

釋字第七〇四號解釋不同意見書

大法官 蘇永欽

本件解釋循本院釋字第四三六號解釋的論證，以「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」為審查基礎，認定陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則第七條的核准程序規定，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）的軍事審判官部分，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的規定，適用於相同情形部分，都有所不合。本席雖贊成其違憲的結論，但對本件爭議最關鍵的問題：軍事審判官是不是憲法上的法官，從而應依憲法第八十一條身分保障的規定來審查相關規定？完全避而不談，以致結論雖然相同，但形成結論的主要論旨難以相容，其差異不僅在於審查所據的條文或原則，實已涉及對於軍事司法體制的憲法底線的根本理解，恐不能僅以理由不同來表達，特簡書不同意見如下。

一、軍事審判應在憲法所定司法體制下運作

本件引起違憲質疑的法律命令，都與軍法官的身分保障有關，而憲法對於法官的身分保障即規定於第八十一條，如果軍法官是憲法上的法官，該條即是審查本案的主要基礎。因此這一點毫無疑問應該是最先決的問題。

憲法有關國家司法體制規定於第七章第七十七條到第

八十二條，修憲增訂了增修條文第五條，這七個條文都沒有關於軍事司法的任何規定，整部憲法只在第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」其語意邏輯也僅禁止非現役軍人受軍事審判，並未強制為現役軍人設軍事審判，從而設不設軍事審判，應屬立法裁量事項，殊無可疑。需要釐清的只是，如果立法者決定對現役軍人行軍事審判，該軍事審判是否仍須符合前述有關司法體制的規定？或者第九條所稱的軍事審判，既是專為現役軍人所設，即可不受一般司法體制的限制。換言之，憲法第九條與憲法規定的司法體制，應處於何種關係？釐清了這一點，有關軍法官是否受憲法第八十一條的身分保障，差不多就可得到清楚的答案。

依一般體系解釋方法，規定於權利義務章的第九條不會被當成司法體制章的「特別規定」，也就是說，得對現役軍人行使的軍事審判權，應該也要符合、而不能牴觸有關司法法院的職掌和組織（第七十七條到第七十九條、憲法增修條文第五條），法官的職權和身分保障（第八十條 第八十一條），以及司法院與各級法院組織的法律保留（第八十二條）等規定。立法者如果決定對現役軍人行軍事審判，只能在這些司法體制規定形成的框架裡去建制。如果制憲者或修憲者有意建制特別於上述體制規定的軍事司法體制，應該會和德國或韓國一樣，直接在司法專章中去作例外的規定（德國基本法第九十六條第二項、韓國憲法第一百十條可參），而不是通過第九條的反面解釋就空白授權立法者去創設一整套不受司法專章規定拘束的軍事司法體制。以我國憲法的高度體系

化—相對於較早期鬆散風格的憲法，比如美國憲法—，作這樣的解釋當然是反常的。

從第九條切入，認為立法者有權另外創設一套軍事司法體制，完全自外於制憲者在第七章建構的司法體制原則，在解釋方法上最多只能援用所謂憲法「預設理解」（Vorverständnis）的觀點，也就是說第九條提到的軍事審判，制憲者已有一定的理解，只是未行之於文而已。這樣的解釋方法，在最近日本因為引進裁判員制度而生的合憲性爭議中，東京高等裁判所於西元二〇一〇年四月二十二日平成二十二年第四二號判決就曾經用過：「憲法就下級法院之構成並未另有直接規定（憲法第七十六條第一項規定為『依法律規定』），故並未禁止法官以外之人亦成為下級法院之構成員。另外從與憲法同時制定的裁判所法第三條第三項亦規定不妨就刑事設陪審制度，且相對於舊憲法（大日本帝國憲法）第二十四條保障受『法官審判』之權利，現行憲法第三十二條則保障受『法院審判』之權利，故憲法制定當時立憲者的意圖，明顯允許國民參加審判，或至少未加以排除。」便是舉制憲時的法律印證其為制憲者對「法院組織」的預設理解。在中華民國八十四年本院審理羈押權爭議時，相關機關係法務部也曾用相同方法，主張憲法第八條所稱的「法院」應涵蓋檢察機關：「就制憲背景而言，以立憲當時檢察官配屬法院及逮捕拘禁機關多為警察機關之事實，憲法第八條第二項前段規定之『法院』，應指包含檢察機關在內之廣義法院；況自民國十六年建立檢察官配置法院之體制，雖歷經法院組

織法之制定及多次修正，迄今均未改變，則上開『法院』之應包括檢察機關，要無疑義。」（釋字第三九二號解釋理由書可參）但預設理解的解釋觀點最多只能當成輔助的論點，此處如果僅從第九條提到「軍事審判」，印證制憲時的軍事審判制度，即主張可在司法專章外導出另一套不受其拘束的軍事司法體制，在方法上當然是過於單薄而難以成立。更不要說這種所謂預設理解只是一種非常間接的歷史解釋方法，不僅無法直接證明制憲者的主觀意圖，而且因為在文義體系上完全無法外顯，時間越久遠，其說服力也越減弱，最終還是要回到憲法文本及其內蘊的價值，本院在第三九二號解釋理由書末段即闡明此點，未採法院內含檢察機關的預設理解：「憲法並非靜止之概念，其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中，依據抽象憲法條文對於現所存在之狀況而為法的抉擇，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用上問題。從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要；但憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定。」

由此可見，從憲法第九條要解釋出第二元司法體制的空間，實在非常困難。憲法文本勉強可以找到的另一條線索，就是第三十九條有關總統宣布戒嚴的規定，本院釋字第二七二號解釋也以憲法預設理解的觀點解釋戒嚴：「戒嚴為應付戰爭或叛亂等非常事變，維護國家安全、社會安定之不得已措施，在戒嚴時期接戰地域內普通法院不能處理之案件，均由軍事機關審判，此為憲法承認戒嚴制度而生之例外情

形，亦為戒嚴法第八條、第九條之內容。」但即使加上戒嚴的規定，也只能肯認在戒嚴地區例外得由軍事機關對非現役軍人行使審判權的制度，要排除憲法第七章的適用，恐怕還力有未逮。

二、本院釋字第四三六號解釋有變更的必要

從這個角度來看本院在民國八十六年通過的釋字第四三六號解釋，便不難看出論證的左支右絀，對於軍事司法體制長期存在的現實，確實作了不小的妥協。面對聲請立法委員的質疑：「軍事法庭所掌理者係刑事訴訟案件，應歸屬司法性質之機關審理。然而現行之軍事審判法第八條至第十一條當中規定，以各級司令部或與其同等之軍事機關為軍事審判機關，並以國防部為最高軍事審判機關，將軍事審判權隸屬於國防行政權之下，使行政性質的軍事機關兼掌刑事司法權，違反法治國家的分權原則，並抵觸憲法第七十七條之規定。」本院必須釐清軍事審判在憲法第七章規定的司法體制下，有多大的形成空間。

該號解釋先說：「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。」把第九條的軍事審判定性為第七章完全未觸及的「特別訴訟程序」，則第七章的規定對於行軍事審判者應該完全可以適用才是。但筆鋒一轉，又說：「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。」顯然認為第七章對於軍事審判體制的沈默，並非已作成一元化司法體制的決定，而毋寧是對立法者的留白，立法者可以另外建制軍事司法體制，憲法第七章的規定即無適用餘地。此一沈默留白的解釋，不僅在方法上十分牽強，也使得前面只是「特別訴訟程序」的定性變得毫無意義；立法者顯然可以在特別訴訟程序以外，建構完全不受司法院管轄的審判權，並把審判權交給不受憲法第八十條、第八十一條規範的軍法官。從現役軍人也是人民，與其他人民一樣享有第八條、第十六條的基本權保障出發，如何合理化現役軍人所受的審判完全脫離憲法第七章的規範，成為司法的化外之民？

釋字第四三六號解釋在方法上的創新，即在一方面採用解釋上最牽強的沈默留白說（憲法預設理解），另一方面又從憲法第八條和第十六條的共同基礎出發，認為立法者裁量形成的軍事司法體制仍應符合正當法律程序的最低要求，其對軍人權利的限制並須符合比例原則。軍事審判也「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」，換言之，這第二元的軍事司法體制，雖不在第一元的普通司法體制之下，但仍應基於相同的「憲政原理」來建構。因此立法者的裁量仍然有其界限，大法官也就可以在正當程序、比例原則和這些憲政原理的基礎上去審查軍事司法體系。雖然抽象了一點，總算還是有大致的方向可循，有點身軀各行其是，精神常相左右的意思在裡面。可惜就在建構此一解釋方法的第一案，操作起來就讓人有點丈二金剛摸不著頭腦。

因為該解釋在鋪陳了上述大前提後，接著就說：「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。」軍事審判法違憲的理由，突然又和憲政原理無關，而在兩套審判體系沒有接軌，從那個前提怎麼推出這個結論，恐怕沒有幾個人真的讀得懂。孫森焱大法官說得最直白：「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；第九條則規定人民除現役軍人外，不受軍事審判。茲解釋文謂在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告逕向普通法院之法律審請求救濟。反面言之，其經軍事審判機關宣告拘役之案件，仍得在

軍事審判訴訟程序中判處有罪確定，亦即軍事法庭亦屬憲法第八條第一項規定所謂「法院」之列。然則何以經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之刑之案件，非得由普通法院之法律審為最後之審理不可？其界限如何劃定？憲法原理之依據何在？殊欠明瞭。」司法機關的決定貴在釐清法律關係，提高可預見性，如果這種既不堅持一元，又不放心二元的解釋，反而讓人找不到方向，要這樣的解釋有何用？果然解釋文再大筆一揮，要有關機關「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。」十五年後，球又踢回到本院，所謂軍法官身分保障的檢討改進，再度面臨考驗。本件解釋再次用「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」來審查有關軍法官身分的法制，仍然無法確知從第七章的規定可以抽繹出什麼憲政原理來作審查基礎：終身職保障？免職的高門檻？現行經考試院特種考試及格的志願入營有固定役期的軍法官，未獲准留營算不算免職？解釋理由勉強抽出來的憲政原理只有兩點：第一，「如同法官身分之保障與一般公務員不同，軍事審判官身分之保障亦應有別於一般軍官」；第二，「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；非依法律，不得停職、轉任或減俸」，勉強算是和憲法第八十一條規定的身分保障在精神上常相左右了，也就

從這個憲政原理出發，先認定系爭規定「未因其審判官之身分而有特別考量」，再說「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」，而核定程序又不符合正當法律程序，且未達到「有與受刑事或懲戒處分或監護宣告相當程度之法定原因」，即得出違憲的結論。孫森焱大法官讀到這裡，會不會再問，憲法第八十一條的終身職保障寫得這麼斬釘截鐵，為什麼不在「司法權建制之審判獨立憲政原理」範圍，殊欠明瞭！

本席完全尊重第四三六號解釋在一元論和二元論中間執兩用中的智慧和苦心，但如果事實證明，偏離正常解釋方法的結果不僅減弱了解釋對憲政機關運作的指引功能，實際上也延宕了軍事司法回應社會變遷原可期待的大幅改革，這樣的妥協即不符合憲政主義的要求。本席當然不認為解釋憲法的本院可以輕率變更解釋，動搖社會對憲法解釋穩定性的期待。但解釋經過相當時日，如果所規範的社會領域和相關法制都已有重大變遷，變更解釋反而更有助於憲法的成長，提高社會對憲法的認同（本院釋字第四三九號、第五五六號解釋可參）。十五年後的今天，再審視社會的變化，不論人權意識的不斷提高，軍隊角色的社會化，乃至兵源結構的調整（政策上已確定將從徵兵轉為募兵），都不可謂不大，相關法制方面，特別權力關係的進一步解構（本院釋字第四八三號、第六五三號及第六八四號解釋可參），緊急法制改以更具實效也更符合民主原則的緊急命令為重心（憲法增修條文第二條第三項參照），乃至人民訴訟權保障的不斷強化，

也都提供了足夠變更第四三六號解釋的正當性。現在應該是回到憲法依正常解釋應採的一元司法體制，最好的時機。本件多數意見未能掌握這個時機，實在可惜。

三、軍法官不受法官終身職保障的解釋空間

回到一元論的解釋，現役軍人既是人民，而應受到憲法第八條、第十六條的保障，為現役軍人設置的軍事審判制度，其行使審判權的機關當然就是第八條的法院，作為其成員的軍法官當然就是憲法上的法官，在職務上應該獨立，不得受到干預，有憲法第八十條為其依據，在身分上則應受到憲法第八十一條的保障：「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。」憲法既沒有就軍事法院和軍法官規定任何例外，立法者逕自創設的任何例外，當然就抵觸了憲法。除非憲法的規定本身，還保留了解釋的空間。

實務上可以找到的空間，剛好就存在於憲法第八十條和第八十一條之間，兩條所稱的法官是不是同一？基於憲法第八條、第十六條在憲法價值上的重要性，相對而言，憲法第八十條的審判獨立反而應視為落實此一價值的工具原則，而憲法第八十一條有關法官身分保障的規定，本身更不具太多的目的性，而只是落實第八十條獨立審判原則的工具制度。從這兩層的目的工具關係切入，對於工具規定即有從「合目的性」角度解釋的空間，法官的界定因此不必永遠合一，有些例外的不合一，若無礙於目的的實現，便是立法裁量的空

間。也就是說，只要是法官，都有依憲法第八十條依據法律獨立審判的義務、在職務上也應受到獨立不受干預的保障，但立法者在一定情形，不排除創設出某種法官因事物本質而不需要受到第八十一條的身分保障，只要同樣能乃至更能落實憲法第八十條的獨立審判原則，也同樣能或更能落實人民的訴訟權保障，對此類法官排除第八十一條的身分保障，便不構成違憲。

本院在解釋上，考量規範領域的複雜性，在職業法官外還肯認了某些非職業法官行使一定審判權的合憲空間，這些非職業法官在行使審判權時應該就是憲法第八十條的法官，而有依法獨立審判的義務，並應保障其不受任何干預，比如釋字第三七八號解釋中的律師懲戒覆審委員會，「所為之決議，即屬法院之終審裁判」，因此其中的檢察官、律師和學者「於行使職權時實質上亦與各該法院法官享有同等之獨立性」，但這些不以行使此一審判權為業者在身分上不受第八十一條的保障，同樣能甚至更能落實審判獨立的原則，因此排除其適用，完全不會有違憲之虞。未來我國如引進某種人民參與審判的制度，這些「素人」審判者也同樣只是第八十條的法官而非第八十一條的法官，至少就此部分全無違憲之虞。

同樣的，大陸法系國家多以國家考試選任法官，制度上即有通過試用始完成最終選任的必要（即德國所謂Richter auf Probe），對這類尚不確定完全適任的法官，若即給予第八十一條的完整保障，反而違反事物的本質，最終也違反了

人民訴訟權的保障。因此除非否定立法者在此處選任制度上的立法裁量空間，否則也只能依其合目的性的考量，肯認第八十一條的限制適用，真正決定試用制度（我國現行法下即候補與試署法官）是否合憲的主要測試，還是基於人民訴訟權所生的公平審判給付義務，這些試用法官被賦予的審判權是否恰如其分。因此排除試用法官適用憲法第八十一條，尚不至於當然違憲。

和本案比較相關的，就是既非非職業法官—確實以此為業—，也非試用法官—已賦予完整的審判權—，而為某種在一定期限內行使審判權的法官（即德國所謂Richter auf Zeit），有沒有因更合目的而合憲的空間？會不會直接牴觸了憲法的終身職保障？本席以為，這正是憲法第八十一條的重要決定：「法官為終身職」，立法者或可保有創設非職業法官在一定範圍行使法官職務的空間，以及非正式法官在正式任職前一定時期內行使有限法官職務的空間，但如果立法者還可以針對職業法官行使完整法官職務，也裁量給予一定期限的限制，這個條文就成了百分之百的具文了。此一終身職保障的意義如何正確詮釋是另一問題，其保障在現代社會是否過度，法律政策上也一定還有討論的空間，但除非修憲，立法者沒有擅自規定法官任期的權限。此所以早期有關本院大法官設有任期的規定，曾引起大法官是否憲法上法官的疑義，憲法增修條文第五條第二項明定其任期後，反而更可確認其憲法上法官的定位（本院釋字第六〇一號解釋參照）。從這個角度來看本案所要處理的志願入營、留營的軍法官問題，

答案已經非常清楚，正因為這些軍法官基於憲法第八條、第十六條的考量必然是憲法上的法官，他們又以行使軍事審判權為其職業，有完整的審判權，相關法制使其實質成為有任期的法官，當然就違反了憲法第八十一條。本件解釋不願面對第四三六號解釋已與社會脫節的現實，繞了半天的路去尋找所謂「司法權建制之審判獨立憲政原理」，最後得到相同的結論，卻讓國人更為好奇將來禮帽裡還會變出什麼兔子，古人所說治絲益棼，寧如是乎？