

法官聲請釋憲的三個不受理案例

張淵森*

壹、前言

法官聲請釋憲係司法院大法官審理案件法及憲法訴訟法均有之制度，筆者擔任地方法院法官10年期間曾聲請數件釋憲案，有幾件經大法官作成解釋或判決，如釋字第777號肇事逃逸罪、釋字第791號通姦罪、釋字第799號性侵犯強制治療及111年憲判字第18號強制工作，另有幾件經大法官為不受理。經作成解釋部分已有相關憲法解釋或判決之結論，不另贅述，於此文僅介紹筆者所聲請之數件經不受理之聲請案。另應先予說明的是，筆者下列部分的釋憲聲請，均有於聲請釋憲之裁定中公開釋憲聲請書，均屬公開資訊，部分內容則為背景說明、後續發展或個人心得，並未揭露任何於擔任法官期間應保守之秘密。

貳、閱卷權案

一、案件背景

105年間，筆者辦理一件刑事毀損案件（雲林地院105年度易字第207號），被告未選任辯護人，被告於開庭時請求取得全卷（包含筆錄及卷內照片）之影本。當時之刑事訴訟

法第33條第2項規定：「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人及第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」並未規定被告本人可以預納費用取得卷內筆錄影本外之資料。

被告得否取得卷內完整資料，攸關其防禦權之有效行使。當時刑事訴訟法第33條第2項限制筆者之權限，而無法准許被告的請求而提供被告卷內筆錄影本以外之資料與被告。筆者認為該條文已侵害被告依憲法第16條保障之訴訟權，應屬違憲，故筆者即於105年7月間裁定停止訴訟程序，聲請釋憲。

二、聲請釋憲之內容

筆者提出的釋憲聲請書中表達之違憲理由簡述如下：

（一）刑事訴訟法於民國96年7月增訂第33條第2項規定：「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之」立法理由謂：「一、第一項未修正。二、在改良式當事人

* 本文作者係執業律師，全國律師聯合會編輯委員會委員

進行主義之訴訟架構下，證據之提出與交互詰問之進行，均由當事人主導，而依現行本法規定，被告有辯護人者，得經由其辯護人閱卷，以利防禦權之行使，被告無辯護人者，既同有行使防禦權之必要，自應適當賦予無辯護人之被告閱錄卷證之權利。惟因被告本身與審判結果有切身利害關係，如逕將全部卷證交由被告任意翻閱，將有必須特別加強卷證保護作為之勞費，其被告在押者，且將增加提解在押被告到法院閱卷所生戒護人力之沈重負擔，為保障無辯護人之被告防禦權，並兼顧司法資源之有效運用，爰增訂第二項前段，明定無辯護人之被告得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。至筆錄以外之文書等證物，仍應經由法官於審判中依法定調查證據方法，使無辯護人之被告得知其內容，俾能充分行使其防禦權，併予敘明。三、又筆錄之內容如與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查、或當事人或第三人之隱私或業務秘密者，為免徒增不必要之閱卷勞費、妨害另案之偵查、或他人之隱私資料或業務秘密，允宜由法院得就前開閱卷範圍及方式為合理之限制，爰增訂第二項但書。」可知立法限制無辯護人之被告接觸卷宗、證物等，目的係為保護卷證及避免提解被告到法院閱卷之勞費。

(二) 現代法治國家之刑事訴訟以控訴制度為架構，被告程序上的主體地位能否

落實，相當程度取決於能否實質、有效行使辯護權利，而資訊地位優劣是辯護有效與否的關鍵，故現代刑事訴訟增強被告聽審權利以彌補資訊落差，一來課予國家機關事先告知被告遭指控的相關資訊的告知義務，二來賦予被告檢閱卷宗、證物並獲悉卷內資訊的權利（即閱卷權），以彌補被告的資訊劣勢，進而與控方（檢察官）立於武器平等，才能達到公平審判的要求。

(三) 被告瞭解「面對何項指控」、「此指控的理由」及「哪些證據存在」後，才能進行有效的辯護及決定攻防的順序。本項規定僅允許無辯護人之被告預納費用請求付與卷內筆錄之影本，惟筆錄之外的證據及證物，被告均無從事先閱覽，則被告如何能發現檢察官的程序是否違法、如何就起訴的論罪法條及事實違誤為有效防禦？縱然是法律專業的法官、檢察官及律師，對於卷宗資料都必需在開庭前耗費許多時間詳細閱讀、蒐集相關資料、準備攻防方向及訴訟指揮。大多數未具法律專業的被告縱然可經由法官於審判中當庭提示或告知而知悉內容，然無從預先準備、蒐集相關資料及與人討論，實無充分的時間準備為自己有效的辯護。

(四) 檢察官立於國家地位進行訴追，能夠得知卷內所有證據，然而無辯護人之被告卻只能取得筆錄影本，控辯雙方顯然處於武器不平等的地位；又自訴

- 人的律師及告訴人律師都可享有全面的閱卷權，被告卻只能取得筆錄影本，亦違反當事人的武器平等原則。
- (五) 憲法第16條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第8條第1項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利，此經司法院釋字第582號解釋在案。被告雖有詰問證人及鑑定人之權利，惟被告未能檢閱筆錄之外的證據，諸如鑑定報告等，如何能有效詰問證人及鑑定人呢？被告未能有效詰問證人及鑑定人，則其訴訟上之防禦權即受有侵害。
- (六) 本項規定限制被告接觸原卷，立法理由表示係為避免「增加提解在押被告到法院閱卷所生戒護人力之沉重負擔」。惟查，並非所有被告均在監在押，立法理由此部分顯以偏概全；又在監在押之被告實際上更有知悉卷內證據而有效為自己辯護之必要，且寄給在監在押之被告卷宗影本，不生戒護人力負擔的問題。
- (七) 本項規定立法理由表示「經由法官於審判中依法定調查證據方法，使無辯護人之被告得知其內容，俾能充分行使其防禦權」。惟法官縱然使無辯護人之被告知悉證據內容，惟被告如何能當庭理解、準備，進而為自己有效辯護？筆者亦質疑有哪一位立法委員能夠以此方式為自己有效實質的辯護？
- (八) 本項規定限制被告接觸原卷，立法理由表示係為避免「加強卷證保護作為之勞費」，暗示係為防止被告毀損或竄改卷宗內的證據。雖被告有可能危害原卷的完整性，惟本項規定立法當時，影印及掃描技術已相當發達，國家機關大可透過科技設備以影本、攝影或光碟之方式讓被告取得卷宗資料，避免被告接觸原卷。
- (九) 近年司法院推動電子卷證，積極將卷宗掃描成電子檔，成效卓越，法院掃描卷宗的能力已相當強大。
- (十) 本項規定侵害被告的閱卷權、詰問權等公平審判之保障，其立法目的已有不當，業如前述，其採取手段亦未採取對被告權利侵害最小的方式（必要性原則），例如以交付影本卷宗與被告，且侵害被告之訴訟權與立法欲達成之目的（保護原卷及減少提解勞費）顯失均衡（狹義比例原則），違反憲法第23條之比例原則。
- (十一) 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（下稱兩公約施行法）於98年12月10日施行，上開兩公約即正式具有國內法的效力；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…」公政公約第32號一般性意見書認為：「在法院和法庭前一律平等的權利還確保訴訟當事人的武器平等。這就意味著，除了根據法律作出的在客觀合理基礎上有理由的區分之外，所有各方都應享有同樣的程序性權利，但這種區分不

得使被告處於不利地或對其造成不公…」公政公約第14條第3項第2款規定，應保障刑事被告「…充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護人聯絡」，就此公政公約第32號一般性意見書認為：「『足夠的便利』必須包括能夠閱覽文件和其他證據；這必須涵蓋檢方計劃在法庭上針對被告提出的全部資料或者可免於刑責的資料。開脫罪責的資料應當不僅包括證明無罪的資料而且包括其他可能有助於答辯的證據（比如，證明自白非出於自願）。在指稱證據是在違反《公約》第七條獲得的情況下，必須提供關於這類證據獲得情況的資料，以評估這一指稱。…」前開一般意見書明白指出刑事被告享有閱卷權的保障，範圍至少包括被告罪責的相關資料，若禁止或不當限縮被告上開權利，將違反公政公約第14條第3項第2款之規定。又公政公約第14條第3項第3款規定，被告得親自答辯或由其選任辯護人答辯，故被告有權不尋求辯護人協助而親自辯護，且為準備辯護之必要享有檢閱卷證的權利，應是公約最低刑事程序保障的確定結論。

三、聲請結果

107年3月9日公布釋字第762號解釋，宣告刑事訴訟法第33條第2項前段規定：「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內

筆錄之影本」，未賦予有辯護人之被告直接獲知卷證資訊之權利，且未賦予被告得請求付與卷內筆錄以外之卷宗及證物影本之權利，妨害被告防禦權之有效行使，於此範圍內，與憲法第16條保障訴訟權之正當法律程序原則意旨不符。同日筆者的聲請案卻遭決議不受理（會台字第13103號）。大法官不受理裁定之理由為：「查聲請人於中華民國105年7月14日以雲林地院105年度聲字第603號刑事裁定停止前開毀損案件之訴訟程序，向本院聲請解釋憲法（本院收文日為同年月25日），惟其又於裁定停止訴訟之同日，以前開毀損案件因告訴人已與被告成立和解，告訴人撤回告訴為由，逕為不受理之判決。是於聲請解釋時，已無應審理之案件存在，故其聲請與本院釋字第371號解釋示法官聲請釋憲之要件不符，應不受理。」

雖然該案告訴人因撤回告訴而為公訴不受理判決，但被告聲請閱卷之聲請案仍存在，法院不會因為案件已判決公訴不受理，就不用處理被告的閱卷的聲請（該閱卷聲請仍有分聲字案）。筆者係以被告聲請閱卷的聲字案為基礎聲請解釋，而非以刑事毀損案件聲請解釋。大法官以毀損案件已經不受理，而認為「已無應審理之案件存在」，顯然是完全的誤解事實。況且縱然本案已公訴不受理，被告仍得以欲再審等原因聲請閱卷，故實無以該案已公訴不受理為由，駁回被告的請求。因107年當時筆者已調任至台中地院任職，後來該聲請閱卷案由後手接手之法官處理。後手法官於大法官為不受理決議後，即同樣以大法官不受理決議中的「已無應審理之案件存在」為由，裁定駁回被告的閱卷聲

請。最後被告還是沒有閱到卷。

參、無訴訟能力人

一、案件背景

筆者於106年於雲林地院虎尾簡易庭受理106年度虎小字第53號返還不當得利事件，原告起訴請求被告返還不當得利。原告已高齡70幾歲，前於2002年即因中度智能障礙¹，領有身心障礙手冊（永久效期），並未有受禁治產、輔助宣告或監護宣告。原告於開庭時表示其不識字，筆者詢問其起訴狀為何人撰寫，原告沈默不答，帶原告前來開庭的陳姓房東則表示為其所代撰；從起訴狀及後續訴狀之筆跡及原告簽名之筆跡比對，起訴狀應非原告所親撰。筆者請原告以口頭陳述起訴事實，原告僅能幾句話片斷陳述，尚具有意思能力；惟筆者詢問原告日常算術問題（拿100元去買60元便當，會找回幾元？），原告亦無法回答，其他問題則有答非所問的情況，顯然原告對於理解一般事務及溝通存有障礙，故筆者認為本件原告不具訴訟能力。

民事訴訟法第51條第2項規定：「無訴訟能

力人有為訴訟之必要，而無法定代理人或其法定代理人不能行代理權者，其親屬或利害關係人，得聲請受訴法院之審判長，選任特別代理人。」又同法第49條及第249條第1項第4款規定，原告無訴訟能力，未由法定代理人合法代理者，應定期間命補正，不補正者，法院應以裁定駁回原告之訴。民事訴訟法未規定無法定代理人且無訴訟能力之原告得聲請法院選任特別代理人²，亦未規定法院得於必要時依職權為其選任特別代理人，故在現行法下，其起訴後，法院只能裁定命其補正法定代理人³。但是未經禁治產宣告、輔助宣告或監護宣告之成年人，無法定代理人存在，其本身若因智能障礙、精神疾病或其他情形，而無訴訟能力，甚至已意識不清，如何苛求其補正法定代理人？⁴其能否認知法院裁定之意旨，亦有可疑。但法官如此裁定命補正，也是在現行法缺漏下的無奈。

原告為無訴訟能力人，未經禁治產、監護宣告或輔助宣告，而被告為原告之妹，筆者查知原告尚有兄弟姐妹尚存，惟開庭詢問原告後，原告表示與其兄弟姐妹已均無往來，原告之房東表示原告依賴政府補助金為生，現居

註1：智商界於該智力測驗的平均值以下三個標準差至四個標準差（含）之間，或成年後心理年齡介於六歲以至未滿九歲之間，於他人監護指導下僅可部份自理簡單生活，於他人庇護下可從事非技術性的工作，但無獨立自謀生活能力的中度智能不足者。

註2：最高法院40年台上字第1606號判決認為民事訴訟法第51條第2項，僅有無訴訟能力人之親屬或利害關係人，得聲請法院審判長選任特別代理人，若由無訴訟能力之本人為之，其訴訟行為無效。

註3：例如臺灣臺北地方法院95年度婚字第670號、96年度訴字第1951號、臺灣臺中地方法院96年度勞訴字第1號、101年度訴字第1027號。

註4：相當諷刺的是，我國於身心障礙者權利公約首次國家報告中表示：「基於保障當事人之聽審權及訴訟時效等權利，為免身心障礙者因不解訴訟程序而錯失訴訟上權利，對因身心障礙致無訴訟能力者設有法定代理人與特別代理人等制度，並針對影響相關權利訂有通知送達、停止訴訟程序等規範，以維護其權利。」（第87段）。完全不提民事訴訟法就原告為無訴訟能力人時，法制上有何瑕疵。

住在房東家，由房東供應吃住等語。原告亦無其他親屬或利害關係人得向法院聲請為原告選任特別代理人，若期待被告向法院聲請為原告選任特別代理人，恐係緣木求魚⁵。又原告為無訴訟能力人，縱能得到法律扶助，惟是否有能力合法選任訴訟代理人亦有疑義⁶。

二、聲請釋憲之內容

筆者認為民事訴訟法對於無法定代理人且無訴訟能力之原告，未規定其得向法院聲請選任特別代理人，亦未規定法院得於必要時依職權為其選任特別代理人，立法不作為已侵害人民憲法第16條之訴訟權，亦違反憲法第7條之平等原則。筆者提出的釋憲聲請書中表達之違憲理由簡述如下：

（一）憲法增修條文及相關公約之規定

無法定代理人且無訴訟能力之成年人，其造成無訴訟能力之情形，大多為天生智能障礙及後天腦部創傷及精神疾病所導致，而成為身心障礙者，故說明身心障礙者使用司法程序之相關法令有其必要。

憲法增修條文第10條第7項規定：「國家對於身心障礙者之保險、就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」所以「無障礙環境之建構」，解釋上應包括在程序上使用司法無障礙之環境。

公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第26條第1項規定：「人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護。在此方面，法

律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而生之歧視。」上開公約之保護對象，亦包含身心障礙者在內，故包含身心障礙者在內，人人應受平等而有效之法律保護。

立法院於2014年通過身心障礙者權利公約施行法（下稱身障公約施行法），使聯合國2006身心障礙者權利公約（下稱身障公約），具有國內法的效力。而身障公約第12條第3項規定：「締約國應採取適當措施，便利身心障礙者獲得其於行使權利能力（legal capacity）時可能需要之協助（support）」，第13條第1項規定：「締約國應確保身心障礙者在與其他人在平等基礎上有效獲得司法保護，包括透過提供程序與適齡對待措施，以增進其於所有法律訴訟程序中，包括於調查及其他初步階段中，有效發揮其作為直接和間接參與之一方，包括作為證人。」

身障公約第1號一般性意見書中指出，身障公約第12條並未增加身心障礙者更多的權利，只是闡述確保身心障礙者與其他人在平等的基礎中，享有在法律面前人人平等而應考量的要素。該一般性意見書更指出，第12條第3款所定在行使法律能力提供協助時，必須尊重身心障礙者的權利、意願及選擇，不得代替其決策，「協助（support）」包含不同類型不同強度的各種正式或非正式的協助，例如身心障礙者可以選擇他們信賴的人

註5：難以期待被告向法院聲請為原告選任特別代理人來告自己。

註6：原告之房東表示有向法扶洽詢，惟法扶表示訴訟標的達10萬元才能接案。此係依財團法人法律扶助基金會法律扶助施行範圍辦法第4條規定，原則上小額訴訟事件之代理不予扶助。

來協助他們，或請求其他類型的協助，例如同儕支持、辯護或溝通方面的協助。

（二）人民訴訟權受侵害

無法定代理人且無訴訟能力之原告，在現行法下提起民事訴訟，若無親屬、利害關係人或被告向法院聲請為原告選任特別代理人，則法院只能裁定命原告補正法定代理人，若未補正，則裁定駁回訴訟。無訴訟能力人已無法有效為訴訟行為，民事訴訟法未規定其可聲請法院為其選任特別代理人，亦未規定法院得在必要時⁷依職權為其選任特別代理人，則原告提出之訴訟，勢必無法進行下去。無訴訟能力人之權利受侵害時，其無法提起有效的訴訟以資救濟，有些權利涉及消滅時效或除斥期間，可能隨著時間經過，權利即歸消滅或無法行使，現行法對於使無法定代理人且無訴訟能力之原告獲得有效訴訟協助的立法不作為，已侵害其訴訟權。

（三）保障身心障礙者有效獲得司法救濟，應係立法義務。而民事訴訟法第51條為民國24年制定，34年修正至今⁸，觀其當初立法理由⁹，看不出有何對於原

告為無訴訟能力人時，為何原告無從聲請法院為其選任特別代理人或法院依職權為其選任特別代理人之公益考量，應可認為是立法當初未設想及此所造成的法律漏洞（另尋無34年修法理由），此立法不作為並非基於任何正當理由，其所造成訴訟權之嚴重侵害，不符法治國之比例原則。

而國家對身心障礙者無障礙環境之建構，早於1997年憲法增修條文第10條第7項明定；公政公約亦於2009以通過施行法之方式，使公政公約具有國內法的效力；身障公約亦於2014年以施行法方式，使身障公約具有國內法的效力。對身心障礙者無障礙環境之建構，協助其獲得有效行使權利之管道的國家義務，至今已存在多年，惟對於無法定代理人且無訴訟能力之原告在訴訟上的保障，仍付之闕如，形成立法不作為導致之訴訟權受侵害。

（四）違反平等原則

公政公約第26條第1項規定人人應受法律平等而有效之保護；身障公約第12條第3項及第

註7：原告若起訴的請求法律上顯無理由，例如請求嫦娥給付月亮幣100萬元，法院應無必要為其選任特別代理人。

註8：增訂第2項：「無訴訟能力人有無訴訟之必要，而無法定代理人或法定代理人不能行使代理權者，其親屬或利害關係人，得聲請受訴法院之審判長，選任特別代理人。」

註9：立法理由：「（第1點）查民訴律第六十八條理由謂無訴訟能力人，由法定代理人起訴或受訴，法人由代表機關起訴或受訴，故法律上代理人，（法定代理人與代表機關之總稱）若有死亡、辭任或其他情事，則欲對於無訴訟能力人或法人起訴者，必待至別選任法律上代理人而後可。然不論何時，均確守此理論，則起訴之人，將不免因久延而受損害，例如甲因乙無法律上代理人，而暫不起訴，則對於乙之債權，即因時效而喪失，故為預防甲之損害起見，應使得聲請於受訴審判衙門，該審判長據其聲請，為乙選任特別代理人，使甲可以起訴。（第2點）選任特別代理人之命令，除送達於聲請人外，並宜送達於特別代理人，令其知有選任之事。（第3點）選任特別代理人之費用，為訴訟費用之一種，應由敗訴之人負擔。但訴訟中未知孰應敗訴，如須付給該代理人報酬或其他費用，則應由聲請人暫行支付。」

13條第1項揭示身障者平等獲得司法保護之意旨。惟查，無訴訟能力之被告遭起訴時，因原告為求訴訟順利進行，必然聲請法院為被告選任特別代理人，無訴訟能力之被告程序利益即可獲得保障。相對的，無法定代理人且無訴訟能力之原告，卻無從聲請法院為其選任特別代理人，或由法院依職權於必要時為其選任特別代理人。同為無訴訟能力之人，身為原告與被告時，處境卻不相同，此差別待遇侵害原告之訴訟權，且無正當理由，已違反比例原則。

再者，無法定代理人且無訴訟能力之人多為身心障礙者，依身障公約第12條第3項及第13條第1項、公政公約第26條第1項及憲法增修條文第10條第7項，國家應建立協助身障者平等接觸司法並有效獲得司法保護之程序。現行法下，無訴訟能力之原告極可能無從依法院裁定補正法定代理人¹⁰，即無從獲得有效司法之保護以實行其權利，與一般人民相較之下，其未能平等獲得司法有效之保護。此差別待遇之標準為有無訴訟能力，而無訴訟能力大多為天生智能障礙及後天腦部創傷及精神疾病所導致，可謂係以身心障礙之生理特徵此非人力所能控制之生理特徵作為差別待遇之分類標準，應以較嚴格的標準審查之。前開之立法不作為，造成無訴訟能力人無法獲得司法有效之保護，已侵害其訴訟權，而此差別待遇並無實質正當之理由，違反比例原則。

(五) 現在我們可能子孫滿堂，但難保有一天不會因為天災人禍，身邊的親人均離去，只剩自己孑然一身；然後我們隨著歲月蒼老，逐漸重聽、老花、反應遲頓，成了無訴訟能力之人。有一天我們的土地被占用，到法院起訴，法院卻說我們沒有訴訟能力，要求我們補正法定代理人。「我沒有法定代理人，我只是需要有人可以聽我說事情的來龍去脈，幫我看文件，幫我把意思表達出來」，但在現行法的缺漏下，法院卻只能命原告補正法定代理人，若未補正，則駁回訴訟。我們的親人或朋友也多有身心障礙者，幫助我們的親人與朋友，也是在幫助自己。歧視的法律需要改變，我們才能有「平等而不歧視」的司法。

三、聲請結果

筆者於106年8月28日提起上開聲請，隨即調至臺中地院。後續接手之法官於106年10月2日以原告已具狀撤回訴訟，而以裁定撤銷筆者停止訴訟之裁定。大法官於109年6月19日以會台字第13637號決議對筆者上開聲請案為不受理，理由即為聲請之原因案件訴訟既已經原告撤回，已無應審理之案件存在，故應不受理。惟黃虹霞大法官提出不同意見書，認為筆者之聲請案實具有憲法重要性。

後續接手之法官以原告具狀撤回訴訟為

註10：雖然民法第14條第1項及第15條之1第1項規定，本人、配偶、四親等內之親屬、最近一年內有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關或社會福利機構，可聲請法院對因精神障礙或其他心智缺陷，致人能為意思表示或受意思表示，或不能辨識（或顯有不足）其意思表示之效果之本人為監護宣告或輔助宣告，惟事實上仍有人民已達上開情況，卻未經監護宣告或輔助宣告。

由，裁定撤銷筆者停止訴訟聲請釋憲的裁定，係其職權之正當行使，筆者予以尊重。後續接手之法官未撤回筆者之釋憲聲請，事實上也保留大法官對該案做成解釋之空間。大法官於釋字第750號解釋中，對於聲請人撤回聲請時，曾認為「本案業經受理，且人民聲請解釋憲法，除為保障其憲法上之權利外，並涉及法規違憲與否，攸關憲法秩序之維護，具公益性，核有作成憲法解釋之價值，應不予准許撤回。」同此法理，縱然筆者聲請之本案訴訟部分已撤回，然該聲請案實際上極具憲法重要性，大法官未以此聲請案之機會保障無訴訟能力之訴訟權，實甚為可惜。

肆、交付審判案

一、案件背景

刑事訴訟法於112年6月21日修正公布第258條之1，將原來之聲請交付審判，修正為聲請准許提起自訴，並於第258條之4第2項新增「參與准許提起自訴裁定之法官，不得參與其後自訴之審判。」規定裁定准許提起自訴之法官，不得擔任後續審判之法官。在此規定之前，大部分地方法院都將准許交付審判之案件，分由裁定准許交付審判之法官辦理。然此等作法違反憲法公平審判原則中之控訴原則，筆者曾就此聲請釋憲。

筆者辦理臺中地院108年度聲判字第136號聲請交付審判案件，經合議庭裁定准予交付審判，後分案為109年度易字第668號侵占案件，依「臺灣臺中地方法院刑事案件分案要

點」第11條第4款規定，裁定准予交付審判者，由原股承辦，故本案分由筆者所屬之合議庭承辦，筆者擔任受命法官。被告具狀以筆者之合議庭有偏頗之虞」而聲請迴避，筆者批示送分案，並註記意見「請准予迴避」，嗣經臺中地院刑事第六庭以109年度聲字第1337號裁定駁回聲請，被告未提起抗告而確定。

筆者當時考量是否刑事訴訟法第21條第3項逕予迴避，以解除本案違憲狀態？依刑事訴訟法第21條3項規定：「被聲請迴避之法官，以該聲請為有理由者，毋庸裁定。」惟依「臺灣臺中地方法院刑事案件分案要點」第12條第2項第4款規定：「法官有其他難以執行職務之情形，得由法官提出具體事由簽請院長核准後迴避。」若筆者依刑事訴訟法第21條3項之規定，批示迴避，即生迴避之效力，不待法院院長之同意。惟筆者仍需上簽院長，由院長批示同意本案由他股法官承辦，分案室才有依據來分案由他股法官辦理。

若筆者上簽院長，若院長同意本案由他股法官承辦，將衍生院長有何權力違反法官會議通過之分案規則，而同意由他股承辦？亦將衍生「為何其他裁定准予交付審判之案件仍依分案規則由原股承辦」，而相同事項為不同處理之不平等情形。

若院長不同意本案由其他法官承辦，而筆者依刑事訴訟法第21條第3項已生迴避效力，則本案到底該由何人承辦？院長是否違反刑事訴訟法第21條第3項之規定而有行政上的責任？該案件仍列在筆者之股別下，筆者卻認

為已生迴避效力而拒不審理，則此時如何解決僵局？

從而，筆者若依刑事訴訟法第21條第3項迴避，並上簽院長請其將本案交他股法官承辦，只是讓院長陷於進退兩難的處境，後續更可能衍生其他爭議，故筆者於被告具狀聲請迴避時，刻意未依刑事訴訟法第21條第3項逕予迴避，而選擇讓其他庭為裁定。

至於筆者是否可上簽院長請其同意筆者迴避本案？筆者認為刑事訴訟法並無「經院長同意而迴避」之規定，以此方式簽請迴避可能有違反刑事訴訟法之虞，故未以此方式迴避本案。

筆者於台中地院107年的法官會議中建議於分案規則中規定迴避原裁從准予交付審判之法官，惟未受多數法官採納，又於本案裁定准予交付審判後，請書記官電詢被告是否要聲請迴避，嗣被告具狀聲請迴避後，筆者亦批示「請准予迴避」，惟遭本院他庭駁回迴避之聲請。筆者已盡力試圖解除本案違憲狀態，最後在無其他可行的途徑之下，只能聲請釋憲。

二、聲請釋憲之內容

筆者認為由裁定准予交付審判之法官審理本案係侵害被告依憲法第16條保障之訴訟權，亦違反公平審判原則，筆者提出的釋憲聲請書中表達之違憲理由簡述如下：

（一）公平無偏頗的法院

公民與政治權利國際公約第14條第1項第1、2句規定：「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

（impartial）之法定管轄法庭公正公開審問。」第32號一般性意見第21點認為「公正性（impartiality）的要求涉及兩方面。第一，法官判決時不得受其個人成見或偏見之影響，不可對其審判案件預存定見，也不得為當事一方增加不當的利益而損及另一當事方。第二，法院在合理觀察者審視下來看也必須是公正的（appear to a reasonable observer to be impartial）。例如，根據國內法規，由本應被取消資格的法官參加審理，而使審判深受影響者，通常不能被視為是公正審判。」依此，法官是否具備公正性，並非僅由法官的主觀而定，也要從一般人的客觀觀察來判斷法官是否有偏頗之虞。

另從歐洲人權公約第6條第1項規定：「在決定某人的公民權利與義務或在決定對某人的任何刑事罪名時，任何人有權在合理的時間內受到依法設立的獨立與公正（impartial）的法庭公平與公開的審訊。…」亦要求法院需「公正無偏頗」。

在我國法制中，釋字第665號解釋理由書謂：「憲法第16條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟」，指明憲法第16條訴訟權的內涵包含法官的公平審判。

（二）釋字第761號解釋理由書謂：「法官迴避制度…其目的有二：其一是為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突；其二是要求法官避免因先後參與同一案件上下級審判及先行

行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義。綜上，可認法官迴避制度實乃確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，而屬憲法第16條訴訟權保障之核心內容」，指出迴避制度，係維繫人民對司法公正性的信賴，也就是公平審判的信賴，屬憲法第16條訴訟權保護之核心內容。

(三) 德國刑事訴訟法第172條第4項規定，交付審判（強制起訴）係由管轄的高等法院來裁定。如此即可避免由地方法院法官裁定准予交付審判後，事後又審理該案。日本刑事訴訟法第20條第7款規定，參與同法第266條第2款的法官應行迴避，也就是對同法第262條第1項之檢察官的不起訴處分聲請交付審判，而法官認為聲請有理由者，應將該案件交付管轄的地方法院審理，此時應迴避本案裁定准予交付審判之法官。

(四) 各地方法院事務分配規則

筆者調查各地方法院之事務分配辦法，僅臺灣雲林地方法院及臺灣嘉義地方法院規定原裁定交付審判之合議庭法官應迴避，少部分法院無規定，大部分法院規定由原裁定交付審判之合議庭或受命法官辦理¹¹。

臺中地院在107年之前未規定由何人承辦，而是依「慣例」由原裁定准予交付審判的合議庭或受命法官辦理。筆者於107年在臺中地

院法官會議提案，建議於事務分配辦法中明訂分案規則，以利日後有所依據，並主張若分由原股或原合議庭承辦，恐有違反控訴原則之虞，惟法官會議表決後決議由原合議庭或受命法官辦理。

(五) 我國法院見解

除了少數如臺灣臺南地方法院94年度聲字第348號裁定及臺灣高雄地方法院101年度聲字第3181號裁定採取應迴避的見解外，法院見解大多認為不需迴避，諸如臺灣高等法院101年度抗字第800、899號、臺灣高等法院臺中分院96年度抗字第719號、97年度抗字第1137號、98年度抗字第592號、臺灣高等法院高雄分院93年度抗字第209號、105年度抗字第1號。目前高等法院均一致採取不需迴避的見解。上開採取不需迴避的裁定見解，整理其要旨如下：①准予交付審判，視為該案件已提起公訴。此種提起公訴，係擬制的公訴，並非檢察官提起之公訴，自不能因法院裁定准予交付審判，即可視為與刑事訴訟法第17條第7款法官曾執行檢察官職務之情形相當。②交付審判制度非屬偵查程度的一環，為交付審判裁定的法官，其地位自與檢察官有所不同，不符合刑事訴訟法第17條第7款的迴避事由。刑事訴訟法於修法新增交付審判之規定時，未明文規定曾審理裁定交付審判之法官應自行迴避，足認立法當時並無要求該法官自行迴避之意，亦難比附援引而類推適用。③是否准予交付審判，係以案件是否已達應起訴之「足認有犯罪嫌疑」門

註11：筆者係以口頭向各地方法院法官詢問。各法院確切之事務分配規則，爰請大法官向各地方法院函調。

檻，且不應或不宜為不起訴或緩起訴處分之情形，而非有罪或無罪之判斷。裁定准予交付審判後，仍需進行審理，需於通常一般人不致所懷疑，而得確信其為真實之程度，法院始得為有罪之認定，此與准予交付審判僅認定被告是否具有犯罪嫌疑，所要求的證據程度尚屬有間。因此，由准予交付審判之法官審理本案，在客觀上尚不足使人疑其將為不公平之裁判，自不得認本案承辦法官執行職務有偏頗之虞。

（六）違反控訴原則

控訴原則係指偵查追訴機關起訴後，由審判機關審理裁判，追訴及審判的機關應分立。筆者裁定准予本案交付審判，依刑事訴訟法第258條之3第4項規定，視為案件已提起公訴。筆者相當於對被告起訴之人，地位上相當於起訴檢察官的角色。且裁定准予交付審判時，全部的法官都會依「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第134點記載被告所涉嫌的犯罪事實、證據及所犯法條，以特定准予交付審判的範圍，實質上與起訴書所載內容幾乎一致，故實際上與刑事訴訟法第17條第7款「推事曾執行檢察官之職務」情形具有高度的同質性。在裁定准予交付審判後之本案，若由筆者審理，顯然違反控訴原則。

筆者認為迴避制度著重於「法院公平審判的外觀」，只要以一般人從外觀上認為有不公平審判之疑慮，即應迴避。從刑事訴訟法第17條的事由觀之，縱有該8款事由之一，也不能代表法官就會在案件中偏頗，可見刑事訴訟法的迴避制度，並非著重於客觀上可證明法官有偏頗，而係著重於該8款事由發生時，在外觀上法官即可能讓外界懷疑其有偏

頗的可能。

在違反控訴原則之下，筆者同時身兼起訴被告及審判被告之法庭，在訴訟結構上已淪為糾問主義的兩面關係，同時外觀上也失其中立客觀之公平審判地位。

（七）回應高等法院前開見解

前開高等法院所持的3點見解看似言之成理，惟事實上並無堅強的論據，說明如下：

1. 高等法院認為裁定准予交付審判係擬制的公訴，並非檢察官提起之公訴，自不能因法院裁定准予交付審判，即可視為與刑事訴訟法第17條第7款法官曾執行檢察官職務之情形相當。觀諸上開高等法院的論理邏輯為：A非B，所以A與B不相當。先不論此等邏輯在理則學教科書上找不到外，「裁定准予交付審判」與「起訴」的相同的效果在於「使被告受法院審判」，差異只是在由裁定准予交付審判的法官發動，還是由檢察官發動之別。高等法院以兩者次要的差異，來論證兩者不相當，卻忽視兩者所共同「使被告受法院審判」的相同點才是兩者應予同等評價的重要因素。
2. 高等法院認為刑事訴訟法於修法新增交付審判之規定時，未明文規定曾審理裁定交付審判之法官應自行迴避，足認立法當時並無要求該法官自行迴避之意，亦難比附援引而類推適用。惟查，91年2月8日修正公布之刑事訴訟法增訂第258條之1至4交付審判之條文，嗣於92年2月6日再次修正第258條之1。觀諸上開兩次增訂及修正條文的

立法理由，均無提及迴避問題，該2次之修正，亦均未同時修正刑事訴訟法第17條至第26條之迴避條文。筆者查詢相關修法歷程資料，亦均查無立法者提及迴避問題，故筆者認為應該是兩次修法當時未考量後續的分案迴避問題。法律漏未規定者所在多有，並非法律無規定時，即可反推立法者故意未予規定。高等法院上開見解認為「未明文規定曾審理裁定交付審判之法官應自行迴避，足認立法當時並無要求該法官自行迴避之意」，顯然在無根據之下自行揣測立法者的意志，進而拒絕類推適用刑事訴訟法第17條第7款。

3. 高等法院認為准予交付審判的「足認有犯罪嫌疑」門檻，與判決有罪的門檻不同，所以准予交付審判之法官審理本案，在客觀上尚不足使人疑其將為不公平之裁判。惟查，准予交付審判的「足認有犯罪嫌疑」門檻，與判決有罪的門檻固然有高低之別，但是此並非「客觀上是否使人疑其將為不公平之裁判」的認定依據。刑事訴訟法第17條第7款規定法官曾執行檢察官職務者應自行迴避，而該情況檢察官起訴的「足認有犯罪嫌疑」門檻，與法官判決有罪的門檻，也是不同，但是立法者仍將其列為自行迴避之事由。以准予交付審判係「足認有犯罪嫌疑」的門檻與法官判決有罪的門檻不同，來作為無偏頗之虞的理由，尚嫌無說服力。縱然撇開上開理由，高等法院見解認為准予交付審判之

法官審理本案，在客觀上尚不足使人疑其將為不公平之裁判。惟筆者認為檢察官曾執行法官職務者，立法者認為其有偏頗之虞而將之列為自行迴避事由，而裁定准予交付審判之法官與起訴的檢察官角色有高度的同質性，就最重要的「使被告受法院審判」的部分相同，雖然立法者漏未就交付審判之迴避為規定，惟在相同事物為相同評價之下，亦應與刑事訴訟法第17條第7款為相同對待，而列為自行迴避之事由。

(八) 立法不作為違憲

裁准交付審判之法官實質上相當於就是起訴的檢察官，裁定准予交付審判之案件若由原法官審理，實際上與第17條第7款規定：「法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者」的情況相同，已違反控訴原則，無法維持公平法院之外觀，基於相同事件應為相同處理之原則，立法上應列為自行迴避的事由，讓法官有義務自行迴避，若法官未自行迴避時，法院院長應介入命法官迴避。

刑事訴訟法未將裁定准予交付審判案件應迴避原法官之事由，列為列為第17條之自行迴避事由，已違反控訴原則及公平法院之外觀，而形成對憲法第16條訴訟權基本權保護不足的違憲狀態。

三、聲請結果

大法官於110年9月10日對筆者上開聲請案決議不受理。惟黃虹霞大法官提出不同意見書，認為應受理該案，詹森林大法官亦加入該不同意見書。

裁定交付審判之法官是否應迴避本案的審

理的問題，後來在最高法院也產生爭議，最高法院大法庭以111年度台上大字第1924號刑事裁定認為「法官曾參與准予交付審判之裁定者，於嗣後同一案件之審判，應類推適用刑事訴訟法第17條第7款規定自行迴避，不得執行職務。」理由謂「刑事訴訟法第17條第7款關於法官應自行迴避之規定，旨在避免法官就同一案件曾因執行檢察官或司法警察官之職務，而生主觀預斷或違反控訴及無罪推定原則之疑慮，以確保人民得受公平之審判，而維繫人民對司法公正性之信賴。因此，法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者，固應依上述規定自行迴避。而參與准予交付審判裁定之法官，在實質效果上既等同於執行檢察官提起公訴之法定職務，倘仍參與其後同一案件之審判，顯已違反審檢分立、控訴原則及公平法院等憲法保障訴訟權

之規定，本於同一法理，及合憲性與合目的性之觀點，自應類推適用本條款規定自行迴避，不得執行職務。」結論與理由與筆者之意見大致相同。後來刑事訴訟法112年6月21日修正公布，就把應迴避的結論明定於第258之4第2項中。一番波折之下，長久以來的違憲狀態總算得以解除。

伍、結語

筆者擔法官期間得有契機聲請釋憲，係法律生涯中寶貴的經驗，亦是筆者轉任律師後之養分。對於前開介紹的閱卷權及交付審判法官迴避的兩個違憲狀況，已經解除，惟法院對無訴訟能力人依職權選任訴訟代理人的問題，迄今仍在，仍期待未來能藉由修法方式排除此違憲狀態，以維護人民之基本權。