

聲請釋憲補充理由續狀

案號：會台字第 13460 號、111 年度憲民字第 903814 號

聲 請 人 蕭新財

訴訟代理人 王寶蒞律師

1 為聲請釋憲續補充理由事：

2 壹、聲請人先就鈞庭 111 年 10 月 24 日說明會通知函所附爭點題綱（三）、
3 （四）表示意見：

4 一、於特定案件參與最高法院刑事第三審裁判之法官，於該案件發回更審
5 後，又上訴至最高法院時，複參與第三審裁判，而未迴避，應屬違憲；
6 不因是否由被告上訴而有所不同；中華民國 80 年版本之最高法院第二
7 次發回更審以後民刑事上訴案件分案實施要點第 2 點規定應屬違憲：

8 （一）爭點（三）所述法官未迴避之情形，違反公平審判原則：

9 1. 「公平法庭」之意義，指案件分配予法官審理，必須以公平、可信
10 任的方式為之，案件分配如違反法院既定規則或有錯誤的情事發生，
11 且對被告造成偏見或不利影響，構成正當法律程序的違反。學者即指
12 出：過度強調司法擁有規則制定權，似乎忘了憲法之所以保障司法獨
13 立，目的在於維護司法救濟制度的公平，保障人民的訴訟權，而最終
14 是希望人民的生命、自由不會受到非正當程序的剝奪，相對於人民的
15 訴訟權與受正當法律程序保障的權利，司法獨立是較為工具性的價
16 值，人民訴訟權保障是司法獨立之目的，進一步，人民的自由生命財

1 產受到正當法律程序的保障才是最.終的目的¹。

2 2. 刑事訴訟法既承認當事人會懷疑曾在下級審參與案件裁判的法官，
3 若復於上級審參與審判，「可能會」因為成見而無法公平審判，因此
4 要求法官需自行迴避，這樣「法官可能會偏頗」的懷疑只要在法官重
5 複審理同一案件的時候都會發生，不會因為法官究竟是否在「下級」
6 或是「同級」法院或分派同一案件而有不同。人民對司法的信賴，必
7 須由司法爭取而來，而一個「公正的外觀」，是司法獲得人民信賴的
8 基本，不論原因為何，沒有迴避所留下的「可能會……」，著實減損
9 了司法制度的正義外觀。相對的，在這樣的案件終將重新審理的任務
10 交由其他法官絕對有益於促進司法的外觀。最後，針對這樣的重大案
11 件，維持司法公正的外觀所產生之利益，亦遠超過交由其他法官重新
12 審理。所可能產生之成本問題，因此，將案件移轉給其他未曾審理過
13 的法官處理，自可提昇司法公信力。

14 3. 研究顯示，人在進行決策時一旦針對問題作出某項初步的假設後，
15 便很容易以這樣的假設作為預設立場，而傾向忽略或是貶低與初步假
16 設相矛盾之證據，同時選擇性地擷取或是過度評價與初步假設相符合
17 之證據，社會心理學稱這種問題為「隧道視野」，亦即「只看得
18 到自己想要看到的」。隧道視野是潛意識且無惡意的，就算我們意識
19 到「隧道視野」的存在，在真的面對問題時，也很難透過自我意志或
20 訓練使自己在做決策時擺脫偏見的糾纏²。因此，曾經對於同一犯罪
21 事實作出判斷的法官，可能堅持先前的決定，此一可能性的存在，就
22 足以使當事人難以信賴其中立性³。

23 4. 2019 模擬亞洲人權法院判決書全文第 77 段並清楚提及「主觀地來
24 看，讓曾經審判同一案件的法官再次參與是不適當的，因為法官可能

¹ 李佳玟，法定法官原則法官自己決定原則？-評司法院釋字第 665 號 解釋，中原財經法學第 38 期，2017 年 6 月，頁 120。

² 金孟華，論刑事更審案件法官之迴避：以鄭性澤案為例，台灣法學雜誌，304 期，2016 年 9 月，頁 63。

³ 薛智仁，曾參與「前審」裁判之法官迴避事由-最高法院 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定，台灣法律人第 8 期，2022 年 2 月，頁 185。

1 會因為對案件持有定件而給予被告重新審判機會之目的相悖。此外，
2 即使重複參與的法官能夠不偏倚，客觀地來說，重複參與勢必破壞了
3 一個公正的法院形象。因此，本法院主張法官重複參與同一案件構成
4 對《公民與政治權利國際公約》第十四條(一)之違反」、第 89 段結論
5 「法官重複參與審判的部份，被告違反原告受《公民與政治權利國際
6 公約》第十四條所保障受公平法院審判的權利」。

7 (二) 更二連身條款違反憲法定法官原則：

8 1. 更二連身條款涉及法官迴避制度與法定法官原則，依德國通說見解，
9 法官迴避制度在維護法官之中立性及增進當事人對法官之信賴，更深
10 遠的意義在於促進當事人對司法之整體信賴感而法定法官原則係為
11 避免被告因遭受與個案不相關之內在或外在操控受到侵害⁴。法定法
12 官原則目的一方面能保護當事人，避免司法行政透過分案，影響案件
13 結果，另一方面也讓當事人與社會大眾信賴司法。

14 2. 觀諸監察院 108 年度司調字第 69 號調查報告，即有法官表示更二連
15 身案件叫作保證分給他，這就是只分了，案件的屬性在一收案的時候
16 就能知道。監察院並因此出具調查意見指謫「在分案前已可特定承辦
17 之法官，顯非採取隨機分案，表示在各種人為制度下(如限量分案、
18 民事司法事務會議、專庭制度等)，案件分配並非依據一般性、抽象
19 性之規則」⁵。故更二連身條款，就具體個案由「特定法官」承辦，
20 而非一般性、抽象性、隨機地分案，已違反法定法官原則。

21 二、爭點(三)之情形，違反公平審判原則與法定法官原則，故刑事訴訟
22 法第 17 條第 8 款「前審」，應包括爭點(三)之情形，從而釋字第
23 178 號解釋應予補充。

24
25 貳、次就前開通知書檢附之相關機關及學者專家之意見書，表示意見：

⁴ 何賴傑，刑事訴訟之法官迴避制度專家諮詢意見書。

⁵ 監察院 108 年度字第 69 號調查報告，頁 74、94。

1 一、林鈺雄教授表示更二連身條款孫為避免法官「以鄰為壑」、案件不斷發
2 回；刑事廳則提及妥速審判之公共利益。惟查：

3 (一) 最高法院 77 年度第 11 次刑事庭會議決議 (五):「伍、重大刑事案
4 件之犯罪事實，因案發之初，搜集證據欠完備，或證據之憑信力有疑
5 問，或積極證據與消極證據紛亂，致影響真實之發見，事後歷經第一、
6 二兩審法院審理，亦未能發見確鑿之證據，事實極欠明確，難為妥適
7 之判決，此種案件設若已經第三審法院多次發回更審，且就案內一切
8 情況觀察，調查之途徑已窮，或屬無益之調查，似此，第三審法院不
9 應再行撤銷發回，本證據裁判主義之原則，論罪之證據既甚為薄弱，
10 第三審即應為有利於被告之判斷，而予判決使之確定，以免案件久懸
11 多年不能定讞。」，可知重大刑事案件久懸未決，原因係蒐證欠備、證
12 據憑信性有疑、證據紛亂矛盾，而影響真實發現。司法院全球資訊網
13 公布之「統計年報」(網站上最早可回溯至 82 年)中之「最高法院刑
14 事上訴發回或發交更審案件次數及原因」統計資料⁶，亦可觀察到類似
15 結論：所有「發回或發交更審原因」中，各年度最大宗均為「調查證
16 據不詳或未予調查」，其次則為「事實認定錯誤不符或不明或記載不
17 明」。學者李佳玟亦指出：案件久懸未結的原因，主要係案件一開始偵
18 查品質不良而無法確定事實細節、證據無法定罪，法官又不能堅持無
19 罪推定所致⁷，而與案件是否由同一法官審理無關，不應該用限制人民
20 訴訟權的方式來解決。

21 (二) 再者，我國現行刑事訴訟法之二審採覆審制構造⁸，二審法院關於證

⁶ 最高法院刑事上訴發回或發交更審案件次數及原因-按年別分 (最後瀏覽日: 111 年 10 月 12 日)
82 年至 90 年 <https://www.iudicial.gov.tw/tw/dl-8444Q-ced5574d39b74c7d933ba7346d59faf6.html>
91 年至 100 年 <https://www.iudicial.gov.tw/tw/dl-81Q75-a5fd41ec97b54749b877125385dcl761.html>
101 年至 110 年 <http://www.iudicial.gov.tw/tw/dl-158511-0410f208bace43178ba3^96ef6cda860.html>

⁷ 李佳玟，法定法官原則法官自己決定原則？-評司法院釋字第 665 號解釋，中原財經法學第 38 期，
2017 年 6 月，頁 138-139。

⁸ 此參刑事訴訟法第 364 條規定「第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定」、
第 366 條規定「第二審法院，應就原審判決經上訴之部分調查之」、第 359 條第 1 項規定「第
二審法院認為上訴雖無理由，而原判決不當或違法者，應將原判決經上訴部分撤銷，就該案件自為判
決」等規定，即可知之。

1 據調查、認事用法、量刑等職權均與第一審同，不受第一審判決之拘
2 束，而須就其調查證據之結果，本於確信之心證而認事、用法、量刑，
3 縱為更審，二審法官亦應重新就審理所得之證據資料本於確定而判
4 決，並不受三審發回理由之拘束⁹。因此，三審法官連身，若下級審一
5 直不照發回之意旨判決，反而造成案件多次更審而無法確定、久懸未
6 結之結果。

7 (三) 從實證資料觀察，更審上訴後由同一位法官承辦，與是否減少案件延
8 宕發回、使案件盡早確定，並無必然關連。若「連身條款」確能發揮
9 使案件妥速審判之功能，則至少發回案件比例即應逐年下降。然依照
10 司法院全球資訊網上公布之「統計年報」，網站上最早可回溯自 82 年
11 之「最高法院刑事上訴發回或發交更審案件次數及原因」統計資料¹⁰，
12 然而，由上開統計年報資料可知，除 82 年發回率為 26.23% 外，自 8
13 3 年至 97 年發回案件占比，分別為 30.22%、33.54%、43.35%、40.47%、
14 43.02%、36.49%、45.20%、43.87%、43.86%、43.86%、40.01%、
15 41.58%、42.72%、42.33%、43.22%、33.10%，均在百分之三十、
16 四十之譜，比例無明顯下滑；而比對發回或發交更審次數，第三次以
17 上發回之案件數，除 82 年外，自 83 年至 98 年間均為三、四百件以
18 上。由此可知，連身條款並無法達到減少發回、促進速審的目的。反
19 倒是 99 年制定公布之刑事妥速審判法，促使法官傾向不再就枝節事
20 項撤銷發回，恐怕始為其後發回案件比例大幅下降、發回次數減少之
21 原因（自 100 年後，發回案件比例下降至百分之二十以下；第三次
22 以上發回案件數，於 99 年以後大幅下降，至 110 年發回第三次以上
23 者僅 19 件），而非在此之前即存在多年的「連身條款」。

⁹ 最高法院援引民事訴訟法第 478 條第 4 項，行政訴訟法第 260 條第 3 項，主張基於相同法理，刑事訴訟受發回之法院亦應以廢棄理由之法律上判斷為判決基礎。惟此顯與現行法律規定不符，且最高法院 29 年上字第 394 號判決（原判例）：「第三審發回更審之案件，雖就上訴意旨所指摘之範圍內，認為某種證據應行調查未經原審履行調查之程序為發回之原因，但案經發回，即已回復原審之通常程序，關於當事人聲請調查以及法院依職權所應調查之一切證據，均應仍予調查，不得僅以第三審發回之點為限」。

¹⁰ 同註 5

1 (四) 綜上，更二連身條款並無法促進案件盡早確定、避免「以鄰為壑」之
2 道德風險。案件久懸未決之原因，多為證據調查欠備致使事實不明。
3 遑論，在二、三審承審法官意見不同時，連身條款反而造成案件多次更
4 審而無法確定。更何況，對當事人而言，相較於「案件儘快確定」，
5 更在意是否「案件被合法、正確、無成見地審判」、「法官是否嚴守無
6 罪推定與罪疑唯輕原則」。故避免案件發回云云，實非更二連身條款合
7 憲之正當理由。

8 二、對於「法官參與同一案件裁判應否迴避」，最高法院以實務向採審級說，
9 主張若不涉審級利益，縱未迴避，亦不構成違憲。惟查：

10 (一) 釋字 178 號雖以審級說解釋刑事訴訟法第 17 條第 8 款，惟理由書
11 末段亦載為貫徹法官迴避制度目的，參與撤銷發回更審前裁判之法官，
12 在三審復就同一案件參與裁判者，如無事實上困難，應改分其他法官辦
13 理；釋字 256 號更進一步表示法官迴避，係為「維審級之利益」及「裁
14 判之公平」，未將法官迴避之法理基礎僅限於審級利益，而認為「法官
15 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…」；
16 釋字 761 號理由書明確表示「法官迴避制度應屬訴訟權保障之核心內
17 容…其目的有二：其一是為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司
18 法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產
19 生利益衝突(本院釋字第 601 號解釋參照)；其二是要求法官避免因先
20 後參與同一案件上下級審判及先行行政程序之決定，可能產生預斷而失
21 去訴訟救濟之意義。綜上，可認法官迴避制度實乃確保法官公正審判，
22 維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，而屬憲法第 16 條訴訟權保障之核心內
23 容。」，再次肯認迴避制度之目的包括公平審判，並且將審級利益作為
24 避免預斷原則之具體內容之一，至於最高法院援引該號解釋理由書中提
25 及「此種迴避規定係適用於相牽涉之不同審判制度之案件，不涉及人民
26 就同一案件之審級救濟利益受法官預斷影響之風險，此種迴避要求即與
27 公平審判無關，毋寧為政策之考量」，則係回應該號解釋之聲請標的智

1 慧財產案件審理法之規定，不可以此即謂迴避制度之法理基礎僅限於審
2 級利益。是判斷法官是否迴避，應以有無侵害當事人訴訟權核心內涵為
3 斷，判斷關鍵在於：避免利益衝突（侵害公平審判）及避免預斷（侵害
4 訴訟救濟本旨），是否違反審級利益並非關鍵判斷標準¹¹。

5 (二) 最高法院 110 年度台抗字第 1501 號裁定，從憲法第 16 條訴訟權保障
6 下之公平審判原則出發，援引公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項
7 公平審判之要求，闡釋刑事訴訟法之官迴避規定，在於維護人民受公
8 平法院依正當法律程序予以審判之訴訟權益，並避免法院之公平性受
9 到人民質疑，以增進人民對於司法審判的信賴；承審該案之合議庭因
10 其法律見解與先前裁判歧異，故向其他庭提出徵詢，受徵詢之各庭均
11 同意法律見解，因而統一法律見解，故應可認以公平審判作為法官迴
12 避之法理基礎，應為最高法院目前之法律見解。

13 (三) 再就刑事訴訟法迴避章之立法而言，刑事訴訟法第 17 條第 1 款至
14 第 7 款、第 18 條，均在排除不能秉持中立立場而有偏頗之虞的法官，
15 可見得迴避之規範目的在於維護公平審判，則第 17 條第 8 款「參與
16 前審裁判者」亦應作如此解釋，否則難以維持法官迴避法律體系之一
17 貫性，有違體系正義。

18 (四) 綜上，刑事訴訟法官迴避之法理依據，與其說是審級利益，毋寧係基
19 於公平審判原則之要求。故，縱使與審級利益無涉，在客觀合理觀察
20 者審視下，法官的公正中立性無法獲得確實的擔保時，即應有迴避之
21 必要。

22 三、最高法院、刑事廳均以終審法院具有統一法律見解之任務，而主張無
23 庸迴避；刑事廳並以法律審產生「隧道視野」侵害公平審判之風險較低。
24 惟查：

25 (一) 公平法院原則、法官法定原則均經鈞院第 761 號、第 665 號等多號釋

¹¹錢建榮，公平審判、法定法官原則與法官迴避-兼論最高法院分案連身條款之合憲性，全國律師，111 年 11 月。

1 字所肯認，為憲法上之原理原則，縱為法律審，亦不例外。

2 (二) 為達到終審法院統一法律見解之任務，過去依照最高法院處務規程第
3 3 2 條，可由民事庭會議、刑事庭會議或民刑庭總會議決議為之，目
4 前則有大法庭制度。依法院組織法第 51 條之 2 第 1 項規定，最高法
5 院各庭審理案件，經評議後認採為裁判基礎之法律見解 1 與先前裁判
6 之法律見解歧異者，應以裁定敘明理由，提案予大法庭裁判；同法第 5
7 1 條之 10 規定，大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力，
8 其後各庭對於受理之案件，若擬採取與大法庭裁定見解不同之法律見
9 解，依法院組織法第 51 條之 2 第 1 項，應再次開啟徵詢向大法庭提
10 案等程序，否則應採取相同之見解。是以，統一法律見解之目的，
11 過去透過刑事庭會議或民刑庭總會議決議，現在可透過大法庭制度，
12 達成「解決不同合議庭見解歧異」之目的，連身條款並無存在之必
13 要。更遑論，大法庭透過提案前徵詢、提案後公開言詞辯論，必要時
14 選任學者專家等機制，經由不同法官甚至審、檢、辯、學之多元思辨，
15 使法律問題之各種見解得以充分溝通交流，與之相較，連身條款藉由
16 當事人再次上訴至三審法院、正式分案前，即逕行透過自訂規則強制
17 指定由同一位法官再次審判，何種方式更可昭司法公信、保障當事人
18 訴訟權，不言可喻。

19 (三) 又，最高法院援引之許宗力大法官、林子儀大法官於釋字第 687 號解
20 釋之不同意見書，係針對原判例制度於我國法制上之定位與其是否得
21 為違憲審查之標的，並非直指終審法院之判決；且該不同意見書，不
22 但提及美國法判決先例拘束原則，亦同時指出德國法偏重法官獨立審
23 判，判決先例的「效力」建立在法官的自我抑制與尊重之上，僅具事
24 實上之拘束力，法官裁判的依據就是憲法與法律，遇有判決先例 1 不
25 得盲目遵猶，法官有義務在個案中忠實地根據憲法及法律規定，審查
26 該先例是否正確，或是否仍可支持，如確信先例不正確，已不能支持，
27 而仍盲目、愚忠地堅守，誠如 Germann 所言，反而是公然違法，架空

1 法律本身所原具有捍衛法平等與法安定性的功能；更何況，我國終審
2 法院有多數庭，並非如美國僅單一庭，事實上亦存在各庭可能有不同
3 見解之事實，因此才有前述刑事庭會議、大法庭制度之設計。

4 (四) 至於刑事廳謂法律解釋具有客觀性，透過一定解釋方法即可察覺有無
5 偏離，隧道視野或認知錯誤的風險較低。惟，不同法官具有不同之價
6 值觀、經驗、背景，因價值衡量的結果，相同之法規範，可能因採取
7 不同解釋方法而得出迥異之結論，此由縱使為「純」法律審的憲法解
8 釋、大法庭裁定，亦有「不同意見書」、「協同意見書」的存在，即
9 為明證。況且，我國終審法院並非僅單純審查下級審之法律解釋，尚
10 包括法律適用，而法律之「適用」即包括將「具體事實」置於法律要
11 件下而產生法律效果。又刑事訴訟法第 379 條第 10 款「應於審判期日
12 調查之證據未予調查」、第 14 款「判決不載理由或所載理由矛盾」
13 當然違背法令之事由，即可能同時涉及法官閱覽卷證後對事實之認
14 知；同前所述，司法統計顯示最高法院發回更審原因主要因為「調
15 查證據不詳或未予調查」、「事實認定錯誤不符或不明或記載不明」、「判
16 決理由矛盾或不備」、「採證違法」等¹²，「判決不適用法則或適用法則
17 不當」並非主要原因，可知發回往往不是因為「全然的法律見解爭議」。
18 故仍有使法官陷入心理學上「隧道視野」之情況，即一旦做出認定後，
19 傾向忽略與先前認定所不一致的「事實與意見」，使人做決策時無法考
20 量事務的全域，因而作出不恰當甚至錯誤的判斷¹³。

21 四、刑事廳以司法權被定位為公平中立，法官依法官誓詞、法官檢理應本
22 於良心認事用法，故可由減少隧道視野發生之風險。惟查：

23 (一) 法官公平中立乃法規範與倫理規範所欲達成之目的，而非前提，並不
24 會因為法官的「人設」是公平中立，現實上即必然如此。如認為由倫理
25 規範即能減少偏頗、預斷之風險，則刑事訴訟法根本不需規定第 17 條各

¹² 同註 1。

¹³ 金孟華，論刑事更審案件法官之迴避：以鄭性澤案為例，台灣法學雜誌，304 期，2016 年 9 月，頁 63。

1 款規避事由，同法第 18 條亦不需規定聲請迴避之事由。即因徒倫理規範
2 不足以擔保公正性，故始有法官迴避此一制度性保障存在之必要性。

3 (二) 再者，「隧道視野」的發生，是人類潛意識的心理狀態，與法官的能力
4 好壞無必然關連，更與善惡意無涉，縱使被期待如同「神」般裁判，
5 但法官仍就是「人」，無法避免任何人都可能發生的「認知偏誤」。由
6 於經驗背景的不同，每位法官的價值觀、對事物的理解方式，必定有
7 所差異，心理學分析也證實法官確會因經驗背景而存在偏見¹⁴。若透過
8 法官誓詞、倫理規範即可擔保法官公平中立，那麼在法官均廉正自持
9 的前提下，則容許司法行政恣意介入分配案件又有何妨？就因為個別
10 法官之背景、能力、經驗、價值觀不同，故制度設計上必須強調事先、
11 一般、抽象、中立之分案規則隨機分派承審法官，以維持司法公正與
12 獨立性。

13 (三) 又公民與政治權利國際公約第 32 號一般性意見第 21 段指出：「公正
14 性的要求涉及兩方面。第一，法官判決時不得受其個人成見或偏見之
15 影響，不可對其審判案件預存定見，也不得為當事一方增加不當的利
16 益而損及另一當事方。第二，法院在合理觀察者審視下來看也必須是
17 公正的」；聯合國班加羅爾司法行為準則 (The Bangalore Principles
18 of Judicial Conduct) 第 2.5 條法官應自行迴避之情事，亦規定「法官認
19 其無法公正無私執行職務，或客觀尚足認法官執行職務之公正無私有
20 受合理懷疑之虞時，該法官應自行迴避參與該訴訟程序」¹⁵；再參歐洲
21 人權法院 Moiseyev v. Russia (2008) 案，亦採雙重檢驗基準：首先，法
22 庭必須在主觀上保持公正，其次且從客觀的角度來看法庭也必須是公
23 正的，意味法庭必須提供充分的保證以排除這方向的任何合法疑問。
24 換言之，國際人權標準一方面要求法院實質上無偏見與預斷，另一方

¹⁴ 〈不平等的審判：心理學與神經科學告訴你，為何司法判決還是這麼不公平〉，亞當·班福拉多著，堯嘉寧譯，臉譜出版社，2016 年 9 月，頁 190-213。

¹⁵ 法官、律師與檢察官獨立性及課責性之國際原則，台北律師公會，2013，頁 32-33。

1 面則要求法院審判應具有值得信賴的公正外觀。適用連身條款，法官
2 就相同案件已經有過一次判斷，其後再次為判斷，至少可說是「已預
3 先形成強固的心證」，在形式不偏性上已經難以維持，此與主觀上法官
4 是否遵守法官倫理，已無必然關連。

5 五、最高法院以個案縱不符合刑事訴訟法第 17 條自行迴避事由，當事人
6 可釋明後聲請法官迴避；刑事廳謂於爭議產生後再事後審查，更符合
7 終審法院的定位；故均主張現行迴避制度已足保障公平審判。惟查：

8 (一) 聲請迴避屬於「事後」的救濟機制，且為補充法官自行迴避之不足所
9 設。更何況，最高法院原則上採書面審理而不開庭，當事人難以知悉
10 承審法官之傾向是否受自己先前判決所侷限，根本無從聲請。我國實
11 務上亦鮮少承認法官偏頗之虞而准許聲請迴避的裁定。若以「曾承審
12 更審前之同一案件」為由聲請迴避，又將因連身條款之存在，其迴避
13 之聲請難逃被敏回之命運。

14 (二) 最高法院於 101 年 4 月 16 日始廢除保密分案制度¹⁶，修正「最高法
15 院民、刑事案件編號、計數、分案報結要點」_與保密分案相關條文，
16 增訂被告等訴訟關係人得以書面聲請查詢主辦法官姓名，並決議將主
17 辦法官姓名列於判決書中合議庭成員最後一位。自此之後，當事人可
18 於收受判決前得知案件承辦法官為何。以原因案件為例，89 年判決確
19 定前六次上訴最高法院，惟聲請人均係於收受判決「後」，始知悉案件
20 由「何一合議庭」審理，且因當時並未顯現主辦法官，故也不可能知
21 道係由「何位法官」主辦，如何期待聲請人有聲請迴避之可能性？更
22 遑論，連身條款係最高法院之內部分案規則，如何期待聲請人知悉法
23 院如何分案？自然也無聲請迴避之可能。

24 六、林鈺雄教授、刑事廳皆以最高法院僅一所，法官資格與人數均有限等
25 為由，認事實上無法避免同一案件由相同法官審理。惟查：

26 我國終審法院雖僅有一所，惟法官人數約有八十餘人（包括調辦事法

¹⁶ 司法週刊第 1559 期，101 年 4 月 13 日。

1 官)，民、刑事各約四十餘位，民、刑事庭分別各有九庭¹⁷。縱使每一
2 合議庭審理一次，至少也須更九審後，才有法官重複審理之可能，並非
3 相關機關所述「無可避免須受理相同案件」。退步言之，縱使更審多次，
4 而使最高法院所有合議庭都輪過一遍的狀態，亦屬極少數，且往往已事
5 隔多年，因法官退休、調任等原因，至少有部分法官成員應與原本有所
6 不同，當仍有尚未審過該案之法官，而不致於有「所有法官均應迴避」
7 之情形。更遑論目前之「三專生制度」，司法院得調二審法官至最高法
8 院辦事，更不致於有法官不足無法審理之問題。就「法官有限無法避免
9 由相同法官審理」此點，請鈞庭依憲法訴訟法第 19 條第 1 項後段，命
10 刑事廳提供相關資料，理由詳「參」所述。

11 七、最高法院、林鈺雄教授以連身條款係事先制定之抽象規則，故未違反
12 法定法官原則；刑事廳則以擴大法官迴避，恐損及法定法官之公共利
13 益。惟：

14 (一) 釋字第 665 號解釋以憲法第 16 條訴訟權保障與憲法第 80 條法官依
15 法獨立審判作為憲法上之依據，承認「法定法官原則」為我國憲法原
16 則，並進一步宣示法官事務分配之規則受法定法官原則之拘束，該號
17 解釋借鏡德國基本法闡釋法定法官原則，內容包括應以事先一般抽象
18 之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦¹以干預審判。
19 換言之，不僅是要求法院事先須有一般抽象的法規範為分案依據，更
20 要求此種分案的法規範指引，其內容不得恣意操控由特定法官來審
21 理，此處「不得恣意」係指於分案前無從得知會分給哪位特定法官，
22 更不能因為案件本身而指定由特定法官審理¹⁸。

23 (二) 學者薛智仁進一步闡釋：法定法官原則不僅確保管轄法官的明確性與
24 可預見性，屬於法治國原則的重要內涵之一，且賦予個人有類似基本

¹⁷ 最高法院網站 <http://tp5.iudicial.gov.tw/tw/cp-914-33683-8d97c-Qll.html>
最後瀏覽日：111 年 10 月 12 日

¹⁸ 同註 9

1 權的主觀權利，如果個案裁判違反此一原則，得提起憲法訴願；由於
2 事務分配涉及司法審判權的核心，且因法院配置、法官人數、各類案
3 件負擔、專業性等彈性、因地制宜之需求，案件分配規定，並不排除
4 由法官會議訂定，惟法官會議對於法官事務分配之形成自由仍有其界
5 線，應符合完整性原則（所有案件皆應予以分配）、抽象性原則（必須
6 事前以一般、抽象、事理客觀的要素進行分配）、明確性原則、穩定性
7 原則、年度性原則（事務分配計畫只有年度效力，司法年度結束時自
8 動失效）、先決作用原則、立即執行原則¹⁹。

9 (三) 本件系爭「連身條款」決定案件發回更審後再行上訴案件如何分配，
10 為案件分配之規則，就具體個案而言，涉及被告之救濟權利、法官是
11 否有預斷之可能，就通案而言，涉及法院是否公正中立之外觀。故並
12 不僅是消極地迴避與否的問題，而是積極地透過規則「指定」由「特
13 定法官」承辦「特定案件」，等於以「規則」操控案件由特定法官承
14 辦，以「規則」干預原本抽象、隨機的分案機制，更係以「規則」操
15 控由特定法官承辦特定案件。因此，「連身條款」自違反法定法官原則
16 。

17 (四) 至於刑事廳主張擴大法官迴避恐損及法定法官之公共利益。實則法官
18 能否不偏頗地公正執行審判職務，係屬憲法層次之正當法律程序。問
19 題，為確保當事人得以受客觀中立法官之審判，刑事訴訟設有迴避制
20 度，以建立審判制度之可信賴信，此一機制為法定法官原則之例外容
21 許²⁰。

22 八、林鈺雄教授表示法定法官原則沒有排除事務管轄、專業分工等案件分
23 配規則，並以專庭為例。惟查：

24 (一) 林鈺雄教授於其刑事訴訟法教科書中論及：偏頗的事務分配比違法的
25 管轄更具破壞法定法官原則的威力；目前，各級法院的事務雖然採行

¹⁹ 薛智仁，法定法官原則與法官事務分配，最高法院分案與法官迴避透明化研討會，2020年2月。

²⁰ 吳燦，刑事再審聲請案件與法官迴避，月旦法學教室，第233期，2022年3月，頁16。

1 隨機分案原則，但是由於專庭專股的設立，所以特定種類的案件，例
2 如重大金融案件，可能全由特定的法官處理，這有其專業分工的考量，
3 只是如果選擇專股法官的標準不具專業性，或專股法官的人數太少以
4 致於太過特定，則難免減損法定法官原則的功能；至於以模糊要件（「社
5 會重大矚目」）取代一般、事先、分案規則，而由司法行政方式「個案
6 決定」承審法官之作法，則有明顯抵觸法定法官之虞²¹。可知林教授亦
7 了解偏頗的事務管轄具有破壞法定法官原則之威力，而若專股的選擇
8 「不具專業性」或「太特定」，則會減損法定法官原則之功能。學者
9 亦謂：事先以一般抽象規範規定承審法官地位之產生，其特徵應使其
10 不可有被操縱之可能，其承審法官地位之產生應係盲目而隨機；若屬
11 被特定之狀態，即甚易被操弄而喪失司法公信；若與事務不相關，僅
12 因人設事，或僅係設計該專庭後，僅一位法官負責審理該類事件，或
13 如該類事件並無任何特殊性，無需專門知識或經驗，似均應認為不宜
14 設立此等專庭，否則極易有操縱審判之危險²²。

15 (二)實則，專業法庭的設置有法律的明確規定與授權（法院組織法第14、
16 15、36、79條參照），且目的在於增進審判專業性與效率，促使案件
17 被更正確地審判，最終確保當事人訴訟權的實現，有其正當性與必要性
18 ²³，與更二連身條款並非基於「法官的專業」來分派案件，且「分派予
19 特定（審判過同一案件之）法官」，有極大的不同，不能相類比。

20 九、最高法院、林鈺雄教授主張依連身條款分案之法官縱使再次參與審判，
21 並非參與自己裁判之救濟。惟查：
22 更審後再行上訴，第三審之審判的對象，形式上似僅為更審裁判，然而，
23 實質上既係同一被告且同一犯罪事實，即為同一案件。在實務上，連身
24 條款分由同一位法官審理，時常出現審查下級審是否有依照發回理由裁

²¹ 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，2019年9月8日，頁112-113。

²² 姜世明，長期被忽視之法治國支柱-論法定法官原則之觀念題清與實踐前瞻，台灣法學雜誌第125期
2009年4月，頁9。

²³ 同註5，頁131；林孟皇，金融專庭與法定法官原則，法令月刊，第60卷第4期，2009年，頁47-53

1 判²⁴，無論係法律見解、應調查未調查之證據、理由是否矛盾等，均係
2 審查下級審裁判「同時」也審查自己先前之裁判。由實證資料觀察，以
3 司法院法學資料檢索系統查詢，亦可搜尋出為數不少於判決中以明確指
4 摘下級審判決未依或已依「本院前次發回意旨」之最高法院判決²⁵。是
5 故，再行上訴仍分由前次第三審審判之相同法官，係「參與自己裁判之
6 救濟」，而有違「任何人不得自斷其案」之原則。

7 十、刑事廳似論及法官迴避與否屬立法形成範圍。惟查：

8 (一) 更二連身條款涉及法定法官原則，具有制度性保障性質（釋字 665 號
9 解釋黃茂榮大法官協同意見書參照而訴訟權之落實，則有賴立法機關
10 制定法律，惟立法機關具體化訴訟制度固有一定之自由形成空間，惟
11 仍不得違背前揭訴訟權保障之核心內容。而法官迴避制度屬訴訟權保
12 障之核心內容之一（釋字第 761 號解釋理由書參照）。故對於如何具體
13 化法官迴避制度，立法者固然有立法形成自由，但不代表有恣意形成
14 之自由。

15 (二) 更何況，本件更二連身條款係審判機關自行制定之法官分案規則，
16 縱基於法官自治，也並非毫無界線而可自行任意決定所有案件的分配方
17 式，仍應審酌案件分配涉及之基本權、是否有難以克服的現實問題必須
18 被遷就而必須因地制宜等情形²⁶。系爭「連身條款」已非單純「一般抽
19 象」之規定，而是「個別具體」地「指定法官」²⁷，重大刑事案件又
20 往往涉及被告之人身自由甚至生命權，也不存在法官員額不足而使現實
21 上必須由同一法官辦理的情形，故實已逾越對於法官事務分配形成自由
22 之界線，有違法定法官原則。

²⁴ 同註 5，頁 130-131。

²⁵ 例如 111 年度台上字第 1840 號、111 年度台上字第 2953 號、110 年度台上字第 5882 號、110 年
度台上字第 4953 號、109 年度台上字第 3915 號、111 年度台上字第 2630 號、111 年度台上字
第 2048 號、110 年度台上字第 1382 號、110 年度台上字第 5884 號、110 年度台上字第 1899 號、
110 年度台上字第 3050 號、109 年度台上字第 5091 號、109 年度台上字第 2311 號等。

²⁶ 同註 5，頁 143-144。

²⁷ 錢建榮，違反法定法官原則更二連身條款，月旦法學教室第 140 期，2014 年 6 月，頁 56。

1 十一、最高法院援引德國法，以該國「刑事案件以原判決法院所屬地區劃
2 分，同一案件撤銷發回更審後之上訴案件，必然由原撤銷之同庭法
3 官審理」，而主張連身條款並未違憲。惟查：

4 德國既以「原判決法院」所屬之「地區」作為終審劃分法院管轄，各
5 庭係以「地區」劃分終審（第三審）法院的管轄模式（例如刑一庭受
6 理特定幾個地區高等法院之上訴案件，只要撤銷發回再上訴，仍由刑
7 一庭審理）。此種方式等同事先以抽象的「土地」因素為分案標準，
8 而非以具體個案本身，其實是制定案件土地管轄的標準，與我國上訴
9 二審的土地管轄相類，故無違法定法官原則。我國更二連身條款係以
10 「具體案件本身」及「（審理過該具體案件的）特定法官」為唯一分
11 案標準。故德國發回更審再上訴三審，分由同一庭審理，係因上開事
12 先明定之「土地」因素所致，與我國連身條款事先明定具體案件分給
13 該審理過該案件的相同法官，自不能相類比²⁸。

14 十二、刑事廳引用美國法為例，主張「一般而言，上訴審法官的迴避事由，
15 較之下級法官更為狹窄」、「大法庭相當於全體法官庭審（en banc）」；
16 最高法院則以「美國聯邦最高法院只設1庭，撤銷發回案件在上訴
17 後，仍由同庭辦理」為例；李榮耕教授則引述美國聯邦法與實務判
18 決，表示除非嚴重偏袒或惡意，否則法官於審判中對一個案件所表
19 示之意見，或就同一案件在先前程序中的判斷，並不當然構成迴避
20 之理由。惟查：

21 （一）美國刑事訴訟制度結構與法院系統與我國不同。審級制度設計上，
22 美國聯邦法院案件以聯邦地方法院（District Court）為第一審、聯邦
23 巡迴法院（Circuit Court，或稱上訴法院 Court of Appeals）為第二審，
24 最高法院（Supreme Court）為第三審。由於最高法院就上訴管轄權
25 （appellate jurisdiction）具有裁量空間，故由第二審巡迴法院所為之法
26 律審為多數案件之終審= 因此，不應逕以我國終審法院與美國最高

²⁸ 同註9

1 法院進行比較。

2 (二)再者，美國共設有 13 個依地區或功能設置之聯邦巡迴法院，各巡迴
3 法案法官人數少則 6 名（第一巡迴法院）、最多有 29 名（第 9 巡迴
4 法院）。與美國終審法院相較，我國最高法院法官人數與庭數相對充
5 足，最高法院刑事庭共配置有 49 名法官，設有 9 庭，不僅審級
6 與功能有所差異，法官人數與庭數也都較任何一個美國聯邦巡迴法
7 院、聯邦最高法院為多。因此，本件聲請人之確定判決，既經最高法
8 院審理 6 次，縱使 6 次均由不同庭審理，仍不會因法官人數不足，
9 導致會有最高法院法官必須重複審理此一案件。故美國與我國終審
10 法院之配置具有明顯差異，實無法比擬。又，刑事廳似參考美國法
11 主張我國最高法院大法庭相當於全院法官庭審（en banc）等。惟查，
12 我國最高法院大法庭係以法官 11 人合議行之（法院組織法第 51 條
13 之 6 參照），此與美國聯邦巡迴法院全體法官共同組成全院庭審，仍
14 有不同，不得逕行比擬援用。

15 (三)再者，要求事先訂定一般抽象之規則規範法院案件分配之法定法官
16 原則，已為釋字第 665 號解釋所肯認，在我國係憲法位階之原理原
17 則，美國並未以該原則審查法官迴避事項。而美國僅有一審事實審，
18 法官原則上並非認定事實者，美國實務案例討論法官迴避，多為事實
19 審之案例。且美國發展出一事不再理原則，採不對稱上訴制，上訴許
20 可制，故美國實務也極少多次發回更審的情形，與系爭更二連身條款
21 為第二次更審後再行上訴，有所不同，無法比擬。

22 (四)李教授意見書所引用之美國司法實務見解，並非針對美國法律審法
23 院之法官迴避，而是屬針對聯邦地方法院法官就事實審審理程序之迴
24 避，與本件爭點（三）並無關聯：

25 1.李教授主要引用之 *Liteky v. United States* 案（510 U.S. 540 (1994)，
26 下稱 *Liteky* 案），所涉為聯邦地方法院法官在對同當事人、同類案件
27 之另案審判中，以及本案事實審審理程序之言行，得否作為聲請其於

1 本案事實審審理程序迴避之事由。本件被聲請迴避的法官，於 1983
2 年審理其中一位當事人之另案時，於法官直接審理之審判程序中
3 (benchtrial)，對於該當事人的主張持續表達不認同的態度，並最終判
4 決其有罪。於 1991 年的 Liteky 案審理程序開始前與審理程序中，該
5 當事人二度聲請該位法官迴避，均遭到聯邦地方法院駁回案件再上訴
6 至第十一巡迴法院時，法官迴避之聲請亦未獲認可，最後經聯邦最高
7 法院裁定收案審理。聯邦最高法院判決雖認定：「除非已經是嚴重的
8 偏袒或是敵意，不可能再公正地執行法官職務，否則法官在審判程序
9 中對於『一個案件』所表示的意見，或是就『同一案件在先前程序
10 中的判斷』，並不就構成必須要迴避的偏見」，但此處聯邦最高法院所指
11 「一個案件」，是指 1983 年之他案；所稱「同一案件在先前程
12 序中的判斷」，則是指該法官於該次事實審的審理程序中之判斷，不
13 構成其於該次事實審審理之迴避事由。聯邦最高法院並強調「更審案
14 件（按：發回案件之上級法院對下級法院法官之選定）的標準與本
15 件審理爭點無涉（ the standards applied on remand are irrelevant to the
16 question before us here.）」由此可知 Liteky 案非但並未審查美國聯
17 邦巡迴法院法官之迴避制度，實際上 Liteky 案所指涉者，為單一案件
18 之單一次審判程序中，法官迴避事由是否包含他案或本案審理程序
19 中之法官言行，與本件聲請人之案件係經我國最高法院五度發回更審，
20 每次再上訴至最高法院時，均因連身而交由相同法官審理之情形截然
21 不同。

22 2. 美國刑事案件事實審審理程序又分為審判庭程序（trial，或稱
23 conviction）以及量刑程序（sentencing），須由前者之陪審團認定被
24 告之行為有無構成檢察官起訴之罪名後，若有罪，再由法官以後者確
25 定懲處，二者原則上由同一法官負責進行。因此，美國聯邦法院裁判
26 中之「前程序（prior proceedings）」，往往指的是量刑程序前的審
27 判庭程序，而非我國一般認知之前審。李教授意見書中主張「美國司

1 法實務上向來認為，法官在先前的程序中做成不利於被告的裁判，不
2 當然就構成迴避的事由」之依據，為引用 United States v. Studley 案
3 (783 F.2d 934 (9thCir. 1986)，下稱 Studley 案) 以及 Taylor v.
4 Regent of University of California 案 (993 F.2d 710 (9thCir. 1993))
5 下稱 Taylor 案) 等二個聯邦最高法院判決。其中，Studley 案的聲請
6 人主張聯邦地方法院法官於審判庭程序(conviction) 中之言行不利於
7 聲請人，故聲請聯邦地方法院法官在量刑程序(sentencing) 中迴避，
8 與法律審法官的迴避無涉。如上所述，美國刑事案件須經審判庭程序
9 之陪審團認定有無構成起訴之罪名，經審判庭程序認定有罪後，再由
10 法官進行量刑程序、認定懲罰方式，二階段之程序由相同法官負責進
11 行，核屬同一審級之同一次審理程序。因此，Studley 案中所謂「先
12 前的程序中做成不利於被告的裁判」之情形，與本件聲請人之死刑定
13 讞判決，由最高法院相同法官對相同案件事實、法律爭點，重複、多
14 次審理'作成數次死刑判決之情況，自無法相提並論。此外 Taylor
15 案並非枋事裁判，且 Taylor 案之聲請人係聲請事實審法官之迴避，
16 其所認定之依據亦與本件爭點三之最高法院分案要點更二連身規
17 定，欠缺可互相比較之基礎，李榮耕教授此部分意見恐有誤會。

18 3.針對美國聯邦巡迴法院之法官應否迴避，實際上有與本案爭點三更接
19 近、更直指核心的裁判，即美國聯邦巡迴法院法官曾因參與同一當事
20 人相類似事件之前審審判，而認定自己應迴避的 Swann v.
21 Charlotte-Mecklenburd Bd. Of Educ，案 (431 F. 2d 135 (4thCir. 1970)，
22 下稱 Swann 迴避案)²⁹。由該案之處理過程可知，美國聯邦巡迴法院

²⁹ Sw ann 案涉及北卡羅萊納州一區域之學區劃分與就學方案是否構成種族隔離而違法，1965年第一次 Swann 案 (243 F. Supp. 677) 首次進入北卡羅萊納州西區聯邦地方法院，當時主要爭點為學區劃分是否為維持種族隔離而被不當規劃(即「傑利蠟蝕化 Gerrymander」)，該案在聯邦地方法院由 James Braxton Craven 法官審理，並認定該學區劃分並未違反平等權保障，經原告上訴至第四巡迴法院，仍遭駁回而確定(369 F.2d 29)。該第一次 Swann 案之判決作成4年後，聯邦地方法院再度審查該區域所執行的學區劃分與就學方案，認定其造成教職員與學生的種族隔離，並命令該區教育委員會應確保區內每一間學校均應達到種族融合的要求，即為第二次 Swann 案。第二次 Swann 案之一審判決'於1970年由該區教育委員會上訴至第四巡迴法院，此時 Craven 法官已於第四巡迴法院擔任法官，而該次案件經第四巡迴法院法官決議應由全體法官審判(en banc decision)，故 Craven 法官理可參與審判。然而，

1 之法官過去曾在相同當事人、相同事實與相同爭點之他案中，以判決
2 表示明確意見者，縱使案件經過聯邦地方法院重新審理，再度進入巡
3 迴法院時，仍得依聲請迴避，且不以前次判決外有其他事實證明法官
4 有嚴重的偏袒或敵意為必要。此與我國案件經最高法院發回更審後，
5 相同當事人、相同事實與相同爭點之案件經事實審法院重新審理，再
6 度上訴至最高法院時之情況極相似，此時縱使無其他事實證明法官有
7 嚴重的偏袒或敵意，上訴審法官仍應迴避，以維持當事人對司法制度
8 之信賴與公平審判。

9 十二、最高法院意見書提及更二連身條款之訂定始末，表示原本認為無試
10 辦必要，惟司法院函詢 76 年函令表示「分由最後發回之原法官辦
11 理，無損當事人利益」，故最高法院乃決定試辦。聲請人意見如下：
12 法定法官原則的內涵，包括事先以一般抽象規則分案，排除恣意與不
13 當干預，其中當然包括排除來自司法行政之干預⁴最高法院意見書中
14 提及司法院函令之性質為何？是否與法律或大法官解釋相同之位
15 階？最高法院原本以破壞保密分案制度、違反釋字第 178 號解釋之
16 精神、違反合議制度之規定（案件係由五人合議決定，且如始終由同
17 一人審判，恐無法獲得客觀公平裁決之機會）、未必能達成司法院所
18 欲要求的效率原則（案件經年久遠，相同法官仍須重新審閱卷證），
19 因而否決司法院之要求²⁵，則何以司法院可二度「函令」試辦？豈非
20 等同司法院的函令可改變法院分案規則？若等同連「連身條款」的訂
21 定本身，都深受司法行政之干預，如此何以無違法定法官原則？就此
22 點，請鈞庭依憲法訴訟法第 19 條第 1 項後段，請最高法院提供相關
23 資料，理由詳「參」所述。

原告以 Craven 法官曾參與第一次 Swann 案之審判，聲請其迴避；Craven 法官則以 Swann 迴避案之裁定說明，即使第四巡迴法院本次審理之判決為第二次 Swann 案的聯邦地方法院判決，而非其所審理之第一次 Swann 案，但第二次 Swann 案與第一次 Swann 所涉及之事實與爭點相同，且其於第一次 Swann 案的聯邦地方法院判決中，業已表示明確意見，故應依據聯邦法規之規定，於第二次 Swann 案審判中迴避。

1 參、請鈞庭依憲法訴訟法第 19 條第 1 項後段，指定相關機關提供資料：

2 一、按憲法法庭審理案件認有必要時，得依職權或依聲請，通知當事人或
3 關係人到庭說明、陳述意見，並得指定專家學者、機關或團體就相關
4 問題提供專業意見或資料，憲法訴訟法第 19 條第 1 項定有明文。

5 二、「若更二審上訴後原三審法官迴避，將無法官可審理」之實證資料相關
6 機關司法院刑事廳主張最高法院法官賣格與人數均有限，故無法避免
7 同一案件由相同法官審理。惟依司法院於網路上公開之統計資料、最
8 高法院網站之資訊顯示，最高法院民、刑事庭各有九庭，各約四十餘
9 位法官（包括調派最高法院辦理審判事務之法官），是案件縱使多次更
10 審由不同法官、甚至不同庭審理，仍不會因法官人數不足，導致會有
11 法官必須重複審理同一案件之情形。且因「三專生制度」造成辦事法
12 官調動頻繁，縱使換法官審理，亦不致於無法尋得未審過該案之法官。
13 故請鈞庭命相關機關司法院刑事廳說明或提出資料如下：

14 （一）說明「若更二審上訴後原三審法官迴避，將無法官可審理」之推衍
15 或計算方式。

16 （二）提出近五年最高法院「更三以上未結案件數」與「更九以上未結案
17 件數」。

18 （三）提出近五年最高法院調辦事法官之比例。

19 三、更二連身條款「避免撤銷發回、案件久懸」功能之實證實料

20 相關機關司法院刑事廳以恐損及妥速審判之要求，而認不應擴張法官迴避
21 事由之範圍；又林鈺雄教授亦提及更二連身條款制定背景係避免第三審法
22 官「以鄰為壑」，頻繁撤銷發回，造成案件不斷撤銷發回、訴訟期間拖延。
23 循此邏輯，若更二連身條款確能發揮避免使案件不斷撤銷發回、妥速審判
24 之功能，則至少發回案件比例即應逐年下降。惟，更二連身條款於 76 年
25 開始試辦，然依司法院網路上公開之司法統計資料顯示，直至 98 年、9
26 9 年以前，發回率仍居高不下。本件聲請人歷經五次發回更審，於第六次
27 上訴最高法院始確定。是以，為究明更二連身條款無法達到防範一再撤銷

1 發回之功能，請鈞庭命相關機關司法院刑事廳提出資料如下：

2 (一) 最高法院 76 年至 81 年之發回案件比例（目前網路公開之統計

3 資料僅回溯至 82 年

4 (二) 更二連身與非更二連身之審理時間比較。

5 (三) 76 年至 110 年「更三以上未結案件數」。

6 四、更二連身條款之訂定緣由相關紀錄

7 相關機關最高法院於意見書中表示：更二連身條款之訂定始末，係司法院
8 以 76 年 1 月 10 日 (76)院台廳二字第 01186 號函詢最高法院可否進
9 行試辦及有無窒礙難行之處，經最高法院檢討後認「無試辦必要」；嗣後，
10 司法院因認為第二次以上發回更審之民刑事上訴案件，分由最後發回之原
11 承辦法官辦理，無損於當事人之審級利益，原則可行，而再以 76 年 3 月
12 13 日 (76)院台廳二字第 02453 號函令最高法院試辦；最高法院乃決定自
13 76 年 3 月 16 日起試辦，並以 76 年 3 月 23 日 (76)台文字第 0203 號函
14 司法院備查。其後於 76 年 9 月 22 日召開 76 年度第 6 次民刑事庭庭長
15 會議通過當日核定《最高法院更二以後之民、刑事上訴案件分案暫行辦法》
16 ³⁰26。為具體探究更二連身條款之由來，了解司法院何以第一次「函詢」
17 試辦、第二次「函令」試辦與最高法院何以第一次認無試辦必要、第二次
18 卻同意試辦，故請鈞庭指定相關機關最高法院提出下列資料：

19 (一) 司法院以 76 年 1 月 10 日 (76)院台廳二字第 01186 號函。

20 (二) 最高法院 76 年度第一次民刑庭長會議紀錄。

21 (三) 76 年 3 月 13 日 (76)院台廳二字第 02453 號函。

22 (四) 最高法院決定試辦之會議紀錄。

23 (五) 76 年度第 6 次民刑事庭庭長會議之會議紀錄。

24

³⁰ 111 年 3 月 29 日最高法院第二次以上發回更審及重大刑事案件再行上訴（即「連身條款」）之分案
緣由，說明新聞稿：<https://tps.iudicial.gov.tw/tw/cp-l-025-97566Q-dc834-011.html>
最後瀏覽日：111 年 10 月 13 日。

1
2 肆、針對憲法法庭前開說明會詹森林大法官提問，簡陳意見如次：

3 一、詹森林大法官提問：

4 (一) 更二連身，那個連是連承辦法官或連庭？假設如果第二次到最
5 高法院，發現有一樣的法官但他說他不是主筆，請問聲請人還
6 會在意嗎？

7 (二) 對於刑事廳與最高法院更二連身的目的其中第一是效率，加速
8 審判速審速決，意見？

9 (三) 現在討論的大部分是刑事案件，但應該在所有案子都要一律適
10 用，在民事和行政訴訟都該被討論到。

11 這不單單是國家和人民的利益，而是兩造的利益，一個在
12 最高法院贏了，最高法院發回，原本贏的那方當然希望原本的
13 法官繼續判，但為了對造利益還是要由不同庭法官來承辦。請
14 問代理人們關於這部分兩造利益下的延伸有什麼絕對的違憲？
15 同樣，就算回到刑事案件，他也會有告訴人，告訴人可能希望
16 發回後也是同一個法官審理，民事兩造利益相反，刑事也有被
17 告人跟原告，兩造都會希望原本判我贏的那個法官繼續審理，
18 連身條款正好有這個效用，為甚麼聲請人會認為更二連申在各
19 種情況下都是基於隧道效應、會有違憲的情形？

20 二、關於問題一：

21 本件處理的問題更二連身條款的問題，是關於法官問題，根本
22 的目的是落實確保公平審判原則，我們也有引用釋字第 761 號理由
23 書裡提到，法官迴避制度是訴訟權保障的核心內容，其中一個目的
24 是確保人民可以獲得公平審判，並維繫人民對司法公正性的信賴，
25 被告能不能被公平審判，這才是核心問題。

26 被告所受的判決是死刑的判決，假設今天被告在二審被判無期
27 徒刑，卻一再被撤銷發回，在判決書中，合議庭法官不斷重複，站

1 在被告或辯護人的立場，被告會認為是否希望改判死刑？這是在更
2 二連身條款中被告常常有這種問題，這種疑問，這會損及對司法公
3 正性的信賴，不管重複法官有幾位或是否為主筆法官，都會有這種
4 疑問，應該用違憲的角度處理。

5 三、關於問題二：

6 更二連身條款是否有助於效率？引用公開統計年報數據發現，
7 76 到最近的年限，83-97 年間撤銷發回率 30-40%之間，並沒有因條
8 款實施降低。本案經歷五次更審，第六次才定讞，實際上，我們認
9 為明顯落差在 99 年立法院公布<刑事妥速審判法>後，100 年開始撤
10 銷發回比例才下降，這也是質疑的地方，法院要處理這個案件久懸
11 不決的狀況，不該透過限制人民訴訟權，應該優先採侵害小的選擇，
12 我們要落實最高法院自為判決這個制度的本旨，更二連身的問題在
13 最高法院不願做判決，才會出現這個爭議。我們還要延續三十年前
14 的制度來討論現在的時空背景嗎？目前的制度已經抵觸憲法對於訴
15 訟權的保障。

16 四、關於問題三：

17 分為兩件事情，一件是本件刑事訴訟法的解釋是否要和民事、
18 行政訴訟法做勾稽，第二是民事就雙方而言，可能有一方希望同一
19 個法官審理，刑事可能也有。這樣的希望恰好是我們要避免的，為
20 甚麼一個客觀第三人會覺得重複的法官審理有利？為甚麼會有既得
21 利益者？這就是我們討論迴避的原因。就刑事訴訟法，我們認為可
22 以跟本件分別視之，因為民事跟行政訴訟法在修法時更審前裁判拿
23 掉，民事訴訟法的規定認為更審前裁判不至於偏頗，但刑事訴訟法沒
24 有這種規定。民事、行政訴訟法跟刑事訴訟法程序也不一樣，如果最
25 高法院發回時第二審採複審制是可以重新調查的，這有巨大的區別。
26 心證的門檻也完全不同，刑事訴訟法一定要嚴格遵守法官迴避原則的
27 原因是，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

1 則，在認識用法後沒有任何理由認為被告無罪的情況下，他才做判
2 決。這樣強烈的心證與民事與行政訴訟法不同。而結果也無法相類
3 比，刑事可能剝奪被告的自由，有巨大影響。最後，我們認為審理過
4 必須迴避就如同詹大法官提問的，我們不希望人民有錯誤見解，感覺
5 會對誰有利。

6 綜上，上揭違憲情事亟待鈞庭釋憲予以匡正，爰補充理由如上。

7
8 謹 狀

9 憲法法庭 公鑒

10
11
12 中 華 民 國 1 1 1 年 1 1 月 1 7 日

13
14 聲 請 人 蕭新財



15 訴訟代理人 王寶蒞律師

