

# 宗教良心自由與服役正義 ——釋字第 490 號解釋與社會役

陳新民\*

中央研究院中山人文社會科學研究所

司法院大法官對於耶和華證人會的信徒以宗教信仰與良知理由，而履履拒絕入伍（「良心拒絕服兵役」）的違憲爭議作出第 490 號解釋，在此解釋中述及宗教自由及服役正義的概念。本文先就宗教「內在」及「派生」自由的二分概念予以簡權，同時確立宗教自由的界限，其次討論拒絕兵役的處罰制度是否構成「一事二罰」，再就比例原則檢討該解釋的妥當性。

最後本文就本案應有的解決之道，亦即「社會役」制度予以介紹，並對此制度可以如何解決該爭議予以說明。而後以此制度的憲法理論基礎對第 490 號解釋的不當之處提出建議及解決方案。

**關鍵詞：**釋字 490 號、宗教良心自由、社會役、一事不二罰、兵役法、替代役、社會役

## 壹、前言

司法院大法官在 88 年 10 月 1 日公布了釋字第 490 號解釋，針對耶和華證人會的信徒以宗教信仰與良知理由不從事參與任何有關戰爭與殺人的事

---

\* 陳新民，德國慕尼黑大學法學博士，現任中央研究院中山人文社會科學研究所法律組研究員。

收稿日期：88 年 11 月 19 日；接受刊登日期：89 年 2 月 10 日

務，而屢屢拒絕入伍所引發的違憲爭議，作出解釋。在歐洲各國幾乎沒有一個國家沒有面臨類似的爭議，我國終於由釋憲機關對此屬於「世界性」的案件作出合憲決定。大法官會議此號解釋是否為一個正確的解釋，從而有促使我國社會更有包容性與理智性的進步意義？吾人不妨抽絲剝繭般的就本案牽涉相關的憲法人權事項，與法律解釋及制度等加以觀察。

本案所涉及的問題乃是服兵役的役男，能否基於宗教信仰的理由而拒絕履行法律上的義務，例如服兵役？國家對於這種拒役者的處罰，例如我國有妨礙兵役治罪條例或是入伍後抗不服從軍事訓練，則可依軍刑法處罰。但如未達兵役法第 5 條判處七年以上徒刑，及實際執行四年的禁役條件時，必須回役。而該役男再度不履行兵役義務，又可再度處罰，這種處罰是否構成一行為數罰？或是可將第二次以後的犯行視為第一次犯行的延續，而無可罰性？大法官在裁決立法者課予違反兵役義務役男的刑責是否有尊重比例原則，而作合憲與否的解釋外，還有沒有其他可以採行的「指示性」的判決？例如為何不指示立法者應考量歐洲各國因欲解決與本案幾乎相同的案例，亦即也由同一個耶和華證人會信徒所肇致的拒服兵役案，而毫無例外的採行建立社會役制度<sup>1</sup>以因應之？吾人先試讀解釋文的正文及解釋理由後，再予評論。

## 貳、釋字490號的解釋

### 一、解釋文

人民有依法律服兵役之義務，為憲法第 20 條所明定。惟人民如何履行兵役義務，憲法本身並無明文規定，有關人民服兵役之重要事項，應由立法者斟酌國家安全、社會發展之需要，以法律定之。憲法第 13 條規定：「人民有信仰宗教之自由。」係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或

---

1 按社會役是替代役的通稱，誠然替代役可將一切替代兵役皆納入當中，例如：警察役、消防役等。惟為凸顯此種役別，乃在民間的社會福利事務中，提供服務的特性，況且歐洲各國實施替代役制度的國家，都在此社會領域內服役占絕大多數，因此替代役與社會役無異。故我國目前雖然稱替代役，但終究會更名為社會役，故本文暫用「社會役」一詞。

不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰畀予優待或不利益。立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同，於兵役法第 1 條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。復次，服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第 7 條平等原則及第 13 條宗教信仰自由之保障，並無牴觸。又兵役法施行法第 59 條第 2 項規定：同條第一項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑時間不滿四年時，免除禁役。故免除禁役者，倘仍在適役年齡，其服兵役之義務，並不因此而免除，兵役法施行法第 59 條第 2 項因而規定，由各該管轄司法機關通知其所屬縣（市）政府處理。若另有違反兵役法之規定而符合處罰之要件者，仍應依妨害兵役治罪條例之規定處斷，並不構成一行為重複處罰問題，亦與憲法第 13 條宗教信仰自由之保障及第 23 條比例原則之規定，不相牴觸。

## 二、解釋理由

現代法治國家，宗教信仰之自由，乃人民之基本權利，應受憲法之保障。所謂宗教信仰之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰畀予優待或不利益，其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由。內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障。宗教信仰之自由與其他之基本權利，雖同受憲法之保障，亦同受憲法之規範，除內在信仰之自由應受絕對保障，不得加以侵犯或剝奪外，宗教行為之自由與宗教結社之自由，在必要之最小限度內，仍應受國家相關法律之約束，非可以宗教信仰為由而否定國家及法律之存在。因此，宗教之信仰者，既亦係國家之人民，其所應負對

國家之基本義務與責任，並不得僅因宗教信仰之關係而免除。

保護人民生命和財產等基本權利乃國家重要之功能與目的，而此功能與目的之達成，有賴於人民對國家盡其應盡之基本義務，始克實現。為防衛國家之安全，在實施徵兵制之國家，恆規定人民有服兵役之義務，我國憲法第 20 條規定：人民有依法律服兵役之義務，即係屬於此一類型之立法。惟人民如何履行兵役義務，憲法本身並無明文規定，有關人民服兵役之重要事項，應由立法者斟酌國家安全、社會發展之需要，以法律定之。立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同，於兵役法第 1 條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務；第三條第一項規定：男子年滿十八歲之翌年一月一日起役，至屆滿四十五歲之年十二月三十一日除役；第 4 條規定：凡身體畸形、殘廢或有箇疾不堪服役者，免服兵役，稱為免役；第 5 條規定：凡曾判處七年以上有期徒刑者禁服兵役，稱為禁役。上開條文，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。復次，男子服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第 7 條平等原則及第 13 條宗教信仰自由之保障，並無抵觸。

兵役法施行法第 59 條第 2 項規定：同條第 1 項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑時間不滿四年時，免除禁役。故被免除禁役者，倘仍在適役年齡，其服兵役之義務，並不因此而被免除，兵役法施行法第 59 條第 2 項因而規定，由各該管轄司法機關通知其所屬縣（市）政府處理。若另有違反兵役法之規定而符合處罰之要件者，仍應依妨害兵役治罪條例之規定處斷，並不構成一行為重複處罰問題，亦與憲法第 13 條宗教信仰自由之保障及第 23 條比例原則之規定，不相抵觸。又犯罪判處徒刑在執行中者，停服現役，稱為停役。停役原因消滅時，回復現役，稱為回役。兵役法第 20 條第 1 項第 2 款後段及同條第 2 項定有明文。至於回役之程序如何，兵役法第 25 條第 1 項第 1 款、第 2 款祇分別規定常備軍官、常備士官、常備兵、補充兵在現役期間停役者，為後備軍人，應受後備管理而已，初無關於回役之技術性之程序規定。惟回役核其實質，仍不失為後備

軍人平時為現役補缺之性質，依兵役法第 38 條第 1 項第 2 款規定，自得對之臨時召集。行政院訂定發布之召集規則第 19 條第 1 項第 4 款乃規定，停役原因消滅，回復現役，得對之臨時召集，並未逾越兵役法第 38 條第 1 項第 2 款規定之範圍，亦未增加人民之負擔，核與憲法法律保留之原則，並無不符。本於同一理由，同規則第 19 條第 1 項第 5 款，補服義務役期之臨時召集之規定，亦與憲法保障人民權利之意旨無違，併此指明。

## 參、評釋

### 一、憲法法益保障的均衡——宗教「內在」及「派生」自由二分概念的商榷

本案最重要的是涉及到強迫服兵役是否侵犯到役男的宗教自由權。所謂宗教自由，依據傳統憲法學理包括了積極的宗教自由與消極的宗教自由。所謂的積極宗教自由 (positive Religionsfreiheit)，是指國家不得干涉人民進行有關宗教及其信仰的一切活動，包括作禮拜、傳道與其他類似的信仰表現與行為；消極的宗教自由 (negative Religionsfreiheit)，是指人民得拒絕參加任何一個宗教信仰，也有不受他人宗教信仰影響的權利，因此宗教自由是保障人民可以維護及實踐自己的宗教信仰及活動，擁有不受干涉的權利，對於干涉者得予拒絕，因此是一種典型的防禦權 (Abwehrrecht)<sup>2</sup>。宗教自由因此與良心自由一樣，都是對外在世界所為的善與惡、為與不為的價值判斷，故此種精神運動應當表現在其外在的行為之上。易言之，宗教自由是基於內在的價值決定，而表現在外界且可察知的行為為其特徵，也就是一種「誠於中、形於外」的自由。宗教自由當以注重、確保其外在的行為為標準。然而，

---

2 在德國曾發生重要的「十字架」案，事緣於幾個德國的邦立法規定學校教室應懸掛十字架，德國聯邦憲法法院便指出此個法律侵犯非基督徒學生的消極宗教自由權利。參見拙著〈立法者的「審慎義務」與釋憲者的「填補」任務——由德國聯邦憲法法院「教室十字架案」談起〉，刊載《憲法解釋之理論與實務》，中央研究院中山人文社會科學研究所，民國 87 年，第 97 頁以下。

由釋字 490 號的解釋理由，雖已提出積極與消極宗教自由的理念，<sup>3</sup> 惜未能明確的提出此兩個概念的用語，是本號解釋概念闡述不足處之一。

其次，本號解釋文更進一步的區分「內在信仰自由」與「派生之信仰自由」兩種概念。依大法官會議之意，內在信仰自由乃涉及思想、言論、信念及精神的層次，應受絕對之保障；至於「派生之宗教自由」，乃包括宗教行爲的自由與結社的自由，因可能涉及他人的自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此僅能受相對之保障。大法官這種二分法顯然把宗教自由（甚至可包括所有的人權，例如最明顯的是言論自由）區分爲二種，一種是「心裡」想的自由，另一種是「做」的自由；前者乃絕對不受侵犯與剝奪，後者則否。倘若基本人權之規定，亦遵循此二分法的話，憲法第 23 條對於人權的限制即應改爲所有派生、且形之在外的人權才可限制。不過，吾人不能不察的是所謂的「內在」宗教（其他人權）自由，事實上本即無法加以限制，也無懼國家的限制可言！試問國家如何能制定「誅心」的措施？因此宗教自由無須爲此「內在」與「派生」的二分法。宗教自由便是人民基於宗教而表現在外的自由界限，正如同人民基於良知而表現在外的言論與出版自由界限一樣，憲法所要關切的，也在立法者有無基於理智的公益動機、憲法委託及比例原則等等，而予不當的限制。

細查我國大法官會議之所以會區分宗教自由有此「內在」與「外在派生」自由之別，從而導出絕對不可侵犯與剝奪、及可依法加以侵犯等二分法的理由，可溯源自劉慶瑞教授。在其「中華民國憲法要義」大作中已將宗教自由包括三種意義：一爲信仰自由，這是內心問題的絕對自由；二爲崇拜自由，三爲傳教自由，皆係外表活動，與社會有密切關係，可以說是一種相對自由，其不能違反善良風俗或擾亂公共秩序，理所當然，所以應受法律之限制。<sup>4</sup> 但究竟此存於內心絕對的宗教自由有何實證效力？此種人權如何落實？氏亦未

3 解釋理由書在下列用語已表明此概念：所謂宗教信仰之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與任何宗教活動之自由。

4 民國 72 年，修訂 12 版，第 76 頁。另外，在另一篇討論美國憲法宗教自由時，也有類似的見解，見氏著〈論美國憲法上的「正當法律手續與人權」〉，刊載《比較憲法研究》，民國 67 年，第 87-88 頁。

置一詞，其論理基礎自極薄弱！<sup>5</sup> 另外，是否亦可能是參考德國憲法有關宗教自由的規定而來？吾人雖未能在解釋文中獲得證據，但不妨可由德國憲法的例子來討論。

德國基本法第 4 條第 1 項規定，人民信仰、良知、宗教與世界觀認知的自由不得侵犯；第 2 項規定人民「遂行信仰之行爲」應予保障。乍看之下，第 1 項規定廣泛保障人民宗教信仰等權利，似乎即是大法官會議所認定的內在自由，所以德國憲法使用了此種自由「不容侵犯」(Unverletzlichkeit) 之強烈措詞，而第 2 項保障人民所謂「遂行信仰之行爲」(Die ungestörte Religionsausübung)，則包括從事禮拜、講道等行爲而言，此似乎便是大法官會議所指「派生」之宗教自由。德國基本法爲此使用「應予保障」(wird gewährleistet) 的用語，顯然比第一項來得口氣疏緩得多，而有許可法律加以限制之餘地。不過，假如吾人係援引德國基本法第 4 條有關宗教自由保障的條文構造，來建構釋字 490 號所述的宗教自由概念時，可能犯了一個「見樹忘林」的重大錯誤：基本法對於人民宗教自由的規定，實不以基本法第 4 條爲限。基本法在第 140 條規定威瑪憲法第 136 條、137 條、138 條、139 條及 141 條之規定，仍然構成基本法的內容，這五個條文全部是有關於人民宗教自由的規定：例如第 136 條規定人民及公民的權利義務，不得爲行使宗教自由而受到限制 (第 1 項)<sup>6</sup>；人權及公民權的享有及擔任公職的不受影響 (第 2 項)；不能強迫人民公開其宗教信仰，除非涉及權利義務，或法定統計資料所需外，不得調查人民所屬的教派 (第 3 項)；不得強迫人民參加任何宗教儀式、慶典活動及使用宗教性質的誓詞 (第 4 項)。第 137 條規定不設立國教 (第 1 項)；人民有組織宗教團體的自由，在德國國境內組織教派毫無任何限制 (第 2 項)；宗教團體在法律規定的範圍內享有完全的自治，國家及地方政府不得干預神職的任命 (第 3 項)；教會團體依民法規定取得行爲能力 (第 4

5 但劉慶瑞的見解並未形成通說。例如林紀東亦未持此見解。林紀東教授認爲宗教自由與一般人權無異，可因公益而予以限制。見氏著《中華民國憲法逐條釋義 (第一冊)》，民國 71 年，三民書局 (修訂出版)，第 197 頁以下；董翔飛，《中國憲法與政府》，民國 88 年 37 版，第 124 頁以下。

6 易言之，人民不能本於行使宗教自由而拒絕履行兵役義務、接受義務教育等之義務。

項)；教會團體取得公法人社團之資格，至今未取得此資格的宗教團體如依教會章程與信徒意願希望擁有持續的法律地位時，可以申請取得之，各教派欲組成聯合會時，此聯合會亦取得公法社團之地位（第 5 項）；具有公法社團地位之宗教團體得依邦法負擔租稅能力(第 6 項)；宗教團體與聯合會皆能擔負傳教的任務（第 7 項）；本條文的細節得由邦法規定之（第 8 項）。第 138 條規定宗教團體經由法律契約與其他法定方式獲得國家資助者，得由邦法解除之，其基本原則由聯邦決定之（第 1 項）；各宗教團體與協會為其文化、教育、及福利任務所使用的設施、基金、財產與其他權利應受保障（第 2 項）。第 139 條規定星期日與其他國定慶典，應由法律規定為假日及心靈靜修之用。第 141 條規定如在部隊、醫院、監所及其他公共設施內有宗教禮拜及其他信仰行為之必要時，應許可宗教團體執行此宗教行為，而此時不得加諸任何的強制行為。由上述威瑪憲法五個宗教自由的條款，已構成了基本法中有關宗教自由的範疇，使得第 4 條第 1、2 項之規定顯得空泛至極，甚至失去了概念的重要性。所以吾人如果要了解德國基本法所保障的宗教自由，所要重視的應是基本法第 140 條的規範，而整個第 140 條所呈現的完全是「外在」的宗教權利，因此大法官在釋字 490 號為簡單的二分法，忽視了宗教自由必會和其他的人權產生接觸與衝突，此時端視憲法給予指導性之原則，從而要求立法者加以實踐，這就是在 1949 年時德國基本法的制定者了解單純由第 4 條的空泛規定不足以在法治國家中建立一個完整的「宗教秩序」，才會繼續援引威瑪憲法此五條更周延的條款，使得宗教自由成為所有人權中著墨最多者。釋字 490 號解釋從一開始就過度簡單了憲法宗教自由權的內涵，其整個釋憲結果的周延性就令人擔心了。

## 二、宗教自由的界限

人民的宗教自由基本上與其他人權一樣，必須受到應有的限制，所以，與大部分的人權一樣，都是受到憲法相對的保障，而非絕對的保障。<sup>7</sup> 宗教自

---

7 我國憲法雖絕大多數是相對限制的人權，但亦有絕對保障之人權，此即憲法第 9 條人民非軍人不受軍法審判規定也。見拙作《中華民國憲法釋論》，民國 88 年第 3 版，第 160 頁。



由在憲法的位階，亦不能逾越其他相同的人民基本權利與義務的條款，例如憲法的平等權規定也特別指出不能對宗教信仰有特別利益與不利益的差別待遇，因此人民不能夠以宗教信仰而違反平等原則以及拒絕履行法律的義務。前述德國威瑪憲法第 136 條 1 項開宗明義就點出此義務！因此在實施義務兵役的國家，得立法規定所有役男應有服兵役的義務，對非法拒絕服役者得課以刑罰，此並未違憲。

故，光由憲法保障人民擁有宗教自由的人權，作為拒絕服兵役的法理基礎，即會與憲法平等權與人民有依法服兵役的憲法義務相牴觸，因此必須要在憲法的基礎上對此問題再加考慮。歐洲國家在許可人民能夠擁有拒絕入伍的權利，皆提升到憲法的層次，例如德國在 1949 年制定憲法時，原未規定人民有服兵役的義務。在 1956 年決定「再武裝」實施徵兵制後，朝野鑒於德國在納粹時代曾有一段悲慘的往事：據統計，在第二次世界大戰時曾經對不願從軍的役男處以逃亡罪，槍決人數達二萬人以上，至二次大戰結束之日為止，槍決隊下的倖餘者達三萬人之多，<sup>8</sup> 因此德國在 1956 年修憲時，即在重新恢復徵兵制條文之後，另定一項規定，得因宗教信仰改服替代役，因此是在同步的樹立了人民的憲法義務時，也確定了宗教自由的內容與範圍。所以，本案就我國現實的宗教自由作為釋憲的法理依據，其立論十分薄弱。

在此要進一步討論國家要如何平衡少數宗教人士的要求？此雖亦與下文將提及的比例原則有關，但也可以凸顯出國家如何承認公益與個人宗教信仰的堅持中取得一個最符合合理性的平衡點。美國是西方國家中對宗教自由甚為重視的國家，這跟美國早期移民許多是逃避歐洲宗教迫害，而到美國來尋求宗教自由有密切關係。茲以美國的例子來作觀察。

第一個案例是關於少數宗教族群可否免除接受義務教育的問題。美國本來並不許可人民可以基於宗教信仰來拒絕接受義務教育，這情形直到 1972 年才打破，這就是著名的阿米族（Amish People）案件。阿米族是兩百年前由瑞士、德國及荷蘭來的移民，信奉噶爾文教派，多半是務農、主張簡約生活

---

8 Erdmann/Ermer/Kittmann, Das Zivi-Kurbuch, Der Ratgeber für den Zivildienst, 1997, 2. Aufl., S.20.

的清教徒。阿米族是一個群居的族群，所以不願子女離開住居太遠去接受教育，所以都是社居教學，由識字的族人施教，一般都只上六年的小學教育。另外，阿米族人拒絕現代文明，不使用電力及自來水，也不使用汽車，而使用畜力，成為現代都市社會的異類。<sup>9</sup> 本案發生在威斯康辛州，依該州教育法規定每位州民必須接受義務教育至滿十六歲為止。一對來此移民的阿米族夫婦有三位子女（二位十五歲，一位十四歲），已在公立小學接受六年的教育，遂不願將子女送入州立學校。當地政府遂逮捕該夫婦。訴訟提到郡法院及州巡迴法院，儘管當事人主張依其信仰，不可將子女脫離父母照料而送到遠方的公立學校上課，以及即使其不再使子女接受教育，但子女都會成為循規蹈矩的國民，故不會對社會造成傷害，所以不應強制他們入學為理由，但皆以其宗教利益不如州立法的利益來得重要，而遭駁回。上訴到威斯康辛州高等法院時，卻獲得勝訴。州教育部遂上訴到聯邦最高法院，並指出：義務教育足以提高州民的素質，促使社會進步且藉此才能維護民主體制。且依憲法之規定，唯有州法方能決定教育政策，而非個人可以置喙。1972年5月15日，美國聯邦最高法院遂以七票對〇票的絕對多數，公布了此著名的「威斯康辛州對約德案」（*Wisconsin v. Joder*），駁回上訴。<sup>10</sup> 聯邦最高法院認為：州無疑的有義務來改善州民的教育，但義務教育的利益必須和人民正當行使宗教的自由權來相互衡量。鑑於阿米族人民是一個與世無爭的少數族群，幾乎完全沒有發生暴力謀殺、吸毒的社會問題，所以對於他們可以求得最大良知及和平的宗教權利，州的立法應給予最大的尊重，遂為阿米族勝訴之判決。這是美國尊重宗教自由而免除一般法律義務最重要的判決。<sup>11</sup>

除了義務教育問題外，美國聯邦最高法院也可以用法益平衡的觀點來決定人民宗教自由的範圍。另一個值得重視的例子是1879年對於摩門教派的多

9 筆者在1987年底曾在賓州東南部的蘭卡斯特（Lancaster）地區渡過三週的聖誕假期，正巧與一個阿米族村落隔鄰，故現身體會他們的生活習慣。阿米族人篤信聖經，而其聖經全是由馬丁路德翻譯的德語聖經，而非英文聖經，生活習慣則保留十八世紀歐洲老德國農村之色彩。

10 406 U.S. 205 (1972).

11 參見 John A. Hostetler, *Amish People*, 3rd Edition, The Johns Hopkins University Press, 1980, p.262.

妻制判決。美國的摩門教援引聖經的例子，許可教徒一夫可娶四妻，此與各州實施的一夫一妻制不合，美國聯邦最高法院在 1879 年的「雷諾案」(Reynolds v. United States) 中，肯定一夫一妻制是人類文明的表徵，同時也是男女平等權的實踐，因此人民的宗教自由必須受到限制。<sup>12</sup>

由美國聯邦最高法院的「約德案」可給我們一個重大的啓示：在決定人民宗教信仰與法定義務發生衝突時，並不當然的、僵硬的先肯定法定義務具有優越地位。如果許可人民基於宗教信仰且遵奉該信仰亦不會對社會秩序、公共利益造成顯著危害時，例如阿米族人即使不使子女進入公立學校再接受教育，亦不會使他們的子女成為社會問題的製造者，且是最和平的國民，即無立法強制他們的必要。在本次釋憲案的耶和華證人會是否亦有類似的品行？

### 三、拒服兵役的處罰制度與一事二罰之商榷

法律對於強制人民履行服兵役的憲法義務，採行類似廣義行政罰的處罰方式，即包括違反行政義務的秩序罰及迫使其履行的執行罰二種。在前者方面，依妨害兵役治罪條例第四條之規定，接受徵兵令而不遵時入伍者，得處六月以上五年以下有期徒刑；而產生問題最多的則在後者，類似行政刑罰的部分，依兵役法第 5 條規定：凡曾判處七年以上有期徒刑者，禁服兵役，稱為禁役。此「七年」門檻，卻另有施行上的限制，依同位階的兵役法施行法第 59 條第 2 項規定，若實際執行徒刑未滿四年時，儘管曾判處七年以上有期徒刑，仍不得禁役而須回役。而在實務上，這個「實際執行徒刑四年」的解釋，更是採狹義的「一次服滿四年」之謂。易言之，役男幾次入獄，但累計服刑期間超過四年，依國防部 46 年 9 月 10 日準諮字第〇一三二號令解釋，仍不能予以禁役。<sup>13</sup> 本案的聲請人與同教派之信徒所指摘的，主要為後者之回役違憲性問題。以立法者採取此兩種法律罰責可知，立法者對於逃避兵役不論是否基於宗教信仰而拒服兵役或其他因素給予處罰外，仍不以此為滿

12 Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (1879).

13 引自本號解釋王和雄大法官之部分不同意見書。

足，以致於採行僅五年的低額刑度，而不及於禁役七年的門檻，而對於用法律來迫使拒役者，才有兵役法施行法服刑四年的門檻規定。但吾人必須客觀而言，立法者在兵役法施行法第 59 條第 2 項「迫使」回役的企圖，其實並不強烈。反而是軍法審判機關「善用」此條款作為強迫回役的制度。按役男除了在入伍前拒絕服役判處五年以下有期徒刑，期滿後再度拒役而由法院判刑較無司法權濫用的疑慮外，如役男入伍後，拒絕穿軍服或持槍等行為，依陸海空軍刑法第 64 條處以抗命罪，此些罪嫌亦為五年以下有期徒刑，必須連續犯才能處七年以上有期徒刑而達到禁役的作用。由於役男入伍前後適用法律的不同，拒絕入伍依妨害兵役治罪條例處刑，最高刑度五年以下，對於初犯往往僅判一、二年。要達到禁役七年的門檻，必須「出入」法院、監獄多次。反之，應徵入伍後，拒絕出操……等構成抗命罪，雖在平時，最高刑度亦為五年，但一貫採行威嚇主義的軍事審判，較易獲判重刑，從而可迅速獲得禁役的機會。<sup>14</sup> 所以，實務上也因此產生了許多此些役男及家屬要求軍法機關給予最高度刑罰的請求。此種被告自願選擇觸犯重法及要求重判的矛盾，不啻挑戰了人民對國家刑事法律正確的信賴感；此重刑重罰所保障的「法益」是否值得青年為之付出如此慘痛的代價？故此情形真是可堪稱法治國家的異數。然而在此申請人所提出的其拒服兵役應是基於一個明確而持續性的概念，亦即終身不願履行此種義務，因此其一再產生入伍——審判——服刑——出獄——入伍——審判的循環，是否已是一種雙重處罰的問題。大法官會議 490 號解釋認為此構成妨害兵役法的規定，已構成另一個新的違反事件，加以處罰即不夠成一行為重複處罰的問題，亦無牴觸比例原則的問題。

我國憲法雖未如外國憲法，如美國憲法增修條文第 5 條及德國基本法第 103 條第 3 項所揭櫫的雙重或多重處罰原則 (ne bis in idem)，但此原則已成

14 我國軍法實務對於類似案例的處理方式，極為分歧。如役男是在入伍後在軍中拒絕持槍出操接受軍事訓練，有依同法條 2 款之軍中抗命罪判處十年以上有期徒刑。但 80 年 5 月終止動員戡亂後，依一般抗命罪多半處一年左右有期徒刑，這種刑度的差距，無疑是司法權力的濫用。參見黃武彰，〈從軍法實務論良心兵役拒絕問題〉，國防管理學院法律研究所碩士論文，民國 88 年，第 59 頁以下。

為法治國家的基本原則之一。<sup>15</sup> 因此，可先就雙重處罰的問題來檢討。

的確，以傳統刑法對於不得連續處罰的一行為，是基於一個概括的犯意，客觀上係一個行為侵害一個或數個同性質的法益，<sup>16</sup> 拒服兵役的役男不履行兵役而服刑後，如仍再度拒絕入伍，已滿足另一刑責的構成要件，例如某被告欲殺死某特定人為志向，一次未遂出獄後再度行兇，當再構成殺人罪；然而在本案申請人其自始拒服兵役卻是持續性的犯意，其第二次產生的犯行仍賡續以往的犯意，所以容易比擬為前述的再度殺人案例。

關於此，德國聯邦憲法法院在 1968 年有一個類似的案例，值得吾人參考。<sup>17</sup>

本案是幾位德國耶和華信徒應拒絕服社會役而遭以逃役罪判處二至八個月不等之刑期，且執行完畢後復收到徵召令，彼等拒絕接受徵召，遂再度被判刑。訴願人遂主張違反一事不二罰原則而提起憲法訴願。訴願人認為其不願意服兵役及社會役是一種永遠的良心決定，也就是始終一貫 (ein für allemal) 的拒絕服役，因此兩次拒役的行為其實都是一個決定的延伸而已，即不能受到重複的處罰。而地方及邦法院的看法則與我國大法官見解類似，認為兩次的徵召令創設兩次的服從義務，從而可課予兩次的刑罰。但聯邦憲法法院卻認同訴願人的見解，認為訴願人的行為自始非屬「作為」，而係一種「不作為」，是基於一種明顯的具有嚴肅性與持久性的良心決定，所以會在內心產生一種義務，而有自我約束性，所以應該只受到一次的處罰。德國聯邦憲法法院這個判決很明顯的瞭解了這些基於良知而拒服兵役及社會役役男的宗教

---

15 BVerfGE 28, 264, 277 ff. A. Katz, Staatsrecht, 7., vollig neubearbeitete Aufl, 1985, Rdnr. 523.

16 此概念可參閱最高法院對連續犯概念的一則最新判例 86 台上字 3295 號判例：連續犯之成立，除主觀上是基於一個概括犯意外，客觀上須先後數行為，逐次實施而具連續性，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名，使足當之；如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，則屬接續犯，而為包括之一罪。

17 BVerfGE 23, 191. 參見李建良編著，《基本人權與憲法裁判》，民國 81 年，第 127 頁以下。

堅持，所以認為這種三番兩次的「不作為」，其實只傷害到國家一次的法益——即沒有辦法徵到一位青年服役的後果而已！所以勇敢的擺脫了傳統刑法學概念的約束。不過對此問題的立論，此號判決並未作太多的闡釋，以致於對刑法概念的更易並無太大的助益。本案給予立法者一個重大的啓示，乃是對於拒服兵役者不可用刑罰方式來迫使其服役，如果拒絕服役的罰則過輕，應予酌量加重，如利用刑罰來達到執行罰的作用，即有違憲之虞。<sup>18</sup>

#### 四、由比例原則的檢討

前已述及，大法官會議否認本案循環式入伍——入獄，已經達到違反比例原則的程度。爲此，吾人可由構成比例原則的三個子原則，即妥當性原則、必要性原則及比例性原則逐一來檢視大法官這個見解是否妥適：

首先，在限制人權方面，妥當性原則又稱爲「合目的性原則」(Zweckmäßigkeit)，要求立法者的限制人權措施與課予義務，必須要能達成立法的目的，否則一個「治絲益棼」的立法措施即爲違憲。立法者對於類似耶和華證人會信徒等遵奉絕對不入伍的確信犯，明顯的以中外各國無數的案例顯示，是無法藉著判刑來達到目的。而且既然信徒遵奉絕對不可以殺人的戒律，就是爲了自衛亦不可爲之，國家即使強迫其入伍，亦不可能將之訓練成爲善戰之軍人。因此立法者必須檢討現行的立法，是否可以彈性、有效的因應此問題。例如加重刑罰，對明白拒役入伍者處較重的刑罰，一旦役男選擇此刑罰後就免除其入伍義務。但吾人寧採更人性的替代方案，即建立其他的替代役制度。因此本案暴露出我國制止逃役的妨害兵役治罪條例、兵役法及兵役施行法不足圓滿解決此爭議的窘境。

次而，就必要性的原則而論，立法者對於人權的限制應在絕對必要的範圍內方得行使之，因此對於罰則的構成要件應予詳細區分、來課以相當的法律責任。立法者的形成裁量即受到限制。如本案所牽涉的良心犯，其雖不願

18 雖然行政法上不乏常見的執行罰與秩序罰相互使用，並不構成一事二罰的問題，但這是對未達到行政目的所作的「逼迫」制度，且罰度多較輕，此和利用刑罰來擔任執行執行罰的工具，不可同日而語。見前註 16 筆者對該案的評釋部份，第 138 頁以下。

入伍，但並非不願意接受國家給予的其他勞動義務，例如執行替代役等，並非對促進社會公益毫無助力和意願。誠然，社會上對這些不願服役者會認為是懦夫或自私自利者的批評，但這些不免會有情緒性的反應，會隨著替代役制度實施的結果及替代役役男的表現，而使社會觀感獲得改變。所以，社會對拒服兵役的非難性，會隨著容忍風氣的增長而降低。因此替代役男也是可增進公共利益的人力資源，此由歐洲各國成功的例子可以佐證。<sup>19</sup> 因此我國法律一律將這批可用之才投入監獄，是否為最小的侵害及絕對的必要？實令人懷疑。

最後，就狹義的比例原則，其涉及到法益的衡量，的確拒服兵役會侵犯到平等權，造成國家國防法益的侵害，但假如能夠採行替代役的政策或給予適度的刑罰，即無違反平等權的疑慮。就國防法益而言，倘國家兵源無虞時，此法益的重要性降低，法律後果則由平等權的侵害來吸收；但鑑諸此些役男既不能殺人成為好軍人，則其國防法益幾乎不存在，而且現代戰爭也常無前線與後方之分，國家除了在前線禦敵，也必須在後方救災，因此國防法益常也必須將後方的民防法益包括在內。替代役即是彌補後方救援人力欠缺的最好制度。所以，如無此替代役制度，國家勢必須由現役軍人來救災，反而會削弱國防實力，所以並不能光以損失兵源及減損國防法益作為重罰役男的唯一藉口。但本案所侵犯到拒役役男的法益，則是漫長可達二十七年之久的「等待」牢獄生涯，顯示出此刑罰制度的殘酷性，憲法比例原則與法治國家所要求人民應該享有的人性尊嚴，即蕩然無存。<sup>20</sup>

大法官會議在此號解釋中，認為男人服兵役之義務並無違反人性尊嚴，

19 德國在甫實施替代役時，社會普遍稱呼這些役男為「膽小鬼」(Drückeberger)，不是男子漢大丈夫。但現在已完全摒棄此偏見，而稱替代役與兵役是「一面勳章」的兩面。德國負責替代役最高負責人「社會役監察員」(Bundesbeauftragter für Zivildienst) Hintze 在 1995 年參加一個社會役討論會上曾提到他在符騰堡時看到報上刊登的一個訃文。訃文的遺族特別感謝一位社會役男，在死者臨終前一年辛勤的照料，比親生子女還有愛心。這個遺族公開的感謝，據 Hintze 透露，每年不知收到多少類似的來信，都顯示出替代役男對社會福利付出重大的貢獻。H. Schierhelz (Hrgb.), Zivildienst im Umbruch, Evangelische Akademie Loccum, Protokoll 52/87, 1988, S.9.

20 參閱本號大法官會議解釋劉鐵錚大法官提出的反對意見。

亦無動搖憲法價值體系的基礎。誠然，人民兵役義務並無侵犯人性尊嚴及憲法價值之問題，兵役制度本身（in sich）的價值亦同，但是如構成兵役制度的法律制度有瑕疵時，則另當別論。例如軍隊的紀律規定本身並不會當然違反人權而違憲，但一旦許可凌虐軍人時，就必須將這些紀律規定刪除。所以，同理可知不可說義務役的本身不會侵犯人性尊嚴而免除一切的違憲審查，反而必須就實施兵役制度的各個步驟及個案來檢驗有無違反憲法之精神。可惜本號解釋大法官不能明白將屢屢處罰的行為，用人性尊嚴作為審查的標準，僅僅只是不附理由的提及未違反比例原則而已。我們看到目前仍有二十餘名類似的役男仍在服刑之中，當可知道此種法制對主張和平維護的國民竟採和刑事重犯接受同樣的刑罰責任，當是違反人性尊嚴與比例原則的要求。

## 肆、本案根本解決之道——社會役制度之建立

### 一、未能使用「警告性裁判」

由前文的討論可知，役男依據宗教信仰及良知永遠拒絕入伍服兵役，光只援引憲法的宗教自由條款來賦予此拒絕履行憲法所課予服兵役的義務，立論十分薄弱。而現實兵役法及施行法令所結合秩序罰與執行罰性質的重罰規定，亦違反法治國家的維護人性尊嚴與比例原則，因此彌補本案的制度上與理論上的漏洞，大法官會議僅有唯一的選擇，即督促立法院應該建立兵役替代役的制度。按這種屬於「督促」立法者有從速在限期內修法與立法義務的「警告性裁判」（Appealentscheidung），近年來已在大法官會議的判決中屢見不鮮，此種判決可以使違憲的法律體系由立即失效創造一個過渡期，實為一個不得已的折衷之計，但其對立法者及執政的行政當局可產生實質的壓力，當可斷言。本號解釋在公布後兩週（88.10.15），大法官會議作成之釋字第491號解釋便對公務員考績法部份條款就給予以兩年的失效期限，為何獨缺在本案中使用的？而本號解釋僅有王和雄大法官在部份不同意見中明白提及



應該在解釋文中督促建立替代役的體制，<sup>21</sup> 可見得大法官會議並未能瞭解兵役替代役的制度及其具有的開創意義，才會導致在本次解釋文中，絲毫不提及立法者應該「鬆動」現行兵役法制的僵硬性。

大法官會議未為任何警告性裁判的提示，也顯示出大法官與現實政治的脫節。按大法官為此號解釋（88.10.01）前一年半，即 87 年 3 月 4 日起，行政院長及國防部與內政部長都已多次宣示我國將採行兵役替代役，並且將在二年後（89.07.01）正式實施。甚至今年 9 月 21 日發生大地震後，媒體一度謠傳政府將暫緩實施此制，但政府隨即澄清將如期舉行，且篇幅都不小，佔媒體版面的顯著地位。而大法官為此判決前，內政部與國防部早已著手修改兵役法及施行法，且內政部也已著手草擬替代役法，行政院且成立一個由劉兆玄副院長主持的跨部會籌畫會議，筆者皆參與其事。因此大法官會議為此判決時，由媒體的廣泛報導，當應已風聞此事！甚且更進一步言，大法官會議亦可向政府及相關部會查詢，亦可知政府已將本案所涉及的宗教拒役者列入替代役的實施對象之內。當然將來在立法過程，一定會有不少立委基於平等權的原則質疑此制度的公平性，<sup>22</sup> 故大法官會議如能夠在本解釋中，肯定此制度的重要性與合憲性，將可謂即將到來的本案立法程序，掃除不少質疑與障礙。<sup>23</sup>

## 二、替代役制度的概念內容

為了解決人民基於宗教信仰而拒服兵役的棘手問題，歐洲各國紛紛在二

---

21 王和雄大法官在少數意見中承認本案並不違反構成雙重處罰的問題，也不反對基於平等權要求人人都有服兵役的義務，但如果能夠找出替代服役的方式，則可給予人民權利最小的損害，以符合比例原則。王和雄大法官的此項見解，頗為正確。

22 今年國民大會在修憲時，曾討論一個憲法第 20 條之修憲案（人民有依法律服兵役之義務，更改為人民有依法律服兵役或替代役的義務），以便使人民將來服替代役時有憲法的依據。筆者受邀參加此公聽會時，便聽到許多國大代表反對此種替代役的制度，理由即為違反平等權。最後，此次修憲並未採納此修正案，可見得國大代表絕大多數已有此誤解，而今年立法委員恐怕也難免會有此誤解也。

23 依行政院規畫，建立替代役相關的法案，應該在當年的 11、12 月前送達立法院，並在同一個會期中審議完畢。幸而在立法過程中未遭遇太多的困難，故立法院已於 89 年 1 月 15 日三讀通過「替代役實施條例」。

同，故隨即引發爭議與質疑。當時有關當局曾商請憲法學者 G. Anschütz 及 F. Giese 提出鑑定報告書，此二位教授於報告書中均認為系爭憲法條文並無憲法上之疑義，蓋延任之國會仍係人民所選出之國會。不過，另位知名憲法學者 G. Jellinek 則曾著書持不同看法，其謂：國會之任期並非只是具有政治上之意義，其尚且是一種法律上之事實及工具，使民意機關得以保有其作為人民意志機關之性格，蓋選民並非只是單純之創設機關 (Kreationsorgan)，其尚應與所選出之代表間保有持續性之法律上關連 (in dauernder rechtlicher Beziehung zu den Gewählten) (G. Jellinek, 1914: 585 f.)。

二次戰後，德國成立聯邦憲法法院，該法院第一個實體裁判即涉及邦眾議院議員任期延長之問題，經審理後，法院將延任之規定宣告無效，<sup>22</sup> 於裁判理由中，法院指出：民主原則者，並非只要存在有監督政府之代議機關即為已足，屬於民主原則之重要內涵，尚應包括對於選民之選舉權不能以違憲之方式予以剝奪或縮短，是以，把即將舉行之選舉予以延後，無異是對人民選舉權之侵害。固然。基於民主原則尚無法導出國會議員之任期絕不得改變或延長，惟基於民主原則之要求，此種延長僅於具有憲法正當性時，始得為之，必要時且應獲得人民之同意 (BVerfGE 1, 14/33 f.)。

對於上述裁判之意旨，有學者作如下之詮釋：基於民主原則，所有國家權力均自人民，此項憲法所確立之國民主權原理，構成憲法之核心領域。人民既然是國家權力之主體，則此項主體功能自不能有所減損或遭到排除，蓋國民主權乃是一項絕對之根本規範 (eine absolute Fundamentalnorm)。而國民主權原理之實踐，係透過選舉產生代議制度予以表現出來。換言之，選舉是人民決定並委託其代表人之一項機制，故此項委託在時間上之界限，自具有關鍵性之意義，亦即主權之受託人 (Vertreter des Souveräns) ——國會及其議員，必須在時間上與人民之委託處於一種嚴格之依存關係。是以，若由國會自行決定延長其任期，即與國民主權之原理有所抵觸 (Krech, 1993: 402)。

22 於本案中，主要是涉及聯邦眾議院為合併 Baden, Württemberg-Baden 及 Württemberg-Hohenzollern 等三邦，而依基本法第 118 條第二句之授權訂定邦域重劃施行法，該法將系爭三個邦之眾議院任期予以延長 (BVerfGE 1, 14/20)。

信仰的權利。<sup>25</sup>

再而，德國基本法第 12 條 a 另有規定替代役內容的條款：第 1 項規定任何年滿十八歲之男子皆有在國軍、邊境警察及民防團隊服役之義務。此項規定承認國家服役的三大類別，即兵役、邊境警察役及民防役，而替代役不在其列。第 2 項規定，人民因為良知理由拒絕服持武器的戰鬥役時，即有服替代役的義務。替代役的服役期限，不能超越兵役役期，役男良知判斷的自由權，不能妨礙之，同時替代役亦不能與國軍與邊境警察等機關有任何關連，其詳以法律定之。這二項規範替代役的條款可知，替代役並非國家正常的三種役別，而是「例外」的制度，且和國軍與邊境警察無任何關連，亦即是個獨立的役別。但這個獨立的役別僅表示其機關的隸屬獨立而已，而非肯定人民擁有隨意選擇服替代役或兵役之權利。

德國為了澄清到底人民可否自由選擇服兵役或替代役的權利，主要要討論的問題癥結，在於役男如何主張其具有宗教及良心的理由，這涉及到替代役的申請程序、主管機關的審核權力及其裁量的空間。德國在 1978 年 4 月 13 日公布了一個俗稱「明信片規則」案 (Postkartenregelung)，是德國聯邦憲法法院迄今處理替代役問題最重要的一個判決。<sup>26</sup>

本案主要是針對德國國會在 1977 年 5 月通過兵役法修正案的合憲性問題而提起，德國國會通過新的兵役法修正案，對以往服替代役的程序作了甚大的改變，例如①許可役男自由選擇服兵役與替代役。以往役男申請替代役時除了必須提出書面申請，詳列拒服兵役的良心理由外，也要接受主管機關的面試，以審查其真實性。雖然當時獲准率為七到八成左右，但審核時間過長，且面試的氣氛嚴厲，役男普遍形容好似在接受宗教法庭的審判程序 (Inquisition) 一樣，因此新上台的聯邦政府便提出此草案，役男僅需寄出一張明信片表達其拒服兵役的意願，即可轉服替代役。對此，反對黨認為已侵

25 在北歐許多國家及荷蘭在三〇年開始，即有所謂後勤役，今日奧地利亦有實行此制度。但歐洲也有一些役男——包括耶和華證人會的信徒，反對任何與軍事有關的勤務——例如運送彈藥、軍人和防空等任務，並申言，完全不願和兵役及國防沾上任何邊。但德國聯邦憲法法院並不支持此見解。見 BVerfGE 78, 25/27; 80, 354/357.

26 BVerfGE 48, 127.

犯了憲法規定替代役役男必須具有宗教及良知理由的前提要件，憲法並未創設人民有選擇替代役或兵役的權利；②新法也規定國防部可以決定每年徵募多少役男的權利，對於溢額者的兵役役男則免徵服兵役，此類似我國的補充兵役制度，反對黨批評為違反平等原則；③本法修正有一些過渡規定，規定本法修正前後，尚未接受徵集令及申請審核程序尚未終結者，役男適用新舊法的問題，亦被指摘為違反平等原則，以及④新法規定新的審核制度涉及邦與聯邦行政職權的劃分，該修法法案應經聯邦參議院批准方可，而引發違憲爭議等。聯邦憲法法院判決宣告新修正的兵役法違憲。而上述違憲爭議對吾人重要的為①及②項，尤其是第①項，關於替代役的定位問題。聯邦憲法法院的見解，略有：(1)人民有擁有拒服戰鬥役的權利是憲法所肯定的基本人權，但是在考量到准許此種役男轉服替代役時，應一併考量國家有防衛人民免受外來攻擊的義務，以及役男應有平等服役的義務，因此是給予一個憲法的委託，故拒服兵役的役男，絕對要有良知理由存在為前提，並且此良知的理由是客觀存在的，能對之進行審查即有「可審查性」(Prüfbarkeit)。有認為良知存於內心是無法審查的，乃不可採。由於德國基本法保障人民其他人權時，沒有在承認人民擁有良知及宗教自由方面一樣，特別創設一個替代役的制度來保障人民因此宗教及良知的拒服兵役權。可見得在此主張拒服兵役時，所援引的良知理由應具有高度的「持續性」及「莊重性」。聯邦憲法法院同時認為，儘管替代役在憲法裡擁有法源依據，但是兵役與替代役者兩者並非「同等價值之勤務」(gleichwertiger Dienst)，憲法也並未要求人民有廣泛的為公共利益而創設普遍服役勤務，所以替代役是兵役的「替代品」(Surrogat)，本案系爭的兵役法修正案，創設人民可以自由選擇服兵役或替代役，便是違憲的。(2)其次，涉及到良知的問題。既然人民服替代役僅是服兵役的例外個案，所以必須經過役男意願的表達——此過程及意願決定，依基本第 12 條 a 第 2 項第 2 句之規定，是不得加以妨礙——以及附理由證明有此良知及宗教理由。主管機關必須加以審核，如果如同系爭新法的役男只要寄出一張明信片，無疑是廢止了主管機關的審核權力，也破壞了替代役制度的附屬性質。至於主管機關要如何進行審核，例如是否要加快審核程序，以及是否要維持令人詬病的面試程序，則屬於立法者立法形成範圍之內。(3)

聯邦憲法法院針對平等權的問題，重申服役正義的概念（Wehrgerechtigkeit），基於平等權的要求，立法者應該創設一個維護公平的替代役制度，由於申請服替代役的役男類型各異，其中不乏有投機性的役男在內，以及遇到國家情勢緊張才主張良知理由而拒服兵役。因此立法者必須十分費心的區分各種服役的情形，在上述③的違憲爭議方面，一概將以受徵兵通知或進程序審查與否而為不同的處置，即可能違反平等權。同樣的，對於國防部能夠決定服兵役的人數而言，憲法法院認為國防部負有防衛國家的憲法義務，如果新制實施後，會在品質與數量方面大量流失役男時，即可能侵害此義務；<sup>27</sup> 同時凡是每位願意服兵役的役男，也就是應有保衛國家的職責，如果每年服役人數可由國防部來確定時，則年年會有差異，也逾越了憲法所給予國防部之權限。因此，平衡了國防部的職權與役男的權利義務，新法類似我國兵役法第 16 條規定補充兵之制度，即屬違憲。<sup>28</sup>

## （二）德國聯邦憲法法院判決對我國的啓示

德國聯邦憲法法院「明信片」案針對替代役的定位見解及德國憲法相關規定，我國當然不必照單全收外，但卻能給我國將來的社會役立法幾項重大的啓示：

### 1. 替代役在人權實踐中的任務

德國以及歐洲各國替代役的產生，十分明白的是基於宗教的思想，而各國幾乎絕大多數立法的肇因為耶和華證人會信徒的拒服兵役活動，與本案聲請人相同。因此我國實施替代役，可以豐富我國人民享受宗教權的內涵。不過，我們應該特別反顧「歷史」的問題：我國產生建立替代役的動機，卻完全並非來自宗教的思想，反而是為了解決我國國軍因實施精實案所導致兵員過剩的問題。易言之，直接是基於平等權的要求來實施此制度，因此我國實施替代役的優點反而顯現在歐洲各國在「判斷」替代役的重要原則，也就是

27 德國在通過此替代役新制過程之中，已造成役男選擇替代役的風潮。在 1976 年共有四萬名申請轉服替代役；在 1977 年已暴增至接近七萬人，在聯邦憲法法院宣布新兵役法修正案違憲後的 1978 年，又跌回四萬人。

28 BVerfGE 48, 139.

實際形成替代役的「平等」之上。所以我國在建立替代役的法制時，更應該強調實質的平等。例如替代役的役期應比兵役長，形成「合理的差距」方可，目前我國行政院通過的方案規定替代役役期為二年，而兵役為一年十個月，兩者僅差二個月，此和德國替代役法第 24 條第 2 項規定兩者應差三分之一來得較不合理。<sup>29</sup> 吾人認為，我國替代役役期應定為二年半方才合理。<sup>30</sup>

因此，在我國與德國產生替代役不同的人權背景下，只要我國替代役法將替代役與兵役的役期已有合理的差距，達到貫徹實質平等權時，就應該許可役男有選擇服替代役或兵役的權利。若役男選擇替代役人數過多超過名額，或致兵役役男不足時，方可由抽籤決定。所以德國聯邦憲法法院在「明信片規則」案宣示之役男無選擇權以及替代役與兵役並非「同等價值」的見解，在我國並不適用也。

## 2. 替代役法的法源問題

我國即將制定的替代役，立刻會面臨法源依據的問題。吾人可大概區分為憲法依據說與兵役法依據說二種。

第一，憲法依據說者，認為替代役法應該由憲法層次獲得法源，其又可再區分目前憲法條文已有憲法依據與尚未有憲法依據二種說法。

主張由我國現行憲法條文可直接導出替代役來源者，認為可由憲法第 20 條及第 23 條導出。憲法第 20 條規定人民有依法律服兵役之義務，而憲法並未明白提及此法乃兵役法而言，故自可另定替代役法來作為服替代役的憲法基礎，例如德國雖然早在 1960 年即制定替代役法，但遲至 1983 年 2 月 28 日

29 德國基本法第 12 條 a 第 2 項第 2 句雖規定替代役的役期不能超過兵役，但德國卻將替代役役期超過兵役三分之一，目前德國兵役役期為十個月，社會役則為十三個月。為此德國聯邦憲法法院在 1985 年所作的一個判決中（BVerfGE 69, 1）表示：立法者可以決定用何種方式來決定役男的良知是否存在，此和「明信片」案一樣；因此立法者決定廢止面試審查程序，只採書面審查程序亦不違憲。同時憲法雖然規定替代役與兵役的役期一樣，但這只是指「法定役期」而言，若實際服兵役役期較短時，則替代役不能援引之。因此兵役法將役男退伍後的點召義務（Wehrübung）亦列入兵役的期限，儘管並非每一個役男都會受此徵召，但不妨礙作為兵役的法定役期。持平而論，德國聯邦憲法法院是曲解了憲法的意思，同時德國之所以主張替代役有較長的役期，主要是怕影響兵源罷了。

30 關於替代役役期與兵役長短的問題，請參閱拙作《社會役研究》第五章，有極詳盡的分析。

之前，皆將申請拒服兵役的程序列在兵役法中，所以兵役法亦非不可規範服替代役的程序。另外憲法第 22 條及第 23 條概括規定人民基本權利得因公益而受到限制，因此人民服替代役即可由此條款取得了限制其權利——如同兵役一樣的法律義務，同時只要能符合同條款所定的比例原則，即無違憲之虞。

另外主張目前憲法並未有此法源者，<sup>31</sup> 則基於人民的權利限制條款應為狹義解釋，且兵役不能包括替代役在內，故除非修正憲法第 20 條之規定，明定人民除兵役外，也應有服替代役之義務，這種說法可由國民大會此次曾討論修改憲法第 20 條，說明國民大會也認為兵役與替代役並不能合而為一。如果吾人必欲將替代役的概念由兵役衍生而出，無異是將替代役變成兵役中的一環，即役男除陸、海、空軍役別外，還有新的替代役役別，從而國防部也成為替代役的主管機關，這也是耶和華教會所堅決反對的，歐洲各國亦不循此制，持平而論，解釋憲法兵役的概念內容不論是依文義、體系或歷史解釋方法，都很難承認此明白的兵役的用語 (*expressis verbis*)，可包括替代役在內。<sup>32</sup>

除此以外，吾人亦可討論可否利用另一個解釋的方法，即「憲法變遷」的方式？按所謂的「憲法變遷」(*Verfassungswandlung*)，係指一個憲法條文因立法久遠已不符社會所需，因此透過解釋或立法方式更新了其意涵之謂，也就是所謂的「舊瓶裝新酒」。如果吾人欲將憲法的兵役概念演化成含有替代役成分，能否援用憲法變遷的概念？個人淺見不表贊同。因為憲法變遷雖可使憲法跟得上時代腳步，但其正當性及實益性來源卻是在獲得修憲權者的默認，或是在未表示反對的情況下，方有此「和平演變」的可能。但我國國大每年聚會、修憲頻頻，所以無不能或很難修憲的客觀性存在，且今年 9 月還拒絕憲法第 20 條的修正，當可知我國的修憲者反對擴張憲法兵役的概念，故憲法變遷的概念即無法產生任何的積極作用。<sup>33</sup>

31 參閱拙著《中華民國憲法釋論》，民國 88 年 3 版，第 188 頁。

32 筆者在十二年前的舊作，已討論此問題：〈論憲法人民基本權利的限制〉，刊載《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，民國 88 年，元照出版社（五版），第 211 頁。

33 關於憲法變遷的概念，請參閱拙著〈驚鴻一瞥的憲法學彗星——談徐道鄰的憲法學理論〉，刊載《公法學劄記》，民國 84 年 2 版，第 224 頁以下。

主張無須考慮憲法依據者，認為不論是前述的憲法第 20 條及第 23 條已提供立法的依據，或逕認為替代役是兵役的一環，只要從兵役法及施行法中增訂法源基礎即可。透過兵役法的增訂，方法主要有二種：第一（甲案）是在兵役法的第一條增訂但書，例如規定人民有依本法服兵役之義務，但依法服替代役者不在此限。兵役法第 4 條的免役規定中，還須將服替代役者納入免役範圍。另外再重新制定一個替代役法，作為實施替代役的依據。這種立法的好處是將兵役與替代役分別立法，使得兵役與替代役為兩種不同的體系，其缺點則為立法程序較久。內政部草擬的替代役法即朝此方向。第二（乙案），則是將替代役完全納入兵役的一環，故在兵役法第十四條將替代役列為士兵役的一種，或是把兵役由目前的軍官役、士官亦與士兵役三種，增列一種替代役，另外在兵役法或施行法中列專章規範替代役的實施，如此一來國防部「理應」成為替代役的主管機關，<sup>34</sup> 而且替代役男自始至終應具有軍人或後備軍人之身分。<sup>35</sup> 這種見解，內心似乎仍擔心替代役脫離兵役之後，將會影響人民服兵役的意圖而造成不公平，並且認為立法程序亦較迅速，徵兵作業也不至於繁複為其優點。國防部似乎自始獨鍾此種見解。

本文則認為為了我國的憲政法治主義，對於有關人民權利義務的條文，不能蓄意曲解之。我國政府決定在明年 7 月實施替代役的政策決定，係出於現實的壓力（兵員過剩，役男無法按時入伍），但行政院當年宣布實施替代役後，仍有二年三個月的籌備期，理應在此階段內動員、說服朝野國大代表完成修憲手續，從而再從容立法。但由替代役此次入憲的鑼羽而歸，筆者曾參加國大此議題的公聽會與側面觀察的結果，很難不有一個印象：不論是行政院或執政的國民黨皆無將此「入憲」企圖貫徹的決心與付諸努力！我國在此無明確憲法基礎下的建立替代役立法制度，結果縱然是採用較妥當的甲案，也不免遭到是否違憲的指摘！假如萬一日後發生此憲法爭訟時，吾人能夠期待大法官的判決，也是本文在評釋釋字 490 號解釋時所建議使用的「警告性

34 但我國國防部自始似乎不願意有此意圖。

35 有主張役男在受基礎訓練時具有軍人身分，待結訓或退伍後變成後備軍人，在內政部審議替代役草案時，筆者極力反對此議，後終於打消此議。但能否成為我國政策，尚無法斷言。



裁判」。易言之，大法官可以宣告立法院通過的兵役法與施行法的修正，以及立法院制定的替代役法違反憲法第 20 條之規定，但給予二年失效的緩衝期間，如此一來當可逼迫行政院及執政黨提出憲法修正案，或是立法院通過憲法修正案提請國民大會複決，作為補救合憲性的措施。

## 伍、結論

耶和華信徒經常援引聖經以賽亞書第二章「末日萬民必歸耶和華殿之山」中的訓示：要把刀打成犁頭，把槍打成鐮刀，這國不舉刀攻擊那國，也不再學習戰爭之事。因此他們拒絕持武器服兵役，這些信徒完全拒絕憲法要求成年役男應為保護國家、鄉里、同胞及家人而擔負起從軍殺敵之任務。德國著名的軍事家毛奇元帥曾說過：「戰爭是一個永恆的美夢」，所以，耶和華證人會所期冀太平盛事的世界觀，並不能在今日的國際現實社會中實現。所以，如何在維護國家兵役的平等及尊重人民服兵役及其他替代役的意願，已提到憲法爭議的層次時，就變成是釋憲者不畏繁瑣加以審慎評判的義務。目前兵役的體檢制度即是端以役男體格是否適合作戰鬥任務而為選擇，其他不及格的體格中卻有不少仍堪服其他替代役，卻完全列入免役的範圍；以及對於信仰良知等屬於「心理不適役者」，一律用嚴刑重罰來強迫入伍，都是違反平等、人性尊嚴的非理性之舉。

針對 490 號解釋，本文已指出大法官對宗教自由概念二分法的過度簡單化，同時認為現行兵役法及施行法的相關罰則及實務上的運作，明顯違反比例原則中的三個子原則（妥當性、最小侵害性及比例性），很少違反比例原則的公權力措施或立法，會同時滿足此三項要件者，現行制度的「違憲惡性」可想而知！何況仍須計及那些一再身陷囹圄的青年的人性尊嚴！所以本號解釋兩位不同意見的大法官，一位指謫此類似「苛刑」的違憲性；一位主張以建立替代役來救濟系爭法制，確實為本號解釋指引了正確道路的迷燈，可惜卻只是少數的意見而已。

在結論的最後，吾人亦應該吸收歐洲二十六個國家實施替代役經驗的精華，了解我國建立替代役的主要動機是貫徹平等權時，可一併保障少數宗教

信徒的信仰自由，再確認替代役絕非兵役概念的一環下，爲了不得已配合替代役法源未能入憲的窘境，吾人唯有希望替代役以單獨立法的方式（甲案）取得其獨立地位。但未雨綢繆計，一旦大法官審議本法的違憲問題時，亦只能希望大法官會議採用警告性裁判，來逼迫、凸顯出此「修憲懈怠」！惟吾人必須坦言：吾人並非鼓勵這種明知違憲的立法作爲，只能算是一位憲法學者對一個即將發生的立法案件會產生違憲疑慮所作理論的「沙盤推演」，不能算是純粹的「杞人之憂」矣！不過，倘大法官在作出釋字第 490 號前有機會讓筆者提出本文作「釋憲建議」時，是否可能會使大法官爲「另類思考」？恐怕也大有可能吧！

# **Freedom of Belief and the Equity of Compulsory Military Service: The 490<sup>th</sup> Decision of the Grand Justices and Substitute Service**

Shin-min Chen

Sun Yat-Sen Institute for Social Sciences and Philosophy  
Academia Sinica

## **ABSTRACT**

In their 490<sup>th</sup> decision concerning the refusal (conscientious objection) of Jehovah Witnesses to serve in the army, the grand justices of the Judicial Yuan have explicated the conceptions of “freedom of belief” and “army service justice.” This article will discuss the “inner” and “derivative” aspects of, along with the limitations concerning, the “freedom of belief.” It will then take up the question of whether punishing “conscientious objection” would constitute “the punishment of one act twice.” Based on “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit,” the article will then determine whether or not the 490<sup>th</sup> decision is appropriate.

The article will then introduce the “social service” system and explain how it can constitute a resolution to the problem. Finally, it will examine the 490<sup>th</sup> decision in terms of the constitutional basis of the “social service” system and raise suggestions for improvement.

**Key Words:** the 490<sup>th</sup> decision of the grand justices, freedom of belief, social service, ‘not to punish one act twice’, military service law, substitute service.