

陳○化聲請書

受文者：司法院

一、聲請解釋憲法之目的

請求解釋陸軍第十軍團司令部八十七年判字第一五二號判決及陸軍總司令部八十七年覆判字第一七四號判決所適用之陸海空軍刑法第六十四條第三款牴觸憲法。

二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

聲請人原係陸軍步兵第二○三師六○九旅步七營步三連二兵，緣該連八十七年六月二日第一、二節七時三十分至九時二十分對該梯次（即第一八○二梯次）入伍新兵實施五百公尺超越障礙之武裝分段訓練課程，且經該管連長胡家成上尉對其同班戰士下達上述課目、進度及服裝規定，惟因基於個人宗教信仰須遵循聖經所示不能學習戰事及參與任何軍事活動及良心自由之要求，拒不參加訓練，案由該師呈請法辦到部，經軍事檢察官偵結起訴，移付審理，而被陸軍第十軍團司令部八十七年判字第一五二號判決論以陸海空軍刑法第六十四條第三款之「反抗長官命令」罪，處有期徒刑一年（附件一）。

嗣後聲請人向國防部主張：「請審酌聲請人全無犯罪動機、目的、前科，且犯罪後態度良好，此次僅因宗教信仰關係拒絕當兵，刑罰不該如此之重等情，予以從輕量刑。」惟陸軍總司令部八十七年覆判字第一七四號判決謂：「按事實審之軍事法庭就量刑輕重，於審判上本有衡酌之權，如未違法，即非當事人所能任意指摘。卷查本件聲請人於上揭時、地，明知應服從連長胡家成上尉所下達與軍事有關之訓練命令，竟因宗教信仰關係，故意違抗拒絕參加之事實，既經原審訊證明確（偵卷第十四、十五頁，審卷

第十、四十四頁)，論以陸海空軍刑法第六十四條第三款之『反抗長官命令』罪，酌處有期徒刑一年，核其認事用法與量刑均無不合，聲請意旨顯無理由，應予駁回。」(附件二)

前述判決是現行兵役制度均為服(使用武器之)兵役且無維護人民憲法第十三條信仰宗教自由基本權利與保障人民良心決定自由之補充役制度設計之必然產物，聲請人竟須藉被以抗命罪科刑之危險，始能達到禁服兵役之目的，由此可知，現行兵役制度與宗教自由似已立於衝突矛盾之情形。此外，陸海空軍刑法第六十四條抗命罪之構成要件，使用太多不確定法律概念，有違構成要件明確性之法治國原則之憲法要求，且聲請人以為本案軍事判決似應係適用法律顯然錯誤(應適用第二款之「軍中」，而非第三款之「其餘」)之違法判決。然而，若依法適用第二款之「軍中」，其刑度又過重，將產生輕罪重罰之結果，故此等規定已違反憲法第二十三條之比例原則及過度侵犯禁止原則，且未兼顧人民基本權利本質內涵之保障。

三、聲請人之立場與見解

(一) 陸海空軍刑法第六十四條不符構成要件明確性之憲法要求

本案抗命罪之法律依據，係陸海空軍刑法第六十四條，其規定：「反抗長官命令或不聽指揮者，依左列各款處斷：一、敵前，死刑。二、軍中或戒嚴地域，無期徒刑或十年以上有期徒刑。三、其餘，五年以下有期徒刑。」由此條文內容觀察，係相當嚴重之刑事制裁。依法治國原則所要求之罪刑(處罰)法定主義，其罪與刑均需具體明確且罪刑相當，其中，構成要件更應該遵守明確性之要求，不得使用無法透過解釋加以具體化之不確定法律概念或概括條款，以避免危害法律秩序之安定性且動搖人民對法律之信賴與破壞法律之尊嚴。

值得注意的是，陸海空軍刑法第六十四條抗命罪之構成要件，使用太多不確定法律概念，例如，「反抗」、「長官」、「命令」、「不聽指揮」、「敵前」、「軍中」、「戒嚴地域」、「其餘」等均屬之。因此，何種案例事實在軍事審判時，得被歸類為本條之各款中，似容易流於主觀恣意擅斷。

本案之事實，軍事判決認為該當於陸海空軍刑法第六十四條第三款，此應予質疑，蓋陸海空軍刑法第六十四條係以「反抗長官命令或不聽指揮者」作為抗命罪之構成要件，而該條第一款至第三款等三種類型係抗命行為之地點，而抗命行為地點之認定，則係影響其刑度之輕重。聲請人抗命行為之地點，係在憲兵訓練中心，故非第一款「敵前」(註一)及第二款「戒嚴地域」之情形，惟本號軍事判決為何捨第二款之「軍中」(註二)，而認定係第三款之「其餘」，或許係因第二款之刑度過重(無期徒刑或十年以上有期徒刑)將與聲請人抗命行為之程度產生輕罪重罰之結果，故改科第三款之較輕刑度(五年以下有期徒刑)。然而，陸軍步兵第二〇三師六〇九旅步七營步三連，依現行軍事法令及一般人民與軍人之客觀理解，當屬第二款之「軍中」，而非如過去實務見解及本號軍事判決所謂係屬第三款之「其餘」，故本判決似應係適用法律顯然錯誤(應適用第二款之「軍中」，而非第三款之「其餘」)之違法判決。然而，若依法適用第二款之「軍中」，其刑度又過重，將產生輕罪重罰之結果，故此等規定已違反憲法第二十三條之比例原則及過度侵犯禁止原則，且未兼顧人民基本權利本質內涵之保障。

此外，縱然軍事判決適用陸海空軍刑法第六十四條第三款，亦有檢討之必要。首先，判決指出聲請人行為係符合本

條「反抗長官命令」之要件，惟聲請人是否得基於宗教信仰及良心自由之要求而拒絕軍事訓練，雖判決持否定見解並科處抗命罪，但其涉及憲法兵役義務之界限及我國兵役制度之設計，容後分析；其次，判決指出聲請人抗命行為之地點，係本條第三款之「其餘」，除前述之批評外，亦仍有必要檢討本款「其餘」之概念。所謂「其餘」之概念，係本條所使用之不確定法律概念中，根本無法透過法學解釋方法加以具體化之不確定法律概念，此種用語與構成要件明確性之法治國原則牴觸，而不能達到罪刑法定主義最低限度之要求，會危害法律秩序之安定性且動搖人民對法律之信賴與破壞法律之尊嚴。

然而，「其餘」之概念，卻為陸海空軍刑法廣泛使用之用語，例如，第六十四條至第七十一條、第八十八條、第九十三條至第九十六條、第九十九條、第一百零四條、第一百零九條等規定。對於此等違反構成要件明確性之用語，釋字第三一三號解釋指出，例如，民用航空法第八十七條第七款規定，「其他」違反本法或依本法所發布命令者，一律科處罰鍰（同法第八十六條第七款亦同），對應受行政制裁之行為，作空泛而無確定範圍之授權，與憲法第二十三條之意旨不符。

此外，所謂「法律明確性原則」，釋字第四三二號解釋，針對專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而依法應受懲戒處分者，指出：「必須使其能預見其何種作為或不作為構成義務之違反及應受之懲戒為何，方符法律明確性原則。對於懲戒處分之構成要件，法律雖以抽象概念表示，不論其為不確定法律概念或概括條款，均須無違明確性之要求。」至於，明確性要求之內涵，本號解釋謂：「法律明確性之要求，

非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法制定時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。」不過，刑罰權對明確性要求之程度比懲戒權更加嚴格，例如，釋字第四三三號解釋理由書指出：「懲戒權之行使既係基於國家與公務員間公法上之權利義務，與國家對人民犯罪行為所科處之刑罰不盡相同，而懲戒權行使要件及效果應受法律嚴格規範之要求，其程度與刑罰之適用罪刑法定主義，對各個罪名皆明定其構成要件及法律效果者，亦非完全一致。」本號解釋係比較懲戒權與刑罰權在明確性要求程度上之差異，似可清楚得知，大法官認為刑罰權明確性要求之程度比懲戒權更加嚴格。

因此，由釋字第三一三號、第四三二號及第四三三號等解釋之意旨，來檢討陸海空軍刑法前列相關條文「其餘」之概念，似亦與憲法第二十三條之意旨不符，大法官應宣告該等法律違憲無效。

(二) 軍事判決抵觸憲法兵役制度之規範意旨

雖然我國憲法第二十條規定：「人民有依法律服兵役之義務。」關於兵役義務是否違憲？惟兵役義務已涉及人身自由及生命權之侵犯可能性，而從我國憲法第八條人身自由二十四小時限制之憲法保留精神之觀點出發，人民基於「志願」服兵役，才是符合憲法人權保障之要求，若係「義務」服兵

役，則仍將受到憲法第八條等之檢驗。由前述分析似可得知，募兵制與徵兵制，並非單純國防政策之問題，而係憲法問題。

關於「義務」服兵役與兵役義務制度設計之憲法問題，得舉德國基本法規定為例說明。一九四九年基本法第四條第三項規定，任何人不容許被強迫違背其良心從事使用武器之戰爭勤務。此種基本權利，與信仰（良心）自由有關，在一九五六年第七次修正基本法第十二條時，增加補充役（社會役或替代役）義務（Ersatzdienst），修正後第十二條第二項第二句即規定，任何人基於良心之理由拒絕使用武器的兵役義務時，得使負擔補充役之義務。至於補充役之期限，在同項第三句並規定，不容許超過兵役之期限，以避免損害拒絕兵役者並可滿足平等之憲法要求，至於補充役之問題，第四句則授權法律加以規定，但以不得妨害良心決定之自由且必須規定與軍隊編組無關之補充役之機會作為立法之界限。

一九六八年第十七次修正基本法增列第十二條之一，第二項規定：「任何人基於良心之理由拒絕使用武器的兵役時，得使負擔補充役之義務。補充役之期限不容許超越兵役之期限。由法律規定細節，惟不容許妨害良心決定之自由且亦必須規定與軍隊及聯邦邊界防衛編組無關之補充役的機會。」此項與第四條第三項之關聯，聯邦憲法法院判決，在第十二條之一第二項所規定之補充役，是保留兵役義務者得基於良心之理由拒絕使用武器的兵役，其結果是，當個人符合第四條第三項第一句之要件時，則立法者有義務保障此類兵役義務者被承認得作為兵役拒絕者，並使其有足夠之安全（註三）。由此實務見解似可得知，第四條第三項第一句與第十二條之一第二項第一句之構成要件，均是基於良心之理由拒絕使用

武器的兵役（註四）。第二句，聯邦憲法法院判決，依此句兵役之法律上允許期間成為補充役期間之時間上限，此句之規範目的，是使兵役與補充役負擔之平衡，因此，立法者得在此句所劃定範圍內衡量補充役期間並考慮兵役與補充役之區別（註五）。第三句，規定細節之法律，除不容許妨害良心決定之自由外，亦必須規定與軍隊及聯邦邊界防衛編組無關之補充役的機會，此為聯邦行政法院見解所支持（註六）。

關於兵役義務制度設計之憲法問題，德國基本法容許基於良心之理由拒絕使用武器之兵役義務時，得使負擔補充役之義務。反觀我國憲法第二十條則僅規定「兵役義務」，然為尊重人民基於良心之理由拒絕使用武器之兵役，似至少得以補充役代替之，如此才是斟酌人民彼此差異之合理區別，亦為真正體現憲法實質平等之要求。

本案之軍事判決，係涉及兵役義務制度設計之憲法問題，我國憲法第二十條僅規定，人民有服「兵役義務」，而未明示是否得基於良心之理由拒絕使用武器的兵役，而改以補充役代替之，但亦未明確排除。不過，募兵制或志願役才是符合憲法尊重個人自由意願與維護人權之意旨。

而本案抗命行為之原因，係基於宗教信仰及良心之理由，假若徵兵制之義務役是被憲法所允許，亦應尊重個人良心決定或宗教信仰之自由等，而增列得代替兵役之補充役制度，作為我國憲法人民服「兵役義務」之概念範圍內。

因此，大法官應明確宣告承認補充役之憲法地位及其核心內容，並宣告立法院應依解釋意旨而履行其立法義務，且補充役之立法不得限制宗教信仰及良心決定之自由。此外，所謂補充役之核心內容，應包含：一、任何人基於良心之理

由拒絕使用武器的兵役時，應使其得享有選擇補充役之自主權，換言之，縱然基於兵役義務平等之前提，亦不得排除人民選擇補充役之自主權，蓋「拒絕使用武器」係人民主張和平生存權與維護個人人性尊嚴及思想自由之具體表現；二、主管機關對於良心決定或宗教信仰之理由拒絕使用武器的兵役之原因，僅得加以「形式審查」，而不得進行「實質審查」，換言之，縱然基於兵役義務平等之前提，亦不得以主管機關之立場，設定審查要件，對人民良心決定或宗教信仰之理由拒絕使用武器的兵役之原因加以實質審查，否則，將造成人民思想自由受到國家管制之事實。因此，主管機關僅得進行形式審查，例如，有無申請書狀、是否記載基於人民良心決定或宗教信仰之理由、是否在法定期間提出、申請人是否自願選擇補充役…等；三、法律必須規定與兵役無關之補充役的機會，換言之，法律所規定之補充役，必須不得違背人民良心決定或宗教信仰而拒絕使用武器的兵役之理由，亦即補充役必須與兵役加以明確區隔，並且，提供足夠且充分之名額，以落實人民選擇補充役之自主權；四、兵役與補充役負擔之實質公平，基於負擔平等之憲法要求，立法者應受平等原則之拘束，對於服兵役與補充役之人民，應予平等之權利保護，而不得有不合理之差別待遇；五、對於選擇補充役之人民，僅得依其志願實施與補充役工作有關之職前教育，而不得強迫進行兵役之基礎軍事訓練，換言之，從人民良心決定或宗教信仰之理由觀察，服兵役之人民係未拒絕使用武器，而服補充役之人民則係自始至終均拒絕使用武器，故對於選擇補充役之人民，僅得依其志願實施與補充役工作有關之職前教育，而不得強迫進行兵役之基礎軍事訓練，否則，將混

淆兵役與補充役本質之差異；六、補充役之工作地點，應基於人民志願且不得違背其宗教信仰及良心決定之自由，換言之，對於補充役工作地點之選擇，立法者並不享有完全之形成自由，而係應考慮人民之志願且不得違背其宗教信仰及良心決定之自由，以落實人民選擇補充役之自主權（註七）。

（三）陸海空軍刑法第六十四條之抗命罪，未兼顧人民憲法第十三條信仰宗教自由之基本權利，而現行兵役制度亦未斟酌人民良心決定之自由而予以適當之選擇類型，因此，尚未達到確實衡量個別差異之實質公平之憲法要求。

由本案之過程似可得知，聲請人係基於宗教自由而拒絕服（使用武器之）兵役，而被依陸海空軍刑法第六十四條科處抗命罪。然而，在聲請人自始即不適合服兵役之特殊情況下，現行兵役制度卻強令其服兵役，而其最後須藉被以抗命罪科刑（七年）之危險，始能達到禁服兵役之目的，由此可知，現行兵役制度與宗教自由似已立於衝突矛盾之情形。

此外，聲請人抗命行為之犯罪動機，係因其個人宗教信仰不適合兵役之軍旅生活所為，故其在客觀上雖有陸海空軍刑法第六十四條之抗命行為，但衡量其抗命行為之犯罪動機等情狀，在主觀上似欠缺抗命罪之犯意，蓋其係基於個人宗教信仰之確信而拒絕服（使用武器之）兵役，而縱被以抗命罪科處重刑（七年以上），只要能達到禁服兵役之目的，亦係為堅持個人宗教信仰在現行兵役制度下所必經之過程。就此而言，陸海空軍刑法第六十四條之抗命罪，似未兼顧人民憲法第十三條信仰宗教自由之基本權利，而現行兵役制度亦未斟酌人民良心決定之自由而予以適當之選擇類型，因此，尚未達到確實衡量個別差異之實質公平之憲法要求。

基於維護人民憲法第十三條信仰宗教自由之基本權利與保障人民良心決定之自由，故現行兵役制度應提供人民適當之選擇類型，以達到憲法所要求確實衡量個別差異之實質公平。因此，在現行憲法兵役義務之前提下，立法者在具體化憲法第二十條「依法律」之授權時，目前雖以徵兵制作為國家建立軍隊之基礎，且均為服（使用武器之）兵役之情況，但對於人民基於個人宗教信仰或良心決定之自由而拒絕使用武器的兵役時，似應參酌德國基本法兵役制度之設計，讓拒絕兵役者亦得有服補充役之機會。至於，補充役與一般兵役之認定標準，補充役之類型、服役期限、服役地點及方式等細節事項，則得由立法者參酌採擇補充役之相關國家法制，予以明確規範，以實現憲法之平等原則。

本案聲請人若有服補充役之機會，則一方面可保障其信仰宗教及良心決定之自由，另一方面亦可實現國家公益之需要，且更得避免抗命行為之產生，而維護陸海空軍刑法第六十四條之法律尊嚴，相信亦無此等軍事判決存在之可能。

四、關係文件之名稱及件數

附件一：陸軍第十軍團司令部八十七年判字第一五二號判決。

附件二：陸軍總司令部八十七年覆判字第一七四號判決。

【註解】

註一：陸海空軍刑法所稱「敵前」，指直接與敵對峙當攻守或警戒之要衝者而言（二十三年院字第一一〇一之一號解釋）；在空襲時間內，負有擔任地面警戒職務之員兵，在空襲警報後解除警報前，應視同敵前，其區域以空襲警報應施警戒之區域為區域（軍事委員會二十六年法審丑字第七〇二號）；駐防沿海地區擔任警戒任務之官兵犯罪，除逃亡罪外，應以敵艦逼近時，認為敵前（軍

事委員會二十九年法審渝一字第四四九號)；臺澎地區現為戒嚴地域，某某演習係在臺灣本島地區舉行，且假想敵實兵演習，究與真實作戰有別，在演習作戰期間演習地域內之官兵犯罪，尚難以敵前論處(國防部五十年澈淨字第〇〇六號)；戍守視同敵前地區(國防部七十年覆普字第五九號)。中華民國軍法法令判解彙編，一九八三年，第四五三頁、第四五八頁、第四六〇頁。

註二：陸海空軍刑法所稱「軍中」，指在動員後之部隊，或戰時編制之部隊而未至敵前者，及當事變騷擾之際從事於鎮壓者之部隊而言(二十三年院字第一〇七六號及第一一〇一之一號解釋)。中華民國軍法法令判解彙編，一九八三年，第四五三頁。但是，前述關於「軍中」之解釋與一般人民或軍人對「軍中」之理解，有相當大之差距，而現行陸海空軍刑法係訓政時期之法律，係就當時局勢所為之解釋或說明，與解嚴及終止動員戡亂時期後之目前情況完全相左，似應有修正、變更或廢止之必要。

註三：BverfG,Urt. v. 24.4.1985-2 BvF 2/83 u.a.=NVwZ 1985,Heft 8,S.560；並參 Friedrich K. Schoch, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum neuen Kriegsdienstverweigerungsrecht, Jura, 1985, Heft 9, S. 465ff.

註四：Friedrich K. Schoch, Das neue Kriegsdienstverweigerungsrecht, Jura, 1985, Heft 3, S. 129.

註五：BverfG,Urt. v. 24.4.1985-2 BvF 2/83 u.a.=NVwZ 1985 Heft 8,S.560.

註六：BverwG,Urt.v.17.8. 1988-6C 36/86 (VG Ansbach) =NVwZ 1989, Heft 11,S. 1067,S.1068.

註七：關於補充役之問題，並參陳新民著，「兵役替代役—社會役制度的比較研究」，《軍事憲法論》，一九九四年版，第三五九頁以下。

聲 請 人：陳 ○ 化

中 華 民 國 八 十 八 年 一 月 十 一 日

(附件二)

陸軍總司令部判決

八十七年覆判字第一七四號

聲 請 人

即 被 告 陳 ○ 化

陸軍步兵第二〇三師六〇九旅步七營步三連二兵第
一八〇二梯次

兵籍號碼(即國民身分證統一編號):(略)

上聲請人因抗命案件，不服陸軍第十軍團司令部中華民國八十七年七月八日八十七年判字第一五二號初審判決，聲請覆判，本部判決如左：

主 文

聲請駁回。

理 由

一、原判決依據聲請人即被告陳○化之供述，高雄市應徵役男身分證明書、聲請人兵籍表影本，該師(87)古踐字第三四八〇號呈文所附照片四張及筆錄，證人胡家成、葉文臻之證言，本部八十七年七月一日佑子字第三三〇三號令頒之「八十七年度部隊訓練計畫大綱」新兵體能戰技訓練項目及訓練課表暨八十七年二月十八日(87)佑子字第〇六四一號令頒之「陸軍新兵訓練課程基準」影本，該連「陸軍一般兵第一八〇二梯次第二週課目時數配當表」各乙份等證據，認定聲請人於八十七年六月二日第一、二節七時三十分至九時二十分，對該梯次入伍新兵實施五百公尺超越障礙之武裝分段訓練課程，經該連連長胡家成上尉對其與同班戰士下

達上述課目、進度及服裝規定之與軍事有關之命令，明知應參加該訓練課程，竟以宗教信仰為由，拒不參加訓練之事實，論以陸海空軍刑法第六十四條第三款之「反抗長官命令」罪，酌處有期徒刑一年。

二、聲請覆判意旨略以：請審酌聲請人全無犯罪動機、目的、前科且犯罪後態度良好，此次僅因宗教信仰關係拒絕當兵，刑罰不該如此之重等情，予以從輕量刑。

三、按事實審之軍事法庭就量刑輕重，於審判上本有衡酌之權，如未違法，即非當事人所能任意指摘。卷查本件聲請人於上揭時、地，明知應服從連長胡家成上尉所下達與軍事有關之訓練命令，竟因宗教信仰關係，故意違抗拒絕參加之事實，既經原審訊證明確（偵卷第十四、十五頁，審卷第十、四十四頁），論以陸海空軍刑法第六十四條第三款之「反抗長官命令」罪，酌處有期徒刑一年，核其認事用法與量刑均無不合，聲請意旨顯無理由，應予駁回。

四、依軍事審判法第二百零五條前段判決如主文。

中 華 民 國 八 十 七 年 九 月 二 十 三 日
（本聲請書其餘附件略）