



- 壹、前言—二十五萬白衫軍湧上街頭造成的「制度丕變」
- 貳、軍事審判與人民的關連—憲法第九條的解釋方法論
- 參、軍人犯罪「專屬軍事法院」審判的商榷
- 肆、軍事審判制度的定位—國家司法權或統帥權的衍生制度？
- 伍、釋字四三六號構建的軍事審判體系—新制的建立與妥協下的缺憾
  - 一、軍事審判新制的内容
  - 二、妥協產物的「未竟之業」
- 陸、釋字第七〇四號解釋—軍事審判制度合憲性的另一波挑戰
- 柒、「洪仲丘效應」的震波力道與改進之方—附結論

## 壹、前言—二十五萬白衫軍湧上街頭造成的「制度丕變」

今年（民國一〇二年）七月間爆發陸軍下士洪仲丘遭凌虐致死案，引發社會的共憤，二十五萬人身著白衫，走上街頭，要求政府徹查真相。抗議的矛頭也指向了國防部以及軍事檢察體系，認為軍事檢察體系不無遮掩真相以及擔心會有「官官相護」，嫁罪下級而替上級脫罪之嫌。

在這二十五萬人中，有很多都是由軍中退伍的後備軍人。看到這些國家一旦有事，便有義務執刀槍，保家衛土的後備軍人，個個義憤填膺的抗議軍中司法的不公，的確會讓國人心中不寒而慄：到底我國軍事審判制度是否真正已喪失捍衛「軍中正義」的功能，以致於怒吼之聲充斥在臺灣社會的四周？

終於立法院迅速採取了對策，在八月六日以三日的時間通過了軍事審判法的修正。將和平時期軍事審判與軍事犯罪偵查的權限，全部移往普通法院與檢察體系，唯有在戰時才恢復軍事審判與軍事檢察官的建制。

隨者軍事審判制度的回歸司法院，象徵者我國「司法一元主義」，也就是國家司法權「不可分性」的實踐，在憲政意義上值得大書特書，也可以真正標誌出我國摒斥戒嚴法制、回歸民主憲政，修成了最後的正果。這也是筆者二十餘年來極力期待並鼓吹的制度變革，也願意為此變革帶來憲政利多以及其合憲性基礎，稍加闡述<sup>1</sup>。

## 貳、軍事審判與人民的關連—憲法第九條的解釋方法論

我國憲法第九條明白規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」這是我國憲法唯一明文提到軍事審判制度的條文，也表明軍事審判制度得以在我國憲法中存在，亦即軍事審判制度並不當然違憲。

按軍事審判制度顧名思義乃是以軍事審判的體系審理犯罪，由軍事審判的對象，可以分為純軍人或包括平民在內，可以區分為「普通型」的軍事審判或是「擴充型」的軍事審判制度。

1. 關於國家司法權的不可分性，可參見陳新民，憲法學釋論，修正七版，民國一〇〇年九月，第666頁以下。



軍事審判的組成不外軍法官與軍事法庭，軍法官長久以來皆具有軍人身分為原則，故軍事審判制度強調迅速性與威嚇性。以「迅赴事功」為軍事審判的主要目的。即不外是維持軍紀、確定長官的權威，穩定秩序……等，無一不是出於現實與立竿見影的目的取向。相形之下，是否符合事實真相、有無給予被告充分的辯護機會、能否符合公平正義，都不是軍事法庭所關切的焦點，也因此軍事審判具有迅速震懾之效。軍事審判制度的設計者，無不希望能盡量推廣軍事審判效果的放射範圍，將平民納入軍事審判的範圍。西方國家即使跨入憲政國家的時代，每逢戰時或宣布戒嚴，往往將軍事審判取代普通司法審判，平民也成為軍事審判制度的對象，即基於上述功能論的考量。

我國憲法第九條明白的規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」即表明我國憲法不許可實施「擴充型」的軍事審判制度。我國憲法制憲者此條規定的偉大旨意，卻未能在日後的行憲歲月中獲得實踐。在憲法的思辨上首先必須解決一個先決問題：到底憲法第九條的規定是「絕對保障」抑或「相對保障」？如採「相對保障」說，憲法第九條的規定便可透過憲法其他法條，特別是憲法第二十三條，獲得限制的法源依據。

早期我國學界幾乎一面倒支持「相對保障」說，然筆者不採此見解之理由為：憲法此條規定的意義十分明確，只要人民未具備現役軍人身分者，就擁有絕對不受軍事審判的基本人權。本條文無疑是屬於憲法基本人權「絕對保障」的事項。

誠然，憲法使用絕對保障的機會並不常見，唯有保障的法益被制憲者認定有極高的重要性與價值時，方得見之。例如外國憲法中有不可修憲更易之條款（所謂修憲界限

論），皆屬之。最明顯的例子莫如德國基本法第七十九條第三項「永遠條款」，特別強調基本法第一條至第二十條所規定的民主共和國體制、基本人權的核心價值都不可在修憲的範圍之內<sup>2</sup>。

但針對個別的人權項目，憲法將之視為絕對保障的法制，情形較鮮。因此我國憲法第九條如果不視為絕對保障而比照一般人權，可以透過憲法第二十三條之規定予以限制時（相對保障），憲法第九條即視同具文。

吾人可以再舉一例說明，假若我國憲法第十五條的條文，係規定：「人民之生存權……應予保障，死刑不得實行之」。如果憲法第十五條與德國基本法第一零二條「死刑應予廢止」內容相同的規定，如採取「相對保障說」，即可依據憲法第二十三條予以限制，試問該條文是否已形同具文乎<sup>3</sup>？

既然憲法第九條代表制憲者絕對不允許平民接受軍事審判的「最高誠命」，在立法者日後建立軍事審判體制的「憲法委託」中，不能出現違反此誠命的法律。憲法第二十三條做為貫徹相對保障效力的憲法條文，同樣不能侵犯此最高誠命。

同樣的，憲法第三十九條規定總統得依法宣佈戒嚴，戒嚴法制訂於民國二十三年，並非行憲後的產物。但制憲時已經明見戒嚴法中，許可平民於接戰區或警戒區接受軍事審判的規定，是否即默示我國憲法第九條可以容忍戒嚴法的限制乎？我國憲法學前輩林紀東先生，似乎採肯定見解，認為憲法第九條之規定「因宣告戒嚴而受限制」。

林紀東先生贊同當時學界（例如洪應灶先生）的通說，認為憲法第九條及第三十九條都是憲法第八條的特別規定。憲法第三十九條又為第九條的特別規定。前者正如同現役軍人亦為憲法第八條的人民，而第九

2. 這早於法國大革命西耶（Abbe Sieyes）所創立的制憲力理論，後來受到德國卡爾·史密特（Carl Schmitt）的發揚光大，參見陳新民，憲法學釋論，第997頁以下。

3. 亦可稱為「人權的無限制保留」，可參見陳新民，憲法學釋論，第160頁以下。

條的條文可以排除憲法第八條的適用，從而限制軍人的人身自由無庸依憲法第八條的程序。後者便是贊同認為憲法第九條之規定「因宣告戒嚴而受限制」<sup>4</sup>。

上述見解顯然違反了憲法解釋的方法論。按憲法第三十九條誠然規定，總統依法宣佈戒嚴。但戒嚴制度如同憲法出現的其他制度一般，例如國家賠償（憲法第二十四條）、軍事審判（憲法第九條）、以及國防組織（憲法第一三七條第二項），都是典型的「憲法委託」（Verfassungsauftrag），乃憲法明白授權或期待立法者加以形塑、建立相對應法制的制度。立法者雖然擁有何時與如何形塑制度的立法裁量權，但無論如何不能在基本精神上背離制憲者的期待。並且隨者時代的演進隨時修改相關法律以充實其內容。立法者因此負有「修正義務」（Verbesserungspflicht）<sup>5</sup>。

儘管制憲時已有戒嚴法的存在，正如同民法、刑法、民刑事訴訟法都已存在，隨者標誌憲政新時代來臨的憲法公布，所有的實證法都必須配合修正，以符合憲法新秩序的精神，因此仍以違反憲法的舊實證法之內容（如戒嚴法）的內容來解釋新憲法，甚至否認憲法所揭諸的新秩序，無疑是一種「削足適履」的落伍方式！

很遺憾的是，儘管戒嚴法在行憲後的修正（民國三十七年五月十九日），並未體會憲法的宏偉意旨，反而強化了舊制度的正當性，也種下了我國行憲後繼續長達四十年戒嚴時期，許多平民遭到軍事審判而喪失人權的種因惡果。

## 參、軍人犯罪「專屬軍事法院」審判的商榷

除了認為戒嚴法的規定足以作為限制平

民「不受軍事審判」之依據外，持軍事審判制度具有「當然合憲基礎」之論者，更進一步認為，凡是涉及軍人犯罪的審判，便必須交由軍法審判不可。這是認為憲法第九條肯定軍人犯罪之審判，唯有軍事審判一途。質言之，不只肯定軍事審判制度的合憲性，且認為軍人審判「專屬於軍事法院」，方屬合憲，因此立法者的裁量權應作此限制。

此種利用反面解釋第九條之立論，認為軍人以服從為天職，為使軍人能夠效命疆場，服從軍令與軍紀，藉由軍事審判方能貫徹軍令，維持軍紀，以爭取戰爭之勝利。故以軍事審判制度本質上即是特種刑事訴追程序，也是憲法承認之制度，只要在訴訟程序的完備上，符合法治國家的要求，並且認定軍事審判仍屬國家司法權之一環，即可專司軍人犯罪之審判。此種見解在大法官釋字第四三六號解釋中，獲得部分大法官的支持，例如孫森焱大法官及林永謀大法官分別在部分不同意書中，似乎都表示此種見解。

唯王澤鑑大法官在協同意見書中，卻不提此見解。王大法官認為：

就憲法第九條「人民除現役軍人外，不受軍事審判」之規定言，較能合理說明其規範意旨僅在保障非現役軍人不受軍事審判，非謂軍事審判機關對於現役軍人犯罪有專屬之審判權，而排除現役軍人接受普通法院審判。

此種見解頗值得贊同。如前所述軍事審判制度乃憲法委託，立法者雖享有相當大的形成自由，仍可依據國民的意志（例如對於司法公正的要求及軍事審判體制的信賴感），法院分工與辦案效率的功能判斷等因素，強化軍人訴訟權利、人身自由與基本人權的保障，並審時度勢的決定軍人的犯罪是否應交由普通法院或軍事法院來審理之。即

4. 參見林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），民國七十一年修訂，三民書局，第137頁。

5. 參見陳新民，論憲法委託之理論、刊載於憲法基本權利之基本理論（上冊），元照出版社，民國九十四年，第七版，第52頁以下。



使交由軍事法院審判，亦可保留部分給普通法院，故並非全交由軍事法院不可。

在排除「軍人犯罪專屬軍事法院審判」的前提下，讓立法者擁有更寬廣的立法裁量權，隨時徵求探詢國民與社會的意見、國情需要並斟酌國內外相關立法例，形塑出一個更能保障軍人人權，維護軍中正義與法治國原則的軍人犯罪追訴與審判法制也。

為此，大法官在釋字第四三六號解釋也採此見解—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。

此號解釋對澄清憲法第九條的疑義具有撥雲見日之功也。

## 肆、軍事審判制度的定位—國家司法權或統帥權的衍生制度？

在論及軍人犯罪的審判權歸屬問題時，也會面臨對軍事審判制度的定位問題。我國軍事審判制度成立的伊始，便承繼德國與日本的理念，認為係基於「統帥權」而來的衍生制度。這種理論認為既然軍事審判以維護軍令的貫徹為主要目的，便是基於軍令統帥的權威，否則無法號令軍人執行作戰任務。

軍事統帥權理論長年來甚囂塵上<sup>6</sup>，提供了軍事審判法的具體理論基礎。依民國五十六年十二月修正的舊軍事審判法，便將此統帥權理論發揮淋漓盡致，部隊長官擁有覆議制即是一例。依舊軍事審判法除了第十一條規定國防部為最高軍事審判機關，取得軍事審判終審權外。該法第八條同時規定，平時由陸軍獨立旅、師司令部或相等軍事機關設置軍事審判機構，是所謂的「隸屬

制」。軍法官雖然有獨立行使、不受任何干涉之保障（第一六〇條），但軍事審判之判決應由該管軍事審判機關長官核定後宣示或送達。長官核定判決時如認為判決不當或違背法令，應發交覆議，不得逕為變更。該發交覆議程序以一次為限（第一三三條）。同時，軍事法庭的組成，以及由何人擔任審判官，亦由部隊長官決定之。即讓軍事法庭的人選可由部隊長官全權決定之（第一五八條）。

由上述部隊司令官擁有每個案件的審判結果，不論對合法性或妥當性，都有核定的權限。不論起訴、斷定有罪與否、刑度高低，司令官皆擁有合法干預的權限。加上軍事法庭的組成人選、軍法官的考核、升遷等權力也全操之於長官手中，已和法官獨立審判與身分保障的憲法原則，相距已有十萬八千里之遙。

故此種接續維護軍事統帥權所構建的軍事審判制度，嚴重悖離法治國之原則，已昭昭在目。

大法官在釋字第四三六號解釋終於踏出了最關鍵的第一步。該號解釋除肯認軍人犯罪必非專屬軍事審判外，對軍事審判體制的定位已經明白承認：「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」。

雖然仍有大法官捨割不了統帥權關連性，而在意見書中提及：「軍事審判係基於軍紀之維護與貫徹統帥權行使之目的，而限制人民（現役軍人）之身體自由及人民受司法審判之受益權」。但幾乎所有大法官都一

6. 例如著名的刑事訴訟法學者頗多持此見解，例如陳樸生，軍事審判制度之共同性與特殊性（一），軍法專刊第七卷一期，民國五十一年，第12頁；王建今，論軍事審判權與司法審判權，刊載於王建今法學論文選集，民國七十五年，第299頁。

致認定軍事審判機關為國家刑罰權之一種，更無任何大法官承認軍事審判制度乃專為維繫統帥權所生。

這也導致了釋字第四三六號解釋不論在主文或解釋理由書中，沒有一字提及「統帥權」。吾人可以很欣悅得到一個結論：本號解釋已經公開揚棄了軍事審判權乃定位於「統帥權」的陳舊理論。

筆者一貫見解始終認為軍事審判乃貫徹統帥權理論的見解頗為不智，質言之，若將整肅軍紀作為軍法的目的，將會使將領的驕縱與錯誤的決定，都可能透過軍事審判的制度，加以合理化，並且可能將長官的失職與濫權，推諉由部屬來承擔，更造成軍中不正義的現象叢生。故將軍事審判冠上統帥權合法性的色彩，將會使統帥沾染上無辜的血跡。換言之，身為三軍統帥的總統，其身上也必須被迫被成百上千件不公正的軍法審判，所造成無數不公正的軍法審判之冤魂所纏繞！試問：這是給三軍統帥無比的尊榮，亦或污染其尊嚴<sup>7</sup>？無怪乎近幾年來，每凡有軍中慘案發生，不論去年重新翻案的江國慶案，及今年的洪仲丘案，總統或國防部長到死者靈堂慰問時，都會遭到不少死者親朋好友的辱罵與指責，故軍事審判作為統帥權「肅殺工具」之弊，足以羞辱統帥矣！為維護總統身為三軍統帥之尊嚴，吾人應在制度上避免尊嚴遭到污染的後果也！

## 伍、釋字四三六號構建的軍事審判體系——新制的建立與妥協下的缺憾

### 一、軍事審判新制的内容

釋字四三六號解釋宣布舊軍事審判法若干條文的違憲，立法院遂於民國八十八年十月二日通過軍事審判法修正案，此新制的特點如下：

- (一) 軍事法院之設置改採地區制，國防部視部隊任務之需要，於適當地區設置各級軍事法院或其分院（第十五條至十八條），不分軍種的軍人犯罪，一律由軍事法院審判之<sup>8</sup>，一改舊法時期軍事法院設置在軍事機關的「隸屬制」，戰時為因應作戰的需要，得於作戰區設置臨時法庭。
- (二) 軍事法院組織也揚棄了舊法時代，部隊長官對軍事法庭組成擁有的核定權，在法條中明定各級軍事法院審判庭的法官組成、人員配置及職務分工的事項（第十九條至第二十六條）。
- (三) 該法依據釋字四三六號解釋的精神，實施審檢分立，分別設置軍事法院、軍事檢察署，各自獨立行使職權。各級軍事法院雖仍受軍法行政長官之監督，但不影響審判權之行使。此外廢除部隊長官的判決核定權、覆議權。
- (四) 強化軍事審判的救濟程序，對於經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，被告得以上訴至最高法院；對於高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決，被告得向高等法院提起上訴（第一百八十一條）。將舊法的初判及覆判的程序，擴充至三級三審，並由普通法院負責終審程序的審理。

7. 即使以往德國普魯士實彈也普遍流行一個口號：「軍人的制服不應沾染國民之鮮血」，拒絕審判有關平民的犯罪與刑罰的執行。

8. 這種建置雖然並非釋字第四三六號解釋所要求，而可由立法者決定。國防部後為因應本號解釋，成立「軍事審判法研修審議小組」，筆者本人全程參與。本來國防部有關單位還堅持繼續沿用舊有的隸屬制，經筆者與前大法官楊建華教授等力爭後才改為地區制。但有關單位決定定稿前又改回隸屬制。筆者對此特別前往國防部拜訪蔣仲苓部長。幸虧部長傾聽筆者分析利弊得失後，採納筆者等之建議，最終國防部提出之修法版本又改回隸屬制定案。這段修法秘辛，隱藏在筆者心中甚久，特別於此提出。此改制應要歸功於楊建華前大法官與蔣部長的支持，方能順利完成修法。有關軍事法制改革的不易與艱辛，可見一斑。



(五) 援引刑事訴訟法的規定，例如在搜索、扣押、羈押程序上，都做了大幅度的修正，使軍事審判程序更趨完善，讓軍事審判程序與刑事審判的嚴謹度差距拉小，當有助於軍人訴訟權利的保障。

## 二、妥協產物的「未竟之業」

大法官勇敢的作出釋字第四三六號解釋時，雖然國家已經解除戒嚴滿十年，立法院也在同年通過「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」，對戒嚴時期遭到軍法審判的冤案，提供了補償的法律依據。同時當時也甫經兩次台海危機不久，大法官能夠體察過去軍事審判制度的濫用，毅然提出修正的解釋，其道德良知與魄力，值得國人大加喝采<sup>9</sup>。

然而這種努力也正是一種妥協下的產物，對於軍事審判回歸國家司法體系，雖然邁出最重要的第一步，但仍然存在了許多制度上的盲點有待突破，易言之，仍有下面數點應當等待更有魄力的改革來澄清之：

(一) 釋字第四三六號解釋雖然宣稱軍事審判權亦為國家刑罰權之一，作為建立軍事審判終極審回歸普通法院體系的立論基礎。然而如果僅以最終審是否隸屬司法院為彰顯國家刑罰權的唯一標準，是否已然充沛？大法官在作出釋字第八十六號解釋之前，高等法院以下之法院，乃隸屬在行政院司法行政部，釋字第八十六號解釋遂以違反憲法第七十七條為由宣布違憲，而促成日後高等法院以下法院回歸司法院的現狀。如今釋字四三六號解釋的立論正與釋字第八十六號解釋相牴觸乎？如以釋字第四三六號解釋結論，是否正可以說明釋字第八十六號解釋，乃多此一舉乎？

(二) 本號解釋雖然承認司法院為國家最高司法機關，應將終審權操在手上，但

又承認在戰時，司法院可以不行使此權力，而由軍事法院掌握之。試問，憲法第七十七條之規定，只賦予司法院在平時才可擁有做為國家最高司法機關的地位乎？本號解釋也未提出任何論證之依據。

(三) 本號解釋雖然宣示立法者應當保障軍法官的身分，並維護軍事審判的獨立，定下兩年的立法期。但對於軍法官是否亦為憲法所規定的法官？該號解釋雖未提及，然可藉由其漠視的態度，顯示出採取否定的見解，亦即立法者可以異於憲法第八十一條（法官終身職的規定）而有另外不同的規定。無怪乎在民國一〇〇年七月公布的法官法第二條中，對於法官的範圍，便只包括了大法官、一般法院法官、公懲會委員及檢察官。軍法官卻不包括在內。故軍法官所行使的刑罰權，雖為國家刑罰權之一，但軍法官之給予軍人以及在戒嚴時期給予人民剝奪生命或自由的判決，卻不是基於憲法所定的法官身分，而是軍人身分乎？然而大法官釋字第六二四解釋認定軍事審判所做成的冤獄，應比照一般審判的冤獄，適用冤獄賠償法，是否也顯示出軍事法院應與一般法院一樣，其判決作成之人—軍法官，亦應是受憲法保障的法官乎？

釋字第四三六號解釋所構建新軍事審判體制，將事實審交由軍事法庭審理，理應將軍法官視同為普通法院刑事庭之法官，卻又不承認軍法官的法官身分，儘管最終審與法律審由普通法院審理，能否確實保障軍人的訴訟權，頗令人懷疑也。

綜上所論，釋字第四三六號解釋誠然勇敢地踏出了改革老舊與落伍之軍事審判體制的一大步，作出此號解釋的大法官，當已名垂青史，不負憲法與國人之委託。

9. 參見作者在釋字第七〇四號解釋不同意見書。

吾人本應「不忍責其全」，而給予掌聲。吾人對本號解釋仍常有「未竟全功」之憾，希望後繼而起的大法官，能夠秉承此號前輩大法官之的改革心態，一有遇到承審相關案例之機會時，能夠把握改革的契機，臨門一腳，使我國軍事審判制度的改革，止於至善也。

這也是釋字第四三六號解釋做成後，獲得媒體輿論一片喝采之聲背後之社會與學術界對大法官的期待也。作為該號解釋聲請人（筆者學弟蘇煥智委員）所委託的辯護人，筆者也對本號解釋的結果，雖不滿意、但至少已經初步開啟改革之門而感欣慰也。

## 陸、釋字第七〇四號解釋—軍事審判制度合憲性的另一波挑戰

釋字第四三六號解釋有意逃避的論點：軍法官是否為憲法意義上的法官？該號解釋縱逃避一時，卻無法逃避永遠。這一個可以稱為決定下一步軍事審判改革方向的「阿基里斯之踵」（Achilles' Heel）之關鍵—即使法官法明確加以否認，仍然不能解決此疑惑，挑戰此問題的爭點，遂出現在軍法官適用軍隊「最大服役年限」的規定，是否造成牴觸軍法官獨立審判的問題？

由於我國軍法官不被視為法官，而是一般的軍人，為了使國軍軍官保持精壯，人事流暢，民國八十四年八月十一日公佈陸海空軍軍官士官服役條例採行所謂的「最大服役年限」制度。依該條例第五條第一項、第二項之規定：「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。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。」

依據此任官條例，例如一位上尉軍法官，自擔任軍職起，超過十五年還在擔任上尉時，即必須強制退伍。故上尉軍法官如欲繼續保持其軍法官職務，必須盡一切可能、處心積慮在這十五年内晉升少校。

如此一來軍法官的身分保障完全形同具文。憲法保障法官的終身制，便是保障法官可以不必在乎升遷與調動，只要奉公守法，即可終身不必升遷，自然不必仰長官之鼻息。我國實施法官法後，更進一步在法官法第七十一條第一項規定：「法官不列官等、職等。」故法官已不再有如一般公務員之職等的升遷問題，便是保障法官終身任職的最佳利器。

甚至為了避免基層法院法官過於年輕、缺少審判經驗之缺憾，司法院自翁岳生前院長開始推行法官「下調」政策—特別是鼓勵高等法院法官自願調到地方法院，讓有進行訴訟必要的國民能夠在第一審級時受到經驗豐富法官之審理。

這種「下調」政策，能強化與平衡各審級司法服務，有賴於法官「安於其位」，不必為求升遷。法官法這種廢止官等職等的規定打破審級作為決定法官薪俸、名聲與地位的唯一判斷標準，堪稱正確。筆者也希望我國立法者能夠再加一把勁提倡法官無審級高低之分，例如在提名大法官的人選中，應由現制「擔任最高法院法官十年以上」的資格（司法院組織法第四條）及擔任監察委員的資格（監察院組織法第三條之一），亦應由現制「任簡任司法官十年以上，並曾任高等法院……以上司法機關司法官」，均改為「擔任法官十年以上」即可。這也是日本最高裁判所裁判官資格規定之立法例，德國聯邦憲法法院的法官資格亦同。

比較起我國法官在身分保障的突飛猛進，相形之下軍法官的身分保障便弊端重重。釋字第四三六號解釋雖言猶在耳要求立



法者努力保障軍法官的身分，但十六年以來仍然在原地踏步。特別是軍法官完全比較一般軍人，實施「最大服役年限」之政策，造成了我國軍法官許多必須及早便終止其擔任軍法官的生涯規劃。

大法官在審裡釋字第七〇四號解釋案件時，由國防部提供相關數據，發現一則令人甚為震驚與感傷的資訊：近三年來軍法官平均退伍年齡為45.6歲<sup>10</sup>！這是令人痛心的現象，按一位四十五歲的國民，若在政府公部門服務，當已升到科長以上的職務；在民間企業也多半擔任經理職務……，都是體力與經驗最顛峰的時刻，也是開創人生最精華的時代，卻必須由軍法官的職務退伍，另謀生計之道。因此軍法官適用最大服役年限制度必須加以根治不可。

為此大法官作出的釋字七〇四號解釋，雖然重點是針對自願入營服役，但尚未獲得核准服役至最大年限的軍事審判官，申請自願留營所引發的案件，並非針對一般正式軍法官在逢屆齡退伍所提起的釋憲案。但兩者當然有密不可分的因果關係：若無最大服役年限而強制退伍的顧慮，就不會產生該自願留營之軍法官要否提出釋憲之必要。因其服役即將屆齡。根據大法官行之有年「重要關聯理論」，即可將此「最大服役年限」納入審查範圍。特別是在理由書中已經將規範自願留營服役年限的規定以及最大服役年限的規定，以甚大的篇幅敘述之（解釋理由書第二段）更可以驗證最大服役年限規定的違憲與否，可以主導相關規定的合憲與否的結論。

但大法官只著重「原因案件依行為當時規定乃由上級長官批准即可」已違反正當法律程序而違憲。不錯，大法官在最近的幾個解釋中，都特別重視了正當法律程序與訴訟權、人身自由權及財產權的關聯，例如早在

釋字六八九、六九〇號解釋，經過七〇四號解釋後，復於釋字第七〇八、七〇九及七一一〇號解釋，均一再強調正當法律程序的重要性。

在此特重「程序正義」的浪潮中，在釋字第七〇四號解釋，大法官也特別強調對於軍人申請自願留營之決定，既然涉及其訴訟權及軍事審判制度公正性，即應有一定的正當程序之建制，例如獨立的委員會或予以申訴機會，方可否准之。

然而本號解釋既然特別強調乃針對尚未取得能享受最大服役年限的軍法官為權利救濟之對象，而不審查「最大服役年限」制度也存在嚴重違憲性問題，明白顯示出本號解釋肯認該制度並無違憲之疑也。

對此筆者並不贊成之。遂提出不同意書中對此已提出幾點看法：

- 一、本號解釋「只除外瘤不治內瘡」，本號解釋雖然已經提到軍事審判官身分，應當有別於一般的軍人，如同法官之身分有別於一般公務員一樣，立法者應當努力將之特別保障。但這個相同於釋字六〇一號解釋的用意，卻未意圖根本上改革現制。而軍事法院的組織，編裝與員額，都由國防部決定（軍事審判法第二十三條），與一般法院組織由法院組織法規定不同，自然軍法官的員額與職位多寡，全可由國防部掌握之，軍法官的身分保障即陷於不穩定之中。
- 二、若無法立刻將軍事審判回歸司法體系，第一步也應當致力將軍法官文職化，即可避免最大服役年限直接帶來的衝擊。這也是隨者世界各民主國家，國防行政體系必須採行專業化與文官化的趨勢，甚至歐美先進國家國防體系的文官都已經達到三成以上。因此軍法官文職化已不可避免。

10. 國防部一〇一年八月二十八日國法審判字第一〇一〇〇〇二七一五號函。



三、廢止軍事審判制度已經是世界潮流，除了少數國家外（例如美國），許多歐洲國家都已經捨棄隸屬在國防體制內的軍事法庭，例如德國、法國、葡萄牙、比利時、瑞士、奧地利與北歐諸國、日本亦然。至於常被論者援為支持設立專門軍事審判體制的美國，也是基於其軍事規模龐大，軍隊全球佈局與駐防，常在世界各國進行任務，故軍事法庭必須緊接在軍隊之後，不可能在本土法院進行審判，才有設立軍事法庭之必要。儘管美國有軍事法庭制度，但其軍法官均具有律師資格，離開軍中仍可執行律師業務，與我國軍法官並不相同。何況軍事上訴法院五位法官都是文職，由總統提名經參議院通過後任命之，其程序與聯邦巡迴法院法官之任命相同。故我國軍事審判制度對人權的保障恐怕也不可與美國相提並論。

四、限制讓軍事法院實質掌握事實審的決定權，普通法院掌管終審的法律審，仍不能確實保障軍人的權利。倘軍人與平民共同犯罪，便可能在實務上產生軍事審判所確定的事實與普通法院迥異。就以轟動一時的「王文孝案」，以及近年來發生的「王瑞豐案（最高法院九十三年度台上字第一三三九號判決）」，都是這種國家司法權分歧判決的實例，我國應當努力將之整合與改進。

面對我國軍法官身分保障的欠缺，諸多相關規定乃始作俑者，大法官應當努力闡明其違憲性，以督促立法者儘速改善之。為此，筆者在該號解釋不同意見書，是以很沉痛的口吻提出了「勿讓軍法官成為中華民國司法之棄兒」作為結論也。舉出了法國被稱為「法國良心代表」一左拉（Emile Zola）在一八九八年一月十三日發表著名的「我的控訴」一文，為遭到法國國防部移花接木栽贓為叛國罪德萊福斯上尉（Dreyfus）申冤，提出一句重要與貼切的吶喊：「既然紀律意味

者服從，那麼身為軍事法庭的法官，這些軍人血液內所含有的紀律，難道不是恰為削弱了他們實現正義的能力？」

誠哉、偉哉左拉，他為了提倡軍中正義，隻身與勢力強大的法國軍方周旋，最後被定罪判刑，不得已逃亡至英國。但也就是因為發表了「我的控訴」一文，其維護人性尊嚴的光輝，讓左拉的文學地位攀升到歷史高峰，也完美的為左拉的一生，劃下了閃亮的句號。最後，德萊福斯上尉終獲平反，回到軍中。自此之後「德萊福斯」，已形成了「軍法正義」的代名詞也。

## 柒、「洪仲丘效應」的震波力道與改進之方—附結論

大法官在作出釋字第70四號解釋時，可能萬萬沒想到，七個月之後爆發的洪仲丘案，會將軍事審判制度一股腦推翻！其實，早在前年的江國慶案件之重新調查翻案後，社會上對於舊軍事審判制度的弊害，已經達到爆炸的燃點！為人父母與兄姊者，目睹子弟入伍後，被誣指為姦殺犯，慘經逼供後，被槍決冤死，試問何人能忍？再過一年有餘，再度爆發的洪仲丘士官被凌虐致死，社會大眾對軍事審判制度的不信賴，幾乎達到「厭惡」的程度，才會逼使政府迅速通過軍事審判制度的改革。一切都令人遺憾地說明了我國歷屆政府都對於軍事審判制度的定位與改革，並沒有切膚之痛的感受。一定要等到一位又一位的犧牲者出現、一波比一波更強力、更粗暴的抗爭手段，一群一群更嚴厲的吶喊、一眼比一眼帶來更犀利的仇視……，政府才會被迫進行改革。當然國家的改革不能只靠政府，朝野政黨、全國媒體甚至學術界與國民，都要隨時以全方面的角度審視現行法制是否仍有改進的空間，以及其急迫性，軍事審判體制改革步驟的「蝸牛化」，要責備的對象恐怕也不少也。

倘若類似事件發生在歐美先進國家，恐怕法制的進步馬上會跟在社會的憤怒之後。

這說明了我國社會的「神經線」太大，以致於「忍痛力」太強，一陣痛苦後便遺忘<sup>11</sup>。

洪仲丘案造成的海嘯型震波，既然造成了「始料未及」的軍事審判制度丕變，政府被迫配合朝野政黨之建議，將軍事檢察與審判體制全部移回法務部與司法院。由於事出突然，有關機關事先似乎從未對此改制進行研劃與推演，可說是以「措手不及」的窘境來形容之，也不為過。然而此匆匆改制後，原來擔任軍事檢察與審判的三百多位軍法人員，應當如何進行安置？似乎也有待規劃；同時，將軍事檢察權移交法務部，對於具體發生在軍中的弊案，平時與軍中沒有關聯的檢察官能否獲得軍方的支持？軍方會否以「軍事機密」之方式來隱蔽或誤導檢察官之偵查？因此有必要趁此機會改制的推行，進行細部的整建。

筆者認為，似乎可以朝向下列幾個方向進行：

一、軍事審判移回司法院的方向正確，應堅持下去：各級法院應在刑庭設置專庭外，所遴選的法官，應積極地鼓勵研究軍事法制、軍事有關的文獻、資訊與相關案例。易言之，這是我國司法院第一次將軍事案件全面納入其管轄範圍，因此承辦法官應有對此新領域的文化—包括領導統御觀念的過去與未來、軍人人權體認與過去軍中弊案的檢討等產生興趣，而加以理解與增加其責任感。這一切都是要將新的理念帶入軍中，並實踐「軍中正義」的軍事法庭之法官所必備的辦案精神。

二、為了增加法官人力，應舉辦「軍事法庭法官特考」，為現職之已有擔任軍法官資格者，特別舉行幾次特考，及格者經過法官受訓程序，即可分配至軍事法庭擔任法官。這也是國家對於現職軍法官之職務安排所應盡之義務也。

三、軍事檢察體制的整體性規劃：誠然，軍事犯罪的偵查，是否應由軍事檢察體制或一般檢察體制來偵辦，利弊互有。但無論如何，只要將有罪與否與刑度高低的決定權力，交由國家一般司法體制之法院來掌握，即可最大程度保障司法正義與軍人人權。至於軍事檢察體制，若仍劃歸在國防部之下，則可以收到「體制相容」的好處。質言之，因為軍事檢察官皆在國防體系任職，瞭解軍中文化與事務的特性，從而在有違法犯紀之時，行使檢察權不致有「不知如何下手」之憾，方可獲得軍隊權力的全力配合。當然，在制度設計上，亦可以將軍事檢察體制別立於國防部之外，而改列在一般檢察體系之下，例如統一前的東德，在司法部管轄總檢察長之下，設一「副檢察總長」的職位，即稱為「軍事檢察總長」（Militäroberstaatsanwalt），負責軍中犯罪的偵查。

這種「東德模式」的檢察機關一元化，可以將偵查權全部至於一個體系之內，若一個案件涉及軍人與平民的共同犯罪，偵查權歸屬於由普通檢察官或是軍事檢察官，可由法律另行規定，避免造成指揮體系的混亂，更可以使犯罪偵查的指揮更為完整<sup>12</sup>。

11. 猶記得十餘年前，海軍上校尹清楓命案發生後，社會一片要求軍事審判體制改革之聲浪，然「三分鐘熱度」過後，一切回歸。筆者為之再三慨嘆也。參見陳新民，軍事憲法論，民國八十九年，揚智出版社，第340頁以下。

12. 東德的軍事檢察總長，下轄各個軍種的檢察長，各軍種檢察長下在管轄各個單位的檢察官，在營級以上的單位都設置檢察官。因此，軍事檢察長雖然隸屬檢察總長之下，但其單位應是列於國防部之下，成為獨立單位。參見陳新民，軍中正義最後防線—淺論我國軍事審判制度的改革芻議，刊載於軍事憲法論，民國八十九年，揚智出版社，第339頁以下。



另外，針對外界懷疑軍事審判制度置於司法體系之外，可能會損害軍隊的領導統御，讓長官的意志無法貫徹。誠然，軍隊是一個大家庭，尤其是戰鬥部隊或其他基層部隊，官兵生活與值勤都在一起，摩擦難免。若一有違法犯紀之行為，全數移交偵辦，恐怕會動輒雞飛狗跳不得安寧。故有必要考慮立法賦予長官「微罪不舉」的特權，例如在屬於輕罪方面，諸如鬥毆、侮辱、非嚴重與未造成後果之抗命……等，都許可長官擁有不移送檢察官或阻止檢察官起訴的權限，而代以其他懲罰之措施。至於嚴重的違法犯紀則必須嚴肅地依法處理，則不在話下也。

本來依筆者之見，現階段的軍事審判改革，當務之急僅需將軍事審判移往普通法院即可，仍可保留軍事檢察體系，但不妨採納東德模式<sup>13</sup>。既然立法者已經將軍事檢察體系全部移往法務部，吾人亦應尊重之。然而，為避免普通檢察官平日與軍隊並不聯繫，如何促使雙方相互配合而不會互相阻擾辦案，恐是關鍵。故亦有比照前述法官特考之方式，舉辦軍事檢察官轉任普通檢察官之特考，藉以網羅有經驗之軍事檢察官進入檢察體系。同時也可以利用特考方式考選一批軍事檢察事務官，一則以挑選軍事法專業人才來襄助檢察官，二則有消化現行軍法人員的功能在內。

當然舉辦特考乃過渡時期的非常措施，需要獲得司法院、法務部、行政院、考試院的鼎力支持，否則此轉型期的改制不會徹底成功！

四、現行軍法人員應當改制國軍法務人員。為推行「依法治軍」理念，以及國防行政法制化的政策，各級國軍單位的行政措施都當嚴格遵循法治國家所樹立之原則，特別是比例原則。以往國軍將軍法

僅視為軍刑法來對待，如今更應重視軍隊的行政措施手段的合法性。故筆者建議，今後在國軍旅級以上單位，都應設置法制組織，負責軍中法治教育、部隊法律顧問與法律問題的研究與解決。如此一來，國軍能培養一批嫻熟國防法規的幹部，這些軍法人員也有到司法體系服務的機會，當然這有待相關機關透過立法方式來加以實現。

最後，吾人應當對洪仲丘士官之死，趕到無比的悲痛，特別是其家人，真乃遭到錐心之痛也。國家應當給予最優沃的賠償與撫卹之。

然而，要讓洪士官之死具有極重的價值，而非無謂之犧牲，讓國家社會獲得最大的利益。此如同當年一位司機（王迎先）的犧牲，導致了大法官作出了釋字第392號解釋，明確地強調了任何人遭到逮捕後二十四小時內應當移送法院審理，將羈押權交回給法院，故以往警察機關長時間訊問犯罪嫌疑人的情形，終獲改正，彰顯憲法第八條保障人身自由的意義與價值。

我國諺語稱「死有輕於鴻毛與重於泰山之分」，若王迎先一人之犧牲，帶來我國刑事訴訟法制改革的契機與成果，那麼王迎先的犧牲便有「泰山之重」的價值也。

因此吾人也應推崇許洪仲丘之死，有如泰山之重，他的犧牲帶來今後萬萬千軍中袍澤弟兄，享受公正審判之機會，那麼洪士官之犧牲帶來的軍事審判制度的改革，將在我國的軍事史與司法史上寫下了不可磨滅的一頁。最後我們為洪士官之死而悲傷，但也為我國軍法正義獲得新生而歡悅！

（作者為司法院大法官）

13. 同見上註。