

審理會台字第 13254 號法庭之友意見書



主案案號：會台字第 13254 號

法庭之友：人權公約施行監督聯盟

代理人：徐偉群 中原大學法學院財經法律學系 副教授

人權公約施行監督聯盟 理事

聯絡人：黃羣怡 (02) 3393-1815

cyunyi.huang@cwtaiwan.org.tw

摘要

刑事訴訟中被告之「公平審判權」為《公民與政治權利國際公約》第 14 條所保障。國家有義務須確保法庭之「公正」及被告得「有效上訴」。爭點一情形顯違「公正法庭」「無人得自斷其案」之基本原則，應宣告違憲。爭點二、三情形中，有鑒於本案所涉數十起死刑案件之特殊，本意見書主張應將一般刑事案件與死刑案件分為討論為宜。一般刑事案件中，法官於重複審理相同案件後，主觀上是否能不受潛意識影響，保有屏除前見、維持公正的能力，或將隨相關科學研究發展日漸受質疑。客觀上，則取決於我國社會「理性觀察者」是否將基於對我國司法之信任認為法官將保持公正，亦或受心理科學實證等客觀因素影響，對其公正性產生正當質疑。死刑案件中，量刑過程之日益精緻或使承審法官受「隧道視野」等心理效應影響程度加劇，較一般刑事案件或有更高主觀偏見風險。客觀上，「理性觀察者」於涉及生命權之死刑案件或有較高的公正性標準，因而產生與一般刑事案件不同的結論。無論一般刑事案件或死刑案件，若爭點二、三情形與「公正法庭」原則相違，則亦將減損被告之「有效」上訴權。自美國巡迴法院於實務上「重新分發」特定類型案件之作法可見，「法官具公正性」作為維繫司法體系運作之重要假設，仍非絕對適用之真理。應肯認法官作為人於心理上之受限，辨明上述假設不適用情形，調整制度以確保被告權利。現行刑事訴訟法第 18 條第 2 項雖允許被告提出迴避聲請，實務上是否能有效保障其權益令人存疑。「公平審判」作為一絕對權利（“absolute right”），若判定爭點情形確有主、客觀不公正之虞，應判定違憲，不得以「司法資源受限」、「統一法律見解」等「正當理由」加以限制。審查密度上，應考量法院本質差異及案件所涉權利有別，採較歐洲人權法院於現存判例中更嚴格之標準，以彰顯我國對生命權之尊重。參考國際法理判例時，也須細究案件本質，不宜將個案判決結果過度放大解釋為通用原則直接移植套用。

目錄

壹、公平審判權 (Right to Fair Trial)	4
一、「獨立且公正的法庭」(“independent and impartial tribunal”)	4
二、被告上訴的權利 (Right to Appeal)	5
貳、爭點一：非常上訴	6
參、爭點二、三：更審 / 終審法官重複 (連身條款)	7
一、一般刑事案件	7
(一) 公正法庭原則	7
(二) 被告上訴權	9
二、死刑案件	9
(一) 公正法庭原則	9
(二) 被告上訴權	11
肆、回應可能反面論點	12
一、刑事訴訟法第 18 條第 2 款?	12
二、正當理由：資源受限、統一見解?	13
三、聯合國標準未要求?	14
四、歐洲人權法院法理未要求?	14
(一) ECtHR 法理價值	15
(二) 審查密度	15
(三) 判例情形	16

1. 本聯盟自 2009 年我國通過《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》以來，透過人權倡議、監督、研究與教育，長期致力推動聯合國核心人權公約於我國在地落實與深化。本於上述組織宗旨，撰此意見書以國際人權角度探究分析此次釋憲爭點，供貴法庭參考。

壹、公平審判權 (Right to Fair Trial)

2. 與本案爭點最密切相關之基本權利為《公民與政治權利國際公約》(以下簡稱《公政公約》)第 14 條所保障之「公平審判權」(Right to Fair Trial)。與此相關之國際公約及法律文件，國家人權委員會已羅列於其意見書中，於此不重複贅述。為「確保適當司法行政」(“ensuring proper administration of justice”)，¹國家有義務尊重、保護，並實現人人公平受審之權利。更精確來說，本案涉及刑事訴訟之公平受審權，與民事不同，除須確保兩造雙方程序平等外，更有**防免國家公權力的濫用**之重大意涵。²然《公政公約》或其他區域性條約，皆未明確定義「公平審判權」。察其緣由，「公平審判權」為一項由眾多複雜標準組成之概括性權利，具有「開放性」特質(“open-ended residual quality”)。³除上開國際人權規範中明定之具體標準外，部分難以定義的特質之加總，仍可能使一判決失去公正性。⁴話雖如此，現存各國際標準下之「公平審判權」大致包含四面向：**獨立且公正的法庭、被告行使抗辯的權利、公開的審理過程**，以及其他重要基本原則。⁵與本案最相關的為前二者，以下說明。

一、「獨立且公正的法庭」(“independent and impartial tribunal”)

3. 為確保審判公正性，《公政公約》第 14 條第 1 項及《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項皆明定法庭必須「獨立且公正」。此項要求被視為公平審判權的根基——一個不獨立或不公正的法庭所做出的判決勢必違反公平審判權，無論其他面向要求是否被滿足。⁶國家人權委員會意見書雖於前段提及《公政公約》及第 32 號一般性意見，然後段側重於歐洲人權法院 (ECtHR) 於《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項下發展之判例及法理。有鑒於《公政公約》於《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 2 條下於我國國內具法律效力，本意見書欲以聯合國人權高專辦、人權委員會詮釋稍作補充，供貴庭參酌。

¹ UNHRC, *General Comment No. 13: Article 14 (Administration of Justice), Equality before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court Established by Law*, 1 (1984), <https://www.refworld.org/docid/453883f90.html> (last visited Oct 15, 2022).

² David Harris, *Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right*, 16 INT. COMP. LAW Q. 352, 12 (1967).

³ DAVID JOHN HARRIS ET AL., HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK: LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 202 (2014).

⁴ *Id.* at 203.; Nielsen" Case, [1961] Y.B. EUR. CONV. ON HUMAN RIGHTS 490 (case before Committee of Ministers of the Council of Europe), at 548.

⁵ Harris, *supra* note 2.

⁶ STEFAN TRECHSEL & SARAH J. SUMMERS, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS 46–47 (2005).

4. 聯合國人權委員會於第 32 號一般性意見書中強調，「獨立且公正法庭」為**絕對權利**（“**absolute right**”），不容例外空間。⁷「獨立性」及「公正性」雖密切相關，兩者各有其特定意義及要求。「獨立性」體現傳統權利分立之憲法價值，意味著個體法官及整體司法機構之於政府其他部門之地位或關係，須以客觀條件保障。⁸法庭之「獨立性」為其得以「公正」審判之前題 – 一名獨立的法官可能在個案中有失公正，但一名不獨立的法官無法做出公正的判決。⁹
5. 法庭「公正性」反映普世公認的基本原則，要求法官必須「不得對其面前事項抱有成見，也不得以有利於其中一方利益的方式行事」。¹⁰與其相關之法理發展至今，國際間標準雖名義上略有差異，本質上已趨近一致。聯合國人權事務委員會與 ECtHR 雖以不同文字稱之，實質上皆認為「公正法庭」有兩面向要求：法官不僅須主觀上公正（subjective impartiality / no actual bias），客觀上更必須顯的公正（objective impartiality / no apparent bias）。¹¹由此兩面向可見，公平審判權不僅有保障當事被告免受國家不當行使公權力的目的，更有維繫國民對各國司法體系信任的重要價值。「正義不僅應當被伸張，應明顯、毫無疑問地讓公眾看到正義得到伸張」（“justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”）¹²因此，在決定法庭公正性是否應受合理懷疑時，當事被告的觀點固然重要，但並不是決定性的。至關重要的，還有該法庭所處社會中知情「理性觀察者」（“reasonable observer”）之觀點。倘若其認定特定情形具客觀不公正性，且當事法官無法提供足夠保障加以排除，則其須迴避，以保民主社會中人民對於司法制度的信心。¹³

二、被告上訴的權利 (Right to Appeal)

6. 或受憲法第 80 條影響，國家人權委員會於其意見書中僅論及公平審判權中「公正法庭」原則。然《公政公約》第 14 條第 5 項保障「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰」，與本案密切相關，故本意見書就以下說明補充，供貴法庭參酌。
7. 除《公政公約》，刑事訴訟中遭判定有罪之被告之上訴權在各區域性人權條約中皆受到保障。¹⁴《歐洲人權公約》本文制定時並未包含上開權利，其後於第 7 號議定書第 2 條將其納入，但受各

⁷ UN Human Rights Committee, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 19 (2007), <https://digitallibrary.un.org/record/606075> (last visited Oct 2, 2022).

⁸ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *HUMAN RIGHTS IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE: A MANUAL ON HUMAN RIGHTS FOR JUDGES, PROSECUTORS AND LAWYERS* 119 (2003); UN Human Rights Committee, *supra* note 7 at 19.

⁹ UNODC, *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, 43 (2007).

¹⁰ UN Human Rights Committee, *supra* note 7 at 21.

¹¹ *Id.*; European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights - Right to a Fair Trial (Criminal Limb)*, 106 (2022).

¹² TRECHSEL AND SUMMERS, *supra* note 6 at 63 quoting *R. v. Sussex Justices, ex parte McCarthy* [1924]1 KB 256 at 259.

¹³ UNODC, *supra* note 9 at 53.

¹⁴ American Convention on Human Rights (1978), Article 8(2)(h); Africa Charter on Human and People's Rights (1987) Article 7(1)(a).

國制度差異限制，其內涵較其他國際人權規範狹隘。¹⁵ 保障刑事被告上訴權之目的除確保國家施以刑事處罰之正當性外，尚有敦促下級法庭公正審理、闡明判決理由之用，更是行使《公政公約》第 2 條第 3 項 (a) 所保障之有效救濟權所必須之重要前題。¹⁶

8. 就其內涵而言，聯合國人權委員會於第 32 號意見書中強調，條文中「依法覆判」(“according to law”)並不代表各國可任意訂定內國法。各國須立法提供被告上訴之權利，然其具體實踐細節則可自行裁量。另，此權利並不要求各締約國必須提供多級審理法庭。然若內國法確有提供，則須確保被告得有效近用各審級上訴。另外，上訴審雖不必然須重新審理案件(“a full retrial or hearing:”)，但必須提供包含法律及事實層面之「完整的審查」(“full review”)。¹⁷

貳、爭點一：非常上訴

9. 如林鈺雄教授及李榮耕教授所述，爭點一情形下當事法官將「審理自己的判決有無違誤」，顯違「公正法庭」之基本原則，應宣告違憲。就被告上訴權部分，以下兩點回應他份意見書提及部分內容及觀點：

- a. 何賴傑教授認為被告於非常上訴中獲得有利判決僅為「間接利益」，且「非常上訴制度，作為統一法令解釋之非常救濟手段，是否屬於公平審判及訴訟權保障之效力範圍，亦非無疑... 肯認法官迴避... 不具正當合理性。」¹⁸ 與其相似地，司法院也認定其非「上訴之延續」，不須要求重複審理同案之法官迴避。然上述觀點，難與舉世公認基本人權「公平審判權」之理論基礎相調和。如前文所述，保障刑事訴訟中被告之公平審判權，為避免國家濫用處罰權重要的一環。「公正法庭」作為公平審判之根基，除保障被告利益外，更有維繫國民對司法體系信任之價值。現行制度下，只有檢方可以提起非常上訴，而且不受次數、時間限制，甚至可於被告服刑完畢後再提起；然被告不僅不得向法院提起非常上訴，亦不得以言詞為自己辯護。上述情形下，更應確保被告於審判程序中之公平審判權。以被告權益作為代價得來之「統一法律見解」，豈為我國國人所欲於司法體系中所見？即使判決效力原則上不及於被告，被告仍為審判程序當事人、受判決之主體，因此仍須確保被告權益。從《公政公約》第 14 條角度而言，聯合國人權委員會於第 32 號一般性意見解釋「法庭」(“tribunal”)為「無論其名稱為何，一個依法設立，獨立於行政、立法部門或在個案中以司法性質程序獨立裁決法律事項之機構」。若我國審理非常上訴之最高法院符合上述定義，即須遵守「公正法庭」原則，不因其為「非常救濟」手段就有所區別。最後，本意見書同意李榮耕教授於其意見書所述，為確保被告完整享有上訴權益，實應肯認被告提起非常上訴之權利。現行僅允許被告

¹⁵ TRECHSEL AND SUMMERS, *supra* note 6 at 368.

¹⁶ *Id.* at 362–363.

¹⁷ UN Human Rights Committee, *supra* note 7 at 45–49; UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *supra* note 8 at 305–306.

¹⁸ 何賴傑，刑事訴訟之法官迴避制度專家諮詢意見書，第 11 頁。

就事實錯誤提出非常救濟之制度，可能違反第 14 條第 5 項所要求包含事實及法律之「完整審查」(“full review”)，¹⁹應儘速修正。

- b. 司法院於其意見書中引述美國律師協會之「刑事司法準則」(Standards for Criminal Justice) 其中有關定罪後救濟途徑之法院分案部分，表示是否由原審法官審理「沒有偏好或不偏好的規則」。然該準則評註指出「這種做法(發回原審法官)有明顯的缺點及風險。從未受先前事件影響的法官尋求判決，無論實質及外觀上，皆有顯著價值。為美國律師協會司法行政部門編寫的一份研究報告指出，律師們在面談對上述作法普遍表示不滿。」²⁰可見，美國律師協會並非為定罪後救濟發回原審之作法背書，準則之說法應視為對實務情況之陳述，不宜過度詮釋。

參、爭點二、三：更審 / 終審法官重複 (連身條款)

一、一般刑事案件

(一) 公正法庭原則

10. 如林鈺雄教授、李榮耕教授等人於其意見書中所述，爭點二、三與爭點一情況不同，並未違反舉世公認「無人得自斷其案」(no man may be a judge in his own case) 之基本原則。²¹然作為「公正法庭」最基本的要求，不違背該原則並不代表審判即符合現行國際標準下之其他要求。

主觀公正性

11. 隨「隧道視野」相關研究發展，對爭點二、三情形中當事法官得完全屏除其前見之能力日漸受到質疑。然探討其發生可能性及影響程度非本意見書目的，故在此僅對司法院陳述意見書(四)，寫道「然而，經手處理相同案件或爭點，不代表必然會形成隧道視野或無法防止隧道視野發生... 因此，單單以法官審理相同案件或爭點，尚不足以推論其無法公平中立... 等同於指控法官違背誓言及違反法官倫理規範。」，提出以下四點回覆：

¹⁹ UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *supra* note 8 at 305–306.

²⁰ 「聯邦人身保護令的價值之一就是在未受原審干擾情況下審理憲法問題。此外，定罪後救濟過程實際上可能使原審法官喪失資格。法官可能因知道與定罪後索賠有關但未記錄的事實，故被傳喚為證人」。“On the other hand, there are obvious disadvantages and risks in such a practice. There is value in seeking determination from a mind not predisposed by prior incidents, and a significant related value that the arbiter appear not to be predisposed. A study prepared for the ABA Section of Judicial Administration reported, from interviews with attorneys, wide-spread dissatisfaction with the practice of assigning the postconviction petition to the judge who heard the original trial. One of the values of federal habeas corpus jurisdiction for state prisoners is that it makes it possible to consider the constitutional issues presented uncomplicated by the residue of the original trials. Moreover, the course of a postconviction proceeding may actually disqualify the judge in earlier proceedings, who may have knowledge of facts not of record and pertinent to the postconviction claim, and who therefore may be called as a witness.”: II AMERICAN BAR ASSOCIATION, STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE 22–1.4 (2 ed. 1980).

²¹ Harris, *supra* note 2 at 355–356.; UNODC, *supra* note 9 at 53.

- a. 無論《公政公約》或《歐洲人權公約》對於「公正法庭」的標準皆非為「必然」。當法官無法公正審判的可能性足使「理性觀察者」產生客觀上正當懷疑，即視為「客觀不公正」。司法院於其意見書前段（三）中所引用美國判例 *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.* 即指出：「當法官或做決定者確有偏見的可能高到憲法上難以忍受」的程度時，²² 即違反「公正法庭」原則，非僅限於「必然有偏見」時。
- b. 「隧道視野」及「確認偏誤」於本案的相關性，並非僅用以「推論」特定法官主觀上確實有偏見（actual bias）。更重要的是，如此風險對客觀觀感的影響——理性觀察者是否將因此對法官重複審理同一案件時公正審判的能力產生正當質疑？若是，則可能有客觀不公正之虞。
- c. 論者指出「隧道視野」或「確認偏誤」之可能，非為指控法官違反倫理規範。事實上，「隧道視野」之所以發生正因當事人無法自行察覺所受的限制。司法院意見書中對相關學者之指控，略顯不公。
- d. 此次憲法訴訟合併處理數個具有不同性質之申請案。本意見書主張大法官對於牽涉死刑判決之案件，應採取較高標準。固然經手前審之法官再次審查「不代表必然會形成隧道視野或無法防止隧道視野發生」，然此「有可能但不當然」之標準不足以回應刑事判決應「超越合理懷疑」之嚴謹要求。法官對證據證明之要求採此嚴格標準，卻對自身「仍可能受前審觀點影響」採寬鬆標準；如此「律人以嚴，待己以寬」不符合社會對法官公正性之期待。

客觀公正性

12. 國際間大多數的判例及法理聚焦於客觀公正性上。原因之一是個案被告難以取得足以推翻法官公正性假設的證據，因此鮮少挑戰特定法官的主觀公正性。²³ 第二，如上文所述，確保法庭之客觀公正性對維繫民主國家中國民對司法體系的信心有重要的價值。
13. 就客觀公正性而言，本案中最關鍵的問題是－台灣社會中「一位合理、公正和知情的人，實際地看待這個問題並仔細考慮後，會得出什麼結論？他是否會認為相較於作出公正決定，法官有意或無意地作出不公正決定的可能性較高（more likely than not）？」²⁴。
14. 針對上述問題，幾分意見書援引他國實務案例以比較法角度分析。簡而言之，無論是美國聯邦最高法院²⁵或 ECtHR，²⁶ 皆不認為單就「法官曾參與或涉入同案件審理前程序或曾審理相關案件」一事實，即可認定其必有客觀不公正之嫌，必須依個案情形檢視該法官審前言行舉措等，是否足使人對其公正性產生正當懷疑。然，參考各國法理判例時，仍須留意辨別判例情形與本案爭點異同以及更審於我國司法實務用習之特殊性，不宜直接套用。（見本意見書第 42 段）

²² *Caperton v. A. T. Massey Coal Co.*, 556 U.S. 868 (2009), 2257.

²³ European Court of Human Rights, *supra* note 11 at 110.

²⁴ UNODC, *supra* note 9 at 81.

²⁵ *Liteky v. United States*, 510 US 540 (1994).

²⁶ European Court of Human Rights, *supra* note 11 at 124–137.

- 15.如司法院意見書段(五)中所述，一國司法體系的運行大幅維繫於國民對司法一定程度的信任上，相信法官具有不受私慾或己見左右，依法審判的能力。否則，刑事程序中，證據能力也須由不同法官認定才是。也因此，各國法理大多不願概括認定法官重複審理個案即無法保持公正。²⁷
- 16.回到本案爭點而言，若我國社會中「理性觀察者」確對司法體系抱有基本程度信任，則即使明白「隧道視野」等情形之發生可能，或仍願相信更審時，法官多數時候能屏除前見，依上級審法律解釋重為判決(爭點二)；終審法官多數時候能不受前次上訴影響，依法檢視更審判決(爭點三)。然而，能否屏除前見，並非全然主觀意願所能決定。法官就如一般人，受到意識無法掌握之心理因素影響。因此，法官「不受前見影響」的假設，是個實證問題，不僅有賴推論或學說，亦有待實證資料加以驗證。本意見書主張，大法官應聽取訴訟當事人及代理人之經驗，以判決過程及判決結果來證成法官之公正性。

(二) 被告上訴權

- 17.若爭點二、三情形如上所述未違反「公正法庭」原則，似也與被告有效上訴權不相違。如若不然，則上訴權亦受減損。

二、死刑案件

- 18.本案爭點提問方式並未區分不同類型之刑事訴訟案件，故有上段回應。然將所有刑事案件視為一體、概括而論的做法，似略顯粗糙。有鑒於本案涉及數十起死刑案件，以下分析爭點二、三情形於死刑案件中與被告「公平審判」權之相符性，供貴庭參酌。

(一) 公正法庭原則

主觀公正性

- 19.如上段所述，欲證實特定法官確有主觀偏見著實不易。若指稱所有重複審理死刑案件的法官皆有主觀不公之嫌，也略顯不公。然死刑案件之特殊性無可否認，以下試提出「隧道視野」於死刑案件中對法官主觀公正性之可能影響。
- 20.我國司法體系近年就死刑量刑判決手法日趨細緻。除須考慮各種可能減輕事由、第57條下各量刑因子外，更須檢視其與我國各聯合國核心公約施行法之相符性、進行跨領域量刑前社會調查，必要時進行社會心理障礙鑑定等。全面衡量後，方能作出判決。可想見，宣判被告死刑即使對經歷豐富的法官來說仍非易事。若本於對我國司法體系的信任，理應相信每一個死刑判決皆是法官深思熟慮、全盤考量後才作出。然從另一面來說，法官愈是曾經深思熟慮，也愈可能受到「確認

²⁷「法官在申訴人刑事訴訟中兩次以同樣身份開庭是最高上訴審查制度的一環，單憑此並不使人懷疑其公正性。」(“The fact that the judges sat twice in the same capacity in the criminal proceedings against the applicant was an integral part of the system of cassation review and did not as such cast doubts on their impartiality”: *Thomann v. Switzerland*, 45 (1996), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57996> (last visited Oct 14, 2022).

偏誤」、「隧道視野」的影響，而於後續重複審理時，潛意識地忽略或輕視與自己事實認定相矛盾之證據，過度重視相符者，以確保先前「深思熟慮」下的決策是正確無誤的。

21. 須再次強調的是，指出法官受「確認偏誤」、「隧道視野」影響之可能，並非為指控法官違反職業倫理，而是肯認法官作為人類在心理、生理上的限制。美國聯邦最高法院於 *Caperton* 案中，即已將「對心理傾向和人類弱點現實的評估」作為衡量法庭公正性時須考量的因素。²⁸ 該國第一巡迴法院更曾直白地指出「要一個已做出決定的法官重新決定被告量刑是很困難的。」²⁹
22. 歐洲人權委員會前任主席 Stefan Trechsel 曾言，「人要做到完全沒有偏見是幾乎不可能的。我們大多時候看不見自己隱藏的傾向 (“tendencies”)。尤其，律師們傾向大幅高估自己的客觀性。實際上，一個認知到自己有偏見且能足夠的自我批評及控制的法官，將會比一個完全無法看見自己傾向 (“predisposition”) 的法官來的中立。」³⁰
23. 「隧道視野」發生於死刑案件的可能，除影響法官主觀公正性外，更重要的是此風險對客觀觀感上的影響。雖然「公正法庭」原則區分主、客觀的法理已然成為國際間共識，但兩者間的界限本非清楚劃分。影響主觀公正性的因素，極有可能同時對客觀公正性造成影響。³¹

客觀公正性

24. 一名相信我國法官大部分時候即使重複審理同案仍能屏除前見、公正審判的「理性觀察者」，必定在死刑案件中抱持同等信念嗎？暫且不論死刑案件中「隧道視野」風險可能的提升，本於對生命的尊重，「理性觀察者」衡量法庭公正性時，比起一般刑事案件，或對死刑案件施以更高的檢視標準。
25. 討論客觀公正性時，前文不將死刑案件此等特殊情形與其他一般刑事案件分開的做法，似乎預設國人無論在何種情況下，都將對我國司法有著絕對的信任，且對死刑案件涉及的生命權毫無掛念。倘若貴法庭相信國人對司法信念並非如此盲目、對生命權抱持一定程度的尊重，則不應輕視死刑案件中，爭點二、三情形客觀公正性與一般刑事案件有所不同之可能。
26. 接受「理性觀察者」在死刑案件中或有更高的標準，不代表其必定認為爭點二、三的情形有違「公正法庭」原則。《聯合國班加羅司法行為準則》評註指出，「理性觀察者」必須知情，也就是對何謂「公正」需有一定程度理解。³² 「公正法庭」原則並未禁止法官持有幾已見，而是禁止其持有定見，未保持開放態度。³³ 在全盤考量「隧道視野」發生可能、「公正法庭」原則要求、國內對於死刑議題的探討及對被告生命的尊重後，「理性觀察者」是否會認為一名曾經判處被告

²⁸ “A realistic appraisal of psychological tendencies and human weakness”: *Caperton v. A. T. Massey Coal Co.*, 556 U.S. 868 (2009), *supra* note 22 at 2256, 2263.

²⁹ “It is difficult for a judge, having once made up his mind, to resentence a defendant.”: *Mawson v. United States*, 463 F.2d 29, 31 (1st Cir. 1972) (per curiam).

³⁰ TRECHSEL AND SUMMERS, *supra* note 6 at 62.

³¹ European Court of Human Rights, *supra* note 11 at 107.

³² UNODC, *supra* note 9 at 77.

³³ *Id.* at 60.; “Proof that a judge’s mind is a tabula rasa (blank slate) would be evidence of a lack of qualification, not lack of bias”: *Laird v. Tatum*, USSC (1972) 409 US 824.

死刑的法官，在下次審理相同案件時（無論是更審或終審），能屏除前見，依法、依事實作出判決？他是否仍相信法官對被告的罪責性持有開放的態度？於此，本意見書實與林鈺雄教授看法一致——「**被告或公眾對於法官是否故著於先前裁判見解，可能有所擔憂**」³⁴。若是如此，則代表於死刑案件中，爭點二、三情形將與「公平審判權」下要求的法庭客觀公正性相違，應宣告違憲。

美國實務作法

27. 本意見書之所以認為死刑案件應與一般刑事案件分開討論，亦可見於司法院意見書註腳 1 2 所援引文獻。如司法院意見書（七）所述，美國地區法院大部分未特別規定上級審發回案件該如何重新分發，而實務上多發回原審法官。然該文獻意旨並非「發回案件應回到原審法官」。反之，該學者強調的是，由巡迴法院使用「重新分發」（“reassignment”）模式可見，司法體制中普遍存在「相信法官可排除特定資訊及前見」的假設，在部分特定類型案件中不為上級法院所採信。「下級法官無法屏除前見」正是巡迴法院重新分發案件時，時常引用的理由。³⁵
28. 該學者指出，傳統上劃分法官能力所及、所不及之方式或許過度粗糙。問題不應是「法官是否有能力在重複審理相同案件時維持公正性」，而是「我們應該期望法官能夠排除**什麼樣的證據、擱置什麼樣的前見或認定**？」³⁶
29. 細察被重新分發的案件，該學者發現當案件為「**量刑、重新審理、多次駁回**」發回時，特別容易被重新分發。³⁷ 甚有地區法院立法規定因量刑發回更審的案件，原則上須重新分發。而本案中的死刑案件，不正是有關量刑、發回多次的案件嗎？死刑案件中，法官身上背負的不僅是決定一個人被剝奪自由時間的長短，而是一個人被剝奪生命與否的重責大任。作成此決定的過程牽涉對過去的事實認定、對未來的欲測、以及道德判斷之間錯綜複雜的交互作用——這些特性，使量刑成為一個即使同為受過專業訓練的法官，也擔心同儕將無法屏除前見、重新做出決定的領域。透過重新分發，美國巡迴法院意圖防止此等案件中，在原審法官未迴避的情況下，被告受公平審判的權利可能遭受的損害。若連同為法律人的上級審法官都對原審法官重複審理時的公正性存疑，未受過專業訓練的大眾是否更容易產生疑慮？
30. 因此，若此文獻為本案帶來任何比較法上的啟示，應為——美國聯邦法院在「相信法官具有屏除前見、依法審判的能力」的大原則下認為同一法官可多次重複審理相同被告案件。³⁸ 但上述原則在**量刑、多次駁回**的案件中**並不適用**，因此巡迴法院透過重新分發以保障被告公平受審的權利。司法院援引本文來支持述大原則，自應同等重視作者於其全面適用性之質疑。

（二）被告上訴權

³⁴ 林鈺雄，形式法官自行迴避事由及更二連身條款之合憲性問題，頁 14。

³⁵ Toby J. Heytens, *Reassignment*, 66 STAN REV 1, 47 (2014).

³⁶ *Id.* at 49.

³⁷ *Id.* at 49–50.

³⁸ *Liteky v. United States*, *supra* note 25.

31. 聯合國人權事務委員會於第 32 號一般性意見中強調，被告上訴權在死刑案件中比起其他一般刑事案件，是更為重要的。³⁹ 針對尚未廢除死刑的國家，聯合國經濟社會文化委員會於 1984 年通過之《保護面臨死刑者權利的保障措施》（“Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty”）除於第 5 條重申死刑判決須符合《公政公約》第 14 條標準外，特於第 6 條再次強調被判處死刑者上訴的權利。⁴⁰ 為確保上訴有效性，除須提供足夠時間準備外，更須確保上訴程序之完整。⁴¹ 由此可見，死刑案件中被告有效上訴的權利，受到聯合國高度的重視。我國雖非聯合國會員國，政府透過公約施行法、國際審查，積極展示出符合其人權標準之決心與能力。本次釋憲案著實為我國司法體系向國際展現其堅守國際人權普世價值之契機。
32. 如前段所述，締約國得自行立法規範上訴程序施行方式，甚至不強制要求多級審理。然我國司法體系保障「審級利益」早已確立，幾份意見書也不乏探討。既然如此，則須確保每級審判皆提供有效上訴。而上訴是否「有效」，理應受上級審法庭「公正性」影響。爭點二、三情形中，重複審理同案之法官是否能在多次審理同案件後，仍能超越「隧道視野」、「認知障礙」等人類心理上之侷限，於每次審判過程皆能屏除前見、依客觀事實及法律做出決定？若貴法庭認為法官具如此能力，爭點二、三情形方能稱作「有效」上訴。若否，則爭點二、三情形與被告之有效上訴權相違。

肆、回應可能反面論點

一、刑事訴訟法第 18 條第 2 款？

33. 林鈺雄教授在其意見書中多次強調，爭點二、三情形中，即使刑事訴訟法第 18 條第 1 款不要求法官主動迴避，被告當事人仍可以第 18 條第 2 款聲請其迴避。針對上述論理，提出以下幾點回應：
- a. 首先，「公正法庭」原則除保障被告權益外，更有維繫國民對我國司法體系信任的重大民主價值。刑事案件中當事人大多資源受限，被告未提出迴避聲請不代表法庭公正性客觀上毫無疑慮。在此情況下做出的死刑判決，或對國民之於司法體系觀感產生負面影響。甚且，基於對法庭公正性之疑慮，正是辯護人對於是否提出法官迴避之所以遲疑難決之原因。
 - b. 第二，如前文所述，被告當事人欲證明主觀偏見上之不易已於 ECtHR、加拿大最高法院所認。⁴² 再者，被告欲說服合議庭中其他法官判定其同事有不公正之虞，可想見絕非易事。死刑案件中社會、媒體之注目，更將加劇上述情形。

³⁹ UN Human Rights Committee, *supra* note 7 at 51.

⁴⁰ UN Economic and Social Council, *Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty*, 5, 6 (1984).

⁴¹ UN Economic and Social Council, *Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty*, 5 (1996).

⁴² UNODC, *supra* note 9 at 54–55.

- c. 第三，若被告於更審聲請迴避遭駁回，抗告至上訴法院，上訴法院合議庭該如何自處？若認為抗告有理由，豈非形同公開打臉下級審合議庭及當事法官？此種人際關係上的成本，或使上級法院產生遲疑。因此，第 18 條第 2 款是否能實際上達到保障被告權益的目的，令人存疑。
- d. 此種個案中事後迴避的作法，迫使上級法官在保障被告權益與保留法官顏面間做出選擇。為解決美國巡迴法院重新分發引發下級法官反彈的現象，學者建議應事前選定特定類型案件，以重新分發為原則訂定規範，而非仰賴個案中上級審法庭。⁴³ 雖然重新分發 (reassignment) 與迴避制度 (recusal) 不同，但兩者在本質及立意上相通。⁴⁴ 採用事前制定原則性規範而非事後個案處理的作法，一方面能確保被告不因資源受限犧牲公平受審的權利，一方面避免事後迴避可能對國民觀感帶來之負面影響 (如上下層級法官間可能的公開衝突、因某法官遭「撤換」對包含當事法官在內的全體司法人員產生疑慮)。

二、正當理由：資源受限、統一見解？

34. 司法院於其意見書中，多次援引「司法資源受限」、「終審法院統一法律見解功能」作為法官得重複審理同案、無需迴避之理由，並強調立法者享有裁量空間。林鈺雄教授同樣認為爭點二、三情形下是否須要求法官迴避，屬政策選擇而非違憲問題，立法者可權衡「司法資源分配、法官員額有限」等因素，自為決定。針對上述論點，以下四點回應：

- a. 若本案所涉及的是如受教權、工作權，甚或言論自由、集會權，上數論點或有站得住腳的空間。前者為《經濟社會文化權利國際公約》所保障權利，而該公約下之國家義務，除須立即實現之「核心義務」(“core obligations”)外，本屬「逐漸實現」之範疇。後者雖為公民政治權，然兩者皆為「可依法限制的權利」(“qualified rights”)，立法者可基於各條文所羅列之特定理由，依法限制個人行使權力的範圍。⁴⁵ 然本案所涉及的「公平審判權」是「絕對權利」(“absolute right”)，並無合法限制空間。⁴⁶ 且，聯合國人權事務委員會、經濟社會文化委員會多次強調，尚未停止執行死刑之各國政府須確保每一件死刑案件中被告「公平審判權」受到完整保障——法庭必須公正、且被告須能近用有效上訴途徑尋求救濟。⁴⁷ 換句話說，若貴庭認為死刑案件於更審、終審重複由相同法官受理，將使社會中「理性觀察者」產生正當不公正的疑慮，則應判定其違反受《公政公約》第 14 條所保障之公平審判權及我國憲法第 80 條。不應以「司法資源受限」或「統一法律見解」等其他理由，限制國人、被告

⁴³ Heytens, *supra* note 35 at 53.

⁴⁴ *Id.* at 42.

⁴⁵ 見《公政公約》第 19 條第 3 項、第 21 條。

⁴⁶ UN Human Rights Committee, *supra* note 7 at 19.; ILIAS BANTEKAS & LUTZ OETTE, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND PRACTICE 2.3.2 (2013).

⁴⁷ 見本意見書第 3.2.2 段。

於公正法庭公平受審的權利。再者，法律見解之所以能統一，不就是預設了重複審理的法庭將做出相同判決結果？或許司法院並不預期法官們更改其判決，以免有害於「統一見解」？

- b. 再且，司法院意見書強調終審法院統一法律見解功能之餘，對其於刑事訴訟中作為防免國家公權力濫用最後一道守門人的重要角色，卻隻字未提。法律之安定性固然重要，然若以統合見解為由犧牲受其影響最劇之被告權益，似有捨本逐末、輕重倒置之嫌。
- c. 另，意見書僅見「法官員額有限」之詞，未見相關資料說明。我國最高法院設有多庭，組織結構上與英美等國不同。若於死刑案件中廢除連身條款適用，是否真將造成無人可審之情形，似有待證實。且「相同法官審理得加速審理、節省司法資源」之說，似乎已預設法官依據先前見解進行審理，從而節省作出判決所需時間？以此作為判定爭點未違憲理由，或有倒果為因之嫌。倘若貴庭判定爭點情形有主客觀不公正之虞，則應本於捍衛人民受憲法保障基本權之職責，判定其違憲。如司法資源確如幾份意見書所述如此受限，立法部門屆時則應修訂相關規範政策，以免資源不足成為危害司法人權之理由。
- d. 另，若如其意見書（八）所述，終審法院所做法律見解具自縛性，何來「如強制規定須由不同法官審理，反而容易造成判決歧異」之說？

三、聯合國標準未要求？

35. 國家人權委員會意見書頁 4 註腳引用《聯合國班加羅司法行為準則》評註第 93 點：「...如所得知訊息係來自同一案件之前案判決，或來自因裁判相同交易的相關當事人的案件，或因當事人之前案為該法官承辦，法官無庸迴避」。觀其文意，似表示本案爭點一到三情形，法官皆不須迴避。針對此註腳，以下兩點回應：

- a. 《聯合國班加羅司法行為準則》如其名所示，記載的是通則，並不一定適用於所有類型案件。有鑒於本案爭點二、三所涉情形鮮見於他國，以及死刑案件之特殊性，不應過度放大解讀此評註。
- b. 察其原文可見，上述中譯版有造成誤解之虞。「同一案件之前案判決」（“prior rulings in the same case”）應非指該法官曾審理同案，而是該法官自該案先前程序判決書中所得到的資訊；「當事人之前案為該法官承辦」（“the party appeared before the judge in a previous case”）應非指同案前原級審，而是同被告先前不同的案件。

四、歐洲人權法院法理未要求？

36. ECtHR 針對《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項作出的諸多判例，在幾份意見書中多次被引用。國家人權委員會於其意見書中也詳述 ECtHR 在「公正法院」原則之相關法理，在此不贅述。如其

所言，ECtHR 表明「法院公正原則並不要求更審必定不能由原審法官承接」。⁴⁸ 針對 ECtHR 法理於本案之相關性，以下三點回應：

（一）ECtHR 法理價值

37. 首先，ECtHR 作為歐盟區域性法院，其判例固然是國際人權法法理發展重要來源，對本文中「公正法庭」原則的理解與適用也深具啟發性，但引用《歐洲人權公約》以及歐洲人權法院之判決，需注意與我國狀況之差異。易言之，歐洲理事會諸國皆已廢除死刑，吾人自無法由案例得知，「面臨死刑案件時，ECtHR 是否會做出與他案相同決定」。然從歐洲理事會對死刑之態度應可推論，ECtHR 遇國家剝奪人民生命之判決，必然採取更嚴謹之標準。
38. 再者，ECtHR 在「法官涉入同案件先前程序是否將使其喪失客觀公正性」之法理看似統一，實際上或未如表面所見如此明確。歐洲人權委員會前任主席 Treschsel 曾直言，針對上述問題，即使 ECtHR 作出的判決結果可令人信服，**論理過程令人質疑**。且，判決結果多取決於個案特定情況，難以從中得出可廣泛適用的原則。⁴⁹

（二）審查密度

39. 就**審查密度**而言，考量 ECtHR 本質及援引案件涉及內容皆與本案有顯著差異，貴庭應採更嚴格之審查密度，不應受其影響、反降低我國憲法審查標準：
- a. **法院本質**：ECtHR 作為區域性法院，在保障個人權利的同時，仍須尊重各國主權並考量國情、文化、制度差異，因而發展出「國家裁量餘地原則」(margin of appreciation)，在一定範圍內，留給締約國自由裁量的空間。在上訴程序方面，有鑒於歐洲內部多種不同的上訴形式，各國享有「寬廣的國家裁量餘地」(“a wide margin of appreciation”)。⁵⁰ 參考 ECtHR 判例時，應將此點納入考量。
 - b. **案件內容**：《歐洲人權公約》第 13 號議定書及《歐洲聯盟基本權利憲章》(Charter of Fundamental Rights of the European Union) 第 2 條全面禁止死刑。目前，歐洲國家中僅有白俄羅斯仍執行死刑。⁵¹ 因此，ECtHR 有關「公正法庭」原則的判例中，並無涉及死刑、可直接與本案相比者。與更審情形(爭點二)較相似的 *Diennet v. France* 涉及醫療不當行為懲戒**行政程序**，並非由國家剝奪人民生命，將之與攸關被告生命權的死刑案件等同視

⁴⁸ European Court of Human Rights, *supra* note 11 at 136.

⁴⁹ TRECHSEL AND SUMMERS, *supra* note 6 at 78.; Martha Ingrid Veldt, *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter*, 131 (1997). 如 *De Haan v. Netherlands* 案中，ECtHR 判定案其與 *Oberschlick v. Austria* 案較相似，而非 *Thomann v. Switzerland*。但學者指出，*De Haan* 及 *Thomann* 中第二次審查標的皆為在簡化程序下作出的前判決，ECtHR 區分兩者的理由無法令人信服。

⁵⁰ TRECHSEL AND SUMMERS, *supra* note 6 at 366.

⁵¹ Belarus: last country in Europe to carry out the death penalty, International Federation for Human Rights, <https://www.fidh.org/en/region/europe-central-asia/belarus/belarus-last-country-in-europe-to-carry-out-the-death-penalty> (last visited Oct 17, 2022).

之，似有失當。而與爭點三情形較相似的 *Teslya v. Ukraine* 雖為刑事殺人案，⁵²自當事人首度遭起訴至最終判決定讞間，烏克蘭憲法法庭宣告**死刑違憲**。因此，有別於本案所涉數十起死刑案件，ECtHR 於 *Teslya* 案中無需將《歐洲人權公約》第 2 條生命權納入考量。

40. 當死刑案件出現「公平審判權」之爭，聯合國人權委員會指出「嚴格謹慎地確保公平審判權之全面保障」是至關重要的。若審判違反第 14 條標準，其作成之死刑判決不僅違反第 14 條，更違反該公約第 6 條所保障之生命權。⁵³
41. 有鑑於本案涉及之數十幾死刑案件，貴庭應採較 ECtHR 更為嚴格之審查密度，切勿反而降低原有標準，以表我國對於死刑實施之謹慎及對生命權之尊重。此舉也將與歐盟長期以來呼籲我國廢除死刑之立場相合。⁵⁴

(三) 判例情形

42. ECtHR 判例與本文中死刑案件區隔，除涉及死刑與否外，尚有一點須留意。各意見書援引判例雖大致屬「法官於審理前，曾參與或涉入同案件相關程序」情形，實際上與本案仍有區別。如，*Meng v. Germany* 及 *Ferrantelli and Santagello v. Italy* 案中，當事法官並未重複審理同案，而是曾於先前就相同犯罪事實，於**他案**中判定另一人有罪；*Thomann v. Switzerland* 則涉及被告缺席審判，與爭點二、三情形截然不同。本案所涉多起死刑案件反覆來回於上下級法院之間，更審次數最多達 11 次。上開情形與 ECtHR 處理「下級審法官重複」的判例（如 *Diennet v. France*）仍有顯著差異。
43. 由此可見，即使保障被告「公平審判權」為普世價值，「公正法庭」、「有效上訴」如何實踐，仍大幅受各國國內司法制度差異影響。各國判例雖有參考價值，但仍應細究案件本質，而不宜視為原則直接套用。

⁵² 但本文中烏克蘭內國法並未如我國連身條款之相似法規。

⁵³ UN Human Rights Committee, *supra* note 7 at 59.

⁵⁴ 本月（2022 年 10 月）月初甫落幕的第 5 屆台灣歐盟人權諮商中，歐盟重申其立場，再次呼籲我國致力廢除死刑。