

林俊益 - 「新論現役軍人刑事審判權之歸屬」

【案例】

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查獲或最後一次始為警查獲全部犯行，其審判權之歸屬有無不同？

【研讀著作】

文章名稱：新論現役軍人刑事審判權之歸屬

作者：林俊益

出處：月旦法學雜誌，2001年12月

【研讀主題】

- (一) 我國軍事審判權行使範圍的最新演變
- (二) 現役軍人犯罪審判權歸屬的判斷標準

【相關考題】

某現役軍人犯刑法 277 條第一項之普通傷害罪經法院判處罪刑確定，檢察總長以法院對現役軍人無審判權，認該確定判決違法，提起非常上訴，最高法院認非常上訴為有理由，將該確定判決撤銷，另為不受理判決，該不受理判決是否適法？（82 律四（一））

【重點整理】

一、我國軍事審判權行使範圍的最新演變

「現役軍人刑事審判權之歸屬」一直是林俊益老師持續關心的問題，除了其在教科書上的詳細分析（註一），之前就已經以此設例，在月旦的法學教室中做過演練（註二），現在，之所以有必要「新論」，主要原因是來自於軍事審判法與陸海空軍刑法的陸續修正，已經實質改變了軍事審判權與普通審判權的區分，有必要搭配新法，重新建構軍事審判權的範圍。

軍事審判法會在民國八十八年大幅翻修，是導源於釋字第四三六號解釋。在該號解釋中曾宣示：「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。」據此，學者認為，等於是間接承認軍事審判權的憲法地位（註三）。但我們從憲法第九條可以推知，軍事審判終究是一種例外，一種特別的訴訟程序，哪一種情形應該適用例外的軍事審判程序？需要一個明確的指標：

憲法第九條反面推論：「現役軍人」始受軍事審判。進一步問：現役軍人犯任何罪都受軍審、適用軍事審判法之規定追訴審判嗎？刑事訴訟法第一條第二項及軍事審判法第一條第一項結合起來看：「戰時」（定義請參照軍審法第七條），犯任何罪都受軍審，「平時」，「犯陸海空軍刑法或其特別法之罪」方受軍審。

本來，答案至此非常的清楚，體系也很一貫，但往昔為了擴大軍審的適用範圍，在國安法第八條第二項但書多了一個標準，非軍法之罪如果「非屬刑法第六十一條所列各罪者」，仍歸軍審。這個破壞體系的條文，因為軍事審判法第 237 條，必須自民國九十年十月二日停止適用。在停用後，普通審判與軍事審判的區分便回歸常態，用是否平時？是否犯軍法之罪？作為區分指標。林俊益老師認為，國防部體會到問題的嚴重性，於是「急著修正軍刑法，擴充陸海空軍事審判之範圍，進而掌控現役軍人刑事審判權之範圍。」並讓新的軍刑法施行日期得以銜接國安法第



八條第二項的停用。(註四)換句話說,「平時與否」沒有著力空間,只好在「是否犯軍法之罪」的指標上動手腳,讓本歸軍審的多數案件在軍刑法的修正後,仍歸軍審。

要如何讓本來屬於非軍刑法之罪「借屍還魂」、「無中生有」地成為軍刑法之罪呢?林俊益老師觀察後,歸納出兩種方法:**第一,在軍刑法中規定出構成要件相同或類似的罪名(但刑罰加重)**。例如,公然侮辱「長官」、毀損「軍用品」、「在營區內」賭博等。(詳細條文請自行參照陸海空軍刑法)**第二,用軍刑法第七十六條作為引置條文**。即將該條所列犯罪在刑法中的規定都予以借用,當作軍刑法本身有所規定,成為軍刑法之罪。例如,該條第一項第二款規定:「瀆職罪章」,則軍人犯任何刑法上的瀆職罪,都是犯軍法之罪。至於與本篇論文設例有關的竊盜罪,根據該條項第八款,則「在營區內」犯竊盜罪,是軍刑法之罪,「在營區外」犯竊盜罪,是非軍法之罪,歸司法機關依刑訴法追訴審判。

二、現役軍人犯罪審判權歸屬的判斷標準

前已言及,是否平時?是否犯軍法之罪?乃現役軍人犯罪審判權歸屬的判斷標準,解釋上沒有疑問。問題是,大家不要忘記,前提必須這個行為人是「現役軍人」。「現役軍人」這個身分有其得、喪之法定要件,(軍審法第二條言: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。)從犯罪到發覺到追訴審判,任何一個時間點都可能面臨行為人身分的變更,這個動態的變化經過排列組合,便成為一個必須解決的問題,否則普通審判與軍事審判的區分又將是個困擾。怎麼解決呢?有些靠軍事審判法明文的規定,有些則需靠學說實務補充。(註五)

與本論文設例有關的情況是:犯罪時無軍人身分,犯非軍法之罪(所犯之罪應以行為時身分決定),但發覺(如:為警查獲)時具軍人身分。根據軍審法第五條第一項明文: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。是故,本論文設例後一種情形(三次竊盜都在當兵時查獲),只要查獲時具軍人身分,依上述法條自該全屬軍審。至於本論文設例的前一種情形(第一次竊盜在當兵前便被查獲),需注意,案件一部歸軍審、一部歸司法,如果有不可分(單一性)的情形,則全歸軍審,故軍審法第三十四條才會規定:「犯罪事實之一部應依本法審判時,全部依本法審判之。」

【研讀心得】

由於林俊益老師這篇文章是寫在法學教室,礙於篇幅,設例與論述都盡量簡單化,故文章所能關照的問題與角度就很有限,如果大家想要把這個問題弄得更清楚一點,應該把林老師教科書上的論述看完,或起碼把之前其所寫的法學教室拿來比較(都應該用新的軍審法、軍刑法甚至兵役法去理解)。前後兩篇相隔五年的法學教室之差別,最重要的便是根據兵役法第十六條,「現役」是始自入營服役,終於期滿退伍。前面一篇文章設例特別提及,入伍後自部隊逃亡,若符合(舊)兵役法第二十條第一項第三款「無故離營已逾一個月」,則應停服現役,喪失現役軍人身分(參照釋字第51號解釋)。惟新修正的兵役法已不見前揭條文,是否歸入停役的另一理由「失蹤逾三個月者」亦不明之,值得持續追蹤。

此外,因著國安法第八條第二項的停用,可能有一些由軍法機關受理的未結案件,應改由司法機關追訴審判,處理上,應由軍法機關視進度,以「對於被告無審判權」下不起訴處分或不受理判決嗎?實務採否定見解,認為這只是偵審機關的變動,只需移送司法機關依刑訴法續行訴訟,移送前已進行的程序不因移送而失其效力。(註六)這個看法在處理上有其便利性,但這裡難道不是因為「法令變更」而使軍法機關喪失審判權嗎?如果是,否定說恐有疑義。(註七)

【參考資料】

1. 林俊益,研習手冊--刑事訴訟法(上),長弘出版,2000.9。
2. 林俊益,現役軍人身分與審判權,月旦法學雜誌,第19期,1996.12,頁57、58。
3. 林俊益,新論現役軍人刑事審判權之歸屬,月旦法學雜誌,第79期,2001.12,頁18、19。



4. 陳樸生，刑事訴訟法爭議問題研究，五南出版，1997.11。
5. 蔡墩銘，軍事審判與普通審判之關係，月旦法學雜誌，第 35 期，1998.4，頁 28-31。
6. 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，1998.4，頁 31-36。
7. 陳運財，軍事審判之刑事訴訟法制化--兼評釋字第 436 號解釋，收錄於刑事訴訟與正當之法律程序，月旦出版社，1998.9，頁 117-132。
8. 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，軍法專刊，第 46 卷第 11 期，2000.11，頁 1-13。

註一：林俊益，研習手冊--刑事訴訟法（上），長弘出版，2000.9，頁 56-78。

註二：林俊益，現役軍人身分與審判權，月旦法學雜誌，第 19 期，1996.12，頁 57、58。

註三：蔡墩銘，軍事審判與普通審判之關係，月旦法學雜誌，第 35 期，1998.4，頁 28。

註四：林俊益，新論現役軍人刑事審判權之歸屬，月旦法學雜誌，第 79 期，2001.12，頁 18。

註五：關於各種排列組合，請自行參照林俊益老師教科書上的圖表（同註一書，頁 76、77），於此不一一贅述。

註六：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，軍法專刊，第 46 卷第 11 期，2000.11，頁 3-5。

註七：請比對陳樸生老師的看法，因老師在其文章中特別提到：**軍審法第五條第一項但書移送普通法院審判，是因「被告身份的變更」，並非「法令之變更」**，故軍事審判機關在移送前之追訴、審判程序均屬合法，移送僅是訴訟繫屬之移轉、改隸，軍審機關不能依軍審法第 169 條第六款以對被告無審判權而諭知不受理，受移送法院也不能認軍審機關的判決因無審判權而無效或由檢察官再行起訴。詳見氏著，無效判決及其救濟方法，收錄於刑事訴訟法爭議問題研究，五南出版，1997.11，頁 64-66。

