

刑事訴訟之法官迴避制度

專家諮詢意見書

國立政治大學法律系教授 何賴傑

- 一、 刑事訴訟之法官迴避制度精神
- 二、 憲法基本權及人權公約之規範基礎
- 三、 刑事訴訟法之法官迴避規定
- 四、 刑事訴訟法第 17 條第 8 款「前審」要件
- 五、 非常救濟制度與法官迴避
- 六、 結論

一、刑事訴訟之法官迴避制度精神

歐洲中世紀以來，當事人得自由選定審判法官之自選法官原則（*das Prinzip der freien Richterwahl*），於 1877 年德意志帝國制訂刑事訴訟法時，並不被採納。立法者係以法官迴避方式代之。但如同自選法官制度，法官迴避制度精神，旨在確保當事人與法官間之信賴關係¹。

如同今日德國通說所承認，法官迴避制度之精神，在維護法官之中立性及增進當事人對法官之信賴。²刑事訴訟之目的，無論是實體真實的發見或法律和平的維護，皆須建立在個案當事人對個案審判法官之信賴基礎上。而更深遠的意義在於，促進當事人對司法之整體信賴感。個案當事人如對個案法官，懷抱著積極正面的信賴感，通常對司法之整體信賴感也會遞增。

德國學說亦有主張，法官迴避制度可能會產生訴訟不經濟³。畢竟一旦確認法官迴避成立，該案即須由其他法官接替審判，將增加司法之負擔，不利於訴訟之迅速。而對於意圖延滯訴訟的被告而言，聲請法官迴避也是常見之拖延審判策略。另外，對個案法官所進行之審判程序如不符合當事人期待，當事人也會藉著聲請法官迴避方式，企圖影響審判結果。對於此些不利刑事訴訟目的之情形，立法者常須藉由具體規範予以避免⁴，甚且嘗試以權利濫用為由，限縮當事人聲請法官

¹ Arzt, Gunther, *Der befangene Strafrichter*, 1969, S.4.

² Frank, Kemmer, *Befangenheit von Schoeffen durch Aktenkenntnis?* 1987, S.57f.

³ Arzt, aaO., S.6f.

⁴ 例如德國 1964 年增訂的刑事訴訟法第 26a 條規定，就在遏止法官迴避之濫用。該條中文翻譯，

迴避⁵。無論如何，法官迴避與訴訟經濟與效率易生衝突，如何妥適調節，應是立法與司法無法迴避的職責。

我國現行刑事訴訟法之法官迴避制度，於民國 17 年刑事訴訟法實施時⁶，即已有相關規定，至今大抵並無變更⁷。依當時立法資料所示之立法理由，係為確保審判之公平。而學者對法官迴避制度，論點上亦無多大差異，多以確保公平審判⁸及司法信賴⁹為其規範目的。司法院大法官至今針對刑事訴訟法之法官迴避所為唯一之解釋，係民國 71 年釋字第 178 號解釋。於該號解釋，大法官以公平審判（「難期公平之虞」）及審級利益（「影響審級之利益」）作為刑事訴訟法第 17 條第 8 款法官迴避之規範目的，與國內學說立論並無差異。

二、憲法基本權及人權公約的規範基礎

法官迴避制度早在現代國家建立前，即已見其雛形，更在現代國家憲法實施前即已粗具規模。如以現代國家憲法對於基本權保障之角度，重新對於法官迴避制度予以檢驗，亦是現代國家立法與司法之任務。

德國實務及學說多以德國基本法第 101 條第 1 項第 2 句之法定法官原則作為法官迴避制度之憲法依據。¹⁰畢竟法定法官原則是基本法的明文規定。法定法官原則係為避免被告因司法遭受與個案不相關之內在或外在操控而受到侵害。該原則也在確保法官之中立性與客觀性。立法者制訂法官迴避制度，就是要確保法官的

請參照連孟琦譯著，德國刑事訴訟法，2016，頁 19。

⁵ 1905 年德意志帝國的刑事訴訟改革委員會，即曾討論為避免受到濫用，是否應限縮法官迴避制度之適用範圍，Arzt, aaO., S.6f.

⁶ 我國刑事訴訟法之法官迴避規定，從立法理由觀之，無法得知是否沿用德國法。但依時序及立法史來看，推測應該受到當時德國法之影響。

⁷ 從民國 17 年至今，只修訂過 3 次，民國 24 年修訂第 25 條（增訂第 1 項但書）、民國 34 年修訂第 22 條及民國 109 年修訂將「推事」用語改為「法官」，此皆非重大修法。德國刑事訴訟法修法頻仍，但對於法官迴避制度之修法次數亦寥寥可數。推測其因，應非規範因素（法官迴避規定已相當齊備完善），而是司法實踐因素（司法實踐上，當事人及法官不願意在此議題上大做文章）。

⁸ 特別以法官迴避制度作為公平審判原則的解釋範例，參見林鈺雄，刑事訴訟法（上），頁 101；陳樸生，刑事訴訟法實務，頁 18：「公平法院」。

⁹ 林永謀，刑事訴訟法釋論（上），頁 103。

¹⁰ SK StPO vor §22 Rn1; Meyer-Gossner/Schmitt StPO vor §22 Rn 1; BVerfGE 21, 139,140,142; BVerfGE 30,149; BVerfGE 46, 37.

中立性與客觀性。¹¹

學者亦有主張為避免法定法官原則受到危害，應限制法官迴避制度之擴張適用¹²。如果容許當事人動輒以「有偏頗之虞」讓不受其歡迎的法官無法繼續審判，無異得以當事人意思更換法官。因而法官迴避規定不應過度擴張適用，避免法定法官原則受到危害。惟反對者認為，法定法官原則與法官迴避制度並非處於對立關係，反而是一種補充關係¹³。兩者意旨皆在保護被告。法定法官原則在保障法官的中立性與不偏頗性¹⁴，當個案法官不具備此些要求時，法定法官原則賦與當事人權利以要求法官迴避。

德國學者亦有以公平審判原則做為法官迴避制度之規範依據。因歐洲人權公約（ECHR）第 6 條第 1 項第 1 句規定之公平審判（Fair Trial）¹⁵，於德國有實定法效力；通說亦多肯認公平審判係具有憲法位階的原則¹⁶。無庸贅言，法官迴避制度精神，就是在締造一個值得當事人信賴的公平的審判環境。此外，歐洲人權公約第 6 條第 1 項第 1 句亦有「無偏頗」（unparteilich）¹⁷之要件規定。不過，德國刑事訴訟法學者多以公平審判原則做為規範依據¹⁸；歐洲人權法院判決多以「無偏頗」要件，作為討論法官迴避議題之規範依據¹⁹。據學者分析，歐洲人權法院判決對「無偏頗」要件，是兼具主客觀觀點而為解釋²⁰：除非提出相反證據，主觀上應先推定法官無偏頗；當事人對法官偏頗需達主觀確信；對法官偏頗的疑慮需有合理事實依據；質疑法官偏頗，質疑的合理性，須客觀驗證。²¹學者認為，Impartiality（無私或無偏頗）意謂法官的審判，立場上或心態上（state of mind）不應向一方當事人偏斜；概念上較趨向於「中立性」；若以負面方式表述，應是「無偏頗或無偏見」（absence of prejudice or bias）。²²

¹¹ BVerfGE 21, 146; 30,153; 46,37.

¹² Arzt, aaO., S.7.

¹³ Arzt, aaO., S.8.

¹⁴ BVerfGE 21, 146; 30,153; 46,37.

¹⁵ 第 6 條第 1 項第 1 句：「...受獨立與不偏頗之法定管轄法庭以公平、公開與適當期間進行審判。...」（筆者自譯）。公民與政治權利國際公約（ICCPR）14 條第 1 項亦有類如歐洲人權公約規定：「...受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。...」（立法院官方版），除使用 fair 概念外，同時也使用 impartial 用語。

¹⁶ LR/Hans-Heiner Kuehne Einl. Rn 104.

¹⁷ 參照林鈺雄翻譯用語。於此脈絡下，德國學說亦常將「unvoreingenommen」（無偏見）與「unparteilich」（無偏頗）並列。

¹⁸ LR/Siolek vor §22 Rn1.

¹⁹ Esser, Robert, Auf dem Weg zu einem europaeischen Strafverfahrensrecht, 2002, S.551ff.

²⁰ Trechsel, Stefan, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p.61ff.

²¹ Schilling, Theodor, Internationaler Menschenrechtsschutz, 2004, Rn 377; Esser, aaO., S.552ff.

²² Trechsel, aaO., p.61.

我國憲法雖未明文公平審判原則，但大法官解釋曾多次提及公平審判原則（例如釋字第 442 號、512 號、574 號、第 789 號），據此得認公平審判則具有憲法位階。司法院釋字第 178 號解釋，雖未明示承認公平審判原則，但以「難期公平之虞」作為刑事訴訟法第 17 條第 8 款法官迴避規定之規範意旨，當亦隱含此意。而司法院釋字第 256 號解釋，雖係針對民事訴訟之法官迴避而為解釋，但卻非常明確以憲法第 16 條訴訟權保障做為法官迴避制度之憲法依據。另外，司法院解釋亦提及「憲法第 16 條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利」（釋字第 654 號）、「憲法第 16 條規定保障人民之訴訟權，得請求法院依正當法律程序公平審判」（釋字第 665 號），據此可知，訴訟權保障與公平審判原則有其內在關連性，應一併觀察。釋字第 654 號解釋之「依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，保括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障」，將正當法律程序原則與公平審判原則等量齊觀。據此，國家應提供刑事被告無偏頗之法院，俾受公平審判之保障，不但是正當法律程序原則之誠命，也是憲法第 16 條訴訟權之保障內涵。

德國基本法第 101 條第 1 項第 2 句規定之法定法官原則，我國憲法並無明文，但司法院解釋曾在解釋理由書內提及（釋字 665）。如將法定法官原則解為公平審判原則、正當法律程序原則及憲法訴訟權保障之內涵，亦無扞格之處。

三、刑事訴訟法之法官迴避規定

我國刑事訴訟法之迴避規定，結構上分為三種類型：自行迴避、聲請迴避、職權裁定迴避。²³此係以程序進行方式而為分類。若以迴避之基礎事實而言，則只有兩種類型：第 17 條自行迴避事由與第 18 條第 2 款「有偏頗之虞」聲請事由。前者，係以類型化事實作為抽象認定是否迴避的事由；後者，以概念化事實作為具體認定是否迴避的標準。

德國刑事訴訟法之迴避事由，係由兩種類型構成：排除（Ausschliessung）類型

²³ 林永謀，前揭書，頁 104 以下。林鈺雄稱此為「職權迴避」（前揭書，頁 110）。如探究職權裁定迴避或職權迴避之法律本質，究竟此為（司法）行政監督作用抑或審判權作用？依我國刑事訴訟法第 24 條規定，除管轄法院外，亦容許「院長」介入。但德國刑事訴訟法第 30 條規定，只有管轄法院始能為裁定，並無院長介入空間。據此，德國規定係以審判權作用為職權介入基礎，但我國兼含司法行政監督作用。惟依我國規定，法院院長究應依何程序為「裁定」？不能無疑。本文認為，由於法官迴避制度亦涉及法定法官原則，容許法院院長以司法行政監督權限介入，並不妥當。

與拒卻（Ablehnung）類型²⁴。前者規定於德國刑事訴訟法第 22 條及第 23 條，主要是 7 種事由；後者規定於第 24 條第 1 項，除第 22 條、第 23 條 7 種類型外，外加「偏頗疑慮」（Besorgnis der Befangenheit）事由。法官具有排除事由者，依法應迴避，不待當事人聲請或主張，此為絕對迴避事由。法官具有拒卻事由者，除有排除事由外，應經當事人聲請且法院裁定，法官始有迴避義務，此為相對迴避事由。

德國通說認為，排除類型是列舉事由，不許類推適用，亦不容許以拒卻事由（即「偏頗疑慮」）作為排除類型之「填補漏洞」要件，且排除事由具例外規定性質，應嚴格解釋。²⁵

對此通說，亦有學者持反對意見。渠等認為這兩種類型是「層升」（gesteigert）概念，亦即排除類型是拒卻類型的加重型態，前者之不法程度（即偏頗疑慮）比後者嚴重，其「偏頗疑慮」是無可反駁且不須驗證的事實，因而立法者將其列為獨立類型予以規範。²⁶依此見解，具體個案情形已不符合第 22 條、第 23 條類型者，還得以「有偏頗之虞」作為接續的審查基準²⁷，因為兩種類型只在「偏頗」程度上有輕重區別而已。不過，通說持德國刑事訴訟法第 23 條規定（類似我國刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定）做為反對少數說理由，因為法官參與下級審程序，不能因此即謂法官「當然」有偏頗疑慮。²⁸此亦為歐洲人權法院判決一向主張，法官雖曾參與本案之前程序，但單就這一情況，仍不足以斷定法官必有「偏頗」或審判不公情形。²⁹

據我國刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定「法官有前條以外情形」用語可知，立法者係認為第 18 條第 2 款「有偏頗之虞」與第 17 條自行迴避情形，係處於「互斥」關係。因而個案情況如不適用第 17 條者，亦不能再以第 18 條第 2 款「有偏頗之虞」要件予以檢驗。由於德國刑事訴訟法無此用語³⁰，因而在解釋我國第 17 條規定與第 18 條之適用關係時，不能不考慮兩國法律規定並非完全相同。但完全依文義解釋，毫不考慮其他法律解釋方式，是否妥適，亦非無疑。

²⁴ 排除相近於我國自行迴避；拒卻相近於我國聲請迴避。該翻譯用語，參照連孟琦，前揭書，頁 17。

²⁵ Meyer-Gossner/Schmitt aaO., §22 Rn 3.

²⁶ Arzt, aaO., S.17 FN 23.

²⁷ 參見 Arzt, aaO., S.17.

²⁸ Arzt, aaO., S.18.

²⁹ Esser, aaO., S.577.

³⁰ 德國刑事訴訟法第 24 條第 1 項並無此用語；中文翻譯版本，參見連孟琦，前揭書，頁 18；日本刑事訴訟法第 21 條第 1 項亦無此明文。

五、刑事訴訟法第 17 條第 8 款「前審」要件

依德國刑事訴訟法第 23 條第 1 項規定，法官參與下級審裁判，該案經上訴或抗告（Rechtsmittel）者，該法官不得在上級審（hoeherer Rechtszug）再參與。³¹亦即本規定適用範圍限於上訴救濟，且限於下級審法官到上級審法院參與程序之情形。

通說認為，本規定具例外規定性質，因而應嚴格解釋且不得類推適用。³²因而本規定對於上級審法官到下級審法院參與程序、同審級法官因案件撤銷發回又再參與程序，皆無適用餘地。例如，德國聯邦憲法法院認為，回到下級審（事實審）擔任法官之人，對於其在上訴審擔任法官之案件，不適用本項迴避規定。³³通說也認為，在撤銷發回之案件，原法官繼續參與新的審理程序，並不適用法官排除規定。³⁴

德國實務也認為，不符合本項規定之案例，也不必再檢驗德國刑事訴訟法第 24 條拒卻規定是否適用，否則排除類型之限制作用將失去功效。³⁵不過，德國實務對此也承認有例外情況³⁶。

另外，德國刑事訴訟法對於第三審（Revision）撤銷發回第二審程序，亦有特別規定³⁷，即第 354 條第 2 項第 1 句規定，第三審撤銷發回第二審案件，必須發回到原二審法院之其他法庭（eine andere Abteilung oder Kammer）或該邦同一等級的其他法院。依此規定，撤銷發回之案件，不會發回到原審法院的原審判庭。通說卻認為，本規定僅要求發回「其他」法庭，並未要求一定要由「不同」法官組成的法庭。³⁸亦即案件經第三審撤銷發回後，原審法官如再參與該案審理，並不違反本規定，亦無違反法官迴避規定。³⁹所謂「其他」法庭，也不要求須跟原法庭在法官組成上（即法院組織上）有很大（ueberwiegend）的改變⁴⁰。但法院在事務分配上，要求原法官在其案件經上訴撤銷發回後，仍應繼續審理該案件，

³¹ 本條第 1 項規定制訂於 1924 年，目的在補充第 22 條第 4 款規定之不足，因第 22 條第 4 款只規定法官曾擔任檢察官、警察、被害人代理人或辯護人之情形。

³² Meyer-Gossner/Schmitt aaO., §22 Rn 3; §23 Rn1; BVerfGE 30,149,155; 46,34,38; BGH 9, 233,234.

³³ BVerfGE 30,149,155.

³⁴ Meyer-Gossner/Schmitt aaO., §354 Rn 39.

³⁵ Insbe. RGSt 65,40,42; Arzt, aaO., S.65f.

³⁶ RGSt 19,332,341; 45,260,263; Arzt, aaO., S.66.

³⁷ 本規定經由聯邦憲法法院肯認並無違憲，參見 BVerfG DRiZ 68,141.

³⁸ Meyer-Gossner/Schmitt aaO., §354 Anm. 39.

³⁹ Meyer-Gossner/Schmitt aaO., §354 Rn 39; BGH 20,25;21, 144; 24, 337.

⁴⁰ Hamm GA 71,185.

該事務分配計畫並不合法。⁴¹另外，不適用法官排除規定之個案，是否符合拒卻事由（即「偏頗疑慮」），仍得依個案認定。⁴²

我國刑事訴訟法之法官迴避制度，基本規範及結構與德國法大致相同。第 17 條第 8 款規定，以法官曾參與前審之裁判，作為法官迴避之事由，係為確保法官公平性及公平審判必要之舉措，法規範本身應無違憲疑慮。但「前審」要件之解釋，依我國通說及實務見解，基本上雖與德國無甚大差異，但我國刑事訴訟法使用「前審」用語，不如德國刑事訴訟法法條文義之明確，因而引發學說爭論。如以德國刑事訴訟法規定做為我國法制參考範本，我國現行通說及實務對於「前審」要件之解釋，即不能謂為有違誤之處。但如此通說及實務見解，如同德國少數說之批評，似乎過於狹隘或限縮，且亦不容許以「有偏頗之虞」要件接續檢驗，難免令人產生是否符合公平審判之質疑。最終解決方案，也許不是透過法律解釋，而是透過修法，將撤銷發回更審情況納入條文。

司法院釋字第 178 號解釋理由書曾謂，「曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，在第三審復就同一案件參與裁判，為貫徹法官迴避制度之目的。如無事實上困難，該案件仍應改分其他法官辦理。」大法官似乎有意擴張「前審」要件解釋，將曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之下級審法官也納入「前審」解釋範圍內，讓此些下級審法官調升第三審後，也應迴避該案之第三審裁判，藉此擴張法官迴避之適用範圍。但如此作法，也僅止於擴張法官迴避於第三審之適用，且因經第三審撤銷發回更審的裁判，其數量不少，如曾參與下級審裁判的法官皆應迴避，現實上可能會產生問題。此涉及各別法院法官配置問題。大法官因考慮到類此之現實狀況（「事實上困難」），亦不敢斷然判定不迴避有違憲之虞。大法官所言「仍應改分其他法官辦理」，實際上是企圖透過第三審法院司法事務分配方式處理⁴³。對此，最高法院判決也有呼應者⁴⁴，惟還是應修法訂定相關指引，有法律明文為依據，才是解套良方。

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，系屬法院自行訂定之補充規範，於不抵觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則時，即屬合法有效的規定（參照釋字第 665 號）。依該要點第 2 點規定，第二次發回更審之案件

⁴¹ BGH NStZ 13, 542.

⁴² BGH 24, 336 = JZ 73,33. 但有反對的實務見解。

⁴³ 林俊益，刑事訴訟法概論（上），頁 51。

⁴⁴ 例如 84 台非 161 判決。

上訴到最高法院，仍由原法官（原承辦股）審理。如此作法，雖然可以理解（畢竟原法官對該案件內容熟悉度較高，有助審理效率），但上一次審理的法官，必須參與這一次審理，從而兩個合議庭法官成員可能完全一致，或有所重疊（重疊人數，可能不低）。如此作法，依通說及實務見解對「前審」之解釋，雖不適用「前審」規定，但仍有違反法定法官原則之嫌，畢竟依法定法官原則，法院案件之分配，必須以事先訂定之一般抽象規定，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符（釋字第 665 號解釋）。以如此方式為案件分配，最高法院要點明顯已非一般抽象規範，而是強制將具體個案分配於特定法官，如此分配方式，是否公平合理，亦有待斟酌。況且如此分配方式，造成同一法官，於同一審級，必須就同一案件，撤銷發回後又要重複審理，將引發當事人主觀上對審判不公平之疑慮，再加上最高法院目前對刑事案件又多为書面審理，更易產生諸多疑慮。據此，該要點規定應予修正。

曾參與第二審審判之法官，於案件經第三審撤銷發回第二審時，又參與該更審裁判（最高法院 29 年上字第 3276 號判例所示情形），如同上述就第三審法官情況，將造成同一法官，於同一審級，必須就同一案件，撤銷發回後又要重複審理，恐將引發當事人主觀上對審判不公平之疑慮。但第二審為事實審，須貫徹公開、直接、言詞審理（此與第三審情況有所不同），當事人仍有機會於審判過程中，隨時檢驗法官之客觀中立性與公平與否，從而是否應以曾參與「前審」而令其迴避，將「前審」為如此的擴張解釋，頗令人懷疑。也許最好以修法方式解決，至少應要求法院以司法事務分配方式解決。

司法院釋字第 178 號解釋（民國 71 年），大法官除公平審判外，亦提及審級利益⁴⁵，作為刑事訴訟法第 17 條第 8 款法官迴避之規範意旨。另一涉及法官迴避之司法院解釋者，係釋字第 256 號解釋（民國 79 年），係針對民事訴訟法之法官迴避而為解釋。釋字第 256 號解釋，也是以公平審判與審級利益為立論基礎。據此，無論是民事訴訟或刑事訴訟，涉及法官迴避者。大法官立論似乎並無不同。惟此處是否觸及審級利益的保障，並非無疑。所謂「保障審級利益」，主要應係指法官未「實質審理」，導致該審級的審理，沒有發揮應有的功效，因而等於少

⁴⁵ 關於審級制度之司法院解釋（例如釋字第 574），不承認審級制度屬於憲法第 16 條訴訟權保障之核心內容。參見李建良，從基本權觀點論公務員懲戒之審級制度，刊於「人權思維的承與變」，2010，頁 330。

了一個當事人依法可以主張權利的審級。是否「保障審級利益」，多以外在形式觀察。如以刑事訴訟法第 447 條第 2 項明文「有維持被告審級利益之必要」而言，其係指因判決違背法令，導致該審級的審理只是「形式審理」而已。而法官曾參與「前審」程序，後再參與上級審程序，未必即表示該法官於上級審無「實質審理」，導致該上級審「有審等於沒審」。但實際上，未必如此。因而法官參與「前審」程序之迴避事由，如同德國學者所言，不是因法官「必然」偏頗或有偏頗疑慮，而是無法讓當事人及國民對法官產生客觀中立形象（*Anschein; appearance*）⁴⁶，此對公平審判有所危害⁴⁷。

六、非常救濟制度與法官迴避

刑事訴訟法之非常救濟制度，係指再審與非常上訴而言。前者針對「認事」（事實認定違誤）而為救濟，後者針對「用法」（法令適用違誤）而為救濟。兩者共同特徵在於，皆係針對確定裁判，因而稱為非常救濟，而與通常上訴救濟有所區別。⁴⁸各國刑事訴訟法制有所不同，基本上，再審制度大致是各國皆採，但採用非常上訴制度之國家，則屬少數⁴⁹。德國、美國皆不採此制，日本及我國則採之（日本之非常上告、我國之非常上訴）。

德國再審之法官排除制度，1964 年增訂於刑事訴訟法第 23 條第 2 項⁵⁰，修法目的在擴張法官排除制度之適用。依該項規定，曾經參與原確定裁判的法官，將被排除參與再審程序（參見第 2 項第 1 句）。不僅參與原確定裁判的法官應被排除，如果下級審法院裁判是作為原確定裁判的裁判基礎時，參與原確定裁判的下級審法官也應被排除（參見第 2 項第 2 句）。⁵¹本項規定不僅直接適用到開始再審裁定後之程序，即使在準備再審階段（即我國的聲請再審階段）亦準用（參見第 2

⁴⁶ Arzt, aaO., S.18.

⁴⁷ 國內學說對於「前審」之解釋，有「拘束說」與「審級說」之爭。通說及實務係採後者。參見林鈺雄，前揭書，頁 104。由於本文認「審級利益」與法官迴避並無關連，但「拘束說」亦非重點，重點應該是置於維護公平審判。相同意見，林鈺雄，前揭書，頁 105。

⁴⁸ 參見林永謀，前揭書，頁 213。

⁴⁹ 非常上訴制度，應係由來於法國，日本也採用，我國則採自日本法制，參見林永謀（下），前揭書，頁 275；黃東熊，再審與非常上訴，刑事訴訟法研究，自版，民國 70 年，頁 258。

⁵⁰ Gesetz zur Aenderung der StPO und des GVG(StPAeG), 19.12.1964, BGBl, Teil I, Seite 1067ff. 但早在 1930 年法律草案即已出現此版本。

⁵¹ 詳細翻譯版本，請見連孟琦，前揭書，頁 18。

項第 3 句)。⁵²

我國刑事訴訟法再審及非常上訴，皆無法官迴避相關規定⁵³。刑事訴訟法第 426 條第 1 項規定，再審由判決之原審法院管轄。雖然通說皆認「原審法院」係指原審級法院，而非原法院。⁵⁴亦即只要是同一審級（組織法上之法院）之法院即可，不必是原確定判決之法院。如此解釋，與德國法院組織法第 140a 條第 1 項第 1 句規定適用似有相同結果。⁵⁵不過，我國實務似乎不是皆如此運作⁵⁶。但如從法官迴避角度觀察，縱使由同一法院管轄該再審案件，如能由其他不同法院組織之法庭（即由不同法官組成的法庭）管轄，也能避免法官無迴避之質疑⁵⁷。

另外，我國再審制度既無法官迴避之特別規定，依體系解釋，刑事訴訟法第 17 條以下之迴避規定，無法適用到再審程序。因為再審係非常救濟制度，不能直接適用刑事訴訟法第一編之總則規定。但再審得否類推適用總則編之迴避規定？此處存有法律漏洞，且並非立法者有意製造，因而在法學方法上及法律政策上，應該有類推適用必要。雖然如此，能否將「前審」解為「原確定判決」，而認參與原確定判決之所有法官皆應迴避？仍非無疑。最高法院刑事案件分案實施要點第 24 點，雖對曾參與原確定判決之最高法院法官，於第三審受理再審案件時，認應迴避。不過也僅針對最高法院法官，效果不大。因而最佳方案仍應由立法者全盤考量後，修訂現行規定始能避免爭論⁵⁸。

關於非常上訴之法官迴避，我國刑事訴訟法並無任何規定⁵⁹。實務認此無上下審級關係，因而不適用「前審」規定。⁶⁰上述關於再審之法官迴避之論述，是否依

⁵² 德國法院組織法第 140a 條第 1 項第 1 句規定，再審程序應由其他同等級的法院管轄。依此規定，再審程序交由其他法院管轄，實際上，應該可以避免一些可能引發法官排除的情況。不過，仍然無法完全避免，因而刑事訴訟法本項規定仍有適用空間。

⁵³ 但最高法院刑事案件分案實施要點第 24 點規定，曾參與原確定判決之法官，於再審及非常上訴程序應行迴避。對刑事訴訟法規定有補充規範效力。

⁵⁴ 林永謀，前揭書，頁 213；52 年台抗字第 152 號判例。

⁵⁵ 德國法院組織法第 140a 條第 1 項第 1 句規定，再審程序應由其他同等級的法院管轄。

⁵⁶ 實務對再審是否適用法官迴避，有持否定見解（28 聲 10 判例、93 台抗 269 裁定、96 台抗 28 裁定），有持肯定見解（81 台抗 396 裁定）。尤其後者，係緣引釋字第 256 解釋，認該號解釋原因案件雖係針對民事訴訟法，但依同一理由，於刑事訴訟程序，自亦有其適用。

⁵⁷ 司法前輩林永謀對再審程序亦曾言「確定判決原法院所組成之法官雖不必迴避，但實際運作仍由其他法官組成之法院予以裁判為宜」，應是有感而發，參見林永謀（下），頁 253。

⁵⁸ 相同觀點，林俊益，前揭書，頁 53。

⁵⁹ 由於德國不採非常上訴制度，因而德國修法只針對再審，不會針對非常上訴。德國學說實務就非常上訴制度亦無多大興趣。但曾有學者提議將違背法令事由納入再審事由內。

⁶⁰ 最高法院 91 年度台抗字第 61 號裁定。

然得適用於非常上訴程序，仍須考量再審與非常上訴程序之異同。由於非常上訴專屬最高法院管轄，而目前只有一個最高法院（不似再審管轄法院是確定判決之原審級法院，因而可能有複數），而依現行法，檢察總長提起非常上訴，亦無次數限制，因而法官迴避制度是否適用？如何適用？應該要有全方位的考量，否則難保因法官迴避制度之適用，而讓非常上訴案件因「開天窗」而喪失功能。另外，曾參與確定判決之下級審法官，如果調任第三審法官，針對原確定判決所提之非常上訴案件，是否亦應迴避？由於現行法亦未規定，因而有進一步討論必要。

如從非常上訴制度精神觀察，非常上訴制度係以統一法令解釋為主要目的，個案救濟（保護被告利益）是次要功能。此從刑事訴訟法第 447 條第 1 項規定，即得知之。通說亦肯認之⁶¹。就法官迴避以增進被告及國民對司法之信賴而言，由於非常上訴係由檢察總長聲請且屬書面審理程序，被告既無聲請權，亦無程序參與權，更無類似再審得委任代理人之權利（第 429 條之 1 規定），因而被告縱然因非常上訴而獲得有利之判決結果，亦僅屬「間接利益」或「反射利益」而已，被告對此並無任何權利得以主張。即使從公平審判或訴訟權保障觀點而言，非常上訴制度，作為統一法令解釋之非常救濟手段，是否屬於公平審判及訴訟權保障之效力範圍，亦非無疑。據此，基於非常上訴制度之特殊性質，肯認法官迴避在非常上訴制度內亦應適用之觀點，應不具正當合理性。

如果不承認法官迴避在非常上訴制度內有其適用性，曾參與確定判決之下級審法官，再參與非常上訴程序，當然亦無適用法官迴避規定之必要。

七、結論

1. 司法院釋字第 178 號針對刑事訴訟法第 17 條第 8 款「前審」規定之解釋，及最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例要旨，與憲法保障公平審判與訴訟權之意旨並無不合。但各個別法院仍應視其法官配置等現實條件，依司法事務分配，避免由同一法官審理。
2. 最高法院第二次發回更審以後民刑上訴案件分案要點第 2 點，限定應由曾參與撤銷發回前之程序之法官審理該案件，不符合憲法法定法官原則及公平審判與訴訟權保障意旨，應予廢止。現行最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點及各級法院如訂定有類似的要點，皆應修正。

⁶¹林永謀（下），前揭書，頁 275。

3. 法院不應以司法事務分配，限定更審案件應由曾參與更審前之程序之法官審理。但依司法事務分配，更審案件如仍由曾參與更審前之程序之法官審理，並非違法，與憲法公平審判與訴訟權保障意旨，亦無不合。
4. 於再審程序，現行刑事訴訟法未規定法官迴避制度，應透過立法予以補充修正為宜。
5. 於非常上訴程序，無適用法官迴避制度之必要。縱使曾參與確定判決之下級審法官，再參與最高法院非常上訴程序，亦無須適用法官迴避制度。
6. 法院制訂的規則或依司法事務分配，強制要求曾參與前程序之法官，於案件因發回或上訴而回到同一審級時，該法官必須繼續審理該案件。如此限制不符合憲法定法官原則、公平審判原則與訴訟權保障意旨，最高法院第二次發回更審以後民刑事上訴案件實施要點第 2 點應予廢止。更審後之原審程序及上訴審程序，現行刑事訴訟法並無明文制訂法官迴避規定，再審程序亦無相關規定，為保障被告公平審判及訴訟權保障，皆應一併修法訂定相關法官迴避規定。司法院釋字第 178 號解釋應予補充。

本人何賴傑受憲法法庭指定，就會台字第 13254 號劉政哲等聲請案
案等，提出專業意見，並出席憲法法庭於 111 年 10 月 24 日就本案所行之
說明會。謹依憲法訴訟法第 19 條第 3 項規定，就相關專業意見或資料之準
備或提出，揭露相關資訊如下：

		是/否	如是，其情形
一	相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。	否	
二	相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。	否	
三	其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。	否	

此 致

憲法法庭

陳報人：何賴傑 (簽章)
2022.10.14 (日期)