

法學論著

軍人身分與刑事審判權劃分之合憲性探討（上）

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

壹、前言

刑事審判權歸屬之劃分，長久以來即存在軍事審判程序與司法審判程序兩大類別；相較屬於普通審判權之司法審判，學說上也曾就軍事審判權的屬性與定位（司法權或統帥權），進行長期的爭辯¹。惟不

* 張明偉，美國舊金山金門大學法學博士，真理大學法律系專任助理教授。

¹ 按我國過去對於軍事審判權之性質，學說有三種見解：（一）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。（二）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

論其爭執為何，軍人既為穿著制服之公民，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。縱軍人因負有保衛國家的神聖使命，軍隊以克敵致勝為首要目的，在軍人須服從軍令之前提上，軍事審判具有貫徹軍令、嚴肅軍紀之特殊目的，關於刑事犯罪之訴追與國家刑罰權之行使，軍事審判自應與司法審判有所差異²，實際上，我國法制存在兩種類型之刑事審判程序，已屬不爭之事實。基本上，國家刑罰權除得由依刑事訴訟法設立普通法院行使外，尚可由本於特別審判權（軍事審判權）設立之特別法院（軍事法院）行使之；本諸特別審判權（軍事審判權）所制訂之程序規定，亦為實現國家刑罰權之「法定程序」。針對此一現象，學說上有認我國之刑事審判制度係

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。（三）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。參閱章瑞卿，我國憲法審判權對軍事審判權之界限，律師雜誌，第 250 期，頁 66-8，2000 年 7 月。不過依陳樸生大法官：「軍事審判權本屬刑事程序之一種，不因審判機關之不同，而異其方式，亦應採訴訟主義，以訴訟之形式，並採司法權方式行之，惟現役軍人其身分特殊，職務亦異，具有特殊人格，其犯罪之影準與一般犯罪不同，是其處罰，重在維持軍紀之整飭，軍令之威信，藉以維護統帥權之作用。因此，軍事審判法，雖採訴訟制度，而軍事審判權之行使，仍置於統帥權之下」之觀點，事實上其亦認為軍事審判權屬於統帥權之性質，參閱陳樸生，軍事審判之共同性與特殊性，軍法專刊，第 7 卷第 1 期，頁 12，1961 年 3 月。

軍事審判法自民國 45 年 7 月 7 日公布實施後，對於維持軍紀雖頗有助益，但該法本於傳統「統帥權說」的見解，認為軍事審判權是統帥權之運用，並非司法權的一部分。基於此一理念，軍事審判屢屢違憲之質疑及適用上之困擾。國防部在釋字 436 號解釋作成前，曾一直憂慮大法官會宣告軍事審判制度違憲並將軍人之犯罪全歸司法審判，國防部似亦已知其中存在的違憲爭議。參閱李太正，釋字第 436 號試評及軍事審判制度改革芻議，月旦法學雜誌，第 35 期，頁 32，2000 年 4 月。關於軍事審判權之性質與其作用之說明，另請參閱黃東熊，刑事訴訟法論，頁 82，1986 年 9 月再版；陳新民，中華民國憲法釋論，頁 590，2001 年 1 月 4 版；陳運財，軍事審判之刑事訴訟法制化，月旦法學雜誌，第 35 期，頁 40，2000 年 4 月；劉錦安，論軍事審判之變遷，律師雜誌，第 250 期，頁 30，2000 年 7 月；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 32，1989 年 6 月；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 13，1988 年 10 月；毛仁全，論我國實證法規範下之軍事審判制度，軍法專刊，第 41 卷第 7 期，頁 13，頁 29-32，1995 年 7 月；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)。鑑於釋字第 436 號解釋對軍事審判制度就「軍事審判權之歸屬、定位」、「軍事審判制度之訴訟救濟方式」及「審判獨立之保障」等方面有所非難，於民國 88 年 10 月 2 日修正通過後之軍事審判法亦已就前述疑點做相當程度的修正，昔日關於軍事審判權是否屬司法權之爭議，可謂已因刑罰權終審一元制之「司法上訴」規定而不復存在。

² 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，2001 年 2 月，初版。

採取普通法院與軍事法院分治主義³，亦即現行憲法秩序關於刑事犯罪之追訴、審問及處罰，已容認「刑事司法二元化」現象存在⁴。縱然就刑事犯罪之追訴、審問及處罰，憲法秩序容認不同刑事訴訟程序存在，然因「國家之刑罰權只有一個，行使刑事審判權之機關，雖有司法與軍法之分，但國家刑罰權僅對於每一被告之每一犯罪而存在⁵」，從而對於人民犯罪之追訴、處罰而言，軍司法訴訟程序相互間，應只存在排斥之關係；否則探討軍事審判程序有無適用，將失去正面、積極的意義⁶。在承認軍事審判權為特別審判權之法制現狀下⁷，本文不擬探討軍事審判程序存在之必要性或合理性此一業經深究之議題⁸；然鑒於「軍司法審判權在軍事被告嗣後喪失現役軍人身分應

³ 參閱葉雪鵬，刑事訴訟的審判權，法務通訊，第 2049 期，第 6 版，2001 年 9 月 6 日；亦有稱此為「軍、司法審判二元模式」，參閱趙磁生，從軍事審判法修正談變革，律師雜誌，第 250 期，頁 59，2000 年 7 月。

⁴ 依司法院大法官解釋釋字第 436 號解釋：「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。查其規範意旨係在保障非現役軍人不受軍事審判，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權，而排除現役軍人接受普通法院之審判。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，具司法權之性質，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」，刑事司法二元化之現象，已為我國法制所肯認。根據此項解釋文之觀點，可得知（一）軍事審判機關對於現役軍人之犯罪，並非具有專屬審判權，亦即普通司法審判機關亦應有審判權。（二）軍事審判係有別於普通訴訟程序的「特別訴訟程序」。然則軍事審判之異於普通審判，究係由於審判權之不同，或僅為程序上之不同，此一解釋文並未進一步闡明。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 29-30，1998 年 4 月。

⁵ 參閱陳樸生著，刑事訴訟法實務，頁 29，著者自印，民國 79 年 11 月重訂三版。

⁶ 依刑事訴訟法第 1 條第 2 項規定，現役軍人之犯罪，除犯軍法應受軍事審判者外，仍應依本法規定追訴、處罰。軍事審判法第一條第一項則規定，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，其在戰時犯陸海軍刑法或其特別法以外之罪者，亦同。有鑑於刑事訴訟法與軍事審判法之規定有異，二規範間之關係為合？有何矛盾？其矛盾究應如何解決？似生疑義。理論上來說，軍事審判法為特別法，刑事訴訟法為普通法，若依特別法優先適用於普通法之原則，似應優先適用軍事審判法。若另自該二法制定時間之先後來說，刑事訴訟法制定公布施行於 24 年，軍事審判法則為 45 年（其第 1 條第 1 項之規定，歷次修正均未變更），依後法優先適用於前法之原則，似亦應優先適用軍事審判法之規定。關於軍事審判法前身之陸海空軍審判法，因其規定軍人不論犯何罪，一律由軍法審判，較之刑事訴訟法，係制定在先之前法，因此，陸海空軍審判法與刑事訴訟法之規範關係，更形複雜，當時之國民政府，先後四次以命令之方式，規定應優先適用陸海空軍審判法。詳可參考陳煥生，刑事審判權之競合，刑事法雜誌，第 41 卷第 2 期，頁 179-193，1997 年 4 月。

⁷ 參閱林鈺雄，刑事訴訟法上冊，頁 26，著者自印，2000 年初版。

⁸ 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；毛仁全，論我國實證法規範下之軍事審判制度，軍法專刊，第 41 卷第 7 期，頁 29，1995 年 7 月；

該如何劃分」此一更為實用之議題迄今仍有未明之疑慮，且軍司法審判程序間實際上仍存在一定程度之差異，為究明前述最高法院和國防部高等軍事法院間之爭執是否果真無法避免，本文擬以軍事審判程序進行中「喪失現役軍人身分」為中心，檢討我國實定法下刑事審判權歸屬之實然面，並進一步提出其劃分標準之應然面。以下，便先從軍司法審判程序間之差異談起。

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：

憲法第 9 條：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」與國家安全法第 8 條第 1 項：「非現役軍人，不受軍事審判」等規定，揭示了「軍事審判例外」之憲法規範意旨。惟憲法雖於此明文承認軍事審判制度存在，但依該條之規定，並無從導出所有現役軍人之犯罪（特別是犯軍刑法之罪）均需接受軍事審判之必然性推論⁹；蓋既然憲法第 9

蔡新毅，解構關於軍事審判之迷思，律師雜誌，第 250 期，頁 51，2000 年 7 月；謝添富、趙晞華，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，第 250 期，頁 33，2000 年 7 月；李太正，釋字第 436 號試評及軍事審判制度改革芻議，月旦法學雜誌，第 35 期，頁 32，1998 年 4 月。於司法院大法官釋字第 436 號解釋中，亦有大法官針對「何以現役軍人犯罪之追訴、處罰程序所以有不同於一般人民犯罪處理程序之必要」提出說明，如林大法官永謀於其所提之不同意見書中指出：「國家建軍，要在保國衛民，克敵制勝，若不奮迅振厲嚴肅而整齊之，何能達成。其張軍而不能戰，遇敵而不能攻者，建軍何為？是軍人或因身分、或因所犯係基於軍事特殊目的而定之罪，而依特別程序予以處罰」；而董大法官翔飛於其所提之協同意見書中議提及：「基於國家安全與軍事任務之特性，對軍人犯罪之追訴與處罰，應依特別立法，由軍事法院或軍事法庭行使軍事審判之特別訴訟程序」。基本上司法院大法官釋字第 436 號解釋認為，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，不過此種說法非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權。事實上關於何種犯罪應歸軍事審判機關審判，何種犯罪應歸普通審判機關審判，該號解釋文則未進一步闡明。實際上，立法院在審議軍事審判法時亦曾發現，各民主先進國家，除了美國外，都採取平時的軍事審判權回歸普通法院，只有戰時始承認軍事審判權的做法（例如，德、日），採取此一做法將可解決長久以來審判權爭議、不明的問題。然而，行政院、司法院均不支持這樣的想法，主要的理由在於：第一，效率：認為普通法院的效率不高，案件延滯的結果會給軍隊帶來不必要的困擾；第二，準備不及：認為戰時不可能立即成立能有效運作的軍事審判體系；第三，國情不同：我國因為有中共的威脅，所以不能廢除軍事審判制度。其後經過朝野協商後，軍事審判法並未廢止，仍維持多元制。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 220-266，立法院公報處，2001 年 2 月，初版。

⁹ 蓋若以憲法第 9 條之規定為邏輯學上之涵蘊敘述（implication statement），則其同義之反對解釋，亦即與該涵蘊敘述有相同真質之間接推論，應為『若受軍事審判者，則為現役軍人』，至於是否現役軍人必受軍事審判，以及軍事審判之內涵如何，則無法由憲法第 9 條所規定之要件與

條之規定列於人民之權利義務章中，應只解為現役軍人權利義務之依據，該條規定「並未表示現役軍人即應受軍事審判，亦未表示現役軍人不得接受司法審判¹⁰」，則依該條之規定逕為現役軍人均應受軍事審判之推論，即有未洽¹¹。依刑事訴訟法第 1 條第 2 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。」與軍事審判法第 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。（第 1 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 2 項）」等規定，現役軍人於戰時¹²不論所犯何罪，均應依軍事審判法之規定追訴、審判；而於非戰時，現役軍人惟於犯「軍刑法之罪」時，始有軍事審判程序之適用。

由於憲法第 9 條在刑事審判權歸屬的議題上，實質地限縮了憲法第 8 條之適用，因此，建立在憲法第 9 條之上的軍事審判程序即可視為國家實行刑罰權之特別程序¹³，並得於規範目的內限制人民依憲法第 8 條所得主張之權利。我國憲法僅規定非現役軍人不受軍事審判，而對現役軍人受軍事審判之範圍則無規定，則當然委由其他法律（程

效果間的邏輯關係，加以決定。易言之，本條之規定僅在排除非現役軍人受軍事審判之可能性，但不能由此導出現役軍人一律受軍事審判之結論。參閱蔡新毅，法治國家與軍事審判—詳析軍事審判，頁 291-292，永然文化出版股份有限公司，1994 年 6 月初版。

¹⁰ 參閱陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，頁 599，著者自印，1992 年初版。

¹¹ 雖然憲法第 9 條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，往昔學者亦多以本條作為軍事審判權之憲法基礎，但揆諸其他憲法條文，則我國憲法是否承認「軍事審判權」，其實並無直接明文。此與日本憲法第 76 條明文禁止設立特別法院，不承認特別法院或特別審判權之存在，實有區別。不過，由於軍事審判法行之有年，且司法院亦未曾宣告其違憲，故我國研究刑事訴訟之學者，多承認軍事審判權，並認為軍事審判權為特別刑事審判權，應優先適用。惟軍事法院是否對於現役軍人的所有犯罪均得審問處罰，則仍有爭論。雖然大部分學者均認為即使承認軍事審判權為特別審判權，其究非普通審判權，故對其行使應設有相當限制；但亦有學者認為，國家刑罰權只有一個，無論適用軍事審判法或刑事訴訟法，均屬國家行使刑罰權，並無限縮軍事審判權之必要。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)。

¹² 依軍事審判法第 7 條之規定：「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。（第 1 項）戰時或叛亂發生而宣告戒嚴之期間，視同戰時。（第 2 項）」。

¹³ 參閱林山田，刑事程序法，頁 98，五南圖書，2001 年增訂 4 版；林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）--總論編，頁 26，著者自印，2000 年初版；黃東熊，刑事訴訟法論，頁 32，三民書局，1999 年增訂初版。

序法)定之¹⁴。簡單來說，由於現役軍人本即包括於憲法第8條所稱人民之內，原則上自應受該條之各種保障；只不過於其犯陸海空軍刑法或其特別刑法之罪時，得因憲法第9條規定，於審判程序上限縮憲法第8條規定之適用，而由非普通司法機關之軍事審判機關加以審訊與處罰¹⁵。不過，究竟軍司法審判程序間存在何種差異？如原應適用普通審判程序卻改用或誤用軍事審判程序，又將對被告造成何種程度之不利益呢？軍司法審判程序間之差異(對人民於刑事審判上所造成之不利益)實為人民主張不受軍事審判之主要說理基礎。

二、行憲前之差異：

在司法一元主義之架構下，只有普通法院才有審問與處罰犯罪之權限。然因軍法具有維持軍紀與保存部隊戰鬥力之效用，我國自古即有軍法之設，用以樹立領導威信，並貫徹軍令，維護軍紀；此觀之周禮有：「有合其卒伍，置其有司，以軍法治之」之記載，可得印證。清朝末年，因外患不斷，迭建新軍，以禦外侮，惟此亦導致民國肇建以後，各地軍閥割據一方，擁兵自重。民國4年北京政府所頒布之「陸軍審判條例」與民國7年所公佈之「海軍審判條例」，概列軍事法庭之訴訟程序，實為民國之後，我國軍事審判制度之濫觴。其後國民政府於民國17年所公佈之「國民革命軍審判條例」、民國19年之「陸海空軍審判法」、民國26年公布施行之「中華民國戰時軍律」與民國28年之「軍事審判審限規則」等，均為我國行憲前有關軍事審判之相關法規¹⁶。

陳大法官計男曾於釋字第436號解釋之協同意見書指出：「蓋立憲之時，軍事審判制度早已存在，且隸屬軍事機關，然其裁判品質，

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(下)，軍法專刊，第41卷第10期，頁19，1995年10月。

¹⁵ 參閱王致雲，人民除現役軍人外不受軍事審判之研究，憲政評論，第13卷第5期，頁5。

¹⁶ 關於我國歷史上之軍法發展，參閱劉錦安，論軍事審判之變遷，律師雜誌，第250期，頁18-9，2000年7月。

一般人民對之上有疑慮，故特設明文保障人民不受軍事審判」。依知名憲法學者劉慶瑞教授所見，行憲前之軍事審判於下列各點，與普通司法審判不同：「（一）司法審判以採三級三審制為原則，當事人對於法院判決，如有不服，得行上訴，而軍事審判乃以一審終結為原則，被告無上訴之機會，故審判疏誤之可能性較大；（二）司法審判採辯護制度，而軍事審判原則上不許延請律師辯護，故審判的公平性較低；（三）司法審判，法官依據法律獨立審判，不受任何干涉，而軍事審判，軍法官須受其長官之命令，無獨立可言；（四）司法審判乃以公開審判為原則，而軍事審判，按照常例，均於秘密之中行之，故較難期其公平¹⁷」。由此段之說明，不難理解在行憲之前，軍司法審判程序存在巨大之差異，倘若原應適用普通審判程序卻改用或誤用軍事審判程序時，實將對被告造成極為嚴重之程序不利益；此亦為制憲者所欲保障一般人民不受軍事審判之目的所在。

三、民國 88 年軍事審判法修法前之差異：

不過，前述行憲前之軍事審判程序於行憲後亦有變革。大體而言，制定於民國 45 年並於民國 56 年修正之軍事審判法，即曾針對上述弊端，有所改進；例如：（一）明定軍事審判庭公開行之，並獨立行使審判權，不受任何干涉；（二）軍事審判程序改採二審制，並有覆判、再審、非常審判等補救程序；（三）明文設立辯護人及輔佐人制度；（四）明定軍法官之任用資格並予以嚴明之身分保障¹⁸。

然而，縱於行憲後軍事審判法已有上述之修正，細究其本身仍然存在以下之缺失：（一）審判獨立仍受質疑；（二）審檢分立流於形式；（三）誤解迅速裁判本旨；（四）未能落實審判公開¹⁹。從而司法

¹⁷ 參閱劉慶瑞，中華民國憲法要義，頁 61，1990 年 11 月版。

¹⁸ 參閱李鐘聲（法律學）校正，王雨聲發行，中華民國憲法精義，頁 41，憲政評論社出版，1997 年 10 月。

¹⁹ 參閱蔡新毅，修正軍事審判法前，應先正視軍事審判權之定位問題，軍法專刊，第 41 卷第 1 期，頁 24-7，1995 年 1 月。

院大法官釋字第 436 號解釋遂指出：「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，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 77 條、第 80 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 23 條之比例原則。本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第 77 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 11 條，第 133 條第 1 項、第 3 項，第 158 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」。在此號解釋下，國防部遂依貫徹審判獨立、落實人權保障與兼顧軍事需要等修法精神²⁰，擬定現行軍事審判法之條文。

四、現行軍事審判法與刑事訴訟法間之差異：

民國 88 年 10 月所修正之軍事審判法施行前，關於現役軍人刑事審判權之歸屬，以原有刑事訴訟法第 1 條第 2 項、修正前之軍事審判法第 1 條第 1 項及國家安全法第 8 條第 2 項等規定規範之。修正軍事審判法施行後，依該法第 237 條之規定，國家安全法第 8 條第 2 項，已自民國 90 年 10 月 2 日停止適用。是以，現行規範現役軍人刑事審判權歸屬之相關法律，僅有刑事訴訟法及軍事審判法二種。雖然軍事審判法已經歷前述修正，其所提供之人權保障更較過去為優，然因刑事訴訟法自民國 88 年以後歷經幾次重大修正，而軍事審判法亦於民

²⁰ 參閱國防部軍法局許可仁局長之說明，立法院公報，第 88 卷第 42 期，頁 36-38，1999 年 8 月。

國 91 年 1 月與 92 年 6 月間進行小幅修正²¹，並訂有不少「如刑事訴訟法與軍事審判程序不相牴觸者得准用刑事訴訟法」之條文，以解免部分軍事審判法與刑事訴訟法間之齟齬，惟在何種範圍內得准用修正後之刑事訴訟法，實際上存在不小的疑義。大體而言，現行軍事審判程序與刑事訴訟程序間，存在以下之差異：

（一）階級管轄制：

在通常司法審判程序，存在事務管轄、土地管轄與指定管轄等劃分²²。與此不同者，在軍事審判程序，除土地管轄²³外，尚存在因軍人階級而生之管轄區分（本文稱此為「階級管轄²⁴」）。值得注意的是，現行之軍事審判制度已允許軍事被告，在符合一定之條件時，得對上訴軍事法院之判決，向最高法院或高等法院提起上訴。依該法第 181 條第 1 項但書之規定，第一審軍事法院所為之「將官案件之判決」及「宣告死刑或無期徒刑之判決」，為職權上訴案件。而依同條第 2 項之規定，第二審軍事法院所為之「宣告死刑、無期徒刑之上訴判決」，為職權上訴最高法院案件。而軍事被告對於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、無期徒刑之第二審判決者，得依同條第 4 項之規定，以判決違背法令為理由，向最高法院提起第三審上訴。而對於高等軍事法院向尉官、士官、士兵及其同等軍人犯罪所宣告有期徒刑之第二審判決，得依同條第 5 項之規定，以判決違背法令為理由，向高等法院提起第三審上訴，且依同條第 6 項之規定，對

²¹ 民國 91 年 1 月之修正包含：第 111 條、第 111-1 條、第 112 條與第 215 條。而民國 91 年 1 月之修法計有修正：第 29 條、第 36 條、第 59 條、第 60 條、第 61 條、第 109 條、第 133 條、第 181 條、第 206 條與第 238 條；並增訂第 112-1 條、第 112-2 條與第 234-1 條。

²² 參閱刑事訴訟法第 4 條、第 5 條與第 9 條。

²³ 參閱軍事審判法第 31 條第 1 項：現役軍人之犯罪案件，由犯罪地或被告之駐地或所在地之軍事法院管轄。

²⁴ 參閱軍事審判法第 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。軍事審判法第 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。軍事審判法第 29 條：最高軍事法院管轄案件如下：一、不服高等軍事法院及其分院初審判決而上訴之案件。二、不服高等軍事法院及其分院初審裁定而抗告之案件。三、本法第 204 條之案件。

於前項高等法院之第三審判決，不得再上訴。又依該法第 199 條：「最高法院或高等法院對於上訴之案件，因原判決違背法令致影響事實之認定，或未諭知管轄錯誤係不當而撤銷者，應發回或發交原上訴或初審軍事法院。」之規定，由最高法院或高等法院管轄之第三審上訴，為法律審。

雖然軍事審判程序亦採三級三審制，然經由以上之說明，可知軍事審判之審級管轄，將因被告之階級與其所受之刑期宣告，而有不同的管轄區分。對於軍事審判法第 27 條所規定之由地方軍事法院管轄案件第一審之尉官、士官與士兵而言，只要高等軍事法院所宣告之第二審判決非屬死刑或無期徒刑，該案件之第三審即由高等法院管轄。如此，即異於一般（非軍法）案件之第三審（如果法律允許的話）係由最高法院管轄之常態。雖難謂由何者管轄第三審審判對人民基本權利保障較佳，惟不可否認的，這點的確是軍司法審判間之一大差異。

（二）非通常之偵查或審判程序：

相較於軍事審判法僅有通常訴訟程序之規定，刑事訴訟法對於刑事案件之處理，則顯得較有彈性。舉例來說，軍事審判法關於被告之傳喚與拘提²⁵、被告之訊問及羈押²⁶、搜索扣押²⁷、證據²⁸、裁判²⁹、偵查³⁰、起訴³¹與審判³²等，均有準用刑事訴訟法之規定，不過關於簡易程序³³與認罪協商程序³⁴等非通常訴訟程序之規定，軍事審判法卻乏準用之明文。此種軍司法審判程序間之差異，使軍司法審判程序劃分之探討，更具實益。

²⁵ 參閱軍事審判法第 100 條。

²⁶ 參閱軍事審判法第 110 條。

²⁷ 參閱軍事審判法第 115 條。

²⁸ 參閱軍事審判法第 125 條。

²⁹ 參閱軍事審判法第 129 條。

³⁰ 參閱軍事審判法第 146 條。

³¹ 參閱軍事審判法第 150 條。

³² 參閱軍事審判法第 179 條。

³³ 參閱刑事訴訟法第 449 條至第 455-1 條。

³⁴ 參閱刑事訴訟法第 455-2 條至第 455-11 條。

（三）刑事執行：

除審判程序外，執行程序之發動與其指揮、監督機關之區分，亦為探討軍司法審判程序劃分之另一焦點。原則上，軍事法院檢察署之軍事檢察官指揮執行依軍事審判法進行刑事審判程序所得之最終確定判決³⁵；其中死刑判決須由國防部長發布執行命令³⁶，並於軍事監獄內執行³⁷；而處徒刑及拘役之人犯，則於軍事監獄內執行之³⁸。雖刑事訴訟法關於執行之規定，在與軍法執行程序不相牴觸之範圍內得準用之³⁹，惟因執行場所不同（軍法監獄與普通監獄）及其監督主管機關不同（國防部與法務部），勢必導致軍司法執行處遇間存在一定程度之差別。（待續）

³⁵ 參閱軍事審判法第 229 條。

³⁶ 參閱軍事審判法第 231 條。

³⁷ 參閱軍事審判法第 232 條。

³⁸ 參閱軍事審判法第 234 條。

³⁹ 參閱軍事審判法第 236 條。