

法律意見書

案號：111 年度台上大字第 1924 號

專家學者、機關或團體：

姓名： 顏榕

為最高法院刑事大法庭 111 年度台上大字第 1924 號案件提出法律意見：

壹、應揭露事項

一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。

無。

二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

無。

三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

無。

貳、法律意見

一、本件法律問題題綱

請就提案法律問題：「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 點規定：法院為交付審判之裁定，因該案件視為提起公訴，法院允宜於裁定理由中敘明被告所涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條，俾使被告行使防禦權，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？」提出法律意見。

二、本件法律問題之背景

（一）我國交付審判制度概述

我國交付審判制度於 2002 年修法通過，賦予法院一定之權限審查檢察官所為緩起訴、不起訴處分有無濫用權力之情事。根據刑訴法之規定，聲請人聲請交付審判，須由合法提出告訴之告訴人即聲請權人，提出理由狀並委由律師強制代理，於再議被駁回後聲請之。此外，於審查法院認為應提起交付審判後，則擬制提起公訴。

關於交付審判之目的，立法者於修法理由中明確說明「對檢察官起訴裁量權之制衡，除內部監督機制外，宜有檢察機關以外之監督機制，爰參考德日之規定，告訴人或告發人於不服上級檢察署之駁回處分者，得向法院聲請交付審判，由法院介入審查，以提供告訴人多一層救濟途徑。基於保障被告審級利益，明定應向該管第一審法院聲請交付審判。為防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源，明定交付審判之案件，必須委任律師提出理由狀，程序始稱合法」，於內部監督之再議制度之外，另設外部審查機制。

然而在新設交付審判制度之後，即有質疑由法院裁定起訴，實乃架空三面關

係，且由法院自行調查、起訴，顯已違反控訴原則，逾越法院應有之分際¹。此外，我國交付審判制度於法院裁定起訴後，仍由檢察官負責公訴，在檢察一體下，此種設計是否妥適已有疑問，甚者，更有疑慮的制度為自裁自判，亦即有部分法院分案要點中²將裁定交付審判的案件，分由作出交付審判裁定之原股別承辦，也就是說裁定交付審判的法官，將在一審程序中繼續審判此案件，也引起了是否有違反控訴原則的高度疑慮³。

與本件法律問題相當程度關聯性者，為我國交付審判中的進行方式，特別是調查證據的範圍，也將影響本件法律問題之解釋。因之，以下先就交付審判中調查證據的範圍做一介紹。

（二）交付審判中程序進行方式調查證據之範圍

關於交付審判審查程序，我國刑訴法第 258 條之 3 第 1 項：「聲請交付審判之裁定，法院應以合議行之。」，且同法第 258 條之 3 第 3 項規定：「法院為前項裁定前，得為必要之調查。」。此外，學說亦指出因裁定交付審判視為起訴，對被告而言其權益受重大影響，應給予被告陳述意見的機會；就證據法則而言，因非屬審判程序，應適用自由證明即可⁴。

然而，就同法第 258 條之 3 第 3 項「得為必要之調查。」應做何解釋，則有不同意見。法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項（以下簡稱注意事項）第 134 條以「.....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。駁回交付審判聲請之裁定，不得抗告；被告對於法院為交付審判之裁定，則得提起抗告。而法院為交付審判

¹ 石宜琳，交付審判制度牴觸控訴原則--無異糾問制度復辟 合憲呼？！，全國律師，第 21 卷，第 9 期，2017 年 9 月，72-73 頁。

² 如臺灣新北地方法院刑事庭分案要點第 9 點：案件一律以抽籤之方式分案辦理，但由本案衍生並有下列情形之一者，應予指定分予原承辦股辦理：9.裁定准交付審判案件。

³ 林孟皇，聲請交付審判與法官迴避-評臺灣高等法院高雄分院 105 年度抗字第 1 號刑事裁定，月旦裁判時報，第 58 期，2017 年 4 月，83 頁以下；顏榕，交付審判程序之目的與證據調查範圍一簡評臺灣新竹地方法院 108 年聲判更一字第 1 號裁定，月旦醫事法報告，第 45 期，2020 年 7 月，55-57 頁。

⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法(下)，2019 年，177 頁。

之裁定，因該案件視為提起公訴，法院允宜於裁定理由中敘明被告所涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條，俾使被告行使防禦權，並利於審判程序之進行」，原則上認為僅得閱覽偵查卷宗資料，法院似不得自行再調查更多證據資料，實務上似乎也對於交付審判程序中之調查事實或蒐集證據呈現較保守之態度⁵，亦有認為法官可在交付審判程序中職權調查證據似已背離控訴原則、有糾問主義之虞⁶。

亦有不同意見認為，在解釋同法第 258 條之 3 第 3 項「得為必要之調查」之時，應考量交付審判程序並非審判程序，其證據調查程序，應以能達成該制度之目的作為指導原則，亦即，為達到發揮監督檢察官濫用、誤用不起訴權限之功能，則法院不能受限於偵查內容及結果，也才能確認個案中是否有應起訴之犯罪事實及理由，因而法院不應過度自我設限而只就偵查卷宗為書面審查⁷。

然而，不論採取上開何種解釋方式，法院僅調查偵查卷宗資料或是得積極調查證據資料，在法官調查相關偵查卷宗後以裁定視為起訴的立法模式下，對於維持控訴原則當然是有相當大的考驗⁸，如何以其他方式盡可能維持控訴原則，以下擬分析完日本交付審判制度後，一併於後比較台日制度並做出本文結論。

三、日本交付審判制度概論

（一）比較法之選擇

我國交付審判於立法之初於修法理由載明「對檢察官起訴裁量權之制衡，除內部監督機制外，宜有檢察機關以外之監督機制，爰參考德日之規定，告訴人或告發人於不服上級檢察署之駁回處分者，得向法院聲請交付審判，由法院介入審查，以提供告訴人多一層救濟途徑。基於保障被告審級利益，明定應向該管第一審法院聲請交付審判。……」，係參考德國與日本之相關規範，制定我國之交付審判制度。

⁵ 林俊益，聲請法院交付審判，月旦法學，第 87 期，2002 年 8 月，21 頁。

⁶ 林孟皇，聲請交付審判與法官迴避，裁判時報，第 58 期，2017 年 4 月，83 頁。

⁷ 何賴傑，檢察官不起訴職權修法之總檢討，台灣本土法學雜誌，第 37 期，2002 年 8 月，105 頁。同此見解，顏榕，交付審判程序之目的與證據調查範圍--簡評臺灣新竹地方法院 108 年聲判更一字第 1 號裁定，月旦醫事法報告，第 45 期，2020 年 7 月，54 頁。

⁸ 採取強制起訴之方式，也會進一步產生此種制度是否會破壞控訴原則的疑慮，參林鈺雄，刑事訴訟法(下)，2019 年，175 頁。

雖我國交付審判制度與德國與日本均有不同之處，然在比較法選擇上，依舊是有共通之處，本文在考量日本交付審判制度（又稱為準起訴制度）⁹中，係以法官之裁定視為起訴，且交付審判程序中法官得調查事實，且對交付審判制度亦設有迴避之相關規定，與本次鑑定意見中之爭點有高度相關，擬以日本之相關制度為主要比較對象。

（二）交付審判制度之立法背景與制度概要

日本刑事訴訟法第 262 條為交付審判制度（準起訴制度）之相關規定。此為對於日本檢察官獨佔起訴權限（同法第 247 條）及起訴裁量權限（同法第 248 條）下，為了避免檢察官不當行使該等權限而設計的監督制度。係日本於二戰後伴隨著制定憲法第 36 條禁止拷問之規定後，為了落實這樣的意旨，有認仿效德國強制起訴制度而新設之制度¹⁰。特別是二戰前日本過度偏重自白及糾問式的偵查運作下，產生了諸多公務員濫權侵害人權之事件，如拷問、脅迫、違法拘捕等¹¹，因之，在二戰後日本制定新憲法之契機下，為了杜絕公務員之濫權及提升人民對公務員之信賴，於刑法中修訂 193 至 195 之 1 條，加重公務員濫權罪等之法定刑，然而刑法雖然做了修法，在程序上如果無法擔保公務員濫權等犯罪能被繩之以法，刑法之修正恐怕也是空中閣樓。特別是在追訴公務員濫權罪時，犯罪嫌疑人與偵查機關同為公務員，在日本由檢察官獨佔公訴權之制度下，是否能維持公平的判斷實啟人疑竇，因之，在部分參考德國之強制起訴制度後，針對公務員的職權濫用罪，制定了日本刑訴第 262 條以下之交付審判制度¹²。雖有參考德國之交付審判度¹³，但日本僅針對特定罪名、採取由法院裁定起訴、起訴後由法院指定律師擔任檢察官的公訴等部分，與德國由法院的裁定賦與檢察官提起公訴的義務與起訴後由檢察官維持公訴等部分¹⁴，兩國仍有不同之處。

⁹ 在翻譯用語的選擇上，考量日本是以法官裁定視為起訴，故仍將之翻譯為交付審判制度，而不是翻譯為準起訴制度。

¹⁰ 河上和雄等編，大コンメンタール刑事訴訟法（第 5 卷），2013 年，294、295 頁。

¹¹ 小田中聡樹，準起訴手続とドイツ起訴強制手続の立法過程について，法律時報 45 卷 9 号，1973 年 8 月，40 頁。

¹² 吉利用宣，付審判請求制度に関する一視角（一），同志社法學 27 卷 4 号，1976 年 3 月，69 頁。

¹³ 吉利用宣，付審判請求制度に関する一視角（二），同志社法學 28 卷 2 号，1976 年 7 月，128 頁、135 頁。

¹⁴ 何賴傑，檢察官不起訴職權修法之總檢討—交付審判制度，台灣本土法學雜誌，第 37 期，2002 年 8 月，100 頁。

在這樣的立法背景下，應如何理解交付審判度的立法目的，即有學者明確指出，交付審判之目的可以由(1)保護國民的具體的權利及(2)在客觀上確保檢察官處分之合法性兩方面來觀察。就前者(1)的部分，可由所有的國民都有要求公訴權正當之行使的權利或是利益為前提，在具體之事件中得請求救濟來觀察。就後者(2)的部分，與其說是救濟手段，不如說是法院就檢察官處分之合法性加以客觀的監督。如果重視前者，應擴大請求者等參與程序之機會；反之，如重視後者，則應重視法院職權調查證據等職權主義之強化¹⁵。

在日本現行法下，告訴人或告發人不服檢察官之不起訴處分時，得請求該檢察官所屬檢察廳所在地管轄之地方法院審判之(日本刑訴法第260條、第262條)。且應在收受前述不起訴通知後7日內，向為該處分之檢察官提出請求書(同法第262條第2項)。檢察官於收受理由書後，如認為有理由者即應提起公訴(同法第264條)，認無理由者，應自收受理由書7日內將不起訴之理由，相關文書及證物送交法院(刑事訴訟規則第171條)。法院在收受前開交付審判聲請後，如認該提出之聲請不合法或是無理由，應為不受理之裁定；反之，如認有理由者，法院應裁定將該案交付管轄之地方法院審判，此時該案件視為已經提起公訴。而在交付審判之審理過程中，由合議庭進行審理，且必要時得進行事實之調查，並得囑託地方法院之法官或簡易庭之法官進行調查；在此情況下，受命法官與受託法官，與法院或審判長有相同之權限(日本刑訴法第265條)。而在經過交付審判，擬制提起公訴後，法院應指定律師來擔任維持該公訴之任務，該名被指定之律師在裁判確定前應負責擔任檢察官之職務(同法第268條2項)。

(三) 交付審判制度之法律構造

在告訴人或告發人不服檢察官之不起訴處分而向法院聲請交付審判後，法院需審查有無理由，如認為無理由則應駁回交付審判的請求，如認為有理由則應做出交付審判之裁定(同法第266條)，質言之，交付審判制度是法院審查有無理由且必須做出裁定之程序。¹⁶日本在立法上採取了由法官裁定視為起訴(同法第267條)的模式，之後的公訴由法院指定的律師來維持公訴，一般日本學者認為

¹⁵ 井戸田侃，準起訴手續の構造，立命館法學 102 号，1972 年，165 頁。此外，亦有從透過交付審判制度可處罰侵害人權的公務員犯罪(包含拷問等行為)，亦可說是達到間接保護人權的目標，參新屋達之，付審判手續の再構成，刑法雜誌 38 卷 3 号，1999 年，324 頁。

¹⁶ 河上和雄等編，大コンメンタール刑事訴訟法(第5卷)，2013 年，295 頁。

應該可評價為檢察官獨佔起訴主義之例外¹⁷。

在裁判例上，最決昭和 47 年 11 月 16 日刑集 26 卷 9 号 515 頁中則說明「係直接爭執檢察官不起訴之效力，或是請求起訴命令，本質上即非屬於行政訴訟，而除了請求人當然並非當事人之外，犯罪嫌疑人或是檢察官，也不具有當事人之地位。再者，針對此請求的審判，仍在還沒有提起公訴的階段，對於是否存有該犯罪嫌疑事實及是否需要起訴，需使用檢察官偵查的成果與自行調查的資料，致力於真實發現，就須以自己的看法來判斷事件是否需要交付審判的部份，應該可說是和偵查的性質有類似之處。」，認為「具有與偵查類似性質之起訴前的職權程序」。最決昭和 49 年 3 月 13 日刑集 28 卷 2 号 1 頁中亦認為「具有與偵查類似性質之起訴前的職權程序，本質上並沒有以對立當事人之存在為前提之對審構造」。

此外，主要考量交付審判制度程序中聲請人參與之程度，實務上多傾向認為應為類似「偵查」的構造或是「提起公訴前之職權程序」，否定請求人之程序參與，不允取許聲請交付審判之閱卷等程序參與，相對於此，學說上則多主張應增加請求人之程序參與，主張類似抗告訴訟說、中間程序說、刑事訴訟類似說或是預備審問類似說等¹⁸。

（四）交付審判制度之審理方式

在聲請人（告訴人或告發人）聲請該管法院進行交付審判後，如檢察官認為應維持原處分，此時檢察官應將相關卷宗資料送至該管法院。該管法院收受後，書記官應盡速將收到交付審判之請求告知犯罪嫌疑人（日本刑訴規則第 172 條第 1 項）。

就上述請求所進行之審理，由合議庭為之。審理以職權、秘密、非公開的方式來進行。法院除了檢閱檢察官所送交之卷證外，亦可自行調查事實。必要時，法院可命法官或是囑託地方法院、簡易法院之法官調查事實。此時，受命法官與受託法官與法院、審判長有同一權限。

¹⁷ 平野龍一，刑事訴訟法，1956 年，有斐閣，125 頁。

¹⁸ 新屋達之，付審判手續の再構成，刑法雜誌 38 卷 3 号，1999 年，325 頁。

法院具有刑訴總則所規定之強制處分權限。然而，訴訟關係人之卷證閱覽權、證據聲請權、證人詢問時之在場、詢問權等，以當事人對等為前提之程序，在此均不適用，亦不準用。此外，亦不需要有公開之審理、不需要進行口頭辯論。也不需要通知請求人、關係人審理期日或是調查事實的結果¹⁹。

對於案件之犯罪嫌疑人，準用對於被告的傳喚、逮捕，同時不需要檢察官之請求，也不適用逮捕前置主義而得依職權羈押之。此外，對於犯罪嫌疑人之訊問，雖未有法律明文規定，一般認為準起訴程序具有和偵查類似的性質，因之可以允許之。刑訴規則第 173 條也是以此為前提而設定²⁰。承上所述，法院有強制處分的權限，可為扣押、搜索、勘驗、詢問證人、鑑定等，與審判中的法院相同。實務上，在交付審判程序中，有發提出命令而命媒體交出取材的影片之裁判例²¹。

（五）控訴原則/彈劾主義

關乎訴訟由何人所發動之原理原則，有稱之為控訴原則（彈劾主義）與糾問主義。由法院發動之訴訟原理，一般稱之為糾問主義，而由法院之外之人發動之訴訟，就算是由被害人來發動，一般則稱之為控訴原則（彈劾主義）²²。由歷史的發展來看，訴訟之原始型態雖然是採取偏向控訴原則（彈劾主義）的方式，但在國家體制逐漸完備之後，也出現了採取糾問主義的國家²³。

其次，根據訴訟主體的區別，如只有法院與被告來進行訴訟，亦稱之為糾問主義，如由法院、訴追者與被告三方來進行訴訟，也稱之為控訴原則（彈劾主義）與糾問主義。一般而言，採取由法院發動之訴訟方式，其後也是只有法院與被告來進行訴訟，係典型的糾問主義；採取由法院之外之人發動訴訟，其後也大都是由法院、訴追者與被告三方來進行訴訟，為典型的控訴原則（彈劾主義）。²⁴此外，亦有學者延伸控訴原則（彈劾主義）之精神，認為在近代中控訴原則（彈劾主義）的重點應該是在承認被告的防禦權的主體性地位而為開展²⁵。

¹⁹ 河上和雄等編，大コンメンタール刑事訴訟法（第 5 卷），2013 年，311 頁。

²⁰ 河上和雄等編，大コンメンタール刑事訴訟法（第 5 卷），2013 年，312 頁。

²¹ 最大決昭和 44 年 11 月 26 日 23 卷 11 号 1490 頁。

²² 平野龍一，刑事訴訟法，1956 年，有斐閣，2 頁。

²³ 平野龍一，刑事訴訟法，1956 年，有斐閣，2 頁。

²⁴ 平野龍一，刑事訴訟法，1956 年，有斐閣，2-3 頁。但這也非絕對，歷史上亦有由法官職權開啟程序，但在程序開始後加入糾問官的模式。參白取祐司，刑事訴訟法，2017 年，73 頁。

²⁵ 久岡康成，当事者主義と弾劾主義の交錯，立命館法学，2005 年 2・3 号(300・301 号)，2005

日本在交付審判的立法上採取了由法官裁定視為起訴（同法第 267 條）的模式，之後的公訴由法院指定的律師來維持公訴，一般日本學者認為應該可評價為檢察官獨佔起訴主義之例外²⁶。然而，就交付審判的性質，理論上仍有不明之處。有學者提出，交付審判制度係因告訴人、告發人之請求而開啟，審理法院在認為有理由時以裁定產生起訴之效果。就此部分來看，與私人訴追有類似之處。然而之後審判的對象並非請求人請求記載書之事實，而是法院裁定之事實，以及維持公訴的律師並非是請求人的代理人，而是法院指定的律師，法院同時也可以撤銷該指定，因此與私人訴追的性質仍有不同。再者，就算法院內部有維持獨立性，即裁定起訴之合議庭與實際審判之合議庭並不相同，起訴之人與裁判之人的法人人格仍歸於同一，且法院對於起訴後進行公訴的律師仍有監督權，在理論構成上仍留有諸多疑問²⁷。此種由法院來起訴及指定進行公訴之律師的部分，在控訴原則上有相當的疑慮²⁸。

特別是針對前開在交付審判裁定後，由法院指定進行公訴的律師（日本刑訴第 268 條第 1 項），法院在認為該受指定之律師未能妥適執行職務時可撤銷該指定（同法第 268 條第 4 項），且該指定律師視同為公務員（同法第 268 條第 3 項）。由這些規範內容觀之，與私訴之性質仍有相當大的不同。此外，法官與訴追者有著上下監督的密切關係來看，有可以解釋成法院與訴追者乃是出於同一主體的危險性，對於維持公正法院的地位而言，有相當的挑戰²⁹。

再者，形式上而言，根據同法第 266 條第 2 項、第 267 條規定，交付審判之法院在認為請求有理由之時，須將事件裁定交付審判，且視為提起公訴。就算保持法院內部對內的獨立性，裁定交付審判之合議庭與審理的合議庭並不相同，形式上起訴者為交付審判的法院→受法院監督之訴追者律師→受訴法院進行審判，基本上均由法院來進行從交付審判開始的一連串程序。在此狀況下，更應該弱化法院對於擔任公訴之律師的指揮監督，避免審理之不公平之虞³⁰。

年，420 頁。

²⁶ 平野龍一，刑事訴訟法，1956 年，有斐閣，125 頁。

²⁷ 平場安治，刑事訴訟法講義，2001 年，379-380 頁。

²⁸ 新屋達之，付審判手續の再構成，刑法雜誌 38 卷 3 号，1999 年，325-326 頁。

²⁹ 吉利用宣，付審判請求制度に關する一視角（二），同志社法學 28 卷 2 号，1976 年 7 月，128-129 頁。

³⁰ 吉利用宣，付審判請求制度に關する一視角（二），同志社法學 28 卷 2 号，1976 年 7 月，129-130 頁。

綜上所述，在交付審判制度中，由於採取法院之裁定視為起訴的模式，應採取謹慎的態度來維持起訴後之控訴原則，且至少需要保持法院內部的獨立性，即裁定交付審判之合議庭與審理的合議庭不得相同，且法院應避免強化監督訴追者（進行公訴之律師）的立場，維持由法院、訴追者與被告三方來進行訴訟。其中，在保持法院內部獨立性上，日本刑訴法也明文將曾裁定交付審判一事列入後續審判中之迴避事由。

四、日本法中之迴避制度：以交付審判為中心

承上所述，日本的迴避制度中亦有規範交付審判之部分，以下，首先就日本刑訴中之迴避制度做一說明與分析。

（一）日本刑訴法第 20 條之迴避事由（除斥事由）

日本憲法第 32 條規定：「不得剝奪任何人受法院審判的權利。」此外，日本憲法第 37 條第 1 項就刑事被告由公平、迅速的觀點，規範：「在所有刑事案中，被告享有接受法院公正迅速的公開審判的權利。」而日本刑訴法在第 20 條，就可能妨害公平法院之虞的客觀事由加以類型化，規範迴避之事由。迴避可說是具體化憲法所保障公平法院之制度之一³¹。

日本刑訴法第 20 條規定「法官有以下情形者，應自行迴避執行職務：一、法官為被害人。二、法官現在或曾是被告或被害人之家屬。三、法官是被告或被害人之法定代理人、監護人、輔佐人。四、法官曾擔任該案件之證人或鑑定人。五、法官曾擔任該案件被告之代理人、辯護人或輔佐人。六、法官就該案件曾執行檢察官或司法警察之職務。七、法官對於該案件曾參與依第二百六十六條第二款之裁定、簡式判決、前審裁判、第三百九十八條至第四百條、第四百十二條或四百十三條之規定發回或移送時，曾參與原判決或裁判基礎事項之調查時。但如作為受託法官而參與之情形，不在此限。」

其中同法第 20 條第 6 款之迴避事由為，法官就該案件曾執行檢察官或司法警察之職務。第 7 款為參與前審，而此處包含了參與前審或與前審相當之情況。

³¹ 河上和雄等編，大コンメンタル刑事訴訟法（第 1 卷），2014 年，211 頁。

大致上可分為（1）參與交付審判的裁定之時、（2）參與略式命令之時、（3）參與前審的裁判之時、（4）撤銷發回、移送時的狀況下參與原審判決等。

同法同條第 6 款之迴避事由，乃是規定法官就該事件中處於訴追側立場之情況。曾經居於當事人的立場，自然不適合做為判斷者的法官。第 20 條第 7 款中，就（1）參與交付審判的裁定之時，因刑訴法第 267 條規定：為前條（第 266 條）第 2 項之裁定時，該事件視為起訴。而一般認為，裁定准許交付審判，相當於提起公訴的性質。因之，參與交付審判的裁定之人，實質上來說，與同法第 20 條第 6 款執行檢察官職務之人處於相同的立場，就裁定交付審判之事件的審理、裁判，應迴避之³²。

（二）日本刑訴法第 21 條之迴避事由（忌避事由）

在日本刑訴法第 21 條中則規定：「（第 1 項）法官應自行迴避或有不公正裁判之虞時，檢察官或被告得聲請迴避。（第 2 項）辯護人得為被告聲請迴避。但不得與被告明示之意思相反。」，與前開同法第 20 條相同，一般亦將之理解為擔保憲法上所規範之公平法院的措施³³。雖在同法第 20 條已有列舉出法官可能有不公平審判之虞之事由，但也有可能不僅止於此，同法第 21 條的迴避（忌避）制度，可說是補足同法第 20 條迴避（除斥）制度中固定及定型化所伴隨的功能上的界限³⁴。

然而就同法第 21 條第 1 項後段不公正裁判之虞之解釋，日本實務採取相當限縮且嚴格的解釋方式，最具代表性者為最決昭和 47 年（1972 年）11 月 16 日刑集 26 卷 9 号 515 頁裁定中所述：一般而言法官的迴避（忌避）³⁵制度，係指法官與事件中的當事人具有特別的關係，或是在程序外已經就事件形成一定的心證，非屬於審理該事件過程中的原因，已經無法期待該法官以公平的方式來客觀的審理及裁判之時，將該法官從審判中排除，以確保裁判的公正及對其之信賴為目的，在程序中審理的方法、審理的態度等原則上均不構成迴避（忌避）事由。然而，

³² 河上和雄等編，大コンメンタール刑事訴訟法（第 1 卷），2014 年，226 頁、231 頁、232 頁。

³³ 金子章，刑事手続における忌避制度について（1）—その実質的意義の検討を中心に—，横浜国際経済法学第 18 卷第 1 号，2009 年 9 月，60 頁。

³⁴ 河村博等編，裁判例コンメンタール刑事訴訟法第一卷，2015 年，246 頁。

³⁵ 係指日本刑訴法第 21 條之迴避（忌避）制度。

對於實務上極度限縮的看法，學說上也有提出批判的意見，認為日本最高法院並沒有對於為何審理方法不會構成不公平的裁判的表徵，沒有合理的說明，以及根本違反當事人主義中擔保法官中立客觀的迴避制度的意旨等³⁶。

暫且不論同法第 21 條第 1 項後段不公正裁判之虞之解釋，是否應該如同日本實務上採取如此限縮的解釋方式，至少由同法第 20 條、第 21 條的模式來看，後者應是在補充前者不足之處，換言之，前條事由係由立法者所預先設立，各款均有其相應之理由，為典型可能妨害公平法院之事由。

五、台日制度之比較與借鏡：代結論

（一）與控訴原則之緊張關係

在台日的交付審判制度中，均是由法院裁定交付審判視為起訴，換言之，均具有形式上起訴者為交付審判的法院→受訴法院進行審判的模式，在以訴訟由何人所發動及程序中的當事者數量來決定³⁷是否符合控訴原則時，台日交付審判制度顯然是由法院作為開啟訴訟者及審判者，也因此後續的訴訟進行過程及保持法院內部對內獨立性上(即裁定起訴之合議庭與實際審判之合議庭為不同之人)，更應保持謹慎的態度，避免訴追者與審判者混於一體。

（二）交付審判制度程序中異同之處

就交付審判之其他程序而言，在交付審判的範圍上，我國並未限制罪名，日本則是限於公務員犯罪等罪名，且有其在一戰後防堵公務員濫權的立法背景；此外，在起訴後的程序上，日本則由法院指定之律師來維持公訴，我國則依舊由檢察官來進行公訴。

在審查應否提起交付審判的程序中，日本刑訴明確賦予法官進行強制處分的權限，或與其立法背景與制度上並不承認自訴有關。蓋在檢察官獨佔起訴權限之下，對於檢察官濫行不起訴權限的監督，相當程度僅能倚靠交付審判之運作³⁸，

³⁶ 白取祐司，バックアップ刑事訴訟法②第二章 除斥・忌避，季刊刑事弁護 2 号，1995 年，140 頁。

³⁷ 平野龍一，刑事訴訟法，1956 年，有斐閣，2-3 頁。

³⁸ 目前日本設有交付審判制度及檢察審議會制度來監督檢察官的不起訴處分是否有濫用權限的情事，然而檢察審議會自 2009 年修法後，其決議方有拘束力，在此之前檢察官獨佔起訴之例外

也因此明確賦予在交付審判中，法官進行強制處分發現真實的權限。此外，在該程序中，也採取偏向偵查式的秘密、不公開的方式。

在我國同時承認自訴制度及不對交付審判罪名設限的狀況下，與日本主要針對公務員犯罪的立法目的亦有不同之處。在交付審判的程序中，法官是否得積極調查證據³⁹，亦或僅得閱覽偵查卷宗⁴⁰，仍有不同的意見。且相對日本交付審判程序而言，我國交付審判程序原則上準用第一審程序(參我國刑訴法第 258 條之 4)及同法第 258 條之 1 第 2 項之規定下，告訴人等程序參與人均得閱卷。

然而比較兩國制度，我國交付審判程序相較於偵查程序有諸多不同程序設計，但在立法理由為「對檢察官起訴裁量權之制衡，除內部監督機制外，宜有檢察機關以外之監督機制，爰參考德日之規定，告訴人或告發人於不服上級檢察署之駁回處分者，得向法院聲請交付審判，由法院介入審查，以提供告訴人多一層救濟途徑。基於保障被告審級利益，明定應向該管第一審法院聲請交付審判。為防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源，明定交付審判之案件，必須委任律師提出理由狀，程序始稱合法」⁴¹之下，由外部監督檢察官權限與賦予告訴人救濟途徑（即保障告訴人權益部分），應為兩大立法目的⁴²。日本交付審判之重要目的，除了避免檢察官在公務員濫權罪中不當行使不起訴權限，亦有保障人權的概念在內⁴³，二者

僅有交付審判制度。關於日本檢察審議會制度，參陳運財，論追訴權之制衡—人民監督觀點的再省思，月旦裁判時報，第 77 期，2018 年，58-61 頁；林裕順，人民參與不起訴審查之探討—以日本「檢察審查會」為中心，檢察新論，第 22 期，2017 年，44、45 頁。

³⁹ 何賴傑，檢察官不起訴職權修法之總檢討，台灣本土法學雜誌，37 期，2002 年 8 月，105 頁、顏榕，交付審判程序之目的與證據調查範圍—簡評臺灣新竹地方法院 108 年聲判更一字第 1 號裁定，月旦醫事法雜誌，第 45 期，2020 年 7 月，54 頁。

⁴⁰ 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。駁回交付審判聲請之裁定，不得抗告；被告對於法院為交付審判之裁定，則得提起抗告。而法院為交付審判之裁定，因該案件視為提起公訴，法院允宜於裁定理由中敘明被告所涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條，俾使被告行使防禦權，並利於審判程序之進行」、林俊益，聲請法院交付審判，月旦法學，第 87 期，2002 年 8 月，21 頁、鄭逸哲，「交付審判程序」和「起訴審查程序」—法院作為「太上檢察機關」？，法令月刊，第 58 卷第 6 期，2007 年 6 月，15-16 頁、林孟皇，聲請交付審判與法官迴避，裁判時報，第 58 期，2017 年 4 月，83 頁。

⁴¹ 立法院公報，91 卷 10 期，961-962 頁。

⁴² 黃鼎軒，交付審判法制的再建構--以市民公訴權觀點出發，東吳法律學報，第 32 卷第 4 期，2021 年 4 月，49 頁。

⁴³ 井戸田侃，準起訴手續の構造，立命館法學 102 号，1972 年，165 頁。新屋達之，付審判手續の再構成，刑法雜誌 38 卷 3 号，1999 年，324 頁。

雖不完全相同，但亦有相當程度的共通之處。

同時，兩國同樣採取以法院作為外部監督機制的機關，在認為不起訴之案件實已達起訴門檻時，以裁定視為起訴。

在日本交付審判制度下，為達到監督檢察官行使不起訴權限有無不當，交付審判中法院所為之事項，雖當然與檢察官並不完全相同，但得進行一定程度犯罪事實的調查，並得為強制處分，同時，以裁定准許交付審判，相當於檢察官提起公訴的性質，實質上來說，裁定交付審判之法官，與日本刑訴法第 20 條第 6 款執行檢察官職務之人處於相同或部分類似的立場⁴⁴，也當然成為同法第 20 條第 7 款規定迴避之事由。

我國之迴避制度則漏未規範交付審判法院構成迴避事由，然而就兩國制度中之共通之處來看，特別是立法目的、由法院裁定視為起訴及交付審判中得為一定之調查，本文認為應做如下之解釋。

（三）迴避事由欠缺規範交付審判：類推適用我國刑訴法第 17 條第 7 款

承上所述，在採取由法官裁定視為起訴之交付審判制度之下，其後之程序均應特別留意是否能盡可能維持訴追者與審判者之分離。首先，如裁定交付審判之法官與後續進行本案審理之法官為同一人，在組織體上起訴者為法院，審判者亦為法院的同時，起訴之人同時為審判之人，連基本的法院內部的獨立性均無法保持，自是嚴重違反控訴原則之虞，自應將參與裁定交付審判之法官列入迴避事由。

其次，在我國交付審判制度中，雖交付審判程序中法官所得進行調查之範圍仍有爭議，也當然不會與檢察官所進行的職務完全相同，但就調查偵查卷宗、資料，認定是否達到起訴門檻並以裁定之方式視為起訴的部分，仍是與檢察官的職權有部分的類似性，加上前述由法院之裁定視為起訴的方式，如果我們認為我國刑訴法第 17 條第 7 款「法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者」應為法官自行迴避事由，則裁定交付審判之法官，基於同法第 258 條之 3 第 4 項「法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴」及同法同條第 3 項「法院為前項裁定前，

⁴⁴ 河村博等編，裁判例コンメンタール刑事訴訟法第一卷，2015 年，226 頁、231 頁、232 頁。

得為必要之調查。」之規定，亦應加以迴避。

在立法尚未將裁定交付審判之列為迴避事由前，本文認為基於與我國刑訴法第 17 條第 7 款「法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者」之類似性，應類推適用該條作為迴避事由。此外，因裁定交付審判法官有上述之事由，在以法院的內部獨立性作為維護控訴原則之方式下，應無個案中審酌是否有偏頗之虞之餘地，故應非適用同法第 18 條第 2 款。換言之，在起訴者之法院與審判之法院相同之情況下，應已構成類型化之迴避事由，併與敘明。