

釋字第 0 四號解釋協同意見書

大法官 李震山

憲法第九條：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」與憲法第七十七條：「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。」兩規定關係之探討，必然觸及軍事審判權應否獨立於一般司法審判權之外的爭辯。針對該議題，若從憲法原意主義（originalism）探究憲法文本原旨，與從活憲法主義（living constitutionalism）與時俱進的闡釋憲法精神，結論可能會有所歧異。很顯然的，本件解釋是繞過了軍事審判機關若改隸司法體系，是否合於憲法意旨的待決爭議問題，縱然如此，在軍事審判仍應貫徹審判獨立原則的前提下，本席支持本件解釋之結論。以下僅就解釋所持憲法依據及理由部分，特別是本應作為解釋主軸而被忽略的憲法第八十一條規定，提出幾點補充意見，以供參考。

壹、軍事審判仍應貫徹審判獨立原則

本院釋字第四三六號解釋指出：「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種」，而軍事審判官平時審判的對象厥為現役軍人，現役軍人既屬憲法所稱的人民，當然有依憲法第十六條訴訟權以及憲法第八十條規定之意旨，要求接受獨立、公正審判的權利，藉以確保其所應享有的憲法基本權利不受非法侵害。

軍事審判法第一百五十二條固然規定：「軍事法院獨立行使

審判權，不受任何干涉。」若未真切體悟其深邃含義以堅定意志落實之，「審判獨立」將虛有其表，甚至淪為口號而僅具象徵性的宣示意義。質言之，「審判獨立」並非為維護司法或法官特權 (privilege) 而存在，毋寧是為確保法治國依權力分立原則所建置司法中立制度的運作而存立，藉以發揮提高裁判品質、定紛止爭、保障人民基本權利等功能，並取得人民信賴。足見，「審判獨立」的自身並非目的，人民方是目的，「審判獨立」與人民基本權利保障，特別是與「訴訟權保障」之間，因而存在的是手段與目的之關係。若僅將「審判獨立」目的限於「不受任何干涉」，未以人民權益為重，甚至成為法官卸除監督之保護傘或依恃之特權，將生手段與目的錯置之誤謬與缺憾，恐陷司法權於「為獨立而獨立」的孤立現象，就窄化憲法第八十條之意旨。

憲法於第八十條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」揭櫫「審判獨立」的基本價值，並隨之以第八十一條規定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告（按：民法用語改為監護宣告），不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸。」作為「審判獨立」上重要的制度擔保，但憲法第八十一條所指涉者，只是法官身分獨立 (die persönliche Unabhängigkeit des Richters)，並未及於法官之事務上、職務上、功能上獨立 (die sachliche, amtliche oder funktionelle Unabhängigkeit des Richters) 或法官之內在獨立 (die innere Unabhängigkeit des Richters)。¹雖然以上審判獨立的三種面向或分類，很難截然劃分，但本件解釋之對象與範圍，正好自限於軍

¹ Vol. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, Art.79 Abs.I, II, Rdnr.8-11. 李震山，論法官依據法律獨立審判，收錄於，《法與義 - Heinrich Scholler 教授七十大壽祝賀論文集》，五南，89年，頁55-59。

事審判官身分保障，而可完全扣合憲法第八十一條，自得以該規定中相關要件作為違憲審查依據。惟本件解釋再度繞道而行，雖亦獲得「系爭規定與司法權建制之審判獨立憲政原理及憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符」之結果，但解釋的格局、視野、前瞻性與貢獻度遜色不少，恐難獲識者完全的認同與滿意。

貳、若將「軍事審判官」與「其他現役軍人」，不分情況地「合為一爐而冶之」，就如同將「各級法院法官」視同「一般公務人員」，自有害於審判獨立原則之貫徹

基於國家安全與軍事需要，軍人於踐履職責時，強調被視為鐵律的軍令貫徹、軍紀維持之上命下從階（職）級特性。惟一般軍人與軍事審判官所從事的工作範疇與目的，在本質上容有矛盾或格格不入之處，若僅為維護軍事一體性，不分情況地將兩者共同融入相同的軍事體制中運作，而未另依軍事審判官工作特性並就其身分保障為合理的差別對待，對軍事審判獨立之負面影響，實不難想像，茲舉例說明於次。

基於軍事需要的國軍菁壯化理念，所派生的「服現役至最大年限或年齡」制度下，常備軍事審判官被要求在一定年齡前必須晉升至一定官階，否則即需去職。以「升遷」及「年齡」作為軍事審判官去留的標準，與憲法第八十一條藉法官終身職以維護審判獨立之意旨，大相逕庭。此外，在取得轉服常備軍事審判官資格之前，對已依本身意願參加考試院軍法官特種考試及格之「後備役常備軍官」與「後備役預備軍官」，尚需圓鑿方枘地採「申請志願入營」核准制，已有損軍事審判官職業尊嚴與人格之虞。

服務滿三年後，復需透過「申請志願留營」接受考核決定是否得再續任。另就「後備役預備軍事審判官」，尚需在往後三年中，依所申請留營年限復行核准後，至少服務滿六年方能轉服常備軍事審判官。至於考核標準中，有諸多與軍事審判官職務適任與否並無直接關係的可訾議因素，包括學歷、組織上職務需求、機關員額配置等，²縱然與適任與否有關的申請准駁要件中，仍有充滿變數的如「最近一至三年考績均在甲等以上，且考績品德分項評鑑在甲等以上」等規定，未達該標準者，則否准志願留營，形同免職。³於一般情況下，軍事審判官在此屋簷下能不低頭？其於顧及個人去留時，能不優先考量有考績權或核定權的單位主管之意向？以上制度與規範秩序的形成，皆係未針對職司審判工作之身分而有嚴肅認真的特別考量，反而是將考核一般軍人的思考模式或制度規章，強加適用於軍事審判官的結果，「橫柴入灶」之後，審判獨立空間自然會受到嚴重壓縮。

相較於各級法院的法官，在法官法公布前，地方法院中不乏簡任第十四職等的法官，如今，法官法第七十一條第一項則規定：「法官不列官等、職等。」此外，將可能影響審判獨立有如一般公務人員的考績制度，改為每年的職務評定，以作為法官人事作業之參考，及核發職務獎金及俸給晉級之依據，見微不難知著，據之可體認「審判」獨立於「官職等」、「考績」與「晉升」之外，就是試圖「排除一切干涉」而掃除障礙。「法官法」有今

² 例如：軍事審判法第 14 條第 1 項規定：「軍法官因組織或編制變更而被編餘，未派新職者，仍按原階支全數薪給，並儘速指派新職。」同法第 23 條規定：「各級軍事法院及分院之編裝、員額，由國防部定之。」

³ 乃依據行為時 91 年 11 月 27 日修正發布之陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則第 3 條第 2 款規定而來，而針對軍官、士官志願留營甄選標準，同條第 1 款、第 3 款及第 4 款尚規定：「體格：合於國軍人員體格分類作業程序之體格編號在 2 以上。」「學歷：須符合原軍種、官科、專長、階級及職務之需要標準。」「智力測驗九十分以上。」

日之成果，得來非易，其制定之艱辛歷程，就是將各級法院法官「去一般公務員化」的一頁奮鬥滄桑史，從而才能獲得「法官與國家之關係為法官特別任用關係」(法官法第一條第二項)，藉此開展維護審判獨立、建立評鑑機制、提高裁判品質，以確保人民訴訟權之有利空間。本院釋字第四三六號解釋即指出：「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。」惟距該號於民國八十六年十月三日作成之解釋，倏忽又過了十五個年頭，然軍事審判制度中對審判官身分保障的改革卻仍在學步階段，於一般法院改革既已有一定模式與典範可資追循，前者實沒有再猶豫、停滯的正當性基礎可言。

參、憲法第八十一條有關法官免職之「憲法保留」事項，應是為法官審判獨立所設身分保障之底線，不容立法者任意逾越或變更其內容

憲法之所以將特定事項保留由自己規定，而不授權由法律定之，係表示其對所規範事項重視之意，憲法第八條第二項至第四項有關人身自由之保障之實體與程序規定，即是憲法極端重視而自行規定之顯例，不容立法者任意逾越或變更其內容。法律充其量僅能重複與憲法相同的內容，若欲補充或限縮，亦需與原要件相當且合於原規範之意旨，否則即與「憲法保留」原則相違(本院釋字第三九二號及第四四三號解釋參照)。憲法第八十一條所稱之法官免職，並未允許得由法院外之司法行政機關或軍事機關依法律為之，因為其所明定「應受刑事或懲戒處分或監護宣告」三種情形，皆需經由法院或公務員懲戒委員會或法官法中所稱之

職務法庭，依司法正當程序而為裁判或議決，方能確認法官構成不適任應予免職的要件，而法官免職之決定需由法院親自為之，並非行政權所可越俎代庖之法官保留 (Richtervorbehalt) 制度，較諸由行政機關決定，而允許當事人不服決定得向法院請求救濟的模式，保障層次更高且更為周延。此外，立法者尚就以上三種情形中之刑事犯罪有限縮規定，極盡保障之能事，理由無他，即是為維護「審判獨立」之憲法意旨。⁴

惟本件解釋並未嚴守上述憲法精神，從以下關鍵論述即可知悉：「軍事審判官能否續任審判職務繫於權責長官對於志願留營申請之核定。然查關此准否繼續留營申請之核定，除程序上未遵循諸如由立場公正之委員會決定、給予軍事審判官陳述申辯機會等正當法律程序為之（本院釋字第四九一號解釋參照）外，所依據之甄選標準，亦可能使軍事審判官非受刑事或懲戒處分、監護宣告且無與受刑事或懲戒處分或監護宣告相當程度之事由，又無依正當法律程序審查其學識能力、敬業精神、裁判品質及品德操守，認定確不適任軍事審判官職務之法定原因，而不能續任審判職務，致軍事審判官之身分無從確保。」其中，安插憲法第八十一條「憲法保留」規定部分，前不著村後不著店，相當勉強，並無法作為違憲審查依據，僅能扮演裝點門面的裝飾性角色。至於歸納其他理由之重點，似意謂只要合乎正當法律程序，軍事機關就可依相關考核標準，就軍事審判官的去留為准駁。前揭「憲法保留」的基礎已鬆動，並有掏空之虞。

⁴ 例如：法官並非受判刑確定，即應免職，依法官法第 42 條第 1 項規定：「實任法官非有下列情事之一，不得免職：一、因犯內亂、外患、故意瀆職罪，受判刑確定者。二、故意犯前款以外之罪，受有期徒刑以上刑之宣告確定，有損法官尊嚴者。但宣告緩刑者，不在此限。三、受監護之宣告者。」

首先，本件解釋逕自取道釋字第四九一號解釋，將軍事審判官受免職處分應遵循之正當法律程序，比照一般公務人員，而非比照各級法院之法官。而以行政程序取代司法程序，縱然許被免職者嗣後得向行政法院請求救濟，保障之程度只及於一般人民的保障等級，如此，又何需再勞動憲法第八十一條針對法官免職事項為「直接規範與特別保障」？⁵一方面既降低憲法特別明文保障法官身分的高度，另一方面又與本件解釋所標舉的「應就審判官之身分而有特別考量」的核心理念有相當落差，實非可取。

其次，本件解釋不啻間接承認，軍事審判法第十二條第一項概括規定：「軍法官非依法律不得免職」可能為合憲，亦即肯認法律得相異於憲法第八十一條規定，自行決定軍事審判官免職之事由，此舉無異是將「憲法保留」降格為「法律保留」。又軍事審判官不適任之原因，縱然未達「受刑事或懲戒處分或監護宣告」之相當程度事由，亦可由軍事機關依法律或命令所規定之如前述的其他寬泛標準，令其去職，以「不予續任」為名，行「免職」之實，法令已實質凌駕憲法之上，影響審判獨立的可能性上，就有極大的運作與可想像空間，實不足以保障審判獨立，而達到確保人民訴訟權之目的。

另值得一提者，依法官法第九條第六項得由司法院人事審議委員會，審查候補法官、試署法官服務成績，於不及格時，停止其候補、試署並於予解職之規定，⁶固有其必要，但由於「解職」

⁵ 依司法院大法官釋字第 601 號解釋：「法官與國家之職務關係，因受憲法直接規範與特別保障，故與政務人員或一般公務人員與國家之職務關係不同。」其中「直接規範與特別保障」而未授權以法律不同規定之者，即係「憲法保留」之意。

⁶ 法官法第 9 條第 6 項之規定：「對於候補法官、試署法官，應考核其服務成績；候補、試暑期滿時，應陳報司法院送請司法院人事審議委員會審查。審查及格者，予以試署、實授；不及格者，應於二年內再予考核，報請審查，仍不及格時，停止其候補、試署並予以解職。」

形同免職，處理內容難免涉及審判權的核心領域，已涉及憲法第八十一條規定，得否以法律之特別規定排除憲法之適用，⁷不無疑義。質言之，僅由性質屬司法行政機關之「司法院人事審議委員會」，依行政程序決定仍負審判獨立職責的候補、試署法官的去留，雖賦予當事人不服決定有向司法院職務法庭提起救濟之權（法官法第四十七條第一項第二款規定），其與一般公務人員不服免職處分而向考試院公務人員保障暨培訓委員會及行政法院救濟之性質並無不同，未受特別保障。若僅以候補、試署法官尚非終身職法官為理由，恐難以服人，因為憲法第八十條應審判獨立之法官，未必限於憲法第八十一條之「終身職法官」，⁸只要從事實質審判工作，即需貫徹審判獨立原則，除了因無固定任期而非職業法官之參與審判者外，⁹皆應適用憲法第八十一條之「憲法保留」規定。因此，本席以為，針對候補、試署法官之解職案件，司法院人事審議委員會只能作為議決之移送單位，實質決定權應交由肩負維護審判獨立，落實法官身分保障及懲戒法官重責大任的職務法庭，依司法程序裁判之，方符合憲法第八十一條對法官身分有別於一般公務員之特別保障意旨。

最後，「法官法」對候補法官與試署法官審核的制度，與前述「志願入營」及「志願留營」的核准制度，從規範目的、要件與程序的強度與密度，雖有甚大的差異，但在憲法理念一貫性的

⁷ 法官法第 42 條第 4 項規定：「候補、試署法官除本法另有規定外，準用第一項、第二項規定。」

⁸ 依憲法增修條文第 5 條規定，司法院大法官任期 8 年，且部分非法官轉任之大法官並不受終身職保障。至於大法官是否為法官，以及其是否仍應獨立、公正行使司法裁判權，而於任期中均受憲法第 81 條終身職以外有關法官身分之保障等問題，業經司法院大法官釋字第 601 號解釋所肯認。意即，「非終身職法官」仍應受憲法第 81 條有關法官身分之保障。

⁹ 憲法上所稱有權審判之法官，不當然限於受終身職保障的職業法官，非職業法官參與審判時，與法官享有同等之獨立性，且亦應遵守審判獨立原則（釋字第 378 號解釋參照）。至於甚多司法先進國家之法官未必享有終身職，甚至尚有由選舉產生而有一定任期者，但仍應嚴格遵守審判獨立原則，自不待辭費。

支配下，同屬現制下非終身職之軍事審判官與一般法院之候補、試署法官能否續任的保障機制，應無歧異之理。更重要的是，若「現役軍人」與「一般人民」只因身分的區別，而接受軍事法院或一般法院之審判，就其訴訟權保障相應的組織、程序與制度內涵，得容許如此歧異與懸殊落差存在，實難通過憲法平等原則之檢證。就憲法追求審判獨立、保障人民基本權利的整全性體系言，亦存在違反體系正義的疑慮。

肆、結語

欲期待軍事審判官能本於良知及其對法律之確信，抗拒干涉且正視受審者基本權利而獨立行使審判職權，就必須先尊重軍事審判官的職業尊嚴及其應有身分保障。對軍事審判官審判獨立及身分保障，應與一般法院的法官相同，共同遵守憲法第八十條及適用憲法第八十一條有關「憲法保留」之規定，並不因現行法制下軍事審判官不受終身職保障而受影響，藉使審判獨立空間更為純淨，而有利於人民訴訟權之保障。