

1 司法院刑事廳陳述意見書

2 案號：會台字第 13254 號、107 年度憲二字第 166 號、會台字第 13770 號

3 陳述機關：司法院刑事廳

4 為憲法法庭審理人民聲請刑事訴訟法（以下簡稱本法）法規範憲法審查案，
5 謹於本廳權責範圍內，就憲法法庭 111 年 6 月 22 日憲庭力會台 13254 字第
6 1111000315 號函所列事項，陳述意見如下：

7 一、本廳意見之立論基礎

8 （一）導論

9 來函所示爭點，均涉及本法第 17 條第 8 款「法官曾參與前審之
10 裁判者」之解釋及適用，且與我國終審法院（第三審法院）之定位
11 及功能有密切關係。以下首先說明前開迴避規定之立法沿革，立證
12 所謂「前審」之要件，就立法者意思而言，僅指下級審。

13 接續說明法官迴避規定，係為確保公平審判，故法官於主觀上
14 必須無所偏私，且客觀上必須保持公平中立之外觀，以維繫當事人
15 及公眾對於法院公平審判之信心。惟公平中立外觀之內涵，除非偏
16 頗風險已達到憲法上難以容忍之地步，否則立法者可權衡不同公共
17 利益，形成法官迴避規定之具體內容；先前參與某案件之審理，於
18 該案經上訴審發回更審時再次參與審理，或者，於上訴審參與某案
19 件發回原審之審理，嗣於該案經原審更審後，再次參與該案上訴審
20 之審理，論理上並不當然構成偏頗之外觀，應視法官參與前後審理
21 之具體情狀，是否已顯露出偏頗外觀，以決定是否迴避。

22 終審法院作為通常救濟制度的終點，事後審理下級審法院對於
23 法律之解釋適用，具有統一法律見解並防止裁判歧異之功能，基此
24 事物本質考量，終審法院法官對於其先前曾參與「終審法院裁判」
25 之案件是否必須迴避，除立法者享有規範裁量空間之外，其於具體
26 爭議產生後為事後個案審查，較之事前明文規範，更符合終審法院
27 的定位。

28 至於非常上訴，屬於判決確定後之特別救濟程序，與通常救濟

程序有別，制度設計上必須兼顧法律安定性之維持，且其目的在於統一重要法律見解，而非如再審程序涉及事實之認定，提起非常上訴復無次數及期間之限制，比起通常救濟程序及再審特別救濟程序之法官迴避事由，立法者享有更大的裁量空間。

(二) 本法第 17 條第 8 款之立法沿革

本法第 17 條第 8 款「法官曾參與前審之裁判者」之當然迴避規定，可溯自民國 10 年北京政府所公布之《刑事訴訟條例》第 32 條第 2 項「推事於該案件曾參與前審者，於上訴審應自行迴避」¹。

民國 17 年制定之本法，其第 25 條亦規定：「推事於該案件曾參與前審者，於上訴審，應自行迴避」²。

民國 24 年修正公布之本法，其第 17 條第 8 款則規定：「推事曾參與前審之裁判者」，此後沿用至今，僅 108 年以配合法院組織法為由，將「推事」修正為「法官」。

民國 24 年之修正何以將「於上訴審」刪除，雖無立法史料可考，但從條文結構而言，民國 10 年、17 年之規定，係於第 31 條、第 24 條「推事有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務」之條文外，另立第 32 條、第 25 條規範。民國 24 年之修正，則將系爭規定移列至第 17 條「推事於該案件有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務」之第 8 款，倘使仍沿用先前條文之文字，將形成「推事於該案件有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：八、推事於該案件曾參與前審者，於上訴審，應自行迴避」之構句，導致第 8 款將與序文有所重覆，亦與其他款次文字構造有所扞格，因而將「於上訴審，應自行迴避」等語刪除，僅留下「推事於該案件曾參與前審者」，應無「於上訴審，應自行迴避」等語不妥而特意排斥之意思。

¹ 吳宏耀、種松志主編，中國刑事訴訟法典百年（上冊），2012 年，頁 285。

² 前註，頁 340。

另觀察民國 24 年修法前後之最高法院判例，修法前之最高法院 23 年抗字第 440 號刑事判例：「刑事訴訟法第二十五條所稱推事於該案件曾參與前審者，於上訴審應自行迴避，係指推事於下級審曾參與該案審判，即不得再參與上訴審審判，法文規定本極明瞭，抗告人因強盜案不服原第二審法院判決，聲明上訴，經本院發回更審，此種更審程序，由同一審級之第二審行之，原法院前次參與審判之推事，此次復參與更審，核與上開法條，並無違背」。

修法後之最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例：「刑事訴訟法第十七條第八款所謂推事曾參與前審之裁判應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，至推事曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列」。

從上述「係指推事於下級審曾參與該案審判，即不得再參與上訴審審判」及「係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與」之見解可知，所謂參與前審而言，係指對於聲明不服之案件，上訴審法官曾參與該案原審之裁判，得以立證「於上訴審」等語，僅係法制用語之原因而刪除，修正並不影響法條文義及解釋適用。

(三) 法官迴避之憲法依據及制度設計

法官迴避制度係憲法上訴訟權之制度性保障，其目的在於確保法院公平審判，司法院釋字第 761 號解釋理由書第 6 段即謂：「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」，因此，法官主觀上必須公平中立（presence），且不問法官主觀上是否公平中立，其客觀上必須保持公平中立之外觀（appearance），以維繫當事人及公眾對於法院公平審判之信心。

由於法官主觀上是否公平中立，存乎法官內心，外人難以窺知，

故立法者有必要針對其所認不公平中立風險甚高之情形設置迴避事由，並將立法技術上得以具體描述者，列為個別迴避事由，而直接規範為不具公平中立外觀之情形；至於需要視情形決定、難以具體描述者，則列為概括迴避事由，須依個案具體情事所呈現之不公平中立風險，以進一步形成具有偏頗外觀之判斷內容。前者即本法第 17 條各款之迴避事由，後者即本法第 18 條第 2 款之迴避事由³。

本法第 17 條及第 18 條之法官迴避事由，旨在確保法官公正中立之外觀，法官主觀上是否確實公平中立，不在所問⁴。例如，法官於該案曾執行檢察官職務或曾為辯護人（第 17 條第 5 款、第 7 款），或曾為被害人、告訴人、告發人、證人或鑑定人（第 1 款），一般人客觀上均以之為偏頗，故不論其主觀上有所偏頗，均應迴避⁵。從而，第 8 款「法官曾參與前審之裁判者」之基礎，在於一般人客觀上均會以之為偏頗⁶。而此之所以偏頗，係因法官參與案件之審理，嗣後參與相同案件之上訴審理，等於法官自己審查自己之裁判，將使救濟程序形同虛設，因而損及憲法所保障之訴訟權，已達到憲法上難以忍受之程度（too high to be constitutionally tolerable）⁷。

³ 「...第 17 條之自行迴避事由...立法者認為，這些事由是重大並且可以抽象概括描述的情狀，一旦有這些情狀存在，就不可推翻地認定法官執行職務有偏頗之虞...第 18 條第 2 款之聲請迴避事由...立法者認為，如有其他未能被事先抽象描述的任何情狀...得由當事人聲請排除法官參與本案的審判」。薛智仁，曾參與「前審」裁判之法官迴避事由—最高法院 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定，台灣法律人，第 8 期，2022 年 2 月，頁 191。

⁴ “...knowledge by the judge of the circumstances was not an element in the statutory violation because it does not eliminate the risk that his impartiality might reasonably be questioned by other persons.” Stephen L. Wasby, *Recusal of Federal Judges: A Discussion of Recent Cases*, 14 JUST. SYS. J. 525, 527 (1991).

⁵ 「刑事訴訟法第 17 條各款之自行迴避事由，係立法者從足認法官執行職務有偏頗之虞的全部情狀裡，所挑選出重大並且可以抽象描述的少數情狀，直接擬制法官執行職務有偏頗之虞」。薛智仁，曾參與前審「裁判」之法官迴避事由—最高法院 110 年度台抗字第 1972 號刑事裁定，台灣法律人，第 9 期，2002 年 3 月，頁 196。

⁶ 「以一般通常之人所具有之合理觀點，對於該承辦法官能否為公平之裁判，均足產生懷疑」。最高法院 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定。

⁷ *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*, 556 U.S. 868, 877 (2009).

1 (四) 隧道視野之論點

2 於參與前審，但與上訴救濟無關之情形，例如法官於相同審級
 3 再次審理同一案件（即爭點二及三之情形），論者有以「隧道視野」
 4 （tunnel vision）作為立論基礎，認為法官若先前審理過相同案件或
 5 爭點，將會形成「隧道視野」而存有偏見或預斷等語⁸，固非無見，
 6 惟先前審理過相同案件或爭點，是否即會形成「隧道視野」而存有
 7 偏見或預斷，論理上未可一概而論。申言之，所謂「隧道視野」，
 8 亦稱為認知偏誤（cognitive bias），係指人類在決策的過程中，容
 9 易受到既有觀點影響，產生先入為主的傾向，致發生偏見或預斷之
 10 認知偏離情形。然而，經手處理相同案件或爭點，不代表「必然」
 11 會形成「隧道視野」或無法防止「隧道視野」發生。事實上，透過
 12 各種不同之內、外部擔保機制，例如，決策者之自我倫理要求、其
 13 他參與者之提醒及外部管理監督等，均能減少「隧道視野」發生之
 14 風險。因此，單單以法官審理相同案件或爭點，尚不足以推論其無
 15 法公平中立⁹。

16 此外，法官必須保持公平中立，摒棄任何偏見及私欲，法官法
 17 第 13 條誓詞要求法官必須「超然獨立」及「公正廉明」，法官倫理
 18 規範第 2 條復規定：「法官...應本於良心，依據憲法及法律，超然、
 19 獨立從事審判及其他司法職務，不受任何干涉，不因家庭、社會、
 20 政治、經濟或其他利害關係，或可能遭公眾批評議論而受影響」，

⁸ 金孟華，論刑事更審案件法官之迴避：以鄭性澤案為例，台灣法學雜誌，第 304 期，2016 年 9 月，頁 62。薛智仁，註 3，頁 192。

⁹ 「單純的預斷危險，並不能充分說明本款自行迴避事由。因為就刑事訴訟法的訴訟結構來看，法官在不同訴訟中或在同一訴訟的不同階段參與同一犯罪事實的審理，並未被原則性禁止」。薛智仁，註 5，頁 196。另值得注意，107 年度憲二字第 166 號曾盛浩聲請案中，第一審花蓮地院判決被告無罪，花蓮高分院 92 年度上訴字第 18 號就被告被訴殺人及遺棄屍體部分改判被告有罪，法官為蔣有木、林慶煙、林德盛，嗣後花蓮高分院 95 年度上更(二)字第 53 號判決，駁回檢察官上訴，維持第一審關於被告被訴殺人及遺棄屍體部分之無罪判決，法官為林慶煙、許仕楓、劉雪惠。法官林慶煙前後參與二次第二審審判，但前後判決結果迥然有異。

準此，法官執行職務時應注意自己是否公平中立，是否懷有偏見或預斷。另一方面，法官有依法裁判之義務，倘若未有法官迴避事由，法官必須尊重其職務，不得以迴避為由，規避審判義務¹⁰。從而，單以「隧道視野」之可能，率爾推定法官不能公平中立審判，等同於指控法官違背誓言及違反法官倫理規範¹¹，甚至否定法官誓詞及法官倫理規範之意義，且與法官依法裁判義務，不無牴觸。

(五) 確保公平審判之擔保機制

從另外一個角度來說，在憲法權力分立之架構下，司法權以外之其他權力，係屬主動性質，為免權力侵害人民權利，權力行使有其界線（如憲法第 23 條之法律保留及比例原則），並受另一權力即司法權之審查；司法權則屬被動性質，其設計或定位即在公平中立，以個案審查其他權力之行使，節制權力之濫用，自毋庸嚴密節制其權力行使。此觀憲法第 8 條規定，拘禁逮捕機關必須於拘捕後 24 條小時內移送該管法院審問，但對於法院接受人犯後之審問期間，未有進一步規定，即可明瞭。

司法權被設計或定位為公平中立，故法官本於良心，依法認定事實及適用法律，摒棄私欲及偏見，可謂訴訟制度的前提或基礎¹²。反之，若不將法院設計或定位為公平中立，自應設計另一權力以制衡監督司法權，但設計出另一權力之後，會面臨該權力是否要受另一權力監督制衡之無止盡循環。因此，將法院設計或定位為公平中立後，接下來應探討者，厥為確保公正中立之擔保機制，此即法官

¹⁰ “A judge shall hear and decide matters assigned to the judge, except when disqualification is required by Rule 2.11 or other law.” MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT R. 2.7 (2020).

¹¹ “[T]he law will not suppose a possibility of bias or favour in a judge, who is already sworn to administer impartial justice, and whose authority greatly depends upon that presumption and idea.” WILLIAM BLACKSTONE, III COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 361, *cited in* Charles G. Geyh, *Why Judicial Disqualification Matters - Again*, 30 REV. LITIG. 671, 679 (2011)

¹² “[M]any aspects of our current litigation processes rest on the premise that trial court judges are able to ignore certain information and disregard their own prior views after being told that they were in error.” Toby J. Heytens, *Reassignment*, 66 STAN. L. REV. 1, 7 (2014).

迴避制度之所設。為符合法官公平中立之設計或定位，如其不公平中立之風險，已達到憲法上無法忍受之程度，可推定法官為不公平中立，對此毫無豁免空間之重大事由，應採事前抽象規範（ex ante）之擔保機制；至於其他之事由，因法官未被推定為不公平中立，且更換承審法官，尚涉及個案中其他公共利益之權衡，自以搭配事後個案審查（ex post）之擔保機制為宜。

（六）其他公共利益的考量

法官迴避往往涉及其他公共利益，過度「推定法官有偏頗風險」遽予迴避，恐有損及其他公共利益之虞，包括：

一、法定法官：法官迴避即意指更換承審法官，而更換承審法官，容易引發人為操縱司法的疑慮，包括法官自己規避案件審理及訴訟當事人為求取有利己方之裁判結果等，故是否更換承審法官，理應依循事前預立，且足以避免恣意或不當干預之規範。

¹³倘僅以抽象地認有發生「隧道視野」之可能，即推定法官欠缺公平中立外觀而應迴避，勢必擴大迴避之範圍，使得迴避經常發生，反而有損司法公信力。

二、妥速審判：於不損及當事人獲得救濟之前提下，如認更審案件須由不同法官審理，尤於繁雜案件，新一批法官必須重新熟悉卷證資訊，而當事人為了協助法官進入狀況，也必須進行重覆的攻擊防禦，案件恐生延宕，數年難以審結；倘由相同法官審理，在法官對於本案審理裁判結果有開放性的形成空間、不受

¹³ 「法官迴避一方面保障被告之中立法官請求權及人民對司法的信賴，另一方面會變更法定法官原則的隨機分案結果。在具體形塑法官迴避制度時，如何折衝上述利益，立法者有相當大的判斷餘地」。薛智仁，註5，頁195-196。「雖然我國憲法並無明文規定法定法官原則，但是鑑於我國憲法第8條、第16條與第80條保障人民正當法律程序、訴訟權，以及法官依法獨立審判，而案件分配不受人為操控是訴訟權中之公平審判的前提要件，審判程序公平才能讓人民的審問、處罰符合正當法律程序，而案件分配不受人為操控，才能讓司法行政不能以指定或撤換法官的方式恣意操控審判，確保法官擁有依據法律獨立審判的空間，因此上述憲法條文可成為法定法官原則的法理依據」。李佳玟，法定法官原則，法官自己決定原則？-評司法院釋字第665號解釋，中原財經法學，第38期，2017年6月，頁115-116。

1 先前審判裁判結果拘束之前提下（disavow his previously
2 expressed views about this case），因已熟悉卷證資訊，當事人
3 毋庸進行重覆的攻擊防禦，較有助於妥速審判。

4 三、程序負擔：法院所配置之法官人數畢竟有限，倘迴避事由之範
5 圍過廣，容易導致法院所有法官均應迴避，致該法院無可審理
6 該案件之法官，必須移轉管轄至原本無管轄權之其他法院，因
7 而損及當事人基於土地及事務管轄規定所受的利益。

8 （七）比較法上的觀察

9 比較法上亦多認為，除了法律所明定之具體事由外，不能單憑
10 處理相同案件或爭點，即直接推定法官無法公平中立審判，只有在
11 法官顯露出偏見或預斷的偏頗跡象時，才需要迴避。

12 1. 美國法

13 美國法的法官迴避規定，以聯邦法律為例，設有原則性及具體
14 性的法官迴避規定¹⁴，原則性規定為「任何的聯邦法官，對於其公
15 平中立可能被合理質疑的程序，應自行迴避」（Any justice, judge,
16 or magistrate judge of the United States shall disqualify himself in any
17 proceeding in which his impartiality might reasonably be questioned）¹⁵，
18 其採客觀標準¹⁶，具體內容則按個案事實形成¹⁷；具體性的法官迴避
19 規定，則列舉了法官迴避的具體情事¹⁸，包括：(1)法官對於一造當
20 事人存有個人偏見或預斷等；(2)關於涉訟事項，曾執行律師職務或
21 擔任實質證人等；(3)關於涉訟事項，曾受僱於政府參與諮詢、建言

¹⁴ *Supra* note 4, at 526.

¹⁵ 18 U.S. C. § 455(a).

¹⁶ 原採主觀標準，現採客觀標準。“The statute had been amended to replace the former subjective ‘in the opinion of the judge’ standard with the objective ‘might reasonably be questioned’ test; also eliminated was judges’ interpretation of the statute as containing a duty to sit.” Stephen L. Wasby, *Recusal of Federal Judges: A Discussion of Recent Cases*, 14 JUST. SYS. J. 525, 526 (1991).

¹⁷ Rajendra Kharel, *Recusal and Disqualification of Judges: An Overview*, 4 NJA L. J. 13, 17 (2010).

¹⁸ *Id.*

或作證等；(4)關於涉訟事項，知悉其或其一定親屬具有財產上利益等；(5)其或其一定親屬，於本案程序，擔任一造當事人、執行律師職務、對於程序結果有利害關係、可能擔任證人等¹⁹。由於法官被推定為公平中立，且為避免人為選擇承審法官，當事人對於法官迴避的聲請負有重度的舉證責任²⁰。值得注意的是，美國聯邦法律也有類似我國「參與前審」的法官迴避規定，但僅限於參與「下級審」之審判²¹，且一般而言，上訴審法官的迴避事由，較之下級審法官更為狹窄²²。

美國法上，上訴審法院撤銷發回原審重新審判時，原則上係由原審法官再次審理，但上訴審法院於撤銷發回時，如果認為由原審法官無法形成沒有偏頗的外觀²³，例如難以期待原審法官放棄先前表明的見解²⁴，可基於監督下級法院之權力，指示下級審法院改由不同法官審理（reassignment）²⁵，其考量因素包括：一、原審法官

¹⁹ 18 U.S.C. § 455(b).

²⁰ “A party introducing a motion to recuse carries a heavy burden of proof; a judge is presumed to be impartial and the party seeking disqualification bears the substantial burden of proving otherwise.” *Fletcher v. Conoco Pipe Line Co.*, 323 F.3d 661, 664 (8th Cir. 2003).

²¹ “No judge shall hear or determine an appeal from the decision of a case or issue tried by him.” 28 U.S.C. § 47.

²² 以德克薩斯州為例，其上訴審法官的迴避事由，較之事實審法官，更為狹窄；上訴審法官的迴避事由，僅以州憲所明文規定為限。Edward L. Wilkinson, *Judicial Disqualification and Recusal in Criminal Cases*, 6 ST. MARY’S J. ON LEGAL MALPRACTICE & ETHICS 76, 81 (2016).

²³ “...if a judge conducts a trial in a manner that creates the appearance that he is or may be unable to perform his role in an unbiased manner.” *Torkington II*, 874 F.2d 1441, 1446 (11th Cir. 1989) (per curiam).

²⁴ *Supra* note 12, at 47.

²⁵ 大部分聯邦巡迴上訴法院發回地方法院更審之案件（remand for a new trial），原則上係由地方法院原審法官承審，除非上訴法院發回時另有指示。“[R]eassignment remains very much the exception rather than the norm.” 另外，依美國學者關於 1958 年至 2012 年巡迴上訴法院的判決統計分析，巡迴上訴法院撤銷發回並指示改由其他法官審理的案件比例，各巡迴上訴法院不一，其中，最高為第 7 巡迴上訴法院的 48.50%（該法院採取原則上改分其他法官的規則），其次為第 9 巡迴上訴法院的 16.17%。*Id.* at 5-6, 18. 「在討論到發回更審的案件是否得由同一個法官承審時...原則上如果上級法院沒有特別指示，發回之案件是由原法官承審」。金孟華，註 9，頁 61。Cf. “Whenever a case tried in a district court is remanded by this court for a new trial, it shall be reassigned by the district court for trial before a judge other than the judge who heard the prior trial

放棄其原有觀點及認定，是否有其困難；二、改由其他法官審理，是否有助於保持法院公平審判的外觀；三、改由其他法官審理，是否將導致不成比例的司法資源浪費及重覆。²⁶實務上，上訴審法院撤銷發回原審法院重新審判，並指示改由不同法官審理之案例，較常發生於聯邦巡迴上訴法院，聯邦最高法院則鮮少使用²⁷。至於上級審法院指示改由不同法官審理之案件類型，主要有三類，分別為發回原審重為量刑、發回原審重為審判、多次發回仍未遵循上級審法指示²⁸。

2. 德國法

依據德國基本法第 97 條第 1 項、第 101 條第 1 項第 2 句²⁹，個人有受法定法官依法獨立審判的權利；該法定法官原則並藉由德國刑事訴訟法（本小節未特殊註記者，均同）落實，而分別規定列舉及概括迴避事由³⁰。列舉迴避事由，包括：法官為被害人、特定訴訟關係人或相關身分者（第 22 條）³¹，原審法官參與上級審裁判及

unless the remand order directs or all parties request that the same judge retry the case. In appeals which are not subject to this rule by its terms, this court may nevertheless direct in its opinion or order that this rule shall apply on remand.” 7TH CIR. R. 36 (as of Dec. 1, 2021). Nonetheless, “[a] A case remanded by the Supreme Court to this court for further proceedings will ordinarily be reassigned to the same panel that heard the case previously. If a member of that panel was a visiting judge and it is inconvenient for the visitor to participate further, that judge may be replaced by designation or by lot, as the chief judge directs.” 7th Cir. Operating Procedures (as of Dec. 1, 2015).

²⁶ “(1) whether the original judge would have difficulty putting his previous views and findings aside; (2) whether reassignment is appropriate to preserve the appearance of justice; (3) whether reassignment would entail waste and duplication out of proportion to gains realized from reassignment.” Torkington II, 874 F.2d 1441, 1447 (11th Cir. 1989) (per curiam).

²⁷ *Supra* note 12, at 6.

²⁸ *Id.* at 49-50.

²⁹ 德國基本法第 97 條第 1 項：「法官應獨立行使職權，並只服從法律」。第 101 條第 1 項第 2 句：「不得禁止任何人受其法定法官之審理」。

³⁰ Terming, in: Gercke/Julius/Terming/Zöller(Hrsg.), Strafprozessordnung , 6. Aufl. 2019, Vor §§ 22 Rn.1.

³¹ 第 22 條：「法官有下列情形時，依法直接排除行使法官職務：1.法官本人為犯罪之被害人；2.法官現為或曾為被害人之配偶、[同性]生活伴侶、監護人或照管人；3.法官現為或曾為被告或被害人之直系血親或直系姻親、三親等內之旁系血親或二親等內之姻親；4.法院曾為本案之檢

再審（第 23 條）³²等規定。主流見解並認為，上述列舉事項既屬法定法官之例外，因此應為狹義解釋，不能類推適用³³。至於概括迴避事由，則規定有偏頗之虞的迴避情形（第 24 條）³⁴。

與題旨直接相關者，係第 23 條第 1 項規定，法官曾參與之裁判，被依救濟途徑聲明不服者，依法直接排除其參與上級審之裁判³⁵，而不包括同一法官再次出現於相同審級之情形³⁶。依循前述主流見解，上開規定同應為狹義解釋，理由是：法官本來就需要在程序的不同階段、面對相同的事證作出裁決，從而當法官依法必須再次評估、裁判時，並不當然可以被認為有所偏頗³⁷。亦即，縱使在同一案件，法官在新的訴訟階段，也有義務依照案存事證依法公正裁

察機關官員、警察官員、被害人律師或辯護人；5.法官為曾就本案接受過訊問之證人或鑑定人」（連孟琦譯，德國刑事訴訟法，2016 年，第 10 頁）。

³² 第 23 條：「(1)法官曾參與之裁判，被依救濟途徑聲明不服者，依法直接排除其參與上級審之裁判。」、「(2)¹ 法官曾參與之裁判，被依再審聲請聲明不服者，依法直接排除其參與再審程序之所有裁判。² 若被聲明不服之裁判是在上級審程序中作出，則曾參與作為裁判基礎之下級審裁判之法官，亦排除之。³ 第 1 句及第 2 句之規定，準用於法官參與準備再審程序之所有裁判。」（連孟琦譯，德國刑事訴訟法，2016 年，第 11 頁）。

³³ Vgl. Terming, aaO.(Fn. 30), Vor §§ 22 Rn. 3; Conen/Tsambikakis, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl. 2014, § 22 Rn. 2; Scheuten, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 23 Rn.1.

³⁴ 第 24 條：「(1)法官除依法直接排除執行法官職務外，亦可因偏頗之虞被拒卻。」、「(2)存在足以構成不信任法官中立性之理由時，以偏頗之虞拒卻之。」、「(3) ... (拒卻權人)」（連孟琦譯，德國刑事訴訟法，2016 年，第 11 頁）。

³⁵ 條文見註 32。並且，本項規定係依「救濟途徑 (Rechtsmittel)」聲明不服，因此例如回復原狀聲請（第 44 條）、撤銷或停止羈押審查（第 117 條第 1 項）、處刑令異議程序（第 410 條）等，都不在本條規定範圍〔Conen/Tsambikakis, aaO.(Fn. 33), § 23 Rn. 7.〕。

³⁶ 依據前述法官迴避屬於例外的脈絡，第 354 條第 2 項規定，上訴之法律審撤銷原審判決時，除已有規定的情形之外，「¹ 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」、「² 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」（連孟琦譯，德國刑事訴訟法，2016 年，第 330 頁）。但是，此屬上級審發回原審其他庭或法庭的指示，而非要求不同法官。因此，倘若原審 A 庭判決後，上級審撤銷發回原審 B 庭，但原來參與原審 A 庭判決之法官因職務調動到 B 庭，該原審法官參與後來 B 庭的裁判，並不是當然迴避的事由。至於解釋論上是否得依概括條款迴避，抑或其立法論，則屬另一問題〔Vgl. Conen/Tsambikakis, aaO.(Fn. 33), § 22 Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 63. Auflage, 2020. §354 Rn. 39〕。

³⁷ BGH NStZ 1986, 206; Conen/Tsambikakis, aaO.(Fn. 33), § 22 Rn. 3.

決³⁸。從而，關於同一法官參與同一案件的不同程序，其客觀上能否偏頗風險之有無，不能僅以「時序」上「曾經」參與過，作為唯一判斷標準。

3. 歐洲人權法院判決

歐洲人權公約第 6 條規定公平審判條款，該條第 1 項規定，人人有受中立法庭（*tribunal*）審判的權利³⁹。歐洲人權法院所累積的案例法，指出：中立性通常係指不存在偏見或預斷，並可透過若干方式檢驗。依據該法院既有之判例法，中立性必須依據主觀檢驗（subjective test），即應考量特定法官之個人信念和行為－換言之，該法官於特定案件中是否已有偏見或預斷－並且依據客觀檢驗（objective test）－亦即確定法庭本身及其組成等各方面是否有足夠保障，以排除其中立性之任何適法懷疑（legitimate doubt）。客觀檢驗主要涉及法官與其他訴訟主要參與者（protagonists）之間的層級與關聯（hierarchical or other links）⁴⁰。

關於主觀檢驗，應推定法庭無個人預斷或不中立之原則，係該法院判例法已確立之原則，故在存有相反之證據前，應推定法官之個人中立性⁴¹。關於客觀檢驗，重點在於，除了法官的行為之外，是否有可確定之事實足以引起其中立性之疑慮，其疑慮是否已客觀地正當化（objectively justified），問題的答案，取決於具體案件之情形⁴²。

至於僅有「法官先前對同一案件作出決定」此一事實本身，不

³⁸ RGSt 59, 409 f.; Terming, aaO.(Fn. 30), § 23 Rn. 1.

³⁹ “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and *impartial tribunal* established by law. (...)” (emphasis added).

⁴⁰ See *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* [GC], no. 55391/13, 6 November 2018, §§ 145, 148.

⁴¹ See *Morice v. France* [GC], no. 29369/10, § 74, 23 April 2015.

⁴² See *Pastörs v. Germany*, no. 55225/14, § 55, 3 October 2019.

能當然認為其欠缺中立性⁴³。上下級審同一法官（裁判者）之情形，也不會僅因此違反公約。

(1) 同一法官參與兩次上級審

一般來說，對於「先前上級審撤銷發回後，上訴由同一法官參與後來裁判」之問題，僅因審判法官先前曾對同一犯行作出決定，或法官於原審參與裁判，其後裁判受撤銷發回由同一法官重啟程序審酌，其並非當然可認為欠缺中立性⁴⁴。近例如 *Teslya v. Ukraine* 一案⁴⁵，烏克蘭最高法院先前以程序違法及量刑事由而撤銷原審判決，並發回審理，嗣經原審更審判決，被告不服提起上訴，再為最高法院駁回⁴⁶，惟最高法院前後兩次判決，有兩名法官相同⁴⁷。歐洲人權法院認為，本案烏克蘭最高法院之撤銷發回判決，依其性質（nature）與內容（context），既係以撤銷之方式作成，原審法院於更審時，仍然可以依據內國法糾正程序缺陷，並處理量刑問題。而最高法院合議庭僅是透過第一次判決，履行其應評估原判決是否合法之任務；法官兩次以同一身分參與對申訴人之刑事訴訟，是撤銷原判決更審制度之內容，並不因此當然導致中立性之欠缺；況且，內國也已經提供適當的程序保障，因此不違反公約⁴⁸。

(2) 同一法官參與兩次下級審

關於「下級審同一法官參與先後兩次裁判」之問題，亦非

⁴³ *Marguš v. Croatia* [GC], no. 4455/10, § 85, ECHR--2014 (extracts), with further references.

⁴⁴ See *Ilenseher v. Germany* [GC], nos. 10211/12 and 27505/14, § 288, 4 December 2018.

⁴⁵ *Teslya v. Ukraine*, no. 52095/11, 8 October 2020.

⁴⁶ *Id.* at §§2-15.

⁴⁷ *Id.* at §31.

⁴⁸ *Id.* at §§45-46. 例如烏克蘭刑事訴訟法第 54 條第 1 項第 4 款、第 56 條規定，被告得以偏頗之虞聲請迴避，但申訴人並未為之。

當然可認為欠缺中立性⁴⁹。例如在 *Diennet v. France* 一案中⁵⁰，
Diennet 醫師在（經最高行政法院撤銷發回）兩次醫師懲戒委員會中，都受到停業 3 年的不利裁決，但兩次醫師懲戒委員會的 7 名組成中，都有 3 名成員相同⁵¹，人權法院同樣認為，僅此事實無法認定其偏頗性⁵²。

（八）終審法院之法律審定位及功能

有謂：「決定法官是否應予迴避乙事，定義了我們心中理想的法官；定義我們心中理想的法官，即在形塑理想中的審判制度」（To decide when a judge may not sit is to define what a judge is. To define what a judge is is to decide what a system of adjudication is all about）。⁵³關於終審法院法官迴避事由，亦在形塑理想中的終審法院，因此，終審法院的法官迴避事由，必須考量到終審法院以法律審為中心，且為救濟制度終點之特性，而與事實審法院有所不同。

法律審係在審查法律解釋有無錯誤，一般認為，法律的解釋，旨在於探究應有的規範為何；係將抽象的法律，運用到具體個案之中，故必須維持規範的一致性，否則將造成裁判的矛盾；基於依法裁判的原則、法律規範的階層及審級制度的維持，必須承認既有規範體系的拘束力。因此，依據既有的法律規範形成裁判見解，若以之為偏見或預斷，將與法律解釋的本質有所悖離。又法律解釋具有

⁴⁹ 參照：*Ringeisen v. Austria*, Series A no. 13, no. 2614/65, § 97, 16 July 1971 (“it **cannot be stated as a general rule** resulting from the obligation to be impartial that a superior court which sets aside an administrative or **judicial decision** is bound to send the case **back to a different jurisdictional authority or to a differently composed branch of that authority.**”) (emphasis added)

⁵⁰ *Diennet v. France*, Series A no. 325-A, no. 2614/65, § 37, 26 September 1995.

⁵¹ *Id.* at §§3-13. 另按：歐洲人權公約第 6 條的「法庭」用字是“tribunal”，其係以功能定位，而非以一般認知的法院或法庭（court）名稱為準。此外，公約第 6 條的中立性，於公民權利義務、刑事訴訟之法庭，均有適用。

⁵² *Id.* at §38 (“In the Court's view, no ground for legitimate suspicion can be discerned in the fact that three of the seven members of the disciplinary section had taken part in the first decision.”).

⁵³ John Leubsdorf, *Theories of Judging and Judge Disqualification*, 62 N.Y.U.L. REV. 237 (1987).

客觀性，法律構成要件的意義為何，除了依循有效之法令及判決先例外，應透過文義、歷史、體系及目的等解釋方法而獲得，檢視法令與判決先例及運用各種解釋方法，即可察覺有無偏離。

至於認定事實，則為描述性質，目的在於探索外界過去已發生的事件；個案具體情節不一，無維持一致性之必要；對於法庭證據加以解讀或詮釋，乃透過認知形成的心理活動，建構出案件事實，而為裁判的基礎。人類在認知形成的過程中，往往會受到既有認知的影響，形成先入為主的觀念，導致不自覺的認知錯誤⁵⁴。認知錯誤，即所謂的隧道視野，是導致審判者認定事實錯誤的原因之一，因屬心理活動，不易察覺偏離，有必要設置額外的擔保機制。

基於法律解釋與事實認定的上述差異，對於法律審而言，不適合也不需要以接觸過相同案件或爭點為由，設定法官迴避的事由（不包括上級審法官曾參與下級審裁判之情形，因此種情形與救濟制度本質有違）；對於事實認定，因有認知錯誤的風險，應依風險高低設定法官迴避事由。因此，在美國法上，縱使是採行上級審法院撤銷發回原審時，原則上應改由其他法官審理的規則，也會設有審理範圍若僅涉及法律解釋時，仍由原審法官審理的例外。⁵⁵

另基於下列終審法院之事務本質考量，案件經最高法院撤銷發回，再經上訴至最高法院時，由相同法官審理，有助於統一法律見解功能之發揮；如強制規定需由不同法官審理，反而容易造成裁判歧異，有致終審法院無法官可審，司法權無法有效行使的風險：

一、統一法律見解之功能：案件在終審法院一錘定音，如欲發揮定紛止爭的功能，必須確保裁判的一致性，維護規範體系的完整性，否則當事人及下級審法院即無所適從，故理想中之終審法

⁵⁴ “Tunnel vision is the product of a variety of cognitive distortions that can impede accuracy in what we perceive and in how we interpret what we perceive.” Keith A. Findley & Michael S. Scott, *Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases*, 2006 WIS. L. REV. 291, 307 (2006).

⁵⁵ See *supra* note 12, at 12-13.

院，應以最適於統一法律見解及避免裁判見解歧異，作為其設計之取向。目前，為解決最高法院法官人數及庭數過多，不利於統一法律見解之問題，最高法院依法院組織法規定設有大法庭，且大法庭建立後，最高法院經統一見解或未經統一見解但無不同見解之判決，均為判決先例，對於所有法官具有拘束力。是最高法院形式上雖可分為數庭，但因大法庭及判決先例制度之運作，實質上已成為類似全體法官出庭審理（en banc）之統一法律見解模式。準此，案件經最高法院發回後，再經上訴至最高法院，類似憲法法庭先後受理相同案件之情形，為統一法律見解，無可避免必須由相同法官審理。

二、通常救濟制度之終點：終審法院作為通常救濟制度之終點，立在法院組織體系之頂點，法官資格及人數不能不有相當限制。於此前提之下，案件經終審法院發回後，再上訴至終審法院時，由相同法官審理，似亦屬無可避免。若認終審法院法官處理相同案件，即應推定不能公平中立審判，必須迴避案件審理，將極易導致法官迴避；每個國家均僅設有一所終審法院，無從移轉管轄至相當之法院，且若移轉管轄至下級審法院審理，以其法官資格及法院組織的差異，形同顛覆既有的審級救濟制度；終審法官人數稀少，過於廣泛的迴避事由，勢將導致無法官可以審理，司法權無從行使的困境。

三、司法審判效能及司法資源分配：案件經事實審法院審理，特別是我國刑事訴訟第二審採覆審制，與第一審進行相同的審理，事實認定部分已獲救濟，而證據資料亦有隨時間經過而消失或變化的特性，審理距離案發時間越遠，越無益於真實發現，鑑於此司法審判效能及司法資源分配的考量，各國終審法院之主要功能均在統一法律見解，即採法律審，不再進行事實之重覆審理。法律審旨在審查下級審法院之法律解釋有無違誤，法律解釋之過程，係透過邏輯推論之運用，以求得規範之所在，與

透過證據資料建構認知之事實認定，容易受到既有觀點影響，
較有可能發生認知錯誤，有所不同。

(九) 非常上訴係屬特別救濟制度

非常上訴雖名稱內有「上訴」兩字，惟依本法之體例，第三編為「上訴」，第六編為「非常上訴」，「非常上訴」與「上訴」於形式上已有所不同。實則，「非常上訴」係屬判決確定後之特別救濟管道，非屬「上訴」通常救濟制度的一環。申言之，非常上訴旨在統一法律見解，解決法律見解歧異，與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，針對個案救濟，有所不同。故非常上訴之提起，採便宜主義，係「得」提起，而非「應」提起（本法第 441 條）；僅得由檢察總長向最高法院提起，亦即提起非常上訴之權專屬於檢察總長，且委諸其裁量（本法第 441 條）；原則上效力不及於被告（本法第 447 條第 1 項第 1 款前段、第 448 條）；提起無期間上之限制，被告刑罰執行完畢後，亦得提起⁵⁶；無一事不再理原則之適用，提起次數並無限制⁵⁷。

再者，國家對於被告的刑罰權及其內容，經起訴、審判及上訴等程序而告確定，如其程序合法正當，自應賦予既判力，以實現刑事司法制度所追求之公平正義；判決確定後之特別救濟制度，就非常上訴而言，旨在完備終審法院統一法律見解之功能，惟其既有可能變動已確定之法律關係，自必須考量法律安定性之公共利益，亦即，案件若經本法所定之訴訟程序而告確定，且其程序合法且正當，即應尊重確定判決所形成之法律關係，僅於「法律見解歧異已損及規範體系完整性」時，方得循非常上訴加以糾正⁵⁸。

⁵⁶ 林永謀，刑事訴訟法（下冊），2007 年，頁 297。

⁵⁷ 李春福，一事不再理之探討，高大法學論叢，第 15 卷第 1 期，2019 年，頁 173-174。

⁵⁸ 最高法院 110 年度台非字第 123 號刑事判決：「非常上訴，乃專以確定判決違背法令為限之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。故確定判決未違背法令者，當無提起非常上訴之餘地；雖有違背法令，亦非全部有提起非常上訴之必要；如違背法令之判決，非不利益被告，且其違法情形不涉及統一適用法令，無原則重要性者，即無提起非常上訴之必要」。

有鑑於非常上訴「確定後特別救濟」、「統一重要法律見解」、「無提起次數及期間之限制」等特性，其本質上非屬上訴程序之一環，不能將之當作「第四審」或「上訴之延續」看待，且由原審法官參與其中，有助於迅速掌握案情，加速程序之進行，對於司法審判效能及司法資源分配之公共利益，有所裨益，故立法者就非常上訴是否適用通常上訴制度「參與前審裁判」之法官迴避事由，應享有裁量空間。

比較法上，美國之定罪後救濟（post-conviction relief），係上訴（direct appeal）外之特別救濟制度，而與我國判決確定後特別救濟制度相當。美國法上，定罪後救濟之聲請，一般基於司法審判效能及司法資源分配的考量，係由原事實審法院法官審理，並受上訴法院之審查。美國律師協會（American Bar Association, ABA）之「刑事司法準則」（Standards for Criminal Justice），其定罪後救濟途徑（Postconviction Remedies）之「法院分案」（assignment of judges）部分，亦稱：「定罪後特別救濟的聲請是否應由原本審理該案的事實審法官來審理，並沒有偏好或不偏好的規則。如果依據審理規則或實務操作，由原本審理該案的事實審法官來審理，則應該要明定，無論是否符合法定迴避事由，法官也可以自由決定是否要自請迴避」⁵⁹。該國田納西州最高法院所頒的定罪後救濟程序規則明定，該聲請可由原本審理該案的事實審法官來審理⁶⁰；印第安

⁵⁹ “Neither a general rule favoring nor one disfavoring submission of a postconviction application to the same trial judge who originally presided is clearly preferable. If by rule or practice ordinary assignment to the same judge is adopted, there should be a declared policy permitting the judge freely to recuse himself or herself in a particular case, whether or not formally disqualified.” ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE (2d ed. 1980), § 22-1.4.

⁶⁰ “The presiding judge shall assign a judge to hear the case who may be the original hearing judge. Should the presiding judge fail to assign a judge, and no judge is designated by the Chief Justice, the judge who presided at the original trial shall hear the petition.” Rule 28 of the Tennessee Rules of Post-conviction Procedure § 6(B)(1). <https://www.tncourts.gov/rules/supreme-court/28> (last visited, Aug. 9, 2022).

納州則明定，聲請人於聲請後 10 日內，得以宣示證詞明確指明原本
審理該案的法官對於聲請人有所偏頗為由，聲請更換法官⁶¹。

二、爭點及回應

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

不違憲。非常上訴非屬通常救濟程序之一環，旨由最高法院統一重要法律見解，其提起專屬檢察總長職權，沒有次數及期間之限制，判決效力原則上不及於被告，不能以「上訴之延續」或「第四審」看待。基此事務本質的差異，立法者對於非常上訴是否適用通常救濟程序之「參與前審」法官迴避事由，應享有裁量空間。

（二）爭點二（曾於特定案件刑事第二審程序參與裁判之法官，後於該案經第三審撤銷發回之更審程序中，復參與第二審之更審裁判，而未迴避，是否違憲？最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例是否違憲？理由為何？）：

不違憲。接觸相同案件或爭點，是否會發生隧道視野或認知錯誤，論理上未可一概而論，且隧道視野或認知錯誤亦可藉由各種擔保制度降低其發生風險。因此，於相同審級之情形，單憑前後案件由同一法官裁判之事實，仍不足以構成憲法上難以認受之法官偏見或預斷外觀，此種情形應列為本法第 17 條各款推定不公平中立之法官迴避事由，或者僅列為第 18 條第 2 款依個案具體情形判斷之法官迴避事由，立法者享有裁量的空間。

（三）爭點三（曾於特定案件參與最高法院刑事第三審裁判之法官，於該案件發回更審後，又上訴至最高法院時，復參與第三審裁判，而未迴避，是否違憲？如均由被告上訴，情形是否不同？中華民國 80 年

⁶¹ “Within ten [10] days of filing a petition for post-conviction relief under this rule, the petitioner may request a change of judge by filing an affidavit that the judge has a personal bias or prejudice against the petitioner.” Rules of Post-Conviction Remedies § 4(b), Indiana Rules of Court. <https://www.in.gov/courts/rules/postconvict/index.html> (last visited, Aug. 9, 2022).

1 版本之最高法院第二次發回 更審以後民刑事上訴案件分案實施要
2 點第 2 點規定是否違憲？理由為何？）：

3 不違憲。最高法院作為終審法院，基於司法審判效能及司法資
4 源分配之考量，係事後審理下級審法院之法律解釋有無錯誤，而為
5 法律審；法律之解釋適用，受到既有規範體系的拘束，依一定解釋
6 方法進行邏輯推論，與依憑證據資料建構認知而認定事實之心理活
7 動，有所不同，隧道視野或認知錯誤的風險較為低；最高法院採行
8 大法庭及判決先例制度，就統一法律見解並消除裁判歧異而言，已
9 相當於全院法官庭審；終審法院為通常救濟制度的終點，僅有一所，
10 且法官人數及資格均有限制，法官無可避免必須受理相同案件再次
11 上訴之審理，以維持司法權之有效行使。

12 （四）爭點四（刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定：「法官於該管案件有下列
13 情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：……八、法官曾參與前
14 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
15 之全部或其一？司法院釋字第 178 號解釋是否應予補充？）：

16 不包括全部。此三種情形，如個案中法官依其裁判、舉止及意
17 見等，已顯露出不公平中立的外觀，可依本法第 18 條第 2 款之法官
18 迴避事由處理。為貫徹法官迴避制度之精神，確保法院公平中立外
19 觀，提昇當事人及國民對於法院的信心，關於第 18 條第 2 款之法官
20 迴避事由之解釋適用，司法實務容有進一步類型化或精緻化的空間。
21 具體個案裁判是否構成第 18 條第 2 款之事由，於涉及憲法上法定法
22 官原則、訴訟權審查之情形，同有裁判憲法審查制度之適用，併予
23 敘明。

24 此致

25 憲法法庭 公鑒

26 中 華 民 國 1 1 1 年 8 月 1 6 日

27 司法院刑事廳