

釋字第七〇四號解釋 協同意見書

大法官 湯德宗

聲請人陳信呈於民國九十年間參加特種考試軍法官考試，經錄取後依其時軍法官考試規則第九條之規定，向所隸團管區申請志願入營，於九十一年三月三十一日以現役軍人身分接受訓練，訓練期滿成績及格，由考試院發給及格證書，並由國防部分發至所屬北部地方軍事法院桃園分院檢察署擔任軍事檢察官，歷任中部地方軍事法院檢察署檢察官、北部地方軍事法院桃園分院軍事審判官。嗣因志願入營期限將於九十四年三月三十一日屆滿，國防部告以應於九十三年十月十五日前申請志願留營，否則屆期應辦理退伍。聲請人未依限申請志願留營，國防部陸軍司令部遂核定聲請人自九十四年三月三十一日零時起解除召集，並依陸海空軍軍官士官任職條例第九條第一款免除其現役軍官職務。聲請人不服解除召集，提起行政爭訟，迭經臺北高等行政法院九十四年度訴字第二八九七號、最高行政法院九十七年度判字第三〇三號判決（確定終局判決一）駁回在案。

另，聲請人於九十三年十一月二十三日向桃園分院申請以文職任用並銓敘文官職等，未獲答覆；於同年十二月二十五日再向國防部人力司提出相同申請，逾兩個月未獲答復，

¹乃提起行政爭訟，迭經臺北高等行政法院九十四年度訴字第
三〇八四號判決（確定終局判決二）、最高行政法院九十六
年度裁字第三一八九號裁定駁回在案。

九十九年五月聲請人以前揭「解除召集」與「文職任用」
兩案之確定終局判決所適用之法令，含軍事審判法第十二
條、第二十三條與第二十四條，陸海空軍軍官士官服役條例
（下稱服役條例）第十七條，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（下稱服役規則）第七條與第九條（聲請書誤植為第十
一條）及八十九年七月十四日修正公布之特種考試軍法官考
試規則（下稱軍法官考試規則）第九條規定等，有抵觸憲法
第八十條、第八十一條及司法院大法官釋字第四三六號解釋
等之疑義，一併聲請本院解釋憲法。

本席贊同並協力形成本件可決之多數，宣告服役條例第
十七條及服役規則第七條，適用於後備役軍官經軍法官特考
及格，取得軍法官資格後，需申請志願留營經核可，始得續
任至（其官階之）最大服役年限（齡）之部分，有違憲法第
八十條審判獨立之憲政原理及憲法第十六條保障人民訴訟
權之本旨，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，不
再適用於上開類型軍事審判官。有關機關應於上開期限內，

¹ 參見行政程序法第五十一條第一項（「行政機關對於人民依法規之申請，除法規另有規定外，應按各事項類別，訂定處理期間公告之。」）及同條第二項（「未依前項規定訂定處理期間者，其處理期間為二個月。」）

依本解釋意旨，修正相關法律，明定上開類型軍事審判官志願留營甄選之標準及應遵循之正當法律程序。由於本號解釋牽涉廣泛，為尊重人民「知的權利」，促進公共思辨，並為便利有關機關妥適修法，爰提出協同意見書如下。

一、本件乃介於「應受理」與「應不受理」之間的案件

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」。對照同條其他項款之規定可知，人民以確定終局裁判聲請本院解釋憲法，乃以其憲法所保障之（基本）權利受有侵害，並窮盡訴訟途徑而未獲救濟作為前提。本件聲請人既未依限期申請志願留營，無異於放棄續任軍事審判官之機會（主觀權利），與申請未獲核准，致不克續任軍事審判官的情形不同。嚴格言之，尚不能認為其憲法上所保障之服公職權或工作權遭受侵害。準此，本件確可不予受理。

然，大法官幾經審議，最後決議受理。實因本件所涉問題-- 軍事審判官應否為憲法第八十一條之法官，而享有終身職保障，以及軍事審判官應否概以文職任用-- 具有憲法上之重要性，而有解釋釐清之價值。

二、本件解釋乃以本院釋字第四三六號解釋為基礎

本件僅受理聲請人不服「解除召集」之部分²，就八十八年軍事審判法修正後之軍事審判官「身份保障」有關規定進行檢討，堪稱本院釋字第四三六號解釋之續篇。

本院前在八十六年應立法委員蘇煥智等五十八人之聲請，作成釋字第四三六號解釋，對軍事審判制度之合憲性作出釋示：

憲法第八條第一項規定，人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序不得審問處罰；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。又憲法第九條規定：「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，非謂軍事審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

² 至於「文職任用」部分則不予受理，詳見本件解釋理由書第四段。

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，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。

細繹前揭解釋可知：

1. 該號解釋乃以憲法第八條（正當法律程序³）、第十六條（訴訟權⁴）、第七十七條（司法院定位）及第八十條（審判獨立）為裁判之基礎。尤其刻意將憲法第七十七條及第八十條內涵之價值，提升為「司法權建制之憲政原理」，而避免援引憲法第八十一條。

2. 承認憲法第九條⁵乃對於現役軍人犯罪所設之特別訴訟程序（以別於憲法第八條之一般訴訟程序），但軍事審判

³ 關於正當法律程序(Due Process of Law)於我國憲法上之發展，詳見湯德宗，〈論憲法上的正當程序保障〉，收於氏著《行政程序法論》，頁167～209（2003年10月）。

⁴ 「訴訟權」之主要內涵計有：「接觸利用法院的權利」、「法院組織保障」及「訴訟程序保障」，詳見湯德宗，〈憲法解釋與訴訟權保障--以公務員保障與懲戒為中心〉，載《憲政時代》，第30卷3期，頁353～389（2005年1月）。

⁵ 憲法第九條：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」。

機關對於軍人之犯罪並無專屬審判權，不能全然脫離憲法第七十七條之司法審判體系。爰具體釋示：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。

3. 軍事審判之建制，憲法未有明文，固得以法律定之，惟立法之裁量須受憲法之限制。亦即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；爰具體宣告其時軍事審判法第十一條（國防部為最高軍事審判機關），第一百三十三條第一項、第三項（軍事審判機關長官有判決核可權及覆議權），及第一百五十八條（軍事審判庭之組成須簽請軍事長官核定）等規定，應限期（二年）失效。

4. 最後並教示有關機關：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，應併檢討改進。

本件解釋庚續釋字第四三六號解釋之意旨，依據「審判獨立之憲政原理」及「正當法律程序」，宣告後備役軍法官申請志願留營，須經「核可」始得續任至最大服役年限（齡）之規定，違憲。

三、大法官應謹守釋憲分際，避免攘奪立法權

司法院大法官就憲法所為之「解釋」，與立法者（或制憲者）所為之立法「裁量」，本質上皆涉及價值「判斷」。但兩者因為憲法所賦予之功能不同，職司憲法解釋的大法官關於制度抉擇（含體制改革）問題，只應扮演有限的角色(a limited role)，劃出憲法所不許之底線，而由具有民意基礎的政治部門（總統與立法院）承擔制度形塑（改造）的主要責任。蓋大法官解釋憲法須有所本，例如憲法之明文（文義解釋）、制（修）憲之史料（歷史解釋）、憲法整體結構（體系解釋）、及大法官憲法解釋之先例（解釋先例拘束原則）等，且僅能判斷系爭法規範是否為憲法所「容許」，而非判斷系爭法規範是否「明智」或是否「已臻至當」。釋憲者必須時時警醒，避免刻意或不經意地以自我的價值偏好，取代立法者（含制憲者）的價值選擇。此不僅為權力分立原則(Doctrine of Separation of Powers)之精義-- 憲法上各個平行的權力部門應相互制衡，並相互尊重；⁶抑且為釋憲司法機關避免捲入政治紛爭，以維審判獨立所必要。⁷

⁶ 是即本院釋字第三號解釋所謂「五權分治、平等相維」之深義。

⁷ 此堪稱法治先進各國之釋憲共識。例如，美國歐巴馬總統為推動健保改革，於前(2010)年三月與國會協力通過 Patient Protection and Affordable Care Act (124 Stat. 119, 俗稱 Obamacare)，引發強烈憲法爭議，尤其是聯邦政府能否立法強制人民購買健康保險，並以停止撥給聯邦補助款作為手段，迫使各州配合大幅擴大 Medicaid 之救助範圍。今(2012)年六月底聯邦最高法院作成判決 National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U. S. _ (2012)。首席大法官 Roberts 主筆之全院意見書明確宣示釋憲之角色認知：“**We do not consider whether the Act embodies sound policies. That judgment is entrusted to the Nation's elected leaders. We ask only whether Congress has the power under the Constitution to enact the challenged provisions.**”又，“Proper respect for a co-ordinate branch of the government” requires that we strike down an Act of Congress only if “the lack of constitutional authority to pass [the] act in question is clearly demonstrated.” United States v. Harris, 106 U. S. 629, 635 (1883). **Members of this Court are vested with the authority to interpret the law; we possess**

如何適切地維護軍事審判獨立，闡明憲法所揭示的最低要求，而不越俎代庖，攘奪立法裁量空間，考驗著全體大法官的智慧與學養。同仁大法官有謂應變更釋字第四三六號解釋，將軍法審判完全改隸於司法院，並使軍法官概為憲法第八十條（獨立審判）與第八十一條（終身職保障）之文職法官者，惟多數大法官本於前述「釋憲者非立法者」之角色認知，並以憲法相關條文確實無法推知「軍事審判須完全隸屬司法院」之結論，爰未採納該項提議。

雖然如此，妥協折衷的結果，本件解釋理由書中難免有晦澀之處，乃需予澄清。另一方面，本件解釋既僅宣示憲法之最低要求，斷無阻止政治部門採取進一步改革之意。本席以為，將軍法審判完全改隸於司法院，並使軍法官概為憲法第八十條（獨立審判）與第八十一條（終身職保障）之文職法官，並非憲法所不許。惟「非憲法所不許」畢竟不等於「憲法所要求」，在本件解釋所釋示之審判獨立所要求之最低限度以外（之上），是否及如何謀求制度改進，原涉諸多選項，乃民選政治部門應為之抉擇，並應就其抉擇向選民負起政治責任。釋憲機關守護憲法則非謹守憲法分際，無以維持審判獨立。

neither the expertise nor the prerogative to make policy judgments. Those decisions are entrusted to our Nation's elected leaders, who can be thrown out of office if the people disagree with them. It is not our job to protect the people from the consequences of their political choices."

四、本號解釋之解讀

本件解釋文指示：「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」。為貫徹解釋意旨，需能超越折衝妥協之斧痕，正確解讀解釋內容。

1. 本件解釋要義

本件解釋實際乃以「軍法官不必為文職」，且「軍法官非憲法第八十一條之（終身職）法官」為前提，宣示「為確保審判獨立，軍事審判官仍須享有一定之身分保障」，進而具體挑別現行軍事審判官須經「審核」始得服役至（其官階之）最大年限（齡）之規定，既欠缺足以保障其審判獨立之「甄選標準」（免職事由），亦未有合乎正當法律程序之「程序保障」。

2. 何謂「上開類型軍事審判官」

現制下，經軍法官特考取得資格，而職司軍事審判之軍事審判官，依其役別計有四類：

A. 現役常備軍官。現役常備軍官⁸經考試取得軍法官資格者，得依服役條例第五條⁹、第六條¹⁰之規定，服役至其軍階之最大年限（齡），其間無需經核可。

B. 現役預備軍官。不同於現役常備軍官，現役預備軍官¹¹之服役期限應依服役條例第十九條規定¹²辦理。現役預備軍官經考試取得軍法官資格者，服役滿六年後，¹³得申請志願轉服¹⁴常備軍官，經核可後，始得依服役條例第五條、第六

⁸ 現役常備軍官，係指依志願考取軍事院校，完成軍官養成教育後服現役之軍官。參見兵役法第七條第一款。

⁹ 服役條例第五條：「軍官、士官除役年齡如左：一、下士、中士、上士五十歲。二、士官長五十八歲。三、尉官五十歲。四、校官五十八歲。五、少將六十歲。六、中將六十五歲。七、上將七十歲。（第一項）一級上將除役年齡，不受前項第七款之限制。（第二項）」

¹⁰ 服役條例第六條：「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。（第一項）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。（第二項）一級上將服現役最大年齡，不受第一項第九款之限制。（第三項）」

¹¹ 現役預備軍官係指依志願考取軍事院校，完成數個月的軍事專業訓練後服現役之軍官。參見兵役法第七條第二款。

¹² 服役條例第十九條：「預備軍官、預備士官，自起役之日，服預備役或依法召服現役，其規定如左：一、服預備役期間，依兵役法及其施行法之規定，召服現役。二、服預備役或現役或合計未滿十年者，服第一預備役；十年以上未滿二十年者，服第二預備役；二十年以上者，服第三預備役。（第一項）預備軍官、預備士官，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，預備士官為一年至三年。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。（第二項）前項人員志願留營入營甄選服役規則，由國防部定之。（第三項）」

¹³ 參見服役條例第二十二條：「預備軍官服現役滿六年、預備士官服現役滿四年，在現役期間，績效優良者，於軍事需要時，得依志願轉服常備軍官、常備士官現役。」

¹⁴ 其應按「預備軍官預備士官志願轉服常備軍官常備士官作業規定」(95/12/01)進行審核。

條規定服役至其軍階之最大年限（齡）。是現役預備軍官之軍法官得服役至其軍階之最大年限（齡）前，須經一次核可。

C. 後備役常備軍官。後備役常備軍官¹⁵（本件聲請人屬之）經考試取得軍法官資格者，依軍法官考試規則第八條第一項¹⁶規定，應辦理志願入營，通過服役規則第六條¹⁷所定甄選標準後，始得服現役；其服役期限以三年為一期，¹⁸期滿後得申請志願留營（按：條文用語為「繼續服現役」），經核可後，得服役至最大年限（齡）。¹⁹是後備役常備軍官軍法官於得服役至其軍階之最大年限（齡）前，計須經兩次核可（分別於申請「志願入營」及「志願留營」時）。

D. 後備役預備軍官。後備役預備軍官²⁰經考試取得軍法官資格者，依軍法官考試規則第八條第一項規定，應辦理志

¹⁵ 後備役常備軍官係指依志願考取軍事院校，完成軍官養成教育後未服現役之軍官。參見兵役法第二十七條第一款。

¹⁶ 軍法官考試規則第八條第一項：「本考試錄取之後備役軍官，須符合陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則所訂甄選標準之規定，自接獲錄取通知之日起，限二個月內向所隸後備司令部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，廢止受訓資格。」

¹⁷ 服役規則第六條：「軍官、士官志願入營甄選標準如下：一、年齡：上尉三十五歲以下，中尉、少尉三十歲以下，士官三十五歲以下。二、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。三、考績考核：離營前最後一至三年均在甲等以上，且考績品德分項評鑑在甲等以上。四、學歷：須符合原軍種、官科、專長、階級及職務之需要標準。五、品德：須未受徒刑、拘役、保安處分、強制戒治、感訓處分、觀察勒戒等裁判之宣告。六、智力測驗：一百分以上。」

¹⁸ 參見服役規則第七條第一項：「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。」

¹⁹ 參見服役規則第七條第一項但書（同前揭註）。

²⁰ 後備役預備軍官係指依志願考取軍事院校，完成數個月的軍事專業訓練後未服現役之軍官。參見兵役法第二十七條第三款。

願入營，通過服役規則第六條所定甄選標準後，始得服現役；服役年限亦以三年為一期；三年服役期滿後，得辦理志願留營，²¹通過服役規則第三條²²所定甄選標準，並經權責長官核定後，²³得再以一年至三年為期，繼續服現役，俟志願留營滿三年（即自自願入營起算，服役屆滿六年）時，始得申請志願轉服常備軍官，²⁴經核可後，始得依服役條例第五條、第六條規定，服役至其軍階之最大年限（齡）。是後備役預備軍官軍法官於服役至其軍階之最大年限（齡）前，須經三次核可（分別為申請「志願入營」、「志願留營」及「志願轉服」時）。上述四種類型軍法官之核可歷程，略如【圖一】所示。

本號解釋既在挑剔現行軍事審判官猶須經「審核」始得服役至（其官階之）最大年限（齡）之規定，則前述 B, C, D 三類軍事審判官皆需經（一至三次）「審核」，始得服役至（其官階之）最大年限（齡），理當俱有本件解釋之適用。惟 B 類軍事審判官係依據「預備軍官預備士官志願轉服常備軍官

²¹ 參見服役規則第七條第二項：「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。」

²² 服役規則第三條：「軍官、士官志願留營甄選標準如下：一、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。二、考績考核：最近一至三年均在甲等以上，且考績品德分項評鑑在甲等以上。三、學歷：須符合原軍種、官科、專長、階級及職務之需要標準。四、智力測驗一百分以上。但中華民國九十五年十一月十三日修正之條文施行前，已在營軍官、士官之智力測驗達九十分者，不在此限。」

²³ 參見服役規則第五條第一項（「軍官、士官志願留營，應於服現役期滿三個月前，向服役單位提出申請，由服役單位陳報權責長官核定。志願留營人員核定權責如下：一、軍官及士官長，由編階中將以上單位主官核定。二、上士，由編階少將以上單位主官核定。三、中士及下士，由編階上校以上單位主官核定」）。

²⁴ 參見服役條例第二十二條（同前揭註 13）。

常備士官作業規定」(95/12/01)進行審核，該作業規定非屬聲請人聲請解釋之確定終局判決所適用之法令。故本件解釋文及理由書所謂「上開類型軍事審判官」實際僅指前述 C 與 D 兩類經軍法官考試及格，實際從事軍事審判，而猶未經核准得服現役至最大年限（齡）之軍事審判官而言。

3. 軍事審判官志願留營甄選標準應如何修正

本案多數大法官雖同意：基於憲法第八十條之審判獨立憲政原理及憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨，「上開類型軍事審判官」雖非憲法第八十一條（受終身職保障）之法官，仍應享有一定之身分保障。惟關於表述之方式，則因妥協之結果，先是在理由書第一段正面表述為：「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」；繼而於理由書第三段反面表述為：現行甄選標準「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」。

前開表述不僅有欠明確-- 試問何謂「與受刑事或懲戒處分或監護宣告相當程度之法定原因」？甚且相互矛盾-- 「學識能力、敬業精神、裁判品質及品德操守」審查不合格，豈

為「與受刑事或懲戒處分或監護宣告相當程度之原因」？！

由於宣告法律違憲之解釋文須經全體大法官三分之二之可決，始得通過；²⁵而解釋理由書僅需全體大法官二分之一之可決，即得通過，²⁶解釋理由應僅得作為理解解釋文之參考。依本席之理解，所謂「上開類型軍事審判官亦應享有一定之身分保障」，應指：「軍事審判官固不以終身職為必要，仍應享有適當之身分保障，非受刑事或懲戒處分、監護宣告，或有法律列舉之不適任審判之原因，並經正當法律程序，不得免職」。

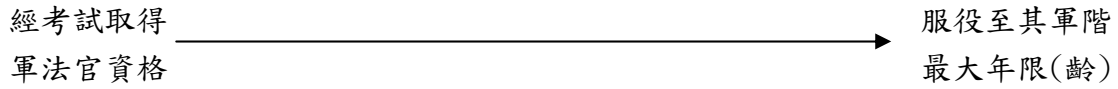
本件屬於相對困難之解釋，得來不易。民主發達速，一日行千里；法治進步緩，一步一腳印。世事多紛擾，國人其自珍。

²⁵ 司法院大法官審理案件法第十四條第一項：「大法官解釋憲法，應有大法官現有總額三分之二之出席，及出席人三分之二同意，方得通過。但宣告命令牴觸憲法時，以出席人過半數同意行之。」

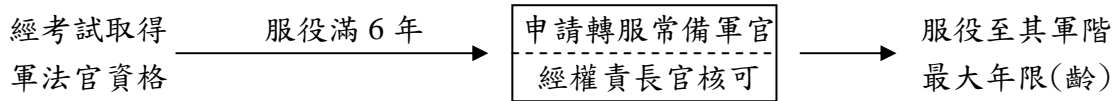
²⁶ 司法院大法官審理案件法施行細則第十六條：「關於解釋原則及解釋文草案之議決，依本法第十四條之規定行之。關於案件是否受理及解釋理由書草案文字之議決，以出席大法官過半數之同意行之。」

【圖一】軍法官任職歷程

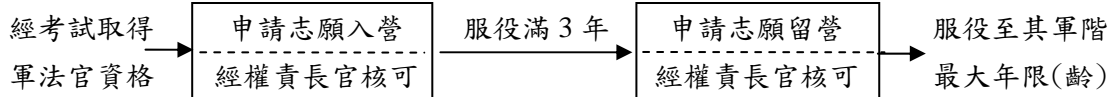
1. 現役常備軍官



2. 現役預備軍官



3. 後備役常備軍官



4. 後備役預備軍官

