

軍事司法制度之研究

李 麒^{*}

目	次
壹、前言	
貳、美國之軍事司法制度	
一、軍事法淵源	
二、軍事法院管轄權	
三、軍事法庭類型	
參、歐洲主要國家之軍事司法制度	
一、軍事刑事立法	
二、對於平民之適用	
三、軍事刑事法院	
肆、日本戰前之軍法會議	
一、基於身分之裁判權	
二、基於事務之裁判權	
三、軍法會議之種類	
四、軍法會議之組成	
伍、中共之軍事審判制度	
一、軍事法院	
二、軍事檢察院	
三、軍事保衛機關	
四、軍事法律顧問機構	
陸、我國之軍事司法制度	
柒、結論	

關鍵字:軍事司法制度、軍事法庭

Keywords:Military Judicial System, Military Court

^{*} 李麒，輔仁大學法學博士，開南大學法律系專任助理教授。

中文摘要

多數國家之軍事法庭與平民法庭相同，均適用正式之司法程序。在我國軍事法體系中，由軍事檢察官代表公共利益從事調查與起訴犯罪，其職責與特徵與普通司法體系相同。審理中則推定被告為無辜，被告亦有為自己辯護的權利，並要求免於審判前遭受無理逮捕之保護。軍事法庭一般由三至五名軍法官組成，但在某些國家也包括民間法官在內。本文重點在於軍事司法制度。同時比較中國、日本及歐盟軍事司法制度與台灣法制。

The Study of Military Judicial System

Chi Lee

Abstract

In most countries, military courts apply the same procedural codes as the civilian do. In Taiwanese military judicial system, the military prosecutors are responsible for investigation and Prosecute crimes as the agents of the public.

Their responsibility and characters are the same as their counterparts in the regular judicial system. The defendants are presumed innocent during the trial. They also have the right to defend and the right to counsel. In addition to that, there are some safeguards for them to be free from unreasonable arrest. Military courts consist of 3-5 judges who are military officers. However, judicial judges participate the military tribunal in some countries. This study focus on the discussion of military judicial system. It also compare the military judicial system in China, Japan, and European Union with that in Taiwan.

壹、前言

軍事司法學包括以維持軍隊秩序有關之軍事刑法學及有關軍人刑事訴訟程序之軍事刑事訴訟法學¹，「軍事司法學」與「軍政學」、「軍令學」建構為整體之軍事法制²，緣於不同歷史背景與軍事傳統，形成各國自有之軍事法制特色，本文以軍事司法制度為中心，分析美國、歐洲主要國家、中共、日本戰前軍法會議及我國之軍事司法制度，自比較法觀點提供不同之思考面向，期能作為軍事法研究之參考。

二次大戰後日本憲法第九條雖規定永久放棄戰爭及使用武力、廢止軍備及否認交戰權，但就現實面而言，該條文字使用「戰爭」、「交戰權」等國際法上概念，意義含糊不明，導致日本國內改憲與護憲之爭議始終未曾停止³。近年來日本以軍事力量介入國際事務之企圖日益明顯，2007年1月9日將「防衛廳」升格為「防衛省」，修改自衛隊法將協助國際事務作為自衛隊原始任務之一，並主張日本可以行使「集體自衛權」，為解決修憲問題於2007年5月14日通過改憲程序法（又稱國民投票法）⁴。根據平成17年11月22日自民黨發表之修憲草案，現行憲法第二章「戰爭放棄」將修改為「安全保障」，新增第九條之二第一項規定「為確保我國和平與獨立及國民安全，保有以內閣總理大臣為最高指揮權之自衛軍。」同條第四項「自衛軍之組織與統制以法律定之。」增訂憲法第七十六條第三項：「有關軍事之裁判，以法律定之，於下級法院設置軍事法院。」由於日本目前並無以自衛隊員為適用對象之獨立「軍刑法」及訴訟程序之「軍事刑事訴訟法」，此種規範軍事刑事犯罪實體與程序之軍事司法制度，未來應如何設計值得關注⁵，因而引起本文之寫作動機。另一方面，由於軍事法院並非單純處理違反軍規事件，審判範圍擴及殺人、強姦等普通刑事犯罪類型，由軍人擔任審判官、檢察官及由軍事警察蒐集犯罪證據等，是否符合日本憲法第31條、37條之適當、公平之裁判保障，亦有學者提出質疑⁶，由於力主修憲之安倍首相業已卸任，日本後續之修憲動態及其軍事司法體系均有待持續觀察。

貳、美國之軍事司法制度

一、軍事法淵源

軍事法及其相對應之平民法律體系，均以西元前一世紀之羅馬法為淵源，羅馬法影響西歐法體系將近一千年，並於西元第十一世紀制定為倫巴比法典。羅馬法並未區分平民與軍事法體系，因為當時屬於軍事社會，國家經常處於戰爭狀態，一直至1066年征服者威廉將羅馬法帶至英格蘭，才建立分離之陸軍、海軍軍事法體系，以Constable's Court形式，在中世紀時期處理軍事犯罪。以軍

¹ 西修等合著，日本安全保障法制，內外出版社，2001年4月20日初版，第11頁。

² 李麒，軍事法理論與實務，新學林出版社，2005年10月初版，第222頁。

³ 高野雄一，集團安保與自衛權，東信堂，1999年10月15日初版一刷，第265-266頁。

⁴ 飯島滋明，檢証「改憲實態」，自衛隊の現在と9條改憲，法學セミナー，2007年10月第634期，日本評論社，第15頁

⁵ 提 淳一，「軍事裁判所」法曹關与，防衛法研究第30號，2006年，第49頁。

⁶ 白取祐司，軍事裁判所設立について，法學セミナー，2007年11月第635，日本評論社，第31頁。

事法庭 (Court-Martial) 型態從事審判則始於十六世紀之法國及德國，此時期已開始編輯獨立之軍事刑事法典 (Military penal code)，西元 1523 年神聖羅馬皇帝查理五世制定著名之刑法典，此部法典為其他歐洲國家所繼受。在英格蘭軍事指揮官於 1642 年開始召開 (convene) 軍事法庭取代以往之 Constable's Court，1689 年國會進入軍事法體系制定叛亂法 (Mutiny Act)，該法成為美國適用軍事法體系之象徵，藉此軍事法以成文法之模式出現在美國法體系中⁷。一般而言，軍人與平民均受法律與法令之支配約束，兩者不同處乃軍人為軍事法 (Military Law) 所規範之對象，平民則適用普通司法體系，軍事法係維持軍隊之服從與紀律，為達成最終戰爭目的所逐漸形成之法體系，美國建國之初繼受英國陸軍及海軍之軍事法，第一屆國會為陸軍及海軍制定「戰爭條款」(The Articles for War) 與「政府海軍條款」(The Articles for the Government of the Navy)，該等條款雖經過多次修正，但為使所有軍人適用一致之法律規範，國會於 1951 年 5 月 31 制定美國統一軍法典 (the Uniform Code of military Justice) 取代上述兩項條款。分析美國之軍事法體系大致有下列重點

- 1、憲法有最高效力，總統、國會之權力來自憲法之授權。
- 2、憲法第一條第八項賦予國會權力為陸軍、海軍制定相關規定，國會已制定統一軍法典 (the Uniform Code of military Justice)。
- 3、憲法第二條第二項規定總統為美國軍隊之最高統帥。
- 4、統一軍法典賦予總統特定權力並得由總統再授權與其他部門。
- 5、根據統帥權及統一軍法典之授權發布行政命令 (Executive Order)、頒布軍事法庭手冊 (The Manual for court martial, 1951)。
- 6、部長依據上述法典及手冊發布軍法官手冊 (the Judge Advocate General)，簡稱 JAG Manual，其他法律及行政命令賦予部長發布海軍軍規、命令及指令。次級指揮官依據授權取得發布地區命令之權限。
- 7、統一軍法典建立軍事法庭司法審查機制，軍事上訴法院 (the court of Military Appeals) 為最終審。法院判決成為軍事法之一部分⁸。

二、軍事法院管轄權

建構一套軍事司法制度，必先確立軍事法院之審判事項 (subject matter) 及適用人員 (person)，自文義言軍事法庭對所有違反統一軍法之事項擁有管轄權，適用對象為軍隊之現役人員。故軍事法院對於軍眷違反統一軍法案件並無管轄權，因為軍眷並非現役軍人。

1、管轄權所及事項 (Jurisdiction over the Subject Matter)

軍事法院管轄權僅限於統一軍法案件，但軍事法院對此範圍內之軍事犯罪享有廣泛之刑事管轄權，至於管轄事項是否限於與「軍事」有關之案件？最高法院於 1987 年 Solorio v. United States⁹ 案中採取否定說，本案涉及一位海岸防衛隊隊員在阿拉斯加之住宅內性侵害二位年輕少女，原審法院認為該性侵害行為與

⁷ Fundamentals of Military Law, Headquarters, Department of the Army 1980.p1-2.

⁸ J.k.Taussig, Military Law, United States Naval Institute, 1963, Second Edition, p1-3.

⁹ 483 U.S. 435(1987).

被告之海岸防衛隊工作無關，因而駁回起訴，最高法院則支持軍事機關立場，認為犯罪行為不必與服勤有關，只要是違反統一軍法之案件，軍事法院均有管轄權，無需考慮被害人身分及犯罪地點¹⁰。

2、管轄權所及對象(Jurisdiction over the Person)

統一軍法第二條臚列十二種人員接受軍事審判，包括所有正職軍事人員、軍校學生、艦艇實習生、後備軍人、退伍軍人、軍事監獄人犯、戰俘及特定服務於軍事機構之文職人員。但應注意，總統為三軍統帥，擁有最高軍事統帥權，卻非軍事審判之適用對象¹¹。

(1)軍校生

陸軍學院與海軍學院之官校學生被視為軍隊成員之一¹²，屬於特殊形式之軍官，法律上認為是尚未畢業之軍官(inchoate officers)¹³。自1819年起西點軍校學生就適用軍事法¹⁴，1954年成立美國空軍官校時(the U. S. Air Force Academy USAFA)國會立法使空軍官校學生與西點軍校學生適用相同法律¹⁵，目前依照統一軍法第2條(a)項(2)款規定陸軍官校學生、空軍官校學生、海軍官校學生均為軍事審判適用對象，解釋上更包括在軍隊、海岸防衛隊、空軍學院、海軍學院或任何在海軍服現役之實習生。但不包括參加ROTC之學生¹⁶。違法事由包括對未成年人為猥褻行為¹⁷；非法挪用款項或不假離營¹⁸；高年級生欺凌低年級生等¹⁹。由於統一軍法將官校學生視為軍官，所以違法時處以免職(dismissed)而非退伍(discharged)。

(2)後備軍人

統一軍法第2條(a)項3款規定後備軍人經召集服現役、經召集接受現役軍事訓練或參加非現役軍事訓練時軍事法院對之有管轄權。陸軍及空軍國家警衛隊只有在服聯邦勤務時受軍事法院管轄，換言之，擔任各州勤務時不受管轄。後備軍人受徵召服現役接受軍事訓練時，軍事法院僅於其觸犯軍事法時方有管轄權，例如受徵召入營接受三十六小時軍事訓練，報到時驗尿發現服食古柯鹼，由於起訴資料無法證明被告係在服現役期間吸食，軍事上訴法院改判被告無罪²⁰。反之，如果在現役中犯罪，即使離營後軍事法院仍有管轄權(Art 3d)。

(3)退伍人員

軍事退伍人員成為軍事審判之對象，理由是退伍軍人之身分仍然視為軍隊成

¹⁰ Id. at 435,436 and 439.

¹¹ Michael J. Davidson, A Guide to Military Criminal Law,1999,Naval Institute Press,p2.

¹² Miller v. United State, 42 F3d 297,301 (5th Cir.1995).

¹³ Department of the Air Force v. Rose,425 U.S. 352, 384(1976)(Burder,C.J.,dissenting)(citing 7 Op. Atty.Gen.332(1885)).

¹⁴ Bvt. Col. W. Winthrop,Options of the Judge Advocate General of the Army 136, 138(1880)(West Point cadet).

¹⁵ Majors Alan L.Zbar and James D. Mazza, "Legal Status of Cadet,"Air Force JAG Law Review 7(1965).

¹⁶ Woodrick v. Divich, 24 M.J. 147,150 and n.2(C.M.A 1987).

¹⁷ United State v. Gibson, 36 M.J.556(N.M.C.R. 1992).

¹⁸ United State v. Ellman, 9 U.S.C.M.A. 549,26 C.M.R 329(1958).

¹⁹ Melvin v. United State,45Ct.C1.213(1910).

²⁰ 29 M.J.943(A.C.M.R.1990).

員，當發生戰爭或遇到緊急狀況時，有可能回復其現役身分²¹。

失當行為不限於發生在現役中，即使發生在退役後也會受到軍事審判，曾有退伍軍人於退伍七年後因為在自己家中發生同性戀行為而受到軍事審判²²。當然在政策上，除非基於特別嚴重情況或涉及國家重大利益，不會輕易對退伍軍人實施軍事審判，因為軍方認為退伍金為神聖不可侵犯之權利，只有在十分迫切情況下，才會採取此種措施，例如 1992 年某位退伍士官，退役後前往沙烏地阿拉伯(Saudi Arabia)擔任軍方文職聘僱人員，在自己住宅內殺害妻子而受到軍事審判，由於沙國傾向不起訴此項犯罪，如果此時軍方不介入此案，等於宣告該名士官可逍遙法外²³。雖然退伍金應與保障，但退伍證明並非免罪證明(get-out-of-jail-free card)，誠如法院所宣示：「當一位退伍軍官明顯不適合回到軍隊服全職之軍事勤務，其失當行為違反軍隊倫理與標準，則軍方取消其退伍軍人身分並非不合情理。」²⁴

(4) 軍事監獄囚犯

因為軍事審判在軍事監獄服刑之囚犯，仍具有軍人身分，其身分維持至服役期滿為止。只有退伍或服刑期滿才會喪失軍人身分²⁵。

(5) 戰俘

依據日內瓦第三公約第八十二條(POWs)戰俘應受到保護，統一軍法第 2 條(a)項(9)款規定戰俘由軍方監管。二次大戰時在美國共召開 48 個特別及 119 個普通軍事法庭，審理 326 個軸心國戰俘(包括 277 名德國人及 49 名義大利人)，審理期間依照戰俘規定，指派辯護人及翻譯人員協助被告辯護²⁶。

三、軍事法庭類型

統一軍法將軍事法院分為三種類型(Art. 16, UCMC)：

1、普通軍事法庭(general courts-martial)由軍法官一人至多五人組成。

2、特別軍事法庭(special courts-martial)由軍法官一人至多三人組成。

3、簡易軍事法庭(summary courts-martial)由經任命之軍官組成。

二次大戰期間美軍約召開二百萬次軍事法庭，其中有六萬件屬於普通軍事法庭案件，戰後由於現役軍人數量減少及取消徵兵制，軍事法庭案件數量急遽下降，以西元 2001 年為例，美國三軍計有 7563 件軍事法庭案件，其中陸軍 1799 件、海軍 4848 件、空軍 965 件、海岸防衛隊 50 件，但是美國三軍採取統一軍法典第十五條非懲罰性措施之案件竟達 90,107 件。軍事法與州法、聯邦法同樣具有層級規範體系，實質上以美國憲法為最高依據，其次依序為聯邦成文法、總統、

²¹ Chambers v. Russell, 192 F.Supp. 425,427-28(N.D. Calif. 1961).

²² Hooper, 326 F.2d at 983-84.

²³ 35 M.J. 620(A.C.M.R. 1992).

²⁴ Chamber, 192 F.Supp. at 428.

²⁵ United States v. Guranius, 36 M.J. 1041,1042(N.M.C.M.R. 1993).

²⁶ Arnord Krammer, NAZI prisons of War in America(Lanham, Md;Scarborough House,1996),143-144,289-290.

國防部長及各軍事單位長官發布之行政規定、規則、指令。法院判決也具有解釋相關法律之功能。在程序上軍事法院體系之組成與平民法院類似，軍事法院審判有兩級上訴法院，第一級由軍事上訴法官組成，第二級由平民上訴法官組成，依次最終可由最高法院審查相關判決。根據1995年之國家防衛授權法（National Defense Authorization Act）原本之“Court of Military Review”（C.M.R）改名為“Court of Criminal Appeals”（C.C.A）：而“United States Court for Military Appeals”更名為“United States Court of Appeals for the Armed Forces”（U.S.C.A.A.F）。

美軍軍事刑法之特色在於軍事犯罪行為可以選擇使用非懲罰性措施、非司法性質之處罰，相同之行為規範在普通刑事法典中，並沒有如此多樣選擇性，其適用結果或許令人質疑，但誠如最高法院在Parker v. Levy(S.Ct.1974)案中宣示「相對於適用平民之普通刑事法典而言，統一軍事法典對於軍事人員有較為廣泛之處罰規定，但在執行此部法典時，與普通刑事制裁相比較，針對輕微犯罪之處罰常類似於行政制裁或民事制裁。²⁷」換言之，考量軍事社會之特性及其廣泛之處罰規定，此種緩衝軍事審判嚴厲性之制度設計似有必要。

參、歐洲主要國家之軍事司法制度

一、軍事刑事立法

歐洲所有國家針對軍事犯罪均有刑事立法，不論是立特別刑法或歸於一般刑法之中，某些國家對於軍事法另設特別之刑事訴訟程序。比利時設有特別之軍事刑法典（Loi du 27 mai 1970 contenant le Code pénal militaire）及特別之軍事刑事訴訟法（Loi du 15 juin 1899 comprenant le titre Ier du Code de procédure pénale militaire），丹麥將實質之刑事犯罪規定於軍事刑法典（Militer Straffelov, MSL）²⁸，程序部分規定於軍事行政法（Militer retsplejelov, MRPL）²⁹。義大利具有兩部特別軍事刑法典，其內容包括實體與程序規定，適用於特別軍事法院，和平時期適用平時軍事刑法典（Codice Penale Militare di Pace, C.P.M.P），戰時則適用戰時軍事刑法典（Codice Penale Militare di Guerra, C.P.M.G）。盧森堡同時存有軍事刑法典（Loi du 31 Décembre 1982, concernant la refonte du code penal militaire）³⁰及軍事刑事訴訟法（Loi du 31 Décembre 1982, concernant la refonte du code procédure militaire）³¹。荷蘭亦有軍事刑法（Wetboek van Militair Strafrecht, WMSr）及軍事刑事訴訟法（Wet militaire strafrechtspraak, WMS），法國軍事刑法（Code de la justice militaire）西班牙軍事刑法（Código penal Militar）內容均包括實體及程序規定，德國之軍事刑法（Wehrstrafgesetz WStG³²）則僅有實體

²⁷ Charles A. Shanor, National Security and Military Law, 2003. West, a Thomson, p.230-232.

²⁸ Act No.642 of 30 September 1987.

²⁹ Act No.643 of 30 September 1987

³⁰ Mémorial 1982 A-144, p.2600.

³¹ Mémorial 1982 A-144, p.2610.

³² Law of 30 March 1957, BGBI. I, p.298.

規定。波蘭則將軍刑法實體及程序規定置於普通刑法(Kodeks Karny)與訴訟法(Kodeks postępowania Karnego)內³³。英國 1955 年制定之陸軍法 (Army Act) 七十個章節合併整合成為英格蘭及威爾斯刑事法³⁴。

二、對於平民之適用

除荷蘭完全排除特別軍事刑事法適用於平民外，其他國家之軍事法體系均承認在特定情況下，軍事刑法對於平民有其適用。比利時軍事刑法典與軍事刑事訴訟法適用受僱於軍事機構之平民，但必須於契約中明訂，且必須取得皇室命令 (Royal Decree) 為依據³⁵；在丹麥如果平民參與軍刑法所列舉之犯罪，其犯罪屬於刑期在四年以上之重罪，軍事法可以適用於平民³⁶。法國軍刑法對工作於軍事機構之平民、戰俘或登入軍機或軍用艦艇之平民均有適用，而且軍事法庭有權對於軍事犯罪或參與此類犯罪之平民起訴³⁷。德國 1957 年之軍刑法(WStG)只適用於現役軍人及服務於國防部之高級文官，如果平民違反軍事犯罪仍可依軍刑法處罰³⁸。在義大利，平時軍刑法適用於現役軍人、義務役軍事人員、特定類型之退役人員及軍中平民雇員。然而針對特定類型犯罪或平民與軍事人員共同犯罪，亦有軍刑法之適用；戰時軍刑法處罰種類與前述相同，但對於管轄權之人、地、時間可適度延長及擴充³⁹。荷蘭之軍事刑法作為普通規定適用於現役人員，包括職業軍人、後備軍人及在特定情況受徵召之軍人、戰俘⁴⁰。波蘭刑法第 317 條第 2 款規定特定之條款適用於軍中文職人員，包括違反服勤規定或破壞軍事財產等犯罪⁴¹。西班牙軍刑法規定平民觸犯擅入軍事營區 (Art. 61 CPM)、侵擾警衛、哨所 (Art. 85 CMP) 煽動、隱匿逃亡人員 (Art. 129 CMP) 收受或持有遭竊軍事物品 (Art.197CMP) 等罪有軍刑法之適用。在英國依據 1955 年陸軍法第五清單 (the Fifth Schedule)，針對某些職業，例如政府雇員、軍中文職人員、為達成軍事目的參與軍事任務之民間機構人員、甚至包括新聞記者及隨軍眷屬，此類人員於英國領土外有軍刑法及軍事法庭之適用。除了英國將 1955 陸軍法併入普通刑法外，其他歐洲國家均視軍事刑法為特別法 (lex specialis)，以便與普通刑法相區別⁴²。

三、軍事刑事法院

1、概說

歐洲各國軍事法院之訴訟程序與普通法院相同，案件進入法院前，通常有事前之調查程序 (preliminary investigation)，在大陸法系國家稱為檢察官 (prosecutor)，英美法系如英國則由軍事指揮官負責檢控起訴，實施犯罪調查、

³³ Criminal Procedual Code of 6 June 1997, Journal of Laws 1977, No.89, item 555.

³⁴ Georg Nolte, European Military Law System, 2003, De Gruyter Recht, Berlin, p156-157.

³⁵ Arts. 1 et seq. of the Law of 15 June 1899 containing the Military Criminal Procedure Code.

³⁶ Art.7 MSL.

³⁷ Arts.60-65 Code de la justice militaire.

³⁸ Sect.1 WStG.

³⁹ Art.14 C.P.M.P.

⁴⁰ Art.62WMSr.

⁴¹ Arts.356-363 of the Crime Code.

⁴² Sect,70 Army Art 1955.

認定證據並決定該案是否移送軍事法庭審理。某些法律體系之事前調查程序由軍事檢察官（Military prosecutor）負責，其任務與普通司法體系檢察官相同均以追求公益為目的。審理期間採取無罪推定原則，允許辯護制度，逮捕拘禁犯罪嫌疑人必須受到歐洲人權公約第五條、第六條之保障，由法官或授權之軍官依司法程序處理。軍事法院通常由三至八位軍事法官組成，軍法官為軍官，某些法庭也有平民法官參與，軍事法庭必須有合乎資格之律師為被告辯護，所有國家均允許律師在審判前對被告提供諮詢，所有國家針對軍事法院判決均設有上訴制度，立即或最終由普通法院為審理。所有國家均禁止雙重審判（double jeopardy），一般而言普通法院之司法管轄權優於軍事法院，某些國家甚至在和平時期將軍人審判案件專屬於普通法院管轄，只有在緊急狀態或戰時方交由軍事法院管轄⁴³。

2、各國軍事法院之規定

歐洲目前只有丹麥、德國、荷蘭並無設置特別軍事法院，丹麥於 1919 年廢止軍事法院；德國基本法第 96 條第 2 款規定依聯邦法律得設立軍事法院，至目前為止聯邦並未設立軍事法院。此種法院僅於戰時及軍人在國外或軍艦內之案件有管轄權，因此刑事訴訟法第 56 條規定和平時期禁止德國境內成立特別軍事法院。荷蘭自 1991 年起由普通法院處理軍人違反普通刑法及軍刑法案件。丹麥、德國、荷蘭之普通刑事法院對軍事刑法案件有管轄權，審理上述案件之特定法庭（special chambers）通常有一名法官為軍方人員。比利時、法國、盧森堡、波蘭、西班牙及英國設有軍事法院，但其中仍有常設軍事法院（standing court）與特別軍事法院（ad hoc court）之區別，法國、波蘭屬於前者，英國屬於後者，比利時、盧森堡同時存有上述兩種類型之軍事法院；比利時、盧森堡、英國之軍事法院同時處理軍事刑法與普通刑法之案件，反之，法國及西班牙軍事法院僅對軍事刑法有管轄權。比利時之兩種軍事法院，分別為軍法會議（Conseil de Guerre）及上訴審之軍事法庭（Cour Militaire）⁴⁴。常設軍法會議與特別軍法會議（en campagne）仍有區別，目前比利時僅有一個常設軍法會議及軍事法庭，均設立於布魯塞爾（Brussels），軍事法院對於任何人違反軍事刑法典之案件具有管轄權，同時也及於部分非軍事法之案件，但軍事人員在國內違反普通刑法案件，例如財務、交通違規、交通意外等事件普通刑事法院具有管轄權⁴⁵。法國僅有一個軍事法院，設置於巴黎（Tribunal aux armées de Paris），該法院僅處理法國軍人於海外之犯罪案件，其餘刑事案件則由設立於普通法院之 37 個專業法庭（specialised chamber）處理和平時期軍人違反軍刑法之案件，戰時則可成立特別軍事法院（ad hoc）⁴⁶，法國於阿爾及利亞戰爭期間曾經成立過二個特別軍事法院（ad hoc court）。義大利在平時與戰時均設置軍事法院，平時軍事法院僅處理軍人違反軍事犯罪之案件，終審法院（Corte di Cassazione）則為普通

⁴³ Georg Nolte, European Military Law System, 2003, De Gruyter Recht, Berlin, p160.

⁴⁴ See Law of 15 June 1899 containing the Military Criminal Procedure Code.

⁴⁵ Art. 23 of the Military Criminal Procedure Code..

⁴⁶ Art. 1 Military Criminal Code.

法院⁴⁷。軍事上訴法院設於羅馬，其分院設於Verona及Naples。戰時特別軍事法庭由高級指揮官召集，而且不能上訴至終審法院（Corte di Cassazione）⁴⁸，其合憲性則受到該國學界質疑。

盧森堡依軍事刑事訴訟法成立兩種軍事法庭⁴⁹，常設軍事法院為（Conseil de Guerre）及特別軍事法院（Conseil de Guerre en Campagne）⁵⁰，波蘭有常設軍事法院，該國憲法第 175 條規定司法體系由憲法法院、行政法院、普通法院、軍事法院構成，依據 1997. 8. 21 頒布之軍事法院法（Law on the system of Military Court⁵¹），軍事法院對於軍人及平民均有管轄權，軍事初審法院及上訴法院之法官必須為現役軍官，波蘭最高法院軍事庭（Military Chamber of the Polish Supreme Court）為終審機關。西班牙軍事法院體系由數個涉及管轄權之法律所組成，終審法院為最高法院軍事庭（Sala de lo militar del Tribunal Supremo），該法庭處理中將以上之軍事法案件，由八位法官組成，其中四人為民間律師，其餘四人為軍中法律部門人員⁵²，設於馬德里之中央軍事法院審理少校以上軍階及受有功勳軍人之第一審案件，同時也是其他五個地區第一審軍事法院之上訴審法院。英國有普通軍事法庭與地區軍事法庭，以兩項標準判定召開何種軍事法庭：犯罪之嚴重程度及受指控者之軍階，地區軍事法庭最多判處二年之監禁，並且不受理軍官案件，該法庭由審判長（軍官），二位軍官（其中一位可能是士官長）及一位軍法官組成。普通軍事法庭則增加二位軍官，上訴軍事法院為上級審，完全由平民法官組成，甚而可以向上議院（House of Lords）提出救濟⁵³。

4、普通法院與軍事法院之關係

上述設置軍事法院之國家，普通法院與軍事法院之關係如何？在比利時如果被告共謀違反軍事刑法及普通刑法之罪，普通法院居較優越之地位取得管轄權，即使被告屬於軍人亦同⁵⁴，但軍人必須依軍事刑法加以審判⁵⁵。法國巴黎之軍事法院僅處理和平時期軍人在國外案件，因此法國領域內所有軍人違法案件皆由普通法院審理，針對此種違反軍事刑法及軍事勤務案件由普通法院之特別法庭（special chamber）審理⁵⁶。在義大利違反普通刑法之罪責重於軍事刑法時，普通法院管轄權始具有較優越之地位⁵⁷。軍事法院與普通法院管轄權之衝突由終審法院（Corte di Cassazione）解決之⁵⁸。在盧森堡如果平民涉及非軍事刑法之案

⁴⁷ See Law No.180/1981.

⁴⁸ Arts.288 et seq. C.P.M.G.

⁴⁹ Loi de 31 Décembre 1982, concernant la réforme du code de procedure militaire, Mémorial,1982, A-114, p.2610.

⁵⁰ Art. 49, Loi du 31 September 1982.

⁵¹ Law on the System of Military Courts of 21 Augst 1997,Regulation of the Minister of Defence on the Military Disciplinary Commissioner of July 1999,Journal of Laws of 1999,No.63,item 721.

⁵² Art. 24 of Law No. 6/1985.

⁵³ Georg Nolte,European Military Law System,2003,De Gruyter Recht.Berlin,P164.

⁵⁴ Art. 26 Code of Military Criminal Procedure.

⁵⁵ Art. 30 Code of Military Criminal Procedure.

⁵⁶ Arts. 697 et seqq. Code de Procedure Pénale.

⁵⁷ Art. 13 C.P.P.

⁵⁸ Arts. 28 et seqq.C.P.P.

件，普通法院具有管轄權⁵⁹，如果同時涉及軍事刑法與普通刑法案件，由重罪之法院審理後再交由其他法院審理，如果軍刑法及普通刑法可以判處相同種類之制裁或軍人所犯係擅離職守罪時則先由軍事法院審理⁶⁰。西班牙軍事法院在承平時期受理案件須受下列限制：1、軍事刑法所規定之犯罪案件。2、犯罪發生在緊急狀態或戒嚴時期。3、如果軍人在國外犯罪，所犯之罪係基於國際協定或條約之規定時，必須西班牙政府為條約或協議簽署國。4、在第3款情形下如果沒有國際協議或條約，軍人之犯罪依西班牙法律定之⁶¹。軍人返國後西班牙普通法院即具有優先管轄權，最高法院管轄權衝突特別法庭（Sala de Conflictos de Jurisdicción）處理相關管轄權爭議事件⁶²。在英國任何人在該國領域內違反叛國罪、謀殺罪、殺人罪、重叛亂罪、性侵害、種族屠殺罪，或2001年國際刑事法院條約（International Criminal Court Act）第51、52節所述之犯罪或違反1974年生化武器條約（the Biological Weapons Act⁶³）者，普通法院具有管轄權，涉及個人及財產犯罪，普通法院具有優勢地位。軍人在國外違反1955年陸軍法所規定之軍事犯罪，適用英格蘭及威爾斯之普通刑法處理。軍人同時違反軍事刑法及普通刑法時，普通法院具有管轄權，為避免雙重審判，軍人同一行為已由普通法院判決時，不再受軍事法體系之審理。

5、特別規定

丹麥軍事法與普通刑法之差異為允許以申斥（reprimand）作為軍事制裁內容，普通刑法沒有此類制裁種類，其他特別點包括審判不公開⁶⁴，所有違法案件由軍事檢察官起訴（普通刑法由犯罪被害人起訴），任命軍事人員為辯護人，軍事調查員具有較警察更為廣泛之調查權。

軍事法與普通法之差異，在法國顯示於訴訟程序中，普通司法機關不能限制軍人自由，因為軍方於出庭前有足夠能力管制約束該軍人之行動，也可以不採取公開審判，基於國家防衛秘密之需要甚至可以省略陪審團，在軍事犯罪制裁中包括勒令退伍、剝奪軍階之特別處罰種類⁶⁵。在德國雖然沒有軍事法院，普通法院受理軍刑法案件時仍有某些特別規定，例如Section 9 WStG（軍刑法）規定刑事逮捕只適用於徵召入營之軍人，逮捕期間該軍人必須繼續服勤並接受更多之教育訓練⁶⁷。義大利憲法法院則已宣告數個軍事刑事法規違憲。軍事刑事訴訟法之主要規定為確定軍事法院審判範圍、軍事司法警察及軍事檢察官之角色功能，軍刑法與普通刑法最大區別，在於有為數甚多之軍事刑事制裁，例如軍事監禁、免職、解除職務、降級，公布有罪判決。英國普通訴刑事訟程序與軍事訴訟程序主要區別

⁵⁹ Arts. 7 in fine of the Law on Military Criminal Procedure.

⁶⁰ Arts. 8 in fine of the Law on Military Criminal Procedure.

⁶¹ Art. 12 Organic Law No.4/1987.

⁶² Art. 39 Organic Law No.4/1987

⁶³ 此處應係指1972年4月10日署名，1975年3月26日生效之「禁止生物、毒素武器開發、生產及儲藏公約」，魏靜芬，戰爭法學，2005年12月，頁102。

⁶⁴ Art. 5 MRPL.

⁶⁵ Arts. 10 et seq. MRPL.

⁶⁶ Art. 385 Code Pénale Militaire.

⁶⁷ Sect.9-14a WStG.

在於法庭之構成員，軍事訴訟程序沒有陪審團，被告依法擁有上訴權，也存在免職、喪失榮譽（disgrace）等特別制裁種類。荷蘭之軍事刑事訴訟程序法（Wet Militair Tucht recht WMT）為刑事訴訟法之特別法⁶⁸，刑事訴訟法僅適用於荷蘭，軍事刑事訴訟法同時適用於荷蘭王國所屬領域（territorie of the Kingdom of the Netherlands），因為荷蘭軍人也被派遣至上述領域服勤，調查官（the Koninklijke Marechaussee）負責處理軍事刑法案件，如果軍隊處於國外，沒有設置調查官，則由軍事指揮官從事調查⁶⁹。針對衛哨兵之責任軍事刑事訴訟法第 31 條第 2 款設有轉換舉證責任規定，推定其衛哨兵行為合法，除非相對人能提出有力之證據，其餘之訴訟程序均依普通刑事訴訟法處理⁷⁰。

肆、日本戰前之軍法會議

軍法會議係以維持軍隊秩序為目的而設置之刑事特別法院，明治憲法第六十所承認，其構成內容及司法程序，憲法第五十七條規定以法律定之，該法係指軍法會議法（軍治罪法），兼有法院組織法及刑事程序法之功能，軍法會議雖然為國家之司法機關，但配合軍隊移動而於作戰地域、外國地域行使裁判權，基於軍事上之理由，裁判程序予以簡化，裁判官由具有法律專業知識之軍人擔任；為維持軍隊指揮命令系統及階級秩序，由司令官或指揮官擔任軍法會議長官，並賦予其裁判統轄權（長官統轄權），裁判官之官階必須高於被告⁷¹。

一、基於身分之裁判權

軍法會議為普通法院以外所設置之軍事法院，大正十年分別以法律第 90 號陸軍軍法會議法、第 91 號海軍軍法會議法規定其訴訟程序，前者 562 個條文，後者計 561 條，兩法之構成內容除基於軍種特性外，並無重大差異。和平時期軍法會議主要審理軍人及召集中軍人之犯罪事項，軍屬（軍中文職人員）及其他於軍中服務之人員準用之。此外，對於俘虜亦有裁判權。上述軍人及準用人員不僅違反陸海空軍刑之罪，軍法會議有管轄權，即使係違反普通刑法所定犯罪，軍法會議亦有裁判權，俘虜犯罪者亦同。

宣告戒嚴或緊急狀態之區域，伴隨軍事權力之擴增，同時擴大軍法會議之審判範圍，依據戒嚴令行使特別裁判權，受戒嚴地區司令指揮監督範圍內之人民與軍人或其準用人員共同犯罪、且所犯為陸海空軍刑法、軍事機密保護法或其他軍事上必要之法令者，軍法會議對該人民有審判權。戰爭事變之際，為維持軍隊安全必要時，任何人之犯罪，軍法會議均有裁判權⁷²。

二、基於事務之裁判權

軍法會議雖然為刑事法院，係判定犯罪者刑罰權有無之國家機關。但對於因犯罪所生之損害，被害人向被告行使回復請求權時，以就被告案件調查後認為適當且被告無異議時為限，軍法會議得對該項請求為裁判（陸軍軍法會議法第 413

⁶⁸ Art. 1(2)WMS.

⁶⁹ Art. 59 WMS.

⁷⁰ Georg Nolte, European Military Law System, 2003, De Gruyter Recht, Berlin, P168.

⁷¹ 三浦裕史，軍制講義案，信山社，1996 年 8 月 20 日 1 版，第 47 頁。

⁷² 提 淳一，「軍事裁判所」法曹關与，防衛法研究第 30 號，2006 年，第 50-51 頁。

條、海軍軍法會議法第 415 條)，但宣布戒嚴時，軍法會議對於民事事件有裁判權，又被包圍地域內之普通法院無法行使裁判權，或道路斷絕時，不分民事刑事案件，軍法會議均有裁判權。

三、軍法會議之種類

陸軍軍法會議分為常設之高等軍法會議，軍部軍法會議及師團軍法會議，宣告戒嚴時特設之包圍地區地軍法會議、戰事事變之際之臨時軍法會議等。海軍軍法會議分為常設之高等軍法會議、東京軍法會議、鎮守府軍法會議、警備府軍法會議、軍艦出勤時之特設艦隊軍法會議、戒嚴宣告時之包圍地區軍法會議、戰時事變之際認有必要時於海軍部隊設置之臨時軍法會議。

四、軍法會議之組成

陸、海軍軍法會議設置審判官、法務官、陸、海軍錄事、陸、海軍警察；審判官由陸、海軍校級以上軍官擔任。將官擔任審判官案件，須經陸軍大臣報請敕命任命之，校官以下擔任審判官案件，依據軍法會議之種類，由各級指揮官任命之。法務官具有法官實習生之資格，由依敕命受實務訓練結訓之陸軍法務部將校軍官或海軍法務科士官任之。法務官亦具有審判官之資格。軍法會議由審判官與法務官組成，普通審判由審判官四人、法務官一人組成裁判官會議，由軍階較高者擔任審判長。軍法會議設有預審制度，預審機關設置預審官，同時設置負責起訴犯罪之軍事檢察官，軍事檢察官自法務官中選出，由陸軍大臣或軍法會議長官任命之，隸屬該管長官從事蒐證及起訴工作、裁判採訴訟主義程序，公訴檢察官與被告對立，允許辯護人為被告辯護，判決必須經過言詞辯論，辯論除影響安寧秩序、軍事利益、或妨害風俗外，採公開辯論制度。對軍法會議之判決不得上訴，只有高等軍法會議得以判決違背法令為由，上訴至普通司法機關之大審院⁷³。軍法會議制度隨日本戰敗而終止適用。

伍、中共之軍事審判制度

依中共憲法與人民法院組織法之規定，人民法院之組織系統由最高人民法院、地方各級人民法院和專門法院構成。地方各級人民法院分為基層人民法院、中級人民法院、高級人民法院；專門法院包括軍事法院、海事法院、鐵道運輸法院及森林法院。專門法院係指根據需要設立的審理特定案件之法院，其設立不以行政區為依據，而依特定組織系統或特定案件（如海事案件）設立之審判機構，如軍事法院受理現役軍人之刑事犯罪案件，軍隊在編職工之刑事犯罪案件⁷⁴。中共軍事司法機構包括軍事法院、軍事檢察院、軍隊保衛機關等，分別行使軍事司法審判權、軍事司法偵查權和軍事司法行政權等軍事司法權，茲分述其組織與權限如下；

一、軍事法院

1、軍事法院之性質與職權

軍事法院是國家審判機關之組成部分，係軍隊建置之具有特定審判範圍之專

⁷³提 淳一，「軍事裁判所」法曹關与，防衛法研究第 30 號，2006 年，第 53 頁。

⁷⁴劉茂林，中國憲法導論，北京大學出版社，2005 年 3 月 1 版，第 337 頁。

門法院，行使國家賦予之軍事審判權。國家設置專門軍事司法機關之目的係為及時懲治軍人違反職責罪，因此軍事法院僅限於受理軍事檢察院依法提起關於軍人違反職責最之公訴案件，如遺棄傷員案、虐待俘虜案等。

2、軍事法院之組織體系

軍事法院業務上受最高人民法院之指導與監督，軍事法院所審判案件之終審權在最高人民法院。軍事法院分為三級：

- (1)中國人民解放軍軍事法院，為軍隊內之最高級法院。
- (2)大軍區、軍兵種軍事法院，包括各大軍區軍事法院，海軍、空軍軍事法院，二炮部隊軍事法院，解放軍總直屬部隊軍事法院等，皆屬於中級軍事法院。
- (3)軍級軍事法院，包括陸軍軍級單位軍事法院，各省軍區軍事法院，海軍艦艇軍事法院，大軍區空軍軍事法院，在京直屬部隊軍事法院等，皆屬於基層軍事法院。

軍事法院設於軍隊之政治機關，對中央軍委與總政治部負責，各級軍事法院對其本級政治機關負責並報告工作，接受本級軍政首長之領導與監督。

3、軍法官

軍法官為軍事法院審判人員，包括院長、副院長、審判委員會委員、庭長、副庭長、審判員和助理審判員。現行對於軍法官之任免權限及辦法並無專屬法律規定，依據1995年2月頒布之法官法規定，法官法同樣適用於軍法官，但該法並不能體現軍隊之特殊性，僅能適當參照執行。軍法官任職條件與任免原則以現役軍官服役條例和參照法官法規定辦理。軍法官為軍官，其職務任免除人民解放軍軍事法院院長由最高人民法院院長提請全國人大常委會任免外，副院長以下軍法官按照軍隊幹部任免權限由隸屬之本級政治機關決定，例如解放軍軍事法院副院長由總政治部直接任免，報中央軍委備案；庭長、副庭長、審判員由院長提請總政治部任免⁷⁵。

二、軍事檢察院

1、軍事檢察院之性質與職權

軍事檢察院是國家在軍隊設置之法律監督機關，維護憲法、法律與軍事法規在軍隊之統一貫徹實施，維護國家法律權威。軍事檢察院之職權係依法行使國家賦予之軍事檢察權，主要有四項

(1)偵查權

對軍事機關之工作人員職務上和利用職務之便實施犯罪行為行使偵查權。依據1986年3月27日總政保衛部、解放軍軍事法院和軍事檢察院「關於懲治軍人違反職責罪暫行條例所列案件管轄範圍通知」，軍事檢察院直接受理下列案件 A 武器裝備肇事案。B 洩漏、遺失軍事機密案。C 擅離職守或玩忽職守案。D 私放他人偷越國（邊）境案。E 虐待部屬案。F 違抗命令案。G 假傳軍令案。H 軍事檢察院認為需要自己直接受理之其他案件。

(2)批准逮捕權

⁷⁵ 熊先覺、劉遠宏，中國司法制度學，法律出版社，2007年6月1版，第430-432。

對軍事保衛部門偵查之案件具有批准與否之權力。

(3)提起公訴權

對嚴重危害國家與軍隊利益之犯罪人，代表國家與軍隊向軍事法院提起公訴之權力

(4)司法監督權

對軍事法院、軍隊保衛機關、軍隊看守所與監獄之活動實施法律監督。

2、軍事檢察院之組織體系

軍事檢察院之設置與軍事法院相對應，分為三級

(1)中國人民解放軍軍事檢察院。

(2)大軍區、軍兵種軍事檢察院，包括各大軍區軍事檢察院，海軍、空軍軍事檢察院，二炮部隊軍事檢察院，解放軍總直屬隊軍事檢察院等。

(3)軍級軍事檢察院，包括陸軍軍級單位軍事檢察院，省軍區軍事檢察院，海軍艦艇軍事檢察院，大軍區空軍軍事檢察院，在京直屬部隊軍事檢察院。

軍事檢察院設於軍隊政治機關，與軍事法院並列，互不隸屬。軍事檢察院受雙重領導，同時受最高人民檢察院及軍事機關領導，例如中國人民解放軍軍事檢察院受中央軍委及總政治部之領導，各級軍事檢察院受本級軍政首長之領導。

3、軍事檢察官

軍事檢察官係軍隊內部依法行使軍事檢察權之檢察人員，包括軍事檢察院檢察長，副檢察長，軍事檢察委員會委員，檢察員、助理檢察員。軍事檢察官之任命程序與軍法官相同⁷⁶。

三、軍事保衛機關

1、軍事保衛機關之性質與職權

軍事保衛機關為軍隊內部負責偵查和安全保衛之專門機構，相當於國家公安部與國家安全部之性質，其職權如下

(1)保衛國家利益，負責偵查危害國家安全之重大案件。

刑事訴訟法規定軍隊保衛部門對軍隊內部發生之刑事案件行使偵查權，軍隊保衛部門辦理刑事案件適用本法有關之規定。軍事保衛部門負責偵查危害國家安全犯罪和刑法中所規定不屬於軍事法院與軍事檢察院管轄受理的，其他軍內人員刑事犯罪案件。

(2)保護軍隊與軍人利益，受理軍職犯罪案件

(3)維護軍隊治安秩序，有權處罰違反治安管理行為

(4)管理軍事監所，執行軍事法院之刑事判決

2、軍事保衛機關之組織體系

軍事保衛機關屬於軍隊政治部，受政治部領導與指揮，人員由政治部指派，在業務上受公安部與國家安全部統一指揮。解放軍總政治部、總參謀部、總後勤部、各大軍區、各軍種、兵種、國家科工委、軍事科學院、國防大學等單位均設保衛部，軍區空軍、海軍艦艇、省軍區、陸軍軍級單位均設保衛處，師、旅、團等單

⁷⁶ 同前註第 433 頁。

位均設保衛科。

四、軍事法律顧問機構

1985年2月首先由海軍直屬政治部設立海直屬機關法律顧問，同年12月海軍政治部成立海軍法律諮詢小組。1987年5月，蘇州軍區成立法律顧問處。1990年7月總參謀部批准全軍師級以上部隊普遍設立軍事法律顧問。軍事法律顧問歸屬尚未統一，有屬政治部編制，亦有編在司令部，解放軍軍事法律顧問辦公室設於總參謀部。軍事法律顧問機構在業務上受中華人民共和國司法部之統一指導，解放軍法律顧問辦公室在司法部指導下，對全軍法律顧問工作進行指導，各部隊軍事法律顧問工作受上級軍事法律顧問工作機構及駐地司法廳之業務指導。依據司法部、總參謀部1988年2月聯合下達之「關於軍事法律顧問工作有關問題之通知」及其他有關文件之精神，軍事法律顧問職責為

- (1)受軍事機關與首長委託，處理軍事行政管理中之法律事務，為首長決策提供法律諮詢，協助首長決策，參與依法管理，依法治軍。例如，起草、審查行政性文件，代理法律事務，調處重大紛爭及重大項目可行性論證之工作。
- (2)為軍隊企業機關及軍人提供法律協助。包括擔任企業法律顧問，進行訴訟代理，進行刑事辯護，辦理非訟事務，解答法律諮詢，代寫法律事務文書等。
- (3)充當軍事法院審判案件之刑事被告辯護人，又稱公設辯護人⁷⁷。

陸、我國之軍事司法制度

我國憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」肯定本條意義者，認為憲法雖承認軍事審判制度，但僅適用於現役軍人，一般人民不受軍事審判，蓋現役軍人，效命疆場，以服從軍令。恪遵軍紀為天職，則於其犯軍法之罪時，為貫徹軍令，維持軍紀，以爭取戰爭之勝利計，固以適用軍事審判為宜。一般人民與軍人之身分不同，縱有犯罪，亦應由普通法院為之，而重人權之保障⁷⁸。有謂本條規定與憲法第八條所揭司法一元主義之原則連貫呼應，其旨在加強人身自由之保障，貫徹司法一元主義及維護軍紀之威信，而戒嚴法第八條、第九條規定，非現役軍人得由軍事機關審判，則為憲法承認戒嚴制度之例外情形（司法院大法官釋字第二七二號解釋）。憲法所以採審判上軍民分治，要以普通法院與軍事法庭之審判對被告之保護周密有下列不同：

- 1、公開程度：普通法院之審判以公開為原則，遍設於各地方；軍事法庭之審判多以秘密為原則，法庭設於軍事機關，頗為隱密。
- 2、辯護制度：普通法院採辯護制度，且設有「三級三審」之審級制度；軍事法庭已採辯護制度，但辯護人侷限於軍事機關所許可之人員。
- 3、審判人員之地位：普通法院法官依據法律獨立審判，法官之官階職等不甚重要，而軍事審判之審判長軍階不得低於被告，且軍官亦得為合議庭之審判官，其審判獨立之地位不同。
- 4、審判機關之地位：普通法院分為地方法院、高等法院與最高法院三級三審，

⁷⁷ 同前註第434-436頁。

⁷⁸ 林紀東，中華民國憲法釋論，82年3月改訂56版，第144頁。

其間則依獨立審判之精神，無隸屬關係。而軍事審判，以軍或師級司令部設初級審判庭，總司令級軍事機關設高級軍事法庭，國防部則設最高軍事法庭，由於軍事法庭隸屬各級軍事機關，其間或存有層級節制之關係，而與普通法院有所差異⁷⁹。但亦有學者對於軍事審判之合憲性提出質疑，認為現役軍人之任何非行，不論違反軍紀或違反刑法案件，皆受軍事審判，是否合乎憲法第八條所建構之「司法一元主義」？不無探討餘地，依舊軍事審判法（56.12.14）規定，軍事審判雖然原則上由軍法官充任，但部分案件亦由非軍法官之軍官擔任，而軍法官是軍官，基本上並無法院法官一樣之終身職保障，且軍事審判之判決並非在「司法獨立」之保障下作成，舊軍事審判法第 133 條規定：「判決，由該管軍事審判機關長官核定後宣示送達之。」此種判決核定權事實上包括妥當性之審查，亦即軍事審判並無審判獨立之特質，且違反直接審理原則，故軍事審判基本上乃屬行政權中軍事統帥權之運作，不符合「司法一元主義」，因此即使是現役軍人，其犯罪亦應由普通法院審判，軍事法庭所審理者應限於軍人違反軍紀之職務行為，蓋對軍人之刑事犯行不應與一般人民有所差別，而異其「程序保障」之處遇，否則違反憲法第七條平等原則，同時亦侵害現役軍人之訴訟權，憲法第九條之軍事審判制度已突破平時憲法之架構，而將戰時憲法之架構引入⁸⁰。或謂台灣幅員狹小普通法院分佈甚廣，且軍事審判亦無須太多之專業智識，一般刑事法庭法官當足以勝任，故軍事審判法的制度可以逐漸取消，納入一般司法體系之內⁸¹。

上述爭議於司法院釋字第 436 號解釋後，部分得到解決，該號解釋承認軍事審判制度之合憲性，以憲法第九條：「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，基於國家安全及軍事需要，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（司法院釋字第 436 號本文參照）。整理該號解釋之意旨如下：

- 1、軍事審判之建置為立法裁量事項。
- 2、軍事審判之發動與運作必須符合「正當法律程序之最低要求」。
- 3、軍事審判所行使者為國家刑罰權，具有司法權之性質。
- 4、軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，必須遵守憲法第二十三條之比例原則。
- 5、「國防部為最高軍事審判機關」、「軍事長官有判決核可與覆議權」、「軍事審判庭之組成由軍事長官核定」等規定均屬違憲。
- 6、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由請求救濟。
- 7、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身分之保障等事項應一併檢討改進⁸²。

⁷⁹ 陳志華，中華民國憲法，三民書局，2003 年 10 月修訂 6 版，第 59-60 頁。

⁸⁰ 李惠宗，中華民國憲法概要，元照出版公司，2004 年 8 月三版，第 57-58 頁。

⁸¹ 陳新民，憲法學釋論，自版，94 年 8 月修正 5 版，第 615 頁。

⁸² 李麒，軍事法理論與實務，新學林出版社，2005 年 10 月，第 224 頁。

根據本號解釋 88 年 10 月修正之軍事審判法，其重點如下：

- 1、軍事審判仍區分平、戰時體制，及兼具統帥權與司法權調和屬性。於國防部設各級軍事法院，惟其對於軍法行政事項之監督，則不得影響審判權之行使，俾使軍事審判之發動與運作更趨向司法化，以符合正當法律程序之需求。
- 2、軍法機關改採地區制，不在隸屬部隊，除去部隊長與軍法人員之從屬關係，並配合刪除部隊長之軍事法庭組成核定權，以落實審判獨立之精神。
- 3、厲行審檢分立，參考司法制度，分設軍事法院及軍事檢察署，各自獨立行使職權。
- 4、為維護被告審級利益，平時除宣告死刑及無期徒刑之案件依職權送最高法院審判外，另宣告有期徒刑以上之上訴判決，亦許被告向最高法院或高等法院提起上訴，與司法審判相同，戰時則維持二審；至於非常上訴案件，為統一法令解釋，並予劃歸最高法院掌理。
- 5、縮小軍事審判之範圍，軍中文職及聘僱人員、軍校學生及應召期間尚未報到入營之後備軍人等，不再受軍事審判。
- 6、取消軍官參審制度，將不具軍法官身分之軍官之軍官參審制度完全廢除，由軍事法院選任具有特別知識經驗之鑑定人提供鑑定意見⁸³。

本文認為參考前述外國立法例及司法院大法官釋字第四三六號解釋之意旨，現行軍事審判法將死刑、無期徒刑等案件，交由最高法院終審，已符合「司法一元主義」之精神，軍事審判雖屬司法權，並不表示軍事院、檢在組織法上必須隸屬司法院，如此之制度設計方符合該號解釋所稱之「軍事需要」。另一方面在承平時維持軍事審判制度，不能僅以德國基本法為基準，認定屬於破壞平時憲法之架構，德國基本法對於軍事法制之限制，有其戰敗國之特殊歷史背景，歐洲目前僅德國、丹麥、荷蘭未設軍事法院，自比較法觀點言，認為平時設立軍事法院即破壞平時憲法體制，似非持平之推論。

軍事法制研究不能單純移植外國法制而忽視本國之軍事傳統，我國於南京臨時政府時期，1921 年頒布「臨時軍律十二條」，規定對違反軍紀之處罰，當時之軍事審判制度採取「同僚審判」，各級軍事長官享有軍事審判權，臨時大總統具有最高軍事審判權，北洋政府時期頒佈「臨時陸軍簡明軍律」，此為北洋政府頒佈之第一部軍事刑事法典，其後相繼公布「陸軍懲罰令」、「陸軍刑事條例」、「海軍刑事暫行條例」、「陸軍刑律」等，在軍事審判方面，頒佈「修正陸軍審判條例」，其結構嚴謹、內容充實，奠定近代軍事審判之基礎，1928 年國民政府成立後，頒佈「兵役法」、「陸海空軍刑法」，其特色為軍事法優於普通法，軍事刑法效力及於平民，如「陸海空軍刑法」規定，該法適用於軍人及「戰地或戒嚴區域內」平民之某些犯罪，陸海空軍審判法同樣適用於「戰地或戒嚴區域內」之平民犯罪⁸⁴。自我國軍事傳統與軍隊需求言，軍事司法不僅追求個案正義之實現，其維持軍紀與軍事利益之特色亦應加以重視，此也是司法院大法官釋字四三六號解釋基

⁸³ 謝添富、趙唏華，修正軍事審判法論釋，93 年 9 月出版，第 43-49 頁。

⁸⁴ 張桂英，依法治軍理論研究，法律出版社，2007 年 5 月 1 版，第 35-37 頁。

於「國家安全」與「軍事需要」承認軍事審判制度之意義。

柒、結論

本文比較美國、歐洲、中共及日本戰前之軍事司法制度而有以下建議意見
一、軍事司法制度應符合各自之軍事需要與軍事傳統。

在歐洲人權條約（the European Convention on Human Rights ECHR）限制下，歐洲各國軍事法未來可能朝向統合（Harmonisation）趨勢發展，然各國歷史背景與軍事傳統不同，短期內要求各國修改憲法達成統合目的有其實質上困難，但若自技術層面著手，特別是參與國際合作機制，對於軍事法採取開放態度，可朝統合方向努力，例如荷蘭同意內國法對於軍人服勤時髮型之規定，於指派軍人前往國際性機構、組織工作時得停止適用。歐洲各國之軍事法制也會相互影響，例如目前僅有丹麥、德國、波蘭採行徵兵制，義大利則於 2007 年廢止徵兵制，其他國家是否跟進也值得持續關注。另一方面，內部領導統御（Innere Führung）及軍人為穿著制服公民（the citizen in uniform）概念，對歐洲各國也產生一定程度之影響⁸⁵。美國軍隊遍佈全球，其軍事法賦予指揮官較大彈性運用空間，審判事項及範圍較歐洲各國廣泛；而戰前之日本軍法會議乃配合強勢統帥權之審判機制，甚至及於民事案件，審判範圍過廣。各國制度利弊互見，雖無絕對標準，但在軍事法研究上尊重軍事傳統應為基本價值。

二、軍事司法制度於平時與時應有不同之規定

各國設置軍事司法制度之目的，承平時重在維護軍隊紀律與鞏固領導統御，戰時配合戒嚴等機制，功能擴及於維持社會秩序與國家軍事安全，考量平時、戰時規範目的之差異，在適用對象及法律效果應有不同之規範，裁判權限於戰時方能擴及平民。軍事司法程序為普通法院外之特別程序，依特別法從嚴之法理，平時不宜擴張其裁判範圍。

三、軍事司法裁判權範圍限於軍事刑事犯罪

建置軍事司法制度係以維護軍隊紀律與鞏固領導統御為目的，與軍事無關之刑事犯罪應交由普通法院審理，民事案件不應成為軍事司法裁判權內容。

四、軍事司法之規範內容應以特別法規定

軍事司法裁判權一方面涉及軍人生命、自由之拘束與限制，同時建構與普通法院不同之司法體系，無論自法庭之組成、審判員之身分、審判公開等均宜以特別法為明文規定，以符合法律保留原則。

五、德國、日本目前制度不宜成為仿效對象

二次大戰後，戰敗國日本及德國基於輿論壓力與軍事自制，至目前為止尚未建置軍事法院，純為政治考量之結果，並非無此軍事需要，此所以日本修憲草案增列特別軍事法院條款，而歐洲除德國、丹麥、荷蘭外，其餘國家皆設有軍事法院，德國軍隊中沒有專門軍事刑事審判組織有認為係二次大戰後遺留之不公平報復，其實軍國主義之罪因在政治，而非軍法制度，德國軍事法學者比較一致認為現行軍事司法體制不適應武裝衝突期間或緊急狀態之需要，故立法機關正在考慮

⁸⁵ Georg Nolte, European Military Law System, 2003, De Gruyter Recht, Berlin, P1-2.

於武裝衝突期間或緊急狀態下建立軍事法庭，在組織上軍事法挺可設三名法官，其中一人為地方律師，軍事上訴法庭可設五名法官，三人為地方律師，戰時軍法官平時即應接受專業訓練，使其熟悉戰時之特殊法與戰爭法⁸⁶。我國軍事法制並無德、日之歷史情結，考量台海情勢之複雜性，軍事傳統等，應肯定軍事司法制度所發揮之功能與價值。

本文僅針對各國軍事司法制度為初步介紹，囿於篇幅無法對美國、歐洲各國軍事法體系為完整之論述，此部分留待日後補充，併此敘明。

⁸⁶ 夏勇、徐高著，中外軍事刑法比較，法律出版社，1998年8月1版，第215頁。