

釋字第六六五號解釋協同意見書

大法官 黃茂榮

憲法第十六條規定人民有訴訟之權。但關於如何保障其訴訟權，在憲法並無具體的規定。因此，其實踐有待於進一步具體化。與本件聲請案有關之訴訟權問題為：(1) 個別案件之承審法官的產生、(2) 被告之羈押及(3) 其相關之抗告問題。關於本號解釋，本席雖同意多數意見，惟對其中關於承審法官的產生、被告之羈押部分，認為下述意見或許可供相關制度發展上的參考，爰提出協同意見書如下：

壹、案件之承審法官的產生

一、法官法定原則及法官之管轄

個別案件之承審法官的產生，即法官之管轄（die Zuständigkeit des Richters）的問題。在審判上，雖然期待之事實上的認定及法律上的判斷，應該只有一個是正確的。但不同法官對於相同或類似之案件的裁判可能有不一致的情形，在經驗上卻可惜是一件事實。因此，除為避免或防止其不一致係由於法官之主觀上的偏頗，而有法官之迴避規定（刑事訴訟法第十七條至第二十四條、第三百七十九條第二款）外，並應有如何決定個案承審法官之一般的抽象規定，俾在有不一致之裁判時，能單純化其所以不一致的原因係源自於法官見仁見智之不同的確信，而非源自於法官之成見或偏頗。該一般的抽象規定必須能夠防止恣意操縱對於個案之法官管轄。此即法官法定原則對法官管轄之決定的要求。關於決定法官管轄之規定固應具備一般的抽象屬性，但在個案之承審法官的產生，該屬性並不是法定法官的充分條件。該規定尚必須能夠防止恣意操縱

法官對於個案之管轄¹。此為個別案件之分案的問題。

在比較法上，法官法定原則較為具體的規定於德國基本法第一百零一條：「不得有例外的法院。不得剝奪任何人之法定的法官（第一項）。只有依法律始得設置管轄特別事務的法院（第二項）」此即法官法定原則在憲法層次的保障規定。早在 1848 年法蘭克福帝國憲法即有內容相同的規定。德國基本法第一百零一條第一項幾乎是逐字繼受自威瑪帝國憲法第一百零五條。該條所定者體現德國法制由來已久之正法思想。其原始的意旨在於對抗邦主及其對司法的干預，特別是對抗國家的行政權。如今該原則不但用以對抗行政權及聯邦、邦的立法權，而且也拘束司法審判權。法官法定原則用以確保國家的法治性在司法審判權領域的實踐²。依該條規定法院應依法組成，每一法院的管轄權應依法定之，在個案不得突破依法所定之現行的管轄權。此外，憲法上亦要求訴訟的進行應依法院的程序。上述權利的保障具有制度保障的性質，應有一般的規定予以確保³。德國學說與實務並認為依該規定，所有參與訴訟者皆有權請求，由法定法官審判其案件⁴。不論其是否為德國人。不過，就依分案規定，應屬於其管轄之案件，法官依該條規定並無權利，請求由其裁判⁵。

我國憲法雖未若德國基本法第一百零一條在憲法層次明定法官法定原則，但關於案件應如何分配於法官，司法院依法院組織法第七十八條制訂之地方法院及其分院處務規程第二十條第八款規定：「民刑事庭庭長職掌如下：八、抽籤或電腦分案事務之主持。」高等法院及其分院處務規程第十五條第一項第八

¹ *Maunz in Maunz- Dürig*, Komm. z. GG. München 1990, Art. 101 Rdn. 14.

² *Maunz in Maunz- Dürig*, Komm. z. GG. München 1990, Art. 101 Rdn. 1.

³ *Maunz in Maunz- Dürig*, Komm. z. GG. München 1990, Art. 101 Rdn. 5.

⁴ *Maunz in Maunz- Dürig*, Komm. z. GG. München 1990, Art. 101 Rdn. 6.

⁵ *Maunz in Maunz- Dürig*, Komm. z. GG. München 1990, Art. 101 Rdn. 7.

款規定：「民刑事庭庭長職掌如下：八、抽籤或電腦分案事務之主持。」該二款規定係現行法中，在法規命令之層次對於如何分案的明文規定。依該二款規定的意旨，分案應以抽籤或電腦分案的方式為之，其特徵為隨機分案。至於最高法院處務規程並無類似規定。在各種可能之分案方法中，抽籤或電腦隨機分案雖非唯一符合法官法定原則的分案方法，但可謂是最不受人為因素恣意操縱的方法。

基於上述規定，隨機分案在司法實務上已是長年累積下來的司法行政慣例。該慣例是否已具法律層次之習慣法的地位？從長年下來，無任何一個法院以不同的方法分案觀之，應可認為：不但法院的法官，而且人民皆已確信其案件將以隨機分案的方式，決定受理該案件的法官。該慣例對於法官之公正性的確立既有幫助，應可肯認其已發展為習慣法。因此，關於分案，亦即法官之管轄，現行法實際上已肯認法定法官原則。當隨機分案之司法行政慣例經肯定為習慣法，則若非以隨機分案的方式決定審理法官，除可論為違法外，並可能因其侵害人民接受公正審判之訴訟權，而構成違憲。然現行之抽籤或電腦隨機分案的方法雖可決定個案之承審法官，但並不能決定相牽連案件之承審法官，產生分案規定的法律漏洞，需要補充。

二、相牽連案件之法官管轄

相牽連案件必有數案。當就個案分別依隨機分案的方法決定其法定法官，而發生由不同的法官審理時，應當如何：由各法官分別審理，或依一定之程序指定由其中之一個法官審理？由各法官分別審理，不引起違反隨機分案意義下之法定法官原則的疑義。惟這可能產生訴訟不經濟及事實認定或法律意見可能不一致（裁判不一致）的情形。訴訟不經濟因純屬經濟性的考量，固不涉及公平性的爭議，惟事實認定或法律意見如果不

一致，則可能造成法院審判之公正性的信賴危機。這有害於司法之威信。是故，在有相牽連案件的情形，原則上有合併審理的必要性。此即相牽連案件之併案的問題。關於相牽連案件之併案在法律及法規命令的層次，現行法並無明文規定。

（一）相牽連案件之概念

刑事訴訟法第七條規定，「有左列情形之一者，為相牽連之案件：一、一人犯數罪者。二、數人共犯一罪或數罪者。三、數人同時在同一處所各別犯罪者。四、犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。」其中第一款、第二款及第四款所定之數案件有人或罪的牽連。至於第三款所定者，純屬地緣的關連。

（二）相牽連案件之強制合併管轄

基於訴訟經濟原則及為維持關於事實之認定及法律意見之一致性，避免發生不一致的情形，關於相牽連案件之合併管轄，刑事訴訟法第六條規定：「數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄（第一項）。前項情形，如各案件已繫屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之；有不同意者，由共同之直接上級法院裁定之（第二項）。不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄。已繫屬於下級法院者，其上級法院得以裁定命其移送上級法院合併審判。但第七條第三款之情形，不在此限（第三項）。」該條雖多處以「得為」的方式定之，但其第二項後段規定，「有不同意者，由共同之直接上級法院裁定之。」且該條所定關於管轄之裁定，依刑事訴訟法第四百零四條不得抗告。由此可見，關於相牽連案件之合併管轄實際上所採的管轄原則是：先協議後強制意義下之強制合併管轄。最終應由一個法院併案審理。

（三）相牽連案件之強制合併審理

就相牽連之案件，於同一法院而由不同法官審理的情形，是否強制合併由一個法官審理？此為相牽連案件在同一法院之併案審理的問題。對該問題，法律雖無明文規定，但同理：本於訴訟經濟原則及避免同一法院之不同法官對於相牽連之案件有不同之事實的認定及法律意見（裁判之一致性），亦當強制合併由同一法官審理。是故，在相牽連之案件，發現在同一法院發生分由不同法官審理的情形，應類推適用刑事訴訟法第六條第一項及第二項規定，依先協議後強制的原則，強制合併審理：同一法院之數法官審理之案件相牽連者，得合併由其中一法官審理；各案件已繫屬於數法官者，經各該法官之同意，得以裁定將其案件移送於一法官合併審判；有不同意者，由該法院院長裁定之。

現行實務，以《臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點》為例，其第十點規定：「刑事訴訟法第七條所定相牽連案件，業已分由數法官辦理而有合併審理之必要者，由各受理法官協商併辦，並簽請院長核准；不能協商時，由後案承辦法官簽請審核小組議決之。」依該點規定，如無合併審理之必要即不得合併審理；反之，如有合併審理之必要，該要點與刑事訴訟法第六條規定的意旨相近，皆採先協議後強制合併審理的原則。所不同者為：有簽請院長核准之司法行政的介入。然自其後段規定「不能協商時，由後案承辦法官簽請審核小組議決之」觀之，院長之介入應限於關於有無合併審理之必要的認定。蓋依該分案要點第四十三點，法院院長對於審核小組之議決並無否決的權限。由之引伸，如有合併審理之必要，各受理法官亦有義務協商併辦。其結果，該點之規定內容與刑事訴訟法第六條並無差異。然由於該分案要點並無明文之制定授權，引起其是否違反法官法定

原則或法律保留原則之違憲的疑義。

（四）強制合併審理與法官法定原則

基於訴訟經濟或避免矛盾的考量，而規定應強制合併審理的情形，在已隨機分案的法官間，產生應如何特定最後合併審理該相牽連案件之法官的問題，以符合法官法定原則。現行刑事訴訟法第六條顯然從相牽連各案件已以隨機分案的方式產生，符合法官法定原則出發，認為在該受分案之法院間依協議自行裁定，或在不能獲得協議時，由其上級法院裁定由其中的一個法院管轄，並不違反法官法定原則。在相牽連各案件已隨機分案由同一法院之不同法官審理，而同樣基於訴訟經濟或避免矛盾的考量，依法院自訂之分案要點，強制由其中之一法官合併審理的情形，因相牽連之案件在一個法院之分案已遵守法官法定原則，所以，其後之強制合併由其中之任一法官審理，皆不違反法官法定原則。惟如無明文之形式的規定，例如後案一概併入前案，其裁定亦應遵循訴訟經濟原則，不得恣意為之。

為法制化該強制合併審理的作業，臺灣台北地方法院刑事庭庭務會議，基於該院法官會議授權，做成《臺灣台北地方法院刑事庭分案要點》之決議，預就該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，為一般抽象性規範。在該分案要點之制定，雖未以類推適用為理由，明文引用刑事訴訟法第六條第一項及第二項之規定，然本於類似案件應為類似處理之平等原則的要求，並考諸該分案要點關於併案的規定與刑事訴訟法上述規定意旨相符，所以臺灣台北地方法院依該分案要點就本聲請案所涉相牽連案件決定按後案併入前案的方式，強制合併審理，並不違反刑事訴訟法第六條第一項及第二項的規定意旨。

基於強制合併審理之裁定而一併審理該相牽連案件的法

院，本為依分案規定而原始受分案的法官之一，故該強制合併審理的裁定與法官法定原則無違。

關於強制合併審理的方式，除後案併入前案外，雖亦可能以前案併入後案的方式為之。惟以前案併入後案的方式，除一般有比較大之不經濟的可能性外，還有利用後案操縱前案之審理法官的可能性，所以，原則上還是應以後案併入前案的方式，強制合併審理為妥。

（五）強制合併審理規定之法律保留

關於相牽連案件在同一法院之強制合併審理，目前各級法院就其併案，依法院自訂之分案要點辦理，且在該要點之制訂上只注意到法官自治精神的依循，而未注意有無既存之法律規定可為直接適用或類推適用的依據，以致引起，以該分案要點為依據，決定相牽連案件之強制合併審理，是否違反法律保留原則的疑問。

然除非法律保留原則在相關問題之規範，有其依據之規範必須是國會保留意義下之法律的要求，或有禁止法律補充的情形；否則，經由類推適用取得法律依據之裁定，仍係有合憲規範基礎之裁定。要之，透過刑事訴訟法第六條第一項及第二項之類推適用，相牽連案件之強制合併審理既有該二項規定為其依據，裁定由前案之法官合併審理相牽連案件，自無違反法律保留或法官法定原則的情事。何況，該分案要點第四十三點規定在不能依第十點，獲得協商併案時，由刑事庭庭長會議（審核小組）以決議的方式決之，較之由法院院長核准更符合法官自治的精神。

（六）檢討

雖然上述關於相牽連案件之強制合併管轄或審理有其直接或間接（類推）適用的依據，亦符合法官法定原則，但在政治

敏感性或在當事人對於特定法官有可能偏頗之懷疑的情形，其分案於不同法院管轄或法官審理於先，而後再依相關規定予以強制合併，由受理法院或法官之一合併管轄或審理該相牽連的案件，便易增加當事人對於受理法院或法官之公正性的質疑。

在上述情形，當事人也許有下述疑問：既然可以由上級法院裁定其管轄法院，或由院長裁定其審理之法官，為何不能容許，由當事人在已受分案之法院或法官間指定其管轄或審理的法院？

在兩造當事人就管轄或審理的法院能夠獲得協議的情形，當事人主張由其協議決定，純從自由選擇的觀點，雖言之成理，但從訴訟經濟的觀點論之，則不一定妥適。當中當事人自由選擇及訴訟經濟之間的價值衡量，在私人的安心及司法行政之公益的衡量間，其利害見仁見智。在具體案件只要發生衝擊，即難以周全，可能震驚社會大眾⁶。是故，應對之道，比較好的作法應是在分案的階段即避免將相牽連之案件分給不同法官審理；並針對如有將相牽連案件分由不同法院管轄或不同法官審理之情形時，事先規定如何依客觀規則決定其最後應受分案承審的法官。例如規定，應一概依後案併入前案的原則，強制合併由一個法院管轄或一個法官審理。或許有認為也可以用抽籤的方式決定，但這樣的規定誘引一再利用相牽連之後案的提起，不斷引起，以抽籤的方式再行分案的必要性。是故，在相牽連案件之事後併案，以抽籤的方式決定承審法官，看似隨機，其實不然，顯不妥當。

⁶ *Maunz in Maunz- Dürig*, Komm. z. GG. München 1990, Art. 101 Rdn. 27:「當德國聯邦憲法法院表示，法官之法定性並不排除有限度之選擇的可能性，即使究諸實際，可想像之選擇自由稀少，也會引起震驚。」。

貳、被告之羈押

刑事訴訟法第一百零一條規定之保全性羈押之目的在於：保全對於可能之犯罪行為之恰如其分之追訴、審判或執行的可能性。該目的之保全的需要亦稱為羈押之必要性。由之引伸出保全性羈押之下列要件：(1) 犯罪嫌疑重大、(2) 有法定羈押原因(逃亡、串供、滅證、重罪)(3) 無消極事由(輕罪、懷胎、產後、重病)(4) 有羈押之必要(非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行)。

刑事訴訟法第一百五十四條規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪(第一項)。犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實(第二項)。」所以在審判證明有罪確定前，羈押被告，有預為執行之實質，應慎重為之。

犯罪嫌疑重大，是國家啟動刑事追訴權之基礎要件。犯罪嫌疑重大之要件的意義為：防止捕風捉影。必須在已有相當證據可相信被告可能有從事系爭犯罪行為，始得考量在有法定羈押原因的情形下，決定是否予以羈押。關於犯罪嫌疑重大之認定應有確實證據，不得押人取供，或押人後再找證明犯罪嫌疑重大的證據，以符無罪推定原則的要求。規定犯罪嫌疑重大及法定羈押原因等要件之目的皆在於降低因羈押而發生冤獄的可能性。

就法定羈押原因之有無的認定，關於一般犯罪嫌疑人或被告，應憑證據證明其有逃亡、串供、滅證的可能；關於重罪之犯罪嫌疑人或被告，則憑證據證明其犯罪嫌疑重大時，依現行規定已自證其有法定羈押原因。

關於羈押之必要，在具體案件，當犯罪嫌疑人或被告有逃亡、串供或滅證之法定羈押原因之一存在時，會有非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行的可能性，可以理解。剩下來有疑

問者為：重罪犯罪嫌疑人或被告如無逃亡、串供、滅證之虞，是否會有非予羈押，便顯難進行追訴、審判或執行的必然性？如無必然性，則將重罪與犯罪嫌疑人或被告有逃亡、串供或滅證之併列為法定羈押原因，是否必要或妥當？即有檢討餘地。

關於逃亡、串供、滅證，如犯罪嫌疑人已有逃亡、串供、滅證的事蹟，其有羈押原因，固無疑問。惟如只是有逃亡、串供、滅證之虞，而尚無逃亡、串供、滅證的事蹟，則其羈押原因的存在只是基於推測。剩下的問題為：如何提高該推測的可靠性或對於該推測之可靠性的要求程度。例如可否因認為犯罪嫌疑人或被告犯罪嫌疑重大，且（1）在國外置有財產，一旦偷渡國外難以緝回，而必須防止逃亡，（2）已做之供詞，經一再查證，證明不實，（3）或因其對法院之詢問行使緘默權，增加證據調查之困難，而使透過羈押防止串供、滅證愈為需要？依社會經驗，對重罪是否可擬制或推定重罪犯罪嫌疑人必有逃亡、串供、滅證之虞，從而關於重罪，就犯罪嫌疑重大之嫌疑人或被告擬制或推定其有羈押之必要，並以此為基礎將重罪規定為獨立的羈押事由？

重罪羈押之正當性建立在有羈押原因的推測上。刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款將「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者」與逃亡、串證或滅證之虞併列為羈押之要件的意義，使該推測在規範上具有擬制或推定重罪被告有該項第一、二款所定之羈押事由。法院為裁定羈押不需再舉證證明被告有逃亡、串證或滅證之虞。因其係一種擬制，被告亦不得透過反證其無逃亡、串證或滅證之虞，而聲請免於羈押。在此意義下，重罪羈押之規定，就羈押要件而論，其主要功能在於免除羈押庭法官關於是否有刑事訴訟法第一百零一條第一項第一、二款所定之羈押原因的調查及論證義務。

上述擬制性推測固符合人情之常，惟其正當性之根本還在於犯罪嫌疑重大。蓋如無證據可證明犯罪嫌疑重大，所謂重罪的要件並無實質基礎。如無該實質基礎會使重罪成為一個空洞的要件。

然縱有羈押要件，就是否羈押，羈押庭之法官依刑事訴訟法第一百零一條第一項依然享有裁量權。這可緩和重罪羈押之規定可能失之過苛的缺失。惟即便如此，因嫌疑人或被告是否犯罪，以及所犯者是否為重罪，皆尚待於判決確定始能定案，所以將重罪與逃亡、串證或滅證之虞併列為羈押原因並不妥適。極其量，只宜在有犯重罪之嫌疑重大時，降低關於其有逃亡、串證或滅證之虞的證明程度的要求，或採取諸如通信監察，禁止與特定人/他人來往，或限制其交往的方式，禁止從事一定之活動，或命具保或限制住居等其他防逃、防串證或滅證之措施。