

一、最高行政法院廢棄發回高等行政法院更審事件，法官在高等行政法院曾參與更審前裁判，非屬法官應自行迴避之法定事由，亦不生違憲問題

(一)民國 89 年 7 月 1 日修正施行之行政訴訟法第 19 條第 5 款規定之法官應自行迴避事由：「曾參與該訴訟事件之前審裁判或更審前之原裁判者」，於 99 年 1 月 13 日修正刪除「更審前之原裁判者」，該款法官應自行迴避事由變為：「曾參與該訴訟事件之前審裁判」。「曾參與該訴訟事件之前審裁判」，依司法院釋字第 178 號解釋解釋文意旨¹，係指同一事件在下級審參與裁判後，又參與其上級審之裁判而言。此款已無 99 年 1 月 13 日修正前「曾參與該訴訟事件之更審前之原裁判」之規定，因此法官曾參與訴訟事件之更審前之裁判者，不必自行迴避²。「參與裁判」，是指參與裁判之作成，若是僅參與證據調查(準備程序)或判決宣示，並非本項所稱「參與裁判」。

(二)上開條款之修正，係配合民事訴訟法第 32 條第 7 款法官應自行迴避事由規定之修正而刪除。按民事訴訟法第 32 條第 7 款法官應自行迴避事由規定，在 57 年 2 月 1 日修正前，原無法官曾參與訴訟事件之「更審前之裁判」應自行迴避之規定，嗣於 57 年 2 月 1 日增列法官曾參與訴訟事件之「更審前之裁判」為應自行迴避之事由。惟該規定於民事訴訟 92 年 2 月 7 日修正時刪除，刪除理由主要是：受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢

¹ 司法院釋字第 178 號解釋係就刑事訴訟法第 17 條第 8 款法官應迴避事由：「法官曾參與前審之裁判者」為解釋。

² 最高行政法院 101 年度裁字第 238 號裁定：「司法院釋字第 256 號解釋敘及『法官曾參與訴訟事件之……更審前之裁判者，固應自行迴避』係引用 92 年 2 月 7 日修正前民事訴訟法第 32 條第 7 款之規定，而 92 年 2 月 7 日修正後之民事訴訟法第 32 條第 7 款，已刪除『法官曾參與該訴訟事件之更審前之裁判』應自行迴避之規定。現司法院釋字第 256 號解釋自不得再作為認『法官曾參與該訴訟事件之更審前之裁判』應自行迴避之依據。」

棄理由之法律上判斷為其判斷基礎，故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。另刑事訴訟法第 17 條自始即未將法官曾參與訴訟事件之「更審前之裁判」作為應自行迴避之事由。綜言之，現行行政訴訟法、民事訴訟法及刑事訴訟法均未將法官曾參與訴訟事件之「更審前之裁判」列為應自行迴避之事由。

(三)相同問題，德國行政法院法第 54 條第 1 項所準用之德國民事訴訟法(ZPO)第 41 條第 6 款，僅規定法官參與訴訟事件之前審(in einen früheren Rechtszuge)裁判作為法官應自行迴避事由，法官參與訴訟事件更審前裁判，並非法官應自行迴避之法定事由。德國刑事訴訟法(StPO)第 23 條第 1 項規定：「曾參與以審級救濟請求撤銷之裁判之法官，依法不得在上級審參與裁判。」³亦未將法官參與訴訟事件更審前裁判，作為法官應自行迴避之法定事由。德國行政訴訟法、民事訴訟法及刑事訴訟法學界即認為法官參與訴訟事件更審前裁判，並非法定應自行迴避之事由⁴。這也是德國聯邦憲法法院⁵及聯邦行政法院⁶之見解。

(四)小結：法官就曾參與訴訟事件前審裁判，之所以應自行迴避，乃在於法官在審級救濟程序中，不得審查自己所作成的裁判⁷，因為難期其為公平審判，間接亦影響訴訟當事人之審級(救濟)利益。案件經法律審廢棄(撤銷)發回後，更審法院已是重新審判，與被廢棄(撤銷)之更審前同審級法院之裁判無關聯，並無在審級救濟程序中審查自己裁判之情形，且更審法院應受法律審廢棄(撤銷)

³ 司法院釋字第 178 號解釋不同意見書二對德國刑事訴訟法第 23 條第 1 項之中譯似有誤。

⁴ KK-StPO, Kommentar, 4. Aufl., 1999, §23, Rn. 5 (Pfeiffer); Stein/Jonas, ZPO, Band 2, 2004, §41, Rn. 19 (Reinhard Bonk); Eyermann, VwGO, 15. Aufl., 2015, §54, Rn. 9 (Hoppe).

⁵ BVerfGE 30, 49, 155. 引自 KK-StPO, Kommentar, 4. Aufl., 1999, §23, Rn. 5 (Pfeiffer)。

⁶ BVerwG Thür VB1 1997, 85. 引自 Eyermann, VwGO, 15. Aufl., 2015, §54, Rn. 9 (Hoppe).

⁷ BVerfGE 78, 331 (337 ff.). Vgl. Eyermann, VwGO, 15. Aufl., 2015, §54, Rn. 9 (Hoppe); KK-StPO, Kommentar, 4. Aufl., 1999, §23, Rn. 1 (Pfeiffer) 另見司法院釋字第 178 號解釋不同意見書一、二。

理由之法律上判斷之拘束，不能僅因其曾參與更審前之裁判，即認其當然對訴訟當事人之任何一造有偏頗之虞。德國法強調法官迴避屬於其基本法法定法官請求權內涵，如上所述，法律並未將法官曾參與更審前裁判作為法應自行迴避事由，解釋適用上亦如此，足見參與更審前裁判法官在案件廢棄(撤銷)發回後，於更審裁判，並非應自行迴避，且無涉違憲問題。因此最高行政法院廢棄發回高等行政法院更審事件，法官在高等行政法院曾參與更審前裁判，非屬法官應自行迴避之法定事由，亦不生違憲問題。

二、最高行政法院廢棄發回高等行政法院之更審事件，經裁判後再上訴，法官曾在最高行政法院參與該事件裁判，非屬法官應自行迴避之法定事由，亦不生違憲問題

(一)最高行政法院將上訴事件廢棄發回高等行政法院更審，此最高行政法院審理對象是更審前高等行政法院的原裁判，高等行政法院裁判(更審裁判)後再上訴，最高行政法院審理的對象是更審裁判，兩者並不相同，亦無關聯，廢棄高等行政法院原裁判之最高行政法院裁判，不會是審理高等行政法院更審裁判之「前審」裁判，無行政訴訟法第 19 條第 5 款之適用。

(二)依行政訴訟法第 263 條第 3 項及民事訴訟法第 478 條第 4 項規定，法律審廢棄下級審原判決，發回原審，受發回法院要受廢棄理由之法律上判斷之拘束。為貫徹此項拘束力，受發回法院判決後再上訴，受理此上訴案件之法律審也必須受前發回理由之法律上判斷之拘束，稱「法律審之自我拘束」(Selbstbindung des Revisionsgerichts)⁸。德國法上「法律審之自我拘束」原則為司

⁸ 參閱，王士帆，德國大法院—預防最高法院裁判歧異之法定法庭，收於林鈺雄編，最高法院之法治國圖像，2016 年 4 月初版，頁 170；翁岳生主編，行政法（下），增訂第 4 版，2020

法實務所承認，乃普通法院或行政法院等不同審判權之間所共通⁹。換言之，受理更審判決之法律審，應以前法律審廢棄發回判決法律上理由判斷為基礎而審理更審判決。因此，稱如果由作成廢棄(撤銷)發回判決的法律審法官審理對更審判決的上訴事件，會有不公平審判云云，反而與上述「法律審自我拘束」原則相悖，實屬無稽。德國法無論民事訴訟、行政訴訟或刑事訴訟，均不認為作成廢棄發回判決的法律審法官於審理對更審判決的上訴事件時，應自行迴避¹⁰。這也是德國聯邦憲法法院之見解¹¹。

(三) 終審法院原本設計就是一庭，後來是因為案件多，才有多庭。如果作成發回判決法官必須迴避更審判決之上訴案件，否則違憲之說成立，則終審法院如果只有一庭，豈非違憲？我國的職務法庭及憲法法庭均僅有一庭，不都違憲嗎？憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決，將最高法院 111 年簡抗字第 123 號民事裁定廢棄，發回最高法院，如果最高法院之後重新作成裁定，再經人聲請裁判憲法審查，曾參與前裁定之大法官應迴避，否則會影響公平審判嗎？

三、「連身條款」並不違憲

(一) 最高行政法院訴訟事件編號計數分案報結要點第 8 點第 4 款：

「上訴、抗告事件經本院廢棄發回後，再行上訴、抗告至本院，由原裁判之法官承辦。」此規定俗稱「連身條款」。此「連身條款」是否違反法定法官原則而違憲？按法定法官原則是分案之事

年，頁 556(吳東都執筆)；德國法的見解，siehe Redecker/von Oertzen, VwGO-Kommentar, 17. Aufl., 2022, §144, Rn.11 f。

⁹ siehe Tiedtke, Selbstbindung der Revisionsgerichte, JZ, 1995, 276 f.

¹⁰ KK-StPO, Kommentar, 4. Aufl., 1999, §23, Rn.4(Pfeiffer); Stein/Jonas, ZPO, Band 2, 2004, §41, Rn.19(Reinhard Bonk); Eyermann, VwGO, 15. Aufl., 2015, §54, Rn.9(Hoppe)。

¹¹ BVerfG bei Sieg NJW 1984,1519, 引自 KK-StPO, Kommentar, 4. Aufl., 1999, §23, Rn.4(Pfeiffer)。

務分配規則要事先、抽象預定，分案照此事先抽象規則為之(另見司法院釋字第 665 號解釋)。上開「連身條款」是由法官會議決定，事先抽象預定之事務分配規則，並未違反法定法官原則。比較他國制度，德國終審法院雖然多庭，但他們專業分庭，各庭專審理涉及特定法律領域之上訴案件，也就是涉及特定法律領域的上訴案件，就專由特定庭審理。例如，德國聯邦最高法院(BGH)民事第十庭審查德國聯邦專利法院及各邦高等法院關於發明專利權、新型、植物新品種保護之裁判，民事第一庭則審查德國聯邦專利法院及各邦高等法院關於商標及新式樣之裁判¹²。德國聯邦憲法法院分二庭，各有各專審事件(見德國聯邦憲法法院法第 14 條)。這種涉及特定法律領域的上訴案件，就專由特定庭審理的事務分配，「形同連身條款」。德國聯邦最高法院 2022 年事務分配附則(Schlussbestimmungen zur Geschäftsverteilung)第 7 點：「前經本院法庭作成裁判之刑事案件再次繫屬本院者，縱令事務分配計畫經變更，仍由該法庭辦理，但別有特別管轄者，不在此限。本點規定對於經發回本院其他庭之案件，不適用之。」¹³此點本文規定亦是「連身條款」。德國之法定法官原則為其基本法第 101 條第 1 項第 2 句所規定，其容許上述「形同連身條款」或「連身條款」之事務分配規定存在，正足見「連身條款」並不違反法定法官原則而違憲。

¹² 參閱，吳東都，從美國專利訴訟制度論設立我國專刊法院(下)，台灣本土法學，67 期，頁 14、15。

¹³ Strafsachen, in denen ein Senat eine Entscheidung erlassen hat, und die nochmals an den Bundesgerichtshof gelangen, werden wieder von diesem Senat bearbeitet, selbst wenn der Geschäftsverteilungsplan inzwischen geändert worden ist, es sei denn, es greift eine Spezialzuständigkeit ein. Diese Regelung gilt nicht im Falle der Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Bundesgerichtshofs..

(二)司法實務上，有些裁判見解歧異，就是受理更審裁判的法律審持不同前廢棄(撤銷)發回判決理由的見解，再將案件發回，讓下級審無所適從。所以為貫徹「法律審自我拘束」原則，避免見解歧異，反而要推行「連身條款」。再者，實務運作結果，因有「連身條款」，較能避免法律審任意將案件發回事實審「以鄰為壑」，符合司法利益。上開最高行政法院訴訟事件編號計數分案報結要點第 8 點第 4 款「連身條款」規定，既合憲又合目的性。

(三)80 年版本之最高法院第二次發回更審以後民刑事上訴案件分案實施要點第 2 點：「更二以後之案件，依保密分案程序（在保密送案簿記載某股承辦）由原承辦股辦理。」此「連身條款」訂定之背景，乃為避免法律審就上訴案件之主要爭議不處理，任意、隨便挑一點小問題，就將事實審判決廢棄(撤銷)，一則很快就結案，辦案輕鬆，再者案件不在自己手上確定，不用負責任，使得案件久懸未定，甚至當事人纏訟數十年的道德危險。因為案件會連身，要廢棄(撤銷)發回時，就要仔細審理，不然更審判決方向錯誤，再上訴仍無法終局解決紛爭。同時案件如果都是同一人(庭)辦，案件如果日後久懸未定，纏訟數十年，要追究責任，也可以追究。否則每次發回判決的負責法官不同，能找出誰有責任嗎？尤其在刑事案件，重大刑案、經濟金融犯罪案件，因為刑事妥速審判法，如果案子拖久了，即使有罪，也減刑(刑事妥速審判法第 7 條)；被告得到二次事實審無罪判決，檢察官就不能上訴(同法第 8 條)。結果，檢察官的偵查，事實審法官的審判程序，變成一場空，檢察官及法官作白功；刑法喪失維持法秩序的功能；司法不受社會大眾信任。為司法之最大利益，更應推行「連身條款」。

四、行政訴訟於再審應自行迴避之法官，限於參與最近一次確定裁判之法官

(一)行政訴訟法第 19 條第 6 款以「法官曾參與該訴訟事件再審前之裁判」作法官應自行迴避之事由，同款但書明文規定「但其迴避以一次為限」，即參與最近一次確定裁判之法官，於再審時應自行迴避，避免司法實務在多次再審情形，無法官可為裁判¹⁴。最高行政法院即依此進行分案，並將「最近一次確定裁判」，解為包含下級審之確定裁判。

(二)懲戒法院係特別的行政法院，其職務法庭第二審僅一庭，法官法第 63 條之 1 明文規定，對職務法庭第二審確定判決提起再審之訴，參與第二審確定判決法官毋庸迴避。

五、司法院釋字第 178 號解釋文應予維持，部分解釋理由應予釐清

(一)法官迴避作為「法定法官原則」的內涵，不只是法官應自行迴避不迴避而參與裁判，違反法定法官原則；不應自行迴避而迴避參與裁判，亦有違法定法官原則。因此，法官應自行迴避之法定事由，屬例外規定，應依其文義作嚴格解釋¹⁵。

(二)刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定之法官曾參與「前審之裁判」之應自行迴避事由，係為防止法官在審級救濟程序審查自己裁判。司法院釋字第 178 號解釋文：「係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言」，並因第三審裁判審查第二審裁判有無違背法令，係同時間接審查第一審裁判，因此在解釋理由將「下級審裁判」擴及至「前前審」之第一審裁判，應屬正確。至於在

¹⁴ 我國刑事訴訟法及民事訴訟法均無再審迴避之規定。大法官在司法院釋字第 256 號作出於民事訴訟，參與最近一次確定裁判之法官，於再審時應自行迴避之解釋。

¹⁵ KK-StPO, Kommentar, 4. Aufl., 1999, §23, Rn.1(Pfeiffer); Eyermann, VwGO, 15. Aufl., 2015, §54, Rn.1(Hoppe).

非通常救濟程序之再審、非常上訴，刑事訴訟法並無規定曾參與確定裁判法官應於再審、非常上訴程序自行迴避，或可參照司法院釋字第 256 號解釋，補充解釋在再審、非常上訴程序，曾參與最近一次確定裁判之法官，應自行迴避，或由立法機關考量是否增訂規定¹⁶。

(三)刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定「前審之裁判」，文義並不及於「更審前之裁判」。上述德國學說及司法實務，均不認為其刑事訴訟法及民事訴訟法之「前審裁判」，及於「更審前裁判」，亦不認為法官曾參與訴訟事件之更審前之裁判，應自行迴避。司法院釋字第 178 號解釋理由：「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。」部分，並非正確，其又非解釋文所由生之理由，本無拘束力，反滋疑義，產生誤導，應予釐清。

¹⁶ 德國民事訴訟法及行政訴訟法之回復或無效訴訟(Restitutions-oder Nichtigkeitsklage)(相當於再審)，並未有如同其刑事訴訟法規定曾參與再審對象之確定裁定裁判的法官，不得參與再審裁判之規定。當終審法院只有一庭而有再審程序時，就會發生事實上無法迴避之困難。