

## 法規範憲法審查陳述意見書

案 號：107年度憲二字第166號

聲 請 人：曾盛浩

訴訟代理人：蘇孝倫律師            左列三訴訟代理人  
                  ：羅士翔律師  
                  ：陳于晴律師

1 為法規範憲法審查案件，謹依大院通知所列爭點題綱，陳述意見事：

### 目錄

壹、公平法院之分案基本原則：「凡曾參與裁判之法官均應迴避」 .....	1
貳、曾於特定案件之刑事第二審程序參與裁判之法官，後於同一案件經 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，而 未迴避：違憲 .....	4
參、最高法院29年上字第3276號刑事判例：違憲 .....	10
肆、司法院釋字第178號解釋應予補充 .....	16

2 壹、公平法院之分案基本原則：「凡曾參與裁判之法官均應迴避」

1 一、本件憲法審查所應形塑、實現者，應係理想中之公平法院，  
2 受人民信賴之公平法院，而非係為苟延我國司法實務長年來  
3 就法官迴避制度既存之歧視與扭曲現況之殘喘。

4 二、關於「凡曾參與裁判之法官應自行迴避」之分案基本原則，  
5 不分審判程序各階段應一體適用，參照我國司法實踐，或係  
6 德、日等國之立法例，皆為至明之理：

7 (一)我國《臺灣高等法院分案實施要點》第10點「法官迴避  
8 案件之原則」第1項開宗明義揭示：「最高法院發回更審  
9 之民刑事案件，採大輪迴制分案，凡曾參與本件裁判之  
10 庭長、法官均應迴避。」

11 (二)司法院大法官會議釋字第178號解釋理由：「至曾參與經  
12 第三審撤銷發回更審前裁判之推事，在第三審復就同一  
13 案件參與裁判，以往雖不認為具有該款迴避原因，但為  
14 貫徹推事迴避制度之目的，如無事實上困難，該案件仍  
15 應改分其他推事辦理。」

16 (三)最高法院110年度台抗字第1501號刑事裁定，循大法庭  
17 之徵詢程序後統一見解指出：

18 「憲法第16條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依  
19 法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。對於法官的中  
20 立性，具國內法律效力之公民與政治權利國際公約第14  
21 條第1項第2句明定：『任何人受刑事控告或因其權利義  
22 務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭  
23 公正公開審問。』刑事訴訟法特設法官執行職務有偏頗  
24 之虞時之迴避規定，即在於維護人民受公平法院依正當  
25 法律程序予以審判之訴訟權益，並避免法院之公平性受

1 到人民質疑，以增進人民對於司法審判的信賴。聲請再  
2 審之目的既係為推翻錯誤判決，法官曾參與刑事確定判  
3 決，再參與再審之裁定，甚難讓人民信賴法官係本於中  
4 立第三人的立場，毫無偏見地公平審查自己的判決。」

5 「司法院釋字第256號解釋認為：……法官曾參與訴訟  
6 事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避。對  
7 於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判  
8 決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避，  
9 以確保人民受公平審判之訴訟權益。該號解釋雖係針對  
10 民事訴訟法第32條第7款規定而為解釋，然刑事訴訟對  
11 於審判公平性及正當法律程序的要求，並不亞於民事訴  
12 訟。本於法律體系的一貫性，對於刑事確定判決聲請再  
13 審者，其參與該確定判決之法官，於再審案件亦應自行  
14 迴避，以確保人民受公平法院依正當法律程序予以審判  
15 之訴訟權益。」

16 (四) 德國刑事訴訟法第354條第2項規定：「其他情形，應將  
17 案件發回原審法院之其他法庭，或發交同一邦之其他同  
18 級法院，在邦高等法院裁判第一審案件之程序，應將案  
19 件發回該法院之另一審判庭。」<sup>1</sup>

20 (五) 日本刑事訴訟法第20條第7款本文：「法官有下列情形者，  
21 不得執行職務：七、法官就案件曾參與第266條第2款裁  
22 定、略式命令、前審裁判、依第398條至第400條、第  
23 412條或第413條之規定撤銷發回或移送之原判決，或參

<sup>1</sup>參照最高法院為本件審查出具之意見書，第11頁。最高法院表示：「德國刑訴法第354條第2項、日本刑訴法第20條第7款，固均就法官曾參與更審前之裁判，明定為更審程序應自行迴避事由。」等語。最高法院並稱上開規定之立法目的，在於尊重原裁判法官所表明之見解，同時確保上級審撤銷意旨之拘束判斷，於更審時得以公正忠實地實現，此均可資為本件憲法審查參照。至於最高法院另又自行延伸，稱上開立法目的與我國過去實務見解（一言以蔽之，無非自限於「審級說」之立場）不同，解釋上無從援引德、日之法例指摘我國法官應自行迴避云云，實屬先射箭再畫靶之偏見，顯不足採。

1 與作成該等裁判基礎之調查。」此規定所稱「原判決」  
2 係指被撤銷之下級審判決，於第三審撤銷第二審判決之  
3 情形，「原判決」係指「第二審判決」。<sup>2</sup>

4 貳、曾於特定案件之刑事第二審程序參與裁判之法官，後於同一案件  
5 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，  
6 而未迴避：違憲

7 一、法官迴避制度屬於訴訟權保障之核心內容，為確保人民受到  
8 公平審判，避免法官因個人利害關係，與其職務之執行產生  
9 利益衝突；避免法官因參與同一案件之先前程序，產生預斷  
10 而失去司法救濟之意義：

11 (一) 按憲法第16條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受  
12 侵害時，請求法院救濟之權利（釋字第418號解釋參照）。  
13 基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，  
14 必須給予向法院請求依正當法律程序公平審判，以獲得  
15 及時有效救濟之機會，乃訴訟權保障之核心內容（釋字  
16 第396號、第574號及第653號解釋參照）。

17 (二) 立法機關具體化訴訟制度固然有一定之自由形成空間，  
18 惟不得違背前揭訴訟權保障之核心內容。關於訴訟制度  
19 之形塑，須關照之面向不一，法官迴避制度是其中一項。  
20 其目的有二：其一是為確保人民得受公平之審判，並維  
21 繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利  
22 害關係，與其職務之執行產生利益衝突（釋字第601號  
23 解釋參照）；其二是要求法官避免因先後參與同一案件  
24 審判及先行程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟

---

<sup>2</sup> 同前註。

1 之意義。法官迴避制度實乃確保法官公正審判，維繫訴  
2 訟救濟本旨所不可或缺，而屬憲法第16條訴訟權保障之  
3 核心內容（釋字第761號解釋參照）。

4 二、案件經第三審發回，因更審後最後確定判決之結果，將影響  
5 於案件發回前第二審程序參與裁判之法官辦案維持率，與該  
6 法官個人利害相關，該法官應自行迴避：

7 (一) 《法院計算辦案維持率應視為維持範圍及審查要點》

8 (下簡稱《法院維持率審查要點》)第1條第4款、第5款  
9 規定：「判決雖經上訴審廢棄或撤銷，但民事判決結果  
10 及認定之事實、理由與更審後最後確定判決之結果相同，  
11 刑事判決主文、認定事實及所犯法條與更審後最後確定  
12 判決之結果相同者，其在同一年度內者，將原辦案維持  
13 率資料更正為正確，不在同一年度內者，就該件以維持  
14 論，維持件數加倍列計。」「民刑事終結程序之裁定經  
15 抗告審部分維持確定，或雖經抗告審廢棄、變更或撤銷，  
16 但更審後最後裁定之結果及認定之事實、理由與其相同  
17 者，準用第一款前段及前款之規定。」。

18 (二) 按上開《法院維持率審查要點》規定可知，即便判決經  
19 第三審撤銷發回，倘若更審後最後判決之結果，與系爭  
20 被撤銷刑事判決主文、認定事實及所犯法條「相同」者，  
21 系爭被撤銷刑事判決即可「視為維持」，直接影響承審  
22 法官之辦案維持率計算：在同一年度內者，更正原辦案  
23 維持率，不在同一年度內者，維持件數加倍列計。裁定  
24 維持率之計算亦同。

1 (三) 質言之，法官辦案維持率牽涉得否充（續）任審判長等  
2 事項，與法官個人職權、名譽、分案負擔有關<sup>3</sup>，甚至  
3 連動影響其任職之法院整體審判績效與團體名譽<sup>4</sup>，

4 (四) 刑事第二審裁判經第三審撤銷，將影響參與第二審裁判  
5 之法官辦案維持率。案件發回後，若參與第二審裁判之  
6 法官再次參與更審之裁判，為求自身辦案維持率不墜，  
7 該法官即有動機「堅持」先前被撤銷之相同判決結果，  
8 使更審後最後裁判之結果，與更審前被撤銷之裁判結果  
9 得以相同！

10 (五) 依我國現行司法實務之法官考評制度，曾參與被撤銷之  
11 第二審裁判之法官，再次參與發回後更審之裁判，對於  
12 該法官而言，即有因個人利害關係（即辦案維持率），  
13 與須公平執行審判職務不相容之利益衝突，應自行迴避。

14 三、曾於案件撤銷發回前參與裁判之法官，對該案件已有預斷，  
15 尤其是曾參與有罪判決者，其預斷至為明顯且為理所當然，  
16 於撤銷發回後之更審程序，應自行迴避；

17 (一) 按無罪推定、嚴格證明法則，法官判決被告有罪，必須  
18 經合法調查證據後，對於犯罪事實形成超越合理懷疑之

---

<sup>3</sup> 《臺灣高等法院法官充任及續任審判長審查要點》第2條規定：「實際辦理審判事務，任職二審及三審法院之審判年資合計滿四年以上之法官，且無下列情形之一者，得充任審判長：（四）最近三年內辦理案件上訴維持率及折服率，均低於同期間法官辦理同類案件平均上訴維持率及折服率之百分之五十。」此即足證，辦案維持率除關乎法官個人榮譽外，亦實際牽涉其得否充任或續任審判長之資格，進而影響法官之工作（分案）。

<sup>4</sup> 司法院以三年為一期，辦理各級法院團體績效評比，《各級法院團體績效評比辦法》第3條規定審判績效評比項目包括「上訴維持率」；同辦法第7條則規定，該團體績效將做為該法院院長職務評定之參考因子，司法院亦於官方網頁公告個別法院之評比結果。由此可知，辦案維持率不僅是對個別法官之考評重點，且連動其任職之法院團體審判績效、院長職務評定，實難謂對法官執行審判職務之心理不具影響力。

1 積極確信。如此高度確信，在法官第一次參與有罪判決  
2 之當時，固為理所當然。

3 (二) 但同一案件嗣經撤銷發回時，再次由曾經參與有罪判決  
4 之法官參與更審程序時，**過去既存之有罪心證，並非該**  
5 **法官基於更審程序形成之有罪心證，即屬該法官在更審**  
6 **程序對系爭案件之預斷。**

7 (三) 誠如最高法院為本件提出之意見書中，提及德國刑訴法  
8 第354條第2項、日本刑訴法第20條第7款，均明定法官  
9 曾參與更審前之裁判，為更審程序應自行迴避之事由，  
10 並稱上開規定之立法目的，在尊重「原裁判法官所表明  
11 之見解」<sup>5</sup>等語。**所謂尊重「原裁判法官所表明之見解」，**  
12 **其實就是指原裁判法官參與前審裁判所形成並對外表現**  
13 **於判決結果之心證。**

14 (四) 且因該心證已經呈現於案件發回前之裁判結果，該心證  
15 非但隱藏於法官個人內在，而係彰顯於外在而可受訴訟  
16 當事人觀測，倘若率言該法官之心證於案件發回更審後  
17 即不復存在云云，對於案件發回前受判決之一方或雙方  
18 當事人，司法恐將成為生命中難以承受之輕。尤其對於  
19 先前已經因為該法官超越合理懷疑之確信而被判決有罪、  
20 宣告刑罰之刑事被告而言，於案件發回後又再次被相同  
21 的法官審理、再次判決有罪，「我怎麼這麼倒楣又遇到  
22 相同的法官」之宿命感、絕望感將成為壓倒一切的理由，  
23 不論案件實質如何，已不可能期待該被告相信其受到  
24 「與其他一般人同等」公平、無偏頗之審判，嚴重減損  
25 人民對司法公正性之信賴<sup>6</sup>。

---

<sup>5</sup> 參照前揭註1。

<sup>6</sup> 相對於有罪判決，參與無罪判決之法官，其心證在規範意義上固無須到達超越合理懷疑門檻之

1 (五) 另查，現行法院組織法第14條之1第2項明文規定，辦理  
2 偵查中強制處分及暫行安置聲請案件審核之法官，不得  
3 辦理同一案件之審理事務，其立法理由為於維持法官之  
4 中立性。強制處分之判斷門檻低於有罪心證，尚須迴避  
5 以維法官中立<sup>7</sup>，舉輕明重，法官對於被告有罪已達毫  
6 無合理懷疑之心證門檻者，豈有無須迴避之理。

7 四、曾參與裁判之法官，於案件發回後復行審理，帶有一定預斷  
8 或學者所稱「隧道視野」<sup>8</sup>之疑慮，絕非危言聳聽。本件審查  
9 原因案件中聲請人所受之有罪判決，即有因法官預斷、隧道  
10 視野所生之不利判斷：

11 (一)「預斷」係指法官非依案件法定調查及審理程序所形成  
12 對被告有罪與否判斷之心證，具體而言，案件經發回後，  
13 承審法官應依發回後之程序調查證據，綜合卷內對被告  
14 有利不利之證據進行判斷。反之，若法官於更審後形成  
15 心證所憑者，仍係延續其參與更審前程序而來之印象及  
16 感覺，即屬預斷。

---

強度，然而其同樣於參與先前裁判過程及判決書中已表達其對於同一案件之立場及判斷，若考量公訴人、告訴人或被害人之觀感，將案件撤銷發回後之更審程序，由發回前參與無罪判決之相同法官復行審理，卻期待當事人主觀上相信法官沒有任何預設立場，亦屬緣木求魚。且僅要求參與有罪判決之法官自行迴避，參與無罪判決之法官無庸自行迴避，此傾斜一方當事人之制度設計，亦難認符合公平法院之外觀。

<sup>7</sup>同理，歐洲人權公約第6條第1項亦有法院「無偏頗」的要求，歐洲人權法院 ECHR, De Cubber v. Belgium 案，認為以客觀審查標準，偵查中簽發逮捕令之法官，如於起訴後擔任該案之審理法官，已足以令人懷疑有偏頗的可能，違反歐洲人權公約。請參照：侯廷昌，《公正審判之研究：以聲請刑事法官迴避為中心》，司法院出版，2015，第54至55頁。

<sup>8</sup>司法院刑事廳為本件審查提出之意見亦多次提及「隧道視野」，可參照司法院刑事廳陳述意見書第5頁、第15頁及第19頁。刑事廳並未否認法官可能因參與發回更審前之裁判產生「隧道視野」，僅係稱可藉由各種內、外部擔保制度，其所舉例為決策者之自我倫理要求、其他參與者之提醒或外部管理監督等。惟查，所謂「決策者之自我倫理要求、其他參與者之提醒」等，乃泛見於審判各階段、各程序之一般性要求，根本不是為法官因參與發回更審前之裁判產生「隧道視野」所設之擔保機制。反之，如同前揭《法院維持率審查要點》規定，即便判決經第三審撤銷發回，只要更審後最後判決之結果，與該被撤銷刑事判決主文、認定事實及所犯法條「相同」者，該被撤銷刑事判決即可視為維持，此種制度設計非但不是防止「隧道視野」之擔保機制，而是製造、維持「隧道視野」的強化機制！

1 (二) 以聲請人之案件為例，法院更一審程序傳喚證人陳  
2 到庭接受訊問，因該證人作證過程中當庭落淚，故判決  
3 理由記載合議庭對於其證詞評價為：「於本院為上開證  
4 詞時，真情流露，衡情絕非造作，本院合議庭本於直接  
5 審理所見，一致認為證人陳 情詞懇切，且其陳述並  
6 無瑕疵可指，確屬可信。」<sup>9</sup>，而將陳 之證詞採為  
7 有罪判決基礎。惟查，更一審判決經上訴後，被第三審  
8 撤銷，發回更二審後改判無罪，上訴後第三審又撤銷，  
9 發回更三審後，合議庭（其中何方興法官曾參與更一審  
10 裁判）未再次傳喚證人陳 到庭，卻也於更三審有罪  
11 判決理由記載該證人之證詞「真情流露，衡情絕非造作」  
12 云云<sup>10</sup>。

13 (三) 承前，更三審未傳喚證人陳 到庭，合議庭既未親自  
14 見聞該證人作證情形，如何得知證人作證時「真情流露，  
15 衡情絕非造作」？除了複製貼上判決理由，僅剩可能的  
16 合理解釋，無非因更三審合議庭中有曾參與更一審裁判  
17 之法官，該法官遂將其於更一審見聞該證人到庭作證時  
18 所形成之心證，帶入更三審合議庭，進而形成有罪判決  
19 基礎。如此跨越時空、超脫審級制度而持存之法官心證，  
20 即為預斷。

21 (四) 且查，進一步深入分析該「預斷」對於公平審判之侵害，  
22 並非僅影響證據評價，而係已達使個別法官以及合議庭  
23 形成「隧道視野」之程度。查最高法院將案件撤銷發回  
24 更三審所持理由，其中包括指摘發回前之更審判決就該  
25 證人之證詞均「未剖析明白」，對此，更三審法院本應

<sup>9</sup> 參臺灣高等法院花蓮分院94年度上更（一）字第12號刑事判決第3頁第20、21行。

<sup>10</sup> 參臺灣高等法院花蓮分院97年度重上更（三）字第21號刑事判決第3頁第17、18行。

1 依循最高法院已表明之法律見解，就最高法對於該證詞  
2 憑信性尚有懷疑之處，傳喚該證人到庭訊問或其他方式  
3 再為調查。然而，更三審法院並未對此再為任何調查，  
4 僅係於更三審判決重申與更一審所持相同的理由，此即  
5 顯示前揭「預斷」已造成合議庭之「隧道視野」，無法  
6 公平調查、取捨及評價證據資料，如此一來，發回後之  
7 更審程序，即喪失其本應實現第三審撤銷意旨，使司法  
8 系統及時自我修正之制度功能<sup>11</sup>，反而流於形式，訴訟  
9 當事人來回擺盪於第二審與第三審法院間之矛盾，人民  
10 承受程序反覆折磨之苦的過程中，亦將對於司法公正性  
11 之信賴消磨殆盡。

## 12 參、最高法院29年上字第3276號刑事判例：違憲

13 一、最高法院29年上字第3276號刑事判例：「推事曾參與第二審  
14 之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，  
15 均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，  
16 而再參與其不服之第二審裁判者不同」，自行創設法律所無  
17 之標準，區分法官曾參與裁判者為第一審或第二審而為不同  
18 評價，逕謂曾參與第二審之法官不在應自行迴避之列云云。

19 二、法官迴避制度，要求曾參與前審之裁判者應自行迴避，目的  
20 在於避免法官因就同一案件產生利益衝突或預斷，使其無法  
21 公正執行司法救濟之職務。為實現上開規範目的，不因法官  
22 曾參與者，究竟係第一審裁判或第二審裁判，而有應或不應  
23 自行迴避之差別待遇。

---

<sup>11</sup> 法官因曾參與更審前裁判而生之預斷，亦屬冤罪案件成因之一。已併入本件憲法審查（案號：會台字第12723號、會台字第13598號）之「鄭性澤案」、「謝志宏案」即屬適例。

1 三、曾參與第一審裁判之法官應自行迴避，參與第二審者則無須  
2 自行迴避，違反平等原則：

3 (一) 試想某案件第一審判決無罪，第二審判決有罪，曾參與  
4 第一審無罪判決之甲法官，嗣後調任至第二審，與參與  
5 同一案件第二審有罪判決之乙法官配屬於同一合議庭，  
6 系爭第二審有罪判決經第三審撤銷發回更審後，分案時  
7 由包括甲法官及乙法官在內之合議庭中籤，此種情形，  
8 按最高法院29年上字第3276號刑事判例，亦即論者所謂  
9 「審級說」之見解，甲法官必須自行迴避，乙法官無須  
10 自行迴避。

11 (二) 然而，此問題本不應陷於「審級說」或「拘束說」二者  
12 擇一之窠臼，應回歸憲法第7條平等原則、憲法第16條  
13 保障人民訴訟權原旨及法官迴避制度之目的思考，無論  
14 為避免利益衝突或為防止預斷，要求甲法官應自行迴避  
15 之理由，亦適用於乙法官，甲法官未自行迴避而產生之  
16 利益衝突及預斷，乙法官未自行迴避之情形亦然，兩者  
17 當為相同評價，甲、乙兩位法官均應自行迴避，否則即  
18 形成恣意之差別待遇，違反平等原則。

19 四、不容諱言，我國實務不乏與最高法院29年上字第3276號刑事  
20 判例持相同見解者，「審級說」似為多數見解，但追根究柢  
21 「審級說」考量者，並非人民對於司法公正性之信賴、無關  
22 憲法第16條保障人民訴訟權意旨。「審級說」將法官應自行  
23 迴避範圍限縮曾參與「下級審」，具體來說，僅限於曾參與  
24 「第一審」者應自行迴避，曾參與「第二審」及「第三審」  
25 之法官不須迴避，如此差別待遇除有歧視基層法官之嫌疑，  
26 採「審級說」之理由，無非為服膺我國通常案件第二審管轄  
27 法院即高等法院組織及法官員額配置，實乃削足適履！

1 五、本件司法院刑事廳之意見，即明白以「程序負擔」作為理由：  
2 「法院所配置之法官人數畢竟有限，倘迴避事由之範圍過廣，  
3 容易導致法院所有法官均應迴避，致該法院無可審理該案件  
4 之法官，必須移轉管轄至原本無管轄權之其他法院，因而損  
5 及當事人基於土地及事務管轄規定所受之利益。」據此主張  
6 案件被撤銷發回同一高等法院更審時，曾參與發回前第二審  
7 裁判之高等法院法官不須自行迴避，有其公共利益云云。

8 六、惟查，上開刑事廳之意見漫稱法官迴避將「損及當事人基於  
9 土地及事務管轄規定所受之利益」云云，實令人憤慨而完全  
10 無法接受！

11 七、現實狀況是，臺灣高等法院及其各分院配置之法官員額差距  
12 甚大，導致最可能發生「法院所有法官均應迴避，致該法院  
13 無可審理該案件之法官」情形者，也就是法官員額配置明顯  
14 比同級法院較少之「臺灣高等法院花蓮分院」及「福建高等  
15 法院金門分院」。對於自身案件因為土地管轄而固著繫屬於  
16 「臺灣高等法院花蓮分院」及「福建高等法院金門分院」之  
17 刑事被告，以適用法官迴避制度而言，其所受者並無利益，  
18 只有不利益而已：

19 (一)依官方公開資訊(臺灣高等法院及其各分院刑事庭法官  
20 名單整理如附表1所示)，臺灣高等法院花蓮分院刑事庭  
21 現配置11位法官<sup>12</sup>；福建高等法院金門分院刑事庭一庭，  
22 配置含院長在內之3位法官<sup>13</sup>；臺灣高等法院刑事庭共設  
23 25庭配置97位法官<sup>14</sup>。

<sup>12</sup> <https://hlh.judicial.gov.tw/tw/cp-2681-209728-ea1a3-131.html> (最後造訪日期：2022年10月17日)。

<sup>13</sup> <https://kmh.judicial.gov.tw/tw/cp-2783-278184-1e73f-141.html> (最後造訪日期：2022年10月17日)。

<sup>14</sup> <https://tph.judicial.gov.tw/tw/cp-233-1401011-724e7-051.html> (最後造訪日期：2022年10月17日)。

1 (二)若要貫徹「凡曾參與裁判者，即應自行迴避」之原則，  
2 尚不考慮專庭、法官異動等其他因素，以前揭同屬高等  
3 法院層級之三所法院為例，以數學計算案件發回更審後，  
4 分案時由未參與更審前裁判之法官中籤機率如下表：

法院	更一審	更二審	更三審
臺灣高等法院	$(97-3)/97=0.969$	$(97-3-3)/97=0.948$	$(97-3-3-3)/97=0.907$
臺灣花蓮高分院	$(11-3)/11=0.727$	$(11-3-3)/11=0.455$	$(11-3-3-3)/11=0.182$
福建金門高分院	$(3-3)/3=0$	0	0

5 (三)若依上開客觀數據比較「臺灣高等法院」與「臺灣高等  
6 法院花蓮分院」繫屬之刑事案件，於更一審程序，得以  
7 實現「凡曾參與裁判者，即應自行迴避」原則之機率，  
8 分別為0.969及0.727，看似差距不大；但若發回更二審  
9 程序時，兩者機率分別為0.948及0.455，差距即已高達  
10 一倍之多；進入更三審程序，兩者機率分別為0.907及  
11 0.182，相去已不只數里遠；更遑論若進入更四審以後，  
12 臺灣高等法院花蓮分院實現「凡曾參與裁判者即應自行  
13 迴避」之機率已降為零，即刑事廳意見所指「法院所有  
14 法官均應迴避，致該法院無可審理該案件之法官」情形。

15 (四)對訴訟當事人而言，法官裁判事務分配，應按法院內部  
16 事務分配所事先預定之分案規則，**機械的公平輪分案件**，  
17 **以符合法定法官原則**，形成第一層之公平法院的機制。  
18 法官迴避制度，則是在隨機分案後，於具體個案中實質  
19 修正第一層次公平法院機制之不足，屬於法定法官原則  
20 之例外容許，目的在建構第二層之公平審判防護網。  
21 (最高法院109年度台抗字第157號刑事裁定參照)。

1 (五)「凡曾參與裁判者，即應自行迴避」為公平法院分案之  
2 基本原則，曾於更審前參與裁判而不迴避，應屬例外，  
3 而構成對人民訴訟權之限制。以此角度觀察、分析上開  
4 客觀數據，可知案件因土地管轄而定著於臺灣高等法院  
5 花蓮分院或福建高等法院金門分院之刑事被告，其訴訟  
6 基本權在公平法院之第一層次，亦即隨機、公平、機械  
7 輪分機制上所受之保障即有不足，相較於案件繫屬臺灣  
8 高等法院者，顯有不利益；最高法院29年上字第3276號  
9 刑事判例及採「審級說」見解者，更進一步強化該情形  
10 之不利益，使得案件繫屬於特定法院之被告，無法藉由  
11 第二層次之公平審判防護網得到保障，失去由法官迴避  
12 制度獲得公平審判之機會。

13 (六)上開客觀差異，將實際影響受判決當事人對於司法公正  
14 之信賴與否。案件繫屬於臺灣高等法院之被告，其案件  
15 即便經第三審多次撤銷發回，基本上仍不須擔心於更審  
16 程序中遭遇曾經參與先前有罪判決而存有定見的法官，  
17 然而案件繫屬於臺灣高等法院花蓮分院或福建高等法院  
18 金門分院之被告，卻有很高機率必須忍受案件發回後，  
19 仍由相同法官審理之無望處境，如此現實的差別待遇，  
20 已然構成對特定人民訴訟權之歧視。

21 八、要消除上開歧視，達成全國一致的標準，必須落實公平法院  
22 之分案基本原則，藉由法官迴避制度貫徹「凡曾參與裁判者，  
23 即應自行迴避」之應然狀態。至於刑事廳念茲在茲的「法院  
24 所有法官均應迴避，致該法院無可審理該案件之法官」情形  
25 發生時，仍得以現行法既有的制度，包括移轉管轄、或調派  
26 其他法院法官支援之方式解決，並無窒礙難行之處。

1 九、若刑事廳仍堅持主張採「審級說」有其妥速審判、程序負擔  
2 等公共利益考量，或對於上開客觀機率計算有所爭執，懇請  
3 大院命刑事廳應負責任地提出相關實證數據，包括：

4 (一)臺灣高等法院及其各分院，實際發生「曾於特定案件之  
5 刑事第二審程序參與裁判之法官，於同一案件經第三審  
6 撤銷發回後之更審程序中，復參與第二審之更審裁判，  
7 而未迴避」之各法院歷年件數、機率等統計資料。

8 (二)就「曾於特定案件之刑事第二審程序參與裁判之法官，  
9 於同一案件經第三審撤銷發回後之更審程序中，復參與  
10 第二審之更審裁判，而未迴避」之情形，該特定案件之  
11 最終判決結果「視為維持」之比率。

12 (三)採「審級說」見解而不須迴避者，可為訴訟當事人實際  
13 減省之時間，並應具體說明計算方式及基礎。

14 (四)採「凡曾參與裁判者，即應自行迴避」之見解，將對於  
15 國內各級法院造成之具體人力負擔為何？司法院刑事廳  
16 先前是否曾進行實際調查及評估？

17 (五)若刑事廳無法提出上開資料，或根本未曾進行相關調查，  
18 其所稱「妥速審判」、「程序負擔」等其他公共利益考量，  
19 就只是藉口而已，不足憑採。

20 十、主張最高法院29年上字第3276號刑事判例不違憲者，其所持  
21 見解，均不足以作為對特定地區案件當事人之訴訟權歧視、  
22 差別待遇之正當理由。最高法院29年上字第3276號刑事判例，  
23 自行創設刑事訴訟法所無之要件，區別法官前曾參與之裁判  
24 屬第一審或第二審，為應否自行迴避之差別待遇，牴觸平等  
25 原則，侵害人民受憲法第16條保障之訴訟權核心領域，應屬  
26 違憲。

1 肆、司法院釋字第178號解釋應予補充：

2 一、刑事訴訟法第17條第8款規定「法官曾參與前審之裁判者」  
3 範圍，不僅參與下級審者，**凡曾參與同一案件先前之裁判，**  
4 **包括發回更審前相同審級之裁判及案件確定前歷審裁判者，**  
5 **均應自行迴避。**於此範圍，司法院釋字第178號解釋之主文  
6 應予補充。

7 二、司法院釋字第178號解釋理由：「如無事實上困難，該案件仍  
8 應改分其他推事辦理。」所稱「事實上困難」，**應明確限於**  
9 **就系爭案件有管轄權之同級法院之所有法官均已無從迴避，**  
10 要求自行迴避，將致無人得執行系爭案件審判職務之情形。  
11 若非上開情形，即無事實上困難可言，凡曾參與系爭案件之  
12 法官均應自行迴避，系爭案件應改分其他法官辦理。

13 伍、以上，敬請 大院鑒核，補充解釋司法院釋字第178號解釋，宣告  
14 最高法院29年上字第3276號刑事判例違憲，維護憲法第16條保障  
15 人民訴訟權核心領域，形塑並實現受人民信賴之公平法院。

16 此致

17 憲法法庭 公鑒

18 附表1：臺灣高等法院及其各分院刑事庭法官名單。

19 中 華 民 國 1 1 1 年 1 0 月 1 7 日

20 具狀人 曾盛浩  
21 撰狀人 蘇孝倫 律師  
22 羅士翔 律師  
23 陳于晴 律師

