法定法官原則保障範圍與密度
－以最高法院民事更審案件分案規則作說明

下

文／魏大喨

（文接上期）

三、院長年度事務分配之變更與復議權

法官年度司法事務分配後，因案件增減或他項事由，有變更之必要時，得由院長徵詢有關庭長、法官之意見後定之。此規定於法官法第 24 條第 3 項及法院組織法第 81 條。但因法官分發調動，而有大幅變更法官司法事務分配之必要時，仍應以法官會議議決（同項但書）。院長認為法官會議關於同條第 1 項第 1 款或第 3 項但書議決事項之決議，有違背法令情事者，得以書面附具理由，交法官會議復議，對於復議決議得向司法院職務法庭聲請宣告決議違背法令（同條第 3、4 項）。此項復議權行使，特別立法循司法審判救濟程序，由司法院職務法庭按「職務案件」程序為之[17]。

肆 專業法庭之設立與承審法官之產生

法定法官原則源自於特別法院設立之禁止，已如前述。因此特別法院或特別法庭之成立須特別考量是否與法定法官原則牴觸。我國憲法並未禁止設立特別法院，但現代意義下之特別法院成立須經立法允許，此為何以行政法院、家事法院、智慧財產法院之成立，均依各類法院組織法之緣由。至於特別法庭（特殊專業類型法庭）之設立，雖無組織法之明定，但仍須有法律之明確授權。法院組織法第 79 條第 2 項乃規定，「辦理民事、刑事、行政訴訟及其他特殊專業類型案件之法官，其年度司法事務分配辦法，由司法院另定之」。辦理特殊專業類型之法官之事務分配辦法是一種規範性法規命令，法院組織法係授權司法院定之。有疑義者，司法院得否不自行以訂定規則、命令或辦法，再授權由各級法院自行訂定，及司法院如未授權各級法院自行訂定，各級法院能否自行訂定辦法，決定「辦理特殊專業類型之法官及事務分配內容」？否則是否牴觸法定法官原則。

司法院關於設置專業法庭，原訂頒有「司法院所屬各級法院設置專業法庭應行注意事項」（已廢止）[18]。本注意事項以加強專業法庭功能，落實法官專業久任政策為目的（第 1 點），其依司法院「各級法院法官辦理民刑事及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法」而立。本注意事項係原則性規定（第 2 點），應設置專業法庭或指定專人辦理之案件（以下簡稱專業法庭），有：（1）依法令規定應設立者，如少年、家事、勞工、選舉罷免訴訟、國家賠償事件等；（2）依法令規定得設立者，如智慧財產權案件、金融犯罪案件、檢肅流氓案件，及依「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」第 4 點所定之重大案件；（3）授權各級法院得視案件量及法官專業程度，設置專業法庭者，但此之授權，係指「刑事案件」及「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」第 4 點規定之重大案件，並不包括民事案件之專業法庭。

前開注意事項已於 99 年 6 月經司法院函停止適用。而監察院就專業法庭之設立，相當重視，於 102 年曾提出「專業法庭（院）執行成效之探討專案調查研究報告」[19]。現行專業法庭之設立與承辦專業案件法官，司法院則訂頒有「各級法院法官辦理案件年度司法事務分配辦法」[20]。專業法庭之設立與承辦專業案件之法官，為法定法官原則一環，其重要性不言可喻，各級法院以補充規範訂定者，該規範須符合大法官釋字第 665 號「足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業」之密度。

伍 民事更審事件之事務分配－大法官釋字第665號解釋之審查密度

一、分案規則與法定法官原則保障密度

法院內部事務分配，應符合法定法官原則（訴訟基本權保障），憲法委由法院組織法定之，法院組織法第 79 條再授權由司法院以規範命令（同條 2 項），及授權各級法院法官會議決定（同條第 1 項）。因事務分配內容繁瑣，各法院情狀不同，無從於法院組織法中為一般性、一體性之規範定之，乃授權由司法院訂定事務分配辦法為抽象性規範，同仍不能背離法定法官原則。至於判斷各個規範性分配辦法是否違背法定法官原則，大法官釋字第 665 號解釋，已有較明確闡述。本號解釋主要意旨，指出「為維護法官之公平獨立審判，並增進審判權有效率運作，法院案件之分配，如依事先訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業者，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符」；又指出「各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第 78 條、第 79 條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率」。解釋意旨重點有 2：第一、事務分配如依事先訂定之一般抽象規範為之，須符合「足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業」之密度；第二、各法院所作之規範，僅具補充性，只在不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則下，始有訂定補充規範之權限。

本號解釋對象係就「臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點第 10 點及第 43 點規定」，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨是否違背，所作憲法解釋。亦即各法院自行訂定關於事務分配分案辦法、要點等與訴訟基本權保障、法定法官原則之聯結。雖解釋結果認釋憲標的未達違憲程度，惟最終意旨仍指出各種分案規範，須達到「足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業」之密度。

二、以「最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點」為說明

更審案件分配之相關規範，有預先決定各法院關於更審案件如何分配其承審法官之規範功能，該規範須合於法定法官原則－釋字第 665 號解釋所指之「足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業」之程度。雖各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，及工作之公平負荷考量而得為不同分配之規定，但縱然摻雜入上開因素後，仍不能訂定一得因人之恣意操作案件分配之補充規範。

現行實務，各法院為提升審判效能，強調專業審判，或因前案既經廢棄發回更審，該更審前裁判之法官，就該事件內容較為熟悉，而於補充規範規定，更審案件仍由原發回前之承審法官承審。此即一般所稱之「更審連身」，其妥當性及合憲性，於審判實務正反意見均有之。肯定者，從審判效能、訴訟經濟面考量；反對者，因認既曾承審該案件，難免內心已有定見，為避免法官之預斷有失公平，故應依自然方式產生承審法官為當。

更二案件之分案實施，最高法院訂有「最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點」[21]。本實施要點規定目的，在使發回更審 3 次以上即更二以後再行上訴（原審字號為更三）之民、刑事案件（下稱更二以後之案件）能早日確定（第 1 點）。同實施要點第 2、3 點，更二以後之案件及相關案件，循一般分案程序，分由該法官辦理。即更二以後案件，由原廢棄（撤銷）發回之原承辦法官承辦，直至該案件審結確定為止。

更審案件之分配，與更審案件性質有關。更審案件究係另一形式及實質上新收案件，或原有案件延伸？如屬前者，則更審前原承辦法官為事先已存在之事實，本分案實施要點規定，更二以後案件率由該法官承審，是否「足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業」，或反而落入以「恣意或其他不當干涉案件分配作業」之實？如該更審案件係「形式上為新案件，而實質上為原訴訟程序之續行」者，則因更審前案件之事務分配，係之

（文轉三版）

註釋

17 按宣告法官會議決議違背法令案件，依「司法院函頒職務法庭辦理職務案件應行注意事項」屬法官法有關職務處分案件。詳請參閱拙文「從司法權完整性探討司法院職務法庭組織建構」，收錄於拙著，法學方法、憲法原理實踐，新學林（2017.11），264 頁。

18 本應行注意事項於 95 年 12 月 6 日由司法院令訂定發布，全文 3 點；97 年 7 月 29 日再修正發布，全文 4 點；99 年 6 月 1 日函令即日起停止適用。

19 由監察委員高鳳仙、趙昌平、陳健民、沈美真共同提出。https://www.cy.gov.tw/AP_Home/Op_Upload/eDoc/%E5%87%BA%E7%89%88%E5%93%81/102/1020000135%E5%B0%88%E6%A5%AD%E6%B3%95%E5%BA%AD(%E9%81%AE%E9%9A%B1%E7%89%88).pdf。

20 本辦法原於 90 年 10 月 11 日由司法院訂定發布「各級法院法官辦理民刑事與行政訴訟及特殊專業類型案件年度司法事務分配辦法」，歷經多次修正，於 107 年 8 月 23 日修訂為本辦法而來

21 本實施要點原由最高法院 76 年度第 6 次民刑事庭庭長會議通過，同日核定，後經多次修正，現行規定為 103 年 1 月 13 日由最高法院以臺文字第 1030000043 號函修正發布。

22 Zöller, ZPO, Aufl.23., §41.Rn12.181.

23 Zöller, a.a.O., §41 Rn13.181.

24 Zöller, a.a.O., §41 Rn14.181.

25 參看自姜世明，民事訴訟法（上冊），新學林（2015.8），132 頁。

26 Zöller, a.a.O., 41 Rn14.181.

27 我國法關於法官迴避，有無防免預斷目的，詳請參看姜世明，前揭書，130 頁。

JUDICIAL 司法 復 稽 周 亭
四、文稿一律不退件，請自留底稿。
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
院網站
JUDICIAL 司法 訂 閱 辦 法
本刊每
全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

前已依符合上開釋字意旨所定補充規範完成之分案程序，即無所謂「以恣意或其他不當干涉案件分配作業」可言。因該案件開始繫屬於最高法院時之分案，係依最高法院各分案實施要點分案，無事先指定承辦法官，自無釋字第 665 號所稱以人為方式恣意操作可言。因此本分案實施要點，更二以後案件仍分由原承審法官承辦，並無違反法定法官原則情形。本文採後說，且符合訴訟經濟原則。

三、更二案件分案與法官自行迴避制度之比較

（一）預斷或審級救濟機能

更審案件之由原承審法官辦理，與法定法官原則關聯，已如前述。另一有關議題，法官自行迴避制度之所由設。更二案件之由原承辦法官繼續辦理，會否形成所謂「預斷」，致實質上等同於剝奪審級救濟利益？

以建立公平審判保障訴訟權為上位概念之法官迴避制度目的達成，應置入何種要素，主要考量有 2。其一、防免「預斷」、「成見」可能；其二、維護審級救濟制度。預斷與成見，有造成裁判不公或偏頗，實質侵害審判本質目的可能；相對的，審級救濟係防免因主觀意志判斷錯誤，在訴訟程序架設由上級審承擔糾錯機能之制度。更二案件之分案規範，如為防免因預斷或成見造成之不公現象，則凡有預斷或偏見發生可能因素存在時，均須事先排除。換言之，凡經上級審廢棄發回之更審案件，曾參與該發回更審案件之法官，因該案件之參與裁判，主觀判斷已然形成，為避免固執己見，應予迴避，遑論更以「分案實施要點」指定由其續為更審案件之承審法官。

（二）以德國法官迴避事由為說明

預斷說是臆測法官心證形成可能受先前表諸於外之定見束縛，然預斷說本身係一般人性面之推測，不切實際。職業法官受專業訓練，服從憲法與法律，心證形成受一定規範條件限制，必須遵循，自由心證亦非濫權恣意。且法規範制度，已有法官迴避防範機制，如本法第 32 條之自行迴避、第 33 條之聲請法官迴避是。司法審判制度現實面，仍須藉由信任審判者之公正審判職業倫理、良知與外部監督機制，否則無從建構司法審判體制。是以防免法官預斷或成見，制度面係藉法官迴避制度；糾錯制度，係經由審級救濟程序機制完成，因此審級救濟利益不能被剝奪，無審級救濟機制者，再審糾錯制度必須存在。

以德國法為例[22]，其民事訴訟法第41條第 6 款，「法官在前審（in einem früheren Rechtszug）參與該被請求救濟之判決（Angefochtenen Entscheidung），在上訴審中被排除其法官職務（Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen）」。學說認為，本條基本原則，任何法官所參與之判斷，自己不能在審級救濟程序中再行參與判決。適用本條迴避之前提，以法官所參與之該判決，成為通常審級救濟程序中被請求救濟（上訴請求予以廢棄）之判決。由此可知，德國法關於法官迴避制度之基本原理，在「任何法官所參與之判斷，自己不能在審級救濟程序中再親自參與」原理下被理解。

依此，法官自行迴避重點有 2：第一、該應迴避之法官，其所參與之判決，須為該應迴避審（上級審）所審查之判決。而所謂「該被請求救濟之判決（或被提起上訴請求廢棄之判決）」，係依各個判決予以決定。如在上級審所參與審判者，非自己先前在下級審之判決，即無迴避問題。例如參與第一審判決法官，經第二審其他法官判決後，並不排除其參與第三審判決之資格是。第二、法官所應迴避之「審」，為審查該被提起上訴判決之直接上級審，非直接審查該判決之上級審，因非自己審查自己判決，不在迴避之列。例如在第三審參與該廢棄發回之判決，其後成為該被廢棄發回審之法官，因下級審非在審查該廢棄發回上級審之判決，即無迴避可言。可見德國法官之迴避，應係審級救濟制度目的考量，非在避免預斷。

審級救濟程序之上級審，係指通常審級救濟審，即德國民訴法第 512 條之第二審上訴、第 544 條之第三審上訴、第 567 條之抗告審。再審為錯誤確定裁判之特別救濟程序，德國民事訴訟法無如其刑事訴訟法第 23 條第 2 項，關於再審程序法官自行迴避之特別規定，因此參與原確定判決程序之法官，於民事再審程序無須迴避[23]。

就更審案件言，德國法官迴避既在避免自己審查自己之判決，以免審級利益實質被剝奪。同理，案經上級審廢棄發回原審，原參與廢棄發回判決之法官（上級審）在受發回更審程序之審級（下級審）無須迴避。在上級審參與發回判決之法官，當受發回審之判決再度成為上訴審審查之判決者，該上級審法官亦無庸迴避[24]。至於可否以法官參與更審前判決，而於更審程序參與審理裁判為有執行職務有偏頗之虞，聲請迴避？德國民事訴訟法第 42 條所謂法官執行職務有偏頗事由之聲請法官迴避，其實務見解採較嚴格解釋方法，認為除非法官有明顯之不合理、恣意之指示，否則不能以法官之法律見解，或有不當闡明行為認執行職務有偏頗[25]。法官迴避既係避免自己審查自己之判決，因此依其實務見解，案經發回原審者，原參與判決之法官在受發回更審程序中無須迴避。同理，在上級審參與發回判決之法官，當受發回審之判決再度成為上訴審審查之判決時，該上級審法官亦無庸自行迴避，已如前述（Zöller, ZPO, 181f. Rn14）。參與更審前下級審判決法官，於更審後之上級審，不能因此認有德國法第 42 條之法官執行職務有偏頗之聲請迴避事由，依此推論，亦不構成法官自行迴避原因[26]。可見德國法關於法官應迴避之範圍甚小，基本法理，僅在避免自己審查自己裁判而已，而「預斷」、「偏頗」或「成見」之防免之聲請法官迴避，其條件甚嚴。

（三）大法官釋字第 178 號及第 256 號解釋意旨

德國法官迴避之基本原理及相關規定，以「法官自己不能審查自己判決」為前提。我國民事訴訟法第 32 條第 7 款「法官參與該訴訟事件之前審裁判」，刑事訴訟法第 17 條第 8 款「推事曾參與前審之裁判者」，均構成自行迴避事由。惟法條立法目的，究係在「避免預斷」、「避免成見」，或係在「維護審級救濟功能」（即如德國法）。大法官釋字第 178 號，就刑事訴訟法前揭規定，認為法官應自行迴避，乃因已在下級審法院參與裁判，如在上級審法院再行參與，當事人難免疑其具有「成見」，而「影響審級之利益」，並認為在「前前審」參與第一審裁判者，亦應迴避。又為貫徹法官迴避制度目的，如參與經第三審撤銷發回更審前裁判者，如無事實上困難，則該案件在第三審應改分其他法官辦理。可見本號解釋之立於防免「預斷」及「成見」。

民事訴訟方面，本法第 32 條第 7 款原規定有曾參與該訴訟事件「更審前之裁判」事由（按 92 年修法已刪除），大法官釋字第 256 號解釋（79 年 4 月 4 日公布）指出，本款之迴避在「維護審級利益」及「裁判之公平」，法官曾參與訴訟事件之「前審」裁判或「更審前」之裁判者，固應自行迴避，「再審之訴」依同一理由，亦同。惟又指出各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第 19 條第 6 款規定意旨，再審之訴其迴避以 1 次為限。本號解釋兼有以維護審級利益及防免預斷目的，但既以 1 次為限，可見仍偏重在前者，非在預斷或成見之防免[27]。再參酌本法第 32 條第 7 款原規定有「更審前之裁判」迴避事由，修法後已予刪除，修法理由謂，更審前之裁判，依其文義凡在更審前曾參與該訴訟事件裁判之法官，不問在何審級，均包括在內。若該訴訟事件發回多次，而原審法院法官員額較少，勢必發生無法官可執行職務情形。又因受發回發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判斷基礎，故該訴訟事件於發回或發交後縱仍由參與更審前裁判之法官審理，亦不致有所偏頗，而有迴避必要等語。依此，最高法院前開有關更二審案件之分案補充規範，明定由原法官承審，如其規範密度能符合釋字第 665 號足以排除恣意或人為操作程度者，並不牴觸法定法官原則，亦不違背法官迴避相關規定。

陸 結論

法定法官原則保障範圍相當廣泛，大法官已於許多號解釋有相關闡述，而保障密度最明確具體解釋應為釋字第 665 號。法定法官原則之語意雖未入憲，憲法第 16 條係以訴訟權保障稱之，實質內涵並無不同。法定法官原則源於特別（例外）法院設立之禁止，此原則之現代意義，則允許經特別立法許可後設立，惟仍不得以行政機關為終審機關。特別法院設立禁止，反映在普遍被稱許有專業化美名之專業法庭設立容許性問題，仍有一定之禁忌。蓋專業法庭設立固有利於專業化需求，但在案件之分配方面，較易受人為操作，其利弊得失互見。專業法庭或特殊專業案件承審法官指定，法院組織法第 79 條第 2 項則授權由司法院視各法院實際需求決定，非經司法院允許再授權各級法院決定，否則不得任意設立專業法庭或指定特定法官辦理。

法定法官原則屬人民司法受益權，人民得積極請求國家設立正當審判組織及程序，以提供審判服務，違反此原則時，人民有對抗權。其具體內容，釋字第 665 號已有說明。所謂正當審判組織，指國家須提供一有效率且公平正直之法官（平民法官憲法未禁止，且符合國民主權原理）；所謂合於公正審判程序，包括法院審判組織體之確立，須依法取得審判權與管轄權，包括法官迴避制度。另於具體個案之分配承審法官，雖因立法技術面之繁瑣困難，法院組織法授權由各法院法官會議於年度法官會議決定，如依事先訂定分案規範決定者，釋字第 665 號指明該規範保障密度須達於足以排除人為恣意操作之密度，始能符合法定法官原則。

更審案件之分案實施，最高法院頒訂有「第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點」，使發回更審 3 次以上即所謂更二以後再行上訴之民刑事案件以後之案件，仍由原廢棄發回之原法官承審，直至該案件審結確定止。本分案實施要點能否通過釋字第 665 號檢驗？本文以為更審案件之分案實施，如為避免法官預斷或成見，固由其他法官審理為妥；但從節省司法資源及使案件得以早日審結目的考量，由原法官承審最為有利。且法官迴避制度之基礎法理，避免預斷雖為其一，但預斷或成見之避免，已有聲請法官迴避機制之設。另 92 年本法修正已將「更審前之裁判」自行迴避事由刪除，釋字第 178 號係針對刑事案件之解釋，因此民事事件法官迴避之法理基礎，可立於維護審級利益目的。以此為前提，最高法院關於更二案件分案實施要點，明定仍分案予原承審法官，不違背法官迴避相關規定；其規範密度如足以排除恣意或人為操作分配者，亦不牴觸法定法官原則。

（作者為最高法院法官）

WEEKLY 周刊 徵 高 格 事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。文後請加註，以利參考。二、本刊並歡迎司法人、事及法院的故事。三、本刊對來稿有權刪改，刊出文章並將贈以 訂閱 WEEKLY 周刊 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊 幣400元