

憲法法庭 112 年憲判字第 6 號判決協同意見書

許志雄大法官 提出

一、本件主要爭點在於：因普通法院及軍事法院二審判體系就犯罪事實認定歧異，致共同正犯一受普通法院無罪判決確定，一受軍事法院有罪判決確定，後者得否及如何尋求救濟？事涉上訴及再審問題，針對上訴部分，本號判決主文第 1 項宣告，88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法第 181 條第 5 項規定：「被告（92 年修正為當事人）不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴。」（下稱系爭規定），尚難謂與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違；針對再審部分，判決主文第 2 項表明，聲請人自本判決送達之日起 30 日內，就國防部高等軍事法院高雄分院所為原因案件之判決，得依本判決意旨向臺灣高等法院高雄分院聲請再審。本號判決於法律規定之外，另創設一種再審途徑，確保聲請人向普通法院請求救濟之機會，與司法院釋字第 436 號解釋（下稱系爭解釋）異曲同工，值得肯定。

本件聲請人係依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請解釋憲法並補充系爭解釋，性質上屬法規範憲法審查，而非裁判憲法審查。惟判決主文未就再審相關規定作成憲法判斷，亦未補充系爭解釋，卻逕於主文第 2 項作成個案（原因案件）得聲請再審之宣示。這種主文呈現方式，實顯突兀，有待商榷。因其為諸大法官妥協之結果，即使主筆大法官及包括本席在內之部分大法官未必滿意，亦只能徒呼負負。此外，判決之理由為配合主文，不免有所晦澀，

難期合理周延。本席認為，此等問題有釐清之必要，爰提出協同意見書。

二、憲法第 9 條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，乃因軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為得設軍事審判之特別刑事訴訟程序（理由第 15 段參照），是有軍事審判法之制定。軍事審判固係特別之刑事訴訟程序，仍不失為國家司法權（刑罰權）之行使，必須符合獨立公正審判及正當法律程序等基本要求，然軍事審判畢竟有其軍事上之特殊考量，尚不足與普通法院之審判等量齊觀。釋字第 436 號解釋表示：「本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第 77 條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。」諒係體察軍事審判之特殊性，從維護司法本質及保障人民訴訟權與人身自由等角度，對軍事法院之判決抱持疑慮，有以致之。

有關機關已依系爭解釋所示，於該解釋公布後 2 年期限內修正公布系爭規定，使該解釋之意旨得以落實。無可否認，裁判中事實認定與法令之解釋適用同等重要，裁判無論事實認定瑕疵或違背法令，皆構成裁判之瑕疵，應有救濟管道，故刑事訴訟法設有上訴、再審乃至非常上訴制度，軍事審判法亦有上訴及再審之設。惟軍事審判受限於本身之特殊性，僅憑軍事審判體系內之上訴及再審，尚不足以滿足立憲主義之要求。為濟軍事審判之窮，系爭解釋及系爭規定引進外部救濟機制，在一定範圍內，許軍事審判之當事人得以判決違背法令為理由，向普通法院提起上訴。至事實認定瑕疵方面，

系爭解釋未置一詞，自非該解釋射程所及。102年8月13日修正公布之軍事審判法第237條第1項第2款規定：「裁判確定之案件……有再審……之事由者，得依刑事訴訟法聲請再審」，係為解決現役軍人非戰時不再適用軍事審判法追訴處罰（軍事審判法第1條規定參照）之後續事宜，自與系爭解釋及系爭規定係為濟軍事審判之窮者不同。要之，系爭解釋未處理軍事審判之事實認定瑕疵問題，就本件情形，現行法亦無類似系爭規定之明文得據以向普通法院聲請再審，以尋求救濟。

本號判決指出：「共同正犯之數人分別繫屬於普通法院及軍事法院審判，就同一犯罪事實有無，分別受普通法院無罪判決及軍事法院有罪判決確定者，若其主要之證據相同，受軍事法院判決有罪之受判決人，自得以此為再審事由，聲請再審。」（理由第25段參照）實質上正可補系爭解釋之不足，稱其為系爭解釋之補充解釋，寧非妥適？判決主文未將補充解釋之意旨納入，已有未洽，至判決理由謂：「因系爭解釋作成後，軍事審判法業經立法機關依系爭解釋意旨完成修法，故不生再就系爭解釋為補充解釋之問題」（理由第25段參照），更是顧左右而言他，純屬搪塞之詞。

三、關於審判制度之設計，立法機關享有一定之立法裁量或政策形成空間，原則上應受尊重。惟其立法裁量或政策形成空間仍有界限，不得背離法治國原則之要求，否則即有違憲之虞。過去審判制度規定遭司法院解釋或憲法法庭宣告違憲或暗示違憲者，不乏其例。除系爭解釋外，近年即有釋字第752號解釋認定，刑事訴訟法第376條第1款及第2款

關於第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院之規定，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。又如 112 年憲判字第 2 號判決以合憲性解釋之方法，判示：「刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定：『有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受……免刑……之判決者。』所稱『應受……免刑』之依據，除『免除其刑』之法律規定外，亦應包括『減輕或免除其刑』之法律規定在內，始與憲法第 7 條保障平等權之意旨無違。」即蘊含部分違憲之認定。如本件情形，多數意見指出：「相關法律未賦予受軍事法院有罪判決之受判決人，得……聲請再審，侵害軍人受憲法第 16 條保障之訴訟權，與法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求，尚有未符。」（理由第 25 段參照）即認為現行法關於再審之規定尚有缺漏，無法以立法裁量或政策形成空間為理由予以正當化。再審之規定既有缺漏，則除修法填補外，亦可藉由憲法解釋（系爭解釋之補充解釋）加以解決。本號判決本可發揮此種憲法解釋應有之功能，可惜判決主文過於保守，致其效果大打折扣。

四、普通法院之審判與軍事審判同為國家司法權（刑罰權）之行使，其對同一案件之犯罪事實認定理應一致。若普通法院與軍事法院判決就犯罪事實認定歧異，致共同正犯分別受無罪、有罪之判決確定者，則既與事理不符，更非一般國民法感情所能接受。犯罪事實認定歧異，乃客觀之結果，無論其原因在於普通法院與軍事法院採納之證據不一、自由

心證不同或其他因素，皆非所問。只要有犯罪事實認定歧異之情形，即應類比系爭解釋之法理與作法，逕許受軍事法院有罪判決確定者得向普通法院聲請再審，俾符合法治國原則。惟多數意見似認為，唯當普通法院與軍事法院判決之「主要之證據相同」時，始可聲請再審。本席認為，何謂「主要之證據相同」，恐有爭議，此一限制徒滋紛擾，且無必要。本號判決允許此種法律未規定之再審，係為解決普通法院與軍事法院兩種審判體系衍生之問題，一旦二者發生犯罪事實認定歧異，即應有再審事由，至於是否「主要之證據相同」，應不生影響。

本號判決承認之再審事由，獨立於刑事訴訟法第 420 條所定再審事由之外，二者並行不悖。換言之，關於軍事法院確定判決，如發現新事實、新證據而符合該條第 1 項第 6 款規定者，根據軍事審判法第 237 條第 1 項第 2 款但書規定，受判決人（含本件聲請人）亦得依該規定聲請再審（理由第 32 段參照）。惟依刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定聲請再審者，須證明「因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決」；其要件相當嚴格，再審之聲請要獲得法院認可，並非易事。反之，依本號判決意旨，受軍事法院有罪判決確定者只要指出，因犯罪事實認定歧異，共同正犯受普通法院無罪判決，即可聲請再審，對於聲請之准駁，法院亦無裁量空間。至於何以二法院之犯罪事實認定歧異，孰是孰非，則屬再審法院須自行審究之事項，聲請人並無舉證之義務。對聲請人而言，後者顯然較為有利。

五、最後，唯當普通法院及軍事法院之判決關於犯罪事

實認定歧異，致共同正犯分別受無罪、有罪之判決確定者，受軍事法院判決有罪之人始得依本號判決意旨向普通法院聲請再審。其聲請再審之要件明確，適用範圍狹小，可推知再審案件極為有限，應不會增加普通法院多大之負擔。至於擔心本號判決創設新再審事由，恐對再審制度造成重大衝擊，應屬過慮。