

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 704 號

解釋日期：民國 101 年 11 月 16 日

資料來源：司法院

司法周刊 第 1620 期 1 版

司法院公報 第 55 卷 1 期 1-78 頁

司法院大法官解釋（二十九）（102年7月版）第 186-309 頁

法令月刊 第 64 卷 1 期 122-124 頁

相關法條：中華民國憲法 第 7、8、9、15、16、17、18、23、32、36、39、76、77、78、79、80、81、82、85、86、140 條

中華民國憲法增修條文 第 2、5 條

法院組織法 第 40 條

行政程序法 第 51 條

公務員懲戒法 第 9 條

憲法訴訟法 第 5、8 條

廢司法院大法官審理案件法施行細則 第 16 條

陸海空軍軍官士官任職條例 第 9 條

兵役法 第 7、27 條

陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則 第 1、2、3、5、6、7、9、11 條

陸海空軍軍官士官服役條例 第 5、6、13、14、15、17、19、21、22、23 條

陸海空軍軍官士官服役條例施行細則 第 3 條

戒嚴法 第 8、9 條

陸海空軍刑法 第 76、77 條

軍事審判法 第 1、8、9、10、11、12、14、23、24、26、34、133、152、158、

181 條

公務人員考試法 第 1、3 條

軍法官考試規則 第 1、2、7、8、9 條

公務人員任用法 第 12、13 條

法官法 第 1、9、42、47、50、71 條

解 釋 文： 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第七條（九十五年十一月十三日全文修正，條次、內容無異），關於後備役軍官志願入營服役期滿而志願繼續服現役者，應依志願留營規定辦理，其中應經之核准程序規定，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）之軍事審判官部分，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之規定，適用於上開情形部分，與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不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿二年時，對於上開類型軍事審判官不予適用。為保障上開類型軍

事審判官之身分，有關機關應於上開期限內，依本解釋意旨，修正相關法律，明定適用於上開類型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。

理由書：按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。其審判權之發動與運作應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，並不得違背憲法第八十條等有關司法權建制之憲政原理（本院釋字第四三六號解釋參照）。次按職司審判者固不以終身職為必要（本院釋字第六〇一號解釋參照），然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。為確保職司審判之軍事審判官唯本良知及其對法律之確信獨立行使審判職權，使受軍事審判之現役軍人能獲獨立、公正審判之憲法第十六條所保障之訴訟權得以實現，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。此亦為司法權建制原理之重要內涵。

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：「後備役軍官……志願入營，服役期限，以三年為一期。但後備役常備軍官……再入營服現役期滿後，申請繼續服現役，經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡（第一項）。前項人員服役期滿志願繼續服現役者，依本規則志願留營之規定辦理（第二項）。」（九十五年十一月十三日全文修正，條次、內容無異；下稱系爭規定一）依此規定，應召（陸海空軍軍官士官士兵志願留營入營甄選服役作業規定《下稱服役作業規定》拾六參照）申請志願入營服役經核准之後備役常備軍官，服役期限為三年，三年期滿時需再申請志願留營，經核准者，始得繼續服現役至最大年限（齡）。而應召申請志願入營服役經核准之後備役預備軍官，於服役三年期滿，亦需再申請志願留營，經核准者，始得依其被核准之一或二或三年之志願留營年限（服役規則第四條參照），繼續服現役；於各該繼續服役之年限屆滿時，需再為志願留營之申請，至前後經核准之志願服役年限滿六年時（陸海空軍軍官士官服役條例《下稱服役條例》第二十二條參照），始得轉服常備軍官，繼續服現役至最大年限（齡）。是尚未得繼續服現役至最大年限（齡）之軍官，為繼續其軍官職務，皆須申請志願留營，填具「官兵志願留營申請書」，經政戰主管、主官依據體格、考績考核、學歷、階級、職務需要、員額配置以及智力測驗等甄選標準（服役規則第三條、第五條參照）為初審，保防官、人事部門主管為複審後，由編階中將以上單位主官核定（服役規則第五條、服役作業規定拾貳一、三及附件「官兵志願留營申請書」參照）。對於未獲核准志願留營之各次申請者，即依服役條例第十七條規定：「常備軍官……預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿……者，予以解除召集。」（下稱系爭規定二，此規定於預備軍官準用之，服役條例第二十一條參照）並依陸海空軍軍官士官任職條例第九條第一款規定，免除其現役軍官職務。

系爭規定一、二亦適用於經考試院特種考試及格志願入營服役之尚未

經核准得服現役至最大年限（齡）之軍事審判官（以下所稱軍事審判官係指系爭類型之軍事審判官），並未因其審判官之身分而有特別考量。軍事審判官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。然查關此准否繼續留營申請之核定，除程序上未遵循諸如由立場公正之委員會決定、給予軍事審判官陳述申辯機會等正當法律程序為之（本院釋字第四九一號解釋參照）外，所依據之甄選標準，亦可能使軍事審判官非受刑事或懲戒處分、監護宣告且無與受刑事或懲戒處分或監護宣告相當程度之事由，又無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，而不能續任審判職務，致軍事審判官之身分無從確保。是系爭規定一關於後備役軍官志願入營服役期滿而志願繼續服現役者，應經上開核准程序之規定，適用於軍事審判官部分，以及系爭規定二關於服現役期滿予以解除召集之規定，適用於上開情形部分，與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不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿二年時，對於軍事審判官不予適用。為保障軍事審判官之身分，有關機關應於上開期限內，依本解釋意旨，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。

本件聲請人另因銓敘事件，認最高行政法院九十六年度裁字第三一八九號裁定所適用之軍事審判法第二十三條、第二十四條及八十九年七月十四日修正發布之特種考試軍法官考試規則第九條規定（下併稱系爭規定三），違反憲法第七十七條、第八十五條、第八十六條及第一百四十條之規定。查上開最高行政法院裁定係以聲請人就臺北高等行政法院九十四年度訴字第三〇八四號判決所為上訴不合法為由予以駁回，應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決，合先敘明。核聲請人所陳，係在爭執法院就經考試院特種考試及格志願入營之軍法官應以武職任用等認事用法之當否，尚難謂於客觀上已具體指摘系爭規定三有何牴觸憲法之處。是其聲請，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。

大法官會議主席	大法官	賴浩敏
	大法官	蘇永欽
		林錫堯
		池啓明
		李震山
		蔡清遊
		黃茂榮
		陳 敏
		葉百修
		陳春生
		陳新民
		陳碧玉
		黃璽君

協同意見書

大法官 李震山

憲法第九條：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」與憲法第七十七條：「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。」兩規定關係之探討，必然觸及軍事審判權應否獨立於一般司法審判權之外的爭辯。針對該議題，若從憲法原意主義（originalism）探究憲法文本原旨，與從活憲法主義（living constitutionalism）與時俱進的闡釋憲法精神，結論可能會有所歧異。很顯然的，本件解釋是繞過了軍事審判機關若改隸司法體系，是否合於憲法意旨的待決爭議問題，縱然如此，在軍事審判仍應貫徹審判獨立原則的前提下，本席支持本件解釋之結論。以下僅就解釋所持憲法依據及理由部分，特別是本應作為解釋主軸而被忽略的憲法第八十一條規定，提出幾點補充意見，以供參考。

壹、軍事審判仍應貫徹審判獨立原則

本院釋字第四三六號解釋指出：「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種」，而軍事審判官平時審判的對象厥為現役軍人，現役軍人既屬憲法所稱的人民，當然有依憲法第十六條訴訟權以及憲法第八十條規定之意旨，要求接受獨立、公正審判的權利，藉以確保其所應享有的憲法基本權利不受非法侵害。

軍事審判法第一百五十二條固然規定：「軍事法院獨立行使審判權，不受任何干涉。」若未真切體悟其深邃含義以堅定意志落實之，「審判獨立」將虛有其表，甚至淪為口號而僅具象徵性的宣示意義。質言之，「審判獨立」並非為維護司法或法官特權（privilege）而存在，毋寧是為確保法治國依權力分立原則所建置司法中立制度的運作而存立，藉以發揮提高裁判品質、定紛止爭、保障人民基本權利等功能，並取得人民信賴。足見，「審判獨立」的自身並非目的，人民方是目的，「審判獨立」與人民基本權利保障，特別是與「訴訟權保障」之間，因而存在的是手段與目的之關係。若僅將「審判獨立」目的限於「不受任何干涉」，未以人民權益為重，甚至成為法官卸除監督之保護傘或依恃之特權，將生手段與目的錯置之誤謬與缺憾，恐陷司法權於「為獨立而獨立」的孤立現象，就窄化憲法第八十條之意旨。

憲法於第八十條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」揭櫫「審判獨立」的基本價值，並隨之以第八十一條規定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告（按：民法用語改為監護宣告），不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸。」作為「審判獨立」上重要的制度擔保，但憲法第八十一條所指涉者，只是法官身分獨立（die personliche Unabhängigkeit des Richters），並未及於法官之事務上、職務上、功能上獨立（die sachliche, amtliche oder funktionelle Unabhängigkeit des Richters）或法官之內在獨立（die innere Unabhängigkeit des Richters）。

（註一）雖然以上審判獨立的三種面向或分類，很難截然劃分，但本件解釋之對象與範圍，正好自限於軍事審判官身分保障，而可完全扣合憲法第八十一條，自得以該規定中相關要件作為違憲審查依據。惟本件解釋再度繞道而行，雖亦獲得「系爭規定與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不符」之結果，但解釋的格局、視野、前瞻性與貢獻度遜色不少，恐難獲識

者完全的認同與滿意。

貳、若將「軍事審判官」與「其他現役軍人」，不分情況地「合為一爐而冶之」，就如同將「各級法院法官」視同「一般公務人員」，自有害於審判獨立原則之貫徹。基於國家安全與軍事需要，軍人於踐履職責時，強調被視為鐵律的軍令貫徹、軍紀維持之上命下從階（職）級特性。惟一般軍人與軍事審判官所從事的工作範疇與目的，在本質上容有矛盾或格格不入之處，若僅為維護軍事一體性，不分情況地將兩者共同融入相同的軍事體制中運作，而未另依軍事審判官工作特性並就其身分保障為合理的差別對待，對軍事審判獨立之負面影響，實不難想像，茲舉例說明於次。

基於軍事需要的國軍菁壯化理念，所派生的「服現役至最大年限或年齡」制度下，常備軍事審判官被要求在一定年齡前必須晉升至一定官階，否則即需去職。以「升遷」及「年齡」作為軍事審判官去留的標準，與憲法第八十一條藉法官終身職以維護審判獨立之意旨，大相逕庭。此外，在取得轉服常備軍事審判官資格之前，對已依本身意願參加考試院軍法官特種考試及格之「後備役常備軍官」與「後備役預備軍官」，尚需圓鑿方枘地採「申請志願入營」核准制，已有損軍事審判官職業尊嚴與人格之虞。服務滿三年後，復需透過「申請志願留營」接受考核決定是否得再續任。另就「後備役預備軍事審判官」，尚需在往後三年中，依所申請留營年限復行核准後，至少服務滿六年方能轉服常備軍事審判官。至於考核標準中，有諸多與軍事審判官職務適任與否並無直接關係的可訾議因素，包括學歷、組織上職務需求、機關員額配置等，（註二）縱然與適任與否有關的申請准駁要件中，仍有充滿變數的如「最近一至三年考績均在甲等以上，且考績品德分項評鑑在甲等以上」等規定，未達該標準者，則否准志願留營，形同免職。（註三）於一般情況下，軍事審判官在此屋簷下能不低頭？其於顧及個人去留時，能不優先考量有考績權或核定權的單位主管之意向？以上制度與規範秩序的形成，皆係未針對職司審判工作之身分而有嚴肅認真的特別考量，反而是將考核一般軍人的思考模式或制度規章，強加適用於軍事審判官的結果，「橫柴入灶」之後，審判獨立空間自然會受到嚴重壓縮。

相較於各級法院的法官，在法官法公布前，地方法院中不乏簡任第十四職等的法官，如今，法官法第七十一條第一項則規定：「法官不列官等、職等。」此外，將可能影響審判獨立有如一般公務人員的考績制度，改為每年的職務評定，以作為法官人事作業之參考，及核發職務獎金及俸給晉級之依據，見微不難知著，據之可體認「審判」獨立於「官職等」、「考績」與「晉升」之外，就是試圖「排除一切干涉」而掃除障礙。「法官法」有今日之成果，得來非易，其制定之艱辛歷程，就是將各級法院法官「去一般公務員化」的一頁奮鬥滄桑史，從而才能獲得「法官與國家之關係為法官特別任用關係」（法官法第一條第二項），藉此開展維護審判獨立、建立評鑑機制、提高裁判品質，以確保人民訴訟權之有利空間。本院釋字第四三六號解釋即指出：「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。」惟距該號於民國八十六年十月三日作成之解釋，倏忽又過了十五個年頭，然軍事審判制度中對審判官身分保障的改革卻仍在學步階段，於一般法院改革既已有一定模式與典範可資追循，前者實沒有再猶豫、停滯的正當性基礎可言。

、憲法第八十一條有關法官免職之「憲法保留」事項，應是為法官審判獨立所設身分保障之底線，不容立法者任意逾越或變更其內容

憲法之所以將特定事項保留由自己規定，而不授權由法律定之，係表示其對所規範事項重視之意，憲法第八條第二項至第四項有關人身自由之保障之實體與程序規定，即是憲法極端重視而自行規定之顯例，不容立法者任意逾越或變更其內容。法律充其量僅能重複與憲法相同的內容，若欲補充或限縮，亦需與原要件相當且合於原規範之意旨，否則即與「憲法保留」原則相違（本院釋字第三九二號及第四四三號解釋參照）。憲法第八十一條所稱之法官免職，並未允許得由法院外之司法行政機關或軍事機關依法律為之，因為其所明定「應受刑事或懲戒處分或監護宣告」三種情形，皆需經由法院或公務員懲戒委員會或法官法中所稱之職務法庭，依司法正當程序而為裁判或議決，方能確認法官構成不適任應予免職的要件，而法官免職之決定需由法院親自為之，係行政權所不可越俎代庖之法官保留（Richtervorbehalt）制度，較諸由行政機關決定，而允許當事人不服決定得向法院請求救濟的模式，保障層次更高且更為周延。此外，立法者尚就以上三種情形中之刑事犯罪有限縮規定，極盡保障之能事，理由無他，即是為維護「審判獨立」之憲法意旨。（註四）

惟本件解釋並未嚴守上述憲法精神，從以下關鍵論述即可知悉：「軍事審判官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。然查關此准否繼續留營申請之核定，除程序上未遵循諸如由立場公正之委員會決定、給予軍事審判官陳述申辯機會等正當法律程序為之（本院釋字第四九一號解釋參照）外，所依據之甄選標準，亦可能使軍事審判官非受刑事或懲戒處分、監護宣告且無與受刑事或懲戒處分或監護宣告相當程度之事由，又無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，而不能續任審判職務，致軍事審判官之身分無從確保。」其中，安插憲法第八十一條「憲法保留」規定部分，前不著村後不著店，相當勉強，並無法作為違憲審查依據，僅能扮演裝點門面的裝飾性角色。至於歸納其他理由之重點，似意謂只要合乎正當法律程序，軍事機關就可依相關考核標準，就軍事審判官的去留為准駁。前揭「憲法保留」的基礎已鬆動，並有掏空之虞。

首先，本件解釋逕自取道釋字第四九一號解釋，將軍事審判官受免職處分應遵循之正當法律程序，比照一般公務人員，而非比照各級法院之法官。而以行政程序取代司法程序，縱然許被免職者嗣後得向行政法院請求救濟，保障之程度只及於一般人民的保障等級，如此，又何需再勞動憲法第八十一條針對法官免職事項為「直接規範與特別保障」？（註五）一方面既降低憲法特別明文保障法官身分的高度，另一方面又與本件解釋所標舉的「應就審判官之身分而有特別考量」的核心理念有相當落差，實非可取。

其次，本件解釋不啻間接承認，軍事審判法第十二條第一項概括規定：「軍法官非依法律不得免職」可能為合憲，亦即肯認法律得相異於憲法第八十一條規定，自行決定軍事審判官免職之事由，此舉無異是將「憲法保留」降格為「法律保留」。又軍事審判官不適任之原因，縱然未達「受刑事或懲戒處分或監護宣告」之相當程度事由，亦可由軍事機關依法律或命令所規定之如前述的其他寬泛標準，令其去職，以「不予續任」為名，行「免職」之實，法令已實質凌駕憲法之上，影響審判獨立的可能性上，就有極大的運作與可想像空間，實不足以保障審

判獨立，而達到確保人民訴訟權之目的。

另值得一提者，依法官法第九條第六項得由司法院人事審議委員會，審查候補法官、試署法官服務成績，於不及格時，停止其候補、試署並予以解職之規定，（註六）固有其必要，但由於「解職」形同免職，處理內容難免涉及審判權的核心領域，已涉及憲法第八十一條規定，得否以法律之特別規定排除憲法之適用，（註七）不無疑義。質言之，僅由性質屬司法行政機關之「司法院人事審議委員會」，依行政程序決定仍負審判獨立職責的候補、試署法官的去留，雖賦予當事人不服決定有向司法院職務法庭提起救濟之權（法官法第四十七條第一項第二款規定），然其與一般公務人員不服免職處分而向考試院公務人員保障暨培訓委員會及行政法院救濟之性質並無不同，未受特別保障。若僅以候補、試署法官尚非終身職法官為理由，恐難以服人，因為憲法第八十條應審判獨立之法官，未必限於憲法第八十一條之「終身職法官」，（註八）只要從事實質審判工作，即需貫徹審判獨立原則，除了因無固定任期而非職業法官之參與審判者外，（註九）皆應適用憲法第八十一條之「憲法保留」規定。因此，本席以為，針對候補、試署法官之解職案件，司法院人事審議委員會只能作為議決之移送單位，實質決定權應交由肩負維護審判獨立，落實法官身分保障及懲戒法官重責大任的職務法庭，依司法程序裁判之，方符合憲法第八十一條對法官身分有別於一般公務員之特別保障意旨。

最後，「法官法」對候補法官與試署法官審核的制度，與前述「志願入營」及「志願留營」的核准制度，從規範目的、要件與程序的強度與密度，雖有甚大的差異，但在憲法理念一貫性的支配下，同屬現制下非終身職之軍事審判官與一般法院之候補、試署法官能否續任的保障機制，應無歧異之理。更重要的是，若「現役軍人」與「一般人民」只因身分的區別，而接受軍事法院或一般法院之審判，就其訴訟權保障相應的組織、程序與制度內涵，得容許如此歧異與懸殊落差存在，實難通過憲法平等原則之檢證。就憲法追求審判獨立、保障人民基本權利的整全性體系言，亦存在違反體系正義的疑慮。

肆、結語

欲期待軍事審判官能本於良知及其對法律之確信，抗拒干涉且正視受審者基本權利而獨立行使審判職權，就必須先尊重軍事審判官的職業尊嚴及其應有身分保障。對軍事審判官審判獨立及身分保障，應與一般法院的法官相同，共同遵守憲法第八十條及適用憲法第八十一條有關「憲法保留」之規定，並不因現行法制下軍事審判官不受終身職保障而受影響，藉使審判獨立空間更為純淨，而有利於人民訴訟權之保障。

註一：Vol. Maunz/Durig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, Art.79 Abs.I, II, Rdnr.8-11.李震山，〈論法官依據法律獨立審判〉，收錄於，《法與義—Heinrich Scholler 教授七十大壽祝賀論文集》，五南，89 年，頁 55-59。

註二：例如：軍事審判法第 14 條第 1 項規定：「軍法官因組織或編制變更而被編餘，未派新職者，仍按原階支全數薪給，並儘速指派新職。」同法第 23 條規定：「各級軍事法院及分院之編裝、員額，由國防部定之。」

註三：乃依據行為時 91 年 11 月 27 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第 3 條第 2 款規定而來，而針對軍官、士官志願留營甄選標準，同條第 1 款、第 3 款及第 4 款尚規定：「體格：合於國軍人員體格

分類作業程序之體格編號在 2 以上。」「學歷：須符合原軍種、官科、專長、階級及職務之需要標準。」「智力測驗九十分以上。」

註四：例如：法官並非受判刑確定，即應免職，依法官法第 42 條第 1 項規定：「實任法官非有下列情事之一，不得免職：一、因犯內亂、外患、故意瀆職罪，受判刑確定者。二、故意犯前款以外之罪，受有期徒刑以上刑之宣告確定，有損法官尊嚴者。但宣告緩刑者，不在此限。三、受監護之宣告者。」

註五：依釋字第 601 號解釋：「法官與國家之職務關係，因受憲法直接規範與特別保障，故與政務人員或一般公務人員與國家之職務關係不同。」其中「直接規範與特別保障」而未授權以法律作不同規定者，即係「憲法保留」之意。

註六：法官法第 9 條第 6 項規定：「對於候補法官、試署法官，應考核其服務成績；候補、試署期滿時，應陳報司法院送請司法院人事審議委員會審查。審查及格者，予以試署、實授；不及格者，應於二年內再予考核，報請審查，仍不及格時，停止其候補、試署並予以解職。」

註七：法官法第 42 條第 4 項規定：「候補、試署法官除本法另有規定外，準用第一項、第二項規定。」

註八：依憲法增修條文第 5 條規定，司法院大法官任期 8 年，且部分非法官轉任之大法官並不受終身職保障。至於大法官是否為法官，以及其是否仍應獨立、公正行使司法裁判權，而於任期中均受憲法第 81 條終身職以外有關法官身分之保障等問題，業經釋字第 601 號解釋所肯認。意即，「非終身職法官」仍應受憲法第 81 條有關法官身分之保障。

註九：憲法上所稱有權審判之法官，不當然限於受終身職保障的職業法官，非職業法官參與審判時，與法官享有同等之獨立性，且亦應遵守審判獨立原則（釋字第 378 號解釋參照）。至於甚多司法先進國家之法官未必享有終身職，甚至尚有由選舉產生而有一定任期者，但仍應嚴格遵守審判獨立原則，自不待辭費。

協同意見書

大法官 蔡清遊

本號解釋認為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第七條（九十五年十一月十三日全文修正，條次、內容無異），關於後備役軍官志願入營服役期滿而志願繼續服現役者，應依志願留營規定辦理，其中應經之核准程序規定，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）之軍事審判官（下稱上開類型軍事審判官）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之規定，適用於上開情形部分，與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不符。本席敬表同意，惟就解釋理由之相關論述，本席認為尚有補充說明之必要，爰提出協同意見書。

一、本號解釋基本上乃延續本院釋字第四三六號解釋有關保障軍法官之身分，以貫徹審判獨立之意旨

本院釋字第四三六號解釋，主要係宣告「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（舊）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」。該號解釋並要求為貫徹審判獨立原則，有關機關應就軍法官之身分保障事項予以檢討改進。惟究應如何檢討改進，該號解釋並未具體指明。本號解釋乃進一步指明專責軍事審判業務之軍事審判官，包括本號解釋主要解釋對象之上開類型軍事審判官在內，應參照憲法第八十一條規定之精神，予以保障其身分，俾其能不受外力干擾，獨立、公正行使其審判職務。至軍事檢察官，則非本號解釋之對象。

二、憲法第八十一條規定之意涵

（一）審判獨立與其身分保障密不可分（註一）

憲法第八十一條規定（下稱本條規定），法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產宣告，不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸。本條規定，實乃與憲法第八十條法官依據法律獨立審判之規定相輔為用，蓋唯有法官身分獲得充分保障，其始能毫無顧慮的抗拒任何壓力，而得獨立審判，進而使人民之訴訟權更能獲得保障。

（二）本條所謂法官為終身職，與非受刑事或懲戒處分或禁治產宣告，不得免職，前後連結一體視之，不容割裂看待，乃屬憲法保留事項

1. 刑事處分，乃指受刑之宣告；懲戒處分，在法官法施行前，應指受公務員懲戒法第九條第一項第一款規定撤職之處分而言，在法官法施行後，則指受法官法第五十條第一項第一、二、三款之免除法官職務或撤職之懲戒處分。此之免職，應指所有以強制力令其去職之情形（但不包括停職或休職（註二）），包括前述法官法免除法官職務、撤職及命令退休（註三），尚不得拘泥於僅指免職文義之一種情形。又所謂非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職，即係實現法官為終身職之含意。
2. 非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職，乃憲法保留之列舉規定，不得以法律加以增刪，此對照本條後段非依法律，不得停職、轉任或減俸之規定，係授權法律定之自明。亦因有此規定，故本條法官為終身職之規定，始能解為法官不得強制命令其退休，法官僅志願退休或優遇（註四），非如採法官為終身職制度之國家，亦有規定強制命法官退休（註五）。故本條「法官為終身職」之規定，應與其後之「非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職」一體視之，不容割裂看待。
3. 本條法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職之規定，僅實任法官始適用之（註六）。本院釋字第十三號解釋謂「憲法第八十一條所稱之法官，係指同法第八十條之法官而言，不包含檢察官在內。但實任檢察官之保障，依同法第八十二條，及法院組織法（舊）第四十條第二項之規定，除轉調外，與實任推事同。」（註七）意即本條有關法官終身職之保障，乃指實任法官之終身職保障，候補、試署法官尚不得適用本條而享有終身職之保障，此參諸法官法第四十二條第四項規定，候補、試署法官除該法另有規定外，準用實任法官不得免職之規定，以及同法第四十三條至第四十六條有關法官停職之限制、法官轉任之限制、法官地區調動之限制、法官審級調動之限制，均僅限於實任法官，而不及候補、試署法官；以及同法第九

條第六項，對於候補、試署法官，候補、試署審查不及格時予以解職之規定，亦可印證候補、試署法官尚不得直接適用本條之規定保障其身分。惟有關候補、試署法官身分之保障，自得參酌本條規定之意旨，另以法律規定之（註八）。

4. 軍事審判官並非憲法第八十一條所指之法官

本條之法官乃指司法院所屬各級法院（包括公務員懲戒委員會（註九））實任法官而言，已如前述，自不包括軍事審判官在內，亦即軍事審判官並非憲法上所稱之法官（註十），本院釋字第四三六號解釋，亦未肯認軍事審判官為憲法第八十條之法官，僅謂軍事審判機關所行使者，其發動與運作不得違背憲法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。是軍事審判官雖非憲法上之法官，但為讓其得以貫徹審判獨立，自得參酌憲法第八十一條規定之精神，以保障其身分。

三、對軍事審判官身分之保障，應參酌憲法第八十一條規定之精神，以法律詳加規範

軍事審判官雖未如普通法院法官之設有候補、試署法官予以審查、淘汰之機制，其於服役期限內，須逐階遞晉至上一官階，性質上與普通法院之法官有所不同，但其須獨立、公正行使審判業務之本質，則與普通法院之法官並無二致。故縱其非屬憲法第八十一條之法官，無法官終身職保障之適用，但仍應加強其身分之保障。雖然軍事審判法第十二條已規定「軍法官非依法律不得減俸、停職或免職，非得本人同意，不得調任軍法官以外職務（第一項）。軍法官調任軍法官以外職務者，其年資及待遇，仍依軍法官之規定列計（第二項）。」惟對如何之情形，始得加以免職，軍事審判法並未明文加以規範，以致法律對軍官免職之相關規定，均可適用於軍事審判官。亦即，對軍官免職之規定，軍事審判官與一般軍官似無不同之規範，此對軍事審判官身分之保障尚有不足，實不足以讓其得以抗拒外來壓力，以貫徹審判獨立之憲政原理。參酌憲法第八十一條「非受刑事或懲戒處分或禁治產宣告，不得免職」之規定精神，以法律規範軍事審判官非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，或有與受刑事或懲戒處分或禁治產宣告相當程度或其他顯然不適任軍事審判官之法定事由（例如重大病傷、殘疾、失蹤、喪失國籍、參選公職等事由），不得加以免職，以嚴謹對其免職之要件。

四、對尚未經核准得服役至最大年限（齡）之軍事審判官部分，法律仍應設有不適任得予淘汰之機制

（一）以考試晉任法官之國家，如德國，設有不適任者予以淘汰之機制

以德國為例，德國法官之任用資格，須在大學修習法律學並通過第一次國家考試，經實習後，再通過第二次國家考試者，取得法官職位之任用資格。其法官之任命分為終身職法官、定期職法官、試用職法官及委任職法官（或稱備用職法官）四種。須從事法官（試用職法官）職務超過三年者，始得任命為終身職法官；而試用職法官得於其任命後六個月、十二個月、十八個月或二十四個月過後予以免職，如經審查認不適合擔任法官職位者，亦得於三年或四年過後予以免職（註十一）。此種試用職法官之淘汰機制，如同我國候補、試署法官經審查不及格予以解任之情形。

（二）對此類軍事審判官，仍宜參照候補、試署法官，設有審查其是否適任而予淘汰之機制

經考試院特種考試及格入營服役之軍事審判官，在其未經核准成為得服役

至最大年限（齡）之常備軍官（軍事審判官）前，其既無如普通法院法官之經歷候補、試署階段，則其是否適任軍事審判官職務，而核准其得成為服役至最大年限之常備軍官，除核准時應審查其有無受刑事或懲戒處分或禁治產宣告，或有無與受刑事或懲戒處分或禁治產宣告相當程度之事由外，仍宜參考候補、試署法官之審查機制，審查其學識能力、敬業精神、裁判品質及品德操守等事項，以審查其是否適任軍事審判官職務，如認為不適任，自得不予核准。

五、陸海空軍軍官士官服役條例第十七條關於服現役期滿解除召集規定之違憲情形

陸海空軍軍官士官服役條例第十七條規定：「常備軍官、常備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿……者，予以解除召集」，此規定於上述人員於再服現役期滿後，志願不再申請繼續服現役者，予以解除召集，自無問題。但對於上述人員於再服現役期滿，志願申請繼續服現役，而依甄選標準及程序，有違正當法律程序之現行核准程序規定，未予核准，致服役期滿須解除召集之部分，自同樣不符審判獨立之憲政原理，必須一併宣告此部分違憲。

註一：本院釋字第六〇一號解釋理由書參照。

註二：因停職或休職，於其原因消滅後，即得復職，故非此之免職。

註三：公務人員退休法第二十八條規定，命令退休不適用於法官。

註四：本院釋字第一六二號解釋理由書謂「惟憲法第八十一條，法官為終身職之規定，……，但非謂法官除有同條所定之免職、停職等情事外，縱有體力衰弱，致不能勝任職務者，亦不能停止其原職務之執行，而照支俸給……」，即法官得採優遇制度之意旨。

註五：德國法官法第四十八條第一項規定，終身職法官於其年滿六十五歲之當月屆滿時退休。

註六：陳新民，《憲法學釋論》，九十七年九月修正六版，頁 682。

註七：本院釋字第五二號解釋亦謂「實任檢察官依法院組織法（舊）第四十條第二項規定，除轉調外，應受保障……」，亦僅限於實任檢察官，而不包括候補、試署檢察官。

註八：如法官法第四十二條規定（法官免職之限制）

實任法官非有下列情事之一，不得免職：

一、因犯內亂、外患、故意瀆職罪，受判刑確定者。

二、故意犯前款以外之罪，受有期徒刑以上刑之宣告確定，有損法官尊嚴者。

但宣告緩刑者，不在此限。

三、受監護之宣告者。

實任法官受監護或輔助之宣告者，自宣告之日起，得依相關規定辦理退休或資遣。

司法院大法官於任職中，有第一項各款情事之一時，經司法院大法官現有總額三分之二以上之出席，出席人數三分之二以上之同意，由司法院呈請總統免職。

候補、試署法官除本法另有規定外，準用第一項、第二項規定。

註九：本院釋字第一六二號解釋參照。

註十：本院陳大法官新民在其所著《憲法學釋論》上，亦謂軍法官並非憲法第八十條、第八十一條所稱之法官，同註六，頁 668；採相同見解者，見管歐，《中華民國憲法論》，八十九年十月修訂新版，頁 236。

註十一：以上德國法制，規定於德國法官法第 5、10、11、12、14、22 條，見司法院編印，《德國法官法》，九十二年十一月。

協同意見書

大法官 黃茂榮

本號解釋文認為：「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第七條（九十五年十一月十三日全文修正，條次、內容無異），關於後備役軍官志願入營服役期滿而志願繼續服現役者，應依志願留營規定辦理，其中應經之核准程序規定，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）之軍事審判官部分，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之規定，適用於上開情形部分，與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不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿二年時，對於上開類型軍事審判官不予適用。為保障上開類型軍事審判官之身分，有關機關應於上開期限內，依本解釋意旨，修正相關法律，明定適用於上開類型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。」本席雖敬表贊同，惟鑑於相關問題有關論據尚有補充的意義，爰提出協同意見書如下，敬供參酌：

壹、軍事審判制度

關於軍事審判制度在憲法層次有二個重要問題：一、軍事審判制度本身是否違憲；二、司法院是否亦為軍事審判之國家最高司法機關。

一、軍事審判制度之合憲性

軍事審判權指軍事法院就其依法職掌案件之審判權。憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」該條規定顯示，制憲者在制憲時即有認識到軍事法院的存在，從而為該條之規定。亦即制憲當時，制憲者並未將軍事審判制度論斷為當然違憲。在制憲機關明文規定如上的情形，軍事審判制度之違憲性究竟應由制憲機關或由釋憲機關作成政策性之決定，是一個需要民意支持之重大憲政問題。

二、司法院亦為軍事審判之國家最高司法機關

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。」然因同法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」以及釋字第四三六號解釋之解釋文釋稱：「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種」乃引起司法院是否亦為軍事審判之國家最高司法機關，以及當採肯定的見解時，應如何落實的問題。

憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」是否能由該條規定，反面解釋，軍人犯罪即應受軍事審判？從邏輯而論，並不必然導出這個結論。所以，軍事審判法第一百八十一條第四項及第五項規定：「當事人不服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者，得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴（第四項）。當事人不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴（第五項）。」在尚未根本否認軍事審判制度之合憲性前，上述規定已肯認：對涉及自由刑以上之軍事法院的判決，司法院在審查其判決是否違背法令的限度內，亦為軍事審判之國家最高司法機關。惟這與完全廢止軍事審判制度，尚有一段距離。其可能之發展為：首先對軍法案件，是否可先在高等法院增加一個事

實審之審級；其次為修正妨礙軍法案件之審判獨立及軍法官之身分保障的相關規定。

至於軍事審判法第一條雖然規定：「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（第一項）。非現役軍人不受軍事審判。但戒嚴法有特別規定者，從其規定（第二項）。」但因該條本來以有軍事審判制度為前提，所以該條規定不能引為否認司法院亦是軍事審判之國家最高司法機關的論據。

三、釋字第四三六號解釋對軍事審判制度之合理化的期待

按釋字第四三六號解釋謂：「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。……，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。」

該號解釋之意旨為：1、相對於軍事審判機關，司法院仍為國家最高司法機關。2、國家雖得為軍人之犯罪行為制定特別訴訟程序，但仍非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權。3、本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及憲法第七十七條之意旨，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。4、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。

由上開意旨可見，該號解釋之意旨首先不在於評斷軍事審判制度之合憲性，反係擱置其合憲性之問題，先重申司法院係包含軍事審判機關之國家最高司法機關的意旨，並提出軍事審判機關對於軍人之犯罪並無專屬之審判權，且與人民自由權利有關之審判應以普通法院為其終審法院等見解。此外，在尚保留軍事審判制度的情形，應就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，一併檢討改進，以盡可能將其合理化。

四、釋字第四三六號解釋後之發展

在八十六年十月三日司法院公布釋字第四三六號解釋後，為回應該號解釋對軍事審判制度之合理化的期待，在各種配套條件尚不成熟到能廢止軍事審判權，並將軍人之全部犯罪案件之審判權一概併入司法系統之前，立法院於八十八年十月二日修正軍事審判法第一百八十一條，規定「就不服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者，得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴（第四項）；就不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴（第五項）。對於

前項高等法院之判決，不得再上訴（第六項）。」

透過上述規定，一定程度的緩和因為肯認軍事審判權可能引起之誤判。然因高等法院及最高法院就上述案件均僅能審查原審判決是否違背法令，而不及於事實部分。因此，普通法院就經軍事審判之案件的審判權，尚非完全。從而受關切的是：修正後之軍事審判法第一百八十一條規定是否已能合理防止依法應受軍事審判者，可能遭受關於犯罪事實之認定的不正確審判。對於該關切之最大程度的滿足方法是：廢止軍事審判權；次佳的滿足方法是：不廢止軍事審判權，但就軍事法院之判決的司法審查，改採二級二審制，包含一級事實審及一級法律審。該次佳的設計與行政爭訟類似，保留軍事審判機關在第一審之承審的機會，以一方面滿足其軍紀維護之需要，另一方面逐步處理現有軍法官之再教育及轉任的問題。

貳、軍事審判制度亦應踐行審判獨立原則及法官身分保障

為確保人民之訴訟權能恰如其實、恰如其分的獲得實現，除必須有適當之訴訟法制外，並必須對於從事審判事務之法官提供身分保障，以防止法官因身分之維持的疑慮，而不能本諸良心，超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉（憲法第八十條）。關於法官身分之保障，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。」此為貫徹審判獨立原則所須配套之制度性規定。經數十年之發展，關於審判獨立原則及法官身分之保障，在司法院下之司法系統已逐步獲得確信與實現。

然在軍事審判系統，由於軍事法院隸屬於國防部，以及軍政軍令上的需要，就如何確保軍事審判之獨立，以及軍法官是否亦應與隸屬於司法院之法官一樣受到相同之身分保障，因一時尚未有一致之共識，所以，在相關之軍事法規尚有與法官身分之保障不盡符合之法令。於是，引起該與法官身分保障規定不符之軍事法令，是否有牴觸憲法第十六條關於人民之訴訟權保障及同法第八十一條關於法官之身分保障等規定的疑義。關於上開疑義，釋字第四三六號解釋之解釋文釋稱：「……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，……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。」其意旨，除審檢分立外，在於「貫徹審判獨立原則」，並確保「參與審判軍官之選任標準及軍法官之身分保障」。

、軍法官之服役最大年限或年齡

軍法官具有軍人身分，所以其服役年限有陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）之適用。常備軍官預備役人員得視軍事需要，依志願再服現役一年至三年，期滿仍依軍事需要及其志願繼續服現役（服役條例第十三條第二項參照）；預備軍官預備役人員，自起役之日起，志願服現役者，其期間，預備軍官為一年至五年。期滿後，得依軍事需要及志願，以一年至三年為一期，繼續服現役。（服役條例第十九條第二項參照）。常備軍官與預備軍官應召再服現役人員，於再服現役期滿時，予以解除召集（服役條例第十七條及第二十一條參照）。前述志願再服現役者屬於志願留營者，依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）第七條第一項規定，其服役期限，以三年為一期。但後備役

常備軍官、常備士官再入營服現役期滿後，申請繼續服現役，經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡。至預備軍官則須服現役滿六年，在現役期間，績效優良，始得依志願轉服常備軍官現役（服役條例第二十二條參照），並繼續服現役至最大年限或年齡。關於最大年限或年齡，服役條例第六條第一項規定，「軍官……服現役最大年限或年齡如左：……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。」上開規定依服役規則第九條，亦適用於經考試院特種考試及格人員之志願入營者。

按任期保障為法官之身分保障的重要內涵。任期之身分保障的意義為：在任期中，關於撤職或其他懲處皆應依懲處之相關規定為之。而如無任期保障，即可無條件予以解任。惟服役條例及服役規則之相關規定使軍法官一直受有服役期限之限制。由此可見，該限制與釋字第四三六號解釋對於軍法官應提供身分保障，以確保軍事審判獨立之解釋意旨不符，有損應受軍事審判之軍人受憲法第十六條保障之訴訟權。關於任職期限之保障，憲法第八十一條前段雖規定：「法官為終身職。」然由於給予軍法官終身職之保障在適用上確有困難，是故，關於軍法官之任職期限的身分保障部分，憲法第八十一條前段關於法官為終身職之規定對於軍法官之準用，自當限縮至與一般公務人員相同之退休年齡，始為妥當。

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）。其核定志願留營程序，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），均須具備相當品質（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，須以完備的程序法（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；但同時亦認憲法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」；然解釋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，以法律制定適當機制及程序，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志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。然除系爭之志願留營核定程序外，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）雖須維持安定性，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○慶於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，澈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之下所為的解釋；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致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) 憲法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，不致有實質上差異，始符合憲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○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，使軍人所受的審判品質與一般人民相當，以維護軍人受憲法所保障的訴訟權。

協同意見書

大法官 湯德宗

聲請人陳○呈於九十年間參加特種考試軍法官考試，經錄取後依其時軍法官考試規則第九條之規定，向所隸團管區申請志願入營，於九十一年三月三十一日以現役軍人身分接受訓練，訓練期滿成績及格，由考試院發給及格證書，並由國防部分發至所屬北部地方軍事法院桃園分院檢察署擔任軍事檢察官，歷任中部地方軍事法院檢察署軍事檢察官、北部地方軍事法院桃園分院軍事審判官。嗣因志願入營期限將於九十四年三月三十一日屆滿，國防部告以應於九十三年十月十五日前申請志願留營，否則屆期應辦理退伍。聲請人未依限申請志願留營，國防部陸軍司令部遂核定聲請人自九十四年三月三十一日零時起解除召集，並依陸海空軍軍官士官任職條例第九條第一款免除其現役軍官職務。聲請人不服解除召集，提起行政爭訟，迭經臺北高等行政法院九

十四年度訴字第二八九七號、最高行政法院九十七年度判字第三〇三號判決（確定終局判決一）駁回在案。

另，聲請人於九十三年十一月二十三日向桃園分院申請以文職任用並銓敘文官職等，未獲答覆；於同年十二月二十五日再向國防部人力司提出相同申請，逾兩個月未獲答覆，（註一）乃提起行政爭訟，迭經臺北高等行政法院九十四年度訴字第三〇八四號判決（確定終局判決二）、最高行政法院九十六年度裁字第三一八九號裁定駁回在案。

九十九年五月聲請人以前揭「解除召集」與「文職任用」兩案之確定終局判決所適用之法令，含軍事審判法第十二條、第二十三條與第二十四條，陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）第十七條，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）第七條與第九條（聲請書誤植為第十一條）及八十九年七月十四日修正發布之特種考試軍法官考試規則（下稱軍法官考試規則）第九條規定等，有牴觸憲法第八十條、第八十一條及司法院釋字第四三六號解釋等之疑義，一併聲請本院解釋憲法。

本席贊同並協力形成本件可決之多數，宣告服役條例第十七條及服役規則第七條，適用於後備役軍官經軍法官特考及格，取得軍法官資格後，須申請志願留營經核可，始得續任至（其官階之）最大服役年限（齡）之部分，有違憲法第八十條審判獨立之憲政原理及憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，不再適用於上開類型軍事審判官。有關機關應於上開期限內，依本解釋意旨，修正相關法律，明定上開類型軍事審判官志願留營甄選之標準及應遵循之正當法律程序。由於本號解釋牽涉廣泛，為尊重人民「知的權利」，促進公共思辨，並為便利有關機關妥適修法，爰提出協同意見書如下。

一、本件乃介於「應受理」與「應不受理」之間的案件

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」。對照同條其他項款之規定可知，人民以確定終局裁判聲請本院解釋憲法，乃以其憲法所保障之（基本）權利受有侵害，並窮盡訴訟途徑而未獲救濟作為前提。本件聲請人既未依限期申請志願留營，無異於放棄續任軍事審判官之機會（主觀權利），與申請未獲核准，致不克續任軍事審判官的情形不同。嚴格言之，尚不能認為其憲法上所保障之服公職權或工作權遭受侵害。準此，本件確可不予受理。

然，大法官幾經審議，最後決議受理。實因本件所涉問題--軍事審判官應否為憲法第八十一條之法官，而享有終身職保障，以及軍事審判官應否概以文職任用--具有憲法上之重要性，而有解釋釐清之價值。

二、本件解釋乃以本院釋字第四三六號解釋為基礎

本件僅受理聲請人不服「解除召集」之部分（註二），就八十八年軍事審判法修正後之軍事審判官「身分保障」有關規定進行檢討，堪稱本院釋字第四三六號解釋之續篇。

本院前在八十六年應立法委員蘇煥智等五十八人之聲請，作成釋字第四三六號解釋，對軍事審判制度之合憲性作出釋示：

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。

細繹前揭解釋可知：

1. 該號解釋乃以憲法第八條（正當法律程序（註三））、第十六條（訴訟權（註四））、第七十七條（司法院定位）及第八十條（審判獨立）為裁判之基礎。尤其刻意將憲法第七十七條及第八十條內涵之價值，提升為「司法權建制之憲政原理」，而避免援引憲法第八十一條。
2. 承認憲法第九條（註五）乃對於現役軍人犯罪所設之特別訴訟程序（以別於憲法第八條之一般訴訟程序），但軍事審判機關對於軍人之犯罪並無專屬審判權，不能全然脫離憲法第七十七條之司法審判體系。爰具體釋示：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。
3. 軍事審判之建制，憲法未有明文，固得以法律定之，惟立法之裁量須受憲法之限制。亦即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；爰具體宣告其時軍事審判法第十一條（國防部為最高軍事審判機關），第一百三十三條第一項、第三項（軍事審判機關長官有判決核可權及覆議權），及第一百五十八條（軍事審判庭之組成須簽請軍事長官核定）等規定，應限期（二年）失效。
4. 最後並教示有關機關：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，應併檢討改進。本件解釋賡續釋字第四三六號解釋之意旨，依據「審判獨立之憲政原理」及「正當法律程序」，宣告後備役軍法官申請志願留營，須經「核可」始得續任至最大服役年限（齡）之規定，違憲。

三、大法官應謹守釋憲分際，避免攘奪立法權

司法院大法官就憲法所為之「解釋」，與立法者（或制憲者）所為之立法「裁量」，本質上皆涉及價值「判斷」。但兩者因為憲法所賦予之功能不同，職司憲法解釋的大法官關於制度抉擇（含體制改革）問題，只應扮演有限的角色（a

limited role），劃出憲法所不許之底線，而由具有民意基礎的政治部門（總統與立法院）承擔制度形塑（改造）的主要責任。蓋大法官解釋憲法須有所本，例如憲法之明文（文義解釋）、制（修）憲之史料（歷史解釋）、憲法整體結構（體系解釋）、及大法官憲法解釋之先例（解釋先例拘束原則）等，且僅能判斷系爭法規範是否為憲法所「容許」，而非判斷系爭法規範是否「明智」或是否「已臻至當」。釋憲者必須時時警醒，避免刻意或不經意地以自我的價值偏好，取代立法者（含制憲者）的價值選擇。此不僅為權力分立原則（Doctrine of Separation of Powers）之精義--憲法上各個平行的權力部門應相互制衡，並相互尊重；（註六）抑且為釋憲司法機關避免捲入政治紛爭，以維審判獨立所必要。（註七）

如何適切地維護軍事審判獨立，闡明憲法所揭示的最低要求，而不越俎代庖，攘奪立法裁量空間，考驗著全體大法官的智慧與學養。同仁大法官有謂應變更釋字第四三六號解釋，將軍法審判完全改隸於司法院，並使軍法官概為憲法第八十條（獨立審判）與第八十一條（終身職保障）之文職法官者，惟多數大法官本於前述「釋憲者非立法者」之角色認知，並以憲法相關條文確實無法推知「軍事審判須完全隸屬司法院」之結論，爰未採納該項提議。

雖然如此，妥協折衷的結果，本件解釋理由書中難免有晦澀之處，乃須予澄清。另一方面，本件解釋既僅宣示憲法之最低要求，斷無阻止政治部門採取進一步改革之意。本席以為，將軍法審判完全改隸於司法院，並使軍法官概為憲法第八十條（獨立審判）與第八十一條（終身職保障）之文職法官，並非憲法所不許。惟「非憲法所不許」畢竟不等於「憲法所要求」，在本件解釋所釋示之審判獨立所要求之最低限度以外（之上），是否及如何謀求制度改進，原涉諸多選項，乃民選政治部門應為之抉擇，並應就其抉擇向選民負起政治責任。釋憲機關守護憲法則非謹守憲法分際，無以維持審判獨立。

四、本號解釋之解讀

本件解釋文指示：「為保障上開類型軍事審判官之身分，有關機關應於上開期限內，依本解釋意旨，修正相關法律，明定適用於上開類型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」。為貫徹解釋意旨，須能超越折衝妥協之斧痕，正確解讀解釋內容。

1. 本件解釋要義

本件解釋實際乃以「軍法官不必為文職」，且「軍法官非憲法第八十一條之（終身職）法官」為前提，宣示「為確保審判獨立，軍事審判官仍須享有一定之身分保障」，進而具體挑別現行軍事審判官須經「審核」始得服役至（其官階之）最大年限（齡）之規定，既欠缺足以保障其審判獨立之「甄選標準」（免職事由），亦未有合乎正當法律程序之「程序保障」。

2. 何謂「上開類型軍事審判官」

現制下，經軍法官特考取得資格，而職司軍事審判之軍事審判官，依其役別計有四類：

- A. 現役常備軍官。現役常備軍官（註八）經考試取得軍法官資格者，得依服役條例第五條（註九）、第六條（註十）之規定，服役至其軍階之最大年限（齡），其間無須經核可。
- B. 現役預備軍官。不同於現役常備軍官，現役預備軍官（註十一）之服役期限

應依服役條例第十九條規定（註十二）辦理。現役預備軍官經考試取得軍法官資格者，服役滿六年後，（註十三）得申請志願轉服（註十四）常備軍官，經核可後，始得依服役條例第五條、第六條規定服役至其軍階之最大年限（齡）。是現役預備軍官之軍法官得服役至其軍階之最大年限（齡）前，須經一次核可。

- C. 後備役常備軍官。後備役常備軍官（註十五）（本件聲請人屬之）經考試取得軍法官資格者，依軍法官考試規則第八條第一項（註十六）規定，應辦理志願入營，通過服役規則第六條（註十七）所定甄選標準後，始得服現役；其服役期限以三年為一期，（註十八）期滿後得申請志願留營（按：條文用語為「繼續服現役」），經核可後，得服役至最大年限（齡）。（註十九）是後備役常備軍官軍法官於得服役至其軍階之最大年限（齡）前，計須經兩次核可（分別於申請「志願入營」及「志願留營」時）。
- D. 後備役預備軍官。後備役預備軍官（註二十）經考試取得軍法官資格者，依軍法官考試規則第八條第一項規定，應辦理志願入營，通過服役規則第六條所定甄選標準後，始得服現役；服役年限亦以三年為一期；三年服役期滿後，得辦理志願留營，（註二十一）通過服役規則第三條（註二十二）所定甄選標準，並經權責長官核定後，（註二十三）得再以一年至三年為期，繼續服現役，俟志願留營滿三年（即自志願入營起算，服役屆滿六年）時，始得申請志願轉服常備軍官，（註二十四）經核可後，始得依服役條例第五條、第六條規定，服役至其軍階之最大年限（齡）。是後備役預備軍官軍法官於服役至其軍階之最大年限（齡）前，須經三次核可（分別為申請「志願入營」、「志願留營」及「志願轉服」時）。上述四種類型軍法官之核可歷程，略如【圖一】所示。

本號解釋既在挑剔現行軍事審判官猶須經「審核」始得服役至（其官階之）最大年限（齡）之規定，則前述 B,C,D 三類軍事審判官皆須經（一至三次）「審核」，始得服役至（其官階之）最大年限（齡），理當俱有本件解釋之適用。惟 B 類軍事審判官係依據「預備軍官預備士官志願轉服常備軍官常備士官作業規定」（95/12/01）進行審核，該作業規定非屬聲請人聲請解釋之確定終局判決所適用之法令。故本件解釋文及理由書所謂「上開類型軍事審判官」實際僅指前述C與D兩類經軍法官考試及格，實際從事軍事審判，而猶未經核准得服現役至最大年限（齡）之軍事審判官而言。

3. 軍事審判官志願留營甄選標準應如何修正

本案多數大法官雖同意：基於憲法第八十條之審判獨立憲政原理及憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨，「上開類型軍事審判官」雖非憲法第八十一條（受終身職保障）之法官，仍應享有一定之身分保障。惟關於表述之方式，則因妥協之結果，先是在理由書第一段正面表述為：「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」；繼而於理由書第三段反面表述為：現行甄選標準「可能使軍事審判官非受刑事或懲戒處分、監護宣告且無與受刑事或懲戒處分或監護宣告相當程度之事由，又無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，而不能續任審判職務，致軍事審判官之身分無從確保」。

前開表述不僅有欠明確--試問何謂「與受刑事或懲戒處分或監護宣告相當程度之法定原因」？甚且相互矛盾--「學識能力、敬業精神、裁判品質及品德操守」審查不合格，豈為「與受刑事或懲戒處分或監護宣告相當程度之原因」？！

由於宣告法律違憲之解釋文須經全體大法官三分之二之可決，始得通過；（註二十五）而解釋理由書僅需全體大法官二分之一之可決，即得通過，（註二十六）解釋理由應僅得作為理解解釋文之參考。依本席之理解，所謂「上開類型軍事審判官亦應享有一定之身分保障」，應指：「軍事審判官固不以終身職為必要，仍應享有適當之身分保障，非受刑事或懲戒處分、監護宣告，或有法律列舉之不適任審判之原因，並經正當法律程序，不得免職」。

本件屬於相對困難之解釋，得來不易。民主發達速，一日行千里；法治進步緩，一步一腳印。世事多紛擾，國人其自珍。

註一：參見行政程序法第五十一條第一項（「行政機關對於人民依法規之申請，除法規另有規定外，應按各事項類別，訂定處理期間公告之。」）及同條第二項（「未依前項規定訂定處理期間者，其處理期間為二個月。」）

註二：至於「文職任用」部分則不予受理，詳見本件解釋理由書第四段。

註三：關於正當法律程序（Due Process of Law）於我國憲法上之發展，詳見湯德宗，〈論憲法上的正當程序保障〉，收於氏著《行政程序法論》，頁 167～209（2003 年 10 月）。

註四：「訴訟權」之主要內涵計有：「接觸利用法院的權利」、「法院組織保障」及「訴訟程序保障」，詳見湯德宗，〈憲法解釋與訴訟權保障--以公務員保障與懲戒為中心〉，載《憲政時代》，第 30 卷第 3 期，頁 353～389（2005 年 1 月）。

註五：憲法第九條：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」。

註六：是即本院釋字第三號解釋所謂「五權分治、平等相維」之深義。

註七：此堪稱法治先進各國之釋憲共識。例如，美國歐巴馬總統為推動健保改革，於前（2010）年三月與國會協力通過 Patient Protection and Affordable Care Act（124 Stat. 119, 俗稱 Obamacare），引發強烈憲法爭議，尤其是聯邦政府能否立法強制人民購買健康保險，並以停止撥給聯邦補助款作為手段，迫使各州配合大幅擴大 Medicaid 之救助範圍。今（2012）年六月底聯邦最高法院作成判決 National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. _（2012）。首席大法官 Roberts 主筆之全院意見書明確宣示釋憲之角色認知：" We do not consider whether the Act embodies sound policies. That judgment is entrusted to the Nation's elected leaders. We ask only whether Congress has the power under the Constitution to enact the challenged provisions." 又，" Proper respect for a co-ordinate branch of the government" requires that we strike down an Act of Congress only if "the lack of constitutional authority to pass [the] act in question is clearly demonstrated." United States v. Harris, 106 U. S. 629, 635 (1883). Members of this Court are vested with the authority to interpret the law; we possess neither the expertise nor the prerogative to make policy judgments. Those decisions are entrusted to our Nation'

s elected leaders, who can be thrown out of office if the people disagree with them. It is not our job to protect the people from the consequences of their political choices."

註八：現役常備軍官，係指依志願考取軍事院校，完成軍官養成教育後服現役之軍官。參見兵役法第七條第一款。

註九：服役條例第五條：「軍官、士官除役年齡如左：一、下士、中士、上士五十歲。二、士官長五十八歲。三、尉官五十歲。四、校官五十八歲。五、少將六十歲。六、中將六十五歲。七、上將七十歲。（第一項）一級上將除役年齡，不受前項第七款之限制。（第二項）」

註十：服役條例第六條：「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。（第一項）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。（第二項）一級上將服現役最大年齡，不受第一項第九款之限制。（第三項）」

註十一：現役預備軍官係指依志願考取軍事院校，完成數個月的軍事專業訓練後服現役之軍官。參見兵役法第七條第二款。

註十二：服役條例第十九條：「預備軍官、預備士官，自起役之日，服預備役或依法召服現役，其規定如左：一、服預備役期間，依兵役法及其施行法之規定，召服現役。二、服預備役或現役或合計未滿十年者，服第一預備役；十年以上未滿二十年者，服第二預備役；二十年以上者，服第三預備役。（第一項）預備軍官、預備士官，自起役之日起，志願服現役者，其期間，預備軍官為一年至五年，預備士官為一年至三年。期滿後，得依軍事需要及志願，以一年至三年為一期，繼續服現役。（第二項）前項人員志願留營入營甄選服役規則，由國防部定之。（第三項）」

註十三：參見服役條例第二十二條：「預備軍官服現役滿六年、預備士官服現役滿四年，在現役期間，績效優良者，於軍事需要時，得依志願轉服常備軍官、常備士官現役。」

註十四：其應按「預備軍官預備士官志願轉服常備軍官常備士官作業規定」（95/12/01）進行審核。

註十五：後備役常備軍官係指依志願考取軍事院校，完成軍官養成教育後未服現役之軍官。參見兵役法第二十七條第一款。

註十六：軍法官考試規則第八條第一項：「本考試錄取之後備役軍官，須符合陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則所訂甄選標準之規定，自接獲錄取通知之日起，限二個月內向所隸後備司令部申請辦妥志願入營手續，再向國防部報到接受分配訓練，逾期末辦妥入營手續報到接受分配者，廢止受訓資格。」

註十七：服役規則第六條：「軍官、士官志願入營甄選標準如下：一、年齡：上尉三十五歲以下，中尉、少尉三十歲以下，士官三十五歲以下。二、體格：合於國軍人員體格分類作業程序之體格編號在 2 以上。三、考績考核：離營前最後一至三年均在甲等以上，且考績品德分項評鑑在甲等以上。四、學歷：須符合原軍種、官科、專長、階級及職務之需要標準。五、品德：須未受徒

刑、拘役、保安處分、強制戒治、感訓處分、觀察勒戒等裁判之宣告。六、智力測驗：一百分以上。」

註十八：參見服役規則第七條第一項：「後備役軍官、士官志願入營，服役期限，以三年為一期。但後備役常備軍官、常備士官再入營服現役期滿後，申請繼續服現役，經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡。」

註十九：參見服役規則第七條第一項但書（同前揭註）。

註二十：後備役預備軍官係指依志願考取軍事院校，完成數個月的軍事專業訓練後未服現役之軍官。參見兵役法第二十七條第三款。

註二十一：參見服役規則第七條第二項：「前項人員服役期滿志願繼續服現役者，依本規則志願留營之規定辦理。」

註二十二：服役規則第三條：「軍官、士官志願留營甄選標準如下：一、體格：合於國軍人員體格分類作業程序之體格編號在 2 以上。二、考績考核：最近一至三年均在甲等以上，且考績品德分項評鑑在甲等以上。三、學歷：須符合原軍種、官科、專長、階級及職務之需要標準。四、智力測驗一百分以上。但中華民國九十五年十一月十三日修正之條文施行前，已在營軍官、士官之智力測驗達九十分者，不在此限。」

註二十三：參見服役規則第五條第一項（「軍官、士官志願留營，應於服現役期滿三個月前，向服役單位提出申請，由服役單位陳報權責長官核定。志願留營人員核定權責如下：一、軍官及士官長，由編階中將以上單位主官核定。二、上士，由編階少將以上單位主官核定。三、中士及下士，由編階上校以上單位主官核定」）。

註二十四：參見服役條例第二十二條（同前揭註 13）。

註二十五：司法院大法官審理案件法第十四條第一項：「大法官解釋憲法，應有大法官現有總額三分之二之出席，及出席人三分之二同意，方得通過。但宣告命令牴觸憲法時，以出席人過半數同意行之。」

註二十六：司法院大法官審理案件法施行細則第十六條：「關於解釋原則及解釋文草案之議決，依本法第十四條之規定行之。關於案件是否受理及解釋理由書草案文字之議決，以出席大法官過半數之同意行之。」

不同意見書

大法官 蘇永欽 提出

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、而不能抵觸有關司法院的職掌和組織（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，本院在釋字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！

本席完全尊重釋字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釋字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可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？會不會直接抵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。本件解釋不願面對釋字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？

不同意見書

大法官 陳新民 提出

既然紀律意味著服從，那麼身為軍事法庭的法官，這些軍人的血液內所含有的紀律，難道不是恰會削弱了他們實踐正義的能力？

法國·左拉·我的控訴

本席對於本號解釋多數意見認為，後備役軍官志願入營擔任軍法官，於服役期滿

志願繼續服役，須經長官核准之程序，依據目前相關法令（服役條例第二十二條與服役規則第三條、第五條），須經政戰主管、主官依據體格、考績考核、學歷、階級、職務需要、員額配置以及智力測驗等甄選標準為初審，保防官、人事部門主管為複審後，由編階中將以上單位主官核定，以此程序未符合正當法律程序，由公正委員會決定，亦未給予該軍事審判官答辯之機會，故認為不能確保軍事審判官身分保障之司法權建制，與保障人民訴訟權之意旨不符。此結論本席敬表支持。

然而，本席之所以提出不同意見書，乃深以為本號解釋多數意見不免有「自縛小腳」的缺憾：在本號解釋作成過程中，既已經明確地探知我國目前軍法官法制，存在著甚多不符合法治國家司法獨立與法官身分保障的弊端，例如將軍法官視同軍官的身分，也一併適用最高服役年限的規定，以及將軍法官排除在憲法法官概念之外……，卻未能發出霹靂之聲，而只是「輕輕放下」。憑空喪失要求立法者儘速改變軍法官「體質」的契機，其功能甚至比大法官前輩在十五年前所作出的釋字第四三六號解釋更為有限與不彰！以致於本號解釋多數意見，不僅失焦，且「小瑜難掩大瑕」，本席乃捨「部分不同意見」，而提出「不同意見書」也。

按本院大法官審理涉及人權案件極夥，維護人權的機會較多。反之，在涉及國家權力分立、特別是關涉司法權建制的案件難得一見，尤應把握此釐清國家權力行使範疇的良機。對此，本號解釋多數意見未能樹立憲法解釋的權威，澄清軍法官的憲法地位，致力國家司法權的統一性，為能使軍法官成為捍衛「軍中正義」的最後一道防線之機會，本席認為本號解釋可有上策與下策的解釋方向：

上策：明白確定軍法官屬於憲法意義的法官，不僅其身分保障應完整與周全，同時，亦應適用憲法第八十條、第八十一條規定。目前之軍事法院應當回歸到司法院的體制，不論是類似行政法院的方式，成立司法院軍事法院，或是在最高法院以下設置軍事法庭，皆可為立法選項。如此一來，可將所有的軍事審判納入國家司法院及所屬之司法權之下。同時，也可對於身為軍人之國民訴訟權提供最周詳之保障。

下策：這是未能將所有軍事法院納入司法院下的權宜措施，乃師法官身分保障之規定，將目前軍法官（包括軍事審判官與檢察官）全部排除軍官身分，視為文職法官。如此一來，可以避免軍法官適用一般軍官的最大服役年限之規定，而與法官身分保障的憲法原則無違。至若仍堅持軍法官亦需具有軍官身分，至少也應將軍法官排除在最大服役年限之適用範圍之外，此為最底線之要求也。

然而，本號解釋多數意見卻自我壓縮，把整個問題的違憲性一套一句行政法學的用語——「接近萎縮至零」將解釋範圍侷限於志願留營部分的軍法官。按此部分的軍法官，僅是所有軍法官中極少部分的一群人（以目前的統計，全國共二百一十八位軍法官中，僅二十七位是非軍校畢業，經過考試院特考，取得軍法官身分，而有志願留營規定之適用者）。至於有待留營批准者，更是個位數字，有時甚至沒有適用對象（註一）。雖然「不以善小而不為」，這些少數非軍校生擔任軍法官的身分保障制度，如有違憲，儘管只有極少數人適用，亦不容忽視。但卻不可特別侷限於原因案件，而忽略應當援引「重要關連理論」，以及該原因案件所引發呈現現制的重大違憲性，正適用在所有、人數更多的軍校畢業生之軍法官之上，如有絲毫故意捨此而就彼之嫌，便不能不有「見樹而忘林」之憾！

本號解釋多數意見在「解釋對象」方面已經極度限縮後，復對於違憲審查範圍，不積極論究影響所有軍法官身分保障與行使審判權獨立最重要的「最大服役年限」的違憲問題，反而反其道而行，更進一步地嚴格限制在留營申請的「核准程序」之上，

認為應比照一般公務員懲戒事宜所必須遵守的正當法律程序而已（本院釋字第四九一號解釋參照）。

質言之，這是本號解釋的「主軸改變」！既然涉及到軍法官制度，本號解釋的重心理應置於本院釋字第四三六號解釋基礎上，邁出時代性一大步。然解釋結果卻令人失望地援引釋字第四九一號解釋之立論，以致於形成本院「釋字第四九一號解釋VS. 釋字第四三六號解釋」現象，且反而由釋字第四九一號解釋勝出，讓本號解釋變成了釋字第四九一號解釋，而非釋字第四三六號解釋「擴張戰果」的「延伸解釋」，豈非「變調之解釋主軸」乎？

本號解釋作成後，全體大法官皆榮辱與共，必須坦然接受社會與歷史的檢驗。為恐外界不察本號解釋作成前，下述許多理由本席皆已盡抒再三，惜未蒙採納矣。既然我國軍事審判制度之改革，未能因本號解釋而展開新猷，有待日後的立法者或大法官再接再勵。此「未竟之業」，當有不少需澄清與說理之處。對此，本席即有義務藉提出不同意見書之便，再為剖析之，以期來者。

一、本院釋字第四三六號解釋的「功成」與「身退」

本席基本立場認為，本號解釋無疑地應當繼續本院釋字第四三六號解釋的「意猶未盡」，甚或是「未畢之役」，才能夠彰顯出本號解釋的應循方向。否則，將如無舵之船，不是迷失在大海之上，便是闖入淺灘擱淺。本號解釋多數意見似乎已選擇航向後者-發生硬擠入「正當法律程序」的小胡同內的現象。

首先，吾人必須對於本院釋字第四三六號解釋的內容與意義，作一回顧，方得對照出本號解釋多數意見如何欠缺恢弘的氣概！由於本席曾在司法院作出該號解釋前的公聽會上，應邀擔任鑑定人，故對於該案的前因後果，有較深的理解與感觸，在此願意略述本席認為該號解釋的「功成」與「身退」之處。

（一）本院釋字第四三六號解釋的「功成篇」

該號解釋作出於民國八十六年十月三日，距離臺灣解除實施長達四十年戒嚴（七十六年七月），剛好滿十年。此時，臺灣朝野正熱烈檢討實施戒嚴之弊，不少國人在戒嚴時遭到軍事審判的不公正判決，紛紛要求平反。導致立法院通過「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」（八十六年六月十七日），本院釋字第四三六號解釋，便是在這種氛圍下所作出的解釋。臺灣當時社會勇於反省、尋求補救的精神，也反射在本院大法官行使釋憲權的道德良知與魄力之上。

在外在的情況，當時兩岸關係並不如今日平靜。一連串緊張事件，例如中共試射飛彈，造成臺海危機，美國不得不出動小鷹號航空母艦巡航臺灣海峽。所謂的兩次臺海危機，也發生在當時該號解釋作成前一、兩年（八十四年七月至十二月），以及八十五年三月總統大選期間。當時臺灣仍未實施精兵制，保有大量軍隊，強調軍紀維護與國家安全重要性的論調，仍甚囂塵上。

大法官在當時即處於「軍事審判制度之反思」與「軍事危機」的兩難判斷。結果國內的軍事審判制度反省力，超過了外在軍事危機的重要性。本院釋字第四三六號解釋就是在此種時空環境下所作成的突破性解釋。撫今思昔，即更具時代的意義！

在此吾人可以綜結釋字第四三六號解釋所建立的突破性論點如下：

1. 該號解釋係基於保障人民人身自由、訴訟權為出發點，認定軍人與人民一樣，都應當享有充分的人身自由與訴訟權。對軍人因軍事審判程序而遭到限制

權利者，應當符合比例原則。

2. 認定軍事審判乃是一種特別訴訟程序，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪享有專屬之審判權。此可以破除若干人士認為「憲法第九條既已規定『人民除現役軍人外，不受軍事審判』，即表示現役軍人一定要受軍事審判之規定」的僵硬見解，且立法者可以依法律來決定軍事審判之建制。
3. 認定軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求。包括公正、獨立之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條與第八十條有關司法權建制之憲政原理。
4. 依當時軍事審判法第十一條規定，國防部為最高軍事審判機關，擁有司法性質之軍事審判權，已違反權力分立原則而無效。故在平時的終審權，應移到普通法院之上，以貫徹憲法第七十七條：「司法院為全國最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判」之規定。
5. 依當時軍事審判法規定，軍事審判機關長官有判決核可權及覆議權；軍事審判庭之組成，需簽請軍事長官核定等規定，使行政權介入軍事審判權之行使，違反了軍事審判獨立之憲政原理而違憲。這種將軍事長官視同「法院長官」（Gerichtsherr）正是行政權伸入司法權的黑手（註二）。

在大法官作出上述解釋後，軍事審判法遂於民國八十八年十月二日作出了大幅度的修正。將上述釋憲意旨，形成具體化條文。

（二）本院釋字第四三六號解釋的「身退篇」

本院釋字第四三六號解釋也有故意含糊與一筆帶過之缺憾。另外，亦有過時的見解，也應當一併檢視之。質言之，亦可歸結如下：

1. 對於司法院與軍事審判制度之間的「主從關係」，採「欲言又止」的曖昧態度：

本號解釋完全不提到憲法第七十七條與司法院角色問題，釋字第四三六號解釋還至少提到四次憲法第七十七條（解釋文與理由書各二次）之規定。其提到憲法第七十七條之目的，在證明：軍事審判制度及程序不得違背憲法第七十七條有關司法權建制之憲政原理，並認為以此條文在平常時，應導致軍事審判終審權移到普通法院體系。以符合司法院為國家最高司法機關之規定。

但是該號解釋卻不能夠再進一步闡釋：既然軍事審判權乃行使國家刑罰權，屬司法權之性質，而憲法第七十七條又明定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事及行政訴訟審判。又認為當時舊制之國防部為最高軍事審判機關為違憲，那麼為何不能推論出司法院擁有的刑事訴訟裁判，應當有「一元化」的體系，亦即司法院應當掌握軍事審判權，以便讓國家的刑罰權，統一在同一機關手中，造成國家「司法權的統一性」？更何況，該號解釋只將平時終審權回歸司法院為已足，似乎認為司法院只要掌握終審權，即足以實踐憲法第七十七條之意旨，殊不知本院作成釋字第八十六號解釋前，高等法院以下各級法院及分院乃隸屬於行政院司法行政部之下，釋字第八十六號解釋即認此違反憲法第七十七條之規定而違憲。而今軍事法院獨攬事實審，仍隸屬在行政院國防部，司法院只擁有終審權，是否為再版之司法行政部掌控高等法院以下各級法院及分院之舊制，即與本院釋字第八十六號解釋意旨相抵觸乎？

2. 釋字第四三六號解釋既援引憲法第七十七條司法院為全國最高司法機關之意旨，卻「大材小用」且不附理由的自己創出「平時與戰時」的二體制。只確認司法院的最高司法機關地位性係立於「平時」，而在「戰時」卻平白喪失該崇榮之地位。按平時與戰時可以有不同的法律制度，也可以有不同的權力分配，戒嚴法便是一例。但涉及到國家最重要的權力機關之一，且是憲法機關的司法院，在戰時是否也是國家最高司法機關之問題，應當是憲法最重要之問題，大法官對此必須詳加判斷，豈可解釋時不附理由地一筆帶過？而該號解釋明明提及軍事審判建制當由立法者來形成之，又將司法院最高權力定性，予以「除權至二分之一」，而不及於戰時。其立論為何？該號解釋沒有任何解釋，豈是「憲法解釋者」所當為？

大法官之所以會作出這種二分法，恐係參酌世界各民主國家頗多許可戰時成立軍事法院之法例。然而，此些國家都是在憲法的層次規定，許可立法者為這種例外規定（例如奧地利憲法第八十四條之規定），而非僅僅由類似法律程序，即可以將保障人民與軍人人身與生命安全最重要的制度，交付給非常態之軍事審判體制來處置。

更何況，戰爭時期所實施的軍事審判制度，正是最容易造成軍事威權濫權、審判草率與不公，荼毒無辜軍人與人民最嚴重的制度，此觀乎中外各國實施軍事審判的實例，幾乎所有的冤、假、錯案，都發生在兵馬倥傯的軍事法庭之內！大法官難道要這種「軍法痛史」一再上演乎？

3. 軍法官的地位為何？該號解釋雖然肯定軍事審判機關的運作與組織，不能夠違反憲法第八十條有關司法獨立與公正裁判機關的司法權建制之原理，並將之援用到拒絕軍事審判機關長官擁有對軍事判決的核可權與覆議權，以及軍事審判庭組成的核定權。但軍法官是否為憲法第八十條的法官？同時軍法官應否享有憲法第八十一條所明定的法官身分之保障？該號解釋卻未置一詞，顯示該號解釋完全不願意觸及軍法官的憲法地位。

但該號解釋在解釋文與理由書最後一段，又提到：「……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。」

此處提到應對軍法官身分保障等事項，亦應一併檢討改進。似乎已察覺到軍法官的身分保障不周，而有積極改善之必要。但應以何種標準作為改善之標準？應否以憲法第八十一條作為理想的模式？大法官顯然不願給予此「法官特權」於軍法官之上，而交由立法者去決定。易言之，立法者可以獲得比憲法第八十一條「憲法保留」更寬鬆的條件，不必一定要讓軍法官終身職不可。

至於為何不給予軍法官憲法上法官地位？難道軍法官所行使的，不是國家刑罰權乎？軍法官所為判決，剝奪軍人（在戒嚴時期包括人民）的自由、甚或生命權，難道不是基於國家的名義，而是基於軍方與國防部的名義而為乎？

而且在嗣後作出的釋字第六二四號解釋豈非已宣示：人民遭到軍事審判

而形成冤獄者，亦可比照一般審判之冤獄，而有獲得冤獄賠償之權利。顯示出軍事審判具有國家審判權之性質，是不可否認的鐵律！

故軍法官既然代表國家行使刑罰權，而任何軍事裁判仍然具有司法權的色彩，即應適用憲法位階的「法官保留」原則。如果不承認軍法官為憲法上意義的法官，將使軍事審判制度喪失合法性、正當性，更剝奪了法治國家的色彩！

4. 該號解釋在改進意見部分，雖然期待立法者應努力提升軍法官身分保障的內容，但十五年下來立法者並沒有任何積極作為。同樣的也對於「參與審判軍官之選任標準，亦應一併檢討改進」之意見，似乎期盼繼續實施軍官參審制。但民國八十八年建立的新軍事審判制度後，則乾脆將軍官參審制廢除，完全採行軍法官審判制（註三）。明白牴觸該號解釋檢討改進該制度之宣示。顯然該號解釋背離軍事審判事實之遙遠，可想而知矣！

綜上所述，該號解釋是在臺海危機甫結束不久後作成。主張軍事審判制度應作為維護統帥權之有力制度，當為執政者與國防部所力持之觀點。此老舊觀點也獲得部分學術界的支持（註四）。

然而，大法官仍毅然地在該號解釋摒棄軍事審判乃維護軍事統帥權之工具論的陳腐見解，而認定其屬於國家司法權及刑罰權。該號解釋也義正辭嚴地高舉軍事審判制度必須符合憲法第七十七條、第八十條「有關司法建制之憲法原理」的宏偉宣示，並將終審權歸於普通法院體系。因此，在民國八十八年新軍事審判法修正後，本來設置於陸軍獨立旅或司令部，或相等軍事機關之軍事法庭，皆改為地區性軍事法院，讓軍法官受到部隊長官節制或指揮監督，而影響審判獨立的因素，已降低甚多。同時，軍事審判只掌握事實審，也讓軍人獲得更多的救濟機會，縱使比起其他國民而言，仍屬不完整的法律救濟。然比起以往舊制，也算是對廣大國軍同袍的訴訟救濟保障，邁出較為周延的一大步。而廢止軍事長官對於軍事審判的事前核可權，以及審判庭組成的核定權，讓軍事長官的意志（甚至好惡）不能左右個案判決，更是功德莫大焉！

故儘管該號解釋容有未盡之處，吾人仍不忍「責其全」，故應當肯定本院釋字第四三六號解釋，已完成了階段性的使命，作成該號解釋的大法官前輩，可俯仰無愧面對國人，並交棒給來者，以繼續完成軍事審判法的修正與改制。

然而，本號解釋有無接棒的意願？事實上，以作出的解釋結果來看，果然沒有繼往開來的雄心壯志！

二、救急藥方：先讓軍法官成為文職

（一）只除外瘤，不治內瘡—本號解釋作成後，我國軍法官法制仍存在著嚴重缺憾

本號解釋多數意見在解釋文及解釋理由書第一段，都援引了釋字第四三六號解釋所宣示之軍事審判制度的定性，與應當服膺於憲法「有關司法權建制之憲政原理」，並作為保障軍人訴訟權之依據。字裡行間似乎透露著有承續本院釋字第四三六號解釋的宏偉意旨。

但對照兩號解釋之文字，可以立刻發現，本號解釋不約而同的相同處，乃故意忽略憲法第八十一條，不提軍法官（軍事審判官）是否為該條所稱的法官。但兩號解釋不同之處，乃是本號解釋已經絲毫不提憲法第七十七條司法院的

地位，以及作為保障人民訴訟權的條文依據。

本號解釋多數意見有意漠視憲法第七十七條的重要性，其目的為何？當不言可喻！乃是繼續肯定軍事審判制度的現制，並不牴觸憲法，也同樣的不贊成將軍事審判制度全部移到司法院。另外，本號解釋也不論及憲法第八十一條之規定，以避免涉及到軍法官是否亦享有法官終身保障的複雜問題。

實則，本號解釋已經給予了解決此一問題的說理。依本號解釋理由書第一段已經提及：「……次按職司審判者固不以終身職為必要（本院釋字第六〇一號解釋參照），然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。……」已足以用特別法之規定，將軍法官的任職與年限規定，有別於一般軍官。亦即：如同解釋理由書所指陳者：「……為確保職司審判之軍事審判官唯本良知及其對法律之確信獨立行使審判職權，使受軍事審判之現役軍人能獲獨立、公正審判之憲法第十六條所保障之訴訟權得以實現，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。此亦為司法權建制原理之重要內涵。……」，這段文字與憲法第八十一條保障法官的身分保障，不論在用語或是概念上，幾乎完全一致，所欠缺者，只是「終身職的有無罷了」。顯示出：軍法官與一般軍官，乃是「本質不同」，不應同等對待。因此，軍法官不論是穿上軍服與否，都不能夠視為一般軍官的任職與任用之規定。

與上述原理迥相矛盾的制度，也是本號解釋第一個要根治的陋弊，乃是軍法官一樣等同一般軍官，同樣適用「最大服役年限」之規定。按所謂的最大服役年限，原是我國為了菁壯國軍，於民國八十四年八月十一日公布陸海空軍軍官士官服役條例。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內晉升少校。

吾人試比較一下這種必須「汲汲升官」的制度，縱不論是否背離我國青年學子從小學習到國父孫中山先生之名言：「不要做大官，只要做大事」，光與憲法鼓勵並保障法官在其職位上「安身立命」的心理建設、建立法官不必升遷、不羨升遷的「司法文化」，完全背道而馳！吾人觀乎：不僅我國，其他世界各民主先進國家，絕大多數法官，終身都安於一個審級，少數調職兩個審級來行使神聖的法官職務，便是法官的身分保障真諦，幾乎完全等於「安於現職」！

然而我國將軍法官強制等同一般軍官，適用最大服役年限。儘管軍事審判法第十二條第一項也莊嚴地宣示：「軍法官非依法律不得減俸、停職或免職，非得本人同意，不得調任軍法官以外職務。」與一般司法官保障並無差別。但軍法官如果要晉升，就必須要滿足一定的考核要件、必要的經歷與職務歷練，

絕無可能在原單位自始至終，即可以獲得升遷。故上述軍事審判法的「自願條款」之調職規定，完全與軍法官晉升生態脫節，實形同具文！

而一般法院的組織，都由法院組織法詳予規定。但軍事審判法第二十三條規定：「各級軍事法院及分院之編裝、員額，由國防部定之。」軍事法院的組織之成立與裁撤，如同部隊的編裝，授權由國防部定之。這也是將軍事法院視同軍事機關一樣。故軍事法院的裁撤，意味著軍法官職位之有無，更牽涉官階是否開缺的問題。近年來，我國實施精兵政策，軍法官職位持續減少，也造成了軍法官升遷不易，近三年來平均退伍年齡為四十五點六歲（註五）。軍法官適用最大服役年限，違反法官職務保障之弊害，可謂明確至極矣！

然本號解釋多數意見，將審查重點置於「經考試院特考及格，志願入營服役，而尚未經核准得服現役至最大年限（齡）之軍事審判官部分」。易言之，似認為能經核准，繼續服役至最大年限，即屬於獲得軍法官身分之保障也。

這種敘述之方式，很難令人不認為本號解釋多數意見認定最大服役年限，乃屬「良法美制」乎？如果不認定此制度為良法，那為何不一併檢討此服役年限，並宣布此規定不適用於軍法官之上，俾與解釋理由書第一段所提及的「軍法官身分保障，應有別於一般軍官」相互呼應？

以本席自始至終參與本號解釋研討與作成過程，本席不相信多數意見始終承認此最大服役年限適用於軍法官的妥當性。但能堅信此最大服役年限規定，將戕害軍法官獨立審判與身分保障，以致達到違憲效果者，並未能獲得共識，人數不能居主流之多數，惜哉！惜哉！

故本號解釋多數意見這種不檢討、不批評、不觸及軍法官最大服役年限規定的立場，正如同醫師於診治病人時，明知病根深入，卻只除外瘤，不治內瘡，病情遲早會惡化，回院診治乃屬必然。是良醫者，何苦折磨病患乎？

（二）建立軍法官的文職化

1. 國防文官化的趨勢已不可避免

在未能承認軍法官為憲法意義的法官，同樣適用憲法第八十一條的終身職規定前提下，又要師法一般法官獨立行使職權，不受任何干涉的憲法義務於軍法官之上，則在其身分保障，就必須在終身職下，退讓最後的一步。這也是本院釋字第四三六號解釋已經提出的「比例原則」適用於軍人訴訟權保障之上，引伸在規範軍法官身分保障的制度設計之上。

故結果只有一個：建立軍法官「文官化」，可以比照一般公務員，任職到法定退休年限（六十五歲）為止（註六）。這不僅僅是對軍法官所開的特例，日後國防部應當要大力推動「國防文官化」，這也是世界各民主國家的正常現象。擁有越大規模軍隊與國防武力愈先進的國家，國防事務亦如同其他政府部會一樣，形成「官僚化」，需要一批專精的行政幹才，且必須嫻熟於專業領域，掌控國防機器，其幹才不再只是軍隊的歷練為已足。故許多職位非常規軍人所能擔任，例如預算、採購、研發，法律事務，包括申訴處理軍法案件等，都是需要文官，而非一定要由軍人擔任不可。否則，極可能發生「外行領導內行」，甚至發生「外行領導外行」的大弊！

國防文官化的趨勢，已不可擋。這也是人民服公職權利的體現。又可以讓國家行政各部門專才，自由移到國防領域之內，促使國防體制的更新，也讓國防政策執行更有效率，國防預算花費更值得。故先進國家例如美國國防

部，其文官比例一度高達百分之四十二、西德為百分之三十、日本為百分之十一，均為適例（註七）。

國防文官化政策之推行，是以行政任務的專業化為導向，國防部內不再一律是軍職，而有許多文職公務員在內。

此時若有不少文職行政人員在國防部及所屬單位內服務都可以享受文官退休之優點，何獨身負最重要軍事審判的少數軍法官，不給予此一優待乎？豈非輕重失調乎？

2. 我國過去也曾實施文官制之軍法官

按我國在大陸時代，由於國防部並未設有軍法學校，故軍法官泰半由法律系畢業生，經過司法官高考等考試及格，轉任軍法官，開啓司法官轉任軍法官之門，仍是以文職簡、薦與委任資格予以任用，可以比敘軍階。民國三十三年十月十八日公布「軍法人員轉任司法官條例」，許可軍法人員轉任司法官，且是以不同軍階轉任不同法院層級之司法官（比照文官等級）（註八），這些軍法官既然都是司法官轉任為主，因此回任亦沒有太多的質疑，我國司法界過去不少高階司法官，都是歷經司法官、軍法官，再回任司法界。例如梁恆昌大法官、李元簇副總統，都是例子。

嗣因行憲，依憲法第八十六條規定，軍人不得兼任文官，因此，當民國四十三年國防部以需要百餘名軍法官，希望考試院舉辦軍法官特考，遂發生軍法官是否為文職人員的爭議，按軍職人員的考試與銓敘，並非考試院之職責也，經過相關機關的決定，乃確認軍法官為「軍用文職人員」，才由考試院舉辦軍法官特考的合法性。嗣於翌年辦理第一次軍法官特考。

民國四十五年七月七日所公布之軍事審判法（舊法），該法第十四條規定國防部任命之軍法官中，便包括了軍法官考試及格者，以及具有司法官或縣司法處審判官之資格者。便是「軍文併用」的軍法官制度。民國八十八年修正的新軍事審判法，仍維持此種制度（第十一條）。

然而，民國六十九年通過之陸海空軍軍官士官任官條例，軍法官也納入該條例的規範之中。軍法官的性質，也開始轉變。八十五年特種考試軍法官考試規則修正，增列了備役人員錄取及申請辦妥志願入營手續及相關事宜，將軍法官特考過去考生主要目的是要取得「公務員任用資格」，可以在四個職系領域內任職（一般行政、人事行政、法制與司法行政），而不願意入營，改服現役軍法官的情形改變，而一律入伍取得軍人身分。軍法官遂全部成為軍官矣。

另外，本院大法官於九十二年一月十日作出的釋字第五五五號解釋，認為公務人員在現行公務員法之上，常指文官而言（除法律另有明定，例如公務員服務法），不包括武職人員在內。考選部遂於同年三月二十七日通過特種考試軍法官考試規則修正案。其中，明定軍法官為軍職人員，其考試程序之訓練，改由國防部辦理。且考試及格者，僅取得軍法官任用資格，無法取得公務人員任用資格，故退伍後，無法轉任公職。本修正案後經考試院同年六月二十七日通過。

至此軍法特考及格，不僅僅取得軍法官的任用資格，且必須志願入營取得軍官身分。軍法官退伍後，亦無轉任公職之權利（註九）。

由上述歷史發展可知，軍法官本即是文職人員，後來經過陸海空軍軍官

士官任官條例實施，以及軍法官特考考試規則改變後，方將屬性改變。一步步限縮了軍法官人員的出路與工作權利之保障。所以，只是法律程序造成的身分屬性改變而已！

3. 軍法官是否仍「軍文併用」？

民國八十八年新修正的軍事審判法第十一條規定，軍法官任用資格，仍然賡續舊制，明定司法官考試及格者，以及大學教授與中央研究院研究員等，具有薦任職文官任用資格者，經國防部任用後成為軍法官。即明白繼續適用「軍文併用原則」（註十）。

但這個制度只是紙上空文一紙。就以司法官會否願意轉任為軍法官為例？試問其誘因何在？司法官一旦轉任軍法官後，理應不具備軍官身分，可以任職到一般文官的六十五歲為止。但既已脫離司法官身分，即不可享受法官的終身待遇。至於薪俸也比照一般軍法官，而非仍支領司法官的待遇，其相差可達兩倍以上。光以身分保障與薪俸的誘因，要司法官轉任軍法官，幾乎是天方夜譚！無怪乎數十年來，似乎未見有司法官轉任軍法官之例也。

就此而言，政府遷臺初期，許多軍法官都由司法官轉入，已成為「白首宮女話當年」也。

4. 軍法官文職化的依據

如果我國將軍法官文職化，是否可行？首先將面臨軍法官是否為憲法第八十條及第八十一條的法官，而必須給予終身任用的檢驗。

先就憲法第八十一條的終身任用問題，如何解套？其實，本號解釋多數意見已經創立理由，乃援引本院釋字第六〇一號解釋之宣示：並非每種職司審判者，都以終身職為必要。該號解釋以大法官為例，說明此一立論。

誠然，該號解釋所舉大法官之例，頗不適當。蓋大法官之所以不適用在憲法第八十一條法官終身職規定，從而割裂了憲法第八十一條及第八十條，對於法官概念的認知，以及不適用憲法第八十一條終身職概念，乃基於民國八十九年四月憲法增修條文第五條第一項之特別規定所致。

儘管如此，本號解釋多數意見已經賦予了立法者可以藉著軍事審判建制的形成權，明定軍法官的文職身分（與一般軍官身分的不同保障），而保障其任職至一般文官的六十五歲為止，立法者即可大膽的利用此一立論也！

5. 軍法官特考是否讓軍法官取得文官身分？

此答案應屬肯定。本號解釋原因案件當事人也要求確認其當年獲得軍法官特考及格，能否取得文官身分。本號解釋對此部分（解釋理由書第四段）以「客觀上未具體指明為由」，而未探究當時特考的規定是否許可及格者，於服務一定的年限後，可轉任其他單位之文職工作，從而應取得文官任用資格。卻遽而不予受理，似乎忽視了聲請人權利保障之必要性。就此部分，本席亦歉難贊成。

由前所述，關於軍法特考的演變可知：原來在考選部會同銓敘部於七十六年七月訂定發布之「依法考試及格人員考試類科適用職系對照表附則五之說明，許可軍法官特考及格者，得適用一般行政、人事行政、法制及司法行政四個職系」。因此，於軍法官退伍後得轉任一般公務員。此轉任直到民國九十二年才廢止。本號解釋原因案件當事人參加軍法特考，時為民國九十年十月，故理應適用舊制，且應享有信賴利益保護之必要也（註十一）。

三、治本藥方：軍事審判制度必須回歸司法院

讓軍法官取得文官身分，是一種救急的措施，可以在現制的條件下，最大程度保障軍事審判獨立性，與軍法官的身分保障，以符合如本院釋字第四三六號解釋意旨：「方能確保軍事審判制度符合正當法律程序原則之最低要求」。

但最弔詭的思辨，還是難以解決這種割裂憲法第八十條與第八十一條，對於法官概念認定的區別判斷。終究解決之道，還是需將軍事審判制度回歸司法院。

（一）廢止軍事審判制度已是世界潮流

誠然，世界各國即使是民主國家，許多仍然維持軍事審判制度。最明顯的莫如美國。也因此往往成為主張維持軍事審判制度者，最喜歡援引的理由之一。

如果探查美國的軍事審判制度，可以得知其存在的許多弊端。在最基層的軍事審判庭部分，其情況更為嚴重：由於隸屬於部隊（如旅級）及司令部之中，其法庭組成，甚至連我國舊制都不許可的檢察官上訴與否，都由軍隊司令官決定之。軍事司令官成為最令人詬病的「法院長官」（Gerichtsherr），我國與德國舊制的情形完全一樣。而軍法審判官中，也有長官指定的軍官與士兵為陪席法官，軍隊長官影響力之大，絕對會影響至判決之中。而軍法官都是軍職，且受最大服役年限之限制。在美國不少的文章中，也認為這些軍法官如要在軍隊中繼續順利的發展，泰半不敢牴觸軍事長官的意見也。不過，對這些軍法官的日後退伍工作權，反倒不成問題。因為這些軍法官都已經具備律師資格，可以轉業當律師。由美國軍法官都是著軍服的軍人，也要受到軍事長官的戰鬥任務指派，如與長官關係不恰，難免會發生公報私仇或嫌惡報復的可能性（註十二）。

至於軍事上訴法院的五名法官，全部是文職，且由總統提名，參議院通過，類似聯邦巡迴法院法官。軍事長官對其影響力自不存在，也較可保障軍人人權。

然而，美國建立之軍事審判制度，有其必要性：美國國土廣闊，軍隊規模甚大。尤其軍隊是全球布局與駐防，美軍經常參與各地之戰鬥，因此必須建立隨著軍隊前進的軍事法院。一旦軍人發生犯罪時，不論犯罪行為的調查、起訴及審判，都可以獲得迅速處理與審判的優點。

至於沒有採行軍事法院制度，將軍人犯罪視同一般國民犯罪般，交由普通法院審判的德國與日本，除了因為過去極權統治實施軍事審判所遺留下來，對於軍事審判的惡感外，其軍隊規模、國土相較美國不算太大外，也沒有海外駐軍與參加軍事行動，以致於設置軍事審判制度的必要性，便隨之降低（註十三）。

（二）我國國情與軍隊規模，無庸建立軍事審判制度

而我國的情況正好跟美國的情形，完完全全相反。臺灣僅有如此狹小面積，軍隊的規模甚小。我國軍完全沒有任何海外駐軍，在外國遂行戰爭行為的可能性。易言之，我國的國防武力，完全不是進攻型的軍隊，毋寧是防守型的軍隊。而後者的情形，在面臨外敵入侵時，還可能是「退卻型」的防禦性軍隊。故完全沒有如美軍般，需要建立隨著部隊前進的「移動型法院」（movable court）之必要性！

軍人發生違反軍法的犯罪行為，可以直接就近遞解遍布各縣市的普通法院

予以審理；甚至在外敵入侵後，國軍退卻進行防禦時，仍有鄰近的後方法院可以行使審判權，無庸在前線部隊內成立法庭，進行調查與審判，加重前線部隊任務的壓力。

因此，這是我國「小國寡軍」以及「法院遍布」的主客觀因素，後者恐亦是各國所沒有的優點也。將軍事審判置於普通法院內，更是我國比他國更容易實施的制度也。

另一個我國目前適合廢止軍事審判制度的客觀因素，乃我國目前並沒有嚴重的戰爭爆發之迫切危機。兩岸關係乃數十年來最平穩之時。猶記得本院作出釋字第四三六號解釋時，代表國防部及各級指揮幹部表達軍事審判法不違憲的國防部次長金恩慶中將，即在大法官面前提及：當時還不是廢止軍事法院的良機。金次長提到：「也許若干年後，我國民主政治會進步到另一個境界，或兩岸關係有重大改變，此時可再考慮是否軍人可由普通法院審理，……。」

國防部所提適合實施廢止軍事審判制度的條件：民主政治進步，與兩岸關係有重大改變，是否正是目前的寫照？民主政治的進步，固無庸討論外，國軍都已經大幅裁撤兵員，且即將廢止服兵役，改行募兵制，是否標誌了一個新的時代來臨？

（三）現行軍事法院掌握事實審，亦造成不公平現象

本院釋字第四三六號解釋創設了現行軍事法院掌握事實審的制度，讓司法院掌控法律審，並不能充分凸顯憲法第七十七條的旨意，也牴觸了釋字第八十六號解釋，將高等法院與地方法院由行政院手中，收歸至司法院的基本認知！已於前述。

現制對於軍人犯罪的法律審交由普通法院審理，卻以官階予以區分：校級軍官以上者，由最高法院審理；校級以下軍官及士官、兵則由高等法院審理。雖言我國法官不論層級，都應嫻熟於事實或法律的審查。但不可諱言者，最高法院專以法律審為職權，最高法院法官累積之經驗，亦應為全國法官之最。由此素養最高水準的法官，進行法律審之把關，自然能使被告獲得最充分保障。但現行制度顯然把此可能性，賦予校級以上軍官方能享受之。如此一來，基層軍官與士官、兵-往往是參與戰爭行為時，最必須赴湯蹈火，親冒矢石的一群軍人-，卻不能夠受到第一等級的法律保障。此種獨惠於高級軍官的制度，不僅讓國家喪失道義，也侵犯平等權！更無庸提及：當軍事審判體制獨攬了事實的認定，普通法院單單擁有書面審理為主的法律審，往往只能「徒嘆奈何」矣！司法院擁有不完整、破碎的司法權，何能稱為法治國之幸乎？

本席亦可試舉一例驗證之（此案頗類似「王○孝案件」之翻版），且是依目前新制軍事審判法所作出的判決-王○豐案（臺灣高等法院高雄分院九十年軍上字第十號判決）。本案係由具軍人身分之王○豐，與不具軍人身份之一般人民共同犯搶奪罪，結果王○豐部分，經臺灣高等法院高雄分院判決有期徒刑五年確定。至於一般人民部分，則因罪證不足，經最高法院判決無罪確定（最高法院九十三年度台上字第一三三九號判決）。兩人共同為一個犯罪行為（一個駕車，一個進行搶奪），普通法院體系之最終審卻有完全不同的犯罪事實認定，試問國民對我國司法權可有信心乎？

四、結論：勿讓軍法官成為「中華民國司法之棄兒」

本席必須再次強調：軍事審判制度雖然見諸於我國憲法第九條：「非軍人不

得受軍事審判」的條文，顯示出制憲者雖然容許軍事審判制度的存在，而且，僅限於審判軍人犯罪而已。這個明確的「憲法誠命」，並不能夠援引憲法第二十三條的規定予以限制。易言之，這是屬於「絕對保障」條款，猶如外國憲法有廢止死刑的規定（例如德國基本法第一百零三條），便不能夠視為「法律保留」的條款也（註十四）。而我國實施長達四十年戒嚴法，卻也將人民納入軍事審判之範圍，其誤用憲法原理的嚴重錯誤（註十五），都是臺灣全體人民痛苦的「臺灣經驗」：不僅是許多無辜的人民、宣揚民主法治的政治人物與學者，遭到了軍事審判制度的荼毒，即連功在國家的忠勇軍人，亦不乏遭到偏頗與不公正之軍事裁判，而成為政治鬥爭下的犧牲品，吾人試舉孫立人將軍之案例，即可以說明矣。

故憲法第九條容許軍事審判制度，絕非賦予軍事審判制度永遠存在與毫無限制的「護身符」！亦不是對於軍人所有之犯罪，都應當納入軍事審判，本院釋字第四三六號解釋已明白指陳此點。毋寧是立法者對於軍事審判制度建制，斟酌我國目前海峽兩岸關係大幅改善，並無海外駐軍的小規模軍隊，以及法院遍布之優勢等客觀因素，負有隨時檢討改進現行軍事審判制度之義務。這種「立法形成權」，尤應受到本國過去實施軍事審判制度「痛史」，而得到應有之教訓也！

對此，我們必須反思一下，為什麼德國（及日本）可以根據過去納粹或極權政權實施軍事審判制度對於國民與軍人造成的慘痛回憶，而毅然廢止行之超過二百年的軍事審判制度。難道「德國經驗」、「日本經驗」會與「臺灣經驗」有不同的本質乎？臺灣還受不夠軍事審判制度的弊病乎？

因此，我們當然也相信不少青年法律學子，當年投身軍法官行列，是為了發揚「軍中正義」，捍衛軍中袍澤人權，獲得公正審判，而不至於淪為軍事長官濫用領導威權的幫兇工具。然而，只要如現制般的將軍法官，特別是軍事審判官，視為一般的軍人，也用嚴格的最大服役年限予以拘束，則無疑迫使軍法官必須獲得長官的肯定與青睞、職務必需勤於調動，一言以蔽之，化為軍事體系的鍊條之一。

對比之下，法治國家要求法官能本於自由意志，安於其位，視為憲法最大要求。軍法官的軍人身分，顯然與上述憲法原則背道而馳。在此迂腐與落伍的軍事審判法制壓制之下，有理想的軍法官，要嘛，只能為五斗米折腰，努力晉升。不然，只能掛冠求去。如果能夠遇到憲政理念與法律觀極強的長官，當然可以遂行其理想。然而，此非幸運的偶然乎？故現制下的可能免於不公平及偏頗影響者，當為特例，而非常例也。

為此，本席想起了曾經被稱為「法國良心代表」的偉大作家左拉（Emile Zola），在一八九八年一月十三日發表著名的《我的控訴》，便是針對了法國軍事審判的不公、高層軍官官官相護，而冤屈了一位盡忠職守的上尉軍官德萊福斯（Dreyfus）所撰寫的驚世鉅作。這裡面有一句很貼切的話，一語道出了軍法官的軍人身分，與其維護軍中正義的職責，正是處於「不能相容」（incompatible）的地位：

既然紀律意味著服從，那麼身為軍事法庭的法官，這些軍人的血液內所含有的紀律，難道不是恰會削弱了他們實踐正義的能力？

因此，本席必須疾呼：莫讓軍法官成為中華民國司法界的棄兒！所謂棄兒，乃無爹無母，得不到父母的關愛。

以軍法官的「娘不親」而論：甫於去年（一〇〇年七月六日）才公布、且由

司法院主導立法的法官法，即將軍法官排除在法官法的適用範圍之內。更不必提及大法官在釋字第四三六號解釋，未一併承認軍法官亦為憲法意義的法官。本號解釋多數意見雖然在理由書第一段一再重申軍事審判行使之權力，亦屬國家刑罰權，必須受到憲法第八十條法官獨立審判的司法權建制之憲政原理的保障，但卻不大膽地「正名之」，這種欲語還羞的曖昧態度，可否令人想起是否有如社會上經常出現有關名人「親子關係 DNA 鑑定」事件的「憲政翻版」？

在「爹不愛」方面，恐怕就要指出國防部的態度矣！將軍法官全部納為軍職人員，並受服役條例的規範，使得各軍階最大服役年限的限制，彷彿緊箍咒般的套在所有軍法官頭上。造成軍法官不能如文官般的服役至六十五歲退休，反而要求軍法官應當在每個階級都要「努力晉升」，否則將會限齡退伍。軍法官不比一般軍官，職缺較少，造成近三年來軍法官平均退伍年齡才四十五點六歲，服役年限平均為二十二年三個月，即因無法獲得晉升機會而屆齡退伍！試觀乎四十五歲，在我國任何公、私職場，都是機關的主力幹部，也是公司發揮潛力寶貴資源、該幹部蓄積長達二十餘年的學識經歷，是最好發揮長才的黃金年代。吾人比擬文官中的科長級、大學中的副教授與資淺教授、私人行業中的經理……，莫不是此「發揚踔厲」的四十五歲上下之拼搏三郎？但軍法官卻要被強迫退伍，又不再能轉任文職，不正是「棄兒」寫照（註十六）？而在軍法官的待遇上，也比一般司法官差距甚大，達十倍以上（註十七）。

因此，我國的軍法審判制度已經到了需要徹底改弦更張的時刻了！現制的軍法官身分保障制度，已經不周全到了影響其獨立審判的程度。而繫乎軍人能否受到公平審判及充分保障其訴訟權的事實審部分，目前都交由軍事法院予以審理，即使法律審係在普通法院體系，仍不能貫徹憲法充分保障訴訟權之要求！

軍事審判的窳陋，正表現在「急速」，一為求威嚇效果（美其名為「整肅軍紀」），強調迅速審判、迅速定罪及迅速執行。易言之，是一個「結果導向」而且是「有罪」判決為目的的一的審判制度。於是乎：刑求、假證據或無證據力的採信、服從上意、利用年輕軍人的無知及弱點……，都形成了軍事審判制度不公的幫兇。

臺灣近幾年由蘇○和案造成司法尊嚴淪喪的風波，媒體輿論咸少將造成此風波的矛頭，指向軍事審判的草率，極令人遺憾！因為蘇○和案的共犯之一王○孝，係現役軍人，因認罪後迅速被軍事審判定讞而遭槍決（自八十年三月案發，隔年一月即執行）。以致於事後蘇○和等三人，皆指認該案為王○孝一人所為，但死無對證。如果王○孝不必受軍事審判，蘇○和等人則可能免於遭到長達二十一年的纏訟（自民國八十年至今年八月），以及飽受十一年的羈押之苦，事實真相當可甚早即可水落石出乎？

另外，受到軍事審判而枉失一命的江○慶士兵，其家屬要求國家嚴辦一大批國軍將領與軍法官的枉法裁判，也受到社會高度矚目。若問廢止軍事審判制度的「民氣」如何？本席恐認為：已達到沸騰程度了！

本席也願意引述左拉在一百二十年前所撰寫《我的控訴》，是對當時的法國三軍統帥、也是法國總統所呼籲的：不要將軍事審判制度作為軍事統帥權的工具，這樣會對總統的軍事尊榮造成污蔑。亦即總統功蹟的榮耀光芒，將會被不公軍事審判的冤魂所籠罩而黯淡下去！

若問軍事審判制度對人權所造成之戕害，一般人民的感觸，絕對不若法律專

業人士之深。臺灣已歷經臺大法律系出身的陳水扁總統八年執政、復經臺大法律系畢業，且獲得世界第一流大學哈佛大學法學博士學位的馬英九總統又八年的執政，前後長達十六年法律人治理的光陰，若還不能夠努力的將臺灣落伍的軍事審判制度，從根開始拔除，並建立新制；立法院不能反映沸騰的民意而儘速立法；甚或社會上還有對戒嚴造成痛史與江○慶士兵冤案還麻木不仁的漠視……，本席對於臺灣日後法治水準前景及人權展望，將是抱著沈痛心情與悲觀的態度矣！

最後本席願引左拉在大作最後一語，作為結語：真理在沛然前進，無人能阻擋之！

註一：依據國防部的資料顯示，自二〇〇六年來，僅有一位申請志願留營而未被批准者，否准理由為延宕辦案。按國家約每二年即會舉辦軍法官特考，每次錄取人數約在十名至三十名之間，錄取最高 20 %（如九十七年）。但這些考生中，主要是軍校（國防大學管理學院之法律系）畢業生，開放民間大學報考者，限預備軍官身分者，因此，女性、服替代役及義務役士兵者，即不得報考。似乎也與平等原則有違。故每年非軍校畢業生錄取者，都在個位數字也。

註二：Karen Birget Spring, Brauchen wir in Deutschland eine Militargerichtbarkeit, Diss.Uni. der Bundeswehr Munchen, 2008,S.26.

註三：依民國八十八年修正後之新軍事審判法第二十四條第一項至第三項之規定，各級軍事法院都以審判官一人至五人組成，並沒有軍官參審之規定，如比較八十八年以前舊法（五十六年十二月十四日修正）第二十六條雖規定相同意旨，但舊法第三十四條第一項規定：「合議審判庭審理現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪者，其審判官以軍事審判官及軍官充任之，除審判長外，軍官之人數不得超過二分之一。」許可軍官擔任審判官，但此條文已於八十八年修正時刪除之。

註四：例如：陳樸生，<軍事審判之共同性與特殊性（一）>，《軍法專刊》，第七卷第一期，民國五十一年，第十二頁。王建今，<論軍事審判權與司法審判權>，刊載於氏著《法學論文選集》，民國七十五年，第二九九頁。參見陳新民，《憲法學釋論》，修正七版，民國一〇〇年，第六六九頁。

註五：依據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。

註六：其實，不只是軍法官，軍中內部人員，如果其職權，與軍隊的戰鬥、勤務需求所需之體力要求無關時，就不應設置嚴格的服役年限（齡），以保障武職公務員的工作權。按我國實施服役規定，乃取法美國軍事法典，該法典便承認軍醫及軍事教育機關教授的退伍年限，可酌予延長。例如：軍官最大服役年限，准將以下之軍官依據 10 U.S. C.¶1251，最大服役年齡為六十二歲，軍事院校教授（permanent professors）可延長至六十四歲，醫護專長之軍官（health professions officer）可延長至六十八歲。

註七：例如德國在一九八七年，全國軍隊總數為六十六萬人，其中軍職為四十九萬人，文職（含聘僱）為十七萬人，其中文官與教授為三萬人。文職人員占了三成左右。一九九三年兩德統一後，國防兵力裁撤至三十七萬人，其中三萬名文官與教授維持不變，文職聘僱人員降至六萬人。故文官比例為百分之二十。見陳新民，<泛論軍隊的政治中立>，收錄於《軍事憲法論》，揚智文化公司，二〇〇〇年，第二九四頁。

註八：李震洲，<軍法官考試改進之研究>，《考銓季刊》，第三十五期，民國九十二

年七月，第六十二頁。

註九：李震洲，前揭文，第六十九頁以下。

註十：目前我國若干機關，例如國防部、國家安全會議、國家安全局及海巡署等，都有軍文併用制。在此些機關軍職人員仍然適用最大服役年限，則同一職位面臨軍職與文職候選人的選擇時，在注重袍澤情誼特別強烈的軍中文化影響下，有決定權的主官如果是軍人時，會否易造成以「權宜措施」-基於人情先讓軍職候選人接任、進階，以避免其屆齡退伍，而後才將其調任，改由文職人員接任？如此作法是否對於文職人員晉升，造成不公？此一制度是否也違反「同工同酬」而抵觸平等權？故只要有軍文併用單位，軍職人員即沒有再適用最大服役年限的必要性。

註十一：李震洲，前揭文，第六十六頁。

註十二：例如比利時便規定，軍法官雖可以著軍服，配帶手槍，也可以拒絕執行戰鬥任務。故軍法官的身分保障亦應當及於其應否執行戰鬥任務，這也是憲法一大議題。見Eike Steinkamm, Die Wehrstrafgerichtsbarkeit im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 1974, S.106.

註十三：按德國基本法第九十六條第二項規定，德國可以立法，對於派駐海外的軍隊或在軍艦上成立軍事法院。基本法在該許可設置軍事法院的條文裡，仍明確地限制此種軍事法院的組成：所有法官都是具備司法官的資格，不具有軍人身分，從而無庸接受軍隊長官的指揮。軍事法院隸屬聯邦政府司法部管轄。終審法院為聯邦最高法院。故不會再發生過去軍事長官干涉軍事審判情形。儘管如此，超過半個世紀以來，還沒有任何一個執政黨或是反對黨，曾提議通過軍事審判制度的立法。這種情形，隨德國近十年來參與聯合國維和部隊的運作，德軍開始派駐非洲與中東而產生了新的爭議。例如發生了三起涉及違反軍法的案件，等到調查時，部隊已經調回國內，此時不論檢察官的管轄權、犯罪地的調查……，都造成極大困擾，討論德國應當設置海外駐軍的軍事審判制度之議，又熱烈起來。不過，反對之聲似乎仍然居於主流。見Spring, aaO., SS.30.34；最主要的反對意見，還是擔心納粹時代的噩夢重新上演。見Ulrich Vultejus, Kampfanzug unter der Robe, 1984.

註十四：參閱陳新民著，《憲法學釋論》，第 160 頁。

註十五：故戒嚴法第八條的規定已嚴重違憲矣。

註十六：參閱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。

註十七：例如以民國一〇〇年七月份資料顯示，一位最基層少尉軍法官，軍法官加給五千七百元，而最基層法官（薦任六職等），則高達七萬零三百元，因此兩者差距可謂雲泥之別也，參見陳新民，《憲法學釋論》，第 715 頁。

抄陳○呈釋憲聲請書

（99 年 5 月 20 日）

為請求宣告最高行政法院 97 年度判字第 303 號（第一審臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號）解除召集事件（以下簡稱第一案）及最高行政法院 96 年度裁字第 3189 號裁定（第一審臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號）文職任用事件（以下簡稱第二案）等二案之終局判決所適用之法令，包含軍事審判法第 12 條、第 23 條、第 24 條及陸海空軍軍官士官服役條例第 17 條及陸海空軍軍官士官

志願留營入營甄選服役規則（原名稱：陸海空軍官兵志願留營入營甄選服役規則）第 7 條、第 11 條、特種考試軍法官考試規則第 9 條（即目前軍法官考試規則第 8 條）等規定，因牴觸憲法相關規定及貴院相關解釋而無效，茲依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

軍事審判法第 12 條、第 23 條、第 24 條及陸海空軍軍官士官服役條例第 17 條及陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則（原名稱：陸海空軍官兵志願留營入營甄選服役規則）第 7 條、第 11 條、特種考試軍法官考試規則第 9 條（即目前軍法官考試規則第 8 條）等規定，違反憲法第 23 條、第 77 條、第 80 條、第 81 條、第 85 條、第 86 條、第 140 條暨相關大法官解釋意旨（大法官釋字第 392 號解釋、第 443 號解釋、第 436 號解釋、第 525 號解釋、第 555 號解釋、第 601 號解釋，侵害聲請人作為軍事審判官（法官）之平等權（憲法第 7 條）、財產權、工作權（憲法第 15 條）、應考試服公職之權利（第 18 條），並有違憲法第 77 條、第 80 條、第 81 條等規定，請求司法院大法官將其宣告為無效，並據以提起行政訴訟之再審之訴（釋字第 185 號及第 188 號解釋參照）。

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文：

一、憲法所保障之權利遭受不法侵害之事實及涉及之憲法條文

（一）第一案解除召集案中，聲請人受憲法所保障之權利遭受不法侵害之事實如下：

- 1、聲請人於民國 90 年年底通過軍法官考試，依錄取公函指示（證物 1），於 91 年 2 月底前向戶籍地後備司令部辦理志願再入營，嗣於 91 年 3 月 31 日向施訓單位國防管理學院報到，回任軍職，參加軍法官實務訓練，至 91 年 9 月 28 日受訓期滿合格，取得軍法官證書（證物 2）。聲請人於取得軍法官資格後，歷任國防部北部地方軍事法院桃園分院檢察署軍事檢察官、國防部中部地方軍事法院檢察署軍事檢察官，92 年 10 月 16 日奉調國防部北部地方軍事法院桃園分院擔任軍事審判官。詎被告國防部陸軍總司令部竟以聲請人並未陳報志願留營，服役期限已屆滿，以 94 年 3 月 11 日鄭樸字第 0940004527 號函（以下簡稱「原處分」，參見證物 3）核定自 94 年 3 月 31 日起應予解除召集，離去現職，致使聲請人無法繼續擔任軍法官職務。被告機關之非法解職，顯已違法違憲（詳下述）。經聲請人依法提出訴願後，亦遭駁回（證物 4）。聲請人誠難甘服，經依法提起行政訴訟之後（包含臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號及最高行政法院 97 年度判字第 303 號），亦均遭駁回（證物 5、證物 6）。
- 2、被告國防部陸軍總司令部將聲請人解除召集，所憑無非以 91 年 6 月 10 日修正公布之陸海空軍軍官士官服役條例（以下簡稱「服役條例」）第 17 條前段規定：「常備軍官、常備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿……者，予以解除召集。」及 88 年 1 月 13 日修正發布之陸海空軍官兵志願留營入營甄選服役規則（以下簡稱「服役規則」）第 7 條及第 11 條規定：「預備役軍官、士官、士兵志願入營，服役期限以三年為一期。前項人員服役期滿志願繼續服現役者，依本規則志願留營之規定辦理。」「經考試院特種考試及格人員，志願入營服役期限，依第七條辦理。」等法

令。

- 3、詎經聲請人依法提出訴願及行政訴訟後，最高行政法院之終局判決（證物 6）竟謂：「憲法第 7 章有關司法之規定，係關於司法院重要組織及所屬人員原則性之規定，故憲法第 80 條、第 81 條所定之法官，係專指普通司法機關所屬之法官，不包括軍事審判機關之審判人員。司法院釋字第 436 號解釋亦明示軍事審判之建制，憲法未設明文規定，並進一步指出軍法官之身分保障應一併檢討改進。由此可知，軍法官之保障無法適用憲法第 81 條之規定，司法院上述解釋始有『軍法官之保障應檢討改進』之敘述。……另查司法院釋字第 601 號關於司法院大法官屬於憲法上法官之解釋，係因司法院大法官之法制，憲法第 79 條第 2 項定有明文，此與軍法官之法制在憲法上並無規定，二者不可同日而語，自難以該號解釋推論軍法官亦屬憲法上之法官。末查軍事審判法第 12 條第 1 項規定：『軍法官非依法律不得減俸、停職或免職，非得本人同意，不得調任軍法官以外職務。』此係關於軍法官身分保障之規定，是依法律規定之法定要件，自得對軍法官予以解職。故原處分依服役條例第 17 條之規定對上訴人解除召集，於法尚無不合。況本件上訴人自承其提出申請退伍金並已領取退伍金，其身為執法之軍法官，自難諉稱不知領取退伍金之意義。上訴人既志願申請退伍，何能事後反悔而主張原處分違誤。從而原判決雖對上訴人主張其為憲法上法官而受終身保障乙節，未詳為敘明不採之理由，固稍有疏漏，惟原判決駁回上訴人之訴，並無不合。上訴意旨猶以：依憲法第 81 條、司法院大法官釋字第 392 號、第 443 號、第 436 號及第 601 號等解釋意旨可知，軍事審判官亦屬憲法所稱之『法官』，受有身分上之保障。原判決認被上訴人陸軍司令部得依服役條例第 17 條將上訴人解職，即有判決違背上揭憲法及司法院解釋之違誤等語，指摘原判決求為廢棄，為無理由，應予駁回。」已嚴重侵害聲請人作為軍事審判官（法官）之工作權（憲法第 15 條）、應考試服公職之權利（憲法第 18 條），並有違憲法第 77 條、第 80 條、第 81 條等規定。

（二）第二案文職任用案中，聲請人受憲法所保障之權利遭受不法侵害之事實如下：

- 1、聲請人雖有意繼續擔任軍法官工作，以致力於軍中人權保障，但有感於聲請人乃民國 88 年軍事審判法通過後，依據新法考取之軍法官，依法應已取得文職公務人員之任用資格（三等考試），與一般職業軍官無須考試僅以被告國防部審核通過即可任用，究屬有別，且軍法官依憲法第 81 條受身分保障，應不受「陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則」或「陸海空軍軍官士官服役條例」等規定之限制。而被告要求聲請人比照一般軍士官辦理志願留營程序，顯於法有違。聲請人遂於 93 年 11 月 23 日向所屬桃園分院申請辦理文職任用，並辦理銓敘文官職，經轉所屬軍法司辦理，軍法司於 93 年 12 月 13 日以法治字第 0930004012 號函覆桃園分院（證物 7）（但該函並未送達聲請人），表示申請文職任用於法未合，即未轉送被告人力司，亦未對聲請人作成任何行政處分。
- 2、聲請人乃於 93 年 12 月 25 日就申請轉任文職案，逕向被告人力司提出申請，並於 94 年 1 月 3 日提出補陳申請事項暨理由書，被告人力司逕轉軍法司後（證物 8），亦無下文。
- 3、聲請人遂依訴願法於申請逾二個月後之 94 年 3 月 12 日向行政院提出訴

願，竟遭駁回訴願（證物 9）。聲請人仍未甘服，爰提出行政訴訟（臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號、最高行政法院 96 年度裁字第 3189 號裁定）（證物 10-11），亦均遭駁回。

- 4、乃第一審臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號判決竟認定：「按『各級軍事法院及分院之編裝、員額，由國防部定之。』『第二十一條至第二十三條之規定，於各級軍事法院及分院檢察署準用之。』『（第 1 項）軍法官由國防部就具有下列資格之一者，依法任用之：一、經軍法官或司法官考試及格者。……（第 2 項）前項第一款軍法官考試，由考試院舉辦。……』『（第 1 項）公務人員之考試，以公開競爭方式行之，其考試成績之計算，不得因身分而有特別規定。其他法律與本法規定不同時，適用本法。（第 2 項）前項考試，應依用人機關年度任用需求決定正額錄取人數，依序分發任用。……』『（第 1 項）公務人員各級考試正額錄取者，按錄取類、科，接受訓練，訓練期滿成績及格者，發給證書，分發任用。……（第 2 項）前項訓練辦法，由考試院會同關係院定之。』為 88 年 1 月 2 日修正公布（下同）之軍事審判法第 23 條、第 52 條、第 11 條第 1 項及第 2 項、85 年 1 月 17 日修正公布（下同）之公務人員考試法第 2 條第 1 項及第 2 項、第 20 條第 1 項及第 2 項所明定。」並以此進而認定被告機關以武職任用而未以文職任用，並無不法云云（判決書第 8 頁第 27 行以下參照），已嚴重侵害聲請人作為軍事審判官（法官）之工作權（憲法第 15 條）、應考試服公職之權利（憲法第 18 條），並有違憲法第 77 條、第 80 條、第 81 條等規定。

（三）涉及之憲法條文及相關大法官解釋：

- 1、憲法第 7 條：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。
- 2、憲法第 9 條：人民除現役軍人外，不受軍事審判。
- 3、憲法第 15 條：人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。
- 4、憲法第 18 條：人民有應考試、服公職之權。
- 5、憲法第 23 條：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。
- 6、憲法第 77 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。
- 7、憲法第 80 條：法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。
- 8、憲法第 81 條：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。
- 9、憲法第 85 條：公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，並應按省區分別規定名額，分區舉行考試。非經考試及格者，不得任用。
- 10、憲法第 86 條：左列資格，應經考試院依法考選銓定之：一、公務人員任用資格。二、專門職業及技術人員執業資格。
- 11、憲法第 140 條：現役軍人不得兼任文官。
- 12、大法官釋字第 392 號解釋、第 443 號解釋、第 436 號解釋、第 525

號解釋、第 601 號解釋。

二、本案所經過之訴訟程序：

（一）第一案解除召集案：

- 1、94 年 7 月 5 日國防部 94 年決字第 101 號訴願決定駁回（證物 4）。
- 2、95 年 6 月 27 日臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號判決駁回（證物 5）。
- 3、97 年 5 月 5 日最高行政法院 97 年度判字第 303 號判決駁回（證物 6）。

（二）第二案文職任用案：

- 1、94 年 8 月 11 日行政院院臺訴字第 0940088543 號訴願決定駁回（證物 9）。
- 2、95 年 6 月 29 日臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號判決駁回（證物 10）。
- 3、96 年 12 月 10 日最高行政法院 96 年度裁字第 3189 號裁定駁回（證物 11）。

三、確定終局判決所適用之法令名稱及內容

- （一）軍事審判法第 11 條：軍法官由國防部就具有下列資格之一者，依法任用之：
一、經軍法官或司法官考試及格者。二、經律師考試及格，並執行律師職務三年以上，成績優良者。三、曾在公立或經立案之私立大學、獨立學院法律學系或法律研究所畢業，而在公立或經立案之私立大學、獨立學院任教授、副教授三年、助理教授四年或講師五年，講授國防部所定主要法律科目二年以上，有法律專門著作，經審查合格，並具有薦任職任用資格者。
- （二）軍事審判法第 12 條：軍法官非依法律不得減俸、停職或免職，非得本人同意，不得調任軍法官以外職務。
- （三）軍事審判法第 23 條：各級軍事法院及分院之編裝、員額，由國防部定之。
- （四）軍事審判法第 24 條：地方軍事法院及其分院審判案件，以審判官一人獨任或三人合議行之。高等軍事法院及其分院審判案件，以審判官三人合議行之，其上校以上或簡任審判官不得少於二人。最高軍事法院審判案件，以上校以上或簡任審判官五人合議行之。
- （五）陸海空軍軍官士官服役條例第 17 條：常備軍官、常備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿或具有第十四條第一項、第十五條各款情形之一者，予以解除召集。
- （六）陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則第 7 條：後備役軍官、士官志願入營，服役期限，以三年為一期。但後備役常備軍官、常備士官再入營服現役期滿後，申請繼續服現役，經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡。
- （七）陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則第 11 條：經考試院特種考試及格人員，其志願入營應依本規則相關規定辦理。

四、有關機關處理本案之主要文件及說明：

（一）第一案解除召集案：

- 1、94 年 7 月 5 日國防部 94 年決字第 101 號訴願決定。
- 2、臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號判決。

3、最高行政法院 97 年度判字第 303 號判決。

(二) 第二案文職任用案：

1、94 年 8 月 11 日行政院院臺訴字第 0940088543 號訴願決定。

2、臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號判決。

3、最高行政法院 96 年度裁字第 3189 號裁定。

、聲請解釋憲法之理由 及聲請人對本案所持之見解及立場

一、有關上開第一案解除召集案乃因被告機關將聲請人依據軍事審判法第 12 條及服役條例第 17 條、服役規則第 7 條、第 11 條等規定而予以解除軍事審判官職務；第二案文職任用案，乃被告機關依據軍事審判法第 11 條、第 23 條、第 24 條暨軍法官考試規則第 9 條等規定，否准以文職任用。上開二案同樣涉及我國軍事審判制度之本質及軍法官於我國憲法上之地位為何之憲法上解釋問題，因此一併聲請解釋。

二、（第一案）被告機關將聲請人解職（解除召集）之處分所適用之法令，包含軍事審判法第 12 條及服役條例第 17 條及服役規則第 7 條、第 11 條等規定，違反憲法第 23 條、第 77 條、第 80 條、第 81 條暨相關大法官解釋意旨（大法官釋字第 392 號解釋、第 443 號解釋、第 436 號解釋、第 525 號解釋、第 601 號解釋）：

（一）軍事審判權之性質應屬我國司法權之一環：

1、雖然早期見解認為，我國憲法第 9 條僅規定人民不受軍事審判，並未再規定軍事審判制度，而同時憲法第 77 條也未明定司法院掌理軍事審判事項，因此論者有認為軍事審判權係獨立於國家司法權之外，且憲法既然未明定其歸屬，而謂有軍事審判權源於「統帥權」之說。軍事審判權性質學說上之分類有三：

（1）統帥權說：主張軍事審判權是統帥權之運用，基於憲法第 9 條及第 36 條，軍事審判權屬於統帥所有，非屬司法院，不受其他外力的影響。因此，軍事的審級制度、核定覆判權等，均與一般司法有別，其主要目的在於貫徹統帥權之行使。這是我國對於軍事審判權的傳統見解。

（2）司法權限說：本說認為，憲法第 9 條，主要只在排除人民受軍事審判，並不具有將軍事審判排除於司法之外之意旨。因此，軍事審判權仍為憲法第 77 條司法權之權限。尤其，憲法第 9 條置於「人民的權利義務」章中，足見其性質只在保障人民之權利，而非屬機關組織權限之規定，不能將之作為軍事審判權非屬司法權限的憲法根據。依法治國原則，為保障軍人的生命及人身自由，軍事審判亦應納入國家司法系統。

（3）折衷說：亦有學者認為，軍事審判權雖為刑事程序之一種，但現役軍人的身分特殊，為維護軍紀，兩者仍應有所區別，故軍事審判權應屬置於統帥權下的特殊司法作用。

2、然而 86 年司法院大法官作出釋字第 436 號解釋，認為：「……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。……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……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。」因此早期學界雖然對於軍事審判權的性質有所爭議，但民國 86 年大法官釋字第 436 號解釋文，已明確將軍事審判權定義為司法權的性質，正式脫離統帥權說。該則解釋，應可認為我國軍事審判權乃是採「司法權限」說，亦即軍事審判機關所行使者，係具司法權性質之審判權；且軍事審判官須依憲法第 80 條司法權建制之憲政原理，依據法律獨立審判，不受任何干涉。

（二）軍事審判官依據釋字第 392 號、第 601 號解釋，亦屬憲法上之法官，應無疑義：

1、另參諸司法院大法官釋字第 392 號解釋理由書謂：「……法院係職司審判之機關，有廣狹兩義，狹義之法院乃指對於具體案件由獨任或數人合議以實行審判事務，即行使審判權之機關……狹義之法院原則上係限於具有司法審判權者，亦即從事前述狹義司法之審判權而具備司法獨立（審判獨立）之內涵者，始屬當之；而其在此一意義之法院行使審判權之人即為法官」。故憲法第 80 條與第 81 條之法官即指：「於具體案件由獨任或數人合議行使審判權之法院，行使審判權並超出黨派，依據法律獨立審判，不受任何干涉之法官」。

2、另依據司法院大法官釋字第 601 號解釋理由書謂：「……大法官為具體實現人民訴訟權、保障其憲法或法律上之權利，並維護憲政秩序，而依人民或政府機關聲請就個案所涉之憲法爭議或疑義作成終局之判斷，其解釋並有拘束全國各機關與人民之效力，屬國家裁判性之作用，乃司法權之核心領域，故與一般法官相同，均為憲法上之法官，……法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文。……雖未直接涉及個案之事實認定，惟亦同為個案審判之一環，至為明顯。至憲法第七十九條第二項及憲法增修條文第五條第四項明定，司法院大法官具有憲法與法令之最終解釋權，則僅為制度上不同法院間之職務分工，於大法官及法官均係被動依法定程序對個案之憲法、法律或事實上爭議，獨立、中立作成終局性、權威性之憲法或法之宣告之本質，則無二致，故同屬行使司法權之憲法上法官。」即依上開解釋，大法官所掌管者，雖非直接涉及具體個案事實之認定，但此乃基於「不同法院間之職務分工」，而所作成之解釋仍屬於「國家裁判性之作用」，其身分亦屬憲法上所稱之「法官」。基於舉輕以明重之法理，軍法官雖非屬行政法院或普通法院體系，而屬軍事法院體系，但此乃基於不同法院之分工。且軍法官所職司者，亦為刑事案件之「具體個案審判」（與普通法院之刑事審判實無二致），性質上，更加屬於「國家裁判性質」之作用，更應該是憲法上所稱之法官，而其身分更應受到憲法之保障。

3、因此：

（1）綜前所述可知，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 77 條、第 80 條法官依據法律獨立審判，不受任何干涉等有關司法權建制之憲政原理。故可得知下列結論（一）軍事審判機關係行使審判權之機關。（二）軍事審判機關係對於具體個案之案件由獨任或數人合議行使審判權之法院。（三）軍事審判官須依憲法第 80 條司法權建制之憲政原理，依據法律獨立審判，不受任何干涉。

- (2) 因此軍事審判官並不因形式上名稱非法官，而影響其憲法第 80 條與第 81 條之法官地位，因為舊刑事訴訟法與民事訴訟法將法官稱為推事，但推事仍為憲法上法官，且公務員懲戒委員會之委員亦為憲法上法官；而大法官亦屬憲法上之「法官」。
- (3) 再者，軍事審判官亦不因現行建制隸屬於行政院國防部下而影響其憲法上第 80 條與第 81 條之法官地位，因為民國 69 年以前，行政院司法行政部時代，高等法院以下各級高等法院、地方法院之法官當時亦隸屬於行政院司法行政部，而非現今之司法院，但仍不影響其憲法上第 80 條與第 81 條之法官地位，換言之，是否為憲法上第 80 條與第 81 條之法官，其判斷標準應該是以所從事之業務本質，是否為審判權；是否屬於對於具體個案審判，且是否依據法律獨立審判，不受任何干涉。凡符合上述要件不論名稱，隸屬建制為何，均應為憲法第 80 條、第 81 條之法官。
- (4) 由上述可知，軍事審判官不但是憲法第 80 條超出黨派，依據法律獨立審判之法官，更是憲法第 81 條，具終身職，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、轉任或減俸之法官。
- (5) 軍法官應適用法官法（即現行為「司法人員人事條例」），或至少服役條例應列專章規範軍法官身分保障。因軍法官與一般軍官所從事之工作不同，依法應為差別待遇之事項，立法者有予以差別待遇之義務，立法延宕之不利利益，亦不應由無立法權之適用法規人員（軍法官）承擔。

4、憲法第 81 條規定乃對於法官身分保障之「憲法保留」規定，縱令立法機關亦不得立法加以擴張、變更，軍事審判法第 12 條僅以「非依法律不得免職」，讓立法者得以一般法律為據（不限於受刑事、懲戒處分或禁治產宣告），而將軍事審判官予以免職，顯然抵觸憲法第 81 條關於法官身分保障之規定：

- (1) 按憲法第 81 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……」。
- (2) 再按「……憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書）……」司法院大法官釋字第 443 號解釋理由書參照。
- (3) 準此以解，軍事審判官既然亦為憲法上所稱之「法官」，應有憲法第 81 條身分保障之適用，即除非有受「刑事處分」、「懲戒處分」或「禁治產宣告」等三種理由，否則不能予以解職，即便立法機關制定法律，增加憲法所無之解職事由，當屬違憲。而軍事審判法第 12 條僅以「非依法律，不得免職」，讓立法者得以一般法律為據（不限於受刑事、懲戒處分或禁治產宣告），而將軍事審判官予以免職，顯然抵觸憲法第 81 條關於法官身分保障之規定。

5、有關服役條例第 17 條及服役規則第 7 條、第 11 條規定部分：

- (1) 被告機關與終局判決所援引聲請人解職另依據「服役條例」及「服役規則」等相關規定，該等規定亦屬違反憲法第 23 條法律保留原則及憲法第

81 條規定：

A. 雖「服役條例」第 17 條規定：「常備軍官、常備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿……者，予以解除召集。」而服役期限依據「服役規則」第 7 條規定：「預備役軍官、士官、士兵志願入營，服役期限以三年為一期。前項人員服役期滿志願繼續服現役者，依本規則志願留營之規定辦理。」即依前揭法令，服役期限以三年為一期，期滿後應再申請繼續留營，否則即解除召集。

B. 前揭規定如用以規範一般軍士官兵，固無不妥。但用以規範「軍法官」則屬違憲：

a. 「服役規則」第 11 條之規定，在毫無授權依據下，直接將軍法官之任免程序準用該規則之規定，違反憲法第 23 條「法律保留原則」：

被告機關原處分乃依據「服役規則」第 11 條規定，而加以適用「服役條例」及「服役規則」。該規則第 11 條規定：「經考試院特種考試及格人員，志願入營服役期限，依第七條辦理。」第 7 條規定：「後備役軍官、士官志願入營，服役期限，以三年為一期。……」然查，「服役規則」乃依據「服役條例」第 13 條及第 19 條授權訂定，用以規範一般軍士官兵之服役程序，根本不適用於「軍法官」。乃「服役規則」竟在法律毫無另行授權之情形下，直接將「軍法官」（即特種考試及格人員）也納入其規範對象，顯然違背「法律保留原則」，增加軍事審判法所無之限制。

b. 而服役條例及服役規則之相關規定，將使憲法對於軍法官之身分保障形同具文，而牴觸憲法第 81 條法官終身職之規定：

如前所述，憲法第 81 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。

「服役條例」及「服役規則」規定於適用之後，軍法官應於三年期滿後，申請留營獲准後，始得續任軍法官，否則即予免職，造成違背憲法第 81 條：

憲法第 81 條規定，法官為終身職，非受「刑事處分」、「懲戒處分」及「禁治產宣告」不得免職。而申請留營與否，並非前揭得將法官予以免職的三個原因之一，如軍事審判法第 12 條規定，只要其他法律規定免職事由，例如「服役條例」及「服役規則」之相關規定將「未申請留營」作為免職理由，顯然增加憲法第 81 條所無之限制，而與憲法第 81 條相牴觸。

(2) 將「服役條例」及「服役規則」等相關規定適用於軍法官，整體而言，亦違背憲法第 81 條及大法官釋字第 436 號解釋揭櫫「從事軍事審判之公務員其身分亦應受保障」之意旨，謹將各種背景因素、造成之後果、影響，再陳如下：

A. 大法官釋字第 436 號解釋略以「……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……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……

- …」。而身分保障之目的，在保障其身分及工作權等，俾保障審判之獨立，使軍事審判能達到本號解釋「符合正當法律程序之最低要求」之意旨。
- B. 查一般公務員通過國家考試，依法任用後，人事管理悉依各項公務員法，未依法受懲處、懲戒，致遭撤職者，均可依個人意願繼續任職至 65 歲。而憲法上的「法官」，更有終身職之保障，得予免職之事由，更加嚴格（限於受刑事處分、懲戒處分或禁治產宣告才可免職）。
- C. 以現行制度而論，將軍法官以「服役條例」及「服役規則」加以適用，因「服役條例」第 6 條第 1 項規定，自初任官起，服役屆滿 15 年仍為上尉、屆滿 20 年仍為少校、屆滿 24 年仍為中校及屆滿 28 年仍為上校，即須退伍，除造成階級差異而有服役年限之不同之外，如因軍事編制職缺無法配合，則無異使軍法官提早去職，與憲法第 81 條所規定之法官為終身職，及軍法官身分保障，均有所未合。
- D. 況聲請人乃通過考試院舉辦之「特種考試軍法官考試」，依「特種考試軍法官考試規則」第 2 條之規定（證物 2），取得國家考試三等考試，相當於高等考試三級考試之任用資格，與一般志願役軍官之任用基準應有區別，不應等同適用。
- E. 再依「服役條例」第 7 條規定，軍校畢業、受過常備軍官教育者，服常備軍官役；次依同條例第 15 條第 2 款規定，常備軍官自軍校畢業後，可服役至本階最大服役年限。依目前實況，國防大學管理學院法律系（78 年以前為政治作戰學校法律系）畢業之公費生，於畢業任官後取得軍法官資格者，不問是否準時晉升，於服役期間未陳報志願退伍者，大多均可晉升至中校（僅極少數未獲晉升），亦即軍校法律系畢業之志願役軍官，在現役中考取軍法官者，大多均可服役 20 至 24 年；再依同條例第 23 條第 2 款之規定，服現役 20 年以上，或服現役 15 年以上年滿 60 歲者，即可自由選擇按月支領退休俸或一次退伍金，於其工作權及退休，至少尚有基本保障。
- F. 而反觀聲請人於 73 年 11 月 3 日自國防管理學院二年制專科班企管科畢業，以少尉任官，分發部隊服務，至 83 年 11 月 2 日止，共服役 10 年，服滿投考軍校時所規定之役期後，以上尉軍階辦理退伍。依被告機關之見解，聲請人擔任軍法官如須軍職任用，且須適用「服役條例」第 6 條之規定以觀，於回任軍職後，5 年內仍為上尉階、10 年內仍為少校階、14 年內仍為中校階或 18 年內仍為上校階，即須辦理退伍（即以本階之最大服役年限減去 73 年至 83 年間已服役之 10 年）（「服役條例」之施行細則第 3 條參照）。是以聲請人遭解職前之軍階為少校，已入營 3 年，若將來均未獲晉升，僅能再服務 7 年，即使蒙長官眷顧順利晉升至上校，至多只能再服務 15 年。之後也只能去職，此根本與憲法所規定之身分保障有所抵觸。
- G. 聲請人所爭取者，並非階級高低，而係既已取得軍法官及格證書，具備高考資格，如被告機關強加適用前揭法令，將因階級高低而有服務年限之不同，顯與憲法第 81 條、大法官釋字第 436 號解釋所揭櫫之「軍法官身分保障」未合。

H. 末查，依據上開二法令，非現役軍人之軍法官錄取人員，首次 3 年任期屆至時，尚須以申請志願留營方式陳核，接受第 2 次准許任職之審查，且依「服役規則」第 5 條第 2 項第 1 款之規定，編階中將以上單位主官對陳報志願留營申請案有核定權，係實質審查，有權准駁其志願留營之申請。姑不論是否准許繼續留營，此「二度審查」之規定，亦在在與憲法第 81 條、大法官釋字第 436 號解釋所揭示之軍法官身分保障未合。

(3) 將「服役條例」及「服役規則」等法令強加適用於軍法官，將造成任期因其報考時身分之差異，而有服役年限長短之差別，係不具法律上正當事由之差別待遇，違反憲法第 7 條平等原則及人民應考試服公職之權利：

A. 就同樣是軍法官而言：

a. 民國 90 年軍法官考試，係 88 年新軍事審判法施行，設立地區軍事院檢，並直接隸屬國防部後，首次對外招考，經筆試、口試及實務訓練合格者，共錄取 22 位。以非現役軍人身分考取者 8 位，軍人身分考取者 14 位。

b. 具軍人身分之錄取者，係軍校畢業，依「服役條例」第 7 條規定，可服役至本階最大年限，已如前述。

c. 8 位非現役軍人之錄取者，再入營期限已於 94 年 3 月 31 日屆至，有 7 位已陳報志願留營，並經被告機關分別核定 1 年至 3 年不等之任期。且前揭 7 位均未獲被告機關予以常備軍官任用，即其續簽之 1 至 3 年期限屆至後，仍須再陳報志願留營，與具現役軍人身分考上軍法官者，身分保障相去千里。此乃不具法律上正當事由之差別待遇，違反憲法第 7 條平等原則，並侵害聲請人依據憲法第 18 條之服公職權益甚明。

B. 與其他公務員或法官比較而言，以目前制度，軍法官之保障遠不如一般公務員，更遑論與一般法官之保障相去甚遠，詳言之：

a. 法官之退休，依據司法人員人事條例第 40 條規定：「實任司法官任職十五年以上年滿七十歲者，應停止辦理案件，從事研究工作；滿六十五歲者，得減少辦理案件。實任司法官任職十五年以上年滿六十五歲，身體衰弱，不能勝任職務者，停止辦理案件。停止辦理案件司法官，仍為現職司法官，支領司法官之給與，並得依公務人員退休法及公務人員撫卹法辦理退休及撫卹。但不計入該機關所定員額之內。」即法官依法為終身職，若要退休，做到 70 歲也可辦理退休。

b. 一般公務員之退休，依據公務人員退休法第 4 條規定：「公務人員有左列情形之一者，應准其自願退休：一、任職五年以上年滿六十歲者。二、任職滿二十五年者。」即一般公務員也可工作至 60 歲，然後辦理退休。

c. 而軍法官職務，則視軍階等級而有不同：將軍法官以「服役條例」及「服役規則」加以適用，因「服役條例」第 6 條第 1 項規定，自初任官起，服役屆滿 15 年仍為上尉、屆滿 20 年仍為少校、屆滿 24 年仍為中校及屆滿 28 年仍為上校，即須退伍，除造成階級差異而有服役年限之不同之外，如因軍事編制職缺無法配合，則無異使軍

法官提早去職。以聲請人為例。聲請人於 73 年 11 月 3 日自國防管理學院二年制專科班企管科畢業，以少尉任官，分發部隊服務，至 83 年 11 月 2 日止，共服役 10 年，服滿投考軍校時所規定之役期後，以上尉軍階辦理退伍。依被告機關之見解，聲請人擔任軍法官如須軍職任用，且須適用「服役條例」第 6 條之規定以觀，於回任軍職後，5 年內仍為上尉階、10 年內仍為少校階、14 年內仍為中校階或 18 年內仍為上校階，即須辦理退伍（即以本階之最大服役年限減去 73 年至 83 年間已服役之 10 年）（「服役條例」之施行細則第三條參照）。是以聲請人遭解職前之軍階為少校，已入營 3 年，若將來均未獲晉升，僅能再服務 7 年，即使蒙長官眷顧順利晉升至上校，至多只能再服務 15 年。之後也只能去職，保障遠不如一般公務員，更遑論一般法官。

d.再者，「陸海空軍刑法」第七十六條（一般刑案，例如殺人、傷害、偽造文書、貪瀆）、第七十七條（毒品案件），是目前軍審案件的大宗。上開罪刑與一般刑法之規定完全相同，適用之程序法規（刑事訴訟法）是一樣的。因此，軍法官（軍事審判官）在這些案件中，扮演之中立審判者角色，與一般刑事庭之法官並無二致，有何正當理由予以身分保障上差別待遇。如軍法官都無法有身分保障，如何保障被告能享有正當法律程式及受法官依法獨立審判的機會。

（4）另服役條例及服役規則等規定，亦有牴觸憲法之信賴保護原則。聲請人依應考時有效存在之考試法規，即考試院 89 年 7 月 14 日修頒之「特種考試軍法官考試規則」（證物 12 參照），通過軍法官考試之筆試、口試與實務訓練，取得軍法官證書，因此，聲請人之信賴利益應受保護：

A.按「……『信賴保護原則』攸關憲法上人民權利之保障，任何行政法規皆不能預期其永久實施，受規範對象須已在因法規施行而產生信賴基礎之存續期間，對構成信賴要件之事實，有客觀上具體表現之行爲，始受信賴之保護……」司法院大法官釋字第 525 號解釋著有明文。

B.查聲請人於 90 年 10 月參加軍法官考試時，應考當時有效存在之考試法規，為考試院 89 年 7 月 14 日修頒之「特種考試軍法官考試規則」（證物 12 參照），該規則係依「軍事審判法」第 11 條授權訂定時，考試屬性仍為「特種考試」、「國家考試」。聲請人乃符合「A. 年齡 45 歲以下（38 足歲又 11 個月）、B. 受過軍官基礎教育及 C. 大學法律系畢業（聲請人於 84 年 8 月插班考上台大法律系二年級，87 年 6 月畢業）」等 3 項資格，通過本考試規則第 3 條之報名資格審查而應考。

C.準此，「特種考試軍法官考試規則」雖於 92 年 6 月 27 日、93 年 1 月 29 日二次修正，更名為「軍法官考試規則」，取消本考試原為「特種考試」及「國家考試」之屬性，且改為考試及格人員僅取得軍法官任用資格，並未取得高等考試三級之任用資格，亦不得轉任文職。但依前揭大法官釋字第 525 號解釋之意旨，聲請人基於應考時之法規所產生之信賴應受保護，聲請人之信賴基礎則係考試院 89 年 7 月 14 日修頒之「特種考試軍法官考試規則」之規定，此係應考當時仍有效施行

之法規；聲請人客觀上具體表現之行爲，則係報名應考，並通過筆試、口試及實務訓練，取得考試院核發之軍法官證書，與高等考試三級之任用資格。是聲請人對應考當時有效存在之「特種考試軍法官考試規則」規範內容之信賴而應考，並取得相關任職資格之工作權、服公職之權利，均應受保護。

D. 雖依「服役規則」第 2 條、第 6 條之規定，備役軍官申請志願再入營，須符合「A. 上尉軍階以下、B. 退伍 3 年以內及 C. 35 歲以下」等 3 項要件，始可提出申請，已如前述。而 91 年 3 月 31 日赴國防管理學院報到參加軍法官實務訓練受訓之 22 位錄取同學中，8 位非現役軍人錄取者，包含聲請人在內之 3 位，並不符合前揭 3 項要件，依法對其志願再入營之申請，應不予准許。但聲請人等 3 人，仍獲被告機關核准再入營，此應認爲係被告機關對聲請人等不具軍人身分、且退伍三年以上、年齡超過 35 歲之考生依「特種考試軍法官考試規則」規範之信賴利益保護之權宜措施。

(5) 既然聲請人等不具軍人身分、且退伍三年以上、年齡超過 35 歲之考生經被告機關准予再入營，並以軍職任用，係信賴利益保護之權宜措施，已非適用「服役條例」及其所授權訂定之「服役規則」第 2 條、第 6 條之規定，對於聲請人而言，先是准予入營，後又准予任職，一而再，再而三的造成聲請人的信賴（對於不適用上開二法規之信賴）。爲何被告機關又命聲請人等非現役軍人之軍法官錄取人員於 3 年入營期限屆至後，必須簽具志願留營以符合「服役規則」之規定？甚至在聲請人不予就範之情形下，將聲請人免職，除了不符大法官釋字第 436 號所揭示軍法官身分保障之意旨外，也有違釋字第 525 號解釋之信賴保護原則。

三、（第二案）被告機關否准將聲請人以文職軍事審判官任用，終局判決所適用之法令，包含軍事審判法第 23 條、第 24 條等規定及特種考試軍法官考試規則第 9 條（即目前軍法官考試規則第 8 條）等規定，違反憲法第 77 條、80 條、81 條、85 條、86 條、140 條暨相關大法官解釋意旨（大法官釋字第 392 號解釋、第 443 號解釋、第 436 號解釋、第 525 號解釋、第 555 號解釋、第 601 號解釋）：

（一）軍事審判法第 23 條將各級軍事法院設於國防部之下，有牴觸憲法第 77 條及大法官釋字第 392 號解釋、第 436 號解釋、第 601 號解釋所揭示之司法權建制原則：

1、憲法第 77 條規定：「司法院爲國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」而大法官釋字第 436 號解釋亦認爲「……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……」。另大法官釋字第 392 號及第 601 號解釋，亦同此旨。即軍事審判制度亦應歸屬於執掌司法權之司法院底下而非行政權。

2、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。上開憲法第 77 條明白規定司法院爲最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判，另有大法官

釋字第 392、436 及 601 號解釋可供參考；而現行之軍事審判法第 23 條規定，雖於 88 年修正通過全文，但第 23 條規定，仍將各級軍事法院設立於國防部下。而國防部隸屬行政院為行政部門，但軍事審判其本質乃為刑事審判，應由司法機關掌理，縱使 88 年修法後，現今卻仍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 77 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) 軍事審判法第 24 條有關擔任軍事審判之人員規定，容許軍職人員（現役軍人）擔任審判職務，並以此項規定強制經公務人員考試及格之軍法官，擔任武職，均有牴觸憲法第 80 條（獨立審判）、第 81 條（終身職）、第 85、86 條（文官考試及格）及第 140 條（軍人不得兼任文官）暨大法官釋字第 525 號解釋之疑義：

- 1、依據軍事審判法第 24 條規定：「地方軍事法院及其分院審判案件，以審判官一人獨任或三人合議行之。高等軍事法院及其分院審判案件，以審判官三人合議行之，其上校以上或簡任審判官不得少於二人。最高軍事法院審判案件，以上校以上或簡任審判官五人合議行之。」，而民國 88 年新修正上開軍事審判法第 24 條規定之立法目的，係被告機關於「軍事審判法修正草案」送立法院審議時，向立法者爭取軍法官應軍職及文職併用，其用意在對外開放非現役軍人參加應考，俾廣徵才，為國所用，乃妥協之結果，仍有違憲之嫌。而一方面，依據大法官釋字第 436 號解釋之解釋文亦指出：「……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……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……」，明文承認軍法官之建制不得違背憲法有關司法權建制之憲政原理，且為貫徹審判獨立，軍法官亦應有身分保障。
- 2、軍法官應以文職任用始能符合憲法關於司法權建制之基本原則（即審判獨立，而審判獨立以軍法官之身分保障為前提，若無身分保障，無法達成審判獨立之目的）：
 - (1) 蓋如依據被告機關目前之方式將原告以軍職任用，則必須適用「陸海空軍軍官士官服役條例」（以下簡稱「服役條例」）及「陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則」（以下簡稱「服役規則」）等相關規定。
 - (2) 而依據「服役條例」第 17 條規定：「常備軍官、常備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿……者，予以解除召集。」，而服役期限依據「服役規則」第 11 條準用第 7 條規定：「預備役軍官、士官、士兵志願入營，服役期限以三年為一期。前項人員服役期滿志願繼續服現役者，依本規則志願留營之規定辦理。」即依前揭法令，服役期限以三年為一期，期滿後應再申請繼續留營，審核獲准後，才可續任三年，否則即解

除召集，有違身分保障之要求。而原告等軍法官錄取人員首次 3 年任期屆至時，尚須以申請志願留營方式呈核，接受第 2 次准許任職之審查，且依「陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則」第 5 條第 2 項第 1 款之規定，編階中將以上單位主官對呈報志願留營申請案有核定權，係實質審查，有權准駁其志願留營之申請。姑不論是否准許繼續留營，此「二度審查」之規定，亦與大法官釋字第 436 號解釋、憲法第 81 條所揭示之軍法官身分保障未合。原告即因未簽具志願留營申請書，而遭違法解職，已另案提出行政訴訟。

(3) 另如以軍職任用者，因軍官依據各種軍階之不同，而有服役年限之差異，未獲晉升，可能中途因此遭命令退伍之處分，亦無法達成身分保障之要求：

- A. 查志願役軍官服役期間之人事管理悉依「陸海空軍軍官士官任職條例」及「陸海空軍軍官士官服役條例」之規定，「服役條例」第 6 條第 1 項規定，自初任官起，服役屆滿 15 年仍為上尉、屆滿 20 年仍為少校、屆滿 24 年仍為中校及屆滿 28 年仍為上校，即須退伍，因其階級差異而有服役年限之不同，此應係兼顧部隊特性而訂，適用對象應為一般軍士官。
- B. 而原告係通過考試院舉辦之「特種考試軍法官考試」，依「特種考試軍法官考試規則」第 2 條之規定，取得國家考試三等考試，相當於高等考試三級考試之任用資格，與一般志願役軍官之任用基準應有區別。如以一般通過三等考試之公務員而論，依法任用後，人事管理悉依各項公務員法，未依法受懲處、懲戒，致遭撤職者，均可依個人意願繼續任職至 65 歲。
- C. 但如以被告將原告以軍職任用為例，並適用上開服役條例，將產生下述後果。原告於 73 年 11 月 3 日自國防管理學院二年制專科班企管科畢業，以少尉任官，分發部隊服務，至 83 年 11 月 2 日止，共服役 10 年，服滿投考軍校時所規定之役期後，以上尉軍階辦理退伍。如擔任軍法官必須軍職任用，且須適用「陸海空軍軍官士官服役條例」第 6 條之規定以觀，原告回任軍職後，5 年內仍為上尉階、10 年內仍為少校階、14 年內仍為中校階或 18 年內仍為上校階，即須辦理退伍（即以本階之最大服役年限減去 73 年至 83 年間已服役之 10 年，此係「陸海空軍軍官士官服役條例施行細則」第 3 條之規定），是以原告現階少校，已入營 3 年，若將來均未獲晉升，僅能再服務 7 年，即使蒙長官眷顧順利晉升至上校，至多只能再服務 15 年。連一般公務員之身分保障都不如，遑論憲法及軍事審判法所規定之終身職保障。
- D. 原告所爭取者，並非階級高低，而係原告既已取得軍法官及格證書，具備高考三等資格，卻因被告以軍職任用，造成階級高低而有服務年限之不同，此與大法官釋字第 436 號解釋、憲法第 81 條等所揭示之軍法官身分保障明顯未合。

(4) 綜上所述，憲法第 81 條規定軍法官之身分保障。憲法第 81 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。假若依據「服役條例」及「服役規則」規定軍法官應於三年期滿後，申請留營獲

准後，始得續任軍法官，否則即予免職，無異讓被告機關每三年均得審核軍法官是否得以留任，與前揭「身分保障」之意旨，即有未符。或者，依據前揭法令，軍官士官本身受到各種軍階之限制，可能將中途遭命令退伍，亦無法達成身分保障之要求。

- (5) 然一般軍官士官並無身分保障，服役條例與服役規則用以規範一般軍官士官，應屬合理，並無違憲問題，因此，也無庸逕行宣告服役條例等規定違憲。但如以服役條例等規定規範軍法官，恐有違憲法對於法官終身職之身分保障要求。因此，軍法官應非軍官職（軍職），而應以文職任用，就不會產生軍法官適用服役條例等規定，而造成違憲之結果。

3、另軍法官依據公務人員考試法考試及格，而公務人員僅指文職，不含軍職，而依公務人員考試法所定各種考試及格者，即應依據公務人員任用法所定各項職等任用，此乃由現行公務人員法制可得出之當然解釋。如依據軍事審判法第 24 條規定，軍法官以武職編裝，亦與憲法第 85 條、86 條、140 條規定牴觸：

- (1) 公務人員僅指文職，不含軍職：

A. 文官與武官（軍職）在我國憲法制度上之區分有其依據，此觀憲法第 140 條規定：「現役軍人不得兼任文官」，即可清楚得知。因此，文職與軍職之區別，其來有自。而常業文官體系乃現代憲政主義國家所普遍採用，由前述軍人不得兼任文官亦可窺知一二。

B. 另按「公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度」，「左列資格，應經考試院依法考選銓定之：一、公務人員任用資格。……」憲法第 85 條及第 86 條分別著有明文。

C. 而前開法條所稱「公務人員」，僅指「文官」，不包含「武職」人員，此觀司法院大法官釋字第 555 號解釋謂：「……依憲法第八十六條及公務人員任用法規定觀之，稱公務人員者，係指依法考選銓定取得任用資格，並在法定機關擔任有職稱及官等之人員。是公務人員在現行公務員法制上，乃指常業文官而言，不含武職人員在內」可知。

D. 由上可知，經公務人員考試法所定各種考試所考取及格之人員，均屬文職公務人員，何能以軍職任用，而不以文職派任。

- (2) 依公務人員考試法所定各種考試及格者，即應依據公務人員任用法所定各項「文職」職等任用：

A. 按「公務人員之任用，依本法以考試定其資格。」「公務人員之考試，分高等考試、普通考試、初等考試三等。高等考試按學歷分為一、二、三級。為因應特殊性質機關之需要及照顧身心障礙者、原住民族之就業權益，得比照前項考試之等級舉行一、二、三、四、五等之特種考試，除本法另有規定者外，及格人員於六年內不得轉調申請舉辦特種考試機關及其所屬機關以外之機關任職。」公務人員考試法第 1 條及第 3 條第 1、2 項分別定有明文。即第 3 條第 2 項所定特種考試，亦屬公務人員考試之一種。

B. 次按「考試及格人員之任用，依左列規定：

……三、高等考試之三級考試或特種考試之三等考試及格者，取得薦任第六職等任用資格。」「公務人員各等級考試正額錄取，經訓練期

滿成績及格者，應由分發機關分發各有關機關任用；……」公務人員任用法第 13 條及第 12 條亦有明揭。即分發機關對於考試及格人員應依據公務人員任用法之任用職等規定予以分發任用。

(3) 本件聲請人於民國 90 年年底通過軍法官考試，經實務訓練後，公務人員保障暨培訓委員會核定於 91 年 9 月 27 日受訓期滿成績及格，並取得考試院三等考試及格證書（原審呈案原證二號）。依前揭規定，上訴人應已取得薦任第六職等之任用資格，而被上訴人依法應依據上開資格予以任用，始符合前揭法令規定，詎被上訴人竟將上訴人以軍職任用，顯然違背憲法關於公務人員之文官制度建制及各該公務人員法令之規定。

(4) 既然民國 90 年間所舉辦之軍法官考試乃依公務人員考試法所舉辦之特種考試（此觀呈案軍法官考試規則及簡章即知），當然有各該公務人員考試法及公務人員任用法之適用，再參以大法官釋字第 555 號解釋明白揭示所謂公務人員，在現行法律體系下係指文職公務員，不含軍職，更可證明原審判決前揭論斷，顯有不適用各該法令之違法。

(三) 特種考試軍法官考試規則第 9 條（即現行軍法官考試規則第 8 條）規定，軍法官應辦妥志願入營手續，始得訓練並接受分發，除逾越授權母法即軍事審判法第 11 條及公務人員考試法第 3 條之外，亦與憲法第 23 條、第 85 條、第 86 條、第 140 條與大法官釋字第 555 號解釋揭示之文官體系原則相牴觸：

- 1、該考試規則第 1 條明揭該考試規則乃依據「公務人員考試法」第 3 條及「軍事審判法」第 11 條授權訂定。
- 2、而依據公務人員考試法所考取任用之公務員均屬文職，並無規定考取後得以軍職任用之規定，明顯可知；次依「公務人員考試法」第 3 條第 2 項之規定，因應特殊性質機關之需要，所舉辦之考試，須特考特用，及格人員於 6 年內不得轉調申請舉辦特種考試機關及其所屬機關以外之機關任職；再依考試院 93 年 1 月 29 日修頒「軍法官考試規則」第 9 條之規定「（第 2 項）中華民國 91 年 12 月 31 日以前，經軍法官考試及格人員，依當時考試規則適用『依法考試及格人員考試類科適用職系對照表』取得各適用職系任用資格者，依原考試規則之規定辦理（軍法官考試及格得擔任法制、一般行政、人事行政及司法行政之文官職缺）。（第 3 項）中華民國 85 年 9 月 16 日至 91 年 12 月 31 日間經軍法官考試及格受特考特用永久限制轉調人員，於考試錄取訓練期滿成績及格取得考試及格資格之日起實際任職滿 6 年後，得轉調國防部及其所屬機關以外機關任職。」是依本條之規定，亦絕無法推論軍法官是否必須軍職任用（但必須受特考特用之限制），應無疑義。軍法官考試錄取人員應於國防部及其所屬機關實際任職滿 6 年，始得申請轉調國防部以外機關服務。
- 3、而軍事審判法第 11 條亦僅規定軍法官考試由考試院舉辦，亦無任何軍法官應以軍職任用之規定。
- 4、足見，考試規則之母法即公務人員考試法第 3 條及軍事審判法第 11 條，該母法均無意圖將軍法官只以軍職任用，而限制以文職任用，而被告機關以該次考試規則第 9 條規定作為將原告以軍職任用之法源依據，明顯牴觸憲法第 23 條規定。

(四) 綜上所述，請大法官將軍事審判法第 12 條、第 23 條、第 24 條及服役條例第 17 條及服役規則第 7 條、第 11 條、特種考試軍法官考試規則第 9 條（即目前軍法官考試規則第 8 條）等規定宣告為無效，以維聲請人權益。

謹 狀

司 法 院 公 鑒

證物：

證物 1：軍法官錄取通知書影本乙份。

證物 2：軍法官證書影本乙份。

證物 3：國防部陸軍總司令部 94 年 3 月 11 日鄭樸字第 0940004527 號函影本乙份。

證物 4：國防部 94 年決字第 101 號訴願決定書影本乙份。

證物 5：臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號判決影本乙份。

證物 6：最高行政法院 97 年度判字第 303 號判決影本乙份。

證物 7：國防部軍法司 93 年 12 月 13 日法治字第 0930004012 號函影本乙份。

證物 8：國防部人力司 94 年 1 月 12 日陸隣字第 0940000146 號函影本乙份。

證物 9：行政院院臺訴字第 0940088543 號訴願決定影本乙份。

證物 10：臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3084 號判決影本乙份。

證物 11：最高行政法院 96 年度裁字第 3189 號裁定影本乙份。

證物 12：考試院 89 年 7 月 14 日修頒之「特種考試軍法官考試規則」影本乙份。

具狀人：陳 ○ 呈

代理人：王 泓 鑫 律師

中 華 民 國 99 年 5 月 20 日

(附件六)

最高行政法院判決

97 年度判字第 00303 號

上 訴 人 陳 ○ 呈

被 上 訴 人 國防部陸軍司令部

代 表 人 趙 世 璋

被 上 訴 人 國 防 部

代 表 人 蔡 明 憲

上列當事人間有關國防事務事件，上訴人對於中華民國 95 年 6 月 22 日臺北高等行政法院 94 年度訴字第 2897 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、本件上訴人於民國 73 年 11 月 3 日初任少尉，於 83 年 11 月 2 日退伍，因參加 90 年特種軍法官甄試獲選，於 91 年 3 月 31 日奉准再入營，至 94 年 3 月 30 日屆滿 3 年。因上訴人於服役期限屆滿前，並未主動申請志願留營，且親自填具志願役軍官、士官及士兵支領退除給與申請書，故被上訴人國防部陸軍司令部（下稱陸軍司令部）遂以 94 年 3 月 11 日鄭樸字第

0940004527 號函（即原處分），核定上訴人自 94 年 3 月 31 日零時起解除召集。上訴人不服，遂循序提起本件行政訴訟。

二、上訴人起訴主張：上訴人於 73 年 11 月 3 日自國防管理學院二年制專科班企管科畢業，以少尉任官，至 83 年 11 月 2 日止，以上尉軍階辦理退伍；上訴人於 90 年底獲考試院舉辦之軍法官考試錄取，為取得考試及格證書，只得依 89 年 7 月 14 日修正頒訂之「特種考試軍法官考試規則」規定，辦理志願入營手續，於 91 年 3 月 31 日奉准再入營並回任軍職，因上訴人已獲任命為軍法官，依憲法之規定為終身職，其身分應受保障，且軍文職併用，故上訴人認無服役條例及服役規則所稱 3 年服役期限之適用，乃未申請繼續服現役，又因上訴人任職法院之院長及承辦人員一再告知申請退伍金與志願退伍分屬二事，始勉強於 93 年 12 月 31 日填具「支領退伍除役給與申請書」申請支領退伍金，惟查上訴人亦已於 94 年 10 月 27 日以存證信函撤銷上開申請之意思表示，詎被上訴人陸軍司令部仍違法於 94 年 3 月 11 日作成上訴人於 94 年 3 月 31 日零時起解除召集之原處分，為此對於被上訴人陸軍司令部提起撤銷訴訟，訴請撤銷訴願決定及原處分；另訴請被上訴人國防部應給付上訴人自 94 年 4 月 1 日起迄上訴人回復職務之日止，每月新臺幣（下同）6 萬 5,036 元計算之薪資，並應依上開期間計算按月撥給訴外人中央信託局 908 元及訴外人公務人員退休撫恤基金 2,451 元。

三、被上訴人則以：上訴人原係常備軍官，於 83 年 11 月 2 日辦理退伍，上訴人於 91 年 3 月 31 日再度應召服役，係以常備軍官預備役人員之身分，依陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）及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）之規定，依志願再服現役 3 年，且上訴人未於期滿前，申請繼續服現役並獲核准，依法自應於再服現役期滿之日起，予以解除召集，原處分並無違誤；又上訴人既已經解除召集，非屬國軍人員，被上訴人國防部自無發放薪餉等義務，求為判決駁回上訴人之訴等語，資為抗辯。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）按軍事審判法第 12 條第 1 項規定：「軍法官非依法律不得減俸、停職或免職，非得本人同意，不得調任軍法官以外職務。」又按陸海空軍軍官士官任職條例第 9 條第 1 款規定：「軍官、士官有左列情形之一者免職：一、奉准調職、退伍、除役或解除召集者。」由以上規定可知，軍職之軍法官經解除召集者係依法律免職之事由之一，與軍事審判法保障軍法官身分之規定無違，合先指明。（二）按服役條例第 13 條第 2、3 項規定：「常備軍官、常備士官預備役人員，得視軍事需要，依志願再服現役 1 年至 3 年，期滿仍依軍事需要及其志願繼續服現役。」、「前項人員志願入營甄選服役規則，由國防部定之。」第 17 條規定：「常備軍官、常備士官預備役，應召再服現役人員，於再服現役期滿或具有第 14 條第 1 項、第 15 條各款情形之一者，予以解除召集。」服役規則第 1 條規定：「本規則依陸海空軍軍官士官服役條例第 13 條、第 19 條規定訂定之。」第 7 條規定：「（第 1 項）後備役軍官、士官志願入營，服役期限，以 3 年為一期。但後備役常備軍官、常備士官再入營服現役期滿後，申請繼續服現役，經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡。（第 2 項）前項人員服役期滿志願繼續服現役者，依本規則志願留營之規定辦理。」第 5 條規定：「軍官、士官志願留營者，應於服現役期滿 3 個月前，向服役單位提出申請，由服役單位陳報權責長官核定

。」服役規則係由服役條例所授權訂定，服役規則第 7 條第 1 項所定之以 3 年為一期之服役期限，較諸母法第 13 條第 2 項依志願再服現役 1 年至 3 年之規定為寬鬆，並未增加母法所無之限制；再服役規則第 7 條第 1 項後段規定之再入營服現役期滿後，申請繼續服現役，經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡，依該規則志願留營之規定辦理，亦與母法第 13 條第 2 項末句之規定意旨相符，可資適用。又按 89 年 7 月 14 日修正發布之特種考試軍法官考試規則第 1 條規定：「本規則依公務人員考試法第 3 條及軍事審判法第 11 條規定訂定之。」第 8 條規定：「（第 1 項）考試錄取人員須經訓練，訓練期滿成績及格，送由公務人員保障暨培訓委員會核定，始完成考試程序，報請考試院發給考試及格證書，並函請行政院人事行政局轉請國防部分發任用。（第 2 項）前項訓練準用公務人員考試錄取人員訓練辦法之規定辦理。」第 9 條規定：「（第 1 項）本考試錄取備役人員自接獲錄取通知之日起，限二個月內向所隸團管區申請辦妥志願入營手續，再向國防部報到接受分配訓練，逾期未辦妥入營手續報到接受分配者，註銷受訓資格。（第 2 項）前項依規定辦妥志願入營手續，接受分配訓練之備役人員，經核定退訓或註銷受訓資格者，同時註銷其入營之志願。」服役規則第 9 條規定，係為配合特種考試軍法官考試錄取人員之訓練及分發任用而設，核均與母法無違，亦可適用。（三）查本件上訴人於 90 年底並非現役之常備軍官，其於接獲考試院舉辦之 90 年特種考試軍法官考試錄取通知後，向所隸苗栗縣後備司令部申請辦妥志願入營手續，於 91 年 3 月 31 日入營，嗣於 91 年 9 月 27 日訓練期滿成績及格，取得考試院考試及格證書等情。可見上訴人係依修正前特種考試軍法官考試規則第 9 條第 1 項、服役條例第 13 條第 2、3 項及服役規則第 9 條、第 7 條第 1 項前段之規定，申請志願入營；而上訴人既係常備軍官退伍後再依志願入營服役 3 年，是上訴人於再服現役 3 年期滿前，如未依軍事需要及其志願繼續服現役者，依服役條例第 17 條之規定，自應予以解除召集。又查本件上訴人亦未於服役期滿前提出志願留營之申請，是被上訴人陸軍司令部於上訴人 3 年服役期滿作成解除召集之原處分，於法自屬有據。（四）依前引服役條例第 13 條第 2 項後段及服役規則第 7 條第 1 項後段；第 2 項之規定，再入營服現役期滿，得依志願留營之規定，申請繼續服現役，其經核准者，得繼續服現役至最大年限或年齡，本件上訴人既未依法令而為繼續服現役之申請，則被上訴人陸軍總司令部於 3 年期滿後作成解除召集之原處分，於法自屬有據。綜上，原處分依服役條例第 17 條之規定對上訴人解除召集，並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合，上訴人訴請撤銷，為無理由，應予駁回；上訴人既因解除召集而免職，則上訴人猶訴請被上訴人國防部給付薪資等，於法無據，併予駁回等語。資為其判斷之論據。

五、本院按：憲法第 7 章有關司法之規定，係關於司法院重要組織及所屬人員原則性之規定，故憲法第 80 條、第 81 條所定之法官，係專指普通司法機關所屬之法官，不包括軍事審判機關之審判人員。司法院釋字第 436 號解釋亦明示軍事審判之建制，憲法未設明文規定，並進一步指出軍法官之身分保障應一併檢討改進。由此可知，軍法官之保障無法適用憲法第 81 條之規定，司法院上述解釋始有「軍法官之保障應檢討改進」之敘述。次查司法院釋字第 392 號解釋，係關於羈押權歸屬之解釋，又司法院釋字第 443 號解釋係關於人民居住遷徙自由之

保障暨法律保留原則之闡述，均與本案無涉，上訴人加以援引作為有利之佐證，自難認有理。另查司法院釋字第 601 號關於司法院大法官屬於憲法上法官之解釋，係因司法院大法官之法制，憲法第 79 條第 2 項定有明文，此與軍法官之法制在憲法上並無規定，二者不可同日而語，自難以該號解釋推論軍法官亦屬憲法上之法官。末查軍事審判法第 12 條第 1 項規定：「軍法官非依法律不得減俸、停職或免職，非得本人同意，不得調任軍法官以外職務。」，此係關於軍法官身分保障之規定，是依法律規定之法定要件，自得對軍法官予以解職。故原處分依服役條例第 17 條之規定對上訴人解除召集，於法尚無不合。況本件上訴人自承其提出申請退伍金並已領取退伍金，其身為執法之軍法官，自難諉稱不知領取退伍金之意義。上訴人既自願申請退伍，何能事後反悔而主張原處分違誤。從而原判決雖對上訴人主張其為憲法上法官而受終身保障乙節，未詳為敘明不採之理由，固稍有疏漏，惟原判決駁回上訴人之訴，並無不合。上訴意旨猶以：依憲法第 81 條、司法院大法官釋字第 392 號、第 443 號、第 436 號及第 601 號等解釋意旨可知，軍事審判官亦屬憲法所稱之「法官」，受有身分上之保障。原判決認被上訴人陸軍司令部得依服役條例第 17 條將上訴人解職，即有判決違背上揭憲法及司法院解釋之違誤等語，指摘原判決求為廢棄，為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 97 年 4 月 24 日
(本件聲請書其餘附件略)