

調 查 報 告

壹、案由：據訴，最高行政法院審理104年度判字第198號渠等與內政部間撤銷土地徵收事件，該院分案由撤銷發回更審前裁判之同法庭法官審理，經聲請法官迴避，復未停止訴訟程序及以合議裁定等情。究本案聲請法官迴避之處理程序，有無違反行政訴訟法相關規定？其分案方式對當事人審級利益有無影響？有無檢討之必要？與最高法院實務作法有無不同？均有進一步釐清之必要案。

貳、調查意見：

一、最高行政法院將104年度判字第198號更審上訴案，分由該院前發回更審之原庭法官承審，於現行法制下，尚難遽認有違法官迴避之規定：

(一)按「法官有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：……五、曾參與該訴訟事件之前審裁判。」行政訴訟法第19條第5款定有明文。同法第20條規定：「民事訴訟法第33條至第38條之規定，於本節準用之。」又民事訴訟法第33條第1項規定：「遇有下列各款情形，當事人得聲請法官迴避：一、法官有前條所定之情形而不自行迴避者。二、法官有前條所定以外之情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。」

(二)查本案陳訴人前因申請土地撤銷徵收事件，經臺北高等行政法院100年度訴字第60號判決勝訴；敗訴人內政部不服，提起上訴，經最高行政法院102年度判字第587號判決將原判決廢棄，發回臺北高等行政法院更審；嗣臺北高等行政法院以102年度訴更一字第122號判決更判，駁回陳訴人之訴；陳訴

人不服提起上訴，並因嗣發現最高行政法院承審本案之法官鍾耀光(審判長)、汪漢卿、黃淑玲、鄭小康、林樹埔等5人，除汪漢卿外，其餘均與前作成發回判決之最高行政法院前審法官相同，乃依前揭行政訴訟法第19條第5款及同法第20條準用民事訴訟法第33條第1項等規定，具狀聲請法官迴避，主張該庭鍾耀光、黃淑玲、鄭小康、林樹埔等4名法官既於102年度判字第587號為對陳訴人不利之判決，其等就本件訴訟已形成既定之法律見解，已難就陳訴人所提出之事證重新審斷，足認其等執行職務有偏頗之虞等語。然而該聲請事由並未被最高行政法院所採，仍係由該庭法官賡續作成本案之終局確定判決，即104年度判字第198號判決；陳訴人爰向本院陳訴其等之審級利益遭受侵害。

(三)惟查，行政訴訟法第19條第5款所謂法官曾參與「前審」裁判應自行迴避者，係指曾參與該訴訟事件之「下級審」裁判而言，並非謂同級法院之法官參與該訴訟事件之裁判者，於發回更審後又上訴時，亦應自行迴避，此觀司法院釋字第178號解釋文「……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」業闡明綦詳。是本案之第一審臺北高等行政法院100年度訴字第60號判決，縱經最高行政法院102年度判字第587號判決廢棄發回更審後，又上訴至最高行政法院，最高行政法院原承審法官既未曾參與該訴訟事件之「下級審」裁判，自無行政訴訟法第19條第5款法官迴避規定之適用。

(四)次查，99年1月13日行政訴訟法第19條第5款修正前

之原條文¹雖將「曾參與該訴訟事件更審前之原裁判者」，列為法定迴避事由，而學理上對於「更審前之原裁判」解釋不一，或有認為包括上級審廢棄發回更審又上訴或抗告時，原發回裁判之法官，亦應自行迴避²。惟因該規定於99年間業由立法者配合民事訴訟法第32條第7款（原有相類規定，92年間認為此情形無迴避必要而刪除³），而修法予以刪除，秉承該規定之修法意旨，自不宜僅因承審法官曾參與「更審前之原裁判」，即遽主張該法官執行職務有偏頗之虞，而據以聲請迴避；仍應有「法官對於訴訟標的有特別利害關係，或與當事人之一造有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形客觀上足疑其為不公平之審判者」等原因事實，始為相當。如僅係個人之主觀臆測，或不滿意法官另案指揮訴訟及判決結果，自不得謂法官執行職務有偏頗之虞（最高行政法院102年度裁字第323號裁定意旨參照）。基此，於現行法制下，本案亦難認定有行政訴訟法第20條準用民事訴訟法第33條第1項第2款之情事，而得據以聲請法官迴避。

（五）綜上所述，本案陳訴人所訴經核尚非屬行政訴訟法第19條第5款之法官迴避事由；另亦未見其他具體

¹ 99年1月13日修正前之行政訴訟法§19：「法官有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：……五、曾參與該訴訟事件之前審裁判或更審前之原裁判者。六、……」

² 惟實務見解則認：「所謂曾參與更審前之原判決，係指下級審之裁判，經上級審廢棄發回更審時，法官曾參與該次更審前最後一次之下級審裁判而言。」（最高行政法院98年度裁字第220號裁定、最高法院74年度台抗字第20號判例參照）；「法官曾參與上級審之裁判，將原判決廢棄發回更審，雖嗣後再行上訴，上級審曾參與裁判之法官，既未參與下級審之裁判，對之無須自行迴避」（最高法院85年度台再字第71號裁判、64年度台再字120號判例參照）。

³ 修法理由略以：法官曾參與該訴訟事件「更審前之裁判」，依其文義解釋，凡在更審前曾參與該訴訟事件裁判之法官，不問係在何審級，均包括在內。若該訴訟事件發回多次，而原審法院法官員額較少，勢必發生無法官可執行職務之情形。又依修正後第478條第4項規定，受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判斷基礎，故該訴訟事件於發回或發交後縱仍由參與更審前裁判之法官審理，亦不致有所偏頗，而有迴避之必要，爰修正第7款，將此部分規定刪除。

事證足資證明承審法官執行職務有偏頗之虞。是於現行法制下，本件更審上訴案，尚難遽認分由最高行政法院之原庭法官承審，即屬有違法官迴避之規定。

二、最高行政法院與最高法院就發回更審後復上訴之案件，分案方式不盡相同，雖依司法院釋字第665號解釋意旨，要難認定孰為優劣或遽指何者為不當，惟嗣最高行政法院若因情事變更而狀況合宜時，司法院釋字第178號解釋意旨亦允宜平衡兼顧。再者，最高行政法院101年度7月份第1次庭長法官聯席會議之案關決議，並未明定於該院之司法行政規則，其間有無檢討改善必要，司法機關允宜謹慎研酌妥處：

(一)有關最高行政法院廢棄下級審裁判發回更審後，該更審裁判復上訴或抗告至該院，應如何分案乙節，最高行政法院現行之作法係依據該院101年度7月份第1次庭長法官聯席會議之討論結果⁴，分由原庭(原股)承辦。此分案方式雖與法官迴避規定不相違背(詳參調查意見一)，惟此相較於與最高行政法院屬同一審級之最高法院民事庭與刑事庭，依「最高法院民、刑事案件編號、計數、分案、報結要點」第10點⁵及「最高法院第二次發回更審以後之民、刑

⁴ 最高行政法院101年度7月份第1次庭長法官聯席會議：

主席報告事項(三)：關於本院廢棄下級審裁判，發回更審後，又上訴或抗告至本院，是否由原發回那一股繼續承辦，或可減少裁判歧異情形？

討論結果：本院廢棄下級審裁判，發回更審後，又上訴或抗告至本院，由原、發回那一股法官繼續承辦，如該股法官因故調離本院時，則以抽籤方式決定續辦之法官。

如須修正本院訴訟事件編號、計數、分案、報結要點，會後再行提案。

⁵ 最高法院民、刑事案件編號、計數、分案、報結要點§10：

「提前分案：

(一)民事事件有下列情形者，應提前分案：

1. 更二以後事件(經本院第二次發回，原審字號為更三)。
……(以下第2~7款略)

(二)刑事案件有下列情形者，應提前分案：

1. 更二以後之案件(經本院第二次發回，原審字號為更三)。
……(以下第2~23款略)」

事上訴案件分案實施要點」第2、3點⁶規定，係至更三審上訴之案件始提前分案並交原庭（原股）審理；陳訴人爰據以指摘司法體系中同屬法律審之最高法院及最高行政法院，對於更審後上訴或抗告之相同性質案件，竟存有制度不一之處理方式為不當。

（二）經核：為維護法官公平獨立審判，並增進審判效率，法院案件分配，如依事先訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業者，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符；法官就受理之案件，負有合法、公正、妥速處理之職責，而各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不抵觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符各法院現況需求，司法院釋字第665號解釋理由書業闡明綦詳。又行政法院組織法第31條第1項規定：「各級行政法院於每年度終結前，由院長、庭長、法官舉行會議，按照處務規程及其他法令規定，預定次年度司法事務之分配及代理次序。」，本件最高行政法院101年度7月份第1次庭長法官聯席會議之案關決議，即係本諸上開法規意旨，就發回更審後上訴事件之分案方式，所為之抽象補充規範；則於未抵觸上位法規之情況下，最高行政法院經盱衡該院組織規模、案件

⁶ 「最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點」：

§2：「更二以後之案件，按民、刑事科製作之一般分案送案清單所列原主辦股法官，循一般分案程序，分由該法官辦理；並依最高法院民、刑事案件編號、計數、分案、報結要點第10點規定，辦理提前分案。」

§3：「前點案件之相關案件，一併分由該原主辦股法官辦理。」

負擔、法官人數等實際狀況，擇定較符合該院需求之分案方式，縱使該方式與最高法院之作法不盡相同，要難認定孰為優劣或遽指何者為不當。惟司法院釋字第178號解釋理由書既指稱「如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理」，未來最高行政法院若因情事變更而狀況合宜時，現時最高法院民事庭與刑事庭之作業方式容或可參，當更能兼顧司法院釋字第178號及第665號解釋之意旨。

(三)再者，最高行政法院雖於101年度7月份第1次庭長法官聯席會議對更審後上訴事件之分案方式做出決議，惟嗣並未依該次決議後段「如須修正本院訴訟事件編號、計數、分案、報結要點，會後再行提案」之內容，為相應之法制作業。考量該院庭長法官聯席會議之各決議事項為數益增，即使具法律專業之律師，亦恐難以完全掌握；故相較於最高法院將此明定於「最高法院民、刑事案件編號、計數、分案、報結要點」及「最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點」等行政規則中，最高行政法院僅以庭長法官聯席會議決議作為分案依據之方式，其間有無檢討改善必要，司法機關允宜謹慎研酌妥處。

三、最高行政法院受理本件法官迴避聲請案，並未另組成合議庭為准駁裁定，而係交由該更審上訴案之承審法庭逕合併於本案上訴程序中審理，違反行政訴訟法第20條準用民事訴訟法第35條、第36條等規定；另本案之訴訟程序未先行停止，卻未於裁判理由中敘明其依行政訴訟法第20條準用民事訴訟法第37條第1項但書規定得不停止訴訟之理由，亦有未洽；該院嗣雖已研提檢討相關改善措施，惟該院處務規程第57條並未配合修正，恐將造成各規範內容不一致之情。以上各

節，均允應確實檢討改善：

- (一)按「法官被聲請迴避者，在該聲請事件終結前，應停止訴訟程序。但其聲請因違背第33條第2項，或第34條第1項或第2項之規定，或顯係意圖延滯訴訟而為者，不在此限。」、「法官迴避之聲請，由該法官所屬法院以合議裁定之……前項裁定，被聲請迴避之法官，不得參與。」、「聲請法官迴避經裁定駁回者，得為抗告……」行政訴訟法第20條準用民事訴訟法第37條第1項、第35條第1、2項及第36條分別定有明文。
- (二)查本案陳訴人於臺北高等行政法院102年度訴更一字第122號更審判決後，復上訴至最高行政法院，最高行政法院依該院101年度7月份第1次庭長法官聯席會議之討論結果，逕分由原庭(原股)承辦，陳訴人乃以該庭法官曾參與該訴訟事件之前審裁判及執行職務有偏頗之虞為由，聲請原庭法官迴避；詎最高行政法院收受該迴避聲請狀後，並未依前揭法律明定之程序，另組織合議庭審理該迴避聲請案，仍係交由該更審上訴案之承審法庭逕合併於本案上訴程序中審理而未停止訴訟程序；且並未以「裁定」之合法程序，駁回陳訴人所提出之聲請，僅直接於104年度判字第198號之本案判決理由七(六)中敘明不採之理由，最高行政法院上開之處理程序，顯非適法。
- (三)就此，司法院行懲廳之說明略以：
- 1、最高行政法院收受該迴避聲請案而分送原庭(原股)處理，係依據該院處務規程第57條第2項⁷，及

⁷ 最高行政法院處務規程§57：

「 I. 分案前續收之訴訟文件，審查科應併入原卷。

II. 分庭未結事件續收文件，隨時分送各主辦法官處理。

該院訴訟事件編號計數分案報結要點第12點⁸等規定辦理。又依行政訴訟法第20條準用民事訴訟法第37條第1項但書規定，並非一經聲請法官迴避，訴訟程序即行停止；本件並不符法定迴避原因，原承辦庭（股）因而於本案判決理由中說明不合迴避要件而結案。

- 2、惟鑒於上述作業方式易致誤會，最高行政法院遂於104年4月份第2次⁹及5月份¹⁰庭長法官聯席會議決議，是類聲請法官迴避狀，收狀後即送審查科分案（由他庭裁定），並影印聲請狀送原承辦股參考，審酌是否停止本案訴訟程序；另並著手研修該院訴訟事件編號計數分案報結要點第12點規定，草案內容為：「已分未結訴訟事件文狀之併案，除聲請法官迴避逕由審查科分案外，餘由文書科逕送承辦書記官簽收辦理。如遇有非本股承辦之訴訟事件時，應即加附字條說明退還改併。」以臻明確。
- 3、最高行政法院係終審法院，無論以判決或裁定作成駁回法官迴避聲請之意思表示，聲請人如認裁判有再審事由，得提起再審之訴或聲請再審救濟，是本件陳訴人倘認原裁判適用法規顯有錯

……（以下第3~4項略）」

⁸ 最高行政法院訴訟事件編號計數分案報結要點§12：

「已分未結訴訟事件文狀之併案，由文書科逕送承辦書記官簽收辦理。如遇有非本股承辦之訴訟事件時，應即加附字條說明退還改併。」

⁹ 最高行政法院104年度4月份第2次庭長法官聯席會議：

主席報告事項(二)：案件分庭後聲請該庭法官迴避，聲請狀向來都送承辦股，或是為了讓承辦庭決定是否停止本案訴訟程序。此類聲請大多數應分案由他庭裁定，請承辦股儘速批示，送審查料分案。

¹⁰ 最高行政法院104年度5月份庭長法官聯席會議：

主席報告事項(一)：最近有當事人抗議聲請法官迴避狀未分案由他庭裁定，而由被聲請迴避該庭逕行於原案併予駁回。是否改變現行將聲請狀送原承辦股作法，收狀後即送審查料分案由他庭裁定，並由審查科影印聲請狀送原承辦股參考。

(二)：聲請法官1人迴避，原則上同庭其他成員也不分受聲請迴避案。

誤，非不可依再審程序尋求救濟。查陳訴人於104年4月23日收受最高行政法院上開判決書，嗣於104年5月5日向監察院陳訴，已指出該確定判決有不適用行政訴訟法第20條準用民事訴訟法第35條第1項、第2項、第37條第1項之程序違法情事，當時仍在再審期間內，自應循法定救濟程序提起再審之訴，惟該院未曾受理陳訴人提起之再審訴訟。

(四)惟核，最高行政法院依該院處務規程第57條第2項，及該院訴訟事件編號計數分案報結要點第12點等規定，將案關之法官迴避聲請案，逕分送原庭(原股)處理，此與行政訴訟法第20條準用民事訴訟法第35條第1、2項：「由該法官所屬法院以合議裁定之……前項裁定，被聲請迴避之法官，不得參與」之法定程序並不相合，顯已抵觸上位之法律規定¹¹。又該院現雖經104年4月份第2次及5月份庭長法官聯席會議決議，將迴避聲請案改為先送審查科分案，再由審查科影印聲請狀送原承辦庭(股)參考，另並著手研修最高行政法院訴訟事件編號計數分案報結要點第12點之規定；惟就原作為是類迴避案分案依據之該院處務規程第57條則未配合修正，恐將造成各規範內容不一致之情；為期法規明確，允宜一併檢討妥處。再者，上開說明雖復稱：依行政訴訟法第20條準用民事訴訟法第37條第1項但書規定，並非一經聲請法官迴避，訴訟程序即行停止等語；惟本件迴避聲請案究係屬該但書所定之何情事而得不停止原訴訟程序，最高行政法院於104年度判字第198號判決中並未敘明，不但造成民眾難以

¹¹ 憲法§172：「命令與憲法或法律抵觸者無效。」、行政程序法§158 I：「法規命令，有下列情形之一者，無效：一、抵觸憲法、法律或上級機關之命令者。……」

甘服，更將使後續之救濟程序無從審視其是否適法，亦有未洽。至陳訴人有無就本件最高行政法院之相關違誤，於法定期間內提起再審，雖將對其等之訴訟權益造成影響，惟此並不改變該院相關程序有所違誤之客觀事實，自不得據為卸責之論據；司法院允應督促最高行政法院檢討落實相關改善措施，俾行政訴訟制度更臻健全、完善，提升民眾對司法之信賴。

參、處理辦法：

- 一、調查意見函送司法院，並請該院就調查意見二、三督促最高行政法院檢討改善見復。
- 二、調查意見函復陳訴人。
- 三、調查意見上網公布。

調查委員：李月德
江明蒼