

釋字第七〇四號解釋不同意見書

既然紀律意味著服從，那麼身為軍事法庭的法官，這些軍人的血液內所含有的紀律，難道不是恰會削弱了他們實踐正義的能力？

法國·左拉·我的控訴

大法官陳新民

本席對於本號解釋多數意見認為，後備役軍官自願入營擔任軍法官，於服役期滿自願繼續服役，須經長官核准之程序，依據目前相關法令（服役條例第二十二條與服役規則第三條、第五條），須經政戰主管、主官依據體格、考績考核、學歷、階級、職務需要、員額配置以及智力測驗等甄選標準為初審，保防官、人事部門主管為複審後，由編階中將以上單位主官核定，以此程序未符合正當法律程序，由公正委員會決定，亦未給予該軍事審判官答辯之機會，故認為不能確保軍事審判官身分保障之司法權建制，與保障人民訴訟權之意旨不符。此結論本席敬表支持。

然而，本席之所以提出不同意見書，乃深以為本號解釋多數意見不免有「自縛小腳」的缺憾：在本號解釋作成過程中，既已經明確地探知我國目前軍法官法制，存在著甚多不合法治國家司法獨立與法官身分保障的弊端，例如將軍法官視同軍官的身分，也一併適用最高服役年限的規定，以及將軍法官排除在憲法法官概念之外……，卻未能發出霹靂之聲，而只是「輕輕放下」。憑空喪失要求立法者儘速改變軍法官「體質」的契機，其功能甚至比大法官前輩在十五年前所作出的釋字第四三六號解釋更為有限與不彰！以致於本號解釋多數意見，不僅失焦，且「小瑜難掩大瑕」，本席乃捨「部分不同意見」，而提出「不同意見書」也。

按本院大法官審理涉及人權案件極夥，維護人權的機會

較多。反之，在涉及國家權力分立、特別是關涉司法權建制的案件難得一見，尤應把握此釐清國家權力行使範疇的良機。對此，本號解釋多數意見未能樹立憲法解釋的權威，澄清軍法官的憲法地位，致力國家司法權的統一性，為能使軍法官成為捍衛「軍中正義」的最後一道防線之機會，本席認為本號解釋可有上策與下策的解釋方向：

上策：明白確定軍法官屬於憲法意義的法官，不僅其身分保障應完整與周全，同時，亦應適用憲法第八十條、第八十一條規定。目前之軍事法院應當回歸到司法院的體制，不論是類似行政法院的方式，成立司法院軍事法院，或是在最高法院以下設置軍事法庭，皆可為立法選項。如此一來，可將所有的軍事審判納入國家司法院及所屬之司法權之下。同時，也可對於身為軍人之國民訴訟權提供最周詳之保障。

下策：這是未能將所有軍事法院納入司法院下的權宜措施，乃師法法官身分保障之規定，將目前軍法官（包括軍事審判官與檢察官）全部排除軍官身分，視為文職法官。如此一來，可以避免軍法官適用一般軍官的最大服役年限之規定，而與法官身分保障的憲法原則無違。至若仍堅持軍法官亦需具有軍官身分，至少也應將軍法官排除在最大服役年限之適用範圍之外，此為最底線之要求也。

然而，本號解釋多數意見卻自我壓縮，把整個問題的違憲性一套一句行政法學的用語——「接近萎縮至零」將解釋範圍侷限於自願留營部分的軍法官。按此部分的軍法官，僅是所有軍法官中極少部分的一群人（以目前的統計，全國共二百一十八位軍法官中，僅二十七位是非軍校畢業，經過考試院特考，取得軍法官身分，而有自願留營規定之適用者）。至於有待留營批准者，更是個位數字，有時甚至沒有適用對

象¹。雖然「不以善小而不為」，這些少數非軍校生擔任軍法官的身分保障制度，如有違憲，儘管只有極少數人適用，亦不容忽視。但卻不可特別侷限於原因案件，而忽略應當援引「重要關連理論」，以及該原因案件所引發呈現現制的重大違憲性，正適用在所有、人數更多的軍校畢業生之軍法官之上，如有絲毫故意捨此而就彼之嫌，便不能不有「見樹而忘林」之憾！

本號解釋多數意見在「解釋對象」方面已經極度限縮後，復對於違憲審查範圍，不積極論究影響所有軍法官身分保障與行使審判權獨立最重要的「最大服役年限」的違憲問題，反而反其道而行，更進一步地嚴格限制在留營申請的「核准程序」之上，認為應比照一般公務員懲戒事宜所必須遵守的正當法律程序而已（本院釋字第四九一號解釋參照）。

質言之，這是本號解釋的「主軸改變」！既然涉及到軍法官制度，本號解釋的重心理應置於本院釋字第四三六號解釋基礎上，邁出時代性一大步。然解釋結果卻令人失望地援引釋字第四九一號解釋之立論，以致於形成本院「釋字第四九一號解釋 VS. 釋字第四三六號解釋」現象，且反而由釋字第四九一號解釋勝出，讓本號解釋變成了釋字第四九一號解釋，而非釋字第四三六號解釋「擴張戰果」的「延伸解釋」，豈非「變調之解釋主軸」乎？

本號解釋作成後，全體大法官皆榮辱與共，必須坦然接受社會與歷史的檢驗。為恐外界不察本號解釋作成前，下述許多理由本席皆已盡抒再三，惜未蒙採納矣。既然我國軍事審判制度之改革，未能因本號解釋而展開新猷，有待日後的

¹ 依據國防部的資料顯示，自二〇〇六年來，僅有一位申請自願留營而未被批准者，否准理由為延宕辦案。按國家約每二年即會舉辦軍法官特考，每次錄取人數約在十名至三十名之間，錄取最高 20%（如九十七年）。但這些考生中，主要是軍校（國防管理學院之法律系）畢業生，開放民間大學報考者，限預備軍官身分者，因此，女性、服替代役及義務役士兵者，即不得報考。似乎也與平等原則有違。故每年非軍校畢業生錄取者，都在個位數字也。

立法者或大法官再接再勵。此「未竟之業」，當有不少需澄清與說理之處。對此，本席即有義務藉提出不同意見書之便，再為剖析之，以期來者。

一、本院釋字第四三六號解釋的「功成」與「身退」

本席基本立場認為，本號解釋無疑地應當繼續本院釋字第四三六號解釋的「意猶未盡」，甚或是「未畢之役」，才能夠彰顯出本號解釋的應循方向。否則，將如無舵之船，不是迷失在大海之上，便是闖入淺灘擱淺。本號解釋多數意見似乎已選擇航向後者—發生硬擠入「正當法律程序」的小胡同內的現象。

首先，吾人必須對於本院釋字第四三六號解釋的內容與意義，作一回顧，方得對照出本號解釋多數意見如何欠缺恢弘的氣概！由於本席曾在司法院作出該號解釋前的公聽會上，應邀擔任鑑定人，故對於該案的前因後果，有較深的理解與感觸，在此願意略述本席認為該號解釋的「功成」與「身退」之處。

（一）本院釋字第四三六號解釋的「功成篇」

該號解釋作出於民國八十六年十月三日，距離臺灣解除實施長達四十年戒嚴（七十六年七月，剛好滿十年）。此時，臺灣朝野正熱烈檢討實施戒嚴之弊，不少國人在戒嚴時遭到軍事審判的不公正判決，紛紛要求平反。導致立法院通過「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」（八十六年六月十七日），本院釋字第四六三號解釋，便是在這種氛圍下所作出的解釋。臺灣當時社會勇於反省、尋求補救的精神，也反射在本院大法官行使釋憲權的道德良知與魄力之上。

在外在的情況，當時兩岸關係並不如今日平靜。一連串緊張事件，例如中共試射飛彈，造成臺海危機，美國不得不出動小鷹號航空母艦巡航臺灣海峽。所謂的兩次臺海危機，也發生在當時該號解釋作成前一、兩年（八十四年七月至十

二月)，以及八十五年三月總統大選期間。當時臺灣仍未實施精兵制，保有大量軍隊，強調軍紀維護與國家安全重要性的論調，仍甚囂塵上。

大法官在當時即處於「軍事審判制度之反思」與「軍事危機」的兩難判斷。結果國內的軍事審判制度反省力，超過了外在軍事危機的重要性。本院釋字第四三六號解釋就是在此種時空環境下所作成的突破性解釋。撫今思昔，即更具時代的意義！

在此吾人可以綜結釋字第四三六號解釋所建立的突破性論點如下：

1. 該號解釋係基於保障人民人身自由、訴訟權為出發點，認定軍人與人民一樣，都應當享有充分的人身自由與訴訟權。對軍人因軍事審判程序而遭到限制權利者，應當符合比例原則。

2. 認定軍事審判乃是一種特別訴訟程序，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪享有專屬之審判權。此可以破除若干人士認為「憲法第九條既已規定『人民除現役軍人外，不受軍事審判』，即表示現役軍人一定要受軍事審判之規定」的僵硬見解，且立法者可以依法律來決定軍事審判之建制。

3. 認定軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求。包括公正、獨立之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條與第八十條有關司法權建制之憲政原理。

4. 依當時軍事審判法第十一條規定，國防部為最高軍事審判機關，擁有司法性質之軍事審判權，已違反權力分立原則而無效。故在平時的終審權，應移到普通法院之上。以貫徹憲法第七十七條：「司法院為全國最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之訴訟審判」之規定。

5. 依當時軍事審判法規定，軍事審判機關長官有判決核

可權及覆議權；軍事審判庭之組成，需簽請軍事長官核定等規定，使行政權介入軍事審判權之行使，違反了軍事審判獨立之憲政原理而違憲。這種將軍事長官視同「法院長官」（Gerichtsherr）正是行政權伸入司法權的黑手²。

在大法官作出上述解釋後，軍事審判法遂於民國八十八年十月二日作出了大幅度的修正。將上述釋憲意旨，形成具體化條文。

（二）本院釋字第四三六號解釋的「身退篇」

本院釋字第四三六號解釋也有故意含糊與一筆帶過之缺憾。另外，亦有過時的見解，也應當一併檢視之。質言之，亦可歸結如下：

1. 對於司法院與軍事審判制度之間的「主從關係」，採「欲言又止」的曖昧態度：

比本號解釋完全不提到憲法第七十七條與司法院角色問題，釋字第四三六號解釋還至少提到四次憲法第七十七條（解釋文與理由書各二次）之規定。其提到憲法第七十七條之目的，在證明：軍事審判制度及程序不得違背憲法第七十七條有關司法權建制之憲政原理，並認為以此條文在平常時，應導致軍事審判終審權移到普通法院體系。以符合司法院為國家最高司法機關之規定。

但是該號解釋卻不能夠再進一步闡釋：既然軍事審判權乃行使國家刑罰權，屬司法權之性質，而憲法第七十七條又明定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事及行政訴訟審判。又認為當時舊制之國防部為最高軍事審判機關為違憲，那麼為何不能推論出司法院擁有的刑事訴訟裁判，應當有「一元化」的體系，亦即司法院應當掌握軍事審判權，以便讓國家的刑罰權，統一在同一機關手中，造成國家「司法

² Karen Birget Spring, Brauchen wir in Deutschland eine Militärgerichtsbarkeit, Diss.Uni. der Bundeswehr München, 2008,S.26.

權的統一性」？更何況，該號解釋只將平時終審權回歸司法院為已足，似乎認為司法院只要掌握終審權，即足以實踐憲法第七十七條之意旨，殊不知本院作成釋字第八十六號解釋前，高等法院以下各級法院及分院乃隸屬於行政院司法行政部之下，釋字第八十六號解釋即認此違反憲法第七十七條之規定而違憲。而今軍事法院獨攬事實審，仍隸屬在行政院國防部，司法院只擁有終審權，是否為再版之司法行政部掌控高等法院以下各級法院及分院之舊制，即與本院釋字第八十六號解釋意旨相牴觸乎？

2. 釋字第四三六號解釋既援引憲法第七十七條司法院為全國最高司法機關之意旨，卻「大材小用」且不附理由的自己創出「平時與戰時」的二體制。只確認司法院的最高司法機關地位性係立於「平時」，而在「戰時」卻平白喪失該崇榮之地位。按平時與戰時可以有不同的法律制度，也可以有不同的權力分配，戒嚴法便是一例。但涉及到國家最重要的權力機關之一，且是憲法機關的司法院，在戰時是否也是國家最高司法機關之問題，應當是憲法最重要之問題，大法官對此必須詳加判斷，豈可解釋時不附理由地一筆帶過？而該號解釋明明提及軍事審判建制當由立法者來形成之，又將司法院最高權力定性，予以「除權至二分之一」，而不及於戰時。其立論為何？該號解釋沒有任何解釋，豈是「憲法解釋者」所當為？

大法官之所以會作出這種二分法，恐係參酌世界各民主國家頗多許可戰時成立軍事法院之法例。然而，此些國家都是在憲法的層次規定，許可立法者為這種例外規定（例如奧地利憲法第八十四條之規定），而非僅僅由類似法律程序，即可以將保障人民與軍人人身與生命安全最重要的制度，交付給非常態之軍事審判體制來處置。

更何況，戰爭時期所實施的軍事審判制度，正是最容易

造成軍事威權濫權、審判草率與不公，荼毒無辜軍人與人民最嚴重的制度，此觀乎中外各國實施軍事審判的實例，幾乎所有的冤、假、錯案，都發生在兵馬恫德的軍事法庭之內！大法官難道要這種「軍法痛史」一再上演乎？

3. 軍法官的地位為何？該號解釋雖然肯定軍事審判機關的運作與組織，不能夠違反憲法第八十條有關司法獨立與公正裁判機關的司法權建制之原理，並將之援用到拒絕軍事審判機關長官擁有對軍事判決的核可權與覆議權，以及軍事審判庭組成的核定權。但軍法官是否為憲法第八十條的法官？同時軍法官應否享有憲法第八十一條所明定的法官身分之保障？該號解釋卻未置一詞，顯示該號解釋完全不願意觸及軍法官的憲法地位。

但該號解釋在解釋文與理由書最後一段，又提到：「……均與上開憲法意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。有關機關應於上開期限內，就涉及之關係法律，本此原則作必要之修正，並對訴訟救濟相關之審級制度為配合調整，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。」

此處提到應對軍法官身分保障等事項，亦應一併檢討改進。似乎已察覺到軍法官的身分保障不周，而有積極改善之必要。但應以何種標準作為改善之標準？應否以憲法第八十一條作為理想的模式？大法官顯然不願給予此「法官特權」於軍法官之上，而交由立法者去決定。易言之，立法者可以獲得比憲法第八十一條「憲法保留」更寬鬆的條件，不必一定要讓軍法官終身職不可。

至於為何不給予軍法官憲法上法官地位？難道軍法官所行使的，不是國家刑罰權乎？軍法官所為判決，剝奪軍人（在戒嚴時期包括人民）的自由、甚或生命權，難道不是基

於國家的名義，而是基於軍方與國防部的名義而為乎？

而且在嗣後作出的釋字第六二四號解釋豈非已宣示：人民遭到軍事審判而形成冤獄者，亦可比照一般審判之冤獄，而有獲得冤獄賠償之權利。顯示出軍事審判具有國家審判權之性質，是不可否認的鐵律！

故軍法官既然代表國家行使刑罰權，而任何軍事裁判仍然具有司法權的色彩，即應適用憲法位階的「法官保留」原則。如果不承認軍法官為憲法上意義的法官，將使軍事審判制度喪失合法性、正當性，更剝奪了法治國家的色彩！

4. 該號解釋在改進意見部分，雖然期待立法者應努力提升軍法官身分保障的內容，但十五年下來立法者並沒有任何積極作為。同樣的也對於「參與審判軍官之選任標準，亦應一併檢討改進」之意見，似乎期盼繼續實施軍官參審制。但民國八十八年建立的新軍事審判制度後，則乾脆將軍官參審制廢除，完全採行軍法官審判制³。明白牴觸該號解釋檢討改進該制度之宣示。顯然該號解釋背離軍事審判事實之遙遠，可想而知矣！

綜上所述，該號解釋是在臺海危機甫結束不久後作成。主張軍事審判制度應作為維護統帥權之有力制度，當為執政者與國防部所力持之觀點。此老舊觀點也獲得部分學術界的支持⁴。

然而，大法官仍毅然地在該號解釋摒棄軍事審判乃維護軍事統帥權之工具論的陳腐見解，而認定其屬於國家司法權

³ 依民國八十八年修正後之新軍事審判法第二十四條第一項至第三項之規定，各級軍事法院都以審判官一人至五人組成，並沒有軍官參審之規定，如比較八十八年以前舊法（五十六年十二月十四日修正）第二十六條雖規定相同意旨，但舊法第三十四條第一項規定：「合議審判庭審理現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪者，其審判官以軍事審判官及軍官充任之，除審判長外，軍官之人數不得超過二分之一。」許可軍官擔任審判官，但此條文已於八十八年修正時刪除之。

⁴ 例如：陳樸生，軍事審判之共同性與特殊性（一），軍法專刊，第七卷第一期，民國五十一年，第十二頁。王建今，論軍事審判權與司法審判權，刊載於氏著法學論文選集，民國七十五年，第二九九頁。參見陳新民，憲法學釋論，修正七版，民國一〇〇年，第六六九頁。

及刑罰權。該號解釋也義正辭嚴地高舉軍事審判制度必須符合憲法第七十七條、第八十條「有關司法建制之憲法原理」的宏偉宣示，並將終審權歸於普通法院體系。因此，在民國八十八年新軍事審判法修正後，本來設置於陸軍獨立旅或司令部，或相等軍事機關之軍法庭，皆改為地區性軍事法院，讓軍法官受到部隊長官節制或指揮監督，而影響審判獨立的因素，已降低甚多。同時，軍事審判只掌握事實審，也讓軍人獲得更多的救濟機會，縱使比起其他國民而言，仍屬不完整的法律救濟。然比起以往舊制，也算是對廣大國軍同袍的訴訟救濟保障，邁出較為周延的一大步。而廢止軍事長官對於軍事審判的事前核可權，以及審判庭組成的核定權，讓軍事長官的意志（甚至好惡）不能左右個案判決，更是功德莫大焉！

故儘管該號解釋容有未盡之處，吾人仍不忍「責其全」，故應當肯定本院釋字第四三六號解釋，已完成了階段性的使命，作成該號解釋的大法官前輩，可俯仰無愧面對國人，並交棒給來者，以繼續完成軍事審判法的修正與改制。

然而，本號解釋有無接棒的意願？事實上，以作出的解釋結果來看，果然沒有繼往開來的雄心壯志！

二、救急藥方：先讓軍法官成為文職

（一）只除外癩，不治內瘡—本號解釋作成後，我國軍法官法制仍存在著嚴重缺憾

本號解釋多數意見在解釋文及解釋理由書第一段，都援引了釋字第四三六號解釋所宣示之軍事審判制度的定性，與應當服膺於憲法「有關司法權建制之憲政原理」，並作為保障軍人訴訟權之依據。字裡行間似乎透露著有承續本院釋字第四三六號解釋的宏偉意旨。

但對照兩號解釋之文字，可以立刻發現，本號解釋不約而同的相同處，乃故意忽略憲法第八十一條，不提軍法官（軍

事審判官) 是否為該條所稱的法官。但兩號解釋不同之處，乃是本號解釋已經絲毫不提憲法第七十七條司法院的地位，以及作為保障人民訴訟權的條文依據。

本號解釋多數意見有意漠視憲法第七十七條的重要性，其目的為何？當不言可喻！乃是繼續肯定軍事審判制度的現制，並不抵觸憲法，也同樣的不贊成將軍事審判制度全部移到司法院。另外，本號解釋也不論及憲法第八十一條之規定，以避免涉及到軍法官是否亦享有法官終身保障的複雜問題。

實則，本號解釋已經給予了解決此一問題的說理。依本號解釋理由書第一段已經提及：「……次按職司審判者固不以終身職為必要（本院釋字第六〇一號解釋參照），然如同法官身分之保障與一般公務員不同，軍事審判官身分之保障亦應有別於一般軍官。……」已足以用特別法之規定，將軍法官的任職與年限規定，有別於一般軍官。亦即：如同解釋理由書所指陳者：「……為確保職司審判之軍事審判官唯本良知及其對法律之確信獨立行使審判職權，使受軍事審判之現役軍人能獲獨立、公正審判之憲法第十六條所保障之訴訟權得以實現，軍事審判官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。此亦為司法權建制原理之重要內涵。……」，這段文字與憲法第八十一條保障法官的身分保障，不論在用語或是概念上，幾乎完全一致，所欠缺者，只是「終身職的有無罷了」。顯示出：軍法官與一般軍官，乃是「本質不同」，不應同等對待。因此，軍法官不論是穿上軍服與否，都不能夠視為一般軍人的任職與任用之規定。

與上述原理迥相矛盾的制度，也是本號解釋第一個要根治的陋弊，乃是軍法官一樣等同一般軍官，同樣適用「最大

服役年限」之規定。按所謂的最大服役年限，原是我國為了菁壯國軍，於民國八十四年八月十一日公佈陸海空軍軍官士官服役條例。依該條例第五條第一項、第二項之規定：「軍官、士官服現役最大年限或年齡如左：一、士官與除役年齡同。二、少尉、中尉十年。三、上尉十五年。四、少校二十年。五、中校二十四年。六、上校二十八年。七、少將五十七歲。八、中將六十歲。九、上將六十四歲。前項現役最大年限，自任官之日起算；服現役最大年齡，依其出生年月日計算至足齡之年次月一日止。」

依據此任官條例，例如一位上尉軍法官，自擔任軍職起，超過十五年還在擔任上尉時，即必須強制退伍。故上尉軍法官如欲繼續保持其軍法官職務，必須盡一切可能、處心積慮在這十五年內晉升少校。

吾人試比較一下這種必須「汲汲升官」的制度，縱不論是否背離我國青年學子從小學習到國父孫中山先生之名言：「不要做大官，只要做大事」，光與憲法鼓勵並保障法官在其職位上「安身立命」的心理建設、建立法官不必升遷、不羨升遷的「司法文化」，完全背道而馳！吾人觀乎：不僅我國，其他世界各民主先進國家，絕大多數法官，終身都安於一個審級，少數調職兩個審級來行使神聖的法官職務，便是法官的身分保障真諦，幾乎完全等於「安於現職」！

然而我國將軍法官強制等同一般軍官，適用最大服役年限。儘管軍事審判法第十二條第一項也莊嚴地宣示：「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。」，與一般司法官保障並無差別。但軍法官如果要晉升，就必須要滿足一定的考核要件、必要的經歷與職務歷練，絕無可能在原單位自始至終，即可以獲得升遷。故上述軍事審判法的「自願條款」之調職規定，完全與軍法官晉升生態脫節，實形同具文！

而一般法院的組織，都由法院組織法詳予規定。但軍事審判法第二十三條規定：「各級軍事法院及分院之編裝、員額，由國防部定之。」軍事法院的組織之成立與裁撤，如同部隊的編裝，授權由國防部定之。這也是將軍事法院視同軍事機關一樣。故軍事法院的裁撤，意味著軍法官職位之有無，更牽涉官階是否開缺的問題。近年來，我國實施精兵政策，軍法官職位持續減少，也造成了軍法官升遷不易，近三年來平均退伍年齡為四十五點六歲⁵。軍法官適用最大服役年限，違反法官職務保障之弊害，可謂明確至極矣！

然本號解釋多數意見，將審查重點置於「經考試院特考及格，自願入營服役之尚未經核准得服現役至最大年限(齡)之軍事審判官部分」。易言之，似認為能經核准，繼續服役至最大年限，即屬於獲得軍法官身分之保障也。

這種敘述之方式，很難令人不認為本號解釋多數意見認定最大服役年限，乃屬「良法美制」乎？如果不認定此制度為良法，那為何不一併檢討此服役年限，並宣布此規定不適用於軍法官之上，俾與解釋理由書第一段所提及的「軍法官身分保障，應有別於一般軍官」相互呼應？

以本席自始至終參與本號解釋研討與作成過程，本席不相信多數意見始終承認此最大服役年限適用於軍法官的妥當性。但能堅信此最大服役年限規定，將戕害軍法官獨立審判與身分保障，以致達到違憲效果者，並未能獲得共識，人數不能居主流之多數，惜哉！惜哉！

故本號解釋多數意見這種不檢討、不批評、不觸及軍法官最大服役年限規定的立場，正如同醫生於診治病人時，明知病根深入，卻只除外瘤，不治內瘡，病情遲早會惡化，回院診治乃屬必然。是良醫者，何苦折磨病患乎？

⁵ 依據國防部一〇一年八月二十八日國法審判字第一〇一〇〇〇二七一五號函。

（二）建立軍法官的文職化

1. 國防文官化的趨勢已不可避免

在未能承認軍法官為憲法意義的法官，同樣適用憲法第八十一條的終身制規定前提下，又要師法一般法官獨立行使職權，不受任何干涉的憲法義務於軍法官之上，則在其身分保障，就必須在終身制下，退讓最後的一步。這也是本院釋字第四三六號解釋已經提出的「比例原則」適用於軍人訴訟權保障之上，引伸在規範軍法官身分保障的制度設計之上。

故結果只有一個：建立軍法官「文官化」，可以比照一般公務員，任職到法定退休年限（六十五歲）為止⁶。這不僅僅是對軍法官所開的特例，日後國防部應當要大力推動「國防文官化」，這也是世界各民主國家的正常現象。擁有越大規模軍隊與國防武力愈先進的國家，國防事務亦如同其他政府部會一樣，形成「官僚化」，需要一批專精的行政幹才，且必須嫻熟於專業領域，掌控國防機器，其幹才不再只是軍隊的歷練為已足。故許多職位非常規軍人所能擔任，例如預算、採購、研發，法律事務，包括申訴處理軍法案件等，都是需要文官，而非一定要由軍人擔任不可。否則，極可能發生「外行領導內行」，甚至發生「外行領導外行」的大弊！

國防文官化的趨勢，已不可檔。這也是人民服公職權利的體現。又可以讓國家行政各部門專才，自由移到國防領域之內，促使國防體制的更新，也讓國防政策執行更有效率，國防預算花費更值得。故先進國家例如美國國防部，其文官比例一度高達百分之四十二、西德為百分之三十、日本為百

⁶ 其實，不只是軍法官，軍中內部人員，如果其職權，與軍隊的戰鬥、勤務需求所需之體力要求無關時，就不應設置嚴格的服役年限（年齡），以保障武職公務員的工作權。按我國實施服役規定，乃取法美國軍事法典，該法典便承認軍醫及軍事教育機關教授的退伍年限，可酌予延長。例如：軍官最大服役年限，准將以下之軍官依據 10 U.S. C. §1251，最大服役年齡為六十二歲，軍事院校教授（permanent professors）可延長至六十四歲，醫護專長之軍官（health professions officer）可延長至六十八歲。

分之十一，均為適例⁷。

國防文官化政策之推行，是以行政任務的專業化為導向，國防部內不再一律是軍職，而有許多文職公務員在內。

此時若有不少文職行政人員在國防部及所屬單位內服務都可以享受文官退休之優點，何獨身負最重要軍事審判的少數軍法官，不給予此一優待乎？豈非輕重失調乎？

2. 我國過去也曾實施文官制之軍法官

按我國在大陸時代，由於國防部並未設有軍法學校，故軍法官泰半由法律系畢業生，經過司法官高考等考試及格，轉任軍法官，開啟司法官轉任軍法官之門，仍是以文職簡、薦與委任資格予以任用，可以比敘軍階。民國三十三年十月十八日公佈「軍法人員轉任司法官條例」，許可軍法人員轉任司法官，且是以不同軍階轉任不同法院層級之司法官（比照文官等級）⁸，這些軍法官既然都是司法官轉任為主，因此回任亦沒有太多的質疑，我國司法界過去不少高階司法官，都是歷經司法官、軍法官，再回任司法界。例如梁恆昌大法官、李元簇副總統，都是例子。

嗣因行憲，依憲法第八十六條規定，軍人不得兼任文官，因此，當民國四十三年國防部以需要百餘名軍法官，希望考試院舉辦軍法官特考，遂發生軍法官是否為文職人員的爭議，按軍職人員的考試與銓敘，並非考試院之職責也，經過相關機關的決定，乃確認軍法官為「軍用文職人員」，才由考試院舉辦軍法官特考的合法性。嗣於翌年辦理第一次軍法官特考。

民國四十五年七月七日所公佈之軍事審判法（舊法），

⁷ 例如德國在一九八七年，全國軍隊總數為六十六萬人，其中軍職為四十九萬人，文職（含聘僱）為十七萬人，其中文官與教授為三萬人。文職人員佔了三成左右。一九九三年兩德統一後，國防兵力裁撤至三十七萬人，其中三萬名文官與教授維持不變，文職聘僱人員降至六萬人。故文官比例為百分之二十。見陳新民，泛論軍隊的政治中立，收錄於：軍事憲法論，揚智文化公司，二〇〇〇年，第二九四頁。

⁸ 李震洲，軍法官考試改進之研究，考銓季刊，第三十五期，民國九十二年七月，第六十二頁。

該法第十四條規定國防部任命之軍法官中，便包括了軍法官考試及格者，以及具有司法官或縣司法處審判官之資格者。便是「軍文併用」的軍法官制度。民國八十八年修正的新軍事審判法，仍維持此種制度（第十一條）。

然而，民國六十九年通過之陸海空軍軍官士官任官條例，軍法官也納入該條例的規範之中。軍法官的性質，也開始轉變。八十五年特種考試軍法官考試規則修正，增列了備役人員錄取及申請辦妥自願入營手續及相關事宜，將軍法官特考過去考生主要目的是要取得「公務員任用資格」，可以在四個職系領域內任職（一般行政、人事行政、法制與司法行政），而不願意自願入營，改服現役軍法官的情形改變，而一律入伍取得軍人身分。軍法官遂全部成為軍官矣。

另外，本院大法官於九十二年一月十日作出的釋字第五五五號解釋，認為公務人員在現行公務員法之上，常指文官而言（除法律另有明定，例如公務員服務法），不包括武職人員在內。考選部遂於同年三月二十七日通過特種考試軍法官考試規則修正案。其中，明定軍法官為軍職人員，其考試程序之訓練，改由國防部辦理。且考試及格者，僅取得軍法官任用資格，無法取得公務人員任用資格，故退伍後，無法轉任公職。本修正案後經考試院同年六月二十七日通過。

至此軍法特考及格，不僅僅取得軍法官的任用資格，且必須自願入營取得軍官身分。軍法官退伍後，亦無轉任公職之權利⁹。

由上述歷史發展可知，軍法官本即是文職人員，後來經過陸海空軍官士官任官條例實施，以及軍法官特考考試規則改變後，方將屬性改變。一步步限縮了軍法官人員的出路與工作權利之保障。所以，只是法律程序造成的身分屬性改變

⁹ 李震洲，前揭文，第六十九頁以下。

而已！

3. 軍法官是否仍「軍文併用」？

民國八十八年新修正的軍事審判法第十一條規定，軍法官任用資格，仍然賡續舊制，明定司法官考試及格者，以及大學教授與中央研究院研究員等，具有薦任職文官任用資格者，經國防部任用後成為軍法官。即明白繼續適用「軍文併用原則」¹⁰。

但這個制度只是紙上空文一紙。就以司法官會否願意轉任為軍法官為例？試問其誘因何在？司法官一旦轉任軍法官後，理應不具備軍官身分，可以任職到一般文官的六十五歲為止。但既已脫離司法官身分，即不可享受法官的終身待遇。至於薪俸也比照一般軍法官，而非仍支領司法官的待遇，其相差可達兩倍以上。光以身分保障與薪俸的誘因，要司法官轉任軍法官，幾乎是天方夜譚！無怪乎數十年來，似乎未見有司法官轉任軍法官之例也。

就此而言，政府遷臺初期，許多軍法官都由司法官轉入，已成為「白首宮女話當年」也。

4. 軍法官文職化的依據

如果我國將軍法官文職化，是否可行？首先將面臨軍法官是否為憲法第八十條及第八十一條的法官，而必須給予終身任用的檢驗。

先就憲法第八十一條的終身任用問題，如何解套？其實，本號解釋多數意見已經創立理由，乃援引本院釋字第六〇一號解釋之宣示：並非每種職司審判者，都以終身職為必要。該號解釋以大法官為例，說明此一立論。

¹⁰ 目前我國若干機關，例如國防部、國家安全會議、國家安全局及海巡署等，都有軍文併用制。在此些機關軍職人員仍然適用最大服役年限，則同一職位面臨軍職與文職候選人的選擇時，在注重袍澤情誼特別強烈的軍中文化影響下，有決定權的主官如果是軍人時，會否易造成以「權宜措施」一基於人情先讓軍職候選人接任、進階，以避免其屆齡退伍，而後才將其調任，改由文職人員接任？如此作法是否對於文職人員晉升，造成不公？此一制度是否也違反「同工同酬」而抵觸平等權？故只要有軍文併用單位，軍職人員即沒有再適用最大服役年限的必要性。

誠然，該號解釋所舉大法官之例，頗不適當。蓋大法官之所以不適用在憲法第八十一條法官終身職規定，從而割裂了憲法第八十一條及第八十條，對於法官概念的認知，以及不適用憲法第八十一條終身職概念，乃基於民國八十九年四月憲法增修條文第五條第一項之特別規定所致。

儘管如此，本號解釋多數意見已經賦予了立法者可以藉著軍事審判建制的形成權，明定軍法官的文職身分（與一般軍官身分的不同保障），而保障其任職至一般文官的六十五歲為止，立法者即可大膽的利用此一立論也！

5. 軍法官特考是否讓軍法官取得文官身分？

此答案應屬肯定。本號解釋原因案件當事人也要求確認其當年獲得軍法官特考及格，能否取得文官身分。本號解釋對此部分（解釋理由書第四段）以「客觀上未具體指明為由」，而未探究當時特考的規定是否許可及格者，於服務一定的年限後，可轉任其他單位之文職工作，從而應取得文官任用資格。卻遽而不予受理，似乎忽視了聲請人權利保障之必要性。就此部分，本席亦歎難贊成。

由前所述，關於軍法特考的演變可知：原來在考選部會同銓敘部於七十六年七月訂定發佈之「依法考試及格人員考試類科適用職系對照表附則五之說明，許可軍法官特考及格者，得適用一般行政、人事行政、法制及司法行政四個職系」。因此，於軍法官退伍後得轉任一般公務員。此轉任直到民國九十二年才廢止。本號解釋原因案件當事人參加軍法特考，時為民國九十年十月，故理應適用舊制，且應享有信賴利益保護之必要也¹¹。

三、治本藥方：軍事審判制度必須回歸司法院

讓軍法官取得文官身分，是一種救急的措施，可以在現

¹¹ 李震洲，前揭文，第六十六頁。

制的條件下，最大程度保障軍事審判獨立性，與軍法官的身分保障，以符合如本院釋字第四三六號解釋意旨：「方能確保軍事審判制度符合正當法律程序原則之最低要求」。

但最弔詭的思辯，還是難以解決這種割裂憲法第八十條與第八十一條，對於法官概念認定的區別判斷。終究解決之道，還是需將軍事審判制度回歸司法院。

（一）廢止軍事審判制度已是世界潮流

誠然，世界各國即使是民主國家，許多仍然維持軍事審判制度。最明顯的莫如美國。也因此往往成為主張維持軍事審判制度者，最喜歡援引的理由之一。

如果探查美國的軍事審判制度，可以得知其存在的許多弊端。在最基層的軍事審判庭部分，其情況更為嚴重：由於隸屬於部隊（如旅級）及司令部之中，其法庭組成，甚至連我國舊制都不許可的檢察官上訴與否，都由軍隊司令官決定之。軍事司令官成為最令人詬病的「法院長官」（Gerichtsherr），我國與德國舊制的情形完全一樣。而軍法審判官中，也有長官指定的軍官與士兵為陪席法官，軍隊長官影響力之大，絕對會影響至判決之中。而軍法官都是軍職，且受最大服役年限之限制。在美國不少的文章中，也認為這些軍法官如要在軍隊中繼續順利的發展，泰半不敢抵觸軍事長官的意見也。不過，對這些軍法官的日後退伍工作權，反倒不成問題。因為這些軍法官都已經具備律師資格，可以轉業當律師。由美國軍法官都是著軍服的軍人，也要受到軍事長官的戰鬥任務指派，如與長官關係不恰，難免會發生公報私仇或嫌惡報復的可能性¹²。

至於軍事上訴法院的五名法官，全部是文職，且由總統

¹² 例如比利時便規定，軍法官雖可以著軍服，配帶手槍，也可以拒絕執行戰鬥任務。故軍法官的身分保障亦應當及於其應否執行戰鬥任務，這也是憲法一大議題。見 Eike Steinkamm, Die Wehrstrafgerichtsbarkeit im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 1974, S.106.

提名，參議院通過，類似聯邦巡迴法院法官。軍事長官對其影響力自不存在，也較可保障軍人人權。

然而，美國建立之軍事審判制度，有其必要性：美國國土廣闊，軍隊規模甚大。尤其軍隊是全球佈局與駐防，美軍經常參與各地之戰鬥，因此必須建立隨著軍隊前進的軍事法院。一旦軍人發生犯罪時，不論犯罪行為的調查、起訴及審判，都可以獲得迅速處理與審判的優點。

至於沒有採行軍事法院制度，將軍人犯罪視同一般國民犯罪般，交由普通法院審判的德國與日本，除了因為過去極權統治實施軍事審判所遺留下來，對於軍事審判的惡感外，其軍隊規模、國土相較美國不算太大外，也沒有海外駐軍與參加軍事行動，以致於設置軍事審判制度的必要性，便隨之降低¹³。

（二）我國國情與軍隊規模，無庸建立軍事審判制度

而我國的情況正好跟美國的情形，完完全全相反。臺灣僅有如此狹小面積，軍隊的規模甚小。我國軍完全沒有任何海外駐軍、在外國遂行戰爭行為的可能性。易言之，我國的國防武力，完全不是進攻型的軍隊，毋寧是防守型的軍隊。而後者的情形，在面臨外敵入侵時，還可能是「退卻型」的防禦性軍隊。故完全沒有如美軍般，需要建立隨著部隊前進的「移動型法院」(movable court)之必要性！

軍人發生違反軍法的犯罪行為，可以直接就近遞解遍佈

¹³ 按德國基本法第九十六條第二項規定，德國可以立法，對於派駐海外的軍隊或在軍艦上成立軍事法院。基本法在該許可設置軍事法院的條文裡，仍明確地限制此種軍事法院的組成：所有法官都是具備司法官的資格，不具有軍人身分，從而無庸接受軍隊長官的指揮。軍事法院隸屬聯邦政府司法部管轄。終審法院為聯邦最高法院。故不會再發生過去軍事長官干涉軍事審判情形。儘管如此，超過半個世紀以來，還沒有任何一個執政黨或是反對黨，曾提議通過軍事審判制度的立法。這種情形，隨德國近十年來參與聯合國維和部隊的運作，德軍開始派駐非洲與中東而產生了新的爭議。例如發生了三起涉及違反軍法的案件，等到調查時，部隊已經調回國內，此時不論檢察官的管轄權、犯罪地的調查……，都造成極大困擾，討論德國應當設置海外駐軍的軍事審判制度之議，又熱烈起來。不過，反對之聲似乎仍然居於主流。見 Spring, aaÖ., SS.30.34；最主要的反對意見，還是擔心納粹時代的噩夢，重新上演。見 Ulrich Vultejus, *Kampfanzug unter der Robe*, 1984.

各縣市的普通法院予以審理；甚至在外敵入侵後，國軍退卻進行防禦時，仍有鄰近的後方法院可以行使審判權，無庸在前線部隊內成立法庭，進行調查與審判，加重前線部隊任務的壓力。

因此，這是我國「小國寡軍」以及「法院遍佈」的主客觀因素，後者恐亦是各國所沒有的優點也。將軍事審判置於普通法院內，更是我國比他國更容易實施的制度也。

另一個我國目前適合廢止軍事審判制度的客觀因素，乃我國目前並沒有嚴重的戰爭爆發之迫切危機。兩岸關係乃數十年來最平穩之時。猶記得本院作出釋字第四三六號解釋時，代表國防部及各級指揮幹部表達軍事審判法不違憲的國防部次長金恩慶中將，即在大法官面前提及：當時還不是廢止軍事法院的良機。金次長提到：「也許若干年後，我國民主政治會進步到另一個境界，或兩岸關係有重大改變，此時可再考慮是否軍人可由普通法院審理，……。」

國防部所提適合實施廢止軍事審判制度的條件：民主政治進步，與兩岸關係有重大改變，是否正是目前的寫照？民主政治的進步，固無庸討論外，國軍都已經大幅裁撤兵員，且即將廢止服兵役，改行募兵制，是否標誌了一個新的時代來臨？

（三）現行軍事法院掌握事實審，亦造成不公平現象

本院釋字第四三六號解釋創設了現行軍事法院掌握事實審的制度，讓司法院掌控法律審，並不能充分凸顯憲法第七十七條的旨意，也抵觸了釋字第八十六號解釋，將高等法院與普通法院由行政院手中，收歸至司法院的基本認知！已於前述。

現制對於軍人犯罪的法律審交由普通法院審理，卻以官階予以區分：校級軍官以上者，由最高法院審理；校級以下軍官及士官、兵則由高等法院審理。雖言我國法官不論層

級，都應嫻熟於事實或法律的審查。但不可諱言者，最高法院專以法律審為職權，最高法院法官累積之經驗，亦應為全國法官之最。由此素養最高水準的法官，進行法律審之把關，自然能使被告獲得最充分保障。但現行制度顯然把此可能性，賦予校級以上軍官方能享受之。如此一來，基層軍官與士官兵——往往是參與戰爭行為時，最必須赴湯蹈火，親冒矢石的一群軍人——卻不能夠受到第一等級的法律保障。此種獨惠於高級軍官的制度，不僅讓國家喪失道義，也侵犯平等權！更無庸提及：當軍事審判體制獨攬了事實的認定，普通法院單單擁有書面審理為主的法律審，往往只能「徒嘆奈何」矣！司法院擁有不完整、破碎的司法權，何能稱為法治國之幸乎？

本席亦可試舉一例驗證之（此案頗類似「王文孝案件」之翻版），且是依目前新制軍事審判法所作出的判決——王瑞豐案（臺灣高等法院高雄分院九十年度軍上字第十號判決）。本案係由具軍人身分之王瑞豐，與不具軍人身分之一般人民共同犯搶奪罪，結果王瑞豐部分，經臺灣高等法院高雄分院判決有期徒刑五年確定。至於一般人民部分，則因罪證不足，經最高法院判決無罪確定（最高法院九十三年度台上字第一三三九號判決）。兩人共同為一個犯罪行為（一個駕車，一個進行搶奪），普通法院體系之最終審卻有完全不同的犯罪事實認定，試問國民對我國司法權可有信心乎？

四、結論：勿讓軍法官成為「中華民國司法之棄兒」

本席必須再次強調：軍事審判制度雖然見諸於我國憲法第九條：「非軍人不得受軍事審判」的條文，顯示出制憲者雖然容許軍事審判制度的存在，而且，僅限於審判軍人犯罪而已。這個明確的「憲法誠命」，並不能夠援引憲法第二十三條的規定予以限制。易言之，這是屬於「絕對保障」條款，猶如外國憲法有廢止死刑的規定（例如德國基本法第一〇三

條)，便不能夠視為「法律保留」的條款也¹⁴。而我國實施長達四十年戒嚴法，卻也將人民納入軍事審判之範圍，其誤用憲法原理的嚴重錯誤¹⁵，都是臺灣全體人民痛苦的「臺灣經驗」：不僅是許多無辜的人民、宣揚民主法治的政治人物與學者，遭到了軍事審判制度的荼毒，即連功在國家的忠勇軍人，亦不乏遭到偏頗與不公正之軍事裁判，而成為政治鬥爭下的犧牲品——吾人試舉孫立人將軍之案例，即可以說明矣。

故憲法第九條容許軍事審判制度，絕非賦予軍事審判制度永遠存在與毫無限制的「護身符」！亦不是對於軍人所有之犯罪，都應當納入軍事審判，本院釋字第四三六號解釋已明白指陳此點。毋寧是立法者對於軍事審判制度建制，斟酌我國目前海峽兩岸關係大幅改善，並無海外駐軍的小規模軍隊，以及法院遍佈之優勢等客觀因素，負有隨時檢討改進現行軍事審判制度之義務。這種「立法形成權」，尤應受到本國過去實施軍事審判制度「痛史」，而得到應有之教訓也！

對此，我們必須反思一下，為什麼德國（及日本）可以根據過去納粹或極權政權實施軍事審判制度對於國民與軍人造成的慘痛回憶，而毅然廢止行之超過二百年的軍事審判制度。難道「德國經驗」、「日本經驗」與，會與「臺灣經驗」有不同的本質乎？臺灣還受不夠軍事審判制度的弊病乎？

因此，我們當然也相信不少青年法律學子，當年投身軍法官行列，是為了發揚「軍中正義」，捍衛軍中袍澤人權，獲得公正審判，而不至於淪為軍事長官濫用領導威權的幫兇工具。然而，只要如現制般的將軍法官，特別是軍事審判官，視為一般的軍人，也用嚴格的最大服役年限予以拘束，則無疑迫使軍法官必須獲得長官的肯定與青睞、職務必需勤於調動，一言以蔽之，化為軍事體系的鍊條之一。

¹⁴ 參閱拙著，憲法學釋論，第160頁。

¹⁵ 故戒嚴法第八條的規定已嚴重違憲矣。

對比之下，法治國家要求法官能本於自由意志，安於其位，視為憲法最大要求。軍法官的軍人身分，顯然與上述憲法原則背道而馳。在此迂腐與落伍的軍事審判法制壓制之下，有理想的軍法官，要嘛，只能為五斗米折腰，努力晉升。不然，只能掛冠求去。如果能夠遇到憲政理念與法律觀極強的長官，當然可以遂行其理想。然而，此非幸運的偶然乎？故現制下的可能免於不公平及偏頗影響者，當為特例，而非常例也。

為此，本席想起了曾經被稱為「法國良心代表」的偉大作家左拉（Émile Zola），在一八九八年一月十三日發表著名的《我的控訴》，便是針對了法國軍事審判的不公、高層軍官官官相護，而冤屈了一位盡忠職守的上尉軍官德萊福斯（Dreyfus）所撰寫的驚世鉅作。這裡面有一句很貼切的話，一語道出了軍法官的軍人身分，與其維護軍中正義的職責，正是處於「不能相容」（incompatible）的地位：

既然紀律意味著服從，那麼身為軍事法庭的法官，這些軍人的血液內所含有的紀律，難道不是恰會削弱了他們實踐正義的能力？

因此，本席必須疾呼：莫讓軍法官成為中華民國司法界的棄兒！所謂棄兒，乃無爹無母，得不到父母的關愛。

以軍法官的「娘不親」而論：甫於去年（一〇〇年七月六日）才公佈、且由司法院主導立法的法官法，即將軍法官排除在法官法的適用範圍之內。更不必提及大法官在釋字第四三六號解釋，未一併承認軍法官亦為憲法意義的法官。本號解釋多數意見雖然在理由書第一段一再重申軍事審判行使之權力，亦屬國家刑罰權，必須受到憲法第八十條法官獨立審判的司法權建制之憲政原理的保障，但卻不大膽地「正名之」，這種欲語還羞的曖昧態度，可否令人想起是否有如社會上經常出現有關名人「親子關係DNA鑑定」事件的「憲

政翻版」？

在「爹不愛」方面，恐怕就要指出國防部的態度矣！將軍法官全部納為軍職人員，並受服役條例的規範，使得各軍階最大服役年限的限制，彷彿緊箍咒般的套在所有軍法官頭上。造成軍法官不能如文官般的服役至六十五歲退休，反而要求軍法官應當在每個階級都要「努力晉升」，否則將會限齡退伍。軍法官不比一般軍官，職缺較少，造成近三年來軍法官平均退伍年齡才四十五點六歲，服役年限平均為二十二年三個月，即因無法獲得晉升機會而屆齡退伍！試觀乎四十五歲，在我國任何公、私職場，都是機關的主力幹部，也是公司發揮潛力寶貴資源、該幹部蓄積長達二十餘年的學識經歷，是最好發揮長才的黃金年代。吾人比擬文官中的科長級、大學中的副教授與資淺教授、私人行業中的經理……，莫不是此「發揚踔厲」的四十五歲上下之拼搏三郎？但軍法官卻要被強迫退伍，又不再能轉任文職，不正是「棄兒」寫照¹⁶？而在軍法官的待遇上，也比一般司法官差距甚大，達十倍以上¹⁷。

因此，我國的軍法審判制度已經到了需要徹底改弦更張的時刻了！現制的軍法官身分保障制度，已經不周全到了影響其獨立審判的程度。而繫乎軍人能否受到公平審判及充分保障其訴訟權的事實審部分，目前都交由軍事法院予以審理，即使法律審係在普通法院體系，仍不能貫徹憲法充分保障訴訟權之要求！

軍事審判的窳陋，正表現在「急速」—為求威嚇效果（美其名為「整肅軍紀」），強調迅速審判、迅速定罪及迅速執行。

¹⁶ 參閱國防部一〇一年八月二十八日國法審判字第一〇一〇〇〇二七一五號函。

¹⁷ 例如以民國一〇〇年七月份資料顯示，一位最基層少尉軍法官，軍法官加給五千七百元，而最基層法官（薦任六職等），則高達七萬零三百元，因此兩者差距可謂雲泥之別也，參見陳新民，憲法學釋論，第 715 頁。

易言之，是一個「結果導向」—且是「有罪」判決為目的—的審判制度。於是乎：刑求、假證據或無證據力的採信、服從上意、利用年輕軍人的無知及弱點……，都形成了軍事審判制度不公的幫兇。

臺灣近幾年由蘇建和案造成司法尊嚴淪喪的風波，媒體輿論咸少將造成此風波的矛頭，指向軍事審判的草率，極令人遺憾！因為蘇建和案的共犯之一王文孝，係現役軍人，因認罪後迅速被軍事審判定讞而遭槍決（自八十年三月案發，隔年一月即執行）。以致於事後蘇建和等三人，皆指認該案為王文孝一人所為，但死無對證。如果王文孝不必受軍事審判，蘇建和等人則可能免於遭到長達二十一年的纏訟（自民國八十一年至今年八月），以及飽受十一年的羈押之苦，事實真相當可甚早即可水落石出乎？

另外，受到軍事審判而枉失一命的江國慶士兵，其家屬要求國家嚴辦一大批國軍將領與軍法官的枉法裁判，也受到社會高度矚目。若問廢止軍事審判制度的「民氣」如何？本席恐認為：已達到沸騰程度了！

本席也願意引述左拉在一百二十年前所撰寫《我的控訴》，是對當時的法國三軍統帥、也是法國總統所呼籲的：不要將軍事審判制度作為軍事統帥權的工具，這樣會對總統的軍事尊榮造成污蔑。亦即總統功蹟的榮耀光芒，將會被不公軍事審判的冤魂所籠罩而黯淡下去！

若問軍事審判制度對人權所造成之戕害，一般人民的感觸，絕對不若法律專業人士之深。臺灣已歷經臺大法律系出身的陳水扁總統八年執政、復經臺大法律系畢業，且獲得世界第一流大學哈佛大學法學博士學位的馬英九總統又八年的執政，前後長達十六年法律人治理的光陰，若還不能夠努力的將臺灣落伍的軍事審判制度，從根開始拔除，並建立新制；立法院不能反應沸騰的民意而儘速立法；甚或社會上還

有對戒嚴造成痛史與江國慶士兵冤案還麻木不仁的漠視……，本席對於臺灣日後法治水準前景及人權展望，將是抱著沈痛心情與悲觀的態度矣！

最後本席願引左拉在大作最後一語，作為結語：真理在沛然前進，無人能阻擋之！