



1 法規範憲法審查聲請書

2 聲 請 人 杜明志 (杜明郎、杜明雄之胞兄)

3

4

5 訴訟代理人 周聖錡律師

6 設臺南中西區永福路1段189號11樓C2

7 電話：06-2135390／0980460500

8 茲依憲法訴訟法第59條第1項規定，聲請法規範憲法審查：

9

10 主要爭點

11 一、「最高法院29年上字第3276號刑事判例」之要旨，是否違反憲法第  
12 8條正當法律程序、第16條保障人民之訴訟權及公平審判原則？

13 二、「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第2  
14 點」是否違反憲法第8條正當法律程序、第16條保障人民之訴訟權  
15 及公平審判原則？

16 三、司法院釋字第178號解釋將刑事訴訟法第17條第8款規定中所謂「前  
17 審」之定義，限縮於「同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判」，  
18 有無違反憲法第8條正當法律程序、第16條保障人民之訴訟權及公  
19 平審判原則，應於此範圍內補充解釋？

20

21 原因案件或確定終局裁判案號

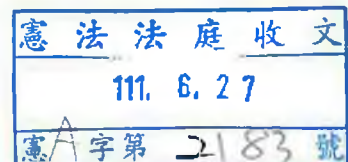
22 本件確定終局判決為最高法院101年度台上字第900號刑事判決。

23

24 審查客體

25 刑事訴訟法第17條第8款、最高法院29年上字第3276號刑事判例、最高  
26 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第2點、司法院  
27 釋字第178號解釋。

28



二科

57

1 應受判決事項之聲明

- 2 一、「最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例」違反憲法第 16 條保障人民  
3 訴訟權及公平法院之意旨，應為違憲宣告，並自本判決宣示或公告  
4 之日起失效。
- 5 二、「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第 2  
6 點」違反憲法第 16 條保障人民訴訟權及公平法院之意旨，應為違憲  
7 宣告，並自本判決宣示或公告之日起失效。
- 8 三、刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定：「法官於該管案件有下列情形之一者，  
9 應自行迴避，不得執行職務：八、法官曾參與前審之裁判者。」，所稱  
10 之「前審」，應包括曾參與該案件先前任何一次裁判之情形，始符憲法  
11 第 16 條保障人民訴訟權及公平法院原則之意旨，司法院釋字第 178  
12 號解釋，於此範圍內，應予變更。

13  
14 事實上及法律上之陳述

15 壹、聲請法規範憲法審查之目的：

16 杜明郎、杜明雄因強盜殺人案件，認最高法院 101 年度台上字第 900  
17 號刑事判決【附件 1】，實質援用司法院釋字第 178 號解釋【附件 2】、  
18 最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例【附件 3】及最高法院第二次  
19 發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第 2 點規定【附件 4】，  
20 排除第三審法官曾參與前次發回更審裁判亦應適用刑事訴訟法第 17  
21 條第 8 款規定予以迴避，違反憲法所保障之人民訴訟基本權與公平法  
22 院原則，聲請法規範憲法審查，暨補充釋字第 178 號解釋。

23  
24 貳、基本權遭受不法侵害之事實及所涉憲法條文或憲法上之權利：

25 一、憲法上所保障之權利遭受不法侵害之事實，及涉及之憲法條文或憲  
26 法上之權利：

27 確定終局判決所實質援用之司法院釋字第 178 號解釋、最高法院 29  
28 年上字第 3276 號刑事判例、最高法院第二次發回更審以後之民、刑

1 事上訴案件分案實施要點第2點，使本案曾參與前次發回更審裁判之  
2 第三審法官未自行迴避，而發生第三審法官重覆之情形，侵害聲請人  
3 受憲法第8條保障之正當法律程序、第16條保障之訴訟權及受有法  
4 院公平審判之憲法上權利。

## 5 二、所經過之訴訟程序及確定終局裁判：

6 (一) 杜明郎、杜明雄因被訴於90年7月16日在大陸廣東省南海市大瀝鎮  
7 犯強盜殺人案件，經臺南地方法院檢察署以90年偵字第8358號起訴  
8 書提起公訴，嗣經臺灣臺南地方法院以90年度重訴字第25號刑事判  
9 決諭知杜明郎、杜明雄強盜殺人部分無罪【附件5】。案經歷次上訴及  
10 最高法院發回更審，臺灣高等法院臺南分院98年度重上更(六)字第353  
11 號刑事判決將上開無罪部分撤銷，判決杜明郎、杜明雄共同犯強盜殺  
12 人罪，均處死刑【附件6】。聲請人杜明郎、杜明雄上訴第三審，最終  
13 經最高法院以101年度台上字第900號刑事判決【附件1】駁回上訴，  
14 全案確定。

15 (二) 按憲法訴訟法第59條規定：「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案  
16 件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有抵觸憲  
17 法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。前項聲請，應於不利確定  
18 終局裁判送達後6個月之不變期間內為之。」；次按同法第92條第2  
19 項、第3項規定：「第59條第1項之法規範憲法審查案件或第83條  
20 第1項之案件，聲請人所受之確定終局裁判於本法修正施行前已送達  
21 者，6個月之聲請期間，自本法修正施行日起算；其案件之審理，準  
22 用第九十條第一項但書及第九十一條之規定。前項案件，除刑事確定  
23 終局裁判外，自送達時起已逾五年者，不得聲請。」，則憲法訴訟法自  
24 111年1月4日起施行，同法第92條第2項所定之6個月聲請期間  
25 應於111年7月3日屆滿。

26 (三) 復按人民所受之確定終局裁判於憲法訴訟法修正施行前已送達者，得  
27 於中華民國111年1月4日憲法訴訟法修正施行日後6個月內，聲請  
28 法規範憲法審查；上列依憲法訴訟法第59條第1項聲請法規範憲法

1 審查案件得否受理，依憲法訴訟法第 92 條第 2 項後段準用同法第 90  
2 條第 1 項但書及第 91 條規定，乃係適用憲法訴訟法修正施行前之規  
3 定（亦即司法院大法官審理案件法，下稱大審法）。又按人民、法人或  
4 政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴  
5 訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令，發生有抵觸憲法之疑義  
6 者，得聲請解釋憲法，大審法第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。

7 (四) 查杜明郎、杜明雄係於 101 年收受最高法院 101 年度台上字第 900 號  
8 刑事終局確定判決，判決係於憲法訴訟法修法施行前已送達。今聲請  
9 人欲向憲法法庭聲請憲法訴訟法第 59 條第 1 項法規範憲法審查，依  
10 同法第 92 條第 2 項規定，聲請期間係自憲法訴訟法施行日即 111 年  
11 1 月 4 日起算之 6 個月內，且刑事終局確定裁判不受同條第 3 項所定  
12 之 5 年不變期間限制。故本案於 111 年 7 月 3 日前提出聲請書向憲法  
13 法庭聲請法規範憲法審查，仍屬確定終局裁判送達後 6 個月不變期間  
14 內所為之合法聲請。且依憲法訴訟法第 92 條第 2 項後段準用同法第  
15 90 條第 1 項但書規定，本件得否受理之審查及後續審理，均適用修正  
16 施行前之大審法規定。

### 17 三、確定終局裁判所適用之法規範名稱及內容

18 (一) 按刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定：「法官於該管案件有下列情形之一  
19 者，應自行迴避，不得執行職務：八、法官曾參與前審之裁判者。」

20 (刑事訴訟法 109 年 1 月 15 日修法公布，第 17 條第 8 款規定中「左  
21 列」之文字修正為「下列」，「推事」之文字修正為「法官」，惟並不影  
22 響條文原意。) 上開條文旨在避免法院執行職務有偏頗之虞，因而列  
23 舉該項情形，法官應自行迴避，以擔保法院之無私公正。惟據鈞院大  
24 法官釋字第 178 號解釋文：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱推事曾  
25 參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判  
26 而言。」、以及系爭違憲判例意旨：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所謂  
27 推事曾參與前審之裁判應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服  
28 之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務

而言，至推事曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列。」，將刑事訴訟法第 17 條第 8 款所規定「推事曾參與前審之裁判」之意涵，限制為「同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判」。

(二) 經查本案確定終局判決即最高法院 101 年度台上字第 900 號刑事判決，於其判決理由中，固未針對有無適用司法院釋字第 178 號解釋文、系爭違憲判例及系爭違憲要點第 2 點表示見解。然有無應予迴避之法官參與審判，乃刑事法院職權調查事項，觀諸聲請人之歷審判決，於第二審、第三審判決階段，均有法官重覆、未自行迴避之情形，爰針對本案歷次審判之合議庭法官組成，整理如下表格(法官重覆、未自行迴避之情形，均以粗體、底線之方式標明)：

編號	判決字號	裁判日期	法官
1	臺灣台南地方法院 90 年度重訴字第 25 號	91.07.08	簡慧娟 陳欽賢 卓穎毓
2	臺灣高等法院台南分院 91 年度上訴字第 937 號	91.11.20	<u>楊明章</u> 戴勝利 顏基典
3	最高法院 92 年度台上字第 4418 號	92.08.14	<u>吳雄銘</u> <u>池啟明</u> <u>郭毓州</u> <u>吳三龍</u> <u>石木欽</u>
4	臺灣高等法院台南分院 92 年度上更(一)第 396 號	92.11.19	茆臺雲 田平安 蔡長林

5	最高法院 93 年度台上字第 3171 號	93.06.24	<u>吳雄銘</u> <u>池啟明</u> <u>郭毓州</u> <u>吳三龍</u> <u>石木欽</u>
6	臺灣高等法院台南分院 93 年度上更（二）字第 291 號	93.11.23	陳義仲 陳顯榮 宋明蒼
7	最高法院 94 年度台上字第 3514 號	94.06.30	<u>吳雄銘</u> <u>池啟明</u> <u>郭毓州</u> <u>吳三龍</u> 蕭仰歸
8	臺灣高等法院台南分院 94 年度重上更（三）字第 361 號	96.05.14	葉居正 <u>吳森豐</u> 吳永輝
9	最高法院 97 年度台上字第 1021 號	97.03.13	<u>洪文章</u> <u>王居財</u> <u>郭毓州</u> <u>黃梅月</u> <u>邱同印</u>
10	臺灣高等法院台南分院 97 年度重上更（四）字第 109 號	97.07.17	蔡崇義 杭起鶴 董武全
11	最高法院 97 年度台上字第 658 號	97.12.18	<u>洪文章</u> <u>王居財</u> <u>郭毓州</u>

			<u>黃梅月</u> <u>邱同印</u>
12	臺灣高等法院台南分院 97 年度重上更（五）字第 439 號	98.07.21	<u>楊明章</u> <u>顏基典</u> <u>楊子莊</u>
13	最高法院 98 年度台上字第 7258 號	98.12.03	<u>洪文章</u> <u>王居財</u> <u>郭毓州</u> <u>黃梅月</u> <u>邱同印</u>
14	臺灣高等法院台南分院 98 年度重上更（六）字第 353 號	100.08.25	<u>吳志誠</u> <u>吳森豐</u> <u>彭喜有</u>
15	最高法院 101 年度台上字第 900 號	101.03.07	<u>洪文章</u> <u>王居財</u> <u>郭毓州</u> <u>韓金秀</u> <u>沈揚仁</u>

- 1 (三) 由上開表格可知，曾參與二審判決之法官楊明章，於更五審判決中再  
2 次參與；曾參與更三審判決之法官吳森豐，於更六審判決中再次參與。  
3 歷次第三審判決中法官重複之情形更為嚴重，法官郭毓州更是參與了  
4 全部七次的第三審判決，茲將此七次第三審判決中法官重複之情形以  
5 表格整理如下：

法官	三審 1	三審 2	三審 3	三審 4	三審 5	三審 6	三審 7
吳雄銘	V	V	V				
池啟明	V	V	V				
郭毓州	V	V	V	V	V	V	V

吳三龍	V	V	V				
石木欽	V	V					
洪文章				V	V	V	V
王居財				V	V	V	V
黃梅月				V	V	V	
邱同印				V	V	V	

1 由此可見，本案歷次審判有多次法官重複而未自行迴避之情形，雖本  
2 案終局確定判決未於理由欄中明確表示適用司法院釋字第 178 號解釋  
3 文、系爭違憲判例及系爭違憲要點第 2 點，然應可認其已實質援用司  
4 法院釋字第 178 號解釋文、系爭違憲判例及系爭違憲要點第 2 點之見  
5 解，實質上發生法官未依刑事訴訟法第 17 條第 8 款自行迴避之效果。

6 參、對本案確定終局裁判所適用之法規範(法律或命令)抵觸憲法，聲請人  
7 所主張之立場及見解：

8 一、迴避制度係憲法所保障人民訴訟及人身自由正當法律程序之內涵

9 (一) 按「人民有請願，訴願及訴訟之權。」憲法第 16 條就人民訴訟權之保  
10 障定有明文。復按大法官釋字第 178 號解釋理由書指出：「按刑事訴  
11 訟法為確定國家具體刑罰權之程序法，以發現實體真實，俾刑罰權得  
12 以正確行使為目的，為求裁判之允當，困有特殊原因足致推事執行職  
13 務有難期公平之虞時，特設迴避之規定。」；又按聯合國公民與政治權  
14 利國際公約(以下稱公政公約)第 14 條第 1 項前段宣示：「一、人人  
15 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  
16 訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問……。」  
17 明確揭示公平審判原則。而刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定推事曾參  
18 與前審之裁判者應自行迴避之規定，乃因推事曾參與前審裁判，復又  
19 參與同案之裁判，實難期待法官能跳脫先前自行裁判之見解而予被告  
20 公平審判，蘊含實踐上開大法官解釋暨國際人權公約應保障被告受公  
21 平審判之訴訟權、獲得正當法律程序之誠命。



- 1 (二) 再按憲法第 8 條揭櫫憲法上人身自由之正當法律程序，司法院釋字第  
2 639 號解釋理由書亦指出：「人身自由為重要之基本人權，應受充分  
3 之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨(本  
4 院釋字第 384 號、第 436 號、第 567 號解釋參照)」，闡明鈞院一貫立  
5 場。此種正當法律程序之保障固非一絕對之標準，而應隨基本權利之  
6 侵害類型而浮動，因此司法院釋字第 639 號解釋理由書即謂：「惟相  
7 關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權  
8 之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、  
9 所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，  
10 綜合判斷而為個案認定。」於闡述原理後，該號解釋隨即說明羈押規  
11 定之合憲前提，在於已提供「係由審理受羈押被告之合議庭以外之另  
12 一合議庭審理」之救濟機會，方無違正當法律程序。此處提出所謂「另  
13 一合議庭」之概念者，明白表示訴訟程序之救濟手段若非由不同法官  
14 予以審理，即不符合憲法第 8 條正當法律程序之要求，可證人身自由  
15 上正當法律程序之標準，在於提供刑事被告有不同且獨立法官審理之  
16 程序，而成為迴避制度之立論基礎。
- 17 (三) 本案終局確定判決適用之系爭違憲判例意旨，使得刑事被告於同一個  
18 案件的刑事審判程序中，可能先後受到同一法院之同一法官所組成之  
19 合議庭審理，如此一來，刑事訴訟法中關於迴避規定所欲達成之效果，  
20 將明顯遭到限縮。鑒於刑事訴訟程序可能剝奪人民人身自由甚至生命  
21 權(如本案已執行之杜明郎、杜明雄)，使刑事被告受有嚴謹之正當法  
22 律程序及受法院公平審判之權利，乃係達到刑事訴訟發現真實之目的  
23 前，應嚴格遵守之程序正義。是系爭違憲判例之意旨，已然抵觸憲法  
24 第 8 條正當法律程序、第 16 條訴訟權、法定法官原則、公平審判原  
25 則及公政公約第 14 條第 1 項規定。
- 26 (四) 本案終局確定判決適用之系爭違憲要點第 2 點規定，抵觸法定法官原  
27 則、釋字第 256 號解釋、憲法第 8 條正當法律程序、憲法第 16 條訴  
28 訟權及公政公約第 14 條第 1 項之規定：

1. 按針對刑事訴訟法第 17 條第 8 款有關「前審」之規定，學說上向來有「審級說」與「拘束說」之爭議。「審級說」指系爭規定重在保護當事人之審級利益，如在下級審已就該案件參與審判之法官，於上級審仍容許其執行職務，則審級制度即失其存在之意義。是以，所謂「前審」，係指「下級審」而言。「拘束說」則重在維護裁判之自縛性，依「拘束說」之見解，同一法官應受自身意見之拘束，因此所謂前審，係指「前次審」而言。學者並謂除純以法律觀點，檢討前次審判之缺失外，無論為下級審或同級審，推事曾參與先前任一次裁判時，均應認為構成刑事訴訟法第 17 條第 8 款法官自行迴避之事由，始得維持「公平之法院」之審判。
2. 鈞院大法官釋字第 665 號解釋對於法定法官原則，亦有明確之闡釋：「世界主要法治國家中，德意志聯邦共和國基本法第 101 條第 1 項雖明文規定，非常法院不得設置；任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪—此即為學理所稱之法定法官原則，其內容包括應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判；惟該原則並不排除以命令或依法組成(含院長及法官代表)之法官會議(Präsidium)訂定規範為案件分配之規定(德國法院組織法第 21 條之 5 第 1 項參照)。…法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則，我國憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判，亦有相同之意旨。」
3. 我國刑事訴訟實務自司法院釋字第 178 號解釋以降，多採取審級說，包括釋字第 178 號解釋謂：「刑事訴訟法 17 條第 8 款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」。是依據本號解釋之見解，刑事訴訟法 17 條第 8 款所謂「前審」似指下級審。如採此一見解，則本案原因案件合議庭均未參與下級審，即無本款迴避規定之適用。
4. 惟查，司法院大法官釋字第 256 號解釋對於再審程序似改採「拘束說」之見解，其解釋理由書謂：「憲法第 16 條規定人民有訴訟

1 之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。  
2 現行民事訴訟法第 32 條第 7 款關於法官應自行迴避之規定，即在  
3 當事人就法官曾參與之裁判聲明不服時，使該法官於其救濟程序，  
4 不得再執行職務，以保持法官客觀超然之立場，而維審級之利益  
5 及裁判之公平。因此，法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或更審  
6 前之裁判者，固應自行迴避；對於確定終局判決提起再審之訴者，  
7 其參與該確定終局裁判之法官，依同一理由，於再審程序，亦應  
8 自行迴避，」換言之，若依照司法院釋字第 256 號解釋明確揭示  
9 民事訴訟再審仍有因參與前審而應迴避的問題，則本案原因案件  
10 之情形，只要曾參與本案任一審級裁判之法官，於本案之後任一  
11 審級之案件中，基於其已於前次審判表示見解之裁判自縛性，依  
12 照司法院釋字第 256 號解釋意旨，亦應自行迴避。對此，司法院  
13 釋字第 178 號解釋與第 256 號解釋之關係為何？釋字第 256 號解  
14 釋是否適用刑事案件？相關爭議均有再予釐清、有再為補充解釋  
15 之必要。

- 16 5. 或有謂司法院釋字第 256 號解釋僅適用於民事案件，刑事案件無  
17 適用餘地云云（就刑事再審法官迴避部分，最高法院經由徵詢程  
18 序已作成統一見解之 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定，認為刑  
19 事再審聲請程序中仍有司法院釋字 256 號解釋意旨之適用）。惟  
20 查，司法院釋字 256 號解釋雖係針對民事訴訟法第 32 條第 7 款規  
21 定而為解釋，然刑事訴訟對於審判公平性及正當法律程序的要求，  
22 並不亞於民事訴訟，且迴避規則源自於憲法第 16 條訴訟基本權。  
23 訴訟權之目的，在於保障人民由訴訟權所衍生之「受公平審判權  
24 利」得以實現，必先有「公平法院」之形成作為前提。而公平法  
25 院最基本的要素，即在法院必須由客觀無偏見之審判者組成。此  
26 一由憲法位階之訴訟基本權所推導之原則，顯然不應區別民事案  
27 件或刑事案件而有所不同。

28 (五) 據此，法官自行迴避的規範目的在於確保法院公平審判之落實，更有

1 學者認為，法官迴避制度之憲法依據，可連結至憲法第 16 條訴訟權  
2 保障及援引公政公約第 14 條第 1 項第 2 句刑事被告「有權受獨立無  
3 私之法定管轄法庭公正公開審問」，強調法官迴避制度是在維護法院  
4 之公平性，甚至是憲法第 16 條訴訟權保障之核心<sup>1</sup>【附件 7】，而刑事  
5 訴訟法第 17 條第 8 款「前審」之解釋，應如同條文之其他各款解釋，  
6 以能否維持法院公平審判之目的為其解釋之依歸。今本案終局確定判  
7 決實質援用司法院釋字第 178 號解釋、系爭違憲判例意旨、系爭違憲  
8 要點第 2 點之結果，導致刑事被告於同一刑事審判程序中，先後受到  
9 法院內同一法官組成之合議庭進行審理，不僅架空刑事訴訟法中關於  
10 法官迴避之規定，更導致刑事被告喪失受有法院公平審判此一最基本  
11 之憲法上權利。

## 12 二、公平審判制度的核心在於賦予刑事被告足資信賴之程序：

- 13 (一) 正當法律程序之意義，在於賦予刑事被告公平審判之保障，已如前述。  
14 參諸司法院釋字第 654 號解釋理由書：「憲法第 16 條規定人民有訴  
15 訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，  
16 刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審  
17 判之保障。」特別羅列應賦予刑事被告選任令其信賴辯護人之機會，  
18 凸顯正當法律程序之目的，在於使刑事被告信賴其於刑事訴訟程序中  
19 將受有法律上應有之權利保護及受法院公平審判之程序正義。是以法  
20 院踐行之刑事訴訟程序，須使被告信賴其得受公平公正之審判，乃屬  
21 當然。
- 22 (二) 系爭違憲判例、系爭違憲要點第 2 點及釋字 178 號解釋意旨之適用，  
23 將造成同一審級之同一法官組成合議庭繼續參與同一案件之審理，此  
24 時若該次審判之合議庭曾經在以往訴訟程序中，無論是下級審或先前  
25 任何一次判決中，表達對被告不利之心證，且此一事實又為被告所知  
26 悉，則將如何期待被告信賴該次由同一法官進行審理之訴訟程序將會

---

<sup>1</sup> 薛智仁，〈曾參與「前審」裁判之法官迴避事由—最高法院 110 年度臺抗字第 1501 號刑事裁定〉，《台灣法律人》，第 9 期，2022 年 3 月，第 189-190 頁。

1 公平公正？如此將導致公平審判保障之基礎遭架空，憲法第 8 條正當  
2 法律程序及第 16 條保障人民訴訟權之意旨將形同具文，終將產生人  
3 民不信賴司法之惡果。

### 4 三、不予迴避制度之目的正當性檢驗：

#### 5 (一) 目的不明：

6 人民受憲法保障之基本權利雖非不得限制，但必須具有正當目的，手  
7 段與目的間須合乎比例原則，始符合憲法第 23 條之意旨。法官曾參  
8 與「先前任何一次」裁判者，與曾參與「下級審」裁判者相同，皆可  
9 可能存在先入為主之偏見，影響判決之公正性。司法院釋字 178 號解釋  
10 文將聲請迴避範圍，限縮於參與「下級審」裁判之法官，其規範目的  
11 為何，實難明瞭。既然刻意限縮之目的不明，更遑論其目的正當性，  
12 應已違反憲法第 23 條之意旨。

#### 13 (二) 避免法官員額不足非屬限制人民訴訟權之正當理由：

14 或有論者認為，上開限制之目的在於避免法院之法官多遭迴避、員額  
15 不足以組成審判庭之窘境。然而，此一目的顯然並非正當。

##### 16 1. 此一窘境可歸責於國家，不應由刑事被告承擔不利益：

17 姑不論此一窘境於我國法制現實上是否果真會發生，但此窘境只  
18 可能發生於第三審法院屢次將案件發回更審之情形下，而此情形  
19 必為第二審法院於認定事實、適用法律上有重大瑕疵，是造成此  
20 情形之原因，應當可歸責於國家，此不利益不應由刑事被告承受。  
21 故避免法官員額不足之目的，難謂正當。

##### 22 2. 欠缺重大急迫之目的：

23 刑事審判之結果，影響刑事被告之人身自由、人格權甚至生命權  
24 甚鉅，皆為人民受憲法保障最核心之基本權，故刑事審判之訴訟  
25 權保障密度應格外提高，必須採取最嚴格之違憲審查密度。從而  
26 限制人民受憲法第 16 條訴訟權保障之目的，不能單單僅為達成一  
27 般的政府利益，而必須為追求重大急迫之公眾利益。避免法官員  
28 額不足僅係司法行政方便之考量，雖能節省司法資源，惟此僅為

1 一般的經濟利益，並非具有重大急迫之公共利益。故此目的並不  
2 正當。

3 3. 目的縱使於過去正當，於今日也已不正當：

4 系爭違憲判例做成於民國 29 年，當時法官員額稀少，然現今法官  
5 員額與當時之時空背景相較，已不可同日而喻，縱使當時做成時  
6 有其時空背景之正當性，然至今其正當性亦應已喪失。況釋字第  
7 178 號解釋理由書已明揭：「至曾參與經第三審撤銷發回更審前  
8 裁判之推事，在第三審復就同一案件參與裁判，以往雖不認為具  
9 有該款迴避原因，但為貫徹推事迴避制度之目的，如無事實上困  
10 難，該案件仍應改分其他推事辦理。」為貫徹推事迴避制度之目  
11 的，必須懷抱一個基本精神，就是只要該法官曾經審理過該案件，  
12 如無事實上困難，即應改分其他推事辦理，以免當事人懷疑法官  
13 具有成見。

14 4. 違反比例原則

15 (1) 適合性

16 將刑事訴訟法第 17 條第 8 款之「前審」限縮解釋為「下級審」，  
17 雖可能有助於避免法官員額不足之窘境發生，或可達成上開目的，  
18 惟上開避免法官員額不足之目的，顯然不具備正當性，縱使適合  
19 達成目的，亦具有高度違憲疑慮。

20 (2) 必要性

21 若確實不幸發生法官員額不足之情形，亦可採用移轉管轄、特別  
22 法官之指派、跨轄區管轄等制度來達成相同目的，同時又不侵害  
23 被告之訴訟權。是以將刑事訴訟法第 17 條第 8 款之「前審」限縮  
24 解釋為「下級審」，並非於達成目的之前提下，對於人民訴訟權之  
25 最小侵害手段，不符合比例原則中之必要性原則。

26 (3) 衡平性

27 迴避制度影響審判之公平性，於刑事審判中牽涉人身自由與人格  
28 權等核心基本權利。另一方面，釋字第 178 號解釋將「前審」限

1 縮解釋為「下級審」，相較於認定構成應予迴避事由，而改以「特  
2 別法官之指派」等制度解決爭議，前者至多僅能達成方便司法行政  
3 政之一般政府利益，卻犧牲人民訴訟權核心基本權利作為代價，  
4 換取司法行政之一般政府利益，損益顯然失衡，不符合比例原則  
5 中之衡平性原則。

6 四、公政公約第 14 條所揭櫫之公平審判權，以及聯合國人權事務委員會  
7 之一般性意見，應具有國際法及國內法之拘束力，而「公平法院」正  
8 是落實公平審判權的充分必要條件：

9 (一) 立法院於 98 年 3 月 31 日制定「公民與政治權利國際公約及經濟社會  
10 文化權利國際公約施行法」(以下簡稱兩公約施行法)，並於同年 12 月  
11 10 日施行。兩公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規  
12 定，具有國內法之效力。」第 3 條規定：「適用兩公約規定，應參照  
13 其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」第 4 條規定：「各級  
14 政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害  
15 人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。」其  
16 中所稱「各級政府機關」應包括法院。是以，公政公約揭櫫之公平審  
17 判權及聯合國人權事務委員會對此權利提出之一般性意見，均具有國  
18 際法及國內法的拘束力。

19 (二) 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。  
20 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  
21 私之法定管轄法庭公正公開審問。」規範被告有權利接受無偏頗之法  
22 院審理，即為「公平法院」之規範依據。聯合國人權事務委員會在第  
23 32 號一般性意見第 19 點也指出：「第 14 條第 1 項關於獨立無私之  
24 法定管轄法庭的規定，呈一項絕對的權利，不得有任何例外。」；第 21  
25 點再指出：「無私的規定涉及兩方面。第一，法官作判決不得受其個  
26 人傾向或偏見之影響，不可對其審判的案件存有成見，也不得為當事  
27 一方的利益而損及另一當事方。第二，法院由合情理的人來看也必須  
28 是無私的。例如：根據國內法規，本應被取消的法官若參加審理，而

1 使審判深受影響，通常不能被視為無私的審判。」

2 (三) 1985年11月29日聯合國大會決議之《關於司法機關獨立的基本準  
3 則》，其中第2點明文指出：「司法機關應不偏不倚，以事實為根據並  
4 依法律規定來裁決其所受理的案件，而不應有任何約束，也不應為任  
5 何直接間接不當影響、慫恿、壓力、威脅或干涉所左右，不論其來自  
6 何方或出於何種理由」。2006年7月27日聯合國經濟及社會理事會  
7 第41次全體會議通過《加強司法行為基本原則》，鼓勵締約國採納《班  
8 加羅爾司法行為原則》(The Bangalore Principles of Judicial  
9 Conduct)，來制定司法機關成員職業和道德行為的規則，以之對前述  
10 《關於司法機關獨立的基本準則》予以進一步發展及補充。根據《班  
11 加羅爾司法行為原則》準則2《公正無私》這一項，即舉其原則為「在  
12 正當執行司法職務時，公正無私極之重要，該項準則不僅適用於判決  
13 本身，亦適用於達致有關判決之司法程序。」於此項原則下，對法官  
14 作出以下要求：

15 2.1 法官執行司法職務時，不得偏私，亦不可存有偏見或成見。

16 2.2 法關應確保其法庭內外的行為能維持及增進公眾、法律專業及訴  
17 訟人對法官及司法機關公正無私的信心。

18 2.3 在合理範圍內，法官之行為應盡量避免讓法官得退出案件聆訊或  
19 判案的情況發生。

20 2.4 在法官負責審理或將會負責審理之法律程序中，如他明知評語在  
21 他合理預期中將會影響判決結果或損害法律程序的公正性，法官  
22 不得作出有關評語。在公開或其他場合，法官亦不得作出對任何  
23 人的公平審訊或論據造成影響之評語。

24 2.5 倘若法官不能作出公正無私的判決，或根據合理的旁觀者的看法  
25 法官將不能作出公正無私的判決時，該法官需自行退出審理有  
26 關法律程序。有關法律程序包括(但不限於)以下情況：

27 (a) 法官對程序的任何一方有具體偏見或成見，或法官本人知悉  
28 與程序有關之受爭議證據事實；



1 (b) 法官曾任爭論事項的律師或關鍵證人；或

2 (c) 法官或法官家人對爭論事項的結果具有經濟利益；

3 惟若沒有其他審判庭可以接辦案件。或由於情況緊急，如不  
4 接辦案件將會發生嚴重司法不公情況，法官將毋須退出審理  
5 案件。

6 (四) 參照公政公約第 14 條所揭禁之公平審判權及聯合國人權事務委員會  
7 之一般性意見，由無偏頗之公平法院進行審理，顯然係公政公約第 14  
8 條第 1 項之核心規範。如再參照上述《班加羅爾司法行為原則》2.5  
9 之內容可知，曾參與前審並為判決之法官，已有先前之定見，而與一  
10 般未曾參與案件而可維持客觀中立無偏頗進行審理之法官有間，依據  
11 合理旁觀者之角度，已難期待該法官無所偏頗地進行審判，為保司法  
12 公信，本應自行迴避。由上開規範、意見內容可見，大法官釋字第 178  
13 號解釋文已不符公政公約與聯合國人權事務委員會對於公平法院之  
14 要求，追而侵害人民受公政公約公平審判權之保障。

15  
16 肆、 結論：

17 綜上，本案終局確定判決即最高法院 101 年度台上字第 900 號刑事判  
18 決，實質援用之司法院釋字第 178 號解釋、系爭違憲判例、系爭違憲  
19 要點第 2 點，使得曾參與先前裁判之法官再次參與本案終局確定判決，  
20 已不當侵害人民依憲法第 8 條、第 16 條受有正當法律程序及訴訟權  
21 保障之意旨，且違反法定法官原則、公平審判原則及公民與政治權利  
22 國際公約第 14 條第 1 項規定。故系爭違憲判例意旨及系爭違憲要點  
23 第 2 點，應為違憲宣告，並自宣示或公告違憲之日起失效；司法院釋  
24 字第 178 號解釋，於此範圍內應予補充解釋。

25  
26 附屬文件之名稱及其件數

文件編號	文件名稱或內容	備註
------	---------	----

附件 1	最高法院 101 年度台上字第 900 號刑事判決	
附件 2	司法院釋字第 178 號解釋文	
附件 3	最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例	
附件 4	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	
附件 5	臺灣臺南地方法院 90 年度重訴字第 25 號刑事判 決	
附件 6	臺灣高等法院臺南分院 98 年度重上更(六)字第 353 號刑事判決	
附件 7	薛智仁，〈曾參與「前審」裁判之法官迴避事由— 最高法院 110 年度臺抗字第 1501 號刑事裁定〉， 《台灣法律人》，第 9 期，2022 年 3 月，第 185- 197 頁。	

1  
2 謹 狀  
3 司法院憲法法庭 公鑑  
4 附委任狀暨聲請人杜明志戶口名簿影本乙份  
5  
6 中 華 民 國 1 1 1 年 6 月 7 日  
7 具 狀 人 周聖錡律師

