

憲法法庭判決

112 年憲判字第 14 號

聲 請 人 劉政哲等共五十二人

聲請人之姓名、編號、訴訟代理人及住居所，如附表一上開聲請人一至五十二（除聲請人三外）主張如附表二所列各該確定終局裁判，分別所適用之刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定、中華民國 80 年 8 月 16 日核定修正之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第 2 點規定（或 98 年、101 年修正條文）、最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定二、最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 1 款及第 2 款、最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例，各有抵觸憲法疑義，聲請解釋憲法、法規範憲法審查及補充司法院釋字第 178 號解釋；聲請人三十九併就最高法院 111 年度台上字第 2479 號刑事判決，另聲請人三僅就最高法院 111 年度台抗字第 657 號刑事裁定，各聲請裁判憲法審查。本庭判決如下：

主 文

- 一、刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定所稱法官「曾參與前審之裁判者」，係指法官就同一案件之審級救濟程序，「曾參與下級審之裁判」，不包括「曾參與發回更審前同審級法院之裁判」之情形，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，尚無違背。於此範圍內，司法院釋字第 178 號解釋毋庸補充或變更。 1
- 二、法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判程序）或非常上訴程序，應自行迴避，不得參與審判。刑事訴訟法未明文規定上開法官迴避事由，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違。有關機關應於本判決公告之日起 2 年內，於刑事訴訟法明定上開法官迴避事由。於修法完成前，刑事訴訟再審及非常上訴程序之新收與繫屬中案件，審理法院應依本判決意旨辦理。 2
- 三、中華民國 80 年最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案 3

件分案實施要點第 2 點（及 98 年、101 年之修正版本，內容相同；108 年修正之版本僅更名為最高法院第二次發回更審以後之民刑事上訴案件分案實施要點，內容相同）及最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 1 款規定，最高法院第三次發回更審以後之刑事上訴案件（即最高法院就同一案件之第四次審判起），均分由最後發回之原承審法官辦理，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，均尚無違背。

四、最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定：「二、重大刑 4
案……撤銷發回後再行上訴，仍分由原承辦股辦理」，及最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 2 款規定，將重大刑事案件發回更審再行上訴之案件仍交由原承審法官審理，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，均尚無違背。

五、最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例：「……推事曾參與第二 5
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」部分，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，尚無違背。

六、聲請人一、聲請人四至五十二關於法規範憲法審查之聲請為無理 6
由，均駁回。

七、聲請人三聲請裁判憲法審查部分，最高法院 111 年度台抗字第 7
657 號刑事裁定違憲，廢棄並發回最高法院。

八、聲請人三十九就最高法院 111 年度台上字第 2479 號刑事判決聲 8
請裁判憲法審查部分，駁回。

九、附表二所列聲請人有關暫時處分聲請部分，均駁回。 9

理 由

壹、案件事實與聲請意旨【1】 1

一、聲請人一【2】 2

聲請人一涉犯貪污治罪條例等罪，經最高法院 89 年度台上字第 3
1044 號刑事判決駁回上訴而告確定。嗣經最高檢察署（更名前為最

高法院檢察署，下稱最高檢察署）檢察總長向最高法院提起非常上訴，經最高法院 94 年度台非字第 115 號刑事判決（下稱確定終局判決一）以無理由駁回非常上訴。【3】

聲請人一於中華民國 105 年 11 月 24 日聲請解釋憲法，主張略以：非常上訴程序之合議庭法官成員，其中 2 位法官分別曾參與通常救濟程序第二審審判程序中第一次（臺灣高等法院 82 年度上訴字第 6491 號刑事判決）及更一審審判程序（臺灣高等法院 84 年度上更（一）字第 146 號刑事判決），卻未依刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定（下稱系爭規定）於非常上訴程序中迴避，是確定終局判決一實質援用之系爭規定，未包括非常上訴程序中之法官應迴避事由，侵害其憲法第 16 條之訴訟權，應屬違憲，並聲請補充司法院釋字第 178 號解釋（下稱系爭解釋）等語。其餘聲請意旨詳如聲請書所載，受理標的參附表二。【4】

二、聲請人二【5】

聲請人二因涉犯詐欺案件，經福建高等法院金門分院 108 年度上易字第 9 號刑事判決確定。聲請人二就前開判決聲請再審，經福建高等法院金門分院 110 年度聲再字第 6 號刑事裁定（下稱確定終局裁定一）駁回再審之聲請。【6】

聲請人二於 111 年 7 月 1 日向本庭聲請法規範憲法審查，主張略以：確定終局裁定一之 2 位承審法官，曾參與作成福建高等法院金門分院 108 年度上易字第 9 號刑事判決，未於再審程序中迴避。聲請人二認確定終局裁定一實質援用之系爭規定，未包括再審程序中之法官應迴避事由，侵害其憲法第 16 條之訴訟權，應屬違憲，並聲請補充系爭解釋等語。其餘聲請意旨詳如聲請書所載，受理標的參附表二。【7】

三、聲請人三【8】

聲請人三因家暴傷害致死案件，經臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 679 號刑事判決確定（下稱 103 年度刑事確定判決），聲請人三就前開判決聲請再審，經法院駁回、抗告、撤銷發回後，前

開法院以 110 年度聲再更一字第 4 號刑事裁定駁回再審之聲請。聲請人三不服提起抗告，主張參與前開第二次駁回再審聲請裁定之法官曾參與上開 103 年度刑事確定判決，而未迴避。嗣最高法院以 111 年度台抗字第 657 號刑事裁定（下稱確定終局裁定二）以抗告無理由駁回。【9】

確定終局裁定二之駁回理由略為：刑事案件中參與確定判決之法官，於再審案件之迴避，以 1 次為限，且限於首次對確定判決聲請再審時始應迴避，聲請人三就同一刑事確定判決已多次聲請再審，是曾參與該確定判決之法官，於第二次起之再審案件中毋庸再迴避。聲請人三認前開確定終局裁定二所持見解違憲，向本庭聲請裁判憲法審查。其餘聲請意旨詳如聲請書所載，受理標的參附表二。【10】

四、聲請人四至四十九【11】 11

聲請人四涉犯共同意圖擄人勒贖而故意殺人罪，經最高法院 89 年度台上字第 2196 號刑事判決（下稱確定終局判決二）以上訴無理由駁回而告確定。【12】 12

聲請人四於 106 年 12 月 6 日聲請解釋憲法，主張略以：作成確定終局判決二之合議庭其中 4 位法官，曾參與最高法院撤銷發回臺灣高院法院判決之審理程序（最高法院 87 年度台上字第 2540 號及 88 年度台上字第 3896 號刑事判決），未於確定終局判決二之審理程序中迴避，是確定終局判決二所實質援用之系爭規定及 80 年 8 月 16 日核定修正之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第 2 點規定（下稱系爭要點一），侵害其憲法第 16 條保障之訴訟權，應屬違憲，並聲請補充系爭解釋等語。【13】 13

另聲請人五至四十九皆主張各該發回裁判之第三審法官有重複參與第三審程序，而未迴避之情形，各該裁判所適用之系爭規定、系爭要點一等規定，與憲法第 16 條保障之訴訟權有違等語，聲請法規範憲法審查。其中聲請人三十九，另併就最高法院 111 年度台上字第 2479 號刑事判決（下稱確定終局判決三）主張該判決之法官中，有 2 人曾參與第三審之第二次發回判決（最高法院 108 年度台上字第 958 14

號刑事判決)而未迴避,認有違憲之疑義等語,聲請裁判違憲審查。

【14】

上開聲請人等之聲請意旨及受理標的,詳見各該聲請書及附表 15
二所載。【15】

五、聲請人五十【16】 16

聲請人五十涉犯強盜殺人罪,經最高法院 98 年度台上字第 4758 17
號刑事判決(下稱確定終局判決四)以上訴無理由駁回而告確定。聲
請人五十於 111 年 7 月 4 日向本庭聲請法規範憲法審查,主張略以:
確定終局判決四所援用之最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決
定:「二、重大刑案……撤銷發回後再行上訴,仍分由原承辦股辦
理」(下稱系爭決定),容許曾參與最高法院前次撤銷發回判決審理
程序之承審法官,毋庸迴避而繼續審理並作成確定終局判決四,系爭
決定違反法律保留原則、法定法官原則及正當法律程序,侵害憲法第
16 條之訴訟權等語,聲請法規範憲法審查。其餘聲請意旨詳如聲請
書所載,受理標的參附表二。【17】

六、聲請人五十一、四十四至四十九及五十二【18】 18

聲請人五十一因涉犯殺人等罪,迭經最高法院撤銷發回高等法 19
院更審,末由聲請人就臺灣高等法院花蓮分院(下稱花蓮高分院)
97 年度重上更(三)字第 21 號刑事判決(下稱確定終局判決五)提
起上訴,經最高法院 97 年度台上字第 3864 號判決以上訴違背法律上
之程式予以駁回。聲請人五十一於 107 年 5 月 15 日聲請解釋憲法,
主張略以:作成確定終局判決五之合議庭中 2 位法官,曾參與先前之
第二審審判程序(花蓮高分院 92 年度上訴字第 18 號及 94 年度上更
(一)字第 12 號刑事判決)而未迴避,是確定終局判決五所實質援
用之系爭規定及最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例(下稱系爭判
例),與公平法院的要求有所牴觸,侵害憲法第 16 條保障之訴訟權
及正當法律程序,應屬違憲,並聲請補充系爭解釋等語。【19】

聲請人五十一於上開殺人等罪案件審判過程中,認花蓮高分院 20
95 年度重上更(二)字第 53 號刑事判決之承審法官有偏頗之虞,而

曾聲請法官迴避，未經最高法院 96 年度台抗字第 27 號刑事裁定（下稱確定終局裁定三）以抗告無理由駁回聲請人五十一之聲請法官迴避。聲請人五十一於 107 年 5 月 15 日聲請解釋憲法，理由略以：確定終局裁定三所實質援用之系爭判例抵觸公平法院之要求，違反憲法第 16 條所保障之訴訟權及正當法律程序，應屬違憲，並聲請補充系爭解釋等語。【20】

另聲請人四十四至四十九，亦各主張各該確定終局判決之歷審 21
程序中，均有曾參與第三審發回更審前第二審裁判之法官，再次參與發回後同屬第二審之更審裁判，而未迴避之情事。各該裁判所適用之系爭判例，與憲法第 16 條所保障之訴訟權有違等語。【21】

又聲請人五十二，主張其自訴案件為第一審臺灣臺北地方法院 22
裁定不受理，經其抗告後由第二審法院發回第一審法院更審。聲請人五十二認該更審法官曾參與上開第一審不受理裁定而未迴避，聲請法官迴避，經臺灣臺北地方法院裁定駁回後提起抗告，復經臺灣高等法院 109 年 2 月 5 日之 109 年度抗字第 143 號刑事裁定（下稱高等法院 2 月 5 日刑事裁定）以無理由駁回，且不得再抗告。是本件聲請，應以上開高等法院 2 月 5 日刑事裁定為本案之確定終局裁定（下稱確定終局裁定四），合先敘明。聲請人五十二主張其自訴案件之第一審更審判決法官，曾參與更審前之第一審裁判而未迴避，確定終局裁定四所適用之系爭判例有違憲之疑義等語。【22】

上開聲請人等之聲請意旨及受理標的，詳見各該聲請書及附表 23
二所載。【23】

貳、受理依據、審查標的及審理程序【24】 24

一、受理依據【25】 25

（一）憲法訴訟法（下稱憲訴法）施行日前聲請者（本庭收案日為 26
111 年 1 月 3 日以前）【26】

按憲訴法第 90 條第 1 項規定：「本法修正施行前已繫屬而尚未 27
終結之案件，除本法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定。」司法院大法官審理案件法（下稱大

審法)第5條第1項第2款規定：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。」次按，聲請人對於確定終局裁判所適用之司法院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核確有正當理由者，應予受理（司法院釋字第784號、第795號解釋及本庭112年憲判字第6號判決參照）。

【27】

(二)依憲訴法第92條第2項規定，於憲訴法施行日起6個月內聲請者（本庭收案日為111年1月4日至7月4日）【28】

按憲訴法第92條第2項規定：「第59條第1項之法規範憲法審查案件……聲請人所受之確定終局裁判於本法修正施行前已送達者，6個月之聲請期間，自本法修正施行日起算；其案件之審理，準用第90條第1項但書及第91條之規定。」是於憲訴法施行後6個月內聲請者，其案件受理與否之依據，與上開（一）部分相同。【29】

(三)最終裁判於111年1月4日憲訴法修正施行後送達者【30】

按112年7月7日修正施行之憲訴法第59條第1項規定：「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」同條第2項規定：「前項聲請，應自用盡審級救濟之最終裁判送達後翌日起之6個月不變期間內為之。」是最終裁判於憲訴法施行後始送達者，其案件受理與否之依據為憲訴法第59條規定。【31】

(四)聲請受理部分【32】

附表二中之各聲請人（除聲請人三外），分別就各該確定終局裁判所適用之系爭規定、系爭要點一、系爭決定或系爭判例聲請解釋憲法、法規範憲法審查，並聲請補充或變更系爭解釋；又聲請人三及三十九另分別就各該確定終局裁判聲請裁判憲法審查，核與上開各該受理要件相符，均予受理。【33】

另最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項（下稱系爭要

點二) 第 1 款及第 2 款規定，為現行最高法院刑事案件分案時，就原審更三審以上案件或重大刑事案件發回更審後上訴案件，指定發回原承辦股之規範依據，其內容分別與系爭要點一及系爭決定之意旨相同，顯具重要關聯性，爰一併納入本案之審查標的。【34】

(五) 聲請人二十三、二十四及四十九之受理部分【35】 35

查聲請人二十三於 107 年 3 月 27 日向本庭聲請解釋憲法，並於 36 同年 5 月 30 日經受理在案，嗣於等待執行期間，於 109 年 6 月 13 日死亡；聲請人二十四於 107 年 7 月 18 日向本庭聲請解釋憲法，並於同年 11 月 14 日經受理在案，嗣於等待執行期間，於 108 年 9 月 7 日死亡。上開兩位聲請人於本件中皆有委任訴訟代理人，依憲訴法第 46 條規定準用行政訴訟法第 53 條規定，訴訟代理權不因本人死亡而消滅。是為維護其等受憲法保障之基本權利，本庭爰繼續審理上開二聲請人之聲請案。【36】

另聲請人四十九部分，經查本件聲請案之確定終局判決（參附 37 表二）之受判決人為杜明郎及杜明雄二人，業皆因案執行死刑而死亡，聲請人四十九為受判決人之胞兄，係前開受判決人之二親等旁系血親，為維護因執行死刑而死亡之受判決人受憲法保障之基本權利，於此範圍內，爰參酌刑事訴訟法第 427 條第 4 款規定之法理，准許聲請人四十九為受判決人之利益聲請，合先敘明。【37】

(六) 撤回但未准許部分【38】 38

查附表二中聲請人七、十一及十七各曾具狀撤回聲請。本庭認 39 此三件聲請案均具有憲法上原則重要性，依憲訴法第 21 條第 1 項但書規定，不准許聲請人撤回聲請。【39】

二、審查標的（參附表三）【40】 40

(一) 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。」（系爭規定）【41】 41

(二) 司法院釋字第 178 號解釋：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱 42 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。」（系爭解釋）【42】
- （三）80年8月16日最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第2點：「更二以後之案件，依保密分案程序（在保密送案簿記載某股承辦）由原承辦股辦理。」（98年、101年版本：參附表三）（系爭要點一）【43】 43
- （四）107年9月19日最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項第1款規定：「九、（分原承辦股）案件有下列情形之一者，應分原承辦股：（一）原審更三審以上再行上訴之案件。」（109年版本：參附表三）（系爭要點二第1款）【44】 44
- （五）最高法院83年度第8次刑事庭庭長會議決定：「二、重大刑案……撤銷發回後再行上訴之案件，仍分由原承辦股辦理……。」（系爭決定）【45】 45
- （六）107年9月19日最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項第2款規定：「九、（分原承辦股）案件有下列情形之一者，應分原承辦股：……（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件。」（109年版本：參附表三）（系爭要點二第2款）【46】 46
- （七）最高法院29年上字第3276號刑事判例：「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。」（系爭判例）【47】 47
- （八）最高法院111年度台抗字第657號刑事裁定（聲請人三聲請）【48】 48
- （九）最高法院111年度台上字第2479號刑事判決（聲請人三十九 49

聲請) 【49】

三、審理程序 【50】

50

就本件刑事訴訟法官迴避之爭議，由於併案審理之聲請案共 52 51
件，依其憲法上爭點可歸納為：就同一案件，(1) 再審或非常上訴
程序法官曾參與確定前裁判（包括歷審裁判），審查標的為系爭規定
及系爭解釋（下稱類型一）；(2) 第三審法官曾參與同屬第三審之
先前發回裁判，審查標的涉及系爭規定、系爭解釋、系爭要點一、系
爭要點二第 1 款及第 2 款、系爭決定（下稱類型二）；(3) 第二審
或第一審更審程序法官曾參與發回更審前之同審級先前裁判，審查標
的涉及系爭規定、系爭解釋及系爭判例（下稱類型三），共三種類
型，有些聲請案更同時涉及上述類型二及三。本庭考量本件各該聲請
案之審查標的多涉及系爭規定及系爭解釋等相同規定，其憲法爭點均
與刑事訴訟程序之法官迴避事由有關，乃併案審理。【51】

依憲訴法第 19 條第 1 項規定，本庭認有必要時，得依職權舉行 52
公開或不公開之說明會，通知聲請人或關係人到庭說明。由於本件之
併案眾多，各聲請案就上開三種類型所主張之違憲事由亦有其共通
性，本庭考量公開說明會之空間、時間等事實上限制及可行性，並兼
顧訴訟效率，乃以上開三種類型案件中最早受理者，即聲請人一、四
及五十一之聲請案，為各該類型之代表案，於 111 年 10 月 24 日舉行
公開說明會。本庭除通知聲請人一、四及五十一之訴訟代理人、關係
機關最高法院與司法院刑事廳，及專家學者到會陳述意見外，並即時
線上直播說明會，另通知當時未受通知出席說明會之其餘已併案聲請
人之訴訟代理人，得以書面方式就說明會之爭點題綱提出補充書狀，
陳述意見。【52】

本庭斟酌各聲請書、說明會各方陳述及補充書狀等，作成本判 53
決，理由如下。【53】

參、形成主文之法律上意見 【54】 54

一、據以審查之憲法權利 【55】 55

憲法第 16 條保障人民之訴訟權，其意旨在使人民於其權利遭受 56

侵害時，得依法向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，而獲及時有效救濟，以貫徹有權利即有救濟之憲法原則。至於訴訟救濟之程序、要件、審級等重要事項，原則上應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、目的及司法資源有限性等因素，以法律定之。是立法機關就訴訟制度之具體內容，自有一定之形成空間，本庭原則上應予尊重；惟如涉及訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第752號及第761號解釋參照），則為立法形成之界限，而應加強審查。然因刑事訴訟攸關犯罪追訴、論罪科刑等刑事正義之實現，且與被告人身自由等重要權利密切相關，是相較於民事、行政訴訟等其他訴訟程序，刑事訴訟程序自應受憲法正當法律程序原則更嚴格之要求，自不待言。

【56】

按法官迴避制度之目的在確保法官公正審判，以維護訴訟救濟 57
之功能，是法官迴避制度為訴訟制度之重要事項，原則上應由立法者以法律定之。於我國刑事訴訟程序，立法者除於刑事訴訟法第17條明定8款法官應自行迴避事由外，另於同法第18條第2款明定如有上述8款以外之事由，足認法官執行職務有偏頗之虞，當事人亦得聲請法官迴避。惟所謂「有偏頗之虞」固與維持公正審判之外觀或實質相關，然所可能涉及的事由相當多樣，其解釋適用亦容有一定之判斷餘地。上開法官迴避事由是否必然涉及憲法訴訟權保障之核心內容，仍須個別認定，難以一概而論。【57】

就此，司法院釋字第761號解釋曾明示以下二種情形，已涉及 58
訴訟權保障之核心內容，而為憲法所要求之法官迴避事由：（一）法官因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突；（二）法官因先後參與同一案件上下級審判及先行程序之決定，致可能產生預斷，因而使當事人喪失審級救濟利益。上開解釋雖係就法官參與同一智慧財產權事件所生之各種訴訟（民、刑事與行政訴訟）應否迴避所為之解釋，然其所闡釋之訴訟權保障核心內容，就所涉法官迴避事由之憲法爭點而言，仍足以為本件可資援引適用之裁判先例。【58】

按上開釋字第761號解釋所稱法官預斷影響之風險，係指會因 59

而損及人民就同一案件之「審級救濟利益」者，始構成憲法要求之法官迴避事由（司法院釋字第 761 號解釋理由書第 15 段參照）。然就法官因曾參與同一案件之先前審判所致之預斷風險，是否即必然會使當事人喪失其審級救濟利益，毋寧其關鍵在於：法官參與先前審判是否會發生「審查自己所作裁判」之情形，以致該法官再次參與之審判於實質上已難發揮救濟實益。於下級審法官就同一案件再參與上級審裁判之情形，因係「審查自己所作裁判」，故必然損及當事人於該上訴審之審級救濟利益。基於同一法理，如參與確定裁判之法官，再參與就該確定裁判所提起之再審或非常上訴程序，即使不涉及通常救濟程序之審級利益，因仍會發生「審查自己所作裁判」之情形，致當事人喪失其非常救濟利益，從而原則上亦應屬憲法所要求之法官迴避事由。反之，法官縱曾參與同一案件之先前審判，如無「審查自己所作裁判」之情形，即不必然屬於憲法所要求之法官迴避事由。【59】

是法官就其審判之個案如有「利益衝突」及「審查自己所作裁判」兩種情形之一，自難期待其公正審判，且亦將損及當事人之救濟利益，從而即應迴避而不得參與該個案之審理、裁判，此乃憲法所要求之法官迴避事由。相關訴訟法規如容許法官於上述兩種情形得不迴避或未規定應迴避，該法規範應屬違憲；法官於有上述兩種情形之一時，未迴避而參與個案之審判，該個案裁判亦屬違憲。【60】

由於「利益衝突」和「審查自己所作裁判」均屬抽象概念，故立法者仍得考量法官迴避之目的（如提升人民信賴、維持公正審判外觀等）、相關程序類型（如刑事、民事或行政訴訟、上訴或抗告程序、發回更審程序、非常救濟程序等）、實體及程序利益（如避免裁判歧異、促進裁判效率等）、司法資源配置（如法院組織員額之事實上限制）等各項因素，就其具體內容及適用範圍為適當之決定。如刑事訴訟法第 17 條第 1 款至第 7 款規定即係立法者就利益衝突類型內容之具體化決定，同條第 2 款規定之親等範圍即為該特定情事適用範圍大小之決定。於立法未明文規定時，各級法院亦得本於法官自治原則，自訂不牴觸上位規範之補充規範。至於上述兩種情形以外之其他

迴避事由，如立法者以法律或各級法院以其分案規則，另列為法官迴避事由，以擴大對人民訴訟權之保障，自屬憲法所許。【61】

至就立法者或各級法院所定迴避事由，包括上開「利益衝突」、「審查自己所作裁判」類型，或就其他法定應迴避事由（如「有偏頗之虞」）之具體內容及適用範圍，是否屬憲法所要求之法官應迴避事由，發生爭議（如終審法院只有一庭，對其確定裁判聲請再審時之法官迴避問題），本庭則應本於憲法訴訟權及正當法律程序原則之要求，綜合並權衡上開迴避目的、相關程序類型、實體及程序利益、司法資源配置等各項因素認定之。【62】

二、本判決所涉法官迴避事由之類型、審查標的及爭點【63】

查本件各聲請人據以聲請系爭規定等法規範違憲所涉之法官應自行迴避事由可分為：就同一案件，（1）再審或非常上訴程序法官曾參與確定前裁判（包括歷審裁判）（類型一）、（2）第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判（類型二）、（3）第二審或第一審更審程序法官曾參與發回更審前之同審級先前裁判（類型三）等三種類型。上述三種類型均涉系爭規定是否違憲及系爭解釋應否變更的憲法爭點，上述類型二另涉系爭要點一、系爭要點二第1款及第2款及系爭決定，類型三則另涉系爭判例之審查標的。【64】

按上述三種類型所涉迴避事由，均係法官就同一案件曾參與先前裁判，致可能已有預斷之「審查自己所作裁判」類型，而非「利益衝突」類型。是本件就上述三種類型所審查之各該法規範是否違憲，關鍵在於：法官因參與同一案件先前裁判所生之預斷，是否已構成「審查自己所作裁判」之情形，而必然影響刑事被告之審級或非常救濟利益？【65】

三、主文第一項部分：系爭規定合憲，系爭解釋毋庸補充或變更【66】

系爭規定將「曾參與前審之裁判者」列為法官應自行迴避事由，依系爭解釋，系爭規定所定「前審」係指於刑事救濟程序中，法官於同一案件曾參與「下級審」之裁判。【67】

按於上述類型一，由於再審及非常上訴係裁判確定後的特別救濟程序，已與被告於通常救濟程序之審級利益無涉，從而應非系爭解釋所稱上下級審之情形。至於此種類型之法官重複是否亦有「審查自己所作裁判」之情形，致明顯損及被告於非常救濟程序之救濟利益，從而牴觸憲法訴訟權保障之核心部分，而為憲法要求之法官迴避事由，則屬另一問題（見本判決理由第 71 段至第 85 段）。【68】

又在刑事救濟程序中，法官曾參與發回更審前同審級法院之先前裁判，不論是上述類型二或類型三，均屬法官參與同審級之前、後裁判。於類型二之情形，該第三審法官所審查者係再次上訴之第二審更審裁判；於類型三之情形，該第二審法官係審查第一審判決，第一審法官係審判檢察官提起之公訴或自訴人之自訴，都不是審查自己所作之先前裁判。縱同一審級之前、後次裁判法官有重複，各該審級在程序上仍係完整的一個審級，刑事被告並未因此喪失該審級之救濟利益。至於法官因曾參與同一案件於同審級之先前裁判所生之預斷風險，是否必然構成法官有偏頗之虞，且為憲法所要求之法官迴避事由，則屬另一問題（見本判決理由第 103 段至第 122 段）。【69】

綜上，系爭規定之所以要求曾參與「前審」裁判之法官應自行迴避，其目的係在維護被告於刑事訴訟之審級救濟利益。是系爭規定所稱前審，係指於刑事通常審判及救濟程序中，法官於同一案件「曾參與下級審之裁判」之情形，不包括法官「曾參與確定前裁判」，也不包括法官「曾參與同一審級之先前裁判」之情形。如此解釋，也與司法院釋字第 761 號解釋將審級救濟利益納入訴訟權核心保障內容之意旨一致。就此而言，系爭規定與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸，系爭解釋亦無補充或變更之必要。【70】

四、主文第二項部分：曾參與確定裁判之法官於再審及非常上訴程序應迴避【71】

如前所述，系爭規定所稱「前審」，依系爭解釋，係指刑事通常審判及救濟程序之下級審，例如第三審之前審為第二審及第一審，第二審之前審為第一審。依系爭規定之文義及規範意旨，就再審或非

常上訴程序而言，刑事訴訟之通常審判及救濟程序顯然不是系爭規定所稱之前審。【72】

對照行政訴訟法第19條第5款「曾參與該訴訟事件之前審裁判」及第6款「曾參與該訴訟事件再審前之裁判」之規定，可知行政訴訟法第19條第5款規定所稱「前審」，亦僅指「下級審」，而不包括「再審前之裁判」（即「裁判確定前之通常審判及救濟程序」）。故如參照上開行政訴訟法類似規定而為體系解釋，系爭規定所定之前審，應不包括「據以聲請再審或提起非常上訴之確定裁判及其歷審裁判」。【73】

再者，行政訴訟法第19條第6款明文規定法官曾參與該訴訟事件再審前之裁判，應自行迴避，但其迴避以一次為限。又司法院釋字第256號解釋也已釋示：「……對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第6條第4款規定意旨，其迴避以一次為限。……」可見我國行政訴訟及民事訴訟程序早已要求曾參與各該通常審判及救濟程序之法官，於各該再審（其事由均包括事實及法律錯誤）之非常救濟程序均應迴避（然均各以一次為限），獨獨刑事訴訟程序迄今欠缺類似之明文規定。【74】

是現行刑事訴訟法並未明文要求曾參與確定裁判及其歷審程序之法官於同一案件之非常救濟程序亦應迴避。在法院實務上，最高法院110年度台抗字第1501號刑事裁定則參考司法院釋字第256號解釋意旨，要求「曾參與原確定判決之法官，於再審案件，應自行迴避。」但似亦以迴避一次為限。至於就非常上訴案件，實務上仍無類似之迴避要求。【75】

按刑事訴訟法所定之再審及非常上訴程序，其事由雖各為事實錯誤（刑事訴訟法第420條規定參照）或法律錯誤（違背法令）（刑事訴訟法第441條規定參照），然二者都是刑事訴訟法就刑事裁判確定後所設之特別救濟程序，再審之主要目的在避免錯誤或冤抑，而與上訴、抗告等審級制度所提供之救濟功能類似。非常上訴之主要目的

係為統一法令見解，另亦兼有維護被告審級利益之功能（刑事訴訟法第 447 條第 2 項規定參照）。然無論是再審或非常上訴程序均係以確定裁判為其審查標的，再審或非常上訴程序之審理法官如曾參與確定裁判，則無異是容許同一法官於非常救濟程序中審查自己所作裁判，並期待該法官發現、糾正自己的錯誤，這不僅是當事人或第三人所難以信賴，甚已明顯穿透公正審判之外觀，足以對法官之公正性產生合理懷疑，從而損及刑事被告之非常救濟利益。【76】

次按刑事訴訟程序涉及被告之人身自由、生命權等重要權利，77 刑事確定裁判對於被告權益之不利影響，通常更甚於民事或行政訴訟之裁判。故就正當法律程序及訴訟權之憲法保障而言，刑事訴訟程序在原則上應高於民事或行政訴訟程序，至少不應低於後者。現行刑事訴訟法對此明顯抵觸刑事訴訟當事人訴訟權保障之規範漏洞，自應迅予填補。【77】

是法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事78 事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判）程序及非常上訴程序，均應自行迴避，不得參與審判，且不以一次為限，以貫徹法官不得審查自己所作裁判之原則，並維護當事人之非常救濟利益。故如當事人就同一案件先後多次聲請再審，或檢察總長就同一案件先後多次提起非常上訴，曾參與確定裁判之法官，於各該再審及非常上訴程序，均應自行迴避。【78】

以再審程序而言，曾參與確定裁判之法官，就是否開始再審之79 程序，及裁定開始再審後之本案更為審判程序（刑事訴訟法第 435 條及第 436 條規定參照），皆須迴避。至參與開始再審裁定之法官，繼續參與開始再審後之本案更為審判程序，因無「審查自己所作裁判」之問題，則毋庸迴避。就非常上訴程序而言，曾參與確定裁判之法官，於最高法院就非常上訴程序（包括判斷是否有理由，及認有理由後撤銷原判決、另行判決）（刑事訴訟法第 446 條及第 447 條第 1 項規定參照），固均應迴避。然如最高法院認非常上訴有理由，撤銷原判決後，依刑事訴訟法第 447 條第 2 項規定發由原審法院更為審判，

原確定判決既經撤銷而不復存在，該原審法院又須受最高法院非常上訴判決意旨之拘束，是該更為審判程序之性質實與同一案件於發回後由原審法院所為之更審程序類似。如本判決理由第113段至第120段所述，曾參與更審前裁判之法官得再參與同審級之更審裁判，既毋須迴避，則曾於原審法院參與確定裁判之法官於「非常上訴有理由後發由原審法院更為審判程序」，亦係參與同審級法院就同一案件之前、後裁判，得不迴避。【79】

惟再審或非常上訴程序係刑事裁判於窮盡通常救濟程序確定 80
後，立法者所提供之額外救濟程序，容有較大的刑事訴訟政策決定空間，故就其事由、次數、程序等，立法者原應享有較為寬廣之形成自由，而得與通常救濟程序為合理之不同規定。按刑事訴訟法對於聲請再審或提起非常上訴均無期間、次數限制，就不同原因亦得分別聲請再審，而有多次再審或非常上訴之可能。綜合考量並權衡上述各因素後，本庭認為：於再審或非常上訴程序應迴避之法官，係指曾參與確定裁判本身之法官，不包括曾參與裁判確定前之歷審裁判者。蓋再審或非常上訴係以確定裁判本身為其審查標的，而非直接審查確定前之歷審裁判。就裁判確定前之歷審裁判而言，不論是同屬第三審之先前發回判決，或據以上訴第三審之第二審（包括更審）裁判，或業經第二審法官審查之第一審裁判，均非再審或非常上訴法院所直接審查之標的裁判，而不致發生「審查自己所作裁判」之情形。是曾參與裁判確定前歷審裁判之法官，如未參與作成該確定裁判本身，於該確定裁判之再審或非常上訴程序，得毋庸迴避。【80】

至於本即毋須迴避且曾參與同一案件再審或非常上訴程序裁判 81
之法官，於就同一案件再次聲請之再審或提起之非常上訴程序，亦毋須迴避。按此等先後聲請之再審或提起之非常上訴，均係對同一法院提出，與法官就同一案件參與同審級先後裁判之情形類似，且其所審查者均係各該確定裁判，而非自己先前曾參與作成之再審或非常上訴裁判。是曾參與再審或非常上訴程序之法官，於同一案件嗣後再度聲請之再審或提起之非常上訴程序亦毋庸迴避。併此指明。【81】

又當事人如就第二審或第一審法院於開始再審後本案更為審判 82
程序之裁判，或就最高法院認非常上訴有理由後發由原審法院更為審
判之裁判，再向其上級審法院尋求救濟，即與通常救濟程序無異。就
各該救濟程序中之法官迴避事由，除得適用刑事訴訟法相關規定外，
並得依其情形及本判決意旨，適用系爭規定、系爭解釋、系爭要點
一、系爭要點二、系爭決定或系爭判例。均併此指明。【82】

綜上，法官就同一案件曾參與刑事確定裁判，於該確定裁判之 83
再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判）或非常上訴（包
括判斷是否有理由，及認有理由後撤銷原判決並另行判決）程序，應
自行迴避，不得參與審判。刑事訴訟法未明文規定上開法官迴避事
由，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違。有關機關應於本判決公
告之日起 2 年內，於刑事訴訟法明定上開法官迴避事由。於修法完成
前，刑事訴訟再審及非常上訴程序之新收與繫屬中案件，審理法院應
依本判決意旨辦理。【83】

依上開本判決意旨，於再審或非常上訴程序，憲法所要求之應 84
迴避法官雖以曾參與確定裁判本身之法官為限，而不包括曾參與裁判
確定前之歷審裁判者；又於最高法院認非常上訴有理由，依刑事訴訟
法第 447 條第 2 項規定發由原審法院更為審判之情形，曾參與確定裁
判之法官固得參與該更為審判程序，毋庸迴避。然如各級法院並無員
額限制之事實上困難，而於其分案規則進一步要求曾參與裁判確定前
歷審裁判之法官亦應迴避，或要求曾參與確定裁判之法官不得再參與
非常上訴有理由後發由原審法院更為審判程序，以擴大對人民訴訟權
之保障，自屬各級法院本於司法自主、法官自治之決定，亦為憲法所
許。併此指明。【84】

至於行政訴訟或懲戒程序之再審程序，曾參與再審前裁判之法 85
官，是否屬憲法所要求之應迴避事由？如為肯定，究應限於參與確定
裁判本身者，或亦應包括曾參與裁判確定前之歷審裁判者？又其迴避
是否以一次為限？因不同訴訟及程序類型之再審事由及要件仍有不
同，且非本判決審理標的，是立法者或各該法院仍得斟酌各該訴訟及

程序類型之不同，而有不同之規定，併此敘明。【85】

五、主文第三項及第四項部分：系爭要點一、系爭要點二第1款、第2款及系爭決定，均合憲【86】

系爭要點一及系爭要點二第1款規定最高法院第三次發回更審以後之刑事上訴案件（即最高法院就同一案件之第四次審判起），均分由最後發回（即第三次審判之最高法院更二審）之原承審法官辦理，致上訴最高法院之案件自更二審起均由最高法院同一承審法官辦理，此即所謂更二連身條款（參附圖一）。又系爭決定及系爭要點二第2款規定經最高法院發回更審後再行上訴之重大刑事案件，一律交由撤銷發回判決（即最高法院第一次審判）之原承審法官審理，此即所謂重大連身條款（參附圖二）。【87】

（一）系爭要點一及系爭要點二第1款之更二連身條款、系爭決定及系爭要點二第2款之重大連身條款之訂定經過【88】

（1）系爭要點一及系爭要點二第1款之更二連身條款訂定經過【89】
司法院於76年間為提升辦案效率，先於同年1月10日以（76）院台廳二字第01186號函詢最高法院可否試辦「就第二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」（即「更二連身」），惟最高法院檢討後認無試辦必要。同年3月13日司法院再以（76）院台廳二字第02453號函令最高法院試辦，經最高法院於76年3月18日召開76年度第3次民刑事庭庭長會議，決定自76年3月16日起試辦上開更二連身條款，並以76年3月23日（76）台文字第0203號函復司法院備查。後最高法院再於76年9月22日召開76年度第6次民刑事庭庭長會議，通過「最高法院更二以後之民、刑事上訴案件分案暫行辦法」，正式實施更二連身條款。上開暫行辦法於78年2月22日修正更名為「最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點」，80年8月16日再修正為系爭要點一，施行迄今。後系爭要點一曾於98年、101年、103年修正文字，108年修正更名為「最高法院第二次發回更審以後之民刑事上訴案件分案實施要點」（此為現行規定），內容均相同。又最高法

院於 107 年 9 月 19 日發布之最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項（系爭要點二）第 1 款規定嗣亦納入上述更二連身條款，內容相同。【90】

系爭要點一（即上開 80 年版最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第 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股承辦）由原承辦股辦理。」依此規定，高等法院更三審上訴最高法院之案件，亦即最高法院第二次以上發回更審之民事及刑事上訴案件，一律分由最高法院更二審之原承審法官辦理。且不論之後再發回多少次，於又上訴第三審時，均仍分給同一位承審法官，因此實務上稱為「更二連身條款」。【91】

（2）系爭決定及系爭要點二第 2 款之重大連身條款訂定經過【92】

與此同時，司法院所屬各級司法首長座談會於 78 年 3 月 23 日召開會議決議：「第二審法院判決上訴之重大刑案，如經第三審法院撤銷發回，……第二審法院更行判決後上訴時，仍分由第三審法院原承辦股繼續辦理」，司法院並以 78 年 3 月 30 日（78）院台廳二字第 02845 號函知最高法院辦理。【93】

後最高法院於 83 年 12 月 1 日召開 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定：「二、重大刑案……撤銷發回後再行上訴之案件，仍分由原承辦股辦理。」此即系爭決定之重大連身條款。惟最高法院 84 年第 8 次刑事庭庭長會議曾一度決議停辦上述重大連身條款，後再於 86 年 12 月 26 日召開之最高法院 86 年度第 16 次刑事庭庭長會議決議，重大刑事案件發回更審再行上訴案件，仍依上開 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定，分由原承辦股辦理，亦即繼續實施上述系爭決定之重大連身條款。【94】

基此，最高法院乃於 107 年 9 月 19 日訂定發布「最高法院刑事案件分案實施要點」，於第 9 點第 1 項規定：「案件有下列情形之一者，應分原承辦股：（一）原審更三審以上再行上訴之案件。（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件。……」其中（二）之第 2 款規定即系爭要點二之重大連身條款。系爭要點二後於 109 年 11 月 2 日

修正文字，內容相同。【95】

(二) 系爭要點一、系爭要點二第 1 款、第 2 款及系爭決定之更二連身條款及重大連身條款，與憲法訴訟權所蘊含之法定法官原則，均尚無違背【96】

憲法第 16 條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟。為確保人民得受公平之審判，憲法第 80 條規定，法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。我國憲法固未明文規定法定法官原則，然司法院釋字第 665 號解釋已明確釋示：為保障人民訴訟權，維護獨立及公正審判，法院之分派案件「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」，並承認法定法官原則為我國憲法訴訟權及法官依法獨立審判所蘊含之憲法原則（司法院釋字第 665 號解釋理由書第 2 段至第 4 段參照）。【97】

惟上開解釋亦釋示：「……各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第 78 條、第 79 條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率」（司法院釋字第 665 號解釋理由書第 3 段參照）。【98】

參照上開解釋意旨，各法院於不牴觸上位階法律、命令的前提下，仍得自訂有關案件分派之補充規範。又法院自訂之分案規範除須符合「事前訂定」及「一般適用」的基本要求外，亦得考量專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功能等因素，而為合理之安排，並非就每案之每次分派均須一律採取（電腦或抽籤）隨機盲分原則，才算符合法定法官原則。【99】

按系爭要點一與系爭要點二第 1 款之更二連身條款，及系爭決定與系爭要點二第 2 款之重大連身條款，均係最高法院訂定之分案規

則，形式上雖非法律，然亦屬法院組織法第 79 條第 1 項規定明文授權各級法院得自主決定之事務分配辦法之內容，而有其法律依據。又法院分案規則涉及審判行政之核心，「本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權」（司法院釋字第 530 號解釋參照）。最高法院係我國民事及刑事訴訟之最高審判機關，於不牴觸上位階法令之範圍內，本即得就其所掌民事及刑事案件，自定分案規則。就此而言，亦與憲法權力分立原則所保障之司法自主性相符。

【100】

次按，上開更二連身條款及重大連身條款，均係最高法院於各該上訴第三審案件之分案前，即已訂定之一般性規定，既未溯及適用，亦非針對特定案件而定，而係同時適用於上訴第三審之刑事案件，符合事前訂定及一般適用的要求。就其目的而言，更二連身條款除與發回程序之特殊性有關外，更二連身及重大連身條款之訂定，均兼有提升裁判效率，並促進終審法院之統一裁判見解功能等重要考量。又適用更二連身條款之案件，在其前三次上訴，也還是以（電腦）隨機分案方式決定其各次審判之承辦法官；至於適用重大連身條款之案件，至少在其第一次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦，可謂均已符合法定法官原則之要求。【101】

綜上，系爭要點一、系爭要點二第 1 款、第 2 款及系爭決定所定之更二連身條款及重大連身條款，與憲法訴訟權所蘊含之法定法官原則，均尚無違背。【102】

（三）系爭要點一及系爭要點二第 1 款之更二連身條款、系爭決定及系爭要點二第 2 款之重大連身條款規定，與憲法保障之訴訟權，均尚無牴觸【103】

依上開更二連身條款或重大連身條款，各該第三審法官所曾參與之先前裁判，係發回更審前之「同審級」裁判，而非「下級審」裁判，因此不是系爭規定所定及系爭解釋所稱之法官迴避事由。又此二種連身條款所涉法官重複情形，並不必然涉及法官因個人利害關係，致與其職務之執行產生利益衝突，因此自非司法院釋字第 761 號解釋

所稱之法官應迴避事由。合先說明。【104】

聲請人等雖主張同一法官重複參與同一案件之同審級裁判，可能會有其預斷風險，致影響公正審判之外觀。惟不論是依上開更二連身條款或重大連身條款之規定，甚至是因隨機分案，致重複參與同一案件再度上訴第三審裁判之法官，其所審查之裁判，都是下級審（第二審）之更審裁判，而非該法官所參與之先前第三審裁判，因此並無「審查自己所作裁判」之問題。【105】

次就所謂法官因重複參與同一案件之審判而可能形成預斷而言，法官基於其個人學養及經驗，就各項抽象法律問題、及各類案件所涉事實或法律爭議，原即多少會有一定程度之初步見解或看法，而不可能是白紙一張，任何法官皆然。況最高法院為法律審，其裁判並不自為事實認定，即使認有所謂隧道視野效應之影響，也比較是就法律問題，而非就事實及證據問題的預斷。然最高法院法官皆為具長年審判經驗之資深法官，其等對各該重要法律問題多已形成穩定的法律見解，且係其等之所以能擔任終審法院法官的正面資歷及基礎條件。縱認此等法律見解確為法官之定見，亦多為個人經驗及學養所致，而非單純源自先前曾審理同一案件之影響。【106】

又就最高法院之發回判決而言，發回意旨未必對被告不利，因此曾參與發回判決之法官，嗣後又參與該案件再次上訴後的第三審裁判，對於被告而言，也未必會發生不利之預斷風險。反之，曾參與前次發回判決之最高法院法官，如又參與該案件再次上訴後之第三審裁判，則有提高審判效率，避免訴訟延遲之正面效益。況最高法院發回判決之發回理由，不僅可拘束受發回之更審法院（垂直拘束），對受理更審後上訴案件之法律審（即最高法院本身），亦有其拘束力（水平拘束）。不論最高法院審理更審後上訴案件之法官與發回判決之法官是否重複，皆然。是同一案件於發回更審後再次上訴第三審時，如有曾參與該案件先前發回判決之法官重複參與該第三審裁判，並採取與先前發回判決之相同法律見解，亦屬上述發回判決水平拘束效力之結果，而非純係該等重複參與第三審裁判法官之個人偏見或偏頗之虞

所致。【107】

末就最高法院身為終審法院之組織員額而言，各國之終審法院均係各該法院體系之金字塔尖端，不論是採一元、二元或多元法院體系皆然。故終審法院之法官員額往往相對較少，甚至不分庭。於不分庭之終審法院，發回後再度上訴之案件，必然是由同一庭法官再次審理，而無迴避之可能。即使是有分庭之終審法院，限於其有限員額，亦無可能就同一案件之每次上訴，都分派給完全不重複之法官審理。況最高法院既為終審法院，其就各該重要法律問題本即應力求形成穩定、一致的法律見解，始能透過裁判統一所屬下級審法院之裁判見解。如果期待最高法院就同一案件所涉之法律爭點或問題，會因審理法官之不同，而出現不同的法律見解，並以此為迴避之理由，反會損及最高法院身為終審法院所應發揮之統一裁判見解之重要功能。

【108】

綜上，系爭要點一及系爭要點二第 1 款之更二連身條款、系爭決定及系爭要點二第 2 款之重大連身條款，與憲法保障之訴訟權，均尚無抵觸。是不論是依分案規則或隨機分案，曾參與前次發回判決之最高法院法官，得不迴避，而再參與該案件再次上訴後之第三審裁判。【109】

六、主文第五項部分：系爭判例合憲【110】

系爭判例即最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例：「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。」依此判例意旨，參與刑事第二審裁判之法官，若於同一案件經第三審撤銷發回後，復參與第二審之更審裁判，該更審前之第二審裁判並不構成刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定所定之前審，因此毋庸迴避而得參與更審裁判。【111】

依系爭判例，曾參與第二審裁判之法官，後又參與發回後同屬第二審之更審裁判，乃係隨機分派案件的偶然結果，並非司法行政機關人為指定或以分案規則於第一次分案時即指定特定法官對於特定案件進行審判，就此而言，系爭判例自與法定法官原則無涉。【112】 112

就審級救濟利益而言，第三審發回更審，係重新開啟第二審裁判。對刑事被告而言，其在程序上仍然享有再一次的第二審裁判機會，並未因而喪失該次審級之利益。縱有同一法官於同一案件再次參與同審級之更審裁判，其所審查者仍係下級審裁判，而非審查該法官先前參與之更審前裁判。是參與更審裁判之法官與參與同審級先前裁判之法官縱有重複，亦不必然損及被告之審級救濟利益，自不因此侵害上述憲法訴訟權之核心保障內容。【113】 113

多位聲請人主張：第二審法官於同一案件曾參與發回更審前同屬第二審之先前裁判，就該案件之證據評價、事實認定等程序及實體事項，已可能形成既定成見，甚至事實上的偏見。由於此等認知限制或偏誤，以致法官往往會持續依賴過去的錯誤事實調查結果，而於新的審判過程中再次作成錯誤的事實認定及法律判斷，致產生隧道視野效應等語。【114】 114

聲請人主張之上述風險及對公正審判外觀之影響，固非完全無據。惟法官因參與同一案件之先前裁判所可能形成之事實面或法律面預斷，未必都是不利當事人之預斷，更不當然都可視為法官之偏見或有偏頗之虞，而必然構成憲法所要求之法官迴避事由。【115】 115

按上述主張係假設更審法官於第二次審判同一案件時，通常會維持先前之類似立場，因而持續作出對當事人不利之事實認定及法律判斷。然如該法官於第一次裁判時係持對被告有利之見解，後因檢察官上訴致其裁判為上級審發回更審，此時如由同一法官參與更審裁判，即未必會有上述重複不利之風險。【116】 116

次按，法官雖因曾參與而對案件有其理解，但理解並不等於誤解，也未必是偏見。公正並不預設兒童般純真，毫無所悉也不等於毫無偏頗。法官曾參與同一案件先前裁判，固可成為主張法官可能有偏 117

頗之虞的懷疑起點，但不足以成為得據以主張法官必然有偏頗之虞的唯一證據，從而斷言法官必然有偏頗之虞，且為憲法所要求之法官迴避事由。刑事程序當事人如主張法官曾參與同一案件之先前裁判，因而就該特定案件有偏頗之虞，除了主張上述法官曾參與先前裁判之情事外，當事人仍應舉出具體事證（例如法官一再忽視明顯之程序瑕疵，而就重要待證事實採取相同或類似之證據方法；對被告之種族、性別、年齡、身心狀態、職業、學經歷等個人或所屬群體特徵，曾於先前審理程序中表現明顯的歧視態度或言行等），並釋明依理性第三人之觀點，此等具體事證已足以動搖理性第三人對法官公正審判之信賴，並形成對法官公正性之合理懷疑，而非僅以當事人之主觀質疑為依據。是法官曾參與同一案件先前裁判之事實，並不必然成為足以認定法官有偏頗之虞，因而一律應迴避的唯一證據。【117】

其次，該法官參與作成之先前裁判既為上級審撤銷發回，在法律上即已不復存在，而非更審法官所審查之標的，並無同一法官審查自己所作裁判之問題。況更審法院於更審裁判時須受發回意旨之拘束，該重複參與審判之法官於更審裁判時，已未必能完全重複自己在先前審判時認事用法之見解或立場，從而限縮上述風險之出現可能及範圍。反之，同一法官再次參與更審裁判，由於其對案情、相關事證、法律適用及解釋等，相對較為熟悉，不僅有利於裁判品質及結果之正確妥當，亦有助於提升裁判效率，促進有效及迅速審判，從而維護被告速審權（註）。【118】 118

再者，各法院之法官總人數均屬有限，在案件多次發回之情形中，若一概要求曾參與審判之法官一律必須迴避，且由完全不重複之法官審判，恐將導致該法院無適格法官可審，而須移轉管轄。此等結果，反而不利該個案被告速審權之維護。【119】 119

綜上，就第二審法官於同一案件曾參與發回更審前同屬第二審之先前裁判而言，經權衡聲請人主張之預斷風險及隧道視野效應等負面影響，與促進裁判品質及效率、被告速審權等正面效益等各項因素後，本庭認為：系爭規定所稱「曾參與前審之裁判者」，應不包括第 120

三審發回第二審後，更審法官「曾參與發回更審前之同審級裁判」之情形。就此而言，系爭規定本身並不牴觸憲法保障之人民訴訟權。系爭判例亦符合系爭規定之意旨，且未牴觸憲法第 16 條保障之人民訴訟權。【120】

又即使於第二審發回第一審更審之情形，該更審前之第一審亦 121
為同審級之裁判，自非系爭規定所稱之前審。況當事人就第一審諭知管轄錯誤、免訴、不受理之判決、駁回公訴或自訴之裁定，提起上訴或抗告，第二審認第一審裁判不當而撤銷之，並發回第一審時（刑事訴訟法第 369 條第 1 項規定參照），原第一審裁判並未曾就該案件為實體審判，更無審查自己所作裁判之問題。是曾參與更審前同屬第一審裁判之法官，就該案件亦得參與第二審發回後之第一審更審裁判，而毋庸迴避。系爭判例雖係就第三審發回第二審更審之法官迴避問題所為，然基於同一法理，於上開第二審發回第一審更審之情形，更審前之原第一審法官自亦無庸迴避。聲請人五十二就其所受確定終局裁定四援引之系爭判例，聲請法規範憲法審查部分，自屬無理由。【121】

第二審或第一審法官於同一案件曾參與發回更審前之同審級裁判，固非憲法要求之法官應迴避事由，然如於更審裁判時確有具體事證足認其執行職務有偏頗之虞，當事人仍得依刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定聲請法官迴避。於用盡審級救濟後，當事人對於法官未迴避之確定終局裁判，亦得依法向本庭聲請裁判憲法審查。第三審法官就同一案件曾參與發回更審前之第三審發回裁判者，亦同。均併此指明。【122】

七、主文第六項部分【123】 123

聲請人一主張曾參與刑事確定裁判及其歷審裁判之法官，於非常上訴程序，均應迴避，系爭規定所定前審應包括非常上訴前之刑事審判及救濟程序，系爭解釋於此範圍內應予補充等語。然本判決主文第二項僅要求曾參與刑事確定裁判之法官，於非常上訴程序始須迴避，至裁判確定前之歷審裁判法官則毋庸迴避，並宣告系爭規定合 124

憲，系爭解釋亦無補充或變更之必要。是聲請人一之上開法規範憲法審查聲請，除符合本判決主文第二項意旨部分外，為無理由，應予駁回。又聲請人一據以聲請之原因案件，與本判決主文第二項意旨無涉，自無從請求救濟，併此指明。【124】

至於聲請人二之法規範憲法審查聲請，依本判決主文第二項，
為有理由（本判決理由第 71 段至第 85 段參照），得就其原因案件依
法定程序請求救濟。又聲請人三則僅聲請裁判憲法審查，未聲請法
規範憲法審查，併此敘明。【125】

於上開聲請人一至三外，聲請人四至五十二關於附表二所列法
規範憲法審查聲請部分，依本判決主文第一項、第三項至第五項，為
無理由，均應駁回。【126】

八、聲請人二之原因案件個案救濟部分【127】

聲請人二就據以聲請本件法規範憲法審查之福建高等法院金門
分院 110 年度聲再字第 6 號刑事裁定（即確定終局裁定一），主張參
與作成上開駁回其再審聲請裁定之合議庭法官中之二人，曾參與作成
其據以聲請再審之確定判決（即福建高等法院金門分院 108 年度上易
字第 9 號刑事判決），而未迴避。依本判決主文第二項意旨，刑事訴
訟法未要求法官於此情形應自行迴避，牴觸憲法保障之訴訟權，是確
定終局裁定一確有依憲法應迴避而未迴避之法官參與裁判。查聲請人
二係於 111 年 1 月 4 日憲訴法施行後，始就確定終局裁定一聲請法規
範憲法審查。就其原因案件之救濟，依憲訴法第 92 條第 2 項準用同
法第 91 條第 2 項規定，得請求檢察總長提起非常上訴；又檢察總長
亦得依職權提起非常上訴。併此指明。【128】

九、主文第七項及第八項部分：裁判憲法審查部分【129】

關於聲請人三聲請之裁判憲法審查部分，查確定終局裁定二
（即最高法院 111 年度台抗字第 657 號刑事裁定）駁回聲請人三所提
抗告，其理由三、（二）認：「……因各法院員額有限，對於刑事確
定判決聲請再審者，其參與該確定判決之法官，於再審案件之迴避，
亦以 1 次為限。又再審案件之迴避，既是為了確保人民受公平法院依

正當法律程序予以審判之訴訟權益，則當其等首次對確定判決聲請再審時，當可合理期待不會再由參與該確定判決之法官審理再審案件，以落實裁判之公平性。從而，於再審案件中，關於迴避次數『以1次為限』之解釋，係指聲請人『首次』聲請再審時，參與該確定判決之法官於該次聲請案件中，均應迴避（獨任案件為獨任法官；合議案件則為全體合議庭法官）。至於該首次聲請再審案件經裁判後，參與該確定判決之法官既已……迴避1次，則於聲請人其後迭次聲請再審時，自無庸自行迴避。」上開法律見解與本判決主文第二項意旨不符（本判決理由第71段至第85段參照），是確定終局裁定二牴觸憲法保障人民訴訟權之意旨，應廢棄並發回最高法院。【130】

至聲請人三十九就確定終局判決三（即最高法院111年度台上字第2479號刑事判決）聲請裁判憲法審查部分，查上開確定終局判決三係同一案件第三次上訴第三審之判決，其審判法官中之二人，固與同一案件第二次上訴第三審之最高法院108年度台上字第958號刑事判決中之法官二人相同，然依前開本判決意旨，此等情形並非本於憲法保障訴訟權意旨所要求之法官應迴避事由（本判決理由第105段至第109段參照）。是確定終局判決三之審判法官中二人未迴避而參與審判，與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸。聲請人三十九之裁判憲法審查聲請部分，應予駁回。【131】

十、主文第九項：暫時處分聲請部分【132】 132

本件業經判決，核無暫時處分之必要，附表二所列各該聲請人關於暫時處分之聲請，均予駁回。【133】 133

肆、另行審理部分【134】 134

本件多位聲請人於其聲請書及補充書狀中，另有就本件審查標的及其他法規範（如刑法第33條第1款、刑事訴訟法第388條等）聲請法規範憲法審查，或另就各該確定終局裁判聲請裁判憲法審查者。關於此部分之聲請，除不符聲請要件而已作成不受理裁定者外，餘將由本庭另行審理，再依情形分別作成不受理裁定或實體裁判。併此敘明。【135】 135

中 華 民 國 112 年 8 月 14 日

大法官就主文所採立場如下表所示：

236

第二項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 詹大法官森林、黃大法官昭元、 謝大法官銘洋、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	呂大法官太郎
第三項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋
第四項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋、 楊大法官惠欽
第五項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋
第六項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽（除聲請人五十 外）、蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋、 楊大法官惠欽（僅聲請人五十）

第七項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 詹大法官森林、黃大法官昭元、 謝大法官銘洋、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	呂大法官太郎
第八項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋
第九項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋

【意見書】

協同意見書：蔡大法官明誠提出。

黃大法官瑞明提出。

部分不同意見書：詹大法官森林提出。

謝大法官銘洋提出。

呂大法官太郎提出。

楊大法官惠欽提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官

林廷佳

中 華 民 國

112

年

8

月

14

日

第三審

第二審

原審

更一

更二

更三

（第一次）

（第二次）

（第三次）

（第四次）

上訴

發回

隨機

隨機

隨機

指定

3E

3F

3G

3G

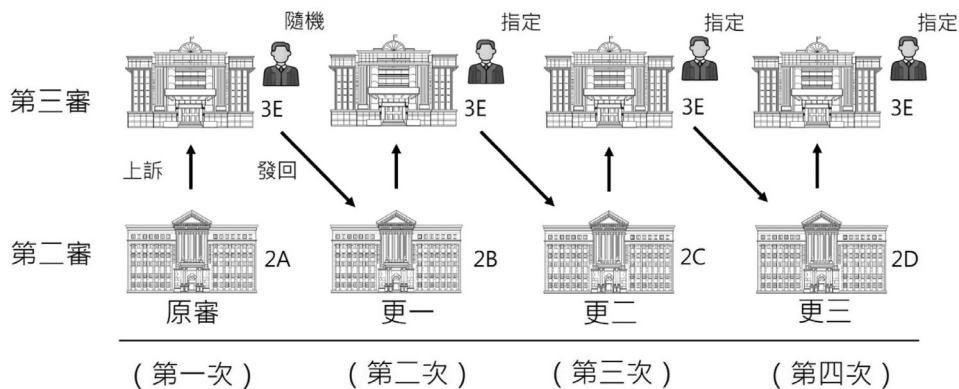
2A

2B

2C

2D

附圖二：重大連身條款



來源：本庭製作

附表一：聲請人資料表

聲請人編號	聲請人姓名	訴訟代理人	聲請人住居所
聲請人一	劉政哲	陳明良律師	
聲請人二	郭泰慶 (原名郭玉興)	無	
聲請人三	A01	無	
聲請人四	黃春棋	翁國彥律師、薛煒育律師、 李艾倫律師	
聲請人五	廖家麟	任君逸律師	
聲請人六	歐陽榕	薛煒育律師	
聲請人七	蕭仁俊	薛煒育律師	
聲請人八	劉榮三	李宣毅律師	
聲請人九	連佐銘	高榮志律師	
聲請人十	蘇志效	翁國彥律師	
聲請人十一	游屹辰	薛煒育律師	
聲請人十二	王鴻偉	翁國彥律師	
聲請人十三	王信福	高烺輝律師	
聲請人十四	徐偉展	黃心賢律師、李宣毅律師	
聲請人十五	陳錫卿	薛煒育律師	
聲請人十六	邱和順	尤伯祥律師、郭皓仁律師、 李易撰律師	
聲請人十七	邱合成	高烺輝律師、宋易修律師	
聲請人十八	蕭新財	王寶蒞律師、卓詠堯律師	
聲請人十九	陳憶隆	王淑琍律師、李宣毅律師	
聲請人二十	林旺仁	高烺輝律師、翁國彥律師	
聲請人二十一	樊祖燁	張淵森律師	
聲請人二十二	徐千祥	張智皓律師	
聲請人二十三	鄭文通 (已死亡)	張寧洲律師	
聲請人二十四	吳慶陸 (已死亡)	李宣毅律師	
聲請人二十五	黃麟凱	林俊宏律師	
聲請人二十六	沈岐武	王淑琍律師、李宣毅律師、 高烺輝律師	

聲請人二十七	李崑銘	無	
聲請人二十八	王柏英	高烺輝律師	
聲請人二十九	黃富康	翁國彥律師	
聲請人三十	鄭武松	李奇芳律師	
聲請人三十一	張嘉瑤	薛煒育律師	
聲請人三十二	沈文賓	薛煒育律師	
聲請人三十三	彭建源	薛煒育律師	
聲請人三十四	林于如	林志忠律師、李宣毅律師	
聲請人三十五	余長訓	無	
聲請人三十六	劉華崑	莊佳蓉律師	
聲請人三十七	唐霖億	劉繼蔚律師、李宣毅律師、 翁國彥律師	
聲請人三十八	余自強	無	
聲請人三十九	藍重豐	林石猛律師、張宗琦律師、 林楷律師	
聲請人四十	A02	張淵森律師	
聲請人四十一	楊定融	張淵森律師	
聲請人四十二	呂文昇	林志忠律師	
聲請人四十三	高志鵬	陳為祥律師	
聲請人四十四	沈鴻霖	劉繼蔚律師、李宣毅律師、 莊家亨律師	
聲請人四十五	李德榮	林仲豪律師、翁國彥律師	
聲請人四十六	施智元	涂欣成律師、謝育錚律師	
聲請人四十七	陳文魁	涂欣成律師、高烺輝律師	
聲請人四十八	郭俊偉	賴盈志律師	
聲請人四十九	杜明志	周聖錡律師	
聲請人五十	廖敏貴	李艾倫律師	
聲請人五十一	曾盛浩	羅士翔律師、陳于晴律師、 蘇孝倫律師 (107 年度憲二字第 166 號)	
		陳于晴律師、劉佩瑋律師 (107 年度憲二字第 159 號)	
聲請人五十二	陳羿璇	林瑞富律師	
	陳黃寶春		

附表二：聲請人及受理標的

聲請人編號	聲請人	案號	確定終局裁判	受理審查標的
聲請人一	劉政哲	會台字第 13254 號	最高法院 94 年度台非字第 115 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人二	郭泰慶 (原名郭玉興)	111 年度憲民字第 903943 號	福建高等法院金門分院 110 年度聲再字第 6 號刑事裁定	系爭規定 暫時處分
聲請人三	A01	111 年度憲民字第 3936 號	最高法院 111 年度台抗字第 657 號刑事裁定	確定終局裁定 (裁判憲法審查)
聲請人四	黃春棋	會台字第 13770 號	最高法院 89 年度台上字第 2196 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人五	廖家麟	會台字第 11556 號	最高法院 99 年度台上字 5845 號刑事判決	系爭解釋 系爭要點一
聲請人六	歐陽榕	會台字第 10550 號	最高法院 100 年度台上字第 1522 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人七	蕭仁俊	會台字第 13205 號	最高法院 99 年度台上字第 5845 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人八	劉榮三	107 年度憲二字第 230 號	最高法院 98 年度台上字第 1009 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人九	連佐銘	107 年度憲二字第 214 號	最高法院 94 年度台上字第 3481 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十	蘇志效	107 年度憲二字第 171 號	最高法院 101 年度台上字第 3991 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十一	游屹辰	107 年度憲二字第 267 號	最高法院 101 年度台上字第 3991 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十二	王鴻偉	107 年度憲二字第 238 號	最高法院 98 年度台上字第 2594 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一

聲請人十三	王信福	107 年度憲二 字第 221 號	最高法院 100 年度台上 字第 3905 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十四	徐偉展	107 年度憲二 字第 293 號	最高法院 101 年度台上 字第 5346 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十五	陳錫卿	會台字第 13204 號	最高法院 98 年度台上 字第 4148 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十六	邱和順	107 年度憲二 字第 43 號	最高法院 100 年度台上 字第 4177 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十七	邱合成	107 年度憲二 字第 49 號	最高法院 102 年度台上 字第 2573 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一 暫時處分
聲請人十八	蕭新財	111 年度憲民 字第 903814 號	最高法院 94 年度台上 字第 7333 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十九	陳憶隆	會台字第 12418 號	最高法院 89 年度台上 字第 2196 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人二十	林旺仁	107 年度憲二 字第 48 號	最高法院 100 年度台上 字第 6514 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一 暫時處分
聲請人 二十一	樊祖燁	111 年度憲民 字第 903742 號	最高法院 106 年度台上 字第 3330 號刑事判決 最高法院 109 年度台上 字第 5321 號刑事判決	系爭規定 系爭要點一
聲請人 二十二	徐千祥	112 年度憲民 字第 900547 號	最高法院 102 年度台上 字第 4236 號刑事判決	系爭規定 系爭要點一
聲請人 二十三	鄭文通 (已死亡)	107 年度憲二 字第 101 號	最高法院 95 年度台上 字第 3255 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一

聲請人 二十四	吳慶陸 (已死亡)	107 年度憲二 字第 234 號	最高法院 95 年度台上 字第 4363 刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 二十五	黃麟凱	107 年度憲二 字第 82 號	最高法院 106 年度台上 字第 810 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 二十六	沈岐武	111 年度憲民 字第 903815 號	最高法院 99 年度台上 字第 5659 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 二十七	李崑銘	107 年度憲二 字第 36 號	最高法院 106 年度台上 字第 1755 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 二十八	王柏英	107 年度憲二 字第 71 號	最高法院 98 年度台上 字第 1311 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 二十九	黃富康	107 年度憲二 字第 269 號	最高法院 101 年度台上 字第 4242 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十	鄭武松	107 年度憲二 字第 236 號	最高法院 94 年度台上 字第 784 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十一	張嘉瑤	107 年度憲二 字第 264 號	最高法院 93 年度台上 字第 6661 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十二	沈文賓	107 年度憲二 字第 142 號	最高法院 108 年度台上 字第 4039 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十三	彭建源	107 年度憲二 字第 242 號	最高法院 103 年度台上 字第 3062 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十四	林于如	會台字第 12319 號	最高法院 102 年度台上 字第 2392 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十五	余長訓	111 年度憲民 字第 76 號	最高法院 109 年度台上 字第 116 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十六	劉華崑	111 年度憲民 字第 900335 號	最高法院 94 年度台上 字第 2691 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十七	唐霖億		最高法院 98 年度台上 字第 4806 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十八	余自強	112 年度憲民 字第 900716 號	最高法院 111 年度台上 字第 4171 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十九	藍重豐	112 年度憲民 字第 900452 號	最高法院 111 年度台上 字第 2479 號刑事判決	系爭規定 確定終局判決 (裁判憲法審查) 暫時處分

聲請人四十	A02	111 年度憲民字第 900396 號	最高法院 104 年度台上字第 1699 號刑事判決	系爭規定
聲請人四十一	楊定融	111 年度憲民字第 124 號	最高法院 101 年度台上字第 6680 號刑事判決	系爭規定
聲請人四十二	呂文昇	會台字第 13481 號	最高法院 95 年度台上字第 4363 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人四十三	高志鵬	110 年度憲二字第 646 號	最高法院 106 年度台上字第 1337 號刑事判決	系爭規定
聲請人四十四	沈鴻霖	會台字第 13583 號	最高法院 98 年度台上字第 3507 號刑事判決 臺灣高等法院臺中分院 98 年度上重更（七）字第 5 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一
聲請人四十五	李德榮	會台字第 13593 號	最高法院 100 年度台上字第 6227 號刑事判決 臺灣高等法院臺南分院 100 年度上重更（十）字第 33 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一
聲請人四十六	施智元	會台字第 13596 號	最高法院 96 年度台上字第 4154 號刑事判決 臺灣高等法院臺南分院 95 年度上重更（三）字第 559 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一
聲請人四十七	陳文魁	會台字第 13597 號	最高法院 98 年度台上字第 3165 號刑事判決 臺灣高等法院臺南分院 97 年度上重更（六）字第 354 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一
聲請人四十八	郭俊偉	會台字第 13601 號	最高法院 100 年度台上字第 2470 號刑事判決 臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更（七）字第 186 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一

聲請人 四十九	杜明志 ¹	111 年度憲民 字第 1311 號	最高法院 101 年度台上 第 900 號刑事判決 臺灣高等法院臺南分院 98 年度重上更（六） 字第 353 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一
聲請人 五十	廖敏貴	112 年度憲民 字第 900015 號	最高法院 98 年度台上 字第 4758 號刑事判決	系爭決定
聲請人 五十一	曾盛浩	107 年度憲二 字第 166 號	最高法院 97 年度台上 字第 3864 號刑事判決 臺灣高等法院花蓮分院 97 重上更（三） 字第 21 號刑事判決	系爭解釋 系爭判例
	曾盛浩	107 年度憲二 字第 159 號	最高法院 96 年度台抗 字第 27 號刑事裁定	系爭解釋 系爭判例
聲請人 五十二	陳羿璇 陳黃寶春	109 年度憲二 字第 189 號	臺灣高等法院 109 年 2 月 5 日 109 年度抗字第 143 號刑事裁定	系爭判例

¹ 聲請人為該判決被告（杜明郎、杜明雄）之兄。

附表三：本判決之審查標的

系爭規定	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。」
系爭解釋	司法院釋字第178號解釋：「刑事訴訟法第17條第8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。」
系爭要點一 ¹	80年8月16日核定修正之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第2點：「更二以後之案件，依保密分案程序（在保密送案簿記載某股承辦）由原承辦股辦理。」
	98年9月9日修正下達並生效之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第2點：「更二以後之案件，按民、刑事科製作之保密送案清單所列原承辦股法官，循保密分案程序，分由該法官辦理；並依最高法院民、刑事案件編號、計數、分案報結要點第10點規定，辦理提前分案。」
	101年7月31日修正之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第2點：「更二以後之案件，按民、刑事科製作之一般分案送案清單所列原主辦股法官，循一般分案程序，分由該法官辦理；並依最高法院民、刑事案件編號、計數、分案、報結要點第10點規定，辦理提前分案。」（103年未修正本規定）
系爭要點二第1款	107年9月19日發布之最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項第1款：「九、（分原承辦股）案件有下列情形之一者，應分原承辦股：（一）原審更三審以上再行上訴之案件。」（108年未修正本規定）
	109年11月2日修正之最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項第1款：「九、（分原承辦庭、股）案件有下列情形之一者，分原承辦股：（一）原審更三審以上案件。」（現行法）
系爭決定	最高法院83年度第8次刑事庭庭長會議決定：「二、重大刑案……撤銷發回後再行上訴之案件，仍分由原承辦股辦理……。」

¹ 108年1月2日修正並生效之最高法院第二次發回更審以後之民刑事上訴案件分案實施要點第2點：「更二以後之案件，按民、刑事科製作之一般分案送案清單所列原主辦股法官，循一般分案程序，分由該法官辦理；並依最高法院民刑事案件編號計數分案報結要點第10點規定，辦理提前分案。」惟本案中並無聲請人聲請此年度版本，故未列入審查客體。

系爭要點二 第 2 款	107 年 9 月 19 日發布之最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 2 款：「九、（分原承辦股）案件有下列情形之一者，應分原承辦股：……（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件。」（108 年未修正本規定） 109 年 11 月 2 日修正之最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 2 款：「九、（分原承辦庭、股）案件有下列情形之一者，分原承辦股：……（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件。」（現行法）
系爭判例	最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例：「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。」
裁判憲法 審查部分	1. 最高法院 111 年度台抗字第 657 號刑事裁定（聲請人三聲請） 2. 最高法院 111 年度台上字第 2479 號刑事判決（聲請人三十九聲請）

協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號判決就刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定（下稱系爭規定）有關法官曾參與前審裁判之再作闡釋，並未就司法院釋字第 178 號解釋有所補充，亦不認有變更之必要。對於法官迴避相關規定，認為部分合憲，但就再審及非常上訴程序部分，則認為違憲。以上結論，固可贊同。惟就法定自行迴避事由有關前審規定與實務上所謂更二連身與重大連身條款部分，如從解釋論而言，因前審之廣狹解釋或有超越法條文義範圍之過度擴張性補充等諸多疑問，是其仍有值得再推敲之處。又前述所謂前審所涵蓋迴避之類型與範圍，在立法論上亦有商榷之餘地。爰提出協同意見書如下：

一、從解釋論有重新思考前審概念之必要

從歷史解釋觀之，中華民國 17 年 7 月 28 日制定公布之刑事訴訟法關於法官自行迴避規定部分，並未有類似現行法規定「八、法官曾參與前審之裁判者。」24 年 1 月 1 日修正公布增訂相關規定「推事曾參與前審之裁判者。」之後，僅為文字之修正，即將推事修正為法官。因此可見，法官曾參與前審裁判之用語，由來已久。所謂前審之概念，看似清楚，但細究其文義，恐有語意不明之疑慮！有認為系爭規定所謂前審之裁判，原係當事人所聲明不服之下級審裁判而言（最高法院 29 年度上字第 3276 號刑事判例參照）。惟自司法院釋字第 178 號解釋後，已引伸為包括「前前審」之第一審裁判在內，但有不同意見。¹至於就確定判決聲請再審之情形，曾參與該確定判決之

¹ 就此包含前前審之解釋，提出不同意見者，參照當時姚瑞光大法官，就司法院釋字第 178 號解釋提出不同意見，其認為「推事在第一審法院裁判之案件，經第二審法院裁判後，上訴於第三審法院，該推事如在第三審法院參與該案件之裁判（即所謂「前前審」之裁判），非「對於自己所為之裁判為裁判」；同理，推事曾參與經第三審法院撤銷發回更審前之裁判者，其後在第三審法院就該案件為裁判，亦非「對於自己所為之裁判為裁判」，均不生參與「前審裁判」之問題，不必自行迴避。但另一份由陳世榮大法官之不同意見，則認為刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定，其目的則在審級制度之維持、保障，裁判之公正

法官，於再審程序是否應依系爭規定自行迴避？如最高法院 102 年度台抗字第 143 號刑事裁定，認參與第一審裁判之法官於當事人就第二審確定判決聲請再審案件時應迴避，德國立法例（即德國刑事訴訟法第 23 條第 2 項規定）亦有類似見解，認應迴避。司法院釋字第 256 號解釋對於民事再審之訴，認參與確定終局判決之法官須自行迴避，但該號解釋參照行政訴訟法第 19 條第 6 款規定之意旨，認其迴避以一次為限。此意旨於刑事再審程序，應無不同。另有關非常上訴，有認為非常上訴原非上訴或再審可比，係由唯一有權提起之檢察總長指摘判決違背法令之具體事由提起，以糾正審判違背法令為目的，其不利利益不及於被告。非常上訴之案件既係由檢察總長具體指摘判決違背法令之具體事由，即使由參與原確定判決之法官承審，亦應依法判斷具體指摘之違背法令情狀有無理由。此際，與由法官判斷自己做成認定事實之判斷有無違誤之狀況不同，宜認為參與原確定判決之法官無須迴避。²

就前審概念而言，在解釋論上，有前述相關之解釋問題，亦即除涉及前述系爭規定之歷史等解釋或補充方法外，在前述釋字第 178 號解釋與學理上見解，在拘束說外，不少採取所謂審級說，亦即前審係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判。³換言之，乃是以垂直之審級利益是否被侵害為認定標準。⁴但此種審級利益觀點，

不過為其結果，即間接亦可免受影響是已。是所稱前審之裁判，應包括前前審之第一審裁判在內，惟經第三審撤銷發回更審前之裁判，則不在此限。以上不同意見，可見於該號解釋作成當時，就前審之概念，顯存有不同解讀之問題。

² 參照朱石炎，刑事訴訟法，臺北：三民書局，2017 年修訂 7 版 1 刷，頁 36-37 及註 3；最高法院 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定；最高法院 109 年度台抗字第 157 號刑事裁定等。

³ 例如最高法院 90 年度台上字第 7832 號刑事判決，推事（即法官）曾參與前審裁判之應自行迴避原因，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁定或判決者而言，如僅曾參與審判期日前之調查程序，並未參與該案之裁判，依法即毋庸自行迴避。

⁴ 參照林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，臺北：作者發行，2022 年 10 月 11 版 2 刷，頁 101-106。

所謂前審之定義係以垂直觀點之下級審作為界定範圍，忽略刑事訴訟法、民事訴訟法與行政訴訟法皆不禁止不限次數之再審聲請，導致同一案件在水平觀點可能存有複數程序階段皆屬於同審級。甚至複數程序階段迥然存在於不同時間，分由不同法官審理。此種同一案件複數程序階段皆屬同審級之現象，顯示審級利益之概念不明，產生爭議之根源。此一概念模糊之處，正是導致更審⁵或再審究竟應否解為屬前一審之相同審級範圍而成為解釋歧異或爭議癥結所在。是所謂前審之定義是否明確，有無廣狹解釋或目的性擴張或創制性補充之可能性，繫於所謂審級利益所引致憲法保障之訴訟權內涵，究竟是由垂直觀點，強調每一審級皆受保障，但每一審級僅受一次保障即足，或係由時序觀點，強調案件每次受審皆接受保障？

綜上所述，前審雖可依文義解釋延伸為前前審，但其是否可涵蓋再審或非常上訴之前審訴訟程序，顯仍有不同解釋之空間。可見前審之概念仍待釐清，為有助於理解，自有將之類型化之必要，正如本號判決將前審區分為三類型，作為分析探究之對象。質言之，如純從普通訴訟程序之第三審相對二審而言，此部分所謂前審概念，似較無問題，但是否延伸至一審，即前述所稱前前審，則不得不仰賴前述司法院解釋，將普通程序予以擴張解釋，嚴格言之，尚可認為其仍在法律解釋範圍。但對於特別救濟程序之再審或非常上訴，法律文義尚無

⁵ 有關更審之概念，曾出現於57年1月9日修正之民事訴訟法第32條第7款規定，於92年2月7日修正公布（92年9月1日施行）規定，將之刪除。其修正理由，認法官曾參與該訴訟事件「更審前之裁判」，依其文義解釋，凡在更審前曾參與該訴訟事件裁判之法官，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較少，勢必發生無法官可執行職務之情形。又依修正後第478條第4項規定，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，爰修正第7款。又於行政訴訟法第19條有類似用語，於中華民國99年1月13日修正公布（99年5月1日施行）規定，係因配合民事訴訟法第32條第7款有關法官自行迴避之事由，刪除該條第5款後段「或更審前之原裁判者」等文字。由此可見，於舊民事訴訟法及舊行政訴訟法相關規定，皆就前審與更審有所區別。

明確指引，本號判決涉及再審或非常上訴程序，是否亦為前審概念所涵蓋，是否屬於法律解釋範圍；或其存在法規範之設計漏洞，因不具類似性，並非係類推適用，而如欲將之納入法律適用範圍，是否宜認為其屬法之補充。如係為系爭規定規範功能上重獲生機，而就現有系爭規定為超越文義之擴張，甚至因實定法之構成要件未有明定，經由法理念，斟酌其事理之要求，而為攀附援引者，於此等適用法律之方式，較屬目的性擴張（teleologische extension）⁶或創制性補充⁷之法補充問題。總之，此部分之解釋或補充，固屬於所謂「解釋論」之範圍。惟如從較嚴格角度而言，其似已超越法條之可能文義範圍之疑義，實宜解為法之補充，並非法律解釋問題。⁸況且，因法官法定自行迴避事由，影響司法公正性甚鉅，就法規範不足部分，應由立法者修正刑事訴訟法，方屬上策，以補法規範之不足。

⁶ 目的性擴張之法補充方法，作為類推（Analogie）與目的性限縮（teleologische Reduktion）外之法續造過程中獲得法律規範之目的性論理（teleologischen Argumente）方式之一。參照 Meier/Jocham, Wie man Argumente gewinnt, JuS 2015, 490ff. 在德國法上常運用民商法中（諸如股份法、有限責任法等商法規定）。

⁷ 有關目的性擴張（參照王澤鑑，民法總則，臺北：作者發行，2021 年 8 月增訂新版 3 刷，頁 92；王澤鑑，法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系，臺北：作者發行，2020 年 2 月校正 2 版 2 刷，頁 266 以下），以及創制性補充之補充法律之方法，參照黃茂榮，頁 493-496，609-614；Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg: Springer, 1995, S.216ff., 245ff.

⁸ 從比較民法觀察，德國法有關法之補充或法續造，主要運用於民法規定。例如民法第 619a 條有關損害賠償請求權之文義，係規定受僱人就因違反勞動關係之義務而生損害，僅於其就義務違反有可歸責之事由時，始應賠償僱用人因此而生之損害，此係受僱人責任之舉證責任之規定。該法條文義限制其適用範圍。但德國學理上有認其可經由目的性擴張，使之延伸及於第 311 條第 2 項有關契約磋商開始或準備等先契約之關係，及第 241 條第 2 項有關債之關係所生給付及保護義務。參照 Henssler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2023-beck-online, BGB § 619a Rn.54，及參照該註解 206，. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, Rn. 157; ErfK/Preis Rn. 3; BeckOGK/Feuerborn, 1.10.2021, Rn. 26; Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, Aktiengesetz, 2. Auflage 2020-beck-online, AktG § 68 Rn.20f.; Kindler, Der lange Arm des deutschen Vertriebsrechts, NJW 2016, 1855, 1857.

二、從立法論探討前審之概念與類型

本號判決理由以「審查自己裁判」為建構訴訟權保障之中心概念，固值贊同。惟其復以「同一審級前後次裁判在程序上仍係完整審級」之水平審級概念界定審級利益，此或為本號判決之立論所在，但因本號判決係屬憲法訴訟案件，為期周延，仍有再從憲法基本權審查之保障領域（Schutzbereich der Grundrechtsprüfung）為更深入探究之必要。有關法官迴避之立法目的與法理，基於法官之公正（無偏見）（impartiality; Unparteilichkeit）或中立（neutrality; Neutralität）之公平審判原則或審級利益等目的，抑或考量各法院法官員額有限之現實，並為迴避次數之限定⁹，以及憲法法定法官原則（Recht auf den gesetzlichen Richter）（德國基本法第101條第1項第2段規定參照）所涵蓋之法官對於案件之程序標的與參與人所要求之中立性及保持距離者¹⁰，從而設計訴訟法上法官自行迴避之法定事由。

再從比較法觀察，針對法官若於同一案件前次審理如何參與之具體情狀應迴避，外國有值得參考之立法例。諸如德國刑事訴訟法就法官之迴避，分別規定於第22條有關法官因利害關係（例如法官為犯罪行為之被害人、法官現或曾為被告或被害人之配偶或監護人，或有親屬關係，抑或曾擔任證人或鑑定人等），而依法不得行使審判職務之法官迴避事由，第23條規定法官參與前程序之「排除」（Ausschließung; Disqualification of Judges）迴避法定事

⁹ 參照司法院釋字第256號解釋，認民事訴訟法第32條第7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。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第6條第4款規定意旨，其迴避以一次為限。最高法院26年上字第362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。

¹⁰ 參照 Heil, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Auflage 2023-beck-online, StPO § 22 Rn.1.; BVerfGE 21, 139 (145 f.); 133, 168 (202 f.); Conen/Tsambikakis, in: Münchener Kommentar zur StPO, 2. Auflage 2023-beck-online, StPO § 22 Rn.1.

由與第 24 條規定因恐有偏頗之虞（Besorgnis der Befangenheit）時之「法官拒卻（拒斥¹¹）」（Richterablehnung; Recusal of Judges）聲請迴避事由。¹² 其中與本號判決有關者，係屬前述第 23 條規定。該條將法律救濟裁判（Rechtsmittelentscheidung）與再審程序（Wiederaufnahmeverfahren）之迴避¹³ 分開規定。¹⁴ 亦即該條第 1 項規定，法官於下級審曾參與之被撤銷裁判而經提起上訴之案件，依法不得參與上級審法院之裁判。第 2 項規定，法官對其曾參與之被撤銷裁判而提起再審之案件，依法不得再參與再審程序之裁判。如再審案件在上級審提起者，其在下級審曾參與裁判之法官，依法不得參與裁判。第 1 段及第 2 段規定，於曾參與再審程序之準備程序適用之。從德國立法例觀之，因法官自行迴避之事由與規範目的，甚為多樣，有因利害關係，有因審級利益，或因公平審判等諸多原因，而為規範設計其迴避事由及其適用界限，為避免適用上之爭議，如能在訴訟法上詳加明確規定，較屬妥善之立法模式。

¹¹ 有關拒斥與法官迴避規定之德國刑事訴訟法中文翻譯，參考蔡墩銘，德日刑事訴訟法，臺北：五南圖書出版公司，民國 82 年 7 月初版 1 刷，頁 7 以下。

¹² 於美國法，亦有法官資格排除之應自行迴避與聲請迴避之類似概念，參照 Edward L. Wilkinson, Judicial Disqualification and Recusal in Criminal Cases, 6 St. Mary's J. on Legal Malpractice & Ethics 76 (2016); Rajendra Kharel, Recusal and Disqualification of Judges: An Overview, 4 NJA L.J. 13 (2010); John C. Domino, The History of Judicial Disqualification and Recusal in Texas, Part 1, 9 TSCHS J. 9 (2020); John C. Domino, The History of Judicial Disqualification and Recusal in Texas, Part II, 9 TSCHS J. 16 (2020).

¹³ 參照 Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 66. Aufl., München: Beck, 2023, §23 Rn.5ff.

¹⁴ 就德國刑事訴訟法第 22 條及第 23 條有關法官迴避之排除事由（Ausschließungsgründe）規定而言，其係屬列舉式規定，其適用範圍採取狹義解釋（BVerfGE 30, 149(155); BGHSt 44, 4(7)）參照 Heil, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Auflage 2023-beck-online, StPO § 22 Rn.1。是本號判決既認為刑事訴訟法不同於民事訴訟或行政訴訟等其他訴訟程序迴避規定，應採更嚴格審查密度。因此，在解釋論上，本號判決將前審過於擴張解釋或補充，恐有超越系爭規定可能文義之範圍，是否符合上述更嚴格審查，實仍有再商榷之必要。

又如日本刑事訴訟法第37條第1項規定，刑事被告有公平法院迅速公開審判之權，且公平審判乃法院裁判之生命，承審被告個案之法院組織及構成，須無偏頗之虞，是分別於同法第20條明定法院職員之排除（除斥）與第21條聲請迴避（忌避）之原因，與本件有關法官之排除規定，即第20條第7款規定，但其規定內容更加詳細，法官曾參與依第266條第2款之裁定、簡式判決、前審裁判、第398條至第400條、第412條或第413條之規定發回或移送時，曾參與原判決或裁判基礎事項之調查時，則構成法定迴避之事由。但如作為受託法官而參與之情形者，不在此限。此法定迴避事由，學理上認其係排除預斷。於此所稱前審者，以審級制度作為前提，即從上級審所見之下級審終局裁判之謂。於上訴二審時指一審判決或裁定，上訴三審時指二審之判決或裁定。¹⁵ 以上日本法規定對於前審之解釋，較為狹義，並規定內容比系爭規定更加詳細，可資參考。

從上述比較法觀察，可見未來比較一勞永逸且可行性之解決方法，就是相關機關應重視立法論上相關問題，即對法官應自行迴避之各種事由，以修法方式具體明定之，以利適用。因此亦可對應司法院相關解釋所揭示司法資源之有效運用，而向來呼籲相關機關（尤其是立法者）依司法院解釋或裁判意旨而檢討改進相關規定，並委由立法形成之意旨相符。

綜上，訴訟制度之良窳，往往牽涉一國之發展程度，從本號判決所涉及迴避問題，往往涉及訴訟制度與程序之規劃及設計時，就其有無事實上困難，而在理想與現實間之折衝及調和，此亦可從早在民國71年12月31日作成司法院釋字第178號解釋時即有所呼籲：「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，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。」時

¹⁵ 有關日本刑事訴訟法有關法院職員之迴避規定，參照朱朝亮譯，於吳秋宏等，日本刑事訴訟法註釋書（上冊），臺北：法官學院，111年10月，頁53，59-60，66以下。

至今日，轉眼已經 40 餘年，雖本號判決無意將之全面變更，但實質上卻作出適度之補充。是終局解決之道，未來相關機關宜參考外國立法例盡速檢討改進系爭規定及其相關實務規範，而於刑事訴訟法更明確規定系爭法官自行迴避事由，以符公平審判理念。再者，本件涉及如此多位聲請人聲請釋憲案件，且其多數原因案件亦事涉重罪，自應符合正當法律程序與公平審判等法治國原則及法規範明確性（Bestimmtheitsgebote）之憲法要求。總之，為解決法官迴避規範不足之問題，以期符合公平審判原則之要求，並避免違反憲法原則及憲法保障基本權之意旨與目的。未來有關法官之法定迴避原因之較佳立法模式，乃以法律明確且充分列舉出當然應自行迴避之事由，以杜法律解釋上之爭議，是相關機關應在立法論上多下工夫，檢討修正系爭規定，使之符合現代民主法治國所要求公平審判之期待！

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本件判決審查刑事訴訟法涉及法官迴避的三個類型問題：（1）再審或非常上訴法官曾參與確定前裁判（包括歷審裁判）；（2）第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判；（3）第二審或第一審更審程序，法官曾參與發回更審前之同審級先前裁判（理由第51段、第64段參照）

本件判決主文二對第一類型之問題宣示：「法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判程序）或非常上訴程序，應自行迴避，不得參與審判。刑事訴訟法未明文規定上開法官迴避事由，與憲法第16條保障訴訟權之意旨有違。」

至於第二及第三類型之問題，於判決主文一、三、四及五分別宣示刑事訴訟法第17條第8款規定，以及最高法院29年上字第3276號刑事判例，認定更審法官無須迴避，以及最高法院所訂定分案實施要點所形成的更二連身及重大連身實務作法均未違憲。

本席同意此判決之主文，但認為形成主文二之理由論述，有值得進一步論述之處，爰提出協同意見書。

形成主文二之理由主要包括：法官就其審判之個案如有審查自己所作裁判之情形，自難期待其公正審判，且亦將損及當事人之救濟利益，從而即應迴避而不得參與該個案之審理、裁判，此乃憲法所要求之法官迴避事由（理由第60段參照）。另行政訴訟法於第19條第6款規定，法官曾參與該訴訟事件再審前之裁判應自行迴避（但其迴避以一次為限），民事訴訟法雖未有相同之規定，但大法官於79年4月4日公布之釋字第256號解釋，認為依民事訴訟法第32條第7款關於法官自行迴避之規定，參與確定終局裁判之法官於再審程序亦應自行迴避。而刑事訴訟法則無相同之再審法官迴避之規定。於本件判決理由稱「故就正當法律程序及訴訟權之憲法保障而言，刑事訴訟程序在原則上應高於民事或行政訴訟程序，至少不應低於後者。現行刑事訴

訟法對此明顯牴觸刑事訴訟當事人訴訟權保障之規範漏洞，自應迅予填補。」（理由第 77 段參照）。

本席贊同再審法官應迴避之判決結論，但不贊同以填補規範漏洞作為判決之理由，本席認為刑事訴訟程序再審法官迴避，係不同法益保障之選擇結果，理由如下。

一、刑事訴訟法與行政 / 民事訴訟法所定之再審事由有本質之差異

（一）就法條所定再審理由觀察比較

刑事訴訟法第 420 條第 1 項全部 6 款之再審事由，依其內容觀之，都是在確定判決時不存在或不及知之事實，亦即於確定判決後始發現或發生之事實，例如：原判決所憑之證物已證明其為偽造或變造（第 1 款）；原判決所憑之證言、鑑定或通譯已證明其為虛偽（第 2 款）；受有罪判決之人已證明其係被誣告（第 3 款）；參與原判決或前審判決或判決前所行調查之法官，或參與偵查或起訴之檢察官，或參與調查犯罪之檢察事務官、司法警察官或司法警察，因該案件犯職務上之罪已經證明者（第 5 款），各該款所稱「已經證明」者，應是指判決確定後始證明而言，即為判決確定後始發生之事實。至於同條第 6 款所稱「發現新事實或新證據」於同條第 3 項已定義為「判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據」，雖然包括判決前已存在之事實或證據，但特別指出「未及調查斟酌」，即指原判決並無疏漏缺失而言。故整體而言，刑事訴訟程序之再審事由，是指「判決確定後始發生或發現之事實或證據」，就刑事訴訟法第 420 條所定再審事由與行政訴訟法及民事訴訟法之再審事由比較，可知行政訴訟法及民事訴訟法規定之再審範圍更加廣泛。

本意見書謹將刑事訴訟法之規定與行政訴訟法之規定加以比較。按行政訴訟法第 273 條第 1 項，於第 7 款至第 13 款規定之再審事由，基本上類似刑事訴訟法第 420 條第 1 項共 6 款規定之再審事由，性質上屬判決確定後始發現或發生之事實。但行政

訴訟法第 273 條第 1 款至第 6 款規定之事由，則是確定判決違失之事由，而且已於同法規定為判決違背法令而得上訴之事由，即第 273 條第 1 項規定再審事由，其中第 1 款：「適用法規顯有錯誤」、第 2 款：「判決理由與主文顯有矛盾」、第 3 款：「判決法院之組織不合法」、第 4 款：「依法律或裁判應迴避之法官參與裁判」，即已於同法第 243 條規定為違背法令而得上訴最高行政法院之事由¹，亦即在行政訴訟法第 273 條所定之再審事由，有部分與同法第 243 條所定之得上訴最高行政法院之違背法令事由完全相同。然而，刑事訴訟法第 420 條所定之再審事由與該法第 379 條所定得上訴第三審之當然違背法令事由，並沒有重疊之處。亦即刑事訴訟法第 420 條所定之再審事由，都是在有罪判決確定之後始發生或發現之事由，而非存在於有罪判決之事由，因此再審程序得否審查確定判決有無違背法令之事由存在，為刑事訴訟程序與行政訴訟程序本質之差異，民事訴訟法對再審事由之規定，類似於行政訴訟法之規定。

（二）就「重要證物漏未斟酌」之規定比較

更清楚的差異在於，行政訴訟法第 273 條第 1 項第 14 款所定之再審事由「原判決就足以影響於判決之重要證物漏未斟酌」性質上屬存在於確定判決之「當然違背法令」之類型²。然而類似規定，於刑事訴訟法僅將之列為得上訴第三審之當然違背法令事由（刑事訴訟法第 379 條第 10 款），並未列於同法第 420 條所定之再審事由，僅於第 421 條規定「不得上訴於第三審法院之案件，除前條規定外，其經第二審確定之有罪判決，如就足生影響於判決之重要證據漏未審酌者，亦得為受判決人之利益，聲請

¹ 依序為行政訴訟法第 243 條第 1 項：「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令」、第 2 項第 6 款：「判決不備理由或理由矛盾。」、第 1 款：「判決法院之組織不合法」、第 2 款：「依法律或裁判應迴避之法官參與裁判」。

² 行政訴訟法第 273 條第 1 項第 14 款所定再審事由「原判決就足以影響於判決之重要證物漏未斟酌」並未於第 243 條列為判決違背法令之事由，但依體系解釋，應屬得上訴最高行政法院之事由。

再審。」亦即就判決之重要證物漏未斟酌，其性質亦屬原判決之疏失，刑事訴訟法將之列為得上訴第三審之理由，但未列於一般之再審事由，僅於例外之情形（即不得上訴第三審之案件）始得以此為理由提起再審。亦可見刑事訴訟法與行政訴訟法就再審事由之規定是否應屬確定判決之缺失有所區隔。

二、刑事訴訟法再審法官應迴避之理由，與行政 / 民事訴訟程序尚有所差異

刑事訴訟法之再審事由，依其內涵僅列「發現或出現新事實」之類型，而行政訴訟法及民事訴訟法之再審事由，則除「發現或出現新事實」之類型外，尚包括「判決違背法令」之類型，就「判決違背法令」類型之再審事由，如由原確定判決之法官審理，的確會如本件判決理由所稱「無異是容許同一法官於非常救濟程序中審查自己作成之裁判」，故難以期待該法官發現、糾正自己的錯誤。至於就「發現或出現新事實」再審事由之類型，於再審程序應係就原確定判決所認事用法之基礎，加上此「發現或出現新事實」一併綜合考量，以決定是否有廢棄確定判決之必要，則由原確定判決之法官審理，反較能獲得事半功倍之效果，以節省訴訟資源，對被告未必不利，此或許為刑事訴訟法就確定判決之法官於再審時並未有迴避之規定；而行政訴訟法有迴避規定之原因（另民事訴訟程序依釋字第 256 號解釋應迴避已於前述³），此或乃因為刑事訴訟與民事、行政訴訟所定之再審事由

³ 需特別注意之處在於，釋字第 256 號解釋（於民國 79 年 4 月 4 日公布）雖宣告民事訴訟程序中，對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，亦應自行迴避。惟民事訴訟法 92 年 2 月 7 日修正公布之民事訴訟法第 32 條修法理由業已說明：「第七款規定：法官曾參與該訴訟事件『更審前之裁判』，依其文義解釋，凡在更審前曾參與該訴訟事件裁判之法官，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較少，勢必發生無法官可執行職務之情形。又依修正後第四百七十八條第四項規定，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，爰修正第七款，將此部分規定刪除。」可知此乃立法者有意區別。

有本質性差異之緣故。本席因此認為，刑事訴訟法未規定確定判決之法官應迴避審理再審案件，未必為「規範漏洞」，反而可能是立法上另有考量之故。因為刑事訴訟法再審事由並沒有包括「判決違背法令」之類型，較不涉「審查自己所作判決」，故可能偏頗之疑慮並不如民事及行政訴訟程序。本席仍然支持刑事訴訟法確定判決之法官應迴避審理再審案件，但理由應係為維持公正審判之外觀，以免當事人對法官之公正性產生懷疑，此乃維護審判效率與保持審判公平之外觀間不同法益選擇之結果，而非規範漏洞之填補。

三、公務員懲戒法之相關規定有違憲疑義

公務員懲戒法第 27 條第 2 項規定「法官曾參與懲戒法庭第二審確定判決者，於就該確定判決提起之再審訴訟，毋庸迴避」，與行政訴訟法第 19 條第 1 項第 6 款所定再審應迴避之規定正好相反。依本判決意旨「審查自己所作判決」為法官迴避之理由，則該公務員懲戒法第 27 條第 2 項規定已涉違憲。

另按公務員懲戒法第 85 條所規定之再審事由，與行政訴訟法第 273 條所定之再審事由相似度極高，包括前述「判決違背法令」類型（即第 1 項第 1、2、3、8 款），以及「發現或出現新事實」類型（即第 1 項第 4、5、6、7、9 款）皆有之，就「判決違背法令」類型之再審事由，如由參與確定判決之法官審理再審程序，確有「審查自己所作之裁判」之疑慮，依本意見書所採對「審查自己所作成判決」採較狹義之見解，亦已構成法官之迴避事由，依此本席認為公務員懲戒法第 27 條第 2 項有一併檢討改進之必要。

部分不同意見書

詹森林大法官 提出

本判決（下稱 112 憲判 14）所處理者，係刑事法官自行迴避問題，並以憲法第 16 條所保障之訴訟權，為據以審查之憲法權利（理由第 55 段），針對 9 項審查標的（參見 112 憲判 14 理由第 41-49 段），作成 9 項主文。本席贊成其中之第 2 項及第 7 項，反對其餘 7 項，爰提出部分不同意見。

壹、主文第一項及第五項：刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱「法官曾參與前審之裁判」、司法院釋字第 178 號解釋、最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例

本案，有不少聲請人指摘，其原因案件之歷審法官，至少有一位以上，就各該同一案件，重複參與裁判，其情形為下列之一¹：
（一）曾參與確定前裁判，又參與再審或非常上訴程序²、（二）曾參與第三審發回判決，又參與再次上訴後之第三審裁判³、（三）曾參與更審前之第二審或第一審裁判，又參與同審級之發回後更審裁判⁴。

前揭聲請人主張，法官有前述任何一種重複參與裁判之情形者，即為刑事訴訟法第 17 條第 8 款（下稱系爭規定）所定「法官曾

¹ 參見 112 憲判 14 之爭點一。

² 例如：A（或 A、B；或 A、B、C）法官，就同一案件，曾參與第二審確定判決；嗣後，該確定判決經聲請再審或提起非常上訴，而 A、B、C 中任何一位以上法官，又參與該再審或非常上訴程序。又如：A、B、C、D、E 法官中之 1 位以上，就同一案件，係第三審判決之法官，嗣後參與該案件之非常上訴程序。

³ 例如：同一案件，曾經最高法院發回更審，且 A、B、C、D、E 為該第三審判決之法官。嗣後，該案之更審（更一、更二、更三等等）判決再經上訴於三審，A、B、C、D、E 法官中之任何一位以上，又參與此次（第二次、第三次、第四次等等任何一次）之第三審裁判。

⁴ 例如：同一案件，A 為第一審獨任或合議法官；嗣後，該案發回第一審法院更審，A 又參與該更審裁判。又如：同一案件，A、B、C 曾為二審法院之第一次判決或更審（更一、更二、更三等等）判決之法官；嗣後，該案件經發回或再經發回二審法院更審（亦即更一、更二、更三、更四等等），A、B、C 法官中任何一位以上，又參與該更審裁判。

參與前審之裁判」應自行迴避卻未迴避之情事，從而侵害其受憲法第16條保障之訴訟權。此外，因系爭規定曾經司法院大法官作成釋字第178號解釋（下稱系爭解釋），故上述聲請人另請求補充解釋系爭解釋⁵。

一、112 憲判 14 見解

112 憲判 14 指出：

1. 法官迴避制度之目的，在於確保法官公正審判，以維護訴訟救濟之功能（理由第 57 段）。
2. 司法院釋字第 761 號解釋曾明示以下二種情形，已涉及訴訟權保障之核心內容，而為憲法所要求之法官迴避事由：（一）法官因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突⁶；（二）法官因先後參與同一案件上下級審判及先行程序之決定，致可能產生預斷，因而使當事人喪失審級救濟利益。（理由第 58 段）。
3. 司法院釋字第 761 號解釋所稱法官預斷影響之風險，係指會因而損及人民就同一案件之「審級救濟利益」者，始構成憲法要求之法官迴避事由。然就法官因曾參與同一案件之先前審判所致之預斷風險，是否即必然會使當事人喪失其審級救濟利益，毋寧其關鍵在於：法官參與先前審判是否會發生「審查自己所作裁判」之情形，以致該法官再次參與之審判於實質上已難發揮救濟實益（理由第 59 段）。
4. 本件聲請案涉及之法官迴避，乃釋字第 761 號解釋所稱憲法要求之第二類法官迴避事由：法官因先後參與同一案件上下級審判及先行程序之決定，致可能產生預斷，因而使當事人喪失審級救濟利益之類型。是本件就前揭三種類型所審查之各該法規範是否違憲，關鍵在於：法官因參與同一案件先前裁判所生之預斷，是否已構成「審查自己所作裁判」之情形，而必然影響刑事被告之審

⁵ 參見 112 憲判 14 之爭點二。

⁶ 法官因個人利害關係，而應自行迴避審判，在刑事案件，規定於刑事訴訟法第 17 條第 1 款至第 7 款。

級或非常救濟利益？（理由第 65 段）。

依據前述推論，112 憲判 14 遂認為：系爭規定要求曾參與「前審」裁判之法官應自行迴避，其目的係在維護被告於刑事訴訟之審級救濟利益。是系爭規定所稱前審，係指於刑事通常審判及救濟程序中，法官於同一案件「曾參與下級審之裁判」之情形，不包括法官「曾參與確定前裁判」，也不包括法官「曾參與同一審級之先前裁判」之情形。如此解釋，也與司法院釋字第 761 號解釋將審級救濟利益納入訴訟權核心保障內容之意旨一致。就此而言，系爭規定與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸，系爭解釋亦無補充或變更之必要（理由第 70 段）。

結論上，112 憲判 14 一方面認為，系爭規定所稱「前審」，依系爭解釋，係指刑事通常審判及救濟程序之下級審，例如第三審之前審為第二審及第一審，第二審之前審為第一審。（理由第 72 段前段）故：

1. 在刑事救濟程序中，法官曾參與發回更審前同審級法院之先前裁判，不論是（1）第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判⁷，或（2）第二審或第一審更審程序法官曾參與發回更審前之同審級先前裁判⁸，均屬法官參與同審級之前、後裁判。於（1）之情形，該第三審法官所審查者係再次上訴之第二審更審裁判，於（2）之情形，該第二審法官係審查第一審判決，第一審法官係審判檢察官提起之公訴或自訴人之自訴，均非審查自己所作之先前裁判。縱同一審級之前、後次裁判法官有重複，各該審級在程序上仍係完整的一個審級，刑事被告並未因此喪失該審級之救濟利益（理由第 69 段）。簡言之，系爭規定合憲，系爭解釋無庸補充或變更（理由第 66 段）。此即 112 憲判 14 之第一項主文。

⁷ 參見註 3。

⁸ 參見註 4。

他方面，112 憲判 14 認為，依系爭規定之文義及規範意旨，就再審或非常上訴程序而言，刑事訴訟之通常審判及救濟程序顯然不是系爭規定所稱之前審（理由第 72 段後段），因此：

2. 法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判）程序及非常上訴程序，均應自行迴避，不得參與審判，且不以一次為限，以貫徹法官不得審查自己所作裁判之原則，並維護當事人之非常救濟利益。故如當事人就同一案件先後多次聲請再審，或檢察總長就同一案件先後多次提起非常上訴，曾參與確定裁判之法官，於各該再審及非常上訴程序，均應自行迴避（理由第 78 段）。簡言之，曾參與確定裁判之法官於再審及非常上訴程序應自行迴避（理由第 71 段）。此即 112 憲判 14 之第二項主文。

二、本席不同意見

（一）系爭規定

假設 A 為某二審法院法官，曾參與該二審法院對被告所為之有罪判決。該判決因被告上訴，遭最高法院撤銷發回，更一審法官仍為被告有罪之判決（A 法官並未參與此次之更一審裁判）。該更一審判決因被告上訴，又遭最高法院撤銷發回更審。此時之更二審程序，法官必然就撤銷發回部分之犯罪事實，再度調查後始可作成裁判；因此，如 A 法官參與更二審，且更二審仍為被告有罪之判決，從被告角度，關於前開撤銷發回部分，該更二審程序，不論稱之為「A 係審查第一審判決」，或稱之為「A 係審查自己之先前裁判」，究竟有何區別？112 憲判 14 堅稱，A 法官雖參與更二審程序，但 A 法官並未審查自己之先前裁判。此種說詞，對被告而言，文字遊戲而已！

同理，假設被告經二審法院論罪科刑，檢察官以科刑過輕為由，提起第三審上訴。最高法院依上訴意旨，撤銷原判決發回更審，A 為該發回判決之承辦法官。嗣後，該案經數次更審、上訴。幾次更審後，更審法院仍為相同科刑之判決，檢察官又以科刑過輕為由，再

度提起第三審上訴。如此次之第三審判決，又經 A 法官參與（不論其是否為本次承辦法官），且再度依檢察官上訴意旨，撤銷更審判決發回第三次（或第四次、第五次等等）更審。試問：被告若詢問：「A 法官此次參與，有無審查其自己之先前裁判？」該次之最高法院判決，如何交代？外人如何客觀判斷？

綜上，誠如 112 憲判 14 所言，系爭規定要求，就同一案件，法官曾參與前審之裁判者，即應自行迴避，其立法考量在於「法官不得審查自己所作裁判」。既然如此，為確保「法官不得審查自己所作裁判」之原則，從憲法角度，系爭規定所稱「前審裁判」，應包含同一案件之任何審級裁判。亦即，就同一案件，法官一旦曾參與任何審級之裁判，嗣後即不得再參與任何關於該案件之裁判，不論該嗣後之裁判，與法官曾參與者，是否屬於同一審級。法官曾參與之裁判，係刑事裁判，且不利於被告時，尤應如此⁹。

申言之，法官一旦作成裁判，在其腦海裏，對該裁判之認事用法，即不可能消失。112 憲判 14 將系爭規定所指法官曾參與之前審裁判，限縮為「最直接之前一審裁判」，故法官自己之裁判，如非該最直接之前一審裁判，法官縱然嗣後又參與同一案件之裁判，即不會加以審查，實屬背於實情。

（二）系爭解釋

112 憲判 14 認為系爭規定與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸，遂一併認為系爭解釋亦無補充或變更之必要（理由第 70 段）。

然而，系爭解釋作成於民國 71 年 12 月 31 日，且業已指明：「該款（即本案之系爭規定）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

⁹ 112 憲判 14 全文，就系爭規定所指之「裁判」，係有利於被告或不利於被告，並無相關論述。但通觀 112 憲判 14 全文，且因本案所有聲請人皆為遭刑事法院判處罪刑之被告，可知 112 憲判 14 在處理本案時，係將系爭規定所稱法官曾參與之前審裁判，理解為不利於被告之情形。

在內。」換言之，對於系爭規定所稱之「前審」，系爭解釋係採擴張解釋；112 憲判 14 卻採限縮解釋。

尤應注意者，系爭解釋於理由末段強調：「至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，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。」亦即，系爭解釋作成時，最高法院推事，不論民庭或刑庭，人數有限，故如要求曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推事，在同一案件復上訴至最高法院時均應迴避，顯有「事實上困難」。

惟以 112 憲判 14 作成之日（112 年 8 月 14 日）而言，最高法院刑庭共 9 庭，法官 43 人，含 4 位庭長、5 位審判長、18 位法官、16 位調院辦事法官¹⁰。而且，調院辦事法官，3 年即須變動，且依近年慣例，幾乎每年均有新任調院辦事法官。此項法官總人數，及其變動情形，是否已為系爭解釋所指「無事實上困難」，從而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審理時，應自行迴避而不得參與裁判？對此，112 憲判 14 無任何交代，即遽稱「系爭解釋無補充或變更必要」，尚嫌疏漏。

貳、主文第三、四項：更二連身及重大連身

一、法定法官原則

112 憲判 14 認為，該判決主文第三項及第四項分別涉及之更二連身條款及重大連身條款，及與重大連身相關之最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定，均與憲法訴訟權蘊含之法定法官原則，尚無違背（理由第 96 段）。

查，本案共 9 項審查標的中，以更二連身條款及重大連身條款，亦為眾多聲請人所詬病及指摘。因此，如認該二條款不違反憲法保障人民訴訟權之意旨，應有詳盡、具充分說服力之理由。

¹⁰ 參見，最高法院法官名錄，網址：<https://tps.judicial.gov.tw/tw/cp-912-33563-d0c25-011.html>。最後瀏覽日：112 年 8 月 14 日。

首先，以「適用更二連身條款之案件，在其前三次上訴，也還是以（電腦）隨機分案方式決定其各次審判之承辦法官；至於適用重大連身條款之案件，至少在其第一次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦」為由，而認為更二連身及重大連身不牴觸法定法官原則（112 憲判 14 理由第 101 段），已有不少學者及法官持反對看法¹¹，其中關於「最高法院的更二連身條款，甚至重大刑事案件一上訴就連身的慣例，不從案件當事人的角度，只從司法行政方便管考的角度出發，內容等於牴觸隨機、盲目分案的法定法官原則，尤其由司法行政以分案要點的方式規範，更有行政干涉審判之嫌」之批評¹²，更值得各方省思。

其次，以「提升辦案效率」（112 憲判 14 理由第 90 段）、「提升審判運作之效率」（112 憲判 14 理由第 98 段），作為更二連身及重大連身條款符合憲法保障訴訟權之理由，並無統計數據可資佐證¹³。何況，從更二連身自 76 年 3 月 16 日試辦（112 憲判 14 理由第 90 段）、重大連身於 78 年 3 月 30 日經司法院函最高法院辦理（112 憲判 14 理由第 93 段），迄至今日之 30 年以上期間，仍有不可勝數之二審法院更三、更四、更五，甚至更十一¹⁴ 刑事判決。由是足見，所謂「更二連身及重大連身，具有提升辦案或審判運作之效率」，明顯違反現狀¹⁵。

¹¹ 請看本案說明會上，專家學者何賴傑教授提出之專家諮詢意見書第 8 頁、第 11 頁結論 2；專家學者劉芳伶教授提出之專家諮詢意見書第 21 頁；錢建榮法官所著「違反法定法官原則的更二連身條款」，月旦法學教室，第 104 期，2014 年 6 月，48 至 56 頁。

¹² 錢建榮法官，同前註，56 頁，結論。

¹³ 參見本席於本案說明會上對最高法院出席法官之詢問，及該法官之回答。此有前開說明會記錄第 14-15 頁可供參酌。

¹⁴ 參見臺灣高等法院 97 年度重上更（十一）字第 218 號刑事判決，及本席於 112 年 8 月 11 日 1 就憲法法庭 112 年憲裁字第 29 號裁定所提部分不同意見書。

¹⁵ 至於所謂更二連身及重大連身具有統一見解功能部分，查該功能，在 108 年 7 月 3 日前，本應由最高法院刑事判例或刑事庭會議決議扮演；108 年 7 月 4 日以後，則應交由大法庭裁定發揮，與更二連身或重大連身，並無絕對相關。

最後，從人力觀察，如前所述，最高法院目前共有 9 刑事庭，合計 43 位之刑庭庭長、審判長及法官，且其中之調院辦事法官每年均有變動。因此。同一刑事案件，即使於 1 年內，屢次上訴於最高法院，則於該年度，縱然每次上訴均由不同法官審理，至少可以容許 8 次之上訴（每次皆為 1 位不同之審判長，及 4 位不同之法官）。稍微注意刑事實務，即可得知，同一案件經最高法院發回後，於 1 年內，再度上訴該院者，甚屬罕見；重大刑案，更幾乎絕無僅有。而同一案件經發回後，如經過一年，始再度上訴於最高法院，則調院辦事法官已有部分新人，可參與該第二、三、四次上訴之裁判。要言之，以人力可能不足，而指稱更二連身條款及重大連身條款未違反憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨¹⁶，實屬昧於事實。

二、隧道效應

本案有不少聲請人就系爭規定、系爭解釋、更二連身條款、重大連身條款，及最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例，指摘其皆有「法官就同一案件，曾參與先前裁判者，如又參與嗣後之裁判，則在該嗣後之裁判，將因固守其先前裁判，而生預斷之風險」。此即所謂之「隧道效應」。

此項指摘，仍未為 112 憲判 14 採取，其主要理由略為：「任何法官，就各項抽象法律問題、及各類案件所涉事實或法律爭議，原即多少會有一定程度之初步見解或看法。即使認有所謂隧道視野效應之影響，也比較是就法律問題，而非就事實及證據問題的預斷。最高法院法官等對各該重要法律問題多已形成穩定的法律見解，且係其等之所以能擔任終審法院法官的正面資歷及基礎條件。縱認此等法律見解確為法官之定見，亦多為個人經驗及學養所致，而非單純源自先前曾審理同一案件之影響」（理由第 106 段）。

應先指出者，所謂「隧道效應」，係指就某一事務，已有特定

¹⁶ 參見 112 憲判 14 理由第 108 段：「終審法院之法官員額往往相對較少，甚至不分庭。於不分庭之終審法院，發回後再度上訴之案件，必然是由同一庭法官再次審理，而無迴避之可能。」

之認知，遂對嗣後發生之相同或類似事務，不再或難以作不同之認知或思維。因此，隧道效應，主要發生在事實之認定，而非如 112 憲判 14 所認發生在法律問題之預斷。尤其，在刑事案件，眾所周知，經常難以判斷者，大多並非法律適用，而是事實認定。從而，刑庭法官就同一案件，如已認定被告有起訴書所指之犯罪事實，若嗣後又參與救濟程序（二審、三審）、更審程序（二審）、或非常救濟程序（再審），在隧道效應之下，即可能繼續執著於被告有罪之預斷，導致被告在前述各類審判程序上，因該法官未自行迴避，已經「輸在起跑點」。

其次，112 憲判 14 基於「任何法官本來對於各項抽象法律問題、案件事實或法律爭議，原即有其見解或看法；最高法院法官之特質，更是在於其對各該重要法律問題已形成穩定法律見解」，而指稱隧道效應不致於影響法官之審判，故法官就同一案件，雖曾參與先前之裁判，仍無庸迴避該案件之嗣後審理。此項論點，依舊僅從法院立場出發，而對被告於該嗣後審理程序時，因再度面對曾對其為不利裁判之法官，油然而生之不安，及因此對司法之不信賴，完全欠缺同理心。

事實上，針對更審程序，臺灣高等法院已經訂定要點明定，採取「大輪迴制分案」，即原則上，凡曾參與本件裁判之庭長、法官均應迴避。迴避至所餘不足二庭時，除前一次參與裁判之庭長、法官應迴避外，其餘各庭長、法官應參與分案¹⁷。臺灣高等法院臺中分院、臺南分院及高雄分院，皆無不同¹⁸。此項作法，甚堪讚賞。法官員額較少之其他二審法院（臺灣高等法院花蓮分院、福建高等法院金門分

¹⁷ 參見臺灣高等法院 111 年 12 月 22 日法官會議決議通過之「分案實施要點」十、（一）、1。

¹⁸ 參見臺灣高等法院臺中分院民事事件分案實施補充要點伍、四 0；臺灣高等法院臺中分院刑事分案實施要點伍、三十六；臺灣高等法院臺南分院民事事件分案實施要點八、（一）；臺灣高等法院臺南分院刑事案件分案實施要點十三、（一）、1；臺灣高等法院高雄分院民事事件分案實施要點十、（一）；臺灣高等法院高雄分院刑事案件分案實施要點伍、二十、（一）。

院），經由司法院調辦事法官或臺灣高等法院法官協助，亦可比照辦理。

參、結語：被告的謙卑要求、正義的實現方式

由於國家係司法審判權之壟斷者，故人民一旦被起訴，且已經法官論罪科刑，則就同一案件，在通常救濟程序（含上訴程序、更審程序）及非常救濟程序（含再審程序、非常上訴程序），使被告得不再面對相同之法官，對國家而言，技術成本極低，但對被告而言，象徵意義甚高。換言之，若被告在前述所有程序中，均由不同法官審判，且最終仍被判決有罪確定，則被告縱使對該有罪判決表彰之實體正義，仍不甘服，但包括被告在內之任何人對該案件之程序正義，亦即公平法院在該案之實現，已不能再有質疑。

反之，若被告在下級審經法官判決有罪，又在通常救濟程序或非常救濟程序遭相同法官判決有罪確定，即使該確定判決乃實體正義之實現，本案之程序正義，依舊難以服眾。

本席以為，刑事被告若經下級審法官判決有罪，則在嗣後之救濟程序中，能由不同法官審判，其實只是被告非常謙卑的要求，國家何苦拒絕！

尤其，更二連身條款及重大連身條款，既然是司法院於30餘年前，為提升審判效率而要求最高法院辦理；30餘年來，目的明顯不達，被告頻繁抗議，司法院何不乾脆要求最高法院廢止之？

謹以「Not only must Justice be done; it must also be seen to be done」¹⁹（正義不僅應被實現，亦應被看見實現），作為收筆。

¹⁹ 亦有人翻譯為：「正義不僅應實現，而且須以人們看得見的方式實現。」此為英國 High Court of Justice 首席法官 Lord Hewart CJ, 於 1923 年主筆之 R v Sussex Justices, ex parte McCarthy 判決所提之著名法諺。參見 [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233。

部分不同意見書

謝銘洋大法官 提出

健全的法定法官與迴避制度，在於確保公平審判，不僅是憲法訴訟權保障的核心，更是人民信賴司法的基礎

本件涉及刑事案件審理的法定法官原則與迴避制度問題，併案的聲請人多達數十人，聲請的範圍包括法規範憲法審查以及裁判憲法審查，甚至有若干死刑案，可見此一問題的重要性。

本席就本判決多數主文並無法贊同，爰提出部分不同意見。

一、公平審判是訴訟權保障的核心，也是司法最重要的目的

本院釋字第 665 號解釋：「憲法第 16 條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟」，具國內法律效力的「公民與政治權利國際公約」第 14 條第 1 項第 2 句也明定：「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」，是以公平審判是憲法保障人民訴訟權的核心，也是民主國家司法制度最重要的目的，包括訴訟程序、正當法律程序、審級救濟等，都是為了能夠達成公平審判的司法目的而設計的制度，法定法官原則與法官迴避制度更是其中重要的一環。

二、法定法官原則：案件分配，應屬法律保留事項

本件多位聲請人主張系爭決定違反法定法官原則，多數意見認為更二連身條款以及重大連身條款，均係最高法院於各該上訴第三審案件之分案前，即已訂定之一般性規定，符合本院釋字第 665 號解釋所揭示的事前訂定及一般性適用的要求，且未溯及適用，亦非針對特定案件而定，與憲法訴訟權內含之法定法官原則，均無違背。

（一）我國法院案件分配，不符法律保留原則

通常討論「法定法官原則」是以德國基本法第 101 條第 1 項後段所規定的「任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪」為基礎。德國的法定法官原則，所涉及者為案件分配之問題，而非迴避之

問題。德國聯邦憲法法院認為在法定法官原則下，應該以事先以抽象的形式意義法律加以規範，或是至少要有法律明確授權的法規命令為之，（BVerfG, Beschluß vom 18. 5. 1965 - 2 BvR 40/60 = NJW 1965, 2291）。德國除了於法院組織法（Gerichtsverfassungs-gesetz）對於業務與案件分配，詳為明定（就刑事案件而言，於第 74 條以下對於案件分配有詳細的規定）外，德國刑事訴訟法第 354 條第 2 項，對於上訴第三審之情形，更是明文規定「其他情形，應將案件發回原審法院之其他庭或其他法庭，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」，德國聯邦憲法法院認為此一規定亦屬法定法官原則的具體表現（BVerfG, Beschluß vom 25. 10. 1966 - 2 BvR 291, 656/64 = NJW 1967, 99）。

前揭本院釋字第 665 號解釋雖然肯定法定法官原則為我國憲法訴訟權及法官依法獨立審判所內含之憲法原則，並認為「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」。然而該解釋除明白指出法定法官原則係就「案件的分配」外，只是提到「於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第 78 條、第 79 條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範」。至於我國現有法院組織法的規定，是否符合法律保留原則與授權明確性，則未詳為檢討。

我國法院組織法第 78 條規定：「各級法院及分院與各級檢察署及檢察分署之處務規程，分別由司法院與法務部定之」及第 79 條規定：「各級法院及分院於每年度終結前，由院長、庭長、法官舉行會議，按照本法、處務規程及其他法令規定，預定次年度司法事務之分配及代理次序（第 1 項）。辦理民事、刑事訴訟及其他特殊專業類型案件之法官，其年度司法事務分配辦法，由司法院另定之。（第 2 項）。第一項會議並應預定次年度關於合議審判時法官之配置（第 3 項）」。就上述規定內容觀之，法院組織法係授權由院長、庭長、法官舉行會議，按照本法、處務規程及其他法令規定為之。

案件之分配是否符合法定法官原則，是否能落實公平審判，事涉人民之重大權益，特別是刑事案件的審判，屬於影響人民人身自由甚至生命權利的重要事項，涉及訴訟權保障之核心內容，依本院釋字第 443 號解釋所揭示之層級化法律保留意旨，即應有法律或法律明確授權之命令為依據，始符合法律保留原則之要求。然而前揭法院組織法之相關規定，除未就案件應如何分配明文規定外，其授權規定亦屬空泛，顯然並不符合法律保留原則的要求。

（二）連身條款違反法定法官原則

不論是更二連身（本判決主文三、最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點）或是重大連身條款（本判決主文四、最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議之決定，及最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 2 款規定），都涉及最高法院發回更審之案件，再次上訴到最高法院，分由最後發回之原承審法官辦理。

連身條款所涉者，其實並非迴避的問題，而是案件分配問題，也就是法定法官的問題。所謂迴避，應該是指某法官於法定法官原則下，分配到具體案件後，發現其有法定迴避事由而主動自行迴避，或因當事人聲請而迴避。在連身條款下，案件於再次或第三次上訴後，則會自動分配給原來承審的法官，應屬案件分配問題。

連身條款，最早是由司法院於 1987 年函詢最高法院可否試辦，雖然最高法院檢討後認無試辦必要，同年司法院再以（76）院台廳二字第 02453 號函令最高法院試辦，後由最高法院民刑事庭庭長會議決定試辦，並通過分案實施要點。此由可知，連身條款是由最高司法行政機關司法院要求下所訂定，由最高法院所發布，不僅非屬立法機關所通過的法律，也缺乏法律的明確授權。此外，連身的結果，將上訴第三審案件一律指定分由特定法官審理，雖然第一次（重大連身）上訴或前三次上訴審理（更二連身）時，係以一般抽象性的分案方式隨機決定承辦法官，然而在更審或更二之後，都是由特定相同的原承辦法官重複審理，顯然與法定法官原則所要求的以事先一般抽象之規範

隨機決定案件的分配相違背。

雖然多數意見認為「適用重大連身條款之案件，至少在其第一次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦，可謂均已符合法定法官原則之要求」；惟嚴格言之，並不能以第一次上訴符合法定法官原則，就認為其後再次上訴的分案就可以不遵守法定法官原則，否則人民受公平審判的訴訟權將無以受到充足保障。況且就重大連身而言，既然是重大刑案，在審理上應該更為慎重，否則其於上訴第三審後之審理，不論上訴幾次，永遠都是由同一個法官為之，在對被告為不利判決的情形（例如二審判決無罪，三審同一法官持不同意見而一再發回），被告訴訟權保障無異於將落空。

此外，多數意見認為連身條款「兼有提升裁判效率，並促進終審法院之統一裁判見解功能」。然而，究竟是提昇裁判效率比較重要？還是人民受公平審判比較重要？這答案不言可喻。更何況現在已經有大法庭統一裁判的法律見解，並無必要透過連身條款來達到促進終審法院之統一裁判見解目的。甚至有人謂連身條款的目的，在於避免第三審法官「以鄰為壑」地任意撤銷發回，此一看法無異於將最高法院法官當成道德低落、只會「推事」的法官，實不值一駁。

三、法官迴避制度在於確保公平審判，更是人民信賴司法的基礎

法官迴避制度是為了確保能達成公平審判的司法目的。是以不只是刑事訴訟法有專章規定迴避（第17條以下），民事訴訟法（第32條以下）與行政訴訟法（第19條以下）也都有明文規定。本院大法官歷年解釋中，除了本件所涉及的釋字第178號解釋外，釋字第256號（民事再審程序中法官應自行迴避之範圍），釋字第601號（立法院刪除大法官司法專業加給之預算違憲）以及釋字第761號（智慧財產法院法官暨技術審查官迴避）等，也都涉及迴避問題的解釋。

法官迴避制度在各國規範之情形各有不同，基本上在人民對法官信賴度較高的國家，人民比較相信法官能為公平之審判，法官迴避未必是重要的議題；然而在人民對法官信賴度不高的國家，如果未能

正視此一問題，或甚至採取寬鬆之標準，恐將加深人民對司法的不信任程度。

過去我國人民對司法的信賴度不高，民眾對「法官可公正、公平審判案件」尚有所期待，其原因固有多端，然而法官迴避制度，甚至法定法官原則是否能落實亦為其中關鍵因素。健全的法定法官制度與迴避制度不僅是落實公平審判的重要手段，也是憲法訴訟權保障之核心內容（本院釋字第 761 號解釋參照），更是提升人民信賴司法的重要基礎。

四、憲法保障訴訟權所要求的迴避，不應僅限於「利益衝突」與「審級救濟利益」

（一）「審查自己所作裁判」之判斷標準過於寬鬆

本件多數意見參考本院釋字第 761 號解釋，認為：法官就其審判之個案如有「利益衝突」或「審查自己所作裁判」而影響被告之審級利益，自難期待其公正審判，即應迴避而不得參與該個案之審理、裁判，此乃憲法所要求之法官迴避事由。

就「審查自己所作裁判」而言，本件判決多數意見認為法官因參與同一案件先前裁判所生之預斷，是否已構成「審查自己所作裁判」之情形，而必然影響刑事被告之審級救濟利益，是判斷法規範是否違憲的關鍵，本件判決並以此為判斷標準，審視本件所涉及的各種迴避規定與判決是否合憲。甚至前述連身條款問題，多數意見也同樣認為，連身條款都是同一法官於同一案件曾參與發回更審前之「同審級」裁判，而非參與「下級審」裁判，並無「審查自己所作裁判」之問題，「最高法院為法律審，其裁判並不自為事實認定，即使認有所謂隧道視野效應之影響，也比較是就法律問題，而非事實及證據問題的預斷」，且最高法院發回意旨未必對被告不利。終審法院之法官員額往往相對較少，甚至不分庭，且透過裁判可統一所屬下級審法院之裁判見解。

本席則認為，以是否「審查自己所作裁判」或是否影響被告的「審級救濟利益」作為判斷應否迴避的標準，過於寬鬆，而應該採取

更為嚴格的標準，特別是刑事訴訟程序涉及人民的人身自由甚至生命權，其迴避應該更為嚴格。如果人民受不利的判決，特別是有罪的實體判決，只要客觀上讓人對於法院的公正審理有所疑慮，人民受憲法保障的公平審判訴訟權就無法落實，也會讓人民對裁判的結果無法信服，並影響人民對司法的信賴。況人民受法院公平審判訴訟權的保障，並不僅限於審級救濟利益而已，公平審判的內涵亦無法被簡化為「審查自己所作裁判」或是「審級救濟利益」，並狹義地認為只要法官不審查自己所作裁判，或是被告的審級救濟利益未受影響，就無損被告的訴訟權即毋須迴避。

（二）重複審理同一案件的「隧道視野效應」

審級救濟利益保障的精神並不在於「審級」而已，更重要的是不同審級應該由「不同法官」審理，以避免先入為主的印象影響審判的結果。是以縱使不是「審查自己所作裁判」，只要是先前審理過該案件，不論是上下審級或是同審級，曾為不利於被告的實體判決的法官，就應該迴避，以免使人民受法院公正審理的期待落空，並實質上損及人民受憲法保障的訴訟權。

審級救濟利益只是訴訟權保障的最低程度要求，如果同一法官先前於下級審或同審級已經審理過該案件，縱使自己所作的裁判因被上級審撤銷而不具有拘束力，然而對該法官而言，是重複審理該案件，法官也是人，其於前次審理時對事實認定與法律適用留在腦海中的印象，並無法像使用電腦般按刪除鍵就消失，雖然並非必然會產生「預斷」的結果，然而其於腦海中所存留的先入為主印象，多少仍然會因有「隧道視野效應」，以致於影響後續審理時的認知與判斷，而有「預斷之虞」。此種情形，雖然形式上被告的審級救濟利益未受影響，但因為法官同一，與由另一法官在毫無任何預先認知的情形下，重新檢視該案件仍屬有別，對於受不利判決的被告而言，將使其審級救濟實質上失去意義，實質上等同於並未受到審級救濟的保障，恐難以使其信服。雖然或許有人認為隧道視野只會侵襲事實認定的部分，最高法院是法律審，比較不受影響，所以法官重複也不會有偏頗，此

見解亦為本件多數意見所採。然而法律的適用是以事實的認定為基礎，法律審的判斷未必不會受到隧道視野的影響，況且其所言，反而說明了事實審的法官重複參與同審級的裁判，會受隧道視野效應影響。

（三）前審法官迴避不應限於上下級審，而不及於同級審

本件判決主文一、除肯定系爭解釋之見解，認為系爭規定法官「曾參與前審之裁判者」為法定迴避事由之一，其中「前審」係指於刑事救濟程序中，法官於同一案件曾參與「下級審」之裁判，本判決並進一步認為，系爭規定之目的係在維護被告於刑事訴訟之審級救濟利益，且法官於同一案件「曾參與下級審之裁判」之情形，「不包括法官『曾參與確定前裁判』，也不包括法官『曾參與同一審級之先前裁判』之情形」，亦即就系爭解釋所未認定之參與「發回更審前同審級」裁判之情形，多數意見認為其不在應迴避範圍之列。

本件判決上述多數見解，係以被告於刑事訴訟之審級救濟利益為出發點，認為非謂法官曾參與同一案件之先前審判致有預斷風險，即必然會使當事人喪失其審級救濟利益，「毋寧其關鍵在於：法官參與先前審判是否會發生『審查自己所作裁判』之情形，以致該法官再次參與之審判於實質上已難發揮救濟實益」。亦即以是否會構成「審查自己所作裁判」，作為除利益衝突外，判斷是否應迴避之標準。在此標準下，本判決認為如果是「第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判」或是「第二審法官於同一案件曾參與發回更審前同屬第二審之先前裁判」，因為都不是審查自己所作之先前裁判，被告並未因此喪失該審級之救濟利益，是以均無迴避之必要。

然而如前所述，由曾參與發回更審前同審級法院裁判之法官，於發回後再次審理，形式上固非審查自己做過的裁判而無損於被告的審級救濟利益，如其原先所為者係對被告有利的判決，或只是程序上的非實體判決而對被告的人身自由並無影響，縱使有預斷或預斷之虞，因非對被告不利，不影響對被告訴訟權的保障，固無問題。然而如果法官於發回前同審級法院所為之裁判係不利於被告的有罪判決，

而由同一法官於發回後再為審理，如繼續維持不利於被告之判決，難免會引起前述「隧道視野效應」的疑慮，而令被告難以信服。由於在刑事訴訟程序，關涉被告的人身自由甚至生命，應該採取較民事或行政訴訟更為嚴謹的審理程序，避免由同一法官於同一審級再次審理，以免損及被告受公平審判的訴訟權。

是以本席認為法官曾參與前審之裁判，「前審」之範圍不宜過度限縮至只有上下級審關係才應迴避，法官曾參與發回更審前同審級法院裁判，並為不利於被告的實體判決，基於對被告人身自由與生命權以及訴訟權之保障，亦屬應自行迴避之範圍。是以本院釋字第178號解釋應予補充，且最高法院29年上字第3276號刑事判例應為違憲之宣告。於此範圍內，聲請人所為裁判憲法審查之聲請亦屬有理由，其有關暫時處分聲請部分亦應准許。

（四）再審與非常上訴程序，只有曾參與「確定裁判」者，始應迴避，有所不足

1. 曾參與「確定裁判」者應迴避，不以一次為限

就刑事訴訟的再審與非常上訴的非常救濟程序而言，先前曾經參與裁判的法官是否須迴避，法無明文規定。本判決意旨認為，如參與確定裁判之法官，再參與就該確定裁判所提起之再審或非常上訴程序，因仍會發生「審查自己所作裁判」之情形，致當事人喪失其非常救濟利益。是以本判決認為法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判）程序及非常上訴程序，均應自行迴避，不得參與審判。現行刑事訴訟法就此未明文規定，與憲法第16條保障訴訟權之意旨有違，有關機關應於2年內修法明定。本席贊同此一多數見解。

至於應迴避之次數，本件判決採取比民事訴訟（本院釋字第256號解釋參照）與行政訴訟法第19條第6款更為嚴格之規定，認為刑事確定裁判對於被告權益之不利影響，更甚於民事或行政訴訟之裁判，應不以一次為限。基於保障被告受公平審判之權益，本席亦贊同

此一多數見解。

2. 應非僅限於曾參與「確定裁判」者應迴避

雖然如此，本件判決多數意見認為最高法院法官僅限於再審或非常上訴前曾參與「確定裁判」之法官，始應迴避，如果是裁判確定前的歷審法官，因均不構成「審查自己所作裁判」之情形，亦不致損及當事人之非常救濟利益，而不屬憲法所要求之法官迴避事由。此外，本件判決多數意見亦認為曾於原審法院參與確定裁判之法官於「非常上訴有理由後發由原審法院之更為審判程序」，亦係參與同審級法院就同一案件之前、後裁判，得不迴避，因為此種情形原確定判決既經撤銷而不復存在，該原審法院又須受最高法院非常上訴判決意旨之拘束，其性質與同一案件於發回後由原審法院所為之更審程序類似。

本席對上述多數意見並無法贊同。行政訴訟法第 19 條第 6 款明文規定法官曾參與該訴訟事件再審前之裁判，應自行迴避，並不以曾參與「確定裁判」之法官為限。本件判決涉及刑事處罰，理應受較行政程序法更為嚴格之保障，不論是再審或非常上訴，均是就被告先前所受有罪之判決所為，裁判確定前的歷審法官如參與再審或非常上訴程序，形式上雖非審查自己所作裁判，且受再審或非常上訴意旨之拘束，但實質上是就自己過去所為有罪之案件再次審理，如果其所為之裁判是作為原確定裁判的裁判基礎（德國刑事訴訟法第 23 條第 2 項第 2 句參照），為保障被告的訴訟權，本席認為亦應迴避。同理，曾於原審法院參與確定裁判之法官於「非常上訴有理由後原審法院之更為審判程序」，由於非常上訴係因判決確定後發見該案件之審判係違背法令而提起，其確定裁判之法官與裁判確定前的歷審法官，如係因其審判違背法令，或是其裁判違背法令而成為原確定裁判之基礎，基於對被告公平審判之保障，本席認為亦應迴避。

五、法官員額有限或審理效率，皆不比公平審判重要

或許有人認為因為法官員額有限，如果要如此嚴格迴避，將使得案件無法官可審，或是讓同一法官審理可以因為熟悉案情而促進審

理的效率。

這些理由都甚為牽強，法院審理的效率固然重要，但相對於人民訴訟權的保障而言，後者毋寧更為優先而重要。至於無法官可審的問題，我國法官的人數，就全國人口比而言，應該比多數國家多，更何況最高法院的法官人數可能在世界上名列前茅，而且縱使因為法官迴避而在較為偏鄉地區無法官可審，尚可透過移轉管轄之方式處理，畢竟台灣的幅員不廣，各地距離有限且交通方便，並非無法克服。與其講求審理的效率，或是擔心陷入無法官審理的窘境，其實更應該擔心的是，如何透過公平審理的落實，建立起人民對司法的信心。

六、結語

本件判決涉及被告是否有罪的刑事案件審理程序，影響對於被告的人身自由甚至生命權甚鉅，被告對於受到公平審判的期待，較之其他訴訟更為殷切。如果沒有可以讓人信賴的訴訟程序，如何能期待人民對判決結果信服？

本席認為在刑事訴訟程序中，對憲法保障人民訴訟權的落實，應該受到更為嚴格的要求與檢視，從法定法官原則是否符合法律保留原則，到應否迴避，皆應採取嚴格的標準加以審查。是以本席對於多數認為合憲的意見並無法贊同，爰提出不同意見如上。

部分不同意見書

呂太郎大法官 提出

壹、摘要

本判決認為再審或非常上訴程序的審理法官，如果也是曾參與確定裁判的法官，無異是容許同一法官於非常救濟程序中審查自己所作成的裁判，並期待該法官發現、糾正自己的錯誤，這不僅是當事人或第三人所難以信賴，甚已明顯穿透公正審判的外觀，足以對法官顯有偏頗之虞產生合理懷疑，從而損及刑事被告的非常救濟利益，因此必須迴避。

本席認為，上開推論的背後可能隱含了憲法法庭對整體法官能否拋開執念偏見，唯事實、證據及法律是從（再審迴避部分），及有無自我糾錯（非常上訴）的素養，所為否定的觀察或想定。

本席認為，禁止包含法院在內的國家機關自我糾錯，尤其有助於人民權利保護的糾錯，不會是憲法的原則，就我國法官整體而言，當然具有前開素養。美、日等以信任法官為出發點的國家，也不以自行迴避方式，全面排除曾參與該案確定裁判的法官，如果個案當事人對法官的公正性確有偏頗疑慮，透過聲請迴避，就足以解決。相對而言，我國既採德國制度，允許對被告不利益的再審，又採日本制度，設有非常上訴制度，對確定判決不服管道之多，已為他國所不及。本判決復進一步加料，要求參與確定判決的法官，於再審程序及非常上訴程序，應全面迴避，對於法官的信賴性及法安定性，幾乎作了根本的否定，本席深不贊同。爰就主文第 2 項及第 7 項提出不同意見書。

貳、「禁止法官審查自己所作裁判」，真的是憲法的要求？

一、本判決的推論及核心疑問

本判決由審級利益的觀點，認為參與下級審判決的法官不得再參與上級審的程序，因而導出「禁止法官審查自己裁判」為憲法原則，從而推論參與原確定判決的法官，關於對該確定判決的再審程序，應自行迴避。

本席首要指出者，在審級制度下，是以上級審審查下級審就事

實認定或法律適用有無錯誤為目的的救濟程序。但再審是基於新事實、新訴訟資料而發動的新程序，與原確定判決間，並無上、下級審關係。其次，「審查自己的裁判」的結果，不外乎維持原有判斷或變更原有判斷。本判決主要論點，是基於「期待法官審查自己裁判後會糾正自己的錯誤，是當事人或第三人難以信賴」的推測，因此必須禁止法官「審查自己的裁判」。然而，法律允許法官變更自我裁判，已普遍存在各訴訟法，法律怎會建立在這樣一個難以期待的基礎之上？本判決所為推論，究竟是基於如何的實證經驗，未據說明，難以窺知。但依本判決的推論，顯然已經完全排除法官會依證據、事實及法律的變動，變更其原有裁判的可能。一概要求法官就同一案件，於再審及非常上訴程序自行迴避，沒有立法者可以考慮事件的性質、訴訟當事人，尤其被告人權保障等因素，以法律為設計，並隨時調整的空間。真的是憲法上的要求嗎？實有討論餘地。

二、法官變更自己所作裁判，若有助於提昇人民的信賴及被告人權保障，為何違憲？

人民對裁判的信賴，是司法存在的依據，其理至明，無庸多論。維持裁判的固定性，避免任意變更，當然是取得人民對司法信賴的重要因素。然而，訴訟雖以發現個案的真實並妥當適用法律為核心事項，但如何發現真實、妥當適用法律，却隨著當事人的聲明、陳述、舉證、辯論及其他攻擊或防禦方法的提出，而呈動態的發展。法官經常必須「因應」此等新的訴訟狀態出現，適時作出妥當的處理，甚至改變已生效的裁定（法院的意思表示，除以判決為之者外，均為裁定），不能對於新的訴訟狀態視若無睹，依然故我，或抱殘守缺，刻舟求劍。這也是訴訟法所要求於法官的職務。關於此點，除最高法院80年台上字第2007號刑事判例，在論述刑事裁判可否更正的問題上，已說得相當透澈，可供參考外，現行法不但不完全禁止法官變更自己的裁判，甚且規定法官必須因應新的訴訟狀態，隨時審查已為的裁判是否妥當，如與新的訴訟狀態不符，即必須自我變更原裁判，其例不勝枚舉。例如裁判有誤寫、誤算等明顯錯誤時更正裁判、原裁定

經抗告後，原法院認為抗告有理由時，應自為變更原裁定、被告經裁定羈押後，羈押原因消滅者，應撤銷羈押、已無羈押必要者，得停止羈押、停止羈押後發生法定事由時，得命再執行羈押，指定期日、宣示言詞辯論終結的裁定，於有法定原因時，得變更之……皆是。

至於實質變更判決的內容，現行法並未允許原法院得自為變更，但此僅就法律現況而論，從憲法保障被告人權的觀點而言，允許法官變更自己判決的法律並非絕不可能。**如果法律規定：「判決後發現或發生明顯且為當事人所不爭執的證據或事實，足以變更原判決不利於被告的內容，法院得依被告的聲請變更原判決而為有利於被告的判決。」為何也一定違憲？**假使有這樣的法律規定，那末就某一件屬於告訴乃論的犯罪，原法院為被告有罪判決後，發現是未經告訴或已逾告訴期間，就可以依被告聲請改判不受理（刑事訴訟法第 303 條第 5 款規定參照），或發現被告是被他人冒名受審，就可以依被告聲請判決被告無罪，不必如現行制度般僵化，必須等檢察官或冤受有罪判決的被告提起上訴，才能由上級審法院撤銷原判決而另為判決。如此不但曠日廢時，且徒增被告訟累。這樣授權法官得自我審查已作成的判決，並變更原判決而另為判決的法律，既能使變更後的判決更符合客觀真實，對於被告人權的保護，更迅速有效，對被害人等也無不利，不僅無損於人民對司法的信賴，可能更有助益，為何必然違憲？

三、允許原判決法官變更自己判決的立法例

這樣的立法，在先進國家，早有此例，並非純屬書齋內空想。以最重視程序正義的美國法為例，美國聯邦刑事訴訟規則第 33 條（a）規定：「根據被告的聲請，如果出於公平正義的必要，法院可以撤銷任何判決並重新進行審判。如果案件在沒有陪審團的情況下進行審判，法院可以採取額外的證詞並做出新的判決。」在民事事件，聯邦民事訴訟規則第 59 條也有類似規定。此外，日本民事訴訟法原來也只規定裁判的自縛性，判決後就不能自己變更。但僅有這樣僵化的規定，若判決後發現判決有錯誤情形，仍然不能變更，只能依上訴救濟，就當事人權利保護或裁判信用的保持而言，都不是好事。因此

於昭和 25 年（西元 1950 年）參考前開美國法，於其民事訴訟法規定，法院發現判決違反法令時，得於宣示後 1 週內，變更其判決。但如判決已確定或為了變更必須更為辯論者，不在此限（現行日本民事訴訟法第 256 條規定參照）。

四、依證據、事實及法律現況裁判的法官，才是憲法所要求，作為訴訟制度設立前提的法官

現行訴訟制度建立的前提，是法官唯證據、事實及法律是從，不同的證據、事實或法律，就會為不同的裁判；裁判後如證據、事實或法律有變更，也會依循新的證據、事實或法律，變更先前作成的裁判。如果不是以此為前提，而是設想法官一旦裁判後，就會產生執念或偏見，即使證據、事實或法律已有變更，也不會變更自己的裁判，我們就很難想像，這樣的訴訟制度將如何設計？

五、避免少數有執念偏見，無視證據、事實或法律變更的法官，應依其他機制，不是訴訟制度設計的前提

當然，如何使法官都會依證據、事實及法律而為裁判，也不可忽視。除了在學習法律過程的訓練外，還必須有層層的規範，包含法官的任用、養成、職務保障及監督，並於訴訟法上明文規範法官應如何進行訴訟指揮及裁判。對於極少數未依前述規範執行職務的法官，則透過法官迴避制度、審級救濟或職務監督等機制，以防止法官無視證據、事實或法律的情形。不論從理論或實際案例，這樣的法官僅為非常態存在的極少個案，作為解決每年數十萬件至數百萬件巨量案件的訴訟程序，自然不可能以此非常態下應有的法官，作為制度設想的前提。何況法官與被告若無仇怨，為何要放置明擺的證據、事實不顧，一定要置被告於不利方休？

參、再審程序的法官迴避問題，未達到憲法層次

一、憲法關於審判法院的組成，原則上授權法律規定

法官的迴避，從審判庭的觀點，也是法院組織的一環。憲法第 80 條規定，法官「應」依據法律，獨立審判；第 82 條規定，司法院及各級法院之組織，以法律定之。因此，依據法律審判，乃憲法第

80 條規定課以法官的義務，法官是否承辦某個案，承辦後應如何審判，都必須依據法律規定。所謂「各級法院之組織」，除了最廣義的法院（包含院長、庭長、法官及其他行政人員的組織體），授權法律規定外，即最狹義的法院（僅指行使審判權的獨任法官或合議庭），如何組成，也授權法律規定。換言之，所謂法定法官原則，已為憲法第 82 條所明定，而非本判決所認憲法未明文。從另一觀點，憲法規定法院的組織必須以法律定之，其目的也在禁止國家基於特定目的，於無法律授權下成立特別法庭（或法院），避免以司法為名，遂行政治目的。

基於憲法前述規範，法官於所承辦的案件，固然應依據法律的規定為審判，不是依據自己好惡、成見或價值觀為審判。即使決定法官是否承辦某一個案，也必須以法律規定。「依據法律應承辦某一個案，法官不能推卻；依據法律不是由其承辦的個案，法官也不能搶辦。」如何決定法官應否承辦某一個案，至關重要。因此，法律乃有層層規範，除透過審判權的規定，劃定哪些事務應由法院處理，或由其他機關處理；再透過管轄權的規定，劃定應由法院處理的事務中，應由哪一法院處理；又透過各法院事務分配規定（法院組織法第 79 條規定及法官法第 4 章參照），預定未來一年度內該法院所收的具體案件，如何依預定的抽象規則，分配給院內各個法官；最後，就各個法官依事務分配而收受的案件，訴訟法復規定法官迴避制度，排除該法官承辦該案件。總之，法官能否及應否承辦某一個案，憲法並無明文，而是授權法律為規定。再審程序的法官迴避，是法律迴避制度的一環，也是法院組織的一環，憲法也授權法律為規定。因此，除非明顯違反憲法保障人民應受公平審判的訴訟權（例如本判決所舉法官為事件的利害關係人，却參與裁判），否則法律原則上得斟酌事件性質、當事人利益、國家司法資源，規定法官迴避的相關制度。

二、刑事再審是基於新證據、事實或訴訟資料，所開啟的新程序，與原確定判決的關係，非上、下級審的關係

刑事程序的再審，是在原確定判決所憑的證據是虛偽、被告是

被誣告、確定判決所依據的其他判決已變更、參與審判的法官、檢察官、司法警察等人員因該案件而犯罪或失職等事實，已經證明的條件下，或發現足以變更原確定判決的新事實、新證據或被告的自白、自述，足以認定原確定判決據為判斷基礎的事實或證據，或訴訟程序嚴重瑕疵，確定判決明顯違背正義，因而開啟重新審判的程序（刑事訴訟法第420條至第422條規定參照）。形式上是以變更原確定判決為目的所發動的新訴訟。實質上，則是為回復原訴訟程序繼續審判，等同原訴訟程序的再開言詞辯論。因此再審與原確定判決的關係，與審級制度下，上級審與下級審關係，是由上級審審查下級審關於事實認定或法律適用是否正確者，並不相同。反而更接近前述貳、一，法院因應新訴訟狀態而變更自己裁判之情形。本判決援引上、下級審間應否迴避的法理，據以解釋再審與原確定判決的關係，尚難贊同。

三、再審程序的法官迴避，立法者有一定形成空間

（一）公平審判，沒有討價還價的餘地

公平審判乃憲法要求審判制度最核心的價值，沒有公平，就沒有審判。公平審判並不區別案件大小，謂大案必須公平審判，小案則不必，或大案必須有更多公平的審判，小案則只須看起來差不多公平就可以。公平審判也不區別案件的性質或種類，謂刑事案件，或重大刑事案件的審判，必須更公平，其他案件，則只須較弱或看起來差不多公平就可以。公平審判也沒有次數的限制，謂第1次審判要公平，第2次以後則不必，或可以比較不公平。

以本判決所援引之釋字第256號解釋而言，姑且不論該解釋係參考本質與民事訴訟不同的行政訴訟法規定，為民事訴訟法作憲法解釋，在論證方法上已難妥當。何況即使依該號解釋，考量法院的員額，因此以迴避一次為限。然而，公平審判乃司法制度建制的前提，沒有討價還價的餘地，該號解釋既將法官應否迴避，定位為審判是否公平的憲法價值問題，却將其強調公平審判的核心憲法價值，讓位於法律已有規定及司法人事行政下所派任法官員額的實況，承認只須第

1 次的公平，豈能贊同？

就此而言，本判決也有類似疑問。如果本判決所論，參與確定判決的法官，復參與再審裁判，「不僅是當事人或第三人所難以信賴，甚已明顯穿透公正審判的外觀，足以對法官顯有偏頗之虞產生合理懷疑」為正確，本判決又謂僅參與該被聲請再審的確定判決，而不包含參與「歷審」尤其下級審判決的法官，豈非自相矛盾？

（二）參與刑事確定判決的法官，又參與再審裁判，非必然不公平

公平與否，既是一個客觀制度的問題，也是當事人或理性第三人主觀感受的問題。

如前述，刑事再審是以判決確定後發現或發生明確而重大的新訴訟資料為基礎，所開啟的新訴訟程序。再審程序大致可分為二階段，第一，對於再審聲請准否為裁定（即是否開始再審）的程序；第二，開始再審後本案判決的程序。就第一階段而言，法院係依據當事人的聲請而發動，審查有無新的事實、證據或訴訟資料等法律所定的再審理由，是消極的居於中立第三人地位處理聲請案，聲請再審得委任律師，律師並得檢閱相關卷證，除顯無必要外，法院應通知聲請人及其代理人到場，並聽取檢察官及受判決人的意見，聲請人並得聲請法院調查釋明的證據，法院也可依職權調查（刑事訴訟法第 429 條至第 429 條之 3 規定參照），已充分考慮聲請人的程序保障。此等規定，並不區別是否由原確定判決的法官承辦再審聲請案，而有不同。換言之，在制度上已提供即使由原確定判決的法官，承辦再審聲請案，仍可中立執行職務。至於開始再審後，訴訟程序進入本案審理程序，如同本案再開言詞辯論程序，更無因其是否為原確定判決法官，於訴訟制度上有不同規定，而影響審判的公平性。

就當事人或理性第三人的感受而言，依我國目前的法官審判實況，絕大多數法官會依據客觀證據、事實及法律為公平裁判，應該是實際狀況，也是理性的第三人可以接受對於法官的一般觀感。又再審程序是因為發現或發生新事實、新證據或新訴訟資料，足認原確定判決的基礎或程序有明顯且重大的瑕疵，而發動的新程序。因此，參與

原確定判決的法官，即使又參與再審裁判，也會依據新的客觀證據、事實或訴訟資料為公平審判，不會無視該新證據、事實或訴訟資料，仍堅持己見，不動如山，應該也是理性的第三人可以期待的觀感。至於極少數個案審判法官，若有從理性第三人觀感，也會感到可能不公平，且當事人主觀上也感受由原確定判決的法官參與再審程序，可能會有不公平的情形，則透過由當事人聲請法官迴避，針對該個案為解決即可，殊不必預定所有或絕大多數參與原確定判決的法官，必然會於再審程序為不公平審判，而要求應一律自行迴避。

申言之，從個案被告的角度而言，即使受法官有罪判決確定，仍信賴法官是公正審判的，大有人在。如果該法官向來有極佳的風評，在原確定判決案件的審判，客觀上也無任何偏袒、疏漏之處，而於判決確定後，發現新事實、新證據或得據以聲請再審的新訴訟資料，該被告仍基於原有的信賴，同意由原法官繼續就再審案件為審判，原法官也因新資料的出現，可迅速作出變更原判決的判決，憲法為何要一律禁止？一定要由其他（甚至被告不太信賴）的法官承辦，重新審理，周折一番，甚至仍維持原判決結論？這樣的周折，對被告的保護、司法資源及人民信賴，真有必然的助益？

本判決一方面指出：「法官曾參與同一案件先前裁判之事實，並不足以成為認定法官有偏頗之虞，因而一律應迴避的唯一證據」（本判決第117段參照）「同一法官再次參與更審裁判，由於其對案情、相關事證、法律適用及解釋等，相對較為熟悉，不僅有利於裁判品質及結果之正確妥當，亦有助於提升裁判效率，促進有效及迅速審判，從而維護被告速審權。」（本判決第118段參照），因而認為法官參與同一案件發回更審前的裁判，無須自行迴避。對於這樣的理由，本來也可以運用於基於新訴訟資料而發動的再審程序，但本判決於再審程序並未以此為基礎，反而認為應予迴避，前後理論也欠一貫，難予贊同。

（三）原確定判決法官參與再審程序，不影響被告的審級利益

就法官駁回再審聲請的裁定，當事人得依法提出抗告（刑事訴

訟法第 343 條第 2 項規定參照），開始再審後該確定判決的形式確定力即消滅，回復本案再開言詞辯論狀態，故依該案件的種類，適用該本案原應適用的審級救濟，不因是再審的本案判決而受影響。換言之，例如屬於得上訴第三審的案件，原訴訟程序第一審為被告有罪判決後，未經上訴而確定，若對第一審確定判決聲請再審，並由原確定判決法官裁定開始再審，對於該再審判決，仍得上訴至第二審、第三審法院，該案件仍可經三級三審，對被告而言，其審級利益完全不受影響。本判決雖肯認「縱同一審級之前、後次裁判法官有重複，各該審級在程序上仍係完整的一個審級，刑事被告並未因此喪失該審級之救濟利益。」（本判決第 69 段參照），却認為參與確定判決的法官，再參與同一審級的再審判決，則會影響被告的審級利益，所持見解前後矛盾，亦難贊同。

從另一角度言，如原確定判決法官應自行迴避，無異承認於當事人可透過聲請再審手段排除特定法官或選擇特定法官，或造成由同法院的某一法庭審查另一法庭裁判當否，成為其上級審而增加一審級的不合理結果。

（四）美國法例及實務見解

1、各州關於法官迴避之制度設計各有不同，大致可區分為強制迴避（Mandatory recusal）及裁量迴避（Discretionary grounds for disqualification）。強制迴避之事由包括：該案件涉及法官個人利益、該案件涉及法官配偶或子女之利益、法官於該案件中具有經濟上的利益、法官與案件當事人具有親屬關係、法官曾經擔任該案件之律師、法官曾參與調解或和解而知悉當事人之秘密、法官曾擔任該案件之法官助理及法官為該案件證人等。裁量法官迴避之事由，會依個案情形、程度及對案件的影響而分成三大類型：(1) 法官對當事人或律師存有偏見；(2) 法官對爭執的證據事實的個人所知，可能合理的影響法官的公正性；(3) 法官的公正性可能被合理的質疑的情形。

法官參與同一事件前次裁判，不在應強制迴避之列，屬於裁量迴避的事由。當事人有一次不附理由主張法官應迴避之權利者，共

19 州。其餘州及聯邦均無不附理由主張法官應迴避之規定¹。

2、在 *State v. Dechaine*² 一案中，被告經法院判決犯綁架、性侵害及謀殺等罪，均有罪確定後，依定罪後 DNA 分析條例（the post-conviction DNA analysis statute）聲請重新審判（a new trial）。上訴審法院駁回被告對法官迴避之聲請及再審之聲請後，被告上訴至緬因州最高法院，並主張承審法官應迴避本件再審之聲請案，因為在過去 27 年審理本案的過程中，法官已經做出各種裁決，相當於有不利於其的傾向。因此，基於漫長且驚人的承審過程，及被告一再表示其為無辜的陳述，……根據 DNA 而聲請再審，應由另一位客觀、無偏見疑慮或未曾參與本案的法官承審等語。緬因州最高法院於 2015 年 7 月 21 日的判決中，就聲請法官迴避部分，駁回被告的請求，並指出：「（判決第 44 段）如被告 Dechaine 所述，定罪後 DNA 分析條例要求『除非該法官無法承辦，否則再審之聲請應分由曾經判刑的承審法官辦理』該法官認為自己不需迴避之決定，應受到是否濫用裁量權的審查。本院曾說明：『一般而言，因為參與先前程序而對案件有所知悉，並不足以作為該法官於後續程序中即應迴避的充分理由。』且一個法官於其應迴避時，即有迴避之義務，當一個法官不應迴避時，亦有不予迴避之義務。」明確指出法官參與前次審判，不是當然應迴避的理由。

3、在 *U.S. v. Bowen*³ 一案，被告為警察人員，在颶風卡崔娜過後開槍射擊，犯警察人員錯誤陳報及錯誤陳述罪，經判決有罪確定。被告聲請重新審理。美國聯邦路易西安納東區地方法院 Engelhardt 法官准予開啟重新審理，政府提起上訴。美國聯邦第 5 巡迴上訴法院，於 2015 年 8 月 18 日的判決中，對於聲請撤換 Engelhardt 法官部分，

¹ 參考 *Disqualification of Trial Judge for Cause*, American Jurisprudence Proof of Facts 3d, July 2023 Update, Hon. D. Duff McKee 著，第 16 頁至第 49 頁及第 131 頁。本意見書所引用美國法文獻，係由研究法官林尚諭整理提供。

² *State v. Dechaine*, 121 A.3d 76 (Me., 2015)

³ *U.S. v. Bowen*, 799 F.3d 336 (C.A.5 (La.), 2015)

駁回上訴人主張之請求。並指出：「政府最後的上訴主張為聲請本院撤換 Engelhardt 法官，無論本案未來如何發展，換法官是一項罕見且不利的裁定。上訴人應說服本院該法官的行為會合理的使客觀觀察者質疑法官的公正性。判斷時應考慮三項因素：參與原判決的法官在本案發回、重新審理案件時，對於摒除已被認為錯誤之過去觀點或調查事證的結果，有無實質困難；重新分案是否係維持公正外觀的合理方法；重新分案的效率成本是否勝過維持公正外觀的利益。」是以務實而深入的觀點，為法官應否迴避參與重審程序，指出明確判斷標準，甚有參考價值。

（五）日本法例及實務見解

日本刑事訴訟法第 20 條第 7 款規定，法官參與前審的裁判者，應排除其職務（自行迴避）。但所謂參與前審裁判，是否包含參與再審對象的原確定判決，日本最高裁判所第 1 小法庭於昭和 34 年（西元 1959 年）2 月 19 日作成一致決判決，認為所謂前審裁判，指該事件得依上訴聲明不服的裁判，並不包含再審。實務上有關再審聲請案件，各法院的事務分配，也多分配予原判決的審判庭。學說也多認同這樣的結論，其原因是因為，再審請求是基於判決確定後發現新的事實或資料，為再審當否的判斷，是與原確定判決程序完全斷絕的程序，即使原確定判決的法官再參與再審請求的裁判，也不會抱持先入為主的觀念而為錯誤判斷⁴。簡言之，再審聲請程序與原審判程序，是個別不同的程序，由原確定判決的法官審理再審聲請，不發生不公平的問題⁵。

肆、對被告不利的再審，為何參與有利被告的確定判決法官應迴避才合憲？

⁴ 松尾浩也監修・松本時夫・土本武司・池田修・酒卷 匡編集代表，条解刑事訴訟法，第 1139 頁，2016 年第 4 版增補版第 1 刷，弘文堂。

⁵ 井上正仁監修・河村博・酒卷匡・原田國男・廣瀨健二編集代表，裁判例コンメンタール刑事訴訟法，第 4 卷，第 467 頁，平成 30 年（2018 年）第 1 刷，立花書房。

應值一提者，關於刑事確定判決的再審問題，立法例上有不同類型，有僅得為被告利益而再審者，例如法國法及日本法，有得為被告利益而再審外，另允許為被告不利益而再審者，例如我國、德國。就我國而言，法律規定得為被告的不利益而再審，是希望透過再審程序，獲得比原確定判決更不利於被告的判決。這樣的制度，不能認為是為保障人民（被告）的權利而設，而是為了貫徹國家對被告的刑罰權。但國家並沒有受憲法保障的基本權，因此，為被告不利益的再審，自然也不能認為是受憲法保障的基本權。換句話說，即使刑事訴訟法不規定不利益被告的再審，也沒有因對國家保障不足而違反憲法的問題。反而法律規定國家得對被告為不利益的再審，可能使人民受到二重不利審判的危險，是否違憲，成為問題。既然不規定得為被告不利益的再審制度，都沒有因對國家保障不足而違反憲法的問題，那末法律為了多一點保障國家對被告的刑罰權，因而規定檢察官得為被告不利益而聲請再審，但由原判決的法官審理再審案件，比起未規定對被告不利益的再審，對貫徹國家刑罰權之保障而言，仍較為有利一些（聊勝於無？）自然也沒有因對國家保障不足而違反憲法的問題。要言之，就對被告不利益的再審程序，由原確定判決（對被告有利）的法官參與審判，不但沒有違反憲法保障人民（被告）權利的問題，反而若原確定判決法官必須迴避，等同對有利被告的法官，必須被排除，尚且可能構成二重危險，而違反憲法。

伍、非常上訴程序之迴避問題，未必達到憲法層次

非常上訴是為統一法律解釋為主軸，抽象的糾正法令適用錯誤為目的所設的制度，是基於法律的利益而設，非以保障人民權利為主要目的，亦非在賦予人民審級救濟的機會。因此，僅有代表國家利益的檢察總長得提起。即使被告請求檢察總長提起，亦無拘束檢察總長的效力，被告亦無請求檢察總長迴避或對檢察總長的決定不服的餘地。最高法院就檢察總長提起的非常上訴所為判決，原則上效力不及於被告，僅於原判決不利於被告時，應另行判決或發回，受發回法院不得諭知較重於原確定判決之刑而已（刑事訴訟法第447條及第448

條規定參照)。要言之，被告於非常上訴程序僅居於從屬的地位，可反射取得受更有利判決機會的利益而已。此種以維持國家法律見解統一為目的的制度，並非以保障人民的基本權為目的所設，即使法律未設有非常上訴制度，也不能說是違反憲法。如同前述為被告不利益的再審制度一般，法律設有非常上訴制度，僅提供法律見解統一的機會而已，因此，即使為確定判決的法官再參與非常上訴的審判，也不發生損及人民基本權的問題，自無應自行迴避的憲法要求。

本判決一方面在發回更審的問題上，指出：「最高法院法官皆為具長年審判經驗之資深法官，其等對各該重要法律問題多已形成穩定的法律見解，且係其等足以擔任終審法院法官的正面資歷及條件所在。縱認此等法律見解確為法官之定見，亦多為個人經驗及學養所致，而非單純源自先前曾審理同一案件之影響」（本判決第 106 段參照）「最高法院既為終審法院，其就各該重要法律問題本即應有穩定、一致的法律見解，始能透過裁判統一所屬下級審法院之裁判見解。如果期待最高法院就同一案件所涉之法律爭點或問題，會因審理法官之不同，而出現不同的法律見解，並以此為迴避之實益及理由，反會損及最高法院身為終審法院所應發揮之統一裁判見解之重要功能。」（本判決第 108 段參照）明確肯定最高法院法官的見解並不會因先前曾審理同一案件而受影響，却於非常上訴程序，認應自行迴避，前後理論不無矛盾，自難贊同。

部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

關於本號判決，除主文第4項及主文第6項之相關涉部分外，本席敬表同意，爰就上述不同意部分提出不同意見書。

壹、本號判決關於法定法官原則部分之意旨

本號判決係參照司法院釋字第665號解釋意旨，認「各法院於不牴觸上位階法律、命令的前提下，仍得自訂有關案件分派之補充規範。又法院自訂之分案規範除須符合『事前訂定』及『一般適用』的基本要求外，亦得考量專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功能等因素，而為合理之安排，並非就每案之每次分派均須一律採取（電腦或抽籤）隨機盲分原則，才算符合法定法官原則。」並進而以「……更二連身條款及重大連身條款，均係最高法院於各該上訴第三審案件之分案前，即已訂定之一般性規定，既未溯及適用，亦非針對特定案件而定，……符合事前訂定及一般適用的要求。就其目的而言，更二連身條款除與發回程序之特殊性有關外，更二連身及重大連身條款之訂定，均兼有提升裁判效率，並促進終審法院之統一裁判見解功能等重要考量。又適用更二連身條款之案件，在其前三次上訴，也還是以（電腦）隨機分案方式決定其各次審判之承辦法官；至於適用重大連身條款之案件，至少在其第一次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦，可謂均已符合法定法官原則之要求。」等由（本號判決理由第99段及第101段參照），而認系爭要點一、系爭要點二第1款、第2款及系爭決定所定之更二連身條款及重大連身條款，與憲法訴訟權內涵之法定法官原則，均無違背。承上可知，本號判決主要係循司法院釋字第665號解釋關於法定法官之解釋意旨，就最高法院之決定及分案要點中關於更二連身條款及重大連身條款，為是否符合憲法訴訟權內涵之法定法官原則之審查；而對此等分案規範之審查標準則為下列之（1）+（2）：

（1）分案規範之「事前訂定」及「一般適用」。

（2）基於專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功

能等因素之考量，而為合理之安排。

貳、關於法定法官原則之內涵

一、司法院釋字第 665 號解釋關於法定法官原則之解釋意旨

按「憲法第 16 條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟。為確保人民得受公平之審判，憲法第 80 條並規定，法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」「法院經由案件分配作業，決定案件之承辦法官，與司法公正及審判獨立之落實，具有密切關係。為維護法官之公平獨立審判，並增進審判權有效率運作，法院案件之分配，如依事先訂定之一般抽象規範，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。……各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第 78 條、第 79 條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率。」業經司法院釋字第 665 號解釋在案（該號解釋理由第 2 段及第 3 段參照）。

二、關於法定法官原則應具內涵之意見

查司法院釋字第 665 號解釋於引用德意志聯邦共和國基本法第 101 條第 1 項規定後，雖為「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」等語之敘述（詳見該號解釋理由第 4 段），然基於該解釋於同段理由所另為「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。我國憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判，亦有相同之意旨」等語，並觀上開所示之司法院釋字第 665 號解釋內容，暨係自憲法第 16 條人民訴訟權之規定導出法定法官原則之意旨，本席認屬我國憲法第 16 條所規定訴訟權內涵之法定法官原

則，在憲法第 16 條所規定之人民訴訟權保障，所具人民權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判之核心內容下，關於法定法官原則之內涵，循上述司法院釋字第 665 號解釋意旨，就法院案件分配言，本席認應係指：（1）須依事先訂定之一般抽象規範，客觀公平合理分配於法官。（2）該一般抽象規範須摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業。

申言之，各法院於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則下，雖得就受理案件分配之事務，於合理及必要之範圍內，訂定補充規範；但各法院所訂之案件分配規範，不僅須係事先訂定之一般性、抽象性規範，且該一般抽象規範之內容，尚須摒除恣意或其他不當干涉（下稱摒除恣意干涉）案件分配作業。又是否「摒除恣意干涉」，本席認不應以曾經隨機分案（可能 1 次或數次，詳下述）即當然認為該當，尚應就各該非屬隨機分案之案件分配規範內容（如本意見書討論之重大連身條款），判斷是否「摒除恣意干涉」，俾符合公平審判要求，進行具體之審查，以為是否符合法定法官原則之判斷。

參、重大連身條款與法定法官原則有違

一、最高法院關於重大連身條款之相關規範內容

最高法院針對重大刑事案件先後所為重大連身條款之規範，依序為：

（1）最高法院中華民國 83 年 12 月 1 日之 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決議：「翌年度之重大刑事案件由指定不同庭之 5 位法官辦理，但撤銷發回後再行上訴之案件，仍分由原承辦股辦理。」（最高法院 84 年第 8 次刑事庭庭長會議決議停辦重大連身條款）。

（2）86 年 12 月 26 日之 86 年度第 16 次刑事庭庭長會議決議：重大刑事案件發回更審再行上訴案件，仍依上開 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決議，分由原承辦股辦理。

（3）最高法院 107 年 9 月 19 日訂定發布之「最高法院刑事案件分案實施要點」（下稱分案實施要點）第 9 點第 1 項第 2 款規定：「案件有下列情形之一者，應分原承辦股：……（二）重大刑事案件

發回更審再行上訴案件。……」

綜上可知，所謂重大連身條款係指重大刑事案件，僅於個案第一次上訴時採隨機方式分案，該個案如為撤銷發回之判決，則於嗣後再行上訴時，無論係經多少次之撤銷發回及上訴，除原承辦股已裁撤或兼庭長、代理庭長或充審判長者，¹均仍分原承辦股承辦。換言之，重大刑事案件於最高法院之案件分配，基於該院案件分配規範之重大連身條款規定，該個案無論曾經多少次之上訴最高法院，除有上述之例外情形外，原則上均係由同一位法官承辦之。

二、本號判決認重大連身條款已摒除恣意干涉案件分配之理由

循上開本席就司法院釋字第 665 號解釋關於法定法官原則部分之解讀，並徵諸本號判決所為如上開〈一〉所述（1）＋（2）之審查標準，則就以「事前訂定」且「一般適用」之抽象性分案規範所為重大連身條款，本席認本號判決應係考量下列 3 項因素，而認已摒除恣意干涉案件之分配：

- （1）在第一次上訴第三審時，係隨機分案，而非指定特定法官承辦。
- （2）提升裁判效率。
- （3）促進終審法院之統一裁判見解功能。

三、重大連身條款尚難認已摒除恣意干涉案件之分配

（一）難以同意本號判決論點之理由

本席尚難同意本號判決關於重大連身條款已摒除恣意干涉案件分配之論點，爰就上開關於本號判決在重大連身條款係以事前訂定且一般適用之抽象性分案規範中所訂定之前提下，所認摒除恣意干涉案件分配之 3 項論點，分別說明如下：

1、尚難僅以存有 1 次之隨機分案，即得認重大連身條款已摒除恣意干涉案件之分配

¹ 參照最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 2 項規定：「前項第（一）、（二）款案件，於原承辦股已裁撤者，以電腦亂數抽籤分案；原承辦股法官兼庭長、代理庭長、充審判長時，以電腦亂數抽籤輪分該庭其他股。」

一般肯認連身條款²與法定法官原則無違之論點，除因其已符合上述以事前且一般適用之抽象性分案規範予以規定之要求外，另一理由即係個案適用「連身條款」前之案件分配，係隨機分案而非指定特定法官承辦，亦即因連身條款而特定之法官，其之「特定」仍係因隨機分案所致。此等曾隨機分案之事實，固得作為連身條款是否摒除恣意干涉案件分配之考量因素，但本席並不贊同僅因之即得認已摒除恣意干涉案件之分配。

蓋基於法定法官原則屬憲法第16條所規定人民訴訟權之內涵，具有確保人民受公平審判之意旨，則所謂之「摒除恣意干涉」，就案件之分配言，自係指在不具迴避事由之法官中，以隨機分案之方式決定之。然所謂之「連身條款」，以本號判決所審查之「更二連身」或「重大連身」觀之，均係在符合分案規範所設定之條件時，該個案於最高法院之審級，不論歷經多少次之審判，原則上均由同一位法官承辦；由於並非就每案之每次分派均須一律採取隨機分案，始符合法定法官原則，從而重大連身條款於曾經1次之隨機分案後始連身之前提下，僅是非當然違反法定法官原則，至於是否符合法定法官原則之要求，如前所述，尚須視是否摒除恣意干涉案件之分配。

2、提升裁判效率

最高法院所以就重大刑事案件，為前述重大連身條款之分案規範，係因司法院函知最高法院，司法院所屬各級司法首長座談會於78年3月23日會議關於：「第二審法院判決上訴之重大刑案，如經第三審法院撤銷發回，……第二審法院更行判決後上訴時，仍分由第三審法院原承辦股繼續辦理」之決議（本號判決理由第93段參照）；而上述司法院所屬各級司法首長座談會所為重大連身條款之決議，則係針對「辦理重大刑案，應如何速審速結，以收嚇阻警惕之效，而維社會風氣之祥和」一案，所為之決議³。準此，應可認重大

² 一般係指重大連身條款及更二連身條款。

³ 參照最高法院111年3月29日新聞稿。

連身條款係基於速審速結之目的而為。

本號判決審查標的中涉及連身條款者，係含更二連身及重大連身兩部分；而所謂「更二連身」，係指最高法院第三次發回更審以後之刑事上訴案件（即最高法院就同一案件之第四次審判起），均分由最後發回（即第三次審判之最高法院更二審）之原承審法官辦理，致上訴最高法院之案件自更二審起均由最高法院同一承審法官辦理（本號判決理由第 91 段參照），且依最高法院關於刑事案件分配之更二連身條款規範，其係適用於各類型之刑事上訴案件。⁴

查更二連身條款本係為提升辦案效率而為，且係於規範重大連身條款前之 76 年間即試辦及實施迄今（本號判決理由第 90 段參照）；則最高法院為提升辦案效率而已實施更二連身之分案規範下，就同屬提升辦案效率目的之「速審速結」，再為僅有一次隨機分案之重大連身條款，是否意謂更二連身條款已不符提升辦案效率之要求？若答案為肯定，則所應變動者應係全部之刑事上訴案件，而非僅重大案件；若答案為否定，則何以重大刑事案件之辦案效率要求，已至須速審速結？且在終審法院此等效率之達成須仰賴個案僅能有一次之隨機分案，始能達成？

基於更二連身條款迄今仍存在之事實，關於上述疑問，本席係採否定之答案，且認案件分配固得有「提升審判運作之效率」之考量（司法院釋字第 665 號解釋理由第 3 段參照），惟依法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項第 26 點及最高法院辦理重大刑事案件速審速結應行注意要點第 3 點，關於最高法院法官配受重大刑事案件，應自收案之日起 3 週內擬製裁判書，提付評議之規定，則此等之「速審速結」與公平審判下所容認之裁判效率之關聯性，已令人有所懷疑，況第三審法院之重大刑事案件係指經或曾經第二審判處死刑、無期

⁴ 應適用重大連身規定之重大刑事案件，因於第二次上訴最高法院時即已連身，則第四次之上訴，不論有否適用更二連身規定，結論均相同，故重大刑事案件可謂無適用、亦可認實質上有適用。

徒刑之案件，⁵則相對於處理此等關係人身自由、生存權之個案所應存之慎重度，所謂速審速結，應是上述規範所另為「提前審理」之要求。

此外，重大連身條款因於第一次更審之上訴即分由原承辦股辦理，而可減省承辦法官於釐清個案問題所須耗費之時間，但是否能因此避免個案之多次發回更審，而達到該個案之速審速結或裁判效率之提升？若二、三審之承審法官均堅持己見，答案似非必然。是基於速審速結而為之重大連身條款，其與裁判效率之關聯性，實已甚為薄弱！

3、終審法院之統一裁判見解功能

按「民刑事各庭為統一法令上之見解，得由院長召集民事庭會議，刑事庭會議或民刑事庭總會議決議之。」「（第1項）民刑事庭庭長會議、民刑事庭會議或民刑事庭總會議，須有庭長、法官三分之二以上出席，以出席過半數同意行之，可否同數時取決於主席。……（第3項）第1項之會議議事要點另定之。」79年7月3日修正發布之最高法院處務規程第32條及第33條分別定有明文。而依上述處務規程第33條第3項規定，先後於80年7月20日、91年5月14日及106年7月24日修正發布之最高法院民刑事庭庭長會議、民刑事庭會議及民刑事庭總會議議事要點（下稱最高法院民刑庭會議要點）第5點則分別規定：「（第1項）每次開會之議案，原則上由各庭以庭銜提出。院長亦得就兩庭裁判見解不同、或裁判所持見解與通說有異以及有其他求取見解一致之必要時，提出議案。（第2項）民刑事同類事例之案件，如各庭見解不同，或認有變更以往已有之先例（非判例）或民、刑事庭會議決議之必要者，承辦庭應將不同之見解提案討論。經大會決定後，承辦庭應於當日評議，將主文公告之。（第3項）各庭承辦發回更審復上訴之案件，其見解如與更審前本院

⁵ 參照法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項第2點第3項規定：「第三審法院於前開案件經第二審判處死刑、無期徒刑或宣告無罪而經檢察官提起上訴者適用之。」

裁判所持見解有異時，應由承辦庭先提案討論之。」「（第 1 項）每次開會之議案，由院長或各庭庭長以庭銜提出。（第 2 項）民刑事同類事例之案件，如各庭見解不同，有求取見解一致之必要，或認有變更以往之先例或民刑事庭會議決議之必要者，承辦庭應將不同之見解提案討論。經會議決定後，承辦庭應於當日評議，將主文公告之。

（第 3 項）各庭承辦發回更審復上訴之案件，其見解如與更審前本院裁判所持見解有異時，承辦庭應先提案討論之。」「（第 1 項）每次開會之議案，由院長或各庭庭長以庭銜提出。（第 2 項）民刑事同類事例之案件，如各庭見解不同，有求取見解一致之必要，或認有變更以往之先例或民刑事庭會議決議之必要者，承辦庭應將不同之見解提案討論。經會議決定後，承辦庭應於當日評議，將主文公告之。（第 3 項）各庭承辦發回更審復上訴之案件，其見解如與更審前本院裁判所持見解有異時，承辦庭應先提案討論之。」

承上可知，我國最高法院刑事庭因非僅一庭，為統一刑事案件各庭間之法令上見解，乃設有刑事庭會議，藉該會議決議予以同一；且依上述最高法院民刑庭會議要點第 5 點第 3 項規定，最高法院承辦發回更審復上訴之刑事案件之承辦庭，如欲變更更審前同院裁判之見解，承辦庭應先提案於刑事庭會議討論後始得為之，而非任該個案之各次更審裁判先形成不同見解後，再行提案討論，作成決議以統一見解。準此，則重大刑事案件，因重大連身條款之規範，基於僅一次之隨機分案，爾後無論歷經多少次更審，原則上均由同一位法官承辦，自將使因見解變更而應提案決議之機率幾近於零，⁶如此，雖使作為終審之最高法院見解較為穩定，但另一面向則是使在學說或實務上已存在之歧異見解，喪失得因此獲得統一之機會，而使見解統一之時程延後，⁷亦令個案被告難以藉更審而獲因見解統一（變更）之救濟機

⁶ 所以稱「幾近」，係因合議庭成員之大幅變動時，存在著因該庭多數見解變更致須依規定提會討論之可能性。

⁷ 須依最高法院民刑庭會議要點第 5 點第 2 項規定：「民刑事同類事例之案件，如各庭見解不同，有求取見解一致之必要，或認有變更以往之先例或民刑事庭

會；並此等情形所影響者，核係終審法院之統一法律見解功能及個案被告之公平審判。從而，本席認重大連身條款如認有「促進終審法院之統一裁判見解功能」，則其之「統一」係減少因歧異見解而提刑事庭會議決議所致之「統一」，然此等消極性之統一，實難認屬終審法院所應具之統一見解功能。

（二）重大連身條款並不具考量專業或案件公平負擔面向之合理理由

重大連身條款係最高法院針對重大刑事案件於發回更審後再行上訴之案件，所訂定之分案規範，而所稱重大刑事案件，如前所述，係指經第二審判決判處死刑或無期徒刑之案件；而此等案件，就辦理刑事案件之終審法院法官在案件分配上之意義言，本席認應係個案屬對人身自由之重大拘束或生命之剝奪，從而承辦法官具較大之壓力，是基此所衍生者，核係案件負擔之公平，就此，最高法院實已經由分案實施要點之獨立輪次分案之規定，⁸ 予以合理之處理；此外，依前開關於第三審重大刑事案件之界定言，案件之複雜度或專業性尚非此等案件所必然具備之本質，況最高法院現亦無所謂之重大刑事專股（庭）。故而，針對重大刑事案件所為特殊分案方式之重大連身條款亦難認有自法官專業或案件公平負擔面向予以考量之合理理由。

（三）小結

綜上所述，針對重大刑事案件所為特殊分案方式之重大連身條款，尚不存有在法官專業或案件公平負擔面向之理由；此外，於最高法院已訂有更二連身條款之分案規範下，再基於速審速結而為之重大連身條款規定，核與裁判效率之關聯性已甚為薄弱！且重大連身條款就屬終審法院重要功能之統一裁判見解，若有促進之效，亦屬減少歧異見解之提出，自憲法所保障人民訴訟權核心內容之公平審判觀點

會議決議之必要者，承辦庭應將不同之見解提案討論。經會議決定後，承辦庭應於當日評議，將主文公告之。」為之。

⁸ 最高法院刑事案件分案實施要點第11點第2款及第3款規定：「下列案件應依序以獨立輪次分案：……（二）重大刑事案件（死刑）。（三）重大刑事案件（無期徒刑）。……」

言，不僅對終審法院之統一法律見解功能無促進之效，甚或是負面之影響。是雖重大連身條款，係曾經一次隨機分案後始開始連身，但考量前述重大連身條款對最高法院基於終審法院之統一見解功能之影響、與裁判效率之薄弱關聯性，暨無涉案件專業性及公平負擔等面向，本席認其實已對公平審判形成負面之影響，而尚難認已摒除恣意干涉案件之分配。

準此，則基於前述法定法官原則之滿足，就案件之分配言，係應具備：（1）須依事先訂定之一般抽象規範，客觀公平合理分配於法官。（2）該一般抽象規範須摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業等兩大要件觀之，重大連身條款雖係以事先訂定之一般抽象規範為之，但其規範內容既尚難認已摒除恣意干涉案件分配，則此規範核已違反法定法官原則。

肆、結論

為保障人民訴訟權，維護獨立及公正審判，法定法官原則要求案件之分配不得恣意或受其他不當干涉，是各級法院獲法律授權自主決定事務分配時，在以事先一般抽象性規範予以規定之基本要求下，固得基於專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功能等因素（下稱分案事由），採行合理及必要之分案方式；至案件之分配是否恣意或受其他不當干涉，尚應視各級法院訂定分案規則而採行之分案方式，是否與達成分案事由之目的間具有一定關聯性。是本號判決雖認重大連身條款並無違法定法官原則，但其亦非認案件曾經 1 次之隨機分案即開始連身，係當然未違反法定法官原則，從而，各級法院自主決定事務分配訂定之分案規則，如有關於連身條款之分案規定，並不因本號判決即當然得認與法定法官原則無違，而應再作進一步之審視；另或許於無員額限制之事實上困難下，盡可能消除人民對司法公平審判之疑慮，亦是一種選項。