

# 威權統治時期司法不法之刑事案件類型與分析\*

尤伯祥\*\*

## 壹、導言

所謂轉型正義，是指一個社會從威權體制轉型為民主社會後，對於政府在威權統治時期侵害人權的種種政治壓迫，及其導致的政治、族群或種族的分裂，為了正義的回復與社會的和解，所做的善後工作。根據聯合國的全面轉型正義途徑（holistic approach）<sup>1</sup>，促進真相、正義、賠償與保證不再發生，是轉型正義的四大元素。其中，真相與歷史事實的發掘與調查，是正義與賠償的基礎，也是保證威權統治不再發生的必要條件。

我國威權統治者遂行其威權統治的方法，除了倚賴強迫失蹤及法外處決等赤裸裸的不法國家暴力外，在漫長的白色恐怖統治歲月裡，更多的是倚賴意識形態灌輸，以及藉由穿上法治偽裝的加害體制來控制社會，以體制化、官僚化的方式迫害人權。由於刑事追訴、審判在這套穿上法治偽裝的加害體制裡扮演吃重角色，因此對於威權統治者藉濫用刑罰權加害人民之不法行為與結果的處理，在我國的轉型正義工程裡，就成為重要項目，故促進轉型正義條例（下稱促轉條例）乃於第6條特別就威權統治時期濫用刑罰權造成的司法不法案件，規定應予平復。

平復司法不法的意義，不僅在於賠償，還同時具有還原威權統治者如何濫用刑罰權此一歷史真相，進而鞏固民主，保證威權統治不再發生的意義。

促進轉型正義委員會（下稱促轉會）依促轉條例第6條之規定平復之司法不法案件，迄今已有相當數量<sup>2</sup>。其中依該條第3項第2款規定公告撤銷有罪判決之決定書，對於該條規定所稱司法不法之意涵乃至其具體態樣，均有探討與說明，藉由分析該等決定書，當可在一定程度還原威權統治者如何濫用刑罰權之歷史真相，此為本文之主要目的。惟，由於促轉會係依據促轉條例第6條第1項及第3項第2款進行調查並作成該等決定書，因此為免疑義，在進入分析該等決定書

---

\* 本文之完成得力於促進轉型正義委員會張軒安研究員、黃齡萱副研究員之協助，特此申謝。惟文責仍由筆者自負。

\*\* 促進轉型正義委員會兼任委員、義謙法律事務所主持律師。

<sup>1</sup> 陳俊宏，（2015），〈檢視台灣的轉型正義之路〉，《新世紀智庫論壇》第71期，頁19。

<sup>2</sup> 截至民國108年11月15日止，促轉會依促轉條例第6條第3項第1款及第2款公告平復之司法不法案件總數為5842件。網路資料：促進轉型正義委員會網站「撤銷有罪判決及調查報告」，<https://www.tjc.gov.tw/statistics>，最後瀏覽日：2019年11月15日；促進轉型正義委員會網站「決定書」，<https://www.tjc.gov.tw/decision>，最後瀏覽日：2019年11月15日。

之前，有必要先對這兩項規定進行法釋義學之探討。為此，本文先於第貳部分探討促轉條例第6條所稱司法不法之意涵，再於第參部分進行促轉會平復司法不法決定書之分析，進而根據分析結果，於第肆部分探究其於轉型正義之意義。

## 貳、 促進轉型正義條例第6條所稱司法不法之意涵

### 一、 須能完整涵蓋威權統治者藉濫用刑罰權加害人民之態樣

依促轉條例第1條第2項：「威權統治時期違反自由民主憲政秩序之不法行為與結果，其轉型正義相關處理事宜，依本條例規劃、推動之。本條例未規定者，適用其他相關法律之規定。」之規定，威權統治時期違反自由民主憲政秩序之不法行為與結果，其轉型正義相關處理事宜，應依該條例規劃、推動。因此從體系解釋而言，同條例第6條是為處理威權統治時期司法違反自由民主憲政秩序之不法行為與結果而訂定。該項規定所稱之司法不法，乃第1條第2項規定之「威權統治時期違反自由民主憲政秩序之不法行為與結果」的下位概念，係指以違反自由民主憲政秩序之刑事追訴或審判作為加害手段之不法行為與結果。

由以上規定所用文字，固不難理解其所稱司法不法之「不法性」，在於刑事追訴、審判違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則，亦即國家刑罰權的濫用，惟，由於該項後段規定這類司法不法之案件應重新調查，不適用國家安全法第9條：「戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後依左列規定處理：一、軍事審判程序尚未終結者，偵查中案件移送該管檢察官偵查，審判中案件移送該管法院審判。二、刑事裁判已確定者，不得向該管法院上訴或抗告。但有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴。三、刑事裁判尚未執行或在執行中者，移送該管檢察官指揮執行。」規定，以致本項司法不法之「司法」，究應依其字面而認為係指憲法第七章所規定司法權之作用，抑或及於戒嚴時期軍事機關所為之追訴、審判，不免疑義。

本文認為，促轉條例第1條既已明白揭示該條例制定之目的，是為了處理威權統治時期違反自由民主憲政秩序之不法加害行為與結果，則對該條例第6條第1項所稱司法不法之解讀，自應完整涵蓋威權統治時期藉由刑事追訴、審判而進行不法加害之態樣，至於該等刑事案件係在軍事或其他特別審判機關抑或普通法院進行追訴、審判，則非所問。若必以民主憲政體制之司法概念來理解本條例之司法不法，以為僅有在普通法院進行之刑事追訴、審判才能該當本條例所稱之司

法不法，反革命未能完整涵蓋威權統治者藉濫用刑罰權加害人民之態樣，以致無法完整實現本條規範目的之疑慮。

以下從我國威權統治時期之戒嚴法制，進一步析論何以促轉條例第 6 條之司法不法，必然須包含由軍事機關進行之追訴、審判。

## 二、必須包含軍事機關之追訴、審判

(一) 民國（下同）36 年行憲當時之軍事審判制度係作為統帥權之一部而建構，並非憲法上之法院，憲法第 8 條及第 9 條因此共同確立非現役軍人不受軍事審判之原則

### 1. 於憲法制定前，南京國民政府即已對非現役軍人廣泛實施軍事審判，憲法因此以第 9 條杜絕之

於訓政時期，南京國民政府為鞏固其一黨專政之訓政體制，並因應國共鬥爭之需求，於 17 年訂頒暫行反革命治罪法<sup>3</sup>。南京國民政府稍後於 20 年訂頒危害民國緊急治罪法後，暫行反革命治罪法即遭廢止。對日戰爭結束後，雖然南京國民政府在 35 年廢止危害民國緊急治罪法，但又為剿共而在 36 年 12 月 25 日行憲當天公布施行戡亂時期危害國家緊急治罪條例。觸犯該條例之罪者，除軍人由軍事審判外，非軍人則由特種刑事法庭審判之。蔣中正總統下野後，國民政府為與共黨和談而於 38 年 3 月 21 日由代總統李宗仁下令廢止該條例。隨後因和談破裂，立法院在同年 5 月 24 日三讀通過懲治叛亂條例。從以上遞嬗可見，威權統治時期針對政治上之反對者或異議者，制定極為嚴厲之懲治叛亂條例等特別刑法處罰的作法，其實早已發達於訓政時期，並隨國民政府敗退來台而於威權統治時期沿用之。

為發揮上述特別刑法的鎮壓作用，南京國民政府於 16 年 12 月制定了特種刑事臨時法庭組織條例，主要職司反革命罪之審判。雖 17 年 11 月國民黨中央政治會議廢止特種刑事臨時法庭，但 20 年的危害民國緊急治罪法又於第 7 條規定：「犯本法所定各罪者，在戒嚴區域

---

<sup>3</sup> 由該法將意圖顛覆中國國民黨及國民政府或破壞三民主義而起暴動者，規定為反革命行為，即可見得是為鞏固訓政黨治而設。該法的前身是武漢國民政府於 16 年制定的反革命罪條例，該條例是國共合作之產物，根據武漢國民政府司法部長徐謙在制定過程之說明，這部條例係參考蘇聯新刑律而制定。根據學者的研究，當時的蘇聯刑法典雖然有反革命罪，但蘇聯中央執委會為鎮壓反革命，復制定國事罪條例，其內容與武漢國民政府的反革命罪條例更為接近，所以後者參考的立法例更可能是蘇聯的國事罪條例。此部分詳參王奇生，(2011)，《革命與反革命：社會文化視野下的民國政治》，頁 129-133。寧漢分裂後，蔣介石領導的國民黨雖然開始國共鬥爭，但因訓政之一黨專政本質與共黨的民主集中理論並無不同，因此並未廢止反革命罪，而是將反革命的定義從「意圖顛覆國民政府或推翻國民革命之權力而為各種敵對行為」，更換為「意圖顛覆中國國民黨及國民政府或破壞三民主義而起暴動」，然後將條例名稱更名為暫行反革命治罪法。

內，由該區域最高軍事機關審判之。」該法 26 年 9 月修正時，進一步擴大軍事審判權，除規定犯該法各罪由該區域最高軍事機關審判之外，更規定在戰爭狀態下，軍事機關可以接管戰爭區域內一切民刑事案件。對日戰爭結束後，36 年 12 月雖已行憲，但因國共內戰爆發，國府宣布進入戡亂時期，國民政府復於 37 年 11 月頒佈特種刑事法庭組織條例。根據該條例，在南京設立中央特種刑事法庭，隸屬司法院，地位與最高法院相等，在司法行政部指定之省、市設立高等特種刑事法庭，地位與高等法院相等，在法庭人員組成上，以軍法官或中統情治人員為主。綜觀上述歷程，可見國民政府在敗退來台前，即已在訓政時期為保衛、鞏固國民黨的一黨專政而長期對政治異議者進行軍事審判<sup>4</sup>。

國民政府於 19 年公布施行的陸海空軍審判法第 13 條：「各軍法會審之審判長審判官，由該管長官指派之」之規定，使軍事長官得藉此項指派權干預軍事審判，首已與法治主義要求審判人員應有身分保障之原理不符。其次，該法第 36 條規定，應處死刑者、將官校官及同等軍人應處徒刑者、尉官准尉官及其同等軍人應處五年以上有期徒刑者，應呈請國民政府核定；第 40 條規定，長官如認簡易及普通軍法會審之判決不合法者，得令再議；第 41 條規定，軍法會審之判決，總司令或軍政部長海軍部長或該管最高級長官認為不合法者，得令復議。總司令或軍政部長海軍部長或該管最高級長官認為軍法會審有判決不當之宣告者，得令復審。以上規定進一步授權國民政府乃至各該軍事長官得以過問、干涉軍事審判之判決結果<sup>5</sup>，更與審判獨立之法治原理，顯相扞格。因此，訓政時期之軍事審判制度，雖有審判之名，但究其實際，乃是根據當時認為軍事審判權隸屬統帥權之思維<sup>6</sup>，視

---

<sup>4</sup> 有學者評論稱這其實是將北洋政府時期武人以武力干涉審判的作法披上合法性的外衣。此部分詳見韓秀桃，(2003)，《司法獨立與近代中國》，清華大學出版社，頁 374-375。有關特種刑事法庭審判官之資格，另可參最高法院 47 年判字第 53 號判例：「依特種刑事法庭組織條例第五條規定，高等特種刑庭庭長及首席檢察官須以司法官充任外，其餘審判官及檢察官，則係遴選司法及軍法人員派充」及 50 年判字第 83 號判例：「特種刑事法庭審判官之任用，依特種刑事法庭組織條例第 5 條規定，係就司法及軍法人員派充」。

<sup>5</sup> 32 年修正公佈的「戰時陸海空軍審判簡易規程」，其第 4 條規定：「(第 1 項)有左列各款情形之一者，依陸海空軍審判法審判法第 36 條呈請核定。一、將官及其同等軍人判處三年以上有期徒刑以上之刑者。二、校官及其同等軍人判處十年以上有期徒刑以上之刑者。三、尉官准尉官及其同等軍人判處無期徒刑以上之刑者。四、士兵及其同等軍人判處死刑者。(第 2 項)前項核定，得呈請代行陸海空軍大元帥職權之軍事委員會委員長為之，但應按月彙報國民政府備查。」進一步使軍事委員長得藉核定權過問、干涉軍事審判之結果。

<sup>6</sup> 例如，行政院於 44 年函送〈軍事審判法草案〉予立法院審議，在說明草案時謂：「軍法雖為刑罰權之一，但其目的在維持軍紀，貫徹命令，以達成捍衛國家克敵致果之神聖使命，故時不論古今，地無分中外，軍法權向為總戎統帥三軍之工具，美國之最新軍法，亦由國會授權總統執行，民主先進國家法制如此，他勿待論，故統帥權之完整，為本法基本精神。」即係本於此種視軍事審判為統帥權一部之思維而來。詳見行政院民國 44 年 5 月 31 日臺 44 法字第 3451 號函「軍事審判法草案提要」，載於《立法院公報》(1956 年)45 卷 17 期 08 冊，頁 34。

軍事審判機關為軍隊組織之一部，以軍法官為軍隊科層之成員，聽令長官為天經地義，故判決層請長官核定乃屬當然。按此理解所建構之軍事審判機關，審判過程與結果自然難期正當、公平。

憲法為制憲當時社會需要與人們見解的反映<sup>7</sup>，上述嚴厲的特別刑法加上廣泛的軍事審判，製造大規模的人權侵害，因此防止軍事審判草菅人命的弊端，以貫徹生命、自由與財產的保障，就成為制憲當時的社會需求，因此而有憲法第 9 條：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」之制定<sup>8</sup>。

## 2. 對非現役軍人實施軍事審判，與憲法第 8 條也格格不入，本應於行憲後立即停止

憲法第 8 條第 1 項明定人民非由法院依法定程序，不得審問處罰。此項規定所稱法院既行使刑事裁判之權限，自應依據憲法第 80 條之規定超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。制憲前之軍事審判機關，既係作為軍事統帥權之一部而建構，不能確保審判獨立，自與憲法第 80 條之規定齟齬，並非憲法上之法院。若 36 年 12 月 25 日行憲後仍因循當時對非現役軍人行軍事審判之作法，即與憲法第 8 條之保障格格不入。因此，在行憲之後，本應立即停止將非現役軍人交付軍事審判。

### （二）行憲後旋即因戒嚴而繼續對非現役軍人進行軍事審判

雖然憲法第 8 條、第 9 條共同確立非現役軍人不受軍事審判之原則，但台灣地區在 38 年 5 月 20 日宣告進入戒嚴，依同年 1 月 14 日修正、當時有效之戒嚴法，授權軍事機關得對犯該條所定包括內亂、外患等犯罪之非現役軍人進行軍事審判<sup>9</sup>。另外，39 年 4 月 26 日修正公布之懲治叛亂條例第 10 條：「犯本條例之罪者，軍人由軍事機關審判，非軍人由司法機關審判，其在戒嚴區域犯之者，不論身分概由軍事機關審判之。」則進一步使在台灣地區涉犯該條例者，不問身份為現役或非現役軍人，一律交由軍事機關審判。這條規定與 39 年 6 月

<sup>7</sup> 荊知仁，(1984)，《中國立憲史》，聯經出版事業公司，頁 471。

<sup>8</sup> 學者荊知仁指出：「非現役軍人，不受軍事審判（第 9 條），乃在防止過去武人草菅人命的弊端，以貫徹生命權的保障為目的。」見：荊知仁，(1984)，《中國立憲史》，聯經出版事業公司，頁 466。

<sup>9</sup> 該法第 8 條：「（第 1 項）戒嚴時期接戰地域內，關於刑法上左列各罪，軍事機關得自行審判或交法院審判之。一、內亂罪。二、外患罪。三、妨害秩序罪。四、公共危險罪。五、偽造貨幣有價證券及文書印文各罪。六、殺人罪。七、妨害自由罪。八、搶奪強盜及海盜罪。九、恐嚇及擄人勒贖罪。十、毀棄損壞罪。（第 2 項）犯前項以外之其他特別刑法之罪者，亦同。（第 3 項）戒嚴時期警戒地域內，犯本條第 1 項第 1、2、3、4、8、9 等款及第 2 項之罪者，軍事機關得自行審判或交法院審判之。」之規定，授權軍事機關得對犯該條所定犯罪之非現役軍人進行軍事審判。

13 日公布施行之戡亂時期檢肅匪諜條例第 2 條：「本條例稱匪諜者，指懲治叛亂條例所稱之叛徒，或與叛徒通謀勾結之人。」及第 11 條：「匪諜牽連案件，不分犯罪事實輕重，概由匪諜案件審判機關審理之。」連結，使非現役軍人在台灣地區涉犯匪諜案件者，亦一律受軍事審判<sup>10</sup>。根據以上規定，大多以懲治叛亂條例及戡亂時期檢肅匪諜條例起訴之政治犯，不論是否具備現役軍人身份，一律交由軍事審判。

以上規定將國家對非現役軍人涉犯懲治叛亂條例、戡亂時期檢肅匪諜條例及其他特定犯罪之刑罰權，在戒嚴時期移轉予軍事機關行使。可以說，訓政時期利用軍事審判進行鎮壓的作法，由於戒嚴而延續至行憲後，憲法第 9 條之規範目的完全落空。

### （三）戒嚴時期之軍事審判體制，仍係本於統帥權之思維而建構，並非憲法上之法院

在軍事審判法於 45 年 7 月 7 日公布施行前，軍事審判依照陸海空軍審判法進行；是日之後，則依軍事審判法進行。

國防部於 39 年 6 月將陸海空軍審判法及戰時陸海空軍簡易審判規程中關於軍法案件呈核之規定，綜合刪併為「國防部軍法案件呈核標準」<sup>11</sup>，經呈奉總統府核准於 39 年 6 月 15 日實施。嗣後總統蔣中正以（40）午冬乾瑞 40376 號代電命令修正之<sup>12</sup>。以上規定使蔣中正總統得因三軍統帥之身分成為軍事審判體制之頂點，得藉核定判決權干預判決結果，甚至使審判結果事實上係秉總統之意志而作成，充分顯示其係將軍事審判歸屬統帥權。

45 年公布施行之軍事審判法，不但於第 14 條規定軍法官由國防

---

<sup>10</sup> 行政院依據戒嚴法第 8 條於 56 年 4 月 1 日公布之台灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法第 2 條：「軍法機關自行審判之案件以左列為限：一、軍人犯罪。二、犯戡亂時期檢肅匪諜條例、懲治叛亂條例所定之罪。三、犯陸海空軍刑法第 77 條、第 78 條之屬於盜賣買受軍油案件之及懲治盜匪條例第 4 條第 1 項第 3 款、第 2 項、第 3 項、戰時交通電業設備及器材防護條例第 14 條、第 15 條屬於竊盜或毀損及收受、搬運、寄藏、故買、牙保、熔燬同條例第 2 條第 1 項第 4 款、第 8 款規定之交通設備及器材之罪。」之規定，基本上與戒嚴法第 8 條及懲治叛亂條例、戡亂時期檢肅匪諜條例所劃定之軍事審判範圍一致。

<sup>11</sup> 其規定為：「一、左列案件由參謀總長逕呈總統核定：甲.將官及其同等軍人處有期徒刑以上之刑者。乙.校官及其同等軍人處十年以上有期徒刑以上之刑者。二、左列案件由總統授權參謀總長代核月終制表檢同原判彙呈核備：甲.尉官准尉官及其同等軍人處無期徒刑以上之刑者。乙.士兵及其同等軍人處死刑者。丙.非軍人依法應受軍法裁判案件之處死刑者。但高級官吏及情節重大案件仍呈請總統核定。三、不屬前兩項各款規定刑度之案件由參謀總長逕予核准或備查」

<sup>12</sup> 內容為：「查軍法案件呈核標準嗣後應照下列規定辦理：（一）非軍人及官吏受軍法裁判之案件處徒刑十五年以上者，應照軍法案件呈核標準第 1 項辦理，由參謀總長逕呈核定。（二）將官及同等軍人或高級官吏受軍法裁判而為諭知無罪判決者，應照交辦案件例由參謀總長逕呈核定後始得宣告。（三）其他案件應否呈請核定，仍照前規定軍法案件呈核標準辦理。以上三項希即遵照為盼。」

部任用，而且依第 133 條之規定，判決須經該管軍事審判機關長官核定，最高軍事審判機關高等覆判庭之判決，則須呈請總統核定後，始能宣示或送達，軍事長官或最高統帥核定判決時，得將其認為不當或違背法令之判決發交覆議。以上軍法官隸屬行政權、判決須經軍事長官甚至最高統帥核定之設計，與陸海空軍審判法仍無二致，可見其與訓政時期並無二致，中心思想依舊是把軍事審判劃歸統帥權，殊異於憲法上審判獨立之法院。貫穿整個威權統治時期，軍事審判機關作為軍隊科層組織內之單位，始終須聽命行事<sup>13</sup>。

#### （四）威權統治者得藉干涉軍事機關之追訴、審判，進行鎮壓

由於威權統治時期之軍事審判機關，實係隸屬軍隊之單位，因此各該軍事長官乃至最高統帥一方面得藉對軍法官之人事控制權（人事權、懲戒權），逕對偵查、審判下達指令，另一方面也可以藉由判決核定權及覆議權對承審案件之軍事審判機關下指導棋。

藉由以上方式操縱追訴、審判之結果，威權統治者得以披著法治外衣濫用刑罰權來鎮壓任何其認為需要鎮壓的人。無論這些被鎮壓的人是否真的危及威權體制，也不論他們是現役軍人與否，威權統治者都能藉由軍事審判便於操縱、定罪的特性，迅速地讓他們從社會上消失<sup>14</sup>。

#### （五）促轉條例第 6 條之司法不法，因此必須及於軍事機關進行追訴、審判之案件

威權統治者得藉干涉軍事機關之追訴、審判，進行鎮壓，則促轉條例第 6 條第 1 項之司法不法，自不能排除由軍事機關進行刑事追訴、審判之案件。

職是之故，促轉條例第 6 條第 1 項乃規定這類刑事案件「應予重新調查，不適用國家安全法第 9 條規定」。蓋戒嚴法雖授權軍事機關

<sup>13</sup> 直至 88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法，為因應司法院釋字第 436 號解釋之要求，始設置不再隸屬部隊之軍事法院，並取消軍事長官之判決核定權、覆議權及法庭組成核定權，上述軍事審判機關被劃歸統帥權而不可能獨立審判之狀態，才初步告終。之所以謂只是初步告終，是因為軍法官終究隸屬國防部，不可能完全擺脫軍事長官之意志。根據監察院的調查報告，85 年發生的江國慶案在審判過程中，來自國防部軍法局的指導斑斑可見。之後，由於洪仲丘命案的效應，立法院於 102 年再次修正軍事審判法，使現役軍人除於戰時犯陸海空軍刑法或其特別法之罪仍應受軍事審判外，承平時則由司法審判。故於本次修法後，目前無論是現役軍人或非現役軍人，均已不再受軍事審判。詳見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，（2016），〈司法權〉，《憲法：權力分立》，新學林出版股份有限公司，頁 411；司法院，（2013），〈軍審法三讀修正 實現國家司法權一元化 強化軍中人權保障〉，《司法周刊電子報》1657 期，司法院。

<sup>14</sup> 黃丞儀（臺灣民間真相與和解促進會著），（2015），〈戒嚴時期法律體制的未解難題與責任追究〉，《記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告》，卷三，面對未竟之業》，衛城出版社，頁 51-53。



得對非現役軍人進行軍事審判，但依該法第 10 條：「第 8 條、第 9 條之判決，均得於解嚴之翌日起，依法上訴。」之規定，非現役軍人於戒嚴時期受軍事審判者，本得在解嚴後就其所受軍事判決上訴。然而，解嚴時制定之國安法卻在第 9 條第 2 款規定：「戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後依左列規定處理：**二、刑事裁判已確定者，不得向該管法院上訴或抗告。**但有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴。」剝奪此類被告於解嚴後依戒嚴法第 10 條向普通法院上訴或抗告之救濟機會。雖然該款規定的合憲性旋即遭到質疑<sup>15</sup>，但作成於威權統治末期之司法院釋字第 272 號解釋，以該款規定「係基於此次戒嚴與解嚴時間相隔三十餘年之特殊情況，並謀裁判之安定而設，亦為維持社會秩序所必要」而肯認其合憲性<sup>16</sup>。因此，在促轉條例制定前，非現役軍人於戒嚴時期受軍事裁判確定者，仍無法向法院提起上訴或抗告救濟。從而，堪認上述「應予重新調查，不適用國家安全法第 9 條規定」之法條文字，明示促轉條例第 6 條第 1 項欲藉平復司法不法以救濟於戒嚴時期受軍事裁判確定之非現役軍人之意思。此再參同條第 3 項第 1 款規定該款撤銷之對象，包含依戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例、戒嚴時期人民受損權利回復條例獲得補償、賠償或回復受損權利者之有罪判決，益為明確。

### 三、由於釋字第 272 號解釋，不能僅以非現役軍人於戒嚴時期受軍事審判為由，謂已構成司法不法

憲法第 9 條既已基於訓政時期軍事審判侵害人權之經驗而明定非現役軍人不受軍事審判，則戒嚴法是否當然得違逆憲法明白之文字，授權軍事機關對非現役軍人進行軍事審判，其實非無商榷餘地。蓋戒嚴與非現役軍人接受軍事審判之間，並無必然關聯<sup>17</sup>。惟，由於司法院釋字第 272 號解釋文肯認憲法第 9 條之保障得因戒嚴而受限制<sup>18</sup>，

<sup>15</sup> 依司法院釋字第 436 號解釋文，即便是現役軍人，在非戰時之平時，經終審軍事審判判決後，仍有權向普通法院以判決違背法令為由請求救濟。非現役軍人本不應受軍事機關之追訴、審判，其所受之訴訟權保障不應少於現役軍人。一旦受有軍事機關之追訴、審判，至少應如同現役軍人，在非戰時之平時，經終審軍事審判判決後，仍有權向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。

<sup>16</sup> 固然本號解釋之作成，或受當時政治、社會現實侷限，但其影響所及，導致我國的轉型正義工程遲遲未能向平復受迫害當事人之冤屈推進，也未能還原個案真相，進而形同替威權統治乃至當時執政者在轉型正義上的懈怠背書，構成落實轉型正義的重大障礙，則屬不爭之事實。本號解釋對轉型正義之影響，可參：王泰升，（2018），〈論台灣的轉型正義〉，《台灣法學新課題（十三）》，社團法人台灣法學會編，元照出版有限公司，頁 24-25。

<sup>17</sup> 另可參：學者吳志光指出，軍事審判權是否應獨立於一般司法審判權之外，於憲法上尚非無可爭議。吳志光，（2013），〈軍事審判權何去何從，國防部要有 B 計畫〉，《月旦法學教室》第 127 期，元照出版有限公司，頁 53-58。

<sup>18</sup> 該號解釋文謂：「人民除現役軍人外，不受軍事審判，憲法第 9 條定有明文。戒嚴法第 8



因此尚不能僅因非現役軍人在戒嚴時期受軍事機關追訴、審判，即謂已構成促轉條例所稱司法不法。

#### 四、大法官雖肯認戒嚴時軍事機關得行使刑罰權，但其追訴、審判仍須符合自由民主憲政秩序，並應公平、正當

司法院雖於釋字第 272 號解釋肯認國家於戒嚴時期得對非現役軍人行軍事審判，但幸好在之後的釋字第 436 號及第 624 號解釋，藉由指明軍事機關之追訴、審判，係行使國家刑罰權，具司法權之性質，逐步否定威權統治時期將軍事審判劃歸統帥權的見解<sup>19</sup>，進而昭示軍事機關雖得進行追訴、審判，但因此項權限之行使具司法權之性質<sup>20</sup>，

---

條、第 9 條規定，非現役軍人得由軍事機關審判，則為憲法承認戒嚴制度而生之例外情形。」

<sup>19</sup> 由釋字第 436 號解釋文：「軍事審判之建制，憲法未設明文規定，雖得以法律定之，惟軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第 77 條、第 80 條等有關司法權建制之憲政原理；規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第 23 條之比例原則。」及釋字第 624 號解釋理由書：「軍事檢察及審判機關所行使對特定犯罪之追訴、處罰權，亦屬國家刑罰權之一種，具司法權之性質，其發動與運作，不得違背憲法第 77 條、第 80 條等有關司法權建制之憲政原理，其涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法相關規定（本院釋字第 436 號解釋參照）。」之內容，可知大法官認為軍事機關之追訴、審判，係行使國家刑罰權，具司法權之性質。

釋字第 436 號解釋之聲請人立法委員蘇煥智等 58 人，其中呂秀蓮、施明德、姚嘉文、張俊雄、謝長廷、黃信介及江鵬堅等人係美麗島事件軍事審判之當事人或辯護律師。由聲請書開宗明義指出：「憲法第 77 條規定：『司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。』司法權應由司法機關職掌，其他非司法性質之機關並不具有案件的審判權。根據軍事審判法第 1 條第 1 項規定：『現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之，其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，亦同。』由此觀之，軍事法庭所掌理者係刑事訴訟案件，應歸屬司法性質之機關審理。然而現行之軍事審判法第 8 條至第 11 條當中規定，以各級司令部或與其同等之軍事機關為軍事審判機關，並以國防部為最高軍事審判機關，將軍事審判權隸屬於國防行政權之下，使行政性質的軍事機關兼掌刑事司法權，違反法治國家的分權原則，並抵觸憲法第 77 條之規定。」可知，該次聲請使大法官必須直面軍事審判制度究係統帥權或司法權之定位問題。

關於軍事審判係統帥權或司法權之爭議，可參：財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會，(2004)，《戒嚴時期之惡法與審判：以不當叛亂匪諜審判案件為主》，財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會，頁 255。

<sup>20</sup> 對軍事審判機關得行使刑罰權而具司法權性質之結論，董翔飛大法官之協同意見書：「行政院為國家最高行政機關，國防部隸屬於行政院之下，屬行政體系之一環。軍事審判法第 11 條規定『國防部為最高軍事審判機關』，掌理司法權之軍事審判，破壞國家機關權限之分際，嚴重違背權力分立原則，與憲法第 7 條、第 8 條、第 9 條、第 16 條及第 77 條之意旨均有未合，應定期使其失效。……此種既承認軍事審判權係屬司法權之一，但又容許軍事機關仍得繼續行使，而普通法院所能為者，祇限於法律審而已，可謂『藕斷絲連，欲斷還留』，與本院釋字第 86 號解釋、第 262 號解釋立論前後不一，難以一貫，令人不敢苟同，爰提出協同意見書如上。」及王澤鑑大法官之協同意見書：「軍事審判所行使者既為司法性質之國家刑罰權，軍事審判亦屬司法之體系，則普通法院得在法律上審查軍事審判機關之判決始具憲法上依據，並排除本件解釋係調和司法權與統帥權之可能誤會。又由軍事審判係屬司法權之一種，可知本件解釋認在平時軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟，僅屬階段性的軍事審判建制，而非將軍事審判之司法化固定於此規範模式，故在此基準上仍有立法形成之空間，而其最終完成應在貫徹司法化之軍事審判制度，或在各級普通法院設軍事法庭，或成立屬司法體系之軍事法院。」均有保留。

因此其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第 77 條、第 80 條等有關司法權建制之憲政原理。故軍事機關雖於戒嚴時期得行使刑罰權，但不得違反自由民主憲政秩序，其所為追訴、審判亦須公平、正當。

#### 五、促轉條例第 6 條第 3 項是立法者撤銷威權統治時期之不法判決，而非促轉會以行政權之作用撤銷之

雖然促轉條例第 6 條第 1 項規定司法不法案件應重新調查，不適用國家安全法第 9 條，但囿於我國威權統治延續近半世紀<sup>21</sup>，又遲至民主轉型 25 年後，始於 106 年 12 月 27 日公布促轉條例，以致司法不法案件之當事人或已含恨而終，或雖在世而垂垂老矣，不僅難堪上訴、更審或再審之訟累，而且相關檔卷及證據也多已銷毀或湮滅，若僅得依本項規定循司法救濟途徑進行平復，確有滯礙難行。故促轉條例第 6 條除於第 2 項規定平復司法不法得以識別加害者並追究其責任、回復並賠償被害者或其家屬之名譽及權利損害，及還原並公布司法不法事件之歷史真相等多元方式為之外，更以第 3 項：「下列案件，如基於同一原因事實而受有罪判決者，該有罪判決暨其刑、保安處分及沒收之宣告，於本法施行之日均視為撤銷，並公告之：一、依二二八事件處理及賠償條例、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例與戒嚴時期人民受損權利回復條例之規定，而獲得賠償、補償或回復受損權利之受難者。二、前款以外之案件，經促轉會依職權或依當事人之聲請，認屬依本法應予平復司法不法之刑事有罪判決者。」之規定，以國會立法撤銷之方式平復司法不法<sup>22</sup>，使這類案件之有罪判決暨其刑、保安處分及沒收之宣告，於本法施行之日均視為撤銷。

#### 六、司法不法之不法性，在於案件之追訴或審判違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則

從體系及目的解釋而言，促轉條例第 6 條第 3 項既為平復司法不

<sup>21</sup> 依促轉條例第 3 條第 1 款之定義，指自民國 34 年 8 月 15 日起至 81 年 11 月 6 日止之時期。

<sup>22</sup> 此參本條之立法理由謂：「德國在處理納粹時期，為維護納粹不法政權所作出違反人性尊嚴、正義理念的刑事判決時，早期態度並不積極，拖延近半世紀，許多判決資料及卷證已經滅失，使個案獲得審查救濟之可能性大幅降低。德國為維護受難者之權益，於 1998 年 8 月 25 日公布『撤銷納粹時期刑事不法判決暨前優生法院絕育判決之法律』（簡稱撤銷納粹時期不法判決法，NS-AufhG），以國會立法撤銷方式，以法律規定直接撤銷納粹時期之不法判決；德國另於 2017 年 7 月 21 日公布『1945 年 5 月 8 日納粹時期後刑事判處同性戀罪刑名譽回復法（StrRehaHomG）』，仍以國會立法撤銷方式，撤銷判處同性戀罪刑之刑事判決，給予受判決者名譽回復及權益救濟。德國前述立法例可供我國參考。爰制訂第 3 項規定，並於第 3 項第 1 款明訂可直接以立法撤銷刑事判決之案件種類。」極明。或有論者謂促轉會依促轉條例第 6 條第 3 項規定公告撤銷司法不法案件之有罪判決，乃以行政權之作用撤銷司法判決，有違權力分立原則云云，殊屬誤解。

法而以立法方式撤銷有罪判決，則該等判決必須具備同條第 1 項所稱司法不法之「不法性」，亦即其追訴或審判違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則，而構成國家刑罰權的濫用。

理論上而言，每個依促轉條例第 6 條第 3 項撤銷之有罪判決，都應具備此項不法性，但曾依二二八事件處理及賠償條例、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例與戒嚴時期人民受損權利回復條例之規定，而獲得賠償、補償或回復受損權利之受難者，其有罪判決應可認為當然具備此種不法性<sup>23</sup>（否則何以賠償、補償或回復權利），故第 6 條第 3 項第 1 款乃逕行規定此類受難者之有罪判決於本法施行之日均視為撤銷。由於曾依以上法律獲得賠償、補償或回復權利之案件有相當數量，如是立法，可避免因調查是否具備不法性之作業困難，導致促轉會於短短兩年任期內公告撤銷之有罪判決數量太少，確有助於平復司法不法之轉型正義目標的充分實現；惟，就不具備第 3 項第 1 款要件之有罪判決而言，促轉會仍須依該條第 1 項之規定調查其追訴或審判是否違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則而具備司法不法性<sup>24</sup>。調查結果若屬肯定，即屬該條第 3 項第 2 款應予平復之司法不法有罪判決。

## 參、對促轉會平復司法不法決定書之分析

### 一、分析促轉會平復司法不法決定書之意義

司法不法之不法性，既在於案件之追訴或審判違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則，則藉由分析促轉會依促轉條例第 6 條第 3 項 2 款平復司法不法決定書之內容，可以突顯自由民主憲政秩序、公平審原則不容侵犯之最低限度保障何在，並同時窺見威權統治者藉濫用刑罰權加害人民之具體方法，以重建國人的集體記憶，並還原歷史

<sup>23</sup> 司法院釋字第 477 號解釋文所述：「台灣地區在戒嚴時期刑事案件之審判權由軍事審判機關行使者，其適用之程序與一般刑事案件有別，救濟功能亦有所不足，立法機關乃制定戒嚴時期人民受損權利回復條例，對犯內亂罪及外患罪，符合該條例所定要件之人民，回復其權利或給予相當賠償，而明定限於犯外患罪、內亂罪之案件，係基於此類犯罪涉及政治因素之考量，在國家處於非常狀態，實施戒嚴之情況下，軍事審判機關所為認事用法容有不當之處。」等語，已以「認事用法容有不當」之用語，指明軍事機關對此類案件之追訴或審判具有不法性，可資參照。學者王泰升指出，本號解釋肯認威權統治時期之軍事審判違反法治（rule of law）原則，饒有意義。王泰升，（2018），〈論台灣的轉型正義〉，《台灣法學新課題（十三）》，社團法人台灣法學會編，元照出版有限公司，頁 26。

<sup>24</sup> 由本條之立法理由：「三、……。又促進轉型正義委員會對於個案是否屬於本條例應予撤銷之案件，應依第二項之立法原則處理，行調查時，不受國家安全法第九條第二款前段之限制；調查時如有疑義，參酌德國『撤銷納粹時期刑事不法判決暨前優生法院絕育判決之法律』第 3 條第 2 項規定意旨，對於聲請人應為有利之解釋。……。四、……。惟如促進轉型正義委員會駁回第三項第二款之聲請，聲請人如認該刑事有罪判決違反自由民主憲政秩序及公平審判原則，需平復司法不法者，應賦予聲請人以第一項之理由向法院提起上訴之機會。」亦可窺見。

真相，進而鞏固民主與法治。

## 二、自由民主憲政秩序之意涵

### （一）民主共和國原則、國民主權原則、人民基本權利之保障以及有關權力分立與制衡之原則，是自由民主憲政秩序之基礎

依司法院釋字第 499 號解釋文第二段：「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第 1 條所樹立之民主共和國原則、第 2 條國民主權原則、第 2 章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」所言，民主共和國原則、國民主權原則、人民基本權利之保障以及有關權力分立與制衡之原則，乃是自由民主憲政秩序賴以存立之基礎，具有本質之重要性。憲法雖未明定以上基本原則不可變更<sup>25</sup>，但如聽任修改、變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，故以上基本原則乃自由民主憲政秩序之本質內涵，凡憲法設置之機關均有遵守之義務，苟有抵觸，即屬違反自由民主憲政秩序。準此，促轉會和平復司法不法決定書裡，一向引用釋字第 499 號解釋之上述意旨，以初步說明何謂自由民主憲政秩序<sup>26</sup>。

### （二）自由民主憲政秩序是公平審判原則之上位概念

司法院於多號解釋指出，憲法於第 16 條保障人民之訴訟權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利（請參司法院釋字第 396、482、512、530、582 等號解釋）。準此，公平審判既屬訴訟權保障之內涵，乃人民基本權利保障之一部分，則依釋字第 499 號解釋之意旨，仍屬自由民主憲政秩序存續之基礎。從而，促轉條例第 6 條第 1 項雖並舉自由民主憲政秩序及公平審判原則，但實則前者為後者之上位概念，追訴或審判不符公平審判原則，自然也就違反自由民主憲政秩序。是以較諸促轉條例第 1 條第 2 項僅言及「威權統治時期違反自由民主憲政秩序之不法行為與結果」，同條例第 6 條第 1 項雖另稱「侵害公平審判原則」，但這 2 項規定實屬一致，並無歧異。

<sup>25</sup> 請參該號解釋理由書：「我國憲法雖未明定不可變更之條款，然憲法條文中，諸如：第 1 條所樹立之民主共和國原則、第 2 條國民主權原則、第 2 章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序（參照現行憲法增修條文第 5 條第 5 項及本院釋字第 381 號解釋），乃現行憲法賴以存立之基礎」。

<sup>26</sup> 詳見促轉司字第 1 號至第 7 號、第 9 號至第 17 號決定書。

### （三）縱使處於非常時期，自由民主憲政秩序仍有其不容國家侵犯之底線

我國的威權統治者一向以國家處於動員戡亂之非常時期、緊急狀態，為其長期戒嚴辯解。這項辯解在長期威權統治下，藉由政府對輿論的操縱及教育的箝制，成功的深入人心。甚至即使民主轉型已有相當時日，但這項辯解仍有一定程度的聲量。因此，轉型正義工程若想面對、檢討威權統治種種違反自由民主憲政秩序之行為，勢必須回應這項辯解。

大法官雖然在威權統治結束前夕，於 80 年 1 月 18 日的釋字第 272 號解釋肯認國家得因戒嚴而將非現役軍人交付軍事機關審判，以法安定性之名滑向上述辯解<sup>27</sup>，但所幸隨著民主化進展，在釋字第 436 號解釋大法官就踩了煞車，宣示軍事機關縱得於戒嚴時期追訴、審判非現役軍人，但仍須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，不得違背憲法第 77 條、第 80 條等有關司法權建制之憲政原理。從本號解釋開始，國家不能假非常時期之名為所欲為，縱使處於非常時期，自由民主憲政秩序仍有其不容國家侵犯之底線，日益明確<sup>28</sup>。

可見，非常時期或緊急狀態絕非國家違反自由民主憲政秩序的正當理由。國家在非常時期固然得採取緊急處置，惟民主、共和、權力分立與制衡、人民基本權利保障等自由民主憲政秩序之基礎，仍有其不容侵犯之最低限度保障<sup>29</sup>。蓋國家為人民而存在，自由民主憲政秩序為保障人民之自由與尊嚴而建立，若為了國家的存續而不惜侵犯自由民主憲政秩序之底線，則人民為保全國家所為犧牲即失去意義。只有在國家值得愛的時候，愛國才是要求人民犧牲的正當理由。

大法官既已在以上解釋揭示自由民主憲政秩序有其底線，即使處於非常時期，仍不可侵犯，促轉會乃秉此意旨，在第一個重新調查的

<sup>27</sup> 參見該號解釋文所言：「係基於此次戒嚴與解嚴時間相隔三十餘年之特殊情況，並謀裁判之安定而設，亦為維持社會秩序所必要」

<sup>28</sup> 釋字第 567 號解釋理由書作了更清楚的宣示：「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。」

<sup>29</sup> 以釋字第 499 號解釋為例，大法官指出的最低限度保障，是作為正當法律程序最低要求的審判獨立與公平法院。釋字第 567 號解釋則點出人的內在精神活動是人性尊嚴的根本，絕對不容國家以任何理由干預或侵犯，其後釋字第 656 號解釋再度肯認人作為道德主體，其內在精神活動的不可侵犯性。

決定書開宗明義指出：「轉型正義的要求，正是要指出，即使有維護統治政權的需要，統治權的行使也不能以侵犯人權為代價，不能為伸張統治意志而剝奪人作為人應該享有的自由、人權與人性尊嚴；民主憲政秩序所要求的人權保障原則、法治原則、公平審判原則，也應該適用於統治政權需要自我保護的時期，否則即會導致殘酷且不正義的犧牲。法諺固然有云，刀劍之下，法律沈默。然而，圍城之內，縱多有從權，仍有一定之限度，是以縱宣告戒嚴，政府仍有一定法度必須遵循，並非一旦大敵當前，執政者即可恣意行事而無所顧忌；縱於敵前交戰，將領也仍應依法行事，非謂接戰地域軍民之生死，即可全繫於其一念之間。故，緊急狀態之下仍有法治，已是現代法治國家之通例。對人權之法治保障，縱因緊急狀態而不得不有所讓步，卻也不是因此就要全盤拋棄。在緊急狀態之下，人權保障仍應有一定範圍、無法退讓的堅持。」<sup>30</sup>

### 三、 促轉會平復司法不法決定書之分析結果

#### （一）目前促轉會經重新調查後認為屬應予平復之刑事有罪判決，均係由軍事機關作成

截至 108 年 9 月 30 日止，促轉會依職權或依當事人之聲請重新調查，認定屬應予平復之司法不法有罪判決，進而依轉條例第 6 條第 3 項第 2 款公告於該法施行之日起視為撤銷者，共 21 件，作成裁判之機關均係軍事機關<sup>31</sup>。惟，若據此遽謂國家在威權統治時期僅藉由軍事審判濫用刑罰權，普通法院體系完全置身事外，則未免過速。

促轉會迄今受理之人民聲請平復司法不法案件中，針對普通法院在威權統治時期所做成之裁判聲請者，共有 16 案，已完成審查者 4 案，其中有 3 案之卷證檔案已逾保存期限銷毀，而聲請人復因年代久遠，難以提出證明其案件之追訴或審判具備不法性之證據方法，致促轉會無從調查，甚至也難以按照促轉條例第 6 條立法理由所示「調查時如有疑義，參酌德國『撤銷納粹時期刑事不法判決暨前優生法院絕育判決之法律』第 3 條第 2 項規定意旨，對於聲請人應為有利之解釋。」意旨，為有利其主張之認定，不得不否准其聲請<sup>32</sup>。這些個案

<sup>30</sup> 詳見促轉司字第 1 號決定書，頁 11。促轉會平復司法不法決定書均經公布於促轉會之網站，網路資料：促進轉型正義委員會網站「決定書」，<https://www.tjc.gov.tw/decision>，最後瀏覽日：108 年 11 月 15 日。

<sup>31</sup> 其中有 18 件係由台灣省保安司令部作成。台灣省保安司令部下設軍法處，為西元 1950 年代非現役軍人依戒嚴法等規定送交軍事審判之管轄機關，後於西元 1958 年與台灣省民防司令部、台北衛戍總司令部、台灣防衛總司令部合併，改組為「臺灣警備總司令部」。

<sup>32</sup> 詳見促轉司字第 12 號決定書、促轉司字第 20 號決定書、促轉司字第 21 號決定書。網路資料：促進轉型正義委員會網站「決定書」，<https://www.tjc.gov.tw/decision>，最後瀏覽日：2019 年 11 月 15 日。

無法進行調查，其追訴或審判究竟有無具備司法不法性，實難遽斷<sup>33</sup>。時間是轉型正義最大的敵人，不但在平復當事人所受損害方面如此，在還原歷史真相方面亦然。

## （二）威權統治者鑄成「司法不法」的具體作法

以下根據決定書之理由，分就這些個案的追訴、審判過程及判決書之內容析論之：

### 1. 追訴及審判過程：

#### （1）軍法人員高度仰賴自白定罪，且對於偵訊人員以刑求或其他不正方法取供，已達縱容程度

表列 21 件中違犯《懲治叛亂條例》及《戡亂時期檢肅匪諜條例》之刑事案件，均倚賴自白或被告不利自己之供述定罪。其中有 6 名被告曾於審判時辯稱，自白係出於警察或情治人員的刑求、脅迫等不正方法取供<sup>34</sup>，茲將這些被告所述刑求、不正取供過程列表如下：

編號	字號	被告	所述刑求不正取供過程	軍法官
1	促轉司字第 1 號	崔乃彬	43 年 4 月 26 日台灣省保安司令部之審判筆錄：「問：你在保安處供認不諱，今天為何不承認？答：我在保安處是受刑逼的，現在兩膝還有傷痕，右踝部也有傷（經驗傷，兩膝、踝部、右手拇指均有傷痕...）」	軍法合議庭：王名馴、殷敬文、彭國璦（軍事檢察官周濟良蒞庭）
2	促轉司字第 2 號	曾木根	① 書面報告軍事檢察官「民在地方甚受嚴刑吐血，遍身痛苦，屈打招認名稱、組織、職務等，實無此事」、「在地方被洪組長疑問受刑吐血，遍身痛苦不忍其刑，無奈噓認...」 ② 書面報告軍事審判官：「地方官不	軍事審判官 周咸慶 （軍事檢察官端木棧蒞庭）

<sup>33</sup> 國民黨在訓政時期大力推動的黨化司法政策，在其敗退來台後，並未因行憲而告終止，其司法「黨人化」與「黨義化」的措施，來台後至少持續至解嚴前。在司法於威權時期黨化的現實下，普通法院體系即使未直接擔任鎮壓工具的角色，但有無發揮掩護威權統治的作用，實值深思，未可遽予排除嫌疑。有關黨化司法，可參：劉恆玟，（2019），〈戰後台灣的「黨化司法」：1990 年代之前國民黨對司法人事的制度性掌控及其後續影響〉，《中研院法學期刊》第 24 期；林孟皇，（2015），《轉型正義與司法改革》，元照出版有限公司，頁 354-361；黃丞儀（臺灣民間真相與和解促進會著），（2015）〈戒嚴時期法律體制的未解難題與責任追究〉，《記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告》，卷三，面對未竟之業》，衛城出版社，頁 49-51、67。

<sup>34</sup> 偵訊單位分別是國防部保密局、內政部調查局、台灣省警務處、台灣省保安司令部（保安處）。



			信民說，苛刑吐血，痛苦不能座臥，洪組長據云若無招認者，定要苛刑，不准自首放回」	
3	促轉司字第8號	林茂同	書面報告軍事審判官：「被告在最初被捕時，就被十幾名士兵毒打得很厲害，以致心理上存著恐懼，致至亂說亂認」	軍法合議庭： 范明 殷敬文 彭國璦
4	促轉司字第9號	林茂松	軍事審判筆錄記載：「(你受訓及擔任戰鬥員是在保密局及軍事檢察官處承認了嗎?) 在保密局是恐嚇我，自問自答的寫上了。」	軍法合議庭： 范明、殷敬文、邢炎初 (軍事檢察官張幼文蒞庭)
5	促轉司字第11號	劉朗雄	書面報告軍事審判官：「在鳳山被偵訊時偵訊人乘在押人不知世故之虛，捏造虛無事實，施嚴酷難忍之非常手段迫供。在押人受此非刑，神智胡亂供出究無其實之冤情...」	軍法合議庭： 王建国、李仲輔、周咸慶 (軍事檢察官端木棧蒞庭)
6	促轉司字第15號	林金堂	① 台灣省保安司令部審判筆錄記載：「(你在刑警隊及保安處已經承認了，為什麼現在翻口供呢?) 在刑警隊被打...。」 ② 書面報告軍事審判官：「因為在刑警隊時被非法拷打，沒有辦法之下，被迫順著訊問人員的意思承認的...」	審判官殷敬文 (軍事檢察官杜峻嶺蒞庭)

上表所列各案，除了崔乃彬案之軍事審判官為就其刑求抗辯進行調查而當庭驗傷外，其餘案件之軍事審判官及蒞庭之軍事檢察官，對被告的刑求抗辯根本不進行任何調查，甚至也不在判決書內記載有此抗辯。而崔乃彬案之審判官雖然當庭驗傷，但也不在判決書內記載驗得有傷之事實，反而說崔乃彬翻異而「不能提出反證，係空言狡辯」。對賴以定罪之自白或不利供述可能出於刑求或不正取供的漠視，可謂已達蓄意的程度。承辦這些案件的軍法人員雖有部分重疊，但蓄意漠視刑求及不正取供抗辯的現象卻呈現一致性，可見這是一種組織文化的表現。

雖然由於崔乃彬案以外其他案件之軍事審判官未進行調查，以致就這些案件之被告的刑求抗辯，目前尚乏證據可資判斷是否屬實，然

而，崔乃彬與其案被告於審判時當庭驗得有傷<sup>35</sup>，已可徵其他案件被告的抗辯尚非空穴來風。

此外，在促轉司字第 10 號之劉永祥案<sup>36</sup>中，對該案嫌犯鄒鑑、張敏之實施偵訊之陸軍第 39 師，於其製作之訊問紀要記載：「十八日上午七時至下午八時整日狡辯，十九日上午七時半起至下午五時逐漸吐實」，之後接手偵辦的台灣省保安司令部於 38 年 10 月 15 日之簽呈內容記載：「...鄒經多日疲勞偵訊，業已供認附匪不諱，張敏之雖多次審訊，迄未供認，現正設法蒐集罪證，如仍無結果，擬解送台北繼續辦理。」另於該部 38 年 10 月 17 日之電文內容記載：「奸匪執委張敏之，應多方搜檢罪據，疲勞偵詢，供其招認...」以上官方文書自承對嫌犯實施疲勞偵訊，竟將疲勞訊問當作理所當然的偵訊手段，而軍事審判官對這些存於卷內而足以顯示自白或不利供述出於不正訊問的資料，竟也視若無睹，仍然採以判決罪刑。由此益徵，從事追訴、審判的軍法官對於不正取供，已達縱容的程度，從而刑求及其他不正取供手段在軍法官縱容下氾濫，也就不難想像。刑求及其他不正方法取供，無疑均已侵犯對被告人身安全、意志自由、訴訟權及正當法律程序的最低限度保障，逾此界限，當然就違反自由民主憲政秩序。

## （2）被告之訴訟權實際上被剝奪殆盡，審判形骸化，無異作戲：

### ① 根本不調查被告否認犯罪之辯解事項

事實審法院於審判期日，應就被告否認犯罪所為辯解事項與證據，進行調查，並於判決理由內論列採取與否之理由，被告亦有權請求法院注意聽取其辯解並調查其提出之證據，斯為被告憲法上訴訟權之內涵。

然而除被告所述遭刑求或不正取供之辯解遭到無視，已如前述外，在以上經促轉會調查後認屬司法不法之案件中，促轉司字第 2 號之藍春盛、第 3 號之羅財寶、第 4 號之黃添才、第 5 號之王錫和、第 6 號之陳文貴、第 7 號之陳榮華、第 8 號之林茂同、第 9 號之王再傳及林茂松、第 13 號之劉茂己、第 15 號之林金堂、第 16 號之黃行希、第 17 號之林志森及王濟甫等案<sup>37</sup>，被告為否認犯罪所提出之辯解事項，軍事審判機關全未調查，即遽以其偵查中自白或不利供述判決有罪。

<sup>35</sup> 同日受審之共同被告亦均提出刑求抗辯，也都逐一當庭驗得有傷，並記明傷勢於審判筆錄。

<sup>36</sup> 劉永祥是澎湖山東流亡學生案中的一名被告，與鄒鑑、張敏之二位校長，被駐防澎湖之陸軍 39 師認為涉嫌於該師建立共黨組織，嗣由台灣省保安司令部偵、審，判處死刑並執行。

<sup>37</sup> 這些案件中，有幾位被告的辯解不難調查，且若經調查屬實當可獲得有利判決。以羅財寶的情況為例：羅財寶於軍事審判官面前辯稱其因生病未能檢舉李凱南為匪諜。嗣於 40 年判決確定移送執行未幾，即於 41 年間因肺結核保外就醫，42 年間病逝。依此事實，其所為因罹重病未能檢舉之辯解，非必虛枉而有調查必要。另一位類似情形，是促轉司字第 16 號之黃行希。

如是審判過程，被告雖辯解而如對牛彈琴，庭審可謂形同作戲。

## ② 要求被告自證無罪

被告受無罪推定原則之保護，既不得被迫自證己罪，也無自證無罪之義務，既係憲法第 8 條之正當法律程序所要求，也為第 16 條之訴訟權所保障。苟法院要求被告自證無罪，其審判即難謂正當，徒具形式。

促轉司字第 6 號之陳文貴案中，被告陳文貴於保密局自白，但審判中翻供，軍事審判官並未調查其偵查中自白是否屬實，卻以其「既未能提出具體反證，自不容任憑翻異」為由，判決有罪，要求其舉反證推翻自白，等同課其自證無罪之義務。

## ③ 應強制辯護之案件，卻完全未獲得辯護人協助

促轉司字第 10 號之劉永祥案，被告被訴最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，依 34 年 12 月 26 日修正公布之刑事訴訟法第 31 條第 1 項前段：「最輕本刑為五年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審之案件，未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人為其辯護。」及戰時陸海空軍審判簡易規程第 12 條：「刑事訴訟之規定，與陸海空軍審判法及本規程不相牴觸者，得適用之。」等規定，係強制辯護案件。但其於偵查及審判過程中既未選任辯護人，審判長也未為其指定公設辯護人，可謂完全未獲得辯護人之協助。

## ④ 應迴避之審判官竟未迴避

由中立、無預斷之法官審判其案件，是被告受公平審判之前提，也是其憲法所保障之訴訟權的核心內涵。倘若法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者，則法官於承審之際，已存在有罪預斷，顯然違反無罪推定原則，亦將侵害被告受憲法保障公平審判之權利。

在促轉司字第 10 號之劉永祥案中，台灣省保安司令部 38 年 11 月 1 日簽呈記載，司令彭孟緝於 11 月 1 日批示指派舒紹鴻為張敏之等叛亂一案之審判長，王傳鑫、陳煥生為審判官。惟，舒紹鴻、王傳鑫曾參與該案之偵查，且舒紹鴻於參與期間甚至直接主導偵查方向，其於 38 年 10 月 6 日所書調查進度報告中謂：「奉派來馬公清查匪諜嫌疑一案…1.共逮捕者 80 餘人，多已供認參加組織。2.此項組織最高負責者，為張、鄒 2 人（張指揮鄒），鄒已用盡種種方法，經多日之疲勞偵訊，業已招供不諱。惟張地位較高，世故較深，經數日之審訊，迄未供認，現正設法搜集證據中。」等語，對本案所存不利心證，殊為明顯。舒、王二人參與偵查，已存有罪預斷，由其等審判被告，被

告受公平審判之權利實已蕩然無存。

#### ⑤ 法定刑唯一死刑之案件，由軍法官一人獨任審判

刑事訴訟法第 379 條第 1 款明定法院之組織不合法者，判決當然違背法令，故由合法組織之法院審判，乃正當法律程序之底線，也是被告訴訟權之核心內。

促轉司字第 13 號之被告劉茂己涉犯懲治叛亂條例第 2 條第 1 項，依同條例第 10 條規定，由軍事機關審判之。本罪之法定刑是唯一死刑，依陸海空軍審判規程第 2 條規定<sup>38</sup>，應行合議審判。但本案係由軍法官邢炎初獨任軍法審判，並判處劉茂己死刑。本案竟由組織不合法之審判機關判處死刑，嚴重違反正當法律程序，幾可謂已達草菅人命之程度。

#### ⑥ 審判官須揣摩蔣中正總統意志而判決，審判淪為威權統治者的鎮壓工具

前已述及，戒嚴時期之軍事審判歸屬於統帥權，總統得以藉判決核定權干預審判，甚至得使判決秉其意志、指導而作成。

前述促轉會重新調查的案件，除促轉司字第 5 號的王錫和案、促轉司字第 15 號的林金堂案是由國防部參謀總長周至柔核定判決，促轉司字第 16 號的黃行希案判決不需呈核外，無案不經蔣中正總統核定，其中更不乏秉蔣總統意志判決，被告因而由生入死之情形。

以促轉司字第 14 號之陳實、江石蓀案為例，台灣省保安司令部原本於 43 年 8 月 30 日以 (43) 審三字第 95 號判決他們參加叛亂組織，處有期徒刑 10 年，褫奪公權 6 年。惟該判決呈核後，蔣中正批示「為何判刑如此之輕，均應嚴為復審呈核」，並以 44 年 2 月 28 日台統 (二) 適字第 0216 號代電將判決發還，指示台灣省保安司令部再嚴為復審。第一次復審判決 (44 年 3 月 23 日 (44) 審復字第 11 號) 認定之罪名不變，僅加重量刑。呈核後，蔣中正仍批示「均應發還嚴為復審呈核」，並以 44 年 7 月 1 日台統 (二) 適字第 0725 號代電再度發還，要求嚴為復審。同時斥責「本審承辦人應知匪諜危害國家重大，理應從重判處，而反為匪諜辯護減刑，實屬不當，均應議處。」隨後，台灣省保安司令部乃於 44 年 8 月 2 日以 (44) 審復字第 29 號

---

<sup>38</sup> 32 年 3 月 8 日修正公布之戰時陸海空軍審判簡易規程第 2 條規定：「審判將官及其同等軍人之案件，以審判長一員審判官四員之合議行之。審判校尉官及其同等軍人之案件，以審判長一員審判官二員之合議行之。審判士兵及其同等軍人之案件，以審判官一員獨任行之。但對尉官及其同等軍人犯五年以下有期徒刑之罪者得獨任審判。士兵及其同等軍人犯死刑無期徒刑之罪者，應行合議審判。」

改判陳實、江石蓀意圖以非法之方法顛覆政府而著手實行，處死刑，並將第一次判決承辦審判官邢炎初記過一次、申誡第二次判決承辦審判官彭國璦。

於本件案例，蔣中正於第一次發還之代電中固有「應嚴為復審」之指示，但並未露骨要求判處死刑。但作成第二次判決之審判官卻因未將被告判處死刑，竟遭蔣中正於第二次發還之代電中斥責並指示予以議處，隨後也確實與第一次判決之審判官一起遭到記過、申誡。第三次判決量處死刑，呈核後蔣中正就不再有意見。如此過程，不但使軍事審判官日後但凡遇類此應嚴為復審之總統代電時，即須揣摩上意判處死刑<sup>39</sup>，甚至會產生為避免判決遭到發還，犯罪事實從寬認定、刑罰從重量處之有罪推定效應。於是審判不僅毫無獨立可言，而且只是為了鎮壓，而這不是任何法治國所能容許之目的。

## 2. 判決

### (1) 擴張解釋或類推適用刑罰法律

刑罰乃是對人之生命、自由、財產的限制甚至剝奪，是最嚴厲、也最具威嚇性的控制、震懾人類的手段，因此有權定義進而懲罰犯罪者，才是國家的真正主人。於現代民主法治國家，唯有代表民意之立法機關所制定之刑罰法律，就構成犯罪之要件及其刑罰效果均事先明確規定，人民始不虞其生命、自由或財產因執法者的恣意而橫遭侵害甚至剝奪。刑罰之要件與效果必須由代表人民之立法機關，以明確之法律訂定，並禁止執法人員擴張解釋或類推適用刑罰法律，此即罪刑法定原則。此項原則不但植基於國民主權原理，更是保障人民生命、自由與財產所必要之條件，自係自由民主憲政秩序之基礎。

經促轉會重新調查之叛亂案中判處死刑者，絕大多數係依據懲治叛亂條例第2條第1項：「犯刑法第100條第1項、第101條第1項、第103條第1項、第104條第1項之罪者，處死刑。」之規定。由於這項規定僅將刑法上內亂、外患罪章之處罰加重至唯一死刑，但

---

<sup>39</sup> 在經促轉會重新調查的案件中，與陳實、江石蓀一樣因呈核蔣中正而由生入死的案例，還有促轉司字第1號的崔乃彬案。台灣省保安司令部原本不認為崔乃彬構成懲治叛亂條例之犯罪，僅判決崔乃彬交付感化。惟該判決經呈核後，遭總統蔣中正以44年5月9日台統(二)適字第0504號代電發還：「崔乃彬...等13名在前定刑期執行期中，猶繼續叛亂行為，惡性重大，均應發還嚴為復審報核」。台灣省保安司令部即以(44)審復字第24號改論崔乃彬意圖以非法之方法顛覆政府而著手實行，判處死刑。同樣由生入死的案例，還有促轉司字第6號的陳文貴案、促轉司字第17號的王志森案。

此外，促轉司字第11號的吳榮發案則是原判決量處3年有期徒刑，呈核後，參謀總長周至柔簽註建議加重至5年，蔣中正批示「照辦」。發還之代電如是轉達後，台灣省保安司令部果然改判吳榮發5年有期徒刑。



就構成要件則無特別之規定，因此軍事審判機關依該項規定判處被告死刑時，自需對上述刑法內亂、外患罪章之規定進行解釋。

威權統治時期之刑法第 100 條第 1 項(24 年 7 月 1 日施行):「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而著手實行者，處 7 年以上有期徒刑，首謀者，處無期徒刑。」之規定，由於僅就主觀之「意圖」有所著墨，卻未具體描述所欲處罰之客觀行為，以致雖有「著手實行」之文字，但尚難一見即明何種行為經著手實行後應予處罰，也使得該項規定容易遭到不當擴張解釋，但凡本於該項意圖而形諸於外之言論或行動，即得以該項規定相繩，這就為處罰「言論叛亂」或「政治犯」、「思想犯」鋪設坦途，顯有違憲之疑慮。

雖然我國憲法並未賦予法官對於法律之違憲審查權，但法官有遵守憲法並依據合憲法律裁判之義務。基於此項義務，當個案所適用之法律有違憲疑義時，法官應為符合憲法之解釋。軍事審判既係行使國家之刑罰權而具司法之作用，則承審叛亂案之軍事審判官自應對刑法第 100 條為符合憲法之解釋。按，內亂罪的本質應為聚眾犯，如欠缺暴動行為、暴動目的及聚集相當人數，根本不可能危及國體、國土、國憲或政府之存續（立委陳水扁等 21 人提案廢止刑法第 100 條之總說明裡，臚列日本、韓國、德國、美國、泰國、奧地利、瑞士及加拿大等國之內亂罪，莫不以暴動或實施強暴脅迫作為內亂罪之外在構成要件行為，而 24 年制定前之舊刑法第 100 條亦以起暴動作為構成要件行為，立法院公報第 79 卷第 22 期第 16 頁參照）。軍事審判官自應本諸憲法保障人民生命、自由及財產之意旨，以及刑法保護法益之目的，解釋當時之刑法第 100 條，必行為人基於前述意圖著手實行者，係以暴動或強暴脅迫之方法為之，始足當之。

然而，經促轉會重新調查之叛亂案件中根據懲治叛亂條例第 2 條第 1 項引致刑法第 100 條第 1 項，認定構成著手實行叛亂之犯罪事實，如下表所示，竟無任何一案是以暴動或強暴脅迫之方法為之，已屬擴張解釋或類推適用刑罰法律，假叛亂罪之名處罰思想、言論，並鎮壓人民之集會、結社活動：

編號	字號	被告	判決認定之叛亂行為	實係處罰思想、言論及參與結社之理由
1	促轉司字第 1 號	崔乃彬	於 42 年 2、3 月間在新生訓導處執行另案刑罰期間，在寢室將反動字條交付另一已決犯高木榮閱讀，並教育以「韓戰越戰	即使判決之認定正確，惟，其以崔乃彬認同共黨思想，並在獄中以字條、言語之形式對高木榮發表而論以著手實行叛亂，實係處罰崔乃

			是民族解放戰爭是正確的」及匪幫「新婚姻法」。	彬之思想、言論。
2	促轉司字第2號	曾木根	由李媽兜吸收加入台灣省鐵路局嘉義機務段支部，並擔任支部書記，先後吸收藍春盛等人參加，並迭次召開會議。	即使判決之認定正確，但既未起暴動或使用強暴脅迫之方法，則至多只構成懲治叛亂條例第5條之參加叛亂之組織或集會罪，只能處無期徒刑或10年以上有期徒刑。本案實係藉擴張解釋或類推適用刑法第100條第1項，變相加重處罰參與共黨組織活動之行為。
3	促轉司字第4號	黃添才	由李媽兜介紹參加匪幫組織，並任台南支部書記，38年4月間代李媽兜向劉某募集經費，並先後吸收陳麗水等4人加入組織	同上
4	促轉司字第6號	陳文貴	陳文貴於39年9月間加入人民武裝保衛隊並分擔購買柴米等供應工作，嗣於40年9月間又吸收詹某參加該保衛隊	同上
5	促轉司字第7號	陳榮華	於41年7月間由楊東和介入匪地下武裝工作隊，參加升五星旗一次，教育集會五次，並介紹陳某兄弟兄弟參加該工作隊，及供給匪經費新台幣20元以上	同上
6	促轉司字第8號	林茂同	於38年3月6日在大同工業學校肄業時即加入共黨閱讀「資本論」、「馬克思主義經濟學的哲學基礎」、「日本近代社會運動史」、「共產黨政治經濟學」、「共產主義與唯物史觀」、「延安一月」、「新	即使判決之認定正確，但其所認定之事實，即加入共產黨、充任戰鬥員、吸收他人加入共產黨等行為，俱非起暴動或使用強暴脅迫之方法，故本案論以著手實行叛亂而量處死刑，仍係藉擴張解釋或類推適用刑法第100



			民主主義」、「蘇聯外交政策 30 年」、「社會發展學說史」等；41 年 8 月間經連絡員汪某通知逃入鹿窟基地，受訓並充戰鬥員；嗣曾潛至台北市在大同宿舍吸收王某為革命青年行動隊。	條第 1 項，變相加重處罰參與共黨組織活動之行為。此外，該判決亦以林茂同閱讀資本論等馬克斯主義書籍而論罪，則無疑是處罰思想。
7	促轉司字第 9 號	王再傳 林茂松	<p>① 王再傳於 38 年 2 月間在台北市加入匪幫後即至匪徒所設大安印刷廠充當印刷工，翻印匪書「開國文獻」、「28 週年紀念」、「黨員手冊」等，至同年 12 月間亦竄入鹿窟基地充任戰鬥員，於許在傳、李上甲等至各基地附近居民家展開工作時，即為其把風便利其叛亂活動。</p> <p>② 林茂松於 36 年 10 月間在台北市大同鐵工廠加入匪愛國青年團，37、8 年間吸收林茂同等人，為匪徒建立大同鐵工廠支部，自任書記。41 年 4 月間亦竄入鹿窟基地充戰鬥員，並協助建立「曉」新基地。</p>	同上
8	促轉司字第 10 號	劉永祥	由鄒鑑於 35 年 5 月間吸收加入匪新民主主義青年團，派為該團第一分團團長後，於 38 年 4 月間在湖南藍田吸收同案被告譚茂基等加入該團。迄破獲前，該團成員均以流	新民主主義青年團縱如判決所認定是共黨組織，但參加該團體並擔任幹部、吸收成員，至多仍只能懲治叛亂條例第 5 條之參加叛亂之組織或集會罪。而劉永祥縱有判決所認定之著手調查部

			<p>亡學生身分為掩護，散布謠言煽動學潮，擾亂治安破壞政府。聯中學生自煙台、青島等地流亡上海轉赴湖南途中，37 年 11 月 15 日與張敏之、鄒鑑等藉端領導全體學生搗毀杭州車站。迨 38 年 6 月，政府將所有流亡學生悉數撥歸駐澎湖之陸軍第 39 師編制。該等被告潛伏軍中祕密活動，陰謀破壞建軍工作，並分別著手調查部隊主管姓名、裝備情形及要塞地形等，圖為匪徒進攻時內應而達顛覆政府之目的。</p>	<p>隊主管姓名、裝備情形及要塞地形等行為，仍非以暴動或強暴脅迫方法著手實行叛亂行為。因此本案論以著手實行叛亂而量處死刑，仍係藉擴張解釋或類推適用刑法第 100 條第 1 項，變相加重處罰參與共黨組織活動之行為。</p>
9	促轉司字第 13 號	劉茂己	<p>劉茂己提供自家供劉占睿兄弟於 37 年夏季以學術研究會名義，由劉占睿兄弟講述匪幫理論及動態，建立外圍組織；38 年 4 月間劉茂己被察覺，乃逃避內湖，正式撰寫自傳參加匪之系統，並為避免發覺乃以劉阿生為名偽造台北縣身分證；同年 11 月間將劉某所交之油印宣傳品一包遞交予 38 年初正式加入匪幫之黃瑞聰。</p>	<p>除變相加重處罰參與共黨組織活動之行為外，也因認定聽講左派理論是叛亂行為，而實係處罰思想。</p>
10	促轉司字第 14 號	陳實 江石蓀	<p>① 陳實於 36 年 5 月在福建福州經叛徒林某吸收，加入匪新民主主義青年團，受林某領導，閱讀匪書。</p> <p>② 江石蓀於 37 年 2 月在福建福州經叛徒洪某</p>	<p>同上。</p>

			吸收，加入匪幫受洪某領導。 ③ 嗣陳實、江石蓀先後來台，潛伏軍政教育生產機構中，雖歷三年來政府一再號召匪諜自首均不置理，蓄意繼續為匪工作。	
--	--	--	--	--

由於戡亂時期檢肅匪諜條例第 2 條：「本條例稱匪諜者，指懲治叛亂條例所稱之叛徒，或與叛徒通謀勾結之人。」之匪諜定義，依懲治叛亂條例第 1 條第 2 項：「本條例稱叛徒者，指犯第 2 條各項罪行之人而言。」之規定，最終仍與刑法第 100 條第 1 項連結，因此軍事審判機關擴張解釋或類推適用刑法第 100 條第 1 項，同時也就不當擴大了戡亂時期檢肅匪諜條例之處罰範圍。以促轉司字第 3 號之羅財寶案為例，台灣省保安司令部認定羅財寶受李凱南之宣傳，明知羅安溪、李凱南等為匪而不檢舉，因而依戡亂時期檢肅匪諜條例第 9 條：「明知為匪諜而不告密檢舉或縱容之者，處一年以上七年以下有期徒刑。」之規定判處羅財寶 7 年有期徒刑，且刑期屆滿後應予感化 3 年。然而，羅安溪、李凱南縱使如保安司令部之認定，確有加入共產黨，但既無他們以強暴脅迫方法著手實行叛亂之事實，也無他們與以強暴脅迫方法著手實行叛亂之人通謀勾結之證據，則他們獲罪是保安司令部擴張解釋或類推適用刑法第 100 條第 1 項之結果，進而也就一併處罰了羅財寶。

## （2）根本不解釋、說明刑罰法律之意涵即逕據以處罰被告

解釋法規範是法官的天職。法官不但應於其所審判之案件中認定事實，並應解釋案件中應適用之法規範，進而將其適用於案件事實。若法官於判決書中竟不解釋、說明法規範之意涵即逕予適用，則不但未盡其說理義務，易滋濫權，更難謂已符正當法律程序之基本要求。刑事審判既係行使國家刑罰權之程序，則法官更應就其所適用法規範之意涵表示見解，俾外界得檢視其解釋適用法律是否正確、有無擴張或類推解釋刑罰法律致違反罪刑法定主義，否則無以確保刑事審判程序之實質正當。軍事審判官雖非法官，但軍事審判既係行使國家刑罰權，則軍事審判官亦同樣應於判決書中就其所適用之法規範表示其法律見解，俾免受軍事審判之人民遭濫權處罰。

惟，經促轉會重新調查之案件中，有如下表所示根本不解釋刑罰法律之構成要件係何所指，即據以判刑處罰之情形，嚴重違反正當法

律程序原則，更難防止軍事審判機關恣意入人於罪：

編號	字號	被告	判決認定之犯罪事實	未解釋之犯罪構成要件
1	促轉司字第6號	陳文貴	台灣省保安司令部之判決認定陳文貴參加人民武裝保衛隊，構成懲治叛亂條例第5條：「參加叛亂之組織或集會者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。」之罪。	<p>懲治叛亂條例固未就該條例第5條所稱「叛亂之組織或集會」，設置類似組織犯罪防制條例第2條之定義性規定，惟，懲治叛亂條例第5條之處罰，遠較組織犯罪防制條例更為嚴厲，則舉輕以明重，其所稱「叛亂之組織或集會」，自亦應有嚴謹之構成要件，不容執法者於個案中恣意出入擅斷。再者，共產黨在發展組織的過程中，常會先隱藏其政治色彩，且所發展的組織或集會與共產黨的連結也是處於不斷變動的狀態，因此即便可認定是共產黨發展之組織或集會，但是否已臻暴露政治色彩之階段，而可令參與者獲悉該組織係為共產黨之叛亂活動效力，或甚至已跨越外圍組織之階段，而被嚴密組織為共產黨之黨內組織？均係判斷其是否為叛亂之組織或集會時，不能不斟酌者，由此亦可見何以懲治叛亂條例第5條所稱「叛亂之組織或集會」，必須有嚴謹之構成要件。</p> <p>惟，陳文貴之判決並未說明「叛亂之組織或集會」須具備哪些構成要件要素，也未說明何種情形將構成</p>

				該條所處罰之參加行為（例如，列名於組織或集會名冊，是否屬於該條處罰之參加行為？雖有到會或參加組織之部分活動，但並非核心成員，對於集會或組織之目的並無全貌之認識，是否屬於該條處罰之參加行為？等）。
2	促轉司字第 11 號	劉朗雄	台灣省保安司令部之判決認定，已自首之柯某、吳某、楊某及已伏法之徐國維為高雄工職支部主要幹部，以徐國維講解經濟學為名誘引學生集會聽講，從中毀謗政府、宣傳反動思想、吸收黨徒發展組織。有該校學生劉朗雄等 8 名，於民國 38 年間先後參加徐等之叛亂集會，聽講、接受反動宣傳，構成懲治叛亂條例第 5 條：「參加叛亂之組織或集會者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。」之罪。	判決並未說明叛亂之集會所指為何，也未交代徐國維講解經濟學之集會裡，縱使有批判政府之言論，何以即該當「叛亂之集會」
3	促轉司字第 15 號	林金堂	台灣省保安司令部之判決認定，林金堂於 38 年夏間，受楊樹發之邀，與白猴即李某同往桃園崑崙路口散發匪黨傳單，構成懲治叛亂條例第 7 條：「以文字、圖書、演說，為有利於叛徒之宣傳者，處七年以上有期徒刑。」之罪。	判決理由項下查無對懲治叛亂條例第 7 條「有利於叛徒之宣傳」係何所指之解釋，以及林金堂散發之傳單為何足當該條之「有利於叛徒之宣傳」。卷內甚至未見傳單原件，僅以林金堂任意性有疑之警詢筆錄記載之「匪黨傳單」四字，即論斷傳單為「有利於叛徒之宣傳」。
4	促轉司字第 16 號	黃行希	陸軍第 5326 部隊之判決認定，黃行希於 49 年 4 月	判決理由項下查無對陸海空軍刑法第 92 條「構造謠

		17 日參加同鄉陳某婚宴時竟傳播「總統不應連任三次」、「憲法不能增列臨時條款」、「全世界物價最高國家是韓國與台灣」、「總統是好但被高級官員所蒙蔽」及「大陸現在已經造了長江橋又建設水利直接流入蒙古灌溉沙漠」等不實消息淆惑一般聽聞，構成陸海空軍刑法第 92 條：「冒用陸、海、空軍制服、徽章，或構造謠言以淆惑聽聞者，處五年以下有期徒刑。」之罪。	言」係何所指之解釋，以及黃行希發表之言論如何「淆惑聽聞」之論斷，難免擴張解釋陸海空軍刑法第 92 條而違反罪刑法定主義之疑慮。
--	--	--	---

### (3) 溯及既往適用刑罰法律

罪刑法定原則嚴禁刑罰法律溯及既往，在促轉會重新調查之案件裡，卻有下表所示軍事審判機關溯及既往適用刑罰法律之情形：

編號	決定書字號	被告	溯及既往之情形
1	促轉司字第 14 號	陳實 江石蓀	判決認定： 陳實於 36 年 5 月加入新民主主義青年團、江石蓀於 37 年 2 月加入共產黨，二人來台後沒有為匪工作，且亦未發現二人與組織有所聯絡，但也沒有向政府自首或辦理自新，故認定二人加入組織之行為係著手實行叛亂。 惟，該二人加入上述組織之時間均在 38 年 6 月 21 日懲治叛亂條例公布施行之前，以該條例處罰他們加入組織之行為，自屬溯及既往而違反罪刑法定原則。
2	促轉司字第 18 號	許文明	裁定認定： 許文明於 23 年冬在福建晉江縣鄉村師範，經駱某介紹參加匪「讀書會」，34 年春復由周某吸收參加共產匪黨，迄案發前未向政府自首，又無其他事實足以證明其確已脫離。 違反溯及既往之情形，與陳實、江石蓀之案件同。



3	促轉司字第5號	王錫和	<p>判決認定：</p> <p>叛亂犯黃某於被捕後在39年5月18日書寫便函，託人轉送王錫和，囑其如與案有關速逃，王錫和顯有受其影響，應予感訓，另以命令行之。</p> <p>惟，判決命王錫和感訓之法律依據，係39年6月13日公布施行之戡亂時期檢肅匪諜條例第8條第1項第2款：「前條最高治安機關對於被逮捕人得為左列處置：一 罪嫌不足者，予以釋放。二 情節輕微而有感化必要者，交付感化。三 罪證顯著者，依法審判。」之規定，時間在黃某書寫便函予王錫和之後，顯屬溯及既往。</p>
---	---------	-----	--

軍事審判機關之所以依據懲治叛亂條例處罰條例施行前之加入組織行為，理由係認為這類行為人若未自首或辦理自新，即構成持續參與組織，致參加行為於條例施行後仍在繼續，依該條例論罪科刑即不構成溯及既往。該等法律見解固獲得45年11月26日司法院釋字第68號解釋根據繼續犯之理論予以支持<sup>40</sup>，惟，雖然由於懲治叛亂條例第5條已將參加叛亂組織入罪，故一經參加成為叛亂組織成員，不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立，但叛亂組織既係以犯叛亂罪為宗旨之犯罪組織，則參加叛亂組織，其性質實與參加組織犯罪防治條例上之犯罪組織無異，同屬參加法律禁止人民參與之特定結社。進而，其參加行為是否仍在繼續，自應以其有無持續參加組織活動或保持聯絡為斷。此項應證事實，當然由國家負舉證責任<sup>41</sup>。至於自首或辦理自新，或長期未與組織保持聯絡亦未參加活動等事實，固得用以認定被告並無持續參加組織活動或保持聯絡，而得為有利被告之證明，但不能因案內無該等事實即認為被告尚在繼續參與。從而，釋字第68號解釋實係將舉證責任倒置，使國家僅需證明被告曾加入叛亂組織，被告即須證明自己並未持續參加組織活動或保持聯絡。此等見解違反無罪推定原則，自然不能支持軍事審判機關以懲治叛亂條例溯及處罰

<sup>40</sup> 請參該號解釋謂：「凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加。如其於民國38年6月21日懲治叛亂條例施行後仍在繼續狀態中，則因法律之變更並不在行為之後，自無刑法第2條之適用。」

<sup>41</sup> 釋字第556號解釋參照。釋字第68號解釋於民主轉型後迭受批評，若該號解釋就何謂繼續參加組織之定義正確，則大法官在釋字第556號解釋自當追隨，據以解釋何謂繼續參加組織犯罪防治條例之犯罪組織。然而，釋字第556號解釋卻謂：「本院釋字第68號解釋前段：『凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加』，係針對懲治叛亂條例所為之釋示，茲該條例已經廢止，上開解釋併同與該號解釋相同之本院其他解釋（院字第667號、釋字第129號解釋），關於參加犯罪組織是否繼續及對舉證責任分擔之釋示，與本件解釋意旨不符部分，應予變更。」等語。雖然沒有直接表示釋字第68號解釋關於參加犯罪組織是否繼續及對舉證分擔之釋示有誤，但從其所用「應予變更」之文字，已可窺見大法官係間接表示此等意思。



條例施行前加入組織者。

#### (4) 適用審判時已失效之法律判處死刑

軍機防護法於 21 年 11 月 19 日經立法院第 211 次會議通過，21 年 12 月 17 日國民政府公布，其第 13 條規定：「本法施行日期及期間，以命令定之。」其後，該法施行期間經數度延長至 38 年 12 月 31 日，因此自 39 年 1 月 1 日起業已失效。

促轉司字第 17 號之林志森、王濟甫案，判決認定被告林志森、王濟甫所為故意交付職務上所保管之機密文書、過失洩漏職務上所知悉軍事機密消息等行為之時點，均係在 38 年間。國防部於 39 年間對其等進行審判時，軍機防護法既已失效，則依刑法第 2 條第 1 項規定：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」之從新從輕原則，自應按刑法第 109 條第 1 項（洩漏或交付關於中華民國國防應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處一年以上七年以下有期徒刑）、第 110 條（公務員對於職務上知悉或持有前條第 1 項之文書、圖畫、消息或物品，因過失而洩漏或交付者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金）規定論處。然而，國防部卻論以軍機防護法第 1 條第 1 項、第 3 項之罪，甚至據以判處林志森死刑，顯已違反刑法第 2 條之從新從輕原則。

#### 肆、司法不法留下的傷痕

從以上對於促轉會平復司法不法決定書的分析可見，由於軍事審判判決在制度上必須呈核軍事長官，而實際上威權統治者也的確藉此權限干涉、指導判決結果，甚至軍事審判官因此必須揣摩威權統治者意志而判決，致威權統治時期之軍事審判毫無獨立可言，淪為統治者的鎮壓工具。

軍事機關於追訴、審判過程中，一方面高度仰賴自白定罪，甚至縱容偵訊人員以刑求或其他不正方法取供，另一方面，既不調查被告之辯解，反而要求被告自證無罪，甚至將被告之訴訟權剝奪殆盡，無罪推定原則在軍事審判過程中可謂蕩然無存。而在認事用法時，軍事審判官擴張解釋或類推適用刑罰法律有之，根本不解釋、說明刑罰法律之意涵即逕據以處罰被告有之，溯及既往適用刑罰法律有之，適用審判時已失效之法律定罪科刑亦有之，罪刑法定原則因而形同具文。無罪推定及罪刑法定分別是刑事程序及實體法的根本原則，也是自由民主憲政秩序之基礎，軍事審判機關為達成鎮壓任務，視這兩項原則如無物，恣意入人於罪，甚至草菅人命，遂造就了恐怖統治。

應該追問的是，如是軍事審判長此以往，對台灣社會造成何等影響？

最容易想到的，是它造就的恐怖統治的確使人民噤若寒蟬。軍事審判恣意入人於罪，不僅便於威權統治者消滅異己，而且在罪刑法定原則形同具文的情況下，無人可以確知自己的思想、言論乃至參與集會、結社，是否會使自己一夕獲罪。而無罪推定原則的蕩然無存，則使人民確信一旦遭到追訴、審判，即難脫身重見天日，於是噤聲不語，並與任何批判性人物及言論保持距離，以苟全性命於亂世。長期的恐怖統治，將人民馴化成威權統治所需要的順民，而不是健全民主政治所需要的公民。經歷過威權統治時期的人，許多迄今內心仍有自我檢查思想、言論的小警總，對參與公共事務消極。威權時期恐怖統治留下的傷痕，至今仍在妨礙台灣民主的深化。

其次，戡亂時期檢肅匪諜條例規定了告密檢舉匪諜之義務。此項義務強迫人民充當監視與告密者，即使是至親至愛，也須告密檢舉而不容隱，其最終將摧毀人性，使人民為了求生，不能信任彼此，被迫淪為威權統治的工具。在檢舉別人的同時，也害怕自己會遭到檢舉或告密。此項義務加上以鎮壓、定罪為目的之軍事審判，使威權統治者得以摧毀國人彼此的互信，將社會裂解為一盤散沙。由於理性對話需要最基本的互信，威權統治時期缺乏互信的狀態延續民主轉型後，將不利公共討論與溝通的進行，同樣有礙民主的深化。

第三，軍事審判不獨立、視統治者需求恣意解釋、適用法律的作法，使法律毫無預見可能性及可信賴性，導致國人認為法律是強人的統治工具，而追訴、審判則是強人意志可以左右的橡皮圖章。另一方面，執法者在追訴、審判過程中縱容刑求或其他形式之國家暴力，委棄其保障人權的職責，也使人民無從相信在軍事機關或法院進行的審判程序可以守護人權、保障無辜。不信任司法程序，自然也就不可能對法治有信仰，於是寧可相信唯有實力者的影響力才能幫自己解決問題，進而設法「購買」這種影響力。這種對法治欠缺信心、信仰的現象，延續迄今，應是人民對司法的信任度始終低迷的原因之一。

第四，軍事審判機關在執行鎮壓任務的過程中，形成揣摩上意甚至聽命行事、無視人權及有罪推定等組織文化。習染其中的軍法官，在威權統治時期有不少轉任法官、檢察官，也有許多在退伍後擔任律師<sup>42</sup>。他們轉任院、檢及律師後，是否會將這種文化帶入司法體系？

---

<sup>42</sup> 黃丞儀（臺灣民間真相與和解促進會著），（2015），〈戒嚴時期法律體制的未解難題與責任追究〉，《記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告》，卷三，面對未竟之業》，衛城出版社，頁50、67。

雖然仍待進一步研究，但綜觀蘇炳坤案、蘇建和等 3 人案、徐自強案、鄭性澤案等案在冤屈昭雪前的有罪判決書，無不仰賴自白定罪，也均漠視刑求抗辯，讀來與前述軍事審判之判決書實異曲同工。而至今仍在救援的邱和順案，面對證據確鑿的刑求事實，法官在剔除直接出於刑求的偵查自白後，無視其餘自白也是由同單位刑警取得，而且都沒有辯護人在場的事實，責由被告舉證推翻其餘自白的作法，也令人想起威權統治時期的軍事審判要求被告自證無罪。以上顯示，探問軍法人員轉任對院、檢的組織文化乃至實際的追訴、審判活動所帶來的影響，並非沒有意義。

對法律社群而言，這項探問也有特別的意義。

軍法官聽從威權統治者要求，為其鎮壓異己、製造恐懼，自然是威權統治者的幫兇。然而，若沒有大法官作成釋字第 68 號解釋，軍事審判機關焉能溯及既往適用懲治叛亂條例？就更不用提釋字第 31 號及第 85 號解釋為萬年國會張本、第 272 號解釋為威權統治者以軍事審判鎮壓異己之違憲疑義作解了。再以提審制度為例，24 年 6 月 1 日公布的提審法第 1 條規定，人民被法院以外之任何機關非法逮捕拘禁時，得向逮捕拘禁地之地方法院或其所隸屬之高等法院聲請提審。這項制度仿自英美的人身保護令制度，係為保障人身自由免受政府非法限制、剝奪而設，是人身自由的主要屏障，也是民主之所以可能的必要條件，故憲法第 8 條甚至將提審提升至憲法高度，以保障人身自由。因此提審法所稱逮捕、拘禁，只須是政府所為即為已足。然而，在提審法施行後，司法實務卻限縮解釋為因犯罪嫌疑逮捕、拘禁始得聲請提審<sup>43</sup>（因犯罪嫌疑被逮捕拘禁者，循刑事訴訟法救濟，根本用不上提審），直至 103 年司法院才趁大幅翻修提審法的機會，在立法說明裡變更這項見解<sup>44</sup>。上述閹割提審功能的舊見解為何作成如今或已難查考，但這項見解無疑為威權當局藉由非自願失蹤遂行恐怖統治，提供了相當助力。

實務工作者以外，威權統治時期的刑法學者附和軍事審判機關，主張不必強暴脅迫，以言語、文字等和平方式著手實行，也可構成刑法第 100 條之內亂罪者，也頗不乏其人<sup>45</sup>。

<sup>43</sup> 提審法 103 年 1 月 8 日修正時，司法院的立法說明第 2 點謂：「過去司法實務上，因提審法第 8 條對『非因犯罪嫌疑被逮捕、拘禁』之情形並無相對應之處置，致有依憲法第 8 條第 2 項規定而將提審對象限於『因犯罪嫌疑被逮捕拘禁者』」可資參照。

<sup>44</sup> 司法院的立法說明第 7 點謂：「提審係人民受法院以外之任何機關逮捕、拘禁時，得立即請求法院聽審，由法院即時審查其逮捕、拘禁之合法性」

<sup>45</sup> 例如陳樸生、趙琛、陳煥生都有如是見解。黃丞儀（臺灣民間真相與和解促進會著），（2015），〈戒嚴時期法律體制的未解難題與責任追究〉，《記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階

所以，軍法官以外的法律人，對威權統治時期的歷史，真的能置身事外嗎？

民主轉型迄今，法律社群從來不曾直面法律人在威權統治時期的真實角色。走過威權時期而仍健在者，也許不願回顧那段沒有尊嚴的歲月；少了前人的揭露，成長於民主轉型後的後進，就更不會知道那段歲月的真相。比起其他群體，法律社群對威權時期集體失憶的情況更加嚴重。認同惡法亦法，肯認威權統治時期種種違反自由民主憲政秩序之惡，都是為了國家安全不得不為的幽靈，至今仍盤旋在許多法律人的腦中。不進行「除魅」，法律社群就很難真正忠於法治，願在自由民主憲政秩序遭到暴政威脅時挺身抵抗。為了「除魅」，將這個幽靈趕出法律社群，法律人必須「喚醒」自己在威權統治時期的真實記憶。

唯有想起自己在威權統治時期扮演的角色，法律社群才會記起在上憲法課第一天就應該學到的教訓：沒有民主與法治，就沒有自由。失去了自由，也就喪失了安全。在威權專制下，沒有人安全。