

聲請人劉政哲意見書

壹、對於「爭議題綱」第（一）項「曾於特定案件刑事通常程序參與裁判之法官，後於該案非常上訴程序，後參與裁判，而未迴避，是否違憲？理由為何？」，謹陳述意見如下：

一、法官迴避制度之規定，係為實現憲法保障人民訴訟權之必要措施，如法官迴避規定有違反「公平審判」及維護「訴訟救濟利益」之原則，即應受違憲之宣告。謹詳述如下：

憲法第 16 條保障人民訴訟權之宗旨，依司法院釋字第 654、665 號解釋，旨在確保人民受「公平審判」之權利。故有關訴訟之規定，是否符合「公平審判」之目的，乃屬該規定是否符合憲法保障人民訴訟權之範疇。再依司法院大法官會議釋字第 178 號、256 號、761 號解釋，「法官迴避制度」係為維持「公正審判」及「訴訟救濟利益」而設，故「法官迴避制度」應符合「公正審判」及維護「訴訟救濟利益」之原則，乃屬憲法保障訴訟權之必要規範事項。因此，法官迴避制度之規定如違背公正審判之目的及失去訴訟救濟之意義，即有違反憲法保障人民訴訟權之情形。

二、法官迴避制度係為避免法官裁判有「偏頗」或「預斷」

之違背「公正審判」及「訴訟救濟之利益」情形而設。

謹詳述如下：

依司法院釋字第 761 號解釋之理由書所釋「法官迴避制度是其中一項。其目的有二：其一是為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突；其二是要求法官避免因先後參與同一案件上下級審判及先竹行政程序之決定。可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義。綜上，可認法官迴避制度實乃確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，而屬憲法第 16 條訴訟權保障之核心內容。」

依該解釋，法官審判有可能因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突時，在一般正常理性人均認該情形有可能使法官本要判斷為 A，但受前揭關係影響，卻可能判斷為 B 之「偏頗」風險時，則規定法官應迴避相關案件之裁判，以保障中立、公正、公平之審判。刑事訴訟法第 17 條第 1 至 7 款及第 18 條第 2 項之法官迴避規定，即為此而設。

另因法官對於同一案件，曾參與裁判，於審查該案件是否錯誤之救濟程序，如再參與該案之裁判，有產生「自己審查自己裁判錯誤」之「預斷」風險，而失去訴訟救濟意義情形，故法官應迴避先後參與同一案件上下級審判及先行行政程序決定之必要，刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定「法官曾參與『前審』之裁判者」應自行迴避，即為避免該種違背「公平審判」情形。該種情形之法官裁判雖未受個人關係或利益等影響而無「偏頗」情形，但因法官裁判可能錯誤，且當事人又不信服，為確保裁判之正確，法律乃設有救濟程序，以審查及糾正原裁判之錯誤。為避免救濟程序中之法官有「自己審查自己的裁判錯誤」之「預斷」裁判發生，致使訴訟救濟功能喪失，所規定之法官迴避制度。

三、 綜上，目前刑事訴訟法第 17 條第 8 款「法官曾參與前審之裁判者」之規定，是否已足以達成避免法官對於同一案件有產生「預斷」之風險，即為該法律是否已足以符合「公平審判」之憲法保障目的之判斷依據。

按我國刑事訴訟制度，依刑事訴訟法規定，對於同一案件之救濟程序，原則上除有二及三審之上訴程序外，對

於確定終局判決，尚有針對判決「事實錯誤」之「再審程序」，對於「法律錯誤」之「非常上訴」程序。司法院釋字 178 號對於刑事訴訟法第 17 條第 8 款「前審」之解釋，僅指「同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判」，並解釋「下級審」包括「下下級審」在內。並未涵蓋「再審」及「非常上訴」之情形。以致相關裁判均採不適用之解釋。司法院釋字第 256 號就參與民事案件確定終局裁判之法官，於再審程序亦應自行迴避之解釋，採廣義的審級利益概念。而其基本根據，如司法院釋字第 761 號解釋係為避免「法官對同一案件可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義」。民事訴訟之「再審」程序，有此法官「預斷」風險，而應自行迴避。刑事訴訟之「再審」程序，當然亦有此情形，另刑事訴訟之「非常上訴」程序，亦同樣會面對。

然而刑事訴訟，則無司法院解釋可依循，嗣至大法庭提案前徵詢裁定始統一見解之「110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定」採肯定說，始比照釋字第 256 號解釋將「前審」包含「再審」程序適用之，但又比照行政訴訟法加上「於再審案件之迴避，亦以一次為限」之限制。

而非常上訴程序，則仍無任何法律或解釋規定可循。

目前最高法院則制定「刑事案件分案實施要點」第 24 點第 1 項第 1 款規定：「聲請再審或非常上訴案件，曾參與『原確定裁判之法官』應予迴避」之規定，作為迴避之依據。該要點，基本上符合前述司法院釋字第 761 號解釋應避免法官曾對同一案件裁判所生「預斷」之風險，應予肯定。

四、惟依據最高法院在本聲請案所提意見書第 7 頁(即本院卷第 91 頁下半)，最高法院就前揭「刑事案件分案實施要點」所規定「應自行迴避之法官」，則解釋稱「惟此所稱應自行迴避之法官，係指參與原確定裁判之法官，尚不包括參與原確定裁判前之其他歷審裁判之法官。蓋後者情形，原確定裁判以外之其他歷審裁判，並非特別救濟程序之標的，參與非常上訴判決之法官，既非審查自己先前之裁判，即與前述審級救濟利益無關，且不違反裁判自縛性原則。」。並據此，進而對於本件原聲請解釋案件「最高法院 94 年度台北字第 115 號非常上訴判決」(附件 4)，稱該非常上訴案之審判法官黃正興、孫增同法官(附件 4，末頁)，雖分別曾參與該刑案上訴審(附

件 1，臺灣高院 82 年度上訴字第 6491 號，末頁)及更一審(附件 2，台灣高院 84 年度上更(一)字第 146 號，末頁)之裁判，但並未參與最後確定判決(台灣高等法院 87 年度重上更(三)字第 226 號，經最高法院 89 年度台上字第 1044 號第三審判決駁回被告之上訴而確定)，認該非常上訴係為審查該確定判決，黃正興、孫增同法官並非以自己曾參與之「上訴審」或「更一審」判決為審查標的，與「審查自己先前之裁判情形有別」，而認為在該非常上訴案黃正興、孫增同法官未迴避，該非常上訴並未違憲(本院卷第 92 頁第(二))。

五、聲請人對於前揭最高法院意見，所稱「惟此所稱應自行迴避之法官，係指參與原確定裁判之法官，尚不包括參與原確定裁判前之其他歷審裁判之法官。」之意見，聲請人並不認同，謹以本聲請解釋之刑事案件為例，提出不同意見如下：

1. 按法官迴避制度之目的，依司法院釋字第 761 號解釋：

(1) 首則為避免法官因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突，而可能造成

「偏頗」之不利「公平審判」之風險。

(2) 另則為避免法官對已裁判之案件已有定見，而有「預斷」之風險，如再由該法官在於同一案件之救濟程序，再為裁判，有失去訴訟救濟意義之違背「公平審判」之情形。

2. 而所謂「預斷」就是，人類對「同一事件」曾作成判斷，依人性本能已產生定見，誠難期該個人自己公正審查自己之先前判斷及糾正自己之錯誤，再為推翻自己之判斷。而這「預斷」現象，在非常上訴所審查標的之「最終確定裁判」可能發生，在其他該確定裁判以前同一案件之下級、下下級或下級多次更審裁判中，就同一案件曾作成裁判之法官，因曾就該案裁判，已本能形成定見，如該法官仍任該同一案件救濟程序之非常上訴法官，難免仍有「自己審查自己先前裁判」，而有「預斷」之違背「公平審判」之風險。
3. 尚且，救濟法院之裁判，頗多係對於受審查裁判之「連動錯誤」而為，即如第二審之上訴審或歷次更

審之裁判違背法令，但三審未糾正，檢察總長在非常上訴中，主張二審判決（含上訴審及歷次更審未被三審糾正部分）及三審判決均有違背法令之情形，非常上訴之法官必須面對直接審查自己在上訴審或更審就同一案件之自己裁判情形，並非如最高法院意見書所稱非常上訴僅審查「最終確定裁判」而已。

4. 此由司法院釋字第 178 號解釋，對於「前審」之解釋，除「指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言」外，另就所謂「下級」特別釋明：「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。」。據此，救濟程序之法官可能產生「預斷」之風險，並不僅以救濟程序之法官曾參與所直接審理之裁判為限，該救濟程序法官在之前就同一案件，曾經做成裁判者，均可能發生。

5. 茲謹以本件聲請解釋案件「最高法院 94 年度非字第 115 號」之非常上訴判決（附件 4）及相關之該案上訴審（附件 1）、更（一）審（附件 2）及第三審判

決為例，說明「非常上訴審查最終確定裁判之法官」，如曾在同一案件之「上訴審」或「更審」程序參與裁判，仍有「自己審查自己先前裁判」之「預斷」不利「公平審判」情形發生。謹詳述如下：

該案最高檢察署檢察總長所提非常上訴（附件3），查係以該案之判決有「連動錯誤」之「違背法令」情形而提起，曾參與該案二審裁判之法官未迴避，已明顯造成「法官直接審查自己裁判」之「預斷」風險情事，已有違憲法保障「公平審判」訴訟權之情形，謹詳述如下：

- (1) 按最高檢察署檢察總長就該案所提非常上訴，其中關於「圖利罪」部分，係就原審以(該案卷偵二〇三三八號卷第五頁之被告劉政哲陳述)作為證據，據以認定「被告劉政哲在該工程第一次計價付款時，始終知情，並據此認定其指示韓禮陽、趙勤富辦理」之判決不服。主張該判決有違背「最高法院31年上字第1412號判例」規定情形，即有「判決所認定之事實與其所採用之證據不相適合，而有理由矛盾之

違背法令」情形，為非常上訴理由（參附件 3 非常上訴書，第 9 頁第(二)段所述）如下：

「按上述第一次計價付款時，被告劉政哲既未核決，則其有無先行指示韓禮陽、趙勤富辦理？此乃關係被告是否成立圖利罪共犯之核心問題。更三審判決理由認為：『被告劉政哲為唐榮公司營建部經理，趙勤富、韓禮陽則分別為該公司新店高架橋工程處土木施工所主任兼代副處長、監工，經其等供陳在卷，被告劉政哲雖第一次計價案，非由其核決，有唐榮公司八十六年十一月十三日（八十六）年建三字第 五〇六三號函附卷可稽，然參以其收取賄賂故意使揚礎公司得標在先，已如前述，復對第一次計價始終知情（見偵 20338 號卷第五頁）』等語。準此，第一次計價案既非被告核決，其自當未曾見過會辦公文，此項事實，亦經第一審傳訊證人營建部副理吳淇濱、孫基興到庭結證屬實（見一審卷第 84 頁以下）。究竟第一次計價案核准過程，被告劉政哲有何參與行為？如

何知情?如何指示?。再查更三審判決所引被告於81年9月9日於台北市調查處之筆錄內容(見偵20338號卷第5頁)作為認定基礎，查該筆錄內容係:問:『揚礎公司承包上述工程迄今有無提出要求計價付款，詳情如何?』被告答以:『據我所知，揚礎公司分別於八十年十月及八十一年六月提出要求計價付款……』等語，細繹該記載內容，被告僅係就受訊問當時所知道之範圍來作答覆，並未表示『自始即知』之意思，充其量只能推斷被告事後了解，無從判斷被告是否自始知情。復徵諸調查人員之訊問，亦非探詢被告是否『自始』對於第一次計價案知情，而係指迄至『訊問』當時是否知情，更三審判決未考量平常事理，逕行推論被告自始至終知情，其判決所認定之事實，與其所採用之證據不相適合，自有理由矛盾之違背法令(最高法院31年上字第1412號)」。

依據檢察長上訴理由，係稱該劉政哲陳述「據我所知，揚礎公司分別於八十年十月及八

十一年六月提出要求計價付款…」(即偵 20338 號卷第 5 頁證據), 其中並無「自始即知」之意, 充其量只能推斷被告事後了解, 無從判斷被告是否自始知情。該判決竟認定其「自始知情」有違背「最高法院 31 年上字第 1412 號判例」所規定之「判決所認定之事實, 與其所採用之證據不相適合」之理由矛盾之違背法令情形。

(2) 對於檢察長在非常上訴所指摘更三審判決以前揭被告之陳述(該案偵 20338 號卷第五頁)為證據, 據以認定被告對於他人請款事「自始知情」, 並進而認定被告「指示」他人請款之依據, 是否有違背法令情形, 參與該非常上訴裁判之黃正興、孫增同法官(附件 4 末頁), 依法有加以審查及裁判之職權。

(3) 惟查以前述「卷偵 20338 號卷第五項」之被告陳述作為證據, 認定被告對他人之請款知情, 並進而認定被告指示他人請款之裁判認定, 係始自該案上訴審判決(參附件 1, 八二年度上訴

字第 6491 號判決書)，該判決書（附件 1）第七頁第一面第 9、10 行：「被告劉政哲雖第一次計價案，非由其核決，然其始終知情（見偵 20338 號卷第五頁）」，作成該裁判之審判法官黃正興法官（附件 1，末頁）亦為非常上訴之審判法官（附件 4，末頁）。面臨「自己審查自己裁判是否錯誤」之窘境。

- (4) 嗣該案件更一審(附件 2，八四年度上更(一)字第一四六號)第七頁第 1 面第 14~16，就該部分之判決仍以「偵 2038 號卷第五頁」為證據，作成「被告劉政哲雖第一次計價案，非由其核決，然無以其收取賄賂故意使揚礎公司得標在先，已如前述，後對第一次計價始終知情（見偵 2038 號卷第五頁）」，非常上訴之審判法官孫增同法官（附件 4），亦為該判決之法官（附件 2，末頁）。亦面臨「自己審查自己裁判是否錯誤」之窘境。

- (5) 另有關最高檢察署檢察總長在該非常上訴案中，就該案原審判決有關被告「受賄罪」部

分，主張如下「違背法令」事由，亦均為上訴審「黃正興法官」判決，及更一審「孫增同法官」維持原判決之判決。謹詳列如下：

- a. 有關該案第一審判決是採信 3 位證人證詞，證明鄭石璋所稱行賄被告之時間，被告並不在其所稱之行賄地址，第一審判決被告無罪。更一審孫增同法官之判決則逕以「該等證人為被告之親友，其證詞不免偏袒被告，顯係臨訟杜撰」(附件 2，第 6 頁第 2~4 行)，因而不採信，改判被告有罪。檢察總長在非常上訴中，主張該判決有「直接以非一般有效的經驗法則為唯一判斷依據，有違背證據法則與論理法則，即屬判決適用法則不當。」之違背法令情形(附件 3，第 4 頁倒數第 3 行~第 4 頁第 5 行)。參與該非常上訴裁判之孫增同法官(附件 4 末頁)，依法應加以審查及裁判。面臨「自己審查自己裁判是否錯誤」之窘境。
- b. 另鄭石璋稱行賄款係由揚礎公司所提供，惟經調查局搜索揚礎公司所扣押揚礎公司帳證資

料，及揚礎公司總務經理宋三奇於第一審作證否認揚礎公司有支出該款項等證據，均查無揚礎公司支付賄款之證據。上訴審法官黃正興及更一審法官孫增同均判稱「搜索楊礎公司未有支付賄款證據，此違法事實，本屬隱密，自不能憑此即遽認無匯款行為。」(附件1，第5頁第13~14行；附件2，第6頁4~6行)。檢察總長認該判決有違背「最高法院31年上字第87號判例『證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，既與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據未於調查』，原確定判決自有應於審判期日調查之證據而未於調查之違背法令。」(附件，第5頁第2段)，提非常上訴，參與該非常上訴裁判之孫增同、黃正興法官(附件4末頁)，依法應加以審查及裁判。再面臨「自己審查自己裁判是否錯誤」之窘境。

- c. 另上訴審黃正興法官，判決「被告劉政哲著由趙勤富將系爭欄杆工程由材料項下改為專業工

程『採』（註：應為『捨』之誤寫）公開比價為選商比價，……被告劉政哲自始即欲使揚礎公司得標，彰彰明甚。」（附件1，第4頁第2面）。另更一審法官孫增同，判決「被告劉政哲指示趙勤富將系爭欄杆工程由材料項下改為專業工程『採』（註：應為『捨』之誤寫）公開比價為選商比價，……被告劉政哲自始即欲使揚礎公司得標，彰彰明甚。」（附件2，第5頁）。檢察總長就該部分之非常上訴理由為「查本案全部卷證資料，並無任何證據足堪證明被告對於本案高架橋之金屬欄杆工程，有何『指示』捨公開比價採選商比價，以及嗣後之選商比價過程，有任何『指示』交辦事項，……，更三審判決於認定被告收受賄款後，並無充分證據為憑，亦未說明理由，即遽然認定被告係基於為使揚礎公司順利承包之不法動機，而於職務上『主動指示』趙勤富簽呈改列專案工程『採』（註：應為『捨』之誤寫）選商及比價辦理發包等情，並進而以此事實為情況證

據，推論被告劉政哲有收受賄款之事實，在論理法則上，亦有循環論證之謬誤，原確定判決自有理由不備與理由矛盾之違背法令。」(附件 3，第 6 頁第 3 段)。按前揭檢察總長指摘之「無證據認定被告『主動指示』趙勤富」之「違背法令」判決，參與該非常上訴裁判之孫增同、黃正興法官 (附件 4 末頁)，依法應加以審查及裁判。亦再面臨「自己審查自己裁判是否錯誤」之窘境。

- (6) 嗣更三審及最高法院 89 年度台上字第 1044 號判決 (附件 9)，對該判決前揭違背法令事由，維持原上訴審、更一審判決之前揭認定，未予糾正。檢察總長就該些違背法令情事，依法提非常上訴，如前述，致非常上訴之審判法官黃正興、孫增同法官應對該案上訴審、更一審判決之黃正興、孫增同法官就該部分之先前判決是否違背法令，加以審查。已形成自己審查自己裁判是否違背法令之情形，因該情形明顯已發生「預斷」之衝突情形，以致該非常上訴之

判決（附件 4）中，對於檢察總長非常上訴所指摘之「違背法令事由」，未為任何判斷，逕以屬事實審事項駁回。已充分顯現本刑事案因「法官自我審查自己先前之裁判」之「預斷」違背「公平審判」情形，已明顯侵害聲請人憲法保障之訴訟權。

- (7) 綜上，非常上訴法官應迴避審理之案件，除曾參與直接審理之同一案件最終確定裁判者外，應及於就該同一案件曾參與裁判之案件，才能貫徹憲法所保障人民受「公平審判」及維護當事人訴訟救濟利益之目的。

六、 至於依據本案司法院所提意見或部分專家學者意見，認為「曾於特定案件刑事通常程序參與裁判之法官，後於該案非常上訴程序，後參與裁判，而未迴避」並不違憲之理由，係稱「非常上訴，旨由最高法院統一重要法律見解，判決效力原則上不及於被告，或個案救濟（保護被告利益）是次要功能」（本案卷第 39、83 頁）為主要理由。惟被告並不認同，理由如下：

1. 刑事訴訟法第 447 條規定「認為非常上訴有理由

者，應分別為左列之判決：一、原判決違背法令者，將其違背之部分撤銷。但判決不利於被告者，應就該案件另行判決。……前項第一款情形，如係誤認無審判權而不受理，或其他有維持被告之審級利益之必要者，得將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。但不得諭知較重於原確定判決之刑。」，據該規定，如原判決違背法令，但判決不利於被告者，應就該案件另行判決。有維持被告之審級利益之必要，得將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。據此規定，非常上訴並不僅係統一解釋法律命令，非常上訴如有理由，將對被告之權利有明顯之影響，而有憲法保障人民訴訟權之適用。為維持「公平審判」原則，自有法官迴避制度之適用。

2. 司法院等意見，忽略非常上訴之審判法官如曾參與同案之普通程序之裁判，仍可能產生「自己審查及糾正自己裁判」之「預斷」風險情形。且如本案檢察總長所主張之本刑事案件之「無證據，認定事實」等違背法令事由成立，經發回原審改判，被告有被諭知無罪之可能，茲如在普通程序曾參與裁判法官，再參與糾

正該自己做成之先前裁判之非常上訴程序裁判，因受其「預斷」之影響，幾乎無改判可能，使非常救濟之意義及功能盡失，明顯違反憲法保障人民受「公平審判」之權利，而有違憲之情形。

3. 綜上，司法院或部分學者認本部分情形「不違憲」，誠有如上述，未考量周延情形，而不可採。

七、 綜上，曾於特定案件刑事通常程序參與裁判之法官，後於該案非常上訴程序，後參與裁判，而未迴避，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義，而有違背憲法第 16 條以「公平審判」保障訴訟權之規定。故有違憲情形。

貳、有關「爭點提綱」第（四）項「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，應自行迴避者，不得執行職務：……八、法官曾參與前審之裁判者。」該條所定「前審」之範圍是否應包括上述三種情形之全部或其一？司法院釋字第 178 號解釋是否應予補充？

一、被告主張刑事訴訟法第 17 條第 8 款所規定之「前審」，在普通救濟程序應包括「曾參與該案下級或下下級裁判之法官」，均應迴避。在非常救濟程序之「在審」或「非常上訴」程序，則「曾參與該案再審、非常上訴前裁判之法官」均應

迴避。以避免法官有「自己審查或糾正自己裁判錯誤」之

「預斷」風險，俾免喪失訴訟救濟之意義，始能符合公平審

判之憲法保障訴訟權之要求。

二、至於「曾參與刑事第二審裁判之法官，後於該案經第三審撤

銷發回之更審程序中，復參與該第二審之更審裁判，未迴

避」或「曾於特定案件參與最高法院刑事第三審裁判之法

官，於該案經發回更審後，又上訴至最高法院時，復參與該

第三審裁判，而未迴避」情形，因該兩情形之法官並無「自

己審查或糾正自己裁判錯誤」之「預斷」風險，被告認並無

違憲之情形。故前揭解釋之「前審」範圍，應不包括該兩情

形在內。

三、現行刑事訴訟法第 17 條第 8 款之「前審」解釋，至多僅包含

普通救濟程序之下級審及下下級審，誠難以解釋包含非常救

濟之「再審」或「非常上訴」程序。故該規定應逕行宣告違

憲，不宜僅藉由補充司法院釋字第 178 號擴張「前審」文義

解釋而涵蓋，誠應修法作成合憲之規定。

謹 致

憲法法庭

中華民國 111 年 10 月 17 日

附 件

附件 1 號：臺灣高等法院 82 年度上訴字第 6491 號判決

附件 2 號：臺灣高等法院 84 年度上更(一)字第 146 號判決

附件 3 號：非常上訴狀

附件 4 號：最高法院 94 年度台非字第 115 號判決

附件 5 號：最高法院檢察署檢察總長駁回函

附件 6 號：監察院 100 年 11 月 7 日院台業二字第 1000708199 號函

附件 7 號：最高法院書記廳 100 年 12 月 30 日台文字

第 1000001037 號函

附件 8 號：臺灣高等法院 87 年度重上更(三)字第 226 號判決

附件 9 號：最高法院 89 年度台上字第 1044 號判決

聲請人：劉政哲

訴訟代理人：陳明良律師