

釋字第 459 號解釋不同意見書

陳計男大法官 提出

本號解釋意旨，本席基於下列理由，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格檢查組為之，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位之具體行為，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，尚須申請核定，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「體位判定」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對行政處分之先行階段行為，亦得提起行政爭訟之意見，但為本席所不敢苟同（參照該號解釋本席部分不同意見書）。此一立場，本席仍未改變，並予敘明。

綜上理由，本解釋案據以聲請之行政法院裁定係裁判適用法規錯誤，而非對爭議之「體位判定」行為為裁判，是否已符釋憲要件，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。

註一：参照田中二郎著『行政争訟法の法理』第三十二頁。戸松秀典著「裁判権の限界」（載於雄川一郎等編『現代行政法大系4』第一六九頁以下）