

談軍事審判權

指導老師：何賴傑

撰寫學員：廖聖民

論文大綱

前言

壹、現役軍人軍事審判權

一、軍事審判權的概念

二、現行法下軍事審判權不同的劃分標準

貳、時的劃分標準：「戰時」的認定

參、主體的劃分標準：軍人的認定

肆、客體的劃分標準：陸海空軍刑法對犯罪行為的認定

一、主要犯罪構成要件相同，僅犯罪態樣不同而加重刑罰：

二、直接引用刑法條文之規定：

伍、軍事審判權的再擴張？

陸、軍事審判權回歸司法的必要性-代結語：

談軍事審判權

前言

我國向來在刑事審判系統上，維持普通法院與軍事法院二元分立的方式，在解嚴前，或基於政治威權的統治必要，軍事審判「迅審迅決」的程序不啻為統治者的最佳控管工具，但隨著民主化的腳步，國民主體意識的抬頭，人性尊嚴的提倡，特別權力關係的再反省，「軍事審判系統的存在是否有其必要？」的質疑聲日漸高漲，司法院大法官釋字第四三六、國安法第八條第二項的廢止、軍事審判法、陸海空陸海空軍刑法的修正亦不斷衝擊目前二元分立的審判結構，本文嚐試以目前現行二元的劃分標準相關法規作為論述重點，針對軍事審判權的具體範圍與普通法院審判權之區別及判斷，做一概要的整理介紹，並就軍事審判獨立於普通法院之外之架構提出一點個人的感想以為結論。

壹、現役軍人軍事審判權

一、軍事審判權的概念

1. 軍事法院和普通法院的區別是審判權不同還是管轄權不同？

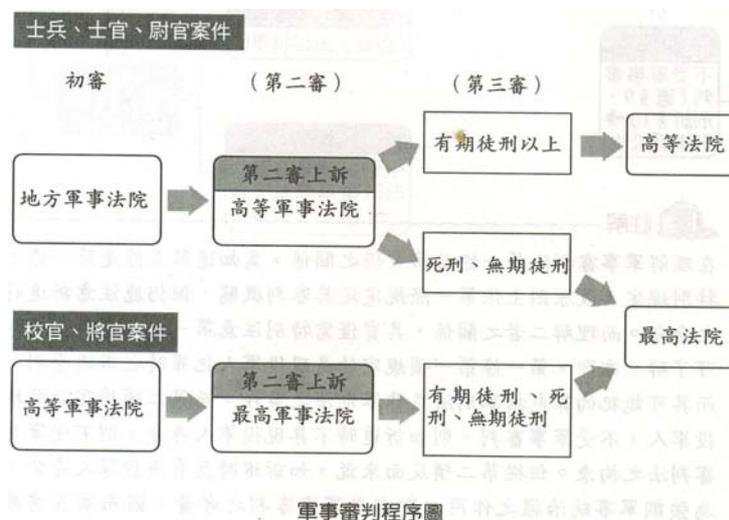
所謂的刑事審判權乃指法院審理裁判刑事案件之司法權，它與管轄權不同。對於同一刑事案件，可能有數個法院均有審判權，惟若依據法律規定，分配由某一法院管轄後，其餘之法院雖有審判權，但卻無管轄權。故審判權為管轄權之前提要件，若無審判權，即不生管轄之問題，反之，法院對於某一刑事案件雖有審判權，卻不一定會有管轄權¹。兩者區別實益在於法院對於無審判權之案件，應為不受理判決，對於無管轄權之案件，則應為管轄錯誤之判決。

我國目前將審判程序分為『普通審判程序』與『軍事審判程序』，且多數學者認為軍人犯罪之案件，只有軍事審判機關對其有審判

¹ 參照林山田著，刑事程序法，增定四版，頁一一二。

權，普通法院沒有審判權，亦即，將軍事法院與普通法院之區別歸類為審判權之不同。然而，如上所述，審判權既為一般司法權，對一獨立國家而言，審判權應該只有一個，若將審判制度分成兩種審判權之結果，必然會造成原本一個國家，卻在審判過程中分成實質上兩個國家（各有審判權）的不合理結果²。因此，軍事法院和普通法院的區別似應以管轄權之不同為當。因此，若認軍事審判係管轄權性質，則在發生管轄錯誤時，普通法院得依刑事訴訟法第二五〇條、第三〇四條、第三三五條為移送之處置。而軍事法院，關於管轄錯誤部分，則應參考少年事件處理法第 18 條、第 85-1 條規定³，將軍事審判法第 169 條、第 170 條做配套修正。

依據八八年十月二日修正後之軍事審判法規定，其宣告有期徒刑以上刑之案件，其最終審屬於普通法院。如此一來，軍事審判似乎仍屬於普通審判權範圍。請參考下圖⁴：



² 參照黃朝義著，審判權與管轄權，載於月旦法學教室，第八期，頁十六至十七。

³ 少年法院與普通法院兩者關係，前者係後者之專業法庭性質，故在發生受理錯誤時，原則上依管轄錯誤概念處理，請參閱曾有田，少年與兒童法律問題，頁 14。

⁴ 史奎謙著，刑事訴訟法 I，頁 2-18。

但是，依軍事審判法第一六九條第六款規定，對於被告無審判權者，應諭知不受理判決。同時，依據第一七〇條同時諭知移送管轄法院檢察署。可見在軍事審判法架構下仍採審判權性質。實務亦採相同看法。最高法院 85 年度台非字第 287 號判決認為：「…（前略）被告前述之預備強盜罪，應由軍法機關追訴審判，普通法院對之無審判權。乃原法院就被告部分竟未諭知「不受理」，而判決…」另最高法院 90 年度台非字第 164 號判決亦謂：「現役軍人不受軍事審判；軍事法院受理案件係不當者，其判決當然違背法令；對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決。國家安全法第八條第一項，軍事審判法第一條第二項前段、第一百九十七條第五款、第一百六十九條第六款分別定有明文。」，可見實務亦將軍事審判權定位為「審判權性質」。

2. 有無設置獨立軍事審判機制之必要？

目前世界各國軍人犯罪之審問處罰交由普通法院審理者，有德國、日本、瑞士，奧地利、丹麥、及法國等國。土耳其設有專門審判軍人犯軍法案件之軍事法院，惟其亦屬司法範圍，至於保有與軍隊關係密切的軍事法院國家，但不服其判決，得上訴至普通司法機關或最高法院者，則有美國、英國、比利時、韓國及中共等國家⁵。以下再就美國、德國、法國三國為例，作概略介紹：

A、美國：

美國法上關於軍人犯罪之處理，依一九八四年修正之美國統一軍法典第十六條規定，倘軍人犯罪遭地方機關控訴及請求，得移由地方法院審判，又美國聯邦最高法院於一九六九年六月二日，在 *Gcaelahon V. Parker* 一案中則是該條文的適例。當事人是一位士官，晚上穿著便服途經一家旅館時，衝進一女子的房間內意圖強暴。旋即被旅館的駐守警衛逮捕，並押送到檀香山警局偵訊。到了警局，經調查得知他是軍人身份後，就

⁵ 各國軍事審判度，請參閱史尚寬、憲法論叢，頁三九一至三九八，「軍事審判之比較研究」；李太正，軍事審判制度之研究，頁七八至頁一一一；陳芸譯，法國軍事審判法典，軍法專刊第三十八卷第七期，頁三五；史錫恩，司法院掌理審判之研究，頁一九五；楊福坤、朱陽明主編，軍事法學詞典，頁七四六；蔡新毅，法治國家與軍事審判，頁一七二至一九三。

將他轉送到憲兵隊處理。經過了一番詳實的偵訊後，該名士官坦承犯罪。軍事法庭以該員違反了統一軍法典第八〇、第一三〇和第一三四條的罪名將其審判定罪。當事人在賓州監獄服刑時寫了封訴狀給賓州中部的地區法院，請求人身保護令狀，並特別聲稱軍事法庭沒有公正的審判他，所持理由是：他是在營區外而非執行軍人勤務時才犯下此罪，與軍中的勤務並無職務上的關聯。軍事法庭的審判剝奪了他本人在憲法中所享有的在平民法院中經由陪審團審判的權利。但地區法院否決了他的請求，上訴法院也同意地區法院的決定。但聯邦最高法院否決了地區及上訴法院的判決。聯邦最高法院的判決對於與軍中勤務無職務關聯（service connected）的犯罪交由軍事法庭來審判，是否剝奪了軍人在憲法上所享有在平民法院中經由陪審團起訴審判的權利提出看法。此爭議點由 William O. Douglas 法官代表聯邦最高法院所提出的判決意見看來，Douglas 法官認為該士官所犯下的罪是在營區外及晚間著便服路過等情形所為，此與軍事勤務並無任何的關聯，亦無任何的軍事象徵意義，況且這是在和平時期、在國內所犯下的罪，所以交由軍事法庭來審判並不妥當，此舉乃剝奪了他在憲法上所享有的在平民法院中經由大小陪審團起訴審判的權利，故應給予當事人由平民法院來審判的權利。

由前開法條及判例可知，美國法對於現役軍人犯罪管轄⁶之劃分，不以犯罪人具軍人身分惟一標準，而是衡量各該犯罪與軍事勤務義務的違反程度，以及被害法益是否與軍事利益相關等事項作不同之處理，而非僵化地一概交由軍隊之法庭或法院審判。

⁶ 管轄權（jurisdiction）一詞，在英美法上有極為重要的意義，涵蓋了司法機關一切作為，也是法院與司法人員審判案件權利的來源，除非法院具有管轄權，否則其所為之決定將無法律上之效力。在司法管轄權之劃分上，美國由於區分為聯邦法院與州法院兩大系統，聯邦法院對所有基於憲法（arising under the constitution）、聯邦法律與條約所生之案件均具有主旨管轄權（subject matter jurisdiction），對於具體案件，有對人管轄權（in personam）與對物管轄權（in rem）問題。在比較法上，與大陸法制國家的「管轄權」概念大致符合。請參閱英美法導論，William Burnham 著，林利芝譯，頁 194 至 198。

B、德國：

德國基本法第九十六條⁷雖授權聯邦政府於國防情況發生時，以及對派赴國外或軍艦上之武裝部隊人員，得設置軍事刑事法院從事審判，但其專任法官之資格一如其他法院，並以聯邦最高普通法院為終審法院，且其司法行政主管機關為聯邦司法部，而非國防部，以徹底隔絕軍事對於審判之干涉⁸。

事實上，德國迄今仍未援用基本法之授權而設置軍事刑事法院，蓋認尚無此必要。而只要軍事刑事法院未有設置及運作，普通法院即對軍人之犯罪案件有管轄權。目前德國境內軍人犯罪案件之審問處罰與管轄法院（包括土地管轄及事物管轄）之確定，悉依該國刑事訴訟法之規定為之。

C、法國：

法國於平時，得於領土外駐紮或作戰之軍隊設置軍事法庭，戰時則可設立國土三軍法庭及軍事部隊法庭，但軍事審判歸最高法院管轄（法國軍事審判法第一條、第三條、第二四條第一項，第四九條第一項），若上述軍事法庭未設立時，軍事審判案件仍由普通法院管轄（同法第五條第一項、第二十七條第一項、第五十一條第一項），又平時軍事法庭及國土三軍法庭之審判長及陪審官，均應由司法官團的法官擔任（同法第七條第一項、第二十八條第一項）⁹。

⁷ 德國基本法第九十六條規定：「一、聯邦為工商業法律保護事件，得設置一聯邦法院。二、聯邦得設置管轄武裝部隊之軍事法院為聯邦法院，此等法院僅於防衛事件或對派駐國外或在戰艦上服役之武裝部隊成員，行使刑事管轄權，其細節由聯邦法律定之。此等法院業務範圍屬聯邦司法部長監督，其專任法官應具有充任法官之資格。三、第一、二項所稱法院之最高法院為聯邦最高法院。四、對服事公法勤務之人員，聯邦得設置聯邦法院以處理懲戒程序及訴願程序。五、下列之刑事程序，得以經聯邦參議院同意之聯邦法律規定，將聯邦管轄權委由邦法院行使之。(一)滅絕種族(殘害人羣)。(二)違反人道之國際犯罪。(三)戰爭罪。(四)其他以擾亂國際和平共同生活之行為,或以擾亂國際和平共同生活為目的之行為(第二十六條第一項)。(五)顛覆國家。」朱建民原譯；陳沖、張桐銳、林子平、李震山增譯。

⁸ 請參閱蔡新毅，法治國家與軍事審判，頁八九至九一；頁一七三至一八五；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」，司法周刊第八六六期，第二版。

⁹ 同註5。

D、本文見解：

軍事體系中的司法體系一直有到底是「軍事體系」還是「司法體系」的混亂，因為如果是軍事體系，那麼「服從」就是軍事的最高準則，所有軍事體系的建立都是在軍階嚴明的前提下才成立的，但是，司法體系卻不然。如眾所知，司法體系中：「法律之前人人平等」是一個不容挑戰的前提，因此在軍審體系中便可見到兩種不同價值體系的衝突。而站在司法權為我國最高權力機關的角度上來看，國防部以一行政機關作為最高軍事審判機關，則明顯僭越了國家對於權力分立的原始考量，也因此導致受制於高階長官的審判過程根本無法達到獨立審判的基本要件，而這種「指揮／服從」的軍法程序則成為我國目前最大宗的「冤獄、重刑」製造工廠，更無庸論軍事審判體系中軍事檢察官的羈押權力、偵察中不得選任辯護人等根本上公然否定人權的作法。而台灣人權保護協會近年來更屢屢接到來自軍中申訴的案件，不但在審判程序上有重大瑕疵，而且事後國防部更以其老大心態自居，保守顛預，完全不理會社會的回應，造成諸多冤情就此成為懸案。面對國防部這樣龐大的黑機關，對人權所造成的危害已經成為目前台灣司法界最嚴重的人權問題。

審判權的行使，本須超然獨立於兩造爭執及利益之外，客觀無私地依據證據認定事實，適用法律，其職責在具體個案中探究、宣示法的適用。而非貫徹軍令、實現長官的意志，或維護特定機關的利益，故亦無配合、服從之觀念。相反的，身為軍人，則負有奉行命令、服從領導、達成長官交付之任務等義務。況職業軍人受軍階、紀律、管考的束縛，一旦受理案情敏感的案件，如何期待其能排拒來自軍事指揮體系的干涉、掣肘？由此可見，職業法官與職業軍人兩種身分顯不相容。

美國軍事審判制度中的軍事上訴法院，承審法官全由文職法官擔任，判決無須送閱呈核，以別於承審軍法官具有軍官身分之初審軍事法庭，即係統一軍法制定時，美國國會為平息輿

論長期於軍事審判公正性之質疑而設¹⁰。

德、法二國雖然特定情況下，可以為軍人犯罪處罰，設立軍事法庭或法院，然其審判權之行使，須有一般法院之法官參與，且終審法院與其他刑事案件無異，顯將軍事審判作為司法體系中之專業法院或法庭而設置。德國法官法第二一條第一項第一款第四目，將「任命為職業軍人或定期性軍人」列為職業法官當然免職之事由，並且在基本法第九十六條第二項規定軍事刑事法院的專任法官應具備職業法官之資格，即慮及職業法官與職業軍人之身分特性不相容，及以納粹時期將軍法官由文職法官改為軍事法官的負面經驗為鑑，而將其落實於實體法中¹¹。

至於普通法院法官對於軍事案件是否無法做出適當的判斷，德國學者 Lambertus Metzner¹²從實證觀點指出，純軍事性犯罪僅佔軍人犯罪態樣的一小部分，若為審理純軍事性犯罪，而於平時設立軍事刑事法院，殊不經濟，實際上在德國軍人所犯之罪，亦以一般性及肇致交通事故之可罰行為占多數，再就其中之軍事性犯罪而言，多數之犯罪行為為恣意缺職及逃亡罪，普通法院審理這些案件並無困難，實無為此設置特種法院之必要，上述軍人犯行種類與數量的概況，似乎也說明了所謂「只有當法官與部隊共同生活並熟悉部戰力等特性，方足以勝任處罰軍人之職業要求」的見解¹³，有待商榷。故有謂因專業之需要而常設平時軍事法院或法庭，自亦不無可疑之處。

二、現行法下之軍事審判權不同的適用範圍：

1. 憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」

¹⁰ 請參閱黃德松，軍事審判審檢分立之研究，軍法專刊第四二卷第二期，頁二三。

¹¹ 同註 5。

¹² vgl. Lambertus Metzner, "Zur militaerischen Forderung nach Einfuehrung der Wehrstrafgerichtsbarkeit", Wehrwissenschaftliche Rundschau 1967, S. 180 ff., 轉引自尤雄章，軍法的基本認識，載於軍法專刊第八卷第十期，頁二二八，註 162。

¹³ 此為力主軍事刑事法院應予常設化之學者 Alfons Bobbert 所據最主要的論點。Vgl. Eike Steinkamm, Die Wehrstrafgerichtsbarkeit im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, S. 283, 轉引自尤雄章，軍法的基本認識，載於軍法專刊第八卷第十期，頁二〇八，註 157。

本條條文架構簡潔，但也是憲法本文中對軍事審判權有所著墨的條文。首先可以肯定的結論是，「非現役軍人的人民，絕對不受軍事審判」這個命題。如果有任何程序法規定使得不具現役軍人的人民受到軍事審判，這個條文毫無疑義地因違憲而無效。但反過來說，現役軍人是否必受軍事審判呢？邏輯上似乎只能得到「現役軍人得受軍事審判」這個結論。司法院大法官釋字四三六號解釋即採相同的看法：「憲法第八條第一項規定，人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序不得審問處罰；憲法第十六條並規定人民有訴訟之權。現役軍人亦為人民，自應同受上開規定之保障。又憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，乃因現役軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為得設軍事審判之特別訴訟程序，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權。…」換句話說，現役軍人不只不是專屬於軍事審判系統，連是不是「應」設立軍事審判權，大法官也是抱持保留的態度，而認為「軍事審判之建制，憲法未設明文規定，雖得以法律定之…」，可由立法者基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為設立軍事審判之特別訴訟程序。

至於是否有設立獨立的軍事審判系統必要性，已如前所述，應注意的是，如參照大法官的見解，就算設立了獨立的軍事審判系統，也應該是「基於國家安全與軍事需要」，對「具有軍人身分」的人民進行軍事審判始具正當性，從這點，我們也可以看出，在區分普通法院和軍事法院的標準，原則上不單就主體的身分為現役軍人已足，而且客體上，仍應以所犯之罪在審判上具有國家安全與軍事需要性質，將其劃歸軍事審判才符合上述大法官的釋憲意旨¹⁴。

最後想附論者，目前軍事審判系統仍隸屬國防部之下，軍事審判之作用在於經過審理程序，對違犯軍事刑法或一般刑法之軍人處以刑事處分，係國家司法裁判權行使與作用。憲法第七十七條明定：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判

¹⁴ 相同見解請參閱蔡志方，從司法的現代化論我國憲法關於司法制度的改革方向，載於律師通訊，第一三九期，頁三五至三九。

及公務員之懲戒。」是任何國家裁判權之行使機關，均應為三權分立下之司法機關，而非行政機關，以國防部為軍事審判機關上級單位，乃行政權兼領司法權，實嚴重混亂權力分立之憲法原則。按憲法第九條雖規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」間接承認專門審理軍人犯罪之軍事審判程序得予存在，惟得有不同於一般刑事訴訟程序之軍事審判程序，不代表此一審判權之行使得由軍事機關掌理行使。按司法院大法官釋字第八六號解釋以為：「憲法第七十七條所定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事之審判，係指各級法院民事、刑事訴訟之審判而言。高等法院以下各級法院既分掌民事、刑事訴訟之審判，自亦應隸屬於司法院。」而依釋字五三〇號解釋意旨，司法院係掌握民刑事及行政訴訟之最高司法審判機關，目前法院組織法下之最高法院應裁併歸司法院之組織下，而由司法院掌理最終審職權。再依釋字第四三六號解釋意旨，既不得違反憲法第七十七條規定的憲政原理，軍事審判的本質，又屬刑事訴訟程序之審判，揆諸釋字第八六號、第五三〇號解釋意旨，修正後的軍事審判機關宜改隸於司法院，方屬合憲¹⁵。

2. 司法院大法官釋字第四三六號解釋：

釋字第四三六號解釋基於憲法第八條、第十六條以及第七十七條之本旨，明確表示軍事審判屬實現國家刑罰權之一環，具司法權之性質，對於現役軍人之犯罪行為，因國家安全及軍事需要，雖得設軍事審判之「特別訴訟程序」，但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。爰此，此號解釋具體指出（舊）軍事審判法第十一條之規定，使國防部之軍事機關完全掌理具司法性質之軍事審判，而不許被告向普通法院請求救濟之相關部分違憲，並具體設定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。換言之，此號解釋認為軍事審判之審級救濟在平時至少應使宣告有期徒刑以上之案件，容許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟，始符合憲法正當之法律程序以及保

¹⁵ 請參閱翁岳生，司法權發展之趨勢，載於社會科學論叢第三八期，頁一七。

障國民訴訟權益之最低要求。

上述大法官多數見解的論點，其實是有矛盾的。因為依其解釋意旨以觀，關於現役軍人犯罪之追訴處罰，似乎是同時承認兩套既係平行、又是上下隸屬的訴訟體制。則在此種情形下，國防部所具有審判權限是否不屬於憲法第七七條司法權之範圍？其所轄之軍事審判機關是否屬於憲法第八條第一項所稱之「法院」？¹⁶此二種命題大法官們似乎用一種更模糊的方式去合理化現行軍事審判二元的體系，而迴避了本來應該是先解決的前題問題。另外，設定「宣告有期徒刑以上案件」做為界定司法與軍法終審之基準，其理由亦未於解釋中清楚交代。而且此種政策考量的屬性實為立法權的核心，卻由大法官於解釋文中具體交待，已違反權立分立的法治國原則。

3. 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。」

本條規定可說是延續憲法第九條而來，立法者另行設立軍事審判系統時，惟有具「現役軍人」身分的國民，觸犯「軍法」之罪，方依軍事審判程序進行處斷。故依本條可得下列結論：

A、軍人犯軍法時→屬軍事審判權

B、軍人犯非軍法時、或非軍人犯刑事罪（包括軍法），皆屬普通法院的審判權。¹⁷

4. 軍事審判法第一條：「現役軍人犯陸海空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。」

軍事審判法上述對軍事審判權的區分規定，相較刑事訴訟法第一條第二項規定，做了兩點擴充：

A、就現役軍人部分：除犯軍法外，在「戰時」犯普通刑法之罪，亦歸屬軍事審判範圍內。

B、就非現役軍人部分：在有特別規定時（指戒嚴法），亦可歸屬軍

¹⁶ 關於此二命題，本文見解請參見本文「伍、軍事審判權的再擴張？」部分，頁16。

¹⁷ 請參閱陳煥生，軍事審判回歸憲法芻議，司法周刊第四八五期，二版。

事審判內。

撇開就非現役軍人部分劃歸軍事審判範圍是否有違比例原則的爭議¹⁸，在現役軍人部分，只要在戰時犯罪，一律劃歸於軍事審判系統之內，在「非戰時」則仍維持原來的「普通刑法」及「特別刑法（軍法）」的二分模式。

5. 國家安全法第八條：「非現役軍人，不受軍事審判（第一項）。現役軍人犯罪，由軍法機關追訴審判。但所犯為陸海空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（第二項）。」

就非現役軍人的部分，國家安全法第八條第一項，並沒有較特別之處，仍延續憲法、刑事訴訟法第一條第二項、軍事審判法的原則。有問題者，則在第二項。相較於軍事審判法中的軍事審判權就「戰時」的擴大外，國家安全法乾脆一反例外為原則，認只要是現役軍人犯罪，即應由軍法機關追訴審判（第一條第二項），大大擴充了軍事審判權的範圍，僅在第二項但書將刑法第六一條所列之罪再歸由普通法院審理。雖然其立法理由謂：「鑑於台灣地區解除戒嚴後，仍處於動員戡亂狀態，尚非承平時，為確保國家安全，維護社會安定而以法律擴張軍事審判之範圍，繼而於終止動員戡亂後，仍維持現況，均在兼顧軍紀管理之需要。」¹⁹但相較於刑事訴訟法對被告程序保障規定，軍事審判法的規定對被告保護而言仍嫌不足，空以國家安全及軍紀維護的大帽扣之，對被告基於憲法第十六條的訴訟權侵害，其實還是難以通過比例原則的檢驗而有違憲之虞。

簡言之，在軍事審判法修正後，現行實務運作上仍有下列二點缺失：一、公開審判原則之違反：修正軍事審判法第三七條第一項規定：「軍事法庭訴訟之辯論及裁判之宣示，應公開行之。但有妨害國家安全、公共秩序、善良風俗或危害證人生命、身體安全之虞時，得不予公開。」第二項規定：「軍事法庭不公開時，審判長應將不公開之理由宣示。」，據此，若禁止審判公開非依法律之規定

¹⁸ 請參閱蔡新毅，法治國家與軍事審判，頁七九以下。

¹⁹ 請參閱李秉才，軍法制度之研究，載於法律評論第三八卷第六期，頁七。

者，本法第一九七條復規定為判決當然違背法令之事由。此部分與刑事訴訟法規定雖大致相符，然而軍事法庭置於軍事法院之內，軍事法院所在地目前仍為軍事營區，屬於軍事機關性質，二十四小時均有衛兵駐守，一般人民不得隨意進出，現行軍事法庭之訴訟辯論及裁判宣示並未公開為之。如此仍不符合正當法律程序之要求。二、刑事訴訟法為確立「改良式當事人進行主義」審理原則，於民國九二年二月六日增訂第一六六至第一六八條之一、第一七〇條有關交互詰問之規定，並於同年九月一日施行。惟軍事法院至今仍拒絕準用交互詰問之相關規定，主要理由²⁰為「按刑事訴訟法為採行改良式當事人進行主義，實施交互詰問，全面修正該法關於調查證據及審判之程序，依修正後之審判程序，與軍事審判法第一五一條行合議審判案件，為準備審判起見，受命軍事審判官於審判期日前詢問被告及蒐集或調查證據，及同法第一五八條、第一五九條採職進行主義為主之審判程序不同，鑒於二法在訴訟程序運用上顯有扞格，故而刑事訴訟法新修正之交互詰問規定，在軍事審判法尚未配合修正前，自無從準用。」主要理由即在於軍事審判仍採職權進行主義，與交互詰問之制度之本質不符。但是軍事審判法施行法第五條規定：「刑事訴訟法施行法之規定，與本法不相抵觸者，準用之。」刑事訴訟法施行法第七條之三規定：「中華民國九二年一月十四日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，其以後之訴訟程序，應依修正刑事訴訟法終結之，但修正刑事訴訟法施行前已依法定程序進行之訴訟程序，其效力不受影響。」刑事訴訟法施行法本條之規定與軍事審判法施行法並未抵觸，故各級軍事法當應準用九二年一月十四日修正通過之刑事訴訟法，當然亦包括交互詰問制度在內。且軍事審判制度涉及軍人訴訟權之基本保障，司法院大法官釋字第四三六號解釋認為軍事審判「必須符合正當法律程序之最低要求」，如今國防部以函令置保護人民訴訟權之交互詰問程序不顧，其心態實不足取。

為修正國家安全法不當擴大軍事審判範圍，軍事審判法第二

²⁰ 請參見國防部軍法司92年10月6日法治字第0920003146號函。

三七條規定：「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。」於九十年十月二日後，原先刑法第六一條之外的普通刑事犯罪依軍事審判法第一條再次回歸到普通法院的懷抱，但也因為在程序上軍事審判權的範圍大幅減小，國防部仍緊急修正陸海空陸海空軍刑法，藉著擴充陸海空陸海空軍刑法實體法的範圍，進而掌控現役軍人的刑事審判權。就現行法制而言，關於軍事審判權的範圍，原則上依軍事審判法第二條的規定，決定的要素有三，於下述貳、參、肆再分別說明之。

- 6.小結：釋字 436 號解釋認為軍事審判係基於「國家安全」與「軍事需要」所設之特別訴訟程序，軍事審判機關對於軍人之犯罪並無專屬之審判權，所以列入軍事審判射程範圍之案件應以符合「國家安全」與「軍事需要」之目的性為限。足見軍人所犯何種案件歸於軍事審判，立法裁量應受軍事審判本質上之目的性限制。若非具有與「國家安全」、「軍事需要」密切相關之事項，並不宜列入軍事審判之範圍。但從上面軍事審判法、國安法、乃至陸海空軍刑法的立法，無不嘗試將軍事審判範圍加以擴大，卻不見其合理的基礎。

貳、時的劃分標準：「戰時」的認定

所謂戰時，軍事審判法第七條規定：「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。戰爭或叛亂發生而宣告戒嚴之期間，視同戰時。」故只要在總統依憲法第三八條宣告作戰期間，或是宣告戒嚴期間，都屬軍事審判法的「戰時」概念，在此期間，若現役軍人犯罪，不區分是犯普通刑法或是特別陸海空軍刑法，一律歸由軍事審判。

參、主體的劃分標準：軍人的認定

首先陸海空陸海空軍刑法第六條規定：「本法所稱現役軍人，謂依兵役法或其他法律服現役之軍官、士官、士兵。」第七條：「依法成立之武裝團隊，戰時納入作戰序列者，視同現役軍人。」而軍事審判法第二條規定：「本法稱現役軍人者，謂依兵役法或其他法律服現役之軍官、

士官、士兵。」第三條：「依法成立之武裝團隊，戰時納入戰鬥序列者，視同現役軍人。」由上述規定可知，就實體法與程序法部分，關於現役軍人身分認定標準相當一致，也大幅減少在實務運作上的爭議性，可謂是良善的修正，至於除了現役軍人外，另有「視同」現役軍人規定。對於因身分特殊，或從事軍隊勤務，為維護軍隊的團體性，或戰時需要，各國立法例多有將之列為軍人，而予以視同軍人的效果，使其同受軍事法律的規範。對此本質上非真正軍人身分的認定，應從嚴為之，以避免擴大軍人之範圍，而違反了憲法第九條一般人民不受軍事審判的基本原則。在陸海空軍刑法修法前，不僅現役軍人的定義與軍事審判法未趨一致，而且訂立了許多「視同」軍人規定，造成與現實不符狀況²¹。故現行法中，視同軍人規定只有陸海空軍刑法第七條及軍事審判法第三條，諒必是為了避免過分擴大陸海空軍刑法及軍事審判權的適用。

至於何謂「現役」，原則上現受有軍職者屬之，至於是否需「在營服役」，在軍事審判法修正前，明白設定此要件，故在適用難免有所疑義，例如以「學員」為例，或許可認為其「非在營服役」（軍校非軍營），而將其排除在外，但若是該學員已具軍人現職的話，僅於服役中返回校園受訓，則是否也因其「非在營服役」而否定其為陸海空軍刑法及軍事審判法的適格主體？蓋「在營服役」應不限於服軍事勤務，而可包括「教育訓練」²²。所以學員是否為陸海空軍刑法或軍事審判法的主體，重點仍在於是否「為現授軍職」之人，相同的爭議也發生在各學校的軍訓教官，因為嚴格來說，他們也不是「在營服役」的現役軍人，在舊法時代也不能構成適格的主體，只能透過「視同軍人」的規定將其納入²³，上述種種在舊法時代的爭議，相信在陸海空軍刑法及軍事審判法陸續修正通過後，會有較明確及簡潔的判斷標準。

²¹ 請參閱謝添富、趙晞華合著，軍事審判法修正經過及修正內容析述，軍法專刊第四五卷第十二期。

²² 請參閱謝添富、李漢中，陸海空陸海空軍刑法修正條文芻稿，軍法專刊第四四卷第十期，頁二〇至頁二二。

²³ 請參閱尤章雄，現行軍事審判制度之研究，軍法專刊第九卷第一期，頁十至頁十二。

肆、客體的劃分標準：陸海空軍刑法對犯罪行為之規定

最後一個劃分標準，就是現役軍人所犯之罪為相較普通刑法而言，具有特別優先適用位階的軍事刑法²⁴，其中又以陸海空軍刑法最為重要。陸海空軍刑法於九十年修正，係配合國安法第八條第二項的停止適用，使軍事審判權能藉由實體法的擴大間接擴大程序法的適用範圍，已如前述，其立法模式主要有二²⁵：

一、主要犯罪構成要件相同，僅犯罪態樣不同而加重刑罰：

例如刑法第一〇九條至一一二條之規定有關國防秘密的保護，陸海空軍刑法第二十至二三條設有相同或類似的規定，但刑罰加重；對依法令執行公務之人員施強暴、脅迫，刑法第一三五及一三六條定有明文，陸海空軍刑法第四九條及五十條亦設有類似規定，但刑罰加重，又如公然侮辱罪，刑法第三〇九條設有規定，陸海空軍刑法第五二條則規定公然侮辱長官罪，現役軍人因公然侮辱對象不同，如為長官，則適用陸海空軍刑法第五二條，如非長官，則適用刑法第三〇九條；又如毀損罪，因毀損之標的物為軍用物品，則適用陸海空軍刑法第五八至六十條之規定，此外之物品，則適刑法第三五三條及三五四條之規定。在營區內賭博，適用陸海空軍刑法第七五條規定，在營區外賭博則適用刑法第二六六條之規定。

二、直接引用刑法條文之規定：

陸海空軍刑法第七六條規定：「現役軍人犯下列刑法之罪，本法另有規定外，依各該規定處罰…」，即將刑法之規定，全部引為陸海空軍

²⁴ 陸海空軍刑法之性質應係刑法瀆職罪之附屬刑法，而非現役軍人犯罪的「重刑特別法」，蓋軍事犯罪之可罰性，在軍人違背職務或軍事勤務上的作為或不作為義務，與公務員瀆職罪的處罰同其本質。現役軍人與非現役軍人之別，在於軍事職役之有無，倘若現役軍人之犯罪行為及所侵害之法益與軍事職役之違反無涉，實與一般人犯罪為異。易言之，軍事犯罪之異於普通犯罪，在於法益侵害與行為人違反軍事職務之直接關聯上，且該等行為未為刑法所規範，但具有施諸刑事制裁之無可避免性，致有必要於刑法之外另定陸海空陸海空軍刑法予以規範。就此而論，陸海空陸海空軍刑法之罪，實係以軍人瀆職為其不法內涵之核心，陸海空陸海空軍刑法之性質，屬刑法瀆職罪之附屬刑法。其以具備現役軍人身分之人所實施之瀆職行為，始得成為處罰之對象，即併以現役軍身分與軍事職務之違反為構成要件要素，故所規定之犯罪，應為純正身分犯。相同見解見陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，頁六〇四至六〇五。

²⁵ 請參閱蔡新毅，法治國家中軍事審判權應有之定位，頁一四二至一四三。

刑法的條文，即視為陸海空軍刑法有所規定，如現役軍人犯軍刑第七六條之罪，雖與刑法之規定，有相同的構成要件及相同的刑罰，但仍歸軍事法院依軍事審判法追訴審判。例如，在營區內犯竊盜罪，陸海空軍刑法第七六條第八款設有明文規定，必須依軍事審判法追訴審判之，反之，在營區外竊盜，則係犯刑法第三二〇條第一項之罪，仍歸司法機關依刑訴法追訴審判之。

綜上所論，在判斷現役軍人刑事案件是否歸屬軍事審判，應視其所犯之罪是否屬陸海空軍刑法所規範，如果肯定的話，縱使該罪的構成要件與普通刑法近似而只是行為或客體的不同而已，又或甚至是完全相同時，仍符合軍事審判法第二條所謂「現役軍人犯陸海空陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之」的要件，而應歸由軍事審判法院審理。

伍、 軍事審判權的再擴張？

憲法第八條規定非由「法院」依法定程序不得審問處罰，係指狹義上具有具體審判權之法院而言²⁶，又依憲法第七七條之規定，惟國家最高司法機關及其所屬之各級法院始得行使刑事訴訟之審判，現役軍人犯罪之審判屬實現國家刑罰權之司法作用，而現役軍人乃著軍服之人民，基於憲法第七條保障平等權之精神，其人身自由與訴訟權益之保障，自應與一般國民相同，由司法院所屬各級法院掌理。進一步言，若欲貫徹權力分立之原則、審判獨立以及保障國民訴訟權益之最低要求，憲法上關於司法權之組織上的內涵，應包括：一、應由國家最高之司法機關及所屬之各級法院掌理訴訟之審判案件，且不得設置獨立於司法院系統以外之其他特別法院。二、訴訟案件之審理，不得以行政機關為終審。三、訴訟案件應由具法定身分之法官所組成的法院裁判。

上述所謂「特別法院」，係指專為處理特定身分之人或特定種類之案件而位於司法院體系以外之審判機關而言。之所以不得設立特別之審判機關，除了是基於權力分立之概念外，對於特定身分之人由特別之審

²⁶ 請參照司法院大法官會議釋字第392號解釋。

判機關審理易造成為有利或不利之裁判，違反平等權之精神，而且對同一行為可能形成不同之法律判斷，導致法令統一解釋之困難，故憲法原理上應禁止設立特別法院。

現行軍事審判法另就非屬宣告有期徒刑以上之案件，因無法向普通法院請求救濟，勢必以國防部之軍事審判機關為終審，故於邏輯上，不就是將其視為司法機關之一，但如果真是如此，則為何在經軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件仍須再以普通法院之法律審為最終審？

雖然在軍事審判架構下，將司法權之行使，最終均統合於普通法院體系之下，有助於法院統一法律見解之適用，故國防部軍事審判機關初審與覆判之前審，再輔以普通法院之終審，在確保軍事裁判之公平與公正，有其一定的正面意義。然而，我國憲法第七七條已明確規定司法院係國家最高之司法機關，就軍事審判的程序上較普通法院就被告的訴訟權保障仍有不足，如何能將軍事審判系權逕認為屬我國司法權的一環？又軍事審判權係國家刑罰權之一環，非屬行政爭訟，其訴訟之審理應始終由普通法院為之，自不應容許屬行政機關之國防部得自行設立軍事審判機關為前審之裁判。否則，其後果即會造成司法體系下的刑事審判機能將逐漸被淘空，司法之民主化及權力分立之原理將流於空談。

另外，限定軍事審判被告應以原判決違背法令為理由始得由普通法院請求救濟之條件，亦有不當限制軍人訴訟權益之虞。軍事審判的品質之讓人質疑的地方，不光是軍法官解釋及適用法令的問題，另外對於調查證據認定事實部分，亦是齊等的重要。所以此等限制向普通法院救濟，僅能收統一法令適用之效，卻難發揮審級救濟以糾正軍事法院之事實誤判功能。

最後，為貫徹審判之獨立，訴訟案件應由具有法定之身分及資格之法官擔任，是最基本而重要的條件。所謂之「法定」，應指符合憲法第八一條所定之保障法官身分者而言。但現行法下，雖然軍事法官的資格，就考任上類比普通法院的法官，但此種形式上的類比卻不能保證兩者在審判工作上有相同質量的表現，畢竟一個適格的審判者，深受審判者本身之人格與認識能力之影響，特別是關於審判者法意識之形成及表

微，對審判內容具有決定性的作用²⁷，而這才是法官資格要求的重點所在。

在釋字 436 的要求下，軍事審判雖作相配套的修正，但這樣的修正，如果再做如同上述的檢視，自難脫仍有違憲之虞，而造成「二次違憲」的結果。

最後再附言的是，雖然現行陸海空軍刑法及軍事審判法就現役軍人的判斷標準相當一致，但在程序上和實體上就身分的認定時點則有不同，例如，陸海空軍刑法的身分，既為身分犯性質，則其是否具有現役軍人身分，應依「行為時」認定。相反的軍事審判法的軍人身分，功用在於劃分軍事審判權和普通審判權的界線，則應以「程序進行中行為人是否具有現役軍人身分」判斷。軍事審判法第五條第一項：「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。」第二項規定：「犯罪在任職服役中，發覺在離職離役者，由法院審判。」第三項：「前二項規定，按行為時之身分適用法律。」是以最高法院八七台上字第一二九六號判決乃謂：「…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規定自明。」因此，軍事審判法第五條，旨在處理如果犯罪發覺時和行為時行為人身分關係有異時應如何決定其審判權，為求簡化，而一律以發覺時行為人是否具有軍人身分為斷，而在適用實體法時，依行為時的身分決定²⁸。就軍事審判權的範圍而言，犯罪在任職服役前，其所犯之罪有可能為普通刑法或陸海空軍刑法，僅因發覺時行為人具有軍人身分而一律歸由軍事審判機關從事審判就不符合軍事審判法第一條的規定。

另一方面如果是單一性案件，一部為軍事審判，則如何決定審判權的歸屬，依軍事審判法第三四條規定：「犯罪事實之一部應依本法審判時，全部依本法審判之。」由本條規定，可以了解，縱使要貫徹之前現役軍

²⁷ 請參照林永謀大法官，釋字 436 號之部分不同意見書。

²⁸ 請參閱陳樸生，軍事審判之共同性與特殊性，軍法專刊第四六卷第五期，頁一二。

人犯軍法時始受軍事審判的原則，在符合第三四條的情形下，加上我國刑事訴訟實務寬以認定案件同一性的範圍，再配合陸海空陸海空軍刑法的擴大，再加上軍事審判法第五條的規定，可以想見的是，我國現役軍人的刑案審判幾乎被軍事審判權所壟斷，普通法院幾無置喙的餘地²⁹。

茲舉一例說明：甲基於概括犯意，連續在入伍前竊盜一次，入伍後在營區內、外各竊盜一次，三次竊盜犯行分別即時為警察所查獲，其審判權歸屬為何？又如係於最後一次竊盜始為警察所查獲，結論又有何不同？

一、在分別為警察所查獲情形：

如題所述，甲基於概括犯意，連續在入伍前竊盜一次，入伍後在營區內、外各竊盜一次，三次竊盜犯行分別為警所查獲，第一次竊盜犯行成立刑法第三二〇條第一項之竊盜罪，查獲時無現役軍人身分，應歸司法機關追訴審判，第二次在營區內竊盜，是現役軍人犯陸海空軍刑法第七六條第八款之竊盜罪，應受軍事審判，第三次竊盜是現役軍人犯刑法第三二〇條第一項之竊盜罪，歸司法機關追訴審判，惟因被告係基於概括犯意而連續竊盜，成立連續犯³⁰，為裁判上一罪，係軍事審判法第三四條規定：「犯罪事實之一部應依本法審判時，全部依本法審判之。」故本件甲所犯三罪均歸軍事法院審理。

二、在最後一次始查獲情形：

甲之上開三次竊盜犯行在甲任職服役中始為警查獲，就第一次竊盜犯行，犯罪時雖非為現役軍人身分，惟在甲任職服役中為警查獲，依軍事審判法第五條第一項之規定，應由軍事法院依軍事審判法追訴審判之，第二次及第三次犯行，仍歸軍事法院依軍事審判法追訴審判，是以甲之三次犯行在其任職服役後始被查獲，仍均歸軍事法院依軍事審判法追訴審判。

²⁹ 相同見解，請參閱陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，頁五九九至六〇七。

³⁰ 應注意的是，刑法第 56 條連續犯的規定已經刪除，並於民國 95 年 7 月 1 日生效，本例如在連續犯刪除後，甲三個犯行要成立「裁判上一罪」適例，理論上只可能成立在「想像競合犯」的概念之下，惟本題重點仍放在軍事審判法第 34 條的適用問題，故仍以連續犯未廢止為討論的基礎。

陸、軍事審判權回歸司法的必要性—代結語

在立法院國防部長之專案報告並備質詢中，國防部雖然強調修正後軍事審判法中關於軍事犯罪嫌疑人及被告之訴訟權益已採行與刑事訴訟法同等之保障，但是由立委們之發言內容³¹可以看出，國防部所轄之軍事偵審機關對於軍人犯罪行為之追訴處罰，是否能達成公平而獨立之審判以及其裁判之品質，多數依舊抱持著疑慮。為了祛除國民對於軍事審判機關的不信任感，同時符合上開憲法原理之要求，軍事審判法可朝下列方向修正：

一、平時與戰時分離、平時回歸司法體系之原則。軍人之訴訟權益與非軍人之司法審判之規定既應趨於一致，則實無再由國防部設軍事法院掌軍人犯罪案件之必要。對於現役軍人犯罪之追訴處罰，於平時應全面回歸司法體系，於最高法院以下各級法院設置專業軍事法庭掌理軍事審判。

二、區分軍事相關案件與非相關案件而異其訴訟程序之原則。亦即，由普通法院軍事法庭審理之案件，關於軍人人身自由、辯護權、緘默權以及證據調查程序中相關訴訟權益等之規定，除了應採行與刑事訴訟法同等之保障外，進一步可視其事務之性質有無涉及軍事專業或機密，而在是否採行參審制度等方面，分設不同規定。

陸海空陸海空軍刑法的設制，或基於軍人職役的特殊性及軍隊的利益維護，而獨立於普通刑法之外，此時軍事利益的保護需求，既已以特別法加以保障，有無必要再因現役軍人身分而削弱或剝奪軍事案件被告受公正審判之權利？事實上，一個逸脫於司法體系外，隸屬於國防行政機關的軍事法院或法庭，如果真的能夠不受任何干涉，獨立審判，且其所踐行的訟訴程序及裁判品質與普通司法法院相較，無何重大差異存在時，我們不禁要問：國家為什麼還要耗費資源，疊床架屋地為「具有現役軍人身分」的國民設置專用的法院？由普通法院審判不是即為已足？若認其間有相當程度的差異性存

³¹ 參照葉菊蘭、周荃、王天競、彭紹瑾及王志雄等委員之發言，立法院公報，第 80 卷第 40 期（下），頁 93、95、102、104、116。

在（如軍事管理的需求），那這種差異性是否足以去正當化現役軍人需受不同強度的訴訟制度審判？除非我們可以否定現役軍人係具有人性尊嚴之權利主體，並且認為，國民因其職業、身分之不同，在刑事程序的保障上應有不同強度保護，不然，僅以身份的不同，佐以「軍事管理需求」的利益保護，甚至上綱到「國家安全的維護」去說服我們相信軍事審判的獨立有其必要和正當性，恐怕很難通過憲法「平等原則」及「比例原則」的檢驗。