

憲法法庭 112 年憲判字第 6 號判決

部分協同部分不同意見書

黃瑞明大法官提出

壹、本件聲請案之原因事實大要及本件判決之意旨

本件判決之聲請人王先生於民國 86 年服義務役期間，
休假中與其友人非現役軍人陳先生共騎機車外出，適高雄鳳
山市發生機車搶劫案，被害人洪小姐騎機車被歹徒二人共騎
機車後載下手搶奪其置放前置物籃內之皮包，洪小姐（及其
後載之女兒）往前追趕歹徒，記下車號，警察循車號逮捕機
車所有人即陳先生，經受害人指認王/陳二人為機車搶劫之
犯者。因王先生為現役軍人適用軍事審判，經國防部高等軍
事法院高雄分院 90 年高判字第 015 號判決有罪後，以判決
違背法令為理由，向臺灣高等法院高雄分院（下稱高雄高分
院）提起上訴，被以違背法律程式為理由駁回確定，故本件
聲請以前開國防部高等軍事法院高雄分院判決為確定終局
判決（下稱軍事法院確判）。陳先生為平民身分，由普通法院
審理。於 86 年 11 月經高雄地方法院判決有罪後循序上訴，
最高法院撤銷有罪判決發回；高雄高分院更一審改判無罪後
檢察官上訴，最高法院撤銷無罪判決發回；高雄高分院更二
審以 92 年度上更（二）字第 236 號刑事判決無罪，檢察官上
訴後經最高法院以上訴違背法律上程式為理由駁回而無罪
確定，故以前開高雄高分院更二審判決為確定終局判決（下
稱普通法院確判）。故被控共騎機車搶劫之二人，一人經軍事
法院判決有罪確定，另一人經普通法院判決無罪確定。該二

人被指控犯行相同，不同審判體系所審查之證據幾乎完全相同，卻產生有罪與無罪之截然不同之結果。聲請人王先生不服而聲請釋憲，主張 88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法第 181 條第 5 項¹（系爭規定）規定經高等軍事法院判決有期徒刑者，僅得以判決違背法令為理由，向高等法院上訴為違憲。本院審查後認系爭規定尚未違憲，但認「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 90 年高判字第 015 號判決，得依本判決意旨向臺灣高等法院高雄分院聲請再審。」本席支持本件判決並補充意見如下。

貳、本席之協同意見

一、本件判決理由列出軍事審判法及刑事訴訟法所無之「獨立之再審事由」

相同案情之共同被告，分別依軍事法院審判及普通法院審判而有不同之結果，應為社會通念所無法接受之裁判歧異。按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，認與不同審判權終審法院之確定終局裁判適用同一法規範已表示之見解有異者，得聲請憲法法庭為統一見解之判決〔憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 84 條第 1 項規定參照〕。本件判決理由指出「如普通法院已依據相同之主要證據為其他共同正犯無犯罪事實之認定，而為無罪之確定判決，則應可憑以認為被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一

¹ 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。」（嗣 92 年 6 月 11 日修正公布時，除將「被告」修正為「當事人」外，其規範意旨相同。）

般人合理懷疑之處。是基於法治國原則所要求之無罪推定、罪證有疑利歸被告等原則，就此種事實認定兩歧之情形，不僅應賦予受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審之機會，且考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由，就受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決所聲請之再審，直接開啟再審程序」（判決理由第 24 段）此理由雖未參照憲訴法第 84 條第 1 項，但法理相類似。祇是憲訴法第 84 條第 1 項是於不同審判體系間對法規範見解之歧異為統一見解，而本件判決則是於不同審判體系間事實認定之歧異建立獨立之再審事由。本判決宣告聲請人得就軍事法院確判向高雄高分院聲請再審，達到其聲請釋憲之目的。本件判決理由所稱獨立之再審理由，即非屬現行軍事審判法及刑事訴訟法所定得再審事由之範圍，故有新增此「獨立之再審事由」之必要。本席爰就此為補充。因本件原因案件發生迄今軍事審判法及刑事訴訟法均有所修正，有必要就修法前後之再審規定一併予以比較討論。

二、88 年修改之軍事審判法無法解決判決認定事實歧異之問題

民國 86 年之前有 58 位立法委員聯名聲請，認當時之軍事審判法有諸多違憲之處，最主要為以各級司令部或與其同等之軍事機關為軍事審判機關，並以國防部為最高軍事審判機關，將軍事審判權隸屬於國防行政權之下，使行政性質的

軍事機關掌刑事司法權，違反法治國家的分權原則，並牴觸憲法第 77 條「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」之規定而造成諸多弊端，請求大法官作出以國防部為最高軍事審判機關乃違憲之解釋。依此聲請，司法院於 86 年 10 月 3 日公告釋字第 436 號解釋，解釋文包括「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」等內容，而要求有關機關於二年內修法。

為回應 86 年釋字第 436 號解釋之要求，軍事審判法於 88 年作大幅修正，包括修正公布系爭規定「被告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。」本件聲請人不服高等軍事法院確判，即曾依此項規定向高雄高分院提起上訴。該分院 90 年度軍上字第 10 號刑事判決駁回上訴之主要理由為「按證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權；苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般人日常生活經驗之定則或論理法則，又於判決內論述其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其違法，而據為提起上訴之合法理由。」從而認為上訴理由皆係就原審判決已說明事項，或屬原審採證認事職權之適法行使，任意指摘為採證違反經驗法則、論理法則，自非適法之上訴理由，故以上訴違背法律上之程式為理由而予駁回。由上可知，以判決違背證據法則為由而聲請非常上訴者，通常被以事實審法院具自由裁量、判斷之職權而被駁回。而系爭規定限於高等軍事法院之判決「違背法令」為理由始能向高等法院提起上訴之限

制之下，高等法院並不再進行事實認定之審查。聲請人為
此乃聲請釋憲，主張系爭規定不許以事實錯誤為理由，向高等
法院提起上訴，為限制過嚴而侵害人民之訴訟權、自由權、
平等權等。本件判決並未宣示系爭規定違憲，而認其「尚難
謂與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違」，其主要理由
為「關於審級救濟制度之規劃設計，包括各級法院間事實審
及法律審之分野，原則上屬於立法形成範圍」。故本件判決並
不要求修改系爭規定，而仍然維持不服高等軍事法院宣告有
期徒刑之判決者，僅得以判決違背法令為理由，向高等法院
提出上訴，從而如認高等軍事法院之判決認定事實有所違誤
者，尚無從依該條項之規定向普通法院請求救濟。故在主要
證據相同之共同正犯分別在軍事法院與普通法院認定事實
歧異之情形尚無法依系爭規定向高等法院提起上訴而獲得
救濟²。

三、因洪仲丘案於 102 年修改之軍事審判法亦無法解決判決 認定事實歧異之問題

102 年 7 月發生義務役士兵洪仲丘於退伍前二天遭虐死
事件後，舉國譁然、群情激憤，立法院於同年 8 月火速通過
修改軍事審判法第 1 條、第 34 條及第 237 條，修正後第 1 條
第 1 項規定：「現役軍人戰時犯陸海空軍刑法或其特別法之

² 釋字第 436 號解釋宣示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，在當時已有大法官提出
協同意見書，認為「此種既承認軍事審判權係屬司法權之一，但又容許軍事機
關仍得繼續行使，而普通法院所能為者，祇限於法律審而已，可謂『藕斷絲連，
欲斷還留』」而表示不敢苟同（參見董翔飛大法官協同意見書）。其意見或認為普
通法院對於軍事機關之判決僅得為法律審有所不足，亦應得為事實審。

罪，依本法追訴、處罰。」亦即軍人在平時觸犯相關之罪即不依軍事審判法審理，而係由普通法院依刑事訴訟法之程序審理，對被告之權益有較多程序上之保障。至於在 102 年 8 月 13 日修正公布之條文施行前，已依軍事審判法開始執行之案件（如本件聲請案之原因案件於 90 年 8 月高雄高分院駁回上訴確定已進入執行階段）之案件，則於同時修正公布之第 237 條第 1 項第 2 款規定如有再審或非常上訴之事由者，得依刑事訴訟法聲請再審或非常上訴，亦即本件聲請人如符刑事訴訟法之規定，得聲請再審或非常上訴以為救濟。按確定判決違背法令者，其救濟程序為非常上訴，依系爭規定，經高等軍事法院判決有期徒刑者，得以判決違背法令為理由向高等法院上訴。聲請人已曾以軍事法院確判違背法令為理由提起上訴，而高雄高分院 90 年度軍上字第 10 號刑事判決業已以軍事法院確判未違背一般人日常生活經驗之定則或論理法則為由而駁回聲請人對軍事法院確判以違背法令為理由之上訴，已於前述。故聲請人再依非常上訴程序請求救濟，已無實益。至於本案是否可依現行再審規定獲得救濟，則應視刑事訴訟法再審之規定而定，於下節討論之。

四、刑事訴訟法再審之規定（第 420 條）於 104 年修法前後均未能解決判決認定事實歧異之問題

（一）104 年 2 月 4 日修改刑事訴訟法之前，該法可作為本案再審可能之規定為第 420 條第 1 項第 6 款「因發現確實之新證據，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者」因普通法院無罪判決之確判對共

同正犯於軍事法院受有罪判決確定者，並非可視為新證據，故無法依此規定提起再審。

(二) 104 年 2 月 4 日修改刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款並增訂第 3 項，該次修法有二個重點：

- 1、將原第 6 款規定改為「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者。」即將原條文「因發現確實之新證據」擴張為「因發現新事實或新證據」，增加發現「新事實」作為再審事由，並排除原規定「確實之」要件以降低聲請再審之門檻。
- 2、增加第 3 項規定以解釋何謂新事實新證據：「第 1 項第 6 款之新事實或新證據指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據」新增此項規定之主要原因是因為在修法前法院之實務依據數件最高法院之判例，將原規定第 6 款之「新證據」解釋為「原事實審法院判決當時已經存在，然法院於判決前未經發現而不及調查斟酌，至其後始發現者」，而不包括判決時尚未存在，而於判決後始出現者。此實務上之見解被認為不當限制了人民提起再審之機會，因此於 104 年修法時特別制定第 3 項，使第 1 項第 6 款所規定之新事實或新證據，包括判決確定前已存在或成立未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據，進一步增加被告聲請再審之機會³。

³ 104 年 2 月 4 日修正公布刑事訴訟法第 420 條，第 3 項修法理由包括：「四、鑒於現行實務受最高法院 35 年特抗字第 21 號判例、28 年抗字第 8 號判例；及 50 年台抗字第 104 號判例、49 年台抗字第 72 號判例、41 年台抗字第 1 號判例、

然而於本案之情形，二位共同正犯被指控之犯罪行為相同，一位被告受軍事審判判決有罪確定後，另位共同正犯受普通法院判決無罪確定，該普通法院之無罪判決尚非當然可認係於軍事法院確判後始成立之新事實或新證據，且涉及個別法官之裁量，故仍不當然得依 104 年修正後之第 420 條第 1 項第 6 款及第 3 項之規定聲請再審。

因此，本件判決理由於前述列為獨立之再審事由時，特別指明不受刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款之要件之拘束，「方能避免冤抑，有效保障具軍人身分之受判決人之訴訟權，俾符法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求。」(判決理由第 24 段)

五、本判決處理之核心問題—軍事審判與司法審判各依自由心證認定事實歧異，有成為獨立再審事由之必要

(一) 被指控之犯罪事實相同，依相同之證據，由軍事審判與普通法院審判，分別獲得有罪、無罪之截然不同之判決結果，應是對相同證據各依其自由心證所獲致之結果。此可分別由其確定終局判決之理由探究其就相同之證據所認定事

40 年台抗字第 2 號判例及 32 年抗字第 113 號判例拘束，創設出『新規性』及『確實性』之要件，將本款規定解釋為『原事實審法院判決當時已經存在，然法院於判決前未經發現而不及調查斟酌，至其後始發現者』且必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決無合理可疑的確切心證，始足當之。此所增加限制不僅毫無合理性，亦無必要，更對人民受憲法保障依循再審途徑推翻錯誤定罪判決之基本權利，增加法律所無之限制，而違法律保留原則。

五、再審制度之目的既在發現真實並追求具體之公平正義，以調和法律之安定與真相之發見，自不得獨厚法安定性而忘卻正義之追求。上開判例創設之新規性、確實性要件，使錯誤定罪判決之受害者無從據事實審法院判決當時尚不存在或尚未發現之新證據聲請再審，顯已對受錯誤定罪之人循再審程序獲得救濟之權利，增加法律所無之限制。」

實之基本差異

- 1、普通法院確判即臺灣高等法院高雄分院 92 年度上更(二)字第 236 號刑事判決於認定陳先生無罪之更二審判決理由指出「……當時復屬人車穿梭不絕之際，三人共騎一車追趕搶匪，乃有誤跟而與他車混淆錯誤之虞，是其記下之車號也不能排除錯誤之可能。」「此外，復查無其他確切證據證明上訴人陳○○有本件搶奪犯行，自屬不能證明被告陳○○犯罪」該判決主要心證認為告訴人所記下之車號及對行為人之指認有誤認之可能，又無其他確切之證據，即應為無罪之判決。
- 2、軍事法院確判之判決理由則對被告有利之可能性均加以排除，如「被害人洪○○就有關被搶和記住車牌之地點、是否曾看見陳○○長相而予以指認，及證人洪○○於何處記住車牌等之證詞，雖前後證述不一……況本案被害人皮包遭搶及追趕記住歹徒機車車牌號碼之時，均在機車向前行駛之動態情形下，自難謂有確切地點」「至證人……與警訊供述不同，惟查尚無事證足證，洪○○不利於上訴人之證詞，係受被害人暗示及誘導所為……」「……以渠等均久居該地區，及所搶得之財物皮包乙個、新台幣六千元、身分證、銀行存摺、提款卡、駕駛執照與項鍊等物自可方便藏匿、丟棄甚或交付他人等方式迅速處理，雖查無贓證，仍無法證明其未犯罪」，對於告訴人及證人前後證述不一致之情形並未考慮發生誤認之可能。
- 3、由相同之證據(主要為告訴人記下之車號及對行為者之指

認)得出不同之事實判斷，在於審判基本態度之差異。軍事法院確判對證據之論理，表面上言之成理，卻禁不起進一步檢證。該判決理由所稱「雖查無贓證，仍無法證明其未犯罪」堪稱經典之「有罪推定」心態之表露，亦即經告訴人指認後，被告必須證明自己無罪方能脫罪。至於「惟查尚無事證足證，洪○○不利於上訴人之證詞，係受被害人暗示及誘導所為」則課予被告必須證明證人受暗示或誘導之責任，而迴避了法官對於證人之證詞前後不一之種種可能性之探討，同屬隱藏在「有罪推定」心態下之論理話術，但卻難以違反證據法則為由加以推翻。

(二) 綜上，於軍事審判與司法審判在主要證據相同時，卻有截然不同之判決結果之情形，基本上是因為二個審判體系採證及自由心證之歧異，且尚不當然得依目前（即 104 年修正後）刑事訴訟法之規定提起再審，亦難以期待依非常上訴獲得救濟，因此乃有由本判決於理由宣示此為新型態之再審理由並於主文宣示聲請人之個案得聲請再審以為救濟之必要。

六、不同意見部分：釋字第 436 號解釋應予補充

(一) 本判決理由已列出獨立之再審理由，軍事審判法應依此作必要修正，故有補充司法院釋字第 436 號解釋之必要

本判決理由除指出「考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由，就受有罪確定判決之

人(軍人),以此為由,對軍事法院有罪確定判決所聲請之再審,直接開啟再審程序……方能避免冤抑」(判決理由第 24 段)之外,另指出「相關法律未賦予受軍事法院有罪判決之受判決人,得據此理由聲請再審,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。」(判決理由第 25 段)判決理由既已明確指出此為獨立之再審理由,即非僅個案適用,而具有普遍適用之可能。故應修改相關法律即軍事審判法以納入此獨立之再審事由,始符本件判決理由之明確指示。

(二) 本件判決理由所稱不生補充解釋釋字第 436 號解釋之說法,有所誤解。

按聲請人已聲請補充解釋釋字第 436 號解釋,而釋字第 436 號解釋應予補充,已於前述。然而本件判決理由未作此宣示,反而稱「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。」就此本席無法同意,理由如下:按釋字第 436 號解釋係對 86 年之軍事審判法為解釋,該法於 88 年依釋字第 436 號解釋之要求而修正已如前述。此外,該法另於 91、92、95、102、104 及 108 年均分別修正,故本件判決所指之軍事審判法與釋字第 436 號解釋對象之軍事審判法條文內容已有很大差異,但仍為同一法律。如尚有與憲法意旨不符之處,但仍應修法。按釋字第 436 號解釋認(當時之)軍事審判法第 11 條、第 133 條第 1 項、第 3 項、第 158 條及其他不許被告逕向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟部分,與憲法保障人身自由、人民訴訟權及第 77 條(司法院為

國家最高司法機關)之意旨不符，而限期修改。本件判決理由既然指出相關法律未賦予受軍事法院有罪判決之被告得聲請再審，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，即係就相關法律（即軍事審判法）為違憲宣告。本席認為於此範圍內，司法院釋字第 436 號解釋應予補充。所應補充者即為軍事審判法未就普通法院與軍事法院判決歧異之情形規定為獨立之再審事由而有違憲情事。

七、本件判決未處理之問題：軍事審判上訴審級不足之問題

就本件原因案件軍事法院確判及普通法院確判之認定事實之推論比較觀之，可以確認普通法院確判較諸軍事法院確判較能立於無罪推定之基礎，對於被告有利不利之諸種可能性較能加以注意，然而是否依此二份判決之差異即可推論普通法院之認定事實較軍事法院之認定事實較為可採，本席不認為可輕易作此推論。按陳先生於普通法院審理共經最高法院發回更審二次，計有七份判決書，其中對陳先生不利者（含有罪判決及撤銷無罪判決者）共 3 份，而對陳先生有利者（含無罪判決及撤銷有罪判決者）共 4 份，最後乃以無罪判決確定，由此可見普通法院對陳先生是否有罪之見解亦曾有所反覆，最終判決無罪確定之主要原因應是最高法院二次發回更審，讓事實審之高等法院有機會就證據之認定詳為推敲，且就相關證據之考慮更為廣泛且周延，而最終為無罪判決確定。故為避免軍事審判造成冤抑者應增強其審級之保障而揚棄速審速決之觀念。以本案而言，王先生為士兵，故以

地方軍事法院為初審案件管轄，可上訴至高等軍事法院（軍事審判法第 27、28 條規定參照），對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，對該高等法院之判決不得再上訴（軍事審判法第 181 條第 5 項及第 6 項規定參照），故於 86 年發生之搶案，王先生於 89 年 2 月受軍事法院判決有罪，90 年 3 月經高雄高分院駁回上訴即告確定，共歷 4 年，王先生沒有上訴至最高法院以受審查之機會。至於陳先生受司法審判於 86 年 11 月第一審判決有罪，經上訴後最高法院二次發回更審，迄 93 年 3 月最高法院駁回檢察官上訴而確定，共歷時 7 年。二者比較，更可見王先生之有罪判決就是軍事審判速審速決下之產物。依目前之規定，尉官、士官及其同等軍人犯罪而受有期徒刑之判決者，均有相同審級保障不足之情形（軍事審判法第 27、28 條規定參照）⁴，有應一併檢討改進之必要。

八、判決理由伍「併此敘明」之原因

就前述憲訴法第 84 條第 1 項規定不同審判權之終審法院見解有異時，得聲請憲法法院為統一見解，於同條第 2 項規定，前項情形如人民得依法定程序聲明不服者，不得聲請。依相同法理，本判決於作成聲請人得就軍事法院確判聲請再審之諭知，自係以本件聲請人（或相同狀況下之其他被告）依現行再審之規定尚無從聲請再審之情況而言。然而本件聲請案之原因案件就軍事法院與普通法院判決之歧異，究竟是否符合「獨立之再審事由」前提之「主要證據相同」或是普

⁴ 至於受死刑或無期徒刑之上訴判決，原上訴軍事法院應依職權逕送最高法院審判並通知當事人（軍事審判法第 181 條第 2 項）。

通法院與軍事法院審理之主要證據尚有所不同，然聲請人得依普通法院確判已審酌而軍事法院確判尚未及審酌之證據作為「新事實」或「新證據」以聲請再審，二者均有可能，但究非本院之審理範圍，故本件判決於併此指明部分指出如符合刑事訴訟法第 420 條之再審事由時，當事人本得依該條規定聲請再審。至於聲請事由符合「獨立之再審事由」或是符合現行再審之規定，此屬再審法院之審理權限。

九、嚴刑峻罰、速審速決較能整飭軍紀提升戰力？

近年來台海情勢趨緊張，國內亦有主張應恢復軍事審判體系，始足整飭軍紀、提升戰力之聲音。就此論點本席深不以為然。本席認為軍人戰力的泉源在於瞭解為何而戰，因此產生之意志與決心，我國軍人所護衛的是人民千辛萬苦建立之自由民主憲政體制。該體制尊重人性尊嚴並保障人民享有各種自由權及其他基本權等。在此普世價值之下，軍人的基本權應受憲法之保障，始能建立軍人之認同與向心力。訴諸嚴刑峻罰、速審速決乃專制統治者以軍人為工具之作法，祇有短暫的威嚇效果，而非自由民主憲政國家對待軍人應有的政策。