

公平審判、法定法官原則與法官迴避事由

—法官曾參與先前裁判之迴避問題—

台灣大學法律學院教授

林鈺雄

預計刊登：《月旦法學雜誌》，331 期，2022 年 12 月號

壹、前言	3
貳、相關立法、解釋與裁判	5
一、立法規定及公平審判之法理基礎	5
(一) 自行迴避之事由	5
(二) 聲請迴避之事由	6
二、解釋沿革	6
(一) 釋字第 178 號解釋	6
(二) 釋字第 256 號解釋	8
三、裁判見解及大法庭裁定	9
參、違憲審查之相關原則與爭點	12
一、法定法官原則與事務分配規則	12
二、公平審判原則與法官無偏頗性要求	14
三、終審法院之特性及運用	15
肆、比較法制：法官曾參與先前職務之迴避	16
一、德國刑事訴訟法	16
(一) 概論	16
(二) 法官曾參與下級審之裁判	17
(三) 法官曾參與再審前之裁判	18
(四) 法官曾參與更審前之裁判	19
二、歐洲人權法院案例法	20

(一) 概論	20
(二) 以法官曾參與先前職務為例	23
1、法官曾參與(延長)羈押之裁定	23
2、法官曾參與撤銷發回之裁判	24
伍、具體之適用	25
一、參與下級審裁判之法官	25
二、參與再審/非常上訴前確定裁判之原審法官	26
三、參與再審/非常上訴前確定裁判之終審法官？	27
四、參與發回更審前裁判之原審法官	28
五、參與發回更審前之終審法官？	29
(一) 問題之說明	29
(二) 連身條款與法定法官原則	31
陸、結語	33

壹、前言*

法官自行迴避問題，大法官先後於 1982 年、1990 年作出司法院釋字第 178 號及第 256 號解釋，但爭議未曾平息。

一來，關於「前審」迴避的解釋，傳統學說與實務就此有審級說與拘束說之別，然兩號解釋自身標準並不一致，且衍生實務類型繁多，難以一槌定音¹。

二來，釋字第 178 號解釋及後續實務適用，僅偏重在「前審」文義的（統一）法律解釋，論述理由鮮少連結憲法訴訟權保障或國際人權公約的公平審判條款（如聯合國公民與政治權利國際公約²、歐洲人權公約³），現今恐已不合時宜，有重新檢視之必要。

三來，立法密度過低，難以杜絕疑義。以刑事法官之再審迴避為例，儘管質疑不斷，但刑事訴訟法之法官自行迴避條文，從未明文規範。相較之下，我國行政訴訟法第 19 條的法官自行迴避事由，則有明文規定（行政訴訟法§ 19 ⑥：「曾參與該訴訟事件再審前之裁判。但其迴避以一次為限。」）；德國刑事訴訟法亦有參與再審前裁

* 本文部分內容（下文伍、陸），曾於 2022 年 8 月 16 日就「會台字第 13254 號劉政哲聲請釋憲案」，受憲法法庭委託提出專家諮詢書面意見。以下引文強調及畫線部分，皆為本文所加，特此說明。

¹ 問題鳥瞰參林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，10 版，2020 年，頁 101-110；黃淑芳，《中立法院與刑事法官之迴避事由：以德國法與歐洲人權法院裁判為中心》，2012 年臺灣大學碩士論文，頁 130-160。

² 參林鈺雄，〈2012 年刑事程序法發展回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發〉，《臺大法學論叢》，42 卷特刊，2013 年 11 月，頁 1067-1107（頁 1081-1091；含文獻指引）。Vgl. Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR, 2005, Art. 6 MRK / Art. 14 IPBPR Rn. 1 ff.

³ Vgl. nur Meyer-Ladewig/Harrendor/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim (Hrsg.), EMRK, Handkommentar, 4. Aufl., 2017, Art. 6 Rn. 73 ff.

判法官的明文排除規定 (§ 23 StPO)⁴，因此，再審前法官應迴避的基本原則與立場，從來不是問題。更審迴避亦同，我國刑事訴訟法的立法發展，不如民事訴訟法、行政訴訟法般明確，留下更多的爭議空間。

系爭釋憲案件的迴避問題，以最高法院事務分配的「(更二)連身條款」為爭議焦點，但正本清源、抽絲剝繭，主軸是法官曾參與先前裁判應否迴避之問題，包含以下幾種類型（詳參下文伍）：

一、曾參與下級審裁判之上級審法官；

二、曾參與再審或非常上訴前確定裁判之下級(事實)審法官；

三、曾參與再審或非常上訴前確定裁判之上級(法律)審法官；

四、曾參與更審前裁判之下級審法官；

五、曾參與更審前裁判之上級審法官（即曾參與撤銷發回裁判之上級審法官，「連身條款」之問題所在）；

應予注意，法官迴避與否的各類情形，有些純屬立法政策的選擇，有些則是憲法訴訟權的誠命，僅於違反後者情形始能宣告違憲。下文首先敘述立法規定、司法院解釋及實務發展之現況（下文貳）；其次，說明合憲性問題的相關原則，即憲法訴訟權下位之公平審判原則、法定法官原則（下文參）；再者，援引德國法及歐洲人權法院之比較法例，作為借鑑（下文肆）；進而，具體適用在以上各種迴避情形（下文伍）；最後，歸納題綱提問，作為結語（下文陸）。

⁴ Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., 2018, Rn. 63 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Kommentar, 63. Aufl., 2020, § 23 Rn. 1 ff., 6 f.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017, § 8 Rn. 1 ff.

貳、相關立法、解釋與裁判

一、立法規定及公平審判之法理基礎

現行刑事訴訟法，依照影響公平法院之情節輕重區別兩種法官迴避事由（刑訴法§§ 17, 18），一是立法列舉法官自行迴避之事由，法官不待聲請即應迴避；二是概括規定其他足認為法官執行職務有偏頗之虞的情形，待聲請始須迴避。不過，無論是何種情形，關鍵都在偏頗之「虞」，至於該具體個案中之法官是否確實偏頗，則非所問。

（一）自行迴避之事由

法官於該管案件有下列各款情形之一者，應自行迴避，不得執行職務（刑訴法§ 17）：…（略）。具有自行迴避原因而不迴避，仍然參與審判者，其判決當然違背法令（刑訴法§ 379 ②）。

條文各款所列的共通法理，上溯至公平審判原則，此項原則包含法官無偏頗性/中立性之要求（下文參、二）。於自行迴避事由所列各款情形，客觀上的事證、跡象已經足以認為法官有偏頗之虞，難以期待法官能夠處於「中立第三人」的位置而公正地裁判案件，例如，第 2 款至第 4 款情形法官與被告或被害人一方有特定的親屬（近親、配偶、家長家屬或婚約）或法定代理人關係；第 5 款情形法官因為約定或規定而與一方有特定的訴訟法上關係，例如代理人、辯護人或輔佐人；第 1 款及第 6 款情形，法官本身即是利害關係人或訴訟關係人（被害人、告訴人、告發人、證人或鑑定人），當然不能裁判本案。第 7 款則是結合控訴原則與公平審判原則，依照追訴機關與審判機關必須分離的控訴原則，如果同一人曾經執行檢察官之職務追訴被告，爾後又以法官身分審判被告，則無異回復糾

問制度，審判也難期公平。

我國實務上最重要性的法官自行迴避事由，乃第8款所謂的「參與前審之裁判」。何謂「前審」？由於立法者並未加以說明，因此留下相當的解釋空間，解釋不同，許多具體個案應否迴避的判斷結果也就不同，這正是討論此一問題的實益所在（下文二）。

（二）聲請迴避之事由

除上開自行迴避外，當事人遇有下列情形之一者，得聲請法官迴避（刑訴法§18）：1、法官有自行迴避之事由而不自行迴避者。2、法官有應自行迴避以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。第1款情形法官本來不待聲請即應自行迴避，但若因故意或過失等因素而未自行迴避時，法律特別賦予當事人聲請權來強制排除。第2款情形則是基於某些具體事證，足以令一般人懷疑承審法官不能居於中立第三人之位置而公平審判案件。

應予注意，法官自行迴避是機械式排除，一旦具備客觀事由即應排除其參與審判職務，並無個案裁量或反證的餘地；反之，聲請迴避的第2種情形，則視個案情節是否達到有偏頗之虞而定，且規範上居於補充地位，在判定不屬於自行迴避情形，仍有個案檢驗可否聲請迴避之可能。例如，法官曾參與更審前裁判，縱使認定概念上不屬於應自行迴避的前審裁判，個案也有落入聲請迴避事由審查的餘地。

二、解釋沿革

（一）釋字第178號解釋

釋字第178號解釋乃我國率先處理系爭迴避問題之司法院解釋，然其重點在於統一解釋法律而非違憲審查，解釋對象即刑事訴訟法的自行迴避條款，立法密度僅止於前審裁判，而無更審或再審

前之直接明文規定，已如前述（上文一、（一））。本號解釋主文表示：「刑事訴訟法第十七條第八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。」

解釋理由如下：「按刑事訴訟法為確定國家具體刑罰權之程序法，以發現實體真實，俾刑罰權得以正確行使為目的，為求裁判之允當，因有特殊原因足致推事執行職務有難期公平之虞時，特設迴避之規定。其第十七條第八款所定：推事曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務，乃因推事已在下級審法院參與裁判，在上級審法院再行參與同一案件之裁判，當事人難免疑其具有成見，而影響審級之利益。從而該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。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。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。」應予注意，以上畫線部分，可謂釋字第178號解釋附加的傍論，並非支持主文之必要理由，這部分也是導致諸多後續誤解（包含對連身條款之批評）的起源（詳下文伍、五）。

本號解釋有兩份不同意見書，殊值拜讀。首先，陳世榮大法官不同意見書一表示：「…然關於經第三審撤銷發回更審前之裁判，該第三審審判之對象為更審前之第二審判決，而更審後再上訴時之第三審審判之對象則為更審判決，並非更審前之第二審判決，更審判決與更審前之第二審判決又無何關聯，殊難謂更審前之第二審為更審後第三審之前審，推事曾參與更審前第二審之裁判，復參與更審後第三審之審判，並不在刑事訴訟法第十七條第八款應行迴避之列。惟因情形，足認其執行職務有偏頗之虞者，當事人得依刑事訴訟法第十八條第二款規定聲請推事迴避，係屬另一問題。合併說明。」

姚瑞光大法官不同意見書二，重點摘要如下：

1、「(三、前審並非下級審)『前』無『下』義，將『前審』解釋為『下級審』，並非合理。蓋推事曾參與前審之裁判者，應自行迴避，其法理之依據為：『任何推事，對於自己所為之裁判，無法為公平之裁判』。故凡合於『對於自己所為之裁判為裁判』之情形者，均為參與『前審』裁判。」

2、「(四、前前審不必迴避)…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。」此部分係針對前述解釋理由傍論部分之批評。

3、「(五、直接前審應迴避)本件多數意見將非『對於自己所為之裁判為裁判』之『前前審』裁判，及第三審法院之推事，就曾參與經第三審撤銷發回更審前之案件為裁判，解釋為曾參與『前審』裁判，而將符合『對於自己所為之裁判為裁判』之情形，難期為公平之裁判，理應自行迴避之直接『前審』裁判，即為確定裁判之推事，參與再審或非常上訴案件之裁判，不包括在參與『前審』裁判範圍之內，顯非合理。依據上述法理、判例及說明，本件比較合理之『解釋文』應為：刑事訴訟法第十七條第八款所稱推事曾參與前審之裁判，係指推事對於當事人聲明不服之裁判，曾經參與，即該案件之前次裁判為其所裁判者而言。」對多數意見輕重失衡的這點指摘，頗為鏗鏘有力。

(二) 釋字第 256 號解釋

釋字第 256 號解釋係另一相關的司法院解釋，但係針對民事訴訟法而發，主文表示：「民事訴訟法第三十二條第七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。因此，法官曾參與訴訟事件

之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避。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，參考行政訴訟法第六條第四款規定意旨，其迴避以一次為限。最高法院二十六年上字第三六二號判例，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。」

本號解釋理由：「憲法第十六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。現行民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定，即在當事人就法官曾參與之裁判聲明不服時，使該法官於其救濟程序，不得再執行職務，以保持法官客觀超然之立場，而維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避；對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局裁判之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。但在各法院法官員額有限，而提起再審之訴，又無次數限制之情況下，參照行政訴訟法第六條第四款規定意旨，其迴避以一次為限。例如對於再審確定終局判決及原確定終局判決又合併提起再審之訴者，僅參與再審確定終局判決之法官須迴避，而參與原確定終局判決之法官，則不須再自行迴避。最高法院二十六年上字第三六二號判例謂：『以再審之訴聲明不服之確定終局判決，並非再審程序之前審裁判，推事曾參與此項終局判決者，於再審程序執行職務，不得謂有民事訴訟法第三十二條第七款所定之迴避原因』（按該款規定原為：『推事曾參與該訴訟事件之前審裁判或公斷者』，中華民國五十七年二月一日修正為：『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』），其與上述意旨不符部分，應不再援用，以維人民受公平審判之訴訟權益。」

三、裁判見解及大法庭裁定

針對刑事訴訟法而發的釋字第 178 號解釋出爐後，刑事裁判蕭規曹隨，形成穩定實務見解。由於本號解釋係針對刑事訴訟法前審法官迴避之規定而發，且明白採取審級說之立場（「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」），故最高法院刑事審判實務向來從審級說出發，認為包含前前審法官亦應自行迴避；但是，參與發回更審前之原審（第二審）法官則無庸迴避，因為是同一審級而非下級審⁵。

反之，釋字第 256 號解釋係針對民事訴訟法第 32 條前審法官迴避規定是否包含再審而發，其對刑事訴訟之影響為何，歷來有爭議。亦即，關於刑事確定終局判決提起再審之訴者，曾參與該確定終局判決之法官，應否自行迴避，向無定論。及至大法庭新制上路後，110 年度台抗字第 1501 號（刑事）裁定⁶經大法庭提案前的徵詢程序後，由於最高法院各庭一致採肯定說之見解，故無庸再提案大法庭裁定即統一見解。

本裁定理由摘要如下：「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』，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言（司法院釋字第 178 號解釋參照）。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。然司法院釋字第 256

⁵ 解釋前之 29 年上字第 3276 號（刑事，下同）判例，即已採此立場：「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。」後續裁判從之，例如如 92 年度台抗字第 483 號裁定、101 年度台上字第 5377 號判決。

⁶ 評釋參薛智仁，〈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》，8 期，2022 年 2 月，頁 190-203。

號解釋認為：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』⁷），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。因此，法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避。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，以確保人民受公平審判之訴訟權益。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。本於法律體系的一貫性，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，以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。」

至於因法官員額因素，迴避可能導致實務窒礙難行之疑慮，本裁定進而表示：「關於迴避之次數，司法院釋字第 256 號解釋認為：各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第 6 條第 4 款規定（嗣經移列至第 19 條第 6 款）意旨，其迴避以 1 次為限。基於同一考量，於法官員額編制較少之法院，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。法院倘因此項迴避，致無其他法官得以審理該再審案件，而有不能行使審判權之情形，可依刑事訴訟法第 10 條第 1 項第 1 款之規定，由其直接

⁷ 於釋字第 256 號解釋之後，2003 年 1 月民事訴訟法第 32 條第 7 款又再度修正，刪除「更審前之裁判」文字，現行條文如下：「法官有下列各款情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：…七、法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或仲裁者。」修正理由參下文伍、四之說明。

2009 年 12 月行政訴訟法修正時，亦比照上開民事訴訟法修正，刪除原行政訴訟法第 19 條第 5 款後段之「或更審前之原裁判者」文字，僅保留「五、曾參與該訴訟事件之前審裁判。」

上級法院以裁定將案件移轉管轄。」

簡言之，本裁定有三個意旨：1、曾參與確定前刑事裁判之法官，於再審程序，參照釋字第 256 號解釋意旨，亦應迴避。2、因法官員額考量，於再審案件之迴避，以 1 次為限。3、若因 1 次迴避而有不能行使審判權之情形，依刑事訴訟法移轉管轄規定處理。

參、違憲審查之相關原則與爭點

一、法定法官原則與事務分配規則

法定法官原則（Grundsatz des gesetzlichen Richters）是現代法治國的基本要求，避免司法行政「以操縱由何人審判的方式來操縱審判結果」，這也是常見的干預審判方式⁸。此一原則要求：何等案件由何位法官承辦之問題，必須事先以抽象的、一般的法律明定，不能等待具體的個案發生後才委諸個別處理，否則，司法行政只要控制少數的法官，再令其承辦重要敏感案件，法官獨立性原則便成空談。為達上述的要求，刑事訴訟法或法院組織法中必須儘可能明確規範法官的事務、土地等管轄規定及事務分配規則。在法定法官原則之下，案件由何人承辦是依法決定，司法行政上級並無將具體刑事案件指定給特定法官承辦的權限。刑事訴訟法中鉅細靡遺的管轄規定，其法理基礎正是法定法官原則。

不過，管轄規定維護法定法官原則的功能，事實上已經不如事務分配規則重要。縱使完全依照規定確定具體個案的管轄法院，如果該管轄法院的事務分配任由司法行政個案指定，則操縱特定案件予特定法官的情形仍難免除，可知偏頗的事務分配比違法的管轄更具破壞法定法官原則的威力。因此，當代法定法官原則更聚焦於各

⁸ 參林鈺雄，註 1 書，頁 112-113。

級法院的事務分配規則，除形式上應有法律授權之外，內容亦應符合事先性、年度性、抽象性、一般性等下位要求。

應予注意，除了管轄規定及事務分配規則之外，**法官迴避規定也是法定法官原則的相關適用規定**。以法官自行迴避事由為例，就是排除法官參與審判職務的法律明文規定，一旦違法將案件分配給應自行迴避法官而裁判，就會構成法定法官原則之違反。

有鑑於法定法官原則的重要性，德國基本法以明文規定，將其提昇至憲法位階（Art. 101 I S. 2 GG）⁹：既是客觀的憲法價值，也是等同基本權的主觀權利，因而，人民得以該項權利受侵害為由提起憲法訴訟。我國憲法雖無相當條文，但司法院釋字第 665 號解釋（肇因於事務分配規則更換法官之爭議），於理由書將其納入我國憲法第 16 條訴訟權保障之內涵：「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。…世界主要法治國家中，德國基本法明定法定法官原則，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。其他如英國、美國、法國、荷蘭、丹麥等國，不論為成文或不成文憲法，均無法定法官原則之規定。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。」

據此，若法官事務分配規則或迴避規定，違反「事先一般抽象

⁹ Vgl. Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 1 ff.

另參施吟蓓，《法定法官原則：以刑事訴訟程序為中心》，2014 年臺灣大學碩士論文。

之規範明定案件分配」之誡命，造成「恣意操控由特定法官承辦，以干預審判」之結果者，仍可認定為侵犯憲法所保障的訴訟權及法官依法獨立審判原則。系爭「連身條款」之合憲性問題，亦應以此為審查基準（下文伍、五、（二））。

二、公平審判原則與法官無偏頗性要求

公平審判原則（Fairnessprinzip），是構築現代法治國司法程序的基石、國際人權法的普世標準，也是我國憲法訴訟權保障的內涵，如釋字第 762 號解釋即揭示：「憲法第 16 條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利」；前述釋字第 256 號解釋理由亦開宗明義表示：「憲法第十六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」。

公平審判原則的概念內涵雖然較為廣泛、模糊，但可以肯認的是，法官的無偏頗性或中立性（Unparteilichkeit bzw. Neutralität）屬於公平審判原則的核心內涵¹⁰；作為區域性人權公約典範之歐洲人權公約，以及具我國內國法效力（兩公約施行法§§ 2, 3）之聯合國公民與政治權利國際公約（以下簡稱公政公約）的公平審判條款，皆明文揭示此項要求。據此，法官必須處於中立第三人的位置裁判爭端，因而，若在具體個案中有事證足以懷疑法官的無偏頗性不能獲得確實的擔保時，應排除其法官職務，此即迴避制度的法理基礎，並且，在具體個案中關於法官應否迴避產生法律疑義時，也必須回歸公平審判原則的法理基礎以資判定。

以公政公約第 14 條的公平審判條款為例，其第 1 項（適用於所有的司法審判，不限於刑事案件）規定：「人人在法院或法庭之前，

¹⁰ 關於無偏頗性（impartiality）作為國際人權公約公平審判條款之內涵，僅參林鈺雄，註 2 文，頁 1083-1086；Gollwitzer, a.a.O.(Fn. 2), Art. 6 MRK/Art. 14 IPBPR Rn. 54a; Meyer-Ladewig/Harrendor/König, a.a.O.(Fn. 3), Art. 6 Rn. 65 ff.

悉屬平等。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。…」無私亦譯為無偏頗性（impartiality; Unparteilichkeit）或中立性。從公約條文的體例編排可知，此項保障屬於受公平（正）審判權的重要環節¹¹。人權事務委員會於本條一般性意見書指出，「關於獨立無私之法定管轄法庭的規定是一項絕對的權利，不得有任何例外。」由此可見法官無偏頗性與公平審判的關連性及其重要性。至於無偏頗性的具體檢驗標準，將於下文說明（詳見下文肆、二）。

三、終審法院之特性及運用

司法是「有限財」。在司法資源有限，法官員額不可能無限擴充的前提下，法官迴避事由也不可能太過擴張。這在一般法院情形已是如此，在終審法院尤其明顯，其訴訟制度的立法設計，常有特殊考量，例如，對於第三審法院所為之裁定，不得抗告¹²，畢竟審級制度有時而窮，對終審法院之裁定，也無從通常救濟；即便是統一法律見解的大法庭裁定，雖然不乏救濟利益，但也無法對其提起抗告。

救濟途徑如此，迴避制度亦然。以法官曾參與先前職務之迴避為例，在終審法院，國家並無義務、現實上也不可能永無止盡提供不同法官來輪辦同一案件。先以憲法法庭為比喻，我國憲法訴訟新制，目前制度設計就只有一個庭，案件被廢棄發回管轄法院後（憲法訴訟法§ 62 I），如果該普通法院確定判決再被提起裁判憲法訴訟（憲法訴訟法§ 59 I），雖然外觀上是（憲法法庭）法官曾參與先前

¹¹ See HRC, GC No. 32 §§ 19, 21; HRC, *Karttunen v. Finland*, Communication no. 387/1989, § 7.2: “The impartiality of the court and the publicity of proceedings are important aspects of the right to a fair trial within the meaning of article 14, paragraph 1.”

¹² 參林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，10版，2020年，頁500。

（憲法法庭）裁判之情形，但國家無義務、也不可能提供另一組憲法法庭法官來受理本案。應予注意，這並不表示迴避制度毫無用途，因為法定自行及聲請迴避事由仍然適用（憲法訴訟法§§ 9, 10）。

在終審法院（法院組織法§ 7-4 II：最高法院、最高行政法院或懲戒法院第二審合議庭）亦有類此考量。以最高法院為例，本來也是假設僅有一個刑事庭，隨後因案件需求增加為多個庭，但無論從法定法官或公平審判原則，皆無法導出同一案件不分性質皆必須輪流、隨機由不同終審法院法官裁判之結論。甚至於，基於專業分工的考量，最高法院亦可能依照案件性質、區域管轄或法官專長之分類，而將特定類型案件（如金融案件）以事先、抽象、一般的事務分配規則，分配到特定之庭，來取代各庭隨機、盲目輪分的規則，如德國聯邦最高法院向來之事務分配規則（其實，德國聯邦憲法法院分為兩個庭，也有類似的事務分配規則）。據此，假使案件性質或區域管轄因素，依事務分配規則而分配到聯邦最高法院第五庭，撤銷發回後再上訴至聯邦最高法院，受理的也是第五庭，基本上是相同的審判主體，不會因為法官曾參與撤銷發回裁判而違反法定法官或公平審判原則；如果要指摘案件分配違反法定法官原則，必須是該事務分配規則/計畫本身，有具體違反事先性、抽象性、一般性的情事，或其他恣意干預的情事。

肆、比較法制：法官曾參與先前職務之迴避

一、德國刑事訴訟法

（一）概論

於德國法，因先前法官職務曾參與案件之迴避問題，無法一概而論。依德國刑訴法，迴避分類與我國類似，分為「法官之排除」

(Ausschließung eines Richters; §§ 22, 23 StPO) 與「法官之拒卻」(Ablehnung eines Richters; § 24 StPO)¹³。前者乃絕對排除，無個案裁量空間，相當於我國法之自行迴避事由；後者乃相對排除，視個案情節而定，相當於我國法自行迴避以外之聲請迴避事由。

法官排除事由，主要分為兩類：一是依法排除法官行使職務者 (§ 22 StPO)，如法官為本案利害關係人或其近親等，此類與本文無關，亦非爭議所在，以下不再贅述；二是法官曾參與被聲明不服之裁判者 (§ 23 StPO: Ausschließung eines Richters wegen Mitwirkung an der angefochtenen Entscheidung)¹⁴，條文採列舉方式，且僅列舉法官曾參與被提起救濟之下級審裁判及再審裁判兩種情形。

法官拒卻事由，除上開法官排除事由外，一言以蔽之，就是「有偏頗之虞」(Besorgnis der Befangenheit)，亦即，存在足以構成不信任法官無偏頗性(Unparteilichkeit eines Richters)之理由時，檢察官、自訴人及被告得聲請拒卻法官 (§ 24 StPO)。

(二) 法官曾參與下級審之裁判

首應說明，因先前法官職務曾參與同一案件之情形，依照德國立法及聯邦憲法法院之見解，通常不構成排除法官事由¹⁵；縱使法官先前曾對同一事實做成決定，原則上仍可期待或假設法官後續以

¹³ Vgl. Beulke/Swoboda, a.a.O.(Fn. 4), Rn. 63 ff.; Roxin/Schünemann, a.a.O.(Fn. 4), § 8 Rn. 1 ff.

¹⁴ 德國刑訴法第 23 條【因曾參與被聲明不服之裁判而排除法官】

(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。

(條文翻譯參：連孟琦譯，《德國刑事訴訟法》，2016 年，頁 11)

¹⁵ Vgl. BVerfGE 30, 149 ff.

無偏頗性審判同一案件，例如審判之法官曾為本案偵查法官、中間程序法官（開啟審判之裁定）或曾受囑託訊問證人等。僅於法定例外情形，始應以先前職務為由而排除法官參與審判¹⁶。

第一種法定例外情形，即德國刑訴法第 23 條第 1 項規定，法官參與該案下級審裁判者，不得參與該案上級審之裁判。這是為了避免下級審法官參與審理自身裁判之法律救濟（Rechtsmittel），包含事實審上訴（Berufung）、法律審上訴（Revision）以及抗告（Beschwerde）等救濟途徑。所稱下級審，包含我國所稱的前前審，故原第一審法官，亦不得參與第三審之再抗告及事實審上訴後的法律審上訴（第三審）。

（三）法官曾參與再審前之裁判

第二種法定的排除法官事由，乃法官曾參與現被聲請再審之裁判者，不得參與其再審程序。此項規範目的在於，阻止曾經參與正被聲請再審之裁判的原法官，參與自身裁判的非常救濟程序。

再審法官之排除，在兩方面都採取廣義立場：一是曾參與再審前裁判者，不以作成原確定判決本身的該審級法官為限；無論法官曾經參與現被聲請再審案件之第一審、第二審或第三審判決者，原則上皆應當排除。換言之，再審標的即原確定判決，如果是上級審判決（例如第二審判決），無論是曾參與該案第二審判決之法官，或第一審判決之法官，皆在排除之列。

二是排除法官參與再審程序，不以准予開啟再審或駁回再審聲請之裁定為限，也包含開啟或駁回後之抗告、開啟後之通常程序及上訴救濟等。甚至於，其他與再審程序相關之裁定，先前曾參與案

¹⁶ 除以下所述兩種法定例外，另有一種例外類型，即涉及羈押中被告與辯護人接見通信，負責實施系爭監察措施（§ 148 II StPO）的法官，現在或將來均不得審理該調查對象犯罪之案件（§ 148a II StPO）。此與本文無關，故下文不予贅述。Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O.(Fn. 4), § 148a Rn. 6 f.

件審判之法官亦不得參與，例如聲請再審之後，依德國刑訴法第 360 條第 2 項是否停止執行原判決之裁定。

（四）法官曾參與更審前之裁判

1、（非法官排除事由/非自行迴避事由）其他非屬上述法定例外之案件，例如法官曾參與撤銷發回更審前之裁判，依德國穩定實務認為，既不得適用、也無從類推適用第 23 條的法官排除規定。這是因為在法學方法論/法律解釋學上，類推適用的前提是存在法律漏洞，而德國刑訴法第 22 條、第 23 條的法官排除規定，於立法技術上係使用列舉規定方式，立法者有意藉此限縮其適用，亦即，「明示其一，排除其他」。既然是立法者有意識的選擇，不存在違反規範計畫的法律漏洞，不但無從擴張解釋將其他情形包含在內，也不符合類推適用的前提要件。一言以蔽之，法官曾參與撤銷發回更審前之裁判，既不是、也無關法官排除事由。

2、（法官拒卻事由/聲請迴避事由？）但不是排除事由，可否再透過德國刑訴法第 24 條第 2 項的「有偏頗之虞」而聲請拒卻之？德國實務見解基本上採否定說，認為單單以法官曾參與撤銷發回更審前之裁判為由，尚不足以合理質疑法官之無偏頗性。據此，案件被上訴法律審撤銷發回更審到不同庭，又偶然因為調庭及分案而由同一位事實審法官參與合議審判，以及上級審法官撤銷發回案件之後，又因為職務變動而負責下級審的更審審判，原則上皆不在排除或拒卻之列。關此，特別說明以下兩點。

一是依德國刑訴法規定，法律審上訴撤銷原判決時，發回到原審法院的其他庭而非原審判庭（§ 354 II StPO）¹⁷。因此，通常不會發生曾參與撤銷發回更審前裁判之原審法官，又參與更審程序之問題；但因職務調動等因素之例外情形，並非不可想像，縱使同一法

¹⁷ Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O.(Fn. 4), § 354 Rn. 36 ff.

官又參與更審裁判，甚至於擔任受命法官，依德國向來實務見解，並不在排除之列¹⁸。

二是，德國學說對於實務的否定說，批評者眾，可謂仍具爭議性¹⁹。學者指出，不構成德國刑訴法第 22 條、第 23 條規定的法官排除理由，不必然立即得出無偏頗之虞的結論；從被告立場出發，當其於同一案件中再次面對曾經判決的法官，多半也會持有偏頗的懷疑，既然法官先前對該案件已經作出一次裁判，能否完全從先前審判程序的印象中抽離（所謂的「固著效應」），而僅以新的審理為基礎進行裁判？恐值懷疑。

儘管學說與實務相持不下，但仍有交集：視個案情節仍有可能構成拒卻法官事由。例如，法官曾參與撤銷發回更審前之裁判，且從該裁判理由來看，透露先前參與的法官對被告罪責或刑罰有特別深刻、固執的定見或特別嚴厲的譴責，仍有構成偏頗之虞而聲請拒卻的可能性²⁰。

二、歐洲人權法院案例法

（一）概論

如前所述，無偏頗性是國際人權公約公平審判條款對審判者的一般性要求，無論歐洲人權公約或公政公約皆有明文規定，概念一致²¹。本來，公政公約第 14 條公平審判條款於制定之際，即曾參考歐洲人權公約第 6 條公平審判條款的體例及內容，兩個條文第 1 項

¹⁸ Vgl. BGH NStZ 1981, 298; zusammenfassend s. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O.(Fn. 4), § 354 Rn. 39.

¹⁹ Vgl. Beulke/Swoboda, a.a.O.(Fn. 4), Rn.74.

²⁰ Vgl. BGHSt 24, 336; OLG Stuttgart StV 1985, 493; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O.(Fn. 4), § 24 Rn. 12 ff., § 354 Rn. 39.

²¹ 以下參林鈺雄，註 2 文，頁 1081-1091（含文獻指引）。

（針對所有司法案件之共同要求）的文字亦高度雷同²²。例如，同樣揭示了依法設置（established by law）、獨立性（independence）及無偏頗性三項基本要求，作為公平審判原則的保障內涵。據此，內國訴訟程序若因不當適用法官迴避規定而牴觸無偏頗性要求者，同時也侵害了人民受公平審判權之公約保障。反過來說，個案判斷法官有無偏頗之虞的迴避事由時，必須時時注意公平審判的上位誠命。

至於如何檢驗承審法官是否有偏頗之虞？也就是公約的無偏頗性要求，如何具體運用至內國訴訟法的迴避規定？關此，歐洲人權法院並不是以內國法的「排除 v. 拒卻」或「自行迴避 v. 聲請迴避」來區分，而是併用以下兩個標準²³：主觀檢驗基準（Subjective Test）及客觀檢驗基準（Objective Test）。這個穩定的案例法見解，後來也被公政公約的有權解釋機構，即（聯合國）人權事務委員會（HRC = Human Rights Committee）所援用，並於一般性意見書（General Comments）²⁴指出：「第十四條第一項無私的規定涉及兩方面。第一，法官作判決時不得受其個人傾向或偏見之影響，不可對其審判的案件存有成見，也不得為當事一方的利益而損及另一當事方²⁵。第二，

²² 以官方英文版為例，與本文相關段落文字分別為：

Art. 14 ICCPR: “1. ...In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, *independent and impartial tribunal established by law*.”

Art. 6 ECHR: “1. 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*.”

²³ See ECHR, *inter alia*, *Piersack v. Belgium*, Judgment of 01/10/1982, Appl. no. 8692/79, §30.

²⁴ 中譯本參法務部，《公民與政治權利國際公約 經濟社會文化權利國際公約 一般性意見》，2013年初版2刷。本文引用的公政公約條文及一般性意見之中文翻譯，以此版本為準。

²⁵ See also HRC, *Busyo et al. v. Democratic Republic of Congo*, 933/00.

法院由合情理的人來看也必須是無私的。例如，根據國內法規，本應被取消資格的法官若參加審理，而使審判深受影響，通常不能被視為無私的審判。」（第 32 號一般性意見書第 21 段）。本段意見書前段即主觀檢驗基準，後段即客觀檢驗基準。

歐洲人權法院審查公約無偏頗性的主、客觀標準，簡言之²⁶：遇有法官偏頗之質疑時，首應審查，法官於系爭個案之言行舉止是否透露了個人的主觀信念或成見，例如言語之間是否顯示出對某一方（如被告）或某一類（如有色人種）的敵意或偏好，由於指涉法官個人的主觀看法，因此稱為主觀檢驗基準。如果檢驗結果肯定而法官仍繼續參與審判，即違反無偏頗性之保障；若檢驗結果否定，仍應進行客觀檢驗基準之審查。惟應注意，由於主觀檢驗基準涉及法官內心想法，因此，證明程序是採取推定法，先推定法官具主觀無偏頗性，直至反證推翻為止。然而，反證推翻並不等於法院無調查義務，相反地，訴訟任何一方提出對於主觀偏頗的質疑，只要不是明顯空穴來風，法院即負有澄清的義務。

至於客觀檢驗基準，取決於對法官無偏頗性的合理懷疑（*legitimate doubt*; *berechtigtter Zweifel*）是否已經被排除了。所稱「合理」懷疑，強調的是客觀上有所依據或依照一個理性之一般人觀點，可得證立的懷疑。此項合理懷疑基準並未苛求至偏頗之「實」，而是偏頗之「虞」，因此，只要有偏頗的「外觀」（*Anschein*）即為已足。據此，功能角度便是判斷偏頗外觀的輔助基準，尤其是同一法官曾經或同時擔任或參與了數種的訴訟角色或功能，例如同一人就同一案件先後執行檢察官和法官的任務，即有偏頗之虞。但若皆是執行法官職務，同一法官就同一案件曾參與某種先前程序階段，或同一法官先前曾裁判不同但有關連的案件，則不能一概而論，亦即，既

²⁶ Vgl. Meyer-Ladewig/Harrendor/König, a.a.O.(Fn. 3), Art. 6 Rn. 74 ff.; see Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, pp. 61-80.

不能據此即論斷其客觀偏頗，也不能反過來豁免客觀偏頗的審查，而是取決於先前與後來裁判之間的交集範圍，如果兩者高度重疊，外觀上即有可能是客觀偏頗。例如，若內國法以犯罪嫌疑（特別）重大作為延長羈押之要件，同一法官先作出延長羈押裁定後又審判本案，即有偏頗之虞（下文（二）、1）。

再者，法官個人關係因素亦是外觀偏頗的輔助判斷基準。例如，法官本人即為本案訴訟關係人或與其存有特定的身分或密切的交往關係，即便法官於審判前、後從未顯露任何主觀偏頗的言行舉止，但客觀上、外觀上已足令訴訟當事人或一般人合理懷疑其無偏頗性。由上述事例亦可得知，此類客觀檢驗基準並不適用前述推定法，亦不能以反證推翻，此與主觀檢驗基準有別。

最後應予注意，必須既通過主觀又通過客觀檢驗，才具無偏頗性。任何一項基準的否定判斷，便構成了公約違反。此外，由於個案情節差異，變化多端，公約無偏頗性的具體適用必須藉助相關案例法，始能窺見全貌。最後不能忽略，無偏頗性是公平審判的一環，在某些模稜兩可的邊界案例，解釋方向可能要回歸公平審判的上位要求，才能作出適當的判斷。

（二）以法官曾參與先前職務為例

1、法官曾參與（延長）羈押之裁定

同一法官先後或同時擔任（延長）羈押決定者與本案審判者的雙重混合角色，是否違反法官無偏頗性之公約要求²⁷？關此，歐洲人權法院曾多次表態，如 *Pfeifer and Plankl* 一案²⁸，被告國奧地利內

²⁷ 關於羈押決定與審判中立性的衝突，另請參閱施育傑，《歐洲人權公約第五條一以歐洲人權法院裁判為借鏡，檢討我國羈押與人身拘束制度》，2008年臺灣大學碩士論文，頁78-80。

²⁸ ECHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, 1992, Series A no. 227.

國法雖已有參與預審（含羈押決定）的法官不得執行本案審判職務的迴避規定，但因被告未經告知聲請迴避權，且同一法官又先後執行兩種職務，結論被認定違反公約第 6 條之公平審判原則²⁹。

再如，歐洲人權法院的 *Hauschildt* 及 *Ekeberg* 兩個裁判³⁰。此兩案例的內國法，皆以「被告犯罪嫌疑特別重大」作為（延長）羈押要件；但同樣發生同一法官決定了延長羈押，又繼續被告犯罪事實的本案審判。歐洲人權法院指出，當法官審查羈押要件而肯認被告有非常高度的犯罪嫌疑時，很可能就已經肯認了被告構成系爭犯罪；此種羈押審查與實體判決的證明程度，難以區別，判斷事項也是高度重疊。據此，參與羈押決定的法官繼續本案審判，從客觀檢驗基準來看，確實有客觀合理的根據，令人懷疑法官於後續審判的無偏頗性。兩個被告國（丹麥、挪威）因而被宣告違反公約的公平審判原則。

2、法官曾參與撤銷發回之裁判

案件被撤銷發回更審後，先前曾參與被撤銷裁判之法官，復於更審程序參與審判者，是否違反法官無偏頗性要求？從 *Diennet v. France* 裁判³¹以觀，歐洲人權法院認為公約並沒有這種一般性規

²⁹ 在歐洲人權法院對法官無偏頗性要求的嚴格「挑剔」之下，瑞士 2011 年統一聯邦刑事訴訟法（Art. 18 StPO: Zwangsmassnahmengericht），乾脆就釜底抽薪，強制處分（含羈押）的決定權，改由獨立出來的專責強制處分法院處理，並明文禁止該院成員在同一案件參與本案審判。

³⁰ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, 1989, Series A no. 154; *Ekeberg and Others v. Norway*, Judgment of 31/07/2007, Appl. nos. 11106/04, 11108/04, 11116/04, 11311/04 and 13276/04.

附帶一提，於我國實務，上開情形則是審判中延長羈押之常態。以邱和順案最後一個事實審為例，即更 11 審（台灣高等法院 98 年度囑上重更(十一)字第 7 號判決），審判法官就多次以犯罪嫌疑重大為由而延長羈押，直到最後作出有罪判決。

³¹ ECHR, *Diennet v. France*, Judgment of 26/09/1995, Appl. no. 18160/91.

則。該案是懲戒救濟程序，救濟審撤銷原處分，發回至原決定機關，有部分成員重疊且作成之決定也高度雷同，因此主張系爭內國程序違反無偏頗性要求。但歐洲人權法院參酌先前案例法³²，認為從無偏頗性的公約要求，無法逕行得出撤銷下級法院裁判後，有義務須將案件發交其他法院或由其他人組成的合議庭審理的一般性規則。此外，就具體個案情節而言，撤銷發回後的決定成員有部分重疊（7名決定委員有3人與前次相同）的事實，也還無法得出偏頗之虞的結論；而第二次決定因為案件並無新事實發生，因此無法從第二次決定內容與第一次有諸多雷同來論斷其偏頗性。是以，本案無法肯認申訴人對無偏頗性的客觀質疑。

不過，對此亦有學者持不同見解，認為案件被撤銷發回之後，若負責更新審理的合議庭成員與前次皆同，仍會引發無偏頗法庭的疑慮，畢竟法官事實上是在同一審級，重複地對同一刑事控訴作出裁判；對被告而言，似乎有白費力氣之嫌³³。

伍、具體之適用

法官並不會僅因曾參與同一案件之先前職務而當然構成自行迴避事由，而應視其職務之性質與案件之關聯而定。這些不同情形，有些已經被立法明文所涵蓋，且理論上亦合乎法定法官原則及（公平審判原則下位）法官無偏頗性之要求，較無合憲性爭議；有些則是立法未予明文涵蓋，而有檢討其合憲性之必要。

一、參與下級審裁判之法官

³² ECHR, *Ringeisen v. Austria*, Judgment of 16 July 1971, Appl. no. 2614/65, § 97.

³³ Vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 574 f.

曾參與同一案件下級審裁判之法官，於上級審不得再執行法官職務，此乃「前審」法官應自行迴避之最典型情形，結論上並無爭議；且所稱「前審」包含「前前審」（如第一審法官復因職務調動而擔任第三審法官）。無論我國或德國刑訴法，就此立場皆同；我國民事訴訟法及行政訴訟法之法官自行迴避事由，亦皆包含此種情形。這是為了符合法官無偏頗性之上位要求，避免下級審法官參與審理自身裁判之法律救濟；畢竟，難以期待法官能夠公正地自己救濟自己的裁判，這等於是沒有法律救濟可言。

我國傳統見解，結論雖亦認此種情形應迴避，但拘泥於「審級說」之觀點，而非放到公平審判原則及法官無偏頗性要求之脈絡，理解上已過於狹義，再因此反向推論其他情形都不須要自行迴避，更是歧路亡羊。

二、參與再審/非常上訴前確定裁判之原審法官

基於公平審判之法官無偏頗性要求，法官既然不得參與審理自身裁判之通常救濟，當然更不得參與審理自身裁判之非常救濟。所稱非常救濟，於刑事訴訟程序，除認定事實錯誤之再審外，另包含適用法令錯誤之非常上訴，兩者皆為裁判確定後之非常救濟，原則上皆以原確定裁判錯誤為前提。一旦曾參與現正被提起再審或非常上訴之原裁判法官，參與對於該確定裁判糾錯的非常救濟程序，等於是期待法官自己糾正自己的裁判錯誤，客觀上就欠缺無偏頗性的外觀，和主觀上法官個人能否公正審判無關，理應列為法官自行迴避事由，自始排除其審判。如德國刑訴法（§ 23 II StPO）³⁴、我國行政訴訟法（行政訴訟法§ 19 ⑥），皆有明文規定；我國民事訴訟法

³⁴ 德國刑訴法之非常救濟制度，猶如我國民事訴訟法、行政訴訟法，僅有再審而無非常上訴制度。我國刑事非常上訴，法制史上原本就是混種繼受的結果，其與再審制度併行，歷來備受質疑。

雖無明文規定，惟自司法院釋字第 256 號解釋以來（上文貳、二、（二）），將其解釋為同法第 32 條第 7 款「前審」裁判之自行迴避事由，結論亦同。

但我國刑事訴訟法，一來沒有再審或非常上訴法官自行迴避之明文規定，二來先前實務見解也未明確比照釋字第 256 號解釋（針對民事訴訟法而發）而將再審或非常上訴包含在「前審」概念，導致學說與實務各自表述。及至大法庭提案前徵詢裁定始統一見解的 110 年度台抗字第 1501 號裁定（上文貳、三），始明確採取肯定說，比照釋字第 256 號解釋將「前審」包含再審，但又比照行政訴訟法加上「於再審案件之迴避，亦以 1 次為限」的限制。

大法庭這種作法，有兩個問題：一是系爭裁定針對再審而發，但非常上訴呢？問題仍在。二是加上「以 1 次為限」的條件，但理論基礎呢³⁵？若是基於法官員額考量而權衡的結果，也應該是立法機關通盤考量後才能定奪的立法政策（如我國行政訴訟法），怎會由審判機關在司法個案中來表示呢？

三、參與再審/非常上訴前確定裁判之終審法官？

基於公平審判之法官無偏頗性要求，法官不得參與審理自身裁判之非常救濟。這個基本命題，在下級審法院法官與終審法院法官之考量，道理相同。但應注意終審法官員額的特殊問題，這部分也宜由立法者形成立法政策介入。

簡言之，對於確定裁判提起非常救濟之情形，事實審法官與法律審法官的錯誤，經常是連動的，也因此可能一併被提起再審或非常上訴。以再審為例，第二審有罪判決，第三審駁回上訴，此時確定判決雖理論上為第二審判決，但經過第三審認證，若對第二審判決聲請再審者，則無論是曾參與第二審或第三審裁判之法官，原則

³⁵ 批評參薛智仁，註 6 文，頁 196。

上皆不應再參與再審之裁判，以免造成同一法官自己糾正自己裁判錯誤之偏頗外觀。

在非常上訴，情形亦無不同，且非常上訴係法律錯誤之非常救濟程序，不但可能發生連動錯誤（第二審適用法令違誤，第三審未予糾正），亦可能發生第三審（法律審）裁判本身犯下法律錯誤之情形。於後者情形，更不可能期待法官糾正自己的法律錯誤。

據此，參與確定裁判之終審法院法官，原則上亦不得再參與糾正原確定裁判錯誤之再審或非常上訴裁判，此乃基本原則。若因終審法院特性及員額不足考量，至少必須排除原確定裁判之受命法官，使其不得參與自己主筆裁判之非常救濟程序。

四、參與發回更審前裁判之原審法官

參與發回更審前裁判之原審法官，可否參與更審裁判，是立法論上爭議不休的問題。與前述三種情形不同在於，更審程序並非對於更審前裁判之（通常或非常）救濟程序，因此，前述「法官不得救濟自己裁判」的論述，無法直接套用在更審情形。就比較法制言，德國聯邦憲法法院及歐洲人權法院，亦不認為從法官無偏頗性要求可以直接導出「更審要換法官來裁判」的結論（上文肆）。

就我國法制言，行政訴訟法與民事訴訟法之立法歷程，結論上皆刪除法官參與更審前裁判之自行迴避事由，且解釋上「更審」不再被「前審」概念所包含。這除了法官員額有限的現實考量之外，理論上也和更審之判斷基礎有關，如民事訴訟法修正刪除更審法官迴避時，立法理由即曾表示，一來，「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」（法官員額考量）；二來，「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。」白話版，同一法官審判同一案件，在更審前是一回事，在更審後因事實審法官受法律審指示發回理由之拘束，法律上判斷基礎已有不同，因此，事實審法官沒有自行迴避之必要。

雖然純粹從觀感而言，上訴後撤銷發回仍由同一法官審判，不免引發法官可能有成見，即有偏頗之虞的觀感。但自行迴避事由與聲請迴避事由有別，就結論言，筆者認為：一來，更審前事實審法官應否自行迴避，屬於立法政策的權衡問題，不會僅因立法未排除更審法官參與，就直接得出必然違反憲法訴訟權保障的結論，否則，民事訴訟法、行政訴訟法之相同情形，恐怕也是一併違憲了；如果立法者權衡後認為司法資源充沛、更審案量不多，擬於刑事訴訟法明文規定更審法官之自行迴避，以消弭公眾對法官偏頗的疑慮，筆者也是樂見其成，但畢竟是立法政策！二來，其他各款的法官自行迴避事由仍有適用，且尚得視個案情節，而構成「有偏頗之虞」的聲請迴避事由。例如，參與更審前裁判之法官，在被撤銷之裁判理由中，表達對被告犯行之特殊嫌惡或強烈譴責，此時，仍有個案聲請法官迴避之餘地。

五、參與發回更審前之終審法官？

最後一種討論情形是撤銷發回更審之終審法院（法律審）法官，於案件更審後，就更審判決再上訴至法律審，應否自行迴避？

（一）問題之說明

關此，我國民事訴訟法、行政訴訟法皆已修法，更審前法官無庸自行迴避，遑論更審判決再上訴後之終審法官。至於刑事訴訟法，欠缺相類的立法歷程，但在釋字第 178 號解釋的傍論中提及：「曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推事」³⁶，在第三審復就同一案件

³⁶ 此處所稱之法官（推事），依行文脈絡理解，應係指曾參與撤銷發回裁

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。」

此段理由，值得推敲之處有三：其一、忽略更審前後之對象有別，關此，陳世榮大法官在釋字第 178 號解釋所提不同意見書即已有所闡釋：「…然關於經第三審撤銷發回更審前之裁判，該第三審審判之對象為更審前之第二審判決，而更審後再上訴時之第三審審判之對象則為更審判決，並非更審前之第二審判決，更審判決與更審前之第二審判決又無何關聯…」²其二、釋字第 178 號解釋以審級說為準繩，但在此卻自相矛盾；且不提更審事實審法官之迴避，反而挑法律審法官來傍論，令人摸不著頭緒。其三、大法官多數意見，何以在此天外飛來一筆？無從得知，但從當時姚瑞光大法官所援引的西德刑事訴訟法（錯誤）譯文以觀，似乎誤解了德國規定：「…就推事曾參與『前審』裁判之情形言，西德刑事訴訟法第二十三條第一項規定『法官曾參與經上訴撤銷之裁判者，依法不得參與該案上訴審之裁判』…」³。實則，本條項規定如上文所述（上文肆、一、（二）），僅在於規範參與下級審裁判之法官，不得於上級審執行裁判職務，也就是情形一，自始與情形五無關。這錯誤譯文，或許誤導了當時的理解。

就結論言，如果筆者關於上述情形四（參與發回更審前裁判之原審法官）的論述站得住腳，那麼，情形五的終審法院法官，就更無列入自行迴避事由之必要。一來，在更審判決又上訴法律審之情形，法律審法官縱使再度參與裁判，也不是參與自己裁判的救濟，不違反「法官不得救濟自己裁判」的原則，不構成此種偏頗事由。二來，終審法院畢竟有其特性，各國員額配置常是一庭或少數幾庭，

判之「第三審」法官，即本文所稱之情形五；但亦有引陳世榮大法官不同意見書之文字，認為係指曾參與撤銷發回裁判之「第二審」法官，於對更審判決提起第三審上訴，於第三審應自行迴避。

更不可能永無止盡輪流提供不同法官來裁判。三來，終審裁判表達的法律見解，拘束全體終審法院之法官，這種法律終審之自縛性，基本上也預設不論何位終審法官來裁判案件，適用的都是終審法院一致的法律見解；在我國大法庭新制上路後，上開自縛性也有規範依據及制度保障。

綜上所述，欲論證情形五違憲，恐非易事，參照比較法制與國際人權法案例，亦乏前例。但應強調，終審法院法官仍受無偏頗性要求之一般性拘束，自行迴避其他各款事由，以及個案情節法官有偏頗之虞的聲請迴避事由，皆仍有適用餘地。

（二）連身條款與法定法官原則

以上論述若站得住腳，那麼，此次違憲審查標的之「（更二）連身條款」³⁷問題，自能迎刃而解。從公平審判原則及其下位之法官無偏頗性要求，無法導出「案件撤銷發回更審後，再上訴第三審時必須改由其他第三審法官裁判」之結論，曾參與第三審撤銷發回裁判本身，還不足以證立法官的偏頗性。

連身條款雖不違反公平審判/無偏頗性之要求，但是否違反法定法官原則呢？有論者稱連身條款是恣意介入隨機、盲目分案要求，因而牴觸法定法官原則³⁸，但明察秋毫可知，這種批評言過其實。

首先，所謂連身條款是一種事務分配規則。其制訂背景，說白話些，就是避免第三審法官「以鄰為壑」的道德風險：一碰到重大、難辦或爭議案件（金融、貪污、死刑等）就隨便找個理由撤銷發回，反正再上訴第三審後改由其他法官辦理，不但事實審法院所有心血

³⁷ 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點第2點（民國80年版）：「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。」

³⁸ 參錢建榮，〈違反法定法官原則的更二連身條款〉，《月旦法學教室》，140期，2014年6月，頁48-56。

全部付諸東流，司法資源白白浪費，其他第三審法官有樣學樣，頻頻撤銷發回，造成案件不斷撤銷發回的輪迴，訴訟期間拖延（諸多案件，連帶地也造成羈押期間過長，如邱和順案），案件永難確定，司法公信不彰。從憲法訴訟權保障的觀點來看，這種現象造成了多項法治國要求之違反，諸如合理審判期間、法一致性與法安定性等。

（更二）連身條款擬藉由「這個案件跟定你了」來消弭第三審法官濫行撤銷發回的動機，既然「更二審後反正再上訴都是由你裁判」，案件被第三審法官無止境發回更審而造成的訴訟拖延，歸責對象也相對明確，因此產生嚇阻效力；另外，因為都是原股承辦，而更審事實審法官又受發回理由之拘束，原股法官總不好意思變來變去，這次採 A 見解撤銷、下次採 B 見解撤銷，再下次又採 C 見解撤銷。

連身條款雖然在實務運用上，仍有諸多值得檢討之處³⁹，但這裡要討論的僅限於違憲與否的問題。連身條款是一種事務分配規則，論者批評其違反法定法官原則，主要理由在於此條款造成更審後之再上訴案件，不是由全體第三審法官輪流、盲目、隨機分案之結果，而是從更二審開始就具體、特定了由原股法官承辦的結果。然而，這種論述恐怕誤解了法定法官原則之內涵：一來，法定法官原則要求何等案件由何位法官承辦之事務分配規則，必須具有事先性、抽象性、一般性等性質，排除個案量身定做之司法行政的介入餘地；連身條款適用結果，反而是沒有個案介入去改變何位法官承辦的餘地。二來，法定法官原則自始沒有排除事物管轄、專業分工或其他合理考量的案件分配規則，不然連強制處分專庭（法院組織法§ 14-1）都該被宣告違憲了；只要這些事務分配規則具法律授權

³⁹ 民事案件之連身條款問題，參魏大曉，〈法定法官原則保障範圍與密度——以最高法院民事更審案件分案規則作說明（上/下）〉，《司法周刊》，1954/1955 期，2019 年 5 月 31 日/6 月 6 日，頁 2-3/2-3（結論亦認為不違反法定法官原則）。

依據（參法院組織法§ 79）且係依照事先、抽象、一般之要求而訂立，連身條款制訂有其合理考量，並非恣意、更非個案指定承辦法官⁴⁰。

陸、結語

綜上所述，本文針對系爭釋憲案（會台字第 13254 號劉政哲聲請釋憲案）題綱所提四個爭點，結論如下：

Q1、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？

A1、違憲。我國刑事訴訟法向來未將再審、非常上訴情形列為法官應自行迴避事由，在此範圍內應宣告違憲。

憲法訴訟權保障之內涵，包含被告有受公平審判之權利（參釋字第 762 號解釋），而法官無偏頗性即是公平審判原則之下位內涵與基本要求。無偏頗性包含主觀檢驗與客觀檢驗基準，後者適用於「若具此項事由，外觀上即足以證立法官難以公平審判的合理懷疑」，例如「法官參與自己裁判之救濟」，因為難以期待法官不偏頗地對待自己被提起救濟的裁判，不論是通常救濟或非常救濟。

再審與非常上訴皆為糾正裁判錯誤而設的「非常救濟」程序，先前參與被提起再審或非常上訴之確定裁判的法官，不得參與自己被提起非常救濟之裁判，此乃基本原則。若是終審法院法官，基於終審法院特性及員額考量，至少必須排除原確定裁判之受命法官，

⁴⁰ 依德國聯邦最高法院官網公告之 2022 年度事務分配計畫/結論規定（第 7 點），刑事庭分案亦是以再上訴由同一庭裁判為原則（不分更幾審），連結參（最後瀏覽日：2022 年 8 月 23 日）：
https://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Geschaeftsverteilung/Geschaeftsverteilungsplan2022/Schlussbestimmungen2022/schlussbestimmungen2022_node.html

使其不得參與自己裁判之非常救濟程序。

Q2、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？

A2、不違憲；立法政策。

就合憲性面向言，案件被第三審撤銷發回更審，回復至原第二審狀態，更審並非對於更審前第二審裁判之救濟，更審前第二審法官縱使再參與更審裁判，沒有違反「法官不得參與自己裁判之救濟」的原則，也不會因此違反法官無偏頗性之憲法誡命。不過，法官雖不因參與更審前裁判而一概排除其參與更審裁判，但其餘各款自行迴避事由仍有適用，且視個案情節仍有以「偏頗之虞」而聲請迴避之可能。系爭最高法院29年上字第3276號刑事判例，僅以審級說來說文解字，欠缺憲法訴訟權之論述與理由，固不足取，但其所採結論並未違憲。

就立法政策面向言，更審法官受撤銷發回法律見解之拘束，應在此基礎上重新為一次第二審判決，至少理論上如此。然被告或公眾對於法官是否固著於先前裁判見解，可能仍有所擔憂。因此，立法者宜整體考量司法資源分配，立法政策上亦有將其納入自行迴避事由之權衡餘地，我國民事訴訟法、行政訴訟法就此亦曾數度修法，立場前後不一。但畢竟這是立法政策，而不是違憲問題；否則，民事訴訟法第32條第7款、行政訴訟法第19條第5款規定，於修正後皆未排除更審前法官之參與，基於相同理由，恐怕也有違憲之虞。

Q3-1、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？

A3-1、不違憲；立法政策。

理由同前所述，亦無關是否由被告上訴。且撤銷發回更審後，復對更審判決提起第三審上訴，第三審救濟對象並非第三審先前之撤銷發回裁判，而是第二審之更審判決。在此範圍內，第三審法官參與裁判並未違反「法官不得參與自己裁判之救濟」的原則，也不會因此違反法官無偏頗性之憲法誡命。另，第三審基於終審法院之特性，法官員額有限之問題更加明顯。

Q3-2、中華民國 80 年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點第 2 點規定是否違憲？理由為何？

A3-2、不違憲；針對事務分配規則採取的司法行政政策。

不違反公平審判/法官無偏頗性要求之理由，同前 A3-1 所述。另應檢討法定法官原則，重點在於系爭事務分配規則是否具有依事先、抽象、一般規則而制訂之特性，且法定法官原則自始並不排除基於專業分工、案件性質或其他合理考量（如避免濫行撤銷發回）而以事務分配規則來特定承辦股別。

Q4、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。」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？

A4、因先前法官職務而不得參與裁判之自行迴避事由，就合憲性觀點/憲法訴訟權保障言，至少必須包含法官曾參與下級審裁判、再審前裁判及非常上訴前裁判等三種情形，始能避免「法官參與自己裁判之救濟」，以符合公平審判/法官無偏頗性之要求。現行刑事訴訟法僅包含第一種之下級審情形，而未包含第二、三種之非常救濟情形，應逕行宣告違憲，不宜僅藉由擴張「前審」文義之而為合憲性解釋。

第三審撤銷發回更審情形，無論是更審前原第二審法官或原第三審法官，參與審判與否乃立法政策之考量，恐未到達違憲程度。

此種雖非自行迴避事由，但視個案情節仍得以「偏頗之虞」而個案聲請法官迴避。我國聲請迴避實務運用雖過於保守，但此非規範本身之問題；且若裁判違憲，制度上亦有裁判憲法訴訟可資解決。