

司法院刑事廳補充意見書

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

陳述機關：司法院刑事廳

為憲法法庭審理人民聲請刑事訴訟法法規範憲法審查案，謹就憲法

法庭民國 111 年 10 月 24 日大法官垂詢之問題，補充說明如下：

一、關於許志雄大法官所詢「再審之迴避是否應與非常上訴相同處理」及「金門分院刑事庭如何處理再審迴避」等節

憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。刑事訴訟法特設法官執行職務有偏頗之虞時之迴避規定，即在維護人民受公平法院依正當法律程序予以審判之訴訟權益，並避免法院之公平性受到人民質疑，以增進人民對於司法審判的信賴。

刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱法官「曾參與前審之裁判」，依司法院釋字第 178 號解釋，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言，再審案件參與原確定判決之法官，固不在該款應自行迴避之列。然邇來實務逐漸對於再審案件之迴避，有不同於以往的見解。首先是最高法院 102 年度台抗字第 143 號刑事裁定，接續又

有數則裁定意見支持¹，直至最高法院刑事第八庭於110年9月15日向其他各庭提出徵詢，各庭均同意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，亦應自行迴避採取肯定說，其理由主要為：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（解釋時原規定：「推事曾參與該訴訟事件之前審裁判、更審前之裁判或仲裁者」嗣經修正為：「法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或仲裁者」），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。該號解釋雖係針對民事訴訟法第32條第7款規定而為解釋，然刑事訴訟對於審判公平性及正當法律程序的要求，並不亞於民事訴訟，為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，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，亦應自行迴避。

最高法院上開見解，並不當然意謂實務已從通說之「審級說」改採「拘束說(判決之自縛性)」²，而是著眼於聲請再審之目的係為推翻事實認定違誤之原確定判決，雖然在法院組織上原確定判決法院與再審法院屬於相同審級，但從糾正錯誤判決之功能意義上，再審法

¹ 參見最高法院109年度台抗字第157號、110年度台抗字第256、797號刑事裁定。

² 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(NO.8)，2022年2月，194頁。

院做為彌補原確定判決法院救濟不足之特別救濟手段，曾參與原確定判決之法官，再參與再審之裁定，等同於必須審查自己先前所作成之原確定判決，甚難讓人民信賴法官能本於中立第三人立場，毫無偏見地公平審查。因此，為保障當事人再審救濟之利益，刑事訴訟法第 17 條第 8 款「前審」，除指通常救濟程序之「下級審」，亦包括再審程序之「原確定判決」。

再審與非常上訴，雖同屬判決確定後之特別救濟程序，然仍有諸多相異。申言之，再審制度，係為確定判決認定事實錯誤而設，重在實體真實之發現；非常上訴之目的則在於統一法令的適用，判決效力原則上不及於被告，只有在原確定判決不利益於被告時，才例外兼有救濟被告的附隨效力³。又提起非常上訴之權專屬於最高檢察署檢察總長，被告既無聲請權，亦無程序參與權，且其管轄權歸於最高法院（不似再審管轄法院是確定判決之原審級法院，因而可能有複數），提起非常上訴並無次數及期間之限制，並非「上訴之延續」，因不涉及人民就同一案件之審級救濟利益受法官預斷影響之風險，即與公平審判或訴訟權保障之觀點無涉，基於此事務本質之不同，自非不得為相異之處理；即使近來實務就再審案件之法官自行

³ 參見刑事訴訟法第 447 條第 1 項規定：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。但原判決不利於被告者，應就該案件另行判決。二、訴訟程序違背法令者，撤銷其程序。

迴避擴及至曾參與原確定判決之法官，關於非常上訴程序之法官迴避，未必然須為相同之處理⁴。從而，立法者未將參與非常上訴前之原確定決法官列入法定迴避事由，亦不當然違反憲法公平審判之要求。

此外，臺灣高等法院對於再審案件分案之處理方式，依其分案實施要點第10點第1款第2目規定：再審案件，除刑事金融專庭外，採大輪迴制分案，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、法官應參與抽籤。但民刑事專庭案件，不限次數仍由專庭抽籤，如所餘專庭不足二庭時，除前一次參與裁判之庭長、法官應迴避外，仍由專庭抽籤。亦即再審案件之分案，除刑事金融專庭外，凡曾參與本件裁判之庭長、法官均應迴避，直至迴避至所餘法官不足二庭時，僅前一次參與裁判之庭長、法官迴避。福建高等法院金門分院因屬離島法院，法官人數較少，並未訂有類似臺灣高等法院之分案規則，但法院倘因迴避致無其他法官得以審理該再審案件，依法官遷調改任辦法第23條第5項，得由調派司法院辦事之法官，於必要時支援審判業務，可見再審案件法官之迴避，因囿於法

⁴ 憲法保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。立法與相關機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定為差別待遇之標準（司法院釋字第682號、第750號、第768號、第788號及第790號等解釋參照）。

院規模大小、法官人數多寡，而為寬嚴程度不同之處理。

二、關於詹森林大法官所詢「求諸法官倫理是否足以作為更二連身之擔保制度」一節

憲法第 16 條之訴訟權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。對於法官的中立性，具國內法律效力之公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項第 2 句明定：「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。」因此，刑事訴訟法設有法官執行職務有偏頗之虞時之迴避規定，維護人民受公平法院依正當法律程序予以審判之訴訟權益，以使法院保持公平中立之外觀(appearance)，維繫當事人及公眾對於法院公平審判之信心。

聯合國班加羅爾司法行為準則 2 為公正(Value 2: Impartiality)，揭示法官在正當執行司法職務時，公正極為重要。該項準則不僅適用於判決本身，亦適用於作成系爭判決之司法程序。此種「公正與否」之判別標準，是由理性旁觀者⁵的觀點來加以衡量，例如：法官因親屬身分或其過往擔任之職務而被認為有利益衝突、或因參與同

⁵ 關於班加羅爾司法行為準則所謂「理性旁觀者」，在 2002 年海牙會議中的共識是指「合理、公正而有教養之人 (reasonable, fair-minded and informed person) 可能相信法官無法公正作出判決」，見班加羅爾司法行為準則評註 (Commentary) 第 77 點。

一案件上、下級審而有預斷之可能⁶。固然，就個案刑事被告之觀點，遇到同一法官審理案件，可能會產生法官是否有偏見、預斷之質疑，該案被告之觀點或感受雖然重要，但仍應以一般理性旁觀者、客觀上認為該法官無法公正作出判決作為決定性之標準⁷。意即——除非存在有堅實之相反證據，否則法官應被推定為公正⁸，要不得僅以個案被告直覺式之主觀「印象」或「感覺」，認定法官必然存有偏見或預斷，過往實務上即發生過當事人因主觀上不滿法官進行訴訟時程緩慢，或認為法官就其聲請之證據不為調查、鑑定或指揮訴訟欠當，即主張法官有偏頗而聲請法官迴避之案例⁹。更徵法官有無偏頗之判定標準，應以法官是否符合應自行迴避事由而不自行迴避，或對於訴訟標的有特別利害關係，或與當事人之一造有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形客觀上足以懷疑其為不公平之審判者為其原因事實，採理性旁觀者之「客觀標準」，並從具體個案的情狀進行觀察，不宜僅任憑當事人之感受或主觀臆測，逕謂法官有偏頗之虞。

⁶ 「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，所挑選出重大而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。

⁷ 見班加羅爾司法行為準則評註（Commentary）第 54 點。原文：In determining whether there is legitimate reason to fear that a particular judge in a criminal case lacks impartiality, the standpoint of the accused is important but not decisive. What is decisive is whether a reasonable observer representing society finds this fear objectively justified.

⁸ 見班加羅爾司法行為準則評註（Commentary）第 53 點，其中引用歐洲人權法院 Gregory v United Kingdom 案, European Court of Human Rights, (1997) 25 EHRR 577 所表示之意見。

⁹ 見最高法院最高法院 90 年度台抗字第 39 號民事裁定、79 年度台抗字第 90 號民事裁定。

其次，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，依據法律獨立審判，不受任何干涉。基此，職業法官作為專業審判者，應服膺憲法與法律，獨立行使職權。因其具有「專業性」且須服膺於「倫理性」要求（係指必須確實踐履「法忠實性」、「獨立性」、「公平中立性」、「公正之保持」等法官職業倫理規範之要求），而得與一般人加以區別。

在涉及調查證據及事實認定之層面，目前除應行國民參與審判之案件外，其他刑事案件仍採卷證併送制度，法院應僅能以直接審理之結果為其心證形成之基礎，但並未要求法院「以完全空白之心證蒞臨審理庭」¹⁰，法官仍應本其憲法上義務，秉持客觀中立，在每個訴訟階段，依照卷存證據，依法裁判。實際上法官審理具體個案時，往往依隨訴訟程序之推移，調查所得之事證逐步浮現，或因時、空背景互異等諸多因素，因此形成不同之心證，所在多有，法官在審理期日前，因事前閱卷可能就某些事項已先形成初步心證（例如：在審前準備程序預先接觸「證據內容」以判別有無調查之必要性之情形），但此種暫時性的評估，並非無嗣後因其他證據出現而有改變之可能。是以本案實體事項之事實認定與法律適用結果為何，端視法官於本案訴訟中採證、認事職權行使之情形而定，未必因法官曾

¹⁰ 相同見解參見劉芳伶本案之專家諮詢意見書，頁 12。

於同一審級審理相同案件或爭點，即推論法官必因「隧道視野」而無法公平中立。

在法律審層面，最高法院作為通常救濟制度的終點，旨在審查下級審法院對於法律之解釋適用，具有統一法律見解、防止裁判歧異之功能，此由最高法院採行的大法庭制度，即可見一斑，在法律見解一致性之要求下，縱由同一法官審理，亦不因此侵害當事人之審級利益。特別是我國目前的刑事訴訟第二審仍採覆審制，屬事實審，其證據調查、事實認定已有再次審查之機會，最高法院則採事後審制，不再重複進行事實調查，且為法律審，與依憑證據、認定事實之事實審有所不同，隧道視野或認知錯誤的風險較低；且目前最高法院於更二審判決上訴後，始由同一法官審理(即更二連身條款)，前已由2個不同庭表示過見解，並非自始即由相同法官處理，再佐以合議庭其他法官參與評議之意見，可緩和同一法官見解或可能有相同、單一之弊，縱有不同意見，經過更三審見解應較可固定，此際由同一法官辦理，可減省重新閱卷瞭解案情之時間，又不至於因不同法律見解，或認定之爭點不同(甚至是同個爭點不同意見)而一再撤銷發回，有助於統一法律見解、案件妥速審結功能之發揮。況且，「連身條款」規範的為承辦法官而非審理庭，更二連身後之承辦法官未必會在同一庭，在最高法院之案件均經全庭法官實質評議

而為決定之現況下，合議庭各法官各自本於對法律之確信獨立判斷，該受連身分案之承辦法官的意見，亦僅占全庭的 5 分之 1，並無百分之百的影響力，亦得作為公平審判之擔保機制。

再徵諸比較法觀點，德國刑事訴訟法(StPO)第 23 條第 1 項規定：

「曾參與以審級救濟請求撤銷之裁判之法官，依法不得在上級審參與裁判。」¹¹未將法官參與訴訟事件更審前裁判，作為法官應自行迴避之法定事由；歐洲人權法院在 2020 年 Teslya 訴烏克蘭案、稍早 1995 年 Diennet 訴法國案¹²中，均明確指稱：單憑同一法官參與相同案件之 2 次「同一審級」決定，並不足以認定法官必然偏頗，縱使可能引發預斷、偏頗的「觀感」，但此並不當然導出法官因此欠缺客觀中立性的結論，故我國刑事訴訟法第 17 條並未將此種情形列為法官應自行迴避之法定事由，當不生違憲問題。

誠然，法官內心中立與否，委實難以窺知，除透過法官自我倫理要求以為擔保外，於審判過程中，只要客觀上在合理觀察者之隨時審視下，有可能有動搖法官公正及中立性之地位，當事人仍可依刑事訴訟法第 18 條聲請法官迴避；被聲請迴避之法官，以該聲請為有理由者，即應迴避（刑事訴訟法第 21 條第 3 項規定參照）。從審級救濟之功能面上，最高法院之發回意旨，對第二審法院應有事實上之

¹¹ 連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部編印，2016 年，頁 11。

¹² 案例內容詳見司法院刑事廳 111 年 8 月 16 日陳述意見書第 12 至 14 頁。

拘束力¹³，不容下級審法院不當堅持己見，該第二審判決尚可透過上訴三審加以檢視有無偏頗之情事，對於確定之終局裁判若有牴觸憲法之情形，亦有向憲法法庭聲請裁判憲法審查之途徑。

綜上所述，刑事訴訟法當前迴避制度之設計，在經立法者裁量後，雖非全面性要求法官在同一審級應迴避審理同一案件，然藉由前述內部法官倫理規範之自我要求、審級救濟、實質評議等外部機制，應足擔保法院行使職務之公正性。

¹³ 現行刑事訴訟法雖無類似民事訴訟法第 478 條第 4 項、行政訴訟法第 260 條第 3 項之規定，然有見解主張基於相同法理，刑事訴訟受發回之法院亦應以廢棄理由之法律上判斷為判決基礎（最高法院 104 年度台上字第 3909 號刑事判決參照）；司法院、行政院於 111 年 4 月 11 日函送法院審查之「刑事訴訟法部分條文修正草案」（即金字塔三審條文草案），已於第 401 條第 2 項增訂：「前項發回或發交之判決，應具體記載明確之法律上意見；受發回或發交之法院，受其拘束。」