

李○榮聲請書

受文者：司法院

一、聲請解釋憲法之目的

請求解釋台灣花蓮地方法院八十七年度訴緝字第一二號、台灣高等法院花蓮分院八十七年度上訴字第二九三號及最高法院八十八年度台上字第二九〇二號刑事判決書所適用兵役法第一條及妨害兵役治罪條例第四條第五款均抵觸憲法。

二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

聲請人自幼學習聖經，因基於個人宗教信仰須遵循聖經所示不能學習戰事及良心自由之要求，遂自民國五十九年起，即屢因「同一」事由被依妨害兵役治罪條例予以判刑。七十九年間復因妨害兵役治罪條例為台灣花蓮地方法院刑事庭判處有期徒刑一年確定，嗣因中華民國八十年罪犯減刑條例施行，於八十一年一月一日減刑完畢。嗣花蓮縣政府再發布八十年第一六三七梯次陸軍徵集令，為應受徵集之役男，應於八十年七月一日入營服役，同年六月二十二日，聲請人家人收受上述徵集令並轉交聲請人，聲請人仍因上開宗教信仰良心自由之決定，迄未入營服役，案經台灣花蓮地方法院檢察署偵結起訴，移送台灣花蓮地方法院刑事庭審理，該院依妨害兵役治罪條例第四條第五款規定判處聲請人有期徒刑一年，褫奪公權一年（附件一）。聲請人乃依法上訴於台灣高等法院花蓮分院，該院經審理後仍罔顧聲請人之宗教信仰良心自由決定，駁回聲請人之上訴（附件二）。在收受判決書後，由於該判決涉及憲法保障人民信仰宗教自由之基本人權，聲請人再依法向最高法院提出上訴，最高法院則以「從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。上訴人前案經執行完畢，再犯本罪，

自不能謂前案既判力及於本案。所述宗教信仰在服兵役義務層次之上，故無犯罪可言云云，尤屬無據。」而駁回聲請人之上訴（附件三）。

前述裁判，是現行兵役制度尚無維護人民憲法第十三條宗教信仰自由基本權利與！保障人民良心自由決定之社會役制度之必然產物，聲請人即需自民國五十九年起迄今，不斷藉由遭判處徒刑以維持個人良心及宗教自由之決定。由此可知，現行兵役制度與宗教自由及良心自由似立於衝突矛盾之情形。

此外，聲請人雖自民國五十九年起因同一理由屢遭判刑，累計服刑已逾七年，惟因兵役法第五條規定：「凡曾判處七年以上有期徒刑者禁服兵役。」及兵役法施行法第五十九條第二項復規定：「前項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑期間不滿四年時，免除禁役……。」之規定，造成聲請人為堅持宗教信仰，卻須受到反覆科刑。就此兵役法、兵役法施行法及妨害兵役治罪條例等規定，漏未斟酌憲法保障人民宗教自由及良心自由之意旨，而予人民基本權利過度之侵犯，導致人民宗教自由及良心自由之基本權利受到剝奪，已逾越憲法第七條之平等原則、第二十三條比例原則及本質內涵保障之要求。

三、聲請人之立場與見解

（一）兵役義務應為「法律」層次義務，非「憲法」義務

按妨害兵役治罪條例第四條第五款之構成要件為：行為人在客觀上有未於五日期限內報到之不作為，且該不作為係在毫無合理之理由下為之。而妨害兵役治罪條例，係依據兵役法第四十八條第二項所訂定，兵役法之法源基礎則為憲法第二十條，憲法第二十條規定：「人民有依法律服兵役之義

務。」然此「兵役義務」雖定於憲法中，鈞院釋字第四四三號解釋理由書闡明甚詳：「憲法第二十條規定，人民有依法律服兵役之義務，係指人民服兵役之重要事項均應以法律或法律明確授權之命令予以規定。」亦即，兵役義務應為「法律」義務，絕非「憲法」層次之義務，當「法律」層次之「義務」與「憲法」層次之「權利」產生衝突時，即產生法律之違憲審查問題。鈞院既於八十七年三月間已闡明兵役義務之法律位階，各級機關（包含法院）及人民自應受其拘束，惜最高法院不察，竟以「宗教信仰自由在服兵役義務層次之上，……尤屬無據。」駁回聲請人之上訴，即係侵害憲法保障之基本人權。

（二）兵役法第一條違反憲法第二十三條之「比例原則」

憲法上對基本人權之限制，概以憲法第二十三條之比例原則予以規範，蓋比例原則係被作為維護人民基本權對抗國家公權力不法侵害之違憲審查準則。憲法第二十三條規定限制人民基本權之條件有一、基於公共利益（廣義的）之考量。二、公共利益之公益考量有其必要性。三、須以法律來限制。此三要件同時存在時，方可侵犯人民的基本權利，而比例原則違憲審查，必須自適當性、必要性、狹義比例性三原則通盤考量，適當性原則係指法律或公權力措施所採行的手段必須且能實現目的或至少有助於目的的達成，且為正當的手段，亦即目的與手段的關係上必需適時正當的。必要性原則係指如無其他相同有效而對基本權限制較少之手段可供選擇時，則立法者所採的限制手段，即是必要的，否則即應選擇侵害最小之手段。因之，必須以手段造成侵害與目的所欲保護之法益加以衡量，其顯現出的目的與手段比例關係必須

是最少侵害的結果。狹義比例性原則係指手段不得與所追求的目的不成比例，必須針對手段所侵害的法益以及所增進的公益加以衡量，故事實上是一種衡量的要求（附件四）。而聲請人稟持宗教信仰良心之一貫要求，屢遭台灣花蓮地方法院刑事庭依妨害兵役治罪條例第四條第五款予以判刑，此舉豈非構成侵害憲法保障之基本人權？

權利與義務應該是相輔相成，義務並不當然是絕對的先驗價值，而是為達成一定目的所產生的功能性概念。因此，為了全體國民的幸福，為了獲得理想的社會生活，為了使每個國民的個體價值或尊嚴能提升，才要求國民承擔義務。而在要求國民承擔義務同時，亦須注意義務只是達成目的的手段，不能以國民有服某項義務的理由來侵犯人權，又縱使其並非侵犯人權，其對人民所造成之負擔亦須限制在最小的程度。義務存在的功能係與權利站在相同的立足點彼此調整，達到共同目標。

因此，憲法上人權之保障與限制，並非絕對相對立的、相衝突的，而是應該如何在其間尋得平衡點，兩者兼顧，發揮憲法保障基本人權之意旨。

（三）該司法判決違反「一事不二罰」之原則

按「一事不二罰」的法理原意乃是要禁止政府一再想要將個人定罪，「讓他承受困窘、費用及苦難，並迫使他持續處於焦慮和不安的狀態。」（*subjecting him to embarrassment, expense and ordeal, and compelling him to live in a continuous state of anxiety and insecurity*）因此一個人僅需對同一行為接受一次的處罰，而無須一再受罰。即「雙重處罰之禁止」（*Doppelbestrafungsverbot*）的條款，是人民的基本權利，也

是現代法治國家的一個基本原則。司法院釋字第三八四號解釋對於人身自由之限制，明確闡釋需依正當法律程序，而所謂正當法律程序兼指實體法及程序法規而言，就實體法而言，需遵守罪刑法定主義，就程序法而言，即包含「同一行為不得重複處罰」之原則。倘與此原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當法律程序。憲法第二十條要求人民服兵役之義務，如果肯定基於宗教信仰而拒絕軍事訓練者，自始至終只違反一次兵役義務，則違反此項義務就應該只接受一次刑事制裁(附件五第二八二—二八三頁)，及德國聯邦憲法法院之判決可按(註)。對於因個人宗教信仰良心而拒服兵役，認為：這種過去所下持續到將來之良心決定，確定了行為人整個外部行為。對於良心如此之觀察，將使刑法上之行為概念依附於主觀構成要件，蓋刑法學之通說，基本上區分外在構成要件(行為)與內在之構成要件(即所謂主觀之構成要件要素)，而良心(Gewissen)即屬內在之構成要件，惟基於良心理由之逃役構成要件，其特殊之處在於受良心決定之拘束往往固定行為人之外在行為，以致同樣多次之行為必須被視為基本法第一百零三條第三項所指之同一行為而言。

今聲請人再因宗教信仰理由遭判刑，因聲請人過去所下持續到將來之一貫良心決定，自刑法理論觀之，當聲請人第一次向花蓮縣政府兵役課公開表明永遠拒絕軍事服務起，其犯罪狀態即已存在，聲請人嗣後再度表示拒絕服兵役前往報到，並非「無故」，仍屬犯罪狀態之繼續，並非基於新犯意而成立另一犯罪行為。復按憲法第二十條僅要求人民服一次兵役的義務，依法聲請人應只違反一次兵役義務，則違反此項義務就應該只接受一次刑事制裁(附件五黃線註記部分)，聲

請人既已於民國五十九年間起至八十年六月二十二日不斷接受處罰服刑期滿後再獲徵集，該判決即違反前述憲法上「同一行為不得重複處罰」（或謂「一事不二罰」）之原則。

(四) 該判決所適用兵役法第一條違反憲法第七條之平等原則

憲法第二十條規定：「人民有依法律服兵役之義務。」但並未限定服兵役之性別，然兵役法第一條卻規定：「中華民國男子依法皆有服兵役之義務。」已有學者指出，兵役法相關規定主要以「性別」作為區別是否應該服兵役之標準，其後隱藏男強女弱之刻板印象，……卻又未考慮是否已對不適合軍旅生涯之男性良心拒服兵役者設置兵役替代措施，而一律課予同種兵役義務，並且反覆施以刑事制裁，此種只重形式平等的規定尚未達到確實衡量個別差異、合理處置之憲法實質平等之要求(附件六)。即兵役法已違反憲法第七條之宗教上平等權。

蓋憲法上所保障之平等權，所強調的並非齊頭式的平等，而是指法律所規定對於每個國民享受權利負擔義務的立足點的平等，又平等之真義，非形式上，而是實質上的，所謂「平等者平等待之，不平等者不平等待之」方是真平等，故容許形式上的「合理差別待遇」存在。學理上對合理差別待遇的判斷標準與準則有：一、須事實上確有不利的差別待遇存在；二、採取差別待遇是為了追求實質平等的正當目的；三、事項的本質有必要予以差別；四、差別待遇的方式、程度，須為社會通念所能容許，不能因而出現「逆差別待遇」（附件五）。依釋字第211號解釋：「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之日

的，而為合理之不同處置。」前大法官翁岳生於釋字第四五五號協同意見書亦闡明平等之意義：「平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得有不合理的差別待遇。……按平等原則並非保障絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等。……關於平等原則之違反，恆以『一方地位較他方為有利』之『結果』存在為前提。不論立法者使一方受益係有意『積極排除他方受益』，或僅單純『未予規範』，……即構成憲法平等原則之違反。」益證司法院大法官再三闡明我國憲法對平等權之重視，及發揮捍衛人權之功能。查聲請人係行使憲法第十三條：「人民有信仰宗教之自由。」在我國現制對於因宗教信仰良心而拒絕服兵役之人民，向以兵役義務為「國民應盡之義務」而予科刑處罰，不論為妨害兵役治罪條例或依陸海空軍刑法第六十四條之條款，甚至同前述兵役法之相關規定，僅對「性別」、體能、專長等設計出種種限制，但對於如聲請人因宗教信仰良心而拒絕兵役之役男，事實上已不適合軍旅生活，而一律科予同種兵役義務，並且反覆施以刑罰，此種只重形式平等的規定，其實尚未達到確實衡量個別差異、合理處置之憲法實質平等之要求。再就憲法上保護宗教自由、宗教平等之意旨觀之，現行兵役制度不能夠充分考量規劃設置必要的替代役措施，為求形式上平等，不問個別差異狀況，一律處以刑罰，從憲法學理與參考國外立法例及作法，實難通過憲法保障基本人權之檢驗。即本案並非僅是聲請人有服兵役之義務而未依法報到之態樣，而係兵役法規已違反憲法第七條之平等原則。

(五) 聲請人長久以來之所以未依時前往報到，即因受聖經薰陶之良心不容許聲請人參與及接受任何軍事服務，此乃第二次世界大戰後國外法例所普遍承認之「良心兵役拒絕權」。而所謂「良心兵役拒絕」(conscientious objection, objection de conscience, Kriegsdienstverweigerung aus Gewissengründen)，係指基於自己的良心而無法服兵役的思想及行為總稱，若在法律承認的情況下，就可稱為良心的兵役拒絕權，基於良心而拒服兵役的實際行為人，一般稱為良心的兵役拒絕者 (conscientious objector, objecteur de conscience, Kriegsdienstverweigerer aus Gewissengründen)(請參附件五，第二七四—二七五頁)，良心兵役拒絕權，在西方大部分國家均已承認，並且立法保護，由於我國因尚未承認良心拒絕兵役權是一種權利，而兵役制度現階段又係採徵兵制，聲請人亦深知堅持信仰將面對刑事制裁，亦使法院面對法律與量刑之無奈。遍查國內文獻，首見附件五之學者肯認宗教良心自由之存在，並以肯定且尊重的態度深究良心兵役拒絕者之內心動機，確認良心兵役拒絕者，即「良心之自由是所有人類共通之權利，基於此種確信而反對戰爭或一切暴力之壓迫。」且據其經驗觀察，這些人：「除堅持宗教信仰外，並不具有犯罪之反社會性。」聲請人即稟持受聖經薰陶之良心不容許接受及參與各種軍事訓練，惟願以其他方式服務國家，並非「無故」，而係行使憲法上保障宗教自由之基本人權，此理由惜未為原審所採而迭遭起訴→判刑之困境。

欣聞內政部不僅已積極規劃兵役替代役之實施，並已草擬「家庭及宗教因素申請兵役替代役辦法」，儼然已嚴肅考慮因宗教良心拒服兵役者之需求，揆其條件有：一、因宗教信

仰，於其宗教組織或團體擔任神職人員宗教服務者。二、因出家為僧或為耶和華見證人者。三、因其心理狀態已達不適執武器服兵役者。甚且，在社會役實施前夕，內政部役政司更已通知地方役政單位，延後徵集耶和華見證人等宗教人士入伍。其所採之積極措施，充分反應出政府重視及保障人民宗教信仰自由之基本人權。

綜上所陳，人民信仰宗教自由之基本人權不僅我國憲法，亦為世界人權宣言所明確保障，大法官王和雄著《憲法保障宗教信仰自由之意義與界限》（第一六八頁）亦闡明：「宗教信仰既是憲法所規定之基本權利，屬憲法位階之效力，自有拘束國家的權力之作用。受基本權利保護之範圍，即是國家權限之界限所在，國家權力不論行政、立法或司法等各部門，所為之措施或立法，均不得逾越或牴觸此一界限，因此，在基本權利所保障之宗教信仰自由之事項或範圍，自然就成為一種客觀的法規範，而且是屬於憲法位階之規範，此在保障宗教信仰自由方面，尤具意義，蓋行政措施或立法，如與憲法宗教信仰自由之原則相牴觸者，皆屬違憲而無效。」是以宗教自由權即具有強烈、典型之防禦權色彩，為憲法賦予人民足資對抗國家恣意干預之利器。國家如侵犯人民在憲法上所保障之宗教信仰自由時，人民可因此享有對於國家侵害之停止請求權，其範圍包括請求宣告侵害基本權之法律或命令違憲、無效，或請求廢棄侵害基本權利之行政處分或司法裁判，或要求停止任何其他侵害基本權利之國家行為等。然兵役義務則係憲法授權立法機關應以「法律」明確規範，且不得逾越憲法所揭櫫之各項法治國原則，違反者即應屬違憲無效（憲法第一百七十一條），本案裁判即違反憲法第七條、第

十三條及第二十三條之諸多原則，即屬違憲。再因宗教信仰與兵役義務衝突遭軍法不斷刑罰之案例，業已有向鈞院提出釋憲之聲請案件，雖事實及科刑法條不盡相同，但稟持宗教信仰之良心而拒服兵役且面對刑事責罰卻是相同的，如能做成違憲之解釋，將使司法權成為扮演人權的護衛者。由於本件司法判決業已確定，聲請人已被通知命八十八年七月二十九日前往服刑（附件七），祈鈞院儘速作出解釋，用以拘束各級機關及人民，方能使類似此種侵害人權判決不存在。

四、關係文件名稱及件數

附件一：台灣花蓮地方法院八十七年度訴緝字第一二號刑事判決書影本一份。

附件二：台灣高等法院花蓮分院八十七年度上訴字第二九三號刑事判決書影本一份。

附件三：最高法院八十八年度台上字第二九〇二號判決書影本一份。

附件四：憲法基本權利之基本理論（上冊），陳新民著，第二四〇—二四五頁，民國八十五年一月四版。

附件五：《論我國良心兵役拒絕問題》，黃武彰著，載於國防管理學院，第七屆國防管理學術暨實務研討會，八十八年五月十二日。

附件六：「抗命罪與兵役制度」，載於《弱勢人權保障》一書，第六十三—八十頁，黃俊杰著。

附件七：台灣板橋地方法院檢察署執行傳票影本一份。

註解

註：基本人權與憲法裁判，李建良著，八十一年十一月出版。

聲請人：李 ○ 榮

中華民國八十八年七月二十六日

(附件二)

臺灣高等法院花蓮分院刑事判決 八十七年度上訴字第二九三號

上訴人即被告 李 ○ 榮

上上訴人即被告因妨害兵役案件，不服臺灣花蓮地方法院八十七年度訴字第一二號中華民國八十七年七月廿四日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方法院檢察署八十年度偵字第二二九〇號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

- 一、李○榮係應受徵集之役男自民國（下同）五十九年起，即有多次妨害兵役前科，其中於七十九年間所犯妨害兵役罪，經原審判處有期徒刑確定，嗣因中華民國八十年罪犯減刑條例施行，減刑為有期徒刑陸月，於八十年一月一日執行完畢。仍未能自我警惕，其雖自花蓮縣○○鎮遷出並設籍台北縣○○鄉○○村十一鄰○○路一段二四九巷三十四號之一，惟其役額仍屬花蓮縣○○鎮公所處理，無法移轉至台北縣○○鄉；嗣經花蓮縣政府發佈八十年第一六三七梯次陸軍常備兵徵集令，指定應於八十年七月一日上午九時至○○鎮公所報到集合至宜蘭金六結陸軍第四五三旅入營服役。同年六月二十二日，其家人收受上述徵集令並轉交其本人收受後，李○榮復因宗教因素意圖避免常備兵現役之徵集迄未入營服役。而無故逾入營期限五日以上，嗣於八十七年七月二日始經原審通緝到案。
- 二、案經花蓮縣政府移送台灣花蓮地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

- 一、上揭事實，業經上訴人即被告李○榮（下稱被告）供承不諱，並有徵集令及回執、訪問紀錄表、妨害兵役案件調查報告表（見偵卷第四至六頁）及花蓮縣民三十八年尚未徵訓役男名冊一份（偵卷第九頁）在卷。事證明確。
- 二、被告於原審雖辯稱當時戶籍在台北縣○○鄉（市），應由台北縣政府發佈徵集令其於本院又稱其已屆除役年齡，應已無妨害兵役問題云云。惟查：證人即○○鎮公所承辦人張添輝已證稱：因我們○○鎮公所有役額，李○榮無法向○○鄉公所聲請（指移轉役額），所以仍由鎮公所報請徵召，並委託○○鄉公所送達，由被告之妻張○妹收受；他們信奉耶和華教，認為不能服兵役拿刀搶殺人云云（見偵卷第一頁正反面）。足見被告役額仍在花蓮縣，花蓮縣政府自有權發佈上述徵集令；上開征集令已於八十年六月廿二日轉交被告收受並經被告坦承在卷，查被告雖已屆除役年齡惟其妨害兵役在前，其已構成之犯罪，自不受影響，綜上所述被告所辯，不足採信，犯行堪以認定。
- 三、核被告所為係犯妨害兵役治罪條例第四條第五款之妨害兵役罪，其有事實欄所載之犯罪科刑及執行情形，此有台灣花蓮地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表一份在卷可考，其於有期徒刑執行完畢後，五年以再犯有期徒刑以上之本罪，為累犯，應依法加重其刑。四、原審因依上開法條論科，併引刑法第十一條前段、第四十七條之規定，審酌被告素行不佳（均係妨害兵役案件）、其係因宗教因素拒服兵役等一切情狀，量處有期徒刑壹年，並依上開條例第廿六條、刑法第三十七條第二項規定，依法宣告褫奪公權一年，於法並無不合，被告上訴指摘原判決不當，核無理由，應予回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十八條，判決如主文。
本案經檢察官到庭執行職務。

中 華 民 國 八 十 七 年 十 月 一 日
上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後十日，向本院提出上訴狀。其未敘述理由者，並應於提出上訴狀後十日向本院補提理由狀（均須附繕本）。

中 華 民 國 八 十 七 年 十 月 一 日

（附件三）

最高法院刑事判決

八十八年度台上字第二九〇二號

上 訴 人 李 ○ 榮 男 （住略）

上上訴人因妨害兵役案件，不服台灣高等法院花蓮分院中華民國八十七年十月一日第二審判決（八十七年度上訴字第二九三號，起訴案號：台灣花蓮地方法院檢察署八十年度偵字第二二九〇號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決維持第一審論處上訴人李東榮妨害兵役罪刑之判決，駁回其在第二審之上訴。

已詳敘認定犯罪事實之依據及憑以認定之理由，並對上訴人因宗教信仰拒服兵役，無法阻卻刑責，均已依據卷內資料予以指駁及說明，從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。上訴人前案經執行完畢，再犯本罪，自不能謂前案既判力及於本案。所述宗教信仰自由在服兵役義務層次之上，故無犯罪可言云云，尤屬無據。上訴意旨未依據卷證資料，具體指摘原判決如何違背法令，置原判決之論敘於不顧，仍執前詞爭執，自係對原審適法之職權行使，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴要件，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 八 年 六 月 三 日
(本聲請書其餘附件略)