

憲法法庭審理會台字第 13254 號劉政哲、會台字第 13770 號黃春棋
及 107 年度憲二字第 166 號曾盛浩聲請解釋案說明會發言速紀錄

時 間：111 年 10 月 24 日（星期一）上午 10 時

地 點：司法院 3 樓會議室

主 席：許大法官宗力

出 席：蔡大法官明誠 許大法官志雄 張大法官瓊文

黃大法官瑞明 詹大法官森林 黃大法官昭元

謝大法官銘洋 呂大法官太郎 楊大法官惠欽

蔡大法官宗珍

線上參與：吳大法官陳鐸

迴 避：蔡大法官炯燉 黃大法官虹霞 林大法官俊益

聲請人之訴訟代理人：

劉政哲之訴訟代理人陳明良律師、黃春棋之訴訟代理人李
艾倫律師、薛煒育律師、翁國彥律師、曾盛浩之訴訟代理人
陳于晴律師、羅士翔律師、蘇孝倫律師

關係機關代表及訴訟代理人：

司法院刑事廳代表彭幸鳴廳長、訴訟代理人胡宜如法官、林
勇如法官、最高法院代表吳秋宏法官

專家、學者：

何賴傑教授、李榮耕教授、劉芳伶副教授

速 記：書記官林廷佳 劉育君 涂人蓉 陳淑婷 吳芝嘉

高碧莉 廖純瑜 楊靜芳 孫國慧

主席

今天的說明會，在開始之前，有幾點要向在場的各位說明：一、
本庭審理釋憲案件召開說明會，是根據憲法訴訟法第 19 條第
1 項的規定舉行，本庭如果認為審理案件有必要召開說明會聽
取意見，可以依職權召開說明會，召開說明會是本庭的職權，

並不是聲請人可以聲請召開的程序。二、這一次說明會的爭點，所涉及相關的受理案件很多，但就是因為爭點相似，所以合併審理。本庭是依照所涉及之不同法官迴避事由，分成三種不同的類型，並指定各該類型中最早受理的案件做為說明會詢答、邀請的對象。三、為了確保沒有到場的其他併案案件聲請人陳述意見的權利，未經通知到場的聲請人，除了可透過線上直播收看以外，仍然可以就說明會的爭點題綱，以書面的方式向憲法法庭陳述意見，供憲法法庭審酌。現在請書記官朗讀案由。

書記官

會台字第 13254 號劉政哲聲請案案由：

為貪污案件，認最高法院 94 年度台非字第 115 號刑事判決，所適用之刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定，有違反憲法第 7 條、第 16 條、第 23 條及第 171 條規定之疑義，聲請解釋案。

會台字第 13770 號黃春棋聲請案案由：

為擄人勒贖案件，認最高法院 89 年度台上字第 2196 號刑事判決，所適用之刑事訴訟法第 17 條第 8 款、中華民國 80 年 8 月 16 日核定修正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 2 點規定及司法院釋字第 178 號解釋，就曾參與前次發回更審裁判之第三審法官，排除刑事訴訟法第 17 條第 8 款迴避原則之適用，有違憲法保障人民訴訟權及公平法院原則，聲請解釋暨補充解釋案。

107 年度憲二字第 166 號曾盛浩聲請案案由：

為殺人等案件，認臺灣高等法院花蓮分院 97 年度重上更(三)字第 21 號刑事判決及最高法院 97 年度台上字第 3864 號刑事判決，所適用之司法院釋字第 178 號解釋意旨及最高法院 29 年上字第 3276 號判例要旨，容許刑事案件二審法官於經上級

審發回更審後，再行參與審判，而排除刑事訴訟法第 17 條第 8 款之迴避規定，違反憲法所保障之人民訴訟基本權與公平法院原則，聲請補充解釋暨解釋案。

主席

今天出席的人員：15 位大法官中，有 3 位大法官迴避，即蔡副院長炯燉、黃大法官虹霞、林大法官俊益 3 位，12 位大法官中，吳大法官陳鏗是線上參與。聲請人的訴訟代理人有 7 位：聲請人劉政哲之訴訟代理人陳明良律師；聲請人黃春棋之訴訟代理人李艾倫律師、薛煒育律師、翁國彥律師；聲請人曾盛浩之訴訟代理人陳于晴律師、羅士翔律師、蘇孝倫律師。今天出席的關係機關：本院刑事廳機關代表彭幸鳴廳長、訴訟代理人胡宜如法官、林勇如法官；最高法院機關代表吳秋宏法官。專家、學者我們邀請的有何賴傑教授、李榮耕教授及劉芳伶副教授。

現在開始進行大法官的詢問程序，各位答覆的時間不超過 5 分鐘，請各位大法官發問時，先說明要請哪一位答覆。

（楊大法官惠欽表示有問題提問）

主席

請楊大法官惠欽提問。

楊大法官惠欽問

第一個問題請教司法院刑事廳，此次爭點其中一項是最高法院所定分案規則，簡稱更二連身條款。根據最高法院提出之書狀表示係依據司法院函文辦理，想請教刑事廳當時發函理由與目的為何？另為何是以更二連身，從更二審以後才開始指定由某一位法官繼續辦理，亦即更二審以後，等於指定這位法官，若有再次更審上訴的案件都繼續辦理，則為何是更二審以後，而非從更一審一開始就跟著第一次上訴時的法官？

第二個問題想請教最高法院，最高法院提出的書狀第 17 頁就更二連身條款是否違反法定法官原則部分，書狀敘及更二審以後分案是跟著連身前一次之更審，而該次更審分案時是有根據一般性、抽象性輪分方式處理，故認為更二審以後其實是符合所謂一般性、抽象性的案件分配原則，是屬於隨機而無恣意的分案，因此認不違反法定法官原則。若依此論理之思維方式，則為何不在更一審就開始連身而是到更二審以後才連身，理由為何？

又此問題點涉及法定法官原則，而更二連身部分是否違反法定法官原則，專家學者何賴傑教授、劉芳伶副教授就此部分有不同意見，想請兩位教授就所持不同意見之理由，再做除書面外更詳細的口頭說明，說明為何認為更二連身條款違反法定法官原則；接著再請最高法院，就兩位教授認為違反法定法官原則部分，及針對司法院釋字第 665 號解釋，關於法院就受理案件分配的事務，可於合理及必要範圍內訂定補充規範，但應避免恣意及其他不當的干涉等之闡述，除原來書面陳述外，若有其他意見也請一併補充。

主席

先請刑事廳表示意見。

關係機關司法院刑事廳代表彭幸鳴廳長答

大法官所提到司法院刑事廳曾經去文最高法院，提到更審即重複上訴第三審的案件，第一次法官若撤銷發回，第二次承辦法官從他以後只要同一案件再上訴三審時就由同一法官更續辦理，此即為更二連身條款，當時確實是由司法院函請最高法院照此方式處理。這個函文歷史非常久遠，目前沒有辦法查明其來龍去脈，但可推知當時係因案件有妥速審判之要求，故於不損及當事人獲得救濟之前提下，若為非常繁雜的案件，法官

每次撤銷發回後，該案再上訴三審時由他人承辦，可能導致重複循環，不利案件妥速審結，也許當時有這樣的狀況發生，故請最高法院就此一部分能事先預立抽象性的審理規則，來進行更二連身以後的處理方式，至於為什麼是更二，目前我們手中並無相關資料可以查考。

主席

請最高法院代表陳述。

關係機關最高法院代表吳秋宏法官答

主席，關於 76 年 1 月份司法院刑事廳函令詢問本院是否可就第二次以上發回更審，也就是所謂的更二連身案件進行試辦，有無窒礙難行之處。當時本院經過討論後，認其有窒礙之處，理由有四：第一、破壞最高法院行之有年的保密分案制度；第二、違反釋字第 178 號解釋精神；第三、違反合議制度規定；第四、案件若發回更審再上訴，未必可達司法院當時令函垂詢之效率問題，本院基此回覆司法院後，司法院於 76 年 3 月 13 日函令本院試辦，此為大致經過，試辦理由係認無損於釋字第 178 號解釋所作成的當事人審級利益，似未違反法官應行迴避的制度，亦無侵害當事人受公平審判之原則，因此結論認原則可行。當時雖已制定法院組織法，但還沒有法官會議來決定法官分案，從司法院釋字第 530 號解釋意旨來看，司法院對於司法行政事務有規則制定權，再從釋字第 665 號解釋意旨可知，各法院法官事務分配，除了不牴觸法律外，亦不可牴觸司法院訂定的法規命令及行政規則。在此原則推衍之下，可知司法院函令事實上對於最高法院的法官事務分配具有行政指導，甚至有拘束效力。尤其當時是在釋字第 178 號解釋通過好幾年之後，司法院函令本院試辦，主要考量為革新法院行政、確切提高辦案效率、加強便民服務。然此結果可以看出更

二連身條款與保密分案制度無關，也不侵害當事人的審級利益，而且司法院主管司法行政，有各種的統計數據，認為在這種情形下，可能不宜再用電腦隨機分案的方式處理，因此最高法院就在這樣的過程中開始試辦，當然試辦過程還是有經過一些會議，讓整個規則有合法化的程序。

剛才楊大法官有垂詢為什麼是更二而不是更一就連身，坦白說我們曾經在今年3月29日由院長召開最高法院全院法官會議，會中討論更二連身條款有無侵害人民受公平法院審判原則、有無構成應自行迴避事由及有無侵害法定法官原則。會議中也有人提問為什麼不是更一、更三、更四，而是更二？如同剛剛彭廳長所提到的，因為這是76年間的事情，相關人事已非，現已不可考，因此楊大法官垂詢為何不是更一就連身，就此我們也不是很清楚。

剛剛所述是所有更二連身案件，但後來在78年間司法院曾經召開所屬各級司法首長座談會，其中討論事項為關於辦理重大刑案如何速審速結，以收嚇阻警惕之效，維護社會祥和。決議第5點提到第二審判決上訴的重大刑案，若經第三審法院撤銷發回，第二審法院更行判決後再上訴三審時，仍分由第三審法院原承辦股繼續辦理。司法院在78年3月30日由刑事廳以函通知本院要確實辦理78年間司法院所屬各級司法首長會議的決議事項，後來司法院亦訂頒相關重大案件速審速結注意事項，本院後來才召開相關會議訂定重大刑事案件分案辦法，這個辦法就是所謂的連身，而且是第一次就連身，這個可能跟今天的爭點未必相同。只是向各位大法官報告，從司法院第一次是以更二審才連身函令本院辦理，第二次對於重大刑案第一次就要連身通知本院辦理，可見司法院在司法行政上面的高度，是有考量就案件屬性不同而做試辦，以上報告。

主席

各位等一下答覆，原則上不超過 5 分鐘。時間屆滿前 1 分鐘，響鈴 1 聲，時間屆滿，響鈴 2 聲，請結束發言。

接著，請何賴傑教授。

何賴傑教授答

關於剛剛楊大法官的提問，按照這個脈絡來看，其實主要的是最高法院的分案實施要點。我的結論是，在法定法官原則的考量之下，在最高法院的層級，按照輪分或是一般隨機分配的方式，如果這個案件又回到原來審理的那一個法庭，我認為在這種情況下不會違反法定法官原則。法定法官原則最重要的是，不可以在事務分配管轄的實施要點上，強制這個案件一定是由某一個法庭來審理。像這個案件更二連身的方式，很顯然的更一審一旦上訴的話，該案絕對會落入到原來的那個法庭，也就是在事先大家都不知道，完全看實際上分配的狀況下，這個案件已經完全無此考量，大家都知道這個案件一旦上訴絕對會回到原來的法庭。這是不是一種事先的、一般抽象概括的方式去定事務分配？我認為在這一點違反法定法官原則。而法定法官原則，在德國基本法上是一個憲法的原則，雖然我國憲法未就此特別規定，但我認為這個一定要嚴格的遵守，因為如不遵守法定法官原則，很有可能會透過與司法個案或司法事務不相干的外在因素影響到這個案件的審理，此會違反公平性及客觀性，我認為要三思。當然我知道最高法院在這一點上有其實際的內外因素考量，但再怎麼樣的考量，法定法官原則還是應該要確保。法定法官原則作為德國基本法的一個規定，其實有非常多的討論，我想我們沒有很多時間在此討論，只是針對這個案件，我認為法定法官原則應該獲得確保。

主席

接著，請劉芳伶副教授。

劉芳伶副教授答

關於楊大法官剛剛的提問，我的結論也是更二連身條款違反法定法官原則，因為法定法官原則有幾個要件：第一、完全性；第二、抽象性；第三、明確性；第四、穩定性；第五、事先性；第六、年度性。以更二案件來說，用連身條款的情況，就像剛剛何老師說的，基本上只要更一審上訴的話，之後由誰審理是完全可以預期的。所以在抽象性這點來說，它並不是法定法官所謂事理客觀的要素，因為法定法官所謂事理客觀的要素，是指依案件的性質，為了遂行法定法官原則的目的，即非常公平地用事前、抽象的規則去分配案件，讓一般人無法預測，也無法操控某個特定的案件由某個特定的法官來審理，藉此就可以某程度嚇阻行政機關或是其他勢力，透過操縱誰來審判，進而間接的操縱審判結果。可是更二連身條款的設計目的，其實與所謂法定法官的目的毫無關聯，其目的其實只在一件事，就是要遏止濫行發回。過去我當律師的時候，其實更十二、更十三都很常見。那時候濫行發回，其實是因為法官們負擔都很重，所以有時發回的理由，在法律上來看並不是這麼的堅強，但是為了要減少自己的負擔就予以發回，想說還有別的同僚可以審理，所以當時司法院就設計了連身條款。以此觀點來看，連身條款確實可以有效地遏止濫行發回，以達到剛剛刑事廳所說的比較快速審結。不過就事論事、依法論法，既然其目的不是為了貫徹法定法官原則，只是合理的分配法官間的勞務，以達成速審速結，就是訴訟經濟的問題。從這點來看，我認為毫無疑問的是不符合抽象性的要求。

不符合年度性也非常的明確，法定法官有一個年度性的要件，關於案件事務的分配（即分案），應以司法年度為單位，超過

司法年度的分配，就自始當然無效，因為超年度的分配在某程度上也變成可以預期這個案件之後誰判，還是無法達到法定法官原則。如果是更二連身的話，顯而易見的是未以司法年度為單位，故亦不合法定法官要求的年度性要件。當然會有質疑，連身條款真的很有貢獻，確實可以有效的遏止濫行發回。我認為會濫行發回一事，如已達到「濫行」二字的話，應該是涉及到法官欠缺專業性而且違反倫理性，應用法官懲戒或是淘汰不適任法官的機制來處理，同時要審視院內的勞務分配是不是讓法官負擔過重。我認為不可以為了合理分配彼此的勞務、可以快速審結，就適用更二連身條款，我認為更二連身條款違反法定法官原則。

主席

請最高法院代表回應兩位學者的意見。

關係機關最高法院代表吳秋宏法官答

首先，更二連身條款有無指定法官，就要看更二連身的分案是如何產生的。第一、第一次的二審判決上訴後如何產生第三審法官？電腦隨機抽籤。發回之後，二審的更一審判決上訴到最高法院如何產生第三審法官？電腦隨機抽籤。第二次的最高法院判決撤銷發回，二審的更二審判決再上訴，才構成更二連身，此時如何產生更二連身的法官？電腦隨機抽籤。這次電腦隨機抽籤之後，根據本件爭點審查標的，因此才會構成連身。亦即，已經電腦隨機抽籤過三次了，這樣還可以認為更二連身是恣意性地指定某一個主筆法官來辦案嗎？第二、是否違反事理客觀原則？那就來看看更二連身條款：1、分案要點是在76年訂定的，所有的分案依照該規定，符合釋字第665號解釋的事先性原則。2、該分案要點適用於所有民、刑事得上訴第三審之案件，符合一般性原則。3、如何指定更二連身的法

官？要件很簡單也很明確，符合更二以後的案件（指二審的案號是更三、更四以上的案件），最後一次是發回更審的原承辦法官，也就是所謂的主筆法官。在此情形之下，主筆法官有可能庭別會有變動，這在最高法院是每年都會發生的事情。一旦庭別變動，只連了這個主筆法官，合議庭的其他成員事實上是有可能變動的可能性。在沒有恣意，也沒有司法行政不當的干預之下，其實符合林鈺雄教授所提到的法治國原則下的合理審判期限要求，以及司法院或者終審法院可能所須的法一致性與法安定性的考量。

劉副教授有指教，這是否違反「年度性原則」？我在此簡短回應，年度性原則是指事務分配計畫只能夠做為年度計畫，超出的話，就如同劉副教授所講的，自然當然失效。但是諸位要考慮到，分案要點屬於分案的辦法，而年度的司法計畫屬於法官每一年度的事務分配，亦即法官的年度事務分配與適用於修正之前所有案件的民、刑事的分案要點，這是兩件事。為什麼說是兩件事呢？只要看最高行政法院的意見書第 5 頁就可得知，德國聯邦最高法院 2022 年事務分配附則第 7 點規定：「前經本院法庭作成裁判之刑事案件再次繫屬本院者，縱令事務分配計畫經變更，仍由該法庭辦理」，亦即不管案件更幾審，都是由原法庭辦理。德國聯邦最高法院刑事庭的分案是依照地區受理的，其刑事案件自始至終大家都知道是哪一庭辦理，且至案件確定為止都是同一庭辦理。由外國立法例、釋字第 665 號解釋原則，以及澄清了關於年度事務分配與事務分配辦法的不同，我們不太知道這樣還有如何的牴觸法定法官原則。

（詹大法官森林表示有問題提問）

詹大法官森林問

本席有幾個問題分別請教最高法院、司法院刑事廳及聲請人。先請教最高法院。第1個問題，有無數字可以顯示更二連身具有統一見解、加速審判，或其他功效？我們都有耳聞，尤其剛才劉芳伶教授以其切身之經歷指出，現在還是經常有更二、更三、更四、更五、更六以上的情形。以此推論，更二連身之目的是否真正可以達到速審速決或統一見解的目的？關於統一見解部分，很大程度內，應該被從前的決議及現在的大法庭取代。更二連身條款所謂「統一法律見解」的功能，不過是統一「該個案的事實調查結果」，或統一「該個案的法律解釋」，而無關通案之統一見解，是否如此？我想，最高法院必須更深入說明更二連身條款之合憲性，或其真正的功效。

第2個問題，聲請人劉政哲聲請人書第9頁至第18頁，特別是第13頁以下，以其原因案件驗證更二連身條款的弊病。該案，2位法官就其從前於臺灣高等法院審理時所認定不利於劉政哲之事實，一直到其在最高法院承審同一案件時，仍未改變，不再考慮調查其他事證。這就是聲請人主張的「隧道效應」。這2位法官分別在臺灣高等法院上訴審、更一審均認定同一不利於被告的事實，且該2位法官到了最高法院，仍不改變其關於事實之認定。相同之情形，也發生在聲請人曾盛浩的案件中。聲請人曾盛浩在其聲請書第7頁、第10頁亦詳細指稱，第二審法院只在更一審時傳喚1名陳姓證人，而該證人作出不利於聲請人曾盛浩之陳述；該案經最高法院撤銷發回，但在第二審法院更三審時之承審法官，與更一審之承審法官，是同1名。這位法官因此認為無必要再行傳喚該陳姓證人。但此部分是聲請人在上訴三審時曾經質疑之點，惟再次發回時之二審承審法官仍認為，從前已經調查之事實，無須重為調查，並維持同樣之事實認定。因此，請教最高法院，在聲請人曾盛浩之案件

中，是否會因為同一法官曾經於二審法院審理過，而後調升至最高法院時，會認為對該個案，就其於二審已調查過之事證，無須再為調查，從而導致產生所謂的「隧道效應」？

接著請教司法院刑事廳。貴廳所出具之意見書第5頁以下指出，對於防止所謂的「隧道效應」，已有一些擔保機制。但是，聲請人曾盛浩之訴訟代理人其意見書認為，刑事廳所謂的擔保機制似乎是求諸於法官倫理，並非有效的擔保制度。針對此點，司法院刑事廳有如何之回應或不同意見？

司法院刑事廳為更二連身條款所提出的辯護，其中一項理由是，從法官的數量而言，如果不採取更二連身，而須每次更審時，原承審法官迴避，改由不同法官承辦，則在案件一直上訴、一直發回的情形，可能到最後，法官迴避之輪次用盡，無法再找到可以承審之法官。但，針對刑事廳此項理由，聲請人之訴訟代理人認為，目前就臺灣高等法院及其分院之法官人數觀之，人數最多的是臺灣高等法院刑事庭的法官人數，有多達90幾名，以一個合議庭的組成為3名法官來說，至少應輪分30幾次才會輪完，為何因更二連身條款而必須讓同一法官辦理？最高法院之刑事庭好像有9庭，9庭在輪次上，可以到更九或是更八，為何「更二」就連身？所以，刑事廳以法官人數可能不足、法官輪次用盡，作為必須要「更二」連身的理由，至少就最高法院而言，這個條件恐怕不成立。另外，在臺灣高等法院花蓮分院之情形，因為花蓮高分院之民、刑事各只有1庭或2庭，所以遇有發回更審之情形時，聲請人認為這樣的不迴避反而在法官人數少之法院，對於被告是不公平。

因此，聲請人認為所謂法官人數不足，在大法院已經不成立，最高法院似乎亦可輪分9次，9個輪次後，最高法院合議庭之法官組成，也許因三專生之輪替而有所變動，或在輪次即將用盡

前，以靈機搭配之方式組成合議庭。從行政上，似乎亦無不能解決之道。以上問題分別請教最高法院及司法院刑事庭。

以下問題請教聲請人。請3位聲請人之訴訟代理人分別推派一名回答本席所提的問題。第1個問題，剛才最高法院之代表吳秋宏法官提到，聲請人所在意的更二「連」身是，連「承辦法官」或連「庭」？設若第2次上訴至最高法院，發現合議庭之組成員中1人，與第1次上訴最高法院時之合議庭相同，但該法官已非第2次上訴最高法院時之主筆法官，聲請人還會在意嗎？

第2個問題，刑事廳及最高法院提出更二連身之目的之一是加速審判、速審速決，聲請人方就此有無不同意見？在本件聲請案，各聲請人之訴訟代理人所代理之案件均係刑事案件，但更二連身條款如果被認定為違憲，則在民事訴訟及行政訴訟案件亦有相同問題，須一併考慮。在民事訴訟或行政訴訟，不僅是被告與國家間之利益，而是兩造之利益。一造在最高法院勝訴，最高法院廢棄發回時，若該案第2次上訴最高法院，對於原勝訴方而言，自然會希望仍由第1次上訴最高法院之法官繼續審理該案。此時，應如何同時考量對造之訴訟利益，而必須由不同庭之法官承辦？請聲請人之訴訟代理人就民事訴訟或行政訴訟，從兩造利益觀點，針對連身條款之適用有何缺點，或有何絕對違憲之理由，予以說明。

就算是刑事案件，亦有告訴人之問題。若第1次上訴最高法院之判決結果有利於告訴人，則發回後再上訴最高法院時，告訴人亦會希望是由第1次上訴最高法院之承審法官辦理。刑事案件也常存在告訴人與被告之訴訟關係，對任何一造來說，都會希望判其勝訴之法官於更審時續為審理，而連身條款即可扮演此一效用。因此，何以聲請人方認為適用更二連身，都會基

於隧道效應而一定會有違憲之情形？以上3個問題，請3位聲請人各推派1位訴訟代理人分別回答。謝謝。

主席

請最高法院代表回答詹大法官森林之提問。

關係機關最高法院代表吳秋宏法官答

謝謝大法官垂詢，有關於有無統計數據可以支持更二連身條款有助妥速審判的效率？我們在今年3月的法官會議，司法行政有提出近年來的統計數據，審酌結果認為與當時民國70幾年、甚至可能更早的年代情況不太一樣，如同詹大法官提及現已有大法庭、又有更二連身條款等拘束，民國100年以後的統計數據不太準確。

剛我也報告過了，此由司法院發球，而最高法院是被動接球，其實民國70幾年間之實施前及實施後，到底統計數據變化是如何，年代已不可考。擔任過律師的劉教授及今日在場有實務經驗的諸位，依照經驗法則來看，例如一個死刑案件，某法官是主張廢死者，若二審判死刑的話，如劉教授所言，該法官判決理由可能朝廢棄發回的方向，我只是說假設，因這畢竟是考驗人性。再者，若沒有更二連身條款，有可能此案件須發回，但當案件很繁雜時，某法官可能考慮下一次輪分未必分到他本人，有可能會影響其審查的仔細度，他會審查很仔細、發回理由指摘地很詳細，這對二審事實的調查完備度以及認事用法的正確性是有幫助的。若三審法官指摘地少，則可想像下級審就是依照上級審的指示，就哪些須再補充調查、再做說明為回應審判，這樣當然可能會影響到最後其他爭點跑出來。

另詹大法官提到劉政哲先生與曾盛浩先生之案件，聽起來如學者所謂「隧道效應」的事實認定以及同一個證人的不利陳述等問題，因這涉及個案的實體判斷，包含證據如何取捨、評價，

坦白說不在最高法院這一次討論議題之內，我只能回應若當事人在下級審更審，他認為這個法官有所謂「隧道效應」、不聽取當事人的聲請就做對當事人不利認定等等，事實上可依刑事訴訟法第 18 條第 2 項規定聲請法官迴避，此雖有主觀說與客觀說，但總有賦予當事人聲請法官迴避的權利保障。

就剛才提到效力的問題，最近選舉到了，有一句口號最近會經常聽到：「房屋蓋一半，師傅不能換」，理由在於他比較知道原來的根基怎麼建構，若還須再蓋，應如何蓋才會蓋好、不會漏水，我只能說這是經驗法則，最高法院確實也沒有一些統計數據，因時間關係，回應問題如以上報告。

主席

若在此次說明會來不及回應的部分，可於會後以書面補充。接著請刑事廳代表彭幸鳴廳長回答詹大法官森林提問。

關係機關司法院刑事廳代表彭幸鳴廳長答

就詹大法官問到有關連身問題，因重大案件是第一次就連身，不一定更二連身，所以大法官垂詢的連身條款若求諸法官倫理的話，似乎不可能形成有效的擔保，但是我還是必須說明，法官原本就是被預立為必須保持公平、中立審判，要摒除任何偏見與私慾來從事職務。不僅在法官法的誓詞中要求法官，在法官倫理規範也是如此要求法官應本於良心、依據憲法及法律超然的審判，所以法官在執行職務時要注意自己有沒有保持公平、正義。另外法官還有依法裁判義務，因此我們不太樂見法官會以迴避為由規避某些案件的審判義務。

剛剛詹大法官提到的「隧道效應」問題，當然在一般情況之下，或許先前做的判斷會對於未來自己是否能做出不同判斷，大家會擔心有認知偏誤、「隧道效應」自我拘束的情況，但是「隧道效應」究竟是否是絕對的？是不是一個人只要對某件事情

曾經表示過看法，他之後就不會超脫、修正之前的看法？或在新事實、新證據的加入，甚至第三審所指明的一些法律見解與規範等應行注意事項加入的情況下，仍不會更改他的看法？這是不必然的，亦即法官固然先前曾經審理過此案件，但只要他不是就自己先前辦過的案件，又在救濟程序擔任審判職務的情形，他第二次處理到相同案件時，「隧道效應」就不是絕對的。既然不是絕對的，我們是否有必要把它變成法官絕對須迴避的事項就必須要考慮，究竟是事先就認為所有的法官都有「隧道效應」，一律要迴避？抑或將來實際案件碰到時，由法官前後具體的意見表示，在個案去判斷該法官有無迴避的必要？至於到底採行哪個立法方式，我國現行刑事訴訟法採取的是第二個方式，亦即法官雖然參與前審的判決，只要他不是曾經參與該案的下級審判決，其即無當然迴避的事由。但若當事人依據法官先前的一些具體表現，認仍難以期待法官裁判公正，在該個案當中還是可透過刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定聲請法官迴避。故在此制度的擔保之下，應要尊重立法的裁量。

另有提到法官不足的問題，大法官也提出臺灣高等法院、最高法院的法官人數都不在少數，為何一定要同一個人來辦理？剛剛最高法院代表吳法官也有提到，若在不損及當事人獲得救濟的前提之下，這些案件每次都要不同的法官審理，尤其是那種非常繁雜的案件，三審法官收到之後審理一半，他發現有重要之點希望二審法官再行查明，之後能再讓他續行表示第三審的意見，此情況下撤銷發回二審再判決，當事人再次上訴最高法院又換一批法官審理，每一次都要一批新的法官重新審理卷證，那當事人每次也都要協助法官進入狀況，也要進行重複的攻擊防禦，這樣案件進行是否會延宕？比較後大家可

以得出一個看法，法官在此情形下應該被認為可不受先前裁判拘束之前提，他也熟悉相關卷證，當事人也不用進行重複的攻擊防禦，對於妥速審判應該比較有幫助。

主席

接著請聲請人劉政哲之訴訟代理人陳明良律師回答詹大法官提問。

聲請人劉政哲之訴訟代理人陳明良律師答

有關非常上訴審的法官，審理其曾參與普通訴訟程序裁判的案件是否有違憲？針對這部分跟詹大法官說明。

詹大法官森林補充提問

請訴訟代理人針對本席剛才提問的三個問題回答，本席剛才完全沒有問到非常上訴，雖然非常上訴是本件的審查標的，但是本席剛才提問的三個問題並沒有限於非常上訴。

聲請人劉政哲之訴訟代理人陳明良律師答

此部分我不便表示意見，此並非與我的當事人有關的事項。

主席

請聲請人黃春棋之訴訟代理人回答詹大法官提問。

聲請人黃春棋之訴訟代理人翁國彥律師答

謝謝主席，代理人針對詹大法官的第一個與第二個問題做說明，至於第三個問題可能稍後請曾盛浩之訴訟代理人補充。就第一個問題，聲請人訴訟代理人在書狀當中有強調，我們認為本件所處理的更二連身條款，其根本目的是為了要確保並落實公平審判原則，在大法官釋字第 761 號解釋理由書也提到，法官迴避制度是訴訟權保障的核心，它的目的其中之一是為了要確保人民可以獲得公平審判，並且維繫人民對司法公正性的信賴。我們認為被告能否在刑事審判中獲得公平的審判，才是今日討論更二連身條款法官是否迴避必須處理的核心問

題。如果以本案聲請人黃春棋為例，他所受的確定終局判決是死刑判決，假設被告在二審時被判決無期徒刑，又假設這個案件卻一而再地被最高法院撤銷發回，而在被告所收到的最高法院判決書所載的合議庭法官，有時是五位、四位、三位重複，不斷地出現類似重複的情形，站在被告或是辯護人的立場會認為，最高法院是不是希望事實審法院把這個案件改判死刑，才會不斷地將無期徒刑判決撤銷發回？很多更二連身條款的被告在拿到判決書看到法官不斷重複，都會有這樣的問題，此即釋字第 761 號解釋所提到會損及人民對司法公正性的信賴，這樣的損害出現在不論是合議庭法官五位、四位、三位重複，甚至僅有兩位重複也會有此情形，故不論重複的法官有幾位，或重複者是否是名列判決書最後一位的受命法官、主筆法官，我們認為在詹大法官所提到的情況下應該都構成更二連身條款，而且應該要用違憲的角度處理。

就詹大法官提出的第二個問題，更二連身條款是否有助於最高法院處理延滯過久、久懸未決案件？聲請人訴訟代理人在書狀當中也有引用司法院公開的統計年報數據，發現更二連身條款大約是從民國 76 年開始試辦，民國 83 年至 97 年間最高法院的撤銷發回率一直維持 30%到 45%之間，沒有因為更二連身條款的實施，讓撤銷發回率減低。本件黃春棋歷經最高法院五次發回更審，直至第六次才定讞，沒有因為實施更二連身條款，讓其更二或更三就定讞，還是第六次上訴最高法院才定讞。聲請人看此統計數字後認為，比較明顯的落差是在民國 99 年立法院公布刑事妥速審判法之後，民國 100 年開始最高法院撤銷發回率才開始下降。這也是訴訟代理人在書狀當中一再提到，包含許多學者也在質疑更二連身條款，法院若要處理久懸不決的案件，不應該使用限制人民訴訟權的方式，亦即

由比例原則觀點來看，若有其他較小侵害人民訴訟權的手段，但卻可達到相同的目的即達到解決久懸不決案件之目的的話，當然應優先採取對於人民訴訟權侵害較小的手段。在本案中，例如要求法官必須嚴守無罪推定原則、罪疑唯輕原則，如果是法律見解不一的問題，現在也可採大法庭制度解決。更重要的如很多學者都有提到，我們根本就應該要去落實刑事訴訟法裡面要求最高法院須要自為判決之本旨，而非一再以撤銷發回處理。

講到最後更二連身條款的出現，很多程度是因為最高法院不願意自為判決，一直撤銷發回事實審，才會出現今日的爭議。就結論來講，訴訟代理人要引用作家張愛玲老師的一句話：「生命是一襲華美的袍，它長滿了蚤子」，本案被告黃春棋被最高法院判決死刑定讞剝奪生命權，可是套在他身上的是一件超過三十年以上的更二連身袍子，上面已經長滿了蚤子、甚至發臭。剛才最高法院以及刑事廳所提到更二連身條款當時制定目的，包括當時沒有法官會議、當時還有保密分案規則、當時沒有大法庭等，難道我們還要延續三十年前的時空背景來討論民國 111 年的法律問題嗎？民國 76 年制定此規則時之時空背景、制度狀況都與現在不一樣，現已經有很多的制度可處理更二連身條款牴觸人民訴訟權的問題，我們應該要去面對現在這個制度已牴觸憲法對人民訴訟權的保障。

主席

接著請聲請人曾盛浩之訴訟代理人回答。

聲請人曾盛浩之訴訟代理人陳于晴律師答

曾盛浩之訴訟代理人陳于晴律師謹就詹大法官的第三題回答。詹大法官的第三題，我們可以分為兩件事情，一件事情就是本件對刑事訴訟法的解釋是否要與民事、行政訴訟法勾稽；

第二點是詹大法官提到就民事所謂有雙方而言，可能會有一方覺得希望同一個法官審理，或者是刑事的告訴人會希望同一個法官審理。就第二點先稍做回覆，這樣的希望恰恰是我們應該要避免的事情。為什麼一個客觀一般第三人會認為重複的法官審理對某一方有利，為什麼在這樣的法官審理，會有所謂的既得利益者，這樣還是公平審判嗎？這就是我們為什麼今天要坐在這邊討論迴避的原因。

再來就民事、行政訴訟法，我們認為與本件是可以區別視之的，原因在於民事與行政訴訟法在修法時把「更審前裁判」拿掉，它認為第三審法院所發回廢棄之法律上判斷為受發回或發交之法院的判斷基礎，也就是民事訴訟法有第 478 條第 4 項的規定，它認為更審前裁判的法官審理，它會受到最高法院的誡命，應該不至於偏頗。在刑事訴訟法上並沒有這樣的規定，而且刑事訴訟法與民事、行政訴訟的程序也不一樣。我國刑事訴訟法採行覆審制，第二審不受第一審判決結果影響，而且可以重新認定、調查事實，也就是如果最高法院在發回時，第二審因採取覆審制，可以全然重新調查證據、認定事實，這部分與行政、民事訴訟法有巨大區別。再來是心證門檻也完全不同，在民事、行政訴訟法要求只須取得蓋然性的心證。我們在書狀一再提到為何認為刑事訴訟法須嚴格遵守法官迴避原則，是因為當判決被告有罪時，法官的心證已經達到超越合理懷疑的準則。也就是法官在認事用法之後，沒有任何理由認為被告無罪的情況下，才判決他有罪，這樣強烈的心證顯然與民事及行政訴訟法不同。我們認為刑事訴訟的結果與民事及行政訴訟無法相類比，刑事訴訟的結果可能會對被告生命、身體、自由、財產權有巨大影響，這並非民事與行政訴訟結果可以比擬。

最後我們認為在刑事訴訟法上必須在更審前裁判法官審理時採取迴避，而不讓他再承審本案，就如同剛才詹大法官提問，我們不想要人民有錯誤的見解與感覺，感覺法院如果輪到同一個法官審理時會對誰有利，這樣的感覺是否會破壞一般人民的信任？再來，隧道性視野也會破壞被告對於法的信任。在我們的案件中其實就有出現，剛才詹大法官也有提到曾盛浩的個案，他的固著心態影響兩件事情，一個是更審法官因為他前次審理，不願意再傳喚證人，他的隧道視野已經影響他調查證據的原動力，再來是他甚至可以忽視最高法院的誡命，這又恰恰反證我們剛才所說行政訴訟法與民事訴訟法並沒有相關誡命，也就是說我們不可以做類比。所以縱使大法官認為民事與行政訴訟法有其他考量，但我們仍然認為在本案可以聚焦刑事訴訟法審理。

（黃大法官昭元表示有問題提問）

主席

請黃大法官昭元提問。

黃大法官昭元問

有一個問題請教聲請人方，剛才翁國彥律師在回答問題時有提到釋字第 761 號解釋，該號解釋確實認為法官的迴避是屬於訴訟權保障的核心，不過該號解釋針對此核心保障部分提到兩點，第一點是涉及審級利益，也就是上下級的審級救濟，如果一個法官參與他之前曾經參與的下級審，當事人因此會喪失審級利益。第二點是因為法官個人利害關係所相關連的迴避。就本案而言，聲請人主張的迴避理由是公正法官、當事人的信賴，本席想請教聲請人，你們認為這是釋字第 761 號解釋有關本席剛才提到的兩個事由中的任何一個？或已經超出釋字第 761 號解釋，而在主張訴訟權核心保障的第三種事

由？就訴訟權保障而言，公正法官是大家都會同意的原則，但會影響公正法官的事由很多，是不是所有事由都屬訴訟權的核心保障？也就是只要涉及訴訟權、正當法律程序的限制都必然是憲法保障的範圍？這就是釋字第 761 號解釋為何會提到上述核心保障的兩個目的，而不是泛泛概括稱公正法官或公平審判。過去大法官解釋對於訴訟權的審查，相對而言，其實並不總是那麼嚴格，因為訴訟權這種權利帶有很強的立法裁量，更不用講不同訴訟程序，甚至於不同審級都可能會有一些不同的設計。也就是說，回到一個很理論面的問題，是不是所謂公正法院、公平審判的所有相關事由都必然是憲法上訴訟權的核心保障，以致於一有違反就必然導致違憲，而不是屬於立法政策的裁量？

主席

請翁國彥律師回答。

聲請人黃春棋之訴訟代理人翁國彥律師答

謝謝黃大法官的提問。就黃春棋的部分，訴訟代理人想要特別強調本案黃春棋所遭受的終局判決是死刑定讞的判決，所以就黃先生的部分，我們認為這又牽涉死刑被告在接受審判上的生命權保障及正當程序的保障。過去在一些學者的論述上也認為相類似案件至少法院在審判上就正當程序的要求，應該必須高於其他一般刑事案件的強度，因為這涉及剝奪被告生命權的狀況，正當程序的要求是非常嚴格的。就黃大法官所提到的問題，我們認為在本件除了黃春棋之外，還有很多併案，一起在憲法法庭處理，都是死刑定讞案件，而且也都在定讞的過程中遭遇最高法院更二連身條款的適用。我們其實也希望憲法法庭可以利用這個機會一併處理像本案黃春棋這種死刑案件的狀況，我們認為更二連身條款，對於黃春棋這種

死刑定讞的被告訴訟權的侵害、公正審判權利的侵害，其實非常嚴厲，這在憲法法庭大法官違憲審查的密度上當然必須採用比較嚴格的基準來審視。當然某種程度也意味著可能司法院在法律政策的形塑上或刑事廳、最高法院在這方面的處理上，如同剛才最高法院所說，他們也會依照案件的性質做處理。某種程度至少像被告黃春棋的狀況，是不是在死刑案件中，在法官迴避或在更二連身這方面應該有特別的處理，或在制度設計上不應過度侵害死刑定讞被告嚴格正當法律程序的要求？以上簡單回應黃大法官，謝謝。

（許大法官志雄表示有問題提問）

主席

請許大法官志雄提問。

許大法官志雄問

本席有一個問題，因為詢答時間已到，以下問題雖未列入說明會爭點題綱，但關係密切，如果關係機關最高法院、刑事廳及學者方便的話，請以書面提供意見。今天說明會有關迴避的三個類型，第一種類型是非常上訴，屬於非常救濟程序，非常救濟程序除了非常上訴外，另外還有再審。不曉得有關再審的迴避問題，關係機關及學者的看法如何，是不是與非常上訴一樣，或者不一樣，理由何在？附帶一提，金門高分院只有兩位法官，平常組合議庭都有困難，如果再審要迴避，就沒有法官，要從其他法院調來。以上問題請以書面回覆。

主席

許大法官志雄之問題請各位以書面回應，還有哪位大法官要提問？

（詹大法官森林表示有問題提問）

詹大法官森林問

本席以下的問題，亦請會後以書面回復。刑事廳剛才在回答本席的問題時，還是重複「法官本來就應該自我要求，法律本來也推定法官是客觀公正。」等語。但此勿寧是主觀的期待。法官說：「我一定公正，兩次、三次、四至五次，每次我心如秤。」但是，聲請人方面提出的理論就是Appearance（外觀）。聲請人認為：「我怎麼這麼倒楣，又遇到這個法官？我們希望重新來！」關於這點，請刑事廳回覆。

另外，剛才最高法院吳法官提出一個問題：「重新來真的很好嗎？」如果全案爭議的，就是一個爭點，則就此一爭點，由最高法院不同的5位法官重新審理，真的會比較好嗎？吳法官上開問題，麻煩聲請人回復。

本席認為，各方就自己的主張，應有足夠的說服力。目前情形，好像大家彼此不互相交鋒；我說我的，你說你的；但對對方的攻擊，沒有真正回應。麻煩雙方針對此點在會後提出補充說明，謝謝。

主席

請問各位大法官還有無問題詢問？如果沒有，大法官之詢答程序到此結束。說明會之後，就出席三案聲請人、相關機關、學者，如果各位有補充意見，請在11月20日以前以書面提出，沒有出席之併案聲請人等，若就說明會有相關意見，也請以書面在11月20日之前提出，提出書面請留意憲法法庭審理規則第18條第2項補充書狀提出以一次為限。現在進行最後的補充陳述。請劉政哲之訴訟代理人陳述，時間5分鐘。

聲請人劉政哲訴訟代理人陳明良律師

關於憲法第16條保障人民訴訟權，須依賴我們設立公正法院進行公平審判加以實現，而法院的審判主要職務是對於事實

認定及法律適用。事實認定是依據證據，哪一種資料可以當作證據？哪些證據可以證明事實？都牽涉到法官主觀之價值判斷。再者，法律是文字抽象規定，會有一個模糊的範圍，法官以事實適用法律時，會存有一個模糊的空間，也就是法官在適用法律時，可能因其個人主觀而有價值判斷。所以，法官的審判是一種價值判斷的程序，關於法官之價值判斷，在司法院釋字第 178 號解釋中已表示這種價值判斷會有兩種情形產生，一是法官可能因個人之利害與執行職務有衝突而造成偏頗之情形，所謂偏頗就是本來應該認定是 A，但法官認定為 B，而有偏頗之情形；另一為法官對參與之案件已經形成定見，若要求一個人去審查他自己原來之看法，甚至要求將自己原來之看法予以推翻，我相信一般明理人都知道這是強人所難，而且事實上是一種很大的風險。所以此種情形釋字第 178 號解釋認為這就是人的價值觀會有偏見之情形，法官也一樣會有偏見。關於偏見如何去避免，刑事訴訟法第 17 條第 8 款有規定，法官曾參與前審之裁判，就應該迴避。關於法官偏頗之情形，刑事訴訟法第 17 條第 1 款到第 7 款以及第 18 條第 2 款規定，法官應該迴避。第 17 條還有規定一些具體之事由。

關於法官偏見迴避之規定，依照釋字第 178 號解釋是對於普通審判程序，如果法官參與下級審或下下級審審判，對判決已形成定見，如同剛才所述，無疑要求他推翻自己的定見，所以認為法官應該要迴避。司法院釋字第 256 號解釋，是針對特別救濟程序，就是再審，認為亦有迴避之必要。另外，司法院釋字第 761 號解釋對於迴避的理由，認為曾經裁判之法官，又參與救濟程序之裁判，審級利益就會喪失，亦即失去救濟之意義。從此觀點及歐美文明國家之立法例及判決，可以歸納出法官不能審判他自己曾經做過之裁判，這是大家公認之基本

原則。所以今天法官在非常上訴是否應該迴避？從共通之基本原則，法官不能審查他自己曾經做成判決之觀點，依此來審定有無違憲。

主席

接著請黃春棋之訴訟代理人陳述，時間 5 分鐘。

聲請人黃春棋訴訟代理人薛煒育律師

首先感謝憲法法庭對於連身條款指定 4 位學識豐富之專家學者提供專業意見進行今天之說明會，分別以公平法院、公平審判、法定法官原則等不同角度提出觀察。我們為本案進行文獻回顧之結果，還有其他專家學者，分別是以法律保留原則、民刑事訴訟法立法設計、國際人權公約、司法心理學等角度，研究連身條款之合憲性。尤其 2019 年模擬亞洲人權法院判決書已經清楚提到，本法院主張法官重複參與同案件，就是構成對公政公約第 14 條之違反。監察院 108 年度司調字第 69 號調查報告也提到最高法院的法官表示，更二連身叫保證分給他，這就是指分，案件之屬性在收案時就能知道，調查員意見並指摘在分案前亦可特定承辦法官，顯非採取隨機分案，表示在各種人為制度下，案件分配並非一般性、抽象性之規則。如果憲法法庭可以另外指定其他的專家學者提供專業意見，相信本件憲法訴訟最後的判斷可以更為宏觀、充實及周延。相關機關雖然以終審法院之法官員額、案件久懸及連身條款制定始末等提出觀點意見，但是並沒有檢附完整的相關資料。首先，目前最高法院民刑事各有 9 庭，各約 41 位法官，包含調派最高法院辦理審判事務之法官，如果單純以人數計算，每一個合議庭審理一次，也是剛剛詹大法官提到的更九審之後才有法官重複之問題。更何況現實上最高法院的法官還會因為特休、調任三專生等制度，不會因為有法官人數不足，導致法官必須重

複審理同一案件之狀況。所以，是否終究會有終審法院員額不足的問題，建議憲法法庭依據憲法訴訟法第 19 條之規定，命相關機關司法院刑事廳說明，若更二審上訴後原三審法官迴避，將無法官可審理之推演或計算方式，以及提出近 5 年最高法院更三以上未結案件數、更九以上未結案件數、最高法院調辦事法官比例等相關資料，以為釐清。

其次，如果連身條款能夠發揮避免使案件不斷撤銷發回、妥速審判之功能，至少發回案件比例應該逐年下降才符合邏輯。但是連身條款於 76 年開始試辦，依據司法院網路上公開統計年報，除 82 年發回率 26.23% 以外，自 83 年到 97 年發回比例都介於 30.22% 到 45.22% 之間，也就是 98、99 年以前，最高法院發回率仍然居高不下，但是反而 99 年制定刑事妥適審判法以後，在 100 年以後，最高法院發回案件比例下降到 20% 以下，因此連身條款是否可以避免案件久懸未決以及降低發回案件比例，我們建議相關機關司法院刑事廳提出最高法院 76 年至 81 年之發回案件比例，以及 76 年至 110 年更三以上未結案件數等相關資料，佐以目前網路公開的統計資料也就是 82 年以後的發回案件比例，才能釐清連身條款是否確實有妥速審判之功能。

最後，司法院刑事廳及最高法院都提到當初之案情查無可考，但是他們也提到當初司法院有兩度發函詢問最高法院，最高法院第一次檢討後認為無試辦之必要，並提出 4 大理由，之後司法院刑事廳還是認為不損及當事人利益原則可行，再函令最高法院試辦。最高法院才決定試辦及函司法院備查，並有會議決議通過當日核定連身條款。最高法院及司法院這邊沒有提出相關資料具體說明前開之情況，我們還是建議憲法法庭命相關機關最高法院提出相關函文，以及會議紀錄等資料

以為參考。

最後訴訟代理人想要強調的是，相關機關提出之觀點多半是以司法行政、法官之視角出發，可是依據專家學者之書面意見可知，連身條款攸關憲法正當法律程序及人民訴訟權之保障核心內容。我們認為應該從人民的視角出發，觀察如何解釋才能貫徹法定法官原則之要求，確保當事人與法官間的信賴，讓當事人及國民對法官產生客觀中立形象之信賴感。對當事人而言相較於案件盡快確定，更在意的應該是案件能否被合法、正確、無成見的審判，法官是否嚴守無罪推定與罪疑唯輕原則，法定法官原則是具有制度性保障的性質，且為人民接受公正審判的訴訟權範疇。如果內容違反了法定既定的隨機分案規則，且對被告造成偏見或不利影響，就是違反正當法律原則而違憲，釋字第 178 號解釋應予以補充，謝謝。

主席

接著請聲請人曾盛浩之訴訟代理人發言。

聲請人曾盛浩訴訟代理人蘇孝倫律師

各位大法官好，我是蘇孝倫律師，以下由我代表說明今日爭點題綱二所列兩項標的均屬違憲之理由。首先，公平法院的一項分案基本原則是曾參與裁判之法官即應自行迴避，這項原則也直接落實在我國高等法院分案實施要點，其中第 10 點規定：「最高法院發回更審之民、刑事案件，凡曾參與本件裁判之法官均應迴避」。德國及日本刑事訴訟法也明文規定，案件經第三審撤銷發回後，必須由不同的法庭審理，先前參與第二審裁判之法官應自行迴避。基於這項原則，人民有權主張案件經第三審發回後，先前曾參與第二審裁判之法官若未迴避，便構成對於公平審判請求權之限制。依釋字第 761 號解釋，法官迴避制度屬於訴訟權核心領域，其目的在於避免法官產生利益

衝突，避免因為預斷使訴訟救濟失去意義。案件發回更審後由相同法官再次裁判，可能產生利益衝突、強化預斷，其中一個理由就是用來考評法官辦案績效的維持率計算方式。依現行規定，只要發回更審後最後的判決結果與先前被撤銷的判決結果相同，先前被撤銷的判決結果可以視為維持，而不會影響辦案績效。因此由相同的法官再次裁判，他心中可能會考慮用相同的判決結果再來一次，如果這次沒有被撤銷，上次被撤銷而受影響的維持率也能得到回復。在這裡我沒有看到刑事廳所謂降低預斷風險的外部擔保機制，反而是制度提供了誘因，使法官可能傾向維持更審前裁判結果，因而提高預斷風險，與公平審判產生利益衝突。

另一個主張違憲的理由就是應迴避而不迴避，將造成案件繫屬於特定法院之當事人受到恣意的差別待遇。這裡要特別回應刑事廳的意見，刑事廳認為當事人受到土地管轄的程序利益是法官無須迴避的考量之一，但以本件聲請人為例，案件一直繫屬於花蓮高分院，其實是程序上明顯的不利益。我們可以比較高本院刑事庭有 97 位法官，花蓮高分院兼辦民、刑事案件有 11 位法官，如果不考慮專庭或個人異動，於案件發回後隨機抽籤，要抽中沒有參與過更審前裁判的法官，更一審在高本院的機率約百分之 97、花蓮高分院約百分之 73；更二審高本院的機率約百分之 95、花蓮高分院只剩下百分之 46。來到更三審，高本院還有超過九成機率可以隨機抽中沒有參與過更審前裁判的法官，但在花蓮高分院的機率只剩下百分之 18，這樣的落差代表案件繫屬於花蓮高分院的當事人，其訴訟基本權受到更多的限制。這種不平等的狀態原本應該藉由法官迴避，搭配移轉管轄等既有制度加以調整，但很遺憾，我國實務見解恣意限縮法官應迴避的範圍，使案件發回前曾參與第

二審裁判之法官無須迴避，如此一來反而鞏固了既有的差別待遇，形成對特定法院當事人之歧視，違反平等原則。

以上我們聲請大法官宣告曾參與特定案件第二審裁判之法官，於同一案件經第三審撤銷發回後再次參與第二審之更審裁判而未迴避，將減損人民對於司法公正性之信賴，過度限制人民受公平審判之基本權，應屬違憲。同理，最高法院 29 年上字第 3276 號判例，將曾參與發回前第二審裁判之法官排除適用刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定，使特定法院之當事人在分案時，受到不利的差別待遇，違反憲法第 7 條之平等原則，且造成法官迴避制度喪失原本應發揮的功能，侵害憲法第 16 條訴訟權保障之核心領域，亦屬違憲。釋字第 178 號解釋應予補充，所有曾參與同一案件先前裁判，包括發回更審前相同審級裁判之法官均應自行迴避。釋字第 178 號解釋理由所稱之「事實上困難」，應限於就系爭案件有管轄之同級法院所有法官均已無從迴避之情形，若非如此，案件仍應改由其他法官來辦理。以上說明，謝謝各位。

主席

接著請關係機關最高法院代表發言。

關係機關最高法院代表吳秋宏法官

就剛才幾位聲請人之訴訟代理人的一些問題回應，我們再做補充回應。

首先翁律師提到，黃春棋的案件是假設第二審都判無期徒刑，發回是不是最高法院想暗示要判死刑？他也自己承認說，歷次的二審都是判死刑的結果，本案歷次只有黃春棋上訴三審，三審撤銷的理由是什麼呢？調查職責未盡、理由欠備、證據上理由矛盾等等這些理由，以結果來講，都是認同黃先生的上訴指摘，在總共經歷了 6 次的第二審判決，均判處死刑，第三審

最後駁回上訴，可以說二審對於結果是沒有懸念的，對於三審而言，是求其生而不可得，以結果論是如此。第二、翁律師有提到，83 年到 93 年的撤銷發回率為百分之 30 到 45 左右，還是很高，但是我們要知道，這個統計數據是所有三審撤銷發回的，不是專指所謂更二連身以後撤銷發回的比率。為何從 99 年之後大幅下降？我個人認為，跟速審法關係很低，跟什麼有關呢？跟最高法院適用刑事訴訟法第 380 條，擴大所謂的無害瑕疵審查原則才有較密切的關係，以及對於非常上訴案件的審查標準有所提高，才是屬於最高法院發回比例比較低的原因。翁律師有提到，他們所引的註 6，本院錢法官的大作，看起來是未來式，11 月才會刊登，要求最高法院自為判決，這就完全違反了刑事訴訟法第 398 條規定。自為判決一定要符合某些要件，而不是符合更二連身的主張就應該自為判決，這樣的主張，本院認為才是違憲。

更二連身條款是否廢止？事實上今年 3 月 29 日最高法院已經召開民、刑庭法官會議充分討論、表示意見，但後來為了避免對於繫屬中的本案案件發生不當影響的疑慮，有法官提案，建議不表決，最後支持不表決者占多數，所以我們最後的決議是，為避免影響憲法法庭對本案的解釋結果，所以不予表決，我們不是沒有討論過。這也如同詹大法官所講的，可以依照時空背景的關係來討論有無存廢的必要性，但是我們不認為有違憲的問題。

再來，陳于晴律師提到，同一個法官的指摘，結果只是對於一造有利，可見是有偏頗，但是要知道，三審的審查是屬於審級救濟制度的必要性，不是看誰上訴，結果有可能對黃先生有利、有可能對其他人有利，是不一樣的。至於陳律師所提到，同一個法官就同一案件已經表示見解，會有偏頗之虞，我認為

是屬於第 18 條第 2 款聲請迴避的問題，而不是應自行迴避的狀況。

接下來薛律師提到公政公約第 14 條或相關國際倫理規範的一些規定，我個人認為，這是第 18 條第 2 款聲請迴避與法官倫理規範的問題，跟制度上如何絕對排除，否則會造成法官有預斷危險的情況是兩件事情。要記得就是，人民不是只有一個人，包含被害人及其家屬，其實都是我國憲法所要保障的人民。

有關蘇孝倫律師提到更審同一個法官的問題，事實上本院的意見於書面也已經說明，跟要法官迴避所要求的審級救濟、公平審判其實是兩件事情，那是屬於立法論的問題，而不是違憲解釋論的問題。至於提到的辦案成績，認為更審的二審法官收到自己的案件，假如不維持以前的見解，可能辦案成績會不好，剛好是相反，堅持原來舊的、錯的見解，應調查不調查，引用卷內證據資料的理由矛盾，才會讓他一錯再錯，辦案成績一爛再爛，所以這可能與事實不符合。以上是本院對於幾位聲請人的代理人所回應的補充回應，以上。

主席

接著請司法院刑事廳代表彭幸鳴廳長發言。

關係機關司法院刑事廳代表彭幸鳴廳長

謝謝審判長。就刑事訴訟法第 17 條第 8 款，法官曾參與前審之裁判者，應該列為自行迴避的規定，我們看從民國 10 年、17 年、24 年，一直到民國 108 年的修法沿革，可以確定是立法者將這款的前審框定在下級審，這樣子的一個框定，這樣的解釋跟適用是否會違憲，本廳已經提出書面資料供大家參考，以下再做一個綱要式的說明。本廳認為法官迴避制度是有憲法依據的，在憲法第 16 條規定，應該要保障人民的訴訟權，

在司法院釋字第 761 號解釋理由書也提到法官迴避是為了確保法官公正審判、維繫訴訟救濟本旨所不可或缺的事項，所以法官在主觀上必須要公正，而且不管法官在主觀上是否公平中立，在客觀上也要保持一個公平中立的外觀，這是憲法的要求。

至於迴避制度要如何設計，由於法官在主觀上是否有公平中立是存在法官的內心，外人難以窺知，所以立法者有必要對於那些不公平中立風險非常高的情形設置迴避事由，就像第 17 條第 1 到 7 款所規定跟案件本身有利益關係的這些事項，不公平的風險很高，當然就列為迴避的事由，至於其他的狀況是否完全都不能迴避？也不是，其他的狀況要視實際的狀況，在將來透過案件的審理再具體的描述，透過個案的審查來看是否有呈現不公平的情形，因此，在我們的迴避制度上除了有明確的規定外，還有一個概括權利，整個合併起來就是確保法官公正中立一個外觀的迴避制度設計。

至於參與下級審裁判的人，之後再參與後面的裁判，一般人客觀上都會認為偏頗，這無庸置疑，因為要法官去審他自己的裁判，這樣的救濟制度就形同虛設，當然是損及到憲法所保障的訴訟權，是難以忍受的，但是其他與訴訟救濟無涉的部分，如果單單只是因為他曾經審判過的事實，就絕對認為法官一定會有偏見嗎？這也未必，立法者沒有把這個列為法定的迴避事由，本廳認為不當然違憲，因為在這種情況之下，前面的裁判對於當事人來說有些有利有些不利，很難一概而論，只要是不能一概而論的事項，把它上綱到違憲的一個程度，而不是容由立法者來裁量，可能會過於武斷。

在隧道視野的保證上，當然法官內在有我們的倫理要求，在司法制度設計上，他是處於被動被要求去審查其他主動機制，像

行政權有無濫用、有無不當的情況，所以他本身就被定位在一個公平中立的情形，因此在這個公平中立的情況下，對於除了憲法所不能容忍的事項，法官應該要被推定為是公平中立，只有在個案證明法官確實出現有不公平的情形，透過迴避制度來達到相關利益的權衡。

我更要說明的是，在我們專業法院的發展之下，如各位所知，有諸多的案件反而是希望法官能夠一併去審結的，包含現在智財法院的情況，也包含在家事法庭我們希望一個家庭的案件都由同一個法官來處理，甚至在少年事件處理上，我們也希望一個孩子他將來的事件也都由同一個法官來審理，因為這個法官最了解他，諸如此類這樣的設計，都是我們權衡了公共利益之後，所做的一個衡平的現象，再加上之後我們的司法改革走向金字塔的方向推動，也規範了上級審在判決中所指出下級審若干見解須再精進的部分，也是對下級審有所拘束，所以，在終審法院發揮它統一法律見解的情況下，無可避免的將由統一法律見解的機制來達成法律審的任務。

最後，未來的案件，如果像今天爭點一到三的情形，在個案中法官依照他的判決、舉止或意見，已經顯露出不公平中立的外觀，還是可以依照本法第 18 條第 2 款的法官迴避事由來處理，至於當中要如何解釋適用，有賴司法實務進一步類型化或精緻化來處理，這些具體的裁判內容是否涉及憲法上的法定法官原則，未來也有憲法法庭的審查制度可以適用，這是現在刑事訴訟法有關迴避制度的內外整體擔保機制，以上是今天的說明。

主席

今天的說明會到此結束，謝謝，散會。

散會：11 時 39 分。