

## 釋字第 0 四號解釋協同意見書

大法官 黃茂榮

本號解釋文認為：「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，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿二年時，對於上開類型軍事審判官不予適用。為保障上開類型軍事審判官之身分，有關機關應於上開期限內，依本解釋意旨，修正相關法律，明定適用於上開類型軍事審判官志願留營之甄選標準及應遵循之正當法律程序。」本席雖敬表贊同，惟鑑於相關問題有關論據尚有補充的意義，爰提出協同意見書如下，敬供參酌：

### 壹、軍事審判制度

關於軍事審判制度在憲法層次有二個重要問題：一、軍事審判制度本身是否違憲；二、司法院是否亦為軍事審判之國家最高司法機關。

#### 一、軍事審判制度之合憲性

軍事審判權指軍事法院就其依法職掌案件之審判權。憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」該條規定顯示，制憲者在制憲時即有認識到軍事法院的存在，從而為該條之規定。亦即制憲當時，制憲者並未將軍事審判制度論斷為當然違憲。在制憲機關明文規定如上的情形，軍事審判制度之違憲性究竟應由制憲機關或由釋憲機關做成政策性之決定，是一個需要民意支持之重大憲政問題。

## 二、司法院亦為軍事審判之國家最高司法機關

憲法第七十七條規定：「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。」然因同法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」以及釋字第四三六號解釋之解釋文釋稱：「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種」乃引起司法院是否亦為軍事審判之國家最高司法機關，以及當採肯定的見解時，應如何落實的問題。

憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」是否能由該條規定，反面解釋，軍人犯罪即應受軍事審判？從邏輯而論，並不必然導出這個結論。所以，軍事審判法第一百八十一條第四項及第五項規定：「當事人不服最高軍事法院宣告有期徒刑以上，或高等軍事法院宣告死刑、無期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴（第四項）。當事人不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴（第五項）。」在尚未根本否認軍事審判制度之合憲性

前，上述規定已肯認：對涉及自由刑以上之軍事法院的判決，司法院在審查其判決是否違背法令的限度內，亦為軍事審判之國家最高司法機關。惟這與完全廢止軍事審判制度，尚有一段距離。其可能之發展為：首先對軍法案件，是否可先在高等法院增加一個事實審之審級；其次為修正妨礙軍法案件之審判獨立及軍法官之身分保障的相關規定。

至於軍事審判法第一條雖然規定：「現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之，其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，亦同（第一項）。非現役軍人不受軍事審判。但戒嚴法有特別規定者，從其規定（第二項）。」但因該條本來以有軍事審判制度為前提，所以該條規定不能引為否認司法院亦是軍事審判之國家最高司法機關的論據。

### 三、釋字第四三六號解釋對軍事審判制度之合理化的期待

按釋字第四三六號解釋謂：「憲法第九條規定：『人民除現役軍人外，不受軍事審判』，乃因現役軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為得設軍事審判之特別訴訟程序，非謂軍事判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權。至軍事審判之建制，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；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。 ，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。」

該號解釋之意旨為：1、相對於軍事審判機關，司法院仍為國家最高司法機關。2、國家雖得為軍人之犯罪行為制定特別訴訟程序，但仍非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權。3、本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及憲法第七十七條之意旨，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。4、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。

由上開意旨可見，該號解釋之意旨首先不在於評斷軍事審判制度之合憲性，反係擱置其合憲性之問題，先重申司法院係包含軍事審判機關之國家最高司法機關的意旨，並提出軍事審判機關對於軍人之犯罪並無專屬之審判權，且與人民自由權利有關之審判應以普通法院為其終審法院等見解。此外，在尚保留軍事審判制度的情形，應就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，一併檢討改進，以盡可能將其合理化。

#### 四、釋字第四三六號解釋後之發展

在八十六年十月三日司法院發布釋字第四三六號解釋

後，為回應該號解釋對軍事審判制度之合理化的期待，在各種配套條件尚不成熟到能廢止軍事審判權，並將軍人之全部犯罪案件之審判權一概併入司法系統之前，立法院於八十八年十月二日修正軍事審判法第一百八十一條，規定「就不服最高軍事法院宣告有期徒刑以上，或高等軍事法院宣告死刑、無期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴（第四項）；就不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴（第五項）。對於前項高等法院之判決，不得再上訴（第六項）。」

透過上述規定，一定程度的緩和因為肯認軍事審判權可能引起之誤判。然因高等法院及最高法院就上述案件均僅能審查原審判決是否違背法令，而不及於事實部分。因此，普通法院就經軍事審判之案件的審判權，尚非完全。從而受關切的是：修正後之軍事審判法第一百八十一條規定是否已能合理防止依法應受軍事審判者，可能遭受關於犯罪事實之認定的不正確審判。對於該關切之最大程度的滿足方法是：廢止軍事審判權；次佳的滿足方法是：不廢止軍事審判權，但就軍事法院之判決的司法審查，改採二級二審制，包含一級事實審及一級法律審。該次佳的設計與行政爭訟類似，保留軍事審判機關在第一審之承審的機會，以一方面滿足其軍紀維護之需要，另一方面逐步處理現有軍法官之再教育及轉任的問題。

## **貳、軍事審判制度亦應踐行審判獨立原則及法官身分保障**

為確保人民之訴訟權能恰如其實、恰如其分的獲得實

現，除必須有適當之訴訟法制外，並必須對於從事審判事務之法官提供身分保障，以防止法官因身分之維持的疑慮，而不能本諸良心，超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉（憲法第八十條）。關於法官身分之保障，憲法第八十一條規定：「法官為終身職。非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸。」此為貫徹審判獨立原則所需配套之制度性規定。經數十年之發展，關於審判獨立原則及法官身分之保障，在司法院下之司法系統已逐步獲得確信與實現。

然在軍事審判系統，由於軍事法院隸屬於國防部，以及軍政軍令上的需要，就如何確保軍事審判之獨立，以及軍法官是否亦應與隸屬於司法院之法官一樣受到相同之身分保障，因一時尚未有一致之共識，所以，在相關之軍事法規尚有與法官身分之保障不盡符合之法令。於是，引起該與法官身分保障規定不符之軍事法令，是否有牴觸憲法第十六條關於人民之訴訟權保障及同法第八十一條關於法官之身分保障等規定的疑義。關於上開疑義，釋字第四三六號解釋之解釋文釋稱：「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，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。」其意旨，除審檢分立外，在於「貫徹審判獨立原則」，並確保「參與審判軍官之選任標準及軍法官之身分保障」。

### 參、軍法官之服役最大年限或年齡

軍法官具有軍人身分，所以其服役年限有陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）之適用。常備軍官預備役人員得視軍事需要，依志願再服現役一年至三年，期滿仍依軍事需要及其志願繼續服現役（服役條例第十三條第二項參照）；預備軍官預備役人員，自起役之日起，志願服現役者，其期間，預備軍官為一年至五年。期滿後，得依軍事需要及志願，以一年至三年為一期，繼續服現役。（服役條例第十九條第二項參照）。常備軍官與預備軍官應召再服現役人員，於再服現役期滿時，予以解除召集（服役條例第十七條及第二十一條參照）。前述自願再服現役者屬於志願留營者，依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）第七條第一項規定，其服役期限，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。至預備軍官則需服現役滿六年，在現役期間，績效優良，始得依志願轉服常備軍官現役（服役條例第二十二條參照），並繼續服現役至最大年限或年齡。關於最大年限或年齡，服役條例第六條第一項規定，「軍官 服現役最大年限或年齡如左： 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。」上開規定依服役規則第九條，亦適用於經考試院特種考試及格人員之志願入營者。

按任期保障為法官之身分保障的重要內涵。任期之身分保障的意義為：在任期中，關於撤職或其他懲處皆應依懲處之相關規定為之。而如無任期保障，即可無條件予以解任。惟服役條例及服役規則之相關規定使軍法官一直受有服役

期限之限制。由此可見，該限制與釋字第四三六號解釋對於軍法官應提供身分保障，以確保軍事審判獨立之解釋意旨不符，有損應受軍事審判之軍人受憲法第十六條保障之訴訟權。關於任職期限之保障，憲法第八十一條前段雖規定：「法官為終身職。」然由於給予軍法官終身職之保障在適用上確有困難，是故，關於軍法官之任職期限的身分保障部分，憲法第八十一條前段關於法官為終身職之規定對於軍法官之準用，自當限縮至與一般公務人員相同之退休年齡，始為妥當。