

國立台灣大學法律學院法律研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

中立法院與刑事法官之迴避事由

--以德國法與歐洲人權法院裁判為中心

The Impartial Tribunal

Cases of German Law and ECHR

黃淑芳

Shu-Fang Huang

指導教授：林鈺雄 博士

Advisor: Yu-Hsiung Lin, Dr. jur. (München)

中華民國一百零一年十二月

December 2012

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書
中立法院與刑事法官之迴避
—以德國法與歐洲人權法院裁判為中心
(The Impartial Tribunal in Criminal Procedure)

本論文係黃淑芳君 (R98A21054) 在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 101 年 12 月 19 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 林金雄

口試委員： _____

姜世明

吳以明

林金雄

謝辭

終於把論文寶寶給生下來了！人家李夫人懷哪吒也不過三年整，而我的論文寶寶硬是又多了半年有餘。其間，幾次因為國考的外在壓力而停止妊娠，也數度由於自己意志不堅，或是整日跟 Mr.Deutsch 爭執，而差點跑去進行人工流產，沒想到最後總算還是把他四肢健全地好好生下來（拭淚）。

如果這稱得上是一點點成就，最須要感謝的當然莫過於產婆，也是我的指導教授，林鈺雄老師。老師向來治學嚴謹，指導學生（催產）經驗豐富，在我和 Mr.Deutsch 吵到快要離婚的時候，曉之以理，要我們平心靜氣地真心相愛；在我數次因灰心喪志的時候，動之以情，信心滿滿地鼓勵我繼續努力；在我想棄法律潛逃的時刻，誘之以利，明白自己的責任在哪裡（在臺東合夥開民宿和律師事務所是認真的嗎？）；在我懶懶散散的時候，威之以勢，教我不敢怠惰，至於那句名言我們就心照不宣了（笑）。算一算，認識老師已經 5 年多了，心境也有幾番轉折，對老師，有說不盡的感謝，從前總天真以為，謝辭裡面那些感謝指導教授的話不過是說說場面話而已，直到自己著手寫謝辭這一刻才體會到，原來真正的感謝之情是難以用筆墨形容的，謝謝老師一直以來的寬厚，容忍我的沒大沒小、鬼吼鬼叫，還有時不時的大小脫線與出包，祝福老師一家人都平安健康。

當然也要感謝兩位口試委員，感謝姜世明老師遠從廈門趕回來替學生進行口試，也感謝吳從周老師課堂上提供的不同啟發，兩位老師的學術涵養豐富、涉獵廣泛，不僅就德國法給予我許多寶貴的建議，也從法官倫理的觀點提示我許多該注意的方向。兩位老師細心的程度真的非常令人佩服，指出學生諸多遺漏、須要改進之處，並且也慷慨地賦予鼓勵，很幸運能遇到兩位這麼棒的老師。

此外，也謝謝黃榮堅老師一直以來對學生的關懷與鼓勵，老師學富五車、思考縝密，並且循循善誘，不僅常常帶給學生不一樣的思考方式，也總是耐心接納學生很不法律的亂七八糟回答，祝福老師接下來的日子都能一直身體健康，還有，完成其他的夢想。也想特別謝謝吳展良老師願意自掏腰包，開班傳授我們致良知的道理（雖然我資質駑鈍，還沒了悟…），每次聽老師在分析《傳習錄》，輕聲說著陽明如何如何，彷彿又一點一滴地逐漸找回那失落的自己，謝謝老師的鼓勵，希望老師一家人也都平安健康。另外，也想感謝國中時期的吳韋錡老師與高中時期的賴惠虹老師，兩位老師待我如己出，鼓勵我繼續升學，惠虹老師甚至挪出自家房間讓我溫習讀書，若沒有她們，我不可能有機會到臺大念書。

接下來，則是一連串的數隻大會！首先是熊門的部份：謝謝大師兄士帆學長不厭其煩地回答我一些奇奇怪怪的問題（哈哈），還有伸手援助我德文資料以及翻譯，偷一句慧中學姐的話，學長不僅是行動法學資料庫，而且還可以直接下載（大笑）；謝謝之萍學姐在我蠟燭兩頭燒，快要死掉的時刻，隻手替我擋下風雨雷電，學姐脾氣實在超好的；謝謝靖珣學姐自認識以來的疼愛與關懷，學姐真是很溫暖的人；謝謝慧中學姐一直以來的鼓勵與指點，以及無敵強大的按摩功力（推

薦)，妳一定要過得開開心心唷！（抱）謝謝偉俊學長一邊忍受我狂拆你論文城牆，另一邊還不吝惜地花時間指導我德文，雖然最後全部都還給你了（囧）；也謝謝阿亮學長、佩瑩學姐、佳叡學姐對我論文提供的各種建議；另外，我想特別感謝與我一同進門的盼盼、佩蓉還有君維學長，以盼盼為主揪的三人組時不時就會發起一些郊遊踏青的活動，帶我出去呼吸新鮮空氣，陪我說一些垃圾話，畢業以後還願意抽空回來幫忙我校對論文以及舉辦研討會（落淚），尤其是君維學長，說好要請你協助研討會工作，結果都在忙著幫我改參考文獻（對不起），真的很喜歡大家，希望你們之後一切都好；也謝謝聰慧的 Iris、可愛的立涵一直以來貼心的協助。

再來，是 1811 專欄：謝謝馬偉涵大叔對我這社會化不足的小孩給予諸多開導，毫無保留的告訴我人生百態，教我開啟深夜節目，祝福你們馬氏夫妻還有即將誕生的小寶寶幸福快樂；謝謝阮阮學長一直以來的讚賞，雖然學長的稱讚，我常覺得實在是不中肯（笑）；謝謝佩瑩總像大姊姊一樣關心我的日常起居生活以及心理衛生，我們想要年紀輕輕就趕快喝到妳的喜酒啦！謝謝戴普嫂單純又真誠的笑容，每次聽到妳大笑都會忍不住跟著笑起來；也謝謝曉恩總是耐心的聽我抱怨東抱怨西，雖然我知道妳不喜歡人家這樣講，但妳真的是溫柔又體貼的可愛女孩，尤其是臉紅的時候（大笑）；謝謝林聖凱大方的出借筆電給我帶來澳洲，以及宅宅的常窩在研究室替大家處理電腦的疑難雜症，要好好疼惜可愛的容瑩唷！也謝謝小郭學長總是一邊大罵著阿宅，一邊輕聲細語的問候我們，我時常在旁邊偷聽兩位的對話而大笑，謝謝兩位容忍我不時加入戰局，火上添油；謝謝甲甲永政情義相挺的給予我鼓勵與信心，你可要繼續潮下去喔！謝謝阿湯學長與我分享好書；也謝謝李維學長和萬承知無不言、言無不盡地傳承刑事法中心助理的工作經驗給我，那的確是一個能學習到許多待人處事道理的貴寶地。

另外，我想要特別感謝我大學以來的三位好友，第一位是之之，雖然妳非常的忙碌，但總沒忘記約我吃個飯、看個大爛片（開玩笑的），謝謝妳大學四年的陪伴，妳總是能讓我捧腹大笑不止，不管以後的道路有多麼崎嶇，請記得，我們都會一直支持妳（摟）；第二位是盈如，打從我們認識以來，妳就是一個開朗又樂觀的女孩，感謝有妳堅定的陪我走過一段又一段的低潮期，以及包容我各式各樣的莫名情緒，雖然以後很少有機會能像之前那樣，待在國青交誼廳徹夜長聊了，但我相信我們的友情會一直持續下去，也祝福妳會一直幸福下去；最後一位，則是我人生截至目前為止最要好的男性友人，駱思翰，謝謝你帶領我接觸吳展良老師的儒學之道，謝謝你願意撥時間聽我講垃圾話，開導我這個懦弱悲觀的凡夫俗子，聽人家說，人的一生一定要有單純的異性好友，而我何其有幸，能有知己如你！期待我們都能早日學會如何保護自己，以及守護身邊心愛的人們。

還有高中以來的好友，怡中、湘庭、靖容、瑋姿，雖然我們都各自有忙碌的事情，很難時常聚在一起，但我知道，我們之間的連結，一直都在；除此之外，也謝謝唯寧、子寧時常對我的關心；也想謝謝晨暘、翁瑋還有倍伸，雖然與三位

相處的時間很短暫，但你們的聰明智慧學姐我知之甚詳，相信你們以後都會有很棒的未來，也祝福你們。

除此之外，也要另闢一欄以謝謝圖書館的工作夥伴們，尤其是總管法律圖的歷任館長們，仁翔學長、宏偉學長、至臻以及啟宏學長，謝謝你們給我工作機會，提供溫馨舒適的工作環境，並且時常替我收拾殘局（掩面）；另外，特別謝謝美文，陪我聊天，在我出國時慷慨地伸出援手，幫忙處理離校事宜，等我回臺灣以後一定請妳吃飯。

最後，要謝謝我的家人，感謝我的父母賜予我生命，容許我不事生產的一直念書，尤其是母親，就如同天下所有媽媽一樣，一樣的偉大，感謝妳一直以來的照顧與真摯的關懷，我愛妳（親一個）；也感謝祖父、祖母、外公、外婆、二舅舅、二舅媽、阿姨們以及哥哥的愛護，希望你們都會一直健康下去。還有，想要特別謝謝語流君，雖然我們相處的時間總是很短暫，彼此語言溝通又頗為困難，但你眼神中流露的情與愛無疑是我白夜行走中的一道光芒，請一定要健健康康的等我歸來！



黃添芳
Surfers Paradise
31.1.2013

中文摘要

無偏頗法庭乃是公平審判權利中非常重要的一環，而其具體落實即是有賴於法官迴避制度的運作，尤其是對於刑事程序被告而言，更有重大意義。然而，由於刑事訴訟法第 18 條第 2 款中，足認法官有偏頗之虞屬於概括條款，因此何謂偏頗之虞，判斷標準為何，何種程度應肯認聲請法官迴避有理由，皆是問題所在，而此即是本文重點所在。

首先，本文類型化自德國學說與實務上的討論，試圖歸納出曾經有過的案例類型，此因我國在立法之初，即曾參考德國刑事訴訟法的條文為典範，是以，德國法上關於該條陸續發展出各種的原則與例外，也不失作為我國在解讀「偏頗之虞」的參考對象。

再者，具有跨國性意義的歐洲人權法院案例法中，也有許多關於無偏頗性的判例，其中，人權法院一再強調，「正義必須被彰顯而非僅僅達致」，而對此，法院無偏頗的外觀也是非常重要的一部份，因為這攸關民主社會中，人民對司法制度的信心，一旦有合理根據足認法官有偏頗的疑慮，簽約國就可能違反公約，是故，本文即整理自人權法院與委員會的重要案例，試圖類型化以作為我國實務解釋「偏頗之虞」時參考比較之用。

而我國在立法通過《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》後，已躋身國際人權公約之列，《公民權利與政治權利國際公約》第 14 條第 1 項規範中亦明白指出，被告必須由無偏頗的法庭負責審理，因此，實務不應再昧於現實，如此限縮迴避制度中，對於偏頗之虞的適用，而應該放寬肯認的標準，特別是一些誇張案例，即便是與訴訟指揮、問案態度有關，亦應當有成立法官迴避的可能性。

關鍵字：公平審判、無偏頗法庭、聲請法官迴避、偏頗之虞

英文摘要

The impartial tribunal is very important for the right to fair trial, and it depends on the institution of disqualification of court. It would have significant meaning for the defendant who is especially in criminal proceedings. However, the section 2 of article 18 of The Code of Criminal Procedure:” A party may motion to disqualify a judge in one of the following circumstances: (2) Circumstances other than those specified in the preceding article exist which are sufficient to justify the apprehension that the judge may be prejudiced in the exercise of his functions.” is a general clause, so that it’s necessary to classify. What’s the meaning of impartial tribunal? What criteria do we use when judging the impartial tribunal? And when we confirm that is the sufficient reason for the judge who may be prejudiced in the exercise of his functions? Those’re the main point of this thesis.

At first, this thesis would discuss with the German law, including doctrine and practice, and try to sum up the type of previous case. At the beginning of the legislative, Taiwan has made reference to the provisions of the Code of Criminal Procedure of Germany as a prime example. Therefor, the development of Germany, the principles and exceptions are very important, and could be our reference objects, when we interpret the fear of bias.

Secondly, the case law of the European Court of Human Rights (ECHR) is the other way we refer to. There are so many judgments or decisions of ECHR which are concerned with impartial tribunal. The Court reiterates that impartial tribunal is the most important right of fair trial. In this respect even appearances are of importance since justice must not just be done but must be seen to be done. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. This implies that in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality. Thus this thesis would try to classify the “legitimate reason” for reference.

After the legislature passes “Act to Implement the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, we are also one of international Convention’s members. The impartial tribunal is also the word of section 2 of article 14 of International Covenant on Civil and Political Rights. That’s why Taiwan’s practice should not persevere with old-fashioned opinion. They should approve more and more cases that are the legitimate reason to fear that the judge lacks impartiality.

Keyword : Fair trial, impartial tribunal, disqualify a judge, Besorgnis der Befangenheit,



詳目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與問題意識.....	1
第一項 名存實亡之迴避制度.....	2
第二項 理由分析.....	4
第二節 研究方法與本文架構.....	5
第一項 研究方法.....	5
第二項 本文架構.....	6
第二章 德國法之發展	7
第一節 德國基本法.....	7
第二節 德國刑事訴訟法之規範.....	10
第一項 基本原理原則.....	10
第一款 規範內容.....	10
第二款 制度目的.....	12
第一目 避免偏頗嫌疑之外觀.....	12
第二目 排除錯誤裁判.....	12
第三款 規範體系.....	14
第二項 依法絕對排除之法官 (Der ausgeschlossene Richter)	15
第一款 為被害人.....	16
第二款 為被害人或被告之特定親屬.....	17
第三款 曾因特定職務參與同一案件.....	19
第一目 檢察官、警員或辯護人.....	19
第二目 證人或鑑定人.....	20
第三目 參與下級審或再審前之裁判.....	21
第三項 偏頗之虞 (Besorgnis der Befangenheit)	24
第一款 概念.....	24
第二款 標準.....	25
第一目 「個人—客觀」標準.....	25
第二目 客觀標準的讓步?	26
第三款 個案判斷.....	28
第四款 偏頗事由.....	29
第一目 受外力介入影響.....	29
壹 聲請人.....	29

貳 辯護人.....	31
參 訴訟外第三人.....	33
第二目 法官個人因素.....	34
壹 私人社交關係.....	34
貳 職務上或業務上往來.....	36
參 參與組織團體.....	36
肆 法律見解.....	38
伍 其他人身狀態.....	39
第三目 先前職務.....	40
壹 同一案件之中間裁判.....	40
貳 裁定開啟審判程序.....	43
參 中間評論.....	44
肆 同一案件發回更審.....	47
伍 同一或相關案情之不同程序.....	50
第四目 法官審判程序前或程序中之言行.....	52
壹 預斷型.....	53
貳 恣意型.....	55
參 逼迫型.....	56
肆 其他非客觀的表態.....	57
第五目 特殊問題.....	59
壹 量刑協商程序.....	59
貳 參審法官預覽卷證內容.....	62
第三節 本章小結.....	64
第三章 歐洲人權公約之發展.....	67
第一節 歐洲人權公約第6條第1項之規定.....	67
第一項 公平審判原則.....	67
第一款 依法確立之法庭.....	70
第一目 由「國會制定」之法律？.....	70
第二目 法律須明訂之範圍？.....	72
第三目 法定法官原則？.....	73
第二款 法官獨立性.....	74
第一目 獨立於任何其它國家機關.....	74
第二目 獨立性之四大標準.....	75
壹 任命方式.....	75
貳 職位任期.....	76
參 對抗外在壓力之保障.....	76

肆 獨立之外觀.....	77
第三目 獨立性之其他要件.....	77
壹 判決權威性.....	77
貳 法庭自主性.....	78
第三款 法官無偏頗性.....	79
第二項 小結.....	80
第二節 歐洲人權法院與委員會關於無偏頗性之裁判.....	80
第一項 無偏頗性之審查基準.....	81
第一款 主觀審查基準.....	81
第二款 客觀審查基準.....	84
第二項 無偏頗法庭權利之放棄？.....	86
第一款 <i>Pfeifer and Plankl v. Austria</i> 案.....	86
第二款 <i>Bulut v. Austria</i> 案.....	88
第三款 學說見解與不同意見書.....	89
第三項 申訴人、法院之義務與證明負擔.....	91
第一款 申訴人指摘義務.....	91
第二款 內國法院調查義務.....	93
第三款 證明負擔.....	96
第四項 瑕疵治癒之可能性.....	97
第一款 本案程序之補正？.....	97
第二款 審級救濟.....	98
第五項 偏頗事由.....	100
第一款 曾擔任調查小組之「主任檢察官」.....	100
第二款 法官個人因素.....	102
第一目 親屬關係.....	102
第二目 政黨成員.....	103
第三目 與證人之私人或業務上往來.....	104
第三款 身兼數職之法官.....	106
第一目 於同一案件接連擔任不同司法職務.....	106
壹 實行調查.....	108
貳 於預審程序中訊問證人.....	109
參 中間裁定.....	110
肆 羈押裁定.....	112
第二目 參與數個法院裁判.....	112
壹 曾參與撤銷發回之裁判.....	112
貳 參與同一犯罪事實之審判程序.....	114
參 對事實上關聯之民事或刑事程序連續裁判.....	115

第四款 訴訟進行中檢察官缺席.....	117
第五款 參審法官預覽卷證內容.....	118
第六項 公約競合問題.....	121
第一款 羈押與人身自由拘束.....	121
第一目 從公約第5條第3項、第5條第4項出發.....	121
第二目 從公約第6條第1項出發.....	122
第二款 無罪推定原則.....	123
第三節 本章小結.....	126
第四章 我國法之發展	130
第一節 無偏頗性之相關規範.....	130
第一項 《憲法》上之基礎.....	130
第二項 《公民與政治權利公約》之保障.....	134
第三項 《刑事訴訟法》之規定.....	135
第二節 我國實務關於迴避之裁判.....	137
第一項 自行迴避事由.....	137
第一款 特定關係.....	137
第二款 曾因特定職務參與同一案件.....	139
第一目 告訴人、告發人、證人或鑑定人.....	139
第二目 檢察官或司法警察官.....	139
第三目 曾參與前審裁判.....	140
第二項 聲請迴避事由.....	144
第一款 基本原則.....	144
第二款 偏頗事由.....	146
第一目 聲請人之行為.....	146
第二目 法官個人因素.....	147
壹 親密關係.....	147
貳 職務上或業務上往來.....	152
第三目 身兼數職.....	153
壹 「同時」進行羈押與審判.....	153
貳 裁定交付審判.....	154
參 同一或相關案情不同程序.....	156
第四目 法官言行舉止與訴訟指揮.....	158
第三節 附論.....	161
第一項 與起訴狀一本主義下卷證不併送之關聯.....	161
第二項 於人民觀審制之適用.....	162
第五章 結論	165

第一節 他山之石—比較法之借鑒.....	165
第一項 德國法之發展.....	165
第二項 歐洲人權法院之發展.....	167
第二節 法官迴避制度之敗部復活.....	169
第一項 訴訟指揮與迴避之界限.....	169
第二項 重建合乎國際人權之迴避制度.....	170
◎ 參考文獻	173





第一章 緒論

第一節 研究動機與問題意識

首先要從最近一則經監察院彈劾的案件談起，臺灣高雄地方法院一名法官，因為開庭審案態度不良或以無關案情事項辱罵當事人事件，而屢遭陳訴，公務員懲戒決議書中長達 5 頁的內容在逐一系列該名法官種種不適當言行，像是「你不要在那邊黑白哭天」、「我不會像你這個垃圾人（台語），跟我黑白那個」、「你還跟我囉嗦，嘖嘖歪歪，肖人，我現在再罵你一句，我就是當場讓你難看，你要怎麼辦？我都應付你，最多我就是 6 萬塊（按係指考績獎金）不要囉，那你怎麼樣，我敢罵人，就是敢接受這個結果啦」、「我要讓你的工作丟掉，你給我小心」、「我做法官很兇，誰來時搞鬼我都會先罵他，將他的氣燄壓下來再審理，你想想你是委任職，我一進市政府就是薦任，你來嗆我，嗆對人沒有，哭么，里幹事我會看在眼裡嗎？以前我最少還是薦任高考及格，你還是普考我會看在眼裡嗎？」、「你就是沒有腦筋，又在那邊哭」、「拜託！你不要一直哭，妳一直哭是在哭怎樣，是在哭死爸還是哭死母」、「以我法官看，如果是我就不會選你當太太，我就不喜歡這樣的人」、「要申請保護令，要保護令不如你們二個人去媽祖婆那邊一人求一百張符掛在身上，應該也沒有用，（提高聲調）神明的符都保護不了你，法院的保護令可以保護得了你嗎？」、「這叫做狀紙？你們這些當事人欠罵欠人踹（台語），那叫做狀紙？空白一片阿（轉向證人說我樣罵他有冤枉嗎）」等等，由於諸多情況嚴重影響司法信譽，最後公務員懲戒委員會做出決議，該名法官休職一年¹。

此係因自古以來，人們對於司法制度寄予公正無私的高度厚望，法官形象應維持公正不阿不但是法官倫理上的要求，無偏頗法庭也攸關公眾對於司法制度的信心，在個案中，尤其是對刑事案件的被告，更是法庭審判被告的正當性基礎。再加上無偏頗法庭的放射效力，不僅可能影響無罪推定原則的認定，關於剝奪人身自由權利時，亦是要求應由無偏頗法庭作決定²。由此可知，無偏頗法庭之權利乃是憲法第 16 條訴訟權中，公平審判權中極為重要的一環，而其具體實踐正是有賴於個案中迴避制度的落實³。

¹ 公務員懲戒委員會決議書 100 年度鑑字第 12143 號。

² 請參閱施育傑，《歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡，檢討我國羈押與人身自由拘束制度》，台灣大學法律研究所碩士論文，2008 年，頁 66-86。

³ 請參閱司法院大法官釋字第 178、256、601 號關於迴避制度之討論；另請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2010 年，頁 100-108。

然而，我國迴避制度卻是幾近於無用，例如刑事訴訟法第 17 條第 8 款，關於「前審」的解釋，實務見解向來採取審級說，尤其在司法院釋字第 178 號⁴亦明白採取相同見解以後，更是強化實務採取審級說的理由。儘管批評頗有見地⁵，但實務仍是無動於衷⁶。是以，本文於此暫時不再贅述，討論前審究竟該採取審級說或是拘束說，而是將研究重心放在刑事訴訟法第 18 條第 2 款之「足認執行職務有偏頗之虞」上，試圖為迴避制度找出一條新的適用道路。

第一項 名存實亡之迴避制度

為了迅速呈現迴避制度在我國實務的運作概況，本文遂統計最近 5 年以來，各級法院關於法官迴避之裁定。本表數據乃係以「迴避」作為判決案由進行搜索，將範圍限縮在各級普通法院刑事庭於民國 97 年至 101 年，近 5 年間所為之裁定，並扣除聲請檢察官與書記官迴避之案由，以及公示送達、誤寫更正與補正裁定等而得⁷：

機關	聲請迴避	抗告	駁回聲請或抗告	裁定迴避或發回
最高法院	4	60	61	3
機關	聲請迴避	抗告	駁回聲請或抗告	裁定迴避或發回
台灣高等法院	82	57	137	2 ⁸
台中高分院	19	10	29	0
台南高分院	11	13	23	1 ⁹
高雄高分院	16	10	26	0
花蓮高分院	10	5	15	0

⁴ 司法院釋字第 178 號：「…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。…」

⁵ 如司法院大法官釋字第 178 號，陳世榮大法官不同意見書，姚瑞光大法官不同意見書；另請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2007 年，頁 102-104

⁶ 最近一則如最高法院 97 年度台抗字 870 號裁定，明白指稱將前審解釋為拘束說，此乃「以學者個人見解之不同，及與我國刑事訴訟法前開規定相歧異之德國、日本立法例，指摘原裁定不當，難認為有理由，應予駁回。」

⁷ ※單位：件數。

⁸ 臺灣高等法院 97 年度抗字第 1026 號裁定，因原裁定（臺灣臺北地方法院 97 年度聲字第 1778 號裁定）未處理某律師事務所非屬訴訟當事人，而無聲請迴避權利，是故發回更為裁定；臺灣高等法院 98 年度聲更(一)字第 9 號裁定，則涉及法官為告發人。

⁹ 臺灣高等法院臺南高分院 100 年度抗字第 353 號裁定，涉及法院以獨任法官審理迴避聲請，有法庭組織不合法的問題。

金門高分院	4	0	3	1 ¹⁰
機關	聲請迴避		駁回聲請	裁定迴避
台北地方法院	71		70	1 ¹¹
士林地方法院	19		19	0
新北地方法院 ¹²	11		11	0
宜蘭地方法院	0		0	0
基隆地方法院	2		2	0
桃園地方法院	13		13	0
新竹地方法院	3		3	0
苗栗地方法院	1		1	0
台中地方法院	14		14	0
彰化地方法院	3		3	0
南投地方法院	5		4	1 ¹³
雲林地方法院	2		2	0
嘉義地方法院	9		9	0
台南地方法院	10		10	0
高雄地方法院	21		20	1 ¹⁴
花蓮地方法院	4		4	0
台東地方法院	4		4	0
屏東地方法院	1		1	0
澎湖地方法院	3		3	0
金門地方法院	0		0	0
連江地方法院	0		0	0

由本統計表可得知，近 5 年內各級法院聲請迴避案件，除了最高法院曾發回 3 則案件更為裁定，以及其他下級法院零星裁定迴避之外，各級法院對迴避聲請的駁回率總和幾乎高達 97.99%，而縱使經最高法院發回原審更為裁定的案件，除有一例是涉及刑事訴訟法第 17 條第 6 款，法官為告發人，因而發回更為裁定後裁定應予迴避外¹⁵，其他兩例更為裁定的結果，也都是再次駁回聲請¹⁶。職是

¹⁰ 臺灣高等法院金門分院 99 聲字第 24 號裁定，涉及前審的解釋。

¹¹ 臺灣臺北地方法院 100 年度聲字第 3627 號裁定，涉及法官為告發人。

¹² 舊名為：板橋地方法院。

¹³ 臺灣南投地方法院 100 年度聲字第 117 號裁定，涉及法官於他案認定本案被告有虛偽陳述。

¹⁴ 臺灣高雄地方法院 101 年度聲字第 3181 號裁定，涉及交付審判。

¹⁵ 最高法院 98 年度台抗字第 555 號裁定，涉及法官為告發人。

¹⁶ 最高法院 98 年度台抗字 580 號裁定，涉及法官先後參與相關之民刑事案件；最高法院 97 年度台抗字第 234 號裁定，涉及本應自行迴避的法官，繼續參與審理，並於準備程序訊問證人。

之故，迴避制度在我國司法實務上，可謂名存卻早已是實亡！。

第二項 理由分析

姑且不論因為聲請或抗告不合法程序，如逾抗告期日、聲請人為告訴人而非當事人者、未依第 19 條第 2 項在迴避時期內提出¹⁷等類案件，實際審查有無迴避事由者，從各法院聲請迴避之案件理由可得知，除有少部份案件係爭執刑事訴訟法第 17 條第 8 款，推事曾參與前審之裁判者中，「前審」之解釋。聲請人的聲請理由泰半集中在刑事訴訟法第 18 條第 2 款，即「足認法官其執行職務有偏頗之虞」¹⁸。

但進一步觀察實務上關於第 18 條第 2 款之適用，幾乎所有裁定皆援引最高法院 79 年台抗字第 318 號判例¹⁹，一語帶過。簡而言之，實務提出以客觀合理懷疑的觀點審查，即「法官與當事人一方是否存有利害關係，而使得從一般人觀點看來，對於法官能否無偏頗的審判個案，皆會產生懷疑。」然而，具體適用在個案中，不管是何種類型的誇張案例，不論法官問案態度為何，訴訟指揮是否有恣意之虞，法院仍常在援引該則判例之後，直接認定法官與聲請人間因無故舊恩怨，故而不足以認定偏頗的客觀理由，裁定駁回收尾。

儘管有一部份聲請事由不乏有濫用之嫌者，例如臺灣高等法院 97 年度聲字第 2894 號裁定，聲請全院法官迴避；或如臺灣臺中地方法院 98 年度聲字第 1943 號裁定，當事人以「承辦法官看起來太年輕，對交通案件較無經驗，恐無法伸張正義」，故聲請法官迴避等等。

然而，亦有為數不少的聲請迴避事由，可能正是爭議所在，例如法官同時兼負本案審判與羈押者；交付審判與本案審理為同一人者；或是臺灣板橋地方法院 97 年度聲字第 1592 號裁定，法官與檢察官為配偶關係者；又或是言行舉止不當

¹⁷ 關此，實務見解向來認為，一旦當事人已就案件為「實體」陳述後，即不得再聲請迴避，如仍認法官有迴避事由，僅能藉由上訴救濟。

¹⁸ 刑事訴訟法第 18 條第 2 款聲請推事迴避事由：「推事有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。」

¹⁹ 請參閱最高法院 79 年台抗字第 318 號判例，此可謂各法院的模範例稿，用以駁回各式各樣的迴避聲請。裁判要旨：「刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定，得聲請法官迴避原因之所謂『足認其執行職務有偏頗之虞』者，係指法官與訴訟關係人具有故舊恩怨等關係，其審判恐有不公平者，以及指一般通常之人所具有之合理觀點，對於該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，而非僅出於當事人自己主觀之判斷者，始足當之。至於訴訟上之指揮，乃專屬於法院之職權，當事人之主張、聲請，在無礙於事實之確認及法律之解釋適用之範圍下，法院自得斟酌其請求以為訴訟之進行。惟仍不得以此對當事人之有利與否，作為其將有不公平裁判之準據，更不得以此訴訟之進行與否而謂有偏頗之虞聲請法官迴避。」

之情形，如「妳要這樣子上訴只是浪費大家時間。撤一撤就好了啦」²⁰；或是如臺灣高等法院 95 年度抗字第 459 號裁定之「關到我辦完案件為止」、臺灣臺北地方法院 97 年度聲字第 2860 號裁定之「再吵，你全家都有事」、臺灣高等法院 98 年度聲字第 1510 號裁定的「趕快認罪，不然加重其刑」，以上種種，實務全部皆以當事人並未說明與法官間有何故舊恩怨，且訴訟指揮係專屬於法院之權利，縱使法官訊問態度不佳，但此純屬當事人主觀感受，不得指為偏頗，故一律裁定駁回²¹（詳請參閱第四章第二節第二項以下）。

第二節 研究方法與本文架構

第一項 研究方法

是以，為免我國實務刑事迴避制度流於束之高閣的角色，本文試圖以比較法的途徑作為研究方法，利用德國法以及歐洲人權委員會或法院對於法官無偏頗性之學說與實務討論作為研究取徑，重新思考我國刑事訴訟法第 18 條第 2 款可能的適用範圍。

何以選擇德國法作為比較法對象，則係因我國刑事訴訟法在制定之初，本來就是參酌各國立法例，而德國法也是比較的模範對象中之一，尤其是我國關於迴避制度的規範，從立法的模式、體系到條文用語都有高度雷同之處。因此，德國學說與實務上對於迴避制度，特別是偏頗事由的討論，當然也適合作為我國實務討論的藍本。

至於取材自歐洲人權公約，則係因其屬於國際人權公約，而人權法院作出的裁判具有泛歐基準，抽象的公約規範可以藉由人權法院的裁判獲得進一步的說明，如此跨國性的最低人權要求，對於在立法通過《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》後，躋身國際人權公約之列的我國而言，當然具有極高的參考價值。

²⁰ 〈教戰手冊：如何取得檢舉證據--《法官法》教戰手冊之閱卷篇〉，《司法改革雜誌》，第 86 期，2011 年 10 月 31 日，頁 37-39。

²¹ 裁定用語例示如臺灣臺中地方法院 99 年度聲字第 2136 號裁定：「承審法官於庭訊時之言詞曉諭或闡明訴訟上事項，以利訴訟進行，此乃法官開庭時之訴訟指揮權，除有重大明顯之情事，足認法官開庭時確有偏頗之虞，否則尚不徒執訴訟指揮之言詞用語，遽認有偏頗之虞。本件被告所指上開事項，依勘驗結果前後文觀之，係屬對於法官訴訟指揮、訊問之語氣、態度有所不滿之事，此乃當事人主觀上之認知、揣測，雖因被告事關己身利害，心中感受甚為特別，但客觀以言，尚非承審法官與被告具有故舊、恩怨等關係，審判恐有不公平，或一般通常之人均會認為已達於法官不能為公平之審判之程度。」

第二項 本文架構

因此，無偏頗法庭該如何解釋？何種類型的案例會被認定為偏頗的法庭，而必須藉由迴避制度來具體落實無偏頗法庭的要求，即是本文寫作重點所在。本文擬先介紹德國法中學說與實務對於迴避制度的運用（第二章），其次轉向國際人權層次之歐洲人權委員會與法院，尋求其近年來發展出的審查基準與相關問題之討論（第三章），再回頭比較我國實務運作實際現況（第四章），最後彙整比較法之借鑒以代結論（第五章）。



第二章 德國法之發展

對於法官迴避的問題，在德國法下可分為法官自行排除與聲請拒卻法官兩種類型（請參閱第二章第二節），而拒卻法官的議題向來被德國學者視為社會觀念變遷的測震儀，它是司法的明鏡，照出在具體情況中，應要求到何種程度、以何種方式要求無偏頗性及信任形象始為適當。自 1945 年以降，法官拒卻長久以來在德國都只是扮演微不足道的角色，然而，從 1960 年代後，因政治與社會氛圍變化的關係，拒卻數量產生極大的增幅，於德國刑事訴訟中，法官拒卻開始變得頻繁，人們已經把拒卻聲請視為合乎時代潮流的權利。但由於缺乏對該法律制度特徵的認識，結果導致賦予拒卻權利之可能性過高的評價。另一方面，懂法律的律師也可能會不合理地提出聲請，將法官拒卻制度當成訴訟策略的手段¹。

因此，探討排除與拒卻之法律制度目的及其適用範圍，即是本文的重點所在，以下先從德國基本法出發，介紹排除與拒卻的法理基礎（第一節），其次則回歸德國刑事訴訟法之具體規範，並輔以實務見解和學說文獻類型化常見之偏頗事由說明之（第二節）。

第一節 德國基本法

法院是程序的主體，相較於其他程序參與者，其具有特別地位，被告、辯護人、代理人以及自訴人等等各個角色，在刑事程序中都允許得對被告表現出支持或反對的傾向，而檢察官縱使負有有利不利一律注意的客觀性義務，但仍常被視為被告或是辯方的敵手，是以負責審理的法官有別於其他人，必須具備非參與者的外觀，即無偏頗性。與歐洲人權法院極為類似的是，德國內國法亦係藉由德國基本法第 20 條第 3 項、第 97 條、法院組織法第 1 條²及德國法官法第 25 條³、第 45 條第 1 項中規定之法官獨立性，德國基本法第 101 條第 1 項、法院組織法第 16 條之法定法官規範，以及結合個別法院的管轄權規定，三者共同勾勒出合於憲法目的之法院的形象⁴（關於歐洲人權法院的立法模式，請參閱第三章第一節第一項）。

¹ *Wassermann*, in: *Kommentar zur Strafprozessordnung in der Reihe Alternativkommentare (AK-StPO)*, hrsg. von Wassermann, Neuwied. Bd I, 1988, §24, Rn.1.

² §1 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG): “Die richterliche Gewalt wird durch **unabhängige**, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt.“（強調處乃本文所加，下同。）

³ §25 Deutsches Richtergesetz (DRiG): „Der Richter ist **unabhängig** und nur dem Gesetz unterworfen.“

⁴ *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 8. Aufl., 2010, §5, Rn.108.

關於法官無偏頗性的問題，德國基本法中並未有明文直接指出，因此，勢必得由其他條文推導，常見的討論媒介是德國基本法第 97 條之法官獨立性，以及同法第 101 條第 1 項之法定法官原則，以下分述之：

首先，依據德國基本法第 20 條第 3 項⁵法官應依法審判，另依同法第 97 條第 1 項⁶，法官為獨立且僅隸屬於法律。制憲者清楚表明，僅有獨立的法官得以確保公平審判。法官的獨立性有助於防止司法受到外在影響，但其並非法官的個人特權，而是法治國原則中不可或缺的元素。對此，從外部獨立性保障出發，可區分為人身獨立性（Die persönliche Unabhängigkeit）與事物獨立性（Die sachliche Unabhängigkeit）兩方面討論，人身獨立性是指法官法律地位的干預，如免職、撤職、轉任，須依德國基本法第 97 條第 2 項⁷、德國法官法第 26 條以下規定為之，始為適法。而事物獨立性則指法官是依法審判，在個案中不受指揮命令，例如，雖然依德國刑事訴訟法第 358 條第 1 項，撤銷發回之案件受上級審法律見解拘束，惟法官仍有權且亦有義務檢驗刑法是否合乎憲法意旨，而得循德國基本法第 100 條聲請釋憲⁸。

除了外部獨立性保障以外，法官內部獨立性的議題也是近年德國法上關注的重點。例如重大矚目的刑事案件，基於公眾知悉利益而在媒體中揭露與深入討論案情，致使專業法官或是參審法官皆難以維持在全然不受公眾意見影響的狀態。再如其他案件量過重或是結案壓力的問題，也會危害法官的獨立性，尤其是司法行政（Justizverwaltung）企圖藉由經濟理論中所謂的「新公共管理」⁹，在諸如

⁵ Art.20 III Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung **sind an Gesetz und Recht gebunden.**

⁶ Art.97 I GG: “Die Richter sind **unabhängig** und nur dem Gesetze unterworfen.“

⁷ Art.97 II GG: “Die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung auf Lebenszeit angestellte Richter in den Ruhestand treten. Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können Richter an ein anderes Gericht versetzt oder aus dem Amte entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehaltes.“

⁸ Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2010, §5, Rn.109.

⁹ 所謂「新公共管理」是自 1980 年代以來，盛行於各國政府的管理風潮，相對於傳統以機械觀點為中心的公共組織管理策略，新公共管理在思想上屬於新右派，強調政府應該減少其對社會及市場的干預，讓市場機制得以充分發揮，且認政府必須重視產出的效能性，以滿足顧客的心態來滿足民眾的需求，而達成此目標的首要途徑就是為政府注入企業家精神。其核心概念包括 1.顧客導向；2.公共組織內部市場化；3.企業型政府等，以經濟、效率及效能等標準來衡量組織成就。由於新公共管理主張加強管理者與民選代表和官員的互動關係，雖然公共管理者未必會介入政黨政治，但卻會進入政治過程，致使出現許多官僚政客、政治領導者介入行政，基於政治立場支持或反對特定部門的情形，尤其是仿倣企業追求績效成果，使得公共管理者變得十分政治性與個人性，而與傳統強調中立與超黨派的行政模式有很大不同。詳請參閱，孫本初，《新公共管理》，第 4 版，2011 年 11 月，一品文化出版，頁 35-48。

司法調查、電話、翻譯等費用支出的預算上間接控制法官職務，皆會啃蝕法官獨立性的核心。更不用說法官評鑑或是升遷的現狀會使專業法官產生從屬性，在行使職務時難免受到升遷壓力的影響¹⁰。

有爭議的是，得否由法官獨立性的意義直接得出法官無偏頗性？因為德國基本法第 20 條及第 97 條第 1 項僅提到法官審判獨立，不受指揮命令，但並未直接言明法官與其他訴訟關係人間之關係。只是，德國學者指出，透過該法官權力之簡略法定規範仍可推知，其賦予法官於訴訟程序中應維持獨立性之形象，而獨立性的射程距離應即包含無偏頗性，因為刑事法官從案件繫屬於法院開始，一直到案件生形式確定力為止，皆是程序的主宰，其必須作出各種裁判，法官應獨立並依法審判，而不是受外在壓力或個人偏見所驅使，若是法官於個案有偏頗之情形，基本上就應該與裁判保持疏離，否則將有礙真實發現，也違反法官獨立原則¹¹。

其次，則是法定法官原則，德國基本法第 101 條第 1 項禁止例外法院（Ausnahmegericht），並且規定不允許剝奪任何人法定法官的權利。具體案件的管轄權必須事先以抽象法律規定，即是德國基本法第 101 條第 1 項之法定法官原則之意旨，同條第 2 項則規定，對特別專業事件，得依法設置法院，而非依法設置，則該法院管轄權內的法官並非法定之法官。關於刑事案件的土地管轄與事物管轄，目前規定在刑事訴訟法與法院組織法中，而個別合議庭的管轄則是由法院組織法第 21a 條以下之事務分配計畫規範^{12·13}。

一般性管轄權規定之目的在於，確保負責審判法官的無偏頗與客觀性，除此之外，並盡可能使涉案人員及人民同意法官是客觀、公正的，但單有抽象管轄規定並無法周全地保障本目的，尤其是具體個案中，有管轄權的法官基於其與關係人或是須判決之犯罪行為的特別關聯，因而自己捲入個案中，此時所面臨的法官無偏頗性與裁判可信賴性之危險，管轄權的概念可謂束手無策。是以，依德國基本法第 101 條第 1 項第 2 句¹⁴法定法官原則（gesetzlicher Richter）目的所建立之司法體系，除一般性管轄規範之外，也要求於法官與其負責之犯罪或犯罪行為人有特殊關聯因此產生偏頗之虞時，法律規範應該提供得以在個案中排除或拒卻法官之預先保障¹⁵，而德國刑事訴訟法第 22 條至第 31 條關於排除與拒卻的規範，

¹⁰ Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2010, §5, Rn.110.

¹¹ Meyer-Mews, Richterliche Befangenheit: Ablehnungsantrag, Gegenvorstellung, Revision, Seminar der Leipziger Strafverteidiger e.V. am 19. Mai und 6. Juni 2001 in Leipzig, S.3-4 (zuletzt gesehen am 17/09/2012: <http://www.wemepes.ch/pdf/Befangenheit.pdf>).

¹² Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2010, §5, Rn.112.

¹³ 對於法定法官原則概念的進一步說明，請參閱姜世明，〈法定法官原則之基本概念〉，《法官協會雜誌》，第 11 卷，2009 年 11 月，頁 33-43。

¹⁴ Art.101 I 2 GG: "Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden."

¹⁵ Rudolphi, in: SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK (SK-StPO), hrsg. von Wolter, 3. Aufl., 2009, Vor §22, Rn.1.

正是落實法定法官原則之憲法精神於個案的具體規範，個案中涉及偏頗之虞而應依職權排除或得聲請拒卻的法官，即非「法定」之法官，不得再繼續參與程序¹⁶。

第二節 德國刑事訴訟法之規範

第一項 基本原理原則

第一款 規範內容

由於偏頗法官的參與將有礙判決發現真實與公平，因此有偏頗之虞的個人不得行使法官職權¹⁷。具體的落實方式即是透過法院人員排除（*Ausschließung*）以及拒卻（*Ablehnung*）之相關規範，來除去偏頗嫌疑的外觀¹⁸。就刑事程序而言，德國基本法的精神則是由德國刑事訴訟法（下同）擔此重任，該規定落在第三章中，即第 22 條至第 31 條。其中，第 22 條至第 24 條為排除以及拒卻之要件，第 25 條以下則是對於拒卻之相應程序規定，包括拒卻的最後期限、裁定准駁與否以及救濟方式等等，而第 338 條第 2 款與第 3 款則分別是關於排除與拒卻之絕對上訴法律審事由，本文以下僅節錄部份條文。

第 22 條¹⁹：

法官有下列情形之一者，依法不得執行法官職務：

第一款 為犯罪被害人者；

第二款 現為或者曾經為被告或被害人的配偶、同居人或監護人者；

第三款 現為或者曾經為被告或被害人的直系親屬、直系姻親、三親等以內旁系親屬或二親等以內姻親者；

第四款 曾擔任本案之檢察機關之人員、警員、被害人代理人或者被告辯護

¹⁶ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.275.

¹⁷ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, §4, Rn.63.

¹⁸ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.276.

¹⁹ §22 Strafprozessordnung (StPO) : „Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes **ausgeschlossen**,

1. wenn er selbst durch die Straftat verletzt ist;

2. wenn er Ehegatte, Lebenspartner, Vormund oder Betreuer des Beschuldigten oder des Verletzten ist oder gewesen ist;

3. wenn er mit dem Beschuldigten oder mit dem Verletzten in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war;

4. wenn er **in der Sache** als Beamter der Staatsanwaltschaft, als Polizeibeamter, als Anwalt des Verletzten oder als Verteidiger tätig gewesen ist;

5. wenn er **in der Sache** als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist.“

人者；

第五款 曾作為本案的證人或鑑定人接受詢問者。

第 23 條²⁰：

第一項 法官曾經參與經由法律救濟之系爭裁判，依法排除該案上級審裁判之參與。

第二項 法官曾經參與經由再審聲請之系爭裁判，依法排除該案再審程序判決之參與。若系爭裁判係由上級法院作成，在下級法院曾參與以此為基礎之裁判的法官，亦應排除。第一句及第二句之規定準用於再審程序準備之裁判的參與。

第 24 條²¹：

第一項 得以依法不得執行司法職務排除法官或有偏頗之虞為由拒卻法官。

第二項 存有理由懷疑法官無偏頗性者，得以法官有偏頗之虞為由提出拒卻。

第三項 檢察機關、自訴人、被告有拒卻權。根據有權拒卻之當事人的聲請，應當告知被指定作出拒卻裁判之法院職員的姓名。

第 338 條²²：

有下列情形之一者，判決應被視為當然違背法律：

第二款 依法不得執行職務之專業法官或參審法官參與審判者；

²⁰ §23 StPO: „(1) Ein Richter, der bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei der Entscheidung **in einem höheren Rechtszug** kraft Gesetzes ausgeschlossen.

(2) Ein Richter, der bei einer durch einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren kraft Gesetzes ausgeschlossen. Ist die angefochtene Entscheidung in einem höheren Rechtszug ergangen, so ist auch der Richter ausgeschlossen, der an der ihr zugrunde liegenden Entscheidung in einem unteren Rechtszug mitgewirkt hat. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für die Mitwirkung bei Entscheidungen zur Vorbereitung eines Wiederaufnahmeverfahrens.

²¹ §24 StPO: “(1) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch **wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.**

(2) **Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.**

(3) Das Ablehnungsrecht steht der Staatsanwaltschaft, dem Privatkläger und dem Beschuldigten zu. Den zur Ablehnung Berechtigten sind auf Verlangen die zur Mitwirkung bei der Entscheidung berufenen Gerichtspersonen namhaft zu machen.

²² §338 StPO: “Ein Urteil ist stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen,

2. wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen war;

3. wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt war und das Ablehnungsgesuch entweder für begründet erklärt war oder mit Unrecht verworfen worden ist;“

第三款 因偏頗之虞而受拒卻之專業法官或參審法官，於裁定拒卻聲請有理由或誤為不合法駁回聲請之後，該專業法官或參審法官仍參與審判者；

第二款 制度目的

第一目 避免偏頗嫌疑之外觀

首先，從抽象的法官拒卻或排除之法律制度目的出發，兩者制度目的在於除去偏頗或不客觀的法官，並藉此在一開始立即抵制可能會是錯誤的判決。不過，第 22 條以下的立法目的並不侷限於此，因為法律從未要求須證明法官偏頗才得以拒卻，而是有偏頗之虞的理由存在，致使無法信任法官客觀審判，即得加以拒卻，此即第 24 條第 2 項所明文。換言之，基於維護刑事裁判權的威望，第 22 條以下的宗旨是在避免偏頗嫌疑的外觀，立法者不只希望能保障法官及其裁判的客觀性與無偏頗性，同時想藉由偏頗嫌疑外觀的防免，以確保人民對於司法實務正當性及客觀性的信任基礎。唯有透過此種方式來保衛人民內心對司法的信任，貫徹對犯罪行為人的實體刑法，以及同時向人民重申相關規範的實際上與規範上效力等首要任務，才有可能被實現。況且，重申及貫徹刑法的行為規範於刑事訴訟程序中，像是落實刑法中一般預防和特別預防等目的，也是刑事訴訟法的使命之一，而法官排除或拒卻不只是為了維護人民對司法客觀性、正當性的觀感，也致力於建立訴訟參與者，特別是犯罪嫌疑人對於司法信賴的基礎。提供適當保障使犯罪嫌疑人信任法官及法院裁判，其才有可能願意普遍接受有罪判決的效力，而如此一來，利用刑法的有罪判決，使犯罪行為人認識其不法行為，並且許諾自己一個合法的未來，此等特別預防的目的始有機會實現。據此，法官排除與拒卻的法律制度宗旨即是設立特定要件，使人民及訴訟參與者，尤其是被告，信賴在刑事案件中之司法裁判是客觀公正的²³。

第二目 排除錯誤裁判

司法裁判可信賴性的保障，絕不是法律規定排除或拒卻法院人員的唯一要務，其實，其他規定大部分，甚至或多或少整個刑事訴訟法規範，強調法官個人與專業能力、法官管轄權限、程序公開、媒體的資訊權，以及數種不同救濟方式等等，眾多的手段都是為了同一目的，排除錯誤的裁判。因此，須清楚強調不同法律制度，各擬保障何種司法裁判可信賴性之積極或消極條件，同時才能確保，不會為了彌補其他同樣以司法可信賴性為目的之規範整體在想像上或是現實上的不足，

²³ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, Vor §22, Rn.5.

而將法官拒卻之法律制度移作他用²⁴。

對此，保障法官個人與專業能力，以及法官獨立性之數個法定規範，清楚地闡明上述要求。法官能力欠缺雖然也可能發生錯誤裁判的危險，然而，想像上或是現實上的法官能力欠缺，單此，原則上不列為第 24 條意義下的偏頗事由，因為盡可能防止法官一般性能力欠缺之情形，是其他規範領域的任務，但無論如何並不是第 22 條以下的首要使命。換言之，在這一類型的案件，不僅是在個別程序，甚至在所有程序中，本來就應普遍地毫不考慮該名欠缺能力的法官。是以，以法官是酒徒或是缺乏必備的法律知識為由拒卻法官，並不是合法的拒卻案例。而基於同一理由，原則上也禁止僅基於特定政治、宗教、世界觀或其他的觀點，或者支持某特定對被告不利的法律見解，而直接認定法官為偏頗，否則濫用結果反倒可能有違反法官獨立性的疑慮²⁵。

然而，學者指出，具備相當專業水準的法官才堪稱是法定法官原則中的「法官」，強令接受偏頗之法官審理會違反法定法官原則，迫使接納不適任的法官也是相類似的情形，因此若是過分誇張地影響個案審判，以致於危及偏頗性，拒卻聲請仍得作為補充性的手段²⁶（詳請參閱第二章第二節第三項第四款第二目）。

新聞媒體片面地、先發表對犯罪嫌疑人有罪之報導，原則也不構成法官有偏頗之虞的理由，在這種案件中，被告無疑會擔心法官可能受新聞影響而產生偏頗，不過，第 24 條的任務並非在對抗因錯誤媒體報導引起，而使所有法官陷入偏頗的一般性危險。更確切的說，第 24 條的目的及意義僅在於：若是法官個人與訴訟標的之犯罪行為或犯罪嫌疑人間的關係，構成一名或數名法官偏頗之虞的理由時，須限制受拒卻的法官繼續參與程序，以免對具體案件或具體犯罪嫌疑人產生影響²⁷。

此外，法官在程序出現對被告不利之程序瑕疵，這類擔心法官偏頗之理由通常亦不屬於第 24 條的情形。原則上，立法者提供被告為數眾多之法律救濟（*Rechtsmittel*），目的方是作為糾正此類法官程序瑕疵之用。話雖如此，然而，同樣若在個案中，有具體理由懷疑法官是以偏頗的態度作為基礎，錯誤地進行審理，則此時依據第 24 條以法官違法審理為拒卻事由會例外地有理由²⁸（請參閱第二章第二節第三項第四款第三目壹、第二章第二節第三項第四款第四目貳）。

²⁴ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, Vor §22, Rn.6.

²⁵ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, Vor §22, Rn.7.

²⁶ Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S.101ff.

²⁷ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, Vor §22, Rn.7.

²⁸ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, Vor §22, Rn.8.

第三款 規範體系

再來，回歸具體條文的文義與體系，第 24 條第 1 項同時容許對不得執行職務以及有偏頗之虞的法官提出拒卻聲請，從法條的編排可思索兩個法律制度之間的關係，德國立法者將依法排除法官以及因偏頗之虞而拒卻法官並列於同一位階，因此可推導出第 22 條、第 23 條之排除事由其實僅是強化版的偏頗事由²⁹，也就是絕對排除事由，立法者預先規範特定事由，擬制法官有偏頗之虞，省去在個案中檢驗的麻煩，並且不得反證推翻。而當今德國司法實務也由此得出一項結論：「第 22 條、第 23 條是列舉規定，也因此並不考慮類推適用。」是以，與排除理由相類似的案件，要不是無法以偏頗之虞而拒卻，就是會受到特別嚴格的要件所束縛（例如先前曾參與審判的情形，請參閱第二章第二節第三項第四款第三目）。相反地，屬於法官排除事由之情形，卻是合理的法官拒卻事由，說到底，各個排除事由其實都被相近似的拒卻事由所環繞，惟不同於排除案件法官得依職權為之，在拒卻的情形須由聲請人釋明有具體情況合理化偏頗之虞³⁰。

換言之，由於法官排除屬於法定事由，因此法官須在程序的每一階段依職權留意審查，相對的，法官有偏頗之虞，須經過法院裁判認定是否拒卻成功，而其前提要件是必須由法官依第 30 條自行報告，或是由有拒卻權之訴訟當事人，依據第 24 條以下規範向法官所隸屬的法院提出聲請，法院始得作出裁判³¹。而根據法定法官原則之要求，對陸續發生或是不同的拒卻理由，法院也必須逐一依序進行判斷³²。而且，依第 31 條規定，不僅是得對專業法官主張拒卻，亦得針對參審法官提出，參審法官與專業法官應適用相同的無偏頗性規範與標準，即便涉及複雜的證據情勢，例如在審判程序中採納證據使用禁止，亦然³³（請參閱 0）。

再者，拒卻僅得與法官單一特定職務相關，不得對抽象尚未確定參與的法官為之³⁴。而且僅能針對法官參與將來之裁判所為，不得事後溯及拒卻，得以拒卻法官參與之裁判類型，包括第一審判決、上訴救濟或法律救濟之裁判，以及繫屬中的準備裁判和執行裁判等³⁵，若是拒卻有理由，即得具體將法官從特定職務的

²⁹ *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, §4, Rn.68.

³⁰ *Rudolphi*, in: SK-StPO, 2009, Vor §22, Rn.9.

³¹ *Rudolphi*, in: SK-StPO, 2009, Vor §22, Rn.4.

³² *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §8, Rn.13

³³ *Cirener*, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO (BeckOK-StPO), hrsg. von Graf/Volk, Ed. 14, 2012, §24, Rn.4.

³⁴ *Cirener*, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.3.

³⁵ *Fischer*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG, EGGVG und EMRK (KK-StPO), hrsg. von Hannich, 6. Aufl., 2008, §24, Rn.1.

戰場上排除，並因而變動事務分配計畫³⁶。

此外，原則上拒卻僅能針對具體個別法官或是個別法院成員為之，不得拒卻整個合議庭或是法院的全體法官，例如「刑事庭的拒卻」是不合法的，但分別拒卻刑事庭的每位法官則為合法，並且亦允許以同一理由為之³⁷，法院在以無理由駁回拒卻聲請前須查明，若是以同一理由拒卻單一個別之合議庭成員時，是否皆會無理由，如答案皆為肯定，則駁回聲請始為適法³⁸。

最後，拒卻聲請須在發生或知悉拒卻事由後即時為之，不過，法院仍應賦予被告時間斟酌、諮詢辯護人以及撰寫聲請，而發生或知悉事由後，超過一周才提出聲請者，屬遲延提出。原則上，依第 25 條第 1 項規定，直至最後陳述之前，即便僅是外觀上產生與偏頗相關連的質疑，仍得以隨時拒卻法官，但若是被告進行最後陳述之後才提出聲請者，則完全不合法，雖然有學者對此表示疑慮，因為法官態度的偏頗也可能在最後陳述之後才被揭開面紗，例如離開法庭時始表示貶損的評論。不過對此，聯邦憲法法院仍肯認第 25 條第 1 項規定之合憲性³⁹。

由於本文的重點在於「偏頗之虞」認定之標準及其適用，因此以下擬將重點放置在第 24 條第 1 項後段以及第 2 項規定之內容及其案例，其他已明文揭示不得執行職務之情形，僅簡略帶過，至於聲請拒卻的程序與救濟等等，於此不贅。

第二項 依法絕對排除之法官（Der ausgeschlossene Richter）

除因足認有偏頗之虞而拒卻法官以外，當法官依法不得執行職務時，也應該排除。雖然第 22 條、第 23 條已經有明文規範應依職權注意各該排除事由，並且不須嚴格形式之釋明，但第 24 條第 1 項仍另外訂立拒卻之規範⁴⁰，其目的在於，雖本屬自行排除無須經由聲請人拒卻，然若是法官未依法自行排除執行職務，法律賦予當事人聲請權來拒卻法官，於當事人提出聲請之時，就迫使法院須依本章節規範之程序處理及判斷，法官是否有應自行排除卻未依法排除的狀況⁴¹。

³⁶ Meyer-Goßner/Cierniak, in: Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen (StPO), hrsg. von Meyer-Goßner/Cierniak, 53. Aufl., 2010, §24, Rn.2.

³⁷ Joecks, in: Strafprozessordnung Studienkommentar (StPO), 2006, §24, Rn.3.

³⁸ Cirener, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.3.

³⁹ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §8, Rn.12.

⁴⁰ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.1.

⁴¹ Siolek, in: Löwe-Rosenberg Kommentar zur Strafprozessordnung und das

亦即，拒卻權人（Ablehnungsberechtigte）並不侷限於第 22 條、第 23 條以職權名義自行檢驗排除問題之法官個人，其他訴訟關係人也有權藉由第 24 條的程序主張拒卻依法不得執行職務之法官。但此時，一旦選擇第 24 條第 1 項的途徑，不僅須受拒卻相關程序規範所限制，諸如聲請之程序形式、聲請時期，以及須由法院裁定聲請是否有理由，而且與無須依照嚴格形式提出之法定職權排除的情況有別，拒卻權人爲了得到此程序上利益，根據第 26 條第 2 項⁴²規定，尚負有釋明義務（Glaubhaftmachung）⁴³，亦即須舉證至令法院得到大致上相信的心證，其多半是藉由辯護人的具結或是參考被拒卻法官之證詞，少部份是透過經具結之證人陳述釋明拒卻事由⁴⁴。但可以某程度減輕⁴⁵。

誠然，藉由第 24 條程序的裁判僅具有宣告效力（deklaratorische Wirkung），但法定排除事由作爲拒卻的可能性卻對法治國基礎具有重要意義。藉此，法定排除事由的問題才得以透過法定程序加以審理或裁判，以符合基本權對法定法官、無偏頗法官的要求⁴⁶。不過，縱使未正式拒卻者，仍得另外依據第 338 條第 2 項之絕對上訴事由，對本應排除卻繼續參與審判之法官，向法律審提出指摘⁴⁷。

惟第 22 條各款及第 23 條各項的要件應如何解讀，究竟在何種情況下，當事人始得依第 24 條第 1 項聲請拒卻？以下分別以法官爲被害人（第一款）、爲被害人或被告特定親屬（第二款）以及曾參與該案擔任特定職務者（第三款）等三種類型，輔以案例簡單說明之：

第一款 爲被害人

【法人成員案】

被告涉嫌不法侵害法人之財產，於區法院審判程序中，負責行使職權的法官 R 是法人成員，依據第 22 條第 1 項，是否應排除 R 法官的職務？如果 R 爲非法人團體成員，例如合夥人，結論是否不同？

Gerichtsverfassungsgesetz (L/R StPO), hrsg. von Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor, 26. Aufl., 2006, §24, Rn.1.

⁴² §26 II StPO: „Der Ablehnungsgrund und in den Fällen des § 25 Abs. 2 die Voraussetzungen des rechtzeitigen Vorbringens sind **glaubhaft zu machen**. Der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugnis des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.“

⁴³ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.2.

⁴⁴ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §8, Rn.12.

⁴⁵ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.2.

⁴⁶ Lemke, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung (HK-StPO), hrsg. von Lemke/Julius/Krehl/Kurth/Rautenberg/Temming, 3. Aufl., 2001, §24, Rn.3.

⁴⁷ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.2.

首先，第 22 條第 1 款規定之法官為被害人，僅限於法官為刑事犯罪之直接被受害人的情形，於上述情形，由於刑事犯罪僅直接涉及法人本身，法人之成員（或股東）只是間接關係人，因此非屬本條款之情形，縱使 R 為法人團體中的決策者，例如身為董監事，結論亦同。惟若是對於非法人團體的財產犯罪，例如合夥，由於合夥整體財產不足時，合夥人須以個人財產連帶負賠償之責，因此若為合夥而受財產損害時，合夥人屬於直接被害人。是以如【法人成員案】，法官 R 雖為法人成員，原則上不在本條的被害人之列；反之，倘若為合夥人，則因為財產同受損害，而應該排除⁴⁸。

不過，以法人/非法人的區分方式，將造成有限公司受損害，具有代表權及執行權的股東無從依法排除，反之，非法人團體如兩合公司之有限責任股東⁴⁹，參與公司財產有限，且不具直接經營權，幾乎不影響公司運作之人，卻反而因為欠缺獨立法人人格而應依本款排除，結論似乎並不合理，但學者提出，對此，間接受侵害的法官仍可能藉由本法第 24 條第 2 項偏頗之虞加以拒卻，因此上述結論尚屬可容忍範圍⁵⁰。

附帶一提的是，若法官為犯罪的被害人，須一般性的完全排除參與該犯罪事實之刑事程序，同一犯罪事實可能符合數項刑事罪名，法官只要屬於不法犯罪罪名其一之被害人，即須完全排除參與整個刑事程序⁵¹。因相牽連案件而合併於一個訴訟程序者，亦同⁵²。

第二款 為被害人或被告之特定親屬

【夫唱婦隨案 a】

負責撰寫起訴書的檢察官 S 與審理案件的審判長 R 為夫妻關係，被告於審判程序中始知悉審判長 R 與撰狀的檢察官 S 為配偶關係，因此辯護人指出，R 身為妻子很有可能傾向丈夫 S，故聲請拒卻 R，試問有無理由？若 R 法官聲明未與 S 檢察官討論過案情，結論是否不同？

⁴⁸ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, §4, Rn.77.

⁴⁹ 由於德國民商法中關於公司是否為法人，與我國規定並不相同，德國法係將公司分為資合公司與人合公司兩類，資合公司包括有限公司與股份有限公司，具有獨立法人人格；反之，民法合夥、無限公司、兩合公司、自由業合夥公司以及隱名合夥在德國歸類為人合公司，一概不具有獨立法人人格。兩合公司在德國法下不僅屬非法人，且其有限責任之股東，僅負有出資義務，原則上不負填補事業損失的義務。請參閱劉渝生，〈德、美公司法之體制與特色—兼論德國一人公司之規範〉，《東海大學法學研究》，第 15 期，2000 年 11 月，頁 84-88。

⁵⁰ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, §4, Rn.65.

⁵¹ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.278.

⁵² BGHSt 14, 219.

第 22 條第 2 款、第 3 款明文規定，法官現為或曾為被告或被害人之配偶，或一定親等之血姻親者，應排除於程序之外。此外，雖然本條款並非規定法官自己為被告或犯罪行為人的類型，但不得擔任自己為當事人的案件之法官，是理所當然之事不須額外強調，如果為本案被告，應排除於本案法官職務，即使尚未被控訴，但係犯罪行為人者，亦同⁵³。

不過，有爭議的是，若是法官現為或曾為檢察官之配偶，如【夫唱婦隨案 a】所示，是否可以比照辦理。對此，實務見解⁵⁴表示，由於法官與檢察官為配偶關係並不符合第 22 條第 2 款規定，第 2 款僅限於與被告或是被害人為配偶關係的情形，並不包含檢察官在內，且再加上法官於職務聲明中表示，未曾與身為檢察官的丈夫（私下）討論過案情，因此僅依檢察官身為丈夫的事實本身，並不足認法官有偏頗之虞，因此縱使依照第 24 條聲請拒卻，亦無理由。

惟德國學說有不同見解指出，法官與檢察機關推派的代表彼此相締結婚姻，將會動搖現代刑事訴訟法的原則，亦即刑事訴訟法是建立在審檢分立的基礎之上，如審檢之間存有婚姻關係，則審檢兩項功能即便不是集於一人之手，也是集於一家之言⁵⁵。

儘管，面臨此種情況之時，當然不排除法官與檢察官原則上應能專業以對，並不會因為家庭因素而影響個案的有罪判決，尤其是在許多程序中，通常法官和檢察官也都必須在同一時間、環境工作，故也須考慮到若是一概排除或拒卻，可能會影響司法效率。但是也不應忽略，配偶通常會特別尊重彼此婚姻，因此在審檢一家人的情形下，法官可能會對檢察官實行之職務賦予特別意義，例如，相較於其他案件，在本案偏向肯定檢察官有較高的正當性，或是（甚至可能只是下意識）優先贊同檢察官的起訴意見（如罪責，刑度等等），而悖於事實或法律基礎，又或是忽略案件事實。是以，無法想像如【夫唱婦隨案 a】的類型並不該當足認偏頗之虞，即便法官對於偏頗聲請透過職務上聲明保證，並未與丈夫討論案情，但當身為法官之丈夫的檢察官草擬起訴書狀或是蒞庭實行公訴，就足以認定外觀上該名法官有偏頗之虞⁵⁶。

況且從第 22 條第 1 款至第 3 款立法方式觀之，內心狀態為何其實並非判斷偏頗的唯一因素，外觀偏頗亦足以產生公平審判原則的疑慮，舉例言之，法官宣稱自己雖身為被害人配偶仍可無偏頗的審理被告，也果真內在無偏頗的以專業審理案件，但就外觀上而言，通常被告仍難以信任法官能專業、無偏頗的審理，因

⁵³ Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2006, §13, Rn.6.

⁵⁴ AG Potsdam, Beschluss vom 14. 7. 2009-84 Ds 481 Js 51074/74.

⁵⁵ Ellbogen/Schneider, Besorgnis der Befangenheit bei Ehe zwischen RichterIn und Staatsanwalt, JR 2012, S.192.

⁵⁶ Ellbogen/Schneider, JR 2012, S.192.

此立法者才會預設須排除，而在法官為檢察官配偶的情形亦是相類似的情況。由此，上述實務見解於此有誤，該名法官不應該參與後續的程序。目前暫得透過第 24 條拒卻，但從立法論上而言，應該於本法第 22 條第 2 款中增訂法官為「檢察官」之特定親屬作為排除事由⁵⁷。

第三款 曾因特定職務參與同一案件

第一目 檢察官、警員或辯護人

【偵查共犯案】

A 因涉嫌教唆婦女墮胎而被起訴於法院，負責的法官 R 先前擔任檢察官，並且曾經負責現正因墮胎而受審之婦女 T 的調查工作。試問，R 是否須依法排除參與 A 之案件？若 R 僅曾指揮警察調查 T，後續並未繼續參與偵查工作，結論是否不同？

法官曾經擔任本案之檢察機關或警察或辯護人，為明文的排除事由。對於案件（Sache）的範圍，實務採取廣義的解讀⁵⁸，首先，取決於歷史事件的同一性（Identität），以法官尚未擔任法官職務而接觸到案件之時的解釋為準。此同一性的看法並非依據實體法上數行為的概念，亦非以訴訟法意義之數個犯罪事實為斷，而是「審判程序單一」（Einheit der Hauptverhandlung），以自然的歷史進程判斷，可以連結成一個單元，是以，在相牽連之案件，經由共同之開啓審判裁定相結合者，所有程序從一開始就都被視作第 22 條第 4 款意義下的同一案件⁵⁹，包括從偵查程序經審判程序到再審程序。再者，也不侷限於同一被告的同一程序，只要與現在訴訟標的（Verfahrensgegenstand）實質上相關連，因先前職務而產生可能偏頗的外觀，即須排除，因此【偵查共犯案】中的法官 R 於 A 案中應依法排除⁶⁰。

至於職務（Tätigkeit）的概念，實務亦採廣義解釋⁶¹，例如擔任檢察官，只要負責本案先前的刑事追訴職務，影響程序進行即足以排除，即使影響力不大，例如，指示警方事物詢問（Sachstands-anfrage），或發交卷宗命令限期調查，亦同。再者，即便正式的第一線調查是由檢察官完成，檢察機關首長僅單純地對檢察官經手的指令簽名，該名首長仍因對案件具影響力，而應排除後續擔任同案之法官

⁵⁷ Ellbogen/Schneider, JR 2012, S.192.

⁵⁸ BGHSt 28, 262, 263.

⁵⁹ 於此須留意我國實務對同一性的解讀，請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，第六版，2010年，頁 269 以下。

⁶⁰ Roxin/Achenbach, Prüfe dein Wissen: Strafprozessrecht, 16 Aufl., 2006, Rn.230, b).

⁶¹ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.281.

職務。因此，關於先前涉及的職務，不管是以正式或實質的方式介入，介入對程序有重要性或無意義，都不是重點，只要曾接觸，即應排除。**【偵查共犯案】**中，縱然 R 未繼續參與偵查工作，但因為曾指揮警察調查該案件，故仍應排除。

而警察則是限於專職本案調查職務者，擔任其他警察職務則無庸排除，單純告發或是守望，以及負責刑事鑑定或報告等，皆無須排除。被害人代理人則限於律師職業者，只要律師曾因本案受諮詢即已足，其他如被害人團體的社工或是利益代表人等，皆非本款範疇。至於辯護人則包含被告與他人為被告利益選任之辯護人以及法官指定之辯護人⁶²。

第二目 證人或鑑定人

【法官證人案】

A 因涉嫌危害生命傷害罪，檢察官考量犯罪的嚴重性，因此在區法院的參審法院提起公訴，R 法官為審判長，V 則為 A 之辯護人。由於被害人 O 曾在法院餐廳對 R 法官承認自己先攻擊 A，因此 V 聲請傳喚 R 法官，證明被告 A 是基於正當防衛才對被害人 O 犯下危害生命傷害罪，並以 A 屬防衛過當應減輕罪責，而在審判程序中請求依本法第 153a 條停止程序。但法院（審判長 R 與另外兩名參審法官）認定 V 僅是為了拖延訴訟程序而聲請調查證據，故拒絕讓 R 法官擔任證人，且停止程序之聲請無理由，因此 R 法官仍繼續參與審理，最後法院判決被告 A 有罪，並處以一年有期徒刑。試問，R 法官受 V 聲請傳喚為證人，卻依然參與審理，是否適法？若是 R 法官透過職務聲明宣稱，其並未親眼目睹犯罪過程，且在審判程序之前也從未見過被害人 O，故其無法證明待證事實，結論是否不同？

原則上，法官若為證人，必須排除於審判程序之外，此乃第 22 條第 5 款之明文規定，此通常是指當法官在其他程序中，就其已審理過之同一案件擔任證人或鑑定人而言，即使是書面詢問，皆須依法排除。而對於同一案件的理解則與第 4 款相同，採廣義解釋，舉例言之，法官先前在被告 A 的程序中擔任證人受訊問，後來法官又負責涉嫌與 A 共同犯罪之被告 B 的審理程序，此時即是不同程序但為同一案件之情形⁶³。縱使關於該犯罪事實的程序後來停止審判，亦同⁶⁴。惟須留意的是，所謂證人是指對犯罪實體事實為陳述者，因此實務認為，若法官僅是對訴訟重要事項陳述，原則上並非本條款之證人，例如審判長因職務上獲悉證人

⁶² Fischer, in: KK-StPO, 2008, §22, Rn.12ff.

⁶³ Volk, Strafprozessrecht: Studium Jura, 1999, §19, Rn.7.

⁶⁴ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §22, Rn.15.

最後拒絕出庭，因此告知其他參審法官須朗讀筆錄，此時，法官告知其他參審法官的消息雖屬程序上重要事項，但此時法官並非第 5 款之證人⁶⁵。

實務並進一步表示，於程序參與者聲請傳訊法官擔任證人之情形，法官仍有權可以參與該證據聲請的決定，否則當事人可任意將法官傳訊為證人，進而排除法官審理並大開破壞訴訟程序大門⁶⁶。因此，只有當法官確實擔任證人而受過訊問，始須排除，僅聲請傳訊法官為證人，尚無須排除⁶⁷。至於，法官是否有事先提出職務聲明，說明其無法證明待證事實，並非所問⁶⁸。

綜上所述，【法官證人案】中 R 法官有權參與聲請自己為證人的決定，再加上法院認為 V 是為妨害 R 法官執行職務，故拒絕讓 R 法官擔任證人之聲請，因此僅是聲請傳訊 R 法官為證人，但 R 法官並未出庭作證，其繼續參與審理並無違法，而 R 是否有做出職務聲明結論並無不同。

第三目 參與下級審或再審前之裁判

【狹路相逢案】

A 因背信罪而受事實審 X 地方法院判決罰金刑，其向 Y 邦高等法院提起法律審上訴，但 Y 法院以顯無理由未經審判即依第 349 條第 2 項、第 3 項裁定駁回上訴，R 法官在 Y 法院曾參與該案法律審之裁定。後來 A 對該案聲請再審，管轄的 Z 地方法院以無理由裁定駁回再審聲請，A 於期限內依法定方式又向 Y 邦高等法院提出抗告，誰知狹路相逢，再度由 R 法官負責審理抗告裁定，試問，應否排除 R？若 R 法官於法律審參與該案時是候補法官，結論是否不同？

法官先前曾參與案件通常並非排除理由，德國聯邦憲法法院向來認為，從德國憲法與法制上的法官圖像觀之，原則上，法官先前曾對同一事實形成判決，後續仍可以無偏頗的面對該案之裁判，因此，諸如曾經擔任同一案件的偵查法官（Ermittlungsrichter）⁶⁹、臨時受託於期日前訊問證人，或是參與開啓審判裁定，後來又參與該案，皆非排除理由⁷⁰。但有三個法定例外，即第 23 條第 1 項法官

⁶⁵ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.285.

⁶⁶ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.282ff.

⁶⁷ Volk, Strafprozessrecht: Studium Jura, 1999, §19, Rn.8.

⁶⁸ BGHSt 11, 206.

⁶⁹ 德國偵查法官制度之詳盡介紹，請參閱劉思妘，〈論德國偵查法官制度—兼論我國引進偵查法官制度之評估〉東吳大學法學研究所碩士論文，2009 年，頁 41 以下；林鈺雄，〈改革偵查程序之新視野—從歐洲趨勢看我國法走向〉，《月旦法學雜誌》，第 157 卷，2008 年 6 月，頁 202-223；王士帆譯，〈法官在刑事偵查程序之角色—以德國法與法國為例〉，《檢察新論》，第 11 期，2012 年 1 月，頁 297-329.

⁷⁰ BVerfGE 30, 149ff.

參與該案下級審判者，不得參與該案之上訴審理，同條第 2 項曾參與該案審判，而該案現正受再審審理者，法官不得參與再審程序，以及第 148a 條第 2 項第 1 句⁷¹負責羈押措施執行的法官，現在或將來均不得審理該調查對象⁷²。

首先，第 23 條第 1 項的情形是為了阻止下級審法官參與審理自身裁判之法律救濟，對此，法律救濟（Rechtsmittel）範圍包含事實審上訴、法律審上訴以及抗告等，其他法律救濟途徑（Rechtsbehelfe），例如回復原狀之聲請、羈押審查之聲請、處刑命令（Strafbefehl）⁷³的異議，則不屬之⁷⁴。

至於條文所謂「參與系爭裁判」，僅限於曾參與現正受法律救濟之下級審裁判，並要求法官須是直接參與，共同負責案件者，始須排除參與上級審裁判，包含排除第一審法官後續參與第三審之再抗告以及事實審上訴後的上訴法律審。僅是在審判程序擔任候補法官（Ergänzungsrichter）⁷⁵，或是僅參與準備程序，例如開啓審判程序裁定、羈押裁定，以及參與到一半審判程序即中斷，未一同參與評議之法官，皆非共同負責者⁷⁶。

其次，第 23 條第 2 項之目的則在於，確保曾經參與現正受再審聲請之裁判的法官，不得再次參與再審程序。但須留意的是，其前提與第 1 項相同，限於曾直接參與現正受再審聲請之通常程序裁判，負責認定事實、適用法律者。是以，同樣不包括先前未參與通常審判程序評議的候補法官，也不包含於先前通常程序中僅參與裁定是否應開啓主要審判程序之法官⁷⁷。

亦即，法官曾經參與現受再審聲請之第一審甚至是第二審、第三審判決者，即應當排除。再者，若是再審聲請係針對第一審判決，則第三審的法官曾經支持第一審裁判，駁回上訴請求者，該第三審的法官亦不得參與再審程序。法官依據第 349 條第 2 項，以顯無理由駁回上訴請求者，亦同。至於若是法官曾經於第三

⁷¹ §148a II StPO: „Der Richter, der mit Überwachungsmaßnahmen betraut ist, darf mit dem Gegenstand der Untersuchung weder befaßt sein noch befaßt werden.“

⁷² Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.286.

⁷³ 德國法中的處刑命令制度有點類似於我國的簡易處刑程序，不經通常審判程序即對罪證明確的案件進行判決。詳請參閱 Weigend 著/蔡秋明譯校，〈德國刑事案件快速處理程序〉，《法學叢刊》，第 178 期，2000 年 4 月，頁 39 以下。

⁷⁴ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, §23, Rn.5.

⁷⁵ 德國法上的候補法官與我國法上將法官身份區分為候補、試署及實任法官等，兩者所指涉涵意不同，我國法上是指司法官考試錄取人員，經學習或訓練期滿成績及格，先派充為候補法官，此時非屬實授法官，不受法官身份保障所及；德國法的候補法官則是因為基於直接審理原則，法官須全程參與審理程序，若有法官更易即須更新整個審判程序，故在範圍較大的訴訟程序中，審判長會額外請一或多位候補法官，全程參與審理程序，候補法官具有發問權，但僅在原本負責審理案件之法官無法繼續參與裁判時，始加入裁判之評議。Zum Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §44, Rn.36.

⁷⁶ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.287.

⁷⁷ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §8, Rn.4.

審撤銷下級裁判者，則不在此限；以上訴不合法而駁回上訴請求者，也由於第三審法官並未實質影響或審理系爭裁判，故亦不在此限⁷⁸。除此之外，從本項第 2 句文義看來，若是再審標的為上級法院作成之判決，則下級法院曾參與本案之法官，也不得參與再審程序。因此，若是對第二審或第三審裁判聲請再審，則法官曾參與該案第一審或甚至曾參與第二審裁判者，亦皆須排除，不得參與任何與再審相關之裁判⁷⁹。

詳言之，曾參與再審前之通常程序裁判者，所有再審聲請程序之判決皆不得參與，包含開啓再審後之通常程序、處刑命令，以及若當事人對再審判決又提起上訴時，該上訴審法院，或是為被告利益聲請再審，而被告已死亡，應不經言詞辯論直接宣告無罪之判決，以上各種判決，第一審法官皆不得參與。而其他與再審程序有涉之全部裁定，先前曾參與審判之法官亦不得參與，例如聲請再審之後，第 360 條第 2 項是否停止執行原判決之裁定；再審不合法或無理由，是否應依第 368 條駁回聲請之裁定；或是認為再審有理由，是否應依第 370 條開啓再審之裁定；以及若是當事人不服再審裁定，依據第 372 條提出抗告時，抗告有無理由之裁定，以上各種裁定，依本項第 1 句、第 2 句之規定，曾參與第一審之法官皆不得再參與。而根據第 3 句之規範，甚至是再審程序準備之裁定，法官也不得參與。惟現今僅剩下第 364b 條，於準備再審程序期間，法官裁定是否應依聲請而為被告指定辯護人之情形，始有本句之適用餘地⁸⁰。

是以，如【狹路相逢案】中，R 法官曾參與上訴法律審並駁回上訴，後又參與該裁判之再審程序，即應依法排除，縱使先前上訴法律審是以顯無理由未經審判即依第 349 條第 2 項裁定駁回上訴，亦然。但若 R 僅是候補法官，未參與評議，並非參與系爭裁判之人，因而後續參與 A 再審的案件，於法並無違誤⁸¹。

其他非屬上述法定例外之案件，實務即認為，不得適用、也無從類推適用第 23 條以排除法官，因為類推適用僅限於有法律漏洞之情形，而第 22 條、第 23 條屬於列舉規定，明示其一，排除其他，故其他情形即不合乎此要件，原則上也不得透過第 24 條第 2 項偏頗之虞而拒卻⁸²。例如案件被上訴法律審撤銷發回更審，又偶然因為分案而由同一位事實審法官負責審理，以及上級審法官發回案件之後，又因為職務變動而負責下級審的更審，原則上皆不在排除或拒卻之列⁸³。然而對此，學說上仍有極大爭議，多數認為應可藉由拒卻解決（詳請參閱第二章第二節第三項第四款第三目）。

⁷⁸ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, §23, Rn.13f.

⁷⁹ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, §23, Rn.15.

⁸⁰ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, §23, Rn.10ff, 16.

⁸¹ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.288ff.

⁸² BVerfGE 30, 149, 154f; BGHSt 21, 142, 144f.

⁸³ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, §23, Rn.7f.

第三項 偏頗之虞 (Besorgnis der Befangenheit)

除了上述明文列舉的排除事由外，第 24 條另外規定法官有偏頗之虞，聲請人亦得拒卻之，以阻止法官繼續參與審判，然而，因為由被告或是辯方以被告名義所提出的拒絕聲請，可能多半是出於訴訟拖延的目的，或甚至是程序以外的其他目的⁸⁴。是以，如何解讀偏頗之虞，即是本文以下的重點。

第一款 概念

於審判程序中，法官對訴訟關係人本應保持的中立(Neutralität)、距離(Distanz)和無偏頗(Unparteilichkeit)的態度。偏頗，即是指法官原應維持中立、距離的內在態度，遭受不良影響之情形⁸⁵。法官一旦內心產生偏頗，很可能會藉由參與審判的機會，而將法官個人、黨派的利益，以各種形式建構在訴訟過程或是訴訟結果之上⁸⁶，如此一來，審判結果即難期公正，也無從獲得人民對司法的信賴，故必須藉由拒卻制度除去偏頗的法官，使其不得再行參與審判。

不過，由於法官內心狀態通常難以被證明，因此當聲請人基於已知的事實，有理由存在對法官無偏頗性懷疑的假設時，就足以拒卻，不須要法官實際上內心存在偏見，也不取決於法官是否能理解該無偏頗性之質疑⁸⁷，法官個人是否自認存有偏頗也不具重要性⁸⁸，有偏頗之「虞」才是重點，因為顧及到維護刑事裁判權的外觀，具有偏頗嫌疑的表徵即已足以拒卻⁸⁹。對此，立法者已明白表示，以偏頗之虞拒卻的法律制度，不只是為了阻止錯誤裁判的發生，也是為了奠定被告及其他訴訟關係人還有人民對司法的信賴基礎⁹⁰。

也因此，評價之對象僅限於法官本身個人的事實上狀況，公眾輿論或是其他第三人的態度，通常無法得出第 24 條第 2 項意義下之偏頗事由，因為公眾有偏頗的態度不代表法官必然偏頗。是以，諸如特別密集的新聞報導或是媒體預先為有罪判斷，皆不適合作為法官或是參審法官具有偏頗性的主張⁹¹。

附帶一提的是，德國聯邦最高法院強調，偏頗之虞僅得是聲請人依據特定的

⁸⁴ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.301.

⁸⁵ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.4; Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.3.

⁸⁶ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.3.

⁸⁷ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.5.

⁸⁸ BVerfGE 32, 288, 290; Joecks, in: StPO, 2006, §24, Rn.4.

⁸⁹ Bockemühl, in: KMR-Kommentar zur Strafprozeßordnung (KMR-StPO), hrsg. von Stöckel/Heintschel-Heinegg, Stand: Juli 2001, §24, Rn.5.

⁹⁰ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, §24, Rn.4.

⁹¹ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.3.

事實 (Tatsachen) 導出，不可僅單憑個人揣測 (Vermutung)⁹²。對此，雖然實務認為程序事項不適用有疑唯利被告原則 (in dubio pro reo)⁹³，並且肯定法官得依據第 26 條第 3 項，對拒卻聲請作出正式的職務上聲明，以藉此消除初始的偏頗之虞⁹⁴。但有學者認為以上實務見解皆不具說服力，其指出：如有證人可證明，該事實 (假如為真) 將顯示法官之偏頗性即足，有疑則不利於被拒卻之法官，因為從第 22 條以下立法目的可見，去除具有偏頗嫌疑的外觀是立法者意旨，而這樣的偏頗嫌疑外觀無法藉由「宣稱 v. 宣稱」(Aussage gegen Aussage) 消除⁹⁵。

換言之，一旦有證人為偏頗之虞作證，被拒卻的法官僅透過一般性的職務聲明，否認證人所宣稱的事實，並不足以消除偏頗之虞，因為並沒有法律原則賦予涉案的法官普遍較高之可信性⁹⁶。不過，也有學者指出，該事實本身是否具有揣測的性質，區分上才是一大難題，而實務的答案卻是再次落入幾乎無法具體化的「個案判斷」作為解決途徑⁹⁷。

第二款 標準

第一目 「個人—客觀」標準

由於存在偏頗之虞會折損法官審判，是以必然須提出事實上的論據以支持偏頗的質疑，不得在欠缺充分理由的情形下，任意排除法定有管轄權的法官參與審判，尤其考慮到拒卻將會剔除法官於整個程序之外，甚至擴及共同被告⁹⁸。而雖然第 24 條第 2 項已立法明訂偏頗的參考基準，亦即「無偏頗性」，但是仍未說明，究竟應依照誰的觀點或標準？

關此，學者依據第 24 條第 2 項，指出所謂足認有偏頗之虞，原則上應該取決於「接收者觀點」(Empfängerperspektive)，亦即，至少是從被告的主觀觀點，是否存有合理的懷疑，不過為了避免設置成太過廣泛的低度門檻，以至於每個懷疑的評論都會得出有理由拒卻之結論，因而被告過分敏感(Überempfindlichkeit) 的情形則不予理會⁹⁹。

詳言之，審查的標準總歸是先以聲請人個人觀點為出發點，特別是被告的觀

⁹² BGH NJW 1998, 2459.

⁹³ BGHSt 21, 334, 351f.

⁹⁴ BGHSt 4, 264, 270 zitiert nach Joecks, in: StPO, 2006, §24, Rn. 5.

⁹⁵ Bockemühl, in: KMR-StPO, 2001, §24, Rn.6.

⁹⁶ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, §24, Rn.6.

⁹⁷ Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2010, §5, Rn.732.

⁹⁸ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.4.

⁹⁹ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, § 4, Rn.69.

點，但僅有主觀不信任的感受並不足夠，不只是基於訴訟經濟的理由，也爲了避免恣意和濫用之危險，從條文中「有理由」(rechtfertigen)的用字可以得出，客觀標準當然也是不可以被棄守的¹⁰⁰。因此，雖然聲請人對於法官外觀上是否在偏見或偏頗的個人觀點十分重要，但並不意味其自身觀點即是唯一的決定性因素，也不全仰賴聲請人(可能是片面)的主觀印象，或是其對於案情錯誤的指摘¹⁰¹。更確切的說，聲請人能否提出合理的根據，使每個未參與程序的第三人得以清楚瞭解聲請人的拒卻請求，因而產生相同質疑，才是關鍵所在¹⁰²。實務的具體判斷標準爲：因此必須是由理性的被告，或是由具完全行爲能力之其他訴訟當事人，平心靜氣地檢驗具體情況後所作出的指摘¹⁰³。若是未參與程序之第三人處在聲請人的局勢，理性的綜合評價所有已知的事實後，也足以持有對法官偏頗性的疑慮，此時，即有理由可成功的拒卻法官¹⁰⁴。

換言之，此爲「個人—客觀標準」，既不只依據聲請人主觀觀點，也不純粹依據第三人的客觀標準，因爲由德國基本法第 101 條第 1 項第 2 句之不得剝奪法定法官權利觀之，其射程距離包含禁止不合於法律規定的法官繼續參與程序，也禁止在欠缺足夠客觀性理由下，任意排除依法或依事務分配規則於個案有管轄權限的法官參與裁判，僅是聲請人的主觀見解，其主觀上感受到懷疑還不足以認爲偏頗有理由，而純粹客觀的徵兆同樣也欠缺說服力¹⁰⁵。

第二目 客觀標準的讓步？

由上述審查觀點可得知，拒卻事由必須是聲請人主觀上，以及同時法院也認爲客觀有理由的，始能成立。但是，若法院對於所謂「理性被告的觀點」未達到一般客觀基準時，就可能會出現完全令人費解的裁判，例如，實務上曾經發生一則案例，現負責刑事審判的法官 R，先前曾在同一案情之民事審判程序擔任原告 A 之辯護人，對被告 B 提起民事侵權訴訟，並於民事起訴書狀中表明被告 B 是惡意詐欺、訴之聲明應有理由等語，現在於同一案情之刑事程序中，被告 B 遇上法官 R，審理拒卻聲請之法院認爲，被訴詐欺罪名之被告 B 仍應理性地相信先前原告辯護人 R 現在會是無偏頗之刑事法官，而駁回拒卻聲請，此時，該駁回

¹⁰⁰ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.7.

¹⁰¹ Meyer-Goßner/Cierniak, in: StPO, 2010, §24, Rn.8; a.A. Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozess, 5. Aufl., 1993, Rn.166.

¹⁰² BGHSt 21, 334, 341.

¹⁰³ BGH NJW 1968, 2298; Meyer-Goßner/Cierniak, in: StPO, 2010, §24, Rn.12.

¹⁰⁴ Bockemühl, in: KMR-StPO, 2001, §24, Rn.8.

¹⁰⁵ BGH NStZ 1997, 559; Bockemühl, in: KMR-StPO, 2001, §24, Rn.7.

之裁定正是難以服人的裁判¹⁰⁶。

是以，對於「個人—客觀標準」有見解指出，以「使每位未參與的第三人得以清楚明白聲請人的理由，因而產生相同質疑」、「第三人置於聲請人地位，理性綜合評價所有已知事實」等客觀標準作為判斷偏頗之決定性準則，這種要求並非完全沒有疑慮，因為關於法官個人或態度的評論很少是由第三人為之，而是基於被告公平審判權利以及其極為主觀的去提出質疑。更確切的說，尚須檢驗及判斷，在該程序情況中，聲請人的狀態，諸如教育水準、健康狀況以及個人閱歷和印象，是否有合理根據足以拒卻法官¹⁰⁷。一味的要求像個理性被告或是理智的第三人進行具體評價，完全忽略聲請人的觀點，很可能帶來負責裁判的法官以自己觀點取代聲請人觀點之危險，導致拒卻聲請人個人地位變得越來越無足輕重，且甚至被過分苛求¹⁰⁸。還有學者進一步批評，所謂理性的被告，根本就是假象(Schimäre)，不過是法律使用者語義上的詭計，包裝法官個人觀點而對外宣稱是客觀標準、客觀第三人，本質上其實是法官在自問自答¹⁰⁹！

因此，縱然會與實務所支持的見解相對，但從拒卻權利作為公平審判權保障之手段的意義看來，此與「不得在欠缺充分根據下，任意排除依法律及事務分配規則有管轄權之法官」的法定法官要求間，兩者並不互相矛盾。放寬客觀標準僅是促進法院進行更詳盡的檢驗，並且避免拒卻制度的僵化。一旦拒卻制度僵化，則有害於被告公平審判權利之落實，此對於無辯護人或是未有最理想辯護人的被告而言，更具有特別意義，因為這一類的被告在對第三人清楚表達其個人意見上通常已經有困難，還要求聲請人使每位（包含具有法律專業知識者）未參與之第三人都能清楚明白自己的請求，並且產生共鳴而與自己提出相同的質疑，可能過於嚴格¹¹⁰。

於是，從偏頗拒卻制度不只是想保障人民對司法的信賴，也包含致力於取得訴訟關係人尤其是被告對司法信賴的基礎推導，學者反對以理性被告或所有未參與程序之第三人觀點作為廣泛客觀標準，並由此得出：若是平均水準的觀察者也可理解被告對受拒卻法官的質疑，即便其認為該疑慮可能並不理智，仍已足表明依偏頗之虞拒卻法官有理由¹¹¹。甚至有學者進一步批評，實務過分地強調合理根據為客觀標準是令人質疑的作法，聲請人的主觀憂慮才應當是首要原則，即便聲

¹⁰⁶ *Dallinger*, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1972, 752.

¹⁰⁷ *Lemke*, in: HK-StPO, 2001, §24, Rn.12.

¹⁰⁸ *Bockemühl*, in: KMR-StPO, 2001, §24, Rn.9.

¹⁰⁹ *Meyer-Mews*, Richterliche Befangenheit: Ablehnungsantrag, Gegenvorstellung, Revision, Seminar der Leipziger Strafverteidiger e.V. am 19. Mai und 6. Juni 2001 in Leipzig, S.8 (zuletzt gesehen am 31/01/2013: <http://www.wemepes.ch/pdf/Befangenheit.pdf>).

¹¹⁰ *Lemke*, in: HK-StPO, 2001, §24, Rn.13.

¹¹¹ *Rudolphi*, in: SK-StPO, 2009, §24, Rn.7; *Bockemühl*, in: KMR-StPO, 2001, §24, Rn.9.

請人是因爲自己個人精神上的障礙，致使其無法認知眼前的法官事實上是公正、無偏頗的，仍宜解釋爲足認有偏頗之虞，因此其指出實務在個案上應該還有諸多發展的空間¹¹²。

而對此，曾有一則空前絕後的實務裁判，迥異於向來的實務見解，明確不引用「理性的被告、所有未參與訴訟程序之第三人」等客觀觀點，其理由中說明，所謂理性被告或是所有未參與的第三人，其實僅是負責裁判是否有偏頗之虞的專業法官之個人標準，是法院將自己假定成理性被告或第三人而作出評價，但正確的作法應該是：如果一般司法門外漢（Laie）也會同意、理解被告對法官偏頗的質疑，該主觀印象即足以成爲拒卻事由，不須要到所有的第三人皆能清楚明白，並且產生相同疑慮，才能拒卻法官¹¹³。

第三款 個案判斷

雖說偏頗性的拒卻聲請在刑事程序中幾乎是家常便飯，但有別於第 22 條、第 23 條的列舉事由，第 24 條第 2 項屬於一般性的概括條款，因此難題在於，要詳細逐一羅列出所有偏頗事由幾乎是不可能的，而爲了能在個案中解釋和運用本制度，必須透過已作出的個案判例與其他文獻的幫助¹¹⁴。

誠然，在檢驗偏頗性的時候，通常須要拿舊有的法院裁判作比較，但也要留意避免將僅是表面上相關的裁判一概而論（*Verallgemeinerung*），因爲在看似相仿的案情，極細微的不同都有可能導致完全迥異的結論。而由於一般有分寸的審理，實際上也僅是偶爾以過去裁判作爲原則上的依據，不致於全部照引，又再加上個案五花八門的情況，是以何謂具有偏頗性，其實現實上難以根據典型的判例法去滿足可理解性與可預見性的要求。過去裁判都僅是提供案例作爲調校的基礎而已，在此基礎上僅建立判例法的特徵，實際運用到個案上都必須再做修正，所以結論上對於拒卻聲請仍是須依照個案判斷（*Einzelfallentscheidung*）¹¹⁵。

此外，以比較過去案例作爲判斷的方式，也並非毫無限制，例如，聯邦憲法法院（*Bundesverfassungsgericht*）對於其成員無偏頗性的裁判，若想搬來套用到刑事訴訟法上，即必須特別小心謹慎，因爲聯邦憲法法院法第 18 條以下訂有特別的標準，法院的審級、偏頗的特性以及法官排除的效果等等，皆有另一套特色，並不適合用在普通審判權。而與此相反的，邦憲法法院（*Landesverfassungsgericht*）

¹¹² *Dahs/Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 5. Aufl., 1993, Rn.166.

¹¹³ OLG Celle NJW 1990, 1308.

¹¹⁴ *Fischer*, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.4.

¹¹⁵ *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.9.

的裁判就相對地重要，因為如 Bayern 憲法法院法第 9 條¹¹⁶即明確的規定，法官之排除與拒卻，適用刑事訴訟法第 22 條至第 30 條之規範¹¹⁷。

第四款 偏頗事由

由於屬於概括條款的性質，因此德國實務發展出大規模、幾乎無窮無盡的判例法，本文以下即試圖類型化在德國實務與學說中，曾經討論過的分類與案例。

簡單來說，大致上可以分成四大類型加上兩類的特殊問題，首先介紹法官受外力介入影響而產生有偏頗之虞的情形（第一目），其次則是觀察法官個人因素有無可能該當偏頗之虞（第二目），再者討論法官因先前負責之職務，而與本案有所牽扯是否涉有偏頗的問題（第三目），最末則是法官審判程序前或審判程序中出現之言行可能有偏頗之虞者（第四目），另外附論兩個特殊問題則與量刑協商以及參審法官（第五目）相關，分述如下。

第一目 受外力介入影響

首先，第一種被歸納出的類型是法官受到外力介入之影響者。亦即，雖然原先是假定法官內心是無偏頗的，但由於隨著外力加入，例如聲請人的挑釁、辯護人與法官間的嚴重衝突，甚至是訴訟程序外的第三人對法官所施加的壓力，致使法官已經無法再公正、無偏頗的審理案件之時，則得拒卻法官繼續審理該案。德國學說與實務討論之事由及說明分析如下：

壹 聲請人

【你來我往案】

A 因為涉嫌組織犯罪而被起訴，由 R 法官負責審理，審理程序中，A 罵 R 不過是個「膽小鬼」，R 一氣之下，回罵 A 才是「土匪」，雙方你來我往，互不相讓，試問，A 得否聲請拒卻 R？若是 R 生性羞澀，遇人侮辱只是沉默以對，因此並未回罵 A，結論是否不同？

根據多數見解，拒卻聲請人自身的行為，原則上不得推導出拒卻理由，否則，將會使被告或是有相類似行為的聲請人，握有隨便決定每位法官偏頗與否的生殺

¹¹⁶ Art. 9 Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof (VfGHG), Ausschließung und Ablehnung: „Auf die Ausschließung und die Ablehnung eines Mitglieds des Verfassungsgerichtshofs sind die Vorschriften der §§ 22 bis 30 StPO entsprechend anzuwenden.“

¹¹⁷ Siolak, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.11.

大權，並得以依喜好伺機將法官從程序中剔除。是以，若是被告藉由提出職務監督申訴（Dienstaufsichtsbeschwerde）或聲請引進懲戒程序（Disziplinarverfahren）以攻擊法官，或對法官提出刑事告發（Strafanzeige），像是因為法官裁定開啓審判程序，而指控法官枉法裁判（Rechtsbeugung），再或以死威脅法官不得為有罪判決，以及被告準備並進行強制起訴程序（Klageerzwingungsverfahren）等等情形，法官總是因為他們的職業而受到這一類攻擊，但受攻擊的法官通常並不因而構成偏頗之虞¹¹⁸。再者，依據德國基本法第 98 條第 2 項¹¹⁹的措施，得令法官轉任或退休甚至免職，此種存在於每位法官身上的可能性，通常亦非偏頗事由¹²⁰。

其他，關於法官與被告之間存在敵對關係（Feindschaft），學者指出，在訴訟過程中，法官與被告間的緊張關係是產生偏頗之虞的典型例子，但必須留意的是，同樣不允許被告單方面手上握有拒卻某特定法官的全部王牌¹²¹，否則等同是肯定被告得藉由猛烈地攻擊法官，以獲得偏頗之虞的依據，進而成功拒卻之可能性¹²²。是以，僅是被告侮辱、挑釁，甚至是動手毆打法官都不足夠，例如罵法官是「精神變態」、「死板的官僚」、「法匠」等，受攻擊法官尚不該當偏頗之虞¹²³。聲請人進行這類行為後，也不得依據第 22 條第 1 項，以法官為被害人作為排除事由¹²⁴。

然而，學者指出，「從聲請人自己本身的行為不得推論出偏頗事由」，此項原則也並非可一概而論，仍必須要檢驗，該行為是出於何種目的。若聲請人行為是理智的，則由此建立的拒卻聲請仍應取得成效，即使聲請人是想藉此擺脫不如意法官，亦然。反之，被聲請人行為若是不理性的，則不該當偏頗之虞。雖然判斷聲請人行為是否為理智，原則是取決於相關人員的主觀反應，但並不是唯一標準¹²⁵。

況且，如果法官因為受到被告不合理的影響，導致不能繼續勝任公正地審理案件之時，的確可能招來偏頗的疑慮¹²⁶。因此，依然要取決於個案情況作判斷，法官不須因為職業而放棄受侮辱時的法律保障，如果遭受攻擊的法官對被告所作

¹¹⁸ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.308.

¹¹⁹ Art. 98 II GG: „Wenn ein Bundesrichter im Amte oder außerhalb des Amtes gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes verstößt, so kann das Bundesverfassungsgericht mit Zweidrittelmehrheit auf Antrag des Bundestages anordnen, daß der Richter **in ein anderes Amt oder in den Ruhestand zu versetzen ist**. Im Falle eines vorsätzlichen Verstoßes kann auf Entlassung erkannt werden.“

¹²⁰ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.35.

¹²¹ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, §4, Rn.71.

¹²² Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, §24, Rn.13.

¹²³ Roxin/Achenbach, Prüfe dein Wissen: Strafprozessrecht, 16 Aufl., 2006, Rn.233, d).

¹²⁴ Cirener, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.9.

¹²⁵ Bockemühl, in: KMR-StPO, 2001, §24, Rn.11.

¹²⁶ Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S.54f.

出回應，像是，依照法院組織法之規定，因被告擾亂法庭秩序而處以短暫拘留、為維持秩序而命其離開法庭，或是將被告在法庭的犯罪行為之事實記明於筆錄，再或法官反過來針對聲請人的侮辱或挑釁行為另行提出刑事告發等等，以上情形皆屬客觀之防禦行為，尚不該當偏頗。否則，若是因為擔任法官，就不得對攻擊自己的刑事犯罪提出告發或保留追訴權，反而難以避免法官在同時間的個案中會藉機整治被告，而有偏頗之虞的情況¹²⁷。

不過，若是嚴重超出客觀必要，或是告發目的顯然不在於回應挑釁，而是貶低聲請人，法官的尖銳回應顯然不只是一時受激怒所犯下的小錯誤，可以看出其對聲請人存有偏頗之虞，或是針對拒卻聲請所為之職務上聲明有重大客觀錯誤，顯示法官過分誇張之情形，仍可能該當偏頗之事由¹²⁸。

是以，若是該受羞辱的法官對聲請人作出不適當、過度偏激的回應時，亦可能得以成功拒卻法官。因此如【你來我往案】所示，當被告 A 罵法官 R「膽小鬼」(Scheißer)，法官因而回罵被告為「土匪」(Gangster)時，涉及對被告的人身攻擊，實務認為該當偏頗之虞¹²⁹，但若 R 默默承受，並未因為 A 的羞辱而作出不恰當的回應，則繼續參與審判於法並無違誤。

貳 辯護人

【老闆是誰案】

共同被告 B 的辯護人 V 向法官 R 提出拒卻聲請，其後另一名共同被告 T 的辯護人 K 也跟著表態，請求允許拒卻法官 R，R 以這件事情與 K 和 T 無關，阻止辯護人 K 發表意見，K 因為被禁止發言，於是雙方出現不愉快的口角，K 聲請准許發言，R 法官中斷審理並討論辯護人的聲請，試問，T 因為 K 與 R 發生口角，聲請拒卻 R 是否有理由？若法院繼續審理時，K 又再度提出要求將其聲請記明筆錄，R 忽然冒出一句：「真不曉得辯護人是在哪裡學法律的？你指導教授是誰呀？」結論是否不同？

辯護人侮辱、威脅或甚至是動手毆打法官，即便是辯護人故意挑起爭端，如同前述被告所為者，亦不因而直接認定法官的偏頗性，否則辯護人得以恣意決定法官偏頗與否，任意影響刑事程序的進行¹³⁰。

至於法官與辯護人之間的敵對關係，通常實務也不承認是偏頗的理由，因為

¹²⁷ BGH NStZ 1992, 598; Wassermann, in: AK-StPO, 1998, §24, Rn.24.

¹²⁸ Siolak, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.35.

¹²⁹ AG Oldenburg StV 1990, 259.

¹³⁰ Krey, Deutsches Strafverfahrensrecht Bd.1, 2006, §3, Rn.110.

理性的被告從法官與辯護人間的緊張關係中，無法推論出法官對自己的偏頗性。是以，若是法官與辯護人在先前程序中發生嫌隙，而聲請人未曾參與該程序，其擔心法官可能因為出於對辯護人持續存在的反感，而將不利益轉嫁在被告自己身上或是自己所涉的案件之上，僅此一事實尚非足以排除法官之理由，即使法官在先前程序曾經因為辯護人擾亂法庭秩序而施以短暫拘留（Ordnungshaft），在本案程序中皆非進一步可得出偏頗結論之根據。何況，從辯護人在本案程序中受到被告委任甚至是由法官指定，也可間接說明被告與法官之間的關係仍是合乎規定，應無偏頗之疑慮¹³¹。是以【**老闆是誰案**】法官與辯護人之間發生言語衝突，原則上並非拒卻的事由，在 R 法官對辯護人 K 人身攻擊以前，雖然氣氛不愉快，但由於 R 仍是客觀的處理案件，故得繼續參與審判。

除非，法官的回應讓人產生偏頗的疑慮，或是衝突情況特別嚴重，例如法官與辯護人互相提出刑事告發，或者法官引發對辯護人之刑事程序，致使辯護人終止委任，被告因此失去其辯護人，以上行為其一，可能會導致深思熟慮的聲請人憂慮，法官不會謹慎地處理他的案件，因而認定偏頗有理由¹³²。

學者指出，晚近的實務見解已逐漸讓步，承認辯護人與法官間的爭執可能會間接影響被告與法官的關係，因此在特別嚴重反目的情形¹³³，或者法官對辯護人的行為方式作出不適當的回應時，肯定被告在此類案件將遭到很大危險¹³⁴，實務曾發生的案例如：「我問我自己，律師先生，您是在哪裡學法律的？」、「厚顏無恥」、「令人作嘔的辯護方式」、「我五歲兒子行事都比您理性」¹³⁵；或是當辯護人表示反對被害人提起附屬訴訟（Nebenklage）¹³⁶，而審判長准許該聲請後卻說道：「您的第一次失敗，辯護人先生。」¹³⁷，以及批評辯護人詰問證人的問題是「不得體的蠢事」、「奸詐陰險的」、「折磨人的多餘提問」等，法官以極端的形式譴責辯護人，已達到欠缺客觀性的程度¹³⁸，實務皆肯認有偏頗之虞。

是以，如【**老闆是誰案**】所示，R 出言羞辱 K，令人質疑法官的專業性，法官作出人身攻擊，顯示其欠缺應有的自制力，因此理性的被告也會擔心法官用相

¹³¹ Siolak, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.33.

¹³² Siolak, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.35.

¹³³ OLG Braunschweig StraFo 1997, 76.

¹³⁴ BGH StV 1988, 417.

¹³⁵ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, §4, Rn.72, mit Fn.19.

¹³⁶ 此係德國刑事訴訟法為保障犯罪被害人所設立之規定，除檢察機關外，特定犯罪之被害人另有自己的訴訟權利，得獨立聲請調查、閱卷、上訴，不受檢察機關影響。詳請參閱盧映潔，〈犯罪被害人在德國刑事訴訟程序中的地位與保護之介紹〉，《刑事法雜誌》，第 53 卷第 2 期，2009 年 4 月，頁 103-118；吳志光，〈德國犯罪被害人保護體系簡介〉，《司法改革雜誌》，第 65 期，2008 年 2 月，頁 54-59。

¹³⁷ OLG Brandenburg StV 1997, 455.

¹³⁸ BGH NStZ 2005, 218.

類似懷有敵意的方式對待自己，並且法官不客觀的行為可能會影響對被告罪責的認定，故得聲請拒卻 R¹³⁹。

不過須留意的是，於此種情形，雖然該法律爭執是起因於辯護人自身所致，辯護人本人仍非拒卻聲請權人，但其得以被告之名義提起拒卻聲請¹⁴⁰。

參 訴訟外第三人

由訴訟外第三方對法官造成影響，除了可能會形成撼動法官獨立性的印象之外，並從而也顯示出法官可能具有偏頗性，因此即便保有職務監督制度以及上訴救濟程序之可能性，仍得另行提出拒卻之聲請。

至於影響力來源有可能是直接從法官工作領域而來，像是司法部門命令法官依特定方式對具體個案進行裁判，正是典型得拒卻的案例，可是如此嚴重干預獨立性的情形幾乎很少發生，比較可能的案例是因為同事、司法行政或者上級法院的勸告、暗示或是以其他類似方式而間接受到影響¹⁴¹。司法部門嚴厲、不當的批評第一審判決或法官，甚至對此採取職務監督的措施，也可能被解釋為是在企圖影響後續第二審法院法官的審理，而使得該上訴第二審法院在被告看來會是偏頗的¹⁴²，即便司法部門對該裁判的事後批評是正確的，而且其並無干預該名受批評之法官的獨立性，但司法部門直到程序結束之前，都應該節制自己的發言，否則即會招來一種疑慮，認為其欲指示正要負責的法官應撤銷該受批評的裁判¹⁴³。此與該上級審法官能否阻止前述的影響，或者其是否利用這種可能性，都沒有關係，因為從一個理性的觀察者角度觀之，其無法確信法官能對程序當事人保持應有的距離、中立性和無偏頗性¹⁴⁴，從而，鑑於法官獨立性對拒卻的重大意義，也不要須證明司法部門的確有對法官發生不法影響，只要聲請人能提出合理根據說明「有發生影響之疑慮」即足以拒卻¹⁴⁵。

而除了從法官工作領域中直接的影響外，也可能透過大眾媒體，以片面、有色彩傾向的新聞攻勢，或批評性地報導法官過往的裁判，來試圖影響法官¹⁴⁶，但原則上大眾媒體的態度不等同於法官態度，故並不該當偏頗事由，除非發生法官確實因為媒體報導，在態度上顯示出受影響而有偏頗的情形，或是法官根本就自己參與新聞報導，破壞保持距離以及無偏頗性的要求，例如透露片面的或是對個

¹³⁹ LG Frankfurt StV 1990, 258.

¹⁴⁰ Roxin/Achenbach, Prüfe dein Wissen: Strafprozessrecht, 16 Aufl., 2006, Rn.237.

¹⁴¹ Lemke, in: HK-StPO, 2001, §24, Rn.14; Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S.110f.

¹⁴² Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.18.

¹⁴³ Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S.111.

¹⁴⁴ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.13.

¹⁴⁵ RGSt 66, 385, 390 zitiert nach Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S.111.

¹⁴⁶ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.14.

別程序相關人員不利的資訊給新聞記者、參與有色彩傾向的談話節目、訪談或是電視劇場等¹⁴⁷。惟，有學者認為，透過媒體影響法官的說法，倒不如說是高估媒體的影響力，在工作領域中密集相互影響的作用卻反而多半被低估了¹⁴⁸。

另外也有不少案例是從被告周圍環境（同情者）來企圖影響法官。例如被告家庭成員在法官辦公室外甚至是裡面進行靜坐封鎖（Sitzblockaden），或是毫不掩飾地威脅、夜間的騷擾電話，以及造成住家或車子等財產損害都曾發生。而嘗試以前揭列舉之非法方式影響法官，都可能會造成法官客觀性的質疑，但僅在有根據擔心法官會屈服於壓迫之時，懷疑始為合理¹⁴⁹。其他以外力支配法官行動的情況，例如為了影響法官手上特定案件之裁判，綁架其小孩作為人質，此時，法官即不適合再繼續審理該案。另外，較為理論上的例子則是宣稱法官受賄，故難期公正審判，應得拒卻，但這一類型的案例目前僅停留在理論上的思考，尚未現實發生¹⁵⁰。

附帶一提的是，如果法官與鑑定人之間發生衝突，則在有事實上根據認為會對於鑑定結果的法律評價產生影響，且有權聲請之人亦由此得出法官具偏頗之虞時，拒卻始有理由¹⁵¹。

第二目 法官個人因素

緊接著在受外力影響之後，可能存在的偏頗事由是關於法官本身固有的個人因素，雖然在一般狀態下，原則上推定法官是中立、無偏頗的，且基於法官內在獨立性的要求，也不適合過於干涉法官個人生活，但若是因為法官個人的私人社交關係（壹）、職務上或業務上往來關係（貳），或是參與組織團體（參）、個人法律見解（肆），甚至是其他人身狀態（伍）有危害偏頗之虞者，例外的也可能會成為偏頗事由，德國學說與實務討論如下。

壹 私人社交關係

【癩三團員案】

被告 A 因為發表：「所有積極參與反納粹的人，特別是 X，都是癩三」等言論，X 遂對 A 提起公然侮辱的告訴，而負責審理的法官 R 亦曾參與反納粹的活動。試問 A 拒卻 R 法官是否有理由？

¹⁴⁷ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.3.

¹⁴⁸ Lemke, in: HK-StPO, 2001, §24, Rn.14

¹⁴⁹ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.17.

¹⁵⁰ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.20.

¹⁵¹ BGH StV 1999, 463 mit krit. Anm. Zieschang; Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.7.

從第 22 條第 1 款至第 3 款的排除規範可得證，法官的私人關係會影響裁判自由，或者至少外觀上會引發此疑慮之時，應該排除法官。因此，反推可得知，基本上若是法官未有合乎前揭法律明文列舉之私人關係，僅從法官的專業能力出發，通常不會認為有偏頗之虞，若是加上其他理性的訴訟當事人也確實認為法官無偏頗的疑慮時，原則上即無須排除。然而，凡有原則必有例外，當其個人本身與刑事案件之間存有特別關聯之時，縱使法官不具備上述列舉的身份，其私人的關係仍可能會例外成為拒卻的事由¹⁵²。

首先，若是法官因為訴訟標的所涉及之刑事案件而間接受損害，可能會被列為拒卻法官的事由，如果是直接受害者則屬於第 22 條第 1 項的類型（詳請參閱第二章第二節第二項第一款）。不過，於此仍須個案判斷法官涉案程度，單純間接受損害尚不足以立即認定對法官的質疑有理由，因此諸如法官僅是受財產損害之股份有限公司中，微不足道的小股東，或是相關保險公司的被保險人，尚不足以該當拒卻¹⁵³。與此相類似的，若犯罪行為係侮辱集體、宗教團體等，而間接精神上傷害法官，由於法官並非自己受侮辱，因此也難以該當偏頗之虞¹⁵⁴。是以如【癩三團員案】所示，依據向來實務見解，認為法官獨立於團體侮辱的結構，在這類情況個人領域並未受侮辱，因此在 X 提告的案件中，拒卻 R 無理由¹⁵⁵。

然有學者認為，既然法律上肯定集團侮辱的正當性，則也應該肯定被告的拒卻權利，依照刑法規定而有告訴權之人是間接相關者，所以如果法官屬於侮辱之集團中的告訴權人，此種情況也應當足以拒卻¹⁵⁶。

再者，法官與其他訴訟關係人的私人社交往來，在雙方有足夠親密關係的情形下也可能該當拒卻事由，例如法官與犯罪嫌疑人或被害人或證人之間訂有婚約、同居、戀愛關係、性關係，或者是非常緊密的知心好友關係，如相互邀請固定聚餐，從屬於同一（小型）俱樂部且持續一段時間常有固定聚會，或法官與其他訴訟當事人為同一學生社團之成員，而該社團目標具有互相砥礪與支持團員的性質，則法官看起來往往會是有偏頗之虞的¹⁵⁷。又如實務上曾經發生的一則案例，在為時兩年的審判期間之後，法官與被告一起打網球，並且緊接著一同在網球場的餐廳裡，聊起現正進行中的案件，至少從其他共同被告的觀點而言顯示法官是偏頗的¹⁵⁸。但如果僅是與法官同屬於大學同學，則尚不該當¹⁵⁹。

¹⁵² *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.29.

¹⁵³ *Bockemühl*, in: KMR-StPO, 2001, §24, Rn.14.

¹⁵⁴ *Rudolphi*, in: SK-StPO, 2009, §24, Rn.8.

¹⁵⁵ BGHSt 2, 38.

¹⁵⁶ *Arzt*, *Der befangene Strafrichter*, 1969, S.41f.

¹⁵⁷ *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.32; *Teplitzky*, *Die Richterablehnung wegen Befangenheit*, JuS 1969, 318, 320.

¹⁵⁸ BGH StV 1986, 369.

中立法院與刑事法官之迴避事由

另外，監護關係、非婚生子女關係，或是未列入第 22 條第 2 項、第 3 項規範之血親、姻親關係，也同樣可能是偏頗事由¹⁶⁰。德國實務與學說曾罕見的爭論，法官與檢察官之間的夫妻關係是否該當偏頗事由，如前揭【夫唱婦隨案 a】所示，實務認為無庸排除，亦非有偏頗之虞而得拒絕之理由，但學說則是認為，法官與檢察官為配偶關係，會影響審檢分立的形象，得作為拒卻的事由（詳請參閱第二章第二節第二項第二款）。

貳 職務上或業務上往來

【酒友同僚案】

R 法官是 X 地方法院大刑事庭第 2 庭的審判長，因為涉嫌醉態駕駛而被 Y 區法院刑事法官判決有罪，後來 R 向 X 地方法院小刑事庭第 1 庭提起事實審上訴，負責審理的第 1 庭審判長是 V 法官，而 V 先前曾在大刑事庭第 2 庭擔任多年的陪席法官工作，V 不僅與 R 有良好的職務上關係，兩人與另一名法官還常常每周數次相約去喝一杯，而 V 在幾周前才從 R 的法庭離開到第 1 庭，因此 V 請求自己拒卻，試問有無理由？

法官與犯罪嫌疑人、被害人、證人或檢察官間有職務上或業務上往來，原則上並不會造成偏頗之虞¹⁶¹。換言之，因為同事關係、職務上關係，而與犯罪嫌疑人或其親密親屬接觸，若未涉及意義特別重大的正面或負面關聯，尚未該當偏頗性的疑慮¹⁶²，僅在涉及特別緊密，以致於影響到私人往來的關係時，才該當偏頗之虞。關於法官與被告辯護人的職務上接觸，亦適用此標準¹⁶³。

實際案例即如【酒友同僚案】，實務認為，雖然單單法官從屬於同一合議庭的事實，並不意味該當偏頗之虞，但若如同本案所示，職務上關係特別緊密，會影響到私人關係者，則應該准許拒卻 V 法官¹⁶⁴。

參 參與組織團體

由於個人在社會活動中，難免會參與各類型的組織團體，特別是擔任參審法官者，原先幾乎都是屬於某個組織群體的一份子，因此法官本身若是參與某些特定團體是否會引發偏頗事由，討論如下。

¹⁵⁹ Wassermann, in: AK-StPO, 1988, §24, Rn.20.

¹⁶⁰ Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, §24, Rn.10.

¹⁶¹ BVerfG NJW 1995, 2913.

¹⁶² Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.34.

¹⁶³ Joecks, in: StPO, 2006, §24, Rn.6.

¹⁶⁴ OLG Zweibrücken, NJW 1968, 1439f; Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.304.

一、政治團體

政治因素的問題經常或多或少出現在涉及政治背景的刑事案件中。原則上，在民主法治國家中，法官從屬於某一黨並非拒卻的理由，與被告政黨不同宗旨，或者相同宗旨但係依不同手段或途徑遵循該宗旨者等，皆然¹⁶⁵，在訴訟外參與政治活動、發表言論，只要不是與個案程序相關，僅是參與政治活動，對政治現況表達關注的情形，通常亦非拒卻事由¹⁶⁶。實務案例如：法官曾經在柏林圍牆建造後不久，資助幫助逃跑的活動，後來其負責審理因殺害靠近圍牆民眾而受訴的東德邊防守衛，並不因其曾經資助逃跑活動而認定有偏頗之虞¹⁶⁷；更甚者，法官因為種族的關係，在財產權、職業上受到納粹政權的迫害，單此，也尚不足以該當偏頗之虞¹⁶⁸。

不過，當然也有例外，若是摻雜其他特別情況，政治因素就可能變得非常重要並且具有深遠意義。實務曾經舉過的案例如，法官極為反對納粹主義，在納粹被害人協會中擔任要職，是出了名的政治狂熱份子，表明對納粹主義及其支持者懷有強烈的報復欲與敵意，則此時負責審理被視為追隨納粹政權的犯罪被告，由於雙方關係嚴重矛盾，就會被視為偏頗的法官¹⁶⁹。

再如，於政黨違憲解散的案件中，負責審理的參審法官從屬於被解散之政黨，由於事關政黨存亡，因此該名參審法官例外地被認為具有偏頗之虞¹⁷⁰；又或者，法官明顯失去應有的節制，如在刑事程序中，新法的適用對舊秩序扮演重要的角色，而法官卻拒絕對新憲法宣誓，則法官在該刑事程序中為偏頗¹⁷¹；或是在起因於左派動機而犯罪之外國人（庫德族）的程序中，法官公開表示其無法理解左派份子，根本無法同情他們，並對德國國家民主黨¹⁷²（NPD）的聯邦黨魁德克特（Deckert）表達同情，說道「黨魁是非常有趣、有教養、有原則之人」、「雖然人生道路上遇到許多反抗，但令人讚嘆不已，是個值得結交的朋友」，亦被認定有偏頗之虞¹⁷³。

¹⁶⁵ *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.21.

¹⁶⁶ *Lemke*, in: HK-StPO, 2001, §24, Rn.15.

¹⁶⁷ BGHSt 39, 168 zitiert nach *Cirener*, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.10.2.

¹⁶⁸ BGH MDR 1957, 16 zitiert nach *Gilles*, Richterliche Unabhängigkeit und parteipolitische Bindung von Richtern, DRiZ 1983, 41, 46.

¹⁶⁹ OLG Koblenz zitiert nach *Gilles*, DRiZ 1983, 41, 46.

¹⁷⁰ RG HRR 1930, 1420 zitiert nach *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.23.

¹⁷¹ RGSt 55, 56f zitiert nach *Arzt*, Der befangene Strafrichter, 1969, S.107f.

¹⁷² 德國國家民主黨被歸類為極右派的政黨，力主驅除在德之外國人。詳請參閱葉陽明，《德國右激進主義及戰後德國右激進組織發展之研究》，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，精簡版，2007年，頁13-23。（<http://nccur.lib.nccu.edu.tw/retrieve/80040/report10.pdf>，最後瀏覽日：2013/01/31。）

¹⁷³ OLG Karlsruhe StV 1995, 343ff.

二、宗教團體

法官與被告歸屬於不同宗旨之反對宗教團體，或是歸屬於相同宗旨但以不同方式或途徑遵循該宗旨者，通常皆非足以拒卻的理由¹⁷⁴。即便訴訟標的所涉的犯罪行為，是基於某些特定的宗教動機，或甚至是依宗教教義所為，亦同。然而，在極端的案例時，像是法官特別強力的支持該宗教教義，而被告的犯罪行為又有極大部分與此相關，則例外地拒卻有理由¹⁷⁵。

三、職業團體

至於具有工會或是其他職業團體的會員身份或參與活動，例如參審法官參與審理對某信用合作社董事的刑事程序，而該名參審法官恰巧也是該信用合作社的社員，原則上也不會因為社員的身份被認為具有偏頗之虞¹⁷⁶。但是仍須依據個案情況作判斷，例如涉及侵害團體的犯罪時，法官在團體中的義務強度，以及犯罪的形式，都會影響結論¹⁷⁷。

實務上曾經發生的案例：一名參審法官是不萊梅西區稅務局的工作人員，後來參與不萊梅東區稅務局控告涉嫌逃漏稅的刑事案件，雖然該名參審法官並不是直接受損害的東區稅務局員工，但由於東西區稅務局是同一辦公室，再加上其平日負責的任務與在審判程序中扮演的角色極為相似，皆是評定零售商應繳的稅額，因此會互相對照案例事實，即便參審法官宣稱會抽象化個案並無偏頗的判斷案件，實務仍肯定，從理性被告看來，參審法官會受到自己先前職務的影響而有偏頗之虞¹⁷⁸；此外，若是被告涉嫌損害建築管理局的案件，而參審法官剛好是該建管局的局長，則該參審法官也會因為其職業與建管局過於密切，而被認定為偏頗¹⁷⁹。

肆 法律見解

法官於審判前或中之司法程序外，如在學術專刊、學術對話或是在外演講、教學中，曾單純發表對被告不利的特定法律見解或專家意見，或是對當前裁判程序具體化後的一般性法律問題，表示過法律意見，通常不足以認定其偏頗¹⁸⁰。

除非該陳述具體或是間接涉及現正進行，由其負責的刑事案件，而法官以不客觀或是片面誇張的方式支持特定見解，在例外的情況下才可能產生偏頗性的質

¹⁷⁴ *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.26.

¹⁷⁵ *Rudolphi*, in: SK-StPO, 2009, §24, Rn.16.

¹⁷⁶ BGH NSTZ 1997, 559.

¹⁷⁷ *Krey*, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.307.

¹⁷⁸ AG Bremen BeckRS 2009, 14383.

¹⁷⁹ BGH bei *Dallinger* MDR 1954, 150 zitiert nach *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.27.

¹⁸⁰ BVerfGE 4, 143; *Rudolphi*, in: SK-StPO, 2009, §24, Rn.17.

疑，不過這並非取決於法官是否必須意識到其發表意見的效果，法官是否因為違反（德國法官法第 39 條之獨立性¹⁸¹）法官職務義務而受彈劾也不重要¹⁸²。換言之，假如法官為了已表明的法律意見，無視於法律而概括否定具有程序重要性意義的問題，則可能被評價是爲了駁倒反對的法律意見，而強行作出裁判¹⁸³，或是法官對於該法律問題已有終局定見，後來裁判的案件只不過是法官將自己定見付諸實現的場合，則此時法官先前對外所發表的意見，即該當拒卻事由¹⁸⁴。

又或者，例如在不正當競爭、著作權案件的法律問題上，法官曾向自訴人提供過專家意見，同樣會因爲提供該專業的法律意見，而被認爲不再居於客觀評價程序結果的地位，因此成立偏頗事由¹⁸⁵。

至於法官曾偶然對當前的立法計畫發表專家評論或學術意見，或是以某個社團或利益團體成員的身份聲援表態，又或，法官先前從事國會議員工作並且就此直接參與立法法案，聯邦憲法法院則很早就闡明，以上情形拒卻皆無理由¹⁸⁶。

伍 其他人身狀態

世界觀（Weltanschauungen）、性別（Geschlecht）、種族（Rasse）或是同鄉出身（Landsmannschaftliche Herkunft）通常並非拒卻的理由。但實務也認爲，若是外國籍的被告，以法官具有某程度仇視外國人之嫌疑爲由拒卻¹⁸⁷；或如女性參審法官基於世界觀的理由，拒絕在主審程序中摘下遮臉的頭巾，因爲其認頭巾是身體的一部分，而此舉顯示該名參審法官對世界觀的強烈堅持，高於其對審判中立性、客觀性法院的尊重¹⁸⁸；又或在對於土耳其裔以及阿拉伯裔的被告審判程序中，一名參審法官身穿的黑色運動衫上，以白色的歌德體字印有「德國看門狗」等字眼¹⁸⁹；再如一名參審法官爲議會黨團黨魁，多次以發表仇外言論聞名，在對於被告是外國人的程序中，以上情形實務皆肯認其偏頗性¹⁹⁰。

¹⁸¹ §39 DRiG Wahrung der Unabhängigkeit: „Der Richter hat sich innerhalb und außerhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, daß das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird.“

¹⁸² BVerfG NJW 1996, 3333.

¹⁸³ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.28.

¹⁸⁴ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.17.

¹⁸⁵ Schorn, Die Ablehnung eines Richters im Strafprozess in Rechtsprechung und Schrifttum, GA 1963, 161, 162.

¹⁸⁶ BVerfGE 1, 67.

¹⁸⁷ OLG Karlsruhe NJW 1995, 2503.

¹⁸⁸ LG Dortmund NJW 2007, 3013; a.M. Satzger, Die Schöffen im Strafprozess, Jura 2011, S.525，其認爲單純配戴頭巾，並不會干擾法庭秩序，也不違反法官無偏頗性或客觀性及法庭尊嚴，而且指出此乃宗教自由保障範圍。

¹⁸⁹ LG Berlin StV 2002, 132.

¹⁹⁰ LG Bremen StV 1993, 69.

另外，特定家庭狀況在通常情況下亦非拒卻的理由。¹⁹¹是以，諸如在強制性交案件，以法官已婚作為理由，或是與幼童發生性行為之案件，以法官有小孩作為理由而拒卻，皆不合法。若是拒卻人偏頗聲請不僅是針對該名受拒卻的法官提出，也是針對所有有相同家庭狀況的法官而提出的，並且宣稱該法院因此有違反法院組織法，此類的偏頗聲請原則上都不作考慮。相類似的案例，如裁定子女親權的法院僅有男性成員而無女性，全體成員也並非不合於規定，法定法官原則下並沒有要求特定性別的法官¹⁹²。不過，少年法院法第 37 條¹⁹³則是例外，其要求法官必須是對於青少年教養有經驗的。¹⁹⁴

第三目 先前職務

檢討完外力影響以及法官個人因素後，本文接下來則是討論法官先前曾擔任特定職務的議題。同前文所述，法官先前曾經參與審判程序，在第 22 條、第 23 條以及第 148 條第 2 項第 1 句狹隘的規範之下，僅得排除曾參與下級審的法官進一步參與上級審程序或是再審程序(請參閱第二章第二節第二項第三款第三目)。對於其他相類似的情形，德國實務學說上則曾經出現爭論：如果未列入第 22 條、第 23 條規範的案件，可否動用第 24 條第 2 項中偏頗之虞的規定，來一般性的對先前曾參與同一案件（廣義）的法官聲請拒卻？¹⁹⁵ 以下即是本文整理自學說與實務的爭論。

壹 同一案件之中間裁判

【緊急指定案】

被告 A 因為涉嫌 35 件詐欺而受訴於地方法院，在審判期日第一天，歷經大規模審理後，A 選任的辯護人 V 在審理結束前提出證據聲請，由於聲請妨礙法院預訂的開庭計畫，導致審判長 R 不得不延展審判期日並且另行指定義務辯護人，依據第 142 條第 1 項規定，審判長應賦予被告對指定辯護人選表示意見的機會，但出於時間急迫，R 未聽取被告意見即自行緊急指定辯護人，並訂於 12 天後進行審理，試問，A 以法官違反程序規定拒卻法官是否有理由？

¹⁹¹ Joecks, in: StPO, 2006, §24, Rn.6.

¹⁹² OLG Köln NJW 1972, 911.

¹⁹³ §37 Jugendgerichtsgesetz (JGG) Auswahl der Jugendrichter und Jugendstaatsanwälte: “ Die Richter bei den Jugendgerichten und die Jugendstaatsanwälte sollen erzieherisch befähigt und in der Jugendziehung erfahren sein.“

¹⁹⁴ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.30.

¹⁹⁵ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, § 4, Rn.73.

由於在同一司法程序進行的過程中，法律常數度要求法官作出大大小小的裁判，內容無可避免會預先檢驗到罪責的問題，故法官先前涉及訴訟標的之法官職務，並非立法者預設為排除的理由，通常亦非拒卻的理由，除非有其他特殊情況顯示出法官有偏頗之虞¹⁹⁶。

是以，法官先前參與具有獨立階段性之中間裁判（*Zwischenentscheidung*），並且於該裁判中表明法律見解，依照聯邦最高法院見解，通常並非偏頗足以拒卻法官之理由，即使裁判內之法律見解具有程序上違誤，或是不正確甚至是提不出根據的亦同¹⁹⁷。而據此，可得出一項原則：即事實上或法律上錯誤不適合作為偏頗之虞的理由。否則先前負責審理該案的法官皆會導致實際上被排除，而此並不合於法律構想。原則上，法律預設法官為無偏頗的，並要求法官須從審判程序的整體過程汲取得到被告罪責的確信，而不是受制於自己中間裁判的見解¹⁹⁸。

基於這樣的預想，於此，諸如偵查法官（*Ermittlungsrichter*）職務本身，即使曾經裁定羈押、於判決被上訴法律審撤銷後仍參酌其他卷證羈押被告，或是命令作出其他基本權干預如搜索、扣押命令、暫時吊銷駕照、命令留置被告於公立精神醫院並實施觀察，又或是擔任羈押抗告的陪席法官、受囑託執行訊問，以及依德國刑事訴訟法第 202 條，於開啓審判程序前，得命提取個別證據¹⁹⁹等等，法官曾涉及前述裁判或處分者，雖然先前參與時已對被告持有某程度嫌疑，但因為僅是對於犯罪嫌疑作暫時性的犯罪評價，尚未終局性的對該案件作出一次裁判，不排除可後續修正，法官在此時尚未達到毫無合理懷疑的有罪確信，理性被告得以（正確地）衡量發現，法官會基於自己的地位、教育和職業訓練，注意自身行為免於偏頗，不致於因為業務上的先前裁判而影響未來的審判，故單單根據此事實，被告再次遇見同一法官，皆不足以當然地懷疑法官有偏頗之虞²⁰⁰。

惟仍留有個案判斷的空間，依據多數見解，若再附加其他情況亦可能例外肯定法官有偏頗之虞的結論，但該裁判是否不利於被告則非重點，核心在於法官見解是否為完全荒謬的，甚至是給人恣意的印象，或是法官在審判程序前的言行已經顯示出對被告罪責的預斷，再也無法公正的審理該案件，始須另當別論²⁰¹，例如，法官因為不滿被告的辯護方式，而濫行裁定羈押，此時，即逾越合法界限。

不過，在個案中劃出法官錯誤自由（*Irrtumsfreiheit*）的最大極限的確也很困

¹⁹⁶ *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.38; *Fischer*, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.8.

¹⁹⁷ BGHSt 15, 40, 46f.; *Meyer-Goßner/Cierniak*, in: StPO, 2010, §24, Rn.14.

¹⁹⁸ *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.39.

¹⁹⁹ 關於法官提取證據命令之補充調查，詳請參閱林鈺雄，〈論中間程序—德國起訴審查制的目的、運作及立法論〉，《月旦法學雜誌》，第 88 期，2002 年 9 月，頁 75 以下。

²⁰⁰ *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, §4, Rn.74; *Volk*, Strafprozessrecht: Studium Jura, 1999, §19, Rn.16; *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.40.

²⁰¹ *Joecks*, in: StPO, 2006, §24, Rn.10; *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, §4, Rn.74.

難，如【緊急指定案】所示，儘管依據德國刑事訴訟法第 142 條²⁰²，若法官無重大理由，應賦予被告對指定辯護人表示意見的機會，然而，一旦法官違反本條規定，對於此程序瑕疵，實務向來認為，尚非屬恣意裁量，且於法律結果無影響，故僅以違反第 142 條第 1 項上訴法律審並無理由，而雖然裁量有瑕疵，但理性判斷後也推導不出審判長有偏頗之虞，因此依第 338 條第 3 項法官偏頗之虞上訴法律審亦無理由²⁰³。

有學者指出，違反第 142 條應屬於法律違誤得上訴法律審之問題，但並非偏頗事由：因為依據第 265 條第 4 項，法院應依職權（照料義務）賦予新指定辯護人足夠之準備時間，若是準備時間明顯不充足的情況，即使辯護人同意程序繼續進行，實務也認為不應容許繼續審判，而若再加上被告無法對指定辯護人選表示意見的情形，辯護人與被告之間更須具備特別信賴關係，因此雖然審判法院新指定辯護人後，曾合乎義務地判斷程序中斷的問題，亦留意中斷審判的時間是否足夠，該案仍以未合於實質有效辯護之法律違誤而得上訴法律審，不過，於此則與偏頗拒卻的問題脫鉤審查。而由此可推知，若是被告與新的指定辯護人間欠缺必要的信賴，或是有客觀理由不適當，例如有利益衝突，則未聽取被告意見，按照第 142 條第 1 項規定，該指定裁定屬於違反實質有效辯護之裁量瑕疵（*ermessensfehlerhaft*），得獨立為上訴法律審理由，但並非偏頗的問題²⁰⁴。

惟有裁判評釋對【緊急指定案】提出完全不同意見，不僅反對違反第 142 條第 1 項於法律結果無影響之實務見解，甚至進一步指出，既然無法單獨以此違反上訴法律審，於此更加顯示出法官是在恣意濫用之程序瑕疵，而應得利用第 338 條第 3 項，以違反無偏頗性而上訴法律審。其認為：雖然第 142 條第 1 項第 1 句僅是應然規範，但除非是欠缺必要性之例外情形，原則上仍應遵循被告建議，此乃被告聽審權中請求表達權之展現，根據立法理由，被告對辯護人的提名權僅在例外情形才無須遵守，例如指定特定辯護人後始表達意願，或是基於其他理由，像是被告自始未表示建議者。立法者企圖將第 142 條第 1 項第 1 句提升至應然規範而不單純只是訓示規定，因為保障被告與辯護人間的信賴關係，是公平審判權利下實質有效辯護的重要前提，而第 142 條第 1 項正是擔此重責大任，若是未使法院擔負督促被告提名信賴辯護人的義務，指派信賴辯護人為指定辯護的實質權利就不可能落實。是以，若法官完全未給予被告表示意見的機會即自行指定辯護人，又未給予充分的辯護期間直接進行審判程序、或若在欠缺必要性之情況下強

²⁰² §142 StPO: „Vor der Bestellung eines Verteidigers soll **dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden**, innerhalb einer zu bestimmenden Frist einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen. Der Vorsitzende bestellt diesen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht.“

²⁰³ BGH StV 1998, 416f.

²⁰⁴ Meyer-Goßner, Die Verteidigung vor dem Bundesgerichtshof und dem Instanzgericht, in: Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährig Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof (50 Jahre BGH-Prax-FS), hrsg. von Geiß, 2000, S.636f.

使被告接受其指定的辯護人、或是法官未盡照料義務而對被告指定辯護人之合理的請求作出不適當回應，顯現出法官意圖以自認為恰當的方式迅速結束程序，無論如何，指定義務辯護人的急迫性無從徹底免去不適用法律之瑕疵，因此該當重大程序瑕疵之恣意違反，不僅從被告個人觀點會認定法官偏頗，亦屬理性、客觀評價的合理依據，得質疑審判長有偏頗之虞²⁰⁵。

另外一則實務案例則是涉及職業禁止的問題：法官未經檢察機關聲請，亦未事先聽取被告意見，即在中間程序中對被告宣告暫時的職業禁止。在本案中，究竟屬於尚可容忍或者是重大程序瑕疵同樣難以明確區分，前者是指得藉由指摘或法律救濟彌補，而後者則屬於無論裁判主體如何努力都不能接受之瑕疵，惟至少在未注意程序權保護規範之重大基本權干預，或是顯然是恣意的干預時，應肯認裁判主的偏頗性，而本案不僅是顯然恣意，並且屬於被告聽審權之重大基本權干預，故於此，實務也認為以偏頗之虞拒卻法官有理由²⁰⁶。

貳 裁定開啓審判程序

法官裁定開啓本案審判程序（第 207 條第 1 項），是在審判程序中最重要之預先裁判與預先評價，對於應否開啓審判程序下一個正式裁定。經由裁定開啓，法官確信被告有足夠的犯罪嫌疑，但其實這個犯罪嫌疑之評價僅是表面的，並沒有再作進一步表示。雖然曾有學者見解表示，由於「足認有犯罪嫌疑」的確信仍是開啓審判程序的門檻（第 203 條），所以應考慮得直接依法排除法官參與審理程序²⁰⁷。也有學者進一步指出，應將開啓審判程序以及主要審判程序分由不同合議庭處理，如成立起訴審查專庭，或是獨任的開啓審判之法官，類似於美國刑事程序中之大陪審團的制度，以避免被告認為法院已預定其罪責，自己須主動除去犯罪嫌疑之錯誤印象，進而造成無罪推定之制度性危害²⁰⁸。

然而，因為法律規範對審判程序的開啓並未直接導出偏頗之推定，再加上開啓審判程序的門檻與有罪門檻實有差異，是否達到毫無合理懷疑之有罪確信，仍尚待澄清，所以原則上通說也不認為拒卻會有理由。另外，負責主要審判程序的準備，也不列入拒卻事由²⁰⁹。

與此相類似的是邦高等法院法官參與強制提起公訴裁定之情形，通常聲請強制起訴的案件是由邦高等法院管轄，若邦高等法院准予強制起訴，則交由下級法

²⁰⁵ Park, StV 1998, 417ff.

²⁰⁶ OLG Frankfurt StV 2001, 496.

²⁰⁷ Wendisch, in: L/R StPO, 2006, 24. Aufl., Vor §22, Rn.20 zitiert nach Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.46.

²⁰⁸ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §42, Rn.3.

²⁰⁹ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.46.

中立法院與刑事法官之迴避事由

院進行審判程序，管轄法院原則並不相同，但若是案件又由曾參與強制起訴裁定的法官審理，原則也不因此而得拒卻，尤其，若是法院與檢察機關間僅是法律問題見解不一致，或者是因為在邦高等法院中的程序找到新證據資料始裁定提起公訴者，無論如何都不該當拒卻的理由²¹⁰。

不過，學者指出，假如是邦高等法院法官在犯罪事實之結論上對被告有不利評價，而與檢察機關見解不一致者，此時則另當別論，通常該當偏頗之虞。對此，例如邦高等法院法官依照第 175 條第 1 句參與提起公訴之裁定，後續又回來擔任下級事實審的審判長，並且負責該事實審裁判；或是如法官命令提起公訴，後來又參與由原告對判決提起之法律審上訴裁判等等情形，皆有其特殊意義。若是拒卻失敗，法官有義務依照第 30 條為之²¹¹。

參 中間評論

【法官很忙案】

A 因為涉嫌偽造特種文書而受訴於區法院，後來區法院判決 A 有罪，並處以罰金。A 不服遂提起上訴，負責之上訴事實審法官 R 認為上訴可能並無理由，於是勸諭被告 A 撤回上訴，試問 A 聲請拒卻法官是否有理由？若是 R 表示：「我們法官案件量很多、很忙，不要拿這種沒有希望的上訴來無理取鬧，浪費我們寶貴的時間。」結論是否不同？

【訂購聲請案】

檢察總長 S 對系爭裁判提出撤銷原判決之上訴請求，但經過中間評議後，合議庭認為上訴顯無理由，因此受命法官 R 透過合議庭附記一份暫時性評價於卷宗之內，並將此附記的文件以任意、不具拘束效果之形式，提供給檢察總長 S 作參考，附記內容表示由於合議庭認為上訴請求顯無理由，故建議檢察總長 S 依據第 349 條第 2 項提出駁回上訴之聲請，並應將該駁回之聲請依據第 349 條第 3 項，連同合議庭之附記一併送達辯護人。試問，若後來聯邦憲法法院撤銷該駁回之裁定，在新的上訴法律審裁判中，被告得否拒卻受命法官 R？

所謂中間評論 (Zwischenbeurteilungen) 是指法官依據當時程序階段，偶然、附帶地對訴訟見解表達暫時性的評論，與中間裁判不同的是，法官僅是對某些議題表達評論，但並未作出正式的裁判。例如，在許多上訴事實審審理程序中，抑或是對處刑命令或罰金提出異議之審理程序中，法官對法律救濟成功之機會闡明

²¹⁰ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.47.

²¹¹ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.48.

暫時性評論，像是因救濟可能無理由，故如前段【法官很忙案】所示，法官以合理方式勸諭被告撤回救濟，或是不同意依照第 153 條、第 153a 條停止審判程序²¹²；法官聽取辯方證人證詞後，表示不會改變其至目前為止的法律見解²¹³；或對用以指責被告有罪的證據表示重要性²¹⁴等等，對此，實務皆認為，由於法官尚未得出終局的確定見解，也尚未關上被告提出上訴反對之可能性的大門，故通常皆不該當偏頗之虞²¹⁵。

而上訴法律審之受命法官，依照第 351 條第 1 項，於法律審開庭審判時，向訴訟關係人闡明系爭裁判所須討論的爭點，並且暫時性的作出評價，此乃上訴法律審審判程序之特殊結構，故也不因此導出偏頗之虞。即使被告認為從證據評價重要性的角度看來，受命法官闡明之內容是具有選擇性的、得作為被告罪證的，亦然，因為辯護人後續仍得個別對法院詳細解釋該證據及其請求²¹⁶。

不過，同樣須個案判斷，實務曾經承認一則案例有偏頗之虞：即若是被告上訴後，上訴事實審法官對其表示：「經過閱覽卷宗和附加的證據後，我認為此不具希望的事實審上訴之提出，幾乎可以說是對非常忙碌之法院的無理取鬧。」如【法官很忙案】後段所示，於此，實務即認為，由審判長 R 的表達可見，其不只是認為被告上訴沒有希望，而且還認定被告上訴徹底是個騷擾，法官以被告是在「無理取鬧」的字眼表達，或多或少將被告的請求詮釋成不要臉、厚臉皮的作為，因此理性的被告也會懷疑法官並不是無偏頗的審理上訴救濟案件²¹⁷。又如審判長為了達成諭知被告撤回上訴法律審上訴之目的，向被告闡明：「法院已經一致的確信被告有罪了²¹⁸；或是向被告表示：「與其上訴尋求法律救濟，還不如先向被害人道歉」²¹⁹，於此，實務皆肯定法官有偏頗之虞。

此外，相類似的情形於上訴法律審程序還會碰到另一特殊問題。由於第 349 條第 2 項²²⁰規定，若上訴法律審法院一致認為法律上訴顯無理由之時，經檢察機

²¹² 德國刑事訴訟法中第 153 條屬微罪不起訴，而第 153a 條則是附條件不起訴之類型。與我國法略為不同的是，德國法在檢察官起訴之後仍得為之，只不過發動主體不同：未提起公訴前，檢察官欲以微罪不起訴時，須經法院同意，如屬附條件不起訴，除須法院同意外，尚須經被告同意；若是起訴之後，甚至是進入主要審判程序後，仍得由法院經檢察官與被告同意，在不違反公共利益的情形下，對輕罪宣告停止程序，並且依具體情形決定是否對被告施加負擔。請參閱 Weigend 著/蔡秋明譯校，〈德國刑事案件快速處理程序〉，《法學叢刊》，第 178 期，2000 年 4 月，頁 38；林鈺雄，〈論中間程序—德國起訴審查制的目的、運作及立法論〉，《月旦法學雜誌》，第 88 期，2002 年 9 月，頁 79。

²¹³ BGH NJW 1962, 749.

²¹⁴ BGH MDR 1984, 797.

²¹⁵ OLG Düsseldorf NZV 2000, 177.

²¹⁶ Cirener, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.14a.

²¹⁷ OLG Hamm StV 1998, 64.

²¹⁸ OLG Hamm NJW 1973, 185.

²¹⁹ OLG Köln, StV 1988, 287.

²²⁰ §349 II StPO: „Das Revisionsgericht kann auf einen Antrag der Staatsanwaltschaft, der zu

關附理由之聲請，法院得以裁定之形式不經審判而駁回上訴²²¹。是以，若是上訴法律審法院認為檢察機關或是被告上訴顯無理由時，法院是否得以暫時性的評議結果，指示檢察機關依據第 349 條第 2 項附理由聲請上訴法院駁回原先之上訴請求，並據此不經審判即裁定駁回上訴，但卻不受偏頗之虞的質疑？而對此，實務與學說容有爭議：

實務認為此種情形合法，其指出，由於法院僅是提供建議，並未有拘束檢察總長之情形，檢察總長新提出駁回上訴之聲請，係經過自己獨立自主地再次判斷後所為，故合於第 349 條第 2 項裁定駁回之要件。再加上，所有過程皆以卷宗為證，因此程序是透明而非秘密進行的，且合議庭也已提醒檢察機關，若可能新提出駁回上訴之聲請時，須依據第 349 條第 3 項²²²將合議庭的暫時評議內容告知辯護人，並且上訴人有二周的時間得向上訴法院提出書面答辯，故被告之法律聽審權並未受到危害²²³，而既然已保障被告補充其上訴指摘之可能性以及權利，亦無危及院檢辯三方對談之訴訟結構，故如【**訂購聲請案**】法院採取的措施合於公平審判權利之要求，因此拒卻聲請無理由²²⁴。

至於聯邦憲法法院針對此種司法實務所提出的憲法訴願，則認為若是不違反恣意禁止（Willkürverbot）即合憲。換言之，除非是上訴法律審法院在無檢察機關相應之聲請的情況下，遽依第 349 條第 2 項顯無理由裁定駁回上訴聲請，或是檢察機關完全依照法院的指示，未經自己判斷即一字不漏、全文照抄式地提出裁定駁回之聲請，在這一類型的案件，事實上檢察官並未自主性的形成法律見解，規避原本第 349 條第 2 項賦予之責任，此時即因違反濫用禁止而違憲²²⁵。

反之，學說文獻上則多半認為此種所謂「被訂購之駁回聲請」（bestellte Verwerfungsantrag）並不合法，因為法官指示檢察機關提出上訴駁回的請求，此舉與第 349 條第 2 項、第 3 項之規範構想過於不一致，嚴重違反上訴法律審程序的基本架構，檢察機關之所以會上訴法律審，正是因為其對於是否上訴顯無理由與上訴法院見解並不一致，立法意旨是預設交由檢察機關獨立判斷而不是受限於法院的評價，因此設計成檢察機關附理由聲請，而法院又一致認為上訴顯無理由

begründen ist, auch dann durch Beschluß entscheiden, wenn es die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erachtet.“

²²¹ 關於法律審法院依照第 349 條第 2 項，以「顯無理由」裁定駁回上訴之前置審查程序，請參閱林鈺雄，〈法律審如何開庭審理——以德國聯邦最高法院刑事案件之審理流程為例〉，《月旦法學雜誌》，第 208 期，2012 年 9 月，頁 10-14。

²²² §349 III StPO: „Die Staatsanwaltschaft teilt den Antrag nach Absatz mit den Gründen dem Beschwerdeführer mit. Der Beschwerdeführer kann binnen zwei Wochen eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen.“

²²³ OLG Celle Beschluss vom 22.9.04- 21Ss 65/04 zitiert nach *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.43.

²²⁴ OLG Düsseldorf NStZ 2012, 470, 471.

²²⁵ BVerfG Beschluss vom 26.10.2006 - 2 BvR 1656/06, BeckRS 2006, 27491.

之時，始得不經審判裁定駁回上訴。然而於此，法官卻指示檢察機關聲請駁回上訴，等於是向檢察機關訂購一個為上訴法院自己量身打造的駁回聲請，故法院據此聲請而駁回上訴顯然違反恣意禁止²²⁶。因此即便如【訂購聲請案】之情形，亦應得拒卻原先之受命法官 R。

此外，偵查終結以後，原則上審判都必須公開進行，若是法官指示檢察機關提出聲請，卻未讓上訴人（辯方）參與，被告無從知悉法院法律見解，不僅破壞其聽審權，也損及被告原本應公開受審之程序地位。此外，法院於檢察機關尚未提出駁回聲請時，就預先確定上訴顯無理由，而促發檢察官提起聲請，顯然法官是偏頗的，再加上該指示通常都是秘密進行，辯方來不及提出偏頗拒卻，縱使事後知悉，被告多半也已經因為駁回上訴而有罪判決確定，無法再行拒卻法官，此時，應得主張上訴法院法官採取積極措施規避原先自己應當面對的拒卻事由以及拒卻程序，違反法定法官原則。最後，從審檢分立的角度來看，法院此舉顯然也破壞訴訟構造，以及原本欲藉由權利分立保護之被告公平審判權利²²⁷。

其他的中間評論，像是在審理程序中，辯護人堅持先前對被告的訊問違反第 136a 條不正訊問禁止，故應禁止使用該證據，而法院以自由證明方式澄清是否有不正訊問的問題後，表達其暫時性結論，即不禁止使用被告先前受訊問之陳述，於此，拒卻聲請亦無理由²²⁸。

肆 同一案件發回更審

【撤銷發回案 a】

A 涉嫌殺死妻子，X 地方法院大刑事庭第 1 庭判決而有罪，當時 R 法官為受命法官，負責參與該案審理，後來 A 向聯邦最高法院提起法律審上訴，聯邦最高法院以程序違誤而將案件撤銷發回 X 地方法院另一大刑事庭，依據 X 法院的事務分配規則，案件被分配至第 3 刑事庭。豈料，正所謂不是冤家不聚首，因為事務分配的更動，又偶然的由 R 法官負責審理，A 大感困惑，試問，應否排除或得拒卻 R 法官？

若是先前的裁判理由中表明：「A 是因為婚外情而殺死妻子，並在森林裡毀損屍體，然後裝作一切若無其事，沒顧慮到屍體想要好好下葬，故應判處重刑。」因而上級審指摘：於此顯現出下級法院因為婚外情而對被告存有敵意，此外，無法確認被告是惡意毀棄屍體，被告極可能只是因為想隱瞞犯罪，而將屍體掩埋於

²²⁶ Gieg/Widmaier, Der bestellte Verwerfungsantrag- Aspekte einer Subkultur des oberlandesgerichtlichen Revisionsverfahrens, NStZ 2001, 57, 60f.

²²⁷ Gieg/Widmaier, NStZ 2001, 57, 61f.

²²⁸ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.44.

森林，並假裝看起來人是死在被告的家鄉，是以撤銷發回下級審法院判決，結論是否不同？

對於案件被上訴法律審發回更審之情形，實務同樣否定藉由第 24 條第 2 項聲請拒卻的見解，實務認為，理性斟酌的被告是不會有理由產生擔憂的，況且，曾參加審判的法官，不僅負有不受先前判決影響的義務，並且在新的程序中亦有義務僅依現存的證據資料做出裁判，故參與人可期待法官會謹慎的履行義務²²⁹。因此，如【撤銷發回案 a】，若是上訴法律審撤銷發回更審的理由，屬於程序違誤而與法官個人立場無涉，或是因為法官認定事實有不適用法律之情形，甚至是因為法官違反不利變更禁止，故法律審依第 354 條第 2 項²³⁰撤銷發回不同庭，卻又偶然因為分案而由同一位法官於同一審級更審，於法並無違誤，不須依第 23 條排除，理性的被告也應可相信其指摘的程序違誤不會再次發生，而即便法官個人有不同法律見解，但法官仍會留意上級法院法律見解之拘束，因此，原則上拒卻亦無理由²³¹。

相對於實務限縮的見解，學界則有不同看法，學者多數說指出，實務忽略第 22 條、第 23 條規定的排除理由，不過只是拒卻理由的加強版，因此未明白列舉排除者，不必然立即得出無偏頗之虞的結論，而且，即便理性或理智的被告，當其於同一案件中再次面對曾經判決的法官，多半也會持有偏頗的懷疑，何況從心理學角度而言，法官先前對該案件已經作出一次判決，幾乎不可能嚴格地完全從先前審判程序的印象中抽離，而僅以新的審理為基礎進行裁判²³²，因為法官在心理上容易形成判決固著效應（Urteilspersistenz），原先的印象會在潛意識下影響後續對資訊的接收，即使知悉原始的證據有誤，但已鑄成的信念仍會繼續堅持尋找依據、解釋問題，故從一般理性觀察者為被告著想的角度出發，先前曾判決會造成法官不再能無偏頗地審理案件之質疑，而雖然第 354 條第 2 項已規定應發回不同庭，並且加上有第 23 條的規定在，但兩者對偏頗的推測顯然考慮不周，如【撤銷發回案 a】的情形即是法律漏洞，應該藉由第 24 條第 2 項偏頗之虞加以填補²³³，否則，第 354 條第 2 項發回由不同庭更審之立法目的將會空轉²³⁴。

不過，現實運作上，實務判例幾乎完全否定學說見解，認為第 354 條第 2 項以及第 23 條已明文擬定在此類案件不須排除，並批評學說上作出原則該當偏

²²⁹ *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, § 4, Rn.73.

²³⁰ §354 II StPO: „In anderen Fällen ist die Sache an eine andere Abteilung oder Kammer des Gerichtes, dessen Urteil aufgehoben wird, oder an ein zu demselben Land gehörendes anderes Gericht gleicher Ordnung zurückzuverweisen. In Verfahren, in denen ein Oberlandesgericht im ersten Rechtszug entschieden hat, ist die Sache **an einen anderen Senat** dieses Gerichts zurückzuverweisen.

²³¹ BGHSt 24, 336, 337f.

²³² *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, § 4, Rn.74.

²³³ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §8, Rn.10.

²³⁴ *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2010, §46, Rn.734.

頗的假設，是無視於法律明示其一排除其他的法定評價，故如【撤銷發回案 a】基本上仍不會隨即自動藉由第 24 條拒卻。惟在一些極端特殊例外的情形，則仍會肯認得以拒卻的案例，像是法官先前參與系爭裁判，若先前參與的法官對罪責或刑罰有特別深刻、固執的定見，再加上是對恐怖主義份子的冗長訴訟程序，以及在審判程序中通常是令人不快的緊張局面，而有偏頗之虞的可能²³⁵。

又或者，有特別的觀點明顯表現出法官偏頗性的疑慮，例如法官於被撤銷的判決理由中，對於被告犯罪行為前或行為後，有特別不利的評價而以不合法的方式影響量刑，或是著重強調被告人格缺陷等，如【撤銷發回案 a】後段所示，後來又偶然由 R 更審，雖不合於第 23 條的列舉要件而無須排除，但實務自己也無法否認，在這種情形下，可能會招致被告的質疑：因為判決的量刑理由顯然跟法官當時的見解脫不了關係，而上級法院又以先前裁判對被告之特別不利評價、不合法量刑，而撤銷第 1 庭裁判，當被告於第 3 庭再度面臨同一位法官審理時，尤其是不具專業知識，不熟悉德國司法實務的被告很可能會擔心，法官或多或少會下意識堅守先前裁判之見解，因此理性評價後無法信任法官是無偏頗的，故應肯定其拒卻聲請為有理由²³⁶。

除此之外，若是法官是將案件發回事實審法院的上級審法院法官，後來調任下級法院碰巧審理該案，由於第 23 條第 1 項僅限縮在法官不得參與上級審的範疇，以上情形同樣屬明示其一排除其他中之「其他」，故依照實務見解皆無須排除，也無從依第 24 條第 2 項偏頗之虞而拒卻²³⁷。法律上訴審法官以上訴有理由撤銷發回原判決，後續提起新的法律上訴審又遇到同一名法官，實務也認為，單此，不該當偏頗事由²³⁸。

而對於同一位上級審法官發回案件後，又擔任同一案件下級事實審法官之情形，同樣有學者表示反對，其認為亦該當偏頗之虞而得拒卻，否則就喪失更審之法律救濟目的。法律救濟制度的目的即在於將案件交由不同法院審理，通常也是由不同法官負責，而這類非典型案例雖然不在第 23 條之列，但負責審理的法官往往不會僅基於在更審審判程序得到之結論，通常也會伴隨著先前在法律審程序中的印象來作出裁判，是以，應成立偏頗事由。至於一再擔任上訴法律審法官的狀況，該學者則認為，固然先前的職務可能會使法官不再是無偏頗的，不過，這部份在某程度上是屬於刑事訴訟法已考量過的偏頗，尚非屬偏頗事由²³⁹。

²³⁵ OLG Stuttgart StV 1985, 493 zitiert nach Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.297 mit Fn.55.

²³⁶ BGHSt 24, 336, 338f.

²³⁷ Meyer-Goßner/Cierniak, in: StPO, 2010, §24, Rn.13.

²³⁸ Cirener, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.14a.

²³⁹ Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S.78f.

伍 同一或相關案情之不同程序

【誰是共犯案 a】

法官 R 負責被告 A 的審理程序，在對 A 的有罪判決中，法官基於 A 的自白，而於判決理由中認定有另一名共犯 B，用語看起來幾乎是毫無合理懷疑的確信 B 也有參與犯罪。後來法官 R 又負責審理 B 的案件，又即以 A 的自白為基礎，未審酌提出的證據直接判決 B 有罪，試問，R 是否該當偏頗之虞？若是審判程序期間，R 仍進行大量的證據調查始作出裁判，結論是否不同？

【情義相挺案】

被告 A 於區法院受刑事審理，A 的友人 Z 情義相挺，出庭為有利於 A 的證言，但法官 R 仍判決 A 有罪。於判決理由中 R 客觀地、婉轉地表示，為何其認定 Z 的陳述不可採。其後，Z 因為涉嫌觸犯未經宣誓虛偽陳述罪而受訴於同一區法院，根據區法院的事務分配規則，R 為有權審理的法官，Z 感到相當不解。試問，Z 聲請拒卻 R 有無理由？

同一案情但不同程序的情形，尤其是法官先前參與民事或刑事程序，而該前程序涉及與後來的刑事程序相關連或甚至是相同之事件，通常亦不因曾參與先前的民事或刑事程序，而隨即認定法官該當拒卻事由²⁴⁰，即便在前程序中有發生程序違誤，例如誤讓候補法官參與中間評議、以不合法律之程式作成裁判等，皆然，否則先前執行職務就等同於排除參與後程序之理由，實務認為此非立法者所願，立法意旨已經具體化在第 23 條的規範之中²⁴¹，既然非列舉的排除事由，通常也不該當拒卻事由²⁴²。

然而無可否認的是，這一類案件偏頗可能性的確比其他案件來得高，因此，若法官先前曾參與對被告不利的民事裁判，而在該民事裁判中涉及與現在被告刑事程序相同的問題，雖然原則上於刑事程序中，並不因此立即認定法官具偏頗，但是若法官不特別謹慎的處理，並且維持審慎保留的態度，在先前民事程序中早已形成有罪的確信²⁴³，或是法官特別擁護先前民事程序中的對造，則顯示法官尚未擺脫自己在前一裁判所作出的見解，縱然本案僅有一部分與前案相關，仍不排除可能該當偏頗之虞²⁴⁴。

²⁴⁰ Meyer-Gofßne, in: StPO, 2010, §24, Rn.13.

²⁴¹ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.49.

²⁴² Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.8.

²⁴³ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.305.

²⁴⁴ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.11.

此外，法官於先前曾參與之刑事程序中，判決同一案情之共犯有罪，後又負責審理同一犯罪之其他共同被告的刑事程序，適用相同的判斷方式²⁴⁵，即便是法官於前一程序之判決理由中，描述整個犯罪事實時已涵蓋到後程序被告之犯罪行為，多數意見皆認為，刑事程序並沒有分離案件審判的義務，同一位法官既然可以合併審理數名被告，分成前後兩案審理亦無不可，理性的被告應可相信法官對未來的裁判尚無終局定見，因此後程序的被告仍無從據以為偏頗事由。法官判決前程序之被告無罪，並且在理由中說明犯罪人不是前程序的被告，而「可能」是後程序的被告，亦同²⁴⁶。

但依然保有個案判斷之空間，若是情形特別嚴重，例如在上一判決中認定先前的共同被告可信，而因此標記本案被告為不可信，並進而在未參酌提出的證據下，直接判決被告有罪，即例外該當偏頗的事由，如同【誰是共犯案 a】所示²⁴⁷，但若是考慮到法官仍進行大量證據調查，此時回歸原則，應可信任法官在先前尚未形成終局的確信，因此綜合判斷後並不得出偏頗的結論²⁴⁸。

不過，也有學者明白反對實務限縮的見解，其認為，若是一開始就是以共同被告名義受訴，無論是分離審判程序或是以後程序的方式審理，尚可認未該當偏頗，但若是在起訴時並未提到另名被告犯罪的可能性，而法院審理的結果認為本案屬於共犯，或是另一名犯罪嫌疑人才是犯罪人，此時已經形成一次終局的確信，因而對該另名被告的審判程序中，同一法官從一開始的心證就先受到影響，應當得拒卻之，何況，關於刑事程序分離與否，僅是出於訴訟經濟的考量，以此為論點犧牲的卻將是人民對無偏頗法院的信賴²⁴⁹！更有學者進一步指出，從心理學的角度來看，實務的說法極可能是悖離現實，因為類似於第 354 條第 2 項發回更審的問題，不管涉案的法官是曾參與同一案情先前的民事或刑事程序，或者是曾參與同一犯罪事實之共同被告的有罪判決，法官既已對同一案情作出終局性的裁判，就不可能徹底超脫不受影響，是故應該一般性肯認偏頗事由的存在²⁵⁰。

再者，法官先前審理的案件中有涉及證人偽證的問題，後續可否接著審理該名證人，容有爭議。雖有個別學者指出²⁵¹，如【情義相挺案】雖然法官 R 在對 A 的程序中已經觸及 Z 的陳述是否為真的問題，但僅是在對 A 之刑事程序中為證據評價時，判斷 Z 的證詞是否可採信，並未對於 Z 是否故意虛偽陳述而應受懲罰作出判斷，故 R 審理 Z 並不存有偏頗之虞。然而，該學者自己也同意，若是

²⁴⁵ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.38.

²⁴⁶ BGH 1 StR 553/62 zitiert nach Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S.84.

²⁴⁷ BGH NSTZ 2011, 44 zitiert nach Cirener, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.14.

²⁴⁸ BGH NSTZ 2000, 419 zitiert nach Cirener, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.14.1.

²⁴⁹ Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S.84ff.

²⁵⁰ Bockemühl, in: KMR-StPO, 2001, §24, Rn.23; Rudolphi, in: SK-StPO, 2009, §24, Rn.20.

²⁵¹ Krey, Deutsches Strafverfahrensrecht Bd.1, 2006, §3, Rn.111f

有特殊情形產生偏頗的疑慮，例如法官因為虛偽陳述，而自行依職權向檢察機關告發證人，或是法官在對證人陳述作證據評價時，雖然未明確涵攝虛偽陳述罪的要件，但不適當地先確定證人陳述的可刑罰性，亦即，諸如法官言論中提到證人是「無恥的說謊」、「蓄意虛偽陳述」、「顯然是試圖替被告漂白」等等，以上特殊情況，法官已非以客觀、應有之慎重態度評價證人為不可信，是以，例外肯認法官具偏頗性。

惟多數見解均認為，評價證詞陳述為不可信與判斷證人的可信性之間，事實上幾乎難以區別，因此在如【情義相挺案】的情況下，法官已在先前判決認定 Z 的證詞不可信，於對 Z 的虛偽陳述罪之刑事程序中，應當直接肯定法官的偏頗，而得拒卻法官，特別在後案是因為該名法官告發所致的情形²⁵²。

第四目 法官審判程序前或程序中之言行

除了前揭所列之偏頗事由，在實務現實運作上，依照第 24 條第 2 項所提出拒卻聲請之案件，其實係以法官在審判程序中或是準備審判程序時所發表的意見、態度或實行的措施為最大宗。法官須意識到，審判程序並不是法官自我展現的舞台，其他訴訟關係人可以作出具有個人色彩的攻擊或甚至是具針對性的挑釁，但法官並不適合用相類似的方式反擊回去，應盡量避免作出有偏見的言論。此外法官還被期待應該有能力，並且也準備好對自己所為之有罪判決、觀點以及行為動機，保持評論性的距離²⁵³。

而如上文所述，關於法官行為是否具偏頗之虞，須進行個案判斷，而且法官於審判前或審判中的言論還必須進行整體觀察（Gesamtzusammenhang），不得隔離觀察、斷章取義。於此，實務發展出內容極為豐富的判例法，以下探討為數眾多的例外，可以發現德國實務在處理法官言行舉止的評價上，也絕非寬宏大量²⁵⁴。本文以下粗略分為四種類型，分別是預斷型（壹）、恣意型（貳）、逼迫型（參）以及其他各式各樣不客觀行為態度（肆）之法官，討論成立偏頗之虞與否，並輔以案例的形式呈現。

²⁵² OLG Celle NJW 1990, 1308; Joecks, in: StPO, 2006, §24, Rn.9; Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.50; Meyer-Göbner/Cierniak, in: StPO, 2010, §24, Rn.13; Geiter, Richterablehnung wegen Vorbefassung, Recht und Psychiatrie 1991, 14, 17.

²⁵³ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.12.

²⁵⁴ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.51.

壹 預斷型

【邪惡政客案】

法官 R 在審判程序前對媒體發布一則訊息，內容與起訴書極為相似，提到「被告 A 是名邪惡的政客」、「很懂得利用虛假的政治口號來欺騙社會大眾，以成為政府機關之負責人」。試問，A 得否聲請拒卻法官？

【法官半仙案】

被告 A 涉嫌組織犯罪而受法院審理中，負責審理的審判長 R 致電給 A 的辯護人 V，表明：「我什麼都知道，如果 A 和他的友人們計畫要槍殺我，我都可以先預見。」、「雖然我還想多坐在陽台幾年，但是我無法了。」當 A 的辯護人向 R 表示其委託人並無殺人意圖時，R 又說：「啊呀！你知道嗎？我的姊夫是名反納粹份子，他常說：『買來福槍的人都會想要開火。』」試問，A 聲請拒卻法官有無理由？

【對錯之路案】

被告 A 因涉嫌觸犯與未成年血親性交罪而開啟審判程序中，被告 A 的妻子 E 先前曾經供述 A 的罪證，但後來雙方和解，於是 E 決定在審判程序依法行使拒絕證言權，在審判程序前的商談時，E 告知審判長 R 其拒絕證言，R 表示：「您現在走了一條錯誤的道路。」E 告訴 A 上情，其認為 R 對於 A 已經存有偏見，試問，A 得否聲請拒卻 R 的參與？

法官個人於審判程序前或審判程序中的行為舉止，往往是當事人拒卻聲請的理由，但原則上，法官在本案程序中表明意見或法律見解時，其中內容因為程序進行得來之基礎而表現出對被告罪責的確信，此種每位法官都會發生的合理之事實上錯誤，尚不該當法官的拒卻事由²⁵⁵。

然而，如果在審判前或審判中法官對被告、辯護人甚至是第三人或媒體所為的宣告，顯現出法官對於被告罪責早已有終局的確信，其已並非客觀審理該案，而是草率或是違反無罪推定時，則例外肯認該當偏頗之慮。因此，【邪惡政客案】所示，法官在審判程序之前，將尚須經證明之犯罪事實當成已終局確定的犯罪事實，而對外向媒體表述可歸責於被告，即引發偏頗的外觀²⁵⁶。又如【法官半仙案】在審判程序中法官打電話給辯護人，對被告表示出侵略性的言行，並且在證據調

²⁵⁵ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.51.

²⁵⁶ BGHSt 4, 264; Roxin/Achenbach, Prüfe dein Wissen: Strafprozessrecht, 16 Aufl., 2006, Rn.233, b).

查程序結束之前，尙未進行言詞辯論即已經抱持被告有罪的確信，同樣也因預斷而該當偏頗之虞²⁵⁷。

至於【對錯之路案】也是類似的情況，因為個人是否行使拒絕證言權，取決於其個人裁量，法官無權干預此決定自由，【對錯之路案】中法官給人一種印象，法官認定證人的某特定決斷為錯誤的，因此使人懷疑法官基於非客觀的理由而未將自己限制在應有之使命上，即僅使用合法之法定證據方法去探究真相，相反地，是出於先前對被告罪責的預斷，視自己的任務為盡可能蒐集對於被告的罪證資料，因而對此拒卻聲請有理由。依照實務向來的見解，並不取決於法官 R 是否真的對 A 存有偏見，毋寧是以 A 的觀點出發，就其已知的情況作理性評價，可以得到法官很可能已經對自己具有特定立場，會影響其無偏頗性的立場，就已經足夠了，本案應當肯認 A 聲請有理由²⁵⁸。

然而，若是法官目的不在於取得不利於被告之陳述，而僅是不合法地暗示證人：由於在其他共同被告程序中，共犯證人仍負有真實陳述義務，而該名共犯證人若事先行使第 55 條之不自證己罪拒絕證言權，將來其於自己受訴案件中，若預計對案件作出被告陳述，則該陳述的可信性就會據此發生問題，則此時，實務認為尙不該當偏頗之虞²⁵⁹。

其他實務曾經發生過的案例例示如下：法官於開啓審判期日前，僅依據卷宗內的前科紀錄表，即對被告表示：「對法院而言，被告肯定是典型的慣犯（Gewohnheitsverbrecher）」²⁶⁰；或是表示：「被告看上去就是販毒者²⁶¹」；「根據卷宗，他厚顏無恥的在扯謊²⁶²」；當被告依法進行答辯時，法官多次以「這全部都不是事實」打斷被告發言²⁶³；或是當被告否認犯罪指摘，法官駁斥：「除非您是（犯罪行為人），那麼我才會跟您解釋²⁶⁴」；若是法官在證據調查程序尙未完結前補充說道：「證人現在終於說出真相了²⁶⁵」；或是在訊問辯方證人時顯示出其認為該證詞並非屬實，於是對證人說：「如果不是在陳述真相，那最好閉上嘴」、「快點說實話」²⁶⁶，以上情形，實務皆認為從法官言行看來，內心已存有特定預斷，因此理性的被告有合理根據足以懷疑法官有偏頗之虞。

²⁵⁷ BGH NJW 1976, 1462; Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.306.

²⁵⁸ BGHSt 1, 34; Roxin/Achenbach, Prüfe dein Wissen: Strafprozessrecht, 16 Aufl., 2006, Rn.231.

²⁵⁹ BGH NSz 2010, 342 zitiert nach Cirener, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.17.1.

²⁶⁰ BGH NJW 1961, 789.

²⁶¹ BGH HRSt 2 zitiert nach Lemke, in: HK-StPO, 2001, §24, Rn.22.

²⁶² BayObLG NJW 1993, 2948.

²⁶³ BGH NJW 1984, 1908.

²⁶⁴ KG StV 2005, 490.

²⁶⁵ BGH GA 1978, 243.

²⁶⁶ BGH NJW 1984, 1907ff.

貳 恣意型

【套頭毛衣案】

被告 A 涉嫌強制性交罪而受訴於地方法院，於審判開始時，審判長 R 即指責被告之辯護人 V 在法袍下穿著一件深色的套頭毛衣，因而其「無法看清楚辯護人毛衣底下是否有打領帶」，故 R 表示：「依據服裝規定，在辯護人 V 應說明和展示其是否有打白色領帶。」在辯護人 V 拒絕法官之要求後，R 法官隨即解除 V 之指定辯護人一職，並暫時中斷審判程序，試問，A 聲請拒卻 R 法官是否有理由？

輕微的違反法律，特別是法律違誤或事實違誤，原則上並不該當拒卻事由，如同前述中間裁判的討論，因為法官是否合乎法律的審理或裁判，並不是透過拒卻程序來澄清，而是應藉由上訴救濟的方式來解決²⁶⁷，例如在先前的程序中，給被告之救濟教示錯誤，並非偏頗事由²⁶⁸。

然而，凡有原則必有例外，若是法官的訴訟指揮（Verhandlungsführung）有明顯重大的法律違誤，或是恣意，甚至是偏頗的指揮時，也可能例外成為拒卻的事由，例如法官發生嚴重的事實錯誤，產生令人無法理解的突襲性裁判，於辯護人進行總結性辯論到一半時，法官忽然直接結束判決等²⁶⁹。

又或者，如【套頭毛衣案】所示，實務即指出，辯護人衣著不合乎規定也許可以提交律師公會懲戒，但並非撤銷指定辯護人之事由，不合規定的衣著對審判程序合法進行並無危害，而法院卻因此直接解除被告所信賴之指定辯護人，未充分考慮到被告之利益，顯然過於恣意，是以，理性的被告綜合評價後也會質疑法官並非無偏頗的審理案件，不僅給人想把討人厭的辯護人逐出程序之印象，被告也會擔心法官可能會施以不利於自己案件的方式，來回應被告或其辯護人的違規行為，故其提出的拒卻聲請應為有理由²⁷⁰。

實務曾經承認之其他重大違法情形再如：法官不准許被告向證人質問，而理由是「只要被告不陳述犯罪事實，就沒有質問權」，依據實務見解，此不合理的限制嚴重違反刑事訴訟法的基本原則，即對質詰問權²⁷¹；或是在押被告聲請撤銷羈押，但由於其他共犯仍在逃，因此法官仍決定羈押，並且對被告表示：「你自

²⁶⁷ Wassermann, in: AK-StPO, 1998, §24, Rn.16.

²⁶⁸ BGH 4 StR 708/78.

²⁶⁹ Lemke, in: HK-StPO, 2001, §24, Rn.23.

²⁷⁰ BGH NStZ 1988, 510.

²⁷¹ BGH StV 1985, 2, 3.

作自受，這就是聲請的結果。」²⁷²；法官未聽取被告意見就撤銷原先指定的辯護人，並且也未告知辯護人庭期，違反被告聽審權而成立偏頗事由²⁷³；法官未附理由就直接撤銷指定辯護人²⁷⁴，甚至是對被告說道：「你活該！」²⁷⁵；或者當有新證據出現，且辯護人已預告會作其他相關之證據聲請，法官仍宣佈結束證據調查，並直接依檢察機關請求作出裁判，顯現法官寧可匆忙解決程序，而非適當地澄清案情²⁷⁶；不合理以及恣意的拒絕辯護人所提出延展期日的聲請²⁷⁷，法官於準備程序命令對被告重新精神鑑定，但未送交辯護人第一次鑑定結果，亦未讓辯護人參與第二次鑑定的選擇²⁷⁸；甚至是完全隱瞞重新調查的結果²⁷⁹；以上實務皆肯認具偏頗之虞。

參 逼迫型

【逼迫自白案】

被告 A 因涉嫌強制性交罪而受訴於地方法院，在審理程序中，審判長 R 對被告諭知得拒絕陳述犯罪事實，但接著作以下表示，試問 R 是否有偏頗之虞？

- 1) 與其懦弱的否認罪行，被告不如坦承犯罪並且向被害人道歉。
- 2) 假如被告是有罪的，自白將會明顯改善其處境，因為關於可能自身有罪的自白是重要的減刑事由。再者，亦得避免法院傳訊被害人出庭作證，而可能再次對被害人產生精神上之折磨，此種證人保護的角度也是其他減刑事由之一。

基於法院對被告的照料義務、證人保護以及速審要求等法律原則，法院有權利甚至是有義務預先考慮萬一眼前的被告有罪時，被告提前的、坦率的、令人可信的自白將會大大影響減刑。據此，審判長 R 在【逼迫自白案】2) 的情況下，並非偏頗而得拒卻之理由。預先告知被告為道歉或是損害賠償等表示得以換取減刑之情形，亦同²⁸⁰。

但是法院不得以不合理的手段逼迫被告自白，因為被告對於被控嫌疑，並無陳述之義務，其可以自行決定是否保持緘默，不管是以直接強制或是間接強制手段，國家機關皆不得強制被告積極陳述、自證己罪，否則將會違反刑事訴訟法之

²⁷² BGH StV 2002, 116.

²⁷³ AG Bergheim StV 1996, 592.

²⁷⁴ BGH NStZ 1990, 289.

²⁷⁵ BGH 5 StR 439/67.

²⁷⁶ BGH NStZ 2003, 666.

²⁷⁷ OLG Naumburg StraFo 2005, 24

²⁷⁸ BGH NStZ 2003, 99.

²⁷⁹ BGH StV 1995, 396.

²⁸⁰ Krey, Deutsches Strafverfahrensrecht Bd.1, 2006, §3, Rn.114.

基本原則，亦即被告不自證己罪權利，尤其是其核心內涵之一的「緘默權」²⁸¹。是故於【逼迫自白案】1) 的情形，被告或是檢察官為被告利益提出之偏頗聲請應為有理由，本案 R 不僅是不適當地逼迫自白，並且 R 也給人在進行證據調查之前，就已經形成被告有罪確信之印象，故更加有理由認定 R 具偏頗性²⁸²。

實務曾經發生過的不當逼迫自白風波再如：法官在故意殺人案件程序中，由於被告依法行使緘默權，而法官以非比尋常的尖銳言語嘗試催促被告陳述犯罪經過，例如，「懦夫」、「但願他死去的妻子夜晚走到眼前，這樣一來也許他會更明智一點」等²⁸³；犯罪被害的證人在陳述犯罪過程時極為痛苦，因此法官對於否認犯罪及保持緘默的被告有傾向性的質問：「你到底還想要聽這個多久？」²⁸⁴；甚至是當被告保持緘默而不作出自白，法官即威脅將判處重刑²⁸⁵。

肆 其他非客觀的表態

審判長以強烈語氣責備被告，實務多半認為，原則上尚不足以認定法官偏頗。亦即，依照具體情形，雖然嚴厲，但仍屬於大眾可接受、可設身處地想像的不滿表態（Unmutsäußerung），或是對於其他訴訟參與者挑釁的行為作出的反應，但尚非以重大不客觀的方式回應，僅是在一時衝動下表達不高興，依據理性的評價，整體觀察後不至於產生對案件有偏頗之疑慮，通常不會得出偏頗的理由²⁸⁶。例如因為被告多次妨礙審判進行而招來法官的不滿，故法官評論被告應該停止「愚蠢的廢話」²⁸⁷；在辯護人實行質問權而中斷程序後，法官對辯護人說：「我不須要你的教導²⁸⁸」；或在經過很多個月的審判程序後，辯護人在預計結束證據調查前又迅速的提出證據聲請，法官表示「納稅人會很感謝這些聲請；而且這些不會太貴²⁸⁹」，或是在第 27 次的審判期日中，證人訊問在一個小時內被中斷 5 次，在審判長拒絕辯護人聲請以逐字紀錄證人證詞之後，另名被告的辯護人指摘法官此舉會侵害被告之聽審權，審判長脫口而出說「這真可笑」²⁹⁰，以上皆非偏頗事由。

其他邊際案例，依照程序情況在個案中仍屬可理解的不滿，或可能僅是顯示

²⁸¹ 請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2010年，第6版，頁158以下；另外，關於不自證己罪違反的發展，請參閱王士帆，《不自證己罪原則》，政治大學法律研究所碩士論文，2004，頁111以下。

²⁸² Krey, Deutsches Strafverfahrensrecht Bd.1, 2006, §3, Rn.113f.

²⁸³ Krey, Strafverfahrensrecht Studienbuch Bd.1, 1988, Rn.306.

²⁸⁴ BGH StV 2007, 449.

²⁸⁵ OLG Stuttgart NStZ-RR 2005, 349.

²⁸⁶ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.21.

²⁸⁷ BGH MDR 1971, 17.

²⁸⁸ BGH NStZ 1995, 18.

²⁸⁹ BGH NStZ-RR 1996, 200.

²⁹⁰ BGH NStZ 2009, 581.

不恰當的幽默，例如，法官表示：「我可以設想，辯護人先生，該陳述不適合您²⁹¹。」；或是「我才不會被牽著鼻子走²⁹²。」；又如在被告承認參與兩次侵入住宅竊盜，並且以不得體的大笑回應法官告誡時，審判長對被告表示「您的笑容就要消失了，而且在審判程序後你還會哭出來²⁹³」，學者認為可能事實上在案件中包含偏頗性²⁹⁴，但實務則認為，若法官後續仍是依法進行審判程序，則上述情形尚屬可忍受的範圍，無庸迴避²⁹⁵。

雖說，法官對自己的發言固然無庸字斟句酌，但若是在個案中有特別情形顯示法官以嘲諷或是損害被告名譽的方式，不適當地貶低或侮辱被告、辯護人、辯方證人，致使聲請人已經無法信賴法官後續會公正的審理案件，仍可能例外地有成立偏頗之虞的空間，例如法官在電話中向辯護人表明：「犯罪嫌疑人於主審程序中的答辯是低能的，而且以書面支持辯方答辯的鑑定人應該為準備進主審程序而穿得暖和一點²⁹⁶。」；被告陳述到一半就被法官喝斥：「被告無權做出這些政治上的廢話。」²⁹⁷；審判長在詢問辯方證人的程序中，嘲諷證人的證詞是：「相當誇張描述、完全非現實的漫畫形象，應該是『超人』在駕駛交通工具。」²⁹⁸；或是審判長並無客觀理由即指責辯護人：「反正提出證據只是想要搗蛋」²⁹⁹。

此外，其他各種非客觀言行舉止，讓人產生法官對辯方持有敵意的印象，也可能會是偏頗事由，實務發生的案例如：法官向被告暗示，被告所涉嫌的輸入毒品罪，「如果在國外的立法，像是馬來西亞，犯此罪估計會被判處 40 年徒刑，在美國甚至可能獲判死刑。」縱使法官也許僅是想要表示，其他國家如何管制被告受訴的刑事犯罪，但被告有理由擔憂，法官可能會因毒品犯罪而作出過分不利於被告之嚴厲量刑³⁰⁰；法官向檢察官的上級抱怨：「檢察官像是第四位的辯護人。」³⁰¹；或者由於行為人抗辯是受犯罪挑唆，在進行（至少對於刑事問題重大的）證據調查時，法官表示：「即便案件有被撤銷的危險，我們也不會曝光該案件。」³⁰²；或在審判程序中，法官表示，對於被告沒有繼續再與其他共犯保持聯絡，其感到非常滿意³⁰³；法官私底下到單人牢房探視被羈押的另名共同被告，並且與其討論

²⁹¹ BGH 1 StR 61/73.

²⁹² BGH 1 StR 362/70.

²⁹³ BGH 5 StR 127/60.

²⁹⁴ Fischer, in: KK-StPO, 2008, §24, Rn.22.

²⁹⁵ Wassermann, in: AK-StPO, 1998, §24, Rn.17.

²⁹⁶ LG Mainz StV 2004, 531.

²⁹⁷ LG Freiburg StV 1982, 112.

²⁹⁸ KG NJW 2009, 96.

²⁹⁹ BGH StV 2005, 531.

³⁰⁰ BGH NSTZ 1991, 226.

³⁰¹ BGH NSTZ 1991, 348; Zschockelt, Die Urteilsabsprache in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, NSTZ 1991, 305, 306.

³⁰² BGH bei Dallinger MDR 1972, 571.

³⁰³ BGH StV 1991, 450.

現在本案被告的案件³⁰⁴，以上行為，實務皆認為，法官未保持中立、無偏頗的言行舉止之情形重大，足以引起聲請人與公眾對法官無偏頗性的疑慮。

第五目 特殊問題

壹 量刑協商程序

【私下保證案】

審判長和受命法官與被告及其辯護人雙方進行一場秘密談話，雖談話表面上並不具有拘束力，但法官仍在談話時向辯方表明自白的案件估計不會判決超過4年的自由刑。後續，儘管蒞庭執行職務的檢察官在對質詰問時宣稱至少須5年的自由刑，但審判長堅持己見。在得到被告自白後，法庭與檢察官對於訊問其他證人的必要性產生爭執。試問，檢察官依第24條第2項聲請職業法官拒卻，是否有理由？若檢察官是透過監聽被告與辯護人電話始知悉法官們的密談內容，結論是否不同？

一、量刑協商之合法性

法院與當事人接觸，而於量刑範圍內與被告達成協議(Absprachen)之議題，在近幾年實務益發獲得重視，以往關於量刑協商的許可性(Zulässigkeit)問題現已定紛止爭，但對於法官有權許可之射程範圍則尚無定論，因為被視為標竿案例的判決³⁰⁵，雖然曾嘗試提出精確及有限制之內容及程序要求，然而此尚非一般性為實務所遵行。不過在本段落，並非適合對此深究之處，也不具必要性，在本文脈絡下，最重要的毋寧是於量刑協商的範疇，何種情形會被認定有偏頗之虞³⁰⁶。

據此，量刑協商的實質合法內容，必須是法院對於案件可信的自白承諾給予減刑優惠，並表明刑罰的上限，且案件最後也未逾越此上限。協商的範圍僅限於量刑，罪名協商並不合法，而以量刑協商為基礎的自白絕對不得有低於罪責相當的考量，且僅能協議量刑的上限，不得承諾特定刑罰³⁰⁷。

再者，就形式要件上，量刑協商須整個法院皆參與（包括參審法官在內），

³⁰⁴ BGH NStZ 1983, 359.

³⁰⁵ Zum BGHSt 43, 195, Nr.241b.

³⁰⁶ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.56.關於德國量刑協商制度介紹，詳請參閱 Weigend 著/蔡秋明譯校，〈德國刑事案件快速處理程序〉，《法學叢刊》，第178期，2000年4月，頁41以下；林鈺雄，〈協商程序與審判及證據原則（上）/（下）〉，《月旦法學教室》，第25/26期，2004年11/12月，頁73/83以下。

³⁰⁷ Siolek, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.57.

並且在公開的審判程序中進行，或是以合法的預談方式與相關人員相互協調，至少須公開為之，程序始為適法。依照第 273 條第 1 項記明於筆錄也是量刑協商的重要形式要件。一旦達成協商即對法院具有拘束力，僅在有重大之新事實導致須作出其他裁判時，才能撤銷該協商約定。撤銷協商時須依第 265 條對先前的程序變更起訴法條並踐行告知義務，避免突襲性裁判。此外，法院於量刑協商之標的內容，不得要求當事人拋棄上訴權，若是協商內容包含上訴權之捨棄，該捨棄條款無效³⁰⁸。

簡而言之，量刑協商僅在違反公平審判原則、澄清義務、罪刑相當原則、公開審判原則，或者是在個案中有足認偏頗之虞時，始不合法³⁰⁹，以下即進一步探討偏頗之虞的情形。

二、拒卻事由

由於欠缺明確的規範標準，法官開啓協商很容易在結構上早已形成被告罪責之成見，尤其是試圖協商卻失敗，訴訟當事人很容易產生法官是偏頗的疑慮。然而，若法官是基於上級法院意旨，留意到現行法律的合法性界限，尤其是不合於第 257c 條之協商要件，導致刑事程序中之協商破局，則當事人因此產生的質疑尚不足為偏頗事由³¹⁰。

聯邦最高法院一直竭力於描繪出合理無偏頗與濫用量刑協商二者間之界線。據此，首先是法官在與判決協商相關之準備性談話中，以所謂的「制裁之剪」（Sanktionsschere）過分地要脅被告，亦即就自白與否不合理地影響量刑結果，例如，法官張開制裁之剪表示：若是自白就判決 2 年以下有期徒刑，但若不自白，則判處 6 至 7 年有期徒刑；或是以其他形式違背公平審判原則，如威脅被告若是不作出自白，即施以（在其他方面是合法的）保護管束或羈押，聯邦最高法院皆認為屬偏頗事由³¹¹。

再者，法律並不禁止法官基於促進訴訟的目的，依第 202a 條在審判期日外（經常是在準備審判時）與訴訟關係人保持聯繫，故原則上審判程序外聯絡並非偏頗的理由，但若是本案程序涉及數名被告，則法官應在所有相關人員在場下進行談話。亦即，法官不得在審判程序外與部份被告會談，卻於審判期日中不公開告知其他未參與會談之被告其談話內容，否則會該當偏頗之虞，尤其是有可能引

³⁰⁸ *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.57.

³⁰⁹ *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.58.

³¹⁰ *Cirener*, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.18.

³¹¹ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §8, Rn.11.

來法官以違反法治國之方式，參與公平正義買賣或協商的質疑³¹²。

舉例言之，若是案件涉及多名共同被告，而法院、檢察官僅與其中一名被告辯護人之間秘密達成量刑協商，並且因此明顯使其他被告負擔不利益，由於在協商過程中未光明正大的讓其他訴訟關係人參與，也未公開揭示並記明於筆錄，再加上共同被告間明顯有直接的利益衝突，應得成立偏頗事由³¹³。但對此，仍須取決於個案情況，例如聲請人是否提出理由說明，這類協商會對其產生不利影響。此外，這類偏頗之虞事由得藉由事後的程序公開透明而獲得治癒，甚至可能是在拒卻程序中才被治癒³¹⁴。

又或者，若是法官在審判程序外，將檢察官排除在外而與辯護人進行談話，具體對辯方表示如果自白得交換特定範圍內的刑罰作為報酬，甚至是不顧自白的範圍以及審判程序的進展，於訴訟一開始即無條件、終局地確定刑罰上限³¹⁵，或是低於罪刑相當原則，也會成為偏頗事由。

詳言之，因為若非在審判期日中明確進行商談，如此的程序將違反言詞審理原則及公開審理原則。另一方面，由於低於罪刑相當原則，未參與秘密會談的訴訟關係人有理由質疑，法官在其他相關人員缺席下具體作出的刑罰是具有偏見的，是以依據實務見解，如【**私下保證案**】所示，在參審法官以及檢察機關代表皆未到場的情況下，法官與辯護人及被告私下面談，並且達成量刑協商，一來因為會談並非在公開的審判程序中，由所有程序相關人員皆參與且紀錄在案的情況下所進行的，故本案程序有違誤，二來又低於檢察官所認為的最低刑罰下限，因此每位理性的程序參與者有理由懷疑，法官對於刑罰已形成定見，故檢察官聲請拒卻法官有理由³¹⁶。縱使法官與被告間之密談僅是達成表面口頭約定，不具有正式協商效果之拘束力者，亦同³¹⁷。

然而，若是檢察機關是藉由監聽被告與其辯護人間之電話，而知悉該談話內容，被告與辯護人間的監聽錄音基於法律理由不得使用，是故此資訊也不得作為對該名法官聲請拒卻的基礎，因此如【**私下保證案**】，後續結論可能有所不同³¹⁸。

此外，雖說一旦達成量刑協商，原則上法院即受協商內容所拘束，但若是法官完全不理會檢察官的反對意見，甚至是未讓檢察官參與，也未告知檢察官刑罰上限之量刑內容，則法院毋寧是一開始就欠缺被告信任的事實基礎，卻煞有其事

³¹² *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.59; BGH NJW 2005, 1440.

³¹³ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §8, Rn.11.

³¹⁴ *Cirener*, in: BeckOK-StPO, 2012, §24, Rn.18a.

³¹⁵ BGHSt 45, 312.

³¹⁶ *Roxin/Achenbach*, Prüfe dein Wissen: Strafprozessrecht, 16 Aufl., 2006, Rn.234.

³¹⁷ *Zschockelt*, NStZ 1991, 305, 310.

³¹⁸ *Siolek*, in: L/R StPO, 2006, §24, Rn.61.

的以無效承諾誑騙當事人作出自白，亦屬偏頗事由：因為被告是信賴法官會遵守諾言，或者不會使用該自白內容，才願意爲了換取量刑上限而作出自白的，然而，由於法官對辯方之承諾並非依照合法的協商程序所爲，必然不具有拘束力，後續檢察官得以上訴的方式，致使該協議之量刑處分失其效力。而當事人對協商的期待之所以最終會落空，是因爲法官違法在先而導致協商失其效力的，信任法院人員的被告卻成爲法官違法之受害者，除了可能該當不正訊問而應禁止該自白的證據能力外，被告亦得以法官有偏頗之虞上訴法律審以獲救濟³¹⁹。

最後，若是審判長緊接在主要審判程序後的幾天，直接與承辦檢察官及檢察機關之經濟顧問會談半個小時，辯護人質疑上述之人員在該段期間獨自會談是否適當，也想詢問會談內容爲何，但審判長並未作出澄清，則據此聯邦最高法院認爲，由於審判長拒絕作出澄清，可能招來法官與檢察官事實上在進行與本案程序相關之不合法協商的猜想，因而從理性被告角度出發該當偏頗之虞。又或者，審判長與受命法官爲試圖說服檢察官撤回反對之證據聲請，而向檢察官承諾，今後會依據當時的程序階段考慮檢方求處 7 年之刑罰要求，雖然審判長後來有公開談話內容，但法官在證據調查結束前，就排除其他法院成員，不合法的表明關於量刑的承諾，因此聯邦最高法院亦認有偏頗之虞³²⁰。

貳 參審法官預覽卷證內容

現今在德國刑事訴訟法上仍保有平民參審制度（Schöffe），法律賦予參審法官就執行法官職務時，與專業法官（Berufsrichter）擁有相同的權限範圍及平等的表決權，兩者合組成一個合議庭，共同負責裁判罪責與刑罰問題，並且參審法官如同職業法官一樣亦具有獨立性³²¹。

固然，在現代法治國，參審法官已經不具有對抗國家統治權侵害之意義，但仍有助於強化人民對刑事司法認同，以及公平正義之信賴，因此，平民參審對司法威望迄今還是具有寶貴效用³²²。而以下目的即在於說明德國參審法官在法官排除或拒卻上，所面臨到的特殊問題。

由於在審判程序中，法官須參酌偵查機關之調查經驗，通常是（警察）偵訊筆錄，而事先閱覽偵查卷宗，可能會影響法官在審判程序中資訊之使用，也就是引發所謂的慣性作用（Inertiaeffekt）或固著效應（Perseveranzeffekt），因此，院方極易在審判程序時高估檢方提出之證據事實，導致低估、忽略新事實、新證據。

³¹⁹ BGH StV 2003, 481f. mit Anm. Schlothauer.

³²⁰ Zschockelt, NStZ 1991, 305, 306f.

³²¹ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §6, Rn.16.

³²² Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §6, Rn.17.

據此，有學者認為，就解釋論上應該否定參審法官閱卷之合法性³²³。

其指出，雖然參審法官就公平正義的彰顯有其寶貴之處，但前提是參審法官個人本身在制度上須具有深厚的自信心，而就整體來說，德國內國尚缺乏足夠的社會氛圍，參審法官實際上面臨法律問題之時，很容易傾向尋求熟悉法律、長期受專業訓練之專業法官的見解，造成參審法官即使是參審法院（通常是由兩名參審法官，一名專業法官組成）的多數，在實務上也常僅是淪為專業法官的陪襯而已。因此，基於發現真實的利益，必須合理限制參審法官之參與權：亦即，參審法官不得閱讀法院之卷證，避免受到專業法官以卷證暗示，產生混淆發現真實之判決固著效應³²⁴。

早期實務雖有肯定前揭學說見解者³²⁵，但現代通說見解³²⁶多半認為區分對待參審法官與專業法官並不合理，其指出，應該相信參審法官對於所有困難的問題，同樣能與專業法官一般，共同以客觀、合法的方式作出判斷，理解起訴書狀、卷證僅是偵查機關的調查結果，不過是檢察官根據偵查結果對被告的犯罪嫌疑評價，而非終局的有罪判斷。因此鑑於平等、客觀判決之形成，提供參審法官卷證資料為合法，甚至是在一些個案中不具有閱卷必要性者，亦然³²⁷。

既然按照法院組織法第 30 條第 1 項³²⁸，原則上賦予參審法官就同一執行職務有如同專業法官的表決權，並且須共同負責，在審判程序中參與裁判的多數決，如是否存在不得具結之情形、證人為免自證己罪而行使拒絕證言權有無理由，或是其他涉及自由證明相關之裁判，都須要參審法官以法院卷證為前提。而雖然參審法官對必要的事實基礎也可以是來自於專業法官的陳述，但原則上並不得因此而排除參審法官直接知悉卷證內容，否則將不利於參審法官對抗專業法官，尤其是在複雜的程序案件中，更可能變成跑龍套的角色。是以，為了較好、較快理解證據調查程序，提供卷證給參審法官並不違反直接審理原則與言詞審理原則，以此為基礎之拒卻參審法官的聲請同樣無理由³²⁹。而此一結論，後來在歐洲人權法

³²³ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §1, Rn.16.

³²⁴ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, §6, Rn.17.

³²⁵ Zum BGHSt 5, 261; 13, 73.

³²⁶ Siehe Hannich, in: KK-GVG, 2008, §30, Rn.2; Siolek, in: L/R-GVG, 2006, §30, Rn.4ff; Satzger, Die Schöffen im Strafprozess, Jura 2011, S.519, 523.

³²⁷ BGH NJW 1997, 1792, 1793.

³²⁸ §30 I GVG: "Insoweit das Gesetz nicht Ausnahmen bestimmt, üben die Schöffen während der Hauptverhandlung das Richteramt **in vollem Umfang und mit gleichem Stimmrecht wie die Richter** beim Amtsgericht aus und nehmen auch an den im Laufe einer Hauptverhandlung zu erlassenden Entscheidungen teil, die in keiner Beziehung zu der Urteilsfällung stehen und die auch ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können."

³²⁹ BGH NJW 1997, 1792, 1793.

院裁判中也再次獲得確認³³⁰（詳請參閱第三章第二節第六項第六款）。

附帶一提的是，關於專業法官預先閱覽卷宗，知悉檢察官起訴書內容，當然也不會該當偏頗之虞³³¹。因為德國刑事訴訟法不若英美法系，法官在審判程序前已藉由起訴卷證知悉案件內容，但由此所得的認知尚須作進一步澄清，而非已形成有罪判決之定見，故閱卷對偏頗影響之疑慮並不存在³³²。

第三節 本章小結

對於德國法的發展，學者觀察到，現實中，德國法官們對於訴訟關係人聲請排除或拒卻往往視為羞辱而極度排斥，但其也不斷地重申：法官們應意識到，德國刑事訴訟法中關於法官拒卻或排除之法律制度目的並不在於攻擊其個人道德上的純潔，聲請人之拒卻權利其實只不過是法定法官權利以及公平審判要求下的作用而已³³³。

另外學者指出，由於法官對於偏頗的聲請大多數反應常常如同剝奪其職業尊嚴，再加上同事之間團結，因此偏頗之拒卻聲請在德國實務上也幾乎沒有發展，僅在少數並且極端明顯必要的情況下，才有成功的案例³³⁴。再加上個案判斷的性質，因此要歸納出完整的拒卻事由也著實不易。

當然，相較於我國實務的發展，德國法發展出的學術與實務間對話還是有許多可供借鑒之處。因此，以下將上文各種類型的偏頗事由表格化，以供讀者快速查找之用，並作為本章小結：

類型	實務或學說見解	相關案例
受聲請人影響	原則：聲請人自招行為不得指為偏頗事由。 例外：法官回應超出客觀必要性。	【你來我往案】
受辯護人影響	原則：法官和辯護人間之爭執與當事人無涉，不得指為偏頗事由。 例外：嚴重反目而間接影響被告者。	【老闆是誰案】
受訴訟外第三人影響	工作領域：聲請人須提出合理根據，說明「法官有受影響之虞」。	

³³⁰ ECHR, *Elezi v. Germany*, Judgment of 12 June 2008, Appl. no. 26771/03.

³³¹ BGH NSTZ 2011, 294.

³³² *Arzt*, *Der befangene Strafrichter*, 1969, S.83f.

³³³ *Lemke*, in: HK-StPO, 2001, §24, Rn.4.

³³⁴ *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 8. Aufl., 2010, §5, Rn.732.

	<p>大眾媒體：原則：推定法官不受影響。 例外：法官涉入或確實受影響。</p> <p>同情被告者：有合理根據足以說明法官會屈服於壓迫之下者。</p>	
私人社交往來	<p>原則：推定無偏頗。</p> <p>例外：有特別關聯者，如：</p> <p>1.間接受損害：實務：一概否定。 學說：肯定有告訴權之法官成立偏頗之虞。</p> <p>2.特定親密關係。</p>	<p>【癩三團員案】</p> <p>【夫唱婦隨案 a】</p>
職務或業務上往來	<p>原則：推定無偏頗。</p> <p>例外：特別重大之正面或負面關聯。</p>	【酒友同僚案】
參與政治組織	<p>原則：推定無偏頗。</p> <p>例外：失去節制；為被解散政黨之成員。</p>	
參與宗教組織	<p>原則：推定無偏頗。</p> <p>例外：法官有宗教狂熱，且本案與宗教議題相關者。</p>	
職業團體成員	<p>原則：推定無偏頗。</p> <p>例外：犯罪行為與其身份有特殊關聯。</p>	稅務局員工案、 建管局局長案
發表法律見解	<p>原則：對法律問題通案性的表示意見，不足以認定為偏頗。</p> <p>例外：無視於個案情況，為堅守己見或反駁他見而強行作出裁判者。</p>	
其他人身狀態	<p>原則：世界觀、性別、種族、家庭或婚姻狀況並非拒卻事由。</p> <p>例外：於外國人的案件中，法官曾經發表過仇外言論者。</p>	德國看門狗案
曾參與同一案件之中間裁判	<p>原則：瑕疵應利用上訴救濟，非偏頗事由。</p> <p>例外：裁量濫用、恣意。</p>	【緊急指定案】
參與開啟審判裁定	<p>實務：有犯罪嫌疑不等於有罪確信，故作出裁定開啟審判非拒卻事由。</p> <p>學說：宜成立起訴審查專庭。</p>	
強制起訴裁定	<p>原則：若僅是法律問題見解不一致，或是找到新證據資料始裁定提起公訴者，並非拒卻事由。</p> <p>例外：犯罪事實之結論對被告有不利評價，</p>	

中立法院與刑事法官之迴避事由

	而與檢察官不一致者。	
中間評論	原則：暫時性評價尚不足為拒卻事由。 例外：法官已有終局確信。	【法官很忙案】 【訂購聲請案】
同一案件發回更審	實務 ：原則上依第 354 條第 2 項須發回不同庭，但若因案件分配，又偶然由同一位法官負責，並不該當拒卻事由。 學說 ：為免判決固著效應，應成立拒卻。	【撤銷發回案 a】
同一案情不同程序	實務 ：非列舉排除事由，亦不成立拒卻。 學說 ：既已對同一案情作出裁判，已有終局確信，故應一般性肯認拒卻。	【誰是共犯案 a】
相關案情不同程序	若法官認定證人有虛偽陳述，即不得參與該名證人偽證罪之程序	【情義相挺案】
法官審判程序前或程序中之言行舉止	預斷型 ：預先確信被告有罪。 恣意型 ：法官訴訟指揮有明顯重大的法律違誤，或是恣意，甚至是偏頗的指揮。 逼迫型 ：以不合理的手段逼迫被告認罪。 其他顯然不客觀陳述 ：以嘲諷或是損害被告名譽的方式，不適當地貶低或侮辱被告。	【邪惡政客案】 【法官半仙案】 【對錯之路案】 【套頭毛衣案】 【逼迫自白案】
量刑協商程序	濫用量刑協商，施以制裁之剪、未將協商程序公開揭示並記明於筆錄、不合於罪刑相當原則、以無效承諾騙取自白。	【私下保證案】
參審法官預覽卷證內容	少數見解 ：必須限制參審法官預覽法院之卷證，避免受到專業法官以卷證暗示，而混淆有罪判決之標準。 通說見解 ：參審法官與專業法官應同等對待，預覽卷證並非拒卻事由。	

第三章 歐洲人權公約之發展

在介紹完德國內國法後，其後本文以下將轉向《歐洲人權公約》，主要是因為我國近年的司法實務發展，配合 2009 年新施行的《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》，除了參考各先進國家內國法的立法例與學說、實務見解外，觸角也延伸到國際人權層次，對於無偏頗法官，不僅在《公民與政治權利國際公約》第 14 條第 1 項訂有明文，在《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項亦有相同規範，因此在解釋《公民與政治權利國際公約》第 14 條第 1 項時，歐洲人權法院依公約意旨所作出的眾多裁判，不失為參考基準。

第一節 歐洲人權公約第 6 條第 1 項之規定

第一項 公平審判原則

與德國內國法略為不同的是，歐洲人權公約第 6 條第 1 項前段規定：「在決定被告的公民權利與義務或其任何刑事罪名時，每個人皆享有在合理的期間內，由依法設立、獨立與無偏頗法庭之公平與公開聽審的權利……」¹短短一段文字，明白指出在公平審判原則下，刑事審判必須由兼具依法設立的、獨立與無偏頗三者特質的法庭裁判之。在歐洲人權公約中，無偏頗性已有明文，並不須要另外從法定法官原則或是法官獨立原則推導，可以直接適用。

依法設立、獨立與無偏頗法庭，此三項特點被學者認為是公約第 6 條公平審判原則下，最神聖且可能是最重要的保障。並指出，其中包含兩個面向的保障：一方面是個人人權，即確保涉及個人的爭執是由一個中性的權威機構所決定。另一方面，也是憲政上重要的制度問題，即司法是在繼立法和行政後國家的第三權。而法庭所應具備的特質不會只是單純理論上的概念，現實上也反應在歐洲人權法院的判例法中，是以在進入第 6 條公平審判權之討論時，上述三項特點往往會是第一個被檢驗的重要要件。若證明不合於公約第 6 條中要求的法庭，人權法院就不會再進一步檢驗其他程序，因為如在法庭面前的程序都已不合於獨立、無偏頗的標準，則絕對不可能是公平的審判，也就沒有必要再去檢驗是否受有公開法庭

¹ 歐洲人權公約第 6-1 條英文版：”In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an *independent and impartial tribunal established by law.*”

聽審或是有沒有合理期間等等其他公平審判權利的問題了²。

根據人權法院詮釋公約的通常取徑（approach），這個議題曾在公約第 8 條第 2 項關於法庭是否為「由法律所確立」中被歐洲人權法院所討論，亦即當檢驗第 8 條第 2 項時，如果不合於「由法律確立的法庭」這個要求，那麼就沒有必要再繼續去檢驗其他任何因素是否違反公約³。而於第 6 條第 1 項的脈絡中，人權委員會也曾宣示須先檢驗法庭是由法確立的⁴，然人權法院似乎並未嚴格適用這個原則。例如 *Oberschlick v. Austria* 案⁵：

Oberschlick 是一名奧地利記者，因 Walter Grabher-Meyer 曾表示應該增加奧地利婦女的家族津貼 50%，以避免她們因為經濟因素而墮胎，但另一方面則應該刪除移民婦女的家庭津貼。而 O 遂在電視節目中批評 Walter 的言論是仇恨性言論、納粹言論。隨後 Walter 即對 O 提起誹謗罪自訴，一審法院認為 O 僅是對行為價值評論，並不違法。然而，案經 Walter 上訴二審，二審法院則有不同見解，並將案件發回區域法院，區域法院遂改判 O 有罪，而 O 則再度上訴二審法院，然上訴法院負責審理的審判長曾經擔任該案第一次上訴的法官，而另外兩名上訴法院法官則是曾參與該案發回後的第一審，因此以無理由駁回申訴人的上訴。但申訴人認為，根據奧地利刑事訴訟法第 489 條第 3 項⁶，第二審法院法官如先前曾於第一審處理過該案，則不可以繼續參與上訴的程序與判決決定，應喪失在上訴法院的判決資格，故申訴至歐洲人權法院。

人權法院首先注意到，奧地利刑事訴訟法規定上訴法院不得由任何參與過該案的一審法院所組成，顯然內國立法者關心的是，必須要除去任何可能產生法官偏頗的疑慮。是以，負責審理申訴人上訴法院的無偏頗性，顯然等於是被內國法公開質疑的。因此，不僅是審判長，其他兩名上訴法院法官都應該根據奧地利刑事訴訟法第 489 條第 3 項依職權迴避，而既然申訴人沒有明白的放棄此權利，法官未迴避的行為即是違反公約第 6 條第 1 項無偏頗法

² See *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 46.

³ See for example, ECHR, *Rotaru v. Romania*, Judgment of 4 May 2000, Appl. no. 28341/95, § 62, cf. Concurring opinion of Judge Lorenzen.

⁴ ECommHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Reports of the Commission on 11 October 1990, Appl. no. 10802/84, § 62.

⁵ ECHR, *Oberschlick v. Austria*, Judgment of 23 May 1991, Appl. no. 11662/85, § 49 et seq. 但人權委員會就此則做出清楚的區分，認為這個問題是違反「依法律確立的法庭」，而不是違反無偏頗法庭權利。ECommHR, *Oberschlick v. Austria*, Report of the Commission on 14 December 1989, Appl. no. 11662/85, § 99 and § 103.

⁶ 奧地利刑事訴訟法第 489 條第 3 項原文：“Those members of the court of second instance who participated at a previous stage in the decision of the Review Chamber to discontinue the proceedings or in the determination of an appeal against such a decision (Article 486) shall be disqualified from hearing or determining an appeal.”

庭的要求。

學者指出，由本案例可得知，在審查維也納上訴法院是否為「依法律設立的法庭」後，人權法院並未停止下來，反而將這個問題再與無偏頗性一詞混合討論。而事實上，人權法院其實很明顯將兩個面向混為一談⁷。

其次，關於獨立性和中立性的問題，學者認為當然可能個別地描述名詞的意義，如「獨立性」是指實質上不附屬於國家其他任何機關，特別是行政權。可以說獨立性是反應司法在憲政上的地位。至於「無偏頗性」則指法官是沒有偏頗於支持任何一方，而必須避免傾向任何一邊的當事人⁸。

學者指出就個人而言，重要的特色並不是獨立性而是法官的無偏頗性。因為事實上，如果法官是不獨立的，這意謂法官不是受找出問題答案的拘束，而是受到其他某些影響，則此時如果在欠缺無偏頗性的個案中，是起源於另一個國家機關而不是一方當事人時，那麼兩者即相競合。亦即，如一個法官是不獨立的，那麼絕對有理由懷疑他將會是偏頗的。不過其也表示，兩者也不必然會競合，或許在某些個案與獨立性並不相干，但是，如果當一個法官是偏頗的，那麼他就不適合擔任法官，不管他是不是獨立的都不重要⁹。

另外亦有見解指出，即便判決實質上可能是司法中立的，但是如果做出判決的成員是來自於行政權，仍是不符合公約第 6 條獨立法庭的目的¹⁰。

而歐洲人權法院就此似乎也並不附加太多重要性在兩者區別之上。如其在涉及英國軍事法庭問題的 *Findlay v. U.K.* 案¹¹曾提到：「獨立性的概念和客觀無偏頗性是相近的連結，而在本案，法院將一同的思考他們。」¹²

因此學者指出，上述問題其實只是學者文獻上的討論，並沒有辦法達成一致的意見¹³，雖然有部份學者認為他們三者部份重疊，而且可能難以區分¹⁴，但亦

⁷ Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 49.

⁸ Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 49.

⁹ Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 50.

¹⁰ Clayton/Tomlinson, Fair Trial Rights, 2nd, 2010, p. 169.

¹¹ ECHR, *Findlay v. U.K.* Judgment of 25 February 1997, Appl. no. 22107/93, § 73. 這個公式後來常被判例法所引用，不管是逐字或非逐字的。例如 ECHR, *McGonnell v. U.K.*, Judgment of 8 February 2000, Appl. no. 28488/95, § 48; *Incal v. Turkey*, Judgment of 9 June 1998, Appl. no. 22678/93, § 65; *Çiraklar v. Turkey*, Judgment of 28 October 1998, Appl. no. 19601/92, § 38. (在這個判決中法院指出：「當前的個案是很難將無偏頗性與獨立性相分離的。」)

¹² 區分獨立性和中立性也逐漸消失在之後軍事官員都是法院中的一員的個案中 See for example, ECHR, *Şener v. Turkey*, Judgment of 18 July 2000, Appl. no. 26680/95, §§ 56 et seq.; *Gerger v. Turkey*, Judgment of 8 July 1999, Appl. no. 24919/94, § 60 et seq.

¹³ See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 49-50.

¹⁴ See Danelius, Månskliga rättigheter i europeisk praxis : En kommentar till Europakonventionen

有學者強調三者概念不同，而且必須被區分¹⁵。

話雖如此，但此三者的具體內涵到底為何也是語意不清，歐洲人權法院如何解讀個別概念的射程距離也不確定，因此，要如同德國刑事訴訟法直接進入排除與拒卻規定，單純說明偏頗事由略嫌困難，故本文以下擬先簡略說明三者的概念（第一款至第三款），之後再另闢新的一節就無偏頗性作進一步的深入介紹，以釐清偏頗作為迴避事由可能出現的類型（第二節）。

第一款 依法確立之法庭

第一目 由「國會制定」之法律？

首先，簡略介紹，既然謂「依法」設立的法庭（tribunal established by law），則法律須具備什麼的品質才合於歐洲人權公約的要求。亦即，屬於何種層次的法律保留，是最先面臨的問題，而判例法中第一個處理到此問題的即是 *Zand v. Austria*¹⁶案：

申訴人 Zand 原在一家工坊擔任金匠，他的雇主於 1974 年向 Salzburg 的勞動法庭起訴請求申訴人負民事損害賠償責任。由於奧地利勞動法院法（Labour Court Act）第 6 條訂有規定，授權司法部長有權在需要時設立勞動法院，於是司法部長遂依此規定頒布勞動法院法施行命令（Decree on the Implementation of the Labour Court Act）並設立勞動法院。然而，申訴人認為，依照司法部長命令設立的法院，違反奧地利憲法第 83 條第 2 項之人在個案中有由法定的法官（lawful judge）聽審之權，且亦違反歐洲人權公約第 6 條規定。因為奧地利憲法法院曾經解釋：設立任何限制審判權限的特別法院可能僅可依照聯邦法為之。故以命令的方式設立勞動法院不合於奧地利憲法要求。而所謂「當需要時」得設立法院之要件亦欠缺法明確性，不合於奧地利憲法第 18 條之要求。況且如果勞動法院設立與移除得以司法部長行政命令任意為之，則法院不僅不能謂是基於法律確立的，本身可能還欠缺獨立性，而有違反歐洲人權公約之虞。

om de ma "nnskliga ra" ttheterna, 1997, p. 151, referred to *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 49, note 20.

¹⁵ *Van Dijk/Van Hoof*, Theory and Practice of European Convention on Human Rights, 3rd, 1998, p. 451; *Veldt*, Het EVRM en de onpartijdige strafrechter, 1997, p. 60。然而，後者也認為三者區別往往非常困難，且批評人權法院的用語常不一致。referred to *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 49, note 21.

¹⁶ ECommHR, *Zand v. Austria*, Commission's Report of 12 October 1978, Decisions and Reports (DR) 15, pp. 70 and 80, Appl. no. 7360/76.

奧地利政府則指出，聯邦司法部長頒布的施行命令是由勞動法院法授權的法律。而歐洲人權公約並沒有規定立法者設立法院的立法方式，因此不能說施行命令欠缺法律基礎，亦不能謂違反公約。

歐洲人權委員會則認為¹⁷，法庭「由法律規定」一語，在公約第6條第1項中是設想整個組織上的法院設置，不僅包括某些種類法院的審判權範圍，也包含個別法院的設立和法院管轄範圍的決定。是以，司法機構在民主社會下，必須不受限於行政裁量權，但應受國會通過的法律規定所規制。但是，這並不意味不能接受以授權命令規定司法組織的事項，公約第6條第1項並不要求立法者在此必須以國會通過法律的正式方式來規範每一件事、每個細節，但至少立法機關需做出司法機構的組織架構規定。

因此，基於法庭必須是由法律所確立的，Salzburg 勞動法院的設立和其所在地區的管轄也是一個必須由法律規定的問題。而本案以勞動法院法授權許可以部長命令的方式建立個別勞動法院並沒有違反歐洲人權公約第6條第1項，因為根據奧地利勞動法院法之規定，雖然規定模糊且具相當廣泛的裁量自由，但部長設立或廢止法院的裁量權範圍仍受到法律要件中的「可根據需要」（according to need）所限制，這對特定情況下可能存在勞動法院已經具有可預見性。因此在這種情況下，結論是勞動法院設立合於公約要求。

在 *Zand v. Austria* 案中，人權委員會所謂司法機構在民主社會下，必須不依行政的裁量權而定，但應受國會通過的法律規定所規制的標準，在後來的判例法提及由「法律」確立的法庭時，仍時常被引用¹⁸，但卻遭學者批評¹⁹，學者認為歐洲人權法院通常的檢驗標準是該法律是否為國會所通過的，或者是否被政府或其他人所認可的，而人權委員會於此將第6條第1項中「法律」一詞，做出比公約其他任何一條更為嚴格的詮釋並不妥當，因為公約條文並沒有提到這麼多的要求。亦即，並不是所有的細節都要以正式國會通過的法律形式為之，細節性事項可能得以委託立法的方式為之，而 *Zand v. Austria* 案人權委員會最後的結論亦是肯定勞動法院的設立的數量及其裁判的限制得以部會命令規定之。

由此，似乎可以得出依法確立的法庭的「法」，涉及國家組織本身，甚至是內國憲法要求的問題，人權委員會乍看嚴格，但實際上適用個案時並沒有真的貫徹要求法律的形式，即便在可能是公約最重要、最神聖的公平審判權中，也並沒

¹⁷ ECommHR, *Zand v. Austria*, Commission's Report of 12 October 1978, Decisions and Reports (DR) 15, pp. 70 and 80, Appl. no. 7360/76, §§ 61 et seq.

¹⁸ See, for examples, ECHR, *Gurov v. Moldova*, Judgment of 11 July 2006, Appl. no. 36455/02; *Sokurenko and Strygun v. Ukraine*, Judgment of 20 July 2006, Appl. no. 29458/04 ; 29465/04; *Dmd Group, A.S. v. Slovakia*, Judgment of 5 October 2010, Appl. no. 19334/03.

¹⁹ See *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, pp. 50-51.

有要求將所有關於法庭的「法」皆以國會制訂法的方式為之。而循此判例發展的新案例亦是如此。

第一目 法律須明訂之範圍？

其次，確立「法律」的性質後，由於公約條文並未公然的要求，是否或者何種範圍如法院設立、法院內部機關、法院土地和事物管轄或者法院成員的組成必須由法律規定²⁰，因此關於法院哪些因素需要由法律所明訂則是下一個層次要面對的問題。同樣從 *Zand v. Austria* 案中，人權委員會曾提供的標準是在公約第 6 條第 1 項中是設想整個組織上的法院設置，不僅包括某些種類法院的審判權範圍，也包含個別法院的設立和法院管轄範圍的決定。此外，在 *Piersack v. Belgium*²¹ 案中，歐洲人權法院亦曾指出，不僅是設立，還包含法庭組織及功能都是必須要具有法律基礎的。

不過看似清楚的要求，學者仍認為判例法並未澄清須明訂的範圍，並指出法律明定的範圍應該包含法院的審判權、管轄權²²，不僅是基於其所在的地點（*ratione loci*），也包含基於有關的事物（*ratione materiae*），法院的組成，和法庭應遵守的程序等²³。因此也有見解提出一個結論：「根據歐洲人權法院判例法，這看起來最好是絕對以及不受行政權拘束控制的法院司法系統，以免帶來對司法獨立性的嚴重威脅。」²⁴

本文以為，法律須明訂的範圍其實與前一個問題有相當緊密的關聯，而無論從歐洲人權法院的案例或是學者的見解，應該可以得出一個公式，凡是可能會影響司法審判獨立性的因素，皆需要藉由法律事先抽象明文規定以避免受到操縱，而涉及獨立性、中立性最核心的部份，還需要以國會保留方式為之，例如管轄權的劃分。至於其他有關審判獨立的非核心事項，則可以授權命令為之。不過，最困難的問題就會是，究竟何者會影響審判的獨立？而何者是獨立性及中立性的核心事項？可惜從目前的判例法看來，尚未找到明確的答案。

²⁰ Vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 597.

²¹ ECHR, *Piersack v. Belgium*, Judgment of 01 October 1982, Appl. no. 8692/79.

²² Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar, 2. Aufl. 1996, Art. 6 Rn. 122; Velu/Ergec, La Convention européenne des Droits de l'homme, 1990, p. 537, referred to Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 51

²³ See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, pp. 51-52.

²⁴ See Stavros, The guarantees for accused persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights, 1993, pp. 134-135.

第二目 法定法官原則？

然而，是否公約第 6 條第 1 項對法庭須由法律確立之要求，與德國基本法第 101 條下法定法官原則（*gesetzlichen Richter*）擁有相同範圍的保障，即法庭（分庭）的組成以及案子分配給不同法院或法庭的問題，如必須避免有任何輕微的懷疑在某些個案的分配是基於某些特別分配的結果。而公約在這裡是否也要求法庭成員全體和法庭分配必須是依照抽象一般標準，以避免這種懷疑？學者認為²⁵這裡並無法明確的肯定這麼說，其指出，除了法院的獨立性和無偏頗性外，公約第 6 條第 1 項另一個特別重要的內容即是「法庭是依法設立」的規定，但只有在當這個規定至少要求法院事物管轄須以法律規定時才會有意義，可是人權法院對於這個規定的解釋方向卻明顯是很猶豫的。

*Daktaras v. Lithuania*²⁶案即是一個被歐洲人權法院以違反無偏頗法庭解決，卻被學者指為法定法官原則問題的案例：

申訴人被控告恐嚇取財罪，在第一審被判有罪，上訴後改判無罪。第一審法院的庭長認為這個無罪是錯誤的裁判，於是主動接觸最高法院刑事庭的庭長，要求必須撤銷第二審的判決。而這位庭長遂直接將本案帶到他自己組成的分庭，並且應第一審法官要求撤銷第二審判決。

人權法院觀察到，事實上這個庭長做的行為在很多地方像檢察官，因此申訴人無法被期待看待這個法庭是無偏頗的。²⁷

是以，關於兩者的概念是否相同，在歐洲人權法院判例法上仍未明白澄清，學者指出，希望在未來，公約第 6 條第 1 項「依法律確立的法庭」原則可以達到類似於德國刑事訴訟法的要求，如同公約第 8 條第 2 項的法律保留原則和必要原則，或者如同第 5 條第 1 項拘束自由規定的合理性要求。其說明：把擔任法院成員規定的問題導向「由法律確立的」會比抽象的規定公平審判或是客觀無偏頗法庭來的好。尤其從德國法的眼光看來，可以預料將來歐洲人權法院的判例會出現，在德國法上從早期至今關於所謂的區法院或地方法院「流動管轄」（*bewegliche Zuständigkeit*）的爭執。其他還有如合法的更換法院成員的組成，刑事庭的設立或陪審團的參與也預計會是很高價值的「歐洲」爭論。而如果這些成為判例法後，

²⁵ Vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 597-598.

²⁶ ECHR, *Daktaras v. Lithuania*, Judgment of 10 October 2000, Appl. no. 42095/98.

²⁷ ECHR, *Daktaras v. Lithuania*, Judgment of 10 October 2000, Appl. no. 42095/98, §§ 33-8.

那麼法定法官原則的要求在人權法層次的保護之路，雖不中，亦不遠矣²⁸。

第一款 法官獨立性

第一目 獨立於任何其它國家機關

第二道關卡即是法庭必須是具有獨立性（independent tribunal）的，所謂「獨立性」如前所述，是指法院應該不服膺於任何國家其他機關，但這不是指背後完全沒有國家的存在才可以稱為獨立，而是指實質上不附屬於國家其他任何機關，特別是行政權。

然而，學者指出，獨立於立法權可能也同樣重要，也就是說，立法權可以提供法庭工作的素材，即法律，且亦可訂立規則以組織司法體系，但自己本身不適合承擔司法的功能，舉例言之，人權委員會在 *Crociani, Palmiotti, Tanassi and Lefebvre D'ovidio v. Italy*²⁹案中就曾如此強調：因為本案涉及對於政府行動部長的刑事訴訟程序，而當國會議員只有調查和起訴的功能時，尚未違反第6條的保障。但是相反地，在 *Demicoli v. Malta*³⁰案中，兩名被批評的國會議員在個案中擔任證人、受害人、告訴人以及法庭的角色，並對一名國會議員做出毀謗名譽的紀律懲戒，人權法院認為這裡很明顯國會無法被視作無偏頗的法庭。而當然於此，另一方面也引發擔任國會議員個人是否可以在同一時間擔任法官的問題。學者批評，人權法院迴避給予一個明確的答案，仍是如同往常一樣檢驗案例的事實，然後審查有沒有客觀要素可以構成懷疑法官無偏頗性，然而，從判決看來，似乎隱約表現出，個人是國會議員並不排除他可以擔任法官的角色，不過學者進一步指出，如果爭議的法院是憲法法院，則結論可能會有所不同³¹。

而除了立法權及行政權以外，學者也補充說明，司法自己本身也必須獨立於司法權。亦即，期待下級法院尊重上級法院的判例某程度上並沒有問題，然而，如果上級法院有權給予下級法院命令，例如該如何處理某個特別的個案，則將不

²⁸ Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg*, 2002, S. 598.

²⁹ ECommHR, *Crociani, Palmiotti, Tanassi and Lefebvre D'ovidio v. Italy*, Decision of 18 December 1980, Appl. no. 8603/79.

³⁰ ECHR, *Demicoli v. Malta*, Judgment of 27 August 1991, Appl. no. 13057/87. Cf. ECommHR, Decision of 15 March 1989, 在本案中，人權法院似乎並不否認立法機關可以具備司法功能，而之所以會宣告本案違反公約，是因為有兩名議員同時具有多重角色。但相反地，歐洲人權委員會則明顯認為，國會本身不能真的被視作法庭。

³¹ See *Trechsel*, *Human rights in criminal proceedings*, 2005, p. 53.

合於法庭之獨立性³²。

第二目 獨立性之四大標準

其次，儘管事實上無偏頗性和獨立性很難區分，但人權法院仍發展出許多法院合於獨立品質須具備的要求。而最早是出現在定義「法庭」的意義之判決中，*Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*³³案中爲了定義法庭一詞而曾提出獨立性的標準。在後來的判例法中則確立公式，如*Incal v. Turkey*³⁴案，人權法院表示，爲了確立法庭是否可以被認定合於公約第6條第1項的獨立性，其中必須檢驗：法庭成員指派的方式、職位的任期、對抗外在壓力的保障以及獨立的外觀。以下即一一討論此四個標準。

壹 任命方式

基本上，由於司法官任命的方式各國不盡相同，不僅在歐洲，在全世界亦然。有採法官民選制、國會推派制、政府推派制、國會提名政府任命制、司法部門委員會提名制、甚至有最高法院或上級法院推派下級法院制等等³⁵。因此，人權法院基本上是非常不情願去批評內國這個區塊。所以任命方式似乎也從來未被認真看待爲公約第6條下的問題，例如在*Lithgow and Others v. U.K.*³⁶案中，國務卿任命仲裁法庭的兩名法官，人權法院即認爲，本案法庭的成員雖然是由政府所指派的，可是並無違反公約。

但學者則認爲這樣的取徑並不是很令人滿意，並引用德國人一句話來形容：「*Wes Brot ich ess, des Lied ich Sing*」³⁷其指出，若是政府可以不受限制的去指派以及重新任命或是不重新任命法官的任期，則法官就很難被視爲獨立的，因爲法官們可能爲了避免失去他們的職位，而於決定個案時有很強的動機在某程度上討好政府。即便有適當地附加額外的控制，仍會維持一種不舒服的感覺，如美國總統可以藉由推派接近自己個人政治觀點的法官，以影響最高法院的態度即是一個令人明顯的例子。因此，其建議，最適當的指派方式和法官晉升的方式是藉由司

³² See *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 49.

³³ ECHR, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Judgment 23 June 1981, Appl. no. 6878/75, 7238/75, § 55.

³⁴ ECHR, *Incal v. Turkey*, Judgment of 09 June 1998, Appl. no. 22678/93, § 65.

³⁵ See *Rädler*, Independence and Impartiality of Judges in The Right to a Fair Trial, Weissbrodt and Wolfrum (ed.), 1998, pp. 738-739.

³⁶ ECHR, *Lithgow and Others v. U.K.*, Judgment of 8 July 1986, Appl. no.9006/80, § 202.

³⁷ 中文直譯爲：吃誰的麵包就唱誰的歌。

法會議做出提案，並且拘束國家元首或是司法部長³⁸。

貳 職位任期

關於任期的問題，在大多數的國家認為有義務將法官設定為終生職。但歐洲人權法院對此的要求顯然遠遠不及於大多數的國家，其在 *Ettl and others v. Austria* 案中接受 5 年³⁹，甚至在 *Sramek v. Austria*⁴⁰ 案也接受 3 年的任期。

學者指摘⁴¹，人權法院最終並沒有說明接受 3 年任期的理由，有點令人失望，因為事實上，3 年任期看起來極度的低。其還進一步指出，僅僅是任期的保障並不足夠，其他因素像是法官薪資也是同樣重要的問題。因為事實上，為了完全的獨立，給予法官有足夠的薪水維持某程度水準的生活也是非常重要的。其在準備關於喬治亞是否合乎加入歐洲理事會條件的報告時⁴²，曾經聽說司法成員接受賄賂是很平常的事，而喬治亞總統 Shevardnadze 面對這個指控，竟然公開的承認或許僅有二到三個法官在喬治亞是沒有貪污的，因為法官們的薪水大概約每個月 20 美元，這使得維持生活根本是不可能的。

參 對抗外在壓力之保障

學者對此則指出，第三個標準相對而言較為模糊不清，亦即，必須有足夠的擔保去對抗外在不適當地壓力。這與職務的任期所包含對法官異動可能性的限制有相當接近的關係。另一方面，這項因素在審判程序伴隨著街頭示威時也常被提到，還有媒體可能對法官獨立性及無偏頗性產生的威脅。這可能引起第 6 條公平審判權保障和第 10 條對自由加重保障的衝突。但其強調，司法強烈抗拒任何違反公平審判權的因素是非常重要的，因為這個違法不只是立即地違反申訴人的權利，也是在逐漸削弱法庭的獨立性與無偏頗性⁴³。

但就輿論壓力與媒體審判的問題，本文則有不同的想法。本文認為，既然對於獨立性的定義是「不受國家其他機關的干預」，那麼除非將社會大眾或是媒體當成國家的第四權，否則這樣的說法與原本對於獨立性的定位似乎有所扞格。因此，與其將問題推給獨立性，不如採用與德國法相類似的取徑，留待無偏頗性作解決。簡而言之，如果法官因為受到輿論壓力或是媒體報導的影響，那麼就是在

³⁸ See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, pp. 54-55.

³⁹ ECHR, *Ettl and others v. Austria*, Judgment of 23 April 1987, Appl. no.9273/81, § 41.

⁴⁰ ECHR, *Sramek v. Austria*, Judgment of 22 October 1984, Appl. no. 8790/79, § 37.

⁴¹ See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 55.

⁴² Council of Europe, Parliamentary Assembly, 'Report on Conformity of the Legal Order of Georgia with Council of Europe Standards', submitted by Trechsel and Ifoighel, 25 September 1997, AS/Bur/Georgia 1, 1997, § 115.

⁴³ See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, pp. 55-56.

審判個案時或審判之前，心中已有預設的立場，這將可能導致被告產生無法期待審判者是無偏頗的疑慮，而被認定為偏頗的法庭。

肆 獨立之外觀

無偏頗的法庭之權利相當強調外觀的重要性，然而，獨立性也採用相同審查基準，對此學者則批評是沒有意義的，其認為法院的獨立性只能取決於客觀標準，從歐洲人權法院的判例法來看⁴⁴，也可以發現，當人權法院提到關於獨立性的「外觀」時，其實這些議題涉及的事實都不是獨立性而是無偏頗性的問題⁴⁵。

第三目 獨立性之其他要件

除了歐洲人權法院判例法中對於獨立性的這四個標準外，學者還另外提出另外兩個重要因素以擔保獨立性，即判決的權威性與法庭的自主性⁴⁶。分述如下：

壹 判決權威性

首先，如果法院的判決可以拘束國家其他機關，才可以被視為是真的具有獨立性的。如 *Bentem v. Netherlands*⁴⁷案中，申訴人欲申請設置液態天然氣站，雖然法庭有權對於是否允許該許可證給予意見，但最後的決定權卻是在王室身上。因此人權法院認為，由於王室是不可能被視為法院的，因此審判獨立性的權利即被打破。

其次，在刑事案件而言，關於判決執行的決定可能在某程度上也必須獨立於行政機關，例如罰金可否分期付款、可否撤銷緩刑宣告等問題。在 *Assanidze v. Georgia*⁴⁸案中曾有詳細的討論：

申訴人涉及非法金融交易而被判有罪，並入監服刑，後來本罪受到總統特赦。另外，申訴人又被控犯下綁架罪，然其後獲判無罪，但主管機關卻不履行申訴人的無罪判決，仍持續拘禁申訴人3年。

人權法院於此反覆重申，法院判決的執行被視為公約第6條下保障的一環，如果會員國內國法律或行政系統允許使終局確定的無罪判決可以不生

⁴⁴ See for example, ECHR, *Sramek v. Austria*, Judgment of 22 October 1984, Appl. no. 8790/79, § 42; *Piersack v. Belgium*, Judgment of 01 October 1982, Appl. no. 8692/79, § 30.

⁴⁵ See *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, pp. 56-57.

⁴⁶ See *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, pp. 57-58.

⁴⁷ ECHR, *Bentem v. Netherlands*, Judgment of 23 October 1985, Appl. no. 8848/80, §§ 37 et seq.

⁴⁸ ECHR, *Assanidze v. Georgia*, Judgment of 8 April 2004, Appl. no. 71503/01, §§ 182-184.

效力以損害個人無罪判決，那麼這將違反公約第 6 條第 1 項。人權法院強調，申訴人不可能不擔心對於自己的刑事追訴的判決執行。而如果行政主管機關可以拒絕適用對被告的無罪判決，或甚至是延遲適用，則被告在司法程序可享有的第 6 條保障將會變成幻影。因而終局確定的司法判決在 3 年後仍然未被執行，將剝奪公約第 6 條第 1 項所有有用的效力。

附帶一提赦免的問題，赦免是指君主、總統、或是國會可能特赦或大赦有罪之人一部分或全部的判決執行。但學者指出，赦免其實是一種位於灰色地帶的命令，因為法律的設計通常給予赦免者具有不受拘束的裁量權，而當這個允許赦免的權利被恣意濫用，或者以其他帶有歧視性的方式應用時，則會影響法院判決的權威性。且其強調，赦免永遠都不可以是出於對判決結果的懷疑而生，也不應該被視為上訴的替代方案。另外其提出，赦免最危險的情況是，將某些呼應統治者目標或是執政黨目標的犯罪行為人，藉由赦免的方式，侵害有罪判決的執行，但很不幸的是，從公約看不到對這種侵害的保護方式⁴⁹。

貳 法庭自主性

就此，學者則指出，獨立法庭的權利暗示法庭對於他們的判決有全部的控制權，且不受任何其他國家機關意見的拘束。法官必須具有檢驗爭議事實和法律兩者的完整權限⁵⁰。並以 *Obermeier v. Austria*⁵¹ 案為例：

申訴人是一名身心障礙人士，其認為公司違法解僱，因而向勞動法院提起確認僱傭關係存在之訴。而與此同時，依照奧地利身心障礙人士（就業）法規定，解僱身心障礙人士必須經由身心障礙人士委員會的批准。於本案中，該委員會批准公司的解僱命令，後來申訴人向省長提起訴願，其仍不服訴願結果乃提起行政訴訟救濟，於是勞動法院宣告停止審判程序以待行政法院判決，然該解僱命令仍被行政法院維持，故勞動法院遂循此認定僱傭關係不存在。

人權法院首先表示，基本上身心障礙人士委員會以及負責審查委員會訴願案的省長，都不能被視為公約第 6 條第 1 項的獨立法庭。然而，省長的訴願決定可作為訴諸行政法院裁判的訴訟標的，則如行政法院符合公約第 6 條第 1 項對司法的要求，此訴諸行政法院裁判的制度即合於公約獨立審判的要求。

⁴⁹ See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, pp. 57-58.

⁵⁰ See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 58.

⁵¹ ECHR, *Obermeier v. Austria*, Judgment of 28 June 1990, Appl. no. 11761/85, § 69 et seq.

然而，由於關於委員會及省長做出解僱身心障礙人士的決定，奧地利相關的內國法並未有任何實質和精確的條文，因此行政法院於此將已限制在審查行政機關裁量權限是否有違反立法意旨。這意謂，在大多數委員會解僱的案例，包含本案在內，最後的結論通常會被行政法院友善的評價，而行政法院於此即並未進行任何有效的審查。是以，這樣限縮的審查模式無法合於公約第 6 條第 1 項下有效的司法審查，因而違反接近法院的權利。

第二款 法官無偏頗性

最後一道大門則是無偏頗的法庭 (impartial tribunal)，歐洲人權法院在過去的判例法中，一再的強調，「正義必須被彰顯而非僅僅達致」⁵²，無偏頗法庭被視為非常重要的概念，一旦辯方提出抗辯，就必須調查，除非是顯然不具法律意義 (manifestly devoid of merit) 的⁵³。因為這會攸關民主社會中，公眾對於法院的信心⁵⁴。所以，負責刑事被告判決之法院的成員不僅須是獨立的，亦須是無偏頗的，這兩項原則，適用在專業法官與參審法官，同樣也適用在陪審團制的法律合議機關⁵⁵。

學者指出，嚴格而言，無偏頗性不同於獨立性，並沒有組織法上的特質。各國的國家機關在組織法上必須具備獨立性之特質，才會是公約第 6 條第 1 項意義下的「法院」，而無偏頗性，則是進一步對於合議庭成員的品質要求。這項品質的要求前提是必須有法院的存在。不過於此的區分，僅是純粹釋義學上的爭論，因為，若要合乎公約第 6 條第 1 項要求下的法院之檢驗標準，法院就不只是須要為獨立的，也還必須為無偏頗的⁵⁶。

所謂無偏頗是形容一種在兩造之間呈現完美平衡的心理狀態，與無偏袒 (non-partisan)、中立性 (neutral) 同義。通常會以反面的方式來定義，例如，「沒有」偏袒或偏見的 (the absence of prejudice or bias)。人權法院曾提出一個貼切的公式，即無偏頗的法院是指法官對於眼前的事實，不應預先懷有偏見，且不應有促進其中一方利益的行為⁵⁷。其內涵主要是兩個面向的原則，一是法官不受個

⁵² 原文為“Justice must not just be done but must be seen to be done.”

⁵³ See *Starmer*, European rights law: The Human Right Act 1998 and the European Convention on Human Rights, 1999, p. 262

⁵⁴ See ECHR, *Poppe v. the Netherlands, Dorozhko and Pozharskiy v. Estonia*, etc.

⁵⁵ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 551.

⁵⁶ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 551-552.

⁵⁷ ECommHR, *Karttunen v. Finland*, Decision of 10 October 1994, Appl. no. 19761/92, § 7

人主觀利益或對系爭案件的偏見所箝制；其二則是客觀法秩序上，法官必須是制度上無偏頗的（institutionally impartial）⁵⁸。

簡而言之，訴訟程序的各個當事人應該有正當理由可以充分信賴，該審判的成員僅會基於他們合理的證據評價以及適用法律來決定案件⁵⁹。雖然現實上並不預期法官及裁判會完全無誤，但是這些錯誤必須是善意的，是出於對當事人或程序相關事實的錯誤，而不是偏見或偏袒的結果。⁶⁰

第一項 小結

綜合前述內容可以發現，此三者看似截然可分，但實際上如同前揭學者們所言，卻是彼此相重疊與架構，不過這也是何以德國內國法之實務與學說發展中，能藉由法定法官原則以及獨立性原則推導出無偏頗性的主因，雖然在制度目的上各有須要保障的主要內涵，但由於本質上三者之目的最終皆是為了保障同一件事，「負責審判之人須為中立客觀第三人」，所以其實核心概念就是法官必須處於中立第三人的角色，而此三者即是逐步從抽象規範的審查到具體個案的檢驗，一層層的篩檢以達到中立客觀的目的。

換句話說，三者在学习上其實應該是具有邏輯順序的：若非依法確立的法庭，則必定無法確保無偏頗性；如果是依法確立法庭但不具獨立性，通常亦讓人產生並非無偏頗法庭的質疑。而縱使成員國在前兩者都過關並未違反，即法庭是依法確立且未受國家其他機關干預的，但若在個案上又有其他不中立的情形，則會是欠缺無偏頗性的問題。

不過，由於本文主要的重心在於歸納歐洲人權法院肯認的偏頗事由，以作為我國法迴避事由的借鏡，因此，儘管獨立性、依法確立之法庭的問題與無偏頗性的關係難分難捨，但下一節會著重在無偏頗性的案件，除了有助於解讀我國刑事訴訟法明文之自行迴避事由的規範範疇外，特別是我國法中未明文列為迴避事由者，或許歐洲人權裁判也能作為足認有偏頗之「虞」適用上的參考。

第二節 歐洲人權法院與委員會關於無偏頗性之 裁判

⁵⁸ See *Summers*, Fair Trials, 2007, pp. 29-30

⁵⁹ See *Schmidt*, Deutsches Strafprozessrecht: Ein Kolleg, 1967, referred to *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 61, note 88.

⁶⁰ See *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 61

話雖如此，但歐洲人權公約畢竟是須適用於各歐洲理事會簽約國的上位法規，對迴避制度並沒有如同德國刑事訴訟法作具體規範，尤其是法官排除事由，當然是未置一詞，再加上判例法的性質，迴避制度所有的概念都必須藉由個案一一作釐清，最重要的是，究竟何種案例會被認為是偏頗的法庭？以下分別就無偏頗法庭的審查基準（第一項）以及無偏頗法院權利放棄之可能性（第二項）、申訴人、法院之義務及證明負擔之問題（第三項）、瑕疵治癒之可能性（第四項）、申訴到歐洲人權法院的偏頗事由（第五項），以及兩個特殊的公約競合問題：羈押與人身自由拘束、無罪推定原則（第六項）作討論，並輔以判例說明之。

第一項 無偏頗性之審查基準

曾有見解提出通案公式，認為如法官對該案的結果，有非無關緊要的個人利益、法官是一造的朋友或親人、法官是證人，或是因為個人經驗，而無法客觀的評價系爭個案等，皆應該直接認定違反無偏頗法庭⁶¹，如同德國刑事訴訟法預先規定的排除事由一般。但實際判例法中，人權法院並未做出如此肯定的概括結論，反而是具體審查個案有無違反無偏頗法庭之權利，而審查的基準雖然有很多方式，但從最早討論法官獨立性與中立性的判例時起，人權法院就將無偏頗法庭的審查區別為兩個面向，即主觀與客觀基準來作為審查的標準⁶²。

通常順序上會先以主觀基準觀察，次以客觀基準審查，而在大多數被宣告違反主觀基準的案例，大抵亦會被認定違反客觀基準。因此，本文擬先介紹主觀審查基準（第一款），再論客觀審查基準（第二款）。

第一款 主觀審查基準

詳言之，所謂無偏頗的主觀審查基準（Subjective Test）是指法官個人主觀想法，各內國法院必須盡力探知法官在特定情況下，個人的信念或愛好。法官個人是否有顯示出敵意或是特別愛好，卻仍繼續參與審判，即違反無偏頗法庭之權利。具體適用如，*Kyprianou v. Cyprus*⁶³：

【交付情書案】

申訴人 Kyprianou 為一名執業 40 年的律師，為一名被控謀殺的被告進行辯護，當他在詰問控方證人時，法庭打斷他的話，他深感被冒犯，立即異

⁶¹ See *Amos*, Human Rights Law, 2006, p. 318

⁶² ECHR, *Piersack v. Belgium*, Judgment of 1 October 1982, Appl. no. 8692/79, § 30.

⁶³ ECHR, *Kyprianou v. Cyprus*, Judgment of 15 December 2005, Appl. no. 73797/01.

議，要求庭上撤回詰問限制，否則他的功用在庭上無益。法院拒絕，申訴人遂指涉庭上兩名法官在他進行詰問時傳遞”ravasakia”⁶⁴。法院要求申訴人道歉，以減輕其破壞的行為，否則就接受審判。申訴人不認為自己有何罪行，聲稱他是在為一個很嚴重的案子辯護，氣氛很緊張，只說了應該說的話，所以拒絕道歉。在休會 10 分鐘後，法院以「申訴人說話的內容，方式和語調以及聲音看來，如果法院反應不直接和激烈，那正義的權威性和完整性將會被災難性的破壞。而且，作為人，他們也深深地受到了申訴人的侮辱」，因而宣告申訴人該當藐視法庭罪，並判決 5 日拘役。隔日申訴人上訴最高法院，但判決並未停止執行，於申訴人執行完畢後約兩個月，最高法院才表示巡迴法院認定事實、適用法律並無違誤，維持原審判決。申訴人認為宣告其藐視法庭罪的法官本身欠缺無偏頗性，遂申訴至人權法院。

關於主觀檢驗，人權法院同意，根據所揭露的事實，已經可以得出巡迴法院在討論申訴人時，的確表明一定程度的個人偏好，巡迴法院將”ravasakia”一詞解讀為「情書」而不是「紙條」時即可知，更何況，巡迴法院法官也承認，「作為人，他們已經深深受到申訴人侮辱了」，所以，儘管他們接著說，他們並不是最關注自己的感受，但人權法院仍認為，內國法官對於申訴人過於激動的反應，是缺少無偏頗性的證明，尤其是他們匆忙、草率的判申訴人刑事藐視法庭罪，而不考慮其他較為溫和的措施，例如警告、向申訴人的職業機關告發、或除非撤回陳述，否則拒絕聽取申訴人說明，或要求申訴人離開法庭等等。而人權法院之所以會主觀檢驗認定違反無偏頗性，很重要的因素是，法官直接對申訴人施以最嚴厲的懲罰，立刻入獄！

但在適用主觀檢驗時，從歐洲人權法院早期在 *Piersack v. Belgium* 案確立基準後至今的判例法，一直都傾向較保守的態度，亦即，原則上必須推定法官個人主觀的無偏頗性，直到有相反的證據證明⁶⁵。然而，欲證明法官內心欠缺無偏頗性通常非常困難，在大部份案例，多半很難取得反駁推定的證據，例如 *Sander v. U.K.*⁶⁶：

【死不承認案】

⁶⁴ ECHR, *Kyprianou v. Cyprus*, Judgment of 15 December 2005, Appl. no. 73797/01, § 41，這是本案之所以會引起雙方衝突的導火線，因為申訴人表示法官在傳遞”ραβασάκια“（又做 ravasakia），而這個字在希臘語有兩種意思，一是指情書，另一個意思則是指便條、短訊。申訴人堅持自己所指乃便條，而法官則認為申訴人是指涉者為情書。

⁶⁵ ECHR, *Piersack v. Belgium*, Judgment of 1 October 1982, Appl. no. 8692/79, § 30, “The personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary.”

⁶⁶ ECHR, *Sander v. U.K.*, Judgment of 9 May 2000, Appl. no. 34129/96.

申訴人 Sander 是亞洲人，被控與另一名亞洲人共同詐欺。在辯護後的總結期間，一名陪審員匿名寫了一張紙條給法官：「我決定我不能保持沉默了，在審判期間，有的時候我覺得共事的陪審員並沒有認真的看待他們的責任。至少兩個人公開談論種族主義或是以之為玩笑，而我擔心會判被告有罪是因為他們是亞裔，而非出於對證據的評價。我擔心被告因此受到不公平的審判。您可否給我建議？在這個情況下我可以作些什麼？」

法官告誡陪審團，並表示本案已耗費相當多資源，所以要求陪審員摸著自己的良心。如果無法放下偏見，依證據審判的話，請告訴法官，他會決定接下來該怎麼作。隔天，陪審團發出一封全體信：「在陪審團成員下簽名的我們，希望針對昨天提出關於暗示可能有種族歧視的紙條，向法院提出回應，並且紀錄在案：1.我們完全反駁這個指控；2.我們深深地被這個指控冒犯了；3.我們向法院保證，只根據證據做出判決，而沒有種族歧視。」此外，法官收到自認被指涉開種族歧視玩笑之陪審員的信函，然而其強力否認有種族歧視。故法官決定不解散陪審團，繼續進行審判。申訴人最後被判有罪，因此申訴至歐洲人權法院。

人權法院認為，從主觀角度觀察，自一名陪審員提出自己可能被指涉開種族主義玩笑的聲明信可得知，至少有一人的確曾發出可能被理解為嘲諷亞裔族群的評論。但就人權法院的觀點，這並不等於該陪審員真的對申訴人有偏見的證據。此外，人權法院指出，由於陪審團的評議是不公開的，要求主審法官去質疑該陪審員種族評論的真實與否，以及事件的來龍去脈是不可能作到的。因此，從主觀觀點看來，這尚未確定審判申訴人的法庭是缺乏無偏頗性。

是以，多數見解即認為，陪審團開種族歧視的玩笑，並不等於該陪審員真的對申訴人有偏見的證據，故尚未達推翻推定法官無偏頗性的程度，而認定通過主觀審查基準。

然而，本案 Loucaides 法官提出不同意見書，其指出，至少有一名陪審員承認，曾經公開討論種族歧視的玩笑和意見，而這已足夠成為推翻法庭是無偏頗的證據，且雖然該案法官曾經告誡陪審團，試圖減輕這樣的危險，但多數意見自己也認為，由一位法官明確、詳細且有利的勸告或指示，也不會在一夜之間就改變種族主義觀點，因此，陪審員在履行其職務時，做出種族歧視的玩笑或評論，被告顯然在這場競賽當中是處於劣勢，而不能得到公正、無偏頗的待遇，故從主觀基準觀察即已違反公約第 6 條第 1 項⁶⁷。

⁶⁷ ECHR, *Sander v. U.K.*, Judgment of 9 May 2000, Appl. no. 34129/96, Partly concurring, partly

除了 Loucaides 法官在【死不承認案】的不同意見書以外，亦有論者強力批評，其強調主觀審查基準是非常重要的，並指責人權法院只有在非常例外的情況才會考慮一個法官有個人偏見，通常時候並不情願提出任何歸咎於特定個人身上的結論，有時甚至與內國法官相當團結⁶⁸。但人權法院於此則不斷重申，「記著！我們還有客觀基準提供更高的保障。」⁶⁹

第二款 客觀審查基準

由於在實際案例中，果真被人權法院宣告違反主觀基準的案例少之又少。有鑑於主觀檢驗困難，人權法院在絕大多數無偏頗性的問題，重點都在於提高客觀檢驗 (Objective Test)，以客觀無偏頗性的要求，來提供更重要的保障⁷⁰。因此如前述的【死不承認案】，*Sander v. U.K.*⁷¹中，人權法院隨後即接著謂：

但是，從客觀角度觀察，首先，其中一名陪審員寫的另一封信中，已間接承認他開種族主義的玩笑。其次，全體信中，該名投訴的陪審員也一同簽署駁斥傳言的聲明，這使人懷疑該封全體信的公信力，顯然原本基於由衷的擔憂而發出的那封信才是可信的，更何況該名陪審員的身份如果被揭露，當然會影響其在陪審團中的立場。最後，人權法院指出，全體信並無法消弭便條的指控，因為一般人自然都會傾向去避免公開承認種族主義。更何況，當一個人在從事陪審團工作時，更不容易預期會公開承認種族主義。

而雖然英國政府表示，法官已曾經對陪審團重新定出方向，也尋求陪審員明確、積極做出無偏頗的保證，但是人權法院認為仍不足夠，因為縱使法官明確訓誡，但人也不會在一夜之間就改變種族主義觀點。所以法官應以更加有力的方式反應，而不應僅是尋求陪審員能夠摒棄成見的模糊保證。因此，法院未能提供足夠的保證，以排除任何客觀理由或合法該法庭的無偏頗性的懷疑，故最後以 4：3 的比數，宣告英國違反公約第 6 條第 1 項。

本文接下來即進一步介紹客觀審查基準。

所謂客觀審查基準是取決於法官是否提供了足夠的保證，以排除任何這方面的合理懷疑 (legitimate doubt)。即以理性之人或一般社會大眾的角度來審查法官是否存有偏見，當然，還包括從申訴人的角度觀察，法官外觀上看起來是否無偏頗的，或是否引起客觀無偏頗性的擔憂。而被告的立場在這方面雖然有很重要的

dissenting opinion of judge Loucaides.

⁶⁸ See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 63

⁶⁹ ECHR, *Pullar v. U.K.*, Judgment of 10 June 1996, Appl. no. 22399/93, § 32

⁷⁰ ECHR, *Pullar v. U.K.*, Judgment of 10 June 1996, Appl. no. 22399/93, § 32.

⁷¹ ECHR, *Sander v. U.K.*, Judgment of 9 May 2000, Appl. no. 34129/96

關聯，但並非決定性的因素，因為申訴人個人的感覺根本無法被證明，且如果個人可以決定他們想不想要接受該法庭，還有濫用的危險⁷²。而通常會被認定欠缺客觀無偏頗的類型，例如像是擔任與已相關案件的法官，如前述的【交付情書案】，*Kyprianou v. Cyprus*⁷³：

人權法院也繼續指出，本案決定性的關鍵是，判申訴人藐視法庭罪的法官與被藐視的法官是同一位。從客觀角度而言，這本身就足以引起法庭無偏頗性的合理懷疑，因為任何人都不得擔任與已有關案件的法官。雖然政府的堅持，判決被告藐視法庭罪的法官，在訴訟中不能被視為告訴人。但人權法院認為，理論上而言，藐視法庭罪之規範保護目的並無涉於法官個人法益，而僅是為了捍衛法院權力與地位的保護法益。但現實情況是，法院實質上並非客觀存在的組織，僅是藉由組成的法官，呈現客觀功能。是否該當藐視法庭罪，必須由個別法官基於自己個人的理解、情感、尊嚴感和行為標準進行評價。如果法官認為自己被冒犯，他們個人的負面感受會強加在是否該當藐視法庭罪的判斷之上。因此，參考美國最高法院在 *Offutt v. USA* 案中的聲明，為滿足無偏頗性的要求，當法官在面對自己的法庭時，無法被認定為具有足夠之客觀性去判定關於藐視法庭罪的問題⁷⁴。應另提交給檢察機關調查，如有必要，起訴並由不同的法官作決定始合法。

至於其他類型，像是先前曾經參與同一案件⁷⁵，則不必然會違反客觀審查基準，仍須依個案是否產生法官先前參與可能容易形成申訴人有罪見解的合理懷疑（legitimate doubt）而定⁷⁶，舉例言之，如法官曾經擔任過本案的檢察官⁷⁷、警察⁷⁸通常會被認定無法通過客觀審查，故違反無偏頗性。然而，若是法官曾經負責審理同一判決，則不必然會違反客觀審查基準，對此後文將一同於偏頗事由中詳述之（請參閱第三章第二節第五項第三款）。

⁷² See *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 62.

⁷³ ECHR, *Kyprianou v. Cyprus*, Judgment of 15 December 2005, Appl. no. 73797/01.

⁷⁴ 該聲明原文如下：“But judges also are human, and may, in a human way, quite unwittingly identify offence to self with obstruction to law. Accordingly, this Court has deemed it important that district judges guard against this easy confusion by not sitting themselves in judgment upon misconduct of counsel where the contempt charged is entangled with the judge’s personal feeling against the lawyer.”

⁷⁵ 較為詳細的分類請參閱 *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005., pp. 66-78

⁷⁶ *Clayton/Tomlinson*, Fair Trial Rights, 2nd, 2010, p. 172.

⁷⁷ ECHR, *Piersack v. Belgium*, Judgment of 1 October 1982, Appl. no. 8692/79.

⁷⁸ See, for example, ECHR, *Jón Kristinsson v. Iceland*, Report of 1 March 1990 Appl. no. 12170/86; ECommHR, *Sverrisson v. Iceland*, Decision of 4 December 1989, Appl. no. 13291/87.

第二項 無偏頗法庭權利之放棄？

無偏頗法庭權利可否放棄的問題，涉及到，如果權利可以放棄，而權利人也確實放棄，則事實上也沒有繼續審查的必要。而身為公平審判權中重要的一環，究竟有無可能放棄之？

有學者採肯定見解，認為放棄由無偏頗法庭判決之權利是可能的⁷⁹。且有學者見解進一步指出，放棄權利必須是出於自願的，由知情的一造明確表示不主張或提起反對。如果沒有意識到自己有反對或不主張的權利，那麼放棄是無意義的。若是沒有清楚、明確的表達放棄，放棄亦非有效的，所以申訴人對法律的無知，不足以形成政府指摘已放棄權利的抗辯⁸⁰。而對此，人權法院曾在 *Pfeifer and Plankl v. Austria* 案觸及這個問題，並似乎在 *Bulut v. Austria* 案後已得出定論。

第一款 *Pfeifer and Plankl v. Austria* 案

【棄權無效案】

在 *Pfeifer and Plankl v. Austria* 案⁸¹中，涉及 2 名法院的法官（K 與 A）在刑事案件中擔任調查法官（Untersuchungsrichter）的問題。K 法官曾發布對申訴人 Pf 之逮捕令，根據奧地利刑事訴訟法第 68 條第 2 項，K 法官原應自行迴避。K 法官後來卻擔任申訴人本案之審判長，在主審程序之前，K 法官主動到監獄中與申訴人 Pf 單獨會面，詢問申訴人是否願意放棄「法官未迴避將致使判決無效」的主張⁸²，而由於當時法院並未通知辯護人一同會面，

⁷⁹ See *Millar v. Procurator Fiscal*, Elgin, 2001, 1 WLR 1615, referred to *Amos*, Human Rights Law, 2006, p. 323

⁸⁰ See *Amos*, Human Rights Law, 2006, p. 323

⁸¹ See ECHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Judgment of 25 February 1992, Appl. no. 10802/84, §§ 35-39.

⁸² 奧地利舊刑事訴訟法第 68 條第 2 段規定，如果曾經擔任過調查法官，則其不得參與相同案件的審理。第 281 條第 1 段規定，如果法院未正當組成，或者如果參加審判的法官依據第 67、68 條被取消資格，可作為判決無效的上訴理由，除非這個無效的瑕疵是上訴人於審判前或審判中已得知，而其未於審判開始或知悉時提出。是以，本案中，主審法官即是詢問申訴人是否願意放棄因為法官曾經擔任調查法官，而再參與審判程序會造成判決無效的上訴權利。

附帶一提的是，由於調查法官在偵查階段中擁有廣泛的介入權限，甚而負責有關案件調查及起訴與否的基本決定，目前新修正的奧地利刑事訴訟法已經揚棄調查法官制度，曾經遍佈歐陸各國的調查法官制度迄今僅剩法國還存留，關於調查法官制度進一步的介紹，請參閱林鈺雄，〈改革偵查程序之新視野—從歐洲趨勢看我國法走向〉，《月旦法學雜誌》，第 157 卷，2008 年 6 月，頁 202-223；林鈺雄，〈區域性國際人權法院與內國法之互動—以歐洲人權法院裁判對奧地利刑事法之影響與改造為例〉，《月旦法學雜誌》，第 148 卷，2007 年 9 月，頁 33-56；調查法官與偵查法官的比較，請參閱王士帆譯，〈法官在刑事偵查程序之角色—以德國法與法國為例〉，《檢察新論》，

申訴人 Pf 也自認無須諮詢辯護人，隨即向 K 表示願意放棄。後來 K 在審判期日又告知申訴人，另名審理的 A 法官，是 Pf 被逮捕當天的值班法官，所以當時曾負責訊問申訴人 Pf 犯行並裁定羈押者，也是調查法官，而申訴人再度在辯護人缺席的情形下，表示同樣願意放棄主張判決無效。申訴人即由 A、K 法官和兩位參審員判決有期徒刑 3 年。其後，辯護人以違反偏頗事由上訴皆遭駁回，理由正是申訴人已經放棄權利，不得再行主張。

歐洲人權法院首先檢驗 K 與 A 法官在先前調查程序階段所負責的角色，但於此，並不是詳細個別檢驗法官先前調查行為是否成立偏頗事由，而是由於法官擔任調查法官又參與審判本身即違反內國迴避規範，既然內國立法者已經預設該情形的法官應當迴避，於此同時既非無偏頗法庭、法庭亦非依法確立的，故得出違反公約第 6 條第 1 項之結論。

人權法院指出，根據判例法，公約所保障的權利在一定限度內得放棄之，但必須以清楚明確的態度為之，而且，為有效達成公約目的，程序權利的放棄也須留意個別權利的重要性，不能低於公平審判的最低保障。再者，內國政府也承認，奧地利刑事訴訟法並沒有放棄迴避聲請權的相應規範，且即便有相應規範，如此重要的訴訟權利不該僅取決於當事人一方的決定。尤其本案中所涉迴避聲請權利的放棄，是法官主動去找申訴人，而申訴人在其辯護人缺席的情況下所聲稱的，故尚涉一個重要的法律問題，身為法律門外漢的申訴人很可能並不是充份評估該問題後所作出的決定，放棄迴避權利的聲明在這情形下顯然是有問題的，縱然申訴人自己曾陳述：其認為辯護人不必在場，結論亦無不同。

至此，即便肯認本案所爭執的程序權利得由辯方拋棄，但從公約的角度看來，申訴人在這種情況下放棄迴避權利的聲明是無效的。故宣告奧地利違反公約第 6 條第 1 項。

第 11 期，2012 年 1 月，頁 314-329.

原文為：“Article 68 para. 2 of the Code of Criminal Procedure provides that **a person shall be disqualified (ausgeschlossen) from participating in a trial if he has acted as investigating judge in the same case.**”

“Article 281 para. 1 of the Code of Criminal Procedure lays down the specific circumstances in which **an appeal on grounds of nullity may be made**, including:

1. If the court was not properly constituted, ... or **if a judge took part in the decision who was disqualified (under Articles 67 and 68)**, unless the ground of nullity was known to the appellant before or during the trial and was not raised by him at the beginning of the trial or as soon as he became aware of it.”

第二款 *Bulut v. Austria* 案

歐洲人權法院迂迴的說：縱使可以放棄，在【棄權無效案】中的放棄因為辯護人未到場而無效。看起來似乎是肯認可以放棄無偏頗權，也因此，被奧地利政府引作為另一則類似案例的抗辯事由，即 *Bulut v. Austria*⁸³：

【調查法官案】

申訴人 Bulut (下稱 B)，是一名服務生，他被指控企圖賄賂就業局的工作人員，行賄兩名公務員幫他偽造證明。開始審判前，地區法院主審法官通知申訴人的律師 Heiss (下簡稱 H)，告知法庭中一名法官 Schaumburger (下稱 S)，曾經擔任本案調查法官，在調查程序中參與訊問兩名證人，因此 H 被要求告知法院，在這個基礎之下，是否想聲請法官 S 迴避。H 回答道：關於法官有依法不得執行職務而應迴避的公平審判權利，以及若未迴避後續會導致判決無效的上訴權利，是不可能被放棄的，放棄法定的迴避事由也不會使無效判決變得有效，頂多在法官有其他足認偏頗之虞時，可能允許放棄聲請迴避之權利。

內國法院認為 H 並未直接表明要聲請法官迴避，於審判期中，法院開始審理證據之前，主審法官再次提到法官 S 曾擔任調查法官，參與部分的預審程序，並在審判記錄載明，雙方放棄提出以此為無效理由的權利。其後申訴人 B 在此情況下獲判有罪，處以罰金並緩刑 3 年。後來 B 提起上訴，理由就是法官 S 參與審判導致判決無效。然而，最高法院參酌審判筆錄記載，認為辯方已經放棄權利，因此不足以使判決無效，駁回 B 此部份之上訴，且因檢察官亦提起上訴，最終最高法院再增加判處申訴人 9 個月的監禁，並緩刑 3 年。

是以，申訴人將案件申訴至歐洲人權法院，並指出，內國刑事訴訟法第 68 條第 2 項已有明確的規定，而且此係強制規定，並沒有賦予被告斟酌的權利，故其並不認為提出放棄權利是合法的，更何況，在本案審判紀錄，辯方律師也沒有放棄質疑法官 S 參與審判將是判決無效之理由的權利，相反地，辯方律師明確指出，這種放棄在法律上是不可能的，因此，聲稱放棄權利的說法是無效的。

然內國政府則認為，從第 68 條第 2 項的條文文義來看，並沒有主動排除法官審判資格的功能，且配合同法第 281 第 1 項來看，也必須是被告提出質疑才會導致判決無效，而主審法官詢問時，已將雙方放棄權利記明於筆錄，

⁸³ ECHR, *Bulut v. Austria*, Judgment of 22 February 1996, Appl. no. 17358/90.

辯方也未提出修改的意見。故由 *Pfeifer and Plankl v. Austria* 案的判例法看來，既已肯定可以放棄無偏頗權利，本案又是由有經驗的辯護人放棄爭執的，因此並未違反公約。

對於第 68 條第 2 項及第 281 條第 1 項的解釋，奧地利內國法院的結論是，當事人得放棄主張判決無效的權利。而人權法院則指出，其得自主性解釋法律，不受內國法院法律見解的拘束，不過，於此，其不質疑內國法院解讀第 68 條之權利得有效放棄的說法。但無論現實上有無放棄權利，人權法院仍決定進一步審查法官參與審前質詢證人程序之後又參與審判程序。

從客觀基準的部份，人權法院肯認申訴人主張，認為如果審判的成員曾經擔任調查法官，負責預審程序中調查並且訊問證人，確實可能會引起申訴人對法官無偏頗性的疑慮，然而，這個疑慮是否可以視為客觀無偏頗性的理由，必須取決於每個具體案件⁸⁴。而本案法官僅是曾處理過本案的審前階段，但並未負責準備案件或決定被告是否應該受審，也未涉及其他任何證據判斷，未達成任何的結論，因此在這有限的範圍內，申訴人的疑慮無法該當客觀理由。故關於無偏頗法庭此部份並未違反公約。

第三款 學說見解與不同意見書

有學者指出，綜合【棄權無效案】、【調查法官案】看來，歐洲人權法院於此似乎認為可以放棄無偏頗權利，但必須有所限制，且須維持最低程度的保障，不能只單獨取決於當事人⁸⁵。

然而，歐洲人權法院並不質疑內國放棄權利是有效的說法受到強力批評，學者認為歐洲人權法院在【棄權無效案】看似做出權利可以放棄的結論，但該案爭點其實並非權利可否放棄，而是是否為有效放棄⁸⁶，雖然人權法院在判決曾提到：「根據判例法，公約所保障的權利在一定限度內得放棄之，但必須以清楚明確的態度為之，而且，為有效達成公約目的，程序權利的放棄也須留意個別權利的重要性，不能低於公平審判的最低保障。」但究竟無偏頗權利本質上是否屬於公約得放棄的權利，事實上並未作出明確的表示，僅是說道：「至此，即便肯認本案所爭執的程序權利得由辯方拋棄，但從公約的角度看來，申訴人在這種情況下放棄迴避權利的聲明是無效的。」顯然是「退萬步言之」在作假設，【棄權無效案】之所以會被認為放棄無效，是因為律師不在場的時候，法官主動到監所牢房去找

⁸⁴ See for example ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. no. 10486/83, § 50.

⁸⁵ See *Reid*, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 3rd(ed.), 2008, p. 136.

⁸⁶ See *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, p.70, note 135.

申訴人，申訴人才放棄爭執的，故人權法院認為此種情況下，縱然權利得放棄，本案亦非有效的放棄權利，所以仍繼續審查是否合乎無偏頗法庭之要求。但是【**調查法官案**】的情況則相反，放棄爭執法官無偏頗性的權利，從審判筆錄看來，是被有豐富經驗的辯方律師所接受的，所以人權法院不應該同意奧地利政府直接援引【**棄權無效案**】為判例，而不細究所謂無偏頗權利可放棄的說法。

而在【**調查法官案**】中也有 Morenilla 法官提出部份不同意見書，其指出，無偏頗法庭之權利是絕對的權利，不可能合法地放棄，因為從憲法角度而言，刑事法院是一個公共政策的問題，不能留給被告的個人意願作決定。當然，其不否認有些程序上的權利可以放棄，但最重大根本的基本權，如無偏頗法庭之權利，並不容許放棄⁸⁷。是以，有學者見解認為，從無偏頗性在司法制度信心的重要性來看，無偏頗法庭權利的要求可以被放棄是不大可能的事，尤其人權法院在有些已經有證據可證明為欠缺無偏頗法庭的個案中，也曾明白指出，於此種情形，不管在任何條件之下，都不可能保障到個人的公平審判權⁸⁸，等於是間接否定以無偏頗法庭權利已被當事人所拋棄，而使偏頗的法庭起死回生，變成不違反公約的可能性⁸⁹。

不過，所幸即便在申訴人明白聲稱放棄權利的案例中，如【**調查法官案**】所示，歐洲人權法院雖然對內國政府的抗辯不置可否，但最終仍會再下一步檢驗法庭的無偏頗性。因此，本文大膽得出結論，其實人權法院並沒有真正的肯定權利可以放棄，相反地，即便申訴人放棄權利，依然審查個案是否合於公約要求。

附帶一提的是，在本脈絡所引用的兩個案例，【**棄權無效案**】、【**調查法官案**】尚涉及另一個面向的問題，即自行迴避事由與依法確立之法庭。學者指出，內國法多半會部份明文列舉某些情形作為法官迴避事由，並規定合於要件之法官不得再參與刑事被告的審判。而此對於歐洲人權公約而言，除非，法官違反各該內國迴避規範並繼續參與審判，本質上就是適當的、可以理解的，不致於會引起法院無偏頗性之客觀合理懷疑的情形，那還有機會合於公約無偏頗性的要求。但是，若是從法庭須依法確立的角度看來，原本應被剝奪審判資格的成員卻繼續參與案件，這樣的刑事審判法庭，最後結論也會不合於公約第 6 條第 1 項的另一項要求。而由此可見，依法確立與無偏頗法庭之間，兩者的確也是休戚與共。據此，人權法院在【**棄權無效案**】，之所以判決奧地利敗訴，以欠缺無偏頗性而宣告違反公約，是因為該案件所涉及的偏頗事由，根據奧地利內國法是被認定會招來偏頗的質疑，內國法規定法官應自行迴避的規範，顯示內國立法者也致力於，排除法院

⁸⁷ ECHR, *Bulut v. Austria*, Judgment of 22 February 1996, Appl. no. 17358/90, Partly dissenting opinion of judge Morenilla, § 5

⁸⁸ ECHR, *Hulki Gunes v. Turkey*, Judgment of 19 June 2003, Appl. no. 28490/95.

⁸⁹ See Human Rights Practice R.12: August 2006, § 6.135.

看起來可能欠缺無偏頗性的每種疑慮，而此亦是德國聯邦最高法院⁹⁰對於德國刑事訴訟法第 22 條、第 23 條明文列舉排除事由所抱持的觀點⁹¹。

將公約的解釋去連結內國法律對「法院」的法定要件，誠然是很容易落實的路徑，但與此相反地，人權法院在【調查法官案】卻沒有持續一貫的將內國法直接連結到公約，而是依照先前成員的具體活動，一一去評價是否有違反無偏頗性。然而，學者批評，違反內國自行迴避規範而樹立的法院，還謂合於無偏頗性，其實是很難說服人心的，尤其在模稜兩可的案件中，公平原則（Fairnessgebot）大概又得再次充當調整手段。是以，較值得贊同的作法應該是，比照人權法院在審查是否合乎公約第 5 條的方法，即對於人身自由剝奪之合法性，存在於內國層次的制度保障，同樣應被歐洲人權法院所強力遵循，並且允許在解釋公約時連結內國法律，若是國家機關連在內國法中剝奪人身自由的規範也違反，原則上就會被歐洲人權法院宣告違反公約。而在無偏頗性的審查時，連結內國法的方式，亦即，若已由內國立法者擬制為偏頗事由，則違反法定事由的法院，就不可能會是公約第 6 條要求下的無偏頗法庭⁹²。

第三項 申訴人、法院之義務與證明負擔

第一款 申訴人指摘義務

此外，無偏頗權利涉及一個問題，申訴人（或其辯護人）對於法院無偏頗性的質疑，是否以申訴人必須在主要審判程序之前或之中指摘（Rügepflicht）為必要條件？

申訴人是否已依內國法主張聲請迴避權或是拒卻權，在歐洲人權公約第 35 條第 1 項⁹³要求須窮盡所有內國救濟途徑中，確實是有其意義的。不過公約第 35 條第 1 項的規範僅有提到通往歐洲人權法院前程序之合法性，但並未直接說明，假若會員國可能有違反公約的情形，但申訴人卻忽視相關的內國救濟途徑，而違反公約第 35 條第 1 項，案件是否因此就不被歐洲人權法院受理的問題。

⁹⁰ BGHSt 44, 4, 7; BGH, NJW 2000, 1274, 1277.

⁹¹ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 555.

⁹² Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 555-556.

⁹³ 歐洲人權公約第 35 條第 1 項，英文版公約：“The Court may only deal with the matter *after all domestic remedies have been exhausted*, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken.”

對此，學者舉出兩則案例說明⁹⁴，首先是在 *De Cubber v. Belgium* 案⁹⁵中，儘管申訴人只是口頭上對在場的法官提出異議，而疏忽掉正式提出偏頗的拒卻聲請，但人權法院於本案仍肯認法官欠缺無偏頗性。再者，在 *Barbera v. Spain* 案⁹⁶中也是相類似的情況，從法官在審理案件中顯露出仇視言行，加上其身穿的制服上之徽章，已經可以得出無偏頗性的質疑，但根據西班牙法律，法官的拒卻應該盡可能在主要審判程序開始後，或者在被宣稱是仇視的言行發生之後立刻提出，申訴人雖未依法立即拒卻，但已經對法官提出指責與抗議，因此，歐洲人權法院也沒有以未窮盡內國救濟途徑而不討論無偏頗性的申訴案件。所以該名學者也指出，這兩則判決對於是否存在指摘義務的問題而言，實際上不大具有重要意義，因為對於法官無偏頗的質疑，申訴人皆已經用口頭表達過了。

不過，人權法院在 *Hauschildt v. Denmark* 案⁹⁷中，曾對無偏頗法庭權利是否須窮盡法律救濟途徑來作探討。本案件的特殊性即在於，申訴人自始至終皆未利用內國救濟途徑，對可能涉及偏頗的法官提出迴避聲請或上訴，因為申訴人的辯護人告訴他：依照丹麥內國法院向來的法律解釋，法官曾經裁定延長羈押被告，後來又參與審判者，並不該當迴避事由。是以，歐洲人權法院認為，丹麥政府也無法否認，以法官曾參與延押裁定又負責審判程序作為迴避事由的聲請，多年來從未有人成功聲請法官迴避，而法官們也都自認無庸主動迴避，故申訴人及其辯護人在當時的情境下，有合理的根據相信迴避聲請註定會失敗，而丹麥法律在此刻顯然並未提供申訴人有效的救濟途徑得以拒卻法官，因此，雖然申訴人就此並未先窮盡內國救濟途徑，但人權法院仍決定進一步去審查個案有無違反無偏頗性的問題⁹⁸，而最終宣告丹麥違反公約。

另一則 *Castillo Algar v. Spain* 案⁹⁹中，則有不同的取徑，本案申訴人及其辯護人在審判程序之前皆未提出法官可能有偏頗的質疑，後來上訴到西班牙最高法院及憲法法院時，才指摘法官有義務應自行迴避，但皆被以無理由駁回上訴，其後申訴到歐洲人權法院時，西班牙政府遂爭執，申訴人未在審判開始前及時聲請迴避，顯然未窮盡內國救濟途徑，應駁回申訴。而人權法院則是重申，要求窮盡內國救濟途徑的目的在於，使簽約國在案件被申訴到人權法院之前，能有事前防止或事後糾正以避免違反公約的機會，因此要求申訴到人權法院前，須先在內國

⁹⁴ Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg*, 2002, S. 556.

⁹⁵ ECHR, *De Cubber v. Belgium*, Judgment of 26 October 1984, Appl. no. 9186/80.

⁹⁶ ECHR, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, Judgment of 06 December 1988, Appl. no. 10590/83.

⁹⁷ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. no. 10486/83.

⁹⁸ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. no. 10486/83, §§ 39-42.

⁹⁹ ECHR, *Castillo Algar v. Spain*, Judgment of 28 October 1998, Appl. no. 28194/95.

法提出異議，至少實質上或態度上有此作為。雖然本案申訴人或其辯護人並未提出迴避聲請，確有疏忽，但無可否認的是，後來內國法院也沒有利用後續的救濟程序，來糾正瑕疵以防止違反公約意旨，故其一致贊同，未依內國法律規定及時先行指摘，對於本案無偏頗性的欠缺並沒有實質影響，申訴人仍可能是無法信任法官的狀態，最後同樣宣告西班牙敗訴¹⁰⁰。

綜合以上歐洲人權法院的見解，僅從內國法適用上的角度而言，顯然如果申訴人未於知悉事由後立即提出法官迴避的聲請，不代表法官偏頗的情形就會被治癒，也不意味後續就不能再以上訴救濟之，相反地，若是內國法院並未利用申訴人上訴救濟的機會，糾正偏頗法庭的問題，仍是可能會被進一步宣告違反公約。

第二款 內國法院調查義務

內國法院是否必須對於被告或其辯護人提出法院成員無偏頗性的聲請進行調查？對此，歐洲人權法院在【**種族主義案**】，*Remli v. France* 案¹⁰¹中明確的肯認法院的調查義務（*Prüfungspflicht des Gerichts*）：

【種族主義案】

被告 *Remli* 是一名阿爾及利亞裔的法國國民，被一個刑事陪審庭判決有罪。這個法院是由三名專業法官以及九名公民陪審團所組成。由於其中一名陪審員曾在法院門外公開作出種族評論（「更重要的是，我是種族主義者。」），在審判開始前，辯護人遂針對該陪審員提出偏頗的質疑，由於該評論是在審判期日開始前所為，故辯護人於拒卻時提出一份無意間聽到該段評論之證人 M 的書面聲明，要求法院當庭朗讀內容並記明於筆錄，聲明中指出種族評論是由某位陪審員所言。然而，三名專業法官最後決定，因為 M 所聲稱的事件是發生在第一次審判期日之前，而且並非在法院的法官面前為之，故無法確認該評論的真實性，更何況，即便是種族主義者，也不意味就會影響有罪的確信，因此難以證明整個陪審團是偏頗的，而最後法院也決定不將辯護人和證人的書面聲明載入審判筆錄。

歐洲人權法院最終得出法國違反公約第 6 條第 1 項的結論，但理由並不是從客觀審查的觀點來看，陪審員的評論可能會導致欠缺無偏頗性，而是由於專業法官並未合法的調查該迴避聲請程序。根據人權法院的見解，實質審查個案的證據價值為何，決定系爭言論是否真實存在並非人權法院的職責，

¹⁰⁰ ECHR, *Castillo Algar v. Spain*, Judgment of 28 October 1998, Appl. no. 28194/95, §§ 15, 30-35, 49-51.

¹⁰¹ ECHR, *Remli v. France*, Judgment of 23 April 1996, Appl. no. 16839/90.

但其僅從辯護人的聲請以及證人書面的聲明觀之，對本案可能涉及偏頗之虞明確已提出嚴厲的指控，故此已足促使法院應進一步審查陪審員的無偏頗性，而內國法院卻捨此不為，又未記明於筆錄，導致申訴人無法以候補陪審員來及時替換該名有爭議的陪審員，亦無法據此以偏頗作為法律救濟之上訴事由。是以，依照人權法院的觀點，公約得對內國法院施加義務去確認是否為無偏頗法庭，然而內國法院卻未積極確認，故違反公約之要求。

學者指出，調查義務是用以補充合議庭每位成員所負有之迴避義務（Rücktrittspflicht），而調查義務的範圍不限於在審判程序中發生的事件，在審判期日以外發生的情形，只要可能會影響無偏頗法庭，亦包含在內。例如，被告或是其辯護人提出指摘，合議庭的成員在審判期日以外曾表達特定意見，則法院就必須去檢驗，合議庭全體是否仍符合無偏頗法庭的要求。不問證據評價為何，法院都必須審慎考慮有可能性的意見，並且記明於紀錄，即便該意見是由第三人為之，亦同。除非，該項言行對於用以指責法院偏頗性而言，是一望即知其毫無根據的，法院才例外無須為積極調查、記明筆錄。而開啓法院調查義務之抗辯（Einwand），固然不是無偏頗權利之客觀基準的核心內涵。不過，人權法院於此似乎是認為，法院方面雖有違反調查義務之疏失，卻是可以藉由賦予申訴人抗辯的機會而治癒偏頗的瑕疵，因為其在【**種族主義案**】的判決理由中，是將簽約國違反公約的另一項基礎建立在：未公開承認申訴人其他的指摘可能性，據此，內國法院對該可能的程序瑕疵也無法治癒¹⁰²。反面推論來說，可能會被解讀為：若是法院未剝奪申訴人抗辯的機會，或許該偏頗的瑕疵就可以被治癒。

再者，學者也進一步提出，儘管【**種族主義案**】是涉及陪審員無偏頗性的調查義務，但此具有一般性義務的性質。因此當面臨對專業法官無偏頗性提出質疑時。法院亦具有調查義務，不過，此是否適用於，若不是由辯方而是由證人、其他訴訟關係人，或是甚至是（匿名的）第三人，提出對於法院無偏頗性的疑慮，又或甚而是法院的成員，知悉其他同事可能有偏頗之虞的情形，在【**種族主義案**】中，人權法院於此並未提出肯定見解。可是，鑑於無偏頗法庭審理刑事案件之權利的重要性，絕對可預料到，內國法院的調查義務很可能只會被更寬鬆的解釋¹⁰³，而此在【**死不承認案**】也可以看出端倪，因為本案即是因為一名陪審員匿名道出其他陪審員開種族主義的玩笑，始開啓內國法院的調查，但後來由於法官採取的措施，在人權法院看來尚不足以排除申訴人的疑慮，故宣告英國違反公約。

¹⁰² ECHR, *Remli v. France*, Judgment of 23 April 1996, Appl. no. 16839/90, § 48.

¹⁰³ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 559-560.

除此之外，刑事法庭須審查其無偏頗性的調查義務也是 *Gregory v. U.K.* 案¹⁰⁴ 的問題：

【法官教室案】

Gregory 是一名黑色膚色的英國國民，在刑事法院受審。在陪審團上一次審判期日之後，辯方交給專業法官如下內容的便籤：「陪審員的言論帶有種族歧視的色彩。一名成員應該被排除。」該名專業法官轉而詢問陪審團，並且懇切地告誡陪審團他們的義務：應該沒有偏見和無偏頗地根據所提出的證據，來作為本案判決的基礎。後來，陪審團並沒有達成有罪的重多數決要求，專業法官再度做出如下裁示：「陪審團的成員們，你們被要求依據證據作出正確的裁決。記得兩天前你們作出的誓言。你們不能背棄該誓言。你有義務，不僅是基於個人，也是出於陪審團整體一員。當然，那是陪審團系統的權力。所以每一位陪審員，當你走進陪審員室，帶著你個人的經驗和智慧...。應該按照你們所作出的誓言之範圍去討論。而這是你們達成協議的方法。」於是，最後被告在陪審團重多數決的要求下（10 比 2）被判決有罪，並處以 6 年有期徒刑。

歐洲人權法院否定本案有違反公約第 6 條第 1 項的情形，因為該名專業法官已經對於陪審團可能存在的種族主義，以真摯的、明確的、詳細說明的，並且持續的教示作為回應。專業法官清楚地對於種族主義的意見發表做出反應，而由於陪審團沒有再出現具種族主義色彩的傾向，因此專業法官可基於此認為，先前意見的危險性有效地被中立化了。且本案應該明確與 *Remli v. France* 案相區別，因為 *Remli v. France* 案中，專業法官對於申訴人聲稱的種族主義傾向，完全沒有做出任何回應。

學者指出，本案明確的涉及陪審團與審判長間之關係。從本判決說明可得知，刑事法院是如何對審判庭其他成員的無偏頗性質疑做出回應行動。一旦辯護人或申訴人對陪審團，對於陪審員的無偏頗性存有質疑，審判長即必須加以調查，並且採取足夠的措施為確認，以除去每個對陪審團無偏頗性的疑慮。首先，此調查義務如上所述，得由不確定、不精確的聲明而開啓，只要該聲明並不是欠缺任何實質意義的。至於，專業法官應對宣稱陪審員偏頗的質疑如何做出回應，歐洲人權法院在【法官教室案】看來，仍是保持著開放的態度，並沒有進一步詳列其他各種可能性。此係因對人權法院而言，僅有達成公約意旨之目的才是重要的，簽約國實現公約所使用的手段並不是法院著重的重點¹⁰⁵。

¹⁰⁴ ECHR, *Gregory v. U.K.*, Judgment of 25 February 1997, Appl. no. 22299/93.

¹⁰⁵ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der

除了公約第 6 條第 1 項明確要求法院無偏頗性之規範外，歐洲人權法院於此也樹立公平原則 (Fairnessgebot)，此原則在某些要件下可作為違反公約的最終判決理由，基此，甚至可能會要求所有陪審員全部都辭職，或是要求內國法院採取其他的行動或安全措施，例如謹慎的勸導陪審團，始不違反公約的意旨。不過，學者也指出，此程序公平原則的補償，從釋義學的角度而言是多餘的，因為人權公約第 6 條第 1 項的落實是取決於，法院須在審判程序最後之前，除去所有對於陪審團無偏頗性的質疑或擔憂，故人權法院至少在本案，應避免以抽象的公平原則作為補償，而是直接尋求無偏頗法庭之權利，就足堪解釋¹⁰⁶。

第三款 證明負擔

另外，關於無偏頗法庭具體的證明負擔該如何分配，亦是一道難題。前述提過人權法院在主觀審查基準堅持必須推定法官個人的無偏頗性，直到有相反的證據證明，因此證明負擔看來似乎落在申訴人身上，是以在大部份的案例，由於申訴人無法提出法官內心有何偏頗的證據以推翻這樣的推定，故結論往往也是無法證明法官違反主觀審查基準。

至於，在客觀審查基準上，對於法庭是否已提供足夠的擔保，以排除申訴人對無偏頗性的客觀合理質疑，人權法院也並沒有明白指出究竟由誰負起證明負擔的不利益，但似乎從結果論而言也是由申訴人負擔，亦即，若是申訴人無法進一步具體指出內國法院有何未履行，而導致違反公約意旨的事證，如此一來，人權法院就不容易得出簽約國違反無偏頗法庭權利之結果。

不過，在【調查法官案】*Bulut v. Austria* 中的不同意見書，Morenila 法官曾經明確指出，是否已足夠排除申訴人的疑慮，應該由國家舉證證明，其已提供足夠的制度性擔保，一旦申訴人提出並非幽靈抗辯的偏頗指摘，法院除了應行調查義務外，也須採取相應的制度保障，以排除偏頗性的質疑，如果簽約國未能說明已具體履行何種措施，足以去除申訴人的疑慮，即應該由國家承擔舉證失敗的後果，而不是由被告承擔此種不利益¹⁰⁷。

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 561-562.

¹⁰⁶ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 562.

¹⁰⁷ ECHR, *Bulut v. Austria*, Judgment of 22 February 1996, Appl. no. 17358/90, Partly dissenting opinion of judge of Morenila, § 6.

第四項 瑕疵治癒之可能性

第一款 本案程序之補正？

再者，一旦刑事程序中有欠缺無偏頗性或獨立性的問題時，內國法院即必須判斷一項問題，此結構性的缺失是否可以被彌補。

學者指出¹⁰⁸，藉由同一審級中其他保障來補正（Kompensation），通常是最先被思考到的方式。但是這種補正方式應該僅在例外情況下才納入考慮，有偏頗疑慮的法官並不適合再繼續負責審理案件。尤其，有些是即便涉及客觀無偏頗性的質疑，在程序中也根本無法被補正的狀況，如 *Findlay v. U.K* 中，軍事法院的軍法顧問（Judge advocate），雖然其形式上並非屬於法院的成員，而且其提出的建議也並不是被法院公開遵循的，然而，實質上，軍法顧問對於軍事法院所有法律和程序上問題都會提供建議，而他的意見原則上也拘束軍事法院，但卻因為非屬法院形式上之一員，即使該軍法顧問涉有偏頗事由，被告也無從聲請迴避¹⁰⁹。

至於，法院合議庭的成員對於無偏頗性與獨立性做出宣誓，學者也指出，無論如何，法官作出宣誓並無法補正法院存在的客觀結構上缺失¹¹⁰，因為一個人內心的原始信念，不太可能因為後來的口頭宣誓就有所改變，是以，對申訴人而言，其仍是無法將審判者一時的口頭宣誓，視為無偏頗法庭的制度上保障¹¹¹。

話雖如此，然而學者也承認，對此，似乎與現實中歐洲人權法院的裁判不完全一致，因為另一方面，經由專業法官對陪審團的詳細勸導，人權法院曾經認可得排除對陪審員無偏頗性的質疑，如較為早期的【法官教室案】，人權法院即是認為，法官曾經對種族歧視的言論進行調查以及詳加勸諭，已經給陪審團上過

¹⁰⁸ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 591.

¹⁰⁹ See for example ECHR, *Findlay v. U.K.*, Judgment of 25 February 1997, Appl. no. 2107/93：在 1996 年法律修正之前，軍事顧問並非法庭成員。他既不是參與軍事法庭的指導也不具有投票權。他僅在非公開的情形下，就一般刑罰所涉及的法律觀點提供軍事法院意見。其目的在於與軍事法院院長一同預防歧視刑事被告的情況發生。像是在自白的個案中，軍法顧問必須先確信，被告事實上已理解所有結合自白後的結果，以及被控訴的全部原因，最後軍法顧問才會在審判程序之前，對相關的法律觀點和證據闡明給軍事法院知悉。

¹¹⁰ ECHR, *Findlay v. U.K.*, Judgment of 25 February 1997, Appl. no. 2107/93, § 74-78，請參閱該宣誓內文：「我以全能的上帝之名發誓，我將會在法院面前依據證據好好並且真實的審理控訴，而且我會根據軍事法 1995 充分的執行司法，沒有偏頗、喜好或感情，並且我進一步發誓...。」

¹¹¹ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 591.

一課，所以種族評論的危險就足以被中立化，而認定英國未違反公約。也因此，使得英國在【死不承認案】食髓知味的又如法炮製一番，宣稱法官已經進行訓誡，並且尋求陪審團的宣誓以作為保證，故依循舊例，應無違反公約之情形。但是，人權法院在這次 2000 年的較新判決中，最終還是以 4：3 些微的差距宣告英國違反公約，理由即是「縱使法官明確告誡，但人也不會在一夜之間就改變種族主義的信念，所以法官沒有提供其他更有力的方式來消弭申訴人的擔憂，因而結論仍是違反公約。」

第二款 審級救濟

最可能被思考到之違反公約瑕疵的治癒，則是藉由審級制度中的後續裁判為之，故據此，治癒的方式可以區分出第二種不同的可能性。

這第二種可能性是合乎歐洲人權法院裁判中的一般性原則，亦即，雖然申訴人對法院存有無偏頗性、獨立性的客觀合理懷疑，或者是法院有違反刑事程序其他重要原則之情形，然而，若是第一審法院對於刑事被告之裁判，能夠藉由法院的審級制度受到額外監督，而且該上級審的法院是享有公約第 6 條所要求之完整調查權限（Die volle Prüfungskompetenz）¹¹²，後來亦賦予申訴人合乎公約第 6 條意旨之程序保障，則原先的程序瑕疵此時即獲得平衡，最後結論上也就因此不會被宣告違反公約第 6 條第 1 項¹¹³。

但是，對於上述的一般性原則，學者指出，其實在刑事法領域中受到根本性的限制。尤其若是刑事被告涉及重大犯罪的事件，應該排除以法定審級制度治癒程序瑕疵之可能性。因為在此類案件中，歐洲人權法院認為，被告擁有受合於公約第 6 條完整要求之第一審審判的程序權利¹¹⁴。再者，人權法院在早期判例法，如 *De Cubber v. Belgium* 案¹¹⁵中也曾提過，要求上訴事實審與上訴法律審法院皆須無偏頗的，但這並不意味著，在第一審裁判的法院就不須提供無偏頗權利之保障。從審級利益看來，此係非常清楚、肯定的推論，否則審級制度設置所追求的

¹¹² See for example ECHR, *De Haan v. Netherlands*, Judgment of 26 August 1997, Appl. no. 22839/93. 在對土耳其軍事法院的裁判中，歐洲人權法院對於土耳其聲稱，國家安全法院得藉由後續土耳其撤銷法院的裁判來治癒無偏頗性和獨立性之客觀合理懷疑，並未列入考慮，因為該撤銷法院僅能審查第一審裁判的合法性，以及是否遵守程序的要求，除此之外，並未享有公約第 6 條要求之完整審查權限。其他例示再如 ECHR, *Incal v. Turkey*, Judgment of 09 June 1998, Appl. no. 22678/93.

¹¹³ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 591-592.

¹¹⁴ ECHR, *Findlay v. U.K.*, Judgment of 25 February 1997, Appl. no. 2107/93, §§ 74-76, 79.

¹¹⁵ ECHR, *De Cubber v. Belgium*, Judgment of 26 October 1984, Appl. no. 9186/80, §§ 32-33.

目的，即藉由附加的審級來增加對被告的保障，將會實際上變成空轉¹¹⁶。

是以，在重大刑事案件中，學者提出另一種可能性，即可以考慮利用程序瑕疵修復(Reparation)的方法。程序瑕疵之修復有別於程序瑕疵的治癒(Heilung)，較高審級之目的並不是在於治癒程序瑕疵，而幾乎可以說，上級審的目的僅僅是在於阻止確定判決的發生，並且再一次重新開始受爭執的裁判。在合乎特定要件的情形下，上訴救濟法院得阻止違反公約的情形，亦即，法院透過原裁判的撤銷，再將刑事案件發回原先的審級更審，或是發交其他法院審判，如此一來，即能修復申訴人原先所蒙受的不利益。然而，歐洲人權法院於此也設立一道屏障，在 *De Cubber v. Belgium* 案¹¹⁷中，人權法院表明：會員國必須說明，上訴法院是以先前法院偏頗的缺失與違反，而直接據此撤銷整個原審判決，那麼公約的違反始可能以此種形式和方式獲得修復。再者，由於法院欠缺無偏頗性而違反公約第 6 條第 1 項，也可能透過再審程序來加以排除，即便該案件交由其他法院審理後，更為審判的裁判結果，仍如同原先的判決施加完全一樣的刑罰亦然，但前提是，必須將先前所有違反公約的法院裁判撤銷¹¹⁸。

未適用審級修復無偏頗性而被宣告違反公約的案例，如前述【交付情書案】，*Kyprianou v. Cyprus*¹¹⁹：

關於，由在法庭上同一位法官判決藐視法庭罪的部份，政府抗辯此一瑕疵應可藉由上訴法院所修復。然人權法院指出，有些時候，上級法院確實會針對初步違反公約的情況做出修復的判決，而修復違反公約的瑕疵，但在本案中，最高法院同意一審法院的作法，即一審法院本身可以自己正面去審判藐視法庭罪，而駁回申訴人的上訴。因此身為上訴法院，最高法院沒有充分發揮權力去從頭處理此案，僅審查一審判決可能發生的、明顯的法律或事實違誤，自頭至尾都沒有審查申訴人指控巡迴法院判決藐視法庭罪的無偏頗性。而最高法院既然有權撤銷巡迴法院未擔保其無偏頗性之判決，但卻拒絕這樣做，因此從主、客觀角度而言，仍是違反公約第 6 條第 1 項。

再如下述的【夫唱婦隨案 b】*Dorozhko and Pozharskiy v. Estonia* 案中¹²⁰：

¹¹⁶ Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg*, 2002, S. 592.

¹¹⁷ ECHR, *De Cubber v. Belgium*, Judgment of 26 October 1984, Appl. no. 9186/80, § 32-33.

¹¹⁸ Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg*, 2002, S. 592-593.

¹¹⁹ ECHR, *Kyprianou v. Cyprus*, Judgment of 15 December 2005, Appl. no. 73797/01.

¹²⁰ ECHR, *Dorozhko and Pozharskiy v. Estonia*, Judgment of 24 July 2008, Appl. nos. 14659/04, 16855/04. 案例事實請參閱法官個人因素（第三章第二節第五項第二款）。

中立法院與刑事法官之迴避事由

人權法院認為，由於法庭的組成是一名專業法官加上兩名非專業法官，顯然，專業法官在訴訟中的角色，與非專業法官相比，是最為重要的，若是專業法官有偏頗的情形發生，而上訴法院卻未能糾正這種狀況。換言之，最高法院有權力去糾正，最後卻決定駁回上訴聲請。因而人權法院認定簽約國仍違反公約第 6 條第 1 項無偏頗法庭之權利。

綜合上述，若是上級法院欠缺合於公約第 6 條要求之完整調查與裁判權限，無法重新對證據作出評價，並因此無法自行決定系爭爭議，而且對於受無偏頗性質疑的裁判，又未好好利用撤銷發回的可能性，那麼已發生的公約違反就無法被治癒或修復。

第五項 偏頗事由

由於歐洲人權法院裁判是判例法的形式，必須對個案進行一一判斷，而案例事實千差萬別，是以本文以下主要是整理自文獻上曾經有過的討論，以及挑出對於我國法解讀是否有偏頗之虞有幫助之較新裁判，以作為參考對照之用。首先，是擔任負責調查之檢察官的上級，後來參與審判者，是否違反公約（第一款），其次則是法官個人因素作討論（第二款），再次，則是對於法官同時或前後兼任數項不同職務的情況，是否有違反公約之疑慮（第三款），又次，是檢察官缺席審判同時可能有違反無偏頗法庭的問題（第四款），最末，則是參審院知悉卷證內容，會不會影響心證，致無法公平審判的爭議（第五款）。

第一款 曾擔任調查小組之「主任檢察官」

學者指出，曾經擔任過檢察機關的一員，尚不足以直接促發客觀無偏頗性的質疑，人權法院於此強調，對於歐洲理事會會員國的司法結構，僵化的、形式上的思索在檢察機關與法院的人員流動是不可能作到的。對此，不適合將檢察機關視為一個單位，因為這將會造成曾經擔任檢察官，後來調任法官職務者，面臨先前自己所屬之檢察機關曾調查的所有刑事案件，皆須排除而不得參與審理的結果，即便是該名法官自己本身以前從來沒有花任何時間在那些案件中。是以，人權法院在審查先前擔任檢察官之刑事法官的客觀無偏頗性時，拒絕使用純粹功能上的方式，亦即拒絕僅指向先前為檢察官時實際負責的偵查程序，而是採取折衷方案，綜合考量在檢察機關中存在的內部單位、部門、分組等¹²¹。

¹²¹ *Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S.*

法官為檢察官時所發表的個人意見，個人採取任何特定的偵查或調查措施，就無偏頗性而言也不重要，對於隸屬於法院之個人的信任，不適合用如此狹隘的思考方式。但為避免控訴機關內部的上下結構會敞開規避的大門，若是法官先前在檢察機關時所擔任的職位，對於其現在裁判的刑事案件會產生影響，即合理化客觀無偏頗性的憂慮。於此，可以將重要的、假設性的因素考慮進來，最後結論是取決於客觀無偏頗性的外觀，而此重點並不限於部門負責人自己本身，是否曾經密切的參與該刑事案件，在 *Piersack v. Belgien*¹²²案，歐洲人權法院甚至是認為，主任檢察官實際具體踐行的個別調查職務，以及其對案情所知悉的程度，對違反公約的結論而言，是可有可無的存在¹²³：

【上命下從案】

現時本案審理的法官 W，在受任為法官之前，是 Brussels 檢察署中 B 部門的主任檢察官，該部門負責決定案件起訴與否，因此恰好與申訴人 P 的案件有關。政府抗辯負責偵查與起訴的是檢察機關（procureur du Roi），而不是 W 個人，況且實際直接偵查的檢察官另有其人，並未透過 W 進行，W 其實是的行政管理角色，與起訴無關，僅是簽署大量文件而已，並未介入偵查工作或採取任何偵查程序的措施，故不足以認定是偏頗的。

歐洲人權法院於此則認為，要探究個人純粹主觀其實是不可能的，因此從外觀上的推論也非常重要，單從檢察機關曾經初步調查某案件，就要求該檢察機關中所有人員，即便是沒有參與過偵查該案的人，將來皆不得擔任該案件的法庭一員，也太超過了。但是，有鑑於法院的公正性是攸關公眾對司法的信心，檢察機關的內部組織結構也不得不納入考量。由於 W 個人帶領檢察部門的期間，在外界看來，現存的案件就是由 W 所領導的 B 部門所負責的，再者，從上下層級關係看來，其他檢察官都須聽命於 W，W 也有權修正檢察官們遞交到法院的任何文件，並且可以跟他們討論案件該如何著手進行，甚至是提供法律上的意見。因此，無論申訴人 P 是否如政府所言，在審判當時對以上情勢皆沒有任何認知，對人權法院而言，若是 W 後來又擔任同一案件的法官時，其並不須要一一檢驗 W 擔任主任檢察官期間所扮演的角色，或是是否有與檢察官下屬討論過特定案件，對公眾而言，從外觀上看來，的確很難相信法院已提供足夠的無偏頗性之保障，故比利時違反公約第 6 條第 1 項。

564-565.

¹²² ECHR, *Piersack v. Belgien*, Judgment of 01 October 1982, Appl. no. 8692/79.

¹²³ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 565-566.

第二款 法官個人因素

如同在德國法中所討論的，法官個人因素也可能會是偏頗事由中的一環，尤其是與被告、被害人有親屬關係的類型，更屬於是明文排除事由，然而，若是親近關係是發生在法官與負責的調查人員之間，如 *Dorozhko and Pozharskiy v. Estonia* 案¹²⁴（第一目），或是從屬於某特定政黨，如 *Holm v. Sweden* 案（第二目），又或是法官與證人私交甚篤、在工作上有密切的來往者，如 *Pullar v. U.K.* 案¹²⁵（第三目），是否會成爲偏頗事由，而被宣告違反公約，即是本文以下的討論：

第一目 親屬關係

【夫唱婦隨案 b】

第一申訴人 Dorozhko（下簡稱 D）與第二申訴人 Pozharskiy（下簡稱 P）被控涉嫌強盜罪，在被逮捕之後不久，P 隨即被釋放，而 D 則一直被延長羈押。同一時間，警方調查首長 I 下令成立特別小組以調查該案，並且自己還擔任專案小組組長。然而，一直到審前的調查程序中，D 才從警方與公訴檢察官口中得知，由於自己拒絕與 I 合作，因此檢察官決定改變對他的控訴罪名，而 D 才知道 I 為小組中之一員，並且有權力指揮調查活動。於地方法院判決後，兩名申訴人上訴始提及，於原審負責主審的專業法官 E 與首長 I，兩人於審判期間結為連理，因此懷疑法官 E 的無偏頗性。然而，上訴法院以 I 僅是形式上負責人，並未實際參與調查，且除了專業法官 E 外，還有其他兩名非專業法官參與，因此認定申訴人是為拖延訴訟而駁回。上訴至最高法院亦被駁回，於是兩人分別被判 9 年與 7 年有期徒刑確定。

首先，政府主張愛沙尼亞是個小國，故僅因法官嫁給一個調查員就要求自動取消法官資格會過於廣泛。但是，人權法院強調，對於個人申訴案，其盡可能只關注在檢驗具體案件。而且各締約國有義務設置合公約要求的法律制度，人權法院的任務就是確定締約國是否已達到公約的要求，因此人權法院並不受此主張影響。

具體審查案件的無偏頗性，從客觀基準檢驗之，法官 E 至遲在 P 表示懷疑時，其亦會意識到她的丈夫為該調查專案小組的負責人，應主動迴避。至於政府抗辯 I 帶領該團隊僅是形式性質的任務，並未實質參與，人權法院則

¹²⁴ ECHR, *Dorozhko and Pozharskiy v. Estonia*, Judgment of 24 June 2008, Appl. nos. 14659/04, 16855/04.

¹²⁵ ECHR, *Pullar v. U.K.*, Judgment of 10 June 1996, Appl. no. 22399/93, §§ 28-36.

認為，相較於一般擔任警察機關的負責人，在任何時候都僅是為所有刑事案件負形式上責任，成立調查申訴人專案小組的 I，與申訴人的案件有較密切的關聯。而且申訴人從警方與公訴檢察官得知，I 是設立專案小組之人，並有權處理所有的調查活動，申訴人合理會相信 I 有參與調查活動，更何況從申訴人 D 在地方法院中的說明，由於自己拒絕與 I 合作，因此警方、檢察官決定改變對 D 的控訴罪名可得知，實際上 I 也確實曾經參與調查。是以，法官 E 可能會熟悉 I 簽署通過的命令或與其討論業務，若是出現申訴人無罪的判決，將會違反丈夫事業的利益，因此，申訴人有客觀理由足以質疑法官的無偏頗性。

相較起德國實務在【夫唱婦隨案 a】中，對於檢察官與法官為夫妻關係，採取保守的態度，既不定位為德國刑事訴訟法第 22 條列舉的排除事由，又不藉由同法第 24 條足認有偏頗之虞，准許得拒卻法官，故而遭受學說所批評（詳請參閱第二章第二節第二項第二款）。歐洲人權法院於【夫唱婦隨案 b】顯然是接納申訴人的說法，同意若是法官與負責調查的警察首長成為夫妻關係，法官很有可能就會夫唱婦隨地傾向自己的丈夫，或是在審判前就與丈夫討論本案事實。因此，認為在此種情形下，即便是人口僅一百多萬的小型國家，仍是毫不留情地宣告愛沙尼亞違反無偏頗法庭的公約要求。

第二目 政黨成員

或是與被告是同一政黨黨員，如在 *Holm v. Sweden*¹²⁶ 案：

【黨工法官案】

一家由瑞典社會民主黨控股 85% 的出版社，出版一本書籍，內容有長達 52 頁提到申訴人 H，指責 H 是一位具有納粹傾向以及接觸納粹圈子的人。於是 H 遂對出版社以及作者提起誹謗罪的自訴，並且附帶民事求償。負責審理的法庭成員有 3 名專業法官，9 名陪審員，其中有 5 名陪審員正是瑞典社會民主黨的現任黨員。是以，申訴人主張，負責審理的陪審團不合乎公約要求的獨立、無偏頗法庭。

而政府則認為，單就陪審員是某政黨的成員，並非偏頗的正當事由，因為陪審制度已行之有年，從瑞典的歷史觀之，陪審團能免於外力干預，尤其在具有政治性質的案件，陪審團更是民主發展的重要因素。而 5 名陪審員在申訴人的案件中，僅是政治傾向和 2 名被告相同，但陪審員與判決結果並無

¹²⁶ ECHR, *Holm v. Sweden*, Judgment of 25 November 1993, Appl. no. 14191/88.

直接的利害關係，甚至是瑞典社會民主黨也難謂與本案有直接關聯，更何況，陪審員最後判決被告無罪，也是為了保障公約第 10 條下的表現自由權。

人權法院認為，於此，很難將獨立性與無偏頗性拆開來審查。首先，由於陪審團是秘密評議的制度，因此申訴人很難提出該 5 名陪審團主觀偏頗的證據。再者，不可否認的是，陪審員名單都是依據瑞典法律規範列出的，而且在抽籤選出之前，兩造也可以表示意見，將特定陪審員從名單剔除，即使剔除不成，還可以抗告到上訴法院，再加上陪審團在審判前已經宣誓會依法審判，是以，看起來瑞典內國法律已經採取許多措施，以確保陪審團的獨立性與無偏頗性。

然而，另一方面，歐洲人權法院則指出，以上諸多的保護措施是針對被告而為，可是卻不適用於本案的申訴人。由此，人權法院認為，其一，儘管申訴人不想，但被告仍可以選擇由陪審團審理；其二，要判決被告有罪，前提是須通過特別多數決，即 9 名陪審員之中，至少有 6 票認為被告有觸犯誹謗罪；最後，陪審團對無罪判決有最後決定權，法院僅會進行覆查。因此看來，申訴人雖身為自訴人，相對於被告，其的確是處在較為不利的地位。不過，這些特質是刑事審判中，陪審團所獨有的設計，以避免外在壓力的干預，故此不對等地位尚不能作為偏頗性質疑的正當化事由。

話雖如此，但卻不能忽略，5 陪審員與 2 名被告之間的關係，確實會引發申訴人對法庭偏頗性的質疑，因為 5 名陪審員是瑞典社會民主黨的現任成員，很可能會支持該黨的成員，或是作出有利於黨的判斷，2 位被告，一位是由黨控股的出版社，另一位是受雇於出版社的作家，而且非常同意黨的理念。此外，該出版社是以宣揚黨的觀點著名，故而顯然是欲藉由出書來抨擊政敵。綜上，人權法院認為，申訴人對於法庭無偏頗性、獨立性的客觀疑慮有理由，因此宣告瑞典敗訴。

雖然是 1993 年的裁判，但看來歐洲人權法院顯然比起德國法更為前衛，在德國法的發展下，單就專業法官或參審法官隸屬於某一政黨，尚不足認係偏頗之虞的事由，須有進一步或甚至是極端的情形存在，才例外的肯認之（請參閱第二章第二節第三項第四款第二目參一）。於此，人權法院似乎是認為，從黨員的身份看來，很可能會傾向對黨有利的判斷，因此對申訴人而言，其無法信賴法院是獨立、無偏頗的，縱使申訴人是控方，亦然。

第三目 與證人之私人或業務上往來

法庭的成員與證人之間有較親近的關係，或者與證人在職務上有所關聯時，

要直接推論出法院會對證人的陳述存有偏見，通常是很難具有說服力的。例如 *Pullar v. U.K.*案¹²⁷：

【九牛一毛案】

申訴人 Pullar 因為刑事案件而受訴於法院，負責審理申訴人的其中一名陪審員 F，是本案兩名關鍵控方證人其中一人，M 的受雇人，因此申訴人擔心該陪審團並不是獨立、無偏頗的法庭。

歐洲人權委員會支持申訴人的見解，認為雖然 F 僅是 15 名陪審員中之一人，但其可能具有決定性的影響，並且也很可能會因為基於自己先前對申訴人行為的認知，而對緘默的申訴人作出不利評價，故宣告英國違反公約。

但歐洲人權法院則持相反結論，法院於此認為，本案應與無偏頗性較為相關。首先，就主觀無偏頗性而言，如同向來的案例，須推定法庭是無偏頗的，直到有相反證據足以推翻此推定，而本案看來，陪審員 F 是控方證人 M 的受雇人，並不足以成為推翻無偏頗性的有力證據。再者，從客觀審查基準看來，雖然陪審員 F 的確很可能會因為為了繼續在同一公司工作，而在審判賦予該名控方證人較高的可信性，再者，兩人也很可能在辦公室中早已先討論過本案。但是，陪審員已經宣誓會依據證據，不帶感情地進行審判，而且 F 在 M 的公司的的工作並不是與申訴人被訴事實相關，審前也多預留 3 天給陪審員作準備，所以客觀判斷的結果，並無法得出 F 有比較傾向 M 的情形，更何況，陪審員 F，無論如何，僅是 15 人組成的陪審團中之一而已，影響其他陪審員之程度有限，因此與公約無違。

不過，學者說明，仍應該在每個個案去判斷，是否因為認識證人或與證人的關係，而就達到法庭欠缺無偏頗性的程度。若是客觀審查後，外觀上形成法官更傾向於相信原告證人而不是辯方證人時，法官即可能欠缺無偏頗性。其指出，尤其是如【九牛一毛案】看來，法院成員與控方證人極為熟識，或是有特別的關聯者，申訴人對陪審員不禁會產生偏頗的印象。又或者相反地情形，若是法庭成員與辯方證人私人間的敵對關係，造成法院因此傾向於比較不信任辯方證人，反而賦予控方證人過高的正面評價¹²⁸。

再者，在審查陪審團的案件時，學者指出，人權法院對於欠缺客觀無偏頗性的門檻設定極高，從陪審員與證人間的私人關係所得出的客觀偏頗之虞，得藉由

¹²⁷ ECHR, *Pullar v. U.K.*, Judgment of 10 June 1996, Appl. no. 22399/93, §§ 28-36.

¹²⁸ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 568.

程序法中的其他保障來平衡，像是由專業法官仔細的訓誡與指導陪審團，例如早期的【法官教室案】，或是藉由保持中立義務的宣誓，如此處的【九牛一毛案】（另請參閱第三章第二節第四項第一款）。而對參審法官而言，也適用類似的考量。然而，其進一步批評，於【九牛一毛案】，歐洲人權法院很明顯是在致力於保護內國刑事程序不受干擾，而非維護人權，因為若是不論法官與證人間的關係為何，或是有任何形態的相識，特別是在小型的行政區，人人都認識的情形，卻都還是得出無偏頗法庭的結論，絕對很有可能危害刑事程序的進行¹²⁹。

此外，人權法院在【九牛一毛案】中，以「無論如何，該陪審員只不過是15人中之一人，影響程度有限」的這種說法也受到強烈批評，有學者即指出，如果一個被告到審判庭前受訴，則無偏頗法庭之權利就必須完全的適用，每一個審判庭以及負責審判的每一位成員，皆須是無偏頗的。就像是沒有任何一位人權法院的法官，在他存有偏見的時候還可以在案件列席，然後解釋說他只不過是7人或9人中之一人¹³⁰。

另有學者也表示反對，其認為，如歐洲人權法院在【九牛一毛案】，以法院合議庭的大小，來作為推論法院無偏頗性的決定性標準，簡直是不恰當的。並期望人權法院於此，最好不是準備開啓無偏頗性「量的分析」，或根本早就接受此種觀點。因為最後人權法院須從因果關係的檢驗方式來回應：究竟法院一名成員須要欠缺到何種程度的無偏頗性，始適合謂已滲入影響整個合議庭所作出的裁判？若是完全取決於合議庭成員的大小，那麼會員國不就可以透過擴充法院合議庭成員的方法，太過於輕易即影響其刑事法院的無偏頗性。尤其是具有非常多名成員的陪審團，可能僅有在極其例外的情況下，才可能得出整個法院欠缺客觀無偏頗性的結果，而【九牛一毛案】正是負面案例¹³¹。

第三款 身兼數職之法官

第一目 於同一案件接連擔任不同司法職務

在大規模或是長時間的刑事程序中，很可能在此期間因為事物分配規則的改變，或是個人職務調動的因素，發生同一位法官已經於先前程序階段負責該刑事

¹²⁹ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 568.

¹³⁰ *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 79.

¹³¹ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 569-570.

案件，或是在裁判之前，已遇到與其他被告相關之裁判，而以上時常發生在刑事案件的情形，雖然可能造成被告的擔憂，但仍尚未違反公約第 6 條。單從法官在偵查程序已經介入刑事案件，或是在審判之前（或偵查中）曾作出裁定，其後續其參與刑事審判，並未該當客觀偏頗之虞。於此，毋寧是說，是否因為參與先前的程序，而導致法官有偏頗的疑慮，取決於個案判斷，以及偵查程序所採取的措施或裁判的性質、範圍與型態。在同一刑事程序擔任多項角色，若是與公約意旨違反，絕對不可以藉由訴訟經濟或是會造成司法體制運作不易，以及法院事物分配等理由，來合法化原本應該分離的角色。在 *De Cubber v. Belgium* 案¹³²，歐洲人權法院早就創立一項原則：簽約國有義務提升內國司法系統，以合於公約第 6 條之要求，對此，絕對不要期待史特拉斯堡會妥協¹³³。

可是，由歐洲人權法院過去的判例觀之，其會一一檢驗法官實際上作出的干預措施，而即便內國法在此程序階段可能賦予法官較大的權限範圍，但依據人權法院的見解，若是法官在偵查程序僅進行少部份的調查，或甚至根本沒有調查，也沒有實施干預措施或作出裁判，就算內國法律授權法官得施行廣泛的調查措施，但人權法院會傾向於肯定法官後來在審判程序中具有客觀無偏頗性。於是，學者批評，人權法院於此的見解顯然是跟自己前面所講的互相矛盾，尤其，將法官具體作出的裁定，與內國法律原本准許法官在此階段使用的措施作區隔，並不是很有說服力的作法，如此模糊的界定標準，將來很難適用在每個個案。對內國法院以及申訴人而言，須要的是明確、可靠的線索來依循，究竟法官先前參與刑事案件的職務是否會成立偏頗之虞？若是會，則要參與到何種程度，才能謂足認有偏頗之虞。而雖然人權法院於此提出的判斷方式有諸多問題，但仍有部份判例繼續遵循，迄今在一些裁判中仍有跡可循¹³⁴。

第一步須檢驗的是，法官是否因為在先前的程序作出裁判或是干預，而已對被告的罪責形成有罪確信，或者是已先檢驗過犯罪構成要件。對此，先前實施的措施或裁判的型態，是否會導致法官形成偏頗的立場，也是同樣重要的問題。此外，人權法院也留意到，被告若是部份罪名最後被宣告無罪，也可以用來補充說明法官是否合乎無偏頗性的問題¹³⁵。但是，學者指出，部份或全部無罪，是否適合作為判斷負責實體審理的法庭之無偏頗性的準則，尚未有定論，因為無罪判決

¹³² ECHR, *De Cubber v. Belgium*, Judgment of 26 October 1984, Appl. no. 9186/80, §§ 34-35.

¹³³ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 577.

¹³⁴ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 578.

¹³⁵ See for example ECHR, *Saraiva de Carvalho v. Portugal*, Judgment of 22 April 1994, Appl. no. 15651/89, § 37; *Fey v. Austria*, Judgment of 24 February 1993, Appl. no. 14396/88, § 34.

最多只能扮演事後觀點 (ex-post) 的角色，但卻並不是可靠的規範，無法供內國法院合議庭全體成員所遵循¹³⁶。

在 *Hauschildt v. Denmark* 與 *Fey v. Austria* 案中，都與法官曾經在偵查階段作出裁定相關，而歐洲人權法院於此注意到，歐洲的刑事訴訟法有兩個很大不同的體制，其一，是僅由警察和檢察機關負責調查和刑事追訴，其二，則是審訊制度 (inquisitorial character)。人權法院顯然因為內國刑事訴訟制度架構不同，在解釋法庭無偏頗性時，將違反公約的界限與預審制度相連結。但是學者對此則批評，作這種區分其實就結果而言，並不具有實質意義，因為審查是否有客觀合理的根據足以懷疑法官的無偏頗性時，應與內國法制的特性脫鉤觀察，而人權法院迄今都沒有作出清楚明確的切割，是件令人遺憾的事。其提出，對所有歐洲的刑事法院無偏頗性之判斷標準，可以藉由自主性解釋公約的協助；另一方面，各內國法制中預審程序的型態與範圍，也不容忽視。而以下的標準，即須留意對比所有歐洲理事會會員國的刑事訴訟體制，一一呈現¹³⁷。

壹 實行調查

學者指出，在實體審理時，足以作為客觀合理質疑法官無偏頗性者，像是法官在審判期日之前，已經對系爭案件進行大規模的調查；但相反地，若是法官在先前程序的權限有限，則後續負責實體裁判，其尚不足以認定法官欠缺無偏頗性。在正式的先行調查程序之外，若是法官所採取的偵查措施，僅限於簡單的資料蒐集，而有準備工作的性質，以及僅是為了在刑事程序開啓前，用作補充卷宗的資料，無論如何，不致於違反客觀無偏頗性¹³⁸。

不過，在 *De Cubber v. Belgium* 案¹³⁹中，人權法院判斷法官是否違反無偏頗性，採取非常有利於申訴人的標準，當時負責實體審理的刑庭法官，曾經擔任調查法官的職務，而雖然依據比利時當時的法令，調查法官不同於檢察官，檢察官對調查法官的聲請不具有拘束力，調查法官擁有完整的獨立性，不具有職權告發權限，而且須客觀地調查有利與不利事實，但仍被歐洲人權法院宣告違反公約第 6 條第 1 項，理由是因為法官對被告宣告羈押，並且在先行調查程序中訊問被告，

¹³⁶ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 578.

¹³⁷ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 578-579.

¹³⁸ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 579.

¹³⁹ ECHR, *De Cubber v. Belgium*, Judgment of 26 October 1984, Appl. no. 9186/80.

而雖然僅是基於全面性真實調查之目的，但由於在先行調查程序中所獲得的案件或卷宗資料以及事先產生的見解，可能會持續地影響後續的法院裁判。再加上依據當時比利時法律，調查法官擁有極大權限，得對尚未終結的案件，直接或是以個人名義命令檢察官實行偵查措施，甚至可以秘密進行糾問調查程序。因此整體觀察後認為，法官已多次訊問被告，又加上廣泛的調查權限，而宣告比利時違反公約中無偏頗性的要求¹⁴⁰。

話雖如此，學者仍是批評，先前程序中訊問被告或證人的規模，究竟該如何測量，就裁判可預見性而言，仍是相當難以預測。因為在 *Padovani v. Italy*¹⁴¹ 案中，法官雖然也是在審判前曾對被告作出限制人身自由的措施，而後來又參與主要審判之情形，但人權法院於此卻拒絕推導出法官欠缺無偏頗性的結論。學者指出，這則裁判的論述根本就與其他裁判互相矛盾¹⁴²。

貳 於預審程序中訊問證人

在偵查程序曾傳喚或詢問證人，後來參與實體審理程序時，不會立即得出欠缺無偏頗性之結論。同樣須取決於個案作判斷。無論如何，詢問證人不表示已進行大規模的調查，若是法官依聲請而先詢問證人非常專門的問題，然後將證人的回答記明筆錄，再轉交給聲請人，則詢問證人不等於已經作出裁判，所以如此有限的職務權限，是合於公約第 6 條第 1 項之要求的。誠如先前討論權利可否放棄之【**調查法官案**】，*Bulut v. Austria*¹⁴³ 中，多數意見認為，調查法官僅是在預審程序詢問 2 名證人，但並未負責準備案件或決定申訴人是否應受審，也未對證據作出任何評價，亦無達成申訴人犯罪與否的任何結論，而在這有限的範圍內，無法該當客觀偏頗的理由¹⁴⁴。

不過，對於【**調查法官案**】的論述，仍有持相反意見者，*Morenila* 法官提出的不同意見書中即指出，其不同意多數意見的推理，因為很清楚的是，調查法官詢問證人，一定必須要了解情況，才能發揮積極作用，而這不可避免地會對證據

¹⁴⁰ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 579-580；於此，也可以與【**棄權無效案**】相對照，該案亦是涉及法官裁定羈押，訊問被告的問題，不過本案是因為奧地利刑事訴訟法已經明文規定依法排除法官參與審判，所以歐洲人權法院直接宣告違反公約。

¹⁴¹ ECHR, *Padovani v. Italy*, Judgment of 26 February 1993, Appl. no. 13396/87.

¹⁴² *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 580-581.

¹⁴³ ECHR, *Bulut v. Austria*, Judgment of 22 February 1996, Appl. no. 17358/90.

¹⁴⁴ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 581.

與證人進行評估，甚至有可能進一步認定被告有罪或無罪，因此，應該當客觀合理懷疑法官偏頗之事由。簡而言之，如法官先前曾經擔任調查法官參與預審程序，就不可以涉入不深，來否定無偏頗性的質疑¹⁴⁵。

此外，在 *Fey v. Austria*¹⁴⁶案中，同樣又以審判者雖然是調查法官，但其負責的是詢問證人，而且詢問的內容也與起訴申訴人無關，是直到審判期日才第一次站在申訴人面前，再加上先前程序蒐集的證據會在審判程序中重新提出，法官實施的偵查僅是暫時性的角色，並僅補充卷宗資料，最後人權法院也認定如此有限的行動並不違反公約。但學者對此仍是表示，本則裁判的論述，如同前述的【**調查法官案**】，對比到人權法院其他判例，像是在 *De Cubber v. Belgium* 案、【**棄權無效案**】所宣示的公約要求根本互相牴觸¹⁴⁷。在【**棄權無效案**】人權法院以內國法也禁止調查法官參與審判，認定此乃內國立法者預設的偏頗事由，故直截了當宣告奧地利違反公約，而未再一一檢驗調查法官的實際作為（詳請參閱第三章第二節第二項）。

參 中間裁定

學者指出，擔任實體審理的法官，雖然在偵查程序中曾檢驗對被告的指控（Vorwurf），但若此係涉及中間裁定者，則在後來審判程序中，尚不足以認定法官該當客觀偏頗事由，因為與嚴格意義的起訴（Anklage）不同，中間裁定對於犯罪事實尚未進行實體審理。為了作出裁定，法官有義務須對該指摘進行調查，而不僅是在羈押裁定，對於其他的中間裁定也同樣具有重要性。不過，此先行程序審查所得的觀點，與起訴後所得終局裁判並不相同，因為在調查或偵查程序進行的中間裁定並不具有判決拘束力，而且法官又僅是審查卷內資料（包括控訴機關的指控在內）是否合乎表面證據，以達到透過法院程序來嚴格要求嫌疑門檻。而當然，在先行程序中獲悉案件的細節，也不會一概的否認不該當偏頗之虞，如同在羈押裁定所面臨到的問題，須審查個案中，法官在先前的程序階段，調查門檻是已經要求須達到特別高度的嫌疑，或者僅是調查表面證據的程度。若是僅對此刻現有的證據作暫時性的評價，則不可以直接就當作罪責的終局確信，否則不只有違反無偏頗法庭的問題，也可能會有違反公約第 6 條第 2 項所保障之無罪推定原則的問題發生¹⁴⁸（關於羈押，另請參閱第三章第二節第六項）。

¹⁴⁵ ECHR, *Bulut v. Austria*, Judgment of 22 February 1996, Appl. no. 17358/90, Partly dissenting opinion of Judge of *Morenilla*, § 7

¹⁴⁶ ECHR, *Fey v. Austria*, Judgment of 24 February 1993, Appl. no. 14396/88.

¹⁴⁷ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 581-582.

¹⁴⁸ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der

對於中間裁定的問題，在 *Saraiva de Carvalho v. Portuga* 案¹⁴⁹中，歐洲人權法院曾經有過以下論述：

人權法院認為，僅依據法官在審判之前曾經作出裁定，尚不足以該當偏頗之虞，重要的是，法官之前採取的措施之範圍與性質。而本案中，申訴人 S 雖主張負責實體審理的法官 R，曾在預審程序對本案作出起訴裁定（*despacho de pronúncia*），顯示法官在程序一開始即已經得出申訴人有罪的確信，而有違反無偏頗之虞。

但人權法院認為，首先，中間裁定不等於有罪判決，對於起訴所為的裁定，僅是審核先前的司法調查有無違法之處，或有無不應進入審判之事由，以及是否合於表面證據而有審判的必要，但並不是終局的判決。此外，本案法官 R 並未介入偵查或起訴，其在起訴審查程序所得知的案件細節，對於後來應無偏頗的審理，並未有所危害，因為不是要求特別高度嫌疑，僅是表面證據的程度而已，法官 R 於此並不是作出有罪的預先評價，而是基於後來審判中的證據提出以及言詞審理，始得出申訴人有罪的結論。不過，中間裁定在例外情況也可能會是偏頗事由，像是法官在後來的審判程序並未更新的評價，以影響自己原有的觀點，或是草率的解決案件，顯然不打算釋放申訴人，則仍有偏頗的疑慮。但本案則否，所以並未違反公約。

據此，法官在暫時性的調查後，緊接著作出開啓審判的裁定，但若是在審判期日有進行修正，而不是把開啓審判當成嚴格意義的起訴後之正式裁判，尚非屬客觀偏頗事由¹⁵⁰。

相反地，若是法官曾經對起訴內容，作出正式的實體裁判，就可能會是客觀偏頗事由。又或者，法官若是曾參與被告對起訴處分的法律救濟程序，並且駁回被告請求，在裁判使用的文字若很容易讓人以為，法院已經有充分的證據得出被告犯罪的結論，因此亦屬於偏頗事由。對此，人權法院在 *Castillo Algar v. Spain* 案¹⁵¹中，曾經有過討論：

一名調查法官根據表面證據對申訴人作出起訴處分，申訴人抗告到中央軍事法院，但由於負責的法官贊成起訴書的內容，因此駁回申訴人的請求，並在裁定內文提到：「於此，有足夠的證據可以得出申訴人觸犯該罪的結論，

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 582-583.

¹⁴⁹ ECHR, *Saraiva de Carvalho v. Portuga*, Judgment of 22 April 1994, Appl. no. 15651/89.

¹⁵⁰ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 584.

¹⁵¹ ECHR, *Castillo Algar v. Spain*, Judgment of 28 October 1998, Appl. no. 28194/95.

故原程序起訴有理由，…。」從法官的用語可看出，似乎是對申訴人涉嫌的犯罪，已有終局的結論。作出裁定的其中 2 名法官，後來又負責申訴人的實體審理，並作出有罪判決，是以，人權法院於此認為，申訴人真的有客觀的事由，足以懷疑 2 位法官的無偏頗性，因此宣告西班牙違反公約。

關於中間裁定，此在德國法也是熱門問題，因為有實體管轄權的法院也必須作出開啓審判與否的裁定。如同本文在第二章說明的，德國法中開啓審判裁定並非偏頗事由。學者指出，拉到歐洲人權公約層次也不會被宣告違反公約，因為開啓的裁定僅是審查檢察機關的起訴門檻，而標準正是人權法院所謂的「表面證據」，再者，德國法官根據德國刑事訴訟法第 202 條，在此階段進行全面性的偵查絕對是違法的，因為條文明確使用「得提取個別證據」的字眼，所以先行調查的範圍有限。不過，其指出，從修法建議而言，正本清源的作法是仿效瑞士和法國法，將起訴審查庭與負責實體審理庭的法官相分離，參與起訴審查者，就不參與實體審理，如此一來，即可完全避免上述爭議¹⁵²（另請參閱第二章第二節第三項第四款第三目壹、貳）。

肆 羈押裁定

羈押裁定可能發生在審判前與審判之後，不過，由於羈押涉及人身自由干預的問題，除了公約第 6 條第 1 項之無偏頗性的外，將同時與公約第 5 條第 3 項、第 4 項競合，因此雖然可能會有法官先前負責羈押，後來又參與審判，在後續審判程序法官有無違反無偏頗法庭的爭議，但本文於此，將留待公約競合問題，再行討論（故請參閱第三章第二節第六項）。

第二目 參與數個法院裁判

壹 曾參與撤銷發回之裁判

在刑事訴訟法中規定將刑事案件發回同一審級更新審判，是極為常見的規範，即上級法院得將系爭刑事判決撤銷，並將案件發回更新審判，如同第二章德國刑事訴訟法第 354 條第 2 項的條文所示。學者指出，若是某一個合議庭所為之系爭裁判，在案件被撤銷發回之後，萬一此時負責更新審理的合議庭成員，與前次相較，皆未作任何變動，當然會引發無偏頗法庭的疑慮，因為此時，法官事實上是

¹⁵² *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 585-586.

在同一審級，重複的對刑事控訴作出裁判¹⁵³。

但是，從歐洲人權法院的判例看來，其似乎是認為，從無偏頗性的公約要求之中，無法得出救濟法院在撤銷下級法院裁判後，有義務須將案件發交其他法院，或是由其他人組成的合議庭審理的一般性規則。對此，在 *Diennet v. France* 案¹⁵⁴ 中即有明白宣示：

【撤銷發回案 b】

申訴人 D 因涉嫌違反執業規定，而遭醫師區域委員會除名，後來救濟到全國委員會後，改以停止執行職務處分作為懲戒，而申訴人 D 又上訴至國務委員會 (Conseil d'Etat)，國務委員會遂將全國委員會的原審裁判撤銷發回，但是，負責第二次審理的全國委員會成員，7 名成員中有 3 人與先前第一次審理的全國委員會成員相同，而且除了因為在該期間中恰巧頒布特赦，故全國委員會在後一裁判曾考慮特赦條款之外，其餘部份前後兩個裁判內容幾乎完全相同。是以申訴人遂主張，該 3 名重複審理的成員，應該可以替換成其他委員，但全國委員會卻未為如此安排，再加上前後兩個裁判內容形式與實質內容都相同，顯然已違反無偏頗法庭之要求。

法國政府則主張，雖然國務委員會將案件發回同一法庭後，依修正後的行政程序法，原則上該法庭應由不同成員組成的委員會負責，但若是性質上不可能，則例外的無庸由新成員組成。而本案的醫師全國委員會僅有一個，而且成員有限，正是本質上不能者。再者，前一次的裁判之所以會被撤銷，是因為違反程序規範，且在案件發回後，並沒有發現新事實，因此兩個裁判才會極為類似，即便第二次是由其他人組成的委員會作裁判，亦然，故應尚不該當客觀無偏頗性的質疑。

人權法院則是同意被申訴國的主張，其指出，參酌人權法院過去的判例，從無偏頗性的公約要求之中，無法得出最高法院在撤銷行政或司法裁判後，有義務須將案件發回其他司法機關，或是發回由其他人所組成的機關審理的一般性規則¹⁵⁵。故由 7 名委員有 3 人與前次裁判相同的事實看來，尚得不出偏頗的跡象。此外，即便第二次的裁判是以不同的用語作成，但仍必須根據同樣的基礎作判斷，因為案件並無新事實發生。是以，無法肯認申訴人對無偏頗性的客觀質疑。

¹⁵³ *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 574.

¹⁵⁴ ECHR, *Diennet v. France*, Judgment of 26 September 1995, Appl. no. 18160/91.

¹⁵⁵ ECHR, *Ringelsen v. Austria*, Judgment of 16 July 1971, Appl. no. 2614/65, § 97.

學者則稱，對於歐洲人權法院在【撤銷發回案 b】的此種見解，是否也應適用於刑事程序之中，仍有待商榷。因為，雖然原則上由相同人組成的第二次裁判，對被告而言，情況可能不致於變得比第一次更糟，但是從撤銷發回的救濟觀點來看，被告好不容易上訴成功，得以撤銷下級裁判，結果卻又是由同一批人負責審理，先前努力救濟到最後等於是白費力氣。而雖然可能會有人爭執，若是基於程序瑕疵而被撤銷的案件，在同一審級的第二次裁判就因此讓不同人審理，那豈不是太便宜被告了嗎？但是對此，學者則接著回應，此種思考模式顯然是目光太過於短淺，因為兩個有瑕疵的程序，並不會負負得正，變成一個合於公約要求的程序。是以，歐洲人權法院應該在撤銷發回的刑事案件裁判中，篤定強調曾經參與系爭實體判決的法官，不得再次參與裁判，不管後者是上級審或是同一審級，皆同，否則將喪失救濟之制度目的。其並遺憾地提到，此一爭議在德國學說實務中也是爭論未休，而德國多數說於此也沒有取得歐洲人權法院的贊同，是極為可惜的事¹⁵⁶（另請參閱第二章第二節第三項第四款第三目肆）。

貳 參與同一犯罪事實之審判程序

將同一犯罪事實但卻有數名被告的程序進行分離審判，在刑事審判實務中並不少見，尤其是因為考慮到並不確定拖延、逃亡或是暫時欠缺訴訟能力的被告，何時能進行審判，因而進行程序分離的情形。再者，若是共同被告個人有妨害整個刑事程序合併審理，影響作出終局判決之情形，為了加速審理的目的，也可能將數名共同被告的案件，分成不同程序來形成裁判。除此之外，還有可能是基於訴訟策略上的考量，例如將共同被告進行分離審判後，將其中一名被告作為其他共同被告的犯罪事實證人，以證明同一犯罪事實中，其他共同被告之犯行。而於以上情形即會發生一項問題：若是法官 R 先前曾負責共同被告 A 的案件，但在審理中觸及同一犯罪事實中其他共犯 B、C 之犯行，則後來其他共犯 B、C 受訴之後，R 法官可否再對此剩下的共同被告進行審理或裁判¹⁵⁷？

學者指出，若是法官 R 曾參與共犯 A 之有罪判決，於先前的判決理由中，不僅已表明尚未受有罪判決之共同被告 B 的罪狀，也指出 B 的共犯結構行為，並且在後續的對 B 的判決中，一再地引用先前裁判的內容，那麼無論如何，此時，已有客觀合理事由存在，足以懷疑法官 R 之無偏頗性¹⁵⁸。對此，人權法院

¹⁵⁶ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 575.

¹⁵⁷ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 570.

¹⁵⁸ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S.

在 *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*¹⁵⁹ 中即曾有過明確的表示：

【誰是共犯案 b】

由於申訴人 F 與 S 涉嫌與另外三人 A、B、C 共同犯下故意殺人罪，而 A、B、C 在分離程序中，最後被審判長 R 組成的合議庭判決有罪，該判決內文中，不僅述及 A、B、C 三人的共犯，而且還引用一段共同被告 A 的論述，提到 A、B、C 一同與申訴人 S 共同負責殺人的執行，並在判決中明確指出申訴人 F 的犯罪分擔行為，包含運送槍枝與尋找廢棄倉庫。其後申訴人 F、S 受訴至同一少年法庭，再度由審判長 R 組成的合議庭，判決申訴人有罪，處以數年有期徒刑。因此申訴人主張違反無偏頗法庭。

而政府則抗辯兩個案件不是同一被告，且 5 名合議庭成員，僅有審判長 R 曾經審理過前一裁判，因此對申訴人案件影響不大。

人權法院則基於以下兩個理由，肯定法官的偏頗之虞：其一是因為在前判決中，多次提及尚未判決有罪的申訴人 S 與 F，以及他們在犯罪時各自分擔的行為；其二則是在後一有罪判決中，數次引用先前判決的片段。而且再加上兩個案件都是由法官 R 擔任審判長，因此足以影響後一裁判，故該當客觀的偏頗事由。

此外，學者強調，雖然人權法院在最後提到，法官 R 在兩個裁判都是擔任審判長，但並不限於此，若是法官曾經擔任同一犯罪事實的受命法官或陪席法官，也適用同一標準。再者，其也批評，人權法院由法官 R 可能會影響後續裁判的假設，得出客觀無偏頗性的評價，是又再次走上因果關係的歧途，如同在【**九牛一毛案**】中的評論，究竟要影響裁判到什麼程度才會偏頗？而是不是得藉由擴充審判者數量來稀釋偏頗，作此解顯然也與公約無偏頗法庭的程序要求不一致¹⁶⁰（請參閱第三章第二節第五項第二款第三目）。

參 對事實上關聯之民事或刑事程序連續裁判

對於在實質上相關聯，但是非同一案件的情形，不管是法官先審理民事程序，後又擔任刑事控訴審判法官的情形，還是法官先後參與的程序皆是刑事控訴的情形，人權法院似乎對於客觀無偏頗性外觀的要求又更為寬鬆¹⁶¹，例如在 *Lindon*,

570.

¹⁵⁹ ECHR, *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, Judgment of 07 August 1996, Appl. no. 19874/92.

¹⁶⁰ Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg*, 2002, S. 570-571.

¹⁶¹ Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der*

Otchakovsky-Laurens and July v. France 案¹⁶²：

申訴人 Lindon（以下簡稱 L）為《*Le Procès de Jean-Marie Le Pen*》¹⁶³小說的作者，內容根據真實事件，即國民陣線（National Front）的武裝份子殺害一名阿拉伯裔的青年，並丟入塞納河，而國民陣線的主席，也就是 Jean-Marie Le Pen 卻聲稱是政黨的敵人故意製造紛爭以傷害他們的事件，改編而成。L 虛擬出一名猶太的辯護律師，無端捲入這場政治風暴，但致力於要使 Jean-Marie Le Pen 受到審判。Otchakovsky-Laurens（下簡稱 O）則負責出版該書。法國國民陣線主席 Jean-Marie Le Pen 遂以私人身份，在巴黎刑事法院對兩名申訴人提起公開誹謗罪的訴訟。L 被判該當誹謗罪，而 O 則為誹謗罪共犯。在前兩名申訴人獲判有罪後，有 97 位當代作家聯合發表一篇名為“Rebonds”（Responses）的連署書，內容引用小說內三個段落的文字，以聲明支持兩位申訴人，並且批評政府干預言論自由，聲稱將要把兩位申訴人寫作、出版小說卻被判誹謗罪一事，再改編成小說。而申訴人 July（下簡稱 J）為 *Libération* 日報的主編，在社論中全文轉載該篇連署書亦被判該當誹謗罪。J 遂爭執，維持其有罪判決的巴黎上訴法院三名法官中，有兩位法官曾經參與前述兩名申訴人的審判，因此上訴法院已經有先入為主的觀念，所以關於誹謗性言論的部份，僅簡單引用前述兩位申訴人的判決而維持其有罪。故申訴至歐洲人權法院。

人權法院則指出，就客觀而言，在本案三名法官中，有兩位列席巴黎上訴法院的法官，他們維持 J 被判誹謗的有罪判決，並參考在前述兩位申訴人認定具有誹謗性質段落的判例，此的確可能引起 J 心中懷疑，負責審理他案件的是否為無偏頗的法庭。但人權法院認為這些質疑並不是客觀理由。因為兩個案子難以被連結，即便連結，其犯罪事實、被告也不相同，在第一個案子，問題是書中的某些段落，出版者和作者是否已經犯誹謗罪和共犯罪行的問題。而在第二個案子，法院是必須決定在新聞自由方面，是否報紙主編與連署書中複製相同段落者該當誹謗。雖然，在文章段落是否為誹謗性質這部份，上訴法院參考過去對前述兩名申訴人的判決，但是書的作者與出版商該當誹謗已經是定案，而後續判決必定會要適用關於這方面爭論的判例，所以對刑事法院而言，認定 J 刊登連署書的行為是善意或非善意的，仍舊是保持開放、無偏見的態度。因而，申訴人謂兩位列席的上訴法院法官先後審理兩項判決，可能損害會法院的客觀無偏頗性，人權法院認為是多慮的，並非偏

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, S. 571.

¹⁶² ECHR, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, Judgment of 22 October 2007, Appl. no. 21279/02 ; 36448/02

¹⁶³ 英文譯為“Jean-Marie Le Pen on Trial”

頗的客觀理由，因此認定法國未違反公約第 6 條第 1 項。

第四款 訴訟進行中檢察官缺席

歐洲人權法院曾經發生一則有趣的案例，提到檢察官如果於訴訟進行中缺席，也可能會涉及偏頗之虞，即 *Thorgeirson v. Iceland*¹⁶⁴案：

申訴人 Thorgeirson 是名作家，因為發表兩篇關於警察的暴行的文章，被警察控告誹謗公務員罪。而根據冰島當時的法律，少數不嚴重的案子，即不值得對抗的案子，可以在檢察官缺席的情況下進行審判。申訴人指出，這意味著地方法院在這類案子被授權可以取代檢察官的功能，但這種情況是被許多地方法院法官所批評的，且根據即將在 1992 年施行的刑事訴訟法第 123 條的修正案，如果檢方缺席將必須停止程序。因此在審理過程中，由於檢察官在申訴人受審判的某些期間缺席。其遂主張因為這個缺席，法官被要求必須簡單的陳述所有關於這個指控的爭議，而這不僅引導法院調查，也使法院成為代表檢察官的角色，於此產生違反無偏頗法庭的疑慮。

人權法院則從客觀審查基準觀之，法院注意到在該法院中，從 1985 年 9 月 10 日至 1986 年 6 月 16 日中，法院總共有 12 次的庭期，而檢察官總共缺席 6 次：第 1 次申訴人也缺席，因此在申訴人的要求下，法院將期日延後，第 2 次則是準備程序、第 3、4 次則是法院在處理程序問題，與本案評價無關，第 5 次是申訴人提出書面辯護狀，而第 6 次則是法院判決宣告之時。至於其他所有庭期，檢察官皆有出席，並提出證人及證據，而且申訴人及檢察官在後來的期日皆同意不需要再做進一步調查。

因此由上述可得知，雖然檢察官曾經缺席，但法院並沒有被要求主導任何調查，在檢察官出席期間似乎已滿足這項功能了，是以人權法院不認為申訴人對於法院欠缺無偏頗之憂慮是合理的，故未違反公約第 6 條第 1 項。

儘管的人權法院最後的結論是未違反公約第 6 條第 1 項。但學者則認為，由本則裁判看來，人權法院相當明顯地同意申訴人對於檢察官缺席可能會產生偏頗的分析，而這是一個非常值得從人權法院取徑的結論。亦即，人權法院具體檢驗在審判期間的每一個細節，雖然審判庭中檢察官缺席，但人權法院注意到本案中，缺席的那幾次剛好是不重要的庭期，所以不致於形成法官代替檢察官履行職務，而有影響無偏頗性之虞。據此，為了呈現出無偏頗的外觀，法院須聽取兩造言詞

¹⁶⁴ ECHR, *Thorgeirson v. Iceland*, Judgment of 25 June 1992, Appl. no. 13778/88.

辯論，而爲了進行對質詰問，檢察官也必須在審判中就事實作某程度辯論¹⁶⁵。

於此，後來在新生的裁判，*Ozerov v. Russia* 案中，人權法院即清楚明白表示，檢察官身爲原告代表，若是在審判期日無故缺席，尤其是無故未參與證據調查程序，而須由法官代爲履行其職務，則法院即因此混淆自己與檢察官的角色，故存有偏頗之虞¹⁶⁶。

第五款 參審法官預覽卷證內容

關此，不僅在德國法上曾經吵的沸沸揚揚，兩派見解歧異甚大，在我國法中亦是滿城風雨的議題：究竟讓參審（或是專業）法官預覽起訴卷證資料，到底會不會影響心證，而招來偏頗之虞？對此，歐洲人權法院在 *Elezi v. Germany*¹⁶⁷ 案中有過詳細的論述：

申訴人 Elezi 因涉嫌多次人口販賣、洗錢、強盜以及參加幫派等罪名，由柏林地檢署對申訴人及其他 5 名共同被告（包含申訴人妹妹 S）提起公訴，於起訴書中，檢察官詳加敘明每一次人口販賣過程的細節，且摘錄證人的證詞及電話監聽之內容，以作為證明申訴人成立人口販賣罪之用，此外，還建構申訴人偽造僱傭契約，佯裝有合法收入的場景，並且說明申訴人吸收年輕小孩參與組織犯罪的情形。後來案件至柏林地方法院大刑事庭時，由 3 位專業法官及 2 位參審法官，負責審理申訴人及其他共同被告，另外有 1 名候補專業法官與 2 名候補參審法官也一同參與程序。其後，由於妹妹 S 作出自白，法院遂將 S 的程序與申訴人 E 相分離，不過，仍是由同一組人馬負責審理案件。於 S 的分離程序中，參審法官以及候補參審法官，拿到起訴書的副本，於是在審判期日之外，得以預先閱覽檢察官對所有共同被告的調查基本結論。隨後，法院即根據 S 的自白，判決 S 該當數罪名。到了申訴人 E 的聽審程序，法官又告訴 E，在對 S 的程序中，參審法官們已得到起訴書部份內容的副本，其中包含檢察官調查的基本結論。申訴人 E 隨即提出拒卻聲請，指摘 2 名參審法官及候補參審法官有偏頗之虞，其爭執，起訴書詳細說明為何自己被起訴，因此會對參審法官造成衝擊，在看過檢察官於起訴書中對證據的預先評價之後，參審法官已經無法再無偏頗的審理案件。更何況，《德國刑事訴訟程序與罰鍰程序準則》第 126 條第 3 項也明文禁止讓參審法官預先

¹⁶⁵ See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 79

¹⁶⁶ ECHR, *Ozerov v. Russia*, Judgment of 18 May 2010, Appl. no. 64962/01, §§ 51-58 zitiert nach Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., 2012, § 24, Rn. 45.

¹⁶⁷ ECHR, *Elezi v. Germany*, Judgment of 12 June 2008, Appl. no. 26771/03.

閱覽卷證¹⁶⁸。

4名參審法官以相同文字但個別發表聲明，他們是為確定S自白的內容與起訴書所載相符才在本案程序外閱覽卷證。此外參審法官也解釋道：在閱覽卷證之前，專業法官曾提醒他們，起訴書的內容僅是檢察官調查程序結束後的觀點，請勿與尚須經法定調查程序之審判期日的結果相混淆；再者，審判長也向他們特別強調，申訴人與其妹妹的程序必須分離評價，因此，他們能區分S與E的審判程序，兩者的調查程序是分開進行的，也明白在S程序中所獲悉的資料，與E的調查程序無關。從而，他們對申訴人並無偏頗之虞。而3名專業法官也認為，德國刑事訴訟法本身並未禁止參審(或專業)法官預先閱覽卷證，而且也已對參審法官說明，起訴書僅是檢察官的觀點，而不是審判的結論，故以無理由駁回申訴人的拒卻聲請。案經法院42天的實質審理，勘驗監聽的錄音、扣押的偽造護照、詢問許多(包括申訴人聲請的)證人，以及聽取2名鑑定人對申訴人精神鑑定報告之後，法院最後判決E有期徒刑4年6個月。

E上訴到聯邦最高法院，爭執參審法官所發表的聲明，是由專業法官草擬好後照本宣科的，參審法官很可能會混淆起訴書與審判程序的結果，而且參審法官也不可能分的清自己與妹妹的審判程序，因為連專業法官都將2名被告搞混了，法院應該在他妹妹的程序中調查其他補強證據，而不是用起訴書的影本代替，但聯邦最高法院仍以上訴顯無理由駁回。其後，E再向德國憲法法院提起憲法訴願，但結論仍是不受理。E遂以違反無偏頗法庭為由，將案件申訴至歐洲人權法院。

德國政府抗辯，參審法官應與專業法官適用相同的標準，通案性地允許得知悉與案件相關文件的全部內容，而不致於產生偏頗之虞。參審法官與專業法官擁有相同法律地位，並沒有法令明文禁止提供參審法官起訴的所有卷證資料。另一方面，為了保障法官們有相對等的投票權利，也應該提供他們與專業法官相同的資料，前述準則僅是建議，對法院並無拘束力，而且該準則也設有但書規定。再者，即便媒體有偏頗的新聞報導，或是即便在審判中的證據後來被禁止使用，參審法官也都會被認為有能力得僅依合法證據進行審判。何況，鑑於本案的複雜性，提供給參審法官部分的起訴書影本並無不妥之處，與其在妹妹的程序朗讀起訴書的全文，不如將部份影本給參審法官參酌。此外，專業法官也已經對參審法官詳加說明起訴書的功用，以及要求

¹⁶⁸ §126 Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) : “(3) Die Anklageschrift darf den Schöffen nicht zugänglich gemacht werden. Ihnen kann jedoch, namentlich in Verfahren mit einem umfangreichen oder schwierigen Sachverhalt, für die Dauer der Hauptverhandlung eine Abschrift des Anklagesatzes nach dessen Verlesung überlassen werden.“

參審法官將兩個程序分離採證。

對此，歐洲人權法院則說明，從主觀審查基準看來，申訴人未指明參審法官內心有何偏頗，而且看來法院也沒有任何個人偏頗的行徑。而從客觀基準觀之，首先必須檢驗，選擇讓參審法官知悉起訴卷證內容，明白檢察官的觀點是否違法，或是不合於一般刑事實務的基本運作，是否會造成對申訴人的不利影響，而引發客觀無偏頗性的疑慮。於此，人權法院認為，從德國刑事訴訟法看來，似不應對參審法官做差別待遇，雖然德國早期實務見解有相反意見，認為參審法官會混淆起訴卷證與審判程序的證據調查程序，且準則也規定得不提供起訴書給參審法官。但本案看來，是為了加速審理申訴人妹妹的案件，才讓同樣一批參審法官先行閱覽部份卷證，給起訴書影本之目的並不是在說明檢察官的評價可採，而是為了提供必要資訊以澄清妹妹S自白的內容，這些通常會在法院公開朗讀，雖然本案是交由參審法官自己閱讀，可是單此，人權法院不認為會招致偏頗的客觀質疑。

再者，人權法院進一步審查，是否有如申訴人所擔憂的，內國法院早在程序初期即已形成申訴人有罪的預斷。須重申的是，光從法官事先在卷證得知細節，不代表已形成偏見。而本案在讓參審法官接觸卷證前，法官顯然也已經提供足夠的擔保，即向參審法官說明起訴書的性質與審判結果不同，不致於將檢察官的觀點，當成是主要審判期中調查證據的結果，而直接作為判決申訴人的基礎。此外，在預覽卷宗之後，法院也進行多次的證據調查程序始作出裁判，於此，顯示參審法官是根據審判程序的調查結果，最後才得出申訴人有罪之評價。故據此，人權法院無法得出德國違反無偏頗法庭的裁判。其並進一步說明，專業法官得於審判前閱覽起訴卷證所有內容，不會被認為有引發任何偏頗的疑慮，而至於，在公約第6條第1項底下的一般性問題，即是否不應該賦予參審法官如同專業法官的完整預覽起訴書之權，人權法院認為在本案無庸說明。

簡單來說，歐洲人權法院最後選擇與德國學說實務通說站在同一陣線，認為法官事先預覽起訴卷證，並不等於法官心證就會有所偏頗，即便是參審法官，預覽部份卷證也不意味即違反公約的無偏頗性要求，必須個案審查，法官是否因為預先起訴卷證，隨即將起訴書內容信以為真，而不繼續於審判期日踐行證據調查程序，若是法官能區別出起訴書為檢察官的觀點，與審判的有罪確信不同，最後是基於審判期日的證據調查程序得出有罪之確信，則不違反無偏頗性（請參閱第二章第二節第三項第四款第五目貳）。

第六項 公約競合問題

第一款 羈押與人身自由拘束

除了上述純粹是公約第 6 條第 1 項的問題外，有時無偏頗法庭的權利也會有與公約其他條項互相競合的情形，第一種情況如涉及人身自由拘束者，於限制或剝奪人身自由時，可能產生兩個面向的問題：其一是公約第 5 條第 3 項及第 5 條第 4 項對限制或剝奪人身自由的要件問題（第一目），而另一個面向則是涉及原先前做出拘束人身自由的法庭，之後繼續審判是否有違反公約第 6 條第 1 項之無偏頗法庭的爭議（第二目）。

第一目 從公約第 5 條第 3 項、第 5 條第 4 項出發

公約第 5 條第 3 項規定：「依照第 5 條第 1 項第 C 款的規定而被逮捕或拘留的任何人，應立即送交法官或其它經法律授權行使司法權的官員，並應有權在合理的時間內受審或在審判前釋放。釋放得以擔保出庭候審為條件」¹⁶⁹

第 5 條第 4 項則是規定：「由於逮捕或拘留而被剝奪自由的任何人應有權運用司法程序，法院應依照司法程序立即對他的拘留的合法性作出決定，並且如果拘留不是合法的，則應命令將其釋放。」¹⁷⁰亦即，對人身自由拘束之要件是必須交由司法機構做出決定，而此處對於司法機關的要求即是以公約第 6 條第 1 項作為判斷標準¹⁷¹。

換言之，若是負責人身自由拘束的司法機關，有違反公約第 6 條第 1 項之無偏頗法庭的問題，同時，即也可能因此違反公約第 5 條第 3 項、第 4 項，對於限制或剝奪人身自由之要件。

¹⁶⁹ 歐洲人權公約第 5 條第 3 項，英文版公約：”Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.”

¹⁷⁰ 歐洲人權公約第 5 條第 4 項，英文版公約：”Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.”

¹⁷¹ 由於本文的核心重點在於法院的無偏頗性，而與羈押、人身自由之限制或剝奪的其他要件較無關聯，深入的討論請參閱，施育傑，《歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡，檢討我國羈押與人身自由拘束制度》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008，頁 67-87。

第二目 從公約第 6 條第 1 項出發

如 *Ekeberg and Others v. Norway*¹⁷²案：

【羈押法官案】

Roger Elvsveen（下簡稱 R）為五名申訴人之一，為”Screwdrivers”的摩托車俱樂部成員，五名申訴人被控犯下煽動火災、放置爆裂物，致使不特定公眾生命、財產安全受危害罪。又依照挪威刑事訴訟法第 172 條¹⁷³規定只要被告做出口供，或有其他特別加強高度懷疑的情況下，可以直接將涉嫌某些犯罪的被告羈押。且評估的重點應特別放在是否會引起公眾的輿論。而 R 即是因為本條不斷被延長羈押。R 指出高等法院的法官 G，曾經參與延長羈押的裁定，裁定中對於摩托車俱樂部的背景有一般性的陳述，所以法官 G 身為合議庭專業法官的一員，從頭到尾皆參與審判，這可以假定，她可能會與其他法官商談，並進而影響主審法官對陪審團的指示，因此欠缺無偏頗性。

人權法院則指出，雖然法官 G 先前曾經參與駁回申訴人對區域法院延長羈押的抗告，但根據人權法院的判例法，僅憑法官審判之前曾裁判案件本身，並不能視為無偏頗性的客觀合理懷疑，僅在特殊情況下，才可能有不同的結論。不過，由於本案所涉及的內國法，正好與 *Hauschildt v. Denmark* 案¹⁷⁴的規定相類似，即延長羈押條款需要「特別高度加強懷疑的」（particularly high degree strengthen the suspicion）。因此，法官 G 雖然僅是三名專業法官中之一，並非審判長，無法與陪審團討論進而影響之，但是，在陪審團的制度下，專業法官若是認為證據不足以定罪，必須利用職權駁回陪審團的裁決，並將案件交由其他法官審理。是以，法官 G 有權利可以推翻陪審團的判決，而此對

¹⁷² ECHR, *Ekeberg and Others v. Norway*, Judgment of 31 October 2007, Appl. nos. 11106/04, 11108/04, 11116/04, 11311/04 and 13276/04.

¹⁷³ 挪威刑事訴訟法第 172 條規定原文如下：When a person is suspected of: (a) a crime punishable by imprisonment for 10 years or more, or of an attempt to commit such a crime, or (b) a criminal offence under Articles 228 (2), second alternative, see Article 232, Article 229 second alternative, see Article 232, or Article 229 third alternative, s/he may be arrested even if the conditions in Article 171 are not fulfilled, provided that s/he has made a confession or there are other circumstances which to a ***particularly high degree strengthen the suspicion***. In the assessment emphasis shall be placed particularly on whether ***it would provoke the public's perceptions of justice*** or create insecurity if the suspect is at large. Any increase of the maximum penalty because of any repetition or concurrence of offences shall not be taken into account.”

¹⁷⁴ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. no. 10486/83, § 50. 本案中人權法院指出，雖然審判中的法官，已經在審判前作過包涵羈押在內的裁判，但這並不等於已證明無偏頗性有合理的質疑，不過，卻可能因為其他特殊的情況而有不同，例如，在本案中，之所以會宣告丹麥敗訴不是因為法官先前曾參與，而是因為丹麥關於延長羈押規定中，要求該必須是在有「特別證實的懷疑」（particularly confirmed suspicion）情況下，考量公眾利益而得繼續羈押。

申訴人有罪判決而言，是扮演非常重要的角色，因此其先前曾參與依第 172 條之延長羈押裁定，在審判程序中又支持陪審團裁決時，其無偏頗性是令人產生客觀懷疑的。

由上述法官身兼數職，連續負責同一案件的討論以及本案的裁判觀之，歐洲人權法院一直堅持其並未要求，決定人身自由拘束的法官之後就不能參與同一案件審判，但是，本案之所以被宣告違反公約，其實問題出在關於人身自由拘束的審查要件中，包含「特別高度加強懷疑的」(particularly high degree strengthen the suspicion) 之要求，因此一旦在審判過程中決定羈押或延長羈押，將導致有罪判決與羈押條款的證明程度區別即產生困難，從該延長羈押條款看來，很可能在判決被告有罪前，適用延長羈押條款之時，即已經認定被告成罪。是以，後續的審判欠缺無偏頗性的客觀可能性即被建立¹⁷⁵。

第二款 無罪推定原則

另一種公約競合的最可能案例則是如公約第 6 條第 2 項所規定之無罪推定原則 (presumption of innocence)：「凡受刑事追訴的控告者，在未經依法證明有罪之前，應被推定為無罪。」¹⁷⁶於此，典型的案例是法官可能在對本案做出有罪判決之前，就作出某些不當的言語或是行徑，不僅違反無罪推定，甚至招來對法庭有偏頗的質疑，如 *Lavents v. Latvia*¹⁷⁷ 案：

【驚世被告案】

申訴人 Lavents 是拉脫維亞最大銀行的監理會主席。因為銀行進入清算而造成嚴重破壞國家經濟和幾十萬人經濟損失。檢察官處理申訴人的個案，懷疑申訴人有蓄意破壞的罪行，因為他授權轉移約 139 百萬歐元到一家總部設在莫斯科的俄羅斯銀行，以換取俄羅斯政府的債券。申訴人還被控進行詐欺行為，即建立一個繁榮穩定的銀行假象。在審判期間的許多場合，申訴人對區域法院的主審法官，Šteinerte (下稱 Š) 女士，以及處理案件的另外兩名法官提出質疑，指責他們存有偏見並且隱瞞證明無罪的重要關鍵證據。申訴人將嚴重違反刑事訴訟法之無偏頗性這個質疑提交到區域法院，另外那兩名法官裁定 Š 法官應迴避，但經檢察官抗告到上級法院後，該裁定被撤銷，發回區域法院後又是由完全相同的成員列席，且由 Š 法官擔任審判長，因此，

¹⁷⁵ 施育傑，《歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡，檢討我國羈押與人身自由拘束制度》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008，頁 79。

¹⁷⁶ 歐洲人權公約第 6 條第 2 項，英文版公約：“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

¹⁷⁷ ECHR, *Lavents v. Latvia*, Judgement of 28 November 2002, Appl. no. 58442/00.

即以無理由駁回偏頗之聲請。再者，於 1999 年 11、12 月，審判期日之前，Š 法官受新聞媒體採訪時作出若干陳述，其中包含兩家日報，Lauku avize 和 Respublika，以及 Kommersant Baltic 報紙。在報導中，她批評辯方的行為，並影射審判結果，其表示，對於申訴人堅持否認犯罪令她感到驚訝，她並不相信被告是無罪的，而且還提到，被告頂多只能期待部分宣告無罪。此外，還要求申訴人應該證明自己是清白的。後來，申訴人被判處 9 年監禁，遂以法院違反獨立性、無偏頗法庭為由，申訴到歐洲人權法院。

人權法院指出，從 Š 法官對媒體的這些陳述看來，顯然其主觀上已預先對審判結果表達出一個確信的立場，即特別傾向於判決申訴人有罪，Š 法官的言行舉止顯然悖離公約第 6 條第 1 項的要求，並且造成申訴人產生法官欠缺無偏頗性的憂慮，因此從客觀基準看來，人權法院宣告拉托維亞已違反公約第 6 條第 1 項之無偏頗性，且基於此一發現，也已無必要另外單獨審查法院是否具有獨立性的問題。

此外，人權法院也表示，Š 法官的陳述及態度亦不合於公約第 6 條第 2 項規範之無罪推定原則，因為其不僅明白表示早已認定申訴人有罪，甚至建議申訴人應該主動證明自己無罪，而此顯然與人權公約提供的重大基本保障原則嚴重相違背。

然而，由於無罪推定原則在歐洲人權法院判例中發展上的困境¹⁷⁸，亦有結論不令人滿意的案例，如 *Poppe v. the Netherlands*¹⁷⁹：

【心腹大患案】

申訴人 Poppe（下簡稱 P）因為涉嫌毒品相關罪名被捕，隨後被控為非法交易硬性毒品（hard drugs）的八人共犯之一，負責準備非法交易，管理與參與犯罪組織。於區域法院時，P 得知負責審判的法官 X、Y 曾經參與其他共同被告的判決，於是 P 的辯護人在聽審開始前，即寫信給審判分庭的主審 X，要求 X、Y 迴避，不得參與審判，然 X、Y 並未迴避。於聽證會當日，辯護人正式提出迴避聲請，亦遭駁回，區域法院的理由是，僅因兩名法官曾對同案被告就相關罪名為有罪判決，並未能證立兩名法官對申訴人在該犯罪組織中的角色形成偏見，且辯方亦未舉出其他特別情況，以說明法官對申訴人存有偏見，或是申訴人擔心有偏見的客觀事由。其後，區域法院認定 P

¹⁷⁸ 此指歐洲人權法院認為在被告尚未依法被證明有罪前，單純於裁判為「犯罪嫌疑狀態描述」並不違反無罪推定，必須達到「有罪認定」始違反無罪推定，然而因兩者概念區分困難，導致無罪推定原則反而走進死胡同。進一步討論請參閱崔雲飛，《無罪推定之具體實踐》，台灣大學法律研究所碩士論文，2006，頁 194-201。

¹⁷⁹ ECHR, *Poppe v. the Netherlands*, Judgment of 24 March 2009, Appl. no. 32271/04.

為犯罪組織的幫助犯，判處他入獄3年。案經上訴法院，P提出區域法院對其他共同被告C3、C4的判決，指出該判決內容曾經提及P，並指涉P是該犯罪組織的「心腹」，負責進出口硬性毒品，因此，區域法院法官欠缺無偏頗性，主張上訴法院應該發回重審。但上訴法院認為區域法院並非基於C3、C4的判決認定P有罪，而是基於P其他犯罪證據做出判決，因而駁回P此部份請求，自為判決。P雖上訴至最高法院，此部份請求仍被駁回。然此同時，由不同人所組成的另一上訴法院合議庭，接受其他共同被告C3發回更審的請求，理由正是因為一審法院對其他三名共同被告的判決中，皆曾經提及C3是負責海外聯繫，且提供必要資金的工作，因此C3有客觀理由擔心法官的無偏頗性。是以，P認為上訴法院未能糾正錯誤，使其未能如C3一樣發回審判而申訴至人權法院。

人權法院首先注意到政府考量司法效率的主張，即若人權法院單以法官曾經參與其他同案被告審判，就不允許審理犯罪組織的共犯，那麼法院的工作量將倍增，刑事工作也不可能。但是，人權法院重申這不意味各締約國可以不遵守公約第6條第1項的要求。

而具體檢驗本案，從主觀審查基準出發，由於申訴人未提出法官個人無偏頗性的質疑，因此仍推定法官無偏頗性。至於從客觀基準來看，法官已經判決相類似但無關的刑事案件，或者已經在個別的刑事程序中審判過共同被告，這些事實本身並不足以令人懷疑法官在隨後案件的無偏頗性，除非，以前的判決結果已實際上包含預先判斷被告有罪¹⁸⁰。是以，雖然區域法院在C3、C4的判決中曾提及P，並將其取名為「心腹」(confidant)，然僅是為了說明和澄清而順便提及，並未進一步詳細說明申訴人參與刑事犯罪的程度或性質，因此不能認為該兩名區域法官有無偏頗性的客觀合理懷疑。

人權法院在此似乎做出嚴格的限制，認為除非先前的判決內容已實際上包含預先判斷被告有罪，若先前判決中曾提及申訴人，並取名為「心腹」(confidant)，僅是為了說明和澄清而順便提及，並未進一步詳細說明申訴人參與刑事犯罪的程度或性質，即不能謂有違反無罪推定。

然而，有Gyulumyan法官提出不同意見書指出，就客觀審查基準而言，應當可以肯定法官有缺少無偏頗性的外觀。因為很顯然的，法官在先前判決已經認定申訴人是共犯而且有罪，否則不會取名其為「心腹」，是以，其無法同意多數見解以「僅是順便提到申訴人，並未具體說明申訴人是否該當構成要件，或其他犯罪行為」而認定不違反公約的結論；相反地，由於先前判決內文已具體指涉申

¹⁸⁰ See for example ECHR, *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, Judgment of 07 August 1996, Appl. no. 19874/92.

訴人參與犯罪組織的實際工作，此已足以產生法官無偏頗性之客觀合理懷疑。其還進一步指出，法官在先前的判決理由中，甚至不須要具體去涵攝法律構成要件與事實，也不須要詳細說明犯行，只要是在判決內文中，認定尚未有罪判決確定的另一名共同被告是有罪的，於此，在客觀基準上即可認定存有偏頗的客觀合理懷疑。因為，現實上，被告確實很難再相信，法官在審查自己的案件時，不會受到先前判決的影響，相反地，很可能早就視自己為「大患」。更何況，另外一名有相類似遭遇的其他共同被告，已經因為此一緣由成功的請求上級法院將案件撤銷發回，並交由不同法官所組成的審判庭更新審判，故於此，也會更加強化申訴人對法官無偏頗性的質疑¹⁸¹。

第三節 本章小結

綜合上文可得知，雖然也稱之為「主、客觀基準」，但歐洲人權法院闡明的概念顯然與德國法中的「個人—客觀基準」概念不盡相同。從人權法院裁判看來，主觀基準指的是法官個人內心的角度，客觀基準則是內國所提供之制度保障的角度，而是否合於後者之基準，判斷標準才是極為類似於德國法中的「個人—客觀基準」。因此，在個案具體適用上，也不須要兩個審查基準皆違反才會宣告會員國敗訴，而是一旦違背其一，就不合於公約的要求。

然而，由於人權法院主觀基準堅持必須推定法官個人的無偏頗性，直到有相反的證據證明，是以在大部份的案例，由於申訴人無法提出法官內心有何偏頗的證據，人權法院多數見解幾乎都是推定法官主觀無偏頗的，【死不承認案】即為適例，但事關法官個人內心世界，除非有明顯的表態，否則事實上申訴人確實很難證明法官內心究竟有無偏頗的念頭，因而導致主觀審查基準其實反而作用不大，雖然有客觀基準可作為防堵措施，但如此一來，等同實質上架空主觀審查基準，甚為可惜。

其次，歐洲人權法院雖聲稱還有客觀基準，但仍有不少案件被批評不足，如調查法官的問題，在【調查法官案】顯然與【棄權無效案】的判例互相矛盾，而在【法官教室案】與【死不承認案】也是相類似的情況，究竟法官對陪審團進行訓誡，要求陪審員作出宣誓，可否彌補公約瑕疵，似乎前後判例也不一致。再者，於【心腹大患案】則是同樣有不同意見書指出，在判決書中將尚未有罪判決確定者，描述為共犯的一份子，後來又負責審理被指涉為共犯者，當然有違反無偏頗法庭甚至是無罪推定原則的問題，而此亦顯與【共犯是你案 b】所宣示的原則相悖離。除此之外，【九牛一毛案】中表示，陪審團數名成員中之 1 人有偏頗，影

¹⁸¹ ECHR, *Poppe v. the Netherlands*, Judgment of 24 March 2009, Appl. no. 32271/04, dissenting opinion of judge Gyulumyan.

響力太小不致於妨害整個裁判無偏頗性的說法，更是被學者罵得狗血淋頭。

有學者指摘，歐洲人權法院花很多時間去仔細觀察每一個個案特別的特徵，而不是直接給予一個清楚的指標，使得很難去預測人權法院下一個裁判會如何作決定。其並建議，即便一名法官在內國法律中，得擔綱數個不同法官職務，但若是接連在同一或相關案件執行不同職務時，幾乎都應該直接宣告違反公約。也就是說，內國法律雖允許法官擁有數種職務，但這不意味著先前參與案件就不會引起違反公約的疑慮。而若是人權法院捨此終南捷徑不走，選擇一一去檢驗這些不同職務的細節內容，那麼，檢驗細節的同時，人權法院也應依循一套堅定及清楚的原則來作決定，以免流於恣意，所以當務之急正是須要確立清楚的原則，如此不僅有助於提高法律的確定性，也能提升將來判例法發展的可預見性¹⁸²。

不過，學者也承認，法院是否為獨立、無偏頗法庭之問題，的確很難期待會有絕對明確的標準，因為獨立與無偏頗性原則的基礎本身，其實並不是普遍通行的概念，有些國家若是出於政策上的考量，而將許多不同職務交由一人負責，又或是為了使刑事審判程序能快速流線式的進行，也是准許由一人負責多項工作，則此時，很難絕對的論以對錯，但好在的是，從歐洲人權法院的裁判看來，大多數問題應該是可以獲得合理的解決。然而，其也指出，由於人權法院一直不願意定出清楚、有拘束力的規則，許多裁判仍留有爭議，並非完全令人滿意的¹⁸³。

話雖如此，若是相較於極度限縮的我國實務來說，歐洲人權法院當然還是有許多案例仍可供借鑒之處，本文整理為以下表格：

<p>審查基準</p>	<p>主觀基準：須探知法官個人的信念或愛好，但原則上應推定法官主觀上無偏頗，直到有相反證據推翻。</p> <p>客觀基準：法官是否提供足夠的保障，以排除任何關於偏頗的合理懷疑。</p>	<p>【交付情書案】</p> <p>【死不承認案】</p>
<p>權利放棄</p>	<p>人權法院：維持最低程度保障後，得某程度承認當事人得放棄無偏頗權利。</p> <p>學說：屬重大基本權，不得放棄。</p>	<p>【棄權無效案】</p> <p>【調查法官案】</p>
<p>指摘義務</p>	<p>如果申訴人未於知悉事由後立即提出法官迴避的聲請，不代表法官偏頗的情形就會被治癒，仍有成立偏頗之可能。</p>	<p><i>De Cubber v. Belgium</i></p> <p><i>Barbera v. Spain</i></p> <p><i>Hauschildt v. Denmark</i></p> <p><i>Castillo Algar v. Spain</i></p>

¹⁸² See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 78.

¹⁸³ See Trechsel, Human rights in criminal proceedings, 2005, p. 80.

調查義務	除非，用以指責法院偏頗的陳述是一望即知其毫無根據的，法院才例外無須為積極調查，否則怠於調查將違反公約。	【種族主義案】 【死不承認案】 【法官教室案】
證明負擔	人權法院 ：由聲請人證明。 不同意見書 ：應該由國家舉證證明，其已提供足夠的制度性擔保。	【調查法官案】
瑕疵治癒	本案程序補正 ：否定。 審級救濟 ：須有完整的審判權限，並且就偏頗事由進行修復。	【法官教室案】 【死不承認案】 【交付情書案】 【夫唱婦隨案 b】
類型	人權法院或學說見解	相關案例
種族議題	易該當偏頗事由	【種族主義案】 【法官教室案】 【死不承認案】
曾任調查小組之主任檢察官	取決於客觀無偏頗性的外觀	【上命下從案】
親屬關係		【夫唱婦隨案 b】
政黨成員		【黨工法官案】
與證人有私人或業務上往來	人權法院 ：不該當偏頗事由。 學說 ：若關係極為親近，或有上下從屬關係，外觀應有偏頗之虞。	【九牛一毛案】
同一案件接連擔任不同司法職務	實行調查 ：若法官有大規模之廣泛調查權限，外觀上即有偏頗之虞。 中間裁定 ：若僅是調查表面證據的程度，並不該當偏頗事由；反之，若法官已先有終局確信，則會違反公約。 羈押裁定 ：原則：曾參與羈押裁定不等於無偏頗性的客觀合理懷疑。 例外：羈押之嫌疑門檻（特別高度加強懷疑）與有罪門檻過於接近。	<i>De Cubber v. Belgium</i> <i>Padovani v. Italy</i> <i>Saraiva de Carvalho v. Portuga</i> <i>Castillo Algar v. Spain</i> 【羈押法官案】
曾參與撤銷發回之裁判	人權法院 ：上級法院撤銷案件後，並無發回不同法庭之義務。 學說 ：為貫徹審級救濟之目的，應由不	【撤銷發回案 b】

	同法庭審理，否則違反無偏頗之權。	
參與同一犯罪事實審判程序	<p>人權法院：若僅是順便提到申訴人，並未具體說明申訴人是否該當構成要件，或其他犯罪行為，則不違反公約。</p> <p>不同意見書：若在前案判決中，認定尚未有罪判決確定的另名共同被告有罪的，又參與該共同被告的審理，即違反公約。</p>	<p>【誰是共犯案 b】</p> <p>【心腹大患案】</p>
對事實上關聯之民事或刑事程序連續裁判	不該當偏頗事由。	<i>Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France</i>
訴訟進行中檢察官缺席	將使法官定位混淆，故成立偏頗事由。	<i>Thorgeirson v. Iceland</i> <i>Ozerov v. Russia</i>
參審法官預覽卷證內容	若是參審法官能區別出起訴書為檢察官的觀點，與審判的有罪確信不同，最後是基於審判期日的證據調查程序得出有罪之確信，則不違反無偏頗。	<i>Elezi v. Germany</i>
無罪推定原則	與公約第 6 條第 2 項競合	【驚世被告案】

第四章 我國法之發展

對於國家公權力的行使，不管是在行政、立法或是司法領域，利益衝突與迴避制度是一項歷久彌新的問題¹。尤其，司法部門職司審判的法院，應由具備中立性、獨立性之第三人組成²，不僅司法的基本前提，也是古今中外的法官倫理要求，更是人民對司法裁判信心的指標所在。

於是在介紹完德國、歐洲人權法等比較法之觀點後，本文以下則是回到我國法的發展，首先介紹迴避制度在我國法下的相關規範及其基礎（第一節），其後則是轉播實務在刑事案件中現行運作的實況（第二節），以作為對照組，再次關於法官倫理對於無偏頗性的討論（第三節），最後並附論提到法官無偏頗性於人民觀審制之運用，以及與起訴狀一本主義之連動關係（第四節）。

第一節 無偏頗性之相關規範

第一項 《憲法》上之基礎

雖說法官無偏頗原則與法定法官原則、法官獨立原則，並列為公平審判原則下的三大前提，但前兩者的概念，在中華民國憲法條文中並未見有任何明文規範，至多在憲法第 80 條：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」定有依法獨立審判原則，除此之外，再無規定。因此若要討論無偏頗性的憲法基礎，類似於德國基本法的取徑，勢必得從其他原則或規定中延伸。

首先，第一種可能性就是取材自法官獨立性，法官獨立原則幾乎是現代法治國對於法官共通的要求與保障，而對於獨立性，則包含兩個面向，分別是事物獨立性與人身獨立性³。事物獨立性的基本要求，可以從憲法第 80 條的獨立審判原則直接看出，此原則明白點出法官與一般公務人員不同，國家公務人員基於責任政治、行政效率等考量，有上下階級、服從命令的嚴格需求⁴，但是，職責審判的法官，從普通法院各級法院法官、行政法院評事、公務員懲戒委員會委員甚而

¹ 請參閱蕭文生發言，〈「利益衝突與迴避制度之探討」學術研討會〉，《台灣法學雜誌》，第 190 期，2011 年 12 月，頁 97；大法官釋字第 499 號解釋理由書。

² 請參閱大法官釋字第 588 號解釋理由書；釋字第 690 號解釋理由書。

³ 請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2010 年，第 6 版，頁 97。

⁴ 如大法官釋字第 392 號解釋理由書（節錄）：「法官行使職權，對外不受任何其他國家機關之干涉。其審判案件對內每位法官都是獨立，僅依據法律以為裁判；此與檢察官之行使職權應受上級長官（檢察首長）指揮監督者，功能上固不能相提併論。」

到司法院大法官，皆僅須依法審判，而有不受其它任何干涉的權利，以及義務⁵。換言之，法官本身乃至於國家其他機關，包括司法行政上級機關在內，都必須遵守憲法對法官獨立性之誡命，所以這不僅是憲法課予法官的特殊義務，也是憲法賦予法官的特殊保障⁶。法官執行職務時，享有不受任何指令拘束、限制的自由⁷；其他機關的建議、推薦、關說、請求、要求、判決批評，均屬於干涉審判獨立之範疇⁸。至於，所應依循之「法」的範圍，則包括立法院通過總統公佈之法律，當然也還有憲法，而行政命令則不在此之列，可參考大法官釋字第 261 號⁹、第 371 號¹⁰解釋。此外，對於最高法院作出之判例、決議，大法官多數意見也認為其位階僅屬於命令性質，形式上不拘束法官¹¹。

人身獨立性則是指法官的人事身份事項，對此，憲法第 81 條亦定有明文：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告，不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸。」法官法在第 42 條、第 43 條以及第 46 條亦有詳細規定可供參考。之所以對於法官人身獨立性作如此高度的憲法保障，係因人身獨立性乃是事物獨立性的後盾，若是法官在身分上欠缺周全的保障，其他機關就會有上下其手的機會，則如何要求法官依「法」審判？而且從歷史上看來，相較於個案指令權，以人事政策來影響司法走向，才是干預裁判的上乘手段¹²。

再者，關於法官的內部獨立性也是很重要的問題。但是，對於法官內在獨立，除以身分保障以及提高薪俸等制度，盡量間接確保法官內在不受其他事物影響外，由於內在獨立與自由，涉及個人欲望及修養、道德操行等問題，縱然能提供極為優渥的待遇，卻不一定能滿足人性的貪婪與私慾。像是法官與當事人利益同一，法官貪污，或是面臨關說、考績壓力、媒體輿論壓力，甚至是個人信仰、政黨傾

⁵ 請參閱姜世明，〈法官中立性、獨立性之確保與對於法官迴避制度運作之省思〉，《台灣法學雜誌》，第 190 期，2011 年 12 月，頁 64、66。

⁶ 請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2010 年，第 6 版，頁 98。

⁷ 請參閱張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，2001，第 7 版，頁 57。

⁸ 請參閱姜世明，〈法官中立性、獨立性之確保與對於法官迴避制度運作之省思〉，《台灣法學雜誌》，第 190 期，2011 年 12 月，頁 70。

⁹ 大法官釋字第 216 號解釋（節錄）：「法官依據法律獨立審判，憲法第八十條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第一三七號解釋即係本此意旨；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。」

¹⁰ 大法官釋字第 371 號解釋（節錄）：「又法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。」

¹¹ 請參閱大法官釋字第 687 號解釋；惟有不同意見，請一併參閱釋字 687 號之許玉秀大法官不同意見書、許宗力、林子儀大法官不同意見書以及陳新民法官不同意見書。

¹² 請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2010 年，第 6 版，頁 98。

向、意識型態等等，都有可能牽引法官內在的觀點，以致於影響個案裁判¹³。而對此能努力的一般方向，或許僅能有賴於長期的法學教育與培養，以對抗非關法律的情緒與內在壓力¹⁴。

透過依法審判、身分保障等原則，要求法官審判時，不應倚賴於其他個人利益或受其他外在壓力影響，而之所以對於獨立性會有如此高標準的要求與保障，正是因為其背後藏有更核心的原則，即法官中立性。若是法官於審理案件時所依循的不是法律、個案事實，而是受其他與事物不相關的因素干擾，就不會是獨立的法官，也不可能會是中立的法官。因此兩者概念可謂高度重疊，而卻又似呈現手段與目的之關係¹⁵。

另外一種可能的途徑，則是從訴訟權延伸出來的公平審判原則，憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」關於訴訟權的內涵，學者分成三個部份論述，其一，無漏洞之權利救濟途徑，亦即，憲法保障的訴訟權要求國家須提供人民完整的、無漏洞的權利救濟途徑，使所有的權利之爭議，能夠透過法院解決；其二，則是公平的權利救濟途徑，國家為避免人民自力救濟，故須提供合乎人民期待之權利救濟途徑，至於何種要求始合乎人民期待，最基本的指導原則就是公平正義，而公平的權利救濟又可分為組織上與程序上的公平正義，組織上者即包括法定法官、法官迴避制度、司法獨立，而程序上則有武器平等、聽審請求權等；其三，則是有效的權利救濟途徑，因為權利救濟途徑之目的在於實現人民基本權利，而藉由憲法所保障訴訟權，不僅是在於提供法院作為救濟途徑，該救濟途徑也須是事實上能有效實現權利內容者，以解決紛爭¹⁶。

至於，實務對公平審判原則的態度，從釋憲實務看來，一直是大法官在解釋憲法第 16 條訴訟權核心內涵的必帶選項，此觀諸釋字第 256、395、418、512、530、533、582、591、653、654、665、681 等號解釋即可得知，以釋字 653 號為例：「憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容，不得因身分之不同而予以剝奪。…。規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判

¹³ 請參閱姜世明，〈法官中立性、獨立性之確保與對於法官迴避制度運作之省思〉，《台灣法學雜誌》，第 190 期，2011 年 12 月，頁 75-76。

¹⁴ 請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2010 年，第 6 版，頁 99。

¹⁵ 請參閱姜世明，〈法官中立性、獨立性之確保與對於法官迴避制度運作之省思〉，《台灣法學雜誌》，第 190 期，2011 年 12 月，頁 62-63。

¹⁶ 請參閱法治斌、董保城，《憲法新論》，2008 年，第 3 版，頁 259-265。

請求權及程序上之平等權等。」

而公平審判原則與迴避制度的連結，早在大法官釋字第 178 號理由書中，大法官第一次提到法官迴避制度之時，就明白指出：「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。」如此一來，公平審判原則內涵中，法官中立原則，以及由此而生的迴避制度，正式粉墨登場。再者，關於民事訴訟中迴避制度的問題，大法官也在後來的釋字第 256 號理由書中，有過論述：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。現行民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定，即在當事人就法官曾參與之裁判聲明不服時，使該法官於其救濟程序，不得再執行職務，以保持法官客觀超然之立場，而維審級之利益及裁判之公平。」因此，法官迴避制度在憲法上的地位，似乎已經找到明確的出路。

此外，也有學者從憲法第 7 條平等權，推導出法官應具無偏頗性與中立性的結論。因為法官面前人人平等，若是法官以不客觀因素介入其認事用法，在裁判發現的過程中，受到與具體事件不相關之因素的影響，而於審判時出現有利或不利於一造的情形，不僅不合乎法官中立性與無偏頗性之要求，對於憲法上所要求的平等權亦有所危害¹⁷。

附帶一提的是，關於迴避制度，大法官在釋字 601 號，涉及立法院刪除大法官司法專業加給之預算是是否違憲的問題，曾有過詳細的討論。可歸納為以下點：1.法官依法審判，該「法」於訴訟法中，包括管轄以及迴避制度的規範；2.鑑於法官職務公正性與超然性的原則，迴避制度對於司法審判者尤其重要；3.迴避是針對法官個人所為，不得對整個法院概括行使；4.對全體法官聲請迴避，致無其他機關可審判或裁定迴避與否，將與迴避制度本旨有違；5.若因迴避導致已無法官可行使審判權，則例外地法官仍應繼續審判¹⁸。

¹⁷ 請參閱姜世明，〈法官中立性、獨立性之確保與對於法官迴避制度運作之省思〉，《台灣法學雜誌》，第 190 期，2011 年 12 月，頁 64。

¹⁸ 大法官釋字第 601 號（節錄）：「法官就其依法受理之案件，均應本諸良知，獨立完成憲法與法律所賦予之職責，除有法律明文之規定外，其他之人固不得任意將之拒卻於所受理案件之外，法官本人亦不得任意以個人之原因拒絕為該案件之審理。茲所謂『法律明文規定』，其於訴訟法，則除『管轄』之外，即為『迴避制度』。國家任何公權力之行使，本均應避免因執行職務人員個人之利益關係，而影響機關任務正確性及中立性之達成，是凡有類似情形即有設計適當迴避機制之必要，…。惟司法審判係對爭議案件依法所為之終局判斷，其正當性尤繫諸法官執行職務之公正與超然，是迴避制度對法院法官尤其重要。司法院大法官行使職權審理案件，自亦不能有所例外。…。迴避制度之設計原僅為避免執行職務之個別公職或公務人員，與其職務間之利益衝突。倘機關之任務無論由何人擔任，均可能與擔任職務之公職或公務人員之利害相關，則無迴避必要，

由此來看，雖說如同德國實務學說見解，法官中立原則於中華民國憲法並無明文規範，但不管是從釋憲實務或是學說見解，都不曾有人質疑其存在於憲法訴訟權的本質之中。而毫無疑問的是，對於如何確保法官中立原則於個案訴訟程序的落實，迴避制度毋寧是一項利器與基本前提。

第二項 《公民與政治權利公約》之保障

關於公平審判原則及其麾下三項子原則，即法定法官原則、法官獨立原則與無偏頗法庭原則，在《公民權利與政治權利國際公約》中亦有規定，《公民權利與政治權利國際公約》第 14 條第 1 款，接受公正裁判之權利中提到：「人人向法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立、無私之法定管轄法庭公正公開審問。…」¹⁹由此可得知，此公平審判原則所保障的三大權利，不限於歐洲人權公約，乃是國際公約的共識。

由於 2009 年 12 月 10 日甫經我國立法院轉換通過，總統公布之《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》，於該施行法第 2 條明白表示，公約所揭示之保障人權規定，具有國內法律之效力。於第 4 條則規定，各級政府機關行使其職權，應符合公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。且於第 8 條規定，各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制(訂)定、修正或廢止及行政措施之改進。

換言之，《公民權利與政治權利國際公約》在轉換為內國法後，已是我國現行的有效規定，不僅要求各級機關於行使職權時，須合於公約規範，其他法令若有不足或不合於公約意旨的情形，也應一併檢討修正。而該公約中第 14 條第 1

亦無迴避可能，蓋除非對機關職權之行使別有安排，否則無從解決反射性之利害關聯問題。…。訴訟法上之「迴避」，係為確保司法之公正，透過法律之規定，或以自行迴避之原因或於當事人有所聲請時，將該法官從其所受理之案件予以排除之一種制度。是其對象乃特定之法官，非法官所屬之機關—法院，亦即僅對於法官個人而為者始可，此觀諸訴訟法關於迴避之規定，均以「法官」為規範之對象即明…。其對性質上屬於國家機關之法院為迴避之聲請者，要非迴避制度之所許。至其聲請最高法院（或最高行政法院、公務員懲戒委員會）全體法官或司法院大法官全體迴避者，非特因此等之全體法官或大法官如予迴避即已無其他機關可予審判，其迴避之本身亦無他人可為裁定，乃有違迴避制度之本質。聲請迴避如此，其自行迴避者尤然。況且個別法官之迴避，仍須有其他適於執行職務之法官續行審理，俾以維持法院審判功能於不墜；倘有因法官之迴避致已無法官可行使審判權之情形，即不能以迴避為由而拒絕審判。」

¹⁹ 全文請參閱法務部，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Data/151911415747.pdf>（最後瀏覽日：2012/12/7）；英文版公約：International Covenant on Civil and Political Rights: "Article 14-1: All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, *independent and impartial tribunal established by law.*"

款之公平審判原則，與刑事訴訟法尤有直接密切關聯²⁰。依《公民權利與政治權利國際公約》設置的人權事務委員會，於 2007 提出的第 32 號一般性意見中，是對於公平審判原則的意見書，與刑事訴訟迴避制度相關者如下，首先是第 19 點率先指出：「第 14 條第 1 款關於合法、獨立與無偏頗法庭之規定是一項絕對的權利，不得有任何例外。」並緊接著在第 21 點中表示：「無偏頗之規定涉及兩方面。第一，法官作判決時不得受其個人傾向或偏見之影響，不可對其審判的案件存有成見，也不得為當事一方的利益而損及另一當事方。第二，法庭由合情理的人來看也必須是無偏頗的。例如，根據國內法規，本應被取消資格的法官若參與審理，而使審判深受影響，通常不能被視為無偏頗的審判。」再者，於第 22 點則提到：「第 14 條的規定適用於該條規定範圍內的所有法庭和裁判所，不論它們是普遍法庭和裁判所，或是特別法庭和裁判所。…」此外，於第 25 點則說明：「公正審判的概念包括得到公正和公開審訊的保障。訴訟公正意味著不受任何一方以任何動機的直接或間接影響，壓力或恐嚇或侵擾。在刑事訴訟中，法院若容忍公眾在庭內對被告表示敵對態度或表示支持其中一方，從而損及辯護權，或以具相同效果的其他方式顯示的敵對情緒，則該審訊即非公正。法庭容忍陪審團表示出的種族主義態度，或基於種族偏見選出的陪審團都是損及訴訟程式的公正性的例子。」最後並於第 26 點強調：「第 14 條僅保障程序的公平和公正，不得解釋為確保主管法庭不犯錯誤。一般應該適用《公約》締約國法院在某一案件中復審事實和證據或復審國內法，除非可以確定，這種評價或適用具有明顯的任意性質，或相當於明顯犯錯或拒絕司法，或法院違反其獨立性和公正義務。在由陪審團審判的情況下，法官對陪審團作出具體指示也適用同樣的標準。」²¹

從公約一般性意見觀之，與德國法之發展以及歐洲人權法院裁判之發展有高度的雷同，甚至是重複的意見，因此，也更加提升比較法分析對於我國實務的參考價值。亦即，在解讀迴避制度時，必須將《公民權利與政治權利國際公約》及其意見書引以為據，而許多在德國實務或是歐洲人權法院裁判上的論述，以及相關的學說見解，也不失作為輔助的參考標準。

第三項 《刑事訴訟法》之規定

關於法院職員迴避制度的規範，我國法與德國法立法模式極為類似，我國刑事訴訟法也是定在第三章，範圍則是從第 17 條至第 26 條，其中第 17 條是明文列舉的自行迴避事由，第 18 條則為聲請迴避事由，而第 19 條以下則是聲請迴避

²⁰ 請參閱朱石炎，〈「公民與政治權利國際公約」與刑事訴訟法之關係（下）〉，《司法周刊》，第 1455 期，2009 年 8 月 28 日，第 3 版。

²¹ 全文請參閱兩公約施行監督聯盟，http://covenants-watch.blogspot.tw/p/blog-page_3263.html；官方文件請見：<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>（最後瀏覽日：2012/12/7）。

中立法院與刑事法官之迴避事由

的程序事項，包涵聲請迴避之時期、程序、裁定及效力，第 25 條、第 26 條則分別是法院其他職員以及檢察官的準用規定。第 379 條第 3 款則是絕對上訴事由。

第 17 條：

推事於該管案件有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：

第一款 推事為被害人者。

第二款 推事現為或曾為被告或被害人之配偶、八親等內之血親、五親等內之姻親或家長、家屬者。

第三款 推事與被告或被害人訂有婚約者。

第四款 推事現為或曾為被告或被害人之法定代理人者。

第五款 推事曾為被告之代理人、辯護人、輔佐人或曾為自訴人、附帶民事訴訟當事人之代理人、輔佐人者。

第六款 推事曾為告訴人、告發人、證人或鑑定人者。

第七款 推事曾執行檢察官或司法警察官之職務者。

第八款 推事曾參與前審之裁判者。

第 18 條

當事人遇有左列情形之一者，得聲請推事迴避：

第一款 推事有前條情形而不自行迴避者。

第二款 推事有前條以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。

第 379 條：

有左列情形之一者，其判決當然違背法令：

第二款 依法律或裁判應迴避之法官參與審判者。

從條文的體系編排看來，與德國刑事訴訟法的立法手段極為相似，先是明文列舉法官自行迴避事由，其次則是聲請法官迴避事由，後者包括法官未依法自行迴避，則當事人得據此聲請迴避，以及其他足認執行職務有偏頗之虞者，亦得聲請迴避之概括條款。

對於迴避制度之目的，大法官已經明示是在於確保刑罰權得以正確行使，並且確保裁判之允當²²。學者則進一步補充說明，由於司法機關屬解決爭議之仲裁者角色，與當事人相較，具有中立第三人之地位，為能使其所為之決定能讓雙方當事人信服，並確保雙方當事人之訴訟權，迴避制度於司法機關而言，顯得格外重要，如此才能確保司法審判之公正與公信，一旦有事實上利害關係，使司法公正性產生動搖的情形，即得透過迴避制度來解決。再者，因為迴避制度將會在個

²² 大法官釋字第 178 號解釋參照。

案中，排除依一般抽象法規範所擬定的法官，剝奪法官依法審判的權限，是以，對於迴避制度的設計，必須考慮到法定法官原則之精神，不容恣意操控²³。

第二節 我國實務關於迴避之裁判

在介紹完德國與歐洲人權法院實務裁判與學說討論以後，本文以下內容即是回歸我國實務與學說對於迴避事由之討論。但由於自行迴避事由已有清楚明確的列舉要件，在概念上不若聲請迴避事由中之「足認法官有偏頗之虞者」，界限如此模糊，因此類似於在德國法上的介紹，主要是以第 18 條第 2 款的偏頗之虞，作文本脈絡下的核心，而列舉事由，僅簡略帶過，至於迴避之相關聲請程序，本文於此不贅²⁴。

第一項 自行迴避事由

自行迴避，學者又稱之為法定迴避²⁵，係立法者擬制法官可能會有不公正，或外觀上難以期待是公正的情形，因而預先設立的規範，減少個案判斷上的困擾。關於自行迴避事由之共通法理，有學者指出，第 1 款至第 6 款情形，法官本身即為利害關係人或訴訟關係人，性質上屬有客觀事證已足認法官有偏頗之虞，難期待法官能處於中立第三人的地位，公正裁判案件者，而第 7 款則是基於控訴原則下，審檢分立之必然結果²⁶。於此，分述如下：

第一款 特定關係

第 1 款是指法官因為犯罪而直接受有損害者，其僅間接受影響者，雖在民法上有損害賠償請求權，但並不屬於本款之被害人²⁷。亦即，被告所侵害法益之所有者，即為被害人，如殺人案中之被殺者，始為被害人²⁸。此外，法官為被害人，限於法官係該管案件之被害人，若是因為當事人一方對法官提起告訴或自訴，而於另案中使法官被列為被告者，則不屬之²⁹。

²³ 請參閱蕭文生，〈我國迴避制度之探討〉，《台灣法學雜誌》，第 190 期，2011 年 12 月，頁 20。

²⁴ 關於迴避制度之程序及其效力，詳請參閱丁玉雯，《論刑事訴訟之法官迴避制度》，中正大學法律學研究所碩士論文，2005 年，頁 107-125。

²⁵ 請參閱張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，2001，第 7 版，頁 59。

²⁶ 請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2010，第 6 版，頁 101。

²⁷ 請參閱陳樸生，《刑事訴訟法實務》，1996 年，重訂第 11 版，頁 19。

²⁸ 請參閱張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，2001，第 7 版，頁 59。

²⁹ 請參閱最高法院 93 年度台聲字第 9 號判決：「然此所謂之法官為被害人，係指法官為其承辦

對此，實務曾經發生一則案例：被告涉嫌無故侵入住宅，由於該住宅內的住戶皆為高雄地方法院的法官，法官宿舍大樓管委會主委代表全體住戶提告後，經高雄地檢署提起公訴，遂由高雄地院審理，院方雖依分案規則輪分，但受命法官閱卷後，發現自己是被害人，因此即依本款規定，自行迴避，最後由未住宿舍的法官承辦該案件³⁰。

而第 2 款及第 3 款，則是指法官與被告或被害人之間，現有或曾有配偶、八親等內之血親、五親等內之姻親，或家長、家屬關係者，或是現時訂有婚約者。這些事由就事實認定上鮮有爭論，不過，相較於德國法，關於法官與被告或被害人間現時訂有婚約者，我國立法者已經明文規範為自行迴避事由，無庸再審酌是否得依第 18 條第 2 款之足認有偏頗之虞聲請迴避，當然是較為進步。但須要留意的是，須以現時婚約尚存在者為限，若是曾訂有婚約，但現已解除，則不在此條規範之範圍³¹。

至於第 4 款，現為或曾為被告或被害人之法定代理人者，雖說原則上法官皆為其未成年子女之法定代理人，可是此種情形得藉由第 2 款解決，只要法官身為被害人或被告父母，即應一律依第 2 款自行迴避，因此，本款規範之標的，僅限於法官非被告、被害人父母，但依法為法定代理人者，如依民法第 1092 條受委託行使監護之職務者，其依民法第 1098 條，即為該未成年人之法定代理人。而法官為法人代表人者，有學者指出，因法人之代表人就訴訟上亦為法定代理人，故法官亦應自行迴避³²。

第 5 款中曾為被告之代理人、辯護人、輔佐人，或曾為自訴人、附帶民事訴訟當事人之代理人、輔佐人者，首先，代理人係指本法第 36 條之訴訟代理人，而辯護人與輔佐人則是依本法第 27 條及第 35 條第 1 項規範之訴訟參與人³³。此外，學者指出，本款僅規定「曾為」，而不及於「現為」，係因若是法官代表當事人之一方，不得同時執行法官職務為當然之理，無待明文規範³⁴。

案件之被害人者而言，其義至明。」

³⁰ 請參閱〈法官宿舍遭闖 差點沒人審〉，自由時報電子報，2012 年 11 月 23 日，<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/nov/23/today-so4.htm>（最後瀏覽日：2013/1/30）。

³¹ 請參閱張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，2001，第 7 版，頁 59。

³² 請參閱張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，2001，第 7 版，頁 59。

³³ 請參閱張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，2001，第 7 版，頁 59-60。

³⁴ 請參閱陳樸生，《刑事訴訟法實務》，1996 年，重訂第 11 版，頁 19。

第二款 曾因特定職務參與同一案件

第一目 告訴人、告發人、證人或鑑定人

第 6 款所稱告訴人、告發人、證人或鑑定人者，學者指出，限於曾實際為告訴、告發、證明或鑑定者，如僅係被指定為證人或鑑定人，並未實際作出證言或鑑定，則不合於本款的要件，而至於係在偵查中或審判中為證人或鑑定人，則非所問。此外，本款限於「曾為」不及於「現為」，如同第 5 款所述，為當然之理，無庸贅文規範。至於法官告發，學者則認為，不限於為私人告發，若是因審理案件而發現有犯罪嫌疑，並依本法第 241 條逕行告發者，即屬之，且是否曾經實際就該事項為證，亦非所問³⁵。

對此，臺灣高等法院刑事 96 年度聲字第 2207 號裁定曾明白表示：「就三位承審法官經聲請人聲請傳喚為『本案』之證人，就該法條之文義觀之，明文規定『曾為證人』，即明文規定係就該管案件曾在警詢、偵查中、甚至法院審理庭為證人時，當具有迴避之事由。惟若於『本案』訴訟進行中，當事人固有聲請傳喚證人對質詰問權，惟是否給予被告對質詰問權，並非被告一有聲請，法院當准之，…是『本案』之被告即聲請人固有聲請欲詰問三名法官為證人，然審合議庭法官基於訴訟指揮權並未准許，業經本院調取『本案』卷核閱無訛。」由此看來，與德國實務解讀相同的是，僅聲請法官為證人並不足以依本款迴避，須實際出庭作證始足當之。

第二目 檢察官或司法警察官

第 7 款規範曾經擔任檢察官或警察職務者，不得再復執行法官職務，係為防免回復如同糾問之制度，因此，也以同一法官在擔任檢察官或警察職務時，曾執行該案件之調查者為限，而至於是何種職務內容，學者認為，並無限制³⁶。

實務上曾經發生過的案例，如最高法院 96 年度台上字第 3738 號判決：受命法官 R 先前擔任檢察官時，曾負責偵查 A 對 B 提起的詐欺罪（借款未還）之告訴，於偵查過程中發現 A 涉犯常業重利罪嫌，乃簽發搜索票命調查局至 A 經營之當舖搜索，經調查站於執行搜索及傳喚相關借款人後，發現 A 與數名共犯涉犯常業重利罪嫌，因此即將所製作調查筆錄等資料送請時認檢察官的 R 併案偵辦。嗣後本案常業重利罪經上訴三審並於第四次發回更審時，R 以受命法官之姿

³⁵ 請參閱陳樸生，《刑事訴訟法實務》，1996 年，重訂第 11 版，頁 20。

³⁶ 請參閱陳樸生，《刑事訴訟法實務》，1996 年，重訂第 11 版，頁 20。

參與審理判決，因此有違第 7 款之規定³⁷。

然而，也有相類似情形，卻因為我國實務對於非常上訴解釋的限制，而導致法官雖先前於擔任檢察官時，曾負責本案之偵查，但卻以第 379 條第 2 款僅屬於訴訟程序違背法令，對於法律見解之統一，欠缺原則上之重要性，再加上認事用法並無違誤，顯然不足以動搖原判決此部分所認定之事實，因此認為於客觀上難認有藉非常上訴程序予以救濟之必要性，而駁回非常上訴之救濟³⁸。

第三目 曾參與前審裁判

刑事訴訟法第 17 條第 8 款所定，法官曾參與前審裁判者，應自行迴避。由於我國條文用語不若德國法，清楚明示「負責下級審裁判」之法官，不得參與上級審判，而是以「前審裁判」呈現，因此從司法院釋字第 178 號解釋後迄今，仍一直是實務與學說兵家必爭之地，有採拘束說者，也有採審級說者，但實務解釋上則是一面倒採取審級說，如釋字第 178 號解釋中，即明白採取審級說³⁹，職是之故，僅限於法官曾經參與同一案件下級審（包含前前下級審）時，為了維護審級制度之立法目的，始須自行迴避，其他情形，如曾參與上級審裁判，後又參與下級審，或是前後參與同級審，由於對當事人審級利益並無影響，故不在本款之列⁴⁰，例如最高法院 29 年上字第 3276 號判例：「刑事訴訟法第 17 條第 8 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，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，至推事曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列。」

然而，有學者指出，所謂「前審」並非專指「下級審」，從語意上看來應解為「前次審判」，除了曾參與下級審須迴避以外，曾參與同級審，但是案件發回

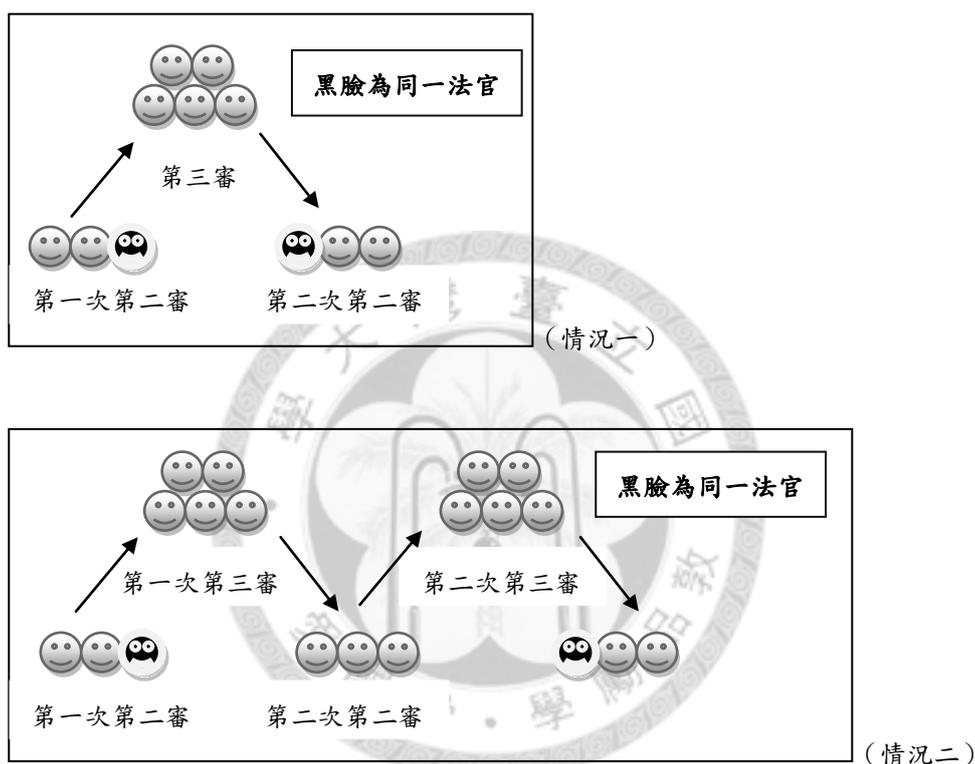
³⁷ 再如最高法院 89 年度台上字第 6950 號判決，亦同此旨。

³⁸ 案例事實請參閱最高法院 99 年度台非字第 182 號判決；另關於非常上訴之限制請參閱最高法院 97 年度第 4 次刑事庭會議決議；批評請見林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，2010 年，第 6 版，頁 485-487；林鈺雄，〈徘徊在非常上訴的十字路口—評張志文盜匪案之非常上訴及相關判決〉，《政大法學評論》，第 83 期，2005 年 2 月，頁 311 以下。

³⁹ 司法院大法官釋字第 178 號：「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：「…其第 17 條第 8 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。」

⁴⁰ 請參閱林山田，《刑事程序法》，2004 年，第 5 版，頁 140；陳樸生，《刑事訴訟法實務》，1996 年，重訂第 11 版，頁 21-23；。

更審或再審的情形，也涵蓋在內，分別可能有兩種情況，如下圖情況一、二所示，此係基於裁判自縛性而來，所謂裁判一次性原則是指，若是法官在前一次的審判的裁判中，已經對案件作出終局的表示，法官即受到拘束，原則上不應再作不同的認定，也不應被迫再去作不同裁判，況且，迴避制度的目的不僅係維護審級利益，核心是在於公平審判原則的考量，而前者顯然僅是後者的部分概念內涵，縱使不危害審級利益，不等於就沒有違反公平審判原則，此觀諸第 17 條其他各款，不以審級利益為前提要件，至明⁴¹。



儘管批評鏗鏘有力，也曾有少數實務採取肯定見解，如福建高等法院金門分院 99 年度聲字第 24 號裁定中：

【發回更審案 c】

聲請人被訴違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，現由本院以 99 年度上重更（二）字第 13 號受理，惟本院前審 97 年度上重訴字第 1 號、99 年度上重更（一）字第 1 號刑事案件，均由審判長沈○生法官、受命法官陳○地、陪席法官陳○正組成之合議庭審理，並因裁判不當，經最高法院撤銷發回，

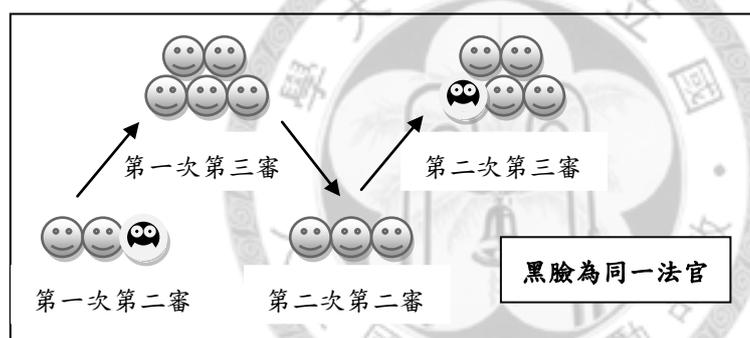
⁴¹ 請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，2010 年，第 6 版，頁 102-104；黃朝義，《刑事訴訟法》，2009 年，第 2 版，頁 65-66；司法院大法官釋字第 178 號陳世榮大法官不同意見書、姚瑞光大法官不同意見書。

中立法院與刑事法官之迴避事由

因上開合議庭法官已無法以空白心證為本件審理，執行職務恐有偏頗之虞，爰依刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定，聲請上開法官迴避本案審理等語。經核除原審判長沈宜生法官已非本案合議庭審判長，聲請人聲請其迴避，暨原陪席法官陳容正因本院法定人數不足，且不影響合議庭重行審理之運作，此部分聲請均無理由，應予駁回外，其餘聲請，尚無不合，應予准許。

本案由於負責審理更二審裁判之三名法官，與該案件前次更一審，以及再前次的第二審審判，皆為完全同一組人馬，因此法院最後裁定得准許聲請人依足認有偏頗之虞，聲請受命法官應迴避。但可惜的是，該裁定以法院人數不足，為免影響合議庭運作，而認為先前之陪席法官無庸迴避⁴²。

然而，絕大多數實務仍是堅守舊見⁴³，甚至在釋字第 178 號理由書中，還指出：「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。」以圖說明之：



於此種情形，分明曾經參與撤銷發回更審前的第二審裁判，於更審後上訴第三審，法官再次就同一案件同一被告審理，正是曾參與「下級審」，而又參與上訴審之情形，如司法院大法官解釋本文所示，並未區分參與者是否為該次的下級審而作不同對待，但於理由書中卻又認為此不屬於本款範圍，限縮的論理過程讓

⁴² 案經聲請人抗告最高法院，但最高法院 100 年度台抗字第 39 號裁定，則據向來見解，認為無庸迴避：「抗告人就聲請陳容正法官迴避部分，以陳容正法官已參與兩次二審審級之審理聽訟，對於本案之情形，恐存有一定之成見，其擔心陳容正法官執行職務是否會不經意的產生偏頗之情形，乃依法提起抗告云云。惟按刑事訴訟法第十八條第二款規定，得聲請法官迴避原因之所謂「足認其執行職務有偏頗之虞者」，係指法官與訴訟關係人有故舊恩怨等關係，而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。抗告人並未提出足認陳容正法官執行職務有偏頗之虞之具體事證，徒憑己見，指摘該部分原裁定不當，非有理由，應予駁回。」

⁴³ 最近一則如最高法院 97 年度台抗字 870 號裁定，明白指稱將前審解釋為拘束說，此乃「以學者個人見解之不同，及與我國刑事訴訟法前開規定相歧異之德國、日本立法例，指摘原裁定不當，難認為有理由，應予駁回。」；臺灣高等法院 96 年度聲字第 1825 號裁定亦同此旨。

人匪夷所思，所幸據本解釋理由書作成之實務裁判，即以本案並無事實上困難，故認定法官原則上應自行迴避⁴⁴。

不過對此，另有持反對見解認為，其一，大法官解釋理由書並非解釋文，其所示內容至多僅能作為事前法官事務分配之參考，或法官受理分案後簽呈改分其他法官辦理之依據，但並非法律；其二，雖本案法官曾經參與最高法院撤銷發回前之第二審裁判，可是並非參與現時被告所聲明不服之判決，亦即，先前第一次第二審裁判經撤銷發回高等法院以後，係由其它人負責更審，因此更審後又上訴第三審時，由於該名法官參與者是第一次的第二審裁判，而並未參與「該更審之裁判」，是以，不應當承認以「無事實上困難，未改分其他推事辦理」為由，而認第三審判決當然違背法令⁴⁵。

再者，所謂「參與前審之裁判」，實務認為，僅限於實際參與作出裁定或判決者，不包括僅參與下級審調查證據、言詞辯論程序而未為裁定或判決評議者⁴⁶，也不包含僅參與準備程序而未實質參與裁判內部成立者⁴⁷。至於，本款「裁判」之解釋是否包含處分，似有爭議，但有實務見解採贊同者⁴⁸。

⁴⁴ 最高法院 84 年度台非字第 161 號判決：「本件參與前揭確定判決之本院法官楊喬江，前曾就本案於 80 年 8 月 22 日參與台灣高等法院 80 年度上訴字第 2895 號案判決，此有該案卷可稽，嗣本案經本院 4 次發回更審，楊法官已調任本院法官，本案經台灣高等法院第 4 次更審判決後，上訴於本院，楊法官因配屬本院刑事第二庭，乃於 83 年 10 月 20 日參與該案之審判，但楊法官既曾參與本院撤銷發回前之第二審裁判，依上開說明，如無事實上之困難，應自行迴避，而依本院八十三年十月刑事庭之配置情形，計有九庭，如楊法官自行迴避，尚無事實上之困難，乃楊法官未自行迴避，仍參與原確定判決之審判，其踐行之訴訟程序，自屬違誤。」；同意旨另請參閱最高法院 91 年度台抗字第 467 號裁定：「查原審法院參與本件原裁定（更審裁定）之合議庭法官，與經本院前審撤銷發回之原審法院前裁定之合議庭法官均相同，而引致抗告人對公平法院之質疑。類此情形，於法雖無不合，惟為貫徹公平法院之旨，如無事實上之困難，更審時宜並注意及之。」；然而，在最高法院 97 年第 4 次刑事庭決議後，對非常上訴限於統一法律見解，有原則上重要性者，也有結論認為據此非常上訴應予駁回者，即最高法院 100 年度台非字第 370 號判決。

⁴⁵ 請參閱林俊益，〈曾參與前審裁判之法官迴避〉，《月旦法學雜誌》，第 10 期，1996 年 2 月，頁 59-60；林永謀，〈論刑事訴訟法上之迴避〉，《刑事法雜誌》，第 35 卷第 2 期，1991 年 4 月，頁 13-14。

⁴⁶ 最高法院 75 年度第 14 次刑事庭會議決議；最高法院 92 年度台上字第 2939 號判決：「按刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定法官曾參與前審之裁判者應自行迴避，係指參與前審之判決及裁定者而言，非指曾參與前審之訴訟程序，原審受命法官雖曾參與第一審之訴訟程序，惟未參與裁判，自無自行迴避之原因，原判決亦無刑事訴訟法第 379 條第 2 款之違法。」；另請參閱陳樸生，《刑事訴訟法實務》，1996 年，重訂第 11 版，頁 22。

⁴⁷ 最高法院 99 年度台上字第 4653 號判決：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所指法官曾參與前審之裁判應自行迴避之規定，係指法官曾參與「所聲明不服之裁判」之下級審裁判之評議或製作等攸關裁判內部成立之事項者而言，如僅參與下級審準備程序，而未參與上述裁判事項，依法即毋庸迴避。」

⁴⁸ 最高法院 99 年度台抗字第 71 號裁定：「法官曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務，刑事訴訟法第 17 條第 8 款定有明文，其目的在於避免下級審法院參與裁判之法官，復於上級審法院就同一案件參與裁判，以保障當事人之審級利益及維護審判之公平。而對於受命法官所

此外，就參與前審審判之「同一案件」範圍的解釋，最高法院於 96 年度聲字第 2207 號指稱限於：「同一訴訟物體，即被告及犯罪事實均相同者而言，不以起訴或告訴時所引用之法條或罪名為區分標準。即指所訴彼此兩案為同一被告，其被訴之犯罪事實亦屬同一者而言，…。而此同一案件固包括連續犯、牽連犯等裁判上一罪或接續犯、繼續犯、包括之一罪等實質上一罪之案件，惟若二案彼此間非具有上揭所述之同一被告或裁判上一罪、實質上一罪之關係，即難認係同一案件。」簡而言之，就是實務對於單一性的解釋⁴⁹。反面言之，若是屬於不同被告的情形，絕對不在此列。

最末，不合於實務對第 17 條第 8 款解釋的其他前審情形，得否透過第 18 條第 2 款，以足認有偏頗之虞來一般性的聲請法官迴避，對此，實務似乎是採取個案判斷的方式，本文留待下文再行討論（請參閱第四章第二節第二項第二款第三目）。

第二項 聲請迴避事由

除了上述明文列舉的事由以外，最有爭執的莫過於聲請迴避事由中，以足認有偏頗之虞聲請法官迴避，由於本款屬於概括條款，因此究竟要在何種情況底下，才會被我國實務承認該當偏頗之虞？本文以下即試圖整理文獻上以及實務上曾經有過的討論。

第一款 基本原則

首先，關於第 18 條第 2 款適用，幾乎所有裁定皆援引最高法院 79 年台抗字第 318 號判例⁵⁰，簡而言之，實務提出以客觀合理懷疑的觀點審查，即法官與當

為限制出境之處分有不服者，受處分人固得依同法第 416 條第 1 項規定，聲請所屬法院審理該案合議庭以外之另一合議庭撤銷或變更之（司法院釋字第 639 號解釋參照），惟受處分人嗣以限制出境之原因消滅或已無限制之必要為由，向上級法院聲請解除者，仍不失為對原限制出境處分之救濟程序。是作成限制出境處分之法官，於受處分人就同一處分聲請上級法院解除限制出境案件，宜依同法第 17 條第 8 款規定，自行迴避，以維裁判之公允。」

⁴⁹ 單一性、同一性問題請參閱林鈺雄《刑事訴訟法（上冊）》，2010 年，第 6 版，頁 263-274；楊雲驊，〈刑事訴訟程序的「犯罪事實」概念—以所謂「單一性」之檢討為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 114 期，2004 年 10 月，頁 47-69；楊雲驊，〈刑法「牽連犯」及「連續犯」規定廢除後對刑事訴訟法「犯罪事實」概念之影響〉，《月旦法學雜誌》，第 122 期，2005 年 6 月，頁 57-80。

⁵⁰ 請參閱最高法院 79 年台抗字第 318 號判例，此為各法院剪貼簿重要一塊，用以駁回各式各樣的迴避聲請。裁判要旨：「刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定，得聲請法官迴避原因之所謂『足認其執行職務有偏頗之虞』者，係指法官與訴訟關係人具有故舊恩怨等關係，其審判恐有不公平者，以及指一般通常之人所具有之合理觀點，對於該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，而非僅出於當事人自己主觀之判斷者，始足當之。至於訴訟上之指揮，乃專屬於法院之職權，當事人之主張、聲請，在無礙於事實之確認及法律之解釋適

事人一方是否存有利害關係，而使得從一般人觀點看來，對於法官能否無偏頗的審判個案，皆會產生懷疑。然而，具體適用在個案中，卻常常在援引該判例之後，即認定聲請人未提出足以認定無偏頗的客觀理由，裁定駁回。

再者，由於 18 年抗字第 149 號判例指出：「當事人聲請推事迴避，以有具體事實足認其執行職務有偏頗之情形為限，若僅對於推事之指揮訴訟，或其訊問方法，有所不滿，不能指為有偏頗之虞。」因此，實務上若是發生當事人對法官訴訟指揮有質疑的情形，幾乎都無法成功的聲請法官迴避。且尤有甚者，認為訴訟指揮係屬法院之專權，雖並非謂法院就得自由裁量，任意進行訴訟法上行爲，但考量到舉證法官有偏見之客觀情事困難，再加上其指出聲請迴避不得以法官之訴訟法上個別行爲為理由，須全部行爲有足生偏頗之事由存在，以致於影響裁判有不公平者，始得聲請迴避，否則縱令訴訟指揮在外觀上呈現不公平、不適當之情事，得藉由異議、抗告或上訴救濟之，不得以此推論為具有迴避之事由⁵¹。

如此限縮的作法是否妥適，容有爭執，姑且對於我國實務與德國實務以及歐洲人權法院顯然同樣採用客觀審查基準，卻得出截然不同的結論，是否有未足之處不說，雖說關於是否該當偏頗之虞，須要整體觀察是否有違反無偏頗性。但是，有學者即明白指出：實務大幅度將訴訟指揮排除作為迴避事由的範圍，並不恰當，較為合理的作法應當仍是回到司法審判中立性、公正性以及判決正義性的要求，無論是法官與當事人、參加人或訴訟代理人間之關係，或是法官與訴訟標的間之關係，又或是法官於程序中、程序外之行爲，均得作為審查是否有迴避事由存在的對象，若是依具體情形，理性當事人觀之，足以產生客觀偏頗之虞，即得聲請迴避，只不過對於訴訟指揮行爲，若是尚屬法官裁量權範圍內，原則上並不會輕易認定該當迴避事由，除非有出現恣意或訴訟指揮呈現嚴重偏頗，依客觀評價，足以引發一般理性當事人之偏頗疑慮者，例如能證明法官有預斷，恣意為證據取捨調查或訴訟指揮，即有成立偏頗事由的可能性⁵²。

換言之，上訴救濟固然是維護判決正確性、救濟訴訟程序瑕疵的方法，但並不意味著迴避制度在審判的時候就可以任意棄守，置之於不顧，否則，迴避制度所欲支撐的法官中立性，以及維護民眾對於司法的信賴感，也將蕩然無存。

最末，以法官有偏頗之虞而聲請法官迴避者，該裁定若是不合法駁回偏頗聲

用之範圍下，法院自得斟酌其請求以為訴訟之進行。惟仍不得以此對當事人之有利與否，作為其將有不公平裁判之準據，更不得以此訴訟之進行與否而謂有偏頗之虞聲請法官迴避。」

⁵¹ 請參閱林永謀，〈論刑事訴訟法上之迴避〉，《刑事法雜誌》，第 35 卷第 2 期，1991 年 4 月，頁 18-20。

⁵² 請參閱姜世明，〈法官迴避〉，《台灣法學雜誌》，第 122 期，2009 年 2 月，頁 106；此外，於民事訴訟中，法官為闡明之訴訟指揮權，可能也有涉及迴避的問題，請參閱吳從周，〈闡明權時效抗辯與法官迴避〉，《台灣法學雜誌》，第 75 期，2005 年 10 月，頁 160-167。

請，得否透過上訴救濟，我國實務似乎採否定說，認為除非是自行迴避事由，或是有裁定應迴避而法官卻又參與審判的情形，否則即非絕對上訴事由⁵³。此相較於德國刑事訴訟法第 338 條第 2 款、第 3 款，包涵絕對排除事由、裁定拒卻以及不合法駁回拒卻聲請，較為限縮。

第二款 偏頗事由

如前所述，由於第 18 條第 2 款所定之足認有偏頗之虞，屬於概括條款，因此也是須要進行個案判斷，本文以下的作法，即是歸納實務與學說曾有的討論，並且對比德國法或是歐洲人權法院的發展，首先是聲請人的行為，導致與法官有衝突或敵對關係者（第一目），再者是法官個人因素（第二目），又次，則是身兼數職的法官（第三目），最末，則是涉及法官言行舉止以及訴訟指揮的問題（第四目）。

第一目 聲請人之行為

若是被告或辯護人曾經或現在對法官提出告發、告訴、自訴或彈劾等，我國實務如同德國實務，認為一概難認法官有偏頗之虞，例示如最高法院 101 年度台抗字第 344 號裁定裁判：「經查本件抗告人僅以：『已就前次審判程序筆錄違法部分提出告訴為由，即認上開案件承審法官倘繼續參與審判，恐有不公。』但並未依法釋明承審法官於執行職務時，在客觀上有何具體事實足認其有偏頗之虞，且審判程序訴訟之進行或筆錄記載有無違誤，係屬程序違法或更正筆錄之問題，已有救濟途徑，自難以此即認一般通常之人對於該承辦法院能否為公平之裁判，均足產生懷疑，而認其等執行職務有偏頗之虞。…。因認抗告人聲請法官迴避，為無理由，予以駁回。經核於法尚無不合。抗告意旨猶執個人己見，謂其已就前次審判程序筆錄違法部分，對承辦法官提出告訴，其等倘繼續參與審判，難期公平云云，指摘原裁定不當，其抗告難認有理由，應予駁回。」⁵⁴

實務曾經發生的有趣案例再如臺灣高等法院 97 年度聲字第 3859 號，被告曾經協助彈劾法官：

⁵³ 最高法院 78 年台上字第 236 號判決：「又推事於所承辦之案件，具有刑事訴訟法第 17 條各款所載應自行迴避之情形而參與審判者，其判決固屬違背法令，若同法第 18 條第 2 款所謂推事有前條以外之情形，足認其執行職務有偏頗之虞，僅得為當事人聲請迴避之原因，非經有應行迴避之裁判，縱令該推事參與審判，亦非有同法第 379 條第 2 款之違法。」

⁵⁴ 其他相類似的官司糾纏案例例示如，最高法院 100 年度台抗字第 940 號、100 年度台抗字第 508 號、100 年度台抗字第 274 號、100 年度台抗字第 203 號。

【彈劾法官案】

抗告人被訴偽造文書案件，現由原審受命法官林明俊審理。緣抗告人曾於擔任前立委林瑞圖之核心幕僚時，協助揭發包括林明俊法官在內之十幾名參加「龍馬球隊」之司法官涉有不當行為及內線交易等情。林明俊法官於第一次開庭審理該偽造文書案件時，未及二分鐘即要求抗告人認罪，且不理會抗告人之辯護律師發言，即訂行言詞辯論期日，又對抗告人請求調查之文書，認為抗告人無法明確指出日期，裁示無從調查，嗣經律師閱卷後發覺重要物證遺失，嚴重影響抗告人訴訟權益。以林明俊法官與抗告人前有職務對立或衝突之嫌隙，恐執行職務有偏頗之虞，爰依刑事訴訟法第十八條第二款之規定，聲請迴避。

原裁定以林明俊法官是否參加「龍馬球隊」與其擔任抗告人被訴偽造文書案件之受命法官，係屬二事，難混為一談。至抗告人所指林明俊法官於第一次開庭時，即要求抗告人認罪，且不理會辯護人發言等項，則屬法官調查證據之順序、方法、訴訟指揮及問案態度，抗告人因事關己身利害，心中感受特別，然客觀上尚未達一般通常之人均認法官不能為公平審判之程度。又事實認定與當事人聲請調查證據之準否，為法官依法行使審判職權之範圍，...，法官自得審酌當事人之聲請，依專業智識、經驗及個案所呈之一切情狀、證據，而為判斷。再以該偽造文書案件之審理係合議行之，受命法官依刑事訴訟法規定，為準備審判起見，行準備程序，...，嗣於審判期日，行合議審判，由合議庭依審理結果，審酌全部卷證資料據以認事用法，實無任由受命法官偏頗之可能。抗告人徒憑主觀臆測，謂受命法官林明俊執行職務有偏頗之虞，難認有理由，乃駁回所請。

而最高法院最後也支持原裁定，認為抗告人以曾經協助彈劾法官，作為迴避聲請之事由，並無理由，應予駁回。

第二目 法官個人因素

壹 親密關係

首先第一種類型，是法官與一造當事人或是辯護人有親密關係者，於此，與第 17 條第 2 款、第 3 款有相近的考量，雖未明文列舉為自行迴避事由，但從外觀上即難以期待法官能無偏頗的審理案件。如臺灣板橋地方法院 97 年度聲字第 1592 號裁定：

【夫唱婦隨案 c】

由於受命法官與承辦檢察官為夫妻關係，因此，被告認為從一般人之合理觀點，夫妻關係極為密切，此客觀事實足以使人對於承審法官是否可以公平審判產生懷疑，遂聲請法官迴避。

板橋地院則認為：其一，本案受命法官與承辦檢察官為夫妻早為公訴人已知之事實，倘若公訴人認為本案受命法官將因其與承辦檢察官之夫妻關係而有偏頗之虞，則基於檢察一體之原則，臺灣板橋地檢署理應早於將併案移送本院之前，即另由其他檢察官負責併案部分，而該署既於本案已起訴後，仍由該檢察官繼續承辦併案部分，足徵該署於移送併案之初亦不認為受命法官於本案審理過程將因此有何偏頗情形。其二，本案為合議審判之案件，該名法官僅係受命法官，僅負責於審判期日前為準備程序，實際上認定事實及判決結果均係由所屬合議庭為之，因此受命法官不足以影響合議庭之決定，故駁回迴避聲請。

本案例相當類似本文於德國法所示的【夫唱婦隨案 a】以及歐洲人權法院裁判的【夫唱婦隨案 b】，即法官與檢察官或是調查首長為夫妻關係。在【夫唱婦隨案 a】中，德國實務如同我國實務見解，認為無庸自行迴避，亦非有偏頗之虞而得為聲請迴避之理由，但學說則是認為，法官與檢察官為配偶關係，會影響審檢分立的形象，應得作為拒卻的事由（請參閱第二章第二節第二項第二款）。而相反地【夫唱婦隨案 b】中，歐洲人權法院則是明白接納申訴人的說法，同意若是法官與負責調查本案的警察首長有夫妻關係，則法官很有可能就會夫唱婦隨地傾向自己的丈夫，或是在審判前就與丈夫討論本案事實（請參閱第三章第二節第五項第二款第一目）。

因此，若從歐洲人權層次看來，我國與德國實務的解讀將不合於國際人權等級的要求，何況，我國實務的論理竟然是檢察官既然未先迴避，法官也無庸迴避，根本就是倒果為因的說法，即便地檢署不認為有偏頗之虞，也不代表從其他當事人看來，法官即會變成公正的。

此外，以受命一人雖有偏頗，但考慮到合議庭的精神，一人不致於影響其他合議庭法官的判斷⁵⁵。此等說法，與歐洲人權法院於【九牛一毛案】，*Pullar v. U.K.*

⁵⁵ 另一案例如臺灣桃園地方法院 98 年度聲字第 484 號裁定，亦同此旨：「…本案及前案之第一審受命法官固然同一，但非特得徒以此情謂法官於執行職務有偏頗之情，被告仍應具體指明客觀上一般通常之人之合理觀點，均足對該承辦法官能否為公平之裁判產生懷疑，而非僅出諸被告自己主觀之臆測而已。尤其本件合議庭審判長與陪席法官均與前案不同，被告並非僅由受命法官 1 人即得為裁判，顯然忽略合議庭之評議精神，…，尙難認係「具體事實」，不足使人產生上開承辦法官是否能為公平裁判之合理懷疑，復未提出何證據資料可供調查，依首揭法律規定，其聲請

中的說法幾乎相同，但其實卻是飽受學者批評的觀點（請參閱第三章第二節第五項第二款第三目）。

雖然合議制度之目的在於盡量避免一人獨斷之情形，因此固然不能忽略合議的精神，然而，從足認有偏頗之虞的法規範目的出發，僅係以法官個人身份關係或行為做認定，並未見須以全合議庭皆與一造有配偶關係或是皆對被告為偏頗的行徑，才稱作有偏頗之虞。負責審判的法官應當各個皆為無偏頗，個人本身如有偏頗之虞，即應當迴避，不應逃進合議庭的懷抱，否則，等同是利用合議制度存在，放任法官有偏頗的行徑或利害關係，而無動於衷。

再如法官與被告辯護人是夫妻關係的情形，臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會刑事類提案第 22 號曾有過詳細的討論：

由於被告涉犯殺人罪案件，於偵查中選任 A 律師為其辯護人，嗣經檢察官偵查終結提起公訴，法院分案後，由 A 之配偶法官 R 擔任受命法官，審理期間被告繼續委任 A 為其辯護人，R 法官應否自行迴避該殺人案件？

肯定說者認為，既然 A 律師在起訴之前先接下案件，其無從得知未來法官將是何人，因此起訴分案後，若是負責審理的 R 法官為律師 A 的妻子，法官即應自行迴避，無須當事人聲請，也無待律師自行迴避⁵⁶。

而否定說則是認為，律師法雖規定律師與法官有特定親屬關係應迴避，若律師未迴避，法官得禁止其辯護，但是受誡命的主體是律師，無從推導法官應自行迴避之必要性，何況，此種情形非明文列舉的迴避事由，倘若當事人對法官有偏頗之虞，應聲請法官迴避，而非要求法官主觀上可自行認定有偏頗之虞，並簽請兼院長之法官核准迴避，此觀諸刑事訴訟法第 24 條之規定及其修法理由甚明，否則無異是准許當事人透過任意委任律師，來達到選擇法官辦理案件與否的目的，

迴避，顯屬無據。…」

⁵⁶ 臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會刑事類提案第 22 號，甲說（肯定說）：「依律師法第 38 條規定『律師與法院院長或檢察署檢察長有配偶、五親等內血親或三親等內姻親之關係者，不得在該法院辦理訴訟事件。律師與辦理案件之法官、檢察官或司法警察官、司法警察有前項之親屬關係者，就其案件應行迴避。』雖係規範律師應自行迴避之規定，於律師接案受委任之初，已知悉與該案法官有前揭之親屬關係時，應自行迴避，固無疑義；惟題示情形，律師於偵查中接任之初，並無上開情形，因案件起訴後，始發生上開情形，基於被告選任之律師對於被告涉案案情較為清楚，法院審理時如繼續受任為被告之辯護人，對被告辯護權之保護較為完足週全，且若因案件分由與原受任律師有上揭親屬關係之法官辦理，即遽令其自行迴避，使律師無法接受委任，對律師工作權保障顯有妨礙。為保障憲法上被告之辯護權（訴訟權）、律師之工作權，兼為保護法官遠離偏頗之嫌疑（外觀上有偏頗之虞），並為維護公正審判空間，提高司法威信，法官與被告委任之律師有上揭親屬關係，自應類推民事訴訟法第 38 條第 2 項規定意旨而自行迴避。」

反而有違反法定法官原則之嫌⁵⁷。

⁵⁷ 臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會刑事類提案第 22 號，乙說（否定說）：「我國憲法雖無「法定法官原則」之明文，但無論從憲法第 16 條保障人民的訴訟權，抑或從第 80 條法官獨立審判的要求，應可推論得受獨立法院、公平法院審判的權利，為人民訴訟權的權利內涵之一，…。又所謂『法定法官原則』，係指何案件應由何法官承辦，應事先由法律明定，此一法律須具有一般性、抽象性及存續性，其主要作用及目的，是為避免司法行政或任何人『以操縱由何人審判或不由何人審判的方式來操縱審判結果』…，因此，案件分由法官辦理後，非有法定應迴避事由，不得移由其他法官辦理。

法官對於承辦之案件應否迴避，應依刑事訴訟法第 17 條自行迴避與第 18 條聲請迴避規定辦理，其他法律並無法官應迴避案件之規定。法官就分案辦理之案件，有辦理該案件之權利或應迴避該案件不得辦理之義務，悉依刑事訴訟法第 17 條規定；而同法第 18 條則係當事人聲請法官迴避之事由，法官就承辦之案件，是否有偏頗之虞，應由訴訟當事人聲請迴避，非法官主觀上可自行認定有偏頗之虞，而簽請兼院長之法官核准迴避。

刑事訴訟法第 24 條職權裁定之迴避規定，立法體系與民事訴訟法第 38 條之規定相類，惟該條並無如民事訴訟法第 38 條第 2 項：「法官有第 33 條第 1 項第 2 款之情形者，經兼院長之法官同意，得迴避之。」之規定，刑事訴訟法第 24 條於民國 24 年修正前，原第 1 項規定：「推事於應否自行迴避有疑義者，得請該管聲請迴避之法院裁定之。」於 24 年修正時刪除第 1 項，原第 2、3 項移列為第 1、2 項，其修正理由謂：「按推事執行職務，如有偏頗之虞，法律本許當事人聲請迴避，若當事人等並無此種聲請，推事自毋庸先行引嫌迴避，故本條將偏頗一層刪去。」顯係有意省略，並非是法律漏洞，自不得類推適用民事訴訟法第 38 條第 2 項規定簽請兼院長之法官核准迴避。

律師法第 38 條第 2 項係律師迴避之規定（律師未迴避該案件時，法院得裁定禁止律師代理或辯護規定），與法官迴避無涉，不得「反客為主」依該條規定，聲請法官迴避。顯示情形，如法官應自行迴避，則有相同情形之檢察官、書記官、通譯是否亦應自行迴避，而非由律師迴避，如此，律師法第 38 條第 2 項規定，豈非形同具文。律師法第 38 條第 2 項規定之一定親屬關係者，包括：配偶、五親等內血親、三親等內姻親，範圍極廣，若謂應由法官自行迴避，除與法律規定不合外，當事人得以此為由，於訴訟進行中，委任與法官有上開關係之律師為辯護人，選擇法官，有違法官法定原則（如律師與法官係配偶，法官應自行迴避該案件，同理之下，律師與法官有五親等內血親或三親等內姻親關係，法官是否應自行迴避該案件？）於合議案件，法官有三人或五人，被告認合議庭中之一員恐對其為不利判決，而委任與該法官有一定關係之人為辯護人，使該法官迴避案件，如此，當事人得藉由委任律師來達到選擇法官辦理或不辦理其案件，弊端將更嚴重，當非立法本意。

依刑事訴訟法第 30 條規定：「選任辯護人，應提出委任書狀。前項委任書狀，於起訴前應提出於檢察官或司法警察官；起訴後應於每審級提出於法院。」足見被告與其選任之辯護人之委任關係，於案件起訴後及每一審級終結後即消滅（除法律有明文規定者外，不得以辯護人身份參與訴訟程序為訴訟行為），是於起訴送審時，被告是否委任律師？將委任何律師？於分案由法官辦理時，均屬不明（偵查中委任甲律師，法院審理一審時改委任乙律師，上訴二審時改委任丙律師之情形，或不委任律師為其辯護，時有所見），自不得以被告偵查中選任甲律師或將來可能選任甲律師為其辯護人為由，使甲律師之配偶（法官）迴避該案件；同理，案件上訴後，亦不得以偵查中或下級審選任乙律師為由，要求上訴審乙律師之配偶（法官）迴避該案件。與法官具上開親屬關係之人，擔任律師者極多，如於分案時，須考量被告可能選任何人擔任其辯護人，除有事實上不能外，分案由法官辦理後，被告得以選任辯護人方式挑選承辦法官，其弊顯而易見；且如法院形同法官每一人均有上開親屬關係之人擔任律師，以現今律師得以在每一法院執行業務，將造成無法官可承辦案件情形。

被告於法院審理時，得選任辯護人，依刑事訴訟法第 28 條規定最多可選任三位辯護人，於甲律師依律師法第 38 條第 2 項規定迴避後，被告仍可選任三人以內之辯護人為其辯護，其選任辯護人之權利並未受剝奪或減少，其訴訟權仍受保障；且甲律師係因與承辦該案件之法官有配偶關係，有律師法第 38 條第 2 項規定應迴避之情形而不得受任擔任上揭案件之辯護人，其工作權

最後決議採否定說。於此，其實涉及兩個層面問題，其一，法官與辯護人有夫妻關係，是否為足認有偏頗之虞的事由。其二，則是法官若自認有偏頗之虞，得否自行簽請迴避。對於後者，我國實務基於修法理由否定這種可能性，而至於前者，於本決議的參考資料中曾指出：法官是否以迴避為宜，須區分起訴之前後觀之：「1.偵查中之案件，須法院審查或裁定者（例如：聲請羈押、延長羈押、具保、責付、限制住居，聲請限制或暫緩律師接見，或其他聲請案件），已先委任律師者。2.起訴後，法官審理中，被告選任辯護人，嗣因承辦法官（含合議庭法官）中途異動（例如：調職、退休、離職、職務調動或其他原因異動），無法繼續審理該案件，接辦案件之法官，與該案件之辯護人具律師法第 38 條之親屬關係者。若有上開情形，似以法官迴避較為妥適，但應以法官會議或授權之刑事法庭庭務會議事先制定分案要點作為分案依據，以避免行政干預司法審判。」

由此看來，若是偵查與各審級階段，當事人委任律師在先，發生法官與辯護人有夫妻關係者在後，實務似乎肯認有成立偏頗之虞的空間。然而，如同本案的情況，若是涉及不同階段，如偵查與審判間，或是不同審級間，實務則認為應由辯護人先依律師法自行迴避，法官無須自行迴避，至於，若是辯護人未先行迴避，當事人聲請法官迴避是否能成立，則是未置一詞。

實務曾經發生過的親近關係之案例，再如承審法官與現擔任犯罪嫌疑人之辯護人為研究所師生關係，檢察官認為，辯護人與法官彼此關係密切，對在職的研究生法官應有心理上牽制，故聲請法官迴避。然合議庭認為，辯護人與法官有師生關係並不足以使法官執行職務有偏頗之虞，否則檢察官與法官為司法官前後其同學，豈不就須要一律迴避⁵⁸。

但學者即質疑，法院的裁定並非有力的反駁，足認偏頗之虞須結合生活經驗與人情世故作判斷，一般師生關係都有可能導致評分不公，若是握有行政資源以及可能影響研究生論文的所長，則研究生與其關係，更是有偏頗可能性，鑑於裁判公正性的要求，其重要性絕對不次於考試，既然在考場上，師生關係都有可能是偏頗的評分，為何法庭內的師生關係就不會使法官有偏頗之虞⁵⁹。甚至有學者表明，法官與當事人一造有親屬、教友、大學同學及司法官訓練所同期同學關係，

受限制，係為維護審判獨立，避免人為因素干涉審判，屬憲法第 23 條為增進公共利益所必要者，應合於比例原則。

綜上所述，題示情形，應由甲律師迴避該殺人案件，A 法官無自行迴避事由，不得比附援引，類推適用民事訴訟法第 38 條第 2 項之規定，以有偏頗之虞，自行簽請迴避該案件。」

⁵⁸ 請參閱張麗卿，〈羈押審查的決定與救濟—台開事件相關裁定評析〉，《月旦法學雜誌》，第 72 期，2001 年 5 月，174-175。

⁵⁹ 請參閱張麗卿，〈羈押審查的決定與救濟—台開事件相關裁定評析〉，《月旦法學雜誌》，第 72 期，2001 年 5 月，178-179。

若有跡象顯示關係密切者，當然有存在偏頗性的疑慮⁶⁰。

貳 職務上或業務上往來

關於職務上往來關係，實務一般也認為，同事情誼尚非屬偏頗之虞的事由，例如最高法院 74 年度台抗字第 436 號裁定：「原審裁定：『…所謂推事執行職務有偏頗之虞，乃指有具體事實，在客觀上一般人均足疑其將為不公平之審判而言。抗告人既未能舉述具體事實，以證明推事程克儉執行職務有不公平之處，泛指其與被告蔡光治、丘少雄前曾在同一法院共事，即認其執行職務顯有偏頗，聲請其應行迴避，非有理由，應予駁回。』經核於法並無不合。抗告意旨，仍執前詞，指摘原裁定不當，不能認為有理由。」

另外一則有趣的案例是，當事人因為審判長 R 曾經職權告發偽證罪，因此於審判時，聲請法官 R 迴避獲准，若是其以該審判長 R 與繼續審判的兩位法官 A、B，有同事情誼，並職掌兩位法官的考績、監督，想進一步聲請其餘兩位法官迴避，是否有理由？⁶¹

實務則以本件已裁定職權告發之法官 R 迴避，未繼續參與審判已足以達到公平審判之目的，既然沒有其他具體事由足認 A、B 法官有偏頗之虞，僅以 A、B 與職權告發的審判長有同事情誼為據，不足以成立迴避事由⁶²

⁶⁰ 請參閱姜世明，〈法官中立性、獨立性之確保與對於法官迴避制度運作之省思〉，《台灣法學雜誌》，第 190 期，2011 年 12 月，頁 80。

⁶¹ 臺灣高等法院 101 年度抗字第 210 號裁定，抗告意旨：「(三)原審原分案給審判長許泰誠、法官李貞瑩審理（因故由原審取消庭期），之後卻又不知何故，將案件改分給審判長劉煌基之刑事第 13 庭？…又何以改分案後竟分給當初告發之審判長劉煌基及其所屬的第 13 庭？(四)本案由法官吳佳樺、黃愛真承審，因 2 位法官與告發之審判長劉煌基具有審判長與庭員、甚至候補法官與審判長之職務監督、考績、職務評定等關係，顯將造成法官吳佳樺、黃愛真承審本案時傾向對抗告人為有罪之判決，與刑事訴訟法第 18 條第 2 款所定足認其執行職務有偏頗之虞之要件相符，有造成審判不公平之虞，嚴重影響抗告人受法院公平審判之權利。」

⁶² 臺灣高等法院 101 年度抗字第 210 號裁定：「原審合議庭之組成為審判長劉煌基、受命法官吳佳樺、陪席法官黃愛真等情，…，原裁定亦已對審判長劉煌基就抗告人所涉之偽證案件有應自行迴避之事由存在，而准許抗告人就此部分之聲請敘明綦詳。衡酌法官職司審判，平亭曲直，依據卷內之證據，據以認定事實，適用法律，本於刑事訴訟法規定之犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實之準則，就主觀上之犯意及客觀上所為而予調查審酌，憑以認定是否合予各該罪之構成要件，而為論罪科刑與否之依據，是法官獨立審判，其形成被告有罪與否之心證，係綜理案件卷內所呈事證為據。是抗告人所涉之偽證案件，已無原審審判長劉煌基參與，且查無參與審理之法官吳佳樺、黃愛真有自行迴避或足認渠等執行職務有偏頗之虞情事，抗告人僅以法官吳佳樺、黃愛真與被准予聲請迴避之審判長劉煌基係同庭同事，即指摘渠等成員執行職務有偏頗之虞，純係個人主觀推測，尚屬無據，亦顯無實益及必要。至該案件原分案給審判長許泰誠、法官李貞瑩審理，係因法官李貞瑩職務調動至他院無法繼續審理而改分案由受命法官吳佳樺承辦，亦經本院依職權查證明確，綜上，抗告人徒憑主觀臆測，率予推定原審承審法官有偏頗之虞，在客觀上尚難足以使人懷疑承審法官將為不公平之裁判，揆諸前揭判例意旨及說明，自難認有構成法官迴避事由之依據，抗告人猶執持前詞指摘原裁定不當，為無理由，應予駁回。」

第三目 身兼數職

壹 「同時」進行羈押與審判

實務向來認為，審判中，檢察官不具羈押聲請權，僅得由法官逕行裁定（延長）羈押與否，因此，法官若是於審判中，「依法」自行決定羈押，並不該當偏頗之虞。如臺灣高等法院 95 年度抗字第 130 號裁定：「我國之刑事訴訟不採預審法官制度，故主持審判程序之法官未若採取預審法官制度之國家一般，必不同於主持準備程序及命羈押之法官，亦即，依我國現制，行準備程序之受命法官，通常必為審理期日合議庭成員，而合議庭亦得決定應否羈押、續行羈押或再執行羈押被告。…法官於考量羈押被告與否時，依刑事訴訟法第 101 條第 1 項及同法第 101 條之 1 第 1 項規定，本以其訊問後，認被告犯罪嫌疑重大為前提，惟法官因被告犯罪嫌疑重大，有羈押必要而予羈押，尚不能認已將被告定罪，此蓋如前述，起訴事實存在與否，於法官為是否羈押之判斷當時，尚在浮動狀態，法官僅係依現存之證據，判斷被告應否羈押，而羈押之目的，在審判階段而言，乃在保全審判或預防再犯，至將來定罪與否，與被告已否被羈押，理論上無必然關係，仍有待案件審理終結後，由法院斟酌調查證據及兩造當事人、辯護人辯論之結果，始能為之。…。如因法官曾表示被告有羈押或再執行羈押之必要之見解，即認該法官有違無罪推定原則，執行職務有偏頗之虞，應有迴避之必要，同此推論，不啻謂凡命將被告羈押之法官，均已違反無罪推定原則，對於該被告之案件即應迴避，此種見解實與現行刑事訴訟法之設計不合。」⁶³

然而此種見解卻遭學者⁶⁴形容，形同回歸糾問制度，學者指出，由本案承審法官同時決定審判中羈押與否，此種情形已顯然與法官工作上有利害關係，而本法竟然還設計成職權模式，法官不待聲請，即得發動並自行決定羈押，混合發動權與決定權於一身，顯然不恰當，有違反法官中立性之要求與無罪推定的疑慮。

⁶³ 臺灣高等法院 94 年度抗字第 925 號：「次查刑事訴訟法第 101 條規定被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，且有同條所定情形之一非予羈押顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之。準此，被告之羈押，係以其犯罪嫌疑重大，而有羈押之原因及羈押必要性為法律要件，可見法官處理聲請羈押案件之重點，在於判斷被告之「犯罪嫌疑」是否重大、有無符合羈押事由及羈押要件等法律要件，並非終局判斷被告之罪責成立與否，蓋終局判斷罪責是否成立尚須經過審理過程，給予被告攻防機會，與法官詢問被告究明有無羈押要件自屬不同。聲請人以裁准羈押被告之法官就卷內資料已先入為主認定被告確有犯罪為由，認其違反無罪推定原則，容有誤會。況聲請人以承審法官與前裁定羈押之法官為同一人，即認定該法官有足認其執行職務有偏頗之虞，無非出於當事人主觀之懷疑，並無客觀原因之存生尚不足以構成一般通常之人所具有之合理觀點，均足產生懷疑。聲請人所述，並無足採。…乃聲請人私意揣測認其將受不公平之審判，並無客觀上之具體事實足認承審法官執行職務有偏頗之虞，尙與聲請法官迴避之要件不合。」

⁶⁴ 請參閱林鈺雄，〈檢察官的掘墓人〉，《月旦法學雜誌》，第 207 期，2012 年 8 月，頁 75-77。

因為本來同一法官先後接連擔任羈押決定者與本案審判者的情況，就有法官中立性的疑慮，而實務竟然容許審判法官同時負責本案審理以及決定（延長）羈押，再加上無庸經檢察官聲請，法官得逕行發動並作出裁定，三重混合角色的結果，根本不合於法官中立性的要求。更何況，我國刑事訴訟法對於羈押要件，包含「犯罪嫌疑重大」與被歐洲人權法院宣告違反公約的【羈押法官案】，*Ekeberg and Others v. Norway*⁶⁵、*Hauschildt v. Denmark* 案⁶⁶情形極為雷同，有難以區別羈押審查與實體判決證明程度的問題，因此，同一法官已經作出羈押裁定，客觀上就難以讓人相信法官無任何偏頗之虞。其並指出，釜底抽薪的方式，應該是參酌瑞士刑事訴訟法的作法，將強制處分（包括羈押）的決定權，改交由專責強制處分的法院裁定，並且明白禁止強制處分的法院成員又參與同一案件的本案裁判⁶⁷。（另請參閱第三章第二節第六項）

貳 裁定交付審判

我國刑事訴訟法於 2002 年引進交付審判制度，透過法院介入審查，以監督檢察官遵守法定性義務，以貫徹起訴法定原則，案件一旦經裁定交付審判，效力視為檢察官就該案件已經提起「公訴」，惟若是裁定交付審判的法官，再為本案之管轄，是有偏頗之虞⁶⁸？

實務有採反對見解，認為既不該當第 17 條第 7 款法官曾擔任本案檢察官，也不成立足認偏頗之虞，如臺灣高等法院 101 年度抗字第 800 號刑事裁定：「法院就告訴人不服之不起訴處分裁定准予交付審判後，依刑事訴訟法第 258 條之 3 第 4 項之規定，視為該案件已提起公訴。依該條項立法理由之說明：基於『無訴即無裁判』之刑事訴訟法基本原理，應認交付審判之裁定，視為該案件已提起公訴。故此種提起公訴，係擬制的公訴，並非檢察官提起之公訴，此既為法所明定，自不能因法院裁定准予交付審判，即可視為與同法第 17 條第 7 款法官曾執行檢察官職務之情形相當。…此外，刑事訴訟法於修法新增「交付審判」等有關規定時，亦未明文規定曾審理裁定交付審判之法官應自行迴避，足認立法當時並無要求該法官自行迴避之意，是亦難比附援引而類推適用。是被告主張本案裁定交付審判之法官既已執行檢察官職務，而應適用或類推適用刑事訴訟法第 17 條第 7 款之規定迴避本案審判云云，依我國現行法例，難認有據，並非可採。…。在交

⁶⁵ ECHR, *Ekeberg and Others v. Norway*, Judgment of 31 October 2007, Appl. nos. 11106/04, 11108/04, 11116/04, 11311/04 and 13276/04.

⁶⁶ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. no. 10486/83, § 50；案例事實請參閱施育傑，《歐洲人權公約第五條一以歐洲人權法院裁判為借鏡，檢討我國羈押與人身自由拘束制度》，台灣大學法律學研究所碩士論文，2008，頁 78 以下。

⁶⁷ 關於瑞士強制處分專庭的詳細介紹，請參閱王士帆，〈全新刑事訴訟法典—瑞士刑訴改革與整合〉，《政大法學評論》，第 118 期，2012 年 12 月，頁 127-128。

⁶⁸ 請參閱林鈺雄《刑事訴訟法（下冊）》，2010 年，第 6 版，頁 103。

付審判程序中，法院所能及所應審查者，主要在於檢察官終結偵查處分所認定被告不構成犯罪之理由合理性與合法性、有無違反證據法則，亦即是否有應起訴而為不起訴之情形，且其調查證據之範圍，僅就偵查中曾顯現之證據為限。亦即是否准予交付審判，係以案件是否有已達應起訴之『足認有犯罪嫌疑』門檻，且不應或不宜為不起訴（或緩起訴）處分之情狀，而非『有罪』或『無罪』之判斷。再者，法院裁定准予交付審判後，依同法第 258 條之 4 規定，法院仍應適用刑事訴訟法關於審判之規定，依現行刑事訴訟制度採行改良式當事人進行主義，有關訴訟程序之進行，以當事人間之攻擊、防禦為主軸，且調查證據乃刑事審判程序之核心，此為法院形成心證之所繫，須由檢察官擔任實行公訴之人，對於被告之犯罪事實，負有積極舉證之義務，不論直接或間接證據，其訴訟上之證明，需於通常之一般人不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，法院始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，自應為有利於被告之認定。故從實體上認定被告是否有罪與准予交付審判僅認定被告是否具有犯罪嫌疑，所要求之證據程度尚屬有間。因此，由准予交付審判之法官審理本案，在客觀上尚不足使人疑其將為不公平之裁判。…被告並未提出其他任何具體事證足認本案承辦法官就本案有何利害關係或與被告、告訴人等人有何故舊恩怨關係等客觀上足認有偏頗之虞等情事，自不得認法官執行職務有偏頗之虞。」

也有實務掌握公平審判原則的精髓，認為應予迴避者，如臺灣高雄地方法院 101 年度聲字第 3181 號裁定：「經查本院前開三名法官就上揭被告涉犯竊盜案件，雖無刑事訴訟法第 17 條各款規定之自行迴避事由，然刑事訴訟法為避免因法官就該管案件，有曾為告訴人、告發人、證人或鑑定人，或曾執行檢察官或司法警察官職務之情形，致當事人難免以其因個案之職務經驗，就同一案件將已有預斷而心生虞慮，除以上開情形逕定為刑事訴訟法第 17 條第 6 款、第 7 款之法官自行迴避事由外，於同法第 18 條第 1 項，並規定法官有上開事由而不自行迴避時，准予當事人聲請迴避，以資貫徹。茲本院前開合議庭審理上揭交付審判事件，除推翻原檢察官不起訴處分及上級審檢察官駁回再議之處分，作成交付審判之裁定，使全案依法發生起訴效力之不利益被告結果外，其審理中並就聲請人嗣後提出，以偵查程序中已經檢察官調查之監視錄影紀錄，另行放大處理之影像資料，積極進行勘驗調查，復於作成交付審判裁定同時，在裁定書內比照一般起訴書製作格式，具體擬具被告犯罪事實及證據並所犯法條等內容，有裁定書 1 份在卷可參，依其情節，形式上雖非以告發人或檢察官身分啟動或實施偵查，然實質上就已經不起訴並駁回再議處分之同一案件，不僅積極重啟被告犯罪嫌疑之調查，猶已接續檢察官調查證據並製作具起訴書性質書類之實質偵查作為，事實上就被告前開案件所發生之作用及地位，與前引法條例示規定應自行迴避之情形，已無二致，堪認於客觀上已足令一般通常之人，對於同一法官能否本於空白之心證參與後續之審判，發生虞慮，為符前述刑事訴訟之目的，增進人民對於司法審判之信賴，

中立法院與刑事法官之迴避事由

前開參與本件交付審判裁定程序之三名法官，自以迴避本案第一審審判程序為宜，則本件聲請人之聲請，於法即屬有據，應予准許。」

參 同一或相關案情不同程序

同一案件內容，先後經民事與刑事審理，皆由同一位法官負責審理，原則上我國實務皆認為不該當偏頗之虞。如最高法院 100 年台聲字第 22 號裁定即指出：「又法官曾參與被告刑事案件相關之民事事件裁判，不能僅以有此情形，即認法官在刑事案件執行職務時即有偏頗之虞，仍應具體指出法官於訴訟之結果，有利害關係或與當事人有親交嫌怨，或基於其他情形，客觀上足以使人疑其為不公平之審判者，始得認合於刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定之聲請法官迴避事由。本件聲請人係以福建高等法院金門分院合議庭三位法官已審理其民事事件並為其不利之判決，即認法官執行職務有偏頗之虞，聲請法官迴避，依首開說明，與刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定不合，其聲請應為無理由，予以駁回。」

另外，對於共同被告先後審判的情形，抗告人雖指責：其就所涉犯案件第一審判決提起上訴，然上訴後，原審法院審理本案之受命法官曾於第一審參與與本案相牽連之另案審判，並於該另案判決認定抗告人有共同販賣毒品之事實，則該受命法官於原審法院審理本案時，關於抗告人有無共同販賣毒品之同一爭點，實難期待其為與上開相牽連之另案相異之認定及結果。但最高法院 101 年度台抗字第 729 號裁定則回應指出：「法官就本案當事人於不同之前案中所為事實認定或所持法律見解，縱不利於本案當事人，然既非同一案件，則於本案既無曾參與前審即下級審審判之法官，復參與上級審審判之情形，即於本案當事人之審級利益不生影響，且不同個案，常因訴訟進行之時、空背景互異等諸多因素，卷存所得調查事證亦諸多不同，致法官亦因此形成不同之心證，本案實體事項之事實認定與法律適用結果為何，端視法官於本案訴訟中採證認事職權行使之情形定之，是法官於他案對與本案當事人有關事實、法律上之判斷，於客觀上亦不必然對本案形成預斷，與上開自行迴避之規範目的尚無違背，自無適用或類推適用該自行迴避規定之餘地；又其尚不足認係依一般人之合理觀點，本諸客觀情事，均得認有偏頗之虞之理由，自亦無從據以依上開規定聲請法官迴避。」

雖說在相關案件的情形，我國實務曾有指摘原審未盡調查，逕駁回偏頗聲請有違誤者，如最高法院 98 年度台抗字第 580 號：「查本件抗告人於民國九十六年間曾由原告游金水向台灣花蓮地方法院訴請清償借款，經判決抗告人敗訴，再經原審法院駁回抗告人之上訴確定。抗告人於該民事事件中曾提出游金水簽立蓋印之「同意書」影本一紙，抗辯游金水業已同意抵銷系爭借款等情，均不為法院所採。游金水旋於民事判決確定後，向檢察官告訴抗告人偽造文書，經檢察官提起

公訴，台灣花蓮地方法院判處抗告人行使偽造私文書罪刑，抗告人現正上訴原審法院審理中。以上各情，有各民、刑事判決在卷可稽。抗告意旨以法官林慶煙既為原審法院民事事件之審判長，又為本件偽造文書刑事案件之陪席法官，恐林法官受審理該民事事件所得心證之影響，認其執行職務有偏頗之虞，為求刑事裁判之公平、公正，依刑事訴訟法第 18 條第 2 款之規定，聲請迴避等語，有卷附刑事聲請林慶煙法官迴避狀可考。惟原裁定...對於林法官客觀上承辦上開民、刑事案件，是否易受民事事件採證認事之先入為主觀念影響，足認執行刑事審判職務有偏頗之虞，而應依刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定迴避乙節，則未置一詞，自非妥適。抗告意旨，雖未指摘及此，但為本院得依職權調查之事項，仍應認抗告為有理由，爰將原裁定撤銷，由原審法院更為適法之裁定。」

然而，更為裁定的結果，臺灣高等法院花蓮分院 98 年度聲更(一)字第 1 號即以：「本件聲請人被訴之刑事案件，須依據法律規定之訴訟程序調查證據，始能為犯罪事實之判斷，不得逕以先前相關之民事判決所為之判斷，援為刑事判決之基礎，參與刑事案件審理之公務員自均依上揭規定行之。則聲請人被訴之前開刑事案件經證據調查結果，認定之事實未必與民事案件相同；倘均為不利聲請人之認定，亦係法院即合議庭之全部法官綜合全部事證調查之結果，所為之判斷，尚無因個別法官曾否參與另案之調查或認定，而採為本案判斷之情形。聲請人僅憑主觀臆測，質疑法官前曾參與民事案件審理，而該案件判決不利於己，即推認執行職務將有所偏頗，並非存有完全客觀之原因，就一般通常之人所具有之合理觀點，對於法官能否在聲請人所涉之刑事案件中為公平之裁判，產生懷疑之可能，即上開事實尚不足對於該案陪席法官能否為公平之裁判產生懷疑，其聲請本件陪席法官迴避，尚屬無據。...。而對於上開案件陪席之林法官客觀上承辦上開民、刑事案件，聲請人僅提出民事判決結果係對其不利，即推認刑事案件之陪席法官亦將對其為不利之認定，並無任何證據證明該案陪席法官有受民事事件採證認事之先入為主觀念影響，而足認其執行刑事審判職務有偏頗之虞之證據。」聲請人再度提起抗告，而最高法院於 99 年度台抗字第 769 號裁定，則同意花蓮高分院的論理，認為聲請迴避無理由，裁定駁回。

由此看來，原則上不管是相關或同一案件，先後在民事刑事程序，還是同一犯罪事實之共同被告，先後在不同的刑事程序之情形，實務皆認為不得據此指摘法官有偏頗之虞。即便法官在先前共同被告判決中，已經詳細說明尚未有罪判決確定之另名被告才是犯罪行為人或是共犯，並且涵攝構成要件，但我國實務實務皆以「司法實務上，於同一訴訟案件有多名被告，而先後審結時，法官必須在判決書中先行交代其他尚未經審理之被告與本件被告，是否有共犯關係，僅為實務上判決書之書寫慣例，並不代表承審法官已經對於尚未經審判之被告產生有罪之

心證。」駁回迴避聲請⁶⁹。

不過，臺灣南投地方法院 100 年度聲字第 117 號裁定，罕見的對於偽證案件做出獨步的創見：「被告李○靜、李○賢 2 人確實於本院審理 99 年度易字第 36 號李○謀恐嚇等乙案中擔任證人，且其等之證詞並由本院承辦該案之李○娟法官認定均有與事實不合，與該案被告李○謀之供述內容扞格，係迴護被告之虛偽陳述等情，…；而被告等所為上開證言，既已具結，又經臺灣南投地方法院檢察署檢察官認定被告等之上開證詞與李○謀所涉恐嚇、傷害等犯行有重要關係，且足以影響法院審理李加謀所涉犯行之正確性，因認其等涉嫌刑法第 168 條之偽證罪嫌，並予起訴且繫屬本院，然該被告 2 人所涉之偽證案現又由本院李宜○娟法官承辦審理，有本院卷宗可證，則依據一般通常人之合理觀點，本院李○娟法官在李○謀恐嚇等案中，雖未逕以被告等所為證詞已有偽證罪嫌而予告發，但既認定其等之證詞係屬虛偽陳述，已如前述，則對於被告等之證詞究否虛偽一節，於其審理被告等偽證案件時，難免因此產生預斷，而此一客觀事實之存在，顯非基於當事人即本案聲請人自己主觀之判斷，且此情事將使一般人對於李○娟法官能否公平審理，或生懷疑，是依前揭判例意旨，已符合刑事訴訟法第 18 條第 2 款所定足認該法官執行職務有偏頗之虞之要件。從而，聲請人即被告 2 人為本件聲請，於法難謂無據，應予准許。」本則裁定與德國學說實務見解極為雷同，同時亦為我國少數成立偏頗之虞的實務案件，實屬難得，若能本此意旨繼續延伸，或許第 18 條第 2 款即不致於名存實亡矣。

第四目 法官言行舉止與訴訟指揮

關於法官的言行舉止以及訴訟指揮的問題，即便對被告或證人有輕蔑、偏見之言行，我國實務向來皆援引 18 年抗字第 149 號判例認為：「對於法官訴訟指揮或訊問有不滿，不能指為偏頗」，再配合 79 年台抗字第 318 號判例之解釋，幾乎所有的迴避聲請案皆以「聲請人所指述事項，均屬法官訴訟指揮及審問態度之事，從客觀以言，尚非承審法官與聲請人具有故舊、恩怨等關係、審判恐有不公平或一般通常之人均認已達於法官不能公平之審判之程度。」或「被告等對法律或法

⁶⁹ 例示如，臺灣高等法院臺南高分院 97 年度聲字第 1211 號裁定，法院先前於同一犯罪事實不同被告之判決中，認定聲請人才是開槍之人，而判決該名共犯無罪，因此聲請人質疑：「該名法官於審理本件前，既於另案中認開槍殺人之事並非另案的被告，並判決無罪心證已成，自難期其不受該案所形成心證之影響，實難期無偏頗之虞。」；臺灣花蓮地方法院 97 年度聲字第 374 號受命法官先就同案被告宣判，並於判決書之事實欄中認定聲請人為共犯，詳述犯罪過程，是以，聲請人主張，「既然承審法官已經在上開判決書中，很明確地認定本件聲請人為共犯，顯然對聲請人已經形成有罪的心證，如繼續由承審法官執行審判職務，將有違無罪推定原則，剝奪聲請人接受公平、公正審判的機會，故足認其執行職務有偏頗之虞。」

院運作實務有所誤會」，或「縱聲請人對法官回應之語氣感到不悅，而認承審法官有所不公，僅屬聲請人主觀之感受或揣測，未達以一般通常之人所具有之合理觀點，對於承審法官能否為公平之裁判，均足產生懷疑之程度。」等理由，裁定駁回收尾。

實務發生過的案例不勝枚舉，例示如臺灣高等法院 95 年度抗字第 459 號裁定之「關到我辦完案件為止」⁷⁰、臺灣高等法院 90 年度聲字第 2015 號裁定的「有前科還犯罪」⁷¹、臺灣臺北地方法院 97 年度聲字第 2860 號裁定之「再吵，你全家都有事」⁷²、臺灣臺東地方法院 98 年度聲字第 280 號裁定之「鬼扯證人」⁷³、臺灣高等法院臺中高分院 98 年度聲字第 1215 號裁定之「你是法律系畢業的嗎？」⁷⁴、臺灣高等法院 98 年度聲字第 411 號裁定之「亂鬧」⁷⁵、臺灣高等法院 98 年度聲字第 1510 號裁定的「趕快認罪，不然加重其刑」、「沒精神病，就撤銷你的指定辯護人」⁷⁶、臺灣高等法院 98 年度聲字第 1513 號裁定「真會掰」⁷⁷、臺灣

⁷⁰ 法官於第一次準備程序當庭陳稱：「這個案件已經嚴重影響司法信譽」、「案子沒有辦完前，你沒有把這各所有的案件訴訟程序通通走完之前，就是讓你關在看守所裡面」、「說實在的我到現在還想收押他」，且多次阻止被告就整個犯罪情節答辯，並當庭出言恐嚇要將被告再執行羈押。

⁷¹ 法官於訊問聲請人時，未依刑事訴訟法第九十五條踐行告知程序；並於訊及聲請人有無前科時，經聲請人答以「有」，竟直稱「有前科還犯罪，沒判你保安算不錯了」等語。

⁷² 聲請人向審判長法官詢問：「協興公司之唯一實質股東為聲請人，董事長也係聲請人，聲請人將協興公司出售廠房變現款項借給業務往來對象鮮樂透公司，而鮮樂透公司之唯一實質股東及實質經營者也是聲請人，怎會是侵占或業務侵占？被害人是誰？」等語，承審審判長法官僅回答：「你再如此，你全家人都會有事」。而當聲請人指稱其遭案外人恐嚇，法官則回以：「你若說陳泳丞勒索你，就向檢察官告發」、「那你就去告他嘛！告到最後就是你全家人都有事，沒有一個人沒事的，對不對，何苦呢？」

⁷³ 審判長訊問證人之時，多次對證人說：「你不要給我鬼扯」、「這傢伙企圖一直想移轉問題，我知道你的企圖，不要給我鬼扯，不要企圖移轉我的問題，知道嗎？」、「我早就知道你想怎麼答我的話了，所以一直企圖移轉我的問題」、「你現在答成 7（笑）？來，你上來看一下，你看的懂這圖什麼意思嗎？哈哈，你在鬼扯，好，你要鬼扯也不要緊，那我問你，高咧？L 型鋼的高呢？跟木欄杆接觸的那個高是多少，你講一下。如果依照你的常識，不要讓人不屑你的常識，我還故意講說如果依照你的常識，該 L 型鋼？」、「你既然依照常識就看出來該 L 型鋼高度是 15 公分，為何剛剛你回答審判長說，你看不懂該施工圖說 L 型鋼的規格？哈哈，你怎麼剛剛要唬弄我？」、「你只看到這個，沒看到底下這個喔，是不是？（笑）我就知道你這麼講，我昨天晚上就想到你會這麼答了（笑）」而當辯護人表示希望能依照刑事訴訟法 18 條第 2 款聲請迴避時，法官則回以：「好啦，好啦，我會注意。」、「依照刑事訴訟法，我又不能裁咧，依照刑事訴訟法第 18 條規定，於被告方面要聲請迴避，那理由？」、「好，執行職務有偏頗之虞。好啦，問被告，你是否要聲請法官迴避？是嘛！好，那請辯護人再具體敘述一下理由，一點一點來講。來，第一點，剛剛證人陳述時，審判長一直不讓證人陳述，一直在誘導證人？」、「對證人人格有污蔑情形（笑）。然後？」

⁷⁴ 法官於準備程序時數次嘲弄聲請人，如質問聲請人：「你是不是法律系畢業？」聲請人回答：「不是。」後，法官立即回以：「喔，難怪喔！」並再次質問：「你現在還有沒有在擔任書記官？」聲請人：「這與本案有關嗎？」，法官立即大聲喝飭：「有關！」

⁷⁵ 法官在庭上以類似下列之話語詢問聲請人：「總統就職大典，大家熱熱鬧鬧，你為何要去鬧？」

⁷⁶ 本案庭訊開始後，審判長持不知名之判決書向被告稱如不盡快認罪，將加重被告刑罰，並一再怒斥並威脅被告以逼迫被告認罪。足見審判長在證據調查未臻完備前即預斷被告罪大惡極。此外審判長不顧被告調查證據之需要，竟藉口被告無精神病而當庭解除被告聲請指定辯護律師之職務，然被告係因無資力而聲請指定公設辯護人與被告是否有精神疾病無涉，是審判長違反公設辯

臺中地方法院 99 年度聲字第 3948 號裁定：「你不滿意歡迎上訴」、臺灣臺中地方法院 99 年度聲字第 2136 號裁定：「你現在不馬上過來就押你」、「爛案子趕快結掉」⁷⁸、臺灣高等法院 100 年度聲字第 545 號裁定之「律師要有格調」⁷⁹、最高法院 101 年度台抗字第 802 號裁定的「閉嘴，沒問你不要回答」⁸⁰等案，或是在案件怠於調查證據，甚至有遲延之情形，實務全部都以訴訟指揮，不得指為偏頗，裁定駁回結尾。

實務上還有許多此種案例，族繁不及備載。而這些案例許多亦與德國法或是申訴至歐洲人權法院相類似，雖說不管是德國法或是歐洲人權法院，還是我國實務，主要皆以客觀基準審查個案是否有無偏頗，但卻往往得出截然不同的結論。從以上分析看來，我國實務的解釋方式，毋寧幾乎是將迴避制度推向死亡宣告，第 18 條第 2 款條文所指，應當是有偏頗之「虞」，而不須有偏頗的確實事證，一旦有疑慮，縱使僅是外觀上有偏頗之虞，亦應排除，此與法官內心是否真的偏頗，或是否有認識到自己是偏頗的，都無關，重點在於除去偏頗的可能性，以樹立公平、公正的司法形象，而判例卻限縮條文適用範圍，不僅訴訟指揮權限、審問態度一概不得成立偏頗事由，還要求必須當事人與法官間有故舊恩怨、偏頗的客觀事實存在，致無法公正審理案件，如此高規格標準，誠是過猶不及。

護人條例第 2 條第 2 項：「因無資力選任辯護人而聲請指定公設辯護人者法院應為指定」之規定。

⁷⁷ 審判長曾捧卷，並在詰問過程中以「真會辦」等嘲諷語氣羞辱被告。其他如當被告正在查看卷內監聽譯文等證物辨認時，審判長突命庭務員將卷證收回，被告轉欲從電腦螢幕上瞭解審判長詢問之問題時，審判長更下令將被告面前之電腦螢幕關掉，並要求被告立即回答。被告等於此情形僅能稱沒有意見，然辯護人因此提出異議並予爭執，卻僅在筆錄上記載沒有意見。行審判程序時，審判長於審理中皆提到對 OOO 律師事務所先前承辦「OOO 案件」表示不滿，並誤認辯方律師為該事務所之律師，對其表示不滿。

⁷⁸ 法官：「你現在打電話、你五點到的話也沒有關係，不然的話干擾司法的進行，現在我們多找到一樣，有羈押的必要厚。我上次已經跟你講過說你要轉知給他，你也轉知給他了，他不來開庭，干擾程序的進行，…，你這變成程序他在處理了啊，他不懂法律的，我們懂法律的要跟他講怎麼進行，他自己玩，只要他高興不來就不來，他如果每次都聲請移轉管轄，每一件都聲請偏頗之虞，這個案子就永遠不用進行了啊，那一百年以後他都不用、案子都不用結案，那怎麼可以，每一次來都聲請偏頗之虞，每一次都講偏頗之虞，你然後要怎樣、怎樣，每一次都沒辦法，阿開一百年也沒有辦法，這像話嗎？」、「我已經跟你講過了，叫他一定要來，好不來，他去台北，管你去哪裡，我下一次的話我就拘提他。」、「按照法律程序趕快走完，我按照新制，爛案子的話盡快的話把他結掉，不是說像以前的話，〱這個兩三個月的話後來是更久的話拖一次啊，這樣沒有什麼意義嘛對不對，何況的話我們這個法院的話有時候職務會調動啊，…，那這樣的話要別人來辦啊，不是又要從頭開始很麻煩嘛對不對，不好好來玩，他按照他自己的玩，如果是這樣的話那我們法院的話就是全部都由他來 RUN 了。」

⁷⁹ 審判長雖稱：「律師是法律專業人，要有律師格調」，但此係因為審判長諭知期間律師一再插話，審判長表示：「不要因我判你背信罪，你就對本庭不客氣。」足認前開言詞乃因聲請人即該案辯護人林憲同律師一再陳述，影響開庭程序，而經審判長曾德水法官為前述言論，是其前言論核屬審判長為制止聲請人即該案選任辯護人林憲同律師陳述之訴訟指揮事項，尚難認係審判長與該案當事人或選任辯護人間，有何故舊恩怨所致。

⁸⁰ 審判長在詰問證人徐宏英完畢後，訊問抗告人：「對該證人所述有何意見」，抗告人回答：「這是警方之幽靈抗辯」時，竟向抗告人稱：「閉嘴，沒問你不要回答」，顯已剝奪抗告人之防禦權。

因此無怪乎有學者指出，濫用訴訟指揮權以及部份法官於法庭上辱罵當事人及不公正的言行，經常遁入實務所謂「此乃訴訟指揮權限，而非有故舊恩怨，不得指為偏頗之虞」之中，而令當事人遭受不公平的程序，卻投訴無門，對於欲建立法治國的我國來說，此係重大法治漏洞，亟有待改進⁸¹。

第三節 附論

第一項 與起訴狀一本主義下卷證不併送之關聯

我國實務向來認為，卷證併送並不會造成法官產生偏頗之虞，如臺灣高等法院 95 年度抗字第 130 號裁定：「我國之刑事訴訟不採預審法官制度，故主持審判程序之法官未若採取預審法官制度之國家一般，必不同於主持準備程序及命羈押之法官，亦即，依我國現制，行準備程序之受命法官，通常必為審理期日合議庭成員，而合議庭亦得決定應否羈押、續行羈押或再執行羈押被告。又因我國刑事訴訟制度不採起訴狀一本主義，故包括受命法官在內之合議庭全體法官，於案件審理前，即有接觸卷證之機會，此時雖不免對案件之梗概有所判斷，惟因檢察官仍有進一步提出及說明證據之義務，被告亦享提出有利證據及辯解之權利，則起訴事實存在與否，仍在浮動之狀態。」因此並無成立偏頗之虞。

然而，有論者認為，欲解決法官有預斷，產生偏頗之虞，為達成公平法院之目標，當務之急乃是採取起訴狀一本主義，如此一來，法官於開庭前的心證就不會受到污染，審判者與追訴者地位不致於混淆，證據排除法則的理論才能落實，偏見的問題也迎刃而解⁸²。

不過，此種說法對比德國或是歐洲人權法院的見解，似乎並不是必然的結果。更何況，採取起訴狀一本主義的日本法，在起訴定罪率上，向來號稱有 99.9% 的有罪判決機率，而採取卷證併送的德國法，於檢察官起訴並通過法院起訴審查之後，尚有二成的無罪判決⁸³，兩相比較之下，卷證併送與否和有罪判決之間，似

⁸¹ 請參閱姜世明，〈法官中立性、獨立性之確保與對於法官迴避制度運作之省思〉，《台灣法學雜誌》，第 190 期，2011 年 12 月，頁 81。

⁸² 請參閱《「刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度」法條化研究報告（上）》，最高法院學術研究會叢書，1999 年，頁 7-15；黃朝義，《刑事訴訟法》，2009 年，第 2 版，頁 347 以下、頁 457；傅嘉和，《公平法院下卷證不併送相關制度之研究》，東吳大學法律學研究所碩士論文，2007 年，頁 40-46；陳中和，《論訴訟指揮權—以第一審為中心》，中正大學法律學研究所碩士論文，2009 年，頁 62-65；林裕順，《基本人權與司法改革》，2010 年，頁 163-176。

⁸³ Ranft, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995, Rn. 1285 unter Verweis auf Rieß, DRiZ, 1982, 11 轉引自林鈺雄，〈論中間程序—德國起訴審查制的目的、運作及立法論〉，《月旦法學雜誌》，第 88 期，2002

無必然之關聯性。

第二項 於人民觀審制之適用

我國從 70 年代開始，司法院就針對國內現行職業法官審判是有引進陪審制或是參審制度之討論，然而，幾經波折，終未付執行，直到 2010 年，新任司法院長上任，又重新推出「人民觀審」制，並於 2012 年 1 月 11 日正式提出《人民觀審試行條例》草案。

對於人民觀審條例草案與無偏頗性之間，可能涉及兩個面向的問題，其一，觀審員若有偏頗的爭議，是否有如同刑事訴訟法第 17 條、第 18 條，自行迴避或聲請迴避之規範；其二，觀審員得否於審判前預先閱覽起訴卷證，而不被認為違反無偏頗性。

首先就第一個問題，我國《人民觀審試行條例》草案於第 13 條第 10 款規定觀審員的資格：「有下列情形之一者，不得被選任為觀審員、備位觀審員：十、有具體事證足認其執行職務有難期公正之虞。」於立法理由明白指出：「又所謂有難期公正之虞，乃指以一般通常之人所具有之合理觀點，對於其如擔任觀審員、備位觀審員、能否公平執行職務，均足產生懷疑者而言。」而第 15 條也是就選任上，設有不得為觀審員之資格限制：「下列人員，不得就本案被選任為觀審員、備位觀審員：一、被害人。二、現為或曾為被告或被害人之配偶、八親等內之血親、五親等內之姻親或家長、家屬。三、與被告或被害人訂有婚約者。四、現為或曾為被告或被害人之法定代理人。五、現為或曾為被告或被害人之同居人或受僱人。六、現為或曾為被告之代理人、辯護人或輔佐人或曾為附帶民事訴訟當事人之代理人、輔佐人。七、現為或曾為告訴人、告訴代理人、告發人、證人或鑑定人。八、曾參與偵查或審理者。」並於草案第 29 條定有解任之情形：「觀審員、備位觀審員有下列情形之一者，法院應依職權或當事人、辯護人、輔佐人之書面聲請，以裁定解任之：一、不具第 12 條第 1 項所定資格，或有第 13 條至第 15 條所定情形。二、未依本條例規定宣誓。三、於選任程序受訊問時為虛偽之陳述，足認其繼續執行職務已不適當。四、未依本條例規定全程參與審判期日之訴訟程序、參與中間討論或終局評議，足認其繼續執行職務已不適當。五、不聽從審判長之指揮，致妨害審判期日之訴訟程序、中間討論或終局評議之順暢進行，足認其繼續執行職務已不適當。六、為有害司法公正信譽之行為或洩漏應予保密之事項，足認其繼續執行職務已不適當。七、其他可歸責於觀審員、備位觀審員之事由，足認其繼續執行職務不適當。」

由選任以及解任的規範觀之，刑事訴訟法第 17 條所列舉的情形，幾乎可以被全部涵括在內，而第 18 條第 2 款足認有偏頗之虞，似乎也能透過《人民觀審試行條例》草案第 29 條第 1 款、第 6 款、第 7 款，足認有難期公正之虞，或繼續執行職務不適當者，而由法院依職權或依當事人聲請，解任觀審員。

再者，就起訴卷證的問題，《人民觀審試行條例》草案第 45 條第 1 項則是規定：「法官、觀審員、備位觀審員於第一次審判期日前，不得接觸起訴書以外之卷宗及證物。」於第 2 項設有將法官除外的例外規定：「法官為處理下列事項，於必要之範圍內，不受前項規定之限制：一、行準備程序。二、第 43 條第 1 項、第 2 項之裁定。三 關於羈押、具保、責付、限制住居、沒入保證金、退保之裁定。」立法理由說明：「一、行觀審審判之案件，觀審員本無須以事先接觸卷證資料為必要，況對於欠缺專業訓練與經驗累積之觀審員而言，事先接觸偵查卷證，更有因而先入為主預存偏見之虞，另斟酌觀審員之執行職務時間有限，為免造成其過重負擔，是有明定觀審員、備位觀審員於第一次審判期日前，除起訴書外，不得接觸卷宗及證物之必要，爰訂定第一項。至第一次審判期日後，觀審員自得因應調查證據、形成心證之需要，於必要範圍內接觸卷宗及證物，附此敘明。二、為體現法官及觀審員均為觀審法庭之一員，及避免觀審法庭之法官與觀審員間因事先接觸偵查卷證與否而出現資訊落差，致觀審員無法理解審判之內容，甚至僅能附從法官因閱覽卷證資料所得之心證，而無法實質參與審判，致失人民觀審制度之立法本旨，是觀審法庭法官，於第一次審判期日前，除起訴書外，原則上亦不得接觸卷宗及證物，亦明定於第一項。三、惟觀審法庭之受命法官於審判期日前應行準備程序，本條例第 39 條業有明文，為能確切整理兩造當事人對於法律、事實上之主張，以形成爭點、並訂定後續審理之計畫，是該受命法官因行準備程序而於必要之範圍內，仍得接觸偵查卷證；法院為能依本條例第 43 條第 1 項、第 2 項規定為裁定前，亦有接觸相關卷證以資審認有無證據能力及調查必要之需要；法院為關於羈押、具保、責付、限制住居、沒入保證金、退保之裁定而有接觸相關卷證以資審認者，亦同，上述情形，自有例外准許法官於第一次審判期日前接觸卷宗及證物之必要，爰明定於第 2 項。又所謂關於羈押之裁定，自包括羈押、延長羈押、撤銷羈押、停止羈押在內，附此敘明。」

綜合修正草案及其說明看來，為盡量維持法官與觀審員平等、相同地位，一旦進入審判後，完全不禁止法官與觀審員閱覽起訴卷證，然而，在審判之前，原則上法官及觀審員僅能閱覽起訴書，除此之外，一概不得參詳任何卷證內容，以避免產生偏見，惟若是受命法官為準備程序，或法院為依草案第 43 條進行證據能力之裁定，以及有羈押的問題之時，則例外允許「法官」就起訴書以外的卷證，先行閱覽。

但有學者指出，草案對於法官權限、觀審員權限規範有不足之處，例如，不得接觸卷證的規範，迥異於刑事訴訟法的規定，簡單來說，係採所謂「卷證併送但限制看卷」的特殊方法，或許如此可兼顧辯護人閱卷權且避免法官未審先判，可是就實踐上來說，未必有效，首先，草案又設有例外的規定，於必要範圍內，法院得為裁定證據能力及證據調查必要性，而先行閱覽其他卷證內容，偏偏現實情形是，幾乎所有經過準備程序的案件，都有決定證據能力及證據調查必要性的問題，因此根本架空限制不得閱覽起訴書以外卷證的用意；再者，此限制僅限於「第一次審判期日以前」，換言之，第一次審判期日後，不管法官還是觀審員，通通得閱覽卷證內容，但是，卻可能因為心證一片空白，反而在審判期日忙著翻卷，無法專心審判，何況觀審員不看卷，更是難以理解掌握個案情節。惟其主張，觀審員應從到尾都限制閱覽卷證，縱然開始審判後才知悉卷證內容，因為觀審員欠缺法律專業，仍有很大機會會產生偏見⁸⁴。



⁸⁴ 請參閱何賴傑，〈從德國參審制談司法院人民觀審制〉，《臺大法學論叢》，第 41 卷特刊，2012 年 11 月，頁 1229-1230。

第五章 結論

第一節 他山之石—比較法之借鑒

第一項 德國法之發展

雖然有學者指出，由於德國法官對於偏頗的聲請大多數反應常常如同剝奪其職業尊嚴，再加上同事之間團結，因此偏頗之拒卻聲請在德國實務上也幾乎沒有發展，僅在少數並且極端明顯必要的情況下，才有成功的案例¹。再加上個案判斷的性質，因此要歸納出完整的拒卻事由也著實不易。但是，相較於我國實務的發展，德國法發展出的學術與實務間對話還是有許多可供借鑒之處。以下表格即是整理自第二章德國法之學說與實務發展：

類型	實務或學說見解	相關案例
受聲請人影響	原則：聲請人自招行為不得指為偏頗事由。 例外：法官回應超出客觀必要性。	【你來我往案】
受辯護人影響	原則：法官和辯護人間之爭執與當事人無涉，不得指為偏頗事由。 例外：嚴重反目而間接影響被告者。	【老闆是誰案】
受訴訟外第三人影響	工作領域 ：聲請人須提出合理根據，說明「法官有受影響之虞」。 大眾媒體 ：原則：推定法官不受影響。 例外：法官涉入或確實受影響。 同情被告者 ：有合理根據足以說明法官會屈服於壓迫之下者。	
私人社交往來	原則：推定無偏頗。 例外：有特別關聯者，如： 1.間接受損害： 實務 ：一概否定。 學說 ：肯定有告訴權之法官成立偏頗之虞。 2.特定親密關係。	【癩三團員案】 【夫唱婦隨案 a】
職務或業務上往來	原則：推定無偏頗。 例外：特別重大之正面或負面關聯。	【酒友同僚案】

¹ Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2010, §5, Rn.732.

中立法院與刑事法官之迴避事由

參與政治組織	原則：推定無偏頗。 例外：失去節制；為被解散政黨之成員。	
參與宗教組織	原則：推定無偏頗。 例外：法官有宗教狂熱，且本案與宗教議題相關者。	
職業團體成員	原則：推定無偏頗。 例外：犯罪行為與其身份有特殊關聯。	稅務局員工案、 建管局局長案
發表法律見解	原則：對法律問題通案性的表示意見，不足以認定為偏頗。 例外：無視於個案情況，為堅守己見或反駁他見而強行作出裁判者。	
其他人身狀態	原則：世界觀、性別、種族、家庭或婚姻狀況並非拒卻事由。 例外：於外國人的案件中，法官曾經發表過仇外言論者。	德國看門狗案
曾參與同一案件之中間裁判	原則：瑕疵應利用上訴救濟，非偏頗事由。 例外：裁量濫用、恣意。	【緊急指定案】
參與開啟審判裁定	實務 ：有犯罪嫌疑不等於有罪確信，故作出裁定開啟審判非拒卻事由。 學說 ：宜成立起訴審查專庭。	
強制起訴裁定	原則：若僅是法律問題見解不一致，或是找到新證據資料始裁定提起公訴者，並非拒卻事由。 例外：犯罪事實之結論對被告有不利評價，而與檢察官不一致者。	
中間評論	原則：暫時性評價尚不足為拒卻事由。 例外：法官已有終局確信。	【法官很忙案】 【訂購聲請案】
同一案件發回更審	實務 ：原則上依第 354 條第 2 項須發回不同庭，但若因案件分配，又偶然由同一位法官負責，並不該當拒卻事由。 學說 ：為免判決固著效應，應成立拒卻。	【撤銷發回案 a】
同一案情不同程序	實務 ：非列舉排除事由，亦不成立拒卻。 學說 ：既已對同一案情作出裁判，已有終局確信，故應一般性肯認拒卻。	【誰是共犯案 a】
相關案情不同程序	若法官認定證人有虛偽陳述，即不得參與該名證人偽證罪之程序	【情義相挺案】

法官審判程序前或程序中之言行舉止	<p>預斷型：預先確信被告有罪。</p> <p>恣意型：法官訴訟指揮有明顯重大的法律違誤，或是恣意，甚至是偏頗的指揮。</p> <p>逼迫型：以不合理的手段逼迫被告認罪。</p> <p>其他顯然不客觀陳述：以嘲諷或是損害被告名譽的方式，不適當地貶低或侮辱被告。</p>	<p>【邪惡政客案】</p> <p>【法官半仙案】</p> <p>【對錯之路案】</p> <p>【套頭毛衣案】</p> <p>【逼迫自白案】</p>
量刑協商程序	濫用量刑協商，施以制裁之剪、未將協商程序公開揭示並記明於筆錄、不合於罪刑相當原則、以無效承諾騙取自白。	【私下保證案】
參審法官預覽卷證內容	<p>少數見解：必須限制參審法官預覽法院之卷證，避免受到專業法官以卷證暗示，而混淆有罪判決之標準。</p> <p>通說見解：參審法官與專業法官應同等對待，預覽卷證並非拒卻事由。</p>	

第二項 歐洲人權法院之發展

儘管歐洲人權法院多數見解對於法官無偏頗性的主觀審查偏向保守，但至少從客觀審查基準看來仍是敢勇當先，積極宣告某些案例違反公約。是以，雖然人權法院本身也還有許多進步空間，但其身為開路先鋒所做出的判決，以及判決後，多數見解以外的法官所為之不同、部份不同、協同意見書，不失可作為我國實務認定法官有無偏頗的借鑒，以下表格即是整理自第三章歐洲人權法之學說與實務發展：

審查基準	<p>主觀基準：須探知法官個人的信念或愛好，但原則上應推定法官主觀上無偏頗，直到有相反證據推翻。</p> <p>客觀基準：法官是否提供足夠的保障，以排除任何關於偏頗的合理懷疑。</p>	<p>【交付情書案】</p> <p>【死不承認案】</p>
權利放棄	<p>人權法院：維持最低程度保障後，得某程度承認當事人得放棄無偏頗權利。</p> <p>學說：屬重大基本權，不得放棄。</p>	<p>【棄權無效案】</p> <p>【調查法官案】</p>
指摘義務	如果申訴人未於知悉事由後立即提出法官迴避的聲請，不代表法官偏頗的情	<i>De Cubber v. Belgium</i> <i>Barbera v. Spain</i>

	形就會被治癒，仍有成立偏頗之可能。	<i>Hauschildt v. Denmark</i> <i>Castillo Algar v. Spain</i>
調查義務	除非，用以指責法院偏頗的陳述是一望即知其毫無根據的，法院才例外無須為積極調查，否則怠於調查將違反公約。	【種族主義案】 【死不承認案】 【法官教室案】
證明負擔	人權法院 ：由聲請人證明。 不同意見書 ：應該由國家舉證證明，其已提供足夠的制度性擔保。	【調查法官案】
瑕疵治癒	本案程序補正 ：否定。 審級救濟 ：須有完整的審判權限，並且就偏頗事由進行修復。	【法官教室案】 【死不承認案】 【交付情書案】 【夫唱婦隨案 b】
		
類型	人權法院或學說見解	相關案例
種族議題	易該當偏頗事由	【種族主義案】 【法官教室案】 【死不承認案】
曾任調查小組之主任檢察官	取決於客觀無偏頗性的外觀	【上命下從案】
親屬關係		【夫唱婦隨案 b】
政黨成員		【黨工法官案】
與證人有私人或業務上往來	人權法院 ：不該當偏頗事由。 學說 ：若關係極為親近，或有上下從屬關係，外觀應有偏頗之虞。	【九牛一毛案】
同一案件接連擔任不同司法職務	實行調查 ：若法官有大規模之廣泛調查權限，外觀上即有偏頗之虞。 中間裁定 ：若僅是調查表面證據的程度，並不該當偏頗事由；反之，若法官已先有終局確信，則會違反公約。 羈押裁定 ：原則：曾參與羈押裁定不等於無偏頗性的客觀合理懷疑。 例外：羈押之嫌疑門檻（特別高度加強懷疑）與有罪門檻過於接近。	<i>De Cubber v. Belgium</i> <i>Padovani v. Italy</i> <i>Saraiva de Carvalho v. Portuga</i> <i>Castillo Algar v. Spain</i> 【羈押法官案】
曾參與撤銷發	人權法院 ：上級法院撤銷案件後，並無	【撤銷發回案 b】

回之裁判	發回不同法庭之義務。 學說：為貫徹審級救濟之目的，應由不同法庭審理，否則違反無偏頗之權。	
參與同一犯罪事實審判程序	人權法院：若僅是順便提到申訴人，並未具體說明申訴人是否該當構成要件，或其他犯罪行為，則不違反公約。 不同意見書：若在前案判決中，認定尚未有罪判決確定的另名共同被告有罪的，又參與該共同被告的審理，即違反公約。	【誰是共犯案 b】 【心腹大患案】
對事實上關聯之民事或刑事程序連續裁判	不該當偏頗事由。	<i>Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France</i>
訴訟進行中檢察官缺席	將使法官定位混淆，故成立偏頗事由。	<i>Thorgeirson v. Iceland</i> <i>Ozerov v. Russia</i>
參審法官預覽卷證內容	若是參審法官能區別出起訴書為檢察官的觀點，與審判的有罪確信不同，最後是基於審判期日的證據調查程序得出有罪之確信，則不違反無偏頗。	<i>Elezi v. Germany</i>
無罪推定原則	與公約第 6 條第 2 項競合	【驚世被告案】

第二節 法官迴避制度之敗部復活

第一項 訴訟指揮與迴避之界限

具體言之，關於客觀審查之適用，德國法以及歐洲人權法院的判斷基準看似相當類似我國實務 79 年台抗字第 318 號判例，但適用結果卻完全不同。首先，例如法官在法庭內、外的言論涉及違反無罪推定或是種族歧視，甚至是與辯護人起衝突，不若我國實務皆以對法官指揮訴訟、訊問方式不滿，不得指為偏頗，駁回聲請。

相反地，德國實務也承認，雖然原則上對於訴訟上的程序瑕疵，應該由上訴制度救濟，但若是法官顯然有恣意濫用的情形，如【套頭毛衣案】應該得准許法官拒卻聲請。至於言行舉止若是有預斷型，如【邪惡政客案】、【法官半仙案】、【對錯之路案】；逼迫型如【逼迫自白案】，或是其他重大違反客觀性的的言行舉止，則亦應承認有偏頗之虞。

再者，歐洲人權法院在【死不承認案】*Sander v. U.K.*、【驚世被告案】*Lavents v. Latvia* 與【交付情書案】*Kyprianou v. Cyprus* 案，歐洲人權法院從客觀基準審查，幾乎是毫不猶豫的宣告被告國違反公約。是以，實務不該再昧於現實，以法官訴訟指揮作為理由駁回聲請，民國 18 年與 79 年的判例已經不合乎國際潮流，至少，在審判過程中，法官於法庭內嘲弄被告、證人，或是劈頭就問被告：「後不後悔？」、「真會掰」、「再講下去，你全家都有事」的誇張案例，不該再一廂情願的認為僅是法官訴訟指揮，不得指為偏頗，而應該對濫用指揮權限的法官裁定迴避。

第二項 重建合乎國際人權之迴避制度

首先，就客觀審查標準而言，不該再過份保守，例如對於法官與其中一造有利害關係之類型，如臺灣板橋地方法院 97 年度聲字第 1592 號裁定，法官與檢察官為夫妻關係，本案例相當類似【夫唱婦隨案 a】、【夫唱婦隨案 b】*Dorozhko and Pozharskiy v. Estonia* 案，雖然從德國法層次尚不該當排除或拒卻事由，但是若從歐洲人權法院層次看來，法官與負責偵查工作者為夫妻的確可能引來無偏頗性的質疑。

其次，法官於先前判決內文說明中，指涉尚未經判決之另名被告為共犯者，應該避免，如【心腹大患案】*Poppe v. the Netherlands*，至少在先前判決說明事實時，可以使用另名被告「可能涉嫌」與被告共同犯罪之用語。當然，若僅是順便帶過，就歐洲人權法院多數見解看來或許還可容忍，但如詳細說明犯案過程，自是不能允許。雖然可能只是流於形式化的包裝，但最起碼，如歐洲人權法院一再重申的，至少從外觀上而言，法庭必須是無偏頗的。

另外，關於起訴審查或交付審判的問題，雖說兩者裁定的調查標準皆僅是「有罪判決之高度可能」，而非「毫無合理懷疑的有罪確信」，尚不足以直接視為偏頗事由，但也宜分由不同法庭負責，避免瓜田李下，混淆法官角色。

又次，關於法官曾經參與被告羈押認定，如【羈押法官案】*Ekeberg and Others v. Norway* 案，雖然歐洲人權法院多數見解認為，除非有其他特殊事由，例如要求羈押的重大嫌疑門檻與有罪判決門檻幾乎相同，法官才有迴避的必要。但理論上還是應設置專庭審查羈押，與本案法官相區別較為妥適，如此一來，不僅對於被告的防禦權較有保障，亦可減低人民對於法官無偏頗性的質疑。司法院大法官釋字第 654 號，許玉秀大法官之協同意見書亦同此見解。此外，負責本案審理的法官，也不宜同時兼負發動與審理延長羈押之責，否則不僅有球員間裁判之嫌，亦恐將犧牲法官公平審判的形象。

再者，對於案件發回更審的問題，雖然第 17 條第 7 款之「前審」解釋為下級審似乎已經是實務的定見，但不可否認的是，我國並無如德國刑事訴訟法第 354 條第 2 項，原則上發回不同法庭之規範，因此，利用第 18 條第 2 款作為救急的手段，尤其是極端例外的情況，如法官顯然已經產生判決固著效應，無法繼續公平審理的情形，也不嘗為一劑妙藥。

最後，姑且不論無偏頗法庭之權利可否放棄，關於未在刑事訴訟法第 19 條第 2 項之期間內提出迴避者，實務皆以被告已為實體辯論，故不得聲請迴避，僅能藉由上訴救濟，而駁回聲請。但現實實務上，當被告上訴至最高法院時，最高法院以下級法院違反同法第 379 條第 2 款，應迴避而未迴避之理由發回者，案例少之又少，從 2002 年至 2011 年的統計資料得知，僅有 2 件²。因此，實際上等同於沒有救濟，這在歐洲人權法院的觀點看來，上訴制度既然未能彌補下級審的缺失，自然是違反公約。

此外，我國刑事訴訟法第 379 條第 2 款僅限於法官應自行迴避或裁定應迴避而未迴避，不包括錯誤駁回迴避裁定者，因此對於有違反同法第 18 條第 2 款情形，最高法院根本無從藉由上訴制度去審查下級法院，並進而治癒瑕疵，因此，參酌德國刑事訴訟法第 338 條第 3 款，以及歐洲人權法院裁判意旨，有增定「裁定迴避有不當」於第 379 條第 2 款，以作為絕對上訴事由，並為最高法院依職權調查之事項的必要性。

上述皆是實務可引以為鑑之處。尤其，無偏頗性原則，在 2009 年 12 月 10 日剛經立法院轉換，通過施行法的《公民權利與政治權利國際公約》，亦有規定，《公民權利與政治權利國際公約》第 14 條第 1 項，接受公正裁判之權利中提到：「所有的人在法庭和裁判所前一律平等。在判定對任何人提出的任何刑事指控或確定他在一件訴訟案中的權利和義務時，人人有資格由一個依法設立的合格的、獨立的和無偏頗的法庭進行公正的和公開的審訊。…」³由此可得知，此三者保障的權利乃是國際公約的共識。

是以，配合新施行的《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》觀之，於該施行法第 2 條明白表示，公約所揭示之保障人權規定，具

² 請參閱司法統計：<http://www.judicial.gov.tw/juds/>（最後瀏覽日：2012/12/9），分別是最高法院 96 年度台上字第 3738 號判決（法官曾擔任檢察官調查本案）；99 年度台抗字第 71 號（法官曾經在第一審法院對被告作出限制出境的處分，後被告向上級法院聲請解除限制出境，又遇到同一名法官）。

³ International Covenant on Civil and Political Rights，英文版公約：“Article 14-1: All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, *independent and impartial tribunal established by law.*”

中立法院與刑事法官之迴避事由

有國內法律之效力。於第 4 條則規定，各級政府機關行使其職權，應符合公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。且於第 8 條規定，各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。

我國實務見解對於迴避制度運作的缺失，已不合國際人權公約之要求，必須進行調校，尤其在新增定《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》之後，已經不適合再如同以往一樣，泛稱「僅是外國立法例或學者個人見解，不足採信」。而德國法與歐洲人權法院發展之路，則不失為我國實務可參考的模範對象。



◎ 參考文獻

(一) 德文文獻

1. *Arzt, Gunther*, Der befangene Strafrichter, 1969, J.C.B. Mohr Siebeck: Tübingen.
2. Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung(BeckOK-StPO), hrsg. von *Graf, Jürgen Peter*, Edition 15. (Stand: 01. 10. 2012), C. H. Beck: München.
3. *Beulke, Werner*, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, C.F. Müller: Heidelberg.
4. *Dahs, Hans/Dahs, Hans*, Die Revision im Strafprozess, 5. Aufl., 1993, C.H. Beck: München.
5. *Dallinger, Wilhelm*, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1972, S. 751-753.
6. *Ellbogen, Klaus/Schneider, Felix*, Besorgnis der Befangenheit bei Ehe zwischen Richterin und Staatsanwalt, JR 2012, S. 188-192.
7. *Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, 2002, De Gruyter Recht: Berlin.
8. *Frowein, Jochen/Peukert, Wolfgang*, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, Norbert Paul Engel: Baden-Württemberg.
9. *Geiter, Helmut*, Richterablehnung wegen Vorbefassung-Zugleich eine Anmerkung zu OLG Celle v. 29.8. 1989, Recht und Psychiatrie 1991, S. 14-17.
10. *Gieg, Georg/Widmaier, Gunter*, Der bestellte Verwerfungsantrag-Aspekte einer Subkultur des oberlandesgerichtlichen Revisionsverfahrens, NStZ 2001, S. 57-63.
11. *Gilles, Peter*, Richterliche Unabhängigkeit und parteipolitische Bindung von Richtern, DRiZ 1983, S. 41-48.
12. *Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., 2012, C.H. Beck: München.
13. Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung (HK-StPO), hrsg. von *Julius, Karl-Peter/Krehl, Christof/Lemke, Michael*, 3. Aufl., 2001, C.F. Müller: Heidelberg.
14. *Joecks, Wolfgang*, Strafprozessordnung Studienkommentar (StPO), 2006, C.H. Beck: München.
15. Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK(KK-StPO), hrsg. von *Hannrich, Rolf*, 6. Aufl., 2008, C. H. Beck: München.

16. *Kindhäuser*, Urs, Strafprozessrecht, 2006, Nomos: Baden-Baden.
17. Kleinknecht Müller Reitberger Kommentar zur Strafprozeßordnung(KMR-StPO), hrsg. von *Stöckel*, Bernd/*Heintschel-Heinegg*, Heinz, Stand: Juli 2000, Carl Heymanns: Köln.
18. *Krey*, Volker/ *Wilhelmi*, Theresa, Deutsches Strafverfahrensrecht: Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, Band 1, 2006, Kohlhammer: Stuttgart.
19. *Krey*, Volker, Strafverfahrensrecht: Studienbuch, Band 1, 1988, Kohlhammer: Stuttgart.
20. *Kühne*, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2010, C.F. Müller: Heidelberg.
21. Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar(L/R-StPO), hrsg. von *Erb*, Volker/*Esser*, Robert/*Franke*, Ulrich/*Graalman-Scheerer*, Kirsten/*Hilger*, Hans/*Ignor*, Alexander, Band 1, 26. Aufl., 2006, de Gruyter: Berlin.
22. *Meyer-Goßner*, Lutz, Die Verteidigung vor dem Bundesgerichtshof und dem Instanzgericht, in: Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährig Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof (50 Jahre BGH-Prax-FS), hrsg. von *Geiß*, Karlmann 2000, C. Heymanns: Köln.
23. *Meyer-Goßner*, Lutz/*Cierniak*, Jürgen, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen (StPO) , 53. Aufl., 2010, C. H. Beck: München.
24. *Park*, Tido, Anmerkung zu BGH, StV 1998, S. 417-420.
25. *Roxin*, Claus/*Achenbach*, Hans, Prüfe dein Wissen: Strafprozessrecht, 16 Aufl., 2006, C. H. Beck: München.
26. *Roxin*, Claus/*Schünemann*, Bernd, Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch, 27 Aufl., 2012, C. H. Beck: München.
27. *Satzger*, Helmut, Die Schöffen im Strafprozess, Jura 2011, S. 518-526.
28. *Schlothauer*, Reinhold, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 07.05.2003 – 5 StR 556/02, StV 2003, S. 481-483.
29. *Schorn*, Hubert, Die Ablehnung eines Richters im Strafprozess in Rechtsprechung und Schrifttum, GA 1963, S. 161-187.
30. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK (SK-StPO) , hrsg. von *Rudolphi*, Hans-Joachim/*Wolter*, Jürgen, 3. Aufl., 2009, C. Heymanns: Köln.
31. *Teplitzky*, Otto, Die Richterablehnung wegen Befangenheit, JuS 1969, S. 318-320.

32. Volk, Klaus, Strafprozessrecht: Studium Jura, 1999, C. H. Beck: München.
33. Wassermann, Rudolf, Kommentar zur Strafprozessordnung, Reihe Alternativkommentare(AK-StPO), Band 1, §§ 1-93, Neuwied, 1988, Hermann Luchterhand: Berlin.
34. Zieschang, Frank, Anmerkung zu BGH StV 1999, 463, StV 1999, S. 467.
35. Zschockelt, Alfons, Die Urteilsabsprache in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, NStZ 1991, S. 305-310.

(二) 德文裁判

1. BVerfGE 1, 67.
2. BVerfGE 4, 143.
3. BVerfGE 30, 149, 154f
4. BVerfGE 32, 288, 290.
5. BVerfG NJW 1995, 2913.
6. BVerfG NJW 1996, 3333.
7. BVerfG BeckRS 2006, 27491.
8. RGSt 55, 56.
9. RGSt 66, 385, 390.
10. BGHSt 1, 34.
11. BGHSt 2, 38.
12. BGHSt 5, 26.
13. BGHSt 4, 264, 270.
14. BGHSt 11, 206.
15. BGHSt 13, 73.
16. BGHSt 14, 219.
17. BGHSt 15, 40, 46.
18. BGHSt 21, 142, 144f.
19. BGHSt 21, 334, 351f.
20. BGHSt 24, 336, 338f.
21. BGHSt 28, 262, 263.
22. BGHSt 39, 168.
23. BGHSt 43, 195, Nr.241b.
24. BGHSt 45, 312.
25. BGH 1 StR 362/70.
26. BGH 1 StR 553/62.
27. BGH 1 StR 61/73.
28. BGH 4 StR 708/78.



中立法院與刑事法官之迴避事由

29. BGH 5 StR 127/60.
30. BGH 5 StR 439/67.
31. BGH MDR 1957, 16.
32. BGH NJW 1961, 789.
33. BGH NJW 1962, 749.
34. BGH NJW 1968, 2298.
35. BGH MDR 1971, 17.
36. BGH NJW 1976, 1462.
37. BGH GA 1978, 243.
38. BGH NStZ 1983, 359.
39. BGH MDR 1984, 797.
40. BGH NJW 1984, 1908.
41. BGH StV 1985, 2.
42. BGH StV 1986, 369.
43. BGH NStZ 1988, 510.
44. BGH StV 1988, 417.
45. BGH NStZ 1990, 289.
46. BGH NStZ 1991, 226.
47. BGH NStZ 1991, 348.
48. BGH StV 1991, 450.
49. BGH NStZ 1992, 598.
50. BGH NStZ 1995, 18.
51. BGH StV 1995, 396.
52. BGH NStZ-RR 1996, 200.
53. BGH NJW 1997, 1792.
54. BGH NStZ 1997, 559.
55. BGH NJW 1998, 2459.
56. BGH StV 1998, 416.
57. BGH StV 1999, 463.
58. BGH NStZ 2000, 419.
59. BGH StV 2002, 116.
60. BGH NStZ 2003, 666.
61. BGH NStZ 2003, 99.
62. BGH StV 2003, 563.
63. BGH NJW 2005, 1440.
64. BGH NStZ 2005, 218.



65. BGH StV 2005, 531.
66. BGH StV 2007, 449.
67. BGH NStZ 2009, 581.
68. BGH NStZ 2010, 342.
69. BGH NStZ 2011, 294.
70. BGH NStZ 2011, 44.
71. OLG Zweibrücken, NJW 1968, 1439.
72. OLG Köln, StV 1988, 287.
73. OLG Köln NJW 1972, 911.
74. OLG Hamm NJW 1973, 185.
75. OLG Koblenz 1983, 41, 46.
76. OLG Stuttgart StV 1985, 493.
77. OLG Celle NJW 1990, 1308.
78. BayObLG NJW 1993, 2948.
79. OLG Karlsruhe StV 1995, 343ff.
80. OLG Karlsruhe NJW 1995, 2503.
81. OLG Braunschweig StraFo 1997, 76.
82. OLG Brandenburg StV 1997, 455.
83. OLG Hamm StV 1998, 64.
84. OLG Düsseldorf NZV 2000, 177.
85. OLG Frankfurt StV 2001, 496.
86. OLG Celle Beschluss vom 22.9.2004- 21Ss 65/04.
87. OLG Naumburg StraFo 2005, 24.
88. OLG Stuttgart NStZ-RR 2005, 349.
89. OLG Düsseldorf NStZ 2012, 470.
90. KG StV 2005, 490.
91. KG NJW 2009, 96.
92. LG Freiburg StV 1982, 112.
93. LG Frankfurt StV 1990, 258.
94. LG Bremen StV 1993, 69.
95. LG Berlin StV 2002, 132.
96. LG Mainz StV 2004, 531.
97. LG Dortmund NJW 2007, 3013.
98. AG Bergheim StV 1996, 592.
99. AG Oldenburg StV 1990, 259.
100. AG Bremen BeckRS 2009, 14383.

101. AG Potsdam, Beschluss vom 14. 7. 2009-84 Ds 481 Js 51074/74.

(三) 英文文獻

1. *Amos, Merris, Human Rights Law*, 2006, Hart: Portland.
2. *Clayton, Richard/Tomlinson, Hugh, Fair Trial Rights*, 2nd, 2010, Oxford University Press: Oxford.
3. *Dijk, Peter/Hoof, Godefridus J. H., Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, 3rd, 1998, Martinus Nijhoff: London.
4. *Human Rights Practice*, R.12: August 2007, Sweet & Maxwell: London.
5. *Rädler, Peter, Independence and Impartiality of Judges in: Weissbrodt, David/Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), The Right to a Fair Trial*, 1998, Springer: Berlin et al.
6. *Reid, Karen, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 3rd(ed.), 2008, Thomson/Sweet & Maxwell: London.
7. *Starmer, Keir, European rights law: The Human Right Act 1998 and the European Convention on Human Rights*, 1999, Legal Action Group: London.
8. *Stavros, Stephanos, The guarantees for accused persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 1993, Martinus Nijhoff: London.
9. *Summers, Sarah J., Fair Trials: the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*, 2007, Hart: Portland.
10. *Trechsel, Stefan, Human rights in criminal proceedings*, 2005, Oxford University Press: New York.

(四) 歐洲人權委員會與法院裁判 (分別依年代)

1. ECommHR, *Zand v. Austria*, Commission's Report of 12 October 1978, Decisions and Reports (DR) 15, pp. 70 and 80, Appl. no. 7360/76.
2. ECommHR, *Crociani, Palmiotti, Tanassi and Lefebvre D'ovidio v. Italy*, Decision of 18 December 1980, Appl. no. 8603/79.
3. ECommHR, *Oberschlick v. Austria*, Report of the Commission on 14 December 1989, Appl. no. 11662/85.
4. ECommHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Reports of the Commission on 11 October 1990, Appl. no. 10802/84.
5. ECommHR, *Karttunen v. Finland*, Decision of 10 October 1994, Appl. no. 19761/92.
6. ECHR, *Ringeisen v. Austria*, Judgment of 16 July 1971, Appl. no. 2614/65.
7. ECHR, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Judgment 23 June 1981, Appl. no. 6878/75, 7238/75.

8. ECHR, *Piersack v. Belgien*, Judgment of 01 October 1982, Appl. no. 8692/79.
9. ECHR, *Sramek v. Austria*, Judgment of 22 October 1984, Appl. no. 8790/79.
10. ECHR, *De Cubber v. Belgium*, Judgment of 26 October 1984, Appl. no. 9186/80.
11. ECHR, *Bentham v. Netherlands*, Judgment of 23 October 1985, Appl. no. 8848/80.
12. ECHR, *Lithgow and Others v. U.K.*, Judgment of 8 July 1986, Appl. no.9006/80.
13. ECHR, *Ettl and others v. Austria*, Judgment of 23 April 1987, Appl. no.9273/81.
14. ECHR, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, Judgment of 06 December 1988, Appl. no. 10590/83.
15. ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. no. 10486/83.
16. ECHR, *Oberschlick v. Austria*, Judgment of 23 May 1991, Appl. no. 11662/85.
17. ECHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Judgment of 25 February 1992, Appl. no. 10802/84.
18. ECHR, *Thorgeirson v. Iceland*, Judgment of 25 June 1992, Appl. no. 13778/88.
19. ECHR, *Fey v. Austria*, Judgment of 24 February 1993, Appl. no. 14396/88.
20. ECHR, *Padovani v. Italy*, Judgment of 26 February 1993, Appl. no. 13396/87.
21. ECHR, *Holm v. Sweden*, Judgment of 25 November 1993, Appl. no. 14191/88.
22. ECHR, *Saraiva de Carvalho v. Portuga*, Judgment of 22 April 1994, Appl. no. 15651/89.
23. ECHR, *Diennet v. France*, Judgment of 26 September 1995, Appl. no. 18160/91.
24. ECHR, *Bulut v. Austria*, Judgment of 22 February 1996, Appl. no. 17358/90.
25. ECHR, *Remli v. France*, Judgment of 23 April 1996, Appl. no. 16839/90.
26. ECHR, *Pullar v. U.K.*, Judgment of 10 June 1996, Appl. no. 22399/93.
27. ECHR, *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, Judgment of 07 August 1996, Appl. no. 19874/92.
28. ECHR, *Findlay v. U.K.*, Judgment of 25 February 1997, Appl. no. 2107/93.
29. ECHR, *Gregory v. U.K.*, Judgment of 25 February 1997, Appl. no. 22299/93.
30. ECHR, *De Haan v. Netherlands*, Judgment of 26 August 1997, Appl. no. 22839/93.
31. ECHR, *Incal v. Turkey*, Judgment of 09 June 1998, Appl. no. 22678/93.
32. ECHR, *Castillo Algar v. Spain*, Judgment of 28 October 1998, Appl. no. 28194/95.

中立法院與刑事法官之迴避事由

33. ECHR, *Sander v. U.K.*, Judgment of 9 May 2000, Appl. no. 34129/96.
34. ECHR, *Daktaras v. Lithuania*, Judgment of 10 October 2000, Appl. no. 42095/98.
35. ECHR, *Lavents v. Latvia*, Judgement of 28 November 2002, Appl. no. 58442/00.
36. ECHR, *Hulki Gunes v. Turkey*, Judgment of 19 June 2003, Appl. no. 28490/95.
37. ECHR, *Assanidze v. Georgia*, Judgment of 8 April 2004, Appl. no. 71503/01.
38. ECHR, *Kyprianou v. Cyprus*, Judgment of 15 December 2005, Appl. no. 73797/01.
39. ECHR, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, Judgment of 22 October 2007, Appl. no. 21279/02 ; 36448/02.
40. ECHR, *Ekeberg and Others v. Norway*, Judgment of 31 October 2007, Appl. nos. 11106/04, 11108/04, 11116/04, 11311/04 and 13276/04.
41. ECHR, *Elezi v. Germany*, Judgment of 12 June 2008, Appl. no. 26771/03.
42. ECHR, *Dorozhko and Pozharskiy v. Estonia*, Judgment of 24 July 2008, Appl. nos. 14659/04, 16855/04.
43. ECHR, *Poppe v. the Netherlands*, Judgment of 24 March 2009, Appl. no. 32271/04.
44. ECHR, *Ozerov v. Russia*, Judgment of 18 May 2010, Appl. no. 64962/01.

(五) 中文文獻

1. Helmut Satzger 著/王士帆譯，〈法官在刑事偵查程序之角色—以德國法與法國為例〉，《檢察新論》，第 11 期，2012 年 1 月，頁 297-329。
2. Thomas Weigend 著/蔡秋明譯校，〈德國刑事案件快速處理程序〉，《法學叢刊》，第 178 期，2000 年 4 月，頁 36-66。
3. 〈「利益衝突與迴避制度之探討」學術研討會〉，《台灣法學雜誌》，第 190 期，2011 年 12 月，頁 94-125。
4. 〈「刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度」法條化研究報告（上）〉，最高法院學術研究會叢書，1999 年，最高法院學術研究會：臺北。
5. 〈教戰手冊：如何取得檢舉證據—《法官法》教戰手冊之閱卷篇〉，《司法改革雜誌》，第 86 期，2011 年 10 月，頁 37-39。
6. 丁玉雯，《論刑事訴訟之法官迴避制度》，中正大學法律學研究所碩士論文，2005 年。
7. 王士帆，《不自證己罪原則》，政治大學法律研究所碩士論文，2004。

8. 王士帆，〈全新刑事訴訟法典—瑞士刑訴改革與整合〉，《政大法學評論》，第 118 期，2012 年 12 月，頁 105-164。
9. 朱石炎，〈「公民與政治權利國際公約」與刑事訴訟法之關係（下）〉，《司法周刊》，第 1455 期，2009 年 8 月 28 日，第 3 版。
10. 何賴傑，〈從德國參審制談司法院人民觀審制〉，《臺大法學論叢》，第 41 卷特刊，2012 年 11 月，頁 1189-1242。
11. 吳志光，〈德國犯罪被害人保護體系簡介〉，《司法改革雜誌》，第 65 期，2008 年 2 月，頁 54-59。
12. 吳從周，〈闡明權時效抗辯與法官迴避〉，《台灣法學雜誌》，第 75 期，2005 年 10 月，頁 160-167。
13. 林山田，《刑事程序法》，2004 年，第 5 版，五南：臺北。
14. 林永謀，〈論刑事訴訟法上之迴避〉，《刑事法雜誌》，第 35 卷第 2 期，1991 年 4 月，頁 10-27。
15. 林俊益，〈曾參與前審裁判之法官迴避〉，《月旦法學雜誌》，第 10 期，1996 年 2 月，頁 59-60。
16. 林裕順，《基本人權與司法改革》，2010 年，新學林：臺北。
17. 林鈺雄，〈論中間程序—德國起訴審查制的目的、運作及立法論〉，《月旦法學雜誌》，第 88 期，2002 年 9 月，頁 69-84。
18. 林鈺雄，〈協商程序與審判及證據原則（上） /（下）〉，《月旦法學教室》，第 25 / 26 期，2004 年 11 / 12 月，頁 73-85 / 82-91。
19. 林鈺雄，〈徘徊在非常上訴的十字路口—評張志文盜匪案之非常上訴及相關判決〉，《政大法學評論》，第 83 期，2005 年 2 月，頁 311-364。
20. 林鈺雄，〈區域性國際人權法院與內國法之互動—以歐洲人權法院裁判對奧地利刑事法之影響與改造為例〉，《月旦法學雜誌》，第 148 期，2007 年 9 月，頁 33-56。
21. 林鈺雄，〈改革偵查程序之新視野—從歐洲趨勢看我國法走向〉，《月旦法學雜誌》，第 157 期，2008 年 6 月，頁 202-223。
22. 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊 / 下冊）》，2010 年，第 6 版，自版：臺北。
23. 林鈺雄，〈檢察官的掘墓人〉，《月旦法學雜誌》，2012 年 8 月，第 207 期，頁 52-82。
24. 法治斌、董保城，《憲法新論》，2008 年，第 3 版，元照，臺北。
25. 姜世明，〈法官迴避〉，《台灣法學雜誌》，第 122 期，2009 年 2 月，頁 102-108。

中立法院與刑事法官之迴避事由

26. 姜世明,〈法定法官原則之基本概念〉,《法官協會雜誌》,第 11 卷,2009 年 11 月,頁 33-50。
27. 姜世明,〈法官中立性、獨立性之確保與對於法官迴避制度運作之省思〉,《台灣法學雜誌》,第 190 期,2011 年 12 月,頁 61-89。
28. 施育傑,《歐洲人權公約第五條—以歐洲人權法院裁判為借鏡,檢討我國羈押與人身自由拘束制度》,台灣大學法律學研究所碩士論文,2008。
29. 孫本初,《新公共管理》,第 4 版,2011 年 11 月,一品文化,臺北。
30. 崔雲飛,《無罪推定之具體實踐》,台灣大學法律研究所碩士論文,2006。
31. 張麗卿,〈羈押審查的決定與救濟—台開事件相關裁定評析〉,《月旦法學雜誌》,第 72 期,2001 年 5 月,頁 172-180。
32. 張麗卿,《刑事訴訟法理論與運用》,2001,第 7 版,五南,臺北。
33. 陳中和,《論訴訟指揮權—以第一審為中心》,中正大學法律學研究所碩士論文,2009 年。
34. 陳樸生,《刑事訴訟法實務》,1996 年,第 11 版,自版:臺北。
35. 傅嘉和,《公平法院下卷證不併送相關制度之研究》,東吳大學法律學研究所碩士論文,2007 年。
36. 黃朝義,《刑事訴訟法》,2009 年,第 2 版,新學林,臺北
37. 楊雲驊,〈刑事訴訟程序的「犯罪事實」概念—以所謂「單一性」之檢討為中心〉,《月旦法學雜誌》,第 114 期,2004 年 10 月,頁 47-69。
38. 楊雲驊,〈刑法「牽連犯」及「連續犯」規定廢除後對刑事訴訟法「犯罪事實」概念之影響〉,《月旦法學雜誌》,第 122 期,2005 年 6 月,頁 57-80。
39. 劉思妘,《論德國偵查法官制度—兼論我國引進偵查法官制度之評估》,東吳大學法學研究所碩士論文,2009 年。
40. 劉渝生,〈德、美公司法之體制與特色—兼論德國一人公司之規範〉,《東海大學法學研究》,第 15 期,2000 年 11 月,頁 83-97。
41. 盧映潔,〈犯罪被害人在德國刑事訴訟程序中的地位與保護之介紹〉,《刑事法雜誌》,第 53 卷第 2 期,2009 年 4 月,頁 103-135。
42. 蕭文生,〈我國迴避制度之探討〉,《台灣法學雜誌》,第 190 期,2011 年 12 月,頁 14-43。

(六) 網路資源 (最後瀏覽日: 2013 年 1 月 31 日)

1. Meyer-Mews, Hans, Richterliche Befangenheit: Ablehnungsantrag, Gegenvorstellung, Revision, Seminar der Leipziger Strafverteidiger e.V. am 19.

- Mai und 6. Juni 2001 in Leipzig, (<http://www.wemepes.ch/pdf/Befangenheit.pdf>).
2. 〈法官宿舍遭闖 差點沒人審〉，自由時報電子報，2012 年 11 月 23 日，
<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/nov/23/today-so4.htm>
 3. 司法統計，<http://www.judicial.gov.tw/juds/>。
 4. 兩公約施行監督聯盟，
http://covenants-watch.blogspot.tw/p/blog-page_3263.html
 5. 法務部，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/public/Data/151911415747.pdf>
 6. 聯合國人權委員會，<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>
 7. 葉陽明，《德國右激進主義及戰後德國右激進組織發展之研究》，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，精簡版，2007 年，
(<http://nccur.lib.nccu.edu.tw/retrieve/80040/report10.pdf>)。

