

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○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」。臺北市政府兵役處竟不斟酌癒合不良，影響手臂功能，判定聲請人為乙等體位。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為據，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，行政院仍依抗戰時期軍國主義思想之司法院院字第一八五○號解釋，認為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○號解釋牴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) 體位判定為行政處分

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為憲法所保護之權利

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，即為人民依憲法所得保護之權利。體位判定之結果為甲、乙等或為丙、丁等所服兵役種類不同，依兵役法第三十四條規定，其為丙、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，對其長官固為特別權力關係，聲請人尚未入營服役之前，為一般公民，無所謂特別權力義務關

係可言。且縱令為特別權力義務關係，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，早已不適用於民主時代，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抵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、臺北市役男複檢處理判定體位結果通知書
二、臺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 臺北市政府兵役處

上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臺（84）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)