

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。