

憲法法庭意見陳述書：補充理由

案 號：會台字第 13598 號
聲 請 人：謝志宏
代 理 人：黃致豪律師

1 為聲請人所涉法規範憲法審查案件，謹依 鈞庭通知陳述意見並
2 補充理由事：

3 壹、程序事項（一）、本補充理由之背景： 鈞庭為審理會台字
4 第 13598 號及其他併案案件，已於民國（下同）111 年 10
5 月 24 日舉行說明會，並於事前通知本代理人具狀表示意
6 見。本代理人亦已於上開說明會前依 鈞庭通知提出《憲法
7 法庭意見陳述書：爭點題綱意見摘要》（下稱陳述書）過庭
8 供參。惟因時間倉促，上開陳述書僅能就 鈞庭所提爭點一
9 至四，蜻蜓點水式的表達本代理人之意見與理由大要，未能
10 詳加論述。再者，說明會當日也有數位大法官各自提出關於
11 本案的不同問題，其中有些部分確有進一步予以討論、答覆
12 之必要。為上述目的，本代理人謹此提出上開陳述書之補充
13 理由，提供 鈞庭參酌，以為本案判決之依據。

14 貳、程序事項（二）、聲請行言詞辯論：依憲法訴訟法第 25
15 條，雖可認為除第五章及第六章案件外，憲法法庭之判決得
16 不經言詞辯論為之，但本代理人本於律師天職，在此仍必須
17 聲請 鈞庭就本案行言詞辯論，並於辯論前行準備程序。扼
18 要理由如下：（一）言詞辯論與直接審理等原則所賦予的基
19 本權保障，與辯護代理制度相同，乃是 鈞庭與過往大法官
20 所建構訴訟權內涵之正當法律程序要求，非必要不應予以剝
21 奪；（二）憲法訴訟法第 25 條以第五章、第六章案件類型

1 (即總統、副總統彈劾與違憲政黨解散案件)為必行言詞辯
2 論案件，其餘所有案件都是非必行言詞辯論案件，除非立法
3 者先天即以「第五、六章案件類型之正當法律程序與訴訟權
4 保護密度顯然較其他案件類型必然要高」作為前提(但立法
5 理由根本看不出來)，否則此一區辨基準恐有違背憲法平等
6 原則與明確性之嚴重疑慮；(三)若鈞庭係以是否行言詞
7 辯論作為篩檢案件、防免憲法訴訟程序濫用的門檻機制，亦
8 無法解釋何以不受理聲請之機制尚不足以達成前開目的，亦
9 無法解釋為何鈞庭所受理之非憲法訴訟法第25條第一項
10 案件中，有些行言詞辯論，有些不行，其區別基準何在，人
11 民與機關如何預測；(四)本案所涉之憲法法規範秩序，至
12 少關乎憲法第八條正當法律程序與第十六條訴訟權等基本權
13 保障，對於釋字第178號、256號、761號等所欲建構之公
14 平法院與迴避制度規範體系，以及司法審判機關與人民之權
15 益，影響至深至鉅；這樣的憲政基本權利益，相較於111年
16 憲判字第4號(原民身分案)、第6號(萊劑權限爭議
17 案)、第9號(公務員考績丁等案)、第10號(警消二大
18 過免職案)、第13號(健保資料庫案)、第14號(農田
19 水利會改制案)、第17號(西拉雅族原民身分案)等所欲
20 保障之基本權利益，乃有過之而無不及；(五)本案雖非針
21 對上開憲法訴訟法第25條提出之聲請案，但深究其正當法
22 律程序保障與訴訟基本權利體系保障的規範要求，實與本案
23 諸多涉及最高法院以「行政事務規範」為由排拒憲政層級法
24 規範之適用議題，有異曲同工之妙；簡單講，若連身為國家
25 基本法守護者的鈞庭都願針對受理案件行言詞辯論與直接
26 審理，形塑憲政慣例，那麼各級法院於涉及基本權案件又有

1 何排拒言詞辯論與直接審理之藉口？（是的，代理人指的正是最高法院）。綜上理由，本代理人謹此聲請 鈞庭核准本案行言詞辯論暨前行準備程序，也為本案相關機關最高法院立下良好的憲政典範。

5 參、**本案實體法律意見與補充理由**：有關本案爭點一到四的相關見解與結論，本代理人已經在陳述書予以揭示並略予說明。惟當時時限極為倉促（接獲 鈞庭書記處通知後僅三日），故僅能極扼要略加說明理由，未能較為全面地討論有關法官迴避制度之法規範體系與相關基本權保障意旨。因此，本補充理由便擬自此為體系論述，之後再一一適用於 鈞庭所揭示之四個爭點：

12 **一、歷代大法官之協力：釋字第 178 號解釋，256 號解釋，與 761 號解釋所共同建構之法官迴避制度—以公平法院與審級利益為受保障之制度面與個體面基本權核心：**

15 **（一）釋字第 178 號解釋與刑事訴訟法第 17 條第 8 款所指之「前審」，絕非僅止下級審：**

17 釋字第 178 號解釋，針對刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱「曾參與前審之裁判」之迴避事由，直截了當的在理由書中指出：「...推事曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務，乃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。從而該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。惟此不僅以參與當事人所聲明不服之下級審裁判為限，並應包括『前前審』之第一審裁判在內。至曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推

1 事，在第三審復就同一案件參與裁判，以往雖不認為具
2 有該款迴避原因，但為貫徹推事迴避制度之目的，如無
3 事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理。」解釋理
4 由書雖短，但微言大義，確在邏輯上涵蓋了下列各點結
5 論：

- 6 1. 刑訴法第 17 條第 8 款所指的「前審」，應包括「下
7 級審」；而這裡的下級審是以「同一案件」為前提；
- 8 2. 此迴避制度要保障的基本權核心利益在於「...再行參
9 與同一案件之裁判，當事人難免疑其具有成見」（也
10 就是公平法院原則—這原則並非只以當事人利害為
11 主，而係以正當法律程序、訴訟權保障，以及司法正
12 潔 judicial integrity 為核心之憲政機關利益），以及
13 「影響審級之利益」（也就是當事人審級利害）；
- 14 3. 因為要保障的基本權核心利益同時涵蓋「避免當事人
15 疑其具有成見」的公平法院憲政原則，以及當事人本
16 人的審級利益，所以除了同一案件的「下級審」要迴
17 避之外，同一案件「前前審」的第一審裁判參與法官
18 也要迴避；
- 19 4. 而且，曾參與同一案件在第三審撤銷發回更審前裁判
20 的法官，在第三審仍應改分其他法官，也就是仍要迴
21 避。

22 換句話說，大法官在釋字第 178 號解釋理由書當中所採
23 取的文義邏輯與立場，並不難解：迴避制度要保障的兩
24 種憲政規範，是避免當事人懷疑法官具有成見的公平法
25 院原則（制度面憲政規範），以及當事人本人的審級利
26 益（個體面基本權保障）。在此前提下，只要是刑事訴

1 訟法上的「同一案件」（也就是同一被告，同一犯罪事
2 實的案件同一性所及範圍），不管法官曾參與下級審，
3 前前審，都要迴避。

4 這也是為何本代理人在陳述書當中主張：釋字第 178 號
5 解釋從來就沒有創立所謂的「審級（利益）說」，並將
6 迴避範圍侷限在「下級審」—因為大法官自己的解釋理
7 由，已經直接做了最佳的詮釋。

8 （二）釋字第 256 號解釋如何接續 178 號解釋繼續建構迴避制
9 度，以及平等原則之法規範體系：

10 釋字第 256 號解釋，雖然是針對民事訴訟法第 32 條第
11 7 款法官應自行迴避事由中的「法官曾參與該訴訟事件
12 之前審裁判」而為，但此解釋所欲保障的迴避制度核心
13 利益，則是更加直接指明了憲法第十六條訴訟權保障的
14 核心在於「受公平審判」之權，而不僅止於「審級之利
15 益」。因此，此號解釋直接從上述核心保障概念切入，
16 明文認定：

- 17 1. 民事訴訟法關於法官應自行迴避之規定，在於「使法
18 官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務」；
- 19 2. 此一規範目的要保障的核心規範利益在於「以維審級
20 之利益」及「裁判之公平」；
- 21 3. 因此，法官曾參與同一訴訟事件之前審或更審前裁
22 判，當然應自行迴避；
- 23 4. 而且，在同一訴訟事件的判決終局確定後的再審，依
24 照上開理由，當然也應自行迴避；
- 25 5. 只是，顧慮到現實中法官員額有限，像再審這樣的特
26 別救濟次數無限，迴避只好以（全部法官都迴避過）

1 一次為限；

2 換句話說：從原則上處理人與人的私法關係為主，對於
3 人民基本權剝奪風險在我國三種訴訟法制（民事、行
4 政、刑事）相對最低的民事訴訟觀點而言，迴避制度的
5 規範強度已經到達必須利用「使法官不得於其曾參與之
6 裁判之救濟程序執行職務」（此為大法官用語；而且這
7 裡大法官並沒有針對「曾參與之裁判」設限）的手段方
8 法，才能保障「以維審級之利益」及「裁判之公平」的
9 規範目的與利益了。那麼，對於人民基本權蘊含著重大
10 剝奪風險的刑事訴訟制度，難道在迴避制度規範強度面
11 的保障，應該低於民事訴訟嗎？

12 (三) 釋字第 761 號解釋如何指明法官迴避制度已經屬於憲法
13 第 16 條保障訴訟權之核心，與釋字第 178 號、256 號
14 解釋之意旨相互呼應：

15 釋字第 761 號解釋雖然係針對智慧財產法院技術審查官
16 之迴避作為審查客體，但解釋理由內容明確指出「法官
17 迴避制度應屬訴訟權保障之核心內容...其目的有二：其
18 一是為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公
19 正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職
20 務之執行產生利益衝突；其二是要求法官避免因先後參
21 與同一案件上下級審判及先行行政程序之決定，可能產
22 生預斷而失去訴訟救濟之意義。綜上，可認法官迴避制
23 度實乃確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所不可或
24 缺，而屬憲法第 16 條之核心內容。」就此號解釋對於
25 法官迴避制度的闡釋出發，可知：

26 1. 法官迴避制度，確屬於憲法第 16 條所保障的核心內

1 容（且連立法者都不得以自由形成空間為由違背
2 之）；

- 3 2. 再次確認法官迴避制度之雙重規範保障目的：法官公
4 正審判（制度面規範保障；亦即釋字第 256 號所稱
5 「裁判之公平」，或釋字第 178 號所引申而出之公平
6 法院原則），以及維繫訴訟救濟本旨（個體基本權保
7 障；亦即釋字第 256 與 178 號提及之審級利益）。

8 本號解釋雖然並未針對法官迴避制度的規範與演化做出
9 過多技術性、細節性的指引，但已奠定法官迴避制度屬
10 於憲法基本權核心，不受立法形成自由干預之地位，同
11 時也與釋字第 178 及 256 號解釋合併建構出一個在基本
12 權規範保障地位上更趨於完整、成熟的法官迴避制度。

13 （四）從釋字第 256 號與 761 號回頭觀察第 178 號解釋：釋
14 字第 256 號與 761 號解釋早已對釋字第 178 號作出補
15 充；而且從民事訴訟出發探討法官迴避制度作為訴訟基
16 本權之核心，絕非與刑事訴訟的迴避制度無關，反而更
17 凸顯刑事訴訟迴避制度需要提高標準之迫切：

18 本屆大法官在說明會詢答過程中，曾提出兩個重要問
19 題：第一、本案所討論的迴避制度以及適用的三種情形
20 （亦即爭點一到三）是關於刑事案件，那麼在民事與行
21 政案件，是否也要一體適用本案所得的結論？（詹森林
22 大法官）；第二、釋字第 761 號解釋認為法官迴避是訴
23 訟權保障的核心，但是否這部分核心保障可以排除立法
24 裁量？（黃昭元大法官）

25 上述兩個問題，正好可以協助我們將釋字第 178，
26 256，與 761 號解釋進行融合式的觀察後，依照上開各

1 號解釋的文義本旨，做出體系結論的建構：釋字第 761
2 號解釋承繼過往關於法官迴避制度的各號解釋，已經明
3 文直指法官迴避制度是憲法第 16 條訴訟權所保障之核
4 心內容，且此一核心係屬於立法形成自由所不得侵越
5 者。此觀釋字第 761 號之理由書明揭「...立法機關具體
6 化訴訟制度固然有一定之自由形成空間，惟仍不得違背
7 前揭訴訟權保障之核心內容」，就可以得出「立法者不
8 得以立法形成自由主張透過制定法律之手段對於法官迴
9 避制度加以違背」之當然結論，同時也已經答覆了黃昭
10 元大法官的問題。

11 再來，既然法官迴避制度已經屬於憲法訴訟基本權的保
12 障核心內容，且為立法形成自由所不得侵害或違背之領
13 域，那麼有鑒於法官迴避制度，無分民事、行政、或刑
14 事訴訟之迴避，均在於保障公平法院制度與審級利益，
15 上述三號解釋之解釋文與理由所構築有關法官迴避制度
16 之體系規範，自然應對於所有涉及法官迴避之程序法爭
17 點，依據平等原則「等者等之，不等者不等之」的內
18 涵，發揮拘束之效力，並依照基本權照料與剝奪風險之
19 位階，建構或形塑出法官迴避原則由低至高標準，在民
20 事，行政，與刑事訴訟之操作細則。

21 值得特別說明的是：依據民事，行政，與刑事訴訟程序
22 所構築形塑的法官迴避原則規範體系，原本就有按照三
23 種不同類型事件以及照料或侵害基本權之程度或風險，
24 賦予三種不同類型法官迴避標準之需求；此正係憲法平
25 等原則內涵之體現。例如，只要觀察民事，行政，刑事
26 訴訟制度對於判決得其心證之證據門檻標準，分別依照

1 各該類型事件之性質（亦即基本權照料與剝奪之程度與
2 風險），而出現證據優勢（preponderance of
3 evidence；約莫過半），明確有說服力（clear and
4 convincing；約莫七成），以及超越合理懷疑（beyond
5 reasonable doubt；約莫九成五）等，即可得證。

6 換句話說，上述結論事實上已經回覆了詹森林大法官的
7 問題：民事、行政，與刑事訴訟案件依照其事件本質，
8 應該本於法官迴避制度的一致核心保障，建構出合於各
9 該事件類型的迴避制度，且不得低於釋字第 178，
10 256，及 761 號解釋所建立之體系。

11 由此以觀，事實上從釋字第 178 號所啟動的法官迴避法
12 規範體系以及其操作細則，已經受到釋字第 256 號（透
13 過民事訴訟再審之特別救濟當然有法官迴避適用，藉此
14 保障迴避制度之雙重核心價值）以及第 761 號解釋（法
15 官迴避制度已經屬於憲法訴訟權保障核心，而且是立法
16 者不得假借立法形成自由所侵越者）進行了實質上的補
17 充。是以，本代理人認為爭點四於此也可獲得解答—不
18 過，這並不代表本屆大法官面對本聲請案所隱含的重要
19 問題，不應該持續將此一法規範體系進行更加細緻化的
20 發展。

21 （五）透過釋字第 178 號，256 號，761 號解釋所建構漸趨於
22 完整的法官迴避制度規範體系，其形象為何？操作基準
23 又是如何從上開解釋中提取出來？

24 綜合上述論證，由釋字第 178 號解釋所啟動，透過釋字
25 第 256 與 761 號解釋進行實質補充之後所具現化的法官
26 迴避法規範體系，其核心保障，規範要素，與操作細則

可以臚列如下表：

	釋字第 178 號	釋字第 256 號	釋字第 761 號
核心保障範圍	憲政制度面擔保：公平法院 個體基本權擔保：審級利益		
規範要素	要保障的基本權核心利益同時涵蓋「避免當事人疑其具有成見」，以及當事人審級利益。	法官迴避制度之規定，在於「 <u>使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務</u> 」。 規範目的要保障的核心規範利益在於「以維審級之利益」及「裁判之公平」。	法官迴避制度，屬於憲法第 16 條所保障核心內容，且為立法者不得以自由形成空間為由違背之者。 再次確認法官迴避制度之雙重規範保障目的。
操作細則	<ul style="list-style-type: none"> - 以「同一案件」為判斷基準； - 應迴避的「前審」包括（但不限於）下級審； - 也包括同一案件「前前審」的第一審裁判參與法官； 	<ul style="list-style-type: none"> - 曾參與同一訴訟事件之前審或更審前裁判，應迴避； - 同一訴訟事件的判決終局確定後的再審，也應迴避（但無次數限制的特別救濟，限於員額，以全 	（與本件聲請案件無直接關聯；從略）

	- 也包括曾參與同一案件在三審撤銷發回更審前裁判的法官。	體迴避一次為限)	
--	------------------------------	----------	--

於是，透過這三號解釋所建構的法官迴避制度法規範體系，在憲法第 16 條的核心領域內，論理上或操作上都必須受到下列兩大核心規範要素所拘束：第一、必須要能同時保障憲政規範面的公平法院制度，以及當事人個人的審級利益；第二、應該以「使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務」為底限；其前後乃有目的—手段之強大關聯性。這也正是本代理人在先前陳述書所主張，相關大法官解釋對於法官迴避制度，真正在意的並非單純審級利益，而是「曾經參與之（同一案件）裁判」會造成的嚴重影響，因此我們在解釋時應該以「審理程序的時序前後關係」來判斷，而非陷入不合邏輯的「前次審」或「下級審」等文字爭議泥淖中的主要理由。

這樣的規範體系與保護目的解釋，也可以從現行各訴訟法體系所架構之法官迴避制度中得到證實。茲將現行民事、刑事與行政三大類訴訟程序（家事事件與智財事件分別依程序性質準用上開訴訟法之規定，於此不再贅述）的迴避事由與保護目的，依據釋字第 761 號提出的分類方式整理如下表，以供比對：

訴訟程序	迴避事由	保護目的與性質
刑事訴訟法	17 條第 1 款至第 6 款	因 <u>個人利害關係</u> ，與法

		官職務之執行產生利益衝突，一般人難以期待法官公正公平的裁判。
	17 條第 7 款與第 8 款	法官於開始審理案件前即已 <u>產生預斷</u> ，無法期待其維持公平審判立場，而失去訴訟救濟之意義。
	18 條第 2 款	以客觀一般人之合理觀點，對法官能否為公正裁判產生合理的懷疑，且審判實務上承認「個人利害及身份關係」或「預斷案情」都屬於本款的迴避事由。
民事訴訟法	32 條第 1 款至第 6 款	因 <u>個人利害關係</u> ，與法官職務之執行產生利益衝突，一般人難以期待法官公正公平的裁判。
	32 條第 7 款	法官於開始審理案件前即已 <u>產生預斷</u> ，無法期待其維持公平審判立場，而失去訴訟救濟之意義。
	33 條第 1 項第 2 款	以客觀一般人之合理觀點，對法官能否為公正

		裁判產生合理的懷疑，且審判實務上承認「個人利害及身份關係」或「預斷案情」都屬於本款的迴避事由。
行政訴訟法	19 條第 1 款	因 <u>個人利害關係</u> ，與法官職務之執行產生利益衝突，一般人難以期待法官公正公平的裁判。
	19 條第 2 款至第 6 款	法官於開始審理案件前即已 <u>產生預斷</u> ，無法期待其維持公平審判立場，而失去訴訟救濟之意義。
	20 條準用民事訴訟法第 33 條第 1 項 2 款	以客觀一般人之合理觀點，對法官能否為公正裁判產生合理的懷疑，且審判實務上承認「個人利害及身份關係」或「預斷案情」都屬於本款的迴避事由。

從以上的分類整理結果，至少可以印證以下事項：

1. 無論是基於個人利害關係，或是因法官有預斷可能而要求迴避，其目的均是為了確保能維持「公平審判」的外觀，終則守護人民對於司法法治，乃至於民主制度的根本信賴（附帶一提：這不正是司法院力推國民

1 法官制度，所希望達成的？也因此，本代理人對於為
2 何司法院對法官迴避制度的體系建構採取如說明會一
3 般畏縮的見解，感到難以理解）。縱使從個體權利的
4 觀點來看，刑事訴訟法第 17 條第 8 款具有保護審級
5 利益的功能，也不排除其確保「公平法院」與「訴訟
6 權保障」的主要目的（事實上，釋字第 761 號解釋也
7 已明確說明：上述二種目的都屬於公正審判與訴訟權
8 保障的核心內容）。

9 2. 上述公平法院制度的維持，無論於民事、刑事或行政
10 訴訟中，立法者都已作出了相同保護密度的決定，足
11 見：既然連民事、行政訴訟中，「公平審判」都已經
12 確定屬於「所有迴避事由」應共通考慮的核心要素，
13 於理應涉及更大基本權侵害、受正當法律程序保障更
14 為嚴格的刑事訴訟程序，自不可能僅將其中特定款項
15 的迴避事由，排除對於公平審判的保護，而僅考慮個
16 體的審級利益維護。此恐怕已逾越立法裁量的範疇，
17 更遑論以欠缺法律明文授權的行政事務規則，架空上
18 述訴訟權的憲法保障（再次：一併回覆詹森林大法官
19 與黃昭元大法官於說明會中的提問）。

20 3. 無論依據立法者所制定的規範內容，或是審判實務的
21 穩定見解來看，是否應行迴避的主要判斷標準，都是
22 「從一般合理之人」的第三人角度對公平審判及法公
23 正性的外觀加以評價，而非「參與審判之人的主觀想
24 法」。從而，「法官主觀上認為自己是否有維持專業
25 倫理性」一事，自始便不在應否迴避的考慮範圍之
26 內，也更不可能作為對審判公正性的擔保機制。上述

1 所有的迴避事由，都是要求「從客觀一般人的角度觀
2 察，法官難以維持公平審判的風險已經超過一定程
3 度」時，就有應行迴避的義務，自無只有在刑事訴訟
4 法第 17 條第 8 款的情形，才以「審級利益」或「法
5 官倫理」等不直接相關的因素，將法官迴避義務加以
6 限縮或排除的理由。此外，所謂「客觀一般人角度」
7 的詮釋，還有什麼證據比起歷來司法心理科學的研究
8 更加客觀、具備信效度？

- 9 4. 事實上，將憲法對法官迴避的要求，限縮在「審級救
10 濟利益受影響」的情形才有適用，本質上就已經不當
11 窄化「預斷防止」與「訴訟權保障」的核心概念（釋
12 字第 761 號解釋明示法官迴避屬於憲法第 16 條訴訟
13 權保障的核心內容，然依據釋字第 639 號解釋理由，
14 審級制度並非訴訟權保障之核心內容。兩相對照，可
15 知「審級救濟利益」顯然未能含括法官迴避制度的全
16 部內涵）。除非依據程序的性質，有任何制度上的特
17 殊性，導致有較「司法公正性」更應優先保護的憲法
18 利益存在，否則立法者或行政機關都無權架空或減損
19 上述由釋字第 178，256 與 761 號解釋所共同建構之
20 保護規範體系。

21 (六) 舉凡以上論理，均可由歷代大法官之各該相關解釋及現
22 行有效法律條文當中，直接萃取解讀而得；並非本代理
23 人所創之見解。 鈞庭身為歷代大法官解釋見解之繼受
24 者，除非有特殊的情事變更事由，恐無不受上開各號解
25 釋拘束的理由。

26 二、釋字第 178-256-761 號解釋，合併建構了法官迴避制度的

1 法規範體系與操作細則（某程度等同回答了爭點四的探
2 問）。那麼，上述法規範體系與操作細則應該如何適用在
3 本案爭點一至三？

4 （一）爭點一涉及法官於同一案件曾在通常程序參與裁判，在
5 確定後的非常上訴特別救濟程序，又再次參與裁判的狀況。
6 爭點二涉及法官在刑事同一案件的二審參與裁判，
7 經撤銷發回後，又參與更審裁判之情形（且經最高法院
8 29 年台上字第 3276 號認為並無不可）。爭點三則涉及
9 最高法院以「行政事務分配規定」（似乎可以看出最高
10 法院試圖以「行政規則」為名，逸脫法規範審查的決
11 意），也就是民國 80 年版的最高法院第二次發回更審
12 以後民刑事上訴案件分案實施要點，所謂的「更二連
13 身」條款，持續由同一法官參與同一案件的更審後上訴
14 三審之審理之情形。

15 （二）姑不論法定法官原則之侵害風險，以及各種司法心理學
16 的科學研究不斷指出人類極難覺察自身在認知
17 （cognitive）與決策（decision-making）面之各種偏誤
18 與瑕疵（均請參照說明會、學者論述，以及本代理人陳
19 述書，於此不贅）；單以本補充理由書針對既存的釋字
20 第 178-256-761 號解釋所萃取得出的法官迴避制度核心
21 保障範圍，以及規範要素進行觀察：爭點一的「先參與
22 刑事通常程序，再參與確定後特別救濟的非常上訴審理
23 程序」，便可判斷其違憲風險猶高於釋字第 256 號的類
24 似案例（民事通常程序與民事再審）——因為本聲請案是
25 針對侵害人民生命、自由與名譽等基本權的刑事司法救
26 濟程序而為，其規範審查強度沒有理由遜於民事司法程

1 序。

2 (三) 至於爭點二的類型，若認為其不違憲，同樣會製造出侵
3 害釋字 178-256-761 號解釋有關法官迴避法規範體系的
4 核心保障的巨大風險—除了直接實質侵害公平法院與審
5 級利益等訴訟權核心價值外，效果上更等同實質容認事
6 實審可由同一法官持同一見解，於法律審指摘其錯誤並
7 撤銷發回後，在同一案件以「事實認定」為武器，持續
8 與法律審進行對峙。畢竟，要要求案件纏身的事實審法
9 官們，在實際審判中如同司法有權機關在說明會中揭示
10 的「訴諸法官倫理守則好好自我規範即可」藉以覺察自
11 己認事用法的錯誤，甚至做出修正判決，諸多案例都已
12 經告訴我們，如果有權機關不是樂觀到近乎天真的想像
13 方式，就是其實並沒有意識到這樣的做法對人民訴訟權
14 與公正法院侵害的嚴重性。對涉入刑事訴訟的當事人而
15 言，相對於能否有效率的審理結案，毋寧更在意司法能
16 否秉持公正的立場進行審理，而不要對自己造成冤錯的
17 結果。如何避免公正審判的精神與當事人的訴訟救濟
18 權，因為承審法官既有的定見（甚至是連自己都沒有意
19 識到的盲點—再次：這是已經受到當代司法心理科學所
20 再三證實之特別經驗法則）而遭到腐蝕架空，恐怕才是
21 制度上應該最優先被確保的。

22 (四) 至於爭點三的狀況，恐怕是本次聲請案最為棘手的議
23 題：在最高法院以員額有限為由（也是事實），以審理
24 效率為名（並無實證依據），透過「分案實施要點」建
25 構所謂「更二連身」（以及重大案件一律連身）的分案
26 體系現況下，要如何判斷這種透過貌似規範司法機關內

1 部行政事務，實則已經具體侵害人民權益（而且是憲法
2 層級的訴訟基本權核心）與公平法院制度的「行政規
3 則」要點是否違憲？究其本，自然必須要回到上述大法
4 官解釋所已經建立的法官迴避制度規範審查體系來看
5 看：透過最高法院的分案要點連身條款，讓同一法官在
6 同一案件的第三審（理論上）無限地重複審理，第一：
7 有沒有侵害公平法院原則與當事人審級利益的重大風
8 險？第二：有沒有違背「使法官不得於其曾參與之裁判
9 之救濟程序執行職務」的規範體系底限？結論是：不管
10 是八十年版的分案要點，或者現行的連身（包括更二連
11 身與重大連身）條款，顯然都會在一開始，或者從第三
12 次起，就使當事人失去接觸新法官的機會，因此理論上
13 是不易全面通過檢驗的。就別提：無論是司法院刑事廳
14 或者最高法院的代表，根本找不出所謂「連身條款」的
15 歷史緣由與依據；而且當年最高法院根本一開始還提出
16 四點意見否定連身制度的窘境了。這樣的狀況不也恰恰
17 證立了透過分案要點形塑「連身制度」的恣意與獨斷性
18 之易見，猶如寫在額頭般的明顯？同時，正如詹森林大
19 法官在說明會中的提問：最高法院與各級法院，是否已
20 經如同釋字第 256 號解釋「至少已（全員）迴避一次」
21 的方式，做過維護法官迴避制度的「真摯努力」了？恐
22 怕也是爭點三的判斷有必要納入考量的。

23 （五）本補充理由行筆至此，本代理人已經針對大法官解釋就
24 法官迴避制度的本旨所意欲形塑的憲政規範，做出了一
25 定程度的論理描繪。而這樣的描繪本身，其實除了說明
26 釋字 178 號在實質上已經遭到釋字第 256 與 761 號的

1 補充外，也進一步向 鈞庭提出了在爭點四由 鈞庭接
2 續前數代大法官的努力，將法官迴避制度的法規範體系
3 建構完整的憲法守護義務。而這樣接續建構的努力，體
4 現在本案聲請的標的與射程當中，則是 鈞庭將對於爭
5 點一至三進行的判斷與論理，藉此也可以映照出：究竟
6 在 鈞庭的認知中，法官迴避制度的整體法規範體系，
7 以及其所涉及的人民權益，是否真像本聲請案一開始
8 鈞庭三位大法官所做出的反射性自行迴避動作一般，那
9 麼樣的值得認真對待。就如刑事廳在本次說明會中的陳
10 述：基於法官法與法官倫理規範的誠命，法官必須於執
11 行職務時，隨時注意自己是否保持中立公正的立場。在
12 作為一介公平正義的代言人之前，法官也是人類；若對
13 自己的立場已經因為接觸過案情而受到影響一事有所自
14 覺，自行迴避就是維持司法公正性最直接而有效的手
15 段，這難道不正是貫徹上述法官義務與使命的具體實
16 踐？此非但不是對法官能力與操守的質疑，反是為了協
17 助在第一線捍衛公平正義的法官，能更無後顧之憂的維
18 持司法公正廉潔的外觀。

19 (六) 最後，本代理人希望特別說明一點，或謂「請求」 鈞
20 庭認知到一點在本聲請案進行決策時，勢必影響本屆各
21 位大法官的重要心理因素：正如法官是人一樣，大法官
22 也是人；而只要是人類，心理科學證明了，都極難自外
23 於認知偏誤對決策過程的影響。在本聲請案中，本代理
24 人疑慮最可能影響 鈞庭大法官們進行評議與判決偏誤
25 的外來認知因子，其實在法律上也有個顯著的原則可
26 循。那就是：「不當聯結禁止原則」—本代理人希望特

1 別指出並請求 鈞庭，在本聲請案的決策過程中，去覺
2 察並排除與本案建構法官迴避制度法規範體系不相關的
3 因子，用司法素人的語言說—「如果本憲法法庭認定爭
4 點一到三違憲的話，那現在的司法與案件實務會發生什
5 麼變化？媒體與民意會如何看待這件事？」如果 鈞庭
6 陷入前述那樣認知偏誤思考的迴圈，徐自強案與謝志宏
7 案的荒謬（蔡崇隆導演發人深省的紀錄片傑作《島國殺
8 人紀事》所點出，徐自強案歷審法官竟在記者會稱「我
9 們數十人都是成績優秀、考績極佳的法官，怎可能判
10 錯？」言猶在耳；本代理人的當事人謝志宏更在原案毫
11 無物證狀況下，經歷更七審，二十年的光陰虛耗；這兩
12 案所凸顯無非正是司法實務工作者一旦受到偏誤思考
13 後，可能產生的嚴重決策後果），這一次恐怕就會以
14 「肯證偏誤」（confirmation bias）的面目重演：「一
15 旦做出違憲判斷，司法實務可能一時無法調適，而民意
16 輿論可能也會誤以為本庭對特定的刑事政策有既定立場
17 才來開這道門...時機未到，國情不符，或許就先不作成
18 違憲判斷比較好？」當 鈞庭諸位大法官出現此一念頭
19 的時候，或許就是該請各位重新拿出徐案與謝案的案
20 卷，提醒自己司法上的認知偏誤是怎麼一回事的時候
21 了。

22 肆、結論：

23 本補充理由接續先前提出於 鈞庭的陳述書，主要希望從既
24 存的大法官解釋與釋憲實務，闡明我國現行法官迴避制度法
25 規範體系的論理依據與現實樣貌。也懇切期盼 鈞庭可以意
26 識到本聲請案的論證並非法律上的孤島—前面數代的大法官

1 們，其實都已經透過釋字 178-256-761 等號解釋的文字與
2 論理，給 鈞庭留下了指路與繼續前行的明燈。至於法定法
3 官原則，其他的司法心理學有關「認知偏誤」的相關研究，
4 以及對於不同意見（包括學者專家）之回應，本代理人都已
5 經在陳述書當中略予討論，在此就不再贅言。

6 依據陳述書以及本補充理由所載，聲請人與本代理人均確信
7 爭點一至三有違憲之重大疑慮，釋字 178 號解釋應有進一
8 步補充之必要。

9 剩下的，就交給 鈞庭各位大法官，憑藉法之確信與科學的
10 力量，進行判斷了。

謹 狀

憲 法 法 庭 公 鑒

中 華 民 國 1 1 1 年 1 1 月 2 1 日

聲 請 人：謝志宏
代 理 人：黃致豪律師

黃致豪律師

