

## 法規範憲法審查補充陳述意見書

案 號：107年度憲二字第166號

聲 請 人：曾盛浩

訴訟代理人：蘇孝倫律師                      左列三訴訟代理人  
                  ：羅士翔律師  
                  ：陳于晴律師

---

1 為法規範憲法審查案件，補充陳述意見事：

2 本件所涉之憲法爭點為：「曾於特定案件刑事第二審程序參與裁判  
3 之法官，後於該案經第三審撤銷發回之更審程序中，復參與第二審  
4 之更審裁判，而未迴避，是否違憲？最高法院29年上字第3276號刑  
5 事判例是否違憲？理由為何？」，亦即就刑事第二審「事實審」之  
6 法官迴避制度進行討論。聲請人及訴訟代理人主張，上開爭點所列  
7 情形及判例，均屬違憲，謹補充說明理由如下：

8 壹、案件經最高法院撤銷發回後，被撤銷的裁判仍屬於整體訴訟救濟  
9 程序之一部份，不得視為不存在。曾參與更審前、被撤銷之裁判  
10 之法官，於案件發回後須自行迴避，以免使訴訟救濟失去意義，  
11 應屬憲法保障訴訟權之核心領域：

1 一、謹回應本件111年10月24日說明會（下稱「本件說明會」）中  
2 黃昭元大法官所詢問題。

3 二、法官迴避制度為憲法第16條訴訟權保障之核心內容，其目的  
4 為避免法官因產生利益衝突或預斷，侵害人民受公平審判之  
5 權利；其功能為具體個案中實質修正第一層次公平法院機制  
6 之不足，據以構成第二層次之公平審判的防護網：

7 (一)司法院大法官會議釋字第761號解釋理由：「法官迴避制  
8 度是其中一項。其目的有二：其一是為確保人民得受公  
9 平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法  
10 官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突；  
11 其二是要求法官避免因先後參與同一案件上下級審判及  
12 先行行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之  
13 意義。綜上，可認法官迴避制度實乃確保法官公正審判，  
14 維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，而屬憲法第16條訴訟權  
15 保障之核心內容。」

16 (二)最高法院109年度台抗字第157號刑事裁定理由：「人民  
17 得請求受公正而獨立之法院依正當程序予以審判之權利，  
18 乃憲法第16條保障人民訴訟權之核心內容。而公平法院  
19 仰賴法官執行職務之客觀中立與公正，公民與政治權利  
20 國際公約第14條第1項中段即訂明：『任何人受刑事控告  
21 或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之  
22 法定管轄法庭公正公開審問』。而法官迴避制度，是在  
23 隨機分案後，於具體個案中實質修正第一層次公平法院  
24 機制之不足，為法定法官原則之例外容許，據以構成第  
25 二層次之公平審判的防護網。」「刑事再審程序雖屬同  
26 一審級更為審判，但涉及推翻原確定判決安定性的救濟

1                    程序，非僅原審級訴訟程序之續行，基於避免裁判預斷  
2                    偏頗與維護公平法院的理念，原審法院分案實施要點  
3                    （下稱分案實施要點）第12點第3款明訂法官迴避時的  
4                    分案原則，該院民事、刑事及行政案件之分案，於再審  
5                    案件，準用前2款規定，參與前一次原確定裁判之法官  
6                    應予迴避。亦即於分案時，即制度性確保參與原確定判  
7                    決之法官應迴避再審案件，以維護刑事再審程序的正當  
8                    及裁判的公正性。」

9                    三、更審程序為「事實審」而非法律審，案件發回更審後，法院  
10                    須依調查證據結果而為事實認定。倘法官於更審前，曾參與  
11                    同一案件之事實審裁判，其所持之既有心證，對於發回後之  
12                    事實審程序及裁判而言，即屬預斷，將使該法官有高度可能  
13                    無視與其先前裁判結論不一致之證據，甚或是輕忽證據調查  
14                    之重要性。應要求曾參與更審前裁判之法官，於案件發回後  
15                    自行迴避，以避免上開可能造成裁判不公正之風險。

16                    四、況且，同屬於「對於同一事實審之審級，更為審判」之再審  
17                    程序，實務統一見解既認其為「訴訟救濟制度」而應有法官  
18                    迴避制度之適用，舉重明輕，案件確定前之更審程序亦當然  
19                    應為相同對待，否則即有體系上論理之矛盾。更遑論，更審  
20                    審理同為事實審之審理，對於事實之認定其受有預斷影響之  
21                    可能性甚鉅，同有防免預斷偏頗以期裁判公正之追求，自不  
22                    應具相反之解釋。

23                    五、關於「訴訟救濟」之定義，除釋字第761號解釋所稱：「同一  
24                    案件上下級審判及先行行政程序」外，亦應包括如最高法院  
25                    109年度台抗字第157號刑事裁定所指：「同一審級更為審判，

1 但涉及推翻原確定判決安定性的程序。」質言之，法官迴避  
2 制度所適用、保障之「訴訟救濟」應不限於上下審級之間，  
3 而係全面涵蓋案件進入司法程序後，依循訴訟制度向前行之  
4 完整過程，均應屬於「訴訟救濟」：

5 (一)或有論者將訴訟救濟，限縮於案件上訴於審級中躍進之  
6 過程。然而，此種見解無非係以法院為主之本位主義，  
7 而非以被告為程序主體，顯與刑事訴訟法基本原則有所  
8 違背。以訴訟當事人之角度，其進入司法程序後，遭遇  
9 之每一個審級，無論係上訴審或發回更審，皆屬於訴訟  
10 救濟之過程。於各該審級、各該程序中，是否受有公正  
11 之裁判，對於其對法之信賴以及其救濟進程而言，皆為  
12 對其至關重要之事。

13 (二)再者，發回「更審」後，案件繫屬於第二審，論者或稱  
14 發回前之第二審裁判已不復存在云云，然查，司法實務  
15 運作情形並非如此，曾經調查過的證據、曾經判斷過的  
16 爭點、曾經形成的心證，都不可能因為先前裁判被最高  
17 法院撤銷即隨之消失，正因如此，倘若容任案件發回後  
18 交由相同法官再次裁判，該法官因參與先前裁判而既存  
19 對於證據的評價、對於爭點的看法、對於被告有罪與否  
20 的評價，都將成為更審程序的預斷，顯失公平。

21 (三)舉例而言，當法官因參與同一案件發回前之裁判，對於  
22 某項在發回前之審判程序曾調查的證據，或對於發回前  
23 曾裁定不予調查之證據，均已有定見，故案件即便經由  
24 最高法院撤銷發回，該法官於更審程序中仍有高度可能  
25 憑藉其先前印象而認為無須再行調查系爭證據，如此即

1                   對於被告防禦權、對於人民受公平法院審判之信賴造成  
2                   難以回復的傷害。

3                   六、以當事人於訴訟程序中體驗之生命歷程而言，訴訟「救濟」  
4                   的概念，不應侷限於將當事人困在司法金字塔內的上下階層  
5                   （審級）往復擺盪，而應將其正確理解為一種隨著當事人的  
6                   生命歷程，持續前行，發現真實及修正錯誤的過程。要承認  
7                   過去存在的錯誤，才有改正的可能性。反之，以概念法學稱  
8                   發回前的裁判被撤銷、已不存在、非救濟標的、無救濟必要  
9                   云云，再由先前造成裁判違誤之相同法官再次就同一案件、  
10                  同一當事人為裁判，其結果將如同愛因斯坦廣為人知的一句  
11                  格言：「瘋狂，就是重複做同樣的事情還期待會出現不同的  
12                  結果」。

13                  七、綜上，為保障訴訟權核心領域，為避免訴訟救濟失去意義，  
14                  應要求參與更審前裁判之法官，不論係參與第一審或第二審  
15                  裁判，於案件發回後須自行迴避，方能實現憲法第16條規定  
16                  保障訴訟權之意旨。

17                  貳、案件發回後由曾參與先前裁判的法官再次裁判，或許有可能符合  
18                  一造當事人之主觀期待，但也相應地，必將造成另一造當事人的  
19                  主觀不信賴。為兼顧兩造當事人對於司法公正性、對於公平法院  
20                  的信賴，案件發回更審後，曾參與先前裁判之法官，應自行迴避：

21                  一、敬覆本件說明會中詹森林大法官所詢問題。

22                  二、法官因參與先前裁判，已經由裁判結果而對外表現其心證，  
23                  若案件發回後復交由同一法官進行裁判，必將使訴訟當事人

1 主觀上產生期待或不信賴，對於有所期待之一方或可謂無害，  
2 但對於自案件發回後一開始主觀上即不信賴的當事人而言，  
3 公平法院在其內心不復存在。誠如詹森林大法官所詢，對於  
4 受有利判決之一造，或可期待該法官將再次為有利之判決，  
5 對受不利判決之一造，發回後由同一法官審理，當事人可能  
6 產生「我怎麼這麼倒楣又遇到相同的法官」、天地之大無所  
7 遁逃之宿命感、絕望感，一旦維持原判決，更坐實該當事人  
8 對司法公正性的質疑，減損對司法公正之信賴。

9 三、參考美國政治哲學家約翰·羅爾斯（John Rawls）於其論著  
10 《正義論》（A Theory of Justice）中所應用「無知之幕」作為  
11 思考，人們在無知之幕之前，不知將係以何種身份參與訴訟  
12 程序，而法院判決對其本人而言，可能為有利判決，亦可能  
13 為不利判決。此時人們應如何決定選擇何種制度符合自身之  
14 利益，一為「參與先前裁判之法官於案件發回後無庸迴避」  
15 制度（下稱無庸迴避制度），一為「參與先前裁判之法官於  
16 案件發回後應自行迴避」制度（下稱應予迴避制度）。站在  
17 無知之幕前，倘選擇「無庸迴避制度」，對受不利益判決之  
18 當事人而言，所需面對的是「我怎麼這麼倒楣又遇到相同的  
19 法官」之宿命感，難期待該法官公平、無偏頗地進行審判，  
20 而受有利判決之一方，於第三審法院撤銷原判決時，實亦無  
21 從確信該同一法官必然再予有利判決。從而，在無知之幕前  
22 的人們，選擇「無庸迴避制度」，無從確保有利判決之法官  
23 將維持原判，反而可能將置自身於有不利預斷之法官面前，  
24 致生極大之不利。

25 四、反之，倘選擇「應予迴避制度」，第三審法院發回更審後，  
26 無論係以何種身分參與訴訟，不論被告、公訴人、告訴人或

1 被害人，均可預期將由未曾參與裁判，對案情無偏頗預斷之  
2 法官審理其案件，當事人可信賴法院對兩造均無偏頗，並依  
3 法定審理程序調查證據、認定事實、適用法律。

4 五、質言之，選擇「應予迴避制度」，即等同可信賴將由無偏頗  
5 之法官進行審理。站在「無知之幕」前，理性之人當選擇  
6 「應予迴避制度」，方可確保法院每次之審理均有公平法院  
7 之外觀，而無庸擔憂碰上預斷之法官。

8 六、回到現實世界，如採行無庸迴避制度，受有利判決之當事人  
9 對於發回後再由同一法官審理，雖可能期待該法官仍為有利  
10 判決，但對於受不利判決而言，將可能產生更大之不利益，  
11 運用無知之幕之思考，理性之人應選擇「應予迴避制度」，  
12 方能確保每一次審理時，均有公正法院之外觀。

13 參、曾於刑事案件通常程序參與裁判之法官，後於該案再審聲請程序，  
14 應予迴避，同理，於刑事案件發回前程序參與裁判之法官，後於  
15 該案發回後之更審程序，亦應迴避：

16 一、敬覆本件說明會中許志雄大法官所詢問題。

17 二、按最高法院109年度台抗字第157號刑事裁定：「因刑事再審  
18 程序雖屬同一審級更為審判，但涉及推翻原確定判決安定性  
19 的救濟程序，非僅原審級訴訟程序之續行，基於避免裁判預  
20 斷偏頗與維護公平法院的理念，原審法院分案實施要點（下  
21 稱分案實施要點）第12點第3款明訂法官迴避時的分案原則，  
22 該院民事、刑事及行政案件之分案，於再審案件，準用前2  
23 款規定，參與前一次原確定裁判之法官應予迴避。亦即於分

1 案時，即制度性確保參與原確定判決之法官應迴避再審案件，  
2 以維護刑事再審程序的正當及裁判的公正性。」最高法院  
3 110年度台抗字第256號刑事裁定亦同此旨。

4 三、最高法院110年度台抗字第1501號刑事裁定，即循大法庭之  
5 徵詢程序後統一見解指出：「憲法第16條規定人民有訴訟之  
6 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  
7 益。對於法官的中立性，具國內法律效力之公民與政治權利  
8 國際公約第14條第1項第2句明定：『任何人受刑事控告或因  
9 其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄  
10 法庭公正公開審問。』刑事訴訟法特設法官執行職務有偏頗  
11 之虞時之迴避規定，即在於維護人民受公平法院依正當法律  
12 程序予以審判之訴訟權益，並避免法院之公平性受到人民質  
13 疑，以增進人民對於司法審判的信賴。聲請再審之目的既係  
14 為推翻錯誤判決，法官曾參與刑事確定判決，再參與再審之  
15 裁定，甚難讓人民信賴法官係本於中立第三人的立場，毫無  
16 偏見地公平審查自己的判決。」「司法院釋字第256號解釋認  
17 為：……法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，  
18 固應自行迴避。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與  
19 該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自  
20 行迴避，以確保人民受公平審判之訴訟權益。該號解釋雖係  
21 針對民事訴訟法第32條第7款規定而為解釋，然刑事訴訟對  
22 於審判公平性及正當法律程序的要求，並不亞於民事訴訟。  
23 本於法律體系的一貫性，對於刑事確定判決聲請再審者，其  
24 參與該確定判決之法官，於再審案件亦應自行迴避，以確保  
25 人民受公平法院依正當法律程序予以審判之訴訟權益。」



1 四、薛智仁教授認為最高法院110年度台抗字第1501號刑事裁定  
2 在前審法官迴避之「拘束說」、「審級說」之外，提出第三種  
3 見解：「救濟說」。再審程序亦屬對原確定判決之救濟途徑，  
4 為確保救濟之可能，曾參與案件確定前歷審裁判者，於再審  
5 聲請之審理程序，應予迴避。<sup>1</sup>

6 五、同理，採取「救濟說」為法理基礎，更審對於當事人而言，  
7 亦屬通常程序之救濟一環，曾參與發回前第二審裁判之法官，  
8 於案件發回後更審復行審理，亦有參與審理自己裁判之嫌，  
9 再審程序與更審程序對於公正法院的要求，應無二致，再審  
10 程序中法官應自行迴避之事由，於更審程序亦應一體適用。  
11 上開最高法院裁定既已統一見解，曾參與先前裁判之法官應  
12 於再審程序中自行迴避，同理，曾參與先前裁判之法官亦應  
13 於更審程序中自行迴避。

14 肆、「法官倫理」並非所謂降低預斷風險、避免法官產生隧道視野之  
15 外部擔保機制，不足以作為法官無須迴避之理由：

16 一、刑事廳為本件所提出之意見，稱曾參與案件撤銷發回前裁判  
17 之法官，於案件發回復行審理時，可依循「法官倫理規範」  
18 而公正自持，自有效避免預斷云云。然而，刑事廳如此無限  
19 上綱法官倫理規範，無異於將一切「制度」問題都推卸為  
20 「人」的問題，主張只要社會中每個人都是善良、有道德的  
21 主體，就不需要制定任何法律或規範，以此迴避任何關於應  
22 如何修正規範、改進制度的進步討論，顯非法治國家中職司  
23 刑事訴訟制度設計之主管機關應有的態度。

---

<sup>1</sup> 薛智仁(2022)，〈曾參與「前審」裁判之法官迴避事由—最高法院110年度台抗字第1501號刑事裁定〉，台灣法律人，第8期，頁185-197。

1 二、我國刑事訴訟法明文規定法官迴避應自行迴避之各種事由，  
2 包括推事與被告、被害人具有一定之親屬、情感關係；曾為  
3 案件告訴人、證人、代理人、鑑定人、檢察官、司法警察等  
4 身分；或曾經參與前審裁判。<sup>2</sup>可知立法者「預設」在某些  
5 情境中，例如法官面對親屬感情或曾參與案件而有產生偏頗  
6 之高度風險。因此在制度設計上，為避免個別法官面對人性  
7 掙扎與試探，設有「法官迴避」之制度規範，使法官於特定  
8 情境可迴避、應迴避審理。

9 三、倘若法官得本於法官倫理之要求，即可全然避免違背倫理而  
10 有偏頗預斷之風險，法官迴避制度即無制定之必要。況且，  
11 預設法官本於倫理即得公正無偏頗之設定，本身即反於昧於  
12 現實。按許宗力大法官為釋字665號解釋出具之部分協同、  
13 部分不同意見書中即有精闢闡述：

14 「只有在承認個別法官的認事用法及學養能力影響個案審理  
15 結果甚鉅，才能理解制度設計上強調事先以一般抽象之分案  
16 規則隨機分派承審法官，對於維持司法公平與獨立的深刻重  
17 要性。否則若法官都是公平的，因而是決定等值且可任意取  
18 代的，那麼在法官均廉正自持的前提下，容許人為主觀好惡  
19 恣意介入分配案件又有何妨？多數意見諒必不作此想。」

20 四、綜上，司法制度固應期待所有法官均為客觀公正的裁判者，  
21 然此種期待，與制度上設法降低法官於個案審理時產生利益

---

<sup>2</sup> 民國17年7月28日制定之刑事訴訟法第24條：「推事有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：一、推事為被害人者。二、推事為被告或被害人之親屬者，其親屬關係消滅後，亦同。三、推事為被告或被害人之未婚配偶者。四、推事為被告或被害人之法定代理人、監督監護人、保佐人或曾居此等地位之人者。五、推事於該案件曾為被告之辯護人、代理人或自訴人之代理人者。六、推事於該案件曾為證人或鑑定人者。七、推事於該案件曾行使檢察官或司法警察官職務者。」、第25條：「推事於該案件曾參與前審者，於上訴審應自行迴避。」

1 衝突或預斷之風險，並無矛盾，而在討論制度應如何設計時，  
2 卻訴諸法官倫理規範之大用，實乃風馬牛不相及。反而讓人  
3 覺得劃錯重點及情緒勒索，實屬不當。

4 伍、刑事訴訟法第18條第2項規定當事人得以法官顯有偏頗之虞聲請  
5 迴避，此乃立法者保障當事人權益的補漏條款，不應被司法行政  
6 主管機關拿來作為迴避同法第17條之擋箭牌：

7 一、論者統計97年至101年之司法實務統計，我國各級法院對聲  
8 請迴避案之駁回率高達98.4%，學者林鈺雄教授即指刑事訴  
9 訟法第18條之聲請法官迴避制度名存實亡<sup>3</sup>。學者薛智仁教  
10 授亦認為我國實務上對於「執行職務有偏頗之虞」之認定保  
11 守。<sup>4</sup>侯廷昌法官亦指出聲請法官迴避的核准案例過少，致  
12 聲請迴避制度形成虛設，有礙無偏頗法院的建立。<sup>5</sup>

13 二、以案由「迴避」為關鍵字，搜尋110年各級法院對聲請法官  
14 迴避之准駁情形，共96案，其中收受法官迴避聲請時，受理  
15 聲請之法院駁回率為100%，僅2案經聲請人抗告後，由上級  
16 審法院裁定法官應予迴避（最高法院110年度台抗字第1803  
17 號刑事裁定、臺灣高等法院110年度抗字第1747號刑事裁定），  
18 法官迴避確係名存實亡，而對當事人而言，聲請法官迴避駁  
19 回後，更需承受由被聲請迴避之法官繼續為案件審理所產生

---

<sup>3</sup> 參林鈺雄（2013），〈2012年刑事程序法發展回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第42卷特刊，第1087頁；黃淑芳（2012），〈中立法院與刑事法官之迴避事由--以德國法與歐洲人權法院裁判為中心〉，第2至3頁，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>4</sup> 學者薛智仁教授亦認為刑事訴訟法第18條第2款有關足認執行職務有偏頗之虞之法官迴避聲請制度名存實亡，認為我國法院對於第18條第2款「足認法官執行職務有偏頗之虞」之認定保守，而當事人也避免聲請法官迴避失敗，反而因而得罪了法官，進而承擔不利判決之風險。參111年10月22日「公平法院及法官迴避研討會」，全程影音資料：

<https://www.youtube.com/watch?v=5BFazLERBJU&t=8160s>，最後檢索日期：111年11月10日。

<sup>5</sup> 侯廷昌（2015），公正審判之研究：以聲請刑事法官迴避為中心，司法院研究報告。

1 之訴訟上不利益，論者稱被告仍可聲請法官迴避，無非係推  
2 卸責任之話術，並未解決任何問題。

3 三、綜上，依現行刑事訴訟法第18條第2款規定雖得以偏頗之虞  
4 聲請法官迴避，然實務上聲請成功者罕，並將聲請迴避失敗  
5 之壓力任由當事人承受，亦有不公，更不能以此作為曾參與  
6 發回前裁判之法官，於案件發回後無須自行迴避之理由。

7 陸、刑事訴訟之法官迴避制度，與民事、行政訴訟法之法官迴避制度，  
8 彼此或有可相互參照之處，然其於各該程序本質上之不同，毋庸  
9 強要一概而論：

10 一、民事訴訟法最初就法官於審理前曾承審本案案件，作為法官  
11 迴避之規定，其法條文字為「推事曾參與該訴訟事件之前審  
12 裁判或公斷者」。後於民國57年修法時，將「更審前裁判」  
13 之文字增列於該條文內，將「更審前裁判」、「前審」並列於  
14 該條文。增列「更審前裁判」一詞，僅係於該次修法過程中，  
15 立法者衡酌 大院彼時已有將「前審」為限縮解釋之聲浪。為  
16 避免「前審」一詞於其後遭 大院以文義解釋而有所限縮，  
17 故特意增列「更審前裁判」。因此，前審之解釋是否包含更  
18 審前裁判，自應回歸於更審前裁判若未迴避是否有違公平法  
19 院之原則所為之本質討論，而不應拘泥於文字解釋。

20 二、再者，雖於民事、行政訴訟法之規範上，與刑事訴訟法皆有  
21 相類同之法官迴避之規定。然而，縱使皆為法官迴避之相關  
22 規範，衡酌各該法規範制度之核心價值、其他訴訟設計之不  
23 同，自得於法官迴避規定上具有不同密度之規範設計：

1 (一)刑事訴訟法與民事、行政訴訟法因訴訟法理不同，其判  
2 斷方法及心證標準有間。刑事訴訟法適用嚴格證明法則，  
3 就有罪判決之證明程度，需達「毫無合理懷疑」之確信  
4 程度；而民、行政訴訟僅需取得蓋然性之心證時，即可  
5 為裁判。心證門檻之高低，亦會影響曾承審法官於裁判  
6 時，對案件事實之確信程度，自會產生程度不同之預斷  
7 風險性。準此，刑事訴訟法就此類預斷防免之規定，其  
8 規範密度之需求，自非民事、行政訴訟法可堪比擬。

9 (二)再者，我國刑事訴訟法採行「覆審制」，第二審不受第一  
10 審判斷結果影響，可以重新調查證據、認定事實，此與  
11 民事、行政訴訟法所採行之「續審制」兩者相異。民事、  
12 行政訴訟之第二審原則上必須以第一審所建立的事實，  
13 作為基礎續為審理。更遑論，民事訴訟法第478條第4項  
14 明文規定，受發回或發交之法院「應以第三審法院所為  
15 廢棄理由之法律上判斷為其判斷基礎」，於行政訴訟法亦  
16 有相同之規定。然而，採行刑事訴訟法除無前開明文規  
17 範外，所採之「覆審制」程序，亦使更審法院仍得重新  
18 調查證據、認定事實，因而也就有適用或作出不同法律  
19 解釋的可能性，自與民事、行政訴訟不具可資類比之處。

20 (三)況且刑事訴訟裁判之結果，可能會剝奪、限制被告之生  
21 命、身體、自由、名譽、財產。該影響之層面及嚴重性，  
22 自非民事、行政訴訟之結果可相比擬。

23 三、再者，雖民事訴訟法於民國92年，刪除法官曾經審理「更審  
24 前裁判」應自行迴避之規定，並於修法理由中言明法官員額  
25 有限，並衡酌民事訴訟法第478條第4項，法條明文規定更審

1 法官審理時，應受有最高法院誡命之規定，而認曾審理更審  
2 前裁判之法官不致有所偏頗，故無自行迴避之必要。惟刑事  
3 訴訟法與民事、行政訴訟法之差異甚鉅已如前述，故該修法  
4 方向及理由自無可供參照之處。

5 四、綜上所述，刑事訴訟法因與民事、行政訴訟法在規範目的、  
6 程序規範之基礎、裁判結果對基本權之剝奪、限制程度等面  
7 向上，皆有程度上之落差，故在刑事訴訟法上就法官迴避之  
8 規範密度上，自應較民事、行政訴訟高。據此， 大院於審  
9 酌本聲請案時，自無庸包裹民事、行政訴訟為一體性之認定，  
10 而得就刑事訴訟法上法官迴避此一命題，脫鉤並為聚焦審理。

11 柒、比較法上，美國法為陪審團審判為主，其職業法官以訴訟指揮為  
12 其主要工作，而非如同我國事實審法院一般需為事實之認定，  
13 「心證固著效應」本與職業法官審判不同，德國法亦於第三審制  
14 度設計發回後由他庭進行審理，以求更審裁判之公正，應認德國  
15 法亦於制度上避免參與第二審裁判之法官復行審理：

16 一、美國法以陪審團審判為主，據美國聯邦司法統計，於聯邦層  
17 級下之地方法院審判，於民國110年（2021年）有1,064案由  
18 陪審團負責審理，僅有177案為職業法官進行審理，陪審團  
19 審判案件佔85.74%<sup>6</sup>，於陪審團之審判下，法官主要職權為  
20 訴訟之指揮，並未參與犯罪事實之認定，其心證固著效應，  
21 本與我國職司事實審認定之二審法官不同，自難比附援引。

22 二、德國刑事訴訟法雖未明列參與更審前之法官為自行迴避事由，  
23 但德國刑事訴訟法第354條另有規定：「其他情形，應將案件

---

<sup>6</sup> 參美國聯邦法院之統計資料，網址：<https://www.uscourts.gov/statistics-reports/caseload-statistics-data-tables>，最後檢索日期：111年10月11日。

1 發回原審法院之其他法庭，或發交同一邦之其他同級法院。  
2 在邦高等法院裁判第一審案件之程序應將案件發回該法院之  
3 另一審判庭」，德國法學者 Claus Roxin 即指出，之所以發回  
4 後由其他法庭審理，其立法目的係為避免原裁判機關已有成  
5 見。<sup>7</sup>顯見德國法之制度上亦肯認曾參與裁判之法官不應再  
6 參與更審之審理。

7 三、美國司法制度上，法官之角色與我國不同，超過八成案件為  
8 陪審團審判，法官並未為事實認定，心證固著效應自不同於  
9 須負責認定事實之裁判者，而與我國較為接近之德國法，則  
10 於法制設計上排除參與裁判之法官於更審時再為審判，以達  
11 公平法院之目標。

12 捌、以上，敬請 大院鑒核，補充解釋司法院釋字第178號解釋，宣告  
13 最高法院29年上字第3276號刑事判例違憲，維護憲法第16條保障  
14 人民訴訟權核心領域，形塑並實現受人民信賴之公平法院。

15 此致

16 憲法法庭 公鑒

17 中華民國111年11月18日

18 具狀人 曾盛浩  
19 撰狀人 蘇孝倫 律師  
20 羅士翔 律師  
21 陳于晴 律師



<sup>7</sup> 參 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，《德國刑事訴訟法》頁604、605，三民書局。