

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 459 號

解釋日期：民國 87 年 06 月 26 日

資料來源：司法院公報 第 40 卷 8 期 23-28 頁

司法院大法官解釋（十）（99年5月版）第 254-262 頁

總統府公報 第 6232 號 6-11 頁

相關法條：中華民國憲法 第 16 條

徵兵規則 第 21、26、27 條

兵役法 第 34 條

解 釋 文： 兵役體位之判定，係徵兵機關就役男應否服兵役及應服何種兵役所為之決定而對外直接發生法律效果之單方行政行為，此種決定行為，對役男在憲法上之權益有重大影響，應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受判定之役男，如認其判定有違法或不當情事，自得依法提起訴願及行政訴訟。司法院院字第一八五〇號解釋，與上開意旨不符，應不再援用，以符憲法保障人民訴訟權之意旨。至於兵役法施行法第六十九條係規定免役、禁役、緩徵、緩召應先經主管機關之核定及複核，並未限制人民爭訟之權利，與憲法並無牴觸；其對複核結果不服者，仍得依法提起訴願及行政訴訟。

理 由 書： 憲法第十六條規定人民有訴願及訴訟之權利，旨在保障人民遭受公權力侵害時，可循國家依法所設之程序，提起訴願或行政訴訟，俾其權利獲得最終之救濟，並使作成行政處分之機關或其上級機關藉訴願制度，自行矯正其違法或不當處分，以維法規之正確適用及人民之合法權益。按行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，不因其用語、形式以及是否有後續行為或無記載得聲明不服之文字而有異。凡直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力者，如仍視其為非行政處分，自與憲法保障人民訴願及訴訟權利之意旨不符，業經本院釋字第四二三號解釋在案。經徵兵檢查之男子，應區分體位為甲、乙、丙、丁、戊五等，甲、乙等體位為適於服現役者，應服常備兵現役及補充兵現役，其超額者服甲種國民兵役，再超額者服乙種國民兵役，丙等體位服乙種國民兵役，丁等體位為不合格者免役，戊等為難以判定者，應補行體格檢查至能判定時為止，為兵役法第三十四條所明定。因此，兵役體位判定，係徵兵機關就役男應否服兵役及應服何種兵役所為之決定而對外直接發生法律效果之單方行政行為，此種判定役男為何種體位之決定行為，不問其所用名稱為何，對役男在憲法上之權益有重大影響，應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。從而，受判定之役男，如認其判定有違法或不當情事，自得依法提起訴願及行政訴訟。司法院院字第一八五〇號解釋認：「被徵服兵役之壯丁或其家屬，對於辦理徵兵事務之縣長，

以徵兵官之資格，所為關於緩役或免役之裁決有所不服者，在修正陸軍徵募事務暫行規則第三十三條至第三十五條既有申訴之特別規定，則其救濟方法，自應依該規定，向其直接上級徵兵官為之，不得提起普通訴願，與上開意旨不符，應不再援用，以符憲法保障人民訴訟權之意旨。至於兵役法施行法第六十九條係規定免役、禁役、緩徵、緩召應先經主管機關之核定及複核，並未限制人民爭訟之權利，與憲法並無牴觸；其對複核結果不服者，仍得依法提起訴願及；行政訴訟。

大法官會議主 席 施啓揚
大法官 劉鐵錚
吳 庚
王和雄
施文森
城仲模
陳計男
董翔飛
楊慧英
戴東雄
蘇俊雄

不同意見書：

大法官 陳計男

本號解釋意旨，本席基於左列理由，難以贊同。

- 一 本號聲請人聲請釋憲意旨係以對於中央體位審查小組，對其體位判定為「乙等體位」不服，提起行政爭訟。行政法院八十四年度裁字第六七六號裁定，以聲請人未依兵役法施行法第六十九條規定及本院院字第一八五〇號解釋意旨請求複核，認其逕行提起行政訴訟為不合法，而予駁回為其基礎。查兵役法施行法第六十九條之規定，係對於「免役、禁役、緩徵、緩召」之聲請所為之核定，不服其核定之救濟前置程序規定，與「體位之判定」情形不同。本院院字第一八五〇號解釋係對於兵役法施行法施行前，就軍政部頒陸軍徵募事務暫行規則第三十三條至第三十五條對於徵募處分救濟程序之規定所為之解釋，兵役法施行法公布施行徵兵規則訂定公布以後，該暫行規定已無適用餘地，則本院院字第一八五〇號解釋已無適用之對象，根本不能適用，而非不再適用問題。是上開行政法院之裁定，顯係因適用法律錯誤之結果，自應循再審程序解決，而非對於「體位之判定」原裁定適用法規有違憲之疑義，而得聲請釋憲。
- 二 體位之判定，係由縣（市）政府於每年六月組徵兵檢查委員會所設體設檢查組為之，其組成人員，亦有一定人員及資格之規定（為當地軍公醫院醫事人員、縣（市）衛生局、醫師公會醫事人員），至役種區劃及軍種兵科之鑑定，則另設役種區劃、軍種兵科鑑定組為之（參照徵兵規則第二十六條、第二十一條及同規則附件十一），且體格檢查時，係由各檢查醫師，將每一部位檢查結果，填入兵籍表內，蓋章後

，交由體格檢查組予以判定。若檢查尚有疑義時，得交回醫師複檢或說明，如仍有疑義，則由體格檢查組會商決定（參照同規則第二十七條）。可知體位之設定，係就役男之體格，依醫師之專門知識，判斷其合於法定如何體之具體行為，屬技術性之判斷，原應以行政權之判斷，為最後之判斷，除法律有特別規定，或其判定之程序違法，例如判定之醫師不具法定資格、組成不合法、或其判定顯然有濫用權力，得認其判定有無效原因，可於徵兵行政處分或申請免役被「不應免役」之核定處分（參照兵役法施行法第六十六條、第六十八條）之行政爭訟中，作為爭執審查對象外，基於分權之原理，不應作為司法審查之標的（註一）。矧「體位之判定」，僅係徵兵檢查程序中之一階段行為，尚須經役種區劃、軍種兵科鑑定等徵兵檢查行為，始能決定其應服之軍種及主要兵科。適服現役之役男，更須經抽籤，始能決定徵兵先後順序。其應受免役者，尚須請核定，始生免役效果（參照同規則第三十五條、兵役法施行法第六十六條、第六十八條），足見體位檢查組之「體位判定」尚不直接決定役男之服役、軍種及兵科。況徵兵檢查後體位變更或因檢查判定錯誤，尚有申請複檢之規定（同規則第七條），則體位檢查組單純之「體位收十」行為，是否為已發生法律效用並侵害役男權利之行政處分，而得據為獨立行政爭訟之標的，尚非無疑問。本院釋字第四二三號解釋固曾有無，並已非無疑，且對體位判定之徵兵先行行為，認係行政處分得據為行政爭訟之對象；又體位之判定，原係屬行政權之最後判斷，多數大法官之意見，不論其判定程序有無無效之情形，均認可作行政爭訟對象，本席均認為不無可議，爰提出不同意見書如上。

註一：參照田中二郎著『行政爭訟法法理』第三十二頁。戶松秀典（第一六九頁以下）著「裁判權限界」（載於雄川一郎等編『現代行政法大系』）

抄劉○五聲請書

受文者：司法院

主 旨：為行政院八十四年度裁字第六七六號裁定所適用兵役法施行法第六十九條及司法院院字第一八五〇號解釋有牴觸憲法疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請解釋憲法事。

說 明：一、聲請解釋憲法之事實經過及其目的

聲請人為民國六十三年次役男，於六十七年自高處跌下，右手肘脫臼，致手臂彎曲，民國七十六年至馬偕醫院開刀矯治，因已經過九年之久，臂骨已變形，乃在肱骨末端作U字形切骨術，將部分肱骨切除，手術後僅矯正彎曲度，未能使手臂功能改善，反使右臂器官性障礙，發育不全，經常痠疼，以市售擦勞滅外敷鎮痛，致與藥劑為伍，經榮民總醫院治療，認右肘內翻二十度，右肘無力，八十三年五月至三軍總醫

院複檢結果「右側肱骨上骨髁陳舊性骨折，癒合不良」。台北市政府兵役處竟不斟酌癒合不良，影響手臂功能，判定聲請人爲乙等體位。經依法訴願以求救濟，乃原決定機關竟曲解法意，依過時之司法院解釋、行政院及內政部命令爲據，以程序不合，決定訴願、再訴願駁回。再於法定期間內提起行政訴訟，行政法院仍依抗戰時期軍國主義思想之司法院院字第一八五〇號解釋，認爲人民服兵役之行政處分案件，不得訴願及提起行政訴訟，以程序不合裁定駁回而告確定。至此聲請人已無救濟之途，惟有聲請大法官解釋前開行政法院所適用之兵役法施行法第六十九條、司法院院字第一八五〇號解釋抵觸憲法第七條中華民國人民在法律上一律平等，第十六條人民有訴願訴訟權，以及第二十條人民依法享有免服兵役之優惠權，俾循一般行政救濟程序，求得實體上之救濟。

二、聲請解釋之理由

（一）體位判定爲行政處分

依司法院院字第二八一〇號解釋「依考試法舉行之考試，對於應考資格體格檢驗，或檢覈經決定不及格者，此項決定，自屬行政處分，其處分違法或不當者，依訴願法第一條之規定，應考人得提起訴願」，同一法理，體位判定之結果，決定聲請人應否服國民兵役或享免服兵役之優惠，自屬行政處分。

（二）人民依法享有之優惠亦爲憲法所保護之權利

司法院釋字第三六九號解釋「憲法第十九條規定人民有納稅之義務，係指人民有依法律所定要件，負繳納稅捐之義務或享減免繳納之優惠而言。」同一法理，同法第二十條規定「人民有依法律服兵役之義務」，亦係指人民有依法律所定要件，負服兵役之義務或享免服兵役之優惠。此項依法律所定要件享免服兵役之優惠，即爲人民依憲法所得保護之權利。體位判定之結果爲甲、乙等或爲丙、丁等所服兵役種類不同，依兵役法第三十四條規定，其爲丙、丁等者，使服甲、乙等體位之役種，即侵害依法律所定要件得享免服兵役之權利，如有不服，當然可以訴願程序救濟。

（三）體位判定非特別權力關係

或謂體位判定係特別權力義務關係，故不得訴願。惟查役男入營服役後，對其長官固爲特別權力關係，聲請人尚未入營服役之前，爲一般公民，無所謂特別權力義務關係可言。且縱令爲特別權力義務關係，公務員與公務機關間，學生與學校間之關係，同屬特別權力關係，據司法院釋字第二四三號、第三八二號解釋，均已認公務員、學生有訴願權，役男與役政機關間，自亦有訴願權。

(四) 訴願法對兵役行政處分並無除外規定

行政法院裁定駁回聲請人理由之一，無非以兵役法施行法第六十九條所定「免役、禁役、緩徵、緩召，經依前條規定核定，如有不服者，得於接到證明書或通知書後三十日內，申請鄉鎮公所呈報縣（市）政府，依照前條所定之核定機關，分別報請省政府或層報軍管區司令部複核之」，其意在兵役行政處分，只需依兵役行政機關救濟之後，即屬確定，不得再依行政訴訟之程序救濟。惟查訴願法及行政訴訟法，人民對行政處分不服者，均得依訴願及行政訴訟程序請求救濟，並無除外規定。人民訴願及訴訟權，既為憲法第十六條所明定，自不容任意剝奪，原裁定竟予適用，顯然與憲法牴觸。

(五) 院字第一八五〇號解釋為戰時產物

行政法院駁回聲請人理由之二，無非以司法院院字第一八五〇號解釋為據，「被徵服兵役之壯丁或其家屬，對於辦理徵兵事務之縣長，以徵兵官之資格，所為關於緩役或免役之裁決有不服者，在修正陸軍徵募事務暫行規則第三十三條至第三十五條，既有申訴之特別規定，則其救濟方法，自應依該規定，向其直接上級徵兵官為之，不得提起普通訴願」。惟查該號解釋為民國二十八年對日抗戰最艱困期間，就當時兵役行政處分不服之方法，相當於兵役法施行法第六十九條之規定，考其解釋之理由「既有申訴之特別規定……不得提起普通訴願」云云，乃戰亂時期威權主義時代之產物，狃於特別權力義務關係不得訴願之成見，早已不適於民主時代，此可由最近司法院釋字第三六九號、第二四三號、第三八二號等各解釋已趨向民主開明，得其明證。原裁定猶抱殘守缺，以顯與憲法第十六條牴觸之兵役法施行法第六十九條、院字第一八五〇號解釋為裁定之基礎，自屬違憲

(六) 憲法所保障人民的訴願權，不得以法律任意剝奪

關於人民之權利，我國憲法採憲法保障主義，除分別條列於第七條至第十八條外，並有第二十二條為概括性之規定，人民有訴願權顯非妨礙他人自由，亦非為維持社會秩序或增進公共利益所必需，自亦不得依第二十三條為藉口限制人民之訴願權，前述法條及解釋違憲，殊不待智者而辨矣。為暢通人民申訴管道，維護憲法尊嚴，確保人民之訴願權利，健全兵役制度，樹立政府威信。謹恭請鈞院為違憲之審查。

聲 請 人：劉○五

證據：一、台北市役男複檢處理判定體位結果通知書

二、台北市政府訴願決定書

三、內政部訴願決定書

四、行政訴訟起訴書

五、行政法院裁定書

附件 五：行 政 法 院 裁 定

八十四年度裁字第六七六號

原 告 劉 ○ 五

被 告 台北市政府兵役處

右當事人間因有關國防事務事件，原告不服內政部中華民國八十四年一月二十一日台（95）內訴字第八三〇五一五九號再訴願決定，提起行政訴訟，本院裁定如左：

主 文

原告之訴駁回。

理 由

按「免役、禁役、緩徵、緩召，經依前條規定核定，如有不服者，得於接到證明書或通知書後三十日內，申請鄉鎮公所呈報縣（市）政府，依照前條所定之核定機關，分別報請省政府或層報軍管區司令部複核之，在申請複核期間，不得停止徵集召集之執行。」兵役法施行法第六十九條定有明文。又「被徵服兵役之壯丁或其家屬，對於辦理徵兵事務之縣長，以徵兵官之資格，所為關於緩役或免役之裁決有不服者，在修正陸軍徵募事務暫行規則第三十三條至第三十五條，既有申訴之特別規定，則其救濟方法，自應依該規定，向其直接上級徵兵官為之，不得提起普通訴願」，司法院復有院字第一八五〇號解釋。本件原告於民國八十三年五月檢附榮民總醫院兵役專用診斷證明書以「右手肘骨折經手術校正」同一病名申請複檢，復經三軍總醫院八十三年五月二十五日診斷為：「右側肱骨上髁陳舊性骨折併癒合不良，右側肘關節屈曲一一〇度，伸張負三十度」，依據「役男體位區分標準表」第一三五項判定乙等體位，並經中央體位審查小組八十三年六月二十七日核定在案。被告乃以八十三年七月七日（八三）北市兵二字第一二七〇九號役男複檢處理判定體位結果通知書通知，原告不服，起訴主張被告判定其體位為乙等，致其應服現役，損害其權益等語。經查原告以其不符合乙等體位，即係應否徵集服役之問題，自應依首開法條規定及解釋意旨請求複核，方屬正辦，原告乃逕對之提起一再訴願，不無誤會，一再訴願決定遞以程序駁回，均無不合，原告復對之提起行政訴訟，顯非法之所許，仍應駁回。

據上論結，本件原告之訴為不合法，爰依行政訴訟法第十四條第一項裁定如主文。

中華民國八十四年五月二十六日

（本聲請書其餘附件略）

參考法條：兵役法施行法 第 69 條 (65.06.21)

中華民國憲法 第 16 條 (36.01.01)

兵役法 第 34 條 (63.07.12)

徵兵規則 第 21、26、27 條 (85.06.26)