



# 裁定交付審判法官之迴避

——兼評最高法院111年度台上大字第1924號刑事裁定

■柯耀程 東海大學法律學院教授

## 本案事實

告訴人A向檢察官對被告X提出涉嫌行使偽造私文書及詐欺取財之告訴，經檢察官偵查終結為不起訴處分，告訴人不服該不起訴處分，向其上級檢察署檢察長聲請再議，經該上級檢察長駁回再議之聲請。告訴人乃委任律師為代理人，向管轄地方法院聲請交付審判。經由該法院審判長法官甲及法官乙、丙合議審理後，認被告涉有刑法第216、210條之行使偽造私文書及同法第339條第1項詐欺取財罪嫌，並敘明被告涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條，裁定准予交付審判。同法院嗣分案仍由上揭3位法官合議審理。經審判程序後，論處被告X行使偽造私文書及詐欺取財罪刑。被告不服第一審判決，向上級法院提起上訴，指稱本件由相同之合議庭法官成員裁定交付審判並參與第一審判決，違反審檢分立及控訴原則等語。上訴審法院經審理後，駁回被告在第二審之上訴；後檢察官認為上訴審判決有違背法令，提起三審上訴。上訴理由指摘本件第一

審合議庭3位法官就同一案件，先後擔任視為提起公訴之檢察官及審判法官之角色工作，違反審檢分立、控訴及正當法律程序原則，而有刑事訴訟法第379條第2款所稱「依法律或裁判應迴避之法官參與審判」之判決當然違背法令事由。

## 爭點

本件係因檢察官對於二審判決並未審酌法官迴避事由，認有判決違背法令，而向最高法院提起三審上訴，其上訴理由略稱：法院為交付審判之裁定，因該案件視為提起公訴，則法官依上揭規定裁定准予交付審判，並於裁定中敘明起訴書法定應記載事項，實質上是否等同已執行檢察官職務，而應依刑事訴訟法第17條第7款之規定自行迴避？或僅應以上述情形在客觀上有足認該法官執行職務有偏頗之虞，而由當事人依同法第18條第2款規定聲請法院裁定該法官迴避嗣後本案之審判？

經三審法院受理庭認本案所涉之法律見解問題，應為裁定交付審判的法官，實質上是否等同已執行檢察官提起

DOI：10.53106/207798362023060132006

關鍵詞：交付審判、強制起訴、自行迴避、前審

公訴之職務，而應於嗣後同一案件迴避審判，不得執行職務？並經徵詢他庭意見後，認本案所涉法律見解有分歧，而裁定提交大法庭為法律見解之認定。

### 裁定理由

最高法院刑事大法庭所認定本件法律見解，為裁定交付審判之法官，應有刑事訴訟法第17條第7款所定之自行迴避事由。刑事訴訟法第17條第7款關於法官應自行迴避之規定，旨在避免法官就同一案件曾因執行檢察官或司法警察官之職務，而生主觀預斷或違反控訴及無罪推定原則之疑慮，以確保人民得受公平之審判，而維繫人民對司法公正性之信賴。因此，法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者，固應依上述規定自行迴避。而參與准予交付審判裁定之法官，在實質效果上既等同於執行檢察官提起公訴之法定職務，倘仍參與其後同一案件之審判，顯已違反審檢分立、控訴原則及公平法院等憲法保障訴訟權之規定，本於同一法理，及合憲性與合目的性之觀點，自應類推適用本條款規定自行迴避，不得執行職務；若未自行迴避而仍參與審判者，其判決自有同法第379條第2款所規定之當然違背法令。其裁定理由有三：

一、控訴原則（即彈劾主義）係公平審判之基石，公平審判則為訴訟權之核心領域；法官對於受理之案件，負有合法、公正、妥速處理之義務，基於公平法院原則，則應立於客觀、公正、超然地位，依據法律獨立審判，不受任何干涉（憲法第80條）。法官如兼為同一案件之訴追者及審判者，顯與控訴原則

及其應公正執行審判職務之旨意有悖，自應迴避該案件之審判，不得執行職務（刑事訴訟法第17條第7款）。又法官對於案件之審判應否自行迴避，攸關人民訴訟權及受公正審判之憲法上權利保障，法官於該管案件如存有主觀預斷成見或違反無罪推定原則之疑慮，客觀上顯難期其能公正執行審判職務，雖法律規範密度不足，司法者尚非不能基於合憲性及合目的性之思維予以填補，認為法官仍應自行迴避，不得執行審判職務，以發揮法的續造功能，俾能確保人民得受公平之審判，而維繫人民對司法公正性之信賴。

二、法官曾參與准予交付審判之裁定，在實質效果上等同已執行檢察官提起公訴之職務；參與准予交付審判裁定之法官，形式上雖非檢察官，但所為之交付審判裁定，實質效果上已等同於執行檢察官提起公訴之法定職務，倘猶參與其後之審判，無異集起訴與審判職權於一身，形成類似「自己起訴、自己審判」之糾問現象，違反控訴原則之精神。縱使該案件嗣後於審判程序，仍應經檢察官踐行舉證、調查證據及辯論等嚴格證明程序，參與准予交付審判裁定之法官，亦能保持客觀中立而不致有所偏頗，然該法官實際上既已等同於執行檢察官之起訴職務，客觀上自足以使一般人懷疑法官已經具有主觀預斷成見，而難以維持公平審判之外觀及裁判之公信力，自應迴避嗣後本案之審判。

三、刑事訴訟法現制未規定法官曾參與准予交付審判之裁定者，應自行迴避嗣後本案之審判，係屬法律漏洞，本於同法第17條第7款規定法官曾執行檢

察官職務應自行迴避之相同法理，自應類推適用上開規定自行迴避：我國交付審判制度，依其立法理由，係參考德國「強制起訴」及日本「付審判（準起訴）」制度而設。然並未如德、日刑事程序之運作與具體規定。惟衡其制度設計的理念，當法官參與准予交付審判之裁定，解釋上雖不能直接適用刑事訴訟法第17條第7款規定以自行迴避嗣後本案之審判，但基於確保人民得受公平之審判及對司法公正性之信賴考量，在法律未修正增訂前，本於相同法理，自應類推適用刑事訴訟法第17條第7款之規定，自行迴避嗣後本案之審判。

## 評析

本件問題的核心，在於審查並裁定交付審判的法官，案件於起訴後（因刑事訴訟法第258條之3第4項規定視為已提起公訴），為交付審判裁定之法官是否有應自行迴避的事由，而不得於審判程序中為該案的審理？最高法院刑事大法庭對此法律關係的見解，認定曾為交付審判裁定的法官，對於同一案件於審判程序中，應有自行迴避事由，應自行迴避，不得參與案件之審判，此結論性的見解，應值得肯定。然自行迴避的具體事由，是否應以刑事訴訟法第17條第7款法官曾執行檢察官職務為由？或是因法律規定並不明確，而應以類推適用該款事由？恐本質上容有質疑之處！

首先，我國刑事程序法雖係參考德國「強制起訴」及日本「付審判（準起

訴）」制度而設，但並無如德國強制起訴程序的要求，及其具體運作模式（Klageerzwingungsverfahren，德刑事訴訟法第172條），也未若日本刑事訴訟法明文（日本刑事訴訟法第20、265條）之限制性規定，在現行法所定的法官自行迴避事由的規定中，並未隨著制度的變革，而作適當的調整，至使得對此具體案件的法官應否迴避，出現法無明確規範的問題；其次，現行法官迴避制度的規定，行之已久，且從既有刑事程序實務的運作慣性，本諸於職權進行的既有刻板印象，以及法院應發現真實的訴求，使得審檢權責的分野，並不明顯，自然對於審檢角色在刑事程序中的扮演，會有混淆的情況，特別是當法官依刑事訴訟法第163條職權為證據調查時，其究竟是屬於審判者？或是僅是接續檢察官為偵查者的角色，乃發生混淆，洎自刑事審判制度從職權進行進至所謂改良式當事人進行的模式，對刑事訴訟法第163條修正之後，審檢的角色方逐漸疏離出來<sup>1</sup>。當法官不再扮演接續檢察官蒐證的工作，法官所應為職權調查證據的範圍，自然也限縮至由當事人所提出的證據為限，法官正式可以邁入純屬審判者的角色，而應受到作為審判者應有的公平、公正、客觀的理念拘束<sup>2</sup>。加上對於刑事訴訟法第163條修正之後，為闡明該規定的具體適用範圍，最高法院決議不再依職權而取得檢察官所未提出的證據<sup>3</sup>。法官作為審判者的實際與具體的審判作為，不再混淆於檢察官

<sup>1</sup> 參照柯耀程，刑事程序理念與重建，元照，2009年9月，21頁以下。

<sup>2</sup> 參照柯耀程，同前註，265頁以下。

<sup>3</sup> 最高法院透過2003年刑庭會議第4次決議、2011年刑庭會議第4次決議及2012年刑庭會議第2次

偵查的蒐證作為，其自不能再將法官基於審判權限的作為，逕視為係類似檢察官工作的角色；再者，隨著時代的發展，於刑事程序中各程序階段的要求，日趨嚴格，對於具有干預人民權利的程序強制性作為，源自於單純「法官保留」的思維，於偵查中原本所獨具的強制處分手段，多有已回歸法官由為決定（現行法中需由法官決定者有羈押、搜索及延長限制出境及出海的規定），另對於檢察官原所具有的獨立性案件終結權限的不起訴處分，其救濟的模式，亦從單純的內部救濟關係，進展至由法院審查的外部關係，此即交付審判制度所以納入刑事程序規範的思維。基於此故，法官除於審判程序中接觸案件的情形外，於尚未起訴前的程序中，亦可能有實質接觸案件的情況。而對於現行的迴避制度規定中，卻從未顧及此種結構性的轉變，對於法官若於案件未進審判程序前，已有接觸案件的情況，當案件進入審判時，同一法官是否有應為迴避的要求？現並無法律明文的規範，此確實如大法庭裁定理由中所指稱係屬法律漏洞，為填補此一漏洞，唯有以類推適用的方式行之，此亦係無奈之舉！

然以法律規定的欠缺，而為類推適用的方式，其所得以類推的對象，是否應以法官曾執行檢察官之職務為由？恐可再行檢討。同時，對於法官迴避制度的設計，其本然理念亦應詳予闡明，方

得以更精準確認具體個案下，對於裁定交付審判的法官，其於審判程序中對於同一案件應自行迴避審理，有一更為明確遵循的指標。

## 壹、公平審判的要求

法官迴避制度的根源理念，應基於公平審判(fair trial)要求公平法院的思維<sup>4</sup>，法官對於具體的案件，不得有未審先判，或是先入為主的偏見，倘若法官對於具體案件，已存在有偏頗，或是有偏頗之虞時，法官即不得再對於該案件為審理，否則將危及審判的正確性與公平性。審判法官所以對於具體案件會形成偏見，客觀的條件上，可以從二面向為觀察：一、形式層面：此係屬於人的因素，當法官與案件的被告或是被害人，具有一定的身分關係時，不論是親屬的關係，或是特定事實的人際關係，此時法官因此種特定人的關係，難期待其能不受影響，而為公平審理。此為可能形成法官對於案件有偏頗的因素之一；二、實質層面：此涉及具體事實的問題，當法官對於案件的審理，未至一定心證形成的階段前，即因對於該案件的涉入，不論是之前曾經經辦過此案，或是對於此案有尚未審理及已受到證據的影響，以及於未正式審判前，即因其親自為蒐集證據，因證據而產生對於事實認定的既有定見，皆足以造成法官會有先入為主的認知，乃至形成偏頗的心證。為求公平審判的實現，落實公平法

決議。對於刑事訴訟法第163條的規定適用關係，做明確性的適用宣示。參照柯耀程，職權調查證據之辯證——兼論最高法院100年度第4次刑事庭會議決議，軍法專刊，58卷1期，2012年2月，102-116頁。

<sup>4</sup> 關於迴避制度的基礎理念，參照柯耀程，刑事程序法論，2019年2月，176頁以下。

院的構想，當法官具有可能造成偏頗的因素時，均應予以迴避案件的審判。故迴避制度的存在，乃為落實公平審判，體現公平法院的基本設想，一方面對於可能造成法官偏頗的因素，以法官迴避的方式，予以排除；另一方面亦可避免法官因此種可能形成偏頗的事由，造成其審判上的困擾，形成具體判決正確性的疑慮。

法官偏見的排除，可以落實在二個層次：一、迴避制度：在客觀的形式上，對於可能形成偏頗的原因或事由，提前以迴避制度，使法官得以有迴避的事由，得以先行避開案件的具體審理，改由其他法官為案件之審理，以免造成偏頗判決的疑慮與印象；二、證據規則：法官對於具體案件，所以可能先存在偏頗事由者，主要是在於具體事實的提前認知。基本上，事實的認定，必須依據證據（證據裁判原則），當法官對於具體事實的認定，於尚未進行正式審判程序，而為事實認定的審查時，即已先接觸到證據，或是要求其先為證據的取得，此均足以造成法官對於事實的提前介入，產生未審先定的偏頗<sup>5</sup>。

在法官迴避的基礎理念中，重要的應係在於避免法官對於案件產生先入為主的偏見（一般通稱為預斷），法官對於案件應經由證據判斷的逐步累積，最

後形成案件的心證認知，若其有先入為主的偏見存在，或是足以使其形成偏見的既存事由者，則該法官已無足以維持公平審判的立場，自應使其成為自行迴避的事由。

## 貳、交付審判應否類推檢察官之提起公訴？

在正當法律程序的要求下，認為刑事程序中舉凡涉及干預權利的作為手段，原則上以由法官為審查並決定為宜（此即一般所稱法官保留之意），若此種理念的擴散，則在案件進入審判之前的偵查程序中，自然會有法官審查的情狀存在，不論是對於羈押的審查、或是搜索票聲請時法官的審查，乃至於對於偵查中所為的處分，其屬於強制處分手段所為者，受處分人本得對此處分為救濟（即刑事訴訟法第416條的準抗告<sup>6</sup>），均有涉及法官審查，且可能須為實質審查的可能性，此時案件尚未因起訴而進入審判程序，法官即有本於授權，應對於特定事項的審查職責，此種審查作為係案件尚在偵查程序所為，是否即可因此界定此時法官所為之審查，即屬於類似檢察官偵查之職務？其答案必然為否定！然對於檢察官所為不起訴處分，經再議遭駁回時，依刑事訴訟法第258條之1告訴人得委任律師向管轄法院提起交付審判，就交付審判的屬性而言，其

<sup>5</sup> 是以在司改會議的定案中，也確立檢察官起訴時卷證不併送的方向，並先行落實於國民法官法之中。然關於卷證併不併送的思維，其實並非「要或不要」併送的二擇一方式而已，還有其他更好的形式，既可以避免法官未審先定的偏頗，也能夠使得法官對於程序的安排，有其基礎憑藉，程序進行的安排也可有所依循。完整的分析與檢討，參見柯耀程，起訴卷證併不併送的迷思，軍法專刊，63卷4期，2017年8月，28頁以下。

<sup>6</sup> 參照大法官釋字第639號解釋。

乃屬於對檢察官不起訴處分的法律救濟程序，且係如釋字第639號解釋核心理念的外部救濟結構，亦即是否以不起訴為案件的終結，應交由法院為審查認定之意。對於交付審判的審查模式，並非係對於案件為實質性的審判，僅係對於檢察官所為不起訴處分的適當性及適法性為審查。同時，依刑訴第258條之3第4項之規定，交付審判的效應，固然視為提起公訴，然此提起公訴的基礎概念，仍應為檢察官之提起公訴，無由視為係法官所為之公訴提起。故因法官裁定交付審判，而視為提起公訴者，不論係就起訴者的定位或是審檢關係的定性，仍舊無法將此視為係法官執行檢察官之職務，此亦無法以類推適用的方式，得出法官應自行迴避的正當性事由。

隨著正當法律程序理念的發展，對於法官偏見排除要求的意識，逐漸升高，而於刑事程序制度的要求，應由超然的法官，對於事涉基本權利干預程序的審查訴求，已然成為法治社會的當然之理。是以法官已非僅是審判者的角色，其亦肩負著審判程序之外的權利干預審查者的角色，其於審判程序前或外的審查，既非審判程序中的一環，亦非審級概念所涵蓋的範圍，卻因其所為的實質審查，乃屬案件判斷的範疇，自然因其審查後，難以排除其因審查所生的既定認知，而此既定的認知，即為偏見形成的因子，此時若使案件進入審判程序，仍舊由同一曾為審查的法官審判，其中其所生的既定偏見，恐將無法予以排除，此將有悖於公平法院落實的意旨。

## 參、「前審」概念的放射

對於法官因審判前或審判外所為案件的實質審查者，主要的因素，乃在於所謂法官保留的構想，對於具有基本權利干預的事項，不論是對於被告人身自由干預的審查（如提審），或是對於被告所為強制處分手段正當性的審查，多已傾向回歸由法官為決定，是以法官所為的案件審查者，已不僅止於案件成罪與否的審判問題。而關於法官對於案件所為審判外的審查，該審查法官於審判程序中，是否有應自行迴避或不得參與審判的法定要求，在目前的規定上，尚有遺漏之處，特別是法官所為交付審判裁定者。觀在現行強制處分應由法官決定的類型中，除於法院組織法第14條之1第2項的規定，審查強制處分的法官不得參與同一案件的審理外，刑訴法中尚未見有審查法官應自行迴避的規定。

而觀法官對於審判外的審查者，其亦屬於案件實質關係的認定，不論是對於前提性犯罪嫌疑與否的認定（如刑事訴訟法第101條羈押的審查，應認犯罪嫌疑重大；或是搜索票核發的犯罪嫌疑存在的審查），法官所為的審查，本就非屬於檢察官的作為，反而較類似於審判認定的審查。而觀現行法第17條自行迴避的規定，僅該條第8款「曾參與前審」的規定，較為趨近。惟此「前審」的概念與得適用的範圍，在法官自行迴避事由中，較具有爭議性。所謂「前審」概念的界定為何？主要可區分為三種不同的見解：一、審級說的見解，此為實務所奉行的判斷

基準<sup>7</sup>，係認所謂前審者，係指法官曾於下級審參與同一案件的審判而言，不包括於同級審或上級審曾為同一案件之審判者；二、拘束性說的見解，此一見解乃為部分學理所主張，認為只要法官曾經處理過的案件，對於同一案件，不論於任何審級階段，均應受到拘束，不應再次審理同一案件。蓋法官迴避制度既是為實現公平審判的目的，避免法官對於審理案件，產生先入為主的偏見或預斷，對於曾經接觸過案件的法官，不論法官參與該案的裁判性質為何，不問法官是否所參與的裁判，究竟為形式判決？或實體判決？只要法官曾經接觸過該案件的審級審理，即屬於應自行迴避事由；三、實質審查說的見解，此為極少數學者的見解<sup>8</sup>，認為法官形成偏見的根源，應從審查內容的實質為認定，是以不論審判上的實質審判，或是審判外的實質審查，都應屬於足以形成偏見的原因，本就應納入所謂「審」的概念之中，此所謂「前審」者，經過正當法律程序理念的淬練下，亦應有所修正，不應僅侷限在所謂的「審級」的概念，且更不應再侷限於「下級審」的概念，而應視之為法官曾為案件之實質審查。此實質審查的具體意涵，乃指曾對於案件實質形成的內涵為審查，易言之，案件形成源自事實認定，而事實認定始於證據實質的調查，故若法官曾為同一案件的證據調查者，於往後的程序中，均應視為有自行迴避的事由存在。

## 肆、評析

本件因法官曾為交付審判的裁定，爾後於案件的審判程序中，又參與其審判，其是否具有刑事訴訟法第17條所規定之應自行迴避事由，法並未有明文之規定，僅能如最高法院111年度台上大字第1924號刑事裁定，其理由中所述，係屬於法律漏洞，為做此漏洞的填補，亦僅能做適當的類推適用。惟是否類推刑事訴訟法第17條第7款所訂曾執行檢察官之職務，作為自行迴避的適用？恐會有本質及審檢角色混淆的問題。首先於本質的問題上，法官所為交付審判的裁定者，乃屬於法官對於案件的審查，亦為救濟程序的一環，若僅因法定裁定交付審判視為提起公訴，即認定該案件之提起公訴係由法官所為，此論述乃有本質上的矛盾，蓋視為提起公訴者，乃屬法官向檢察官對於該案件應提起公訴的宣示，對於裁定交付審判的案件，其提起公訴的效力，仍屬於係檢察官所提起之公訴，檢察官於審判程序中，仍應負有踐行公訴的職責，此職責並不落入裁定交付審判的法官本身；再者，法官的角色，始終都是審查者，並非偵查的檢察官，其為交付審判的審查，乃係對於檢察官所為的不起訴處分，檢察官所為的不起訴處分乃屬於被審查的對象，若將裁定交付審判的法官，類推適用曾執行檢察官之職務，其與交付審判的審查關係，會有角色極度混淆的困境。

確實本件爭點的根源，在於為交付

<sup>7</sup> 審級說的見解，其主要係源自司法院大法官釋字第178號解釋的確認。

<sup>8</sup> 參見柯耀程，同註4，182-185頁。

審判裁定的法官，於審判程序中，對該同一案件是否應有自行迴避的事由？若認其應有自行迴避的事由，則有欠缺法律明文規定的前提，若需以解決爭議的處理者，則其可以為類推適用的關係，亦應從法官審查的思維出發，不應類推法官「曾執行檢察官之職務」的規定。若法官曾為案件實質審查，其所應類推自行迴避規定者，亦應以「曾參與前審之裁判」的規定，為類推適用之依據。所餘的問題，則僅在於對於「前審」概念的詮釋而已。

本件之法律爭議，最高法院刑事大法庭認定屬於法律漏洞，而法律漏洞的填補，宜以立法為之，應對於法官於審判外所為案件的審查，明文規定其應自行迴避，不得參與同一案件之審判。惟現行法並無直接明文的規範，實務於程序的運作上，亦不得為程序事項的拒絕

適用，唯有透過適當衡量的類推，以做為解決爭議問題的處理方式，此亦屬不得已之情況，可以諒解。故對於裁定交付審判的法官，爾後於該案件的審判程序，應自行迴避，不得參與審判，否則即屬當然之判決違背法令。類推適用自行迴避的規定，在公平審判與公平法院的意旨上，應給予高度肯定，但其類推適用於「法官曾執行檢察官之職務」的規定，乃容有缺憾！其在現行為有明文規範時，亦可在透過解釋的方式而適用刑事訴訟法第17條第8款之規定，將「前審」解釋為：曾參與前次實質審查者，即可解決法官曾於審判程序外之審查，其所涉及的迴避問題。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)；更多裁判分析請參閱月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)）