司法周刊

行政院新聞局出版事業登記證七十年局版臺誌字第二七〇一號

中華郵政北臺字第〇一七六號執照登記爲雜誌類　每逢週三出版

黃少谷題

第四五二期

發行人：高　布　南

每期一張　全年二五〇元

社址：臺北市重慶南路一段四二號　發行部電話：三一七一五　編輯部電話：三一七一八

郵撥帳號：〇一八五五五一～一號

印刷者：文友印刷紙業公司　地址：臺北市十六張犁街七號

軍人外職停役轉任文官　大法官會議認爲與憲法並無牴觸

【本刊訊】司法院大法官會議於日前舉行之第八九二次會議中，就臺北市議會爲關於軍人外職停役擔任文職官吏，與憲法第一百四十條之規定有無牴觸，聲請解釋案，作成釋字第二五〇號解釋。解釋文爲：

憲法第一百四十條規定：「現役軍人，不得兼任文官」，係指正在服役之現役軍人不得同時兼任文官職務，以防止軍人干政，而維民主憲政之正常運作。現役軍人因故停役者，轉服預備役，列入後備管理，爲後備軍人，如具有文官法定資格之現役軍人，因文職機關之需要，在未屆退役年齡前辦理外職停役，轉任與其專長相當之文官，既與現役軍人兼任文官之情形有別，尚難謂與憲法牴觸。惟軍人於如何必要情形下始得外職停役轉任文官，及其回役之程序，均涉及文武官員之人事制度，現行措施宜本憲法精神通盤檢討改進，由法律規定，併此指明。

解釋理由書爲：憲法第一百四十條之現役軍人，係指正在服役之現役軍人不得兼任文官職務，旨在防止軍人干政，以維民主憲政之正常運作，至已除役、退伍或因停役等情形而服預備役之軍人，既無干政之虞。

依陸海空軍軍官服役條例第十二條第一項第六款、同條例施行細則第九條第一項第八款及第二項規定，常備軍官在現役期間，經核准任軍職以外之公職者，自核准之日起爲外職停役。外職停役人員係服預備役，經層報國防部核定後，通知後備軍人管理機關列入後備管理。

依兵役法第二十五條第一款規定，是項停役人員爲後備軍人，已無現役軍人身分。如具有文官法定資格之現役軍人，因文職機關之需要，在未屆退役年齡前辦理外職停役，轉任與其專長相當之文官職務，與現役軍人兼任文官之情形有別，尚難自無干政之虞。

依陸海空軍軍官服役條例第十二條第一項第六款、同條例施行細則第九條第一項第八款及第二項規定，常備軍官在現役期間，經核准任軍職以外之公職者，自核准之日起爲外職停役。外職停役人員係服預備役，經層報國防部核定後，通知後備軍人管理機關列入後備管理。

現行陸海空軍軍官服役條例僅有「停役」之規定，並未直接規定「外職停役」，「外職停役」一詞，見之於該條例施行細則第九條第一項第八款、第十條、第十二條等有關規定，而外職停役人員轉任文官後，又得回服現役或晉任軍階，易滋文武不分之疑慮。

依陸海空軍軍官服役條例第十二條第一項第六款、同條例施行細則第九條第一項第八款及第二項規定，常備軍官在現役期間，經核准任軍職以外之公職者，自核准之日起爲外職停役。外職停役人員係服預備役，經層報國防部核定後，通知後備軍人管理機關列入後備管理。

現行陸海空軍軍官服役條例僅有「停役」之規定，並未直接規定「外職停役」，「外職停役人員」一詞，見之於該條例施行細則第九條第一項第八款、第十條、第十二條等有關規定，而外職停役人員轉任文官後，又得回服現役或晉任軍階，易滋文武不分之疑慮。

有關簽賭案之量刑　司法院並未作提示

【本刊訊】司法院日前對於部分民衆就法院審理「六合彩」簽賭案件，判處組頭（被告）七月以上有期徒刑，依法不得易科罰金而必須入監服刑一事，誤認係司法院特就此提出以下說明：

司法院並未函示各法院，對「六合彩」簽賭組頭被告，均須判處七月以上有期徒刑。按「六合彩」組頭賭博案件，所犯係刑法第二百六十八條之營利賭博罪，最高法定刑爲三年以下有期徒刑，由於犯罪情節，因人、因事而殊，自有輕重之分，承審法官依刑法第五十七條規定，審酌一切犯罪情狀後，認爲宜以易科罰金之宣告得以易科罰金之現役軍人不得同之日起爲外職停役，自核准之公職者，自核准第二項規定，常備軍官在現役期間，經核准任軍職以外之公職者，自核准第一項第八款及未直接規定「外職停役」，「外職停役人員爲後備軍人，已無現役軍人身分。如具有文官法定資格之現役軍人，因文職機關之需要，在未屆退役年齡前辦理外職停役，轉任與其專長相當之文官職務，與現役軍人兼任文官之情形有別，尚難謂與憲法規定有何牴觸。

現行陸海空軍軍官服役條例僅有「停役」之規定，並未直接規定「外職停役」，「外職停役人員爲後備軍人，已無現役軍人身分。如具有文官法定資格之現役軍人，因文職機關之需要，在未屆退役年齡前辦理外職停役，轉任與其專長相當之文官職務，與現役軍人兼任文官之情形有別，尚難謂與憲法規定有何牴觸。

【本刊訊】司法院大法官會議於日前舉行之第八九二次會議中，就臺北市議會爲關於軍人外職停役擔任文職官吏，與憲法第一百四十條之規定有無牴觸，聲請解釋案，作成釋字第二五〇號解釋。解釋文爲：

憲法第一百四十條規定：「現役軍人，不得兼任文官」，係指正在服役之現役軍人不得同時兼任文官職務，以防止軍人干政，而維民主憲政之正常運作。現役軍人因故停役者，轉服預備役，列入後備管理，爲後備軍人，如具有文官法定資格之現役軍人，因文職機關之需要，在未屆退役年齡前辦理外職停役，轉任與其專長相當之文官，既與現役軍人兼任文官之情形有別，尚難謂與憲法牴觸。惟軍人於如何必要情形下始得外職停役轉任文官，及其回役之程序，均涉及文武官員之人事制度，現行措施宜本憲法精神通盤檢討改進，由法律規定，併此指明。

解釋理由書爲：憲法第一百四十條之現役軍人，係指正在服役之現役軍人不得兼任文官職務，旨在防止軍人干政，而維民主憲政之正常運作，至已除役、退伍或因停役等情形而服預備役之軍人，既無干政之虞。

有關簽賭案之量刑　司法院並未作提示

【本刊訊】司法院日前對於部分民衆就法院審理「六合彩」簽賭案件，判處組頭（被告）七月以上有期徒刑，依法不得易科罰金而必須入監服刑一事，誤認係司法院特就此提出以下說明：

司法院並未函示各法院，對「六合彩」簽賭組頭被告，均須判處七月以上有期徒刑。按「六合彩」組頭賭博案件，所犯係刑法第二百六十八條之營利賭博罪，最高法定刑爲三年以下有期徒刑，由於犯罪情節，因人、因事而殊，自有輕重之分，承審法官依刑法第五十七條規定，審酌一切犯罪情狀後，認爲宜以易科罰金之宣告得以易科罰金之六月以下有期徒刑，而予以宣告，自爲法官依據法律獨立審判之結果，不受任何干涉。惟查「六合彩」簽賭，每週對獎二次，開獎頻繁，賭風甚熾，敗壞社會風氣，甚至影響治安，亟須設法遏止。司法院基於司法行政監督立場，提示各法院辦理此類「六合彩」組頭簽賭案件，務須審愼處理，加强蒐集證據，追問簽賭者，深入調查，於發現檢察官起訴之主持人有僱人頂替之情形時，亦應追查其眞正主持人及共犯，妥適量刑，以發揮司法功能，戢止賭風，防止犯罪。

此種提示，自與部分民衆誤認之所謂函示各法院辦理上開組頭爲被告之賭博案件，得不問被告犯罪情節如何，均處以七月以上有期徒刑之情形有別。因恐社會不察，特予說明澄清。

判例的編輯與功能

社論

法院組織法於民國七十八年十二月二十二日修正公布施行，就中關於判例之編輯，定有重要規定。同法第五十七條規定：「最高法院之裁判，其所持法律見解，認有編爲判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會議決議後，報請司法院備查。」「最高法院審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定。」按修正前法院組織法第二十五條規定：「最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他庭判決先例有異時，應由法院呈由三分之二以上出席，出席人數三分之二以上決議爲之。因爲變更判例之程序繁瑣，截至目前，經變更之判例僅五十五年臺上字第一七九八號乙則而已，是爲衆所週知之事實。

法院創設判例，或爲補充法律之不足，或爲闡明法律之眞意，其以補法律之不足者有謂「創設的判例」；以明法意者，謂「宣言的判例」。其功能可供嗣後受理同類案件時，依同一意旨而爲裁判，是爲維持法律的公平、劃一，樹立司法威信所必須，且爲當事人交易行爲時遵守之準繩，可消弭紛爭於無形。因此判例必須適應現實，且應與時俱進，日新又新，因應社會的變遷。判例採用最高限額抵押權制度，即是表明法院適用法律，不能違背現行經濟體制下通行的交易形態。因此判例的編輯及變更程序，不宜繁瑣難行。最高法院自民國十六年公布判例以來，已歷經六十餘年，如果所有判例在未經變更以前，均有法律上效力，變更判例程序又如是難行，則法院適用法律的結果，將趨僵化，不惟擾亂經濟秩序，且成爲社會進步的絆脚石。修正法院組織法將此死結解開，嗣後有關判例可由最高法院院長、庭長、法官組織之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會議決議後，報請司法院備查即可。變更判例時亦同。是最高法院往後可以隨時檢討不合時宜的判例，將其變更，以因應時勢的變遷。惟判例的存在，原係基於法律安定性的要求而來，不惟爲各級法院所依循，且爲社會所重視，朝令夕改，隨意更易，固非允當，衡量修正的必要性，尤應正視社會的需要情形，是否確實如此。不宜空憑理論的推演，勿促決定。尤忌盲目引用外國學說，無視現實社會與外國社會背景之異同。瞭解社會現象，把握社會脈動，尋求法律規範的正確方向，才能制定適當的判例。

良好的法制有賴司法者發揮睿智，正確運用法律，方能產生應有的功能。判例的創設及變更，能否促進社會進步，全看最高法院法官明智的抉擇。

行政機關製作處分書　處罰主體須記載明晰　行政法院撤銷原處分

【本刊訊】彰溪果菜市場股份有限公司代表人楊慶集一交易法事件，不服行政院農業委員會因違反農產品市場交易法案件（違反農產品交易法案件）處分一（農運字第三四一四五號）彰化縣政府農運字第三四一四五號「彰化縣政府」（違反農產品交易法案件）處分書所列：受處分人：彰溪果菜市場股份有限公司董事長楊慶集、性別：男、年齡：22、11、27、籍貫：臺灣彰化、職業：公、身分證字號：N101252449、住址：溪湖鎮湖東里長青街22號。依一般行政處分書之製作，如受處分之主體爲自然人，「姓名」欄則應載「楊慶集」，「應載明「楊慶集」公司」，爲使人易於分辨，現由何人負責，可於其下或次行記載法定代理人、或代表人、或負責人楊慶集，惟原處分書中所記者爲「彰溪果菜市場股份有限公司董事長楊慶集」，所處分者，究竟爲法人抑或自然人即未免混淆不清，又其他所記，均爲楊慶集（即彰溪果菜市場股份有限公司董事長）之個人者，然住址又爲原告公司營業所，而非楊慶集之私人住所，令人無從認定眞正受處分人爲何人。則被告機關所列處罰主體既不明晰，原處分顯有疏漏之處，遞從程序不合，而爲不受理之決定，均尚有欠洽，將再訴願決定及原處分一併撤銷，由被告機關另爲適法明確之處分，以昭允妥。

行政機關製作處分書　處罰主體須記載明晰　行政法院撤銷原處分

【本刊訊】彰溪果菜市場股份有限公司代表人楊慶集一交易法事件，不服行政院農業委員會因違反農產品市場交易法案件（違反農產品交易法案件）處分一（農運字第三四一四五號「彰化縣政府」（違反農產品交易法案件）處分書所列：受處分人：彰溪果菜市場股份有限公司董事長楊慶集、性別：男、年齡：22、11、27、籍貫：臺灣彰化、職業：公、身分證字號：N101252449、住址：溪湖鎮湖東里長青街22號。依一般行政處分書之製作，如受處分之主體爲自然人，「姓名」欄則應載「楊慶集」，「應載明「楊慶集」公司」，爲使人易於分辨，現由何人負責，可於其下或次行記載法定代理人、或代表人、或負責人楊慶集，惟原處分書中所記者爲「彰溪果菜市場股份有限公司董事長楊慶集」，所處分者，究竟爲法人抑或自然人即未免混淆不清，又其他所記，均爲楊慶集（即彰溪果菜市場股份有限公司董事長）之個人者，然住址又爲原告公司營業所，而非楊慶集之私人住所，令人無從認定眞正受處分人爲何人。則被告機關所列處罰主體既不明晰，原處分顯有疏漏之處，遞從程序不合，而爲不受理之決定，均尚有欠洽，將再訴願決定及原處分一併撤銷，由被告機關另爲適法明確之處分，以昭允妥。

申請出國後曾轉赴大陸　認有妨害國家安全之虞　不許可再出境於法有據

【本刊訊】原告范榮富因申請出境等事實爲原告所不服，提起行政訴訟，經判決理由書指出：按人民申請入出境有事實足認爲有妨害國家安全或社會安定之虞者，得不予許可之重大嫌疑者，得不予許可，爲動員戡亂時期國家安全法第三條第二項第二款所定。而曾經前往淪陷區者，爲其前開條款所定人民出境得不予許可之情形之一，復爲行爲時同法施行細則（七十六年七月十五日施行）第十三條第四款定有明文。查原告於七十七年四月及五月間二度假藉其他合法名義申請出國而前往大陸探親，且均係藉合法出國之理由申請出國以達其非法進入大陸之目的，則原告於同年六月間復以應聘出國爲由申請出境，被告機關基於原告前開事實認其申請出境有妨害國家安全或社會安定之重大嫌疑之虞，而否准其出境之申請，自無違誤。至原告所稱依據民意調查顯示，絕大多數民衆贊成開放兩岸交流及前往大陸觀光於情於理無由禁止等各節，縱屬不虛，於有關法規修正前，仍難執爲認定本件被告機關所爲處分有違法之依據。綜之，被告機關所爲處分，核無違誤，業一再訴願決定遞予維持，均無不合，原告起訴論旨，難謂爲有理由，應予駁回。

申請出國後曾轉赴大陸　認有妨害國家安全之虞　不許可再出境於法有據

【本刊訊】原告范榮富因申請出境等事實爲原告所不服，提起行政訴訟，經判決理由書指出：按人民申請入出境有事實足認爲有妨害國家安全或社會安定之虞者，得不予許可之重大嫌疑者，得不予許可再出境，爲動員戡亂時期國家安全法第三條第二項第二款所定。而曾經前往淪陷區觀光、遊覽、大嫌疑」云云。惟查原告於七十七年三月十八日至四月十日及七十七年四月二十四日至五月十四日止，先後兩次以應聘出國爲由，經由日本赴大陸各地旅遊，期間並曾與匪僞外經委員會趙主任（名字不詳）洽談木材生意之情形有別，尚難謂與憲法牴觸。惟軍人於如何必要情形下始得外職停役轉任文官，及其回役之程序，均涉及文武官員之人事制度，現行措施宜本憲法精神通盤檢討改進，由法律規定，併此指明。會中通過之解釋文、解釋理由書及劉大法官鐵錚提出之不同意見書經該院以院令公布。

司法法規釋示

司法院秘書長函　中華民國七十八年十一月廿九日　(78)內地字第七五五八七三號函

受文者：內政部

主旨：關於拍定人未辦妥權利變更登記前，法院復以不動產原登記名義人爲債務人，囑託辦理查封登記，登記機關應如何處理疑義一案，復如說明，請查照參考。

說明：

一、復　貴部七十八年十一月廿一日臺(78)內地字第七五二〇五號函。

二、按拍賣之不動產，買受人自領得執行法院所發給權利移轉證書之日起，取得不動產所有權。又強制執行開始後發見債權人查報之財產確非債務人所有者，應由執行法院撤銷其執行處分，强制執行法第九十八條、第十七條分別定有明文。故債務人之不動產業經買受人拍定，並已領得執行法院發給之權利移轉證書者，即取得該不動產之所有權，而債務人之所有權即因而喪失，自不得再以之爲債務人之財產予以執行。函示債務人林某之不動產，既經買受人拍定，並經執行法院發給權利移轉證書，通知登記機關由買受人辦理所有權移轉登記，登記機關亦已將其情形於土地登記簿爲註記登記各在案，則債務人已非不動產所有人，甚爲明顯。倘執行法院誤依他債權人之查報，仍以之爲原債務人所有再予查封而囑託登記機關爲查封登記者，登記機關宜將已依前案之囑託辦理拍定註記登記情形，函知執行法院，以促執行法院調卷了解前案情形，而依法撤銷後案之執行處分。

啓事

本刊各期均于每週四上午付郵，唯因讀者住址遠近不同，致送達日期各有先後。如確因漏寄、郵誤未能如期收到，敬希于兩週內以電話或函件通知。本社基于一貫服務宗旨，當即補寄。如逾時過久，或因保存不妥而致遺失，函請補寄時，每份請付工本費新臺幣五元（郵票代）。

羅國家考試、研究所入學試題，更聘請高水準研究人員撰寫解答，是您獲取高分之最佳利器，歡迎購買。

㈠新解律師、司法官歷屆考題、擬答（79年元月出版）　一七〇元

㈡(1)租賃之理論與實務（吳啓賓著）(2)民事强制執行案件實務處理解析（鍾慧芳著）(3)强制執行法實務問題研究（郭毓洲著）　二一〇元

△臺北市中華路一段一七八號三樓　電話：三三一七四八一・三三一七四八九　△郵政劃撥一三二七三八二—〇徐純英　七〇元

△訂閱本刊一年以上之訂戶七折優待。（請於劃撥單上記明訂戶號碼，或於現金購買時說明以憑辦理。）