

憲法法庭 115 年憲裁字第 9 號裁定

不同意見書

尤伯祥大法官提出

謝銘洋大法官加入

本件聲請人於第一審遭全部敗訴之判決，上訴後遞經第二審、更一審及更二審分別予其全部敗訴、部分勝訴及全部敗訴之判決，終因最高法院以聲請人對更二審判決之上訴為不合法而予以裁定駁回確定，故本件聲請應以更二審之臺灣高等法院 113 年度重上更二字第 98 號民事判決（下稱系爭確定終局判決）為憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項規定所稱之確定終局裁判。

聲請人因參與予其全部敗訴判決之第二審之審判長，復參與撤銷更一審判決之第三審判決，認該審判長因參與第二審判決所生受預斷影響之風險，已使聲請人在該審判長參與之第三審程序喪失審級救濟利益，主張該審判長應自行迴避，民事訴訟法（下稱民訴法）第 32 條第 7 款規定（下稱系爭規定）未規定法官於此種情形應迴避，應屬違憲，最高法院 112 年度台上字第 1781 號民事判決（下稱系爭最高法院判決）、系爭確定終局判決及最高法院 114 年度台上字第 380 號民事裁定（下稱系爭最高法院裁定）亦因適用系爭規定而違憲。故，本件聲請所涉憲法上疑義，係民事訴訟程序之上訴審法官，雖未參與其所審查之下級審裁判，但曾參與同一訴訟事件之先前裁判者，基於憲法保障人民訴訟權之意旨，是否應因其受預斷影響之風險而自行迴避，暨系爭規定是否因未就此情形有所規定而構成違憲。

就法官因參與同一案件之先前裁判所衍生是否應自行迴避之類似疑義，本庭之最近見解見於 112 年憲判字第 14 號

判決。該號判決係以是否涉及訴訟權保障之核心內容，而屬憲法所要求之法官迴避事由，作為前提（判決理由第 56 段參照），進而根據司法院釋字第 761 號解釋所示曾參與同一案件上下級審判及先行程序之決定之法官，若因此所生受預斷影響之風險將使當事人喪失審級救濟利益，則已涉及訴訟權保障之核心內容，而為憲法所要求之法官迴避事由等旨（判決理由第 58 段參照），引伸出以「是否審查自己所作裁判，以致該法官再次參與之審判於實質上已難發揮救濟實益」，作為曾參與同一案件先前裁判之法官，是否應基於憲法保障人民訴訟權之意旨自行迴避之判斷標準（判決理由第 59 段參照），並依此標準，認為刑訴法第 17 條第 8 款規定之目的，係在維護被告於刑事訴訟之審級救濟利益，故將該款規定所稱「曾參與前審之裁判」，解釋為法官於同一案件「曾參與下級審之裁判」，與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸（憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決主文第一項及理由第 67、70 段參照）。

上開判決係就同一案件，（1）再審或非常上訴程序法官曾參與確定前裁判（包括歷審裁判）；（2）第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判；（3）第二審或第一審更審程序法官曾參與發回更審前之同審級先前裁判等三種情形，是否應自行迴避之疑義，分別進行判斷。上開三種情形，均與本件聲請所涉之「參與下級審裁判之同級審先前裁判」有異，因此該件判決未曾對本件聲請所涉情形進行判斷，合先敘明。惟，系爭規定若依上開判決之意旨解釋，則系爭規定所稱「法官曾參與該訴訟事件之前審裁判」，亦係指「參與該訴訟事件之下級審裁判」。本件聲請所涉「曾參與下級審裁判之同級審先前裁判之法官」，固然因此即無庸依系爭規定於對

更一審判決所提第三審上訴迴避，然而從公平受審是人民訴訟權保障之核心內容來說，該法官因參與作成第二審判決所生受預斷影響之風險，是否果不足以使其應於第三審迴避？厥為問題所在。

就此而言，若憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決建立之審查基準，已涵蓋所有因法官參與先前審判或先行程序之決定所生受預斷影響之風險，而足夠在所有存在這類風險之情況，據以判斷是否涉及訴訟權保障核心而構成憲法所要求之法官迴避事由，則依此基準，本件聲請自無受理之價值。反之，若上開基準並未窮盡所有存在該等風險之情況，則容有以後續之判決予以補充、發展之餘地。

本席基於以下理由，認為該件判決建立之「審查自己所作裁判」基準，並未窮盡所有存在上述風險之情況，該基準容有於本案予以補充、發展之餘地，並認為本件聲請已涉及訴訟權保障之核心內容，依憲法保障人民訴訟權之意旨，原因案件之第二審審判長應於對更一審判決所提第三審上訴程序迴避，因此本件聲請應予受理：

一、憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決所建立之「審查自己所作裁判」基準，容有於本案予以補充、發展之餘地

所謂訴訟權保障之核心內容，乃指基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會。賦予訴訟救濟途徑與依正當法律程序公平受審，俱屬訴訟權保障之核心內容，相輔相成，缺一不可。權益遭受侵害之人民縱有訴訟救濟途徑可循，但未確保法官公平審判，則訴訟仍屬枉然。法官迴避制度之目的在於確保法官公正審判，乃維

繫訴訟救濟本旨所不可或缺(憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決理由第 57 段參照)，可見迴避制度是實現作為訴訟權保障核心內容之公平審判所必要之手段。手段應服務於目的，因此，就是否涉及訴訟權保障之核心，而屬憲法所要求之法官迴避事由的判斷，自應以迴避是否屬確保當事人受公平審判所必要為準。

參與上級審所審查之下級審裁判的法官之所以應自行迴避，係因依具備通常理性之人根據一般知識及經驗看來，該「審查自己所作裁判」之法官，在受預斷影響之風險下將不能公平審判，其所參與之上級審因而實質上不能發揮審級救濟之效能，因此其迴避對於公平審判之確保實屬必要。以此而言，「審查自己所作裁判」這個審查基準的原理，與聯合國班加羅爾司法行為原則（The Bangalore Principles of Judicial Conduct）2.1：「法官執行司法職責時，不得偏私，亦不可存有偏見或成見。」（A judge shall perform his or her judicial duties without favour, bias or prejudice.）及 2.5：「倘若法官不能作出公正的判決，或根據明理之旁觀者的看法，法官將不能作出公正的判決時，該法官須自行退出審理有關法律程序。」（A judge shall disqualify himself or herself from participating in any proceedings in which the judge is unable to decide the matter impartially or in which it may appear to a reasonable observer that the judge is unable to decide the matter impartially.）實屬一致。另一個被司法院釋字第 761 號解釋列為憲法所要求之法官迴避事由的「利益衝突」類型，其之所以應行迴避的原理，其實也相同。

然而，就法官因參與同一訴訟事件之先前審判或先行程序之決定，所生受預斷影響之風險而言，論理上實不可能僅在「審查自己所作裁判」一種情形，會達到難以確保當事人受公平審判之程度。在「審查自己所作裁判」以外之情形，法官受預斷影響之風險是否已大到難以確保當事人受公平審判之程度，仍應依上述之審查原理，即具備通常理性之第三人，根據一般知識及經驗觀察，是否會合理懷疑法官將不能公正中立審判，進而減損甚至喪失對審判公正之信心為斷。

舉例而言，於刑事庭在作成有罪判決後裁定將附帶民事訴訟移民事庭審理時（刑訴法第 504 條第 1 項規定參照），若參與審理之民事庭法官適為該案件起訴檢察官，則其參與這件附帶民事訴訟之審理，並無「審查自己所作裁判」可言。然而，從具備通常理性之第三人的角度，根據一般知識及經驗來看，恐怕很難不對其審理時的公正中立產生合理懷疑。於這種情況下，應認該名前檢察官受預斷影響之風險，已臻難以確保當事人受公平審判之程度，而屬憲法所要求之法官迴避事由。僅此一例，即可看出「審查自己所作裁判」作為審查基準，並未涵蓋所有法官因參與先前審判或先行程序之決定而應迴避之情形。

因此本件聲請之受理價值，即在於就「審查自己所作裁判」基準進行補充。除指出於法官因參與同一案件或訴訟事件而生受預斷影響之風險的情形，並非僅有該基準會涉及訴訟權保障之核心內容外，並進一步揭示該基準背後之原理，即「具備通常理性之人，根據一般知識及經驗觀察，若認為該法官在受預斷影響下將不能公

平審判，審判因而將難以維持公正中立之外觀，即應認預斷影響之風險已臻難以確保當事人受公平審判之程度，而屬憲法所要求之法官迴避事由」，才是通案性之審查基準，從而若法官依該通案性審查基準應行迴避，相關訴訟法規卻容許其得不迴避或未規定應迴避，該法規範應屬違憲；法官於此種情形未迴避而參與個案之審判，該個案裁判亦屬違憲（憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決理由第 60 段參照）。

二、本件聲請原因案件之第二審審判長應於對更一審判決所提第三審上訴程序迴避

本件聲請之原因案件的關鍵爭點實僅一個，即該案兩造間有無消費借貸契約存在。對於該爭點之判斷結果，決定其餘兩個爭點（即該案系爭之本票債權本息及系爭押權擔保之債權是否存在、系爭抵押權設定登記應否塗銷及系爭執行程序應否撤銷）的判斷。兩造間是否存在消費借貸契約，純屬事實面之爭點，其判斷有賴對案內相關證據之評價，而非對案內應適用法規範之解釋。綜觀本案歷審判決，其實就是對相關證據的綜合評價不同，決定了判決結果。事實審之判決理由固以對與該關鍵爭點相關證據之評價為主體，歷次撤銷事實審判決之第三審判決，亦係就下級審判決之證據取捨有所指摘，而以事實未明而猶有研求餘地為由予以廢棄發回。以系爭確定終局判決為例，即係依系爭最高法院判決之發回意旨（質疑聲請人之對造所辯並未收到借款，是否全然不可採，有待釐清）調查後，為不利聲請人之認定（聲請人並未證明已交付借款予其對造之事實，兩造借貸契約並未成立生效），因而作成駁回聲請人上訴之判

決。

就法官能否免於預斷帶來之成見而言，或許在法律見解上，作為法律專家之法官較有被說服而改變見解之餘地，然而根據心理學的研究，對於證據之評價乃至因此形成之整體心證，最難免於隧道視野（tunnel vision）及因此產生之確認偏誤（confirmation bias）的影響。

以第二審審判長受其預斷影響之風險，是否已達難以確保聲請人在其參與之第三審程序受公平審判之程度的判斷而言，其參與之第二審判決，就兩造間有無消費借貸契約之關鍵爭點，係為不利於聲請人之判斷，因而駁回聲請人之上訴，維持予其全部敗訴之一審判決。因此，該法官有很高之機率是帶著對聲請人不利之心證，在隧道視野的影響下，參與第三審上訴之裁判，進而指摘更一審判決與其成見相左之證據取捨。從具備通常理性之第三人的角度，根據一般知識及經驗來看，會認為該法官在受預斷影響下將不能公平審判，其參與之第三審亦難以維持公正中立之外觀。因此，該法官受預斷影響之風險，已臻難以確保聲請人受公平審判之程度。為確保聲請人得受公平審判，該法官實有必要於該案之第三審程序迴避，從而系爭最高法院判決因該名法官之參與而構成違憲。

至於系爭規定所稱前審裁判，雖依憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決之意旨，解為限於上級審所審查之下級審裁判，尚無違憲可言，但民訴法並未就法官參與同一訴訟事件之先前裁判或先行程序，而依前述通案審查基準應行迴避之情形，規定其應迴避之概括補充條款，而容許其得不迴避，仍與憲法保障訴訟權之意旨有

違。尤其就最高法院而言，由於絕大多數案件僅行書面審理，當事人往往直至收到判決書始知法官是誰，根本不及聲請迴避，因此上述概括條款尤有必要，其欠缺所生之違憲則格外明顯。

三、系爭確定終局判決及系爭最高法院裁定均屬憲訴法第59條第1項所稱之確定終局裁判，而以系爭最高法院判決是否違憲作為審查時之先決問題

判決違憲不以判決內所表示之法律見解或涵攝結果違法為限，作成判決所依循之訴訟程序違憲，亦屬判決違憲之態樣。又，判決確定前所經訴訟歷程具有連續性，故作成確定終局判決所依循之訴訟程序是否違憲，亦應就判決確定前經歷之訴訟程序為整體觀察及評價。

以本件聲請來說，雖然系爭最高法院判決並非本件聲請之確定終局判決，惟更二審程序係因其廢棄更一審判決並發回更審而開啟，進而作成系爭確定終局判決。因此，判斷系爭確定終局判決所依循之訴訟程序是否違憲時，自應將更二審程序係由違憲之系爭最高法院判決開啟乙節納入考量及評價。再以系爭最高法院裁定而言，聲請人在就系爭確定判決提起第三審上訴時，業以第二審審判長應依系爭規定迴避而未迴避，致系爭最高法院判決違憲侵害其審級利益為由，指摘系爭確定終局判決無效。就此指摘，系爭最高法院裁定於理由結尾處以與前開上訴意旨不相適合之附敘「系爭確定終局判決並無依法律或裁判應迴避之法官參與裁判之情形，聲請人所為指摘不無誤會」回應之，進而維持系爭確定終局判決。無論是出於誤會或曲解上訴意旨，上開附敘已表示第二審審判長無庸依系爭規定迴避之法律見解。於此

範圍內，系爭最高法院裁定已屬憲訴法第 59 條第 1 項所稱之確定終局裁判。

綜上，系爭確定終局判決及系爭最高法院裁定均屬憲訴法第 59 條第 1 項所稱之確定終局裁判，且因對這兩件裁判進行憲法審查時，是以系爭最高法院判決是否違憲作為先決問題，因此聲請人雖不得持系爭最高法院判決聲請憲法審查，但無礙於就系爭確定終局判決及系爭最高法院裁定進行憲法審查時，一併審查系爭最高法院判決。

四、結語

人民會基於許多不同的理由決定他們對於司法公信力的看法，但審判是否公平，或者至少具備公平的外觀，應該是大多數人首先的考量。一般人在決定他們對審判是否公平的看法時，固然也會斟酌許多不同的因素，但承審的法官是誰乃至是否立於中立客觀之地位，應該是他們在運用常識及經驗進行判斷時，第一個會考慮的因素。承審的法官可以對其心如秤乃至裁判的品質有百分之百的信心，但只要常人依一般知識、經驗不免對其中立客觀有所懷疑，則無論判決理由如何詳盡，恐怕最終只能是裁判者的「自我感覺良好」，既難令受不利裁判之訴訟當事人甘服，也難以建立公眾對司法公正的信心。迴避制度是使訴訟由立於中立客觀地位之法官承審，以確保當事人得受公平審判之手段。從落實憲法對人民訴訟權之保障乃至維護司法公信力著眼，應使迴避制度盡量發揮其應有功能，而非輕易以審判人力調度便利或其他司法行政上的理由，限縮迴避制度之運用。能比讓一般人依常識及經驗認為應該迴避的法官參與

裁判，更能傷害司法公信力的事情，應該沒有很多。就此而言，本件裁定恐怕是嚴重輕忽了迴避制度乃至公平審判的重要性，本席對此至感遺憾。