

最高法院 111 年度台上大字第 1924 號

鑑定報告書

吳俊毅

國立高雄大學法律學系教授/ 法學院比較刑法研究中心(CrimLaw)主任

目次

壹.問題的提出	2
貳.交付審判程序之性質與任務	3
一.交付審判之性質	4
二.交付審判之任務	4
參.法官偏頗性的確定	5
一.法官的排除與拒絕事由	5
二.法官的排除事由-法官曾實行檢察官事物	6
三.法官的排除事由-法官曾參與前審之裁判	6
四.法官的拒絕事由-法官有偏頗之虞	7
肆.對於擬答的分析與評論	7
一.否定說-毋庸迴避說	7
二.否定說-聲請迴避說	9
三.肯定說-法定迴避說	9
伍.對於問題的回答	11
一.交付審判程序之性質與任務	11
二.法官偏頗性的確定方式	11
三.對於事實的解析	12
陸.結論	13

壹.問題的提出

本案的基礎事實

1. 甲的母親乙於民國 107 年 8 月 26 日死亡。在乙死亡後，甲於民國 107 年 8 月 27 日及 29 日持乙生前使用的 B1 銀行與 B2 銀行帳戶存摺以及乙的印鑑章，在填寫上述兩家銀行帳戶的取款條使用前述乙的印鑑章蓋上印文。甲表示以乙的名義欲在 B1 銀行提領新台幣 477 萬 5838 元且在 B2 銀行提領 55 萬 6320 元，對 B1 銀行及 B2 銀行不知情的櫃檯人員提出前述取款條經收取後成功取得前揭金額現金。
2. 其他繼承人丙發現甲的取款行為後，向檢察官提出告訴，檢察官因此立案偵查，偵查終結後檢察官認甲之嫌疑不足對甲作成不起訴處分。丙對此不服向高等檢察署聲請再議，卻以無理由遭駁回。丙因此向法院聲請交付審判。
3. 本案經法官 A、B、C 審理後認甲的有實現刑法第 216 條、第 210 條行為的嫌疑，且丙之交付審判聲請有理由，依法裁定准予交付審判。分案後，本案由 A、B、C 合議審理並判處甲行使偽造私文書罪與刑罰。
4. 甲不服第一審判決向高等法院提起上訴，甲的辯護人於審判中指稱，「本案由同一組合議庭法官參與交付審判程序及第一審審判，並且作成裁定及判決違反審檢分立及控訴原則。」高等法院認為第一審之判決並無違法，維持第一審之科刑判決而駁回甲對第二審法院之上訴。
5. 檢察官對高等法院判決不服，向最高法院提起上訴，指本案第一審合議庭三位法官同時擔任視為提起公訴之檢察官及審判之法官的角色，實行檢察官與法官的任務違反審檢分立、控訴及正當法律程序原則，依刑事訴訟法第 379 條第 2 款係判決當然違背法令。

本案法律問題

按刑事訴訟法第 258 條之 3 第 4 項規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。另司法院頒「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 134 條規定：法院為交付審判之裁定，因該案件視為提起公訴，法院允宜於裁定中敘明被告所涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條，使被告行使防禦權，並利於審判程序之進行。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？

本案的法律問題會涉及到兩個核心的區塊：交付審判的性質與任務、法官偏頗性的確定方法。本文擬先進行相關基礎理論的鋪排，將以法官曾經參與本案交付審判程序且作成准許裁定時是否等同於實行檢察官的事物開始。接者，介紹確定法官偏頗性的方法與種類。然後畫出與本案有關的法官排除事由與拒絕事由的適用範圍。除了本案問題所提到的刑訴法¹第 17 條第 7 款的法官排除事由與第 18 條第 2 款的法官拒絕事由，著眼在以法官地位參與過先前程序並且也作成裁定這一點，想增加同法第 17 條第 8 款法官排除事由的選項並加以分析。最後，會根據前述的理論對問題進行解答，在與擬答結論或者理由產生差異時，將可清楚與精確地呈現發生的原因，建議能納入審酌。

貳.交付審判程序之性質與任務

2002 年增訂的刑訴法交付審判規定(§258-1 – §258-4 刑訴法)係參考德國刑事訴訟法的強制起訴程序(Klageerzwingungsverfahren)(§172 以下 德刑訴法²)³。在個案，檢察官依照機會原則而終止偵查程序且未依法提起公訴，告訴人因此對高等檢察署提起異議遭到駁回，告訴人可對第一審管轄法院聲請交付審判，法院支持告訴人的聲請而認為有理由時，應以裁定方式將個案交付審判(§258-3 刑訴法)，法院的裁定視為在個案已對被告提起公訴。

德刑訴法第 172 條：「(1) 1.同為被害人之告訴人，對刑事訴訟法第 171 條的裁定得在裁定宣告兩週後對檢察署原處分公務員提起異議。(…)

(2) 2.對檢察署原處分公務員的駁回裁定，告訴人得在裁定宣告後一個月內聲請法院決定。… (…)

(4) 1.邦高等法院對聲請加以決定。…」

德刑訴法第 175 條：「1.法院在訊問被告後認為聲請有理由時，可裁定提起公訴。
2.由檢察官實行此裁定。」

在德國，檢察官依德刑訴法第 172 條第 2 項停止偵查程序，被害人可循強制起訴程序來反制停止偵查程序的機關 (§§ 172 +175 德刑訴法)。

強制起訴程序的目的有二，首先是法院對於法定原則的監督，再來，是保障被害人，因為行為人對他實行的刑法可罰行為有被訴追，被害人對此也享有利益

¹ 刑訴法 = 刑事訴訟法

² 德刑訴法 = 德國刑事訴訟法

³ 林鈺雄，刑事訴訟法(下)，10 版，2020 年，頁 176 以下、朱石炎，刑事訴訟法論，9 版，2020 年，頁 412、407 註 28。

⁴。德國的實踐經驗，通常，強制起訴程序係按被害人的希望，且反對檢察官的決定而提起公訴。例外地，也會因為檢察官拒絕開啟偵查程序而迫使他開啟偵查程序⁵。不過，強制起訴程序能否發揮預防的功能，實益相對是比較小的⁶。

在強制起訴程序，法院最後作成裁定提起公訴裁定時，檢察官應依據此裁定提起公訴。

一.交付審判之性質

在我國，告訴人有權因檢察官對個案不起訴或緩起訴且因此對高等檢察署提出異議遭駁回時，告訴人可向第一審管轄法院提出交付審判的聲請。這個機制是對於檢察官的起訴法定原則的監督⁷。至於交付審判制度是否也用來保障刑法可罰行為被害人想要讓行為人受刑事訴追的希望的利益⁸，這一點似乎並不明顯，根據刑訴法第 232 條，刑法可罰行為的被害人有權提起告訴，此外，與被害人有一定身份關係之人對修法的可罰行為也有權提出告訴(§ 233 刑訴法)。

二.交付審判之任務

在我國，法院在個案交付審判的裁定具有視同(檢察官)對個案起訴的擬制效力⁹，雖然實際上檢察官並沒有個案提起公訴¹⁰，法官對於起訴並沒有任何動作，即可因此開啟個案的審判程序。這樣的設計是有別於德國的，在德國，法院依同為被害人的告訴人聲請作成強制起訴裁定時，檢察官應依此裁定就個案提起公訴(§ 175 刑訴法)。是否對個案的被告起訴，還是需要檢察官的行為，所以，在德國，強制起訴的程序仍屬在告訴原則的框架底下監督檢察官對法定原則的遵守，同為被害人的聲請人只能強制檢察官起訴¹¹。此外，法院在強制起訴程序的提起公訴裁定的拘束力在於，就個案應起訴的檢察官應提起公訴，至於法院裁定的內容，在檢察官起訴後對檢察官和法院皆無拘束力，法院應對事實重新掌握¹²。

⁴ Meyer-Goßner/ Schmitt, StPO, 64. Aufl., 2021, § 172, Rn. 1.

⁵ Beulke/ Swoboda, StPO, 15. Aufl., 2020, Rn. 532.

⁶ Beulke/ Swoboda, StPO, Rn. 582; 有看法認為強制起訴程序只有不在場功能(Alibifunktion)，也就是極少數能重啟程序，Kühne, StPO, 9. Aufl., 2015, Rn. 582.

⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法(下)，頁 176。

⁸ 認為僅限同為可罰行為被害人的告訴人，林鈺雄，刑事訴訟法(下)，頁 177。

⁹ 認為因此會顛覆告訴原則的基本架構，張麗卿，刑事訴訟法，2022 年，頁 489。

¹⁰ 認為應該有視為提起自訴的效力，張麗卿，刑事訴訟法，頁 489。

¹¹ Meyer-Goßner/ Schmitt, StPO, § 172, Rn. 1.

¹² Meyer-Goßner/ Schmitt, StPO, § 175, Rn. 4.

參.法官偏頗性的確定

一.法官的排除與拒絕事由

法官迴避特定案件的審判程序，可從兩個層面來談，也就是，法官迴避的實質要件與形式要件。法官迴避的實質要件是指，在判斷法官是否是不公正的，以及因此應該被排除時，所要考慮的條件，所涉及的是：「是否」有不公正的法官，而且他應該從程序被排除。法官迴避的形式要件，就法官的迴避，涉及的並不是「是否」的問題，而是涉及到「如何」形成法官繼續留在程序參與，或者退出程序等相關決定的流程時，所要考慮的條件。在本案，主要涉及的是法官偏頗性的確定問題，想聚焦在法官偏頗性的確定方式上面。

1.法官的偏頗性

在法官迴避的實質要件，按照這個標準：「一旦有特定的情狀，法官就直接被推論為有偏頗性，必須被排除參與程序。」肯定者為「排除事由」(Ausschließungsgründe)，否定者則是「拒絕事由」(Ablehnungsgründe)。

(1)排除事由

一旦在法官方面有符合排除事由的事實，他應該立即被排除參與程序，比方，法官就是被害人、法官與被告、被害人有緊密的家屬或親屬關係、或者曾經接觸過本案(本案的檢察官、司法警察、辯護人、被害人的律師，或者，參與過案件在偵查程序強制處分措施決定的法官、前面審級審判的上訴審法官、參與遭撤銷案件審判的更審程序法官)。刑訴法第 17 條規定法官的排除事由，法官只要有各款所列舉事由之一的事實，可直接認為法官有偏頗性而必須被排除參與程序。

(2)拒絕事由

法官有拒絕事由的事實是指，經過必須以裁量方式的審查認為，至少法官有「偏頗之虞」(Besorgnis der Befangenheit)，因此而被排除參與程序。所以，是否法官有偏頗之虞而必須退出，應就個案加以審查，亦即，要提出近一步的事實，且對此決定機關有一個裁量的空間。所謂偏頗之虞，講的是，讓人不相信該管法官是公正的理由。在觀察的角度上，是從平均來說站在當事人的地位，是否也會認為法官有偏頗之虞，採用的是「客觀-主觀綜合標準」的觀點¹³。刑訴法第 18 條第 2 款規定法官的拒絕事由。

¹³ Roxin/ Schünemann; Strafverfahrensrecht, 27. Aufl., 2012, § 8, Rn. 8; Beulke/ Swoboda, StPO, Rn. 67.

相較於法官的拒絕事由，在法官排除事由的情形，因為立法者對於特定的事實與法官偏頗性以及因此而被排除的關係，已經先確定了，所以，一旦有相符的事實，法官就必須被排除參與刑事程序，法官是否「果真」有偏頗之虞則非所問，並不需要在個案特地再去舉證並據此去作認定，就這一點，在操作上，並沒有裁量的空間¹⁴。所以，法官排除事由的性質，只是一個「比較濃厚的(法官)偏頗之虞的事由」(verdichte Befangenheitsgründe)，也就是，對被告或檢察官來說，比較嚴重的「法官拒絕事由」，一旦在法官方面有所列舉事由的事實發生，就直接認為法官有偏頗並造成其被排除，這是立法者預先的評價。

就「法官是否有偏頗之虞」判斷方法上有「排除事由」與「拒絕事由」之分，這樣的區別，頗類似在實體刑法，除了「行為要素」之外，就「對於保護法益的危險是否要具體存在」，而有「抽象危險犯」與「具體危險犯」的區分。在操作上，排除事由是較拒絕事由容易的¹⁵。

二.法官的排除事由-法官曾實行檢察官事物

刑訴法第 17 條第 7 款：「法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者。」這個規定描述的是法官的排除事由。在個案中，法官曾經「以檢察官的地位」參與過「之前的程序」並「實行檢察官事物」(§ 60 I 法院組織法)，比方，在偵查中實施偵查、在偵查終結時提起公訴、或是在審判中時蒞庭實行公訴。可直接根據這些事實認為法官有偏頗性，而不得參與個案的審判程序。

三.法官的排除事由-法官曾參與前審之裁判

這是本文增列的審查項目。刑訴法第 17 條第 8 款：「法官曾參與前審之裁判者。」這個也是描述法官的排除事由的規定。在個案，目前審級的法官曾經「以法官的地位」參與「之前的審判程序」且參與「審判或裁定的形成過程」¹⁶。另外，法官的裁定必須是在審判中作成。

至於刑訴法第 17 條第 8 款的「前審」可否包括審判前的其他程序階段，比方，司法警察主導的調查階段或者檢察官主導的偵查階段。法組法¹⁷第 14-1 條規定：「1 地方法院與高等法院分設刑事強制處分庭，辦理偵查中強制處分及暫行安置聲請案件之審核。但司法院得視法院員額及事務繁簡，指定不設刑事強制處分庭之法

¹⁴ Beulke/ Swoboda, StPO, Rn. 68; Kühne, StPO, Rn. 735.

¹⁵ 吳俊毅，論法官的自請迴避，軍法專刊，第 60 卷第 1 期，2014 年 2 月，頁 37。

¹⁶ 認為在個案中法官未參與作成裁判時，無須迴避該個案的上訴審或再審程序，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 1972 號刑事裁定，台灣法律人，第 9 期，2022 年 3 月，頁 197。

¹⁷ 法組法 = 法院組織法

院。2 承辦前項案件之法官，不得辦理同一案件之審判事務。」按照這個規定，目前個案的負責審判法官曾經參與這個案件「偵查程序」的「強制處分措施的審查」並且作成裁定，才可根據此事實直接認為法官有偏頗性而不得參與個案的審判程序。由此可知，在個案，除了法官曾「以法官的地位」參與過「審判程序」，他「以法官的地位」參與過「其他的程序階段」且「甚至作成裁定」，比方，偵查程序，如果與強制處分的審查無關，按照刑訴法第 17 條第 8 款、法組法第 14-1 條，並不能據此直接認為法官有偏頗性¹⁸。

四.法官的拒絕事由-法官有偏頗之虞

刑訴法第 18 條第 2 款：「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。」這個規定描述的是法官的拒絕事由。操作上，負責個案的法官是否有偏頗性，靠的不是負責個案的法官曾參與相同個案「非」第 17 條所列舉的程序或者行為，而是需要有進一步的事實並且按照「客觀-主觀綜合標準」的觀點來審查。也就是，從一般理性的人的面向結合按照被告的主觀面向，就進一步的具體事實都認為法官是有偏頗性的。

要特別說明的是，個案承審法官曾經參與過先前的程序環節，在不符合刑訴法第 17 條第 7 款、第 8 款時，在適用上。並不能轉而根據刑訴法第 18 條第 2 款據此來判斷法官是否有偏頗性¹⁹，因為這樣的「旋轉門式」的適用會導致與法官排除是由(自行迴避的事由)失去區分的實益。

肆.對於擬答的分析與評論

按照是否肯定刑訴法第 17 條第 7 款有適用，可將擬答做成以下的分組。

一.否定說-毋庸迴避說

這個看法認為刑訴法第 17 條第 7 款沒有適用，以下是作為其理由的、對於兩大核心概念的看法。

(一)對交付審判程序之性質與任務的理解

¹⁸ 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 1972 號刑事裁定，台灣法律人，第 9 期，2022 年 3 月，頁 196、201。

¹⁹ 類似的看法，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 號刑事裁定，台灣法律人，第 8 期，2022 年 2 月，頁 195。

按照這個看法，交付審判制度是法院對於檢察官濫權不起訴或緩起訴的外部監督，且保障被害人(告訴人)之權利。

法官是執掌交付審判制度之主體，且適用審判程序，並非偵查程序之一環。法官裁定交付審判係法律擬制之公訴，並非由檢察官所提起之公訴。

交付審判制度僅能依據偵查中檢察官調查之證據以審查是否已達「足認有犯罪的嫌疑」而應起訴的門檻。法院准予交付審判後，仍由檢察官在審判中實行公訴並負舉證責任。是否有罪，應證明被告犯罪事實至一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，法院始能為有罪認定，反之，應予被告有利之人認定。

(二)法官偏頗性的確定方法

此說認為，法院的交付審判裁定即生提起公訴之擬制效力。實際上，在此情形並沒有檢察官提起公訴的行為。因為刑訴法第 17 條第 7 款規定，個案的法官之前曾「以檢察官的地位」參與程序並「實行檢察官事物」。在本案，刑訴法第 17 條第 7 款沒有適用。

另外也提到司法院 110 年 8 月的刑訴法第 258 條之 4 第 2 項草案將交付審判制度轉型為准許提起自訴之模式，同時增訂准許自訴裁定之法官不得參與之後自訴之審判規定。不過，因為這個規定尚未經立法通過施行，現行法並沒有法官准予交付審判即須迴避參與審判的規定，顯見現行法立法當時並無要求裁定交付審判之法官應自行迴避之意，故准予交付審判之法官縱未迴避本案裁判，亦無違法可言。

(三)對看法的評論

1.此看法對交付審判制度屬於法官對於檢察官停止偵查的監督機制，值得注意的是，同時肯定交付審判制度也保障同為被害人的告訴人的利益。法官是「以法官地位」裁定個案交付審判，此時，這個裁定有視為提起公訴的法律擬制效力而須開啟審判程序。

交付審判制度的裁定只對是否開啟審判有拘束力，並不會對法院的事實掌握形成影響。對交付審判制度的性質與任務理解與學理的看法相符。

2.法官「以法官的地位」准許交付審判裁定只具至擬制起訴的效力，並且由於沒有檢察官提起公訴的行為，也不是實行「檢察官事物」。所以，無法根據刑訴法第 17 條第 7 款僅以法官作成准許交付審判裁定而認為法官有偏頗性。

二.否定說-聲請迴避說

本說認為刑訴法第 17 條第 7 款沒有適用，以下是其對於兩大核心概念的看法並且作為其理由。

(一)對交付審判程序之性質與任務的理解

此看法認為，法官裁定准許交付審判後，本案之審判程序仍由檢察官實行公訴，並非由裁定准許交付審判的法官擔任公訴檢察官，形式上仍維持控訴原則之三面關係，並未違反控訴原則。且本案之偵查職務非由裁定准許交付審判之法官執行。

(二)法官偏頗性的確定方法

此看法認為，刑訴法的立法者未明示禁止裁定准許交付審判之法官參與本案之審判，足徵立法者並不認為裁定准予交付審判之法官在本案審判上絕對無法、保持客觀中立而為公正之裁判，不可類推刑訴法第 17 條第 7 款據此認為法官有偏頗性。

應根據刑訴法第 18 條第 2 款，由法院按照個案具體情形審酌為裁定的法官有無偏頗性。

(三)對此看法的評論

1.控訴原則是指，法院審判程序的開啟必須根據檢察官所提起的公訴。此看法以檢察官參與審判實行公訴並不符合控訴原則的定義。

法院交付審判的裁定視為提起公訴，法院須開啟審判程序，此係法律的擬制效力，實際上並沒有檢察官提起公訴的行為。這樣的規定才是違反控訴原則。

2. 交付審判的裁定係在偵查中，為裁定法官「以法官的地位」「實行法官的行為」。就這一點，不得直接適用也不得類推刑訴法第 17 條第 7 款。也就是不能憑法官作成交付審判裁定這一點即直接認為法官有偏頗性。按照刑訴法第 18 條第 2 款，應該根據其他的具體事實來確定法官的偏頗性。

三.肯定說-法定迴避說

與前兩種看法相反，此說認為刑訴法第 17 條第 7 款有適用，提案的最高法院第一庭採取此說。以下是作為其理由的、對於兩大核心概念的看法。

(一)對交付審判程序之性質與任務的理解

法院在個案裁定准予交付審判時，依刑訴法第 258 條之 3 第 4 項，該案件視為提起公訴。按法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 134 條²⁰，法院係依偵查中卷內所存之證據認為個案已跨越起訴門檻。所以，為交付審判裁定之法官對偵查卷內所存在之證據，顯已深入探究，且有足夠之確信對證據價值採取與(為不起訴或緩起訴處分)檢察官不同之判斷，其職權行使，「實質上」已具有「實施偵查」及「提起公訴」之檢察官功能。

另外，最高法院第一庭在理由中補充德刑訴法的規定，在德國，法院作成起訴強制的裁定時，檢察官應依此裁定提起公訴。相對於我國只根據法院的交付審判裁定即可開啟審判程序的提起公訴擬制效力，係違反控訴原則。

(二)法官偏頗性的確定方法

此看法認為參與交付審判程序之法官在裁定中所表示的意見及理由已涉及本案事實之評價，若再由相同法官參與本案審判，足可認定聲請准予交付審判之理由及意見，有高度可能因預斷成見而損及本案被告之利益。縱法官能維持客觀中立，亦難以期待被告可以充分信賴法官在本案必能保持客觀中立，客觀上也容易使一般人懷疑承審法官已具有預斷成見。

最高法院第一庭還提出司改國是會議第三分組第一次增開會議的決議(106 年 5 月 24 日)：「為維持控訴原則、防止法院預斷、避免道德危險，應明定裁准交付審判的法官與審理本案之法官須不同...」。以及司法院刑訴法第 258 條之 4 第 2 項草案將交付審判制度轉型為准予提起自訴的構想，同時規定：「參與准予提起自訴裁定之法官，不得參與其後自訴之審判。」

根據上面的敘述認為按照刑訴法第 17 條第 7 款，承審法官就相同案件作成交付審判裁定時，可直接據此認為法官有偏頗性。

²⁰ 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 134 條：「(...) 法院於審查交付審判之聲請有無理由時，得為必要之調查，惟其調查範圍，應以偵查中曾發現之證據為限，不可就聲請人新提出之證據再為調查，亦不可蒐集偵查卷以外之證據。除認為不起訴處分書所載理由違背經驗法則、論理法則或其他證據法則，否則，不宜率予裁定交付審判。(…)」

另外，最高法院第一庭在支持肯定說的理由補充提到，因為此類交付審判案件一方面並不多，且各法院均有 2 庭以上的人力可以專責辦理交付審判案件的審理，尚不至影響各地方法院之運作。

(三)對此看法的評論

1.就准予交付審判裁定的擬制起訴效力，並沒有檢察官的提起公訴行為下法院可根據此裁定開啟審判程序，係違反控訴原則。肯定說的看法對於交付審判制度的性質與功能的理解與理論相符。

2.此說認為，法官依其職權為交付審判裁定，「實質上」已具有「實施偵查」及「提起公訴」之檢察官功能。這樣的說法還是無法改變「實際上」承審法官並不是「以檢察官的地位」實行「檢察官的事物」的事實。而且，最高法院第一庭在理由所補充的，肯定根據刑訴法第 17 條第 7 項，根據法官為交付審判裁定的行為可直接認為其有偏頗性，而必須迴避參與審判程序，對各地方法院採取轉責審查庭而避免之後參與同案件的審判程序，並不會造成運作上的影響。對此，迴避的結論「可能」是正確的，但是，為交付審判裁定的法官自始並無「以檢察官地位」參與程序「實行檢察官事物(提起公訴)」，刑訴法第 17 條第 7 款恐無法適用。

伍.對於問題的回答

一.交付審判程序之性質與任務

依刑訴法第 258 條之 3 第 4 項法官的交付審判裁定視為起訴，個案的審判程序會因為法官的交付審判裁定而開啟。

不過，這僅是擬制的效力，事實上並沒有檢察官的起訴動作，亦即，偵查中，法官是「以法官的地位」在作成准予交付審判程的裁定。

二.法官偏頗性的確定方式

1.不適用刑訴法第 17 條第 7 款

按照刑訴法第 17 條第 7 款，在個案，法官曾以「檢察官的地位」執行「檢察官的職務」時，比方，提起公訴，應直接據此確定法官有偏頗性。在法官就個案准予交付審判的情況，係偵查中法官「以法官的地位」參與程序並且實行「法官的

職務」 (§ 258-1 I 刑訴法)。所以，按照刑訴法第 17 條第 7 款，不得直接據此認為法官有偏頗性。

2. 不適用刑訴法第 17 條第 8 款

按照刑訴法第 17 條第 8 款，在個案，法官曾以「法官的地位」參與「前審」之「裁判」，應直接據此確定法官有偏頗性。所謂的前審，是指相對於承審法官目前所處的審判程序階段，所有先前的「審判程序」。在准於交付審判的情形，法官是曾經以「法官的地位」參與「偵查程序」的交付審判程序並且因此作成裁定，按照刑訴法第 17 條第 8 款，也不得直接據此認為法官有偏頗性。

3. 不適用法組法第 14-1 條規定

法組法第 14-1 條規定，承審法官曾「以法官地位」參與「偵查程序的強制處分及緊急安置措施的審核程序」時，可直接據此確定法官有偏頗性。在本案，承審法官曾參加「偵查程序的交付審判程序」並且作成准予交付審判裁定，也不得直接據此認為法官有偏頗性。

4. 應適用刑訴法第 18 條第 2 款

在個案准予交付審判的情形，審判該案件的法官同時為個案的准予交付審判的裁定法官，根據刑訴法第 17 條第 7 款、第 8 款不得直接據此確定法官有偏頗性。應該根據刑訴法第 18 條第 2 款，提出其他的、進一步的事實並按照「客觀-主觀綜合標準」的觀點來確定法官是否有偏頗性或者有偏頗之虞。

三. 對於事實的解析

根據事實，在甲涉嫌實行刑法第 216 條、第 210 條行為的案件。A、B、C 依法裁定准予交付審判。分案後，本案仍由 A、B、C 合議審理並判處甲行使偽造私文書罪與刑罰。

1. 在本案，程序進行到審判中，交付審判裁定是在偵查中作成。A、B、C 是法官。甲是被告。

2. 在甲因為實行刑法第 216 條、第 210 條行為的案件，偵查中，A、B、C 依法作成准予交付審判的裁定，按照刑訴法第 258 條之 3 第 4 項法官的交付審判裁定視為起訴，審判程序可因此而開啟。事實上，並沒有檢察官的起訴行為。A、B、C 是曾經以「法官的地位」參與「偵查程序」的交付審判程序並且因此作成裁定。

3.按照事實，後來 A、B、C 又繼續參與本案的審判程序且對甲作成有罪判決並且處以刑罰。

按照刑訴法第 17 條第 7 款，在個案，法官曾以「檢察官的地位」執行「檢察官的職務」時，比方，提起公訴，應直接據此確定法官有偏頗性。在 A、B、C 就甲因為實行刑法第 216 條、第 210 條行為的案件准予交付審判的情況，係偵查中 A、B、C「以法官的地位」參與程序並且實行「法官的職務」 (§ 258-1 I 刑訴法)。所以，依據刑訴法第 17 條第 7 款，不得直接據此認為 A、B、C 有偏頗性。

按照刑訴法第 17 條第 8 款，在個案，法官曾以「法官的地位」參與「前審」之「裁判」，應直接據此確定法官有偏頗性。所謂的前審，是指相對於承審法官所處的程序階段，所有先前的「審判程序」。在 A、B、C 就甲因為實行刑法第 216 條、第 210 條行為的案件准於交付審判的情形，A、B、C 是曾經以「法官的地位」參與「偵查程序」的交付審判程序並且因此作成裁定，依據刑訴法第 17 條第 8 款，也不得直接據此認為 A、B、C 有偏頗性。

另外，法組法第 14-1 條規定，承審法官法官曾「以法官地位」參與「偵查程序的強制處分及緊急安置措施的審核程序」時，可直接據此確定法官有偏頗性。在本案，A、B、C 參加的是偵查程序的交付審判程序並且作成准予交付審判裁定，也不得直接據此認為 A、B、C 有偏頗性。

4. 根據刑訴法第 18 條第 2 款，法官是否有偏頗性或者有偏頗之虞，應提出其他的、進一步的事實並按照「客觀-主觀綜合標準」的觀點來確定。在甲涉嫌實行刑法第 216 條、第 210 條行為的案件，A、B、C 參加偵查程序的交付審判程序並且作成准予交付審判裁定，在審判程序，A、B、C 又擔任合議庭法官。既然不得根據刑訴法第 17 條第 7 款、第 8 款以及法組法第 14-1 條據此直接認為 A、B、C 有偏頗性。按照刑訴法第 18 條第 2 款，是否 A、B、C 有偏頗性或者有偏頗之虞，需要根據其他的、進一步的事實，在本案，並沒有看到其他與 A、B、C 有關的其他事實，所以，無法認為 A、B、C 有偏頗性或者有偏頗之虞。

5. 按照刑訴法第 18 條第 2 款，A、B、C 並無偏頗性或者有偏頗之虞，毋須迴避參與甲涉嫌實行刑法第 216 條、第 210 條行為案件的審判。

陸.結論

1.個案的承審法官在偵查中曾經作成准予交付審判的裁定。

2.在此情形，根據刑訴法第 17 條第 7 款、第 8 款，不能直接根據此事實認為法官有偏頗性。

3. 按照刑訴法第 18 條第 2 款也不得直接根據此事實並且按照「客觀-主觀綜合標準」的觀點來確定法官是否有偏頗性或者有偏頗之虞，而是應該提出其他的、進一步的事實。
4. 在本案，因為並沒有提到有其他的、進一步的事實，根據刑訴法第 18 條第 2 款亦無法認為法官有偏頗性。法官無須迴避本案的審判程序。