

憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決

部分不同意見書

謝銘洋大法官 提出

2023 年 8 月 14 日

**健全的法定法官與迴避制度，在於確保公平審判，
不僅是憲法訴訟權保障的核心，更是人民信賴司法的基礎**

本件涉及刑事案件審理的法定法官原則與迴避制度問題，併案的聲請人多達數十人，聲請的範圍包括法規範憲法審查以及裁判憲法審查，甚至有若干死刑案，可見此一問題的重要性。

本席就本判決多數主文並無法贊同，爰提出部分不同意見。

一、公平審判是訴訟權保障的核心，也是司法最重要的目的

本院釋字第 665 號解釋：「憲法第 16 條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟」，具國內法律效力的「公民與政治權利國際公約」第 14 條第 1 項第 2 句也明定：「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」，是以公平審判是憲法保障人民訴訟權的核心，也是民主國家司法制度最重要的目的，包括訴訟程

序、正當法律程序、審級救濟等，都是為了能夠達成公平審判的司法目的而設計的制度，法定法官原則與法官迴避制度更是其中重要的一環。

二、法定法官原則：案件分配，應屬法律保留事項

本件多位聲請人主張系爭決定違反法定法官原則，多數意見認為更二連身條款以及重大連身條款，均係最高法院於各該上訴第三審案件之分案前，即已訂定之一般性規定，符合本院釋字第 665 號解釋所揭示的事前訂定及一般性適用的要求，且未溯及適用，亦非針對特定案件而定，與憲法訴訟權內含之法定法官原則，均無違背。

（一）我國法院案件分配，不符法律保留原則

通常討論「法定法官原則」是以德國基本法第 101 條第 1 項後段所規定的「任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪」為基礎。德國的法定法官原則，所涉及者為案件分配之問題，而非迴避之問題。德國聯邦憲法法院認為在法定法官原則下，應該以事先以抽象的形式意義法律加以規範，或是至少要有法律明確授權的法規命令為之，（BVerfG, Beschluß vom 18. 5. 1965 - 2 BvR 40/60 = NJW 1965, 2291）。德國除了於法院組織法（Gerichtsverfassungsgesetz）對於業務與案件分配，詳為明定（就刑事案件而言，於第 74 條以下對於案件分配有詳細的規定）外，德國刑事訴訟法第 354 條第 2 項，對於上訴第三審之情形，更是明文規定「其他情形，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。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」，德國聯邦憲法法院認為此一規定亦屬法定法官原則的具體表現（BVerfG, Beschluß vom 25. 10. 1966 - 2 BvR 291, 656/64 = NJW1967, 99）。

前揭本院釋字第 665 號解釋雖然肯定法定法官原則為我國憲法訴訟權及法官依法獨立審判所內含之憲法原則，並認為「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」。然而該解釋除明白指出法定法官原則係就「案件的分配」外，只是提到「於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第 78 條、第 79 條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範」。至於我國現有法院組織法的規定，是否符合法律保留原則與授權明確性，則未詳為檢討。

我國法院組織法第 78 條規定：「各級法院及分院與各級檢察署及檢察分署之處務規程，分別由司法院與法務部定之」及第 79 條規定：「各級法院及分院於每年度終結前，由院長、庭長、法官舉行會議，按照本法、處務規程及其他法令規定，預定次年度司法事務之分配及代理次序（第 1 項）。辦理民事、刑事訴訟及其他特殊專業類型案件之法官，其年度司法事務分配辦法，由司法院另定之。（第 2 項）。第一項會議並應預定次年度關於合議審判時法官之配置（第 3 項）」。就上述規定內容觀之，法院組織法係授權由院長、庭長、法官舉行會議，按照本法、處務規程及其他法令規定為之。

案件之分配是否符合法定法官原則，是否能落實公平

審判，事涉人民之重大權益，特別是刑事案件的審判，屬於影響人民人身自由甚至生命權利的重要事項，涉及訴訟權保障之核心內容，依本院釋字第 443 號解釋所揭示之層級化法律保留意旨，即應有法律或法律明確授權之命令為依據，始符合法律保留原則之要求。然而前揭法院組織法之相關規定，除未就案件應如何分配明文規定外，其授權規定亦屬空泛，顯然並不符合法律保留原則的要求。

（二）連身條款違反法定法官原則

不論是更二連身（本判決主文三、最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點）或是重大連身條款（本判決主文四、最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議之決定，及最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 2 款規定），都涉及最高法院發回更審之案件，再次上訴到最高法院，分由最後發回之原承審法官辦理。

連身條款所涉者，其實並非迴避的問題，而是案件分配問題，也就是法定法官的問題。所謂迴避，應該是指某法官於法定法官原則下，分配到具體案件後，發現其有法定迴避事由而主動自行迴避，或因當事人聲請而迴避。在連身條款下，案件於再次或第三次上訴後，則會自動分配給原來承審的法官，應屬案件分配問題。

連身條款，最早是由司法院於 1987 年函詢最高法院可否試辦，雖然最高法院檢討後認無試辦必要，同年司法院再以（76）院台廳二字第 02453 號函令最高法院試辦，後由最高法院民刑事庭庭長會議決定試辦，並通過分案實施要點。此由可知，連身條款是由最高司法行政機關司法院要

求下所訂定，由最高法院所發布，不僅非屬立法機關所通過的法律，也缺乏法律的明確授權。此外，連身的結果，將上訴第三審案件一律指定分由特定法官審理，雖然第一次（重大連身）上訴或前三次上訴審理（更二連身）時，係以一般抽象性的分案方式隨機決定承辦法官，然而在更審或更二之後，都是由特定相同的原承辦法官重複審理，顯然與法定法官原則所要求的以事先一般抽象之規範隨機決定案件的分配相違背。

雖然多數意見認為「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，可謂均已符合法定法官原則之要求」；惟嚴格言之，並不能以第一次上訴符合法定法官原則，就認為其後再次上訴的分案就可以不遵守法定法官原則，否則人民受公平審判的訴訟權將無以受到充足保障。況且就重大連身而言，既然是重大刑案，在審理上應該更為慎重，否則其於上訴第三審後之審理，不論上訴幾次，永遠都是由同一個法官為之，在對被告為不利判決的情形（例如二審判決無罪，三審同一法官持不同意見而一再發回），被告訴訟權保障無異於將落空。

此外，多數意見認為連身條款「兼有提升裁判效率，並促進終審法院之統一裁判見解功能」。然而，究竟是提昇裁判效率比較重要？還是人民受公平審判比較重要？這答案不言可喻。更何況現在已經有大法庭統一裁判的法律見解，並無必要透過連身條款來達到促進終審法院之統一裁判見解目的。甚至有人謂連身條款的目的，在於避免第三審法官「以鄰為壑」地任意撤銷發回，此一看法無異於

將最高法院法官當成道德低落、只會「推事」的法官，實不值一駁。

三、法官迴避制度在於確保公平審判，更是人民信賴司法的基礎

法官迴避制度是為了確保能達成公平審判的司法目的。是以不只是刑事訴訟法有專章規定迴避（第 17 條以下），民事訴訟法（第 32 條以下）與行政訴訟法（第 19 條以下）也都有明文規定。本院大法官歷年解釋中，除了本件所涉及的釋字第 178 號解釋外，釋字第 256 號（民事再審程序中法官應自行迴避之範圍），釋字第 601 號（立法院刪除大法官司法專業加給之預算違憲）以及釋字第 761 號（智慧財產法院法官暨技術審查官迴避）等，也都涉及迴避問題的解釋。

法官迴避制度在各國規範之情形各有不同，基本上在人民對法官信賴度較高的國家，人民比較相信法官能為公平之審判，法官迴避未必是重要的議題；然而在人民對法官信賴度不高的國家，如果未能正視此一問題，或甚至採取寬鬆之標準，恐將加深人民對司法的不信任程度。

過去我國人民對司法的信賴度不高，民眾對「法官可公正、公平審判案件」尚有所期待，其原因固有多端，然而法官迴避制度，甚至法定法官原則是否能落實亦為其中關鍵因素。健全的法定法官制度與迴避制度不僅是落實公平審判的重要手段，也是憲法訴訟權保障之核心內容（本院釋字第 761 號解釋參照），更是提升人民信賴司法的重要基礎。

四、憲法保障訴訟權所要求的迴避，不應僅限於「利益衝突」與「審級救濟利益」

（一）「審查自己所作裁判」之判斷標準過於寬鬆

本件多數意見參考本院釋字第 761 號解釋，認為：法官就其審判之個案如有「利益衝突」或「審查自己所作裁判」而影響被告之審級利益，自難期待其公正審判，即應迴避而不得參與該個案之審理、裁判，此乃憲法所要求之法官迴避事由。

就「審查自己所作裁判」而言，本件判決多數意見認為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救濟利益，是判斷法規範是否違憲的關鍵，本件判決並以此為判斷標準，審視本件所涉及的各種迴避規定與判決是否合憲。甚至前述連身條款問題，多數意見也同樣認為，連身條款都是同一法官於同一案件曾參與發回更審前之「同審級」裁判，而非參與「下級審」裁判，並無「審查自己所作裁判」之問題，「最高法院為法律審，其裁判並不自為事實認定，即使認有所謂隧道視野效應之影響，也比較是就法律問題，而非事實及證據問題的預斷」，且最高法院發回意旨未必對被告不利。終審法院之法官員額往往相對較少，甚至不分庭，且透過裁判可統一所屬下級審法院之裁判見解。

本席則認為，以是否「審查自己所作裁判」或是否影響被告的「審級救濟利益」作為判斷應否迴避的標準，過於寬鬆，而應該採取更為嚴格的標準，特別是刑事訴訟程

序涉及人民的人身自由甚至生命權，其迴避應該更為嚴格。如果人民受不利的判決，特別是有罪的實體判決，只要客觀上讓人對於法院的公正審理有所疑慮，人民受憲法保障的公平審判訴訟權就無法落實，也會讓人民對裁判的結果無法信服，並影響人民對司法的信賴。況人民受法院公平審判訴訟權的保障，並不僅限於審級救濟利益而已，公平審判的內涵亦無法被簡化為「審查自己所作裁判」或是「審級救濟利益」，並狹義地認為只要法官不審查自己所作裁判，或是被告的審級救濟利益未受影響，就無損被告的訴訟權即毋須迴避。

（二）重複審理同一案件的「隧道視野效應」

審級救濟利益保障的精神並不在於「審級」而已，更重要的是不同審級應該由「不同法官」審理，以避免先入為主的印象影響審判的結果。是以縱使不是「審查自己所作裁判」，只要是先前審理過該案件，不論是上下審級或是同審級，曾為不利於被告的實體判決的法官，就應該迴避，以免使人民受法院公正審理的期待落空，並實質上損及人民受憲法保障的訴訟權。

審級救濟利益只是訴訟權保障的最低程度要求，如果同一法官先前於下級審或同審級已經審理過該案件，縱使自己所作的裁判因被上級審撤銷而不具有拘束力，然而對該法官而言，是重複審理該案件，法官也是人，其於前次審理時對事實認定與法律適用留在腦海中的印象，並無法像使用電腦般按刪除鍵就消失，雖然並非必然會產生「預斷」的結果，然而其於腦海中所存留的先入為主印象，多

少仍然會因有「隧道視野效應」，以致於影響後續審理時的認知與判斷，而有「預斷之虞」。此種情形，雖然形式上被告的審級救濟利益未受影響，但因為法官同一，與由另一法官在毫無任何預先認知的情形下，重新檢視該案件仍屬有別，對於受不利判決的被告而言，將使其審級救濟實質上失去意義，實質上等同於並未受到審級救濟的保障，恐難以使其信服。雖然或許有人認為隧道視野只會侵襲事實認定的部分，最高法院是法律審，比較不受影響，所以法官重複也不會有偏頗，此見解亦為本件多數意見所採。然而法律的適用是以事實的認定為基礎，法律審的判斷未必不會受到隧道視野的影響，況且其所言，反而說明了事實審的法官重複參與同審級的裁判，會受隧道視野效應影響。

（三）前審法官迴避不應限於上下級審，而不及於同級審

本件判決主文一、除肯定系爭解釋之見解，認為系爭規定法官「曾參與前審之裁判者」為法定迴避事由之一，其中「前審」係指於刑事救濟程序中，法官於同一案件曾參與「下級審」之裁判，本判決並進一步認為，系爭規定之目的係在維護被告於刑事訴訟之審級救濟利益，且法官於同一案件「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」，亦即就系爭解釋所未認定之參與「發回更審前同審級」裁判之情形，多數意見認為其不在應迴避範圍之列。

本件判決上述多數見解，係以被告於刑事訴訟之審級救濟利益為出發點，認為非謂法官曾參與同一案件之先前審判致有預斷風險，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」。亦即以是否會構成「審查自己所作裁判」，作為除利益衝突外，判斷是否應迴避之標準。在此標準下，本判決認為如果是「第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判」或是「第二審法官於同一案件曾參與發回更審前同屬第二審之先前裁判」，因為都不是審查自己所作之先前裁判，被告並未因此喪失該審級之救濟利益，是以均無迴避之必要。

然而如前所述，由曾參與發回更審前同審級法院裁判之法官，於發回後再次審理，形式上固非審查自己做過的裁判而無損於被告的審級救濟利益，如其原先所為者係對被告有利的判決，或只是程序上的非實體判決而對被告的人身自由並無影響，縱使有預斷或預斷之虞，因非對被告不利，不影響對被告訴訟權的保障，固無問題。然而如果法官於發回前同審級法院所為之裁判係不利於被告的有罪判決，而由同一法官於發回後再為審理，如繼續維持不利於被告之判決，難免會引起前述「隧道視野效應」的疑慮，而令被告難以信服。由於在刑事訴訟程序，關涉被告的人身自由甚至生命，應該採取較民事或行政訴訟更為嚴謹的審理程序，避免由同一法官於同一審級再次審理，以免損及被告受公平審判的訴訟權。

是以本席認為法官曾參與前審之裁判，「前審」之範

圍不宜過度限縮至只有上下級審關係才應迴避，法官曾參與發回更審前同審級法院裁判，並為不利於被告的實體判決，基於對被告人身自由與生命權以及訴訟權之保障，亦屬應自行迴避之範圍。是以本院釋字第 178 號解釋應予補充，且最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例應為違憲之宣告。於此範圍內，聲請人所為裁判憲法審查之聲請亦屬有理由，其有關暫時處分聲請部分亦應准許。

（四）再審與非常上訴程序，只有曾參與「確定裁判」者，始應迴避，有所不足

1. 曾參與「確定裁判」者應迴避，不以一次為限

就刑事訴訟的再審與非常上訴的非常救濟程序而言，先前曾經參與裁判的法官是否須迴避，法無明文規定。本判決意旨認為，如參與確定裁判之法官，再參與就該確定裁判所提起之再審或非常上訴程序，因仍會發生「審查自己所作裁判」之情形，致當事人喪失其非常救濟利益。是以本判決認為法官就同一案件，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。現行刑事訴訟法就此未明文規定，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違，有關機關應於 2 年內修法明定。本席贊同此一多數見解。

至於應迴避之次數，本件判決採取比民事訴訟（本院釋字第 256 號解釋參照）與行政訴訟法第 19 條第 6 款更為嚴格之規定，認為刑事確定裁判對於被告權益之不利影

響，更甚於民事或行政訴訟之裁判，應不以一次為限。基於保障被告受公平審判之權益，本席亦贊同此一多數見解。

2. 應非僅限於曾參與「確定裁判」者應迴避

雖然如此，本件判決多數意見認為最高法院法官僅限於再審或非常上訴前曾參與「確定裁判」之法官，始應迴避，如果是裁判確定前的歷審法官，因均不構成「審查自己所作裁判」之情形，亦不致損及當事人之非常救濟利益，而不屬憲法所要求之法官迴避事由。此外，本件判決多數意見亦認為曾於原審法院參與確定裁判之法官於「非常上訴有理由後發由原審法院之更為審判程序」，亦係參與同審級法院就同一案件之前、後裁判，得不迴避，因為此種情形原確定判決既經撤銷而不復存在，該原審法院又須受最高法院非常上訴判決意旨之拘束，其性質與同一案件於發回後由原審法院所為之更審程序類似。

本席對上述多數意見並無法贊同。行政訴訟法第 19 條第 6 款明文規定法官曾參與該訴訟事件再審前之裁判，應自行迴避，並不以曾參與「確定裁判」之法官為限。本件判決涉及刑事處罰，理應受較行政程序法更為嚴格之保障，不論是再審或非常上訴，均是就被告先前所受有罪之判決所為，裁判確定前的歷審法官如參與再審或非常上訴程序，形式上雖非審查自己所作裁判，且受再審或非常上訴意旨之拘束，但實質上是就自己過去所為有罪之案件再次審理，如果其所為之裁判是作為原確定裁判的裁判基礎（德國刑事訴訟法第 23 條第 2 項第 2 句參照），為保障被

告的訴訟權，本席認為亦應迴避。同理，曾於原審法院參與確定裁判之法官於「非常上訴有理由後原審法院之更為審判程序」，由於非常上訴係因判決確定後發見該案件之審判係違背法令而提起，其確定裁判之法官與裁判確定前的歷審法官，如係因其審判違背法令，或是其裁判違背法令而成為原確定裁判之基礎，基於對被告公平審判之保障，本席認為亦應迴避。

五、法官員額有限或審理效率，皆不比公平審判重要

或許有人認為因為法官員額有限，如果要如此嚴格迴避，將使得案件無法官可審，或是讓同一法官審理可以因為熟悉案情而促進審理的效率。

這些理由都甚為牽強，法院審理的效率固然重要，但相對於人民訴訟權的保障而言，後者毋寧更為優先而重要。至於無法官可審的問題，我國法官的人數，就全國人口比而言，應該比多數國家多，更何況最高法院的法官人數可能在世界上名列前茅，而且縱使因為法官迴避而在較為偏鄉地區無法官可審，尚可透過移轉管轄之方式處理，畢竟台灣的幅員不廣，各地距離有限且交通方便，並非無法克服。與其講求審理的效率，或是擔心陷入無法官審理的窘境，其實更應該擔心的是，如何透過公平審理的落實，建立起人民對司法的信心。

六、結語

本件判決涉及被告是否有罪的刑事案件審理程序，影響對於被告的人身自由甚至生命權甚鉅，被告對於受到公

平審判的期待，較之其他訴訟更為殷切。如果沒有可以讓
人信賴的訴訟程序，如何能期待人民對判決結果信服？

本席認為在刑事訴訟程序中，對憲法保障人民訴訟權
的落實，應該受到更為嚴格的要求與檢視，從法定法官原
則是否符合法律保留原則，到應否迴避，皆應採取嚴格的
標準加以審查。是以本席對於多數認為合憲的意見並無法
贊同，爰提出不同意見如上。