

釋字第 0 四號解釋 協同意見書

大法官 蔡清遊

本號解釋認為中華民國九十一年十一月二十七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七條(九十五年十一月十三日全文修正，條次、內容無異)，關於後備役軍官志願入營服役期滿而志願繼續服現役者，應依志願留營規定辦理，其中應經之核准程序規定，適用於經考試院特種考試及格志願入營服役，而尚未經核准得服現役至最大年限(齡)之軍事審判官(下稱上開類型軍事審判官)部分，以及陸海空軍軍官士官服役條例第十七條關於服現役期滿予以解除召集之規定，適用於上開情形部分，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。本席敬表同意，惟就解釋理由之相關論述，本席認為尚有補充說明之必要，爰提出協同意見書。

一、本號解釋基本上乃延續本院釋字第四三六號解釋有關保障軍法官之身分，以貫徹審判獨立之意旨

本院釋字第四三六號解釋，主要係宣告「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；規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第二十三條之比例原則。本於憲法保障人身

自由、人民訴訟權利及第七十七條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。軍事審判法(舊)第十一條，第一百三十三條第一項、第三項，第一百五十八條及其他不許被告逕向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟部分，均與上開憲法意旨不符」。該號解釋並要求為貫徹審判獨立原則，有關機關應就軍法官之身分保障事項予以檢討改進。惟究應如何檢討改進，該號解釋並未具體指明。本號解釋乃進一步指明專責軍事審判業務之軍事審判官，包括本號解釋主要解釋對象之上開類型軍事審判官在內，應參照憲法第八十一條規定之精神，予以保障其身分，俾其能不受外力干擾，獨立、公正行使其審判職務。至軍事檢察官，則非本號解釋之對象。

二、憲法第八十一條規定之意涵

(一)審判獨立與其身分保障密不可分¹

憲法第八十一條規定(下稱本條規定)，法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產宣告，不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸。本條規定，實乃與憲法第八十條法官依據法律獨立審判之規定相輔為用，蓋唯有法官身分獲得充分保障，其始能毫無顧慮的抗拒任何壓力，而得獨立審判，進而使人民之訴訟權更能獲得保障。

(二)本條所謂法官為終身職，與非受刑事或懲戒處分或禁

¹ 本院釋字第60一號解釋理由書參照。

治產宣告，不得免職，前後連結一體視之，不容割裂看待，乃屬憲法保留事項

1. 刑事處分，乃指受刑之宣告；懲戒處分，在法官法施行前，應指受公務員懲戒法第九條第一項第一款規定撤職之處分而言，在法官法施行後，則指受法官法第五十條第一項第一、二、三款之免法官職務或撤職之懲戒處分。此之免職，應指所有以強制力令其去職之情形（但不包括停職或休職²），包括前述法官法免法官職務、撤職及命令退休³，尚不得拘泥於僅指免職文義之一種情形。又所謂非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職，即係實現法官為終身職之含意。
2. 非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職，乃憲法保留之列舉規定，不得以法律加以增刪，此對照本條後段非依法律，不得停職、轉任或減俸之規定，係授權法律定之自明。亦因有此規定，故本條法官為終身職之規定，始能解為法官不得強制命令其退休，法官僅志願退休或優遇⁴，非如採法官為終身職制度之

² 因停職或休職，於其原因消滅後，即得復職，故非此之免職。

³ 公務人員退休法第二十八條規定，命令退休不適用於法官。

⁴ 本院釋字第一六二號解釋理由書謂「惟憲法第八十一條，法官為終身職之規定，，但非謂法官除有同條所定之免職、停職等情事外，縱有體力衰弱，致不能勝任職務者，亦不能停止其原職務之執行，而照支俸給」，即法官得採優遇制度之意旨。

國家，亦有規定強制命法官退休⁵。故本條「法官為終身職」之規定，應與其後之「非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職」一體視之，不容割裂看待。

3. 本條法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職之規定，僅實任法官始適用之⁶。

本院釋字第一三號解釋謂「憲法第八十一條所稱之法官，係指同法第八十條之法官而言，不包含檢察官在內。但實任檢察官之保障，依同法第八十二條，及法院組織法（舊）第四十條第二項之規定，除轉調外，與實任推事同。」⁷ 意即本條有關法官終身職之保障，乃指實任法官之終身職保障，候補、試署法官尚不得適用本條而享有終身職之保障，此參諸法官法第四十二條第四項規定，候補、試署法官除該法另有規定外，準用實任法官不得免職之規定，以及同法第四十三條至第四十六條有關法官停職之限制、法官轉任之限制、法官地區調動之限制、法官審級調動之限制，均僅限於實任法官，而不及候補、試署法官；以及同法第九條第六項，對於候補、試署法官，候補、試署

⁵ 德國法官法第四十八條第一項規定，終身職法官於其年滿六十五歲之當月屆滿時退休。

⁶ 陳新民，憲法學釋論，九十七年九月修正六版，頁 682。

⁷ 本院釋字第五二號解釋亦謂「實任檢察官依法院組織法（舊）第四十條第二項規定，除轉調外，應受保障」，亦僅限於實任檢察官，而不包括候補、試署檢察官。

審查不及格時予以解職之規定，亦可印證候補、試署法官尚不得直接適用本條之規定保障其身分。惟有關候補、試署法官身分之保障，自得參酌本條規定之意旨，另以法律規定之⁸。

4. 軍事審判官並非憲法第八十一條所指之法官

本條之法官乃指司法院所屬各級法院（包括公務員懲戒委員會⁹）實任法官而言，已如前述，自不包括軍事審判官在內，亦即軍事審判官並非憲法上所稱之法官¹⁰，本院釋字第四三六號解釋，亦未肯認軍事審判官為憲法第八十條之法官，僅謂軍事審判機關所行使

⁸ 如法官法第四十二條規定（法官免職之限制）

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。

實任法官受監護或輔助之宣告者，自宣告之日起，得依相關規定辦理退休或資遣。

司法院大法官於任職中，有第一項各款情事之一時，經司法院大法官現有總額三分之二以上之出席，出席人數三分之二以上之同意，由司法院呈請總統免職。

候補、試署法官除本法另有規定外，準用第一項、第二項規定。

⁹ 本院釋字第一六二號解釋參照

¹⁰ 本院陳大法官新民在其所著憲法學釋論上，亦謂軍法官並非憲法第八十條、第八十一條所稱之法官，同註 6，頁 668；採相同見解者，見管歐，中華民國憲法論，八十九年十月修訂新版，頁 236。

者，其發動與運作不得違背憲法第八十條法官依法律獨立審判，不受任何干涉等有關司法權建制之憲政原理。是軍事審判官雖非憲法上之法官，但為讓其得以貫徹審判獨立，自得參酌憲法第八十一條規定之精神，以保障其身分。

三、對軍事審判官身分之保障，應參酌憲法第八十一條規定之精神，以法律詳加規範

軍事審判官雖未如普通法院法官之設有候補、試署法官予以審查、淘汰之機制，其於服役期限內，須逐階遞晉至上一官階，性質上與普通法院之法官有所不同，但其須獨立、公正行使審判業務之本質，則與普通法院之法官並無二致。故縱其非屬憲法第八十一條之法官，無法官終身職保障之適用，但仍應加強其身分之保障。雖然軍事審判法第十二條已規定「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。（第一項）軍法官調任軍法官以外職務者，其年資及待遇，仍依軍法官之規定列計。（第二項）」，惟對如何之情形，始得加以免職，軍事審判法並未明文加以規範，以致法律對軍官免職之相關規定，均可適用於軍事審判官。亦即，對軍官免職之規定，軍事審判官與一般軍官似無不同之規範，此對軍事審判官身分之保障尚有不足，實不足以讓其得以抗拒外來壓力，以貫徹審判獨立之憲政原理。參酌憲法第八十一條「非受刑事或懲戒處分或禁治產宣告，不得免職」之規定精神，以法律規範軍事審判官非受刑事或

懲戒處分或禁治產之宣告，或有與受刑事或懲戒處分或禁治產宣告相當程度或其他顯然不適任軍事審判官之法定事由（例如重大病傷、殘疾、失蹤、喪失國籍、參選公職等事由），不得加以免職，以嚴謹對其免職之要件。

四、對尚未經核准得服役至最大年限（齡）之軍事審判官部分，法律仍應設有不適任得予淘汰之機制

（一）以考試晉任法官之國家，如德國，設有不適任者予以淘汰之機制

以德國為例，德國法官之任用資格，須在大學修習法律學並通過第一次國家考試，經實習後，再通過第二次國家考試者，取得法官職位之任用資格。其法官之任命分為終身職法官、定期職法官、試用職法官及委任職法官（或稱備用職法官）四種。須從事法官（試用職法官）職務超過三年者，始得任命為終身職法官；而試用職法官得於其任命後六個月、十二個月、十八個月或二十四個月過後予以免職，如經審查認不適合擔任法官職位者，亦得於三年或四年過後予以免職¹¹。此種試用職法官之淘汰機制，如同我國候補、試署法官經審查不及格予以解任之情形。

（二）對此類軍事審判官，仍宜參照候補、試署法官，設有審查其是否適任而予淘汰之機制

¹¹ 以上德國法制，規定於德國法官法第 5、10、11、12、14、22 條，見司法院編印，德國法官法，九十二年十一月。

經考試院特種考試及格入營服役之軍事審判官，在其未經核准成為得服役至最大年限（齡）之常備軍官（軍事審判官）前，其既無如普通法院法官之經歷候補、試署階段，則其是否適任軍事審判官職務，而核准其得成為服役至最大年限之常備軍官，除核准時應審查其有無受刑事或懲戒處分或禁治產宣告，或有無與受刑事或懲戒處分或禁治產宣告相當程度之事由外，仍宜參考候補、試署法官之審查機制，審查其學識能力、敬業精神、裁判品質及品德操守等事項，以審查其是否適任軍事審判官職務，如認為不適任，自得不予核准。

五、陸海空軍軍官士官服役條例第十七條關於服現役期滿解除召集規定之違憲情形

陸海空軍軍官士官服役條例第十七條規定：「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」，此規定於上述人員於再服現役期滿後，自願不再申請繼續服現役者，予以解除召集，自無問題。但對於上述人員於再服現役期滿，志願申請繼續服現役，而依甄選標準及程序，有違正當法律程序之現行核准程序規定，未予核准，致服役期滿須解除召集之部分，自同樣不符審判獨立之憲政原理，必須一併宣告此部分違憲。