

(譯本)

案件編號：第 4/2002 號

案件類別：管轄權方面的消極衝突

會議日期：2002 年 4 月 10 日

衝突的法官：中級法院的法官

## 主 題

管轄權方面的衝突

迴避

法官的代任

審理中級法院法官之間管轄權衝突的權限

## 摘 要：

一、 如果同一第一審法院法官之間在其管轄權方面產生屬審判權性質的分歧，應當被視為管轄權方面的衝突，由上一級法院加以解決。如果分歧屬行政性質，則可以根據《民事訴訟法典》第 156 條第 2 款解決。

二、 中級法院法官之間就應由誰作為助審法官參與上訴案的審理的問題出現的管轄權方面的衝突，應當透過解決管轄權衝突的程序解決。

三、 如果無法知道應由哪位法官參與某一審判，即使在技術層面不屬管轄權方面的衝突，如果沒有任何具體可行的辦法，在這種情況下應當使用解決管轄權衝突的程序。

四、 當一位作為助審法官參與中級法院刑事上訴案的法官提出迴避，應代替該法官的法官以不同意其同事提出的依據為由拒絕參與審理該上訴案，而案件的裁判書製作法官和法院院長均不同意由另一法官代替其作為助審法官，則出現上一條結論中所指的狀況。

五、 終審法院有管轄權審理中級法院法官之間的管轄權衝突或等同的衝突。

六、 應代替一位宣告迴避之法官的法官不得以宣告迴避違法為依據拒絕代替該法官。

裁判書製作法官：利 馬

(譯本)

## 澳門特別行政區終審法院裁判：

### 一、概述、事實以及與作出裁判有關的其他要素

1. 在初級法院第 242/2001 號合議庭普通刑事案中，數名嫌犯被審判，其中三名向中級法院提起了平常上訴。

2. 在澳門執業的司徒民義律師一直是其中兩名未提起上訴的嫌犯的代理人，並將其代理權委託給了另一位律師。

3. 在中級法院，該上訴案分發給裁判書製作法官蔡武彬法官，因此其助審法官應為法院院長和按年資順序在裁判書製作法官之後的司徒民正法官（《司法組織綱要法》第 25 條第 4 款）。

4. 司徒民正法官接到為該上訴作檢閱的通知之後宣告，根據《民事訴訟法典》第 311 條第 1 款 d)項和《刑事訴訟法典》第 4 條的規定，他須迴避參與該審判，其依據是，上指司徒民義律師，即他的兄長，是嫌犯的訴訟代理人，雖然已委託給其他律師，但不是“無保留的”委託，因此沒有排除其代理資格。司徒民正法官還認為，將來可能出現宣告被上訴的合議庭裁判甚至審判本身無效的情況，這會惠及包括其兄長代理的未提起上訴的嫌犯。

5. 於是確定由按年資順序排在司徒民正法官之後的陳廣勝法官代替宣告本身須迴避的助審法官（《司法組織綱要法》第 43 條第 2 款）。

陳廣勝法官研究了司徒民正法官宣告本身須迴避的依據，認為《刑事訴訟法典》在第 28 條和第 29 條所列的迴避依據屬限定性，因此不能援引《民事訴訟法典》中規定的關於迴避的依據。他補充說，既然《刑事訴訟法典》中沒有把法官的旁系二等血親作為訴訟代理人參與案件列為迴避的依據，那麼該法官就不能宣告本身須迴避。

陳廣勝法官在其第二部分論據中認為，即使贊同上述狀況在刑事程序中構成迴避，也可以肯定，雖然司徒民義律師在本案中被授權代理，但他沒有以嫌犯名義作出陳述、提起上訴或者簽署任何反駁性理由陳述書。而且只有確定作為代理人參與案件才能成為宣告迴避的理由。

陳廣勝法官還提出，司徒民義律師的被代理人是以實施第 5/91/M 號法令第 23 條 a)項規定和處罰的一項犯罪被判處的，而上訴人是以實施該第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定和處罰的犯罪被判處的，因此該上訴不會惠及前者，未上訴者不可能在新審判中受到影響。

陳廣勝法官最後宣佈不能在本案中接替司徒民正法官，決定把卷宗退交裁判書製作法官。對此，他說“此前該法官同事在批示中宣告的迴避不存在，並且，考慮到必須遵守法定法官這一重要的訴訟原則，或者，從另一角度說，考慮到必須遵守 12 月 20 日第 9/1999 號法律亦即《澳門特別行政區司法組織綱要法》第 22 條第 2 款所包含的在刑事訴訟中“禁止轉移”的原則，以及為了防止可能出現《刑事訴訟法典》第 106 條正文和 a)項第二部分所指的情況，本人現在宣佈，在本中級法院第 242/2001 號案件審判中，不能接替司徒民正法官的第一助審法官的職務。

6. 卷宗交給裁判書製作法官以後，該法官認為這並不屬管轄權衝突，而是案卷分發問題，因此，根據《司法組織綱要法》第 42 條 3)項的規定並為着其效力，把卷宗交給了法院院長。

7. 院長認為不屬案卷分發問題，而是法院內部的協調問題，因此，他無須下達任何命令，遂把卷宗退還裁判書製作法官。

8. 鑒於有先前的批示，裁判書製作法官認為應當對其看法作進一步解釋，其解釋如下：

— 裁判書製作法官的權限在《刑事訴訟法典》第 407 條、第 408 條第 1 款、第 414 條和第 417 條中規定，除此之外並無其他本身權限；

— 法院院長有權指定聽證日期和進行必要的調查，如有需要，他應當命令完成檢閱；

— 對宣告迴避不可上訴（《刑事訴訟法典》第 33 條），因此，透過解決衝突以審查宣告迴避的途徑已被排除；

— 下一位法官拒絕參加代任，於是要由院長參與，以保證法院的正常運作，就與把案件分發給第一助審法官相關的問題作出決定。

於是又把卷宗交給了院長。

9. 院長駁斥了裁判書製作法官的論點，着重指出：

— 對宣告迴避不可上訴並不妨礙不得透過一位法官提出的管轄權衝突制度對其進行審查；

— 假如不這樣認為，那麼，如果助審法官宣告迴避，而其法定代任人以提出的迴避無依據為由認為其不應成為代任人，如果再指定一位法官作為代任人，而他也可能不接受這一指定，如此周而復始，最後可能沒有代任人；

— 鑒於高等法院已不存在，應當由終審法院解決兩位法官之間的衝突，因此，根據對《刑事訴訟法典》第 25 條第 2 款作出的更新性解釋，應由各法院中等級最高的機關解決衝突，因為終審法院又是產生衝突中的當局的直接上一級法院。

這樣，就提出了上述兩位法官——司徒民正法官和陳廣勝法官——之間的消極衝突問題。

10. 本終審法院已聽取了衝突雙方法官的意見。

司徒民正法官援引了他在卷宗中作出的批示。

陳廣勝法官在答覆中強調指出：

— 司徒民正法官提出的依據在迴避範疇沒有意義，只有在自行迴避範疇才可能有意義；

— 卷宗中批示的簽署人作出決定所依據的不是法官迴避或自行迴避制度，而是依職權審理法院無管轄權問題的一般規則；

— 看來，透過管轄權衝突解決衝突的途徑是適當的。

助理檢察長提出以下看法：

“現在的疑問是，這一問題是否純屬行政性質，是否據此也以行政方法解決。

從這方面看，就要求參照《民事訴訟法典》第 156 條第 2 款。

但是，在這一法典範疇內必須使用類似。

在這方面確實受到不少限制。

《民法典》第 9 條第 2 款規定，“法律規範某一情況所依據之理由，於法律未規範之情況中亦成立時，該兩情況為類似”。

而其後的第 10 條規定，“例外規定不得作類推適用……”。

然而，了解甚麼地方有類似甚麼地方沒有類似是個極為困難的任務—還有，對例外

規定的確定和分析也是難以解決的複雜問題(見 Oliveira Ascensão,《法律、導論和概論, 葡萄牙——巴西的一種看法》, 第 10 版, 第 445 頁及以下各頁)。

在本文中, 我們確實傾向於排除“法定類似”。

在我們看來, 這一規定的“理由”方面的特點確實不允許其(通過類似)擴張解釋至其他情況。

我們認為, 本文中“法官之間的……分歧”不可能不被視為與該具體案件相關的特殊分歧。

這樣, 我們認為, 必須透過審判權加以解決。

司徒民正法官宣告須迴避參與該上訴的審判。

我們知道, 《刑事訴訟法典》規定了對這一決定不得提起上訴(第 31 條第 1 款)。

因此, 應當得出結論認為, 該法官所持立場只能在檢查或紀律範疇內審查。

但是, 陳廣勝法官宣告不能代替其法官同事, 因為他認為後者提出的迴避沒有依據。然而, 我們認為, 他不得採取這一立場。

實際上, 對所提出的迴避正確與否作出判斷的權力不在其審判權的範圍之內。

這就是說——在保留應有尊重的前提下——他在不具必要的審判權的情況下作出了決定。

綜上所述, 應決定由陳廣勝法官參與該案的審理。”

## 二、法律

### 待決定的問題

1. 待解決的問題有三種。

A) 第一組問題是, 是否存在必須解決的管轄權(消極)衝突。在這一種問題中, 必須考慮以下先前的分問題:

A)1) 管轄權衝突是否必須涉及不同的法院, 還是可能在同一法院的不同法官之間出現。

B) 第二組問題是, 如果對上一個問題的回答是肯定的, 那麼就要確定哪個法院有解決該衝突的管轄權。

C) 如果對上一個問題的回答是管轄權屬終審法院, 那麼第三個大問題就是案件的實體問題, 即哪位法官應當作為助審法官參與審判該刑事上訴。

### 中級法院司徒民正法官和陳廣勝法官之間是否存在管轄權方面的消極衝突

2. 根據《刑事訴訟法典》第 24 條第 1 款的規定, “管轄權之積極衝突或消極衝突係指不論訴訟程序於任何狀態, 兩個或兩個以上之法院均認為本身有管轄權或無管轄權審理歸責於同一嫌犯之同一犯罪”。

或許《民事訴訟法典》第 35 條第 1 款對此作的規定更為嚴謹: “管轄權之積極或消極衝突係指兩個或兩個以上之澳門法院均認為本身具管轄權或無管轄權審理同一問題”。這是因為, 在刑事程序中, 有爭執的不是審理一項犯罪, 而是產生衝突的另一個次要問題。

在本文中, 中級法院一位法官認為存在迴避的情況, 因此宣告須迴避繼續作為助審法官參與刑事方面的司法上訴。

本應接替前一位法官的法官拒絕接替, 認為前一位法官宣告迴避沒有法律依據。

這兩個批示均已確定。

但是，案件的裁判書製作法官認為應當由法院院長而不是由他來解決這一僵局——尤其是指定應參與審理該案的助審法官。

法院院長認為，這一問題不應由他解決，因為這是一個管轄權方面的衝突而不是分發案件方面的衝突。

從上面所作的敘述中可以看出，這裏不是存在一個，而是存在兩個僵持的狀況：

— 第一個，兩位法官在應由誰擔任助審法官參與審理上訴問題上的僵局；

— 第二個，案件的裁判書製作法官與法院院長在應由誰（以及如何）解決前一個僵局的僵局。

只要求本法院解決第一個僵局。

**管轄權衝突是否必須涉及不同的法院，還是可能在同一法院的不同法官之間出現**

3. 如上所述，根據法律條文，管轄權的積極衝突或消極衝突，係指澳門的兩個或兩個以上法院均認為本身具管轄權或無管轄權審理同一問題。

根據 *Castro Mendes*<sup>1</sup> 所下的定義，管轄權即賦予每個法院的審判權的限度。

按照法律條文的規定，該衝突似乎只存在於各法院之間，而不是存在於同一法院的各法官之間。反映這種看法的事實是，規範解決衝突之管轄權的法律只提到各一審法院之間或者一審法院與中級法院之間的衝突（《司法組織綱要法》第 44 條 14) 項及第 36 條 13) 項）。

在葡萄牙，由於里斯本及波爾圖的民事法院法官在不同法庭的管轄權劃分上出現衝突，1961 年訴訟法改革的立法者作出了一個新規定，即《民事訴訟法典》第 210 條第 2 款<sup>2</sup>，這一法典至 1999 年 10 月 31 日在澳門有效。該款規定：

“同一法區法官之間在指定審判案件的法庭方面出現的分歧，由相關地區上訴法院院長按照與第 117 條及以下各條規定的類似程序解決”。

這一規定的意圖在於，同一第一審法院的法官之間的衝突，由該地區第二審法院院長解決。<sup>3</sup>

簡單地說，該司法見解並不限於立法者建立這一新規定所主張的表面含義。而是有兩重含義。<sup>4</sup>一些人認為，同一法院的法官之間的衝突一定是由上級法院院長解決的問題。另一些人則認為，對此要加以區分：“如果出現的問題是在同一法區各法官之間如何分發所收到的案件，那麼這一疑問屬行政管理問題，應作為行政問題由相關上訴法院院長解決；但是，如果出現的分歧超出了單純的分配工作的範圍，例如，一個法區的法官與周圍法區的法官在他們之中誰具有審判某一訴訟的管轄權方面出現分歧，則屬應由上訴法院解決的管轄權衝突”。<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> J. Castro Mendes, 《民事訴訟法》，AAFDL 出版社出版，第一卷，第 346 頁。

<sup>2</sup> 見 J. Rodrigues Bastos, 《民事訴訟法典註解》，第一卷，里斯本，1963 年，第 416 頁。

<sup>3</sup> 見 Antunes Varela、J. Miguel Bezerra 和 Sampaio e Nora, 《民事訴訟教程》，第二版，科英布拉出版社出版，1985 年，第 197 頁。

<sup>4</sup> J. Lebre de Freitas、João Redinha 和 Rui Pinto, 《民事訴訟法典註釋》，第一卷，科英布拉出版社出版，1999 年，第 362 頁。

<sup>5</sup> J. Rodrigues Bastos, 《民事訴訟法典註解》，第二版，第一卷，里斯本，1999 年，第 273 頁和第 274 頁。

現行《民事訴訟法典》第 156 條第 2 款的行文與 1961 年《民事訴訟法典》上述第 210 條第 2 款相似。

在澳門，中級法院曾認為，因初級法院一位法官與同一法院的一位合議庭主席分別拒絕對一宗破產宣告案進行事實審的獨任庭和合議庭管轄權而產生的衝突屬非真正意義上的管轄權衝突。<sup>6</sup>

該中級法院於 2000 年 12 月 14 日在第 191/2000 號案件中作出的合議庭裁判<sup>7</sup>中認為，如果同一法院的兩個法庭均爭取或拒絕審理某一爭端的管轄權，則屬出現管轄權衝突。

該法院還曾把兩位合議庭主席在主持一宗其審判已被撤銷的刑事案的合議庭的管轄權上出現的衝突視為管轄權方面的消極衝突。<sup>8</sup>

上述這一切說明了什麼呢？

一般來說，如果同一第一審法院法官之間在其管轄權方面產生屬審判權性質的分歧，應當被視為管轄權方面的衝突，由上一級法院加以解決。如果分歧屬行政性質，則可以根據《民事訴訟法典》第 156 條第 2 款解決。

無論如何，即使《民事訴訟法典》第 156 條第 2 款所說的分歧，也僅指第一審法官之間發生的分歧，因此，由於例外規定<sup>9</sup>不得作類推適用（《民法典》第 10 條），本案中的分歧必定不在其範圍之內。

另外，按照 J. Lebre de Freitas、João Redinha 和 Rui Pinto<sup>10</sup>的說法，並根據《司法組織綱要法》第 25 條第 2 款、第 3 款、第 4 款和第 5 款以及《民事訴訟法典》第 155 條的規定，與裁判書製作法官相反，助審法官並不透過分發指定，因此，使用《民事訴訟法典》第 156 條第 2 款的規定肯定是不適當的。

總之，中級法院法官之間在應當由誰出任助審法官參與審理上訴方面的衝突，應當透過解決管轄權衝突的程序加以解決。

#### 關於本案例中是否存在管轄權衝突的問題

4. 現在，讓我們貼近具體問題，即在本案是否確實存在必須解決的管轄權衝突。

如上所述，管轄權的積極衝突或消極衝突，係指兩個或兩個以上法院均認為本身有管轄權或無管轄權審理同一問題。

上面已經指出，一個法院的管轄權是賦予該法院的那一部分審判權。

迴避和聲請迴避的作用是保證法官在特定案件中公正無私。

---

<sup>6</sup> 《澳門特別行政區中級法院裁判匯編》，2001 年，第一卷，第 209 頁，第 37/2001 號案件，2001 年 3 月 15 日的合議庭裁判。

<sup>7</sup> 《澳門特別行政區中級法院裁判匯編》，2000 年，第二卷，第 594 頁。

<sup>8</sup> 《澳門特別行政區中級法院裁判匯編》，2001 年，第一卷，第 402 頁，第 198/2000 號案件，2001 年 2 月 22 日的合議庭裁判。

<sup>9</sup> 似乎屬於這種情況，因為這裏為解決衝突規定了一個與一般規則相反的規則，而一般規則包含法律體系的一個基本方針，即審理審判權衝突屬高一級法院的管轄權，該法院應以合議庭形式而不是獨任庭形式作出決定。

<sup>10</sup> J. Lebre de Freitas、João Redinha 和 Rui Pinto，上著同卷，第 375 頁。

迴避的原因導致絕對無能力在相關案件中行使司法職能，即使法官對該案件擁有管轄權亦然。<sup>11</sup>

正如 Alberto dos Reis<sup>12</sup>在論及公正無私的保障（迴避與聲請迴避）時所說，“如果案中的個人利益由於任何情況可能影響審判者的公正無私，使其脫離公正地解決訴訟的正直準則，這就是審判機關的“不適當”或“無能力”。法官在一般情況下有能力行使職能；在上述個別情況下則不具該能力”。

司徒民正法官宣告迴避作為助審法官參與上訴案的審理。

鑒於司徒民正法官仍然對該案擁有管轄權，似乎他提出迴避不會導致出現管轄權方面的消極衝突。但是，這一推斷性結論可能不具可操作性，下面我們將談到這一點。

而陳廣勝法官宣佈不能在該案中代替司徒民正法官，他認為後者宣告迴避沒有法律依據。

嚴格說來，所提出的也不是無管轄權問題，因為涉及的是中級法院一位正常任職的法官，他有權以原助審法官的代任人身份作為助審法官參與該上訴案的審理。另外，也沒有出現因為與該個案有關係而提出迴避或無能力的情況。

不過，確實出現了僵局，出現了一個無法指定參與審理該上訴案的助審法官的狀況。

從理論上說，確實可以由另一位法官作為助審法官參與審理，但是，在具體操作上，這一可能性成了泡影，因為裁判書製作法官和法院院長均拒絕該另一位法官作為助審法官參與審理，此前我們在第二部分第 2 條已經對此加以闡述，於是形成了第二個僵局。

事已至此，除了通過管轄權方面的消極衝突解決之外，看不到任何指定參與該上訴審理的助審法官的可能性。

正如所有權利均有使其在法庭得到承認的訴訟（《民事訴訟法典》第 1 條第 2 款）一樣，所有司法障礙也一定有其解決辦法。

首先，在本案這種情況下，司法制度不能由於事情的性質而受到阻礙，陷入僵局，既然沒有解決這一問題的其他途徑，那麼就應當認為，在這類案件中應當使用解決管轄權方面消極衝突的程序。

## 有管轄權審理中級法院法官之間管轄權衝突的法院

### 5. 解決這一問題沒有太大的困難。

從傳統上說，這方面的一般規則是，有管轄權審理管轄權衝突的法院為衝突的各法院中級別最高的法院的上一級法院，換言之，即對有衝突的各法院行使管轄權的級別最低的法院。這是 1961 年《民事訴訟法典》第 116 條第 1 款以及 1929 年《刑事訴訟法典》第 36 條第 4 款和第 37 條第 4 款的規定。

1993 年以後澳門擁有司法自治權的時期，這一規定得以保持，由高等法院全會負責審理其各分庭之間的管轄權衝突，由該法院分庭負責審理第一審法院間的管轄權衝突（8 月 29 日第 112/91 號法律第 14 條第 1 款 e)項和第 3 款 d)項）。後來，澳門《刑事訴訟法典》第 25 條沿用了以上規定。

而根據《澳門特別行政區司法組織綱要法》，這一原則得以保持，因為終審法院有

<sup>11</sup> J. Rodrigues Bastos，《民事訴訟法典註解》，第二版，第一卷，第 187 頁。

<sup>12</sup> Alberto dos Reis，《民事訴訟法典評論》，第一卷，第二版，科英布拉出版社出版，1960 年，第 388 頁。

管轄權審理中級法院與第一審法院之間的管轄權衝突，中級法院有管轄權審理第一審法院之間的管轄權衝突（第 44 條第 2 款 14)項和第 36 條 13)項）。

但是，應當說，法律沒有明確規定中級法院法官之間的衝突如何解決。此言極是，這是因為，正如在第二部分第 3 條中所說，根據 1961 年《民事訴訟法典》第 209 條第 2 款中增加的、並且在現行《民事訴訟法典》（第 156 條第 2 款）中保留的規定，法律條文只規定了法院之間的衝突，卻沒有規定法官之間的衝突。由於只有一個中級法院，法律對本案中的情況沒有作明確規定。

然而，既然已經確定法官之間可能存在真正的管轄權衝突——至少是等同的衝突——鑒於從法律中得出的原則是有管轄權審理管轄權衝突的法院是有衝突的各法院中級別最高的法院的上一級法院，並且考慮到終審法院有管轄權審理中級法院與第一審法院之間的管轄權衝突，出於完全相同的理由，必定是終審法院有管轄權審理中級法院法官之間的管轄權衝突或等同的衝突。

### 應當作為助審法官參與相關刑事上訴案審理的法官 刑事訴訟中的法官迴避

6. 司徒民正法官宣告迴避作為助審法官參與上訴案的審理。

我們首先審查迴避的情況。

前面已經說過，法律規定了迴避和聲請迴避的情況，其作用是保障法官在某些案件中的公正無私。

Figueiredo Dias 在其七十年代的講義中<sup>13</sup>就認為，“獨立”是審判中最不可捨棄的特點，因此也是司法功能最不可捨棄的特點。但是，在迴避和聲請迴避的規定方面，他補充說，“我們剛剛談到了如何透過法官的獨立性保證法院的行為不受外來壓力影響的理據。但這還不足以同樣使審判保持其客觀性：除了上述一般保證之外，還必須不能使人們對法官的“公正無私”產生懷疑，這一點針對的已經不是外來壓力，而是法官與其應審判的個案之間的特殊關係”。<sup>14</sup>

迴避的原因導致絕對無能力在相關案件中行使司法職能，即使法官對該案件擁有管轄權亦然。<sup>15</sup>

還要強調指出，宣告迴避是法官的個人行為，像本案中這種以合議庭結構運作的法庭亦然<sup>16</sup>，這是《刑事訴訟法典》第 30 條和第 31 條以及《民事訴訟法典》第 312 條中的規定。

關於對於宣告迴避和法官不承認他人聲請其迴避的批示不可提起上訴的問題，應當在此說幾句，因為這一問題在本案多個訴訟文書中均有提及。

---

<sup>13</sup> J. Figueiredo Dias，《刑事訴訟法》，第一卷，科英布拉出版社出版，1974 年，第 303 頁。

<sup>14</sup> J. Figueiredo Dias，上著，第 315 頁。

<sup>15</sup> Cavaleiro de Ferreira，《刑事訴訟教程》，第一卷，里斯本，1955 年，第 235 和第 236 頁。

<sup>16</sup>在這方面，見 J. Lebre de Freitas、João Redinha 和 Rui Pinto，上著同冊，第 225 頁。

在民事訴訟中，無論依據 1961 年《民事訴訟法典》<sup>17</sup>還是現行該法典<sup>18</sup>，對法官宣告迴避的決定和法官不承認他人聲請其迴避的決定，均可提起上訴。不過，有一點特殊，對於後一種決定，無論案件利益值為何，均可提起上訴，而對於宣告迴避，是否可提起上訴取決於案件利益值和相關法定利益限額。<sup>19</sup>

在刑事訴訟中，1929 年法典有效期間<sup>20</sup>，無論對宣告迴避還是對承認或不承認迴避的批示，均可提起上訴。<sup>21</sup>

1996 年《刑事訴訟法典》具有革新性。從此，對法官認為本身須迴避的批示不可提起上訴。對法官不承認他人聲請其迴避的批示可提起上訴（第 31 條）。

### 陳廣勝法官的批示

7. 現在我們來審查陳廣勝法官作出的訴訟行為。

為此，我們要首先說明，對（本案中的）宣告迴避是否可提起上訴，對作出決定不屬重要。下面我們會談到其原因。

陳廣勝法官宣佈不能在本案中代替司徒民正法官，因為他認為後者宣告迴避沒有法律依據。

前面已經提到，嚴格地說，本案例中要處理的不是無管轄權方面的爭執，因為中級法院無疑有管轄權審理對初級法院合議庭作出的有罪判決提起的刑事上訴。陳廣勝法官是該中級法院正常任職的法官，他有權以原助審法官代任人的身份作為助審法官參與該上訴的審理。另外，也沒有提出任何迴避的情況或因與該個案有關係而無能力的問題。

從各方面看這都是一個非典型情況。

確實，對於司法行為，即非行政行為，一般只允許透過司法上訴這一向上一級法院提出爭議的手段<sup>22</sup>對其進行審查或調查。

因此，一位法官不能審查另一位法官的行為，除非法律賦予這種權力，這種情況包括，對不受理或留置上訴向上一級法院院長提起的聲明異議（《民事訴訟法典》第 595 條和第 596 條）、對裁判書製作人的批示向評議會提出的聲明異議（《民事訴訟法典》第 620 條）或者在上訴案中的助審法官提出建議未獲裁判書製作人同意而交評議會審查（《民事訴訟法典》第 619 條第 4 款）。

假如法官的代任人為了拒絕代任可以對該法官在宣告迴避中提出的理由進行爭論，那就是承認一位法官在法律中未有規定的情況下可以審查另一位法官作出的行為。

---

<sup>17</sup>第 123 條。

<sup>18</sup>第 312 條。

<sup>19</sup>關於這一問題，見 J. Rodrigues Bastos，《民事訴訟法典註解》，第一卷，里斯本，1963 年，第 284 頁和 285 頁，以及該作者同一著作第二版，第一卷，第 190 頁。

<sup>20</sup>第 110 條。

<sup>21</sup> Luís Osório，《葡萄牙刑事訴訟法典評論》，第二卷，科英布拉出版社出版，1932 年，第 284 頁。

<sup>22</sup>還有其他一些特定手段，例如向作出行為的法官提出聲明異議等，在這裏均不再考慮（《民事訴訟法典》第 430 條第 2 款、第 553 條第 5 款以及第 556 條第 5 款）。

透過上訴審查法官的行為必須以在裁判中直接和切實受到損害的敗訴當事人的意願行為作為基礎，或者以檢察院的意願行為作為基礎——在檢察院不是當事人而可以提起上訴的情況下，這種情況在刑事訴訟和行政訴訟中均有出現——兩者的行為均屬上訴人的行為。換言之，該上訴是為了當事人或受損害者的利益——私人利益——或者是為了檢察院代表的公共利益或社會正義向上級司法機關提起的上訴。

在任何情況下法律均未規定法官的意願，即使為了審查另一位法官的行為而提出公共利益亦然。

另一方面，法官只能以法院無管轄權或其本人無職務上的權限，或者以迴避（或請求自行迴避）為由，才可以放棄實施其必須參與的司法行為。

因此，從理論上說，法官的代任人拒絕作為代任人參與審理，無疑是合法的，只要能為此提出理由，例如不應由其代任，即提出適當的理由（但不妨礙必須對其依據進行的調查，因為該等依據可能合法，也可能不合法）。

但是，即使法官宣告其法院無管轄權，也無須提出另一個也可能已宣告本身無管轄權的另一個法院的批示是否合法。

陳廣勝法官沒有提出任何這種情況。

因此，不論為宣告迴避而提出的依據是否正確，他均沒有拒絕參與該案審理的法定依據。正如 Luís Osório<sup>23</sup>所說，除現在不得在刑事訴訟中對宣告迴避提起上訴的情況之外，只能在紀律程序中對宣告迴避的違法性進行審查，或者如檢察官的意見中所說的，在為了給予工作評核分數的司法檢查中進行審查。

這就是對宣告迴避不得提起上訴（如本案中）或可以提起上訴（如民事訴訟中）並無意義的原因所在。因為在任何情況下代任法官均不得對宣告迴避進行審查。

總之，陳廣勝法官以不同意另一位法官宣告迴避為由拒絕作為助審法官參與該案審理是沒有依據的。

### 三、決定

綜上所述，裁判決定陳廣勝法官作為助審法官參與該刑事上訴案的審理。

無需付訴訟費。

履行《刑事訴訟法典》第 27 條第 4 款的規定。

二零零二年四月十日於澳門

法官：利馬（裁判書製作法官）－ 岑浩輝 – 朱健

---

<sup>23</sup> Luís Osório，上著同卷，第 249 頁。