

# 委託研究報告

## 「威權統治時期軍事審判 體制之法制基礎、合法性 及其與自由民主憲政秩序 之關係」

計畫主持人：林政佑助理教授（輔  
仁大學法律學系）

曾文亮副研究員（中  
研院臺灣史研究所）

促進轉型正義委員會委託研究

中華民國 110 年 4 月

# 委託研究報告

## 「威權統治時期軍事審判體制之法制基礎、合法性及其與自由民主憲政秩序之關係」 期末報告

受委託單位：促進轉型正義委員會

研究主持人：林政佑助理教授（輔仁大學法律學系）

協同主持人：曾文亮副研究員（中研院臺灣史研究所）

研究員：

研究助理：康昱涵（輔仁大學法律學系）

研究期程：中華民國109年9月至110年2月

研究經費：新台幣48萬元

本報告純為學術研究，不代表委託單位立場

促進轉型正義委員會委託研究  
中華民國110年2月

## 摘要

本研究探討威權統治時期軍事審判制度與自由民主憲政秩序的關係、以及軍事審判法制及其運作。本研究先探討民國中國時期的軍事審判制度的形成，以及到 1956 年軍事審判法的成立。接著，本研究就政治犯審判與軍事審判的幾個重要議題進行分析。最後，透過與韓國戰後威權時期的軍事審判制度相互比較，由此觀察我國軍事審判制度的特色之外，並觀察自由民主憲政秩序與軍事審判的關係。

關鍵詞：威權統治、軍事審判、自由民主憲政秩序、戒嚴

## Abstract

This research explores the relationship between the military judicial system and the liberal democratic constitutional order during the period of authoritarian rule, as well as the military judicial legal system and its operation. This research first investigates the formation of the military judicial system in the Republic of China and the establishment of the Military Judicial Law in 1956. Next, this research analyzes several important issues of political criminals' trials and military trials. Finally, through comparison with the military judicial system in the post-war authoritarian period of South Korea, we can observe the characteristics of military judicial system in Taiwan and find the relationship between the liberal democratic constitutional order and military trials.

Keyword: military judicial system, liberal democratic constitutional order, authoritarian rule, martial law

## 目錄

第一章、序論 .....	7
第一節、問題意識 .....	7
第二節、文獻回顧探討 .....	9
第三節、研究方法 .....	10
第四節、本文架構 .....	12
第二章、自由民主憲政秩序與軍事審判的關係 .....	14
第三章、威權統治時期軍事審判法制的變遷 .....	32
第一節、陸海空軍審判法與戰時陸海空軍審判簡易規程 .....	32
第二節、軍事審判法 .....	40
第四章、國民政府時期的軍事審判體系 .....	44
第一節、軍政時期的軍事審判制度 .....	44
一、廣州國民政府的刑事司法體系 .....	44
二、北伐期間國民政府刑事法制的發展 .....	45
第二節、訓政前期國民政府的軍事審判法制（1928-1937） .....	47
一、訓政初期普通司法與軍事司法法制的建立（1928-1931） .....	47
二、特別刑事法制整理與軍事審判權的擴張：1928-1931 .....	50
三、訓政約法下對軍事審判限縮的嘗試（1931-1937） .....	57
（一）、1932年劃一型法案 .....	57
（二）、1935年普通刑事法制改革與軍事審判權問題 .....	59

第三節、戰爭期軍事審判權的擴張與變形（1937-1945）.....	64
一、戰爭期軍事審判權的擴張.....	64
二、1943年法權回收與軍事審判權改革/變形.....	72
第四節、戰後國民政府的軍事審判制度改革問題.....	78
一、戰後復員的刑事法制改革與挫折.....	78
二、行憲下的軍事審判制度改革與挫折.....	82
（一）、行憲與戡亂協調下的特種法庭制度與治罪條例.....	82
（二）、1949變局下的軍事審判權問題.....	87
第五節、結論.....	89
第五章、威權統治的軍事審判實踐.....	92
第一節、軍事審判範圍.....	92
第二節、辯護權導入和限制.....	110
第三節、偵查.....	112
第四節、提審.....	116
第五節、軍事檢察官.....	119
第六節、法院組織.....	123
第七節、軍法官.....	125
第八節、審判.....	127
第九節、核定.....	132
第十節、感訓處分.....	142
第六章、比較法探討.....	143
第七章、結論.....	159
參考書目.....	167

## 圖次表次

表格 一、司法院戰後法規特種委員會所提出之特別刑事法令整理 草案內容 .....	78
表格 二：1947 年 12 月民國法令中因國共內戰關係而擴大軍法適 用之法令 .....	80
圖表 一 .....	29
圖表 二、台灣省警備司令部組織表（資料來源：《台灣省警備總司 令部沿革史第一輯》） .....	94
圖表 三、台灣省警備總司令部組織系統表（資料來源：《台灣省警 備總司令部沿革史第一輯》） .....	95
圖表 四、台灣省保安司令部組織圖（資料來源：《台灣省警備總司 令部沿革史第一輯》） .....	96
圖表 五、台灣省保安司令部組織圖（資料來源：《台灣省警備總司 令部沿革史第一輯》） .....	97
圖表 六、台灣警備總司令部組織圖（資料來源：《台灣省警備總司 令部沿革史第一輯》） .....	98

# 第一章、序論

## 第一節、問題意識

依據促進轉型正義條例（以下簡稱促轉條例）第 6 條第 1 項規定：「威權統治時期，違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則所追訴或審判之刑事案件，應予重新調查，不適用國家安全法第九條規定，藉以平復司法不法、彰顯司法正義、導正法治及人權教育，並促進社會和解。」第 2 項：「前項之平復司法不法，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方式為之。」從第 1 項來看威權統治時期之案件、如違反「自由民主憲政秩序」或「公平審判原則」，構成「司法不法」，促轉會相應地除了撤銷該判決外，亦得採行平復司法不法之舉措。如此，威權統治時期的案件在什麼樣的條件下可以認定為有違反「自由民主憲政秩序」以及「公平審判原則」？可以說是在推動司法不法的平復工程中最重要的關鍵之一。再加上釋字 793 號解釋確認黨產條例之合憲，對促轉條例本身之合憲性應亦持肯定態度。該理由書也指出轉型正義須處理者，包括「以違反當時法令，或形式合法但實質內容違反自由民主憲政秩序要求之方式」等兩種行為態樣

戒嚴法與動員戡亂時期條款建構出戰後台灣長達多年的威權統治時期<sup>1</sup>。在這樣的體制下，戒嚴法的第 8 條規定顯示軍事機關在接戰地域中可以取得特定刑事案件的審判權，使得接

---

<sup>1</sup> 王泰升，《台灣法律史概論》，元照出版，2020 年，頁 123-125。薛化元，《雷震與 1950 年代台灣政治發展——轉型正義的視角》，國立中正紀念堂管理處，2019 年，頁 27。



戰地域有關國防軍事或對社會治安有重大關係之刑事案件，皆由軍事機關審判，期望由明快簡當的即決裁判來穩定秩序<sup>2</sup>。如此，許多原本由司法系統審理的案件進入到軍法系統處理，威權統治時期不少案件就是從軍法系統所產生。這是程序面上重要的機制。實體法上，大多數的政治犯案件以「懲治叛亂條例」和「戡亂時期檢肅匪諜條例」來認定罪刑。為了清楚了解威權統治時期的加害體制，軍法和上述「懲治叛亂條例」和「戡亂檢肅匪諜條例」合併考察是有其必要，由此看出究竟如何生產司法不法？根據尤伯祥對促轉條例之司法不法的解釋：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<sup>3</sup>。

另外一方面，我們也必須注意到近代中華民國法體制也開始繼受自由民主憲政的法學知識，在行憲之後，也確立了憲法規範。因此即便是在威權統治時期，自由民主憲政雖然可能在法律制度和實踐上遭到擱置，然而其始終存在作為批判乃至於對抗威權統治的論述來源，就像是雷震遭到逮捕拘禁的時候，雷震配偶宋英援用憲法和提審權的規定來批判對雷震的不合法逮捕拘禁<sup>4</sup>。

本計畫將一方面釐清軍事審判制度的變遷和法學論述，並對應自由民主憲政秩序價值來進行思考，裨益促轉會在透過「自由民主憲政秩序」與「公平審判原則」兩原則操作下，能夠更加圓滑順利地判斷司法不法。

## 第二節、文獻回顧探討

目前學界針對白色恐怖時期的司法判決的討論有了不少豐

---

<sup>2</sup> 張劍寒，《戒嚴法之研究》，漢苑出版社，1976年，頁155。

<sup>3</sup> 尤伯祥，威權統治時期司法不法之刑事案件類型與分析，出版頁待補

<sup>4</sup> 〈提審聲請狀〉，《聯合報》，1960年9月6日，2版。

碩的成果，藉此可以看到白色恐怖時期司法制度的運作，並且透過這些研究可以看到軍事審判制度與政治事件的關連性<sup>5</sup>。不過，對於軍事審判制度本身變遷的討論，仍有再繼續探討的空間。例如先行研究所指出的「核覆」，將判決核定與發交覆議兩者合在一起，但是其實在當時的文獻多是「核定」和「覆判」區別視之，就此有再探討之必要。本文想在這些先行研究的基礎上，探討動員戡亂時期的軍事審判制度的運作架構為何？動員戡亂以及軍事審判相關的法律制度、相關法學論述為何？由此聚焦觀察自由民主憲政秩序與威權統治時期的軍事審判制度之關係。

研究視角的部分，對於動員戡亂時期的軍事審判制度的分析，本文認為需要區別實踐與制度兩者，從實踐上來看，我們已經可以知道動員戡亂時期的軍事審判造成許多的冤錯假案與人權的侵害，但制度上的描述和評價一定程度要先與實踐加以區別，來察看其制度設計的理念與變遷。

本文聚焦關於軍事審判制度之制訂、適用和論述有關的一手的原始檔案，各種已出版、未出版之檔案史料<sup>6</sup>，進行臺灣社會本土之實證研究，像是促轉會所整理公開的台灣轉型正義資料庫，非常有助於探討軍事審判制度的具體適用狀況；以及適

---

<sup>5</sup> 特別像是：蘇瑞鏘，《白色恐怖在臺灣——戰後臺灣政治案件之處置》（稻鄉出版，2014年）；黃丞儀，〈戒嚴時期法律體系的未解難題與責任追究〉，收於：臺灣民間真相與和解促進會編，《記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告（三）面對未竟之業》（台北：衛城出版，2015年），頁15-70。；劉芳瑜，〈威權時期的「擺樣子公審」：國民黨對政治案件「形式合法性」的操作〉（國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2015年）；謝孟達，〈生死之間：戒嚴時期政治案件死刑判決之研究〉（國立政治大學國家發展研究所碩士論文，2012年）；裘佩恩，〈戰後臺灣政治犯的法律處置〉（國立臺灣大學法律研究所碩士論文，1997年）等。

<sup>6</sup> 有關已出版檔案資料，像是國史館出版的戰後臺灣政治案件系列史料彙編、戰後台灣民主運動史料彙編、雷震案史料彙編；中央研究院臺灣史研究所出版的保密局臺灣站二二八史料彙編；台灣省文獻委員會出版的台灣地區戒嚴時期50年代政治案件史料彙編；國家安全局出版的歷年辦理匪案彙編等。

合本研究成果產出之政治檔案相關資料，例如近年來檔案管理局徵集之國家檔案、各相關機關之機關檔案。除官方檔案紀錄外，本文並擬以其他官方史實紀要或民間出版品、當時重要的報刊雜誌、文章論述，像是先行研究較沒有利用到的當時期的《軍法專刊》等法學期刊，藉由當時軍法相關學者對於制度與適用的討論，有助於我們掌握「形式合法性」和「實質合法性」的面向；以及當時時人的回憶錄或口述歷史訪談紀錄等，例如《戒嚴時期臺北地區政治案件口述歷史》等作為輔助素材，進行資料之考證參考，由此來了解軍事審判的法律思想論述以及相關行動者的軌跡。最後，為了希望在半年的研究計畫期間可以一窺當時期台灣社會對軍事審判的意識，本文也會以報紙作為素材來分析探討軍事審判與台灣社會的關係。

### 第三節、研究方法

本研究案採取兩種研究方法

#### 1. 法律史

本研究案的主要研究對象為威權統治時期的軍事審判體制，從法律史研究取徑切入探討，亦即包含：法律制度、法學理論與論述、個案適用<sup>7</sup>。進而如同「一、研究主題、緣起」所揭示，本研究欲剖析該時期軍事審判體制：法體制內的意義、行動者的角色、實際運作及判決實際適用等三個面向。本研究企圖不只是清楚勾勒軍事審判體制的輪廓及意義，更想要掌握該制度的運用面向，如此可以和過去累積許多的個案研究相互對話，促進不同學界的交流；更重要的是，建構一個在判斷威權統治時期司法不法的具體標準之可能。

#### 2. 比較法研究

吾人亦可以比較視野來思考威權統治時期軍事審判法制與

---

<sup>7</sup> 王泰升，《具有歷史思維的法學》，臺北：元照，2010年，頁1-34。

自由民主憲政秩序的關係。本文將主要比較兩個國家，一者為日本的軍法會審制度；二者為戰後韓國的戒嚴與軍事審判制度。

之所以選擇日本的軍法會審制度作為比較對象，這是因為民國中國時期以來的軍事審判制度多參考日本。因此就這個部分作為比較，可以更清楚地看到我國軍事審判法制的形成及變遷。但因為 1945 年以後，日本國新憲法廢除了日本軍隊，所以無法做同時性的比較，故在此僅就法制面進行比較和探討。

第二，已有先行研究分析和討論台灣與韓國的轉型正義之實踐，可以見得台灣與韓國之可比較性<sup>8</sup>。眾所皆知，在東北亞，與台灣一樣共同歷經日本帝國殖民統治，於二次世界大戰後也共同走上獨裁統治的大韓民國，在戰後獨裁統治時期，也歷經過非軍人遭到軍事審判的經驗。像是有名的濟州四三事件，於 1948 年在戒嚴令體制下，因群起抗議遭到處罰。但 1949 年時一時之間進入非戒嚴狀態，高等軍法會議依照國家警備法加以處罰數千名的島民，不少人遭到死刑處決<sup>9</sup>。國家警備法使得許多非軍人也會受到速審速決且嚴酷的軍事審判<sup>10</sup>。國家警備法在 1962 年轉為軍刑法和軍法會議法。朴正熙時期透過制訂維新憲法，以緊急措置的方式來限制人民許多的基本權，在這樣的架構下，一般人也會因此遭到軍事審判。研究團隊嘗試透過在釐清台灣威權時期軍事審判體制之基礎上，比較韓國的軍事審判體制之法制、法律論述和評價，來深化理解自由民主憲政的概念與司法不法的判斷標準。韓國與台灣背景近似，但是我們也必須注意到憲政的法規範與價值都已經透過兩國的憲法、

---

<sup>8</sup> 李怡俐，《當代轉型正義的制度與規範脈絡：兼論南韓與臺灣的經驗比較》，臺北：元照，2016 年。

<sup>9</sup> 제주 4.3 연구소，《무덤에서 살아나온 4.3 '수형자' 들》，역사비평사，2002 年。

<sup>10</sup> 김득중，〈민간인학살 진상규명의 법-역사적 접근 '국방경비법' 을 중심으로〉，《아세아연구》，第 53 卷第 4 號，2010 年，頁 9。

刑事訴訟法或法學知識加以繼受，縱然是屬於軍事獨裁的非常體制狀態，該國的法學界如何因應和批判當時期的軍事審判，都可以作為我國在反思威權統治時期軍事審判與自由民主憲政秩序的參考。本文希望可以作為台灣與韓國戰後軍事審判體制比較研究的初探性研究，因此會就同時的韓國軍事審判法制與相關論述思想進行分析，供檢視我國威權統治時期軍事審判體制運作之比較觀察。

#### 第四節、本文架構

本文將以以下的架構來呈現。

首先是序論，說明本研究的問題意識、先行研究、研究方法與資料、論文架構等。其次，第二章的部分，闡述自由民主憲政秩序與威權統治時期的軍事審判制度之間的關係。第三章探討民國中國時期的軍事審判制度。第四章分析軍事審判制度的法制變遷，本文聚焦於陸海空軍審判法等相關制度，以及1956年的軍事審判法的法制變遷。第五章主要探討1949年台灣戒嚴後，基於憲法、戒嚴法、軍事審判規定與軍事特別刑法等規範交織下所形成的軍事審判權適用範圍；在確認軍事審判權範圍後，本文對於個別軍事審判案件的實際進行過程，區分偵查、審判與執行等三個階段，分析軍事審判制度的規範與實踐之關係：1、軍事審判法的偵查階段：就軍事審判法在偵查階段、主要行動者以及偵查主體及其協力者之間的關係進行釐清；以及提審的狀況。2、軍事審判法的審判階段：就軍事審判法在審判階段，是否辯護權有具體落實？主要行動者和組成；以及核定與覆核等制度在個案運用的狀況。3、軍事審判的執行。第六章則是就戰後韓國戒嚴與軍事審判制度進行比較。最後則為結論。

## 第二章、自由民主憲政秩序與軍事審判的關係

自由民主憲政秩序與公平審判原則兩者的內涵如何判斷？以及在個案上的撤銷如何適用？從促轉會的決定書可以一窺端倪。像是促轉司字第 8 號林茂同一案的決定書中提到從當時有效的刑事訴訟法規定所揭示的第 268 條依證據裁判主義與第 270 條禁止不正方法取得自白原則等，來作為公平審判原則的內涵，進而認定該案的刑求有違公平審判原則。這可從釋字第 436 號解釋文得到印證：「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。」436 號解釋揭示即使是軍事審判仍應符合正當法律程序之要求，軍事審判制度並非完全是混亂或不合法的組合。

至於自由民主憲政秩序的內涵雖然抽象廣泛，透過司法院大法官釋字 499 號解釋所確立，以及其他的解釋，給與自由民主憲政秩序更多內涵與適用。仍有自由民主憲政秩序的適用。又釋字第 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。」這是在解嚴以後，自由民主憲政對於軍事審判制度的限制。而威權統治時期的自由民主憲政秩序對於軍事審判制度又產生什麼樣的限制？像是從促轉會決定書當中，就可以得知像是嚴格解釋刑法構成要件，避免侵害人民的基本權等，都是重要的限制。而威權統治時期的自由民主憲政秩序

對於軍事審判制度又產生什麼樣的限制？如果從釋字第 793 號解釋來看，動員戡亂時期於 1991 年 5 月 1 日終止後，國家體制始漸回歸自由民主憲政秩序<sup>11</sup>。

從威權統治的非常體制時期到自由民主憲政秩序這樣的變遷，本文支持這樣的說法。但是需要進一步提出的問題是，當時期的軍事審判制度，莫非不會受到自由民主憲政價值的限制？

首先就此應先探討自由民主憲政價值與近代憲法的關係。自由民主憲政價值於 19 世紀自歐美擴散傳來到東亞社會，形成該社會當中的憲法觀念之外，一方面在東亞各國自身自主性地進行現代法整備的過程之中，如何面對這些自由民主憲政價值，形成各個社會的憲法規範，即是一個重要的課題。所以像是朝鮮在 19 世紀後期，開化派知識份子朴泳孝或徐載弼介紹美國的天賦人權的思想，或是有到美國留學的俞吉濬介紹民有民治民享的民主政治原理，希望朝鮮建立官民共治的英吉利政體等<sup>12</sup>。這些想法與過去朝鮮王朝時期的政治理念等有所不同，透過這些知識份子傳播這些對於現今社會而言依然重要的自由民主憲政價值。但是在法制上的部分，不見得自由民主憲政價值會立刻地反應到該國的憲法。1899 年 8 月 17 日大韓帝國公布大韓國國制，可以說是韓國最初的成文憲法<sup>13</sup>，確立大韓帝國為自主獨立的國家，以及君權至上的專制政體，這個部分可以看到有日本帝國憲法的影子；可是關於人民的基本權保障甚為不足，對於人民的想像依然近似於朝鮮王朝時期的臣民觀念。由此可

---

<sup>11</sup> 王泰升，〈臺灣憲法的故事：從“舊日本”與“舊中國”蛻變而成“新臺灣”〉，《臺大法學論叢》，第 32 卷第 1 期，2003 年 1 月，頁 20-25。張嘉尹，〈臺灣憲法變遷的憲法學考察〉，《臺灣民主季刊》，第 3 卷第 3 期，2006 年 9 月，頁 136-137。蘇永欽，〈夏蟲語冰錄（一〇五）—轉型正義〉，《法令月刊》，第 67 卷第 10 期，2016 年 10 月，頁 164。羅承宗，〈再訪「黨國體制」：以釋字第 793 號解釋的歷史認識為考察〉，《台灣法學雜誌》，第 403 期，2020 年 11 月，頁 41-42。

<sup>12</sup> 金哲洙，《韓國憲法史》，大學出版社，1988 年，頁 13-15。

<sup>13</sup> 金哲洙，《韓國憲法史》頁 16。

以看到自由民主憲政價值與憲法規範的落差。

轉個視角看到 19 世紀末期到 1945 年以前的中國，清末政府如同日韓一樣，亦是確立以君主為中心的憲法規範。1912 年的中華民國政府為採行立憲共和國制。1931 年的國民政府頒佈中華民國訓政時期約法施行至 1947 年 12 月 24 日，作為憲政開始之前的臨時憲法，這一部法律對於人民的基本權有更為明確的規範，不過其是在以黨領政的訓政架構下開展的憲法規範，對於人民的基本權保障亦有所限制，像是僅擁護民國者，方能享有民權<sup>14</sup>。至今依然實施的中華民國憲法，為了推行憲政，依照自由民主立憲主義制訂而來，對於人民基本權保障更為充足<sup>15</sup>。1947 年施行的中華民國憲法是依照自由民主立憲主義而制訂，採取權力分立，也用憲法保障人民基本自由權利<sup>16</sup>。後來因為中國情勢的變化，而在台灣適用，自由民主憲政秩序有了開展的可能。只是另一方面，因為戒嚴和動員戡亂臨時條款的緣故，使得自由民主憲政秩序遭受到阻礙。

進一步的問題是，在戒嚴和動員戡亂臨時條款所結合共構的威權統治體制下，自由民主憲政秩序是否就完全不適用在軍事審判？首先，戒嚴與軍政看起來是有非常密切的關係，透過軍事的方式達到緊急狀態下秩序混亂的克服。但是需要留意的是，應然面上並非所有國家權限都進入到軍政之中，因為戒嚴的目的是為了克服緊急事態，以穩定自由民主憲政秩序的維持，所以自由民主憲政價值在以軍政為主的戒嚴時期狀態底下，並非停止，使得政府原有像是議會或是對非軍人身份者的行政權或司法權就遭到停止<sup>17</sup>，而是仍有其適用的可能，因為戒嚴權限

---

<sup>14</sup> 王泰升，〈自由民主憲政在臺灣的實現：一個歷史的巧合〉，《臺灣史研究》，第 11 卷第 1 期，2004 年 6 月，頁 188。

<sup>15</sup> 王泰升，〈自由民主憲政在臺灣的實現：一個歷史的巧合〉，頁 189-190。

<sup>16</sup> 王泰升，〈自由民主憲政在臺灣的實現：一個歷史的巧合〉，頁 188。

<sup>17</sup> 李仁皓，〈전시 계엄법제의 합리적 운용에 관한 고찰〉，《法學論文



的規定是來自於象徵自由民主憲政秩序的憲法規範而來，其是為了早日回復到自由民主憲政秩序，並非葬送自由民主憲政秩序。另外，縱然是戒嚴，其實也可以是將警察權擴大等方式為之，並非一定都要透過軍政的方式處理，對於戒嚴時期秩序為持續的想像可以更加多元。換言之，戒嚴的行使，是為了回復自由民主憲政秩序，其手段的選擇與範圍等都應該要符合這個目的，在合理的範圍下行使。縱然是非軍人身份接受軍事審判，仍需要在這個範圍內行使，不得視法治主義等自由民主憲政秩序價值為無物。所以像是威權統治時期的憲法學著作中就有提到：「我中華民國憲法，固在平時及戰時均有其適用<sup>18</sup>」，並且縱然宣告戒嚴，亦不排斥憲法有關規定之適用效力<sup>19</sup>。林紀東並提到：「戒嚴係實行於非常時期之軍事統治狀態，戒嚴之結果，不僅人民平時所享有之自由及其他權利，因軍事上之必要，往往大受限制，行政與司法機關，亦置於當地軍事長官指揮監督之下，機關之權限，因而大受變更，實為憲政國家之一種變態。…由防衛國家安全，維持社會秩序之觀點言之，固有其必要，惟應在憲法上予以明認，並嚴其條件，俾於通權達變之中，仍無傷於憲法之體制<sup>20</sup>」

戒嚴的發佈如何才是有可能符合合理範圍？關於這一點，我們可以從韓戰時期的韓國發佈非常戒嚴的部分來思考和對照台灣長達 30 多年的戒嚴狀態。韓戰時，北韓軍隊明確有入侵到南韓，但是其戒嚴的發佈仍是有所限定，並非自始至終即全南韓進入戒嚴。1950 年 6 月 25 日，北韓入侵南韓，南韓雖然有因應公布相關的特別法令，像是「非常事態下犯罪處罰特別措置

---

集》，第 30 卷第 2 期，2006 年，頁 129-131。박중보，〈계엄제도에 관한 비교법적 고찰—미국을 중심으로〉，《法學論叢》，第 23 輯第 2 號特別號，2006 年，頁 1-3。

<sup>18</sup> 管歐，《中華民國憲法論》，三民書局，1974 年，頁 17。

<sup>19</sup> 管歐，《中華民國憲法論》，頁 327

<sup>20</sup> 林紀東，《中華民國憲法逐條釋義（二）》，三民書局，1977 年，頁 59-60。

令」(비상사태하의 범죄처벌에 관한 특별조치령)等，但並未一剛開始發佈戒嚴。直到7月8日始發佈戒嚴，而其施行地域排除全羅南北道<sup>21</sup>，後來7月中旬因應戰爭擴大，全羅南北道也才包含進去<sup>22</sup>。其後戰勢逆轉，南韓解除濟州島地域的戒嚴，甚至到11月時解除全國非常戒嚴，就安全已確保地區外，改為警備戒嚴<sup>23</sup>。直到12月時，因為中共軍隊的入侵，南韓全國又陷入到非常戒嚴<sup>24</sup>。但是1951年3月則又是一部地域解除戒嚴。透過這些過程可以看到，縱然戰爭都已經直接發生在國內了，戒嚴的程度與範圍也是可以有所調整。又像是韓國在朴正熙遭刺殺(1979年10月26日)的隔天，代理總統崔圭夏發佈非常戒嚴令，刺殺朴正熙的犯罪嫌疑人金載圭其後因為是非常戒嚴狀態的緣故，陸軍本部普通軍法會議對金載圭有審判權。金載圭的辯護律師對此提出上訴到大法院。辯護律師的上訴理由認為，非常戒嚴的發佈根據戒嚴法第4條規定，戰爭或有戰爭相同情事，因為敵人的包圍極度妨害社會秩序時，得對該地區宣布非常戒嚴。依照這個要件來看，上述的要件皆無具備具，單純因為總統死亡而發佈非常戒嚴，辯護團覺得非常戒嚴發佈不合法，從而金載圭不具備軍人身份，應不能以陸軍本部普通軍法會議

---

<sup>21</sup> 관보, 第 383 號, 1950 年 7 月 8 日。

<sup>22</sup> 관보, 第 384 號, 1950 年 7 月 20 日。

<sup>23</sup> 관보, 第 396 號, 1950 年 10 月 10 日; 관보, 第 406 號, 1950 年 11 月 7 日。又, 韓國在 1949 年制訂戒嚴法, 和台灣一樣受到日本法影響甚重, 而日本的 1882 年戒嚴令規定又主要來自於法國的戒嚴法。像是依照緊急事態的程度區分成「合圍地境」(état de siège)和「接戰地境」(état de guerre)。1 韓國戒嚴法將合圍地境以「非常戒嚴」, 「接戰地境」為「警備戒嚴」來理解和翻譯。依照戒嚴法第 11 條規定, 非常戒嚴時, 戒嚴司令官掌握轄下所有行政和司法事務。同法第 10 條規定, 警備戒嚴為戒嚴司令官掌握轄下有關軍事的行政和司法事務。參見: 李仁皓, 〈전시 계엄법제의 합리적 운용에 관한 고찰〉, 《法學論文集》, 第 30 卷第 2 期, 2006 年, 頁 127。台灣戒嚴法則是以警戒地域/接戰地域為對應, 在第 5 條與第 6 條中分別規定接戰地域之戒嚴與警戒地域之戒嚴的效力。

<sup>24</sup> 관보, 호외, 1950 年 12 月 7 日。

審判之<sup>25</sup>。儘管大法院對於辯護團的意見則是認為韓國雖與朝鮮人民共和國處於停戰狀態，但是北韓於停戰線聚集許多的兵力，隨時有可能南侵，北韓也會派間諜到南韓，對於南韓社會有所妨害；再加上作為三軍統帥的總統過世，對於軍事有所影響，因此選擇非常戒嚴是有其理由。又，法院對於非常戒嚴發佈是否有當的判斷，因為戒嚴發佈擁有高度的政治與軍事性格，超越司法審查的範圍<sup>26</sup>。雖然大法院並未採取辯護團的意見，但是辯護團對於非常戒嚴令發佈的批評很值得思考。

如此來看，中共軍未直接侵門踏戶，卻一直都處於接戰地域戒嚴的台灣，這樣的戒嚴程度與範圍是否過度了？威權時期的憲法學著作中儘管仍是支持戒嚴的持續，但著作有引用以下的意見，可以看到當時期亦有這樣的聲音：「或謂台灣實施戒嚴，已逾十載，時間過久，民主國家無此先例，而台灣現在安定，治安良好，似無繼續戒嚴之必要，應先宣告解嚴，以恢復正常狀態<sup>27</sup>」所以可以看到戒嚴並非毫無節制，其必須仍是要兼顧自由民主憲政價值。又，像是林紀東的著作中提到，台灣雖然自1949年經宣告為接戰地域，可是「經濟繁榮，交通發達，教育進步，與戒嚴法所推想之接戰地域狀況，大不相同，自應尊重法院之審判權，以符憲法之本意」<sup>28</sup>。雖然林紀東的這一番話是為了讓案件劃分辦法與戒嚴法第8條不合致之處，有一個解釋的可能，但是從這一番話中可以看到，台灣當時的狀況與戒嚴法中所設想的接戰地域狀況是有所不同，因此仍讓軍事審判過度侵入一般司法審判體系，似有其需要檢討之處。雖然依照戒嚴法第2條，戒嚴地域可以區分為警戒地域和接戰地域，但是戒嚴法第11條對於人民的權利部分的限制，並沒有明確地區

---

<sup>25</sup> 대법원 1979. 12. 7.자 79 초 70 재정

<sup>26</sup> 대법원 1979. 12. 7.자 79 초 70 재정

<sup>27</sup> 方揚，《中華民國憲法之理論與實際》，復興書局，1961年，頁57。

<sup>28</sup> 林紀東，《中華民國憲法逐條釋義（二）》，頁70。

別，如同林紀東的批評：「此項權力，不僅於接戰地域內行使，警戒地域內亦得行使，稽其用意，當係由於維持社會安寧秩序，與克敵致勝之必要，不得不為此種權宜措施，惟警戒地域之情形，究與接戰區域不同，其行使權力之範圍及方法，是否有區分之必要；為尊重憲法保護人民權利之精神，接戰地區權力之行使，（尤其於社會秩序安定之台灣省）於不妨礙軍事需要之範圍內，是否宜予以一定之限制？似均不失為可以考慮之問題<sup>29</sup>」從林紀東的觀點加以解讀，林紀東固然不反對發佈戒嚴，但對於社會秩序安定的台灣省當時是否應以接戰地域的地位宣佈戒嚴，似乎有可以討論的空間，

除此之外，緊急事態的司法裁判的「非常性格」亦需符合一定的自由民主憲政秩序價值。例如：韓國制憲憲法時期的憲法委員會即曾針對非常事態下犯罪處罰特別措置令第9條規定，就該令所規定的刑事審判以地方法院或同支院單獨判事實施。對於被判處死刑、無期或是10年以上刑者可以在地方法院或支院合議部可以上訴，可是剝奪了被告利用國民的最高法院，也就是大法院的權利，如此有違憲法第22條與第76條規定，而認定違憲<sup>30</sup>。從這樣的比較法經驗以觀，縱然是非常狀態時期的法律亦是需要符合當時期的自由民主憲政秩序價值，畢竟非常時期的戒嚴手段是為了儘速恢復法秩序，而非用來葬送自由民主憲政秩序價值。這樣的觀點不只是可以檢視韓戰之後像是朴正熙或全斗煥時期的戒嚴，也是可以用來檢視台灣的戒嚴措施是否逾越過度。

威權統治時期的台灣除了戒嚴的規定外，仍有一個動員戡亂臨時條款，其簡化了憲法第39條和第42條規定，賦予總統發佈戒嚴令和緊急命令可以不受到憲法上的拘束，所以我們是否可以說動員戡亂臨時條款就是可以不受到當時期的自由民主

---

<sup>29</sup> 林紀東，《中華民國憲法逐條釋義（二）》頁72。

<sup>30</sup> 헌법위원회 1952. 9. 9, 1952 헌심 2 결정。

憲政秩序價值的拘束？法令月刊創辦人虞舜如此解釋，動員戡亂臨時條款從字面上以觀，其是屬於限時法，是停止憲法第 39 條和第 43 條的規定，而非廢止憲法該條文<sup>31</sup>。更重要的是，當初臨時條款一案的起草人王世杰即在提案要旨寫到：「本提案的用意，是要求行憲戡亂並行不悖。憲法對於政府的限制太嚴，在國大閉會後，沒有適當辦法使政府切實負責，要叫政府實行憲法，其結果不是守憲守法，不能挽救危難；便是為戡亂而蔑視憲法。我們現以沉痛的責任心，提出上項條款，希望政府行憲又能戡亂<sup>32</sup>」可以看到立法者當初的原意並非要透過動員戡亂臨時條款來毀壞憲法，既能夠尊重憲法，又能實施戡亂，此為立法者之原意。即便是蔣介石亦有認識到行憲與動員戡亂臨時條款的關係：「行憲之始，正值共匪全面叛亂，蓄意破壞民主憲政之實施。政府一面行憲，開拓憲政的道路，一面戡亂，艾除憲政的障礙<sup>33</sup>」所以對於蔣介石而言，憲政與戡亂同為並行。

再從當時對於動員戡亂臨時條款之於憲法究竟其為何種地位的學說論爭來看，採取動員戡亂臨時條款為憲法之特別法說者，亦認為僅有在特定條文動員戡亂臨時條款優先於憲法適用，但臨時條款未規定者，仍應以憲法規定為主<sup>34</sup>。

從威權統治時期的憲法學著作中，吾人可以一窺對於這些法學者而言，是否自由民主憲政價值即不需要？抑或是仍維持重要的地位？像是有論著提到：「所謂民主之意義，本於國父孫中山先生之解釋，不僅要有民主政府，而且要做到民族的自主與民生的共享。我們今日反共抗俄的目的，就是為了爭取民族自主獨立、政治自由平等與生活合理公平，因此必須力行憲法，

---

<sup>31</sup>

虞舜，〈論動員戡亂時期臨時條款〉，《法令月刊》，第 11 卷第 1 期，1960 年 1 月，頁 9。

<sup>32</sup> 虞舜，〈論動員戡亂時期臨時條款〉，頁 9。

<sup>33</sup> 林國賢，《五權憲法與現行憲法》，文笙經銷，1986 年，頁 8。

<sup>34</sup> 管歐，《中華民國憲法論》，頁 338。

以維持民主制度，理由至為明顯…發揚憲法精神，貫徹憲法之治，實為全體國民共同的責任<sup>35</sup>」

釋字第 793 號解釋所言：「國動員戡亂時期與戒嚴時期，係處於非常時期之國家體制。直至 76 年 7 月 14 日總統令，宣告臺灣地區（不含金門、馬祖）自同年 7 月 15 日零時起解嚴，嗣第 1 屆國民大會臨時會於 80 年 4 月 22 日，三讀通過憲法增修條文，並決議廢止臨時條款，同月 30 日總統令，宣告動員戡亂時期於同年 5 月 1 日終止，國家體制始漸回歸自由民主憲政秩序。」當解嚴之後，自由民主憲政秩序價值更沒有遭受到懸置的理由，進入到民主化的台灣，司法實務以中華民國憲法為基礎來充實許多的人權保障面向。

自由民主憲政秩序本身是有隨著時代變化的可能，所以可以說在威權統治時期有該時期的自由民主憲政秩序價值，而在現代可能有更豐富的當代自由民主憲政秩序，會透過司法等方式將超法規的自然法導入到憲政秩序中，所以這兩者的區別可以說，自然法是最外圍也是最廣泛，而自由民主憲政秩序則是屬於內圈，相較於自然法的範圍較窄。現今的自由民主憲政秩序與自然法作為我國回顧批判威權統治時期法律時的觀點，引導判斷實質正義與否的指標。

釋字第 793 號解釋一定程度上也是區別了「不法」與「不當」：「立法者為確立憲法所彰顯之自由民主憲政秩序價值以及憲法之基本權保障，就非常時期違反自由民主憲政秩序及嚴重侵害基本權利之不法或不當過往」、「於動員戡亂與戒嚴之非常時期結束前，政黨因當時之黨國體制，或於非常時期結束後，憑藉執政優勢，以違反當時法令，或形式合法但實質內容違反自由民主憲政秩序要求之方式，自國家或人民取得財產，並予以利用而陸續累積政黨財產，致形成政黨競爭機會不平等之失衡狀態。」，這兩個概念與前述提到的「形式合法」與「實質合

---

<sup>35</sup> 方揚，《中華民國憲法之理論與實際》，頁 2。

法」的概念恰有所可以呼應之處。轉型正義即是希望貫徹自由民主憲政秩序業已存在的價值，回顧過往的不法與不當，朝向未來豐富自由民主憲政秩序。

本文認為為了能夠更加清楚掌握威權統治時期的法制，藉由法實證主義的觀察視角，可以分成兩個部分來觀察：「威權統治時期的軍事審判法律是什麼」以及「軍事審判法律應該是什麼？」。

前者是社會事實的考察，採取描述性的觀點來探討威權統治時期的軍事審判法律規則為何？與憲法、刑事訴訟法等法律規則的關係為何？對於這一部份的考察，本文側重法制面以及法制運作的相關法律解釋，並結合相關的例子來進行討論，由此釐清軍事審判法制的樣貌。

後者的部分則是對於軍事審判法律的評價，此處則從王泰升及劉恆奴與曾文亮的研究中所提出「形式法治國」與「實質法治國」概念來進行評價。形式法治國則是以威權統治時期的法律規定或有權解釋為基準來評價軍事審判法。換句話說，形式法治國是盡可能理解威權統治時期的法律制度與法學知識，並從時人的觀點或有權機關的解釋作為評判當時軍事審判作為的合法與否。如此觀點有別於當代一些論述認為轉型正義是只從當代角度批評前代，吾人需要注意的是，從前述以觀，縱然是戒嚴令與動員戡亂臨時條款所交織建構而出的非常體制，亦有其之界限，目的是為了儘速恢復平時憲政秩序，而自由民主憲政之價值並非於此時期完全捐棄犧牲，其亦會對於當時期的國家作為或不作為產生一定的影響和限制，吾人應把握這樣的角度進行探討。特別是如果從當時的史料中可以看到該訴訟行為或是審判上與相關的法學知識或有權見解相互衝突時，更能夠由此判斷當時的不合法之處。這一點亦可以呼應到釋字 567 號解釋理由書中所揭示：「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。」。

刑事訴訟法本身可以說是憲法在國家刑罰權行使時的具體展現之一，而 1956 年以後的軍事審判法以及在這之前的陸海空軍審判法等，刑事訴訟法也有或多或少適用的空間，因此威權統治時期軍事審判之適用仍是有可以從當時期的法治原則加以檢視。即便是軍事審判制度有認為是從統帥權觀點出發。統帥權 (supreme command) 意指：一國國家為防衛侵略，抵抗外侮，而設置陸海空軍，而軍種之指揮，各有其統御之長官，為謀三軍協同作戰，必有其最高統帥而謀指揮統一<sup>36</sup>。但是對於軍事審判制度的運作，學說或實務亦有以刑事訴訟法的觀點來解釋。因此從當時期的法律規則來看，軍事審判制度並非與其他實證法的相關原則無緣。因此藉由憲法等規範與軍事審判制度的關係，可以看出作為應然層面的實證與軍事審判制度之間的衝突。我們可以從這樣的社會事實面考察，來看出當時形式性的司法不法<sup>37</sup>，亦即從當時期的法律規則關係中，掌握有所衝突和牴觸的軍事審判制度不合法之處，來看出當時均是審判的形式上合法與不合法。例如：陳樸生提過軍事審判，仍不失為刑事訴訟程序之一種。故其程序亦應適應刑事法思想之要求，在不違背其發揮軍事統帥權之特殊作用；對於被告本身之基本的自由之

---

<sup>36</sup> 趙霞，〈統帥權與總體戰〉，《軍法專刊》，第 14 卷第 6 期，1968 年 6 月，頁 15。

<sup>37</sup> 王泰升，〈論台灣的轉型正義〉，《台灣法學雜誌》，第 315 期，2017 年，頁 11-12。



保障，自未可忽視<sup>38</sup>。所以如果軍事審判法的運作過度傾向統帥權，而忽視被告的基本權保障，不無不合法的可能。

實質法治國的部分，則因為為了追究威權統治時期的人權侵害，希望在這樣的經驗之上，能夠促進未來不再重蹈覆轍，這樣的轉型正義工程具備面向未來的性質，因此對於威權統治時期的法律及其適用，導入當代自由民主憲政秩序的觀點或是應然的價值，由此回頭檢視，進而加以非難。特別是1947年施行的中華民國憲法是依照自由民主立憲主義而制訂，採取權力分立，也用憲法保障人民基本自由權利，至今依然適用之，促使中華民國法體制邁向實質法治國的可能<sup>39</sup>。只不過中華民國憲法的部分條文因為戒嚴法和動員戡亂臨時條款而遭到限制。如同釋字第793號解釋所言：「動員戡亂時期與戒嚴時期，係處於非常時期之國家體制。直至76年7月14日總統令，宣告臺灣地區（不含金門、馬祖）自同年7月15日零時起解嚴，嗣第1屆國民大會臨時會於80年4月22日，三讀通過憲法增修條文，並決議廢止臨時條款，同月30日總統令，宣告動員戡亂時期於同年5月1日終止，國家體制始漸回歸自由民主憲政秩序。」當解嚴之後，實質法治國有恢復落實的可能，進入到民主化的台灣，司法實務以中華民國憲法為基礎來充實許多的人權保障面向。自由民主憲政秩序價值的內涵在釋字499號解釋所確立，我們可以利用自由民主憲政秩序這個概念，來作為實質法治國要求檢視威權統治時期的法律<sup>40</sup>。尤其是過去在威權統治時期雖然以當時的條件和視角觀看當時的法律，可能為認為是合法，但是如果以現在的視角回過頭檢視，則可能會認為該規定不合乎自由民主憲政秩序，從而可以認定該法律有不合乎實質合法

---

<sup>38</sup> 陳樸生，〈論軍事審判之特殊性〉，《軍法專刊》，第1卷第1期，1952年5月，頁12。

<sup>39</sup> 王泰升，〈自由民主憲政在臺灣的實現：一個歷史的巧合〉，《臺灣史研究》，第11卷第1期，2004年6月，頁188。

<sup>40</sup> 劉恆奴、曾文亮，〈促進台灣轉型正義其基礎理論規範之研究〉，促進轉型正義委員會委託研究，2020年3月，頁7。

性之處。促進轉型正義條例第 6 條對於司法不法的追究，即是以自由民主憲政秩序與公平審判原則作為判斷的基礎。

像是我國將公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約內國法化，依據公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 3 條：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋」。公民與政治權利國際公約第 6 條揭示生命權之重要性之外，亦揭示死刑適用的標準，其相關的解釋適用並應參照聯合國人權事務委員會第 16 屆會議針對公約第 6 條生命權提出之第 6 號一般性意見，以及聯合國人權事務委員會在 2018 年以後取代第 6 號一般性意見之第 36 號一般性意見<sup>41</sup>。其中死刑適用侷限在「最嚴重罪行」，如果不是直接和蓄意地導致死亡的情形，基本上不適用死刑，所以像是持武器強盜、海盜、擄人勒贖、毒品和性犯罪政治犯罪等基本上被排除在死刑案件<sup>42</sup>。以這個觀點檢視威權統治時期的法律，像是懲治叛亂條例第 2 條第 1 項：「犯刑法第一百條第一項、第一百零一條第一項、第一百零三條第一項、第一百零四條第一項之罪者，處死刑」，以特別法嚴罰的方式規定唯一死刑，別無其他刑度選擇的空間。人類之所以成立國家，是為了能夠確保彼此的生命延續，不會因為相互伐害之下，而使自己的生命喪失，由此可以看到國家對於人民生命保護之重要，亦顯示生命權不得隨意遭到國家的剝奪。再加上，誠如下述研究報告中提到的，韓國的真實和解過去史整理委員會認為在一些政治犯案件中，法院審判僅以參與組織等情形處以死刑，如此有悖於文明國的基準，從而認定不正當。綜合上述以觀，懲治

---

<sup>41</sup> 謝煜偉，聯合國人權事務委員會關於公政公約第 6 條生命權提出之第 36 號一般性意見（CCPR/C/GC/36）對我國死刑量刑基準的影響（一），法務通訊，第 3026 號，2020 年 10 月 16 日，版 3。

<sup>42</sup> 謝煜偉，聯合國人權事務委員會關於公政公約第 6 條生命權提出之第 36 號一般性意見（CCPR/C/GC/36）對我國死刑量刑基準的影響（一），法務通訊，第 3026 號，2020 年 10 月 16 日，版 4。

叛亂條例第 2 條第 1 項之規定及其相關判決，於實質法治國的部分有所不足。

另外，威權統治時期的法律雖有其效力，但在解釋適用上充滿曖昧不明，造成對於被告的不利。這一點可能從當時期的制度或運作實踐上，確實有法條文字的支持，但可以評價其欠缺實質正當性。茲以懲治叛亂條例第 2 條第 1 項與第 5 條為例說明之。威權統治時期司法不法案件剝奪被告生命權的主要大宗來自於第 2 條第 1 項，其構成要件是普通刑法中的內亂外患罪，特別是內亂罪為多。當時實務工作者解釋本罪之構成要件要素有：

1. 需有叛亂的意圖，而意圖不必其事實之真的發現<sup>43</sup>。如此似乎只要主觀上的認定即可，客觀證據的存在即不重要。
2. 方法上，需要具備下列之一的實施：
  - (1) 破壞國體。國體是指主權支所在或國家組織之體制而言。主要指有意突破壞三民主義的民主共和國<sup>44</sup>。
  - (2) 竊據國土。國土指我國固有的疆域。
  - (3) 非法變更國憲。國憲即是中華民國憲法。
3. 已著手實行。叛亂最屬於形式犯，只需有不法行為，不待結果之發生，罪即成立<sup>45</sup>。

在實務上也常看到第 5 條參加叛亂組織或集會罪。叛亂集會是暫時集合，組織則為永久性的團體。重點是「參加」，其意指為何？根據軍法官張肇平的解釋為參與加入，如果是收藏反動宣傳物品，不能認為是參加，明確排除這樣的情形。而一旦參加，縱然事後脫離，但如果沒有自首，或明確事實證明其已經脫離叛亂組織前，以繼續參加論。參與加入必須要是自願且明知該組織或集會是叛亂為目的為必要，但是參加的原因方式

---

<sup>43</sup> 張肇平，《懲治叛亂條例要論》，永和市：楊先英，1983 年，頁 46。

<sup>44</sup> 張肇平，《懲治叛亂條例要論》，頁 47。

<sup>45</sup> 張肇平，《懲治叛亂條例要論》，頁 49。

所負任務為何，均不問。其中張肇平的著作中有提到，假設甲在 1934 年參加生產黨，於 1939 年因曾向有關機關登記，判決免訴確定。但是如果發現其在 1937 年另有參加共產黨，並擔任小組長，沒有登記，顯示叛亂活動仍然顯在繼續，對此部分仍應追訴。而如果甲矢口否認，沒有其他證據足資確信，犯罪不能證明，則應該諭知無罪確定。如果後來甲坦承其為匪，且經查明與其自白相符之補強證據，自應認為甲參加叛亂組織仍在繼續狀態中，可以逕行依法予以追訴，不得依一事不再理之情形而不論，可以再審為之<sup>46</sup>。軍法官尤雄章認為：參加是參與加入，參與者一定要是自願，並且知悉是以叛亂為目的組織或集會。否則如非明知或出於強制，則缺乏犯意，不能論以本罪。一參加即構成本罪，不需要實行<sup>47</sup>。

依照行政院 41 年 6 月 11 日台 41（法）字第 3200 號代電解釋：「按參加叛亂之組織或集會罪，原為預備或陰謀犯內亂罪之一種，亦即懲治叛亂條例第二條第三項所定之罪之一種，該條例所以在第二條第三項之外，另定第五條者，推求立法本意，殆以此種行為與著手內亂已較一般預備或陰謀犯內亂罪之行為更為接近。故特立專條處以較一般預備或陰謀內亂犯更重之刑，因而犯該條例之罪者，仍不失為內亂罪之預備犯或陰謀犯，即該條例第一條第二項所稱之叛徒」所以第 5 條為預備或陰謀內亂犯的加重。

可是，參加與實行顛覆政府的行為終究在區別上有其不明之處。

像是吳哲雄起訴違反第 5 條的理由為：「被告吳哲雄原係台灣大學政治系學生，三十八年十月間經匪徒張璧坤介紹參加匪民主自治同盟與張璧坤、張英杰編為一小組由匪張璧坤領導連

---

<sup>46</sup> 張肇平，《懲治叛亂條例要論》，頁 91-92。

<sup>47</sup> 尤雄章，〈懲治叛亂條例淺說（下）〉，《軍法專刊》，第 2 卷第 2 期，1953 年 2 月，頁 24。

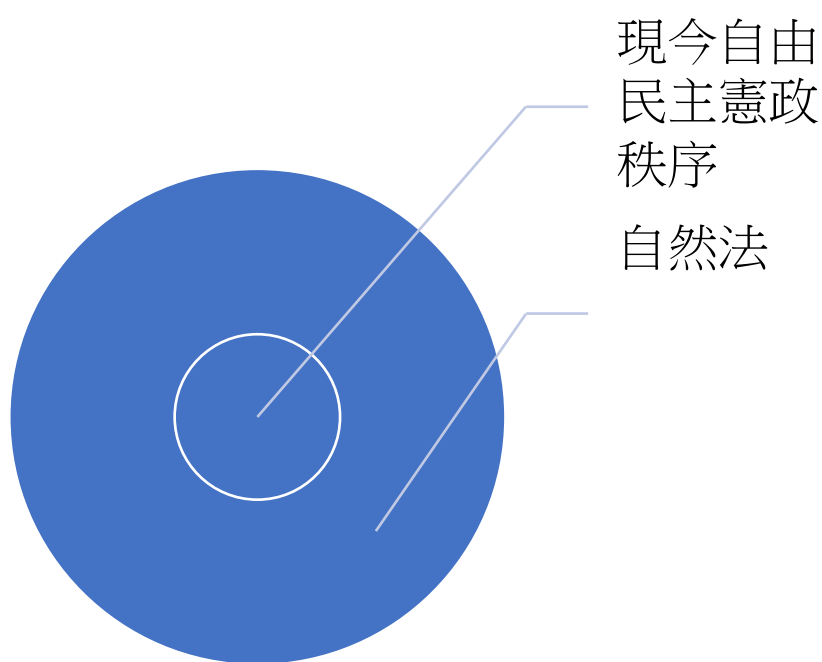
續開會五次研討學術心得「唯物辯証法」及大陸學生活動情形並閱讀張璧坤所交「唯物論辯證法」、「鋼鐵是怎樣煉成的」等書」，但是到了審判時，甘勵行認定其為 2 條 1 項，但給與刑法第 59 條減刑。這份判決書到了總統府時，桂永清認為：「僅多閱讀反動書刊參加集會或於談論中偽匪宣傳」，認為應以第 5 條論之。而蔣介石則支持以 2 條 1 項處理。同樣的閱讀書籍行為卻可以在評價上出生入死或出死入生。

1965 年時，軍事檢察官王化歐起訴浦毅直違反第 5 條：「入匪偽橫橋小學讀書即受匪利用參加兒童團擔任團長為匪張貼標語徵收雀牌稅捐宣傳匪軍政令與戰役戰果混淆人心。參加匪偽太平集模範隊，執行軍事勤務，如放哨站崗盤查行旅等，旋於入匪偽文康宣傳隊工作，前往揚州等地，刺探國軍番號，從事間諜活動。高郵政府被政府收復，乃混入政府機構，隨軍來台，化名何冠中在陸軍第八師任上士文書士，奉調本部服務，逐步晉升陸軍上尉文書官，迄未表明脫離匪偽組織」不過審判的軍法官宋介申、牛慶五、刁榮華則以 2 條 1 與刑法第 59 條論之。王化歐對此表示：「原判決擯斥起訴法條，改依該條例第二條第一項，究竟起訴法條為何擯斥，以及如何應予變更，始為適法之理由，並未據具體敘明，顯係理由不備」提起覆判，也獲得撤銷發回，只不過後續的判決與蔣經國皆同意以 2 條 1 處理。終審判決書理由上寫到：「被告擔任兒童團隊長，為匪張貼標語，徵收雀牌稅捐，並宣傳匪軍政令與戰役戰果，參加太平集模範隊，執行軍事勤務，以及加入文康宣傳隊工作等情，顯已達著手實行顛覆政府之程度，因有該條例第二條第一項之適用，是其行為，應依意圖以非法之方法顛覆政府而著手實行罪處斷，原起訴書徵引同條例第五條之罪論告，嫌有未洽，應予變更」從終審判決與起訴書所記載的事實來看，同樣的行為卻是兩個不同的法條論處，而且判決的說理亦太過理所當然。

即便是到了 1980 年代，張肇平的著作對於第 5 條和第 2 條

之區別，究竟為何？沒有明確的回答<sup>48</sup>。但是這一點的難以區別卻會造成被告走上生或死的分岔路。所以可以看到這樣的法律制度與實踐儼然是欠缺其實質法治國原則。

另外，自由民主憲政秩序會透過司法等方式將超法規的自然法導入到憲政秩序中，所以這兩者的區別可以說，自然法是最外圈也是最廣泛，而自由民主憲政秩序則是屬於內圈，相較於自然法的範圍較窄，兩者關係如下圖。現今的自由民主憲政秩序與自然法作為我國回顧批判威權統治時期法律時的觀點，引導判斷實質正義與否的指標。轉型正義即是希望貫徹自由民主憲政秩序業已存在的價值，回顧過往的不法與不當，朝向未來豐富自由民主憲政秩序。



圖表 一

釋字第 793 號解釋一定程度上也是區別了「不法」與「不當」：「立法者為確立憲法所彰顯之自由民主憲政秩序價值以及憲法之基本權保障，就非常時期違反自由民主憲政秩序及嚴重

<sup>48</sup> 張肇平，《懲治叛亂條例要論》，頁 92。

侵害基本權利之不法或不當過往」、「於動員戡亂與戒嚴之非常時期結束前，政黨因當時之黨國體制，或於非常時期結束後，憑藉執政優勢，以違反當時法令，或形式合法但實質內容違反自由民主憲政秩序要求之方式，自國家或人民取得財產，並予以利用而陸續累積政黨財產，致形成政黨競爭機會不平等之失衡狀態。」，這兩個概念與「形式合法」與「實質合法」的概念恰有所可以呼應之處。轉型正義即是希望貫徹自由民主憲政秩序業已存在的價值，回顧過往的不法與不當，朝向未來豐富自由民主憲政秩序。

### 第三章、威權統治時期軍事審判法制的變遷

#### (一)、陸海空軍審判法與戰時陸海空軍審判簡易 規程

民國中國時期軍事審判制度之立法，可以說始於 1915 年北京政府袁世凱總統以教令第 15 號公布的「陸軍審判條例」<sup>49</sup>，後來於 1918 年與 1921 年皆有所修正<sup>50</sup>。此條例共分成七章，分別是：總則、軍法會審組織、軍法會議權限、陸軍檢察、審問、判決、再審。另外，北京政府於 1918 年也公布「海軍審判條例」，除了海軍檢察的規定外，基本上與陸軍審判條例相同。

1925 年廣東國民政府公布「國民革命軍陸軍刑律」並同時制訂「國民革命陸軍審判條例」。1928 年陸海軍總司令部以該條例有修正之必要，研擬草案經南昌軍事善後會議討論通過，同年國民政府公布施行。該條例與 1921 年修正之「陸軍審判條例」基本上相同，只有第 7 章更名為「復審」以及文字名稱的調整<sup>51</sup>。

1929 年，陸海空軍總司令部以陸軍審判條例原與「陸軍刑律」相伴並行，既然「陸軍刑律」經立法院修正更名為「陸海空軍刑法」，則陸軍審判條例亦有修正之必要，於是在 1930 年，國民政府制訂公布「陸海空軍事審判法」<sup>52</sup>。國民政府所制訂的這些軍事審判程序相關規定，大致上與北京政府的「陸

<sup>49</sup> 《政府公報》教令第 15 號，1915 年 3 月 25 日，頁 1037-1047。

<sup>50</sup> 謝振民，《中華民國立法史》，正中書局，1948 年，頁 1304。

<sup>51</sup> 謝振民，《中華民國立法史》，頁 1304。

<sup>52</sup> 《國民政府公報》第 428 期，1930 年 3 月 24 日，頁 1-7。



軍審判條例」大同小異。又，這一部「陸海空軍事審判法」中審判管轄權限、軍法會審制度多是模仿日本的法規<sup>53</sup>。

而日本又為何制訂軍法會審制度？此是從法國法繼承而來，自 1883 年的陸軍治罪法及 1884 年海軍治罪法都規定軍法會審制度，主要目的是為了調和司法權與統帥權，而這樣的軍法會審制度是採取訴訟中的所有權限由軍隊長官來判斷，偏向糾問主義，上訴、旁聽和辯護權都遭到禁止，在日本也是對被告人權保障不足<sup>54</sup>。但是也要注意法國軍法會審制度的原初設計中，審判對象限於軍人，審判程序由法律規定，其訴訟程序應該盡可能地與一般訴訟程序一致<sup>55</sup>。

後來日本的刑事訴訟法往彈劾主義邁進，如此的修正動向，也對軍法會審制度開始產生影響。進入到大正時期以後，日本的軍法會審制度實質上是刑事訴訟法的一種，大體上與一般刑事訴訟規定無異，已經包含辯護權、審判公開、上訴等規定，由此宣示被告人權保障和司法權獨立，所以可以說至少大正時期以後的日本軍法會審制度，已經提示司法權獨立的原則。可以理解為基本上是以刑事訴訟程序為主的特別審判程序，需要和統帥權調和，但並非無視刑事訴訟規定<sup>56</sup>。

---

<sup>53</sup> 〈軍法審判（四）〉，《國民政府》，國史館藏，數位典藏號：001-012300-00013-020。

<sup>54</sup> 日高巴雄，《軍法會議法》日本評論社，1938 年，頁 7；遠藤芳信，〈1880 年代における陸軍司法制度の形成と軍法會議〉，《歴史学研究》第 460 號，1978 年 9 月，頁 8；山本政雄，〈旧陸海軍軍法會議法の意義と司法権の独立：五・一五及び二・二六事件裁判に見る同法の本質に関する一考察〉《戦史研究年報》，第 11 期，2008 年 3 月，頁 64。

<sup>55</sup> 松下芳男，《明治軍制史論：明治初年より西南戦争まで》，国書刊行会，1978 年，頁 435-436。

<sup>56</sup> 日高巴雄，《陸軍軍法會議法講義》良栄堂，1934 年，頁 3-4；山本政雄，〈旧陸海軍軍法會議法の意義と司法権の独立：五・一五及び二・二六事件裁判に見る同法の本質に関する一考察〉，頁 65。山本政雄，〈旧陸海軍軍法會議法の制定経緯：立法過程から見た同法の本質に関する一考察〉《防衛研究所紀要》，第 9 卷第 2 期，2006 年 12 月，頁 46。

反觀，中華民國陸海空軍審判法第 2 條規定不准旁聽。因為是秘密審判的緣故，並沒有讓辯護權進入的空間。但其實像是日本的軍法會審不僅讓辯護權進入到會審，也有上訴的可能<sup>57</sup>。擔任過大法官的李潤沂即曾說過，陸海空軍審判法與戰時陸海空軍審判簡易規程，不准旁聽，無辯護人等，對於保護當事人來說，似嫌不足<sup>58</sup>。陸海空軍審判法並無審檢之分，軍法官兼審檢雙重身份，實施審問的軍法官又可參與軍法會審，無庸迴避；並且沒有設置辯護人之規定。故有認為陸海空軍審判法為糾問主義。與刑事訴訟法採取的訴訟主義不同<sup>59</sup>。被告在軍事審判程序的保障極為不足。陳樸生也委婉地說道：「基於保障個人之基本自由之立場，已不無商榷餘地<sup>60</sup>」，陸海空軍審判法背離被告基本權保障的旨意，該法的正當性有所不足。

該法第 1 條與第 14 條規定受軍事審判權的人的效力是以陸海空軍軍人、俘虜或投降人為主。在審判程序上，陸海空軍事審判法採取非公開主義，第 2 條規定軍法會審，不准旁聽，其理由是因為保守軍事機密及維持軍人名譽起見<sup>61</sup>。就軍法會審的組織分為三種，主要是依照被告的身份階級予以分配，因為重視秩序階級的軍隊，無法容許下級審判長隊上級的被告進行審判，對此是紊亂軍隊秩序<sup>62</sup>：

1. 簡易軍法會審。之所以簡易，是因為被告身份是上尉以下官佐士兵和同等的軍人（第 8 條）。所以就用各總指揮

---

<sup>57</sup> 侯成，《軍法與軍法會審》，出版社不詳，出版年不詳，頁 8。

<sup>58</sup> 李潤沂，〈反攻大陸軍法措施的芻議〉，《軍法專刊》，第 4 卷第 4 期，1955 年 4 月，頁 15。

<sup>59</sup> 陳樸生，〈論軍事審判之特殊性〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 1 期，1952 年 5 月，頁 12-13。

<sup>60</sup> 陳樸生，〈論軍事審判之特殊性〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 1 期，1952 年 5 月，頁 13。

<sup>61</sup> 毛家騏，《陸海空軍審判法刑法懲罰法淺釋合刊》，文通書局，1942 年，頁 142。

<sup>62</sup> 毛家騏，《陸海空軍審判法刑法懲罰法淺釋合刊》頁 145。

部、各軍師、各獨立師部、各獨立旗部等部高等軍法官一人為審判長，兩名軍法官為審判官。

2. 普通軍法會審。被告所屬校官及同等官（第 9 條）。
3. 高等軍法會審。被告是將官及同等軍人的情形時（第 10 條）。普通及高等軍法會審，審判長一人，審判官二人，軍法官二人與書記組成（第 7 條）。

軍法會審的特殊性在於由「軍官」和「法官」共同為之，象徵軍令與法治融合<sup>63</sup>。此處的軍法官包含軍事檢察官與法官的角色：訊問被告蒐集證據，關於本案犯罪及附帶私訴，提出意見書，判決程序終了後做判決書對於復審呈意見書，以及指揮刑之執行，審檢不分<sup>64</sup>。軍事檢察官的擔當依據同法第 19 條規定，由：1. 各級司令部或軍法官；2. 憲兵官長；3. 衛戍司令部或警備司令部稽查長官等可以擔當之。海軍的話得以海軍住所警察官巡隊長及海軍艦船練營副長充之。在一同法第 23 條，軍事檢察官及該管各級官長，行檢證處分後，對於被告事件應以證據物件，添具調查書向相關長官進行報告。因此，不具備法學相關知識者亦可擔任軍事檢察官的工作，看得出來軍事檢察不是為了落實現代刑事訴訟制度，而是為了維持軍隊階級的安寧秩序<sup>65</sup>。如同後來起草軍事審判法的立法委員韓同轉述當時有外國法學者說：「貴國的軍事審判祇是長官的吩咐吩咐，談不上審判，因為沒有專設軍事檢察官。」<sup>66</sup>雖然韓同對於這一番話的解讀是該外國學者不知道中國有陸海空軍審判法的緣故，但從另外一個面向思考，也有可能是軍事審判實際運作上的軍事檢察官與軍法官沒有太大區分的關係。

<sup>63</sup> 侯成，《軍法研究近作五種》，出版社不詳，出版年不詳，頁 7。

<sup>64</sup> 王泰升，《台灣法律史概論》，元照出版，2017 年，頁 220。

<sup>65</sup> 毛家騏，《陸海空軍審判法刑法懲罰法淺釋合刊》，頁 145、151-154

<sup>66</sup> 《立法院公報》42 卷 11 期號 10 冊，1953 年 6 月 12 日，頁 88。

同法第 5 章規定審問制度，是當總司令及其他長官受理被告事件時，將案件發交軍法官審問（第 24 條）。審問相當於刑事訴訟法的「預審」，蒐集相關證據，作為判決的基礎<sup>67</sup>。當軍法官審問完畢後，應交付軍法會審審判之，但例外地如果軍法官認為觸犯風紀或有其他情形時，不應付軍法會審者，應即做成裁決書，連同訴訟書類，送交該管長官核辦（第 29 條）。顯見軍法官在例外狀況於審問階段時就可以做成裁決書，由長官核辦，如此就對被告形成一個處分，欠缺現代刑事訴訟的彈劾原則。

同法第 36 條到第 38 條是規定判決呈轉核定，像是第 36 條第 1 款規定應處死刑者，因為死刑是無回復可能性，且本法又採取一審制，為了矯正錯誤，更需要謹慎，所以即便犯人是士兵，但被判處死刑時，亦當呈請國民政府核定<sup>68</sup>。這樣的規定與前近代的審判體系的審轉程序非常類似，雖然一定程度上是為了慎刑，但卻也讓軍事權與行政權的介入更堂而皇之。同法第 40 條與第 41 條則是賦予這些上級機關認為在判決未確定以前判決不合法時可以復議或令再議，將原案重行偵查審判一次<sup>69</sup>，再議只具備監督權限<sup>70</sup>。判決確定後，總司令或軍政部長，海軍部長或該管最高級長官，認軍法會審有判決不當之宣告者，為被告之利益，得令復審<sup>71</sup>（第 44 條）。被告或被告死亡後其家屬具有復審呈訴之權利（第 45 條）。陸海空軍審判法第 11 條規定：「復審由普通高等軍法會審審判之。但缺席審判之復審，不在此限」。復審是為了糾正原審判之不當。原審是由簡易軍法會審管轄時，復審則由普通高等軍法會審；原審如

---

<sup>67</sup> 毛家騏，《陸海空軍審判法刑法懲罰法淺釋合刊》，頁 155。

<sup>68</sup> 毛家騏，《陸海空軍審判法刑法懲罰法淺釋合刊》，頁 163-164。

<sup>69</sup> 毛家騏，《陸海空軍審判法刑法懲罰法淺釋合刊》，頁 166-167。

<sup>70</sup> 陳樸生，〈覆判與覆核〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 3 期，1952 年 7 月，頁 9。

<sup>71</sup> 毛家騏，《陸海空軍審判法刑法懲罰法淺釋合刊》，頁 168-169。

是普通軍法會審，復審則由高等軍法會審；原審如為高等軍法會審，復審亦為高等軍法會審<sup>72</sup>。

第 39 條規定，當在軍中或戒嚴地區，因為是與敵交戰或有事變的緊急狀況，沒有特權沒有辦法維持軍紀<sup>73</sup>，簡易及普通軍法會審可以享有特別例外的權力，得逕下宣告判決之命令，不過在宣告判決後，要抄錄全案呈報總司令部等上級長官。但以該案件，該管長官有逕下宣告判決之權限者為限，也就是尉官、准尉官及其同等軍人應處未滿五年有期徒刑者<sup>74</sup>。其無逕下宣告判決之命令之權限者如認為不合法，可附意見於判決書後，呈報總司令部或軍政部長、海軍部長或該管最高級長官，不得逕自命再議。至於「不合法」以判決違背法令者為限<sup>75</sup>。不過陳樸生認為因為陸海空審判法只有一個審級的架構，沒有上訴審可以糾錯，所以應該將「不合法」從寬解釋，判決組織不合法、事實不正確、判決不附理由等都可以構成再議的事由<sup>76</sup>。

到了 1941 年時，因為在戰爭時期，原有的陸海空軍審判法被認為不適合現實狀況，但是修法又非一日可成，所以另外決定頒佈戰時陸海空軍審判簡易規程<sup>77</sup>。遂而，國防最高委員會決議，國民政府公布簡易規程。簡易規程作為一個命令位階，可以在特定事項取代法律位階的陸海空軍審判法。本次規程的修正主要是針對軍法會審的簡化，第 2 條規定，戰時陸海空軍審判分高等軍法會審，普通軍法會審及獨任審判三種。

---

<sup>72</sup> 陳樸生，《刑事特別法講通義》，頁 271

<sup>73</sup> 毛家騏，《陸海空軍審判法刑法懲罰法淺釋合刊》，頁 165。

<sup>74</sup> 陳樸生，《刑事特別法通義》，上海：商務印書館，1948 年，頁 297。

<sup>75</sup> 陳樸生，《刑事特別法通義》，頁 298。

<sup>76</sup> 陳樸生，《刑事特別法通義》，頁 298

<sup>77</sup> 〈軍法審判（四）〉，《國民政府》，國史館藏，數位典藏號：001-012300-00013-014。

1943年時，軍事委員會認為「戰時陸海空軍審判簡易規程」中關於審判管轄權限仍是沿用軍法會審制度，該制度有弊無利<sup>78</sup>：1.軍法會審制度以軍官為審判長審判官，多不諳法律辦理審判；2.審判長審判官均需臨時呈請指定，因各有其主管職務不願擔任，即便勉強擔任，其住址遠近不一，輾轉送卷核閱，積延時日，案件進行因而遲緩積壓之習，無形釀成；3.軍法會審判均由承辦法官偵查預審完畢，再行組織會審公開審判，審判長審判官事先未經預審手續對於整個案情及被告人犯罪心理毫無體會，每一案件開評議會時，審判長審判官往往以對人關係，不查明事實，不依據法條任意予以輕減或加重典，承辦法官意見相左，雖於協調，轉失審判精神；4.軍法會審案件由承辦法官偵查預審，由審判長審判官公開審判責任，責任不專，互相推諉，易於發生流弊；5.軍法會審制度依法歸審判長審判官，負責軍法執行總監副監均無參加意見機會，如外方有所責難甚或呈核有所指飭，均交軍法執行總監部，責任不屬，形成脫節；6.陸海空軍審判法公佈時期，中央原無專管軍法機關至抗戰軍與軍事委員會始設置軍法執行總監部，一面為軍法最高幕僚機關，一面掌管全國部隊紀律之維持及軍法執行事項之專責，今昔情勢不同，亦應加以修正。基於上述的理由，軍事委員會主張軍法會審在抗戰時期內應暫停，代以軍法官之合議審<sup>79</sup>。如果採取軍法官合議審的話，對於作戰不力案件，軍法官對於軍事情況或有不甚明瞭之處，軍事委員會建議擬請中央最高軍事機關或該管軍法機關之高級長官指派高於被告一級之軍官為審判長，如此事實與法律均能兼顧<sup>80</sup>。因應這樣的需求，修正「戰時陸海空軍審判簡易規程」，特別是第2

---

<sup>78</sup> 〈軍法審判（四）〉，《國民政府》，國史館藏，數位典藏號：001-012300-00013-014。

<sup>79</sup> 〈軍法審判（四）〉，《國民政府》，國史館藏，數位典藏號：001-012300-00013-014。

<sup>80</sup> 〈軍法審判（四）〉，《國民政府》，國史館藏，數位典藏號：001-012300-00013-014。

條的部分，採取類似普通法院的作法區分合議與獨任<sup>81</sup>，以合議制取代會審制度<sup>82</sup>，此舉確立軍法官為審判主體<sup>83</sup>，但也有中將侯成曾批判簡易規程的合議審判取代了軍法會審之亂象：「即在法言法，規程中非法律，縱產生手續，如何周密審慎，亦係行政命令之性質，絕不能以特別法優於一般法之說，而有推翻審判法之效力<sup>84</sup>」

陸海空軍審判法並無明文刑事訴訟法之適用或準用，因此國防部甚至認為依陸海空軍審判法審判之案件，不得援引刑事訴訟法條文<sup>85</sup>。「戰時陸海空軍審判簡易規程」於1943年修正第8條明訂本規程未規定之處，適用陸海空軍審判法與刑事訴訟法，但是適用刑事訴訟法時，需以不抵觸陸海空軍審判法為限。像是被告的自白仍應調查其他必要之證據等，否則就軍事審判無清楚規定，再加上被告地位非常低的關係，就只會造成糾問主義的回復<sup>86</sup>。國防部44年7月12日理綺字第1819號令提到：「查被告雖經自白但仍應調查其他必要之證據以察其是否與事實相符，此為刑事訴訟法第270條第2項所明定<sup>87</sup>」所以從這一號有權解釋來看，以沈鎮南等人的判決書為例，其中認定有罪的證據都只來源於大量自白的話，沒有調查其他相應的證據，如此判決應認為不合法。

「戰時陸海空軍審判簡易規程」在戰後台灣的政治案件中亦有所適用。像是在鹿窟事件的相關判決書中最後「應依戰時

---

<sup>81</sup> 侯成，《軍法研究近作五種》，頁16。

<sup>82</sup> 《國民政府公報》32:渝:551，1943年3月10日，頁1。

<sup>83</sup> 刁榮華，《軍事審判法實用》，撰者，1971年，頁3。這也影響到後來軍事審判法的制訂，參見：侯成，《軍法研究近作五種》，頁17。

<sup>84</sup> 侯成，《軍法與軍法會審》，頁8-9

<sup>85</sup> 國防部軍法局編，《最新軍法彙編》，國防部軍法局，1952年，頁688。

<sup>86</sup> 陳樸生，〈論軍事審判之特殊性〉，《軍法專刊》，第1卷第1期，1952年5月，頁13

<sup>87</sup> 〈國防部軍法案件審核要旨〉，《軍法專刊》，第4卷第9期，1955年9月，頁26。

陸海空軍審判簡易規定第二條第一項後段第八條」<sup>88</sup>，是由審判長陳煥生，審判官邢炎初與周咸慶組成軍法合議庭審判。

## (二)、 軍事審判法

1950年代以後，國民黨政府為了確保反共民主陣線一員的正當性，美國法因素對於軍事審判制度開始逐漸產生影響<sup>89</sup>。1951年，行政院頒行軍事機關審判刑事案件補充辦法。此雖為辦法，但是卻逐漸改變了陸海空軍審判法的秘密審判原則，第1條規定被告的配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬或法定代理人，得聲請為輔佐人，於審判期日到庭，為法律上及事實上有利於被告之陳述。除此之外，同辦法第2條規定軍事審判機關應設置公設辯護人。並且最輕本刑為5年以上有期徒刑以上者，審判長應指定公設辯護人為被告辯護。公設辯護人依照1939年公設辯護人條例第9條：「公設辯護人應就現任或曾任推事檢察官現任或曾任候補推事檢察官成績優良者鄰充之」，第13條亦賦予公設辯護人相對於法院及檢察官，獨立行使職權。又，依據公設辯護人服務規則，公設辯護人接受指定辯護案件之通知後，應即調閱卷宗或接見在押被告，如有必要時得親赴犯罪地或其他有關處所蒐集有利於被告之證據。但是從像是促轉會司字第9號決定書中提到，有被告與公設辯護人之接見竟是在審判日期之後，或者是被告的意旨未經由公設辯護人如實地向法院表達，顯示公設辯護人制度亦未獨立地運作行使。

---

<sup>88</sup> 張炎憲，《寒村的哭泣：鹿窟事件》，台北縣文化局，1999年，頁354。

<sup>89</sup> 王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，國立臺灣大學出版中心，2015年，頁185-187。



後來，1953年，國防部頒行「軍事機關審判刑事案件選任辯護人辦法」，讓辯護權空間擴大，除了有關國防機密或軍譽案件外，被告得於起訴候選任律師為其辯護。

雖然在1950年代初期有公設辯護人導入軍事審判，但是軍事法庭對於辯護人的辯護意旨，卻不見得認真應對。像是李媽兜案中，公設辯護人羅鎮提到李媽兜有自新，應該就其「揭奸之功」，酌減其刑。同案被告陳淑端有無參與叛亂組織之事實未明<sup>90</sup>。而獨任審判官殷敬文，對於陳淑端的部分以證人的供述和其自認為證據，認為有參與叛亂組織，而處死刑；至於李媽兜的自新部分卻沒有太多著墨<sup>91</sup>。

另外在1951年7月1日，國防部成立軍法法規修訂委員會，研擬軍事審判法的草案。1952年4月立法委員韓同等人於立法院會議中提出「陸海空軍刑事訴訟法草案」，送交民刑商法委員會和國防委員會聯席會議審查，擬定7項審查原則，經審議通過。後來國防部有不同意見，於是由武誓彭等委員提請復議，經議決將本案送回原審查委員會重行審查。後經多次會議，重新確立8項審查原則，後來，國防部擬定的軍事審判法草案亦於1955年陳報行政院，立法院聯席會議上將韓同案與國防部案併案審查，經評估8原則有需要調整之處，於是又決議10原則。後來終於通過。

軍事審判法的形成，一部份除了立法委員的推動之外，1954年時發生了軍法局長包啟黃貪污賄賂的事件，而軍事審判的不公開，讓包啟黃可以上下其手，更讓民眾質疑軍事審判的公正性，進而促成軍事審判法的修正<sup>92</sup>。立法院於1956年通過軍事審判法<sup>93</sup>，軍事審判法在整體的設計上，明顯地保障

---

<sup>90</sup> 歐素瑛編，《李媽兜案：史料彙編》，國史館，2008年，頁474-475。

<sup>91</sup> 歐素瑛編，李媽兜案：史料彙編，頁508-510。

<sup>92</sup> 〈軍法人員不法案件調查問題〉，《聯合報》，1954年9月22日，2版；〈申論軍法制度的改革〉，《聯合報》，1954年10月6日，2版。

<sup>93</sup> 2013年洪仲秋事件引起的軍事審判法修正以後，只有在戰爭發動

被告的權利：從一審一核覆變成三級二審制；軍事審判獨立；准許選任辯護人，但涉及國防機密與軍人信譽的案件，應與限制；軍法作為統帥權的一部份，將統帥核定權予以規定，最高軍事長官有核定權<sup>94</sup>。

軍事審判法的制訂也加強檢察職權。1948年國防部軍法局改組，即在各軍法機構專設軍事檢察官執行業務，促成審檢分立<sup>95</sup>。而且韓同在提案時考量：「當初本院同仁主張改革軍法的動機，就在第五十七條第二項，因為那時我們剛剛到臺灣來，人心浮動，而匪諜數多，差不多一般案子，都是歸軍法管理，因此大家感覺到非軍人而受軍事審判，畢竟有點問題。為了慎重起見，我們希望把非軍人的案件，最好不要送軍事審判，假定送軍事審判，希望軍事檢察官獨立行使職權<sup>96</sup>」。但是針對這樣的構想也有立法委員反對，認為在戒嚴時期既然非軍人身份都視為軍人了，其犯罪追訴權即應由該管軍事長官決定，以符合軍法維持軍紀的精神<sup>97</sup>。所以最後的版本是57條第2項與第1項沒有太大差異<sup>98</sup>。又，軍事檢察官與軍事審判官均隸屬於軍事審判機關，同其直接監督長官，是採取職務分配制。跟一般司法審判的機關配置制不同<sup>99</sup>。軍法法庭是以軍法官為主體的審判。起草委員韓同主張軍法機構應以軍法官為主<sup>100</sup>。

---

時，對於現役軍人，軍事審判法才有施展的空間，明顯地軍事審判系統受到很大程度的限縮。

<sup>94</sup> 《立法院公報》42卷11期號10冊，1953年6月12日，頁95。

<sup>95</sup> 《立法院公報》45卷17期號8冊，1956年6月22日，頁35。

<sup>96</sup> 《立法院公報》45卷17期號7冊，1956年6月12日，頁66。

<sup>97</sup> 《立法院公報》45卷17期號7冊，1956年6月12日，頁88。

<sup>98</sup> 胡開誠，《軍事審判法論釋》，撰者，1962年，頁53。

<sup>99</sup> 張肇平，《刑事特別法專題研究集》，合記圖書出版社，1984年，頁112。

<sup>100</sup> 《立法院公報》42卷11期號10冊，1953年6月12日，頁85。

不過軍事審判相較於司法審判首重速度這一點，仍是繼續存留在軍事審判法中，嚴格規定軍法審判期限<sup>101</sup>，如此不免有害於被告的權利保障。

整體來看，軍事審判法在規範上強調獨立審判與辯護權等，大量地適用刑事訴訟法，比起陸海空軍審判法及仍有效力的戰時陸海空軍審判規程，有其進步之處。所以對於1956年以後的軍事審判案件更可以用刑事訴訟法及當時的自由民主憲政秩序來進行檢視。像是73年覆非字第3號判決：「被告所犯為戒嚴地域抗命罪，其最輕本刑為十年以上有期徒刑，既未選任辯護人，原審又未指定公設辯護人為其辯護，逕行審判，其審判程序違背法令<sup>102</sup>」

另外，對照1950年代時，蔣介石的說法：「我們今後革命建國的工作，不能再有訓政時期的過程。但在反共反抗反攻大陸時期，不能不有一個軍政時期。我們黨員，必須要在這個軍政時期，來兼行訓政時期的工作，而且要在軍政時期，來完成我們這訓政工作<sup>103</sup>」可以看到，縱然軍法審判制度有所變化，但蔣介石對於軍政的堅持仍是造成許多政治犯遭遇到司法不法。

---

<sup>101</sup> 《立法院公報》45卷17期號8冊，1956年6月22日，頁36。

<sup>102</sup> 〈國防部軍法案件覆判要旨〉，《軍法專刊》，第30卷第8期，1984年8月，頁41

<sup>103</sup> 李潤沂，〈反攻大陸軍法措施的芻議〉，《軍法專刊》，第4卷第4期，1955年4月，頁14。

## 第四章、 國民政府時期的軍事審判體系

戰後威權政府在台灣所施行的軍事審判制度，乃戰前國民政府於 1930 年制定之「陸海空軍事審判法」，因此如果能夠先釐清戰前國民政府的軍事審判法制與實踐經驗，有助於分析戰後台灣威權政府所實施的軍事審判制度。從南京國民政府的歷史來看，可追溯至 1925 年廣州國民政府成立後，依照孫文的建國大綱，將中國的國家建設區分為軍政、訓政、憲政三個時期。前述 1930 年制定的陸海空軍事審判法即是在 1928 年北伐完成後進入訓政時期，所展開的法制建設之一環。

### 第一節、軍政時期的軍事審判制度

1925 年國民黨在廣州成立國民政府後，於普通司法部分，參考北洋政府經驗沿用清末法制改革成果，而在軍事審判制度方面則參考日本經驗制定軍事審判法制。此後隨國民政府展開北伐，先於 1927 年將國民政府遷至武漢，而後又因分裂（寧漢分裂）而遷至南京。1928 年 6 月國民革命軍攻克北京後，即結束軍政、進入訓政。因此軍政時期國民政府為期甚短，前後只有三年（1925-1928）。

#### 一、廣州國民政府的刑事司法體系

1925 年成立於廣州的國民政府，乃是由 1923 年孫文在廣州成立的軍政府演變而來，因此軍政時期國民政府的政治體制與刑事法制，亦可追溯至廣州軍政府時期開始。1923 年孫文在廣州成立的軍政府時，其對於國家的權力構造與國民黨的改造，受到蘇聯共產黨的影響，採取了全國代表大會制與委員會制的領導制度，並在黨與國家的關係上，採取了以黨治國的原

則。1924年，國民黨在俄國顧問鮑羅廷協助下，起草了「中國國民黨總章」，並於全國第一次代表大會中通過。廣州軍政府成立後，也在鮑羅廷的協助下，展開黨化公務員、黨化司法、黨化軍隊、黨化教育等工作，全面落實以黨治國的原則。<sup>104</sup> 雖然在政體上明顯受到蘇聯影響，但是在基本刑事法規方面，主要還是受到北洋政府的刑事法制之影響。而且只要不與國民黨黨綱以及國民政府頒布的法令相衝突的部分，就予以繼承。例如廣州軍政府成立後只修訂部分北洋政府的暫行新刑律、民刑事訴訟律的刑事訴訟律而沿用之。

1925年孫文過世後，廣州軍政府改組為國民政府，並以孫文的建國大綱所擬定的軍政、訓政、憲政三階段，作為實施國家統一建設的基本方案。在第一階段的軍政時期，為了維持軍隊紀律，國民政府於1925年制定了國民革命軍陸軍刑律、1926年7月公布的戒嚴條例等。在訴訟法與法院制度方面，國民黨中央政治會議於1925年9月通過特別刑事訴訟條例、特別刑事審判所條例等規定。1926年9月，國民黨為加強約束黨員、提高革命素質而制定黨員背誓條例，透過刑法形式嚴懲背叛革命誓言之行為，將黨員義務提升為法律義務，並由國民黨中執委組成的特別法庭審判。<sup>105</sup> 由此可以看出，廣州國民政府不僅採取了普通司法與軍事審判二元的體系，而且受到蘇聯影響，使得黨員跟政黨的關係也被納入刑事司法的範圍。

## 二、北伐期間國民政府刑事法制的發展

北伐開始後，國民政府的刑事法制有幾個方面的發展。首先，隨著北伐的進展，出現了原北洋政府管轄省份與南方省分

---

<sup>104</sup> 參見李根生，〈廣州國民政府的立法特点〉，《法制与社会》，2009年10月，頁373。

<sup>105</sup> 參見李根生，〈廣州國民政府立法研究〉，暨南大學碩士學位論文，2007年6月，頁27。

在刑事法制上的適用問題。就此南京國民政府決議暫時維持原狀，也就是最高法院及原適用廣州軍政府公布之民事訴訟律與刑事訴訟律的南方各省，繼續援用該法律；至於原北洋政府統治下的各省，則援用北洋政府頒布的民事訴訟條例和刑事訴訟條例。

其次，是特別刑事法制的擴大。隨著革命的進行，國民政府將阻礙革命的行為納入特別刑事法制處理。例如在1927年初寧漢分裂期間，武漢國民政府於3月間曾制定國民政府反革命罪條例及湖北省懲治土豪劣紳條例，以特別刑法的方式來推進行革命，反對革命變成了特別刑事犯罪。寧漢分裂結束後，南京國民政府於同年8月也制定了懲治土豪劣紳條例，將阻礙革命的土豪劣紳視為特別刑事犯罪，惟其審判仍由普通法院管轄。幾乎與此同時，又制定特種刑事臨時法庭組織條例，作為特別刑事法廷的法源基礎。11月則制定懲治盜匪暫行條例，作為刑事強盜罪的特別法。1928年3月9日，南京國民政府仿照武漢政府公布反革命罪暫行條例，以賦予反革命案件審理所需之準據法，另一方面，同時修正特種刑事臨時法庭組織條例，6月間，在公布特種刑事臨時法庭訴訟程序暫行條例。也就是說，不論在刑事實體法、程序法乃至法院組織方面，均存在著普通與特別的關係。

最後，軍政國民政府也在1928年上半修部分修正了軍事審判制度。先是在1928年2月10日公布了國民革命軍陸軍審判條例，確立了軍事審判的程序。3月初，國民政府則是准許了浙江省懲治盜匪暫行條例變通辦法。根據該變通辦法，凡駐防軍隊兼任剿匪指揮官者，其區域內所有盜匪，凡由剿匪官兵捕獲者，不論現役軍人與否，均歸剿匪官長……審判。此一辦法將原本屬於特別刑事法制的盜匪案件，在一定條件下（剿匪區）改由軍事審判來定罪，實際上擴大了軍事審判的範圍。

## 第二節、訓政前期國民政府的軍事審判法制（1928-1937）

1928年6月國民革命軍攻克北京，完成北伐，雖然東北易幟要到年底才發生，但同年8月國民黨二屆五中全會已宣布結束軍政，並於1928年10月3日，國民黨中央常務委員會通過「中國國民黨訓政綱領」，開始推動訓政。根據訓政綱領，此一時期的國家權力安排，為國民黨全國代表大會代行全體國民的政權，全國代表大會閉會期間，由中央執行委員會代行；而國家的治權則委由國民政府行使，但國民政府應接受國民黨之指導、監督，並由國民黨中央執行委員會政治會議負責此一監督、指導工作。而在立法權的安排上，隨著1929年國民政府的成立，形成以黨（中政會）指導政（立法院）的立法模式。

訓政國民政府成立後，根據1931年訓政時期約法可以看出，其以普通司法與軍事司法二元制作為國家司法基本構造，並在此架構上展開普通刑事法制、軍事刑事法制的改革，以及特別刑事法制的整理。到1937年中日戰爭爆發為止，雖然大致完成了普通刑事法制的建設工作，但是在特別刑事法制的整理方面，則遇到重重困難，尤有甚者，原本只居於特殊地位的軍事刑事司法，在實踐上反而不斷擴張。

### 一、訓政初期普通司法與軍事司法法制的建立（1928-1931）

雖然訓政時期要到1928年下半年才開始，但是有關國民政府的法制建設，可以說早在南京國民政府成立後即已開始，並於進入訓政時期後加速進行。而其重要之前完成。即1928年之刑法與刑事訴訟法。1928年2月，國民政府鑒於南北分

裂之結果造成 1922 年以來國內存在兩種刑事訴訟法規，因而於第 29 次委員會中決議，由司法部儘速提出刑事訴訟事用法規。3 月法案初成，適逢刑法公布，鑒於程序法與實體法應相輔相成，乃再根據刑法將草案重新編訂成刑事訴訟法草案，於同年 5 月呈送國民政府經第 65 次委員會決議送交法制局審查，經修正後再呈經中央政治會議第 146 次會議討論，再指定委員李烈鈞等人及最高法院、法制局審查，並由司法部長蔡元培召集，再經修正後，由中央政治會議與 149 事會議通過，交由國民政府於 1928 年 7 月 28 日公布，並定於同年 9 月 1 日起施行。<sup>106</sup> 刑事訴訟法中的四級三審制、國家訴追主義、偵查中羈押被告期限、公設辯護人等規定，均反映出對被告程序利益的重視，也反映出人權保障的重視。

另一方面，國民政府也重新檢討了軍政時期軍事司法。1929 年 6 月，國民政府主席兼三軍總司令的蔣介石，<sup>107</sup> 以三軍總司令的身分，認為陸軍刑律條文簡單，包括扣餉浮報、收容逃兵、盜賣槍枝及軍用品等罪，均未規定，因而經南昌軍事善後會議起草陸軍刑律補充條例，呈請國民政府主席蔣介石公布暫行陸軍刑律補充條例。此案經批發立法院處理，立法院 6 月 29 日議決付軍事委員會與法制委員會審查，討論結果認為有另行起草陸海空軍刑法之必要，遂於 9 月 4 日聯席會中，參酌陸軍刑律及海軍刑事暫行條例草案等，擬定陸海空軍刑法草案。經同年 9 月 7 日、9 月 10 日立法院第 46 次、47 次會議修正通過，9 月 17 日呈報修正通過並請公布。1929.9.26 公布陸海空軍刑法。<sup>108</sup>

陸海空軍刑法的規定擴大了原來的軍事刑法----陸軍刑律

---

<sup>106</sup> 參見謝振民編著，張知本校訂，《中華民國立法史》，上海：正中書局，1948 年，頁 1249-54。

<sup>107</sup> 依《國民政府組織法》第 1 章第 9 條規定：「國民政府主席兼中華民國陸海空軍總司令」。

<sup>108</sup> 參見國民政府檔案，卷名：陸海空軍刑法，入藏登錄號：001000001562A，頁 43-46、52-55、95-98。



---的適用對象與刑罰範圍後，原與國民革命軍陸軍刑律同時制定之國民革命軍陸軍審判條例，即無法對應新的陸海空軍刑法，因而有必要一併修正。1930年3月，由陸海空軍總司令呈請國民政府修正、經立法院完成修正後，更名為**陸海空軍審判法**，與陸海空軍刑法成為訓政時期國民政府的軍事司法核心。其第一條規定軍法審判之範圍，為陸海空軍軍人犯陸海空軍刑法或刑法或其他法律定有刑名者。至於非軍人而犯陸海空軍刑法第二條之罪者，應由法院審理之。<sup>109</sup>

陸海空軍審判條例此一審判權的區分規定的立法理由為：軍法會審制度，在採自由主義之國家，限於軍人犯與軍事有關之罪時始適用之。當時國民政府尚在革命進行階段，但考慮到酌設相當限制以保障人權亦有必要，因而有第二條規定。但是在軍方所提出的草案中，第二條的規定原係仿效日本陸軍刑法第二條而又擴大其範圍，將非軍人而犯陸軍刑律第二條所記載之罪者，亦納入軍法審判之對象。但是在立法過程中，才又經過修正，限縮為後來通過的條文。<sup>110</sup>此一草案與通過條文的差異，亦顯示出軍事機關與司法機關對於軍法審判權的思維差異。

訓政國民政府對於普通刑事司法與軍事司法制度的改革，最後反映在1931年5月訓政時期約法中。訓政時期約法規定「人民非依法律不得逮捕、拘禁、審問、處罰。」(第8條)、「人民之住所，非依法律不得侵入搜索或封緘。」(第10條)，又「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁者，其執行逮捕或拘禁之機關至遲應於二十四小時內移送審判機關審問，本人或他人並得依法請求於二十四小時內提審。」(第8條II)這些規定反映了訓政約法以普通司法作為國家刑罰權基本原則，而約法

---

<sup>109</sup> 參見國民政府檔案，卷名：軍法審判四，入藏登錄號：001000001555A，頁140-143、160-165。

<sup>110</sup> 參見國民政府檔案，卷名：軍法審判四，入藏登錄號：001000001555A，頁36-38。

第 9 條規定「人民除現役軍人外，非依法律不受軍事審判。」則是在普通司法外，承認軍事司法的存在，並以是否具有軍人身分作為區分普通司法與軍事司法管轄的標準。

## 二、特別刑事法制整理與軍事審判權的擴張：1928-1931

在訓政國民政府普通司法與軍事司法二元架構的建立過程中，有必要針對軍政以來的特別刑事法制（包含實體法、程序法與法庭組織）進行整理。

### （一）、反革命、土豪劣紳與特別刑事法庭的改革問題

1925 年底廣州國民政府即曾為了處理反革命及土豪劣紳案件，而設立特別刑事審判所，並由政治委員會通過特別刑事訴訟條例及特別刑事審判所條例。1927 年 8 月國民政府改設特種刑事臨時法庭，中央政治會議因而於 1927 年 12 月 1 日通過特種刑事臨時法庭組織條例。1928 年 5 月特種刑事中央臨時法庭庭長丁超五擬具特種刑事臨時法庭訴訟程序草案，經國民政府交司法部會同法制局審核，改標題為「特種刑事臨時法庭訴訟程序暫行條例」，於同年 6 月 11 日由國民政府公布施行。

訓政開始後，國民政府決定取消這類特種刑事法庭。1928 年 9 月，浙江省方面曾經希望中央設置特別法庭審理沈定一遇刺案，但司法部回函表示特種特別法庭已經中央執行委員會會議決取消，只是其取消辦法尚待司法院成立後再行交議。1928 年 11 月，國民黨中央政治會議第 164 次會議決議，將反革命案件由各省高等法院或其分院依通常程序受理第一審，土豪劣紳案件則由各地方法院或其簡易庭依通常程序受理第一審，所

有中央及地方特種刑事臨時法庭一律裁撤。<sup>111</sup> 也就是說，軍政時期針對反革命與土豪劣紳案件所採取的特種法庭、特別程序，於進入訓政後均將回歸普通法院。訓政國民政府為推行法治，擬將反革命罪納入普通司法，而不再依照「特種刑事臨時法庭辦法」處理，但是各省政府對中央的指示顯然適應不良。1929年8月間，廣東省以共黨猖獗為由，呈請將共黨案件依承辦盜匪臨時條例處理，而福建省也提出類似的請示；只是這樣的請求旋即遭到國民政府否決，並強調由法院處理的立場。

112

國民政府雖有意將共黨問題交由普通司法處理，但隨著共產黨勢力的擴大，情況有所轉變。1930年初為處理上海特別市共黨案件，國民黨中央黨部核定，如係重要共黨及有勾結軍隊或土匪圖謀不軌之行為者，交軍事裁判機關；其言疑較輕者，應送法院審理。對於國民黨的決定，司法院呈請將不屬於陸軍審判範圍之案件，仍由法院審理。也就是說，國民黨擬將重要共黨案件改交軍事審判，而司法院則堅持普通司法。此案最後在司法院的堅持下，最後中央執委會決議，准照司法院意見辦理。<sup>113</sup>

到了1930年夏天，隨著湖南、湖北與江西一帶共黨勢力蔓延，國民政府為嚴行鎮壓起見，密令各省關於所捕獲之共產黨，其情節重大者，應立即以軍法處置；如為首要逆犯已送法院者，也應立即交回軍事機關辦理。後來因為各省辦理此類案件組織、程序不一，經行政、司法兩院會同擬定各省臨時軍法會審組織大綱以及各省臨時軍法會審審判規則，呈請國民政府

---

<sup>111</sup> 參見謝振民編著，張知本校訂，《中華民國立法史》，頁1276-78。

<sup>112</sup> 參見國民政府檔案，卷名：共產黨搗亂案件處理辦法案（二），入藏登錄號：001000002044A，頁33。

<sup>113</sup> 參見國民政府檔案，卷名：反革命治罪法（三），入藏登錄號：001000000465A，頁24-26。

核准施行。<sup>114</sup> 也就是說，為了處理共產黨的問題，國民政府擴大了軍法機關對反革命案件的審判權。

不惟如此，軍事審判權還有下放的趨勢。1930年9月，廣東省政府來函表示，廣東各縣多無高級軍事機關，或距離甚遠，解送困難，擬請嗣後各縣市及高級軍事機關捕獲共黨，均予以訊判權；亦即回復到廣東承辦盜匪暫行條例中的規定。此案經行政院轉呈國民政府，經國民政府第94次國務會議決議准許廣東第八路總指揮陳濟棠所請，將修正廣東承辦盜匪暫行條例再予延期六個月。10月中廣東再度針對非首要共黨及各地捕獲之共黨應如何辦理呈請國民政府核示，最後國民政府指示依照安徽省臨時軍法會議組織大綱辦理。11月下旬又提出廣東轄境遼闊，若依照安徽辦法在省組織軍法會審，勢必逐案解送，難保不被劫脫，且就地正法目的在使當地人民親見親聞，足以寒匪膽，因此仍請依照第94次過會議核准辦法辦理，至於非首要共黨分子，則由法院適用暫行反革命治罪法辦理是否准予照辦？經國民政府密令仍依照第94次國務會議決議案辦理。<sup>115</sup>

除了將涉及共產黨的反革命案件交由軍事審判外，國民黨方面還進一步擴張了對共產黨的處分權。國民黨認為司法機關處理共黨案件每受限於普通程序，或因證據不充分，以致未能為嚴厲制裁，因而經國民黨中執會決議四項辦法，密令國民政府遵照辦理。這四項辦法除要求各級黨部、各地公安局在處理反革命案件時要特別注意證據蒐集外，更重要的是在首都及各省設置反省院，於法院辦理案件因證據不足致不起訴或判決無罪時，如認為被告係不良分子，得送入反省院或感化院，並由

---

<sup>114</sup> 參見國民政府檔案，卷名：軍法審判五，入藏登錄號：001000001556A，頁97。

<sup>115</sup> 參見國民政府檔案，卷名：懲治盜匪條例（七），入藏登錄號：001000000445A，頁69-71、83、110-118、119-138。

司法行政部召集各省司法長官詳細討論處理此項案件方法。<sup>116</sup> 國民黨的這項決策，除強化司法處理共產黨之外，其反省院的設置及運作，已經逾越法治原則而對證據不足以起訴或判決無罪者，亦施加非刑法上之處罰。

1930年2月下旬，江蘇省呈狀表示對於捕獲之反動分子，如係罪證確鑿者，固可依律治罪，但對於僅有反動嫌疑者，應可透過反省院制度施以感化教育，以促其反省。經中央同意設立後，於同年6月間決定設立中央反省院，並於7月下旬完成設立中央反省院之審查報告及反省院條例。8月中則通過首都反省院條例，此外並限期各省設立反省院。<sup>117</sup>

1930年10月初，浙江省政府即向中央提出「修改反革命治罪法意見書」，指出該法所存在的問題：1、每有重要反革命份子，依此法無法處以重刑，而輕微人犯則因曾參加暴動，即使無關大體，亦因適用懲治盜匪條例而受更重之刑。衡情酌理，有失公平。2、此項反革命治罪法原為反革命份子非普通刑法所能制裁，故於刑法之外訂此特別法以適應特殊環境之需要。但是在實際運作上，對反革命人犯引用內亂罪各條，反較引用反革命治罪法易於處辦，有違立法本旨背。<sup>118</sup> 當時因立法院正在重新訂定反革命治罪法，國民政府遂將該建議書轉知立法院參考。

在浙江省政府的意見書之前，國民黨內已有其他修正反革命治罪法的方案被提出。1930年7月，中執會於第105次常會中准胡漢民、王寵惠兩委員臨時提出之**危害黨國緊急治罪法**

---

<sup>116</sup> 參見國民政府檔案，卷名：共產黨搗亂案件處理辦法案（二），入藏登錄號：001000002044A，頁16-17。

<sup>117</sup> 有關共產黨案件適用反省院制度的過程，可參見國民政府檔案，卷名：《反革命治罪法（三）》，入藏登錄號：001000000465A，頁28以下。

<sup>118</sup> 參見國民政府檔案，卷名：共產黨搗亂案件處理辦法案（二），入藏登錄號：001000002044A。頁91。

原則，以及胡漢民及余井塘所提防止及懲治共匪辦法，決議併案送交中央政治會議。經中政會第 240 次會議准函請立法院查核辦理。<sup>119</sup>

其中危害黨國緊急治罪法原則，除了體現治亂用重典的重罰精神外，並於第 6 條規定其審判權係歸於軍事機關（由當地軍事最高機關負責審訊、審訊屬實、宣告其刑分別執行，並呈報上級主管軍事機關備案。），且軍事機關逮捕嫌犯時，尚須通知主管黨政機關，形成黨政軍協同對抗危害黨國者之局面。<sup>120</sup> 至於「防止及懲治共匪辦法」，共有九條，其內容與危害黨國緊急治罪法原則相比較，更強調黨政軍機關的協同合作（第 7-8 條），而且在對共產黨的懲處上，亦更強調重罰主義，甚至已達無視刑法基本原則之地步。<sup>121</sup>

上述兩項提案經立法院於 8 月 23 日第 106 次會議議決交付法制委員會審查。10 月 16 日中央政治會議又發函給立法院表示，危害黨國治罪法經法律組審查修正，認為該法宜改稱為危害民國緊急治罪法，並將文字修正後，經第 247 次會議決議修正通過，交立法院錄案，並檢同修正案函達查照。立法院再交法制委員會查照。1931 年 1 月 26 日立法院通過危害民國緊急治罪法，並認為本法公布後，暫行反革命治罪法擬即廢止，而反革命案件陪審暫行法及共產黨人自首法亦均有修改之必要。<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> 參見國史館藏，卷名：危害民國緊急治罪法，入藏登錄號：001000000438A，頁 11-17。

<sup>120</sup> 參見國史館藏，卷名：危害民國緊急治罪法，入藏登錄號：001000000438A，頁 18-20。

<sup>121</sup> 例如該辦法第 1 條規定徒刑期滿之共犯，須重受考查，非經查明確已悔悟者，不得輕予釋放第 2 條規定對已捕獲者應從嚴懲治。第 3 條對已判決無期徒刑之共犯，應一律處決。第 4 條則是對嗣後捕獲者改依懲治盜匪條例治罪。第 5 條規定對案犯除屆釋放其線外，一概不准取保釋放。

<sup>122</sup> 參見國史館藏，卷名：危害民國緊急治罪法，入藏登錄號：001000000438A

危害民國緊急治罪條例原訂於3月1日施行，因與反革命暫行條例有些法制承接問題，另制定危害民國緊急治罪法施行條例，加強危害民國罪與反革命罪的承接關係，並將新法施行日期訂為3月9日。其結果，危害民國緊急治罪法幾乎承接了反革命治罪暫行條例的刑罰體系，並將其審判管轄由普通司法移交到軍事司法管轄。

## (二)、懲治盜匪法制的整理

1928年7月，因應當時正在進行的刑法與刑事訴訟法之編纂，國民政府同時著手進行四種特別法令的整理：懲治土豪劣紳條例、暫行反革命治罪法、黨員背誓條例與懲治盜匪條例。其中關於反革命罪的部分因為牽涉到共產黨問題，不僅造成法令整理上的拖延，甚至影響到特別法庭的整理工作。最後雖然回歸普通司法，但是與此增加了反省院制度，以及軍事審判權擴張。其他特別刑法情況又是如何？

北伐結束後，國民政府雖然宣稱了國家統一，並推行訓政、準備憲政，但現實上從1927年國共分裂後即面臨共產黨的奪權競爭，加上訓政之初的軍隊編遣工作即遭遇反對，甚至引發軍事叛變危機，同時使得原已不平靜的地方治安更加惡化。面對這樣的政治、社會環境，國民政府因而在普通刑法之外，又針對不同的問題制定特別刑事法規作為因應。例如以政治性犯罪為對象的反革命罪，以及以重大治安犯罪為對象的懲治盜匪條例，即其中最具代表性者。

1928年底國民政府進入訓政時，有關盜匪的刑事法令，就以中央與地方雙重特別刑事法的情況存續下來。1929年3月，原本的六個月期限已經屆至，司法部因而再度呈請令行廢止。5月初廣東各部隊編遣特派員陳濟棠以及廣東省政府委員會主席陳銘樞先後向國民政府具呈，表示廣東匪情未定，而過

去統轄兩廣之機關如廣州政治分會以及前第八路總指揮部均已撤銷，因此所有兩廣承辦盜匪暫行條例，擬即改為廣東承辦盜匪暫行條例，而於廣東清鄉期間准予延長適用六個月。國民政府收到廣東方面的呈狀後，將此案轉發司法院研議。但在司法院回復之前，5月中旬已有諭示令延長六個月。而後6月上旬司法院以國民革命軍總司令部曾於去年12月間呈准剿匪區域審判盜匪暫行條例，而該條例內關於審判機關也有特別規定為由，認為廣東情形可按照辦理。最後國民政府同意其延長六個月。<sup>123</sup>

此一廣東懲治盜匪條例延期案，顯示出國民政府訓政初期的政治構造已經有所調整，國民政府內負責法律分析的部門，已經由司法部轉變為司法院。但是這樣的組織調整並沒有改變國民政府對刑事特別法制的立場，不僅軍政時期的反革命治罪法以及懲治盜匪條例被延續下來，各地方政府針對懲治盜匪條例所擬定的特別規定也得到延長適用。

不過南京中央對於地方政府特別法令亦非任其擴大適用範圍。例如1929年7月間，廣東省政府再度呈請中央核備廣東懲辦盜匪暫行條例及補充條例，經司法院審核發現內容竟有中央懲治盜匪臨時條例所無之罪名，因而要求廣東方面修改後始准予備案。<sup>124</sup> 結果連較不具政治色彩的懲治盜匪條例，也沒有辦法回歸普通刑法。<sup>125</sup>

尤有甚者，1931年的8月22日，國民政府指令准陸海空軍總司令行營黨政委員會呈為剿匪區域內懲治盜匪暫行條例及危害民國緊急治罪法准予變通適用，將懲治盜匪條例第3、

---

<sup>123</sup> 參見國民政府檔案，懲治盜匪條例六，入藏登錄號：001000000444A，頁56-58、62-64。

<sup>124</sup> 全案過程，見國民政府檔案，卷名：懲治盜匪條例（七），入藏登錄號：001000000445A，頁10-33、65-76。

<sup>125</sup> 該廣東懲辦盜匪暫行條例一直到1936年才被廢止。參見國民政府檔案，卷名：懲治盜匪條例八，入藏登錄號：001000000446A，頁132-134。



6、9 條中所提到的省政府，危害民國緊急治罪法第 8 條所規定的高等法院以及同條例施行條例第 5 條的高等法院長，準用於黨政委員會。等於在剿匪區內由黨政委員會取代省政府或最高法院的位置，擴大軍事審判權對這兩項特別刑事犯罪的管轄。

### 三、訓政約法下對軍事審判限縮的嘗試（1931-1937）

1931 年訓政時期約法公布，確立了以普通司法為主的司法制度，也開啟了特別刑事法制整理的另一個階段。

#### （一）、1932 年劃一型法案

1932 年國民黨 4 屆 2 中全會，劉守中等 15 人提出「劃一刑法案」，主張清理特別刑法，以免過多的特別刑法讓「國家大法成支離分裂之象」，並造成法官適用上的困難。劉守中等人的主張為：凡刑法中已有規定者，其特別刑事法令均予廢止，如非不得已而需暫留者，明定施行期間。<sup>126</sup>

劉案提出後，戴傳賢等 12 人進一步提出「畫一刑法補充辦法案」，指出畫一刑法案只考慮到平時情況，至於用兵時期，如戒嚴條例第二條規定之警備地域與接戰地域內，仍應考慮到情況特殊，有特別法者依照特別法，無特別法者，適用刑法屬臨時緊急處置。最後做成決議：交政治會議將各種特別法分別廢止。如確非不得已而有必須暫留者，應明定施行期間。<sup>127</sup>經政治會議審查結果，下列五種由中央頒布之刑事特別法，均應廢止，包括：禁煙法、危害民國緊急治罪法、懲治盜匪暫行條例、懲治綁匪條例、懲治土豪劣紳條例。至於補充法案所針對戒嚴地區之特別法，亦認為依照戒嚴條例與陸海空軍刑法個

---

<sup>126</sup> 參見謝振民編著，張知本校訂，《中華民國立法史》，頁 1124-25。

<sup>127</sup> 參見謝振民編著，張知本校訂，《中華民國立法史》，頁 1125。

規定辦理已足，因而於戰地或戒嚴區域所實施之行事特別法，也應一併廢止。<sup>128</sup>

1932年4月15日國民政府明令將各該特別法廢止。但是仍有例外。禁煙法經居正等審查，認為應交立法院修正，而危害民國緊急治罪法、懲治盜匪暫行條例，也不可遽然廢止，因當時立法院已經開始修改刑法，認為等刑法修正完成再將這些特別刑法廢止即可。這三項刑事特別法遂仍延續其效力。

危害民國緊急治罪法此一因應反革命罪廢止而於1931年被制定的政治性刑法，於1932年的特別刑法整頓案中被列為例外後，等於對反革命罪所採取的軍法會審，也被延續下來。1933年6月間，時任中央執行委員會政治會議委員兼行政院長的汪兆銘提案表示，軍法會審本為鎮壓共產黨的權宜之計，現在情勢已有改變，若繼續存在，「姑無論有礙司法獨立精神，且與中華民國訓政時期約法第九條人民除現役軍人外非依法律不授軍事審判之規定，顯有抵觸。為保障民權起見，擬由會轉行國民政府將該項組織大綱及審判規則明令廢止。」經中央執行委員會政治會議決議通過。<sup>129</sup>也就是說，訓政約法所象徵的法治精神，在1930年代初期確實發揮了限制軍事審判權的作用。

但是各省臨時軍法會審組織廢止後，有關共產黨案件的處理問題應如何解決？根據1933年8月由司法行政部擬定、經行政院轉呈國民政府批示照准通行的辦法如下：1、其受理共黨案件除已判決者外照向例處理。2、其未經辦結者，應概移送高等法院，由法院調查犯罪情形，並依照下列原則定其管轄：2.1、如係在戒嚴或剿匪區內，即應依危害民國緊急治罪法第7條，分別送交該區域之軍事長官或臨時法庭審判。

---

<sup>128</sup> 參見謝振民編著，張知本校訂，《中華民國立法史》，頁1126-27。

<sup>129</sup> 參見國民政府檔案，卷名：軍法審判五，入藏登錄號：001000001556A，頁97-99。

2.2、但該高等法院之所在地若正為戒嚴區域，則應移送於其所在地最高軍事機關辦理。2.3、如該省無戒嚴，或剿匪事實，自應由接收之高等法院繼續審理。3、嗣後關於共黨案件，即依照危害民國緊急治罪法，及該法施行條例辦理。<sup>130</sup>也就是說回復到緊急治罪條例第7條規定，犯本法所定各罪，在戒嚴區域由該區域最高軍事機關審判之，在剿匪區域內由縣長及司法官二人組成臨時法庭審判。第8條關於案件的上訴規定：依本法判處各罪，由其審判為軍事機關審判者，應附具案由，報經該管上級軍事機關核准後，方得執行。由其審判為臨時法庭審判者，應附具案由報經高等法院核准後，方得執行，並報省政府備案。區分戒嚴、剿匪或普通區域而異其管轄。

## （二）、1935年普通刑事法制改革與軍事審判權問題

### 1、1935普通刑事法制改革

雖然說訓政時期開始時，軍政國民政府已完成制定刑法與刑事訴訟法，但這兩部法典在內容上存在許多問題，加上訓政初期特別刑事法令層出，而有重新整合刑事法規之議。此一刑法法規的整合，即是新刑法典的制定。從1931年底立法院成立刑法起草委員會開始，歷經三年、數易其稿後，於1934年下半年三讀通過修正案，1935年1月1日，國民政府公布了修正後的中華民國刑法（以下稱新刑法）及刑事訴訟法，並自同年7月1日起施行。刑事訴訟法同樣於1934年12月28日立法院呈請公布刑事訴訟法。1935年1月1日國民政府公布。4月1日配合刑法修訂，定刑事訴訟法施行日期，自7月1日起施行。<sup>131</sup>

<sup>130</sup> 參見國民政府檔案，卷名：軍法審判五，入藏登錄號：001000001556A，頁112-115。

<sup>131</sup> 有關1935年中華民國刑法與刑事訴訟法的修法過程，可參見謝振民，頁1129-1142。另可參見國民政府檔案，卷名：刑事訴訟法

與 1928 年制定的中華民國刑法相比，新刑法在內容上變動不少，而且重視合理限制國家刑罰權，保障人民權利。<sup>132</sup>此外，新刑法在內亂罪的規定方面，雖然也將非暴力的陰謀內亂行為納入犯罪，但是在罰則上則相當輕微，延續清末以來刑罰合理化、輕刑化的趨勢，同時賦予人民合法的政治活動空間。<sup>133</sup>

新刑法如此重視人權保障面向，可以說是 1931 年訓政約法人權保障條款的具體落實。另一方面，新刑法的制定也涉及廢除不平等條約的外交考量。按 1925 年 7 月於廣州成立的國民政府，係根據前一年國民黨全國代表大會之決議。而國民政府的政治目標，除了實施以國民黨之主義為中心的以黨建國、以黨治國理念，依照建國大綱所規定的軍政、訓政、憲政三時期，改造中國政治外，還包括了致力於中國的獨立平等自由。而為了實現此一目的，首要著手者即廢除不平等條約。<sup>134</sup>而要廢除不平等條約，便不能不制定一套符合西方文明標準的國家法律體系。因而南京國民政府遂在預見其北伐革命事業將成功之際，開始著手準備軍政結束後的國家刑罰體系。1935 年刑事法制的完成，可以說就是朝這個目標邁進了一步。

與新刑法的修正同步進行的，還有刑事訴訟法的修正。1931 年 12 月 9 日立法院以現行刑法亟待修正，刑事訴訟法亦應同步修正，因而指派委員起草修正案。但因該會先修正刑

---

(一)，入藏登錄號：001000000475A。卷名：刑事訴訟法(二)，入藏登錄號：001000000476A。

<sup>132</sup> 1934 年 10 月完成的刑法修正案，與 1928 年中華民國刑法相比，計新增 40 條、刪除 73 條，修改條文 269 條，未改動條文只有 45 條。參見魏奇遜，〈南京國民政府刑事立法研究〉，安徽大學碩士學位論文，2007 年 4 月，頁 16。更具體的內容比較，可參見同論文，頁 17-18。至於人權保障的強調，從刑法總則中納入罪刑法定原則、罪疑惟輕原則、從新從輕原則等，均可看出新刑法限制國家刑罰權與保障人權之用意。

<sup>133</sup> 參見楊幼炯，《近代中國立法史》，台北：台灣商務印書館，1970，頁 381-387。

<sup>134</sup> 參見楊幼炯，《近代中國立法史》，頁 331。

法，因而由司法行政部與 1933 年 6 月先擬定修正刑事訴訟法草案，呈請行政院轉送立法院審議。經行政院提出於第 112 次會議討論後，決議

咨立法院查照審議。立法院於第 3 屆 25 次會議初讀，議決交付刑法起草委員會審查。至此兩項法案乃合流。1933 年 12 月起開始審查草案，至隔年 11 月完成刑事訴訟法修正案共 9 編 20 章，560 條。1934 年 11 月 27 日立法院召開第 3 屆 83 次會議，將刑事訴訟法修正案提出討論，至 29 日第 84 次會議通過，並決議與中華民國刑法同定於 1935 年 1 月 1 日公布，施行日期則等將來施行法通過後再行決定。<sup>135</sup> 1935 年 3 月，刑法起草委員會擬具該法施行法，並建議以 1935 年 7 月 1 日為施行日期，經立法院第 4 屆第 9 次會議通過，呈送國民政府於 4 月 1 日公布施行法，並明令刑事訴訟法自 7 月 1 日起施行。

136

## 2、限縮軍事審判的嘗試與挫折

1935 年新刑法的制定本身，除了合理限制國家刑罰權力的意義外，也與劃一特別刑法與刑法關係有關。1935 年新刑法公布後，以上海律師公會為首的 24 個律師公會，於 4 月 6 日聯合電請廢止一切特別刑事法令，例如危害民國緊急治罪法、懲治盜匪暫行條例、禁烟法等，理由是這類刑事法令「類皆因時因事遷就創制，或則罪刑嚴酷、易於羅織，或者程序簡略、難於平反，割削刑法法權、違反法治精神」。<sup>137</sup> 此案經國民政府轉送請中央政治會議核辦後，於同年 6 月由中央執行委員會政治會議做成決議並發函給國民政府，將該案連同浙江省

---

<sup>135</sup> 參見謝振民編著，張知本校訂，《中華民國立法史》，頁 1259-60。

<sup>136</sup> 參見謝振民編著，張知本校訂，《中華民國立法史》，頁 1269。

<sup>137</sup> 參見國史館藏，國民政府檔案，刑事法規（三），入藏登錄號：001000000436A，頁 188-192。

政府電請懲治盜匪暫行條例展延案，一併交由「法制組審查，並通知軍事委員會、立法院刑法委員會派員列席」，結果認為「懲治盜匪暫行條例應即廢止，危害民國緊急治罪法未便即行廢止。」經中執會政治會議第460次會議討論後，決議照審查意見通過，並將結果函知國民政府照辦。<sup>138</sup>

1935年7月1日新刑法與刑訴實施後，國民政府雖然決議將懲治盜匪暫行條例立即廢止，但是軍事委員會主席蔣中正隨即於同年8月24日提出了「剿匪期內審理盜匪案件辦法」，電請中央政治會議核准實施。蔣介石在電文中提到制定此辦法的理由是：新刑法「處刑太輕、規定不密、拖延太長……不能適應當前據亂之環境」；如果「恪遵法令拘謹奉行，則虺蜴生心，莫資震懾，即有姑息釀禍之虞；若因應情勢，照舊嚴辦，則又日陷於抗命違法之中；左右牴牾，實難全。」蔣介石的提案經中央政治會議第471次會議決議准予備案後，函送國民政府，經國民政府批示照辦後，再轉訓令各機關。<sup>139</sup>

蔣介石所擬定的剿匪期內審理盜匪案件暫行辦法，全文只有10條，其重點包括列出23款盜匪行為，均處死刑（第2條）。而在刑罰的裁量上，則是交由駐在地有審判權的軍事機關，並採行軍事審判程序，而不依照普通刑事訴訟程序。（第5條）又關於死刑之執行方式為槍斃。（第8條）而在該辦法的適用範圍方面，除明訂之剿匪省外，其他各省市如果仍屬匪患猖獗或餘股未清，或大股有將竄及之虞時，經呈報行營查明核准，亦得適用本辦法。（第8條）又因為該辦法作為一種因應剿匪行動而生的措施，且不論在實體或程序方面，均與法治國家刑罰權限制的原則相違悖，因而該項辦法之施行期間暫

---

<sup>138</sup> 參見國民政府檔案，懲治盜匪條例（三），入藏登錄號：001000000441A，頁181-183。

<sup>139</sup> 參見國史館藏，國民政府檔案，卷名：懲治盜匪條例（四），入藏登錄號：001000000442A，頁25-39。

定為一年。(第9條)<sup>140</sup>

蔣介石所擬定的剿匪期內審理盜匪暫行辦法施行期限為一年，至1936年屆滿前，又提出延長及修正案。(國史館藏，國民政府檔案，卷名：懲治盜匪條例(四))另一方面，1937年5月中政會訓令行政院等機關改訂懲治盜匪暫行辦法第4條第5款適用範圍，並展延懲治盜匪暫行辦法的適用期限。(國史館藏，國民政府檔案，卷名：懲治盜匪條例(四))結果此一懲治盜匪暫行辦法被一直展延適用，直到1943年才因法權收回問題才因檢討特種刑事案件審判問題而再度被提起。

此種於新刑法施行後遭廢止、嗣後又因軍事委員會委員長蔣介石的要求而死灰復燃的刑事特別法令，還有禁煙、禁毒暫行條例。1935年新刑法施行後禁菸禁毒暫行條例一度遭到廢止。但與此同時，國民政府軍事委員會委員長蔣介石又發布禁煙通令，實施「二年禁毒、六年禁煙」計畫，並於1935年10月頒行《禁煙治罪暫行條例》和《禁毒治罪暫行條例》。這些措施在對日戰爭爆發後並未因此受到影響。<sup>141</sup>

從上述新刑法施行後的特別刑事法令之廢止或展延問題的發展來看，可以發現幾個現象。首先，在新刑法施行後關於特別刑事法令廢止或展延的檢討中，除可看到民間社團與地方政府對於特別刑事法令的立場差異外，也可看到訓政時期國民政府，在整合刑法與特別刑事法令的關係中，受到國民黨以黨治國模式的影響，最終只廢止了懲治盜匪條例，而保留危害民國緊急治罪法此一政治性特別刑法，以使用軍事審判來處理共產黨案件。

其次，某些在新刑法施行後原本預定廢止的特別法令，在軍事委員會主席蔣介石的要求下死灰復燃，顯示1930年代中

---

<sup>140</sup> 該暫行辦法內容，參見國史館藏，國民政府檔案，卷名：懲治盜匪條例(四)，頁31-35。

<sup>141</sup> 參見張偉，〈抗戰大后方刑事審判改革與實踐——以戰時首都重慶為中心的研究〉，中國西南政法大學博士論文，2013年3月，頁46。

期以後，國民政府內的軍事權力對於國家刑事法制，已具有重大的影響力。南京國民政府內部軍事權力的抬頭，與訓政時期民國境內的軍事對抗並沒有間斷過有關。從1930年因為編遣軍隊而引發的中原大戰，到國共內鬥演變而成的剿共戰爭生的，都使得軍方勢力在國民政府權力結構中始終佔有重要地位。特別是軍事委員會成立後，擔任軍事委員會主席的蔣介石，於1932年透過南昌行營所建立的「軍主政從」運作模式，在此後數年逐漸架空了中央黨政機構對地方的控制，進而建立起個人軍事獨裁的統治。<sup>142</sup> 懲治盜匪條例與禁菸禁毒條例的死灰復燃，可謂此種軍事權力對訓政國民政府刑罰體系影響的具體展現。

### 第三節、戰爭期軍事審判權的擴張與變形（1937-1945）

1935年的刑事法制改革，因為剿匪問題而無法改變軍事審判權擴張的既定事實，1937年7月中日戰爭爆發後，隨著蔣介石8月發表廬山談話，宣告全中國進入戰爭狀態，軍事審判權的擴張更成為無可避免之趨勢。

#### 一、戰爭期軍事審判權的擴張

戰爭時期軍事審判權的擴張，具體而言反映在兩個方面：一是適用軍事審判的軍事刑法或特別刑法的增加，二是軍事審判程序的簡化。以下分別說明。

##### （一）、適用軍事審判的刑事法規範之增加

##### 1、軍事刑法的增加

戰爭時期的國民政府，除了在權力體制上朝向以軍事機構

---

<sup>142</sup> 有關蔣介石在1930年代前半的權力擴張，可參見董國強，〈論1932-35年間蔣介石個人權力的擴張〉，《江蘇社會科學》，2002年3月，頁122-127。



主導之外，在刑事法制上，也因應戰爭時期的需要，而制定許多跟軍事有關的特別法。例如戰時軍律、國家總動員法、軍機防護法、懲治漢奸條例、妨礙兵役治罪條例等。

1937年抗戰軍興後，**軍政部**隨即草擬戰時軍律與戰時軍律施行條例，經軍事委員會指令准予照辦後，轉呈行政院轉請國民政府公布施行。該軍律內文共10條，規定包括不奉命令、放棄應守要地、臨陣退卻、遲延前進、不就指定守第、降敵、通敵、損毀軍事武器彈藥設施、叛亂、敵前抗命、造謠惑眾、縱兵殃等民行為，違反者均處死刑。且根據施行條例，戰時軍律適用的對象不限於軍人，也包含文武百姓等（施行條例第1條）而對於違犯者之審判，也不交由普通司法，而由軍事審判機關依照陸海空軍審判法審理。（施行條例第2條）。<sup>143</sup>

此後又以規定未臻完密，而後又於1938年經軍事委員會指示軍法執行總監部修訂，轉呈國防最高委員會核定，一方面擴大處罰之對象，另一方面則就軍事審判之內容以及與陸海空軍刑法、刑法總則等刑事法規之關係，加以規定。<sup>144</sup>

1942年又由國防最高委員會責成立法院與軍事委員會修正第一條，將戰時軍律的適用對象，擴大到軍人地方團隊人員以及文職公務員在戰時犯罪者，又對於不具前項身分而犯軍律第6-8條及第10條第2項、第16條之罪者，亦適用之。<sup>145</sup>由戰時軍律的制定及其後的修法，可以看出該軍律作為刑法與陸海空軍刑法的特別法，而且其內容也從刑事實體法擴大到刑事程序以及審判機關，並且在適用對象上從軍人擴大到文武官員

---

<sup>143</sup> 參見國史館國民政府檔案，卷名：戰時軍律，入藏登錄號：001000001559A，頁17-19。

<sup>144</sup> 參見國史館國民政府檔案，卷名：戰時軍律。頁56-63。

<sup>145</sup> 參見國史館國民政府檔案，卷名：戰時軍律。頁104。又當時軍律第6-8條分別規定主謀要挾或指示為不利於軍事上之叛亂行為，意圖妨害抗戰、擾亂後方，意圖妨害抗戰而造謠惑眾、搖動軍心。第10條2項規定為煽惑他人逃亡。第16條為抗戰其內不履行供給軍需。參見同檔案，頁89-92、頁104。

及一般人民。

與戰時軍律幾乎同時制定的，還有懲治漢奸條例。1937年8月23日，國民政府軍事委員會以漢奸猖獗，影響抗戰為由，制定了「懲治漢奸條例」，全文19條。主要內容包括：漢奸的定義：凡通謀敵國而有圖謀反抗本國、擾亂治安、招募軍隊人夫或供給資源、洩漏傳運偵查或竊盜有關軍事政治經濟消息資料、充任嚮導或軍事職務、阻礙公務員執行職務、擾亂金融、破壞交通、下毒於食品飲用水、煽惑叛逃等行為之一者，為漢奸，處死刑或無期徒刑。（第2條）不惟如此，凡未遂、預備或陰謀犯也一併處罰。又如有包庇縱容者以共同正犯論處。明知為漢奸而藏匿不報、故意陷害誣告他人為漢奸者亦均罰之。關於漢奸罪的審判，同條例第14條規定，犯本條例之罪者，由有軍法審判權之機關或部隊審判之。並於宣判後5日內呈送中央最高軍事機關核定。如有緊急處置之必要者，得敘明犯罪事實、適用法條以及必須緊急處置之理由，電請核示。（第15條）

1939年8月，軍事委員會對於壯丁隊壯丁結夥逃亡，可否依軍法審判，經國防最高委員會交法制專門委員會審查，以壯丁結夥逃亡，影響抗戰補充，如飭交軍法審理，有助於減少逃亡動機，立法雖嚴，嚴厲中仍寓炯戒之意。且個別逃亡關係既小，仍送由司法機關處理。最後照法制委員會意見通過。<sup>146</sup>

1940年6月，國民政府為因應抗戰兵員需求，頒行了妨礙兵役治罪條例，對於應服兵役壯丁隱匿不報、編造名簿不確實等行為，分別處以三年以下、七年以下有期徒刑。其他妨害兵役行為亦視情節輕重處以刑罰。且規定軍人犯罪由軍法機關審判，非軍人犯罪由司法機關審判。（第22條）並廢止原有之違反兵役法治罪條例。

---

<sup>146</sup> 卷名：軍法審判（一），入藏登錄號：001000001552A，頁97-116。

1941年後，國民政府為了集中運用全國人力物力、加強國防力量，貫徹抗戰目的，亦針對各種重要物資頒行特別法令。例如1941年5月間頒行之非常時期違反糧食管理治罪暫行條例，即規定對囤積居奇者案數量處以最高可至死刑、無期徒刑之懲罰。1942年3月底制定國家總動員法。6月29日又公布妨害國家總動員懲罰暫行條例，對於違反或妨害國家總動員之法令或業務者，依該條例懲罰，且所涉犯罪由軍法審判權之機關審判，並呈由**中央最高軍事機關**核准後執行。

經由上述立法以及個別事案之解釋，國民政府戰時刑事法制中，大幅擴大了軍事審判刑事案件的範圍。而這樣的現象，一直要到1943年2月情況才有所改變。

戰爭時期軍事審判權的擴張之極限，厥為1938年12月**軍事委員會**呈請將**非軍人而犯陸海空軍刑法第二條之規定者亦劃歸軍法機關審判**。本案最初由湖南省政府主席與第一戰區司令長提出，理由為陸海空軍刑法第二條規定之罪，多係叛亂、暴動、通敵、毀掠有關軍事用品或其他有害軍事、妨害秩序之行為，在全面抗戰之際，前後方均屬同一重要，加上法院程序多迂緩、處刑亦輕，無法維護秩序。因而電請**不分地域、一概劃歸軍法機關審理**。本案經國防最高會議轉請法制局研究後，認為全國區域甚廣，如果非軍人在戰區外犯陸海空軍刑法第二條之罪，蓋歸軍法機關審判，可能導致流弊，如普通人侮辱哨兵等輕罪也將受軍法審判，有損害普通人民安全之虞，且軍法機關也將不勝其擾。又陸海空軍刑法第二條規定之罪，多已列入危害民國緊急治罪條例、懲治盜匪暫行辦法、懲治貪污治罪條例等特別刑事法，因此毋庸再事變通。但不妨充分運用戒嚴法第9條，由軍事機關斟酌情形劃歸軍事機關審判，並由司法行政部通令各級法院對此類案件從訴審判。<sup>147</sup>雖然最後沒有通過，但仍可看出軍方對普通司法的不滿，而希望對某些犯罪可

---

<sup>147</sup> 參見國民政府檔案。卷名：軍法審判（一）。頁68-85。

以極大化軍事審判的適用範圍。

軍事機關這種只求從嚴、從速，因而動輒請求擴大軍事審判權適用範圍，容易忽略與既有法制之間的關聯性，而不免予人疊床架屋之感。例如在 1941 年初的竊盜兵工廠製造物品材料人犯，以盜賣軍用品論罪，送交軍法機關審判的請求案中，兵工署以兵工物料價格昂貴，防範至為不易，且經解送普通法院，亦多只照竊盜罪處罰，不足以遏止竊盜歪風，因而請求將軍品竊盜犯，不論是否廠屬員兵，一律以盜賣軍用品論罪，送交軍法機關審判，依軍法重懲，案經軍事委員會轉呈國防最高委員會決議後准予備查。<sup>148</sup> 後經第二戰區司令長官指出，相關行為在懲治貪污治罪條例中亦有規定，且其處罰亦較陸海空軍刑法為重，因此若軍人、公務員盜賣兵工廠軍用物品，亦適用陸海空軍刑法治罪，反與立法原意不符，且有失法理之平，因而請求解釋如何適用。此案經法制專門委員會審查後指出，前號解釋只為一般性原則，如果犯罪人員兼具作戰期內、有軍人或公務員身分、盜賣軍用物品等三條件時，自仍應適用懲治貪污暫行條例第二條治罪。<sup>149</sup>

## 2、其他適用軍事審判的特別刑法

戰時軍事審判權的擴張，除了源自軍事刑法的增加外，許多新制定的特別刑法也將審判權歸於軍事機關。例如在 1938 年 6 月下旬公布的「懲治貪污暫行條例」即屬之。貪污暫行治罪條例包含了貪汙定義、處罰規定以及審判權歸屬等三部分。1943 年 6 月底，再頒行「懲治貪污條例」，規定軍人、公務員或受公務機關委託承辦之人，於作戰期內犯本條例之罪者，依本條例處斷。非軍人、公務員而為共犯者，亦同。處罰規定方

---

<sup>148</sup> 卷名：軍法審判（一），頁 135-143。

<sup>149</sup> 卷名：軍法審判（一），頁 144-148。

面，對於剋扣軍餉等七種行為，規定為死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。(第2條)而盜賣侵占或竊取公有財物等行為，則處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。(第3條)違背職務行為處一年以上、七年以下有期徒刑。(第4條)其刑度較諸刑法典內規定高出許多。<sup>150</sup>

此外，國民政府於1941年2月中頒行《禁煙禁毒治罪暫行條例》，也是抗戰時其另一個重要的特別刑事法規。雖然1935年新刑法施行後頒行的《禁煙治罪暫行條例》和《禁毒治罪暫行條例》等，並沒有因為對日戰爭的爆發而受到影響，但是這些條例所依據的六年禁菸計畫於1940年到期後，這些條例亦面臨失效。不過因為該六年禁菸計畫的成效不彰，因而同年12月國民政府又頒布了《肅清煙毒善後辦法》，要求抗戰結束後兩年內肅清煙毒。<sup>151</sup>為了實現這個目標，國民政府於1941年2月中頒行《禁煙禁毒治罪暫行條例》。對於各種跟煙毒有關的行為(如栽種、製造、販賣、運送、持有、吸食、製造器具等)，依其情節輕重處以最高死刑的刑罰，並將觸犯該條例之煙毒犯罪交由有軍法職權之機關審判，或軍事委員會委員長委任各級地方政府代為審判。且這些裁判非經軍事委員會委員長核准不得執行。(第22條)由此可知煙毒問題所受到的高度重視。該條例同樣訂有施行期間，為三年。(第23條)1945年1月底，國民政府以命令延長該條例施行期間至抗戰結束後二年為止。

另一個重要的刑事特別法為1944年4月頒行的懲治盜匪條例。南京國民政府的懲治盜匪條例，最初是於1927年以暫行條例的形式出現，而後不斷展延期限，一直到1935年新刑

---

<sup>150</sup> 刑法中關於公務人員的瀆職罪，除委棄守地者處死刑、無期徒刑或有期徒刑外，其餘瀆職行為最重者為三年以上十年以下有期徒刑、一年以上七年以下有期徒刑。

<sup>151</sup> 參見張偉，〈抗戰大后方刑事審判改革與實踐——以戰時首都重慶為中心的研究〉，頁46。

法公布施行後才廢止。但因為不久即進入對日抗戰時期，社會匪患並未稍歇。國民政府因而於1944年4月8日制定懲治盜匪條例，對於各種匪徒行為區分等第，分別處以唯一死刑、死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑以及五年以下有期徒刑。對於觸犯懲治盜匪條例之犯罪，其審判依照特種刑事案件訴訟條例之規定。<sup>152</sup> 又懲治盜匪條例之期限訂為一年。

## (二)、軍事審判程序的簡化與軍事審判權的擴大

抗戰時期所制定的特別刑事法中，關於求刑與量刑權的刑事程序規定之修正，具有兩方面的特徵：**軍事審判權的擴大與審判程序的簡化**。絕大多數將其犯罪交由軍法機關而非司法機關審判，因而在訴訟程序方面也多採取軍事審判程序而非依照刑事訴訟法之規定。但是不管是刑事訴訟程序或是軍事審判程序，於抗戰後期同樣面臨調整。就刑事訴訟程序言，先是在1937年10月，最高法院為加快刑事案件的上訴審理，核定非常時期處理刑事案件暫行辦法，擴大法律審之適用範圍，並力求減少發回。<sup>153</sup> 1941年1月司法行政部即以1935年民刑訴訟法之訴訟程序過於繁瑣，而通令各省司法機關厲行簡易程序，以期便捷，而後更於同年7月1日公布非常時期刑事訴訟補充條例，以簡化普通刑事訴訟法中的繁瑣程序。<sup>154</sup>

在非常時期刑事訴訟補充條例頒行後不久，軍事審判程序也同樣面臨簡化改革，即1941年10月制定**戰時陸海空軍審判簡易規程**。與刑事訴訟程序由司法行政部主導不同的是，戰時

---

<sup>152</sup> 懲治盜匪條例之審判依照特種刑事案件而非軍法審判，與1943年國民政府關於特別刑事法制的改革有關。從結論言，特種刑事案件審判乃是一種以普通司法包裝的實質軍事審判程序。詳細內容，請參見後述「法權收回與特別刑事法制改革」一節之討論。

<sup>153</sup> 參見張偉，〈抗戰大后方刑事審判改革與實踐——以戰時首都重慶為中心的研究〉，頁56。

<sup>154</sup> 參見張偉，〈抗戰大后方刑事審判改革與實踐——以戰時首都重慶為中心的研究〉，頁51-54。

陸海空軍審判程序的簡化方案，是由軍事委員會主導，主要的改革內容，在於針對軍人犯罪時之審判（第1條）。分高等軍法會審、普通軍法會審、獨任審判三種。（第2條）軍人犯陸海空軍刑法以外之特別刑事法令之罪，在該法令定有特別程序者，仍依特別程序辦理。（第10條）本規程未規定者，仍依陸海空軍審判法規定。（第13條）（軍法審判四，頁191-194）規程草案由軍事委員會函請國防最高委員會轉國民政府公布，經國防最高委員會常會決議通過，轉請國民政府公布施行。1941.10.23公布施行。<sup>155</sup>

1943年3月，再修正暫時陸海空軍審判簡易規程。與舊規程主要差異在於審判機關的組成，改採審判長與審判官合議之方式進行。（第2條）此次的提議修正單位為國防最高委員會軍法執行總監部。其理由略謂：陸海空軍審判法中之審判管轄權限，原採各種軍法會審制度，原係「抄襲倭敵法規」。殆抗戰後因適用上頗多困難，曾擬定陸海空軍審判簡易規程，但僅對會審組織核案標準略微修改。數年以來，軍法會審制度有弊無利。理由包括：1、以軍官為審判長、審判官，而軍官多不諳法律。2、審判長、審判官均需臨時呈請指定，因各有主管職務，不願擔任，或住址遠近，影響效率。3、審判長、審判官在審判前未經偵審程序，對案情及被告心理毫無體會。與承辦法官意見相左難於協調。4、軍法會審由承辦法官偵查預審，由審判長、審判官公開審判，責任不專、互相推諉，易於發生流弊。5、軍法會審，軍法總監、副監均無參加意見機會，而如外方有所責難，又歸總監部承受。6、陸海空軍審判法公布時中央未設有專管軍法機關，抗戰後國防最高委員會始設置軍法執行總監部，一方面為軍法最高幕僚機關，一方面承委員長之命掌管全國部隊紀律及軍法執行事項。今昔形勢不

---

<sup>155</sup> 參見國民政府檔案，卷名：軍法審判四，入藏登錄號：001000001555A，頁186-194。

同，應加以修正。因而建議暫停軍法會審制度，改以軍法官之合議審判制度。<sup>156</sup>（，頁 208-217）

其他與軍事審判程序有關的特別法令，還有：各省高級軍事機關袋和軍法案件暫行辦法（1938年5月軍事委員會公布）、戰時軍法案件委任代核暫行辦法（1939年3月軍事委員會公布施行）。<sup>157</sup>

## 二、1943年法權回收與軍事審判權改革/變形

1936年五五憲草公布後，雖因中日戰爭爆發而延宕行憲時程，但黨內要求行憲呼聲不斷，而憲政對於人權保障要求較訓政為高。加上對外廢除領事裁判權後，國家特別刑事法制肥大問題也面臨來自外交方面的壓力，因而在1943年後有一連串改革。其最主要成果即1944年初通過，年底施行之特種刑事案件審判條例。

### （一）、改革背景與過程

抗戰期間不斷擴張的軍事審判權，為何會在1943年出現縮減軍事審判權的改革？透過國民政府檔案中的相關檔案可以解開這個疑問。<sup>158</sup> 根據委員長侍從室之研究報告，這項改革源自1942年10月10日英美宣布放棄不平等條約、法權收回所衍生的法治問題，司法院提出外國人在國內為被告之審理機關問題。另一方面，行政院亦認為體察國內外環境，有重新考慮縣長及地方長官兼理軍法制度之必要。而在1943年1月15日，行政院召開「整頓各縣軍法審查會」，由行政院、司法行

---

<sup>156</sup> 參見國民政府檔案，卷名：軍法審判四，入藏登錄號：001000001555A，頁 208-217。

<sup>157</sup> 參見張偉，〈抗戰大后方刑事審判改革與實踐——以戰時首都重慶為中心的研究〉，頁 55。

<sup>158</sup> 以下說明，參見國民政府檔案，卷名：《特種刑事案件訴訟條例》，入藏登錄號：001-1000012-0001A。



政部、軍政部與軍法執行總監部等單位派員出席。會中亦提到該會召開之背景，一為近年來軍法審判範圍擴大，而司法審判範圍縮小；二為第三屆國民參政會曾有將軍法審判事項逐漸歸還司法機關之決議；三為領事裁判權收回之後，外國人觸犯軍法案件應如何處理亦應慎重考慮。而關於軍法案件著重之點，應在於特種刑事法規之適用，而非軍事機關之審判。且軍法審判與其賦與地方行政官吏之縣長兼理，不如由各地司法機關兼理。與其在各縣政府設置軍法承審員及書記員，不如於各地司法機關內添設特別刑事法庭。因而對現行軍事審判制度擬定改革辦法二項：一為將現行軍事審判之特種案件移歸司法機關審判，按照普通程序辦理，而在實體上仍適用特種刑事法規。二為在司法機關內增設特種刑事法庭，辦理現由軍事審判之特種刑事案件，並於程序及實體上均適用特別規定。<sup>159</sup>

國防最高委員會對於軍法審判制度的改革，最早是因湖南省黨部於1942年底轉呈安化縣黨部直屬第二區的建議案，「建議特別刑事法令中規定歸軍法審判案件改歸司法機關受理以維法權案」，該建議案中出現行特別刑事法令多由現行刑法中割裂而來，且均由縣長或專員以軍法名義審判，相當於行政侵越司法權，而與五權分立遺教違背。加上距抗戰勝利之期不遠，英美各國均已同意中國收回法權，更應建立司法威信、樹立國際信念。而後又有行政院為整頓各縣軍事審判事務而召開會議，最後以仁捌字第二四三五號函，擬將現由軍事審判之特種刑事案件，移歸司法機關審判，按照普通程序辦理，轉陳國防最高委員會核定。於是將兩案一併陳給國防最高委員會發交法制外交兩專門委員會審查。<sup>160</sup>

經召集有關機關擬具兩項辦法，1943年1月15日行政院會決議採用第一項辦法，即：**現由軍法機關審判之特種刑事案**

<sup>159</sup> 參見國民政府檔案，卷名：《軍法審判（二）》，頁62-65。

<sup>160</sup> 參見國民政府檔案，卷名：《軍法審判（二）》，頁51-61。

件，除軍人為被告者外，應移歸司法機關審判，並按照普通程序辦理；但實體法則仍適用特種刑事法規。行政院將該決議呈報國防最高委員會，2月1日經第102次常會決議：1、外國人犯陸海空軍刑法之案件，應歸軍法審判，其他特別刑事法令之罪者，交由普通司法機關審判。2、行政院提改善特種刑事案件移歸司法機關審判，交法制、外交兩專門委員會審查。

案經法制委員會與外交委員會審查後，提出兩意見：1、現行法令規定應由軍事審判之刑事案件，除軍人為被告者外，移歸司法機關，按照另行訂定之特別審判程序辦理。其實體法則仍適用現行特別刑事法規，並以曾經國防最高委員會核定公布或立法院議決公布者為限。（實體不變動、不更改，程序改歸普通司法，但增訂特別審判程序。）2、至於特別審判程序，應由司法行政部從速草擬，依法送請立法院審議。<sup>161</sup>

法制、外交委員會審查意見，經1943年3月國防最高委員會第105次常會決議照案通過後，將特種刑事案件之審判程序，交由司法行政部草擬法院送交立法院審議。與此同時，國防最高委員會之軍法執行總監部認為本案改革甚大，提出最後核定權之主管究屬國防最高委員會或最高法院、被告身分有軍人與非軍人時之審理機關等四項疑問，於3月30日簽呈委員長請示。經發交法制專門委員會主持人王寵惠核議，於4月中回復核議意見，認為如果外國人觸犯與軍事無關之刑事法令，也要受軍法審判，容易造成外國人的疑慮與批評，因此請求維持原決議，經批示如擬，但也同時要求軍法執行總監部於立法院修改特種刑事法令時應派員列席、提出報告。

自此以後，行政院即遵照國防會命令，擬定特種刑事案件訴訟條例之立法原則12項，呈奉國防會修正通過，發交立法院，在由行政院根據核定之立法原則12項，擬定條例草案移送立法院審議。10月14日軍法執行總監部又報告派員參加10

---

<sup>161</sup> 參見國民政府檔案，卷名：《軍法審判（二）》，頁53-55。

月 14 日行政院司法行政部所擬特種刑事案件訴訟程序草案之討論情形，並提出軍法範圍之劃分疑問五項。疑問雖甚切要，但無具體調整方案。乃再代電總監部請其擬具解決意見。

另一方面在此期間，行政院已將所擬條例草案移送立法院審議，並於 11 月 30 日經立法院全體會議正式通過。同日軍法執行總監部亦將補救意見送至侍從室。由此，國民政府內部對此法案的立場，可以分成兩派：

(1)、主張照案施行說：國防委員會法制專門委員會與行政院司法行政部、立法院均屬之。對非軍人改歸司法機關審理軍樂觀其成。且認為軍法機關審理派原基於刑亂用重，而這次改革只針對審判機關，至於刑事實體法本身完全照舊適用。另一理由：軍法機關審理程序較簡單，處置迅速。而此處程序也非依照普通刑事訴訟，而是另採兩審制，且對聲請覆判、結案期限均有規定。不致遷延之弊。最後，各軍法機關人員欠健全、設置地方不普遍；由其縣長兼軍法官，多數不諳軍法，且縣政太繁，根本無暇兼顧。最後，抗戰軍需可以戒嚴法制處理。<sup>162</sup>

(2)、主張原案尚有疑問說：軍法執行總監部。理由：  
1、劃歸軍法審理有其現實需要，不可一切法令軍改歸司法審理。2、戰時軍律、軍機防護法、危害民國緊急治罪法以及懲治漢奸條例，軍與軍事有重大關係，且多涉及軍事秘密。又懲治盜匪與治安有關、懲治貪污條例與整飭綱紀有關，均與加強抗戰有因果關係。委諸司法亦有顧慮。3、軍法審判最後議定權屬最高統帥，乃得配合軍事執行國策。最後覆判權屬最高法院，未能盡符非常時期需要。4、戒嚴法致無法因應軍事動向變化，同一案件適用時期難確定，易生紛擾，不易解決。5、抗戰時期蔣委員長對特殊案件往往對非軍人亦直接飭交軍法機關審判，倘本案公布實施之後，再遇此類情形，則總監部遵令

---

<sup>162</sup> 參見國民政府檔案，卷名：《軍法審判（二）》，頁 159-162。

審理，即有違法之嫌，如移交司法，即負違令之罪。屆時從法從令，均感為難。軍法執行總監部並提出兩項解決方案：一為從緩實施，延至抗戰結束後。二為重新修正後再行公布。例如第一條 1-7 項法令仍歸軍法審判。<sup>163</sup>

侍從室在研究後提出兩種處理方案：甲案：為照原案公布，但施行日期延至秋季以後。並於此半年間加強改組最高法院，選擇深明委員長意旨且具聲望之大員充任院長，並遴選辦理軍法素有成績兼有司法官資格者加入為庭長或推事，專辦特種刑事案件。「如遇特殊要案，由最高法院長隨時密為秉承鈞座指示辦理。」此方案之優點，依侍從室分析：可相當程度貫徹鈞座特交案件之意旨，且乘機整頓司法與軍法，使雙方交流，建立法治基礎。乙案為交國防會依照總監部建議修法。從侍從室分析來看，顯然更支持甲案。

蔣介石對於這兩種方案，也選擇了甲案，因而在侍從室研究報告封面批示照甲案辦理，並於甲案文字上方批示：「此種具體辦法即人選與調整，應由各有關機關負責協商擬具呈核。」<sup>164</sup> 顯示當權者雖然改革軍事審判之意圖，但仍有意透過人事安排實質掌控。

(二)、改革意義：形式司法、實質軍法之「特種刑事審判訴訟條例」

作為軍事審判肥大問題的改革成果，1943 年特種刑事審判訴訟條例並不能算是成功。在了解特種刑事審判訴訟條例之來龍去脈後，對於該條例背後的限縮軍事審判權，可以得到以下幾點結論：首先，抗戰末期限縮軍事審判權之政策，係源自法權收回後，外國人被告犯軍法以外案件時，應受普通法院管

<sup>163</sup> 參見國民政府檔案，卷名：《軍法審判（二）》，頁 162-167。

<sup>164</sup> 參見國民政府檔案，卷名：《軍法審判（二）》，頁 170-171。

轄，以免引發國際批評，也就是中華民國國際地位的提升，因而在內部刑事司法環境必須有相應的改善。因為不是從落實人權保障的理念出發，因而主要著重在刑事審判權之限縮，也就是擴大普通司法權的範圍，限縮軍事司法權的範圍，但不及於特別刑法之修正。其次、在軍事審判權的改革過程中，可以看到軍方勢力對於軍事審判重要性的堅持，使得改革結果只是有限度地限縮軍事審判權。例如在軍法機關存廢問題上，對於軍人被告人數較少之動員、運輸、緝私等部門犯罪，雖認為無設立必要，但於煙毒案件審判機構，則經進一步審議後，以收回治外法權仍不能不考慮其他需要為由，決定仍依照軍法審判處理。<sup>165</sup>再者，作為限縮軍事審判權具體成果的特種刑事案件訴訟條例，實際上並未擴大普通司法權範圍，甚至在實質上延續了軍事審判權。蓋特種刑事案件訴訟條例即意味不採取普通司法程序審理之意。而透過最高法院人事安排，軍事機關實際上仍掌控了該特種刑事案件訴訟制度的運作。

總結而言，1943年的特種刑事審判制度，原來的目的應該是限縮採取特別審判程序的案件範圍。但實際上只將部分案件移出軍事審判程序，但也不事直接交由普通司法程序審理，而是在普通審判程序與軍事審判程序之間，另外創造出特種刑事案件審判程序。此特種程序形式上雖屬普通司法，但從其審理程序內容觀之，實屬軍事審判程序之翻版，因而可謂**形式司法、實質軍法之程序**。另一方面，更透過最高法院的人事安排，將特種刑事案件之審判，實質地交由軍法機關控制。

#### 第四節、戰後國民政府的軍事審判制度改革問題

戰爭時期不斷膨脹、擴張的軍事審判權，1945年8月15

---

<sup>165</sup> 參見國民政府檔案，卷名：煙毒案件審理（一），典藏號：001-058900-0017，頁75。

日本投降後，因為戰爭結束而進入復員階段，讓國民政府有機會檢討戰爭時期法制。但是隨著國共內戰的爆發、行憲、動員戡亂，短短數年間軍事審判制度幾度依違在限縮與擴大擴大，直到到 1949 年底撤退台灣後，在台灣全面實施戒嚴與軍事審判，拉開了台灣 1950 年代白色恐怖的序幕。以下就戰後國民政府的軍事審判問題，分別說明之。

## 一、戰後復員的刑事法制改革與挫折

### (一)、戰爭末期的特別刑事法制整理與軍事審判限縮

1944 年 7 月，隨著戰爭勝利的預期，司法院成立特種委員會研討及擬定復員後司法制度興革方案及民刑訴訟補充法案，至 1945 年 2 月完成相關改革制度草案。<sup>166</sup> 2 月 22 日，司法院又任命洪文瀾等 15 人為討論戰後法規特種委員會委員，<sup>167</sup> 並先後召開民事組、刑事組與全體會議 20 餘次。<sup>168</sup> 在 8 月 24 日第三次委員會全體會議中，曾針對特別刑事法令之整理進行討論。根據刑事組所提出之議案，將戰爭時期實施之特別行是法令，區分為三類：1、戰後應予廢止者；2、戰後應予修改者，3、戰後應繼續施行者。其中第一類又可分為三目：(1)、應單純廢止者，(2)、廢止後歸入應刑修改之特別刑事法令一併整理者，(3)、廢止後歸入普通型法一併整理者。最後提出的整理草案內容如表一。<sup>169</sup>

<sup>166</sup> 司法院為了這項任務，制定有司法院特種委員會規程，而特種委員會最後提出的改革案包括改革審級制度、釐正懲戒制度、司法機構改進、法官官職區分、法官審判責任制、實施陪審制度、增進檢察效率、改進律師制度、復原時期民事與刑事訴訟補充條例以及調整律師制度等案。參見國史館，《特種委員會案卷》，數位典藏號：015-030100-0006。

<sup>167</sup> 參見國史館，《戰後法規特種委員會（洪文瀾等人）》，1945 年 2 月 21 日至 1945 年 7 月 6 日，數位典藏號：015-030200-0039，頁 6。

<sup>168</sup> 參見國史館，《司法院討論戰後法規特種委員會呈為呈本會決議案及案卷請鑒核施行一案》，1946 年 1 月 28 日，數位典藏號：015-030100-0005。

<sup>169</sup> 參見國史館，《整理戰後特別刑事法令草案卷》，數位典藏號：

表格 一、司法院戰後法規特種委員會所提出之特別刑事法令整理草案內容

項別	目別	法令數量
第一項、戰後應廢止之特別刑事法令	第一目、應單純廢止者	17
	第二目、歸入應行修改之特別刑事法令整理	11
	第三目、廢止後歸入普通刑法整理者	9
第二項、戰後應修改之特別刑事法令		6
第三項、戰後仍應繼續施行之特別刑事法令		26
合計		69

資料來源：國史館，《整理戰後特別刑事法令草案卷》，數位典藏號：015-020200-0016，頁 22-32。

經討論後，只將第三項的妨害國家總動員懲罰條例、非常時期過分利得稅罰則部分改歸第一項第一目（單純廢止，故剩 24 件），其餘照原案通過。<sup>170</sup> 最後該委員會於 1946 年 1 月 28 日將所完成各項決議案呈請司法院長鑒核施行。<sup>171</sup>

根據上述決議，在戰爭結束時現存之 69 件特別法令，經整理後只剩下 26 件（含新制定兩件），約為戰前的三分之一左

015-020200-0016。

<sup>170</sup> 參見國史館，《整理戰後特別刑事法令草案卷》，數位典藏號：015-020200-0016，頁 5。

<sup>171</sup> 參見「司法院討論戰後法規特種委員會呈為呈本會決議案及案卷請鑒核施行一案」，國史館收藏。

右。而且值得注意者，在第一項第三目廢止後歸入普通刑法整理者，包括懲治貪污條例、懲治盜匪條例、非常時期清剿區內剿匪臨時處置辦法、剿匪區內懲治土豪劣紳條例、危害民國緊急治罪法等原本交由軍事審判管轄的政治犯罪相關法令。也就是說，戰後國民政府司法院在回復普通刑法的同時，也縮小軍事審判權範圍而回復普通司法權。

1945年8月15日日本投降後，戰爭狀態結束。國民政府於戰爭時期所制定的各種軍事法令與限制人民權利的規定，同樣展開修正。首當其衝者即關於戰時法令的部分，國民政府於9月3日明令各機關戰時法令有未合平時規範者，應先申請廢止。<sup>172</sup> 11月19日，軍事委員會將整理好的停止施行及廢止法規目錄一覽表，函送國民政府文官處。同月23日國防最高委員會批准軍事委員會呈送之停止施行及廢止法規目錄一覽表。其中停止施行法規35種，廢止施行法規33種，合計68種。<sup>173</sup>

另一方面，國防最高委員會秘書廳於1946年2月1日函國民政府文官處，表示有關人民享有身體信仰言論出版集會結社之自由等有相關法令廢止及修正事項，已經經過常會決議，因此函請國民政府查照轉陳辦理。<sup>174</sup> 而後國民政府文官處函中央通訊社有關提與人民身體信仰言論出版集會結社自由有關之法令法規案分四類處理：一、已經明令廢止者，毋庸再經廢止。二、法令應予廢止者，分兩部分辦理：1、由國民政府明令廢止者：計21種。2、由原公布機關廢止者，15種。三、分飭修正者9種。四、各省縣市治安機關自行制定或呈請上級

<sup>172</sup> 參見國民政府檔案，卷名：《立法法令制定與整理（六）》，件號：032，數位典藏號：001-012020-00006-032

<sup>173</sup> 參見國民政府檔案，卷名：《立法法令制定與整理（六）》，件號：039，數位典藏號：001-012020-00006-039

<sup>174</sup> 參見國民政府檔案，卷名/件號：立法法令制定與整理（七） / 002，數位典藏號：001-012020-00007-002



機關備案而有抵觸人民基本自由之法令，通飭廢止。<sup>175</sup> 顯示戰後國民政府確實曾一度致力於廢止軍事法規與落實人權保障。

## (二)、因國共內戰而再度擴大的軍事審判

雖然戰後初期國民政府為復員而致力整理特別刑事法令，但是隨著國共內戰爆發，再度增加刑事特別法令與軍事審判範圍。這些法令可以分類如表二：

表格二：1947年12月民國法令中因國共內戰關係而擴大軍法適用之法令

法令名稱	軍法處置內容	審判人員
綏靖區及東北九省臨時緊急軍政措施辦法	盜匪案件及違反交通器材防護條例案件	軍法審判專員、縣長得兼軍法官
粵桂甘新四省盜匪案件	蔣介石批准：歸軍法審判者	
後方共產黨處置辦法	六省剿匪檢討會議：不申請登記潛伏後方之共產黨員，一律逮捕；除學生外均移送軍法審判機關。	

資料來源：國民政府檔案，卷名：《特種刑事法庭組織規程》，入藏登錄號：001000006339A，頁7-8。

<sup>175</sup> 參見國民政府檔案，〈國民政府文官處函中央通訊社有關提與人民身體信仰言論出版集會結社自由有關之法令法規案分四類處理〉。收於《立法法令制定與整理（七） / 011》，數位典藏號：001-012020-00007-011。

表二係根據 1947 年底因應憲法施行而整理軍法審判擴大問題相關的法令。該表顯示戰後一度縮減的軍法適用，隨著國共戰爭爆發，為了懲治共產黨，又逐漸擴大軍法適用範圍，從綏靖區逐漸擴大到包含後方在內的區域。值得注意的是，這波因為國共內戰而鬆綁的軍事審判權，也波及到台灣。1947 年 2 月台灣發生二二八事件，長官公署即將事件原因歸於奸黨煽動，除請求中央軍事支援外，並要求對事變份子進行軍事審判，因而造成台灣社會的慘重傷亡。<sup>176</sup>

## 二、行憲下的軍事審判制度改革與挫折

### (一)、行憲與戡亂協調下的特種法庭制度與治罪條例

1947 年 12 月行憲在即，依照憲法實施準備程序之規定，現行法令與憲法牴觸者，應迅速修改或廢止。戰後國共內戰期間而擴大的軍法審判範圍，與憲法第 8 條（非經司法或警察機關依法定程序不得逮捕、拘禁人民）、第 9 條（人民除現役軍人外，不受軍事審判）之規定明顯牴觸。因此國民政府文官處於行憲前的 12 月 9 日向當時的主席蔣中正上了一份簽呈，就擴大軍法審判與憲法牴觸問題之處理，擬具三條意見：

1、將三種法令統一整理唯一單純懲治共匪之特別刑事法（包含審判程序之規定），正式完成立法程序，由國府公布，適用於全國。

2、專設審判共匪案件之特別法庭，名義上仍為司法機關系統，事實上即由各級軍法機關兼理（不另增人員經費），其審判程序與軍法同。

---

<sup>176</sup> 有關二二八事件中的軍事審判問題，可參見曾文亮，〈二二八事件中的叛亂與懲罰：兼論戰後初期國民政府的政治、軍事與法律關係〉，《台灣史研究》，22 卷 4 期，2015 年 12 月，頁 83-122。

3、將上列一、二兩項交行政院會同司法院、司法行政部、國防部修訂法規，限期呈核，務於行憲前完成立法程序，公布實施。<sup>177</sup>

此案經蔣介石批准後，隨即著手進行。首先，就第一條意見的法令整合，代電立法院遵辦。而後立法院即統一制定「**勦亂時期危害國家緊急治罪條例**」，並由司法院、行政院、國防部、司法行政部等機關派員列席審訂。

此一「**勦亂時期危害國家緊急治罪條例**」的內容重點，根據文官處的報告，包括以下幾點：

- 1、將所有內亂、叛國、盜匪、防護交通及軍事機密、妨害動員戡亂之罪犯案件，均交特種刑制法庭審判（事實上極為軍事法庭），並加重其刑罰、簡化其程序。
- 2、本法施行區域，由國府以命令定之，富有彈性，便於運用。
- 3、特種刑事法庭之組織，由行政院會同司法院定之，亦較具彈性，俾免受立法程序之拘束。

且該條例為符合行憲日期，於12月25日由國府正式公布。<sup>178</sup> 條例公布後，行政院與司法院繼續研擬負責審判的特種刑事法庭組織法，對此國民政府亦重申之前確立的原則，代電司法院與行政院遵照：「特種刑事法庭組織法規，應迅速制定實施，並依照前日核定之原則。特種刑事法庭在系統上隸屬於司法機關，而由各級軍法機關兼理其事，其審判程序與軍法同。司法院與行政院討論此案時，並應由國防部與司法行政部派員列席為要。」<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> 參見「關於軍法審判擴大範圍與憲法抵觸問題之處理意見」，收於國民政府檔案，卷名：特種刑事法庭組織規程，入藏登錄號：001000006339A，頁8-9。

<sup>178</sup> 參見國民政府檔案，卷名：特種刑事法庭組織規程，入藏登錄號：001000006339A，頁11-12。

<sup>179</sup> 參見國民政府檔案，卷名：特種刑事法庭組織規程，入藏登錄號：001000006339A，頁12-13。

1948年1月14日，行政院長張群向國民政府主席上簽呈，針對勘亂時期危害國家緊急治罪條例頒布後，各省盜匪案件處理方式，簽請核示：

除軍人為被告或在戰地及戒嚴區域由軍法審判外，其餘罪刑重大或與軍事有關者，應由特種刑事法庭審判，其餘仍依特種刑事案件訴訟條例第一條之規定，由普通司法機關審理之。<sup>180</sup>

以行政院簽呈為本，國民政府文官處又附上幾個應行廢止之舊法令，供國民政府主席裁示，分別是：

1、綏靖區及東北九省臨時緊急軍政措施辦法第二項第五款、後方共產黨處置辦法第八條以及粵桂甘新四省盜匪案件劃歸軍法審判之命令，均明令廢止，應一律依照勘亂時期危害國家治罪條例辦理。

2、上述三種法令明令廢止以前，特種刑事法庭應迅速依法成立，以便將各項案件移轉管轄。

3、關於戒嚴區域依照戒嚴法規定，得由軍法審判之案件，與上述法令不衝突，自可依法辦理。<sup>181</sup>

1月24日，國民政府將上述三項原則代電行政院，指示行政院依照辦理。1948年2月6日，行政院長張群發了一封代電給國民政府，報告其整理經過：

1、關於綏靖區即東北九省臨時緊急軍政措施辦法第二項第五款，前經本院第三次臨時會議決議，採用國防部陳總長所擬第二項辦法，軍法機關仍適用原辦法第二項第五款所列懲治盜匪條例及戰時交通器材防護條例，其餘妨害兵役治罪條例、禁烟禁毒治罪條例，歸由司法機關辦理。……[憲法施行後]關於上述盜匪及妨害交通器材案件，依照有關法律規定，除軍人為被告或依戒嚴法由軍法

<sup>180</sup> 參見國民政府檔案，卷名：特種刑事法庭組織規程，入藏登錄號：001000006339A，頁56。

<sup>181</sup> 參見國民政府檔案，卷名：特種刑事法庭組織規程，入藏登錄號：001000006339A，頁57-58。

審判外，其無軍人身分之被告，應由特種刑事法庭審判。觸犯懲治盜匪條例及戰時交通器材防護條例其餘之罪者，仍依法由普通司法機關審判之。至於後方共產黨處置辦法，核與勘亂時期危害國家緊急治罪條例頗有牴觸之處，似可廢止。本院現正徵詢有關機關意見中，擬另案辦理。

- 2、關於組設特種刑事法庭一案，本院正在積極辦理中。在該項特種法庭成立前，其應受理之案件，除歸軍法審判者外，得先由司法警察機關進行調查犯人犯罪情形，及蒐集必要之證據。
- 3、關於戒嚴區域，依照戒嚴法規定，得由軍法審判之案件，與現行法令不牴觸，自可依法辦理。(頁 26-27)

1948年1月20日國民政府文官處的簽呈中提到，「現行政院與司法院已擬定特種刑事法庭組織條例草案」，送立法院審議中。該草案規定：各地設特種刑事法庭，隸屬司法行政部（由原有各地軍法機關配設，兼理其事），不設中央刑事法庭。一審終結，惟死刑及無期徒刑必須送司法行政部覆核（事實上由國防部覆核，以司法行政部名義行之。）此一特種刑事法庭之制度，與1944年特種刑事案件訴訟程序如出一轍。當時即已意識到的軍事審判權與司法審判權之緊張關係，同樣出現在新的特種刑事法庭案中，而且其考量更為深入。文官處對此草案提出兩點問題為：

- 1、關於由國防部覆核各特種刑事案件，以司法行政部名義行之一節，國防部因未取得法律地位，在權限上及行文手續上甚感困難。擬在司法行政部增設「特種刑事司」，事實上由國防部軍法局兼理該司業務。可解決一切困難，且便於運用。
- 2、關於「特種刑事法庭組織條例草案」，第三條規定「該法庭庭長及首席檢察官以司法官為限」一節，當係由現任法院司法官調兼，核與軍法機關兼理之原意頗有出入，且增加人事上之

複雜性，亦有未宜。擬修正為「其庭長及首席檢察官已具有司法官資格者為限」。以期在慎重人選之原則下，仍使軍法機關主持人得以兼理，運用亦較靈捷。文官處的簽呈經蔣批示「如擬」後，成為國民政府的政策。<sup>182</sup>

3月1日，國防部長與司法行政部長共同上簽呈報告設置特種刑事法庭狀況，其具體辦法如下：

- 1、各省高等法院及其所在地區，均設置特種刑事法庭，並先於首都、上海、北平、武漢、廣州五地區限期提前組織成立。
- 2、於本司法行政部增設特種刑事司，正在著手組織，該司辦理覆核死刑及無期徒刑案件，其司長以下職員，似應遴選資深學富者充任，方足勝任愉快。
- 3、各庭庭長、首席檢察官、審判官、檢察官等，儘先以各該地區之資深司法官或高級軍法官兼任為原則。惟重要都市或高等法院所在地區之司法官、軍法官，本身任務亦極為繁重，不得不酌設專任人員，以期辦案迅捷。<sup>183</sup>

將這個制度與1944年的特種刑事案件審判條例相比，該制度在形式上更進一步脫離軍事審判範疇，但實際上則更進一步確保由軍法機關控制。附帶一提者，當此一「形式司法、實質軍法」之勘亂時期危害國家治罪條例與特種刑事法庭制度制定前不久，發生在台灣的二二八事件，並未及適用此一規定。而臺灣現地官僚對於二二八事件審理的認識，也是普通司法與軍事審判二擇一。如果二二八事件發生時該特種刑事案件制度已經施行，或許臺灣當局即不需要如此赤裸裸地採取軍事審判，而是透過制度設計較為細膩的特種刑事案件審判程序，將

---

<sup>182</sup> 參見國民政府檔案，卷名：特種刑事法庭組織規程，入藏登錄號：001000006339A，頁66-67。

<sup>183</sup> 頁124-125。

二二八事件人犯交由普通司法範疇的特種刑事審判庭審理，而達到實質上雖屬軍事審判，但形式上確是由普通司法處理二二八事件責任追究的形式法治。

## (二)、1949 變局下的軍事審判權問題

1949 年 1 月，隨著共產黨軍隊的逼近長江，國民政府再度出現跟共產黨和談的想法。結果不僅造成總統蔣介石的下野，接任總統的李宗仁更為了和談成功而主動調整各地剿匪機關跟法制，如將各地「勦匪總司令部」改為「軍政長官公署」、取消全國戒嚴令，並撤銷特種刑事法庭，廢止「勘亂時期危害國家緊急治罪條例」。結果為了因應行憲而制定的「勘亂時期危害國家緊急治罪條例」跟特種法庭制度，在實施不到兩年後即告結束。結果，和談還是未能成功，同年 4 月，共產黨軍隊渡過淮河，直逼長江，國民黨在中國大陸的政權已經岌岌可危。

眼見國民政府在剿匪的行動危在旦夕，當時已經辭掉總統的蔣介石以國民黨總裁身分安排退路。1949 年 5 月 19 日，臺灣省政府主席兼臺灣省警備總司令陳誠上將頒布《臺灣省戒嚴令》，宣告自革日零時起在臺灣省全境實施戒嚴，並宣布對某些重大違反行為處以唯一死刑。5 月 24 日，立法院再三讀通過《懲治叛亂條例》，將內亂、外患與其他許多軍事相關犯罪，定義為叛亂行為，並科以重刑，並規定犯本條例之罪者，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。(第 10 條)。透過這類嚴刑峻法與軍事審判的法制化，徹底清理台灣的共產黨勢力，以作為國民黨政府對抗共產黨的最後基地。

此後國民政府中央機關陸續撤至台灣。為加強台灣地區的防衛，9 月成立台灣保安司令部與台灣省防衛司令部。12 月 8 日行政院緊急會議，決議遷都臺北，並自 9 日起在台灣辦公。

在國民政府撤退台灣的過程中，前述 5 月 19 日的戒嚴令也在 11 月 2 日台灣被納入接戰地域後，變成全國性戒嚴的一部分，並於 1950 年 1 月由東南行政長官公署陳誠公告。<sup>184</sup>

台灣被宣告為接戰地域對於台灣的軍事審判權具有重大意義。根據 1949 年 1 月修正的戒嚴法第 7 條規定，戒嚴期間由最高治安機關掌管接戰地域內之地方行政事務與司法事務。也就是說，台灣的最高治安機關在 1949 年底之後，同時掌管了行政與司法事務。戒嚴法第 8 條則規定，下列刑法上犯罪，得由軍事機關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。」<sup>185</sup> 也就是說，將台灣納入接戰地域後，除了《懲治叛亂條例》規定的犯罪外，對於普通刑法上的犯罪，軍事機關也取得了廣泛的審判權。至此，於二二八事件時尚須取得中央同意才能行使的軍事審判制度，至此因為台灣實施戒嚴而成為常態性制度，並被廣泛運用於《懲治叛亂條例》與戒嚴法第 8 條規定的各種刑事犯罪中。

## 第五節、結論

戰前國民政府的軍事審判體制，從 1924 年廣州國民政府建立後，即為重要的審判制度。其背後原因，與國民黨總理孫

---

<sup>184</sup> 有關 1949 年台灣戒嚴令的過程，可參見薛化元，〈戰後台灣長期戒嚴合法性與正當性的再考察〉，《台灣風物》，第 69 卷 3 期，2019 年 9 月，頁 97-124。

<sup>185</sup> 關於戒嚴法之內容，可參考立法院法律系統：

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?001372B70D7A0000000000000A00000000200000^01428037123100^00011001001>。2021 年 2 月 28 日瀏覽。



文所著作之建國大綱中所揭示的三階段建國論有關。1928年北伐完成後，國民政府開始進入訓政階段，也因此成為法治建設與限制軍事審判權的契機。1928-1931年完成的刑法、刑訴與訓政時期約法，象徵了這個時期的法治建設成果，軍事審判被限縮於軍人犯罪，1930年的陸海空軍審判法，與普通刑事訴訟法的規定，共同構成了二元刑事審判制度的基礎。但是這樣的刑事審判原則，馬上面臨挑戰。隨著各地匪徒與共產黨問題，國民政府很快同意對特種案件採取軍事審判，使得軍事審判權並未因為訓政約法的實施而受到壓抑。

1932年後，隨著中原大戰結束，剿共達到一定成果，法治派持續推進法治進展，於1935-36年先後完成刑法、刑事訴訟法修正，並完成五五憲草，以預備立憲。同時要求限縮軍事審判權的範圍。但是在蔣介石剿匪的理由下，最終仍維持剿匪期內活用軍事審判權，以及懲治盜匪條例的軍事審判權。並在其他特種刑法方面也採取軍事審判權。1937年對日抗戰後，更大舉擴張軍事審判權的範圍。

1943年隨著戰爭勝利漸露曙光，收回治外法權同時，也讓國民政府重新思考限縮軍事審判權，在經過一年多的討論與折衝後，最後於1944年公布了特種刑事案件審判條例，一方面廢止某些犯罪的軍事審判，但同時將這些犯罪定為特種刑事案件，並就其審判程序，規定為普通司法的特別程序，而實質上延續軍事審判程序；尤有甚者，未免特種刑事審判治度失靈，另外制定軍法與司法人員互通辦法，以確保軍法人員進入普通司法中主持特種刑事司法審判，而達到形式普通司法、實質軍事審判的目的。

二戰結束後，國民政府因為復員行動，而進一步整理特別刑事法令與軍事審判權範圍。惟此一努力旋因國共內戰爆發而產生變數。為處理共產黨的問題，國民政府再度增加了刑事特別法令與擴大軍事審判權，並於1947年宣布動員戡亂。但另

一方面，國民政府也推動行憲，結果在戡亂與行憲的衝突下，重新檢討了與共產黨有關的特別刑事法制與軍事審判問題，而產生了動員戡亂時期危害國家緊急治罪條例與特種法庭制度，但另一方面，則透過 1948 年 12 月與 1949 年 7 月兩次的全國戒嚴令，合法地擴大軍事機關的審判權限。

此種以戒嚴令宣告來擴大軍事審判權的作法，同樣發生在台灣。1947 年 2 月的二二八事件爆發後，長官公署即曾在戒嚴後請求將事變份子的審判交由軍事機關負責。1949 年 5 月 20 日，台灣省再度宣告戒嚴後，《懲治叛亂條例》，規定在戒嚴地區犯叛亂罪者，不論身分概由軍事機關審判。11 月間，台灣被納入接戰區域，軍事機關因而依照戒嚴法規定進一步取得更多的刑事犯罪審判權。

根據上述國民政府軍事審判權的發展史，可以認為戰前國民政府內部始終存在普通司法（法治派）與軍事審判（軍治派）的對抗，雖然軍政進入訓政之初，因為法治建設需求使得法治派得以逐步引進普通司法制度，甚至成為國家基本法（訓政約法、五五憲草）中的原則，但是在實際的統治過程中，隨著軍治派的逐漸掌權，軍事審判權不斷被擴張，到對日戰爭期間，不論在實體法、程序法與軍事機關方面，都有許多特別規定。1943 年後儘管因為回收治外法權而改革軍事審判制度，軍治派仍透過普通司法特別規定的特種刑事案件審判制度，達到「形式普通司法、實質軍事審判」，而實質維持龐大軍事審判權之目的。戰爭結束後法治派因為復員與行憲等契機，而得以進一步要求落實普通司法原則，但與此同時，國共內戰爆發則再度使得軍治派抬頭，並且隨著國共內戰的失利而更加合理化軍事統治與軍事審判權，最後在全國戒嚴的情況下使軍事審判權的擴張常態化，台灣也在 1949 年的兩次戒嚴後，被納入此一常態化的戒嚴軍事統治與軍事審判體制中。

## 第五章、威權統治的軍事審判實踐

### 第一節、軍事審判範圍

抗戰時期，政府進入到武漢，以豪秘廳漢電將貪污案件劃歸軍法管轄。進入到四川後，所有內亂外患，公共危險，軍機防護，妨害兵役，糧食管理，囤積居奇，私鹽治罪，妨害國幣，走私，懲治土劣，查勁敵貨，管理農礦工商等案件，均由軍法審理，可以說是軍法極度擴張時期<sup>186</sup>。

1925年汪馥炎和李祚輝合草的中華民國聯省憲法草案的第84條規定：「現役軍人除軍事犯罪應由陸海空軍軍法法院審判外，其刑事犯罪及民商訴訟，概由法院審判之」，亦即縱然是現役軍人也可由普通法院來管轄<sup>187</sup>。憲法第9條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」對於這樣的規定，有論者認為這是絕對保障原則，亦即不論戰時或平時，軍事機關審判的對象都應只限於現役軍人。為何做出這樣的詮釋？是相較於1931年的中華民國訓政時期約法第9條是：「人民除現役軍人外，非依法律不受軍事審判」。其中「非依法律」在現行憲法的刪除，即代表著從相對保障原則轉變為絕對保障原則，否則非依法律的刪除將變得沒有意義<sup>188</sup>。依照這樣的觀點，戒嚴法第8條與憲法第9條是相互抵觸。

1947年二二八事件後，為國治時期的首度戒嚴。1948年，國民黨政府旋即宣告第二次的戒嚴，將台灣省等5地外，全國

---

<sup>186</sup> 陳則東，〈從軍法之起源說到軍法制度之改革〉，《軍法專刊》，第1卷第6期，1952年10月，頁27

<sup>187</sup> 傅正，《向蔣家父子挑戰》，自版，1989年，頁81。

<sup>188</sup> 傅正，《向蔣家父子挑戰》，頁82。

緊急戒嚴，如今的金門、馬祖、東沙及南沙地區自此即進入戒嚴。台灣本島和澎湖群島則是因台灣省警備總司令部<sup>189</sup>公布「台灣省戒嚴令」，台灣省成為接戰地域，自1949年5月20日開始戒嚴。由國防部執行台灣省戒嚴業務，1954年11月13日修正公布台灣省戒嚴業務執行辦法。依照該辦法規定：國防部統一掌理台灣全省軍人及非軍人戒嚴業務，分別由台灣省防衛司令部、台灣省保安司令部與台北衛戍司令部執行。台灣防衛總部秉承國防部執行全省軍人戒嚴業務，台灣省保安司令部則是負責非軍人戒嚴業務，以上兩者都不包含台北衛戍區，台北衛戍區則由台北衛戍司令部負責。1958年7月1日以後，以上三者全部轉移台灣警備總司令部統一執行，如果是澎湖地域，則由澎湖防衛司令部負責執行<sup>190</sup>。

戒嚴是指民主國家為了因應戰爭或非常事變等緊急狀態，為維持社會治安，於全國或特定區域，施以兵力戒備，並將警備地區內的民政機關之職權移轉到軍政機關行使，來加以限制或剝奪人民的自由與權利，由此所採取的憲政獨裁手段<sup>191</sup>，希望透過這個手段來維繫日後憲政秩序。可以看到兵力的加強與暫停一般的法律，透過軍事法令來統治，政府職能部分或全部委由由軍事機關處理，為戒嚴的特色。戒嚴權之性質，有軍令權說、政務權說、非常警察權說與習慣法上權力說，從戒嚴法第一條第一項：「戰爭或叛亂發生，對於全國或某一地域應施行

---

<sup>189</sup> 1945年9月1日台灣省警備總司令部創建於重慶，所屬上級為國防部和軍事委員會；1947年5月1日改為台灣全省警備司令部，所屬上級為國防部；1949年2月1日改為台灣省警備總司令部，所屬上級有國防部和東南軍政長官公署；同年9月1日改編為台灣省保安司令部，所屬上級有行政院和東南軍政長官公署；1958年7月1日再改成台灣警備總司令部，由台北衛戍總部、台灣防衛總部、台灣省保安司令部、台灣省民防司令部等單位合併而成，所屬上級為國防部。見：《台灣省警備總司令部沿革史第一輯》，台灣警備總司令部總司令辦公室編印，出版年不詳，頁54-57。

<sup>190</sup> 李秉才，〈戒嚴時期對於戒嚴法應有的認識（二）〉，《軍法專刊》，第7卷第2期，1961年2月，頁15。

<sup>191</sup> 張劍寒，《戒嚴法之研究》，軍法學校，1962年，頁5-6。

戒嚴時，總統經行政院會議之議決，立法院之通過，依本法宣告戒嚴或使宣告之。」來看，戒嚴權需經行政權議決，再經立法權通過，總統不能逕自宣告戒嚴，故學者認為從這個制度來看戒嚴權是屬於政務權的發動<sup>192</sup>。

儘管施行了戒嚴，也有人認為依戒嚴法實施戒嚴，程序緩慢，不能因應戡亂之序要，所以由第一屆國民大會依修憲手續，制訂動員戡亂時臨時條款，使「行憲政府可以戡亂，戡亂政府可以行憲<sup>193</sup>」。其中第 1 條規定：「總統在動員戡亂時期，為避免國家或人民遭遇緊急危難，或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議，為緊急處分，不受憲法第三十九條或第四十三條所規定程序之限制。」而憲法第 39 條就是戒嚴之規定，換句話說變相形成非戒嚴程序的戒嚴，如此形成戒嚴二元制：一者為憲法第 39 條之戒嚴；另一為依臨時條款之戒嚴<sup>194</sup>。

戒嚴法的第 8 條規定顯示軍事機關在接戰地域中可以取得特定刑事案件的審判權。：「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。

<sup>192</sup> 張劍寒，《戒嚴法之研究》，頁 19。

<sup>193</sup> 張劍寒，《戒嚴法之研究》，頁 84。

<sup>194</sup> 張劍寒，《戒嚴法之研究》，頁 93-94。張劍寒認為無在依臨時條款宣告戒嚴之必要，再加上臨時條款本身亦非憲法，卻可以不受憲法之拘束，顯然抵觸憲法，見：張劍寒，《戒嚴法之研究》，頁 94-95。

十、毀棄損壞罪。

犯前項以外之其他特別刑法之罪者亦同。」

其立法意旨在於，確保接戰地域有關國防軍事或對社會治安有重大關係之刑事案件，由軍事機關審判，期望由明快簡當的即決裁判來穩定秩序<sup>195</sup>。哪些刑事案件由軍事審判所管則由軍事機關自由裁量。

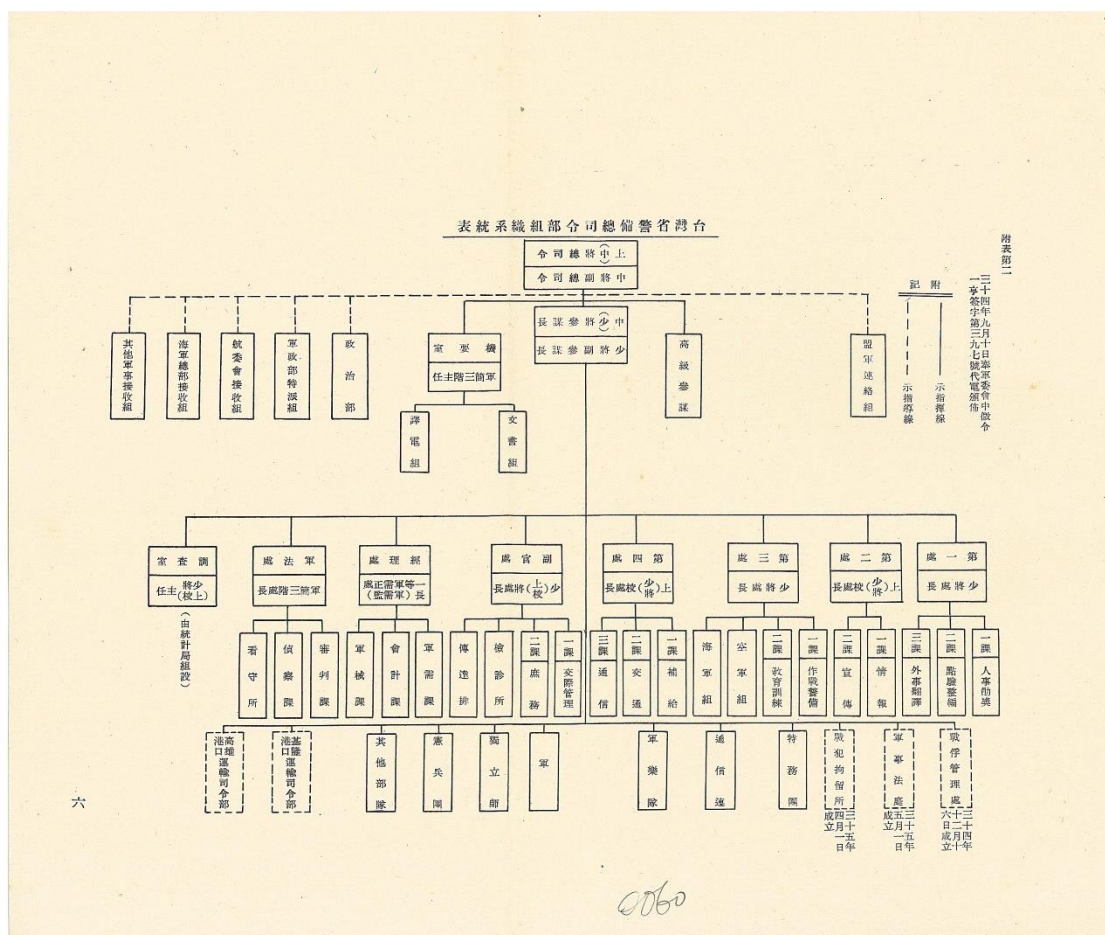
政治犯的審判中，大多數由警備總部軍法處進行審判。警備總部本身並無法源依據存在<sup>196</sup>，但警總卻包含自情治、偵查、軍法審判乃至於執行一連串的機能，如此各個機能之間的除錯機制更加難以發揮。

---

<sup>195</sup> 張劍寒，《戒嚴法之研究》，頁 155。

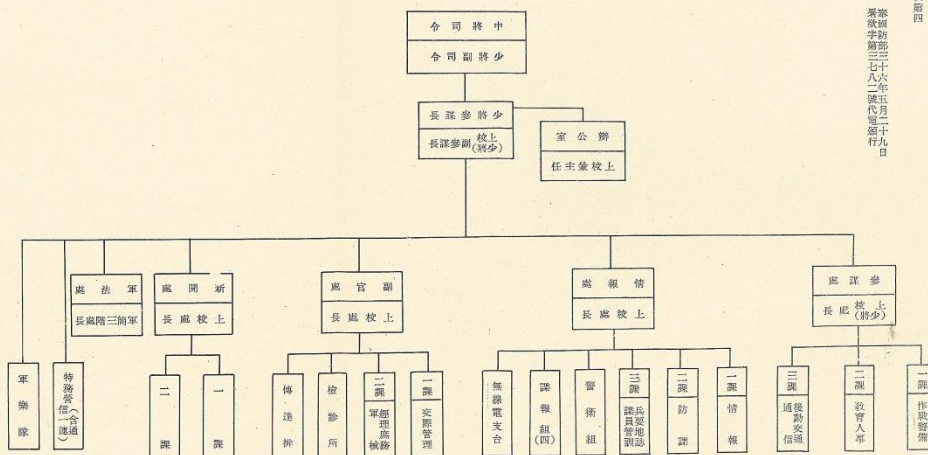
<sup>196</sup> 蘇瑞鏘，《威權統治時期軍事審判體制之研究》，促進轉型正義委員會委託研究，2020 年，頁 22。

圖表 二、台灣省警備司令部組織表（資料來源：《台灣省警備總司令部沿革史第一輯》）



台灣全省警備司令部組織表（資料來源：《台灣省警備總司令部沿革史第一輯》）

表統系織組部令司備警省全灣台



附長節四  
華國防部三十七年五月二十九日  
軍機字第三七八一號代通函行

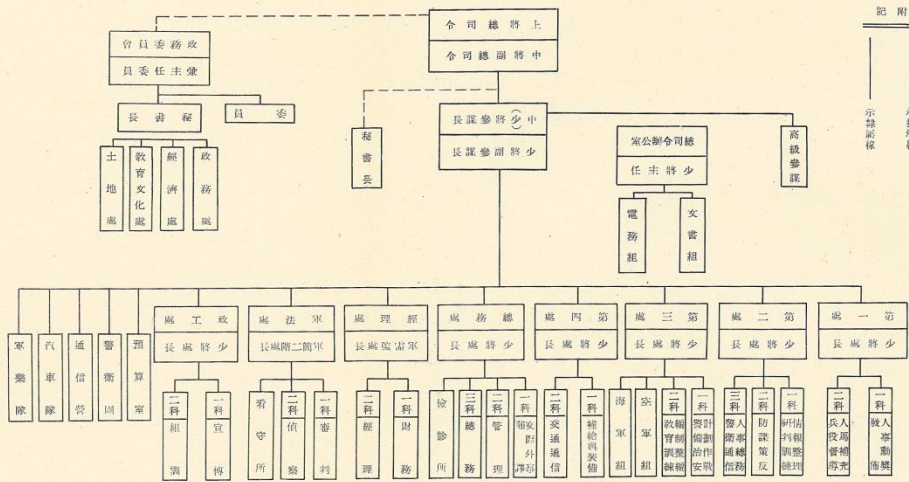
八

0862

圖表 三、台灣省警備總司令部組織系統表（資料來源：《台灣省警備總司令部沿革史第一輯》）



表統系織組部令司總備警省灣台



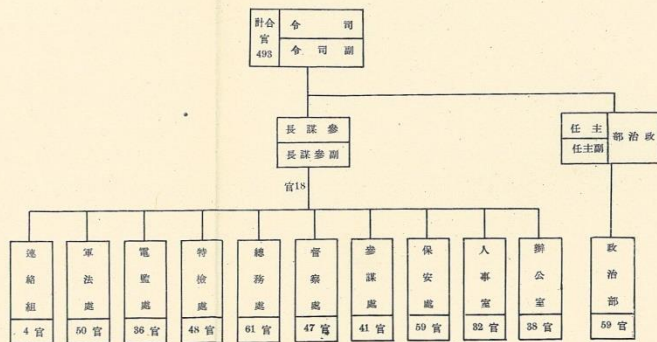
圖表 四、台灣省保安司令部組織圖（資料來源：《台灣省警備總司令部沿革史第一輯》）

表制編部令司安保省灣台

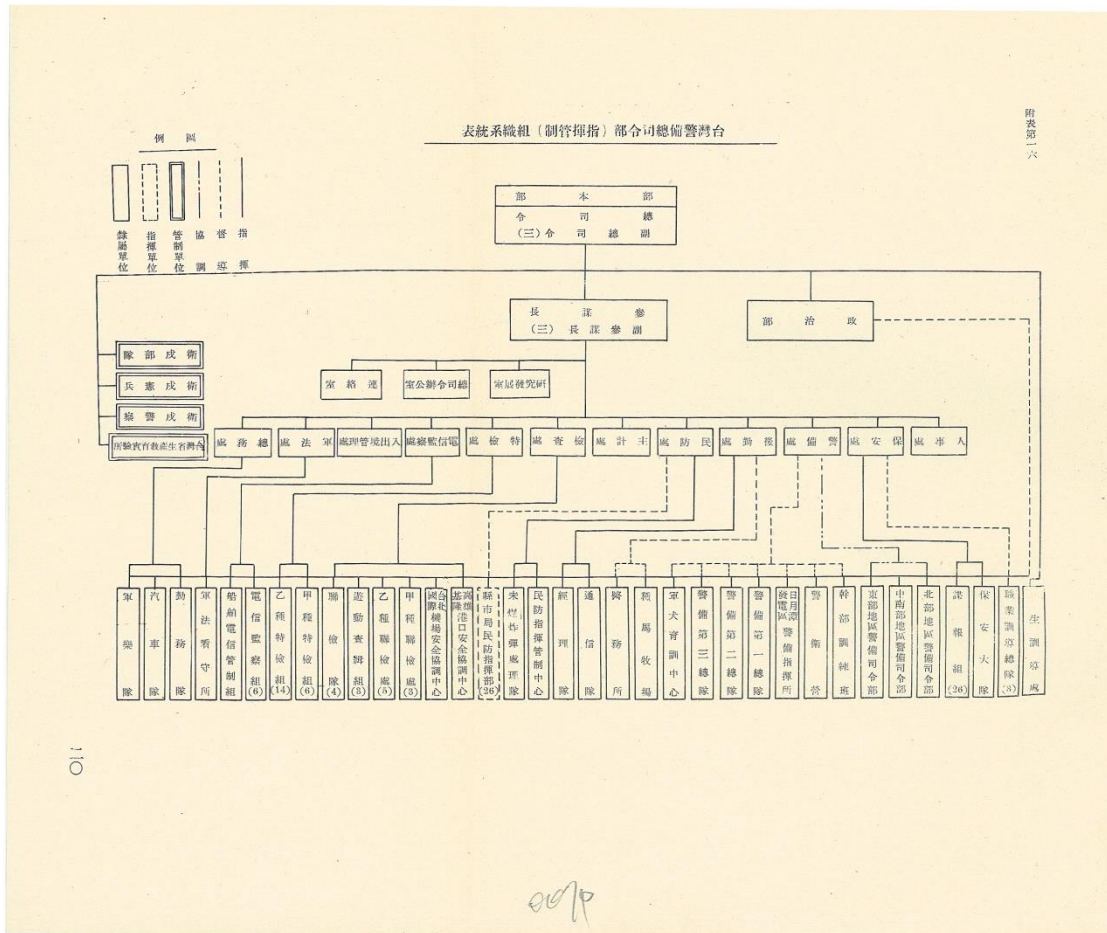
附表第八

註 附

表內特檢處，原稱警電檢查所，隸屬保安處。  
四十二年八月奉國防部核准改為直轄本部，並四十二年六月  
復奉國防部令編號子第五一七號令改編為特檢處。



圖表 五、台灣省保安司令部組織圖（資料來源：《台灣省警備總司令部沿革史第一輯》）



圖表 六、台灣警備總司令部組織圖（資料來源：《台灣省警備總司令部沿革史第一輯》）

1950年9月的「臺灣防衛總司令部暨臺灣省保安司令部戒嚴業務執行辦法」第2條規定：「國防部統一掌理臺灣全省軍人及非軍人戒嚴業務，分別交由臺灣防衛總司令部及臺灣省保安司令部執行，臺灣防衛總司令部執行全省軍人戒嚴業務，臺灣省保安司令部執行全省非軍人戒嚴業務，但應受臺灣防衛總司令部之指揮<sup>197</sup>」。同年11月台灣省保安司令部組織規程第1條規定：「動員戡亂時期，為確保台灣省之治安，加強肅奸、防諜，協助緝私、檢查，管制物資、交通，暨執行非軍人身份之戒嚴業務，特設立台灣省保安司令部（以下簡稱本部），依狀況得設

<sup>197</sup> 《臺灣省政府公報》，39:秋:68，1950年9月14日，頁931-932。

置保安分區，暨協助緝私、檢查、管制等機構。<sup>198</sup>」同規程第 2 條：「本部受國防部之指揮監督。<sup>199</sup>」台灣省保安司令部的司令設司令一員，由省主席兼任，綜理該部全般業務；副司令二名；參謀長一名，指導該部全班業務。該部設下列單位<sup>200</sup>：

1. 政治部：掌理組織、政訓、新聞、監察、保防、民運等事宜。
2. 辦公室：掌理文書、電務、收發、印信典守、人事獎懲及不屬於各處（部）業務事項。
3. 保安處：掌理情報、肅奸、防諜、偵訊、保安、編制、教育、訓練等事宜，並設警衛大隊一，諜報組二二，無線電支台一。
4. 督察處：掌理協助緝私、港口（機場）檢查暨交通、通信、物資、出入境等管制事宜。
5. 軍法處：掌理軍法審判、檢查、看守等事宜。
6. 電信監察所：掌理電信偵測、管制、整研等事宜。
7. 總務處：掌理械彈、器材、補給計畫、經理、財務、預算及交際管理等事宜。

另外，同規程第 7 條規定，台灣省保安司令部轄保安幹部總隊、新生訓導處、職業訓練總隊、遊民習藝所各一、游動查勤組三，警衛營、通信兵連、汽車兵連、勤務連、軍樂隊、檢診所各一，暨各港口（機場）檢驗處（組）、檢查所哨、各山地區治安指揮所。又同規程第 8 條規定，該部指揮全省警務暨配屬憲兵部隊<sup>201</sup>。

1959 年之後，統一由台灣警備總司令部執行<sup>202</sup>。相較於台灣省保安司令部仍有組織規程，台灣警備總司令部卻欠缺組織規

<sup>198</sup> 《臺灣省政府公報》，40:冬:36，1951 年 11 月 14 日，頁 402。

<sup>199</sup> 《臺灣省政府公報》，40:冬:36，1951 年 11 月 14 日，頁 402。

<sup>200</sup> 《臺灣省政府公報》，40:冬:36，1951 年 11 月 14 日，頁 402。

<sup>201</sup> 《臺灣省政府公報》，40:冬:36，1951 年 11 月 14 日，頁 402。

<sup>202</sup> 《臺灣省政府公報》，48:春:37，1959 年 2 月 17 日，頁 494。

程，直到 1978 年國防部組織法第 5 條第 2 項修正規定「動員戡亂時期於重要地區設置警備總司令部或司令部；其組織由國防部定之。」進而由此當法源依據，制訂了「台灣警備總司令部組織規程」，只是台灣警備總司令部組織規程第 1 條言明本規程是由國防部參謀本部組織法第 4 條規定訂定之，但是國防部參謀本部組織的法源即國防部組織法中並沒有規定台灣警備總司令部為國防部參謀本部的轄下機關，使得台灣警備總司令部繼續是地下黑機關<sup>203</sup>。

戒嚴地區的非現役軍人的軍法審判，是以授權執行戒嚴業務之軍事機關為軍事審判機關，依其機關之等級分別為初級或高級。所以在台灣是由警備總司令部及警備區司令部分別為初級及高級軍事審判機關<sup>204</sup>。不過其實在 1951 年時，臺灣省議會第一屆第十一次大會舉行第十三次會議時，原體議員提出臨時動議，要求將軍人、匪諜及搶劫重大案件外的一般案件，由普通法院審理。理由有幾點：1. 軍法管轄範圍擴擊倒未必特別重大之一般案件，人心充滿不安；軍法案件的當事人不能自行指定辯護人。為建立人民對本身權利已獲充分保障之信心起見，沒必要送到軍法之案件，似乎已送到審理程序和較能夠保障涉案者的普通法院為宜；3. 民主法治之國家，除軍事犯外之案件，均由法院辦理。尤其當時台灣省作為自由中國反共之基地，應樹立法治之基礎；4. 為了保障人民之權利與自由，非匪諜及特殊重大案件，應歸屬普通法院<sup>205</sup>。按照決議，分呈總統府及行政院等。這也促成了後來軍法及司法機關受理案件劃分辦法的緣起。

1951 年時，行政院院會上，國防部與司法行政部兩部針對軍法及司法機關受理案件劃分之原則，加以討論請求核定。緣

---

<sup>203</sup> 《立法院公報》，第 2062 號，1987 年 7 月 11 日，頁 60-61。

<sup>204</sup> 胡開誠，《軍事審判法論釋》，頁 41-42。

<sup>205</sup> 汪禕成，〈二十年來台灣地區軍法與司法機關刑事審判權之劃分〉，《法令月刊》，第 21 卷第 10 期，1970 年 10 月，頁 225。

起於有台灣省參議會代表建議，提出將軍人匪諜及搶劫重大案件以一般案件送法院辦理一案，司法行政部認為不無見地，但應提出具體辦法；國防部認為依據戒嚴法第8條由軍事機關審理案件，均與國家安危社會秩序及軍事利害有關，非受明快簡當之軍法審判，不足以配合國策<sup>206</sup>。如此司法行政部和國防部對於這個提案的態度不同。到底哪些案件應由軍事審理？哪些應由法院審理？其標準未明定，兩部認為應與軍事有關係或地方治安有重大關係者，屬於軍事機關審理，否則應由法院審理<sup>207</sup>。據此，行政院通過臺灣省戒嚴時期軍法及司法機關受理案件劃分暫行辦法<sup>208</sup>；但蔣介石指示軍法與司法機關受理之案件應再從速明確劃分，於是隔年廢止公布施行「臺灣省戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法<sup>209</sup>」。1952年行政院頒佈「台灣省戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法」，規定軍事機關自行審判之案件有：「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，犯懲治盜匪條例所定之罪；四，非軍人勾結軍人犯懲治走私條例所定之罪；五，犯刑法公共危險，妨害秩序之罪，於地方治安有重大危害者」。其中第2條第5款之內容，司法行政部得呈准行政院對各主管機關予以必要之詳細事項。1951年的案件劃分辦法一定程度上有限縮軍事審判範圍，只不過後來又將偽造文書、非法出入境、重大鴉片罪、販賣軍火罪、火燒山林罪得又劃歸軍事審判<sup>210</sup>。

<sup>206</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第二十冊一九九至二〇二〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00047-004。

<sup>207</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第二十冊一九九至二〇二〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00047-004。

<sup>208</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第二一冊二〇三至二〇八〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00048-006。《總統府公報》第346期，1952年5月13日，頁1。

<sup>209</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第二九冊二三九至二四三〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00056-001。

<sup>210</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第六九冊三六一至三六四〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00096-003。薛月順，曾品滄，

但是行政院的函示即可能改變軍事審判範圍。像是 1954 年 3 月 4 日，行政院以台 43 法字第 1381 號電：「刑法第 186 條及 187 條之罪，劃歸軍法審判，應包括販賣、運輸、持有等罪在內。<sup>211</sup>」刑法 186 條刑度不過 2 年，但竟由軍事審判為之。

1954 年時，台灣的狀況被認為比較安定。另外。因為包啟黃貪污濫權的關係，造成許多民眾對於軍事審判的懷疑<sup>212</sup>。再加上，實際運作常沒有按照案件劃分辦法，引起輿論批評，監察院因應輿論而提案糾正；另外一方面，也對了向海外宣傳的緣故<sup>213</sup>，這些一定促成了案件劃分辦法的限縮<sup>214</sup>。蔣介石就法治改革提出四項意見：1. 重新劃分軍事與司法之審判範圍；2. 改進軍法審判程序；3. 疏導軍事監犯；4. 提高軍法人員素質<sup>215</sup>。因而帶動案件劃分辦法的修正，使得軍法機關的審判範圍只限於：1. 軍人犯罪；2. 犯戡亂時期檢肅匪諜條例和懲治叛亂條例之罪。另外還要求各機關確實遵守提審法之規定，不得非法逮捕拘禁或羈押<sup>216</sup>。

但是也要附帶一提，當時最高法院的判決就軍人軍屬犯軍法以外之罪是否應受軍事審判有不太相同的意見，一定程度上可以限縮軍事審判的範圍。最高法院 42 年度 台非 字第 19 號 判例：陸海空軍審判法第一條第一項，陸海空軍軍人犯刑法所揭各罪者，依該法審判之規定，於刑事訴訟法施行後，依後法優於前法之原則，已因刑事訴訟法第一條第二項所定軍人軍

---

許瑞浩主編，《從戒嚴到解嚴》，國史館，2000 年，頁 119，130-133。

<sup>211</sup> 傅正，《向蔣家父子挑戰》，頁 88

<sup>212</sup> 傅正，《向蔣家父子挑戰》，頁 88

<sup>213</sup> 關於僑胞和外國人對於台灣軍事機關森羅密佈的擔心，見：陶百川，《為人權法治呼號》（傳記文學，1975 年）頁 20-21。

<sup>214</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第二六九冊一〇〇五至一〇〇七〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00296-003

<sup>215</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第六九冊三六一至三六四〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00096-003。

<sup>216</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第六九冊三六一至三六四〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00096-003。

屬之犯罪，除犯軍法應受軍事裁判者外，仍應依本法規定追訴、處罰之明文，而停止其效用，是軍人軍屬犯軍法以外之罪者，除另有特別規定者外，自應依刑事訴訟法之規定追訴、處罰，至為明顯。如此就軍人犯了軍法以外之罪，法院亦有審判權。其主要理由有二：1. 刑事訴訟法頒行在後，陸海空軍審判法頒行在前，後法優於前法，所以軍人犯罪的審判權，應依後法的規定。2. 其就 35 年的函示規定解式微，軍人軍屬犯軍法以外之罪，「得」暫照陸海空軍審判法辦理，並非排斥刑事訴訟法規定。但最高法院這個見解遭到檢察官王建今的批評：誤解了後法優於前法的意思<sup>217</sup>。

此外，雖然非軍人身份者會適用軍事審判，但具體適用的法律，有論者認為：陸海空軍審判法以及戰時陸海空軍審判簡易規程不適用於非軍人犯罪而受軍法審判案件，而應該適用刑事訴訟法程序，但其上訴權因為戒嚴法規定而受到暫時限制<sup>218</sup>。

1957 年時，監察院認為案件劃分辦法第 3 條「除前條所定外，其餘案件一律交由法院審判」沒有說明清楚「審判」是否包含偵查訊問逮捕逮捕等職權，決議從今以後應包括偵查訊問逮捕逮捕等職權，軍法機關不得行使這項職權。另外，如果因牽連犯中有一罪應受軍法機關審判，軍法機關固得行使偵查訊問逮捕逮捕等職權，但不得以先行拘禁為調查方法<sup>219</sup>。

那麼，對於這樣的管轄劃分該如何看待？1959 年的聯合報社論對此這樣表示：「事實上，在過去極長一段時間，軍事審判，根本沒有遵守陸海空軍審判法所規定的範圍，不僅非軍人犯軍法第二條列舉之罪，常是由軍事法庭審判，甚至犯第二條所列

---

<sup>217</sup> 王建今，〈論軍事審判權與司法審判權〉，《軍法專刊》，第 4 卷第 3 期，1955 年 3 月，頁 5。

<sup>218</sup> 范明，〈論軍法審判非軍人適用訴訟法問題〉，《軍法專刊》，第 2 卷第 7 期，1953 年 7 月，頁 18。

<sup>219</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第一二一冊五三〇至五三二〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00148-002。《司法專刊》，第 80 期，1957 年 11 月 16 日，頁 3458。



舉以外之罪，也同樣可以由軍事法庭審判，以致軍法與普通司法的管轄範圍，弄得混淆不清，前者時時侵越後者，憲法所保障的人民身體自由，也時時受到侵犯。為挽救此種零亂狀態，乃有四十二年十月間案件劃分辦法之修正公佈。這個劃分辦法在當時是一個重大的改革，但其規定，又與陸海空軍審判法不相符合，因為它規定「犯戡亂時期檢肅匪諜條例、懲治叛亂條例所定之罪」的非軍人，也劃歸軍法審判了。此不僅使軍事法庭得以審理非軍人，且非軍人而適用軍法的犯罪種類，亦大見擴展。其實，陸海空軍刑法及陸海空軍審判法並未廢除，且它們本來就適用於非常時期（其條文均關係戰時的犯罪且有「戰地」及「戒嚴地區」等明文），而又別立「劃分辦法」，兩者的規定且相差甚遠，究該如何適用，才不算違法，實在令人大感疑惑。<sup>220</sup>」雖然可以想像國民黨政府可能可以用戒嚴法第 8 條來作為解釋的理由，但軍事審判與司法審判之間的界線模糊化可以從這番言論清楚地看。

為什麼聯合報會有這個批評？與當時發生的一個實際案例有關。1959 年在基隆發生一件鉅額的走私案，行政院對於這一個案子下達命令應依照戒嚴法第八條及懲治走私條例第一條之規定，特准由軍法機關審判<sup>221</sup>。主要是行政院長陳誠認為：「該批私梟目無法紀，竟在戒嚴地區，宵禁時間，糾眾公然從事包庇走私不法勾當，關係社會安甯秩序及關稅收入至深且鉅，危害國家安全莫此為甚，應依戒嚴法移付軍法審判，並予嚴懲<sup>222</sup>。」為了政府有決心根絕走私，並防止匪諜藉走私滲透入境，陳誠並認為今後凡在戒嚴地區破獲之走私案件，不論其背景、數量，

---

<sup>220</sup> 〈保障人權與有關法令之修正〉，《聯合報》，1959 年 1 月 4 日，2 版。

<sup>221</sup> 〈基港大走私案 院令軍法審判警總昨由地處提回人犯〉，《聯合報》，1959 年 11 月 20 日，4 版。

<sup>222</sup> 〈基港大走私案 院令軍法審判警總昨由地處提回人犯〉，《聯合報》，1959 年 11 月 20 日，4 版。

一概依戒嚴法移付軍法機關審判<sup>223</sup>。

只不過當時台灣人民認為比起戒嚴法第 8 條，似乎應該是以案件劃分辦法為主要基準來判斷是否適用軍事審判。聯合報社論如此批評：「行政院此一命令援引戒嚴法第八條及懲治走私條例第一條，初看固屬言之成理。戒嚴法第八條條文所稱戒嚴時期，接戰區域內軍事機關得自行審判關於刑法上的十款罪名，原來幾乎是無所不包的。不過，大家都知道，早在民國四十一年五月十日，關於軍法和司法審判案件的劃分，行政院已經公佈實施了一個「台灣省戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法」；這一辦法，且復經行政院於民國四十三年十月十五日補充修正公佈實施，其中第二條對於軍法機關審判案件，採用列舉方式，規定僅以「(一) 軍人犯罪，(二) 犯戡亂時期檢肅匪諜條例及懲除叛亂條所定之罪」為限；第三條且規定除前條列舉者外，其餘案件一律交由法院審理。而衡以這次基隆大走私案的涉嫌人物，既未有軍人身份的人在內，而再看本案所走私進口的管制物資全部為毛織品，又不牽涉匪諜和叛亂行為以及行政院今頒「修正管制物品項目及其數額」甲類一二兩款的槍械兵器和赤化宣傳品，是則根據軍法司法審判案件劃分辦法，本案引用戒嚴法第八條，便似乎十分勉強；引用懲治走私條例第一條，也顯然不合。<sup>224</sup>」

不僅如此，監察委員和基隆市議員也都表示質疑，前者表示難道司法機關就不能夠審理大案件？一定要用軍事審判嗎？<sup>225</sup>基隆市議員們也向行政院請願<sup>226</sup>。雖然一度傳出會移交司法

---

<sup>223</sup> 〈基港大走私案 院令軍法審判警總昨由地處提回人犯〉，《聯合報》，1959 年 11 月 20 日，4 版。

<sup>224</sup> 〈軍法審判基隆走私案的商榷〉，《聯合報》，1959 年 11 月 21 日，2 版。

<sup>225</sup> 〈監委重視基走私案 是否宜交軍法審判 將由司法委會研究〉，《聯合報》，1959 年 12 月 6 日，3 版。

<sup>226</sup> 〈認蔡火炮案 不應交軍法〉，《聯合報》，1959 年 12 月 3 日，4 版。

審判，但最後仍是由軍事審判。從這個案子可以看到，在例外國民黨政府認為案件對於社會治安有影響之虞，就有可能跳脫案件劃分辦法的束縛，用戒嚴法第 8 條來處理犯罪案件。

1967 年修正該辦法名稱為「臺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」，其中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，犯陸海空軍刑法第七十七條、第七十八條之屬於盜賣買受軍油案件及懲治盜匪條例第四條第一項第三款、第二項、第三項、戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條、第十五條之罪<sup>227</sup>。之所以會增加第 3 款的犯罪類型，是因為國防部以各地方的治安單位反映這些相關的案件不斷增加，而司法審判又因程序繁瑣，結案緩慢，所以才會移到軍事審判範圍內<sup>228</sup>。

同年，案件劃分辦法第 2 項第 3 款增加為：「犯陸海空軍刑法第七十七條、第七十八條之屬於盜賣買受軍油案件及懲治盜匪條例第四條第一項第三款、第二項、第三項、戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條、第十五條屬於竊盜或毀損及收受、搬運、寄藏、故買、牙保、熔燬同條例第二條第一項第四款第八款規定之交通設備及器材之罪<sup>229</sup>」。不過，需要注意的是判斷軍法機關管轄與否，也不是單純由案件劃分辦法，有時候立法院會在法律中規定為非軍人身份但在戰地或戒嚴地域犯之者，不論身分，一概由軍事審判機關審判之，例如：妨害軍機治罪條例第 10 條但書<sup>230</sup>。

另外，1975 年時，行政院函請司法行政部，刑事案件與軍

<sup>227</sup> 《司法專刊》，第 193 期，1967 年 4 月 15 日，頁 11。

<sup>228</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第二六九冊一〇〇五至一〇〇七〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00296-003

<sup>229</sup> 〈行政院會議議事錄 臺第二七八冊一〇三一至一〇三三〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00305-003。總統府公報》，第 1886 期，1967 年 9 月 8 日，頁 4。

<sup>230</sup> 《立法院公報》，61 卷 13 期 466 號，頁 27。

事或治安有重大關係者，得報請行政院就個案核定由軍法機關自行審判：如：刑法第 271 條第 1 項，第 272 條第 2 項之殺人既遂罪；刑法第 223 條強姦故意殺被害人罪、懲治盜匪條例第 2 條第 1 項第 6 款搶劫而故意殺被害人既遂罪。犯陸海空軍刑法第 83 條屬於強盜罪之搶奪財物既遂罪、第 84 條結夥搶劫既遂罪<sup>231</sup>。這一個函令與案件劃分辦法兩者呈現一個規範上混亂的關係，既有案件劃分辦法，為何仍需要這個函令？為何不規範在案件劃分辦法？

到了 1980 年代以後，法律實務對於一些模糊地帶的案件是否適用軍法審判與否似乎有節制的傾向。當年花蓮地方法院檢察處提出一個法律問題：「非現役軍人竊盜或毀損私人向電信局承租之電話機，應由軍法機關審理或司法機關審理？」提案機關研議出三案：

「甲案是私人向電信局承租之電話機係戰時交通電業設備及器材防護條例第二條第一項第四款所稱之電話，依案件劃分辦法第二條第三款規定，應由軍法機關自行審判。

乙案是案件劃分辦法係依據戒嚴法第八條而制定，戒嚴法係卅八年一月十日修正，而戰時交通電業設備及器材防護條例，係四十九年四月廿五日公布施行，該條例第十七條既明定犯該條例之罪，除現役軍人由軍法機關審判外，由司法機關審理之，則依後法優於前法之原則，應適用該條例由司法機關審判。

丙案則是認為私人向電信局承租之電話，並不負公共通話通信之責任，非屬交通主管機關所管理，竊盜或毀損私用電話尚不構成戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條第一項之罪，應屬刑法第三百五十四條之毀損罪，應由司法機關審理之。」

三案之中有兩案是傾向用司法機關，最終討論結果是採取

---

<sup>231</sup> 薛月順，曾品滄，許瑞浩主編，《從戒嚴到解嚴》頁 139-140。

丙案<sup>232</sup>。丙案的論理較能夠從所要保護的法益面向來限縮適用私人承租電信局電話的部分可以不適用防護條例。至於乙案的論理在推論上雖沒有側重於個案的狀況進行討論，而是從後法優於前法的部分來認為適用，也縮小了案件劃分辦法的適用空間。

另外一個法律問題中是呈現節制軍事審判適用。1983年時，國防部針對如果少年與成人共犯妨害軍機治罪條例案件時，審判權如何劃分一事，提請行政院核釋。從妨害軍機治罪條例第10條但書來看，觸犯本條例者不論其身份，均應依軍事審判。但是少年事件處理法第4條規定：「少年犯罪依法應受軍事審判者，除觸犯懲治叛亂條例或戡亂時期檢肅匪諜條例之罪外，得依本法規定管訓之。」所以，少年事件處理法對於本案亦有審判權。後來，法務部認為基於少年事件處理法保護優先主義，以及案件劃分辦法第2條及第3條規定，認為以普通法院之少年法庭處理為佳<sup>233</sup>。其後，這個見解也成為最高法院判決要旨<sup>234</sup>。

台灣社會也有縮小軍事審判的倡議，像是中國人權協會理事長杭立武曾經在動員戡亂時期軍事審判的會議上，表示應該要考慮用其他法律來取代戒嚴法。該會議甚至做成結論，認為應該要縮小軍事審判對於人民的範圍<sup>235</sup>。最後，1987年時行政院廢止案件劃分辦法<sup>236</sup>。

## 第二節、辯護權導入和限制

在辯護權導入軍事審判制度之前，曾任軍法官的董舒翹曾

<sup>232</sup> 《法務部公報》，第32期，1983年2月，頁79-80。

<sup>233</sup> 《法務部公報》，第37期，1983年7月，頁119-120。

<sup>234</sup> 《司法院公報》，第26卷第1期，1984年1月，頁107-108。

<sup>235</sup> 民眾日報，1984年12月10日，10版。

<sup>236</sup> 《總統府公報》，第4795期，1987年7月15日，頁1。

這樣描述被告的不利情境：「我國軍法案件，在未採用辯護制度以前，被告所受的損害，自不能說是絕對沒有，因為軍事檢察官與審判官的關係，較為接近，對於案件的進行，或不免先入為主，且軍事檢察官深諳法律，當執行職務，行使追訴權時，自非欠缺法律知識的被告所能抗辯，尤其是被告受追訴後，如果恐怖心重，或是詞難盡意，那就更不能作適當的防禦了<sup>237</sup>」充分顯示軍法官也意識到舊法時期被告因為沒有辯護權保障的困境。

1951年，行政院發佈「軍事機關審判刑事案件補充辦法」<sup>238</sup>，其中第2條規定軍事審判機關應設置公設辯護人。軍事審判之案件最輕本刑5年有期徒刑以上者，軍事審判機關應指定公設辯護人。

1952年時，台北市律師公會等請願「為軍事機關審判非軍人之刑事案件，應准被告選任辯護人，懇請訂立程序法，以保障人權案」，立法院於第8會期第23次會議決議該請願成為議案，並作成決議送行政院：「軍事審判應依陸海空軍審判簡易規程第八條適用刑事訴訟法規定，准許選任辯護人，但對國防機密或有關軍譽之案件，不適用之。<sup>239</sup>」。對此，行政院函復立院以「公設辯護人制度施行以來，收效頗宏，擬先予加強改進，再行採用選任辯護辦法」<sup>240</sup>。對此，立法院民刑商法國防委員會認為在現行法律未有變更時，不應以已經有公設辯護人制度來剝奪選任辯護人的權利，更不應以政府正在研擬修正陸海空軍審判法草案，其中列有選任辯護人專章，以及審判案件劃分辦法中軍事機關審判範圍縮小，而阻礙被告選任辯護人之權限

---

<sup>237</sup> 董舒翹，〈軍事審判法之訴訟程序〉，《軍法專刊》，第6卷第7期，1957年7月，頁28。

<sup>238</sup> 《總統府公報》，第297期，1951年1月30日，頁1。

<sup>239</sup> 〈此後軍事審判准選任辯護人〉，《聯合報》，1953年7月10日，1版。

<sup>240</sup> 〈應准選辯護人〉，《聯合報》，1953年4月8日，3版。

最後，在 1953 年時，行政院決定配合，實施軍事機關審判刑事案件選任辯護人辦法：軍事審判除有關國防祕密及軍人軍譽案件外，應准許被告選任辯護人<sup>242</sup>。這些變化也成為日後的軍事審判法的基本原則。在一些政治案件中也可以看到律師也提供被告一定的協助和幫忙<sup>243</sup>。不過即使軍事機關審判刑事案件選任辯護人辦法第 1 條規定，除了有關國防機密或有關軍譽之案件外，得選任辯護人。國防機密與有關軍譽的認定其中包含懲治叛亂條例第 2.3.4.5.6.7 各條之案件，以及觸犯戡亂時期檢肅條例之罪<sup>244</sup>。此外，辯護人資格需為：1. 向國防部登錄之律師；2. 曾任軍法官，軍事檢察官或軍事公設辯護人者；3. 陸海空軍將校級軍官或其同等及軍人。尤其第 3 款資格不保證有受到法學教育訓練，因此是否能夠落實辯護權保障不無疑問。

### 第三節、偵查

陸海空軍審判法時期雖然對於偵查規定不足，但是有關的偵查、羈押與強制處分仍是需要符合一定的規定。像是 1952 年 1 月 3 日行政院發佈軍法機關羈押人犯注意事項，其中第 1 條規定：「依法應受軍法審判之被告（以下簡稱被告）因犯罪嫌疑被逮捕拘禁者，執行機關應即將原因告知其本人或家屬至遲需於二十四小時內，移送該管有審判權之軍事機關訊問」。另外該注意事項，也提到非無羈押之必要不得羈押，以及羈押期間已滿未於期滿前裁定延長或未經起訴或裁判者，視為撤銷羈押。

---

<sup>241</sup> 《立法院公報》，第 11 卷第 3 期，1953 年 5 月 15 日，頁 10-11。

<sup>242</sup> 〈此後軍事審判准選任辯護人〉，《聯合報》，1953 年 7 月 10 日，1 版。

<sup>243</sup> 如：葉惠芬編輯，《李武忠案：史料彙編》，國史館，2008 年，頁 11。

<sup>244</sup> 范明，〈論軍法機關選任辯護問題〉，《軍法專刊》，第 3 卷第 1 期，1954 年 1 月，頁 29。

又，令狀原則仍是有所適用，像是在偵查時的強制處分。以台灣省警務處請示警務機關所發拘提案犯之手令公函可否視同拘提票狀？對此是採取否定見解<sup>245</sup>。

軍事審判法針對偵查的規定比起陸海空軍審判法等較為詳細許多。

依照國防部 50 年 7 月 5 日澈淨字第 41 號令：「查台灣警備總司令部保安處之職掌，依照規定負有偵查匪諜，保安檢察及稽查等任務，執行此項任務之人員，一軍事審判法第 62 條第 3 款第 63 條第 3 款及第 64 條第 3 款之規定，自具有軍法警察官及軍法警察之身分<sup>246</sup>」。依照有權解釋來看，警總保安處之人員具有軍法警察（官）之身分。但是同為警總底下，如果是其他單位，像是電訊監查處人員的話，自然不具有軍法警察（官）身份，參照國防部 50 年 11 月 1 日澈淨字第 60 號令<sup>247</sup>。

搜索處分，原則上應用搜索票，學說上稱之為有搜索票之搜索，為要式行為，這是軍事審判法及刑事訴訟法所採的原則<sup>248</sup>。但是也有不要式搜索，以法律明文規定為限，如軍事審判法第 117 條執法官兵、軍法警察或軍法警察官逮捕被告或執行拘提、羈押時，雖無搜索票亦得逕行搜索其身體、住所或其他之處所。但如果是軍事檢察官或軍事審判官親自搜索時，是否需要用搜索票，當時有所爭論，一般認為其既然可以依法製作搜索票，如為親自搜索，就不用搜索票，出示證據為已足，也就是準用刑事訴訟法第 129 條規定。但實務上認為搜索票尚須呈准軍事審判機關長官後刑之，則軍事檢察官或軍事審判官親

---

<sup>245</sup> 〈國防部四十年七月二十六日則分字 0047 號代電〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 1 期，1952 年 5 月，頁 32。

<sup>246</sup> 李濃，〈軍事審判法（二）〉，《軍法專刊》，第 10 卷第 8 期，1964 年 8 月，頁 25。

<sup>247</sup> 李濃，〈軍事審判法（二）〉，《軍法專刊》，第 10 卷第 8 期，1964 年 8 月，頁 25。

<sup>248</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（下）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 3 號，1969 年 3 月，頁 21。



自搜索時，也應有搜索票，此觀軍事審判法第 116 條第 1 項規定甚明<sup>249</sup>。至於軍法警察或軍法警察官等遇有下列兩種情形之一者，雖無搜索票，亦得逕行搜索住宅或其他處所：1. 因追躡現行犯或逮捕脫逃人者；2. 有事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。這是因為情況的急迫，來不及請發搜索票所做的緊急處置。另外對女性身體的搜索，由女性為之，除非有相對不能者，像是窮鄉僻壤之處或時期緊急時，可由他人行之<sup>250</sup>。行搜索之日時處所，除有特別急迫情形外，應先通知當事人及辯護人在場，除非被告受拘禁或認為其在場於搜所有妨害者，不在此限<sup>251</sup>。

有關軍事審判的被告拘提，如果被告經合法傳喚而無正當理由而不到場者，得拘提之。如犯罪嫌疑重大，有刑事訴訟法第 76 條所列事宜，得不經傳喚，逕行拘提，但需要相當理由方得為之，並非單純依照個人主觀意見。除了這項原因之外，為保持軍紀，必要時亦得拘提。拘提處分由於涉及到人身自由，學者認為應該非無必要，不得任意為之<sup>252</sup>。但軍事審判法第 98 條為保持軍紀，必要時亦得拘提，此為特殊規定<sup>253</sup>。拘提依照軍事審判法第 99 條第 3 項準用同法第 97 條第 4 項之規定，拘票是以軍事審判機關關名義為之，軍事檢察官、審判長或受命審判官僅於存根上簽名而已，這與刑事訴訟法由檢察官或法官為主不同<sup>254</sup>。拘票應交由軍法警察或執法官兵行之，僅具執行

---

<sup>249</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（下）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 3 號，1969 年 3 月，頁 21。

<sup>250</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（下）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 3 號，1969 年 3 月，頁 22。

<sup>251</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（下）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 3 號，1969 年 3 月，頁 23。

<sup>252</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（上）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 1 號，1969 年 1 月，頁 18。

<sup>253</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（上）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 1 號，1969 年 1 月，頁 20。

<sup>254</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（上）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 1 號，1969 年 1 月，頁 18。

權。拘票應記載：被告之識別，案由（有欠缺的話，對拘提效力無影響），拘提之理由（如有欠缺，對效力無影響），應解送之處所（應記載，否則無效）<sup>255</sup>。但拘提之執行，如果是將級人員或少校以上部隊長，非經該管長官核准不得拘提；如果被告非現役軍人，應會同警察或該管自治單位主管人員<sup>256</sup>。被告被拘提時，得用強制力，但不得逾越必要程度<sup>257</sup>。

國防部 57 年 8 月 19 日（57）款光字第 901 號令釋示：「搜索應用搜索票，於呈准軍事審判機關長官後行之，此為軍事審判法第 116 條第 1 項所明定，與刑事訴訟法第 128 條第 3 項規定旨趣不同。故軍事檢察官或軍事審判官親自搜索時，仍應使用搜索票」這與刑事訴訟法中因為檢察官和法官有簽發搜索票之權限，所以本人實施搜索時，無須使用搜索票有別<sup>258</sup>。雖然有認為應該準用刑事訴訟法規定，解釋成親自實施搜索時，無須使用搜索票<sup>259</sup>，但是國防部 72 年 5 月 23 日（73）度廣字第 2021 號，依然是採取應使用搜索票之見解<sup>260</sup>。

國防部軍法局 74 年 4 月 11 日（74）律御字第 1472 號函：「軍法警察（官）依軍事審判法第 104 條第 1 款執行逮捕時，無須示以拘票，但應將逮捕原因以書面告知其本人指定之親友<sup>261</sup>」

軍事審判法的傳喚規定時，認為實施偵查，非有必要，不

<sup>255</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（上）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 1 號，1969 年 1 月，頁 21。

<sup>256</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（上）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 1 號，1969 年 1 月，頁 21。

<sup>257</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（上）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 1 號，1969 年 1 月，頁 21。

<sup>258</sup> 師竹，〈實務引疑（三十）〉，《軍法專刊》，第 30 卷第 6 期，1984 年 6 月，頁 40。

<sup>259</sup> 師竹，〈實務引疑（三十）〉，《軍法專刊》，第 30 卷第 6 期，1984 年 6 月，頁 40-41。

<sup>260</sup> 〈法令解答〉，《軍法專刊》，第 30 卷第 7 期，1984 年 7 月，頁 37-38。

<sup>261</sup> 〈法令解答〉，《軍法專刊》，第 31 卷第 5 期，1985 年 5 月，頁 37。

得先傳喚被告，包括犯罪嫌疑人<sup>262</sup>。而傳喚的機關是以軍事審判機關，沒有偵查審判之分，以彰顯統帥之威嚴<sup>263</sup>，這與一般司法程序各自因應偵查程序與審判程序有所不同，但是軍法的傳喚之傳票存根由軍事檢察官，審判長或受命審判官簽名，以兼顧軍事審判司法權。至於軍法警察僅有協助與應受軍事檢察官指揮偵查犯罪職權，其命被告到場應訊，只能以「通知」的方式，不得票傳<sup>264</sup>。傳票應記載：被告之識別、案由（此涉及被告之利益，更應詳細）、應到之日時處所及得命拘提（如無記載，則不得拘提）<sup>265</sup>

又，參照司法院 30 年院字第 2153 號解釋，因為軍法警察之職權是協助及指揮偵查犯罪，認為對犯罪嫌疑人有羈押必要時，應至遲 24 小時內移送有管轄權之軍事審判機關，若別無正當理由，逾時未移送，竟自行拘禁，則該犯罪嫌疑人，即非依法拘禁之人，縱然乘隙脫離公權力監督，也不構成脫逃罪<sup>266</sup>。

#### 第四節、提審

國民政府於 1935 年制訂公布「提審法」，1936 年 3 月 15 日起實施<sup>267</sup>，該法第 1 條賦予人民受到法院以外的任何機關非法逮捕拘禁時，本人或其親屬可以向逮捕拘禁地之地方法院或其隸屬之高等法院，聲請提審<sup>268</sup>。只不過提審法實施數年，陽

<sup>262</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（上）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 1 號，1969 年 1 月，頁 16。

<sup>263</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（上）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 1 號，1969 年 1 月，頁 16-17。

<sup>264</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（上）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 1 號，1969 年 1 月，頁 17。

<sup>265</sup> 刁榮華，〈軍事審判上之強制處分（上）〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 1 號，1969 年 1 月，頁 17。

<sup>266</sup> 林湖舫，〈論軍事檢察官（下）〉，《軍法專刊》，第 7 卷第 8 期，頁 17。

<sup>267</sup> 《臺灣省行政長官公署公報》，35:夏:1，1946 年 4 月 1 日，頁 6。

<sup>268</sup> 《國民政府公報》，第 1774 期，1935 年 6 月 22 日，頁 1。

奉陰違者不在少數，常沒有像被逮捕的人民或其家屬告知提審權利<sup>269</sup>。

一方面，對於提審在軍法體系與司法體系之間的衝突該如何處理時，國民黨政府有時會站在肯定提審的見解。像是一名蘇銳崧的人雖無軍人身份，但因與軍人共犯偽造文書罪嫌，依照當時行政院的補充規定：「關於匪諜牽連案件依戡亂時期檢肅匪諜條例第十一條之規定自應由軍法機關審判非匪諜之其他案件；如牽連犯中有一罪應受軍法審判者或非軍人與軍人共犯者得以軍法機關行使真查訊問權但不得以先行拘禁為調查之方法<sup>270</sup>」所以，臺灣省保安司令部可行使對蘇銳崧的偵查訊問。但是後來臺北法院依據提審法規定向臺灣省保安司令部提審蘇瑞崧時，臺灣省保安司令部對此主張蘇與軍人共犯偽造文書罪嫌仍在羈押偵訊中，待偵訊完再行移送，故未准予解交蘇銳崧。如此臺北法院與臺灣省保安司令部就此陷入衝突<sup>271</sup>。對此，審判案件劃分辦法第3條中規定應交由法院審判之案件，法院依據提審法聲請提審時，軍法機關是否應行解交？抑或是等到軍法機關偵辦完畢認為無審判權再行移交？這一個問題行政院認為，案件劃分辦法第3條所謂交由法院審判案件應認為包括偵查訊問逮捕等權在內<sup>272</sup>，軍法機關今後不得行使此項職權。由此，臺灣省保安司令不得以正在偵訊中而不解交蘇。<sup>273</sup>並且，當時部分憲法學書籍，像是擔任過最高法院推事的黃棟培在期中華民國憲法釋論亦指出，被軍事或軍法機關逮捕拘禁，亦得向法院為此追究（註：提審）之聲請<sup>274</sup>。

但是在雷震案的時候，提審的規定就矛盾重重。台灣警備

<sup>269</sup> 《國民政府公報》，第2679期，1946年11月20日，頁3。

<sup>270</sup> 《國民政府公報》，第2679期，1946年11月20日，頁3。

<sup>271</sup> 《司法專刊》，第86期，1958年5月15日，頁3664

<sup>272</sup> 對此，監察院在同年1月即提出這個看法，參見：《臺灣省政府公報》，47:春:5，1958年1月10日，頁63。

<sup>273</sup> 《司法專刊》，第86期，1958年5月15日，頁3664

<sup>274</sup> 黃棟培，《中華民國憲法釋論》，自版，1972年，頁43。

總部逮捕了雷震，雷震的配偶宋英就有聲請提審：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，憲法第九條規定綦明，無可曲解，任何法律擅以審非現役軍人之權賦予軍事機關，即係抵觸憲法，依照憲法第一百七十一條第一項，應屬無效，台灣警備總部引據之懲治叛亂條例，根本抵觸憲法，不足掩護該警備總部之不法行為。根據憲法第八條第二項，人民因犯罪嫌疑被逮捕時，其逮捕之機關應「至遲於廿四小時內移送該管法院審問，本人或他人並得聲請該管法院，於廿四小時內，向逮捕之機關提審」；同條第三項「法院對於前項聲請不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆」；同條第四項「人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時。其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內，向逮捕拘禁之機關追究，依法辦理。」茲依據上開憲法條文，聲請：(一)向非法逮捕拘禁之台灣警備總部提審雷震，如提審後發現雷震確有內亂或外患罪嫌，請再轉送台灣高等法院審閱。(二)該台灣警備總部逮捕非現役軍人之雷震，公開宣佈，自行審判，並請追究，依法辦理。<sup>275</sup>

這一份聲請遭到台北地方法院駁回。宋英進而提出抗告，其中理由：「『憲法第八條第二項文曰：「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面通知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內，向逮捕之機關提審」，其中未見「非法」字樣，顯不專指非法之逮捕拘禁而言。故逮捕不論是否合法，俱限二十四小時內移送法院，本人或他人亦得聲請法院於二十四小時內提審。原裁定謂「如被法院以外之機關依法逮捕拘禁者，自不得聲請提審」云云，乃係不合憲法之遁詞。<sup>276</sup>」，對於提審法第1條第1款規定，過去在實務上雖然沒有直接言明憲法第8條之規定，但不只一遍

<sup>275</sup> 〈提審聲請狀〉，《聯合報》，1960年9月6日，2版。

<sup>276</sup> 宋英，〈我的抗議與呼籲〉，《聯合報》，1960年9月26日，2版。

以上針對如果是「依法」逮捕拘禁的話，是否也能聲請提審的狀況提出疑義<sup>277</sup>。但國民黨政府則堅持是非法的情形，不過如果依法逮捕後，沒有在 24 小時內解送者，則構成非法<sup>278</sup>。

又，宋英主張：「查憲法第八條第二項實承同條第一項所稱「除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁；非由法院依法定程序，不得審問處罰」之前提而來。嚴格言之，司法機關應以法院及配置於法院之檢察官為限。…若謂司法或警察以外之機關猶有合法之逮捕拘禁，如非故意曲解法令，必係不知中華民國有憲法之存在。<sup>279</sup>」宋英的這一份抗告狀擲地有聲，明顯地看得出來當時的提審法第 1 條規定增加了憲法所無的限制。

後來又經台灣高等法院駁回，主要理由為：「依戒嚴法第八條規定，犯內亂外患罪者，軍事機關已得自行審判。而行憲後經立法院制定公布施行之懲治叛亂條例又為刑法上內亂外患罪之特別法，該條例第十條復訂明在戒嚴區域犯叛亂罪者，不論身份概由軍事機關審判之。原法院以台灣警備總司令部認被逮捕拘禁人有觸犯叛亂罪嫌，予以逮捕拘禁，因將抗告人之聲請提審駁回，自非無據。<sup>280</sup>」

由此觀之，雖然 50 年代中期提審的重要性已經被提示出來，但是提審法的限制以及實際運作上的限縮適用，使得提審的權利沒有完整落實。

---

<sup>277</sup> 《國民政府公報》，第 2725 號，1947 年 1 月 6 日，頁 13。《總統府公報》，第 49 卷，1948 年 7 月 15 日，頁 4。

<sup>278</sup> 《國民政府公報》，第 2725 號，1947 年 1 月 6 日，頁 12。

<sup>279</sup> 〈宋英聲請提審雷震 高院裁定駁回抗告〉，《聯合報》，1960 年 9 月 18 日，3 版。

<sup>280</sup> 〈宋英聲請提審雷震 高院裁定駁回抗告〉，《聯合報》，1960 年 9 月 18 日，3 版。

## 第五節、軍事檢察官

1930年，陸海空軍審判法公布時，當時各級軍法機關僅有軍法官執掌審判，無軍事檢察官之設置，也無所謂偵查起訴蒞庭執行職務的程序規定，是審檢合一制度。所以陸海空軍審判法第五章的規定皆屬於軍法官。此處的軍事檢察官與現在吾人所理解的檢察官作為一種司法官不甚相同，可以說是擁有軍事檢察權限的官長，可以搜查證據。像是由各級司令部副官或軍法官；憲兵官長；衛戍司令部或警備司令部稽查長官等充任（第19條）。如果是海軍的話，得以海軍駐在所警察官巡邏隊長及海軍艦船練營副長充任（同第19條）。此處明顯看到，這些軍事檢察官多半不具有法學的知識背景，卻可能擔任搜查證據的工作；另外，軍法官又有可能是擔任審問職責者，如此審判和起訴之間的界線更顯模糊。審問終結後簽付軍法會議與否也是軍法官為之。而這些軍法官也不限於具有法律學歷之資格<sup>281</sup>。此時的軍事檢察官尚未具體形成一個法律專門行動者，反而如同司法警察職權，規定軍隊中哪些角色可以使用軍法檢察官權限。像是1942年院字第2297號解釋認為憲兵官長查辦軍司法案件，對於被告無簽發傳票之權。警備總司令部的軍法處當時亦負有軍法檢察和司法警察的工作<sup>282</sup>。誠如陳樸生所言，軍事檢察官是基於軍事統帥權之作用而來，對軍人之犯罪得予以檢舉調查，乃調查證據之程序，非刑事訴訟法的偵查程序所可比擬，可以說是偵查之開始，而非偵查程序本身<sup>283</sup>。

一直到補充辦法之後，才規定軍事檢察官需具有軍法及監

---

<sup>281</sup> 章逸天，〈關於「陸海空軍審判法」第十九條規定「軍事檢察官」是否具有現時各級軍法機關專設「軍事檢察官」同一職權之問題〉，《軍法專刊》，第2卷第8期，1953年8月，頁15-16。

<sup>282</sup> 《台灣警備總司令部沿革史第1輯》，頁69。

<sup>283</sup> 陳樸生，《刑事特別法通義》，頁277

獄人員任用暫行條例第 4 條到第 6 條所列各款資格之一者充任之。軍事機關審判刑事案件補充辦法第 7 條規定：軍事檢察官，於每一案件，偵查完畢後，應制作起訴書，或不付軍法會審裁判決書，送達到於被告。第 8 條規定：審訊被告時，軍事檢察官應蒞庭執行職務。軍法機關因而有專任軍事檢察官之正式編制<sup>284</sup>。

軍事審判是以軍事法庭為審判主體，其附設於軍事機關為原則，附設於其他機關為例外。軍事檢察官並非配置於軍事法庭以執行職務，性質上是軍事審判機關之建制人員<sup>285</sup>。軍事檢察官依照軍事審判法第 57 條，受該管軍事長官之指揮監督。而胡開誠就此進一步解釋，軍事機關是由最高軍事機關所統屬，軍事最高機關長官均得直接間接對各軍事機關之長官進行指揮監督<sup>286</sup>。如果是設於非軍事機關之軍事審判機關之軍事檢察官，只限於戰時，其作用是在於審判非現役軍人依戒嚴法之規定得受軍事審判之案件。而此類軍事審判機關之行使軍事審判權，是為戒嚴業務之分擔或執行，最高軍事機關自得依照對於戒嚴業務之指揮監督系統以為指揮監督<sup>287</sup>。甚至依照軍事審判法第 59 條及第 60 條規定，主任軍事檢察官得自行處理本機關軍事檢察官之事務。而軍事審判機關長官，得逕行指揮其所屬來移轉業務，論者以這樣的方式來說最高軍事機關長官——最高軍事審判機關軍事長官對於軍事檢察官之事務，可間接實施統一指揮監督<sup>288</sup>。但是必須注意到軍事審判法並沒有明文規定軍事檢

---

<sup>284</sup> 楊日昶，〈論現行軍法審判〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 8 期，1952 年 12 月，頁 15。

<sup>285</sup> 胡開誠，〈軍事檢察官之職權與所謂檢察一體〉，《軍法專刊》，第 14 卷第 11 期，1968 年 11 月，頁 13。

<sup>286</sup> 胡開誠，〈軍事檢察官之職權與所謂檢察一體〉，《軍法專刊》，第 14 卷第 11 期，1968 年 11 月，頁 13。

<sup>287</sup> 胡開誠，〈軍事檢察官之職權與所謂檢察一體〉，《軍法專刊》，第 14 卷第 11 期，1968 年 11 月，頁 13。

<sup>288</sup> 胡開誠，〈軍事檢察官之職權與所謂檢察一體〉，《軍法專刊》，第 14 卷第 11 期，1968 年 11 月，頁 14。



察官需要接受最高軍事審判機關指揮監督之依據，這樣的論證顯然過於重視統帥權之運用。

另外在軍事審判法之後，有個相類似的問題。軍法組組長依照軍事審判法第 15 條規定是屬於軍事審判機關之軍法主官，其應否核發軍事檢察官指揮證？就此問題有研析出兩種見解，甲說認為，軍法組組長僅有綜理軍法行政事務，指揮軍事法庭之組織及檢察事務之分配權，無執行檢察職務職權，所以不得頒發指揮證。乙說則認為依照軍事審判法第 59 條第 2 項：「軍事審判機關長官認為必要時，得依該項規定逕行指揮之」，所以軍法主官秉承軍事長官之命亦得指揮。最後研議結果認為甲說為當<sup>289</sup>。

軍法官與軍事檢察官的職權區分，可以從一則法律問題來一窺：「軍法主官副主官如督導檢察業務，並在軍事檢察官所製造之起訴書原稿上核稿人欄，加蓋印章，是否即屬具有執行軍事檢察之職務？」研析的意見中，甲說認為：「查軍事審判法第十七條軍法主官秉承該管軍事長官之命，綜理軍法行政事務，指揮軍事法庭之組織及檢察事務之分配，且軍事檢察官行使追訴權時，應受該管長官之指揮監督，倘軍事檢察官之起訴書不起訴處分書，如該管長官不同意時，可分別依同法第 154 條第 1 項前段及第 148 條第 1 項，照長官之核示意見提出之，是其加強對軍事檢察官之指揮監督權，已無疑問。從而軍法主官副主官，既督導檢察業務，既具有指揮軍事檢察官之偵查犯罪之職權，而又在起訴書上核稿蓋章，當然具有執行軍事檢察官之職權。」乙說則認為：「軍事檢察官依法執行職務，不包括軍法主官在內，此觀乎軍事審判法第 57 條第 1 項，各級軍事審判機關軍事檢察官，受該管軍事長官之指揮監督，代表國家，對於現役軍人之犯罪，行使追訴權…又同法第 59 條第 1 項，主任軍

---

<sup>289</sup> 〈法律問題研究〉，《軍法專刊》，第 14 卷第 3 期，1968 年 3 月，頁 31。

事檢察官得親自處理本機關軍事檢察之事務，並得命其將已承辦之事務，移送於其他軍事檢察官處理，可見軍事檢察官處理事務，應受主任軍事檢察官之約束，即主任軍事檢察官得參與其事，該管軍事長官僅限指揮監督而已，軍法主官除依第 15 條之規定，具有檢察事務之分配權外，法無明文可逕行參與偵查，因認其與行使檢察官之職務，究有不同，是軍法主官僅有檢察事務之分配權，而無執行權<sup>290</sup>」。經研析之後，結論採取乙說。從這一次的研議採取乙說來看，顯示出軍法檢察官的職權與軍法主官的職權有所區別，並且是從法律規定來區辨。甲說的話，是著重在督導指揮的位置進而推論出軍法主官可以執行軍事檢察官之職權。

## 第六節、法院組織

1925 年國民政府在第一軍部設置軍法庭，後來改隸屬於國民革命軍總司令部。1928 年於各軍師獨立，旅以上部隊設置軍法庭，軍政部成立，改為軍法司。1929 年，陸海空軍總司令部以及行營各設置軍法庭，分科辦事。1936 年軍事委員會復設軍法庭，隔年，因為抗戰的緣故，改組為軍事委員會軍法執行總監部，各戰區設軍法執行分監部 1945 年，軍法司編入軍法執行總監部，如此中央軍法機構方趨於一元化。1945 年以後，軍法執行總監部奉令撤銷，又恢復軍法司。1946 年 7 月，一度改隸屬聯勤總司令部，同年 9 月又改司為處，仍直隸國防部。1948 年，改組為軍法局<sup>291</sup>。1970 年 10 月 1 日時，將軍法覆判局和軍法局合併為軍法局<sup>292</sup>。陸海空軍審判法的審問程序採行密行

---

<sup>290</sup> 〈法律問題研究〉，《軍法專刊》，第 14 卷第 11 期，1968 年 11 月，頁 29。

<sup>291</sup> 陳則東，〈從軍法之起源說到軍法制度之改革〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 6 期，1952 年 10 月，頁 27

<sup>292</sup> 《國防部沿革史》，1976 年，頁 135。

主義，此處的審問是偵查程序，並非審理之意。所以有論者以偵查不公開來解釋審問的密行不公開<sup>293</sup>。

前述提到像是鹿窟事件的判決書中顯示呈現合議庭的方式，但於此時期亦是有獨任的方式進行審判，像是同樣涉及叛亂罪，鍾國輝等人的判決中只有審判官殷敬文一人，張國修等人的判決只有審判官鄭有齡一人，但是鍾浩東等人的判決卻又是合議<sup>294</sup>。

從日本 1921 年陸軍軍法會議法來對照，除了第 46 條揭示審判不受干預原則外，第 47 規定以觀，皆是以合議的方式<sup>295</sup>。以獨任制的方式進行審理，更容易受到長官的干預，似乎較為不周全。

直到國防部 43 年 3 月 4 日通字第 36 號令頒非軍人歸軍法審判組織軍事法庭標準，才對非軍人的軍法審判之法院組織有了更明確的規定：1. 查軍人受軍法宣判者關於將校尉士兵及其各同等軍人應行合議審判或獨任審判在戰時陸海空軍審判簡易規程第二條第一項已有明文規定，至無軍人身份之人民及公務員依法應受軍法審判者，應如何組織會審，同規程及陸海空軍審判法則未予規定，因而以往由軍法審判此項案件有行合議審判者，亦有獨任審判者，紛歧錯雜頗不一致，值茲軍法審判實施選任辯護人制度伊始自應確定標準劃一步驟，以資今後之遵守。而其標準如下：(1) 特任官一至五級簡任官及其同等公務員比照將官以五人合議審判；(2) 六至八級簡任官及其同等公務員比照上校薦任官及其同等公務員比照中少校以三人合議審判；(3) 委任官及其同等公務員比照尉官所犯法定刑為伍年以上有期徒刑之罪者行合議審判，所犯法定刑為五年以下有期徒刑之罪者獨任審判；(4) 普通人民及無官等比照之公務員比

---

<sup>293</sup> 陳樸生，《刑事特別法通義》，頁 283。

<sup>294</sup> 謝培屏，何鳳嬌編輯，《藍明谷案史料彙編》，臺北市：國史館，2014 年，頁 483，499，505。

<sup>295</sup> 日高巴雄，《陸軍軍法會議法講義》，頁 91-92。

照士兵所犯法定刑為死刑無期徒刑之罪者行合議審判，所犯法定刑為有期徒刑以下之罪者獨任審判<sup>296</sup>。

國防部 42 年 2 月 18 日廉庚字第 648 號令區劃聯勤各地區軍法案件由各地區軍法機關審辦：1. 台灣北部地區聯勤單位軍法案件仍有聯勤總部自行審辦；2. 台東地區由台東師管審辦；花蓮地區由台灣東部防守司令部審辦；3. 台灣南部地區由台灣南部防守區司令部審辦，如距離南防部較遠地區案件，可由聯勤呈請國防部臨時指定就近有審判權之機關或部隊辦理；4. 中部地區由中部防守區司令部，如距離中防部較遠地區案件，可由聯勤呈請國防部臨時指定就近有審判權之機關或部隊辦理；5. 金澎地區由金澎兩防衛司令部；6. 各地區審判之聯勤軍法案件於終結後，應專案報部審核並以副本送聯合勤務總司令部備查<sup>297</sup>。

根據 72 覆普字第 138 號判決：「軍事審判法第 67 條第 8 款，所謂審判官曾參與前者者，係指覆判審前之初審而言，即曾任初審之審判官，不得再參與同案覆判審之審判，本案經發回更審，原審以前參與審判之審判官復參與更審，並不違該規定之限制，自無違法之可言。<sup>298</sup>」

## 第七節、軍法官

軍法官一詞是自北京政府時代，文書上似因應陸軍部有軍法司，所以有了軍法官一詞的出現，也造成了許多的誤會。軍法官並不能說是軍事審判的「法官」，而是指軍事審判中與法律有關的官員，以此來理解，較不會造成誤會。依據「陸海空軍

---

<sup>296</sup> 〈公牘〉，《軍法專刊》，第 3 卷第 5 期，1954 年 5 月，頁 28。

<sup>297</sup> 〈公牘〉，《軍法專刊》，第 2 卷第 7 期，1953 年 7 月，頁 35。

<sup>298</sup> 〈國防部軍法案件覆判要旨〉，《軍法專刊》，第 30 卷第 5 期，1984 年 5 月，頁 39。

審判法」第 24 條，被告案件應送交軍法官審問。此處的審問為刑事訴訟法上的豫審，蒐集相關證據，作為審判的基礎。軍法會審的審判長和審判官由該管長官指派，不一定限於所屬軍官<sup>299</sup>。軍法官對於被告可為一定的處分：審問時應發傳票，如認為有必要時，得發拘票，但應報告該管長官。審問應在 24 小時內為之，如有繼續留置的必要，可發看管拘票繼續留置被告（同法第 25 條）。軍法官再依審問結果來判斷是否要送軍法會議來審判；如果不需送軍法會議，即附上裁決書送回該管長官（同法第 29 條）。

1930 年 4 月行政院公布〈軍法官及軍人監獄職員任用標準〉第 3 條規定：「軍法官以具有軍事知識並有下列資格之一者任用之：1. 在國內外大學或專門學校修習法政之學三年以上，畢業得有文憑者；2. 在國內外大學或專門學校修習法政之學一年以上，得有畢業文憑，並任司法官二年以上有成績者；3. 曾在國民革命軍正式軍隊或機關充軍法官三年以上有成績者；4. 曾在國民革命軍軍法機關充任書記官四年以上有成績者。」從本條規定來看，第一和二款雖有要求修習法政之學，但無須經過考試；第三和四款則不要求一定要具備法學之訓練。陸海空軍審判法第 27 條前段規定，軍法官為審問時，如果發現有共犯或犯本罪外仍有餘罪時，得逕行審問，並於第 29 條前段規定，軍法官審問終結後，應付軍法會審審判之，沒有不告不理的規定<sup>300</sup>。

1956 年的軍事審判法第 13 條第 2 項規定軍法官的內涵：軍事審判機關之軍法主官、軍事審判官、軍事檢察官及公設辯護人。明顯可見軍法官一詞包含了審檢辯三方的角色。同法第 14 條規定軍法官的資格：1. 經軍法官考試及格者；2. 具有司法

---

<sup>299</sup> 陳樸生，《刑事特別法通義》，頁 272。

<sup>300</sup> 陳樸生，〈覆判制度之特徵（上）〉，《軍法專刊》，第 29 卷第 1 期，1983 年 1 月，頁 5。

官或縣司法處審判官之資格者；3.在本法施行前已取得軍法官資格者。高等考試軍法官始於1955年。軍法官任用權限在國防部。同時第18條保障軍法官非依法律不得任意遭到減俸、停職或免職，或者未經本人同意，不得調任軍法以外職務。軍法官之保障與憲法第81條後段及法院組織法第40條意旨相符，但有經軍法官同意之但書規定。第19條規定，軍法官在任職期間不得參加政黨活動。本條呼應憲法第80條。

## 第八節、審判

陸海空軍審判法在審判程序上是採取職權主義抑或是當事人主義，並沒有明白規定。戰時陸海空軍審判簡易規程第8條設有適用刑事訴訟法的規定，似可認為將刑事訴訟法的職權主義放置進來軍事審判程序，像是被告的自白仍應調查其他必要之證據等，否則就軍事審判無清楚規定，再加上被告地位非常低的關係，就只會造成糾問主義的回復<sup>301</sup>。軍事審判的證據法則自戰時陸海空軍審判簡易規程施行後，依該規程第8條適用刑事訴訟法之規定<sup>302</sup>。像是15年上字第614號即提到犯罪雖經自白，而刑事訴訟條例規定乃應調查必要之證據，以察其是否與事實相符者<sup>303</sup>。又，23年上字第868號：「被告之自白，須非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正之方法，且與事實相符者，始得採為證據，如果被告之自白，係出於不正之方法，並非自由陳述，即其取得自白之程序，已非適法，則不問自白內容是否確與事實相符，因其非係適法之證據，即不能採為判決基礎，故審理事實之法院，遇有被告對於自白提出刑求之抗

---

<sup>301</sup> 陳樸生，〈論軍事審判之特殊性〉，《軍法專刊》，第1卷第1期，1952年5月，頁13

<sup>302</sup> 陳樸生，〈刑事證據法則與軍事審判（下）〉，《軍法專刊》，第1卷第7期，1952年11月，頁14

<sup>303</sup> 陳文明，〈軍事審判法釋論（十一）〉，《軍法專刊》，第6卷第5期，1957年5月，頁21。

辯時，應先於其他事實而為調查。」這在軍事審判法時期肯定適用外，陸海空軍審判法時期也應適用。

縱然在職權主義底下，對於刑求的抗辯，法院應進行調查。國防部四十一年七月二十二日防隆字第 1510 號代電：「被告因叛亂案聲請復審據提出前在某警局供述筆錄指為出自刑求，核非顯然即足認為受判決人應受有利判決之證據，究其是否確實能否准為復審，依最高法院 32 年杭字第 113 號判例意旨，仍應予以相當之調查，原審遽認是項調查即無異著手復審，不無誤解<sup>304</sup>」被告之自白是否出於任意，本屬法院依職權調查之範圍，如果以任意性之自白為被告不利證據者，應該在調查證據時，給與被告反對詢問機會<sup>305</sup>。而如果是共同被告所為不利於己之陳述，固得採為其他共同被告犯罪之證據，惟仍應調查其他必要之證據，以察是否與事實相等<sup>306</sup>。

但是警總在 1950 年時因為叛亂案件越來越多，人犯增多，除了增加夜勤值班外，也規定匪諜案件審理期限不得超過一個月，其餘案件則依照審限規則辦理，由此來消化人犯與案件，並增加人員來稽催，1956 年度的統計還出現一個月內結案率高達 63%<sup>307</sup>。如果要依照客觀的證據來審判，往往需要一定的時間，而依照警總這樣的要求，容易促使軍事審判的實踐不依照刑事訴訟的相關規定，成為冤案的溫床。這也呼應先行研究從史料中所看到的：「凡有保密及治安有關機關偵查檢舉之案件，在初次訊問時，幾無一非以酷刑脅迫、疲勞詐欺等不正方法取得供詞，或竟做成筆錄，強令簽數，於案件送保安司令部軍法處審理時，被告等均痛切陳述，當時刑求情形，繪聲繪影，令

---

<sup>304</sup> 〈國防部軍法案件審核要旨〉，《軍法專刊》，第 2 卷第 6 期，1953 年 6 月，頁 34。

<sup>305</sup> 陳樸生，〈刑事證據法則與軍事審判〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 6 期，1952 年 10 月，頁 9。

<sup>306</sup> 〈國防部軍法案件覆判要旨〉，《軍法專刊》，第 31 卷第 6 期，1985 年 6 月，頁 48。

<sup>307</sup> 《台灣警備總司令部沿革史第 1 輯》，頁 79，88，160。

人觸目驚心。……但會審之軍法官，則視若無睹，聽如不聞，對於被告陳述知是否真實，偵查機關之是否非法，從未加以追究，多憑初次之筆錄（即所謂原始供詞）為判罪科行之依據。…每多陽奉陰違，以種種不正當之方法，藉以取得被告自白，一紙供詞，即永無天日矣。希望此後能徹底禁止刑訊，審理機關應直接調查證據，不得以初次之自白，為認定犯罪之唯一依據<sup>308</sup>。」，這份 1955 年監察院向蔣介石所提的報告書中，一方面呈現當時對政治案件偵查的刑求現狀，一方面也揭露只憑刑求得來的供述證據來建立有罪的判決是有問題，如同前述國防部的解釋一樣，軍事審判應該就自白之外再調查證據，所以單純只憑供述證據來認定有罪，是有不合法之處。

軍事審判法第 53 條規定審判應公開，像是非軍人犯匪諜叛亂盜賣軍品等各罪，固由軍事審判為之，其除非涉及國防機密或軍譽外，均可公開審判<sup>309</sup>。

軍事審判法時期，刑事訴訟法雖非當然得適用於軍事審判法，但從條文以觀，無牴觸者有適用之可能。如果是以證據制度來說，與刑事訴訟法無太大差異<sup>310</sup>。對於軍事審判法以後的有罪判決，軍審法第 183 條列舉要項，如果有所欠缺，將會有同法第 239 條之判決違法事由。主要可以分成幾個面向：1. 認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。如此，像是當時實務上常見的「訊據被告對於右揭犯罪事實供認不諱，核與某單位移送書附筆錄所載情節相符」以被告之自白為主證據，仍然需要補強證據，此處可以認為認定事實之證據不足<sup>311</sup>。但是有權

---

<sup>308</sup> 劉恆奴、曾文亮，〈促進台灣轉型正義其基礎理論規範之研究，促進轉型正義委員會委託研究〉，2020 年 3 月，頁 45。

<sup>309</sup> 〈軍法審判授權代核範圍〉，國家檔案，檔號：

B3750347701/0038/3131302/2/1/010

<sup>310</sup> 陳樸生，〈軍事審判法上之證據制度〉，《軍法專刊》，第 6 卷第 12 期，1957 年 12 月，頁 3。

<sup>311</sup> 師竹，〈實務引疑（二十六）〉，《軍法專刊》，第 29 卷第 7 期，1983 年 7 月，頁 31。



見解似乎不採此說，依據 73 年覆普字第 30 號判決：「被告之自白，證人之證言，經軍事法庭依法調查，認與要證事實相符者，即具充分之證據力，得據以為判決之基礎<sup>312</sup>」。2. 對被告有利之陳述及辯護意旨不採納之理由。被告有利陳述及辯護意旨範圍甚廣，像是對事實的辯白，證據之取捨，法律之適用，量刑之輕重皆可以當程式防禦之手段。對於有利抗辯不採取之理由，法院應主動說明。像是 73 年覆高字第 18 號認為：「辯護意旨以被告犯罪情狀尚堪憫恕，請求依刑法第 59 條予以減刑，原判既未記載其主張，又未敘明何以不採之理由，顯有軍事審判法第 239 條第 14 款之違法<sup>313</sup>」。而且依照軍事審判法第 183 條的有罪判決書之記要順序來看，必須先肯定有犯罪事實，其後進一步駁回有利陳述，再論其罪，柯其刑，始維允當<sup>314</sup>。3. 科刑時就刑法第 57 條或第 58 條規定事項審酌之情形；4. 刑罰加重減輕豁免者之理由；5. 易以訓誡或緩刑者，其理由；6. 諭知保安處分者其理由；7. 適用之法律<sup>315</sup>。

擔任軍法官的李秉才亦曾說，軍事審判依自由心證判斷證據之證明力時，應注意下列事項，否則違背證據法則，其判決仍屬違法：1. 需該證據已經過法定調查程序，凡未經調查，或調查不合法定程序之證據，不得採用；2. 需其性質在法律上足為證據。如果只是風聞傳言或推測之詞，或是以不正方法取得之自白等，均無證據能力；3. 認定事實需要依照經驗法則和論理法則<sup>316</sup>。

---

<sup>312</sup> 〈國防部軍法案件覆判要旨〉，《軍法專刊》，第 30 卷第 8 期，1984 年 8 月，頁 39。

<sup>313</sup> 〈國防部軍法案件覆判要旨〉，《軍法專刊》，第 31 卷第 6 期，1985 年 6 月，頁 49。

<sup>314</sup> 師竹，〈實務引疑（二十六）〉，《軍法專刊》，第 29 卷第 7 期，1983 年 7 月，頁 31-32。

<sup>315</sup> 師竹，〈實務引疑（二十六）〉，《軍法專刊》，第 29 卷第 7 期，1983 年 7 月，頁 32-33。

<sup>316</sup> 李秉才，〈軍事審判實務（三）〉，《軍法專刊》，第 7 卷第 8 期，1961 年 8 月，頁 18。

1968年時刑事訴訟法修正，其規定：1.證據無證據能力，未經合法調查者，不得作為判斷之依據，像是後來74年覆普字第12號云：「證據之證明力，軍事法庭固有自由判斷之權，惟證據之本身如有瑕疵，則在瑕疵未能究明以前，遽為判斷，即難謂為妥適<sup>317</sup>」；2.被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據；3.被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推定罪刑；4.證人個人之意見或推測之詞，不得作為證據；5.檢察官對被告犯罪事實，有舉證責任；6.對於檢察官之舉證，法院應依職權調查，辯護人等得請求調查證據，並請於調查時詢問證人、鑑定人或被告；7.證人或鑑定人由審判長訊問後，當事人及辯護人有直接詰問之權；8.因發現真實之必要，亦得依被告之聲請，命與證人對質等。此次刑事訴訟法修法多是受到戰後日本法例的影響，增加了當事人進行主義的色彩<sup>318</sup>。而新刑事訴訟法的證據規定，於軍事審判法中是否適用？有主張仍應適用<sup>319</sup>；有主張新法增列部分，不符合軍事審判追求速審的目的，有認為不宜準用<sup>320</sup>。縱然軍事審判強調速與簡，但是軍事審判亦在乎事實的查明；且原本軍事審判法即有準用舊刑事訴訟法的地方，不應該因為新法的體例變更，即遭到排斥，是故應認為立法者仍有意使軍事審判法準用刑事訴訟法新的規定。

從蔣海溶案的判決書來看，軍事法庭對於被告及辯護意旨有較為詳細地抄錄，但是回覆的部分仍是先入為主的見解為多。像是蔣海溶主張在調查局時遭到不正訊問，而判決書只提到沒

---

<sup>317</sup> 〈國防部軍法案件覆判要旨〉，《軍法專刊》，第31卷第10期，1985年10月，頁33。

<sup>318</sup> 刁榮華，〈新刑事訴訟法證據章能否適用於軍事審判之商榷〉，《軍法專刊》，第13卷第9期，1967年9月，頁27-28。

<sup>319</sup> 王富茂，〈試論軍事審判法能否準用刑事訴訟法之證據通則〉，《軍法專刊》，第17卷第2期，1972年2月，頁24-32。

<sup>320</sup> 刁榮華，〈新刑事訴訟法證據章能否適用於軍事審判之商榷〉，《軍法專刊》，第13卷第9期，1967年9月，頁34-35。

有不正方法取供，反而因為被告為調查局高級人員，備受禮遇<sup>321</sup>。後來初審判決經過聲請覆判後，覆判庭認定應發回警總司令部更為審理<sup>322</sup>。只是更判依然判處死刑，而且理由中多與原初審判決相同。

## 第九節、核定

軍法職權依照當時陸海空軍審判法和戰時陸海空軍審判簡易規程分為三種<sup>323</sup>：

1. 核定。屬於總統，一部份授權參謀總長代核。
2. 核准。屬於陸海空勤四總司令。
3. 備查。屬於該管高級司令官。

這樣的規定是從19世紀末期日本的陸軍治罪法規定而來，可以理解統帥權與司法權折衷之下所形成，軍事機關上級對下級的判決之核准。其中的上級機關自然也包含三軍之最高統帥，其對於高級軍官犯罪及重大案件，擁有核定權，其餘案件則是分層授權由各該軍事審判機關軍事長官為之。可以參照陸海空軍審判法第35條規定：判決終結，應由軍法官做成判決書，經參與會審之審判長審判官軍法官及書記全體簽名蓋章，連同訴訟書類，呈報總司令部或軍政部海軍部或該管最高級長官。對於應處死刑，或將官校官及同等軍人應處徒刑，或尉官准尉官及其同等軍人應處五年以上有期徒刑者情刑之一（戰時陸海空軍審判簡易規程第4條第1項規定將官及其同等軍人判處二年以上有期徒刑以上之刑，或校官及其同等軍人判處十年以上有期徒刑以上之刑，或尉官准尉官及其同等軍人判處無期徒刑以

---

<sup>321</sup> 廖文碩編，戰後臺灣政治案件：蔣海溶案史料彙編，國史館，2019年，頁605-606。

<sup>322</sup> 廖文碩編，《戰後臺灣政治案件：蔣海溶案史料彙編》，頁698-70。

<sup>323</sup> 陳則東，〈從軍法之起源說到軍法制度之改革〉，《軍法專刊》，第1卷第6期，1952年10月，頁27。

上之刑，或士兵及其同等軍人判處死刑者），由該最高級長官以訴訟書類，連同判決書，呈由總司令部或軍政部海軍部呈請國民政府核定後（戰時陸海空軍審判簡易規程第4條第2項訂為前項核定，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），高等軍法會審判決者，由總司令或軍政部長海軍部長下宣告判決之命令；其他軍法會審判決者，由總司令或軍政部長海軍部長發交該管最高級長官下宣告判決之命令（陸海空軍審判法第36條）；尉官准尉官及其同等軍人判處有期徒刑不滿五年者（戰時陸海空軍審判簡易規程第5條定為將官及其同等軍人處刑不滿三年或校官及其同等軍人處刑不滿十年，或准尉官及其同等軍人判處五年以上有期徒刑之刑，或士兵及其同等軍人處無期徒刑者），由該管長官於宣告判決後，呈請核准（陸海空軍審判法第37條）；士兵應處徒刑者（戰時陸海空軍審判簡易規程第6條定為尉官准尉官及其同等軍人處刑不滿五年，或士兵及其同等軍人處有期徒刑以下之刑者），由該管最高級長官於宣告判決後，呈報備查（陸海空軍審判法第38條）；簡易及普通軍法會審在軍事或戒嚴地域者，該管長官得依陸海空軍審判法第36條規定，逕下宣告判決之命令；但於宣告判決後錄案呈報（同法第39條），雖分下宣告判決命令機關與裁判機關為二，此乃基於軍事統帥權作用<sup>324</sup>。在宣判前呈核之案件，不問是由中央最高軍事機關直接審判者，抑由下級機關審判者，其呈核之性質，與高等法院及分院處務規程第19條及地方法院及分院處務規程第16條所定配受案件之推事擬定裁判書後，應送院長查閱或審閱之情形類似。這個時候判決書雖經制作，但其判決未經宣告，並未發生判決之效力。這樣的審核具有覆核作用。一旦命其復議或再議，與未判

---

<sup>324</sup> 陳樸生，〈覆判與覆核〉，《軍法專刊》，第1卷第3期，1952年7月，頁9。

決相同<sup>325</sup>。

上級機關的審核權限，如果認為下級軍事審判判決不合法時，可以要求再議或復議，可以參照陸海空軍審判法第 40 條與第 41 條。如此軍法審判程序之判決，應呈請核定，此為覆核，為救濟判決不當而設定的方法。但這與上訴程序不同，所以陳樸生稱之為特別救濟程序<sup>326</sup>。陳樸生認為此處的不合法應該從寬解釋<sup>327</sup>。

上級軍法審判機關的審核可為下列指示：1. 事實明確，罪刑允當，引用法條無誤者，予以核准；2. 事實明確，罪名未當，引用法條錯誤者，刑期尚無出入者予以糾正核准；3. 事實明確，罪刑及引用法條均錯誤者，撤銷原判，逕予改判；4. 事實明確，罪名與引用法條恰當，而量刑失當者，原判刑期部分撤銷，予以改判刑期；5. 事實未明，指示未能訊明之點，發還復審；6. 對下級送核案件，以逾代核範圍者，除事實未明，逕行發還復審外，應附具意見書，送請中央最高軍法機關參考；7. 原審判機關呈核案件，屬於代核刑度以內者，經代核機關代核而確定，但須按月彙報中央最高軍法機關核備。中央最高軍法機關認為該代核機關所代核之確定判決，有不妥者，仍得調卷審查，或提審派員蒞審或令飭復審；8. 不屬代核範圍案件，應經中央最高軍法機關之核定，而確定<sup>328</sup>。但是上級軍法審判機關是否能自為判決？陳樸生認為上級機關只有監督關係，並無自為判決之權限<sup>329</sup>，所以上級仍應由交由原審復審。

又，陸海空軍審判法中有一個概念是「復審」，是就已宣告

---

<sup>325</sup> 陳樸生，〈覆判與覆核〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 3 期，1952 年 7 月，頁 9。

<sup>326</sup> 陳樸生，〈覆判與覆核〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 3 期，1952 年 7 月，頁 7。

<sup>327</sup> 陳樸生，《刑事特別法通義》，頁 298-299。

<sup>328</sup> 楊日昶，〈論現行軍法審判〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 8 期，1952 年 12 月，頁 16。

<sup>329</sup> 陳樸生，〈軍事審判機關之管轄〉，《軍法專刊》，第 6 卷第 4 期，1957 年 4 月，頁 5。

之判決，發現事實或法律上之錯誤，而為救濟。此處已宣告之判決，包括已經確定及未確定兩者。已宣告判決尚待呈報核准，是屬未確定判決，如果審核機關接到原審核機關呈核之卷，認為判決不當，就可發還復審。如果判決已經呈核後宣告者，即屬於已判決確定。復審是類似刑事訴訟法中的「非常上訴」與「再審」<sup>330</sup>。復議與第 44 條的復審，就已宣告之判決進行補救，而有所不同<sup>331</sup>。但是再審僅限於事實錯誤的部分，復審則可包含事實錯誤與法律錯誤兩層面<sup>332</sup>。同法第 45 條規定被告或被告之家屬得提出復審。第 46 條則為命令復審，當總司令、或軍政部長、海軍部長或該管最高級長官知悉 45 條情形者，得令復審。第 50 條規定，被告人之呈訴而復審者，其判決之刑不得較原判決為重。

至於「覆判」到底為何意？在抗戰以前，所有案件蓋由軍政部軍法司覆核；抗戰期間，由軍事委員會軍法總監部覆核；抗戰勝利至 1956 年，由國防部軍法局覆核，此後國防部軍法局即執掌覆核之外，還包括再議及抗告等事項<sup>333</sup>。覆判具有兩個意義：

其一為初審判決之確定要件。是就判決的事後審查。所有認為軍法是採一審一覆核制度，即是三級二審制度（國防部為一級，陸海空勤四總部為一級以下，各軍事審判機關為一級是為三級，陸海空勤四總部直接審判和其所屬機關部隊審理的軍法案件合於戰時陸海空軍審判簡易規程第 4 條第 1 項各款及第 5 條第 1 款規定的送國防部覆核，合於第 5 條第 234 款，及第 6 條各款規定的分別由各該總部覆核是為兩審）任何案件，非經覆核程序不生確定效力<sup>334</sup>。

---

<sup>330</sup> 李秉才，〈軍法案件判決確定後之救濟〉，《軍法專刊》，第 2 卷第 4 期，1953 年 4 月，頁 19。

<sup>331</sup> 陳樸生，《刑事特別法通義》，頁 299。

<sup>332</sup> 陳樸生，《刑事特別法通義》，頁 300。

<sup>333</sup> 《國防部沿革史》，頁 10。

<sup>334</sup> 尤雄章，〈讀了「論軍法與司法以後」〉，《軍法專刊》，第 5 卷第 1

其二為不服初審判決之上訴救濟。覆核為救濟判決不當而設定的方法。但這與上訴程序不同，所以學者稱之為特別救濟程序<sup>335</sup>。陸海空軍審判法上沒有當事人聲請覆核之規定，然而除了士兵應處徒刑的案件外，均應依職權送覆核。但是有軍法案件代核辦法<sup>336</sup>第6條第8條規定之審核機關分為代核機關及中央最高軍事機關二級，且經代核機關代核之案件，中央最高軍事機關仍有復核之權，實際上具有審級作用<sup>337</sup>。

關於總統核定的部分，由「國防部軍法呈核案件標準」來具體規定哪些案件是可以代核和親核<sup>338</sup>：

- 「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，仍以總統名義行之，並由軍法局承辦府稿月終列表檢原判決彙呈核備。
- 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。」

又，復議與代核機關所做出的「糾正」不同。此可參見：國防部四十二年六月八日廉庶字第49號令：「查陸海空軍審判法第四十一條之「復議」係指該管最高級長官對其下令組織之

---

期，1956年1月，頁20。

<sup>335</sup> 陳樸生，〈覆判與覆核〉，《軍法專刊》，第1卷第3期，1952年7月，頁7。

<sup>336</sup> 代核辦法因1956年9月29日總統令的關係，自同年10月1日起廢止。

<sup>337</sup> 陳樸生，〈覆判與覆核〉，《軍法專刊》，第1卷第3期，1952年7月，頁7。

<sup>338</sup> 〈軍法審判授權代核範圍〉，國家發展委員會檔案管理局，B3750347701/0038/3131302/2/1/008。

軍法會審所為之判決於呈送核判時，為有不合法者，應另重行覆議。軍法案件代核辦法第六條第一項第二款之糾正係指代核機關對於原審判機關呈核之案件屬於其代核權限內認為有罪刑未當，引律錯誤之情形，予以糾正者，顯有不同」

針對核定制度，於 1950 年代時，引起討論。張群在給蔣介石的呈核中提到「所謂核定者，其範圍如何，能否將原判決予以撤銷改判，則並無明文規定。近年來外界不察，對於改判之軍法案件頗多評論，推原其故，約有數端<sup>339</sup>」。張群並整理幾個原因：其一，「因一部軍法案件由上級核定，有時加重處刑之結果，實際負審判責任之機構量刑之際，有時預留上級加重之地步，結果不免輕重失平，徒使寡恩之名集中上級<sup>340</sup>」；其二，「因陸海空軍審判法核定權之範圍，關於撤銷改判，無明文規定，而軍法案件，現已採行選任辯護制度，關於撤銷改判之府令，一經附卷，辯護人即可調閱，並得對於府令中之文字予以辯難，論者以為依該法第三十六條規定，呈請國民政府核定之案件須（1）應處死刑者，（2）將官校官及同等軍人應處徒刑者，（3）尉官准尉官及其同等軍人應處五年以上有期徒刑者。因此類案件關係較重要，故法律上以核定之權歸之國民政府，以示國家矜慎刑獄之意，其旨趣似與刑事訴訟法第四百六十五條「死刑應經司法行政最高官署令准」之規定相當，而撤銷原判另予改判之程序，則並不包括在核定範圍，如認原判為不合法，可依同法第四十四條，令其復議，有判決不當之宣告者，可依同法第四十四條令其復審，主此說者，頗不乏人，其在法律上之見解誠足重視。況該法係前國民政府於民國十九年公布施行行憲後之總統與前國民政府主席之性質，已稍有不同，今既未能即

---

<sup>339</sup> 〈軍法審判授權代核範圍〉，國家發展委員會檔案管理局，B3750347701/0038/3131302/2/1/007。

<sup>340</sup> 〈軍法審判授權代核範圍〉，國家發展委員會檔案管理局，B3750347701/0038/3131302/2/1/007。



時將該法加以修正，則適用時，似應慎重<sup>341</sup>。」其三：「逮捕人犯，原由軍法審判機關負責，但某一案件既須報請核定，因之同案之被告須予逮捕時，執行者為推卸責任計，亦往往併案報請核定，至逮捕時，遂據以宣稱係奉 總統之命辦理<sup>342</sup>」。基於這些理由，還有蔣介石於就職第二任總統時宣言中強調厲行法治，張群獻議：「今後重要軍法案件，其核定之權，自仍應操之於 總統，惟應如何加重軍法機構之責任，使於量刑之際，務求罪刑相當，無枉無縱，以免核定時再予改判，擬請 諭知參謀總長及軍法局長，切實遵照改進，如認原判決為不合法或有不當之宣告者，儘可依法令其復議或復審，不逕行將其改判撤銷<sup>343</sup>」

從這一件文書可以看到幾件事情：

第一，「核定」到底可不可以逕行改判？這一部份對於國民政府及後來行憲後的總統而言，實然面上是存在的。而且這個逕行改判的刑度變化，原軍事審判機構也會揣測上意，保留一定空間，予以總統核定判。

第二，但是隨著軍事審判制度的變革，特別是選任辯護人的導入等，以及輿論的關係，有認為「核定」不應包含逕行改判，這也是值得重視的意見。尤其是後來的軍事審判法對於核定權是採取折衷說的態度，亦即統帥權與司法權綜合<sup>344</sup>，所以核定權之行使是有一定的限制。像是 1963 年國防部即有判決表示：「軍事審判機關長官核定判決時，如認判決不當或違背法令，應發交覆議，不得逕為變更原判決之核定。本件原判決呈核中，

---

<sup>341</sup> 〈軍法審判授權代核範圍〉，國家發展委員會檔案管理局，B3750347701/0038/3131302/2/1/007。

<sup>342</sup> 〈軍法審判授權代核範圍〉，國家發展委員會檔案管理局，B3750347701/0038/3131302/2/1/007。

<sup>343</sup> 〈軍法審判授權代核範圍〉，國家發展委員會檔案管理局，B3750347701/0038/3131302/2/1/007。

<sup>344</sup> 胡開誠，《軍事審判法論釋》，頁 112。張肇平，《刑事特別法專題研究集》，頁 160。

既未發交覆議遽予變更前議，改判緩刑，於法不合。<sup>345</sup>」但是也要注意覆議的方式並無明文規定，所以國防部認為像是原審初擬判決原本經該管參謀長簽章後空白退回，難謂非該管軍事審判機關長官發交覆議<sup>346</sup>。

第三，軍事審判機關會透過併案報請核定的方式，透過總統的介入增加辦理逮捕的正當性。

這到 1956 年軍事審判法以後「核定」和「覆判」依然存在。如果對照日本 1921 年的陸軍軍法會議法中已明確保障司法獨立。軍事審判法的覆判制，是採自特種刑事案件條例的覆判制，較為偏向上訴的意義<sup>347</sup>。依照特種刑事案件訴訟條例第 1 條第 2 項規定，地方法院或縣司法機關為初審法院，該管高等法院或其分院為覆判法院。危害民國漢奸違反戰時軍律及妨害軍機案件，以高等法院或其分院為初審法院，最高法院為覆判法院。但如果初判宣告死刑或無期徒刑之案件則以最高法院為覆判法院。且依同條例第 7 條第 2 項之規定，對於覆判法院之判決，不得聲請再覆判，採嚴格三級二審制<sup>348</sup>。

上述的「核定」規定在 1956 年軍法審判法的第 133 條依然存在。核定判決時，如果認為判決不當或違背法令，應發交覆議，而判決最終決定權仍然屬於軍事法庭，不得逕為變更，且覆議只以一次為限，覆議結果，不論是變更或維持原判決，應依照覆議之後的判決所核定，不問結果如何<sup>349</sup>；判決在核定之前尚未成立，發交覆議也與軍事審判法第 208 條的發回更審，

---

<sup>345</sup> 李家灝，刁榮華編，《軍事審判法論釋》，撰者，1971 年，頁 120。

<sup>346</sup> 〈國防部軍法案件覆判要旨〉，《軍法專刊》，第 31 卷第 10 期，1985 年 10 月，頁 34。

<sup>347</sup> 胡開誠，《軍事審判法論釋》，頁 176-177。

<sup>348</sup> 陳樸生，〈覆判與覆核〉，《軍法專刊》，第 1 卷第 3 期，1952 年 7 月，頁 7。《國防部軍法覆判裁判要旨及理由第一輯》，國防部軍法覆判局編，1970 年，頁 29。

<sup>349</sup> 陳樸生，〈軍事審判與司法審判之共同性與特殊性（五）〉，《軍法專刊》，第 7 卷第 5 期，頁 9。范魁書，〈由雷案談到軍事審判〉，《軍法專刊》，第 7 卷第 1 期，頁 19。

是不相同。發交覆議是內部行政作用，讓審判官就其結果是否不當或有無違背法令，再行審議，但非更為審判。如果真有必要，軍事法庭仍得依照該法第 172 條再開辯論<sup>350</sup>。所以從規定上來看，核定作為一種內部監督，但規範上並非毫無限制。

總統核定事項依照軍事審判法第 50 條雖未列舉，但依其意義，約有幾種：「一，士兵及其同等軍人處死刑之案件；二，士兵、尉官及其同等軍人處無期徒刑之案件；三，校官及其同等軍人，處七年以上有期徒刑以上之刑；四，將官案件<sup>351</sup>」。從檔案來看，對非軍人案件的核定標準的規定在軍事審判法施行以後，仍是依照以往的舊例：也就是被判處十五年以上者始須呈報總統核定<sup>352</sup>。

舊法時期的覆判與核定有定位不明，重疊之處，軍事審判法則就核定和覆判的定位有更明顯地區別，讓覆判制度更像是上訴制度。依照軍事審判法第 157 條規定準用刑事訴訟法第 268 條之規定，不得就未經起訴之犯罪進行審判，採取了不告不理原則；且本法採取三級二審制度，但第二審為覆判審（審查初審判決之當否）<sup>353</sup>，原則上為法律審，由高級及最高事審判機關組織之，兼具二審與三審之雙重任務。是書面審理制度，例外兼採事實審，與司法審判制度不同<sup>354</sup>。所進行之救濟，向上級軍事審判機關聲明不服，請求廢棄或變更<sup>355</sup>。至於審判方式

---

<sup>350</sup> 陳樸生，〈軍事審判與司法審判之共同性與特殊性（六）〉，《軍法專刊》，第 7 卷第 6 期，頁 3。

<sup>351</sup> 吳仲行，〈軍事審判法要旨的研究〉，《軍法專刊》，第 5 卷第 7 期，1959 年 7 月，頁 17。

<sup>352</sup> 〈軍法審判授權代核範圍〉，國家發展委員會檔案管理局，B3750347701/0038/3131302/2/1/008

<sup>353</sup> 所以根據院解字 3006 號，聲請覆判之文書，並無應敘述聲請覆判理由之規定，不得認定其因未記載聲請覆判理由而認為違背法律上之程式，以判決駁回，見：陳樸生，〈覆判制度之特徵（下）〉，《軍法專刊》，第 29 卷第 2 期，1983 年 2 月，頁 3-4。

<sup>354</sup> 刁榮華，〈軍事審判之救濟及其程序（上）〉，《軍法專刊》，第 14 卷第 4 期，1968 年 4 月，頁 16。

<sup>355</sup> 刁榮華，〈軍事審判之救濟及其程序（上）〉，《軍法專刊》，第 14 卷第 4 期，1968 年 4 月，頁 17。

仍是職權主義。被告縱然自白，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符合（軍審法第168條）。整體以觀，軍事審判法的覆判設計與1954年1月1日廢止特種刑事案件訴訟條例的覆判程序非常近似，事實調查仍是著重在第一審。但例外時，根據28上2388號判決，如果初審判決書所記載事實與覆判審認定事實顯然有異時，仍應本期事實審之職權重行認定，並在判決書內加以記載，方可據以判決，否則覆判判決書所載理由與其所引用初審判決書所載事實互相矛盾，其判決為軍審法第239條第13款之違法<sup>356</sup>。所以可以說覆判審既具備事後審與覆審性格，又具備事實審與法律審之性格<sup>357</sup>。覆判案件通常有幾種結果：

1. 聲請駁回。2. 原判決核准：就初審判決認定事實適用法律無誤；3. 原判決撤銷，自行判決：原判決所認定事實尚無不當，但是違背法令，則覆判庭應部分撤銷，自為判決。4. 原判決撤銷發回或發交送審<sup>358</sup>。但是實務上有敵前犯專科死刑之案件，宣告死刑者，如果在該管區域內為了鎮壓叛亂，與維持治安有重大關係時，原審軍事審判可以先摘敘被告姓名、年齡、犯罪事實、證據、所犯法條及必須緊急處置理由，電請覆判機關先予覆判，隨後再送卷宗。覆判庭核准時，應自接受電報之日起五日內呈請核定執行。該核准之電文，視為核准判決<sup>359</sup>。不過這樣的實務，覆核電文有可能欠缺判決所要之格式，應有形式不合法之處。

又覆判審可以提審或蒞審被告，這樣的規定承襲自特種刑

---

<sup>356</sup> 陳樸生，〈覆判制度之特徵（上）〉，《軍法專刊》，第29卷第1期，1983年1月，頁9。

<sup>357</sup> 陳樸生，〈覆判制度之特徵（下）〉，《軍法專刊》，第29卷第2期，1983年2月，頁9。

<sup>358</sup> 李秉才，〈軍事審判實務（五）〉，《軍法專刊》，第7卷第10期，1961年10月，頁17。

<sup>359</sup> 李秉才，〈軍事審判實務（五）〉，《軍法專刊》，第7卷第10期，1961年10月，頁17。

事案件訴訟條例，可是實際上的適用卻非常稀少<sup>360</sup>。

如果是宣告死刑或無期徒刑之判決，不待聲請，依職權送請管轄之覆判機關覆判之（軍審法第188條但書），屬於擬制聲請覆判，目的是為了慎刑<sup>361</sup>。但這類案件的覆判機關為何？有學者認為統一送最高軍事審判機關覆判，這在1956年7月7日公布時有其依據。但是軍事審判法在1959年12月24日修正為依職權送請管轄之覆判機關覆判之，如此無期徒刑以下的案件將非必由最高軍事審判機關覆判，但宣告死刑案件，無論官職大小，均應送最高審判機關<sup>362</sup>。

覆判案件，選任辯護人得向原審機關聲請閱卷及接見被告，此在行政院71年12月3日臺71法字第20611號函中採肯定的態度<sup>363</sup>。

## 第十節、感訓處分

治安機關對於罪嫌輕微之政治犯，所施的感訓教導，與刑法所定的保安處分不同，有僅因犯罪嫌疑而送感訓，有因罪情輕微而送感訓，有因惡性未深而送感訓，均無經過判決程序<sup>364</sup>。懲治叛亂條例中規定，自首或來歸者，經決定不予起訴或減免依其情形有予以感化處分之必要時，得在三年以下的期間內施以感化教育，俾使了解國家政策法令，重返社會。感化處分的方式，用裁定或命令均可，由審檢人員決定<sup>365</sup>。

---

<sup>360</sup> 師竹，〈實務引疑（二十九）〉，《軍法專刊》，第30卷第2期，1984年2月，頁31-32。

<sup>361</sup> 陳樸生，〈覆判制度之特徵（上）〉，《軍法專刊》，第29卷第1期，1983年1月，頁5-6。

<sup>362</sup> 刁榮華，〈軍事審判之救濟及其程序（上）〉，《軍法專刊》，第14卷第4期，1968年4月，頁19。

<sup>363</sup> 〈法令解答〉，《軍法專刊》，第29卷第4期，1983年4月，頁33

<sup>364</sup> 〈公牘〉，《軍法專刊》，第1卷第7期，1952年11月，頁36。

<sup>365</sup> 尤雄章，〈懲治叛亂條例淺說（下）〉，《軍法專刊》，第2卷第2

## 第六章、比較法探討

戰後大韓民國於 1945 年以後，至 1987 年以前，歷經美軍政時期、李承晚政權(1948-1960)、一年不到的第二共和國(1960-1961)、朴正熙政權(第三共和國 1963-1972 與第四共和國 1972-1979)與全斗煥和盧泰愚(1980-1987)，特別是 1948 年到 1987 年第一共和國至第五共和國時期，處於長期的威權統治時期。在冷戰架構底下，大韓民國與朝鮮人民共和國的南北對立，名目上反共的強調可以說是與台灣在威權統治時期面臨到的局面有非常高的類似性。再加上，大韓民國儘管於 1945 年以後從日本帝國的手中解放出來，但是日本法對於戰後韓國法律仍是極重要的參考，像是韓國的戒嚴法與我國戒嚴法同樣都是仿自日本。因此，觀察韓國在威權統治時期的法律制度運作，可以作為評價我國法律制度與司法實務時的參考。

但是在此亦先強調，相較於戰後台灣的威權統治時期，皆是在黨治架構底下進行，韓國的部分則是透過軍人政變所形成，主要是軍部的勢力，各個政權之間基本上沒有連接性。這樣的政治架構在台韓威權統治時期法制上所造成的異同，日後仍有進一步探討之必要。本研究此處僅先以相關法制與真實和解過去史整理委員會的報告書為主，作為分析的素材。

1945 年以後，韓國進入到美軍管理，1945 年 11 月 13 日在韓美國陸軍司令部軍政廳法令第 28 號，設置朝鮮軍政廳國防司令部。因為美軍政對於親日派人士的起用、糧食政策等引起左派人士之不滿，以大邱為中心，民眾抗議頻發，於是在當時對大邱及周遭地域發佈戒嚴令<sup>366</sup>。當時美軍政高層 Albert Eger

---

期，1953 年 12 月，頁 25。

<sup>366</sup> 김춘수, 한국 계엄의 기원, 선인, 2018 年, 頁 33。

Brown 少將指示大邱與附近地域設置軍事委員會，將引起混亂者儘速交付審判。不過實際上只有大邱設置之外，其他地域則是逮捕之後就加以釋放，或是送到大邱經調查後予以釋放。主要送到特別軍法會議的是首謀或是抗議中的重要人士。而特別軍法會議由美國人法官和檢察官七人審判。透過軍事委員會是最高可以判處死刑，不同於原本普通憲兵裁判所是無法判處 5 年以上的刑罰<sup>367</sup>。針對軍事委員會的判決，駐韓美軍司令部司令官具備將死刑輕減的權限，並且死刑的執行需要等到太平洋陸軍司令部司令官的確認<sup>368</sup>。不過據說美軍將領考量到死刑執行會帶來政治的衝擊，以及韓國部分立法委員的運作下，雖有一百名以內的被告被判處死刑，但是沒有執行死刑<sup>369</sup>。

1946 年 1 月 15 日，因美軍政法令第 86 號，創設朝鮮警備隊與造船海洋警備隊，並且這些警備隊運作的法律基礎：國防警備法與海岸警備法亦於 1948 年制訂公布。所以可以說，戰後韓國軍事審判制度，自 1948 年開始實施。1945 年 11 月 13 日，美軍政廳法令第 28 號為基礎，1946 年 1 月 15 日制訂公布《朝鮮警備法》(美軍政廳法令第 86 號)。其後，為了將來獨立的韓國維持軍隊，由美國陸軍上校 Argo, R. W. 負責這項工程，《國家警備法》草案由律師也是預備役陸軍少將 손성겸 完成，손성겸 由受到美軍所重要的李應俊邀請參加。1947 年 9 月《國家警備法》草案經過美軍政長官的承認，部分修正第三編的軍法會議後，於 1948 年 7 月 5 日公布《國家警備法》，同年 8 月 4 日生效。1950 年國防部訓令第 6 號制訂《空軍刑事法一時措置有關暫時規定》。《國家警備法》的內容和體例與美國陸軍戰時法 (Article of War) 類似。

1948 年 7 月 17 日韓國制憲憲法制訂公布，雖然沒有軍法會

---

<sup>367</sup> 김춘수, 한국 계엄의 기원, 선인, 2018 年, 頁 50。

<sup>368</sup> 김춘수, 한국 계엄의 기원, 선인, 2018 年, 頁 54

<sup>369</sup> 김춘수, 한국 계엄의 기원, 선인, 2018 年, 頁 55-56

議的規定，不過制憲憲法第 100 條規定現行法令與本法不抵觸者具備其效力。於是國防警備法具備其效力。但是憲法第 76 條規定人民有接受大法院裁判的權利以及憲法第 22 條人民有接受法官依法裁判之權利，可是《國防警備法》並無這些規定，形成軍法會議違憲論的說法，當時的法務部長亦有意識到這個問題<sup>370</sup>。

國防警備法直到 1962 年法律第 1003 號軍刑法與第 1004 號軍法會議法制訂成立之前，為主要的軍事法院法律。不過國防警備法至今仍有一項重大問題，也使得在討論戰後韓國初期的軍法審判時會成為一個重大爭點。亦即，國防警備法究竟是否為有效的法律？因為至今為止仍未能發現國防警備法在官報上的公布或立法資料，所以有認為其為無效的法律，則依照該法所做的裁判皆無合法基礎<sup>371</sup>。憲法裁判所對於這一個見解認為，在國防警備法制訂時，當時韓國對於什麼樣的法律經過什麼樣的程序得以成為韓國法秩序下的法律，並沒有一個明確的原則和基準。在這樣的混亂時期，未經一般通常的立法程序作為緊急的法律而適用，抑或是歷經長時間，由韓國國民所承認為有效法律，從法安定性的要求來看，難以不承認其規範力。由這樣的論點出發，從而推定國防警備法具備其規範力<sup>372</sup>。

相較於海岸警備法在第 1 條的適用對象與利敵罪的規定皆有限定在海軍及其相關對象，非常明確的軍刑法性格。但國家警備法第 1 條適用對象雖然有限定，可是在第 32 條的利敵罪與第 33 條間諜罪的部分，其法文記載為任何人，因而在適用時，一般非軍人身份者亦遭到這些條文的起訴和審判，像是 1948 年

---

<sup>370</sup> 문준영, 미군정 법령체제와

국방경비법, 민주법학, 第 34 期, 2007 年, 頁 129-130。

<sup>371</sup> 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 98 헌바 79·86, 99 헌바 36

<sup>372</sup> 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 98 헌바 79·86, 99 헌바 36。대법원 1999. 1. 26. 선고 98 두 16620 판결



的麗水順天事件與濟州四三事件<sup>373</sup>。根據調查，自1948年到1962年，依照國家警備法第32條與第33條被判處有罪者，約23000人，其中90%為非軍人身份者，其中又有三分之一約7300人左右遭判處死刑<sup>374</sup>。

國家警備法關於軍法會議的規定，其區分為三種類型：高等軍法會議，特設軍法會議，略式軍法會議。軍法會議的審判官由軍法會議設置長官自行裁量，參照年齡、經驗與法律素養來選擇適任的審判官。高等軍法會議最少需由5名將校所組成；特設軍法會議最少3名；略式則由1名將校組成（第53條）。同法第57條規定高等或特設軍法會議設置長官應指定檢察官和辯護人。根據第67條第2項，被告亦可以選任辯護人。對於被告除非是重大案件方能監禁或禁足，如果是輕微的犯罪不能監禁或禁足（第63條）。並且豫審調查時應賦予被告向證人反質詢的機會（第65條）；第88條規定嚴禁嚴酷且異常的體刑；第89條明確規定收監場所。這一些規定相較於陸海空軍審判法而言，是來得較為保障被告的權利。國家警備法中就判決執行前，依照第94條與第96條有長官的確認權限規定，未得到長官的確認，不得執行。在經長官確認之前，依照第99條會經過判決審議會之審議，由法務總監擇3名法務部將校組成審查。

不過儘管如此，國防警備法的刑事訴訟保障有所規定，呈現規範與實踐的重大落差。濟州四三事件的戒嚴期間為1948年11月17日到1948年12月31日。戒嚴高等軍法會議就四三事件的關係者進行審判，特別是依照國家警備法的第31條利敵罪與第32條間諜罪論處。國家警備法第57條與第67條來看，賦

---

<sup>373</sup> 김연호, 헌법상 군사법원제도에 관한 고찰, 성균관대학교 일반대학원박사논문, 2019年, 頁11-12。

<sup>374</sup> 김득중, 민간인학살 진상규명의 법-역사적 접근

‘국방경비법’을 중심으로, 아세아연구, 第53卷第4號, 2010年, 頁32。

予被告可以選任辯護人或由公設辯護人，賦予被告防禦權保障。但是根據四三事件關係人的證言，他們有的根本沒有經過審判，也沒有律師辯護協助。而且依照國家警備法第 81 條規定應留下裁判記錄，實際上也多未發現裁判記錄<sup>375</sup>。在四三事件時，6 月 28 日到 30 日，三日間判處即 345 人死刑<sup>376</sup>。而在四三事件中 1949 年戒嚴令業已解除，依法而言，不得對非軍人身份者進行軍事審判，但是依然用國家警備法對非軍人身份者論處刑責，甚至有的是以即決方式處理<sup>377</sup>。

麗水順天事件的戒嚴令發佈是在 1948 年 10 月 22 日 5 師團司令部司令官金白一所發佈的暫時戒嚴<sup>378</sup>，在這邊可以注意到其是由司令官所發佈，並非由總統所發佈，有解釋這是因為金白一為滿州軍官學校畢業，參與了間島特設隊，在從軍過程中遭遇中日戰爭所帶來的滿州地域的戒嚴，而這些戒嚴非由中央命令，而是地域司令官所發佈<sup>379</sup>。另外，不只是金白依個人的經驗，美軍政時期下的戒嚴也不少是由各地的司令官因應當地政情不安或失序時所發佈，像是大邱抗爭<sup>380</sup>。而弔詭的是，麗水順天事件的戒嚴發佈之原因，根據當時的報導與陸軍參謀總長丁一權的談話表示，支所以發佈戒嚴是為了事後收拾處理，

---

<sup>375</sup> 이재승, 소위 제주 4.3 관련 군법회의 재판은 재판인가?, 4.3 과역사, 第 2 卷, 2002 年, 頁 210。

<sup>376</sup> 이덕인, 이승만정권 초기의 사형제도 운용에 대한 평가 : 제주 4.3 사건 및 여순사건을 중심으로, 경희법학, 第 49 卷第 1 號, 2014 年, 頁 218。

<sup>377</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 124-125

<sup>378</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 119。

<sup>379</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 119-120。

<sup>380</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 120-121。

並非因應戰爭的擴大<sup>381</sup>。由此可以看到美軍政時期的戒嚴令之發佈之程序上的不備以及受到各地方司令官的個人所決定。麗水事件的審判態樣與四三事件不盡然相同，不過軍事審判的粗糙仍是一致。麗水中央初等學校審判中，由 4 名法務官進行審判，旁邊站著警察，人別確認之後，很多就進行審判，早上審判，下午即執行<sup>382</sup>。

至於麗水順天事件的高等軍法會議中，根據先行研究來看，對於非軍人身份者的審判總共有四次。第一次審判時，判處死刑 12 人，無期 9 人，20 年懲役刑 11 人，5 年懲役刑 4 人，立即釋放者 12 人。第二次高等軍法會議，逮捕了 458 人，其中 190 人為良民而釋放之，剩下的經過高等軍法會議審判，死刑 102 人，20 年懲役刑 79 人，5 年懲役者 75 人，無罪釋放者 12 人。死刑執行需得到長官的許可，對於年少者、老年人及婦女即不執行死刑<sup>383</sup>。第三次高等軍法會議，逮捕「地方暴徒」805 人，其中釋放 299 人，經兩天的審理，死刑 208 人，20 年懲役刑 118 人，5 年懲役 108 人<sup>384</sup>。第四次高等軍法會議，逮捕 203 人，釋放 40 人，死刑 73 人，20 年懲役 48 人，5 年 42 人<sup>385</sup>。第五次為審理軍人的中央高等軍法會議，417 名被告中，死刑 224 人，無期懲役 50 人，5 年懲役 110 人，1 年 30 人，28 人保留，1 人無罪。死刑犯的執行有 55 人經過總統確認<sup>386</sup>。由這個

---

<sup>381</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 122-123。

<sup>382</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 125-126

<sup>383</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 129。

<sup>384</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 129。

<sup>385</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 129

<sup>386</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 129

可以看到兩件事情，第一，重刑的結果較多，亦即死刑與無期徒刑者為多數。相較於此，四三事件的審判則是：死刑 4%，無期 8%，20 年 11%，15 年 30%，5 年以下 47%<sup>387</sup>。其二，對於判決的確認，主要是在刑度的部分由長官核定確認。而在麗水順天事件中，刑之執行的場所與死刑執行方法等仍是不明瞭的狀況<sup>388</sup>。

另外，在這個時期制訂通過的戒嚴法，非常戒嚴時，根據戒嚴法第 16 條，其地域內下述犯罪者，由軍法會議審判之：1. 內亂罪；2. 外患罪；3. 國交罪；4. 妨害公務執行罪；5. 犯人或證據隱匿罪；6. 騷擾罪；7. 放火罪；8. 引水罪；9. 飲料水相關犯罪；10. 偽造貨幣罪；11. 偽造文書罪；12. 偽造有價證券罪；13. 偽造印章罪；14. 偽證罪；15. 誣告罪；16. 姦淫罪；17. 殺人罪；18. 傷害罪；19. 逮捕拘禁罪；20. 脅迫罪；21. 竊盜或強盜罪；22. 侵占或背信罪；23. 贓物罪；24. 毀棄藏匿罪；25. 因軍事之必要而制訂之罪。由此以觀，戒嚴法賦予在戒嚴時期軍事審判介入的廣泛空間。

1950 年，李承晚政權發佈「戒嚴下軍事裁判特別措置令」，這一部軍事審判制度有幾個特點：其一，第一條提到因應戒嚴狀態而採取簡略快速的軍事審判制度；其二，由戒嚴區域內的高等軍法會議審判，由三人以上的將校組成，其中一人必須是軍法務官。高等軍法會議的設置長官認為有必要時，可以讓判事擔任軍法務官；其三，軍檢察官與依照刑事訴訟法的檢察官權限相同。設置長官認為有必要時，可以讓檢事擔任軍檢察官；其四，高等軍法會議可以讓判事或檢事行使辯護人的工作；其五，高等軍法會議判決的執行需要得到該軍法會議設置長官的

---

<sup>387</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 134

<sup>388</sup> 김춘수, 여순사건 당시의 계엄령과 군법회의, 제노사이드연구, 第 6 期, 2009 年, 頁 131

承認。另外一方面，李承晚發佈緊急事態下犯罪處罰特別措置令。為了強化對特定犯罪的規制，將其以簡潔且迅速的方式進行處罰<sup>389</sup>。

像是崔能鎮對於李承晚而言亦是屬於政敵。其在韓戰時組織停戰和平運動，被指為附逆行為，後來韓國軍隊收復首爾之後，透過軍法會議組成，其中的審判官不具備法律上賦予的資格之外，並且將停戰和平運動解釋成是附逆行為，亦是事實上的誤認<sup>390</sup>。

直至 1950 年代初期，韓國發生不少軍警虐殺一般人事件。像是 1950 年發生在大邱的國民輔導聯盟與大邱刑務所受刑人，遭到軍人和警察的不法射殺，根據遺族留下的資料，犧牲者約 2500 人以上<sup>391</sup>。

值得注意的是，關於刑事案件由一般刑事訴訟處理或軍法處理，韓國在 1951 年制訂實行「軍法會議裁判權法」(군법회의의재판권에관한법률)，其中第 2 條第 1 項規定一般法院與軍法會議發生裁判權的爭執時，由大法院裁定之。但是實際在韓戰時，裁定申請總共才 13 件，而且幾乎都被大法院駁回<sup>392</sup>。

1961 年，在第三共和國時期之初，朴正熙為了清算 516 政變時的敵對勢力，透過國家再建臨時措置法，賦予國家再建最高會議針對 516 軍事政變時，為處罰 516 政變前後的反民族，

---

<sup>389</sup> 진실·화해를위한과거사정리위원회，진실화해위원회종합보고서第 4 卷，진실·화해를위한과거사정리위원회，2010 年，頁 46-47。

<sup>390</sup>

진실·화해를위한과거사정리위원회，진실화해위원회종합보고서第 4 卷，진실·화해를위한과거사정리위원회，2010 年，頁 49-50。

<sup>391</sup> 진실 화해를위한과거사정리위원회，2006 年 상반기 조사보고서，진실 화해를위한과거사정리위원회，2006 年，頁 28。

<sup>392</sup> 김연호，헌법상 군사법원제도에 관한 고찰，성균관대학교 일반대학원박사논문，2019 年，頁 16

反國家與反革命之不正行為，制訂的特殊犯罪處罰法，該法本身並無法源依據，並且溯及既往適用，有違近代立憲主義<sup>393</sup>。而革命裁判所只有二審制，對於國民基本權亦是重大侵害<sup>394</sup>。1961年6月6日朴正熙等人組成國家再建最高會議，其並透過國家再建臨時措置法，將立法司法行政三權一手掌握：該法第9條規定憲法規定國會的權限由國家再建最高會議實行；第17條規定司法行政由國家再建最高會議指導，第18條大法院院長及法官由國家再建最高會議提請，由總統任命之。第19條地方法院院長級以上的職位，需得到國家再建最高會議的承認。

像是民族日報社長趙鏞壽，民族日報為求南北韓和平統一，偏向於進步派的報紙，結果遭到指稱該報紙稱讚北韓，一審在軍法會議判處死刑。一審的革命裁判所由陸軍大佐擔任審判長，軍人與非軍人身份者各2人擔任審判官。上訴亦是遭判死刑。2006年真實和解的過去史整理委員會決定，民族日報一案的處理過程，有幾項不合法：首先，本案的拘束人身自由期間已經超過刑事訴訟法的規定，相關人員業已構成違法逮捕監禁罪；革命裁判所並未依照證據裁判主義進行審判，民族日報僅是主張南北統一，卻被指為稱讚北韓，因而判處違反特別犯罪處罰法；又，革命裁判所從趙鏞壽為民族日報社長身份就指稱其為社會大眾黨的重要幹部，但是實際上趙鏞壽僅為民族日報社長而已，此處在認定事實的部分亦有錯誤。而真實和解過去史整理委員會認為，僅從民族日報社論便將趙鏞壽判處死刑，如此造成生命權無法回復的情形，有違文明國的法律，構成難以容忍的非人道反民主的人權蹂躪行為<sup>395</sup>。

---

<sup>393</sup> 진실 화해를위한과거사정리위원회, 2006년 하반기 조사보고서, 2006年, 頁21。

<sup>394</sup> 진실 화해를위한과거사정리위원회, 2006년 하반기 조사보고서, 2006年, 頁21。

<sup>395</sup> 진실 화해를위한과거사정리위원회, 2006년 하반기

在第三共和國時期，1962年軍法會議法公布施行。《軍法會議法》學習1921年日本陸軍軍法會議法與海軍軍法會議法，並部分參考《國家警備法》而成<sup>396</sup>。該法第2條規定一般軍法會議法管轄之外，第3條則規定軍法會議因戒嚴法而擁有管轄權。第3條的規定與我國戒嚴法規定相同，因戒嚴的發佈而使非軍人身份者亦有可能接受軍法審判。不過，軍法會議法並非是完全獨立於一般司法體系之外，像是同法第4條規定，大法院依照軍法務官會議議決，制訂軍法會議內部規則及事務處理方式之軍法會議規則。依照第5條，軍法會議分成高等軍法會議（設置於各軍的本部，由參謀總長管轄，5人組成）與普通軍法會議（設置於各軍本部及其轄下部隊，由各司令進行管轄，3人或5人組成）。如果是在戒嚴地域內，由國防部長官指定之軍法會議進行管轄。軍法會議主要由審判官和法務士所組成。審判官是從具備下列資格的將校中任命：1. 具備法律素養者；2. 具備擔任審判官的人格學識者。同法第28條第1項規定，軍法會議裁判官依照憲法與法律獨立審判之。第2項規定，裁判官檢察官辯護士不會應裁判而受到任何的懲戒處分。同法第350條規定證據裁判主義，第351條規定自由心證主義，第352條不承認不正訊問取得的自白之證據能力，第353條為補強原則。第369條第1項規定，判決需經管轄的確認，管轄長官參酌刑法第51條量刑事由，認為刑度有所不當時，可以減輕或免除其刑。減輕的範圍依照大法院的見解可以不受到刑法第55條減輕刑度之限制<sup>397</sup>。軍法會議法的審級為三審級，一審為普通軍法會議，二審為高等軍法會議，三審為大法院。這是因應1962年，改正

---

조사보고서, 2006年, 頁22。

<sup>396</sup> 이수경, 현행 군형사재판제도에 관한 문제점과 그 개선방안- 군사법원 심판기관을 중심으로-, 중앙대학교 석사학위논문, 1991年, 頁45。

<sup>397</sup> 대법원 1974. 9. 24. 선고 74도1955 판결

憲法的緣故，軍事法院作為特別法院而設置，其三審法院以大法院（即最高法院）為之。

就 1962 年的軍法會議法與 1956 年軍事審判法觀之，兩部法律對於近代刑事訴訟法的相關要求有所納入，像是審判獨立、證據裁判主義等原則。不過亦有一些不同之處，軍法會議法在三審的部分是由大法院進行審判，有受到一般司法體系調整和影響的可能，而軍事審判法則仍處於獨樹一格的軍事審判體系。此外，軍法會議法第 369 條的管轄確認措置權與軍事審判法的核定制度有類似之處，即上級對於判決的處置有核定的權限，但是管轄確認措置權只限定於在判決刑度的輕減與免除，而核定權卻無此節制。可以說管轄確認措置權相較於我國的核定權限是來得小。但是管轄確認措置在選擇誰要處以原本之刑度或減輕免除之刑度時，亦赤裸地呈現其對於非軍人身份者的暴力。根據三清教育隊被害者的證言，軍人因為管轄確認措置權獲得免刑判決，但是非軍人者則遭到暴力致死<sup>398</sup>。

另外，第三共和國制訂和施行法律第 643 號反共法，此為朴正熙政權在 516 政變之後，為了建立反共主軸，處罰共產主義者所制訂和實施，該法在 1980 年新軍部勢力之後，將反共法整併到國家保安法。反共法第 3 條第 1 項為加入反國家團體或勸誘他人加入反國家團體者，處 7 年以下懲役刑。同條第 2 項處罰未遂犯。第 3 項處罰陰謀預備犯，處 5 年以下懲役刑。第 4 條第 1 項為稱讚或附和反國家團體或其成員或國外共產系的活動，或以其他方法有利於反國家團體者，處 7 年以下懲役刑。同條第 2 項以前述為目的所製造、輸入、複製、保管、散布、販賣、取得文書圖畫及其他表現物者，亦同。反共法第 4 條對於言論自由的侵害極大。像是 1965 年有一部韓國製作的電影為「七人女俘虜」，講述北韓人民軍俘虜了國軍看護將校 7 名女

---

<sup>398</sup> 삼청교육대인권운동연합, 삼청교육대백서(하), 2002 年, 頁 273。



性，後來中國共產黨軍人欲侵犯 7 名女性，這時候北韓人民軍與國軍看護將校超越了敵我關係，意識到彼此都是相同血脈，因而對中國共產黨軍人加以反抗。而片中看護將校因而稱讚北韓人民軍。結果因為此事，導演遭到違反反共法第 4 條而受到拘禁，最後是以緩刑而處之<sup>399</sup>。

1962 年憲法第 24 條第 2 項規定非軍人軍屬身份之國民，除非於大韓民國領域內違反軍事有關的犯罪，如：間諜罪，哨兵與警戒所，供給有害食物，俘虜相關之罪，及非常戒嚴時，方有可能受到軍事審判。將過去國防警備法第 32 條與第 33 條多數的行為態樣，包攝進入到軍法會議的審判範圍之外，像是哨兵警戒所以及供給有害食物的部分亦放入到對於非軍人身份者的審判範圍。但是像國防警備法第 32 條所定的幫助敵人與通敵成為非軍事審判的範圍。其實幫助敵人與通敵等行為於韓戰爆發之後，1950 年 12 月 1 日制訂附逆行為特別處理法第 15 條，即被當成附逆行為處理，並且除非與戰鬥行為直接相關者外，軍機關則不得干與。所以國防警備法第 32 條的助敵與通敵行為成為非軍事審判的對象<sup>400</sup>。

1971 年韓國第七屆總統選舉，候選人為朴正熙與金大中，在野的金大中雖然敗選，但是僅少於朴正熙一萬票左右，如果考量到當時的選舉不正等情事，可以說金大中當時應該是勝選<sup>401</sup>，造成朴正熙很大的危機感。同年舉行的國會選舉，野黨的票數與執政黨的票數亦所差不遠，給與執政黨不小的衝擊。另外一方面，在司法的部分，第三共和國的憲法賦予裁判所違憲審查權，在朴正熙宣布緊急措置之前，裁判所對於國家賠償法

---

<sup>399</sup> 칠인의 여포로(七人の女捕虜)[출처: 한국민족문화대백과사전(칠인의 여포로(七人の女捕虜))]

<sup>400</sup> 송기춘, '군사재판을 받지 않을 권리'에 관한 소고, 공법연구, 第 37 卷第 4 號, 2009 年 6 月, 頁 197。

<sup>401</sup> 金承煥, 유신헌법하에서의 헌법학 이론, 第 31 卷第 2 號, 2002 年, 頁 27。

第 2 條第 1 項限制軍人軍屬的損害賠償請求權，於是裁判所認為這樣的規定違反平等原則，亦非基於公共利益所為之限制，因而認定違憲<sup>402</sup>。這對於朴正熙政權而言亦是始料未及，遂而擔心裁判所有可能成為其政權長久維持的絆腳石。朴正熙建造出韓國政府當時處於內憂外患的假象之中，進而主張對於這個處於風雨飄渺中的「危機政府」需要透過維新憲法及緊急命令等措施加以因應<sup>403</sup>。1972 年 10 月 17 日，總統朴正熙以非常措施，藉由維新之名，發佈超越憲法的規定，停止一切的政治和政黨活動，國會的功能由緊急閣議擔當行使，由緊急閣議做成新的憲法草案，1972 年 11 月 21 日宣布非常戒嚴，在這樣的戒嚴恐怖氣氛中，透過國民投票以賦予憲法正當性，亦即日後所謂的維新憲法。維新憲法將總統的任期自 4 年延長至 6 年，從直接選舉改為由統一主體國民大會進行間接選舉；總統不必對國會負責，但是對國會有解散權；並且維新憲法賦予總統就國政甚至是司法事項發佈緊急命令的權限，而緊急命令不受到司法審查。

維新憲法本身宣稱其為了實現自由民主主義，當時的不少憲法學者也認為其是自由民主主義憲法<sup>404</sup>。自由民主主義憲法被認為應該包含：國民主權主義，自由平等為中心的基本權保障，權力分立，政府責任，法治主義，司法權獨立，複數政黨治度，政治活動的自由，合意原則，多數決原理，少數群體的保護<sup>405</sup>。但是從現在的角度思考，維新憲法賦予總統事前發佈緊急命令的權限，該緊急命令亦不會成為司法審查的客體；且維新憲法亦讓政府權力分立原則遭受到破壞，總統有三分之一

---

<sup>402</sup> 대법원 1970. 2. 24, 69 다 1069; 1971. 6.22 선고 70 다 1010

<sup>403</sup> 권혜령, 유신헌법상 긴급조치권과 그에 근거한 긴급조치의 불법성, 法學論集, 第 14 卷第 2 號, 2009 年, 頁 190-191。

<sup>404</sup> 金承煥, 유신헌법하에서의 헌법학 이론, 第 31 卷第 2 號, 2002 年, 頁 48

<sup>405</sup> 丘秉朔, 新憲法原論, 博英社, 1996 年, 頁 188。

的國會議員之推薦權（第 40 條第 2 項），國會解散權（第 59 條），所有法官的任命權（第 103 條）。從而現在的學者認定維新憲法非自由民主主義憲法<sup>406</sup>。所以如果以維新憲法本身內身作為一個比較對象，中華民國憲法在內容的規定以觀，仍具備權力分立等自由民主主義之要素。

朴正熙透過緊急措置令來進一步控制韓國的行政、立法與司法。朴正熙透過非常戒嚴宣言，禁止各種政治集會，出版品都需要事先經過檢閱，在野黨的政治人物可能遭到政府帶走，由此封鎖住韓國社會對於緊急命令的批評。朴正熙的總統緊急措置令第 1 號（1974 年 1 月 8 日），就否定反對或毀謗大韓民國憲法，主張廢止或修正大韓民國憲法，違反此項規定者，可以不具令狀加以逮捕違反者，以非常軍法會議審判處斷之。同一天，由朴正熙公布施行的總統緊急措置令第 2 號規定非常軍法會議。非常軍法會議主要是管轄和審判違反總統緊急措置令者。非常高等軍法會議設置審判部 1 個，由 7 名裁判官組成：1. 裁判長：國軍現役閣僚將校 1 人；2. 法務士：軍法務官 1 人；3. 審判官：國軍現役閣僚將校 2 人與具備裁判官、檢事或律師資格者 3 人。非常普通軍法會議設置審判部 3 個，由 5 名裁判官所構成：1. 裁判長：國軍現役閣僚將校 1 人；2. 法務士：軍法務官 1 人；3. 審判官：國軍現役閣僚將校 1 人與具備裁判官、檢事或律師資格者 2 人。

非常高等軍法會議或普通軍法會議皆設置檢察部，檢察部的管轄由軍法會議為之，如此呈現審檢不分隸的狀況。非常軍法會議檢察官的職務為：依照檢察廳法，刑事訴訟法與軍法會議法所賦與的職責；對一般檢察官與軍檢察官進行搜查指揮和監督；向檢察與軍檢察官要求搜查合作。同令第 9 條規定非常軍法會議裁判官與檢察官聽取國防部長官之意見，國軍現役閣

---

<sup>406</sup> 金承煥，*유신헌법하에서의 헌법학 이론*，第 31 卷第 2 號，2002 年，頁 50

僚將校與軍法務官中聽取法務部長官之意見，總統由具判事檢察或辯護士資格者中任命之。於此情形，檢察官由軍法務官和檢察中任命之。同令第10條規定，中央情報部長對非常軍法會議管轄事件的情報、調查與保安業務有調整和監督之權。本令未規定之事項，準用軍法會議法。於此情形，非常高等軍法會議法視為國防部本部高等軍法會議，非常普通軍法會議視為國防部本部普通軍法會議。但是不準用軍法會議法第132條（羈押時間最長為2個月，有繼續羈押之必要時，每個審級最多2次為限）、第238條（軍事法檢察官對於犯罪嫌疑人的拘留時間為10日）、第239條（檢察官對犯罪嫌疑人的拘留時間為10日）、第241條（238條與第239條的時間延長），不受羈押時間之限制。非常軍法會議之逮捕、拘禁、搜索之令狀由檢察官發行。一般高等法院或地方法院如遇違反緊急措置令者，必須移送致非常軍法會議。

緊急命令第1號自1974年1月8日開始，後來因緊急命令第5號實行，1974年8月23日方解除，不過後來1975年的緊急命令第9號整合了緊急命令第1號，一直到後來緊急命令第9號解除，歷經了5年多的日常生活化的緊急命令。

對於維新憲法提出批評者，像是白基琬即因為發動改憲請願連署，而遭到非常普通軍法會議判處15年的懲役刑<sup>407</sup>。就這樣一號剝奪人民言論自由的緊急命令，有幾個問題：第一，其發動緊急命令的要件上有所不備。特別是以當時韓國政治局勢和社會狀況以觀，反對黨活動或是社會對於改憲的聲音，並沒有到達威脅或破壞公共安寧秩序的程度。第二，維新憲法第18條規定，任何國民的出版集會結社自由，非經過法律，不得限

---

<sup>407</sup> 권혜령, 유신헌법상 긴급조치권과 그에 근거한 긴급조치의 불법성, 法學論集, 第14卷第2號, 2009年, 頁194。권혜령, 유신헌법상 긴급조치권과 그에 근거한 긴급조치의 불법성, 法學論集, 第14卷第2號, 2009年, 頁194。

制之。雖然可以透過法律保留以限制國民的出版集會結社自由，但是法治主義國家中，除了法律應該明確規定之外，對於「基本權最大限度保障原則」，基本權的限制在必要範圍以最小限度限制之<sup>408</sup>，由此以觀，緊急命令第 1 號可以說是過度侵害人民的言論自由。至於緊急命令第 2 號，排除了令狀原則和人身自由受拘束的期間限制，並且從當時憲法以觀，人民應由接受具備法定資格的法官審判的權利。

朴正熙時期，發生了兩次人民革命黨事件，皆為中央情報部所操作。1964 年是以違反反共法，1974 年以違反國家保安法與緊急措置令第 4 號。特別是 1974 年時，全國民主青年學生總聯盟進行了維新反對鬥爭運動，朴正熙以民青聯的背後有人民革命黨所操作，無令狀逮捕了 1024 人，其中 253 人由軍法會議檢察部羈押移送。後由緊急普通軍法會議法院審判，人民革命黨的主要幾位都被處以死刑或無期徒刑。但是民青連的多數關係人，於 1975 年 2 月 15 日因總統的緊急措置令停止執行而釋放。

1980 年的韓國憲法第 26 條第 2 項將前述非軍人軍屬身份之國民接受軍事審判時，加上「重大」作為要件，一定程度上限縮軍事審判範圍擴大的可能。可是另外一方面，1981 年修正戒嚴法於第 2 條第 1 項於原先與敵人交戰狀況可以發佈非常戒嚴之可能外，新增對於社會秩序有非常之妨害，行政與司法之機能實行有明顯困難時，有以軍事處理為必要，為維持公共安寧秩序，如此更使得軍事審判有擴大侵蝕一般司法審判的空間。

---

<sup>408</sup> 권혜령, 유신헌법상 긴급조치권과 그에 근거한 긴급조치의 불법성, 法學論集, 第 14 卷第 2 號, 2009 年, 頁 194-195。

## 第七章、 結論

本文考察從民國中國時期以來至威權統治時期的軍事審判制度之變遷，並觀察軍事審判度與自由民主憲政秩序之關係。本文認為即使是戒嚴加上動員戡亂臨時條款的非常體制，就應然的面向以觀，近代憲法的自由民主憲政價值並非與軍事審判制度的適用無緣，亦需注意保障被告的人權。

在此總結台灣威權統治時期的軍事審判之特徵，台灣在1956年以前的軍事審判制度，未充分展現法治原則，特別是陸海空軍事審判法，複製了日本1880年代陸軍治罪法對被告保障不周的弊病。而位階上與陸海空軍事審判法有所混淆的戰時陸海空軍審判簡易規程，雖然是命令位階，卻在軍事審判法庭配置上有不同於陸海空軍事審判條例之處，此處有法位階的矛盾，但其卻也將刑事訴訟法的規定較大範圍地導入到軍事審判制度，使得應然面軍事審判更需要符合自由民主憲政價值之要求。直到1950年代初期，舊軍事審判制度開始朝向彈劾制度架構，1956年新軍事審判法，相較於舊法更加保障被告之權益，亦明確宣示軍事審判之獨立，但是像是上級介入審判的核定制度依然存續。

整體而言，在軍事審判的部分，軍法官的審檢區分不足，以及過度重視統帥權的關係，審判無法獨立，使得軍事審判雖然也是司法權一環之展現，不過實際上在行政權的干預下，軍事的上級作為程序參與者，也是監督者，甚至可以任命和核定發回覆議，獨立性受到侵蝕，尤其警備總部又總攬從偵查到執行的各階段，卻缺乏相應的制衡和監督。而且軍法官在軍法學校設置之前，相關的法學訓練並非非常充分，有可能造成軍法官的法治素養不足，使得軍法官們重視軍法審判的效率以及是否能夠貫徹威權體制下的秩序維持，對於人民的權益保障就有所

忽視。在這樣的軍事審判系統之下，生產出相關的人權侵害案件。

縱然因為戒嚴的緣故，部分的刑事案件進入到軍事審判體制，求取明快是軍事審判體制追求的目標之一，但並非表示濫權誤判等就可以容許，這是在當時的軍事審判的法律論述相關當中昭然可知：被告權益需要保障。所以，在這樣的審判系統下，行動者也是會認知到特定案件的審判或運作過程是否符合相關規定，亦即形式法治國的合法與否，對於威權統治時期的相關的行動者亦應有其拘束，如果其主觀上有所認知，並且客觀上亦超越了該形式法治國的規範，進而造成人民的權利而受到侵害，如此似可以加害者稱呼之。例如：自戰後以來，刑求之禁止皆已經成為重要的理念，如果偵查人員無視於此，對嫌疑人進行刑求，此亦為加害之行為。又例如，單以自白即認定有罪，而無調查其他證據，違反證據裁判主義者。又例如：本以輕罪即可確定之被告，卻遭軍事檢察官的違法申請覆判，慘遭判處死刑之情形。至於如果是當時期的形式法治國皆無違反，但是以現今自由民主憲政秩序觀之，其相關的法律行動所依據的基礎法律有違憲之處，像是舊制的陸海空軍審判法，但是其具體形式上並未有違反當時刑事訴訟法及其他法律原則之處者，主觀上無認識到該法律行動對人民的侵害者，則可以加害體制之「參與者」認定之。換言之，相關的偵查和訴訟行為等違反威權統治時期既已存在的法律和原則，行動者主觀上應有所認識，且客觀上對人民的權益造成侵害者，應認定為加害者；至於相關法律行動皆符合當時期的法律和原則，但其依據的主要法律實際上有違反自由民主憲政價值之可能，則主觀上較無不法認識之可能，可以認定為是參與者。

另外，本文並且比較探討戰後韓國於威權統治時期的軍事審判。韓國於2005年的過去史整理委員會，就日本殖民統治時期、海外同胞以及戰後威權統治時期所遭遇到的人權侵害事件

進行調查，於 2010 年第一期告一段落。於 2020 年時，因應仙甘學園事件等，韓國國會修正過去史整理基本法，重啟第二期的過去史整理委員會進行調查。透過第一次的相關事件調查報告，確認了當時期有些中間階層的官僚有違法濫用國家公權力之處，甚至影響到相關案件的再審重啟。有關於軍事審判法制，國家警備法就當時期的憲政秩序以觀，部分有與憲法未合之處，像是無上訴到大法院的機制，但是相關的辯護權規定，比起我國舊軍事審判制度更為充足些；其後的軍法會議法的審級規定亦有所調整，更加地符合近代自由民主憲政秩序的規定。只是在實然的部分，因為軍人政權的迭起，使得法外的對人民基本權的侵害或是透過審判而干預的情形依然存在。朴正熙時期的緊急措施之正當性亦受到挑戰，認為就 1970 年代的局勢發佈緊急命令的必要性似不存在，如此可以看到當權者為了維護自己的利益赤裸裸地限制人民的權利。

比較台灣與韓國在威權統治時期的軍事審判等制度，本文可以歸納幾點：

1. 台灣在戰後是處於一黨專政的時期，但韓國則主要是以軍人獨裁為主，特別是朴正熙與全斗煥時期。由此兩個社會中反對意見的聲浪勢力有著一定程度的差異，以及鎮壓的方式有所差異。像是韓國的反對黨勢力，有透過選舉造成當政者的壓力的情形；又，韓國在 1980 年代全斗煥時期，透過軍隊武力鎮壓民主運動，造成許多人的非透過審判的死亡；相對比該時期的台灣則已經減少了此種透過軍隊武力鎮壓的情形
2. 台灣在威權統治時期歷經 30 多年的戒嚴，韓國的戒嚴則是間斷的，並且有時為非常戒嚴，有時為警備戒嚴，範圍亦非每次皆為全國。其中韓國領土甚至面臨到朝鮮人民共和國與中共軍隊的直接侵襲。由此對比，中共軍未曾直接侵門踏戶，尚有一海之隔，可是卻以戒嚴令等



規定長期限制人民的權益，台灣的戰後長期戒嚴缺乏其正當性。

3. 從韓國在威權統治時期的法學論著以觀，縱然是在非常體制時期，國家的公權力施展並非可以毫無節制，亦需要遵守法治與比例原則的要求。所以像是維新憲法將緊急措置權限的發動，委由總統可以恣意發佈預防性的緊急措置，如此已經逸脫了立憲主義<sup>409</sup>。並且，韓國憲法裁判所曾就朴正熙時期所發佈的緊急處置認定為違憲。韓國憲法裁判所認為緊急處置與法律同一位階，可以由憲法裁判所進行合憲性審查。而朴正熙的緊急措置令單以人民的政治性言論之表達即作為處罰之對象，已經逾越了國家刑罰權對於言論自由的管制界限<sup>410</sup>。又朴正熙的緊急措置中有使警察等的強制處分行為不受令狀原則之拘束的規定，這也違反正當法律程序的本質。甚至有論者認為像是朴正熙的緊急措置令的發佈時期，不該當憲法上所謂的對國家安全或公共秩序有重大危害等要件，被認為是違法<sup>411</sup>。所以縱然是在非常體制，其非常之手段行使，亦不能夠逾越自由民主憲政價值。因此，對於威權統治時期我國的憲法與動員臨時戡亂條例的相互關係，戒嚴的發佈時間與持續期間，因應戒嚴法及相關規定而來的軍事審判的範圍等都應該符合我國憲法的實質要求，並非單以現在是非常時期，一切都相忍為國即可模糊帶過。

4. 戰後韓國的軍事審判法制主要可以區別為國家警備法

---

<sup>409</sup> 권혜영, 유신헌법상 긴급조치권과 그에 근거한 긴급조치의 불법성, 法學論集, 第 14 卷第 2 期, 2009 年, 頁 192-193。

<sup>410</sup> 전원재판부 2010 헌바 70, 2013. 3. 21

<sup>411</sup> 권혜영, 유신헌법상 긴급조치권과 그에 근거한 긴급조치의 불법성, 法學論集, 第 14 卷第 2 期, 2009 年, 頁 195。

與軍法會議法時期。台灣則是 1956 年以前的陸海空軍事審判法與戰時陸海空軍審判簡易規程，以及 1956 年以後的軍事審判法。從應然面以觀，國家警備法與軍法會議法皆有辯護權的規定，相對於此，台灣的陸海空軍審判法及戰時陸海空軍審判簡易規程則就辯護權規定有所闕如。透過這樣的對比，可以看到縱然是軍事審判，亦非本質上剝奪被告的防禦權，任由被告遭受到軍法暴力的施加。由此更可以看到我國舊軍事審判法制的不備。

5. 從兩國的軍事審判制度上級核定的規定以觀，以我國舊軍事審判制度的核定，法明文的限制最為不足，造成上級濫權使用，擅易以更改刑度的指示，以使下級軍法官配合。新軍事審判法則有了較為明確的規定。解釋學上該核定制度可以說是為了被告的權益著想，但是實際適用上卻往往帶給被告的不利益。至於韓國的類似核定之規定，主要是在各軍隊上級對於刑罰執行的確定措施，範圍較為限縮，較著眼於被告的利益。透過韓國的過去史整理委員會的報告可以對應檢視台灣在軍事審判加害者的特殊性。過去史整理委員會提到在調查事件的中，因為韓國的官方文書記錄的限制，幾乎很難確認國家層級與相關事件的關係，至多只能在中間階層的官員<sup>412</sup>。相對於此，台灣政治案件留下來的檔案不少皆已顯示出，當時的最高統治者蔣介石憑藉核定制度，逾越了核定制度的相關要求，直接命下層的軍法官判處被告死刑，由此可以清楚地看到最高統治者與具體案件的關係。雖然韓國的過去清算因為史料的限制，較難清楚化最高層者與個別事件的介入關係。而主要是針對像是國家情報院、國防部與警察廳在相關事件的行動，甚至民主化以後，

---

<sup>412</sup> 진실화해위원회, 진실화해위원회 종합보고서第 1 卷, 진실화해위원회, 2010 年, 頁 88。

這些最為人詬病之機關也做出過往的清算報告，促成相關案件的再審<sup>413</sup>，如此不僅是面對過去的加害責任，亦能夠藉此韓國社會對於該機關的信賴可能。

6. 威權統治時期，台灣以懲治叛亂條例為首，在相關的法解釋上的濫用，無法看到非常明確的界線，入人於罪，甚至接受唯一死刑。韓國則以國家保安法為首，特別是就第 7 條（讚揚）、第 8 條（通信）、第 10 條（不告知）等條文濫用解釋。可以看到兩個國家在此的法律條文的不明確與法解釋的謹慎不足。這樣的經驗應加以記取，匯聚成實質法治國的重要教訓。
7. 對於基於違憲的法律做出的判決，以韓國的過去史整理委員會的實踐觀之，因為該委員會著重在是否有符合再審事由，所以導致如果是依違憲法律做出的判決，假使沒有違反當時期法律者，即可能無法完全清算<sup>414</sup>。因而有學者主張這樣的情形可以透過立法的方式包裹式地廢棄此種以違憲法律做出的判決（違反實質法治國），或者是聲請憲法裁判所將違憲的法律宣告為違憲，如此以開啟再審的大門<sup>415</sup>。根據司法院大法官解釋釋字第 436 號和第 477 號解釋，業已部分認證威權統治時期軍事審判制度與憲法不合致之處。而促轉條例第 6 條亦可以實質法治國的標準，撤銷相關判決。

---

<sup>413</sup> 김한균, 국가범죄와 과거사 청산 완결의 과제  
진실화해를 위한 과거사정리 기본법 개정 방향, 형사정책연구, 第 28 卷  
第 1 期, 2017 年, 頁 178。但是司法機關則對此並無清算。

<sup>414</sup> 권혜령, 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 불법판결 처리현황  
에 대한 비판적 검토, 憲法學研究, 第 16 卷第 2 期, 2010 年, 頁  
419-452。

<sup>415</sup> 권혜령, 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 불법판결 처리현황  
에 대한 비판적 검토, 憲法學研究, 第 16 卷第 2 期, 2010 年, 頁  
440-441。

8. 最後是加害者的確立。透過明確加害體制以及了解當時期的形式法治國之標準後，我們仍必須進一步地明確清楚定義加害者。本於加害者應為形式非法者，且本文認為可以限定在中華民國的公職者或是受公權力委託執行職務者，並且以違反下述所例示的事項，而行為人角色可包含：實行者、指示者、教唆者、具備防止或告發責任，卻積極默認或隱蔽者、或對行為人為積極庇護者<sup>416</sup>。

最後，對於威權統治時期的軍事審判，可以從幾個面向來檢視其是否有不法或不當<sup>417</sup>：

#### 偵查階段

1. 搜索與逮捕等強制處分是否有違令狀主義？
2. 強制處分執行主體是否適格？
3. 拘束人身自由之期限是否有逾越？
4. 是否有發生不正之訊問？
5. 提審之有無

#### 審判階段

1. 軍事法庭之組織是否合法？
2. 依照法律或裁判，應迴避之審判官，是否又參與審判？（1956年以前的軍事審判制度對此無規定）
3. 有無管轄權？
4. 被告未於審判期日到庭，而逕行判決，原則上是違背法令。
5. 依照軍事審判法應用辯護人之案件，或已經指定辯護人之案

---

<sup>416</sup> 한흥구, 한국의 과거청산과 반헌법행위자열전 편찬사업, 경제와사회, 第 109 期, 2016 年 3 月, 頁 31-32。

<sup>417</sup> 亦參考：한인섭, "회한과 오욕"의 과거를 바로 잡으려면 -사법부의 과거청산을 위하여-, 서울대학교 法學, 第 46 卷第 4 期, 2005 年, 頁 109-110。

- 件，審判期日，辯護人是否出庭辯護？
6. 審判期日，軍事審判官有無到庭陳述意見？
  7. 應於審判期日調查之證據，是否予以調查？
  8. 是否給與被告最後陳述機會？
  9. 參與判決之審判官，是否均曾參與審理？
  10. 判決有無載明理由？所載理由是否矛盾？
  11. 對於被告有利之陳述或辯護意旨，而未予採納時，在判決理由內，是否已經記明？
  12. 判決有無送達？依法送達，應自接受原本七日內為之，否則不生判決效力
  13. 是否違反證據裁判主義？
  14. 除了自白，有無其他補強證據？
  15. 1956年以後，核定是否自行改判？核定是否超過一次？

#### 覆判階段

1. 有無合法提出覆判？

#### 刑之執行

1. 是否有依法規定接受刑之執行？
2. 其執行自由刑的場所是否適合？

#### 刑罰結束之後

1. 是否有持續地違法監視？

## 參考書目

〈史料檔案〉

〈行政院會議議事錄 臺第一二一冊五三〇至五三二〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00148-002。

〈行政院會議議事錄 臺第二一冊二〇三至二〇八〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00048-006。

〈行政院會議議事錄 臺第二七八冊一〇三一至一〇三三〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00305-003。

〈行政院會議議事錄 臺第二九冊二三九至二四三〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00056-001。

〈行政院會議議事錄 臺第二十冊一九九至二〇二〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00047-004。

〈行政院會議議事錄 臺第二六九冊一〇〇五至一〇〇七〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00296-003

〈行政院會議議事錄 臺第六九冊三六一至三六四〉，《行政院》，國史館藏，數位典藏號：014-000205-00096-003

〈軍法審判(四)〉，《國民政府》，國史館藏，數位典藏號：001-012300-00013-014。

〈軍法審判授權代核範圍〉，國家檔案，檔號：  
B3750347701/0038/3131302/2/1/007  
B3750347701/0038/3131302/2/1/008  
B3750347701/0038/3131302/2/1/010。

《台灣省警備總司令部沿革史第一輯》，台灣警備總司令部總司令辦公室編印，出版年不詳。

《司法院公報》

《司法專刊》

《民眾日報》

《立法院公報》

《政府公報》

《軍法專刊》

《國民政府公報》

《國民政府檔案》，國史館藏，入藏登錄號：001000001559A、001000000438A、001000000436A、001000000442A、001000000465A、001-1000012-0001A、001000000465A、001000002044A、001000000475A、001000000476A、001000001556A、001000001555A、001000006339A、001000001562A、001000000445A、001000000441A、001000001552A、001000006339A。

《國防部沿革史》

《最新軍法彙編》，國防部軍法局編，國防部軍法局，1952年。

《臺灣省行政長官公署公報》

《臺灣省政府公報》

《總統府公報》

《聯合報》

國史館，《司法院討論戰後法規特種委員會呈為呈本會決議案及案卷請鑒核施行一案》，1946年1月28日，數位典藏號：015-030100-0005。

國史館，《特種委員會案卷》，數位典藏號：015-030100-0006。

國史館，《戰後法規特種委員會（洪文瀾等人）》，1945年2月21日至1945年7月6日，數位典藏號：015-030200-0039。

國史館，《整理戰後特別刑事法令草案卷》，數位典藏號：015-020200-0016。

國民政府檔案，〈國民政府文官處函中央通訊社有關提與人民身體信仰言論出版集會結社自由有關之法令法規案分四類處理〉。收於《立法法令制定與整理（七） / 011》，數位典藏號：001-012020-00007-011。

國民政府檔案，卷名/件號：立法法令制定與整理(七) / 002，  
數位典藏號：001-012020-00007-002

國民政府檔案，卷名：《立法法令制定與整理(六)》，件號：032，  
數位典藏號：001-012020-00006-032

國民政府檔案，卷名：《立法法令制定與整理(六)》，件號：039，  
數位典藏號：001-012020-00006-039

國民政府檔案，卷名：煙毒案件審理(一)，典藏號：001-058900-  
0017。

〈期刊專書〉

刁榮華，〈軍事審判上之強制處分(上)〉，《軍法專刊》，15卷1  
期，1969年1月。

刁榮華，〈軍事審判上之強制處分(下)〉，《軍法專刊》，15卷3  
期，1969年3月。

刁榮華，〈軍事審判之救濟及其程序(上)〉，《軍法專刊》，14卷  
4期，1968年4月。

刁榮華，〈新刑事訴訟法證據章能否適用於軍事審判之商榷〉，  
《軍法專刊》，13卷9期，1967年9月。

刁榮華，《軍事審判法實用》，撰者，1971年。

尤伯祥，《威權統治時期司法不法之刑事案件類型與分析》，出  
版頁待補。

尤雄章，〈懲治叛亂條例淺說(下)〉，《軍法專刊》，2卷2期，  
1953年2月。

尤雄章，〈讀了「論軍法與司法以後」〉，《軍法專刊》，5卷1期，  
1956年1月。

方揚，《中華民國憲法之理論與實際》，臺北；復興書局，1961  
年。

毛家騏，《陸海空軍審判法刑法懲罰法淺釋合刊》，文通書局，  
1942年。



王建今，〈論軍事審判權與司法審判權〉，〈《軍法專刊》〉，4卷3期，1955年3月。

王泰升，〈自由民主憲政在臺灣的實現：一個歷史的巧合〉，《臺灣史研究》，11卷1期，2004年6月。

王泰升，〈臺灣憲法的故事：從“舊日本”與“舊中國”蛻變而成“新臺灣”〉，《臺大法學論叢》，32卷1期，2003年1月。

王泰升，〈論台灣的轉型正義〉，《台灣法學雜誌》，315期，2017年。

王泰升，《台灣法律史概論》，臺北：元照出版，2017年。

王泰升，《具有歷史思維的法學》，臺北：元照出版，2010年。

王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，國立臺灣大學出版中心，2015年。

王富茂，〈試論軍事審判法能否準用刑事訴訟法之證據通則〉，《軍法專刊》，17卷2期，1972年2月。

丘秉朔，《新憲法原論》，博英社，1996年。

吳仲行，〈軍事審判法要旨的研究〉，《軍法專刊》，5卷7期，1959年7月。

张伟〈抗战大后方刑事审判改革与实践----以战时首都重庆为中心的〉，中国西南政法大学博士论文，2013年3月。

李怡俐，《當代轉型正義的制度與規範脈絡：兼論南韓與臺灣的經驗比較》，臺北：元照出版，2016年。

李秉才，〈戒嚴時期對於戒嚴法應有的認識(二)〉，《軍法專刊》，7卷2期，1961年2月。

李秉才，〈軍事審判實務(三)〉，《軍法專刊》，7卷8期，1961年8月。

李秉才，〈軍事審判實務(五)〉，《軍法專刊》，7卷10期，1961年10月。

李秉才，〈軍法案件判決確定後之救濟〉，《軍法專刊》，2卷4期，1953年4月。

李家灝，刁榮華編，《軍事審判法論釋》，撰者，1971年。

李根生，〈廣州國民政府的立法特點〉，《法制與社會》，2009年10月。

李根生，〈廣州國民政府立法研究〉，暨南大學碩士學位論文，2007年6月。

李潤沂，〈反攻大陸軍法措施的芻議〉，《軍法專刊》，4卷4期，1955年4月。

李濃，〈軍事審判法（二）〉，《軍法專刊》，10卷8期，1964年8月。

汪禕成，〈二十年來台灣地區軍法與司法機關刑事審判權之劃分〉，《法令月刊》，21卷10期，1970年10月。

林紀東，《中華民國憲法逐條釋義（二）》，臺北：三民書局，1977年。

林國賢，《五權憲法與現行憲法》，文笙經銷，1986年。

林湖舫，〈論軍事檢察官（下）〉，《軍法專刊》，1961年，7卷8期。

侯成，《軍法研究近作五種》，出版社不詳，出版年不詳。

侯成，《軍法與軍法會審》，出版社不詳，出版年不詳。

胡開誠，〈軍事檢察官之職權與所謂檢察一體〉，《軍法專刊》，14卷11期，1968年11月。

胡開誠，《軍事審判法論釋》，撰者，1962年。

范明，〈論軍法審判非軍人適用訴訟法問題〉，《軍法專刊》，2卷7期，1953年7月。

范明，〈論軍法機關選任辯護問題〉，《軍法專刊》，3卷1期，1954年1月。

范魁書，〈由雷案談到軍事審判〉，《軍法專刊》，7卷1期，1961年6月。

師竹，〈實務引疑（二十九）〉，《軍法專刊》，30卷2期，1984年2月。

師竹，〈實務引疑（二十六）〉，《軍法專刊》，29卷7期，1983年7月。

師竹，〈實務引疑（三十）〉，《軍法專刊》，30卷6期，1984年6月。

參見「司法院討論戰後法規特種委員會呈為呈本會決議案及案卷請鑒核施行一案」。國史館收藏。

張炎憲，《寒村的哭泣：鹿窟事件》，台北縣文化局，1999年。

張嘉尹，〈臺灣憲法變遷的憲法學考察〉，《臺灣民主季刊》，3卷3期，2006年9月。

張肇平，《刑事特別法專題研究集》，臺北：合記圖書出版社，1984年。

張肇平，懲治叛亂條例要論，永和：楊先英，1983年。

張劍寒，《戒嚴法之研究》，台北市：軍法學校，1962年。

張劍寒，《戒嚴法之研究》，漢苑出版社，1976年。

章逸天，〈關於「陸海空軍審判法」第十九條規定「軍事檢察官」是否具有現時各級軍法機關專設「軍事檢察官」同一職權之問題〉，《軍法專刊》，2卷8期，1953年8月。

陳文明，〈軍事審判法釋論（十一）〉，《軍法專刊》，6卷5期，1957年5月。

陳則東，〈從軍法之起源說到軍法制度之改革〉，《軍法專刊》，1卷6期，1952年10月。

陳樸生，〈刑事證據法則與軍事審判（續）〉，《軍法專刊》，1卷7期，1952年11月。

陳樸生，〈刑事證據法則與軍事審判〉，《軍法專刊》，1卷6期，1952年10月。

陳樸生，〈軍事審判法上之證據制度〉，《軍法專刊》，6卷12期，1957年12月。

陳樸生，〈軍事審判與司法審判之共同性與特殊性（五）〉，《軍法專刊》，7卷5期，1961年5月。

陳樸生，〈軍事審判與司法審判之共同性與特殊性（六）〉，《軍法專刊》，7卷6期，1961年6月。

陳樸生，〈軍事審判機關之管轄〉，《軍法專刊》，6卷4期，1957年4月。

陳樸生，〈論軍事審判之特殊性〉，《軍法專刊》，1卷1期，1952年5月。

陳樸生，〈覆判制度之特徵（上）〉，《軍法專刊》，29卷1期，1983年1月。

陳樸生，〈覆判制度之特徵（下）〉，《軍法專刊》，29卷2期，1983年2月。

陳樸生，〈覆判與覆核〉，《軍法專刊》，1卷3期，1952年7月。

陳樸生，《刑事特別法講義（刑事特別法通義？）》，上海：商務印書館，1948年。

陶百川，《為人權法治呼號》，傳記文學，1975年。

傅正，《向蔣家父子挑戰》，自版，1989年。

曾文亮，〈二二八事件中的叛亂與懲罰：兼論戰後初期國民政府的政治、軍事與法律關係〉，《台灣史研究》，22卷4期，2015年12月。

黃棟培，《中華民國憲法釋論》，自版，1972年。

楊日昶，〈論現行軍法審判〉，《軍法專刊》，1卷8期，1952年12月。

楊幼炯，《近代中國立法史》，臺北：台灣商務印書館，1970年。

葉惠芬編輯，《李武忠案：史料彙編》，國史館，2008年。

董國強，〈論1932-35年間蔣介石個人權力的擴張〉，《江蘇社會科學》，2002年3月。

董舒翹，〈軍事審判法之訴訟程序〉，《軍法專刊》，6卷7期，1957年7月。

虞舜，〈論動員戡亂時期臨時條款〉，《法令月刊》，11卷1期，1960年1月。

- 廖文碩編，《戰後臺灣政治案件：蔣海溶案史料彙編》，臺北：國史館，2019年。
- 管歐，〈中華民國憲法論〉，臺北：三民書局，1974年。
- 趙霞，〈統帥權與總體戰〉，《軍法專刊》，14卷6期，1968年6月。
- 劉恆奴、曾文亮，〈促進台灣轉型正義其基礎理論規範之研究〉，《促進轉型正義委員會委託研究》，2020年3月。
- 歐素瑛編，《李媽兜案：史料彙編》，臺北：國史館，2008年。
- 薛化元，〈戰後台灣長期戒嚴合法性與正當性的再考察〉，《台灣風物》，69卷3期，2019年9月。
- 薛化元，《雷震與1950年代台灣政治發展——轉型正義的視角》，國立中正紀念堂管理處，2019年。
- 薛月順，曾品滄，許瑞浩主編，《從戒嚴到解嚴》，國史館，2000年。
- 謝振民，《中華民國立法史》，南京市：正中書局，1948年。
- 謝振民編著，張知本校訂，《中華民國立法史》，上海：正中書局，1948年。
- 謝培屏，何鳳嬌編輯，《藍明谷案史料彙編》，臺北市：國史館，2014年。
- 謝煜偉，〈聯合國人權事務委員會關於公政公約第6條生命權提出之第36號一般性意見（CCPR/C/GC/36）對我國死刑量刑基準的影響（一）〉，《法務通訊》，第3026號，2020年10月16日，版3。
- 謝煜偉，〈聯合國人權事務委員會關於公政公約第6條生命權提出之第36號一般性意見（CCPR/C/GC/36）對我國死刑量刑基準的影響（一）〉，《法務通訊》，第3026號，2020年10月16日，版4。
- 羅承宗，〈再訪「黨國體制」：以釋字第793號解釋的歷史認識為考察〉，《台灣法學雜誌》，403期，2020年11月。

關於戒嚴法之內容，可參考立法院法律系統：  
<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?001372B70D7A000000000000000000A000000002000000^01428037123100^00011001001>。2021年2月28日瀏覽。

蘇永欽，〈夏蟲語冰錄（一〇五）－轉型正義〉，《法令月刊》，67卷10期，2016年10月。

蘇瑞鏘，《威權統治時期軍事審判體制之研究》，促進轉型正義委員會委託研究，2020年。

〈韓文文獻〉

‘국방경비법’을 중심으로，아세아연구，第53卷第4號，2010年。

관보，第383號，1950年7月8日。

관보，第384號，1950年7月20日。

관보，第396號，1950年10月10日

관보，第406號，1950年11月7日。

관보，호외，1950年12月7日。

권혜령，유신헌법상 긴급조치권과 그에 근거한 긴급조치의 불법성，法學論集，14卷2號，2009年。

김득중，〈민간인학살 진상규명의 법-역사적 접근 ‘국방경비법’을 중심으로〉，《아세아연구》，53卷4號，2010年。

김득중，민간인학살 진상규명의 법-역사적 접근

金承煥，유신헌법하에서의 헌법학 이론，31卷2號，2002年。

김연호，헌법상 군사법원제도에 관한 고찰，성균관대학교 일반대학원박사논문，2019年。

金哲洙，韓國憲法史，大學出版社，1988年。

김춘수，여순사건 당시의 계엄령과 군법회의，제노사이드연구，6期，2009年。

문준영，미군정 법령체제와 국방경비법，민주법학，第34期，2007

年。

박종보, 계엄제도에 관한 비교법적 고찰—미국을 중심으로, 法學論叢, 第 23 輯 第 2 號 特別號, 2006 年。

삼청교육대인권운동연합, 삼청교육대백서(하), 2002 年。

송기춘, ‘군사재판을 받지 않을 권리’에 관한 소고, 공법연구, 37 卷 4 號, 2009 年 6 月。

이덕인, 이승만정권 초기의 사형제도 운용에 대한 평가 : 제주 4.3 사건 및 여순사건을 중심으로, 경희법학, 49 卷 1 號, 2014 年。

이수경, 현행 균형사재판제도에 관한 문제점과 그 개선방안-군사법원 심판기관을 중심으로-, 중앙대학교 석사학위논문, 1991 年。

李仁皓, 전시 계엄법제의 합리적 운용에 관한 고찰, 法學論文集, 30 卷 2 期, 2006 年。

이재승, 소위 제주 4·3 관련 군법회의 재판은 재판인가?, 4.3 과역사, 2 卷, 2002 年。

제주 4.3 연구소, 《무덤에서 살아나온 4.3 '수형자' 들》, 역사비평사, 2002 年。

진실 화해를위한과거사정리위원회, 2006 年 상반기 조사보고서, 진실 화해를위한과거사정리위원회, 2006 年, 頁 28。

진실 화해를위한과거사정리위원회, 2006 年 하반기 조사보고서, 2006 年。

진실 화해를위한과거사정리위원회, 2006 年 하반기조사보고서, 2006 年。

진실·화해를위한과거사정리위원회, 진실화해위원회종합보고서 第 4 卷, 진실·화해를위한과거사정리위원회, 2010 年。

진실·화해를위한과거사정리위원회, 진실화해위원회종합보고서 第 4 卷, 진실·화해를위한과거사정리위원회, 2010 年, 頁 49-50。

칠인의 여포로(七人の女捕虜)[출처: 한국민족문화대백과사전

(칠인의 여포로(七人の女捕虜))]

헌법위원회 1952. 9. 9, 1952 헌심 2 결정。

헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 98 헌바 79·86, 99 헌바 36。

〈日文文獻〉

遠藤芳信, 〈1880年代における陸軍司法制度の形成と軍法會議〉, 《歴史学研究》460號, 1978年9月。

山本政雄 〈旧陸海軍軍法會議法の意義と司法權の獨立 : 五・一五及び二・二六事件裁判に見る同法の本質に関する一考察〉  
《戦史研究年報》, 11期, 2008年3月。

山本政雄, 〈旧陸海軍軍法會議法の制定経緯 : 立法過程から見た同法の本質に関する一考察〉《防衛研究所紀要》, 9卷2期, 2006年12月。

松下芳男, 《明治軍制史論: 明治初年より西南戦争まで》, 国書刊行会, 1978年。

日高巳雄, 《軍法會議法》, 日本評論社, 1938年。

日高巳雄, 《陸軍軍法會議法講義》, 良栄堂, 1934年。