

刑事法官自行迴避事由及更二連身條款 之合憲性問題

(2022.08.16 初稿)

台灣大學法律學院教授

林鈺雄

壹、前言	2
貳、類型分析	4
一、參與下級審裁判之法官	4
二、參與再審/非常上訴前確定裁判之原審法官	5
三、參與再審/非常上訴前確定裁判之終審法官？	7
四、參與發回更審前裁判之原審法官	7
五、參與發回更審前之終審法官？	9
(一) 問題之說明	9
(二) 連身條款與法定法官原則	10
參、結論	12

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），恐不合時宜，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，

* 筆者受憲法法庭委託，就會台字第 13254 號劉政哲聲請釋憲案，於 2022 年 8 月 16 日提出本專家諮詢書面意見（以下引文強調及畫線部分，皆為本文所加）。此外，筆者就相關問題寫作另一篇論文（〈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〉，預計刊載：《臺灣法律人雜誌》），以交代來龍去脈，完成後將作為本意見書附錄，一併提出於憲法法庭，以供參考。

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.

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。

系爭案件的迴避問題，以最高法院事務分配的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（詳參下文貳）：

- 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（「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誡命，僅於違反後者情形始能為違憲宣告。另應注意，縱使不因法官曾參與先前裁判而自行迴避（刑訴法§ 17 ⑧），其他各款法官自行迴避事由仍有適用（刑訴法§ 17 ①~⑦），且視個案情節，亦得因「有偏頗之虞」而聲請迴避（刑訴法§ 18 ②）。

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、類型分析

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⁵。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

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）。無論我國或德國刑事訴訟法（§ 23 I StPO）⁶，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

⁵ Vgl. BVerfGE 30, 149 ff.

⁶ 德國刑事訴訟法第 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。

§ 23 StPO (Ausschließung eines Richters wegen Mitwirkung an der angefochtenen Entscheidung):

(1) Ein Richter, der bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei der Entscheidung in einem höheren Rechtszuge kraft Gesetzes ausgeschlossen.

（條文翻譯參：連孟琦譯，《德國刑事訴訟法》，2016 年，頁 11）

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，理解過於狹義，因此而反向推論其他情形都不需要自行迴避，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，於我國刑事訴訟程序，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⁷。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。如德國刑事訴訟法（§ 23 II StPO）⁸、

⁷ 比較：德國刑事訴訟法之非常救濟制度，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。

⁸ 德國刑事訴訟法第 23 條【因曾參與被聲明不服之裁判而排除法官】

(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。

§ 23 StPO (Ausschließung eines Richters wegen Mitwirkung an der angefochtenen Entscheidung):

(2)¹ Ein Richter, der bei einer durch einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren kraft Gesetzes ausgeschlossen. ² Ist die angefochtene Entscheidung in einem höheren Rechtszug ergangen, so ist auch der Richter ausgeschlossen, der an der ihr zugrunde liegenden Entscheidung in einem unteren Rechtszug mitgewirkt hat. ³ Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für die Mitwirkung bei Entscheidungen zur Vorbereitung eines Wiederaufnahmeverfahrens.

我國行政訴訟法（行政訴訟法§ 19^⑥），皆有明文規定；我國民事訴訟法雖無明文規定，惟自司法院釋字第 256 號解釋以來，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，一來向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 號刑事裁定⁹，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。

這種作法，有兩個問題：一是系爭裁定針對再審而發，但非常

（條文翻譯參：連孟琦譯，《德國刑事訴訟法》，2016 年，頁 11）

⁹ 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定：「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 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』⁹），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。」

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。

上訴呢？二是加上「以1次為限」的條件，但理論基礎呢？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，並無差別待遇的理由。但應注意終審法官員額的特殊問題，這部分也是宜由立法者形成立法政策而介入。

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，德國實務見解¹⁰及歐洲人權法院案例法¹¹，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。

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

¹⁰ Vgl. BGH NStZ 1981, 298; zusammenfassend s. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O.(Fn. 4), § 354 Rn. 39.

¹¹ ECHR, *Diennet v. France*, Judgment of 26/09/1995, Appl. no. 18160/91.

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，且仍得視個案情節，而構成「有偏頗之虞」的聲請迴避事由（刑訴法§ 18 ②），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，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。」

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…」。

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』…」；本條項規定如上文一所述，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，更不可能永無止盡輪流提供不同法官來裁判。二來，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」¹²問題，自能迎刃而解。從公平審判原則及其下位之法

¹² 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

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，因而抵觸法定法官原則¹³，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¹⁴，但這

股承辦）由原承辦股辦理。」

¹³ 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。

¹⁴ 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

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，這種論述顯然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；量身條款適用結果，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¹⁵都該被宣告違憲了；只要這些事務分配規則具法律授權依據（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。

參、結論

綜上所述，總結以上論點，爭對題綱所提四個問題，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。

反法定法官原則）。

¹⁵ 法院組織法§14-1：「地方法院與高等法院分設刑事強制處分庭，辦理偵查中強制處分及暫行安置聲請案件之審核。但司法院得視法院員額及事務繁簡，指定不設刑事強制處分庭之法院。」；「承辦前項案件之法官，不得辦理同一案件之審判事務。」

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，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，，現行民事訴訟法第 32 條、行政訴訟法第 19 條規定，基於相同理由也是違憲。

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」，始能符合公平審判/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，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，制度上亦有裁判憲法訴訟可資解決。

本人_____受憲法法庭指定，就會台字第 13254 號聲請案，提出專業意見，謹依憲法訴訟法第 19 條第 3 項規定，就相關專業意見或資料之準備或提出，揭露相關資訊如下：

		是/否	如是，其情形
一	相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。	否	
二	相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。	否	
三	其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。	否	

此 致

憲法法庭

陳報人：_____ (簽章)

2022.10.3 (日期)