

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 436 號

解釋日期：民國 86 年 10 月 03 日

資料來源：司法院公報 第 39 卷 11 期 3-14 頁

大法官關於人權保障、男女平權之重要解釋 12 則（民國 96 年 9 月版）第 14-17 頁

司法院大法官解釋（九）（99 年 5 月版）第 295-314 頁

總統府公報 第 6189 期 8-23 頁

守護憲法 60 年 第 133-135 頁

相關法條：中華民國憲法 第 8、9、16、23、77、80 條

軍事審判法 第 11、133 條

解 釋 文： 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。

理 由 書： 人民身體自由在憲法基本權利中居於重要地位，應受最周全之保護，



解釋憲法及制定法律，均須貫徹此一意旨。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。查其規範意旨係在保障非現役軍人不受軍事審判，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權，而排除現役軍人接受普通法院之審判。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，具司法權之性質，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司法院為國家最高司法機關，掌理刑事訴訟審判，第八十條法官依法律獨立審判，不受任何干涉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，應就軍事審判制度區分平時與戰時予以規範。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以判決違背法令為理由請求救濟。軍事審判法第十一條規定：「國防部為最高軍事審判機關」，使軍事機關完全掌理具司法性質之軍事審判，有違權力分立原則；第一百三十三條第一項、第三項規定軍事審判機關長官有判決核可權及覆議權；第一百五十八條規定軍事審判庭之組成須簽請軍事長官核定，使行政權介入軍事審判權之行使；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。

大法官會議 主 席 施啟揚  
大法官 翁岳生  
劉鐵錚  
吳 庚  
王和雄  
王澤鑑  
林永謀

施文森  
城仲模  
陳計男  
曾華松  
董翔飛  
楊慧英  
戴東雄  
蘇俊雄

協同意見書：

大法官 陳計男

本號解釋之解釋原則與解釋文，本席固表贊成，惟構成本件解釋之理由，則有若干差異，認有補充說明之必要，茲摘述其要點如次：

- 一 憲法第八條、第九條、第十六條係規定於第二章「人民之權利義務」，可知基本上該三條係關於人民權利義務之規定。第八條係保障人民之身體自由，非由法院依法定程序，不得對人民加以審問處罰。現役軍人雖穿有軍服，亦為人民，自應受該規定之保障，殊無待言。而第九條係規定人民有不受軍事審判之權利，蓋立憲之時，軍事審判制度早已存在，且隸屬軍事機關，然其裁判品質，一般人民對之尚有疑慮，故特設明文保障人民不受軍事審判，但此並非賦予軍事審判機關對於現役軍人有專屬的管轄權，此由刑事訴訟法第一條第二項及國家安全法第八條之規定，可得佐證。而第十六條關於人民訴訟權之規定，則在保障人民之司法受益權，使其有要求僅受國家司法機關審判之權利。
- 二 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。旨在宣示將國家權力分為五權，其中司法權係由司法院專屬行使。司法院下設各級法院、行政法院、公務員懲戒委員會行使司法院上開憲法所定審判權及懲戒權（參照司法院組織法第七條）。現役軍人應受軍事審判，固有維護軍紀及貫徹統帥權行使之目的，惟軍事審判機關所行使審判權，本質上仍屬確定國家刑罰權之刑事審判。回顧自立憲至今，軍事審判機關無論事實上或法律上，均隸屬軍事機關國防部，而國防部隸屬行政院，為無可否認之事實，是憲法第九條所定之軍事審判機關，於立憲當時當即非指由司法院之下所組成之軍事審判機關，應無可疑。則軍事審判法第十一條規定，國防部為最高軍事審判機關，依上說明，顯然違背憲法所定分權原理。



三 至謂「軍事審判」之內容如何？如何實施？憲法對此均未設規定，雖可由立法裁量解決之，惟立法時，仍須遵循憲法原理，自不待言。本席以為，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；故於相關法律修法限制現役軍人憲法上之權利時，自須遵循憲法第二十三條比例原則之規定，故除國家遇有立即而顯然危險之戰爭時期，基於國家之利益應高於一般人民個人之利益，可容認對於人民司法權保障之限制（但關於死刑及無期徒刑之裁判，基於人權之特別保障，仍應依職權送司法審查。在一般刑事訴訟，此類案件亦規定不待被告之上訴，逕送上級法院審判，參照刑事訴訟法第三百四十四條第四項）外，在平時，則應在人身自由、司法受益權之保障、軍紀維護與統帥權行使之貫徹、司法資源之分配、國家權力分立之原理等各方面，求其平衡。同時，軍事審判之本質，既為特種刑事審判之一種，則其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，憲法有關審判獨立，用以保證裁判公正之相關規定，審檢制度之分立等原則，亦應在軍事審判法中貫徹之，期能使軍法裁判之品質，為一般國人所信賴，而無所顧慮。有鑑於此，本號解釋除宣告軍事審判法第一百三十三條第一項及第一百五十八條之規定為違憲外，對於現役軍人在平時受有期徒刑以上刑之宣告得許其向普通法院以軍事判決違背法令為理由，請求救濟，即係考量目前軍事審判之實務，一般人民對於軍事審判之信賴，對於軍紀維護與統帥權行使之影響，及對於司法資源之分配，如普通法院工作負荷量之衝擊等，依憲法第二十三條規定所為評量而提出之指標。此項宣示雖難免有逾憲法解釋權之嫌，但有強烈表示現階段對於現役軍人人權應如何保障之期待，及其合憲性最低要求之表達，故本席對此解釋，在現時尚可表示贊同；惟須特別指出者，由於本解釋之提出，軍事審判法自應作對應之配合全盤修正，諸如考慮審級制度是否仍應維持現行之覆判制度？為配合現役軍人對於平時之軍事裁判，得有請求普通法院為法律上救濟之受益權，軍事審判程序應否有平時與戰時之分？如何使司法、軍法之審判，能夠配合運作等等。再如如何維持軍事審判權之獨立行使，提高裁判品質所涉及之相關制度，例如軍法官之考選培訓，軍官參審之制度化、客觀化等之建立等；以及相關法律例如國家安全法、刑事訴訟法等之配合修正，都關係本次釋憲後，軍事審判制度之重建與良窳，務必使其修正盡善盡美。又本席在此另須特別表明者，本號解釋中，關於現役軍人對於「受有期徒刑以上刑之宣告」之請求普通法院審判權之宣示，應非絕對劃分司法、



軍法終審審判之唯一標準。隨軍事審判制度之改變與進步，將來若軍事審判之品質，實質上已達普通法院之水準而為一般國人所信賴時，並非不可改變其區分標準，諸如考慮將軍事審判之最終上訴規定為可由軍事被告選擇上訴於終審軍事審判機關或上訴於相當終審之普通法院，但選擇上訴最終軍事審判機關者，除死刑或無期徒刑者外（理由如前），即不得再請求普通法院審判，如此，一方面保障人民之司法受益權，一方面允許其放棄司法受益權；或如基於避免被告之濫訴，浪費司法資源，亦可考慮限制向普通法院請求救濟之範圍等，均可由立法機關依上述原則，適時作合憲的改變。

基上說明，本號解釋理由之說明，實感過於簡略，爰提出協同意見如上，期待對軍事審判制度重建之理解，稍有助益，則幸甚！

協同意見書：

大法官 董翔飛

人民身體自由乃人民基本權利之核心領域，應受憲法之特別保障，已為近世民主國家立憲之共同趨勢。我國憲法第八條「人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」及第九條「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」之規定，同列於人民權利義務章中，為人民權利之保障條款，或稱「被告人權條款」，旨在明示人民身體自由乃一切自由之本，非經法院依法定正當程序，不得審問處罰，不應因人民具有軍人身分者而有差異。現役軍人乃穿著軍服之人民，應包括於憲法第八條所稱之「人民」之內，其身體自由及其他訴訟之權益，依憲法第七條「中華民國人民，不分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」之規定，自應與一般人民一樣，同受上開規定之保障。惟基於國家安全與軍事任務之特性，對軍人犯罪之追訴與處罰，應依特別立法，由軍事法院或軍事法庭行使軍事審判之特別訴訟程序，非謂軍人犯罪即由軍事機關審判而排除當事人尋求法院審查之機會。所謂軍事審判，在本質上亦屬國家刑罰權之行使，如同一般刑事訴訟案件，屬司法權之範疇，依憲法第七十七條「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。」之規定，唯國家最高司法機關及其所屬各級法院始得行使。本院釋字第二六二號解釋：監察院對軍人提出彈劾案時應移送公務員懲戒委員會審議。即在釋示軍人之懲戒亦屬司法權之範圍，絕非軍事機關所得為之。依此理由，軍事審判既屬司法權之一種，自亦應移由司法院所屬各級法院掌理，方符憲法第七十七條之意旨。



行政院為國家最高行政機關，國防部隸屬於行政院之下，屬行政體系之一環。軍事審判法第十一條規定「國防部為最高軍事審判機關」，掌理司法權之軍事審判，破壞國家機關權限之分際，嚴重違背權力分立原則，與憲法第七條、第八條、第九條、第十六條及第七十七條之意旨均有未合，應定期使其失效。多數意見所通過之解釋文及解釋理由書既肯定軍人亦為人民，並應與一般人民一樣同受憲法第八條「非由法院依法定程序不得拘禁審問」之保障，且亦確認軍事審判權為國家刑罰權之發動，具刑事訴訟之性質，屬於司法權之領域，但何以不改移司法院所屬各級法院管轄；既默認軍事機關得享有軍事審判權，又何以允許被告於平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，得逕向普通法院以判決違背法令為理由提起上訴請求救濟，其理由均未見敘明。此種既承認軍事審判權係屬司法權之一，但又容許軍事機關仍得繼續行使，而普通法院所能為者，祇限於法律審而已，可謂「藕斷絲連，欲斷還留」，與本院釋字第八十六號解釋、第二六二號解釋立論前後不一，難以一貫，令人不敢苟同，爰提出協同意見書如上。

協同意見書：

大法官 王澤鑑

本件解釋攸關人權保障、司法權範圍及軍事審判之建制，深具憲法上意義。解釋內容折衷於理念與現實，應值贊同。解釋理由書特別強調人民身體自由在憲法基本權利中居於重要地位，應受最周全之保護，解釋憲法及制定法律，均須貫徹此一意旨。故本件非僅在闡釋憲法第八條及第十六條有關保障人身自由正當法律程序之涵義，更涉及軍事審判之組織及其所適用訴訟程序之設計，具促進憲法發展及法律進步之機能。職是之故，本件解釋首應依法治國家權力分立之憲政原則明確認定軍事審判之法律性質，而此項軍事審判之定位須以憲法第七十七條為準據。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」，其功能在於由獨立之司法機關行使審判權，實踐憲法第八條保障人民身體之自由非由法院依法定程序不得審問處罰及第十六條人民有訴訟權利之意旨。所謂刑事訴訟之審判指國家對犯罪之追訴與處罰，軍事審判係對現役軍人犯罪之追訴與處罰，亦屬行使國家刑罰權，具刑事訴訟之性質，屬司法權之一種。此項軍事審判屬司法權範圍之肯定，具有多種規範意義，對本件解釋理由構成言，可作為邏輯推理之前提；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。軍事審判



所行使者既為司法性質之國家刑罰權，軍事審判亦屬司法之體系，則普通法院得在法律上審查軍事審判機關之判決始具憲法上依據，並排除本件解釋係調和司法權與統帥權之可能誤會。又由軍事審判係屬司法權之一種，可知本件解釋認在平時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，僅屬階段性的軍事審判建制，而非將軍事審判之司法化固定於此規範模式，故在此基準上仍有立法形成之空間，而其最終完成應在貫徹司法化之軍事審判制度，或在各級普通法院設軍事法庭，或成立屬司法體系之軍事法院。憲法之解釋應由發生史的解釋轉化為發展史的解釋，始能建立符合法治國家權力分立憲政原則之司法制度，以保障人民之基本權利。鑒於本件解釋具憲法解釋方法論上之意義，爰提協同意見書如上。

部分不同意見書：

大法官 孫森焱

本件多數大法官通過之解釋文云「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。」關此部分，本人認有欠妥之處，理由如左：

- 一 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。茲解釋文調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。
- 二 憲法第十六條規定保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計，業經本院釋字第四一八號解釋有案。對於軍事審判案件之裁判，在訴訟上如何採用上訴制度，求得妥適之救濟，其理亦同。本件解釋文既云軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，具司法權之性質，則應歸軍法審判之案件，關何罪名，於何審級應歸普通法院受理，應屬立法權自由形成之範圍。因此，立法機關為維持社會秩序或增進公共利益之目的，制定法律為必要之規定，乃憲法第二十三條規定所許。茲解釋文限定其範圍為「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。」果爾，立法機關如採用刑事訴訟法第三百七十六條規定之方式，修正軍事審判法之審級相關規定，限制向普通法院法律審請求救濟之案件，豈非陷於違憲之窘境？

- 三 本解釋對於軍事審判機關宣告有期徒刑以上之刑之案件，認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。惟就陸海空軍刑法之規定以言，最輕本刑為有期徒刑以上之刑之罪者占絕大部分，得處拘役之刑者，僅第四十一條第五款及第四十二條至第四十四條援用同條款規定部分。準此以觀，經軍法審判之案件，絕大部分均須經普通法院之法律審為最後之審查。不啻全盤否定軍事覆判庭適用法律，論罪科刑之功能。然則軍事審判官豈真力有不逮若此，以致不足以作成正確之法之判斷？
- 四 刑事訴訟法第一條第二項規定：「現役軍人之犯罪，除犯軍法應受軍事裁判者外，仍應依本法規定追訴、處罰。」軍事審判法第一條第一項前段復規定：「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。」二者均以現役軍人犯軍法為接受軍事審判之要件。惟國家安全法第八條第二項則規定現役軍人所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，除刑法第六十一條所列各罪外，亦在軍法機關追訴審判之列。此項規定係立法機關「為確保國家安全，維護社會安定」而以法律擴張軍事審判權之範圍。其對於現役軍人之權益影響更為重大。若被告所犯為刑事訴訟法第三百七十六條規定之罪之案件而不屬刑法第六十一條所列之罪者，本件解釋所謂普通法院倘係兼指高等法院而言，軍事審判庭即相當於普通法院之第一審。此項事實不論軍事審判訴訟程序之審級制度如何調整，結果均無以異。按現行軍事審判法第二十八條規定普通覆判庭以審判官三人合議行之，簡任級審判官不得少於二人。高等覆判庭以簡任級審判官五人合議行之。如此組織之軍事法庭竟淪為與第一審法院相當，而初審軍事法庭則更低一級，體制上顯有齟齬之處；審級若經配合本解釋而調整為一審（事實審），則於被告之審級利益反而有害，實非保障人權之正途。又所稱普通法院倘係專指最高法院，則與現行刑事訴訟法第三百七十六條之規定牴觸。豈云此刑事訴訟法之規定亦應配合修正？解釋意旨諒不致本末倒置若此。
- 五 本解釋此段文義係以「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」為立論之基礎。實則就「憲法保障人身自由」之意旨以言，軍事審判既為憲法承認之訴訟制度。在法律上如何使其健全，



乃立法機關責無旁貸之職責。於制度上謀求周全之設計，令現役軍人之身自由得獲至善之保障，始為根本解決之途徑，殊非否定軍事審判機關有正確適用法律而為論罪科刑之功能所得濟事。至謂「人民訴訟權利及第七十七條之意旨」，則因人民訴訟權之保障，關於訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟之性質，以法律為正當合理之規定。本解釋文謂為貫徹審判獨立原則，有關機關應檢討改進有關軍事審判制度，並依解釋意旨修正相關法律，即係期待軍事審判品質因此得獲提高，則若改進之目標達成，其終審軍法裁判經宣告有期徒刑以上之刑之案件，是否仍應「全部」許被告直接向普通法院之法律審請求救濟，方屬合憲？深思之，本解釋意旨先後所述，不無矛盾。

綜上所述，本解釋關此部分，實難贊同，爰提出部分不同意見書如上。

部分不同意見書：

大法官 林永謀

憲法上，國家司法權之為實際運作，可為一元，亦可分為多元，前者如美國，其司法權屬於最高法院及其下級法院（憲法第三條第一項），後者如德國，其司法權由聯邦憲法法院、各聯邦法院及各邦法院分別行使（基本法第九十二條）；且前者，固統一於一種上下隸屬之法院，後者則設置互不隸屬之各種法院，此以德國為例，除聯邦憲法法院外，其一般民刑法律事件與行政、財務、勞工、社會等法律事件，均各設聯邦法院（基本法第九十五條），甚且為工商業法律保護事件、服公法勤務人員之懲戒及武裝部隊之管轄，亦得設聯邦法院，此管轄武裝部隊之法院即為軍事法院，其專任法官應有充任法官之資格（基本法第九十六條）。司法權如此，同理，就國家刑罰權之實現言，基於不同之目的，當然亦可有多種程序之考慮，非必定之於一，以法國為例，其未成年少年犯罪，有少年法院（一名法官、二名少年專家組成）；軍人之一定犯罪，依一九六五年七月八日軍事裁判法典，有常設軍事法院、特別軍事法庭（二名法官與三名軍法官組成，審判長由上訴法院之法官擔任），更而其於總統犯叛逆罪、內閣閣員因職務上犯重罪、輕罪之案件，由特設之法院（Haute Cour de Justice）審判。關於總統部分，由上下議院就議員中選出同數委員組成（憲法第六十七條）；關於閣員部分，由上下議院議員各選出六人（共十二人）加上最高法院法官三人組成，由法官中之一人擔任院長（憲法第六十八條之一、之二）。於前關於國家安全之重罪、輕罪，且設有國家安全法院，由法官及高級軍官（將、校）組成，嗣於一九八一年八月四日以法律予以廢除，現此等案件，其在平時，係由普通法院審理。其所以如此者



，無非基於程序技術性之要求，並亦因此一要求而賦予不同程序之審判制度，我國關於刑罰權之實現亦然，以往制定而現已廢止之「非常時期刑事訴訟補充條例」、「特種刑事案件訴訟條例」不論矣，即就現制言，一般刑事案件固由普通法院依據刑事訴訟法進行審判，但煙□案件另有肅清煙□條例（初審、終審、覆判）、少年案件亦有少年事件處理法，與通常程序已不盡相同；而關於現役軍人犯軍刑法案件之以軍事審判法審判，關於海上捕獲事件之依海上捕獲法庭審判條例審判，前者之軍事法庭係由軍法官或軍法官與一般之軍官（參審）所組成，後者之捕獲法庭係由法官、軍法官及行政人員（外交部部員）所構成，其與普通法院非特互不隸屬，亦無何者居於優位之可言，亦即國家刑罰權之實現，原可就身分、事物之不同而異其程序，殊不得執其一而非難其他。

國家建軍，要在保國衛民，克敵制勝，若不奮迅振厲嚴肅而整齊之，何能達成。其張軍而不能戰，遇敵而不能攻者，建軍何為？是軍人或因身分、或因所犯係基於軍事特殊目的而定之罪，而依特別程序予以處罰，就實體法言，係屬刑事特別法；就程序法論，則為特種刑事訴訟之一種，亦屬國家主權表徵之司法權之一部，僅其程序為技術性之不同考慮而已。憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，顯見軍事審判乃憲法所承認之一種訴訟制度，而為特種刑事訴訟之一，因是即使審級救濟，立法者就此自亦得為不同之程序，有如肅清煙□條例與海上捕獲法庭審判條例之規定然，殊不能因其與刑事訴訟法所定者有異，即謂其係侵害人權，否則，此一制度根本即無存在之價值，蓋國家焉得以不能實現正義反而侵害人權之制度審判人民？果如此，其本身即違背憲法上基本人權之保護，在憲法上已無立足之地，何來合憲、違憲之問題。惟雖如此，軍事審判既仍屬司法權之一環，當應受憲法保障基本權利之法秩序所規範，其審判機關之構造應有司法獨立（審判獨立）之「法院」內涵，其審理程序之踐行亦應合乎法律正當程序暨比例原則之要求，唯有具備此一意義之法律以從事審判，刑事司法之正義始有實現之可能。本此，可決多數就軍事審判法中有違司法建制及司法獨立原則之該法第十一條、第一百三十三條第一項、第三項及第一百五十八條宣告違憲，本席固表同意；但其中所謂「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」，並著立法機關「對訴訟救濟相關之審級制度為配合調整」云云，則認尚欠斟酌，非僅迂於事理，亦勢之必不可得致；蓋如前述，軍事審判係基於特定目的而創設之制度，並為憲法所允許，在司法權之本質下，其程序之技術性當然不必與刑事訴訟法相同，否則何



庸多此一制度？因是其審理過程對被告自由權之限制，在軍事目的之要求下，當有可能較之非現役軍人之一般人民（適用刑事訴訟法者）為嚴，如此則應在法安定性與目的性間為平衡之考量，而不能逕即謂其與憲法保障人身自由之規定有背。其次，憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在使人民為實現其憲法所保障之權利，得向國家之司法機關提起訴訟之制度性保障，其核心內容係保障人民有權向此等司法機關提起訴訟，期以獲得公平之裁判，並不得藉故予以剝奪之權利。因此其於司法體系內為糾正下級審法院裁判錯誤而設之審級，究應採如何制度不論矣，即裁判本身救濟之途徑應為如何之程序，亦均非訴訟權保障之核心領域事項，而應由立法機關視各種權利之具體內涵暨各種訴訟案件之性質，以法律妥為合理之規定，非司法機關所得置喙。本解釋示明經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件應許被告向普通法院請求救濟，並著立法機關應就審級制度為配合，根本即侵及立法者之職權，其不當何待辭費。再所謂「以判決違背法令為理由」云者，或係在指其僅得向「法律審」之最高法院尋求救濟，非謂普通法院所有審級之意；然就法律規定之體例暨概念之涵義言，刑事訴訟法第三百七十七條係規定：「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之」，此乃限制第三審上訴之理由，亦即僅得以判決違背法令為理由向第三審提起上訴，並非謂其以判決違背法令為理由者，僅得向第三審上訴，兩者何得混淆！蓋現行刑事訴訟法之第二審採覆審制，對於不服第一審判決所提之第二審上訴，法律上就其理由不設限制（見該法第三百六十一條），是以訴訟上不限於當事人之特定上訴理由以為審查之對象，殊不得因此誤解而謂對於第一審不得以判決違背法令為理由提起第二審之上訴。本解釋之上開諸語，實令人不知其所指之普通法院係何一審級。若謂其經終審軍事審判機關之判決，猶得向相關各級普通法院請求救濟，無異認普通法院在法律上優於軍事審判機關，此在憲法同時承認此兩種制度之下，其為如此之釋示，殊有可議；若謂其係單指得向最高法院為上訴之意，此在其原具司法權之本質，固非無據，即就比較法之觀點言，亦非無其所本，軍事法院之判決得上訴於普通法院之最終審法院——最高法院，德國基本法即為如此之規定（九十六條三項），前述法國軍事裁判法典亦屬相同（二四三條）；然就所有宣告有期徒刑以上之案件均歸之，即使為有期徒刑二月者亦然，非特有違於第三審上訴制度之精神，即就比例原則之相當性、必要性言，亦待商榷；況以軍事審判一般所涉及之陸海空軍刑法、妨害軍機治罪條例等法定刑之規定觀之，幾已無宣告拘役之可能，是所謂宣告有期徒刑以上之案件，殆等於軍事審判經宣告為有罪之全部，則以目下第三審早已不堪負荷之人力，復再同時行其全部之有罪軍事案件



之上訴救濟，定將使訴訟遲滯，法院與被告俱疲，而非特無從為適正之救濟，更將影響及於第三審所應有之「法的形成」之任務。

如前所述，軍事審判亦係司法權之作用，並為特種刑事訴訟之一，本於權力分立之原則，行政權固不得執行審判事務，而憲法復明定司法院為國家最高司法機關，掌理刑事審判等（七十七條），則賦予當事人得向國家最高司法機關上訴之權利，乃法之所應然，現制司法院為司法行政機關，刑事審判最終之審級係其所屬之最高法院，是本於法之統一及當事人權益之維護，應許其得向最高法院上訴，乃屬事理所當然，至其應限之於如何之範圍，則屬立法之範疇。又基於現實之考量，軍人憲法上基本權利之保護，似宜慎之於始，著眼於審理程序之保障，俾藉程序之遵守，以確保偵審之公正，其中尤以審判主體之「人」為最，畢竟刑事上之判斷作用，本既存有感性、悟性之要素，自不能不受審判者本身之人格性與認識能力之限制，亦即審判者之主觀要素對判斷作用有決定性之影響，其中更以審判者之「法的意識」為然；蓋法的內容乃由審判者所宣示，法律主治云者，實乃審判者主治，此種潛在於內之「法的意識」既具如此決定性之作用，則欲求挈裘振領之效，其在軍事審判之主體上，當應再予提升，或參考德國之例，以有法官資格者充任之（參看我國司法人員人事條例第九條），或參照前述法國之方式，以法官與軍法官混合構成之。如此，軍事審判法第十四條之規定，當亦應定期著其為必要之修正，乃本解釋單就軍法官身分保障之改進著筆，未及於審判機關構成員之本身，併有未洽。爰提部分不同意見書如上。

## 抄立法委員蘇煥智等五十八人聲請書

### 壹、聲請解釋憲法之目的

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。」司法權應由司法機關職掌，其他非司法性質之機關並不具有案件的審判權。根據軍事審判法第一條第一項規定：「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。」由此觀之，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，並牴觸憲法第七十七條之規定。



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。」在現制下由軍事機關職掌軍事審判權，在體制上行政權已侵越司法權，軍事審判法第一百三十三條第一項、第三項賦予軍事長官核定判決及發交覆議之權；第一百四十八條第一項及第二項規定軍事檢察官所為之不起訴處分書須經軍事長官核准方能送達；第一百四十九條第二項對軍事檢察官所為之不起訴處分聲請再議時，應向該機關長官為之；第一百五十四條第一項軍事檢察官製作之起訴書須經軍事長官核准後才能提出；第一百五十八條第一項規定軍事審判庭之組成須簽請軍事長官核定，並容許軍官參與審判。上列諸項規定，又使行政權干涉司法審判，嚴重破壞司法獨立，違反憲法第八十條審判獨立精神。

此外，由於軍事法庭隸屬於軍事機關內，一般人根本不可能進入軍事營區，實際上，為昭信大眾的審判公開原則也無法落實。而軍人在憲法第十六條所保障受司法審判的訴訟權也因此被剝奪。所以，軍事審判法第八條至第十一條規定軍事審判機關隸屬於國防行政部門，是否違反憲法第七十七條司法院為國家最高司法機關之規定？又軍事審判法第一百三十三條第一項、第三項，第一百四十八條第一項、第二項，第一百四十九條第二項，第一百五十四條，第一百五十八條，賦予軍事長官的諸多核准權，是否違反憲法第八十條審判獨立之規定？期大法官能予以明確解釋，使軍事審判機關之建制能不悖於憲法，以回歸司法體系。

貳、疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、本聲請之提出係依據司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款：

「依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義。」之規定。

二、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。」由此觀之，司法權應由司法機關職掌，其他非司法性質的機關並不具有審判權。

而軍事審判法中關於軍事審判機關之隸屬規定於第八條至第十一條，條文如下：

第八條 本法稱軍事審判機關者，謂有軍事審判權設置軍事法庭之機關。軍事審判機關分為左列三級：

- 一、初級軍事審判機關。
- 二、高級軍事審判機關。
- 三、最高軍事審判機關。



第九條 左列機關為初級軍事審判機關：

- 一、陸軍軍司令部。
- 二、陸軍師司令部。
- 三、陸軍獨立旅司令部。
- 四、海空軍軍區司令部。
- 五、與前四款相等之軍事機關。
- 六、戰時縣政府或其相等機關，經最高軍事審判機關核准或授權者。

第一〇條 左列機關為高級軍事審判機關：

- 一、陸海空軍各總司令部及其相等軍事機關。
- 二、戰時省或其相等區域之地方保安部隊最高機關，經最高軍事審判機關核准或授權者。

第一一條 國防部為最高軍事審判機關。

由以上條文觀之，現行之軍事審判制度將軍事審判權歸屬於國防行政體系，使行政部門兼行司法審判權，已違反憲法第七十七條之規定。

三、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。」明揭審判必須獨立之精神，但觀諸軍事審判法中的多項規定賦予軍事長官干預審判的權力，如：

第一百三十三條第一項及第三項賦予軍事長官核定判決及發交覆議之權；第一百四十八條第一項及第二項規定軍事檢察官所為之不起訴處分書須經軍事長官核准方能送達；第一百四十九條第二項對軍事檢察官所為之不起訴處分聲請再議時，應向該機關長官為之；第一百五十四條第一項軍事檢察官製作之起訴書須經軍事長官核准後才能提出；第一百五十八條第一項規定軍事審判庭之組成須簽請軍事長官核定，並容許軍官參與審判。上列諸項規定，又使行政權干涉司法審判，嚴重破壞司法獨立，違反憲法第八十條審判獨立精神。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場及見解

一、違反法治國權力分立原則

基於法治國家之分權原則，司法權與行政權應嚴守其分際，由司法機關職掌審判事務，在行政權下不容許有刑事審判權存在。憲法第七十七條明白規定司法院為最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判；而現行之軍事審判法第十一條規定國防部為最高軍事審判機關，國防部隸屬行政院為行政部門，但軍事審判依軍事審判法第一條第一項之規定其本質為刑事審判，應由司法機關掌理，現今卻歸屬於國防行政權下，使行政性質的軍事機關兼掌刑事司法權，已侵越司法權



之核心領域，違背法治國權力分立原則，亦牴觸憲法第七十七條之規定。蓋軍事審判權係屬於司法權，應歸屬於司法體系而非軍事體系之下，因此，對軍人的刑事審判，應納入司法機關的審判體系中，與軍人職務無關之犯罪，由普通之刑事法庭審判，而涉及軍職之犯罪，則在司法性質的法院中組成軍事專業法庭來審理。如此，軍事審判方能獨立於行政干涉之外，並且有審級救濟。

## 二、破壞審判獨立精神

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。」本條雖已明揭審判獨立之精神，但軍事審判法第一百三十三條第一項規定：「判決由該管軍事審判機關長官核定後宣示或送達之。」；又同條第三項規定：「核定判決時，如認判決不當或違背法令，應發交覆議，不得逕為變更。原判決之核定發交覆議，以一次為限。」這兩項規定賦予軍事長官核定判決及發交覆議之權，致使軍事法庭之判決非經軍事長官之核定，不能對外發生效力。而軍事長官透過判決之核定與發交覆議，等於實質參與判決之作成，嚴重干預審判。況且軍事長官並非專業之法律人，法學素養不及軍法官，更未直接參與審理，聽取辯論，如何審查判決之不當或違法？因此，軍事審判歸屬於軍事機關，又賦予軍事長官核定判決及發交覆議之權，使行政「合法」干涉司法，嚴重破壞審判獨立。故須廢除軍事長官之此等權限，回歸訴訟程序。

又該法第一百四十八條第一項、第二項，第一百四十九條第二項，第一百五十四條，第一百五十八條中賦予軍事長官不起訴處分書決定權、聲請再議之決定權、起訴核准之權、核定軍事審判庭組成之權等，使軍事長官職權凌駕於軍事檢察官之上，處處箝制檢察官獨立行使職權，嚴重破壞司法獨立。

## 三、審判公開未能落實

審判公開原則係藉由開放大眾入法院旁聽審判過程，以防止法官作出不公正裁判的保護措施。軍事審判法第五十三條第一項規定：「軍事審判庭應公開行之。但有關國防機密或軍譽之案件，得不公開並宣示其理由。」軍事審判係以公開為原則，不公開為例外。但由於目前的軍事審判權隸屬於軍事機關，軍事法庭多設於營區或軍事機關之內，並非一般大眾所能自由進入旁聽，致使審判不公開反成常態，對於訴訟當事人之權益維護及審判之公正則未有保障，不符審判公開之本旨。軍事法庭應設於一般之司法法院之內，使社會大眾得以自由進入旁聽，方能落實審判公開原則。



四、軍人之訴訟權未獲保障 憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」本條規定於人民權利義務章下，由體系意義觀之，應解釋為僅在排除非現役軍人受軍事審判，以保障人民權益；不必然導引出現役軍人即應受軍事審判，或不得接受司法審判。而現役軍人即使受軍事審判，亦須接受司法性質的軍事審判。蓋現役軍人乃為民主法治國家下以抵禦外侮為職業或義務之人，其因身分特殊，於行政上固然受到特別權力關係之拘束，然其受審判之權利不應因其身分有別於一般人民，而受到非司法性質的軍事審判。因此，現行之軍事審判制度不僅漠視憲法第七條之平等原則，更未保障軍人有憲法第十六條受司法性質審判之訴訟權。

基於上述理由，聲請人等認為，現行之軍事審判制度由於將軍事審判權歸屬於行政性質的軍事機關，以致造成諸多弊端，已牴觸憲法所欲保障的權力分立原則以及司法獨立精神，致引發諸多爭議，爰敦請大法官解釋憲法之真義，並作成國防部為最高軍事審判機關乃違憲之裁決。

肆、附件

「軍事審判法」條文。

聲請人：

立法委員

尤 宏	王國清	方來進	朱星羽	李必賢
李進勇	李慶雄	吳東昇	呂秀蓮	呂新民
余玲雅	沈富雄	林正杰	林光華	林瑞卿
林錫山	林濁水	邱垂貞	邱連輝	周 荃
施明德	洪奇昌	柯建銘	姚嘉文	翁金珠
徐成焜	張旭成	張俊雄	陳光復	陳宏昌
陳定南	陳建平	陳婉真	許添財	黃昭輝
黃煌雄	黃爾璇	曾振農	彭百顯	葉菊蘭
葉耀鵬	廖永來	趙□娃	劉文慶	劉政鴻
蔡同榮	盧修一	賴英芳	謝長廷	謝聰敏
戴振耀	顏錦福	魏耀乾	蘇火燈	蘇煥智
黃信介	陳昭南	江鵬堅		

（本聲請書附件略）