

刑訴判解

法官迴避之認定

最高法院102年度台抗字第230號裁定

【實務選擇題】

以下何種情形之審理法官，依實務見解有自行迴避之事由？

- (A)被告於第一審受A法官審判，於第二審再受同一A法官審判。
 (B)被告於第一審審判時，法院囑託他法院之A法官調查證據，後於第二審再受同一A法官審判。
 (C)被告於第一審受A法官審理同一案之附帶民事訴訟事件，後於第二審再受同一A法官為刑事審判。
 (D)被告於第二審受A法官審判，後判決確定經被告聲請再審撤銷重開審判，又再受同一A法官審判。

答案：A

【判決要旨】

◎最高法院102年度台抗字第230號裁定

「按刑事訴訟法第十七條所定『推事(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』，依其法條文字『該管案件』觀之，係指案件已經繫屬於法院，由有該條各款所列應自行迴避情形之一之法官參與審理，並尚未經裁判而脫離該法院之繫屬者而言，應至明瞭；否則若案件業經裁判而脫離該法院之繫屬，即已無聲請承辦法官迴避之實益……查抗告人所犯誣告案件，係經檢察官提起公訴（台灣台北地方法院檢察署八十七年度偵字第八一二一號），於原審法院以九十三年度上更(一)字第三二號判處誣告罪刑後，因有未受請求之事項予以判決之違法，經本院於民國九十三年九月二十九日以九十三年度台上字第五〇八〇號判決予以撤銷確定，嗣經台灣台北地方法院檢察署檢察官以九十四年度偵字第六六二二號提起公訴，而經法院判處罪刑（即原審法院以九十五年度上訴字第一〇八九號，撤銷第一審諭知抗告人無罪之判決，改判諭抗告人以誣告罪刑，復經本院於九十五年九月二十二日以九十五年度台上字第五二七五號判決，從程序上駁回抗告人在第三審之上訴）確定，有上開檢察官起訴書、歷審法院判決書影本在卷可稽；原裁定以上開案件均經原審判決，上訴第三審

後，復經本院判決確定，脫離原審法院之繫屬，抗告人猶聲請法官迴避，已無實益……況刑事訴訟法第十七條第八款所定推事（即法官）曾參與前審裁判之自行迴避原因，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁定或判決者而言，如其前後所參與者，均為第二審之裁判，自不在應自行迴避之列；是縱原審八十八年度上訴字第二七六四號、九十五年度上訴字第一〇八九號案件，均由相同法官參與審理，因其前後所參與者，均為第二審之裁判，並不在應自行迴避之列」。

【法律問題分析】

法官迴避制度是刑事訴訟法的傳統課題，更是公平法院理念的實體實踐，也是公平審判原則的具體落實。其中，刑事訴訟法第17條第8款「前審之裁判」，學說上向有審級說以及拘束說的爭議，以下也一併說明，進而檢視此最高法院裁定。

一、法官迴避的法理依據：

所謂公平法院理念，係指人民有請求由公平法院審理判決之權利。而為創造公平法院，維持審判之公平性及訴訟制度之完整，除應使審判官為獨立審判，不受干涉外，並須使法院以公平之成員組織。因此，有設迴避制度之必要。而從公平審判原則也可以得到同樣的結論，公平審判原則要求審理法官的無偏頗性及中立性屬於公平審判原則之核心內涵，因此法院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中立性不能獲得確實的擔保時，應該排除或拒卻之³。而在具體個案中，關於法官應否迴避產生法律疑義時，也必須回歸迴避制度的建立原則之法理基礎以資判定。

二、刑事訴訟法第17條第8款「前審之裁判」之認定：

(一) 審級說：刑事訴訟法第17條規定（自行迴避事由）：「推事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」。依審級說（又稱「下級審說」）的立場，迴避制度重在保障當事人之審級利益，如在下級審已參與審判之法官，於上級審仍許其執行職務，則審級制度失其存在意義。司法院釋字第178號解釋：「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」；最高法院28年聲字第10號判例：「推事於該案件曾參與前審之裁判者，依刑事訴訟法第十七條第八款規定，固應自行迴避，但再審案件其參與原確定判決之推事，並不在該款應行迴避之列」。而這個下級審包含前前審，也就是說原在

³ 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論篇》，作者自版，第三版，2003年9月，頁90。

第一審審判之法官於第三審時又任審判法官時，亦有本條規定之適用。

(二)前次審說：本說重在維護裁判的自縛性，基於裁判一次性原則，案件既經裁判，即應受拘束，其是否允當，應由上級審加以認定，不允許其再參與，故又稱「拘束說」。前次審說批評審級說的立場是，迴避制度應該是全體法院法官皆有適用，僅以當事人審級利益受限制與否，則在第一審法官即不會發生迴避之問題。關鍵還是在於法官是否有偏頗審判之虞，如此方能維持公平法院理念之要求⁴。

而審判可能發生偏頗之虞的標準有二：其一是，前次參與之審判為事實審，與此次參與之審判同為事實審；其二是，前次參與之審判為事實審，而此次參與之審判為對該事實審裁判之審查審。也就是說，以目前的制度來看，只有非常上訴審才有構成排除例外，其餘皆法官應自行迴避。

三、本案解析：

抗告人於同一案件之前訴受同法院同一庭之第二審上訴法官審理，而該前訴因最高法院以未受請求之事項予以判決為由，原審部分有罪判決後，則第二審法院之有罪判決除撤銷部分即告確定。公訴檢察官於前訴確定後，又對前訴撤銷之部分提起同案之起訴，並再經第一、二審法院判決有罪，再經最高法院駁回抗告人上訴後確定。抗告人則以前訴第二審法官與後訴第二審法官相同聲請法官迴避。

而依法法官有應自行迴避而未迴避構成判決當然違背法令，得上訴第三審。惟刑事訴訟法第379條第2款規定，並非實務見解所認之狹義判決違背法令，所以本件當事人無法就已確定之後訴，以此為由提起非常上訴救濟，故而當事人嘗試以聲請法官迴避方式救濟。然而，案件已脫離繫屬，當事人聲請回已無實益，縱當事人聲請迴避為有理由，因案件業已判決且確定，已無撤銷改判之空間，故最高法院以此駁回抗告並無違誤。

然而，本件並非對同一訴訟之法官聲請迴避，最高法院以兩次參與裁判之法官皆為同一審級，而非此「前審之裁判」，則有張冠李戴之嫌。另外，本件訴訟不僅經過前訴法官審理，甚至曾為有罪判決，對案件之心證已然表明，變更之空間不大。不過，因後訴法官並不需審理前訴自己所為之判決，本就沒有偏頗自己心證之問題，不能僅因心證曾經公開即認為，法官有偏頗審判之虞，故抗告人之聲請卻無理由。

⁴ 黃東熊，《刑事訴訟法論》，三民書局，增訂初版，1999年，頁61~63。

【關鍵字】

法官迴避。

【相關法條】

刑事訴訟法第17條。

【參考文獻】

1. 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論篇》，作者自版，第三版，2003年9月。
2. 黃東熊，《刑事訴訟法論》，三民書局，增訂初版，1999年。

