

憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決

部分不同意見書

詹森林大法官提出

112 年 8 月 14 日

本判決（下稱 112 憲判 14）所處理者，係刑事法官自行迴避問題，並以憲法第 16 條所保障之訴訟權，為據以審查之憲法權利（理由第 55 段），針對 9 項審查標的（參見 112 憲判 14 理由第 41-49 段），作成 9 項主文。本席贊成其中之第 2 項及第 7 項，反對其餘 7 項，爰提出部分不同意見。

壹、主文第一項及第五項：刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱「法官曾參與前審之裁判」、司法院釋字第 178 號解釋、最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例

本案，有不少聲請人指摘，其原因案件之歷審法官，至少有一位以上，就各該同一案件，重複參與裁判，其情形為下列之一¹：（一）曾參與確定前裁判，又參與再審或非常上訴程序²、（二）曾參與第三審發回判決，又參與再次上訴後之第三審裁判³、（三）曾參與更審前之第二審或第一審裁判，

¹ 參見 112 憲判 14 之爭點一。

² 例如：A（或 A、B；或 A、B、C）法官，就同一案件，曾參與第二審確定判決；嗣後，該確定判決經聲請再審或提起非常上訴，而 A、B、C 中任何一位以上法官，又參與該再審或非常上訴程序。又如：A、B、C、D、E 法官中之 1 位以上，就同一案件，係第三審判決之法官，嗣後參與該案件之非常上訴程序。

³ 例如：同一案件，曾經最高法院發回更審，且 A、B、C、D、E 為該第三審判決之法官。嗣後，該案之更審（更一、更二、更三等等）判決再經上訴於三審，A、B、C、D、E 法官中之任何一位以上，又參與此次（第二次、第三次、第四次等等任何一次）之第三審裁判。

又參與同審級之發回後更審裁判⁴。

前揭聲請人主張，法官有前述任何一種重複參與裁判之情形者，即為刑事訴訟法第 17 條第 8 款（下稱系爭規定）所定「法官曾參與前審之裁判」應自行迴避卻未迴避之情事，從而侵害其受憲法第 16 條保障之訴訟權。此外，因系爭規定曾經司法院大法官作成釋字第 178 號解釋（下稱系爭解釋），故上述聲請人另請求補充解釋系爭解釋⁵。

一、112 憲判 14 見解

112 憲判 14 指出：

1. 法官迴避制度之目的，在於確保法官公正審判，以維護訴訟救濟之功能（理由第 57 段）。
2. 司法院釋字第 761 號解釋曾明示以下二種情形，已涉及訴訟權保障之核心內容，而為憲法所要求之法官迴避事由：（一）法官因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突⁶；（二）法官因先後參與同一案件上下級審判及先行程序之決定，致可能產生預斷，因而使當事人喪失審級救濟利益。（理由第 58 段）。
3. 司法院釋字第 761 號解釋所稱法官預斷影響之風險，係指會因而損及人民就同一案件之「審級救濟利益」者，始構成憲法要求之法官迴避事由。然就法官因曾參與同一

⁴ 例如：同一案件，A 為第一審獨任或合議法官；嗣後，該案發回第一審法院更審，A 又參與該更審裁判。又如：同一案件，A、B、C 曾為二審法院之第一次判決或更審（更一、更二、更三等等）判決之法官；嗣後，該案件經發回或再經發回二審法院更審（亦即更一、更二、更三、更四等等），A、B、C 法官中任何一位以上，又參與該更審裁判。

⁵ 參見 112 憲判 14 之爭點二。

⁶ 法官因個人利害關係，而應自行迴避審判，在刑事案件，規定於刑事訴訟法第 17 條第 1 款至第 7 款。

案件之先前審判所致之預斷風險，是否即必然會使當事人喪失其審級救濟利益，毋寧其關鍵在於：法官參與先前審判是否會發生「審查自己所作裁判」之情形，以致該法官再次參與之審判於實質上已難發揮救濟實益（理由第 59 段）。

4. 本件聲請案涉及之法官迴避，乃釋字第 761 號解釋所稱憲法要求之第二類法官迴避事由：法官因先後參與同一案件上下級審判及先行程序之決定，致可能產生預斷，因而使當事人喪失審級救濟利益之類型。是本件就前揭三種類型所審查之各該法規範是否違憲，關鍵在於：法官因參與同一案件先前裁判所生之預斷，是否已構成「審查自己所作裁判」之情形，而必然影響刑事被告之審級或非常救濟利益？（理由第 65 段）。

依據前述推論，112 憲判 14 遂認為：系爭規定要求曾參與「前審」裁判之法官應自行迴避，其目的係在維護被告於刑事訴訟之審級救濟利益。是系爭規定所稱前審，係指於刑事通常審判及救濟程序中，法官於同一案件「曾參與下級審之裁判」之情形，不包括法官「曾參與確定前裁判」，也不包括法官「曾參與同一審級之先前裁判」之情形。如此解釋，也與司法院釋字第 761 號解釋將審級救濟利益納入訴訟權核心保障內容之意旨一致。就此而言，系爭規定與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸，系爭解釋亦無補充或變更之必要（理由第 70 段）。

結論上，112 憲判 14 一方面認為，系爭規定所稱「前審」，依系爭解釋，係指刑事通常審判及救濟程序之下級審，例如第三審之前審為第二審及第一審，第二審之前審為第一

審。(理由第 72 段前段) 故：

1. 在刑事救濟程序中，法官曾參與發回更審前同審級法院之先前裁判，不論是 (1) 第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判⁷，或 (2) 第二審或第一審更審程序法官曾參與發回更審前之同審級先前裁判⁸，均屬法官參與同審級之前、後裁判。於 (1) 之情形，該第三審法官所審查者係再次上訴之第二審更審裁判，於 (2) 之情形，該第二審法官係審查第一審判決，第一審法官係審判檢察官提起之公訴或自訴人之自訴，均非審查自己所作之先前裁判。縱同一審級之前、後次裁判法官有重複，各該審級在程序上仍係完整的一個審級，刑事被告並未因此喪失該審級之救濟利益 (理由第 69 段)。簡言之，系爭規定合憲，系爭解釋無庸補充或變更 (理由第 66 段)。此即 112 憲判 14 之第一項主文。

他方面，112 憲判 14 認為，依系爭規定之文義及規範意旨，就再審或非常上訴程序而言，刑事訴訟之通常審判及救濟程序顯然不是系爭規定所稱之前審 (理由第 72 段後段)，因此：

2. 法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審 (包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判) 程序及非常上訴程序，均應自行迴避，不得參與審判，且不以一次為限，以貫徹法官不得審查自己所作裁判之原則，並維護當事人

⁷ 參見註 3。

⁸ 參見註 4。

之非常救濟利益。故如當事人就同一案件先後多次聲請再審，或檢察總長就同一案件先後多次提起非常上訴，曾參與確定裁判之法官，於各該再審及非常上訴程序，均應自行迴避（理由第 78 段）。簡言之，曾參與確定裁判之法官於再審及非常上訴程序應自行迴避（理由第 71 段）。此即 112 憲判 14 之第二項主文。

二、本席不同意見

（一）系爭規定

假設 A 為某二審法院法官，曾參與該二審法院對被告所為之有罪判決。該判決因被告上訴，遭最高法院撤銷發回，更一審法官仍為被告有罪之判決（A 法官並未參與此次之更一審裁判）。該更一審判決因被告上訴，又遭最高法院撤銷發回更審。此時之更二審程序，法官必然就撤銷發回部分之犯罪事實，再度調查後始可作成裁判；因此，如 A 法官參與更二審，且更二審仍為被告有罪之判決，從被告角度，關於前開撤銷發回部分，該更二審程序，不論稱之為「A 係審查第一審判決」，或稱之為「A 係審查自己之先前裁判」，究竟有何區別？112 憲判 14 堅稱，A 法官雖參與更二審程序，但 A 法官並未審查自己之先前裁判。此種說詞，對被告而言，文字遊戲而已！

同理，假設被告經二審法院論罪科刑，檢察官以科刑過輕為由，提起第三審上訴。最高法院依上訴意旨，撤銷原判決發回更審，A 為該發回判決之承辦法官。嗣後，該案經數次更審、上訴。幾次更審後，更審法院仍為相同科刑之判決，檢察官又以科刑過輕為由，再度提起第三審上訴。如此次之

第三審判決，又經 A 法官參與（不論其是否為本次承辦法官），且再度依檢察官上訴意旨，撤銷更審判決發回第三次（或第四次、第五次等等）更審。試問：被告若詢問：「A 法官此次參與，有無審查其自己之先前裁判？」該次之最高法院判決，如何交代？外人如何客觀判斷？

綜上，誠如 112 憲判 14 所言，系爭規定要求，就同一案件，法官曾參與前審之裁判者，即應自行迴避，其立法考量在於「法官不得審查自己所作裁判」。既然如此，為確保「法官不得審查自己所作裁判」之原則，從憲法角度，系爭規定所稱「前審裁判」，應包含同一案件之任何審級裁判。亦即，就同一案件，法官一旦曾參與任何審級之裁判，嗣後即不得再參與任何關於該案件之裁判，不論該嗣後之裁判，與法官曾參與者，是否屬於同一審級。法官曾參與之裁判，係刑事裁判，且不利於被告時，尤應如此⁹。

申言之，法官一旦作成裁判，在其腦海裏，對該裁判之認事用法，即不可能消失。112 憲判 14 將系爭規定所指法官曾參與之前審裁判，限縮為「最直接之前一審裁判」，故法官自己之裁判，如非該最直接之前一審裁判，法官縱然嗣後又參與同一案件之裁判，即不會加以審查，實屬背於實情。

（二）系爭解釋

112 憲判 14 認為系爭規定與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸，遂一併認為系爭解釋亦無補充或變更之必要

⁹ 112 憲判 14 全文，就系爭規定所指之「裁判」，係有利於被告或不利於被告，並無相關論述。但通觀 112 憲判 14 全文，且因本案所有聲請人皆為遭刑事法院判處罪刑之被告，可知 112 憲判 14 在處理本案時，係將系爭規定所稱法官曾參與之前審裁判，理解為不利於被告之情形。

（理由第 70 段）。

然而，系爭解釋作成於民國 71 年 12 月 31 日，且業已指明：「該款（即本案之系爭規定）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。」換言之，對於系爭規定所稱之「前審」，系爭解釋係採擴張解釋；112 憲判 14 卻採限縮解釋。

尤應注意者，系爭解釋於理由末段強調：「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。」亦即，系爭解釋作成時，最高法院推事，不論民庭或刑庭，人數有限，故如要求曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推事，在同一案件復上訴至最高法院時均應迴避，顯有「事實上困難」。

惟以 112 憲判 14 作成之日（112 年 8 月 14 日）而言，最高法院刑庭共 9 庭，法官 43 人，含 4 位庭長、5 位審判長、18 位法官、16 位調院辦事法官¹⁰。而且，調院辦事法官，3 年即須變動，且依近年慣例，幾乎每年均有新任調院辦事法官。此項法官總人數，及其變動情形，是否已為系爭解釋所指「無事實上困難」，從而曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，在第三審復就同一案件審理時，應自行迴避而不得參與裁判？對此，112 憲判 14 無任何交代，即遽稱「系

¹⁰ 參見，最高法院法官名錄，網址：<https://tps.judicial.gov.tw/tw/cp-912-33563-d0c25-011.html>。最後瀏覽日：112 年 8 月 14 日。

爭解釋無補充或變更必要」，尚嫌疏漏。

貳、主文第三、四項：更二連身及重大連身

一、法定法官原則

112 憲判 14 認為，該判決主文第三項及第四項分別涉及之更二連身條款及重大連身條款，及與重大連身相關之最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定，均與憲法訴訟權蘊含之法定法官原則，尚無違背（理由第 96 段）。

查，本案共 9 項審查標的中，以更二連身條款及重大連身條款，亦為眾多聲請人所詬病及指摘。因此，如認該二條款不違反憲法保障人民訴訟權之意旨，應有詳盡、具充分說服力之理由。

首先，以「適用更二連身條款之案件，在其前三次上訴，也還是以（電腦）隨機分案方式決定其各次審判之承辦法官；至於適用重大連身條款之案件，至少在其第一次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦」為由，而認為更二連身及重大連身不牴觸法定法官原則（112 憲判 14 理由第 101 段），已有不少學者及法官持反對看法¹¹，其中關於「最高法院的更二連身條款，甚至重大刑事案件一上訴就連身的慣例，不從案件當事人的角度，只從司法行政方便管考的角度出發，內容等於牴觸隨機、盲目分案的法定法官原則，尤其由司法行政以分案要點的方式規範，更有行政干涉審判之嫌」之批評¹²，更值得各方省思。

¹¹ 請看本案說明會上，專家學者何賴傑教授提出之專家諮詢意見書第 8 頁、第 11 頁結論 2；專家學者劉芳伶教授提出之專家諮詢意見書第 21 頁；錢建榮法官所著「違反法定法官原則的更二連身條款」，月旦法學教室，第 104 期，2014 年 6 月，48 至 56 頁。

¹² 錢建榮法官，同前註，56 頁，結論。

其次，以「提升辦案效率」(112 憲判 14 理由第 90 段)、「提升審判運作之效率」(112 憲判 14 理由第 98 段)，作為更二連身及重大連身條款符合憲法保障訴訟權之理由，並無統計數據可資佐證¹³。何況，從更二連身自 76 年 3 月 16 日試辦(112 憲判 14 理由第 90 段)、重大連身於 78 年 3 月 30 日經司法院函最高法院辦理(112 憲判 14 理由第 93 段)，迄至今日之 30 年以上期間，仍有不可勝數之二審法院更三、更四、更五，甚至更十一¹⁴刑事判決。由是足見，所謂「更二連身及重大連身，具有提升辦案或審判運作之效率」，明顯違反現狀¹⁵。

最後，從人力觀察，如前所述，最高法院目前共有 9 刑事庭，合計 43 位之刑庭庭長、審判長及法官，且其中之調院辦事法官每年均有變動。因此。同一刑事案件，即使於 1 年內，屢次上訴於最高法院，則於該年度，縱然每次上訴均由不同法官審理，至少可以容許 8 次之上訴(每次皆為 1 位不同之審判長，及 4 位不同之法官)。稍微注意刑事實務，即可得知，同一案件經最高法院發回後，於 1 年內，再度上訴該院者，甚屬罕見；重大刑案，更幾乎絕無僅有。而同一案件經發回後，如經過一年，始再度上訴於最高法院，則調院辦事法官已有部分新人，可參與該第二、三、四次上訴之裁判。要言之，以人力可能不足，而指稱更二連身條款及重大連身

¹³ 參見本席於本案說明會上對最高法院出席法官之詢問，及該法官之回答。此有前開說明會記錄第 14-15 頁可供參酌。

¹⁴ 參見臺灣高等法院 97 年度重上更(十一)字第 218 號刑事判決，及本席於 112 年 8 月 11 日 1 就憲法法庭 112 年憲裁字第 29 號裁定所提部分不同意見書。

¹⁵ 至於所謂更二連身及重大連身具有統一見解功能部分，查該功能，在 108 年 7 月 3 日前，本應由最高法院刑事判例或刑事庭會議決議扮演；108 年 7 月 4 日以後，則應交由大法庭裁定發揮，與更二連身或重大連身，並無絕對相關。

條款未違反憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨¹⁶，實屬昧於事實。

二、隧道效應

本案有不少聲請人就系爭規定、系爭解釋、更二連身條款、重大連身條款，及最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例，指摘其皆有「法官就同一案件，曾參與先前裁判者，如又參與嗣後之裁判，則在該嗣後之裁判，將因固守其先前裁判，而生預斷之風險」。此即所謂之「隧道效應」。

此項指摘，仍未為 112 憲判 14 採取，其主要理由略為：「任何法官，就各項抽象法律問題、及各類案件所涉事實或法律爭議，原即多少會有一定程度之初步見解或看法。即使認有所謂隧道視野效應之影響，也比較是就法律問題，而非就事實及證據問題的預斷。最高法院法官等對各該重要法律問題多已形成穩定的法律見解，且係其等之所以能擔任終審法院法官的正面資歷及基礎條件。縱認此等法律見解確為法官之定見，亦多為個人經驗及學養所致，而非單純源自先前曾審理同一案件之影響」（理由第 106 段）。

應先指出者，所謂「隧道效應」，係指就某一事務，已有特定之認知，遂對嗣後發生之相同或類似事務，不再或難以作不同之認知或思維。因此，隧道效應，主要發生在事實之認定，而非如 112 憲判 14 所認發生在法律問題之預斷。尤其，在刑事案件，眾所周知，經常難以判斷者，大多並非法律適用，而是事實認定。從而，刑庭法官就同一案件，如已

¹⁶ 參見 112 憲判 14 理由第 108 段：「終審法院之法官員額往往相對較少，甚至不分庭。於不分庭之終審法院，發回後再度上訴之案件，必然是由同一庭法官再次審理，而無迴避之可能。」

認定被告有起訴書所指之犯罪事實，若嗣後又參與救濟程序（二審、三審）、更審程序（二審）、或非常救濟程序（再審），在隧道效應之下，即可能繼續執著於被告有罪之預斷，導致被告在前述各類審判程序上，因該法官未自行迴避，已經「輸在起跑點」。

其次，112 憲判 14 基於「任何法官本來對於各項抽象法律問題、案件事實或法律爭議，原即有其見解或看法；最高法院法官之特質，更是在於其對各該重要法律問題已形成穩定法律見解」，而指稱隧道效應不致於影響法官之審判，故法官就同一案件，雖曾參與先前之裁判，仍無庸迴避該案件之嗣後審理。此項論點，依舊僅從法院立場出發，而對被告於該嗣後審理程序時，因再度面對曾對其為不利裁判之法官，油然而生之不安，及因此對司法之不信賴，完全欠缺同理心。

事實上，針對更審程序，臺灣高等法院已經訂定要點明定，採取「大輪迴制分案」，即原則上，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、法官應參與分案¹⁷。臺灣高等法院臺中分院、臺南分院及高雄分院，皆無不同¹⁸。此項作法，甚堪讚賞。法官員額較少之其他二審法院（臺灣高等法院花蓮分院、福建高等法院金門分院），經由司法院調辦事法官或臺灣高等法院法官協助，亦可比照辦理。

¹⁷ 參見臺灣高等法院 111 年 12 月 22 日法官會議決議通過之「分案實施要點」十、(一)、1。

¹⁸ 參見臺灣高等法院臺中分院民事事件分案實施補充要點伍、四〇；臺灣高等法院臺中分院刑事分案實施要點伍、三十六；臺灣高等法院臺南分院民事事件分案實施要點八、(一)；臺灣高等法院臺南分院刑事案件分案實施要點十三、(一)、1；臺灣高等法院高雄分院民事案件分案實施要點十、(一)；臺灣高等法院高雄分院刑事案件分案實施要點伍、二十、(一)。

參、結語：被告的謙卑要求、正義的實現方式

由於國家係司法審判權之壟斷者，故人民一旦被起訴，且已經法官論罪科刑，則就同一案件，在通常救濟程序（含上訴程序、更審程序）及非常救濟程序（含再審程序、非常上訴程序），使被告得不再面對相同之法官，對國家而言，技術成本極低，但對被告而言，象徵意義甚高。換言之，若被告在前述所有程序中，均由不同法官審判，且最終仍被判決有罪確定，則被告縱使對該有罪判決表彰之實體正義，仍不甘服，但包括被告在內之任何人對該案件之程序正義，亦即公平法院在該案之實現，已不能再有質疑。

反之，若被告在下級審經法官判決有罪，又在通常救濟程序或非常救濟程序遭相同法官判決有罪確定，即使該確定判決乃實體正義之實現，本案之程序正義，依舊難以服眾。

本席以為，刑事被告若經下級審法官判決有罪，則在嗣後之救濟程序中，能由不同法官審判，其實只是被告非常謙卑的要求，國家何苦拒絕！

尤其，更二連身條款及重大連身條款，既然是司法院於30餘年前，為提升審判效率而要求最高法院辦理；30餘年來，目的明顯不達，被告頻繁抗議，司法院何不乾脆要求最高法院廢止之？

謹以「Not only must Justice be done; it must also be seen to be done」¹⁹（正義不僅應被實現，亦應被看見實現），作為收筆。

¹⁹ 亦有人翻譯為：「正義不僅應實現，而且須以人們看得見的方式實現。」此為英國 High Court of Justice 首席法官 Lord Hewart CJ，於1923年主筆之 R v Sussex Justices, ex parte McCarthy 判決所提之著名法諺。參見[1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233。