

釋字第 0 四號解釋協同意見書

大法官 羅昌發

非現役軍人（包括後備役常備軍官及後備役預備軍官）經考試院特種考試及格志願入營服役擔任軍事審判官，依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）第七條第一項「後備役軍官 志願入營，服役年限，以三年為一期。但後備役常備軍官 再入營服現役期滿後，申請繼續服役，經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡」之規定，均須於入營後一定之服役期限期滿時再申請志願留營，且須經核定。其中後備役常備軍官服役期限為三年，三年期滿申請志願留營經核准者，始得繼續服現役至最大年限（齡）。而後備役預備軍官則於三年期滿申請志願留營經核准者，始得依其經核准之一至三年繼續服現役；並於各期限屆滿時再為志願留營申請，至前後經核准之服役年限滿六年時，始得繼續服現役至最大年限（齡）。其核定自願留營程序，包括填具「官兵志願留營申請書」，經政戰主管及主官依據體格、考績考核、學歷、階級、職務需要、員額配置及智力測驗等標準進行初審；並經保防官及人事部門主管進行複審；最後由編階中將以上單位主官核定。如未獲核准，則依陸海空軍軍官士官服役條例（以下簡稱服役條例）第十七條之規定，予以解除召集（服役規則第七條及服役條例第十七條適用於軍事審判官部分，以下合稱系爭規定）。此等核定程序雖非直接賦予相關單位或人員對個別之軍事審判案件進行干涉之權限，然軍事審判官為使自己得以順利獲相關初審、複審及核定人員之同意或核准，以便繼續留營擔任軍事審判官職務，可能揣摩相關人員意向或受軍中服從文化影響，而未能

本其良知及對法律的確信，依法獨立行使其審判職務。多數意見認為系爭規定與憲法第八十條法官獨立審判、第十六條人民訴訟權及軍事審判官身分保障等憲政原理不符。本席對此深表贊同。惟由於本件涉及相關憲法條文之內涵、各條文間之關係以及更根本層次的軍事審判體系歸屬問題，有進一步釐清之必要，爰提出本協同意見書。

壹、軍事審判官身分應受憲法保障之依據及保障程度

一、憲法第十六條人民訴訟權保障與軍事審判官身分保障的關係

- (一) 憲法第十六條規定：「人民有 訴訟之權。」軍人亦為憲法所稱之人民，自應受本條之完整保障。而本條所保障之人民訴訟權之內涵，包括人民於其權利受侵害時向法院循法定程序提起訴訟以獲得適當之救濟（本院釋字第四一八號、第六五三號解釋參照），以及人民遭起訴時得以充分防禦（本院釋字第五八二號解釋參照）；且包括人民「受公平審判之權」（亦即法院有為公平審判之義務；本院釋字第五九一號解釋理由參照）；更包括享有由「符合相當資格與素質之審判者」進行審判及應有符合「相當品質」之審判過程等內涵。其中所稱人民「受公平審判之權」，係指法律之規定以及實際審判之過程均應保障人民得以享有不受訴訟外因素之干預，且享有充分、專業、對等、迅速、無差別待遇的訴訟攻防機會。而所稱享有由「符合相當資格與素質之審判者」進行審判，係指審判者選任過程及淘汰機制應具備相當的嚴謹性，使法官有能力忠實的適用與解釋法律，以確保人民受公正審判之機會；所稱「應有符合相當品質之審判過

程」，係指訴訟的進行（包括案件之分案與管理、法庭之管理、訴訟之指揮等），均需具備相當品質（例如當事人不無端受審判者辱斥），以確保人民所受之審判，非僅符合形式上的公平，更符合實質上不偏不倚的公平機會。

- （二）人民尋求司法救濟、進行充分防衛、享有公平之審判等權利，需以完備的程序法（如民事、刑事及行政訴訟法）加以確保；而為使人民享有由符合相當資格與素質之審判者進行審判，及確保審判過程符合相當品質，則涉及審判者選任與養成過程及淘汰機制之建立。
- （三）軍人亦屬人民。其在憲法第十六條訴訟權之保障，不應因其軍人身分而有所差異。系爭規定實質上可能使有意繼續留營擔任軍事審判官職務者，揣摩相關人員之法律見解、量刑態度或其他立場，因而間接受政戰主管、主官、保防官、人事部門主管、單位主官影響，使其未能本其良知及對法律的確信，依法獨立行使其審判職務。系爭規定與保障人民應享有不受訴訟外因素干預之受公平審判權利，自有齟齬。系爭規定違背憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨，應屬明確。
- （四）由於系爭規定下的前述核定程序，性質上非屬針對審判者訂定資格與確保素質的選任與養成機制，亦非針對不適任之審判者所建立之淘汰機制，相關機關自應以憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨（包括選任及培養符合相當資格與素質之審判者進行審判及淘汰不適任之審判者），制定機制，確保所選任之軍事審判官符合相當資格，並維護與增進其素質，以確保受

軍事審判者享有公平審判及高品質訴訟程序。

二、憲法第八十條法官依法獨立審判與軍事審判官身分保障的關係

(一) 憲法第八十條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」此規定一方面揭示司法權獨立之原則；另一方面要求國家建立完備之制度以保障及維護審判之獨立（本院釋字第五三九號解釋參照）；再一方面則要求法官本此原則進行審判。軍事審判機關所行使者，亦為國家對人民之刑罰權，故屬司法權的一環（本號解釋理由書第一段及本院釋字第四三六號解釋參照），軍事審判官自屬憲法第八十條所稱之法官。故軍事審判官亦應超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉；國家自亦應建立完備之制度以保障及維護軍事審判之獨立。

(二) 系爭規定使軍事審判官可能受非審判因素之間接干擾，因而使其無法充分履行在憲法第八十條之下獨立審判且完全不受任何干涉之職責。且系爭規定亦非屬憲法第八十條所要求保障及維護審判獨立之完備制度。其自與憲法第八十條所揭示之原則有違。

三、憲法第八十一條法官身分保障與軍事審判官身分保障的關係

(一) 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。」此係法官身分憲法保障之直接規範。而法官身分保障之最終目的，亦係在確保及維護審判之獨立。法官在憲法第八十一條下之身分保

障，有雙層內涵。其一為首段的「法官為終身職」之保障。其二為「非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告（即現行法之『監護宣告』），不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸」之保障。多數意見以軍事審判官（原文為「職司審判者」）並不以終身職為必要，故不使軍事審判官適用終身職之保障；但同時亦認第八十一條後段所規定之「非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告（監護宣告），不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸」部分，係屬司法權建制之憲政原理重要內涵，而以之作為軍事審判官身分保障的基礎（本號解釋理由書第一段參照）。換言之，軍事審判官並非憲法第八十一條所稱之法官，而不受該條終身職之保障；然有關其免職及停職、轉任或減俸之情形，則受與一般司法機關法官相同的保障。本席對此部分，敬表贊同。

- （二）由於多數意見對於軍事審判官，認有憲法第八十條依法獨立審判之適用，但不適用憲法第八十一條有關終身職之保障；而有關軍事審判官不受任意免職、停職、轉任、減俸之保障，係基於憲政原理而引用憲法第八十一條後段之精神，是本號解釋隱含憲法第八十條與第八十一條所稱「法官」在範圍上有所不同。前者範圍較廣，包括法官及軍事審判官；後者範圍較窄，並不當然包括所有職司審判權責之人。有些職司審判之人，受憲法終身職之保障；有些則不受憲法終身職之保障。
- （三）本號解釋理由書第一段係嚴格要求「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」；然理由書第三段則除此等原因之外，另擴大其事由，包括「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」亦為去職之理由。多數意見並未針對此等擴大之事由，提供具體論述基礎。就此，本席贊同以「學識能力、敬業精神、裁判品質及品德操守」作為法官淘汰的原則；蓋如前所述，此亦屬憲法保障人民訴訟權內涵之一部分。然「學識能力、敬業精神、裁判品質及品德操守」等事由未必均與「受刑事或懲戒處分或監護宣告」之程度相當。此等事由，應比照憲法第八十一條後段有關停職的規範，亦即如以法律規定其具體不適任軍事審判職務之事由及明確構成要件，且其程序符合正當法律程序，即應可作為淘汰不適任軍事審判官之理由。而非概括的認定此等事由與憲法所規定「受刑事或懲戒處分或監護宣告」之程度相當。綜合言之，軍事審判官身分之保障並非絕對，在保障其獨立審判的前提下，為使人民訴訟權獲得充分保障，以法律訂定適當機制及程序，淘汰不適任之軍事審判官，應為憲法所許。

四、本號解釋範圍限於軍事審判官自願留營後一定期限必須經由之「核定程序」，違反憲法保障人民訴訟權之意旨、憲法有關法官依據法律獨立審判之規定及憲法有關保障軍事審判官身分之憲政原理。然除系爭之自願留營核定程序外，另有其他適用於軍事審判官之相關服役規定，亦可能影響其依法獨立行使軍事審判職務。例如服役條例第六條規定軍官服役最大年限分別為少尉、中尉

十年；上尉十五年；少校二十年；中校二十四年；上校二十八年。軍事審判官（包括後備役常備軍官及後備役預備軍官經考試院特種考試及格志願入營服役擔任軍事審判官，以及常備軍官擔任軍事審判官之情形），在該等最大年限之前，如未能晉升，即須依規定退伍而無法繼續擔任軍事審判官。軍事審判官為繼續留營並擔任審判職務，可能必須迎合晉升的各項條件，以便在年限內晉升；其結果可能使軍事審判官於行使審判職務時，參雜其他非法律因素之考量，而無法本其對法律的確信與良知，行使職務。又例如，軍事審判官與軍事檢察官之間之調動，尚缺客觀完整之規範。其結果可能造成軍事審判官為獲留任審判職務，避免受改調為軍事檢察官，而於其行使職務時，參雜其他考量，致無法獨立審判；且此種機制，亦有可能使軍事審判官之長官透過改調為軍事檢察官之權限，而間接影響審判之獨立性，並規避憲法對軍事審判官應有之保障。又軍事檢察官雖非憲法任何規定所稱之法官，然法制上除檢察一體之需求外，亦有確保其相當程度獨立性之必要。故相關機關在檢討軍事審判官保障時，對於其他足以影響審判獨立之規定，以及對於適當保護軍事檢察官獨立性之機制，亦應一併納入考量。

貳、軍事審判之憲法定位問題

- 一、重新檢視軍事審判在憲法定位之必要：國內長久以來仍有軍事審判權應否歸於一般司法體系下之爭議。由於國家進步、社會變遷及法律思維的發展，應有重新理解憲法相關規定及檢視現行體制之必要。且一國的審判制度（包括軍事審判體制）雖需維持安定性，但亦顯不可能

毫無檢討餘地或改進的空間。特別是立憲之前即已存在，立憲之後仍繼續維持的軍事審判體制，在建立數十年之後，仍發生士兵江國慶於民國八十五年間遭誣指性侵並殺害五歲女童；其並因遭違法取供，而自白認罪；且經軍事審判後，隔年速遭槍決之不幸案件。嗣經普通司法程序重啟調查，確認原來軍法追訴與審判程序等為一連串草率起訴、審判、執行死刑之冤案。本院實應借鏡此案，徹底重新檢視於憲法規範之下，對同為憲法所稱「人民」之軍人，究應有何種審判體制，以確保受軍事審判之軍人在憲法上之訴訟權，並符合憲法第七章「司法」之規範精神。

二、本號解釋不應構成對軍事審判體系歸屬問題之定論：本號解釋係宣告服役規則第七條及服役條例第十七條影響軍事審判官身分保障之部分為違憲。其雖「似」在肯認現行軍事審判體系歸屬於國防部之下的安排並不違憲的前提下所為的解釋；否則「似」不可能僅宣告軍事審判制度之極小部分（即系爭規定適用於軍事審判官部分）違憲，而未能觸及更根本的軍事審判體制問題，且「似」亦不可能於本號解釋理由書第三段僅小幅度的要求修正相關法律，明定適用於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。然本席認為，不宜以此形式邏輯的方式對本號解釋加以引伸。蓋軍事審判體系之歸屬，屬重大憲政問題；而本號解釋僅係在回應聲請人所主張軍事審判官欠缺身分保障以及因此發生違反憲法的問題。故本號解釋雖未觸及軍事審判體系歸屬的根本問題，但仍屬可以接受之結果。然對此結果，不應擴大解讀，而認本號解釋有隱含承認現行軍事審判體系歸屬國

防部之下為合憲之意旨。

三、憲法第九條應有之解釋

- (一) 憲法條文的解釋與法律的解釋類似，首均應尊重其表面文字所顯示涵義（表面文義；plain meaning）或其通常含意（ordinary meaning）。然憲法與一般法律亦有重要不同之處，憲法除屬於國家根本大法，為國家最重要之法律文件外，亦屬國家最重要的政治文件。故憲法之解釋亦應特別重視其不同章節間的脈絡關係（context），以確保憲政體制整體之合理性；且應重視時代演變及社會進步的需求，以確保特定憲法條文不至成為因循或妨礙進步的因素。
- (二) 憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」其正面的文義係在保護非現役軍人之人民，有不受軍事審判之權。且由該條係規定於憲法第二章「人民之權利義務」下之脈絡關係可知，本條「主要目的」係在保護人民；而非在提供建立軍事審判制度的憲法基礎。
- (三) 憲法第九條最大範圍之反面解釋，僅包括軍人在某些情況下可能受合於憲法精神的軍事審判。然其反面解釋，絕非意指軍事審判體系必然歸屬於在行政部門之國防部之下。換言之，憲法第九條所隱含承認軍人受軍事審判之「可能形式」，除如同現制在國防部之下設軍事法庭之外，另包括在司法機關之下設獨立於普通法院之外的軍事法院或軍事法庭、或在普通法院之下設軍事審判庭、或由普通法院刑事庭依軍事審判法進行審判等可能性。此等可能性，均在第九條表面文

義反面解釋的可能範圍內。由於此等可能性均屬表面文義反面解釋的範圍，故應另以憲法規定脈絡及反映時代演變及社會進步的需求等角度觀察，以確認何種解釋較符合憲法之現代意旨。

四、由憲法第二十三條與第九條間之脈絡而言

- (一) 憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」由於憲法第九條屬憲法第二章「人民之權利義務」中之一條，故應為第二十三條所稱「以上各條列舉之自由權利」之範圍。換言之，「人民除現役軍人外，不受軍事審判」之權利，除為憲法第二十三條所列之目的所必要者外，不得以法律限制。
- (二) 第九條規定在文義上雖不包括「現役軍人不受軍事審判」之權利，因而現役軍人無法直接適用憲法第二十三條之規定而排除受軍事審判。然軍事審判，畢竟屬於例外之情形。軍人亦為人民，其犯罪雖須受軍事審判，仍應受完整的法律保護，使軍人所受之「軍事審判」，在保障受審判者權利的內涵上，不至有實質上差異，始符合係法第二十三條之意旨。由於軍事審判體系設於行政部門之國防部之下，先天上即易造成軍事審判官受干涉的情形；且軍事審判官之選任、養成及素質之增進等，相較法官之選任、養成及素質的維持與增進，制度上亦居於劣勢。在此脈絡下，應認為軍事法庭設於國防部之下，較無法使受軍事審判者獲得實質上相當的保障，而與憲法第二十三條所得引伸之精神有違。

五、由憲法第十六條與第九條間之脈絡而言

- (一) 如前所述，憲法第十六條所保障之訴訟權，應包括人民「受公平審判之權」及享有由「符合相當資格與素質之審判者」進行審判及審判過程應符合「相當品質」。
- (二) 軍事審判體系置於國防部之下，本質上即易造成訴訟外因素直接或間接干預或影響審判的情形；且在國防部體系下，軍事審判官之選任與養成的過程，本質上即不易與在司法體系下法官之選任、養成過程及素質的維持與增進的嚴謹性與完整性相當（雖然現行司法官之選任與養成仍有諸多改進空間）。故現行設置在國防部之下的軍事審判體系，對於保護軍人受憲法第十六條訴訟權之保障，應有不足與缺憾。

六、由憲法第七章「司法」與第九條間之脈絡而言

- (一) 如前所述，軍事審判機關所行使者，屬國家刑罰權之一種，具司法權之性質。而憲法中規範司法權體制者，除第七章之外別無其他規定。故解釋憲法第九條的規定，自應考量此一層面的憲法結構。
- (二) 由於憲法並未在司法體系外明定特別的「法院體系」，故前述有關第九條可能的反面解釋可能性（在國防部之下設軍事法庭、或在司法機關之下設軍事法院或軍事法庭、或在普通法院之下設軍事審判庭、或由普通法院刑事庭依軍事審判法等）中，現行制度「在國防部之下設軍事法庭」的解釋，顯然與憲法第七章之規範結構有所扞格。其他解釋可能性（包括在司法機關之下設軍事法院或軍事法庭、在普通法院之下設軍事

審判庭、由普通法院刑事庭依軍事審判法等)始與憲法第七章「司法」規定意旨相符。

七、由因應時代演變及社會進步的需求而言

- (一) 如前所述，由於憲法屬於國家根本大法，故其不同規定間的脈絡關係如何合理解釋極為重要；另因其亦屬國民意志體現的重要政治文件，故憲法解釋不能脫離現實層面，而完全不顧時代演變與社會進步的需求。
- (二) 我國憲法係於民國三十五年十二月二十五日由國民大會通過，並於三十六年十二月二十五日施行。當時時空背景下，未能明確規範軍事審判的內涵；導致憲法第九條僅由保護非軍人之人民不受軍事審判之角度出發而為規範，並因而留下由國防部體系掌理軍事審判事務的可能解釋空間。惟由於國家民主化及憲政發展日益堅實，司法體制日益進步，而現行的軍事審判體系進步情形確係相對緩慢，導致如前所述全國上下均無法接受的士兵江國慶冤案。現階段應為重新檢視現行軍事審判體系歸屬於行政體系下的國防部是否與憲法意旨一致的適當時機。雖本號解釋未能朝此方向解釋，且雖軍事審判體系歸屬問題極為龐雜，然相關機關基於前述憲法意旨，自應積極研究將軍事審判體系回歸司法體系之相關問題及可行步驟，使軍人所受的審判之品質與一般人民相當，以維護軍人受憲法所保障的訴訟權。