

專家諮詢意見書ⁱ

案號：111 年度 會台 字第 13254 號

專家學者、機關或團體 姓名或名稱：劉芳伶*

身分證明文件字號：

住(居)所、所在地、事務所或營業所：

電話： 傳真：

電子郵件位址：

送達代收人：無

送達處所：無

機關/團體代表人 姓名：

身分證明文件字號：

稱謂/職業：

住所或居所：

電話： 傳真：

電子郵件位址：

* 東海大學法律系副教授。

1 為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

2 應揭露事項ⁱⁱ

3 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
4 其代理人有分工或合作關係。

5 答：否。

6 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
7 其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

8 答：否。

9 三、 其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

10 答：無。

11

12 針對本件提供專業意見如下

13 【目次】

14

15 會台字第 13254 號等聲請案之書面意見

16

17 壹、前言.....	3
18 貳、公平法院原則與迴避制度.....	4
19 一、「公平法院」與「公平審判」之關係.....	5
20 二、「形式不偏性」與「實質不偏性」之區分.....	6
21 參、國民參與刑事審判制度與實質不偏性之預斷防止.....	7
22 一、牴觸說.....	7
23 二、不牴觸說.....	8
24 三、小結.....	9
25 肆、我國解釋論上的調和與抉擇.....	10
26 一、「卷證併送」與「卷證不併送」雙軌制下之「預斷」與「迴避」.....	10
27 二、我國解釋論上的抉擇—國民法官法與刑訴法之調和.....	13
28 伍、結論.....	19

29

30

31

32

【本文】

1

2

3 壹、前言

4 有關本件所涉四項爭點，其問題之核心可歸結於我國刑事訴訟法（下稱刑訴
5 法）第 17 條第 8 款所稱「前審」應做何解（爭點四：司法院釋字第 178 號解
6 釋）。有關此點，以我國一般論而言，素有審級利益說（實務、通說）¹與拘束
7 說（又稱裁判自縛性說，為有力說）²之爭。後說認為，只要曾經參與「前次審
8 判（之裁判）」，就一律應予迴避。相對於此，前說將「前審」解為「下級
9 審」，認為同款規定僅係在於維持三級三審制度之審級利益³。若按此說，非常
10 上訴（爭點一之情形）既非三級三審之通常救濟程序，自不在同款所稱曾參與
11 「前審」應予迴避之列。而曾參與第二審之法官，復又參與第二審之更審裁判
12 （爭點二之情形）；乃至於曾參與第三審裁判之法官，復又參與第三審裁判之情
13 形（爭點三之情形）；因其所參與之「前審」皆為「同級審」而非「下級審」，
14 故亦不在前說所謂曾參與「前審」應予迴避之列。然而，不論審級利益說抑或拘
15 束說，其於憲法學上之具體論據為何，實則未必明瞭，故以下擬借鏡日本法之相
16 關議論予以進一步探究。

17 日本刑事訴訟法（下稱日刑訴法）規定有（法定）自行迴避（日文稱之為
18 「除斥」：日刑訴法第 20 條⁴）、聲請迴避（日文稱之為「忌避」：日刑訴法第
19 21 條⁵）以及（職權）自為迴避（日文稱之為「回避」：日刑訴規則第 13 條
20 ⁶）。相對於此，我國並未如彼邦一般，細分為「除斥」、「忌避」以及「回
21 避」⁷，而係統稱為「迴避」，本意見書從之。故以下所稱迴避制度，若對應日

¹所謂「前審」係指「下級審」。林俊益，刑事訴訟法概論（上），新學林，2021 年，頁 41。

²所謂「前審」係指「前次審判之裁判」。黃東熊，吳景芳，刑事訴訟法論，修訂四版，三民書局，2001 年，頁 63。有認為，不論從文義、體系或規範目的都無法得出實務通說所謂前審等於下級審之結論，就文義而言，「前審」應該比較接近拘束說所稱的「前次審判」。林鈺雄，刑事訴訟法（上），新學林，2019 年，頁 105。

³91 台抗 61 裁定。但亦有反對見解認為，若有上下級關係仍應迴避。林俊益，刑事訴訟法概論（上），新學林，2021 年，頁 54。

⁴第二十条：「裁判官は、次に掲げる場合には、職務の執行から除斥される。一 裁判官が被害者であるとき。二 裁判官が被告人又は被害者の親族であるとき、又はあつたとき。三 裁判官が被告人又は被害者の法定代理人、後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人又は補助監督人であるとき。四 裁判官が事件について証人又は鑑定人となつたとき。五 裁判官が事件について被告人の代理人、弁護人又は補佐人となつたとき。六 裁判官が事件について検察官又は司法警察員の職務を行つたとき。七 裁判官が事件について第二百六十六条第二号の決定、略式命令、前審の裁判、第三百九十八条乃至第四百条、第四百十二条若しくは第四百十三条の規定により差し戻し、若しくは移送された場合における原判決又はこれらの裁判の基礎となつた取調べに関与したとき。ただし、受託裁判官として関与した場合は、この限りでない。」（下線部份為本意見書所加）。

⁵第二十一条：「裁判官が職務の執行から除斥されるべきとき、又は不公平な裁判をする虞があるときは、検察官又は被告人は、これを忌避することができる。② 弁護人は、被告人のため忌避の申立をすることができる。但し、被告人の明示した意思に反することはできない。」

⁶第十三条：「裁判官は、忌避されるべき原因があると思料するときは、回避しなければならない。② 回避の申立は、裁判官所属の裁判所に書面でこれをしなければならない。③ 忌避の申立について決定をすべき裁判所は、回避の申立について決定をしなければならない。④ 回避については、前条第三項及び第四項の規定を準用する。」

⁷一言以蔽之，「除斥」係指法官該當於法律明定之事由而應自行迴避之情形，「忌避」係指有該當於「除斥」事由者卻未依法自行迴避，抑或因可疑有不公正審判之虞者，由當事人提出迴避之

1 本法，自係涵蓋「除斥」、「忌避」以及「回避」此三者而言。按日刑訴法第
2 20 條第 7 款⁸即係近似於我國刑訴法第 17 條第 8 款之規定。而彼邦同款所稱「前
3 審（之裁判）」⁹係何所指，自日本戰後以來，一直是議論的焦點¹⁰。若按傳統的
4 理解，彼邦通說素來認為，迴避制度與起訴狀一本主義（日刑訴法第 256 條第 6
5 項）之相關規定，乃同為刑訴法上「預斷防止（排除）」¹¹原則之體現；與此同
6 時，亦係用以擔保日本國憲法（下稱日憲法）第 37 條第 1 項所保障「公平法
7 院」原則之規定¹²。相對於此，中華民國憲法（下稱憲法）並無類似於日憲法第
8 37 條第 1 項之規定，惟就我國一般論而言，雖未明確區分公平法院原則與公平
9 審判原則，然基本上多肯認兩者皆為我國憲法所保障之原則，且其憲法上之論據
10 一般多求諸於同法第 8 條（人身自由等正當法律程序保障）與第 16 條（訴訟權
11 保障）¹³。然而，有關公平法院原則與公平審判原則之具體意涵乃至於兩者之關
12 係以及其與迴避制度之關係，綜觀我國相關議論，亦非明瞭，於此意義上，以下
13 所陳日本法之觀點應可資為我國解釋論上之參考。

14 貳、公平法院原則與迴避制度

15 按日憲法第 37 條第 1 項明定：「就所有的刑事事件，被告皆享有受公平法
16 院所為之迅速的公開審判之權利。」。此即為彼邦公平法院原則之憲法依據條
17 項。而日本實務上最早言及此條項所載「公平法院」之意義者，即其最高法院
18 1948 年 5 月 5 日判決。同判決認為，同條項所定「公平法院的審判」係指「在
19 構成等方面無懼其有所偏頗的法院之審判」¹⁴。爾後同院 1948 年 5 月 26 日判決
20 也在前揭判決之延長線上將「公平法院的審判」理解為「在組織與構成等方面無
21 偏頗或不公平之虞的法院所為審判」，與此同時，並進一步指明，所謂公平法院

聲請。「回避」係指法官若自認為有該當於應「忌避」之情形即必須依職權自為迴避。

⁸ 「裁判官が事件について第二百六十六条第二号の決定、略式命令、前審の裁判、第三百九十八條乃至第四百條、第四百十二條若しくは第四百十三條の規定により差し戻し、若しくは移送された場合における原判決又はこれらの裁判の基礎となつた取調べに関与したとき。ただし、受託裁判官として関与した場合は、この限りでない。」（下線部分為本意見書所加）。

⁹ 同註 4（本意見書所加下線部分）。

¹⁰ 田宮裕，刑事訴訟法，新版，有斐閣，1996 年，頁 22；金子章，刑事手続における除斥制度について（1）—「予断防止」としての位置付けの再検討，横浜国際経済法学 17 卷 2 号，2008 年，頁 61。

¹¹ 雖日文文獻上，一般多稱為預斷排除原則，然亦有不少論者稱之為預斷防止（或預斷禁止）原則，也有交錯使用兩用語者。於此意義上，似可認為兩用語係屬同義語。惟本意見書認為，「預斷」（何謂「預斷」，其定義未必一致，就本意見書此處所論者，係指「在公判前便形成強固的心證」。）一旦發生，即屬於無法治癒之瑕疵，就語意而言，應稱「防止」（「預先」設法排除或禁止）較妥（「排除」或「禁止」之語意，並無「預先」之意，且似乎隱含一旦排除仍有治癒之可能的意思）。類似見解可參見酒卷匡，起訴狀一本主義，法学教室 245 号，2001 年，頁 19。

¹² 岩田誠，公平な裁判所，熊谷弘ほか編，公判法大系 II，日本評論社，1975 年，頁 76。田口守一，刑事訴訟法，第 4 版補正版，弘文堂，2006 年，頁 208-210；松尾浩也，刑事訴訟法，上，新版，弘文堂，1999 年，頁 215；白取祐司，刑事訴訟法，第 10 版，日本評論社，2021 年，頁 268；田宮裕，同註 10，頁 22。相對於此，有論者指出，現行刑事司法程序，導入當初所無之諸制度，像是裁判員制度、犯罪嫌疑人國選辯護制度、即決裁判制度乃至於審前準備程序等，故而此種傳統的理解，時至今日是否仍然具有妥當性，實有待進一步檢討之必要。金子章，同註 10，頁 61。

¹³ 除引憲法第 8 條與同法第 16 條外，亦有併引同法第 9 條為據者。劉秉鈞，法庭之法律性質—以公平法院之理念為中心，軍法專刊第 55 卷第 6 期，2009 年，頁 12。

¹⁴ 最高裁昭和 23 年 5 月 5 日判決刑集 2 卷 5 号 447 頁：「本件裁判が憲法第三十七条違反の裁判だといふけれども同条の『公平なる裁判所の裁判』といふのは構成其他において偏頗の惧なき裁判所の裁判といふ意味である。」

1 之保障，並「不涉及個別案件之判決內容具有實質上之具體的公正妥當性」¹⁵。
2 由此可知，日本主流見解係將公平法院原則與公平審判原則予以區分，於此前提
3 上，認為日憲法第 37 條第 1 項所定「公平法院的審判」，並非在於保障「裁判
4 的內容」之「實質的公正妥當性」，而僅係在於保障「法院的體質」之「組織等
5 形式構成面」應具有公平性且無偏頗之虞；換言之，同項所稱「公平」係專指
6 「法院」而言（公平法院原則），而非針對「審判」（公平審判原則）¹⁶。事實
7 上，在日本，就一般論而言，公平審判原則在憲法上之根據，亦與公平法院原則
8 之根據不同，後者如前所述係求諸於日憲法第 37 條第 1 項，前者則係求諸於同
9 法第 10 條以降之諸規定，包括第 11 條（人權本質之保障）、第 13 條（個人尊
10 嚴之保障）、第 14 條（法律之前人人平等之保障），第 31 條（正當法律程序之
11 保障），第 32 條（受審判權利之保障）¹⁷。

12 據上可知，彼邦主流見解係區分公平法院與公平審判之保障，且在憲法上之
13 依據條項亦屬各異。按若採取日本主流所示此一區分論之觀點，顯與前述我國一
14 般論採不區分立場（認為不論公平法院原則抑或公平審判原則之依據皆為憲法第
15 8 條與第 16 條）有異。亦即，若採取日本主流之區分論觀點，則我國憲法所保
16 障之公平法院原則，應以同法第 16 條（訴訟權之保障）為依據；而公平審判原
17 則，則應以同法第 7 條（法律之前人人平等之保障）¹⁸、第 8 條（正當法律程序
18 之保障）¹⁹、第 9 條（受司法審判之原則與例外＝受審判權利之保障）²⁰、第 16
19 條以及第 22 條（人權保障之概括條款＝人權本質、個人尊嚴之保障）²¹為據。接
20 下來應進一步檢討者係，就我國憲法解釋論而言，究應採行區分論抑或不區分
21 論。

22 一、「公平法院」與「公平審判」之關係

23 有關上述日憲法第 37 條第 1 項所謂公平法院保障（僅止於保障法院之組織
24 等構成面之不偏性而不及於審判內容等實質面之不偏性）之理解，雖就一般論而
25 言，素為彼邦通說所支持²²；而公平法院，作為落實公平審判之前提，其所謂

¹⁵ 最高裁昭和 23 年 5 月 26 日判決刑集 2 卷 5 号 511 頁：「憲法第三七条第一項にいわれる『公平な裁判所の裁判』とは偏頗や不公平のおそれのない組織と構成をもつた裁判所による裁判を意味するものであつて、個々の事件につきその内容実質が具体的に公正妥当なる裁判を指すのではない。」（下線部份為本意見書所加）。又同院 1948 年 6 月 30 日判決（最高裁昭和 23 年 6 月 30 日判決刑集 2 卷 7 号 773 頁）直接引用同院 1948 年 5 月 5 日判決指出：「在組織構成等方面無不公平之虞の法院」憲法第三七条第一項にいう「公平な裁判所の裁判」とは組織構成等において不公平の惧なき裁判所の裁判という意味である。（昭和二十三年五月五日言渡同年（れ）第一七一号事件大法廷判決参照）。

¹⁶ 岩田誠，同註 12，頁 72-73。

¹⁷ 守屋克彦，公平な裁判について—鴨良弼教授の業績から考える，法律時報 69 卷 9 号，1997 年，頁 19

¹⁸ 對應日憲法第 14 條。

¹⁹ 對應日憲法第 31 條。

²⁰ 對應日憲法第 32 條。

²¹ 對應日憲法第 11 條與第 13 條。

²² 香川達夫，公平な裁判所の裁判，憲法判例百選（判例百選アーカイブ），有斐閣，1963 年，頁 100；岩田誠，同註 12，頁 72-73；関口和徳，憲法 37 条 1 項の保障する「公平な裁判所の裁判」を受ける権利と区分審理制度，法律時報 88 卷 12 号，2016 年，頁 157。

1 「公平」自係著重於法院之組織與構成要能滿足「形式不偏性」之要求²³。話雖
2 如此，然學說上，亦不乏有論者批評彼邦最高法院素來之見解（即上揭區分論）
3 實流於形式²⁴；事實上，亦有學者指摘同條項所保障者，並非僅限於「公平法
4 院」，而係在於保障受「公平法院」所行「公平審判」之權利；按所謂「公平法
5 院」保障係在確保法院的組織等構成面上之公平性，乃係實現「公平審判」之理
6 念的當然前提；要之，為實現「公平審判」之理念，法院的組織、構成以及審判
7 程序乃至於審判之判斷內容，都必須「公平」²⁵。又何謂「公平」，彼邦有論者
8 指摘，日本最高法院判決素來僅係將「公平法院」之「公平」二字進行語詞替換
9 為「無偏頗」或「無不公平」罷了²⁶，根本沒有觸及實質的問題²⁷。另有將「公平
10 審判」之「公平」解為，係指「公正且平等」，並指出此一概念不僅要求「客觀
11 上的正確性」還包括「獲得公眾的理解（信賴性）」以及「不偏不倚（不偏
12 性）」²⁸。

13 另一方面，在日本，也有論者從歐洲人權公約第6條所定「請求為公正的裁
14 判之權利」，來詮釋彼邦憲法第37條第1項所定公平法院之意旨，首先同論者
15 指出，同公約第6條係從嫌疑人或被告必須作為尊嚴主體加以對待之觀點，在公
16 平法院請求公正的聽審之實施；歐洲人權法院在民主主義社會中，強調確保人民
17 對於法院之信賴的重要性，同條所稱「公平法院」係指獨立且中立的存在，並基
18 於法律所設置之機關之謂²⁹。而同論者認為，有關嫌疑人或被告必須作為尊嚴主
19 體加以對待之觀點的論據，可求諸於日憲法第13條，若此，以保障個人尊嚴為
20 前提之同法第31條以降之諸規定（包括同法第37條），自亦可做同解³⁰。

21 如上所示，日本主流見解雖採形式區分論（以下簡稱為區分論），然有力學
22 說則反對之，認為區分論對於公平法院保障之理解流於形式。由此可知，彼邦反
23 對論（相對於主流之區分論，可稱之為不採形式區分論，以下簡稱為不區分論）
24 則比較近似於前述我國一般論之立場（亦即並未嚴格區分公平法院原則與公平審
25 判原則之立場）但又不全然相同。按彼邦之不區分論並非完全不區分公平法院原
26 則與公平審判原則，而係在原則上與概念上雖作區分，不過在保障射程乃至於制
27 度運用上則反對固守於原則與概念上的形式區分，換言之，不區分論認為在解釋
28 公平法院原則之時也應該適度地導入公平審判之概念。

29 二、「形式不偏性」與「實質不偏性」之區分

30 回顧以上所陳可得要點有三，第一，在日本，不論區分論抑或不區分論之支
31 持者，皆同意「公平審判係以公平法院為前提」此一論點；第二，「公平審判」
32 之概念的保障射程係大於「公平法院」，且兩者在日憲法上之根據並不相同。第
33 三，區分論與不區分論兩者之差異係在於，在理解公平法院原則之「不偏性」要
34 求的具體內涵時，是否應導入公平審判之「實質不偏性」的概念。申言之，彼邦

²³ 惟要注意者係，不抱持預斷的法院僅係達成正確性、信賴性與不偏性之必要條件，而非充要條件。

²⁴ 金子章，同註10，頁64。同解：関口和徳，同註22，頁158。並參見守屋克彦，同註17，頁19。

²⁵ 守屋克彦，同註17，頁19-20。並參照関口和徳，同註22，頁158。

²⁶ 同註14與註15。

²⁷ 金子章，同註10，頁64。

²⁸ 守屋克彦，同註17，頁22-23。

²⁹ 水野陽一，菊池事件における公正な裁判を求める権利に対する侵害と救済方法としての刑事再審制度，法学セミナー757号，2018年，頁85。

³⁰ 水野陽一，同註29，頁86。

1 實務見解一貫認為日憲法第 37 條第 1 項僅係於規定「公平法院」之保障，而與
2 「公平審判」並無直接關係；亦即同條項僅係單純地涉及法院之組織等構成面是
3 否符合形式上的不偏性要求之問題，而與實質不偏性無關。相對於此，學說上也
4 不乏有力見解認為，日憲法第 37 條第 1 項不僅在於規定「公平法院」也包括
5 「公平審判」，因此不僅止於形式上要求法院之組織與構成必須符合「不偏性」
6 （形式不偏性），還必須在實質上「不抱持預斷」（實質不偏性）³¹，按唯有如
7 此，才能據以落實公平審判所要求之正確性、信賴性與不偏性。於此意義上，區
8 分論與不區分論之分歧點，可以歸結於「就公平法院之不偏性之理解是否應限於
9 形式不偏性」，區分論認為應限於形式不偏性（即法院之組織等構成面符合中
10 立、客觀之要求），不區分論則認為不應限於形式不偏性，還應導入實質不偏性
11 （即除了形式上要求法院之組織等構成面應符合中立、客觀性，與此同時，在實
12 質心證之形成上還必須不抱持預斷，而能依據公判庭之證據調查進行不偏不倚之
13 實體判斷）的保障。

14 接下來的問題是，就我國之解釋論而言，究竟應採取區分論之立場或不區分
15 論之立場為宜。有關此點，本意見書認為有必要從國民法官新制之視角下進行思
16 考。無獨有偶，事實上，在日本，亦有論者指摘，應在裁判員制度之文脈下重新
17 思考，彼邦憲法第 37 條第 1 項之公平法院的內涵乃至於其與迴避制度以及起訴
18 狀一本主義暨預斷防止原則（實質不偏性之要求）之關係之素來理解的合理性
19 ³²。

20 參、國民參與刑事審判制度與實質不偏性之預斷防止

21 日本之國民參與刑事審判制度，即所謂裁判員制度，其在與預斷防止原則
22 （實質不偏性之保障）之關係上，最具爭議性者，即在於審前準備程序（公判前
23 整理手續）是否抵觸起訴狀一本主義（違背預斷防止原則）之問題。有關此點之
24 學說議論，大抵可以粗分為抵觸說與不抵觸說。

25 一、抵觸說

26 抵觸說之論者認為，起訴狀一本主義既係採行所謂「（公判）白紙主義」
27 （實務通說）³³，亦即，法官應以「宛如白紙一般的心證狀態」蒞臨公判庭，傾

³¹ 此說認為公平法院之實質係在於「在法院之構成之點上」防止「預斷」；而其所謂預斷防止，即採通說之白紙主義。鈴木茂嗣，刑事訴訟法の基本問題，成文堂，1988 年，頁 161，168。

³² 金子章，刑事手續における除斥制度について（2）—「予斷防止」としての位置付けの再検討，横浜國際經濟法学 17 卷 3 号，2009 年，頁 218。

³³ 最判昭 27 年 3 月 5 日刑集 6 卷 3 号 351 頁：「刑訴二五六条が、起訴状に記載すべき要件を定めるとともに、その六項に、『起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添附し、又はその内容を引用してはならない』と定めているのは、裁判官が、あらかじめ事件についてなんらの先入的心証を抱くことなく、白紙の状態において、第一回の公判期日に臨み、その後の審理の進行に従い、証拠によって事案の真相を明らかにし、もつて公正な判決に到達するという手続の段階を示したものであつて、直接審理主義及び公判中心主義の精神を実現するとともに裁判官の公正を訴訟手続上より確保し、よつて公平な裁判所の性格を客観的にも保障しようとする重要な目的をもつているのである。すなわち、公訴犯罪事実について、裁判官に予断を生ぜしめるおそれのある事項は、起訴状に記載することは許されないものであつて、かかる事項を起訴状に記載したときは、これによつてすでに生じた違法性は、その性質上もはや治癒することができないものと解するを相当とする。」（同案之齋藤悠輔法官有不同意見：「多数説は、刑訴二五六条六項の規定は、『裁判官が、あらかじめ事件についてなんらの先入的心証を抱くことなく、白紙の状態において、第一回の公判期日に臨み、その後の審理の進行に従い、証拠によって事案の真相を明らかにし、もつて公正な判決に到達するという手続の段階を示したものであつて、直接審理主義及び公判中心主義の精神を実現すると共に、

1 聽雙方當事人之主張與立證以形成心證；從而，若在審前準備程序，法官為了整
2 理爭點而預先接觸證據、資料，即有抵觸起訴狀一本主義所要求之預斷防止原則
3 之虞³⁴。同論者進而主張，為了避免審前準備程序與起訴狀一本主義之間產生牴
4 觸，行審前準備程序之法官，之後即不得續行公判審理程序³⁵。對此，學說上亦
5 有強烈批評，認為此種主張對實務而言根本欠缺運作上的現實性與效率性³⁶。

6 二、不牴觸說

7 在不牴觸說之下，又可細分為三種不同的說理，第一種本意見書稱之為「公
8 平性說（或稱當事人對等說）」，本說認為，起訴狀一本不應採取所謂白紙主義
9 來理解，而應著重於當事人之間的公平性，要之，預斷防止原則之典型例，係指
10 法院僅預先接觸檢方（當事人之一方）之事證資料而損害法院之公平性之情形；
11 但是在審前準備程序中，法院並非僅預先接觸檢方之事證資料，而係同時接觸雙
12 方當事人之事證資料，故此並無害於法院的公平性，自不生牴觸起訴狀一本之預
13 斷防止之問題³⁷。要之，此說認為，起訴狀一本主義並非完全禁止法院在公判之
14 前形成某種心證，而僅係禁止在公判之前形成偏頗於一方當事人之心證。

15 第二種說理，本意見書將之稱為「形式預備說」（或稱非實質心證形成
16 說）。本說認為審前準備程序，只不過係為了預立審理計畫而先行整理爭點，並
17 不涉及實體事項之審理，從而於該程序中便無由形成（實體）心證，既未預先形
18 成心證，自無違反預斷防止原則³⁸。

19 第三種說理係學說上之有力說，本意見書稱之為「分段說」，此說認為，若
20 從現行法的制定經緯觀之，起訴狀一本主義之核心，乃係著重於區別偵查與公判
21 兩階段以便明確切割兩者，此舉乃係基於對舊刑訴法時期之反省而來，按舊法當

裁判官の公正を訴訟手続上より確保し、よって公平な裁判所の性格を客觀的にも保障しようとする重要な目的をもっているのである。」と山鳥の尾の長々と、いかにも尤もらしく説明している。しかし、『裁判官が、あらかじめ事件についてなんらの先入的心証を抱くことなく、白紙の状態において第一回の公判期日に臨むことと、『その後の審理の進行に従い証拠によって事案の真相を明らかに』することとは、全然別個の事柄である。刑訴二五六条六項は、前者に關係のあることを規定したかも知れないが、後者に触れていないことは明白である。そして、前者のごときは、同規定のあるなしにかかわらず、怠慢無責任にも記録を読まず、公判の準備もせず、文字通り白紙の状態において公判に臨みさえすれば、完全に同一目的を達することができるのであって、公正な判決に到達するには、後者こそ必要にして且つ大切なのである。されば、多数説は、重要である後者と重要でない前者とを混同する詭弁であって、同規定のごときは、多数説の主張するような重要目的を持つものでないこと明らかであるといわなければならない。』（下線部份為本意見書所加）。就彼邦一般論而言，係將日刑訴法第 256 條第 6 項解為公判白紙主義。橫井大三，起訴狀一本主義，法曹時報 7 卷 5 号，1955 年，頁 5。並參照高田卓爾，予断排除の原則，総合判例研究叢書 15 号，有斐閣，1964 年，頁 3。

³⁴ 池田修＝前田雅英，刑事訴訟法講義，第 2 版，東京大学出版会，2006 年，頁 179；白取祐司，新たな準備手続と迅速な裁判—自己負罪拒否特権・予断排除の原則との關連において，現代刑事法 68 号，2004 年，頁 14；白取祐司，同註 12，頁 269-270。

³⁵ 換言之，此說主張，審前準備程序與審理程序應由不同法官行之；不過，話雖如此，事實上，同論者自身也十分清楚此一主張對實務而言根本完全欠缺實行可能性；也因此並未為現行法所採納。白取祐司，同註 34，頁 14。

³⁶ 按審前準備程序之爭點整理就是為了之後的公判能順利進行而預立審理計畫，如果準備程序與公判程序的法官並非同一，如此一來，豈非有違準備程序之制度設計本旨。酒卷匡，刑事裁判の充実、迅速化—争点整理と証拠開示手続の構築，ジュリスト 1198 号，2001 年，頁 148。

³⁷ 田口守一，同註 12，頁 268；池田修ほか，解説裁判員法—立法の経緯と課題，第 3 版，弘文堂，2016 年，頁 141；寺崎嘉博，公判前整理手続の意義と「やむを得ない事由」の解釈，刑事法ジャーナル 2 号，2006 年，頁 6。

³⁸ 田口守一，同註 12，頁 268；寺崎嘉博，同註 37，頁 6；池田修ほか，同註 37，頁 140-141。

1 時，以一般論而言，公判審理幾乎皆依賴偵查階段之事證資料來形成心證，而讓
2 外界形成一種印象，亦即令一般人隱隱感覺到似乎審理階段之法院的有罪心證，
3 乃係直接承繼檢方（一方當事人）在偵查階段所獲得之有罪嫌疑而來，故而一般
4 認為，若讓法院預先接觸此種由一方當事人所片面提供之證據資料，即會形成有
5 害於公平法院之外觀³⁹。又按分段說之理解，所謂「預斷」，乃係指「接觸證據
6 之後形成關於待證事實存否之判斷」，若此，如未預先接觸「證據」，僅係接觸
7 「主張」，即不生所謂形成「預斷」之問題⁴⁰。要之，分段說論者認為，起訴狀
8 一本主義之實質內容，並非在於預斷防止，而係在於禁止檢察官（一方當事人）
9 於公判前為證其主張，而預先提示事證資料⁴¹；其禁止之目的係在於貫徹公判中
10 心主義，亦即，有關實體之事證資料皆應於公判庭中進行合法調查（故不論檢方
11 或辯方皆不得預先提出）⁴²。

12 三、小結

13 由上述可知，就起訴狀一本主義並非完全禁止法院在公判之前形成某種心證
14 此點而言，不牴觸說之三種說理並無本質上的不同。且形式預備說與分段說則皆
15 同樣認為，即便係雙方當事人皆預先加以提出，此時仍係有違背起訴狀一本主義
16 之虞；此點即與公平性說有所不同。而形式預備說與分段說之差異係在於，後者
17 認為起訴狀一本主義之意旨並非在於預斷防止，而係在於明確區分偵查階段與審
18 判階段以貫徹公判中心主義，故將所謂「預斷」理解為「就實體事項在公判前形
19 成『強固』的心證，而導致其後無法專以公判審理之結果為其心證形成之基
20 礎」；相對於此，前者基本上仍在通說之白紙主義的延長線上，亦即以肯認起訴
21 狀一本主義之意旨係在於預斷防止，故將所謂「預斷」理解為「就實體事項在公
22 判前預先形成『某程度』的心證」。

23 不過，應注意者係，以上本意見書之整理，雖將日本學說區分為白紙主義，
24 以及公平性說、形式預備說暨分段說；但事實上，即便係將起訴狀一本理解為白
25 紙主義之論者，亦多認為若該當前述公平性說以及形式預備說之情形者（亦即符
26 合雙方當事人平等參與且僅為整理爭點而不涉及實體心證之情形），則並不違背
27 白紙主義⁴³。而少數派之分段說的支持者當中，則有兼採公平性說以及形式預備
28 說之論者⁴⁴；惟亦有默認形式預備說但對公平性說提出質疑者⁴⁵。一言以蔽之，彼

³⁹ 酒卷匡，同註 36，頁 148-149

⁴⁰ 酒卷匡，同註 36，頁 149

⁴¹ 換言之，起訴狀一本主義並未禁止預先提出主張，只是禁止預先提示事證資料以證其主張。長沼範良，事前準備と予断の防止，法学教室 266 号，2002 年，頁 117-118。雖有指出起訴一本主義具有明確區分偵查程序與審判程序之分段意義，藉此確保審判的公平中立性，於此之上更進一步指出，同主義還蘊含著更深沈的訴訟構造論上的意義，亦即法院無法事前閱覽全卷，自然就無法主導公判審理，如此一來便能貫徹當事人進行主義之訴訟構造。酒卷匡，同註 11，頁 19-20。一般認為，起訴狀一本主義之意旨，係在於斷絕審判者（法官）繼承訴追者（檢察官）之心證，以圖將刑事訴訟之構造從戰前的職權主義轉換為戰後的當事人主義，此點應無異論。田淵浩二，予断排除の原則・再考，静岡大学法政研究 8 卷 1 号，2003 年，頁 7；大澤裕，「新たな準備手続」と証拠開示，刑法雜誌 43 卷 3 号，2004 年，頁 434；金子章，同註 10，頁 78。

⁴² 橫井大三，同註 33，頁 5。酒卷匡，同註 36，頁 149。

⁴³ 池田修＝前田雅英，同註 34，頁 179-180。相對於此，如前引白取祐司，同註 12，頁 268-270 則認為，即便係雙方當事人平等參與且僅為整理爭點而不涉及實體心證之審前準備程序，仍有違背起訴狀一本之白紙主義之疑慮。

⁴⁴ 例如，酒卷匡，同註 36，頁 149。

⁴⁵ 例如，金子章，同註 10，頁 74（對公平性說之批判），76（默認形式預備說，並明確指出將起訴狀一本主義之趣只理解為預斷防止並不合理，而主張應採分段說）。

1 邦學說之主流，係以通說之白紙主義為立論基礎，與此之上輔以公平性說以及形
2 式預備說予以調和⁴⁶。

3 要之，除分段說外，其餘諸說（不論係立基於牴觸抑或不牴觸之立場），皆
4 係在起訴狀一本即白紙主義之延長線上，以「必須防止預斷才能符合公平法院之
5 要求」為其立論的前提，而其所謂「預斷」則係指「心證」，故所謂「預斷防
6 止」即係指「空白心證」。要之，各說間之差異，主要係在於其所要求「空白心
7 證」之程度與範圍。嚴格貫徹白紙主義之論者，將其程度與範圍最大化，要求不
8 得在公判庭之前預先形成任何與本案有關之心證，不論實體或形式，也不論該心
9 證是否具有不偏性（即便雙方當事人皆公平參與）。反之，形式預備說則重在認
10 為白紙主義僅係要求不得預先形成與實體有關之心證，而公平性說則重在認為白
11 紙主義乃係要求不得預先形成具有偏向一方當事人之心證。

12 綜上以言可知，日本學說多數係認為，起訴狀一本主義應採取非嚴格的白紙
13 主義，亦即其核心乃係要求不得預先形成具有偏頗性之與實體有關之心證。若
14 此，我們不難發現一個有趣的現象，亦即，在審前準備程序與起訴狀一本主義之
15 間是否生牴觸之問題的文脈下，日本學說多數，就日憲法第 37 條第 1 項所謂公
16 平法院之理解，未必以素來通說之理解為其立論基礎。按如上述，於此文脈下，
17 多數認為，此時並不僅止於形式上之審判主體之組織等構成面之問題，亦包括實
18 質上是否符合預斷防止原則之問題。而與前述素來通說之理解較具親和性者，反
19 而應係少數派之分段說⁴⁷。對此，本意見書認為，就我國之憲法解釋論而言，在
20 理解公平法院原則與公平審判原則乃至於各該原則與迴避制度之關係上，應採取
21 以區分論⁴⁸為前提之分段說為宜。

22 肆、我國解釋論上的調和與抉擇

23 按我國導入國民法官新制後，就國民法官參與審理的案件，係採取卷證不併
24 送制度；而非屬國民法官參與審理的案件，則仍維持卷證併送制度，在此雙軌制
25 下起訴狀一本主義（卷證不併送）應做何解，即生問題。按若將起訴狀一本解為
26 係以預斷防止為核心，如此豈非意味著刑事訴訟法維持卷證併送制度，有違反預
27 斷防止原則之問題？實有矛盾之感。反之，若將之解為與預斷防止原則無關，則
28 又似與國民法官法之條文文義有所鑿枘⁴⁹。對此，如下所析，以區分論為前提之
29 分段說應能較合理地調和此等矛盾與鑿枘。

30 一、「卷證併送」與「卷證不併送」雙軌制下之「預斷」與「迴避」

31 日本之舊刑訴法時代，與我國現行刑訴法相同，係採卷證併送制度，因此法
32 院可以（且必須）預先閱卷，一般認為，此係以職業法官就一般論抽象而言並無

⁴⁶ 亦即，以一般論而言，皆係在維持起訴狀一本係採白紙主義（通說）之前提下，以公平性說以及形式預備說，作為說明審前準備程序為何並不違背起訴狀一本主義之理由。池田修＝前田雅英，同註 34，頁 179-180；田口守一，同註 12，頁 268；椎橋隆幸，公判前整理手續の在り方について，刑法雜誌 47 卷 1 号，2007 年，頁 96-97。

⁴⁷ 而分段說認為起訴狀一本主義之核心並非在於貫徹預斷防止，而僅係在於明確區分偵查程序與審理程序；若就此點而論，自係有異於起訴狀一本即白紙主義乃在於預斷防止之通說理解。不過，事實上，也有論者指摘，所謂起訴狀一本主義之意旨本就未必明瞭，判例學說亦呈現解讀各異之狀態。橫井大三，同註 33，頁 1。

⁴⁸ 所謂區分論，如前所述，係指區分「公平法院原則」與「公平審判原則」並主張前者重在「形式不偏性」之保障而後者重在「實質不偏性」之保障之立場。

⁴⁹ 按我國之國民法官法第 43 條第 1 項規定：「行國民參與審判之案件，檢察官起訴時，應向管轄法院提出起訴書，並不得將卷宗及證物一併送交法院。」同條第 4 項則明定：「起訴書不得記載使法院就案件產生預斷之虞之內容。」。

1 抱持預斷之危險為其制度設計之前提⁵⁰。而之所以認為職業法官就一般論抽象而
2 言並無抱持預斷之風險，其根據係求諸於「法官之基本的行動原理」，亦即，日
3 憲法第 76 條第 3 項所定，法官不受憲法與法律以外之拘束，應獨立行使職權⁵¹。
4 要之，職業法官作為專業審判者，因其具有「專業性」且須服膺於「倫理性」要
5 求（係指必須確實履踐「法忠實性」、「獨立性」、「公平中立性」、「公正之
6 保持」等法官職業倫理規範之要求），而得與一般人加以區別⁵²。又當時之日憲
7 法雖尚無公平法院之保障明文，惟通說認為公平法院乃係近代訴訟理念之法理上
8 的當然要求而肯認之⁵³。要之，在彼邦舊刑訴法時代，係以職業法官就一般論抽
9 象而言並無抱持預斷之危險為刑事訴訟制度設計之前提，而肯認卷證併送制度並
10 無違背日憲法所保障之公平法院原則。

11 惟日本戰後刑訴法，改採起訴狀一本主義（日刑訴法第 256 條第 6 款），以
12 一般論而言，彼邦通說認為，同條之立法意旨係在於，即便是職業法官，一旦得
13 預先調查卷證資料或係接觸證據，恐亦難以否定其有形成預斷之可能，因此，以
14 立法規範法官不得預先接觸起訴書以外的案件相關訊息，以防止預斷之形成，藉
15 此實現憲法所保障的公平法院之要求⁵⁴。通說在立論上雖與前引分段說（有力
16 說）並不相同，然實則兩者亦有共通處。按如前述，分段說之核心係在於明確區
17 分偵查階段與審判階段（以避免形成法院繼承檢察官之偵查所得心證之外觀）以
18 貫徹公判中心主義。要之，貫徹公判中心主義此點即為通說與分段說之共通處
19 ⁵⁵。按兩說之差異係在於，通說認為即便是職業法官也有形成預斷之可能；相對
20 於此，分段說則維持了職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險此一觀念
21 ⁵⁶，而認為即便職業法官事前接觸事證資料，也並不當然因此生預斷之危險⁵⁷。兩
22 說之所以生此差異的關鍵，係在於其對何謂「預斷」之理解各異⁵⁸。兩說在理解
23 上的異同可整理如下表所示：

⁵⁰ 酒卷匡，同註 11，頁 19。並有論者指出，日本當時導入起訴狀一本主義之時，便有參與修法之委員認為，法官即便預先閱讀偵查所得之事證資料也不會因此就產生預斷，若真有此等擔心，只要在法律上明定法官不得因此抱有預斷之訓示規定，與此同時注力於強化法官之專業教育，就為已足。橫井大三，同註 33，頁 8。相對於此，亦有論者批評，舊刑事訴訟法之卷證併送規定，有法官抱持先入觀之預斷蒞臨法庭之問題。椎橋隆幸，同註 46，頁 95。

⁵¹ 松尾浩也，同註 12，頁 214；金子章，同註 10，頁 69。

⁵² 加藤新太郎，ゼミナール裁判官論，第一法規，2004 年，頁 39-44。

⁵³ 松尾浩也，予斷防止の原則と起訴狀一本主義，法學セミナー 322 号，1981 年，頁 44。

⁵⁴ 最高裁昭和 27 年 3 月 5 日判決（同註 33）；金子章，同註 10，頁 71-72。相對於此，亦有論者指摘，起訴狀一本主義之核心，其實並非禁止法院在第一次公判期日前接觸事證資料，而只是禁止法院承繼檢察官單方之事證資料而產生偏頗或產生看似偏頗的外觀；有關此點，觀證據開示制度即可知之，伴隨著起訴狀一本主義所採行之同制度下，法院為了判斷是否有必要行證據開示自可於公判前預先接觸該證據之內容（因為，若不審閱該證據之內容，自無法判斷有無開示之必要），對此，亦未有見指摘此乃違預斷防止原則之論者（換言之，即便因此預先接觸該證據之內容，亦不會形成預斷之心證）。大澤裕，同註 41，頁 434。

⁵⁵ 以一般論而言，通說將起訴狀一本主義解為公判白紙主義，如此一來，法院當然只能依據公判法庭之證據調查來形成心證，而落實公判中心主義。橫井大三，同註 33，頁 5。換言之，如表 1 所示，通說要求「以空白之心證蒞臨公判庭」，故邏輯上必然符合「法院應僅能以公判審理之結果為其心證形成之基礎」之要求；而分段說則係要求「法院應僅能以公判審理之結果為其心證形成之基礎」，故就「法院應僅能以公判審理之結果為其心證形成之基礎」（貫徹公判中心主義）此點而言，兩者係屬一致。

⁵⁶ 酒卷匡，同註 11，頁 19。

⁵⁷ 酒卷匡，同註 11，頁 19。

⁵⁸ 事實上，早有論者指摘，所謂起訴狀一本主義之預斷防止原則之意旨本就未必明瞭，判例學說

1
2 表 1

	對「職業法官抱持預斷之危險」之理解	對「起訴狀一本主義」之理解
白紙主義 (通說)	<p>A：法官應遵守職業倫理依照憲法、法律、良心而為專業判斷⇒故就一般論抽象而言無此危險⇒並無「預斷」之「實質」⁵⁹。</p> <p>B：但一般大眾難免心生疑慮⇒仍有生「預斷」之「虞」(危險)的「外觀」⁶¹。</p>	<p>A、B 合併以觀⇒A、B 皆為預斷之問題⇒即便是職業法官仍難以否定其有形成預斷之可能⇒有預斷防止之問題⇒違反起訴狀一本主義⇒起訴違法(公訴之提起必然無效)⇒不受理⇒無治癒可能(白紙一旦受污染即無法恢復其潔白無瑕之狀態)⁶⁰。</p>
	通說所謂之「預斷防止」：係指「應以空白之心證蒞臨公判庭」=白紙主義。	「應以空白之心證蒞臨公判庭」
分段說 (有力說)	<p>A：法官應遵守職業倫理依照憲法、法律、良心而為專業判斷⇒故就一般論抽象而言無此危險⇒並無預斷之實質。</p> <p>B：一般大眾難免生心疑慮⇒但與預斷無關⇒乃係偵查程序與審理程序之明確分段之問題⇒嚴格而言，其本質乃係民眾對於司法之信賴度之問題而非預斷之問題。</p>	<p>A、B 不合併以觀⇒B 本非預斷之問題⇒有關實體之事證資料皆應於公判庭中進行合法調查而不得預先提出(貫徹公判中心主義)⇒若違背(預先提出)⇒也非違反起訴狀一本主義(因為起訴狀一本主義本非在預斷防止而在明確分段)⇒而係未經合法調查之違法(本應於公判程序證據調查階段方能接觸之證據，法院預先接觸，而有形成某種程度心證之外觀)⁶²。</p>
	分段說所謂的「預斷防止」：並非係指「以空白之心證蒞臨公判庭」，而係指「防止法院在公判前形成『強固』的心證而導致其無法專以公判審理之結果為其心證形成之基礎」=「確保法院能專以公判審理之結果為其心證形成之基礎」 ⁶³ 。	
小結：	(1) 通說之白紙主義要求「以空白之心證蒞臨公判庭」，在邏輯上必然符合「法院應僅能以公判審理之結果為其心證形成	

亦呈現解讀各異之狀態。橫井大三，同註 33，頁 1。

⁵⁹ 係指在公判前已經預先接觸事證資料而形成「強固」的心證(以一般論而言，一個專業的法官，確實不太可能僅因為預先接觸事證資料就形成「強固」的心證)。

⁶⁰ 最高裁昭和 27 年 3 月 5 日判決(同註 33)指出，一旦違反日刑訴法第 256 條 6 項必然使公訴之提起無效(本件有反對意見)。並參照高田卓爾，同註 33，頁 4。

⁶¹ 係指在公判前已經預先接觸事證資料而形成「某程度的心證」(雖就實質、客觀上而言，法官並未因預先接觸事證資料而形成強固的心證，故仍得以公判之證據調查結果來形成心證進行公平審判；但就形式、主觀上而論，確實也難以否認一般大眾或許仍難免心生疑慮，而唯恐法院無法公平審判)。

⁶² 長沼範良，同註 41，頁 118。

⁶³ 田淵浩二，同註 41，頁 8。

	<p>之基礎」之要求。</p> <p>(2) 分段說要求「法院應僅能以公判審理之結果為其心證形成之基礎」，但不要求法院「以空白之心證蒞臨公判庭」。換言之，此說認為即便在公判庭之前已經形成「某種」心證（例如在審前準備程序預先接觸「證據內容」以判別有無調查之必要性的情形），仍有可能符合「法院應僅能以公判審理之結果為其心證形成之基礎」之要求⁶⁴。亦即，只有在法院在公判前已經預先形成「強固」的心證，而導致其無法符合「法院應僅能以公判審理之結果為其心證形成之基礎」之要求之時，方才有違反預斷防止原則之問題⁶⁵。</p>
--	--

1

2 承上表所示，實際上，亦有論者明確主張，日憲法第 37 條第 1 項所定「公
3 平法院」應從「職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險」此一觀念加以
4 理解，並以此為基礎，支持分段說⁶⁶；且更進一步指出，與起訴狀一本主義同列
5 為預斷防止原則之體現的迴避制度之解釋⁶⁷，亦應為同解；即同論者認為，日刑
6 訴法第 20 條第 7 款⁶⁸之保障核心，並非通說所主張的預斷防止，而係在於維持審
7 級利益⁶⁹。

8 二、我國解釋論上的抉擇—國民法官法與刑訴法之調和

9 基上可知，就我國解釋論而言，首應釐清者係，「職業法官就一般論抽象而
10 言並無抱持預斷之危險」此一觀念，是否為現行刑訴法之設計前提。有關此點，
11 觀同法第 264 條第 3 項明文規定採行卷證併送制度，由此可知現行刑訴法應係以
12 「職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險」此一觀念為制度設計之前
13 提。又我國憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不
14 受任何干涉。」，係與前述日憲法第 76 條第 3 項所定同旨，即皆係彰顯出對職
15 業法官之「專業性」與「倫理性」之要求。彼邦以日憲法第 76 條第 3 項為據，
16 認為職業法官因其「專業性」與「倫理性」而得與一般人加以區別，由此肯認
17 「職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險」，基此，本意見書認為以我
18 國憲法第 80 條為據，亦可採同解。

19 再者，我國之國民法官法第 43 條（第 1 項、第 4 項）明定卷證不併送，若
20 將同條解為係在於預斷防止，恐與採卷證併送制度之刑訴法之間，產生解釋論上
21 的齟齬。故而本意見書認為採取以區分論為前提之分段說來理解同法第 43 條，
22 方能在解釋論上得出一個較為合理的詮釋。亦即，為調和國民法官法採卷證不併
23 送而刑訴法採行卷證併送之雙軌制的合理性，有關國民法官法第 43 條第 1 項
24 （卷證不併送）之意旨，應採分段說將之理解為並非在於防止法院之預斷，而僅

⁶⁴ 此點應係以「職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險」此一舊刑事訴訟法時代之觀念作為其立論之前提。

⁶⁵ 事實上，也有分段說之支持論者明確指出「預斷」並非僅係單純指「預先形成某種心證」，而係指「審判者就實體事項已經預先形成強固的心證以致於無法基於公判庭之證據調查形成心證」。金子章，同註 10，頁 78；同氏，同註 32，頁 234-235。

⁶⁶ 金子章，同註 32，頁 232。

⁶⁷ 如前所述，按通說，迴避之規定與起訴狀一本主義（日刑事訴訟法第 256 條第 6 項）之規定，素來同被理解為乃係日刑訴法上「預斷防止原則」之體現，用以擔保日憲法第 37 條第 1 項所定「公平法院」之規定。

⁶⁸ 相當於我國刑訴法第 17 條第 8 款

⁶⁹ 金子章，同註 32，頁 235-236。

1 係要明確區分偵查階段與審判階段，以貫徹公判中心主義。至於同法同條第 4 項
2 所定起訴書不得記載使法院就案件產生「預斷」之虞等旨，其所稱「預斷」，從
3 分段說之觀點以言，不應解為係來自於所謂卷證不併送制度之預斷防止之觀點
4 ⁷⁰，而應解為係基於國民法官法考量到國民法官之「素人性」（亦即欠缺前述之
5 職業法官之「專業性」與「倫理性」），為了避免（國民法官參與之）法院出現
6 未經公判庭之合法的證據調查程序就逕行形成「某程度」的心證之外觀，故特此
7 規定以求周延⁷¹。而分段說所理解之預斷防止之內涵，並不要求法院以空白之心
8 證蒞臨公判庭，僅要求法院應以公判審理之結果為其心證形成之基礎⁷²。換言
9 之，若採分段說，唯有在「法院就實體事項已經預先形成『強固』的心證，以致
10 於無法基於公判庭之證據調查形成心證」之時，方有違反預斷防止之問題。

11 基上，本意見書認為，我國現行刑訴法既以「職業法官就一般論抽象而言並
12 無抱持預斷之危險」此一觀念為制度設計之前提，則如前所述以區分論為前提之
13 分段說之支持論者所言應屬可採，亦即迴避制度之所以禁止曾參與「前審」之法
14 官再度參與審理，其保護核心並非在於預斷防止⁷³，而係在於維持審級利益。要
15 之，公平審判原則與公平法院原則乃係兩項不同之原則，其間雖存有橋接點⁷⁴，
16 但兩者終究並非同一概念且其之保護射程與具體內涵亦屬各異。一言以蔽之，
17 **就憲法原則落實於刑訴法之層次而言，透過迴避制度所欲落實者，並非公平審
18 判原則之實質不偏性保障，而係公平法院原則之形式不偏性保障。**

19 相對於此，不同於本意見書立場，我國有論者主張，迴避制度所對應者，即
20 係憲法上之公平審判原則⁷⁵。同論者指出，法官自行迴避之規範目的即在於公平
21 審判原則，以立法排除不能秉持中立而有偏頗之虞的法官，刑訴法第 17 條第 1
22 款至第 7 款皆同此旨，何獨第 8 款為例外，故認為第 8 款應與前 7 款作同解，意
23 在維持公平審判而非單純維護審級利益，故而只要參與自己裁判之「救濟」途徑
24 之法官，就已經不該當於公平審判原則所要求的「中立的第三人」，即應予迴避
25 ⁷⁶。若採取前述以不區分論為前提之嚴格的白紙主義的立場，此論亦非無據。惟
26 如前所析，為調和我國刑訴法之卷證併送與國民法官法之卷證不併送之雙軌制，
27 就解釋論而言，本意見書認為，應採行以區分論為前提之分段說的立場為妥。再
28 者，自現行刑訴法採行卷證併送制度（而肯認「職業法官就一般論抽象而言並無
29 抱持預斷⁷⁷之危險」此一觀念為前提）之視點觀之，既然制度設計上係肯認即便
30 法官事前閱覽全卷亦不影響於其仍為「中立的第三人」，那麼，在邏輯上，應難

⁷⁰ 換言之，分段說認為卷證不併送制度（起訴狀一本）之核心並非在於預斷防止而係在於貫徹公判中心主義。

⁷¹ 類似見解，請參照長沼範良，同註 41，頁 118。

⁷² 事實上，亦有論者指出，在日本尚未導入起訴狀一本主義之舊刑訴時期，本來就有預斷防止之觀念，此乃近代訴訟制度當然之法理；只是此時所謂預斷防止並非係指禁止法官在公判庭之前預先接觸事證資料（按當時係採卷證併送制度，一般認為法官在一般論抽象上而言並無預斷之危險），而是指公平法院之確保（具體之確保係體現在法官之迴避相關規定之上）；不過同論者也指出，卷證併送制度究竟在何種程度上會影響審判之公正，其理解乃係因人而異，並認為實務運作上，確實給人有一種過度依賴偵查之事證資料而導致審判流於形式且未充分注意被告之主張的印象。橫井大三，同註 33，頁 8-9。

⁷³ 因為制度設計既然肯認職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險，於此意義上，僅係曾經參與前審並無實質預斷（係指預先形成強固的心證而言）之問題，自無預斷防止之必要。

⁷⁴ 即如後述，就我國而言，兩者之橋接規定乃係刑訴法第 18 條第 2 款，而非第 17 條第 8 款。

⁷⁵ 林鈺雄，同註 2，頁 105。

⁷⁶ 林鈺雄，同註 2，頁 105-106

⁷⁷ 這裡的預斷係採分段說觀點，即指僅因預先閱卷便形成「強固」的心證之情形。

1 以將「只要參與自己裁判之『救濟』途徑之法官」就一律解為即「非中立的第三
2 人」。要之，職業法官具有「專業性」與「倫理性」，亦即僅服膺於憲法與法
3 律，必須依法公平審判，而「公平法院」原則之「公平」係指「法院的體質」
4 （組織與構成）是否具有「不偏頗」（即不偏向任何一方當事人）之「中立性」
5 之「外觀」而言；若此，以一般論抽象來說，一個具有專業性與倫理性之法官，
6 著實不太可能僅因曾「參與自己裁判之『救濟』途徑」就當然失去「組織等構成
7 面」之意義上的「形式中立性」（形式不偏性）。另一方面，不論刑訴法或國民
8 法官法皆規定有審前準備程序，此種制度設計，在本質上亦與嚴格的白紙主義並
9 不相容，而與分段說最具契合性，於此意義上，亦應肯認採取分段說係較為合
10 理。

11 當然，公平法院既然作為公平審判之前提，於此意義上，自然也並非完全沒
12 有將公平審判之保障（實質不偏性之保障）導入公平法院之保障（形式不偏性之
13 保障）的餘地。事實上，日本一般論也認為，日刑訴法第 21 條所定「有不公平
14 審判之虞者」（不公平な裁判をする虞があるときは）⁷⁸得聲請迴避，乃係公平
15 法院原則與公平審判原則之橋接規定。而同條所定「有不公平審判之虞者」，即
16 相當於我國刑訴法第 18 條第 2 款所稱「足認其執行職務有偏頗之虞者」。要
17 之，即便肯認有將公平審判之概念導入公平法院原則之餘地，兩者之橋接規定，
18 亦非我國刑訴法第 17 條所定各款，而係同法第 18 條第 2 款。惟應注意者係，即
19 便透過橋接規定將公平審判之概念導入公平法院原則，也並不會因此影響於公平
20 法院原則之本質乃係在於確保法院體質之組織等構成面的形式不偏性之保障。實
21 際上，依據日本通說，日憲法第 37 條第 1 項之「公平法院」作為迴避制度之指
22 導原則，其中當然亦包括聲請迴避之部份，亦即，聲請迴避所稱「有不公平審判
23 之虞者」，也同樣僅係在於保障形式不偏性，亦即在於保障「法院的體質」應
24 具有公平性且無偏頗之虞（而非關於裁判的「內容實質的公平妥當」性之「直
25 接保障」）⁷⁹。此點，觀彼邦最高法院 1972 年 11 月 16 日判決⁸⁰之旨，即可知
26 之。亦即，同判決認為，日刑訴法第 21 條所謂有不公平審判之虞係指「該當案
27 件之審理過程以外之要因」所致者；並同時指出，若係屬於「該案程序內之審理
28 的方法或審理態度等」則原則上並不該當之⁸¹。

⁷⁸ 同註 5。

⁷⁹ 岩田誠，同註 12，頁 72-73。

⁸⁰ 最決昭 47 年 11 月 16 日刑集 26 卷 9 号 515 頁。

⁸¹ 最決昭 47 年 11 月 16 日（同前註）：「付審判請求制度において、公正な判断機関として裁判所が選ばれている点から考察すれば、その審判の公正を担保するために、担当裁判官について除斥忌避などの規定が適用されるものと解するのが相当である（最高裁昭和四四年（し）第五三号同年九月一日第一小法廷決定・刑集二三卷九号一一〇〇頁）ところ、一般に裁判官の忌避の制度は、裁判官の事件の当事者と特別な関係にあるとか、手続外においてすでに事件につき一定の判断を形成しているとかの、当該事件の審理過程に属さない要因により、当該裁判官によっては、その事件についての公平で客観性のある審理および裁判が期待しがたいと認められる場合に、当該裁判官を事件の審判から排除し、もつて裁判の公正およびこれに対する信頼を確保することを目的とするものであるから、その手続内における審理の方法や審理態度などは原則として忌避事由となりえないのであり、また、裁判官が特定の審理方式を示した場合において、その方式自体は適法、かつ、相当であったとしてもなお審理過程に属さない要因に基づいて忌避事由が存するとすべきことがありうる反面、その方式が著しく違法不当であったからといつて、かかる方式をとることがもつばら前記のごとき審理過程外の要因の存在を示すものと認めるべき特段の事情が存するのではないかぎり、これをもつて裁判官を忌避する事由となしえないこと多言を要しない。」（下線部分為本意見書所加）。

1 不過，對此，彼邦有學者批判指出，雖說造成「不公平審判之虞」，通常係
2 來自於審理過程以外之要因，但此點並無理論上之必然性，即便審理方式（例如
3 訴訟指揮等）多屬法院裁量事項，但也無法完全否定其有時亦具有能成為「推認
4 有不公平審判之虞的表徵」之重要意味⁸²。惟細察此說所謂「推認有不公平審判
5 之虞的表徵」之論旨，其之基本論據仍然立於區分論之延長線上。亦即，此論所
6 欲指摘者係，公平法院原則重在形式不偏性（**考量審判本身以外之情事**），公
7 平審判原則重在實質不偏性（**考量審判本身之諸情事**）；但作為例外，仍無法
8 否認，有時仍有必要將公平審判（實質不偏性）之概念導入公平法院（形式不偏
9 性）原則所指導的迴避制度之中。

10 本意見書也肯認，聲請迴避制度作為公平法院與公平審判之橋接規定，在
11 理解聲請迴避制度所謂「有不公平審判之虞者」之時（刑訴法第 18 條第 2
12 款），確實無法否認有時仍有必要將公平審判之實質不偏性保障導入其中，但
13 在理解本件系爭之自行迴避制度所謂「前審」之意涵時（刑訴法第 17 條第 8
14 款），則無此必要。按若法院之組織構成面上，並無「偏頗」之「外觀」（與
15 個別案件無利害關係＝**考量審判本身以外之情事**）又無害審級利益（**未曾參與**
16 **下級審＝考量審判本身以外之情事**），即便其曾經參與自己裁判之救濟途徑者
17 （曾經參與前次審判），也並不會因此就有害於公平法院之形式不偏性。至於公
18 平審判之實質不偏性保障，則應透過聲請迴避制度（橋接規定）之「不公平審判
19 之虞」之要件來予以落實，依據個案情況具體判斷之。不過，必須補充說明者
20 係，就我國刑訴法第 18 條第 2 款所定「足認其執行職務有偏頗之虞者」之具體
21 適用而言，我國實務素來係採嚴格解釋，認為要符合像是法官與當事人乃至於訴
22 訟關係人間「具有故舊、恩怨等關係」（審判本身以外之情事）等「完全客觀之
23 原因」方能該當，至於當事人主觀認為法官之訴訟指揮對其不利等情（審判本身
24 之諸情事）則不該當同款所定⁸³，此解顯係未意識到同款具有橋接規定之性質，
25 自非妥當。於此意義上，本意見書之立場，應重新理解為「以橋接式區分說為
26 前提之分段說」，相對於「以區分說為前提之分段說」，其差異即在於就橋接
27 規定之部份（即日刑訴法第 21 條、我國刑訴法第 18 條第 2 款所定情形）是否應
28 導入實質不偏性之保障；若貫徹區分說，則會得出如彼邦實務乃至於我國實務
29 之嚴格解釋之結論而限縮橋接規定之保障範圍，反之若採本意見書之立場，則
30 在橋接規定之情形，則應在維持形式不偏性保障之原則下，併同導入實質不偏
31 性之概念以擴大其保障範圍。

⁸² 鈴木茂嗣，同註 31，頁 170。

⁸³ 最高法院 107 年度台抗字第 87 號刑事裁定：「所稱『足認其執行職務有偏頗之虞者』，係指法官與訴訟關係人具有故舊、恩怨等關係，其審判恐有不公平而言，一般係以通常的人所具有的客觀、合理觀點，對於該承辦法官是否能為公平的裁判，足以產生懷疑，作為判斷標準，而非僅依當事人片面、主觀作判斷，具體而言，若僅以己意揣測，或對法官訊問方式不滿，尚不得據為聲請迴避的理由。至於訴訟上的指揮，乃專屬於法院的職權，當事人的主張、聲請，祇供法院判斷參考，不生法院不採納其主張或否准其聲請，即謂有偏頗之虞，並進而以此憑為聲請法官迴避的依據。」（同旨：最高法院 106 年度台抗字第 899 號刑事裁定；最高法院 92 年度台抗字第 43 號刑事裁定）；最高法院 79 年台抗字第 318 號刑事判例：「刑事訴訟法第十八條第二款規定，得聲請法官迴避原因之所謂『足認其執行職務有偏頗之虞者』，係指以一般通常之人所具有之合理觀點，對於該承辦法官能否為公平之裁判，均足產生懷疑；且此種懷疑之發生，存有其完全客觀之原因，而非僅出諸當事人自己主觀之判斷者，始足當之。至於訴訟上之指揮乃專屬於法院之職權，當事人之主張、聲請，在無礙於事實之確認以及法的解釋，適用之範圍下，法院固得斟酌其請求以為訴訟之進行，但仍不得以此對當事人之有利與否，作為其將有不公平裁判之依據，更不得以此訴訟之進行與否而謂有偏頗之虞聲請法官迴避。」

1 最後，有關刑訴法第 17 條第 1 款至第 7 款與第 8 款在解釋論上欠缺一貫性
 2 之指摘，本意見書認為，不論係採取區分論抑或橋接式區分論的立場，皆不生
 3 此問題。按在區分論之前提下，彼邦通說一貫認為，日刑訴法第 20 條第 1 款至
 4 6 款（近似於我國刑訴法第 17 條第 1 款至第 7 款之規定）以及第 7 款所定「前
 5 審」之理解（近似於我國刑訴法第 17 條第 8 款之規定），係統合在日憲法第 37
 6 條第 1 項所定公平法院原則之形式不偏性保障下⁸⁴的兩種不同類型；第一類係與
 7 個別案件有利害關係，第二類係曾經參與前審⁸⁵。第一類之情形係因法官已經與
 8 案件有某種利害關係，以至於「客觀上」（外觀上＝考量審判本身以外之情
 9 事）已經不能令人信服其能服膺專業性與倫理性來依法審判，而有害法院之組織
 10 等構成面所要求之形式不偏性（重在公平法院之公正性），而為法定應予自行迴
 11 避之事由；第二類之情形則係因曾參與下級審，損及當事人之審級利益（＝考量
 12 審判本身以外之情事），而同樣有害法院之組織等構成面所要求之形式不偏性
 13 （重在公平法院之平等性）⁸⁶。一言以蔽之，不論區分論抑或橋接式區分論皆認
 14 為，第一類與第二類之一貫性係表現在落實憲法所保障「公平法院原則」之
 15 「形式不偏性」要求之上，亦即皆係「考量審判本身以外之情事」。基此，本
 16 意見書認為，考量到我國現行法採取卷證併送（刑訴法）與卷證不併送（國民法
 17 官法）之雙軌制在解釋論上的調和性，應採以橋接式區分論為前提之分段說為
 18 當，若此，即可借鏡上述彼邦之理解，對我國刑訴法第 17 條第 1 款至第 8 款採
 19 取同樣的類型化解釋。於此意義上，自無所謂何獨第 8 款可為例外之問題。亦
 20 即，同條第 1 款至第 7 款本屬一類（上述第一類），而第 8 款則屬於另一類（上
 21 述第二類），兩類同樣皆服膺於公平法院原則所要求的形式不偏性之保障下（＝
 22 考量審判本身以外之情事），惟前者著重在公平法院之公正性，而後者著重在公
 23 平法院之平等性⁸⁷。

24 據上所述，本意見書所主張之以橋接式區分論⁸⁸為前提之分段說之內涵可整
 25 理如下表所示。

26
 27 表 2

以橋接式區分論為前提之分段說		
	公平法院原則	公平審判原則
意義	公正（信賴性與形式不偏性）而平等之法院	公正（正確性、信賴性與實質不偏性）而平等之審判
性質	法院的體質問題： (1)要求法院之組織等構成面	審判的實質問題： 要求自偵查、起訴、審

⁸⁴ 同條第 1 至 7 款皆係為落實日憲法第 37 條第 1 項之「公平法院」之類型化規定（申言之，即係將客觀上有害審判主體之構成面之公平性之虞的事由予以類型化）三井誠ほか編，新基本法コンメンタール：刑事訴訟法，第 3 版，日本評論社，2018 年，頁 34-35。

⁸⁵ 三井誠ほか編，同前註，頁 34-35。

⁸⁶ 即如前述，公平法院之公平係指公正且平等，第一類等於侵害公正之不偏性，而第二類則係侵害平等（法律之前人人平等）之不偏性。

⁸⁷ 同前註。

⁸⁸ 如前所析，所謂區分論，一言以蔽之，係指「公平法院原則＝形式不偏性保障」與「公平審判原則＝實質不偏性保障」之區分。而橋接式區分說則係原則上仍以區分論為立論基盤，只是在橋接規定之情形（即日刑訴法第 21 條、我國刑訴法第 18 條第 2 款），則應在維持形式不偏性保障之原則下，併同導入實質不偏性之概念以擴大其保障範圍。

	具有公正、平等之外觀。 (2)因係法院的體質問題，故公平法院之所謂「公正」，尚不涉及（審判內容）正確性之問題。	判等之訴訟全過程之程序面與實體面具有公正、平等之實質。
兩者之關係	達成公平審判之前提	公平法院乃係達成公平審判之必要條件而非充要條件
不偏性要求	形式不偏性（法院之組織構成等形式面＝考量審判本身以外之情事）	以形式不偏性為前提之實質不偏性（對具體個案有無產生預斷＝考量審判本身之諸情事）
「分段說」之內涵 ⁸⁹	(1)「預斷」係指「法院於公判前已預先形成『強固』的心證」 (2)國民法官法第 43 條第 1 項（卷證不併送）之意旨，並非在於防止法院之預斷，而僅係要明確區分偵查階段與審判階段，以貫徹公判中心主義。 (3)刑訴法所採卷證併送制度並無違反預斷防止原則。 (4)不論刑訴法或國民法官法皆以「職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險」為制度設計之前提。	
	職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險⇒職業法官應服膺於專業性與倫理性。	職業法官就個案論具體而言是否抱持預斷之危險⇒必須就個案具體判斷。
與迴避制度之關係	自行迴避制度（第 17 條）： (1)第一類（同條第 1 款至第 7 款）：與案件有利害關係而造成法院之組織等構成面具有不公正之外觀。 (2)第二類（同條第 8 款）：侵害審級利益而造成法院之組織等構成面具有不平等之外觀：迴避制度之「前審」乃在於維護審級利益。	/
	公平法院與公平審判之「橋接規定」：聲請迴避（第 18 條第 2 款）⇒原則上仍係在於保障形式不偏性保障，但在例外之情形 ⁹⁰ 應併同導入實質不偏性之概念以擴大其保障範圍。	

⁸⁹ 相對於此，白紙主義所謂之「預斷」係指「應以空白之心證蒞臨公判庭」。

⁹⁰ 如前所述及，雖說造成「不公平審判之虞」，通常係來自審判本身以外之情事，但像是訴訟指揮等審判本身之諸情事，有時也可能存有足以推認有不公平審判之虞的表徵之重要意味之情形，此時即係所謂例外之情形。

1 伍、結論

2 承上所析，本意見書認為基於刑訴法之卷證併送與國民法官法之卷證不併送
3 之雙軌制的調和性觀點，就我國解釋論而言，應採行以橋接式區分論為前提之分
4 段說為宜。據此，針對本件所涉四項爭點，可得結論如下：

5 問（爭點一）：於特定案件刑事通常程序參與裁判之法官，後於該案非常
6 上訴程序，復參與裁判，而未迴避，是否違憲？理由為何？

7 答：本意見書認為，並未違憲。如前所述，迴避制度乃係憲法上所保障之公
8 平法院原則之體現，其根據可求諸於我國憲法第 16 條（訴訟權之保障）。若按
9 橋接式區分論而言，則所謂公平法院之意涵，係指公正而平等之法院，旨在落實
10 形式不偏性之保障，其與公平審判原則意在保障實質不偏性之旨並不相同。要
11 之，公平法院原則乃係關涉法院體質之問題，亦即要求法院之組織等構成面具有
12 公正、平等之外觀（形式面）；而不涉及實體（審判本身）。換言之，公平法院
13 之保障原則上與裁判正確性之實質保障並無直接關係，就刑訴法第 17 條而言，
14 第 1 款至第 7 款係屬於第一類，旨在保障公平法院之形式公正性（即指法院之組
15 織等構成面具有公正、平等之外觀，而與裁判正確性無關），同條第 8 款則屬於
16 第二類，旨在於維持審級利益以保障公平法院之形式平等性（不論何人皆平等享
17 有同樣的審級利益）而與實體上是否構成預斷無關。且如前述，現行刑訴法採行
18 卷證併送制度，亦即肯認「職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險」。
19 再者，按分段說，所謂「預斷」係指「法院於公判前已預先形成『強固』的心
20 證」。既然現行刑訴法在制度設計上認為，即便讓法官事前閱覽全卷，亦不至於
21 使其於公判前預先形成『強固』的心證，而仍得以維持其中立第三人之立場；
22 同理，即便係曾經參與自己裁判之救濟途徑之法官（亦即曾參與前次審判），也
23 並非當然就因此於公判前便會預先形成「強固」的心證而失其中立第三人之立
24 場。要之，如前所析，職業法官必須服膺於「專業性」與「倫理性」之基本的行
25 動原理之要求（憲法第 80 條），著實不太可能僅因曾參與前次審判，就因此失
26 去「組織等構成面」之意義上的「形式中立性」（形式不偏性）。若此，即便於
27 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，
28 若其並非曾經參與下級審，而並未侵害當事人之審級利益，即未有損於憲法所保
29 障之公正法院原則所要求組織等構成面之形式不偏性，自不在迴避之列。不過，
30 應注意者係，雖我國實務主流素來認為，審級利益之維護僅限於通常救濟程序之
31 三級三審制度，從而，非常救濟程序之非常上訴與再審即不在此限。惟按橋接式
32 區分論之主張，若就審級利益之保護而言，顯然並無僅保護通常救濟程序而排除
33 非常救濟程序之理，從而，即便係非常上訴乃至於再審程序，若有曾參與下級審
34 之情形，仍應予以迴避。

35 問（爭點二）：曾於特定案件刑事第二審程序參與裁判之法官，後於該案
36 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
37 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？

38 答：本意見書認為並未違憲。如前所述，按橋接式區分論之理解，所謂公平
39 法院原則，係指法院之組織構成等「形式面」應具有信賴性與不偏性（＝考量審
40 判本身以外之情事），故刑訴法第 17 條第 8 款所定參與「前審」之所以應予迴
41 避，乃係為了維護審級利益（法院之組織構成等形式面之不偏性＝考量審判本
42 身以外之情事），而非為了預斷防止（對具體個案有無產生預斷等實質面之不
43 偏性＝考量審判本身之諸情事），因此，所謂「前審」自係指「下級審」而
44 言，於此意義上，最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例所示意旨並無違憲。

1 相對於此，不區分論則認為，公平法院原則並非僅止於確保法院之形式信賴
2 性與形式不偏性等組織構成面問題，更在於落實公平審判原則所要求之預斷防止
3 等實質不偏性之保障，而將「前審」解為「前次審判」。換言之，此論認為，參
4 與「前審」之所以應予迴避，除保護審級利益外更為防止預斷，且其所謂「預
5 斷」之理解係與前述白紙主義之主張若合符節，而與以橋接式區分論為前提之分
6 段說所理解之「預斷」並不相同。對此，本意見書認為，有鑒於我國現行法採卷
7 證併送（刑訴法）與卷證不併送（國民法官法）之雙軌制之調和性觀點，應採以
8 橋接式區分論為前提之分段說為當，故不宜以白紙主義來理解「預斷」。按現行
9 刑訴法採行卷證併送制度，在制度設計上係肯認即便法官預先接觸卷證資料而在
10 公判前已經先形成『某程度』的心證也不會因此影響其中立性而仍能持平判決；
11 換言之，現行法係以「職業法官就一般論抽象而言並無抱持預斷之危險」此一觀
12 念為制度設計之前提，若此，即便法院曾經參與「前次審判」，也非當然即會因
13 此預先形成「強固」的心證之預斷。要之，現行法設計既以「職業法官就一般論
14 抽象而言並無抱持預斷之危險」此一觀念為前提，所謂「預斷」，自非如「白紙
15 主義」所指之「已經預先形成『某程度』的心證」，而係指「審判者就實體事項
16 已經預先形成『強固』的心證以致於無法基於公判庭之證據調查形成心證」。蓋
17 如前析，一個應服膺於「專業性」與「倫理性」之憲法要求之職業法官，即便曾
18 經參與「前次審判」，就一般論抽象而言也不會因此就預先形成「強固」的心證
19 （以致於無法基於公判庭之證據調查形成心證）。

20 另一方面，以不區分論為前提之白紙主義，係將「預斷」理解為「預先形成
21 『某程度』的心證」，以此而言，確實與一般法律素人之主觀印象較具有親近
22 性。若考量到我國司法信賴度素來低落，似乎一般國民也理所當然地「直覺式」
23 的認為“難以期待”曾經參與「前次審判」之法官推翻「自己」所為之「前次審
24 判」；由此以言，以不區分論為前提之白紙主義，就我國問題狀況之對應而言，
25 亦非完全無可取之處。惟本意見書認為，法解釋並不能單憑直覺式的印象論而
26 定，而需有堅實的理論基礎，事實上，此種「直覺式」的國民之主觀印象所認為
27 的“難以期待”，顯然並不該當於「預先形成『強固』的心證」之「預斷」的情
28 形。按區分論之理解，就職業法官必須受「專業性」與「倫理性」拘束之憲法觀
29 點來看，即便法官曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，其再行參與之
30 際，也必須按上級審發回更審之意旨「依法審判」。要之，從法客觀面而言，即
31 便係曾經參與「前次審判」之法官，也「必須」依法（按上級審發回更審之意
32 旨）推翻「自己」所為之「前次審判」。事實上，我國實務運作在原則上也係如
33 此行。基此，本意見書認為，將「前審」解為「前次審判」，雖不違背文義又可
34 符合大眾之直覺式印象論之觀感，但並不合於現行法制度設計之立論前提，且將
35 並未「預先形成『強固』的心證」之法官⁹¹皆列為應迴避對象，就實際而言，亦
36 係不當地擴大曾參與前審應予迴避之範圍⁹²，恐難調為妥適。

37 問（爭點三）：曾於特定案件參與最高法院刑事第三審裁判之法官，於該
38 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

⁹¹ 換言之，這些法官並未預先形成「預斷」（係指並未預先形成強固的心證），還是可以基於公判庭之證據調查形成心證。

⁹² 要之，在爭點二之情形，並未侵害當事人之審級利益；且法官實際上也並未形成預斷（強固的心證），還是可以符合專業性與倫理性之要求進行審判（亦即並無該當刑訴法第 18 條第 2 款之情形），實無僅因其曾經參與前次審判便認為一律應迴避之理論上的必要性。

1 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
2 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？

3 答：本意見書認為，就曾參與最高法院刑事第三審裁判之法官復又參與第三
4 審裁判之情形，如前所述，若按橋接式區分論，所謂「前審」係指「下級審」，
5 爭點三所示情形，既係「同級審」（皆參與第三審），自毋庸迴避，故並無違
6 憲。又有關此點，即便均由被告上訴，結論亦無不同。按如前述，刑訴法第 17
7 條第 8 款所定屬於第二類，其旨在於維持審級利益以保障公平法院之形式不偏性
8 之平等性，亦即抽象地（不分案件）保護所有當事人（不分控方辯方）皆能平等
9 地享有同樣的審級利益，而與實體上是否構成預斷（針對具體個案保護被告）無
10 涉，由此以言，則是否均由被告上訴此點自係無關宏旨。

11 而中華民國 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
12 實施要點第 2 點規定（更二以後之案件，依保密分案程序[在保密送案簿記載某
13 股承辦]由原承辦股辦理）是否違憲之問題，除涉及迴避制度之理論外，還涉及
14 保密分案程序以及法定法官原則應如何理解之問題。就迴避制度之部份，本意見
15 書係採取以橋接式區分論為前提之分段說，故應迴避之「前審」係指「下級審」
16 而言，其詳已如前述，於此不贅。而有關保密分案之問題，雖該程序有其為確保
17 司法審判之獨立性之大時代背景，但在運用上久經詬病，並已於民國 101 年 4 月
18 16 日廢止。本意見書亦認為保密分案制係屬違憲。蓋若採保密分案制，則當事
19 人徒有聲請迴避之權，也無從行使，若此，顯然係侵害其依據憲法第 16 條所保
20 障之訴訟權（其中自係包括聲請迴避權之保障）。而至於「由原承辦股辦理」之
21 部份，就迴避制度之觀點來看，若採橋接式區分論，因同屬第三審，並無上下審
22 級之關係，自不在迴避之列，就此觀點而言並無違憲。惟就法院之案件分配應服
23 膺於法定法官原則此一觀點而言，則有違憲之虞。按法定法官原則（憲法第 16
24 條與第 80 條⁹³）要求在案件分配上應具有完全性⁹⁴、抽象性⁹⁵、明確性⁹⁶、穩定性
25 ⁹⁷、事先性⁹⁸、年度性⁹⁹。而「由原承辦股辦理」此一規則，恐有牴觸抽象性與年
26 度性兩項要求之問題。首先，按抽象性之要求，係應依據「事理上客觀之要素」
27 來進行「一般的抽象的」事務分配。然而實務上之所以規定更二以後之案件一律
28 由原承辦股辦理，其考量係在抑制濫行發回（更審）。要之，即便發回，之後再
29 上訴三審，還是會回到原股別（俗稱：連身條款），於此意義上，應可相當程度
30 地抑制承審法官為減輕自己的審理負擔而濫行發回之情形。由此以觀，此規定顯
31 係出於「如何維持法官同僚間的勞務負擔的公平性」之考量，而非基於法定法官
32 原則所要求之作為分配依據的「事理上客觀之要素」之抽象性的觀點。再者，按
33 此規定既係自更二以後一律由原承辦股辦理，則根本非以司法年度為單位至為顯
34 然，更無待贅言。故此，本意見書認為，最高法院第二次發回更審以後民刑事上
35 訴案件分案實施要點第 2 點規定之連身條款部份，雖未違背公平法院原則，但顯
36 然違背法定法官原則，而有違憲之虞。

⁹³ 司法院釋字第 665 號解釋參照。

⁹⁴ 係指該管法院所管轄之所有案件皆應全數予以分配，不得因人員不足或結案需求等而有不予分配之情形。

⁹⁵ 係指應依據事理上客觀之要素進行一般的抽象的事務分配。

⁹⁶ 係指應具體明確地確定承審法官。

⁹⁷ 係指事務分配計劃在同一司法年度中原則上不得變更。

⁹⁸ 係指應事先按照抽象規則加以分配，不得事後變更。

⁹⁹ 係指事務分配應以司法年度為單位，超過年度單位之分配自始當然無效。

1 問（爭點四）：刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定：「法官於該管案件有下列
2 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
3 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
4 院釋字第 178 號解釋是否應予補充？

5 答：如上所析，依據本意見書所採取之以橋接式區分論為前提之分段說之立
6 場，第 17 條第 8 款之規定係在於維持審級利益，而非在於預斷防止，故同款所
7 稱「前審」係指「下級審」而言，並非係指「前次審判」，故該條所定「前審」
8 之範圍並不包括上述三種情形（即「非下級審」之情形）。依此點而論，釋字第
9 178 號解釋之意旨應予維持。惟如前述，按橋接式區分論之立場，所謂審級利益
10 之維持，並非限於通常救濟程序，亦包括非常救濟程序，從而，即便係非常上訴
11 或再審，如有曾參與下級審之情形，為維護當事人之審級利益，仍應予以迴避，
12 就此點而言，司法院釋字第 178 號解釋應予補充。此外，我國刑訴法第 18 條第
13 2 款所定「足認其執行職務有偏頗之虞者」之運用，雖在司法院釋字第 178 號解
14 釋意旨之射程範圍外，惟有鑒於我國實務素來對於同款之具體運用，一貫採取
15 不當的嚴格解釋，即認為要符合像是法官與當事人乃至於訴訟關係人間「具有
16 故舊、恩怨等關係」（審判本身以外之情事）等「完全客觀之原因」方能該
17 當，至於當事人主觀認為法官之訴訟指揮對其不利等情（審判本身之諸情事）
18 則不該當同款所定云云，此解顯係未意識到同款乃係公平法院原則與公平審判
19 原則之橋接規定之性質。對此，本意見書認為，藉本件釋憲案之機，也應一併
20 導入以橋接式區分論為前提之分段說之觀點予以補充解釋，其要點有三：第
21 一，確立刑訴法第 18 條第 2 款之性質，係屬於公平法院原則與公平審判原則之
22 橋接規定；第二，採取以橋接式區分論為前提之分段說，將「預斷」理解為
23 「在公判前預先形成『強固』的心證（以致於無法基於公判庭之證據調查形成
24 心證）」，確立刑訴法第 18 條第 2 款之核心即在於防止此種「預斷」；第三，
25 在判斷是否構成同款所欲防止之「預斷」時，並不限於「審判本身以外之情
26 事」，也應包括諸如法院擁有裁量權之訴訟指揮等之「審判本身之諸情事」¹⁰⁰在
27 內。

28

29

30

31

32 附屬文件之名稱及其件數ⁱⁱⁱ

文件編號	文件名稱或內容	備註

¹⁰⁰ 係指「審判本身之諸情事」具有能成為「推認有不公平審判之虞的表徵」之重要意味之情形。例如從「法官之訴訟指揮有對辯方不利等情」而足以「推認」法院已經違反無罪推定原則之情形，即應解為係該當於刑訴法第 18 條第 2 款所定「足認其執行職務有偏頗之虞者」之情形。並參照註 90 之說明。

1
2
3
4
5
6
7
8

此致

憲法法庭 公鑒

中華民國 111 年 8 月 15 日

具狀人 即 撰狀人 劉芳伶

ⁱ 憲法訴訟法（以下簡稱本法）第 19 條第 1 項規定，憲法法庭審理案件認有必要時，得依職權或依聲請，通知當事人或關係人到庭說明、陳述意見，並得指定專家學者、機關或團體就相關問題提供專業意見或資料。本法第 6 條第 1 項、第 2 項以外之機關受憲法法庭通知依本條第 1 項規定提出專業意見或資料意見時，使用本意見書。

ⁱⁱ 本法第 19 條第 3 項規定，當事人、關係人以外之人民或團體，依第一項指定提出專業意見或資料時，應揭露以下資訊：

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。
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。

三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

ⁱⁱⁱ 本法第 14 條第 1 項第 7 款規定，書狀應記載附屬文件之名稱及其件數。