

## 刑事法判解

## 違反迴避規定得否作為非常上訴理由

## 最高法院106年台抗字第960號刑事裁定

## 【實務選擇題】

下列有關「非常上訴」之敘述，何者正確？

- (A)係發見未確定案件審判違背法令之救濟方式
- (B)得由各檢察署檢察長向最高法院提起
- (C)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。
- (D)非常上訴之判決，以不經言詞辯論為原則，但必要時亦得為之

**答案**：C

## 【裁判要旨】

推事（即法官，下同）於該管案件，曾參與前審之裁判者，應自行迴避不得執行職務，刑事訴訟法第17條第8款定有明文。依司法院釋字第178號解釋，上開規定所謂「前審」係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言；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。又推事於該案件曾參與前審之裁判者，依上開規定，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（本院28年聲字第10號判例意旨參照）。故審理再審案件之法官，其曾參與原確定判決更審前之第三審判決者，並不在本款應行迴避之列。本件參與再審裁定之審判長法官，雖曾參與本院102年度台上字第1073號將原確定判決之前審撤銷發回之第三審判決，因其先前所參與者係第三審之裁判，本件聲請再審案件則為第二審之裁判，揆之首揭說明，自不在應自行迴避之列。從而，本件原裁定審判長法官，重製必究！

未自行迴避，依上述說明，於法尚無違誤。抗告意旨指摘曾參與原確定判決更審前第三審判決之法官再參與本件再審聲請案件之裁定係違法云云，依上述說

明，要屬誤解。

### 【爭點說明】

(一)法官應迴避而未迴避，屬訴訟程序違背法令：

按刑事訴訟法（下同）第17條之規定，法官於該管案件有1至8款情形者，應自行迴避。倘未自行迴避者，屬第379條第2款判決當然違背法令事由。然實務上認為，該款雖屬判決當然違背法令，惟本質上仍屬訴訟程序違法（最高法院41台非47例）。檢察總長倘欲以本款事由提起非常上訴，依實務見解，仍應先審查是否足以影響判決（最高法院29年2月22日刑庭決議）。

(二)訴訟程序違背法令事由，與統一解釋法令無關；且個案中非不利於被告，無提起非常上訴之必要：

1. 原案如涉及訴訟程序違法事由，為刑事訴訟法第17條、第379條第2款所明定。並經最高法院著有諸多判例、判決闡述綦詳，業無爭議。於法律見解之統一，欠缺原則上之重要性，難認有提起非常上訴之必要性(最高法院99台非字第182號判決參照)。
2. 再者，法官有應迴避事由而未迴避，依實務見解，多認此項訴訟程序違背法令事由，對於被告犯行所為認定事實及適用法律之職權行使，不生影響。亦即，該違法顯然不足以動搖原判決此部分所認定之事實，對被告自難認有不利可言。據此於客觀上亦難認有藉非常上訴程序予以救濟之必要性(最高法院99台非字第182號判決、100台非字第370號判決參照)。
3. 綜上，非常上訴之提起，因不合於97年第4次刑庭決議後所建立之裁量許可制之要件，最高法院自得認定個案中無提起非常上訴之必要性，判決駁回以違反迴避事項作為非常上訴之聲請，最高法院之判決應屬適法。

### 【相關法條】

刑事訴訟法第17、379條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！