

釋字第 805 號解釋不同意見書 黃虹霞大法官提出

美麗的錯誤？柔軟的心！

本件解釋一舉肯認犯罪被害人程序參與權（其具體內容則由立法形成），並且有高度共識，非常難得；而且關於被害人的保護包括程序參與權，是本席在這兩、三年大法官案件處理過程中，一再所爭取而未獲多數意見認同的，這種由拒絕到肯定，真的是令人驚豔的意外進展！本席願意先給大法官們按個讚，謝謝大家在基於人權保障，高度關注刑事被告人身自由權外，也關心被害人保護！但是本席為什麼出具不同意見書呢？因為過猶不及，本席認為在肯認被害人程序參與權並其具體內容應由立法形成之前提下，少年事件處理法規定，仍無違憲之問題（不應逕以未明文規定應使被害人到庭陳述意見，即認為少事法違憲），而且遽然宣告違憲，不合釋憲極小主義原則，本件解釋實益亦有疑，另有招致誤解甚至實務困難可能。另因少年保護事件程序不同於刑事訴訟程序，由少年保護事件入手處理被害人保護也有不宜。爰提出本意見書，略述理由如下：

一、美麗的錯誤？

（一）本席注意到人民長久以來，即有刑事犯罪被害人也需要法律保護的聲音，而且法律、大法官解釋只保護壞人的誤解存在多時，這種狀況應該藉機會儘早澄清。因此，本席在本院釋字第 762 號解釋當時，即曾建議在賦予刑事被告閱卷權之同時，也併籲請立法機關賦予刑事犯罪被害人閱卷權，以兼顧保護刑事犯罪被害人。但該建議未獲採納，本席乃於意見書中，表達立法者應立法保護刑事犯罪被害人之旨。¹據知，刑事訴訟法主管機關即本院刑事廳原已注意到被

¹ 本席在本院釋字第 762 號意見書相關內容如下：「司法為民，本院不是只關心被告之人權而已。本席認為一切立法於考量被告人權保障同時，也應兼顧保護被

害人保護，且將本席之呼籲納入考量，並於稍後即完成修法，於刑事訴訟法第 7 編之 3 增訂被害人訴訟參與制度(自第 455 條之 38 至第 455 條之 47，並於 109 年 1 月公布施行，其中第 455 條之 42 即係被害人閱卷權之規定)，大幅保障刑事犯罪被害人權利。大法官未及時把握機會，於本院釋字第 762 號解釋作成時，推被害人保護制度一把，包括保護被害人之卷證資訊獲取權(閱卷權，這才是更基本、更低度之被害人程序參與權)，略有差池，但相關機關稍後已及時完成立法，其結果仍是美麗的！

(二) 大法官解釋之所以比較多與被告權益相關，是因為由被告聲請或為保護被告權益而聲請的案件數較多等因素，由被害人民聲請者則相對較少。因為較少碰到被害人聲請案，所以本席以為應把握機會積極作成解釋以展現大法官同等保護被害人民的心。準此，在本院會台字第 12747 號聲請案中，本席即主張應受理並認確定終局裁判所適用之行政程序法第 128 條規定，不許以行政處分作成後始存在之新證據，由法院強制行政機關應重行開啓行政程序之規定違憲，以保護被害人民。惜又不為多數意見所接受，本席乃出具不同意見書，並蒙黃瑞明、詹森林及謝銘洋三位大法官支持加入。²該意見書被任職立法委員辦公室之江律師注意到，立即推動修改行政程序法第 128 條規定。是人同此心嗎？提案即獲立法院各黨團一致同意通過，在數月內即完成修法。³

害人之權益。被害人、告訴人之資訊獲知權亦應受同等保護，始符公平。因此，相關機關於立法、修法時，允宜併為考慮允許被害人、告訴人閱卷或交付其卷證複本之必要性及可行性，以保障其權利，本席並贊同有適當之告訴人權益保護立法。於此同時，也不免想到如古金水先生(被告纏訟十餘年，個人及家庭受害甚深，但因未受羈押，而未得任何補償)之案例，不公平之事例仍然存在，仍待大家一起努力改進」、「又在本件解釋公布之前一日(107 年 3 月 8 日)，適有聯合報第 6 版以『心有疑 沒資訊 局外人的感覺 被害家屬最難受』為題，根據被害人之母出席犯罪被害人保護協會 20 周年大會之心聲所作的報導。本席對被害人被當局外人的委屈感同身受，心有戚戚焉，對大法官未能經由解釋直接支持，深感遺憾及愧疚。但本席堅定支持被害人應有必要之卷證資訊獲知權，此亦為憲法第 16 條訴訟權保障範圍，因為該條所稱之人民包括告訴人及自訴人，亦即被害人」。

² 為方便查閱，以該意見書為本意見書之附件，請見附件。

³ 意見書提出日期為 109 年 3 月 20 日，行政程序法第 128 條於 110 年 1 月 20 日修正公布，增加第 128 條第 3 項：「第 1 項之新證據，指處分作成前已存在或成

是再一次老天有眼嗎？最近獲知行政主管部門又一次罕見地認錯，勇於更正，⁴依行政程序法第 117 條規定重開行政程序，撤銷原來「因病撫恤」之舊處分，變更為「因公撫恤」。雖然這挽不回蘇先生一條才 20 出頭年輕的生命，但相關機關已盡力補救，盡到所能的作為，並至少還蘇父、母（被害人民）部分公道。總算不負法律人之天職！在此一聲請解釋案，如果大法官能受理並作成違憲解釋，蘇爸爸媽媽當然得憑解釋獲得應有之救濟；但因其聲請解釋案未被受理，所以事後立法院之修法不能當然生行政程序強制再開之法律效果，⁵事後修法對蘇爸爸媽媽個案實質補償效益原不大，幸虧行政主管部門勇於改過，依職權重開行政程序並作成新處分，才能真正實現公平正義，這可以算是立法、行政甚至司法合作的好的結果。⁶

又雖然本於立法為民、行政為民及司法為民，這是我們公職人員、民意代表大家都應該作的，但本感恩的心，擬藉此謝謝立法院、國防部相關人士，還有國防部高等軍事法院、臺灣高等法院刑事庭參與軍事審判官、法官，本席謹以人民立場謝謝你們！此外，本席認為多數意見未藉由蘇爸爸之聲請釋憲案，把握並展現保護被害人民的機會，是個錯誤決定，但最後被害人民因立法、行政補救而得到公道，其結果依舊美麗！

二、本件不贊同違憲結論之理由

立而未及調查斟酌，及處分作成後始存在或成立之證據。」

⁴ 這是本席第二次經驗。第一次是江國慶案，經監察院調查認係冤案，江母為江國慶聲請再審後，軍事檢察官也幾乎同步為江國慶利益聲請再審，軍事法院並先後作成江國慶無罪及予江母刑事補償之判決。

⁵ 這是大法官解釋特有的聲請個案保護效力。

⁶ 若非國防部高等軍事法院姜智欽、李中和、王品元等 9 位軍事審判官，三度以 99 年度上訴字第 58 號、100 年度上更（一）字第 2 號及 100 年度上更（二）字第 1 號判決，將原第一審軍事法院認定蘇先生軍中長官無凌虐蘇先生致死罪行之判決先撤銷，並改判蘇先生之長官凌虐致死罪，再經臺灣高等法院許仕楓、蔡守訓及許必奇法官，以 101 年軍上字第 8 號刑事判決駁回該長官之上訴，使之有罪確定，則蘇先生沈冤難雪，也不會有上述後續之修法、補救等，國防部高等軍事法院及臺灣高等法院刑事庭裁判這部分善盡職責之作為，不應該被忽略。另其實司法為民，法院是人權保障的最後一道防線，在很多很多不為人民所共知的案件中，法官們默默承擔保障人權責任。江國慶再審案及本件相關軍事審判官亦同。

(一) 違憲解釋效力強大，原即應兢兢業業，謹慎行事，而且因為錯不得，所以必須在最小範圍內處理，以避免思慮不周，是即為釋憲應遵守極小原則之理由。又在權力分立原則及法安定性要求下，違憲宣告係最後不得已手段，在相同可達到保障人權目的的多種解釋可能中，如有合憲性解釋空間的，不應該選擇違憲解釋；如果合憲檢討可行，也不應該宣告法律違憲；尤有甚者，應該謹守權力分立分際，避免侵害立法權，包括可以以法律授權訂定之行政規則規定的，沒有堅持必應以法律形式規定之理。

(二) 本件解釋已在理由書解釋原則段（即第 2 段）之末特予指明「少年保護事件之程序與刑事訴訟程序性質上有別」、「被害人於不牴觸少年保護事件立法目的之範圍內」始「應享有一定之到場陳述意見之權利」；在解釋文及理由書第 5 段均載明「依……少事法保障少年健全自我成長之立法目的，妥適修正少事法」；暨理由書第 2 段之首及中段分別稱「犯罪被害人……其依法享有訴訟上一定權地位或權利時……應享有一定之程序參與權」⁷及「正當法律程序之具體內容」、「應由立法者依各類程序之目的與屬性等因素，制定相關法律，始得實現」等等，是已然明確澄清：1、少年保護程序規定與刑事訴訟法所定程序規定間，不是特別法與普通法之關係，從而少事法第 1 條之 1 所謂「本法未規定者，適用其他法律」等語中，所稱應適用之其他法律，就少年保護事件言，應不包括刑事訴訟法尤其第 271 條及第 455 條之 38 以下規定。⁸2、被害人之程序參與權含其下之到庭陳述意見權，不是絕對權利，被害人之程序參與權屬立法形成範圍，其內容由立法者決定，即立法者先制定相關法律後，被害人才依據該法律規定，取得法律所賦予之權利與地位，所以是先有賦予被害人權利與地位之法律，被害人才有法律所已定之權利，不是被害人之特定權利如系爭到庭陳述意見權先於

⁷ 此句之「時」，係刻意加上，用以表明由立法決定被害人在訴訟上所擁有之權利與地位之內容，屬立法形成範圍。

⁸ 除了解釋文義本身已經很明白外，若少年保護事件程序應適用刑事訴訟法第 271 條規定，則因刑事訴訟法第 271 條規定係針對犯罪被害人之陳述意見而設，本件解釋又何可能再以所謂整體觀察，少事法未明文規範被害人得到庭陳述意見為由，為本件違憲宣告？

法律而已存在。3、被害人之到庭陳述意見權是以無礙少事法保障少年健全自我成長（少事法尤其少年保護事件程序之核心事項）為前提，立法時，應注意在有礙少年健全自我成長之情形，被害人無到庭陳述意見權，該是否有礙少年健全自我成長之事實，暨若予傳喚到庭者，其陳述意見方式等，均由少年法院法官裁斷之（理由書第 5 段末參照）。均合先敘明。

（三）又本件解釋文之首固援引少事法第 36 條審理期日之規定，但由其下稱「及其他少年保護事件之相關條文，整體觀察……於少年保護事件處理程序中得到庭陳述意見」，由稱以整體觀察並以「處理程序中」取代於「審理期日」到庭陳述意見（理由書亦同），可知：所稱到庭陳述意見之時點，不限於審理期日，全案法院處理過程中任何時點均符合本件解釋要求。亦先敘明。

（四）查：既然本件解釋理由書先肯認被害人之程序參與權之內容屬立法形成範圍，則立法者是否賦予被害人特定權利係屬立法者之裁量範疇，根本不生因未賦予特定權利（如系爭到庭陳述意見之機會）故違憲之問題。本件解釋理由前後矛盾，且令立法者限期且如解為僅得以法律形式之規定賦予被害人到庭陳述意見權，自均有違反權力分立原則及侵害立法權之嫌。

（五）本件解釋理由書第 4 段既已兩度肯認「少事法於立法之初，即明文保障少年行為之被害人享有一定之程序地位與權利」、「少事法自始賦予少年行為之被害人於少年保護事件處理程序上，享有獨立之程序地位與權利」，並詳細列舉少事法所已明定之被害人法定權利規定，則立法者顯然非未盡保護被害人責任，又何能遽指少事法違憲？

（六）由理由書第 2 段文字可知：本件解釋之論述邏輯是先由正當法律程序原則⁹推導出被害人之一定程序參與權；其次，再由犯罪被害人之一定程序參與權下含犯罪被害人之

⁹ 解釋文只提及正當法律程序，未提及訴訟權，若本段只針對刑事訴訟程序未含少年事件程序，則訴訟權應可為犯罪被害人程序參與權之憲法依據，但少年事件程序則未必。

到庭陳述意見權，且認該到庭陳述意見權乃犯罪被害人程序參與權之基本內涵，應受憲法保障（理由書第4段末亦同，稱係最低保障）。末四行則逕稱「少年保護事件之程序與刑事訴訟程序性質上固然有別，然其被害人於不牴觸少年保護事件立法目的之範圍內，仍應享有一定之到場陳述意見之權利」等語。

但對於 1、所稱犯罪被害人之到庭陳述意見權為何是犯罪被害人程序參與權之基本內涵或最低保障（其理由），且真的是這樣還是應該算是太高標準？¹⁰而且為何應高於同為犯罪被害人程序參與權下之其他權利（比如告訴權甚至自訴權、請求上訴、抗告權甚至上訴、抗告權或閱卷權）受憲法保障之程度（其理由）？2、少年保護事件程序既然與刑事訴訟程序性質不同（比如少年保護事件沒有對立兩造、對審制度、非常上訴，程序、相關處分、裁判書均不公開，重新審理規定也與刑事再審規定明顯有別），而且少年保護事件程序所處理之少年行為包括不涉犯罪之非行，程序目的非為犯罪之處罰（應報），則刑事訴訟程序犯罪被害人之程序參與權甚或到庭陳述意見權，為何可當然且適合移用於少年保護事件程序呢（其理由）？本件解釋理由書概無隻字片言論述，又是大法官說了算，還是大法官沒有義務、也不必交待？本席以為如果多數意見敢於面對少數質疑，再仔細思量，則本件解釋結論可能迥然有別，而且不到需動用宣告法律違憲大刀（殺雞用牛刀）之程度。¹¹

¹⁰ 以告訴權、請求告訴權（在少事法稱為「報告」），甚至閱卷權等與到庭陳述意見機會相較：到庭陳述意見機會之重要性明顯次於其他權利；又陳述意見之形式本不以到庭之形式，法律未規定應使犯罪被害人有到庭陳述意見機會，無礙其以書面陳述意見！有必要採取這麼高標準並因此宣告為法律之少事法違憲嗎？

¹¹ 本席主張合憲檢討，理由約略如下：因涉及少年偏差或非行行為之少年保護事件，可能有因少年之行為而身心受創之被害人，且可能同屬少事法所定義之少年，是同受憲法保障之被害人之基本權，於少年保護事件相關處理程序規定中，亦應兼顧之，始符正當法律程序之要求，至於其具體內容則應由立法者依各該程序法規定之立法目的與屬性等因素，制定相關法律始得實現（本院釋字第 663 號及第 681 號解釋參照）。經查：就被害人於少年保護事件所享有之程序地位與權利而言，因少事法已明文規定：任何人包括被害人得向少年法院報告、應由調查官調查等（少事法第 17 條及第 19 條規定參照）；少年法院所為裁定，應以正本送達於被害人（少事法第 48 條規定參照）；被害人或其法定代理人並得就少年法院論

此外，本院主管廳已陳明：正修改少年保護事件審理細則，明文有條件賦予被害人到庭陳述意見權中，此應已足保護被害人，真的有必要堅持必須以法律規定，不得以審理細則規定嗎？本席任大法官以來，從不曾有大法官如此嚴峻處理案件之經驗，不明所以，更無法理解為何已經少數意見反覆提醒，還如此嚴苛對待少年保護事件（是處理尚待國家善盡其親權，使之受教育學習之 18 歲以下少年之非行行為或非重大犯罪行為，不是處理無可救藥之徒之罪大惡極行為）。大法官不是應該持平處理案件嗎？無奈（真希望自己與觀音菩薩一樣有一千隻手）！唉……！

另查：少年事件處理法固未「明文」規定，在少年保護事件全案處理過程中，被害人應有到庭陳述意見之機會，但不是未給予甚或排除被害人陳述意見之機會。以無礙少年健全自我成長為前提，比如少事法第 17 條：向少年法院報告，其內容本可含且通常含被害人之意見陳述；第 19 條：少年調查官調查時，通常也會聽取被害人之意見，並載入調查報告中；第 24 條：以被害人為證人時，被害人通常也有陳述意見機會；第 29 條：進行修復式協商時，更必然包括被害人意見陳述等等。再以本件原因案件為例，曾經少年方及被害人方行調解程序，依本席任臺灣高等法院調解人時實際參與調解之經驗，雙方均必然已有深度意見陳述。類此情形，能認為

知不付審理、不付保護處分或諭知保護處分等裁定提起抗告（同法第 62 條規定參照），亦得依法就少年法院諭知不付保護處分之裁定聲請重新審理（同法第 64 條之 2 規定參照）；此外，被害人對於少年法院作成不付審理、諭知保護處分或不付保護處分之裁定前，命進行之修復程序或令少年向被害人道歉，立悔過書等行為，亦享有同意權（少事法第 29 條第 3 項、第 41 條第 2 項及第 42 條第 4 項規定參照），此等均屬重要之程序參與權利相關規定，且寓有、未排除被害人陳述意見之機會。即立法者已賦予少年保護事件被害人依法享有一定程序參與地位及權利，是尚難即謂少事法規定就被害人之保護顯有不足而違憲。惟相關立法尚乏許被害人及其法定代理人得陳述意見之明文，縱使係基於少年保護事件程序之不公關性，尤其少年保護事件程序係以保障少年健全之自我成長之主要目的，但因上述少事法立法目的與予被害人陳述意見機會之間雖非全無衝突可能，亦不必然有衝突，從而本更加保護被害人之目的，於無礙少事法保障少年健全自我成長立法目的之前提下，立法至少相關行政規則如審理細則，宜明文規定被害人及其法定代理人，於少年保護事件全案處理過程中，應有陳述意見之機會；除有礙少事法立法目的外，少年法院並應盡可能依被害人或其法定代理人之要求，准其於審理期日在場並陳述意見，以更兼顧被害人之保護，並更合於正當法律程序之要求。

少事法未常態性予被害人陳述意見機會，保護不足，應該被宣告違憲嗎？這沒有過猶不及嗎？

（七）又理由書第 2 段文字，因為已在其末載明被害人到庭陳述意見權，係以不抵觸少年保護事件立法目的（即無礙少年健全自我成長）為前提，故係在有明確條件下賦予被害人到庭陳述意見權，讓諸少年法院法官裁量，實務執行上較無大困難，但是本件解釋開花（未緊守釋憲極小原則，限於少年保護事件程序），解釋原則擴及於刑事訴訟程序，且稱：惟立法者就犯罪被害人所定相關規範，「無正當理由」而未賦予其到庭陳述意見之機會者，即不符憲法正當法律程序之要求，而有違憲法保障被害人程序參與權之意旨等語。即係以有無正當理由作為判斷法律是否違憲之標準，¹²以此標準檢視刑事訴訟法第 271 條第 2 項規定，在因犯罪被害人人數眾多，傳喚犯罪被害人到庭陳述意見有困難之情形，法官可否不傳喚？其關鍵應在於在此種情形，是否符合正當理由標準。是依本件解釋意旨，除刑事訴訟實務可能滋生重大困難外，甚至刑事訴訟法第 271 條第 2 項規定是否合憲，亦恐生疑義。

此外，因為屬憲法保護位階，如應傳被害人到庭陳述意見而未傳，還只是程序上瑕疵嗎？可以憑以上訴第三審或非常上訴嗎？第三審可以無礙判決結果，駁回上訴嗎？亦均非無疑，多數意見大法官作成解釋時仔細考量了嗎？還是忽視少數意見之提醒？

（八）就少年保護事件言，本件解釋通案實質效益已不大，因為如前所述，雖然少事法無明文，但全案處理過程中，鮮有於無礙少年健全自我成長，而未予被害人陳述意見甚或到庭陳述意見機會之情形，本件解釋不過課立法者在少事法中加一條規定而已。¹³對聲請個案尤無實益，徒然使聲請人困惑並可能再指摘司法而已，因為 1、本件原因案件全案處理

¹² 此標準用在少年保護事件程序較無問題，因為少事法立法目的之維護，應認為係正當理由。

¹³ 比如規定：法院在少年事件全案處理過程中應傳喚被害人及其法定代理人到庭陳述意見，但有礙少年健全自我成長（有礙少事法立法目的）者，不在此限。

過程中，曾經調解而因雙方意見差異大，致和解不成，故應已予聲請人深度到庭陳述意見之機會；2、少年保護事件無非常上訴制度，只有第 64 條之 1 及之 2 之重新審理，本件原因案件不符重新審理要件。

（九）理由書第 4、5 段係建立在被害人到庭陳述意見有助於少年健全自我成長等觀點上（該段第 3 至 7 行參照）。唉！到現在還認為「天下無不是的父母」嗎？當面指摘、教訓青春期的少年，有助少年健全自我成長（少年保護事件之少年不是已成年者，更未必涉及犯罪，仍待國家教育之，以利學習，並成為建設國家的力量，因此，不應將其與成年犯罪者同視）？如果要表達鼓勵的話或數落少年惡行，一定要到庭，否則無從表達，而且適當嗎？本件解釋賦予犯罪被害人程序參與權部分固屬美麗，但認少事法未明文規定賦予被害人到庭陳述意見權部分違憲，本席以為是錯誤之決定。

三、柔軟的心

真的是活到老學到老，人生是無止盡學習的旅程！

本席本保護被害人之旨，主張本件有受理價值。但本席除了在大學階段，曾經因當時臺大法律系王澤鑑主任之鼓勵而擔任臺灣臺北地方法院少年法庭之志願學生，短期幫忙馬振華主任觀護人輔導非行少年外，執行律師業務 30 多年期間，沒有處理過少年事件，只有在法院大樓梯間，與被法警押著剃個光頭上了手銬的少年，擦身而過時，心中隱隱……，對少事法規定沒有什麼概念。在主張受理本件聲請時，只是以成年人之觀點，從非難犯罪行為，同情犯罪被害人之角度思考而已。這種思維態度在案件受理時，從盡量保護被害人民之觀點應該沒有大錯。但是受理後作成解釋過程，則不得再不對與解釋相關之事項有深入研究學習了解。為此，本席乃報名參加本院主管少家廳主辦之相關問題研討會，聽取李茂生教授、謝煜偉教授、許恆達教授等之演講；看了李教授等之大作及其他少家廳提供之意見及資料含兒童權利公約、指引、謝如媛教授相關專案報告等等，並呂太郎大法官及其助理排除萬難才找出來的少事法立法原始資料後，本席學習領悟到：少年不是應該被認為已適合承擔完全責任之成年

者，少年是仍待國家以親權者地位施以教育，期使其成為參與國家建設一份子之未成年人；少事法尤其少年保護事件之少年未必已有犯罪行為，立法目的也不在對少年科刑處罰，少年保護事件程序與刑事訴訟程序本質不同，未規定事項不能適用刑事訴訟法規定；且保護少年健全自我成長，是少事法核心價值等等。本席在此感謝以上相關人員，謝謝指導，學習多多！

此外，以上人員還讓我感受到他們都有一顆柔軟的心，這在研究、處理少家事件者必不可缺，如果每一個法官都有，司法一定會更好，深自期許不可或忘！大學時代就認識李茂生同學，知道李教授是一些學生的偶像，最近看了他寫的「一隻叫小黑的狗」的催淚故事，我終於明白為什麼。很佩服他為少事法的付出。

小黑這條狗讓我想到年輕時曾短期參與輔導的少年。她住在大龍峒，我是在不富裕農家長大，但至少不是如她住在空間巷弄狹小、一大片鐵皮違章建築中，當時年輕，竟然因而畏懼卻步，不敢踏進去作家庭訪問！相對地，她的處境呢？我應該為當年的膽怯，疏於關懷，對她說聲對不起。想想還有多少少年仍面臨困境，需要大家以柔軟的心、溫暖的手幫他們一下、拉他們一把！又如果少年做了錯事，不論在法院或其他地方，請在數落指摘他們的惡行時，多一點理解國家社會也有責任，體諒他們還未長大成熟，口氣請緩和一些些。

附件

會台字第 12747 號蘇滿堂聲請案不受理決議不同意見書

黃虹霞大法官提出
黃瑞明大法官
詹森林大法官
謝銘洋大法官加入

— 為人民發聲是大法官本份 —

壹、本件聲請人之子在服義務役期間，因軍中長官之犯罪行為，被凌虐致死。¹這件原因案件是洪仲丘案前一章，是不該發生

¹ 聲請人蘇滿堂之子蘇詠盛原為義務役陸軍上等兵，於 99 年 4 月 27 日被發現自營區高處墜落死亡。經軍事法院檢察署等調查結果，認其因受單位郭姓長官不當管教（該郭姓長官遭國防部北部地方軍事法院檢察署 99 年 5 月 7 日 99 年偵字第 087 號起訴書以其涉有陸海空軍刑法第 44 條第 1 項「長官凌虐部屬」罪之前段規定起訴），故而自行跳樓自殺死亡，故由國防部以 99 年 8 月 31 日國後留撫字第 0990005743 號令（下稱系爭令）核定蘇詠盛為軍人撫卹條例第 8 條第 3 項之自殺致死亡，而以因病死亡撫卹，該行政處分未經提起行政救濟而確定。該郭姓長官遭起訴後，案嗣經國防部高等軍事法院 100 年度上更二字第 1 號判決，臺灣高等法院 101 年度軍上字第 8 號刑事判決確定。前開國防部高等軍事法院判決及臺灣高等法院刑事判決，認蘇詠盛因遭受郭姓長官不當管教行為之刺激，因而罹患急性壓力疾患之短暫精神疾病，致其無法控制自己的行為，墜樓而亡，改依陸海空軍刑法第 44 條第 1 項中段規定，判該郭姓長官凌虐部屬致人於死，處有期徒刑 7 年 2 月。

聲請人於獲悉上開軍事法院確定判決後 3 個月內，因認其子蘇詠盛之死亡符合軍人撫卹條例第 7 條第 1 項第 4 款（在營區內猝發疾病因而死亡者為因公死亡）之規定，乃於 101 年 12 月持前開國防部高等軍事法院判決書及臺灣高等法院刑事判決書所為蘇詠盛遭其長官凌虐致死之認定為新證據，依行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款及第 3 款向國防部申請重新核定蘇詠盛為軍人撫卹條例第 7 條第 1 項第 4 款所稱之因公死亡（因公死亡與因病死亡的撫卹內涵不同），經國防部 102 年 1 月 14 日國人勤務字第 1020000693 號函維持原來所為係因病死亡之認定，及行政院訴願審議委員會以 102 年 5 月 3 日行政院決定書，認訴願無理由駁回。聲請人不服，提起行政訴訟。

臺北高等行政法院 102 年度訴字第 995 號判決，認聲請人之起訴為有理由，國防部應作成重新核定蘇詠盛為因公死亡撫卹之行政處分等；案經國防部提起上訴，最高行政法院則以 103 年度判字第 319 號判決，稱：「依照本院一貫之見解，咸認行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款所謂之發現新證據，係指於作成行政處分業已存在，但為申請人所不知，致未經斟酌之證據而言，並不包括作成行政處分後始發現之證據，有改制前本院 69 年判字第 736 號判例可稽」等為由，否定上開聲請人所持之軍事法院確定判決書符合行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款所稱新證據要件，認聲請人不得聲請再開程序，故廢

之人間悲劇，是釋憲聲請史上少有的案例，更是少數犯罪被害人相關釋憲聲請案，怎不特別值得大法官關注？！

然則非常非常遺憾，本件未能獲得過半數大法官之支持受理，是如黎巴嫩哲學家季伯倫所言：「學說如窗戶上的玻璃，它讓你看到真理，也阻絕真理」，因固持著新證據只能是裁判或行政處分作成當時已存在者，即使因之反於公平正義，亦必須如此理解嗎？還是不了知金剛經所述：「若菩薩心住於法而行布施，如人入闇，即無所見。若菩薩心不住法而行布施，如人有目，日光明照，見種種色。」之意旨，在訴訟再審實務常久既有見解下，甚至恐懼該實務現狀可能被改變之罣礙下，以致難以分辨行政程序法與訴訟法之本質差異，而不敢或不願以作出解釋之方式實現公平正義呢？……不論是基於什麼理由主張本件聲請應不受理，本席均難以贊同，因為本件應有受理價值，其理由簡述如下：

一、本件聲請人係犯罪相關被害人，此類聲請案原即為少數。本件案例事實確值憐惜，且非顯屬無據，如予受理作成解釋，有利正面彰顯「司法為民包含犯罪相關被害人」之旨，可以有效反制、導正法院、法律只保護壞人之錯誤說法或印象。

二、本件確定終局判決（最高行政法院 104 年度判字第 252 號判決）係以行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款規定（下稱系爭規定）之新證據限於行政處分作成時已存在者，而釋憲聲請人所持新證據（認定其子遭長官凌虐致死之臺灣高等法院確定終局裁判則是行政處分作成後才存在）不符此要件，故非系爭規定所指新證據，因而駁回釋憲聲請人請求再開行政程序之原因訴訟。

三、本件聲請人主張本件確定終局判決實質援用系爭函及系爭函違反法律保留原則，非顯然無據

（一）何謂實質援用？

依本院釋字第 399 號解釋理由書第 1 段：「……主管機關依

棄原判決並發回原審；經臺北高等行政法院根據上開發回意旨，本於上開軍事法院確定判決書具證據性質為前提，認該等判決書係於系爭令作成當時尚未存在，並引改制最高行政法院 69 年判字第 736 號判例為據，以行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款規定所稱「發現新證據」僅指行政處分作成時已存在而未經斟酌之新證據為由，爰以 103 年度訴更一字第 73 號判決駁回聲請人之訴；聲請人不服上訴後，未經最高行政法院 104 年度判字第 252 號判決基於同一與上開判例意旨相同之一貫見解，以上訴無理由駁回聲請人之起訴確定。是本件聲請應以該最高行政法院判決為確定終局判決。

其職掌就有關法規所為釋示，固可供法官於審判案件時參考，但不受其拘束。惟如經法院引用為裁判之基礎者……得為違憲審查之對象。本案行政法院 83 年度判字第 948 號判決理由中雖未明確指出具體適用何項法令，但由其所持法律見解，可判斷該項判決係以內政部 65 年 4 月 19 日臺內戶字第 682266 號函釋為判決基礎。」另參照本院釋字第 582 號、第 622 號解釋，確定終局裁判所引法令或所載理由，就相關要件及法律效果而言，該裁判所持見解與該法令尚無二致者，應認為其已實質援用該法令。

關於本件爭點（系爭規定所稱新證據之意涵），系爭函用語稱：「故前開第 1 項第 2 款規定（按：指行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款）所稱『發現新證據』，係指原處分作成時已存在，但於原程序（包括救濟程序）內未使用之證據。」與確定終局判決稱：「又原判決固引用改制前行政法院 69 年判字第 736 號判例作為解釋行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款規定『發現新證據』之依據。惟所謂『發現新證據』，係指處分時業已存在，而為當時所不知或未援用之證據，為實務上一貫之見解，原判決縱贅引該判例，仍不影響其解釋適用上開規定之結果。」²同；系爭函經反覆引用，³故應符實質援用之旨。至於行政法院之相同見解是否發始自系爭函，應非所問，其關鍵應在二者關於本件爭點之見解是否相同。

（二）聲請人主張系爭函違反法律保留原則非顯然無據：

如下述，認系爭規定所稱新證據不包括處分後始存在之新證據，確有可議，而且逸脫立法原意。

查所謂違反法律保留原則，包括立法者並無限縮系爭規定之新證據僅限行政處分作成當時已存在者，而行政函釋逸脫立法原意，以命令限縮之，致立法者背了立法欠當之黑鍋，本席認為本件即其適例（行政訴訟法及民事訴訟法再審之新證據規定是否有類似情形，似亦值省思），故聲請人主張非無據。

（三）另類似情形，在刑事訴訟再審新證據規定，即經多組立法委員提案後，立法院認刑事訴訟法原第 420 條關於新證據之意涵之判例、決議（認不含判決確定後始存在之新證據）違反法律保

² 最高行政法院 104 年度判字第 252 號判決，行 303 至 308（行碼請參照司法院法學檢索資料系統）。

³ 例如行政院院臺訴字第 1000099847 號、第 1040126262 號訴願決定書均曾引用系爭函。

留原則及憲法保障訴訟權之意旨，⁴值得參考。

(四)此外，針對行政命令違反法律保留情形，甚或司法實務見解有違憲疑義(含判例、決議、一貫見解)，如果司法未能救濟之，則其改正唯賴有如前述關於刑事訴訟法第 420 條 104 年修法之立法作為。司法人非得等著被立法者打臉嗎？要以屬立法裁量作藉口拒絕自我改正嗎？司法為民只能這樣消極地被實踐嗎？類此情形，如何提昇人民對司法的信賴？期盼司法人.....

四、又本件如能作成解釋，不但是針對行政程序法規定之首例，而且可以解決行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款(下稱系爭規定)關於新證據是否含行政處分作成後始存在者之實務見解與學說齟齬之爭議，且此一爭議攸關人民之訴訟權暨其所欲保障之財產權等基本人權：

(一)本件原因事實直接涉及聲請人之財產權(因公死亡撫卹請求權)，系爭規定係再開行政程序之規定，涉及訴訟權之保障(如認新證據不含作成處分後始存在者，則聲請人之訴將被駁回，其財產權無由獲保)。

(二)如前所述，確定終局判決係以系爭規定所指新證據不含行政處分作成後始存在之新證據為由否准聲請人之訴訟，即認聲請人不得請求再開程序，程序上拒絕保障聲請人之財產權。此一最高行政法院所示實務見解與行政法學界壓倒性通說、系爭規定之立法理由及法源相反，實務見解顯有可議：

1、行政法學界通說：包括陳敏大法官、李建良教授等。明確持反對見解者似僅林錫堯大法官一人(未說明理由，其見解可能係源於行政訴訟法第 273 條規定之最高行政法院判例意旨，但行政程序法與行政訴訟法之規定、立法本旨與法理未盡相同，是否宜予援用行政訴訟法之判例應屬有疑)：⁵

陳敏：可以為行政處分作成後始成立者(例如新作成之鑑定報告、公文書)⁶

李建良等：新證據不限於行政處分作成時已存在，但未經主張或斟酌之證據方法，其尚包括行政處分作成當時未存在之證據方

⁴ 《立法院公報》，103 卷，85 期，頁 129 至 138。

⁵ 林錫堯，《行政法要義》，頁 540 (3 版，2006)。

⁶ 陳敏，《行政法總論》，頁 499 (9 版，2016)。

法。⁷

傅玲靜：所謂發現新證據，包括於作成處分前不存在而嗣後成立之證據。⁸

林樹埔：採肯定說認發現新證據不限於處分時業已存在之證據，尚包括作成處分後之新證據。⁹

林石猛等：同李建良等。¹⁰

李惠宗：行政程序重開之容許，係用以濟通常行政救濟之不足，故屬特別救濟程序……為使行政機關之作為能達到「最合法」與「最合理」的狀態，故容許行政程序之重開……發現新證據，行政機關即無不重新進行之理由。當事人對此種拒絕，即得提起課予義務之訴以尋求解決。¹¹

2、系爭規定之立法資料及理由：¹²所有提案包括行政院版、三立法委員修正版，均有相對人或利害關係人「發現新證據」者得聲請再開程序之規定，並其理由均為「為加強對人民權利之保護，確保行政之合法性……以使本法之程序保障更能合乎法治國家之精神」。文義上未排除行政處分作成後始存在之新證據，且必須將其納入，始克期確保該立法意旨所明示之「行政之合法性」。

3、系爭規定之法源：德國行政程序法第 51 條第 1 項規定：「於下列各款情形，利害關係人就不可爭訟之行政處分提出廢棄或變更之申請時，主管機關應做出決定」其中第 2 款稱：「有足以形成有利於利害關係人之決定之新證據者」，應認為包括處分後始存在之新證據。¹³

⁷ 李建良，〈行政處分〉，收於蔡茂寅等著，《行政程序法實用》，頁 233，319-320（修訂 4 版，2013）。

⁸ 傅玲靜，〈論行政程序法之重新進行—以遺產稅之核課與剩餘財產差額分配請求權價額之扣除為例〉，《月旦法學》，147 期，頁 101，108（2007）。

⁹ 林樹埔，〈行政程序法第 128 條程序重開之理論與實務〉，《法令月刊》，61 卷 2 期，頁 76，84-85（2007）。

¹⁰ 林石猛、李俊良，〈釋義行政程序法第 128 條第 1 項「新事實」、「新證據」—兼評近年來最高行政法院裁判〉，《月旦法學》，240 期，頁 82，106-110（2015）。

¹¹ 李惠宗，《行政程序法要義》，頁 418（7 版，2016）

¹² 《立法院公報》，88 卷，6 期，頁 490 至 492 頁。

¹³ 德國行政程序法第 51 條第 1 項規定：「於下列各款情形，利害關係人就不可爭訟之行政處分提出廢棄或變更之申請時，主管機關應做出決定：1、行政處分據以作成之事實或法律狀態事後發生有利於利害關係人之變更；2、有足以形成有利於利害關係人之決

4、綜上，本席認為本憲法保障人民基本權及訴訟權之意旨暨正當法律程序之要求，行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款即系爭規定關於行政程序再開之規定，其立法理由既稱：「……二、為加強對人民權利之保護，確保行政之合法性，本法特於一定要件下，賦與行政處分之相對人或利害關係人得申請管轄機關撤銷、廢止或變更原處分，以使本法之程序保障更能合乎法治國之精神……五、參考德國行政程序法第 51 條第 1 項。」再對照系爭規定（發生新事實或發現新證據者……）、同條項第 3 款（其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由者……）二規定具差異性而特予併列之旨，並本於行政合法、正確性之追求應重於、優先於行政處分確定後之形式存續力，斯乃行政處分程序再開（重新進行）之立法本旨等，故系爭規定所稱「發現新證據」須納入作成行政處分後始存在之新證據，才合於並有助於確保行政處分之合法、正確性等理由，是應認系爭規定所稱「發現新證據」，含「於行政處分作成時尚未存在，而於行政處分作成後始存在之新證據」在內，始符正當法律原則及憲法保障人民訴訟權等之意旨。

五、「發現」新證據

發現之意義為何？只能有一種解嗎？所謂新證據之範圍爭議，竟然起因於「發現」一詞，立法者及人民可能會很疑惑，為什麼會如此「說文解字」？為什麼司法裁判甚至本院釋字第 355 號解釋都認為僅指「本有的事物」後經找出之意？又為什麼訴訟法規定之「發現」當然應同意義移用於屬行政程序法之系爭規定？

就前者言：係源於辭海，惟盡信書不如無書，古有明訓！法律要合於正義，其解釋怎可拘泥於用詞！更何況事實上，在字典裡，「發現」之意義可包括「顯露、出現」、「出現」，非僅「本有的事物，經人類研究探索而首先得知」一種意思而已。¹⁴因此，「發現」之用詞不足以當然排除處分後始存在之新證據。

況本院釋字第 355 號解釋文末句寓有並肯認：有事實審言詞辯論終結後始存在之證物，得另行起訴之意。應係對發現一語意義之實質調和，不可不細察之。

定之新證據者；3、有合於民事訴訟法第 580 條之再審事由者。」

¹⁴ 教育部，《重編國語辭典修訂本》，<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdict/gsweb.cgi?ccd=EB47Cs&o=e0&sec=sec1&op=v&view=2-1>（最後瀏覽日：2020 年 3 月 17 日）。

就為何司法實務上將訴訟法規定之「發現」意義直接移用於行政程序法之規定？是沒有問題意識，想當然耳嗎？是案件負荷不及細想，詳予分辨嗎？還是原該如此？那就詳予說理，給個說法以服人。

六、原行政處分係以軍事檢察官之起訴書為依據，認釋憲聲請人之子之死亡，與其軍中長官之凌虐犯罪行為無相當因果關係（故未以凌虐部屬致死罪起訴），而釋憲聲請人所持臺灣高等法院刑事確定判決則認定成立凌虐部屬致死罪，就釐清與此相關之規定而言，本件也有受理價值：

（一）本件終局確定判決併認：如原因案件之就行政處分未不服提起行政爭訟，致未經行政法院判決之情形，即無從依行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款暨行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款規定再開行政程序等語。¹⁵此部分涉及行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款所謂「其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者」，就其中行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款所列行政訴訟再審事由稱「為判決基礎之民事或刑事判決及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者」部分，應如何解讀始為正當。

查行政程序法所規範者為行政行為含行政處分，與行政訴訟法在規範裁判行為者不同，因此所稱相當於行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款之「為判決基礎」字樣部分，應指「為行政處分基礎」而言；另該款固未列檢察官之起訴書，但因檢察官之起訴書也記載起訴事實及起訴法條等，也是檢察官職權制作具法律效力之公文書，故若行政處分之基礎為起訴書者，至少應認為該起訴書之地位相當於該款之為行政處分基礎之其他行政處分，從而當為行政處分基礎之起訴書依其後之確定裁判變更者（本件原因案件即其適例），即應認已符合行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款再開行政程序要件（民事訴訟法第 496 條第 1 項第 11 款似亦應作同一

¹⁵ 最高行政法院 104 年度判字第 252 號判決，行 270 至 278（行碼請參照司法院法學檢索資料系統）：「又系爭死亡通報令雖係依北軍檢所查復之函文作成，且北軍檢函文所載之見解事後經國防部高等軍事法院及台灣高等法院最終確定判決變更，惟該北軍檢函文並非屬『民事或刑事判決或其他裁判或行政處分』，因此不符行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款『為判決基礎之民事或刑事判決及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者』之情形，原判決亦已敘明系爭死亡通報並無作為其基礎之判決、裁判或行政處分其後變更之情形。」

解)。

(二)又起訴書、判決書均為公文書(刑法第10條第2項參照);行政程序法本身就證據沒有詳細規定,參酌其他訴訟法規定如民事訴訟法第277條以下,證據包括人證、鑑定、書證及勘驗,其中第355條規定公文書推定為真正,即公文書是一種書證。又原行政處分得以起訴書為據,釋憲聲請人自亦得以原行政處分作成後始存在之臺灣高等法院刑事確定判決書為據,尤其參酌德國行政程序法第51條第1項第1款「行政處分所依據之事實或法律狀態,有利於當事人之變更」之規定,因起訴書所載起訴法條等已經其後裁判變更,故亦應認本件已合於行政程序再開要件。

(三)證據是用以證明待證事實者,書證係以文書證明待證事實。本件聲請人所執為新證據之判決書,記載聲請人之子蘇詠盛係遭虐致死云云,而非因病自殺(原處分以起訴書為據認蘇詠盛係因病自殺死亡,故予因病死亡撫卹);而臺灣高等法院刑事確定判決憑何證據為上開蘇詠盛遭虐致死事實認定,自應有其依據(證據)。因此,本件原因案件是直接以判決書為新證據,其意亦可指該判決書所憑以證明蘇詠盛遭虐致死事實之證據而言。另退而言之,縱認臺灣高等法院刑事確定判決所憑證據於原行政處分作成時均已存在,但或為起訴書即原行政處分所未審酌,亦應已具新證據適格,或應認有虐死新事實,不是也符合系爭再開行政程序規定之要件嗎?確定終局判決結論依然錯誤!

貳、大法官不是吹哨人,但是同樣是在為被害人民(蒼生)說話,而且不是只為釋憲聲請人而已。

武漢肺炎疫情嚴重,不是醫護人員無法直接為病患盡力,但至少要盡本份照顧好自己的健康、作好自我管理,避免被感染而成為傳染源,更不要參與恐慌熱。2月8日看到武漢肺炎疫情的吹哨人李文亮醫師的遺言「我走了」一文之末句「我的墓誌銘只要寫一句:他為蒼生說過話」,敬佩他,為他悲傷而且很有感。大法官不是一般意義的吹哨人,但是大法官的工作也正是在為被害蒼生說話,而且所稱蒼生不是只有刑事被告,¹⁶當然應該包括刑事犯罪之被害人。只是刑事犯罪被害人聲請釋憲的案例幾乎沒有,但本席於107年3月9日公布之本院釋字第762號解釋意見書中已陳明犯罪被害人也應有閱卷權,故不是大法官全然忽視刑事犯罪被害人

¹⁶ 如果有罪確定裁判所適用之法規範違憲,該刑事被告就會是被害人民。

之保護。¹⁷又所稱蒼生也不只是釋憲聲請人，而是通案類似之受害者，因為大法官解釋拘束全國各機關及人民，有通案效果。

為人民發聲是大法官本份，本席來自民間，蒼生保護尤不敢、不可或忘，犯罪被害人權益更必然存心。若此之為，或亦可以之略表對如李文亮醫師之犧牲者致敬之方式，爰併記之。

¹⁷ 另刑事訴訟法於 108 年修正時已一併賦予犯罪被害人閱卷權暨引進犯罪被害人參與刑事訴訟程序制度，立法進一步保護犯罪被害人。