

正 本

解釋憲法聲請書

聲請人 徐千祥

代理人 林石猛律師
張宗琦律師
王朝震律師

為聲請人受最高行政法院 105 年度裁字第 1249 號裁定（高雄高等行政法院 105 年度訴字第 121 號裁定之抗告）所適用之監獄行刑法第 6 條第 1 項、同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款，及裁判中所表示之法律上見解與憲法第 16 條所保障之人民權利相牴觸，更與貴 大院釋字第 653 號、第 691 號解釋意旨不符。故聲請人謹依司法院大法官案件審理法第 5 條第 1 項第 2 款與第 8 條第 1 項，提出聲請釋憲事：

壹、聲請解釋之目的

一、按司法院大法官案件審理法第 5 條第 1 項第 2 款規定：

「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」，得聲請解釋憲法。次按 大院釋字第 185 號解釋「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。」，末按 大院釋字第 691 號解釋理由書：「現行假釋制度之設計，係以受刑人累進處遇進至二級以上，悛悔向上，而與假釋要件相符者，

經監獄假釋審查委員會決議後，由監獄報請法務部予以假釋(刑法第七十七條、監獄行刑法第八十一條規定參照)。是作成假釋決定之機關為法務部，而是否予以假釋，係以法務部對受刑人於監獄內所為表現，是否符合刑法及累進處遇條例等相關規定而為決定。受刑人如有不服，雖得依據監獄行刑法上開規定提起申訴，惟申訴在性質上屬行政機關自我審查糾正之途徑，與得向法院請求救濟並不相當，基於憲法十六條保障人民訴訟權之意旨，自不得完全取代向法院請求救濟之訴訟制度(本院釋字第六五三號解釋參照)。從而受刑人不服行政機關不予假釋之決定，而請求司法救濟，自應由法院審理。然究應由何種法院審理、循何種程序解決，所須考慮因素甚多.....。在相關法律修正前，鑑於行政機關不予假釋之決定具有行政行為之性質，依照行政訴訟法第二條以下有關規定，此類爭議由行政法院審理。」監獄受刑人不服法務部對假釋事件之決定，仍得向法院請求救濟，於相關法律修正前，依據行政訴訟法第2條公法上爭議由行政法院審判規定，由行政法院審理是否予受刑人假釋爭議事件，故而行政法院對於聲請人不服監獄關於監獄行刑事件之決定，應有實質審查權。

- 二、聲請人不服法務部矯正署屏東監獄不予申請參加外役監遴選作業之決定，經申訴、訴願程序未獲救濟後、提起行政訴訟，經最高行政法院引用監獄行刑法第6條第1項「受刑人不服監獄之處分時，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。但在未決定以前，無停止處分之效力。」、同法施行細則

第 5 條第 1 項第 7 款規定：「監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。」排除受刑人向司法機關請求救濟之權利，監獄行刑法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款規定，明顯牴觸憲法第 16 條保障人民訴訟權規定。

貳、疑義或爭議之性質與經過，及涉及憲法條文：

一、疑義或爭議之性質與經過：

(一)緣聲請人前因違反貪污治罪條例等案件，經臺灣高等法院臺南分院以 100 年度重上更(三)字第 14 號判處有期徒刑 6 年確定，並經發監執行，於執行期間，向監獄申請參加外役監公開遴選作業，監獄認為有不得遴選之情形，作成審查不通過決定，聲請人不服監獄之決定，引用監獄行刑法第 6 條第 1 項規定：「受刑人不服監獄處分時，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。但在未決定以前，無停止處分之效力。」經申訴(聲證 1)、訴願程序，法務部引用 大院釋字第 653 號、第 691 號解釋作成前之最高行政法院 97 年度裁字第 3132 號裁定意旨，認「按提起訴願，以有行政處分存在為前提，而行政處分係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生效果之單方行政行為；對於非行政處分或其他依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願者，應為不受理之決定。訴願法第 1 條、第 3 條第 1 項及第 77 條第 8 款分別定有明文。查矯正機關依監獄行刑法執行矯正措施，係屬刑事執行之一環，為廣義司法權之行使，非屬訴願救濟範圍內之事項…」為不受理決定(聲證 2)，聲請人爰提行政訴訟(聲證 3)以為救濟。

(二)案經高雄高等行政法院以 105 年度訴字第 121 號裁定駁回，其理由謂：「次按，監獄行刑法施行細則第 5 條有

關受刑人不服監獄之處分乃屬國家基於刑事刑罰權之刑事執行處分，並非本院職掌範圍之行政處分，是以規定向其直接監獄典獄長提出『申訴』為救濟方法，並規定刑事執行監督機關之法務部對於受刑人申訴事件有最後之決定權，自不得循一般行政訴訟程序提起行政救濟(最高行政法院 92 年度裁字第 267 號裁定參照)。又刑法自由刑之設置，係藉人身自由之剝奪，以教化犯罪人，使之再社會化。原則上，以行為侵害法益之嚴重程度，決定受矯治期間之長短，此由法院基於罪刑法定原則，裁量犯罪情節以宣告之；至於實際執行層面，則委由監獄行刑法將之具體化，俾使自由刑之執行，確實能使受刑人改悔向上，適於社會生活(監獄行刑法第 1 條參照)是以，自由刑除當然限制受刑人人身自由外，因剝奪人身自由所必要連帶其他自由限制之紀律規範，以及為使之再社會化所為之合目的性獎懲，均屬刑事執行手段，無創設新的規制效果之可言，受刑人如有不服，因無權利之受損，揆諸前揭法文，尚無從向行政法院請求救濟(最高行政法院 104 年度裁字第 1312 號裁定參照)。」「(參裁定書第 2 頁至第 3 頁)、「…故外役監受刑人之遴選，係依監獄行刑法所執行之矯正措施，屬刑事執行之一環，為廣義司法權之一種，受刑人接近利用外役監遴選程序並成為外役監受刑人，法律上屬於一種特殊待遇，並非法律上或憲法上當然可以享受的權利。此種特殊待遇的賦予與否，並未創設新的規制效果，非屬行政程序法所規範之行政處分。」「而上開外役監遴選制度亦屬監獄為實施階段性處遇，對於表現良好之受刑人為使逐步適應社會生活所採取他種自由刑之執行制度，該制度給予外役監受刑人較一般受刑人優渥之處遇，僅屬監獄為達矯正目的之附隨效果，此與假釋制度

涉及受刑人人身自由權之回復，並不相同，自無創設新的法律效果，非屬行政程序法所規範之行政處分，受刑人不得循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟，行政法院對此並無審判權。」、「本件原告之訴為不合法，且其情形無法補正，應以裁定駁回。」(參裁定書第 13 頁倒數第 6 行以下、第 14 頁第 6 行以下)(聲證 4)，經聲請人不服提起抗告(聲證 5)，仍經最高行政法院 105 年度裁字第 1249 號裁定駁回確定(聲證 6)。

- (三)承上，最高行政法院 105 年度裁字第 1249 號裁定經實體審理後，補充原審法院見解，接續指出：「次按關於刑罰之具體執行方法，刑法並無明文，係由刑事訴訟法與監獄行刑法加以規範，監獄依監獄行刑法對於受刑人所為管制措施，就剝奪人身自由之刑罰而言，屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環，其目的在於實現已經訴訟終結且確定的刑罰判決內容，並未創設新的規制效果，自非行政程序法所規範之行政處分，受刑人不得循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟。又監獄行刑法第 6 條第 1 項、第 93 條、同法施行細則第 5 條第 1 項第 1 款、第 3 款、第 4 款、第 7 款分別規定『受刑人不服監獄處分時，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。但在未決定以前，無停止處分之效力。』、『為使受刑人從事農作或其他特定作業，並實施階段性處遇，使其逐步適應社會生活，得設外役監；其設置另以法律定之。』、『受刑人不服監獄處分之申訴事件，依左列規定處理之：一、受刑人不服監獄之處分，應於處分後 10 日內個別以言詞或書面提出申訴……三、原處分監獄典獄長對於受刑人之申訴認有理由者，應撤銷原處分，另為適當之處理。認為無理由者，應即轉報監督機關。四、監督機關對於受刑人之申訴認為有理由者，得命停止、

撤銷或變更原處分，無理由者應告知之。……七、監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。』準此，受刑人不服監獄之處分時，僅得向典獄長或視察人員提出申訴，且刑事執行監督機關（法務部係最終監督機關）對於受刑人申訴事件有最後之決定權，於該處分符合刑罰執行性質及實現刑罰內容而不能提起行政爭訟之範圍內，尚難謂有違憲法第 16 條規定保障人民訴訟權之意旨，仍應加以適用。」（參裁定書第 2 頁第 4 行以下）、「故外役監受刑人之遴選，乃依監獄行刑法執行之矯正措施，屬刑事執行之一環，為廣義司法權之一種，受刑人藉由外役監遴選程序並成為外役監受刑人，法律上屬於一種特殊待遇，並非法律上或憲法上當然可享受的權利，此種特殊待遇的賦予與否，並非創設新的規制效果，非屬行政程序法所稱之行政處分。」（參裁定書第 3 頁倒數第 9 行以下）、「系爭外役監遴選制度亦屬監獄為實施階段性處遇，為使表現良好之受刑人逐步適應社會生活所採取他種自由刑之執行制度，該制度給予外役監受刑人較一般受刑人優渥之處遇，僅屬監獄為達矯正目的之附隨效果，與假釋制度涉及受刑人人身自由權之回復不同，自無創設新的法律效果，非屬行政程序法所規範之行政處分，受刑人不得循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟，行政法院對此並無審判權。」（參裁定書第 4 頁倒數第 4 行以下）。最高行政法院裁定理由認監獄不予聲請人參加申請外役監公開遴選作業之決定，非屬行政程序法所規範之行政處分，外役監之特殊待遇賦予與否，並非創設新的規制效果，受刑人不得循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟，行政法院對此並無審判權。

（四）因最高行政法院非以聲請人抗告不合法，而係以聲請人

抗告無理由作成駁回聲請人抗告之裁定，聲請人因此以該裁定為確定之終局裁判提出本件聲請，謹此陳明。

二、涉及憲法條文：

最高行政法院適用監獄行刑法第 6 條第 1 項前段「受刑人不服監獄處分時，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。」、同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款規定：「監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。」排除受刑人向司法機關請求救濟之權利，明顯抵觸憲法第 16 條保障人民訴訟權規定。

參、聲請解釋之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、聲請解釋之理由

1、按「行政訴訟以保障人民權益，……為宗旨。」行政訴訟法第 1 條定有明文，同法第 2 條亦規範行政訴訟審判權及範圍。「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，……」（大院釋字第 185 號解釋意旨）、「在相關法律修正前，鑑於行政機關不予假釋之決定具有行政行為之性質，依照行政訴訟法第二條以下有關規定，此類爭議由行政法院審理。」（大院釋字第 691 號解釋理由書參照）。

2、再按「多數意見作成應由行政法院審理之結論，係因現行法律規定就受刑人不服行政機關不予假釋之決定，甚至主管機關於刑事執行程序上所為之其他行為，所涉之爭訟，並未特設訴訟途徑之規定，乃基於假釋有關之決定具有行政行為之性質，以及行政訴訟法第 2 條之概括規定，而為上

述解釋。」(大院釋字第 691 號解釋前大法官林錫堯協同意見書參照)。

- 3、行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議決議說明：「行政執行法第 9 條規定：『義務人或利害關係人對於執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於執执行程序終結前，向執行機關聲明異議。前項聲明異議，執行機關認其有理由者，應即停止執行，並撤銷或更正已為之執行行為；認其無理由者，應於 10 日內加具意見，送直接上級主管機關於 30 日內決定之。行政執行，除法律另有規定外，不因聲明異議而停止執行。但執行機關因必要情形，得依職權或申請停止之。』旨在明定義務人或利害關係人對於執行命令、執行方法，應遵守之程序或其他侵害利益之情事，如何向執行機關聲明異議，以及執行機關如何處理異議案件之程序，並無禁止義務人或利害關係人於聲明異議而未獲救濟後向法院聲明不服之明文規定，自不得以該條規定作為限制義務人或利害關係人訴訟權之法律依據，是在法律明定行政執行行為之特別司法救濟程序之前，義務人或利害關係人如不服該直接上級主管機關所為異議決定者，仍得依法提起行政訴訟，至何種執行行為可以提起行政訴訟或提起何種類型之行政訴訟，應依執行行為之性質及行政訴訟法相關規定，個案認定。其具行政處分之性質者，應依法踐行訴願程序，自不待言。」
- 4、現行司法實務，除釋字第 691 號認定假釋之准駁為行政處分外，保外醫治已由臺北高等行政法院 104 年度訴字第 436 號、臺灣高等法院 103 年度抗

字第 1216 號刑事裁定，認定保外就醫之否准為行政處分（聲證 7）。

- 5、受刑人不服監獄之決定，除了得依監獄行刑法第 6 條第 1 項及第 3 項規定，經由典獄長申訴於監督機關、視察人員，或於視察人員蒞監時逕向其提出外，監獄行刑法並無明文規定其他救濟途徑，尤無禁止或限制受刑人再向司法機關訴請救濟之明文。是以有大院釋字第 653 號、第 654 號、第 720 號對受羈押被告所為之解釋，釋字第 681 號、第 691 號對受刑人不服撤銷假釋處分或否准假釋決定得否提起行政爭訟及應由何種法院審理之解釋。則對於受刑人刑之執行中，不服監獄關於監獄行刑事事件決定之爭議，不能認法無明文，即認不許再向司法機關提起救濟，並認職司公法爭議事件審理之行政法院無審判權。

二、聲請人對本案所持之立場與見解

- 1、按監獄行刑法第 93 條規定：「為使受刑人從事農作或其他特定作業，並實施階段性處遇，使其逐步適應社會生活，得設外役監；其設置另以法律定之。」，次按外役監條例第 4 條規定：「外役監受刑人，應由法務部矯正署就各監獄受刑人中，合於下列各款規定者遴選之：一、受有期徒刑之執行逾二個月。二、刑期七年以下，或刑期逾七年未滿十五年而累進處遇至第三級以上，或刑期十五年以上而累進處遇進至第二級以上。無期徒刑累進處遇應至第一級。三、有悛悔實據，身心健康適於外役作業。受刑人有下列各款情形之一者，不得遴選：一、犯刑法第 161 條之罪。二、犯毒品危害防制條例之罪。三、累犯。四、因犯罪而撤銷假釋。五、另有保安處分待執行。六、犯性侵害防治法第 2 條第 2 款所稱之家庭暴力

罪。……」；末按外役監受刑人遴選實施辦法第4條第2項規定「受刑人應於公告截止日前填具申請表（如附件一）向執行監獄提出申請，執行監獄不得拒絕。」，自前開法條以觀，能否參加外役監遴選，除需符合外監監條例第4條規定外，還必需向執行監獄申請參加遴選。另就外役監條例第9條規定：「（第1項）受刑人以分類群居為原則。但典獄長認為必要時，得令獨居。（第2項）…得許與眷屬在指定區域及期間內居住……」、第10條：「受刑人在離監較遠地區工作，得設臨時食宿處所。」、第14條：「受刑人經遴選至外役監執行者，除到監之當月，仍依行刑累進處遇條例第28條之1之規定辦理縮短刑期外，自到監之翌月起，每執行一個月，依下列各款之規定，縮短其刑期：一、第4級或未編級受刑人，每月縮短刑期4日。二、第3級受刑人，每月縮短刑期8日。三、第2級受刑人，每月縮短刑期12日。四、第1級受刑人，每月縮短刑期16日。」、第21條「（第1項）受刑人作業成績優良者，得許其返家探視。（第2項）受刑人遇有祖父母、父母、配偶之父母、配偶、子女或兄弟姊妹喪亡時，得許其返家探視。」等，可知立法者就外役監執行條件、方法、刑期計算、人身自由權利等重要事項均已明文規定，而非授權監獄主管機關以行政命令定。故而申請外役監遴選並獲得資格審核通過之受刑人，與一般受刑人相較已有不同（監獄行刑法第14條、行刑累進處遇條例第28條及第28條之1），再依外役監受刑人所派工作緣故，已然離開原監獄建物高密度之管轄，另行安排適宜之食、宿，並享有得與眷屬同住、大幅縮短刑期及返家探親等權利，與一般受刑人地位、可享權利、利益不可同日而語。凡此，俱為外役監受刑人依據法律而非命令得享有之權利，因有此等權益，受刑

人無不盡力爭取申請外役監服刑資格。此外，依據法務部訂頒「假釋案件審核參考基準」第3條，外役監受刑人並享有從寬審核假釋之機會(聲證8)。因此，受刑人之申請外役監遴選作業，當屬依據法律申請之行為，監獄審核後所為之准駁決定，影響受刑人法律上可享權利之得喪，與日後其人身自由全部或局部回復、自由刑執行期間直接相關，對受刑人發生法律上新的規制效果，其行為性質當屬機關對人民公法上具體事件之決定，為行政程序法第92條、訴願法第3條所定之行政處分，行政處分之相對人對之不服，自得依個案事實，訴諸行政訴訟，以為權利救濟方法。

- 2、次按最高行政法院105年度裁字第213號裁定：「畢竟行政訴訟制度是以保障人民權利為其核心目標，依有權利即有救濟之法理，只要實證法別無特殊救濟管道，或從權利保護必要性理論之觀點，認有比訴訟更具效率性之救濟管道者，行政法院對人民保護公法上權利之請求，應即依循行政訴訟法第1條所定『保障人民權益』之規範意旨，受理訴訟請求。至於該訴訟請求在行政訴訟中訴訟類型之歸屬有無錯誤，乃是行政法院闡明義務之問題。事實上，特定行政措施是否屬行政處分，在行政法學理上一向認為要由實證法來決定，只是我國現行法制對此『法律保留原則』之要求不甚講究，以致在實務上常必須以學理上歸納出來，而在行政程序法第92條第1項中予以規範之抽象『行政』定義（即『行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為』），來對個案進行法律涵攝，而時有爭議發生。不過當實證法已經明文做出特別規定，對權利保護請求之拒絕，已提供合理有效之救濟途徑者，討論該拒絕本身是否為否准處分，可

否為行政救濟，即毫無意義。」(聲證 9)。

3、再查最高行政法院 101 年度第 1790 號裁定：「本院按：

(一) 在此首應指明，現行行政訴訟法以主觀訴訟為原則。是以行政訴訟法制之目標原則上在保護人民之主觀公權利(為公益而訴訟，則屬例外)，因此只要個人的權利遭受公權力之違反侵害，在行政訴訟上即應給予對應之救濟。至於救濟手段之訴訟類型為何，思考邏輯上反而是下一層次的問題。並且可以用法院的闡明權來補救當事人訴訟類型選定之錯誤。事實上『行政處分』之觀念，在我國現行法制基礎下，基本上只是一個『讓行政作為能受司法審查』的功能性、技術性概念而已，具『工具』特質，不應成為阻礙人民尋求司法救濟之說理幌子。真正該關心的是，起訴者有無主觀公權利存在，並受到行政作為之『侵犯』，以及其尋求之救濟手段是否合法，應以〔做為爭訟程序標的之都市計畫公告，是否對抗告人之主觀公權利造成『侵犯』〕，為其判斷核心。」(聲證 10)。

4、上述二則最高行政法院之裁定(105 年度裁字第 213 號、101 年度裁字第 1790 號)均肯認非得歸類屬行政處分始能提起行政訴訟。何況， 大院釋憲實務早非嚴守抽象法規範違憲審查制度， 大院違憲審查之客體範圍，除了抽象法律與命令以外，亦擴張至「法院裁判」與「其他具體司法行為」，甚至已觸及「私人的法律行為」，有以下釋憲案例可資參酌：

(1) 釋字第 137 號解釋以還，為審查系爭法規釋示之行政命令有無牴觸憲法或法律，而首次將解釋函令納為違憲審查之客體。然究其法律性質，解釋函令本身並無外部效力可言，對法官既無法律上拘束力，亦無事實上拘束力，是以大法官就確定

終局判決所援引之解釋函令進行違憲審查時，其審查之客體實為法院裁判見解本身。

- (2) 釋字第 153 號、第 154 號解釋以還，為審查該案所涉判例有無侵害人民受憲法第 16 條所保障之訴訟權，而將違憲審查之客體則擴及判例。然判例之內容仍不外為法院認事用法所表示之見解，其性質仍為法院之個案裁判見解，只不過是透過司法行為披上「判例」的形式外衣，而偷渡成為違憲審查的客體。
- (3) 釋字第 242 號解釋為維護人民受憲法第 22 條所保障之自由及權利，則是首次以判決作為違憲審查之客體。該號解釋之聲請人係以舊民法第 992 條為標的聲請釋憲，是以違憲審查之客體固亦包含系爭民法規定，惟在認定系爭民法規定合憲後，更進一步地宣告系爭確定終局判決認事用法之見解違憲，已直接以法院判決見解作為違憲審查之客體。
- (4) 釋字第 374 號解釋為審查系爭決議有無侵害人民受憲法第 15 條、第 16 條所保障之財產權與訴訟權，而首次將釋憲客體擴及決議。決議僅為最高法院或最高行政院所表示之法律見解，對於法院雖有事實上拘束力，但其性質上終非抽象法規範，而為具體特定之司法行為。
- (5) 釋字第 728 號解釋為維護人民受憲法第 7 條、第 15 條所保障之性別平等與財產權，更將違憲審查之客體，從行政權、立法權、司法權等公權力行為擴及至私人之法律行為（祭祀公業管理章程），形同大法官對於人民私法行為進行違憲，此見湯德宗大法官於該號解釋協同意見書所述：「聲請本院解釋憲法之案件，無論其所涉議題在憲法上如何重要，依照『先

程序、後實體』之原則，皆須符合『案件法』所定要件，始得受理。解釋理由書第一段明白指出：本案確定終局判決（最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決）所引據之『祭祀公業呂萬春管理章程』並非案件法第五條第一項第二款所稱之「法律或命令」，原不得據以聲請解釋。惟，多數意見以為：『確定終局判決係適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定…為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據上開司法院大法官審理案件法規定聲請解釋…應可認係就系爭規定而為聲請，本院自得以之作為審查之標的』。(聲證 11)，即明大法官於該聲請案中為突破大審法第 5 條第 1 項規定，居中苦尋釋憲標的之努力。

- 5、由上開釋憲前例可知，大院為維護人民基本權不斷苦尋憲法解釋出口之努力，至今仍方興未艾。由於抽象審查的釋憲制度設計對於聲請人的基本人權，特別是訴訟權的保障與實踐，並不周詳。質言之，即使在審理過程，大法官發現原因案件在法院審判過程，不僅在「認事」（認定事實）與「用法」（涵攝法規），都有瑕疵或違法之虞，若仍堅守抽象審查之立場，則必須眼睜睜予以不受理（參見大法官陳新民釋字第 689 號協同意見書，（聲證 12）。最高法院（或最高行政法院）若無依憲法法理填補法律漏洞，以杜絕不斷如縷之違憲性爭議跡象，大法官若再以慣用理由，包括「查聲請人係對法院適用法令所表示之見解為爭執，尚非具體指陳系爭規定有何牴觸憲法之處」，或「查聲請人僅就法院認事用法為指摘，並未具體指陳系爭規定客觀上究有何牴觸憲法之處」等，而不受理本件解釋，相關問題若又未獲立法者青睞予以調整，法院合憲性控制之分工就產生明顯的漏洞，

司法作為正義的最後一道防線即有所罅隙。此時，由大法官基於補遺的補充性（Subsidiaritätsprinzip），闡明憲法真義，使系爭規定之適用與解釋趨近憲法，即具有憲法上原則重要性（參見釋字第 656 號解釋大法官李震山協同意見書，聲證 13）。

- 6、另按國家係為人民而存在，基本權的保障實為憲法的首義，「如果法院判決與立法、行政權的行使一樣，都須受憲法之拘束，一樣可能會違憲，就令人不禁要問到：何獨法院判決可以不受大法官的違憲審查？」（許宗力，〈大法官釋憲權行使的程序及範圍〉，收於氏著【憲法與法治國行政】，頁 123，聲證 14）；況且，行政院與立法院均為國家最高行政、立法機關、及昔日之國民大會為國家之政權機關，其權力之行使均需受司法審查之節制，為何最高法院或最高行政法院之判決理由嚴重侵害基本權時，即可不受大法官司法審查之節制？ 大院大法官許宗力即曾認「既然構成司法權一環的最高法院、行政法院與立法權、行政權均同受憲法之拘束，則在法律與命令已受大法官審查的情形下，要求最高行政法院與行政法院判決亦接受大法官審查，也應不為過。」（參照許宗力，〈大法官釋憲權行使的程序及範圍〉，收於氏著【憲法與法治國行政】，頁 126，同聲證 14）。

- 7、承上，我國應更進一步在法院「判例」及「決議」之外，參照德國行之多年之「判決憲法訴願」制度，承認得由釋憲機關審查法院「判決」是否違憲，此有 大院大法官及多位前大法官與學者以下贊同見解，可供參酌：

- (1) 大院大法官許宗力謂：「其實，法院判決因錯誤適用一個合憲法律，或確切說，未依憲法取向的解釋原則（verfassungskonforme Auslegung），特別是根據憲法保障人權的精神解釋一個本來合憲的法律，而

侵害人民權利，成為一個侵害人權的判決，其情形所在多有，且雖然違憲的判決也有可能經由上訴而獲得終審法院的糾正，但終審法院未有正確憲法認知而維持原判，導致自身判決違憲的情形亦是絕對可以想像的，所以單就此而言，倘若參酌德國憲法訴願制度，允許人民在用盡法律救濟途徑後，得以判決侵害其基本權利為由向大法官聲請釋憲，本文基本上是持贊成態度的。」（氏著，〈大法官釋憲權行使的程序及範圍〉，收於氏著【憲法與法治國行政】，頁124，同聲證14）。

- (2) 大院大法官湯德宗於釋字第710號解釋協同意見書中謂：「其次，司法院大法官囿於現制僅得從事『抽象釋憲』——就確定終局判決所適用之『法規』本身是否合憲進行審查，而無從審查確定終局裁判關於系爭法規之解釋與適用是否違憲，致憲法解釋難以發揮個案救濟之功能。本件解釋針對系爭兩岸關係條例第十八條第一項（得逕行強制出境）及第二項（強制出境前，得暫予收容），以及強制出境辦法第五條（關於強制出境前，得暫予收容之事由規定），雖已勉力宣告違憲，並使限期失效，然無權進一步宣告本案確定終局裁判適用法規違憲，並廢棄之。本案聲請人能否依據本號解釋聲請再審，最終獲得救濟，誠屬難測。然，法官當以保護人權為天職，一如軍人當以保家衛國為天職，本案聲請人既因違憲之法規，而遭『收容』（剝奪人身自由），並被迫拆散婚姻家庭達126日，法官焉能（何忍）視若無睹？！本件解釋益見建立類似德國『憲法訴願制度』（Verfassungsbeschwerde）之必要。」（聲證15），並於 大院釋字第713號解釋部分不同意見書中重申：「司法院大法官解釋憲法原有

三項重要功能：一、維持權力間的水平分權制衡（所謂『五權分治、平等相維』）；二、維持權力間的垂直分權制衡（所謂『受憲法保障的中央、地方均權關係』）；三、保障人民憲法權利（避免各權力部門沆瀣一氣，侵害人民的基本權）。惟近年來前兩項功能已嚴重萎縮，末項功能因不開放『憲法訴願』，乃無法即時對治違憲的裁判。撫今思昔，距離建構『無漏洞的違憲審查』理想仍遙，能不惕勵？！」（聲證16）。

- (3) 大院前大法官林子儀與前大法官李震山共同署名之大院釋字第690號解釋部分不同意見書：「德國聯邦憲法法院第一庭第一分庭於今年（二〇一一年）三月，曾針對警察為確認人民身分，將人民攜往警所數小時（十九時三十五分至凌晨一時三十分）之管束（Ingewahrsamnahme）措施之憲法訴願案，宣告Hamburg 邦法院之裁定違憲。…。舉以上實例主要欲表明的是，在德國就人身自由剝奪中採『法官保留』是當然的正當程序，作為監督者的法官尚且會以程序理由去規避案件實體審理，何況是行政機關。所幸，該國人民尚得透過『憲法訴願』（Verfassungsbeschwerde）就基本權利保障案件中，指摘法院『認事用法』而得到救濟。兩相對照之下，我國人民在『非刑事被告』人身自由保障區塊，就沒有如此幸運，保障上也顯得相當有限而落伍。」（聲證17）。

- (4) 大院前大法官李震山、陳春生與前大法官許玉秀共同署名之釋字第682號解釋部分不同意見書中之註3即謂：「法院雖然得依據法律，對各機關就其職掌所為有關法規釋示之行政命令，表示其合法見解，甚至附理由而不予適用（釋字第137號、第216

號、第 407 號解釋參照)，但最高行政法院並未成功地把守司法控制第一道關卡。對此，僅被賦予抽象規範審查職權的大法官，對最高行政法院判決本身及其所持見解，一貫皆以其屬於認事用法或證據取捨為由，不予審查。於司法審判與憲法解釋間『河水不犯井水』，甚至相互趨避、視而不見，形成『魚幫水、水幫魚』的現象，這樣的制度設計良窳，自有待公評。」，註6則謂：「德國聯邦憲法法院法第90條所規定之『憲法訴願』（Verfassungsbeschwerde），係以個案救濟為主所設之制度。我國大法官則係以法令抽象審查為主，據以聲請之個案，僅能向裁判法院聲請再審或非常上訴，與『憲法訴願』並不完全相同。固然我國大法官所公布之解釋，不乏直接針對裁判所為者，如大院釋字第242號解釋即典型之例，此外尚有部分介於邊界之案例。但就現行制度而言，大法官仍無法直接針對裁判是否違憲表示意見。各級法院目前於具體個案中，裁判適用憲法之情形，有增無減。透過審級制度，促使為合乎憲法之法律解釋，並使基本權利規定，在具體個案中發揮效力，值得贊同。」（聲證18）。

- (5) 學者劉淑範謂：「在聯邦憲法法院不遺餘力地拓展之下，基本權利之客觀價值內涵，持續地落實餘個種型態之法律生活中，對於整體法秩序著實發揮前所未有之『統合效力』（integrierende Kraft）。一方面，德國人民基本權利所攀登之境界，足以傲視寰宇，另方面，聯邦憲法法院對於一般法院所展現之憲法教育功能，亦殊值稱頌。由此以觀，德國聯邦憲法法院審查一般法院裁判之憲法訴願制度，對於

吾國人民基本權利地位與一般法院憲法素養之提升，確有參考效法之價值。」(氏著，〈憲法審判權與一般審判權間之分工問題〉，收於劉孔中、李建良主編【憲法解釋之理論與實務】，頁246，聲證19)。

- (6) 學者吳信華謂：「若『法院裁判』可為釋憲機關審查之對象，則對人民權利之保障將更為直接，蓋一方面現今大法官（原則上依法條規定）僅能審查法規範，但若違憲者非法規範，而係『裁判本身』，則除非該確定終局裁判上適用判例及決議，否則人民仍無法聲請。另一方面若大法官審查法院裁判，則或可直接宣告該『裁判』（而非裁判所適用之法令）為違憲，亦省去人民迂迴救濟之途徑。因之，論者有主張吾國應引進德國『對裁判之憲法訴願之制度』，甚至可將『所有國家公權力行為』均列為人民可聲請釋憲之對象，誠非無由，…此種參酌德國法制為吾國制度之借鏡確有其立論依據，基本上亦為本文所贊同。」(參氏著，〈我國憲法訴訟制度之繼受德國—以「人民聲請釋憲」為中心〉，頁34，聲證20)。
- (7) 學者吳志光謂：「就保障人民基本權利之觀點而言，大法官違憲審查制度最具意義者，應係憲法所保障之人民基本權利受到侵害時，能在個案中得到救濟，但此卻正是我國現行大法官違憲審查制度不足之處，因為與德國聯邦憲法法院相較，我國司法院大法官違憲審查制度最大不同之處，在於大法官釋憲並不完全具有德國式憲法訴願之功能(其審查範圍包括司法裁判在內的所有侵害基本權利的個別公權力行為)，我國大法官受理人民聲請釋憲的案件時，仍只為抽象解釋，不做個案裁判。此種方式適足以形成對人權保障的障礙，因為除了個案中爭執

法律違憲可能引發通案性的效果，使得釋憲者為避免法律違憲而立即及全面失效，遂往往選擇作成警告性解釋或定期宣告失效，導致權利受到侵害的當事人落得贏得官司卻得不到救濟的結果外，大法官釋憲若只發生抽象性的拘束力，獲得有利解釋的當事人尚須聲請法院再審以資救濟，徒增訟累(釋一八五)。甚至不乏釋憲聲請人於獲得對其有利之解釋後，據以聲請再審，卻遭原審法院拒絕依解釋翻案者。」(氏著，裁判違憲審查？，收於月旦法學教室第四十一期，頁8-9，聲證21)、「大法官進行法規違憲審查卻不同時進行裁判違憲審查的另一缺陷，則在於將違憲審查之重心置於法規是否違憲上，便易忽略法規雖合憲，但在個案中適用卻可能產生違憲之情形(釋字第二四二號解釋便是一個極具代表性的案例)，形成對於在個案法律適用違憲之對象，亦以抽象違憲審查之方式為之，不啻有『假規範審查之名，行裁判審查之實』的名實不符現象，有時適足以治絲益棼，反而產生法律不知如何修正的窘況。故儘管大法官已將違憲審查標的擴及至『判例』、『各種型態的行政命令』、乃至於『各終審法院之決議』等，但仍無法度批評者的悠悠之口，其關鍵即在於我國目前這套人民聲請解釋憲法的制度已形成人權保障之死角。」(氏著，憲法法院之裁判效力—比較法上之若干觀察，收於全國律師第11卷第11期，頁16，聲證22)。

- (8) 學者林三欽則謂：「侵害人民基本權利的公權力措施，未必是法律或行政命令的規定，也可能是法院裁判或行政處分等個案決定。當裁判或行政處分在解釋法令時所持的見解，未能尊重人民的基本權利

時，應認為是違憲，須在憲法層次上給予救濟。由此可知，『大法官法』未將『裁判』、『行政處分』等具體個案的公權力措施納入違憲審查的範圍，有保護不足之虞。」(氏著，人民聲請大法官違憲審查之標的，收於月旦法學教室第81期，頁8，聲證23)。

- 8、固有論者謂我國釋憲制度改採「判決憲法訴願」，將產生「大法官會議成為超級第四審」、「大法官會議難以負荷龐大聲請案件」及「大法官釋憲權與法院一般審判權難以劃分界線」等種種疑慮。然「憲法者，乃面對時代的挑戰，所為之回應。」；「各國憲法中有關基本權規定，無非是對其不公不義之歷史經驗所為回應。」(參葛克昌，〈租稅規避與法學方法—稅法、民法與憲法〉，收於氏著【稅法基本問題】，頁3，聲證24)，面對當前我國法院憲法意識普遍低落之困境，大院作為憲法之守護者，理應勇於接受挑戰，起而變革，豈可故步自封，抱殘守缺！如前所述，我國釋憲實務上也曾於司法院釋字第242號解釋，將最高法院的判決作為違憲的審查標的，而適時解決兩岸政治分離下，人民婚姻保障的困境，該號解釋文：「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992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22條保障人民自由及權利之規定有所抵觸。」此大法官解釋對人民基本權的保障所作的貢獻，顯然勝於司法實務界擔心大法官將成為第四審之憂慮與反感。再且，採行裁判憲法訴訟的制度，首要所須面對的無非係如何讓大法官對是否受理判決之違憲審查案，其裁量受理與否的界限，在制度上如何配合而

已。在立法上當然可考慮美國、德國等民主國家的作法，而在制度上妥為規劃，以免此類型之案件癱瘓大法官的功能，是上述疑慮，並非不得以嚴守判決憲法訴願之違憲審查要件（例如參照德國聯邦憲法法院發展之「赫克準則」）及賦予 大院更大之受理彈性（例如採美國最高法院移審令制度）予以緩和，僅以上述可能產生之問題即否認我國改採「判決憲法訴願」制度之必要性，恐為漠視現今我國人民基本權常遭受法院具體個案判決侵害之作法。

- 9、法律哲學家德沃金（Ronald Dworkin）曾說：「經常，人們由法官的一個點頭所將得到或失去的，是大於眾議院或參議院所制定的法律」，一語道破法院個案判決所表示之法律見解對於人民基本權之重大影響，甚且勝過法律或憲法之明文規範。而我國法院漠視憲法意旨之積弊，冰凍三尺非一日之寒，例如，憲法第 80 條規定法官依法律獨立審判，不受任何干涉，至最高法院之判例、決議，僅為法官審理之參考，法官自得依法表示適當之不同見解，不受其拘束，然司法實務上真實的情況卻係法院判決將最高法院判例、決議奉為主臬者，如有法官不依判例、決議審理者，則從 大院釋字第 687 號解釋之釋憲聲請書中，即可知悉法官將受有何等之不利處遇（該案聲請人為桃園地方法院法官，見聲證 25），身為法官面對長久積累之司法文化尚需「顧全大局」、「忍辱負重」，則一般民眾在個案中面對司法審理之無力感，可想而知。是系爭法文限制人民僅得對「法律或命令」聲請釋憲之限制，業已成為法院架空憲法之強力護身符，聲請人認本件應予憲釋並宣告違憲無效，方能落實憲法第 16 條人民訴訟權應予保障之意旨。

三、綜上所陳，聲請人就系爭獄政事件，即否決外役監遴選行

為，縱非行政處分，亦為行政機關之行為，而不予參加外役監遴選申請之決定行為，致申請人權益受損，行政法院對之應有審判權。茲申請人已窮司法救濟途徑，且無從期待行政法院改弦易轍，非聲請 大院為違憲審查，無以回復聲請人憲法上權利所受之損害，爰為本件釋憲聲請，懇請 大院參酌上情惠予宣告監獄行刑法第 6 條第 1 項、同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款，及裁判中所表示之法律上見解與憲法第 16 條所保障之人民權利相牴觸而違憲，以昭憲信，並維人權。如蒙所允，甚感德澤。

肆、關係文件之名稱及件數

委任狀正本

聲證 1：聲請人陳情書狀 1 份。

聲證 2：法務部矯正署書函暨法務部訴願決定書。

聲證 3：行政訴訟起訴狀。

聲證 4：高雄高等行政法院 105 年度訴字第 121 號裁定。

聲證 5：行政訴訟抗告狀。

聲證 6：最高行政法院 105 年度裁字第 1249 號裁定。

聲證 7：台北高等行政法院 104 年訴字第 436 號裁定、臺灣高等法院 103 年聲字第 4204 號刑事裁定、臺灣高等法院 103 年抗字第 1216 號刑事裁定。

聲證 8：假釋案件審核參考基準。

聲證 9：最高行政法院 105 年度裁字第 213 號裁定。

聲證 10：最高行政法院 101 年度裁字第 1790 號裁定。

聲證 11：前大法官湯德宗釋字第 728 號解釋協同意見書。

聲證 12：前大法官陳新民釋字第 689 號解釋協同意見書。

聲證 13：前大法官李震山釋字第 656 號解釋協同意見書。

聲證 14：大法官許宗力，〈大法官釋憲權行使的程序及

範圍>，收於氏著【憲法與法治國行政】，頁89-130。

聲證 15：前大法官湯德宗釋字第 710 號解釋協同意見書。

聲證 16：前大法官湯德宗釋字第 713 號解釋部分不同意見書。

聲證 17：前大法官李震山、林子儀釋字第 690 號解釋部分不同意見書。

聲證 18：前大法官李震山、許玉秀、陳春生釋字第 682 號解釋部分不同意見書。

聲證 19：劉淑範，〈憲法審判權與一般審判權間之分工問題〉，收於劉孔中、李建良主編【憲法解釋之理論與實務】，頁 246。

聲證 20：吳信華，〈我國憲法訴訟制度之繼受德國-以「人民聲請釋憲」為中心〉，月旦法學雜誌第 116 期，頁 34。

聲證 21：吳志光，裁判違憲查？收於月旦法學教室第 41 期，頁 8-9。

聲證 22：吳光志，憲法法院之裁判效力-比較法上之若干觀察，收於全國律師第 11 卷第 11 期，頁 1-21。

聲證 23：林三欽，人民聲請大法官違憲審查之標的，收於月旦法學教室第 81 期，頁 8-9。

聲證 24：葛克昌，〈租稅規避與法學方法-稅法、民法與憲法〉，收於氏著【稅法基本問題】，頁 3。

聲證 25：司法院釋字第 687 號解釋之釋憲聲請書。

謹 狀

司法院

公鑒

中 華 民 國 1 0 6 年 5 月 3 日

具 狀 人 即 聲 請 人 徐千祥

撰 狀 人 即 代 理 人 林石猛律師

張宗琦律師

王朝震律師