

釋字第 490 號解釋不同意見書

劉鐵錚大法官 提出

本案聲請人等基於崇尚和平之真誠信仰，在良心上始終拒服戰鬥訓練，致一再陷入審判—入獄—回役—審判—入獄之循環中，因而對兵役制度若干規定，提出牴觸憲法疑義之聲請。本席對多數大法官通過之解釋，在程序及實體上皆有不同之意見，茲分述如下：

一、程序上

多數大法官對基於同一事由之諸多聲請本件解釋案，僅對「已用盡審級救濟程序」之確定終局裁判，予以受理解釋；對於未用盡審級救濟程序之確定終局裁判，則不予受理。本席難予同意，因此一區分具有先例之作用，有普遍適用性，在程序上有重要意義，爰表示不同意見如後：

(一) 司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款係對人民聲請解釋憲法程序要件之規定，其中之一即為須經「確定終局裁判」，從文義上解釋，凡有終結一個審級效果之裁判，且不得再以上訴方式請求救濟者，即為確定終局裁判，並無僅指終審確定終局裁判之意涵，此不僅在文理上理應如此解釋，在法理上實更有堅強之理由。

1、憲法之解釋或法令有無牴觸憲法之解釋，在我國係專屬於大法官，普通法院或行政法院法官僅有釋憲聲請權而無釋憲權。故當事人縱用盡審級救濟程序，其結果也不外由上級法院聲請大法官解釋，或者於終審法院判決確定後，再由當事人聲請，其時間必定是一、二年之後，則此種要求究竟有何實益？但其註定浪費二造當事人之時間、精力與金錢，卻為不爭之事實；而其增加上級審法院法官無

謂之審判負荷，虛擲寶貴司法資源，也屬難以避免之事項。即對大法官本身言，對確定會提出之聲請釋憲案，縱可拖延於一時，豈可拖延於永久。故此種要件之添加，實不合乎訴訟經濟原則。

2、上述人民聲請釋憲案，與當事人爭執法院認事用法錯誤致不同審判機關見解有異者之案件，不可相提並論。後者，上級審法院可以糾正下級審法院之錯誤，故在人民請求大法官為統一解釋時，當然應該用盡審級救濟程序，此觀司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款，有關人民聲請統一解釋之要件，於「確定終局裁判……」外，另有「但得依法定程序聲明不服者……不在此限」之限制，二相比較，二條文用語雖同，法理有別，涵義有差，實不辯而自明。

3、司法院大法官審理案件法第五條第二項原僅明文規定：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有抵觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」惟本屆大法官於民國八十四年所作之釋字第三七一號解釋，卻擴大為「各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋」。此號解釋值得贊同。細究大法官所以把法律明文規定之最高法院及行政法院始享有之釋憲聲請權，擴大且提前得由下級法院聲請，蓋不欲浪費國家資源，作無權解釋憲法之審級審理也。而今大法官對人民聲請釋憲案，卻反其道而行，限縮法律之規定，添加法律所無之限制，其根據之法理如何一貫，實令人費解。若謂用盡審級救濟程序，有時

上級審法院可變更適用有違憲疑義之法條，致釋憲案根本不會發生，此一理由如果可以成立，豈不同樣適用於第三七一號解釋中下級審法院之聲請？當事人所爭執者非法律適用之錯誤，而係對法院正確適用之法律認定為違憲，職司釋憲之大法官，豈可遲延保障人權之重責大任，而將其寄託於不切實際之想像中。

二、實體上

本席認為本案所涉及之若干法律，應為如下之解釋：

- (一) 兵役法施行法第五十九條第二項違反憲法「禁止雙重處罰原則」，應為無效。

兵役法施行法第五十九條第二項規定：「同條第一項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑時間不滿四年時，免除禁役」。故免除禁役者，倘仍在適役年齡，將不斷因良心因素持續拒絕服役，而遭受重複之處罰。

按「一事不二罰原則」、「禁止雙重處罰原則」係民主國家彰顯人權保障之展現，其本意在禁止國家對於人民之同一行為，以相同或類似之措施多次處罰。美國聯邦憲法早於西元一七九一年增訂之人權典章第五條即有明文（nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb）。我國憲法第二十二條係關於人民基本權利保障之補充規定，即除同法第七條至第十八條及第二十一條所為例示外，另設本條規定，概括保障人民一切應受保障之自由權利。禁止雙重處罰原則，既為現代文明法治國家人民應享有之權利，且不妨害社會秩序與公共利益，自亦在該條保障之列。

就所謂良心犯罪與一事不二罰原則而言，德國聯邦憲法法院之見解可資參考，「若行為人一再拒絕兵役、社會役之徵召行為，係基於其所宣稱之永遠繼續存在之良心決定，則該行為仍應屬基本法第一百零三條第三項所稱之同一行為。蓋該等決定係基於單一之良心決定而永遠的拒服兵役，此種良心決定之範圍係原則性的而非個別性的。再者，行為人透過基於其良心所下之決定而表現出來的持續反抗兵役行為，可謂係對國家要求其服兵役之一種反抗，故國家以第一次及其後續之徵召令要求服役之行為，始終為同一行為……。行為人之良心決定具有嚴肅性及繼續性亦屬顯而易見。行為人於其第一次處罰之後以及接獲第二次徵召令後，不過再次堅持以前所為永遠拒服兵役之良心決定，此種過去所為而持續至將來之良心決定，確定了行為人整體外部行為，從而行為人於接獲第二次徵召時，遵循此一決定進而拒服兵役，自屬基本法第一百零三條第三項所稱之同一行為。」(BverfGE 23,191)

就本件聲請案當事人而言，聲請人基於單一之良心因素拒絕服役而遭重複處罰至為明顯。此一由過去持續至將來之良心決定，確定了聲請人外部之行為，從而不論聲請人日後將再受多少次之徵召，其仍將一本初衷，持續拒絕服役。參考前揭德國聯邦憲法法院所表示之見解，原判決及其所適用之兵役法施行法第五十九條第二項規定，顯然未能掌握本件事實之內涵及其特殊性，同時亦使我國憲法所保障之宗教信仰、良心自由受到漠視，違反一事不二罰之憲法原則。

(二)兵役法第五條及兵役法施行法第五十九條第二項之規定有違「禁止嚴苛、異常制裁之原則」，應為無效。

人民有免受嚴苛、異常制裁之自由權利，此在憲政先進國家為其憲法所明文保障，例如前述之美國聯邦憲法人權典章第八條，即明文規定不得對人民處以嚴苛、異常之制裁(nor cruel and unusual punishments inflicted)。我國憲法因有第二十二條之概括規定，自亦應為同一之解釋。按兵役法第五條規定，凡曾判處七年以上有期徒刑者禁服兵役，稱為禁役。故凡因良心或宗教因素而拒服兵役之人，若未判刑七年，或曾判處七年，但執行刑未滿四年時（見兵役法施行法第五十九條第二項），則自其第一次應徵入營服役之日起（約十八歲）至其四十五歲止，均將因抗命而陷入審判-入獄-回役-審判-入獄之循環中。期間最多可達二十七年之久，遠遠超過刑法法定有期徒刑至多二十年之長度，若與強盜、殺人等惡性重大之犯罪相較，聲請人等所面臨之處境，益發悲涼！蓋殺人者，若僥倖僅受無期徒刑之判決，少則十五年多至二十年即可假釋出獄，重新做人。反觀本件聲請人等，本性純良，僅因堅持宗教信仰，追求良心之自由，前已因同一持續之行為遭到多次之處罰，後又以未合於兵役法第五條及其施行法第五十九第二項之要件，而需將其寶貴之青春歲月虛擲於囹圄之中，該二法條所致之殘酷結果，莫此為甚，吾人豈可視而不見。

- (三) 從憲法人權保障之角度，乃至國家社會整體利益，甚至是戰鬥任務本身而言，使因良心或宗教因素拒絕服兵役之人轉服替代役，始為合乎憲法之作為。

首先，就兵役公平之角度言，試問有多少人願意堅持其個人之信仰而入獄服刑，況其所面臨者係數十年之刑期，若非基於虔誠信仰何能做出此一犧牲。就戰鬥任務本身言，若

強令良心上有障礙之人從事戰鬥任務，對所有袍澤之安全、任務之達成，又將造成多少負面之影響與傷害。自國家社會整體利益言，監禁一青年數十年之久，不僅使社會失去一極富愛心與服務熱誠之人，更需花費國家大筆公帑供養其數十年之生活，又有何意義可言！

此類虔誠宗教信仰者與徒托空言，假借信仰自由，意圖逃避兵役者，自應嚴加區別，後者不僅不能享受憲法上宗教自由之保障，更應受到法律嚴格之制裁。至如何鑑別二者之真偽，則屬技術層面而非憲法之問題（事實上有關單位草擬之家庭及宗教因素申請兵役替代役辦法草案中對此已有初步之規劃）。

又憲法第二十條雖規定，人民有依法律服兵役之義務，但此並非憲法層次之全民義務，實係憲法賦與立法者於決定要求人民服兵役時之規範基礎。立法者基於實質平等及比例原則之憲法規定，實應認真考慮提供實施替代役之可能；而憲法第十三條之規定，人民有信仰宗教之自由，更是確認信仰自由事涉人民內心之真誠與生命價值之選擇，即令制定法律規範宗教行為，其內容仍須符合實質正當，更需考量憲法基本權利間內在之一致性。換言之，國家對於宗教行為之規範，應抱持和平與容忍之態度，除非舉證證明有明顯立即之危險或關係重大公共利益，否則不應介入干涉，對於拘束人民宗教自由之立法考慮，亦然。從而，宗教之信仰者，基於教義及戒律之關係，並因虔誠之宗教訓練及信念上等原因，而在良心上反對任何戰爭者，在兵役法上自應避免使其服戰鬥性或使用武器之兵役義務，俾免宗教信仰之核心理念與國家法令相牴觸而影響宗教信仰自由之保障，庶幾憲法之目的

與原則暨宗教信仰自由之保障，均能予以兼顧，因此之故，在制度上給予因宗教或良心因素不願服兵役之人轉服替代役之方法，始真正符合憲法保障人權之意旨。

(四) 兵役法第五條及兵役法施行法第五十九條第二項對基於良心因素拒絕服兵役者言，其宣告刑及執行刑，皆應作分別累積之計算。

退一步言，吾人縱使基於事實之困難及現狀之考慮而認宗教信仰自由、良心自由仍不足以作為聲請人等免服戰鬥兵役之理由，也不認為基於良心因素拒絕服兵役之行為係持續之單一行為，從而並無一事不二罰原則之適用，但考量兵役法第五條及其施行法第五十九條第二項所帶給聲請人等之苛酷效果及對社會國家所造成之負面影響，吾人也應宣告該二條文就因良心因素拒服兵役者而言，對其宣告刑及實際執行之刑期，基於憲法第十三條及第二十二條之考量，應採取「分別累積計算」方為合憲之解釋。應累積計算之合憲解釋，不僅對兵役制度之公平有所維護（因實際再經執行需累積滿四年之刑期始可禁役，對於欲假借宗教、良心因素逃避兵役義務者，應可收之嚇阻之效），亦可免除一優秀青年僅因虔誠信仰而葬送其大半青春歲月於牢獄之中，致不能對國家社會做出積極之貢獻；同時，國家以二倍於役期之時間處罰拒絕履行兵役義務之人已可維持法律之尊嚴，其後亦可節省數十年之監禁花費，可說一舉數得，而相關條文抵觸憲法之疑慮，也可化解於無形。

綜上所述，本席對本件聲請案件所持見解，與多數大法官所通過之解釋不同，爰依法提出不同意見書如上。