

軍人身分與刑事審判權劃分之合憲性探討（下）

張明偉*

目次

壹、前言

貳、軍司法審判程序間之差異

一、軍司法審判程序劃分之基礎

二、行憲前之差異

三、民國 88 年軍事審判法修法前之差異

四、現行軍事審判法與刑事訴訟法間之差異

參、喪失現役軍人身分後刑事審判權歸屬之實然

一、司法院解釋與最高法院刑事判決

二、國防部訓令

三、小結

肆、前述實務見解所引發之疑慮

伍、司法院院字第 1078 號解釋與軍司法審判之劃分

一、現役軍人身分與軍事審判

二、司法院院字第 1078 號解釋之合憲性基礎

三、憲法保留下之軍司法審判劃分

四、審判權歸屬變動無損於軍事審判制度目的

陸、憲法第 9 條規定下喪失現役軍人身分後刑事審判權劃分之應然—代結論

關鍵字：軍事審判、傳聞法則、職權主義、中華民國憲法第 9 條、管轄恆定原則

* 張明偉，美國舊金山金門大學法學博士，真理大學法律系助理教授。

參、喪失現役軍人身分後刑事審判權歸屬之實然：

在確認軍事審判法與刑事訴訟法間，在適用上的確將對人民之基本權利造成差別待遇後，接下來本文將介紹現行實務關於犯罪與發覺均具現役軍人身分、惟於訴訟繫屬中喪失現役軍人身分時，該案件之刑事審判權究應如何歸屬之見解，為求理解之方便，此部份乃分就司法機關與軍法機關之見解，予以說明。

一、司法院解釋與最高法院刑事判決：

目前實務關於軍司法審判權之劃分，可自下列實務見解中窺得其貌：

（一）司法院二十三年院字第一〇七八號解釋：

軍人犯罪，應以發覺在任官、任役中抑在免官、免役後而定其審判機關，陸海空軍審判法第十六條規定甚明，如某甲犯罪發覺時確係現役軍人，縱令發覺後解除軍籍，亦不能變更審判管轄。

（二）最高法院八十八年度台上字第五六一六號刑事判決：

按「現役軍人犯罪，由軍法機關追訴審判。但所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而屬刑法第六十一條所列各罪者，不在此限」，國家安全法第八條第二項定有明文。上開審判權歸屬之規範，乃對現役軍人之犯罪，因其身分之特殊而特別規定，重在犯罪時之身分，非以追訴審判時為基準，係軍事審判法第一條第一項前段及刑事訴訟法第一條第二項之特別規定，自應優先適用；至於犯罪在任職服役中、發覺在離職離役後之情形，因國家安全法未規定，應依軍事審判法第五條第二項規定，由法院審判。故現役軍人犯陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而非屬於刑法第六十一條所列各罪者，其犯罪及發覺均在任職服役中，縱令起訴及審判時已離職離役，仍應由軍法機關追訴審判，尚無軍事審判法第五條第二項之適用。檢察官上訴意旨稱國家安全法第八條第二項所稱「現役軍人犯罪」，係指追訴審判時

具有軍人身分者而言，尚非的論¹。

（三）最高法院九十四年度台非字第二六九號刑事判決：

本院按現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依軍事審判法之規定追訴審判之。又犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依軍事審判法追訴審判；但案件在追訴審判中而離職離役者，初審案件應移送該管第一審之法院，上訴案件應移送該管第二審之法院審判。犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判。軍事審判法第一條第一項前段、第五條第一、二項分別定有明文。是現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，而其犯罪及發覺時均在任職服役中者，揆之前揭法條意旨，應由軍法機關審判，不因其追訴審判中離職離役而異²。

二、國防部訓令：

依國防部（七七）律御字第一九〇八號令釋：按軍事審判法第五條第一項但書所謂「離職離役」一詞，前述本部（七六）律御字第七四七號令釋以：「乃指因涉案以外之原因而合法離職離役而言，其因涉案而免職或停役者應不包括在內，以避免發生因案件正常進行而喪失審判權之情事，致使審判權陷於不確定之狀態。」此所謂之「涉案」，乃指所涉本案而言，倘係另涉他案而喪失軍人身分，則不為前開「因涉案而免職或停役」之情形，應屬軍事審判法第五條第一項但書移送法院審判之原因。另國防部四十六年二月十三日（四六）準諮字第一六號令及四十六年九月十二日（四七）心昌字第九八號令函釋亦主張：犯罪及發覺均在任職服役中之被告，無論追訴審判時是否離職，均應依軍事審判法追訴審判。

¹ 最高法院六十九年台非字第一〇一號判例亦同此旨，按此種觀點實係自軍事審判法第五條第二項規定反面推論所得。

² 事實上自軍事審判法修正後迄今，我國最高法院均採類此判決意旨之見解。

三、小結：

由前述說明可知，現行實務關於軍司法審判權之劃分，係以「現役軍人犯軍刑法之罪且於發覺時仍具現役軍人身分」為標準，縱或於本案進行中喪失現役軍人身分，亦非移送普通法院審理之原因，被告仍應由軍法機關追訴審判。

肆、前述實務見解所引發之疑慮：

雖於我國憲法第九條規定之反面解釋下，只有現役軍人犯罪始有受軍事審判之可能；惟於司法院大法官釋字第二七二號解釋：「人民除現役軍人外，不受軍事審判，憲法第九條定有明文。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而生之例外情形。」之意旨下³，非現役軍人亦有可能受軍事審判，不過其範圍須限縮在戒嚴法第八條、第九條所規定之情形，蓋此時正當國家遭逢緊急變故之際，在軍事優先之考量下，原即不得限制人民基本權利之行使。

然而，前述軍司法實務卻長久以來忽略了憲法第九條的規範精神，亦即：非現役軍人不受軍事審判，查軍事審判法第五條：「犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判。但案件在追訴審判中離職離役者，初審案件應移送該管第一審之法院，上訴案件應移送該管第二審之法院審判。（第一項）犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判。（第二項）前二項規定，按行為時之身分適用法律。（第三項）」本身，並未規定現役軍人犯軍刑法之罪後，於實際受審判、追訴時已不具備現役軍人之身分（如劉岳龍於審判程

³ 由於大法官針對憲法所做之解釋與憲法有同等之效力，故此部份「非現役軍人得由軍事機關審判」規定或無違憲之疑慮。

序中喪失現役軍人身分之情形)，仍必須依軍事審判法之規定進行追訴、審判。就此法未明文之「法律漏洞」而言，此時是否可依「明示其一，排除其他」之法理，而認於軍事審判法第五條無明文得依刑事訴訟法規定進行審判程序之情形下，反面推論此時仍應依軍事審判程序審理？如果答案是肯定的，則現役軍人所犯所有軍刑法之罪，除於離職離役後發覺者外，皆由軍法機關追訴、審判所造成非現役軍人接受軍事審判之現象，是否與憲法第九條「非現役軍人不受軍事審判」之立憲精神有所牴觸？雖然在司法實務運作上曾有檢察官主張應以被告實際上接受追訴審判時是否仍具現役軍人身分為現行憲法第九條之規範核心，故不應繼續援用前述國防部訓令之意旨⁴；且在軍事審判法之立法過程中曾有立法委員意識到此一憲法問題並對系爭「訴訟程序中喪失軍人身分者審判權歸屬」疑義指出：「因其人既已脫下軍服，不再具現役軍人身分，是否應移送法院審判，以符憲法第九條意旨⁵。」，遺憾的是，或因論證不構嚴謹、或因未能完整交代法制發展之沿革因而說服力不足，此種以憲法第九條重在接受追訴審判時是否具有現役軍人身分之觀點，於因循司法院二十三年院字第一〇七八號解釋之實務操作下，未被最高法院接受；而前述立法委員之主張，亦在國防部官員未正面回應「審判恆定原則是否違反憲法第九條？喪失現役軍人身分後是否應移送普通法院審判？」之說明後，未被採納⁶。

⁴ 參閱最高法院八十八年度台上字第五六一六號刑事判決中檢察官上訴部分。

⁵ 此為軍事審判法於審議時，立法委員邱太三所提之意見。參閱謝添富、趙唏華：淺論軍事審判法修正後之若干法律問題及處理方式，律師雜誌，民國 89 年 7 月號，第 250 期，頁 39。

⁶ 查國防部認為犯罪及發覺均在任職服役中，而於追訴審判中離職離役仍應依軍事審判法追訴審判之理由如下：

（一） 本條設計係基於公平及偵審上之方便考量；

（二） 依司法院院字第一〇七八號解釋以下實務所揭示之一貫法理，本諸「審判恆定」原則，與憲法第九條之規定並無牴觸。

（三） 犯罪及發覺時均具現役軍人身分，若因追訴審判中離職退伍，即將偵審中案件移交司法機關，對軍紀管理及戰力維持仍有相當程度之影響。且（1）被告如藉故辦理退伍而喪失其現役軍人身分，除可規避軍事審判外，若第五條第三項之實體準據法部分，亦改採刑法第二條第一項但書「從新從輕」原則，更可倖免對婦女強制性交等重罪之處罰。（2）被告為軍官或士官在押

值得注意的是，最高法院在另一則涉及「因法規變更而喪失現役軍人身分」之案件中（最高法院九十二年度台非字第三九三號刑事判決），主張普通法院於被告等因軍事審判法修正（限縮現役軍人範圍）後喪失現役軍人身分（因軍校生於民國八十八年之軍事審判法修正後已非現役軍人或視同現役軍人）之情形中，即因被告等已失現役軍人身分而取得對該等被告軍法犯罪之刑事審判權⁷。雖然該案件之事實

逾三月者，依軍官士官服役條例之規定，應予辦理停役，取消其現役軍人身分，遇重大案件無從於三月內完成偵查及審判，均將陷審判權於不安定之狀態。（3）士兵逃亡經通緝，及軍士官因案通緝，應依兵役法或前開法律辦理停役，取消其現役軍人身分，亦足使審判權於不安定狀態。

（四）依美國統一軍法典一九八四年增訂條款第三條，不僅亦有受軍事審判人員，不因其後之身分消滅，及軍隊逃亡人員，不因事後獲得退役資格，而免受軍事法庭之審判之規定，且更明定凡退役人員嗣後被控其退役係藉由詐欺者，由軍事法庭審判之，又倘上開控訴成立後，其在詐欺退役前所犯本法規定之各罪，亦均應由軍事法庭審判之。

（五）第一項但書之設計，乃因被告本非現役軍人，故在偵審中退伍者，移還司法機關；至於第二項係因既於被告退伍後才發覺其犯罪，強令被告返回部隊接受軍事審判，並非合理，於案件之偵審亦非便捷。若考量現役軍人因役期屆滿等合法離職離役事由，既已回復非現役軍人之身分，不應再受軍事審判之權利，本條例於再修正時，允宜參照前揭陸海空軍審判法第十六條但書之立法例，增訂第二項為「犯罪及發覺在任職服役中，於追訴審判中依法離職離役者，依前項規定移送該管法院審判。但因本案而離職離役者，不在此限。」。

參閱謝添富、趙唏華，淺論軍事審判法修正後之若干法律問題及處理方式，律師雜誌，民國 89 年 7 月號，第 250 期，頁 41-2。

⁷ 最高法院九十二年度台非字第三九三號刑事判決中指出：「又現役軍人在任職服役前犯罪，發覺亦在任職服役前者，應由普通法院審判，此由軍事審判法第五條之規定即可證明；而八十八年十月二日修正前之軍事審判法第三條第三款規定陸、海、空軍所屬在校之學員、學生，係視同現役軍人，但該法條修正施行後，陸、海、空軍所屬在校之學員、學生，已非視同現役軍人，則如其涉嫌犯罪，且發覺時縱係軍事院校之學員、學生，自應由司法機關追訴處罰。此類原視同現役軍人身分，由軍事審判機關審判中尚未審結之案件，於軍事審判法前開條文修正施行後，應移送普通法院審判，此僅係審判機關之變更，法院應依刑事訴訟法之規定續行審判，此有司法院刑事廳八十八年十月二十八日電話傳真，檢察機關辦理軍事審判法修正施行後，軍事審判機關移送刑事案件應行注意事項可稽。本案被告翁志銘、張永佑二人於八十五年九月二十日至同年月二十四日為陸軍軍官學校三年級學生，分別擔任該校專指部入六連第一排第三班及第一班教育班長時，涉嫌共同凌虐入伍生吳延鴻，致吳延鴻受傷，經陸軍第八軍團司令部軍事檢察官於八十七年八月十日依修正前陸海空軍刑法第七十三條濫用職權為凌虐罪及刑法第二百七十七條第一項傷害罪提起公訴。嗣國防部南部地方軍事法院，於審理中以被告等行為時均為陸軍軍官學校之學生，至八十六年十一月八日始自軍校畢業分發部隊服役，而陸軍軍官學校於八十六年八月五日已將被告等函送陸軍第八軍團司令部偵辦，經該部軍事檢察官於同年八月十二日收案辦理，足見被告等於犯罪被發覺時仍屬在校學生，但軍事審判法已於八十八年十月三日修正公布，被告等已非現行軍事審判法第二條、第三條規定之現役軍人或視同現役軍人，因而於八十九年二月二十一日以八九法和字第 0 五七七號函將被告等移送有管轄權之司法機關，即台灣高雄地方法院審理。依前開說明，自應依法由司法機關續行審判，案經台灣高雄地方法院八十九年度易字第九六二號判決後，原審竟誤認被告等犯罪時及發覺時均係現役軍人，且軍事檢察官起訴時被告等已是少尉排長，為現役軍人為由，認普通法院就本案無審判權，乃撤銷第一審台灣高雄地方法院對被告等為科刑之判決，而為公訴不受理之諭知，揆諸前開說明，顯屬不受理訴訟之違法。」。

部分係因法令變更而喪失現役軍人身分，與前述軍司法實務係指因該案而喪失現役軍人身分之情形不同，並且於最高法院九十二年度台非字第三九三號刑事判決作成後，實務之操作仍以前述軍司法實務通說為據，不過由於該案於某種程度上承認立法者得以變動現役軍人定義範圍之方式，而動搖審判恆定原則（使得原應接受軍事審判之軍校生不受軍事審判），其首開「喪失現役軍人身分後即移送普通法院審理」之先例，十分值得注意。

根據司法院大法官第四三六號解釋，軍事審判只是基於國家安全與軍事需要，對軍人犯罪行為「得」設之特別訴訟程序；不過，軍事審判之所以為特別訴訟程序，究竟是以身為區別標準，或者是以犯罪為區別標準？長久以來，即有爭議⁸。簡單來說，如果司法院二十三年院字第一〇七八號解釋「於軍事審判程序繫屬中被告喪失現役軍人身分時，其審判權歸屬不須變動」之觀點應予維持，那麼最高法院九十二年度台非字第三九三號刑事判決「於軍事審判程序繫屬中被告喪失現役軍人身分時，其審判權歸屬必須變動」之觀點即應揚棄；反之，如果司法院二十三年院字第一〇七八號解釋不應繼續援用，那麼我國軍司法審判實務關於刑事審判權歸屬之劃分標準，即應重行建構。有鑑於此，以下本文即就司法院院字第一〇七八號解釋繼續作為軍司法審判之劃分標準，在現行法制秩序下之容許性為何，進行進一步的分析探討。

伍、司法院院字第一〇七八號解釋與軍司法審判之劃分：

一、現役軍人身分與軍事審判：

關於軍事審判權之行使對象，向來存在以被告身為準（身分

⁸ 參閱呂啓元，軍事審判權之研究，財團法人國家政策研究基金會論文，available at: <http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/091/CL-R-091-039.htm> (last visited, Sep. 29th, 2007)。

權說)或以所為犯罪為準(事物權說)、抑或二者兼而有之之區分。舉例而言,如以身分為準,即祇要係現役軍人實施之犯罪,皆應成為軍事審判權行使之對象;又如以犯罪為準,即應以犯陸海空軍刑法規定之犯罪始屬軍事審判權行使之對象;如以身分與犯罪為準,則必須現役軍人犯陸海空軍刑法規定之犯罪,始屬軍事審判權行使之對象⁹。自比較法之角度而言,舉凡承認軍事審判法制之國家,關於軍事審判權之範圍,均有規定,而其究係採何種論點作為依據,各國法制卻有不同¹⁰。若將我國刑事訴訟法第一條第二項:「現役軍人之犯罪,除犯軍法應受軍事裁判者外,仍應依本法規定追訴、處罰。」及軍事審判法第一條第一項:「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。」予以綜合解釋,似可認為:現役軍人惟於犯軍法之罪始受軍事裁判,現役軍人非犯軍法之罪,而係犯普通刑法之罪,即不受軍事裁判。就此而言,表面上或可認關於我國軍事審判之範圍,立法上係採事物權說;不過實際上,整體的法制狀況似非如此。

雖學說上有認:「自法制史觀之,軍事審判權與普通(刑事)審判權之區別標準,有由身分到犯罪的趨勢¹¹。」,惟若自憲法第九條:

⁹ 參閱蔡墩銘,軍事審判與普通審判之關係,月旦法學雜誌,第35期,頁28,1998年4月;如以被告犯罪時之身分為準,又稱為「身分權說」,如以被告所犯之罪為準,又稱為「事物權說」,參閱李太正,軍事審判在憲法上之地位,軍法專刊,第34卷第10期,頁17,1988年10月。

¹⁰ 關於各國軍事審判權之法制,可參閱參閱李維宗,軍、司法審判權在實務運作上的幾個爭議問題(下),軍法專刊,第41卷第10期,頁19,1995年10月;蔡新毅,解構關於軍事審判之迷思,律師雜誌,第250期,頁52,2000年7月;蔡新毅,由憲法觀點論軍事審判權之性質及其修正之相關問題(下),司法周刊第866期,第2版,1998年2月25日;李太正,軍事審判理論之檢討與展望(上),軍法專刊,第35卷第6期,頁33,1999年6月;黃風譯,義大利軍事刑法典,頁5,中國政法大學出版社,1998年5月第1版。。

¹¹ 此種觀點,似亦有其沿革上之依據;民國十九年時,依當時之陸海空軍審判法第一條第一項,陸海空軍軍人犯刑法所揭各罪者,依該法審判。此時,軍事審判權與普通(刑事)審判權截然二分,軍人犯罪一律受軍事審判,乃是以身分為區別標準。民國二十四年刑事訴訟法公布並正式施行,其第一條第二項規定:「軍人軍屬之犯罪,除犯軍法應受軍事審判者外,仍應依本法規定追訴、處罰」。此一條文,正式引起軍事審判權與普通(刑事)審判權之歸屬爭議。由於陸海空軍審判法在性質上屬於特別法,依「特別法優於普通法」之原則,應優先適用而;但刑事訴訟法屬於後法,依「後法優於新法」,應優先適用!即使是判例,對此一問題,見解亦互有矛盾!有認

「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」、國家安全法第八條第一項：「非現役軍人，不受軍事審判。」及軍事審判法第一條第二項前段：「非現役軍人不受軍事審判。」等規定出發，我國軍事審判制度除以前述「事物權說」為依據外，尚以「審判時具現役軍人之身分」為軍事審判程序適用之前提。在此憲法秩序之要求下，對於刑事訴訟法第一條第二項及軍事審判法第一條第一項之理解，似必須同時兼顧被告「偵審中身分」與「犯罪」二者，方為適當。換言之，關於審判權誰屬，除犯罪與身分外，尚應著重在追訴審判時被告是否具有軍人身分，此觀軍事審判法第五條：「犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判。但案件在追訴審判中離職離役者，初審案件應移送該管第一審之法院，上訴案件應移送該管第二審之法院審判。（第一項）犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判。（第二項）」之規定與最高法院八十七年台上字第一二九六號判決：「應否由軍法機關追訴審判，係以行為人犯罪被發覺時及其接受追訴審判時是否具有現役軍人之身分為其認定之依據，而非以其犯罪時是

為軍人犯軍法以外之罪應依陸海空軍審判法追訴處罰的，也有認為應依刑事訴訟法追訴處罰的。惟無論如何，這些爭議實為軍事審判權「從身分到犯罪」之開端。軍事審判法制定後，於第一條明確規定，「對於現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法追訴審判之，其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，亦同」，此一規定，原則採「犯罪區別標準」，在戰時例外採「身分區別標準」。不過，由於台灣長期戒嚴，故本條形同具文，現役軍人犯罪仍依軍法審判。解嚴後，因為國家安全法第八條第二項規定：「現役軍人犯罪，由軍法機關追訴審判。但所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而屬刑法第六十一條所列各罪者，不在此限」，現役軍人犯罪仍只有少部分屬於刑法第六十一條所列各罪者屬普通（刑事）審判，大部分仍依軍事審判；直到民國八十八年修正軍事審判法，增訂第二百三十七條，「國家安全法第八條第二項自中華民國九十年十月二日停止適用」，始將軍事審判權之範圍回歸到軍事審判法第一條之明文。自此一法制史之發展，我們可以發現，基於法治國原則，軍事審判權之範圍，逐漸在擺脫「身分區別標準」，而邁向「犯罪區別標準」，在釋字四三六號解釋中，大法官明確指出「非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權」，足見其亦傾向於揚棄「身分區別標準」。易言之，現役軍人只有觸犯特定犯罪，始依軍事審判法加以追訴、處罰；如果現役軍人所犯為一般犯罪，則仍應交由普通（刑事）法院依刑事訴訟法加以追訴、處罰。職是之故，則任何試圖將軍事審判權之範圍回歸到「身分區別標準」者，例如，主張「現役軍人犯罪，無論其犯罪類型之不同，均交由軍事法院審判」，明顯違背釋字四三六號解釋及立法趨勢，有違憲之虞，實不可行。參閱呂啓元，軍事審判權之研究，財團法人國家政策研究基金會論文，available at:

<http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/091/CL-R-091-039.htm> (last visted, Sep. 29th, 2007)。

否為現役軍人惟其認定之依據¹²」等，已將軍事被告之現役軍人身份列為判斷其是否接受軍事審判之標準，亦可得印證。從軍事審判法第五條與最高法院八十七年台上字第一二九六號判決已於某種程度範圍內排除以事務權說作為判斷軍事審判權範圍之標準，亦可推定早於民國四十五年首次制定軍事審判法時，立法者已有將「偵審中（發覺時）具現役軍人身份」作為判斷軍事審判權範圍之立憲精神，納入軍事審判法規定之考量。或許是在前述司法院院字第一〇七八號解釋之影響下，才未通盤地將「被告偵審中是否具現役軍人身份」作為軍事被告應否接受軍事審判之判斷標準。惟沿用該號作成於民國二十三年之司法解釋似已忽略憲法第九條、國家安全法第八條第一項及軍事審判法第一條第二項前段所揭示「人民除現役軍人外，不受軍事審判」之規定，除於身分說與事物權說外，尚包含以「偵審中具現役軍人身份」作為限縮軍事審判權範圍之立憲精神。因此，關於司法院院字第一〇七八號解釋之法理依據，即有進一步詳明之必要。

¹² 該判決理由為：惟按現役軍人犯罪，由軍法機關追訴審判。但所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而屬刑法第六十一條所列各罪者，不在此限。又現役軍人犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依軍事審判法追訴審判。國家安全法第八條第二項、軍事審判法第五條第一項前段分別著有明文。本件原判決以公訴意旨略以上訴人明知安非他命係禁藥，竟於八十五年七月中旬，○○○市○○區○○街八十號將安非他命免費供柯光俊吸用，涉有違反藥事法第八十三條第一項轉讓禁藥罪嫌等情。然原審依上訴人之供述及卷附之戶籍謄本、國防部人事次長室八十六年七月十四日（八六）易昇字第一五二七六號簡便行文表等相關證據，認定上訴人已於八十五年八月五日入伍服役，現仍在營服役中，為現役軍人，而公訴人起訴之上訴人犯罪時雖為八十五年七月中旬，但其查獲時間為同年十月七日，亦有警訊卷可按。是上訴人之犯罪時間為在任職服役前，發覺在任職服役中，依前開規定，應依軍事審判法追訴審判，法院無審判權，因而撤銷第一審關於上訴人科刑部分之判決，改判諭知公訴不受理，已詳予說明其所憑之證據及認定之理由。從形式上觀察，並無所謂違背法令之情形存在。復查國家安全法第八條第二項之規定，為刑事訴訟法第一條第二項之特別規定，應優先適用，而上訴人所涉犯之轉讓禁藥罪，其法定本刑為五年以下有期徒刑之罪，非屬刑法第六十一條所列之罪，自應依國家安全法第八條第二項之規定，由軍法機關追訴審判。又是否為現役軍人，應否由軍法機關追訴審判，係以行為人犯罪被發覺時及其接受追訴審判時是否具有現役軍人之身分為其認定之依據，而非以其犯罪時是否為現役軍人為其認定之依據，此觀諸軍事審判法第五條之規定自明。上訴意旨對原判決所為不受理之判決，究竟有何不適用法則或適用不當，未依卷內訴訟資料具體明，徒憑己意以上訴人犯罪時尚未入伍服役，非現役軍人，不應由軍法機關追訴審判，並援引刑事訴訟法第一條第二項之規定，泛指原判決違背法令云云，難謂係適法之上訴第三審理由。又其餘上訴意旨有關證據證明力之爭執，屬實體判決所審認之事項，原判決既僅從程序上為不受理之判決，而不涉及實體審認，上訴意旨此部分之爭執自亦難指為係以原判決違背法令之合法上訴理由。本件上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

二、司法院院字第一〇七八號解釋之合憲性基礎：

自法制沿革的觀點來說，前述司法院院字第一〇七八號解釋之作成，除係本於其軍閥割據、戰火綿迭之時代背景外，事實上尚有其法制上之依據（惟此點向來為法學家們論述時所忽略）。按依民國十九年三月二十四日國民政府公布之陸海空軍審判法第一條第一項：「凡陸海空軍軍人，犯陸海空軍刑法或刑法所揭各罪，或違警罰法，或其他法律之定有刑名者，依本法之規定審判之。」與民國二十六年六月一日公布之「中華民國訓政時期約法」第九條：「人民除現役軍人外，非依法律，不受軍法審判」等規定，是否適於軍事審判僅屬「法律保留」之層次；且依其規定，軍事審判本質上並未如現行法般，兼含身分權說與事物權說二者之性質。因此，只要有實證法之依據，縱將軍事審判權擴及於因本案喪失現役軍人身分之刑事被告，並未違當時有效之憲法規範。以此為前提，司法院院字第一〇七八號解釋自亦得評價為合憲之司法裁量，關於現役軍人之犯罪，「只要發覺在任職服役中，縱令起訴及審判時已離職離役，仍應由軍法機關追訴審判」之觀點，也就取得其合憲性之基礎¹³。而最高法院三十年上字第一七八號

¹³ 由於民國二十四年一月一日國民政府公布，同年七月一日施行之刑事訴訟法第一條第二項規定：「軍人、軍屬之犯罪，除犯軍法應受軍事裁判者外，仍應依本法之規定追訴處罰」與民國十九年三月二十四日國民政府公布，民國四十五年十月一日廢止之陸海空軍審判法第一條規定：「凡陸海空軍軍人，犯陸海空軍刑法或刑法所揭各罪，或違警罰法，或其他法律之定有刑名者，依本法之規定審判之。非軍人而犯陸海空軍刑法第二條所揭之罪者，應由法院審理之。」規定異其旨趣。因而發生軍人犯軍法以外之罪，究竟應否歸軍法審判之問題。就理論言，陸海空軍審判法雖屬特別法，然公布施行在先，且刑事訴訟法既將軍人犯罪之管轄及追訴審判之程序明文予以變更，依後法優於前法之原則，則陸海空軍審判法與刑事訴訟法抵觸部分自應失效。惟事實並非如此，因其時軍人、軍屬犯軍法以外之罪，如歸由普通司法機關審判，窒礙實多。國民政府乃於民國二十五年二月以第一八五號訓令規定：「在剿匪區域內，軍人、軍屬犯軍法以外之罪，暫照陸海空軍審判法辦理。」同年九月國民政府第七〇六號訓令又將「剿匪區域內」之「區域」兩字改為「期」字。國民政府又於民國二十七年七月十一日以渝字第二一七號訓令將前令「剿匪期內」改為「抗戰期內」，即「在抗戰期內，軍人、軍屬犯軍法以外之罪，暫照陸海空軍審判法辦理。」。抗戰勝利後，由於民國三十三年一月十二日國民政府公布，同年十一月十二日施行之「特種刑事案件訴訟條例」第一條規定：「依法律規定適用特種刑事程序之案件及本條例施行前，依法令規定由軍事或軍法機關審理之案件，除軍人為被告者外，均依本條例之規定審理之。本條例未規定者，仍適用刑事訴訟法及其他有關之法令。」因之，所有特種刑事案件，一概移歸司法機關審判，軍法審判範圍恢復常態。換言之，軍法與司法機關受理案件範圍，

判例：「軍人犯刑法所揭各罪，應依陸海空軍審判法審判之，為陸海空軍審判法第一條第一項所明定。雖刑事訴訟法第一條第二項規定，軍人軍屬之犯罪，除犯軍法應受軍事審判者外，仍應依本法規定追訴、處罰，但此項規定因與前開陸海空軍審判法有異，業經國民政府於民國二十七年七月渝字第三七零號訓令，凡抗戰期內軍人軍屬犯軍法以外之罪，暫照陸海空軍審判法辦理而停止其適用則抗戰期內之軍人，雖犯刑法上之罪，普通法院仍無受理之權。」與四十二年台非字第十九號判例：「陸海空軍審判法第一條第一項，陸海空軍軍人犯刑法所揭各罪者，依該法審判之規定，於刑事訴訟法施行後，依後法優於前法之原則，已因刑事訴訟法第一條第二項所定軍人軍屬之犯罪，除犯軍法應受軍事裁判者外，仍應依本法規定追訴、處罰之明文，而停止其效用，是軍人軍屬犯軍法以外之罪者，除另有特別規定者外，自應依刑事訴訟法之規定追訴、處罰，至為明顯。國民政府於民國三十五年二月十二日，雖有軍人軍屬犯軍法以外之罪，得暫照陸海空軍審判法辦理之訓令，但既定為得而不曰應，即非強制之規定，是此項命令，不過僅定為軍人軍屬犯軍法以外之罪，得暫照陸海空軍審判法辦理，並非排除刑事訴訟法第一條第二項之適用，因之軍屬犯軍法以外之罪時，軍事或軍法機關，固得予以審判，普通法院殊難謂無審判之權。」等相關實務見解，亦可謂係本諸前述中華民國訓政時期約法第九條而來。

三、憲法保留下之軍司法審判劃分：

與中華民國訓政時期約法第九條之規定不同，民國三十六年十二

僅依被告有無軍人身分為劃分標準，而不以犯罪性質為斷。至於軍人犯軍法以外之罪者，國民政府於民國三十五年二月十二日訓令將原令文字改為「軍人、軍屬犯軍法以外之罪，得暫照陸海空軍審判法辦理。」然查其間不論法規如何沿革，關於現役軍人之犯罪，只要發覺在任職服役中，縱令起訴及審判時已離職離役，仍應由軍法機關追訴審判。雖民國四十五年制定軍事審判法時，已將原陸海空軍審判法第十六條後段但書規定刪除，惟就軍司法審判權歸屬之判定，仍係以前開司法院院字第一〇七八號解釋為依據。參閱張明偉，軍事審判權之界限，法令月刊，第45卷第4期，頁40-41，2003年4月。

月二十五日施行之中華民國憲法第九條：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」規定，實則已將「軍事審判權之行使不及於非現役軍人」之原則，提昇為「憲法保留」之層次。既然非現役軍人不受軍事審判已成為憲法明文列舉關於對人民基本權利之核心保障，從而前述源於「法律保留」層次之「司法院院字第一〇七八號解釋」，在現行憲法第九條之規範下，原即應失其附麗。遺憾的是，自民國三十六年行憲以來，相關之軍司法實務運作，似乎均無視於憲法第九條「憲法保留」規定之存在，導致應存在於刑事審判領域中所謂「層級化保留」之法治國憲政秩序，徒因司法院院字第一〇七八號解釋之繼續運作而蕩然無存。軍司法實務此種長期忽略憲法第九條制憲精神，逕以民國二十三年作成之司法院院字第一〇七八號解釋作為「軍事審判程序中離職離役者仍應接受軍事審判」之論據，其不當之處實不言可諭。從而，針對我國軍事審判法制上之漏洞，自應以憲法第九條作為爭端解決之依據，前述司法院院字第一〇七八號解釋縱有沿革上之依據，在現行憲法規定已異於訓政時期約法之前提下，應認已成昨日黃花而不可採。自此以觀，現役軍人犯軍刑法之罪應否由軍法機關追訴審判，除以犯罪時與發覺時是否具有現役軍人之身分為其認定之依據外，尚應以其「接受追訴審判時」是否亦具有現役軍人之身分為判斷其應否受軍事審判之依據，而非僅以其犯罪時及發覺時是否為現役軍人為其認定之依據，如此方為妥適。

至於依憲法第九條規定將訴訟程序中喪失現役軍人身分之被告移送於普通法院之作法，並不會出現審判權陷於不安定之現象，蓋審判權安定與否，端視其歸屬是否明確而定，鑒於國家安全法第八條第二項之規定已停止適用，往昔實務上關於是否為刑法第六十一條所列之犯罪所生之軍司法審判權爭議¹⁴已不復存在。因此令人感到疑慮

¹⁴ 參閱李維宗，軍、司法審判權在實務運作上的幾個爭議問題（上），軍法專刊，第41卷第9期，頁28，1995年9月。

的，應僅為審判權歸屬改變所造成之訴訟不經濟與對軍事審判制度之衝擊。不論如何，在憲法第九條「非現役軍人不受軍事審判」之憲法保留拘束下，前此疑慮不應成為剝奪「已失現役軍人身分之被告主張依刑事訴訟法規定接受審判」權利之理由。

四、審判權歸屬變動無損於軍事審判制度目的：

與修正前之規定相較，現行法制下軍事審判之範圍，已顯得相當限縮¹⁵。或許有人會質疑在揚棄司法院院字第一〇七八號解釋後，軍事審判權之範圍將會不當地萎縮，並將對軍紀管理及戰力維持造成負面影然¹⁶，例如國防部認為：由於軍官或士官在押逾三月者，依軍官士官服役條例之規定，應予辦理停役；且士兵逃亡經通緝及軍士官因案通緝等，應依兵役法或前開法律辦理停役；因此，遇重大案件無從於三個月內完成偵查及審判等情形中，若不採司法院院字第一〇七八號解釋，軍事審判程序之進行勢將因前開停役規定而終止¹⁷。不可諱言的，現行軍事審判法第五條之立法目的原在解決被告現役軍人身分在訴訟程序進行中發生變動所產生之問題，以「犯罪發覺時」作為區分軍司法審判之界線，相較於以「喪失現役軍人身分時」作為區分軍司法審判之判準，的確大大地降低了人為（被告）操縱軍司法審判劃

¹⁵ 於國家安全法第八條第二項：「現役軍人犯罪，由軍法機關追訴審判。但所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而屬刑法第六十一條所列各罪者，不在此限。」停止適用後，在平時軍事審判之範圍已縮小至軍事審判法第一條第一項前段：「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。」關於視同現役軍人之範圍，亦因軍事審判法第三條之修正僅餘：「依法成立之武裝團隊、戰時納入戰鬥序列者」；另兵役法第二十條修正前須無故離營已逾一個月或羈押已逾三個月始停役之規定，亦因將通緝、羈押或觀察勒戒列為常備兵停役之原因而使現役軍人之範圍有所變動。

¹⁶ 查反對廢除司法院院字第一〇七八號解釋者，主要係針對軍事審判程序進行中，被告喪失現役軍人之身分後，究應依軍事審判程序或司法審判程序進行之疑義所提出；惟喪失現役軍人身分之原因，除有現役軍人本身可控制之事由（如：失蹤、任軍職以外之公職、自招傷殘、服役期滿志願退伍、另犯他案致遭通緝、羈押或觀察勒戒等）外，亦有現役軍人本身不可抗力之事由；不論是否係人為控制，合法原因之離職離役，有於原因發生即當然生效而不待人事作業核定者，亦有須待人事作業核定始為生效者。據此，被告在某種程度上似乎具有決定是否繼續維持現役軍人身分之權能；關於是否接受軍事審判，在不採司法院院字第一〇七八號解釋的法秩序下，即不免出現繫於被告本身主觀意願之不安定現象。

¹⁷ 參閱謝添富、趙唏華，淺論軍事審判法修正後之若干法律問題及處理方式，律師雜誌，民國89年7月號，第250期，頁41-2。

分之可能性，並保障了審判恆定所欲追求的程序利益。有鑒於此，任何違反審判恆定之主張，必須以追求更高價值的公共利益為目的。

或許是因為那段軍閥割據與對日抗戰的歷史，才會導致制憲者在憲法中明確的表明非現役軍人不受軍事審判之立場，因此在制憲者的認知中，「非現役軍人不受軍事審判」本身就具有高度公共利益之性質，相較於「審判恆定原則」並未成為制憲者關注的焦點，「非現役軍人不受軍事審判」在憲法上之價值應高於「審判恆定原則」，縱因追求前者而犧牲後者，應不致違背制憲者本意。雖在憲法第九條之規範下，軍事審判制度本有其「嚴肅軍中紀律，鞏固領導統御，增強部隊戰力之原則」¹⁸等「保證軍事利益和提高軍事效率」之功能目的¹⁹，不過當國民喪失現役軍人身分後，不但已無續服軍事勤務之考量，亦無續受統帥權制約之必要，其於憲法第八條與第十六條之基本權利亦再無因為維護軍譽²⁰而廣受限制之必要。誠如德國名將包狄辛所言，

¹⁸ 國防部自民國 83 年 7 月 9 日起，即邀集三軍各單位及聘請專家學者，以及司法院與法務部代表成立「軍事審判法研究修正委員會」，就「軍事審判法」作全面之檢討，其後司法院大法官會議於民國 86 年 10 月 3 日做成釋字第 436 號解釋，認為軍法機關所行使者為國家刑罰權之一種，並宣告舊有之「軍事審判法」部分條文與憲法意旨不符，國防部依此解釋，乃再作必要之修正，使軍事審判符合時代潮流，兼顧保障軍人權益之雙重目的。未來國防部仍將秉持嚴肅軍中紀律，鞏固領導統御，增強部隊戰力之原則，持續推動軍法法令之修正，並加強國軍官兵權益保障委員會之各項功能，以落實照顧國軍官兵之政策。「軍事審判法」於民國 88 年 10 月 2 日作全盤修正，及民國 91 年 1 月 30 日、92 年 6 月 11 日二次部分修正後，施行以來，雖無重大窒礙，惟為配合組織精進，軍事院檢之組織架構採三級二審，並以階級區分其管轄範圍，有進一步調整之需要。又「軍事審判法」係以職權進行主義為主要立法基礎，並採簡約立法之原則，大量準用「刑事訴訟法」之規定，然「刑事訴訟法」為採行改良式當事人進行主義，自民國 92 年 9 月 1 日修正施行後，於審判程序等方面作大幅度之修正，兩者之訴訟主義已有差異，相關配套程序亦有扞格，致「軍事審判法」產生能否準用及如何準用之爭議；為解決上開問題，杜絕爭議，實有再次修正之必要，國防部將秉持「保障人權，兼顧軍事特性」等基本原則，就前開問題再行檢討，使軍事審判發揮其肅正法紀及保障人權之功能。參閱國防部編，中華民國九十三年國防報告白皮書第七章，available at: <http://report.mnd.gov.tw/chinese/7-22.htm> (last visted, Sep. 29th, 2007)。

¹⁹ 參閱常璇、田靜，法國軍事審判制度：軍事司法權統一于國家司法權，available at: <http://www.people.com.cn/GB/junshi/1077/2442766.html> (last visted, Sep. 29th, 2007)。我國一向認為，軍人負有保衛國家的神聖使命，軍隊以克敵致勝為首要，故軍人須服從軍令，而軍事審判具有貫徹軍令、嚴肅軍紀之特殊目的，自應與司法審判有所差異，參閱《法律案專輯第二百七十六輯--軍事審判法及軍事審判法施行法修正案》，頁 3，立法院公報處，民國九十年二月。

²⁰ 有認為軍事審判機關立場洵以維護軍譽為首要目的。參閱薛欽峰，不要讓軍事審判淪為政策工具，available at: <http://www.tahr.org.tw/site/data/comm/no2/page7.html> (last visted, Sep. 29th, 2007)。

軍人為穿著軍服的國民²¹，其於憲法所應享有的權利義務，原則上除受法律限制外，其人身自由、生存權、工作權、財產權、訴願權、訴訟權、參政權等基本人權，理應與一般人民同受憲法之保障²²；今憲法既已保障未著軍服之國民並無接受軍事審判之義務，則是否於訴訟上進行軍事審判程序，原即應以被告是否仍具現役軍人之身分為決定其受憲法第十六條保障之訴訟權是否受侵害之前提²³。不論停役、退伍或除役，只要是合法的離職離役，均足致其喪失現役軍人之身分；依釋字第四三〇號解釋之說明，本質上軍人與國家間係存在公法上之職務關係，故現役軍人身分，除義務役外，實應為憲法所保障服公職權利所涵蓋，自權利之角度觀之，自得由當事人選擇放棄。既然現行兵役法及陸海空軍軍官士官服役條例之規定已將現役軍人本身可控制之事由明定為合法的離職離役事由，則於其範圍內，或已承認現役軍人享有決定是否接受軍事審判之權能。而於非志願性喪失現役軍人身分之情形中，既認其已不適於繼續服行軍人勤務，在被告喪失現役軍人身分後將該案件移送普通法院，亦難謂造成軍隊管理運作之障礙²⁴。就憲法所建構之訴訟秩序而言，縱不對其繼續進行軍事審判程序，應無害於軍紀維護，亦不致對國軍戰力有相當影響。

²¹ 包狄辛將軍認為軍人是穿著軍服的公民，並強調軍人是基於公法的勤務關係而為國家的公務員之一，享有公務員的權利與義務，參閱陳新民，軍事憲法論，頁 163（揚智文化，2000.4 台北市）。

²² 參閱呂啓元，軍事審判權之研究，財團法人國家政策研究基金會論文，available at: <http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/091/CL-R-091-039.htm>（last visted, Sep. 29th, 2007）。

²³ 憲法第十六條規定人民有訴訟之權，此即人民訴訟權之憲法保障。所謂訴訟權，係指人民權利遭受不法侵害時，得請求法院審判排除侵害或賠償，以維其權利之基本人權，其屬「司法人權」（Justizgrundrecht）或「受裁判之權利」。由於憲法上保障人民的各種實體性基本權，必須仰賴訴訟權方能確保，故凡憲法所保障之權利，遭受公權力或第三人之不法侵害，國家均應提供訴訟救濟之途徑，並由司法機關作終局之裁判，亦即國家應建構完整的司法體系。從而近代司法制度建立的主要目的，即在於保障基本人權，並透過權力分立原理，確保司法獨立，以具體審判權的達踐履，實現公平正義。因此，人民訴訟權的伸張，端賴法院代表國家適正行使審判權。參閱何子倫，軍事審判上訴制度之研究，財團法人國家政策研究基金會論文，available at: <http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/091/CL-R-091-040.htm>（last visted, Sep. 29th, 2007）。

²⁴ 就同為軍購弊案之聯勤採購案與海軍採購案而言，前者係依軍事審判，後者由普通法院審判；雖後者之運作無案件移送之關係，尚難謂海軍之軍紀管理因此出現重大之窒礙。

陸、憲法第九條規定下喪失現役軍人身分後刑事審判權劃分之應然— 代結論：

本文肯認即便在目前已修正的軍事審判法制架構下，刑事審判權應如何歸屬仍屬一值得重視之重要議題。由於在實然面上，目前軍司法審判實務關於刑事審判權應如何歸屬係以司法院院字第一〇七八號解釋為判斷標準，從而本文乃針對該號解釋之沿革及基礎，進行考證與探討。透過憲法最高性原則之法理，本文認為：在應然面上，既然憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」，一但被告喪失現役軍人之身分，即無繼續接受軍事審判之義務。換言之，現役軍人於服役中犯軍刑法或其特別法之罪，亦於服役中被發覺，但於偵查、起訴或審理時已不具現役軍人身分者，應類推適用最高法院九十二年度台非字第三九三號刑事判決所揭櫫「於軍事審判程序繫屬中被告喪失現役軍人身分時，其審判權歸屬必須變動」之法理，立即終止軍事審判程序，並將該案件移送普通法院依刑事訴訟法規定進行。司法院院字第一〇七八號解釋將因現行憲法第九條規定，而不再適用。至於因該號解釋停止適用後，關於軍事法院繫屬中案件於被告喪失現役軍人身分後應如何移送之法律漏洞，則可類推適用軍事審判法第五條第一項但書：「案件在追訴審判中離職離役者，初審案件應移送該管第一審之法院，上訴案件應移送該管第二審之法院審判。」之規定辦理。從而，在這樣的觀點下，不少繫屬在軍事法院的案件，於案件進行中將因被告喪失現役軍人身分而必須移送普通法院。

基於前述說明，本文認為，在憲法第九條之規範下，軍事審判程序進行與否將繫屬於被告是否仍具有現役軍人身分之上。從而軍事審判之範圍亦將限縮至「本質上易於速審速結之案件」，蓋若非屬本質上易於速審速結之案件，案件之偵查或審理難免會因繁雜，而導致被告在案件推移過程中喪失現役軍人之身分。軍事審判雖因此而無法對

複雜之案件作出「本案判決」，惟於訴訟前階段之偵查、審理程序中，證據之調查與保全實係本案判決能否妥適、正確的重要基礎，因此在複雜案件之處理上，軍法機關即應將偵審之重心置於證據保全部份，以求充分發揮軍法機關之司法功能。而採本文將重大軍事案件交司法機關審理之主張，在軍事案件終審已回歸普通法院審理的法制前提下，尚不致對現行司法審判實務造成負面影響，是則以捍衛憲法為宗旨之大法官們或最高法院諸先進等，似可考慮正式宣告司法院院字第一〇七八號解釋不再適用，而將軍司法審判權歸屬之劃分，真正地交由憲法第九條來處理。(全文完)