

## 憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決

### 未到庭證人警詢陳述之證據能力案

#### 【案由】

聲請人認各所受不利確定終局判決所適用之刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款、第 3 款等規定，牴觸憲法，分別聲請解釋憲法、法規範憲法審查。

#### 【判決主文】

- 一、刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款及第 3 款規定（Jango 按：即以下系爭規定一及二）：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。……三、……所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。」係刑事訴訟上為追求發現真實而將未到庭證人之法庭外陳述採為證據，致減損被告防禦權之例外規定。法院於適用上開規定時，除應從嚴審認法定要件外，並應確保被告於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障；且未經被告當庭對質、詰問之未到庭證人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據，俾使發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判權利之保障間獲致平衡。於此範圍內，上開規定尚不牴觸憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之意旨。
- 二、聲請人一至五就上開規定之聲請均駁回。
- 三、聲請人一及三其餘聲請均不受理。
- 四、聲請人四及五有關暫時處分之聲請均駁回。

#### 【判決理由（節錄）】

<p>原則上不得使用未經質問之供述，與其例外得合憲使用之條件</p>	<p>本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權，包含於審判中對證人對質、詰問，以爭執其證詞真實性之權利（司法院釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號、第 654 號、第 762 號及第 789 號解釋參照）。<u>證人未到庭接受對質、詰問之審判外陳述，原則上不得作為被告有罪之證據。</u>【26】</p>
<p>原則上不得使用未經質問之供述，與其例外得合憲使用之條件</p>	<p>惟立法者基於發現真實之憲法上重大公共利益，就法院有必要以未到庭證人之審判外陳述作為論斷被告有罪之證據之情形，如被告無法對未到庭證人行使對質、詰問權所生防禦權損失，於訴訟程序上有適當之衡平補償機制，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障，且該等未經被告對質、詰問之審判外陳述，非為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據等前提下，非不得以法律設定適當之要件而為例外規定，使未到庭證人向檢察事務官、司法警察官或司法警察（下稱司法警察人員）調查中所為之陳述，即警詢陳述，得例外具證據能力。換言之，符合上開前提要件之例外規定，即與憲法第 8 條正當法律程序原則及第 16 條訴訟權保障意旨無違（司法院釋字第 789 號解釋參照）。【27】</p>
<p>應從嚴認定 §159-3①③ 之適用要件</p>	<p>法院基於刑事發現真實之目的，有以未到庭證人之警詢陳述為證據之必要者，即應本於上述憲法要求，解釋、適用相關法律規定；其除應從嚴認定未到庭證人之警詢陳述得具證據能力之法定要件是否該當外，就被告因此所蒙受之防禦權損失，應審究被告是否於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，因而於訴訟程序整體而言仍享有充分防禦權之保障；此外，法院亦不得以未經對質詰問證人之警詢陳述為認定被告有罪之唯一或主要證據（司法院釋字第 789 號解釋參照），始符前揭憲法保障之意旨。【28】</p>
<p>應從嚴認定 §159-3①③ 之適用要件</p>	<p>系爭規定一及二既係針對被告以外之人於審判中，因已死亡、無法傳喚或傳喚不到之情形而為規定，則被告對該證人自無從於審判程序中行使對質、詰問權，以爭執其證詞之真實性與憑信性。如法院依系爭規定一及二之規定，而認定未到庭證人之警詢陳述得為證據者，被告於刑事訴訟上原可享有之防禦權，即因其無從對該未到庭證人行使對質、詰問權而有減損。是系爭規定一</p>

及二係為追求發現真實之憲法上重大公益，而減損被告防禦權之規定。基於首揭被告依憲法第 8 條及第 16 條規定所應享有之受法院公平審判之權利，及於刑事訴訟上享有充分防禦權之保障意旨，立法者就系爭規定一及二除應從嚴設定其適用之法定要件，以確保其為證據取得上之例外性與最後手段性外，並應確保被告仍充分享有受法院公平審判之權利。【31】

就系爭規定一及二之法定要件而言，其所設定之警詢陳述得例外為證據之要件，除須屬相關證人因已死亡，或所在不明而於審判程序中無法傳喚或傳喚不到，致無法到庭陳述之情形外，尚須符合相關警詢陳述經證明具有可信之特別情況，以及該警詢陳述證據為證明犯罪事實之存否所必要之要件。從而，法院欲依此規定而以未到庭證人之警詢陳述為不利於被告之證據者，除應審慎嚴謹判定未到庭證人是否確已死亡或所在不明，而無法傳喚或屢傳不到，致無從取得該證人當庭陳述之證詞，不得不仰賴該證人之警詢陳述證據外，尚須經適當之調查程序，依證人作成警詢陳述時之時空環境與相關因素綜合判斷，是否足資證明該警詢陳述非出於強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾所作成；此外，並應斟酌作成警詢陳述相關情況及陳述內容，是否足以認定縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況。檢察官對此應負舉證責任，指出證明之方法（司法院釋字第 789 號解釋理由參照）。被告對此並得行使各種防禦權以充分爭執、辯明其法定要件之存否。再者，該警詢陳述須為證明犯罪事實之存否所必要之證據，因而為訴訟上採為證據之例外與最後手段。就此而言，系爭規定一及二法定要件之設定，足使其為刑事訴訟上採為證據之例外與最後手段，並已衡平考量發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判之權利。【32】

惟系爭規定一及二既使未經被告當庭對質、詰問之未到庭證人之警詢陳述得為證據，致減損被告之防禦權，則對於被告之防禦權損失，即須於刑事訴訟程序中予以相當之平衡補償，使被告於刑事訴訟程序整體而言，仍享有充分之防禦權保障，始符憲法公平審判原則之要求。基此，法院於適用系爭規定一及二時，就被告因此無從對該等證人行使對質、詰問權所生防禦權損失，即應

	<p>審認被告是否已於整體訴訟程序上享有相當之防禦權補償，而使其未能對未到庭證人行使對質、詰問權所生之不利益，獲得適當之衡平調整。<u>例如，於未到庭證人之警詢陳述證據能力有無之調查程序中，被告即得對警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人行使詰問權，並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明未到庭證人之警詢陳述是否存在特別可信之情況，而得為證據。</u>另法院於後續審判期日調查證據程序中，亦應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失；包括在調查證據程序上，強化被告對到庭證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以未到庭證人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，而應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。【33】</p>
<p>結論</p>	<p>一、系爭規定一及二係刑事訴訟上為追求發現真實而將未到庭證人之法庭外陳述採為證據，致減損被告防禦權之例外規定。法院於適用上開規定時，除應從嚴審認法定要件外，並應確保被告於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障；且未經被告當庭對質、詰問之未到庭證人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據，俾使發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判權利之保障間獲致平衡。於此範圍內，上開規定尚不牴觸憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之意旨。【38】</p>

**【廢話 Jan 多：總之和 789 號解釋差不多】**

789 號解釋之標的，即性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款，其本質和本判決討論的第 159 條之 3，均為「完全剝奪」被告質問權之警詢筆錄傳聞例外。在大法官宣告性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款之適用限制後，其實也間接表明本質相同的第 159 條之 3，亦應適用相同的嚴格標準。而本判決其實也只是把這件事情說清楚而已，強調第 159 條之 3 第 1、3 款的警詢筆錄，適用時須嚴格判斷有無符合條文要件，且亦須「強化被告對其他證人的詰問」以補足防禦損失，也同有「補強法則」之適用，滿足這條件的話就合憲。不過，就前種防禦權補償而言，大法官在本判決舉了更多例子，如：「於未到庭證人之警詢陳述證據能力有無之調查程序中，被告即得對警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人行使

詰問權，並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明未到庭證人之警詢陳述是否存在特別可信之情況」。由於兩規定情境類似，文獻上如薛智仁老師，在 789 號解釋做成後，也早已呼籲應一併反思第 159 條之 3 的適用，而大法官在本判決中確實是有好好反思，所以也得到了跟 789 號解釋差不多的結論。

比較特別的是，聲請人中曾有提及「系爭規定二未區別死者之死亡是否因國家權力所造成」此點，本判決並未仔細討論此部分。會有這個疑問，是因為聲請人主張他們無法詰問的「證人」（包含共同被告），因「自己的」案件確定，就被國家執行死刑了！雖然我國「目前」仍有死刑，但誠如詹森林大法官於意見書中提到的觀點，死刑執行機關在知悉尚有「其他被告」未經審判確定時，應盡可能「延後執行」死刑，讓本案被告有機會在未來對這些受死刑論知的被告行使質問權，這樣才符合比例原則，大家可以稍微記一下這個論點<sup>1</sup>。

在本判決作成後，第 159 條之 3 的適用內涵大抵上已涵括防禦、佐證法則，再加上 107 年境外筆錄決議，賦予 159 條之 3 歸責法則之內涵，且義務法則本身即屬法院澄清義務範疇，由此可知質問法則之容許例外，在我國法的實踐上又跨了更大的一步。

---

<sup>1</sup> 參憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決，詹森林大法官提出之協同意見書，頁 4-6。



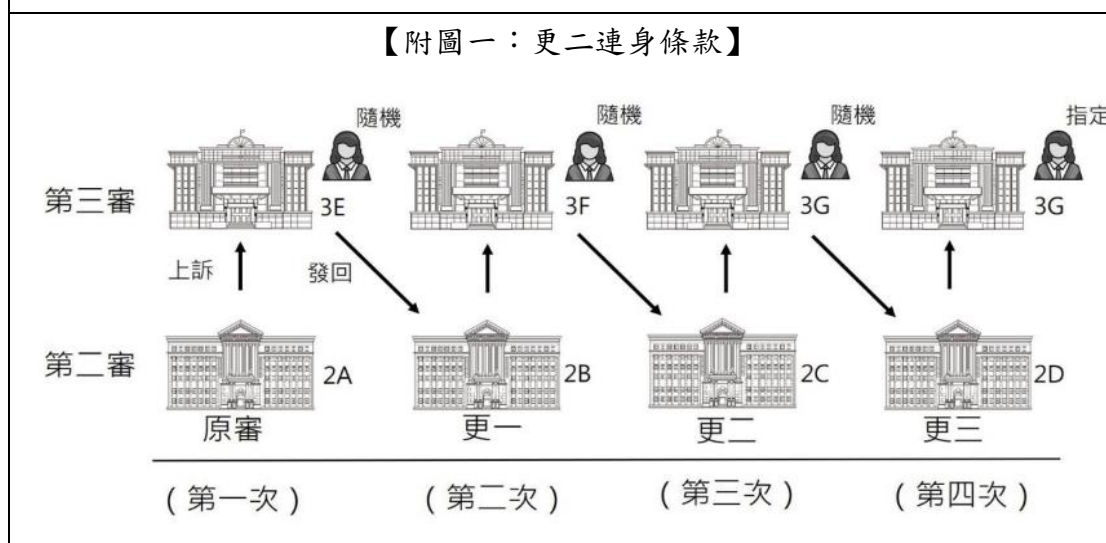
## 憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決

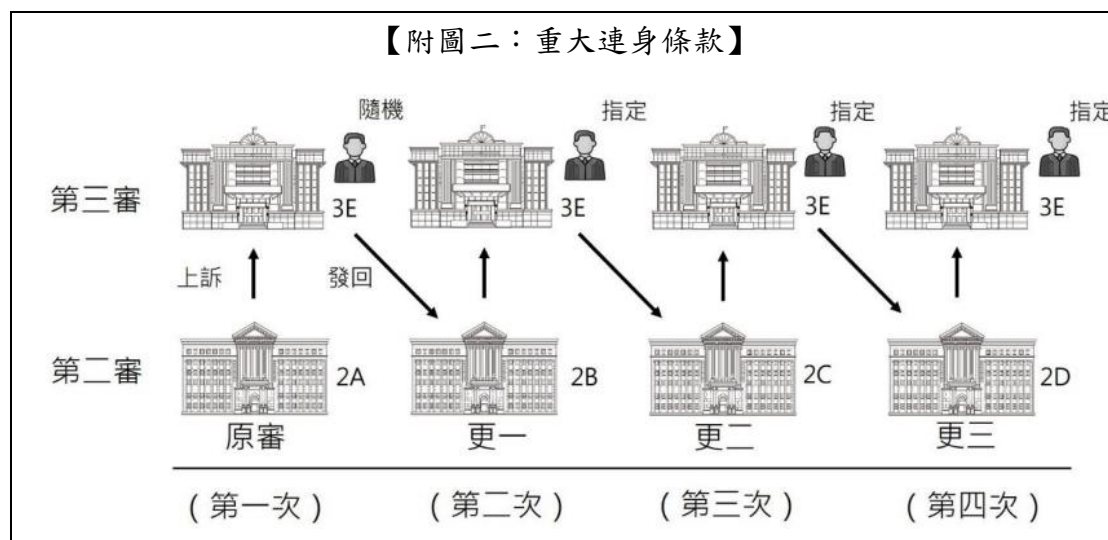
### 刑事訴訟程序法官迴避案

【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	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……。」
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)

【附圖一、二】





### 【案由】

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，各有牴觸憲法疑義，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。

### 【判決主文】

- 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。
- 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。
- 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 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。

### 【判決理由（節錄）】

所涉基本權	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】
-------	---

<p>刑訴法之法官迴避依據</p>	<p>按<u>法官迴避制度之目的在確保法官公正審判，以維護訴訟救濟之功能</u>，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】</p>
<p>761 號解釋揭示之迴避事由</p>	<p>就此，<u>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；(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</u>。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】</p>
<p>有無「審查自己所作裁判」係關鍵，非常救濟程序亦有迴避之要求</p>	<p>按上開釋字第 761 號解釋所稱法官預斷影響之風險，<u>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</u>（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，<u>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<sup>2</sup></u>。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，<u>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</u>。反之，法官縱曾參與同一案件之先前審判，<u>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</u>。【59】</p>

<sup>2</sup> 關於「禁止審查自己所作裁判」此概念，乃本判決的論述核心。惟仍有少數不同觀點，認為此似乎並非憲法要求，參憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決，呂太郎大法官提出之部分不同意見書，頁 2-5。更有少數不同觀點認為，此論述核心「過於寬鬆」，尤其在涉及人民人身自由與生命權的刑事程序，應否迴避得標準應更嚴格，只要客觀上讓人對於法院的公正審理有疑慮，即應迴避，參憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決，謝銘洋大法官提出之部分不同意見書，頁 7-8。

<p>若個案有利益衝突或審查自己裁判情形，即屬違憲</p>	<p>是法官就其審判之個案如有「<b>利益衝突</b>」及「<b>審查自己所作裁判</b>」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。<u>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。</u>【60】</p>
<p>立法者得考量諸多因素而為具體法條設計</p>	<p>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<u>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。</u>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】</p>
<p>審查標的與爭點</p>	<p>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) <b>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）</b>、(2) <b>第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判（類型二）</b>、(3) <b>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）</b>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】</p> <p>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「<b>審查自己所作裁判</b>」類型，而非「<b>利益衝突</b>」類型。<u>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「<b>審查自己所作裁判</b>」之情形，而必然影響刑事被告之審級或非常救濟利益？</u>【65】</p>
<p>主文一：系爭規定合憲，系爭解釋毋庸補充或變更</p>	
<p>第 17 條與</p>	<p>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</p>

178 號解釋	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】
於類型一	按於上述類型一，由於 <u>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</u> 。至於此種類型之法官重複是否亦有「 <u>審查自己所作裁判</u> 」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）。
於類型二三	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。 <u>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</u> 。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】
主文一結論	綜上， <u>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<sup>3</sup></u> 。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】
主文二：曾參與確定裁判之法官於非常救濟程序應迴避	
非常救濟程序非屬前審	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， <b>刑事</b>

<sup>3</sup> 值得注意的是，178 號解釋本係採較為擴張之解釋，認為：「惟此不僅以參與當事人所聲明不服之下級審裁判為限，並應包括『前前審』之第一審裁判在內。」但本判決似乎採較為限縮之立場，此部分之解釋當然也被批評了。相關說明，參憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決，詹森林大法官提出之部分不同意見書，頁 7。



	<b>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】</b>
參照行訴法之解釋，非常救濟非屬前審	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】
民訴法、行訴法於非常救濟均要求迴避，僅刑訴法無類似規定，刑事實務上僅於再審有類似見解	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）， <u>獨獨刑事訴訟程序迄今欠缺類似之明文規定。【74】</u> 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】
再審與非上均有可能使法官審查自己所作裁判	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， <u>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】</u>
刑事程序之	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，刑事確定裁



<p>影響較大，程序漏洞應填補</p>	<p>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。【77】</p>
<p>再審、非上均應貫徹不得審查自己所作裁判之原則</p>	<p>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】</p> <p>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，既毋庸迴避，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】</p>
<p>迴避者以參與「確定裁判」之法官為限，曾參與「歷審裁判」之法官不須迴避</p>	<p>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</p>

	<p><u>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。</u>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<sup>4</sup>。【80】</p>
<p>本不須迴避，然再次參與非常救濟程序之法官，於同案再次聲請時不須迴避</p>	<p>至於本即毋庸迴避且曾參與同一案件再審或非常上訴程序裁判之法官，於就同一案件再次聲請之再審或提起之非常上訴程序，亦毋庸迴避。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】</p>
<p>回歸通常程序後若有上訴，則屬通常救濟途徑</p>	<p>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】</p>
<p>主文二結論</p>	<p>綜上，<u>法官就同一案件曾參與刑事確定裁判，於該確定裁判之再審（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。</u>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】</p>
<p>各級法院得自行考量，擴大迴避之</p>	<p>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</p>

<sup>4</sup> 不過，仍有少數見解認為，此種情實質上仍是就自己過去所為有罪之案件再次審理，若其裁判是原確定判決的裁判基礎，當然也應該要迴避。參憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決，謝銘洋大法官提出之部分不同意見書，頁 12-13。

<p>要求</p>	<p>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】</p>
<p>主文三、四：系爭要點一、要點二第 1、2 款及系爭決定均合憲</p>	
<p>更二與重大連身條款<sup>5</sup></p>	<p>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<b>更二連身條款</b>（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<b>重大連身條款</b>（參附圖二）。【87】</p>
<p>665 號解釋肯認法定法官原則屬我國憲法原則，惟其允許各法院訂定補充規則，承審法官未必須隨機盲分</p>	<p>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】</p> <p>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】</p> <p>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</p>

<sup>5</sup> 關於其訂定經過，請參判決理由第 88 至 95 段。



	<p>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。</p> <p>【99】</p>
<p>最高法院訂定連身條款有法律依據</p>	<p>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<u>事務分配辦法之內容</u>，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】</p>
<p>兩連身條款屬一般性規定且目的正當，未牴觸法定法官原則</p>	<p>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<sup>6</sup>。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<sup>7</sup>。【101】</p> <p>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</p>

<sup>6</sup> 不過，關於此條款得「提升辦案效率」之說，其實一直都欠缺統計資料佐證，而且實務上有不勝枚舉的打臉事實，即存在許多更三、更四、更五，甚至更十以上的裁判，因此說他可以提升效率，似乎違反現狀。此外，如果我們說「重大連身條款」可以提升審判效率，那是不是變相的表示，適用前提已經更二以上的「更二連身條款」本身，根本就不能提升審判效率？因為他有更審，還不只一次！所以，這理由其實也備受挑戰。相關說明，可參憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決，詹森林大法官提出之部分不同意見書，頁 9；楊惠欽大法官提出之部分不同意見書，頁 7-9。

<sup>7</sup> 這種「至少第一次（重大連身條款）、前三次（更二連身條款）」有隨機分案的說法，謝銘洋大法官指出，不能因為第一次、前三次有隨機分案，就認為後面幾次指定分案的結果是沒問題的，指定分案仍由特定相同的原承辦法官重複審理，顯然與法定法官原則要求的「以事先一般抽象之規範隨機決定案件的分配」相違背！不能因為第一次、前三次符合法定法官原則，就認為後面的上訴分案可以不用遵守法定法官原則！參憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決，謝銘洋大法官提出之部分不同意見書，頁 4-5。

	<p>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<sup>8</sup>。【102】</p>
<p>依連身條款，甚至是隨機分案而參與第三審審判之法官，並未審查自己所作裁判</p>	<p>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】</p> <p>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<u>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。</u>【105】</p>
<p>第三審法官未認定事實，至多對法律見解有定見，然此非因曾審理同一案件而受影響</p>	<p>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，<u>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。</u>【106】</p>
<p>連身條款對被告未必不利，且對迅速審判有利，縱後又適用相同見解，亦係基</p>	<p>又就最高法院之發回判決而言，<u>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</u></p>

<sup>8</sup> 針對連身條款違反法定法官原則的質疑，前面已經有提過何賴傑老師、錢建榮法官的反對意見，其實大法官中也有反對想法，例如謝銘洋、楊惠欽、詹森林大法官的部分不同意見書都有提到類似見解。



<p>於水平拘束力而非預斷</p>	<p>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，<u>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。</u>【107】</p>
<p>終審法院法官員額較少，審理法官無法完全不重複，且不應其待其動輒出現不同法律見解</p>	<p>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。<u>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<sup>9</sup>。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<sup>10</sup>。</u>【108】</p>
<p>主文三、四之結論</p>	<p>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，均尚無牴觸。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</p>

<sup>9</sup> 針對此「員額有限」之理由，詹森林大法官於意見書中根據「實際情況」提出非常有力的質疑：「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。」參憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決，詹森林大法官提出之部分不同意見書，頁 9-10。謝銘洋大法官亦指出，無論是法官員額或審理效率，都不應該更優先於人民訴訟權的保障，更何況我國最高法院法官的人數在全世界可能名列前茅，故與其講究效率或擔心無法官可審，我們其實更應擔心如何透過落實公平審判提升人民對司法的信賴，參憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決，謝銘洋大法官提出之部分不同意見書，頁 13。

<sup>10</sup> 大法官認為連身條款可以提升裁判效率、促進統一見解之看法，和林鈺雄老師的見解一致，惟就此說法，謝銘洋大法官批評，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？答案顯然是後者！而且現在也已經有「大法庭制度」，根本不用靠連身條款來統一見解（更別提這邊統一見解的，應該只有該特定法官自己的見解而已）呀～大家應該還記得林老師指出，連身條款可以避免最高法院法官「以鄰為壑」撤銷發回的行為，謝大法官更是很直接的回覆：「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。」真的頗兇。參參憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決，詹森林大法官提出之部分不同意見書，頁 5-6。

	迴避，而再參與該案件再次上訴後之第三審裁判。【109】
主文五：系爭判例合憲	
系爭判例認為法官繼續參與同案更審不須依第17條迴避	系爭判例即最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例：「(Jango 按：略)」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】
無涉法定法官原則	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】
未損審級利益，亦未審查自己所作裁判	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】
聲請人主張	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】
預斷未必不利當事人，不當然均有偏見	<p>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】</p> <p>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】</p>

<p>接觸過案件不代表有偏頗，主張法官有偏頗應提出具體事證</p>	<p>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<sup>11</sup>。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】</p>
<p>並未審查自己所作裁判，且將受發回旨拘束，再次參與亦得提升審判效率</p>	<p>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】</p>
<p>法官員額有限</p>	<p>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】</p>
<p>主文五結論</p>	<p>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</p>

<sup>11</sup> 這邊大法官在判決理由中的論述，似乎有點像林鈺雄、吳俊毅老師主張的「主、客觀基準」？



	<p><u>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】</u></p>
<p>二審發回一審情形亦同，且一審法官甚至未實體審酌過案件</p>	<p><u>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】</u></p>
<p>若法官有偏頗之虞，仍得聲請迴避</p>	<p><u>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】</u></p>
<p>主文七八：兩裁判憲法審查之各自結論</p>	
<p>111 台抗 657 部分，不符主文二結論，廢棄發回最高法院</p>	<p>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</p>

	<p>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】</p>
<p>111 台 上 2479 部分， 其情形未違 憲，故駁回 聲請</p>	<p>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】</p>

**【廢話 Jan 多：終於解決了很多爭議】**

憲判 14 回答了幾乎所有關於刑訴法上的法官迴避制度，長期以來備受學說批評的問題！此等問題在前面的法官迴避討論上，其實也都有提過。本判決在結論上，其實跟林鈺雄老師的意見大致相符，需否迴避，判斷標準均圍繞著「法官有無審查自己作成的裁判」，若大家在考場上一時緊張忘記結論，至少要記得這個核心概念，因為這就夠你把所有爭議的答案推導出來了。

先提醒大家，即使個案屬於下述不須迴避的情況，在個案存在第 17、18 條第 2 款之情形時，法官還是有迴避的可能存在，請各位還是要仔細看題目，不要以為下面的諸多標準可以取代實定法的要求喔！因為實在處理了太多問題，可能大家看了會有點頭暈，以下大致統整一下憲判 14 的結論：

- 一、**不迴避就違憲的情況**：依 761 號解釋，憲法包含「利益衝突」與「喪失審級救濟利益」。後者經憲判 14 解釋，認為其關鍵在於法官會「審查自己所作裁判」，致喪失通常、非常救濟利益。故若個案有「利益衝突、審查自己所作裁判」，將違憲。但立法者、各法院仍得考量諸多因素為適當決定。
- 二、**第 17 條第 8 款合憲，178 號解釋不用補充**：17 條第 8 款的「前審」，依 178 號解釋就是指法官曾於同一案件參與「下級審」裁判，該規定是要保護被告的審級救濟利益。而不管是類型一、二、三，都無關此種迴避事由。
- 三、**曾參與該確定裁判之法官於再審、非常上訴程序應迴避**：審理法官若參與過確定裁判，於刑訴法之非常救濟程序均無迴避明文，然如此可能使是類法官審查自己所作裁判，此部分違憲，應予修法。然而，若係該確定裁判之「歷審法官」，因無審查自己裁判之問題，故無庸迴避。



- 四、**再審部分之迴避**：參與過確定裁判之法官，於同案之再審程序，包含再審聲請、裁定再審後之本案更為審判，其均應迴避，且不以一次為限。（此部分似未明確提及「再審裁定」本身之「抗告程序」需否迴避）
- 五、**非常上訴部分之迴避**：參與過確定裁判之法官，於同案之非常上訴程序，包含判斷有無理由、認定有理由後撤銷原判決與另行判決之程序，其均應迴避，且不以一次為限。不過，若係依 447 條第 2 項撤銷原判決後發回原審更為審判，則情形與「通常程序發回更審後繼續參與」之情形類似，依主文五之結論，此種情況得不迴避。
- 六、**本無須迴避，曾參與同案再審、非常上訴之法官，於「再次」聲請之程序，不須迴避**：此等情形類似法官參與同案之同審級裁判，且無審查自己裁判，故於後續之非常救濟仍無須迴避。
- 七、**更二與重大連身條款，未違反法定法官原則**：兩條款均有法律依據，屬事前訂定之一般性規定，係乃為提升裁判效率而統一見解，更二條款前三次上訴三審、重大條款第一次上訴三審時，亦係隨機分案，故未牴觸法定法官原則。
- 八、**無論依分案規則或隨機分案，曾參與前次發回判決之三審法官，遇同案再次上訴，其不須迴避**：終審法官人數有限，其未審查自己裁判，更未認定事實，至多僅對法律有預斷，為求審判效率與統一見解功能，故不須迴避。
- 九、**二審法官於同案發回後，得繼續參與審判而不須迴避**：此乃隨機分案之偶然結果，未損被告審級利益，其亦未審查自己作成裁判，且將受發回意旨拘束，繼續參與審判亦得提升裁判效率，在法官人數有限的現實下，不因法官曾參與過更審前之裁判即須迴避。當事人遇此情形若欲使法官迴避，除主張法官曾參與先前裁判之事實外，尚應說明其有無任何偏頗因素存在。
- 十、**一審法官於同案發回後，得繼續參與審判而不須迴避**：理由同上，且二審發回一審之事由，依第 369 條第 1 項乃因一審法院錯誤作成程序判決，為維護當事人審級利益，發例外發回重審，此種情況法官先前未曾為實體裁判，故無審查自己裁判可能，自不須迴避。