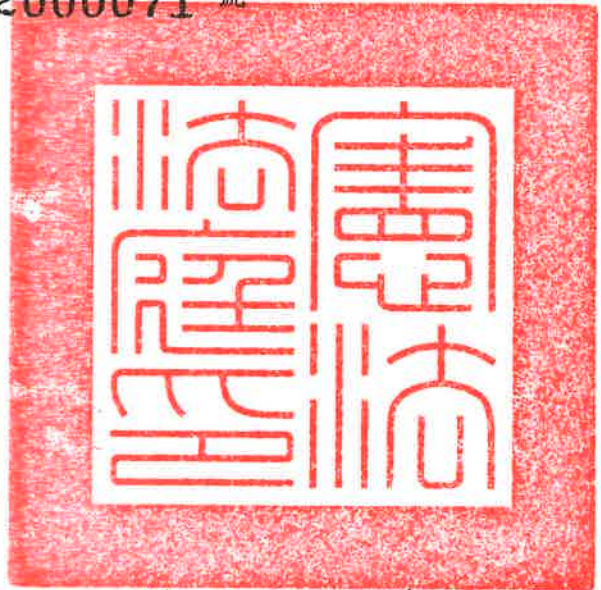


憲法法庭 公告

發文日期：中華民國112年8月15日

發文字號：憲庭力112憲判14字第1122000071號

附件：如主旨



主旨：茲公告更正憲法法庭112年憲判字第14號判決黃瑞明大法官提出之協同意見書。

公告事項：旨揭意見書業已依法公告，惟有誤繕之顯然錯誤，共五處，茲予公告更正。

憲法法庭
審判長 許宗力

憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決協同意見書

黃大法官瑞明提出

本件判決審查刑事訴訟法涉及法官迴避的三個類型問題：(1) 再審或非常上訴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（理由第 51 段、第 64 段參照）

本件判決主文二對第一類型之問題宣示：「法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判程序）或非常上訴程序，應自行迴避，不得參與審判。刑事訴訟法未明文規定上開法官迴避事由，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違。」

至於第二及第三類型之問題，於判決主文一、三、四及五分別宣示刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定，以及最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例，認定更審法官無須迴避，以及最高法院所訂定分案實施要點所形成的更二連身及重大連身實務作法均未違憲。

本席同意此判決之主文，但認為形成主文二之理由論

述，有值得進一步論述之處，爰提出協同意見書。

形成主文二之理由主要包括：法官就其審判之個案如有審查自己所作裁判之情形，自難期待其公正審判，且亦將損及當事人之救濟利益，從而即應迴避而不得參與該個案之審理、裁判，此乃憲法所要求之法官迴避事由（理由第 60 段參照）。另行政訴訟法於第 19 條第 6 款規定，法官曾參與該訴訟事件再審前之裁判應自行迴避（但其迴避以一次為限），民事訴訟法雖未有相同之規定，但大法官於 79 年 4 月 4 日公布之釋字第 256 號解釋，認為依民事訴訟法第 32 條第 7 款關於法官自行迴避之規定，參與確定終局裁判之法官於再審程序亦應自行迴避。而刑事訴訟法則無相同之再審法官迴避之規定。於本件判決理由稱「故就正當法律程序及訴訟權之憲法保障而言，刑事訴訟程序在原則上應高於民事或行政訴訟程序，至少不應低於後者。現行刑事訴訟法對此明顯抵觸刑事訴訟當事人訴訟權保障之規範漏洞，自應迅予填補。」（理由第 77 段參照）。

本席贊同再審法官應迴避之判決結論，但不贊同以填補規範漏洞作為判決之理由，本席認為刑事訴訟程序再審法官迴避，係不同法益保障之選擇結果，理由如下。

一、刑事訴訟法與行政/民事訴訟法所定之再審事由有本質之差異

(一)就法條所定再審理由觀察比較

刑事訴訟法第 420 條第 1 項全部 6 款之再審事由，依其內容觀之，都是在確定判決時不存在或不及知之事實，亦即於確定判決後始發現或發生之事實，例如：原判決所憑之證物已證明其為偽造或變造（第 1 款）；原判決所憑之證言、鑑定或通譯已證明其為虛偽（第 2 款）；受有罪判決之人已證明其係被誣告（第 3 款）；參與原判決或前審判決或判決前所行調查之法官，或參與偵查或起訴之檢察官，或參與調查犯罪之檢察事務官、司法警察官或司法警察，因該案件犯職務上之罪已經證明者（第 5 款），各該款所稱「已經證明」者，應是指判決確定後始證明而言，即為判決確定後始發生之事實。至於同條第 6 款所稱「發現新事實或新證據」於同條第 3 項已定義為「判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據」，雖然包括判決前已存在之事實或證據，但特別指出「未及調查斟酌」，即指原判決並無疏漏缺失而言。故整體而言，刑事訴訟程

序之再審事由，是指「判決確定後始發生或發現之事實或證據」，就刑事訴訟法第 420 條所定再審事由與行政訴訟法及民事訴訟法之再審事由比較，可知行政訴訟法及民事訴訟法規定之再審範圍更加廣泛。

本意見書謹將刑事訴訟法之規定與行政訴訟法之規定加以比較。按行政訴訟法第 273 條第 1 項，於第 7 款至第 13 款規定之再審事由，基本上類似刑事訴訟法第 420 條第 1 項共 6 款規定之再審事由，性質上屬判決確定後始發現或發生之事實。但行政訴訟法第 273 條第 1 款至第 6 款規定之事由，則是確定判決違失之事由，而且已於同法規定為判決違背法令而得上訴之事由，即第 273 條第 1 項規定再審事由，其中第 1 款：「適用法規顯有錯誤」、第 2 款：「判決理由與主文顯有矛盾」、第 3 款：「判決法院之組織不合法」、第 4 款：「依法律或裁判應迴避之法官參與裁判」，即已於同法第 243 條規定為違背法令而得上訴最高行政法院之事由¹，亦即在行政訴訟法第 273 條所定之再審事由，有部分與同法第 243 條所定

¹ 依序為行政訴訟法第 243 條第 1 項：「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令」、第 2 項第 6 款：「判決不備理由或理由矛盾。」、第 1 款：「判決法院之組織不合法」、第 2 款：「依法律或裁判應迴避之法官參與裁判」。

之得上訴最高行政法院之違背法令事由完全相同。然而，刑事訴訟法第 420 條所定之再審事由與該法第 379 條所定得上訴第三審之當然違背法令事由，並沒有重疊之處。亦即刑事訴訟法第 420 條所定之再審事由，都是在有罪判決確定之後始發生或發現之事由，而非存在於有罪判決之事由，因此再審程序得否審查確定判決有無違背法令之事由存在，為刑事訴訟程序與行政訴訟程序本質之差異，民事訴訟法對再審事由之規定，類似於行政訴訟法之規定。

(二)就「重要證物漏未斟酌」之規定比較

更清楚的差異在於，行政訴訟法第 273 條第 1 項第 14 款所定之再審事由「原判決就足以影響於判決之重要證物漏未斟酌」性質上屬存在於確定判決之「當然違背法令」之類型²。然而類似規定，於刑事訴訟法僅將之列為得上訴第三審之當然違背法令事由（刑事訴訟法第 379 條第 10 款），並未列於同法第 420 條所定之再審事由，僅於第 421 條規定「不得上訴於第三審法院之案件，

² 行政訴訟法第 273 條第 1 項第 14 款所定再審事由「原判決就足以影響於判決之重要證物漏未斟酌」並未於第 243 條列為判決違背法令之事由，但依體系解釋，應屬得上訴最高行政法院之事由。

除前條規定外，其經第二審確定之有罪判決，如就足生影響於判決之重要證據漏未審酌者，亦得為受判決人之利益，聲請再審。」亦即就判決之重要證物漏未斟酌，其性質亦屬原判決之疏失，刑事訴訟法將之列為得上訴第三審之理由，但未列於一般之再審事由，僅於例外之情形（即不得上訴第三審之案件）始得以此為理由提起再審。亦可見刑事訴訟法與行政訴訟法就再審事由之規定是否應屬確定判決之缺失有所區隔。

二、刑事訴訟法再審法官應迴避之理由，與行政/民事訴訟程序尚有所差異

刑事訴訟法之再審事由，依其內涵僅列「發現或出現新事實」之類型，而行政訴訟法及民事訴訟法之再審事由，則除「發現或出現新事實」之類型外，尚包括「判決違背法令」之類型，就「判決違背法令」類型之再審事由，如由原確定判決之法官審理，的確會如本件判決理由所稱「無異是容許同一法官於非常救濟程序中審查自己作成之裁判」，故難以期待該法官發現、糾正自己的錯誤。至於就「發現或出現新事實」再審事由之類型，於再審程序應係就原確定判決所認事用法之基礎，加上此「發現或出現新事實」一併綜合考量，

以決定是否有廢棄確定判決之必要，則由原確定判決之法官審理，反較能獲得事半功倍之效果，以節省訴訟資源，對被告未必不利，此或許為刑事訴訟法就確定判決之法官於再審時並未有迴避之規定；而行政訴訟法有迴避規定之原因（另民事訴訟程序依釋字第 256 號解釋應迴避已於前述³），此或乃因為刑事訴訟與民事、行政訴訟所定之再審事由有本質性差異之緣故。本席因此認為，刑事訴訟法未規定確定判決之法官應迴避審理再審案件，未必為「規範漏洞」，反而可能是立法上另有考量之故。因為刑事訴訟法再審事由並沒有包括「判決違背法令」之類型，較不涉「審查自己所作判決」，故可能偏頗之疑慮並不如民事及行政訴訟程序。本席仍然支持刑事訴訟法確定判決之法官應迴避審理再審案件，但理由應係為維持公正審判之外觀，以免當事人對法官之公正性產生懷疑，此乃維護審判效率與保持審判公平之外觀間不同法益

³ 需特別注意之處在於，釋字第 256 號解釋（於民國 79 年 4 月 4 日公布）雖宣告民事訴訟程序中，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，亦應自行迴避。惟民事訴訟法 92 年 2 月 7 日修正公布之民事訴訟法第 32 條修法理由業已說明：「第七款規定：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。又依修正後第四百七十八條第四項規定，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，爰修正第七款，將此部分規定刪除。」可知此乃立法者有意區別。

選擇之結果，而非規範漏洞之填補。

三、公務員懲戒法之相關規定有違憲疑義

公務員懲戒法第 27 條第 2 項規定「法官曾參與懲戒法庭第二審確定判決者，於就該確定判決提起之再審訴訟，毋庸迴避」，與行政訴訟法第 19 條第 1 項第 6 款所定再審應迴避之規定正好相反。依本判決意旨「審查自己所作判決」為法官迴避之理由，則該公務員懲戒法第 27 條第 2 項規定已涉違憲。

另按公務員懲戒法第 85 條所規定之再審事由，與行政訴訟法第 273 條所定之再審事由相似度極高，包括前述「判決違背法令」類型（即第 1 項第 1、2、3、8 款），以及「發現或出現新事實」類型（即第 1 項第 4、5、6、7、9 款）皆有之，就「判決違背法令」類型之再審事由，如由參與確定判決之法官審理再審程序，確有「審查自己所作之裁判」之疑慮，依本意見書所採對「審查自己所作成判決」採較狹義之見解，亦已構成法官之迴避事由，依此本席認為公務員懲戒法第 27 條第 2 項有一併檢討改進之必要。