

# 憲法解釋補充理由書

案號 台字第 13254 號等

聲請人 高志鵬

代理人 陳為祥律師

為釋憲聲請案，依法補充理由事：

- 一、本件聲請人於聲請書中，業已詳列系爭規範違憲之指摘暨理由（詳參聲請書參，頁 13 以下），敬請 鈞庭細加審酌，其中已含就鈞庭所示四項爭點題綱之學理分析與回答。謹於本狀中，再針對前開爭點題綱之（三）、（四）兩項，提出補充理由。
- 二、曾於特定案件參與最高法院刑事第三審裁判之法官，於該案件發回更審後，又上訴至最高法院時復參與第三審裁判，未為迴避，應屬違憲，《最高法院第二次發回更審以後民刑事上訴案件分案實施要點》（80 年版本）第 2 點規定，硬性規定更二後案件均由最高法院同股

審理，實有違憲。據此，司法院釋字第 178 號解釋應予補充，併此先予聲明如上。

三、按「為實施聯合國一九六六年公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）及經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic Social and Cultural Rights）（以下合稱兩公約），健全我國人權保障體系，特制定本法。」「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」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第 1 條、第 2 條定有明文，準此而言，論及法官獨立性與公正性問題，應受相關國際公約之拘束，而依 1996 年《公民與政治權利國際公約》第 14 條第 1 項規定「…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。」2007 年《公民與政治權利國際公約》第 32 號一般性見第 21 點亦規定「公正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益而損及另一當事方。第二，法院在合理觀察者審下來看也必須是公正的。例如，根據國內法規，由本應被取消資格的法官參加審理，而使審判深受影響者，通常不能被視為是公正審判。」顯見「獨立無私」與「不可對其審判案件預存定見」為公正法院之核心價值，至於司法事務的分配、防止法官以鄰為壑等等理由，均非公正法院所應予以審酌，更非可用以作為不公正法院之合理化借口。

四、《最高法院第二次發回更審以後民刑事上訴案件分案實施要點》(80年版本)第2點：「更二以後之案件，依保密分案程序(在保密送案簿記載某股承辦)由原承股辦理。」即俗稱連身條款，指民刑事案件於更二審以後之案件，由原承股辦理，換言之，除非原承股的五位法官全部更換，否則即發生曾參與同一案件審判的法官再度參與審判之情形，於此情形，除非能通過「**獨立無私**」與「**不可對其審判案件預存定見**」二個審查標準，否則連身條款無法取得合憲性。惟法官既曾參與同一案件之審判，又如何能確保其「**獨立無私**」與「**不可對其審判案件預存定見**」？論者雖有以更一與更二為二個不同判決，上訴後雖均由最高法院同一庭法官審理，但審理對象為不同判決，故無所謂「**對其審判案件預存定見**」之情形，這種見解，就好像改名就變成不同人，純粹的形式主義，蓋不論案件案號如何改變，歷次審判都是以檢察官起訴的犯罪事實為審查對象，證據亦均相同，如何能謂案件編號從更一變為更二就變成不同案件？最高法院雖為法律審，但因刑事訴訟法及向來實務的見解，均將證據之適用及解釋視同法律問題，納入違法審查之範圍，全卷亦必須送交最高法院，故而最高法院必須就所有證據之適用及解釋是否合法為審查認定，並非單純只審查違法行為之法律適用問題，審理法官既然已看過包括所有證據在內的全部卷證資料，並與合議庭所有法官進行評議後為裁判，顯見評議當下法官一定已產生「定見」，否則如何下判決？則於同案發回後更審後再上訴時，若仍由同一法官參與審理，試問該法官如何能維持

「獨立無私」與「不可對其審判案件預存定見」？系爭實施要點第 2 點，無疑本於「只要發回更審，即表示原審法庭無有定見」之預設，顯係此抽象分案規則之核心思考，完全立基於「通常只是找出事實部分有待再予詳查致發回更審者，因無實體審判，仍偏向程序性裁判，是不致產生法官迴避制度所欲處理之『定見』」，所以這裡的「前審裁判將不是前審裁判」，因既非「前審」、甚而不是真正要防堵的「裁判」，試問：如此之預設，規範上或實踐上是否確實正確？具體個案上是否經得起考驗？如何得據此，即在抽象之分案規則上建構此「連身條款」？

- 五、關於爭點題綱（四）之何謂《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款的「前審裁判」，從比較法觀之，《德國刑事訴訟法》第 23 條相對規定更為清楚：「法官曾參與之裁判，被依救濟途徑聲明不服者，依法直接排除其參與上級審之裁判（第 1 項）。法官曾參與之裁判，被依再審聲請聲明不服者，依法直接排除其參與再審程序之所有裁判。若被聲明不服之裁判是在上級審程序中作出，則曾參與作為裁判基礎之下級審裁判之法官，亦排除之。第 1 句及第 2 句之規定，準用於法官參與準備再審程序之所有裁判（第 2 項）」。<sup>4</sup>單從條文內容比對，可見我國與德國之指涉範圍不同：雖形式上看似同樣從「下級審—上級審」關係出發，但德國法對於「前審」之理解顯然較為廣泛，不但將再審納入一原第三審及再審同屬最高法院、在我國可能就無法認知為是上下級審關係，德國亦同時將「前審」擴張至「非下級審而可能為上級審的前審」，這些都可能與我國法之解釋

不同；再者，德國法明文「法官曾參與之裁判」，而非如我國法「法官曾參與前審之裁判」，範圍指涉會有落差，從後述之審級說等之爭議，更可看出這個不同。即便如此，德國刑法學者Claus Roxin教授仍批評道：「《德國刑事訴訟法》第23條的規定方式相當瑣碎，且僅有列舉而無例示，因此對其他情形而言並無類推適用之可能，特別是在第三審上訴法院發回更審之案件，在此期間之法官更換並不屬法官應加排除迴避之理由，『此頂多只為因有無法保持中立之虞，而成為拒絕之理由』」，換言之，即便連適用情狀遠較我國為廣的德國現行迴避制度，學者仍認為應該進一步開放某種「曾參與裁判」之理解與適用，以強化對訴訟當事人之保護，確保司法之中立公正。比較德國與臺灣，「發回更審後復重新受理上訴」，顯然臺灣與德國有志一同，都難以涵攝為「參與前審裁判之法官」，進而毋庸自行迴避，並非妥適。觀察我國法，眾所周知，關於法官迴避制度之目的，向有審級說、拘束說之爭，特別在後者，主張法官之所以應自行迴避，係以維護裁判之自縛性為前提，認為案件既經裁判，本於「裁判一次性原則」，法官即應受該裁判之拘束，不得自行撤銷、變更或更正之，如該裁判有違法不當之處，不應由原法官再參與審判。事實上，大法官於釋字第178號解釋中所言之「為貫徹推事迴避制度之目的」，其實等同於拘束說所言之「裁判一次性原則」，突顯「已參與過裁判者，實不得再參與將來的裁判」之意旨，與前述德國法、學者之見，非常接近。不論如何，實務及學說上多認為，在發回、發交、移送、非常上訴等

情形（涉及爭點提綱（一）），由於並無上級審與下級審之關係，雖曾在本審法院參與「前次」之裁判，但仍非「前審」裁判，「毋庸自行迴避」。是相較於德國法，已有過度限縮「前審裁判」之認定範圍，使重複受理同一案件審判之法官，只因不構成狹義之「直接上下審級」，進而毋庸自行迴避，恐未符憲法要求。

六、連身條款硬性規定更二以後案件一律由原承股辦理，此外，無任何例外規定，縱使法官自覺因曾參與之前的審判而產生預存定見時，亦無法依刑事訴訟法第 17 條自行迴避，復因當時最高法院採密秘分案制度，且原則採書面審理，案件當事人無從即時得知審理法官為何人，無法依同法第 18 條聲請迴避，況其第 2 項又設有 17 條各款以外之迴避事由時，如當事人已就該案件有所聲明或陳述後，不得聲請法官迴避之條件，加上秘密分案、書面審理，等同剝奪當事人請求法官迴避之權利。大法官於釋字第 665 號解釋中曾言及：「如有迴避之事由者，並得依法聲請法官迴避，自不妨礙當事人訴訟權之行使」，換言之，如因法院內部之分案規則，致生抵觸公平審判原則之難以讓有偏頗之虞的法官迴避，不論是自行迴避之排除或聲請迴避之拒絕，則仍屬違憲。釋字第 665 號解釋的訊息很重要：針對法院內部分案規則，可加以違憲審查，得為釋憲標的；如該等分案規則有違公平審判原則，例如有礙有偏頗之虞的法官事實上迴避之實現，則屬違憲。

七、從憲法角度言之，此處涉及者為所謂法官法定原則、或說法官的法定性（Gesetzlichkeit der Richter）、請求法定法官之權利（Recht auf gesetzlichen

Richter )、法定法官之保障 ( Garantie des gesetzlichen Richters ) 等，旨在防止於個案上影響法官管轄，而需建立一符合規範形式的、抽象普遍的、法治國上明確的管轄規範。準此，法律上的法官，只能是藉由法律規範而確定的法官，它必須能夠排除於個案上選擇法院或法官的可能性。法官法定原則之目的，在於維護法官獨立性之利益及確保公平裁判，藉此使有裁判權限之法官，不得逐一個案來決定，而係事先、以一般規範作為決定準則，且非可依個案改變。學說上指出，防止恣意操控審判—特別是禁止恣意改分，人民方享有依法接受公正審判之權利，這才是憲法規範的本旨，形式上是否使用「法官法定」一詞，並非重點，釋字第 665 號解釋之內容，基本上亦同步調。是以，不論是否使用法定法官 (法官法定) 原則等概念用語，法院內部訂定之分案規則，只要排除恣意與個案任意分配之可能—所謂恣意改分，以一般普遍性規範制定抽象分案方式，並非為憲法所禁止，原則上亦無抵觸法律保留原則之謂。然而，回到公平審判原則所強調之期待公正中立之法院，應令「之前有參與廣義裁判之法官」，包括同屬第三審法院而曾參與之前發回更審之裁判者，均應排除於審判之列而自行迴避，相關法律漏未規範，已涉有立法不作為之違憲。系爭《最高法院第二次發回更審以後民刑事上訴案件分案實施要點》(80 年版本) 之第 2 點所示，「由原主辦股法官辦理」，衡諸前述，不僅有違我國憲法雖未明文、但本於法治國原則仍應受一定拘束之法官法定原則，目前作法，形同直接指定承審法官，再加上對

「參與前審裁判」之過度的、拘泥於「法官迴避制度在於確保審級利益（審級說）」之錯誤偏狹理解，兩相加乘作用，將嚴重侵害當事人受憲法保障之公平法院、公平審判等重要權利。

八、「第三審法院因原審判決有左列情形之一而撤銷之者，應就該案件自為判決。但應為後二條之判決者，不在此限。」刑事訴訟法第 398 條定有明文，所指後二條係指原審判決諭知或未諭知管轄錯誤、免訴或不受理係不當而撤銷之情形，換言之，第三審撤銷原判決者，以「自為判決為原則、發回為例外」，惟實務上最高法院卻以「發回為原則、自為判決為例外」，原則與例外錯置的結果，才會衍生出案件一再發回、一再更審等問題，正因如此，縱然最高法院刑事已設有五庭，竟仍無法處理法官迴避問題，而必須發明所謂連身條款以為因應，然後玩弄「更審非前審」此一似是而非的文字遊戲，自圓其說，彷彿夢囈般自詡「只是廢棄前審裁判、再發回更審、事實上本庭未做任何有實體意義與效力之裁判（！）」，如此自我告慰之驚人見解，常如川劇變臉：一下子說「最高法院原庭在更二之後再受理無問題，因為最高法院不是自己最高法院之前審」（符合審級說之無須迴避），突然又言「就算原庭曾參與前裁判，但因只是發回更審，所以並非真正之裁判」（藉由拘束說再次擺脫應迴避之要求），本質上根本脫離憲法規範意旨。

九、最高法院依法應自為判決，例外始能發回，特別是在所謂「已達可為判決程度」（Entscheidungsreife），包括德國聯邦最高法院所稱「終審法院擁有評價與衡

量事實、行使事實審法院之裁量等權限」<sup>1</sup>。倘發生應自為判決卻輕率將案件發回，其能否適任最高法院法官已有可議，應受檢討者是判決的法官本身，豈有以連身條款將案件綁給該名法官，美其名防止法官以鄰為壑，實則是懲罰上訴人，以法官違法不自為裁判、任意發回更審，將可能群起效尤為由，建立此連身條款退萬步言，就算現實上確實有此顧慮（「法官以鄰為壑符合最高法院實況」），則正本清源之道，應是更清楚分工事實審與法律審法院任務與權限，進而同時加強最高法院「已達自為裁判程度」之確實踐行自為裁判之義務，本屬正途，結果竟選擇有重大違憲之虞的連身條款，置確保攸關司法中立公正之法官迴避制度於不顧，豈能輕易通過違憲審查之檢驗？再者，所謂惟有連身條款始能防止法官以鄰為壑云云，亦屬假象，最高法院如果動輒將案件發回，上訴案件量必然大增，若無連身條款，全體最高法院刑事庭法官均會增加案量，可謂人人受害，必然會以集體的力量，抑制濫行發回之情形，換言之，連身條款不僅無助於濫行發回之現象，反而是助長的成因。

十、連身條款為何以更二以後之案件為適用對象？為何不是更一、更三或更四以後的案件？此司法政策、或說：抽象分案規則制定之裁量基礎何在？究本於經驗抑或裁判品質觀察上之考量？還是來自於最高法院民刑事庭法官之人數估算？更重要的，如此之分案政策裁量決定基礎，如何在憲法上得到適切的評價？不可諱言，

<sup>1</sup> BGHZ 108, 386, 392 = NJW 1990, 250, 251; 123, 132, 137 = NJW 1993, 3072; BGH NJW 1996, 3338, 3341.

對於這些疑問之規範性回答，實皆付之闕如，顯見連身條款以更二以後之案件為適用對象，毫無邏輯或道理可言，且未將公正法院應具的「獨立無私」與「不可對其審判案件預存定見」條件設為適用連身條款之標準，顯然違反公正法院之要求，應屬違憲。

謹 狀

憲法法庭 公鑒

中 華 民 國 1 1 1 年 1 1 月 2 1 日

聲請人高志鵬

代理人陳為祥律師

