

二、甲因竊盜罪嫌遭警詢問時，冒用乙名應詢，警察局未察而以乙犯竊盜罪嫌函送檢察署偵辦。檢察官以乙竊盜罪嫌事證明確，未經訊問，即對乙偵查終結，向地方法院簡易庭聲請簡易判決處刑，簡易庭法官亦以事證明確，判決乙竊盜罪刑，處拘役50日。乙收到判決書後，認為其未曾犯罪而提起上訴，地方法院合議庭（A、B、C法官）開庭查明，撤銷原判決，改判甲竊盜罪刑，仍處拘役50日。試問：

(一)甲對確定判決聲請再審，甲從傳票得知再審案件仍分由A法官承辦，認為A法官參與前審之判決，依法應自行迴避為由，聲請A法官迴避。甲之聲請有無理由？ 【111高考三級第2題第1小題】

【參考法條】

刑事訴訟法第17條第8款規定：「法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：八、法官曾參與前審之裁判者。」

### 試題解析

本題就是在考【爭點2：曾經承審同一案件之法官是否得參與再審程序？】，同學只要先列傳統實務見解是採肯定說（28年聲字第10號判例），再列採取否定說的實務見解或學者見解，最後提出自己的看法並涵攝題目即可。

三、甲女乙男為同居人，涉嫌持偽造之土地買賣契約書，向甲之獨居父親A詐騙新臺幣120萬元得手。案經A對甲提出告訴，甲於警詢、偵訊時坦承犯行，經檢察官起訴甲一行為觸犯行使偽造私文書（刑法第216條、第210條）與詐欺取財（刑法第339條第1項）罪嫌，應從一重之行使偽造私文書罪名處斷（下稱甲案）。甲於第一審審理中指稱乙為主謀，且供述2人謀議、分工的情節，並聲請傳喚乙作證，以求輕判；第一審法院傳喚乙到庭，乙同意具結作證，但否認參與本件犯行。經審理結果，法院認定甲與乙為共同正犯，論處甲之罪刑。嗣檢察官簽分偵查，亦以乙與甲共同以一行為觸犯上開罪嫌，起訴乙（下

稱乙案)。請就相關學說或實務、己見詳附理由回答下列問題：

- (三)設若乙案，第一審法院援引與甲案相同之證據資料，諭知乙有罪之判決，乙提起第二審上訴，分由X法官擔任受命法官，X法官恰為甲案的審判長，乙未就第二審案件有所聲明或陳述，即以X法官曾參與前審之裁判及有偏頗之虞，聲請迴避。請分別說明乙聲請X法官迴避之2項事由，有無理由？

【111司律第2題第3小題】

### 擬答

【共1,535字】

(三)乙若以「X法官曾參與前審之裁判」為理由聲請X法官迴避，應屬無理由；乙若以「X法官有偏頗之虞」為由聲請X法官迴避，應屬有理由。

分析如下：

1.乙以「X法官曾參與前審之裁判」為由聲請法官迴避，應屬無理由：

(1)按「法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：八、法官曾參與前審之裁判者。」、「當事人遇有下列情形之一者，得聲請法官迴避：一、法官有前條情形而不自行迴避者。」刑事訴訟法（下同）第17條第8款、第18條第1款定有明文。刑事訴訟法設有迴避制度之目的，係為確保人民受公平審判之權利，並維持司法公正不偏之形象，以規範法官之個案退場機制，排除與案件有一定關係之法官於審判之外，期以達成裁判公平性並維護審級利益。其中，若法官有第17條各款事由而未自行迴避，則當事人得依第18條第1款聲請法官迴避。

(2)查，本件乙是否得以「X法官曾參與前審之裁判」聲請法官迴避，係涉及參與前審之裁判應如何解釋之爭議，以下有不同見解：

①有見解認為，為維護裁判之自縛性為前提，案件既經裁判，本

於裁判一次性原則，法官即應受到該裁判之拘束，不得自行撤銷、變更或更正之，若該裁判有違法或不當，亦應由上級審加以審定，不應由原法官再參與裁判。

②另有見解認為，為確保當事人之審級利益為前提，刑事案件之採審級制度，係在使當事人對於下級審之裁判有不服的機會，得利用上級審請求救濟，若法官在下級審已參與裁判，於上級審又再參與裁判，就喪失審級制度存在之意義。

③本文認為，基於維護當事人之審級救濟利益及裁判之公平性，應採後者之見解，亦即所謂「前審裁判」，係指法官曾參與通常救濟程序之下級審裁判，或曾參與特別救濟程序之原確定終局裁判者而言。

(3)綜上，因乙案與甲案之被告不同，並非同一案件，自與第17條第8款之「曾參與前審之裁判」應自行迴避之要件不符，乙於此部分聲請為無理由。

2.乙以「X法官有偏頗之虞」為由聲請X法官迴避，應屬有理由：

(1)按「當事人遇有下列情形之一者，得聲請法官迴避：二、法官有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。」第18條第2款定有明文。易言之，我國刑事訴訟法關於法官迴避制度，係分為第17條之自行迴避及第18條第2款之聲請迴避。而第18條第2款所謂「足認其執行職務有偏頗之虞者」係指以一般通常之人所具有之合理觀點，對於該承辦法官能否為公平之裁判，均足產生懷疑；且此種懷疑之發生，存有其完全客觀之原因，而非僅出諸當事人自己主觀之判斷者，始足當之。是如有客觀原因，就各種情形，作個別具體觀察，足令一般通常人對法官能否本於客觀中立