

## 釋憲聲請書

聲請人 林子如

代理人 梁家羸律師  
(扶助律師)

(現於臺灣台中女子看守所服刑中)  
財團法人法律扶助基金會台北分會  
台北市金山南路二段 200 號 6 樓  
電話：23225151#295  
傳真：23222051

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

### 壹、聲請解釋憲法之目的：

#### 一、請求解釋：

- (一) 本件確定終局判決所實質援用之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二點及最高法院 86 年及 102 年內部事務分配決議(下稱內部分案決議)，違反法定法官原則及公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項，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不符。
- (二) 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 號解釋及釋字第 256 號解釋有補充解釋之必要。

## 二、聲請目的：

- (一) 查本件原因案件確定終局判決即最高法院102年度台上字第2392號刑事確定判決(附件1)，認臺灣高等法院台中分院101年度上重更(一)字第5號刑事判決(附件2)核無違誤，認聲請人上訴無理由，乃駁回聲請人之上訴。本件確定終局判決形式上雖未援用內部分案決議或刑事訴訟法第17條第8款規定，惟分案係審判之前提，是否依照刑事訴訟法第17條第8款規定迴避乃確定終局判決審判時依職權須審酌之事項，本案實質上分由原第一次發回更審裁判之主辦股法官，有四位法官(石木欽、段景榕、洪兆隆、洪佳濱)既參與了最高法院101年度台上字第2898號刑事判決(第一次發回更審判決)，也參與了最高法院102年度台上字第2392號刑事確定判決(確定終局判決)，並無自行迴避，應認確定終局判決實質援用內部分案決議及刑事訴訟法第17條第8款規定(鈞院釋字第399號、第582號、第622號、第675號解釋、第698號解釋及第703號解釋參照)分案並審判，否則將無從產生本件判決。且內部分案決議並未對外公布，人民無從得知最高法院如何分案，亦無任何判決會將內部分案決議形式上援用於判決中，如無法依據實質援用之理論聲請釋憲，則人民對於未公布之內部分案決議將無從挑戰其合憲性，法定法官原則也將因此被棄置於憲法保障範圍之外。
- (二) 又釋字第178號解釋雖謂：「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。」然釋字第256號解釋理由書又謂：「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。」故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是否屬於應迴避之事由，就兩號解釋觀之，似仍有不明確之處，應予釐清，而有再為補充解釋之必要。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，始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，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符，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。

## 貳、疑義之性質與經過，及所涉之憲法條文：

### 一、疑義之性質：

(一) 按我國於 98 年 3 月 31 日已通過「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」)，並於 98 年 4 月 22 日由總統公佈生效；且總統復於 98 年 5 月 14 日簽署「兩公約」之批准書，兩公約於我國至少已具有國內法律之效力。

(二) 又公民與政治權利國際公約第 14 條規定第 1 項明訂：「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。」該規定係屬對被告公平審判權最基本之保障，要求審判者須符合「依法設置」、「獨立性」、

及「無偏頗性」三項基本要求。此參公約第 32 號一般性意見：「19. 在法院和法庭前一律平等和獲得公正審判的權利：第十四條第一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。」、「21. 無私的規定涉及兩方面。第一，法官作判決時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。」「59. 在審判最終處以死刑的案件中，嚴格遵守公正審判的保障特別重要。審判未遵守《公約》第十四條而最終判以死刑，構成剝奪生命權（《公約》第六條）」亦可得知。此亦為釋字第 665 號解釋所揭示具有憲法位階之法定法官原則及憲法第 16 條訴訟權、第 7 條平等權保障之範圍。

- (三) 聲請人認內部分案決議將重大刑事案件分由第一次承辦法官承辦，不但未考慮法官曾參與前次發回更審裁判應屬迴避事由，也造成原因案件聲請人第二次上訴第三審係由同一合議庭進行審理，且於第一次發回時，該合議庭之發回理由中對第二審量刑判斷多所指謫，實質上對於第二審將第一審死刑判決改判為無期徒刑之不當已有定見，聲請人受更一審不利益判決後，雖提出上訴，仍由最高法院同一合議庭進行審理，足徵本件分案並未「依法」分案，且內部分案決議將造成合議庭有「偏頗性」，違反公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項，並與憲法第 7 條及第 16 條保障人民平等權、訴訟權之意旨不符。

## 二、疑義之經過：

- (一) 按聲請人涉犯殺人等案件，經臺灣南投地方法院檢察署以

98 年度偵字第 5159、5202 號、99 年度偵字第 213、239、468 號起訴書提起公訴，經臺灣南投地方法院以 99 年度重訴字第 3 號刑事判決，判處聲請人殺人，處死刑，褫奪公權終身。聲請人不服提起上訴，經臺灣高等法院台中分院以 100 年度上重訴字第 6 號刑事判決撤銷原判決，改處無期徒刑，處奪公權終身；檢察官對二審判決不服，認量刑過輕，因而提起上訴，經最高法院以 101 年度台上字第 2898 號刑事判決將原判決撤銷發回臺灣高等法院台中分院。嗣經臺灣高等法院台中分院再以 101 年度上重更（一）字第 5 號刑事判決駁回上訴，維持第一審判處被告死刑之判決，聲請人不服再上訴，經最高法院以 102 年度台上字第 2392 號刑事判決駁回上訴確定。

（二）另聲請人不服最高法院 102 年度台上字第 2392 號（臺灣高等法院台中分院 101 年度上重更（一）字第 5 號）確定刑事判決，於 102 年 9 月 3 日向臺灣高等法院台中分院聲請再審（附件 3），亦遭臺灣高等法院台中分院於 102 年 9 月 16 日駁回在案（附件 4）。又聲請人於 104 年 4 月 24 日以本件分案違背分案規則，且合議庭於前次發回時就本件量刑已有定見，實有偏頗為由請求最高檢察署提起非常上訴（附件 5），遭最高檢察署駁回在案。

（三）查最高法院檢察署 103 年 5 月 7 日台自字第 1030004841 號函駁回聲請人聲請提起非常上訴之理由有謂：「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固規定：『為使該案件早日確定，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，並辦理提前分案。』…另依法官自治原則，最高

法院於 86 年及 102 年內部事務分配決議通過：如屬重大案件亦比照上開分案實施要點，分原主辦股法官。(附件 6)」由此亦可知，本件確定終局判決確已實質援用內部分案決議，因屬重大案件，係分由原主辦股法官辦理，四位法官均未自行迴避，最終遭已經對於量刑有所定見之合議庭駁回上訴。

- (四) 聲請人現已窮盡所有救濟途徑，惟仍認本案原因案件確定終局判決即最高法院 102 年度台上字第 2392 號刑事確定判決所實質援用之內部分案決議有上開違憲疑義，且刑事訴訟法第 17 條第 8 款亦應包含法官參與前次發回更審前之裁判，而有聲請憲法解釋及補充釋字第 178 號及第 256 號解釋之必要。

### 三、所涉及之憲法條文：

憲法第 7 條平等權、憲法第 16 條訴訟權之保障、公民與政治權利國際公約 (ICCPR) 第 14 條第 1 項被告有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問及第 6 條第 1 項「禁止恣意剝奪生命權」之國際人權法義務。

### 參、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、內部分案決議有違 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：

釋字第 665 號解釋對於法定法官原則已有明確之闡釋：

「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」。

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。(附件 7)」

錢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。內容等於牴觸隨機、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。

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。

我國刑事訴訟實務自 鈞院釋字第 178 號解釋以降，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。

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。

綜上可知，本件內部分案決議將重大刑事案件之上訴固定由第一次主辦股法官承辦，既未對外公告，其所謂重大刑事案件之範圍亦不明確，且有違法定法官之憲法原則，與釋字第 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 項之規定亦有所抵觸，應屬違憲。

二、迴避制度之憲法法理在憲法第 16 條所保障之訴訟權及公平法院原則，其制度目的在摒除對於案件存在既有成見之審判者，以維持法院之客觀中立性，而「審級說」或「拘束說」，僅為實踐人民訴訟權之手段之一，若取此捨彼，將使人民訴訟權之內含有所

缺漏：

鈞院釋字第 256 號理由書謂：「憲法第 16 條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及公平審判之權益...。」其後鈞院於釋字第 396 號、418 號、574 號等解釋復重申，憲法第 16 條所保障之訴訟權，旨在確保人民於其權利受侵害時，有受公平審判權利之意旨。此外，已具國內法效力之「公民與政治權利國際公約」第 14 條，即保障公平審判權利條款，其中第 1 項前段即明定：「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。」。而迴避制度之目的，依釋字第 256 號解釋理由書之見解，在「保持法官客觀超然之立場」；釋字第 178 號解釋理由書則謂：「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。」。故聲請人主張，釋字第 256 號解釋與釋字第 178 號解釋兩者並無矛盾二致，兩號解釋都指出刑事訴訟法第 17 條第 8 款之精神在於避免法院受成見的影響，而保持其客觀中立性，以符合憲法上人民訴訟基本權之要求。換言之，無論是「審級說」所重視的審級利益，抑或「拘束說」所重視的裁判自縛性，毋寧皆為說明前審法官應迴避的論理而已，兩者的終極目的都是在維持法院的公平性。若將「審級說」或「拘束說」作為迴避制度之立法目的，恐有倒果為因之疑義。

而德國聯邦刑事訴訟法(StPO)第 23 條似可應證上開見解。依該條文第 1 項規定：「法官若曾參與案件的決策，則在上訴程序

中，該名法官即不得再參與。」本項規定看似採「審級說」，然該條第 2 項前段即明確規範：「法官對其曾參與之裁判而提起之再審聲請案件，依法不得再參與再審程序之裁判。」<sup>1</sup>換言之，「審級說」與「拘束說」都僅是法官迴避作為憲法所保障訴訟權實踐之論理方法，兩者皆不應作為判斷法官應否迴避之單一標準。

三、若以憲法第 16 條訴訟權所保障之「公平法院」為基礎，刑事訴訟法第 17 條第 8 款之「前審」是否包括前次同一審級之審判，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：

「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。<sup>2</sup>

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？

<sup>1</sup>林俊益，刑事訴訟法概論(上)，頁 53。

<sup>2</sup> See TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006).

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>3</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？」

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。

從「程序正義」的角度來看，不論是審級說、拘束說或是前開各種論述皆陷於司法本位，僅為法律專業者對於刑事程序強行之切割與合併，完全有違人民對於刑事程序之想像。蓋一般人民斷難接受已形成有罪心證的法官能夠毫無成見地重新審酌同一案件。上開論述根本之假設在於人民應該完全順從法律專業，而非程序正義所強調的爭取認同理念。若從程序正義作為出發點，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

<sup>3</sup> *Id.*

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」。

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。<sup>4</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>5</sup>

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

<sup>4</sup> United States Code, 28 USC § 455(a). (請見附件 8)

<sup>5</sup> Code of Conduct for United States Judges, Canon 3(C)(1)(e). (請見附件 9)

為該法庭確實有可能具有偏見。<sup>6</sup>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，並且了解法律的顧慮、法律對法官的限制以及法官專業上的壓力。<sup>7</sup>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。<sup>8</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>9</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>10</sup>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。」<sup>11</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」也應該以相同標準進行詮釋，重點不

<sup>6</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.)). (請見附件 10)

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

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

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

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

<sup>11</sup> *Id.* at 1826. (citing SARFU, 1999 (7) BCLR 725 (CC), 1999 SACLX LEXIS 18, at 78-79.)

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、若以一個合理第三人之角度觀察，前次參與第三審審判之法官再次參與同一案件上訴第三審必然具有不可避免的「偏見」風險。

若將上開判斷基準適用於前次參與第三審審判之法官再次參與同一案件上訴第三審的情形，即為：以一個合理第三人之角度觀察，曾參與前次第三審判斷是否「有可能」影響到法官於第二次參與第三審案件審判之心證？

關於此種情形所可能造成之偏見風險，近年來美國冤獄成因的相關研究指出，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。

12

隧道視野就是心理學上之「確認偏誤」(confirmation bias)這種認知錯誤的行為表現。確認偏誤會使得人們在求證的過程中，

<sup>12</sup> See Keith A. Findley & Michael S. Scott, *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases*, 2006 Wis. L. REV. 291, 292 (2006). (請見附件 11); 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)。(請見附件 12)

過度看重符合自己假設的證據，而忽略其他資訊。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：卡片正面若是英文字母的「母音」，其背面必然搭配數字的「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。然而，翻開上面寫著 B 或 3 的卡片才是最正確的作法，因為若 B 的背面是偶數或是 3 的背面是母音，則該假設就會立刻被推翻。大多數的受試者選擇 A 或 2 的卡片，應證了大多數的人都是傾向選擇尋求假設的「正面」證據，而忽略「反面」證據的重量。<sup>13</sup>

確認偏誤除了對於資訊的接收可能造成影響以外，也有可能對於人們的記憶產生影響。在一個實驗中，實驗人員對受試者說了一則故事，故事的主角在過程中同時反映出各種不同的內向與外向人格特質。受試者聽完故事兩天後，實驗人員將受試者召回，實驗人員對半數的受試者要求他們評估故事的主角是否適合一份需要外向性格的工作；另外一半的受試者則是被要求評估該主角是否適合一份需要內向性格的工作。實驗結果顯示，當受試者被要求評估故事主角是否適合外向工作時，受試者回想起故事中較多的顯示外向個性例子；反之，當受試者被要求評估故事主角是否適合內向工作時，受試者回想起故事中較多的顯示內向

---

<sup>13</sup> *Id.* at 310.

個性例子。<sup>14</sup>這項實驗代表人們在擷取儲存在腦中的記憶時，同樣會受到確認偏誤的影響，而「選擇性地」擷取確認性記憶。

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>15</sup>

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」，因而有其侷限性與無期待可能性，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所可能產生之類似風險，而刑事訴訟法中的迴避規定正可作為降低產生隧道視野風險的有效方法。

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。」

---

<sup>14</sup> *Id.* at 311.

<sup>15</sup> *Id.* at 313.

16。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」<sup>17</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>18</sup>

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<sup>19</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>20</sup>。

由上述再審不得由審理過同一案件法官承辦之外國案例來看，只要最高法院撤銷發回後之上訴審，亦不應改變隨機、盲目分案之法定法官原則，而由同一法官來承辦，否則在法官已經受汙染，甚至已經在前一次審判中明確表明見解的情況下，將使得司法程序的進行不再為人民所信賴。

五、本件為社會矚目之重大刑案，又涉剝奪人民之生命權，同一法官於第一次參與審判已經表達改判無期徒刑有所違誤之定見，則再次審判又分案給同一法官，勢必加深其對於既為判決產生確

<sup>16</sup> Clemmons v. Wolfe, 377 F.3d 322, 325.( 請見附件 13)

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

<sup>18</sup> Clemmons, 377 F.3d at 328.

<sup>19</sup> The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures, art. 6(C).( 請見附件 14)

<sup>20</sup> The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures, art. 7(A).

認偏誤之可能性，基於憲法第 7 條平等權、憲法第 16 條訴訟基本權、以及公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項對於人民受公平審判權利之保障，自應有刑事訴訟法第 17 條第 8 款法官應自行迴避規定之適用，內部分案決議應屬違憲：

從上開研究及比較法例可知，前審法官參與再審很有可能陷入隧道視野與確認偏誤的錯誤之中，一旦受到認知錯誤的影響，便極有可能以前審之結論作為再審程序的預設立場，而忽視新事實、新證據於本案之影響。本件聲請人之辯護人於第二次上訴第三審請求最高法院調查證據，最高法院不但未依辯護人請求調查，反率然認定：「上訴人先前殺害林侯月雲及鄭惠升部分，均經判處無期徒刑確定，其殺害劉宇航犯行，為期在不及九個月內，第三次為詐領保險金而殺人既遂，並非初次犯案，且所殺之人均屬至親，所為難見容於天地之間，如仍判處無期徒刑，則依刑法第五十一條第三款規定，宣告多數無期徒刑者，僅能執行其一，就刑之執行而言，無異免刑判決，對於無辜生命之保護與社會安全之維護，並非允洽，不符社會大眾對於法律及公理、正義的認知與期待，對於一再侵害他人生命權之犯罪遏阻，更難收一般預防之作用。上訴人因沉迷賭博，為詐領保險給付，於殺害其親生母親及婆婆後，短時間內再以上揭手法毒殺其夫，所為國法、天理均所難容，其人性既泯，已難有教化之可能，原審維持第一審就其殺人未遂部分，科處有期徒刑八年六月，殺人既遂部分，量處死刑，褫奪公權終身，其量刑職權之行使，核屬適當，爰予維持。」云云，駁回被告上訴因而確定。衡諸前開駁回理由，實與第一次

發回之事由無異，足徵本件最高法院合議庭審理本件案件時即存有既定之立場，對案件存有成見，而此乃違憲之內部分案決議所導致。

## 六、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。本件終局判決實質援用之內部分案決議已嚴重侵蝕公平法院之外觀，有違憲法第 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。又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 號解釋及釋字第 256 號解釋有補充解釋之必要。謹請 鈞院鑒核，宣告內部分案決議違憲並為補充解釋，以維法治。

謹 狀

司 法 院 公 鑒

## 關係文件之名稱及件數：

附件：法律扶助基金會專用委任狀正本乙份。

附件 1：最高法院 102 年度台上字第 2392 號刑事確定判決影本乙份。

附件 2：臺灣高等法院台中分院 101 年度上重更（一）字第 5 號刑事判決影本乙份。

附件 3：林于如再審聲請狀影本乙份。

附件 4：臺灣高等法院台中分院 102 年度聲再字第 201 號裁定影本乙份。

附件 5：104 年 4 月 24 日林于如非常上訴聲請狀影本乙份。

附件 6：最高法院檢察署 103 年 5 月 7 日台自字第 1030004841 號函影本乙份。

附件 7：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，頁 48-56。

附件 8：United States Code, 28 USC § 455(a).

附件 9：Code of Conduct for United States Judges, Canon 3(C)(1)(e).

附件 10：R. Matthew Pearson, Duck Duck Recuse? Foreign Common Law Guidance & Improving Recusal of Supreme Court Justices, 62 Wash. & Lee L. Rev. 1799-1839.

附件 11：Keith A. Findley & Michael S. Scott, The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases, 2006 WIS. L. REV. 291-397.

附件 12：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 2-3；第 1583 期，頁 3。

附件 13 : Clemmons v. Wolfe, 377 F.3d 322.

附件 14 : The North Carolina Innocence Inquiry Commission Rules  
and Procedures, Feb. 1, 2013.

中 華 民 國 1 0 3 年 1 0 月 2 2 日

聲 請 人 林于如

代 理 人 梁家羸 律師  
(扶助律師)

