

釋憲聲請書

聲請人 施智元 現於台南看守所

代理人 涂欣成律師 台南市安平區健康路三段 230 號
(06)295-6127

茲依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

台南高分院 95 年度上重更(三)字第 559 號判決(附件 1)、最高法院 96 年度台上字第 4154 號判決(附件 2)，適用之釋字第 178 號解釋意旨(附件 3)、最高法院 29 年上字第 3276 號判例意旨(附件 4)，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，釋字第 178 號解釋意旨(附件 3)應予補充解釋、最高法院 29 年上字第 3276 號判例(以下稱，系爭違憲判例，附件 4)應宣告違憲不予援用。

貳、疑義之性質與經過

一、本件原因案件係聲請人即施智元涉嫌殺人之犯罪事實，案經台南地院 93 年度重訴字第 6 號判決聲請人有罪、死刑，被告不服第一審判決上訴於台南高分院，由法官葉居正、李文福、莊俊華組成之合議庭，以 93 年度上重訴字第 633 號判決維一審判決(附件 5，下

稱「上訴審判決」)。聲請人不服提起上訴，案經如下表所示之最高法院撤銷發回及台南高分院之更審判決，台南高分院於 95 年度上重更(三)字第 559 號審理時，法官葉居正仍與吳森豐、吳勇輝組成合議庭審理，並未迴避，維持聲請人有罪之死刑判決(附件 1，下稱：更三審判決)。聲請人不服更三審判決上訴三審，最高法院 96 年度台上字第 4154 號判決(附件 2)，亦未認定更三審法官組成之合議庭應自行迴避，驟然駁回聲請人之上訴而使本案確定。

法院	案號	法官
台南高分院	93 年上重訴字第 633 號 (附件 5)	葉居正、李文福、莊俊華
最高法院	94 年台上字第 3707 號	
台南高分院	94 年上重更(一)字第 369 號	
最高法院	95 年台上字第 1495 號	
台南高分院	95 年上重更(二)字第 180 號	
最高法院	95 年台上字第 6755 號	
台南高分院	95 年上重更(三)字 559 號 (附件 1)	葉居正、吳森豐、吳勇輝
最高法院	96 年台上字 4154 號 (附件 2)	

二、依刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定：「推事於該管案件有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：八推事曾參與前審之裁判者。」、第 379 條第 2 款規定：

「有左列情形之一者，其判決當然違背法令：二、依法律或裁判應迴避之法官參與審判者。」上開條文旨在避免法院執行職務有偏頗之虞，因而列舉是項情形，推事應自行迴避，以擔保法院之無私公正，違反迴避規定之判決，其判決當然違背法令。

三、然據 鈞院大法官釋字第 178 號解釋文：「刑事訴訟法第 17 條第 8 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。」以及系爭違憲判例意旨：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所謂推事曾參與前審之裁判應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，至推事曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列。」，將刑事訴訟法第 17 條第 8 款所規定「推事曾參與前審之裁判」之意涵，限制為「同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判」，最高法院 29 年上字第 3276 號判例之意旨，更敘明上訴審參與裁判之推事，其判決經上級審發回更審後，若再行參與系爭案件，毋庸適用刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定自行迴避之規定云云。

四、經查，更三審判決（附件 1）、96 年度台上字第 4154 號判決（附件 2），於其判決理由中，固未針對有無刑事訴訟法第 379 條第 2 款事由，亦即更三審判決法官組成

與上訴審相同，有無適用釋字第 178 號解釋文與系爭違憲判例表示見解。然有無應予迴避之法官參與審判，乃刑事法院職權調查事項，系爭更三審判決與最高法院 96 年度台上字第 4154 號判決，對於葉居正法官曾為本案上訴審之合議庭審判長，仍得於更三審繼續擔任審判長，未自行迴避，亦未依職權宣告該更三審判決因違反法官迴避之規定而違背法令。職此，更三審判決以及最高法院 96 年度台上字第 4154 號判決縱未於理由中交代適用釋字第 178 號解釋文與系爭違憲判例之見解，實質上仍產生適用之效果。是聲請人自得以更三審判決（附件 1）、最高法院 96 年度台上字第 4154 號（附件 2）為確定終局判決，並就該等判決所適用系爭違憲判例（附件 4），依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項之規定，作為鈞院違憲審查之對象。並就鈞院釋字第 178 號解釋文聲請予以補充解釋（附件 3）。

參、涉及之憲法條文

- 一、 憲法第 16 條：「人民有請願、訴願及訴訟之權」所規定之訴訟基本權。
- 二、 公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項前段：「一、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。……。」所規定之公平法院原則。

肆、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、迴避制度係憲法所保障人民訴訟權以及人身自由正當法律程序之內涵

(一) 按「人民有請願，訴願及訴訟之權。」憲法第 16 條就人民訴訟權之保障定有明文。復按「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，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。」，此有 鈞院釋字第 654 號解釋理由書可參。是可徵憲法第 16 條所保障之訴訟權內涵在於透過正當法律程序之要求賦予刑事被告公平審判之保障。復按 鈞院第 178 號解釋理由書：「按刑事訴訟法為確定國家具體刑罰權之程序法，以發現實體真實，俾刑罰權得以正確行使為目的，為求裁判之允當，因有特殊原因足致推事執行職務有難期公平之虞時，特設迴避之規定。」。又按公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第 14 條第 1 項前段：「一、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。……。」明揭公平法院原則。而刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定推事曾參與前審之裁判者應自行迴避之規定，乃因推事曾參與前審裁判復又參與同案之裁判，難期法官能予公平審判，蘊含實踐上開大法官解釋暨國際公約應保障被告受公平審判之訴訟權之正當法律程序之誠命。

- (二) 按憲法第 8 條揭櫫憲法上人身自由之正當法律程序，司法院釋字第 639 號解釋理由書指出：「人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨（本院釋字第三八四號、第四三六號、第五六七號解釋參照）」，闡明 鈞院一貫立場。此種正當法律程序之保障固非一絕對之標準，而應隨基本權利之侵害類型而浮動。因此釋字第 639 號解釋理由書即謂「惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為個案認定。」，於闡述原理後，該號解釋隨即說明羈押規定之合憲前提在於已提供「係由審理受羈押被告之合議庭以外之另一合議庭審理」之救濟機會，方無違正當法律程序。此處提出所謂「另一合議庭」之概念者，明白表示訴訟程序之救濟手段若非由不同法官予以審理，即無從合於正當法律程序，可徵人身自由上正當法律程序之標準在於提供刑事被告有不同且獨立法官審理之程序，而成為迴避制度之立論基礎。
- (三) 本件所適用之系爭違憲判例，使刑事被告於同一個刑事審判程序中，可能先後受到一法院同一合議庭審理，此效果顯然限縮刑事訴訟法關於迴避之規定。鑒於刑事訴訟程序可能剝奪人民人身自由甚或是生命權（例如本案），是系爭違憲判例所闡述之程序即對憲

法第 16 條訴訟權、第 8 條人身自由正當法律程序，以及憲法保障人民生命權應有之嚴謹訴訟程序有所限制。

二、公平審判制度的核心在於賦予刑事被告足資信賴之程序：

- (一) 正當法律程序之意義復在於賦予刑事被告公平審判之保障，已如前述，參諸釋字第 654 號解釋理由書：「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。」，特別羅列應賦予刑事被告選任令其信賴辯護人之機會，在於凸顯正當法律程序之目的在於提供刑事被告之信賴。此種信賴即為公平審判保障之基礎。
- (二) 系爭違憲判例之適用將造成同一審級之同一合議庭繼續參與同一案件之審理，此際，倘若是次審判之合議庭，曾經於以往程序中，無論是下級審甚或曾被上級審撤銷更審前同一審級判決，表達對被告之不利心證，且此點又為該刑事訴訟被告所知，則將如何期待被告信賴是次訴訟程序？而此種信賴感之剝奪將肇致公平審判保障之基礎為之掏空，使憲法保障人民訴訟權之意旨流於具文，終將產生人民不信任司法之惡果，亦證系爭違憲判例與憲法背反之所在。

三、不予迴避制度之目的正當性檢驗：

(一) 目的不明

人民受憲法保障之基本權利雖非不得限制，但須具有正當目的、手段與目的間須合乎比例原則，始符合憲法第 23 條之意旨。法官曾參與「更審前」裁判者，與曾參與「前審級」裁判者相同，皆可能存在先入為主之偏見，影響判決之公正性。系爭判決將聲請迴避範圍限縮於參與「前審級」裁判之法官，其作不同規範之目的為何？實難明瞭。目的不明，罔論其目的之正當性，違反憲法第 23 條之意旨。

(二) 避免法官員額不足之事由非屬正當理由

或有認為，此限制之目的在於避免第二審法院之法官多遭迴避、員額不足以組成審判庭之窘境。然而，此目的並非正當。

1、此窘境可歸責於國家，不應由被告承擔不利益

姑不論此窘境於我國之現實上是否果真會發生。此窘境只可能發生於第三審法院屢屢發回更審之情形，而此情形必為第二審法院於認定事實有重大瑕疵，可歸責於國家，此不利益不應由被告來承受。是故，避免法官員額不足之目的並非正當。

2、非重大急迫之目的

刑事審判結果事涉人身自由與人格權，皆為人民核心之基本權利，故刑事審判之訴訟權保障密度應格外提高，應採取最嚴格的違憲審查密度。從而，限制訴訟權之目的不能僅為達成一般的政府利益，而

須為追求重大急迫之公眾利益。避免法官員額不足僅係為司法行政方便考量，雖能節省司法資源，惟此僅為一般的經濟利益，尚非重大急迫之公共利益。是故，此目的並不正當。

3、目的縱使於過去正當，於今日也已不正當

系爭違憲判例做成於民國 29 年，是時法官員額極少，與今日不可同日而語。是故，縱退萬步肯認此目的於過往時空之正當性，於今日也已失其正當性。況按釋字第 178 號解釋理由書已明揭：「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。」意旨，為貫徹推事迴避制度之目的，必須懷抱一個基本精神，就是只要該法官曾經審理過系爭案件，「如無事實上困難」，應改分其他推事辦理，以免當事人懷疑法官具有成見。

4、違反比例原則

(1)適合性

雖將「前審」限縮解釋為「前審級」有助於避免法官員額不足之窘境發生，堪可達成上開目的，惟上開避免法官員額不足之目的，顯不具備正當性，縱使適合目的達成，亦具有違憲疑慮。

(2)必要性

移轉管轄、特別法官之指派、跨轄區管轄等制度皆能達成目的，又不侵害被告之訴訟權。將「前審」限縮解釋為「前審級」，並非於達成目的之前提下最小侵害人民訴訟權之手段，不符比例原則中之必要性原則。

(3) 衡平性

迴避制度影響審判之公平性，於刑事審判中牽涉人身自由與人格權等核心基本權利。另一方面，系爭違憲判例將「前審」限縮解釋為「前審級」或「下級審」，相較認定構成應予迴避事由，而改以「移轉管轄」、「特別法官之指派」、「跨轄區管轄」等制度解決爭議，二者比較而言，系爭違憲判例至多僅能達成方便司法行政之一般政府利益，卻犧牲人民訴訟權核心基本權利為代價，換取司法行政之一般政府利益，損益顯然失衡，不符比例原則中之衡平性原則。

四、參考憲法第 16 條訴訟權所保障之「公平法院」之規範，曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與者，是否不在刑事訴訟法第 17 條第 8 款之「前審」範圍，而不屬應自行迴避之列，自應以一個「合理第三人」之角度觀察，法院能否維持「公正之外觀」為判斷標準：

(一) 憲法第 16 條保障公平法院之內涵在於程序正義

1. 「公平法院」究竟有何內涵?聲請人主張,「公平法院」之內涵在「程序正義」(procedural justice)的實踐。現代民主法治國家莫不以增進人民對司法之信賴作為施政重要方針,而「程序正義」的實踐則被認為是增進人民對司法信賴感之重要手段。美國關於程序正義之實證研究即發現,不論個案之勝敗,若司法程序重視「程序正義」,二造對於司法之信賴感均會大幅提升;反之,若司法體系不重視「程序正義」,則即令勝訴之一方仍可能對司法體系產生質疑,因為人民清楚地知道勝訴的結果只是因為自己一時的幸運。¹
2. 學者指出,「程序正義」隱藏在一些過去比較不為人們所重視的細節之中。例如:當事人對於程序進行有多少主導的權利?法官有付出哪些努力維持自身的公正性?法官問案是否耐心懇切?法官是否關心當事人的權利?法官對於當事人律師權的關切程度如何?法官是否言出必行?是否毫無偏見?²是以,所謂的「程序正義」,一言以蔽之,應是指「裁判者是否竭盡所能地維持自身的公平性與中立性?」
3. 蓋「程序正義」與「實質正義」不同,實質正義的目的在於追求正確之結論,正當的程序雖有可能增進結論的正確性,但程序正義的目的毋寧更重視程序本身之獨立價值,同時也更重視程序本身帶給人民的觀感。「程序正義」強調人民對司法的信賴並不應該是

¹ See TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006).

² *Id.*

「預設立場」，司法必須積極地從人民的觀點斟酌程序的各種細節，以爭取人民對於司法之信賴。

(二) 程序正義要求審判者應維持法院最基本的公正外觀

1. 憲法第 16 條訴訟基本權之目的既然在保障人民受公平審判之權利，則「公平」之定義自然不應脫離一般人民之合理想像。鈞院釋字第 178 號解釋亦是本此意旨，而於理由書強調：「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。」
2. 事實上，刑事訴訟法第 17 條其他各款也都表彰了这一概念，蓋系爭條文第 1 至 7 款為立法者所預設可能使法官無法公正行使職權的風險因素。符合第 1 至 7 款任何一款的情形並不代表法官就「絕對」會有偏見，然法律卻將這種情況「視為」法官無法正常行使職權，而要求法官自行迴避。換言之，憲法與刑事訴訟法所關切者，並非法官本人是否確實形成偏見，而是法官是否「有可能」形成偏見。是以，其重點在於法院能否取信於人民，而維持公平法院原則要求下的公正外觀。又因刑事訴訟法第 17 條無法一一列舉出所有可能影響法官公正性之因素，故於第 18 條第 2 款設定一概括規定，只要「足認其執行職務有偏頗之虞者」，皆得聲請法官迴避。此款規定更加彰顯刑事訴訟法之迴避規則真正之精神在於確保審判者維持其「公正的外觀」。

(三) 「公正外觀」應自合理第三人角度檢視

1. 參諸外國立法例，亦皆認為迴避之度之設計應以確保審判者「公正的外觀」為中心。以美國為例，美國聯邦法典(United States Code) 28 USC § 455(a)規定，美國聯邦法官在任何程序中之公正性可受到合理質疑時，皆應自行迴避。³美國聯邦法官行為準則(Code of Conduct for United States Judges)Canon 3(C)(1)(e)中更明定，所謂「可受到合理質疑」包括但不限於法官曾在系爭案件中擔任法官，或曾經就系爭案件表達過意見。⁴
2. 英國上議院(House of Lords)於西元 2002 年通過新「測試標準([2002] 2 A.C. 357, at 494.)」，依該標準，法官是否應自我迴避應從一個公平且受充分告知的觀察者角度，經過考量事實後，認為該法庭確實有可能具有偏見。⁵而澳洲最高法院(the High Court of Australia)在 Johnson v. Johnson 一案中表示，法官的自我迴避應以一個虛構的合理第三人角度來判斷，該合理第三人不應是法律專業人士，但是仍應對相關的法律有所了解，該第三人不應過度懈怠，也不應過度敏感，並且了解法律的顧慮、法律對法官的限制以及法官專業上的壓力。⁶加拿大法院則認為，合理可分為兩個層次：判斷者本身合理以及判斷過程的合理。所謂判斷者本身合理係指判斷者必須了解到所有的司法決定都

³ United States Code, 28 USC § 455(a). (請見附件 6)

⁴ Code of Conduct for United States Judges, Canon 3(C)(1)(e). (請見附件 7)

⁵ R. Matthew Pearson, Duck Duck Recuse? Foreign Common Law Guidance & Improving Recusal of Supreme Court Justices, 62 Wash. & Lee L. Rev. 1799, 1819 (2005). (citing Porter v. Magill, [2002] 2 A.C. 357, 494 (H.L.)). (請見附件 8)

⁶ *Id.* at 1823. (citing Johnson v. Johnson, (2000) 201 C.L.R. 488, 508-09.)

有相當程度的主觀成分，主事者的生活經驗必然會影響決策。⁷所謂的合理有地域性的概念，他必須是一個社群的成員，並且了解這個社群的歷史與思想。⁸至於所謂判斷過程的合理則是指判斷者必須對爭議的事實有充分的了解。⁹南非憲法法院則是指摘：「關鍵在於一個合理、客觀、受告知的人是否認為法官在本案中無法公正行使職權。」¹⁰由以上外國法例之判斷可知，法官在個案中是否存有「偏見」之風險而應迴避，若自「公平法院」，也就是「程序正義」的實踐進行論述，此判準有兩項要素，第一，觀察的角度不應流於司法院本位，而應從「合理第三人」角度檢視之；第二，不以法官確實受到前審之成見影響為必要，只要風險存在即為足夠。故刑事訴訟法第 17 條第 8 款之「前審」也應該以相同標準進行詮釋，重點不在「審級說」或「拘束說」之異同，也不是法官本身是否有可能不受前審影響，更非法律人對於程序之強行割裂，法官應否迴避之判斷基準應該是一般人能否合理期待法院在系爭案件的法律或事實判斷上依然維持「公正之外觀」。

五、自「合理第三人」之角度檢視，已參與審判之法官，於案件發回更審後，再次參與審理，必然具有不可避免的「偏見」風險，應已不符合公正法院之外觀：

(一)「隧道視野」造成審判者的「偏見」

⁷ *Id.* at 1816-17. (citing Comm. for Justice & Liberty, [1978] 1 S.C.R. at 395 (de Grandpre, J., dissenting))

⁸ *Id.* at 1817. (citing R.D.S., [1997] 3 S.C.R. at 507-08 (L'Heureux-Dube & McLachlin, JJ., concurring))

⁹ *Id.* at 1817. (citing Comm. for Justice & Liberty, [1978] 1 S.C.R. at 394 (de Grandpre, J., dissenting))

¹⁰ *Id.* at 1826. (citing SARFU, 1999 (7) B.C.I.R. 725 (CC), 1999 SACL.R LEXIS 18, at 78-79.)

1. 關於前審法官再次參與審判所可能造成之偏見風險，近年來美國冤獄成因的相關研究指出，造成冤獄的其中一個重要要素在於法律專業者的「隧道視野」(tunnel vision)。所謂的隧道視野現象指的是，一旦作出事實認定後，人們會傾向忽略所有嗣後出現、與自己已為之事實認定相矛盾之證據，以維持自己所作成決定之一致性，這種心理情狀雖然是潛意識且無惡意的，卻往往造成誤判的發生。¹¹
2. 隧道視野就是心理學上之「確認偏誤」(confirmation bias)這種認知錯誤的行為表現。確認偏誤會使得人們在求證的過程中，過度看重符合自己假設的證據，而忽略其他資訊。例如，在一個經典實驗中，研究人員在受試者面前擺上四張卡片，這四張卡片上面分別寫著 A、B、2、3。實驗人員告訴受試者一項假設：卡片正面若是英文字母的「母音」，其背面必然搭配數字的「偶數」。接著，實驗人員詢問受試者，若要驗證這樣的假設，他會先翻開哪一張卡片？實驗結果發現，大多數受試者都選擇翻開上面寫著 A 或 2 的卡片。然而，翻開上面寫著 B 或 3 的卡片才是最正確的作法，因為若 B 的背面是偶數或是 3 的背面是母音，則該假設就會立刻被推翻。大多數的受試者選擇 A 或 2 的卡

¹¹ See Keith A. Findley & Michael S. Scott, *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases*, 2006 WIS. L. REV. 291, 292 (2006). (請見附件 9)；吳俊龍，刑事司法實踐者共同的顯景與挑戰—論錯誤定罪之救濟與預防，司法週刊，第 1582 期，頁 2 (2012)。 (請見附件 10)

片，應證了大多數的人都是傾向選擇尋求假設的「正面」證據，而忽略「反面」證據的重量。¹²

3. 確認偏誤除了對於資訊的接收可能造成影響以外，也有可能對於人們的記憶產生影響。在一個實驗中，實驗人員對受試者說了一則故事，故事的主角在過程中同時反映出各種不同的內向與外向人格特質。受試者聽完故事兩天後，實驗人員將受試者召回，實驗人員對半數的受試者要求他們評估故事的主角是否適合一份需要外向性格的工作；另外一半的受試者則是被要求評估該主角是否適合一份需要內向性格的工作。實驗結果顯示，當受試者被要求評估故事主角是否適合外向工作時，受試者回想起故事中較多的顯示外向個性例子；反之，當受試者被要求評估故事主角是否適合內向工作時，受試者回想起故事中較多的顯示內向個性例子。¹³這項實驗代表人們在擷取儲存在腦中的記憶時，同樣會受到確認偏誤的影響，而「選擇性地」擷取確認性記憶。
4. 確認偏誤不只會影響資訊的接收、擷取，還可能影響到資訊價值的輕重。許多心理學研究顯示，人們在已有既定印象的情況下，無法合理判斷證據的價值。也就是說，我們會傾向過度看重與自身成見相

¹² *Id.* at 310.

¹³ *Id.* at 311.

符的資訊，而過度貶低與自身成見相矛盾的資訊。

14

5. 需要強調的是，受隧道視野影響之原因不在於審判者為「壞人」，而乃是因為其與吾等同樣均是「人」，因而有其侷限性與無期待可能性，受過專業訓練之法官亦不例外，此乃人在進行決策時所不可避免的問題。為實踐憲法對於人民訴訟權之保障，法律程序之制定應儘量降低司法決策過程中所可能產生之類似風險，而刑事訴訟法中的迴避規定正可作為降低產生隧道視野風險的有效方法。

(二) 曾參與前審之法官再次參與審判，已不符合人民對於公平法院之期待

美國聯邦第三巡迴上訴法院在 *Clemmons v. Wolfe* 中即曾明確表態，主張曾參與前審的法官應在特別救濟程序中迴避。在該案中，被告針對確定判決向聯邦地方法院提起救濟(habeas corpus)，而該聯邦法院的法官曾於任職州法院時就同一案件為裁判，第三巡迴上訴法院認為，此時該法官應該自行迴避。美國聯邦巡迴上訴法院在該案中認為，「在法官可能已受到污染的情況下，若法官不為迴避，將會造成公眾對於司法之信心無法彌補的傷害。」¹⁵。該判決並強調，儘管該名曾參與前審裁判的法官是位有良知而勤奮的審判者，在程序的進行中也未懷有任何的惡意，惟法官在該救濟

¹⁴ *Id.* at 313.

¹⁵ *Clemmons v. Wolfe*, 377 F.3d 322, 325 (請見附件 11)

程序是否確實顯露出偏頗並非迴避的要件，因為「正義只有經由正義的外觀才能彰顯」¹⁶，「該名法官未自行迴避的不作為已使得司法程序的進行有了『不適當的外觀』而使得公眾對於司法程序的信心有被侵蝕之虞」。¹⁷

美國北卡羅萊納州於西元 2007 年通過之「北卡無罪調查委員會程序法(The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures)」中更明訂，決定是否開啟再審程序之委員對於系爭案件若曾有任何的涉入¹⁸，即必須自行迴避；開啟再審程序後，負責審理之三名法官中亦不可包含曾經實質涉入系爭案件的審判者¹⁹。顯見，為保障人民訴訟權，曾參與審理之法官自應避免再參與該案件審理，以確保「公平法院」之外觀。

(三)本案參與上訴審之葉居正法官於更三審再次參與審判，再次判決聲請人死刑，並經最高法院實質援用之最高法院 29 年上字第 3276 號判例，維持原判決，已違憲法第 7 條平等權，以及憲法第 16 條與政治權利國際公約第 14 條第 1 項對於人民訴訟基本權之保障。

六、公政公約第 14 條所揭禁之公平審判權及聯合國人權事務委員會之一般性意見具有國際法及國內法之拘束力，而「公平法院」正是落實公平審判權的充分必要條件：

¹⁶ Clemmons, 377 F.3d at 328.

¹⁷ Clemmons, 377 F.3d at 328.

¹⁸ The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures, art. 6(C).(請見附件 12)

¹⁹ The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures, art. 7(A).

- (一) 立法院於 98 年 3 月 31 日制定「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」（以下簡稱兩公約施行法），並於同年 12 月 10 日施行。兩公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法之效力。」第 3 條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」第 4 條規定：「各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。」其中所稱「各級政府機關」應該包括法院。是以，公政公約揭禁之公平審判權及聯合國人權事務委員會對此之一般性意見，均具有國際法及國內法的拘束力。
- (二) 公政公約第 14 條第 1 項規定：「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。」規範被告應受無偏頗之法院審理，係為「公平法院」之規範依據，再根據聯合國人權事務委員會第 32 號一般性意見（附件 13）第 19 點指出：「第 14 條第 1 項關於獨立無私之法定管轄法庭的規定是一項絕對的權利，不得有任何例外。」第 21 點再指出：「無私的規定涉及兩方面。第一，法官作判決不得受其個人傾向或偏見之影響，不可對其審判的案件存有成見，也不得為當事一方的利益而損及另一當事方。第二，法院由合情理的人來看也必須是無私的。」

例如：根據國內法規，本應被取消的法官若參加審理，而使審判深受影響，通常不能被視為無私的審判。」²⁰

(三) 1985年11月29日聯合國大會決議之《關於司法機關獨立的基本準則》²¹，其中第2點明文：司法機關應不偏不倚，以事實為根據並依法律規定來裁決其所受理的案件，而不應有任何約束，也不應為任何直接間接不當影響、慫恿、壓力、威脅、或干涉所左右，不論其來自何方或出於何種理由。2006年7月27日聯合國經濟及社會理事會第41次全體會議通過《加強司法行為基本原則》²²，鼓勵締約國採納《班加羅司法行為原則》（The Bangalore Principles of Judicial Conduct），來制定司法機關成員職業和道德行為的規則，以之對前述《關於司法機關獨立的基本準則》予以進一步發展及補充。根據《班加羅司法行為原則》準則2《公正無私》一項，即舉其原則為「在正當執行司法職務時，公正無私極之重要，該項準則不僅適用於判決本身，亦適用於達致有關判決之司法程序。」於此項原則下，對法官作出以下要求：

2.1 法官執行司法職務時，不得偏私，亦不可存有偏見或成見。

²⁰ 所謂「無私（impartial）」，即「無偏頗」。

²¹ 1985年8月26日至9月6日在米蘭舉行的第7屆聯合國預防犯罪和罪犯待遇大會，通過此一基本準則，經同年11月29日聯合國大會第40/32號決議及同年12月13日第40/146號決議核可。（附件14）

²² 決議原文參照聯合國網站：http://www.unodc.org/pdf/corruption/corruption_judicial_res_c.pdf。（附件15）。

- 2.2 法官應確保其法庭內外的行為能維持及增進公眾、法律專業及訴訟人對法官及司法機關公正無私的信心。
- 2.3 在合理範圍內，法官之行為應盡量避免讓法官得退出案件聆訊或判案的情況發生。
- 2.4 在法官負責審理或將會負責審理之法律程序中，如他明知評語在他合理預期中將會影響判決結果或損害法律程序的公正性，法官不得作出有關評語。在公開或其他場合，法官亦不得作出對任何人的公平審訊或論據造成影響之評語。
- 2.5 倘若法官不能作出公正無私的判決，或根據合理的旁觀者的看法，法官將不能作出公正無私的判決時，該法官需自行退出審理有關法律程序。有關法律程序包括（但不限於）以下情況：
- (a) 法官對程序的任何一方有具體偏見或成見，或法官本人知悉與程序有關之受爭議證據事實；
 - (b) 法官曾任爭論事項的律師或關鍵證人；或
 - (c) 法官或法官家人對爭論事項的結果具有經濟利益；

惟若沒有其他審判庭可以接辦案件，或由於情況緊急，如不接辦案件將會發生嚴重司法不公情況，法官將毋須退出審理案件。

- (四) 參照公政公約第 14 條所揭禁之公平審判權及聯合國人權事務委員會之一般性意見，由無偏頗之公平法院進行審理應係公政公約第 14 條第 1 項之核心規範，如再參照上述《班加羅司法行為原則》2.5 之內容可知，曾參與前審

並為判決之法官，已有先前之定見，而與一般未曾參與案件而可維持客觀中立無偏頗進行審理之法官有間，依據合理旁觀者之角度，已難期待該法官無所偏頗地進行審判，為保司法公信，本應自行迴避。由上開規範、意見內容可見，系爭判例容認已參與前審之法官於更審程序再為審理，已不符合公政公約與聯合國人權事務委員會對於公平法院之要求，而侵害人民受公政公約公平審判權之保障。

伍、結論

葉居正法官擔任本案上訴審及更三審確定判決之審判長，其於上訴審已形成之心證，懷有先入為主之印象，如何能再期待其等推翻自我認定，重為審查？被告於更三審在庭上見到之法官，竟是曾經判其死刑者，適逢最高法院發回之滿懷期待，頓時墜落谷底轉成絕望，如何敢奢望審判之公平？系爭違憲判例自民國 29 年作成迄今，時代變遷，法官員額增加，並無員額不足而需由同一組法官審理之必要性，墨守此一判例已失其正當性，反而增生人民對司法權之不信任，實需快刀斬亂麻，由 鈞院宣告系爭最高法院 29 年上字第 3276 號判例違憲，並就 鈞院釋字第 178 號解釋予以補充解釋，以痛除迴避制度多年之沉痾。

陸、爰提呈釋憲聲請書如上，謹請 鈞院鑒核。

柒、本件聲請與大法官之待審案件中「鄭性澤認釋字第 178 號、最高法院 29 年上字第 3276 號判例，有違憲疑義，聲請解釋暨補充解釋案。」所涉違憲爭議相同，惠請併案處理。

此 致

司法院 公鑒

關係文件之名稱及件數：

委任狀 1 件。

附件 1：台南高分院 95 年度上重更(三)字第 559 號判決影本一件。

附件 2：最高法院 96 年度台上字第 4154 號判決。

附件 3：釋字第 178 號解釋文及理由書影本一件。

附件 4：最高法院 29 年上字第 3276 號判例影本一件。

附件 5：台南高分院 93 年度上重訴字第 633 號判決影本一件。

附件 6：United States Code, 28 USC § 455(a).

附件 7：Code of Conduct for United States Judges.

附件 8：R. Matthew Pearson, Duck Duck Recuse? Foreign Common Law Guidance & Improving Recusal of Supreme Court Justices, 62 Wash. & Lee L. Rev. 1799 (2005).

附件 9：Keith A. Findley & Michael S. Scott, The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases, 2006 WIS. L. REV. 291 (2006).

附件 10：吳俊龍，刑事司法實踐者共同的願景與挑戰-論錯誤定罪之救濟與預防，司法週刊，第 1582 期 (2012)。

附件 11：Clemmons v. Wolfe, 377 F.3d 322.

附件 12：The North Carolina Innocence Inquiry Rules and Procedures.

附件 13：聯合國人權事務委員會第 32 號意見書，影本一件。

附件 14：1985 年聯合國大會決議《關於司法機關獨立的基本準則》，影本一件。

附件 15：2006 年 7 月 27 日聯合國經濟及社會理事會第 41 次全體會議決議及《班加羅司法行為原則》影本一件。

中 華 民 國 1 0 6 年 8 月 1 1 日

聲請人：施智元



代理人：涂欣成律師

