

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 490 號

解釋日期：民國 88 年 10 月 01 日

資料來源：司法院公報 第 41 卷 11 期 4-48 頁

司法院大法官解釋續編（十三）第 383-460 頁

司法院大法官解釋（十二）（99 年 5 月版）第 60-135 頁

總統府公報 第 6309 號 6-60 頁

相關法條：中華民國憲法 第 7、13、20、23 條

兵役法 第 1、3、4、5、20、25、38 條

召集規則 第 19 條

解釋文： 人民有依法律服兵役之義務，為憲法第二十條所明定。惟人民如何履行兵役義務，憲法本身並無明文規定，有關人民服兵役之重要事項，應由立法者斟酌國家安全、社會發展之需要，以法律定之。憲法第十三條規定：「人民有信仰宗教之自由。」係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰畀予優待或不利益。立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同，於兵役法第一條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。復次，服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無牴觸。又兵役法施行法第五十九條第二項規定：同條第一項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑時間不滿四年時，免除禁役。故免除禁役者，倘仍在適役年齡，其服兵役之義務，並不因此而免除，兵役法施行法第五十九條第二項因而規定，由各該管轄司法機關通知其所屬縣（市）政府處理。若另有違反兵役法之規定而符合處罰之要件者，仍應依妨害兵役治罪條例之規定處斷，並不構成一行為重複處罰問題，亦與憲法第十三條宗教信仰自由之保障及第二十三條比例原則之規定，不相牴觸。

理由書： 現代法治國家，宗教信仰之自由，乃人民之基本權利，應受憲法之保障。所謂宗教信仰之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以



及參與或不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰畀予優待或不利益，其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由。內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障。宗教信仰之自由與其他之基本權利，雖同受憲法之保障，亦同受憲法之規範，除內在信仰之自由應受絕對保障，不得加以侵犯或剝奪外，宗教行為之自由與宗教結社之自由，在必要之最小限度內，仍應受國家相關法律之約束，非可以宗教信仰為由而否定國家及法律之存在。因此，宗教之信仰者，既亦係國家之人民，其所應負對國家之基本義務與責任，並不得僅因宗教信仰之關係而免除。

保護人民生命和財產等基本權利乃國家重要之功能與目的，而此功能與目的之達成，有賴於人民對國家盡其應盡之基本義務，始克實現。為防衛國家之安全，在實施徵兵制之國家，恆規定人民有服兵役之義務，我國憲法第二十條規定：人民有依法律服兵役之義務，即係屬於此一類型之立法。惟人民如何履行兵役義務，憲法本身並無明文規定，有關人民服兵役之重要事項，應由立法者斟酌國家安全、社會發展之需要，以法律定之。立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同，於兵役法第一條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務；第三條第一項規定：男子年滿十八歲之翌年一月一日起役，至屆滿四十五歲之年十二月三十一日除役；第四條規定：凡身體畸形、殘廢或有箇疾不堪服役者，免服兵役，稱為免役；第五條規定：凡曾判處七年以上有期徒刑者禁服兵役，稱為禁役。上開條文，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。復次，男子服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無牴觸。

兵役法施行法第五十九條第二項規定：同條第一項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑時間不滿四年時，免除禁役。故被免除禁役者，倘仍在適役年齡，其服兵役之義務，並不因此而被免除，兵役法施行法第五十九條第二項因而規定，由各該管轄司法機關通知其所屬縣（市）政府處理。若另有違反兵役法之規定而符合處罰之要件者，仍應依妨害兵役治罪條例之規定處斷，並不構成一行為



重複處罰問題，亦與憲法第十三條宗教信仰自由之保障及第二十三條比例原則之規定，不相抵觸。又犯罪判處徒刑在執行中者，停服現役，稱為停役。停役原因消滅時，回復現役，稱為回役。兵役法第二十條第一項第二款後段及同條第二項定有明文。至於回役之程序如何，兵役法第二十五條第一項第一款、第二款祇分別規定常備軍官、常備士官、常備兵、補充兵在現役期間停役者，為後備軍人，應受後備管理而已，初無關於回役之技術性之程序規定。惟回役核其實質，仍不失為後備軍人平時為現役補缺之性質，依兵役法第三十八條第一項第二款規定，自得對之臨時召集。行政院訂定發布之召集規則第十九條第一項第四款乃規定，停役原因消滅，回復現役，得對之臨時召集，並未逾越兵役法第三十八條第一項第二款規定之範圍，亦未增加人民之負擔，核與憲法法律保留之原則，並無不符。本於同一理由，同規則第十九條第一項第五款，補服義務役期之臨時召集之規定，亦與憲法保障人民權利之意旨無違，併此指明。

大法官會議主 席 翁岳生

大法官 劉鐵錚

吳 庚

王和雄

林永謀

施文森

孫森焱

陳計男

曾華松

董翔飛

楊慧英

戴東雄

蘇俊雄

黃越欽

賴英照

謝在全

部分不同意見書：

大法官 王和雄

本解釋認人民有依法服兵役之義務，為憲法第二十條所明定。惟人民如何履行兵役義務，憲法本身並無明文規定，有關人民服兵役之重要事項，應由立法者斟酌國家安全、社會發展之需要，以法律定之，立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會功能角色之不同，於兵役法第一條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務，係為實踐國家目的及憲



法所規定人民之基本義務而為之規定，原屬立法之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障並無牴觸。又宗教信仰之自由與其他之基本權利，雖同受憲法之保障，亦同受憲法之規範，除內在信仰之自由應受絕對保障，不得加以侵犯或剝奪外，宗教行為之自由與宗教結社之自由，在必要之最小限度內，仍應受國家相關法律之約束，非可以宗教信仰為由而否定國家及法律之存在。因此，宗教之信仰者，既亦係國家之人民，其所應負對國家之基本義務與責任，並不得僅因宗教信仰之關係而免除，符合憲法保障宗教信仰自由之意旨，自應贊同。惟宗教之信仰者，基於教義及戒律之關係，並因虔誠之宗教訓練及信念上等原因而在良心上反對殺害生命及反對任何戰爭行為者，在兵役法是否可使其免服戰鬥性或使用武器之兵役義務，本解釋置而不論，似認兵役法既已規定中華民國男子依法皆有服兵役之義務，宗教之信仰者，既亦係國家之人民，其所應負對國家之基本義務與責任，不得僅因宗教信仰而免除，如准許宗教之信仰者可免服戰鬥性或使用武器之兵役義務，反將造成因宗教之信仰而得到國家法律之優待或寬免，有違憲法保障宗教信仰自由之意義，亦違反憲法上之平等原則；再者，本解釋認兵役法施行法第五十九條第二項規定：同條第一項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑時間不滿四年時，免除禁役。故免除禁役者，倘仍在適役年齡，其服兵役之義務，並不因此而免除，苟另有違反兵役法之規定而符合處罰之要件者，仍應依妨害兵役治罪條例之規定處斷，並不構成一行為重複處罰問題。惟此種情形，若再因上開宗教之原因犯妨害兵役治罪條例等之罪，而每次均非判處七年以上有期徒刑或判處七年以上有期徒刑，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，實際執行徒刑時間均不滿四年時，在實務上，依國防部四十六年九月十三日準諮字第〇一三二號令解釋，雖累計計算實際執行徒刑時間已過四年，仍不得禁役，而須於服刑後繼續再補服兵役，且若再有妨害兵役等之罪行，均須以刑罰反覆相繩，直至役齡屆滿之日為止。果爾，顯屬違反憲法上之比例原則，不符保障宗教信仰自由之意旨，爰提出不同意見，並敘述理由如下：

當宗教之信仰由政教合一走入聖俗分離之時代以後，靈魂之拯救與生命之本然，乃世俗之國家權限所不可及之事務，信仰更是人內心之精神活動，尤非國家所得依法律而逕行限制或取締者。在民主憲政國家中，將宗教信仰之自由，載入憲法中，並規定為人民之基本權利，其最原始、最傳統與最典型之作用，乃是對國家之防禦權。宗教開示人之生命涵義不應僅以世俗之境界或肉體之生命為終極目的，更應遵循教義，如法奉行，而證



悟生命之本然，從而了脫生死輪迴，證入涅槃或進入天國，惟冀以達成此一終極目的所必不可缺之方法，乃是戒律之遵守與教義之奉行。因此，虔誠之宗教信仰者，其外在之行為，雖可能因涉及他人之權利與公序良俗，不能不同受法律之規範，第本於教義而為之宗教行為，如涉及宗教核心理念者，其信仰與行為即具有表裡一致之關係，該項行為即不能全然以法規之構成要件之行為視之，而毋寧已涉及內在宗教信仰之層次。在此種情形下，該行為雖與一般社會上具有支配性之倫理觀念及以之為基礎之法律義務相衝突，如遽行科罰，將使虔誠之宗教信仰者，因基於人性尊嚴所為生命之選擇，陷於心靈上根本之衝突，蓋該行為如基於法教義學之解釋，雖係該當於刑罰法律之構成要件，但該行為者之行為，卻係處在一般法秩序與其個人內在深層信仰相衝突之邊界情境下，選擇遵守對他而言具有更高位階之信仰誠命，因此，宗教行為如與國家法令相牴觸時，法令之規範或處罰，即應特別審慎或嚴謹，俾免侵害或剝奪憲法所保障宗教信仰自由之本旨。更進而言之，當國民憲法上義務之履行與其憲法上所保障之宗教信仰自由相衝突時，該義務之履行將對其宗教信仰造成限制或影響，則對宗教行為之規範或限制，即應以嚴格審查標準盡到最大審慎之考量，非僅為達成國家目的所必要，且應選擇損害最小之方法而為之，尤應注意是否有替代方案之可能性，始符憲法基本權利限制之本旨。此乃德國基本法一九五六年第七次修正第十二條規定，於修正後之第十二條第二項第二句規定：任何人基於良心自由，拒絕使用武器之兵役義務時，得使負擔補充役之義務（一九九四年八月修訂版為第十二條之一第二款：任何人基於良心理由而拒絕武裝之戰爭勤務者，得服替代勤務），及美國一九六七年 Military Selective Service Act, 50 USCA, § 456 (j) 規定：基於宗教之訓練與信仰而良心上反對各種戰爭之人，得免除其戰鬥性之兵役；乃至於奧地利憲法第九條之一第三款規定：奧地利男性公民有服兵役之義務，以良心理由拒絕服兵役之義務並因之而免除者，需服替代勞務，其詳細辦法由法律定之等各國憲法與法律之所由設也，而其所以然者，乃深切體會本於宗教核心理念之教義而為之行為，除非明顯妨害公序良俗、社會價值等情形且屬重大者外，亦屬宗教信仰自由宜予保障之範圍。本此原則而論，則宗教之信仰者，基於教義及戒律之關係，並因虔誠之宗教訓練及信念上等原因而在良心上反對任何戰爭者（例如專職之神職人員）至少應在兵役法上規定，避免使其服戰鬥性或使用武器之兵役義務，而以替代役為之，俾免宗教信仰之核心理念與國家法令相牴觸而影響宗教信仰自由之保障，庶幾憲法之目的與原則暨宗教信仰自由之保障，均能予以兼顧。或以國情不同，社會狀況有異，法律之規定不宜貿然套用外國之制度，尤



以我國並無宗教登記（非核准）制度之設，專職神職人員之認定標準不一，且本於前開原則，所應保障（即使服替代役）範圍之認定難免有所爭議等原因而不宜以法律定之。雖然，在兵役法修正時，若有替代役制度之設，亦宜使此等人員於符合該當要件時，改服替代役，始不失憲法規定人民於依法律盡其服兵役義務之同時，也能保障因信守教義與戒律，並因虔誠之宗教訓練及信念等原因而在良心上反對殺害生命及反對任何戰爭行為者之宗教信仰之自由。

其次，本人雖贊同本解釋關於兵役法施行法第五十九條第二項之規定並不構成一行為重複處罰之問題，惟上開情形，因宗教信仰之原因而在良心上反對殺害生命及反對任何戰爭行為者，若有違反兵役法第五條之罪及因兵役法施行法第五十九條第二項規定免除禁役，再以同一原因（因宗教上之原因而在良心上反對殺害生命及反對任何戰爭行為者）再犯妨害兵役法等有關規定而符合處罰之要件，在此等人員於將來法律准許改服替代役之前，其實際執行徒刑時間，應累計計算，始符憲法上比例原則及保障宗教信仰自由之本旨，蓋此種情形，如前所述，並非單純之抗命或逃避兵役，若必以刑罰反覆相繩，直至役齡屆滿之日為止，勢將造成因虔誠之宗教信仰而與牢獄相伴而生之後果，既不符合適當性、必要性及合理性之憲法上之比例原則，亦如前述，不符憲法保障宗教自由之精神，爰提不同意見書如上。

不同意見書：

大法官 劉鐵錚

本案聲請人等基於崇尚和平之真誠信仰，在良心上始終拒服戰鬥訓練，致一再陷入審判—入獄—回役—審判—入獄之循環中，因而對兵役制度若干規定，提出牴觸憲法疑義之聲請。本席對多數大法官通過之解釋，在程序及實體上皆有不同之意見，茲分述如下：

一 程序上

多數大法官對基於同一事由之諸多聲請本件解釋案，僅對「已用盡審級救濟程序」之確定終局裁判，予以受理解釋；對於未用盡審級救濟程序之確定終局裁判，則不予受理。本席難予同意，因此一區分具有先例之作用，有普遍適用性，在程序上有重要意義，爰表示不同意見如後：

- (一) 司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款係對人民聲請解釋憲法程序要件之規定，其中之一即為須經「確定終局裁判」，從文義上解釋，凡有終結一個審級效果之裁判，且不得再以上訴方式請求救濟者，即為確定終局裁判，並無僅指終審確定終局裁判之意涵，此不僅在文理上理應如此解釋，在法理上實更有堅強之理由。



- 1 憲法之解釋或法令有無牴觸憲法之解釋，在我國係專屬於大法官，普通法院或行政法院法官僅有釋憲聲請權而無釋憲權。故當事人縱用盡審級救濟程序，其結果也不外由上級法院聲請大法官解釋，或者於終審法院判決確定後，再由當事人聲請，其時間必定是一、二年之後，則此種要求究竟有何實益？但其註定浪費二造當事人之時間、精力與金錢，卻為不爭之事實；而其增加上級審法院法官無謂之審判負荷，虛擲寶貴司法資源，也屬難以避免之事項。即對大法官本身言，對確定會提出之聲請釋憲案，縱可拖延於一時，豈可拖延於永久。故此種要件之添加，實不合乎訴訟經濟原則。
- 2 上述人民聲請釋憲案，與當事人爭執法院認事用法錯誤致不同審判機關見解有異者之案件，不可相提並論。後者，上級審法院可以糾正下級審法院之錯誤，故在人民請求大法官為統一解釋時，當然應該用盡審級救濟程序，此觀司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款，有關人民聲請統一解釋之要件，於「確定終局裁判……」外，另有「但得依法定程序聲明不服者……不在此限」之限制，二相比較，二條文用語雖同，法理有別，涵義有差，實不辯而自明。
- 3 司法院大法官審理案件法第五條第二項原僅明文規定：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」惟本屆大法官於民國八十四年所作之釋字第三七一號解釋，卻擴大為「各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋」。此號解釋值得贊同。細究大法官所以把法律明文規定之最高法院及行政法院始享有之釋憲聲請權，擴大且提前得由下級法院聲請，蓋不欲浪費國家資源，作無權解釋憲法之審級審理也。而今大法官對人民聲請釋憲案，卻反其道而行，限縮法律之規定，添加法律所無之限制，其根據之法理如何一貫，實令人費解。若謂用盡審級救濟程序，有時上級審法院可變更適用有違憲疑義之法條，致釋憲案根本不會發生，此一理由如果可以成立，豈不同樣適用於第三七一號解釋中下級審法院之聲請？當事人所爭執者非法律適用之錯誤，而係對法院正確適用之法律認定為違憲，職司釋憲之大法官，豈可遲延保障人權之重責大任，而將其寄託於不切實際之想像中。



二 實體上本席認為本案所涉及之若干法律，應為如下之解釋：

(一) 兵役法施行法第五十九條第二項違反憲法「禁止雙重處罰原則」，應為無效。

兵役法施行法第五十九條第二項規定：「同條第一項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑時間不滿四年時，免除禁役」。故免除禁役者，倘仍在適役年齡，將不斷因良心因素持續拒絕服役，而遭受重複之處罰。按「一事不二罰原則」、「禁止雙重處罰原則」係民主國家彰顯人權保障之展現，其本意在禁止國家對於人民之同一行為，以相同或類似之措施多次處罰。美國聯邦憲法早於西元一七九一年增訂之人權典章第五條即有明文（nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb）。我國憲法第二十二條係關於人民基本權利保障之補充規定，即除同法第七條至第十八條及第二十一條所為例示外，另設本條規定，概括保障人民一切應受保障之自由權利。禁止雙重處罰原則，既為現代文明法治國家人民應享有之權利，且不妨害社會秩序與公共利益，自亦在該條保障之列。

就所謂良心犯罪與一事不二罰原則而言，德國聯邦憲法法院之見解可資參考，「若行為人一再拒絕兵役、社會役之徵召行為，係基於其所宣稱之永遠繼續存在之良心決定，則該行為仍應屬基本法第一百零三條第三項所稱之同一行為。蓋該等決定係基於單一之良心決定而永遠的拒服兵役，此種良心決定之範圍係原則性的而非個別性的。再者，行為人透過基於其良心所下之決定而表現出來的持續反抗兵役行為，可謂係對國家要求其服兵役之一種反抗，故國家以第一次及其後續之徵召令要求服役之行為，始終為同一行為……」。行為人之良心決定具有嚴肅性及繼續性亦屬顯而易見。行為人於其第一次處罰之後以及接獲第二次徵召令後，不過再次堅持以前所為永遠拒服兵役之良心決定，此種過去所為而持續至將來之良心決定，確定了行為人整體外部行為，從而行為人於接獲第二次徵召時，遵循此一決定進而拒服兵役，自屬基本法第一百零三條第三項所稱之同一行為。」（BverfGE 23,191）就本件聲請案當事人而言，聲請人基於單一之良心因素拒絕服役而遭重複處罰至為明顯。此一由過去持續至將來之良心決定，確定了聲請人外部之行為，從而不論聲請人日後將再受多少次之徵召，其仍將一本初衷，持續拒絕服役。參考前揭德國聯邦憲法法院所表示之見解，原判決及其所適用之



兵役法施行法第五十九條第二項規定，顯然未能掌握本件事實之內涵及其特殊性，同時亦使我國憲法所保障之宗教信仰、良心自由受到漠視，違反一事不二罰之憲法原則。

- (二) 兵役法第五條及兵役法施行法第五十九條第二項之規定有違「禁止嚴苛、異常制裁之原則」，應為無效。

人民有免受嚴苛、異常制裁之自由權利，此在憲政先進國家為其憲法所明文保障，例如前述之美國聯邦憲法人權典章第八條，即明文規定不得對人民處以嚴苛、異常之制裁（nor cruel and unusual punishments inflicted）。我國憲法因有第二十二條之概括規定，自亦應為同一之解釋。按兵役法第五條規定，凡曾判處七年以上有期徒刑者禁服兵役，稱為禁役。故凡因良心或宗教因素而拒服兵役之人，若未判刑七年，或曾判處七年，但執行刑未滿四年時（見兵役法施行法第五十九條第二項），則自其第一次應徵入營服役之日起（約十八歲）至其四十五歲止，均將因抗命而陷入審判－入獄－回役－審判－入獄之循環中。期間最多可達二十七年之久，遠遠超過刑法法定有期徒刑至多二十年之長度，若與強盜、殺人等惡性重大之犯罪相較，聲請人等所面臨之處境，益發悲涼！蓋殺人者，若僥倖僅受無期徒刑之判決，少則十五年多至二十年即可假釋出獄，重新做人。反觀本件聲請人等，本性純良，僅因堅持宗教信仰，追求良心之自由，前已因同一持續之行為遭到多次之處罰，後又以未合於兵役法第五條及其施行法第五十九第二項之要件，而需將其寶貴之青春歲月虛擲於囹圄之中，該二法條所致之殘酷結果，莫此為甚，吾人豈可視而不見。

- (三) 從憲法人權保障之角度，乃至國家社會整體利益，甚至是戰鬥任務本身而言，使因良心或宗教因素拒絕服兵役之人轉服替代役，始為合乎憲法之作為。

首先，就兵役公平之角度言，試問有多少人願意堅持其個人之信仰而入獄服刑，況其所面臨者係數十年之刑期，若非基於虔誠信仰何能做出此一犧牲。就戰鬥任務本身言，若強令良心上有障礙之人從事戰鬥任務，對所有袍澤之安全、任務之達成，又將造成多少負面之影響與傷害。自國家社會整體利益言，監禁一青年數十年之久，不僅使社會失去一極富愛心與服務熱誠之人，更需花費國家大筆公帑供養其數十年之生活，又有何意義可言！

此類虔誠宗教信仰者與徒托空言，假借信仰自由，意圖逃避兵役者，自應嚴加區別，後者不僅不能享受憲法上宗教自由之保障，更應



受到法律嚴格之制裁。至如何鑑別二者之真偽，則屬技術層面而非憲法之問題（事實上有關單位草擬之家庭及宗教因素申請兵役替代役辦法草案中對此已有初步之規劃）。

又憲法第二十條雖規定，人民有依法律服兵役之義務，但此並非憲法層次之全民義務，實係憲法賦與立法者於決定要求人民服兵役時之規範基礎。立法者基於實質平等及比例原則之憲法規定，實應認真考慮提供實施替代役之可能；而憲法第十三條之規定，人民有信仰宗教之自由，更是確認信仰自由事涉人民內心之真誠與生命價值之選擇，即令制定法律規範宗教行為，其內容仍須符合實質正當，更需考量憲法基本權利間內在之一致性。換言之，國家對於宗教行為之規範，應抱持和平與容忍之態度，除非舉證證明有明顯立即之危險或關係重大公共利益，否則不應介入干涉，對於拘束人民宗教自由之立法考慮，亦然。從而，宗教之信仰者，基於教義及戒律之關係，並因虔誠之宗教訓練及信念上等原因，而在良心上反對任何戰爭者，在兵役法上自應避免使其服戰鬥性或使用武器之兵役義務，俾免宗教信仰之核心理念與國家法令相牴觸而影響宗教信仰自由之保障，庶幾憲法之目的與原則暨宗教信仰自由之保障，均能予以兼顧，因此之故，在制度上給予因宗教或良心因素不願服兵役之人轉服替代役之方法，始真正符合憲法保障人權之意旨。

- (四) 兵役法第五條及兵役法施行法第五十九條第二項對基於良心因素拒絕服兵役者言，其宣告刑及執行刑，皆應作分別累積之計算。退一步言，吾人縱使基於事實之困難及現狀之考慮而認宗教信仰自由、良心自由仍不足以作為聲請人等免服戰鬥兵役之理由，也不認為基於良心因素拒絕服兵役之行為係持續之單一行為，從而並無一事不二罰原則之適用，但考量兵役法第五條及其施行法第五十九條第二項所帶給聲請人等之苛酷效果及對社會國家所造成之負面影響，吾人也應宣告該二條文就因良心因素拒服兵役者而言，對其宣告刑及實際執行之刑期，基於憲法第十三條及第二十二條之考量，應採取「分別累積計算」方為合憲之解釋。應累積計算之合憲解釋，不僅對兵役制度之公平有所維護（因實際再經執行需累積滿四年之刑期始可禁役，對於欲假借宗教、良心因素逃避兵役義務者，應可收之嚇阻之效），亦可免除一優秀青年僅因虔誠信仰而葬送其大半青春歲月於牢獄之中，致不能對國家社會做出積極之貢獻；同時，國家以二倍於役期之時間處罰拒絕履行兵役義務之人已可維持法律之尊嚴，其後亦可節省數十年之監禁花費，可說一舉數得，而相關條文



牴觸憲法之疑慮，也可化解於無形。

綜上所述，本席對本件聲請案件所持見解，與多數大法官所通過之解釋不同，爰依法提出不同意見書如上。

抄吳○賢聲請書

受文者：司法院

壹、聲請解釋憲法之目的

請求解釋陸軍步兵第二五七師司令部七十六年審字第○二九號判決、國防部八十三年覆普勸勛字第○○二號維持前判之覆判判決及台灣新竹地方法院八十四年度訴字第八一五號刑事判決中，於聲請人之案件適用之兵役法第一條規定牴觸憲法，另國防部八十三年覆普勸勛字第○○二號維持前判之覆判判決及台灣新竹地方法院八十四年度訴字第八一五號刑事判決中，於聲請人之案件適用之兵役法施行法第五十九條第二項規定，牴觸憲法。

貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

聲請人自幼為「耶和華見證人」基督徒，相信全能的上帝耶和華，創造天地萬物的造物主，且相信聖經是上帝的話語，不僅一切信仰基於聖經，生活言行概以聖經為唯一標準及原則，凡與聖經牴觸者，聲請人皆本於良心督責而不為。由於聖經多處經節教導，例如以賽亞書二章二節至四節：「末後的日子，耶和華殿的山必堅立，超乎諸山。……他必在列國中施行審判，為許多國民斷定是非。他們要將刀打成犁頭，把槍打成鐮刀。這國不舉刀攻擊那國，他們也不再學習戰事。」哥林多後書十章三節及四節：「我們雖然在血氣中行事，卻不憑著血氣爭戰。我們爭戰的兵器本不是屬血氣的，乃是在上帝面前有能力，可以攻破堅固的營壘。」路加福音六章二十七節及二十八節：「只是我（基督耶穌）告訴你們這聽道的人，你們的仇敵，要愛他！恨你們的，要待他好！咒詛你們的，要為他祝福！凌辱你們的，要為他禱告！」凡真實「耶和華見證人」基督徒，對於地上列國戰爭均嚴守中立之立場，並不干涉他人行動，故聲請人自幼在良心上即拒絕參與任何與軍事有關之活動，於七十六年六月十九日應徵入營報到時，亦表示在良心上無法接受軍事訓練，致遭依陸海空軍刑法以抗命罪判處有期徒刑八年（附件一），嗣經七十七年及八十年先後二次減刑（附件二及附件三），於八十年一月一日服刑期滿，實際執行徒刑三年九月二十日（附件四）。台北市團管區司令部又於八十一年十二月十六日通知聲請人應於八十二年元月十二日報到，參加召集，聲請人本於在良



心上拒絕接受軍事訓練之相同宗教信仰理由未前往報到，致再度被軍管區司令部依妨害兵役治罪條例第六條第五款規定判處有期徒刑三月（附件五），實際執行徒刑三月（附件六）。詎新竹團管區司令部復發布指定應於八十四年二月十六日報到第○二八號臨時召集令召集聲請人回役，致聲請人遭台灣新竹地方法院以聲請人自原設戶籍地新竹市建功一路七十巷十四號五樓遷至台北市環山路三段十六巷一弄一號二樓，未依規定申報，致該召集令無法送達，判處有期徒刑六月，緩刑三年（附件七）。新竹團管區司令部復以八十五年四月十二日第○一五號臨時召集令召集聲請人回役，聲請人一本相同信仰理由及良心上決定，再度未應召回役，故受台北師管區司令部傳訊，勢將第四度受處刑責。上述各判決中於聲請人之案件所適用法律，明顯違反侵害聲請人受憲法第十三條保障之信仰宗教自由及第二十二條保障之基本人權，且與憲法第七條之平等原則牴觸，爰依法聲請大法官解釋兵役法第一條及兵役法施行法第五十九條第二項，及上述判決依據兵役法第一條及兵役法施行法第五十九條第二項適用於聲請人，牴觸憲法。

參、聲請人之立場與見解

一、兵役法施行法第五十九條第二項牴觸憲法第二十條

憲法第二十條規定：「人民有依法律服兵役之義務。」故服兵役係憲法課予人民的基本義務。義務乃相對於權利，指人們負有遵守一定要求（作為或不作為）的責任，而服兵役即是人民應入伍擔負保衛國家的責任。服兵役既係憲法所定義務，自非榮譽或權利。蓋依兵役法第一條規定「中華民國男子依法皆有服兵役之義務。」有服兵役之義務者僅以男子為限，而事實上，有意願且具能力服兵役之女子不乏其人，兵役法第一條完全未考慮此等女子，即係以服兵役為一項義務，否則如服兵役涉及任何榮譽或權利，兵役法第一條即不得逕自剝奪佔二分之一人口之女子獲得或行使服兵役之「榮譽」或「權利」。

憲法第二十條固規定人民有依法律服兵役之義務，惟其並非空白授權，任何法律規範人民服兵役之義務，例如兵役之徵召、免除、延緩等，仍須在憲法之範圍內為之，如增設不合理、不必要之限制規定，將逾越憲法保留的範圍而有違憲法第二十條之本旨。

聲請人因受陸軍步兵第二五七師司令部七十六年審字第○二九號判決，處有期徒刑八年，依兵役法第五條規定：「凡曾判處七年以上有期徒刑者禁服兵役，稱為禁役。」而具禁役身分，嗣後實際執行徒刑三年九月二十天，未滿四年，致國防部八十三年覆普勸勛字第○○二號判決依據兵役法施行法第五十九條第二項規定：「其禁役者，如實際



執行徒刑期間不滿四年時，免除禁役」，認聲請人應免除禁役，回復服兵役之義務。惟如前所述，憲法第二十條規定人民有服兵役之義務，即揭示服兵役在本質上並非權利亦非榮譽，僅純屬義務。依兵役法第五條規定，被判處七年以上有期徒刑者被禁止擔負此項憲法上義務，而兵役法施行法第五十九條第二項復規定依兵役法第五條應禁役者，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，如實際執行徒刑期間不滿四年時，免除禁役。按赦免與減刑均係對於有罪者之恩賜而非糾正違法判決之救濟措施，緩刑是為救濟自由刑之弊而設之非機構性處遇制度，至於假釋則是一種附條件釋放之行刑措施。以上各種事由之本質與目的不盡相同，惟無論如何，均無從成為是否課予人民服兵役義務之標準；另兵役法施行法第五十九條第二項以實際執行徒刑期間之長短決定人民是否須負服兵役之義務，亦係將二者混為一談，顯係對於服兵役之義務設定不合理、不必要之限制，已違反憲法第二十條之本旨。

二、兵役法第一條抵觸憲法第十三條及第七條

陸軍步兵第二五七師司令部七十六年審字第○二九號判決、國防部八十三年覆普勸勛字第○○二號判決及台灣新竹地方法院八十四年度訴字第八一五號刑事判決雖分別以陸海空軍刑法第六十四條第二款，妨害兵役治罪條例第六條，及第十一條第三項、第一項第三款、第六條等為治罪法條，而未述及兵役法第一條：「中華民國男子依法皆有服兵役之義務」之規定。惟查陸海空軍刑法第一條第一項規定：「本法於陸海空軍軍人之犯罪者適用之。」而同法第五條規定又謂：「陸海空軍現役人員、召集中之在鄉軍人及非依召集而在部隊服軍人勤務或履行服役義務之在鄉軍人均為陸、海、空軍軍人。」職此之故，若非聲請人因兵役法第一條之規定而有服兵役之義務，斷無成為陸海空軍現役人員而符合陸海空軍刑法第一條第一項之規範對象進而有觸犯同法第六十四條第二款之罪之可能；同理，妨害兵役治罪條例第六條之召集對象，亦以有服兵役義務者為限，可見，若非聲請人因兵役法第一條之規定而有服兵役之義務，亦斷無觸犯妨害兵役治罪條例第六條及第十一條之罪之理。綜上述，上開三判決雖未直接述及兵役法第一條之規定，但實係以聲請人係兵役法第一條之規範對象作為陸海空軍刑法第六十四條第二款及妨害兵役治罪條例第六條及第十一條第三項、第一項第三款之適用前提，因而，兵役法第一條亦為上開三判決所當然適用之法律，而得為本件違憲審查之標的，否則法院永不明文表示係在適用兵役法第一條，則該條規定即永無受審查之機會，豈合理乎？



兵役法第一條侵害憲法第十三條所保障之信仰宗教自由

憲法第十三條所謂「人民有信仰宗教之自由」，其含義應包括國家不得強制人民接受或放棄宗教信仰，更不得因人民信仰或不信仰宗教而予以處罰。按聲請人信仰基督，依據聖經教訓（包括「不再學習戰事」）為人處事，故聲請人對於聖經之絕對遵從信守（例如在良心上拒絕參與軍事活動，包括拒絕接受軍事訓練）應屬憲法所保障之信仰宗教自由。

美國軍事義務兵役法（Military Selective Service Act, 50 U.S.C App.456 (j)，附件八）規定，基於宗教上訓練與信念，在良心上反對參與任何形式之戰爭（conscientiously opposed to participation in war in any form），且其反對係真摯（sincere）者，免服兵役。茲略述其實務見解如下：其反對乃基於宗教訓練與信念：所持之宗教訓練與信仰，並不限於某特定之宗教派別，而包括所有誠摯的宗教信仰，亦即該宗教不須限於正統或狹義的宗教；且該反對乃是基於其宗教上的訓練與信念所致，而非主要基於政治上、心理上或哲學上的觀點所致，亦非僅基於其個人的道德標準所致，蓋此等因素與宗教無涉。其反對係指拒絕參與任何形式的戰爭：所反對參與之戰爭，係指任何形式的戰爭，而非選擇性拒絕特定戰爭。

該反對須係真摯：所持之反對信念，亦須是真實的堅持（truly held），換言之，須視其主觀上是否真摯地堅持其反對信念。

聲請人係「耶和華見證人」基督徒，而該團體之基督徒，在美國已被認為屬於前述基於宗教上訓練與信念真摯地反對任何軍事活動而應免服兵役者。反觀國內，依兵役法第一條之規定，聲請人因係中華民國男子，即有服兵役之義務，其基於宗教訓練及信念，在良心上反對參與任何形式的戰爭之真摯確信，將因此無法確保。

按憲法第十三條保障人民有信仰宗教之自由，而該自由之內容，不僅指人民有權利於其內心信仰、崇拜其宗教上之神，亦應包括有權利於不侵害整體社會之和平與道德之前提下，依其宗教教義而作為或不作為。在良心上拒絕參與任何形式的戰爭及軍事訓練既屬聲請人之宗教信仰內容，自受憲法第十三條之保障。遑論聲請人因其宗教信仰，致心理上無法接受殺敵衛國之舉，已不可能指望其在真實戰爭發生時往赴戰場扮演稱職之軍人，則強徵召其入伍，亦難達兵役制度之目的。是以兵役法第一條不問中華民國男子有無任何誠摯的不參與任何形式之戰爭或軍事訓練的宗教信仰，而一律規定其有服兵役之義務，顯與憲法第十三條保障人民宗教信仰自由之規定有違。



或有謂憲法第二十條規定：「人民有依法律服兵役之義務。」但如前述，此規範人民服兵役之法律尚須受其他憲法上之限制，例如憲法第十三條對於宗教信仰自由之保障，即不得受此等法律僭越。

兵役法第一條侵害憲法第七條之性別上平等權

憲法第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」係揭櫫吾國憲法對平等權之保障，其中包括性別上平等權。任何法律規定基於性別而為不同待遇，正如同基於宗教、種族、階級、黨派而為不同待遇一般，皆可被初步認係違憲（*prima facie unconstitutional*），除非基於性別而為之不同待遇，是為了增進國家重大利益或目標，且該不同待遇與此等利益或目標之達成有合理、自然且實質的關聯，否則，該法律規定應認係違反憲法第七條規定。

按兵役法第一條係規定中華民國「男子」依法皆有服兵役之義務，其依性別而有不同待遇，是否違反憲法第七條關於性別上平等權之規定，可自兵役法第一條之立法目的，以及該立法目的之達成是否與男女性別差異有合理關聯觀之。按兵役法第一條之立法目的應係藉徵兵役制度維持國防實力，以保障國家安全暨維護世界和平（憲法第一百三十七條參照），則究竟何人有服兵役義務，又何人無服兵役義務，端賴其身體上及心理上是否能有效達成兵役法第一條之上開立法目的，換言之，兵役義務人應同時在生理上及心理上均適於服役，而此生理上及心理上特質之差異，與男女性別之差異，卻係二事，不得相混，蓋有雖為男子，但因身體上因素（如兵役法第四條規定：「凡身體畸形、殘廢或有痼疾不堪服役者，免服兵役，稱為免役。」）或心理上因素（如因宗教信仰良心督責之緣故）不適合服兵役者，亦有雖為女子，但身體及心理上皆適合服兵役者（此即兵役法第五十條規定：「合於本法第三條年齡之女子，平時得依其志願施以相當之軍事輔助勤務教育，戰時得徵集，服任軍事輔助勤務，其徵集及服務，另以法律定之」之立法前提）。然而，兵役法第一條卻不顧人民之身體上及心理上狀況，而強將人民依性別一分為二，認男子原則上於身體上及心理上皆可服兵役，而女子原則上於身體上及心理上均無法服兵役，顯係對就特定之國家重大利益或目標之達成，係處在相同或類似地位情況之人民，強依其性別之不同而為差別待遇，將服兵役之義務加諸不適用於服兵役之男子，有意願亦有能力服兵役之女子，反須另循複雜管道方能服兵役，顯失平等。

兵役法第一條侵害憲法第七條之宗教上平等權



憲法第七條所保障者亦包括宗教上平等權。為達成人民宗教上之平等，國家須對任何宗教理論、教義及實踐，在價值判斷上抱持不偏不倚之中立態度，既不得對特定之宗教或其信仰加以打壓或抱持敵意，亦不得對特定之宗教或其信仰賦予權力、尊榮、加以提倡、助長，或給與財力資助。再者，憲法第七條所禁止之宗教上歧視待遇，除包括公然而明顯的歧視待遇外，亦包括形式上、表面上雖係公平，但實際運作上仍係歧視之待遇。

按兵役法第一條關於男子皆有服兵役義務之規定，並未考量個別男子所持之宗教信仰是否包括真摯地不參與任何形式之戰爭，而一律令其服役，則表面上，不同宗教之所獲待遇雖係相同，蓋其宗教成員之男子皆須服役，但實際運作上，係對具真摯的不參與任何形式之戰爭之信念的宗教加以打壓或抱持敵意，而使持該類宗教信仰之男子，與持其他種類宗教信仰之男子，獲不平等之法律上待遇，後者之男子仍得在服兵役時保有或實踐其宗教信仰，而前者之男子卻須於服役時背棄其宗教信仰，或因堅持其宗教信仰而被處以刑罰，顯係依宗教之不同而遭不同之待遇。故兵役法第一條之規定牴觸憲法第七條對宗教上平等權保障之規定。

三、判決依兵役法第一條及兵役法施行法第五十九條第二項規定適用於聲請人違反憲法第十三條及第八條

查前述各項判決依據陸海空軍刑法或妨害兵役治罪條例判處聲請人有期徒刑，其前提無非係因適用兵役法第一條「中華民國男子依法皆有服兵役之義務」之規定，而認為聲請人有服兵役之義務。惟服兵役與聲請人之信仰（其中包括拒絕參與軍事活動）相牴觸，如適用兵役法第一條規定即係強行要求聲請人入營服役，否則科處刑罰，其效果無異於強制聲請人放棄宗教信仰，否則將使聲請人因所信仰宗教遭受處罰，此顯然已侵害聲請人受憲法第十三條所保障之信仰宗教自由。

憲法第八條第一項規定：「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。」其所稱「依法定程序」，依司法院釋字第三八四號解釋，兼指實體法及程序法規定之內容；就程序法而言，包括同一行為不得重複處罰之原則。各種法律規定，倘與此原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。所謂違憲之法律規定，應不僅指其文字違憲，尚包括其適用於特定時違憲之情形，司法院釋字第二四二號及三六二號解釋同此意旨。查聲請人第一次受陸軍步兵第



二五七師司令部七十六年審字第○二九號判決，因其宣告刑為八年有期徒刑，依兵役法第五條規定「凡曾判處七年以上有期徒刑者禁服兵役」，是以暫且不論聲請人憲法上宗教信仰自由因兵役法第一條規定適用結果致遭侵害而無法獲得救濟，聲請人當時曾退而求其次，企盼藉由服刑七年以上（逾一般兵役期間二·五倍以上），依前述兵役法第五條規定換取禁役身分，以求能忠實持守聲請人所信仰之聖經教訓。詎七十七年及八十年二度減刑，致聲請人實際執行徒刑期間為三年九月二十日，致聲請人因而第二度受國防部八十三年覆普勸勛字第○二號判決，被處有期徒刑三月，該判決援引兵役法施行法第五十九條第二項「其禁役者，如實際執行徒刑期間不滿四年時免除禁役」之規定，以聲請人因第一次判決實際執行徒刑期間不滿四年，而認聲請人應免除禁役，恢復後備軍人管理，自具後備軍人身分。惟查聲請人對第一次被徵召而拒絕接受軍事訓練之行為與其後一再拒絕應召回役之行為，係基於單一之宗教信仰而繼續存在之良心決定，自刑法理論觀之，當聲請人表示永遠拒絕接受軍事訓練時起，「犯罪狀態」即已存在，其後之不應召回役係屬原犯罪違法狀態之繼續，並非基於一新犯意而為另一犯罪行為，故不應另外成立獨立之犯罪。因此聲請人接受陸軍步兵第二五七師司令部七十六年審字第○二九號判決處罰後，復拒絕接受召集令，詎因國防部八十三年覆普勸勛字第○○二號判決適用兵役法施行法第五十九條第二項規定於聲請人，致聲請人同一行為重複處罰，顯與憲法第八條所揭櫫之正當程序原則相牴觸。

綜上論陳，凡因宗教信仰拒絕參與軍事活動之人民，如「耶和華見證人」基督徒，於中華民國

國現行之兵役法第一條及兵役法施行法第五十九條第二項之規定下，將被迫放棄其宗教信仰，否則將因忠實持守其信仰拒絕接受軍事訓練而受刑罰，縱令其已因拒絕接受軍事訓練之行為受到七年以上之宣告刑，倘其實際執行徒刑期間少於四年，則必須再接受召集回役，則拒絕接受軍事訓練、受罰、召集回役將形成一惡性循環，周而復始，使正值青年時期即所謂役齡男子因其信仰不斷身陷囹圄，直至其青年時期耗盡，脫離役齡範圍為止。其嚴重侵害人民宗教信仰自由及憲法上基本人權，莫此為甚。爰請大法官為此依聲請事項作成解釋為禱。

肆、關係文件之名稱及件數：

附件一：陸軍步兵第二五七師司令部七十六年審字第○二九號判決影本。

附件二：陸軍第八軍團司令部七十七年減裁字第○三五八號裁定影本



- 附件三：陸軍第八軍團司令部八十年減裁字第○二四號裁定影本。
- 附件四：台北師管區司令部八十六年七月三日□華信字第○八二九○號函影本。
- 附件五：國防部八十三年覆普勸勛字第○○二號判決影本。
- 附件六：國防部新店監獄八十三年七月九日執行刑期屆滿開釋證明書影本。
- 附件七：台灣新竹地方法院八十四年度訴字第八一五號刑事判決影本。
- 附件八：50 U.S.C. App.□456(j)。

聲 請 人：吳○賢

中華民國八十六年八月十六日

附件 五：國 防 部 判 決
聲 請 人
即被告 吳○賢

八十二年覆普勸勛字第○○二號

右聲請人因妨害兵役案件，不服軍管區司令部中華民國八十二年十一月二十四日（82）答判字第○五七號初審判決，聲請覆判，本部判決如左：

主 文

聲請駁回。

理 由

- 一、原判依聲請人即被告吳○賢之自白，證人周信宏之結證，台北市團管區司令部八十二年二月十八日（82）守動字第○一八七七號呈附無故未報到應召員年籍表及臨時召集令、吳○賢警訊筆錄等證據，認定聲請人係台北市團管區司令部八十二年元月份三軍部隊臨時召集二兵應召員，應於同年月十二日上午八時以前，向宜蘭礁溪陸軍明德班報到參加召集，召集令經警員周信宏於八十一年十二月十六日送交其本人，詎其閱覽並知悉召集時、地後，竟基於避免臨時召集之意圖，將召集令退還警員周信宏；且屆期無故未前往召訓地點報到之事實，論以妨害兵役治罪條例第六條第五款「意圖避免臨時召集，應受召集，無故逾入營期限二日」罪，並念其犯情堪憫，而依刑法第五十九條減處有期徒刑三月。
- 二、聲請意旨以：（一）聲請人前犯抗命罪，經判刑八年，依兵役法之規定，而禁役，嗣因減刑，致在監服刑未滿四年，卻依兵役法施行法之規定免除禁役，須回役，而兵役法（母法）既無免除禁役規定，則兵



役法施行法（子法）不無牴觸兵役法之嫌。（二）聲請人自八十年一月一日刑滿出獄迄今，並無軍人或後備軍人身分，亦未享有任何軍人或後備軍人待遇，原判理由所述聲請人係應召期間之後備軍人，而視同現役軍人，顯屬違法。（三）聲請人係因基於宗教信仰，而拒絕參加臨時召集，非屬「無故」，原判依妨害兵役治罪條例第六條第五款「意圖避免臨時召集，應受召集，無故逾入營期限二日」論罪，於法不合，請撤銷原判，另為適法之判決。

三、查兵役法第五條雖有判處七年以上有期徒刑者禁服兵役之規定，惟其經依法減刑，致實際執行徒刑不滿四年者，依兵役法施行法第五十九條第二項規定即應免除禁役，兩者並無牴觸，原判予以援用，並無違法可言。復依後備軍人管理規則第五十一條第二項規定，禁役人員如依法假釋、減刑或赦免，其實際執行刑期不滿四年者，由後備管理機關依據假釋、減刑、赦免通知，核定免除禁役，並恢復後備軍人管理，則本件聲請人既受該管後備管理機關台北市團管區司令部發臨時召集令通知回役陸軍明德班（偵卷第四頁），自具後備軍人身分無誤。況聲請人於原審迭承：伊於八十一年十二月十六日親閱召集令，並知悉召集時、地；因信教不願服兵役，而拒收召集令，亦未前往召集地點報到等語（偵卷十二頁、審卷七十頁），核其具有軍事審判法第三條第八款所規定應召期間之後備軍人為「視同現役軍人」甚明。至聲請人所持因信仰宗教而拒不接受召集回役入營之理由，非惟與兵役法第四十二條所列各項緩召事由無一符合；且與人民有依法服兵役之義務相違，顯非正當理由，自屬「無故」，亦經原判於理由內，予以指駁。原審就聲請人所為，依妨害兵役治罪條例第六條第五款「意圖避免臨時召集，應受召集，無故逾入營期限二日」論罪，並念其受宗教教義影響，致罹刑章，衡情堪憫，爰依刑法第五十九條減輕其刑，另審酌聲請人犯罪動機、品行，科處有期徒刑三月，量刑適切。

四、綜上說明，原判認事、用法、量刑均無不當，聲請意旨核無理由，應予駁回，爰依軍事審判法第二百零五條前段，判決如主文。

中華民國八十三年二月一日

（本聲請書其餘附件略）

抄許○聲請書

受文者：司法院

壹、聲請解釋憲法之目的

請求解釋陸軍步兵第一○四師司令部八十六年判字第○○一號判決、



花東防衛司令部八十七年判字第○二一號判決、陸軍總司令部八十七年覆判字第一二三號判決等裁判適用陸海空軍刑法第六十四條第三款、兵役法第一條以及兵役法施行法第五十九條第二項等規定牴觸憲法（裁判內文詳見附件一）。

貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

緣聲請人為「耶和華見證人」基督徒，相信全能的上帝耶和華，創造天地萬物的造物主，且相信聖經是上帝的話語，不僅一切信仰基於聖經，生活言行概以聖經為唯一標準及原則，凡與聖經牴觸者，聲請人皆本於良心督責而不為。由於聖經多處經節教導，例如以賽亞書二章二節至四節：「末後的日子，耶和華殿的山必堅立，超乎諸山。……他必在列國中施行審判，為許多國民斷定是非。他們要將刀打成犁頭，把槍打成鐮刀。這國不舉刀攻擊那國，他們也不再學習戰事」；哥林多後書十章三節及四節：「我們雖然在血氣中行事，卻不憑著血氣爭戰。我們爭戰的兵器本不是屬血氣的，乃是在上帝面前有能力，可以攻破堅固的營壘」；路加福音六章二十七節及二十八節：「只是我（基督耶穌）告訴你們這聽道的人，你們的仇敵，要愛他！恨你們的，要待他好！咒詛你們的，要為他祝福！凌辱你們的，要為他禱告！」質言之，凡如聲請人之「耶和華見證人」基督徒，基於崇尚世界和平之真誠信仰，在良心上始終拒絕參與任何與軍事有關之活動，對於地上列國戰爭均嚴守中立之立場，並不干涉他人行動，合先陳明。

聲請人於八十五年十一月應召入伍，因良心信仰拒絕接受戰鬥訓練，至遭陸軍步兵第一○四師司令部以八十六年判字○○一號判決判處有期徒刑一年六月入獄服刑，嗣於八十六年十二月二十三日經核准假釋出獄，陸軍總部旋即命其向宜蘭礁溪陸軍明德班報到。聲請人於回役報到後，雖立即向部隊長官表明基於良心拒絕接受軍事訓練，仍遭花東防衛司令部以八十七年判字第○二一號判決判處有期徒刑一年二月，聲請覆判則遭陸軍總司令部以八十七年覆判字第一二三號判決駁回，迄今仍在監執行（以上判決詳見附件一）。按聲請人係「耶和華見證人」基督徒，因宗教信仰與良心自由拒絕接受軍事戰鬥訓練，而遭軍事審判機關根據陸海空軍刑法第六十四條之抗命罪判處罪刑。鑑於系爭判決所適用之陸海空軍刑法及兵役法相關條文顯有重大違憲疑義，明顯牴觸憲法第七條平等原則、第八條人身自由、第十三條宗教自由、第二十三條比例原則等憲法條文，爰聲請鈞院解釋，以符法制。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、憲法第二十條「人民有依法律服兵役之義務」，為「法律保留原則」



之體現，非憲法層次之義務規範

按憲法係人民之「權利保障書」，基本人權保障原係憲法規範之唯一目的與功能，其餘條款僅係輔助運行之用，不得用以對抗人民之基本權利。綜觀當代民主憲政國家之憲法，針對人民「義務」之規範顯非常態，即使有明文規定，亦由憲法委託立法者加以具體化，方得課予人民義務。質言之，憲法用以保障人民之基本權利方是「憲政原則」，所謂「義務」規定往往僅具抽象之宣示功能，不應凌駕基本人權之保障。

綜觀我國憲法第二章「人民之權利義務」，明文指出「義務」二字者，有第十九條「人民有依法律納稅之義務」、第二十條「人民有依法律服兵役之義務」，以及第二十一條「人民有受國民教育之權利與義務」等。其中除「受國民教育」未明言「依法律……」外，關於納稅與服兵役等義務事項均要求必須「依法律」加以規定。申言之，除「受教育」可勉強稱上係「憲法」層次之義務外，納稅與服兵役應僅係「法律」層次之義務，實為憲法上「法律保留原則」(Prinzip des Gesetzesvorbehalt)之展現，意即非有立法者制定法律詳加規範，不得課予人民義務，否則立法者若採取募兵制以取代徵兵制，將發生「是否違反憲法課予人民服兵役義務」之荒謬問題。若從憲法第二十三條以觀，此種依據法律方得課予人民之「義務」，或僅係對於人民權利之「限制」，實不應概以「憲法義務」視之，更不應藉此架空憲法保障之基本人權。

揆諸 鈞院釋字第四四三號解釋理由書，「憲法第二十條規定，人民有依法律服兵役之義務，係指有關人民服兵役之重要事項均應以法律或法律明確授權之命令予以規定」(附件三)，釋字第四五九號解釋文：「兵役體位之判定，係徵兵機關就役男應否服兵役及應服何種兵役所為之決定而對外直接發生法律效果之單方行政行為，此種決定行為，對役男在憲法上之權益有重大影響，應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分」(附件四)。申言之，人民應召服役之「義務」，非經法律或法律明確授權之命令不得予以強制履行，且役男應否服兵役及應服何種兵役攸關其憲法上之重大權益。職是之故，當「法律」層次之「義務」與「憲法」層次之「權利」產生衝突時，對於此類義務規範之違憲審查自應採取更為嚴格審慎之標準，以防基本人權遭到架空與稀釋。

- 二、陸海空軍刑法第六十四條違反法律明確性原則，並牴觸憲法第十三條宗教自由之保障「反抗長官命令或不聽指揮者，依左列各款處斷：一



、敵前，死刑。二、軍中或戒嚴地域，無期徒刑或十年以上有期徒刑。三、其餘，五年以下有期徒刑。」陸海空軍刑法第六十四條定有明文，此亦係本案所有判決據以論科聲請人有罪之依據。惟查：系爭條文違反法律明確性原則，應屬違憲

「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定」，鈞院釋字第四三二號解釋著有明文（附件五）。另按「國家刑罰權之行使須嚴格遵守罪刑法定主義，而就犯罪之構成要件與處罰範圍皆須予以明定」，鈞院釋字第四三三號解釋復有明文（附件六）。申言之，法律所定之罪與刑要件必須明確且相當，如使用無法透過解釋加以具體化之不確定法律概念或概括條款，除將危害法律秩序之安定性外，更因牴觸前揭鈞院揭示之法律明確性原則與罪刑法定主義而屬無效。按陸海空軍刑法第六十四條第三款之「其餘」，係以於「敵前」、「軍中或戒嚴地域」以外之其他地點反抗長官命令或不聽指揮為構成要件。惟查，「所謂『其餘』之概念，係本條所使用之不確定法律概念中，根本無法透過法學解釋方法加以具體化之不確定法律概念，此種用語與構成要件明確性之法治國原則牴觸，而不能達到罪刑法定主義最低限度之要求，會危害法律秩序之安定性且動搖人民對法律之信賴與迫害法律之尊嚴」（附件七）。質言之，系爭條文以無法特定之抽象、不特定概念，作為論罪科刑之構成要件，明顯牴觸法律明確原則與罪刑法定主義，自屬違憲無效之規定。

系爭條文適用於良心拒絕服役者，明顯牴觸憲法宗教自由之保障。按所謂違憲之法律規定，不僅指其條文文字違憲，當然包括適用於特定情形之違憲，鈞院釋字第二四二號、第三六二號解釋即本此意旨進行違憲審查（附件八）。職故，縱認系爭條文於一般情況下並無違憲情事，惟其適用於類如聲請人因宗教信仰與良心堅持拒絕接受戰鬥訓練之個案，因明顯牴觸憲法宗教信仰自由而顯屬違憲。

按「人民有信仰宗教之自由」，憲法第十三條定有明文。系爭判決無非認聲請人拒絕接受軍事戰鬥勤務與訓練，因「反抗長官命令」論以抗命罪云云，實屬無據。按聲請人係主張其個人宗教信仰與良心自由，拒絕接受軍事戰鬥訓練，縱使客觀上構成陸海空軍刑法第六十四條之抗命行為，但其主觀上自始缺乏抗命罪之犯意，甚至只是希望藉由長時間服刑達到禁役標準，完全不同於一般故意違抗長官命令之案件，自不應一視同仁逕以抗命罪責相繩。若謂陸海空軍刑法之抗命罪得



適用於良心拒絕服役者，無異認為我國法制要求類如聲請人之「耶和華見證人」基督徒必須「故意」違抗軍令，並藉由入獄服刑始能獲得憲法保障之宗教信仰自由，其間適用法律之謬誤，可見一斑。換言之，系爭判決罔顧人民宗教自由，率以陸海空軍刑法第六十四條為據判處聲請人罪刑，顯有適用法規牴觸憲法之重大違憲情事。

三、兵役法第一條牴觸憲法第十三條與第七條

系爭違憲疑義判決固以陸海空軍刑法第六十四條為判刑依據，而未論及兵役法第一條：「中華民國男子皆有服兵役之義務」之規定。惟查，陸海空軍刑法第一條第一項規定：「本法於陸海空軍軍人之犯罪者適用之」，而同法第五條則規定：「陸海空軍現役人員、召集中之在鄉軍人及非依召集而在部隊服軍人勤務或履行服役義務之在鄉軍人均為陸、海、空軍軍人」。職故，若非聲請人因兵役法第一條之規定而有服兵役之義務，斷無成為陸海空軍現役人員而符合陸海空軍刑法第一條第一項之規範對象而有觸犯同法第六十四條之罪之可能。申言之，系爭判決雖未論及兵役法第一條，但以其為適用陸海空軍刑法之前提，要無疑義。「人民有依法律服兵役之義務」憲法第二十條雖有明文，然服役主體（免役、禁役範圍）、年限以及其他權利義務，均有賴立法者加以具體化。兵役法第一條排除本國女子服役是否妥適暫且不論，然其他權利義務之立法規範並非漫無限制、隨心所欲，仍需受到其它憲法原理原則之規制。職是之故，平等權（第七條）、宗教自由（第十三條）、比例原則（第二十三條）等原則均應有其適用。

兵役法第一條違反憲法人性尊嚴之保障

我國憲法雖未若德國基本法明定人性尊嚴之憲法地位，但此非謂其不受憲政秩序之保障，蓋人性尊嚴之維護早已成為當代民主憲政國家顛撲不破之基本原理。按「人性尊嚴」一詞，已從傳統倫理道德、宗教或哲學用語，逐漸演化為法律用語，甚至成為憲法價值（Verfassungswert）之一部分，或憲法秩序之基礎（Fundament der Verfassungsordnung）、「憲法作為最高實定法規範，自有其價值體系，就這層意義而言，人性尊嚴屬憲法價值秩序中之根本原則，甚至，不可侵犯的人性尊嚴，已成為價值體系之基礎（Grundlage eines Wertsystems）」（附件九）。揆諸「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念」（釋字第三七二號解釋文參照）；在個人生活領域中，人性尊嚴是個人「生存形相之核心部分」，屬於維繫個人生命及自由發展人格不可或缺之權利，因此是一種國家法律須「絕對保障之基本人權」（釋字第三七二號解釋蘇俊雄



大法官之協同（含部分不同）意見書參照），「人性尊嚴」之憲法價值亦向為 鈞院所是認（附件十）。申言之，「人性尊嚴」除係基本人權之一外，並為其他列舉之基本權利保障人性尊嚴部分之概括保護條款，而應構成憲法第二十二條之精髓所在。此種概括條款除具有承接規範之功能，基於輔助原則亦具有補充結構規範遺漏之功能。職故，憲法保障之人性尊嚴有賴例示基本權利加以具體化，而一般例示基本權利之功能，則由透過人性尊嚴之條款確保之。

就聲請人之具體情形而論，兵役法第一條未提供其他替代選擇，強迫全國男子皆需服役之規定，顯已罔顧聲請人憲法所保障之宗教信仰自由，迫令其從事完全違背自己信仰之戰鬥任務，絲毫不顧及聲請人之人性尊嚴，自屬違憲無效之法令。兵役法第一條違反憲法第十三條宗教自由之保障

按「宗教信仰自由，乃屬於人類天賦的權利，出自上帝的創造，不應以人世間的刑罰、壓迫或法律的限制去影響它」，此係一七八六年美國維吉尼亞宗教自由法案開宗明義所揭櫫之精神。有鑑於多數戰爭起源於宗教信仰之差異，當代民主憲政國家莫不於憲法上明白規定政教分離或宗教信仰自由之權利保障條款，避免國家對於「異教徒」進行宗教迫害，引發更多的戰爭與衝突。此外，由於宗教係一種人們內心之精神活動，並非現代科學技術所能論證，為避免國家假借對於宗教教義內容進行審查之名，行排除、迫害異己之實，有關宗教之認定，應交由人民自我審查，亦即國家不能否認人民某些信仰並非宗教，而必須嚴守「價值中立」之態度（附件十一）。此外，國家對於宗教之規範，應抱持「和平與容忍之義務」，除非舉證具有「明顯及重大公益」，否則不應介入干涉，此即是現代民主憲政國家宗教信仰自由保障之真諦。

國家應對宗教信仰秉持中立與寬容之態度

接近代民主政治與立憲主義之哲學基礎在於價值相對主義，法國哲儒賴特布魯（Gustav Radbruch）曾言：「民主主義基於相對主義哲學，對相異之政治觀，採取『寬容』的立場。相對主義認為無法以科學方法，就政治或社會上不同的信念或信仰，精確判定何者才是真理；因此倡言各種不同信念，必須原則上賦予同等地位，平等尊重其價值」（附件十二）。正因為將各種不同信念視為平等價值對待，除非有唯一的政治、社會之真理存在，而這些真理獲得知識與道德之承認，否則任何人皆不應因其身分、階級、種族，乃至於宗教信仰，而有遭受不平等對待之情事。職故，作為民主政治基石之「寬容哲學」，立



法者所制定之法律並非真理之作用，毋寧只是權威與意志之運用，「價值相對主義雖賦予國家以立法權能，但是仍有些限制，要求國家負有義務，尊重在其統治下之成員有下列自由之權利，亦即思想自由、學術自由、信仰自由及出版自由等」（同前附件，第二〇二頁）。換言之，價值相對主義與寬容哲學旨在排除定於一尊之絕對價值主義，建立寬容彼此不同之思想及信仰之自由市場。畢竟，一個社會之文化發展與成熟度，可從其如何對待自己的公民窺出，如何致力排除偏見、容忍異己，與國際趨勢配合，往往是他國評價一國之人權指標。宗教信仰是對於某種神聖超自然的存在之終極關懷與實踐體系，在經過聖俗分離世俗化過程具有中立性的近代國家中，任何的宗教都應被視為一種特定的價值。故所謂「寬容」並非要求贊成所容忍之信念，也不是採取模稜兩可之態度，而是在認為別人的某些信念有問題或錯誤時，以透過對話之方式溝通，並且不會企圖剝奪別人合法（憲）表達自己信念可能性之一種態度（附件十三）。申言之，在價值中立與寬容之態度下，憲法保障宗教信仰自由之目的在於促成各種宗教立於同等基礎自由競爭，且不得任意干涉人民基於宗教信仰自由而生之外在表現，按「宗教信仰與言論思想相同，皆是人們發自內心之想法，向外而有一定之表現行為。若缺少外部表現之行為，單純內心之想法既不能引起他人共鳴，也無法與他人交換，這對社會而言等於沒有任何貢獻」（附件十四）。

申言之，國家保障宗教信仰自由之出發點係在實踐「寬容」精神，對於不同宗教之不同信仰，應採取完全尊重與等量齊觀之對待。強迫所有人接受同一種宗教信仰或價值，無異於強迫人民全盤否定自己的良心與信仰，此絕對不是民主寬容之展現。按「耶和華見證人」基督徒拒絕服事戰鬥兵役，係其基於良心自我認知之堅定信仰，其對於其他非「耶和華見證人」是否服事戰鬥勤務，向來抱持不予干涉之「寬容」態度，故針對「耶和華見證人」拒服戰鬥兵役乙事，國家如迫令人民採取「不寬容」之態度，自非憲法所允許（註：退萬步言，縱令主張「耶和華見證人」拒絕服事戰鬥兵役乙事係「不寬容」之表現，若其行為（或國家提供其他方式供其選擇）並不致造成他人自由的重大威脅，則並不當然表示其無法要求國家給予「寬容」，蓋若強迫所謂「不寬容者」表現國家所認定之「寬容」行為，無異是另一種的「不寬容」）。

憲法上之多元價值與認同

「國家肯定多元文化」，我國憲法增修條文第十條第八項定有明文。



換言之，「多元」亦係我國憲法內在之價值體系與亟欲追求之目標。按社會結構之多元制度，係寬容政治必備之結構要素，為維持多元社會之民主主義體制，應確認對各種思想予以平等地寬容。此外，由於人類理解事物與文字表達之能力有限，任何法律制度皆不應存有絕對、不可推翻之價值，誠如德儒 Hans Kelsen 認為，由於人類的認識能力無法認知到絕對之價值或真理，故縱使意見不同，也要善意理解其他宗教、政治或知識上的意見，此即是多元政治之寬容展現。根據比較憲政經驗，當代憲政發展之重點在於兼顧人民對於憲法之認同（identity）與其多樣性（diversity）之保存。以服兵役而言，「是否」建立戰鬥兵力、採取徵集或募集方式，既非憲法上之必然要求，自無關憲法認同；尤有甚者，在義務徵兵制度下，亦應容許某些本質不同之人民選擇其他方式履行義務，方能維持社會多元結構。

我國憲法對於宗教信仰自由之保障

我國憲法對於宗教信仰自由之保障表現於第七條「宗教平等權」及第十三條「宗教信仰自由權」，非有重大公益之事由，不可任意干預。「憲法第十三條規定：『人民有信仰宗教之自由』，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家亦不得對特定宗教加以獎助或禁止，或基於人民之特定信仰為理由予以優待或不利益」，鈞院釋字第四六〇號解釋理由書著有明文（附件十五）。申言之，所謂宗教信仰自由即是人民「有權選擇（right to choose）」信仰之自由，若因選擇不同之宗教信仰遭受不合理之差別待遇，不僅有違憲法第七條「宗教平等權」，亦與第十三條之宗教信仰自由保障顯有牴觸。

按此種崇尚世界和平之堅定信仰，非但符合前揭宗教信仰之範疇，而應受到保障，其與我國憲法之整體價值體亦無任何扞格之處。查「中華民國之國防，以保衛國家安全，維護世界和平為目的」、「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平」，憲法第一百三十七條、第一百四十一條定有明文。申言之，「維護世界和平」非但是我國國防與外交之最高宗旨，更是憲法明定之基本國策與價值，凡我中華民國國民自有遵守並積極捍衛之責，聲請人據此信仰迭遭論罪課罰，系爭法律顯與憲法設定之價值相牴觸，應屬無效。退萬步言，縱令否認此種倡議世界和平係人民之積極權能，根據合憲價值行事者亦不應作為課罰之對象，要無疑義。



「宗教信仰自由」事涉人民內心之真誠確信與生命價值，其重要性堪稱「憲法保留 (Verfassungsvorbehalt)」(釋字第三九二號、第四四三號解釋理由書參照)，保障範圍本不應授權立法強加規範。即令各國政經環境有所差異，需作相當程度之規制，立法者亦應謹慎行事，不應動輒以「維持社會秩序」、「增進公共利益」等概念抽象之事由相繩，即令制定法律加以規範，其內容仍須合於實質正當，更需考量憲法基本權利間之內在一致性。申言之，國家對於宗教之規範，應抱持「和平與容忍之義務」，除非舉證具有「明顯及重大公益」，否則不應介入干涉；「對於拘束人民宗教自由之立法考慮，應以明顯與重大公共利益為出發點，方具有說服力……惟特別應注意比例原則的規定」(前揭附件十一，第二六八至二七〇頁)。申言之，服兵役之法律上「義務」不應侵犯人民宗教信仰之「權利」與「自由」，即令迫於國家情勢，亦應提供其他替代方案，否則宗教信仰自由之核心保障領域，即無由維持。按兵役法第一條未慮及人民宗教信仰之差異，強迫全國男子皆需應召服役，除未提供替代兵役制度外，更造成宗教信仰不同者因拒服戰鬥兵役，而需承擔嚴苛刑責。此猶如「憲法保障思想自由，但立法者得規定『凡以言論表達人民不應承擔服兵役之思想者，應予處罰』」之命題一樣荒誕無稽。

兵役法第一條違反憲法第七條之宗教平等權與性別平等權

「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」我國憲法第七條定有明文。其中關於「男女、宗教、種族、階級、黨派」僅係憲法上之例示規定，非謂其他區別標準即不受憲法平等權之保障，此向為我國學界及實務所肯認。然此處明文指出的五大要項「男女、宗教、種族、階級、黨派」，顯然係制憲者認為其最易成為國家作為違反平等權之「區別標準」，故可視為制憲者對於平等權之「加重保障」(附件十六)。申言之，立法如涉及以「男女、種族、階級」作為差別待遇之標準，由於此三種特徵係人民客觀上無法改變，且純以外觀作為區別之標準，應屬「違憲可疑之分類」(suspect classification)；至若以「宗教、黨派」作為區別標準，由於宗教信仰自由與集會結社自由係憲法第十三條、第十四條明文保障之基本權利(fundamental rights)，可視為憲法層次平等原則之「特別強化保障」，任何立法涉及以此種標準進行差別待遇，均應先作違憲推定，若政府無法舉證重大急迫之公益以及手段之必要性等合憲事由，則應認定為違憲之「不合理差別待遇」。職故，如果法律涉及此五種區別標準之一，釋憲者自應採取更為嚴謹之審查標準(str-



ict scrutiny)，避免憲法之平等保障成為空談。「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置」，鈞院釋字第二一一號解釋詳言此旨（附件十七）。又「關於平等原則之違反，恆以『一方地位較他方為有利』之『結果』存在為前提，不論立法者使一方受益係有意『積極排除他方受益』，或僅單純『未予規範』，祇要規範上出現差別待遇的結果，而無合理之理由予以支持時，即構成憲法平等原則之違反」，鈞院釋字第四五五號解釋翁岳生大法官之協同意見書詳申其旨（附件十八）。據此，兵役法第一條以「性別」作為差別待遇之唯一標準，非但忽視有意願與能力之女子，復未慮及不適合服役男子之意願而「未予規範」，顯已構成以性別作為分類標準之不合理差別待遇，違反憲法第七條之性別平等權。其次，系爭法律強迫不同宗教信仰男子必須放棄內心堅信之教義，一律參與戰鬥兵役之任務，此種未針對宗教信仰「不同者」予以差別對待，則又違反憲法第七條保障之宗教平等權。

四、兵役法第一條違反憲法第二十三條之「比例原則」

「以上各條所列舉之自由權利，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」，我國憲法第二十三條定有明文。按學理上對於第二十三條即是「比例原則」（Verhaeltnismaessig keitsprinzip）之展現向無爭議，此業經鈞院釋字第四二八號解釋理由書、第四三六號解釋文以及釋字第四五六號解釋理由書所明白是認。換言之，任何企圖限制人民自由權利之法律，除須符合前開四種事由外，尚需通過「比例原則」之檢證，否則即難謂合憲。

兵役法第一條強迫全國男子服兵役之規定違背比例原則按「比例原則」係現代法治國原則下最重要之違憲審查標準，其內涵包括適合性原則（合目的性）、必要性原則（最小侵害原則），以及狹義比例原則（比例性衡量）。值得特別重視的是，先於手段能否達成設定目的（即適合性原則）之目的實質內涵以及「目的正當性」，向來為人所忽略，惟其重要性往往不下於其他層次之檢證。職故，若立法目的根本違背憲法或者誤認目的，則根本無庸進入其他層次之違憲審查。兵役制度是否以公平服役作為真正目的容有疑義，但「尋求適合保護國家安全之人入伍服役」則係無庸置疑之目標設定，否則國防安全將無由達成。據此，兵役法第一條只論性別不論宗教信仰強迫全國男子應召服役的僵硬作法，由於召集若干根本「不適合」（或無能力）男子服



役，根本無法達成前開目的。退萬步言，縱使是項立法能夠達成公平徵集兵員之「次要目的」，其能否通過最小侵害手段之檢證復有疑問。我國憲法雖然規定人民依法律有服兵役之義務，卻未必表示剝奪立法者採取相對於現行「徵兵制」之「募兵制」。換言之，「徵兵制」並無憲法上必然之當為要求，立法者自可運用立法裁量權彈性考量應服兵役之主體與免役範圍，此觀兵役法第一條排除「全國女子」為應召服役之對象可證（暫且不論此種立法裁量是否合憲）。尤其現代講究高度科技的戰爭，服役役期較長之募兵制，顯然較能勝任操作精細、複雜的先進武器系統，徵兵制是否符合時代需求容有論辯餘地。蓋所謂「兵役」義務並非全指戰鬥性訓練與任務，其他非戰鬥性工作（諸如食勤、衛勤、駕駛、文書等）亦在廣義的兵役範圍內。換言之，基於「等者等之，不等者恆不等之」之法則，立法者自應本於合理之差別待遇基準，針對不同特質之服役者給予相應之選擇機會。本案聲請人為「耶和華見證人」基督徒，凡真實「耶和華見證人」基督徒，對於地上列國戰爭均嚴守中立之立場，並不干涉他人行動，故聲請人在良心上拒絕參與任何與軍事有關之活動。然而此種真誠之宗教信仰，卻在兵役法未加考量下強迫其服役，進而造成聲請人身陷囹圄。類此基督徒，即使被迫從事戰鬥任務，由於內心堅定之宗教信仰，非但無法遂行上級所交付之命令，更可能於面對緊急狀況之際，因猶疑徬徨於己身信仰堅持與戰鬥任務之間，造成自己與同僚之生命危險。換言之，此種徵兵「手段」顯然無法達成捍衛國家安全之「目的」，與「適合性原則顯有牴觸」。此外，隨著軍事科技一日千里，所謂「戰鬥性任務」並非全然指稱運用物理體能、持武器殺敵之職位，許多先進的軍武操控任務往往係「運籌於帷幄之中，決勝於千里之外」之「按鈕」工作。此種戰爭形態之變遷轉移，非但使得兵役法第一條全面排除女子服役之正當性備受質疑，捨「有意願服役女子」不用，而強迫類此基督徒擔任戰鬥任務，亦未見其合理之處。申言之，兵役法未針對不同宗教信仰者作出差別待遇，強令其擔任戰鬥任務之舉，恐無法通過「比例原則」最小侵害之要求。

替代兵役制度（社會役）作為最小侵害手段憲法第二十條「人民有依法律服兵役之義務」，僅是制憲者賦予立法者如要採行「徵兵制」之憲法層次之依據，充其量僅係人民法律層次之義務，並非當然得以導出立法者有採行義務徵兵制之「憲法義務」。至若立法者對於國防兵役究竟要採取何種制度，固有時空因素之考量，惟此絕非漫無界限之立法裁量，立法者必須本持「合憲義務裁量」選擇侵害人民權益最小



之手段。另揆諸鈞院釋字第四四三號之解釋理由書，「憲法第二十條規定，人民有依法律服兵役之義務，係指有關人民服兵役之重要事項均應以法律或法律明確授權之命令予以規定」。申言之，戰鬥義務兵役絕對不是我國憲法上之必然要求，立法者於建置兵役制度時，除須考量人民之自由意願外，人民服兵役之相關法律義務，非經法律或法律明確授權之命令不得予以強制履行，且透過法律之調整或重訂，替代兵役制度（例如社會役）或是募兵制顯然亦在憲法容許之範疇。例如我國憲法學者涂懷瑩氏即主張對於因宗教信仰而服兵役者，可為特別規定，例如：佛教子弟可不任戰鬥兵，但仍須擔任非戰鬥勤務（附件十九）。替代兵役制度係民主國家之趨勢，亦為憲法所明文建置當前世界各民主先進國家有關替代兵役制度之提供，除美國的軍事兵役替代役法外，目前歐洲各國設立社會役制度國家計有：德國、奧地利、荷蘭、法國、比利時、芬蘭、義大利、葡萄牙、西班牙、捷克、斯洛伐克、匈牙利、瑞士等國。以德國為例，每年約有三分之一的役男轉服社會役，足見此已成為世界各民主先進國家共同的潮流（附件二十）。論者指出，戰後歐洲各國紛紛實施社會役之制度理念，主要源自尊重人民宗教信仰之自由，且其施行成果亦得到各國之肯定，其優點包括：落實保障人民宗教信仰之基本權利、增加國家對公共福利事務之服務能力、增加役男關愛社會鄉土及道德理念、促進軍隊戰力提昇及領導統御合理化、發揮役男才能及專業素養等（附件二十一）。以德國為例，「信仰與良心之自由及宗教與世界觀表達之自由不可侵犯」、「任何人不得被迫違背其良心，武裝服事戰爭勤務，其細則由聯邦法律定之」，德國基本法第四條第一項、第三項定有明文。據此憲法要求，前西德政府於一九五六年制定通過「兵役法」（Universal Military Service Act），該法明文規定基於良心拒絕服軍事戰鬥勤務者，得改服替代民事勤務。迄至一九六八年，更於基本法中直接增列第十二條之一第二項：「任何人基於良心理由而拒絕武裝之戰爭勤務者，得服代替勤務。其期限不得逾兵役期限，其細則以法律定之，該法律不得有礙良心判斷之自由，並應規定與軍隊及聯邦邊境防衛隊無關之代替勤務之機會」，第三項：「應服兵役而未受徵服第一、二項所稱之任何一項勤務者，得於防衛情況時依法服事以防衛為目的之民事勤務，包括保護平民」等（附件二十二），替代兵役制度至此顯已成為憲法層次之立法義務。其後，西德於一九八三年二月二十八日制定公布「拒服兵役法」共二十三條，其中針對役男如何申請拒服兵役之程序與相關審核事宜均有明文規定。除德國基本法外，憲法



明定良心拒絕服役者尚有：西班牙憲法（一九七八年）第三十條第二項：「法律規定西班牙人民之兵役義務，並以適當保護手段，規定良知譴責（良心上反對戰爭）及其他免除義務兵役之理由，在適當情況下得以社會服務代替之」，葡萄牙共和國憲法（一九八九年）第四十一條第一項：「良知、宗教信仰及宗教儀式之自由不得侵犯」；第六項：「基於良知原因而拒服兵役之權利，應依法予以保障」，奧地利憲法（一九九五年）第九條之一第三項：「奧地利男性公民有服兵役之義務；以良心理由拒絕服兵役之義務並因之而免除者，需服替代勞務，其詳細辦法由法律定之」（附件二十三）。申言之，人民基於良心或宗教信仰得拒絕服事戰鬥兵役，改服其他勤務，實已成為世界憲政之思潮。□替代兵役制度在我國之推行根據德國基本法第十二條之一第一項之規定「男性自年滿十八歲起，有在軍隊、聯邦邊境防衛隊或民防組織服事勤務之義務」，此足以顯見男性服役係憲法層次之義務，故如欲提供其他替代兵役制度，自須憲法另行規定，即第十二條第二項以下之規定。反觀我國憲法，兵役既非男性之憲法義務，僅係立法者之法律規定，則在不更動憲法本文下，另行立法提供替代兵役自無不可。我國長期面對海峽對岸中共政權之武力威脅，固有維持相當國防軍事武力之必要，然隨著動員戡亂時期之宣告終止，相關兵役制度自有相應調整之必要，過去基於國家安全之兵源充足問題，隨著國防部配合二代軍力換裝同步實施之國軍「精實方案」，每年義務役之兵源將多出兩萬餘人。根據內政部役政司預估，一旦國內實施社會役制度，一年至少有四萬人可投入社會服務工作，每年將為國家節省上百億元之經費。此外，學者歸納分析歐洲實施有年之社會役制度，認為「這些國家重視保障人民的宗教權及尊重役男『不執行武器殺人』的宗教和良知抉擇，將人民服兵役的義務改為服其他可促進公共利益、或達成國家任務的制度」；「實施社會役可落實保障人民宗教信仰的基本權利，增加國家對公共事務的服務能力，也可發揮役男的才能和專業素養，並促進軍隊戰力的提升」（附件二十四）。申言之，替代兵役制度之提供，非但無損於國防安全之兵源，更可有效利用多餘人力從事促進公益之社會服務工作，堪為最小侵害、最大利益之選擇手段。至於如何規劃促使義務兵役與替代兵役兩者之間「質量相等」（例如：服役地點選擇、役期長短、服役內容等），則可由立法者視社會需求而作不同調整，與服役公平原則並無違背。資料顯示，由於推動國軍精實方案，兵源釋出約二萬餘人，為有效運用人力，我國自民國八十九年起將全面實施社會役，除取消國民兵外，丙等體位役



男一律改服社會役，至於甲、乙等體位役男則可申請服社會役。根據內政部之規劃，未來實施之社會役類別將概分為：警察、消防、科技、社會服務、偏遠地區環保、醫療、教育及海外合作等。申言之，建構一替代傳統戰鬥兵役之制度，顯已成為我國未來兵役制度之必然走向。□系爭法律因未提供替代兵役制度，應屬違憲我國憲法第二十條雖然規定人民依法律服兵役之義務，但此並非憲法層次之「全民義務」，僅係憲法賦予立法者若決定要求人民服兵役之規範基礎。換言之，立法者並無立法要求人民服兵役之憲法義務，且憲法第二十條之規定並非剝奪立法者賦予其他替代兵役制度供人民自由選擇之空間。基於平等原則與比例原則之憲法層次要求，此種替代兵役制度已非自由形成之立法裁量問題，而是裁量權萎縮至零之積極憲法義務，釋憲者自應對於此種缺乏選擇空間之兵役法第一條為違憲之宣告。此外，何謂「比例原則」中之「最小侵害手段」必須檢視客觀時空環境之變遷而定，過去該當於最小侵害手段之立法，今日可能過度損及人民權益。以我國而言，兵役制度顯係出於國防目的，職故，如有眾多同樣得以達成「保衛國家安全，維護世界和平」國防目的（憲法第一百四十四條參照）之手段，立法者自應隨時視時空環境之轉變而有所調整，方不負此一「憲法委託」。按「『憲法委託』是一個在時間上，有繼續性的特徵，其貫徹之內容，亦不應只侷限於立憲者的『原來標準』，而是必須依照立法時代社會的演變，主、客觀需要的增長，而作『充實』。因此，『立法者』在『憲法委託』內扮演著一個不僅是『執行憲法』，又是『充實憲法』的角色」（附件二十五）。基於維護人民憲法第十三條信仰宗教自由之基本權利與保障人民良心決定之自由，現行兵役制度應提供人民適當之選擇類型，以達到憲法所要求確實衡量個別差異之實質公平。誠如前述，我國憲法第二十條雖然規定人民依法律服兵役之義務，但此並非憲法層次之「全民義務」，僅係憲法賦予法律要求人民服兵役之可能規範基礎。換言之，憲法第二十條之規定並非剝奪立法者賦予其他替代兵役制度供人民自由選擇之空間，且基於平等原則與比例原則之憲法層次要求，此種替代兵役制度已非自由形成之立法裁量問題，而是裁量權萎縮至零之積極憲法義務，釋憲者自應對於此種缺乏選擇空間之兵役法第一條為違憲之宣告。必須特別提出說明的是，雖然內政部官員曾表示未來將把良心拒絕服役者納入目前研擬中之兵役替代役制度範疇，期能解決此一侵害人權且困擾役政及軍事單位多時之爭議（附件二十六）。惟查，在兵役替代役制度正式施行之前，除聲請人仍必須因系爭違憲判決繼續服刑外，即



將入伍之耶和華見證人基督徒勢將「重蹈覆轍」而判刑入獄，此等重大違憲情事，實非 鈞院宣告系爭法規違憲無法竟其功。

五、兵役法施行法第五十九條第二項違反憲法第十三條宗教自由以及第二十三條之「比例原則」經查聲請人前已遭相同事由判處罪刑，於假釋出獄後令回役，致復因相同原因遭到論罪科罰，反覆於「應召、判刑、刑滿、回役、再判刑」之惡性循環。究其緣由，系爭判決無非以兵役法施行法第二項為據，認聲請人實際服刑未滿四年未符禁役標準，仍須續服役期，故嗣後拒絕接受戰鬥訓練自應受罰。惟查，國家屢以各種兵役法令相繩，使聲請人輾轉於「拒絕服役」與「入監服刑」之間，若非希望藉由刑罰教化聲請人「改變宗教信仰」，即是純粹報復功能之「應報」科罰。然就刑罰之本質以觀，由於一般自由刑缺乏矯正與教育之功能，根本無法達到系爭刑罰欲矯治犯罪行為之目的，此顯然無法通過比例原則中強調目的能否達成之「適合性原則」之檢驗；如果肯認此種刑罰純屬「以牙還牙、以眼還眼」之應報處罰，則聲請人既然已為自己拒服兵役之事付出代價，則於開釋出獄後，自無「持續」為先前之同一拒服兵役行為負責之理。至於憲法是否寬容國家採取教育刑罰企圖改變人民依憲法所保障經過正當宗教教育所形成之宗教信仰，則更屬難以想像，根本不是合憲的手段，遑論進行實質審查。申言之，此種針對正當方式形成之宗教信仰科處刑罰之舉措根本缺乏合憲性之基礎。此外，系爭法條未慮及甘以服刑替代戰鬥兵役者之選擇自由，徒以刑罰反覆相繩，致令聲請人陷入「拒絕應召→判刑→釋放→再召集→再拒絕→再判刑」之惡性循環。聲請人僅因內心對於宗教信仰之堅持，青春歲月幾遭剝奪殆盡，若此惡法不改，豈非至聲請人白髮蒼蒼不休！憲法對於人民之宗教平等權與宗教信仰自由之保障，徒使人民身陷囹圄，豈合事理？！

六、「耶和華見證人」基督徒之信念與堅持鑑於長久以來之不實傳述與誤解，茲特提出相關資料及說明，期使 鈞院對於「耶和華見證人」此一提倡世界和平之宗教團體有更深層之認識。

根據統計，「耶和華見證人」佈道傳教範圍遍及全世界共二百三十二個以上之國家或地區，其所印製發行之聖經刊物計有一百一十種語言以上之版本，每月發行量更高達三千多萬份，除足證其除係一歷史悠久、運行良好之宗教團體，其所堅持之信仰與理念更為世界各國政府所認同。根據初步統計，截至一九九三年，目前世界上公開從事傳道之耶和華見證人之人數高達數百萬之譜，各國所設分社亦高達九十六處，除可證明其係一「已知宗教（known religion）」外，從其日



常工作之推廣，更可瞭解此一宗教團體對於世界和平之執著與奉獻。此外，在一九三〇及四〇年代，耶和華見證人因從事傳道工作多次被捕，為維護言論及信仰自由，耶和華見證人不斷透過法院訴訟方式尋求救濟。根據統計，至少有四十三宗相關案件於美國聯邦最高法院獲得勝訴，至於其他國家也有為數不少類似之例證。以希臘為例，由於早期要求人民執行軍事戰鬥兵役，導致長期總有約三百名耶和華見證人因拒絕參與軍事訓練而身限囹圄。其後，在各國耶和華見證人之聲援，以及國際特赦組織積極奔走施壓下，希臘政府於一九八八年通過豁免軍事服務法（附件二十七）。

另本案代理人茲並提出「守望台聖經書社（Watch Tower Bible and Tract Society）」針對「耶和華見證人」基督徒本於良心與信仰拒服兵役乙事，仿效美國法庭之友制度出具之說明報告，其中除具體說明如何認定「耶和華見證人」基督徒之資格與標準，避免浮濫不公之弊端外，對於美國、德國、希臘等國處理相同爭端之最新概況以及歐洲人權法院（European Court of Human Rights）之相關判決亦有詳細引介。以德國為例，聯邦憲法法院即認為重複對於耶和華見證人以及其拒絕履行兵役義務判刑是不適當的，甚至進一步認為良心自由是「憲法上的至高權利」。報告中除可看出各國釋憲者對於此一議題之態度所具之決定性關鍵地位外，針對如何運用替代兵役制度調和傳統兵役、國家寬容良心犯等議題皆有清楚論述，凡此對於若干質疑如何落實兵役制度公平性、如何認定「耶和華見證人」，以及司法權應否積極介入矯正等疑慮，或有澄清之效（附件二十八）。

七、二千年前，耶穌將生命奉獻給其自己所創立之宗教，二千年後，台灣卻有一群人，必須犧牲自由與寶貴青春，寧願身陷囹圄，只求不違背自己的良心與信仰。根據初步估計，類似本件聲請人之耶和華見證人基督徒，其因良心信仰遭致牢獄之災，總是維持在五十人上下。他們所日夜企求者，不是一般受刑人殷切盼望的減刑、假釋等政府德政，而是憂心提早出獄將無法取得禁役資格，這是何等的無奈、何等的悲涼，對近年來以民主改革著稱之我國，又是何等的諷刺！當人民必須犧牲人身自由，以入監服刑換得免持武器殺人之自由；當人民必須苦苦央求審判機關判予重刑，以超高刑度換取禁役資格；當人民必須控告政府減刑「德政」，求以人身「不自由」換取良心「自由」；當人民為了己身良心與宗教信仰，必須周而復始、輾轉反覆於牢獄之間，則究竟是人民違背其對憲法之忠誠義務，抑或是國家違背其對人民應諾之保障義務？值此「釋憲五十年」之憲法時刻，社會各界對於 鈞



院大法官歷來透過違憲審查權對於民主政治與人權保障之貢獻，均表高度肯定。深祈 鈞院正視此一嚴重戕害人性尊嚴、良心自由以及宗教自由之違憲實際，並依本件聲請事項作成解釋。另查，「大法官解釋案件，應參考制憲、修憲及立法資料，並得依請求或逕行通知聲請人、關係人及有關機關說明，或為調查。必要時，得行言詞辯論」，司法院大法官審理案件法第十三條第一項定有明文。本案除涉及聲請人內心堅信之宗教信仰與價值觀，對於聲請人之信仰亦有深入調查、瞭解之必要。綜上，本案實具有「原則上之重要性」，爰聲請 鈞院大法官惠賜聲請人說明之機會。未查，本件並非首件因良心與宗教信仰拒絕服役者聲請 鈞院釋憲之案例，為避免見解歧異，實有併入前案審查之必要，特此誌明。

肆、關係文件之名稱與件數附件：委任書原本。

附件一：裁判影本。

附件二：花東防衛司令部八十七年判字第○四八號判決。

附件三：釋字第四四三號解釋理由書。

附件四：釋字第四五九號解釋文。

附件五：釋字第四三二號解釋文。

附件六：釋字第四三三號解釋文。

附件七：黃俊杰，「抗命罪與兵役制度」，收錄於氏著《弱勢人權保障》，一九九八年版，第六十七頁。

附件八：釋字第二四二號、第三六二號解釋文。

附件九：李震山，《人性尊嚴之憲法意義》，律師通訊第一五〇期，第三四至三五頁。

附件十：釋字第三七二號解釋文。

附件十一：陳新民，《中華民國憲法釋論》，一九九五年版，第二六四頁。

附件十二：李鴻禧，「淺談價值相對主義與政治的寬容－民主主義思想之原點」，收錄於《憲法與人權》，一九九五年版，第二〇一至二〇五頁。

附件十三：馬緯中，《法與宗教之研究：論現代法治國下的宗教自由》，中興大學法研所碩士論文，一九九七年，第九十八至九十九頁。

附件十四：陳銘祥，「宗教立法與宗教自由」，《月旦法學》，第二十四期，一九九七年五月，第三十頁。

附件十五：釋字第四六〇號解釋文。



附件十六：陳新民，《平等權的憲法意義》，收錄於氏著【憲法基本權利之基本理論（上）】，一九九二年版，第四九六頁。

附件十七：釋字第二一一號解釋文。

附件十八：釋字第四五五號解釋翁岳生大法官之協同意見書。

附件十九：涂懷瑩，《中華民國憲法與人權保障》，一九八二年版，第一六七至一六八頁。

附件二十：陳新民，《兵役替代役社會役制度的比較研究》，收錄於氏著【軍事憲法論】，一九九四年版，第三五九頁以下，第四三五頁附表。

附件二十一：陳新民，「兵役替代役」社會役之研究，行政院青年輔導委員會委託研究，八十二年八月，第七三至七五頁。

附件二十二：德國基本法第四條、第十二條（中、德文版本各乙份）。

附件二十三：西班牙、葡萄牙、奧地利憲法條文節錄。

附件二十四：「社會役，推動台灣邁向福利國」，中國時報，四版，八十七年六月五日。

附件二十五：陳新民，「論『憲法委託』之理論」，收錄於氏著《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，一九九二年版，第八九至九〇頁。

附件二十六：「因信仰拒役者，研擬改服替代役」，聯合報，八十七年十一月十六日。

附件二十七：「歐洲人權法院伸張正義」，《儆醒》，第十九頁，一九九八年一月。

附件二十八：守望台聖經書社（Watch Tower Bible and Tract Society）針對「耶和華見證人」認定標準暨資格說明報告（中、英文對照譯本各乙份）。

此 致 司 法 院 聲 請 人：許 謙

代 理 人：理律法律事務所

陳長文律師

李念祖律師

中華民國八十七年十一月十九日

附 件 一：陸軍總司令部判決

八十七年覆判字第一二三號

聲請人

即被告 許 ○ 男



右聲請人因抗命案件，不服花東防衛司令部中華民國八十七年三月十八日八十七年判字第○二一號初審判決，聲請覆判，本部判決如左：

主 文

聲請駁回。

理 由

- 一、原判依據聲請人即被告許○之供述、陸軍明德班（87）兩格字第○○四三號函文所附談話筆錄、證人該管少校中隊長藍文仁、中尉區隊長魏在辰、中士班長陳玠碩及同期回役學生薛金發之證言、該隊回役二二二期第一週訓練課目進度表乙份（八十六年十二月廿八日至八十七年一月三日）暨被告反抗命令拒絕軍事訓練課程照片四幀、國防部臺南監獄（87）望朗（一）字第○七七一號被告前科簡復表等證據，認定聲請人入伍前加入「耶和華見證人」聖經研習團體，入伍後，曾因抗命罪為陸軍步兵第一○四師司令部判處有期徒刑一年六月，於八十六年十二月二十二日假釋出監，至八十七年五月二十三日假釋期滿，回役陸軍明德訓練班第二二二期後，仍不知悔改，緣該隊回役二二二期第一週課表，八十六年十二月三十日、三十一日上午八時至九時五十分，在臺灣駐地分別排定「持槍基本教練」及「刺槍術」等軍事訓練課程，聲請人於上開時、地，該管中隊長藍文仁少校依課表所訂課目，下達操課命令時，明知該等課程均為軍事訓練課程，竟以其係「耶和華見證人」基督徒，信奉聖經「以賽亞書」第二章第四節「不再學習戰事」之教導為由，反抗中隊長命令，拒絕參加操課，雖經該管中隊長藍文仁少校勸導，聲請人仍以宗教信仰而接連抗拒軍事訓練課程操課命令，為接續犯之事實，論以陸海空軍刑法第六十四條第三款之反抗長官命令罪，酌處有期徒刑一年二月。
- 二、聲請覆判意旨略以：聲請人身為基督徒，以聖經為生活唯一之標準與原則，認為軍事活動及加入軍事組織，違反聖經之原則，於入伍時即表明拒絕從事服役之永久立場，並經陸軍步兵第一○四師司令部，以抗命罪判處有期徒刑一年六月，回役時仍未改變拒絕從事服役之永久立場，乃屬原狀態之繼續，並非基於另一新犯意，而成立另一犯罪行為，原審對聲請人同一行為，再論以抗命罪，顯違反憲法第八條第一項關於實質正當法律程序之規定，即司法院釋字第三八四號解釋「同一行為，不得重複處罰」意旨，請求撤銷原判。
- 三、卷查聲請人於八十五年十一月間曾因抗命罪，為陸軍步兵第一○四師司令部判處有期徒刑一年六月，於八十六年十二月二十二日假釋出監（八十七年五月二十三日假釋期滿）；回役後，於八十六年十二月三



十日、三十一日上午八時至九時五十分之抗命行為，與前揭抗命行為，已時隔經年，無論其主觀犯意如何，依一般社會觀念，尚難謂仍屬同一行為。況犯罪行為，如在事實審軍事法庭宣示判決後始行發生，即非該案判決既判力之所及，聲請人本次抗命之犯罪行為，係發生於前次抗命罪之假釋期間，顯非前次抗命罪判決之既判力所及，乃獨立之犯罪行為，聲請意旨所稱重複處罰，顯屬誤解。其於前述時、地接連抗拒軍事訓練課程操課命令之事實，既經原審訊證明確，論以陸海空軍刑法第六十四條第三款之反抗長官命令罪，於法定刑度內，酌處有期徒刑一年二月，核其認事用法及量刑均無不合，聲請意旨，顯無理由，應予駁回。

四、依軍事審判法第二百零五條前段判決如主文。

中華民國八十七年六月二十九日

（一、另同案陳志宏、黃嘉明、葉鍇璋、邱啟傑、邱啟豪等五人聲請書部分，均經議決不受理。（本聲請書其餘附件略）

抄陳○化聲請書

受文者：司法院

一、聲請解釋憲法之目的

請求解釋陸軍第十軍團司令部八十七年判字第一五二號判決及陸軍總司令部八十七年覆判字第一七四號判決所適用之陸海空軍刑法第六十四條第三款抵觸憲法。

二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

聲請人原係陸軍步兵第二〇三師六〇九旅步七營步三連二兵，緣該連八十七年六月二日第一、二節七時三十分至九時二十分對該梯次（即第一八〇二梯次）入伍新兵實施五百公尺超越障礙之武裝分段訓練課程，且經該管連長胡家成上尉對其同班戰士下達上述課目、進度及服裝規定，惟因基於個人宗教信仰須遵循聖經所示不能學習戰事及參與任何軍事活動及良心自由之要求，拒不參加訓練，案由該師呈請法辦到部，經軍事檢察官偵結起訴，移付審理，而被陸軍第十軍團司令部八十七年判字第一五二號判決論以陸海空軍刑法第六十四條第三款之「反抗長官命令」罪，處有期徒刑一年（附件一）。

嗣後聲請人向國防部主張：「請審酌聲請人全無犯罪動機、目的、前科，且犯罪後態度良好，此次僅因宗教信仰關係拒絕當兵，刑罰不該如此之重等情，予以從輕量刑。」惟陸軍總司令部八十七年覆判字第一七四號判決謂：「按事實審之軍事法庭就量刑輕重，於審判上本有



衡酌之權，如未違法，即非當事人所能任意指摘。卷查本件聲請人於上揭時、地，明知應服從連長胡家成上尉所下達與軍事有關之訓練命令，竟因宗教信仰關係，故意違抗拒絕參加之事實，既經原審訊證明確（偵卷第十四、十五頁，審卷第十、四十四頁），論以陸海空軍刑法第六十四條第三款之『反抗長官命令』罪，酌處有期徒刑一年，核其認事用法與量刑均無不合，聲請意旨顯無理由，應予駁回。」（附件二）

前述判決是現行兵役制度均為服（使用武器之）兵役且無維護人民憲法第十三條信仰宗教自由基本權利與保障人民良心決定自由之補充役制度設計之必然產物，聲請人竟須藉被以抗命罪科刑之危險，始能達到禁服兵役之目的，由此可知，現行兵役制度與宗教自由似已立於衝突矛盾之情形。此外，陸海空軍刑法第六十四條抗命罪之構成要件，使用太多不確定法律概念，有違構成要件明確性之法治國原則之憲法要求，且聲請人以為本案軍事判決似應係適用法律顯然錯誤（應適用第二款之「軍中」，而非第三款之「其餘」）之違法判決。然而，若依法適用第二款之「軍中」，其刑度又過重，將產生輕罪重罰之結果，故此等規定已違反憲法第二十三條之比例原則及過度侵犯禁止原則，且未兼顧人民基本權利本質內涵之保障。

三、聲請人之立場與見解

陸海空軍刑法第六十四條不符構成要件明確性之憲法要求

本案抗命罪之法律依據，係陸海空軍刑法第六十四條，其規定：「反抗長官命令或不聽指揮者，依左列各款處斷：一、敵前，死刑。二、軍中或戒嚴地域，無期徒刑或十年以上有期徒刑。三、其餘，五年以下有期徒刑。」由此條文內容觀察，係相當嚴重之刑事制裁。依法治國原則所要求之罪刑（處罰）法定主義，其罪與刑均需具體明確且罪刑相當，其中，構成要件更應該遵守明確性之要求，不得使用無法透過解釋加以具體化之不確定法律概念或概括條款，以避免危害法律秩序之安定性且動搖人民對法律之信賴與破壞法律之尊嚴。

值得注意的是，陸海空軍刑法第六十四條抗命罪之構成要件，使用太多不確定法律概念，例如，「反抗」、「長官」、「命令」、「不聽指揮」、「敵前」、「軍中」、「戒嚴地域」、「其餘」等均屬之。因此，何種案例事實在軍事審判時，得被歸類為本條之各款中，似容易流於主觀恣意擅斷。

本案之事實，軍事判決認為該當於陸海空軍刑法第六十四條第三款，此應予質疑，蓋陸海空軍刑法第六十四條係以「反抗長官命令或不聽



指揮者」作為抗命罪之構成要件，而該條第一款至第三款等三種類型係抗命行為之地點，而抗命行為地點之認定，則係影響其刑度之輕重。聲請人抗命行為之地點，係在憲兵訓練中心，故非第一款「敵前」（註一）及第二款「戒嚴地域」之情形，惟本號軍事判決為何捨第二款之「軍中」（註二），而認定係第三款之「其餘」，或許係因第二款之刑度過重（無期徒刑或十年以上有期徒刑）將與聲請人抗命行為之程度產生輕罪重罰之結果，故改科第三款之較輕刑度（五年以下有期徒刑）。然而，陸軍步兵第二〇三師六〇九旅步七營步三連，依現行軍事法令及一般人民與軍人之客觀理解，當屬第二款之「軍中」，而非如過去實務見解及本號軍事判決所謂係屬第三款之「其餘」，故本判決似應係適用法律顯然錯誤（應適用第二款之「軍中」，而非第三款之「其餘」）之違法判決。然而，若依法適用第二款之「軍中」，其刑度又過重，將產生輕罪重罰之結果，故此等規定已違反憲法第二十三條之比例原則及過度侵犯禁止原則，且未兼顧人民基本權利本質內涵之保障。

此外，縱然軍事判決適用陸海空軍刑法第六十四條第三款，亦有檢討之必要。首先，判決指出聲請人行為係符合本條「反抗長官命令」之要件，惟聲請人是否得基於宗教信仰及良心自由之要求而拒絕軍事訓練，雖判決持否定見解並科處抗命罪，但其涉及憲法兵役義務之界限及我國兵役制度之設計，容後分析；其次，判決指出聲請人抗命行為之地點，係本條第三款之「其餘」，除前述之批評外，亦仍有必要檢討本款「其餘」之概念。所謂「其餘」之概念，係本條所使用之不確定法律概念中，根本無法透過法學解釋方法加以具體化之不確定法律概念，此種用語與構成要件明確性之法治國原則牴觸，而不能達到罪刑法定主義最低限度之要求，會危害法律秩序之安定性且動搖人民對法律之信賴與破壞法律之尊嚴。

然而，「其餘」之概念，卻為陸海空軍刑法廣泛使用之用語，例如，第六十四條至第七十一條、第八十八條、第九十三條至第九十六條、第九十九條、第一百零四條、第一百零九條等規定。對於此等違反構成要件明確性之用語，釋字第三一三號解釋指出，例如，民用航空法第八十七條第七款規定，「其他」違反本法或依本法所發布命令者，一律科處罰鍰（同法第八十六條第七款亦同），對應受行政制裁之行為，作空泛而無確定範圍之授權，與憲法第二十三條之意旨不符。此外，所謂「法律明確性原則」，釋字第四三二號解釋，針對專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而依法應受懲戒處分者，指出：



「必須使其能預見其何種作為或不作為構成義務之違反及應受之懲戒為何，方符法律明確性原則。對於懲戒處分之構成要件，法律雖以抽象概念表示，不論其為不確定法律概念或概括條款，均須無違明確性之要求。」至於，明確性要求之內涵，本號解釋謂：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法制定時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。」不過，刑罰權對明確性要求之程度比懲戒權更加嚴格，例如，釋字第四三三號解釋理由書指出：「懲戒權之行使既係基於國家與公務員間公法上之權利義務，與國家對人民犯罪行為所科處之刑罰不盡相同，而懲戒權行使要件及效果應受法律嚴格規範之要求，其程度與刑罰之適用罪刑法定主義，對各個罪名皆明定其構成要件及法律效果者，亦非完全一致。」本號解釋係比較懲戒權與刑罰權在明確性要求程度上之差異，似可清楚得知，大法官認為刑罰權明確性要求之程度比懲戒權更加嚴格。

因此，由釋字第三一三號、第四三二號及第四三三號等解釋之意旨，來檢討陸海空軍刑法前列相關條文「其餘」之概念，似亦與憲法第二十三條之意旨不符，大法官應宣告該等法律違憲無效。

軍事判決抵觸憲法兵役制度之規範意旨

雖然我國憲法第二十條規定：「人民有依法律服兵役之義務。」關於兵役義務是否違憲？惟兵役義務已涉及人身自由及生命權之侵犯可能性，而從我國憲法第八條人身自由二十四小時限制之憲法保留精神之觀點出發，人民基於「志願」服兵役，才是符合憲法人權保障之要求，若係「義務」服兵役，則仍將受到憲法第八條等之檢驗。由前述分析似可得知，募兵制與徵兵制，並非單純國防政策之問題，而係憲法問題。

關於「義務」服兵役與兵役義務制度設計之憲法問題，得舉德國基本法規定為例說明。一九四九年基本法第四條第三項規定，任何人不容許被強迫違背其良心從事使用武器之戰爭勤務。此種基本權利，與信仰（良心）自由有關，在一九五六年第七次修正基本法第十二條時，增加補充役（社會役或替代役）義務（Ersatzdienst），修正後第十二條第二項第二句即規定，任何人基於良心之理由拒絕使用武器的兵役義務時，得使負擔補充役之義務。至於補充役之期限，在同項第三



句並規定，不容許超過兵役之期限，以避免損害拒絕兵役者並可滿足平等之憲法要求，至於補充役之問題，第四句則授權法律加以規定，但以不得妨害良心決定之自由且必須規定與軍隊編組無關之補充役之機會作為立法之界限。

一九六八年第十七次修正基本法增列第十二條之一，第二項規定：「任何人基於良心之理由拒絕使用武器的兵役時，得使負擔補充役之義務。補充役之期限不容許超越兵役之期限。由法律規定細節，惟不容許妨害良心決定之自由且亦必須規定與軍隊及聯邦邊界防衛編組無關之補充役的機會。」此項與第四條第三項之關聯，聯邦憲法法院判決，在第十二條之一第二項所規定之補充役，是保留兵役義務者得基於良心之理由拒絕使用武器的兵役，其結果是，當個人符合第四條第三項第一句之要件時，則立法者有義務保障此類兵役義務者被承認得作為兵役拒絕者，並使其有足夠之安全（註三）。由此實務見解似可得知，第四條第三項第一句與第十二條之一第二項第一句之構成要件，均是基於良心之理由拒絕使用武器的兵役（註四）。第二句，聯邦憲法法院判決，依此句兵役之法律上允許期間成為補充役期間之時間上限，此句之規範目的，是使兵役與補充役負擔之平衡，因此，立法者得在此句所劃定範圍內衡量補充役期間並考慮兵役與補充役之區別（註五）。第三句，規定細節之法律，除不容許妨害良心決定之自由外，亦必須規定與軍隊及聯邦邊界防衛編組無關之補充役的機會，此為聯邦行政法院見解所支持（註六）。

關於兵役義務制度設計之憲法問題，德國基本法容許基於良心之理由拒絕使用武器之兵役義務時，得使負擔補充役之義務。反觀我國憲法第二十條則僅規定「兵役義務」，然為尊重人民基於良心之理由拒絕使用武器之兵役，似至少得以補充役代替之，如此才是斟酌人民彼此差異之合理區別，亦為真正體現憲法實質平等之要求。

本案之軍事判決，係涉及兵役義務制度設計之憲法問題，我國憲法第二十條僅規定，人民有服「兵役義務」，而未明示是否得基於良心之理由拒絕使用武器的兵役，而改以補充役代替之，但亦未明確排除。不過，募兵制或志願役才是符合憲法尊重個人自由意願與維護人權之意旨。

而本案抗命行為之原因，係基於宗教信仰及良心之理由，假若徵兵制之義務役是被憲法所允許，亦應尊重個人良心決定或宗教信仰之自由等，而增列得代替兵役之補充役制度，作為我國憲法人民服「兵役義務」之概念範圍內。



因此，大法官應明確宣告承認補充役之憲法地位及其核心內容，並宣告立法院應依解釋意旨而履行其立法義務，且補充役之立法不得限制宗教信仰及良心決定之自由。此外，所謂補充役之核心內容，應包含：一、任何人基於良心之理由拒絕使用武器的兵役時，應使其得享有選擇補充役之自主權，換言之，縱然基於兵役義務平等之前提，亦不得排除人民選擇補充役之自主權，蓋「拒絕使用武器」係人民主張和平生存權與維護個人人性尊嚴及思想自由之具體表現；二、主管機關對於良心決定或宗教信仰之理由拒絕使用武器的兵役之原因，僅得加以「形式審查」，而不得進行「實質審查」，換言之，縱然基於兵役義務平等之前提，亦不得以主管機關之立場，設定審查要件，對人民良心決定或宗教信仰之理由拒絕使用武器的兵役之原因加以實質審查，否則，將造成人民思想自由受到國家管制之事實。因此，主管機關僅得進行形式審查，例如，有無申請書狀、是否記載基於人民良心決定或宗教信仰之理由、是否在法定期間提出、申請人是否自願選擇補充役…等；三、法律必須規定與兵役無關之補充役的機會，換言之，法律所規定之補充役，必須不得違背人民良心決定或宗教信仰而拒絕使用武器的兵役之理由，亦即補充役必須與兵役加以明確區隔，並且，提供足夠且充分之名額，以落實人民選擇補充役之自主權；四、兵役與補充役負擔之實質公平，基於負擔平等之憲法要求，立法者應受平等原則之拘束，對於服兵役與補充役之人民，應予平等之權利保護，而不得有不合理之差別待遇；五、對於選擇補充役之人民，僅得依其志願實施與補充役工作有關之職前教育，而不得強迫進行兵役之基礎軍事訓練，換言之，從人民良心決定或宗教信仰之理由觀察，服兵役之人民係未拒絕使用武器，而服補充役之人民則係自始至終均拒絕使用武器，故對於選擇補充役之人民，僅得依其志願實施與補充役工作有關之職前教育，而不得強迫進行兵役之基礎軍事訓練，否則，將混淆兵役與補充役本質之差異；六、補充役之工作地點，應基於人民志願且不得違背其宗教信仰及良心決定之自由，換言之，對於補充役工作地點之選擇，立法者並不享有完全之形成自由，而係應考慮人民之志願且不得違背其宗教信仰及良心決定之自由，以落實人民選擇補充役之自主權（註七）。

陸海空軍刑法第六十四條之抗命罪，未兼顧人民憲法第十三條信仰宗教自由之基本權利，而現行兵役制度亦未斟酌人民良心決定之自由而予以適當之選擇類型，因此，尚未達到確實衡量個別差異之實質公平之憲法要求。



由本案之過程似可得知，聲請人係基於宗教自由而拒絕服（使用武器之）兵役，而被依陸海空軍刑法第六十四條科處抗命罪。然而，在聲請人自始即不適合服兵役之特殊情況下，現行兵役制度卻強令其服兵役，而其最後須藉被以抗命罪科刑（七年）之危險，始能達到禁服兵役之目的，由此可知，現行兵役制度與宗教自由似已立於衝突矛盾之情形。

此外，聲請人抗命行為之犯罪動機，係因其個人宗教信仰不適合兵役之軍旅生活所為，故其在客觀上雖有陸海空軍刑法第六十四條之抗命行為，但衡量其抗命行為之犯罪動機等情狀，在主觀上似欠缺抗命罪之犯意，蓋其係基於個人宗教信仰之確信而拒絕服（使用武器之）兵役，而縱被以抗命罪科處重刑（七年以上），只要能達到禁服兵役之目的，亦係為堅持個人宗教信仰在現行兵役制度下所必經之過程。就此而言，陸海空軍刑法第六十四條之抗命罪，似未兼顧人民憲法第十三條信仰宗教自由之基本權利，而現行兵役制度亦未斟酌人民良心決定之自由而予以適當之選擇類型，因此，尚未達到確實衡量個別差異之實質公平之憲法要求。

基於維護人民憲法第十三條信仰宗教自由之基本權利與保障人民良心決定之自由，故現行兵役制度應提供人民適當之選擇類型，以達到憲法所要求確實衡量個別差異之實質公平。因此，在現行憲法兵役義務之前提下，立法者在具體化憲法第二十條「依法律」之授權時，目前雖以徵兵制作為國家建立軍隊之基礎，且均為服（使用武器之）兵役之情況，但對於人民基於個人宗教信仰或良心決定之自由而拒絕使用武器的兵役時，似應參酌德國基本法兵役制度之設計，讓拒絕兵役者亦得有服補充役之機會。至於，補充役與一般兵役之認定標準，補充役之類型、服役期限、服役地點及方式等細節事項，則得由立法者參酌採擇補充役之相關國家法制，予以明確規範，以實現憲法之平等原則。

本案聲請人若有服補充役之機會，則一方面可保障其信仰宗教及良心決定之自由，另一方面亦可實現國家公益之需要，且更得避免抗命行為之產生，而維護陸海空軍刑法第六十四條之法律尊嚴，相信亦無此等軍事判決存在之可能。

四、關係文件之名稱及件數

附件一：陸軍第十軍團司令部八十七年判字第一五二號判決。

附件二：陸軍總司令部八十七年覆判字第一七四號判決。

【註解】



註一：陸海空軍刑法所稱「敵前」，指直接與敵對峙當攻守或警戒之要衝者而言（二十三年院字第一一〇一之一號解釋）；在空襲時間內，負有擔任地面警戒職務之員兵，在空襲警報後解除警報前，應視同敵前，其區域以空襲警報應施警戒之區域為區域（軍事委員會二十六年法審丑字第七〇二號）；駐防沿海地區擔任警戒任務之官兵犯罪，除逃亡罪外，應以敵艦逼近時，認為敵前（軍事委員會二十九年法審渝一字第四四九號）；臺澎地區現為戒嚴地域，某某演習係在臺灣本島地區舉行，且假想敵實兵演習，究與真實作戰有別，在演習作戰期間演習地域內之官兵犯罪，尚難以敵前論處（國防部五十年澈淨字第〇〇六號）；戍守視同敵前地區（國防部七十年覆普字第五九號）。中華民國軍法法令判解彙編，一九八三年，第四五三頁、第四五八頁、第四六〇頁。

註二：陸海空軍刑法所稱「軍中」，指在動員後之部隊，或戰時編制之部隊而未至敵前者，及當事變騷擾之際從事於鎮壓者之部隊而言（二十三年院字第一〇七六號及第一一〇一之一號解釋）。中華民國軍法法令判解彙編，一九八三年，第四五三頁。但是，前述關於「軍中」之解釋與一般人民或軍人對「軍中」之理解，有相當大之差距，而現行陸海空軍刑法係訓政時期之法律，係就當時局勢所為之解釋或說明，與解嚴及終止動員戡亂時期後之目前情況完全相左，似應有修正、變更或廢止之必要。

註三：BverfG,Urt. v. 24.4.1985-2 BvF 2/83 u.a.=NVwZ 1985,Heft 8, S.560；並參Friedrich K. Schoch, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum neuen Kriegsdienstverweigerungsrecht, Jura, 1985, Heft 9, S.465ff.

註四：Friedrich K. Schoch, Das neue Kriegsdienstverweigerungsrecht, Jura, 1985, Heft 3, S.129.

註五：BverfG,Urt. v. 24.4.1985-2 BvF 2/83 u.a.=NVwZ 1985 Heft 8, S.560.

註六：BverwG,Urt.v.17.8. 1988-6C 36/86 (VG Ansbach) =NVwZ 1989, Heft 11, S. 1067, S.1068.

註七：關於補充役之問題，並參陳新民著，「兵役替代役－社會役制度的比較研究」，《軍事憲法論》，一九九四年版，第三五九頁以下。

聲 請 人：陳○化

中華民國八十八年一月十一日



附件 二：陸軍總司令部判決

八十七年覆判字第一七四號

聲請人

即被告 陳○化

右聲請人因抗命案件，不服陸軍第十軍團司令部中華民國八十七年七月八日八十七年判字第一五二號初審判決，聲請覆判，本部判決如左：

主 文

聲請駁回。

理 由

- 一、原判決依據聲請人即被告陳○化之供述，高雄市應徵役男身分證明書、聲請人兵籍表影本，該師（87）古踐字第三四八○號呈文所附照片四張及筆錄，證人胡家成、葉文臻之證言，本部八十七年七月一日佑子字第三三○三號令頒之「八十七年度部隊訓練計畫大綱」新兵體能戰技訓練項目及訓練課表暨八十七年二月十八日（87）佑子字第○六四一號令頒之「陸軍新兵訓練課程基準」影本，該連「陸軍一般兵第一八○二梯次第二週課目時數配當表」各乙份等證據，認定聲請人於八十七年六月二日第一、二節七時三十分至九時二十分，對該梯次入伍新兵實施五百公尺超越障礙之武裝分段訓練課程，經該連連長胡家成上尉對其與同班戰士下達上述課目、進度及服裝規定之與軍事有關之命令，明知應參加該訓練課程，竟以宗教信仰為由，拒不參加訓練之事實，論以陸海空軍刑法第六十四條第三款之「反抗長官命令」罪，酌處有期徒刑一年。
- 二、聲請覆判意旨略以：請審酌聲請人全無犯罪動機、目的、前科且犯罪後態度良好，此次僅因宗教信仰關係拒絕當兵，刑罰不該如此之重等情，予以從輕量刑。
- 三、按事實審之軍事法庭就量刑輕重，於審判上本有衡酌之權，如未違法，即非當事人所能任意指摘。卷查本件聲請人於上揭時、地，明知應服從連長胡家成上尉所下達與軍事有關之訓練命令，竟因宗教信仰關係，故意違抗拒絕參加之事實，既經原審訊證明確（偵卷第十四、十五頁，審卷第十、四十四頁），論以陸海空軍刑法第六十四條第三款之「反抗長官命令」罪，酌處有期徒刑一年，核其認事用法與量刑均無不合，聲請意旨顯無理由，應予駁回。
- 四、依軍事審判法第二百零五條前段判決如主文。

中華民國八十七年九月二十三日

（本聲請書其餘附件略）

抄李東榮聲請書

受文者：司法院

一、聲請解釋憲法之目的

請求解釋台灣花蓮地方法院八十七年度訴緝字第一二號、台灣高等法院花蓮分院八十七年度上訴字第二九三號及最高法院八十八年度台上字第二九〇二號刑事判決書所適用兵役法第一條及妨害兵役治罪條例第四條第五款均牴觸憲法。

二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

聲請人自幼學習聖經，因基於個人宗教信仰須遵循聖經所示不能學習戰事及良心自由之要求，遂自民國五十九年起，即屢因「同一」事由被依妨害兵役治罪條例予以判刑。七十九年間復因妨害兵役治罪條例為台灣花蓮地方法院刑事庭判處有期徒刑一年確定，嗣因中華民國八十年罪犯減刑條例施行，於八十一年一月一日減刑完畢。嗣花蓮縣政府再發布八十年第一六三七梯次陸軍徵集令，為應受徵集之役男，應於八十年七月一日入營服役，同年六月二十二日，聲請人家人收受上述徵集令並轉交聲請人，聲請人仍因上開宗教信仰良心自由之決定，迄未入營服役，案經台灣花蓮地方法院檢察署偵結起訴，移送台灣花蓮地方法院刑事庭審理，該院依妨害兵役治罪條例第四條第五款規定判處聲請人有期徒刑一年，褫奪公權一年（附件一）。聲請人乃依法上訴於台灣高等法院花蓮分院，該院經審理後仍罔顧聲請人之宗教信仰良心自由決定，駁回聲請人之上訴（附件二）。在收受判決書後，由於該判決涉及憲法保障人民信仰宗教自由之基本人權，聲請人再依法向最高法院提出上訴，最高法院則以「從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。上訴人前案經執行完畢，再犯本罪，自不能謂前案既判力及於本案。所述宗教信仰在服兵役義務層次之上，故無犯罪可言云云，尤屬無據。」而駁回聲請人之上訴（附件三）。

前述裁判，是現行兵役制度尚無維護人民憲法第十三條宗教信仰自由基本權利與！保障人民良心自由決定之社會役制度之必然產物，聲請人即需自民國五十九年起迄今，不斷藉由遭判處徒刑以維持個人良心及宗教自由之決定。由此可知，現行兵役制度與宗教自由及良心自由似立於衝突矛盾之情形。

此外，聲請人雖自民國五十九年起因同一理由屢遭判刑，累計服刑已逾七年，惟因兵役法第五條規定：「凡曾判處七年以上有期徒刑者禁服兵役。」及兵役法施行法第五十九條第二項復規定：「前項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行



徒刑期間不滿四年時，免除禁役……。」之規定，造成聲請人為堅持宗教信仰，卻須受到反覆科刑。就此兵役法、兵役法施行法及妨害兵役治罪條例等規定，漏未斟酌憲法保障人民宗教自由及良心自由之意旨，而予人民基本權利過度之侵犯，導致人民宗教自由及良心自由之基本權利受到剝奪，已逾越憲法第七條之平等原則、第二十三條比例原則及本質內涵保障之要求。

三、聲請人之立場與見解

兵役義務應為「法律」層次義務，非「憲法」義務按妨害兵役治罪條例第四條第五款之構成要件為：行為人在客觀上有未於五日期限內報到之不作為，且該不作為係在毫無合理之理由下為之。而妨害兵役治罪條例，係依據兵役法第四十八條第二項所訂定，兵役法之法源基礎則為憲法第二十條，憲法第二十條規定：「人民有依法律服兵役之義務。」然此「兵役義務」雖定於憲法中，鈞院釋字第四四三號解釋理由書闡明甚詳：「憲法第二十條規定，人民有依法律服兵役之義務，係指人民服兵役之重要事項均應以法律或法律明確授權之命令予以規定。」亦即，兵役義務應為「法律」義務，絕非「憲法」層次之義務，當「法律」層次之「義務」與「憲法」層次之「權利」產生衝突時，即產生法律之違憲審查問題。鈞院既於八十七年三月間已闡明兵役義務之法律位階，各級機關（包含法院）及人民自應受其拘束，惜最高法院不察，竟以「宗教信仰自由在服兵役義務層次之上，……尤屬無據。」駁回聲請人之上訴，即係侵害憲法保障之基本人權。

兵役法第一條違反憲法第二十三條之「比例原則」

憲法上對基本人權之限制，概以憲法第二十三條之比例原則予以規範，蓋比例原則係被作為維護人民基本權對抗國家公權力不法侵害之違憲審查準則。憲法第二十三條規定限制人民基本權之條件有一、基於公共利益（廣義的）之考量。二、公共利益之公益考量有其必要性。三、須以法律來限制。此三要件同時存在時，方可侵犯人民的基本權利，而比例原則違憲審查，必須自適當性、必要性、狹義比例性三原則通盤考量，適當性原則係指法律或公權力措施所採行的手段必須且能實現目的或至少有助於目的的達成，且為正當的手段，亦即目的與手段的關係上必需適時正當的。必要性原則係指如無其他相同有效而對基本權限制較少之手段可供選擇時，則立法者所採的限制手段，即是必要的，否則即應選擇侵害最小之手段。因之，必須以手段造成侵害與目的所欲保護之法益加以衡量，其顯現出的目的與手段比例關係必須是最少侵害的結果。狹義比例性原則係指手段不得與所追求的目



的不成比例，必須針對手段所侵害的法益以及所增進的公益加以衡量，故事實上是一種衡量的要求（附件四）。而聲請人稟持宗教信仰良心之一貫要求，屢遭台灣花蓮地方法院刑事庭依妨害兵役治罪條例第四條第五款予以判刑，此舉豈非構成侵害憲法保障之基本人權？

權利與義務應該是相輔相成，義務並不當然是絕對的先驗價值，而是為達成一定目的所產生的功能性概念。因此，為了全體國民的幸福，為了獲得理想的社會生活，為了使每個國民的個體價值或尊嚴能提升，才要求國民承擔義務。而在要求國民承擔義務同時，亦須注意義務只是達成目的手段，不能以國民有服某項義務的理由來侵犯人權，又縱使其並非侵犯人權，其對人民所造成之負擔亦須限制在最小的程度。義務存在的功能係與權利站在相同的立足點彼此調整，達到共同目標。

因此，憲法上人權之保障與限制，並非絕對相對立的、相衝突的，而是應該如何在其間尋得平衡點，兩者兼顧，發揮憲法保障基本人權之意旨。

該司法判決違反「一事不二罰」之原則

按「一事不二罰」的法理原意乃是要禁止政府一再想要將個人定罪，「讓他承受困窘、費用及苦難，並迫使他持續處於焦慮和不安的狀態。」（subjecting him to embarrassment, expense and ordeal, and compelling him to live in a continuous state of anxiety and insecurity）因此一個人僅需對同一行為接受一次的處罰，而無須一再受罰。即「雙重處罰之禁止」（Dopplebestrafungsverbot）的條款，是人民的基本權利，也是現代法治國家的一個基本原則。司法院釋字第三八四號解釋對於人身自由之限制，明確闡釋需依正當法律程序，而所謂正當法律程序兼指實體法及程序法規而言，就實體法而言，需遵守罪刑法定主義，就程序法而言，即包含「同一行為不得重複處罰」之原則。倘與此原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當法律程序。憲法第二十條要求人民服兵役之義務，如果肯定基於宗教信仰而拒絕軍事訓練者，自始至終只違反一次兵役義務，則違反此項義務就應該只接受一次刑事制裁（附件五第二八二—二八三頁），及德國聯邦憲法法院之判決可按（註）。對於因個人宗教信仰良心而拒服兵役，認為：這種過去所下持續到將來之良心決定，確定了行為人整個外部行為。對於良心如此之觀察，將使刑法上之行為概念依附於主觀構成要件，蓋刑法學之通說，基本上區分外在構成要件（行為）與內在之構成要件（即所謂主觀之構成要件要素），而良心（



Gewissen) 即屬內在之構成要件，惟基於良心理由之逃役構成要件，其特殊之處在於受良心決定之拘束往往固定行為人之外在行為，以致同樣多次之行為必須被視為基本法第一百零三條第三項所指之同一行為而言。今聲請人再因宗教信仰理由遭判刑，因聲請人過去所下持續到將來之一貫良心決定，自刑法理論觀之，當聲請人第一次向花蓮縣政府兵役課公開表明永遠拒絕軍事服務起，其犯罪狀態即已存在，聲請人嗣後再度表示拒絕服兵役前往報到，並非「無故」，仍屬犯罪狀態之繼續，並非基於新犯意而成立另一犯罪行為。復按憲法第二十條僅要求人民服一次兵役的義務，依法聲請人應只違反一次兵役義務，則違反此項義務就應該只接受一次刑事制裁（附件五黃線註記部分），聲請人既已於民國五十九年間起至八十年六月二十二日不斷接受處罰服刑期滿後再獲徵集，該判決即違反前述憲法上「同一行為不得重複處罰」（或謂「一事不二罰」）之原則。該判決所適用兵役法第一條違反憲法第七條之平等原則憲法第二十條規定：「人民有依法律服兵役之義務。」但並未限定服兵役之性別，然兵役法第一條卻規定：「中華民國男子依法皆有服兵役之義務。」已有學者指出，兵役法相關規定主要以「性別」作為區別是否應該服兵役之標準，其後隱藏男強女弱之刻板印象，……卻又未考慮是否已對不適合軍旅生涯之男性良心拒服兵役者設置兵役替代措施，而一律課予同種兵役義務，並且反覆施以刑事制裁，此種只重形式平等的規定尚未達到確實衡量個別差異、合理處置之憲法實質平等之要求（附件六）。即兵役法已違反憲法第七條之宗教上平等權。蓋憲法上所保障之平等權，所強調的並非齊頭式的平等，而是指法律所規定對於每個國民享受權利負擔義務的立足點的平等，又平等之真義，非形式上，而是實質上的，所謂「平等者平等待之，不平等者不平等待之」方是真平等，故容許形式上的「合理差別待遇」存在。學理上對合理差別待遇的判斷標準與準則有：一、須事實上確有不利的差別待遇存在；二、採取差別待遇是為了追求實質平等的正當目的；三、事項的本質有必要予以差別；四、差別待遇的方式、程度，須為社會通念所能容許，不能因而出現「逆差別待遇」（附件五）。依釋字第一一一號解釋：「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」前大法官翁岳生於釋字第四五五號協同意見書亦闡明平等之意義：「平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得有不合理



的差別待遇。……按平等原則並非保障絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等。……關於平等原則之違反，恆以『一方地位較他方為有利』之『結果』存在為前提。不論立法者使一方受益係有意『積極排除他方受益』，或僅單純『未予規範』，……即構成憲法平等原則之違反。」益證司法院大法官再三闡明我國憲法對平等權之重視，及發揮捍衛人權之功能。查聲請人係行使憲法第十三條：「人民有信仰宗教之自由。」在我國現制對於因宗教信仰良心而拒絕服兵役之人民，向以兵役義務為「國民應盡之義務」而予科刑處罰，不論為妨害兵役治罪條例或依陸海空軍刑法第六十四條之條款，甚至同前述兵役法之相關規定，僅對「性別」、體能、專長等設計出種種限制，但對於如聲請人因宗教信仰良心而拒絕兵役之役男，事實上已不適合軍旅生活，而一律科予同種兵役義務，並且反覆施以刑罰，此種只重形式平等的規定，其實尚未達到確實衡量個別差異、合理處置之憲法實質平等之要求。再就憲法上保護宗教自由、宗教平等之意旨觀之，現行兵役制度不能夠充分考量規劃設置必要的替代役措施，為求形式上平等，不問個別差異狀況，一律處以刑罰，從憲法學理與參考國外立法例及作法，實難通過憲法保障基本人權之檢驗。即本案並非僅是聲請人有服兵役之義務而未依法報到之態樣，而係兵役法規已違反憲法第七條之平等原則。聲請人長久以來之所以未依時前往報到，即因受聖經薰陶之良心不容許聲請人參與及接受任何軍事服務，此乃第二次世界大戰後國外法例所普遍承認之「良心兵役拒絕權」。而所謂「良心兵役拒絕」(conscientious objection, objection de conscience, Kriegs-dienstverweigerung aus Gewissengrundungen)，係指基於自己的良心而無法服兵役的思想及行為總稱，若在法律承認的情況下，就可稱為良心的兵役拒絕權，基於良心而拒絕兵役的實際行為人，一般稱為良心的兵役拒絕者(conscientious objector, objecteur de conscience, Kriegsdienstverweigerer aus Gewissengrundungen) (請參附件五，第二七四—二七五頁)，良心兵役拒絕權，在西方大部分國家均已承認，並且立法保護，由於我國因尚未承認良心拒絕兵役權是一種權利，而兵役制度現階段又係採徵兵制，聲請人亦深知堅持信仰將面對刑事制裁，亦使法院面對法律與量刑之無奈。遍查國內文獻，首見附件五之學者肯認宗教良心自由之存在，並以肯定且尊重的態度深究良心兵役拒絕者之內心動機，確認良心兵役拒絕者，即「良心之自由是所有人類共通之權利，基於此種確信而反對戰爭或一切暴力之壓迫。」且據其經驗觀察，這些



人：「除堅持宗教信仰外，並不具有犯罪之反社會性。」聲請人即稟持受聖經薰陶之良心不容許接受及參與各種軍事訓練，惟願以其他方式服務國家，並非「無故」，而係行使憲法上保障宗教自由之基本人權，此理由惜未為原審所採而迭遭起訴→判刑之困境。欣聞內政部不僅已積極規劃兵役替代役之實施，並已草擬「家庭及宗教因素申請兵役替代役辦法」，儼然已嚴肅考慮因宗教良心拒服兵役者之需求，揆其條件有：一、因宗教信仰，於其宗教組織或團體擔任神職人員宗教服務者。二、因出家為僧或為耶和華見證人者。三、因其心理狀態已達不適執武器服兵役者。甚且，在社會役實施前夕，內政部役政司更已通知地方役政單位，延後徵集耶和華見證人等宗教人士入伍。其所採之積極措施，充分反應出政府重視及保障人民宗教信仰自由之基本人權。綜上所陳，人民信仰宗教自由之基本人權不僅我國憲法，亦為世界人權宣言所明確保障，大法官王和雄著《憲法保障宗教信仰自由之意義與界限》（第一六八頁）亦闡明：「宗教信仰既是憲法所規定之基本權利，屬憲法位階之效力，自有拘束國家的權力之作用。受基本權利保護之範圍，即是國家權限之界限所在，國家權力不論行政、立法或司法等各部門，所為之措施或立法，均不得逾越或牴觸此一界限，因此，在基本權利所保障之宗教信仰自由之事項或範圍，自然就成為一種客觀的法規範，而且是屬於憲法位階之規範，此在保障宗教信仰自由方面，尤具意義，蓋行政措施或立法，如與憲法宗教信仰自由之原則相牴觸者，皆屬違憲而無效。」是以宗教自由權即具有強烈、典型之防禦權色彩，為憲法賦予人民足資對抗國家恣意干預之利器。國家如侵犯人民在憲法上所保障之宗教信仰自由時，人民可因此享有對於國家侵害之停止請求權，其範圍包括請求宣告侵害基本權之法律或命令違憲、無效，或請求廢棄侵害基本權利之行政處分或司法裁判，或要求停止任何其他侵害基本權利之國家行為等。然兵役義務則係憲法授權立法機關應以「法律」明確規範，且不得逾越憲法所揭櫫之各項法治國原則，違反者即應屬違憲無效（憲法第一百七十一條），本案裁判即違反憲法第七條、第十三條及第二十三條之諸多原則，即屬違憲。再因宗教信仰與兵役義務衝突遭軍法不斷刑罰之案例，業已有向 鈞院提出釋憲之聲請案件，雖事實及科刑法條不盡相同，但稟持宗教信仰之良心而拒服兵役且面對刑事責罰卻是相同的，如能做成違憲之解釋，將使司法權成為扮演人權的護衛者。由於本件司法判決業已確定，聲請人已被通知命八十八年七月二十九日前往服刑（附件七），祈 鈞院儘速作出解釋，用以拘束各級機關及人民，方能使



類似此種侵害人權判決不存在。

四、關係文件名稱及件數

附件一：台灣花蓮地方法院八十七年度訴緝字第一二號刑事判決書影本一份。

附件二：台灣高等法院花蓮分院八十七年度上訴字第二九三號刑事判決書影本一份。

附件三：最高法院八十八年度台上字第二九〇二號判決書影本一份。

附件四：憲法基本權利之基本理論（上冊），陳新民著，第二四〇—二四五頁，民國八十五年一月四版。

附件五：《論我國良心兵役拒絕問題》，黃武彰著，載於國防管理學院，第七屆國防管理學術暨實務研討會，八十八年五月十二日。

附件六：「抗命罪與兵役制度」，載於《弱勢人權保障》一書，第六十三—八十頁，黃俊杰著。

附件七：台灣板橋地方法院檢察署執行傳票影本一份。

註解

註：基本人權與憲法裁判，李建良著，八十一年十一月出版。

聲 請 人：李東榮

中華民國八十八年七月二十六日

附件 三：最高法院刑事判決 八十八年度台上字第二九〇二號

上訴人 李○榮 男

右上訴人因妨害兵役案件，不服台灣高等法院花蓮分院中華民國八十七年十月一日第二審判決（八十七年度上訴字第二九三號，起訴案號：台灣花蓮地方法院檢察署八十年偵字第二二九〇號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決維持第一審論處上訴人李東榮妨害兵



役罪刑之判決，駁回其在第二審之上訴。已詳敘認定犯罪事實之依據及憑以認定之理由，並對上訴人因宗教信仰拒服兵役，無法阻卻刑責，均已依據卷內資料予以指駁及說明，從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。上訴人前案經執行完畢，再犯本罪，自不能謂前案既判力及於本案。所述宗教信仰自由在服兵役義務層次之上，故無犯罪可言云云，尤屬無據。上訴意旨未依據卷證資料，具體指摘原判決如何違背法令，置原判決之論敘於不顧，仍執前詞爭執，自係對原審適法之職權行使，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴要件，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中華民國八十八年六月三日

（本聲請書其餘附件略）

參考法條：中華民國憲法 第 7、13、20、23 條 (35.12.25)

兵役法 第 1、3、4、5、20、25、38 條 (63.07.12)

兵役法施行法 第 59 條 (87.06.17)

召集規則 第 19 條 (87.02.18)