

評議法定法官原則的探源與重罪羈押合憲性的爭議

陳 新 民*

讓國民對國家司法產生信心，並提供產生此信心的「理由」，乃是大法官的任務。

美國前大法官珊德拉·戴·歐康納

咬定青山不放鬆，立根原在破岩中；千磨萬擊還堅勁，任爾東西南北風。

鄭板橋《竹石》詩

一、前言

司法院大法官在今年 10 月 16 日作出釋字第 665 號解釋，就臺北地方法院刑事庭分案要點，關於「後案併前案」的規定，以及刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款有關重罪羈押的制度，有無侵犯憲法第 7 條、第 8 條、第 16 條、第 23 條、第 80 條及第 81 條之疑義，作出「合憲解釋」。這件被媒體廣泛宣稱為乃是近年來最受朝野黨派與社會民眾關涉的釋憲案，其實其焦點並不在於法律的爭議，而是在於牽涉的聲請釋憲人乃是陳前總統水扁先生。以致於釋憲案公佈兩天後，媒體與社會關注的熱度即迅速冷卻下來。然而，此釋憲案雖然具有高度政治性，但牽涉的憲政法理亦有高度的重要性，不應隨媒體的熱度減低而忘卻¹。

* 陳新民，德國慕尼黑大學法學博士，司法院大法官。

¹ 例如針對眾所矚目的釋字第 419 號解釋，董翔飛大法官便曾撰寫一篇學術論文，深入探討此一外國民主國家憲法少見的案例，無疑的已經對我國公法學研究提供一個絕佳的素材及參考依據。可參見：董翔飛，〈副總統兼任行政院長之評議—從司法院釋字第 419 號解釋談起〉，收錄於劉孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實務，第一輯，中央研究院中山人文社會科學研究所，民國 87 年，第 33 頁以下。本人最欽佩的一位英國法官丹寧爵士（Alfred Thompson Denning, 1899-1999），在 1944 年擔任英國高等法院法官後，便勤於著作，他主要的著作，例如：《法律下的自由》（Freedom under the Law, 1949）、《變化中的法律》（The Changing Law, 1953）、《通往公正之路》（The Road to Justice, 1955）、《法律的訓誡》（The Discipline of Law, 1979）、《法律的正當程序》（The Due Process of Law, 1980）、《法律的未來》（What Next in the Law, 1982）、《最後的篇章》（The Closing Chapter, 1983）、《法律的界碑》（Landmarks in the Law, 1984），多半在他在擔任民事上訴法院院長（1962）以後所撰寫，且都以其參與判決的案件為論述內容。丹寧爵士的著作被認為是上個世紀英國最豐富的



作者全程參與本號解釋的研議，體會出大法官同仁為本號解釋之殫精竭慮。然對此解釋文也有一己之見，遂檢陳作者在研議過程所抒發的見解，選擇而撰出此文，以提供學術界探討此議題之素材。

二、受侵害訴訟法益的分析—法定法官原則的適用

(一)法定法官原則的內涵—古典與狹義之概念

釋憲聲請書與本號解釋理由都提及「法定法官原則」，乃源於德國基本法第 101 條第 1 項之「法定法官原則」。本號解釋理由書提到此原則為：

世界主要法治國家中，德意志聯邦共和國基本法第 101 條第 1 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 21 條之 5 第 1 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。我國憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判，亦有相同之意旨，已如前述。

本號解釋將法定法官原則雖提及非常法院不得設置，以及法院案件分配應以事先抽象的規則定之，但本原則的重心似乎著重於後者。同時也明示我國憲法「基於訴訟權保障及法官依法獨立審判」，亦有相同之意旨，而有適用法定法官原則存在之餘地。

這種論證方式來肯定我國憲法亦有法定法官原則之存在，且由人民訴訟權保障及法官獨立制度所導引出，自然是正確的見解。但論理方式不無被動之態，似乎有「外爍之力」的斧鑿痕跡。也因此會引起「我國憲法有無必要非承認此法定法官原則」，且「若釋憲者不明示承認此原則，是否會對於人民之訴訟權等權益有所損害」之疑慮？易言之此原則是否有何精義大論而為我國憲法所不知？或所未規定？值得對此原則進一步的探究。

按德國基本法第 101 條第 1 項乃規定「法定法官原則」。而此項規定又分為兩個子原則，分別是第二句的「非常法院不得設置」；以及第二句的「任何人其受法律所定法官審判之權利，不得剝奪」²。而第二句的子原則可稱為是狹義的「法定法官原則」。所以，聲請書與本號解釋理由書所稱的法定法官原則，乃指「德式理論」中的狹義概念，而不包括廣義概念的

司法史料，沒有任何人會指責其墨守、也誤認「司法不語」的戒律，且獲得了舉世的讚譽。這幾冊丹寧的著作給予本人極多的啟發。

² 德國基本法第 101 條第 1 項第 2 句使用的「法定法官」（Gesetzliche Richter）的用語十分模糊，如按字面翻譯，該條文為「任何人受法定法官之權，不得剝奪」，然而這個翻譯必須加上法定法官「審理」之權，方得完整呈現其意義。

³ 國內學界對法定法官原則已多有討論。然其重心多半集中在狹義、特別是焦注於法院分案規則的制度之上。可參見林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，2003 年 3 月，第 99 頁以下；姜世明，〈長期被忽略之法治國支柱：論法定法官原則之概念釐清及實務前瞻〉，《臺灣法學雜誌》，第 125 期，2009 年 4 月。

「非常法院禁止原則」³。

就以狹義之法定法官原則，德國基本法第 101 條第 1 項第 1 句的法定法官原則便等於人民得受到法官審判的權利，而不容許法院以外的國家機關，例如行政機關的裁決，而接受法律的制裁。然而，這一個原則是否包含了如本號解釋及釋憲聲請目的所針對的一法院分案必須要形成法定法官原則的內容之一，從而要有「法律保留」原則及「授權明確性」原則之適用？吾人要瞭解此問題，可以兵分兩途來解釋，先就本條款的發展淵源來探究，其是，再就德國基本法的現況規定再予以分析：

德國基本法第 101 條第 1 項的規定其實源遠流長。早在 1789 年法國人權宣言第 7 條「人民應依法律之規定與程序，方得予以控告、逮捕、拘禁或處罰」，第 8 條罪刑法定主義的規定，以及 1791 年法國憲法（雅克賓憲法）第 3 章第 5 節（司法權）第 4 條規定：「除了法律規定之特別法庭，專屬授權與上級法院之提審外，任何人法定法官權利不得被剝奪」。法國憲法此條規定，乃置於「公權力組織」（第 3 章）中的「司法權」（第 5 節），顯然尚未承認此法定法官原則，乃保障人民之訴訟權利，而是國家司法組織的一個原則而已。

受到法國大革命的衝擊，終於在 60 年後的德國，受到了具體的影響。1850 年 1 月 31 日公佈之「普魯士邦憲法典」（*Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat*）第 7 條已規定。其條文的兩句規定和現行的基本法第 101 條第 1 項的內容大致相同，只是前後顛倒次序（任何人民受法定法官裁判之權利，不得剝奪；非常法院及特別裁判委員會不得設立）。而第 8 條規定：「刑罰只能依據法律來宣告處罰之」。依德國當時著名的安序茲教授（G. Anschütz）在其權威著作「普魯士邦憲法典」，對第 7 條的詮釋，原來法典條文當初在一讀時，是將第 7 條、第 8 條內容合併在一起，目的在確定人民有受到國家普通法院審判制度之權利，以及確定罪刑法定主義，在二讀會時，才拆成兩條。而第 7 條的規定則是確定人民擁有「法律救濟的請求權」，同時由法院組織法或其他程序的法規，都不能夠侵害到人民這種權利，這也是第 7 條列入在本憲法第 2 章「普魯士人民權利」的章節用意所在。所以依安序茲之意，凡是法院組織與程序的所有「法規範整體」（*ein Inbegriff von Rechtssätzen*）都要保障人民此權利來防止對其「主觀權利的不法侵犯」（*Subjektives Unrecht*）⁴。因此，法定法官原則並不只寄望靠形式意義的帝國及邦法律來落實，且及於其他位階的法規範。

由於此原則規範在人民基本權利部分，1871 年 4 月公佈的德意志帝國憲法，因乃邦聯性質的憲法，只規範帝國與鄰國關係，沒有規範人民基本權利，故未規定此原則。依此憲法第 8 條第 1 項第 6 款之規定：「司法制度為聯邦立法」，因此，德國在 1789 年制定法院組織法（GVG）。這部法典是德國三大訴訟法典之一（另外兩部為刑事訴訟法及民事訴訟法），將當時德國各邦國紛雜不一的法院組織、民、刑事訴訟程序，用極為先進的方式，加以統一規

1 日，第 9 頁以下；林超駿，〈試論設計法院分案制度之考慮因素——也評我國一般所謂之法定法官原則〉，《臺灣法學雜誌》，第 136 期，2009 年 9 月 15 日，第 61 頁以下。

⁴ Gerhard Anschütz, *Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850*, 1 Band, Neudruck 1912, Nachdruck 1974, S. 148.

⁵ Kissel/Mayer, *Vorwort zur 4. Aufl., Dazu Gerichtsverfassungsgesetz*, 5. Aufl., 2008, VI.



範，此三大法典大體上延續至今。法定法官原則也是特別受到重視的一款規定⁶，德國法院組織法第 16 條第 1 句及第 2 句，便將此原則納入，形成「法律制度」，至今剛好 130 年之久。

等到 1919 年 8 月公佈的威瑪憲法，恢復規範人民基本權利後，本原則又一字不漏的出現在第 105 條。依安序茲教授膾炙人口的「威瑪憲法教科書」，也再度重申其對 1850 年普魯士憲法典所闡述的見解。安序茲進一步指明：當時許多學說都認為非常法院不得設立之規定，與（狹義的）人民受法官審理之權利，兩者其實意義一貫，乃重複規定。但安序茲認為後者有補強作用，立法者固然不得制定人民接受非常法院審判之法律，但其他關於普通法院的法律或其他法規，如有限制法官審理之規定，亦為違憲。安序茲且明白提出：「關於規範法院管轄的秩序，『不論基於是任何位階的規範』（ohne Unterschied des Ranges der Normen），都具有憲法條文的效力」，來貫徹此一權利⁷。所以安序茲強調所有法規範都必須滿足威瑪憲法此條之規定，也因此，沒有提及法律保留或法律授權明確性的適用。

威瑪憲法強調利用法院來落實法定法官原則，更明顯的是威瑪憲法第 105 條條文，除第一、二句外，尚有兩句規定：第三句為「關於軍事法院及戰地法院的法律規定，不受影響」；第四句為「軍隊榮譽法庭之制度廢止之」。由威瑪憲法第 105 條條文結構分析，特別是第三句及第四句，都可以看出本條文所強調的是「法院」的制度，也就是人民應當由法律所創設的普通法院來接受審判的權利⁷。所以，法定法官原則，無異等於是「法院」作為保障人權的機構。

威瑪憲法第 105 條第一、二句的規定（只在用語上稍有更易），幾乎完全為現行基本法 101 條第 1 項所承繼下來，不僅基本法 101 條第 1 項有此規定，法院組織法第 16 條亦有同樣的條文，因此被認為是德國司法傳統的一環。其內容之詮釋，儘管日後透過聯邦憲法法院多所敘述，學界的討論亦甚為熱烈，但對於應當不適用法律保留或法律授權明確性的見解，與傳統理論並沒有太大的差別。

法定法官的原則，在 160 年前，已成為德國憲法重要制度，受到德國法制影響的日本，也照單全收。例如日本舊明治憲法（1889 年公佈）第 24 條便已規定：「日本臣民受法定法官裁判之權利，不容剝奪。」明治憲法這條規定，以日本當時的憲法學通說便認為這是人民擁有請求國家「給予裁判」的「國務要求權」，易言之，這是屬於人民要求國家應當給予民事及刑事裁判請求權⁸，與安序茲教授所代表之見解無異。這也是我國憲法學較早期見解，認為這種請求法院救濟之訴訟權為「司法上的受益權」⁹。

而現行日本憲法亦有相同的規定，日本憲法第 32 條規定：「任何人接受法院裁判之權利

⁶ Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933., SS.489-490.

⁷ 威瑪憲法這種強調一般人民應當由法律所創設的普通法院來接受審判的權利，以有別於軍人之身分，可以接受軍事法院審判之義務。威瑪憲法這種設計，也符合日本明治憲法第 32 條承認軍事審判制度，以及我國憲法第 9 條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」的意旨相符。

⁸ 法律研究會編，《帝國憲法解說》，昭和 15 年 11 版，第 136 頁。

⁹ 劉慶瑞，《中華民國憲法要義》，民國 72 年，修訂 12 版，第 86 頁；較新學術見解：如法治斌、董保城著，《憲法新論》，民國 95 年 2 版，第 259 頁。

不得剝奪」；而第 76 條第 2 項規定：「特別法院不得設置之，行政機關不得以終審的地位進行裁判」。乍看之下和德國基本法第 101 條頗為類似，但日本憲法及學界，將前者規定為基本人權（訴訟權），而將後者，視為司法制度，這和德國一開始就將法定法官原則整體視為基本人權（訴訟權）不同，所以「日本模式」的法定法官原則沒有廣義，而只有狹義一種¹⁰。我國大法官釋字第 665 號解釋（包括釋憲聲請），也沒有體會到這種概念的區分，才會將法定法官原則，也牽涉到司法獨立問題。

（二）無庸外燦—憲法第 8 條及第 23 條所導出的人身自由、正當法律程序及比例原則即可導引出此效果

不僅德、日憲法保障人民擁有向法院請求司法救濟之權，受到此兩國法制影響甚大的我國，也很早引入此概念。就以民國元年 1 月 11 日公佈的「中華民國臨時約法」第 6 條第 1 項：「人民之身體，非依法律不得逮捕拘禁審問處罰」；第 9 條規定：「人民有訴訟與法院受其審判之權利」等。同樣的規定也見諸於「中華民國約法」（民國 3 年 5 月）第 5 條第 1 項及第 7 條、中華民國十二年憲法第 6 條；五五憲草第 9 條及第 18 條。但此原則既然強調只有法院可以決定人民應否擔負刑責，以及法院必須踐履一定法律程序，以及所謂的正當法律程序（due process of law），方得課予刑責。最詳盡的規定莫如我國憲法第 8 條明白的加以規範，且自釋字第 271 號解釋已經開始將此原則納入（另見釋字第 392 號、第 523 號解釋）。而法院作為保障人身自由之機構，也已是憲法第 8 條所強調的重心所在（釋字第 392 號解釋）。因此，我國憲法第 8 條以如此詳盡的規定，以使用 210 個字的龐大篇幅，來保障人民的人身自由，環顧全世界各國憲法，沒有可之匹敵者¹¹。而憲法第 8 條保障人民得訴請法院保障之請求權，以及正當法律程序可延伸到加強人民訴訟權的保障（釋字第 582 號、第 636 號及第 654 號解釋）。現在公法學界幾乎都認為憲法所保障的各個基本人權，不僅只是實體上保障，也包括程序上的保障，正當法律程序都列入到這些人權保障的範圍之內¹²。而大法官釋憲也經常將正當法律程序列入作為審查的標之一¹³。

¹⁰ 也因為日本現行憲法第 32 條沒有使用法定法官的用語，與明治憲法第 24 條不同，也因此產生了爭議。究竟人民只要受到一個法院審判，抑或一定要受到法律所定之管轄法院之審判？是為法律上之權利或憲法上之權利？日本最高法院在 1947 年（昭和 24 年 3 月 23 日大法庭判決刑集 3 卷 3 號 352 頁）曾作出「法律權利說」之判決。但學界的主流則反是，認為現行憲法第 32 條乃承繼明治憲法第 24 條而來。同時，對於禁止設置特別法院，學界也多認為乃沿革上與法定法官原則之保障有表裡一體的關係。但現行日本憲法此兩條規定並未置於一個條文或前後條文之中，乃會產生這種制度屬性上差異，也是不爭之事實，可參見：陳運財，〈恣意裁判之禁止與法定法官原則〉，刊載於《法官協會雜誌》，第 11 卷，民國 98 年 11 月，註 8 以下之本文，第 52 頁。

¹¹ 見陳新民，《憲法學釋論》，民國 97 年修正 6 版，第 216 頁以下。

¹² 參見法治斌、董保城，《憲法新論》，2005 年 1 月，2 版，第 264 頁；李惠宗，《憲法要義》，2008 年版，第 293 頁；陳慈陽，《憲法學》，2001 年 1 月，第 592 頁。

¹³ 依許玉秀大法官的統計，截至本號解釋作出之日止，大法官解釋涉及法律正當程序者，計有 31 號解釋之多，參見氏著：〈論正當法律程序原則（二）〉，《軍法專刊》，第 55 卷第 4 期，2009 年 8 月，頁 1 至 10 之附表。



再輔以憲法第 23 條比例原則，都可形成一個慎密保障之法網。因此，無庸外燦德國模式之法定法官原則。

(三) 小結：

由上所述德國早在 1850 年普魯士憲法典中，已經建立法定法官原則，自 1879 年開始法院組織法也將此原則納入，成為法律制度迄今，可見得此原則在德國已經有 160 年的歷史。日本引入此原則自其憲政體系，也整整 120 年之久。我國自民國初年公佈各版本憲法以來，莫不引入此理念。可知此法定法官原則並非全新誕生之新穎憲政概念。

而德國在長達 160 年的實踐過程，視之為「古典人權」的法定法官原則強調法院作為保障人民之場所，且由法官審理訴訟之「獨攬權」。德國基本法第 92 條第 1 項規定認為司法權由各法院來執行之，也和此原則產生密不可分之關係。德國學界因此稱之為「法官保留」(Richtervorbehalt)，此概念不是針對法官個人，而係針對制度上而言，而以法院作為實施司法權的機構¹⁴。

並且沒有將法律保留及法律明確授權原則自始與法定法官原則綁在一起，最多只強調在法院的管轄規定及訴訟程序必須以法律定之，則是不爭的事實。蓋嚴格實施法律保留與授權明確性原則，是在基本法公佈後(1949 年)為貫徹實施「實質意義法治國」之理念，才興起來之潮流。也是為防止納粹政權當政時屢屢以「空白授權」侵犯人權所採行之對策。且這種嚴格的法律保留與授權原則，且是其他民主國家所少見，與法定法官原則一點都沒有關連！且距離法定法官原則初次入憲，已在一百年之久。由此歷史上的觀察，即可知用法律保留與授權明確性原則，來論究法定法官原則，已是典型的「後燦」之探究方式矣。

三、法官自治

(一) 司法獨立與法官自治

如前所述，法定法官原則目的既然在確定與確保法院作為保障人民權益，實踐訴訟權的機構，因此關於法院的組織與程序，亦即管轄的規定，必須由法律來明訂之。這是以法院作為抗衡其他公權力，特別是行政權力之機構。至於在法院之內，則由法院的「自治」(Gerichtliche Selbstverwaltung)來作為職務運作與分配之依據¹⁵。

但是法院利用法定法官原則獲得足以抗拒外在干涉的理論基礎，如何讓法院內的運作，俾能踐履憲法所賦予司法之職責，以保障人民訴訟權，則有賴另一制度—即司法自治，以形

¹⁴ Alfred Katz, Staatsrecht, 17. Aufl., 2007, Rdnr. 514.

¹⁵ 德國學者 Maurer 指出，一旦建立「法定法官原則」之憲法上要求，可能會產生三種不同層次之要求或效果：一、有管轄權法院，在組織上必須一致或一體，並須經由法律或法律授權之法規命令規定之。二、各個法院之審判庭之管轄與組成。三、各法官在審判庭上如何任命與協力。關於第一層次，須有形式上法律依據，至少須有法律授權之法規命令為根據，至於二、三部分，即法院內部管轄權及事務分配上，基於組織上、結構上之理由，不須由立法者規定，可由法院自己規定，但必須如同立法者一樣，透過法規訂定的程序來建立。Vgl. Hartmut Maurer, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgerichts, 2001, S. 495. 引自陳春生大法官本號解釋協同意見書。

成規範的方式，來予「補強」法定法官原則及由法律規範所餘留的空間。

就此而言，本號解釋可惜並未提出法官自治的概念，作為各法院自行決定分案要點的有力依據。其理由恐怕是憚於又引發一個概念的爭議，而節外生枝，在此有必要將其關連性作一敘述。

按每個法院為了順利進行司法業務，同時為了確保司法獨立，避免來自「院內」的行政干擾，必須實施這種法官自治（或稱法院自治），將法院行政事務之重大決策，操在法官之手。因此，是一種類似大學自治的理念。藉著大學內所有成員，主要是教員的自我決定，來決定校務，以保障學術自由。法院的自治也是為了避免司法行政來干預法官的獨立審判¹⁶。但是要建立法官自治的制度，如同法治國家的其他自治一樣，都可以由憲法與法律賦予一定的自治內容或界限。例如大學自治的概念，並未由我國憲法所明訂，但歷經大法官的多次解釋（釋字第 380 號、第 450 號及第 563 號解釋），援引憲法第 11 條保障「講學自由」的意旨，而創設出這種「自治權」。而國家依據憲法第 162 條，既然可對於大學為監督（制定大學法），但仍必須符合大學自治之原則，避免大學遭到不當之干預。因此，如果大學法強制規定大學應設置一定的單位（例如軍訓室）或授權命令行政機關干預大學教學內容與課程訂定，即會侵犯大學「內部組織自主權」及「妨礙教學與研究之自由」（釋字第 563 號解釋）。

所以，大學自治雖未為憲法所明定，但立法者仍必須維繫其自治之精神。同樣的，司法自治亦未為憲法所明定，但憲法既然也已經明白規定法官獨立審判之意旨（憲法第 80 條），立法者以及最高司法行政機關亦不得侵犯之。表現在後者，即為「司法自制」，最高司法機關必須給予各下級法院充分的自治空間。

我國目前憲法與釋憲實務上，雖尚未出現承認法官自治的案例，但細觀司法院釋字第 530 號解釋，已經提到「本於審判獨立，司法機關應有其自主性」。所以既然已許可最高司法機關的司法院，得以制定行政規則，那麼其他司法機關（各級法院）亦可以擁有自訂「內規」的司法自主性。釋字第 530 號解釋的相關敘述如下：

…審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；又基於保障人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關自有司法行政監督之權限。司法自主性與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標，因是最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則。最高司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之細節性、技術性事項為規定；本於司法行政監督權而發布之命令，除司法行政事務外，提供相關法令、有權解釋之資料或司法實務上之見解，作為所屬司法機關人員執行職務之依據，亦屬法之所許。惟各該命令之內容不得牴觸法律，非有法律具體明確之授權亦不得對人民自由權利增加法律所無之限制；若有涉及審判上之法律見解者，法官於審判案件時，並不受其拘束，業經本院釋字第 216 號解釋在案。司法院本於司法行政監督權之行使所發布

¹⁶ 見陳新民，《憲法學釋論》，第 691 頁以下。



之各注意事項及實施要點等，亦不得有違審判獨立之原則。…

而上述解釋文的最後一段「司法院本於司法行政監督權之行使所發布之各注意事項及實施要點等，亦不得有違審判獨立之原則」，也指出司法院制定各種規範的界限，乃在於不得侵犯「審判獨立」之原則。司法院遵守這種界限，除依自我節制的「自制」，儘量授權給各級法院行使自我監督權外，最明確的仍須依靠相關法律的「外控」機制，來形成各個法院自治權的權限及其界限。

就以後者而言，在法律的依據方面，法院組織法可以規定每個法院「自治」的外部界限。例如依我國法院組織法第79條第1項之規定，各級法院及其分院，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（另依民國97年12月4日修正之「地方法院及其分院處務規程」第4條亦有類似之規定）。而且關於前述分配及代理次序亦非絕對不可變更。同法第81條規定：「事務分配、代理次序及合議審判時法官之配置，經預定後，因案件或法官增減或他項事故，有變更之必要時，得由法院徵詢有關庭長、法官意見後定之。」本條文強調院長的徵詢權，而不以獲得被徵詢者（有關庭長或法官）之同意變更為必要。

德國法院組織法第21條之5亦有類似的規定，第1項由各主席團決定年度事務分配規則。第3項規定該規則制定後，如非因法官或合議庭負荷過重或過輕，或法官變動，或長期不能執行任務外，不得變更。如需變更，需給予受影響的合議庭庭長表示意見之機會。同樣在同一合議庭內部，也有年度事務分配的制度，其變更也和全院事務分配規則類似（第21條之7）。

故這是法律強化了院長或法院主席團彈性調節法院內部自治事件的權限，顯示法官並非依分案規則，即一成不變取得絕對之「承審不變權」。

在司法院頒佈的「內部法規」而言，目前我國司法院為落實法官自治，已經公佈了一個「法官會議實施要點」（民國90年10月8日）作為依據，各級法院及其分院與公務員懲戒委員會皆設置此法官會議，依本要點第3條第1項規定，法官會議議決下列事項：

- 一、法官年度司法事務之分配、代理次序及合議審判時法官之配置事項。
- 二、法官考績、考成之建議事項。
- 三、法官獎懲之建議事項。
- 四、對法官為行政監督處分之建議事項。
- 五、法院人事、預算及其他院務行政上之建議事項。

同時，依同條第3項之規定：「法官年度司法事務分配後，因案或法官增減或他項事故，有變更之必要時，得由院長、委員長徵詢有關庭長、法官之意見後定之。但遇有法官分發調動，而有大幅變更法官司法事務分配之必要時，宜以法官會議議決之。」因此，司法事務的分配，形成法官會議每年固定議決的事項。故法官會議除了不能夠選舉法院院長外，已經大幅度實施了法官自治。

（二）分案規則不適用法律保留或授權明確性原則

德國學術界也坦承：基於「實際可行性考量」（Praktikabilitätsgründen），法定法官原則無法透過法律條文的方式，來「窮盡」的規範之¹⁷。因此，必須依賴法院的內部規範來「補

充」之。而依據法院自治，由各個法院所舉行法官會議所制定的「該法院司法事務分配」，依德國理論，此「事務分配計畫」，也包括分案規則，乃本於法院法官間的共識所形成的規範，是拘束法官間的抽象規範，與各別人民的訴訟權益並無關連，也不侵犯人民之權利，且未增加法律所無之限制。釋字第 530 號解釋仍可適用於此。

德國聯邦憲法法院的一貫見解也無差異。德國聯邦憲法法院早在其成立一年後的 1953 年的 6 月 10 日，最早作出解釋的案例中，關於法院轄區變更是否應當適用法律保留的原則，聯邦憲法法院認為依據法定法官原則及司法獨立的原則，應持肯定說。而法定法官原則在 1879 年時，本為法律所確定之原則，經威瑪憲法及基本法將之提升為憲法原則後，聯邦憲法法院也認為「依邏輯要件」，此所謂法定法官的原則，乃是要透過「一些法規範的存在」（Bestand von Rechtssätzen）來事先確定每一種可能發生的案件後，屬於哪些法官的管轄權。這些規定，是透過法院組織法以及其他在事務與地區管轄權相關之程序規定，以及各級法院關於院內人員與業務的「事務分配」之程序規範來組成之。而其中行諸於法律的規定要透過所謂的「機關處分」（Organisationsakt）來補充及付諸實現（praktisch gemacht）¹⁸。由上述的聯邦憲法法院提及了法院的「事務分配計畫」，已屬於法定法官所包含的法規範範圍，顯然都不是只限於純粹形式意義的法律規範甚明。

至於聯邦憲法法院提到了法院內部的「事務分配」，認為是一種具有具體實踐法律規定的「機關處分」（Organisationsakt），乃分配給那個法官承審的「具體決定」。法院既然使用了「處分」（Akt）的用語，容易讓人聯想乃類似行政處分，是否即非法規？按法院的「事務分配計畫」（Geschäftsverteilungspläne），應當視為是屬於機關的「章程」（Satzung），相當於自治機關的自治章程，具有法規範的性質。但法院在此卻只提到「事務分配」，而非提到「事務分配計畫」，少了後面的「計畫」（Plane）。一字之差，可以解釋為憲法法院所提到的事務分配程序，乃「下至實際個案分配由何法官承審的決定」。依權威學者 Maunz 的見解，這種「處分」，乃是法院在依其事務分配計畫，而在個案所產生的「分配處分」，受到分配的法官即有承審該案件之義務。所以這個屬於內部規範，對涉及的法官，而不對於一般人民產生拘束力，即不具有「法規品質」（keine Normqualität）¹⁹。

然而，既然分配到個別法官的分案決定具有「處分」性質，不具有法規性質，訴訟當事人即無從質疑其合法性。我國法院組織法第 5 條第 1 項明文規定：「法官審判訴訟案件，其事務分配及代理次序，雖有未合本法所定者，審判仍屬有效」。易言之，事務分配之處分有無合乎此內部規範，僅是瑕疵性質，不影響法官已進行之審判²⁰。日本之情形，亦同此見解（詳下述）。但法院組織法第 5 條第 1 項這種太寬鬆的訓示規定，恐將扭曲法院自治及分案規則的公信力，故解釋上宜採限縮解釋：亦即如有法官未依分配及代理次序而為審判時，雖非當然

¹⁷ Epping, Grundrechte, 3 Aufl., 2007, Rdnr. 903.

¹⁸ BVerfGE, 2, 307/319.

¹⁹ T. Maune, Rdnr. 42. zum Art. 101, GG Kommentar, 2003.

²⁰ 德國著名學者 Maunz 也指明這種「無特定法官之權的原則」（kein Recht auf einen bestimmten Richter）aaO., Rdnr. 23.



無效。必須法官非基於故意或重大過失，或當事人未於審判期日前聲明異議為前提，方屬有效²¹！

此外，日後聯邦憲法法院在討論法定法官原則，以及法律保留原則適用的關連性作出的闡釋，最主要是在「法庭法官超額編制」（überbesetzte Spruchkörper）的問題。鑑於有時基於特殊專業與複雜的案例，德國的法院有時會透過年度事務分配表，許可審判庭增加法官，來分擔審判的重擔，這在聯邦憲法法院曾經承審過數案件。

例如在 1965 年聯邦憲法法院，在一個著名的案件，便仔細的澄清了所謂法定法官原則與一般法律及法院內規的詳盡關聯：

依據法院裁判權種類的多樣、各級法院組織與規模的不同、所屬法官數量的不一、各法院每年業務負擔的狀況不一，以及工作量負荷的可變性，都使得要將上述事務的規範，全部由法律來予以規定。因此，基本法第 101 條第 1 項第 2 句所謂的「法定」（Gesetzliche）法官原則，不能僅僅要求要靠國會通過的形式意義之法律來確保之。誠然，關於基本的法院管轄規定，必須由立法者自行來決定，包括地區、事務及審級之管轄規定。同時法律也可以授權行政機關來規範個別法院的內部組織與具體的管轄地區。而上述法規的具體補充，也必須透過法院的事務分配表來完成，特別是包括有哪些審判庭所承擔的管轄權限與多少人數的法官來參與審判。其中也包括了，如果有超額編制的情形，也應在此事務分配表內²²。

這個見解今後便一再為聯邦憲法法院所援用而形成了主要的見解²³，而認為憲法法定法官原則除了強調僅要求法院的管轄權必須由法律事先的確定外，也不應當只是將法院視為「組織的整體」，而是應視法院的法官為作出個案裁判的審判庭，而在法院內分配由哪個審判庭來承審，則由年度事務分配計畫來予以事先的確定，也使得哪些要作出判決的法官，能夠在年度事務分配表中，盡可能「單純」及「確定」作出來。至於何法官會在此「超額編制」的審判庭內，來參與審判，也要在此年度計畫中，預先規定，即不違反憲法之規定。憲法只要要求審判長行使此裁量權時，有無裁量權濫用即足²⁴，也就是沒有辦法在具體個案產生後，才擁有選擇法官的權限，以免造成操縱法官人選的弊病²⁵。所以德國聯邦憲法法院也曾特別強調，這種抽象規範審判庭的管轄權限，以及哪些法官可以參與這個審判庭的審判，都必須靠抽象

²¹ 德國學界亦有類似的見解：Kissel/Mayer, aaO., Rdnr. 50, zum § 16.

²² BVerfGE, 19, 52/60. Dazu: BVerfGE, 95, 322/328.

²³ BVerfGE, 69, 112/120.

²⁴ 近年來比較重大的案例乃 1997 年 4 月 8 日德國聯邦憲法法院全體合議庭所作出判決（BVerfGE, 95, 322）。針對該院第一庭在 1995 年承審一件涉及聯邦財務法院第二庭的「超額編制案」。聯邦財務法院第二庭在 1994 年度事務分配表規定，審判庭由審判長及 5 位法官（共 6 位）所組成。而依聯邦財務法院法（FGO）第 13 條第 3 項規定，每庭由五位法官所組成，無庸辯論之裁定，由 3 位法官組成。因此第二庭的 6 位法官之組成，有無違反憲法法定法官之原則？聯邦憲法法院將過去該院第二庭持「合憲說」的立場（1965 E18,344；1985 E,69,112）加以分析。而第一庭卻認為有違憲之虞，才送請憲法法院舉行全體合議庭審查。在本號解釋聯邦憲法法院認為：超額編制的組織只要年度事務分配表中抽象的加以規定，而排除了審判長在案件產生後才納入法官的可能性後，即可符合憲法的規定。

²⁵ BVerfGE, 95, 322/334.

的法規，也必須以書面形式的規範來與確定。但這種確定性並不是說一制定分配表或案件一發生，馬上知道由何法官承審，毋寧是「矇眼」（Blindings）的依照事先確定的規範，以個案的方式來確定，由何法官承審。法院也再度強調，這種規範應當盡可能符合法治國家原則要求的「儘可能明確性」，以求其明確。但是，但也要利用各種法規範的規範方式，不能夠排除使用不確定的法律概念來規範之，但是要儘量避免不必要的裁量空間，以及可以確定規定卻不為之的規定²⁶。

故德國關於法院組織法最權威的註釋書 Kissel/Mayer 也一針見血的指出：所謂「法定法官」乃是指「由法院分案規則所分配決定之法官」²⁷。此時「法定」即等於「分案規則」也。

日本最高裁判所對於地方法院法官會議決議所制定之年度事務分配表，乃是屬於法院固有之行政事務，於事後發生具體個案，如裁定合議委員會依此分配表作出裁決，即非法所不許²⁸；另外對於繫屬中案件，由合議制改為獨任制，這種變更法官的裁定，日本最高裁判所也認為並非訴訟法上之裁定，認為屬於訴訟程序之裁定，不得提起抗告²⁹。

因此，分案要點乃以規範法院內法官分案、併案的規則，本於法院的自主性，以及釋字第 530 號解釋，因尚未侵犯到人民的權利，增加人民法律所無的權利限制，自然無庸有法律具體明確之授權依據之必要。

（三）法官自治乃彈性自治，具有「修補機制」

德國大學者賴特·布魯赫曾經提到：司法的任務在於確認什麼是合法的，司法判決是對於事務的「理解和裁定」，不容許任何命令干涉，這些命令雖不至於將真實變為不真實，但卻可以將不真實變為真實。所以「學術自由」應當適用於法學上，即「法官的獨立性」³⁰。賴特·布魯赫這種將學術自由的精神與制度，放到法院之內，讓法官如同教授一般，可以本於良知與追求事實與真理的自由，來達到憲法所欲完成的法益（司法獨立及學術的發展與創新），使得司法獨立與學術自由，成為「姊妹制度」，賴特·布魯赫果然為大師之見。

因此，由司法獨立所衍生的法官自治，應如同大學自治一樣，都要求其彈性與活潑，不要淪入僵硬的窠臼。特別是每個法院都由嫺熟法律、具有公平正義感的法官所組成，比國家其他各種自治團體具有更高度的法律與公平觀之意識，自應當隨時針對本院實踐自治過程所發現不妥之處，勇敢進行修改內規。大凡任何尊重自治運作的法律，以及上級監督機關，都應當盡量賦予自治機關這種「修補功能」，也只在「合法監督」，而非在「妥善性」監督。例如大學的日常運作，也有許多「法律未明」或「無切實救濟」之可能。舉凡考試方式、成績評定…，俯拾皆是其例。同樣的在法院自治方面。類如各法院的分案規則或容有不盡妥善之處，例如以系爭台北地方法院刑庭分案要點第 10 點規定分由數法官辦理，而有合併審理必要之判斷，係由各受理法官協商併辦，並簽請院長核准，而院長核准後，方可合併。惟院長

²⁶ BVerfGE, 95.322/328; T.Maunz, aaO., Rdnr. 26, 43.

²⁷ Kissel/Mayer, aaO., Rdnr. 35, zum § 16.

²⁸ 昭和 49 年 7 月 18 日裁判集刑事第 193 號第 145 頁，引自陳運財，前揭（註 10）文，第 56 頁。

²⁹ 昭和 60 年 2 月 8 日《裁判集刑事》第 39 卷 1 號第 15 頁，引自陳運財，前揭（註 10）文，第 56 頁。

³⁰ 古斯塔夫·賴特布魯赫著·王怡蘋、林宏濤譯，《法學導論》，商周出版公司，2000 年 9 月，第 160 頁。



的核准的標準何在，本要點並未規定，顯然是採取「授權且信賴說」，故如該院法官本於自治，認為不妥，認為一旦院長否准併案，當可由各法官簽請審核小組審議？此亦非不可變更之；同樣在同要點規定，各法官不願併辦時，只准由「後案法官」簽請審核小組來議決。為何不許可「前案法官」、或院長亦有簽請權？顯然也出自於該院的公決。故此全係地方法院的法官自治權限範圍之內，何庸大法官本於憲法理念的高度來予以介入之³¹？

(四)相牽連案件併案的必要性，甚至連審級利益都可限制

本案的爭點涉及到相牽連案件的併案的問題。為了訴訟經濟與裁判一致性的要求，刑事訴訟法已有對於相牽連案件分配特定法官後，加以併案的規定（第 7 條）。此併案甚至對於不同級法院管轄的相牽連案件，得合併由上級法院管轄，即使已繫屬於下級法院者，其上級法院亦得已以裁定方式，命其移送上級法院合併審判。此時「儘管下級法院法官有不同意見」，亦不得對此裁定加以抗告。此為刑事訴訟法第六條第三款之規定，即使已經侵犯了相牽連案件被告的審級利益，亦許可合併之。這也是立法政策上必要之舉。立法者在此已作了比例原則的考量，才會規定：數人同時在同一處所各別犯罪者，雖也構成相牽連之案件（第 7 條第 3 款），但沒必要犧牲其審級利益。因此刑事訴訟法第 6 條第 3 款但書規定，即排除其為可併案之相牽連案件³²。

至於同級法院間的併案，舉重以明輕，就更有併案的合憲性基礎。

刑事訴訟法雖然未將同一個法院內的牽連案件之併案，予以明白規定，顯然乃立法政策認為無庸有立法規範之必要，而採取「授權」方式，由法院組織法第 79 條第 1 項授權由各法院以制定年度司法事務分配要點方式規範即可。因此，各法院的分案要點，亦非全無法律授權之基礎。

惟有值得討論者為同一個法院的併案，會否侵犯人民的訴訟權？要回答此問題前，必須先肯認會犧牲人民審級利益的不同級法院之併案，已經侵犯人民訴訟權而違憲，從而我國刑事訴訟法第 6 條第 3 項之規定，亦應一併在本號解釋（以重要關連性為由）宣布為違憲為前提。否則無法繼續對同級法院併案的侵反人權部分加以違憲審查。顯然這個命題為否定答案！

而在同一個法院內的併案，既然也有相同的合憲立法政策（訴訟經濟與裁判的一致性），就應作為拘束相關法官及職務監督者一院長及審核小組一行使併案裁量權的依據。而承辦的法官，不論併案前後，都應有完全一致的中立性要求，因此，都是用相同的迴避規定。即使前案已經過審理，再產生併案結果，刑事訴訟法第 292 條：「審判期日，應由參與之推事始終出庭；如有更易者，應更新審判程序。參與審判期日前準備程序之推事有更易者，毋庸更新其程序。」因此，對於被告獲得法官全程依法審理的權利，絲毫沒有受到侵犯。

(五)人民無請求選擇法官的權利，從而無有徵詢當事人對合併管轄之意見之餘地

然而亦有質疑者，認為法院在為合併裁定時，應尊重當事人之意願，包括詢問當事人，

³¹ 認為現制院長此裁量權過於寬大，有引起院長行政干涉之虞，也是若干人士批評此制度的主要依據。德國也和我國一樣授與院長或主席團此種權限。然而剝奪院長此種裁量權，是否將使院內法官意見衝突等事件發生，而缺少了一個裁決機制？

³² 林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2007 年，5 版，第 117 頁參照。

如有拒絕，應否准併案；如欠缺踐履此程序，則為程序瑕疵或違法；甚至亦應許可被告對合併之裁定擁有抗告之權利云云³³。

此見解顯然以被告有選擇法官之權利為前提。然而鑑乎當今世界國際人權公約，以及主要民主法治國家刑事訴訟法制，尚鮮有實施此制度者。而我國刑事訴訟法尚且不似民事訴訟法採取「合議管轄」之制度（民事訴訟法第 24 條），也因此連對刑事訴訟雙方當事人合意指定管轄法院之可能性予以排除，那同一法院內的單方指定法官，就更不可行矣。故此質疑實欠缺說服力。

（六）各法院分案規則的高度周密性

法定法官原則目的，其保障的重心由防止院外不當影響力的介入，轉為院內不當的影響力，來干涉司法審判。然而我國司法實務上，因為國民訴訟的風氣甚為興盛，法院負荷案件之重，恐居世界各民主國家之前茅。以去年司法案件達 530 萬案件之數量，可知各法院分配案件已力求公平，否則難服眾法官之心。因此，目前各法院的分案規則，已經鉅細靡遺的事先規定，已經達到「斤斤計較」的程度，不太容有可以隨案臨機指派法官的手腳空間存在，也是求公平負擔。就以臺灣士林地方法院「試辦刑事案件流程管理分案暫行要點」（民國 98 年 8 月 27 日實施）即有 8 頁之多，還有「刑事庭折抵一覽表」；臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點（民國 97 年 8 月 22 日施行）竟達 14 頁之多；其刑事庭折抵一覽表亦有 2 頁。所以法官人數眾多的法院，其分案規則規定更為細密。這些規定明顯都是以公開、透明之抽象規定，也讓法官們明瞭自己權利與義務。此情況在每個法院已屢見不鮮，再再表明「分案黑手」的犯案機率，已經微乎其微矣。吾人是否應當相信各法院法官維護自己公平的工作義務之能力？而且，試問這些多達 8 頁、14 頁的法院分案要點，難道都必須寫進法律乎³⁴？

（七）反求諸己，大法官分案也並無法律保留原則之適用

大法官在對各級法院分案規則進行要否法律保留，以及法律授權明確性的嚴格適用之研議時，是否應當「反求諸己」的檢視大法官審理案件，甚至受理本案的制度，有無適用上述兩個原則。按大法官審理案件法只明白規定，憲法法庭「司法年度」及「事務分配」的規定，準用法院組織法之規定（大法官審理案件法第 33 條第 1 項）。而大法官會議的職權，以解釋憲法為主，大法官所組成的憲法法庭（憲法增修條文第 5 條第 4 項；大法官審理案件法第 19 條以下）只負責政黨違憲（及日後應增訂包括總統、副總統之彈劾）。可知，兩者的組織與程序有別，故大法官會議在大法官審理案件法中，並沒有「司法年度」及「事務分配」的規定。同樣的在本法施行細則，亦無相同之規定。

目前大法官案件受理釋憲聲請案件，係依據「司法院大法官審理解釋案件分案要點」（民國 84 年 4 月 26 日第 4 次行政會議決議；同年 5 月 1 日核定實施；民國 91 年 12 月 6 日大法官

³³ 參見本號解釋許宗力大法官之部分協同、部分不同意見書。

³⁴ 以國外例子而論，例如德國下薩克森邦的布朗史懷格市（Braunschweig），只有 25 萬人，該市有一個地方法院，以 2002 年為例，布朗史懷格地方法院共有 25 名法官，組成 12 個民事庭及 11 個刑事庭。該年度議決公佈法院分案表，即多達 24 頁之多。也都和我國一樣無庸由法律明訂之，參見 P. Butler, The Assignment of Cases to Judges, 1 NZJPIL 107, 2003.



第1204次會議修正）。而91年12月6日公佈此要點時，本號解釋所有大法官沒有一位在任。即使有關「相同案件併案處理方式」³⁵，則出自於大法官第4033次全體審查會議決議，日期為民國96年10月25日所議決之「大法官案件審理程序改進方案」、八。而本號解釋作成之15位大法官，有9位並未參與當日此程序決議之作成，人數且達三分之二之多。

按大法官既然依釋字第601號解釋，亦為憲法第80條所定之法官。大法官會議也應比同一般法院。而一般法院由全體法官參與年度事務分配，既有法院組織法的明確授權依據，且實施上，每一年度都有法官的參與與表決。而大法官審理案件的分案與處理，既無法律之明確規定，且無每一年度開始前，重新提由全體大法官會議來公決之。因此我國的大法官會議雖然不像德國聯邦憲法法院由憲法及法律（聯邦憲法法院法第1條）承認具有憲法機關的地位，從而（同法第30條第2項）享有「事務規範的自主權」（*Geschäftsordnungsautonomie*）³⁶，但由大法官的釋憲實務，吾人也不得不承認大法官具有這種內部案件審理之「規則創定的自主權」（*Autonomie der Normensetzung*）。同時，只要至少有「法律優位原則」—除非法律有明白禁止，否則應許可法官本於法官自治，來予以規範。

四、重罪羈押制度的合憲性探討

（一）採取合憲限縮：

本號解釋另一個重點為重罪羈押的合憲性問題。依刑事訴訟法第101條第1項第3款規定（以下簡稱系爭條款），於被告犯該款規定之罪（所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪），犯罪嫌疑重大，且有相當理由認為有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之。本號解釋在此特別強調：「…故被告所犯縱為該項第3款之重罪，如無逃亡或滅證導致顯難進行追訴、審判或執行之危險，尚欠缺羈押之必要要件。亦即單以犯重罪作為羈押之要件，可能背離羈押作為保全程序的性質，其對刑事被告武器平等與充分防禦權行使上之限制，即可能違背比例原則。再者，無罪推定原則不僅禁止對未經判決有罪確定之被告執行刑罰，亦禁止僅憑犯罪嫌疑就施予被告類似刑罰之措施，倘以重大犯罪之嫌疑作為羈押之唯一要件，作為刑罰之預先執行，亦可能違背無罪推定原則。」因此，作出了限縮的解釋：亦即：

1. 重罪羈押的合憲性基本上不成問題，因為「可預期判決之刑度既重，該被告為規避刑罰之執行而妨礙追訴、審判程序進行之可能性增加，國家刑罰權有難以實現之危險，該規定旨在確保訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現，以維持重大之社會秩序及增進重大之公共利益，其目的洵屬正當。」（解釋理由書第十段）
2. 但仍必須防止串供、逃亡，及符合比例原則：「…又基於憲法保障人民身體自由之意旨，被告犯上開條款之罪嫌疑重大者，仍應有相當理由認為其有逃亡、湮滅、偽造、

³⁵ 數聲請案件，對同一法令或相同爭議聲請解釋時，應各立一案號，原則上由最先收案之大法官主辦。但後收案之大法官先提出審查報告者，由其主辦。其他案件併案處理，主辦大法官應計多數輪次。

³⁶ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl., 2007, Rdnr. 28.

變造證據或勾串共犯或證人等之虞，法院斟酌命該被告具保、責付或限制住居等侵害較小之手段，均不足以確保追訴、審判或執行程序之順利進行，始符合該條款規定，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行之要件，此際羈押乃為維持刑事司法權有效行使之最後必要手段，於此範圍內，尚未逾越憲法第 23 條規定之比例原則…」。

3. 上述 2. 的防止串供、逃亡…的羈押事由，「仍須有相當理由」存在，方可羈押之。亦即只要有充分的理由，而無庸如 101 條第 1 項第 1、2 款之有「逃亡或串證…之事實存在」，解釋上，對於實務的運作，雖然有強化「羈押」與「順利進行追訴、審判或執行」之間的必要關連性，也是把羈押視為後者的必要手段，而有具體化闡述的意義。然而，在「確認」這種「手段必要性」的檢驗標準，卻有進一步的說明：亦即強調了適用第 3 款的條件為「相當理由的確認」，是「認知的確定」；而第 1、2 款的要件則為「事實的存在」，明顯的兩者的要件之間，已經有甚大的程度差異。其間當然涉及到舉證的分量之大小也，在第 1、2 款以「事實存在」，或「可信事實存在」為前提，第 3 款則應以「可信懷疑」存在為前提。兩者雖不無「法官之預測」（*Richterliche Prognosen*）之特徵，但此預測的內容，是有所差異。

本號解釋作出此合憲限縮解釋，如果不細查上述 3. 的差異，恐會導論出系爭條款已無獨立存在之餘地，從而應為「違憲」之判斷。這種見解似乎在本號解釋通過後，許多媒體的意見誤認為：重罪羈押須以同條第 1、2 款規定之要件，即有事實足認有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等之虞為前提，也因此，致起釋憲聲請人「表示歡迎」的錯誤認知。

（二）立法的疏失？

誠然，系爭條款的規定，由法條結構，容易讓人誤解系爭條款乃別立於同條項第 1 款、第 2 款外，可以獨立作為羈押的理由。衡諸本系爭條款在民國 86 年 12 月 19 日修正時，立法者對於本條文的立法意旨，也和本號解釋上述「可預期判決之刑度既重，該被告為規避刑罰之執行而妨礙追訴、審判程序進行之可能性增加，國家刑罰權有難以實現之危險」的顧慮，沒相去太遠。但本條款在制定時，已經參考了德國 1964 年修正德國刑事訴訟法第 112 條第 3 項的立法例，認為涉嫌特定重罪，雖無同條第 1 項、第 2 項的保全目的之羈押要件，仍可以羈押之³⁷。但仍必須遵守比例原則，而不得為權利之濫用，同時應有羈押理由之具體懷疑或事由

³⁷ 可參見：林山田，〈中德羈押法制之比較研究〉，《政大法學評論》，第 34 期，民國 75 年 12 月，第 130 頁以下。

³⁸ 雖然我國刑事訴訟法第 101 條並無類似德國刑事訴訟法第 112 條第 1 項第 2 句明白規定之比例原則（當依事件重要性，所期待之刑罰與羈押所帶來之好處及保全的成果，如不成比例時，羈押即不可課予之）。此條規定雖然稱為比例原則，但應稱為「狹義比例原則」—即「均衡原則」，是平均「法益均衡」，而非廣義之比例原則。我國刑事訴訟法雖無明白援引此原則，但參見同法第 101 條之 2 特別規定：「被告經法官訊問後，雖有第 101 條第 1 項或第 101 條之 1 第 1 項各款所定情形之一而無羈押之必要者，得逕命具保、責付或限制住居；其有第 114 條各款所定情形之一者，非有不能具保、責付或限制住居之情形，不得羈押」，雖然已再度強調比例原則矣，所以學界（如林山田，前揭文，註 12 處所提及立法過程）以我國之法制未如德國，即認為未適用比例原則，似不無疑問。本號解釋至少澄清此疑點。



存在為前提³⁸。

而採取限縮解釋的立法例，亦可見諸於德國聯邦憲法法院在 1965 年 12 月 15 日所作出的「Wencker 海軍將軍羈押案」判決³⁹。本案訴願人 Wencker 為海軍退役將軍，二次大戰結束前原為納粹德國駐日本東京之海軍武官。1944 年戰爭結束前夕，奉命押解涉嫌杯葛戰爭之嫌犯返國受審，未料在海上產生棄船事宜。訴願人涉嫌未妥善移置犯人而遭溺斃。嗣以謀殺罪名遭到起訴。按德國刑事訴訟法上述之規定，即可羈押之。然而，訴願人主張其已 76 歲高齡，不可能逃亡，且所指控之犯罪事件，已過 22 年之久，顯難為勾串共犯或滅證等行為。聯邦憲法法院因此作出了合憲限縮的裁定，認為此重罪羈押，仍必須服膺比例原則，但也必須在犯罪嫌疑人有可能逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等造成隱晦案情等危險性時，方得予以羈押。然而，條件並無庸比一般保全羈押來得嚴格，只要有「輕度危險性存在，即可為之」⁴⁰。

德國聯邦憲法法院這種限縮性解釋，顯然更易了刑事訴訟法之本意，德國學界也頗多不以為然，認為法治國家中的刑事訴訟法律條文之詮釋，應當忠實地反應立法者之原意，不可將之「變調」（Umdeutung）⁴¹。然而，聯邦憲法法院這種重視比例原則的考量，還是值得贊同。聯邦憲法法院這種運用「個案排除法」，當然是以本案訴願人特殊的身份與案例，來作出的「從寬考量」，但是，對於羈押法制的結構上，並未作出原則性改變，只以兩個案例來證明之：

第一個案例：發生在今年 5 月，一位德國老人 John Demjanjuk 在二次大戰末期擔任猶太人滅絕營之守衛，涉嫌協助謀殺 27,900 名猶太人，而從美國引渡到德國慕尼黑地方法院受審。儘管被告已經 89 歲之高齡，事件發生距今也達 65 年之久，串證、滅證與逃亡之虞都不存在，但法院仍羈押 Demjanjuk 至今（2009 年 10 月底）。

第二個案例：德國聯邦憲法法院在 1965 年作出限縮解釋至今，德國刑事訴訟法至今（最近一次修正為 2009 年 7 月 30 日）都沒有對此條文作出任何的修正。易言之，以講究修法速度、及法律規範明確性著稱的德國國會，在 44 年漫長的歲月中，竟然沒有動手修正放寬重罪羈押的尺度，可見得聯邦憲法法院的「限縮解釋」，乃提供給法官在具體案件作羈押許可之裁量時，可以運用「個案排除法」的比例原則，來化解法條的僵硬內容。

德國聯邦憲法法院這種限縮解釋的用意，正可以提供我國法院的參考，只是本號解釋惜未能明白提出此「個案斟酌排除」原則，而讓外界產生放鬆重罪羈押的誤解矣！

（三）重罪羈押制度的立法判斷：

誠然，重罪羈押是有其一定的立法顧慮。因為涉嫌犯重罪者，依人之常理，無不努力避免自己的刑事責任。因此，若懷抱此種被告將會坦然靜待司法程序，而不思尋找對自己有力的證據，安排證言，且消滅、隱匿不利於自己的證據或證人，則過於昧於世態人情。須知維

³⁹ BVerfGE 19,342.

⁴⁰ 可參見：Claus Roxin 著，吳麗琪譯，《德國刑事訴訟法》，民國 87 年，第 325 頁。

⁴¹ Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26 Aufl., 4 Bd., 2007, Rdnr. 53 zum §112.

護社會秩序與追求司法正義，亦為法治國家的神聖職責。被告須受無罪推定之原則，國家仍須盡最大的力量，讓重罪者接受應有之法律制裁。

因此，對於重罪羈押的要件，如過於寬鬆，自然會侵及被告之人權；反之，將使司法正義無法伸張。立法者在權衡兩者之中，採行符合比例原則的重罪羈押條件時，仍須客觀平衡國家司法公權力的能力、效率。蓋重罪之被告離開羈押處所，正是狡黠者滅證或勾串證人的「黃金時刻」，加上現代通訊科技的先進、隱密與多樣性，除非司法與警察機關能夠給予最嚴密的監控，利用最多的人力與精密控管儀器，否則很難掌控被告的滅證等事宜。此又涉及到人民的通訊自由權之保障問題。

而被告之逃亡問題，以臺灣國土幅員之狹小，看似此問題不如其他大國來得嚴重。其實不然，臺灣特殊的國際處境，與各國幾乎無引渡協定。加上臺灣四面環海，漁船眾多，逃亡出境的管道亦非不可覓得；臺灣之銀行與國外能自由通匯，犯罪或不法所得快速匯往海外，並不困難。因此，逃亡海外後，即可逍遙法外，免除我國刑事的訴追且享受不法所得⁴²，恐更會衝擊我國之刑事秩序。

因此許可重罪被告較寬鬆的釋放條件，必須輔以國家更大偵防實力的投入，以及對被告人權監控與侵犯限制的許可，否則無法遂行司法正義。此些顧慮都必須是立法者必須仔細衡量不可。

誠然，本號解釋也強調了對重罪之羈押，可能侵犯無罪推定原則。然而無罪推定原則並非「阻止」公權力調查及刑事訴訟程序合法進行的指導原則，否則任何羈押皆不可為之；同時，連預防性羈押制度（我國刑事訴訟法第 101 條之 1 及德國刑事訴訟法第 112 條之 a，均有此制度），亦不得為之乎？無罪推定原則在刑事訴訟法被列入在證據一章，便是一個體現的制度。故無罪推定和重罪羈押的制度，可以並行不悖。剩下的應就我國重罪羈押範圍是否太廣泛（至於日本刑事訴訟法並無此制度，但其刑事訴訟法第 60 條以虞犯或串證作為可羈押之理由，其條件較為寬鬆⁴³），來予以檢討。我國和德國的以「法益別」作為重罪羈押不同。按德國刑事訴訟法規定，得因以組織犯謀殺罪、殺人罪、殘害民族罪為犯罪目的之恐怖組織罪、一般謀殺罪、殺人罪、殘害民族罪等，共有 8 條犯罪規定，可予羈押，不需有虞逃、勾串證人…之虞為必要⁴⁴。而我國以「法定刑度」作為重罪標準，據統計目前共有 42 種法律，一共

⁴² 德國過去之實例顯示：避免逃亡厥為羈押最大之理由（佔九成以上）。學者（如林山田，前揭文第 129 頁）認為一旦歐洲各國增強國際合作之追訴活動，此理由之重要性即可降低。可反證我國目前現狀也！

⁴³ 日本刑事訴訟法第 60 條第 1 項規定：「法院有相當理由足以懷疑被告有犯罪行為並符合下列各款情形之一者，可得羈押被告：一、被告無一定之住所者；二、有相當理由足以懷疑被告會毀滅罪證者；三、被告有逃亡行為時或有相當理由足以懷疑有逃亡可能者」。

⁴⁴ 德國刑事訴訟法第 112 條第 3 項規定：「被告有犯國際刑法法典第 6 條第 1 項第 1 款規定（殺害特定種族、宗教團體或其他相類似團體成員罪）、德國刑法第 129a 條第 1 項、第 2 項且結合第 129b 條第一項規定（參與恐怖組織罪）、第 211 條規定（謀殺罪）、第 212 條規定（殺人罪）、第 226 條規定（重傷害罪）、第 306 b 條規定（特別嚴重縱火罪）、第 306c 條（縱火致人死亡罪）罪之重大嫌疑，或有犯第 308 條第 1 項至第 3 項罪（引爆爆裂物罪）之重大嫌疑而致生危害於他人之生命或身體安全者，雖不具備第 2 項羈押理由，仍得命羈押。」



有 171 條項罪名，⁴⁵ 即屬重罪可羈押之罪行。其中許多是金融性犯罪，而非刑法法典的犯罪，因此不無浮濫之虞。

因此，我國應當儘速修正刑事訴訟法第 101 條之 2 的預防性羈押制度，同時對重罪羈押犯罪種類，採取「法益別」並大幅裁減之。同時，也應檢討再犯羈押之範圍，以符合先進國家的法例。本號解釋惜也未予警告並促修法之！

五、暫時停止處分所引發的釋憲程序之問題

本件釋憲聲請也提出了兩個暫時停止處分的要求：第一個要求為停止目前的訴訟，改依另一個分案結果，由另一位法官審理；第二個要求為停止羈押。這兩個要求，都遭到了本號解釋駁回的命運：

「關於聲請命臺灣臺北地方法院停止審理 97 年度金囑重訴字第 1 號刑事案件，改依該法院中華民國 97 年 12 月 12 日之分案結果進行審理之暫時處分部分，已無審酌必要；於聲請命該法院立即停止羈押聲請人之暫時處分部分，核與本院釋字第 585 號及第 599 號解釋意旨不符，均應予駁回」。

這兩個暫時處分的被駁回的重要性，在學理的探究上，重點集中在第一個要求：按第一個要求如果獲准，無異使已完成的訴訟形同非法，而造成「重新審理」的效果。至於，第二個要求的獲准，則將使羈押被告獲得自由之身。因此第一個要求也涉及到對於仍在審判的個案，大法官當否許可涉案人民提起釋憲，來中斷訴訟的進行，甚至導致「已進行」之訴訟程序及審級完全遭到廢棄的命運？

按第一個要求遭到駁回的理由，見諸於本號解釋理由書第四部分第二段所提及：「本件關於聲請命臺灣臺北地方法院停止審理 97 年度金囑重訴字第 1 號刑事案件，改依該法院 97 年 12 月 12 日之分案結果進行審理之暫時處分部分，因前述系爭分案要點之規定業經作成解釋，已無審酌必要」。此句「因前述系爭分案要點之規定業經作成解釋，已無審酌必要」，用語頗為熟悉，原來大法官已在釋字第 627 號解釋文及解釋理由書第三段，使用過同樣的措辭。而該號解釋的標的，也是本件聲請人擔任總統時，所涉及刑事偵查訴追，而要求大法官作出停止偵查與審理的暫時處分。

在司法院釋字第 627 號解釋的審議過程，大法官能否對於一個仍在法院進行審理的個案，在沒有經過法官自認有違憲之虞，而停止訴訟程序，聲請大法官解釋的前提下，由當事人一方（不論是基於侵犯其人權，或是與其具有代表機關身份一總統，而有侵犯其行使職權所產生的違憲疑義）聲請釋憲，來中斷訴訟程序，學界曾經引起甚大的波濤，認為大法官在不能審理個案的前提下，沒有讓審理中個案的人民聲請釋憲、造成「停審」的效果。否則，將會侵犯到其他事實審法院的職權，以及其審級救濟的體制。大法官應當不受理此類案件，以

⁴⁵ 參見許玉秀大法官本號解釋部分不同意見書註 17 所作的之統計。

⁴⁶ 參見蘇永欽，〈再論司法權的分權問題—司法院第 627 號解釋程序法上的商榷〉，收錄於《憲政論衡》，一品出版社，民國 97 年 12 月，第 181 頁以下。蘇教授還認為本號解釋的受理，乃為我國憲政史上留下不光彩的一頁，見第 208、209 頁。

維繫「司法分權」的體制⁴⁶。

本號解釋作出的駁回暫時處分的決定，的確使得該釋憲聲請人已經完成的第一審訴訟程序，避免遭到了「審理違憲無效」的後果，讓該一審法院可能產生的「驚濤駭浪」終於平安渡過⁴⁷。但本號解釋如同釋字第 627 號解釋，似乎不察這種可能侵犯普通法院訴訟程序的弊害，沒有根本上拒絕這種聲請的可能性，只是個案不採納，認為沒有必要停止訴訟程序而已⁴⁸。因此，大法官自己創設的暫時停止處分制度，在釋字第 599 號解釋中，已明白宣示可以在四種情形下，無待立法者明確的規範前，可以由大法官以「法官造法」的方式，來行使暫時處分：憲法疑義狀態的持續、機關爭議狀態的持續、違憲疑義法令的適用以及原因案件裁判的執行。上面四種「違憲狀態」特別是在第四種的「原因案件裁判的執行」要透過大法官動用暫時處分，勢必要大法官斟酌個案，判斷原審法官就事實、法規及程序面的處置與裁量，造成聲請人權益的重大且難以回復的損害。這也是大法官必須接觸、甚至「深入」探究個案，也傾向了德國聯邦憲法法院的「判決憲法訴願」（Urteilverfassungsbeschwerde），讓大法官的判斷侵入了事實審法院權限之危險性加大，讓本來可以不必承擔此可能造成「第四審」的我國大法官制度，由原本只是針對法規進行抽象審查的權限，擴張到原因個案一旦仍在事實審法院進行審理的個案一的糾正之上。

這種讓大法官會在承審個案的過程中「凌霸」在一般法院法官之上，除了凸顯其「大」之外，將會因為大法官不習於個案事實調查、斷定真相的行使職權之習慣、而讓大法官的判斷與事實脫節，可能平白折損大法官的威望：大法官應當在憲法素養、而非在具體訴訟案件的妥當性及合法性上見長。因此，本於尊重各級法院法官的專業、判斷與裁量權限，對於人民於訴訟過程的聲請釋憲，必須採取從嚴的程序審查。

在此必須論究人民依據大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之聲請釋憲的條件中，有所謂的「需用盡審級救濟程序」的要件。究竟此「用盡審級救濟程序」是否採狹義的「確定裁判」，亦即必須是本案的確定裁判，無法再獲得審級的救濟（不包括再審）？亦或是可採廣義的「確定終局裁判」，包括了在所有的訴訟程序中，只要不得再有救濟之可能，主要是程序的裁定方面，一旦不得提起抗告，即視同確定裁判，而得依此條款提起釋憲？

就條文設計的原意，當採狹義說。此也是採納德國聯邦憲法法院（德國基本法第 94 條第 2 項第 2 款、德國聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項）對於提起人民憲法訴願乃基於「補充性」原則（Prinzip der Subsidiarität），認為訴願人唯有「窮盡其他救濟方法」（Die Erschöpfung des Rechtsweges），方可提起憲法法院的釋憲。為了避免造成「超級第四審」的嫌疑，聯邦憲法

⁴⁷ 引自蘇永欽，前揭（註 46）文，第 208 頁。

⁴⁸ 蘇永欽教授因此直言「如果不是文字表達的不當，就是現任大法官並沒有真正參透司法體制分權的精義。說得更直一點，染指之心已經躍然紙上。」前揭（註 46）文，第 199 頁。

⁴⁹ 德國聯邦憲法法院近幾年來也對人民提起裁判訴願的門檻，增加若干困難，例如要求訴願人不得在憲法訴願中才提出違憲主張的新事證，必須在普通訴訟程序中，已提供給法院參酌的事實為基礎，主張違憲之依據。另外，引起爭議較大的是所謂的「指摘義務」（Rügepflicht），訴願人必須在普通法院訴訟程序中第一審開始，就指摘相關的規範及公權力措施已違憲，並提請法官注意。倘訴願人未履行



法院必須自制，謹防干涉專門法院的審判權，因此，對於這個要件應當採取嚴格的解釋⁴⁹。所以所謂的「窮盡審級救濟方式」，應當解釋為「確定裁判」，亦即為實體判決。至於在沒有審級救濟的「程序終局裁定」，是屬於「訴訟法上的終局裁判」，應當不包括在內⁵⁰。

可惜，這個問題在我國並沒有經過詳盡的探究。採納此「狹義說」的好處，乃真正貫徹到審級救濟的制度優點。而制度的理性而論，如果仍有救濟的審級，例如事實審在二審終結後，第三審以法律審為主，此時，對於涉及事實的法律既不能提起釋憲，則如何可對此兩審的程序的終局裁定，提起釋憲？而且既然各法院對於裁判所依據之法律，包括程序法律在內，如認為有牴觸憲法之確信，亦可停止審判，聲請大法官解釋。連同窮盡審級救濟程序後，仍可將系爭程序規定之違憲性，聲請大法官解釋。因此，並非完全排除程序法規接受憲法檢驗之可行性。

然而，我國當初在民國 47 年 7 月 21 日修正公佈大法官會議法（第 4 條第 1 項第 2 款），引進此制度時，並未體會這種確定終局裁判，可能包括了程序上的確定終局裁定。同時，立法者也忽視到上述的確定終局裁判，可能包括了可上訴而放棄上訴，或延誤上訴期間，致使判決成為確定判決，都應非符合窮盡審級救濟之要件⁵¹。除了後者立法的疏失，已靠著大法官釋憲實務加以排斥外⁵²，大法官對於前者（程序上的終局裁定），卻沒有毅然作出採行狹義論的見解，反而採取廣義論，以致形成了目前實務上一特別是依本件聲請案為顯例一的「一面進行訴訟，一面聲請已確定的訴訟程序裁定為違憲」。試問：當一個訴訟案件，尤其是重大的訴訟案件，在走完法定訴訟救濟程序中，可能會出現數個、甚至十幾二十個的確定裁定，

此指摘違憲之義務，即不得聲請釋憲。這種強諸於人民法律所無的指摘義務，德國公法學界並不採納，見：Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl., 2007, Rdnr. 248.

林錫堯，論人民聲請解釋憲法之制度，世一書局，民國 73 年 7 月初版，第 154 頁；翁岳生，〈我國憲法訴訟制度之展望〉，刊載於《中研院法學期刊》，創刊號，民國 96 年 3 月，第 21 頁。

⁵⁰ 即使如德國的裁判憲法訴願，和我國大法官釋憲所採取的法規違憲審查不同，也涉及到個案的判決與法律適用，有無牴觸憲法，因此，必須廣泛運用到比例原則，來斷定原因案件的裁判有無違憲。在受理裁判訴願的彈性度較大。德國實務上雖也准許牽涉到人民權利重要的確定裁定可以提起憲法訴願，但為避免憲法法院的工作負擔，聯邦憲法法院也逐漸採向狹義見解，認為應將違憲審查強調在「主體程序」（Leitverfahren），而非在「旁枝末節程序」（所謂的階梯程序，Trittbretverfahren）的違憲性上來計較，易言之，確定的終局裁定，應該與實體判決有「最相關的程序」（Sachnächste Verfahren）關連，才得許可提起憲法訴願，見：Schlaich/Korioth, aaO., Rdnr. 250.

⁵¹ 吳庚前大法官亦有指摘，參見氏著《憲法的解釋與適用》，2007 年 6 月第 3 版，第 387 頁。

⁵² 大法官也透過實務上的運作，將系爭法律的要件加以放寬，採納德國的制度之精神（具有一般重要意義，以及防止產生不可避免的重大損失），認為事實明確且有重要性，即無庸受到歷經審級救濟的條件限制。參見民國 88 年 9 月 10 日大法官第 1125 次會議決議：「就其立法及制度設計之意旨，係指聲請人已依法定程序盡其審級救濟之最終裁判而言。聲請案件如在憲法上具有原則上之重要性，且事實已臻明確而無爭議餘地者，得經個案決議受理之」。同樣的用盡審級救濟程序，也不包括再審程序在內；提起上訴，經不合法駁回，亦視同審級救濟已用盡；駁回上訴第三審之案件所援引之法規，非為受指摘違憲者，第二審判決所適用之法規，仍係終局裁判所依據之法規，得據以聲請釋憲，參見楊子慧，《憲法訴訟》，元照出版公司，2008 年 4 月，第 286 頁以下。

如果都有獲得聲請釋憲的機會，而導致重開訴訟程序，將造成司法公信力多大的戕害？是否此廣義論模糊了大法官作為最後法規違憲審查與超級第四審的角色？且會否加諸大法官過重的負擔？德國聯邦憲法法院每年為憲法訴願案件之重，瀕臨崩潰的前車之鑑，足為警惕⁵³！

吾人當然不可否認程序正義與正當法律程序，都已經構成人民基本權利體系的一環，訴訟程序自然會導致基本人權的侵犯。如果採廣義論，當然可以及早救濟人民基本權利的不法侵害，及避免浪費違憲的司法訴訟，形成司法資源的浪費⁵⁴。然而前已提及：各級法院及法官只要善盡審級救濟制度的優點、聲請釋憲以及最後由聲請人聲請大法官解釋的途徑管道，都可以將所有系爭程序與實體法規納入到憲法理念的檢驗範圍，自然無庸將此最後由大法官審查的時間點，過早延伸至所有仍在進行中的法院裁判過程之中。本號解釋實已觸及了大法官與各級法院職權，以及司法公信力最「敏感的神經」，有必要澄清此一盲點。本號解釋憾未能體會於此，吾人不能不為之再申一言也。

六、結論—信任法官⁵⁵

清朝鄭板橋曾經有一首《竹石》的詩句：「咬定青山不放鬆，立根原在破岩中；千磨萬擊還堅勁，任爾東西南北風」，似乎很適合作為各個法庭內為司法正義而奮鬥者之自勉詩。司法人員只要秉持法律與良知（咬定青山）而不放鬆，本身專業素養的精進與認事用法的嚴謹（千磨萬擊還堅勁），儘管外界或當事人有意與無意的懷疑與毀譽（任爾東西南北風），也不論吾等所居之社會仍非人間樂土，且為濁世（立根破岩），但仍然可以傲視風霜，卓然於世。

美國不久前才退休的女性大法官珊德拉·戴·歐康納（Sandra Day O'Connor）曾經說過一句話：「讓國民對國家司法產生信心，並提供產生此信心的「理由」，乃是大法官的任務」⁵⁶。

⁵³ 司法院翁前院長岳生曾指出：德國聯邦憲法法院每年判決 4000 件憲法訴願，但人民獲得勝訴機會不足百分之一，而使法院瀕於崩潰的疑慮，我國當否引進德國較寬鬆的憲法訴願制度，當應檢討，參見翁岳生，前揭（註 49）文，第 23 頁以下。

⁵⁴ 此亦劉前大法官鐵錚對於窮盡法律訴訟程序要件的質疑。見司法院釋字第 490 號解釋劉鐵錚前大法官之不同意見書。

⁵⁵ 本號解釋理由書第一段也提到：「其他世界主要法治國家中，例如英國、美國、法國、荷蘭及丹麥等國，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」。此見解頗為正確，就以司法普遍被視為公正的紐西蘭高等法院及上訴法院而論，高等法院（以奧克蘭、基督城及威靈頓三地之高等法院）都設有登記處，由行政人員進行分案，雖然多半為輪流分配，也不排除可以由分案的行政人員指定法官處理立即或快速整理之案件，分案後也可以重新改分案，甚至在較小的法院，法官很少，遇到突發案件還可以由總督依據已有一百年歷史的老法（1908 年制定之法院組織法）來指定法官裁判之。至於上訴法院則完全由院長來進行分案，雖其過程有被批評為不夠透明，但卻獲得高效率的讚美，見：P. Butler, *ibid*, 101。美國的聯邦巡迴法院 13 個法院的分案制度，也各有不同的分案系統，且多由法官會議通過，但實際上負責的分案都由法院內的行政人員來決定分案，見：P. Butler, *ibid*, 108。

⁵⁶ 珊德拉·戴·歐康納著，信春鷹、葛明珍譯，《法律的尊嚴：美國最高法院一位大法官的思考》，法律出版社，2006 年 12 月，第 5 頁。



本案產生也是基於釋憲聲請人對於承審法官個人公正性的懷疑，而其懷疑起因為該法官在過去處置上對其較為嚴厲（裁定羈押），而非有其他職務上或非職務上的偏頗與非法行為。而本件釋憲標的之一為行之有年法院分案制度也形同「陪葬式」被指稱為違憲制度！按法官獨立性的要求，一依德國法學大家耶林的見解一，是原告與被告都戴著面具，而為法官所不識⁵⁷。既然法官都不應當「認別」當事人，當事人也不應當認別承審法官，尤其在本案屬於抽象法規審查，我國大法官釋憲制度且為「法規違憲審查體制」，更應該擺脫個人間主觀評判與糾葛所引發的爭議。然而，既然釋憲聲請已被受理，社會也有質疑此分案體制將引起恣意分案⁵⁸，以及政治介入之疑慮，大法官即有澄清此疑慮，且提升國民對於我國司法公權力公正信心之憲法義務。為了補充司法院釋字第 665 號解釋的立論，能夠更符合美國前大法官歐康納該句「提升國民對國家司法信心的理論依據」的要求，吾人也敢東施效顰，提具上述補充意見，並願以鄭板橋《竹石》詩自勉。

⁵⁷ 見陳新民著，〈耶林論法官的獨立性〉，收錄於《公法學劄記》，新學林出版社，民國 94 年 3 版，第 295 頁。

⁵⁸ 連人遠在美國的美國教授孔傑榮，也三番兩次投文中國時報評論本案。這在歐美民主國家，一個不見得比他國法律人（遑論法官），更瞭解他國法律與複雜訴訟程序的外國學者，卻對他國法院進行裁判過程的具體個案一旦仍在釋憲過程進行違憲審查的個案一，加以評涉的案例，倒是極少出現。社會上當然也有不少「人云亦云」的國人，會據以形成輿論裁判，自然對承審法官會加諸一定的壓力。