

司法院大法官會議解釋聲請書

聲請人：劉政哲 地址：

主旨：為就聲請人受最高法院 94 年度台非字第 115 號終局裁判，查依該

非常上訴之審判所適用刑事訴訟法之規定，曾參與該同一案件判決確定前一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，均不須迴避，而仍得以復再參與該案件非常上訴審之裁判。按該非常上訴判決所適用之前揭刑事訴訟法規定，明顯侵害人民依法定程序之訴訟均當應同受審級利益保障及公平審判之基本權利，而有牴觸憲法第 16 條保障人民訴訟權及憲法第 7 條保障人民平等權等規定意旨之疑義。爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請 鈞院大法官會議解釋憲法，俾維憲法保障人民訴訟權與平等權。

說明：

一、聲請釋憲之目的：

(一)按憲法第 16 條所保障人民訴訟權，依 鈞院大法官會議解釋字第 418 號及 442 號解釋，其內涵除保障人民有向法院提起訴訟之權利外，尚包含人民有受法院公平審判之權利。其中受法院公平審判之權利，依 鈞院大法官會議解釋字第 256 號解釋則

包含不服原審裁判提上訴救濟之審級利益及受公平裁判之權利。另依 鈞院大法官會議釋字第 178 號解釋刑事訴訟法有關法官迴避之規定，使曾參與下級審裁判法官，於上級審迴避。蓋下級審與上級審如均由同一法官參與裁判，則因上下審級相同之法官對個案已有先入為主之定見，難期其對自己之裁判作不同之判斷，故該情形如法官不迴避，如同剝奪人民為訴訟救濟而受審級利益及公平裁判所保障之權利，而有違反憲法第 16 條保障人民訴訟權情形。

依刑事訴訟法第 17 條規定「法官於該管案件有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：...八、推事曾參與前審之裁判者」

據該法律規定，曾參與前審裁判之法官受理審判職務，應先適用該法條規定而自行迴避，如有該應自行迴避事由而未迴避，仍參與審判，所作成之裁判，依刑事訴訟法第 379 條第二款「依法律或裁判應迴避之法官參與審判者」規定，為當然違背法令，當事人得依同法第 377 條規定上訴於第三審法院；如判決確定後，依同法第 441 條規定，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴，由最高法院將原判決撤銷。

綜上，為實現憲法保障人民訴訟權，誠需在訴訟法中規定曾參與下級審裁判之法官，應於上級審迴避，才可能落實。

(二)查刑事訴訟法第 441 條非常上訴程序，係判決確定後，發見該案件之審判係違背法令，最高法院檢察署檢察總長向最高法院提起之救濟程序，其訴訟標的、訴訟程序及判決效力與上訴最高法院第三審訴訟相同，為確保憲法第 16 條人民訴訟權，實應有與第三審裁判相同之法官迴避規定之必要。惟刑事訴訟法對於參與非常上訴審判之法官，並無曾參與該訴訟案件判決確定前一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官應迴避之規定，此項立法闕漏，誠有抵觸憲法第 16 條保障人民訴訟權與憲法第 7 條保障人民平等權之疑異。爰依法聲請 鈞院大法官會議解釋，並聲請賜准解釋如下：「刑事訴訟法未就曾參與同一案件判決確定前一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，規定不得再參與該案件非常上訴審判，致依聲請人受最高法院 94 年度台非字第 115 號終局裁判所適用刑事訴訟法之規定，曾參與同一案件判決確定前一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，於該案件非常上訴之審判時，均不須迴避，而仍得以復再執行職務。依該終局裁判所適用該

法律之規定，顯有侵害當事人依法定程序之訴訟當同受審級利益保障及公平審判之基本權利，而與憲法第 16 條保障人民訴訟權及憲法第 7 條保障人民平等權之意旨均有所抵觸。該法律之規定，應予修正之。」

二、疑義之性質與經過及本件所涉及之憲法條文

(一)本件訴訟經過：

1. 緣聲請人為前台灣省政府所屬唐榮鐵工廠股份有限公司（以下稱唐榮公司）營建部經理，於民國（以下同）80 年 2 月間因唐榮公司承攬交通部台灣區國道高速公路局新店高架橋工程之分包工程，因遭證人不實指控證稱聲請人收賄而遭臺灣台北地方法院檢察署以 81 年度偵字第 16650 號、20123 號、20338 號、20896 號提起公訴。

2、嗣經第一審臺灣臺北地方法院於 82 年 9 月 29 日以 82 年度訴字第 80 號判決聲請人無罪。檢察官不服該判決上訴臺灣高等法院，改判聲請人有罪，聲請人不服上訴最高法院，嗣經最高法院三次發回更審，最終經臺灣高等法院以 87 年度重上更（三）字第 226 號更為審理，並於 88 年 6 月 2 日判決聲請人有罪（附件 8）。聲請人不服，提起上訴，經最

高法院於 89 年 3 月 2 日以 89 年度台上字第 1044 號判決駁

回而告確定。

3. 在前揭臺灣高等法院四次第二審判決中，其中 82 年度上訴字第 6491 號判決改判聲請人有罪，「黃正興」法官為該第二審審判法官之一(附件 1)。另 84 年度上更(一)字第 146 號判決仍判聲請人有罪，其中「孫增同」法官為該第二審審判法官之一(附件 2)。本案判決確定後，於 94 年間經當時最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴(附件 3)，嗣經最高法院以 94 年度台非字第 115 號判決駁回上訴在案(附件 4)，而該非常上訴判決，有前述曾參與原第二審判決之「孫增同」法官及「黃正興」法官(附件 4)參與審判。聲請人對該曾參與本案第二審判決之孫增同及黃正興兩位法官而於非常上訴審判決未迴避之情形，曾聲請最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴，惟檢察總長則以「第十七條第八款所定：法官曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務，乃因法官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，

司法院大法官會議釋字第 178 號著有解釋可稽。依該解釋意旨，此乃指裁判確定前同一訴訟程序進行中之案件而言，至案件確定後，當事人聲請再審或非常上訴，則為另一訴訟程序之開始，並無上開條款之適用，是以，本件非常上訴審判程序，雖有確定前曾參與審判之二位法官參與，揆諸上開說明，亦不生迴避問題，原判決自無不適用法則之當然違背法令情事，所請提起非常上訴，礙難辦理。」理由駁回(附件 5「說明三」)。

嗣經監察院於民國 100 年 11 月 7 日以院台業二字第 1000708199 號函以「參與審判之黃正興法官及孫增同法官，均曾分別參與本案臺灣高等法院上訴審及更一審判決，卻未主動迴避，涉有違失等情」請司法院釋復(附件 6)。最高法院書記廳於 100 年 12 月 30 日以台文字第 1000001037 號函稱「本院 94 年度台非字第 115 號非常上訴案件，參與審判之黃正興法官及孫增同法官雖曾先後參與台灣高等法院 82 年度上訴字第 6491 號及 84 年度上更一字第 146 號判決，惟本院上開案件，屬非常上訴審之特別程序，與台灣高等法院前開案件，非為前後審之關係，無後審法官曾參與前審裁判應迴避之問題，本院上開判決尚無違失之處。」(附件 7「說明三」)。

至此，就該以法官參與下級審裁判而未迴避上級非常上訴審裁判之事由，所得請求救濟之途徑已窮。

(二) 本件所涉及之憲法條文：

1. 第 16 條：人民有請願、訴願及訴訟之權。

2. 第 7 條：中華民國人民，無分男女、宗教、階級、黨派，在法律上一律平等。

3. 第 23 條：以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。

4. 第 171 條：法律與憲法牴觸者無效。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場與見解

查人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，乃司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所明定。按本件聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場與見解如下說明：

(一) 依刑事訴訟法第 441 條規定：「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提

起非常上訴。」

再據同法第 445 條第一項、第二項分別規定：「最高法院之調查，以非常上訴理由所指摘之事項為限」、「第 394 條之規定，於非常上訴準用之」，而依第 394 條第一、二項係分別規定：「第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，但關於訴訟程序及得依職權調查之事項，得調查事實」、「前項調查，得以受命推事行之，並得囑託他法院之推事調查」。

再據同法第 447 條規定：「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。前項第一款情形，如係誤認為無審判權而不受理，或其他有維持被告審級利益之必要者，得將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。但不得諭知較重於原確定判決之刑。」

綜上，依刑事訴訟法第 441 條規定「非常上訴」係對於確定判決，發見該案件之審判係違背法令，而向最高法院提起之訴訟救濟程序。另依刑事訴訟法第 445 條第 2 項規定，最高

法院就非常上訴調查事實及結果準用第三審判決所適用刑事訴訟法第 394 條規定。據該法條第 1 款規定，非常上訴與第三審相同均「應以第二審法院判決所認定之事實為判決之基礎」，以審判第二審之裁判是否違背法令。從而，非常上訴審法院及第三審法院，對於第二審法院，乃同樣當均屬其實質上之「上級審法院」。再依同法第 447 條規定非常上訴如有理由，原判決違背法令者，除撤銷違背之部分外，如原判決不利於被告者，應就該案件另行判決。如有誤認為無審判權而不受理，或其他有維持被告審級利益之必要者，得將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。按前揭非常上訴之訴訟程序及判決效力規定，與上訴於第三審法院之刑事訴訟法第 377 條、397 條、398 條、401 條規定相同。

綜前，最高法院對於非常上訴案件之審理與對於上訴於第三審案件之審理，均係就第二審判決是否違背法令為審判，兩者之訴訟標的、審理程序及判決效力，實無明顯區別。故兩者之審判與第二審或下級審之審判間，同樣均存有憲法為維護人民訴訟權，而應保障之「審級利益」及「裁判公平」之關係存在。

(二) 依據刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定：推事就該管案件「曾參與前審之裁判者」應自行迴避，不得執行職務。而據司法院大法官會議釋字第 178 號解釋之「解釋理由書」闡明「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，因為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 17 條第 8 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聲請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」。根據上揭所述，即就同一法官於同一案件先前曾參與一審、二審或經第三審撤銷發回更審前之裁判，於後來復再參與最

高法院第三審上訴案裁判之情形，當事人不免疑其因此挾既有成見而有「足致難期公平執行職務之虞」。是以，基於為維護審級利益及確保當事人受公平審判基本權力之必要，依據刑事訴訟法第 17 條第 8 款之前揭規定，該法官均當應自行迴避，不得執行職務。

依據上述釋示所揭，足見刑事訴訟法有關法官迴避規定之立法意旨，乃係基於為求裁判之公平允當，以發現實體真實，俾使刑罰權得以正確行使為目的，因此而就「特殊原因足致法官執行職務有難期公平之虞」之事由所作規定。據此，於訴訟裁判程序中，凡確有「足致法官執行職務有難期公平之虞」之特殊原因存在者，該法官即理當同樣均應自行迴避，不得執行職務。否則自與刑事訴訟法上揭有關法官迴避規定之立法意旨自相背道而馳。

(三) 再查依憲法第 16 條保障人民有訴訟之權，乃旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利(司法院大法官會議釋字第 256 號、418 號、442 號及 482 號解釋一併參照)。足見刑事訴訟之裁判，「公平審判」非僅為確保刑罰權得以正確行使，亦係憲法賦予受審判人民之基本人權。且按上述所

謂依「法定程序」提起之訴訟，乃係除判決確定前之通常訴訟程序外，於判決確定後，依特別程序所提起之非常上訴當然亦均屬之。故依憲法第16條所保障人民受「公平審判」之權利，其範圍當非僅侷限於保障判決確定前之訴訟程序部分而已，於判決確定後之非常上訴，如遇有「足致推事執行職務有難期公平之虞」之情形時，當事人當然亦均「一致」應有同受「審級利益」及「公平審判」基本權利保障之必要。是以，依前述釋字第178號解釋所揭，於刑事訴訟法中基於「為求裁判之允當，以發現實體真實，俾使刑罰權得以正確行使為目的」對於訴訟過程中遇有「特殊原因足致推事執行職務有難期公平之虞」之情形而所特設之法官迴避規定，自理當應該「一致」適用於全部所有依法定程序所提起之刑事訴訟審判，而不應因不同之法定訴訟程序而容有不平等之「除外」或「限制」之差別對待。

(四) 況且，就實質情形而言，承前所述，最高法院對於非常上訴案件之審理與對於第三審案件之審理，乃同樣均係「應以第二審法院判決所認定之事實為判決之基礎」，且審理之程序及判決之效力，亦均並無明顯差別。據之，則不論非常上訴審

法院或第三審法院，於實質之審級層次上，自理當同樣均係為第二審法院或其下級審法院之「上級審法院」。是以，就同一案件先前曾參與判決確定前一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，於後來不論復再參與該案件第三審或非常上訴審之裁判者，其「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」之真正本質，顯然並無實質之差異。則當事人疑其因此不免挾既有成見而有「足致難期公平執行職務之虞」之疑慮，不論依通常一般常理判斷，或按照前述大法官會議釋字第 178 號解釋所說明相同之事理客觀論之，顯然也當並無實質差異。是以，根據前揭憲法第 16 條一致保障人民訴訟權之規定要旨，則於上述不同訴訟程序之當事人自理當「同樣」均有應受「審級利益」及「公平審判」相同基本權利之保障。從而，就上述相同之法官，不論其後來復再參與該同一案件最高法院第三審之裁判或非常上訴審之裁判，乃「同樣」均當應自行迴避，不得復再執行職務。而當不應因不同訴訟程序而有不平等之差別對待。

(五) 然而，綜前最高法院檢察署 98 年台敬字第 0980011840 號函(附件 5)與最高法院 100 年台文字第 1000001037 號函(附件 7)之

說明，乃一致清楚表示刑事訴訟法第 17 條第 8 款所訂法官「曾參與前審之裁判者」應自行迴避之規定，乃係僅只專指就同一案件於判決確定前之「同一訴訟程序」中曾參與下級審法院裁判之法官而言。至於案件判決確定之後，依當事人聲請所提起之非常上訴，則係屬「另一訴訟程序」之案件，因此認為自無上開條款規定之適用。除此而外，再遍查刑事訴訟法其他所有條款，亦完全未見就曾參與同一案件判決確定前一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，規定其於同該案件非常上訴之審判，當應「自行迴避」，不得執行職務。據之，也即依據非常上訴所適用刑事訴訟法之規定，曾參與同一案件判決確定前一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，於該案件非常上訴之審判時，均並不須迴避，依然仍得以復再執行該審裁判之職務。

依刑事訴訟法之上揭規定，實乃等同於同一案件中，曾參與一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，於復再參與同該案件第三審之裁判時，基於「為維護當事人之審級利益及受公平審判權利之必要」，其即當應自行迴避，不容許得以復再執行職務；然而於該「相同法官」復再參與該「相

同案件」非常上訴審之裁判時，卻完全不須迴避，而容許其依然得以復再執行該審之裁判。甚至於容許「多位」曾參與同該案件一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官均得以「同時」復再共同執行該案件非常上訴審之裁判。依刑事訴訟法之該規定，無非明顯乃係針對於非常上訴案件當事人訴訟權至屬不平等之差別對待，而顯然侵害當事人依法定程序之訴訟當應同受審級利益保障及公平審判之基本權利，在在與憲法保障人民訴訟權與平等權之本旨顯然俱均有所牴觸違背。

(六) 綜以言之，就上述之情形，依非常上訴所適用刑事訴訟法之規定，無非顯係對於非常上訴案件當事人訴訟權不平等之差別對待，明顯侵害當事人依法定程序之訴訟均當應同受審級利益保障及公平審判之基本權利。據之所進行該非常上訴之審判，不啻與前述司法院大法官會議釋字第 178 號解釋所揭法官迴避規定乃基於為求裁判之允當，以發現實體真實，俾便刑罰權得以正確行使之立法本旨，逕相背道而馳，亦顯與憲法第 16 條保障人民訴訟權及憲法第 7 條保障人民平等權之意旨全然有所牴觸。實則，猶更因此而使依法所提起該非常

上訴之救濟程序無異徒然淪於只具「虛有之形式」。

(七) 而就本案終局裁判之實際情形論之，參與該非常上訴審裁判之「受命法官」孫增同乃係本案原臺灣高等法院更一審判決之「受命法官」(附件 2)；另一參與裁判之「陪席法官」黃正興則係本案原臺灣高等法院上訴審參與裁判之「陪席法官」(附件 1)。而詳細對照上開「非常上訴」理由書所指摘確定判決違背法令之內容(附件 3)，乃均為該二法官先前分別所參與裁判之二判決內容(按本案確定判決內容(附件 8)與該二次判決之內容(附件 1、2)概均幾乎完全相同，差異甚微)。然而依非常上訴所適用刑事訴訟法之規定，該二法官均並不須迴避，而均得以復再「同時」參與該同一案件非常上訴審之裁判，則依前述相同之事理，渠等自均同樣不免挾其先前既有先入為主之成見，因此而足認亦當同樣均顯有「足致執行職務有難期公平之虞」之疑慮存在甚明，從而其等同時復再參與裁判所作成該非常上訴審之判決，自顯然「難期係為公平及正確之審判」，非僅剝奪當事人訴訟之審級利益，亦明顯侵害當事人受公平審判之基本權利。綜言之，依本案終局裁判所適用刑事訴訟法之前揭規定，顯然有侵害當事人依法定程

序之訴訟當應同受審級利益保障及公平審判之基本權利，而與憲法保障人民訴訟權與平等權之意旨俱均在在逕相牴觸，誠彰彰明甚。

(八) 綜上，懇請 鈞會議賜准就本聲請案解釋如下：「刑事訴訟法未就曾參與同一案件判決確定前一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，規定不得再參與該案件非常上訴之審判，致依聲請人受最高法院 94 年度台非字第 115 號終局裁判所適用刑事訴訟法之規定，曾參與同一案件判決確定前一審、二審或經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，於該案件非常上訴之審判時，均不須迴避，而仍得以復再執行職務。依該終局裁判所適用該法律之規定，顯有侵害當事人依法定程序之訴訟當同受審級利益保障及公平審判之基本權利，而與憲法第 16 條保障人民訴訟權及憲法第 7 條保障人民平等權之意旨均有所牴觸。該法律之規定，應予修正之。」，俾確實保障人民訴訟權與平等權。誠感德便。

謹 致

司法院大法官會議

中華民國 105 年 11 月 23 日

附件附表

附件 1 號：臺灣高等法院 82 年度上訴字第 6491 號判決

附件 2 號：臺灣高等法院 84 年度上更(一)字第 146 號判決

附件 3 號：最高法院檢察署檢察總長提非常上訴書

附件 4 號：最高法院 94 年度台非字第 115 號判決

附件 5 號：最高法院檢察署檢察總長駁回函

附件 6 號：監察院 100 年 11 月 7 日院台業二字第 1000708199 號函

附件 7 號：最高法院書記廳 100 年 12 月 30 日台文字第 1000001037 號函

附件 8 號：臺灣高等法院 87 年度重上更(三)字第 226 號判決

聲請人：劉政哲

