

憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決協同意見書

蔡大法官明誠 提出

本號判決就刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定（下稱系爭規定）有關法官曾參與前審裁判之再作闡釋，並未就司法院釋字第 178 號解釋有所補充，亦不認有變更之必要。對於法官迴避相關規定，認為部分合憲，但就再審及非常上訴程序部分，則認為違憲。以上結論，固可贊同。惟就法定自行迴避事由有關前審規定與實務上所謂更二連身與重大連身條款部分，如從解釋論而言，因前審之廣狹解釋或有超越法條文義範圍之過度擴張性補充等諸多疑問，是其仍有值得再推敲之處。又前述所謂前審所涵蓋迴避之類型與範圍，在立法論上亦有商榷之餘地。爰提出協同意見書如下：

一、從解釋論有重新思考前審概念之必要

從歷史解釋觀之，中華民國 17 年 7 月 28 日制定公布之刑事訴訟法關於法官自行迴避規定部分，並未有類似現行法規定「八、法官曾參與前審之裁判者。」24 年 1 月 1 日修正公布增訂相關規定「推事曾參與前審之裁判者。」之後，僅為文字之修正，即將推事修正為法官。因此可見，法官曾參與前審裁判之用語，由來已久。所謂前審之概念，看似清楚，但細究其文義，恐有語意不明之疑慮！有認為系爭規定所謂前審之裁判，原係當事人所聲明不服之下級審裁判而言（最高法院 29 年度上字第 3276 號刑事判例參照）。惟自司法院釋字第 178 號解釋後，已引伸為包括「前前審」之第一審裁判在內，但有不同意見。¹至於就確定判決聲請再審之情形，曾參與該確定判決

¹ 就此包含前前審之解釋，提出不同意見者，參照當時姚瑞光大法官，就司法院釋字第 178 號解釋提出不同意見，其認為「推事在第一審法院

之法官，於再審程序是否應依系爭規定自行迴避？如最高法院 102 年度台抗字第 143 號刑事裁定，認參與第一審裁判之法官於當事人就第二審確定判決聲請再審案件時應迴避，德國立法例（即德國刑事訴訟法第 23 條第 2 項規定）亦有類似見解，認應迴避。司法院釋字第 256 號解釋對於民事再審之訴，認參與確定終局判決之法官須自行迴避，但該號解釋參照行政訴訟法第 19 條第 6 款規定之意旨，認其迴避以一次為限。此意旨於刑事再審程序，應無不同。另有關非常上訴，有認為非常上訴原非上訴或再審可比，係由唯一有權提起之檢察總長指摘判決違背法令之具體事由提起，以糾正審判違背法令為目的，其不利益不及於被告。非常上訴之案件既係由檢察總長具體指摘判決違背法令之具體事由，即使由參與原確定判決之法官承審，亦應依法判斷具體指摘之違背法令情狀有無理由。此際，與由法官判斷自己做成認定事實之判斷有無違誤之狀況不同，宜認為參與原確定判決之法官無須迴避。²

就前審概念而言，在解釋論上，有前述相關之解釋問題，

裁判之案件，經第二審法院裁判後，上訴於第三審法院，該推事如在第三審法院參與該案件之裁判（即所謂「前前審」之裁判），非「對於自己所為之裁判為裁判」；同理，推事曾參與經第三審法院撤銷發回更審前之裁判者，其後在第三審法院就該案件為裁判，亦非「對於自己所為之裁判為裁判」，均不生參與「前審裁判」之問題，不必自行迴避。但另一份由陳世榮大法官之不同意見，則認為刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定，其目的則在審級制度之維持、保障，裁判之公正不過為其結果，即間接亦可免受影響是已。是所稱前審之裁判，應包括前前審之第一審裁判在內，惟經第三審撤銷發回更審前之裁判，則不在此限。以上不同意見，可見於該號解釋作成當時，就前審之概念，顯存有不同解讀之問題。

²參照朱石炎，刑事訴訟法，臺北：三民書局，2017 年修訂 7 版 1 刷，頁 36-37 及註 3；最高法院 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定；最高法院 109 年度台抗字第 157 號刑事裁定等。

亦即除涉及前述系爭規定之歷史等解釋或補充方法外，在前述釋字第 178 號解釋與學理上見解，在拘束說外，不少採取所謂審級說，亦即前審係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判。³換言之，乃是以垂直之審級利益是否被侵害為認定標準。⁴但此種審級利益觀點，所謂前審之定義係以垂直觀點之下級審作為界定範圍，忽略刑事訴訟法、民事訴訟法與行政訴訟法皆不禁止不限次數之再審聲請，導致同一案件在水平觀點可能存有複數程序階段皆屬於同審級。甚至複數程序階段迥然存在於不同時間，分由不同法官審理。此種同一案件複數程序階段皆屬同審級之現象，顯示審級利益之概念不明，產生爭議之根源。此一概念模糊之處，正是導致更審⁵或再審究竟應否解為屬前一審之相同審級範圍而成為解釋歧異或爭議癥結所

³ 例如最高法院 90 年度台上字第 7832 號刑事判決，推事（即法官）曾參與前審裁判之應自行迴避原因，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁定或判決者而言，如僅曾參與審判期日前之調查程序，並未參與該案之裁判，依法即毋庸自行迴避。

⁴ 參照林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，臺北：作者發行，2022 年 10 月 11 版 2 刷，頁 101-106。

⁵ 有關更審之概念，曾出現於 57 年 1 月 9 日修正之民事訴訟法第 32 條第 7 款規定，於 92 年 2 月 7 日修正公布（92 年 9 月 1 日施行）規定，將之刪除。其修正理由，認法官曾參與該訴訟事件「更審前之裁判」，依其文義解釋，凡在更審前曾參與該訴訟事件裁判之法官，不問係在何審級，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之情形。又依修正後第 478 條第 4 項規定，受發回或發交之法院，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，而有迴避之必要，爰修正第 7 款。又於行政訴訟法第 19 條有類似用語，於中華民國 99 年 1 月 13 日修正公布（99 年 5 月 1 日施行）規定，係因配合民事訴訟法第 32 條第 7 款有關法官自行迴避之事由，刪除該條第 5 款後段「或更審前之原裁判者」等文字。由此可見，於舊民事訴訟法及舊行政訴訟法相關規定，皆就前審與更審有所區別。

在。是所謂前審之定義是否明確，有無廣狹解釋或目的性擴張或創制性補充之可能性，繫於所謂審級利益所引致憲法保障之訴訟權內涵，究竟是由垂直觀點，強調每一審級皆受保障，但每一審級僅受一次保障即足，或係由時序觀點，強調案件每次受審皆接受保障？

綜上所述，前審雖可依文義解釋延伸為前前審，但其是否可涵蓋再審或非常上訴之前審訴訟程序，顯仍有不同解釋之空間。可見前審之概念仍待釐清，為有助於理解，自有將之類型化之必要，正如本號判決將前審區分為三類型，作為分析探究之對象。質言之，如純從普通訴訟程序之第三審相對二審而言，此部分所謂前審概念，似較無問題，但是否延伸至一審，即前述所稱前前審，則不得不仰賴前述司法院解釋，將普通程序予以擴張解釋，嚴格言之，尚可認為其仍在法律解釋範圍。但對於特別救濟程序之再審或非常上訴，法律文義尚無明確指引，本號判決涉及再審或非常上訴程序，是否亦為前審概念所涵蓋，是否屬於法律解釋範圍；或其存在法規範之設計漏洞，因不具類似性，並非係類推適用，而如欲將之納入法律適用範圍，是否宜認為其屬法之補充。如係為系爭規定規範功能上重獲生機，而就現有系爭規定為超越文義之擴張，甚至因實定法之構成要件未有明定，經由法理念，斟酌其事理之要求，而為攀附援引者，於此等適用法律之方式，較屬目的性擴張（teleologische extension）⁶或創制性補充⁷之法補充問題。總

⁶ 目的性擴張之法補充方法，作為類推（Analogie）與目的性限縮（teleologische Reduktion）外之法續造過程中獲得法律規範之目的性論理（teleologischen Argumente）方式之一。參照 Meier/Jocham, Wie man Argumente gewinnt, JuS 2015, 490ff..在德國法上常運用民商法中（諸如股份法、有限責任法等商法規定）。

⁷ 有關目的性擴張（參照王澤鑑，民法總則，臺北：作者發行，2021年

之，此部分之解釋或補充，固屬於所謂「解釋論」之範圍。惟如從較嚴格角度而言，其似已超越法條之可能文義範圍之疑義，實宜解為法之補充，並非法律解釋問題。⁸況且，因法官法定自行迴避事由，影響司法公正性甚鉅，就法規範不足部分，應由立法者修正刑事訴訟法，方屬上策，以補法規範之不足。

二、從立法論探討前審之概念與類型

本號判決理由以「審查自己裁判」為建構訴訟權保障之中心概念，固值贊同。惟其復以「同一審級前後次裁判在程序上仍係完整審級」之水平審級概念界定審級利益，此或為本號判決之立論所在，但因本號判決係屬憲法訴訟案件，為期周延，仍有再從憲法基本權審查之保障領域（Schutzbereich der Grundrechtsprüfung）為更深入探究之必要。有關法官迴避之

8月增訂新版3刷，頁92；王澤鑑，法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系，臺北：作者發行，2020年2月校正2版2刷，頁266以下），以及創制性補充之補充法律之方法，參照黃茂榮，頁493-496，609-614；Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg: Springer, 1995, S.216ff., 245ff..

⁸從比較民法觀察，德國法有關法之補充或法續造，主要運用於民法規定。例如民法第619a條有關損害賠償請求權之文義，係規定受僱人因違反勞動關係之義務而生損害，僅於其就義務違反有可歸責之事由時，始應賠償僱用人因此而生之損害，此係受僱人責任之舉證責任之規定。該法條文義限制其適用範圍。但德國學理上有認其可經由目的性擴張，使之延伸及於第311條第2項有關契約磋商開始或準備等先契約之關係，及第241條第2項有關債之關係所生給付及保護義務。參照Hensler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2023-beck-online, BGB § 619a Rn.54，及參照該註解206，. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, Rn. 157; ErfK/Preis Rn. 3; BeckOGK/Feuerborn, 1.10.2021, Rn. 26; Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, Aktiengesetz, 2. Auflage 2020-beck-online, AktG § 68 Rn.20f.; Kindler, Der lange Arm des deutschen Vertriebsrechts, NJW 2016, 1855, 1857.

立法目的與法理，基於法官之公正（無偏見）（impartiality; Unparteilichkeit）或中立（neutrality; Neutralität）之公平審判原則或審級利益等目的，抑或考量各法院法官員額有限之現實，並為迴避次數之限定⁹，以及憲法法定法官原則（Recht auf den gesetzlichen Richter）（德國基本法第 101 條第 1 項第 2 段規定參照）所涵蓋之法官對於案件之程序標的與參與人所要求之中立性及保持距離者¹⁰，從而設計訴訟法上法官自行迴避之法定事由。

再從比較法觀察，針對法官若於同一案件前次審理如何參與之具體情狀應迴避，外國有值得參考之立法例。諸如德國刑事訴訟法就法官之迴避，分別規定於第 22 條有關法官因利害關係（例如法官為犯罪行為之被害人、法官現或曾為被告或被害人之配偶或監護人，或有親屬關係，抑或曾擔任證人或鑑定人等），而依法不得行使審判職務之法官迴避事由，第 23 條規定法官參與前程序之「排除」（Ausschließung; Disqualification of Judges）迴避法定事由與第 24 條規定因恐有偏頗之虞（Besorgnis der Befangenheit）時之「法官拒卻（拒斥

⁹ 參照司法院釋字第 256 號解釋，認民事訴訟法第 32 條第 7 款關於法官應自行迴避之規定，乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第 6 條第 4 款規定意旨，其迴避以一次為限。最高法院 26 年上字第 362 號判例，與上述意旨不符部分，應不再援用，以確保人民受公平審判之訴訟權益。

¹⁰ 參照 Heil, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Auflage 2023-beck-online, StPO § 22 Rn.1.; BVerfGE 21, 139 (145 f.); 133, 168 (202 f.); Conen/Tsambikakis, in: Münchener Kommentar zur StPO, 2. Auflage 2023-beck-online, StPO § 22 Rn.1.

11) 「 (Richterablehnung; Recusal of Judges) 聲請迴避事由。¹²其中與本號判決有關者，係屬前述第 23 條規定。該條將法律救濟裁判 (Rechtsmittelentscheidung) 與再審程序 (Wiederaufnahmeverfahren) 之迴避¹³分開規定。¹⁴亦即該條第 1 項規定，法官於下級審曾參與之被撤銷裁判而經提起上訴之案件，依法不得參與上級審法院之裁判。第 2 項規定，法官對其曾參與之被撤銷裁判而提起再審之案件，依法不得再參與再審程序之裁判。如再審案件在上級審提起者，其在下級審曾參與裁判之法官，依法不得參與裁判。第 1 段及第 2 段規定，於曾參與再審程序之準備程序適用之。從德國立法例觀之，因法官自行迴避之事由與規範目的，甚為多樣，有因利害關係，有因審級利益，或因公平審判等諸多原因，而為規範設計其迴

¹¹ 有關拒斥與法官迴避規定之德國刑事訴訟法中文翻譯，參考蔡墩銘，*德日刑事訴訟法*，臺北：五南圖書出版公司，民國 82 年 7 月初版 1 刷，頁 7 以下。

¹² 於美國法，亦有法官資格排除之應自行迴避與聲請迴避之類似概念，參照 Edward L. Wilkinson, *Judicial Disqualification and Recusal in Criminal Cases*, 6 St. Mary's J. on Legal Malpractice & Ethics 76 (2016); Rajendra Kharel, *Recusal and Disqualification of Judges: An Overview*, 4 NJA L.J. 13 (2010); John C. Domino, *The History of Judicial Disqualification and Recusal in Texas*, Part 1, 9 TSCHS J. 9 (2020); John C. Domino, *The History of Judicial Disqualification and Recusal in Texas*, Part II, 9 TSCHS J. 16 (2020).

¹³ 參照 Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, *Strafprozessordnung*, 66. Aufl., München: Beck, 2023, §23 Rn.5ff..

¹⁴ 就德國刑事訴訟法第 22 條及第 23 條有關法官迴避之排除事由 (Ausschließungsgründe) 規定而言，其係屬列舉式規定，其適用範圍採取狹義解釋 (BVerfGE 30, 149(155); BGHSt 44, 4(7)) 參照 Heil, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Auflage 2023-beck-online, StPO § 22 Rn.1。是本號判決既認為刑事訴訟法不同於民事訴訟或行政訴訟等其他訴訟程序迴避規定，應採更嚴格審查密度。因此，在解釋論上，本號判決將前審過於擴張解釋或補充，恐有超越系爭規定可能文義之範圍，是否符合上述更嚴格審查，實仍有再商榷之必要。

避事由及其適用界限，為避免適用上之爭議，如能在訴訟法上詳加明確規定，較屬妥善之立法模式。

又如日本刑事訴訟法第 37 條第 1 項規定，刑事被告有公平法院迅速公開審判之權，且公平審判乃法院裁判之生命，承審被告個案之法院組織及構成，須無偏頗之虞，是分別於同法第 20 條明定法院職員之排除（除斥）與第 21 條聲請迴避（忌避）之原因，與本件有關法官之排除規定，即第 20 條第 7 款規定，但其規定內容更加詳細，法官曾參與依第 266 條第 2 款之裁定、簡式判決、前審裁判、第 398 條至第 400 條、第 412 條或第 413 條之規定發回或移送時，曾參與原判決或裁判基礎事項之調查時，則構成法定迴避之事由。但如作為受託法官而參與之情形者，不在此限。此法定迴避事由，學理上認其係排除預斷。於此所稱前審者，以審級制度作為前提，即從上級審所見之下級審終局裁判之謂。於上訴二審時指一審判決或裁定，上訴三審時指二審之判決或裁定。¹⁵以上日本法規定對於前審之解釋，較為狹義，並規定內容比系爭規定更加詳細，可資參考。

從上述比較法觀察，可見未來比較一勞永逸且可行性之解決方法，就是相關機關應重視立法論上相關問題，即對法官應自行迴避之各種事由，以修法方式具體明定之，以利適用。因此亦可對應司法院相關解釋所揭示司法資源之有效運用，而向來呼籲相關機關（尤其是立法者）依司法院解釋或裁判意旨而檢討改進相關規定，並委由立法形成之意旨相符。

¹⁵ 有關日本刑事訴訟法有關法院職員之迴避規定，參照朱朝亮譯，於吳秋宏等，日本刑事訴訟法註釋書（上冊），臺北：法官學院，111 年 10 月，頁 53，59-60，66 以下。

綜上，訴訟制度之良窳，往往牽涉一國之發展程度，從本號判決所涉及迴避問題，往往涉及訴訟制度與程序之規劃及設計時，就其有無事實上困難，而在理想與現實間之折衝及調和，此亦可從早在民國 71 年 12 月 31 日作成司法院釋字第 178 號解釋時即有所呼籲：「曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推事，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，如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理。」時至今日，轉眼已經 40 餘年，雖本號判決無意將之全面變更，但實質上卻作出適度之補充。是終局解決之道，未來相關機關宜參考外國立法例盡速檢討改進系爭規定及其相關實務規範，而於刑事訴訟法更明確規定系爭法官自行迴避事由，以符公平審判理念。再者，本件涉及如此多位聲請人聲請釋憲案件，且其多數原因案件亦事涉重罪，自應符合正當法律程序與公平審判等法治國原則及法規範明確性（Bestimmtheitsgebote）之憲法要求。總之，為解決法官迴避規範不足之問題，以期符合公平審判原則之要求，並避免違反憲法原則及憲法保障基本權之意旨與目的。未來有關法官之法定迴避原因之較佳立法模式，乃以法律明確且充分列舉出當然應自行迴避之事由，以杜法律解釋上之爭議，是相關機關應在立法論上多下工夫，檢討修正系爭規定，使之符合現代民主法治國所要求公平審判之期待！