

戰時軍事審判之研究^{*}

李 瑞 典^{**}

目 次

- 壹、前言
- 貳、我國戰時軍事審判法制
 - 一、我國戰時軍事審判沿革
 - 二、我國戰時軍事審判之現況
 - 三、相關研究及實務座談
 - 四、小結
- 參、戰時軍事審判的價值及法制原則
 - 一、戰時軍事審判的價值暨價值取向
 - 二、戰時軍事審判法制原則
 - 三、戰時軍事審判之特性
- 肆、戰時軍事審判之屬性及運作機制可能之規範體例
 - 一、戰時軍事審判之屬性
 - 二、戰時軍事審判運作機制可能之規範體例
 - 三、戰時宣布緊急命令或戒嚴之比較
- 伍、我國戰時軍事審判法制擬議
 - 一、法規範體例
 - 二、指揮官與軍法參謀
 - 三、戰時之界定
 - 四、院檢審判權方面
 - 五、偵查方面
 - 六、審判方面
 - 七、執行方面
 - 八、平戰審判轉換機制
- 陸、結論

關鍵字：戰時、軍事審判、指揮官、緊急命令。

Keywords： Time of War, Court-Martial, the Commander, Emergency Order.

^{*} 對於二位匿名審查人之寶貴意見，特此表達誠摯感謝。

^{**} 李瑞典，北部地方軍事法院檢察署檢察長，國防大學法律研究所碩士。

摘要

面對戰爭的必然與殘酷，原有社會將產生劇烈的變化，國家秩序出現混亂，平時的訴訟程序將無法正常運作，所以先哲有「法律在戰爭中緘默不語」、「緊迫時無法律」的著名論述。然隨著人權觀念的普及，戰爭型態的改變，開始戰爭行為的新規範。

傳統思維認為戰時軍事審判的存在，係為擴大軍事權力，加強限制人民權利，維護軍隊秩序和紀律，取得戰爭適應性的需要，這種強調以秩序價值為核心，是戰時軍事審判論證的主軸；然從戰時情況可能發生無序狀態觀察，如何制約指揮官以戰爭需要為藉口，為所欲為，要求國家機關只有在法律規範下始可對「受審判者」進行審判，以便得到公正、公平對待的正義價值，同時獲得軍隊秩序和紀律的秩序價值，是戰時軍事審判運作機制之核心所在。

A Study on Wartime Military Justice

Li, Ruei-Dian

Abstract

Being confront with the necessity and cruelty of war, the original society will meet with dramatic transitions, and the order of the country will become chaotic. In addition, the procedure of lawsuit could not function normally. Therefore, well goes the old saying: "laws keep silent at war.", "no law during emergency." However, new rules of war behavior have emerged with the universality of human rights and the change of the war model.

Traditional thought argues that the existence of wartime military justice is the key to expand military powers, to restrict human rights, to maintain order and discipline of the troops, and to fulfill the needs of war adjustment. This point putting core emphasis upon the value of order is the central argument of wartime military justice. Due to the probability of non-order status at war, the essence of wartime military justice should fall upon the idea to prevent Commanders from acting unrestrictedly through the excuse of 'war necessity', and to request that the state try "defendant" under the rule of law in order to fulfill impartial justice, while maintaining order and discipline of the troops.

壹、前言

由於戰爭對人類生存和社會秩序的嚴重破壞，永久和平是人類一直以來的夢想，但「如果你想要和平，就要準備戰爭」¹，就像大海潮汐一樣，戰爭有規律的起伏著，就像人和自己的影子，只要存在人類，戰爭的可能性就存在。透過歷史教訓，面對戰爭的必然性與殘酷感，從法的角度來看，當原有社會產生劇烈的變化，國家秩序出現混亂，承平時的訴訟程序將無法正常運作，所以，早在古羅馬時期，學者西塞羅就曾說「法律在戰爭中緘默不語」，而十六世紀，馬丁·路德亦提出「緊迫時無法律」²的著名論述。然隨著人權觀念的普及，戰爭型態的改變，近代的戰爭法、武裝衝突法與現代的國際人道法，開始調整戰爭行為的新規範，而是類規範聚攏，通常與戰爭罪審判過程中形成各項理論相互依賴。尤其在戰爭狀態下的刑事犯罪，能否依法進行刑事訴訟，是現代憲政國家的重要指標。

傳統思維認為戰時軍事審判的存在，係為擴大軍事權力，加強限制人民權利，維護軍隊秩序和紀律，取得戰爭適應性的需要，這種強調以秩序價值為核心，係軍事審判，尤其是戰時軍事審判論證的主軸；然從戰時情況可能發生無序狀態觀察，如何制約軍事指揮官以戰爭需要為藉口，肆無忌憚，為所欲為，已經形成現代軍事司法的主流價值。換言之，限制國家機關或軍事指揮官權力，要求國家機關只有在法律規範下始可對於軍人或非軍人進行追訴審判，使「受審判者」

得到公正、公平對待的正義價值，同時獲得軍隊秩序和紀律的秩序價值，才是戰時軍事審判運作機制之核心所在。本文深切體認，為落實戰時軍事審判運作機制之核心價值，端賴法律人思維閉門造車，或天馬行空，尚有未逮，藉由軍事指揮官對戰時秩序的運籌帷幄，及戰司戰訓演練的專家、學者提出對本議題的經驗、思維，甚至懷疑與衝突，並透過與法律人的對話，提供契合的指導，加以整合，乃本文研究之重要方法。

本文分為六大部分，首先前言，其次介紹我國戰時軍事審判法制沿革、現況、相關研究及國內首次針對戰時軍事審判舉辦之實務座談；再論述戰時軍事審判的價值、原則和特性；進而尋覓出戰時軍事審判運作機制可能之規範體例及制定法之擬議；最後結論。

貳、我國戰時軍事審判法制

一、我國戰時軍事審判沿革

(一)軍事審判法公布實施前

民國後之軍事審判法規範，肇造於民國（以下同）4年所公布施行之陸軍審判條例；19年國民政府公布施行陸海空軍審判法，使軍事審判更具雛形，其間為使軍法案件簡明迅速，均由軍法官兼任軍事檢察官，採會審制；25年剿匪，國民政府訓令，軍人軍屬犯軍法以外之罪，暫照陸海空軍審判法辦理，27年抗戰，又重申前令；31年戰時陸海空軍審判簡易規程公布施行，簡化會審庭為合議庭及獨任庭，另關於作戰不力之合議審判，如認須有軍事專家參審，得指派高於被告一

¹ 【德】古斯塔夫·拉德布魯赫著《法律的不法與超越法律的法》中所寫，引自舒國滢譯，《法律智慧警句集》，中國法制出版社，2001年10月，頁81。

² 【法】夏爾·盧梭，《武裝衝突法》，中國對外翻譯出版公司，1987年8月，頁13。

級以上軍官為審判長；33年公布施行特種刑事案件訴訟程序，將所有特種刑事案件，除軍人為被告外，一律劃歸司法機關審理；另37年12月10日全國戒嚴令，由總統令制定公布，本令施行期間自發布日起至動員戡亂時期終止日止，並於37年12月21日經第一屆立法院第二會期第三十次會議投票表決通過，予以追認，而依動員戡亂時期臨時條款之規定，經行政院會議之決議，規定「戒嚴區域縣長兼理軍法職務，適用縣長及地方行政長官兼理軍法暫行辦法辦理」，所以軍事審判權的行使，包含「戒嚴區域行政官的軍法職務」。

38年修正戒嚴法（23年公布施行）明定戒嚴時期，最高司令官對於司法官及司法事務之指揮權，重大案件軍、司法審判劃分原則，最高司令官有執行非人身自由之基本權利限制之權力（戒嚴法規範容後述）；39年戰時軍律，除實體刑罰外，另定犯本軍律專科死刑之現行犯，在作戰區域，該管軍事最高機關，得為緊急處置，補呈判卷（91年12月25日廢止）；40年公布軍事機關審判刑事案件補充辦法，準用刑事訴訟法規定，將審檢權劃分行使，並規定最輕本刑為五年以上有期徒刑案件，應指定公設辯護人；42年復實施軍事機關審判刑事案件選任辯護人辦法。

（二）45年以後之軍事審判

遷臺後，鑑於諸多軍事審判法令制定時間日久，內容簡陋，多不合時宜，41年立法院所審議之陸海空軍刑事訴訟法草案，多收列刑事訴訟法條文；45年公布軍事審判法，為兼顧軍事需要及民主法治，內容確定戰時

之解釋³，非現役軍人除戒嚴法之特別規定外，不受軍事審判，採三級二審制，審判公開原則，確立軍事檢察制度，軍官參審制度，軍事長官之判決核可權、覆議權，建立辯護制度，及覆判、抗告、再審、非常審判等制度；46年公布國軍作戰連坐令，規定負有作戰任務之國軍官兵，擅自脫離戰場或臨陣退縮者，交軍法審判，凡違反本令之官兵，得由該管直屬指揮官會同同級政工主管，予以扣押，報請上一級指揮官核准執行之（第19條），本令之執行雖以經軍法審判為原則，惟前線指揮官於情況急迫影響戰局重大時，對於部屬所犯專科死刑之事證明確者，得會同政工主管作緊急處置，隨後補呈卷判（第20條第1項）。

69年修正的海上捕獲法庭審判條例係規範我國軍艦在海戰期間，對於海上捕獲事件的法庭組織及行使，採軍文職混和制，而海上捕獲條例及海上捕獲法庭審判條例，均是44年當時我國仍為聯合國會員國，以及常任安全理事會會員國，依據國際海戰規則，限制行使捕獲權公約等國際條約及習慣所制定，包含司法法官、海軍軍官、海軍軍法官、外交官員等，係現行有效法律。

86年司法院大法官會議公布第436號解釋雖肯認，基於國家安全與軍事需要，對負有保國衛民特別義務之現役軍人，得設軍事審判之特別訴訟程序，然亦要求其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求、司法權建制之憲政原理及軍人權利之限制遵守比例原則，另提示軍人訴訟之審級救濟及參與審判官之選任標準等應行檢討改進；88年公布修正軍事審判法，參酌前開解釋，為貫

³ （舊）軍事審判法第7條：「本法稱戰時者，謂抵禦侵略對外作戰之期間。鎮壓叛亂而宣告戒嚴之期間，視同戰時。」。

徹審判獨立，將軍法機關改採地區制、取消軍事長官核判權、厲行審檢分立、刪除軍官參審制、調整戰時法制等，其中修法前為適應平、戰轉換應變而設計之隸屬制、二審終結制等重大改變，及新法有關證據、偵查及起訴等相關訴訟程序大致準用刑事訴訟法，對於平時軍中人權保障雖稱完備，然是否足以應付著重在迅速有效安定社會秩序及維護軍事需要的戰時狀態，容有質疑⁴。

二、我國戰時軍事審判之現況

民國肇造迄今，軍事審判雖有脈絡可循，然戰時軍事審判因多歸附於軍事審判法規，終未完整，且國民政府遷臺後，雖存在與中華人民共和國對峙狀態，但鮮少戰事，原有戰時軍事審判尚非即時必要，所以從實踐上論，也未對此程序專門立法之急迫性；學者論述雖有著墨，多以幅員遼闊之「反攻大陸」為思考立論⁵，然今非昔比，當前國軍的全般戰略構想，係以「防衛固守、有效嚇阻」之守勢作為，由於戰略改弦易轍，加上長期對戰時軍事法制建構的忽略，因此鮮有人對此程序提出具體、完整的設想。雖然戒嚴法及軍事審判法上有所規範，但嚴格而論，有效結合時空因素設計之戰時軍事審判規範，可謂欠缺，仍待開發。以下就我國戰時軍事審判法規之現況分述如下：

（一）海上捕獲法庭審判條例有關戰時審判

海上捕獲法庭審判條例係規範我國軍艦在海戰期間，對於海上捕獲事件的法庭組織及行使，其中第2條規定「海上捕獲法庭，分左列二級：一、初級海上捕獲法庭。二、高級海上捕獲法庭。前項法庭之設置或廢止，以命令定之」。第5條規定「初級海上捕獲法庭庭長，以所在地高等法院院長或高等法院分院院長兼充，……。審判官由行政院於左列人員中呈請總統任命兼充：一、高等法院或其分院推事四人至五人。二、海軍中校以上軍官三人至四人，其中一人至二人為海軍軍法官。三、外交部高級薦任部員一人至二人。……」。第6條規定「高級海上捕獲法庭庭長，以最高法院院長兼充，……。審判官以最高法院推事六人，海軍上校級以上軍官二人，海軍上校級以上高級軍法官一人，外交部簡任部員二人兼充，均由總統任命之。」第40條規定「檢審程序細則，由海上捕獲法庭定之」。綜上所述，海戰期間對於海上捕獲事件的審理，由海上捕獲法庭進行，而其組織成員原則上以文職法官為主，並由海軍軍官、軍法官及外交部官員參審，係戰時特別訴訟程序，可謂廣義戰時軍事審判。

（二）戒嚴法有關軍事審判

我國戒嚴法分戒嚴地域為警戒地域和接戰地域兩種，警戒地域內地方行政官及司法官處理有關軍事之事務，應受該地最高司令官之指揮（第6條），而接戰地域內地方行

⁴ 以上有關我國戰時軍事審判之沿革，部分整理自李瑞典，〈戰時刑事訴訟程序芻議〉，《軍法專刊》，2003年7月，第49卷第7期，頁39以下。

⁵ 戰地司法指在反攻復國戰爭中軍事時期之司法制度，范魁書，〈戰時司法制度之研究〉，《軍法專刊》，1964年7月，第10卷第7期，頁3。戰地司法重建指摧毀匪偽審判、司法行政與檢察體制，重建我政府審檢與司法行政體制，詳參李潤沂，〈戰地司法重建之研究〉，《軍法專刊》，1966年4月，第12卷第4期，頁5。李潤沂，〈泛論光復區刑事問題的處理〉，《軍法專刊》，1968年3月，第14卷第3期，頁8。李潤沂，〈戰地司法措施的芻議（上）（下）〉，《軍法專刊》，1955年9月，第4卷第9期，頁78；1956年1月，第5卷第1期，頁15。

政事務及司法事務，則移歸該地最高司令官掌管，其地方行政官及司法官應受該地最高司令官之指揮（第 7 條），因此，在警戒地域內唯有「有關軍事之事務」應受最高司令官指揮，與軍事無關之一般事務則否，接戰地域內則將所有行政、司法事務移歸最高司令官掌管，同法第 8 條進一步明定接戰地域內關於刑法上內亂、外患、妨害秩序、公共危險、偽造貨幣、偽造有價證券、偽造文書印文、殺人、妨害自由、搶奪、強盜、海盜、恐嚇、擄人勒贖、毀棄損害等罪及前揭以外之其他特別刑法之罪，對於非現役軍人，軍事審判機關得自行審判（第 8 條第 1、2 項），戒嚴時期警戒地域內，關於刑法上內亂、外患、妨害秩序、公共危險、搶奪、強盜、海盜、恐嚇、擄人勒贖等罪及上開以外之其他特別刑法之罪，亦同（第 8 條第 3 項），而接戰地域無法院或與其管轄之法院交通斷絕時，刑事及民事案件，均得由軍事機關審判之（第 9 條）。另對於前開罪名之判決，均得於解嚴之翌日起，依法上訴（第 10 條）。因戒嚴法第 8 條規定審判機關「得」自行審判，所以在審判實務上，軍、司法機關係依「臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法」劃分審判案件⁶。

（三）軍事審判法有關戰時軍事審判

我國並沒有針對戰時刑事訴訟程序制定專門之法典，大都散見於軍事審判法規之零

星條文，88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法對於戰時審判及執行程序上之著墨，因適逢人權高漲的時空環境下完成，其中為迎合平戰轉換的平時初審、覆判的二審制、軍官參審制或隸屬部隊等迅速、專業審判機制，已廢棄不採，軍事審判特質已明顯淡化，尤因證據、偵查及起訴等相關訴訟程序大致準用刑事訴訟法，對於軍中人權保障堪稱完備，似難以應付著重在迅速有效安定社會秩序及維護軍事需要的戰時狀態。綜觀軍事審判法戰時有關之法條，本文析述如下：

1. 界定戰時軍事審判法適用範圍，軍事審判法第 7 條「本法稱戰時者，謂抵禦侵略而由總統依憲法宣告作戰之期間。戰爭或叛亂發生而宣告戒嚴之期間，視同戰時。」即在定義戰時，又同法第 1 條「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。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。」即在界定戰時軍事審判之範圍。

2. 戰時臨時法庭設置的授權，軍事審判法第 15 條「國防部視部隊任務之需要，於適當地區設地方軍事法院或其分院。戰時得授權地方軍事法院，於特定部隊設臨時法庭」，同法第 16 條「國防部視部隊任務之需要，於適當地區設高等軍事法院或其分院。戰時得授權高等軍事法院，於作

⁶ 「臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法」（1952 年 5 月 10 日行政院公布，1967 年 9 月 4 日行政院臺 56 法字第 6857 號令修正）第 2 條規定軍法機關自行審判之案件以「軍人犯罪，犯戡亂時期檢肅匪諜條例、懲治叛亂條例，（舊）陸海空軍刑法第 77 條、第 78 條之屬於盜賣買受械彈軍油案件及懲治盜匪條例第 4 條第 1 項第 3 款、第 2 項、第 3 項，戰時交通電業設備及器材防護條例第 14 條、第 15 條屬於竊盜或毀損及收受、搬運、寄藏、故買、牙保、熔燬同條例第 2 條第 1 項第 4 款、第 8 款規定之交通設備及器材之罪。」為限。《中華民國軍法法令判解彙編》，國防部編印，1983 年 1 月，頁 330。

戰區設臨時法庭。」，同法第17條「國防部於中央政府所在地，設最高軍事法院。戰時得授權最高軍事法院，於戰區設臨時法庭。」均規定戰時得依軍事法院之等級，國防部得授權地方、高等、最高軍事法院分別於特定部隊、作戰區、戰區設臨時法庭，及同法第36條第2項戰時上訴以提審或蒞審行言詞審理時，得指定臨時法庭。

3.戰時審理程序，軍事審判法第172條規定戰時叛亂罪不待被告陳述逕行判決；第181條第6項規定職權上訴或不服上級審軍事法院之上訴司法機關，戰時不適用之；第202條規定戰時上訴案件以書面審理為原則，於必要時，得提審或蒞審以行言詞審理；第203條規定戰時排除公設辯護人之指定（提審或蒞審之案件例外），第204條「敵前犯專科死刑之案件，宣告死刑者，於作戰區域內，對作戰確有重大關係時，原審軍事法院得先摘敘被告姓名、年齡、犯罪事實、證據、所犯法條及必須緊急處置之理由，電請最高軍事法院先予審理，隨後補送卷宗及證物。但最高軍事法院認為有疑義時，應電令速即補送卷宗及證物。前項規定，如事後發覺所處罪刑與事實證據不符或有重大錯誤者，原審軍事法院之審判人員應依法治罪。」乃為敵前對於宣告死刑者，電請最高軍事法院先予審理之簡速程序⁷。換言之，軍事審判法平、戰差異有(1)平時如被告未到庭均不得判決，戰時犯叛亂罪，其以軍隊、艦船、

飛機交付敵人，經依法起訴者，為公示送達後，於審判期日得不待其陳述逕行判決；(2)平時軍事審判為三審，第三審為司法機關；戰時軍事審判僅二審，軍法案件不得上訴司法第三審法院；(3)平時第一、二審為事實審，須開庭審理，第三審採書面審理；戰時第二審上訴案件以書面審理為原則，必要時始開庭審理；(4)平時對所犯最輕本刑為三年以上有期徒刑或被告智能障礙者，第一、二審必須有辯護人為其辯護；戰時第二審案件不適用此強制辯護規定，但提審、蒞審不在此限。

4.戰時執行程序，軍事審判法第205條敵前犯專科死刑之案件，宣告死刑者，由最高軍事法院檢察署自收受最高軍事法院駁回之電文起五日內，送請國防部令准執行；第235條規定扣押物之應受發還人所在不明，或因其他事故不能發還者，戰時認為必要，得不經公告，逕行拍賣，保管其價金。

三、相關研究及實務座談

國防部為研究戰時軍事審判機關如何結合作戰部隊實需，適時處理違法案件，維護戰力，推動「戰時軍事審判運作機制之研究專案計畫」，於97年8月間成立研究小組，由郭祥瑞博士擔任專案計畫主持人，計召開6次專案會議，12次小組會議，陸續完成「論德國法對戰時的定義及相類用語的概念」等九篇專案研究報告⁸。並於98年5月14日舉

⁷ 這裡所指敵前，應為戒嚴法所指軍隊作戰時攻守地域或戰爭發生時受戰爭影響應警戒之地域。另司法院及軍事委員會亦曾分別釋示，稱敵前，指直接與敵對峙，當攻守或警戒之要衝者（司法院23年9月3日院字第1101號）；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26年法審字丑字第702號）；駐防沿海地區，擔任警戒任務之官兵犯罪，除犯逃亡罪外，應以敵艦逼近時，認為敵前（軍事委員會法審【29】渝一字第449號）等，當可與敵前範圍互為參考。同前註，頁439、440。

辦「戰時軍事審判機制實務座談會」，除召集部內之專家、學者等 17 位專案諮詢委員外，更分別由關渡指揮部指揮官陳文凡將軍等四人發表專題報告⁹及討論座談，希望藉由職司作戰訓練本務的專家、學者討論，提供契合的指導。本文整理座談重點如下¹⁰：

(一)需要進一步研究的有 1. 戰時緩起訴制度 2. 戴罪立功 3. 如何速起訴 4. 國內法戰時的定義合宜性 5. 訂定「戰時軍法案件應行注意事項」抑制定戰時軍事審判法 6. 終審級軍事法庭如何隨戰區移轉 7. 戰時軍事審判採行三級二審制，並以軍法審判為終級審之合憲性 8. 美軍指揮官不交付審判權之可行性 9. 軍事檢察官於戰區實施羈押等緊急處分之必要 10. 戰時軍官參審制 11. 戰時宜發布緊急命令或戒嚴令。

(二)討論後大致共識有 1. 戰時軍事審判機制思維應從軍事指揮官縱覽全局的視野出發 2. 戰爭法的國內法化 3. 戰時軍事審判機制擬議應符國內法、國際法規範 4. 戰時簡化審判層級 5. 軍事法庭與作戰區結合之必要 6. 軍法參謀應配賦予相當指揮層級 7. 戰時軍事審判機制擬議須注意我國守勢作戰的國防戰略 8. 戰時軍事審判機制的設計應注意軍隊運用時機及戰場的形成 9. 戰時軍事審判擬議不得侵犯最低限度之人權保障。

四、小結

綜觀我國軍事審判之發展，初期由於勝利的無可取代性，難以期待法制完備，例如戰時軍律及國軍作戰連坐令規定，班長同全班退則殺班長，以此類推，且對於專科死刑之現行犯，在作戰區域，前線指揮官得為緊急處置，亦屬戰時指揮官如何運用軍法機制之一環，但確有未符人民基本權保障及權力分立原則。也因此，現行軍事審判法修法時對於戰時軍事審判之設計並未週延，有關戰時軍事審判特點，除了適用主體、臨時法庭設置之授權、不適用上訴司法機關、上訴案件原則採書面審、公設辯護指定之排除、敵前專科死刑之罪電請最高軍事法院之緊急措施及戰時犯特定叛亂罪得不待陳述逕行判決等規定外，竟疏漏偵查、起訴等戰時應變程序。換言之，只有審判及執行程序，而偵查等程序的簡潔、快速機制，付之闕如，這對帶有一定突發性和相當破壞性的緊急狀態而言，是否能同時兼顧秩序及正義價值，確實倍受質疑。

另現代戰爭與過去傳統作戰有極大之差異，指揮官從事戰鬥，不僅為了要打勝仗，而是為了合法的打勝仗，使戰後沒有任何後遺症，不必接受審判檢驗，所以，如何在合

⁸ 〈論德國法對戰時的定義及相關用語的概念〉、〈日本法制關於戰時之規定—以有事法制為中心〉、〈中共戰爭狀態之軍事審判制度研究〉、〈美國戰時之規定〉、〈戰時宣布緊急命令或戒嚴之比較〉、〈戰爭犯罪軍事法院專屬管轄權之研究〉、〈戰時軍事審判運作機制可能之規範體例〉、〈建構軍法類專業準則〉、〈戰時之定義〉等九篇專案研究報告，其中〈論德國法對戰時的定義及相關用語的概念〉（范聖孟，《軍法專刊》，2009年2月，第55卷第1期）已發表外，餘尚未正式發表。

⁹ 陳文凡將軍以作戰區高階指揮官的思維，就〈戰時軍事指揮官如何運用軍法機制〉、林士毓軍法官就〈軍事指揮權與軍事審判權的調和—從權力的組成元素談起〉、趙建華營長從作戰區小部隊戰鬥次階指揮官的思維，就〈戰時作戰區指揮官對軍法機制之運用〉及徐福傑軍法官就〈戰時軍事審判機制與作戰區之結合〉等四個議題進行專案報告。

¹⁰ 本座談會出席人員、專題報告、發言紀錄等詳細內容，請參《國防部戰時軍事審判機制實務座談會紀實》，2009年5月，國防部軍法司彙編。

法的機制下，成就一場戰役，就必須由戰場指揮官及法律人共同研究。而近年臺海兩岸關係融冰，但戰爭威脅並未解除，國軍仍需維持堅實的戰力，並預先就一旦戰爭發生將可能發生之變化，集思廣益，預想本島防衛作戰之特殊性，以備不時之需。為能從容應付戰爭狀態下危害軍事利益或其他犯罪行為，保障戰時軍事法益及社會秩序相對穩定，在兼顧秩序價值及正義價值的信念下，依平時憲政運作的正當程序，建構完備的戰時軍事審判機制，應是毫無疑問。惟我國目前尚未有專門戰時軍事審判單一法典，對於臨戰必須軍事審判時，依現行軍事審判法及戒嚴法規範，明顯不符所需，基於戰時軍事審判的必要性，制定一套包攝戰時軍事指揮官如何運用軍法機制及軍事審判管轄、偵查、起訴、審理及執行等程式之戰時軍事審判法制，可以達成戰時為安定社會秩序及維護軍實，並且符合最低限度之人權保障，是法治國家建構依法行政所不可或缺之基石。

參、戰時軍事審判的價值及法制原則

特別的刑事訴訟機制雖直接起源於戰爭，但法典化的軍事刑事訴訟制度中，將戰時軍事審判單獨立法者，尚屬少見，立法例上，通常是在軍事審判的法典中訂有專章或散見於條文中¹¹。尤其在軍事審判尚未獨立於實體法時，最大的特點是軍事長官除了行政權外，尚兼理司法權，尤其軍事執法權，然三權分立理論確信後，多數國家將刑罰權回歸司法權建制之憲政原理。司法院釋字第436號解釋亦認軍人負有保衛國家之特別義務，

基於國家安全與軍事需要，承認對軍人犯罪行為得設軍事審判之特別訴訟程序，惟強調軍事審判機關所行使者，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，並不得違背有關司法權建制之憲政原理，且涉及軍人權利之限制者，均應遵守憲法之比例原則。所以，我國憲法揭示國家安全、軍事需要及保障人權均是軍事審判的價值取向。而戰時軍事審判，亦屬軍事審判之一環，雖不離前揭價值取向，但當難以兼顧的價值取向面臨衝突時，就必須遵守「兩利相較取其重，兩害相權趨其輕」的比例原則，對於平時所保障而在戰時必須退讓的權利，本文稱「權利弱減原則」。戰時由於客觀條件制約，為保證戰爭的獲勝，維護國家安全、軍事需要，軍事秩序的維護通常必須優先考量。因此，軍事審判核心的秩序價值及正義價值間衝突，戰時尤其顯著，如何理性面對消長或兼顧，是立法現實最大的困難。

一、戰時軍事審判的價值暨價值取向

軍事審判為國家刑罰權之一環，因此戰時軍事審判同其他法律，必須遵守法的通念價值要求，包括正義所內含的公正、公平、自由、人權、法治等信念，及秩序所內含國家安全、軍事法益等信念。

(一)正義

由於「正義與真、善、美一樣是一個絕對的價值，它的根據存在於本身而不需要從更高的價值推導出來」¹²，所以，正義被古今中外視為人類社會的美德和崇高的價值目標，

¹¹ 前揭國家之法例，僅義大利軍事刑法典將戰時刑事訴訟程序訂有專章。詳參黃鳳譯，《義大利軍事刑法典》，中國政法大學出版社，1998年5月。

¹² 前揭（註1）書，頁15。

而戰爭創建了帝國，擴張文明，也造成駭人的苦難和毀滅，但追求正義往往也是戰爭發動的最佳藉口，所以有「仁義之師」、「正義之師」，而法規範是為實踐正義，戰時正義要求戰時權力機構對公民基本人權給予應有的尊重和保障，包含對公正、公平、自由、人權、法治等信念的追求，而對權利的限制必須有合法和合理的限度，換言之，必須合乎戰時軍事審判的法制原則，包括法律保留原則、比例原則、特定權利不弱減原則¹³、效率優先原則及軍事法益優勢原則下，實踐保國衛民目的，而且應當在國家恢復法制程序後及時結束。這種國家應該通過立法形式，在法律上防止戰爭混亂情勢所帶來的不正義，實踐戰時及戰後保國衛民目的正義價值，才是正義真諦。

(二)秩序

「與法相伴隨的基本價值，便是社會秩序」¹⁴，秩序同正義一般，亦是人類追求的價值目標。戰爭使平時的憲政秩序受到破壞，憲政的基本原則在戰爭環境下無法充分貫徹實現，但戰爭並未否定人類所追求的秩序價值，而是為追求平時的憲政秩序所不得不承認存在的戰時秩序。戰時為了發揮最大效益，要求絕對服從以貫徹命令，克敵制勝，藉由戰時秩序的服膺，求得國家主權及安全，使平時憲政秩序得以實現。秩序是平時刑事訴訟主要追求的價值之一，而戰時秩序亦是戰時軍事審判的價值。為了使正義價值得以最終實現，平時憲政秩序中軍事審判所被關注的公正、人權等正義，戰時必須一定程度的

退讓。也因此，當正義價值不得已的退讓，軍事權力已然擴張時，要求國家以嚴格的規範，制約軍事權力超越被容許的範圍，防止其以國家之名破壞正義的價值，責無旁貸。

二、戰時軍事審判法制原則

由於法的價值是法律根本的指針，通常是恆久不變，而法的原則往往對某一部分的法規範有指導作用，且常因時、地、人有所差異，所以，當瞭解戰時軍事審判法制的價值，並理解正義價值及秩序價值在戰時的消長後，本文就戰時軍事審判法制建構的原則分述如下：

(一)法律保留原則

戰時是涉及人民生命和財產安全的高危險事態，為了避免國家機關為了迅速和有效制止危險事態的漫延，以「戰時法律緘默不語」行使戰時權力，所以審判機關必須在憲法及法律前提下，採取必須符合正當法律程序之最低要求之因應措施，保護生命、財產安全，以符法治的正義價值。

(二)符合比例原則

對於人民基本權利之限制，除憲法保留及法律保留外，尚必須注意限制基本權欲達之目的與所採取的手段間之關聯性，也就是比例相當性原則。憲法之所以容許國家機關行使戰爭權力，係為有效制止戰爭所帶來的危險，迅速恢復社會秩序和保障人民的生命財產為前提。所以相關緊急措施必須存在上述的需要，戰時軍事審判之設計與運作，無論是立法權在為基本權限制，或行政權干預

¹³ 特定權利不弱減原則，學者又稱「權利不可克減原則」，指在戰時本可基於維護公共利益目的，限制公民憲法或法律上之權利，但是，某些特別權利，即使在戰時也不得中止的公民憲法和法律上的基本權利，詳參周健，《戰時軍事法》，法律出版社，2008年4月，頁29。

¹⁴ 【英】彼德·斯坦，約翰·香德，《西方社會的法律價值（中文版）》，中國人民公安大學出版社，1999年3月，頁38。

行政執行公權力時，均具重大意義。而比例相當性原則包含內容有妥當性、必要性及手段目的之衡平性。所謂妥當性是國家所採取之手段，不論立法或行政行為須以能實現該追求之目的。必要性係指國家所採取的手段如有多種選擇可能性時，應以最能達到目的且對人民侵害最輕微之方式為之。最後所謂手段目的之衡平性係指，欲達到目的所採取之手段應與欲達之目的間存有衡平妥適，因而不過當之關係¹⁵，即不能為達目的之要求，卻破壞更重要的法益。換言之，對於不需要採取特別的軍事審判就可以制止的戰爭危險，應當儘量避免由戰時軍事審判進行，以追求人權保障的正義價值。

（三）特定權利不弱減原則

憲法內容通常包含人民基本權利保障、國家組織建制及未來發展方向等，然後者目的終係為確保人民基本權利而設。毫無疑問的，人權保障是憲政的基本核心，憲政國家的宗旨就是為人民權利的發展創造更大的空間。雖然特定權利不弱減原則是戰時軍事審判制度與其他訴訟制度最主要區別，亦是戰時狀態的本質特徵之一，戰時基於維護公共利益目的，個人基本權利同意一定程度的退讓，但具普世價值而經憲法或國際公約所承認，即便在緊急狀態危及國家根本之情勢下，

國家仍不得減免其履行保障義務之基本權利，例如我國憲法第 8 條人身自由限制的法官保留原則，又如釋字 490 號揭示內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；及釋字 567 號揭示國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之。諸如此類事項，指揮官運用軍法機制或立法者制定法律，行政機關的法規命令、行政規則均不得加以侵害。

另歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）¹⁶、公民權利和政治權利國際公約¹⁷（International Covenant on Civil and Political Rights）等國際公約亦指明，任何人之人格、人身自由和人性尊嚴不受侵犯、不受非法驅逐和流放、思想自由等。尤其公民權利和政治權利國際公約第 4 條第 2 項規定，即使在「宣布緊急狀態危及國本」之情勢下，國家仍不得藉詞情況緊急「而對任何人無理剝奪生命權」（第 6 條第 1 項）、「不得施以酷刑、或予以殘忍、不人道侮辱之處遇懲罰。非經本人自願同意，尤不得對任何人作醫學或科學實驗」（第 7 條）¹⁸、「禁止奴隸

¹⁵ 陳慈陽，《憲法學》，元照出版公司，2005 年 2 版，頁 422。

¹⁶ 「歐洲人權公約」乃是深受世人所重視之區域人權條約，而其受重視之原因，除了其所保障之權利及自由之外，更重要的是歐洲人權公約是最早提供國際司法救濟之國際人權條約。歐洲理事會各國於 1950 年 11 月 4 日於羅馬簽訂歐洲人權公約，本公約於 1953 年 9 月 3 日生效。其條文除前言之外共分五章 66 個條文，締約國領域幾乎遍及全部歐洲國家，數目遠甚於歐盟之範圍，可說是歐洲統合過程中最成功亦最具影響力之部分。

¹⁷ 我國於 2009 年 4 月 16 日由總統簽署「公民權利和政治權利國際公約施行細則」，同年 22 日生效，成為國內法一部分，執法人員將可直接適用。

¹⁸ 朱石炎，〈「公民與政治權利國際公約」與刑事訴訟法之關係（上）〉，《司法周刊》，2009 年 8 月 20 日，第 1454 期第 2 版。

與強迫役使」(第8條第1、2項)、「無力履行約定義務監禁之禁止」(第11條)、「禁止溯及既往之刑罰」(第15條)、「法律前人格權的承認」(第16條)和「思想、良心和宗教自由」(第18條)。

(四)效率優先原則

由於科技日新月異，未來所要面臨的是多元化的戰爭，今天幾乎沒有人明白，明天的戰爭會有多大的變化，「前線在消失中」¹⁹，戰爭的發生可能是一個按鈕的動作，戰場狀況瞬息萬變，從平時軍事法到戰時軍事法轉換的過程，效率無疑的是戰時軍事審判相較其他訴訟程序，有更高期待的價值。為追求軍事法益的秩序價值為導向的戰時軍事審判，如果無法及時懲罰、嚴肅法紀，社會失序情況勢必更加嚴重，所以，確立效率優先原則，維護戰場秩序，才能保障戰爭的順利進行。也因為戰時效率的重要性，正義價值中的程序正義，當面對效率價值時，往往會受到抑制。

(五)軍事法益優勢原則

軍事法益所表徵的秩序價值是戰時軍事審判的核心價值，前已述明，而國家為因應非常事態中最為嚴峻失序的戰爭需要，當然可以對人民權利較為嚴格的限制，以力保軍事法益得以最低損害。所以釋字第567號特別強調，非常時期國家得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，既是戰時軍事利益優勢原則最佳例證。

三、戰時軍事審判之特性

(一)適用於緊急狀態

戰時軍事審判設立之初衷在於相對國或交戰團體宣戰，或開始敵對行動之戰爭狀態下，不包括一般稱為內亂或武裝叛亂之內部戰爭，但由於後者常有嚴重分裂國家、危害政權、破壞憲政秩序情形，同樣使國家機構癱瘓、人民生命財產嚴重危害，所以，世界各國對於戰時軍事審判之適用通常包括前揭情狀，儼然成為現代戰時軍事審判機制之特性之一。而我國「叛亂發生而宣告戒嚴之期間，視同戰時。」亦同旨意，所以，戰時軍事審判之機制並非僅指國與國間戰時狀態，其他緊急狀態，甚至軍事占領期間均有可能產生效力。

1. 緊急狀態：戰爭以外之「其他緊急狀態」主要指內亂，即是一國內部因政治、經濟、軍事、宗教、民族、種族等不同原因而發生的武裝叛亂、暴動、種族屠殺、民族分裂等嚴重分裂國家、危害政權、破壞憲法秩序的大規模事件，因此，許多國家立法例，在遇有內亂或武裝叛亂的緊急狀態下，並且因這些緊急狀態而實施戒嚴時，戰時特別之刑事訴訟程序亦能適用，例如韓國軍事法院法規定戒嚴地區內，國防部長所指定之軍事法院具有依戒嚴法之審判權(軍事法院法第12條)，而宣布戒嚴之事變指準戰時，即動亂情況之下，全國或在特定地區宣布戒嚴之期間(軍刑法第2條第7款)²⁰；法國1955年《緊急狀態法》第12條也規定在已宣布全省或部分省區處於緊急狀態的情況下，可授權軍事法庭受理原屬該省重罪法庭管轄的重罪案件及相關輕罪案件²¹；中華人民共和國刑法規定部隊執行戒嚴任務或者處置突發性

¹⁹ 艾文·托佛勒、海蒂·托佛勒合著，傅凌譯，《新戰爭論》，時報文化出版社，1994年7月，頁87。

²⁰ 韓國軍刑法第2條第7款，金德賢譯，《軍法專刊》，1992年6月，第38卷第6期；大韓民國軍事法院法第12條，韓鍾旭譯，《軍法專刊》，1994年3月，第40卷第3期，頁29。

暴力事件時，以戰時論（第 451 條第 2 項）。

2. 軍事占領：在國家軍事武力占領的敵國領域內，無論是由被占領地居民針對占領軍或其成員實施犯罪，還是由占領軍服務的人員針對占領地居民實施的犯罪行為，在占領地尚未建立司法制度，或基於軍事需要，得適用戰時軍事審判²²。另外，為解決國與國間或區域間衝突，所派駐「聯合國部隊」或「維和部隊」之軍人，雖非前揭戰時或內部之緊急狀態，其在衝突區域內所為犯罪行為，通常亦有軍事審判之適用。

（二）管轄範圍擴大

1. 適用主體多元：非軍人在平時狀態不受軍事審判，乃民主國家必然現況，但是，當國家在戰時或面臨其他緊急狀態時，基於前揭戰時軍事審判價值及法制原則，每位公民都有義務和責任配合非常時期的軍事行動，暫時退讓個人利益，維護國家和社會的全體利益，此時，大量備役人員和地方人員配屬部隊行動，參與戰事，軍事審判不但擴大適用對象，延伸適用於軍人、非軍人，甚至戰俘等他國人民，這是民主國家為維護非常狀態下秩序及效率的必要之惡，例如法國軍事審判法典第 322 條規定，在戰時罪犯及不法行為危害國家安全均由三軍法庭審判及預

審²³，又如《關於戰俘待遇的日內瓦公約》第 84 條規定，戰俘由軍事審判。我國軍事審判亦然²⁴。

2. 管轄的案件廣泛：在戰時或其他緊急狀態下，軍事活動在整個社會或某些區域成為一切活動的中心，軍事利益即是國家利益，以便維護社會秩序，任何人對於社會秩序的嚴重危害，即是軍事利益的危害，亦是侵害國家利益，因此，戰時軍事審判案件範圍除了在平时狀態危害軍事利益外，甚至包括共同犯罪或數罪併罰及普通刑事犯罪。例如德國 1921 年在《關於設立特別法院的總統令》中規定，在宣布戒嚴後，得設立特別法院管轄刑法有關謀叛、損害國權、危害公共安全、強盜等罪；日本 1883 年《戒嚴法》第 11 條規定，在接戰地域內有關皇室罪、國事罪、妨害信用罪、官吏瀆職罪、謀殺罪、毆打傷害罪、擅自逮捕監禁人罪、脅迫罪、強盜罪、放火失火罪、決水罪等犯罪統歸軍事機關審判²⁵；美國統一軍法典第 106 條任何人於戰時，在軍隊管轄地區，船隻、飛機、船塢、製造廠、工業區、或從事協助戰事進行工作之任何地區，或其附近，經發現為刺探、間諜行為者，由軍事法庭或軍事裁決委員會審判²⁶。

²¹ 莫紀宏、徐高，《戒嚴法律制度概要》，法律出版社，1996 年 6 月，頁 112、113。

²² 義大利軍事刑法典第 235 條規定，占領域內，無論是由被占領地居民針對占領軍或其成員實施犯罪，還是由占領軍服務的人員針對占領地居民實施的犯罪行為，適用戰時刑事訴訟程序。黃鳳譯，《義大利軍事刑法典》，同註 11，頁 220。不同意見者，有謂被占領地之該國人民，其固應受占領國之軍事管理，惟若受占領國之軍事審判，將引發有無違反國際公約之質疑，《立法院公報》，2001 年 10 月 6 日，第 90 卷第 45 期（上），頁 131；惟本文認為，在占領地尚未建立司法制度，或基於軍事需要，得由占領地最高軍事長官劃由戰時刑事程序訴訟為宜。

²³ 法國軍事審判法典第 322 條，林中偉譯，《軍法專刊》，1993 年 9 月，第 32 卷第 9 期，頁 28。

²⁴ 軍事審判法第 1 條第 2 項及戒嚴法第 8 條規定非現役軍人不受軍事審判，但接戰地域違反普通刑法之重罪案件，軍事審判機關得自行審判。

²⁵ 梁玉霞，《中國軍事司法制度》，社會科學文獻出版社，1996 年 8 月，頁 171、172。

²⁶ 美國統一軍法典譯文，參蔡朝安、洪紹書合譯，《軍法專刊》，1992 年 4 月，第 38 卷第 4 期，頁 36。

(三) 檢察權限擴大

由於戰時或其他緊急狀態下，原有的社會產生劇烈的變化，平時司法程序不宜也不再正常運作，為了保障戰時軍事法益及社會秩序的相對穩定，避免傷害延續擴大，軍事檢察官或軍、司法警察官的強制處分權，包括逮捕、搜索、一定時間的拘留、交保、責付等，應予適度擴張，甚至賦予或擴張軍事指揮官一定偵查及前揭強制處分權。例如法國軍事審判法典規定戰時現行犯當場被逮捕的軍人可以被關在憲兵營房的拘留所或司法監獄 48 小時²⁷。

(四) 偵審程序簡速

為保障戰時軍事法益及社會秩序，偵、審程序的簡潔及快速有其必要。所謂程序簡潔、快速是指簡化辦案手續，縮短辦案期限，如部分案件不允許上訴，或上訴案件以書面審理為原則，以加快偵、審流程，甚至得賦予軍事指揮官逕向軍事法院起訴之權利，或同意被害人向軍事法院提出自訴。雖然，程序的簡潔、快速意味對當事人某些權利的限制，但只要在法律保留、比例原則及特定權利不弱減原則下，限制是被容許的。例如我國現行軍事審判法戰時上訴案件以書面審理為原則。

(五) 判決緩執行

為保全國家的戰力，對於判決確定之案件，不用剝奪其人身自由的方式而免除其作戰義務，削弱軍隊的戰鬥力，可以經軍事審

判機關決定暫緩執行，例如，法國在戰時，作出起訴命令或要求收回訴訟程序的軍事權力機構在通知國防部長後，能夠延緩所有已定案的判決之執行，在判決確定之日起的三個月內軍事權力機構具有此一權力，受刑罰延緩執行之受益人，在其判決之後一直留在軍中，以履行其合法軍事或契約規定的義務²⁸；美國統一軍法典規定國防部有關於戰時或國家緊急狀態時期，對於免職判決得予減輕為降級處分，受降級之人員，得令其於戰時或國家緊急狀態時期服役至戰時或國家緊急狀態時期終止後六個月²⁹；而義大利戰時軍事刑法典規定在戰爭狀態存續期間，被告訊問後，對涉及妨害兵役及逃亡的犯行，原則上暫時停止對在犯罪時已從屬於動員部隊或隨後被派往該部隊人員之追訴³⁰。

伍、戰時軍事審判之屬性及運作機制可能之規範體例

一、戰時軍事審判之屬性

軍事審判權在國家權力的角色定位，關係軍事審判終審權的歸屬，亦影響軍事審判機關採隸屬制或獨立制等設計與運作。有關軍事審判究為司法權的延伸，即採延伸主義，而符司法一元化，或為統帥權而援用，即採援用主義，而形成二元司法主義，抑折衷的認為既淵源於司法權，亦淵源於統帥權，而所謂的雙重淵源說或雙重屬性說，學說不一³¹。

²⁷ 法國軍事審判法典第 172 條，林中偉譯，同註 23，頁 35。

²⁸ 法國軍事審判法典第 334 條第 3 項、第 358 條及第 360 條，前揭（註 23）書，頁 29、32。

²⁹ 美國統一軍法典譯文，參蔡朝安、洪紹書合譯，同註 26，頁 40。

³⁰ 黃鳳譯，《意大利軍事刑法典》，同註 11，意大利軍事刑法典第 243 條。

³¹ 李志鐘認係統帥權說（李志鐘，〈軍事審判在我國憲法上之性質〉，《軍法專刊》，第 5 卷第 1 期）。李大正認係司法權說（李大正，〈軍事審判在憲法上之地位〉，《軍法專刊》，第 34 卷第 10 期）。學者謝添富、趙晞華認係調和說（謝添富、趙晞華等，《修正軍事審判法論釋》，2004 年 9 月，頁

(一) 延伸主義

延伸主義或謂司法權說；基於三權分立理論，人民有接受獨立於行政權的司法權公正裁判的權利，而軍人只是穿著軍服的公民，其受軍事審判，亦為國家司法權運作的一部，雖然軍隊組成的份子有其特殊性，但為落實軍人等同司法公正全部價值的裁判對待，最根本的方式就是將軍事審判置為國家司法的一環，使軍、司法歸於一元。目前世界大多數國家採之。

(二) 援用主義

援用主義或謂統帥權說；所謂軍法為軍，軍隊職責是作戰或以武力抗衡威脅，求勝是軍隊的唯一目標，軍隊統帥運用武力，必須順暢和高效，所以要求軍人忠於職守，服從命令，恪遵紀律，而軍事審判就是達成目的的手段之一。因此，主張援用主義者，明顯界定軍事審判與司法審判的目的論，而使國家司法走向二元化。當然主張援用主義並非否定軍事審判應有客觀公正的審判條件。只是勿庸枷鎖於司法機關終審的無可替代性。此主義代表性有義大利。

(三) 折衷主義

折衷主義或謂調和說、雙重屬性說；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。換言之，軍事審判法隸屬於統帥權之下，其運用方式，則自司法權作用，逐漸推演為統帥權與司法權之折衷調合，例如美國憲法第 3 條司法部門職權，並未言及軍事審判事務，與我憲法第七章「司法」相似，

然其軍事審判體制，係國會授權制定，施行之統一軍法典授權三軍統帥，作為其軍事審判之依據，其軍事法庭隸屬於統帥權即行政體系之下，美國聯邦法院承認軍事法院是一個炯然不同的法律體系，其聯邦最高法院亦認為軍隊為特殊團體，適用法律程序之標準應有差別等，均於司法審判外，尊重並承認軍法的體制及判決，其意即在統帥權下，以司法權方式行使軍事審判。

(四) 我國軍事審判之屬性

我國現行軍事審判法審級為三審，第一、二審由軍法機關裁判，而終審則為司法機關，戰時則採二審，終審為軍法機關。另軍事法院雖於國防部轄下機關，惟已從當時隸屬部隊抽離改採地區制，裁判事務不受軍事長官指揮、干擾，獨立於各部隊，如單就終審機關歸屬為斷，平時似採延伸主義，戰時採援用主義，惟深入分析，本文認為平時亦採折衷主義，惟折衷調和結果偏重司法權，茲分析理由如下：

1. 目前軍事法院置於國防部轄下機關，為行政機關，屬統帥權，司法權運作之機關形式，已不符三權分立之精神，不免受到行政權力之干預，而使司法獨立、公正受到質疑。

2. 軍事審判法第 181 條第 4、5 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。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。」反

64、65。）亦有學者認為，國家審判權和軍事統率權價值取向截然不同，按三權分立難以承認彼此間互有統轄之現象，是統帥權與司法權難以併存，雙重屬性說的劃分方式，不具科學（田龍海主編，《軍事審判學》，軍事科學出版社，2002 年 1 月，頁 6）。

面解釋，有期徒刑以下之案件因不得上訴三審之司法機關，而軍法機關為當然之終審機關。

3. 依釋字第 436 號對軍事審判權屬性之解釋，確立「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，具司法權之性質，……非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權」，就屬於「統帥權」部分指出，「憲法第 9 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」；另「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 條等有關司法權建制之憲政原理」亦屬於「司法權」之闡述。

二、戰時軍事審判運作機制可能之規範體例

戰時軍事審判可能之規範體例究係法律、緊急命令、法規命令或行政規則；如以法律形式，以單一法典之專法，抑現行軍事審判法增列專章或修正部分條文，容有討論空間。

(一) 規範體例暨良窳

戰時軍事審判機制涉及層面廣泛，由前揭戰時軍事審判機制實務座談會專家、學者之見地可知，包括戰場指揮官之運用、審判組織、程序，甚至實體法等。分析各國軍事審判組織、程序之立法形式，大致可分為三類，第一類係兩者分別或合一，自成體系以

獨立法典形式表現者，有以色列、俄羅斯及我國，第二類係併其他軍事法規，以合體法典形式表現者有美國、英國、加拿大及義大利。第三類係與普通形式訴訟程序合體，以刑事訴訟法典形式表現者有中共。而絕大多數國家，均將戰時軍事審判與平時軍事審判合一，以同一法典形式表現，例如我國軍事審判法內含相關戰時審判規定³²。由於我國軍事審判法及戒嚴法等相關法規對於戰時軍事審判機制未備，所以檢討開創機制時，規範體例當為首要。以下就我國戰時軍事審判運作機制可能之規範體例評析如下：

1. 法律：按憲法第 170 條、中央法規標準法第 2 條規定，係指經立法院三讀通過，總統公布之法、律、條例或通則。戰時軍事審判機制之擬訂時，其規範事項如關於機關組織、人民之權義或其他重要事項，應以法律定之者。法律之形式得以專部法典或現行法之專章制定。

2. 緊急命令：按憲法第 43 條規定，國家遇有天然災害、瘟疫，或國家財政經濟上有重大變故，須為急速處分時總統於立法院休會期間，得經行政院會議之決議，依緊急命令法，發布緊急命令，為必要之處置，但須於發布命令後一個月內提交立法院追認。另增修條文第 2 條第 3 項、第 4 條第 6 項規定，總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議發布緊急命令，為必要之處置，不受憲法第 43 條之限制。但須於發布命令後十日內提交立法院追認。緊急命令因具有變更或取代法律之性質，乃憲法明文之授權³³，故在性

³² 李瑞典，〈軍事審判組織之介紹—兼評司法院大法官會議第 436 號解釋〉，《律師雜誌》，2007 年 7 月，第 334 期，頁 76。

³³ 緊急命令係憲法層次之法規範，惟一般行政法教科書均將其置於行政命令下討論。參見陳清秀，〈行

質及效力上，相當於「特別之限時法」，位階高於一般之行政命令³⁴。

3. 法規命令：按行政程序法第 150 條第 1 項規定，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作之抽象對外發生法律效果之規定。意味著立法院將其立法權交由行政機關行使，旨在免去技術性、細節性規範之負擔³⁵。惟法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神，亦即授權之內容、目的及範圍必須明確³⁶。且行政程序法公布施行後，基於所謂「重要性理論」暨「國會保留」原則，立法機關應就重要事項自行決定，尤其與基本權利實現有關之事項，不得交由行政機關以行政命令定之。此外，法規命令不得抵觸憲法、法律或上級機關之命令者，尤其無法律之授權而剝奪或限制人民之自由、權利（行政程序法第 158 條第 1 項參照），戰時軍事審判機制當本上揭意旨訂之，惟目前戰時軍事審判機制並未有法律之授權。

4. 行政規則：按行政程序法第 159 條第 1 項規定，行政規則係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般及抽象之規定。行政機關在現行法規範下當可自行訂定「戰時軍事審判案件應行注意事項」，惟如要包攝符合戰時管轄、強制措施、偵查、起訴、審理及執行等內容，可能因違反法律保留原則及破壞法規範間位階秩序，實值深思。

（二）小結

戰時軍事審判運作之法規範內容，倘涉組織、程序，而逸脫現行法律規定，且涉及關於人民之權利、義務，當以立法程序制定法律為之，始符法律保留原則。另緊急命令具有變更及取代法律之性質，亦得為之，惟緊急命令之時機係為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，且尚有立法院追認之問題存在，亦須注意。戰時軍事審判運作之法規範倘有法律授權，當可以法規命令之型態為之，惟尚須注意授權明確性等原則（釋字 629 號、604 號、593 號、547 號參照）及立法監督（中央法規標準法第 7 條及立法院職權行使法第 60 條至 62 條參照）。戰時軍事審判運作之法規範如以行政規則訂之，例如由國防部訂定「戰時軍事審判應行注意事項」當無疑義，惟如何使其產生源自「行政自我拘束原則」之「外部效力」以維護軍事法益，非無疑問。

三、戰時宣布緊急命令或戒嚴之比較

按緊急命令，總統依憲法第 43 條依緊急命令法得發布緊急命令，惟我國尚未制定緊急命令法，復依憲法增修條文第 2 條第 3 項規定，為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議發布緊急命令，為必要之處置。而戒嚴依憲法第 43 條規定，總統依法（戒嚴法）宣布戒嚴，但須立法院通過或追認。為解析戰時宣布緊急命令或戒嚴，何者為宜，先就緊

政法的法源》，翁岳生編，《行政法》，翰蘆出版社，2000 年，頁 100、101。吳庚，《行政法之理論與實用》，1995 年 3 月，頁 43-44。

³⁴ 吳志光，《行政法》，新學林出版，2007 年，頁 18。

³⁵ 李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啟禎等合著，《行政法入門》，元照出版公司，2006 年，頁 63。

³⁶ 司法院大法官會議釋字第 514 號、第 394 號及第 367 號等解釋參照。

急命令與戒嚴發動時機、公示及監督方式、規範內容及歷史經驗等分述如下：

(一)發動時機

緊急命令乃總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故而為因應措施。而戒嚴乃戰爭或叛亂發生之措施。緊急命令之「緊急危難」究僅指天然災害，抑包括戰事，學者間有不同看法，有謂緊急命令係對「緊急危難（天然災害）」或「財政上重大變故」，而「宣戰」或「戒嚴」乃對於「戰爭或叛亂」之非常狀態而為緊急處置³⁷；另不同見解者，認我國面臨戰爭之緊急憲法制度包括宣戰權、戒嚴權與緊急命令權³⁸。本文以為，憲法增修條文第2條第3項「為避免國家或人民遭遇緊急危難」之文義並未侷限天然災害，且動員戡亂時期臨時條款第1條規定總統之緊急處分權亦為「為避免國家或人民遭遇緊急危難」，兩者文字相同，同一解釋，當應無疑義，而從動員戡亂時期臨時條款有關「緊急危難」之適用經驗觀之（容後述「歷史經驗」），亦非僅指天然災害，亦包括金融風暴及中美斷交等人為災害；所以，面臨戰爭行使緊急命令權，尚在憲法增修條文第2條第3項之範疇，即緊急憲法制度包括宣戰權、戒嚴權與緊急命令權之見解為宜。

(二)公示及監督方式

緊急命令，乃總統得經行政院會議之決議發布，依憲法增修條文規定應於發布命令後10日內提交立法院追認，在立法院休會期間，應於復會時即提交追認。戒嚴，區分三種情形，「一般戒嚴」指對於全國或某一地域應施行戒嚴時，總統得經行政院會議之議

決，立法院之通過，依本法宣告戒嚴或使宣告之；「緊急戒嚴」指總統於情勢緊急時，得經行政院之呈請，依本法宣告戒嚴或使宣告之；「臨時戒嚴」指戰爭或叛亂發生之際，某一地域猝受敵匪之攻圍或應付非常事變時，該地陸海空軍最高司令官，得依本法宣告臨時戒嚴；如該地無最高司令，得由陸海空軍分駐團長以上之部隊長，依本法宣告戒嚴。「緊急戒嚴」應於一個月內提交立法院追認，在立法院休會期間，應於復會時即提交追認。而「臨時戒嚴」應由該地最高司令官或陸海空軍分駐團長以上之部隊長，迅速按級呈請，提交立法院追認。

(三)規範內容

緊急命令之規範內容按實際需要，由行政機關訂定公布，且得限制人民基本權利，乃必要之行政權擴張，以取代平時之立法程序，係權力分立原則之例外。大法官釋字543號解釋雖肯認緊急命令權，惟亦說明以不得再授權為補充規定即可逕行執行為原則，其內容應力求詳盡而周延。若因事起倉促，一時之間不能就相關細節性、技術性事項鉅細靡遺悉加規範，而有執行機關以命令補充者，則應於緊急命令中規定其意旨，並於立法院完成追認程序後，由執行機關再為發布。而戒嚴法已明確就軍事指揮權之擴大、行政權及司法權之移歸、軍事審判權轉換之擴大、最高司令官之職權等予以規範。

(四)歷史經驗

從37至80年期間，我國實施動員戡亂時期臨時條款，依該臨時條款第1條規定，總統在動員戡亂時期，為避免國家或人民遭遇緊急危難，或應付財政經濟上重大變故，

³⁷ 趙晞華，〈軍事審判之法庭活動及其趨向〉，《軍法專刊》，2009年12月，第55卷第6期，頁97。

³⁸ 魏靜芬，〈軍隊動用之法制規範〉，《軍法專刊》，2008年8月，第54卷第4期，頁7。

得經行政院會議之決議，為緊急處分，不受憲法第39或第43條所規定程序之限制。此時，不但憲法第43條凍結，依據該臨時條款規定，頒布緊急處分令，亦無須立法院追認，同時，總統依臨時條款緊急命令權方式進行戒嚴宣告。而37年迄今，計有10次緊急處分令及1次緊急命令³⁹，其中緊急命令乃臺灣地區於88年9月21日發生罕見之強烈地震，總統於同年月25日發布，內容包括政府預算不受預算法及公共債務法限制、提撥專款供災民融資、排除國有財產法第40條及地方財產管理規則關於借用期間限制、簡化行政程序法不受都市計畫法等規定限制、徵用民間器材不受相關法令限制、調派國軍救災、對於妨害救災等行為刑罰、對於詐欺等不正方法取得賑災等相關財物者加重刑罰⁴⁰。

另37年12月10日蔣中正總統曾發布戒嚴令，規定全國各省市，除新疆、西康、青海、臺灣四省及西藏外，均宣告戒嚴，並同時劃分接戰地域及警戒地域，該戒嚴令於同年12月21日經立法院會議表決通過，予以追認；翌年7月7日李宗仁代總統又發布戒嚴令，規定全國各省市，除新疆、西康、青海、臺灣四省及西藏外，均予實施戒嚴，並劃長江以南各省為警戒地域；蘇南、皖南各縣及湘、贛、浙、閩、粵、桂六省全部，一

併劃作接戰地域。

(五)戰時發布緊急命令之可行性

憲法賦予國家政府體制有特別機制，戰爭或叛亂發生之措施對應乃以宣告戒嚴為主，而應付緊急狀態，又可規避立法規範之桎梏，即為總統之緊急命令權，釋字第543、571號亦肯認總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，憲法賦予總統在一定要件、程序及監督下有緊急命令權，緊急命令存在之必要。釋字第543號更指出，緊急命令不得再授權為補充規定即可逕行執行為原則，且內容應力求詳盡而周延，縱有執行機關以命令補充之必要，應於緊急命令中規定其意旨，並於立法院完成追認程序後，由執行機關再為發布。緊急命令之發布及其補充命令，有暫時變更或代替法律之效力，除行政機關自我約束之效力外，其民意監督機制均為事後審查，確實可以發揮行政機關對於戰時具突發、急迫性之實需。

誠如「戰時軍事審判機制實務座談會」所提，當中共對臺澎金馬地區發射飛彈、局部封鎖等緊急狀態下之軍事壓迫，如因思考國民長期對戒嚴軍人統制、軍管等恐懼揮之不去之陰霾，社會觀感可接受程度不高，而不願發布戒嚴，且在現行戒嚴法及戰時軍事審判機制未備情況下，當可考慮緊急命令方

³⁹ 1948年8月19日、8月26日及11月11日因應上海金融風暴，總統3次制定公布緊急處分令；1949年1月19日制定公布黃金短期公債條例、2月25日頒布財政金融改革案、7月23日；11月11日制定公布愛國公債條例；1959年8月31日因八七水災公布緊急處分；1978年12月16日因中美斷交公布緊急處分；1979年1月18日為停止中央民意代表選舉公布緊急處分；1988年1月13日蔣經國總統逝世公布緊急處分；2000年9月25日因921震災制定公布緊急命令。

⁴⁰ 2000年9月25日制定公布之緊急命令第11點「因本次災害而有妨害救災、囤積居奇、哄抬物價之行為處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金、以詐欺、侵佔、竊盜、恐嚇、搶奪、強盜或其他不正當之方法，取得賑災款項、物品或災民之財物者，按刑法或其特別法之規定，加重其刑至二分之一。前二項之未遂犯罰之。」，有關臺灣地區歷史上曾發布之緊急處分令及緊急命令，可參林士毓，〈軍事指揮權與軍事審判權的調和—從權力的組成元素談起〉，《國防部軍法司戰時軍事審判運作機制研究案研究成果（第4冊）》，2010年2月，國防部軍法司編印，頁34、35。

式，且據 925 緊急命令經驗，除針對動員事項行之外，當可規定包括治安規範、秩序管理、生活限制、宵禁制度，甚至創造刑法，乃至於因應戰時之特別審判制度。或有謂「遭遇緊急危難」指天然災害，惟 67 年 12 月 16 日因應中美斷交及 77 年 1 月 13 日因應蔣經國總統逝世公布之緊急處分，尚無關天然災害，所以審酌發動時機、公示及監督方式、規範內容及歷史經驗，尚屬妥適、可行；惟緊急惟緊急命令有關軍事審判機制之內容，應力求詳盡而周延，宜注意不得再授權為補充規定即可逕行執行為原則。

伍、我國戰時軍事審判法制擬議

我國目前部隊在平時已不具軍事審判之職能，只有在戰時因軍事審判法對臨時法庭設置的授權，國防部得在特定部隊、作戰區、戰區設置臨時法庭，性質類似軍法改制前之隸屬制，惟部隊長未具核判權。另相關法制雖已注意到戰時擴大審判範圍（非軍人接戰或警戒地域有關刑法內亂等特定罪名得軍事審判、接戰地域內無法院或與其管轄法院交通斷絕，得由軍事機關審判刑民事案件）、採二審終審制、第二審排除強制辯護、戰時叛亂罪不待陳述判決及專科死刑電請最高軍事法院之緊急措施等程序規定，然無論體例、偵查或審判程序等，確實有未臻完備之情形。由於軍事法的實質是面向戰爭之法，是否具有戰爭適應性是評價軍事法優劣的重要標準⁴¹，戰時軍事審判機制當不例外。本文以為，建構我國戰時軍事審判機制應具備以下條件，始能發揮最大效能，並擬議條文分述如下：

一、法規範體例

法規範體例的建構乃戰時軍事審判機制首要，在現行軍事審判法之規範架構下，由國防部訂定「戰時軍事審判案件應行注意事項」，雖係行政機關直接、快速方式，可以應變海峽兩岸戰時之急迫性，惟可能因違反法律保留原則及牴觸法律而不生效力，反之，國防部所訂注意事項如果只是現行規範之枝節，未能有突破，亦未臻能事。另目前戒嚴法及軍事審判法雖可解決前揭部分問題，惟仍有多項未備。而戰時發布緊急命令，雖有前揭學者認未符「避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故」之要件，且必須遵守不得再授權為補充規定為原則，然本文認為戰時符合緊急命令之「國家或人民遭遇緊急危難」要件，且由於具有變更及取代法律之性質，其命令內容可事前擬訂，預為突發之因應，不失方法之一。然如果可以制定戰時軍事審判單一法典，法律銜稱，不以戰時軍事審判法為限，類如防衛狀況或緊急狀態軍事審判法為佳，另退而其次，亦可於現行軍事審判法增修部分條文或研訂專章，或於戒嚴法中修正部分條文。

二、指揮官與軍法參謀

由「戰時軍事審判機制實務座談會」專家所提，我國戰爭型態極有可能為島內作戰，而非決戰境外，所以，平時規劃至少 1 至 2 員以上軍事檢察官於戰時命令一下達，即自動迅速前往配屬部隊報到，職司犯罪偵查，並兼任軍法參謀，就部隊軍事行動所涉武裝衝突法及其他法律問題，提供意見，甚至副署，乃座談會共識，而配屬於部隊之層級，應視陸、海、空軍種之特性，原則上為旅級以上。而初審案件臨時法庭之設置，如軍事

⁴¹ 張山新主編，《軍事法研究》，軍事科學出版社，2002 年 8 月，頁 35。

審判人力許可，當以旅級以上較為理想，並隨部隊移轉，如因人力不足考量，亦當設置於五大作戰區及金門、馬祖及澎湖。而覆判案件臨時法庭，原則上亦應設置於五大作戰區及金門、馬祖及澎湖。

至於美國指揮官的「不付審理懲處權」，本文以為，英、美等國基於對部隊存在秩序價值的信念，明確將軍事指揮官擁有軍事法庭的召集權及「不付審理懲處權」規定於法律中⁴²，如此對於統帥權的尊重並不意味放棄正義價值，因為當指揮官不行使或被告放棄「不付審理懲處權」時，就必須進入軍事審判，一但軍事審判，對於正當法律程序的要求與一般訴訟程序並無差異。我國是否採行，本文認為，只要克服檢察官訴追犯罪及公務員對於犯罪之告發義務，對於戰時之實需，亦持肯定態度。

三、戰時之界定

現行軍事審判法第7條規定「稱戰時者，謂抵禦侵略而由總統依憲法宣告作戰之期間。」而「戰爭或叛亂發生而宣告戒嚴之期間，視同戰時。」。因此，當總統依憲法宣告作戰或戰爭、叛亂發生而宣告戒嚴，追訴犯罪之刑事訴訟就可進入特別軍事審判程序；但除戰時及叛亂外，國家或人民亦可能因重大天然災害、經濟危機、流行傳染病、工業事故或國際恐怖組織之破壞等事故遭遇緊急危難，使人民生命、身體、健康、財產等權利受損，或者全國或部分地區的社會秩序受到嚴重威脅，此時總統依憲法增修條文第2條第3項規定得宣告緊急命令，且依全民防衛動員準備法第2條第2款規定，動員實施階段指戰事發生或將發生或緊急危難時，總

統依憲法發布緊急命令，實施全國動員或局部動員時期。所以，有必要於上揭條文第2項增訂動員實施階段視同戰時，建議第1項修正為「本法稱戰時者，謂由總統宣告作戰之期間。」，而第2項修正為「動員實施階段或戰爭、叛亂發生而宣告戒嚴之期間，視同戰時。」。

四、院檢審判權方面

(一)適度伸縮管轄範圍避免弱化戰時軍事審判效能

審判範圍擴大是戰時軍事審判特性之一，所以軍事審判可能擴及非軍人，審判案件擴及民、刑事，如果全部交由軍事審判，大量案件湧入，以目前軍法機關有限人力將無法負荷，為了克服軍事審判資源之有限性，集中力量處理直接影響軍事法益的案件，必須將涉及國防或軍事法益的刑事犯罪作為戰時軍事審判的主要客體，不宜將戰時具有軍人身分的全般犯罪行為，均交由軍事審判；另犯罪情節輕微、軍事法益危害性輕微，無論是否原屬軍事審判範圍之案件，戰時亦得交司法機關審理，換言之，戰時軍事審判權的審判範圍以一定程度危害軍事法益案為原則，並例外賦予軍事審判得交付司法機關審理之權利。昔日，依戒嚴法第8條所訂《臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法》（76年7月15日已廢止）亦本此旨。所以，本文認為我國戰時軍事審判範圍擴大的特性應調整為適度伸縮範圍，不但符合戰時軍事審判之價值取向，也可以避免因為案件遽增，弱化戰時軍事審判之效能。

另本文認為，除軍事審判法第3條「依

⁴² 前揭（註32）文，77頁。

法成立之武裝團隊，戰時納入戰鬥序列者，視同現役軍人。」之規定外，依國防部組織法任用，戰時於國防部任職之文職人員，亦應視同現役軍人。按國防部組織法第 15 條第 2 項規定，文職人員任用，不得少於編制員額三分之一，且文職人員平時多從事與軍事勤務有關之事務，戰時亦多直接或間接負有作戰任務，如未等同現役軍人之約制，而有破壞軍事行動常軌之行為，將危及戰爭目的之達成。例如戰時軍事長官下達之作戰命令，文職人員如有不服從，將難以抗命罪相繩，現行刑法處罰條文亦不足，有害戰爭目的之達成；又如戰時軍事秘密之保守義務，舉凡部長、常務次長、參事、司長等國防部文職人員更是責無旁貸，應同現役軍人刑事追訴及刑罰責任，故增訂「依國防部組織法任用並於國防部任職之文職人員視同現役軍人。」戰時亦有本法之適用，並循前開「適度伸縮管轄範圍」之方式，原則軍事審判，例外司法審判，將戰時軍事法益危害性輕微，屬軍事審判範圍之案件得交司法機關審理。

(二) 戰爭罪名國內法化並由軍事法院專屬管轄

由於戰爭型態轉變，國際間意識全球人民唇齒相依，對於各種衝突引發殘害人類生命及共同文化資產的破壞，休戚與共，而認為在國內刑事管轄外，應另設國際刑事法院以為制裁，目前常設於機構即荷蘭海牙的國際刑事法院，其管轄之犯罪概分滅絕種族罪、危害人類罪、戰爭罪、侵略罪等。而其管轄權之行使，以國際刑事法院羅馬公約的締約國為原則，至於非締約國，亦可主動向國際刑事法院書記官提交聲明。另國內法院已為審判，除非該國有不願意或不能夠確實進行調查或起訴時，基於一罪不二罰原則，國際刑事法院不得再為審判。我國非羅馬規約締

約國，雖現有刑法第二章外患罪（第 103 條至 106 條）、陸海空軍刑法第 14、15、17、26 條等叛國、利敵、無故開戰等罪規範，畢竟未符羅馬規約前揭罪名之定義，而有未逮。

另國內雖有制定殘害人群治罪條例，然依該條例審判管轄之規定，無論戰時或平時，抑或具何種身分，均由高等法院或分院管轄。且國際法對於前揭犯行並未有刑罰之明確規定，對於必須遵守罪刑法定原則之國內法院言，如何處罰亦有困難。綜上所述，我國對於滅絕種族罪、危害人類罪依殘害人群治罪條例無論平戰，由司法機關管轄，而戰爭罪及侵略罪則因國內未見規範，而國內無從審判或可採自願接受管轄之方式行之。惟管轄權往往牽動國家主權表徵，所以為維護主權並宣誓對戰爭罪及侵略罪之惡行嚴懲，應將戰爭犯罪的罪名國內法化，並規定軍事法院有專屬管轄權。具體作法，係於刑法制定「危害人類和平與安全」罪章，另於陸海空軍刑法第 76 條引置適用。

(三) 戰時地方軍事法院管轄初審案件

釋字第 436 號解釋意旨揭示「本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第 77 條之意旨，應就軍事審判制度區分平時與戰時予以規範。在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告逕向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。」之意旨，反面解釋戰時得限制逕向普通法院救濟之權利，是軍事審判法第 181 條第 7 項、第 202 條第 1 項定有明文，戰時採二審制，而第二審原則採書面審。現行條文依尉官以下，校官以上之階級分由不同軍事法院受理，戰時易造成部隊移送之困擾，且造成軍法人員不足之情形，故戰時地方軍事法院管轄初審案件，高等軍事法院管轄上訴案件，符合戰時審檢程序簡捷、迅速等原則。建議將現行軍

事審判法第27條「地方軍事法院管轄尉官、士官、士兵及其同等軍人犯罪之初審案件。」增訂第2項「戰時地方軍事法院管轄現役軍人、非現役軍人、俘虜及投降人犯罪之初審案件，不受前項階級管轄之限制。」；及同法第28條「高等軍事法院管轄案件如下：一、將官、校官及其同等軍人犯罪之初審案件。二、不服地方軍事法院及其分院初審判決而上訴之案件。三、不服地方軍事法院及其分院裁定而抗告之案件。」增訂第2項「戰時高等軍事法院管轄案件如下：一、不服地方軍事法院及其分院初審判決而上訴之案件。二、不服地方軍事法院及其分院裁定而抗告之案件。」

（四）戰時高等軍事法院臨時法庭之設置

戰時部隊隨著作戰任務的轉換，不斷改變作戰地域成為常態。因此，戰時軍事審判組織應具「應變性」，為避免被告及證人往返駐地及軍事法院間，徒增時間及人力消耗，並可能影響戰時任務之遂行，將法庭活動移至特定之部隊、有其必要性，現行條文規定戰時得授權高等軍事法院，於「作戰區」設臨時法庭，侷限軍事法庭之設置，有礙戰時「應變性」之原則，建議將軍事審判法第16條「國防部……。戰時得授權高等軍事法院，於作戰區設臨時法庭。」之「作戰區」修正為特定部隊，以利高等軍事法院保有其應變性。

五、偵查方面

為保證緊急狀態下社會秩序的相對安定，防止現行犯和嫌疑人繼續犯罪或出現逃跑、隱匿、毀滅罪證或其他妨害軍事利益等情況，在戰時或宣告戒嚴之其他緊急狀態下，軍事審判強制措施在比例原則下，應突顯出四項特點⁴³：

（一）偵查中強制處分權擴張

軍事審判法中有關軍事檢察官的強制處分權在幾次配合刑事訴訟法修正後，已大幅削弱，不如往昔，除了扣押、傳喚、拘提、逮捕、責付、具保、限制住居等強制處分外，最直接有效管制被告的羈押及取得證物之搜索，都必須經過軍事法院同意，在戰時如果均須踐履上揭程序，而不為立即處分，這對於正在或即將執行戰鬥任務而有犯罪嫌疑的軍人而言，恐有延誤戰事先機，亦有礙於犯罪偵查之發現，所以在法律保留原則下放寬緊急拘提及搜索權，是必要的，而對於羈押權因屬憲法第8條規定，非法律所能逾越，當然應予遵守，另縱陸海空軍刑法第12條有「戰時為維護國防或軍事上之重大利益，當事機急迫而出於不得已之行為不罰」之阻卻違法，亦應注意特定權利不弱減原則之適用。另對於必須剝奪被告的人身自由，雖有前揭憲法保留規定不可逾越，惟因戰時交通障礙或其他不可抗力事由所生之不得已之遲滯，當是軍事檢察官主張之法定障礙事由。另為維護戰時軍事利益必須剝奪士官兵的人身自由，由指揮官行使陸海空軍懲罰法管訓、禁閉、悔過等紀律罰，係最直接有效方式⁴⁴。

⁴³ 前揭（註4）文，頁39以下。

⁴⁴ 憲法第8條規定，人民之身體自由，非由法院（司法權機關）依法定程序不得審問、處罰之（即法官保留），軍人係「穿著軍服之公民」，雖憲法第23條規定，允許在「防止妨礙他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」及「增進公共利益」等四項得以法律限制人民自由權利。但人身自由則須踐行「法官保留」之程序，我國大法官會議解釋及相關國際公約皆揭示斯旨。憲法第8條法官保留之要求範圍之界定，不限於刑事被告，亦不拘泥於名稱必須為「逮捕、禁閉、拘禁」，凡實質上是涉

偵查中強制處分權擴張的具體條文，除原規定軍事檢察官或軍法警察官、軍法警察遇有「一、現行犯供述且有事實足認為共犯嫌疑重大而有逃亡之虞者。二、在執行或在押中脫逃者、有事實足認為犯罪嫌疑重大經被盤查而逃逸者。三、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者。」等情況急迫者，得逕行拘提外，參考本法第 102 條第 1 項第 4 款「妨害軍事安全之虞」之羈押要件審查思維，視戰時軍事安全需要，擴張本法有關逕行拘提之規定，於第 89 條、第 95 條之逕行拘提權及第 112 條之逕行搜索權等條文增訂「戰時有事實足認為妨害軍事安全之虞者。」且揭「五年以上」修正為「三年以上」；另現行軍事審判法第 107 條第 1 款「所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，經具保聲請停止羈押，不得駁回」之規定，有可能在作戰期間直接影響指揮官之領導統御，例如陸海空軍刑法第 52 條第 2 項「公然侮辱上官」罪及同法第 73 條第 1 項「匿名檢控」等罪，而有妨害軍事安全、影響戰爭成敗之虞，本文建議增訂該條第 1 款但書「戰時不在此限」之規定，使軍事法院有裁量空間，維護軍事需要。

(二)管轄便宜

檢察官本於「檢察一體」原則支配，本

不受法院管轄之拘束，但是管轄權乃考慮案件之性質、輕重、簡繁，審判之方便，被告之方便及法院之事務負擔量等因素而定之，故刑事訴訟法會有事務管轄、土地管轄、審級管轄等規定，而軍事審判法雖未明定軍事法院及其配屬之軍事檢察署之管轄權，但國防部基於上揭因素考量，也以行政命令劃分管轄範圍⁴⁵，然戰時偵查基於迅速之原則，平時軍事審判機關對於行使管轄權範圍的律定，不應再刻板適用，軍事檢察官對於軍司法警察機關移送之現行犯或通緝犯，自應迅速採取措施，有效控制人犯，制止危害結果的產生或擴大，並且迅速偵查、取證，及時偵結移審，換言之，戰時臨時軍事法庭設置於部隊，受理之案件並不受隸屬限制，而係以戰時就近、受理在先為劃分管轄權原則。

(三)起訴便宜

戰時對於罪行較輕，主觀惡性不大之犯行，被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，因應戰時兵力需求甚殷，軍事檢察官可運用刑事訴訟法第 253 條之 1 有關緩起訴之規定，或軍事審判法第 140 條之職權不起訴之規定等作為，使其安心投入戰役，並可使被告在緩起訴期間「戴罪立功」，甚至軍事檢察官得暫緩或停止訴追犯罪，擬議條文得增訂於軍事審判法第 133 條之 2：「戰時軍事檢察官對於最輕

及人身自由之剝奪，即有法官保留之適用，陸海空軍懲罰法規定之「禁閉、管訓、悔過」，應從其實質內容加以判斷，無論管訓、悔過、禁閉等懲罰處所之營建均採高牆、架鐵絲網、室內設安全護欄並派員管理、看守等措施，加諸長達三十日及六個月不等之期間等相關規定，顯係相當時間內剝奪人身自由，屬法官保留事項乃當然之解釋，而非軍事長官可以為之。因此，本文認為陸海空軍懲罰法有關管訓、悔過及禁閉等人身自由限制之紀律罰，有違憲之虞，惟其係現行有效之法律，戰時軍事指揮官當可運用。

⁴⁵ 國防部 1999 年 10 月 6 日則剛（初）字第 3786 號令參考。例如，將臺東、苗栗以北及馬祖地區之校級以上軍官案件劃歸國防部高等軍事法院管轄，餘由國防部高等軍事法院高雄分院管轄，配屬之軍事檢察機關亦同。

本刑三年以下有期徒刑、拘役或罰金之案件，經檢察長之同意，得暫緩或停止追訴。」。

（四）指揮官之報請權

戰時對於犯罪之被告，如能證明因軍事勤務之必要，例如被告擔任譯電士、觀測官等職務，因作戰任務之需要，指揮官必須留下被告以增強戰力，此時，指揮官得報請停止羈押或停止進行偵查中之案件，暫緩訴追犯罪，直到戰爭狀態終止；又案件之停止偵查，關乎軍紀維護、軍法威信及追訴權時效之進行，宜由檢察長同意後行之。另指揮官亦有可能希望被告儘早離開部隊，以免危害其領導統禦，則有「速起訴」之思考，類似義大利軍事刑法第 245 條規定「戰時軍事法院所在單位的指揮官負責提起並開展刑事訴訟。」的自訴權，雖然軍事審判未準用刑事訴訟法自訴規定，且該法第 319 條規定「犯罪之被害人得提起自訴，……且自訴之提起，應委任律師行之。」然基於戰時「速起訴」需求及指揮官在戰時對於破壞軍事法益而必須強勢排除，以免影響戰果之原因，本文認為直接賦予指揮官自訴權，且無須委任律師提起，是值得參考。上揭指揮官之報請權擬議條文如下：(1)第 95 條之 1：「戰時於軍用艦艇或航空器之犯罪行為，有事實足認有妨害軍事安全之虞者，該船艦或飛機上之指揮官得派員逕行拘提之。」(2)第 107 條之 1：「戰時因軍事勤務之必要，得由被告之指揮官具狀報請停止羈押。」(3)第 133 條之 1：「戰時指揮官基於戰事之需要，得報請軍事檢察官停止對於所屬之犯罪追訴。軍事檢察官依前項規定停止犯罪之追訴，應經檢察長之同意，始得為之。」。

六、審判方面

戰時審判方面除了前述現行軍事審判法

所規定外，尚有以下幾點建議：

（一）審判組織

戰時或其他緊急狀態下，由於戰爭時間和空間的擴展，參與主體不斷增多，戰時刑事案件必然有所增加，軍事院檢工作量激增，尤其審判人員數量與案件數量之間不平衡，積案勢必遽增，不但影響部隊長官戰時之領導統御，對於法律之公正與效率的實現將大打折扣，本文提出以下幾點建議，俾利解決。

1. 擴大獨任審判範圍，輕微案件或案件單純者，甚至全般刑事犯罪，均得由軍事法官獨任審判，不受現行軍事審判法第 24 條三人或五人合議行之及二審法院須上校以上或簡任資格之限制。

2. 建立軍士官參審制，由於戰時政策與軍事管理、軍事秩序是評價人們行為危害性的首要標尺，作為執行特別指揮與管理任務的軍士官，對緊急狀態下的形勢、政策及人們的行為規則會有比較全面而深刻的理解與掌握，如從刑法的客觀條件評價其犯罪行為，恐有失當，所以對於某些特別案件，容許被告要求同職類之軍士官參審，以能真實反映任務的專業與特殊性。另以現有軍事法院捉襟見肘之審判人數觀，戰時臨時法庭無論設置特定部隊或作戰區，恐難成行，再加之前揭軍事審判法第 24 條合議人數及階級之要求，勢必雪上加霜，恢復並加以修正舊軍事審判法之參審制，符合實需，亦可緩和人力不足現象。建議增訂第 8 條之 1：「本法稱參審官者，謂軍事審判官以外，其他參與軍事法庭審判之現役軍官、士官及依國防部組織法任職之文職人員。前項參審官之參審辦法，由國防部定之。」及增訂第 25 條之 1：「戰時軍事法庭審判案件，合議庭之審判長應由軍法官擔任，參審官不得超過二分之一，且其階級不得低於被告。但被告為少將以上

階級者，得由上校以上之軍官或簡任文職人員任之。」，同時，應注意配合修正第 127 條參審官裁判評議發言之順序略以「裁判評議以審判長為主席，有參審官者，由階低之參審官首先發言，遞推至階高之參審官及階低之軍事審判官，……」及第 163 條「有關審判期日參與之軍事審判官及參審官始終出庭，如有更易者，應更新審判程序。」等規定。

3. 徵召退伍之司法人員進入軍事審判體系，以彌補軍法人員人力不足，並可借助豐富經驗，對於涉犯陸海空軍刑法以外之刑罰為公正、迅速之追訴審判。

4. 修正兵役法，戰時得召集原具軍法官資格，但因年齡屆滿已除役之人員，擔任軍事檢察官或軍事審判官。

5. 戰時酌予放寬軍法人員之任用資格，凡律師考試及格者或具有助理教授以上資格者，即可任用，排除軍事審判法第 11 條之律師或助理教授以上資格者須有相當年資限制之規定⁴⁶。

(二) 審判程序

「人民與政治權利國際公約」第 14 條有關刑事被告「正當法律程序」權利之保障，該條第 3 項第 3 款規定「…受審時間不被無故拖延。」云云，明定所謂被告的「速審權」。且刑事案件事實之真象，往往因為越久越模糊，司法建構所追求的「真實發現」核心目的成為空中樓閣，因此，如何確保司

法程序之快速解決，確立所謂「即時司法」之通則⁴⁷，是目前司法改革之重點。尤其戰時，為適應軍事行動的特殊及急迫性，避免影響作戰利益，使被告及其長官得安於現役及任務，「戰時軍法即時裁決」更加刻不容緩。如何落實戰時軍法即時裁決，保障軍事利益及被告之速審權，建議如下：

1. 簡化審判程序，依軍事審判法規定，軍事法院在戰時審理案件上，除犯叛亂罪，其以軍隊、艦船、飛機交付敵人，經依第 138 條第 2 項之規定（被告之所在不明或為法權所不及者，亦應提起公訴）起訴者，為公示送達後，得不待其陳述逕行判決外。另除被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪外，審判長得告知被告簡式審判程序之旨，並聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定進行簡式審判程序。本文認為，基於戰時軍法人力和訴訟效益價值的考慮，對於某些較為嚴重之軍事犯罪案件，軍事法庭對於運用簡易程序的比例可相應提高，例如被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪以外，甚至所有刑事案件，只要審判長在被告同意下，均可進行簡式審判程序，以簡化戰時軍事審判程序。換言之，放寬簡易程序的適用範圍，對於被訴事實坦承不諱的被告，為使明案速判，軍事法庭即可告知被告簡式審判，只要被告同意，簡化調查程序，適用有關傳聞法則排除證據能力限制規定，直接

⁴⁶ 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。前項第 1 款軍法官考試，由考試院舉辦。……」。

⁴⁷ 林輝煌，〈催生「司法即時裁決法」確保人民「速審權」〉（上），《司法周刊》，2009 年 6 月 11 日，第 1444 期第 2 版。

言詞辯論，製作判決，以避免交互詰問之繁複，擬議條文如下：

(1)第 151 條之 1「除被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，於準備程序進行中，被告先就被訴事實為有罪之陳述時，審判長得告知被告簡式審判程序之旨，並聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定進行簡式審判程序。法院為前項裁定後，認有不得或不宜者，應撤銷原裁定，依通常程序審判之。前項情形，應更新審判程序。但當事人無異議者，不在此限。」

(2)參考刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，於軍事審判法增訂第 118 條之 1，除死亡、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者、到庭後無正當理由拒絕陳述者四點外，並有「戰時因軍事勤務、交通阻斷或其他因戰事理由而不能出庭作證者。」之傳聞證據例外規定。

(3)第 153 條規定，有關審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會，修正「得」傳喚，以免延宕軍事審判，影響戰事。

(4)戰時採初審、覆判二審制，而覆判案件原則採法律審，明定「地方軍事法院及其分院設初審軍事法庭，高等軍事法院及其分院設覆判軍事法庭。」、「當事人不服初審之判決者，得上訴於高等軍事法院及其分院。對於高等軍事法院及其分院之覆判判決，不得再上訴。」、「覆判案件以書面審理，於必要時得提審或蒞審。」。

(5)戰時上訴案件以二十日審結為原則，擬議條文「戰時高等軍事法院及其分院對於上訴案件之判決，應自接受卷宗證物之日起二十日內為之，必要時得由該院院長或其授權之人核准展期。展期每次二十日，以二次

為限。前項審限規定於提審或蒞審時不適用之。」

2.軍事審判法對於強制辯護案件，只有在戰時上訴之案件，不適用之，且不包括提審或蒞審之案件。本文以為，辯護制度雖應採行，惟指定辯護案件應限縮為五年以上，且戰時只要選任辯護人因故無法到庭，無論初審或覆判，即應指定公設辯護人，俾利案件之遂行。另對於公開審判有妨害作戰利益或國防機密之虞者，除不採公開審判外，亦不得選任辯護人，而以指定公設辯護人方式為之。

七、執行方面

戰時執行方面除了現行軍事審判法所規定外，尚有以下幾點建議：

(一)緩執行制度

對於判決確定之案件，不用剝奪其人身自由的方式免除其作戰義務，削弱軍隊的戰鬥力，可以經軍事法院決定暫緩執行，雖然其性質類同我國刑法第 74 條之緩刑宣告，但因緩刑之要件乃受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而必須未曾受有期徒刑以上刑之宣告者，或前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告者，使得宣告二年以上五年以下之緩刑，其範圍過於狹窄，應擴大適用所有刑罰，延緩確定判決之執行，俾利暫留於軍中履行兵役義務，俟戰事終止後，再予執行。而行刑權時效之停止原因，應注意一併將戰時計入。緩執行制度擬議條文第 133 條之 1：「戰時指揮官因戰事之需要，對於已確定之判決，得向軍事檢察官報請暫緩執行。前項聲請，軍事檢察官應經檢察長之同意，始得為之。」

(二)戴罪立功

目前國內尚無戴罪立功規範，但此制並非本文獨創，自古有之，例如古代西周《師旅鼎》銘文記載，軍事審判制度，在臨戰狀態下，因為前方急需要用人，往往給犯罪者一種緩判或免判的處理，給他們以直接參戰，將功贖罪的機會⁴⁸，另中華人民共和國刑法在刑罰的具體適用上，亦有犯罪分子有立功表現者，可以撤銷原判刑罰，不以犯罪論處⁴⁹，戴罪立功的立法技術，即有利於軍人的自我教育，又有利於保全國家的軍事力量，且可配合緩執行制度，是值得參考。對於戴罪立功制度擬議條文第 233 條之 2：「戰時對於判處三年以下有期徒刑、拘役或罰金，有前條暫緩執行之受刑人，應允許其戴罪立功。有前項立功表現者，其宣告刑以已執行完畢論。」

八、平、戰審判轉換機制

戰時終止後，戰時軍事審判之條件已無存續必要，未結之軍事審判案件，應回歸正常之審判程序，惟平、戰如何轉換，使案件繼續進行，有必要明定。擬議條文增訂於第 236 條之 1：「戰時終止後，未結之軍事審判案件，依本法第 27 條及第 28 條之階級管轄之規定，分別依起訴前、初審、上訴及執行之案件，移送被告駐地之軍事檢察署或軍事法院管轄。非現役軍人及視同現役軍人之案件，移送被告住所地之普通法院管轄。」另戰時終止後，戰時軍事法院已解散，為有效管理訴訟終結軍法案件之文檔，宜明定移送最高軍事法院檢察署集中保管。擬議條文增訂於第 236 條之 2：「戰時終止後，原依戰

時軍事審判已終結之案卷，應移送最高軍事法院檢察署存管。」

陸、結 論

我國軍事審判制度在戰時規範上，立法者雖已能注意到面對秩序價值時，正義價值的退讓，但以現有機制去適應戰時軍事審判之實踐，價值對比的總體而言是失衡的，從前述專家座談討論及指揮官疑慮等，目前機制在戰時的不適應性，顯而易見。但是，軍事權力是相對極度危險的國家權力，一再強調戰時的特殊性，而追求審判組織高效及簡化審判程序的同時，也不能矯枉過正，縱容秩序價值吞噬正義價值，並且應注意法律保留原則、比例原則、特定權利不弱減原則，尤其不能悖逆發現真實、程序正義的審判核心價值，因為立憲國家公權力之行使，源自於憲法所賦與，縱因緊急狀態下，必須實踐戰時軍事審判，進而擴大限制人民的基本權利，縱屬必要之惡，亦萬流歸宗於憲法，所以，律定戰時軍事審判機制之法規範時當不可逸脫前揭憲法的核心價值，這是制定法規當遵守之事項。

由於新修正之軍事審判法已淡化軍事審判特質，相對於刑事訴訟法，只是在審判機關及審判對象的差異而已，有關偵查、起訴、審判、執行等相差無幾，並且疏漏了戰時軍事審判部分重要內涵，不敷所需，本文秉承保障軍人人權及維護軍人尊嚴，並兼顧維護國家安全與軍事需要之最高指導原則，擬具擴大戰時審判對象及管轄範圍、重新界定戰時、增訂參審官制、採三級二審制、簡化戰

⁴⁸ 李德源主編，《中國軍事制度史—軍事法制卷》，大象出版社，1997 年 8 月，頁 29。

⁴⁹ 中華人民共和國刑法第 449 條「在戰時，對於判處三年以下有期徒刑沒有現實危險宣告緩刑的犯罪軍人，允許其戴罪立功，確有立功表現者，可以撤銷原判刑罰，不以犯罪論處。」

時偵查程序、擴張戰時強制處分權、賦予指揮官之報請權、簡化戰時審理程序、戰時已決犯戴罪立功及戰爭終止後案件移轉機制等條文供參，然筆者學值未深，尚祈賢達教正，而本文倘能在此軍事審判存廢議論之際，對於提醒國人對於軍事審判存在的價值及功能稍有助益，則幸甚！

參考文獻

- 一、田龍海主編，《軍事審判學》，軍事科學出版社，2002年1月。
- 二、朱石炎，〈「公民與政治權利國際公約」與刑事訴訟法之關係（上）〉，《司法周刊》，2009年8月20日，第1454期第2版。
- 三、艾文·托佛勒/海蒂·托佛勒著，傅凌譯，《新戰爭論》，時報文化出版社，1994年7月。
- 四、李瑞典，〈戰時刑事訴訟程序芻議〉，《軍法專刊》，第49卷第7期，2003年7月。
- 五、李瑞典，〈軍事審判組織之介紹－兼評司法院大法官會議第436號解釋〉，《律師雜誌》，2007年7月，第334期。
- 六、李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啟禎等，《行政法入門》，元照出版公司，2006年。
- 七、李太正，〈軍事審判在憲法上之地位〉，《軍法專刊》，1995年10月，第34卷第10期。
- 八、李志鐘，〈軍事審判在我國憲法上之性質〉，《軍法專刊》，1956年1月，第5卷第1期。
- 九、李潤沂，〈戰地司法重建之研究〉，《軍法專刊》，1966年4月，第12卷第4期。
- 十、李潤沂，〈泛論光復區刑事問題的處理〉，《軍法專刊》，1968年3月，第14卷第3期。
- 十一、李潤沂，〈戰地司法措施的芻議（上）（下）〉，《軍法專刊》，1955年9月，第4卷第9期；1956年1月，第5卷第1期。

- 十二、林中偉譯，〈法國軍事審判法典〉，
《軍法專刊》，1993年9月，第32卷
第9期。
- 十三、林輝煌，〈催生「司法即時裁決法」
確保人民「速審權」（上）〉，《司
法周刊》，2009年6月11日，第1444
期第2版。
- 十四、林士毓，〈軍事指揮權與軍事審判權
的調和—從權力的組成元素談起〉，
《國防部軍法司戰時軍事審判運作機
制研究案研究成果（第4冊）》，2010
年2月，國防部軍法司編印。
- 十五、吳庚，《行政法之理論與實用》，1995
年3月。
- 十六、吳志光，《行政法》，新學林出版社，
2007年。
- 十七、季德源主編，《中國軍事制度史—軍
事法制卷》，大象出版社，1997年8
月。
- 十八、周健，《戰時軍事法》，法律出版社，
2008年4月。
- 十九、金德賢譯，〈韓國軍刑法〉，《軍法
專刊》，1992年6月，第38卷第6期。
- 二十、范魁書，〈戰時司法制度之研究〉，
《軍法專刊》1964年7月，第10卷
第7期，。
- 二一、范聖孟，〈論德國法對戰時的定義及
共相類用語的概念〉，《軍法專
刊》，2009年2月，第55卷第1期。
- 二二、陳慈陽，《憲法學》，2005年2版，
元照出版公司。
- 二三、陳清秀，〈行政法的法源〉，翁岳生
編，《行政法》，翰蘆出版社，2000
年。
- 二四、張山新主編，《軍事法研究》，軍事
科學出版社，2002年8月。
- 二五、黃鳳譯，《意大利軍事刑法典》，中
國政法大學出版社，1998年5月。
- 二六、【英】彼德·斯坦，約翰·香德，《西
方社會的法律價值（中文版）》，中
國人民公安大學出版社，1999年3月。
- 二七、莫紀宏、徐高，《戒嚴法律制度概
要》，法律出版社，1996年6月。
- 二八、《立法院公報》，2001年10月6日，
第90卷第45期（上）。
- 二九、梁玉霞，《中國軍事司法制度》，社
會科學文獻出版社，1996年8月。
- 三十、趙晞華，〈軍事審判之法庭活動及其
趨勢〉，《軍法專刊》，2009年12
月，第55卷第6期。
- 三一、魏靜芬，〈軍隊動用之法制規範〉，
《軍法專刊》，2008年8月，第54卷
第4期。
- 三二、蔡朝安、洪紹書譯，〈美國統一軍法
典譯文〉，《軍法專刊》，1992年4
月，第38卷第4期。
- 三三、謝添富、趙晞華，《修正軍事審判法
論釋》，自版，2004年9月。
- 三四、【德】古斯塔夫·拉德布魯赫著，《法
律的不法與超越法律的法》，舒國滢
譯，《法律智慧警句集》，中國法制
出版社，2001年10月。
- 三五、【法】夏爾·盧梭，《武裝衝突法》，
中國對外翻譯出版公司，1987年8月。
- 三六、韓鍾旭譯，〈大韓民國軍事法院法〉，
《軍法專刊》，1994年3月，第40卷
第3期。
- 三七、《國防部戰時軍事審判機制實務座談
會紀實》，2009年5月，國防部軍法
司彙編。
- 三八、《中華民國軍法法令判解彙編》，1983
年1月，國防部印製。