

中華民國律師公會全國聯合會 函

地址：台北市重慶南路一段130號5樓

聯絡方式-電話：02-23312865

傳真：02-23755594

聯絡人：羅慧萍

受文者：司法院

發文日期：中華民國102年1月24日

發文字號：(102)律聯字第102012號

速別：

密等及解密條件或保密期限：普通

附件：如文

主旨：有關 貴院大法官為審理王瑞豐聲請解釋案，函請本會提供相關立法、修法資料，及合憲性之法律意見乙案，復如說明，敬請 卓參。

說明：

- 一、復 貴院秘書長101年11月8日秘台大二字第1010031512號函。
- 二、貴院來函之說明二所列四項問題，本會僅就軍事審判法第181條第5項等規定之合憲性及現行軍事審判制度是否抵觸憲法等疑義，提供本會意見，如附件所列，敬請 卓參。
- 三、依本會第9屆第5次常務理事會議決議辦理。

正本：司法院

副本：

理事長

林春榮

受文者：中華民國律師公會全國聯合會

主旨：謹就軍事審判法第 181 條第 5 項等規定之合憲性及現行軍事審判制度是否抵觸憲法等疑義，提供本委員會意見如說明，敬供 卓參。

說明：

壹、依 貴會函轉司法院秘書長民國（下同）101 年 11 月 8 日秘台大二字第 1010031512 號函辦理。

貳、軍事審判法第 181 條第 5 項規定（下稱系爭規定）以被告之「現役軍人身分」及「官階」作為分類標準，適用不同訴訟程序而造成差別待遇，究其規範內容，不但造成現役軍人與非現役軍人間就同一性質犯罪之終審法院不同，且於現役軍人間，亦因被告之官階大小之分而有不同之管轄法院，甚至隱含有高階者不受低階者審判之嫌疑，此等區別標準及差別待遇絲毫看不出與立法理由所揭櫫之立法目的間有何關聯性，而有抵觸憲法第 7 條平等原則之問題，更悖於憲法第 80 條所定之審判獨立原則。以下分別說明之：

一、系爭規定於 88 年 10 月 1 日修正公布，其立法理由為：「依司法院大法官議決第四三六號解釋，平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告以判決違背法令為理由向普通法院請求救濟，係基於憲法保障軍人訴訟權利及司法院為國家最高司法機關之意旨，使軍人得向最高法院上訴，增加審級救濟之利益，爰衡酌司法資源能量有

限，應予妥適分配，明定被告不服中央軍事法院宣告有期徒刑以上之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴，即便屬刑事訴訟法第三百七十六條之案件，既為中央軍事法院所判，仍得以最高法院為終審法院，增訂為第四項」、「高級軍事法院宣告死刑或無期徒刑之上訴判決，已依第二項或第四項之規定依職權或依聲請上訴最高法院，其餘有期徒刑之判決，亦得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴，增訂為第五項。」質言之，其載稱之規範目的在使軍事審判制度合於憲法第77條以下有關司法權建置之憲政原理，乃基於保障軍人訴訟權及司法一元化之意旨，許被告以判決違背法令為由向普通法院請求救濟，合先敘明。

二、系爭規定於現役軍人與非現役軍人間，及於現役軍人中之低階者與高階者間，產生「雙重差別待遇」，而有違反憲法第7條平等權保障之問題：

(一)系爭規定於現役軍人與非現役軍人間，就同一性質之案件，現役軍人所受之訴訟上處遇不如非現役軍人，而有違反憲法第7條平等權保障之問題：

現役軍人雖依系爭規定就高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決，得以判決違背法令為由，向高等法院提起上訴，惟就同一性質之犯罪（例如本件聲請案所涉之強盜罪），非現役軍人卻得上訴至最高法院，從而就同一性質之案件，現役軍人較非現役軍人而言，其受有良好品質審判之可能性較低，是依系爭規定適用之結果，不但看不出對現役軍人訴訟權保障之處，反而突

顯軍人在訴訟上之處遇不如非現役軍人，自難認為系爭規定為差別待遇之手段與其所載稱之立法目的間具有關聯性，系爭規定就此有違反憲法第7條平等權保障之問題。

(二)又系爭規定於軍人間，亦在職位低者與職位高者之間形成不合理之差別待遇：

1.自系爭規定及軍事審判法相關規定，可知軍事審判法係以被告之官階高低，決定應於何軍事法院及普通法院審理其案件：

即便於同屬現役軍人不服軍事法院之上訴判決，向普通法院體系請求救濟之情形，系爭軍事審判法第181條第5項規定「不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決」者，得向高等法院提起上訴，惟觀諸軍事審判法於第181條第4項另有關於不服最高軍事法院宣告有期徒刑以上之上訴判決，則係向最高法院提起上訴之規定，兩個條文規定之上訴管轄法院分別為高等法院及最高法院，造成此等終審管轄法院差異之原因，係因官階低之尉官、士官、士兵及同等軍人之初審案件，依軍事審判法第27條規定係由地方軍事法院管轄，而官階高之將官、校官及同等軍人之初審案件，依同法第28條第1款規定係由高等軍事法院管轄。從而在現役軍人當中，官階低者之案件，其初審由地方軍事法院管轄、上訴審由高等軍事法院管轄，而就高等軍事法院之判決，即依系爭規定向高等法院提起上訴；官階高者之案件，其

初審由高等軍事法院管轄、上訴審由最高軍事法院管轄，而就最高軍事法院之判決，則依軍事審判法第 181 條第 4 項規定向最高法院提起上訴。由此可知，軍事審判法第 181 條第 5 項、第 4 項、第 27 條及第 28 條第 1 款等規定，係建構出一個依「階級管轄」之制度，易言之，軍事審判案件係以被告之官階高低為分類標準，決定其應於何軍事法院及普通法院審理其案件。

2. 「階級管轄」隱含有高階者不受低階者審判之嫌疑，不僅悖於憲法第 80 條法官依法獨立審判之憲政原理，其以被告「階級」而異其救濟途徑亦違反憲法第 7 條平等原則：

(1) 此等以被告身分決定其管轄法院之規範模式，為普通審判程序所無，究其緣由，經查 88 年 10 月 1 日修正公布軍事審判法第 28 條立法理由稱：「一、本條新增。二、明定高等軍事法院管轄案件之範圍。三、為維繫軍中倫理，將、校官之初審案件，劃歸高等軍事法院管轄。」可知，上開軍事審判程序獨有之「階級管轄」設計，其規範目的在於「維繫軍中倫理」，而所謂「軍中倫理」無非即高階軍官（將、校）不受低階軍官（尉）審判之考量。惟此「軍中倫理」卻與憲法第 80 條「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」之司法權建置原理完全背道而馳，以審判程序建構而言，實難謂合理正當，而不足以認定此等對官階不同者管轄法院不同之差別待遇為合

理。

(2)又前述軍事審判法第 181 條之立法理由雖載稱該規定有妥適分配有限司法資源之考量，惟此仍不能作為將「階級管轄」制度予以正當化之理由。蓋憲法第 16 條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利，至於訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定，迭經司法院大法官釋字第 396 號、第 442 號、第 512 號及第 574 號等多號解釋指明在案，且細繹上開解釋意旨，並衡諸刑事訴訟法第 376 條、第 449 條有關刑事程序不得上訴第三審案件或簡易程序之規定可知，其所謂「訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能」係指程序所行使之國家權力內容、爭議之複雜程度、訴訟標的數額或罪名等客觀因素而言，而非涉當事人身分差異，尤其在行使國家刑罰權之刑事審判程序更應恪遵此一原則，以免產生「行為人刑法」之疑慮。據此，上開「階級管轄」制度及系爭規定，以被告「階級」此一主觀因素作為分類標準，而異其管轄法院之制度，其所持「維繫軍中倫理」或「妥適分配司法資源」之理由，並非基於事物性質所為之考量，自不足將此等依被告階級所為之差別待遇予以正當化，而有違反憲法第 7 條平等權保障之問題。

參、系爭規定僅允許被告以判決違背法令為由向普通法院請求救濟，違反釋字第 86 號解釋所揭示之法院建置原則，亦有過度限制現役軍人訴訟權利之疑義：

一、按司法院大法官釋字第 86 號解釋針對民國 49 年以前高等法院以下各級法院係隸屬於行政院下之司法行政部之情形，曉諭：「憲法第七十七條所定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事訴訟之審判，係指各級法院民事、刑事訴訟之審判而言。高等法院以下各級法院及分院既分掌民事、刑事訴訟之審判，自亦應隸屬於司法院」，並於其解釋理由書明載：「憲法第七十七條所定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事訴訟之審判。其所謂審判自係指各級法院民事、刑事訴訟之審判而言，此觀之同法第八十二條所定司法院及各級法院之組織以法律定之，且以之列入司法章中，其蘄求司法系統之一貫已可互證，基此理由則高等法院以下各級法院及分院自應隸屬於司法院，其有關法令並應分別予以修正，以期符合憲法第七十七條之本旨」等語，可知基於司法權之一貫性，不僅最高法院應隸屬司法院，負責事實審審理之高等法院以下各級法院，其既職司司法審判，屬司法權之行使，亦應隸屬於司法院，而不應隸屬於行政權底下之司法行政部。

二、系爭規定僅允許當事人以判決違背法令為理由向高等法院提起上訴，而由軍事法院獨攬事實審之權限，如此制度設計實與釋字第 86 號解釋作成前，高等法院以下各級法院及分院等掌理事實審審理之法院竟隸屬於行政院司法行政部之歷史舊制無異。大法官既於釋字第 86 號解釋認定該等掌理事實審審理各級法院應隸屬於屬司法權之司法院，

不應隸屬於屬行政權之司法行政部，同理，系爭規定以隸屬於行政院國防部之下的軍事法院獨攬事實審，司法院轄下之法院僅能就判決是否違背法令進行審查，實難謂合於憲法第 77 條規定及釋字第 86 號解釋所揭示司法院為國家最高司法機關之建置原理。

肆、除系爭規定外，現行軍事審判制度尚有未合釋字第 436 號解釋意旨而有違憲疑義之處，併此敘明：

一、軍事審判法第 5 條第 1 項但書規定存在有法律漏洞，現行實務以「審判權恆定」凌駕於憲法第 9 條之上，明顯違反憲法保留：

(一)首應說明者，憲法第 9 條規定「人民除現役軍人外，不受軍事審判」乃因現役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訴訟程序，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權，此經司法院大法官釋字第 436 號解釋論述甚詳。質言之，軍事審判法與刑事訴訟法乃特別法與普通法之關係，軍事審判法所未規定者則應適用刑事訴訟法之規定至明。

(二)現行軍事審判法第 5 條第 1 項規定：「犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判。但案件在追訴審判中而離職離役者，初審案件應移送該管第一審之法院，上訴案件應移送該管第二審之法院審判。」依其文義，但書所列應移送普通法院之情形，並不包括「犯罪在任職服役中」，而實務見解即依明示其

一排除其他之法理，將此法律漏洞解釋為：「是現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，而其犯罪及發覺時均在任職服役中者，揆之前揭法條意旨，應由軍法機關審判，不因其任職服役中離職離役而異。」此有最高法院著有 94 年度台非字第 269 號判決，司法院 23 年院字第 1078 號解釋亦同斯旨（附件 1、2），如此見解導致實際上出現「非現役軍人由軍法機關追訴，接受軍事審判」現象，如此是否合於憲法第 9 條規定之明文，恐非無疑。

(三)學理上有見解認為，自法制沿革觀點而言，司法院院字第 1078 號解釋因作成於軍閥割據、戰火綿迭之時代，且當時公布之「中華民國訓政時期約法」等規定僅屬法律保留之層次，縱將軍事審判權擴及於喪失現役軍人身分之被告，亦難謂當然違憲；然而與前揭中華民國訓政時期約法規定不同，民國 36 年 12 月 25 日施行之中華民國憲法第 9 條規定實已將「人民除現役軍人外，不受軍事審判」提升至憲法保留之層次，從而前揭司法院院字第 1078 號解釋亦應失其效力。遺憾的是長期以來的軍司法實務運作均無視於憲法第 9 條之「憲法保留」，仍繼續援引前揭見解，使非現役軍人身分之被告接受軍事審判，洵屬不當（附件 3）。

(四)或有不同看法質疑，若揚棄前揭院字第 1078 號解釋將導致軍事審判權之範圍過度萎縮，甚至將對軍紀管理或戰力維持有負面影響。舉例來說，陸海空軍軍官士官服役條例第 14 條第 1 項第 5 款規定，因案羈押逾 3 個月者予以停役，一旦遭遇重大案件未能於 3 個月內完

成審判程序，若不採前揭司法院院字第 1078 號解釋，則軍事審判程序將因被告停役喪失現役軍人身分而終止，恐有未當。惟對此本委員會認為：

此等徒以軍紀管理為考量之理由，不足以將審判權恆定原則證立為大於人民依憲法第 9 條所享有不受軍事審判之權利。蓋軍事審判制度固有「嚴肅軍中紀律、鞏固領導統御」及「保證軍事利益和提高軍事效率」之功能目的，不過當國民喪失現役軍人身分後，不但已無服軍事勤務之考量，亦無續受統帥權制約之必要，是其受憲法第 8 條、第 16 條保障之基本權利，自無為維護軍譽而受限制之理由。兵役法及陸海空軍軍官士官服役條例既已明訂離職離役事由，則於其範圍內，或已承認當事人享有決定脫離現役軍人身分之權，或已評價當事人不適於繼續服行軍人勤務，是被告喪失現役軍人身分後，縱將該案件移送普通法院，亦難謂對軍隊管理運作產生不利影響，關此有學者主張（詳附件 3），可供參照。

(五)綜上，現行軍司法實務見解利用軍事審判法第 5 條第 1 項但書規定不足之法律漏洞，依明示其一排除其他之法理，解釋為審判權恆定優先於憲法保留，導致出現非現役軍人受軍事審判之現象，顯然違反法治國原則之價值秩序，應併予改正。

二、關於現行軍事審判官身分保障之不足，而有難以貫徹審判獨立原則等疑義，乃至軍事審判制度未來定位，業經司法院大法官甫於 101 年 11 月 16 日作成之釋字第 704 號解釋

及諸位大法官就該號解釋所提協同、不同意見書指明在案，已足為將來修法圭臬。或可再為補充者，乃「軍人」與「法官」兩種身分在本質上有其不能併存之扞格，蓋「服從長官指揮」與「依法獨立審判」一旦發生衝突，將使同時具備上開兩種身分之軍事審判官無所措手足，從而無論如何加強其身分保障仍有未逮。舉例而言，縱軍事審判官依釋字第 704 號解釋意旨受有「非受刑事或懲戒處分、監護宣告或有與受刑事或懲戒處分或監護宣告相當程度之法定原因，並經正當法律程序，不得免職；非依法律，不得停職、轉任或減俸」之身分保障，然現行軍事審判法第 12 條第 1 項後段規定「非得本人同意，不得調任軍法官以外職務」即有操作的空間。依本委員會之瞭解，軍法官晉升仍不脫軍中人事體系，因此除在軍事院檢辦理審判或控訴任務外，仍須累積一般部隊領導統御或國軍其他業務單位之歷練，方得升遷，實務上為避免產生爭議，多以要求軍法官簽立切結書表明自願請調，而軍法官基於職涯規劃亦多會同意。如此一來，縱有身分保障之形式，恐仍不足以作為獨立性之擔保。

伍、為貫徹司法一元化，且近年來實施精進、精實、精萃案已大幅縮減國軍員額，將來更已確定採募兵制，是參酌陳新民大法官於釋字第 704 號解釋不同意見書內容，考量我國「小國寡軍」、「法院遍佈」之現實，將軍事審判權回歸司法院，由各級普通法院設立專庭審理，應無窒礙難行之處。至於現制之軍法官仍可保有職司犯罪追訴之權，並持續辦理法制、訴願、國賠、法律服務、訴訟輔導、軍法教育等業務，亦不致造成過大衝擊。

陸、以上意見，敬供參考。

附件 1：最高法院 94 年度台非字第 269 號判決影本乙份。

附件 2：司法院 23 年院字第 1078 號解釋影本乙份。

附件 3：張明偉，軍人身分與刑事審判權劃分之合憲性探討（下），
軍法專刊第 54 卷第 5 期，第 39 至 51 頁。

中華民國律師公會全國聯合會
憲政改革研究委員會
顧 立 雄 律 師