

與談大綱

行政法院審判與裁判憲法審查

與談人：

高雄高等行政法院審判長吳永宋

壹、前言

貳、歷年大法官解釋涉及個案憲法審查之案例

參、近年德國聯邦憲法法院判決聲請人勝訴之裁判憲法審查之相關案例

肆、未來行政法院裁判可能成為憲法審查標的之案例

伍、結論

與談稿

與談人 高雄高等行政法院審判長 吳永宋

壹、 前言

許大院長、賴前大院長、蔡副院長、主持人張大法官、在座的報告人李所長、最高行政法院吳院長、現場的各位大法官、各位貴賓，以及辛苦的書記處同仁大家早安。

憲法訴訟法即將施行，新制的實施意義重大，象徵著大法官們從法規範憲法審查的雲端殿堂下凡來，走進個案裁判憲法審查的人間廚房，正所謂「琴棋書畫詩酒花，當年件件不離她，如今七事都變更，柴米油鹽醬醋茶。」記得民國 102 年時個人奉派到書記處服務，配合司法院推動大審法修正，那時草案除了不採裁判憲法審查（俗稱憲法訴願）外，內容大致跟即將施行的新法一樣，即大法官會議法庭化、解釋裁判化，當時有一位大法官笑著跟我說：吳處長，草案不要急，慢慢推，最好等我卸任，你也回任再通過。雖是玩笑話，卻也表示明年開始施行的新法勢必大量增加大法官及書記處同仁的工作負荷，更何況又增加了重中之重的裁判憲法審查，因此在此先說一句，各位大法官大家辛苦了！今天這個

題目設定為「行政法院審判與裁判憲法審查」，範圍甚廣，有利於從不同的角度看問題，拜讀李所長的大作，誠如其文章中所說，是以大法官的視角為論述主軸，分別就程序與實體兩大部分而為詳細之闡述，對大法官未來的裁判憲法審查工作一定有相當大的助益。相對的，今天個人以行政法院法官的視角，就個人經驗及在工作、學習的些許心得，提出個人淺見，野人獻曝，希望綠葉襯紅花，稍能達到相輔相成的與談目的。

貳、 為什麼要有裁判憲法審查的制度，關於這點，憲法訴訟法第 59 條立法說明提到：「現行條文第 5 條第 1 項第 2 款既有之確定終局裁判適用之法規範審查制度下，大法官只進行抽象法規範審查，不具體裁判憲法爭議，**僅能抽象闡述法律的內涵為何、是不是符合憲法的意旨，而不能將這些闡述直接應用在個案中的具體事實。**亦即，現行大法官職司的憲法審查並無法處理各法院**裁判在解釋法律及適用法律時，誤認或忽略了基本權利重要意義，或是違反了通常情況下所理解的憲法價值**等等司法權行使有違憲疑慮的情形。」就是說因為依現行大法官審理案件法的規定，大法官無法作個案審查，無法

處理各法院裁判違憲的情形。這個說法在理論上雖是應然，但是在以往釋憲實務上卻非完全實然，眾所週知的重婚釋憲案釋字 242 號解釋認為民法第九百八十五條：「有配偶者，不得重婚」；第九百九十二條規定：「結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。」之規定，乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無牴觸。惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所牴觸。」這種論知法條並無違憲，卻又認為某種具體適用的結果違憲的情形，引進門的表面上是法規範審查，然而實際上作出來的卻是裁判憲法審查，許大院長稱此釋字 242 號解釋（鄧元貞案）是「迄今唯一的裁判憲法審查案例」，但是這種學者所說的「假規範審查之名，行裁判權之實」的情形，應非僅見，除了報告第 6 頁提到的釋字第 399 號申請改名解

釋案、742（都市計畫定期通盤檢討變更之定性）、784

（各級學校學生行政爭訟權之解釋），報告人認為是

「屬於一種特殊的裁判憲法審查制度」外，個人認為尚有如下解釋可能均涉及裁判憲法審查：

- 一、 **釋字 641 號關於菸酒稅法裁罰案**：「菸酒稅法第二十一條規定：『本法施行前專賣之米酒，應依原專賣價格出售。超過原專賣價格出售者，應處每瓶新臺幣二千元之罰鍰。』其有關處罰方式之規定，使超過原專賣價格出售該法施行前專賣之米酒者，一律處每瓶新臺幣二千元之罰鍰，固已考量販售數量而異其處罰程度，惟採取劃一之處罰方式，於個案之處罰顯然過苛時，法律未設適當之調整機制，對人民受憲法第十五條保障之財產權所為限制，顯不符妥當性而與憲法第二十三條之比例原則尚有未符，有關機關應儘速予以修正，並至遲於本解釋公布之日起屆滿一年時停止適用。系爭規定修正前，依該規定裁罰及審判而有造成個案顯然過苛處罰之虞者，應依菸酒稅法第二十一條規定之立法目的與個案實質正義之要求，斟酌出售價格、販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度，及個案其他相關情狀等，依

本解釋意旨另為符合比例原則之適當處置，併予指明。」以「個案過苛」為由，認為「有關處罰方式之規定，使超過原專賣價格出售該法施行前專賣之米酒者，一律處每瓶新臺幣 2 千元之罰鍰，固已考量販售數量而異其處罰程度，惟採取劃一之處罰方式，於個案之處罰顯然過苛時，法律未設適當之調整機制，對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符妥當性而與憲法第 23 條之比例原則尚有未符」，雖看似規範審查，實亦不無個案裁判憲法審查之意味，解釋文最後一段並指示「系爭規定修正前，依該規定裁罰及審判而有造成個案顯然過苛處罰之虞者，應依菸酒稅法第 21 條規定之立法目的與個案實質正義之要求，斟酌出售價格、販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度，及個案其他相關情狀等，依本解釋意旨另為符合比例原則之適當處置，併予指明。」（但個案承辦法官實際操作上要如何適當處置恐有困難）。

二、 釋字 777 號關於肇逃案之解釋：「…就『肇事』部分，可能語意所及之範圍，包括『因駕駛人之故意或過失』或『非因駕駛人之故意或過失』（因不可抗力、被

害人或第三人之故意或過失)所致之事故，除因駕駛人之故意或過失所致之事故為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形是否構成『肇事』，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則，此違反部分，應自本解釋公布之日起失其效力。」表面上雖以該刑法第 185 條之 4 規定違反法律明確性原則作規範審查，實質上係在作裁判憲法審查，指導刑事裁判者應就肇事一詞，依是否因駕駛人之故意過失所致而為不同之解釋。

三、 釋字 668 號：「民法繼承編施行法第八條規定：『繼承開始在民法繼承編施行前，被繼承人無直系血親卑親屬，依當時之法律亦無其他繼承人者，自施行之日起，依民法繼承編之規定定其繼承人。』其所定「依當時之法律亦無其他繼承人者」，應包含依當時之法律不能產生選定繼承人之情形，故繼承開始於民法繼承編施行前，依當時之法規或習慣得選定繼承人者，不以在民法繼承編施行前選定為限。」明顯係就法規應如何解釋而為，並以統一解釋之名為之，然其是否合乎統一解釋之精神已有議論，再解釋文後段「惟民法繼承編施行於臺

灣已逾 64 年，為避免民法繼承編施行前開始之繼承關係久懸不決，有礙民法繼承法秩序之安定，凡繼承開始於民法繼承編施行前，而至本解釋公布之日止，尚未合法選定繼承人者，自本解釋公布之日起，應適用現行繼承法制，辦理繼承事宜。」觀之，該解釋實際上僅救濟該個案，稱其為裁判憲法審查似不為過。（按：本解釋作成後，行政法院體系迄今約因此個案新增 60 件以上案件。）

四、 釋字 736 號：「本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟。教師法第三十三條規定：『教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。』僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。」看似法規範審查認為教師法 33 條並未違憲，但是理由書：「教師因學校具體措施（諸如曠職登記、扣

薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等)認其權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，始符合有權利即有救濟之憲法原則。至受理此類事件之法院，對於學校本於專業及對事實真象之熟知所為之判斷，應予以適度之尊重，自屬當然。」則具有裁判審查的色彩。

假如「大法官早在進行裁判憲法審查」的設題可以成立的話，我們是否可以說，憲法訴訟法裁判憲法審查制度的建立，確實有其必要，足以彌補舊制「大法官無法光明正大進行個案裁判憲法審查」的缺憾。

參、 裁判憲法審查制度係源自德國的裁判憲法訴願，研究這個問題的學者們，不管德國或國內學者，都試著從德國憲法法院的相關判決中找出其操作標準，諸如：

- 一、 「舒曼公式」：終審法院所採法律見解，如果想像其被制定成為法規範（可類比成我國過去的判例與最高法院決議），而該法規範將違憲時，則該法律見解本身即屬違憲。（瑕疵：未能涵蓋事實涵攝法律階段及裁判程序之違憲）
- 二、 「赫克公式」：法院裁判違反「特別憲法規範」，

憲法法院始能介入。(類型：1 法院根本未認識到個案涉及基本權利 2 對利益衝突未衡量或衡量有原則性錯誤 3 雖根據憲法解釋法律，但解釋有明顯錯誤 4 於法律有漏洞時，未能作合憲補充。

三、 機動公式 (越 . . . 則越 . . .)：大致上認為判決結果對基本權影響越嚴重，說理論證要求越高，憲法法院越有介入空間。

大院長認為這三個公式並非互斥而係互補。

個人倒是認為第一個舒曼公式只是把裁判的法律見解擬制為法規範，有公式等於沒公式，第三個公式類似層級式法律保留所謂的重要性理論，過於抽象，並非實際操作具體的指引。倒是第二個公式赫克公式比較適合操作。

俗話說，他山之石可以為錯，可以攻玉，以下簡介近年德國聯邦憲法法院判決聲請人 (原告) 勝訴之裁判憲法審查之相關案例，雖然說題目是行政法院審判與裁判憲法審查，但是因為德國聯邦憲法法院關於憲法訴願的裁判，重點均在於人民的基本權被侵害，有其憲法共通性的參考價值，因此以下不分

法院類型來舉例：

- 一、法官應迴避未迴避：這是德國聯邦憲法法院今年 7 月 1 日宣判的案件，是關於阿富汗難民申請政治庇護被聯邦移民難民署否准而提起的行政訴訟，原告以承辦法官在另案關於難民偏頗的裁判理由主張法官對難民有偏見，不適任，聲請法官迴避，被行政法院合議庭駁回確定（該承辦法官嗣以獨任判決該難民申請政治庇護案件部分勝訴部分敗訴確定），憲法法院認為行政法院合議庭之裁判違反基本法 101 條第 1 項第 2 句人民有受法定法官審判之權利（不得禁止任何人受其法定法官之審理）。因為該法官於另案（移除競選海報案）之裁判理由明顯呼應極右派政黨國家民主黨 NPD 敵視難民之言論。NPD 於競選海報上有「停止入侵，移民殺人，抵抗吧」之字眼，反對難民進入德國。被行政機關以涉及煽動而命令移除競選海報，NPD 提起行政訴訟，由該法官審理，認為該移除命令程序上違法外，並在判決理由提到該競選海報標語內容不具煽動性，反而有某種程度的真實性。因為移民潮在德國已導致人民死亡，長期會造成自由民主基本秩序的瓦解。（這

種將移民類比為殺人者，會讓人想起 1995 年「軍人是謀殺者」刑事侮辱罪有罪判決確定案，該案憲法法院認為其涉及服兵役和反戰和平主義之矛盾衝突，關係到公眾重要議題，應作有利於言論自由的推定）憲法法院認為，聲請人聲請法官迴避，並非針對法官的法律意見或該 NPD 競選海報是否構成煽動人民有不同意見，而是針對該法官於該另案判決書中就移民所發表的言論。行政法院合議庭駁回迴避之聲請，認為以該法官在該移除競選海報案的見解，並不構成可資懷疑的偏袒。但憲法法院認為該法官於另案判決中的理由清楚表示其認為移民是邪惡的力量，將摧毀社會的未來。這已構成聲請人可以懷疑其公正性，違反基本法 101 條 1 項 2 句「不得禁止任何人受其法定法官之審理」之規定，而應該迴避。這也不因為該法官判決該移民部分勝訴而有不同。

二、法官法定原則（分案）：這是另一關於基本法 101 條第 1 項第 2 句「不得禁止任何人受其法定法官之審理」之案件，德國聯邦憲法法院 2016 年 12 月判決，原因案件係起訴逃漏稅之刑事案件，發生於德國北部羅斯托

克 ROSTOCK 地方法院，依據當時該院之分案規則，該案起訴後分由第 8 重罪法庭審理，於 2014. 11. 12，該庭審判長展延被告提出答辯狀的期間至 2014. 12. 01，審判長同時向該院的管理會（法官會議？）報告該庭的案件負荷過重，管理會於 2014. 11. 19 確認該庭案件負荷過重，並決定自同年 11 月 25 日起增設一刑事庭，專責審理第 8 重罪法庭自同年 8 月 1 日起受理之現有案件當中，於同年 11 月 24 日前尚未開啟審判程序者。系爭案件於 2015. 1. 27 前並未開啟審判程序，因此分由該新設庭審理，被告一開庭即爭執法院組織不合法。未果，經判決有罪，須入監，上訴經駁回確定。提起憲法訴願主張判決違反基本法 101 條第 1 項第 2 句。聯邦憲法法院判決認為法官法定旨在確保審判獨立及人民對司法公正客觀的信賴。根據法官法定原則，分案須儘可能特定、明確，雖然收案後為了確保有效率的審判而不得不重新分案並非完全不許，但該地方法院管理會決定之分案方法，將案件分由何庭審判，繫於該原受理之第 8 重罪庭法官何時開啟審判程序，顯有被操弄之可能而影響人民受法定法官審理之

基本權，與基本法 101 條第 1 項規定不符。

三、係基本法第 1 條人之尊嚴不可侵犯及第 2 條人身自由

（不確定法律概念、判斷餘地、公公益衡量）之案

件。這是德國聯邦憲法法院 2019 年 9 月的判決，原因

案件是某長刑期受刑人申請 1 日內短暫戒護出外以因

應未來出監時更快適應社會生活，遭監所以「防止潛

逃」及「濫用制度」為由否准，提起訴訟後敗訴確

定，聯邦憲法法院認為自由刑，尤其長期自由刑之目

的在於教化及將來重新融入社會生活，監所基於防止

潛逃或避免制度被濫用的理由否准受刑人短暫戒護外

出固非法所不許，但其理由必須有具體的事實證據來

支持，對於防止潛逃或避免制度被濫用之不確定法律

概念，法院不應給予監所過大的判斷餘地。本案法院

在審查監所之否准決定時並未充分考量受刑人重新融

入社會之權利的重要性（違反基本法第 1 條、第 2

條）。（這也是公公益的衡量，可參考上引赫克公式 2

對利益衝突未衡量或衡量有明顯錯誤）

四、相衝突利益之衡量。德國聯邦憲法法院 2016 年 5 月判

決巴登符騰堡高等行政法院裁判違憲。原因案件係原

告教會申請將在教堂地下貯藏室改變用途設置教士墓室被否准，提起訴訟後敗訴確定。憲法法院認為行政法院未能適當衡量相衝突的利益，即信仰自由（基本法第4條第1句信仰與宗教表達自由與第2條自由權）與鄰地所有權人之居住自由（基本法12條1項）及財產權（14條1項1句）。違反原告受基本法4條1項與2條保護之信仰自由，並認為巴登符騰堡高等行政法院判決，在適用德國建築法例外與豁免規定及解釋其不確定法律概念時，並未均衡考慮信仰自由及宗教表達之自由，過度考量鄰人的利益，即未作到「務實的和諧」praktische Konkordanz。（報告人稱為實踐上諧和關係）

五、土耳其引渡案。德國聯邦憲法法院2019年12月4日判決，涉及基本法1條1項人之尊嚴保護之規定，原因案件是土耳其要求引渡在德國之原告，原告已主張並舉證引渡後會遭政治迫害，邦高等法院仍然允許引渡確定，聯邦憲法法院認為法院允許引渡未充分檢視原告被引渡後可能遭受之政治迫害，違反原告基於基本法19條4項（任何人之權利受官署侵害時，得提起

訴訟。)受有效權利保護之權利。(依我國引渡法 21 條規定，法院制作的是決定書，尚須報經總統核定，這是否係裁判？是否可能受憲法審查？)

六、德國聯邦憲法法院 2019 年 1 月 23 日判決，涉及基本法第 2 條第 2 項人身自由不可侵犯與國家有效執行刑罰的利益衝突，原因案件係某一人犯長期在押的刑事案件，違反速審原則，遲延未結案（加上審判長生病又換審判長），刑事被告律師認為長期羈押違反人身自由，聲請停止羈押被駁回確定，聯邦憲法法院認為羈押期間越久，人身自由保障越重要，甚至大於被告將來可能受的重刑的執行的公益（這類似上述操作模式三機動模式，越…越…），判決刑事法院駁回聲請停止羈押的裁判違反基本法第 2 條第 2 項人身自由不可侵犯之規定。

七、德國聯邦憲法法院 2020 年 1 月 30 日判決，涉及基本法 3 條 3 項 2 句禁止對身心障礙者歧視之規定。這是關於醫師的執行業務權及一般自由權及身心障礙者不受歧視權之間的衡量。原告為需導盲犬協助之視障者，經常受一位物理治療師的治療，治療師的診所須

經由一不鏽鋼柵的樓梯上去，後來原告的導盲犬因為爪子曾卡在鋼柵而不敢再走該樓梯，另外不經由該樓梯的通道則須經由隔壁一家骨科診所，原告已多次經由該診所而相安無事，但後來該診所醫師基於衛生理由禁止原告帶狗進入，原告起訴請求地方法院判令該診所容忍其帶導盲犬進入及經由該診所，敗訴確定。

（民事）法院認為診所並未拒絕原告進入，而係基於客觀的衛生的理由禁止帶狗進入並非歧視，但聯邦憲法法院認為這已違反基本法 3 條 3 項 2 句的禁止歧視身心障礙者之規定。因為診所也容許輪椅進入，病患也穿著在外面穿的衣服、鞋子進來（嚴格講也不衛生），而且原告身為視障者帶導盲犬進入與其他帶狗進入情形不同，其他病患也可以理解而不會認為不衛生，重要的是，如果不帶導盲犬進入，將迫使原告不得不接受旁人的協助，強迫其受他人碰觸身體及接受他人施恩，違反讓身心障礙者獨立融入社會生活之目的。原告不受歧視之利益大於診所醫生的執業權及一般自由權之利益。（這也可參考著名的「呂特事件」判決理由所說：1 基本權利主要是人民對抗國家的防衛

權；但在基本法的各個基本權利規定裡也體現一種客觀的價值秩序，被視為是憲法上的基本決定，有效地適用於各法律領域。2 基本權利間接透過私法上的規定在民事法擴展其法律內涵，民事法官如果沒認清基本權利對民事法的影響，可能會因其判決而侵害基本權。本院確信，地方法院在判斷憲法訴願人的行為時，已誤解了基本權利與他人的私人利益衝突時，所具有的特殊意義，關於這點，表意自由的基本權利也不例外。地方法院的判決，所根據的已偏離了基本權利的各項標準，且因此侵害了憲法訴願人源自基本法第五條第一項第一句的基本權利。所以該項判決應予廢棄。）

八、德國聯邦憲法法院 2021 年 3 月 31 日判決，涉及基本法 6 條 1 項婚姻與家庭應受國家之特別保護。係有關身心障礙者監護人之指定（已成年女兒精神分裂，原告即母親原被指定為有關身心照顧的監護人，有權決定女兒之居住處所，將其女兒安置於就近之精神醫療院所），後來主管機關違反女兒意願，依據專家意見，解除母親之監護權並將之移置於離母親居所 120 公里

處之醫療院所，民事法院維持主管機關之決定。聯邦憲法法院認為家庭成員間的親密關係及互相照顧的意願應受重視，法院之裁判未充分考慮保護家庭的憲法要求及女兒之意願，而僅單方考慮醫療上的需求，未考慮家庭成員互相依賴、凝聚的關係，違反原告受基本法 6 條 1 項保護之基本權。

肆、呼應報告第 13 頁所提「行政法院裁判何以違憲？」依前述憲法訴訟法第 59 條立法說明，係指「裁判在解釋法律及適用法律時，誤認或忽略了基本權利重要意義，或是違反了通常情況下所理解的憲法價值等等」，以下謹就行政法院裁判可能成為日後憲法審查對象之情形列舉如下：

一、關於外籍配偶申請入境遭否准，其本國籍配偶是否為法律上利益關係人而得為課予義務訴訟之適格原告，最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會決議：「外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶主張此事實，不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形，其提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴。」及最高行判決認為台灣配偶（依

保護規範理論) 僅具事實上利害關係，而非法律上利害關係人，不得因其外籍配偶入境遭否准而提起行政訴訟。(最高行 98 判 798，96 判 838，95 判 1411，109 判 120：不得據以認為本國配偶有為其外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權。因此，外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶縱主張此事實，依上說明，其並不因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形，則其提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴。) 關於這種「保護規範理論」之操作如果錯誤而侵害人民受憲法保障之訴訟權，亦有裁判違憲疑慮。在美國聯邦最高法院 2015 年 Kerry v. Din 一案，具公民身分之妻子 Din，因其海外配偶申請入境遭拒而興訟，第 9 巡迴法院亦肯認其具原告適格

(standing)。W9 Din v. Kerry United States Court of Appeals, Ninth Circuit : Accordingly, we also conclude that Din has standing to challenge 8 U.S.C. § 1182(b)(3) as it has been applied to her. w0 雖然上訴至聯邦最高法院判決妻子敗訴，但理由偏向於反恐之需要。案情：已取得美

國公民身分之妻子 fauzia din ，她的丈夫是阿富公務員，她以近親的身分為其丈夫申請優先移民的身分獲准，但其丈夫向美國駐阿富汗領事館申請入境美國簽證被否准（並有通知妻子），理由是丈夫曾參與恐怖活動，但未提詳細說明，妻子乃向聯邦地方法院起訴，主要爭點係該否准處分是否違反正當法律程序及原告是否有原告適格 standing，地方法院駁回，上訴第 9 巡迴法院，巡迴法院撤銷原判決，認為妻子有因婚姻關係而來的法律上利益，有權對領事館否准丈夫簽證乙事提起訴訟，並進一步認為美國政府否准丈夫簽證之申請，卻未說明詳細理由，違反正當法律程序，已侵犯妻子的權益。雖然最後案件上訴到最高法院，廢棄巡迴法院判決，改判妻子敗訴，但是就妻子是否有原告適格這問題，保守派大法官 Scalia 領銜的判決書（首席羅柏滋，湯瑪斯加入）認為政府拒絕丈夫的簽證並未侵害妻子法律上的利益（即認為原告無權起訴）；但大法官 Kennedy, Alito 雖然同意妻子敗訴之結論，但認為不須要去論斷妻子有無受保護的法益，因為她既已收到通知，政府就無違反 due process 。自

由派大法官 Breyer 不同意見 (Ginsburg, 及大法官 Sotomayor, Kagan 加入) 支持巡迴法院的判決, 認為如果丈夫無法取得簽證, 原告夫妻一生將被迫分隔兩地生活, 已影響原告基於婚姻關係而來的法律上利益, 而政府拒絕簽證的通知未詳述理由, 已違反美國憲法修正案第 5 條的 due process of law。雖然最後原告 4:5 敗訴, 但如果單就原告是否有提起訴訟的法律上利益而言, 應該是 4:3, Kennedy 和 Alito 算中立。

二、行政訴訟常有一些先行程序, 法律並未規定係強制前置, (此應解讀為係賦予人民多一道尋求救濟的權利而非強制其必須踐行先行程序的義務), 若未經先行程序逕行訴願及起訴, 法院有認為起訴不合法者。此程序上之見解是否侵害人民訴訟權, 例如對土地重測公告不服, 最高行認須先經複丈, 否則起訴不合法。最高行政法院 107 年度裁字第 1499 號裁定意旨: 土地所有權人對於土地重測之結果, 如未依上開規定, 於公告期間內提出異議聲請複丈, 重測結果即告確定, 主管地政機關得據以逕為辦理土地標示變更登記, 自不許

土地所有權人復對之提起訴願及行政訴訟。是以，聲請複丈之程序，乃對於重測結果公告不服提起訴願之先行程序，如未獲救濟，始得循序提起訴願及撤銷訴訟。又關於土地徵收補償，最高行政法院 98 年 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議：「土地權利關係人對於徵收補償價額不服時，依土地徵收條例第 22 條第 1 項、第 2 項規定，必須於公告期間內提出異議，並經復議程序，始得提起行政救濟，該異議、復議程序自屬土地權利關係人對於徵收補償價額不服時，提起行政救濟前之必要先行程序。惟為符合憲法保障人民訴願與行政訴訟權利之意旨，儘量避免使多層次先行程序構成人民行使其救濟權利之程序障礙，故土地權利關係人對徵收補償價額不服而已依法提起訴願者，應視為依法提出異議，由受理異議機關查處之。」可見如果將這些先行程序一律視為強制規定，對人民受憲法保障之訴訟權也可能造成侵害。

三、法院疏未行使闡明或闡明錯誤，例如法院行使闡明權時，關於行政訴訟之訴訟類型為錯誤之闡明致影響當事人之訴訟權。

四、至於報告 20 頁最後一段提到，行政法院對行政訴訟爭議事件所涉行政行為的法律定性，諸如系爭事件是否為公法事件，或者行政行為是否具行政處分之性質等問題，應屬行政法層次的爭議，而非得由大法官審究的憲法課題。關於這點個人以為關於行政行為是否為行政處分之定性，涉及當事人提起救濟的方式或是否有訴願前置之規定及起訴有無逾期等問題，如果行政法院所採見解影響到人民憲法上的訴訟權，是否均非得由憲法法庭審查，似不無商榷的餘地。

五、關於 106 年 5 月 10 日公布施行的公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例第 5 條第 1 項規定，曾以社團年資併計退休或退職者，應依規定重行核計退離給與，有溢領者，並由核發機關自本條例施行後 1 年內，以書面處分要求領受人或其經採認的社團返還。至於該 1 年之性質究為特別規定之公法上請求權時效？或訓示規定？該條例並無明定，最高行政法院為尋求各庭間一致之見解，因此提案至該院大法庭裁判。最高行政法院大法庭 110 年度大字第 1 號裁定認係訓示規定。此涉及人民財產權，亦可能成為未

來裁判憲法審查之標的。

六、當事人不服高等行政法院判決提起上訴，確實已有具體指摘原判決如何如何違背法令，而最高行卻逕以「未具體指摘」而裁定駁回（大法官會議對於釋憲聲請也不乏有這種情形而不受理之），形同剝奪人民受最高行政法院審判的審級利益，影響人民受憲法保障之訴訟權，此時，該最高行政法院之裁定是否有可能成為裁判憲法審查之標的？報告人報告第4頁倒數第4行：裁判憲法審查之程序標的，係針對含有法院見解之確定終局裁判，因此最高行政法院若以上訴「無所涉及之法律見解具有原則性之情事」為由，為不予許可上訴之裁定而告確定者，得由憲法法庭審查之裁判，為原審之實體裁判，而非最高法院駁回上訴之裁定。在這種情形，縱然原審之實體裁判並無違憲，而係最高行之裁定有問題，是否與報告人之結論不同？

七、疫情期間，根據司法院防疫指引或依據行政訴訟法130-1第1項規定（當事人、代理人…所在處所或所在地法院與行政法院間，有聲音及影像相互傳送之科技設備而得直接審理者，「行政法院認為適當時」，得依

聲請或依職權以該設備審理之。)不採實體開庭而採延伸、視訊等方式開庭，假如當事人堅持要開實體庭被拒絕，憤而拒絕遠距開庭，法院行一造辯論而判決，如果當事人以違反直接審理，侵害其訴訟權為由提起憲法訴訟，或相反地，法院要開實體庭，而當事人以防疫為由主張開遠距，法院拒絕。此類有關法院裁量涉及直接審理之憲法訴訟均不無可能。

八、行政訴訟法第 107 條第 3 項：「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。」「在法律上顯無理由」一詞，屬不確定法律概念，依前大法官陳新民在釋字 664 號部分協同部分不同意見書所載：「本院解釋並未排斥使用不確定法律概念的必要性，所有的法律也都永遠會運用到不確定法律概念。這種不確定法律概念往往形成對法官授權，俾使其能運用最好的法律專業，來使立法目的之達成。」如果法院確定裁判對是否「法律上顯無理由」有錯誤的詮釋，侵害人民的參與言詞辯論的到庭聽審權即憲法上的訴訟權，也有可能成為憲法審查之標的。

九、其他如行政訴訟上，被告機關常有所謂「不可閱卷」，假如當事人的因此遭法院限制其閱卷權亦可能侵害其受憲法保障的訴訟權；另外假如行政法院審判長對於當事人於期日偕同輔佐人到場依行申請不予許可（政訴訟法第 55 條），或審判長對於行政訴訟法第 49 條第 2 項非律師而為訴訟代理人之委任不予許可，均有侵害到當事人受憲法保障訴訟權之可能。

伍、代結論：憲法訴訟法施行在即，台灣俗諺提到「未想贏先想輸」，意思並不是未打先降，而是說未打以前就要想會遇到何種困難。凡事如有「未贏先想輸」的準備，一方面不會過度樂觀，另一方面也能事先就可能發生的負面結果有所避免。司法院當局，對於裁判憲法審查的制度原先係採否定的態度，學者專家也有許多不同意見，包括翁老師、曾有田大法官、楊子慧、吳信華兩位憲法學者，綜合上開反對意見，不外是憲法法庭成為第 4 審而破壞是審判權與解釋權的分野（對此黃昭元大法官曾表示大法官應該會有所節制）、濫訴造成憲法法院案件的負苛，憲法法院淪為選案法院，不受理無合理的標準，低勝訴率反造成人民「希

望越高失望越大」等等。提出這些負面意見，並非在給新制澆冷水，忠言逆耳，我們衷心希望以大法官的睿智，一定能避免或減輕這些疑慮，使這個立意良善的法制能真正發揮作用，這也是國人一致的期盼。以上提出個人不成熟的意見，班門弄斧，感謝聆聽，祝大家平安順利，謝謝。