

陳○呈釋憲聲請書

(99年5月20日)

為請求宣告最高行政法院 97 年度判字第 303 號（第一審臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號）解除召集事件（以下簡稱第一案）及最高行政法院 96 年度裁字第 3189 號裁定（第一審臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號）文職任用事件（以下簡稱第二案）等二案之終局判決所適用之法令，包含軍事審判法第 12 條、第 23 條、第 24 條及陸海空軍軍官士官服役條例第 17 條及陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則（原名稱：陸海空軍官兵志願留營入營甄選服役規則）（第 7 條、第 11 條、特種考試軍法官考試規則第 9 條（即目前軍法官考試規則第 8 條）等規定，因牴觸憲法相關規定及貴院相關解釋而無效，茲依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

軍事審判法第 12 條、第 23 條、第 24 條及陸海空軍軍官士官服役條例第 17 條及陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則（原名稱：陸海空軍官兵志願留營入營甄選服役規則）第 7 條、第 11 條、特種考試軍法官考試規則第 9 條（即目前軍法官考試規則第 8 條）等規定，違反憲法第 23 條、第 77 條、第 80 條、第 81 條、第 85 條、第 86 條、第 140 條暨相關大法官解釋意旨（大法官釋字第 392 號解釋、第 443 號解釋、第 436 號解釋、第 525 號解釋、第 555 號解釋、第 601 號解釋，侵害聲請人作為軍事審判官（法官）之平等權（憲法第 7 條）、

財產權、工作權（憲法第 15 條）、應考試服公職之權利（第 18 條），並有違憲法第 77 條、第 80 條、第 81 條等規定，請求司法院大法官將其宣告為無效，並據以提起行政訴訟之再審之訴（釋字第 185 號及第 188 號解釋參照）。

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文：

一、憲法所保障之權利遭受不法侵害之事實及涉及之憲法條文

（一）第一案解除召集案中，聲請人受憲法所保障之權利遭受不法侵害之事實如下：

1. 聲請人於民國 90 年年底通過軍法官考試，依錄取公函指示（證物 1），於 91 年 2 月底前向戶籍地後備司令部辦理志願再入營，嗣於 91 年 3 月 31 日向施訓單位國防管理學院報到，回任軍職，參加軍法官實務訓練，至 91 年 9 月 28 日受訓期滿合格，取得軍法官證書（證物 2）。聲請人於取得軍法官資格後，歷任國防部北部地方軍事法院桃園分院檢察署軍事檢察官、國防部中部地方軍事法院檢察署軍事檢察官，92 年 10 月 16 日奉調國防部北部地方軍事法院桃園分院擔任軍事審判官。詎被告國防部陸軍總司令部竟以聲請人並未陳報志願留營，服役期限已屆滿，以 94 年 3 月 11 日鄭樸字第 0940004527 號函（以下簡稱「原處分」，參見證物 3）核定自 94 年 3 月 31 日起應予解除召集，離去現職，致使聲請人無法繼續擔任

軍法官職務。被告機關之非法解職，顯已違法違憲（詳下述）。經聲請人依法提出訴願後，亦遭駁回（證物 4）。聲請人誠難甘服，經依法提起行政訴訟之後（包含臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號及最高行政法院 97 年度判字第 303 號），亦均遭駁回（證物 5、證物 6）。

2. 被告國防部陸軍總司令部將聲請人解除召集，所憑無非以 91 年 6 月 10 日修正公布之陸海空軍軍官士官服役條例（以下簡稱「服役條例」）第 17 條前段規定：「常備軍官、常備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿……者，予以解除召集。」及 88 年 1 月 13 日修正發布之陸海空軍官兵志願留營入營甄選服役規則（以下簡稱「服役規則」）第 7 條及第 11 條規定：「預備役軍官、士官、士兵志願入營，服役期限以三年為一期。前項人員服役期滿志願繼續服現役者，依本規則志願留營之規定辦理。」「經考試院特種考試及格人員，志願入營服役期限，依第七條辦理。」等法令。

3. 詎經聲請人依法提出訴願及行政訴訟後，最高行政法院之終局判決（證物 6）竟謂：「憲法第 7 章有關司法之規定，係關於司法院重要組織及所屬人員原則性之規定，故憲法第 80 條、第 81 條所定之法官，係專指普通司法機關所屬之法官，不包括軍事審判機關之審判人員。司法院釋字第 436

號解釋亦明示軍事審判之建制，憲法未設明文規定，並進一步指出軍法官之身分保障應一併檢討改進。由此可知，軍法官之保障無法適用憲法第 81 條之規定，司法院上述解釋始有『軍法官之保障應檢討改進』之敘述。……另查司法院釋字第 601 號關於司法院大法官屬於憲法上法官之解釋，係因司法院大法官之法制，憲法第 79 條第 2 項定有明文，此與軍法官之法制在憲法上並無規定，二者不可同日而語，自難以該號解釋推論軍法官亦屬憲法上之法官。未查軍事審判法第 12 條第 1 項規定：『軍法官非依法律不得減俸、停職或免職，非得本人同意，不得調任軍法官以外職務。』此係關於軍法官身分保障之規定，是依法律規定之法定要件，自得對軍法官予以解職。故原處分依服役條例第 17 條之規定對上訴人解除召集，於法尚無不合。況本件上訴人自承其提出申請退伍金並已領取退伍金，其身為執法之軍法官，自難諉稱不知領取退伍金之意義。上訴人既志願申請退伍，何能事後反悔而主張原處分違誤。從而原判決雖對上訴人主張其為憲法上法官而受終身保障乙節，未詳為敘明不採之理由，固稍有疏漏，惟原判決駁回上訴人之訴，並無不合。上訴意旨猶以：依憲法第 81 條、司法院大法官釋字第 392 號、第 443 號、第 436 號及第 601 號等解釋意旨可知，軍事審判官亦屬憲法所稱之『法官』，受有身分上

之保障。原判決認被上訴人陸軍司令部得依服役條例第 17 條將上訴人解職，即有判決違背上揭憲法及司法院解釋之違誤等語，指摘原判決求為廢棄，為無理由，應予駁回。」已嚴重侵害聲請人作為軍事審判官（法官）之工作權（憲法第 15 條）、應考試服公職之權利（憲法第 18 條），並有違憲法第 77 條、第 80 條、第 81 條等規定。

（二）第二案文職任用案中，聲請人受憲法所保障之權利遭受不法侵害之事實如下：

1. 聲請人雖有意繼續擔任軍法官工作，以致力於軍中人權保障，但有感於聲請人乃民國 88 年軍事審判法通過後，依據新法考取之軍法官，依法應已取得文職公務人員之任用資格（三等考試），與一般職業軍官無須考試僅以被告國防部審核通過即可任用，究屬有別，且軍法官依憲法第 81 條受身分保障，應不受「陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則」或「陸海空軍軍官士官服役條例」等規定之限制。而被告要求聲請人比照一般軍士官辦理志願留營程序，顯於法有違。聲請人遂於 93 年 11 月 23 日向所屬桃園分院申請辦理文職任用，並辦理銓敘文官職，經轉所屬軍法司辦理，軍法司於 93 年 12 月 13 日以法治字第 0930004012 號函覆桃園分院（證物 7）（但該函並未送達聲請人），表示申請文職任用於法未合，即未轉送被告人力司，亦未對聲請人作成任何行政

處分。

2. 聲請人乃於 93 年 12 月 25 日就申請轉任文職案，逕向被告人力司提出申請，並於 94 年 1 月 3 日提出補陳申請事項暨理由書，被告人力司逕轉軍法司後（證物 8），亦無下文。
3. 聲請人遂依訴願法於申請逾二個月後之 94 年 3 月 12 日向行政院提出訴願，竟遭駁回訴願（證物 9）。聲請人仍未甘服，爰提出行政訴訟（臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號、最高行政法院 96 年度裁字第 3189 號裁定）（證物 10-11），亦均遭駁回。
4. 乃第一審臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號判決竟認定：「按『各級軍事法院及分院之編裝、員額，由國防部定之。』『第二十一條至第二十三條之規定，於各級軍事法院及分院檢察署準用之。』『（第 1 項）軍法官由國防部就具有下列資格之一者，依法任用之：一、經軍法官或司法官考試及格者。……（第 2 項）前項第一款軍法官考試，由考試院舉辦。……』『（第 1 項）公務人員之考試，以公開競爭方式行之，其考試成績之計算，不得因身分而有特別規定。其他法律與本法規定不同時，適用本法。（第 2 項）前項考試，應依用人機關年度任用需求決定正額錄取人數，依序分發任用。……』『（第 1 項）公務人員各級考試正額錄取者，按錄取類、科，接受訓練，訓練

期滿成績及格者，發給證書，分發任用。……（第 2 項）前項訓練辦法，由考試院會同關係院定之。』為 88 年 1 月 2 日修正公布（下同）之軍事審判法第 23 條、第 52 條、第 11 條第 1 項及第 2 項、85 年 1 月 17 日修正公布（下同）之公務人員考試法第 2 條第 1 項及第 2 項、第 20 條第 1 項及第 2 項所明定。」並以此進而認定被告機關以武職任用而未以文職任用，並無不法云云（判決書第 8 頁第 27 行以下參照），已嚴重侵害聲請人作為軍事審判官（法官）之工作權（憲法第 15 條）、應考試服公職之權利（憲法第 18 條），並有違憲法第 77 條、第 80 條、第 81 條等規定。

（三）涉及之憲法條文及相關大法官解釋：

1. 憲法第 7 條：中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。
2. 憲法第 9 條：人民除現役軍人外，不受軍事審判。
3. 憲法第 15 條：人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。
4. 憲法第 18 條：人民有應考試、服公職之權。
5. 憲法第 23 條：以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。
6. 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。
7. 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。

8. 憲法第 81 條：法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸。
9. 憲法第 85 條：公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，並應按省區分別規定名額，分區舉行考試。非經考試及格者，不得任用。
10. 憲法第 86 條：左列資格，應經考試院依法考選銓定之：一、公務人員任用資格。二、專門職業及技術人員執業資格。
11. 憲法第 140 條：現役軍人不得兼任文官。
12. 大法官釋字第 392 號解釋、第 443 號解釋、第 436 號解釋、第 525 號解釋、第 601 號解釋。

二、本案所經過之訴訟程序：

(一) 第一案解除召集案：

1. 94 年 7 月 5 日國防部 94 年決字第 101 號訴願決定駁回（證物 4）。
2. 95 年 6 月 27 日臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號判決駁回（證物 5）。
3. 97 年 5 月 5 日最高行政法院 97 年度判字第 303 號判決駁回（證物 6）。

(二) 第二案文職任用案：

1. 94 年 8 月 11 日行政院院臺訴字第 0940088543 號訴願決定駁回（證物 9）。
2. 95 年 6 月 29 日臺北高等行政法院 94 年度訴字第

3084 號判決駁回（證物 10）。

3.96 年 12 月 10 日最高行政法院 96 年度裁字第
3189 號裁定駁回（證物 11）。

三、確定終局判決所適用之法令名稱及內容

- (一)軍事審判法第 11 條：軍法官由國防部就具有下列資格之一者，依法任用之：一、經軍法官或司法官考試及格者。二、經律師考試及格，並執行律師職務三年以上，成績優良者。三、曾在公立或經立案之私立大學、獨立學院法律學系或法律研究所畢業，而在公立或經立案之私立大學、獨立學院任教授、副教授三年、助理教授四年或講師五年，講授國防部所定主要法律科目二年以上，有法律專門著作，經審查合格，並具有薦任職任用資格者。
- (二)軍事審判法第 12 條：軍法官非依法律不得減俸、停職或免職，非得本人同意，不得調任軍法官以外職務。
- (三)軍事審判法第 23 條：各級軍事法院及分院之編裝、員額，由國防部定之。
- (四)軍事審判法第 24 條：地方軍事法院及其分院審判案件，以審判官一人獨任或三人合議行之。高等軍事法院及其分院審判案件，以審判官三人合議行之，其上校以上或簡任審判官不得少於二人。最高軍事法院審判案件，以上校以上或簡任審判官五人合議行之。
- (五)陸海空軍軍官士官服役條例第 17 條：常備軍官、常

備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿或具有第十四條第一項、第十五條各款情形之一者，予以解除召集。

(六)陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則第 7 條：後備役軍官、士官志願入營，服役期限，以三年為一期。但後備役常備軍官、常備士官再入營服現役期滿後，申請繼續服現役，經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡。

(七)陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則第 11 條：經考試院特種考試及格人員，其志願入營應依本規則相關規定辦理。

四、有關機關處理本案之主要文件及說明：

(一)第一案解除召集案：

1. 94 年 7 月 5 日國防部 94 年決字第 101 號訴願決定。
2. 臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號判決。
3. 最高行政法院 97 年度判字第 303 號判決。

(二)第二案文職任用案：

1. 94 年 8 月 11 日行政院院臺訴字第 0940088543 號訴願決定。
2. 臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號判決。
3. 最高行政法院 96 年度裁字第 3189 號裁定。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之見解及立場

一、有關上開第一案解除召集案乃因被告機關將聲請人依據軍事審判法第 12 條及服役條例第 17 條、服役規則

第 7 條、第 11 條等規定而予以解除軍事審判官職務；第二案文職任用案，乃被告機關依據軍事審判法第 11 條、第 23 條、第 24 條暨軍法官考試規則第 9 條等規定，否准以文職任用。上開二案同樣涉及我國軍事審判制度之本質及軍法官於我國憲法上之地位為何之憲法上解釋問題，因此一併聲請解釋。

二、(第一案)被告機關將聲請人解職(解除召集)之處分所適用之法令，包含軍事審判法第 12 條及服役條例第 17 條及服役規則第 7 條、第 11 條等規定，違反憲法第 23 條、第 77 條、第 80 條、第 81 條暨相關大法官解釋意旨(大法官釋字第 392 號解釋、第 443 號解釋、第 436 號解釋、第 525 號解釋、第 601 號解釋)：

(一)軍事審判權之性質應屬我國司法權之一環：

1. 雖然早期見解認為，我國憲法第 9 條僅規定人民不受軍事審判，並未再規定軍事審判制度，而同時憲法第 77 條也未明定司法院掌理軍事審判事項，因此論者有認為軍事審判權係獨立於國家司法權之外，且憲法既然未明定其歸屬，而謂有軍事審判權源於「統帥權」之說。軍事審判權性質學說上之分類有三：

(1)統帥權說：主張軍事審判權是統帥權之運用，基於憲法第 9 條及第 36 條，軍事審判權屬於統帥所有，非屬司法院，不受其他外力的影響。因此，軍事的審級制度、核定覆判權等，均與一般司法有別，其主要目的在於貫徹統帥權之行使。這是

我國對於軍事審判權的傳統見解。

(2)司法權限說：本說認為，憲法第 9 條，主要只在排除人民受軍事審判，並不具有將軍事審判排除於司法之外之意旨。因此，軍事審判權仍為憲法第 77 條司法權之權限。尤其，憲法第 9 條置於「人民的權利義務」章中，足見其性質只在保障人民之權利，而非屬機關組織權限之規定，不能將之作為軍事審判權非屬司法權限的憲法根據。依法治國原則，為保障軍人的生命及人身自由，軍事審判亦應納入國家司法系統。

(3)折衷說：亦有學者認為，軍事審判權雖為刑事程序之一種，但現役軍人的身分特殊，為維護軍紀，兩者仍應有所區別，故軍事審判權應屬置於統帥權下的特殊司法作用。

2、然而 86 年司法院大法官作出釋字第 436 號解釋，認為：「……憲法第十六條並規定人民有訴訟之權。現役軍人亦為人民，自應同受上開規定之保障。……軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理……且為貫徹審判獨立原則，關於軍事審判之審檢分立、參與審判軍官之選任標準及軍法官之身分保障等事項，亦應一併檢討改進，併此指明。」因此早期學界雖然對於

軍事審判權的性質有所爭議，但民國 86 年大法官釋字第 436 號解釋文，已明確將軍事審判權定義為司法權的性質，正式脫離統帥權說。該則解釋，應可認為我國軍事審判權乃是採「司法權限」說，亦即軍事審判機關所行使者，係具司法權性質之審判權；且軍事審判官須依憲法第 80 條司法權建制之憲政原理，依據法律獨立審判，不受任何干涉。

(二)軍事審判官依據釋字第 392 號、第 601 號解釋，亦屬憲法上之法官，應無疑義：

1. 另參諸司法院大法官釋字第 392 號解釋理由書謂：「……法院係職司審判之機關，有廣狹兩義，狹義之法院乃指對於具體案件由獨任或數人合議以實行審判事務，即行使審判權之機關……狹義之法院原則上係限於具有司法審判權者，亦即從事前述狹義司法之審判權而具備司法獨立（審判獨立）之內涵者，始屬當之；而其在此一意義之法院行使審判權之人即為法官」。故憲法第 80 條與第 81 條之法官即指：「於具體案件由獨任或數人合議行使審判權之法院，行使審判權並超出黨派，依據法律獨立審判，不受任何干涉之法官」
2. 另依據司法院大法官釋字第 601 號解釋理由書謂：「……大法官為具體實現人民訴訟權、保障其憲法或法律上之權利，並維護憲政秩序，而依人民或政府機關聲請就個案所涉之憲法爭議或疑義

作成終局之判斷，其解釋並有拘束全國各機關與人民之效力，屬國家裁判性之作用，乃司法權之核心領域，故與一般法官相同，均為憲法上之法官，……法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文。……雖未直接涉及個案之事實認定，惟亦同為個案審判之一環，至為明顯。至憲法第七十九條第二項及憲法增修條文第五條第四項明定，司法院大法官具有憲法與法令之最終解釋權，則僅為制度上不同法院間之職務分工，於大法官及法官均係被動依法定程序對個案之憲法、法律或事實上爭議，獨立、中立作成終局性、權威性之憲法或法之宣告之本質，則無二致，故同屬行使司法權之憲法上法官。」即依上開解釋，大法官所掌管者，雖非直接涉及具體個案事實之認定，但此乃基於「不同法院間之職務分工」，而所作成之解釋仍屬於「國家裁判性之作用」，其身分亦屬憲法上所稱之「法官」。基於舉輕以明重之法理，軍法官雖非屬行政法院或普通法院體系，而屬軍事法院體系，但此乃基於不同法院之分工。且軍法官所職司者，亦為刑事案件之「具體個案審判」（與普通法院之刑事審判實無二致），性質上，更加屬於「國家裁判性質」之作用，更應該是憲法上所稱之法官，而其身分更應受到憲法之保障。

3. 因此：

(1) 綜前所述可知，軍事審判機關所行使者，亦屬國

家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第 77 條、第 80 條法官依據法律獨立審判，不受任何干涉等有關司法權建制之憲政原理。故可得知下列結論

(一)軍事審判機關係行使審判權之機關。(二)軍事審判機關係對於具體個案之案件由獨任或數人合議行使審判權之法院。(三)軍事審判官須依憲法第 80 條司法權建制之憲政原理，依據法律獨立審判，不受任何干涉。

- (2)因此軍事審判官並不因形式上名稱非法官，而影響其憲法第 80 條與第 81 條之法官地位，因為舊刑事訴訟法與民事訴訟法將法官稱為推事，但推事仍為憲法上法官，且公務員懲戒委員會之委員亦為憲法上法官；而大法官亦屬憲法上之「法官」。
- (3)再者，軍事審判官亦不因現行建制隸屬於行政院國防部下而影響其憲法上第 80 條與第 81 條之法官地位，因為民國 69 年以前，行政院司法行政部時代，高等法院以下各級高等法院、地方法院之法官當時亦隸屬於行政院司法行政部，而非現今之司法院，但仍不影響其憲法上第 80 條與第 81 條之法官地位，換言之，是否為憲法上第 80 條與第 81 條之法官，其判斷標準應該是以所從事之業務本質，是否為審判權；是否屬

於對於具體個案審判，且是否依據法律獨立審判，不受任何干涉。凡符合上述要件不論名稱，隸屬建制為何，均應為憲法第 80 條、第 81 條之法官。

(4)由上述可知，軍事審判官不但是憲法第 80 條超出黨派，依據法律獨立審判之法官，更是憲法第 81 條，具終身職，非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告，不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸之法官。

(5)軍法官應適用法官法(即現行為「司法人員人事條例」)，或至少服役條例應列專章規範軍法官身分保障。因軍法官與一般軍官所從事之工作不同，依法應為差別待遇之事項，立法者有予以差別待遇之義務，立法延宕之不利益，亦不應由無立法權之適用法規人員(軍法官)承擔。

4. 憲法第 81 條規定乃對於法官身分保障之「憲法保留」規定，縱令立法機關亦不得立法加以擴張、變更，軍事審判法第 12 條僅以「非依法律不得免職」，讓立法者得以一般法律為據(不限於受刑事、懲戒處分或禁治產宣告)，而將軍事審判官予以免職，顯然牴觸憲法第 81 條關於法官身分保障之規定：

(1)按憲法第 81 條規定「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職……」。

(2)再按「……憲法所定人民之自由及權利範圍甚

廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書）……」
司法院大法官釋字第 443 號解釋理由書參照。

- (3) 準此以解，軍事審判官既然亦為憲法上所稱之「法官」，應有憲法第 81 條身分保障之適用，即除非有受「刑事處分」、「懲戒處分」或「禁治產宣告」等三種理由，否則不能予以解職，即便立法機關制定法律，增加憲法所無之解職事由，當屬違憲。而軍事審判法第 12 條僅以「非依法律，不得免職」，讓立法者得以一般法律為據（不限於受刑事、懲戒處分或禁治產宣告），而將軍事審判官予以免職，顯然抵觸憲法第 81 條關於法官身分保障之規定。

5. 有關服役條例第 17 條及服役規則第 7 條、第 11 條規定部分：

- (1) 被告機關與終局判決所援引聲請人解職另依據「服役條例」及「服役規則」等相關規定，該等規定亦屬違反憲法第 23 條法律保留原則及憲法第 81 條規定：

A. 雖「服役條例」第 17 條規定：「常備軍官、常備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現

役期滿……者，予以解除召集。」而服役期限依據「服役規則」第 7 條規定：「預備役軍官、士官、士兵志願入營，服役期限以三年為一期。前項人員服役期滿志願繼續服現役者，依本規則志願留營之規定辦理。」即依前揭法令，服役期限以三年為一期，期滿後應再申請繼續留營，否則即解除召集。

B. 前揭規定如用以規範一般軍士官兵，固無不妥。但用以規範「軍法官」則屬違憲：

a. 「服役規則」第 11 條之規定，在毫無授權依據下，直接將軍法官之任免程序準用該規則之規定，違反憲法第 23 條「法律保留原則」：

被告機關原處分乃依據「服役規則」第 11 條規定，而加以適用「服役條例」及「服役規則」。該規則第 11 條規定：「經考試院特種考試及格人員，志願入營服役期限，依第七條辦理。」第 7 條規定：「後備役軍官、士官志願入營，服役期限，以三年為一期。……」然查，「服役規則」乃依據「服役條例」第 13 條及第 19 條授權訂定，用以規範一般軍士官兵之服役程序，根本不適用於「軍法官」。乃「服役規則」竟在法律毫無另行授權之情形下，直接將「軍法官」（即特種考試及格人員）也納入其規範對

象，顯然違背「法律保留原則」，增加軍事審判法所無之限制。

b. 而服役條例及服役規則之相關規定，將使憲法對於軍法官之身分保障形同具文，而牴觸憲法第 81 條法官終身職之規定：

①如前所述，憲法第 81 條規定，法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職。

②「服役條例」及「服役規則」規定於適用之後，軍法官應於三年期滿後，申請留營獲准後，始得續任軍法官，否則即予免職，造成違背憲法第 81 條：

憲法第 81 條規定，法官為終身職，非受「刑事處分」、「懲戒處分」及「禁治產宣告」不得免職。而申請留營與否，並非前揭得將法官予以免職的三個原因之一，如軍事審判法第 12 條規定，只要其他法律規定免職事由，例如「服役條例」及「服役規則」之相關規定將「未申請留營」作為免職理由，顯然增加憲法第 81 條所無之限制，而與憲法第 81 條相牴觸。

(2)將「服役條例」及「服役規則」等相關規定適用於軍法官，整體而言，亦違背憲法第 81 條及大法官釋字第 436 號解釋揭櫫「從事軍事審判之公務員其身分亦應受保障」之意旨，謹將各種背

景因素、造成之後果、影響，再陳如下：

- A. 大法官釋字第 436 號解釋略以「……軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理……關於軍事審判之審檢分立、參與審判軍官之選任標準及軍法官之身分保障等事項，亦應一併檢討改進……」。而身分保障之目的，在保障其身分及工作權等，俾保障審判之獨立，使軍事審判能達到本號解釋「符合正當法律程序之最低要求」之意旨。
- B. 查一般公務員通過國家考試，依法任用後，人事管理悉依各項公務員法，未依法受懲處、懲戒，致遭撤職者，均可依個人意願繼續任職至 65 歲。而憲法上的「法官」，更有終身職之保障，得予免職之事由，更加嚴格（限於受刑事處分、懲戒處分或禁治產宣告才可免職）。
- C. 以現行制度而論，將軍法官以「服役條例」及「服役規則」加以適用，因「服役條例」第 6 條第 1 項規定，自初任官起，服役屆滿 15 年仍為上尉、屆滿 20 年仍為少校、屆滿 24 年仍為中校及屆滿 28 年仍為上校，即須退伍，除造成階級差異而有服役年限之不同之外，

如因軍事編制職缺無法配合，則無異使軍法官提早去職，與憲法第 81 條所規定之法官為終身職，及軍法官身分保障，均有所未合。

D. 況聲請人乃通過考試院舉辦之「特種考試軍法官考試」，依「特種考試軍法官考試規則」第 2 條之規定（證物 2），取得國家考試三等考試，相當於高等考試三級考試之任用資格，與一般志願役軍官之任用基準應有區別，不應等同適用。

E. 再依「服役條例」第 7 條規定，軍校畢業、受過常備軍官教育者，服常備軍官役；次依同條例第 15 條第 2 款規定，常備軍官自軍校畢業後，可服役至本階最大服役年限。依目前實況，國防大學管理學院法律系（78 年以前為政治作戰學校法律系）畢業之公費生，於畢業任官後取得軍法官資格者，不問是否準時晉升，於服役期間未陳報志願退伍者，大多均可晉升至中校（僅極少數未獲晉升），亦即軍校法律系畢業之志願役軍官，在現役中考取軍法官者，大多均可服役 20 至 24 年；再依同條例第 23 條第 2 款之規定，服現役 20 年以上，或服現役 15 年以上年滿 60 歲者，即可自由選擇按月支領退休俸或一次退伍金，於其工作權及退休，至少尚有基本保障。

F. 而反觀聲請人於 73 年 11 月 3 日自國防管理

學院二年制專科班企管科畢業，以少尉任官，分發部隊服務，至 83 年 11 月 2 日止，共服役 10 年，服滿投考軍校時所規定之役期後，以上尉軍階辦理退伍。依被告機關之見解，聲請人擔任軍法官如須軍職任用，且須適用「服役條例」第 6 條之規定以觀，於回任軍職後，5 年內仍為上尉階、10 年內仍為少校階、14 年內仍為中校階或 18 年內仍為上校階，即須辦理退伍（即以本階之最大服役年限減去 73 年至 83 年間已服役之 10 年）（「服役條例」之施行細則第 3 條參照）。是以聲請人遭解職前之軍階為少校，已入營 3 年，若將來均未獲晉升，僅能再服務 7 年，即使蒙長官眷顧順利晉升至上校，至多只能再服務 15 年。之後也只能去職，此根本與憲法所規定之身分保障有所抵觸。

- G. 聲請人所爭取者，並非階級高低，而係既已取得軍法官及格證書，具備高考資格，如被告機關強加適用前揭法令，將因階級高低而有服務年限之不同，顯與憲法第 81 條、大法官釋字第 436 號解釋所揭櫫之「軍法官身分保障」未合。
- H. 未查，依據上開二法令，非現役軍人之軍法官錄取人員，首次 3 年任期屆至時，尚須以申請志願留營方式陳核，接受第 2 次准許任職

之審查，且依「服役規則」第 5 條第 2 項第 1 款之規定，編階中將以上單位主官對陳報志願留營申請案有核定權，係實質審查，有權准駁其志願留營之申請。姑不論是否准許繼續留營，此「二度審查」之規定，亦在在與憲法第 81 條、大法官釋字第 436 號解釋所揭示之軍法官身分保障未合。

(3)將「服役條例」及「服役規則」等法令強加適用於軍法官，將造成任期因其報考時身分之差異，而有服役年限長短之差別，係不具法律上正當事由之差別待遇，違反憲法第 7 條平等原則及人民應考試服公職之權利：

A. 就同樣是軍法官而言：

a. 民國 90 年軍法官考試，係 88 年新軍事審判法施行，設立地區軍事院檢，並直接隸屬國防部後，首次對外招考，經筆試、口試及實務訓練合格者，共錄取 22 位。以非現役軍人身分考取者 8 位，軍人身分考取者 14 位。

b. 具軍人身分之錄取者，係軍校畢業，依「服役條例」第 7 條規定，可服役至本階最大年限，已如前述。

c. 8 位非現役軍人之錄取者，再入營期限已於 94 年 3 月 31 日屆至，有 7 位已陳報志願留營，並經被告機關分別核定 1 年至 3 年

不等之任期。且前揭 7 位均未獲被告機關予以常備軍官任用，即其續簽之 1 至 3 年期限屆至後，仍須再陳報志願留營，與具現役軍人身分考上軍法官者，身分保障相去千里。此乃不具法律上正當事由之差別待遇，違反憲法第 7 條平等原則，並侵害聲請人依據憲法第 18 條之服公職權益甚明。

B. 與其他公務員或法官比較而言，以目前制度，軍法官之保障遠不如一般公務員，更遑論與一般法官之保障相去甚遠，詳言之：

a. 法官之退休，依據司法人員人事條例第 40 條規定：「實任司法官任職十五年以上年滿七十歲者，應停止辦理案件，從事研究工作；滿六十五歲者，得減少辦理案件。實任司法官任職十五年以上年滿六十五歲，身體衰弱，不能勝任職務者，停止辦理案件。停止辦理案件司法官，仍為現職司法官，支領司法官之給與，並得依公務人員退休法及公務人員撫卹法辦理退休及撫卹。但不計入該機關所定員額之內。」即法官依法為終身職，若要退休，做到 70 歲也可辦理退休。

b. 一般公務員之退休，依據公務人員退休法第 4 條規定：「公務人員有左列情形之一

者，應准其自願退休：一、任職五年以上年滿六十歲者。二、任職滿二十五年者。」即一般公務員也可工作至 60 歲，然後辦理退休。

- c. 而軍法官職務，則視軍階等級而有不同：將軍法官以「服役條例」及「服役規則」加以適用，因「服役條例」第 6 條第 1 項規定，自初任官起，服役屆滿 15 年仍為上尉、屆滿 20 年仍為少校、屆滿 24 年仍為中校及屆滿 28 年仍為上校，即須退伍，除造成階級差異而有服役年限之不同之外，如因軍事編制職缺無法配合，則無異使軍法官提早去職。以聲請人為例。聲請人於 73 年 11 月 3 日自國防管理學院二年制專科班企管科畢業，以少尉任官，分發部隊服務，至 83 年 11 月 2 日止，共服役 10 年，服滿投考軍校時所規定之役期後，以上尉軍階辦理退伍。依被告機關之見解，聲請人擔任軍法官如須軍職任用，且須適用「服役條例」第 6 條之規定以觀，於回任軍職後，5 年內仍為上尉階、10 年內仍為少校階、14 年內仍為中校階或 18 年內仍為上校階，即須辦理退伍（即以本階之最大服役年限減去 73 年至 83 年間已服役之 10 年）（「服役條例」之施行細則第三條參照）。是以聲請

人遭解職前之軍階為少校，已入營 3 年，若將來均未獲晉升，僅能再服務 7 年，即使蒙長官眷顧順利晉升至上校，至多只能再服務 15 年。之後也只能去職，保障遠不如一般公務員，更遑論一般法官。

d. 再者，「陸海空軍刑法」第七十六條（一般刑案，例如殺人、傷害、偽造文書、貪瀆）、第七十七條（毒品案件），是目前軍審案件的大宗。上開罪刑與一般刑法之規定完全相同，適用之程序法規（刑事訴訟法）是一樣的。因此，軍法官（軍事審判官）在這些案件中，扮演之中立審判者角色，與一般刑事庭之法官並無二致，有何正當理由予以在身分保障上差別待遇。如軍法官都無法有身分保障，如何保障被告能享有正當法律程式及受法官依法獨立審判的機會。

(4) 另服役條例及服役規則等規定，亦有牴觸憲法之信賴保護原則。聲請人依應考時有效存在之考試法規，即考試院 89 年 7 月 14 日修頒之「特種考試軍法官考試規則」（證物 12 參照），通過軍法官考試之筆試、口試與實務訓練，取得軍法官證書，因此，聲請人之信賴利益應受保護：

A. 按「……『信賴保護原則』攸關憲法上人民權利之保障，任何行政法規皆不能預期其永久實施，受規範對象須已在因法規施行而產生

信賴基礎之存續期間，對構成信賴要件之事實，有客觀上具體表現之行為，始受信賴之保護……」司法院大法官釋字第 525 號解釋著有明文。

- B. 查聲請人於 90 年 10 月參加軍法官考試時，應考當時有效存在之考試法規，為考試院 89 年 7 月 14 日修頒之「特種考試軍法官考試規則」（證物 12 參照），該規則係依「軍事審判法」第 11 條授權訂定時，考試屬性仍為「特種考試」、「國家考試」。聲請人乃符合「A. 年齡 45 歲以下（38 足歲又 11 個月）、B. 受過軍官基礎教育及 C. 大學法律系畢業（聲請人於 84 年 8 月插班考上台大法律系二年級，87 年 6 月畢業）」等 3 項資格，通過本考試規則第 3 條之報名資格審查而應考。
- C. 準此，「特種考試軍法官考試規則」雖於 92 年 6 月 27 日、93 年 1 月 29 日二次修正，更名為「軍法官考試規則」，取消本考試原為「特種考試」及「國家考試」之屬性，且改為考試及格人員僅取得軍法官任用資格，並未取得高等考試三級之任用資格，亦不得轉任文職。但依前揭大法官釋字第 525 號解釋之意旨，聲請人基於應考時之法規所產生之信賴應受保護，聲請人之信賴基礎則係考試院 89 年 7 月 14 日修頒之「特種考試軍法官考試規則」

之規定，此係應考當時仍有效施行之法規；聲請人客觀上具體表現之行為，則係報名應考，並通過筆試、口試及實務訓練，取得考試院核發之軍法官證書，與高等考試三級之任用資格。是聲請人對應考當時有效存在之「特種考試軍法官考試規則」規範內容之信賴而應考，並取得相關任職資格之工作權、服公職之權利，均應受保護。

D. 雖依「服役規則」第 2 條、第 6 條之規定，備役軍官申請志願再入營，須符合「A. 上尉軍階以下、B. 退伍 3 年以內及 C. 35 歲以下」等 3 項要件，始可提出申請，已如前述。而 91 年 3 月 31 日赴國防管理學院報到參加軍法官實務訓練受訓之 22 位錄取同學中，8 位非現役軍人錄取者，包含聲請人在內之 3 位，並不符前揭 3 項要件，依法對其志願再入營之申請，應不予准許。但聲請人等 3 人，仍獲被告機關核准再入營，此應認為係被告機關對聲請人等不具軍人身分、且退伍三年以上、年齡超過 35 歲之考生依「特種考試軍法官考試規則」規範之信賴利益保護之權宜措施。

(5) 既然聲請人等不具軍人身分、且退伍三年以上、年齡超過 35 歲之考生經被告機關准予再入營，並以軍職任用，係信賴利益保護之權宜措施，已

非適用「服役條例」及其所授權訂定之「服役規則」第 2 條、第 6 條之規定，對於聲請人而言，先是准予入營，後又准予任職，一而再，再而三的造成聲請人的信賴（對於不適用上開二法規之信賴）。為何被告機關又命聲請人等非現役軍人之軍法官錄取人員於 3 年入營期限屆至後，必須簽具志願留營以符合「服役規則」之規定？甚至在聲請人不予就範之情形下，將聲請人免職，除了不符大法官釋字第 436 號所揭示軍法官身分保障之意旨外，也有違釋字第 525 號解釋之信賴保護原則。

三、(第二案)被告機關否准將聲請人以文職軍事審判官任用，終局判決所適用之法令，包含軍事審判法第 23 條、第 24 條等規定及特種考試軍法官考試規則第 9 條(即目前軍法官考試規則第 8 條)等規定，違反憲法第 77 條、80 條、81 條、85 條、86 條、140 條暨相關大法官解釋意旨(大法官釋字第 392 號解釋、第 443 號解釋、第 436 號解釋、第 525 號解釋、第 555 號解釋、第 601 號解釋)：

(一)軍事審判法第 23 條將各級軍事法院設於國防部之下，有抵觸憲法第 77 條及大法官釋字第 392 號解釋、第 436 號解釋、第 601 號解釋所揭示之司法權建制原則：

1. 憲法第 77 條規定：「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。」而大法官釋字第 436 號解釋亦認為「……軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理……」。另大法官釋字第 392 號及第 601 號解釋，亦同此旨。即軍事審判制度亦應歸屬於執掌司法權之司法院底下而非行政權。

2. 基於法治國家之分權原則，司法權與行政權應嚴守其分際，由司法機關職掌審判事務，在行政權下不容許有刑事審判權存在。上開憲法第 77 條明白規定司法院為最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判，另有大法官釋字第 392、436 及 601 號解釋可供參考；而現行之軍事審判法第 23 條規定，雖於 88 年修正通過全文，但第 23 條規定，仍將各級軍事法院設立於國防部下。而國防部隸屬行政院為行政部門，但軍事審判其本質乃為刑事審判，應由司法機關掌理，縱使 88 年修法後，現今卻仍歸屬於國防行政權下，使行政性質的軍事機關兼掌刑事司法權，已侵越司法權之核心領域，違背法治國權力分立原則，亦牴觸憲法第 77 條之規定。蓋軍事審判權係屬於司法權，應歸屬於司法體系而非軍事體系之下，因此，對軍人的刑事審判，應納入司法機關的審判體系中，與軍人職務無關之犯罪，由普通之刑事法庭審判，

而涉及軍職之犯罪，則在司法性質的法院中組成軍事專業法庭來審理。如此，軍事審判方能獨立於行政干涉之外，並且有審級救濟。

(二)軍事審判法第 24 條有關擔任軍事審判之人員規定，容許軍職人員（現役軍人）擔任審判職務，並以此項規定強制經公務人員考試及格之軍法官，擔任武職，均有抵觸憲法第 80 條（獨立審判）、第 81 條（終身職）、第 85、86 條（文官考試及格）及第 140 條（軍人不得兼任文官）暨大法官釋字第 525 號解釋之疑義：

1. 依據軍事審判法第 24 條規定：「地方軍事法院及其分院審判案件，以審判官一人獨任或三人合議行之。高等軍事法院及其分院審判案件，以審判官三人合議行之，其上校以上或簡任審判官不得少於二人。最高軍事法院審判案件，以上校以上或簡任審判官五人合議行之。」，而民國 88 年新修正上開軍事審判法第 24 條規定之立法目的，係被告機關於「軍事審判法修正草案」送立法院審議時，向立法者爭取軍法官應軍職及文職併用，其用意在於對外開放非現役軍人參加應考，俾廣徵才，為國所用，乃妥協之結果，仍有違憲之嫌。而一方面，依據大法官釋字第 436 號解釋之解釋文亦指出：「……軍事審判之建制，憲法未設明文規定，雖得以法律定之，惟軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符

合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理……為貫徹審判獨立原則，關於軍事審判之審檢分立、參與審判軍官之選任標準及軍法官之身分保障等事項，亦應一併檢討改進……」，明文承認軍法官之建制不得違背憲法有關司法權建制之憲政原理，且為貫徹審判獨立，軍法官亦應有身分保障。

2、軍法官應以文職任用始能符合憲法關於司法權建制之基本原則（即審判獨立，而審判獨立以軍法官之身分保障為前提，若無身分保障，無法達成審判獨立之目的）：

(1) 蓋如依據被告機關目前之方式將原告以軍職任用，則必須適用「陸海空軍軍官士官服役條例」（以下簡稱「服役條例」）及「陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則」（以下簡稱「服役規則」）等相關規定。

(2) 而依據「服役條例」第 17 條規定：「常備軍官、常備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿……者，予以解除召集。」，而服役期限依據「服役規則」第 11 條準用第 7 條規定：「預備役軍官、士官、士兵志願入營，服役期限以三年為一期。前項人員服役期滿志願繼續服現役者，依本規則志願留營之規定辦理。」即依前揭法令，服役期限以三年為一期，期滿後應再申請

繼續留營，審核獲准後，才可續任三年，否則即解除召集，有違身分保障之要求。而原告等軍法官錄取人員首次 3 年任期屆至時，尚須以申請志願留營方式呈核，接受第 2 次准許任職之審查，且依「陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則」第 5 條第 2 項第 1 款之規定，編階中將以上單位主官對呈報志願留營申請案有核定權，係實質審查，有權准駁其志願留營之申請。姑不論是否准許繼續留營，此「二度審查」之規定，亦與大法官釋字第 436 號解釋、憲法第 81 條所揭示之軍法官身分保障未合。原告即因未簽具志願留營申請書，而遭違法解職，已另案提出行政訴訟。

(3) 另如以軍職任用者，因軍官依據各種軍階之不同，而有服役年限之差異，未獲晉升，可能中途因此遭命令退伍之處分，亦無法達成身分保障之要求：

A. 查志願役軍官服役期間之人事管理悉依「陸海空軍軍官士官任職條例」及「陸海空軍軍官士官服役條例」之規定，「服役條例」第 6 條第 1 項規定，自初任官起，服役屆滿 15 年仍為上尉、屆滿 20 年仍為少校、屆滿 24 年仍為中校及屆滿 28 年仍為上校，即須退伍，因其階級差異而有服役年限之不同，此應係兼顧部隊特性而訂，適用對象應為一般軍士官。

- B. 而原告係通過考試院舉辦之「特種考試軍法官考試」，依「特種考試軍法官考試規則」第 2 條之規定，取得國家考試三等考試，相當於高等考試三級考試之任用資格，與一般志願役軍官之任用基準應有區別。如以一般通過三等考試之公務員而論，依法任用後，人事管理悉依各項公務員法，未依法受懲處、懲戒，致遭撤職者，均可依個人意願繼續任職至 65 歲。
- C. 但如以被告將原告以軍職任用為例，並適用上開服役條例，將產生下述後果。原告於 73 年 11 月 3 日自國防管理學院二年制專科班企管科畢業，以少尉任官，分發部隊服務，至 83 年 11 月 2 日止，共服役 10 年，服滿投考軍校時所規定之役期後，以上尉軍階辦理退伍。如擔任軍法官必須軍職任用，且須適用「陸海空軍軍官士官服役條例」第 6 條之規定以觀，原告回任軍職後，5 年內仍為上尉階、10 年內仍為少校階、14 年內仍為中校階或 18 年內仍為上校階，即須辦理退伍（即以本階之最大服役年限減去 73 年至 83 年間已服役之 10 年，此係「陸海空軍軍官士官服役條例施行細則」第 3 條之規定），是以原告現階少校，已入營 3 年，若將來均未獲晉升，僅能再服務 7 年，即使蒙長官眷顧順利晉升至上校，至多只

能再服務 15 年。連一般公務員之身分保障都不如，遑論憲法及軍事審判法所規定之終身職保障。

D. 原告所爭取者，並非階級高低，而係原告既已取得軍法官及格證書，具備高考三等資格，卻因被告以軍職任用，造成階級高低而有服務年限之不同，此與大法官釋字第 436 號解釋、憲法第 81 條等所揭示之軍法官身分保障明顯未合。

(4) 綜上所述，憲法第 81 條規定軍法官之身分保障。

憲法第 81 條規定，法官為終身職，非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告，不得免職。假若依據「服役條例」及「服役規則」規定軍法官應於三年期滿後，申請留營獲准後，始得續任軍法官，否則即予免職，無異讓被告機關每三年均得審核軍法官是否得以留任，與前揭「身分保障」之意旨，即有未符。或者，依據前揭法令，軍官士官本身受到各種軍階之限制，可能將中途遭命令退伍，亦無法達成身分保障之要求。

(5) 然一般軍官士官並無身分保障，服役條例與服役規則用以規範一般軍官士官，應屬合理，並無違憲問題，因此，也無庸逕行宣告服役條例等規定違憲。但如以服役條例等規定規範軍法官，恐有違憲法對於法官終身職之身分保障要求。因此，軍法官應非軍官職（軍職），而應以文職任

用，就不會產生軍法官適用服役條例等規定，而造成違憲之結果。

3. 另軍法官依據公務人員考試法考試及格，而公務人員僅指文職，不含軍職，而依公務人員考試法所定各種考試及格者，即應依據公務人員任用法所定各項職等任用，此乃由現行公務人員法制可得出之當然解釋。如依據軍事審判法第 24 條規定，軍法官以武職編裝，亦與憲法第 85 條、86 條、140 條規定牴觸：

(1) 公務人員僅指文職，不含軍職：

- A. 文官與武官(軍職)在我國憲法制度上之區分有其依據，此觀憲法第 140 條規定：「現役軍人不得兼任文官」，即可清楚得知。因此，文職與軍職之區別，其來有自。而常業文官體系乃現代憲政主義國家所普遍採用，由前述軍人不得兼任文官亦可窺知一二。
- B. 另按「公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度」，「左列資格，應經考試院依法考選銓定之：一、公務人員任用資格。……」憲法第 85 條及第 86 條分別著有明文。
- C. 而前開法條所稱「公務人員」，僅指「文官」，不包含「武職」人員，此觀司法院大法官釋字第 555 號解釋謂：「……依憲法第八十六條及公務人員任用法規定觀之，稱公務人員者，係指依法考選銓定取得任用資格，並在法定機

關擔任有職稱及官等之人員。是公務人員在現行公務員法制上，乃指常業文官而言，不含武職人員在內」可知。

D. 由上可知，經公務人員考試法所定各種考試所考取及格之人員，均屬文職公務人員，何能以軍職任用，而不以文職派任。

(2) 依公務人員考試法所定各種考試及格者，即應依據公務人員任用法所定各項「文職」職等任用：

A. 按「公務人員之任用，依本法以考試定其資格。」「公務人員之考試，分高等考試、普通考試、初等考試三等。高等考試按學歷分為一、二、三級。為因應特殊性質機關之需要及照顧身心障礙者、原住民族之就業權益，得比照前項考試之等級舉行一、二、三、四、五等之特種考試，除本法另有規定者外，及格人員於六年內不得轉調申請舉辦特種考試機關及其所屬機關以外之機關任職。」公務人員考試法第 1 條及第 3 條第 1、2 項分別定有明文。即第 3 條第 2 項所定特種考試，亦屬公務人員考試之一種。

B. 次按「考試及格人員之任用，依左列規定：……三、高等考試之三級考試或特種考試之三等考試及格者，取得薦任第六職等任用資格。」「公務人員各等級考試正額錄取，經

訓練期滿成績及格者，應由分發機關分發各
有關機關任用；……」公務人員任用法第 13
條及第 12 條亦有明揭。即分發機關對於考試
及格人員應依據公務人員任用法之任用職等
規定予以分發任用。

(3)本件聲請人於民國 90 年年底通過軍法官考試，
經實務訓練後，公務人員保障暨培訓委員會核
定於 91 年 9 月 27 日受訓期滿成績及格，並取
得考試院三等考試及格證書（原審呈案原證二
號）。依前揭規定，上訴人應已取得薦任第六職
等之任用資格，而被上訴人依法應依據上開資
格予以任用，始符合前揭法令規定，詎被上訴人
竟將上訴人以軍職任用，顯然違背憲法關於公
務人員之文官制度建制及各該公務人員法令之
規定。

(4)既然民國 90 年間所舉辦之軍法官考試乃依公務
人員考試法所舉辦之特種考試（此觀呈案軍法
官考試規則及簡章即知），當然有各該公務人員
考試法及公務人員任用法之適用，再參以大法
官釋字第 555 號解釋明白揭示所謂公務人員，
在現行法律體系下係指文職公務員，不含軍職，
更可證明原審判決前揭論斷，顯有不適用各該
法令之違法。

(三)特種考試軍法官考試規則第 9 條（即現行軍法官考
試規則第 8 條）規定，軍法官應辦妥志願入營手續，

始得訓練並接受分發，除逾越授權母法即軍事審判法第 11 條及公務人員考試法第 3 條之外，亦與憲法第 23 條、第 85 條、第 86 條、第 140 條與大法官釋字第 555 號解釋揭示之文官體系原則相牴觸：

1. 該考試規則第 1 條明揭該考試規則乃依據「公務人員考試法」第 3 條及「軍事審判法」第 11 條授權訂定。
2. 而依據公務人員考試法所考取任用之公務員均屬文職，並無規定考取後得以軍職任用之規定，明顯可知；次依「公務人員考試法」第 3 條第 2 項之規定，因應特殊性質機關之需要，所舉辦之考試，須特考特用，及格人員於 6 年內不得轉調申請舉辦特種考試機關及其所屬機關以外之機關任職；再依考試院 93 年 1 月 29 日修頒「軍法官考試規則」第 9 條之規定「(第 2 項) 中華民國 91 年 12 月 31 日以前，經軍法官考試及格人員，依當時考試規則適用『依法考試及格人員考試類科適用職系對照表』取得各適用職系任用資格者，依原考試規則之規定辦理（軍法官考試及格得擔任法制、一般行政、人事行政及司法行政之文官職缺）。(第 3 項) 中華民國 85 年 9 月 16 日至 91 年 12 月 31 日間經軍法官考試及格受特考特用永久限制轉調人員，於考試錄取訓練期滿成績及格取得考試及格資格之日起實際任職滿 6 年後，得轉調國防部及其所屬機關以外機關任職。」是依

本條之規定，亦絕無法推論軍法官是否必須軍職任用（但必須受特考特用之限制），應無疑義。軍法官考試錄取人員應於國防部及其所屬機關實際任職滿 6 年，始得申請轉調國防部以外機關服務。

3. 而軍事審判法第 11 條亦僅規定軍法官考試由考試院舉辦，亦無任何軍法官應以軍職任用之規定。
4. 足見，考試規則之母法即公務人員考試法第 3 條及軍事審判法第 11 條，該母法均無意圖將軍法官只以軍職任用，而限制以文職任用，而被告機關以該次考試規則第 9 條規定作為將原告以軍職任用之法源依據，明顯抵觸憲法第 23 條規定。

（四）綜上所述，請大法官將軍事審判法第 12 條、第 23 條、第 24 條及服役條例第 17 條及服役規則第 7 條、第 11 條、特種考試軍法官考試規則第 9 條（即目前軍法官考試規則第 8 條）等規定宣告為無效，以維聲請人權益。

謹 狀

司 法 院 公 鑒

證物：

證物 1：軍法官錄取通知書影本乙份。

證物 2：軍法官證書影本乙份。

證物 3：國防部陸軍總司令部 94 年 3 月 11 日鄭樸字第 0940004527 號函影本乙份。

證物 4：國防部 94 年決字第 101 號訴願決定書影本乙份。

證物 5：臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號判決影本

乙份。

證物 6：最高行政法院 97 年度判字第 303 號判決影本乙份。

證物 7：國防部軍法司 93 年 12 月 13 日法治字第 0930004012
號函影本乙份。

證物 8：國防部人力司 94 年 1 月 12 日睦隣字第 0940000146
號函影本乙份。

證物 9：行政院院臺訴字第 0940088543 號訴願決定影本乙
份。

證物 10：臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號判決影本
乙份。

證物 11：最高行政法院 96 年度裁字第 3189 號裁定影本乙
份。

證物 12：考試院 89 年 7 月 14 日修頒之「特種考試軍法官考
試規則」影本乙份。

具狀人：陳 ○ 呈

代理人：王 泓 鑫 律師

中 華 民 國 9 9 年 5 月 2 0 日

(附件六)

最高行政法院判決

97 年度判字第 00303 號

上 訴 人 陳 ○ 呈

被 上 訴 人 國 防 部 陸 軍 司 令 部

代 表 人 趙 世 璋

被 上 訴 人 國 防 部

代 表 人 蔡 明 憲

上列當事人間有關國防事務事件，上訴人對於中華民國 95 年 6 月 22 日臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

- 一、本件上訴人於民國 73 年 11 月 3 日初任少尉，於 83 年 11 月 2 日退伍，因參加 90 年特種軍法官甄試獲選，於 91 年 3 月 31 日奉准再入營，至 94 年 3 月 30 日屆滿 3 年。因上訴人於服役期限屆滿前，並未主動申請志願留營，且親自填具志願役軍官、士官及士兵支領退除給與申請書，故被上訴人國防部陸軍司令部（下稱陸軍司令部）遂以 94 年 3 月 11 日鄭樸字第 0940004527 號函（即原處分），核定上訴人自 94 年 3 月 31 日零時起解除召集。上訴人不服，遂循序提起本件行政訴訟。
- 二、上訴人起訴主張：上訴人於 73 年 11 月 3 日自國防管理學院二年制專科班企管科畢業，以少尉任官，至 83 年 11 月 2 日止，以上尉軍階辦理退伍；上訴人於 90 年底獲考試院舉辦之軍法官考試錄取，為取得考試及格證書，只得依 89 年 7 月 14 日修正頒訂之「特種考試軍法官考試規則」規定，辦理志願入營手續，於 91 年 3 月 31 日奉准再入營並回任軍職，因上訴人已獲任命為軍法官，依憲法之規定為終身職，其身分應受保障，且軍文職併用，故上訴人認無服役條例及服役規則所稱 3 年服

役期限之適用，乃未申請繼續服現役，又因上訴人任職法院之院長及承辦人員一再告知申請退伍金與志願退伍分屬二事，始勉強於 93 年 12 月 31 日填具「支領退伍除役給與申請書」申請支領退伍金，惟查上訴人亦已於 94 年 10 月 27 日以存證信函撤銷上開申請之意思表示，詎被上訴人陸軍司令部仍違法於 94 年 3 月 11 日作成上訴人於 94 年 3 月 31 日零時起解除召集之原處分，為此對於被上訴人陸軍司令部提起撤銷訴訟，訴請撤銷訴願決定及原處分；另訴請被上訴人國防部應給付上訴人自 94 年 4 月 1 日起迄上訴人回復職務之日止，每月新臺幣（下同）6 萬 5,036 元計算之薪資，並應依上開期間計算按月撥給訴外人中央信託局 908 元及訴外人公務人員退休撫恤基金 2,451 元。

- 三、被上訴人則以：上訴人原係常備軍官，於 83 年 11 月 2 日辦理退伍，上訴人於 91 年 3 月 31 日再度應召服役，係以常備軍官預備役人員之身分，依陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）及陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則（下稱服役規則）之規定，依志願再服現役 3 年，且上訴人未於期滿前，申請繼續服現役並獲核准，依法自應於再服現役期滿之日起，予以解除召集，原處分並無違誤；又上訴人既已經解除召集，非屬國軍人員，被上訴人國防部自無發放薪餉等義務，求為判決駁回上訴人之訴等語，資為抗辯。
- 四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）按軍事審判法第 12 條第 1 項規定：「軍法官非依法律不得減

俸、停職或免職，非得本人同意，不得調任軍法官以外職務。」又按陸海空軍軍官士官任職條例第9條第1款規定：「軍官、士官有左列情形之一者免職：一、奉准調職、退伍、除役或解除召集者。」由以上規定可知，軍職之軍法官經解除召集者係依法律免職之事由之一，與軍事審判法保障軍法官身分之規定無違，合先指明。

（二）按服役條例第13條第2、3項規定：「常備軍官、常備士官預備役人員，得視軍事需要，依志願再服現役1年至3年，期滿仍依軍事需要及其志願繼續服現役。」

「前項人員志願入營甄選服役規則，由國防部定之。」第17條規定：「常備軍官、常備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿或具有第14條第1項、第15條各款情形之一者，予以解除召集。」服役規則第1條規定：「本規則依陸海空軍軍官士官服役條例第13條、第19條規定訂定之。」第7條規定：「（第1項）後備役軍官、士官志願入營，服役期限，以3年為一期。但後備役常備軍官、常備士官再入營服現役期滿後，申請繼續服現役，經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡。

（第2項）前項人員服役期滿志願繼續服現役者，依本規則志願留營之規定辦理。」第5條規定：「軍官、士官志願留營者，應於服現役期滿3個月前，向服役單位提出申請，由服役單位陳報權責長官核定。」服役規則係由服役條例所授權訂定，服役規則第7條第1項所定之以3年為一期之服役期限，較諸母法第13條第2項依志願再服現役1年至3年之規定為寬鬆，並未增加母法

所無之限制；再服役規則第 7 條第 1 項後段規定之再入營服現役期滿後，申請繼續服現役，經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡，依該規則志願留營之規定辦理，亦與母法第 13 條第 2 項末句之規定意旨相符，可資適用。又按 89 年 7 月 14 日修正發布之特種考試軍法官考試規則第 1 條規定：「本規則依公務人員考試法第 3 條及軍事審判法第 11 條規定訂定之。」第 8 條規定：「(第 1 項) 考試錄取人員須經訓練，訓練期滿成績及格，送由公務人員保障暨培訓委員會核定，始完成考試程序，報請考試院發給考試及格證書，並函請行政院人事行政局轉請國防部分發任用。(第 2 項) 前項訓練準用公務人員考試錄取人員訓練辦法之規定辦理。」第 9 條規定：「(第 1 項) 本考試錄取備役人員自接獲錄取通知之日起，限二個月內向所隸團管區申請辦妥志願入營手續，再向國防部報到接受分配訓練，逾期未辦妥入營手續報到接受分配者，註銷受訓資格。(第 2 項) 前項依規定辦妥志願入營手續，接受分配訓練之備役人員，經核定退訓或註銷受訓資格者，同時註銷其入營之志願。」服役規則第 9 條規定，係為配合特種考試軍法官考試錄取人員之訓練及分發任用而設，核均與母法無違，亦可適用。(三) 查本件上訴人於 90 年底並非現役之常備軍官，其於接獲考試院舉辦之 90 年特種考試軍法官考試錄取通知後，向所隸苗栗縣後備司令部申請辦妥志願入營手續，於 91 年 3 月 31 日入營，嗣於 91 年 9 月 27 日訓練期滿成績及格，取得考試院考試及格證書等情。可

見上訴人係依修正前特種考試軍法官考試規則第 9 條第 1 項、服役條例第 13 條第 2、3 項及服役規則第 9 條、第 7 條第 1 項前段之規定，申請志願入營；而上訴人既係常備軍官退伍後再依志願入營服役 3 年，是上訴人於再服現役 3 年期滿前，如未依軍事需要及其志願繼續服現役者，依服役條例第 17 條之規定，自應予以解除召集。又查本件上訴人亦未於服役期滿前提出志願留營之申請，是被上訴人陸軍司令部於上訴人 3 年服役期滿作成解除召集之原處分，於法自屬有據。(四) 依前引服役條例第 13 條第 2 項後段及服役規則第 7 條第 1 項後段；第 2 項之規定，再入營服現役期滿，得依志願留營之規定，申請繼續服現役，其經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡，本件上訴人既未依法令而為繼續服現役之申請，則被上訴人陸軍總司令部於 3 年期滿後作成解除召集之原處分，於法自屬有據。綜上，原處分依服役條例第 17 條之規定對上訴人解除召集，並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合，上訴人訴請撤銷，為無理由，應予駁回；上訴人既因解除召集而免職，則上訴人猶訴請被上訴人國防部給付薪資等，於法無據，併予駁回等語。資為其判斷之論據。

五、本院按：憲法第 7 章有關司法之規定，係關於司法院重要組織及所屬人員原則性之規定，故憲法第 80 條、第 81 條所定之法官，係專指普通司法機關所屬之法官，不包括軍事審判機關之審判人員。司法院釋字第 436 號解釋亦明示軍事審判之建制，憲法未設明文規定，並進一

步指出軍法官之身分保障應一併檢討改進。由此可知，軍法官之保障無法適用憲法第 81 條之規定，司法院上述解釋始有「軍法官之保障應檢討改進」之敘述。次查司法院釋字第 392 號解釋，係關於羈押權歸屬之解釋，又司法院釋字第 443 號解釋係關於人民居住遷徙自由之保障暨法律保留原則之闡述，均與本案無涉，上訴人加以援引作為有利之佐證，自難認有理。另查司法院釋字第 601 號關於司法院大法官屬於憲法上法官之解釋，係因司法院大法官之法制，憲法第 79 條第 2 項定有明文，此與軍法官之法制在憲法上並無規定，二者不可同日而語，自難以該號解釋推論軍法官亦屬憲法上之法官。末查軍事審判法第 12 條第 1 項規定：「軍法官非依法律不得減俸、停職或免職，非得本人同意，不得調任軍法官以外職務。」，此係關於軍法官身分保障之規定，是依法律規定之法定要件，自得對軍法官予以解職。故原處分依服役條例第 17 條之規定對上訴人解除召集，於法尚無不合。況本件上訴人自承其提出申請退伍金並已領取退伍金，其身為執法之軍法官，自難諉稱不知領取退伍金之意義。上訴人既自願申請退伍，何能事後反悔而主張原處分違誤。從而原判決雖對上訴人主張其為憲法上法官而受終身保障乙節，未詳為敘明不採之理由，固稍有疏漏，惟原判決駁回上訴人之訴，並無不合。上訴意旨猶以：依憲法第 81 條、司法院大法官釋字第 392 號、第 443 號、第 436 號及第 601 號等解釋意旨可知，軍事審判官亦屬憲法所稱之「法官」，受有身分上之保障。原

判決認被上訴人陸軍司令部得依服役條例第 17 條將上訴人解職，即有判決違背上揭憲法及司法院解釋之違誤等語，指摘原判決求為廢棄，為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 9 7 年 4 月 2 4 日

(本件聲請書其餘附件略)