

憲法解釋 聲請書

確定裁判案號 最高法院 106 年度台上字第 1337 號判決
歷審裁判案號 臺灣南投地方法院 96 年度矚重訴字第 1 號判決
(98.07.15)、臺灣高等法院臺中分院 98 年度矚上
訴字第 2007 號判決(100.01.19)、最高法院 100 年
度台上字第 5807 號判決(100.10.26)、臺灣高等法
院臺中分院 100 年度重矚上更(一)字第 68 號判決
(102.06.11)、最高法院 103 年度台上字第 1327 號
判決(103.04.29)、臺灣高等法院臺中分院 103 年
度重矚上更(二)字第 4 號判決(105.11.17)、臺灣
高等法院臺中分院 103 年度重矚上更(二)字第 4
號裁定(105.12.30)、最高法院 106 年度台上字第
1337 號判決、最高法院 106 年度台抗字第 105 號
裁定(106.02.16)、最高法院 106 年度台上字第
1337 號判決(107.12.26)、臺灣高等法院臺中分院
108 年度聲再字第 24 號刑事裁定(108.05.31)、最
高法院 108 年度台抗字第 967 號裁定
(108.09.05)(詳如附件二)

聲請人 高志鵬

代理人 陳為祥律師

為最高法院 106 年度台上字第 1337 號確定判決，因法官應自行迴避之類規範有所欠缺、最高法院本於內部分案暨不公開法庭原則（《刑事訴訟法》第 389 條參照）等，在聲請人不知或無從即時知悉法官姓名之情形下，於第二次暨第三次上訴第三審中，均無從適用《刑事訴訟法》第 17 條各款、第 18 條第 1 款及第 2 款，據以聲請顯有偏頗之虞之審判長邵燕玲法官迴避，是所適用之《刑事訴訟法》第 17 條、並連結至第 18 條第 1 款因漏未列舉重要排除法官類型，違反憲法公平審判原則，立法者關於此部分之不作為，已牴觸憲法第 16 條所保障之訴訟權。至臺灣高等法院臺中分院 108 年度聲再字第 24 號刑事裁定（經最高法院 108 年度台抗字第 967 號裁定駁回抗告確定），因《刑事訴訟法》第 420 條第 1 項第 5 款之作為再審事由，僅限於司法人員違法失職之一般規定，未涵及「法官應自行迴避或有偏頗之虞而因訴訟關係人不知法官而無從聲請迴避」類型，而第 441 條最高法院檢察署檢察總長得對違背法令之確定判決提起非常上訴，第 379 條第 2 款應迴避之法官未迴避而參與審判者為當然違背法令之規定，復因第 17 條各款（尤相關者為第 8 款）、結合第 18 條第 1 款之遺漏攸關本案之重要應迴避類型，致同樣違反憲法公平審判原則，立法者關於此部分之不作為，亦同侵害聲請人受憲法第 16 條所保障之訴訟權。案經歷審裁判，經最高法院 106 年度台上字第 1337 號判決為終局裁判確定，並經臺灣高等法院臺中分院 108 年度聲再字第 24 號刑事裁定聲請再審駁回、最高法院 108 年度台抗字第 967 號裁定駁回抗告確定，用盡救濟途徑，爰依據《司法院大法官審理案件法》第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請 大院解釋憲法。

目次

- 壹、本件聲請人請求解釋憲法之目的
- 貳、本件所涉事實、疑義與憲法條文
- 參、聲請人所持見解及主張
 - 一、憲法拘束：法治國下公平審判原則之要求
 - 二、憲法義務具體化：刑事程序法之法官迴避
 - 三、刑事訴訟法迴避規定之立法不作為的違憲
 - (一) 類似爭議一：法官曾參與前審之裁判
 - (二) 類似爭議二：法官曾參與准予交付審判
 - 四、法官排除、拒絕與法定法官—本案所涉侵害憲法第 16 條訴訟權
 - (一) 立法委員行使職權致特定法官應自行迴避，法律無規定之違憲
 - (二) 最高法院不公開法庭致因不知或無從即時得知法官而無從聲請迴避，同屬違憲
 - (三) 最高法院刑案分案實施要點規定更審同一法庭承辦，應屬違憲
 - (四) 再審與非常上訴漏列法官偏頗未迴避情形，違反公平審判原則
- 肆、附論：侵害立法權所致生之影響與權力分立

壹、本件聲請人請求解釋憲法之目的

爰聲請人於 100 年任第 7 屆立法委員之際，同時擔綱民進黨團幹事長職務，於行使有關馬英九總統提名最高法院邵燕玲法官擔任大法官之同意權時，召開黨團記者會，以具體事理指摘邵燕玲法官之不適任，後導致其懇辭大法官之提名。聲請人嗣後涉案，蒙受認事用法均有重大違誤之法院判決所陷，處以有期徒刑並褫奪公權確定（所涉事實詳「貳」所述），聲請人入監服刑現已假釋出獄，惟於第二次、第

三次就二審判決提起第三審上訴之際，均於收受判決書後，方愕然得知邵燕玲法官同為最高法院兩次判決之審判長，斷然無法期待其為公正中立之法院，由其擔任審判長之終局確定判決，應為當然違背法令。在法律之適用上，基於憲法保障之訴訟權暨客觀面向上之公平審判原則，邵燕玲法官之未行迴避，應認有下列所涉法律當屬違憲之問題：

- (1) 因立法委員行使職權而致具體受有不利益之相對人，嗣後擔任該立法委員案件之審判法官，為公平審判原則之故，應自行迴避，然《刑事訴訟法》第 17 條各款—特別是與本件較有關聯之第 8 款，結合法官應自行迴避卻未迴避、亦得聲請其迴避之第 18 條第 1 款規定，均就本件情節無從適用，直接影響立法委員職權暨地位之保障，涉及立法者違憲之不作為。
- (2) 在《刑事訴訟法》第 389 條之不公開法庭原則下，結合同法第 18 條第 2 款規範之拒絕法官、即聲請有偏頗之虞之法官迴避，將因不知或無從即時得知法官而事實上不能行使該聲請權，同樣抵觸憲法拘束之公平審判原則，此違憲情事未因修改《最高法院處務規程》，於 101 年 4 月 16 日廢除保密分案制度、改實施電腦分案後而有根本改變，形成結構上「不知法院仍可能為常態」之不安現象，使拒絕法官之聲請有偏頗之虞法官的迴避，淪為空談。
- (3) 《最高法院刑事案件分案實施要點》之第 9 點：「案件有下列情形之一者，應分原承辦股：（一）原審更三審以上再行上訴之案件。（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件」，藉由法院內部分案規則，將性質上屬重大刑事案件之聲請人案件，第二、三次上訴第三審之針對更審判決的救濟裁判上，均同由顯有偏頗之虞的邵燕玲法官承審。基於釋憲實務上之重要關聯、實質關聯考量之運用，最高法院系爭分案實施要點得為釋憲客

體，所涉條文亦因違反公平審判原則而構成違憲。

- (4) 《刑事訴訟法》第 420 條第 1 項第 5 款之再審要件，面對同樣影響公平審判甚鉅之「應迴避之法官未迴避」，不論是在法官排除之場合，抑或認有偏頗之虞而聲請拒絕法官，均未能涵括而不得提起再審。至第 441 條明定，如判決確定後發現案件審判違背法令，最高法院檢察署檢察總長仍得向最高法院提起非常上訴，而依同法第 379 條第 2 款「依法律或裁判應迴避之法官參與審判者」，為當然違背法令，然而，復因同法第 17 條第 8 款、結合第 18 條第 1 款之遺漏攸關本件之重要應迴避類型，致同樣違反憲法公平審判原則，因無從以再審或非常上訴再次提起救濟，規範之不全涉及違憲之立法不作為。

針對與本件息息相關之前四項問題，突顯在與本件類似之通案情節上，刑事訴訟程序之被告，將因《刑事訴訟法》第 17 條、第 18 條第 1 及第 2 項、第 379 條第 2 款、第 389 條第 1 項、第 420 條第 1 項第 5 款、第 441 條等規定，或各該條文本身，或結合其他條文一併適用所致，形成牴觸公平審判原則、侵害訴訟權之違憲狀態，特別是立法者就應規範事項漏未規定致生之不作為形式的違憲。本件非僅所涉確定終局判決有重大違誤，致單純為提起再審、非常上訴或 111 年起甫施行之《憲法訴訟法》裁判的憲法審查，而是相關法律規範本身就涉及違憲之問題，必須藉由本件之聲請提出，由 大院以違憲審查加以扭正，以維人民權益。

貳、本件所涉事實、疑義與憲法條文

按本件所涉刑事司法案件之原因事實如下：

- (一) 陳朝雄等人共同合夥投資以東豐閣股份有限公司（下簡稱東

豐閣公司)名義繼受系爭座落台中市 段 地號國有非公用土地市場之委託經營權及地上物後，向國有財產局臺灣中區辦事處(下簡稱中區辦事處)租購系爭國有非公用土地。其經過如后。

1. 中區辦事處於 91 年 7 月間將其管理之系爭國有非公用市場用地以公開招標方式對外委託經營，由凱榆股份有限公司(下稱凱榆公司)得標取得委託經營權，經營期間自 91 年 7 月 22 日起至 96 年 7 月 21 日止，凱榆公司於 91 年 9 月間將上開委託經營權轉讓予有限責任太平果菜運銷合作社(下稱太平果菜運銷合作社)，太平果菜運銷合作社並向臺中市政府申請獲准興建市場及經營。
2. 陳朝雄於 95 年 6 月間知悉上情後，與東豐閣公司實際負責人謝聰烽協議，共同合夥投資新臺幣(下同)1400 萬元(謝聰烽負擔 1000 萬元，400 萬元由陳朝雄另找友人羅朝永及曾俊雄共同出資)，以東豐閣公司名義繼受太平果菜運銷合作社之委託經營權及地上物。東豐閣公司於 95 年 8 月間向中區辦事處申請同意繼受太平果菜運銷合作社之委託經營權，並於 95 年 8 月 22 日簽訂國有非公用財產委託經營契約後，於 95 年 9 月 14 日向中區辦事處遞件申請依都市計畫法第 53 條規定租用上開國有非公用市場用地，經中區辦事處就東豐閣公司是否符合都市計畫法第 53 條之規定投資辦理都市計畫事業等情，分別於 95 年 9 月 13 日(臺財產中管字第 0950026060 號函)、同年 11 月 22 日(臺財產中管字第 0950033760 號函)及同年 12 月 7 日(臺財產中管字第 0950034153 函)函詢臺中市政府，經臺中市政府函覆：太平果菜運銷合作社係依都市計畫法第 30 條及獎勵投資辦理都市計畫公共設施辦法第 7 條等規定，經市府核准獎勵投資人設立市場及開發，並同意由東豐閣公司繼受原投資人即太平果菜運銷合作社之開發計畫經營權，至東豐閣公司有無租用權利，應由中區辦事處本權責卓處等語。
3. 因中區辦與台中市政府互相推諉，遲未處理，合夥人羅朝永(綽號阿德)於是尋求擔任聲請人助理之姚昇志(案發後更名為姚糧鈿，

以下仍以原名稱之)協助，姚昇志於是將東豐閣公司提供之申請租、購國有非公用土地資料於95年12月15日傳真予國有財產局(下稱國產局)，國產局於95年12月21日以臺財產局管字第0950038597號函(該函文誤植為李鎮楠立法委員辦公室)轉中區辦事處，要求中區辦事處就系爭承租價購案查明詳情，並擬具處理意見後再陳報國產局，中區辦事處乃於同日以臺財產中管字第0950036077號函再次函詢臺中市政府，臺中市政府於95年12月26日以府經市字第0950271815號函回覆中區辦事處略以：原投資人(即太平果菜運銷合作社)即先取得該用地(指本件國有非公用市場用地)之使用權利申請市場之開發興辦，並經本府核准設立，中區辦事處同意委託經營權利讓與東豐閣公司，該公司申請租、購土地權利，應由貴處本權責處理。中區辦事處即於96年1月3日以臺財產中管字第0950037326號函通知東豐閣公司，以「尚未依都市計畫法第53條向臺中市政府申請核准投資」為由，予以註銷上開租用申請案。

4. 陳朝雄、羅朝永及曾俊雄等人乃於96年1月25日，再依都市計畫法第53條規定向中區辦事處申請租用，姚昇志並邀請時任國產局副局長之蘇維成(業於96年5月1日退休)至立法院聲請人國會辦公室協商，聲請人出外前剛好遇到，禮貌性打過招呼即離去(聲請人不記得有此段經過)，嗣經國產局研議認為可行後，中區辦事處於96年3月2日以臺財產局中管字第0960006214號函將東豐閣公司申請租用案件陳報國產局，並擬具「東豐閣公司於委託經營期限屆滿(96年7月21日)或終止契約時，依契約約定均需騰空地上物或將地上房屋移轉國有連同土地收回，屆時地上物已非其公司所有，故擬不同意依都市計畫法第53條規定辦理出租」之意見。其後國產局經研議，認東豐閣公司欲不拆除地上物而承租上開國有非公用市場用地，並不抵觸相關規定，而於96年4月4日函回覆立法委員高志鵬國會辦公室，及以臺財產局管字第0960010317號函行文中區辦事處，於函文中明白表示：「東豐

閣公司依都市計畫法第 53 條規定申請承租，應無不可…。參照現行契約約定，同意受託人（指東豐閣公司）免拆除地上物。」中區辦事處即依此函釋示於 96 年 4 月 30 日與東豐閣公司簽訂租賃契約書，將上開國有非公用市場用地出租予東豐閣公司。

5. 羅朝永等人乃囑託姚昇志即以立法院高志鵬委員國會辦公室 96 年 5 月 15 日（96）高立姚字第 96051502 號函檢附國有非公用不動產申購申請書，將東豐閣公司相關申請讓售文件寄送中區辦事處秘書卓翠雲轉交中區辦事處處分課人員收件（申購案號 096BD0000000）。嗣於聲請人主持之 96 年 6 月 29 日協調會上，國產局人員當場向東豐閣公司代表羅朝永等人表示，因東豐閣公司繼受之地上物使用面積僅約 495.18 平方公尺，而前揭國有非公用市場土地面積達 5429.97 平方公尺，公共設施建蔽率明顯不足，係屬低度利用，難謂已完成多目標使用投資計劃，致未達成讓售之決議。
6. 姚昇志再次安排聲請人於 96 年 7 月 16 日下午主持並邀集郭武博及東豐閣公司代表張秀菊、羅朝永等人，至立法院 507 會議室協調，因東豐閣公司代表一再主張系爭市場已興建完竣，遂決議由中區辦事處洽臺中市政府解釋前揭國有非公用市場用地其上之現有地上物是否屬已依核准之投資計劃興建公共設施完竣之疑義，國有財產局會後乃於同日以臺財產局管字第 0960019388 號函行文中區辦事處，要求中區辦事處將該疑義轉洽臺中市政府予以函釋，惟經數次公文往返，中區辦事處迄今尚未將讓售案件之處理情形陳報國產局。

（二）姚昇志於聲請人不知情之狀況下，以聲請人助理之身分接受陳朝雄等人之陳情，並私下達成收受報酬協議並實際收受 200 萬元之經過

1. 陳朝雄等人於 95 年 9 月 14 日以東豐閣公司名義向中區辦事處申請租用上開國有非公用市場用地後，因中區辦事處與臺中市政府

互相推諉，已如前述，適合夥人羅朝永（綽號「阿德」）與擔任聲請人助理之姚昇志熟識，遂由羅朝永於 95 年 12 月間向姚昇志請託協助完成系爭非公有市場用地之租用讓售，並與姚昇志約定事成之後，會給付 1000 萬元作為報酬，對於姚昇志與羅朝永等人約定報酬及陳朝雄於 96 年 4 月 30 日交付 200 萬元給姚昇志等情，聲請人完全不知情，當時聲請人正忙於參加民進黨不分區立委黨內提名初選，無暇關心本案，嗣姚昇志於 96 年 5 月 2 日將 50 萬元交給聲請人另位助理林偉如，卻過了約一個星期才隨口跟聲請人說有一位南投阿德捐款 50 萬元，惟未提及該筆捐款與本案有任何關係，聲請人亦不知道阿德就是本案合夥人之一，故未將之與本案聯結，以為只是一般的政治獻金。

2. 嗣於 96 年 6 月某日與國產局相關人員協調會時，當天有好幾個案子，其中一件是本案，姚昇志才告知本案是中部黨員的案子，聲請人未加詳問，僅打招呼就離開，後來在 7 月間，姚昇志又安排國產局人員來協調，並告知聲請人，該次會議是要讓國產局人員當面跟當事人說明本案不符讓售條件，聲請人也是打招呼不久就離開，由姚昇志主持協調會，對於後續發展，聲請人完全不知情。

（三）本件偵、審經過

1. 本件係由最高法院檢察署特別偵查組檢察官及臺灣南投地方法院檢察署檢察官共同指揮專案小組偵辦，於 96 年 8 月 22 日將姚昇志約談到案，隔日即 23 日遭收押禁見，姚昇志原均否認收賄，至 96 年 9 月 10 日調查局再次提訊，一開始因辯護人尚未到場，姚昇志拒絕接受詢問，待辯護人到場，姚昇志才開始接受詢問，並坦承有與羅朝永等人協議 1000 萬並收受第一階段 200 萬，後來伊有將其中 50 萬以朋友捐款名義交付聲請人國會公室助理林偉如，並稱聲請人事先不知情，不料於訊問結束、辯護人離開後，姚昇志竟自行手寫一份自白書，一改前詞，稱事先有向聲請人提及有一友人有此委託及可能承諾事項云云，檢察官見獵心善，立即於

同日晚間 7 點 35 分在南投調本局提訊姚昇志，當時辯護人雖已接獲通知到場，姚昇志竟拒絕讓辯護人在場，並自行與檢察官達成願依證人保護法配合調查以獲得法律責任的減免，檢察官遂依姚昇志轉任污點證人後之證詞將聲請人以貪汙治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者提起公訴。

2. 第一審審理期間，蒞庭檢察官聲請變更法條，改依貪汙治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款依據法令從事公務之人員，對於非主管及監督之事務，明知違背法律授權之法規命令及職權命令，利用職權機會及身分圖自己及其他私人不法利益罪論罪，第一審並依上開變更後之罪名判處被告有罪—臺灣南投地方法院 96 年度矚重訴字第 1 號判決(98.07.15)。
3. 聲請人不服上訴二審，改判被告無罪—臺灣高等法院臺中分院 98 年度矚上訴字第 2007 號判決(100.01.19)。
4. 檢察官不服上訴三審，最高法院將被告無罪之判決撤銷—最高法院 100 年度台上字第 5807 號判決(100.10.26)，發回台中高分院更為審理，並改依貪汙治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者判決被告有罪
5. 聲請人不服更一審判決，上訴三審後，更一審判決遭到撤銷（最高法院 103 年度台上字第 1327 號判決 103.04.29），發回台中高分院更為審理，並改依貪汙治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款依據法令從事公務之人員，對於非主管及監督之事務，明知違背法律授權之法規命令及職權命令，利用職權機會及身分圖自己及其他私人不法利益罪判決被告有罪，有期徒刑 4 年 6 個月，褫奪公權 4 年—臺灣高等法院臺中分院 103 年度重矚上更(二)字第 4 號判決(105.11.17)。
6. 聲請人不服上訴三審遭駁回而定讞（最高法院 106 年度台上字第 1337 號判決）。
7. 聲請人聲請再審暨抗告駁回裁定，均經臺灣高等法院台中分院、

最高法院裁定駁回，分別為：臺灣高等法院臺中分院 103 年度重矚上更(二)字第 4 號裁定(105.12.30)、最高法院 106 年度台抗字第 105 號裁定(106.02.16)、臺灣高等法院臺中分院 108 年度聲再字第 24 號刑事裁定(108.05.31)、最高法院 108 年度台抗字第 967 號裁定(108.09.05)。

本件確定判決（即臺灣高等法院台中高分院 103 年重矚上更(二)4 號判決），認聲請人犯 98 年 4 月 22 日修正公布之貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款依據法令從事公務之人員，對於非主管及監督之事務，明知違背法律授權之法規命令及職權命令，利用職權機會及身分圖自己及其他私人不法利益罪，主要理由係認為聲請人明知本件國有非公用土地之承租價購案，有違法律授權之法規命令及職權命令，仍利用聲請人擔任立法委員職務之便，向國產局請託、關說，以圖自己及東豐閣公司不法之利益，且因而獲得利益。因終審判決之認事用法，多有重大違誤，經陳情監察院調查認定確有其情，且刑事訴訟法有關法官迴避之規定亦確有不足（詳附件三），聲請人除研議重提再審外，惟此顯然有違憲之嫌的司法裁判，在《憲法訴訟法》於 111 年 1 月施行前，依現制仍無從提起裁判的憲法審查，是本件聲請暫予略過此部份，而聚焦於終審裁判所據法律牴觸憲法之部分，聲請 大院解釋。

系爭焦點，在於前揭兩次最高法院判決，即聲請人針對臺灣高等法院之二審判決，第二次與第三次提起上訴之場合，即最高法院 103 年度台上字第 1327 號發回更審、106 年度台上字第 1337 號之確定判決，亦即第二次發回更審及作成確定終局判決之法院，其審判長均為邵燕玲法官，在此兩次上訴第三審中，聲請人於收受判決書前，從未知悉組成審判庭之五位、包括審判長邵燕玲在內之法官姓名。

聲請人於 91 年至 108 年間，曾任第 5 至第 9 屆立法委員，並於

第7屆任期內擔任立法院民進黨團幹事長職務。100年3月，最高法院邵燕玲法官經馬英九總統提名為大法官，引起社會譁然。根據報載，邵燕玲法官之所以被民眾冠上「恐龍法官」之名，成為恐龍法官始祖，肇因於邵法官於99年審理「性侵三歲女童案」時，以無法證明違反女童意願為由，將全案撤銷發回更審，後來臺灣高等法院高雄分院更一審，認測謊易受情緒影響，除無證據外，受害女童指稱下體遭眼鏡、吸管插入，也與驗傷結果不服，被告與女童外出時間緊迫，不可能性侵等為由，在99年12月改判無罪，引起民眾不滿，以致發起數十萬人上街頭抗議之「白玫瑰運動」，抗議法官判決不當，最終經更二審撤銷原判決，判被告吳姓男子7年2個月徒刑。時任黨團幹事長之聲請人，針對馬總統之提名邵燕玲法官，「開啟第一槍痛批」：

《2011年3月，邵燕玲遭提名大法官的消息傳到立法院，引發民進黨立委不滿，黨團幹事長高志鵬痛罵馬英九總統昏庸無能，「馬英九說尊重司法，但是不等於漠視人民的失望與憤怒，還說他聽見了人民的聲音會放在心上，結果他不但聽見了，也放在心上，還提名她當大法官？到底是在侮辱台灣人民，還是已經昏庸到沒有識人之明？」》¹

有此「關聯」之法官，擔任聲請人上訴審之審判長，是否失當？根據媒體報導：

《資深的二審法官指出，高和邵有不小「過節」，高被控貪污罪一案，「不宜」由邵擔任審判長的合議庭審理，否則判決結果可能被認為有偏頗之虞，邵豈有不知道之理，遺憾的是，邵並未自請迴避...最高法院法官兼書記官長徐昌錦則說，最高院已廢除秘密分案五、六年，當事人或其律師都有權來函查詢承審合議庭審判長、法官等人身分，

¹ 提名恐龍大法官、立委轟馬是恐龍總統，自由時報電子報，2011年4月1日
(<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/480960>，點閱日期：2020年2月8日)。

「這已行之多年」。徐昌錦也說，邵燕玲擔任高志鵬貪污案的審判長，並無刑事訴訟法第十七條規定的「法官應自行迴避」的八項事由，因此沒有自請迴避的必要。邵燕玲本人則指出，「對外界的批評，我心如止水，判決可以接受公評」，但她未說明當時為何認為不必自行迴避》²。

針對以上原因事實，對比我國《刑事訴訟法》第 17、18 條有關迴避之規定，延伸至與此相關之聲請再審類型之欠缺，乃至於搭配同法第 389 條不公開法庭原則下「因不知法官而聲請迴避之事實上不能」，聲請 大 院 就 涉 及 之 違 憲 疑 義，作成解釋。

參、聲請人所持見解及主張

一、憲法拘束：法治國下公平審判原則之要求

作為憲法法治國原則具體化的內涵之一，所謂公平程序權(Recht auf ein faires Verfahren)³，亦即學理上所稱訴訟程序上基本權(Prozeßgrundrecht)—不論聯繫至德國的法律途徑基本權或我國通稱之司法受益權，主要落實於刑事訴訟程序法上之公平審判原則(Fairnessprinzip)⁴，或說基本權客觀法面向之憲法上程序原則等

² 法官與高有「過節」未自請迴避，邵燕玲：判決可受公評，自由時報電子報，2019 年 1 月 9 日 (<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1260054>，點閱日期：2020 年 2 月 9 日)。

³ Hans D. Jarass, in: Dersl./Bodo Pieroth, GG, 13 Aufl, München 2014, Art. 19 Rn. 65.

⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，8 版，台北，2017 年 9 月，頁 101。李仁淼亦從憲法學之觀點，認我國憲法第 16 條保障人民之訴訟權，重點在於「請求法院依正當法律程序公平審判」，亦即以確保人民受公平之審判為目的；請參見：李仁淼，司法規則制定權

⁵，均無疑為立憲主義法治國家所堅持，我國大法官亦多有相關闡釋，認憲法第 16 條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有「受公平審判之權利」，以符合正當法律程序之要求，即為適例⁶。

眾所週知，特別在刑事訴訟程序之要求「對被告應盡可能降低不利影響」，即屬公平審判原則之重要內涵，亦即強調訴訟程序應符合一定之「最低權利保護標準」(Mindestrechtsschutzstandards)⁷。在憲法學討論上，特別經過德國聯邦憲法法院之闡釋⁸，此公平程序應有以下之不同形式與內涵⁹：

- 保障個人自由之權利 (Recht auf Freiheit der Person)，要求程序法上亦須兼顧個人自由之保護功能。
- 基於人性尊嚴，禁止個人淪為國家相關程序上之客體，要求訴訟上被告應有最低限度之程序法上積極權限¹⁰。
- 本於訴訟程序當事人具體的請求公平審判之權利，法院負有一定之照顧義務 (Fürsorgepflicht)，例如刑事程序法上所規範之，使

與法定法官原則—釋字第 665 號解釋評析，月旦裁判時報，第 4 期，2010 年 8 月，頁 15。

⁵ BVerfGE 21, 362 (373).

⁶ 出現相關說法的我國大法官解釋甚多，諸如司法院釋字第 256、395、418、512、530、533、582、591、653、654、665、681、736、742、752、755、761、762、774、784、785 號解釋。

⁷ Walter Krebs, in: Ingo von Münch/Philip Kunig(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6 Aufl., München 2012, Art. 19 Rn. 70.

⁸ BVerfGE 46, 202 (210); 70, 297 (308).

⁹ Wolfgang Heyde, § 33 Rechtsprechung, in: Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts (2), 2 Aufl., Berlin-NY 1995, Rn. 61f.; Hans D. Jarass, Art. 20, Rn. 98f.

¹⁰ BVerfGE 26, 66 (71); 9, 89 (95); 57, 250 (275).

被告在面對國家機關或其他程序參與者行使權力/權利所帶來之干預侵害時，得以擁有具備必要專業知識為基礎之程序上權利與可能性，例如刑事辯護¹¹。

- 其他如刑事訴訟程序上被告辯護人之參與及任命¹²，不令被告自證其罪¹³，原被兩造於武器平等要求下之無罪推定與特定程序基本權¹⁴，公平之舉證責任分配規則¹⁵，公開審理¹⁶，法律上聽證¹⁷，有要求刑事法院裁判應提出足夠理由以論證之權利等¹⁸，均屬之。

在《歐洲人權公約》(EMRK)之規範影響下，從特定之基本權相關程序保障，以及訴訟法上之具體形成，兩者綜合考察，可以得出所謂公平訴訟程序、公平審判之規範性最低要求¹⁹。此外，從公平程序基本權中，亦得導出機會平等的要求，亦即保障「合法且公平正確之程序決定」，是以，如法院裁判基礎係本於「明顯非實體專業上之思量」(offensichtlich unsachliche Erwägungen)，當有形成客觀上恣意之可能而為違憲²⁰。

在法治國原則與法律途徑保障基本權下，對於審級保障，特別是有關受確定終局判決不利之當事人的請求開啟再審程序

¹¹ BVerfGE 38, 105 (111).

¹² BVerfGE 39, 238 (243).

¹³ BVerfGE 56, 37 (45).

¹⁴ BVerfGE 38, 105 (111); 74, 358 (370).

¹⁵ BVerfGE 52, 131 (145, 152, 155).

¹⁶ BVerfGE 103, 44 (63).

¹⁷ BVerfGE 36, 85 (88); 65, 227 (235); 72, 84 (88).

¹⁸ BVerfGE 118, 212 (241).

¹⁹ Wolfgang Heyde, § 33 Rechtsprechung, Rn. 62.

²⁰ Wolfgang Heyde, § 33 Rechtsprechung, Rn. 64.

(Wiederaufnahmeverfahren)，雖然原則上並不當然涵蓋²¹，也就是說：人民並不當然有請求再開審級以進一步救濟之權利，但如生牴觸憲法上所要求之程序規範之情事，則人民仍應擁有請求額外之法律救濟 (Anspruch auf Rechtsbehelf) 的權利，包括再審、或是未來《憲法訴訟法》將引入之裁判的憲法審查²²。而一旦開啟，則使用與貼近法院，仍須符合權利保障有效性 (Effektivität des Rechtsschutzes) 之憲法要求²³，例如：法院對於相關程序規定，不得為「未能有效」之適用²⁴，法院不得選擇性地不得某些重要指摘回應²⁵，再審程序不得過度嚴苛而難以開啟等²⁶。

不僅我國法與德國法解釋與憲法規範性此然，事實上，請求公平審判的權利 (Right to a fair trial)，舉世皆然，例如《美國憲法第 6 條修正案》(Amendment VI to the United States Constitution)、《歐洲人權公約》(EMRK) 第 6 條，而《公民權利和政治權利國際公約》(ICCPR) 第 14、16 條更詳細定義公正審判權，如第 14 條第 1 款有關公平審判的基本權利與原則，第 2 款無罪推定，第 3 款則列舉刑事訴訟最低公平審判權，第 5 款明定受有罪判決之被告有權要求上級審法院複審與救濟，第 7 款則禁止雙重處罰。其中第 14 條第 1 款第 1 句，在本聲請案的脈絡下尤其重要：《人人在法院或法庭之前，悉屬平等。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》，所謂「有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問」，即屬公平審判原則所要求者。

²¹ BVerfGE 49, 329 (342); 112, 185 (207); 118, 212 (238f.).

²² Hans D. Jarass, Art. 20, Rn. 104.

²³ BVerfGE 112, 185 (207f.); 122, 248 (271).

²⁴ BVerfGE 112, 185 (208).

²⁵ BVerfG-K, NJW 05, 3770f.

²⁶ BVerfG-K, NJW 95, 2024.

國際知名之非政府、非營利監察機構《公平審判》(Fair Trials: global criminal justice watchdog)，亦倡議作為基本人權之「要求公平審判的權利」(The Right to a Fair Trial)²⁷，強調公開司法(Open Justice)、提出辯護的合理機會(A Fair Chance to Present a Defence)，特別是在前者，除逮捕與起訴等有關之資訊外，主張「公正審判權要求，應允許被指控犯罪之被告出庭，並有效參與審判。法院必須能與被告互動，同時允許被告回應對其之起訴。被告有權提供證據，除特殊情況外，亦有權要求傳喚證人、詰問控方證人」，而在後者，該機構亦堅持「被指控犯罪之被告，將面臨國家的壓倒性力量...為保有公平審判，必須賦予訴訟上被告一個公平審判的機會，使之足以為自己辯護，藉以抵消與控方之間的不平衡；要求無罪推定與法治，斷不可或缺武器平等」。以上所述關於公平審判原則之內涵，均可用之援引並檢驗本件相關事實之合憲性問題，特別是公開司法、面對法院等角度。

二、憲法義務具體化：刑事程序法之法官迴避

在前述作為訴訟權核心之公平審判的憲法要求下，包括公開法院、被告與法院暨其他訴訟關係人之互動、受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問、合法且公平正確之程序決定、最低程度之程序上積極權限、法院之程序上照顧義務等，在其中，法官迴避作為公平程序原則(Grundsatz des fairen Verfahrens)的特別形式，亦為法定法官原則的重要內涵²⁸，向來毫無疑問，具有相當之重要性，亦為本件釋憲案之核心爭點所在。

²⁷ [https://www.fairtrials.org/right-fair-trial\(2020/2/8\)](https://www.fairtrials.org/right-fair-trial(2020/2/8)).

²⁸ BVerfGE 21, 139 (146); BVerfG NVwZ 1996, 885; Kunig in v. Münch/Kunig, GGK II, 6 Aufl., München 2012, Art. 101 Rn. 35.

一般所謂的法官迴避，區分為法官之排除與拒絕(Ausschließung und Ablehnung)，前者直接依據法律²⁹，彰顯特定的法官自始便須被排除於作成裁判之外，此時，法院之「排除行為」毋寧只是宣示性質的確認。後者之拒絕法官則不同，在特定法官有偏頗之情形(im Fall der Befangenheit)，法院對是否應命特定法官迴避之裁定，具有形成效力—沒有裁定之形成行為、自無迴避可言，並非直接本於法律所致³⁰。在法官之排除，當事法官不得行使其審判職務，不論其是否明確知悉原因事由，亦不分此「法律預設之偏頗」是否真的存在或已然消滅，亦或訴訟程序參與者是否同意或不表示反對，法律的出發點在於根本排除特定立場或不中立之任何嫌疑，重點在於「單單具有列舉情形，慮及司法之形象，就足以且必須排除特定法官參與裁判之作成」³¹。

相對於無須在意當事法官之主觀狀況、以及對於特別是被告之訴訟參與者的具體影響，不同的是，在第二種情形，基於有偏頗之虞(Besorgnis der Befangenheit)而拒絕法官，就必須明確地認定「應予拒絕之事由，對於該等事由對法官所生是否完全中立之執行審判職務，已生足以令人懷疑之影響」³²。是以，拒絕法官而產生之要求迴避，必須直接涉及「致生影響偏頗之相關事由發生之時點」，不能延伸至諸如法官執行審判職務之過程中，或因嗣後形成之法官排除，進

²⁹ BVerfGE 21, 145f. = NJW 1967, 1123; BVerfGE 46, 37; Thorsten Alexander, in:

Radtke/Hohmann, StPO, München 2011, § 22 Rn. 3.

³⁰ Wolfgang Siolek, Vor § 22, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26 Aufl., 1. Band, Berlin 2006, Rn. 1.

³¹ Wolfgang Siolek, Vor § 22, Rn. 3.

³² RGSt 3, 309; Wolfgang Siolek, Vor § 22, Rn. 4.

而溯及地使之前之職務行為有所瑕疵³³。這點相當重要：對於有偏頗之虞的法官，主張事由發生暨行使聲請迴避之時點（Zeitpunkt）問題，將直接影響判斷、認定及訴訟關係人之能否聲請提出。

我國《刑事訴訟法》第 17、18 條，對於法官之迴避訂有明文：

第 17 條

法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：

- 一、法官為被害人者。
- 二、法官現為或曾為被告或被害人配偶、八親等內之血親、五親等內之姻親或家長、家屬者。
- 三、法官與被告或被害人訂有婚約者。
- 四、法官現為或曾為被告或被害人法定代理人者。
- 五、法官曾為被告之代理人、辯護人、輔佐人或曾為自訴人、附帶民事訴訟當事人之代理人、輔佐人者。
- 六、法官曾為告訴人、告發人、證人或鑑定人者。
- 七、法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者。
- 八、法官曾參與前審之裁判者。

第 18 條

當事人遇有下列情形之一者，得聲請法官迴避：

- 一、法官有前條情形而不自行迴避者。
- 二、法官有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。

聯繫至本案原因事實，吾人可以發現，就聲請人與最高法院邵燕玲法官間之相互關係，有四個基礎事實特別關鍵，而這些事實均與《刑事訴訟法》規範有關：

³³ Wolfgang Siolek, Vor § 22, Rn. 4.

基礎事實	法律規範與適用
聲請人擔任立法院民進黨團幹事長，公開反對邵法官經提名為大法官	《刑事訴訟法》第 17 條第 1-8 款，均無涉此情形
邵法官擔任聲請人針對二審判決所提出之第二次、第三次上訴第三審之審判長	《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款「法官曾參與前審之裁判者」是否得涵攝入此情形？如有明定此種情形應如何處理之法院內部分案規則，其效力如何？
至收受判決書前，聲請人均不知悉第二次、第三次上訴第三審之法官組成與姓名	《刑事訴訟法》第 18 條第 2 款將因不知法官姓名而事實上行使不能，原因為同法第 389 條之第三審不公開法庭原則
聲請人針對確定終局判決聲請再審，再審法院認並無新事證	《刑事訴訟法》第 420 條第 1 項之再審要件，特別是第 5 款有關司法人員違法失職，未包括法官應迴避而未迴避之情形。另如判決違背法令而可聲請最高法院檢察署檢察長提起非常上訴乙節（同法第 441 條），可能因《刑事訴訟法》第 17 條第 1-8 款、第 18 條第 1 款等規範之欠缺而間接掏空

三、刑事訴訟法迴避規定之立法不作為的違憲

套至本件，已可發現《刑事訴訟法》關於法官迴避規範之不全，可能是聲請人所受不利確定判決的關鍵所在，下一步，即是對之為合

憲性之審查，所涉者，應係針對「法律漏未規定之情形」，換言之，並非立法作為，而是消極性的不作為問題。

立法者單純的不作為，無足直接成立憲法上重要之不作為³⁴，而是必須從形式上符合兩項要件，方得啟動違憲審查：

- 從憲法要求立法者以法律具體化特定事項之強度來判斷，亦即必須先具有憲法委託事項，立法者對此明確有作為義務而不作為，換言之，「存在行為之法律義務」(Rechtspflicht zum Handeln) — 在此為憲法上之義務³⁵，方有必須處理之不作為可言；
- 在憲法要求下，立法者應於一定期間內履行期作為義務而尚未履行，該期間之逾越，已造成立法者受委託之憲法任務未能完成，致侵害憲法所欲達成之目的³⁶。

如同前述，德國聯邦憲法法院認為，要成立違憲之立法不作為，必須主張立法者存在明確的憲法委託，同時，此立法義務之內容與範圍限於「基本上得以確定」³⁷，方足當之。在德國實務上，聲請人必須證明從其受憲法保障之基本權，能夠導出國家之保護義務，進而主張立法者之不作為違憲，換言之，藉由此保護義務的導入，通常必須先存在立法者透過法律制定的「作為」，再去證立該法律顯然不足而成立「特定事項之不作為」，即透過基本權人「請求立法者為履行基本權上的保護義務而有所作為」之主觀權利，藉由違憲審查而加以介

³⁴ BVerfGE 92, 80 (87); 107, 286 (294); 114, 107 (118); Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 3 Aufl., Heidelberg 2012, § 28 Rn. 1033.

³⁵ BVerfGE 96, 264 (277); 103, 81 (86); 114, 107 (118).

³⁶ 陳慈陽，憲法學，台北：自版，2016年3月，頁910-911。

³⁷ BVerfGE 56, 54 (70) – Flughafen Düsseldorf; BVerfGE 55, 37 (53); 59, 360 (375f.); dazu auch Peter Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90 (1965), 341ff.

套至本件，基於訴訟權與法治國原則所保障之公平審判原則，「公正中立法院」作為核心內涵，「法官迴避規範」，立法者當有受憲法委託下之作為及制定義務，《刑事訴訟法》之立法者也切實履行無誤，實踐其保護義務，既已有「作為」，則重點當在於是否存在特定事項漏未列入之「不作為」，而且此不作為已侵害基本權人之主觀權利，例如，無法排除與拒絕抵觸公平審判原則之法官。在細究本件之前，謹先觀察兩件類似、至少可資比擬之爭議

（一）類似爭議一：法官曾參與前審之裁判

首先，也是向來爭論不小的，何謂「前審裁判」？《刑事訴訟法》第17條第8款：「法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務…八、法官曾參與前審之裁判者」，《德國刑事訴訟法》第23條則規定更為清楚：「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）」。³⁸單從條文內容比對，便可見我國與德國相同指涉之範圍不同：雖同樣從「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、進而毋庸迴避，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

³⁸ Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 10 Aufl., München 2015, Rn. 229.

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，關乎德國法規定，Claus Roxin 教授便批評道，《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」³⁹。由此可發現，「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。觀察我國法，其實也不無爭議存在，對於何謂此處之「參與前審」，學說上向有兩種不同見解⁴⁰：

- 審級說：此為我國多數說，以確保當事人之審級利益為前提，認為刑事案件之採審級制度，乃在使當事人對於下級審之裁判有不服的機會，得利用上級審請求救濟，如法官在下級審已參與審判，於上級審又得再參與審判，法律規定當事人利用上級審請求救濟之目的無由而遠，喪失審級制度存在之意義，故所謂「前審」，應係指下級審而言⁴¹。在此說，由於著重的是保護被告之審級利益，如法官先後參與的是同一審級的審判，「不影響到被告的審級利益時，該法官便無須迴避，仍可執行職務」⁴²；
- 拘束說：以維護裁判之自縛性為前提，認為案件既經裁判，本裁判

³⁹ Claus Roxin，德國刑事訴訟法，吳麗琪譯，台北：三民，1998 年 11 月，頁 61。

⁴⁰ 林俊益，曾參與前審裁判之法官迴避，月旦法學雜誌，第 10 期，1996 年 2 月，頁 59-60；林俊益，刑事訴訟法概論（上），17 版，台北：新學林，頁 48-49。

⁴¹ 23 抗 440，29 上 3276 判例。

⁴² 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），台北：承法數位文化，2 版，2013 年 9 月，頁 45。

一次性之原則，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，亦應由上級審加以審定，不應由原法官再參與審判，故所謂「前審」，應係指前次裁判而言⁴³。

大法官亦曾對此爭議表示過意見，司法院釋字第 178 號解釋，解釋文中亦提及：「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事，在第三審復就同一案件參與裁判，以往雖不認為具有該款迴避原因，但為貫徹推事迴避制度之目的，如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理」。此號解釋包括兩個部分：前面類同前述之審級說，對《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款之「前審之裁判」，認僅限於同一案件之前一下級審所為者，後面則針對國內常見之經最高法院撤銷發回更審所引發之爭議，例如同一法官參與二審裁判（A），上訴後最高法院撤銷並發回，該法官並未參與下一個二審裁判（B），而當事人再就該二審裁判提起第三審上訴，此時該法官得否參與此第三審裁判（C）？針對 C 的是否應該迴避，在審級說的影響下，《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款之「前審之裁判」，指的是 B—因為 C 的審判客體是 B 裁判，而當事法官參加的是 A，是以自非 C 的前審裁判，無應自行迴避之適用。比較有趣的是，釋字第 178 號解釋後段提到之「以往雖不認具有該款迴避原因，但為貫徹推事迴避制度之目的，如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理」，換言之，大法官多數意見認為恐涉及立法疏漏？抑或並無疏漏，但或許可考量擴大對於「前審裁判」之定義？甚至有不乏「既無事實上困

⁴³ 黃東熊，刑事訴訟法論，台北：三民，增訂 2 版，1999，頁 66。

難（如仍有數庭可受理），卻未自行迴避，則踐行之訴訟程序自屬「違誤」的實務見解出現⁴⁴？大法官所言之「為貫徹推事迴避制度之目的」，難道不是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」之簡單明瞭的意旨？

學說上對於釋字第 178 號的解釋後半部，似乎抱持比較批判性的態度，當然，從「是否存有事實上困難」去論證應否迴避，確實混淆法律與事實之不同面向，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，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」⁴⁵。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，如訴訟關係人未意識到、或一時無法證明其偏頗之虞，則是否就公平審判之要求而言毫無違和？實不無疑問，對於類似之爭論，學說及實務上已有不同反省，從下述的類似爭議二，可以看得更清楚。

（二）類似爭議二：法官曾參與准予交付審判

一個與前述類似之爭議，如《刑事訴訟法》第 17 條列舉者並未包括「參與准予交付審判的法官與本案管轄法院不能相同」情形之考量，已產生類似該條第 7 款「法官曾執行檢察官職務者」相同疑慮，亦即聲請對不起訴處分再議而遭駁回之告訴人，得直接向第一審管轄法院聲請交付審判（《刑事訴訟法》第 258-1 條以下），而裁定交付審判之法官嗣後又受理同一案件審判者，卻因立法疏漏而未列入「法官

⁴⁴ 最高法院 84 年度台非字第 161 號判決，法令月刊第 46 卷第 10 期，頁 54。

⁴⁵ 例如最高法院 91 年度台抗字第 61 號裁定；林俊益，刑事訴訟法概論（上），頁 49。

應自行迴避」的排除類型，實務上針對此情形，當然就只能援引第 18 條第 2 款規定，要求被告或檢察官提出具體事證，以「足認本案承辦法官就本案有何利害關係，或與聲請人、告訴人等人有何故舊恩怨關係等客觀上足認有偏頗之虞的情事」⁴⁶，而無法類比曾執行檢察官職務之類型而應當然自行迴避，實務上雖仍有裁定准許迴避之鳳毛麟角般的個案出現⁴⁷，然而，特別是在 91 年引進聲請交付審判制度後，仍應視為違反憲法拘束之公平法院原則的重大立法疏漏，不論學說或實務皆有嚴厲批判之聲⁴⁸，可見，關乎《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款之「前審裁判」，當前多數說之偏狹見解，實在值得檢討。

四、法官排除、拒絕與法定法官—本案所涉侵害憲法第 16 條訴訟權

（一）立法委員行使職權致特定法官應自行迴避，法律無規定之違憲

⁴⁶ 高雄地方法院 104 年度聲字第 4765 號裁定。

⁴⁷ 例如高雄地方法院 101 年度聲字第 3181 號裁定：「形式上雖非以告發人或檢察官身分啟動或實施偵查，然實質上就已經不起訴並駁回再議處分之同一案件，不僅積極重啟被告犯罪嫌疑之調查，猶已接續檢察官調查證據並製作具起訴書性質書類之實質偵查作為，事實上就被告楊坤止前開案件所發生之作用及地位，與前引法條例示規定應自行迴避之情形，已無二致，堪認於客觀上已足令一般通常之人，對於同一法官能否本於空白之心證參與後續之審判，發生虞慮，為符前述刑事訴訟之目的，增進人民對於司法審判之信賴，前開參與本件交付審判裁定程序之三名法官，自以迴避本案第一審審判程序為宜」，當然，法院似仍以刑事訴訟法第 18 條第 2 款為據。

⁴⁸ 林孟皇，聲請交付審判與法官迴避—評台灣高等法院高雄分院 105 年度抗字第 1 號刑事裁定，月旦裁判時報，第 58 期，2017 年 4 月，頁 79 以下；類似看法亦見林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，頁 105-106。

由本件原因事實出發，必須延伸至聲請人與最高法院邵燕玲法官「產生足認法官有偏頗之虞」的情節，亦即聲請人所主持「批判馬總統提名邵燕玲法官擔任大法官」之立法院民進黨團記者會，蓋此直接觸及憲法規範之立法權、立法委員職權面向。

在行使與履行關於立法機關之權限與任務方面，憲法保障立法委員享作為職務主體之權利、權限(Amtsträgerrechte, Kompetenzen)，必須注意的是，該等權限係來自於「國民賦予而交給立法權整體之國家權力」，並非直接指涉立法委員個人，誤解為屬於個人行使或甚至受基本權相同位階或性質保障之權利，這是憲法學核心的出發點⁴⁹。就此而言，立法委員行使其權限與職掌，本於「代表原則」(Repräsentationsprinzip)⁵⁰，不論是參與權、資訊權、申請權、同意權或基於憲法訴訟法上地位之聲請權，亦即在行使包括立法權、預算權、創設其他憲法機關之任務、監督任務、代議任務等不同權限與任務上，共同參與國會之決定作成，不是關於個人個別事項的權限行使，進而直接對外產生效力，不，它沒有法律行為或訴訟程序上之意涵，而是形成國會整體之對外行為，所謂承擔公共義務的(gemeinpflichtig)⁵¹，核心內涵是政治功能、不是國會議員個人之諸如職業、言論或一般行動自由基本權的行使，重點是「特定的責任與正當性關聯」⁵²，這才是正確認識立法權暨立法委員職權的關鍵。

⁴⁹ BVerfGE 44, 308 (316); 80, 188 (217); 102, 224 (237); Hans H. Klein, Status des Abgeordneten, in: dersl., Das Parlament im Verfassungsstaat, Tübingen 2006, S. 251; Hans H. Klein, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III Demokratie – Bundesorgane, 3 Aufl., Heidelberg 2005, § 51 Rn. 31ff.

⁵⁰ BVerfGE 102, 223 (237); 104, 310 (328ff.); 112, 118 (134); 130, 318 (342).

⁵¹ Bodo Pieroth, in: Hans D. Jarass /Bodo Pieroth, GG, Art. 38 Rn. 34.

⁵² Hans-Heinrich Trute, in: Ingo von Münch/Philip Kunig(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, Art. 38 Rn. 73.

當然，立法委員個人亦受有一定本於其國會議員身份之權利與保障，不同於前述權限，一般稱之為國會議員之個人權利（persönliche Rechte），包括學理上所稱平等貼近與進入國會權（gleicher Zugang zum Parlament）、與保護國會功能運作相關之權利（言論免責權與不受逮捕之特權豁免權）、乃至於待遇請求權等⁵³；這裡的權利為國會議員本身其職務身分地位之個人權，與前段基於代表原則、共同形成國會行為之權限不同，必須清楚加以區別。

跳至我國相關法律規定亦同：根據《立法院職權行使法》規定，立法委員有下列權限，不論從法律名稱或其內容，均可清楚地看出，該法所規範者，無涉前述立法委員本於其個人地位之個人權利，而是標準的權限（職權）列舉：

- 議案審議（第二章，第 7 條以下）；
- 聽取總統國情報告（第二章之一，第 15 條之 1 以下）；
- 聽取報告與質詢（第三章，第 16 條以下）；
- 同意權之行使（第四章，第 29 條以下）；
- 覆議案之處理（第五章，第 32 條以下）；
- 不信任案之處理（第六章，第 36 條以下）；
- 彈劾案之提出（第七章，第 42 條以下）；
- 罷免案之提出及審議（第七章之一，第 44 條之 1 以下）；
- 文件調閱之處理（第八章，第 45 條以下）；
- 委員會公聽會之舉行（第九章，第 54 條以下）；
- 行政命令之審查（第十章，第 60 條以下）；
- 請願文書之審查（第十一章，第 64 條以下）；
- 黨團協商（第十二章，第 68 條以下）。

⁵³ Hans H. Klein, Status des Abgeordneten, S. 254ff.

與本件原因事實特別相關的，應屬立法委員同意權之行使：在總統提名大法官、須經立法院同意之規範下（《中華民國憲法增修條文》第5條第1項），所謂的被提名人交付全院委員會審查（《立法院職權行使法》第29條），立法委員在此之相關權限，當然得延伸至與審查任務相關之行為，同在憲法保障其得以行使權限之列，例如以口頭或書面表示一定意見；準此，則聲請人於黨團記者會中所為言論，亦應屬整體國會行為之一部分，具有公共利益之承擔意涵，不但同屬言論免責特權之保障，且不應使其於法秩序中蒙受任何形式之不利益，否則形同對於國家立法權之侵害，傷及學理上所稱國會對於特定國家機關之選舉及創造機能（Wahl- und Krefationsfunktion für bestimmte Staatsorgane）⁵⁴。本件所涉之法官迴避，正為其例：如聲請人在行使身為職務主體之立法委員的權限時，無可避免地必須針對相對之個人—諸如本件中，作為被提名大法官之特定人的同意權行使上，為一定之不利言論與批評，甚至直接間接造成其去職或推拒提名，則應認足以構成牴觸公平審判原則之法官偏頗，進而列入「法官應自行迴避」的排除法官之規範中，方為適論。就此，《刑事訴訟法》第17條各款，解釋上均無法適用此情形，應有立法者就此部分之不作為，定性為違憲之餘地。

附帶一提的，在本件中，擔任立法委員之聲請人的助理，接受相關人員之請願陳情，以求矯正其所認「遭行政機關違法或不適當之對待」，觀諸《請願法》第2條規定：「人民對國家政策、公共利害或其權益之維護，得向職權所屬之民意機關或主管行政機關請願」，一般社會通念上，此處之「民意機關」，解釋上亦包括「民意代表個人」，則在執行人民請願相關之職權上，如因之而遭受司法不當之對待，至

⁵⁴ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980, § 26 II 1, S. 47.

有認事用法上的違誤，則亦可能「因司法裁判行為而侵害立法委員之職權」而涉有違憲之嫌，當然，此非本節所述法官迴避之問題，但同樣攸關憲法所保障之國會議員職權，邏輯相似，亦須注意。

（二）最高法院不公開法庭致因不知或無從即時得知法官而無從聲請迴避，同屬違憲

關於法官之拒絕，涉及幾個不同之面向，包括：

- 如不知法官，如何得以認定是否存在偏頗之虞而聲請拒絕法官？
- 拒絕法官之聲請權何時開始？何時消滅？
- 如何從具體情形導出法官有偏頗之虞？

我國《刑事訴訟法》第 19 條第 2 項明文：「前條第二款情形，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。但聲請迴避之原因發生在後或知悉在後者，不在此限」，換言之，關於聲請迴避的時間點，對於應自行迴避而未迴避之法官排除，任何時點均可提出，但相對的，如屬認法官有偏頗之虞的拒絕，則有所限制，例如，《德國刑事訴訟法》第 25 條亦針對法官的拒絕，有時點上的限制。失權時點（Präklusionszeitpunkt），在第一審，對第一位被告進行人別訊問開始起，在上訴審或第三審，至同法第 324 條第 1 項第 1 句、第 351 條第 1 項之法官報告時—即事實審或法律審法院之法官報告以便開啟審判期日之際，至此，拒絕法官之聲請權即消滅⁵⁵。

相反的，拒絕法官之聲請權，開始於隸屬法院之特定法官經分案審理系爭案件起，是以，具有聲請權之關係人，當得要求「其明知法官之姓名」（《德國刑事訴訟法》第 24 條第 2 項第 2 句）⁵⁶，雖然說，

⁵⁵ Wolfgang Siolek, § 25, Rn. 2ff.

⁵⁶ OLG Koblenz v. 25.5.1982 – 1 Ws 183/82, NStZ 1983, 470; Thorsten Alexander, § 24 Rn.

在適用上，此要求或知悉姓名，並非聲請拒絕之要件，但事實上必然如此⁵⁷。如前段所述，拒絕權當然消滅於裁判作成之際，例如上訴第三審經認程序或實體上無理由而駁回，蓋拒絕之目的在於保障公平審判，不使有偏頗之虞的法官參與裁判的作成，如已作成，則拒絕之目的將再難達成⁵⁸；換言之，雖未必如前段所言之「法官開啟審判期日之際」、或如我國法「當事人已就該案件有所聲明或陳述後」之嚴苛，但退萬步言，至裁判消滅之際，則理論上認再無從想像還有拒絕法官之可能。唯一的例外，不論我國或德國，如聲請迴避之原因發生在後或知悉在後，學理上稱之為有條件的拒絕權⁵⁹。

下一個問題，《刑事訴訟法》第18條第2款「法官有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者」而得聲請法官迴避，《德國刑事訴訟法》第24條第2款有類似明文，但如何在個案上認定「有偏頗之虞」？有無類型化之可能？讓我們以德國為師，觀察以下的案例：

- 法官於政黨中從事特別的政治活動，與被告有明確的對立關係，應足認有偏頗之虞⁶⁰；
- 法官之參與立法程序，例如提出鑑定意見或其他專業見解，不論是本於個人或特定利益與職業團體成員身分，亦或法官本人曾為國

34。德國刑事訴訟法第24條第2項：「存在足以構成不信任法官中立性之理由時，以偏頗之虞拒絕之」（連孟琦譯，德國刑事訴訟法，台北：元照，2016年9月，頁11），由於該項第2句寫的是「某一法官之中立性」（die Unparteilichkeit eines Richters），則邏輯上必須要知曉該法官是誰。

⁵⁷ Wolfgang Siolek, § 25, Rn. 14.

⁵⁸ BGH NStZ 1993, 600; OLG Hamm NJW 1976, 1701; OLG Koblenz GA 1982, 471; KG JR 1984, 39; Thüring, OLG NStZ 1997, 510.

⁵⁹ Wolfgang Siolek, § 25, Rn. 22; Thorsten Alexander, § 25 Rn. 7.

⁶⁰ RG DRiZ 1931, 781; DJZ 1932, 170; Gilles, Richterliche Unabhängigkeit und parteipolitische Bindung von Richtern, DRiZ 1983, 46.

會議員且直接參與過立法程序者，德國聯邦憲法法院認不足當之有偏頗之虞⁶¹；

- 法官因職業上或營業上與被告有一定關係者，可能遭認有偏頗之虞，如雙方之間有緊密之個人關係⁶²；
- 法官曾於專業出版物或曾於言談中表達對於被告不利之法律見解者，原則上難以認係有偏頗之虞，但在特殊情形之下仍有可能，例如該等見解與系爭案件有一定的關聯性⁶³；
- 存在於法官與被告間之敵對關係，可認定具偏頗之虞，例如法官與被告辯護人間之重大歧見與衝突⁶⁴；
- 如法官曾遭受被告提起告訴、告發、檢舉移送懲戒紀律罰或其他類似方式的攻擊，雖有原則上不能單以此即作為偏頗之虞事由的見解⁶⁵，但亦有認必須個案具體認定之，如被告過去曾為之影響，確實難以期待法官得為無偏頗之裁判時，仍得成立迴避之理由⁶⁶。

由以上類型化結果可發現，與本件事實可能較有關連者，諸如「存在於法官與被告間之（政治上？）敵對關係」，「法官因職業上或營業上與被告有一定關係者」，或者「如法官曾遭受被告提起告訴、告發、檢舉移送懲戒紀律罰或其他類似方式的攻擊」，雖然仍須根據個案事實再詳加認定，但確實可以成立難以期待法官得為無偏頗之裁判。聲

⁶¹ BVerfGE 1, 67.

⁶² BGH 43, 16; Thorsten Alexander, § 24 Rn. 12.

⁶³ BVerfGE NJW 1996, 3333.

⁶⁴ OLG Augsburg JW 1923, 839; BGH StV 1993, 339; StV 1995, 396; NJW 1998, 2458; OLG Braunschweig StraFo 1997, 76; OLG Hamm StraFo 2002, 355; BGH Beschluss v. 7.10.2004 – 2 Ss 345/04.

⁶⁵ BVerfGE NJW 1996, 2022; BGH NJW 1962, 749; KG JR 1962, 113; Thorsten Alexander, § 24 Rn. 9.

⁶⁶ Wolfgang Siolek, § 24, Rn. 36.

請人擔任黨團幹事長，雖以公益為先、忠實履行立法委員對於大法官被提名人之任務為念，旨在形成當時作為反對黨之嚴格監督職志，但力斥邵燕玲法官，雖為公益，但依一般社會通念暨通常認識，應足以為相對人視之敵對而再難期待得以完全公允之執行審判工作，恐無法符合公平審判原則下之公正中立法官圖像，得以經得起「法官有偏頗之虞」的證明義務，此亦即本聲請書頁 12 所載，接受媒體採訪之「資深二審庭長」同樣認為難以言說無偏頗之虞，完全相同的觀察。

然而，即便在本件中存有認定法官偏頗之虞的可能性，卻因聲請人無法即時知悉邵燕玲法官為第二、三次上訴第三審之法官兼審判長，使得以援引《刑事訴訟法》第 18 條第 2 款，聲請法官迴避之權利形同虛設，即便同法第 19 條第 2 項但書云：「但聲請迴避之原因發生在後或知悉在後者，不在此限」，但如前所述，學說及實務上復認拒絕權當然消滅於裁判作成之際，因拒絕法官之目的既在於保障公平審判，不使有偏頗之虞的法官參與裁判的作成，則如已作成裁判，拒絕法官之目的將再難達成，已無從行使以阻卻審判程序之開啟為目的之聲請法官迴避，如再漏將此情事列之為得聲請再審之要件（詳後述），則形同制度上兩頭落空，視聲請人憲法保障之訴訟權為無物，當有違憲之問題。

再者，如搭配「制度上便使訴訟關係人難以知悉法官何人」，則前述問題無疑雪上加霜。我國《刑事訴訟法》第 389 條第 1 項明文：「第三審法院之判決，不經言詞辯論為之。但法院認為有必要者，得命辯論」；眾所週知，最高法院向以不公開法庭為原則，以法官所曾提出之具體數字為例，單以戰後最高法院遷臺至 101 年為止，60 餘年來，最高法院刑事庭竟只開庭過三次，平均 20 年一次！確如實務界法官所言：《對照同樣是原則不開庭的德國聯邦最高法院，該國每年刑事庭 5 個庭（我國有 13 庭之多）開庭總件數約為 200 件，佔總上訴案件約 5%；換算回我國的總案件數，大概一年要開 400 件。至

於採行選案制度的美國聯邦最高法院，平均每年也有 80 幾件的言詞辯論案件，佔總上訴案件約 1%。相差十萬八千里的我國最高法院，不開庭的紀錄可謂傲視民主先進國家》⁶⁷。兩相比對，德國最高法院刑事庭每一庭，平均一年開庭 40 件，我國則相對數字為 0.003 件，同樣在法律上以不公開法庭為原則、開庭行言詞辯論為例外，德國實務上仍開庭者，為我國之 1 萬 3 千 3 百多倍，完全不可以道里計。

或誠如前述最高法院法官兼書記官長徐昌錦之說法：《最高法院已廢除秘密分案五、六年，當事人或其律師都有權來函查詢承審合議庭審判長、法官等人身分，這已行之多年》，有趣的是，在廢除秘密分案之前，形同制度上「使訴訟關係人不知法官」，在廢除之後，只要關係人不主動來詢，可以想像的，至少結構上同樣讓不知法官之狀況延續，並未真正打破此制度困境，令「訴訟關係人（特別是被告）不知法官」的違憲情形沒有獲得根本的改變。就此，《刑事訴訟法》第 18 條第 2 款、搭配第 389 條，應同屬立法者在此未盡完善通盤考量下，應受違憲評價的不作為。羅馬法諺有言：法官應知法（iura novit curia）：適用法院乃法院、而非當事人之義務，自始不揭露法官姓名，制度上卻又言得以期待當事人自行探詢並追索有無偏頗之慮？是否確屬最好的制度安排？足以確立基本權有效性所要求的權利行使狀態？實不無疑問。

（三）最高法院刑案分案實施要點規定更審同一法庭承辦，應屬違憲

有關邵燕玲法官同為聲請人第二、三次上訴第三審法院之審判長

⁶⁷ 錢建榮，期待看見常態辯論的最高法院，蘋果日報電子報，2012 年 4 月 30 日（<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20120430/34194955/>，點閱日期：2020 年 2 月 8 日）。

乙節，涉及者為《最高法院刑事案件分案實施要點》之第 9 點：「案件有下列情形之一者，應分原承辦股：（一）原審更三審以上再行上訴之案件。（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件」。由於系爭者為聲請人之第二、三次，是以應非為適用第 1 款，而是第 2 款的「重大刑事案件」，發回更審而再行上審，亦即從第二次開始。同樣的，如同前述，《刑事訴訟法》第 17 條第 8 款之「前審裁判」，多數說認並不適用於同屬第三審、例如本件之發回更審後再上訴的場合，當事法官自當毋庸自行迴避，無須加以排除。

談到法院內部關於分案所制定之要點，作為違憲審查之標的，當然，必須先處理該等要點究得否作為釋憲客體之問題⁶⁸。在有關人民提起之釋憲類型上，現行《司法院大法官審理案件法》第 5 條第 1 項第 2 款明定，對於「確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者」，方得聲請解釋憲法。此處所稱之「所適用」之法律或命令，是指「為終審法院裁判上所援用據以為裁判依據之法律或命令」⁶⁹，不問程序或實體上所援用者均包含在內⁷⁰。是以，如本案般可能觸及之法院內部分案規則，至少表面觀之，應無作為「據以為裁判依據」之可能。然而，在釋憲實務上，大法官審查確定終局裁判所直接適用之法令外，也多次將釋憲對象擴張到非確定終局判決所直接適用的法規，以某規範與確定終局裁判具有「重要關聯性」、被確定終局裁判

⁶⁸ 以下相關問題之探討，主要參酌自：陳芃諭，大法官審查法院判決之研究—併論引進德國裁判憲法訴願制度之可行性，國立政治大學法律學系碩士論文，105 年 7 月，頁 23-24。

⁶⁹ 吳信華，人民聲請釋憲「裁判上所適用」之法令，月旦法學教室，40 期，2006 年 2 月，頁 37。

⁷⁰ 吳信華，「人民聲請釋憲」：各項爭議問題（下），月旦法學教室，72 期，2008 年 7 月，頁 42；吳信華，大法官案件審理中的「實質適用」與「重要關聯性」，月旦法學教室，89 期，2010 年 2 月，頁 8。

所「實質援用」為理由等，以擴張解釋客體，最為常見。

大法官擴張審查客體的發展，由一開始提出以「相關聯且密切」為理由，將確定終局裁判所適用之法律的同部法律中之其他條文一併受理，隨後提出「重要關聯性」之理由而擴張審查客體。「重要關聯性」從釋字 535 號解釋以降數次援用之，從而歸納出符合「重要關聯性」的類型有：據以判斷確定終局判決所適用法令之構成要件是否符合之法律（釋字 535 號）、與確定終局判決所適用之法令有相同意旨之其他規定（釋字 569 號）、被確定終局判決引為裁判基礎之判例（釋字 576 號）、法律效果準用確定終局裁判所適用之法律之其他法規（釋字 580 號）、與確定終局裁判所適用之法令具有成本歸屬意義之法規（釋字第 703 號）、與確定終局裁判所適用之法令具有後續程序規定之法規（釋字第 709 號）⁷¹。當然，大法官雖均以「重要關聯性」為擴張審查客體之理由，然各號解釋適用情形均有所不同，如同識者所批評般，實難予以類型化，且判斷標準也各不相同⁷²，因此重要關聯性的內涵並不明確，可能使釋憲客體無限制的擴張，或是受理與否標準不一，成為個案性的選擇。

如此問題，我國法制亦非首次面對，司法院釋字第 665 號解釋，即對相同問題有所闡釋。大法官多數意見在解釋理由書中提到：

- 法院經由案件分配作業，決定案件之承辦法官，與司法公正及審判獨立之落實，具有密切關係。為維護法官之公平獨立審判，並增進審判權有效率運作，法院案件之分配，如依事先訂定之一般抽象規

⁷¹ 陳芃諭，大法官審查法院判決之研究－併論引進德國裁判憲法訴願制度之可行性，頁 23。

⁷² 徐璧湖，釋憲實務有關「重要關聯性」理論之研析，月旦法學雜誌，228 期，2014 年 5 月，頁 88；吳信華，釋憲實務中「重要關聯性」的問題與思考，月旦法學教室，81 期，2009 年 7 月，頁 9。

範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符。法官就受理之案件，負有合法、公正、妥速處理之職責，而各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第七十八條、第七十九條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率。

- 世界主要法治國家中，德意志聯邦共和國基本法第一百零一條第一項雖明文規定，非常法院不得設置；任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪—此即為學理所稱之法定法官原則，其內容包括應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判；惟該原則並不排除以命令或依法組成（含院長及法官代表）之法官會議（Präsidium）訂定規範為案件分配之規定（德國法院組織法第二十一條之五第一項參照）。其他如英國、美國、法國、荷蘭、丹麥等國，不論為成文或不成文憲法，均無法定法官原則之規定。惟法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則。

- 訴訟案件分配特定法官後，因承辦法官調職、升遷、辭職、退休或其他因案件性質等情形，而改分或合併由其他法官承辦，乃法院審判實務上所不可避免...相牽連刑事案件分別繫屬於有管轄權之不同法院時，得合併由其中一法院管轄，旨在避免重複調查事證之勞費及裁判之歧異，符合訴訟經濟及裁判一致性之要求。且合併之後，仍須適用相同之法律規範審理，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。

- 法院組織法第七十九條第一項規定：「各級法院及分院於每年度終結前，由院長、庭長、法官舉行會議，按照本法、處務規程及其他法令規定，預定次年度司法事務之分配及代理次序。」各級法院及

分院之處務規程係由法院組織法第七十八條授權司法院定之。臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點(下稱系爭分案要點)乃本於上開法院組織法規定之意旨，並經臺灣臺北地方法院法官會議授權，由該法院刑事庭庭務會議決議，事先就該法院受理刑事案件之分案、併案、折抵、改分、停分等相關分配事務，所為一般抽象之補充規範... 審核小組係經刑事庭全體法官之授權，由兼庭長之法官(法院組織法第十五條第一項參照)組成，代表全體刑事庭法官行使此等權限。前述各受理法官協商併辦不成時，僅後案承辦法官有權自行簽請審核小組議決併案爭議，審核小組並不能主動決定併案及其承辦法官，且以合議制方式作成決定，此一程序要求，得以避免恣意變更承辦法官。是綜觀該分案要點第十點後段及第四十三點之規定，難謂有違反明確性之要求，亦不致違反公平審判與審判獨立之憲法意旨。

- 綜上，系爭分案要點第十點及第四十三點係依法院組織法第七十八條、第七十九條第一項之規定及臺灣臺北地方法院法官會議之授權，由該法院刑事庭庭務會議，就相牽連案件有無合併審理必要之併案事務，事先所訂定之一般抽象規範，依其規定併案與否之程序，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業之情形，屬合理及必要之補充規範，故與憲法第十六條保障人民訴訟權及第八十條法官依據法律獨立審判之意旨，尚無違背。

從釋字第 665 號解釋的理由看來，首先，法院內部制定的分案規則，只要是事先訂定之一般抽象規範，不致於淪為恣意或不當干涉分配案件之基礎，大法官並未根本挑戰其合憲性，至少應無違反法律保留之問題。重要的是：該分案規則可以作為釋憲標的。在此，大法官雖未直接使用「重要關聯」、「實質關聯」之詞，以嘗試將系爭刑事庭分案要點連接至法定法官原則暨相關法律規範來加以探討，但應認有此角度之視野與運用，應無疑問。比較值得注意的，大法官亦提及「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，致生牴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得以迴避，則屬違憲。

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⁷³，其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，換言之，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⁷⁴。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⁷⁵，藉此使有裁判權限之法官應非依逐一個案決定，而係事先及以一般規範作為決定準則，且非可依個案改變⁷⁶。學說上指出，防止恣意操控審判—特別是禁止恣意改分⁷⁷，人民享有依法接受公正審判之權利，才是憲法規範的本旨，

⁷³ Bodo Pieroth, in: Hans D. Jarass /Bodo Pieroth, GG, Art. 101 Rn. 1.

⁷⁴ BVerfGE 95, 322 (329); Helmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier(Hrsg.), Grundgesetz, Band III, 2 Aufl., Tübingen 2008, Art. 101, Rn. 18.

⁷⁵ 林孟皇，法定法官原則的理論與實務—兼評司法院釋字第 665 號解釋，法官協會雜誌，11 期，2009 年 12 月，頁 20。

⁷⁶ 姜世明，長期被忽略之法治國支柱—論法定法官原則之觀念釐清及實踐前瞻，台灣法學雜誌，125 期，2009 年 4 月，頁 10。

⁷⁷ 林超駿，試論設計法院分案制度應考慮之因素—也評我國一般所謂之法定法官原則，台灣法學雜誌，136 期，2009 年 9 月，頁 9；類似看法亦見：王兆鵬，法院分案規則合憲性之探討，軍法專刊，55 卷 3 期，2009 年 6 月，頁 139。

形式上是否使用「法官法定」一詞，並非重點⁷⁸，亦即如釋字第 665 號解釋所言一般。學者黃國昌亦認為，法院所定分案規則之遵循，涉及當事人接受公平審判之憲法權利的保障，從而在分案規則之效力定位上，自不應將其界定為「不發生對外效力之法院內部規則」，而應提供當事人針對違反抽象規則之具體分案結果，有效的救濟途徑⁷⁹。

從以上分析可發現，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，原則上亦無牴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《最高法院刑事案件分案實施要點》之第九點：「案件有下列情形之一者，應分原承辦股：（一）原審更三審以上再行上訴之案件。（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件」，兩種情形均涉及第三審法院參與之前發回更審之裁判者，不論是否因屬重大刑事案件而區分次數之起算，衡諸前述，均侵害憲法第 16 條之訴訟權。

（四）再審與非常上訴漏列法官偏頗未迴避情形，違反公平審判原則

104 年 2 月 4 日，我國《刑事訴訟法》甫修正第 420 條第 1 項再

⁷⁸ 陳運財，大法官釋字第 665 號解釋評析，月旦法學雜誌，176 期，2010 年 1 月，頁 26；類似見解亦如：李建良，審判獨立與司法獨裁—解評司法院釋字第 665 號解釋，月旦法學雜誌，176 期，2010 年 1 月，頁 46。

⁷⁹ 黃國昌，案件分配、司法中立與正當法律程序—以美國聯邦地方法院之規範為中心，東吳法律學報，21 卷 4 期，2010 年 4 月，頁 197。

審要件相關規定，除令人矚目之第 6 款修正為：「因發現確實之新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者」，亦即將僅限於「新證據」作為上審要件之舊法規定，增訂「新事實」外，第 5 款亦有幅度不小之修正，將原先「參與原判決或前審判決或判決前所行調查之法官，或參與偵查或起訴之檢察官，因該案件犯職務上之罪已經證明者，或因該案件違法失職已受懲戒處分，足以影響原判決者」條文，修訂為「參與原判決或前審判決或判決前所行調查之法官，或參與偵查或起訴之檢察官，或參與調查犯罪之檢察事務官、司法警察官或司法警察，因該案件犯職務上之罪已經證明者，或因該案件違法失職已受懲戒處分，足以影響原判決者」，兩相比對，將犯職務上之罪或違法失職的行為主體，擴充至檢察事務官、司法警察官或司法警察，不再侷限於法官與檢察官，對保障人權、擴大重啟審判之空間，立意良善，然而，如同前述，面對同樣影響公平審判甚鉅之「應迴避之法官未迴避」，不論是在法官排除之場合，抑或認有偏頗之虞而聲請拒絕法官，均不得提起再審。誠然，《刑事訴訟法》第 441 條明定，如判決確定後發現案件審判違背法令，最高法院檢察署檢察總長仍得向最高法院提起非常上訴，而依同法第 379 條第 2 款「依法律或裁判應迴避之法官參與審判者」，為當然違背法令，然而，復因同法第 17 條第 8 款、結合第 18 條第 1 款之遺漏攸關本件之重要應迴避類型，致同樣違反憲法公平審判原則，就此，亦有立法者應有作為而違憲之不作為的問題。

誠然，針對確定判決之再審與非常上訴，兩者制度上功能並不相同，前者重在判決所據事實基礎的變更或遭重大扭曲，後者則偏向審判程序本身是否符合法律規定之面向，旨在統一法令之適用、防止違背法令之程序發生其不該有之效力影響⁸⁰，然而，兩者均有憲法上維

⁸⁰ 張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，13 版，台北：五南，2016 年 9 月，頁 725。

護公平審判原則之關聯性，亦未清楚而嚴格區分兩者，例如《刑事訴訟法》第420條第1項第5款之「參與原判決或前審判決或判決前所行調查之法官，或參與偵查或起訴之檢察官，或參與調查犯罪之檢察事務官、司法警察官或司法警察，因該案件犯職務上之罪已經證明者，或因該案件違法失職已受懲戒處分，足以影響原判決者」，即便是所指涉之「犯職務上之罪或違法失職」，其實也未必與案件事實直接相關，或說與審判程序本身無關而應放置於非常上訴領域，而再審目的之一既在於「防止冤獄」⁸¹，則為何有偏頗之虞的法官便毫無形成冤獄之可能？是否亦有思慮未周之處。如以本件攸關之「立法委員行使職權致生偏頗」情事，如一方面未列為應予排除法官類型，使當事法官毋庸自行迴避，已得產生侵害訴訟權、抵觸公平審判要求之重大違誤，如再因使訴訟關係人因不知或無從即時得知法官而無法主張偏頗，或至訴訟程序結束時已然消滅此針對法官的拒絕權，亦或在個案上以「類似情形下難以證明法官有偏頗之虞」而駁回聲請法官迴避，均將產生不利公平審判、保障人民訴訟權之結果，本件即屬令人遺憾之適例，立法者當有作為，以符合憲法要求。

將再審與非常上訴合併討論，實有其不得已之處：未區分兩者之《德國刑事訴訟法》，僅有再審（Wiederaufnahme），未如法國與日本法般「再分出」非常上訴。究其程序目的與程序原則而言，德國法下的再審，雖重在真實與正義，特別是維護與實現個案上的實體正義，但同樣以針對個案，法官負有做出真實且符合正義之裁判的義務，為其核心內涵⁸²。是以，「公平中立之法院」，在公平審判原則之憲法拘束下，應作為貫穿整個刑事訴訟程序之主軸，誠然，《德國刑事訴訟法》並未將應迴避而未迴避之法官參與裁判，直接列為再審要件與類型，與我國近似，配合「聲請法官迴避之權利於裁判作成之時消滅」

⁸¹ 王兆鵬，刑事訴訟講義，5版，台北：元照，2010年9月，頁953。

⁸² Karl Heinz Gössel, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Vor § 359, Rn. 5, 8.

的傳統見解，恐使公平審判原則難以確保，就此，我國與德國法似均有類似問題，但必須受限於檢察總長方得提起之非常上訴，又讓足以成立「違背法令」之確定判決的救濟，不能從程序上直接由被告發動，使我國法較德國法在此情形下，可能更為有效的制度手段，事實上難以貫徹，令人遺憾。面對諸如本件所生之法制問題，必須從憲法上為更詳細之檢驗，而非僅受困於法安定性之程序目標，由 大院進行相關條文之合憲性審查，應為適當。

肆、附論：侵害立法權所致生之影響與權力分立

在前「參（一）立法委員行使職權致特定法官應自行迴避，法律無規定之違憲」、進而指摘涉及侵害聲請人受憲法保障之訴訟權外，必須嚴正附帶提出的是：系爭案件所產生對於立法權、乃至於權力分立的傷害。

如同前述，在行使與履行關於立法機關之權限與任務方面，憲法保障立法委員享作為職務主體之權利、權限，主要來自於「國民賦予而交給立法權整體之國家權力」，並非直接指涉立法委員個人，其至多可以定性為類似基本權（地位），而非直接觸及一般權力關係下之國民地位的基本權，這是憲法學理解的出發點⁸³，換言之，形式上看似「國會議員個別之權限行使」一主觀面向，實則具有「立法權整體履行其憲法所課予任務」的客觀意涵，在此之下，方有個別議員之權限、地位與相關保障而言。立法委員行使其權限與職掌，不論是參與權、資訊權、申請權、同意權或基於憲法訴訟法上地位之聲請權，亦即在行使包括立法權、預算權、創設其他憲法機關之任務、監督任務、代議任務等不同權限與任務上，共同參與國會之決定作成，植基的便

⁸³ 請參照同前註 49 之文獻暨實務見解。

是所謂「代表原則」，在此，嚴格意義而言，這不是關乎個別立法委員專屬事項的權限行使，呈現出僅有個人法地位之性質，進而直接對外產生效力，憲法規範上並非如此之設定。放諸本案具體事實而言，聲請人代表立法院民進黨團針對總統提名大法官之特定對象表示意見，並無法律行為或任何其他程序上之個別化意涵，而是形成國會整體之對外行為—同意權之行使，屬於承擔公共義務的任務行使，核心內涵是政治功能、不是國會議員個人之諸如職業自由基本權的行使，重點是「特定的責任與正當性關聯」，亦即，聲請人於行使大法官同意權之整體關聯下，於政黨黨團對外意見表達之脈絡下，發表特定言論，如果因之產生一定程度的不利益，例如於訴訟程序中無須適用法官迴避之保護，則無疑對於立法權、乃至於權力分立架構下的司法—立法分際，產生不當的影響。

從另一角度而言，即便不是立法委員個別的權利，也當然不是意謂著，可以進而忽視對於其個人所生之不利影響。如前所述，立法委員亦受有一定本於其國會議員身份之權利與保障，所謂國會議員之個人權利，包括學理上所稱平等貼近與進入國會權、與保護國會功能運作相關之權利（言論免責權與不受逮捕之特權豁免權）、乃至於待遇請求權等⁸⁴；這裡的權利為國會議員本身其職務身分地位之個人權，與前段基於代表原則、共同形成國會行為之權限不同，但同樣在憲法上具有重要意義。國會議員之言論免責權（Indemnität），一般所稱之國會特權（Parlamentsprivileg），性質上作為客觀的憲法原則，重在國會之利益，不容許個別議員拋棄，學理上曾謂之以「責任之豁免權」（Verantwortungsimmunität）⁸⁵，它沒有時間上的限制—一旦其投票與表達（Abstimmungen und Äußerungen）落入國會議員職權

⁸⁴ Hans H. Klein, Status des Abgeordneten, S. 254ff.

⁸⁵ Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, GG. Kommentar zum Grundgesetz, 7 Aufl., München 2018.

範圍內、則不分時間消逝之同受保護，包括卸任之後⁸⁶。在攸關本件聲請案之「意見表達」上，國會議員受保護之客體，包括「事實主張與意志表示」，如有意圖表示之「對象」，則同樣沒有任何限制，是以，訴求、主張、刺激性或煽動性言論，亦無例外，至於該意見表達所為之「地點與處所」，只要與國會活動與任務有一定關聯，例如於大會、委員會或其他足認應屬「於國會機能組織體內」(innerhalb des Organismus des Parlaments)者，均受保障⁸⁷。

與本件原因事實相關的，在總統提名大法官、須經立法院同意之規範下(《中華民國憲法增修條文》第5條第1項)，所謂的被提名人交付全院委員會審查(《立法院職權行使法》第29條)，立法委員在此之相關權限，當然得延伸至與審查任務相關之行為，同在憲法保障其得以行使權限之列，例如以口頭或書面表示一定意見；準此，則聲請人於黨團記者會中所為言論，亦應屬整體國會行為之一部分，具有公共利益之承擔意涵，不但同屬言論免責特權之保障，且不應使其於法秩序中蒙受任何形式之不利益，否則形同對於國家立法權之侵害，傷及學理上所稱國會對於特定國家機關之選舉及創造機能。當然，言論免責權受保護之客體，主要在於「不因言賈禍」—亦即使國會議員「不受高權制裁之無遺漏的保護」(lückenloser Schutz des Abgeordneten vor hoheitlichen Sanktionen)，包括任何來自於國家權力之任何「施予痛苦」形式：刑事法院及紀律法院(主體)之措施，乃至於警察法或憲法保護法上之調查與其他行為等⁸⁸。

⁸⁶ Theodor Mauz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz Kommentar, München 2001, Art. 46 Rn. 6, 10.

⁸⁷ Theodor Mauz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz Kommentar, Art. 46 Rn. 13f., 17.

⁸⁸ Theodor Mauz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz Kommentar, Art. 46 Rn. 18f.

毫無疑問的，憲法對於國會議員言論免責權的保護，重在「不因該言論而加以咎責」，衡諸本案，聲請人所受之刑事追訴，其原因事實確實與黨團發言無涉，然而，從對於立法委員應有之保障出發，特別著眼於與國會活動暨任務相關之「整體行為的一部」，由客觀面向觀察，應將此言論免責權之主觀權利角度，擴大延伸至「客觀上對於國會議員言論之相關保護的制度性拘束與要求」，換言之，

- 不是僅限於不得追訴立法委員之言論，而是應該在整體國家秩序暨制度的建構、形成與實踐上，同時確立使立法委員不因其言論而受一定程度、具有重要性（wesentlich）之不利益。

這意謂著：憲法對於立法權得以忠實並順暢履行其任務之保障，不能自限於單純而狹義的立法委員言論免責權，而是應該從客觀面向與角度出發，全面檢視與該「責任之豁免」相關之制度與實踐，是否存有達到足以傷害立法權、破壞權力分立之不當影響，進而間接形成對於國會議員職權的「制裁作用」；不是不去追訴聲請人於黨團記者會中之批判大法官被提名人、希望總統撤銷提名等言論與行為，即屬滿足憲法之要求，而是在諸如本案般，聲請人言論所涉及之直接相對人，成為聲請人作為刑事被告之承審法官、審判長之際，憲法仍能出聲到：如此已達違反公平審判原則之憲法要求的程度，必須透過刑事訴訟制度之相應設計（法官之排除與拒絕），阻卻此違憲狀態，才是對於立法權保障的完整理解。本案之違憲情節，不僅僅是刑事訴訟法迴避制度的缺憾，也直接碰觸到權力分立與立法權之憲法形成，呈請大院務必思量至此，切勿忽略本案對於憲法國家組織法秩序之影響與傷害。

伍、據上，聲請人認本件有關規定確屬違憲，案經歷審裁判，經最高法院106年度台上字第1337號判決為終局裁判確定，用盡救濟途徑，

爰依據《司法院大法官審理案件法》第5條第1項第2款規定，聲請大
院解釋憲法。

謹 呈

司法院 公鑒

【關係文件】

附件一、委任狀正本乙份。

附件二、歷審相關裁判 11 份

附件二、監察院調查報告乙份。

(註釋引用文獻另補呈)

中 華 民 國 1 1 0 年 1 2 月 2 9 日

聲請人 高志鵬

代理人 陳為祥律師

