的觀感。「程序正義」強調人民對司法的信賴並不應該是「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：

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。鈞院釋字第 178 號解釋亦是本此意旨，而於理由書強調：「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。」事實上，刑事訴訟法第 17 條其他各款也都表彰了此一概念，蓋系爭條文第 1 至 7 款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 款任何一款的情形並不代表法官就「絕對」會有偏見，然法律卻將這種情況「視為」法官無法正常行使職權，而要求法官自行迴避。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」，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」應自合理第三人角度檢視：

參諸外國立法例，亦皆認為迴避之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可受到合理質疑時，皆應自行迴避。⁴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。⁵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.)」，依該標準，法官是否應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。⁶而澳洲最高法院(the High Court of Australia)在 Johnson v. Johnson 一案中表示，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

⁴ United States Code, 28 USC § 455(a). (請見附件 6)

⁵ Code of Conduct for United States Judges, Canon 3(C)(1)(e). (請見附件 7)

⁶ 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.)). (請見附件 8)

律的顧慮、法律對法官的限制以及法官專業上的壓力。⁷加拿大法院則認為，合理可分為兩個層次：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。⁸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。⁹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。¹⁰南非憲法法院則是指摘：「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權。」¹¹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」也應該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」。

⁷ *Id.* at 1823. (citing *Johnson v. Johnson*, (2000) 201 C.L.R. 488, 508-09.)

⁸ *Id.* at 1816-17. (citing *Comm. for Justice & Liberty*, [1978] 1 S.C.R. at 395 (de Grandpre, J., dissenting))

⁹ *Id.* at 1817. (citing *R.D.S.*, [1997] 3 S.C.R. at 507-08 (*L'Heureux-Dube & McLachlin, JJ.*, concurring))

¹⁰ *Id.* at 1817. (citing *Comm. for Justice & Liberty*, [1978] 1 S.C.R. at 394 (de Grandpre, J., dissenting))

¹¹ *Id.* at 1826. (citing *SARFU*, 1999 (7) BCLR 725 (CC), 1999 SACLR LEXIS 18, at 78-79.)

(四)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：

美國聯邦第三巡迴上訴法院在 *Clemmons v. Wolfe* 中即曾明確表態，主張曾參與前審的法官應在特別救濟程序中迴避。在該案中，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曾於任職州法院時就同一案件為裁判，第三巡迴上訴法院認為，此時該法官應該自行迴避。美國聯邦巡迴上訴法院在該案中認為，「在法官可能已受到汙染的情況下，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。」¹²。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」¹³，「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」。¹⁴美國北卡羅萊納州於西元 2007 年通過之「北卡無罪調查委員會程序法(The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures)」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¹⁵，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

¹² *Clemmons v. Wolfe*, 377 F.3d 322, 325.(請見附件 11)

¹³ *Clemmons*, 377 F.3d at 328.

¹⁴ *Clemmons*, 377 F.3d at 328.

¹⁵ The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures, art. 6(C).(請見附件 12)

者¹⁶。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。本案第三審法官曾參與前次發回更審裁判，再行參本案裁判，已違憲法第 7 條平等權，以及憲法第 16 條與政治權利國際公約第 14 條第 1 項對於人民訴訟基本權之保障。

四、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」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。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。目的不明，罔論其目的之正當性，違反憲法第 23 條之意旨。

(二) 避免法官員額不足之事由非屬正當理由：

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(附件 22)。然而，此目的並非正當。

1. 此窘境可歸責於國家，不應由刑事被告承擔不利益：

¹⁶ The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures, art. 7(A).

姑不論此窘境於我國之現實上是否果真會發生。此窘境只可能發生於第三審法院屢屢發回更審之情形，而此情形必為第二審法院於認定事實有重大瑕疵，可歸責於國家，此不利益不應由刑事被告來承受。是故，避免法官員額不足之目的並非正當。

2. 非重大急迫之目的：

刑事審判結果事涉人身自由與人格權，皆為人民核心之基本權利，故刑事審判之訴訟權保障密度應格外提高，應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，而須為追求重大急迫之公眾利益。避免法官員額不足僅係為司法行政方便考量，雖能節省司法資源，惟此僅為一般的經濟利益，尚非重大急迫之公共利益。是故，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。」意旨，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，堪可達成上開目的，惟上開避免法官員額不足之目的，顯不具備正當性，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皆能達成目的，又不侵害被告之訴訟權。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，釋字第 178 號解釋文將「前審」限縮解釋為「下級審」，相較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，二者比較而言，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為代價，換取司法行政之一般政府利益，損益顯然失衡，不符比例原則中之衡平性原則。

五、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」應該包括法院。是以，公政公約揭禁之公平審判權及聯合國人權事務委員會對此之一般性意見，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。」規範被告應受無偏頗之法院審理，係為「公平法院」之規範依據，再根據聯合國人權事務委員會第 32 號一般性意見（附件 13）第 19 點指出：「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。」¹⁷

(三)又 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》¹⁸，其中第 2 點明文：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。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》¹⁹，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：

¹⁷所謂「無私 (impartial)」，即「無偏頗」。

¹⁸ 1985 年 8 月 26 日至 9 月 6 日在米蘭舉行的第 7 屆聯合國預防犯罪和罪犯待遇大會，通過此一基本準則，經同年 11 月 29 日聯合國大會第 40/32 號決議及同年 12 月 13 日第 40/146 號決議核可。（附件 14）

¹⁹ 決議原文參照聯合國網站，http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_c.pdf。（附件 15）。

- 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 條所揭櫫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應係公政公約第 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，系爭判例容認已參與前審之法官於更審程序再為審理，已不符合公政公約與聯合國人權事務委員會對於公平法院之要求，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參與同一案件第二次上訴第三審，從客觀理性第三人角度觀察，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基本，自應對於此一人性之盲點、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，以及違反公政公約第 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，鈞院釋字第 178 號解釋亦有補充之必要。另與本案聲請人高度相同，即主張釋字第 178 號解釋意旨已不符合公政公約與聯合國人權事務委員會對於公平法院之要求，應予補充解釋之陳錫欽為強制性交殺人案件、鄭性澤為殺人等案件，業經鈞院排入待審案件一覽表，益證本件確實有聲請解釋暨補充解釋案之必要。

陸、爰提呈釋憲聲請書如上，謹請鈞院鑒核。

此 致

司法院 公鑒

關係文件之名稱及件數：

委任狀 1 件。

附件 1、最高法院 99 年度台上字第 5845 號判決乙件。

附件 2、釋字第 178 號解釋乙件。

附件 3、《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》影本乙件。

附件 4、最高法院 87 年度台上字第 2094 號刑事判決乙件。

附件 5、最高法院 89 年度台上字第 3998 號刑事判決乙件。

附件 6、最高法院 90 年度台上字第 3678 號刑事判決乙件。

附件 7、最高法院 92 年台上字第 1494 號刑事判決乙件。

附件 8、最高法院 92 年台上字第 6055 號刑事判決乙件。

附件 9、最高法院 94 年台上字第 1759 號刑事判決乙件。

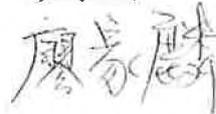
附件 10、最高法院 95 年台上字第 4977 號刑事判決乙件。

附件 11、最高法院 97 年台上字第 1744 號刑事判決乙件。

附件 12、最高法院 98 年台上字第 6513 號刑事判決乙件。

(以上均為影本)

聲請人：廖家麟



代理人：任君逸律師



中 華 民 國 1 0 7 年 6 月 之 5 日