

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 178 號

解釋日期：民國 71 年 12 月 31 日

資料來源：司法院大法官會議解釋續編（二）第 67 頁

司法院大法官解釋（二）（98 年 10 月版）第 325-330 頁

相關法條：刑事訴訟法 第 17 條

解 釋 文： 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。

理 由 書： 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，因有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。其第十七條第八款所定：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。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。

大法官會議主席 院 長 黃少谷

大法官 林紀東

陳樸生

陳世榮

范馨香

翁岳生

蔣昌煒

梁恒昌

鄭玉波

涂懷瑩

姚瑞光

翟紹先

楊與齡
李鐘聲
馬漢寶
楊建華
楊日然

不同意見書一：

大法官 陳世榮

解釋文

刑事訴訟法第十七條第八款所稱前審之裁判，應包括前前審之第一審裁判在內，惟經第三審撤銷發回更審前之裁判，則不在此限。

解釋理由書

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，就同一事件，曾參與下級審之裁判而言。推事曾參與前審之裁判，所以應自行迴避者，蓋以推事曾參與下級審之裁判，就同一事件，復參與上級審之審判，無異批判自己之裁判，使審級制度失去意義故也。本條第一款至第六款所列事由，皆足認推事有裁判不公之虞，而有此等事由之一時，不問其具體之情形如何，使其當然不得執行職務，以維裁判之公允，至於第八款規定，其目的則在審級制度之維持、保障，裁判之公正不過為其結果，即間接亦可免受影響是已。關於前前審之第一審裁判，第三審之審判，既以第二審判決及第一審判決為對象，則間接曾參與第一審判決之推事，就同一事件，復參與第三審之審判，仍應認為參與前審之裁判，應自行迴避。然關於經第三審撤銷發回更審前之裁判，該第三審審判之對象為更審前之第二審判決，而更審後再上訴時之第三審審判之對象則為更審判決，並非更審前之第二審判決，更審判決與更審前之第二審判決又無何關聯，殊難謂更審前之第二審為更審後第三審之前審，推事曾參與更審前第二審之裁判，復參與更審後第三審之審判，並不在刑事訴訟法第十七條第八款應行迴避之列。惟因情形，足認其執行職務有偏頗之虞者，當事人得依刑事訴訟法第十八條第二款規定聲請推事迴避，係屬另一問題。合併說明。

不同意見書二：

大法官 姚瑞光

關於推事迴避制度，各國法律，雖均設規定，但因國情不同，就同一迴避原因，其內容迥異者，亦有其例。就推事曾參與「前審」裁判之情形言，西德刑事訴訟法第二十三條第一項規定「法官曾參與經上訴撤銷之裁判者，依法不得參與該案上訴審之裁判」，係以法官之裁判，經上級法院撤銷發回後，該法官在上級法院就該案審判，為參與「前審」裁判之要件，而上級法院法官，就其在下級法院參與審判之案件為裁判，則非參與「前審」裁判。同條第二項規定「法官曾參與經再審之聲請而撤銷之裁判者，依法不得參與該案再審之裁判……」，明定曾參與案件之確定裁判者，為再審

案件之「前審」裁判，而我國判例，則向認參與案件之確定裁判，非再審案件之「前審」裁判。從此可知，所謂「前審」，究係指下級審而言，抑係依其文義，指前次審判而言，尚不無研究推敲之餘地。茲經聲請統一解釋，自應抉摘取捨，力求合理，其理為何，分述如左：

一 迴避制度之目的

法官雖應依據法律，獨立審判，然遇特殊情形，難免不因人（如推事為被害人）因案（如推事參與前審裁判）而偏袒徇私或固執成見，故法律特設推事迴避制度，凡依法應行迴避之推事，均為訴訟法上欠缺審判資格之推事。迴避制度之目的，在求推事公平執法，裁判確當，預防偏私，期成信讞。

二 非審級利益問題

審級利益，指當事人之案件，依法得循序由各級法院審判之利益而言。在三級三審制度之下，依法得受三次審判者，若使其僅受二次審判，即有損害當事人之審級利益，故案件已循序經由各級法院審判者，應認為與當事人之審級利益已無影響。至當事人不服裁判而提起上訴或抗告之案件，若仍由原推事在直接上級法院審判，則該項上訴或抗告，與不移審無異，雖足使國家設審級制度之功能喪失，但非當事人之審級利益問題。

三 前審並非下級審

前「無」下「義」，將「前審」解釋為「下級審」，並非合理。蓋推事曾參與前審之裁判者，應自行迴避，其法理之依據為：「任何推事，對於自己所為之裁判，無法為公平之裁判」。故凡合於「對於自己所為之裁判為裁判」之情形者，均為參與「前審」裁判。曾參與當事人現所聲明不服案件之下級審裁判者，固為參與「前審」裁判，在再審或非常上訴程序，參與當事人現所聲明不服之確定裁判，亦為參與「前審」裁判。基於上述法理，最高法院二十九年上字第三二七六號判例所為「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不服案件執行裁判職務而言」之概括的闡釋（非僅就經上級審發回更審再行參與之具體案件所為之說明），甚具價值，有採為統一解釋基礎之必要。

四 前前審不必迴避

推事在第一審法院裁判之案件，經第二審法院裁判後，上訴於第三審法院，該推事如在第三審法院參與該案件之裁判（即所謂「前前審」之裁判），非「對於自己所為之裁判為裁判」；同理，推事曾參與經第三審法院撤銷發回更審前之裁判者，其後在第三審法院就該案件為裁判，亦非「對於自己所為之裁判為裁判」，均不生參與「前審」裁判之問題，不必自行迴避。

五 直接前審應迴避

本件多數意見將非「對於自己所為之裁判為裁判」之「前前審」裁判，及第

三審法院之推事，就曾參與經第三審撤銷發回更審前之案件為裁判，解釋為曾參與「前審」裁判，而將符合「對於自己所為之裁判為裁判」之情形，難期為公平之裁判，理應自行迴避之直接「前審」裁判，即為確定裁判之推事，參與再審或非常上訴案件之裁判，不包括在參與「前審」裁判範圍之內，顯非合理。依據上述法理、判例及說明，本件比較合理之「解釋文」應為：刑事訴訟法第十七條第八款所稱推事曾參與前審之裁判，係指推事對於當事人聲明不服之裁判，曾經參與，即該案件之前次裁判為其所裁判者而言。

附件：監察院函

受文者：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。

說明：一 本案經本院司法委員會提報本年四月十五日本院第一千七百零三次會議決議：「由院函請司法院解釋見復」。

二 本院受理陳訴人蘇○子陳訴，為被控違反國家總動員法案件，最高法院枉判一案，據該陳訴人陳訴略以：彼所涉案件，在二審法院曾由高廷彬推事任審判長，有台灣高等法院六十八年度上更（三）字第三○四號判決可憑，而本案上訴於最高法院，仍蒙高廷彬推事參與審判，復有最高法院七十年台上字第二九八七號判決駁回陳訴人之上訴而告確定在卷，依刑事訴訟法第十七條第八款規定，推事曾參與前審之裁判者，於該管案件應自行迴避，不得執行職務。又依同法第三七九條第二款規定，依法律或裁判應行迴避之推事參與審判者，其判決當然違背法令。準此，上開最高法院判決參與裁判推事高廷彬竟為本案前審參與裁判之推事，顯屬違背法令且因囿於成見，冤屈陳情人，請予伸雪等語。

三 查本院前受理黃○炎陳訴，其被訴瀆職案件，歷經前後二、三審，均為推事黃雅卿陪席參與裁判，認與刑事訴訟法第十七條第八款之規定有違，經本院司法委員會決議函請貴院查



明見復一案，嗣准貴院 70.08.07（70）院台廳二字第○四五二六號函復：「……說明三、按刑事訴訟法第十七條第八款所謂推事參與前審之裁判者，依最高法院二十三年抗字第四四○號，二十九年上字第三二七六號判例意旨，係指對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與其下級審之裁判，又再就此項不服案件執行上級審裁判職務而言。至推事曾參與第二審之裁判，已經第三審撤銷發回，另為之更審裁判，其未參與更審判決之推事，在上級審參與裁判，即非參與前審裁判之推事，與法定迴避原因無關。……」

四 按法院職員因具備一定之資格而任用，屬於其職務範圍內之任何事務，固均具有處理之一般權能，但對於一定之案件，因有特別情形，即應排斥其職務之執行，以維裁判之公正與威信，而得當事人之折服，此所以承認迴避制度，而於刑事訴訟法明定法院職員迴避之各項規定者也。刑事訴訟法第十七條第八款規定「推事曾參與前審之裁判者」，於該管案件應自行迴避，不得執行職務。所謂「前審」，指下級審而言，此不僅為當事人所聲明不服之裁判，即經第三審撤銷發回更審前之裁判，亦應包括在內，以期裁判之公平，始符立法之本旨。申言之，法文所謂「前審」，且應包括「前前審」在內，例如甲推事曾就某事件參與第一審之判決，嗣升任第三審推事，該事件一再上訴而至第三審，甲推事對該事件應否迴避，解釋上應有本條款之適用。（見程元藩、曹偉修合著「刑事訴訟法釋義」上冊七十二頁）。參與「前前審」推事既應迴避，參與更審前「前審」推事，更應迴避，其理甚明。從而本院對於貴院前項函復意見，自未便苟同。

五 此外，關於貴院前開復函所引用最高法院二十三年抗字第四四○號及二十九年上字第三二七六號判例，經詳研其內容，均為同一審級之推事，參與發回更審前裁判，而於更審中執行職務，不在應行迴避之列，有所闡明，亦即所謂參與「前次」審判之推事，不必迴避，並非指「前審」裁判。此二判例之意旨，要與本案情節無關，似未可牽引附會，而為最高法院對於蘇案及黃案曾由參與前審裁判推事執行職務毋庸迴避之參證，併此說明。

六 檢附貴院前開復函，台灣高等法院六十八年度上更（三）字第三○四號，最高法院七十年台上字第二九八七號判決影

印本各一份。