

審理會台字第 13254 號劉政哲案意見書

應揭露事項

- 一、本人就本案提出之意見或資料之準備或提出，未與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。
- 二、相關專業意見或資料之準備或提出，未受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。
- 三、未具有其他提供金錢報酬或資助者之身分。

李榮耕

國立臺北大學法學院教授

摘要

(一) 為維護審判的公平性，確保法官公正客觀地行使其職權，於刑事通常程序任法官職務，後於該案非常上訴程序，復參與裁判，應自行迴避。

(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，並不是審查自己作成的判決有無違誤，而是就同一案件，依三審法院撤銷發回的意旨，更為審判，故可認與憲法對正當法律程序的要求及訴訟權的保障無違。也因此，最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例應屬合憲。

(三) 曾於特定案件參與最高法院刑事第三審裁判之法官，於該案件發回更審後，又上訴至最高法院時，復參與第三審裁判，並不是審判自己的判決是否存有錯誤，從而應仍得維持審判的公平及法官心證的公正，法官無須迴避。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（80 年版）的規定，可認仍合於憲法對於正當法律程序的要求及保障人民訴訟權的意旨。

(四) 自憲法對正當法律程序的要求及訴訟權的意旨來說，應認刑事訴訟法第 17 條第 8 款的「前審」不包括前述（二）及（三）的情形，但應涵蓋前述（一）。釋字第一七八號解釋以審級利益解釋刑事訴訟法第 17 條第 8 款的「前審」，或屬誤解，應有所修正及補充。

就垂詢的各個問題，敬覆如下。

(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？

迴避制度的規範目的在於維護審判的公平性，確保法官公正客觀地行使其職權。由於非常上訴程序是為了審查確定判決是否違背法令（刑訴法第 441 條參照），且判決的結果影響到被告的權益（同法第 447 條第 1 項第 1 款參照），所以應認在為被告利益聲請非常上訴時，曾經參與原確定判決的法官，於非常上訴程序中，應自行迴避，否則便有違憲法對於正當法律程序的要求。

不過，需要進一步說明的是，依現行刑訴法，只有檢察總長有向最高法院聲請非常上訴的權利（第 441 條）。也就是說，受判決人（被告）並沒有提起非常上訴的權利，至多只能請求檢察總長向最高法院提起非常上訴。由於這一個請求並不是受判決人的權利，所以檢察總長未依請求提起者，受判決人也沒有救濟的機會。再者，目前實務及傳統學說多認為，非常上訴的規範目的在於統一法令的適用，只有在原確定判決不利益於被告時，才例外地兼有救濟被告的效力（同法第 447 條第 1 項第 1 款參照）。亦即，非常上訴並不是以保護被告權益為主要目的。也因此，即使最高法院可能因而就不利於被告的部份另行判決，被告也就難以主張在程序中享有，或是能主張什麼樣的權利（包括法官應迴避）。

不過，基於以下幾個理由，應認在非常上訴程序中，曾參與原審判決的法官，應自行迴避。第一，從完整保護人民權利的角度來說，應肯認被告有提起非常上訴的權利¹。從平等原則中，也可以推導出相同的結論。亦即，依刑訴法，被告有權聲請再審，但卻沒有提起非常上訴的權利，但同樣都是針對確定判決的非常救濟程序，被告因錯誤判決所受到的權利侵害並無不同，但僅僅因為事實或法律上錯誤的不同，便有是否得否聲請或提起的差別，並不合理。刑訴法這部份的規範，亟待修正。第二，就來說，即使是依照現行刑訴法及傳統實務的看法，認為非常上訴制度的主要是為了統一適用法令，但其仍兼有救濟被告權益的目的，也因此，在判決效力及於被告時，其審理程序還是必須要合於正當法律程序的要求，以確保被告受有公平的審判，法官在程序中得以保持其公正性。第三，現行實務運作上，檢察總長提起非常上訴時，還是以受判決人作為被告，被告仍是非常上訴程序的當事人，所以應認非常上訴的法官，若曾參與原確定裁判，應自行迴避，以維護被告受憲法保障的訴訟權。

(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？

在提問中的情形，案件的二審判決已經三審法院撤銷，發回後，二審法官並不是審查自己作成的判決有無違誤，而是就同一案件，依三審法院撤銷發回的意旨，更為審判，故可認對審判的公平及法官審判的公正，尚無影響，與憲法對正當法律程序的要求及訴訟權的保障無違。是故，最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例應屬合憲。惟其中理由與審級利益無涉，釋字第一七八號解釋理由在這部份，或有修正補充的必要。

(三) 曾於特定案件參與最高法院刑事第三審裁判之法官，於該案件發回更審後，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 點規定是否違憲？理由為何？

1 詳細的分析及檢討，可以參照王兆鵬及蔡羽玄，重新思考非常上訴制度，上訴及救濟程序，自版，初版，2013 年 10 月，頁 321-60。

在這一種情形下，三審法官並不是審判自己的判決是否存有錯誤，而是在案件再上訴三審法院後，復參與三審裁判，從而可認法官仍得維持審判的公平及法官心證的公正，無須迴避。也因此，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（80 年版）的規定，可認仍合於憲法對於正當法律程序的要求及保障人民訴訟權的意旨。

（四）刑事訴訟法第 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三種情形之全部或其一？司法院釋字第 178 號解釋是否應予補充？

自憲法對正當法律程序的要求及訴訟權的意旨來說，應認刑事訴訟法第 17 條第 8 款的「前審」不包括前述（二）及（三）的情形，但應涵蓋前述（一）。這是因為，迴避制度的核心應在於維持審判的公平及法官心證的公平，而非審級利益。釋字第一七八號解釋就此應有所修正及補充。

一、法官迴避制度及憲法權利

正當法律程序是我國憲法上的要求²。正當法律程序的核心之一，是公平的審判³。由於法官的迴避與否會根本地影響審判的公平性，所以法官迴避的事由及程序，影響到審判的公平與否時，會是憲法層次的問題，不只是立法或實務運作上的決定而已。美國聯邦最高法院便曾明確地表示，法官的迴避屬於聯邦憲法第十四增修條文對於正當法律程序的要求⁴。大法官在釋字第二五六號解釋理由書中也指出，「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。」是故，法官的迴避與否屬於人民受憲法保障的權利。

二、迴避制度及刑事訴訟法第 17 條第 8 款

不獨於刑事程序裡，民事訴訟法（第 32 條）及行政訴訟法（第 19 條）中都設有法官迴避的制度，在憲法訴訟法中，也有相關的規定（第 9 條）。為何在訴訟法中需要有迴避的設計？其中的原因在於確保法官可以沒有偏頗地執行職務，公正地進行案件的審理⁵，使法院的審判合於憲法對於正當法律程序及保護人民訴訟權的意旨。然而，刑事訴訟法（以下簡稱「刑訴法」）第 17 條第 8 款「法官曾參與『前審』之裁判者。」應自行迴避，在個案中應如何解釋及適用，實務及學說上向來有其爭議。簡要地來說，有採拘束說及審級利益說兩者。採拘束說者主張，法官一旦做成判決後，就受到自己做成判決的拘束，不得就該案件做成不同的判斷⁶。採審級說者則認為，該條款的目的是在保護當事人的審級利益⁷。針對這一個爭點，實務上向來採審級說，所以，如果同一法官僅參與下級審言詞辯論，而未參與裁定或判決，或是於同一審級，參與同一案件的審判⁸，都刑訴法第 17 條第 8 款的適用。這是因為，釋字第一七八號解釋明確地表示：「刑事訴訟法第十七條第八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。」這是因為「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。」也因為大法官認為本條款的目的是在保護當事人的審級利益，所以「……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。」

釋字第一七八號解釋雖然明確地說明了刑訴法第 17 條第 8 款「前審」的意涵，但自作成

2 釋字第三八四號、三九二號及五二三號解釋參照。

3 See *In re Muchison*, 349 U.S. 133, 136 (1955).

4 See *Caperton v. A.T. Massey Coal Co., Inc.*, 556 U.S. 868 (2009).

5 陳樸生，刑事訴訟實務，自版，再訂 2 版，1999 年 6 月，頁 19；王兆鵬等，刑事訴訟法（上），新學林，6 版，2022 年 3 月，頁 67；林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，10 版，2020 年 9 月，頁 101。

6 黃東熊，刑事訴訟法論，三民，增訂初版，1999 年，頁 59；黃朝義，刑事訴訟法，一品，初版，2006 年，頁 61。

7 最高法院 75 年度第 14 次刑事庭會議決議：「刑事訴訟法第十七條第八款規定：推事曾參與前審之裁判者，應自行迴避，係指推事曾參與前審之裁判或判決者而言，如僅參與下級審言詞辯論而未參與裁定或判決，依法即毋庸迴避。」

8 最高法院 29 年度上字第 3276 號判例：「刑事訴訟法第十七條第八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。」

解釋至今，這一個條款的爭議似有稍減，但並未平息。也因此，這一個條款如何適用到其他刑事程序，也有著不同看法。例如，法官在通常程序參與審判者，於再審程序中是否有前述自行迴避規定，就有著正反不同的意見⁹。最高法院過去多遵循釋字第一七八號解釋的意旨，判定於再審程序中，曾經參與原確定判決的法官無須迴避¹⁰。不過，從 2013 年起，最高法院的立場似乎有所鬆動，開始有裁定援引釋字第二五六號解釋，認為維持裁判的公平性及法官的客觀超然，在刑事再審程序中，曾參與原確定判決的法官，應自行迴避¹¹。在 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定中，最高法院經徵詢程序，各刑事庭沒有不同意見，都認為應採法官必須迴避的看法。從而，此一爭議在實務上似乎可說暫告一個段落。但在非常上訴程序，最高法院似乎仍維持過往的看法，認為無須以同樣的方式適用刑訴法第 17 條第 8 款，也因而形成了同一個條款，在同為非常救濟的訴訟程序中，有著不同解釋及適用的情形。至於通常救濟程序，最高法院向來也都依循釋字的意旨來適用刑訴法的規避條文。

三、美國聯邦法規及判決

美國聯邦對於法官的迴避有著密度相當高的規範。不過，在不同的法規中，有著不盡相同的條文。

(一) 聯邦法典及聯邦法官行為準則

首先，美國聯邦法典就其有一般性的規定，要求法官在合理可疑其無法維持其公正性 (his impartiality might be reasonably be questioned) 時，應自行迴避¹²。針對這一個條文，美國司法實務上採的是一般正常合理人的判斷基準。亦即，一個一般正常理性的人，是否會合理地懷疑法官的公正性¹³。如果答案是肯定的，法官就應該要自行迴避，不審理該案件；若非，則無須迴避。除了一般性的條文外，美國聯邦法典也列舉了法官必須要自行迴避的具體事由¹⁴，其中包括了法官就系爭案件曾任有律師或顧問的司法職務，為重要證人，或曾就案件爭點表示意見¹⁵。

美國聯邦法官行為準則(The Code of Conduct for United States Judges)也有法官的迴避相關規定，但條文文字及規範模式略有不同。行為準則中明文，在包括，但不限於下列情形，合理懷疑法官無法在程序中保持其公正性時，該法官應自行迴避……法官就案件曾任有法官、律師或顧問的司法職務，或為重要證人，或曾就案件爭點表示意見¹⁶。

(二) 救濟程序

美國聯邦法典有著類似於釋字第一七八號解釋的規定。亦即，曾經參與下級法院審判的

9 援用釋字第一七八號解釋，主張無須迴避者，如林俊益，刑事再審程序之迴避，月旦法學雜誌，70 期，2001 年 3 月，頁 19。有認為，基於維護審判的公平性，法官曾參與原審判決者，於再審程序中，應有刑訴法第 17 條第 8 款的適用，如李榮耕，再審與法官迴避一簡評最高法院一〇二年度台抗字第一四三號刑事裁定，月旦裁判時報，27 期，2014 年 6 月，頁 54-60。

10 如最高法院 96 年度台抗字第 28 號刑事裁定、最高法院 97 年度台抗字第 736 號刑事裁定、最高法院 102 年度台抗字第 649 號刑事裁定、最高法院 105 年度台抗字第 108 號刑事裁定，以及最高法院 106 年度台抗字第 960 號刑事裁定等。

11 如最高法院 102 年度台抗字第 143 號刑事裁定、最高法院 109 年度台抗字第 157 號刑事裁定、最高法院 110 年度台抗字第 256 號刑事裁定、最高法院 110 年度台抗字第 797 號刑事裁定，以及最高法院 110 年度台抗字第 1509 號刑事裁定等。

12 28 U.S.C. §455(a).

13 Rice v. McKenzie, 581 F.F.2d 1114, 1117 (4th Cir. 1978).

14 28 U.S.C. §455(b).

15 28 U.S.C. §455(b)(3).

16 The Code of Conduct for United States Judges 3(C)(1)(e).

法官，不得於上級（上訴審）審任法官職務¹⁷。至於在判決確定後的救濟程序中，是否也應該遵循類似的規則，法院也都做成了判定。首先，在美國，確定判決後的救濟程序可以區分為兩大類。一為誤判救濟令（Writ of Coram Nobis，類似於我國的刑事再審程序），一為人身保護令(Writ of Habeas Corpus)¹⁸。前者，雖然在美國聯邦及各州有著不盡相同的定義、要件、程序及性質，但普通法上多肯認，其為救濟確定判決事實誤認的程序；後者則是審查拘禁人身自由原因合法性的訴訟救濟。針對前者，美國聯邦巡迴法院認為，曾參與原審審判及量刑的法官，於誤判救濟令的審查程序中，應該要迴避¹⁹。也有州的最高法院明確判定，曾經參與確定前審判的法官，不得再於判決確定後的救濟程序中任法官職務²⁰。

至於在人身保護令的審查程序，美國司法實務上也採取了類似的立場。亦即，法官若曾於州法院任法官職務，在聯邦人身保護令審查程序中，應自行迴避²¹。舉例來說，在 *In re Smith* 案中，俄亥俄州聯邦地方北區法院東部分院(United States District Court, Northern District, Eastern Division)判定，聯邦法官在前述的情形中，有迴避規定的適用²²。又例如，在 *Clearvalue, Inc. v. Pearl River Polymers, Inc.* 案裡，德州聯邦地方東區法院判決道，由於 Davis 法官曾在上訴審中，駁回原告要求重新審理的聲請，後又在聯邦地方法院的人身保護令程序中審理同一個案件，所以依聯邦法官行為準則的要求，Davis 法官應自行迴避²³。除此之外，數個聯邦巡迴法院也都有著相同的判定²⁴。

（三）曾經參與過案件審判

不過，必須要注意的是，法官曾經參與過案件的審判，不必然就會對於該案件有偏見或是成見，所以不當然在審判一個案件後，就同一案件之後的所有的程序都必須自行迴避。亦即，僅僅是作成過判決，並不當然就會對於同一案件會有偏見(bias)，而有迴避規定的適用²⁵。其中的原因，法官是否應迴避，還是要回到制度的規範目的，也就是法官對於案件是否存有偏見或偏頗，致使無法保持其公正性，以及審判的公平。針對公正及公平，美國聯邦第二巡迴法院便曾說明道，公正不是輕信，公平也不等於就必須要像孩童般無知²⁶。也就是說，要求法官保持公正，並不是意味著其就必須要相信當事人所說的每一件事或主張，審判的公平也不是指法官對於案件的事實必須要一無所知，完全一片空白。從而，不能僅僅因為法官曾經參與過一個案件的審判，就當然不能再於同一個案件執行法官職務。如果曾經參與過案件的審理，就認為法官審判時的心證必然有所偏頗，因而應自行迴避，那麼曾經核發令狀或準備程序的法官，也就應該要迴避本案的審判。然而，這樣的作法不僅可能在理論上不盡週延，也徒增了實務運作上的負擔。是故，美國司法實務上向來認為，法官在先前的程序中作成不利於被告的裁判，不當然就構成迴避的事由²⁷。再者，案件經上級法院撤銷發回下

17 28 U.S.C. § 47.

18 關於美國刑事確定判決後的救濟程序，可以參看王兆鵬及蔡羽玄，*上訴及救濟程序*，自版，初版，2013年10月，頁336-37。

19 See *United States v. Halley*, 240 F.2d 418, 419 (2d Cir. 1957).

20 E.g., *Floyd v. State*, 400 S.E.2d 145, 146 (1991); *Cobbs v. State*, 408 S.E.2d 223, 225 (1991).

21 See, e.g., *Hill v. Thaler*, 401 F. App'x 974, 975 (5th Cir. 2010).

22 *In re Smith*, No. 5:19-CV-2682, 2019 WL 7037416, at *3 (N.D. Ohio Dec. 20, 2019).

23 *Clearvalue, Inc. v. Pearl River Polymers, Inc.*, 704 F. Supp. 2d 584, 585-87 (E.D. Tex. 2010).

24 E.g., *Clemmons v. Wolfe*, 377 F.3d 322, 329 (3d Cir. 2004); *Russell v. Lane*, 890 F.2d 947, 947-48 (7th Cir. 1989); *Rice v. McKenzie*, 581 F.F.2d 1114, 1117 (4th Cir. 1978).

25 See *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 583 (1966).

26 *In re J.P. Linahan, Inc.*, 138 F.2d 650, 654 (CA2 1943).

27 *Taylor v. Regents of University of California*, 993 F.2d 710 (9th Cir. 1993); *United States v. Studley*, 783 F.2d 934, 939 (9th Cir. 1986).

級法院重新審理時，可以由同一個法官審理²⁸。除非已經是嚴重的偏袒或是敵意，不可能再公正地執行法官職務，否則法官在審判程序中對於一個案件所表示的意見，或是就同一案件在先前程序中的判斷，並不就構成必須要迴避的偏見²⁹。

（四） 分析及小結

依美國聯邦法規及法院的判決，迴避制度的規範目的在於維護審判的公平及法官的公正。再者，曾經參與下級審或是原審判決的法官，於上級審或確定後救濟程序中，應自行迴避，但僅僅參與過案件審判者，於同一案件後續的程序中，不當然就必須要迴避。其中，值得探究的是，何以美國法制上對這兩者有其區別。

稍稍細究可以知道，兩者的主要差異在於，法官後續所參與的是否為救濟程序。詳細地來說，救濟程序的目的在於審查原（確定）判決是否有錯誤，如果做成原（確定）判決的法官於救濟程序中審判同一個案件，就等於是要審查自己先前做成的判決在事實認定，或是法律解釋適用上有無錯誤。然而，對於自己作成的裁判，要能夠公正客觀地審查其中是否有錯誤，並在發現錯誤後，自承其非，雖然不到緣木求魚，恐怕也是強人所難。相對地，若不涉及檢視自己作成的判決有無錯，只是再次單純參與同一案件的審判，就應該沒有迴避的需要，例如甲法官就某案件作成判決，當事人提起上訴，判決經上級法院撤銷後，發回更審，得由甲法官審判。這是因為，在發回更審後，甲法官原作成的判決已經上級法院撤銷，甲法官並不需要審查自己曾經作成的判決是否正確，只要依上級法院撤銷發回的意旨，就案件更為審判，所以不會有保持公正或客觀的道德風險。又例如，乙法官撤銷發回上訴案件後，案件又經上訴者，乙法官也不需要迴避，因為在這種情形中，乙法官審判的是上訴有無理由，下級審法院判決有誤錯誤，並不需要審視自己的判決，若沒有其他的事由，可認乙法官可以保持其公正性。

四、 現行規範的疑義及建議

立法者就刑訴法第 17 條第 8 款的「前審」沒有明確的定義，也因此前審的概念為何，有著相當不同的看法。雖然最高法院一改以往的立場，判定曾經參與原審判決的法官，於再審程序中應自行迴避，但釋字第一七八號解釋針對這一個爭議，還是採取了審級說的見解。也因此，刑訴法前述條款如何適用於再審程序中，可能尚未有定論。再者，於非常上訴程序中，最高法院仍採審級說，也因而與其於再審程序中的立場不同。結論上來說，釋字第一七八號解釋應有補充及變更的必要，此外，為了維護審判的公平及法官的公正性，曾參與原審審判的法官，於再審或非常上訴程序中承審同一案件者，都應該有刑訴法第 17 條第 8 款的適用，應自行迴避。

（一） 釋字第一七八號解釋的疑義

關於刑訴法第 17 條第 8 款的「前審」的意涵，釋字第一七八號解釋關鍵重要。不過，這一個釋字無論是在結論或是說理，或有需要再思考的地方。以下分別分析之。

1、 迴避制度的規範目的

首先，在論及迴避制度的規範目的時，多認為其係為了維護審判的公平，以及法官得以保持客觀公正。也因此，在解釋或檢視刑訴法的迴避規定時，也就應該從這個角度出發。刑

28 Liteky v. United States, 510 U.S. 540, 551 (1994).

29 Liteky v. United States, 510 U.S. 540, 555 (1994).

訴法第 17 條第 1 至 7 款所描述的情形，都以足使一般人合理懷疑法官還能夠客觀地執行其職務，以及法院審判的公平性，從而可認，這幾個條款的規定與迴避制度的規範目的相吻合。然而，釋字第一七八號在解釋刑訴法第 17 條第 8 款時，卻另闢蹊徑地以審級利益為由，認為「前審」所指的是下級審及下下級審。換句話來說，大法官在這一號釋字中認為，刑訴法第 17 條第 8 款的規範目的是審級利益，但是這樣的解釋明顯地與同條其他款的迴避事由相衝突，導致同一個條文或制度裡，有著截然不同的兩個規範目的。

2、與釋字第二五六號間的不一致

第二，釋字第一七八號沒有直接判定曾經參與原審審判的法官，於再審程序中是否要迴避，然而在釋字第二五六號，大法官針對類似的民事訴訟法條文（第 32 條）則明確地表示，「現行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。」兩號釋字間的齟齬在於，民事判決對於人民影響者，係財產權益及身分關係的認定，但刑事判決影響到被告的財產、人身自由，甚至是生命法益。兩相比較下，刑事程序應有更為嚴謹的要求，然而依照釋字第一七八號解釋，曾參與原審審判的法官於刑事再審程序中無須迴避，但在民事再審之訴的程序中，卻必須要迴避。雖然最高法院已經透過大法庭的徵詢各庭意見的方式，改採與釋字第二五六號解釋相同的作法，但釋字第一七八號解釋的結論及說理就此，還是有其應修正或補充的地方³⁰。

3、與上訴程序間的衝突

第三，依釋字第一七八號解釋，會有著更需要法官保持中立客觀的程序，反而要求較低的不合理現象。亦即，被告不服判決提起上訴時，是由上級法院（非原判決法院）審理上訴有無理由（刑訴法第 344 條第 1 項）。依釋字第一七八號及其對於刑訴法第 17 條第 8 款的解釋，上級法院法官若被分配到該案件，必須要自行迴避，否則即為判決當然違背法令（刑訴法第 379 條第 2 款）。相較之下可以發現，在審理未確定案件的救濟聲請上，刑訴法有著比較嚴格的要求：「不同法院／不同法官」，但相對地，於再審程序，卻是非常寬鬆的「同一法院／得同一法官」（刑訴法第 436 條參照）。然而，確定判決多已歷經數次審判，很容易使法官（尤其是同一個法官）於審理時傾向認為原確定判決並無違誤。為維持法院審判的公平性及法官心證上的公正與客觀，釋字第一七八號解釋的結論，或有商榷的餘地³¹。

4、釋字第一七八號意識到了迴避制度真正的目的

事實上，釋字第一七八號雖然採審級說，但顯然也意識到了，這一個條款並不只是為了

30 李榮耕，再審與法官迴避－簡評最高法院一〇二年度台抗字第一四三號刑事裁定，月旦裁判時報，27 期，2014 年 6 月，頁 60。

31 李榮耕，再審與法官迴避－簡評最高法院一〇二年度台抗字第一四三號刑事裁定，月旦裁判時報，27 期，2014 年 6 月，頁 60。另外，主張再審屬於刑訴法第 17 條第 8 款的「前審」，可能會有的疑慮是，被告（一再）聲請再審後，法院可能會因而沒有得審判該聲請的法官。法院實際上運作的需要，是相當重要的考量，不過，刑訴法就此已經有能夠因應的規範，第 10 條第 1 項規定：「有管轄權之法院因法律或事實不能行使審判權者」，「由直接上級法院，以裁定將案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之他法院」（第 1 款）據此，要求曾經參與確定判決法官，於再審程序中應迴避，並不會造成實務運作上的過大困難。最高法院在 110 年度台抗字第 1501 號裁定中，也已經注意到這個問題，並說明得應用前述刑訴法的條文，以為因應。

保護被告的審級利益。在解釋理由中，大法官明白表示，「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。」也就是說，在這種情形下，法官應迴避的理由，包含了為了維持法院的公平及法官心證的公正。

（二）美國法制上的借鏡

除了前述的理由外，從比較立法例的角度來看，也可以得到相同的結論。詳細地來說，美國聯邦法典中也有法官曾參與下級審判決，就同一案件於上級審中應自行迴避的規定³²，但是司法實務的運作上皆認為，迴避制度的規範目的在於確保法官執行職務的沒有偏頗、公正及客觀(impartiality)，所以除了在上下級審的情形外，法院同樣認為，法官曾經參與原判決者，在判決確定後的救濟程序中，也必須要自行迴避。其中的目的在於，救濟程序是審查原確定判決是否有所違誤，同一位法官同時在這兩種程序中執行法官職務，其公正性不免受有質疑。是故，美國司法實務上多認為，在這種情形中，已經足以使一般正常人對於法官的公正性產生合理懷疑，所以在誤判救濟令或是人身保護令的程序中，曾經參與原審判決的法官，應自行迴避。

美國司法實務關於法官迴避制度的判決，值得我國參考的是，在解釋各種迴避事由及決定法官是否應迴避時，美國法院一致地是從審判公平及法官的公正性分析，並沒有因為涉及到上下級法院，就改以審級利益的角度決定個案中的法官應否迴避。這部份，很值得我國重新檢討釋字第一七八號解釋時參考。再者，正因為迴避制度的核心在於法官執行其職務的公正性，一般人是否會合理懷疑審判無法保持公平，所以基於正當法律程序的要求及訴訟權的保障，應認曾經參與確定前審判的法官，於上級及非常救濟等程序中，都應該依刑訴法第17條第8款，自行迴避。釋字第一七八號解釋的理由及實務上的運作就此，應有所修正。然而，法官在判決後，不是復就同一案件參與救濟程序者，不會有自己審查自己作成的判決是否正確的疑慮，所以在法官撤銷原判決，將案件發回下級審後，又在上級審參與案件的上訴審理，或是判決經上級審撤銷發回後，同一法官就同一案件又參與審判者，都不需要迴避。因此，釋字第一七八號解釋這部份的結論（「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，……如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理。」），可值認同。亦即，在這種情形中，法官迴避與否是司法實務運作或是立法上的決定，不屬憲法層次的問題³³。

此致

憲法法庭 公鑑

中華民國 111 年 8 月 15 日

具/撰狀人

32 28 U.S.C. § 47.

33 可以附帶一題的是，法官曾參與第一審的審判，又於第三審任法官者，也應自行迴避。其中的理由，並不是因為審級利益，而是因為法官在三審程序中又審判自己曾經於一審參與過的同一案件，還是會（間接）審查到自己過去作成的裁判。是故，很難期待法官可以維持公正的心證，審查二審法院的判決，所以應自行迴避，由其他法官審判上訴有無理由。