

公平審判、法定法官原則與法官迴避 ——兼論最高法院分案連身條款之合憲性

錢建榮*

壹、法官迴避的憲法基礎為公平審判原則

一、公平審判原則與訴訟基本權保障

在我國，法官迴避的憲法法理為公平審判原則，不是也不必訴諸法定法官原則。德國基本法因為有法定法官原則的明文（基本法第101條第1項第2句參照），且規定在司法章節，而成為「司法基本（程序）權」，有別於第一章基本權清單，而被稱為「準基本權」，並無像我國憲法已有第16條概括規定的訴訟權，因而德國聯邦憲法法院係自法定法官原則發展為法官迴避的程序基本權依據。

公平審判要求法官必須保持中立、公正的審判而無偏頗的立場，具國內法效力之公民與政治權利國際公約第14條第1項第2句即明定：「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」。

司法院大法官釋字665號、752號解釋更明白指出：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。公平審判原則的客

觀法秩序因而轉化為主觀公權利功能，保障人民受公平審判因而為憲法訴訟權的核心內容。

二、法官迴避制度作為訴訟權保障的核心內容之一

為了確保公平審判原則的落實，釋字第761號解釋更直接指出：**法官迴避制度應屬訴訟權保障之核心內容**。解釋理由書說明，法官迴避制度的目的有二：其一是為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突；其二是要求法官避免因先後參與【**同一案件上下級審判**】及【**先行行政程序**】之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義。大法官因而認為，法官迴避制度實乃**確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨**所不可或缺，而屬憲法第16條訴訟權保障之核心內容。

三、法官迴避與否的判斷標準

由此可知，判斷法官是否迴避，應以有無侵害當事人訴訟權核心內涵為斷，判斷關鍵在於：**避免利益衝突（侵害公平審判）及避免預斷（侵害訴訟救濟本旨）**。至於是否違

* 本文作者係最高法院法官；臺灣大學法律研究所博士候選人

反審級利益並非關鍵判斷標準。

貳、法定法官原則作為訴訟權保障的核心內容之二

一、法定法官原則同為訴訟基本權的核心內容

關於法定法官原則，因為重在案件的管轄分配，包括法院內部分案前的遊戲規則，與重在分案之後的法官是否迴避，不完全相同。大法官因而於釋字665號解釋引進法定法官原則作為我國憲法原則，其依據為**憲法第16條的訴訟基本權及第80條的審判獨立原則**：「法院經由案件分配作業，決定案件之承辦法官，與司法公正及審判獨立之落實，具有密切關係。為維護法官之公平獨立審判，並增進審判權有效率運作，法院案件之分配，如依事先訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業，**即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符**」；「學理所稱之法定法官原則，其內容包括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…。法院案件之分配不容恣意操控，**應為法治國家所依循之憲法原則。我國憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判，亦有相同之意旨**」。

二、審級制度並非訴訟權核心內容

此外，因為釋字396、639號解釋已直指：

審級制度並非訴訟權保障之核心內容。大法官至今仍堅持審級制度屬立法形成自由：有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定（釋字第396號、第442號、第512號、第574號、第639號及第665號解釋參照）。只是釋字752號解釋在人民初次受有罪判決者，有所修正補充：其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益；為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，**至少應予一次上訴救濟之機會**，亦屬訴訟權保障之核心內容。

三、法官迴避與法定法官原則併列為訴訟權保障核心內容

從而可知，源自於公平審判原則的法官迴避，以及屬法治國原則的法定法官原則，兩者得並列為憲法訴訟權保障的核心內容，但**審級制度則未必**。當然，仍不影響審級制度為落實公平審判原則的重要內容，因為**公平審判原則可以包括審級制度，但審級制度則不可能含括公平審判**。

侵害審級利益有違公平審判原則，但沒有侵害審級利益的法官迴避，仍可能違反公平審判原則，此可自刑事訴訟法第17條各款明定法官自行迴避事由，其中第1至7款均與審級利益無涉，實無理由到了第8款僅剩下保障審級利益，而非公平審判原則¹。簡言之，**審級利益只是公平審判原則的充分條件**。

註1：刑事訴訟法第17條各款的「自行迴避」事由，就是立法者已預設此等情事明顯違反公平審判原則，無待個案當事人聲請而應自行迴避，至於其他個案有違反公平審判原則者，即概括規定在同法第18條第2款：「法官有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者」，作為聲請迴避之事由。

參、釋字178號解釋固從審級說出發，但並不限於審級說

一、再訪釋字第178號解釋

民國71年作成的釋字178號解釋雖謂：刑事訴訟法第17條第8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。解釋理由書亦稱：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。

就同一案件，包括「前前審」，亦即「下下審」在內的第一審法官，於上訴第三審仍應迴避的結論，其實已經逸脫審級說所預設的「法官不得自斷其案」的想法，此時調遷至第三審的法官所審查的並非其在第一審所作成的判決，尤其是在第二審撤銷第一審判

決而改判時，更為明顯。

此外，釋字第178號解釋理由書末段特別指明：「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」。此段認為仍應迴避的結論，與「前前審」（「下下審」）法官仍應迴避的想法，都已經超出審級說原有的內涵。

二、採審級說的是最高法院判例，並非釋字第178號解釋

觀諸本號解釋的聲請機關監察院當時的聲請內容是問：迴避是否包含經第三審撤銷發回更審前之裁判，以及「前前審」之第一審裁判在內？可見大法官僅就監察院聲請範圍解釋而已，並不代表大法官認為本款僅限於審級說²。

毋寧堅持僅限於審級說者，實為最高法院28年聲字第10號判例及29年上字第3276號判例³（現均仍屬有效之判決）。正確的說法是：釋字第178號解釋對於非屬審級侵害的

註2：參見監察院函司法院主旨：關於刑事訴訟法第十七條第八款「推事參與前審之裁判者」，於該管案件應自行迴避，不得執行職務之規定，本院認為所謂「前審」，不僅指當事人所聲明不服之下級審裁判，且應包含經第三審撤銷發回更審前之裁判，以及「前前審」之第一審裁判在內，方能符合立法之本旨，以期裁判之公平，而使當事人之衷心折服，此與貴院70.08.07（70）院台廳二字第○四五二六號函復本院之見解，顯然有異，依照司法院大法官會議法第七條前段規定，函請解釋見復。

註3：最高法院28年聲字第10號判例（決）：「刑事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」。29年上字第327號判例（決）：「刑事判例刑事訴訟法第十七條第八款所謂推事曾參與前審之裁判應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，至推事曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列」。

前審參與法官，但仍有違公平審判原則的迴避案例，並未表態。學者依據釋字第178號解釋，區分為審級說與拘束說來討論法官迴避，實係受上述兩則最高法院判例及實務運作的影響。

肆、釋字256、761號解釋實質上補充或變更釋字178號解釋

一、正確理解釋字第256號解釋

民國79年的釋字256號解釋謂：憲法第16條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。現行民事訴訟法第32條第7款關於法官應自行迴避之規定，即在當事人就法官曾參與之裁判聲明不服時，使該法官於其救濟程序，不得再執行職務，以保持法官客觀超然之立場，而維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判⁴者，固應自行迴避；對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局裁判之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避等語。推翻最高法院26年上字第362號認為再審不用迴避的民事判例（決）。

大法官解釋採抽象法規審查，具有規範效力。不能僅以個案裁判性質觀之。易言之，大法官解釋效力不能以聲請的案例或條文來限縮拘束，雖然作成解釋時受限聲請範圍，

但作成解釋後即成為抽象的憲法原則。普通法院向來採行的：釋字256號解釋僅適用於民事訴訟法的法官迴避，刑事訴訟法的法官迴避則仍僅適用釋字178號解釋的想法，即犯了誤解大法官解釋性質及效力的謬誤。

正確解讀應認為釋字256號解釋實質上補充（或變更）釋字第178號解釋，從審級說改採拘束說，而背後的法理就是公平審判原則及保障訴訟權核心內容。尤其公政公約已經在98年12月10日生效，最高法院關於（正確地說是「限於」）審級說的各項刑事判例見解早已抵觸公政公約第14條第1項第2句所宣示的公平審判原則規定：「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」，而不應再予援用。

二、不容忽視的合乎兩公約意旨之解釋方法

關於公政公約第14條第1項第2句的公平審判原則，聯合國人權事務委員會第32號一般性意見第21點即特別指出：「公正無私的要求涉及兩方面。第一，法官判決時不得受其個人成見或偏見之影響，不可對其審判案件預存定見，也不得為當事一方增加不當的利益而損及另一當事方。第二，法院在合理觀察者審視下來看也必須是公正的。例如，根據國內法規，由本應被取消資格的法官參加審理，而使審判深受影響者，通常不能被視

註4：至於民事訴訟法32條第7款於民國92年修正，復將「更審前之裁判」刪除，並於立法理由明示為有意排除迴避之規定，即使如此，仍會因為違反釋字第256號解釋所宣示的憲法公平審判原則而再次被宣告違憲。此種違反大法官解釋的修法，再次經宣告違憲的案例，非無實例，例如釋字第278號、405號解釋；釋字第384號、636號解釋。

為是公正審判」。從來就不是（只）採取審級說的觀察與詮釋，而是從防止預斷及採行客觀第三人的視角來審查。解釋刑事訴訟法第17條第8款，更應採取合乎兩公約意旨之解釋態度。

就此而言，最高法院110年台抗字第1501號裁定亦已以透過徵詢一致之統一法律見解方式，揚棄僅採審級利益說的限縮解釋態度，訴諸公平審判原則及訴訟權保障為審查標準，除引用公政公約第14條第1項第2句規定外，並正確解讀釋字256號解釋意旨謂：該號解釋雖係針對民事訴訟法第32條第7款規定而為解釋，然刑事訴訟對於審判公平性及正當法律程序的要求，並不亞於民事訴訟。本於法律體系的一貫性，對於刑事確定判決聲請再審者，其參與該確定判決之法官，於再審案件亦應自行迴避，以確保人民受公平法院依正當法律程序予以審判之訴訟權益⁵。

三、釋字第761號解釋意旨的啟發

此外，自釋字第761號解釋所宣示的訴訟權核心內涵觀之，審級利益毋寧只是避免法官預斷原則下的具體內容之一，亦即「任何人不得自斷其案」，如此即不限於上下「審級」，而應包括同一案件先前的裁判。

如此解釋不僅更符合刑事訴訟法第17條第8款「前審」之裁判的用詞文義（否則立法者

直接使用「下級審」之裁判用詞即可），尤其大法官認為法官即使只參與同一案件「先行行政程序之決定」都應該迴避，舉輕以明重，豈有參與同一案件「先前的裁判」卻不用迴避的道理。

四、小結：所有參與「先前審判」的法官均應迴避後續審判

總之，公平審判原則要求法官必須保持中立，公正的審判而無偏頗的立場，不止限於審級，只從審級利益來審查訴訟權是否遭侵害，更有審查不足的問題。綜合釋字761號解釋意旨及聯合國人權事務委員會第32號一般性意見第21點的要求，至少在同一案件的歷次裁判法官，客觀上在合理觀察者之審視下⁶，如仍參與後續審判，已足信法官可能產生預斷，會動搖法官公正及中立性之地位，應構成刑事訴訟法第17條第8款「前審」之裁判，而為應迴避之事由。

伍、具體案型的解析檢討

一、參與非常上訴或再審裁判前的歷審法官，是否應迴避

例如：曾於特定案件刑事通常程序參與裁判之法官，後於該案非常上訴程序，復參與裁判而未迴避，是否違憲？

註5：至於本件判決認為迴避以1次為限的結論，係參考行政訴訟法的明文，但是刑事訴訟法本有第10條移轉管轄之規定，足資解決法院員額不足的難題，採行類推釋字256號解釋的方式，屬不利被告的類推，本文難以同意。同見解參見薛智仁，〈曾參與「前審」裁判之法官迴避事由——最高法院110年度台抗字第1501號行事裁定〉，《台灣法律人》第8期，第196頁。

註6：客觀合理觀察者標準，除聯合國人權事務委員會第32號一般性意見第21點外，另可參見聯合國班加羅爾司法行為準則相關規範意旨。

我國非常救濟程序包括再審及非常上訴，關於再審程序，不論是闡明民事訴訟法的釋字第256號解釋，或最高法院110年台抗字第1501號經由徵詢達成統一的裁判見解的刑事訴訟法的再審，均認為應予迴避，實無理由不適用於非常上訴的終審判決。且基於本文前述見解，不論確定裁判或先前的裁判，均符刑事訴訟法第17條第8款「前審」之裁判的文義，釋字178號解釋甚至也說明包括「前前審」（下下審），更無理由排除非常救濟程序的「前前審」之理。

從而，應迴避的絕對不限於參與確定終局裁判之法官而已，還應包括構成該裁判基礎的下級審、事實審法官，及其他參與更審裁判之法官在內⁷，德國刑事訴訟法第23條第2句亦明文規定此等所有法官均應予排除審判（迴避）⁸。

在再審程序亦勢必為相同結論，蓋歷審裁判都可能構成終局判決的事實認定基礎的依據，而非常上訴程序雖係審查確定判決是否違背法令，但事實認定與法律適用，永遠是一個難解難分，不可能截然劃分的糾葛關係，歷審的法官既然都對同一案件表示過法律見解，不論是支持或反對檢察總長聲請非常上訴的理由，如果又參與非常上訴判決，都是審查自己的案件。

基於公平審判原則及避免預斷以達救濟本

旨的落實法官迴避制度的目的以觀，在合理觀察者（第三者）審視下來看，參與同一案件確定終局裁判前的審級的法官，如果審理再審或非常上訴之案件，不會被認為是公正的，而且因為有預斷之危險，自不可能為實質有效之救濟，尤有甚者，我國的非常上訴制度也還是被賦與個案救濟的功能，其應與再審為相同理解，已不待言。

二、參與發回更審前裁判之原審法官，是否應迴避

例如：曾於特定案件刑事第二審程序參與裁判之法官，後於該案經第三審撤銷發回之更審程序中，復參與第二審之更審裁判而未迴避，是否違憲？

本文見解採取所有參與先前裁判者，均應迴避的立場，更審前裁判的法官當然也應該迴避。有謂即使自「拘束說」立場，因該更審前裁判業經撤銷而不存在，而無裁判自縛性拘束可言。惟所謂拘束說，毋寧稱之「預斷說」更為明確，其意指任何人會受到自己見解的拘束，或者說要求推翻自己的見解，乃違反人性預設，因而始有「任何人不得自斷其案」的自然法法理。

參與更審前裁判者，經第三審撤銷發回後復行參與審判，如何期待會推翻自己先前的認定？即使曾作成的裁判已被上級審撤銷。

註7：同見解參見薛智仁，前揭註5，第195-196頁。

註8：德國刑事訴訟法第23條規定：「(1)法官曾參預之裁判，被依救濟途徑聲明不服者，依法直接排除其參預上級審之裁判。(2)法官曾參預之裁判，被依再審聲請聲明不服者，依法直接排除其參預再審程序之所有裁判。若被聲明不服之裁判是在上級審程序中作出，則曾參預作為裁判基礎之下級審裁判之法官，亦排除之。第1句及第2句之規定，準用於法官參與準備再審程序之所有裁判」。條文翻譯參見連孟琦譯（2016），《德國刑事訴訟法》，以下引註同。

此所以德國、日本刑事訴訟法會明定此時法官應迴避審判之理⁹，不能因為（德國）非明定在法院迴避章節，而規定在法律審上訴章節規定，就說這不是關於應迴避的規定。

從當事人的立場而言，尤其刑事案件的被告，總是不希望遇見已有定見（或成見）的法官，不幸如此，被告只能寄望下一位法官。這在上、下級法院間就叫「審級利益」；在發回或再次上訴的原審間就叫「公平法院」¹⁰，法官迴避要實踐的是公平審判原則，不止是審級利益。

從第32號一般性意見第21點關於公正無私的第二方面要求：法院在合理觀察者審視下來看也必須是公正的，要迴避的答案更為清楚。一般性意見特別舉例所稱的：「根據國內法規，由本應被取消資格的法官參加審理，而使審判深受影響者，通常不能被視為是公正審判」等語。所謂「應被取消資格的法官參加審理」，當非僅指已無法官資格者，更應包括「作成應被撤銷（廢棄）裁判的法官參加審理」而言，始具實質意義。

又即使從審級說而言，第二審曾經某法官審理宣判之案件，經第三審撤銷發回第二審更審，仍由同一位法官審理，此種審級救濟無異形同虛設，相信這也是連看似僅以審級說的釋字第178號解釋，所以要解釋參與「前

前審」法官也應迴避的理由所在。

更甚之，如果認為此處更審前裁判的法官不用迴避，試問：如果第二審司法行政如法炮製最高法院所實施的「（更二）連身條款」¹¹，明定最高法院撤銷發回之案件，一律分由原裁判法官審理（更能達到貫徹法律見解統一與速審速結的目的？），是否不違法、不違憲？更別說自合理觀察者的角度，當事人乃至社會，以及法官群體、司法行政真能接受這種不用迴避的分案方式？本文認為，果若如此規定，更是同時違反公平審判及法定法官原則，而侵害訴訟權的核心內容。

三、連身條款：參與發回更審前裁判之第三審法官，是否應迴避

例如：曾於特定案件參與最高法院刑事第三審裁判之法官，於案件發回更審，當事人復行上訴至最高法院時，仍分案由該法官參與第三審裁判而未迴避，是否違憲？

（一）最高法院的「更二連身」與「重大案件連身」條款

上述分案方式並非想像，而是我國最高法院實務現狀。早從民國76年起，最高法院即以民刑庭庭長會議決議之方式，嗣於民國80年以院長核定方式，發布「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

註9：參見德國刑事訴訟法第354條第2項：「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」。日本刑事訴訟法第20條第7款：「法官有下列情形者，不得執行職務：…七、法官就案件曾參與第266條第2款裁定、略式命令、前審裁判、依第39條至第400條、第412條或第413條之規定撤銷發回或移送之原判決，或參與作成該等裁判基礎之調查。但係受託法官參與之情形，不在此限」。

註10：參見錢建榮，〈違反法定法官法官原則的更二連身條款〉，《月旦法學教室》，第140期，第61頁。

註11：所謂更二連身條款，詳見錢建榮，同上文，第59頁以下；另參見本文後述伍之三的討論。

要點」，其中第1點即明定：「最高法院為使發回更審三次以上即更二以後再行上訴（原審字號為更三）之民、刑事案件（下稱更二以後之案件）早日確定，特訂定本要點」；第二點規定更二以後之案件一律分由發回前原主辦股法官承辦：「更二以後之案件，按民、刑事科製作之一般分案送案清單所列原主辦股法官，循一般分案程序，分由該法官辦理；並依最高法院民、刑事案件編號、計數、分案、報結要點第十點規定，辦理提前分案」；第三點復「加碼」規定：「前條案件之相關案件，一併分由該原主辦股法官辦理」。

簡言之，就是更二審上訴第三審之案件，一律分由發回前之原主辦法官辦理，並提前分案。之後無論發回多少次，只要上訴就都固定分給同一位主辦法官。實務界一般稱之為「更二連身條款」，最高法院現行「民事案件分案實施要點」、「刑事分案實施要點」，包括最高行政法院的分案，均沿用至今。

此外，重大刑事案件（指原審宣判死刑或無期徒刑之案件），發回更審再行上訴最高法院時，即一律分由原法官審理，無待更二審上訴才連身，可稱之為「重大案件連身」條款，也同樣沿用至今。

（二）法定法官原則的核心內涵在不得恣意分案給特定法官

參見釋字第665號解釋意旨，法定法官原則除了要求「應以事先一般抽象之規範明定案件分配」外，更限制規範內容「不得恣意操控由特定法官承辦」，以干預審判。換言之，不僅是要求法院事先須有一般抽象的法規範為分案依據，更要求此種分案的法規範指引，其內容不得恣意操控由特定法官來審

理。此處「不得恣意」指的是，案件應隨機、盲目分案，也就是分案前無從得知會分給哪位特定法官，更不能因為案件本身而指定由特定法官審理。

（三）德國的土地專屬管轄與我國以審理法官為分案依據顯難相比

首先，終審法院僅有一庭者，如美國聯邦最高法院，自然沒有上訴後是否重新分案的問題，僅有終審法院採多庭制者，始有如何分案的問題，即使是日本最高裁判所15位法官組成大法庭，也區分有3個小法庭。論者舉與我國同屬多庭制的德國聯邦最高法院刑事庭為例，以各庭係以「地區」劃分終審（第三審）法院的管轄模式，例如刑一庭受理特定幾個地區高等法院之上訴案件，只要撤銷發回再上訴，仍由刑一庭審理，未見有違反法定法官原則之疑慮。

實則，此種類比似是而非，因為這樣的案件管轄方式係以土地為決定因素，此與我國上訴第二審的土地管轄，依不同地區的上訴，分由高等法院或其他分院管轄相同，都是事先抽象以隨機的「土地」因素為分案標準，其實是制定案件土地管轄的標準，而非以具體個案本身的因素為分案標準，自不違反法定法官原則。德國此種模式，在特定地區的上訴第三審案件，形同僅有一庭管轄，既然只有一庭，當然就沒有違反法定法官原則的爭議。

我國最高法院的更二連身或重大案件連身條款，是以「已經產生的具體案件本身」，以及「已經審理過該案的法官」為唯一分案標準。德國發回更審再上訴第三審，分由同一庭審理是因為事先明定「土地管轄」的特定一庭所致，我國則是明明有其他法官、其

他庭別同樣輪分所有上訴案件的前提下，卻事先明定必須分給已經審理過同一案件的不同法官，焉能相比？

明定更二或更一審上訴一律分由原法官審理，即係指定特定法官，與案件第一次上訴時是隨機輪分無涉，就算符合「事先規範明定案件分配」，但內容是具體指分給特定法官，既不一般，也非抽象。

總之，最高法院的作法如果不是指定特定法官審理，甚麼情形才叫指定法官？如此分案模式，先不談有無違反法律保留原則的爭論，就算是事先以一般抽象的分案要點規定，但分案內容的依據根本就違反盲目、隨機分案的法定法官原則核心內涵，形同「恣意」操控由特定法官來審理。

（四）發回後再行上訴第三審的審查標的不包括前次的第三審判決？

至於另有持第三審審查的案件標的是第二審判決，而非前次撤銷發回的第三審判決，並無違反自斷其案的說法，也只能限於第一次上訴第三審的隨機輪分，在重大案件更審（或一般案件更二審）判決，再行上訴仍分由前次第三審審判的相同法官情形，形式上看似審查下級審判決，實則更包括審查下級審有無聽令「自己」前次撤銷發回的理由（法律見解或據以事實認定），焉能謂不是審查自己先前的判決？

不論是證據調查、事實認定或法律見解的判斷，如何能期待相同法官能不受限於前次自

己在撤銷發回判決中所表示見解之拘束¹²，同樣犯了「任何人不能自斷其案」的避免預斷原則。

（五）法律審就沒有迴避問題？

有自追求法律見解統一的觀點，提出「法律審之自我拘束力」原則，亦即法律審也同受其先前發回理由之拘束（可謂水平的拘束力），尤其終審法院負有維護法安定性與統一見解之任務，務須遵守自身的裁判先例，並引用許宗力、林子儀大法官在釋字第687號解釋提出的不同意見書，所指出美國法的「判決先例拘束原則」為說明依據。

惟正因為法律見解統一負有法安定性之憲法任務，所以垂直的拘束力，會要求下級審受上級審裁判見解的拘束，但仍然不能構成法官偏離依法獨立審判的便宜藉口。首先，許宗力、林子儀大法官在釋字第687號解釋提出的不同意見書強調：基於法官依法獨立審判的思維，法官作判決時不僅須隨時審查有無判決先例存在，以及該先例是否適宜適用在其當前的個案，更重要的是，法官還須謹慎審查該判決先例是否正確，或隨社會情勢變遷，是否還站得住腳，可以支持。總之，判決先例的「效力」是建立在法官的自我抑制與尊重之上，僅具事實上之拘束力，法官對於「自己的」法律爭議，最終仍必須由其自己負責解決，其裁判的依據就是憲法與法律，遇有判決先例，不得盲目遵循，其仍有義務在個案中忠實地根據憲法及法律規定，

註12：參見錢建榮，同上文，文章一開始設題的舉例案件。一般案件更二審上訴以後、重大刑案一上訴以後，被告的命運就註定交給同一位法官手中，而同一位法官承辦更審上訴後的案件，不就等於自己審理先前自己的裁判，別說法官可能偏頗，就算是早有定見，如設題的案例，A法官如堅持要判處被告林女死刑，下級審只要不判死刑，他就是會撤銷發回，直到改判死刑方休。這種就算以法官會議決議方式的指定法官分案，被告根本「命中註死」。

審查該先例是否正確，或是否仍可支持。

換言之，法律見解是可能變更的，但在終審法院僅有一庭的國家，只能透過後案推翻前案的方式，因而也只能期待當法庭組成成員有所改變時，始有可能。如我國或德國終審法院有多數庭的國家，因而有所謂「大法庭」的統一機制（我國以往的民刑庭決議亦同），唯有在不同法庭（法官）間有裁判顯在歧異，或欲推翻現存見解的潛在歧異時，透過持不同意見的其他法庭的提案討論，才可能變更見解。

很明顯的，不論美、德或我國終審法院（包括我國憲法法庭），都必須立基在不同法官的基礎上始有可能變更法律見解，不論是相同或不同時空的法官。當案件分由同一位曾經表示過某法律見解的法官時，就很難期待變更見解的可能性，因為已經有所預斷，而「任何人不可能自斷其案」。

只要終審法院設置多庭，在相同的時空下，不同庭之間可能持相異的法律見解，此時只能透過「分案之後」的事後統一法律見解機制，以解決歧異，更形尊重審判獨立原則，使得不同的法律見解藉由各庭間的「大法庭相關程序呈現討論，以達成統一見解；但是，經由過早的，在具有多庭的終審法院，從「分案之前」就指定分由相同法官的方式，試圖以藉由相同法官來獲得相同法律見解（或事實認定）的方式，無疑是一種「人為的操縱」，不僅違反隨機、盲目的分案原則，更是失去統一法律見解的合理前

提：經由不同法官間充分多元的思辨，以及變更見解的可能性。

尤有甚者，如果認為案件再行上訴第三審，分由相同法官並不違背法官迴避的法理，也不違反法定法官原則，且提出所謂如此更有助於法律見解統一的說法，最高法院又何必規定「更二審」案件上訴始連身，何不即刻修改分案要點，仿重大案件上訴就連身的規定，明定所有案件一上訴就連身，是否也就無需大法庭的統一法律見解機制？遑論如此分案模式，如何通過合理觀察者之審視下，仍會認為公平的檢驗標準。

（六）自民、刑訴訟制度構造不同的思考觀點

此外，值得思考的是，我國刑事訴訟法何以並無類似民事訴訟法第478條第4項（或行政訴訟法第260條第3項）規定：「受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判決基礎」的原因。這涉及訴訟制度及審級設計的不同。

我國刑事訴訟法仍採行「覆審制」，與民事、行政採行「續審制」，亦即第二審係以第一審所建立的事實為基礎而續為審理，此與日本刑事訴訟法制所採的事後審，具有相同法理基礎。

在事後審或續審制的訴訟構造下，才能說上訴第三審的法律審，屬「原有案件的延伸」（舊有案件的延續），亦即有稱之「形式上為新案件，實質上為原訴訟程序之續行」¹³。因而同一案件應受上級審，包括法

註13：以「原有案件的延伸」為由，認為更二連身條款並無違反法定法官原則，且謂如此作法符合訴訟經濟的說法者，也不否認如果更審案件性質，在形式上或實質上均屬「新收案件」，即有可能違反法定法官原則。參見魏大曉（2019），〈法定法官原則保障範圍與密度——以最高法院民事更審案件分案規則作說明（下）〉，《司法周刊》，第1955期。

律審，認定事實、適用法律的拘束，同樣的，上級審也受到下級審認定事實的拘束。

覆審制則不然，第二審可是全然不受第一審認定事實拘束的重覆（或者說新的）事實審，即使經過第三審法律審的撤銷發回，即回到重新的事實審程序，固然，基於法律審性質及審級制度的約束，受發回法院不得受發回意旨之拘束，然而覆審制的制度設計，使得事實審得重新認定事實，因而也就有適用或為不同法律解釋的可能性。最高法院29年上字第394號判例（決）因而謂：第三審發回更審之案件，雖就上訴意旨所指摘之範圍內，認為某種證據應行調查未經原審履行調查之程序為發回之原因，但案經發回，**即已回復原審之通常程序，關於當事人聲請調查以及法院依職權所應調查之一切證據，均應仍予調查，不得僅以第三審發回之點為限。**

如此，我國刑事第二審的更審案件是否仍能謂其係「原有案件的延伸」，即甚待商榷，蓋更審案件不僅不受第一審認定事實之依據，也因為重新認定事實、調查證據的結果，已不（僅）受第三審發回意旨之拘束。既然是新重新認定事實、適用法律的「新案」，就不能說是舊案的延續，毋寧其不論形式或實質上，正屬於第二審的「新收案件」，不論是曾經因檢察官上訴或包含被告也同時上訴，或始終為被告提起上訴而有不同。

既然是第二審新收案件，再行上訴後卻指定分由撤銷發回前的「舊案法官」審理，自然形同指定法官，如何能不落入以「恣意或

其他不當干涉案件分配作業」的指摘¹⁴。此時新案反而受到舊案法官先前法律見解（或逃脫不了的調查證據、認定事實）的拘束，不僅違反法定法官原則，也同時因為該法官未迴避分案，違反公平審判原則而違憲。

（七）重提往事：最高法院前輩庭長們的智慧（76年度第一次民、刑庭長會議）

經最高法院披露的歷史文獻，亦即最高法院76年度第一次民、刑庭庭長會議，因而得知，更二連身條款其實是當年司法院要求最高法院試辦（照辦）的發想，根本不是最高法院的原始分案構想。

當年的庭長會議，與會庭長們曾以四大理由否決司法院要求最高法院試辦更二審案件上訴就連身的指示。四個理由分別是：破壞行之有年的保密分案制度；違反釋字第178號解釋之精神；違反合議制度之規定；以及未必能達成司法院所欲要求的效率原則。

其中第1點的理由，雖然現今已廢止保密分案制度，但庭長會議指出保密分案目的是發揮審判獨立之功能，亦即不欲得知案件分由何位法官審判，隱含有「盲目」分案的精神，而連身條款即為指定法官，也就難以落實獨立超然的審判獨立原則。

第2點所指違反釋字第178號解釋精神的說法，庭長會議更指出：「若發回後再上訴之案件，固定的由同一推事（法官）承辦，則同一案件永遠由同一法官再三承辦，其與釋字第178號解釋意旨所示精神，自大相刺謬」等語。已正確指出更二連身條款違反避免預斷原則：避免同一法官對同一案件再次參與

註14：魏大曉，同上註，第2版。

審判而有成見的法理。

關於第3點違反合議制度之規定，庭長會議說明：案件係由五人合議決定，如再行上訴分由相同法官，祇能適用於獨任制案件，並強調：案件始終由（同）一人審判，如執有成見，將不能獲得客觀公平裁決之機會。更正確指出更二連身條款違反公平審判原則。

第4點關於未必能達成效率原則的反駁，也指出：案件再行上訴，經年久遠，即使分由相同人員承辦，仍須重新審閱等情。與本文所持刑事更審上訴案件屬「新案」，而非舊案，自應重新分案給不同法官以進行對「新案」審查的想法不謀而合。

陸、結論

依據歷來大法官解釋意旨及脈絡，植基於公平審判原則的法官迴避，與法治國原則下的法定法官原則，同屬我國憲法訴訟基本權保障的核心內容。

以法院內部的分案為例，**法官迴避著重在分案之後**，法官是否有預斷而侵害當事人訴訟權之危險，操作上也可能及於分案之前或之際即預先排除特定法官參與，保障審級利益的考量就是其一，但以侵害審級利益的說法，毋寧仍是防免預斷的說法，在上下審級之間，任何人不應自斷其案，乃當然之理，但非審級之間的同一案件，也同樣存有不能自斷其案的法理，此所以立法者在不論刑事訴訟或民事訴訟法，均採行參與「前審」之裁判應自行迴避的用語，而非使用參與「上下級審」的用詞，當能理解。

法定法官原則重在分案之前不能「恣意」指定特定法官，因為經驗顯示，個別法官的認事用法或學養能力，甚至價值判斷，都影響個案審理結果甚鉅，所謂所有法官都是絕對公正的「等值性」預設，只是空中閣樓，不切實際的想法。事先以一般、抽象的分案規則隨機分案的目的，就是在確保不會有因案指定特定法官的恣意之舉。

我國最高法院的連身條款雖然是事先明定的分案規範，但是事先即明定審理過同一案件的法官，撤銷發回之後的（第二次或第三次）上訴，永遠由同一位法官主審，排除當初第一次上訴時的隨機分案決定法官的方式，當然是「恣意」指定特定法官，而且是指定已經審理過的法官，這在多庭制的終審法院，也就是還有其他法官可能分案審理的預設下，就是指派特定法官，不僅違反法定法官原則，也可能違反不能預斷的法官迴避，難以通過第三人合理觀察者的視角檢驗。

許宗力大法官曾在釋字第665號解釋的部分不同意見書中提醒：**司法權的行使不得因人設事，刻意操控裁判結果的理念，是法治國家共通的基本立場**。許大法官雖不否認，在具體作法上必然受到各國歷史經驗與實務演進的影響，但這取決於在各該國家的歷史經驗中司法公信力是否構成問題。但也直言，不幸我國的情況相差遠矣：威權時代政治力直接、間接干預司法的指控，時有所聞，尤其政治敏感性案件，民眾不信任司法，可謂不爭之事實。因而認為：在我國受事先、一般、中立、抽象規則所分派的法官裁判，必須是人民受憲法保障的基本權利，而不只是

立法政策任意的抉擇；在特殊的案件改分情形，更要一併考慮到基於訴訟權及正當程序之保障，當事人所應得之程序中參與權利，以及法院因此所應負擔之提高程序透明度的義務。

許大法官於意見書末，更感慨指出：「更易法官的處置不透明，不代表它就是不公正，但單是程序的不透明便足以侵蝕司法公

信力的基礎，因為司法是否具有值得信賴的制度外觀，與它實質上的廉正程度同等重要，前者微妙地牽動著人民對司法的敬重與信賴，而此種敬重與信賴感，乃是我們在民主化的驚濤駭浪中不時過度激化分裂的社會，所賴以修補共融的最後憑藉」。

更易法官如此，絕對的不更易法官，何嘗不是？（投稿日期：2022年10月17日）

全國律師月刊審稿辦法

第一條（法源依據）

為維護社會公益，全國律師月刊之投稿者如非執業律師或未取得律師證書等，不得使用律師名銜、職稱或易使公眾混淆之職稱（包含但不限于：所長、合夥人、執行長、法律顧問或資深顧問等）。但其職銜經本會審查同意者不在此限。

第二條（消極資格）

依律師法第三條第三項規定非領有律師證書，不得使用律師名銜。投稿者如有律師法所定消極資格（律師法第五條、第七條、第九條等規定）情形，應予陳報或切結，俾利本會編輯委員會審查。

投稿者應依照本會所附之切結書（附件格式）切結之。

第三條（投稿之審查）

本會依投稿辦法先為程序形式審查並行書面審查。

如投稿者之資格或投稿文件（包含但不限圖照、文字、著作及口述著作等）有違反投稿辦法或學術倫理等，經查證屬實將依本會辦法及決議處理之。如有違反學術倫理之虞或投稿者職銜刊載不當者，亦同。

附件表格

- 現為執業律師 具有律師證照或律師高考及格
- 具有律師法消極資格（事由：_____）
- 登載：學歷或職銜（請填寫：_____）
- 以上若勾選不實，應依法負民刑事責任。

投稿人簽名：

日期：