

最高法院關於憲法法庭受理法官迴避聲請釋憲等案之意見

案號：會台字第 13254 號、13370 號、107 年度憲二字第 166 號

壹、爭點.....	1
貳、本院意見.....	2
一、法官迴避制度與公平審判原則.....	2
二、法官參與同一案件裁判應否自行迴避之學說與實務見解.....	3
三、審級利益之意涵與預斷危險之認定.....	6
四、關於爭點一、四部分.....	7
(一) 法官曾參與通常程序之裁判，於非常上訴程序應否自行迴避.....	7
(二) 本院 94 年度台非字第 115 號非常上訴判決並未違憲.....	8
(三) 題旨情形是否屬於「前審」？釋字第 178 號解釋應否補充？.....	9
五、關於爭點二、四部分.....	9
(一) 法官曾參與更審前之裁判，於更審程序應否自行迴避.....	9
(二) 題旨情形是否屬於「前審」？釋字第 178 號解釋應否補充？.....	12
六、關於爭點三、四部分.....	12
(一)法官曾參與同一案件之先前第三審裁判，應否自行迴避.....	12
(二)本院更二連身條款是否違憲.....	15
1.更二連身案件是否違反法官迴避制度.....	15
2.更二連身條款是否牴觸法定法官原則.....	16
(三) 題旨情形是否屬於「前審」？釋字第 178 號解釋應否補充？.....	18

壹、爭點

- 一、曾於特定案件刑事通常程序參與裁判之法官，後於該案非常上訴程序，復參與裁判，而未迴避，是否違憲？理由為何？
- 二、曾於特定案件刑事第二審程序參與裁判之法官，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 號刑事判例是否違憲？理由為何？
- 三、曾於特定案件參與最高法院刑事第三審裁判之法官，於該案件發回更審，又上訴至最高法院時，復參與第三審裁判，而未迴避，

是否違憲？如均由被告上訴，情形是否不同？中華民國 80 年版本之最高法院第二次發回更審以後民刑事上訴案件分案實施要點第 2 點規定(下稱本院更二連身條款)是否違憲？理由為何？

四、刑事訴訟法(下稱刑訴法)第 17 條第 8 款規定：「法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：...八、法官曾參與前審之裁判者。」該條所定「前審」之範圍是否應包括上述情形？司法院釋字第 178 號解釋是否應予補充？

貳、本院意見

一、法官迴避制度與公平審判原則

憲法第 16 條所保障之訴訟權，旨在確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟，並受法院公平審判之權利(司法院釋字第 591 號解釋參照)。公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項中段明定：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。」日本憲法第 37 條第 1 項規定：「所有刑事案件，被告均有受公平法院迅速裁判之權利。」歐洲人權公約第 6 條第 1 項第 1 句規定：「在決定某人的公民權利與義務或在決定對某人的任何刑事罪名時，任何人有權在合理的時間內受到依法設立的獨立與公正的法庭之公平與公開的審訊。」¹均強調人民有受公平法院審判之權利。

公平審判的理念，必須建立在公平法院的基礎上²。公平法院，指在組織、構造等方面，無偏頗或不公平之虞的法院³。公平法院之裁判，則仰賴法官執行職務之客觀中立與公正。我國學者通說認為法官迴避制度，乃為維持公平法院或公平審判而設之制度⁴。實務從之。例如，

1 譯文引自

[https://hre.pro.edu.tw/storage/files/%E6%AD%90%E6%B4%B2%E4%BA%BA%E6%AC%8A%E5%85%A C%E7%B4%84\(%E4%B8%AD%E6%96%87\).pdf](https://hre.pro.edu.tw/storage/files/%E6%AD%90%E6%B4%B2%E4%BA%BA%E6%AC%8A%E5%85%A C%E7%B4%84(%E4%B8%AD%E6%96%87).pdf)。

2 柯耀程，刑事程序法論，一品文化，108 年 2 月，頁 166。

3 最大判昭和 23.6.30 刑集 2 卷 7 號 773 頁、最大判昭和 36.6.28 刑集 15 卷 6 號 1015 頁。

4 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2017 年 9 月，5 版，頁 73；黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，三民書局，2010 年 2 月，修訂 7 版，頁 57；柯耀程，刑事程序法論，一品文化，108 年 2

司法院釋字第256號解釋理由書謂：「民事訴訟法第三十二條第七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。...最高法院二十六年上字第三六二號判例，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。」釋字第761號解釋理由書謂：「法官迴避制度是其中一項。其目的有二：其一是為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突；其二是要求法官避免因先後參與同一案件上下級審判及先行行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義。綜上，可認法官迴避制度實乃確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，而屬憲法第 16 條訴訟權保障之核心內容。」均為適例。

法院之公平性，建立在法官客觀、超然，沒有預斷、偏頗。假如法官先前曾經對於同一案件作出判斷，不免可能因為堅持先前決定，或有先入為主之成見，而使當事人難以信賴其中立性⁵。然而，所謂預斷、偏頗，是指無法基於法庭所顯現的證據形成心證之狀態。法官對於案件縱有一定心證，然倘仍可得經由審判程序而形成終局心證，即不認具有一般性、抽象性的預斷⁶。此情形未必皆須事先以立法絕對排除法官參與該案件後續之裁判。有問題的是，何種情形，法官可能因為參與同一案件裁判，導致其先前已形成之心證屬於必須經由立法絕對排除的預斷危險，而構成法官應自行迴避之事由，則需要進一步討論。

二、法官參與同一案件裁判應否自行迴避之學說與實務見解

法官參與同一案件裁判之情形，是否構成應立法絕對排除的預斷危險，而應自行迴避？學說可概分為審級說、拘束說。

月，頁 167；林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，自版，2020 年 9 月，10 版，頁 102；林永謀，刑事法雜誌，第 35 卷第 2 期，1991 年 4 月，頁 12。

5 薛智仁，曾參與「前審」裁判之法官迴避事由-最高法院 111 年度台抗字第 1501 號刑事裁定，台灣法律人，111 年 2 月，第 8 期，頁 192。

6 金子 章，刑事手続における忌避制度について（1）-その実質的意義の検討を中心に，横浜国際経済法学，第 18 卷第 1 號，2009 年 9 月，頁 69。

審級說，是以審級利益是否受侵害為認定標準，認為審級制度乃在使當事人對於下級審之裁判有不服的機會，得利用上級審請求救濟，如法官在下級審已參與裁判，於上級審又再參與裁判，就喪失審級制度存在的意義。故此說認為所謂前審，係指下級審⁷。

拘束說之理論基礎，在於維護裁判之自縛性⁸，認為案件既經裁判，本於裁判一次性原則，法官即應受該裁判之拘束，不得自行撤銷、變更或更正之，如該裁判有違法或不當，亦應由上級審加以審定，不應由原法官再參與裁判。故此說認為所謂前審，係指前次審判之裁判。於通常情形，是指下級審，但在更審及再審，則是同級審⁹。

有學者認為審級說、拘束說仍有共通基礎，也就是法官可能因為預斷而欠缺中立性。其間差異在於，拘束說，認為只要存在法官的預斷可能性，不問是否損及審級利益，其影響公平審判的程度就已經重大到法官絕對不得參與本案審判；審級說，認為只有法官的預斷可能性導致審級利益被架空，其影響公平審判的程度才重大到法官絕對不得參與本案審判¹⁰。

我國實務向採審級利益說。此從以下司法院大法官會議解釋意旨，即可窺見。

- (一) 就刑訴法第 17 條第 8 款所定「參與前審之裁判」之解釋適用，釋字第 178 號解釋理由書(民國 71 年 12 月 31 日)謂：「其第十七條第八款所定：推事曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務，乃因推事已在下級審法院參與裁判，在上級審法院再行參與同一案件之裁判，當事人難免疑其具有成見，而影響審級之利益。從而該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。」
- (二) 針對參與民事確定終局裁判之法官，於民事再審程序應否自行

7 陳樸生，刑事訴訟法實務，自版，79 年 11 月，重訂 3 版，頁 21；林俊益，曾參與前審裁判之法官迴避，月旦法學雜誌，1996 年 2 月，頁 59。

8 林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，自版，2020 年 9 月，10 版，頁 104。

9 陳樸生，刑事訴訟法實務，自版，79 年 11 月，重訂 3 版，頁 21；林俊益，曾參與前審裁判之法官迴避，月旦法學雜誌，1996 年 2 月，頁 59。

10 薛智仁，曾參與「前審」裁判之法官迴避事由-最高法院 111 年度台抗字第 1501 號刑事裁定，台灣法律人，111 年 2 月，第 8 期，頁 192。

迴避乙節，釋字第 256 號解釋(79 年 4 月 4 日)理由謂：「民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定，即在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，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，其參與該確定終局裁判之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。但在各法院法官員額有限，而提起再審之訴，又無次數限制之情況下，參照行政訴訟法第六條第四款規定意旨，其迴避以一次為限。」並宣告本院 26 年上字第 362 號判例：「以再審之訴聲明不服之確定終局判決，並非再審程序之前審裁判」，與該解釋意旨不符，應不再援用。

- (三) 司法院釋字第 761 號解釋理由書 (107 年 2 月 9 日)謂：「立法者為貫徹民事與行政訴訟分由普通法院與行政法院審理之二元訴訟制度，固非不得規定審理相牽涉民事與行政訴訟事件之法官間，亦有迴避制度之適用（例如行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定）。惟此種迴避規定係適用於相牽涉之不同審判制度之案件，不涉及人民就同一案件之審級救濟利益受法官預斷影響之風險，此種迴避要求即與公平審判無關，毋寧為政策之考量。」

上開釋字第 178 號、第 256 號解釋，均認為法官就同一案件應自行迴避之制度，係為維護當事人之審級利益。有差別的是，釋字第 256 號解釋將審級利益之射程範圍，從通常救濟程序進一步延伸至特別救濟之再審程序，並基於所謂「同一理由」，將確定終局判決視為再審程序之前審裁判。此外，從釋字第 761 號解釋意旨，重申法官就同一案件應自行迴避，應建立在涉及人民審級救濟利益受法官預斷影響之風險。可知倘不涉及同一案件之審級利益，縱先前曾參與不同審判制度之裁判(例如先前曾參與民事裁判，後參與刑事裁判)，而存在若干心證，仍與應絕對排除之影響審級救濟利益之預斷風險無關，而與公平裁判原則無違，法官縱未迴避，亦不構成違憲。

三、審級利益之意涵與預斷危險之認定

審級制度之意義，乃是建立在由不同審級法院判斷之基礎上。倘同一法官參與數個不同審級，即違反審級制度之本質。因此，曾參與同一案件前審裁判之法官，即因違反審級制度，而構成應自行迴避事由¹¹。

依前說明，構成公平法院一環之法官迴避制度，既然是基於維護審級救濟利益之目的，則禁止法官就同一案件再行參與裁判之所謂「前審裁判」，以結論而言，應是指法官曾參與通常救濟程序之下級審裁判，或曾參與特別救濟程序之原確定終局裁判。

以通常救濟程序言，第二審的前審，是指第一審；第三審的前審，是指第二審及第一審¹²。以特別救濟之再審程序言，其前審裁判為原確定終局判決。

原確定終局判決之法院，對於再審程序之法院而言，在組織法意上觀察，是相同審級之法院。但考之釋字第 256 號解釋以所謂「同一理由」，認為參與確定終局裁判之法官，於再審程序亦應自行迴避等旨，可謂是採取廣義的審級利益概念，將所謂審級救濟利益，由上、下審級間之糾錯救濟利益，擴及至相同審級間之再審糾錯救濟利益。其旨應係為避免因法官自我審查裁判，因角色衝突產生的偏頗之虞，使法院因此喪失在一般理性人眼中應有的客觀與中立。

歸納上開審級說、拘束說及大法官解釋意旨，吾人可歸納出共通理論基礎，也就是「法官不得審查自己先前之裁判」。此與英美法系建構「自然正義法則」一環的「任何人不得自斷其案」，以確保公正，使免於偏頗的「禁止偏頗原則」觀點相似¹³。可謂是確保公平審判原

11 駒田秀和，收錄於三井 誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一編，新基本法コンメンタール刑事訴訟法，日本評論社，2018 年 4 月 15 日，第 3 版，頁 36。

12 蔡墩銘，刑事訴訟法例題演習，自版，69 年 11 月，初版，頁 39；永井敏雄，收錄於河上和雄、中山善房、古田佑紀、原田國男、河村 博、渡辺咲子編，大コンメンタール刑事訴訟法，第 1 卷，青林書院，2013 年 2 月 20 日，第 2 版，頁 211。司法院釋字第 178 號解釋理由：「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。惟此不僅以參與當事人所聲明不服之下級審裁判為限，並應包括『前前審』之第一審裁判在內。」同採此見解。

13 湯德宗，論行政程序中的迴避義務-行政法院判決三則評釋，月旦法學雜誌，第 99 期，2003

則之下，法官就同一案件應否自行迴避之共通且客觀可行之判斷基準。

又我國刑訴法關於法官迴避制度，分為自行迴避（第 17 條）與聲請迴避（第 18 條第 2 款）二種。前者，列舉難期法官公平審判而應自行迴避之具體事由；後者，則就其他足認法官執行職務有偏頗之虞之情形，賦予當事人聲請法官迴避之權。是個案縱不符合第 17 條所列應自行迴避事由，當事人仍得釋明法官執行職務如何有偏頗之虞而聲請法官迴避。且為兼顧各普通及專業法院的有效運作（各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況互異），立法者經權衡後所為規範，也應係合理的差別待遇。換言之，現行刑訴法建構之法官迴避制度，應足以保障人民受公平審判之權利。

四、關於爭點一、四部分

（一）法官曾參與通常程序之裁判，於非常上訴程序應否自行迴避

如前所述，釋字第 256 號解釋認為參與民事案件確定終局裁判之法官，於再審程序亦應自行迴避等旨，乃採取廣義的審級利益概念，將所謂審級救濟利益，由釋字第 178 號解釋意旨所謂上、下審級間之糾錯救濟利益，擴及至相同審級間之再審糾錯救濟利益。同理，為避免法官自我審查先前之裁判，致因角色衝突產生的偏頗之虞，使法院因此喪失在一般理性人眼中應有的客觀與中立，曾參與原確定裁判之法官，於同一案件之非常上訴救濟程序，似亦應自行迴避。本院刑事案件分案實施要點就先前曾參與原確定裁判之法官，即本此旨，明定應迴避同一案件之非常上訴案件¹⁴。

惟此所稱應自行迴避之法官，係指參與原確定裁判之法官，尚不包括參與原確定裁判前之其他歷審裁判之法官。蓋後者情形，原確定裁判以外之其他歷審裁判，並非特別救濟程序之標的，參與非常上訴判決之法官，既非審查自己先前之裁判，即與前述審級救濟利益無關，且不違反裁判自縛性原則。不論是從審級說或拘束說之觀點，或者英美法「任何人不得自斷其案」之角度，抑或前揭大法官解釋意旨觀察，

年 8 月，頁 207。

14 本院刑事案件分案實施要點第 24 點第 1 項第 1 款規定：聲請再審或非常上訴案件，曾參與「原確定裁判之法官」應予迴避。

均不構成應自行迴避。惟此種情形，當事人仍得視個案情形，聲請其認為有偏頗之虞之法官迴避，關於法官迴避之制度性保障，尚無不足之處。

反之，倘認此種參與原確定裁判前之其他歷審裁判之情形，法官仍應於非常上訴程序自行迴避，則於同為特別救濟之再審程序，豈非同應將釋字第 256 號解釋之原確定終局判決，擴及至參與原確定判決前之歷審裁判。果爾，在前述上、下審級應自行迴避，且就同一案件聲請再審、提起非常上訴復均無時間、次數限制之下，屆時必然造成第三審無足夠法官員額組成合議庭。採取此說之法理不通、實務上之窒礙難行，不言可喻。

(二) 本院 94 年度台非字第 115 號非常上訴判決並未違憲

本件劉政哲聲請意旨指摘：其因被訴貪污案件，經臺灣高等法院判決有罪確定後，檢察總長向本院提起非常上訴，經本院以 94 年度台非字第 115 號判決（下稱系爭非常上訴判決）駁回非常上訴。參與系爭非常上訴判決之法官黃正興及孫增同，曾分別參與同一案件之第二審即臺灣高等法院 82 年度上訴字第 6491 號（下稱上訴審）及更審即 84 年度上更(一)字第 146 號（下稱更一審）之科刑判決，其等未自行迴避，侵害人民應同受審級利益保障及公平審判之基本權，而有違憲疑義等旨。惟稽之系爭非常上訴判決之審查標的，係本院 89 年度台上字第 1044 號之第三審刑事確定判決（下稱原確定判決）。參與該原確定判決之本院法官，係黃劍青、劉敬一、林增福、邵燕玲及石木欽，不包括黃正興、孫增同法官。聲請人所指之黃正興、孫增同法官既未參與原確定判決，則其等參與系爭非常上訴判決，即與審查自己先前之裁判之情形有別。依上開說明，此情形既與審級救濟利益無關（非常上訴審並非上訴審或更一審之上級審），且不違反裁判自縛性原則（黃正興或孫增同法官參與系爭非常上訴判決，並非以自己曾參與之上訴審或更一審判決為審查標的），自不構成應自行迴避。至於黃正興、孫增同法官是否因先前曾分別參與業經本院撤銷之上訴審、更一審裁判，因而於非常上訴程序產生預斷而足認其等執行職務有偏頗之虞，參諸上開說明，乃屬個案聲請法官迴避之範疇，與應立法絕對排除之一般性、抽象性之預斷危險有別，不容混淆。

(三) 題旨情形是否屬於「前審」？釋字第 178 號解釋應否補充？

釋字第 256 號解釋意旨執所謂審級利益之「同一理由」，認為參與確定終局裁判之法官，於再審程序應自行迴避等旨。倘認係採取廣義的審級利益概念，將所謂審級救濟利益，由上、下審級間之糾錯救濟利益，擴及至相同審級間之再審糾錯救濟利益。同理，就非常上訴程序而言，所謂「前審」，似可擴及至原確定裁判。因釋字第 256 號解釋係就民事案件之再審程序所為之解釋，難以直接適用於刑事案件之非常上訴程序。故在此範圍內，釋字第 178 號解釋或有應予補充之必要。

五、關於爭點二、四部分

(一) 法官曾參與更審前之裁判，於更審程序應否自行迴避

曾於特定案件刑事第二審程序參與裁判之法官，後於該案經第三審撤銷發回之更審程序中，復參與第二審之更審裁判之情形，該更審前之裁判，業經第三審撤銷而不復存在，更審程序係回復到第一審判決後上訴第二審之狀態。究其本質，第二審更審程序審查之標的，為第一審之裁判，而非業經第三審撤銷之更審前第二審判決。此情形，既未剝奪被告於第二審受審判之機會，祇要排除第一審裁判之法官參與更審程序之裁判，其審級利益即無受侵害之可言。

本院 29 年上字第 3276 號刑事判例謂：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所謂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。」固係本於審級救濟利益觀點所為之法律見解，然此情形，第二審更審前之第二審裁判，既經第三審撤銷而不存在，則從前述拘束說之觀點，既與所謂應受當時存在之裁判自縛性的拘束（束縛）無關，解釋上亦不構成應自行迴避。因此，題旨情形不論係依審級說或拘束說之立場，或者英美法「任何人不得自斷其案」之角度，抑或先前大法官解釋意旨，均毋庸自行迴避。且此見解，乃為確保公平審

判及司法實務運作順遂之務實「程序操作」，並無窒礙難行之處，符合「功能最適」觀點¹⁵，並未侵害當事人於第二審受公平審判之機會，尚無侵害訴訟權保障的憲法重要意義可言。且此情形，與司法院釋字第 639 號解釋所處理之不服羈押處分，其救濟程序由另一合議庭管轄之事實基礎迥異，亦無從比附援引。蓋更審裁判審查之對象，係當事人聲明不服之第一審裁判，而非針對自己先前經第三審撤銷之第二審裁判作成判斷，自無違反審級救濟制度，而與公平法院審判原則不悖。

論者或謂司法院釋字第 256 號解釋意旨揭櫫：「民事訴訟法第三十二條第七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。因此，法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避...」等旨，已明示「法官曾參與訴訟事件之更審前之裁判者」，應自行迴避。惟考之該號解釋之聲請書，其聲請解釋問題為「以再審之訴聲明不服之確定終判決，是否為再審程序之前審裁判？」亦即，係就參與本案終局裁判，於再審程序執行職務，是否屬於民事訴訟法第 32 條第 7 款所定之前審裁判，聲請大法官解釋，其聲請對象並不包含參與更審前之裁判之情形。且細繹作成釋字第 256 號解釋時之民事訴訟法第 32 條第 7 款規定：「推事曾參與該訴訟事件之前審裁判、更審前之裁判或仲裁者。」因此該號解釋所謂「法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避...」等語，性質上應祇是解釋時順帶提及之法條用語而已，尚不得遽認解釋意旨已揭示參與更審前之裁判之法官，於更審裁判應自行迴避之旨。此情參之該號解釋作成後，立法院其後於 92 年 2 月 7 日修正通過之民事訴訟法第 32 條第 7 款刪除「更審前之裁判」等文字，其修正理由指出：「法官曾參與更審前之裁判，依其文義解釋，凡在更審前曾參與裁判之法官，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

15 「功能最適理論」係指應依照各事務領域的屬性進行權限分配，把某項「事務」放在何一「組織」、「程序」、「規範結構」中，較能達到該事務領域之「最佳效果」者，即應採取該功能最適之規範結構等來運作。與經濟學之「社會最適理論」(Social optimum)異曲同功。併參許宗力，權力分立與機關忠誠—以德國聯邦憲法法院裁判為中心，憲政時代，第 27 卷，第 4 期，2002 年 4 月，頁 3-32；黃舒芃，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分—德國功能法論述取向之問題與解套，政大法學評論，第 91 期，2006 年 6 月，頁 99-144。

較少，勢必發生無法官可執行職務之情形。又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，爰將此部分規定刪除」，及 99 年 1 月 13 日修正通過之行政訴訟法第 19 條第 5 款規定，亦配合民事訴訟法上開修正，修正刪除原條文所列「或更審前之原裁判者」等文字，均明定此情形法官不構成應自行迴避事由，可見一斑。

又德國刑訴法第 354 條第 2 項¹⁶、日本刑訴法第 20 條第 7 款¹⁷，固均就法官曾參與更審前之裁判，明定為更審程序應自行迴避事由。然究之其立法目的，在於尊重原裁判法官所表明之見解，同時確保上級審撤銷意旨之拘束判斷，於更審時得以公正忠實地實現¹⁸。其旨與前述為確保審級救濟利益及公平審判原則，要求法官不得審查自己先前之裁判，以排除預斷危險之旨趣有別。解釋上自無從援引德、日之法例指摘法官就此情形，仍應自行迴避。至此情形，將來要否參考德、日之立法例，明定為另一種法官應自行迴避事由，則屬立法論問題，而非解釋論之範疇，不可不辨。因此，曾參與更審前之裁判之法官，於更審程序參與裁判，既與審級救濟利益無關，且不違反裁判自縛性原則，自不構成違憲。

16 德國刑事訴訟法第 354 條第 2 項規定：「其他情形，應將案件發回原審法院之其他法庭，或發交同一邦之其他同級法院。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另一審判庭。」引自連孟琦，德國刑事訴訟法一附德國法院組織法選譯，元照出版社，2016 年 9 月，初版，頁 330。

17 日本刑事訴訟法第 20 條規定：「法官有下列情形者，不得執行職務：...七、法官就案件曾參與第 266 條第 2 款裁定、略式命令、前審裁判、依第 39 條至第 400 條、第 412 條或第 413 條之規定撤銷發回或移送之原判決，或參與作成該等裁判基礎之調查。但係受託法官參與之情形，不在此限。」所稱「撤銷發回或移送之原判決」，係指依刑事訴訟法第 398 條撤銷發回、第 399 條撤銷發交、第 400 條撤銷發回或發交(以上為第二審)、第 412 條撤銷發交、第 413 條撤銷發回或發交(以上為第三審)之原判決，也就是被撤銷之下級審判決。舉例而言，第二審撤銷之情形，原判決係指第一審判決；第三審撤銷第二審判決之情形，原判決係指第二審判決；第三審撤銷第二審及第一審判決之情形，原判決係指第二審及第一審判決。

18 岡村治信，公平な裁判の保障，東洋法學，第 31 卷第 1、2 號，頁 424；永井敏雄，收錄於河上和雄、中山善房、古田佑紀、原田國男、河村 博、渡辺咲子編，大コンメンタール刑事訴訟法，第 1 卷，青林書院，2013 年 2 月 20 日，第 2 版，頁 237。

(二) 題旨情形是否屬於「前審」？釋字第 178 號解釋應否補充？

從釋字第 178 號、第 256 號解釋意旨，及前揭德國法、日本法之規定，均將題旨情形，列為法官參與「前審」裁判以外之另一種應自行迴避事由，可推知法官曾參與「更審前之裁判」，與曾參與「前審之裁判」之意涵，明顯不同。因此，解釋上刑訴法第 17 條第 8 款所定之「前審」，自不包括「更審前之裁判」。而此情形，要否列為法官應自行迴避事由，涉及刑事政策與法院組織規模、案件負擔等司法資源問題，與前述應立法排除之法官預斷危險無關，非關訴訟權保障之核心領域，應屬立法權形成自由之範圍。是就題旨情形，釋字第 178 號解釋尚無應予補充之必要。

六、關於爭點三、四部分

(一) 法官曾參與同一案件之先前第三審裁判，應否自行迴避

終審法院作為法律審，在法治國原則要求下，法律見解本應一致，即使事實上有多庭存在，也應以統一見解為目標。基此理念，終審法院撤銷發回之更審案件，上訴後之法律見解仍應力求一致。民事訴訟法第 478 條第 4 項、行政訴訟法第 260 條第 3 項均明定法律審廢棄下級審判決，發回更審者，受發回法院應受廢棄發回理由之法律上判斷拘束。例如日本裁判所法第 4 條即有相同意旨之規定¹⁹。我國刑訴法雖無此項明文，然基於相同法理，亦應有其適用。準此，本院 104 年度台上字第 3909 號刑事判決即謂：「刑事第三審撤銷發回判決理由所指示之點（意見），對更審法院有無拘束力，我刑事訴訟法雖無如民事訴訟法第四百七十八條第四項之明文規定，法院組織法亦未有如日本裁判所法第四條，設有上級審之判斷就該事件有拘束下級審效力之通則性規定，惟如不承認發回判決意見之拘束力，勢必使案件反覆來回於上、下審級間，有礙案件之確定，不能合理維

¹⁹ 日本裁判所法第 4 條規定：「上級審法院裁判所為之判斷，就該案件拘束下級審法院。」其民事訴訟法第 325 條第 3 項有類似我國民事訴訟法第 478 條第 4 項之規定，但刑事訴訟法則與我國同未規定。學說認為裁判所法可援為刑事案件之依據，實務從之。最小三決平成 20.7.11 刑集第 62 卷 7 號 1927 頁。原田國男，收錄於收錄於河上和雄、中山善房、古田佑紀、原田國男、河村 博、渡辺咲子編，大コンメンタール刑事訴訟法，第 9 卷，青林書院，2013 年 2 月 20 日，第 2 版，頁 431。

持審級制度目的，上訴亦將失其所以糾正之意義。因此基於審級制度之必然，除屬於附帶說明性質之事項，即所謂之『傍論』者外，對於發回理由之法律上及事實上之判斷，承認有拘束力，確有其必要性。」而為補法制上之不足，司法院、行政院於 111 年 4 月 11 日函送法院審查之「刑事訴訟法部分條文修正草案」（即金字塔三審條文草案），乃於第 401 條第 2 項增訂：「前項發回或發交之判決，應具體記載明確之法律上意見；受發回或發交之法院，受其拘束。」²⁰以發揮第三審判決具有統一法律見解之功能。

為貫徹此項拘束力，受理更審上訴案件之法律審，亦須受先前發回理由之拘束。此稱為「法律審之自我拘束」(Selbstbindung des Revisongerrichts)²¹。就此，許宗力大法官、林子儀大法官於司法院釋字第 687 號解釋，即提出不同意見書指出美國法之「判決先例拘束原則(stare decisis)」，包含垂直之拘束與水平之拘束。前者，是指上級審法院對具體個案所為之判決拘束下級審法院，下級審法院對於應受先例拘束的個案，不能偏離判決先例而另為判決；後者，是指「同一審級之法院受到自身先前判決之拘束，除非法官在確信先例有誤之前提下，例外地自我推翻修正」。並明白指出終審法院負有維護法安定性與統一見解之任務，務須自我拘束，遵守自身之判決先例，縱有多庭，亦不應有法律見解歧異之情形。

題旨參與某案之第三審法官，於更審案件上訴最高法院時，再行參與第三審裁判之情形，該同一法官係參與同一案件之第三審裁判，並無上、下審級之關係，且該 2 次(含以上)第三審裁判之對象，分別為第二審之第 1 次及更審裁判，而非審查自己先前之裁判，既與審級救濟利益無關，且不違反裁判自縛性原則。不論是從審級說或拘束說之觀點，或者英美法「任何人不得自斷其案」之角度，抑或是前揭大法官解釋意旨觀察，顯然均不構成應自行迴避。依前述「法律審之自

20 立法院第 10 屆第 5 會期第 9 次會議議案關係文書 院總第 246 號 政府提案第 17839 號。

21 日本實務及通說亦認為第三審撤銷發回意旨所為之判斷，不僅對於更審案件之下級審具有拘束力，對於更審上訴後之第三審，亦具有拘束力。最小二判昭和 43.10.25 刑集 22 卷 11 號 961 頁。原田國男，收錄於收錄於河上和雄、中山善房、古田佑紀、原田國男、河村 博、渡辺咲子編，大コンメンタル刑事訴訟法，第 9 卷，青林書院，2013 年 2 月 20 日，第 2 版，頁 433。

我拘束」原則，同一法官辦理更審判決之上訴第三審案件，毋寧更能達到終審法院統一見解之目的，而具有正當性。且此情形，與司法院釋字第 639 號解釋所處理之不服羈押處分，其救濟程序由另一合議庭管轄之事實基礎迥異，亦無從比附援引。蓋第三審裁判審查之對象，係當事人聲明不服之第二審(含更審)裁判，第三審法官所表達之法律上意見，無非係針對第二審裁判之訴訟程序、認定事實、適用法律及量刑之適正性，所為之審查，而非針對自己之先前第三審裁判作成判斷。

考之德國法²²及日本法²³，亦均未將此情形列為法官應自行迴避事由。美國聯邦最高法院只設 1 庭，撤銷發回案件再上訴後，仍由同庭辦理。德國聯邦最高法院如同我國最高法院，亦設有多庭，其民事案件係以專業分庭，各庭專門處理涉及特定法律之上訴案件，例如智財事件由民 1 庭受理，家事事件由民 12 庭受理；刑事案件則以原判決法院所屬地區劃分，各庭受理特定地區高等法院判決之上訴案件，例如刑 1 庭受理慕尼黑、斯圖加及卡斯盧爾的高等法院判決之上訴案件。因此，同一案件撤銷(廢棄)發回更審後之上訴案件，必然由原撤銷(廢棄)之同庭法官審理²⁴。日本最高裁判所法官 15 人，分成 1 個大法庭、3 個小法庭，大法庭由全體 15 名法官組成，小法庭則各由 5 名

22 德國刑事訴訟法第 23 條規定：「(1)法官曾參預之裁判，被依救濟途徑聲明不服者，依法直接排除其參預上級審之裁判。(2)法官曾參預之裁判，被依再審聲請聲明不服者，依法直接排除其參預再審程序之所有裁判。若被聲明不服之裁判是在上級審程序中作出，則曾參預作為裁判基礎之下級審裁判之法官，亦排除之。第 1 句及第 2 句之規定，準用於法官參與準備再審程序之所有裁判。」引自連孟琦，德國刑事訴訟法—附德國法院組織法選譯，元照出版社，2016 年 9 月，初版，頁 11。德國實務上就民事案件之更審程序，亦認為在上級審參與發回判決之法官，當受發回審之判決再度成為上訴審審查之判決者，該上級審法官亦無毋迴避。

Zöller,ZPO,Aufl.23.,§41 Rn14.181.轉引自魏大曉，法定法官原則保障範圍與密度-以最高法院民事更審案件分案規則作說明(下)，司法周刊，第 3 版，108 年 6 月 6 日。

23 日本刑事訴訟法第 20 條規定：「法官有下列情形者，不得執行職務：...七、法官就案件曾參與第 266 條第 2 款裁定、略式命令、前審裁判、依第 39 條至第 400 條、第 412 條或第 413 條之規定撤銷發回或移送之原判決，或參與作成該等裁判基礎之調查。但係受託法官參與之情形，不在此限。」

24 德國聯邦最高法院法官事務分配內容，參見

https://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/homeBGH_node.html。

法官組成。倘撤銷發回之第三審裁判係由大法庭作成，則更審之上訴案件必然是由曾經參與同一案件之第三審法官參與，亦難想像由其他未參與法官審理之可能。日本實務上亦認為撤銷第一審判決發回更審之第二審法官，於更審案件上訴第二審後，復參與第2次第二審判決，不屬於參與前審裁判(按日本第二審與我國第三審同為事後審，其見解自可作為我國第三審之參考)²⁵。

法官應否自行迴避，係屬確保公平審判之制度性保障，其重點在於藉由分案前之一般性、抽象性的立法排除，建構一般理性人眼中看為公正與客觀中立的公平法院，此與具體個案分案後之法官對於該案件有偏頗之虞時，得由當事人聲請法官迴避之補充性制度，要屬二事。

又縱法官於先前之第三審撤銷發回裁判中表達不利於被告之法律上見解，亦屬糾正原審違法或不當裁判之反射效果，乃審級救濟制度之本質使然，不容指為對於個案存在危及公平審判原則之偏頗心證或預斷危險，自不構成更審案件上訴第三審時之應自行迴避事由。因此，題旨參與某案之第三審法官，於更審案件上訴最高法院時，再行參與裁判之情形，毋庸迴避，不問第三審上訴係否均由被告提起，其結果均無不同。

以本件聲請人黃春棋之案件為例，均是由聲請人提起上訴。本院86年度台上字第361號、86年度台上字第4832號、87年度台上字第156號、87年度台上字第2540號、88年度台上字第3896號等判決，均執原判決論處共同犯意圖勒贖而擄人而故意殺被害人罪刑(死刑)，或有調查職責未盡，或有理由欠備、證據上理由矛盾等違法，而撤銷發回臺灣高等法院更審。從形式上觀察，其指摘之點，均係原審判決事實調查未明及理由有如何之違誤，既不涉及自我審查裁判，以結果言，亦屬有利於聲請人。從維護公平審判原則之觀點言，並無產生預斷、偏頗危險之情形可言。

(二)本院更二連身條款是否違憲

1.更二連身案件是否違反法官迴避制度

如前所述，法官參與同一案件之先前第三審裁判，既因不涉及審級利益及公平審判之維護，而不構成應自行迴避事由，則依更二連身

25 最二小決昭和 28.5.7 刑集 7 卷 5 號 946 頁。

條款之分案要點，復參與更二審上訴後之第三審裁判，自亦不構成違憲。前述德國終審法院之事務分配規則，實際上等同連身條款，且比本院更二連身條款更為徹底。在德國未聞其事務分配規則因違反法官迴避制度而違法、違憲。蓋連身條款可確保終審法院統一見解之目的，而具有正當性。有認為本院更二連身條款，「等於自己審理先前自己的裁判」，而構成偏頗、不公²⁶，形同將法官祇要曾經接觸同一案件之情形，一律理解為對於個案存在危及公平審判原則之偏頗心證或預斷危險，不當建立在「同一法官必有預斷」之另一種偏見。究其本質，或係因未正確理解第三審裁判之對象，為下級審裁判，而非更審前之本院裁判，或是未正確理解更審裁判本應受上級審發回理由之法律上判斷拘束，毋寧乃設計審級制度之本質，以致將此情形理解是第三審「審查下級審有無聽令自己前次撤銷發回意旨，而構成審查自己先前裁判」，自非的論。

2. 更二連身條款是否抵觸法定法官原則

所謂法定法官原則，是指在法官的分案(何案件由何法官辦理)，必須以事先一般性、抽象性的事務分配規則預定，不得恣意。其目的在防堵藉由對裁判機關(承審法官)的操縱，進而不當影響裁判。此原則為德國基本法第 101 條第 1 項所明定。嗣經司法院釋字第 665 號解釋闡述其旨²⁷。學者指出該解釋重點有二，第一，事務分配如依事先訂定之一般抽象規範為之，須符合「足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業」之密度；第二，各法院所作之規範，僅具補充性，在不抵觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則下，有訂定補充規範之權限²⁸。

26 錢建榮，違反法定法官原則的更二連身條款，月旦法學教室，2014 年 6 月，頁 56。

27 司法院釋字第 665 號解釋理由書謂：「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（Prasidium）訂定規範為案件分配之規定（德國法院組織法第二十一條之五第一項參照）。其他如英國、美國、法國、荷蘭、丹麥等國，不論為成文或不成文憲法，均無法定法官原則之規定。惟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。」

28 魏大曉，法定法官原則保障範圍與密度-以最高法院民事更審案件分案規則作說明(下)，司法周刊，第 2 版，108 年 6 月 6 日。

考之本院更二連身條款之訂定始末，原係司法院以 76 年 1 月 10 日(76)院台廳二字第 01186 號函詢本院可否試辦及有無窒礙難行，經本院檢討後認無試辦必要，嗣司法院因認本院就第 2 次以上發回更審之民刑事上訴案件，分由最後發回之原承辦法官辦理，無損於當事人之審級利益，原則可行，而再以 76 年 3 月 13 日(76)院台廳二字第 02453 號函令本院試辦。司法院上開函令係在釋字第 178 號解釋(71 年 12 月 31 日公布)之後所為，既已明白表示分由最後發回之原承辦法官辦理，無損於當事人之審級利益，本院乃決定自 76 年 3 月 16 日起試辦，並以 76 年 3 月 23 日(76)台文字第 0203 號函司法院備查，其後經召開相關會議通過訂定該要點，並幾經修訂。

以時間點而言，早在本院受理聲請人第一次上訴本院之案件前(按起訴案號：臺灣士林地方檢察署 85 年度偵字第 8775、9718 號，第二審第 1 次作成判決日期為 85 年 10 月 11 日)，更二連身條款即已訂定完成，且該規定之要件(更二審以後的案件)明確，在制度設計上符合「以事先建立之抽象客觀基準進行案件分配之憲法原則」，且足以防止人為操控產生影響審判公平性之風險²⁹。

法官分案之最高指導原則，為法定法官原則，此原則是為了避免人為恣意操作，然而並不同於(電腦)抽籤原則。本院更二連身條款案件之分案，雖指定由原承辦股(即同一主辦法官)辦理，然性質上更二連身案件係先前同一案件撤銷發回更審後之上訴必然延伸(除非更二審案件判決確定，而未上訴本院)，該案件於符合「更二審以後」要件之前，既係依一般性、抽象性之分案實施要點，以隨機而無恣意之方式辦理分案，就該案件之整體分案程序而言，更二以後的案件分由原承辦股法官辦理，毋寧係先前隨機而無恣意分案之當然結果，自無違反法定法官原則³⁰。

有認為本院更二連身條款之規定，形同指定分案給特定法官，而

29 黃國昌，案件分配、司法中立與正當法律程序—以美國聯邦地方法院之規範為中心，東吳法律學報，第 21 卷第 4 期，99 年 4 月，頁 196。

30 同此說，參見魏大曉，法定法官原則保障範圍與密度—以最高法院民事更審案件分案規則作說明(下)，司法周刊，第 3 版，108 年 6 月 9 日。

違反法定法官原則³¹，並未綜合全面考量該案件於構成連身之前，即係以隨機而無恣意之分案方式產生主辦法官，其立論並非正確評價。

(三) 題旨情形是否屬於「前審」？釋字第 178 號解釋應否補充？

法官先前參與之第三審裁判，對於更審後之第三審而言，並非下級審，縱再參與更審後之第三審裁判，亦無害於當事人之審級救濟利益。且更審後之第三審裁判，其審查對象為第二審之更審裁判，並非更審前之第三審裁判，亦無牴觸自我束縛原則或牴觸「任何人不得自斷其案」原則。則法官參與同一案件更審前之第三審裁判，自不屬於刑訴法第 17 條第 8 款所稱前審之裁判。此於德國法、日本法皆然。是就題旨情形，釋字第 178 號解釋尚無應予補充之必要。

至司法院釋字第 178 條解釋理由書所稱「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」，所稱「參與經第三審撤銷發回更審前裁判」，依陳世榮大法官提出之不同意見書所載：「關於經第三審撤銷發回更審前之裁判，該第三審審判之對象為更審前之第二審判決，而更審後再上訴時之第三審審判之對象則為更審判決，並非更審前之第二審判決，更審判決與更審前之第二審判決又無何關聯，殊難謂更審前之第二審為更審後第三審之前審，推事曾參與更審前第二審之裁判，復參與更審後第三審之審判，並不在刑事訴訟法第十七條第八款應行迴避之列。惟因情形，足認其執行職務有偏頗之虞者，當事人得依刑事訴訟法第十八條第二款規定聲請推事迴避，係屬另一問題。」應可推知是指「參與經第三審撤銷發回更審前之第二審裁判」。與上揭題旨之情形不同，附此敘明。

此 致

憲法法庭公鑒

中 華 民 國 111 年 8 月 16 日

31 錢建榮，違反法定法官原則的更二連身條款，月旦法學教室，2014 年 6 月，頁 55-56；李佳玟，法定法官原則，法官自己決定原則？-評司法院釋字第 665 號解釋，中原財經法學，2017 年 6 月，頁 138-139。