

由國防法探究我國統帥權的問題

陳新民*

壹、前言

攸關我國組織大法的「國防法」終於在今年（89年）1月15日經立法院通過，同月29日由總統公布。而同日總統也公布另一個附屬法「國防部組織法」的修正。至此困擾我國政、軍、法界甚久的國防組織「無法」狀態，終告解除。這個號稱「國防大法」的國防法將在三年內陸續實施，吾人也可以未雨綢繆的對其若干問題加以闡釋。

貳、國防法的內容大要

此次國防法共有三十五個條文，包括總則、國防體制及權責、軍人義務及權利、國防整備、國防報告及負責等七章，雖然各章條文不多，例如第六章國防報告僅有二個條文，但本法的範圍甚廣，是否符合憲法的要求，吾人必須先以憲法的相關規定來予探討。

一、我國憲法對國防大法的意義

我國憲法第137條第2項有關國防組織法的規定，是憲法基本國策章「國防」節內最少受到重視的一環。比起其他「國防憲法」的條款，例如軍隊國家化、軍人不介入政爭、軍人不兼文官等，都是針對我國自民國肇建後，軍閥內鬥造成國家殘敗所下的針砭，都具有極光明正大的立論，顯示制憲者的

* 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。

高度期待。但對於國防組織應以法律定之的規定，則未有極明顯的類似其他條款的訴求理念，而普被忽視¹。因此，如以憲法第 137 條第 2 項之規定來解釋，似乎應該採取狹義的解釋，亦即將自從辛亥革命以後現實上左右我國的軍閥割據，使得我國不能如革命先烈所期待般的將國家帶入民主的境界，同時在制憲過程，尤其是憲法三讀階段國共武力鬥爭更趨向白熱化，因此制憲者希望將構成國家武力的機構列入到國家機關之內，從而由法律加以約束與規範，也意謂著立法者能靠國防組織的立法取得對軍隊與軍人的控制，達到「文人領軍」(civilian control) 的理想，因此憲法第 137 條第 2 項是採取「有限立法」的意旨。至於作為國家生存所繫及任何國家皆必須設置的國防武力，必須由法律來規定，當然不會被我國的制憲者所忽略，因此從我國憲法條文中當然可推演出國家必須在制定例如軍事審判法（憲法第 9 條）、兵役法（憲法第 20 條）、職業軍人的人事法（憲法第 41 條）的法律，因此國防法律必須依其不同的規範對象而有不同的「專法」(Fachgesetz)，國防組織法即是這種典型的立法例。然而，我國的國防法明顯的卻是反其道而行，採取制定廣義的、具有指導國防建設性質的「國防基準法」。就此而言，似乎已逾越了本法的憲法期待。

二、我國憲法學界對國防組織法的見解

學界對於國防組織法應採何種方式立法？如依林紀東教授權威的看法，則採廣義立法，氏認為國防之組織係包括陸海空軍之編組管理、軍事行政機關之組織、軍用物資之經理、兵員之訓練等所有關於國防之制度而言²。

¹ 例如憲法學前輩任卓宣在其大作「中國憲法問題」，帕米爾書店，民國 43 年，就未提及此問題（頁 65）；劉慶瑞權威的憲法教科書「中華民國憲法要義」，民國 72 年修訂十二版，頁 247 亦同樣隻字未提。

² 林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第四冊），三民書局民國 70 年，頁 253。類似見解，如陳水逢，中華民國憲法論，改訂版，中央文物供應社，民國 71 年，頁 844；傅肅良，中國憲法論，修訂

如此一來，國防組織法的範圍便廣泛至極，可否完全在一個法律內完成？林紀東教授雖未明白解答此問題，但他也提及了國防制度「惟其內容極為繁雜，且有時常變動必要，不宜由憲法規定，故委由法律定之。各種法律之有關規定，自應依照本條（第 137 條）國防之目的為之，庶與憲法立意相合」³。林紀東教授的「複數國防組織法」的見解，無疑贊同國防組織法可以針對各種不同國防事務——例如動員、軍隊訓練、軍人權利等——，而為各種立法，不一定要用一個「法典」把一切國防組織包括在內。林教授已預見國防事務的繁雜只用一法無法鉅細靡遺的規定，果然識見不凡。但吾人也要注意林教授是針對「國防制度」，而非本條款的「國防組織」，則前者應是更廣義的「國防法」，而非狹義的「國防組織法」也！

如果僅針對狹義國防組織法來立法，學界幾乎對此無討論。少數討論的見解則採嚴格立法，使得國防組織能獲得嚴格的立法基礎⁴。

三、我國憲法對國防組織立法的期待

前文已提到憲法第 137 條第 2 項的字面解釋，是應採取有限立法的模式，不應將其範圍過度延伸，但是是否意謂必須採取極為狹義的立法模式？按在本法立法前，我國早已在民國 59 年 11 月 13 日公布有國防部組織法、參謀本部組織法，這兩個組織大法基本上已經就國防體制的法律基礎提供了依據，然而是否僅憑這兩個標準的組織法即可滿足憲法對國防組織立法的要求，結論顯然是否定的，因為如果國防組織法等於國防部及其所屬機關的組織法，則本次立法即無任何的價值，更何況我國憲法對於任何院級的組織皆

版，三民書局，民國 76 年，頁 630。

³ 林紀東，同上註，頁 253。

⁴ 依第一屆資深國大代表，也是對憲法較有研究的田桂林所言，憲法第一三七條第二項國防組織立法的目的，乃是因為現代戰爭已進入太空時代，國防組織應如何嚴密組織，自應另以法律規定，以應時代之需求。見氏著，中華民國憲法衡論，憲政論壇社出版，民國 50 年，頁 389。

會以法律定之（如憲法第 76 條的行政院、82 條的司法院及各級法院、89 條的考試院、106 條的監察院），但對於部級的組織便未如此的規定，因此，憲法不可能專為國防部開此特例。

故以憲法之意，此國防的組織不僅包括國防機構的結構，也必須包括此組織結構的運作，特別是憲法僅概括的規定總統擁有的統帥權（憲法第 36 條），與此相關的其他制度如副署制度（憲法第 37 條）及行政院長的職權（憲法第 53 條）等等。依本文之見，國防組織法雖然採取有限立法模式，但其範圍只應限於國防組織以及絕對必要的範圍而已，其中最不可或缺者，即是國軍的統帥權問題，必須在本法慎密的規定。

參、外國國防組織法的比較

我國採取這種廣泛立法的方式，特別是捨棄國防組織法的名稱而採納較廣義的國防法，已和中共、奧地利及德國相類似，而與法國不同。本文即分別介紹下列四個立法例來作比較：

一、中共的國防法

依據中共 1982 年 12 月 4 日公布的現行憲法中，並無制定國防法的規定，僅在第 67 條第 15 款規定軍人軍銜立法的權限⁵。但中共為了使其國防建設能納入國家的法制，因此在 1997 年 3 月 14 日通過了中華人民共和國國防法，這是中共政權成立以來第一個國防法，受到大陸極大的重視。本法共分十二章：第一章「總則」，第二章「國家機構的國防職權」，第三章「武裝力量」，第四章「邊防、海防與空防」，第五章「國防科技生產與軍事訂貨」，

⁵ 但國防法第一條卻規定：根據憲法，制定本法。但並沒有指明是根據憲法何條。依官方解釋，該法是「細化」憲法中有關國防建設及鬥爭的條款，也就是在不抵觸憲法所為的國防立法。由於任何法律都不能違反憲法，故中共國防法實質上並無憲法明確的依據，從而其第一條的「法源」規定即難謂正確也。見圖們／許安標，國防法知識問答，紅旗出版社（北京），1997，頁 9。

第六章「國防經費與國防資產」，第七章「國防教育」，第八章「國防動員和戰爭狀態」，第九章「公民、組織的國防義務和權利」，第十章「軍人的義務和權利」，第十一章「對外軍事關係」，第十二章「附則」。本法堪稱規模龐大，既結合了整個國防的建設與軍人的權利義務，也包括了國家整個國防建設方針。然而綜觀該法七十個條文，卻頗多具有政治性的綱領，例如總則編第一條至第九條、第七章的國防教育、第九章公民、組織的國防義務和權利，及第十一章對外軍事關係等，使得規範性的條款為數甚少，所以實際上本法很難產生具體的規範力，例如本應為國防法最核心的軍人權利與義務方面，本法第十章列有專章，卻鮮有足以產生個人「主觀權利」(Subjective Rechte)，僅舉一例以明之：第 59 條第 1 項規定軍人應受全社會的尊重，第 2 項規定國家採取有效措施保護現役軍人的榮譽、人格尊嚴、對軍人婚姻實施特別保護，及第 3 項規定現役軍人履行職務之行為受法律保護等，幾乎全是「訓示性規定」，當一個軍人自覺未獲上述之待遇時——例如遭到其他個人及機關之侮辱時，卻無法由法院獲得任何的救濟，所以本法的政治意義遠超過其法律意義，本法的立法技巧不免落伍、老式⁶！

二、奧地利的國防法

奧地利也是一個有制定國防法的國家。奧國現行憲法第 79 條規定國軍的任務，其中第 2 項臚列軍隊的任務，第四項則明白規定，應制定一個「國防法」(Wehrgesetz) 來決定國軍應設立那些官署及組織以遂行第 2 項之任務。同時第 80 條規定軍隊的統帥權（總統）及軍隊的指揮權（國防部長），也在第 2 項規定國防法能規範總統統帥權的內容。所以，奧地利在 1978 年

⁶ 關於中共的國防組織及其他相關問題，可參見李承訓，憲政體制下國防組織與軍隊角色之研究，永然出版社，民國 82 年，頁 149 以下。

1 月 31 日制定的國防法也是一個有憲法法源的「憲法委託」。

奧地利 1978 年制定的國防法共分六章，計六十九個條文：第一章的總論（14 條）包括國軍的任務、軍隊的指揮權歸屬、決策及申訴機構、軍官及士官的任命、官階區分、職務命令及組織。尤其值得注意的是職務命令（第 13 條）及關於國軍的組織、裝備、基地及軍隊名稱（第 14 條）都明白授權由聯邦政府以命令定之；第二章是規定「兵役」部份，計二十九個條文，顯然是本法重頭戲；第三章規定軍人的權利與義務，計八個條文；第四章則是罰則，計七個條文；其餘是過渡條款及附則等。

奧地利的國防法也是一種廣義的立法，但對於狹義的「組織」方面也採授權方式來規定之，和德國無異。而本法許多規定——特別是第二章及第三章，在德國都以專門法律來規定，所以，就比較法的價值而論，奧地利國防立法例的第一章關於軍隊統帥權的落實較有參考價值，也和法國國防組織法的目的極為類似。

三、德國國防組織法的立法例

德國在憲法中規定應該制定國防法的例子起源甚早，早在 1849 年的憲法草案第 12 條即規定要制定「國防組織法」（Gesetz über Wehrverfassung）來確定國家軍力的多寡及軍隊的編制，第 16 條且規定這個法律應該以聯邦法（帝國法），而非邦法來規定之。在 1919 年德國公布的威瑪憲法第六條第四款亦將國防組織法列為聯邦的專屬事項，第 79 條規定國防組織為中央立法，且應規範國防的任務。因此德國早期的見解，乃將憲法規範國防的事務皆通稱為國防組織，因此其概念係採廣義解，舉凡國防之任務、軍人之地位、

任務與屬性，皆包括在內⁷。

德國在威瑪憲法時代前後制定了兩個國防法。第一個是 1921 年 3 月 23 日所通過的「帝國國防法」(Reichswehrgesetz)⁸，本法共有四十八條之多，包括範圍甚廣，例如：

1. 軍隊的編制：本法第 2 條規定，威瑪共和國陸軍（包括文職人員），總額為十萬人，其中包括軍官四千名、軍醫官三百名及獸醫軍官二百名。而第五條則規定帝國海軍不得超過一萬五千人，其中十分之一為軍官。
2. 關於軍隊的編組：本法對於陸、海軍的建制予以列舉性的規定，例如第三條規定陸軍的編制，例如成立兩個軍團司令部，下轄七個步兵師、三個騎兵師，總編制為二十一個步兵團，二十一個訓練營，十八個騎兵團等等。第六條規定海軍各有六艘戰鬥艦與重巡洋艦，及各十二艘的驅逐艦與魚雷艇。
3. 國防指揮體系，規定國防部長向三軍統帥總統負責，陸、海軍各設總司令。
4. 規定中央與地方軍事行政權限的劃分。
5. 規範國軍的權利與義務。這是德國國防法的重要頭戲，共有二十三條條文（第 18 條至第 40 條），舉凡軍人的服從義務、政黨中立、退休、兼職、婚姻等，皆包括在內。另外還有甚多的過渡條款，將德國許多現行法中與本法抵觸的法條加以慎密的處理。

這個被稱為「老國防法」明顯的是一種概括的國防綜合法，既包括了國軍的組織、員額，也提及了軍人的權利，就「法律保留」的立場，本法將許

⁷ 參閱拙著，法治國家的軍隊——兼論德國軍人法，刊載：軍事憲法論，民國 83 年，頁 71；及中華民國憲法釋論，民國 88 年 10 月三版，頁 782 以下。

多以往未有法律規定的事項（如政黨中立），或是枝枝節節的散在各法律中有關軍人權益的規定，集中在一個專門的國防法中，倒不失是國防法制的一個良好典範。

隨著納粹政權在 1933 年 1 月 30 日登場後，撕碎了凡爾賽協定，大幅度的擴軍後，對於嚴格的國防法認為綁手綁腳，遂於 1935 年 5 月 24 日通過了一個新的國防法（Wehrgesetz），將老國防法徹底的改頭換面，本法有三十八個條文，但多半採取概括性的規定，其特色如下：廢止老法對於兵員總額的規定，同時對軍隊的編制組建也完全取消，例如第二條規定德國國軍包括陸、海、空三軍及軍校學生，不再詳列國軍的編制數量。本法對於領導體系也規定統帥為元首希特勒，由國防部長向元首負責部隊的指揮，因此部隊的領導結構無須設立總司令不可，可彈性由部長來決定。除此之外，本法的目的主要除了恢復服兵役外，更確定了全民服役的概念，三十五歲以前人民有服兵役的義務，三十五至四十五歲應服民防役（Landwehr，第 11 條）。本法規範甚多服兵役的基礎規定，以及軍人的基本權利與義務，但就精細程度而言，此部份比老法省略的甚多，且授權部長裁決。然其中亦頗有甚為前進的規定，例如第 26 條的軍隊中立化即為一例。本條文規定軍人不得從事政治活動，國社黨員及其相關團體之成員在服役期間不得參與政黨活動；軍人不得參與選舉；軍人參加國軍內外的社團須得長官的同意；對於軍人文職人員上述的禁令，得由國防部長認有國防必要時免除之⁹。在納粹一黨專政時代，竟然會讓納粹黨退出軍隊之外，可見本法至少在此點上值得大書特書¹⁰。德

⁸ RGB, 1921, 329。

⁹ O. Semler, Wehrrecht, 1935, S.22。

¹⁰ 納粹黨之所以為此立法，乃是為了拉攏軍隊支持納粹黨，由於希特勒認為惟有靠著高度內聚力及優秀的普魯士軍官團，方能依其所願的建立一個強大的軍隊，才會用此個「示好」的條文，使得納粹黨不會「伸手」到軍中。但至於屬於黨軍的「禁衛隊」（SS）就不在此限。關於這段歷史可參照 Telford Taylor 的經典之作：Sword & Swastika——Generals and Nazis in the Third Reich,

國納粹的新軍人法實施一直到二次世界大戰結束時為止，這個法律的格局及規範嚴謹性皆不及老法，且重在對軍人權利的規範，因此可以劃歸為屬於軍人的權義法，此種立法例也影響了日後德國制定軍人法的規定。

不過，德國現行基本法並未有類似以往要求制定國防法之規定。基本法第 87 條 a 一項僅規定，有關國軍人數及其組織應以預算案來確定之。第 87 條 a 則規定國防行政的任務（人事及物資供應等），並未直接規定國防法的立法問題。直至 1956 年 3 月 19 日德國公布了軍人法，才在第 66 條明定：國防組織，尤其是國軍最高機構及國防部之組織，另以法律定之，才在立法層次確定立法之必要。不過遲至今日，本「國防組織法」仍未立法¹¹。考其理由不外是「彈性」的考量。德國學者刻伐利奇教授所持的見解，可為代表。他認為，國防的目的既在保國衛民，故國防組織應採彈性，不宜將之用法律方式「綁死」。如果靠著預算案的方式能讓國會確實掌控軍隊的編制及其組織，亦是「政治責任」制度的體現，所以無另行制定國防組織法之必要¹²。甚至德國國會也認為英國、美國、法國及瑞士等國家用法律來規定國家國防組織，實際上並不成功¹³。因此，此學說已成為德國學界的通說¹⁴，這和我國迄今未制定國防組織法的情況頗為類似，但兩國學界的看法卻迥異也。

因此，目前德國三軍部隊的組織（包括各種司令部）皆以命令（組織令）（Organisationserlass）方式組建，例如 1964 年 2 月 7 日頒布第一次組織令，第二次則於 1965 年 7 月 29 日，目前的制度則是 1966 年 11 月 4 日第三次修

Quadrangle Books (Chicago), 1969, p.85。

¹¹ 德國國會曾經二度（1956 年 4 月 26 日及 1965 年 6 月 18 日）提出本法草案，但都未能完成立法。見 H. Schmidt, Militärische Befehlsgewalt und parlamentarische Kontrolle, in : Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S.449。

¹² H. Quaritsch, Führung und Organisation der Streitkräfte im demokratisch parlamentarischen Staat, VVDStRL 26(1967/68), S.246。

¹³ H. Schmidt, a.a.O., S.449。

¹⁴ D. Rauschnig, Wehrrecht und Wehrverwaltung, in : v. Münch, Bes. VewR. 6. Aufl., 1982, S.965。

正公布。上述的組織令，皆沒有公告，所以屬於內部之命令，不過此制度已成為德國軍隊組織之定律¹⁵，軍人法第六十六條已形同具文。德國這個在軍人法立法時的理想主義，及其終告破滅的過程，可以給吾人一個啟示，即國防組織法不可太過龐雜冗瑣，應以彈性、簡潔為宜。

四、法國的國防組織法

法國在 1959 年 1 月 7 日制定一個國防組織法。這個國防組織法是繼著法國 1958 年公布第五共和憲法，規定總統為三軍統帥，並主持國防最高會議（第 15 條）後，才制定的法律。這是戴高樂總統欲將軍事指揮權抓在手中才制定的法律¹⁶。因此本法的基本精神即在於如何貫徹總統的統帥權，而非著眼於國防及軍隊組織的建構問題。

法國國防組織法共分三章（總論、國防之總體政策與軍事指揮、部會首長與國防職責），計十六條條文。總論篇六個條文主要規定國家動員及緊急狀態下賦予政府緊急應變的權力，嚴格而言並不單指國防事務的緊急權力；第二章的八個條文是本法的重頭戲，主要是界分總統、總理的國防指揮決策權限，乃屬於上位的落實憲法層次統帥權的細部規定，其中最重要的厥為總統主持國防會議的一連串相關規定——此部份的詳盡規範可供我國國家安全會議法參酌——，以便能使總統與總理的權限能清晰劃分；第三章僅有二個條文分別規定各部會如何向總理協助執行國防決策；及國防部負責的事務。由法國國防組織法內容的簡略及重心所在，明顯的凸顯出本法所要規範的並不是有關國家國防武力的總類、架構——例如分幾個軍種及軍隊應有那

¹⁵ H. Quaritsch, a.a.O., S.225。

¹⁶ 因此，戴高樂是等國防組織法通過（1959 年 1 月 7 日）之次日（1 月 8 日），才接任總統職位，可見得這位軍人出身之總統對本法的重視。見張台麟，刊於（包宗和主持）：從世界各國國防體制探討我國國防組織，國防部補助計畫，民國 85 年 7 月，頁 109。

些編裝及領導層級——，而是高度政治性質的、把總統關於決定國防政策的權限如何能順利運行所為的立法，所以在本組織法內毫無一語提及法國國防（三軍部隊）的組織！易言之，稱本法為狹義的國防組織法雖然不適合；但若稱為廣義的國防法，則不論其法律條文的數量，抑或是其規範的內容，皆極有限，除了總論篇提及緊急應變權外，對於軍人權益及義務的規定——此是德國二次國防法之重心——，皆未提及。所以亦不能稱為是廣義的國防（組織法）。本文認為，法國的國防組織法實應易名為「國防統帥權行使法」，才能彰顯其專注於統帥權的「用心」及立法之特色¹⁷。

肆、我國統帥權體制的斟酌

一、統帥權與指揮權的二分概念

我國憲法對於總統的統帥權並沒有進一步的規定，同時亦未要求立法來予細部規範。因此，國防法應對此問題加以澄清不可，本法第 8 條遂規定總統統率全國陸海空軍，為三軍統帥，行使統帥權指揮軍隊，直接責成國防部部長，由部長命令參謀總長指揮執行之。本條條文值得重視的有以下幾個特點：第一，明白宣示總統為三軍統帥，並有指揮軍隊的統帥權。第二，總統的統帥權直接責成國防部長，由部長命令參謀總長指揮執行之。

但是關於上述的軍隊統帥權、指揮權的歸屬與流程是否已經明確？首先，我們先論究到底總統的統帥權是否能不假國防部長或參謀總長而直接指揮之？要答覆這個問題，顯然必須將統帥權與指揮權是否合一來作討論。

按我國憲法相當程度是仿效自德國的威瑪憲法，而實施我國多年的軍

¹⁷ 關於法國國防組織法全文，可參照張台麟，前述文，頁 137 以下。

政、軍令二元化以及參謀本部的制度，皆淵源自德國¹⁸。按德國威瑪憲法第 47 條承襲以往憲法規定，明定總統有軍隊的統帥權（Oberbefehl），在此時代，基本上仍然將統帥權的概念容納了對軍隊的指揮權在內，但在第二次世界大戰後的德國基本法第 65 條 a，已經廢棄了傳統的軍隊統帥權理論，改採實際的命令與指揮權，即該條文係將軍隊的指揮與統帥權在平時交到國防部長手中，唯有在戰時才移到總理之上（德國基本法第 115 條 b），德國這種將軍隊統帥權與軍隊指揮命令權的劃分，是有相當積極性的實益。按統帥權可以包括「名義上的統帥權」與實際上可行使指揮權限之「實質上的統帥權」兩種。就前者意義而言，最高統帥係作為全體軍人效忠的對象，或任免軍官及義務軍人的任免人，並享有其他憲法或法律所給予有關軍事方面的特權，例如閱兵或聘請戰略顧問等等，這些可屬於名義上的統帥權，實際上即是國家元首的地位，這是民主國家將國家元首視為軍隊的領袖一般，故必須以國軍的權力及運作的制度，來論定此軍隊的統帥權力，有無具體實施的權限。最明顯的例子是採虛位君主的國家如英國，英國軍隊的最高統帥為英皇，但英皇卻無指揮權。在後者實質意義的統帥權方面，則涉及到統帥可以直接指揮軍隊，此時統帥將具體的指揮命令權合而為一，使得統帥不僅是擁有名義上的貴冠，手上亦擁有指揮軍隊的虎符權杖。

德國基本法在第二次大戰後，毅然的揚棄了統帥權的用語，便是為了要避免再度陷入統帥權概念的糾葛，而僅採狹義的命令及指揮權的用語，使國防部長明確的擁有指揮軍隊的全權。

二、總統名義上或實質上的指揮權限

反觀，我國國防法第 8 條卻未能吸收德國此段演變的優點，仍然將統帥

¹⁸ 參閱拙作：憲法統帥權之研究，刊載：軍事憲法論，民國 83 年，頁 49 以下。

權與指揮權混同，使得總統究竟是名義上或實質上得指揮軍隊的問題，未能獲得明確的說明。

在本法公布前，被認為是提供我國軍政、軍令二元化體系基礎的參謀本部組織法第 2 條第 2 項規定，參謀總長在統帥體系為總統之幕僚長，總統行使統帥權關於軍隊之指揮，直接經由參謀總長下達命令，參謀總長在行政體系為部長之幕僚長，如果比照此已成歷史的統帥權規定，可知與本法並無結構上的差異；因都未釐清總統有無具體指揮軍隊之權，反而是如以較悲觀的角度來看，新法未能明白釐清總統僅是名義上統帥的地位而與舊法無異時，則見諸在舊法實施期間總統可擁有實際的軍隊指揮權限時，當導出依本法此條規定總統並非只為名義上的統帥，只不過是將指揮權直接透過部長交由參謀總長指揮而已，這也可以說明為何本法第 7 條欲將總統列為我國國防體制之最上一層的理由。

此見解顯然不能凸顯本法所應帶有的進步意旨，吾人必須再審視本法第 8 條的規定內涵，特別是總統行使統帥權指揮軍隊，必須是「直接責成」國防部長後，由部長命令參謀總長指揮執行，此條規定無異表明了國防部長係受到總統的全盤委託來負責執行統帥權。然而這種規定，依然有甚多的疑問與學理的模糊：

第一，侵犯了行政院長領導內閣的職權。按國防部長既係行政院長所提請總統任命之人，且國防部長係內閣成員之一，即應受到此最高行政首長之指揮監督，本條條文將部長與行政院長的從屬關係切斷，使得內閣中人得和內閣外的憲政機關聯繫，而產生職務上的從屬關係，即有破壞憲法權力分立及侵害行政院長職權而有違憲的後果。

第二，對於「責成」法律效果的模糊。按法律條文必須語義明確，否則

將違反法律明確性的規定而導致「違憲」¹⁹。而法律使用非法律用語時，亦必須特別小心。本條文所使用的「責成」，並非一般法律所習用的用語，究竟此是概括授權？抑或命令？並無一定的答案。尤其是此概念也涉及到國防部長得否拒絕總統通案或個案的指示？以及總統有無「收取權」？本文的見解認為，此條文的目的是創設軍政與軍令一元化，使得負責軍政的部長亦擁有實際上指揮軍隊之權，因此部長受總統的「直接責成」，乃是法定的全盤授權之謂也。亦即，部長不再受總統個案或通案的指示，總統亦不得為授權收回或改正部長的決定。非作此解釋，無法落實軍政與軍令一元化，及軍隊向民意（立法院）負責以及將軍隊劃歸在國家行政權力範圍之內的理念。

三、參謀總長的角色與定位

本法第 8 條後段規定部長命令參謀總長指揮執行統帥權，如果吾人承認部長係負責軍隊實質指揮的最高長官，則參謀總長乃聽從部長之命令而指揮軍隊，此條文區分為部長與總統的關係為「直接責成」，部長與總長的關係為「命令」，當知前者無「上命下從」的長官與部屬關係，但後者則有。此同時觀諸國防部組織法第 6 條第 1 項規定國防部設參謀本部，為部長之軍令幕僚及三軍聯合作戰指揮機構可知，總長即使在軍令體系亦只為部長之幕僚長而已。另外，同法第 10 條第 2 項亦規定，國防部亦得將其所屬的各軍種司令部及所轄之機關、作戰部隊，編配參謀本部執行軍隊指揮。由上述三個條文的結構，比照舊制參謀本部組織法第 9 條第 2 項特別凸顯總長與總統的從屬關係，吾人即可導出一個結論——淵源於一百四十年前德國普魯士毛奇所創立的「大參謀長」制度的時代已告結束，尤其是大法官會議在民國 87

¹⁹ 德國在聯邦憲法法院成立後之 1951 年 10 月 12 日所發布的第十個案件中，已揭櫫此見解，見 BVerfGE 1, 14；參見大法官釋字第 432 號及 491 號解釋。

年 7 月 24 日公布劃時代的釋字第 461 號解釋，宣告參謀總長為國防部長之幕僚長，負責國防之重要事項，包括預算之編擬及執行，與立法院關係密切，自應到立法院委員會備詢，已經將參謀總長免受國會監督的特權予以打破。此次國防法將總長的地位定位為承部長之命指揮軍隊的最高階軍人，亦可以呼應釋字第 461 號解釋。

但是，國防部組織法第 13 條的規定顯然未能配合參謀總長的地位。本條文規定國防部置部長一人，特任；副部長二人，特任或上將，顯然的參謀總長並未在此編制範圍之內。國防部長因故不能視事時，應由副部長代理之，但以目前參謀總長為一級上將，其官階已超過上將副部長，無異形成下級軍官指揮上級軍官之情形，此豈是講究官階服從的軍隊所可接納的常態。故為了避免這種矛盾起見，吾人可採兩種方法：第一，將總長明白列為國防部副部長，則可避免上將副部長與一級上將總長之間的階級落差。但是本文對於國防部的性質特殊，以及國防部內仍然必須分掌軍政與軍令兩大體系，似乎可在部長下分設軍政次長與軍令次長，軍政次長可再分政次與常次，軍令次長則由總長擔任之²⁰。如此一來，即可避免國防部特立獨行所設立的副部長，以及其與各部會的政務常次到底在職務的屬性與位階上有何差異之處。第二，參謀總長為一級上將的制度應加以檢討，我國採舊德國軍隊的體制及美軍體制，舊德軍（二次大戰前）採四級將軍制——即少將、中將、上將及元帥，我國遂有三星上將與四星一級上將之分；美制則為准將、少將中將、上將及戰區總司令五星上將。我國遂兼採美制而有特級上將之制，惟特級上將乃在民國 24 年所制定，依特級上將授任條例第 1、2 條明定中華民國陸海空軍最高軍事長官由國民政府任命為特級上將，很明顯的這個在國民政府時代的法律將特級上將與我國憲法所定總統為統帥可能造成雙胞的效

果，故本條例已於不久前廢止。同樣的，舊德制的元帥，且為終身職的一級上將，只要是在動員後可起復為司令官，但以國防軍事科技的進步，這種老將回役的必要性已降低，故德國二次大戰後已仿效歐洲各國的成例，增設准將一級，故仍維持四星將級制度。我國也應重新斟酌目前的體制，隨著國防部組織法第 8 條第 2 項及第 10 條第 3 項將總政治作戰部及三軍總司令部在三年內改編為局及司令部，因此目前總司令上將的編階，亦應改為三星中將，至於總長則為四星上將。何況堂堂中華民國的國軍上將竟有一、二級之分，顯不能表達對此高階勳隆軍人官階稱號的尊重！

四、緊急情況的指揮權問題

鑑於我國憲法明定總統有頒布緊急命令，以應付國家危急狀態之權力，而戰爭即為其特例。故總統於國家瀕臨戰事或為遂行戰爭，以緊急命令實行統帥權力亦為合憲。職是之故，本法可規定，總統於有戰爭威脅或戰事時，得直接指揮軍隊，亦為我國憲法制度所許可，亦是師法德國憲法第 115 條 b 的體系。惟本法第 9 條只提及總統可公開國家安全會議而已，未提及戰時移權制度。

伍、結論

國防法在內容上有不少條文已頗符合時代的需要，例如第 6 條宣示國軍政治中立，杜絕了軍隊介入政爭的可能性，本條款能具體實現，將可使國軍完全脫離黨軍的色彩，也將為我國揮別過去訓政的政體，譜下完美的休止符。但是如果吾人以比較法的觀點及憲法學與立法學的角度來審視國防法與國防部組織法的內容，則必須再提出三點建議作為結論：

1. 首先，我國國防組織法應該回歸憲法第 137 條之旨意，採取狹義解釋

²⁰ 參閱拙作：憲法統帥權之研究，刊載：軍事憲法論，民國 83 年，頁 60。

為宜，故其名稱仍應回歸為「國防組織法」，而非如國防部所草擬的「國防法」名稱。其次，關於本法的立法形式方面，我國憲法學前輩林紀東教授曾提及的「複數立法」雖然將國防組織法與國防制度混同，但也點名了國防事務個別立法的重要性，所以國防組織法儘管應採狹義立法，但所牽涉的事務範圍亦復不少。故此種立法既要失其明確性，又要將細瑣部份拋棄，故本法宜採所謂的「原則性立法」（Rahmenvorschrift）²¹，盡量求其概念明確，無需好高騖遠，形成笨重龐大的綜合法典。本文前已討論到德國軍人法第六十六條規定應制定「國防組織法」的失敗例子，即可給予吾人一個良好的借鏡！

2.關於中、下級各級軍事組織本法並未規定，所以各軍事機關的成立未能有法律依據。憲法增修條文第3條第3項規定，國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定。而行政院有關單位（如研考會）所擬之法案，皆排除國防組織與員額，故本法可仿效德國威瑪共和1921年3月23日公布之國防法第2及5條之成例，對三軍部隊的基本編制及人數加以規定（例如，規定現階段承平時日官兵人數的最高上限），以避免日後朝野黨派產生應否另定軍事機關及人員法的爭議。其人數應以「精實案」目標之四十萬人為上限²²。

3.十九世紀末一位著名的德國軍事改革家羅倫斯 馮 史坦（Lorenz von Stein）曾說過一句話：「一個活生生的戰爭是對一個國防體制永恆的

²¹ 所謂「原則性立法」（Rahmenvorschrift）是指法律對某些事項僅以原則性的規定，至於細部，屬於須填補性（Ausfüllung）的部份，留待其他法律，或以行政命令訂之。這種立法可以兼顧立法的速度，或是立法的品質，也可以調和中央及地方分權的絕對性。例如德國基本法第75條即有此規定，可以由中央為原則性立法，再由地方為細節性立法。見 H. Schneider, Gesetzgebung, 1982, Rdnr. 166。

²² 不過，本條文是具有訓示規定，主要是提供國會審查預算的指標，故一旦國軍人數超過此數目，亦不致造成違法的後果！德國基本法第87條a規定的由預算來行使國會對軍隊編制及人數的控制，也是這種政治意義，而非法律意義的控制，參見 v. Münch / Kunig (Hrsg.), Grundgesetz

挑戰」²³。我國制憲時將國防武力納入法律的規範之中，雖然並未經過與會代表周延的討論，也非出於國民黨的版本及政黨協商的決議，故是一個「插槍走火」的結果。但是吾人若從時代性的大格局來審視我國憲法的國防規定，表現在憲法十三章基本國策第一節「國防」中，舉凡要求政爭不應利用武力、軍人應愛國愛民，都是在剛經歷艱苦的八年抗戰、國軍傷亡逾千萬人以上，以及中共正在與國軍武力對抗的時代中完成此些條款，故制憲代表欲將國防以往純粹是「武力」的反應，扭轉到由法來規定，不得不令人體會到制憲者的苦心。然而國防力量的現實性以及法律的僵硬性，使得我國行憲以後的執政者並未鍾情於制定本法，才會演變至今日。本法沿革已超過半個世紀以上，我們有理由相信經過了五十年民意的洗禮與國家法學教育的進步，今日國會應當有能力制定一部符合時代精神的國防組織法，法學界本於職責所在，亦應樂成此事。本文認為國防法頗欠缺規範性質，想將一切涉及國防事務「一兜攬」的納入本法，這個立法方式恐不甚妥適。為了避免軍政、軍令二元化的過時理念會「藉屍還魂」，我們希望朝野能凝聚共識，確定總統擁有名義上的統帥權，而讓參謀總長真正的服從部長。這個對統帥權明確的新認知，亦可使我國的國防法制在一個完善的法制架構上來成長與茁壯。

Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl., 1996, Rdnr. 11 zum Art. 87a.

²³ v. Stein, Die Lehre vom Herrenwesen, 1872; Dazu, M. Erhardt, Die Befehls- und Kommandogewalt, Begriff, Rechtsnatur und Standort in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1969, S. 102.