

第三屆模擬憲法法庭
《平反之路：歷史裂痕與轉型正義》

台北律師公會 主編

目 錄

模擬憲法法庭裁定

模憲裁字第 5 號.....	001
模憲裁字第 6 號.....	004
模憲裁字第 7 號.....	014

判決書與判決摘要

模憲字第 4 號、第 5 號判決.....	017
模憲字第 4 號、第 5 號判決摘要.....	066

意見書

模憲字第 4 號、第 5 號判決部分不同意見書.....	103
模憲字第 4 號、第 5 號判決部分協同意見書.....	105
模憲字第 4 號、第 5 號判決協同意見書.....	108

杜案聲請書與理由狀

模擬憲法法庭釋憲聲請書.....	137
模擬憲法法庭釋憲聲請補充理由書.....	165
模擬憲法法庭 聲請補充理由（二）書.....	172

黃案聲請狀與理由狀

模擬憲法法庭憲法判決聲請書.....	175
--------------------	-----

相對機關答辯狀

模擬憲法法庭答辯狀（一）.....	204
模擬憲法法庭調查證據聲請狀（二）.....	215
模擬憲法法庭答辯狀.....	217
模擬憲法法庭模憲字第 4 號、5 號釋憲案書面意見.....	223

爭點整理與回覆

模擬憲法法庭	杜銘哲聲請案、黃國昌等立委聲請案	爭點整理	230
模擬憲法法庭	杜銘哲聲請案、黃國昌等立委聲請案	爭點補充（一）	234
模擬憲法法庭	杜銘哲聲請案、黃國昌等立委聲請案	爭點補充（二）	235
模擬憲法法庭	模憲字第4號、第5號聲請憲法裁判案	爭點回覆	236

鑑定意見

Constitutional Court Simulation for Constitutional Decision	238
鑑定意見書 馬瑞克·祖比克	247
CONSTITUTIONAL COURT SIMULATION	253
鑑定意見書 李察·葛斯東	264
OPINION Constitutional Court Simulation for Constitutional Decision	271
鑑定意見書 哈維耶·科索	280
TRUST IN POLICE AND JUSTICE: WHAT CAN TRANSITIONAL JUSTICE ACHIEVE?	289
人民對警察與司法的信任：轉型正義能帶來哪些改變？ 蘇姍娜·卡司德	303
鑑定意見書 鄧衍森	317
模憲字第4號、第5號聲請憲法裁判案 補充爭點 鑑定意見書 鄧衍森	334
模擬憲法法庭杜銘哲聲請案暨黃國昌聲請案鑑定意見為實現轉型正義 重新理解釋字第477號解釋 李念祖	336
第三屆模擬憲法法庭 鑑定書 陳俊宏	345
模擬憲法法庭 模憲字第4號、第5號聲請憲法裁判案 鑑定意見書 林明昕	359
模擬憲法法庭 模憲字第4號、第5號聲請憲法裁判案 鑑定意見書 蔡志偉	366
鑑定意見書 高思博	375
模憲字第4號、第5號聲請憲法裁判案 鑑定意見書 王韻茹	383
林傳凱投影片	391

機關代表意見

模擬憲法法庭 模憲字第4號、第5號聲請憲法裁判案 鑑定意見書 薛化元	395
模擬憲法法庭 模憲字第4號、第5號聲請憲法裁判案 限制人民依戒嚴法救濟的問題 薛化元	398

法庭之友意見

第三屆模擬憲法法庭 法庭之友意見書 蘇友辰	399
法庭之友意見書 王宗偉	404

程序準備庭筆錄

第三屆模擬憲法法庭 第一次程序準備庭筆錄409

言詞辯論筆錄

105 年 11 月 13 日模擬憲法法庭之言詞辯論程序筆錄424

105 年 11 月 19 日模擬憲法法庭之言詞辯論程序筆錄501

模憲裁字第 5 號

裁定字號：模憲裁字第 5 號

裁定日期：中華民國 105 年 10 月 14 日

聲請人 杜銘哲

代理人 涂予尹 律師

黃丞儀 律師

蘇慧婕 教授

王世安 律師

高毅 律師

陳冠瑋 律師

賴又豪 律師

關係機關

代理人 洪文浚 律師

鄧敏雄 律師

駱淑娟 律師

許書瀚 律師

林心惠 律師

聲請人杜銘哲因戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例等聲請憲法裁判，本法庭裁定如下：

主文

- 一、聲請人杜銘哲因戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例等聲請憲法裁判案，應予受理。
- 二、聲請人所提有關戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償決定繫屬於臺北高等行政法院之訴訟案件，應自即日起停止審理。

理由

- 一、模擬憲法法庭法第 50 條規定：「人民、法人或政黨，就其依法定程序用盡審級救濟之訴訟案件或非訟事件，對於受不利確定終局裁判所適用之法令或所持之裁判見解，認有牴觸憲法者，得聲請本法庭為違憲之判決。」所謂「依法定程序用盡審級救濟」之程序要件，係基於憲法訴願之補充性原則而設，目的在於促使人民於基本權利受到侵害時，先行尋求適時且有效之一般訴訟

救濟。惟倘若此項要件之具體適用結果，反而有礙於人民及時獲得適正之司法救濟，且無助於憲法法院與普通法院之分工與協力，則為確保人民之權益，先行窮盡訴訟途徑之要件即非屬必要。

二、查請求憲法救濟之異議權，乃人民應受憲法保障之程序基本權，縱使對於憲法訴訟，立法者因應不同狀況，而設有不同受理條件，例如前述窮盡普通法院救濟程序之要件，或如針對原因案件所應適用之法令，由普通法院法官代為先行請求憲法裁判，皆不應妨礙人民於一般訴訟途徑顯無獲得救濟可能之時，直接尋求憲法訴訟之救濟途徑，此可見諸我國憲法訴訟實務。例如司法院大法官於 1999 年 9 月 10 日第 1125 次會議決議：「司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所謂確定終局判決，就其立法及制度設計之意旨，係指聲請人已依法定程序盡其審級救濟之最終裁判而言。聲請案件如在憲法上具有原則之重要性，且事實已臻明確而無爭議餘地者，得經個案決議受理之。」（轉引自司法院釋字第 675 號解釋池啟明、徐璧湖大法官不同意見書）是項決議就個案例外受理設有兩項條件：（1）聲請案件在憲法上具有原則之重要性，以及（2）聲請案件事實已臻明確而無爭議餘地。另查司法院於 2013 年 1 月向立法院提出之司法院大法官審理案件法修正草案第 62 條第 1 項規定：「人民、法人或政黨就其為當事人之訴訟案件或非訟事件，認裁判所應適用之法律位階法規範牴觸憲法，得於法院審理程序，提出向憲法法庭聲請違憲判決之書狀。法院如認其主張有相當理由時，應轉送憲法法庭。」此項修法建議，目的亦在創設人民「未用盡審級救濟程序，即可主張法規範違憲之機制」。

三、本件聲請人杜銘哲就財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會所為不予補償（不受理）之決定所提起之行政訴訟，現於臺北高等行政法院審理程序進行中，雖未符合模擬憲法法庭法第 50 條所定「依法定程序用盡審級救濟」此項程序要件，惟本件聲請憲法裁判一案，臺北高等行政法院所適用之戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 2 條第 2 項、第 15 條之 1 第 1 款等規定是否牴觸憲法，不僅涉及司法院大法官釋字第 477 號解釋應否變更，更牽涉戒嚴時期人民權利受損能否回復之憲法上原則重要性問題。按臺灣地區自 1987 年 7 月 14 日宣告解除戒嚴至今已近 30 年，金門、馬祖、東沙、南沙地區解除戒嚴迄今亦近 25 年，再加上戒嚴時期長達 38 年，於當時受不當叛亂暨匪諜案件審判之受裁判者多已凋零，其家屬年歲漸增，訴訟權保障有其急迫性，且本件杜孝生已於 1953 年 7 月 22 日經臺灣省保安司令部以其觸犯懲治貪污條例判決有罪定讞，本法庭自應予以受理，方能使

人民獲得適時之訴訟救濟。

四、普通法院所據以裁判之法令，既經聲請人指為有違憲疑義，於本法庭釐清其與憲法基本原則是否相符之前，各級法院自不得逕自援引以為裁判之依據，爰一併諭知臺北高等行政法院，於本法庭作成裁判之前，停止審理本件聲請人杜銘哲就戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償決定向該院提起之訴訟案件。

模擬憲法法庭
審判長 大法官 顏厥安
大法官 陳瑤華
大法官 高涌誠
大法官 高煒輝
大法官 林孟皇
大法官 孫迺翊
大法官 官曉薇
大法官 蘇彥圖
大法官 吳豪人

中華民國 105 年 10 月 14 日

模憲裁字第 6 號

裁定字號：模憲裁字第 6 號

裁定日期：中華民國 105 年 10 月 14 日

聲請人 黃國昌等三十位立委

代理人 洪偉勝 律師

周宇修 律師

陳之昱

鄭光倫

關係機關

代理人 洪文浚 律師

鄧敏雄 律師

駱淑娟 律師

許書瀚 律師

林心惠 律師

聲請人黃國昌等 30 位立委等因戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例等聲請憲法裁判，本法庭裁定如下：

主文

聲請人黃國昌等 30 位立法委員因戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例等聲請憲法裁判案，應予受理。

理由

本裁定計有：壹、高大法官焯輝提出、高大法官涌誠、吳大法官豪人、陳大法官瑤華加入之受理理由，貳、蘇大法官彥圖提出、官大法官曉薇、孫大法官迺翊加入之受理理由，以及參、林大法官孟皇提出之受理理由。

壹、高大法官焯輝提出、陳大法官瑤華、高大法官涌誠、吳大法官豪人加入之受理理由

- 一、按模擬憲法法庭法（下稱模憲法庭法）第 53 條規定：「立法委員現有總額五分之一以上，於下列法令，認其抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為違憲之判決：一、法律。其依法公布逾六個月者，已經依立法院職權行使法提案修正而未果者為限。（餘略）」，其中「已經依立法院職權行使法提案修正而未果者為限」此項程序要件（以下簡稱「修法未果」要件），係為尊重並促進代議民主之自我審查，使立法權（立法委員）就有違憲疑義之既存法律，得本於職權而為修正或廢止。惟基於「權力分立」、「司法自制」、「國會自治」及「保障少數立委（少數民意）」等憲法原則，「修法未果」要件應僅作為劃分司法權與立法權之「外部」界限；與此相對，國會「屆期不連續」原則係針對立法權「內部」處理跨屆未完成之法律草案審議、議案討論效力之原則。換言之，對司法權（司法違憲審查權）而言，於法案制定中，不接受立法權（立法委員）預先聲請釋憲之諮詢性聲請；於法案通過後，只要立法權（立法委員）中曾有少數立法委員，認系爭法律規定存有違憲疑慮，提案修法未果，鑑於立法權相對於司法權應視為整體，提案修法未果之立法委員不應限制屆別，應認此等情事已滿足立法權（者）之「憲法忠誠義務」以及「修法未果」之程序要件，本法庭自應受理少數立法委員就「修法未果」之系爭規定所提出之釋憲聲請。況影響法案審議進度與結果之國會政治因素眾多，且往往並非聲請憲法裁判之立法委員所得控制。如立法委員有依職權提案進行修法而未能竟功之事實，足見非憲法法庭釐清爭議法律，不能及時穩定憲法秩序，本法庭自得依據憲法「權力分立原則」之本旨，執行與立法權分工之職責。
- 二、承上，所謂「修法未果」，不問提案修法之立法委員之屆別或提出修正法案之立法委員，是否為連署聲請之立法委員，亦不問係於程序委員會受阻、交付朝野協商延宕、一讀會或二讀會或院會表決未通過，均屬之。換言之，依模憲法庭法第 53 條第 1 款所發動之違憲審查聲請，係基於維護憲法秩序之公共監督需要，而非在保護聲請人主觀之權利或法律地位。準此，凡於本法庭作成憲法裁判以前，立法院就少數立法委員對系爭法律所提出之修法提案，尚未或未能做成決定者，均符合模憲法庭法第 53 條第 1 款所定「修法未果」之要件。惟若立法院於本法庭做成裁判之前，已通過系爭法律之修法提案，本法庭自得就該等聲請憲法裁判案件，另為受理與否之裁定。
- 三、本件由黃國昌等 30 位立法委員所提聲請憲法裁判一案，主張戒嚴時期不當

叛亂暨匪諜審判案件補償條例（下稱補償條例）第 8 條第 1 項第 2 款、國家安全法第 9 條第 2 款及 1992 年修正前之中華民國刑法第 100 條第 1 項、動員戡亂時期懲治叛亂條例（下稱懲治叛亂條例）第 2 條第 1 項等四項法律規定，抵觸憲法。其中聲請標的之補償條例第 8 條第 1 項第 2 款以及國家安全法第 9 條第 2 款等二項系爭規定，均屬依法公布逾六個月且施行已久之法律。查本件聲請書指陳：「2000 年 4 月 14 日（立法院第四屆第三會期），立法委員顏錦福等三十一人亦曾針對[戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款]規定提出修正草案，……但未獲多數立法委員之支持」；另經本法庭依職權查知，第九屆（本屆）羅致政、姚文智、顧立雄等多位立法委員，已分別依立法院職權行使法提出國家安全法第 9 條第 2 款之修正草案計三案。因模憲法庭法第 53 條第 1 款所定「修法未果」之事實，並未限定為聲請人所為，亦未限定為與聲請人同屆立法委員所為，已詳如上述，是上開情事堪認已符合模憲法庭法第 53 條第 1 款所定「修法未果」之要件，本法庭自應予以受理。至於聲請標的之 1992 年修正前之中華民國刑法第 100 條第 1 項、1991 年 5 月 22 日已遭廢止之懲治叛亂條例第 2 條第 1 項等二項系爭規定，雖均已修正或已失效，已無再為修法之必要與可能，自無「修法未果」程序要件之適用，惟就該兩項聲請標的之系爭規定，仍有確認於系爭規定修正前或失效前究否存有違憲狀態之實益與必要，且與聲請標的補償條例第 8 條第 1 項第 2 款之適用具有「重要關聯性」，於合憲性審查上無從切割，本法庭自應一併予以受理。

四、未查，本件聲請人顧立雄，已於 2016 年 8 月 31 日辭去立法委員一職，惟本件聲請案立法委員連署人數已逾現有立法委員總數五分之一，仍然符合模憲法庭法第 53 條規定之要件。鑑於本法庭於 2016 年 7 月 4 日公告收受本件憲法裁判聲請案之時，顧立雄先生所具立法委員身分並無疑義，本件聲請就此亦無變更之必要。又憲法訴訟本屬客觀訴訟，對於已繫屬於本法庭之案件，本法庭自可依據憲法原則上之重要性，決定是否受理及續行審理（許玉秀，釋字第 590 號解釋不同意見書參照），併此指明。

貳、蘇大法官彥圖提出、孫大法官迺翊、官大法官曉薇加入之受理理由

模憲法庭法第 53 條就立法委員聲請本法庭審查已依法公布逾 6 個月之法律，設有「已經依立法院職權行使法提案修正而未果」（以下簡稱「修法未果」）之要件限制。有無修法未果之情事，應以有無聲請人所屬立法院屆期內提出且於本法庭作成

受理裁定前仍屬有效之相關修法提案為斷。惟模憲法庭法第 53 條所定各項要件，如有礙於本法庭適時參與、促成重大憲政議題之公共討論，本法庭應不予適用，而應另本於職權決定是否受理不符該項規定之模擬釋憲聲請。本件聲請案之實質審理，對於臺灣公民社會就轉型正義議題所為憲政思辯，具有重大之意義與助益，符合本法庭之設置本旨，應予受理。爰就本件受理裁定，說明理由如下：

一、「修法未果」要件的規範目的及其屆期限制

模憲法庭法第 53 條就立法委員現有總額五分之一以上聲請本法庭對依法公布逾六個月之法律為違憲之判決者，設有「修法未果」之程序要件限制。這項要件的客觀規範目的，在於尊重並促進代議民主的自主審查，亦即在於提醒立法者，就有違憲疑義之既存超過 6 個月之法律，無待憲法法院之裁判，即得本於職權而為修正或廢止。藉由這項程序之先行，憲法法院嗣後所為之抽象規範審查，亦較無諮詢、指導立法或弱化國會憲政職責之顧慮。本項要件之規定，雖未明示「經依立法院職權行使法提案修正而未果」之行為主體，惟綜觀本項要件之規範目的與模憲法庭法第 53 條之規範結構，並考量代議民主之定期性（periodicity）以及由此衍生之國會法上的屆期不連續原則，構成「修法未果」情事之修法提案，應以在聲請人所屬立法院之應屆屆期內提出、且於本法庭作成受理裁定前仍屬有效（未被撤回）者為限。前屆立法委員「修法未果」之情事，已因立法院之換屆而成為歷史，既不對現在的立法者構成任何限制，也無法替代、免除應屆國會為相關修法之憲政職責。

二、本件聲請案之部分聲請標的不符「修法未果」要件

本件由黃國昌等 30 位立法委員所提聲請憲法裁判一案，主張 1992 年修正前之中華民國刑法第 100 條第 1 項、動員戡亂時期懲治叛亂條例（下稱懲治叛亂條例）第 2 條第 1 項、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（下稱補償條例）第 8 條第 1 項第 2 款以及國家安全法第 9 條第 2 款等四項法律規定，牴觸憲法。其中補償條例第 8 條第 1 項第 2 款以及國家安全法第 9 條第 2 款等二件規定，均屬依法公布逾六個月且施行已久之法律。經本法庭依職權查知，本屆（第九屆）羅致政、姚文智、顧立雄等多位立法委員，已分別依立法院職權行使法提出國家安全法第 9 條第 2 款之修正草案計三案，且該等議案迄未完成修法程序。準此，本件聲請案有關國家安全法第 9 條第 2 款之部分，符合模憲法庭法第 53 條所定「修法未果」要件。惟本件聲請書指陳：「2000 年 4 月 14 日（立法院第四屆第三會期），立法委員顏錦福等三十一人亦曾針對[戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款]規定提出修正草案，……但未獲多數立法委員之支持。」此等情事，與模憲法

庭法第 53 條所定「修法未果」之情形，尚有不同，且依本法庭之職權調查，本屆立法院迄未有任何依立法院職權行使法提出之有關係爭補償條例第 8 條第 1 項第 2 款之修正提案。本件聲請案有關補償條例第 8 條第 1 項第 2 款之部分，核與模憲法庭法第 53 條所定「修法未果」之要件不符。至於 1992 年修正前之中華民國刑法第 100 條第 1 項以及 1991 年 5 月 22 日廢止前之懲治叛亂條例第 2 條第 1 項等二項規定，現均已失效，自無再為修法之必要與可能。然此二項規定因與補償條例第 8 條第 1 項第 2 款之適用具有實質關聯性，本法庭於受理本件聲請有關補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定之部分後，自得一併審查之。

三、模擬憲法法庭的設置目的及其權衡取捨

模憲法庭法的諸多制度規則——包括本件聲請所涉及之「修法未果」要件，係參照司法院於 2013 年提出之司法院大法官審理案件法修正草案而設。在此等制度規則下，本法庭嘗試模擬操作一套未來可能適用於司法院大法官的憲法訴訟程序，並將相關模擬經驗反饋給司法院大法官與立法者參考。經由與正式之憲法訴訟相近似之聲請與審理程序，本法庭所做成的模擬憲法判決，亦可對司法院大法官之實務運作，產生一定之影響。惟本法庭究非正式之憲法法院，亦非僅為服務憲法法院或法律人而存在。本法庭之設置與運作的主要目的，應在促成我國公民社會對於重要憲政議題展開思辯與對話，進而豐富、活絡我國的憲政民主生活。在理想的情境下，本法庭理當設法、也得以在相當程度上兼顧多重之任務。惟若上開任務於現實上難以得兼，本法庭理當有所權衡取捨，並以實踐本法庭對於臺灣公民社會所負使命為重。由於本法庭所為模擬憲法判決並無任何法效力，不致影響、改變國家機關之權限分際，於必要時放寬專為模擬正式憲法訴訟程序而設之聲請條件，若有助於本法庭適時參與、促成公民社會之憲政論辯，應為本法庭之程序自主權限所及，並為模憲法庭法所容許。

四、本件聲請案應予受理

本件聲請案雖有部分聲請標的不符模憲法庭法第 53 條所定「修法未果」之要件，惟該項要件之規範內涵，於本裁定作成前，尚有未臻明確之處，自難責令聲請人承擔由此衍生之不利益。本件聲請之受理與裁判，對於我國當前有關轉型正義議題之憲政思辯，猶當有重要之貢獻，合於本法庭之設置本旨。基於以上考量，本法庭爰本於職權，於本件聲請案不適用模憲法庭法第 53 條有關「修法未果」之要件限制，並對本件聲請之全部，為受理之裁定。

參、林大法官孟皇提出之受理理由

本件聲請案並不符合模憲法庭法第 53 條針對立法委員聲請本法庭審查已依法公布逾六個月的法律時，必須符合「已經依立法院職權行使法提案修正而未果」（以下簡稱「修法未果」）的要件限制。只是，過往在臺灣社會威權統治時期遭受不當叛亂暨匪諜案件審判的受裁判者多已凋零，其家屬年歲漸增，訴訟權保障有其急迫性，基於確保戒嚴時期人民權利受損能否回復及促進真相等轉型正義的迫切要求，本件聲請案應予受理。爰就本件受理裁定，說明理由如下：

- 一、按「立法委員現有總額五分之一以上，於下列法令，認其牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為違憲之判決：一、法律。其依法公布逾六個月者，已經依立法院職權行使法提案修正而未果者為限（以下略）」，模憲法庭法第 53 條定有明文。模憲法庭法的諸多制度規則，是參照司法院於 2013 年提出的司法院大法官審理案件法修正草案而設。本條文的根本立法精神，一如司法院大法官審理案件法或其修正案，乃源自德、奧立法例，賦予一定數量的少數立法委員有釋憲聲請權，通稱為抽象規範違憲審查，其目的不在保護聲請者權利，而是維護客觀憲法秩序——憲法及上下位階的法規範體系。又憲法雖以政治為規範內容，且憲法法院行使違憲審查權時，是對具民主正當性的國會所通過的法律，以及政府、行政部門所採措施予以審查、非難，因而具有高度的政治性；但違憲審查權仍屬於司法權的一環，不僅應盡可能符合被動、中立、獨立、事件、爭議、程序正當、強制力等特性，其權限行使也不能取代、僭越政治部門從事政治決定，更應避免淪為政黨間政策抗衡的蹊徑，使憲法法院陷入不必要的政治爭議的漩渦。
- 二、憲法法院的違憲審查權屬於司法權的一環，已如前述。而我國作為憲政民主國家，立法、行政等政治部門本有維護憲政秩序及法治原則的職責，自應依其確信制定符合憲法意旨的法律或作成法律判斷以推行政務，僅於有違憲疑義或機關爭議時，始能啟動司法權而聲請違憲審查，由職司「終說出法律是什麼」權限的憲法法院予以處理。也就是說，司法權不僅具有被動、事件的屬性，並具有「後性」，應避免預防性或諮詢性的違憲審查，因為在這多元民主的社會，應盡可能由代表多元利益的社會團體或政治行動者間自主形成共識，避免通過違憲的法律，才能更有利於客觀法秩序的穩固。是以，憲法法院固然有解釋憲法的權責，但不應成為立法委員的憲法諮詢機關；立法委員於制定或修正法律時，應本於其維護憲政秩序及法治原則的職責，自行判斷而擬定、決議符合憲法意旨的法律條文。模憲法庭法第 53 條設有「修法

未果」的程序要件限制，其目的即在於尊重並促進代議民主的自主審查，亦即在於提醒立法者，就有違憲疑義而存在超過六個月的法律，無待憲法法院的裁判，即得本於職權而為修正或廢止。藉由這項程序的先行，憲法法院嗣後所為的抽象規範審查，亦較無諮詢、指導立法或弱化國會憲政職責的顧慮。因此，憲法法院審查對象須以「已存在」的法規為限，即已完成制定程序並公布者；尚在研擬中，或正在審議中尚未完成立法程序的法律草案條文，原則上即不應成為聲請釋憲的對象。此外，考量代議民主的正當性之一，即在於定期改選以示對選民負責，則依其定期性及由此衍生的「屆期不連續原則」，應認為構成「修法未果」情事的修法提案，以在聲請人所屬立法院的應屆任期內提出，而該修正案因院會多數的反對而致修正案未能交付有關委員會審查、因程序委員會反對而致修正案根本無法排上議程、遭院會議決不予審議或否決等情形而言。至於前屆立法委員「修法未果」的情事，已因立法院換屆而成為歷史，既不對現在的立法者構成任何限制，也無法替代、免除應屆國會為相關修法的憲政職責。

三、本件由黃國昌等 30 位立法委員所提聲請憲法裁判一案，主張 1992 年修正前的中華民國刑法第 100 條第 1 項、動員戡亂時期懲治叛亂條例（以下簡稱懲治叛亂條例）第 2 條第 1 項、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（以下簡稱補償條例）第 8 條第 1 項第 2 款及國家安全法第 9 條第 2 款等四部法律規定，牴觸憲法。其中補償條例第 8 條第 1 項第 2 款、國家安全法第 9 條第 2 款等規定，均屬依法公布逾六個月且施行已久的法律。經本法庭依職權查知，本屆（第九屆）羅致政、姚文智、顧立雄等多位立法委員，已分別依立法院職權行使法提出國家安全法第 9 條第 2 款的修正草案共計三案，這些修正案迄今並未發生：因院會多數的反對而致修正案未能交付有關委員會審查、因程序委員會反對而致修正案根本無法排上議程、遭院會議決不予審議或否決等情形，參照前述規定及說明所示，即不符合模憲法庭法第 53 條所定「修法未果」的要件。又本件聲請書雖指陳：「2000 年 4 月 14 日（立法院第四屆第三會期），立法委員顏錦福等三十一人亦曾針對戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定提出修正草案……但未獲多數立法委員之支持」等情事，但仍與模憲法庭法第 53 條所定「修法未果」的情形，尚有不同，且依本法庭職權調查的結果，發現本屆立法院迄未有任何依立法院職權行使法提出有關補償條例第 8 條第 1 項第 2 款的修正提案，則就此部分也不符「修法未果」要件。至於 1992 年修正前中華民國刑法第 100 條第 1 項、1991 年 5 月 22 日廢止前的懲治叛亂條例第 2 條第 1 項等規

定，現均已失效，自無再為修法的必要與可能。由此可知，本件黃國昌等 30 位立法委員所提聲請憲法裁判一案，並不符合模憲法庭法第 53 條規定的要件。然而，本件抽象規範審查的釋憲聲請案，事涉轉型正義議題的憲政思辯，這是否足以例外構成本法庭應予受理與審判的事由，則仍有探究的餘地。

四、本件聲請案的釋憲標的雖不符合「修法未果」的要件，但基於促進真相、追求正義的權利、賠償受害者，並保證不再發生等轉型正義工程的迫切需求，應予以受理：

(一) 所謂的「轉型正義」理念，是為處理專制、威權統治所犯下的侵害人權、集體暴行而提出，是指一個國家在進行民主轉型之際，如何處理過去威權統治時期「歷史記憶」的課題，要求面對過去不義政權的種種作為，透過轉型的動力，對過去作檢討並採取必要的「回復性措施」。依照聯合國處理轉型正義議題所發布的相關報告、準則，一再強調：促進真相、追求正義的權利、賠償受害者、保證不再發生。而為確保不再發生，民主轉型不單純僅是制度的改革與政黨的輪替，唯有在政治文化與民眾價值信念的轉換基礎上，民主才得以穩固。在建構轉型期歷史上，審判扮演了重要、時間久的角色，因為審判乃是一種儀式，除了在一般案件找出事實真相、決定個人責任外，也因為轉型期充滿了政治與相關的歷史爭端，透過審判來探尋歷史上的爭議事件，才可重現罪惡的過往，並經由公開審判、媒體報導或轉播的方式，歷史論述有絕佳的機會注入生活文化中，如此高壓政權不僅被打敗，其政治上的意識型態也才會被徹底拋棄，有助於長時間創造集體歷史的形式。

(二) 眾所周知，民國肇建後迄今雖已百餘年，但早期歷經軍閥割據、訓政時期（「訓政」也者，表示尚不遵行憲政主義所要求的「依憲法規定行使國家統治權」的意思），包括 1992 年修正前中華民國刑法第 100 條第 1 項、1991 年 5 月 22 日廢止前的懲治叛亂條例第 2 條第 1 項等規定，均屬於國民黨以黨領政、以黨治國下的訓政時期法制產物（懲治叛亂條例雖於行憲後才制定，但其前身是戡亂時期危害國家緊急治罪條例，早則依序是反革命罪條例、危害民國緊急治罪法，這是一個典型打壓共產黨的政治工具。抗戰後隨著國共和談破裂與否，制法、廢法時時反覆，使法律淪為為政治服務的工具）。其後，雖於 1947 年 12 月 25 日開始施行憲法，而進入憲政時代。但行憲不久，政府不僅隨即於 1948 年 5 月 10 日制定公布足以停憲而大幅度擴張總統職權的

動員戡亂時期臨時條款，臺灣省警備總司令部更於 1949 年 5 月 19 日公布臺灣戒嚴令，宣告翌日起全省戒嚴，直至 1987 年 7 月 15 日零時解嚴時為止，臺灣社會歷經世界最長紀錄的戒嚴狀態。依照前述聯合國處理轉型正義議題所發布的相關報告、準則的要求，我國不僅應賠償受害者，更應經由公開審判的方式，促進真相、追求正義，以確保過去威權統治的政治、文化意識型態被徹底拋棄，而保證不再發生。

- (三) 民主轉型後，我國雖然陸續通過包括前述補償條例在內的相關法律，以金錢補償在威權統治時期人權遭到迫害的受害者，但臺灣做為華人社會的一環，由於傳統儒家社會強調忠恕之道下重「和諧」的文化、一向缺乏憲政民主與人權尊重的社會經驗與法治信仰，加上又是在過去的威權政權—國民黨政府任內啟動民主轉型工程，以致臺灣社會並未如同「第三波民主化」國家般，積極戮力地推動轉型正義作為。於是，受難者想要藉由司法審判調查真相，難上加難，這也是為什麼臺灣會出現「上萬人受害，可是卻沒有加害者」的現象（指政府已「補償」二二八事件的受害者、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件的受審判者的人數八千餘人，加計其他因故未曾提出聲請者，總計至少上萬人受害），因為依照 1992 年 7 月間制定的國家安全法第 9 條規定，戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判的非現役軍人刑事案件如已確定者，不得享有向該管法院上訴或抗告的救濟機會。而今，本件聲請人聲請釋憲的標的，中華民國刑法第 100 條第 1 項已經修正，懲治叛亂條例第 2 條第 1 項已經廢止，按理「已廢止而無法規範效力之法規，並不能作為聲請釋憲之標的」，但按照我國抽象規範違憲審查制度所繼受的德國法制，「已廢止之法規，但於尚在處理中之程序仍有適用者，例外得以之聲請釋憲」（司法院釋字第 603 號解釋廖義男大法官協同意見書參照），而本件受害者得否依補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定受償，1992 年修正前的中華民國刑法第 100 條第 1 項、懲治叛亂條例第 2 條第 1 項及補償條例第 8 條第 1 項第 2 款等規定彼此之間互相具有實質關聯性，審查上無從分割，自應一併予以受理。至於聲請標的中的國家安全法第 9 條第 2 款部分，本條文限制受害者提起上訴的權利，因為臺灣地區自 1987 年 7 月 14 日宣告解除戒嚴至今已近 30 年，金門、馬祖、東沙、南沙地區解除戒嚴迄今亦已將近 25 年，再加上戒嚴時期長達 38 年，於當時受不當叛亂暨匪諜案件審判的受審判者多已凋零，其家屬年歲漸增，訴訟權保障有其急迫性，

基於確保戒嚴時期人民權利受損能否回復及促進真相等轉型正義的迫切要求，不容多元意見形成共識過程中所需時間的蹉跎，即應例外地予以受理。

模擬憲法法庭
審判長 大法官 顏厥安
大法官 陳瑤華
大法官 高涌誠
大法官 高煒輝
大法官 林孟皇
大法官 孫迺翊
大法官 官曉薇
大法官 蘇彥圖
大法官 吳豪人

中華民國 105 年 10 月 14 日

模憲裁字第 7 號

裁定字號：模憲裁字第 7 號

裁定日期：中華民國 105 年 12 月 30 日

聲請人 杜銘哲

代理人 涂予尹 律師

黃丞儀 律師

蘇慧婕 教授

王世安 律師

高 毅 律師

陳冠瑋 律師

賴又豪 律師

聲請人 黃國昌等三十位立委

代理人 洪偉勝 律師

周宇修 律師

陳之昱

鄭光倫

關係機關

代理人 洪文浚 律師

鄧敏雄 律師

駱淑娟 律師

許書瀚 律師

林心惠 律師

鄭忻忻 律師

財團法人二二八事件紀念基金會

代表人 薛化元 董事長

上列聲請人認戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例等有違憲疑義聲請案，本法庭於 2016 年 12 月 24 日所宣示的模憲字第 4、5 號判決中有應更正部分，本法庭裁定如下：

主文

- 一、原判決之原本及其正本中，主文欄第三點中關於「**牴觸憲法第 7 條平等原則。司法院釋字第 477 號解釋不符上開意旨部分，應予變更。**」之記載，應更正為「**牴觸憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨。司法院釋字第 477 號解釋不符上開意旨部分，應予變更。**」
- 二、原判決之原本及正本中，主文欄第四點中關於「**有違憲法第 24 條之意旨，自始無效。**」之記載，應更正為「**有違憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨，自始無效。**」

- 三、原判決之原本及正本中，實體部分理由欄第（五）點之第 2 小點第四段中關於「核與憲法第 7 條平等原則之意旨有違，司法院釋字第 477 號解釋與上述意旨不符部分，應予變更。」之記載，應更正為「核與憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨有違，司法院釋字第 477 號解釋與上述意旨不符部分，應予變更。」
- 四、原判決之原本及正本中，審理結論第一點第四段中關於「核與憲法第 7 條平等原則之意旨有違，司法院釋字第 477 號解釋與上述意旨不符部分，應予變更。」之記載，應更正為「核與憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨有違，司法院釋字第 477 號解釋與上述意旨不符部分，應予變更。」
- 五、原判決之原本及正本中，審理結論第一點第五段關於「亦有違憲法第 24 條國家就其違法侵害人民自由與權利應負賠償責任之意旨，自始無效。」之記載，應更正為「亦有違憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家就其違法侵害人民自由與權利應負賠償責任之意旨，自始無效。」

理由

- 一、按「判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，法院得依聲請或依職權以裁定更正；其正本與原本不符者，亦同」，民事訴訟法第 232 條第 1 項定有明文。再按民事訴訟法第 232 條規定於行政訴訟準用之，行政訴訟法第 218 條也有明文。又模擬憲法法庭法第 49 條已明定：「法庭審理案件之程序，除本法另有規定者外，準用行政訴訟法規定」，則本法庭自得準用民事訴訟法第 232 條規定。按理法院判決對外公告後，即產生拘束力，也就是對外的拘束力及對法院的自我羈束力，何以仍容許法院得以裁定更正錯誤？此乃因人非聖賢，且法院為遵守判決期限，難免忙中有錯、思慮不周，則於判決有「誤寫、誤算或其他類此的顯然錯誤」，而不影響於全案情節與判決本旨者，自應容許法院以裁定更正之；反之，如判決的錯誤並非前述情況，而已影響於全案情節與判決本旨時，為確保司法的公信力，即不得以裁定更正之。是以，本法庭判決文字如有顯然的錯誤，而不影響全案情節與判決本旨者，自得以裁定更正之。
- 二、經查，本法庭於民國 105 年 12 月 24 日所為之模憲字第 4、5 號判決中，認定戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 2 條第 2 項規定、第 8 條第 1 項第 2 款規定，皆與憲法第 7 條平等權原則及第 24 條國家賠償責任的意旨有所抵觸，則本法庭前述所為判決原本及正本中漏未記載如主文所示的文句，即屬顯然的錯誤，自應予以更正。又本件裁定所為更正，係為準確表達



第三屆模擬憲法法庭《平反之路：歷史裂痕與轉型正義》

本法庭所為前揭憲法裁判之意旨，使模憲字第 4、5 號判決之主文與理由的記載趨於一致，並未改變原判決之本旨。是以，為維護司法裁判的透明性、確保人民對司法的信賴，乃參照前述規定及說明所示，依職權裁定更正如主文所示。

三、依模擬憲法法庭法第 49 條，裁定如主文。

模擬憲法法庭
審判長 陳瑤華
孫迺翊
官曉薇
高涌誠
高煒輝
林孟皇
蘇彥圖
吳豪人

中華民國 105 年 12 月 30 日

模憲字第 4 號、第 5 號判決

【判決字號】 模憲字第 4 號判決

模憲字第 5 號判決

【判決日期】 中華民國 105 年 12 月 24 日

【判決綱要】

壹、案由

貳、兩造辯論意旨

一、聲請人聲請意旨

二、相對機關答辯意旨

參、程序部分

肆、實體部分

伍、審理結論

【判決全文】

聲請人 杜銘哲

代理人 涂予尹 律師

黃丞儀 律師

蘇慧婕 教授

王世安 律師

高 毅 律師

陳冠瑋 律師

賴又豪 律師

聲請人 黃國昌等三十位立委

代理人 洪偉勝 律師

周宇修 律師

陳之昱

鄭光倫

相對機關

代理人 洪文浚 律師

鄧敏雄 律師

駱淑娟 律師

許書瀚 律師

林心惠 律師

鄭忻忻 律師

財團法人二二八事件紀念基金會

代表人 薛化元 董事長

主文

- 一、1992 年修正前刑法第 100 條第 1 項、已廢止之懲治叛亂條例、戡亂時期檢肅匪諜條例，以及戒嚴時期軍事審判制度同屬不法國家體制，牴觸自由民主憲政秩序，應屬違憲。戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例之法律名稱及立法目的未明文規定國家對此負有賠償責任，在此範圍內，與憲法第 24 條之意旨不符。
- 二、國家安全法第 9 條第 2 款前段規定：「戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後依左列規定處理：……二、刑事裁判已確定者，不得向該管法院上訴或抗告。……」剝奪人民追求真相與正義之權利，違反憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨，自始無效。司法院釋字第 272 號解釋應予變更。立法機關應於本判決公布之日起一年內，就戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判已確定之非現役軍人刑事案件之上訴程序、管轄法院、上訴權人、上訴期間、卷證檔案保存與移交等事項通盤規劃，以法律明定之。相關法律修正或制定前，自本判決公布之日起，受裁判者及戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 13 條所定之受裁判者家屬，得向臺灣高等法院暨其分院提起上訴，不受刑事訴訟法第 349 條上訴期間之限制，並得依刑事訴訟法關於證據保全之規定，聲請法院就任何人持有之相關檔案或卷證為保全證據處分。於立法院制定或修正有關我國不法國家時期政治檔案與史料之規範前，各機關依檔案法應定期保存 1991 年 5 月 1 日以前之檔案，不得銷毀。
- 三、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 2 條第 2 項規定之受審判者，指「人民在戒嚴解除前，因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者」，未能包括戒嚴時期人民因軍事審判機關基於政治因素之考量，以內亂罪、外患罪及戡亂時期檢肅匪諜條例以外之罪起訴經判決確定者，牴觸憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨。司法院釋字第 477 號解釋不符上開意旨部分，應予變更。
- 四、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（以下簡稱補償條例）第 8 條第 1 項第 2 款規定：「有下列情形之一者，不得申請補償：……二、依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」，有違憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨，自始無效。受裁判者或其家屬曾向財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會提出補償金之申請，因有補償條例第 8 條第 1 項第 2 款之事由而未受補償者，得於本判決公布之日起，準用補償條例之規定，向財團法人二二八事件紀念基金會申請給付補償金，不受補償

- 條例第 2 條第 3 項、第 4 項申請期限之限制，所需經費由行政院編列預算支應。
- 五、立法機關應於本件判決公布之日起 1 年內，就戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例之法律名稱、立法目的、適用對象與檔案調閱範圍進行通盤修正。本件判決公布之日起，至戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例修正前，戒嚴時期人民觸犯內亂罪、外患罪及戡亂時期檢肅匪諜條例以外之罪，基於政治因素考量移送軍事審判，經有罪判決或交付感化裁定確定者及其家屬，得準用戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例規定，向財團法人二二八事件紀念基金會申請給付補償金，不受同條例第 2 條第 3 項、第 4 項申請期限之限制，所需預算由行政院編列預算支應。
- 六、聲請人杜銘哲所提有關戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償決定繫屬於臺北高等行政法院之訴訟案件，該院自本判決公布之日起，應遵循本判決之意旨，為適法之裁判。

理由

壹、案由

一、杜銘哲聲請案

本件聲請案之原因案件為杜孝生案，聲請人杜銘哲為其父親杜孝生因共同連續違反懲治貪污條例之侵占公有財物、剋扣職務上應行發給之財物等罪，遭臺灣省保安司令部（以下簡稱保安司令部）以（42）審三字第 25 號判決一案，於 1997 年 10 月間向「財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會」（以下簡稱補償基金會）陳情；嗣於 2002 年 12 月，遺族中一人並曾向該會申請補償，2003 年 11 月 14 日遭該會以杜孝生係因貪汙罪而非叛亂罪被處刑，不符戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（以下簡稱補償條例）第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 第 1 項第 1 款等規定，非該會被授權決定補償之事項為由駁回申請。2007 年遺族中另一人又向該會申請補償，同年 8 月 23 日亦遭該會函覆不受理。其後聲請人復於 2015 年 7 月 24 日提出訴願，惟仍遭駁回，乃續提起行政訴訟，該案件刻正繫屬於臺北高等行政法院，聲請人杜銘哲仍逕向本法庭提出憲法裁判之聲請。

聲請人杜銘哲主張，本件於臺北高等行政法院訴訟繫屬中之案件，應適用之補償條例第 2 條第 2 項不當排除戒嚴時期因非屬內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例而受判刑者受賠償之權利，且同法第 15 條之 1 第 1 款仍以參與同一原因事實之行為人中，有部分行為人屬該條項之「受裁判者」為要件，均侵害人民受憲法第 24 條所

保障之國家賠償請求權，遂聲請本法庭宣告補償條例第 2 條第 2 項、第 15 條之 1 第 1 款規定違憲；此外，司法院釋字第 477 號解釋肯認立法者於戒嚴時期人民受損權利回復條例中僅針對犯外患罪、內亂罪之案件為權利之回復與相當補償，要屬立法裁量範圍，與憲法意旨並無不符之解釋意旨，牴觸憲法第 24 條保障國家賠償請求權之意旨，一併聲請本法庭予以變更解釋。又為使受害者得透過制度重新評價其於白色恐怖時期所受之裁判，司法院釋字第 272 號解釋意旨，一併聲請本法庭予以變更。

二、黃國昌等立委聲請案

本件聲請案之原因案件為李媽兜案，保安司令部前於 1952 年間認定李媽兜建立共黨地下組織之行為涉嫌觸犯 1992 年修正前刑法第 100 條第 1 項（以下簡稱舊刑法第 100 條第 1 項），依據懲治叛亂條例第 2 條第 1 項及第 10 條等規定，將李媽兜交付軍法審判。1953 年 1 月 13 日經保安司令部以（42）安度字第 0202 號判決認定李媽兜觸犯上開規定，判處死刑。李媽兜之子李○於 2000 年依據補償條例申請補償，遭補償基金會以 1998 年 6 月 17 日公布施行之補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定：「有下列情形之一者，不得申請補償：二、依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者。」，而因李媽兜遭捕後曾做成「任意性自白」，合乎當時刑法第 100 條第 1 項內亂罪之要件，故不予補償。

聲請人黃國昌等 30 名立法委員，認補償條例第 8 條第 1 項第 2 款牴觸權力分立原則，立法委員顏錦福等 31 人雖於 2000 年 4 月 14 日（立法院第四屆第三會期）提出該條之修正案，但未獲得多數立法委員支持，乃依模擬憲法法庭法（以下簡稱模憲法庭法）第 54 條第 1 款之規定，聲請本法庭作成補償條例第 8 條第 1 項第 2 款及其關聯規定（詳如下述）違憲之判決。聲請人黃國昌等 30 名立法委員主張：1998 年 6 月 17 日公布施行之補償條例第 8 條第 1 項第 2 款牴觸權力分立原則與自由民主憲政秩序；1935 年公布施行之刑法第 100 條第 1 項規定，牴觸憲法第 8 條、第 14 條、第 15 條及第 22 條；另 1949 年 6 月 21 日公布施行之懲治叛亂條例第 2 條第 1 項，將刑法第 100 條之法律效果與死刑連結，且形成唯一死刑的法律效果，侵害人性尊嚴，聲請本法庭宣告舊刑法第 100 條第 1 項及懲治叛亂條例第 2 條第 1 項規定違憲。另主張 1987 年 7 月 1 日公布施行之國家安全法第 9 條第 2 款規定，違反正當法律程序原則，牴觸憲法第 16 條保障人民訴訟權之規定，同時一併聲請本法庭變更司法院釋字第 272 號解釋之結論。

本法庭依模憲法庭法第 17 條第 2 項、第 19 條、第 20 條、第 21 條及第 29 條之規定，於 2016 年 11 月 13 日及同年月 19 日召開言詞辯論庭，通知聲請方代理人、相對機關代表人暨代理人、鑑定人及法庭之友，到庭陳述意見。

貳、兩造辯論意旨

一、聲請人聲請意旨

(一) 杜銘哲聲請案

1. 補償條例第 2 條第 2 項規定不當排除戒嚴時期因非屬內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例而受判刑者受賠償之權利，非屬觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例之罪(如本案原因事實所示)，不符補償條例第 2 條第 2 項規定，不受補償。然憲法第 24 條保障人民於國家不法時有依法請求國家賠償之權，若白色恐怖時期人民因國家不法行為受有侵害，卻因立法未涵蓋，而無從請求國家賠償，即造成國家賠償請求權之限制，侵害憲法第 24 條所保障之國家賠償請求權，應屬違憲。且依司法院釋字第 663 號解釋理由書所稱：「根據憲法第 16 條規定，有權循國家依法所設之程序，提起訴願或行政訴訟，俾其權利獲得適當之救濟。此程序性基本權之具體內容，應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現。」同屬廣義權利救濟請求權之訴訟權與國家賠償請求權，皆應內蘊此組織與程序保障功能，人民方得行使其權利，此種憲法委託之立法義務方為憲法第 24 條所稱「得依法律」之真意。因此立法應形成此等組織程序，使人民得以順利主張其包含憲法第 16 條訴訟權之基本權利。

2. 補償條例第 15 條之 1 第 1 款，雖擴張前開同條例第 2 條第 2 項之「受裁判者」範圍，惟仍以參與同一原因事實之行為人中，有部分行為人屬該條項之「受裁判者」為要件，系爭規定依舊忽視了在戒嚴時期軍審程序下，對於人權保障之結構性漠視，係與罪名無絕對關聯；逕行排除這些受裁判者請求賠償之可能，等於剝奪其所受憲法保障之國家賠償請求權，並放任其基本人權受侵害之狀態繼續存在，亦無法落實憲法追求轉型正義之理念。系爭規定範圍過窄，無法滿足憲法委託之國賠制度建置要求，侵害人民受憲法第 24 條保障之國家賠償請求權，應屬違憲。

3. 司法院釋字第 477 號解釋肯認立法者於戒嚴時期人民受損權利回復條例中僅針對犯外患罪、內亂罪之案件為權利之回復與相當補償，要屬立法裁量範圍之見解，與司法院釋字第 436、477、624 號解釋就其他案件類型即使不涉「政治因素」，仍因軍事審判程序救濟功能不足，可能使人民遭受權利侵害而應加以補償相較，論理即有不足，且違反國家賠償請求權之意旨，應予變更。若司法院釋字第 477 號解釋見解未予變更，將延續此立法不作為屬其立法裁量範圍而無違憲疑慮；且若我國憲法蘊含「恢復自由民主憲政秩序、並重新評價威權統治」之轉型正義價值，更有必要就此檢討立法機關之不作為何時已非裁量範圍，而構成義務之違反？

4. 為使受害者得透過制度重新評價其於白色恐怖時期所受之裁判，司法院釋字第 272 號解釋意旨應予變更。於國家安全法第 9 條第 2 款規定，解嚴後不得向該管法院上訴或抗告之限制下，除了以無罪判決為前提之補償措施形同具文，即使如該當國安法第 9 條第 2 款之案件，因有受執行死刑、徒刑、交付感化（訓）教育者、財產被沒收等情形，而可適用補償條例而受補償。然而如此一來，形同以白色恐怖時期之司法決定作為賠償依據，過去所有違反權力分立、司法獨立與訴訟權、正當程序保障之軍審程序將永遠被埋葬於歷史深淵，無法在結合轉型正義價值之自由民主憲政秩序之下，重新檢視該等判決或交付感化教育裁判之合法性與合憲性。補償條例因而只是以「補償」填補當事人因合法行為所致生之損失，而非反省、追究過去不法行為後所為之「賠償」，不但逃避了轉型正義之憲政精神，也難以使曾面對撕裂傷痕之社會足以相信國家有真誠面對錯誤，並保證未來不再發生的憲法承諾。國家有義務積極作為，使受害者得以透過制度重新審查白色恐怖時期裁判，不得以法律加以限制，否則無非是人民訴訟權保障之二度侵害，故司法院釋字第 272 號解釋有重新檢驗之必要。

（二）黃國昌等立委聲請案

1. 模憲法庭法第 54 條第 1 款規定賦予立法委員聲請憲法解釋之權限，目的在保障立法院中的少數黨或少數意見立委，使少數黨或少數立委得透過聲請解釋之方式，消滅以多數決強渡關山之違憲法令，故本條規定亦能適用於法令公布多年後，部分立法委員試圖排除違憲狀態，但修法未果之情形。本件聲請標的補償條例第 8 條第 1 項第 2 款係 1998 年 6 月 17 日公布施行，迄今已逾 6 個月。2000 年 4 月 14 日（立法院第四屆第三會期），立法委員顏錦福等 31 人亦曾針對本條規定提出修正草案，主張應刪除第 8 條第 1 項第 2 款，但未獲得多數立法委員之支持。據此本件應已合乎上開規定之程序要件，應予受理。

2. 1935 年公布施行之刑法第 100 條第 1 項僅以主觀意圖作為處罰之行為，並且在動員戡亂時期的運用下，本條規定已成為整肅共產主義思想社團的政治刑法，顯然已抵觸憲法第 14 條結社自由與第 22 條思想自由，應予判決無效。1949 年 6 月 21 日公布施行之懲治叛亂條例第 2 條第 1 項係將刑法第 100 條之法律效果與死刑連結，且一旦經認定構成要件該當，即形成唯一死刑的法律效果。死刑嚴重侵害人性尊嚴，業經 鈞庭於模擬憲法法庭第 3 號判決宣告違憲，況且懲治叛亂條例第 2 條第 1 項之法律效果為「唯一死刑」，對人性尊嚴之侵害更甚，故應受違憲之判決。兩者均抵觸自由民主憲政秩序，懲治叛亂條例固然已經廢止，但依據 鈞庭過往之看法，若上開規定所創設的違憲狀態仍然繼續存在，對當事人的法律利益有回復或救濟的可能性，即不應拒絕審理。

3. 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款，賦予補償基金會審核動員戡亂時期審判案件是否不當的權限，排除以法院為核心的保障機制，違反轉型正義中「重新審判」的憲法要求，違反權力分立，牴觸自由民主憲政秩序，應屬違憲而無效。且立法機關希望在不變動判決結果的前提下，直接提供受害者金錢補償，作為轉型正義的折衷方案，但這樣的折衷方案，根本失去轉型正義的精神，也喪失「回復自由民主憲政秩序」的重要憲法意義，使得轉型正義的內涵變得扁平，似乎只要有金錢補償，均能正當化過往政權的一切不法行為。

4. 國家安全法第 9 條第 2 款排除刑事訴訟的普通救濟途徑（如上訴與抗告程序），將救濟途徑限縮於再審與非常上訴，已對受害者之訴訟權造成限制，牴觸憲法第 16 條保障之訴訟權，應屬違憲；且動員戡亂時期軍事法院之組成違反憲法第 8 條所保障之正當法律程序，業經司法院釋字第 436 號解釋認定為違憲。此等法院認定之事實，在解嚴之後，竟未受到嚴格之證據法則檢驗，形成僅能透過行政程序、無法透過訴訟程序平反的救濟上限制，顯然與憲法第 9 條人民不受軍事審判、憲法第 8 條及第 16 條保障正當法律程序之意旨有違。司法院釋字第 272 號解釋之具體適用結果猶如畫餅充饑，反而強化戒嚴時期軍事審判之合法性，並未達到「同時兼顧法安定性與權利保障」的目標，更未考量戒嚴時期軍事審判之特殊性，反而造成「不法」判決之安定，鞏固國家侵害基本權利的合法基礎，顛覆自由民主憲政秩序之價值，其結論應予變更。

5. 臺灣應該推動轉型正義，並排除不法國家暴力結果。依司法院釋字第 567 號解釋，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。縱國家處於非常時期，仍為不容侵犯之最低限度人權保障。由此可知，自由民主憲政秩序仍然是在國家非常時期中不可毀棄的憲法價值。另司法院釋字第 543 號解釋亦指出：憲法就發布緊急命令之要件、程序及監督機制定有明確規範，以避免國家機關濫用權力，期以保障人民權益，並維護自由民主基本秩序。由此可見，國家採取之非常手段也必須受到明確的監督，並藉此維繫自由民主憲政秩序於不墜。在緊急狀態中，自由民主憲政秩序為憲法的最終底線，國家必須在憲法的框架下採取合憲的手段來因應緊急狀態，不能憑藉「以非常手段保護國家」為名義，實行顛覆自由民主憲政秩序之極權統治。緊急狀態結束之後，國家更有「儘速回復自由民主憲政秩序」的義務，採取必要的措施。倘若國家並未遵循上開要求，使得自由民主憲政秩序在緊急狀態中受到破毀，以致造成嚴重的違憲狀態，當國家脫離緊急狀態後，即應基於自由民主憲政秩序，排除前階段

國家不法行為之結果，採取回復人民權利的措施，例如：透過立法的方式，系統性的排除威權時期的法規範；透過組織改革的方式，清除威權時期國家濫權的協助者，當然也包括透過正式或非正式的程序，追溯加害者的責任，填補受害者的損害，回復受害者遭受嚴重侵害的人性尊嚴。

二、相對機關答辯意旨

（一）程序部分：聲請不合法，應不予受理

1. 就補償條例第 8 條第 1 項第 2 款，經查立法院議案關係文書，2000 年 4 月 14 日顏錦福委員提出的修正案，係針對原「第 8 條第 1 項第 1 款」加上「因同一原因事實……不得申請補償」之要件，完全與「第 8 條第 1 項第 2 款」無涉，不符「修法未果」之要件。且 鈞庭以具有「重要關聯性」為理由，而一併受理的「修正前刑法第 100 條第 1 項以及懲治叛亂條例第 2 條第 1 項」，也就失所附麗，亦應一併不受理。

2. 依模憲法庭法第 50 條，人民須用盡救濟的途徑方得聲請釋憲。惟於模憲字第 4 號聲請案，聲請人仍於行政訴訟繫屬中，是否尚未窮盡救濟的途徑，仍有爭議，故就程序上不應受理。

3. 受理裁定以「轉型正義」作為「有必要個案例外受理」之理由，說理恐怕尚有不足，且「是否須窮盡訴訟途徑」，恐怕與「轉型正義」並不相關，亦未闡明「轉型正義」與「憲法上原則重要性」之間的關聯性為何，故不應以「轉型正義」為理由，打破法律對於「受理釋憲」的要件限制，而採取特殊個案予以受理的處理模式。

（二）實體部分

1. 模憲字第 5 號聲請案針對補償條例第 8 條第 1 項第 2 款主張因須依現行的法律及證據法則認定內亂、外患罪，但聲請人主張卻是認為民國 24 年刑法第 100 條違憲，然而在聲請當時已不適用民國 24 年刑法第 100 條之條文，若聲請當時適用的法律錯誤，還是一樣要回歸到現行的司法體制尋求救濟，而不是透過釋字，宣告已經修正的刑法第 100 條違憲。況刑法第 100 條已修正，懲治叛亂條例第 2 條第 1 項已廢止，因此依現行條例審查，內亂、外患罪不會成立犯罪，故不是現行法律的問題，而是證據的問題。

2. 戒嚴 40 年來為數甚鉅的軍事審判案件，如均有上訴的可能，不僅將動蕩司法的安定性及秩序，更將造成司法超載、審判品質滑落，證據資料不論物證、人證之取得有其實際上的困難，將造成個案因無法通過證據法則的審查，反而無法翻案、平反，個案審查未必就是還給當事人正當程序正義跟司法正義的唯一途徑。透過司

法重新審判將動搖法安定性且取證困難，亦可能造成審判空洞化。

3. 補償條例限於內亂、外患罪及匪諜案件應予補償，其他的案件不補償，侵害其訴訟權及損害國家賠償請求權，似不無道理。但是一旦要擴張，要擴張到什麼範圍？若僅限於貪污罪，其他刑事案件難道不可能被裁贓？難道不可能基於政治動機、原因而被執政當局發動這些軍事審判權力而加以羅織罪名成立犯罪？難道不應該補償？

4. 關於補償條例，機關方認為系爭規定均合憲，且司法院釋字第 477 號解釋並無變更之必要。補償條例之名稱已強調只針對不當叛亂案件及匪諜審判案件，顧名思義就是針對政治性的案件。補償條例當然只能作為政治性案件受害者補償特別法，並不是所有戒嚴時期受害者的補償特別法。系爭規定設定補償範圍並不代表是政治犯補償、非政治犯不補償之二分法，而是立法機關綜合考量可能受害者的人數、國家資源有限性及優先政策任務後所為的立法改良，這是立法選擇的問題，並不是排除補償可能的問題。

5. 即使立法機關對於非政治犯的補償有立法作為不足或立法部分不作為的狀態，依憲法第 24 條國家賠償和補償的法律委由立法制定，顯示憲法於制定時，讓立法者有更多發揮的空間，針對國家補償及賠償的部分制定規範。

6. 縱然 鈞庭確實應以憲法的高度進行抽象審查，然機關方認為這不代表 鈞庭可以脫離憲政的架構及脫離權利尊重及制衡的架構，司法對立法部分不作為的審查，必須有比司法對立法積極作為審查更為嚴格的根據，應該用更嚴格的自制，也就是司法的謙抑性，用打擊最少的方式，針對立法裁量本身是否不當、部分不作為規定是否違憲加以審查。補償條例對於戒嚴時期遭受不當審判而權利受有損害之受害者，已訂有補強規定，立法機關已經履行立法義務，而對於非政治犯者，只是限制於國家資源和立法政策優先性的考量，而未成為補償條例的課題，不代表即為違憲。

7. 轉型正義當時受害者所遭受之真相為何，應透過調查、平反或究責，攸關國家資源整體的運用，且係涉及司法與非司法國家整體任務。國家負有回復義務，係指所有國家權力均有此一義務，並非僅司法院、立法院及行政院之工作，在基於憲法權力分立原則及功能考量後，應委由立法機關訂定具體時程，再由行政或司法予以落實。

8. 轉型正義的實踐，除了回復真相、和解之外，更重要的是必須要透過制度改革鞏固得來不易的民主、自由與法治，必須建立在合憲的憲政精神之上，民主原則、法治原則及權力分立原則該等原則的確立及實踐，正為推動轉型正義的目標。

（三）財團法人二二八事件紀念基金會代表陳述意見

1. 財團法人二二八事件紀念基金會（以下簡稱二二八基金會）是根據二二八事件賠償條例設立，主要目的在處理二二八事件的賠償事宜，這個條例裡面規定的受難者之法律性定義，係指人民因本事件生命、身體、自由或財產遭受公務員或公權力侵害者。另外，根據戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例，這是在 1995 年二二八條例公布後 3 年制定，這個條例的規定是針對戒嚴時期所謂不當審判受裁判者的裁判事宜，另外有一個補償基金會來處理。因為兩個條例分別立法，相關設立一些機構來作補償或賠償事宜，但補償條例是在 2010 年 12 月 16 日就截止受理申請，補償基金會是在 2014 年 3 月 8 日解散，9 月 8 日完成清算。針對補償基金會結算、清算後的業務，行政院在 2014 年 10 月 15 日召開會議，這個會議結論主要是：補償基金會解散清算後，對補償基金會所做成之決定不服，提起訴願及行政訴訟案件因素，受裁判者及其家屬依規定申請或補發回復名譽證書，以及持續仍有補償金相關陳請案件之處理業務，由行政院指定內政部承繼辦理，至於補償條例之主管機關仍為國防部。內政部就在 2014 年 12 月 1 日將上開業務函請二二八基金會辦理，並根據內政部 2014 年 12 月 5 日公告，配合補償基金會解散，對原補償基金會作成之決定不服，提起訴願及行政訴訟案件之因素，受裁判者及其家屬依規定申請或補發回復名譽證書，以及持續仍有補償基金相關陳請案件之業務，至 2014 年 12 月 10 日起，委託二二八事件紀念基金會辦理。

2. 另根據內政部在 2014 年 12 月 2 日召開協調會議之決議：有關補償陳請案的處理，依行政院及國防部的意見，因補償條例所定補償金申請期限已經終止，二二八基金會將維護陳請人欠難受理，不再深究當事人是否為受裁判者或是否適格，二二八基金會日後受理陳請案不涉及修法，應將建議意見入案後，再送請國防部作為是否修法參考；國防部為補償條例之補償機關，未來二二八基金會處理的相關業務，如條例有適用疑義，應洽請國防部提供法律見解及解釋；白色恐怖相關陳請案件之處理，各機關單位依行政院 2014 年 10 月 15 日召開研商補償基金會解散清算後，相關業務承繼及辦理機關會議結論之分工權責辦理，例如涉及補償條例修正由國防部處理，關懷受難者由文化部處理，未結的行政爭訟、名譽回復及補償金陳請案件由二二八基金會處理，日後各機關收到的陳請案件，應先針對各自主管的部分進行答覆，涉他機關權責者，並主動移交權責單位，不得轉請二二八基金會處理。

3. 在業務處理方面，包括行政院內政部基本上界定一個非常清楚的範圍，關於這兩個案件，分別向二二八基金會提出陳請。本會對提出陳請的處理都是協助他們向檔卷的主管機關，也就是人權博物館籌備處調閱相關的檔卷，讓家屬能夠閱覽相

關檔卷。

4. 針對兩個聲請案，原本在戒嚴時期根據戒嚴法接受審判的人民，在戒嚴之後可以向法院上訴，不過因為制定國安法的關係，剝奪他們的權利。1991 年司法院釋字第 272 號解釋，主要是認為為了求安定性的考量，認為限制是合憲的。戒嚴法是屬於非常狀況、緊急狀態不正常的法律規範，目的是為了因應特殊的情形，所以針對人權的保障部分，不論從適用法條或實際偵訊過程或審判過程，可能會有一些相對的瑕疵。因此，戒嚴法才會明定恢復到比較正常狀況之下，他們能夠有再上訴的機會，如果這樣的話，當事人或者他的代理人就有機會可以在法院裡面閱卷，看到相關所有的檔案，包括知道誰檢舉、誰提供什麼證據等等，原本是內部救濟或是某種程度從戒嚴到解除戒嚴，這一種體制轉變之下的轉型正義之可能性在此。由於戒嚴法體制，基本上就不認可軍法審判的安定性，才會制定解嚴之後可以再上訴，而戒嚴法基本上是在非常狀態下對人權相對沒有保障的法律，連這一個法律都認為本次兩件聲請案都可以重新再有上訴審判的機會，而目前既有的國安法卻剝奪這一個權利，這有很大的問題。假如要討論轉型正義的話，連戒嚴法所保障的人權都沒有辦法得到保障，那轉型正義就不用談了。

參、程序部分

本法庭已於 2016 年 10 月 14 日，經本法庭大法官一致決議，做成模憲裁字第 5 號及第 6 號裁定，受理杜銘哲與黃國昌等 30 位立法委員所提兩件聲請憲法裁判案。

本法庭於模憲裁字第 5 號裁定，受理聲請人杜銘哲因戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例等聲請憲法裁判案，並命臺北高等行政法院於本裁判作成之前，停止審理聲請人就戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償決定所提訴訟案件。雖然依據模擬憲法法庭法第 50 條規定，基於憲法訴願的補充性原則，定有「依法定程序用盡審級救濟」的程序要件，但若人民所提聲請案件，在憲法上具有原則重要性，循一般訴訟途徑不能獲得及時且適正的司法救濟，則縱未符合此項要件，本法庭仍應予以受理，以確實保障人民的憲法訴訟權。

本法庭於模憲裁字第 6 號裁定，受理聲請人黃國昌等 30 位立法委員因戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例等聲請憲法裁判案。高大法官焯輝提出、陳大法官瑤華、高大法官涌誠、吳大法官豪人加入的受理理由認為，模擬憲法法庭法第 53 條第 1 款所定「修法未果」要件，無屆次不連續原則之適用，本件聲請案符合上開規定。蘇大法官彥圖提出、孫大法官迺翊、官大法官曉薇加入的受理理由認為，縱然本件聲請案部分聲請標的不符「修法未果」要件，本法庭仍應本於程序自主權限受理本件聲請案，且受理範圍及於所有聲請標的，以實現本法庭的設置目的。林大

法官孟皇則主張，本件聲請案雖不符合「修法未果」要件，但基於確保戒嚴時期人民權利受損能否回復及促進真相等轉型正義的迫切需求，本法庭應予以受理。

相對機關於言詞辯論期日，針對補償條例第 8 條第 1 項第 2 款立法修正程序之質疑，本法庭業已查明，確有修法提案，而其他多項程序主張，亦均已充分斟酌，並一致決議維持上開受理裁定。爰重申受理要旨如上。

肆、實體部分

一、原因案件事實及爭點

（一）杜銘哲聲請案

聲請人杜銘哲為杜孝生之子。杜孝生為鄒族原住民，1922 年出生。1952 年時擔任嘉義縣吳鳳鄉衛生所主任及新美農場場長，1952 年 9 月 10 日杜孝生與擔任吳鳳鄉鄉長之同母異父兄弟高一生，及臺灣省山地指導員湯守仁等人，依臺灣省保安司令部（以下簡稱保安司令部）保安處指示，下山參加山地保安會議，隨即遭到拘捕，押解至臺北的保安司令部軍法處偵訊，同日擔任臺灣省臨時省議會議員之泰雅族林瑞昌亦遭到逮捕。1953 年 3 月 13 日，保安司令部軍事檢察官以違反懲治貪汙條例起訴杜孝生，並依戒嚴法第 8 條第 2 項之規定，犯其他特別刑法之罪者，亦得由軍事機關自行審判，保安司令部乃以杜孝生觸犯之罪「與地方治安有重大關係」為由，呈請參謀總長及行政院院長同意後，與涉嫌違反懲治叛亂條例的同案其他被告高一生、林瑞昌等人，一併由軍事機關審判。1953 年 7 月 22 日保安司令部（42）審 3 字第 25 號判決，以杜孝生觸犯共同連續侵占公有財物之罪名，判處有期徒刑 15 年、褫奪公權 10 年、全部財產沒收。該判決送交參謀總長審閱後，增加共同連續剝扣職務上應行發給之財物之罪名，兩罪合併執行有期徒刑 17 年，最後送交總統蔣介石批閱如擬；高一生、林瑞昌等人則以觸犯懲治叛亂條例之叛亂罪，判處死刑。

解嚴之後，杜孝生曾於 1997 年 10 月向補償基金會陳情，杜孝生之子聲請人杜銘哲嗣於 2002 年 12 月依戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（以下簡稱補償條例）之規定向補償基金會申請補償，惟該會 2003 年 11 月 14 日以杜孝生係因貪汙罪而非叛亂罪被處刑，不符補償條例第 2 條第 2 項「本條例所稱受裁判者，係指人民在戒嚴解除前，因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者」，及第 15 條之 1 第 1 項第 1 款「有下列情形之一者，得於修正後本條例第二條第四項之規定期限內，準用本條例規定申請給付補償：一、於戒嚴時期因參與同一原因事實之行為，部分行為人為本條例第二條第一項（應為第二項之誤植）規定之受裁判者，而其他行為人受內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅

匪諜條例以外之有罪判決確定者」等規定為由駁回；2007 年遺族中另一人又向該會申請補償，同年 8 月 23 日亦遭該會函覆不受理。聲請人於 2015 年 7 月 24 日提出訴願，案經訴願駁回，提起行政訴訟，於臺北高等行政法院審理程序進行中。聲請人杜銘哲主張前開補償條例第 2 條第 2 項、第 15 條之 1 第 1 款等規定侵害憲法第 24 條保障人民之國家賠償請求權，請求本法庭宣告上開條文違憲。

（二）黃國昌等立委聲請案

聲請人黃國昌等 30 名立法委員因補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定：「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」，得免予補償，認該規定牴觸權力分立原則，立法委員顏錦福等 31 人雖於 2000 年 4 月 14 日（立法院第四屆第三會期）提出該條之修正案，但未獲得多數立法委員支持，乃依模擬憲法法庭第 54 條第 1 款之規定，聲請本法庭作成該法律違憲之判決。

上開規定排除補償之對象，以「臺南街頭支部案」涉案之李媽兜為例，其於中日戰爭結束後加入中國共產黨，積極參與臺灣之共黨組織，曾於 1947 年二二八事件中，參與嘉義地區的武裝反抗活動；二二八事件後，自 1948 年至 1949 年間，先後於臺灣南部建立約 26 個共黨支部、3 個直屬小組，為二二八事件後最完整的共黨組織活動。李媽兜於 1952 年 2 月 16 日遭保安司令部逮捕，對犯行坦承不諱並供述組織活動細節。保安司令部認定李媽兜建立共黨地下組織之行為已觸犯 1992 年修正前刑法第 100 條第 1 項（下稱舊刑法第 100 條第 1 項）「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而著手實行」，並且依據懲治叛亂條例第 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，刑法第一百零三條第一項、第一百零四條第一項未遂犯罰之。」及懲治叛亂條例第 10 條：「犯本條例之罪者，軍人由軍事機關審判；非軍人由司法機關審判；其在戒嚴區域犯之者，不論身分，概由軍事機關審判之」等規定，將李媽兜交付軍法審判。1953 年 1 月 13 日保安司令部（42）安度字第 202 號判決認定李媽兜觸犯上開規定，判處死刑。李媽兜之子於 2000 年曾依補償條例申請補償，惟補償基金會以李媽兜遭逮捕後曾做成任意性自白，承認組織共黨地下支部，並有意透過共黨活動顛覆政府，符合當時刑法第 100 條內亂罪之要件，否准其申請。

聲請人黃國昌等立法委員認為，補償基金會以 1992 年修正前之舊刑法第 100 條第 1 項及懲治叛亂條例第 2 條第 1 項等規定為依據，認定李媽兜觸犯叛亂罪，否准李媽兜家屬之補償申請，惟舊刑法第 100 條第 1 項牴觸憲法第 8 條人身自由、第 14 條結社自由、第 15 條生命權以及第 22 條思想自由，國家安全法第 9 條第 2 款規定

侵害憲法第 16 條保障之人民訴訟權；又，國家安全法第 9 條第 2 款規定：「戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後依左列規定處理：……二、刑事裁判已確定者，不得向該管法院上訴或抗告。但有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴」，使經司法院釋字第 436 號解釋業已認定違反憲法第 8 條正當法律程序之戒嚴時期軍事審判程序所作成之判決，人民於解嚴之後無從向普通法院尋求救濟，與憲法第 9 條人民不受軍事審判、憲法第 8 條及第 16 條保障正當法律程序之意旨有違，牴觸憲法第 16 條所保障之訴訟權，而申請人是否觸犯內亂罪、外患罪確有實據，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款僅委由補償基金會以行政程序予以認定，牴觸權力分立原則。聲請人請求本法庭判決上開舊刑法第 100 條第 1 項、國家安全法第 9 條第 2 款及補償條例第 8 條第 1 項第 2 款等規定違憲。

（三）所涉法律之立法經過

上開各項法律，分別制定於解除戒嚴之前與之後。按中華民國政府因國共戰爭，於 1947 年 7 月 4 日於中國大陸宣布動員戡亂，1948 年 5 月 10 日第一屆國民大會依照憲法第 174 條第 1 款修憲程序，制定公布動員戡亂時期臨時條款（以下簡稱臨時條款），1949 年 5 月 20 日臺灣省警備總司令部以臺灣為範圍發布戒嚴令，同年 12 月 7 日國共戰爭失利，中華民國政府撤退至臺灣。1987 年 7 月 15 日解除戒嚴，1991 年 5 月 1 日廢止臨時條款並終止動員戡亂，同年由臺灣、澎湖、金門、馬祖之國民選出第二屆國民大會代表，1992 年選出第二屆立法委員，臺灣始完成政治全面民主化。

戒嚴時期有關內亂罪之罪責，依照 1992 年修正前刑法第 100 條第 1 項規定，其構成要件為意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而著手實行，刑度依照 1949 年制定、1991 年廢止之懲治叛亂條例第 2 條第 1 項規定，為唯一死刑。

動員戡亂時期國家安全法於 1987 年 7 月 15 日解除戒嚴之前所制定，該法第 9 條第 2 款規定，戒嚴時期經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，其刑事裁判已經確定者，不得向該管法院上訴或抗告，司法院釋字第 272 號解釋認為此項規定為謀裁判之安定與維持社會秩序所必要，與憲法尚無牴觸。該法於 1992 年修正，更名為國家安全法（以下簡稱國安法）。

解嚴之後，立法院分別於 1995 年及 1998 年制定戒嚴時期人民受損權利回復條例（以下簡稱權利回復條例）及補償條例。權利回復條例第 3 條規定，人民於戒嚴時期，因犯內亂罪、外患罪，經裁判確定、或交付感化、或提起公訴、或通緝有案尚未結案，而喪失或被撤銷公務人員暨專門職業及技術人員考試及格之資格、任公

務人員、教育人員及公職人員之資格、專門職業及技術人員執業之資格及之為撫卹金、退休金或保險金領受人之資格者，得向主管機關申請回復其資格。此種以戒嚴時期觸犯內亂罪、外患罪者為適用對象，不及於其他刑事案件之立法例，司法院釋字第 477 號解釋認為其屬立法裁量範圍，亦與憲法尚無牴觸。

補償條例第 2 條第 2 項則以人民在戒嚴解除前因觸犯內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者為適用對象，給予金錢補償、回復名譽、更正戶籍之權利。同條例第 8 條第 1 項第 2 款另規定，依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者，則不得申請補償。1998 年及 2002 年補償條例修正，分別增定第 15 條之 1 及第 15 條之 2 規定，擴張補償之適用對象。其中補償條例第 15 條之 1 第 1 款將補償對象擴及於戒嚴時期參與同一原因事實之行為，其中部分行為人，為本條例第 2 條第 2 項規定之受裁判者，而其他受內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例以外之有罪判決確定者。

依照補償條例第 2 條第 2 項、第 8 條第 1 項第 2 款及第 15 條之 1 第 1 款等規定，戒嚴時期人民非因觸犯內亂、外患或檢肅匪諜條例之罪受軍事審判，又無參與同一原因事實之其他行為人因觸犯內亂、外患或檢肅匪諜條例之罪經有罪判決確定之情形，或戒嚴時期人民非因觸犯內亂、外患或檢肅匪諜條例之罪，依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者，均不屬補償條例之適用對象。

（四）本案爭點

上開諸項條文是否合憲，以及司法院釋字第 272 號、第 477 號等解釋有無變更之必要，並非單純涉及受憲法拘束之國家公權力，是否違反法治國原則、過度侵害人民受憲法保障之基本權利，又不允其訴訟救濟此一層次的問題，而是涉及如何以臺灣當前自由民主憲政秩序，評價臺灣民主化之前不法國家系統性侵害人權、踐踏人性尊嚴之轉型正義課題，其包括以下幾項具體爭點：

1. 臺灣於民主化之前，動員戡亂與戒嚴體制是否為不法國家之體制；舊刑法第 100 條第 1 項內亂罪與懲治叛亂條例第 2 條第 1 項規定是否屬於不法國家侵害人權之手段之一。
2. 何以臺灣民主化之後必須進行轉型正義，其憲法依據為何。
3. 國安法第 9 條第 2 款是否侵害人民受憲法第 16 條保障之訴訟權，司法院釋字第 272 號解釋有無變更之必要。
4. 補償條例之法律名稱與立法目的，是否符合憲法第 24 條所定國家賠償責任之意旨。
5. 補償條例第 2 條第 2 項規定是否牴觸憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠

償責任之意旨，司法院釋字第 477 號解釋有無變更之必要。

6. 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款是否有違憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨。
7. 杜孝生之原住民族身分是否影響其求償權利。

二、本法庭斟酌全辯論意旨，經全體大法官一致決議作成本判決，理由如下：

(一) 臺灣於民主化之前，動員戡亂時期暨戒嚴體制為不法國家之體制

1. 站在自由民主憲政國家對立面的不法國家

在自由民主憲政秩序中，國家存在的正當性在於人民憲法基本權利之保障，不僅所有國家公權力均應受憲法基本權利之節制，法治國原則所蘊含的權力分立、依法行政、司法獨立、依法審判與法律安定性等原則，亦均以確保人民基本權利為目的。在自由民主憲政秩序下，法治國原則並非僅強調形式上權力分立、依法行政與依法審判，而是以憲法最高位階與基本人權保障為其核心。為避免權力集中導致濫權侵害人民的基本權利，即使國家處於緊急危難狀態，而有採取緊急措施之必要，獲得憲法授權之機關仍須受憲法權力分立原則所拘束，且有時間上及事項上之限制，並由另一憲法機關審查是否確實存在緊急狀態、所採取之緊急措施是否逾越憲法¹（參見鑑定人 Goldstone 鑑定意見書、鑑定人 Couso 鑑定意見書、鑑定人 Zubik 鑑定意見書、鑑定人鄧衍森鑑定意見書）。

在自由民主憲政國家的光譜另一端，為不法國家（Unrechtsstaat）。不法國家不僅缺乏權力分立相互制衡之原則與人民基本權利之保障，且為一黨專政，法律作為服膺於國家主導意識形態的工具，國家廣泛且密集地進行政權保衛之集權獨裁（totalitäre Diktatur）體制。在不法國家中，統治權力嚴密監控人民、限制其權利，不同政治意見遭受系統性壓制，即便形式上存在法律規範與法律統治，甚至不乏進步之立法，但行政部門與司法部門配合特定意識型態與統治者意志大量曲解適用法律，大量作成不當行政行為與判決²（參見鑑定人王韻茹鑑定意見書）。德國 20 世紀所歷經之納粹統治與德意志民主共和國（Deutsche Demokratische Republik），為不法國家之集權獨裁政權。

¹ *Martin Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., 2003, S. (101-106).

² *Ralf Dreier*, Juristische Vergangenheitsbewältigung, 1995, S. (16).; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 15.

我國憲法及增修條文中，第 1 條所樹立之民主共和國原則、第 2 條國民主權原則、第 2 章人民基本權利之保障以及有關權力分立與制衡之規定，具有本質重要性，為憲法整體基本原則之所在，其所形塑自由民主憲政秩序（參照司法院釋字第 261 號、第 499 號解釋），直到 1992 年民主化之後，才真正成為臺灣當前政治共同體所賴以存在之基礎。在此之前，臺灣並非處於民主憲政秩序統治下。

2. 動員戡亂臨時條款與憲法破棄

臺灣至 1945 年第二次世界大戰終戰之前為日本殖民地。日本戰敗，盟軍遠東最高統帥麥克阿瑟將軍指示，在臺灣之日軍高階司令官及所有陸、海、空軍及輔助部隊應向蔣介石大元帥投降，由中華民國軍隊代行對臺灣之軍事占領³，斯時，由國民黨一黨領政之國民政府與共產黨開始進行第二次內戰。中華民國憲法於 1947 年 1 月 1 日公布，其尚未施行之前，中華民國政府為因應國共內戰，於同年 7 月 4 日宣布動員戡亂，而後憲法始於同年 12 月 25 日開始施行。次年，第一屆國民大會於 1948 年 3 月 29 日集會，依照憲法第 174 條第 1 款修憲程序，制定臨時條款，賦予總統有不受憲法第 39 條及第 43 條規定限制，無須立法機關先行制定緊急命令法，僅須經行政院會議決議即得行使之緊急命令權，並選出蔣中正、李宗仁為第一任總統、副總統。臨時條款增加總統緊急命令權以進行動員戡亂，為期兩年，總統至遲應於 1950 年 12 月 25 日以前，召集第一屆國民大會臨時會討論修憲；如屆時動員戡亂時期尚未宣告終止，國民大會臨時會應決定臨時條款應否延長或廢止。

1948 年臨時條款通過後，國民黨因國共內戰失利，同年 12 月 10 日宣布全國戒嚴令；1949 年 1 月 22 日蔣介石總統發表「引退謀和書」，其援引憲法第 49 條第 2 項「總統因故不能視事時，由副總統代行其職權」之規定，宣布引退，並由副總統李宗仁代理總統之職務。同年 12 月 5 日李宗仁赴美，國民黨政府已失守全中國大陸，於 1949 年 12 月 7 日撤退至臺灣。副總統李宗仁赴美之後未再來臺履行副總統之職，蔣介石於 1950 年 3 月 1 日復援引憲法同條項之規定，以「復行視事文告」宣布繼續行使總統職權。實則，憲法第 49 條第 1 項及第 2 項區分缺位與不能視事二種不同情形（參照司法院釋字第 419 號解釋），缺位係指人與職務分離而言，若總統因辭職、解職或死亡等情事而缺位，依憲法第 49 條第 1 項規定，應由副總統繼任總統；不能視事則指人與職務尚未分離之情形，例如遭受挾持或昏迷喪失意識，依憲法第 49 條第 2 項規定，不能視事期間由副總統代行職權，於不能視事之事由消滅後，自應繼續行使其職權。蔣介石基於政治因素引退，離開總統職務，並非客觀上不能行使職權，其援引不能視事而迴避辭職，無異依其政治權位之考量，任意解釋憲法所賦予

³ Supreme Commander for Allied Powers, General Order No. 1, 2 September 1945, Paragraph a.

之總統職權，顯已違背憲法第 49 條區分缺位與不能視事之意旨⁴。蔣介石 1950 年 3 月 1 日起復以中華民國總統身分，代表中華民國政府統治臺灣，於憲法正當性本有疑義。

且因中華民國政府已無法於中國大陸行使統治權，立法院、國民大會與監察院等民意機關（參照司法院釋字第 76 號解釋）亦失其民主正當性：第一屆立法委員自 1951 年任期屆至起，即由行政院決議，呈請總統諮商立法院同意立法委員繼續行使職權 1 年，而後立法院逐年同意總統之諮商案，每次延長日期 1 年。第一屆國民大會原應於 1950 年依照臨時條款之規定，召集臨時會決定臨時條款之存廢，惟因隨同來臺國民大會代表人數不足，以致未能召開會議，立法院遂於 1953 年制定第一屆國民大會代表出缺遞補補充條例，使第一屆國民大會得於 1954 年召開第二次會議，決議動員戡亂臨時條款繼續有效；同時為因應第一屆國民大會代表任期於 1954 年屆至，行政院決議，在第二屆國民大會未能依法辦理選舉集會以前，第一屆國民大會應適用憲法第 28 條第 2 項「每屆國民大會代表之任期，至次屆國民大會開會之日為止」之規定，俟將來情勢許可，再行辦理改選。第一屆監察委員任期同樣於 1954 年屆，司法院於同年作成釋字第 31 號解釋，使第一屆立法委員、監察委員於第二屆委員未能依法選出集會與召集以前，繼續行使其職權。此號解釋導致政府體制至 1992 年之前，長達 45 年完全缺乏民主正當性。

嗣後因中央民意代表漸次凋零，司法院於 1960 年另作成釋字第 85 號解釋，以依法選出而能應召集會之國民大會代表人數為國民大會代表總額之計算標準，使第一屆國民大會得以集會，修改臨時條款，使總統連任得不受憲法第 47 條連選連任一次之限制⁵。1966 年國民大會再次修改臨時條款，授權總統得設置動員戡亂機構，決定動員戡亂之大政方針，處理戰地政務事宜，為適應動員戡亂需要，並得調整中央政府之行政機構、人事機構及其組織。經由司法院上開兩號憲法解釋，以及臨時條款之制定與修正，逐步鞏固欠缺民主正當性、破壞權力分立原則之強人威權政府體制，完全破棄中華民國憲法⁶。

⁴ 對於引退是否為不能視事，國內學者多數持肯定見解，參見董翔飛，《中華民國憲法與政府》，第 13 版，1983 年，頁 217-218；陳新民，《憲法學釋義》，修正 6 版，2008 年，頁 446-447；董保城、法治斌，《憲法新論》，第 3 版，2008 年，頁 308；陳春生，《憲法》，2003 年，頁 209。持質疑之見解者，參見李惠宗，《憲法要義》，第 7 版，2015 年，頁 527，註 14；王泰升，〈臺灣近代憲法文化的形成：以文本分析為中心〉，臺大法學論叢，第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 10。

⁵ 王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，2015 年，頁 86-88。

⁶ 陳新民，同註 4，頁 958-964。

3. 戒嚴體制、情治系統與黨國一體

中華民國政府來臺之後，將動員戡亂體制施行於臺灣，臺灣省警備總司令部隨即於 1949 年 5 月 20 日以臺灣為範圍發布戒嚴令，並發布臺灣省戒嚴期間防止非法集會結社遊行請願罷課罷工罷市罷業等規定實施辦法，凡經政府核准之各社團非經許可並派員指導者，一律禁止集會，未經政府許可之各社團，均為非法團體，一律禁止。更為嚴峻者，國民政府訓政時期黨政合一之情治系統，亦隨同蔣介石與中華民國政府移植來臺，開啟臺灣特務統治之白色恐怖時期⁷。1950 年 3 月蔣介石復行視事後，將其於 1949 年為統一所有情報工作祕密設立之政治行動委員會，改組為總統府機要室資料組，由其子蔣經國擔任主任，管轄指揮所有情報業務，包括國防部（下轄第二廳、保密局、總政治部、憲兵司令部、大陸工作處）、臺灣省保安司令部、臺灣省政府警務處、內政部調查局、外交部情報司等⁸；1955 年成立國家安全局，承接總統府機要室資料組之業務，改由國家安全局統一指揮軍事部門（警備總部、國防部情報局、國防部總政治部、憲兵司令部調查組、國防部第二廳）、行政部門（調查局、臺灣省警務處、外交部情報司）及國民黨各工作會等情治機關與單位⁹。其中，國民黨建立了知識青年黨部、婦工會、文工會、陸工會、海工會、社工會等工作委員會，並於各級機關學校設立黨部，透過轄下各小組滲入各機關、學校、社會團體、地方各階層，布署細胞組織與監視系統，進行情報搜集與社會監控的任務，而黨、政、軍均歸於身兼中國國民黨總裁、中華民國總統以及三軍總司令之蔣介石掌握¹⁰。國家情治系統與國民黨情治體系交織之情形，呈現一黨專政、黨國一體的政治體制樣貌¹¹。

⁷ 臺灣戰後白色恐怖，一般以 1949 年四六事件為濫觴，在此之前，政府對臺灣社會動盪的鎮壓，以軍隊為主，特務機關為輔，1949 年之後，以情治機關特務人員為主，軍警武力為輔，參見侯坤宏，〈戰後臺灣白色恐怖論析〉，國史館學術期刊，第 12 期，2007 年 6 月，頁 142。1945 至 1955 年是國民黨一黨專政統治臺灣期間，國家暴力的高峰期，參見 *Sheena Chestnut Greitens*, *Dictators and Their Secret Police: Coercive Institutions and State Violence*, 2016, pp. 181 Figure 6.1. and 6.2., 184-196.

⁸ 陳翠蓮，〈臺灣戒嚴時期的特務統治與白色恐怖氛圍〉，收錄於張炎憲、陳美蓉編《戒嚴時期白色恐怖與轉型正義論文集》，2010 年，頁 49 圖 2。

⁹ 陳翠蓮，同上註，頁 50 圖 5。

¹⁰ 陳翠蓮，同註 8，頁 58-60；王振寰，〈誰統治臺灣〉，1996 年，頁 58；張明偉，〈中華民國黨治政治之規範發展與歷史考察〉，臺北大學法學論叢，第 96 期，2015 年 12 月，頁 30-38；*Sheena Chestnut Greitens*, *Dictators and Their Secret Police: Coercive Institutions and State Violence*, 2016, pp. 91-108.

¹¹ 臺灣的威權體制常被學者稱為是一種「黨國體制」(party-state regime)或是準列寧黨國體制，see BRUCE DICKSON, *DEMOCRATIZATION IN CHINA AND TAIWAN* (1997); STEVEN HOOD, *THE KUOMINTANG AND DEMOCRATIZATION OF TAIWAN* 28-29 (1997); Tun-ye Cheng, *Democratizing the Quasi-Leninist Regime in Taiwan*, 41 *World Politics* 471 (1989). 關於臺灣黨國一體之論述，請參照龔宜君，〈外來政權與本土文化〉，2011 年；若林正丈，〈臺灣：分裂國家與民主化〉，2009

4. 白色恐怖時期的情治系統與軍事審判制度

上述軍警、情治系統與軍事審判架構了動員戡亂與戒嚴體制。分散於軍事部門、行政部門與國民黨組織之情治系統，主要目標為防諜肅奸，剪除異議分子，在法律上最重要的依據為舊刑法第 100 條第 1 項之內亂罪，以及懲治叛亂條例與戡亂時期檢肅匪諜條例（以下簡稱檢肅匪諜條例）。

舊刑法第 100 條第 1 項內亂罪之構成要件為意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而著手實行，由於「著手實行」不以暴力或脅迫之手段為限，只要發表政治性言論或接觸與共產主義相關之文字、圖書，均構成著手實行，對言論自由與思想自由形成極大之箝制¹²。

懲治叛亂條例制定於 1949 年，該條例第 1 條第 2 項明文，觸犯刑法內亂罪、外患罪者為叛徒，同條例第 2 條第 1 項規定其刑度為唯一死刑。懲治叛亂條例之立法沿革則可溯及 1928 年國民政府所制定之暫行反革命治罪法，1931 年危害民國緊急治罪法，以及 1947 年戡亂時期危害國家緊急治罪條例¹³。暫行反革命治罪法規定，意圖顛覆中國國民黨及國民政府或破壞三民主義而起暴動者，首魁處死刑；危害民國緊急治罪法制定於以黨領政之訓政時期，當時國民黨以德國納粹政黨作為仿效目標，因此懲治叛亂條例帶有濃厚的國家社會主義色彩¹⁴。

檢肅匪諜條例制定於 1950 年，該條例第 2 條則稱懲治叛亂條例之叛徒，以及與叛徒通謀勾結之人為匪諜，換言之，匪諜即是叛徒，以內亂罪論處。檢肅匪諜條例第 6 條不僅無視於憲法第 8 條人身保護之正當法律程序，賦予治安機關嚴密注意偵查匪諜，必要時予以逮捕解送當地最高治安機關之權限，並得任意搜索人民之身體住家及其他有關處所、檢查扣押其郵件電報、印刷品、文宣品或圖書文書。檢肅匪諜條例第 4 條、第 5 條及第 12 條更建立民間互相監視系統，包括鄰里長應隨時嚴密清查人民住居處有無匪諜潛伏，告密檢舉匪諜者得朋分匪諜沒收財產之一定比例，以及各機關、部隊、學校、工廠或其他團體人員彼此之間的連保連坐制度。在檢肅匪諜條例所建構的情治保防系統下，人民無論內心思想之精神活動或表現於外

人；王振寰，《誰統治臺灣》，1996 年。黨國一體的情況不僅是在特務系統，還深入各種組織中，例如媒體或國營企業，see MING-SHO HO, WORKING CLASS FORMATION IN TAIWAN: FRACTURED SOLIDARITY IN STATE-OWNED ENTERPRISES, 1945-2012 65-96 (2014).

¹² 林子儀，〈言論自由與內亂罪〉，收錄於林子儀編《言論自由與新聞自由》，2002 年，頁 201-203；陳顯武，〈法律的政治分析——論戒嚴時期的政治刑法〉，國家發展研究，第 6 卷第 2 期，2007 年 6 月，頁 158。

¹³ 林山田，〈民國成立至今之特別刑法〉，臺大法學論叢，第 22 卷第 1 期，1992 年 12 月，頁 192-195；劉恆姣，〈革命／反革命，南京國民政府時期國民黨的法律論述〉，收錄於王鵬翔編《2008 法律思想與社會變遷》，2008 年，頁 255-304。

¹⁴ 蔡墩銘，《戒嚴時期之惡法與審判——以不當叛亂匪諜審判案件為主》，2004 年，頁 20-21。

之言論行動，均受情治機關、親友、鄰里、同儕無間斷之透視與監控，隨時可能招致人身自由、生命、身體、財產之威脅，人性遭到扭曲，人性尊嚴遭受踐踏。

至於遭到逮捕之人，檢肅匪諜條例第 8 條規定，最高治安機關認為情節輕微而有感化之必要者，無須經審判即得交付感化，罪證顯著者依法審判；匪諜罪犯判處徒刑或受感化教育，已執行期滿者，依戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法第 2 條之規定，該省最高治安機關認其思想行狀未改善，有再犯之虞者，得令入勞動教育場所，強制工作嚴加管訓，此項規定僅以行政命令限制人民身體之自由，不論其名義係強制工作或管訓處分，均為嚴重侵害人身自由之處罰；且該條規定使國家機關僅依思想行狀考核，認有再犯之虞，即得對已服刑期滿之人民再行交付未定期限之管訓，縱國家處於非常時期，出於法律之規定，亦不符合最低限度之人權保障，司法院釋字第 567 號解釋認已抵觸憲法第 8 條人身自由之正當法律程序保障及 23 條法律保留原則之規定。

前述交付審判之案件，除戒嚴法第 7 條及第 8 條第 1 款、第 2 款規定，戒嚴時期非軍人觸犯內亂罪、外患罪，移歸當地最高司令掌管外，懲治叛亂條例第 10 條特別明文，在戒嚴地區犯該條例之罪者，不論身分概由軍事機關審判之；檢肅匪諜條例第 11 條復規定，匪諜牽連案件，不分犯罪事實輕重，概由匪諜案件審判機關審理。自 1949 年臺灣進入戒嚴，至 1956 年軍事審判法制定之前，軍事審判之程序規定係沿用訓政時期制定之陸海空軍審判法以及戰時陸海空均審判簡易規程，其採會審制，審判不公開，會審決定須呈請軍事長官核定，其最高核定權在於三軍統帥手中，僅為一審一覆核，無審檢之分與審級救濟¹⁵。1956 年制定軍事審判法，以國防部為最高軍事審判機關，使軍事機關完全掌理具司法性質之軍事審判，軍事審判機關長官並享有判決核可權及覆議權，軍事審判庭之組成須簽請軍事長官核定，使行政權介入軍事審判權之行使，且不許被告逕向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟，與憲法保障人民人身自由、訴訟權利有違，且有違正當法律程序的最低要求與權力分立原則，司法院釋字第 436 號解釋、第 477 號解釋已作成解釋。陸海空軍審判法對人權之侵害與權力分立之違反，更甚於軍事審判法，二者均為白色恐怖時期不法國家系統性侵害人權的一環。

上述涉及內亂罪、外患罪以及檢肅匪諜條例之案件，雖有軍事審判之外觀，實則人民是否成罪、是否送交感化或送交軍事審判，何時執行判決等，主要取決於情治機關之政治動機與對人民布建監視、情資蒐集程度，情治機關得隨時依其政治上

¹⁵ 王泰升，〈臺灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接（一九四五至一九四九）〉，臺大法學論叢，第 29 卷第 1 期，1999 年 10 月，頁 71；劉芳瑜，〈威權時期臺灣的「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院法律學研究所碩士論文，2015 年，頁 54-55。

需要，運用其所蒐集之情報資料，擬定行動計畫，以匪諜之名，逮捕、拘禁人民，或選擇以其他特別法定人民之罪，最終俱由最高統治者蔣介石父子決定，軍事審判體系完全不存在司法獨立性¹⁶。例如杜銘哲聲請案之原因案件當事人杜孝生，因擔任衛生所主任與新美農場場長等職務，與擔任吳鳳鄉鄉長與農場董事長之鄒族精英高一生於 1952 年 9 月 10 日同案被捕，而擔任臺灣臨時省議會議員、為新美農場向政府貸款擔任保證人之泰雅族精英林瑞昌，在臺北同時被捕。其中高一生、林瑞昌分別因參與二二八事件，以及請求政府歸還戰前祖先失地等事件，早為政府警戒監視對象；嗣後保密局於 1950 年破獲共產黨在臺活動之臺灣省工委會案及臺灣省山地工作委員會案，因高、林二人與共產黨曾有接觸，成為政府整肅原住民菁英的對象，情治機關開始布線進行監控：一方面給予高一生、林瑞昌辦理自新機會，另一方面協助新美農場向政府貸款，開始布線貪污案之偵辦。保安司令部原以高一生觸犯貪污罪加以誘捕，最後以叛亂罪判處死刑，杜孝生則以觸犯懲治貪污治條例之罪遭到起訴，並依戒嚴法第 8 條第 2 項規定移送軍事審判與其他被告合併審理，最後遭判處 17 年有期徒刑，高一生、林瑞昌則以叛亂罪處以死刑（參見法庭之友范燕秋 11 月 19 日言詞辯論筆錄）。

情治機關於法律之外，另以「自新」為手段，運用被逮捕之人協助其偵查其他有匪諜嫌疑之人。按自新係國民黨 1920 年代末期於中國大陸處理其黨內共產黨員的手段之一，經查具有共產黨員身分而願交代內情者，給予自新機會、吸納為己方情報體系，惟自新之後，並非即可終局免除軍法審判判決之執行，情治機關仍可能基於政治考量，認自新者已無利用價值，而將其送交槍決，執行死刑判決。依據歷史學者研究，白色恐怖時期因內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例之罪而遭到約談、逮捕之人民，情治機關如何判斷其是否有利用價值、是否給予自新機會，辦理自新之後是否因喪失利用價值而遭刑之執行，並無一定標準。例如 1950 年保密局破獲中共臺灣省工委會案，蔡孝乾等人即交代組織情報而獲得自新，其後交由情報局看管，為政府進行匪情研究；同年同為保密局所破獲之臺灣省山地工作委員會案，涉案之陳顯富主動要求給予自新機會，協助山地地區的肅共工作，暫免於死刑判決之執行，惟至 1954 年，保安司令部以其「案情已無運用之必要」予以處決；而聲請人黃國昌等 30 位立委因戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例等聲請憲法裁判，其於聲請書中所提之臺南街頭支部案當事人李媽兜，於 1952 年遭臺灣省保安司令部逮捕後，雖亦供出相關組織情報，1952 年 7 月底保安司令部曾函擬上級請准予自新，並

¹⁶ 以雷震案為例，參見陳世宏等編，《雷震案史料彙編——國防部檔案選輯》，2002 年，頁 12-20、323-337；林孟皇，〈臺灣的轉型正義與司法改革——從大法官被推薦人選的爭議談起〉，收錄於氏著《轉型正義與司法改革》，2015 年，頁 354-360。

獲參謀總長周至柔之允准，惟同年 8 月底保安司令部又以李媽兜已無利用價值，擬請依法處理，交付軍法審判，次年判處死刑並執行槍決（參見鑑定人林傳凱 11 月 19 日言詞辯論筆錄）。

綜上，臨時條款長期架空中華民國政府之民主正當性，長達 38 年之久之戒嚴體制亦早已逾越為保護憲政秩序而容許之暫時性緊急狀態（參見鑑定人 Couso 鑑定意見書、鑑定人王韻茹鑑定意見書暨 11 月 19 日言詞辯論筆錄），其共同構築了架空憲法效力之不法體制；加上政府以動員戡亂之名，制定懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等法律，此等形式上存在之法律規範與法律統治，不僅剝奪人民生命權，箝制人民人身自由、思想自由、言論自由、集會自由等民主憲政最為重要之基本權利，甚至給予特務統治法律基礎，容任情治機關以檢肅匪諜為名，對社會各階層進行全面監視，放任情治機關運用法律外的自新手段，專依統治者之意志，決定人民之生死；即便送交軍事審判，最終結果亦由權力最高者蔣介石所決定，完全不具獨立性。在此體制中，人民淪為統治者工具，喪失作為人的主體性，人性尊嚴早已不復存，司法亦為統治者的工具，無法保障人民之基本人權（參見鑑定人 Couso 鑑定意見書、鑑定人 Zubik 鑑定意見書、鑑定人王韻茹鑑定意見書）；人民無論是否關心公共事務，隨時處於無形監視中，隨時可能招致生命危險、禍及家人親族，其所形成之恐懼與孤立感，使人民放棄精神文明活動，失去關心公共議題的能力，形成社會集體噤聲失語，構成獨裁統治的基礎¹⁷。

誠如司法院釋字第 567 號解釋所揭示，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。動員戡亂戒嚴體制早已逾越司法院釋字第 567 號解釋之最低界線，其為不法國家（參見鑑定人王韻茹鑑定意見書暨 11 月 19 日言詞辯論紀錄）。直至 1987 年 7 月 15 日解除戒嚴、1991 年 5 月 1 日廢止動員戡亂時期臨時條款並終止動員戡亂，同年由臺灣、澎湖、金門、馬祖之國民選出第二屆國民大會代表，次年 1992 年選出第二屆立法委員，不法國家體制始告終結。在 1992 年民主化之前，臺灣從未實施過立基於國民主權之自由民主憲政，而係長期受制於一黨專政之威權黨國體制。

5. 解嚴與動員戡亂時期國家安全法之制定

臺灣從一黨專政的威權黨國體制過渡到民主憲政秩序的國家後，即面臨如何處理過往不法國家侵害人權的轉型正義課題。惟早於 1987 年 7 月 15 日解除戒嚴之前，

¹⁷ 陳翠蓮，同註 8，頁 66-69。

立法院先於同年 6 月 23 日制定動員戡亂時期國安法，該法第 9 條第 2 款規定，戒嚴時期經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，其刑事裁判已經確定者，不得向該管法院上訴或抗告。司法院於 1991 年作成釋字第 272 號解釋，認為基於裁判之安定性，此項規定其與憲法尚無牴觸，因此 1992 年立法院配合終止動員戡亂修法更名為國安法時，仍繼續保留該項條款至今。國安法第 9 條第 2 款規定限制人民解嚴後向法院上訴的權利，人民無從平反，其所欲維護之裁判安定性與社會秩序，實乃戒嚴時期之不法國家體制，使其免受民主憲政秩序之檢視。就此而言，臺灣於民主化之後，尚未真正開始面對過去不法國家侵害人權的轉型正義課題。

（二）臺灣民主化之後必須進行轉型正義之憲法依據

1. 轉型正義與國家義務

轉型正義係指由獨裁過渡到民主過程中，國家面對過往不法國家歷史的自我克服（Bewältigung），它不是戰勝者的征服行動，而是自己的國家與人民對歷史的克服¹⁸。轉型正義所欲克服者，並非只限對於若干象徵不法國家的機關或單位之檢討，如情治系統的不法（Stasi-Unrecht），而應探究整個體制的不法（System-Unrecht）及其成因、存在的基礎、所運用的工具以及產生的後果¹⁹。依據 2004 年聯合國秘書長安南提交聯合國安全理事會的報告，轉型正義的定義為：「一個社會處理大規模濫權的遺緒，所進行和建立的所有程序和機制，其目標在確立責任、服膺正義並成就和解²⁰。」承繼不法國家的自由民主憲政國家，為確認憲法所彰顯之自由民主憲政秩序價值，履行國家基於憲法對於基本權利所負之保護及實現義務，就過往不法國家時期所進行的違反自由民主憲政秩序以及嚴重侵害基本權利的行為，必須加以重新評價，甚至改變評價²¹，尤其對於過往不法國家對人民各種基本權利所加諸之侵害，自由民主憲政國家應採取各種回復性措施，以滿足國家之回復義務（參見鑑定人王韻茹鑑定意見書）。

2. 人民權利受侵害時國家應給予救濟和賠償之國際人權法義務

事實上，人權受有侵害，受侵害的個人即應有權獲得有效之救濟和賠償，為國際人權法上國家之重要義務。聯合國公民與政治權利公約（以下簡稱公政公約）第

¹⁸ Horst Dreier 著，江嘉琪譯，〈憲法國家對歷史過往的克服〉，收錄於 Peter Baruda/Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯《德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集》，上冊，2010 年，頁 173。

¹⁹ Hans Jürgen Papier, Vergangenheitsbewältigung, in: HStR, Bd. IX, 1997, § 213 Rn. 3.

²⁰ Report of the Secretary-General, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, p.4, UN Doc. S/2004/616 (2004).

²¹ Bodo Pieroth, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51, 1991, S. 101.

2 條第 3 項，即明定締約國有義務在受保障之權利和自由受有侵害時，使個人能得到有效的救濟：「本公約締約國承允：（一）確保任何人所享本公約確認之權利或自由如遭受侵害，均獲有效之救濟，公務員執行職務所犯之侵權行為，亦不例外；（二）確保上項救濟聲請人之救濟權利，由主管司法、行政或立法當局裁定，或由該國法律制度規定之其他主管當局裁定，並推廣司法救濟之機會；（三）確保上項救濟一經核准，主管當局概予執行。」本項所揭諸的權利受侵害即應給予有效救濟之國家義務，從公政公約主責條約機構聯合國人權委員會（以下簡稱人權委員會）對本條項所做出的解釋，涵括了以下內容：

- （1）國家之調查義務：除了法院應保障公政公約所承認的權利之外，行政機關則必須能夠迅速、徹底和有效地調查關於侵犯權利指控²²，也就是說，國家除了確保法院要適用公政公約之外，還對於人權侵害具有調查的義務。
- （2）賠償義務：除了法律應設計救濟途徑之外，國家亦應確保對於個人權利受損做出賠償，如果不能對那些公約權利遭到侵犯的個人做出賠償，那麼提供有效救濟的義務也就不算履行²³。公約雖未在每一條都規定賠償義務²⁴，但是每條所保障之權利本身應該就包含賠償義務，而賠償義務的實現可以包含回復原狀（restitution）、康復（rehabilitation）、以及滿足措施（measure of satisfaction），達到前述措施之方法包括公開道歉、公開紀念、保證不再犯、以及對相關法律和實務做出修正、並對於加害者繩之以法²⁵。
- （3）保證不再犯：國家若不能採取措施防止違反人權的行為再次發生，就不可能達到保障人權之目的，因此除了為權利受侵犯者提供救濟之外，國家還必須採取措施以避免此種行為再次發生，因此國家應該確保履行各種措施以保證不再犯錯²⁶。
- （4）對加害者究責：國家若不能對於加害者繩之以法，就可能引起對人權的再次侵犯，因此，對於人權侵害者不加追究責任、對於受害者傷害不處理之「有罪不罰」（Impunity），很可能就是這種行為再次發生的重要原因。尤其是在加害者為公務員時，國家更是不能免除加害者的個人責任，也不

²² 公政公約第 31 號一般性意見：公約締約國的一般法律義務的性質，第 15 段。

²³ 公政公約第 31 號一般性意見：公約締約國的一般法律義務的性質，第 16 段。

²⁴ 明定賠償責任的公政公約條文有：第 9 條第 5 項（任何人受非法逮捕或拘禁者，有權要求執行損害賠償）、第 14 條第 6 項（經終局判決判定犯罪，如後因提出新證據或因發見新證據，確實證明原判錯誤而經撤銷原判或免刑者，除經證明有關證據之未能及時披露，應由其本人全部或局部負責者外，因此判決而服刑之人應依法受損害賠償）。

²⁵ 公政公約第 31 號一般性意見：公約締約國的一般法律義務的性質，第 16 段。

²⁶ 公政公約第 31 號一般性意見：公約締約國的一般法律義務的性質，第 17 段。

能以加害者為服從上級命令或追訴時效已過，使加害者不用負責²⁷。

- (5) 即便國家發生緊急情況亦不可克減：雖然本條項之有效救濟權並未明文規定在公政公約第 4 條第 2 項於緊急情況不得克減的權利清單中，但人權委員會認為第 2 條第 3 項的權利是一種條約的內在義務，不待明定，即使在緊急情況可能就救濟程序上做出調整，但提供有效救濟的國家義務不得因緊急情況而完全免除²⁸。

3. 聯合國對轉型正義的基本立場

儘管有前述來自於核心人權公約之國家義務，國家對於人民權利之侵害應提供有效之救濟，但由於許多國家對於過往政權所造成的系統性人權侵害不加處理、或採取妥協、或在處理過程中透過立法加諸各種限制的態度，使得轉型正義在許多國家無法完成，因而成為聯合國亟欲處理的人權議題。而針對轉型正義之國家義務，在前述提供有效救濟之一般性義務之外，特別做了許多規範和準則。在聯合國處理轉型正義的工作中，主要是透過幾位特別調查員（Special Rapporteur）與獨立專家在打擊有罪不罰（combat impunity）以及推動受害者賠償權利的努力而逐步發展而來。人權委員會做出的決議包括「人權與轉型正義」的決議²⁹、「打擊有罪不罰」的決議³⁰和「真相知情權」的決議³¹，以及聯合國大會於 2005 年 12 月 16 日做出的關於嚴重侵犯國際人權法和嚴重違反國際人道法行為受害者獲得補救和賠償的權利基本原則和準則的第 60/147 號決議³²（參見鑑定人陳俊宏鑑定意見書）。針對國家對於促進轉型正義之不作為，人權委員會請特別專員研擬了「一套採取行動打擊有罪不罰現象以保護和增進人權的原則」³³（以下簡稱打擊有罪不罰原則），指出有罪不罰

²⁷ 公政公約第 31 號一般性意見：公約締約國的一般法律義務的性質，第 18 段。

²⁸ 公政公約第 29 號一般性意見：緊急狀態期間的權利減免問題（公約第 4 條），第 14 段。

²⁹ Human rights and transitional justice, UN Doc. E/CN.4/RES/2005/70 (2005).

³⁰ Impunity, UN Doc. E/CN.4/RES/2005/81 (2005).

³¹ Commission on Human Rights Resolution, Right to the truth, UN Doc. E/CN.4/RES/2005/66 (2005). 關於真相知情權，聯合國後續還做了幾次決議：Human Rights Council Resolution, Right to the truth, UN Doc. A/HRC/RES/9/11 (2008); Human Rights Council Resolution, Forensic genetics and human rights, UN Doc. A/HRC/RES/10/26 (2009); Human Rights Council Resolution, Right to the truth, UN Doc. A/HRC/RES/12/12 (2009); Human Rights Council Resolution, Forensic genetics and human rights, UN Doc. A/HRC/RES/15/5 (2010); Human Rights Council Resolution, Right to truth, UN Doc. A/HRC/RES/21/7 (2012); General Assembly Resolution, Right to truth, UN Doc. A/RES/68/165 (2014).

³² Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of IHL and Serious Violations of IHL, UN Doc. A/Res/60/147 (2005).

³³ Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (1997). 以及增補後之 Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1 (2005).

現象的產生，是由於國家未能對侵害人權的行為履行調查的義務；未能確保通過對犯罪責任嫌疑人起訴、審判和適當懲罰而對侵害人權者採取適當的措施，特別是司法方面的措施；也未能向受害者提供有效的補救，確保他們受到的傷害能得到賠償；未能確保瞭解侵害人權的真相乃不可剝奪的權利；且未能採取其他必要步驟防止再次發生侵害人權的行為³⁴。從人權委員會及大會之決議、以及獨立專家陸續發展出來的人權文件中，確立了轉型正義工作必須是一種全面性方式（holistic approach），包含「促進真相」、「正義」、「賠償」及「保證不再發生」四大要素，這四個要素彼此相關且具有互補關係，不能偏廢（參見鑑定人陳俊宏鑑定意見書）。這樣的處理原則並與聯合國既有的國際人權條約和人道法結合，形成了處理轉型正義過程中保障人民「真相知情權」（the Right to Know the Truth）、「取得正義權」（The Right to Justice）、「獲得賠償權」（The Right to Reparation）和「保證不再發生」（Guarantees of Non-recurrence of Violations）的國家義務³⁵。

換言之，國家促進轉型正義的義務即應包括保障真相知情權、取得正義權、獲得賠償權並且應保證不再發生：

³⁴ 關於有罪不罰議題的討論在 1997 年由特別專員 Louis Joinet 向人權委員會所提出的〈一套採取行動打擊有罪不罰現象以保護和增進人權的原則〉（the set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity）做成了第一套處理有罪不罰問題的準則。2005 年又經由聯合國針對打擊有罪不罰議題所指派的獨立專家 Diane Orentlicher 在聯合國人權委員會提出補充與修正，使其在內容上更為完整。Orentlicher 特別強調聯合國推動轉型正義的志業必須考量近期國際法的發展與實踐經驗，同時主張這些原則雖稱不上為法律，但卻可以做為聯合國處理轉型正義的指導性原則。這一套原則即成為著名的《Joinet/Orentlicher》原則。此套原則不僅說明國際社會或各國政府在追究加害者以及保護受害者權利的法律義務之新發展，同時也指出了在目前國際人道法與國際人權法的架構之下，實現法律義務的基本程序與機制，參見鑑定人陳俊宏鑑定意見書。

³⁵ 〈一套採取行動打擊有罪不罰現象以保護和增進人權的原則〉總共包含了 38 項原則，綱要如下：原則 1：國家採取有效行動，打擊有罪不罰現象的一般義務；原則 2：不可剝奪的瞭解真相的權利；原則 3：保留記憶的責任；原則 4：受害者的知情權；原則 5：落實知情權的保障；原則 6：真相委員會的建立及其作用；原則 7：保證獨立、公正和權能；原則 8：規定委員會的職權範圍；原則 9：對受牽連者的保障；原則 10：對受害者和為其作證的證人的保障；原則 11：向委員會提供充足的資源；原則 12：委員會的諮詢職能；原則 13：委員會報告的發表；原則 14：保存檔案的措施；原則 15：方便查閱檔案的措施；原則 16：檔案部門與法院和非司法調查委員會之間的合作；原則 17：有關記載姓名檔案的具體措施；原則 18：與恢復或過渡到民主和（或）和平有關的具體措施；原則 19：國家在司法方面的責任；原則 20：國際刑事法庭和國際化刑事法庭的管轄權；原則 21：加強普遍和國際管轄權方面國際法律原則效力的措施；原則 22：限制性措施的性質；原則 23：對時效的限制；原則 24：對大赦和其他有關措施的限制；原則 25：對庇護權的限制；原則 26：對引渡一事不再理原則的限制；原則 27：對應有的服從、上級責任和官員地位原則的限制；原則 28：對立法在披露和悔罪方面的效力的限制；原則 29：對軍事法院管轄權的限制；原則 30：對法官不可撤職原則的限制；原則 31：賠償義務產生的權利和責任；原則 32：賠償程式；原則 33：宣傳賠償程式；原則 34：獲得賠償權的適用範圍；原則 35：保證不再犯之一般原則；原則 36：改革國家機構；原則 37：解散准官方武裝力量／使兒童兵退役並重新融入社會；原則 38：改革助長有罪不罰現象的法律和體制。

- (1)「真相知情權」是指每個人都有不可克減的權利，以瞭解嚴重罪行發生的真相，瞭解由於大規模或有系統的人權侵害而導致這種罪行發生的情況和原因。這個權利至為重要，因為保障瞭解真相的權利，是避免再次發生侵害人權行為的重要保障³⁶。基於對於權利受侵害之受害者的真相知情權保障，國家應使受害者及家屬享有不受時效限制以瞭解發生侵權情況真相的權利。若受害者因不明原因死亡或失蹤，則有權瞭解受害者的所在及命運³⁷。為落實真相知情權，國家得成立真相委員會或其他調查委員會，以確定侵權之事實，從而查明真相，並防止證據消失³⁸。前述調查委員會的建立、職權範圍和組成的相關規範，應在廣泛協商的基礎上做成，並應徵求受害者及倖存者的意見³⁹。除此之外，為了保全侵害人權的證據，國家應採取措施對於相關檔案作最完整的保存、編目與整理⁴⁰，針對散落在各機關，未移交或拒絕移交檔案管理局的檔案，應進行清查與解密，相關案件檔案不得恣意以國家安全或涉及機密保護排除於人民得公開請求之資訊之，相關檔案之公開應權衡國家安全及人民之真相知情權做全面規定。
- (2)「取得正義權」是指受害者有權要求國家對於侵犯人權的行為作迅速、徹底、獨立和公正的調查，並對侵權者採取適當措施，對於侵害者起訴、審判和懲罰，基於此權利的保障，國家不得濫用關於時效、一事不再理、公務員服從義務、軍事法庭管轄權等相關理由助長或促成有罪不罰現象。在這樣的原則之下，時效的計算，不應該包括受害者還未得以經由有效機制進行補救的時間，公務員的服從上級命令之義務也不使其免於侵害人權之責任，至多能夠減刑或赦免，也不得以軍事管轄權為由作為不處理人權侵害的藉口⁴¹。每個國家處理加害者的方式不一，有些會處罰統治階層的核心成員，有些追訴和懲罰的對象甚至擴及中低階層的人員，包括威權政府的官員、情治系統的人員、以及執政黨的黨工⁴²。懲罰的方式，有些國家是對加害者進行刑事追訴審判⁴³、有些是對加害者解職（Purges）⁴⁴、

³⁶ Diane Orentlicher, Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity (有罪不罰現象：更新「打擊有罪不罰現象的一套原則」獨立專家的報告), Doc. E/CN.4/2005/102/A.1 Chinese Version, 2005年, 頁7。

³⁷ Orentlicher, *supra* note 36, 原則4。

³⁸ Orentlicher, *supra* note 36, 原則5。

³⁹ Orentlicher, *supra* note 36, 原則6。

⁴⁰ Orentlicher, *supra* note 36, 原則14-17。

⁴¹ Orentlicher, *supra* note 36, at12-16。

⁴² 吳乃德,〈轉型正義和歷史記憶：臺灣民主化的未竟之業〉, 思想, 第2期, 2006年6月, 頁3。

⁴³ 以法院對加害者追訴，為轉型正義常採取的方式之一，有採國際法庭者，也有國內審判者，參見璐蒂泰鐸,《變遷中的正義：邁向民主時代的法律典範轉移》，頁44-116，關於「刑事正

也有普遍性地禁止在威權政府中任職於情治系統、或特務機構的情治人員、線民，或某個層級之上的黨工於特定時間擔任公務員，是為「除垢」(Lustration)⁴⁵，或對於公務員做素行檢查 (vetting)，以確保國家公務員並非過去曾對人權加以侵害之加害者⁴⁶。針對加害者的責任追究，立法機關應配合檔案證據之揭示、自白鼓勵方案、審酌國家資源及赦免減刑等因素，制定追究人權侵害者責任之政策。

- (3)「獲得賠償權」是指任何侵害人權的行為都應產生直接受害者或間接受害者獲得賠償的權利，而此項賠償權的範圍應包括回復原狀、補償、康復、滿足和保證不再發生等措施⁴⁷。在針對獲得賠償權的保障方面，聯合國大會於 2005 年 12 月決議通過了「嚴重違反國際人權法和嚴重違反國際人道主義法行為受害者獲得補救和賠償的權利基本原則和導則」(以下簡稱聯合國賠償原則)⁴⁸，這部聯合國賠償原則確認受害者有對其所遭受的損害獲得充分、有效和迅速賠償之權，這項賠償權可能是針對可歸責國家的作為或不作為向受害者提供賠償，或是經法院判決有應對受害者負責之個人或法人對受害者賠償。聯合國賠償原則也確立了賠償應包括以下形式，包括：回復原狀、補償、康復、滿足措施和保證不再發生⁴⁹。「回復原狀」是指可能使受害者回復到發生侵害前的原有狀態，包括恢復自由、返回居

義」的討論。See also Lavinia Stan & Nadya Nedelsky eds., *Encyclopedia of Transitional Justice*, Vol. 1, p.23-27 (2013).

- ⁴⁴ Purges 係使特定參與體制壓迫的公務員解職、調職、強迫退休等之方法，於各國轉型正義處置中亦相當常見，與除垢不同者在於此種方式通常採取行政命令方式為之，除垢則以立法方式是為之。See Lavinia Stan & Nadya Nedelsky eds., *supra* note 43, at 61-64.
- ⁴⁵ 除垢之處置加害者方式，曾被用在捷克、德國、保加利亞、阿爾巴尼亞、匈牙利、波蘭、立陶宛等國家。捷克曾在 1991 年通過除垢法，規定曾在共產獨裁政權中任職於情治系統、司法機構、軍隊、警察、國有媒體、國營企業、大學、國家科學院的高級員工，在五年內（也就是 1996 年前）不得在政府、學術部門、公營企業中擔任某個層級以上的職位。See Lavinia Stan & Nadya Nedelsky eds., *supra* note 43, at 46-51 (2013).
- ⁴⁶ 波蘭的除垢法則規定，所有在民主政府擔任總統、國會議員、部長、行政機關首長、地方行政首長、法官、檢察官、媒體某種層級以上之人員，簽署除垢聲明，表明過去不曾侵害過人權。吳乃德，《記憶與遺忘的鬥爭：卷一清理威權遺緒》，2015 年，頁 44-45。
- ⁴⁷ Orentlicher, *supra* note 36, at 16-17。
- ⁴⁸ Basic Principles and Guideline on the Right to a Remedy and Reparation for Victim of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (嚴重違反國際人權法和嚴重違反國際人道主義法行為受害者獲得補救和賠償的權利基本原則和導則)，Resolution adopted by the General Assembly, Doc. A/Res/60/147 (2005).
- ⁴⁹ Basic Principles and Guideline on the Right to a Remedy and Reparation for Victim of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, 第 15-23 段。

住地，恢復職務和返還財產⁵⁰。「補償」是指根據違法行為的嚴重性和具體情節，對違反人權的行為所造成的經濟上可估量的損害，提供適當和相稱的補償，如身心傷害、失去的就業或教育機會、收入的損失、精神損害等。「康復」則指對受害者提供醫療和心理護理和社會服務⁵¹。「滿足」則是一個負責且全面性的措施，以撫平受害者各種面向的傷痛，這樣的措施包括：終止持續侵害的行為；核實事實並公開披露真相；尋找失蹤者下落，辨認屍體並協助重新安葬；透過正式的宣告或司法裁判，恢復受害者和與受害者密切相關人之尊嚴、名譽和權利；公開道歉，包括承認事實以及承擔責任；對於應該為違反人權行為負責的人實行司法和行政制裁；紀念和悼念受害者等⁵²。

- (4) 保證不再發生：回憶過去，經常是為了未來。轉型正義的重要目標，主要也是為了未來，為了「讓它不要再發生」(never again)。保證不再發生並不是國家當政者的口頭悔認，而應有更進一步的作為。社會若不能夠共同面對過去，便無法共同面對未來，對於國家人權侵害之史料的蒐集和研究，亦即保存集體歷史記憶，是共同面對未來，保證不再發生侵權情事的必要工作。國家應投入財力、人力資源，進行研究並提出歷史報告。⁵³「保證不再發生」所採取的措施尚包括保證所有民事、軍事、刑事程序符合正當程序；加強司法獨立性；促進公職人員的道德規範；審查並改革人權侵害且違反國際人權公約的法律等⁵⁴。尤其，為確保人權未來不再受大規模侵害，國家必須確保遵守法治國原則、民主國原則，並保障憲法所保障之

⁵⁰ Basic Principles and Guideline on the Right to a Remedy and Reparation for Victim of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, 第 19 段。

⁵¹ Basic Principles and Guideline on the Right to a Remedy and Reparation for Victim of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, 第 21 段。

⁵² Basic Principles and Guideline on the Right to a Remedy and Reparation for Victim of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, 第 22 段。

⁵³ 過去國家對於二二八事件的歷史調查，曾於 1991 年成立「行政院研究二二八事件專案小組」，並於 1992 年提出第一份「二二八事件研究報告」，但是對於 1950 年代開始的白色恐怖人權侵害之史實，國家卻未做成任何之研究報告，對於戒嚴時期人民如何地受到體制性的迫害，究竟在長達幾十年的威權統治中，有哪些單位，對政治異議者或一般人民進行政治監控和政治偵防，這些單位的關聯是什麼？在模憲字第 4 和第 5 號的審理過程詢問學者專家後，發現至今臺灣對於過去究竟透過何種機制和方式構成體系性的人權侵害，仍舊未明，顯見透過個別學者耙梳龐大之檔案以及口述歷史的採集，仍舊無法整合資源，得到歷史拼圖的全貌。

⁵⁴ Basic Principles and Guideline on the Right to a Remedy and Reparation for Victim of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, 第 23 段。

基本權利和國際人權公約中保障之人權，確實履行憲法保障基本權利及人權公約之各條條文，並參照聯合國人權機構之意見，定期檢討各項措施及規範。

4. 國際人權公約所要求的轉型正義義務對我國的拘束力

我國於 2009 年 4 月 22 日制定公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（以下簡稱兩公約）施行法（以下簡稱兩公約施行法），於我國施行兩公約之後，兩公約已具有國內法之規範效力（參照兩公約施行法第 2 條），對我國自有拘束力。此外，依照兩公約施行法第 3 條規定，適用兩公約規定時，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋，因此人權事務委員會所作成之一般性意見以及與各該權利保障相關之聯合國文件，於解釋公約相關權利內容時，亦應參照之。據此，前述公政公約第 2 條第 3 項所定之國家保障人權權利救濟及賠償權之國家義務，以及建立在此基礎上的轉型正義國家相關義務，於我國亦有拘束力。

依據兩公約施行法第 6 條，政府應依兩公約規定，建立人權報告制度。我國遂於 2013 年邀請 10 位國際獨立人權專家，針對我國提出之兩公約初次國家人權報告進行審查。國際獨立人權專家在所審查後提出之結論性意見與建議第 24 點，點出轉型正義對於人權實踐的重要性，指出我國「解嚴之前的壓迫與大規模人權侵犯事件對臺灣會留下巨大傷害」⁵⁵，並強調「轉型正義尚未結束，需要政府更多作為來促成臺灣社會的和解。賠償權應包括受害者在社會與心理層面的復原，也應同時賦予追求真相與正義的權利」。人權專家在第 25 點亦建議，「政府應採取揭露白色恐怖年代大規模人權侵犯事件的完整真相」。從人權專家對於我國實施兩公約中就轉型正義措施之要求，亦足見依據兩公約採取轉型正義之各項處理及措施，為實現我國人權保障之重要國家義務。

5. 憲法第 16 條及第 24 條要求國家擔負轉型正義的義務

我國動員戡亂及戒嚴體制之國家作為，讓當時的國家已構成不法國家，一如前述，這些作為恣意禁錮人身自由、侵害身體權、箝制言論自由及結社自由、剝奪人民對國家裁決進行異議的程序基本權、長期漠視非現役軍人應有不受軍事審判的自由、恣意剝奪生命權及財產權等。前述憲法所保障之基本權利既受有侵害，不問侵害來自個人或國家，根據憲法第 16 條訴訟權之保障，人民有權循國家依法所設之程序，俾其權利獲得適當之救濟（參照司法院釋字第 663 號解釋、第 667 號解釋及第 684 號解釋）。國家對於此種程序基本權具體內容，應由立法機關制定合乎正當法律

⁵⁵ 對中華民國（臺灣）政府落實國際人權公約初次報告之審查：國際獨立專家通過的結論性意見與建議，102 年 12 月 17 日總統府人權諮詢委員會第 13 次會議修正通過版，2013 年，頁 5。

程序之相關法律，始得實現（參照司法院釋字第 663 號解釋），亦即國家對於權利之救濟應依循之程序，應有充實相關制度以實現訴訟權之義務。基此，我國憲法第 16 條對訴訟權之保障，當然包含使受侵害的個人獲得有效之救濟權利，承接不法國家之自由民主憲政國家，即有受憲法要求對於受侵害之權利進行真相之調查、追究加害者、確保侵害不再發生之責任。

此外，憲法第 24 條規定國家「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。受害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償」。本條文規範國家對於其機關侵害人民應負賠償的責任，立法機關據此也有制定有關國家賠償法律之義務。於一般國家賠償責任之外，立法機關尚得就特殊情事特別立法，履行於特地目的下對人民之賠償責任，此等法律對人民請求各類國家賠償要件之規定，並應符合憲法上之比例原則（參照司法院釋字第 487 號解釋）。因此對於不法國家侵害人民權利，立法機關亦得基於前述憲法上之國家賠償責任，特別制定相關法律以金錢賠償人民於不法國家統治期間所受之損害。因此針對不法國家時期國家機關侵犯人民之行為，包括系統性剝奪上訴或就國家裁決進行異議之程序基本權、剝奪人身自由、箝制思想自由、剝奪人民生命權等作為，國家得依憲法第 24 條之要求，制定相關法律以實現國家轉型正義之義務，惟在制定相關法律時，在限制之要件上應符合比例原則之要求，並符合國際人權標準下獲得賠償權之實現應注意之原則。

6. 國家履行轉型正義義務所應遵循的原則

綜上所述，基於我國憲法對於基本權利之保障、國家基於憲法對於基本權利所負之保護及實現義務以及憲法第 16 條訴訟權保障及第 24 條國家賠償責任之確立，皆彰顯我國憲法要求對於不法國家受到不法濫權侵害之人民，具有以政策形成轉型正義實現的義務。國家在履行此等義務時，尤應遵循因公政公約第 2 條第 3 項之保障之相關原則，以及隨此原則而來之聯合國轉型正義要求。轉型正義的要求必須包含保障人民之真相知情權、取得正義權、獲得賠償權並且應保證不再發生。基此，國家即必須採取立法、行政及司法措施，使人民不但有權對於不法侵害之加害者、過程及原委進行瞭解，也有權在司法或司法以外之途徑，要求國家進行調查、罪刑之平反、和對於加害者進行究責，更應對於人民受侵害之權利，進行回復及賠償，並在賠償程序中，滿足回復原狀、補償、康復、滿足和保證不再發生之各項準則。

（三）國家安全法第 9 條第 2 款規定侵害人民受憲法第 16 條保障之訴訟權，司法院釋字第 272 號解釋應予變更

國安法原稱「動員戡亂時期國家安全法」，於 1987 年 6 月 23 日通過，該法之制

定乃當時之執政黨為因應即將解除實施 38 年的戒嚴，認「國家仍處於動員戡亂時期，與承平之社會顯有不同」，因而提出該法期於解嚴後「對於中共的滲透分化及陰謀侵犯，仍採行必要之遏阻措施」，始制定本法⁵⁶。換言之，該法之相關規定，仍係基於動員戡亂時期之思維而制定，雖係為解嚴後之國家安全及社會安定而設，仍與正常民主國家自由民主憲政秩序之維護有間。基於此部法規之前述目的，該法第 9 條第 2 款規定「戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後依左列規定處理：二、刑事裁判已確定者，不得向該管法院上訴或抗告，但有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴。」本款規定於生效後即排除了戒嚴法第 10 條針對戒嚴時期於接戰地域內，非現役軍人依戒嚴法第 8 條、第 9 條受軍事審判之判決，「均得於解嚴翌日起，依法上訴」之規定。國安法第 9 條第 2 款之限制上訴規定，於行政院提出之草案中並未加以說明限制上訴之理由，僅謂「在戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後應為如何之處理，宜於本法中作明確規定。」⁵⁷然從行政院各部會對於本條款之立法說明，可以得知，除了慮及確定判決之法安定性之外，主要之理由為慮及我國戒嚴時期長達 30 多年，受軍事審判案件數量龐大，若允許上訴恐法院負擔過重，並慮及人證物證之滅失，因此僅允許依再審或非常上訴之程序進行救濟。

再者，自立法歷程觀之，贊成上訴限制的委員亦有承認軍事審判之程序保障不足，卻基於避免政治紛擾、不要揭開過去的傷痕，並以「回復原狀」不可能、國家不願將此些案件視為冤案賠償的對象等理由，認為應該於解嚴後限制此等案件人民之上訴權⁵⁸。由此可知，本條款不但是基於維護不法國家體制之正當性而設，更有為了阻止國家進行憲法上應有之轉型正義義務之達成為目的。最後，再審及非常上訴乃特別救濟程序，符合法定要件而得提起者畢竟為數甚少，使本條上訴限制的實質結果，即是阻卻了大多數戒嚴時期非現役軍人受軍事審判者救濟、獲得無罪判決之機會。國安法第 9 條第 2 款以表面之法安定性為由，實則逃避了國家促進轉型正義之責任，阻卻使人民透過訴訟救濟程序以無罪或撤銷原判決之方式而獲得名譽之回復，不但剝奪人民追求真相與正義之權利，影響人民訴訟權之保障甚鉅，也無法透過正式的宣告或司法裁判，恢復受害者和與受害者密切相關人之尊嚴、名譽和權利，侵害受害者之受賠償權，與憲法保障人民權利之意旨不符，應立即失效。司法院釋字第 272 號解釋未對於不法國家之作為、後續處置及憲法所課之促進轉型正義義務加以考量，亦應加以變更。

⁵⁶ 立法院內政、國防、司法三委員會，內政部長吳伯雄說明，立法院公報，第 76 卷第 49 期，1987 年，頁 13。

⁵⁷ 立法院公報，第 76 卷第 49 期，1987 年，頁 28。

⁵⁸ 立法院公報，第 76 卷第 101 期，1987 年，頁 143。

為履行國家回復正義之義務，確認戒嚴時期戒嚴地區人民受軍事審判機關審判並受有罪判決確定之裁判是否具有不法性，同時考量國安法制定迄今近 30 年，相關軍事審判裁判早已逾刑事訴訟法第 349 條所定之上訴期間，受裁判者多已亡故，無法再行提起上訴，立法機關應於本判決公布之日起一年內，就戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之已確定非現役軍人刑事案件之上訴程序、管轄法院、上訴權人、上訴期間、卷證檔案保存與移交等事項通盤規劃，以法律明定之。相關法律修正或制定前，自本判決公布之日起，受裁判者及戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 13 條所定之受裁判者家屬，得向臺灣高等法院暨其分院提起上訴，不受刑事訴訟法第 349 條上訴期間之限制。

立法者除透過修法或立法開啟受裁判者及其家屬上訴或抗告之司法救濟途徑外，亦得參考德國 1998 年撤銷納粹時期不法判決法（Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege）之立法例⁵⁹，以法律明定撤銷戒嚴時期非現役軍人之軍事審判已確定裁判。

考量國安法制定迄今近 30 年，相關軍事審判裁判早已逾刑事訴訟法第 349 條所定之上訴期間，受裁判者多已亡故，無法再行提起上訴，立法機關應於本判決公布之日起一年內，就戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之已確定非現役軍人刑事案件之上訴程序、管轄法院、上訴權人、上訴期間、卷證檔案保存與移交等事項通盤規劃，以法律明定之。相關法律修正或制定前，自本判決公布之日起，受裁判者及戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 13 條所定之受裁判者家屬，得向臺灣高等法院及其分院提起上訴，不受刑事訴訟法第 349 條上訴期間之限制。另為避免相關檔案之佚失、隱匿、變造或毀損，損及真相與正義的追求，本判決爰附帶作成以下之暫時處分：於立法院制定或修正有關我國不法國家時期政治檔案與史料之規範以前，各機關不得銷毀其依檔案法應定期保存之 1991 年 5 月 1 日以前之所有檔案。

（四） 補償條例之法律名稱與立法目的，與憲法第 24 條國家賠償責任之意旨不符

公政公約第 2 條第 3 項明定，締約國有義務在受保障之權利與自由受有侵害時，使個人能得到有效救濟；就此，依照公政公約第 31 號一般性意見，國家負有調查人

⁵⁹ 撤銷納粹時期不法判決法規定，1933 年至 1945 年間納粹統治期間，人民因政治、軍事、種族、宗教或世界觀等因素抵觸納粹不法政權所建立的教條及意識型態，而遭起訴、審判及定罪者，檢察官得依受裁判者及其家屬之申請，撤銷刑事裁判。應撤銷之範圍包括納粹時期人民法院（Volksgesicht）的判決，以及依該法所臚列之 59 項法令作成之有罪判決；如當事人已死亡且無任何親人在世，得由檢察官依職權撤銷裁判。

權侵害，確保對個人權利受損作出賠償等義務。我國憲法除於第二章明文人民基本權利保障之意旨外，第 24 條亦規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償」，該條揭示國家對於公權力違法侵害人民權利，負有賠償責任。作為自由民主憲政國家，此項國家賠償責任亦應涵蓋對過去戒嚴時期，國家公權力濫權侵害人民權利所生之賠償責任，如此才能真正彰顯國民主權與人性尊嚴作為憲政國家根本性價值之立場（參照司法院釋字第 624 號解釋許玉秀大法官協同意見書）。

1. 補償條例並未確認國家係因戒嚴時期政治案件軍事審判之不法性而給予受裁判者補償

補償條例第 1 條規定：「為戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者，於解嚴後不能獲得補償或救濟，特制定本條例補償之」，何謂「不當」審判案件，法律並未明文，僅能由該條例第 2 條第 2 項所定受裁判者之範圍以及第 8 條第 1 項第 2 款不予補償之事由推知，戒嚴時期有關內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例之有罪確定判決以及交付感化教育之裁判，且依現行法律或證據法則審查，並非確有實據者，為不當審判案件。

惟查立法院於 1998 年制定補償條例之前，先行制定權利回復條例，該條例第 6 條第 1 項規定：「人民於戒嚴時期因犯內亂、外患、懲治叛亂條例或檢肅匪諜條例之罪，有下列情形之一者，得聲請所屬地方法院準用冤獄賠償法相關規定，請求國家賠償：一、經治安機關逮捕而以罪嫌不足逕行釋放前，人身自由受拘束者。二、於不起訴處分確定前受羈押，或不起訴處分確定後未依法釋放者。三、於無罪判決確定前受羈押或刑之執行，或無罪判決確定後未依法釋放者。四、於有罪判決或交付感化教育、感訓處分，執行完畢後，未依法釋放者」，而戒嚴時期因犯內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例或檢肅匪諜條例之罪獲有罪判決或裁判交付感化教育之人民，因前述國安法第 9 條第 2 款之規定，無從向法院提起上訴或提起抗告，透過司法救濟程序撤銷其有罪判決或交付感化教育處分，因此無法依照上開權利回復條例第 6 條第 1 項之規定，請求國家賠償。

為此，謝聰敏等立法委員提出補償條例草案，其立法理由略謂：戒嚴時期受不當政治審判之人民，因當時政治時空因素，而產生許多冤、錯、假案，雖有「長期戒嚴時期人民受損權利回復條例」之救濟，但無法同時完成恢復政治受難者之上訴權益，以致權利回復條例之適用大受影響。鑑於政治受難者多已凋零，或年屆高齡來日無多，亟待政府和社會予以補償和平反，爰依二二八事件處理及補償條例之精

神，提出補償條例草案⁶⁰。上述立法過程可知，補償條例雖係曾為戒嚴時期政治受難者的立法委員所提案，實則受限於戒嚴時期軍事審判已確定判決無法提起上訴或抗告之限制，僅能在迴避該等裁判是否具有不法性的前提下，授權補償基金會就是否准予回復名譽或是否給予金錢補償及其額度等事項作成決定，而無從針對原因案件，即戒嚴時期內亂罪、外患罪及檢肅流氓條例之有罪判決及交付感化教育裁判本身是否違法加以判斷。即便申請人針對補償基金會否准之案件，得循訴願、行政訴訟途徑救濟（參見法庭之友蘇友辰之「法庭之友」意見書），行政法院並無刑事審判權，仍無從審酌原因案件之審判程序、證據與論理之嚴謹度是否符合現行法律與證據法則。

參酌德國聯邦政府提出之第二東德政權不法清理法（Zweites SED-Unrechtsbereinigungsgesetz）草案說明，其同樣以補償（Entschädigung）而非賠償（Schadenersatz）作為回復受害者職業上或行政法上權利之方法，但其立法理由中明確承認補償之原因來自東德時期，國家公權力基於政治因素剝奪或限制受害者之職業或其他行政法上利益之措施，牴觸法治國原則造成不法侵害，基於國家財政無法負擔全額賠償之考量，以補償方式回復受害者之權利⁶¹，則我國補償條例僅以補償為名，未於立法目的中明確承認戒嚴時期政治案件軍事審判之不法性，即有迴避國家賠償責任之嫌。就此而言，補償條例僅屬第二次權利保護，無法取代針對有罪判決提起上訴或抗告之第一次權利保護功能（參見鑑定人林明昕鑑定意見書），且此項第二次權利保護，究因國家不法行為抑或因人民承受特別犧牲所生，並不明確。

實則，補償條例之提案立法委員引為參考之二二八事件處理及賠償條例，於1995年制定時原名為二二八事件處理及補償條例，2007年修正時更名，將「補償」、改為「賠償」。參考行政院所提修正草案說明，略以：基本人權之保障，乃民主法治國家憲法精神所在，當國家行使公權力不法侵害人民權利時，應負損害賠償責任⁶²，可知二二八事件處理及賠償條例之更名，乃國家藉此明確宣示其對二二八事件中公權力不法侵害人民生命、身體、自由、財產負有國家賠償責任，則依照憲法第24條就其違法侵害人民權利之行為應負國家賠償責任之意旨，立法者就戒嚴時期政治性案件軍事審判裁判之不法性，並無保持緘默或予以否認之立法裁量空間⁶³。

⁶⁰ 立法院第3屆第3會期第7次會議議案關係文書，院總字第1582號，委員提案第1742號，1997年3月15日。

⁶¹ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bereinigung von SED-Unrecht (Zweites SED-Unrechtsbereinigungsgesetz — 2. SED-UnBerG), Bundestag 12. Wahlperiode, Drucksache 12/4994 vom 19.5.1994.

⁶² 立法院第6屆第2會期第8次會議議案關係文書，院總字第1582號，政府提案第10309號，2005年10月26日。

⁶³ 德國針對納粹時期受害者所為之補償立法，亦有法律名稱未能彰顯不公義之批評，Dreier 著，

2. 戒嚴時期不法國家侵害人權之國家賠償責任與刑事補償制度不同

關於軍事審判所致之冤獄賠償事件，雖有司法院釋字第 436 號解釋經宣告 1999 年修正前軍事審判法違憲，受軍事審判有罪判決確定或送交感化教育者，不排除有依照國家賠償法請求賠償之可能性（參見鑑定人李念祖鑑定意見書），惟此項救濟途徑仍屬第二次權利救濟性質，無法取代人民透過第一次權利救濟途徑確認司法裁判不法性之利益。又，2007 年修正前之冤獄賠償法第 1 條規定僅允許司法機關依刑事訴訟法令受理案件所致身體自由、生命或財產遭受損害之人民請求國家賠償，未包括軍事機關依軍事審判法令受理案件所致該等自由、權利受同等損害之人民，司法院釋字第 624 號解釋認為此項差別待遇與憲法第 7 條平等原則之本旨有所抵觸。本號解釋做成之後，冤獄賠償法隨即修正，允許現役軍人犯軍事機關審判之案件，如符合冤獄賠償之要件，得依法請求國家賠償。

嗣後大法官作成司法院釋字第 670 號解釋，依該號解釋之見解，冤獄賠償法於形式上為國家賠償法之特別法，然此項國家賠償實係國家因實現刑罰權或為實施教化、矯治之公共利益，對特定人民為羈押、收容、留置、刑或保安處分之執行，致其憲法保障之自由權利，受有超越一般應容忍程度之限制，構成其個人之特別犧牲時，依法律之規定，以金錢予以填補之刑事補償。該號解釋作成後，立法院於 2011 年制定刑事補償法，取代冤獄賠償法，其補償請求權之成立不易且不以行使公權力執行職務之公務員有故意或過失之不法侵害行為為要件，範圍涵蓋依軍事審判法受理之案件，被告曾受人身自由之限制，而後此項限制失其合法依據之情形。

上開司法院釋字第 670 號解釋及刑事補償法乃是建立在國家公權力受法治國原則與權力分立原則拘束的前提下，國家為訴追與懲罰犯罪行為，限制特定人受憲法保障之自由，使其承受特別犧牲，而由國家給予補償之情形，其與戒嚴時期情治機關與軍事審判機關逸脫民主憲政秩序、系統性不法濫權侵害人權之情形不同，權利回復條例第 6 條第 1 項準用冤獄賠償法請求國家賠償之規定，應僅係程序經濟之考量，尚不能將此回復權利等同於國家賠償之權利（參見鑑定人王韻茹鑑定意見書），亦不能以現行刑事補償法之法理反推人民於戒嚴時期因政治因素遭受軍事審判，導致生命、身體、自由與財產受有侵害僅屬國家追懲犯罪行為之特別犧牲，無須追究公權力之行使是否不法侵害人民權利。

依照公政公約第 2 條第 3 項之規定以及公政公約第 31 號一般性意見，並參照打擊有罪不罰原則及聯合國賠償原則，國家針對不法國家時期之人權侵害事件負有積極調查義務，確保人民有知悉真相以及所受傷害獲得賠償之權利，如此才能採取必

要措施，防止未來再次發生人權侵害之行為，履行國家對此所負保障不再犯之義務。因此即便已有國家賠償法與刑事補償法之立法，國家仍不能免除開啟人民第一次權利救濟途徑之義務，亦不能免除國家就戒嚴時期國家公權力不法侵害人民權利之行為應負擔損害賠償責任，在此範圍內，補償條例關於名譽回復與金錢賠償之規定，其適用應優先於刑事補償法及國家賠償法（參照司法院釋字第 624 號解釋理由書）。

綜上說明，補償條例所規定之名譽回復與金錢補償，並非以承認戒嚴時期國家透過情治與軍事審判機關不法侵害人民權利與自由、恣意剝奪人民生命之國家賠償責任為前提，在此範圍內，補償條例之法律名稱及第 1 條立法目的，與憲法第 24 條國家因違法侵害人民之權利與自由之行為應負擔損害賠償責任之意旨不符。

（五） 補償條例第 2 條第 2 項牴觸憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨，司法院釋字第 477 號解釋與上述意旨不符部分，應予變更

憲法第 7 條規定，人民在法律上一律平等。戒嚴時期不法國家體制下，獨裁者基於政治因素，以違背正當法律程序最低要求之軍事審判程序（參照司法院釋字第 436 號解釋）對人民科處刑罰，不法侵害其生命、身體、自由與權利，於自由民主憲政秩序下，無論係因觸犯內亂罪、外患罪、檢肅匪諜條例之罪，或觸犯上開罪名以外之罪經有罪判決確定者，人民應有平等的回復權利，始符憲法第 7 條規定之意旨（參照司法院釋字第 624 號解釋）。

1. 補償條例受裁判者之範圍及其擴張適用之範圍

補償條例第 2 條第 2 項規定，以人民在戒嚴解除前，因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者為補償對象，此項範圍於立法之初並無疑義，權利回復條例之適用範圍同樣以戒嚴時期人民因犯內亂罪、外患罪者或檢肅匪諜條例之罪為限，其他刑事案件不在適用之列，亦經司法院釋字第 477 號解釋認定其屬立法裁量範圍，與憲法尚無牴觸。

惟查，1998 年補償條例制定之後，立法院隨即於 2000 年及 2002 年兩次修正補償條例，分別增定第 15 條之 1 及第 15 條之 2，擴張補償對象。其中補償條例第 15 條之 1 第 2 款、第 3 款及第 15 條之 2 等規定，將補償之原因案件發生時間點延伸至 1948 年 12 月 10 日全國戒嚴令發布之日起至 1949 年 5 月 20 日臺灣發布戒嚴令止，該段期間臺灣雖未宣布戒嚴，人民因觸犯內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者，或遭治安或軍事機關限制人身自由而未經起訴、未經不起訴處分、經不起訴處分、未經裁判或受裁判者，得準用補償條例之規定請求補償；遭治安或軍事機關擊斃或緝捕致死者，得視其情形準用本條例之規定酌予

補償。上開條文將受害期間擴大，但受害罪名仍然限於被控訴犯內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例。

補償條例第 15 條之 1 第 1 款及第 4 款則將補償事由擴及至內亂罪、外患罪及檢肅匪諜條例以外之罪，其中第 1 款立法背景係考量美麗島事件參與者中，部分以觸犯內亂罪以外之其他刑法罪名受論罪科刑，其不屬於補償條例第 2 條第 2 項所稱之受裁判者而無法請求補償，乃將此等受裁判者納入補償對象⁶⁴；第 4 款針對日本統治時期，部分臺灣人受日本人之強迫，充任教育及訓練青年機構之隊長，戰後遭檢舉參與侵略戰爭，以觸犯戰爭罪犯審判條例，遭治安或軍事審判機關不當羈押，嗣經判決無罪確定者⁶⁵。

2. 補償條例以觸犯之罪名區分是否為政治性案件，其補償對象涵蓋不足

上述立法歷程可知，補償條例因戒嚴時期之界定與觸犯罪名之限制，本已有補償範圍過於狹隘、受裁判者保護不足等問題。司法院釋字第 477 號解釋中已論及戒嚴時期「軍事審判機關審理之刑事案件，其適用之程序與一般刑事案件所適用者有別，救濟功能不足，保障人民身體自由，未若正常狀態下司法程序之周全」，「國家處於非常狀態，實施戒嚴之情形下，軍事審判機關認事用法容有不當之處」，事實上，此等情形並非僅限於觸犯內亂罪、外患罪及檢肅匪諜條例之案件。承前所述，戒嚴時期情治及軍事審判機關是否逮捕人民、是否將其移送軍法審判機關，乃取決於最高統治者的政治考量，再由情治與軍事審判機關構築相關證據與犯罪事實；至於以何種罪名起訴、定罪，亦非依照符合證據法則之客觀事實加以論斷，而是取決於參與軍事審判核批之參謀總長、總統府參軍以及總統等人之意志，如欲處以死刑，甚至可以改變軍事審判機關判決之法條，改以叛亂罪論處；至於非以內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例之罪論處者，情治機關與軍事審判機關仍得依戒嚴法第 8 條第 2 項「犯前項以外之其他特別刑法之罪者，亦同」之規定，將人民移送軍事審判。杜銘哲聲請案之原因案件當事人杜孝生於 1952 年與高一生一同遭到逮捕時，係以觸犯懲治貪污條例為由，軍事審判結果呈交上級批示後，杜孝生仍以懲治貪污條例論罪，高一生則以觸犯叛亂罪為由遭處死刑。

由上可知，戒嚴時期人民因政治因素而受軍事審判者，並非僅限於定罪之罪名為內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例之罪，而補償條例第 2 條第 2 項僅以上開罪名界

⁶⁴ 立法委員翁金珠等增訂戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 2 條之 1「因美麗島事件，受內亂罪以外之其他罪名裁判者，準用前條第二項之規定」提案，立法院第 4 屆第 3 會期第 19 次會議議案關係文書，院總字第 1582 號，委員提案第 3005 號，2000 年 5 月 24 日。

⁶⁵ 立法委員李慶雄等增訂戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 15 條之 1 提案，立法院第 4 屆第 4 會期第 5 次會議議案關係文書，院總字第 1582 號，委員提案第 3197 號，2000 年 9 月 27 日。

定政治性案件之受裁判者範圍，顯然無視於戒嚴時期最高統治者如何透過情治系統干預司法權之發動與運作，以及戒嚴時期軍事審判制度違背憲法第 8 條人身自由限制之正當法律程序，嚴重悖離權力分立、司法獨立、公正審判等憲政原理（參照司法院釋字第 436 號解釋），淪為統治者整肅異己工具之事實。就此而言，補償條例第 2 條第 2 項以觸犯內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例之罪界定補償條例之適用對象，排除同樣基於政治性因素，因觸犯其他特別刑法之罪，依戒嚴法第 8 條第 2 項規定而受軍法審判之其他受裁判者，無法因軍事審判之不法性獲得國家賠償，顯非合理的區分標準，構成不合理之差別待遇，牴觸憲法第 7 條所規定的平等原則。司法院釋字第 477 號解釋針對戒嚴時期人民受損權利回復條例限於犯外患罪、內亂罪的案件，認為「係基於此類犯罪涉及政治因素之考量，在國家處非常狀態，實施戒嚴之情況下，軍事審判機關認事用法容有不當之處。至於其他刑事案件不再上開權利回復條例適用之列，要屬立法裁量範圍，與憲法尚無牴觸」，與本判決意旨不符，在此範圍內應予變更。

至於補償條例第 15 條之 1 第 1 款規定：「於戒嚴時期因參與同一原因事實之行為，部分行為人為本條例第二條第一項規定之受裁判者，而其他行為人受內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例以外之有罪判決確定者」，係因美麗島事件而有增訂此款之提案，顯示立法者已認知戒嚴時期之刑事案件是否具有政治性因素，不能僅以交付軍事審判機關或普通法院審判，亦不能僅以最終裁判之罪名等外觀判斷。上開三讀通過之條文採用「參與同一原因事實之行為」之不確定法律概念，解釋上不以美麗島事件為限，杜銘哲與高一生等人是否為同一原因事實之參與者，如相關卷證資料齊全，不無依照該款規定給予補償之解釋空間。惟補償條例第 9 條第 1 項及第 2 項規定：「基金會為調查裁判情形，必要時，……得調閱政府機關或民間團體所收藏之文件及檔案……。前項所稱檔案，係指戒嚴時期有關人民因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例而受審判相關資料」，補償基金會受理人民之申請時，可能受限於此等檔案調閱權限之規定，無法判斷該申請案與其他觸犯內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例而受審之案件是否為情治單位所構築之同一原因事實。按本法庭既已認定補償條例第 2 條第 2 項因適用範圍涵蓋不足而牴觸憲法第 7 條平等原則，則為審查補償申請所得調閱之檔案範圍，立法者亦應隨同檢討修正，併此說明。

補償條例第 2 條第 2 項規定之受裁判者未能涵蓋同樣基於政治因素，因觸犯內亂罪、外患罪、檢肅匪諜條例以外之罪，依戒嚴法第 2 條第 2 項規定受軍事審判經有罪確定或交付感化者，使其自由與權利遭受國家公權力不法侵害未能獲得回復，核與憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨有違，司法院釋字第 477 號解釋與上述意旨不符部分，應予變更。立法機關應於本判決公布之日起一年內，依

照本判決上開意旨，通盤檢討該補償條例第 2 條第 2 項、第 15 條之 1 及第 15 條之 2 有關適用對象之相關規定，以及第 9 條為審查申請案件所得調閱檔案之範圍。

另，補償條例於 2000 年 12 月 16 日即已截止受理申請，於 2014 年 3 月 8 日解散，同年 9 月 3 日完成清算。針對補償基金會解散清算後所遺部分業務，包括對原補償基金會所作成之決定不服，提起訴願及行政訴訟案件之應訴、受裁判者及其家屬依規定申請或補發回復名譽證書，以及持續仍有補償金相關陳情案件之處理等項業務，內政部台內民字第 1031102150 號函公告，自 2014 年 12 月 10 日起，委託財團法人二二八事件紀念基金會辦理⁶⁶。是自本判決公布之日起，至修正條文通過施行之前，觸犯內亂罪、外患罪、檢肅匪諜條例以外之罪，基於政治因素遭移送軍事審判經有罪確定或交付感化者及其家屬，得準用補償條例之規定，向二二八事件紀念基金會申請給付補償金，不受補償條例第 2 條第 3 項、第 4 項申請期限之限制，所需經費由行政院編列預算支應。

(六) 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定，有違憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨，自始無效

1. 以財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會審理補償事宜並未違憲

現行補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定：「有下列情形之一者，不得申請補償：二、依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者。」第二項並規定：「前項第二款之認定，由基金會設置審查小組就個案逐一審認之。」亦即在戒嚴時期觸犯內亂、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例之受裁判者，若依現行法律，如刑法第 100 之罪，或依現行證據法則，即現行刑事訴訟法，認定確實犯內亂罪、外患罪確有實據者，則依本款不予補償。補償條例在立法之初，立法委員謝聰敏版草案第 2 條所補償的對象，本是包含人民在戒嚴之前，因懲治叛亂條例及檢肅匪諜條例有關事件生命、身體、自由或財產遭受公務員或公權力侵害者，無分是否為冤、錯、假案，均得請求補償。此項提案遭受政府機關及部分立法委員之質疑⁶⁷，認為補償者範圍可能會涵蓋真實具有匪諜身分者，如予補償，反而造成不公。經朝野協商後達成共識，將補償對象限定在以程序粗糙之偵查審判過程受有冤屈者，始予補

⁶⁶ 行政院公報，第 20 卷第 235 期，頁 46176，2014 年。

⁶⁷ 法務部次長林鉅銀說：「由於部分在戒嚴時期受政治審判者，真的是有問題，倘若一律予以補償，恐怕會流於是非不分，倒不失給予其上訴的機會。」，立法院公報，第 87 卷第 4 期，1998 年，頁 168，法務部次長林鉅銀發言。也有委員質疑原草案範圍不設限制太廣，恐讓「真正的匪諜、走私等違法的人都可以因本法案通過而申請」，立法院公報，第 87 卷第 4 期，1998 年，頁 190，饒穎奇委員發言。

償，不及於確有實據可認為係匪諜或叛亂犯者⁶⁸。因此 1998 年立法院通過之補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定則以：「有下列情形之一者，不得申請補償：二、經認定為『叛亂犯』或『匪諜』確有實據者」（引號為本法庭所加），第 2 項並規定：「二款之認定，除由政府機關提出證據外，基金會並應設預審小組就個案事實逐一審認之」。該條例施行之後，政府相關單位經常提出受難者於軍事審判當時之自白供述作為受難者確為叛亂犯之證據，拒絕補償，惟該項自白是否確實出於自願，非無疑義，因此 1999 年立法院修正第 8 條第 1 項第 2 款之規定，將排除補償之要件修改為「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」⁶⁹。

補償制度乃係以金錢填補戒嚴時期的司法不法行為所造成之個人利益損害而進行之填補，屬於第二次權利救濟，並不涉及司法行為本身是否違法及除去判決效果的問題，從憲法權力分立言，並不必然需透過司法權來進行，立法者委由行政機關來進行金錢填補之認定和發給，並無不可（參見鑑定人林明昕鑑定意見書）。立法過程中固然有數位委員提出應該根本性地使得受裁判者得以上訴加以救濟，然因國安法已阻卻上訴途徑，且有司法院釋字第 272 號解釋之作成，在上訴無門的情況下，無法經由司法途徑解決，僅能尋求以行政權作為權利救濟，而不採由司法權進行個案之審查及賠償。以補償基金會主責補償之審查事宜，屬於立法權衡大法官解釋之作成及上訴機制之困境而做之裁量，難謂有權力分立之違反，作為第二次權利救濟之補償／賠償，交由行政機關加以認定並無不可。

⁶⁸ 在確認補償條例是為解決政治案件的冤假錯案之目的下，審查會中提出修正草案第 10 條規定：「經受難者基金會調查，認定為受難者，即適用本條例及相關規定，除非政府機關提出相反之證據足以證明該受難者為匪諜或叛亂犯。」而將證明受難者非冤假錯案應受處罰之舉證責任置於行政機關。本條是在 1998 年 1 月 5 日的司法、國防聯席審查會中，由林宏宗委員、施明德委員提出修正動議而增訂。參「戒嚴時期不當政治審判條例審查會通過／謝聰敏等委員草案條文表」，立法院公報，第 87 卷第 4 期，1998 年，頁 185。

⁶⁹ 鑑於在補償之申請實務上，有舉證困難及審查速度緩慢，使補償條例之實施成效不彰，徐志明等立法委員，即提案刪除本款，理由以：「此項排除條款即有其立法上的疑義，蓋匪諜與叛亂之認定，於判決當時多以一紙受刑求後做出之筆錄、若干已身故之人之證詞，於數十年前即以此如此簡陋之證據為裁判心證形成之依據，如一同條之第二、三項規定，組成預審小組，其本身得調查之證據有限，且本法開宗明義即以不當叛亂及審判為規範之客體，此規定將排除的對象再加擴大，而認定上更加困難，實無規定之必要。」立法院議案關係文書，院總字第 1582 號，委員提案第 2825 號，1999 年。然也有顏錦福等委員持相反見解，另為提案限縮補償對象必須是「依現行法律或證據審查，尚不足為有罪判決者」，認為並不是所有犯內亂外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例有罪或受感化教育者，皆需補償，應予限制而不發給非冤假錯案之受裁判者。立法院議案關係文書，院總字第 1582 號，委員提案第 2924 號，2000 年。最終，因政黨協商不採徐志明委員之修正草案，而再次確認對於犯有內亂外患罪確有實據者不予補償，僅加上判斷標準應以「現行法律或證據法則」來判斷是否確有實據，而成為現行條文。

2. 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款不予補償之規定未考量戒嚴時期軍事審判制度已逾越正當法律程序之最低限度

補償條例第 8 條第 1 項第 2 款之立法目的，旨在限定得受補償對象之範圍，使其不及於在偵審過程中非因冤假錯案遭受裁判之人民，已如前述。根據該款規定，依該條第 3 項規定組成之審查小組若「依現行法律或證據法則審查」申請補償案件，而認定受裁判者「觸犯內亂罪、外患罪確有實據」，則該案件即不得申請補償。該款規定區別對待內亂、外患罪行確有實據的政治犯以及非屬前者的政治犯（政治受難者），而以 1992 年以後之「現行法律或證據法則」，作為認定政治犯是否屬於前者的標準。此項差別待遇不僅基於國家財政分配考量，而是意在根本否定國家對於前者所受人權侵害負有賠償責任。

本判決業已判定，1992 年修正前刑法第 100 條第 1 項、已廢止之懲治叛亂條例、動員戡亂時期檢肅匪諜條例、以及戒嚴時期軍事審判制度同屬不法國家體制，牴觸自由民主憲政秩序。該項體制之不法性，不僅在於它製造了或者可能製造出許多冤假錯案，而是在於它完全破毀了人性尊嚴、司法獨立等自由民主憲政秩序的核心價值，剝奪了人民於國家非常時期仍應享有之基本權利與最低限度之訴訟權與正當法律程序之保障（參見鑑定人 Couso 鑑定意見書）。基於這項判斷，補償條例並不具備區分不法國家時期政治犯有無冤屈之可能而異其是否受到補償／賠償的正當事由，因為縱使一位受裁判者（例如李媽兜）依事後的合憲標準而言，確實有以強暴或脅迫著手實行內亂等罪之情事，國家還是不可以經由極權體制侵害其基本權利。若謂此類政治犯係「罪有應得」或者「求仁得仁」而不予賠償，實形同變相肯認、容許國家在非常時期得不擇手段地迫害政治異己，此舉已嚴重減損轉型正義課予國家「保證不再發生」的規範誠命。基於以上考量，本法庭認定，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定，有違憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨，自始無效。受裁判者或其家屬曾向補償基金會提出補償金之申請，因有補償條例第 8 條第 1 項第 2 款之事由而未受補償者，得於本判決公布之日起，準用補償條例之規定，向二二八事件紀念基金會申請給付補償金，不受補償條例第 2 條第 3 項、第 4 項申請期限之限制，所需經費由行政院編列預算支應。

（七） 杜孝生之原住民族身分並不影響其求償權利，但本判決之效力範圍，並不及於限制臺灣原住民族國家認同之權利

依前述判決理由，則杜孝生案應有獲得賠償之權利，已無疑義。然如此論證，似未彰顯杜孝生等人之原住民族身分，在不法國家時期，乃至於民主化時代的憲法秩序中，有何特殊意義。而本法庭判決若未彰顯杜孝生之原住民族身分，無異承認

不法國家遂行其不法統治之際，僅有政治意識形態之考量，並無族群／種族之差異。揆諸史實，恐有大謬。

首先，臺灣原住民族，在清治時代，即不屬於清帝國國家主權所及範圍內。而無論在日治時期或中華民國不法國家時期，亦均從未以近代國家之國民身分，享有憲法基本權全部或部分之保護，而明顯僅屬於殖民地之「臣民」。證諸日治時期 50 年，臺灣原住民族從未適用日本民刑等法律；且戰前戰後兩時期之「理蕃政策」、「山地行政」，亦均無憲法與法律層級之法源授權，即可知此殖民狀態，具有歷史之連續性。其次，則臺灣於 1945 年發生統治權變動之際，臺灣原住民族究竟基於何種意思表示，成為中華民國國民？杜孝生等鄒族人民、林瑞昌等泰雅族人民，究竟透過何種法律程序，而成為中華民國之公職人員，且可代表全族意志，成為中華民國法律之適格者？若臺灣原住民族並非自始當然為中華民國國民，則如何能夠成為中華民國法所謂叛亂罪、貪汙罪之被告？因此，若將本案中杜孝生之原住民身分排除不論，非但於史實不符，更且為無權代理原住民族之國家認同。

聯合國與國際人權法規，在定義「原住民族」之際，均以承認「原住民族係先於現代國家即已存在」為最重要且關鍵因素：「係指在被侵略和殖民地化以前於其領域上發展之社會，而目前在該領域中不同於支配的社會或其一部分的其他階層者。他們在現時點上未居於統治階層，但有其固有文化模式、社會制度及法律體系，並依此做為民族存在的基礎，且決意保全、發展其祖先的領域及種族認同，並將其傳承給將來的世代者」（參見鑑定人蔡志偉鑑定意見書）。自 1910 年以來，臺灣原住民族雖飽受殖民侵略，然至今仍堅守上述聯合國原住民族定義。故杜案聲請人方雖未就此點進行申述或要求解釋，惟本法庭基於民主憲政精神，對本案可能發生之司法管轄權疑義，不能視若無睹。且因臺灣原住民族之困境，乃前後兩個具有歷史連續性之統治權所造成，故亦無法單純以「一國之內」、「特定時期」為範圍的轉型正義加以解釋，並恢復其權利。

誠然，憲法增修條文第 10 條之規定及其所衍生之原住民族基本法，或可視為某種「憲法時刻（constitutional moment）」的出現，並溯及地證成了「中華民國出現於臺灣之前，原住民族早已存在」。亦即，憲法承認原住民族與非原住民族不同，且基於此一不同，確立憲法承認原住民族具有集體性之民族權，並依此於 1998 年之後陸續於國會中進行原住民族權利保障諸法之立法。儘管如此，原住民族亦並非當然地成為，而且未來僅能成為中華民國國民。易言之，依據聯合國世界原住民族權利宣言第 3 條之規定：「原住民族享有自決權。基於這一權利，他們可自由決定自己的政治地位，自由謀求自身的經濟、社會和文化發展。」，以及第 33 條第 1 項之規定：「原住民族有權按照其習俗和傳統，決定自己的身分或歸屬。這並不妨礙原住民獲得居

住國公民資格的權利。」因此，在臺灣原住民各民族依此宣言行使自決權之前，本判決的任何內容，都不得解釋為削弱或取消上述的原住民族權利。

再者，「原住民族身分，在國家體制內具有雙重權利，其一是中華民國國民可主張之公民權利，其二是基於原住民族身分所可主張之權利。兩者同時享有。因為原住民族與國家間有特殊的歷史關係，所以各個國家中的原住民族都可以向國家主張因雙重身分而享有的權利」（參見鑑定人蔡志偉鑑定意見）。此種權利之享有，超越我國憲法實務對權利之想像，現實上需要原住民族向國家極力爭取、重啟談判，同時亦為行政權、立法權無可推諉之政治責任。

至於司法權部分，則中華民國各級法院均無權限、亦無能力對於原住民族之國家認同與想像之權利進行解釋。事實上，若將司法院釋字第 719 號解釋及其協同或不同意見書，視為現今臺灣司法權對於原住民族之最高程度理解，則欲以傳統司法權之發動，求原住民族之終極復權，非僅緣木求魚，直屬與虎謀皮。故原住民族與中華民國憲政秩序之間的關係，不在本法庭解釋範圍之內。同理，本判決僅點出：無論杜孝生是否為中華民國公民，於本案中，中華民國均負有賠償責任⁷⁰，至於杜孝生是否或如何成為中華民國國民，是否可列為中華民國刑法貪汙罪之被告，本法庭亦無解釋權限。退萬步言，本法庭縱有若干把握，自謂能將上述特殊考量帶入本案，作出最符合聯合國原住民族權利宣言第 40 條之解釋，唯本法庭 8 位大法官之中，並無一人具原住民族身分，更對其傳統文化、規範、歷史等所知甚淺，理應迴避，以待來者。

伍、審理結論

一、杜銘哲聲請案及黃國昌等立委聲請案之審理結論

臺灣於戒嚴時期歷經長年威權統治，人民之生命權、隱私權、人身自由、言論自由、思想自由、集會遊行自由等涉及人性尊嚴核心價值之權利遭到情治單位全面監控與箝制，違背憲法第 77 條、第 80 條有關司法權獨立、公正審判最低正當法律程序要求之軍事審判制度，則淪為統治者整肅異己、貫徹特定意識型態之工具，任意以舊刑法第 100 條第 1 項規定、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例及其他特別刑法將人民羅織入罪，再依最高統治者之意志決定人民生死。上開實體法與程序法雖僅呈現不法國家體制下不義司法體系的部分面向，已然造成社會集體噤聲失語，人民服膺於權威而喪失關心公共議題的能力，跨越數代迄今，臺灣之民主猶待深化。舊刑

⁷⁰ 關於外國人適用賠償法，可參見臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1348 號判決。

法第 100 條第 1 項內亂罪雖已修正、懲治叛亂條例及檢肅匪諜條例雖已廢止，基於公政公約第 2 條第 3 項規定以及公政公約第 31 號一般性意見，締約國應採取措施，防止違反人權的行為再次發生，本判決爰確認上開法律牴觸自由民主憲政秩序，均屬違憲。

解嚴之後，國安法第 9 條第 2 款前段規定竟限制人民上訴之權利，使人民無法透過訴訟制度實現正義，不僅違反憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨，也違背國家依照公政公約第 2 條第 3 項所負之轉型正義義務，自始無效；司法院釋字第 272 號解釋應予變更。立法機關應於本判決公布之日起一年內，就戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之已確定非現役軍人刑事案件之上訴程序、管轄法院、上訴權人、上訴期間、卷證檔案保存與移交等事項通盤規劃，以法律明定之。相關法律修正或制定前，自本判決公布之日起，受裁判者及補償條例第 13 條所定之受裁判者家屬，得向臺灣高等法院暨其分院提起上訴，不受刑事訴訟法第 349 條上訴期間之限制，並得依刑事訴訟法關於證據保全之規定，聲請法院就任何人持有之相關檔案或卷證為保全證據處分。

因上開國安法之規定，臺灣於民主化之後，無從以符合憲政原則之司法重新評價過去戒嚴時期軍事審判裁判對人權造成之不法侵害，立法者又未站在承認戒嚴時期軍事審判制度不法的前提下，制定法律賠償受裁判者，在此範圍內，補償條例之法律名稱與立法目的與憲法第 24 條國家賠償責任之意旨不符。

補償條例第 2 條第 2 項規定之受裁判者僅以終局裁判定罪之罪名為內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例之罪界定補償對象，未能涵蓋觸犯其他罪名，卻因政治因素遭移送軍事審判，經裁判有罪或交付感化院確定之受裁判者，使其生命、自由與權利遭受國家公權力不法侵害，卻未能獲得回復，及第 24 條國家賠償責任之意旨有違，司法院釋字第 477 號解釋與上述意旨不符部分，應予變更。

又補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定，依現行法律或證據法則認定觸犯內亂罪、外患罪卻有實據者不予補償，旨在限定補償範圍，排除非冤、錯、假案之受裁判者，惟戒嚴時期軍事審判制度與內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、戡亂時期檢肅匪諜條例均為統治者箝制思想及言論自由之工具，同屬不法國家之法律體系，無論受裁判者是否確實以強暴脅迫著手實行內亂，軍事審判之發動與運作違背正當法律程序之最低要求乃是事實，如不予賠償，亦有違憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家就其違法侵害人民自由與權利應負賠償責任之意旨，自始無效。受裁判者或其家屬曾向補償基金會提出補償金之申請，因有補償條例第 8 條第 1 項第 2 款之事由而未受補償者，得於本判決公布之日起，準用補償條例之規定，向二二八事件紀念基金會申請給付補償金，不受補償條例第 2 條第 3 項、第 4 項申請期限之限制，所需經費由行

政院編列預算支應。

立法機關應於本件判決公布之日起一年內，就戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例之法律名稱、立法目的、適用對象與檔案調閱範圍進行通盤修正。本件判決公布之日起，至補償條例修正前，及戒嚴時期人民因觸犯內亂罪、外患罪及戡亂時期檢肅匪諜條例以外之罪，基於政治因素考量遭移送軍事審判經有罪判決或交付感化確裁定者及其家屬，均得準用戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例規定，向二二八事件紀念基金會申請給付補償金，不受同條例第 2 條第 3 項、第 4 項申請期限之限制，所需經費由行政院編列預算支應。

聲請人杜銘哲所提有關戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償決定繫屬於臺北高等行政法院之訴訟案件，該院自本判決公布之日起，應遵循本判決之意旨，為適法之裁判。且杜銘哲聲請案原因案件之當事人杜孝生為鄒族原住民，無論其是否同時為中華民國國民，於本案中，中華民國就其自由與權利所受之損害，均負有國家賠償責任。

二、行政部門與立法部門應履行之轉型正義義務

而我國從動員戡亂、戒嚴 38 年、至解嚴、中央民意代表全面改選、到修憲至今的民主化之路，是一種協商式的轉型(negotiated transition)，或有謂之「寧靜革命」⁷¹，但這意味者原本的威權政黨，即中國國民黨在作出妥協時，仍繼續保有相當的政治優勢，並將民主改革限定在某些範圍內。在這樣的民主化過程，面對過去系統性不法行為之轉型正義作為，便被排除在改革清單之外，或者被限縮在一定的範圍內(參照鑑定人陳俊宏鑑定意見書)，這也因此顯現了臺灣轉型正義作為僅著重在國家賠償／補償受害者之工作，對於真相的追求、加害者追究、沒收財產之返還、不法判決的平反以及確保不再發生等轉型正義工程在我國被選擇性忽略(參照鑑定人陳俊宏鑑定意見書)。為回應國際獨立人權專家 2013 年針對我國政府公政公約暨經濟社會文化權利國際公約初次國家報告提出之結論性意見，行政與立法部門應依照本判決上開意旨完成修法或立法。本案鑑定人前南非憲法法院大法官及前國際刑事法院首席檢查官 Goldstone 亦提醒，時間是轉型正義的敵人，不是朋友，如果拖得太久，就會失去選擇，是行政與立法部門應即針對下列事項儘速相關立法，採取相關保全措施。

⁷¹ 在 1992 年亞洲華爾街日報專訪時任總統之李登輝先生後，該報刊登了以「臺灣的寧靜革命」為題的專訪文章，將臺灣的民主化過程譽為不流血的寧靜革命。See Taiwan's Quiet Revolution, Asian Wall Street Journal, November 11, 1992.

1. 政治檔案法之立法

知悉真相、記憶歷史是全體國民不可剝奪的權利。不論就司法證據的保全抑或就歷史記憶的重建而言，不法國家時期政治檔案與相關史料的保存、彙整與開放應用，無疑是轉型正義至為必要而且迫切的基礎工程。為了鞏固轉型正義的歷史基礎，避免相關檔案與史料之佚失、隱匿、變造或毀損，阻礙了真相與正義的追求，立法院應於本判決公布之日起一年內制定或修正法律，就我國不法國家時期各級政府機關、國民黨及其附隨組織、人民或團體保管或所有之相關政治檔案與史料之徵集、彙整、保存與開放運用，妥為通盤規範。

2. 追究戒嚴時期黨國一體制度下執政黨之不法責任

我國動員戡亂時期及戒嚴時期一黨獨大及黨國不分之不法性已如前述，追究不法時期國家責任時，不可避免必須處理不法時期執政黨對於人民不法侵害之責任。臺灣的轉型正義既由戒嚴時期威權政黨中國國民黨所發動，其相關立法與行政措施，以及司法院釋字第 272 號解釋僅一再強調時過境遷、事證調查困難、應「向前看」而無意追究加害者之責任。在履行轉型正義之國家義務時，立法、行政及司法機關必須正視不法時期之黨國不分、而彼時之加害政黨如今僅是人民團體，在追究轉型正義責任時，反而因此逃脫國家責任之情況。

追究加害者為國家轉型正義義務不可或缺之一環，立法機關除應檢討追究加害者責任之法律障礙如消滅時效或追溯期間，使受害者得於法院對於個別加害者追究法律責任外，立法機關亦應修法或立法，就國家對受害者所為之賠償，向中國國民黨及具體個案中之加害者追究責任，務須謹記並彰顯「元凶就是中國國民黨黨國體制」。

3. 設立真相與和解委員會

2005 年聯合國安理會第 1564 號的決議文第 617 段指出：刑事法院審判程序受限於嚴格證據法則，較難以揭露不法國家時期人權侵害犯罪的邊緣案例，以滿足所有受害者之期待；相較而言，真相與和解委員會更能揭露不法國家時期完整的犯罪圖像，在追求正義及促進國家咎責方面能夠扮演重要角色。

行政與立法部門應參考聯合國人權委員會之打擊有罪不罰原則，以及外國近 40 多個真相委員會的立法例與實踐經驗，設置真相與和解委員會，提供罪行較為輕微之加害者適當誘因，使其有機會和受難者面對面，說出完整的真相，以修復受難者因不法國家所造成社會關係之裂痕，防止未來人權侵害案件的發生。

模擬憲法法庭

審判長大法官 陳瑤華

主筆大法官 孫迺翊

主筆大法官 官曉薇
大法官 高涌誠
大法官 高煒輝
大法官 林孟皇
大法官 蘇彥圖
大法官 吳豪人

本件正本證明與原本無異

書記處處長 蕭欣怡
書記官 李雲可
黃皓彥
黃競文
吳睿恩
陳怡均
孫國成
江育誠
蔡喻安
于筑庭
謝邑霆

中華民國 105 年 12 月 24 日

模憲字第 4 號、第 5 號判決摘要

Constitutional Court Simulation Judgment No.4 and No.5

1. 案例事實

I. Background

(1) 杜銘哲聲請案

A. *Ex parte* Tu Ming-Che

1. 杜孝生為鄒族原住民，係聲請人杜銘哲之父，1952 年時擔任嘉義縣吳鳳鄉衛生所主任及新美農場場長。同年杜孝生與高一生、湯守仁等人，依臺灣省保安司令部（下稱保安司令部）保安處指示，參加山地保安會議後隨即遭到拘捕，同日泰雅族臺灣省臨時省議會議員林瑞昌亦遭到逮捕。次年保安司令部軍事檢察官以違反懲治貪汙條例起訴杜孝生，並依戒嚴法第 8 條第 2 項之規定由軍事機關自行審判，保安司令部乃以杜孝生觸犯之罪「與地方治安有重大關係」為由，呈請參謀總長及行政院院長同意後，與涉嫌違反懲治叛亂條例的同案其他被告高一生、林瑞昌等人，一併由軍事機關審判。保安司令部以杜孝生觸犯共同連續侵占公有財物判處有期徒刑 15 年、褫奪公權 10 年、全部財產沒收。該判決送交參謀總長審閱後，增加共同連續剋扣職務上應行發給之財物之罪名，兩罪合併執行有期徒刑 17 年，最後送交總統蔣介石批閱如擬；高一生、林瑞昌等人則以觸犯懲治叛亂條例之叛亂罪，判處死刑。

1. Tu Shiao-Sheng, a Tsou tribesman, who was the Petitioner Tu Ming-Che's father, served as the Director of the Public Health Center in Wu-Feng Township and the Head of Hsin-May Farm in 1952. In the same year, Tu Shiao-Sheng, Kao I-Sheng, and Tang Shou-Jen were arrested after they attended the Committee on Security of Aboriginal Villages by the order of Taiwan Provincial Security Command (hereinafter referred as the

Security Command). On the same day, Lin Rai-Chang, who was an Atayal member of Taiwan Provincial Temporary Council, was also arrested. In the next year, Tu Shiao-Sheng was indicted by the military prosecutor of the Security Command on charges of corruption according to the Suppression of Corruption Act. Later, Tu Shiao-Sheng and co-defendants, Kao I-Sheng and Lin Rai-Chang, who were indicted for violation of the Act Governing the Punishment of Rebellion, were subject to the jurisdiction of the military tribunal according to Article 8, Subparagraph 2 of the Martial Law Act, after the Security Command submitted their case to the Premier and the Chief of the General Staff on the grounds that Tu Shiao-Sheng committed a crime seriously relevant to public order and received their permission. Tu Shiao-Sheng was convicted as accomplice of serial offenses of criminal conversion of public property and was sentenced to 15 years of imprisonment, deprivation of citizen's rights for 10 years, and property confiscation by the Security Command. Tu Shiao-Sheng was charged by the Chief of General Staff to the said judgment an additional crime of embezzlement because of personal possession of public fund that should have been distributed to the public. Adding together, Tu Shiao-Sheng was sentenced to 17 years of imprisonment as cases consolidated. Finally, the said judgment on Tu Shiao-Sheng was sent to and signed by President Chiang Kai-Shek of the Republic of China (hereinafter as R.O.C.) while the sentence was not modified. Kao I-Sheng and Tang Shou-Jen were convicted offenses against treason proscribed by the Act Governing the Punishment of Rebellion and sentenced to death penalty.

2. 解嚴後杜孝生曾於 1997 年向財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會（下稱補償基金會）陳情，聲請人嗣於 2002 年依戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（下稱補償條例）向補償基金會申請補償，惟該會 2003 年以杜孝生係因貪汙罪而非叛亂罪被處刑，不符補償條例第 2 條第 2 項，及第 15 條之 1 第 1 項第 1 款等規定之補償法定事由為由駁回；2007 年另一遺族又向該會申請補償，亦遭該會函覆不受理。聲請人 2015 年提出訴願遭駁回後提起行政訴訟，於臺北高等行政法院審理程序進行中。綜上，聲請人主張前開補償條例第 2 條第 2 項、第 15 條之 1 第 1 款等規定侵害憲法第 24 條保障人民之國家賠償請求權，請求本法庭宣告上開條文違憲。

2. In 1997, after the lift of Martial Law, Tu Shiao-Sheng had made a petition to “Foundation for Compensation for Wrongful Trials on Charges of Sedition and Espionage during the Martial Law Period” (hereinafter referred as Compensation Foundation); later

in 2002, the petitioner made an application for compensation to the Compensation Foundation based on the provisions of Compensation Act for Wrongful Trials on Charges of Sedition and Espionage during the Martial Law Period (hereinafter referred as Compensation Act). However, in 2003, the Compensation Foundation rejected the said application for compensation on grounds that Tu Shiao-Sheng was convicted of corruption-related offenses instead of treason-related ones, and, in accordance with Article 2, Paragraph 2 and Article 15-1, Subparagraph 1 of Compensation Act, such an application was beyond the mandate of the Foundation. In 2007, another Tu's descendant made an application for compensation to the Compensation Foundation and the request was rejected again. On July 24, 2015, the Petitioner filed an appeal against the said decision of the Compensation Foundation, and currently the appeal is pending before Taipei High Administrative Court. As aforementioned, the Petitioner petitioned to this Court and claimed that Article 2, Paragraph 2 and Article 15-1, Subparagraph 1 of the Compensation Act infringed on the right to claim redress from the State for damage protected by the Article 24 of the Constitution and as such, should be unconstitutional.

(2) 黃國昌等立委聲請案

B. *Ex parte* Huang, Kuo-Chang

聲請人黃國昌等 30 名立法委員因補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者得免予補償，認該規定牴觸權力分立原則，雖過去有修法提案卻未獲多數支持，乃依模擬憲法法庭法第 54 條第 1 款之規定，聲請本法庭作成該法律違憲之判決。

1. The Petitioners, who are the members of the Legislative Yuan including Huang, Kuo-Chang and 30 other legislators, filed a petition against Article 8, Paragraph 1, Subparagraph 2 of the Compensation Act, which provides that if the conviction of sedition or treason was duly rendered pursuant to current laws or rules of evidence, the convicts may not apply for redress. The petitioners prayed for a constitutional review over the said provision made by this Court, on the ground that the said provision violates the principle of separation of powers. As the proposal of amendment of the said provision failed to win the support from the majority of legislators, the petitioners may file a petition for constitutional review from this Court in accordance with Article 54, Subparagraph 1 of the Statute of Constitutional Court Simulation (hereinafter referred as

CCS).

2. 以李媽兜為例，其於中日戰爭後加入中國共產黨，參與臺灣共黨組織，曾於 1947 年二二八事件中參與嘉義地區的武裝反抗活動；1948 年至 1949 年於臺灣南部建立約 26 個共黨支部、3 個直屬小組，為二二八事件後最完整的共黨組織活動。李媽兜於 1952 年遭保安司令部逮捕，對犯行坦承不諱並供述組織活動細節。保安司令部認定李媽兜建立共黨地下組織之行為已觸犯 1992 年修正前刑法第 100 條第 1 項（下稱舊刑法第 100 條第 1 項）「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而著手實行」，並依懲治叛亂條例第 2 條第 1 項、第 10 條等規定，將李媽兜交付軍法審判。1953 年保安司令部判決認定李媽兜觸犯上開規定判處死刑。李媽兜之子於 2000 年曾依補償條例申請補償，惟補償基金會以李媽兜遭捕後曾做成任意性自白，承認組織共黨地下支部，並有意透過共黨活動顛覆政府，符合當時刑法第 100 條內亂罪之要件，否准其申請。

2. Take the case of Li Ma-Tau as an example: Li Ma-Tau became a communist after Sino-Japanese War and joined the activities held by Taiwanese branch of the Chinese Communist Party, and participated in the rebellious activities involving the February 28 Incident in Chia-Yi County in 1947. From 1948 to 1949, Li Ma-Tau was in charge of the organization of communist branches during the February 28 Incident, and as a result 26 branches of the communist party including 3 units were established under his direct command across the southern parts of Taiwan. In 1952, Li Ma-Tau was arrested by the Security Command, admitting his involvement with the Communist Party and making a detailed confession to the activities he had involved. The Security Command was convinced that Li Ma-Tau's activities in organizing underground cells for the Communist Party violated Article 100, Paragraph 1 of the 1935 Criminal Code, which provided that "an attempt with intent to destroy the organization of the State, seize State territory, or, using illegal means, change the Constitution or overthrow the Government." Li Ma-Tau was subject to the military tribunal according to Article 2, Paragraph 1 and Article 10 of the Act Governing the Punishment of Rebellion. In 1953, Li Ma-Tau was convicted of the crime provided in the aforementioned provisions and sentenced to death penalty. Pursuant to Compensation Act, Li Ma-Tau's son applied for compensation on his father's wrongful trial. However, the Compensation Foundation found that the confession made by Li Ma-Tau was made under his free will, and the statement of his involvement in organizing the establishment of the communist cells, with an intention to subvert and overthrow the government, was truthful. Based on those findings, the Compensation Foundation

rejected the compensation claim raised by Li family, on the ground that the conviction of Li Ma-Tau was made in accordance with Article 100 of the 1935 Criminal Code and Article 2, Paragraph 1 of Espionage Act, which were effective at the time of the conviction in 1953.

3. 聲請人主張，舊刑法第 100 條第 1 項牴觸憲法第 8 條人身自由、第 14 條結社自由、第 15 條生命權以及第 22 條思想自由，國家安全法第 9 條第 2 款規定侵害憲法第 16 條保障之人民訴訟權，補償基金會以該法駁回申請有疑義。且國家安全法第 9 條第 2 款規定禁止上訴或抗告之限制，經司法院釋字第 436 號解釋認定違反憲法第 8 條正當法律程序，人民解嚴後無從向普通法院尋求救濟，與憲法第 9 條人民不受軍事審判、憲法第 8 條及第 16 條保障正當法律程序之意旨有違，牴觸憲法第 16 條所保障之訴訟權。又申請人是否觸犯內亂罪、外患罪確有實據，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款僅委由補償基金會以行政程序予以認定，牴觸權力分立原則。

3. The Petitioners claim that Article 100, Paragraph 1 of the 1935 Criminal Code is in violation of the right of personal freedom provided in Article 8, the freedom of assembly provided in Article 14, the right to life provided in Article 15, and the freedom of thought provided in Article 22 of the Constitution. Besides, the Petitioners also claim that Article 9, Paragraph 2 of National Security Act is not in conformity with the protection of the right to institute legal proceedings provided in Article 16 of the Constitution since the Compensation Foundation rejected the redress claim raised by Li family in accordance with the said provision. Moreover, the ruling of J.Y. Interpretation No. 436 already announced that Article 9, Paragraph 2 of National Security Act, which provides the decided military tribunal case in which the convicts were non-military personnel shall not be subject to appeal or interlocutory appeal, is not in conformity with the principle that no person shall be subject to trial by a military tribunal in Article 9 and due process of law protected by Article 8 and 16 of the Constitution, because the said provision deprives the convicts of the access to court in the post-Martial-Law time. Furthermore, Article 8, Paragraph 1, Subparagraph 2 of Compensation Act, which authorizes the Compensation Foundation to determine whether or not the convictions of sedition or treason was duly rendered through administrative proceedings, infringes the principle of separation of powers under the Constitution.

2. 判決之實體理由

II. Reasoning of the Decision

(一) 臺灣於民主化之前，動員戡亂與戒嚴體制是否為不法國家之體制；舊刑法第 100 條第 1 項內亂罪與懲治叛亂條例第 2 條第 1 項規定是否屬於不法國家侵害人權之手段之一？

A. Were the system of national mobilization for suppression of the communist rebellion and martial law before Taiwan transformed into a democracy a system of the unlawful state? Were punishment of sedition stipulated in Paragraph 1, Article 100 of 1935 Criminal Code and Paragraph 1, Article 2 of the Act Governing the Punishment of Rebellion one of the means taken by the state to infringe human rights?

1. 自由民主憲政國家之對立面：不法國家

自由民主憲政秩序中，國家存在的正當性在於人民基本權利之保障，國家公權力應受基本權利之節制，法治國原則所蘊含的權力分立、依法行政、司法獨立、依法審判與法律安定性等原則並非僅為形式，更以確保憲法最高位階與基本人權保障為核心及目的。為免權力集中導致濫權侵害人民，縱國家處於緊急危難狀態而有採取緊急措施之必要，仍須受權力分立原則、時間與事項所拘束及限制，並由另一憲法機關審查是否確實存在緊急狀態、緊急措施是否逾越憲法。反之光譜另一端為不法國家（Unrechtsstaat），不僅缺乏權力分立原則與基本權利之保障，且一黨專政，法律服膺於國家主導意識形態，是廣泛且密集地進行政權保衛之集權獨裁（totalitäre Diktatur）體制。其嚴密監控人民、限制其權利，不同政治意見遭受系統性壓制，縱形式上存在法律規範與法律統治，甚至不乏進步立法，但行政與司法部門配合特定意識型態與統治者意志曲解適用法律，作成不當行政行為與判決。

1. The total opposite of the free, democratic and constitutional state : the illegitimate state

Under the constitutional democratic order, the legitimacy of a state lies in its function to protect people's fundamental rights, by which the use of state power should be

restricted. The principle of the rule of law, including separation of powers, executive authorities' duty to abide by the law, judicial independence, judiciary's duty to render decisions in accordance with law, and legal stability, cannot be limited to merely formality but aims at ensuring the supremacy of the Constitution and protection of fundamental rights. In preventing excessive centralization of powers from infringement of people's rights, the state should be restricted by the principle of separation of powers, limit of duration and the nature of matters, even in imminent danger where emergency measures are necessary. Whether the state is in imminent danger and whether the use of emergency measures exceed the scope of power granted by the Constitution should be reviewed by another constitutional authority. On the opposite side of the spectrum is the illegitimate state (Unrechtsstaat), which not only lacks of principle of separation of powers and protection of fundamental rights but also is an one-party dominant state. It is a regime of totalitarian dictatorship (totalitäre Diktatur) that extensively and intensively abuses its executive powers and makes the law an embodiment of party ideology. It monitors people strictly, restricts their rights, and systematically suppresses different political opinions. Despite in appearance there exists regulations and laws (some of which looks even progressive), administrative agencies and judicial organs twist the meaning of law in enforcement and interpretation in order to serve for certain ideology and ingratiate the dictator's will.

2. 動員戡亂臨時條款之制定造成憲法破棄

第一屆國民大會制定臨時條款，賦予總統不受憲法第 39 條及第 43 條規定限制，無須立法機關先行制定緊急命令法，僅須經行政院會議決議即得行使緊急命令權；更增加總統緊急命令權以進行動員戡亂，擴大總統權力。又蔣介石非客觀上不能行使職權，卻援引不能視事而迴避辭職，依其政治權位之考量，任意解釋總統職權，違背憲法第 49 條意旨，復任中華民國總統統治臺灣，憲法正當性有所疑義。且因中華民國政府已無法於中國大陸行使統治權，立法院、國民大會與監察院等民意機關亦失其民主正當性，爾後國大代表、立委、監委均未依法選出，使政府體制長達 45 年無民主正當性。國民大會又修改臨時條款廢除總統連任限制，用動員戡亂為理由任意調整政府體制，違背權力分立原則，並經由司法院釋字第 31 號及第 85 號解釋，和臨時條款之制定與修正，鞏固了欠缺民主正當性、破壞權力分立原則之強人威權政府體制，憲法完全破棄。

2. Enactment of the Temporary Provisions Effective During the Period of National Mobilization for Suppression of the Communist Rebellion has destroyed the Constitution

The National Assembly of the First Term amended the Constitution by enacting “the Temporary Provisions Effective During the Period of National Mobilization for Suppression of the Communist Rebellion” and gave the President power to issue emergency decrees, notwithstanding the restrictions provided in Article 39 and Article 43 of the Constitution, merely through resolution of the Executive Yuan Council, without requiring the Legislative Yuan to enact the Law on Emergency Decrees before the issuance. Further, the President’s power of issuing emergency decrees was expanded to comprise the power to proceed national mobilization in order to suppress communist rebellion. In spite of not meeting the requirement of physically incompetent, Chiang Kai-shek refused to resign but instead invoked Article 49 of the Constitution to assert he was unable to attend to office. Considering his own political interest, he later twisted Article 49 of the Constitution again and resumed his position with no legitimate cause. Under such circumstances, the constitutional legitimacy of these deeds was in *ambiguo*. Moreover, for the government of the ROC was unable to hold elections in Mainland China, democratic legitimacy of the Legislative Yuan, the National Assembly, and the Control Yuan shall be in question. However, delegates to the National Assembly, legislators, and ombudsmen of the following terms were not regulated elected, making the government lack democratic legitimacy for 45 years. National Assembly also amended temporary provisions to repeal the restriction against President to be re-elected and revised the government system arbitrarily for the reason of national mobilization system of suppressing communist rebellion. These deeds gravely violated principle of separation of powers. In addition, it consolidated the strongman politics and authoritarianism, which lacked democratic legitimacy and violated principle of separation of powers, through J.Y. Interpretation No. 31 and No. 85 and the enactment and amendment of the temporary provisions. As a result, the Constitution was destroyed.

3. 戒嚴體制、情治系統與黨國一體

中華民國政府來臺後將動員戡亂體制施行於臺灣，開始戒嚴，政府核准之社團非經許可並派員指導者禁止集會，未經政府許可之各社團為非法團體，一律禁止。

國民政府訓政時期黨政合一之情治系統，亦隨同蔣介石與中華民國政府移植來臺，開啟白色恐怖時期。國民黨透過政治行動委員會及改組之總統府機要室資料組，管轄指揮所有情報業務，包括國防部、行政部門及國民黨各工作委員會等。其建立知識青年黨部、婦工會、文工會等工作委員會，更於各級機關學校設立黨部，滲入其中並佈署細胞組織與監視系統以情報搜集與社會監控，而黨、政、軍均歸於身兼中國國民黨總裁、中華民國總統以及三軍總司令之蔣介石掌握，國家情治系統與國民黨情治體系交織之情形，呈現一黨專政、黨國一體的政治體制樣貌。

3. Martial law system, security system and particracy

The government of the ROC enforced national mobilization system to suppress communist rebellion and declared martial law after it moved to Taiwan. People cannot form an association without approval and supervisor. The associations which did not get permissions from the government were illegal and prohibited. The security and intelligence system lead by the particracy during Kuomintang (hereinafter referred as KMT) Tutelage Period was re-established in Taiwan with the establishment of the Chiang Kai-shek regime; as a result, the period of White Terror was started. KMT controlled and commanded all the intelligence affairs, including the Ministry of National Defense, each administrative agency and every working committee of KMT, through political action committee and Information Management Division of Department of Special Affairs. KMT also established party committees, such as Educated Youth Division, Women's Committee, and Culture Communications Committee, and party divisions in various schools to penetrate into each agency and deploy cell groups, which were the basic units to monitor, gather information in order to put the whole society under surveillance. The party, governmental and military sectors were all lead by one man, Chiang Kai-shek, who was at the same time the director-general of KMT, President of ROC, and the commander-in-chief of the Armed Forces. Under the interwoven powers of state intelligence and party security system, the nation soon became a one-party dominant particracy regime.

4. 白色恐怖時期的情治系統與軍事審判制度

舊刑法第 100 條第 1 項內亂罪之構成要件由於「著手實行」不以暴力或脅迫之手段為限，只要發表政治性言論或接觸與共產主義相關之文字、圖書，均構成著手實行，對言論自由與思想自由形成極大箝制。懲治叛亂條例第 2 條第 1 項規定其刑

度為唯一死刑，由立法沿革可知國民黨係以德國納粹政黨作為仿效目標，故其帶有濃厚國家社會主義色彩。檢肅匪諜條例第 6 條無視於憲法第 8 條人身保護之正當法律程序；同法第 4 條、第 5 條及第 12 條更建立民間互相監視系統，人民的內心思想或言論均受情治機關、親友、鄰里、同儕無間斷監控，隨時可能招致人身自由、生命、身體、財產之威脅。

軍事審判法制定前，軍事審判採會審制，審判不公開，會審決定須呈請軍事長官核定，最高核定權在於三軍統帥手中，僅為一審一覆核，無審檢之分與審級救濟；制定軍事審判法後，以國防部為最高軍事審判機關，使軍事機關完全掌理具司法性質之軍事審判，軍事審判機關長官並享有判決核可權及覆議權，軍事審判庭之組成須簽請軍事長官核定，使行政權介入軍事審判權之行使，且不許被告逕向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟，與憲法保障人民人身自由、訴訟權利有違，且有違正當法律程序的最低要求與權力分立原則（司法院釋字第 436 號解釋、第 477 號解釋）。陸海空軍審判法對人權之侵害與權力分立之違反，更甚於軍事審判法，二者均為白色恐怖時期不法國家系統性侵害人權的一環。

4. Security system and military tribunal system in the period of White Terror

The elements which constitute the crime of sedition stipulated in Paragraph 1, Article 100 of 1935 Criminal Code did not require employing violence or physical threats as the method, an act such as simply making a political statement or possessing writings or pictures related to the communism would suffice. As a result, people's freedom of speech and freedom of thought were greatly restrained. Article 2, Paragraph 1 of the Act Governing the Punishment of Rebellion stipulated that the sentence of sedition shall be death penalty, taking Nazi Germany's law as reference with a touch of state-socialism. Article 6 of Espionage Act in the Period of Mobilization for the Suppression of Communist Rebellion disregarded due process guaranteed by Article 8 of the Constitution. Article 4, 5, and 12 of the same law even established mutual monitoring system, which put people's mind and speech under surveillance by security agency, relatives, friends, neighbors, and peers, which caused people's personal freedom, life, body, and property under threat at any time.

Before the enactment of the Code of Court Martial Procedure, military tribunals were committee-based and not held in public. Its decision should be submitted first to the military commissioner and finally to the commander-in-chief of the ROC Armed Forces

for approval. There was only one instance and one review, no separation of judge and prosecutor, and no appellate tribunal for appeal in the military trial procedure. After Code of Court Martial Procedure was enacted, Ministry of National Defense was the highest instance of military tribunals. It made military tribunals with judicial nature fall into military authority's hand. The commissioner of military tribunals had the power to permit and reconsider the judgments and the power to approve the personnel of the tribunal. It made the executive power set foot in the arena of military trials. The defendant could not ask ordinary court to review the judgements made by military tribunals being in contravention of the laws and regulations. It violated the personal freedom and the right to institute legal proceedings guaranteed in the Constitution and conflicted with the minimum requirement of due process and the principle of separation of powers (See J.Y. Interpretation No. 436 and No. 477). The Code of Court Martial Procedure and Armed Forces Trial Act, which violated human rights and principle of separation of powers even more, were both a part of the illegitimate state in establishing a mechanism of systematic invasion of human rights in the period of White Terror.

5. 不法國家體制與侵害人權手段的確立

涉及內亂罪、外患罪以及檢肅匪諜條例之案件，雖有軍事審判之外觀，實則人民是否成罪、是否送交感化或送交軍事審判，何時執行判決等，主要取決於情治機關之政治動機與情資蒐集程度，其得隨時依其政治需要，運用所蒐集之情報擬定行動計畫，以匪諜之名，逮捕拘禁人民，或以其他特別法定罪，最終俱由最高統治者蔣介石父子決定，完全不存在司法獨立性。甚至容任情治機關以檢肅匪諜為名，對社會進行全面監視，放任其運用法律外的自新手段，依統治者意志決定人民生死；軍事審判最終結果亦由權力最高者蔣介石所決定，完全不具獨立性。人民淪為統治者工具而喪失主體性，人性尊嚴不復存在，司法亦為統治者的工具，無法保障基本人權；無形監視中所形成之恐懼與孤立感，造成社會集體噤聲失語，構成獨裁統治的基礎。綜上所述，動員戡亂與戒嚴體制不僅為不法國家體制，舊刑法第 100 條第 1 項與懲治叛亂條例第 2 條第 1 項更是一種侵害人權之手段。

5. The establishment of illegitimate-state system and the means to violate human rights

Although the cases involving sedition, treason, or espionage during the period of mobilization for the suppression of communist rebellion often decided in an ostensible

form pursuant to legal procedure of the military tribunal, in reality, the decision about whether or not the defendant had committed the alleged offense or sentenced to reformatory education, whether or not he was to be delivered to military tribunal, or on what date the sentence should be executed mainly depended on the political motivation of the intelligence and security agencies and to what extent the intelligent information had been satisfactorily gathered. Overlooking the principle of judicial independence, the intelligence and security system administered by Chiang Kai-shek and his son could operate information gathering by arresting, detaining, or convicting people under the pretext of espionage or other crime based on their political motivation at any time. The intelligence and security system were even allowed to monitor society in an all-round manner and arbitrarily used illegal means of reformation of character in the name of suppressing communist rebellion at dictator's will. The final decisions of the cases in the military tribunal, which was not independent at all, were in the hand of Chiang Kai-shek and his son. People lost their subjectivity and dignity, and were reduced to ruler's tools. Judiciary did not protect people but became ruler's tool, too. The terror and feelings of isolation caused by invisible monitor brought about collective silence and aphasia on which the dictatorship was based. To sum up, not only the system of national mobilization for suppression of the communist rebellion and of martial law made the state system illegitimate, but also Paragraph 1, Article 100 of old Criminal Code and Article 2, Paragraph 1 of the Act Governing the Punishment of Rebellion became the vicious means to infringe human rights.

(二) 何以臺灣民主化之後必須進行轉型正義，其憲法依據為何？

B. Why should Taiwan take measures to realize transitional justice after transforming into a democratic state? What is the constitutional basis of it?

1. 轉型正義之意義及其國家義務

轉型正義係指由獨裁過渡到民主過程中，國家面對過往不法國家歷史的自我克服(Bewältigung)，它不是戰勝者的征服行動，而是自己的國家與人民對歷史的克服。其所欲克服者並非只限對於若干象徵不法國家的機關或單位之檢討，而應探究整個體制的不法(System-Unrecht)及其成因、存在基礎、工具及後果。承繼不法國家的自由民主憲政國家，為確認自由民主憲政秩序價值，履行國家憲法保護及實現義務，

就過往不法國家時期所進行的違反自由民主憲政秩序以及嚴重侵害基本權利的行為，必須重新評價，甚至改變評價，並應採取各種回復性措施，以滿足國家之回復義務。

1. The significance of transitional justice and the state duty

Transitional justice means a state's self-accomplishment (Bewältigung) by confronting its history in the period of illegitimate state during the transforming process from dictatorship to democracy. It is not the subjugating action a winner takes but an accomplishment the state and people have achieved by coping with their own pass. What it achieves is not only inspecting those agencies and departments which symbolized the illegitimate state but also inquiring into the unlawfulness (System-Unrecht) and its contributing factors, bedrock, tools, and consequence of the illegitimate state. In order to realize the value of the constitutional democratic order and the state's duty to guard and fulfil the Constitution, the free, democratic and constitutional state which succeeded the illegitimate state should re-examine or even reevaluate those deeds which conflict with the value of constitutional democratic order and violate people's fundamental rights in the period of illegitimate state. Moreover, it should adopt remedial measures to fulfill its duty of rehabilitation.

2. 國際人權法義務及聯合國之立場也肯定轉型正義，並具國內法拘束力

人權受有侵害，受受害者即應有權獲得有效之救濟和賠償，為國際人權法中國家的重要義務。聯合國公民與政治權利公約（以下簡稱公政公約）第 2 條第 3 項，即明定締約國有義務在受保障之權利和自由受有侵害時，使個人能得到有效的救濟，內涵有：(1) 國家之調查義務、(2) 賠償義務、(3) 保證不再犯、(4) 對加害者究責、(5) 即便國家發生緊急情況亦不可克減。聯合國人權委員會也指出國家促進轉型正義的義務即應包括：(1) 保障真相知情權、(2) 取得正義權、(3) 獲得賠償權，並且 (4) 應保證不再發生。我國制定公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（下稱兩公約）施行法（下稱兩公約施行法），於我國施行兩公約後，兩公約已具有國內法之規範效力而有拘束力。又依兩公約施行法第 3 條規定，適用兩公約規定時，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋，因此人權委員會所做成之一般性意見以及與各該權利保障相關之聯合國文件，於解釋公約相關權利內容時，亦應參照之，而具拘束力。

2. Transitional justice is recognized in International Human Rights Law and UN Human Rights Conventions which have binding power in domestic legal system

A state has the duty required by International Human Rights Law to provide effective remedy and reparation to those whose human rights are violated. Article 2, Paragraph 3 of International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter referred as ICCPR) stipulates the obligations of the states parties to provide effective remedy to those individuals whose rights and freedom guaranteed are violated. The obligations include: (1) state's duty to investigate, (2) duty of reparation e, (3) guarantees of non-recurrence, (4) duty to prosecute the perpetrators, and (5) these duties should not be derogated even in imminent danger. United Nations Human Rights Council also pointed out that the state's duty to implement transitional justice contains: (1) protection of the rights to truth, (2) protection of the rights to justice, (3) protection of the right to reparation, and (4) guarantees of non-recurrence. Since the Act to Implement the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter referred as Act to Implement the two Covenants) was enacted in Taiwan, , the two Covenants have already taken effect as a domestic law and had a binding power within the domestic legal system. In addition, Paragraph 2 of the Act to Implement the two Covenants stipulates that applications of the two Covenants should make reference to the purposes of the enactment and the interpretations made by the Human Rights Committee; therefore the general comments and related documents promulgated by the Human Rights Committee with regard to the applied protected rights should be binding and become references as the related provision was interpreted.

3. 憲法第 16 條及第 24 條要求國家擔負轉型正義的義務，履行應遵循國際人權法與聯合國之要求

我國憲法第 16 條對訴訟權之保障，包含使受侵害的個人獲得有效之救濟權利，承接不法國家之自由民主憲政國家，即有受憲法要求對於受侵害之權利進行真相之調查、追究加害者、確保侵害不再發生之責任。憲法第 24 條規範國家對於其機關侵害人民應負賠償的責任，立法機關據此也有制定有關國家賠償法律之義務，立法機關尚得就特殊情事特別立法，履行於特地目的下對人民之賠償責任，故國家得制定相關法律以實現國家轉型正義之義務，惟在制定時在限制之要件上應符合比例原

則，並符合國際人權標準，即國家在履行此等義務時，應遵循公政公約第 2 條第 3 項保障之相關原則，及隨此原則而來之聯合國轉型正義要求。基此，國家即必須採取立法、行政及司法措施，使人民不但有權對加害人、過程及原委進行瞭解，也有權在司法或司法以外之途徑，要求國家進行調查、平反、究責、回復及賠償，並在賠償程序中滿足「聯合國賠償責任」中回復原狀、補償、康復、滿足和保證不再發生之各項準則。

3. It is required by Article 16 and 24 of the Constitution that the state shall take on the duty to implement transitional justice and comply with the requirements in UN international human rights laws

Protection of the right to institute legal proceedings guaranteed by Article 16 of the Constitution shall include providing effective remedy to individuals whose rights are violated. The free, democratic and constitutional state which succeeded the illegitimate state has the duty required by the Constitution to investigate in order to find the truth for rights violation, to prosecute perpetrators and to guarantee non-recurrence. Article 24 of the Constitution imposes the state a duty of compensation if the government agency violates people's rights. The legislative body also has the duty to enact laws related to embody the duty of compensation accordingly. In addition, legislative body can enact special laws to fulfill the duty to redress for specific purposes. For the same reason, the state shall enact related laws to fulfill state's duty to implement transitional justice. When enacting such laws, it should be in accordance with principle of proportionality and the standard of international human rights protection. In other words, the state should comply with the principles stipulated in Article 2, Paragraph 3 of ICCPR and also the United Nations requirements for transitional justice which is based thereon. Consequently, state has to adopt legislative, administrative, and judicial measures to ensure people's rights not only to identify the perpetrators, incidents, and reasons for the violation but also to urge state through judicial and other proceedings to investigate, vindicate, prosecute, rehabilitate, and compensate and to comply with the reparation criterion required by United Nations of restitution, redress, rehabilitation, satisfaction, and guarantees of non-recurrence of violations.

(三) 國家安全法第 9 條第 2 款是否侵害人民受憲法第 16 條保障之訴訟權，司法院釋字第 272 號解釋有無變更之必要？

C. Does Subparagraph 2, Article 9 of National Security Act violate people's rights to institute legal proceedings guaranteed by Article 16 of the Constitution? Is it necessary for J.Y. Interpretation No. 272 to be revoked?

1. 立法目的形式追求法安定性，實質上造成國家不願承擔轉型正義之促進責任

國家安全法之制定係基於動員戡亂時期之思維而制定，雖係為解嚴後之國家安全及社會安定而設，仍與正常民主國家自由民主憲政秩序之維護有間；又國安法第 9 條第 2 款限制上訴規定之緣由，除了慮及確定判決之法安定性之外，主要之理由為慮及我國戒嚴時期長達 30 多年，受軍事審判案件數量龐大，若允許上訴恐法院負擔過重，並慮及人證物證之滅失，因此僅允許依再審或非常上訴之程序進行救濟；又立法歷程中，贊成上訴限制的委員亦有承認軍事審判之程序保障不足，卻基於避免政治紛擾、不要揭開過去的傷痕，並以「回復原狀」不可能、國家不願將此些案件視為冤案賠償的對象等理由，認為應該於解嚴後限制此等案件人民之上訴權，顯示國安法第 9 條第 2 款以法安定性為由而實際逃避國家促進轉型正義之責任，阻卻人民透過訴訟救濟程序回復名譽、尊嚴及權利，剝奪人民追求真相與正義之權利，也影響訴訟權及受賠償權保障，與憲法保障人民權利之意旨不符，應立即失效。司法院釋字第 272 號解釋未對於不法國家之作為、後續處置及憲法所課之促進轉型正義義務加以考量，亦應加以變更。

1. The purpose of enactment aims to protect legal stability in form, while in reality it causes state to decline to assume responsibility for implementing transitional justice.

The enactment of National Security Act is based on the purpose to implement national mobilization for suppression of the communist rebellion. Although it was enacted to ensure national security and stability of the society, it still departs from the means a normal democratic state would adopt to safeguard the democratic constitutional order. Beside the concern for the legal stability of court decisions, the ban on appeal stipulated in Article 9, Subparagraph 2 of National Security Act is mainly for the following reason :

if the filing for appeals were not limited to the action for retrial or the extraordinary appeal, the number of cases made by military tribunals accumulated in period of martial law over 30 years was too huge to be reviewed by the appellate court. Moreover, with the loss of witnesses and detriment of evidences, many cases were not able to be re-trialed. During the legislative debate, legislators who approved of the ban on appeal also admitted that the procedure in military tribunals may be flawed; however, for fear of political tumult and the turmoil brought by uncovering of the ugly past, they determined to restrict people's right to appeal for cases of such nature after the lifting of martial law and had shunned responsibility of enactment for the excuses such as the impossibility of retribute and the unwillingness of the government to admit liability for its wrongdoing and compensate the victims of these wrongful cases. For such reason, Article 9, Subparagraph 2 of National Security Act had eschew state's duty to implement transitional justice in the name of legal stability. The said provision hinders people from restitution of reputation, dignity, and rights, deprives people of rights to seek truth and justice, and influences the right to institute legal proceedings and the right to be compensated. Such provision should be void for violating people's rights protected by the Constitution. Therefore J.Y. Interpretation No. 272 should also be revoked because it fails to consider the illegitimacy of the state during the said period, measures that should be taken after the lift of martial law, and state's duty required by the Constitution to implement transitional justice.

（二）立法機關與司法機關為追求轉型正義應為之手段

考量國安法制定迄今近 30 年，相關軍事審判裁判早已逾刑事訴訟法第 349 條所定之上訴期間，受裁判者多已亡故，無法再行提起上訴，立法機關應於本判決公布之日起一年內，就戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之已確定非現役軍人刑事案件之上訴程序、管轄法院、上訴權人、上訴期間、卷證檔案保存與移交等事項通盤規劃，以法律明定之。相關法律修正或制定前，自本判決公布之日起，受裁判者及戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 13 條所定之受裁判者家屬，得向臺灣高等法院及其分院提起上訴，不受刑事訴訟法第 349 條上訴期間之限制。另為避免相關檔案之佚失、隱匿、變造或毀損，損及真相與正義的追求，本判決爰附帶做成以下之暫時處分：於立法院制定或修正有關我國不法國家時期政治檔案與史料之規範以前，各機關不得銷毀其依檔案法應定期保存之 1991 年 5 月 1 日以前之所有檔案。立法者除透過修法或立法開啟受裁判者及其家屬上訴或抗告之司法救濟途徑外，亦得參考德國 1998 年撤銷納粹時期不法判決法（Gesetz zur Aufhebung

nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege) 之立法例，以法律明定撤銷戒嚴時期非現役軍人之軍事審判已確定裁判。

2. The means legislative body and judicial organ should adopt to pursue transitional justice

Considering National Security Act has been enforced for thirty years, the period to file appeal for related military tribunal cases has expired, and most of convicts have been unable to file an appeal because being dead, legislative body should stipulate comprehensive scheme for the course of the appeal, the court to take jurisdiction, the period for appeal, preservation and delivery of the case files and evidence for the non-active military personnel trialed by the military judicial authorities during the period of martial law and within the region of martial law in law within one year from the announcement of this Judgment. Before related laws are amended or enacted, the convicts and their families referred in Article 13 of Compensation Act can bring appeals to Taiwan High Court and its branch courts from the announcement of this Judgment, the restrictions of period for appeal in Article 349 of the Code of Criminal Procedure notwithstanding. Besides, to avoid destruction, hiding, alteration, and damage of related files and harming the pursuance of truth and justice, this Judgment additionally orders an appropriate injunction as following: before Legislative Yuan enacts or amends laws relative to the political archives and historical data of the period of unlawful state in our country, every agency is not allowed to destroy every temporary records prior to May 1, 1991 that it required to preserve by Archives Act. The legislative body can not only amend or enact laws to provide judicial remedy for convicts and their families to appeal or make interlocutory appeal, but also consult the legislation model of Law to Annul Unjust Sentences Imposed during the National Socialist Regime of Criminal Justice in 1998 (Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege) , which Germany adopted, to enact laws for annulment of sentences of the non-active military personnel imposed by the military judicial authorities.

(四) 補償條例之法律名稱與立法目的，是否符合憲法第 24 條所定國家就公務員違法侵害人民之自由或權利應依法負損害賠償責任之意旨？

D. Does the name and the purpose of the Compensation Act comply with the meaning and purpose of Article 24 of the Constitution, which held that state should be liable to compensate if any official illegally infringes upon the freedom or right of any person?

1. 補償條例並未確認國家係因戒嚴時期政治案件軍事審判之不法性

1. The Compensation Act did not consider the illegality of the state action in the political cases under military tribunal during the Martial Law period

補償條例受限於戒嚴時期軍事審判已確定判決無法提起上訴或抗告，須迴避該等裁判是否具有不法性，故補償基金會僅能就是否回復名譽或金錢補償作成決定，而不能針對原因案件本身是否違法加以判斷。即便申請人得循訴願、行政訴訟途徑救濟，行政法院並無刑事審判權，仍無從審酌原因案件之審判程序、證據與論理之嚴謹度是否符合現行法律與證據法則，無法確認補償是因為國家行為之不法性。比較德國聯邦政府提出之第二東德政權不法清理法（Zweites SED-Unrechtsbereinigungsgesetz），其雖以補償（Entschädigung）而非賠償（Schadenersatz）作為回復受害者職業上或行政法上權利之方法，但其立法理由中明確承認補償原因來自東德時期國家公權力牴觸法治國原則造成的不法侵害，然我國補償條例僅以補償為名，未於立法目的中明確承認戒嚴時期政治案件軍事審判之不法性，即有迴避國家賠償責任之嫌。又補償條例之提案參考之二二八事件處理及賠償條例，於 2007 年修正時將「補償」改為「賠償」，乃國家藉此明確宣示其對二二八事件中公權力不法侵害人民負有國家賠償責任，則依照憲法第 24 條意旨，立法者就戒嚴時期政治性案件軍事審判裁判之不法性無保持緘默或予以否認之立法裁量空間。

Pursuant to the Compensation Act, no further appeal or interlocutory appeal can be taken for a judgment made in a military tribunal during the Martial Law Period. As a result, the Compensation Foundation had also circumvented substantive review of the illegality of the judgment itself and only decided on whether to grant rehabilitation of reputation or pecuniary compensate without determining the illegality of the original

cases. Even though the applicant may resort to the administrative procedures such as administrative petitions or administrative litigation proceedings, the Administrative Court itself does not have jurisdiction over the originated criminal or military cases. Therefore, the Administrative Court cannot determine whether the procedures of the trial, the evidence, and the reasoning of the original cases are prudently decided and consistent with the current laws and rules of evidence. Consequently, there is no way for the Administrative Court to review whether the issuance of compensation order is originated from a wrongful state action. Take the Second Rehabilitation Law to deal with the wrongdoings by the Regime of the Socialist Unity Party of Germany (Zweites SED-Unrechtsbereinigungsgesetz) as a reference. Although the Second Rehabilitation Law adopts indemnification (Entschädigung) rather than compensation (Schadenersatz) as the way to retribute the victims' damage deriving from the loss of their work or from other field, the purpose of enactment of the act explicitly acknowledges that such indemnification is based on the illegal infringement caused by state's violation of the principle of the rule of law during the East Germany period. By contrast, the Compensation Act in Taiwan only names the remedy indemnification instead of explicitly acknowledging the illegality of proceedings for these political cases under military tribunal during the Martial Law period. This is an evidence that the state had eschewed its duty of compensation. Moreover, The February 28 Incident Disposition and Compensation Act, to which legislators who proposed the Compensation Act often referred, changed the wording of the act from "indemnification" to "compensation" in its amendment in 2007, in which the government expressly declared that the state was liable for its wrongful actions infringing people's rights during the February 28 Incident. For that reason, according to the meaning and purpose of Article 24 of the Constitution, the legislature shall not remain silent or deny the illegality of the decisions made by the military tribunal during the Martial Law period.

2. 國家賠償責任與刑事補償制度本質不同，不能相互取代

2. The nature of the state compensation liability and the mechanism of compensation for wrongful detentions and executions are different and cannot substitute for each other

縱我國已有刑事補償制度，但司法院釋字第 670 號解釋及刑事補償法是建立在國家公權力受法治國原則及權力分立原則拘束前提下，國家為訴追與懲罰犯罪行

為，限制特定人受憲法保障之自由，使其承受特別犧牲，而由國家給予補償之情形，其與戒嚴時期情治機關與軍事審判機關逸脫民主憲政秩序、系統性不法濫權侵害人權之情形不同。故權利回復條例第 6 條第 1 項準用冤獄賠償法請求國家賠償之規定，應僅係程序經濟之考量，不能將此回復權利等同國家賠償權利，亦不能以刑事補償法的法理反推人民於戒嚴時期因政治因素遭受軍事審判，致基本權受侵害僅屬國家追懲犯罪行為之特別犧牲，故無須追究公權力之行使是否不法侵害人民權利。又依公政公約第 2 條第 3 項規定及公政公約第 31 號一般性意見，縱已有國家賠償法與刑事補償法之立法，國家仍不能免除開啟人民第一次權利救濟途徑之義務，亦不能免除國家就戒嚴時期國家公權力不法侵害人民權利之行為應負擔損害賠償責任，在此範圍內，補償條例關於名譽回復與金錢賠償之規定，其適用應優先於刑事補償法及國家賠償法。

Even though the general mechanism of compensation for wrongful detentions in criminal procedure and executions has already been established in Taiwan, the ruling of J.Y. Interpretation No. 670 and Law of Compensation for Wrongful Detentions and Executions were both founded on the premise that state power is restricted by the principles of rule of law and separation of powers. Under the aforesaid framework, the state compensates applicants whose constitution-guaranteed freedom is constrained and suffer from special sacrifice for the purpose of criminal prosecution and punishment. This compensation framework is different from the cases where the infringement of rights and freedom were caused by the systematic abuse of powers and the deviation of the constitutional democratic order of intelligence and security agency and military tribunals. Accordingly, the purpose of Section 6, Paragraph 1 of Act Governing the Recovery of Damage of Individual Rights during the Period of Martial Law, which applies *mutatis mutandis* to the provisions of Law of Compensation for Wrongful Detentions and Executions, merely considers efficiency of the procedure; such provision cannot be deemed as equal to the safeguard of the right to be compensated by the state guaranteed by Article 24 of the Constitution. The of Law of Compensation for Wrongful Detentions and Executions also cannot be construed to mean that the infringement of people's fundamental rights caused by the military tribunals for political causes during the Martial Law period is merely the special sacrifice which is necessary for the benefit for government's criminal prosecuting actions. It cannot be used as an excuse not to examine whether the enforcement of state power has illegally violated people's rights. In addition, even though the State Compensation Law and Law of Compensation for Wrongful

Detentions and Executions were already enacted, pursuant to the provisions of Section 3, Article 2 of ICCPR and General Comment No. 31 on ICCPR, the state still cannot shun its duty to create the first remedy procedure, or to compensate for state power's illegal infringement of people's rights during the Martial Law period. Within such scope, the provisions of the Compensation Act regarding restoration of reputation and pecuniary compensation should have prior application to the Law of Compensation for Wrongful Detentions and Executions and State Compensation Law.

3. 名稱與立法目的不合憲法第 24 條之意旨

3. The name and the purpose of the Compensation Act do not comply with the meaning and purpose of Article 24 of the Constitution

補償條例規定使裁判之不法性無法透過司法途徑確認，其名譽回復與金錢補償，並非以承認戒嚴時期國家不法侵害人民權利、恣意剝奪生命之國家賠償責任為前提，在此範圍內，該法之名稱與立法目的，與憲法第 24 條意旨不符。

The Compensation Act has made the scrutiny of aforesaid illegal judgements impossible. In fact, the provisions of restoration of reputation and pecuniary compensation are not premised on the acknowledgment of state's liability for its illegal infringement of people's rights and abusive deprivation of lives. Within such scope, the name and the purpose of the Compensation Act do not comply with the meaning and purpose of Article 24 of the Constitution.

(五) 補償條例第 2 條第 2 項規定是否抵觸憲法第 7 條平等原則，司法院釋字第 477 號解釋有無變更之必要？

E. Does Section 2, Paragraph 2 of Compensation Act violate equal protection of Article 7 of the Constitution? Is it necessary for the ruling of Interpretation No. 477 to be modified?

1. 補償條例受裁判者範圍之擴張顯示本有補償範圍過窄之問題

1. The expansion of the scope of the applicants in the Compensation Act indicates that the scope of compensation is too narrow

補償條例第 2 條第 2 項限定補償範圍之立法經司法院釋字第 477 號解釋認定其屬立法裁量範圍，與憲法尚無抵觸，惟立法院仍兩次修正補償條例，增定第 15 條之

1 及第 15 條之 2 以擴張補償對象，補償條例第 15 條之 1 第 2 款、第 3 款及第 15 條之 2 等規定將受害期間擴大；補償條例第 15 條之 1 第 1 款及第 4 款更將補償事由擴及至內亂罪、外患罪及檢肅匪諜條例以外之罪，其中第 1 款立法背景係考量美麗島事件參與者中，部分觸犯內亂罪以外之罪名而非補償條例第 2 條第 2 項所稱之受裁判者無法請求補償；第 4 款針對日治時期，部分臺灣人受日本人之強迫充任教育及訓練青年機構之隊長，戰後遭檢舉參與侵略戰爭，以觸犯戰爭罪犯審判條例，遭治安或軍事審判機關不當羈押，嗣經判決無罪確定者。由上述立法歷程可知，補償條例因戒嚴時期之界定與觸犯罪名之限制，本已有補償範圍過於狹隘、受裁判者保護不足問題。

The limited scope of compensation provided by Section 2, Paragraph 2 of the Compensation Act was affirmed by the ruling of J.Y. Interpretation No. 477, which considered the consideration of the scope to be within the sphere of legislative discretion and thus constitutional. However, Legislative Yuan has amended the Compensation Act twice, enacting Section 15-1 and 15-2 to enlarge the scope of compensation. Sub-paragraph 2 and 3 of Section 15-1, as well as Section 15-2 expand the period of applicant's persecution; sub-paragraph 1 and 4 of Section 15-1 further expand the causes of compensation to include crimes beyond sedition, treason, and the crime stipulated in the Statute for the Eradication of Communist Espionage. In particular, the legislation of sub-paragraph 1 takes into account the fact that Kaohsiung Incident participants, many of whom were convicted of crimes other than treason; they were not treated as the "convicts" of Paragraph 2 of Section 2, and thus could not apply for compensation. Paragraph 4 focuses on those Taiwanese people who were forced by the Japanese to serve as the captains of teenagers educating and training institutions; they were reported after the war as to have participated in the war of invasion and were unlawfully detained by police agencies or military tribunals in the name of committing the crime stipulated in the Statute for Trying War Criminals, but only to be found not guilty in the judgment afterward. We can tell from the aforementioned process of legislation, that due to the delineation of the period of Martial Law and the limitation of scope of crimes committed, the Compensation Act bears the inherent defects of being too narrow and results in leaving the convicts insufficient protections.

2. 補償條例以觸犯之罪名區分是否為政治性案件，其補償對象涵蓋不足

2. The scope of the Compensation Act is too narrow, because it distinguishes whether a case is political or not by the crimes committed

戒嚴時期情治及軍事審判機關是否逮捕人民、移送軍審機關，取決於最高統治者的政治考量，再由情治與軍事審判機關構築相關證據與犯罪事實；至於以何種罪名起訴、定罪，亦非依照符合證據法則之客觀事實加以論斷，而是取決於參與軍事審判核批之參謀總長、總統府參軍以及總統等人之意志，如欲處以死刑，甚至可以改變軍事審判機關判決之法條，改以叛亂罪論處；至於非以內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例之罪論處者，情治機關與軍事審判機關仍得依戒嚴法第 8 條第 2 項「犯前項以外之其他特別刑法之罪者，亦同」之規定，將人民移送軍事審判，故戒嚴時期人民因政治因素而受軍事審判者，並非僅限於罪名為內亂罪、外患罪等罪。

In the Martial Law period, whether the intelligence and security agencies arrested people and transferred them to the military tribunals depends on the political considerations of the governor. Only after that decision was made, did the intelligence and security agency and military tribunal scrape together the relevant evidences and the facts of the case. The crimes by which the people were charged and convicted also were not determined by the objective facts gathered pursuant to the rules of evidence, but by the will of the chief of staff, chief aide-de-camp to the president, and the President himself. If these people decided to impose a death penalty on someone, the military tribunal would be forced to change the charges to be treason. As for those who were not charged by sedition, treason, or the crime stipulated in the Statute for the Eradication of Communist Espionage, the intelligence and security agencies and military tribunals could still transfer people to a military tribunal based on Section 8, Paragraph 2 of the Martial Law, which provided: “the same rule shall be applied to those who committed specific crimes other than the crime provided in the preceding paragraph.” Accordingly, during the Martial Law period, when people were subject to a military tribunal due to political reasons, the crimes imposed were not only limited to crimes of sedition and treason.

3. 立法機關與司法機關為追求轉型正義應為之手段

3. The measures to be taken by the legislative branch and judicial branch so as to pursue transitional justice

補償條例第 2 條第 2 項規定無視前述戒嚴時期最高統治者如何干預司法及軍事審判制度違背憲法第 8 條正當法律程序；其對象亦未能涵蓋同樣基於政治因素，因觸犯內亂罪、外患罪、檢肅匪諜條例以外之罪，依戒嚴法第 8 條第 2 項規定受軍事審判經有罪確定或交付感化者，使其自由與權利受國家不法侵害未能獲得回復，其顯非合理的區分標準構成不合理之差別待遇，與憲法第 7 條平等原則之意旨有違，司法院釋字第 477 號解釋與上述意旨不符部分應予變更。同法第 15 條之 1 第 1 款規定因立法者特殊認知與不確定法律概念構成要件之設計，解釋上如相關卷證資料齊全，不無依照該款規定給予補償之解釋空間。惟補償基金會受理人民申請時，可能受限於同法第 9 條第 1 項及第 2 項等檔案調閱權限之規定，無法判斷案件是否為情治單位所構築之同一原因事實。故立法機關應於判決公布起一年內依照判決意旨，通盤檢討該上開條文有關適用對象及所得調閱檔案之範圍。又自本判決公布之日起至修正條文通過施行之前，觸犯內亂罪、外患罪、檢肅匪諜條例以外之罪，基於政治因素遭移送軍事審判經有罪確定或交付感化者及其家屬，得準用同法之規定，向二二八事件紀念基金會申請給付補償金，不受同法第 2 條第 3 項、第 4 項申請期限之限制，所需經費由行政院編列預算支應。

The provision of Section 2, Paragraph 2 of the Compensation Act disregards how the governor intervened the judicial process as well as the military tribunal system and how he violated due process embedded in Article 8 of the Constitution. In addition, the scope of the Act does not cover crimes other than sedition, treason, and the crime stipulated in the Statute for the Eradication of Communist Espionage, which were also convicted based on political reasons. In fact, according to Section 8, Paragraph 2 of the Martial Law, people who were convicted those crimes or sent to the reformatory education were also tried in the military tribunals. Their freedom and rights were infringed by the state, but they do not fall within the scope as to qualify to claim legal redress. Such standard of classification is substantially unreasonable, which constitutes an unreasonably differential treatment, and thus violates the meaning and purpose of equal protection of Article 7 of the Constitution. Any part of the ruling of J.Y. Interpretation No. 477 that is in conflict with the explanation above shall be modified. Given the special recognition of the legislators and the use of uncertain legal concepts when designing the legal elements, if

the relevant evidence is complete, the court shall have the discretion to construe the redress to be awarded pursuant to Section 15-1 Sub-paragraph 1 of the act. However, when the Compensation Foundation is to accept the application, it would be constrained by Paragraph 1 and 2 of Section 9 of the Act, which limits the Foundation's power to review the documents. Accordingly, the Foundation cannot determine whether the current case was originated from the same pattern of facts built by the intelligence and security agency. Therefore, the legislative body should, pursuant to the meaning and purpose of this Judgment, examine the aforementioned provisions with regard to the scope of the people qualified for the redress and the access to the documents for the purpose of investigation within one year from the announcement of this Judgment. In addition, from the announcement of this Judgment to the amendment and enforcement of the aforementioned provisions, those who were convicted crimes other than sedition, treason, and those stipulated in the Statute for the Eradication of Communist Espionage, or sent to the reformatory education for the political reasons, as well as their families, shall apply *mutatis mutandis* to the provisions of the Act, and are qualified to apply for compensation from Memorial Foundation of 228, notwithstanding the restrictions in Paragraph 3 and 4 of Section 2 of the Act. Executive Yuan should allocate budgets to supply the necessary funding.

(六) 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款是否違憲？

F. Is Article 8, Paragraph 1, Sub-paragraph 2 of the Compensation Act unconstitutional?

1. 以補償基金會審理補償事宜並未違反權力分立原則

1. Rendering authority to the Compensation Foundation to review the compensation applications does not violate separation of powers

補償制度乃係以金錢填補戒嚴時期的司法不法行為造成利益損害之填補，屬第二次權利救濟，不涉及司法行為本身是否違法及除去判決效果的問題，從憲法權力分立言，並不必然需透過司法權來進行，立法得者委由行政機關來進行金錢填補之認定和發給，故得以基金會審理補償事宜。

The compensation mechanism uses money to remedy the damages caused by the illegal judicial actions conducted in the Martial Law period, which is people's secondary

legal remedy. It does not involve the issue of whether the judicial action is per se illegal and the effect of negating the judgments. From the perspective of separation of powers, it is not necessary to conduct the redress process through the judicial power. The legislators may designate the administrative agency to conduct the recognition and distribution of the pecuniary compensation, which justifies the constitutionality of the Compensation Foundation's power to review the applications.

2. 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款不予補償之規定未考量戒嚴時期軍事審判制度已逾越正當法律程序之最低限度

2. Refusing to compensate certain types of applicants, Section 8, Paragraph 1 Sub-paragraph 2 of the Compensation Act has failed to take into account of the military tribunal system during the Martial Law period, and has gone below the minimum requirement of due process

補償條例第 8 條第 1 項第 2 款不予補償之規定，旨在限定得受補償對象之範圍，惟該差別待遇非僅基於國家財政分配考量，而意在否定國家對於前者所受人權侵害負有賠償責任，其並不具備區分不法國家時期政治犯有無冤屈之可能而異其是否受到補償／賠償的正當事由，形同變相肯認、容許國家在非常時期得不擇手段地迫害政治異己，嚴重減損轉型正義課予國家「保證不再發生」的規範誠命，故有違憲法第 7 條平等原則及第 24 條國家賠償責任之意旨而自始無效。人民或其家屬曾申請卻因有該條文事由而未受補償者，得準用補償條例之規定，向二二八事件紀念基金會申請補償，不受同法第 2 條第 3 項、第 4 項申請期限之限制，所需經費由行政院編列預算支應。

Section 8, Paragraph 1 Sub-paragraph 2 of Compensation Act refuses to compensate certain types of applicants, so as to limit the scope of people who are qualified for the compensation. However, such differential treatment not only is based on the consideration of distribution of national budgets, but also intends to deny the state's liability to redress the aforementioned people for the human rights infringement they had suffered. It fails to consider the possibility that the victims of the political persecution in the period of illegitimate state were innocent, which may constitute the justification of redress/compensation. In other words, in a sense such failure would make the society believe that the state acknowledge the government can take whatever means to persecute its political opposites in the extraordinary time; it severely contradicts the commandments

of non-recurrence imposed by state's duty to implement transitional justice. Accordingly, it violates equal protection of Article 7 and the state compensation liability of Article 24 of the Constitution, and should be void *ab initio*. People or their families who applied for but were denied the compensation due to the listed limitations shall apply *mutatis mutandis* to the provisions of the Compensation Act, and are qualified to apply for compensation to the Memorial Foundation of 228. They should not be constrained by the statutes of limitation provided by Paragraph 3 and 4 of Section 2 of the Act. Executive Yuan should allocate budgets to supply the necessary funding.

(七) 杜孝生之原住民族身分是否影響其求償權利？

G. Does the indigenous identity of Tu Shiao-Sheng affect his right of compensation?

1. 臺灣歷史發展與原住民族的國民身份

1. The development of history of Taiwan and the national identity of the indigenous people

臺灣原住民族，在清治時代即不屬於清帝國國家主權所及範圍；在日治時期或中華民國不法國家時期，亦均從未以近代國家之國民身分，享有憲法基本權全部或部分之保護。臺灣於 1945 年發生統治權變動之際，原住民族基於何種意思表示，成為中華民國國民？透過何種法律程序成為中華民國之公職人員，且可代表全族意志，成為中華民國法律之適格者？若臺灣原住民族並非自始當然為中華民國國民，則如何能夠成為中華民國法所謂叛亂罪、貪汙罪之被告？

The indigenous people in Taiwan were not subjected to the sovereignty of the Qing government during the Qing rule period. During the Japanese rule period and the period of illegitimate state in the R.O.C., they also had never been recognized as equal citizens, nor enjoyed part or all of the protections of fundamental rights. Did the indigenous people agree to become the nationals of R.O.C. at the time when Taiwan was under the change of control in 1945? Did they become the civil servants of R.O.C. through which legal procedures and who represent the will of all the tribes to agree to become the subject of the laws of R.O.C.? If the indigenous people in Taiwan were not the nationals of R.O.C. *ab initio* and *per se*, how could they become the defendants of the so-called treason or corruption?

2. 原住民族具有歷史連續性的困境無法切割

2. The dilemma regarding the continuity of indigenous history

聯合國與國際人權法規在定義「原住民族」之際，均以承認「原住民族係先於現代國家即已存在」為最重要且關鍵因素，自 1910 年以來，臺灣原住民族雖飽受殖民侵略，然至今仍堅守其固有文化模式、社會制度及法律體系，並依此做為民族存在的基礎，且決意保全、發展其祖先的領域及種族認同，並將其傳承給將來的世代。臺灣原住民族之困境，乃前後兩個具有歷史連續性之統治權所造成，故亦無法單純以「一國之內」「特定時期」為範圍的轉型正義加以解釋，並恢復其權利。

When the United Nations and International Human Rights laws define “the indigenous people”, they both acknowledge the fact that “the indigenous people pre-existed any modern country”, which is crucial for this discussion. Since 1910, the indigenous people in Taiwan suffered from many invasions by different colonists. Nonetheless, they for years insisted on keeping their inherent cultures, societies, and legal systems, which were the basis of the existence of their tribes. They determined to preserve and develop their ancestors’ territory as well as the racial recognition and wished to pass them down to the future generations. Nevertheless, the dilemma of the indigenous people in Taiwan when dealing the issue of transitional justice is that there were two historically consecutive sovereignties involved, so that we cannot simply confine the scope of transitional justice to “a certain country” within “a specific period of time” and apply the aforementioned measures to restore their rights.

3. 憲法與聯合國世界原住民族權利宣言均肯定原住民族之自決權利

3. Both the Constitution and United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples affirm the right of self-determination of the indigenous people

憲法增修條文第 10 條之規定及其所衍生之原住民族基本法，承認原住民族與非原住民族不同，故原住民族具有集體性之民族權，並於國會中進行原住民族權利保障相關立法。然原住民族亦並非當然地成為，而且未來僅能成為中華民國國民。依聯合國世界原住民族權利宣言第 3 條及第 33 條第 1 項，原住民族享有自決權，也有權按照其習俗和傳統，決定自己的身份或歸屬，這並不妨礙原住民獲得居住國公民資格的權利，故在臺灣原住民各民族依此宣言行使自決權之前，本判決的任何內容，都不得解釋為削弱或取消上述的原住民族權利。再者，原住民族的兩種身份權利，

超越我國憲法實務之想像，更是行政、立法機關之責任。

The Article 10 of Additional Articles of the Constitution of the ROC and the Indigenous Peoples Basic Law has been derived from which, both affirm indigenous people are distinctive from non-indigenous people. Therefore, indigenous people shall have the collective right of self-determination, so that they are able to conduct relevant legislation in the congress to protect the indigenous rights. However, the indigenous people do not become the nationals of R.O.C. automatically, nor should they can only become the nationals of R.O.C. in the future. According to Article 3 and Article 33 Paragraph 1 of United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, the indigenous people shall enjoy the right of self-determination, and also the right to recognize their own identity and belonging pursuant to their habits and traditions. This does not prevent the indigenous people from acquiring the right of the citizenship of the country they reside in. Therefore, before Taiwanese indigenous people execute their right of self-determination pursuant to the Declaration, any part of this judgment shall not be construed as reducing or cancelling the abovementioned indigenous rights. Moreover, the dual identities of the indigenous people have already gone beyond the imagination of the constitutional practice of our country, which is the responsibility of both judicial organ and legislative body.

4. 本法庭無權、無能處理原住民族國家認同問題，縱有權、有能亦需迴避

4. This Court does not have the power and capability to deal with the issue of self-determination and national recognition of the indigenous people. Even if it does, the Court still has to recuse itself

綜觀臺灣歷史、聯合國與國際人權法規及憲法增修條文等規定及其所衍生之原住民族基本法，應認中華民國各級法院均無權限、亦無能力對於原住民族之國家認同與想像之權利進行解釋，故原住民族與中華民國憲政秩序間的關係，不在本法庭解釋範圍之內；其是否或如何成為中華民國國民，是否可列為中華民國刑法貪汙罪之被告，本法庭亦無解釋權限；縱能將上述特殊考量帶入本案，但本法庭並無一人具原住民族身分，更對其傳統文化、規範、歷史等所知甚淺，理應迴避。但無論杜孝生是否為中華民國公民，本案中華民國均負有賠償責任，杜孝生案得以前述轉型正義之理由獲得賠償。

After thoroughly taking account of the history of Taiwan, the United Nations and

international human rights conventions, Additional Articles of the Constitution of the ROC, and the Indigenous Peoples Basic Law deriving from it, this court holds that no judge of any R.O.C. court shall have the power and capability to interpret the national recognition and state imagination of the indigenous people. Accordingly, the relationship between the indigenous people and the constitutional structure of R.O.C. is beyond the scope of the interpretation of this court. As for whether they can and how do they become the nationals of R.O.C., or whether they can be named as the defendants of corruption of R.O.C. criminal codes, this court also does not have the power to interpret. Even if the court can take the abovementioned considerations into account in this case, no judge in this court has the indigenous identity, nor does any of them know well about the traditional culture, norms, and history of the indigenous people. The court should recuse itself. However, no matter Tu Shiao-Sheng is the citizen of R.O.C. or not, R.O.C. should be liable for the compensation in this case. Therefore, Tu Shiao-Sheng shall be compensated for the abovementioned reasons in the framework of transitional justice.

3. 審理結論：

III. Conclusion and enforcement of this Judgment

(1) 杜銘哲聲請案及黃國昌等立委聲請案之審理結論

A. The concluding judgment of *Ex parte* Tu Ming-Che and *Ex parte* Huang, Kuo-Chang

1. 臺灣戒嚴時期歷經長年威權統治，人民遭到全面監控與箝制，軍事審判制度淪為統治者整肅異己之工具，任意以舊刑法第 100 條第 1 項規定、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等羅織入罪，再依最高統治者之意志決定人民生死。基於公政公約第 2 條第 3 項規定以及公政公約第 31 號一般性意見，上開法律抵觸自由民主憲政秩序均屬違憲。

1. During the Martial Law period, Taiwan was dominated by the authoritarian government for almost four decades, during which people had lived under full control and surveillance. The dictator took the military tribunal system as the tool to purge political rivals by convicting them crimes provided by Article 100, Paragraph 1 of the 1935 Criminal Code, Act Governing the Punishment of Rebellion, or the Espionage Law of the Period of the Communist Rebellion. In fact, the dictator had the supreme power to

determine whether people live or die at his will. The said provisions all contradict the constitutional value of the democratic constitutional order and violate the Article 2, Paragraph 3 of International Covenant on Civil and Political Rights and General Comment No. 3.

2. 國安法第 9 條第 2 款前段規定限制人民上訴權利，違反憲法第 16 條訴訟權保障及公政公約第 2 條第 3 項規定國家所負之轉型正義義務，故自始無效；司法院釋字第 272 號解釋應予變更。立法機關應於一年內就戒嚴時期戒嚴地域內經軍事審判之已確定非現役軍人刑事案件之上訴程序、管轄法院、上訴權人、上訴期間、卷證檔案保存與移交等事項以法律明定之。法律修正或制定前自判決公布之日起，受裁判者及其家屬得向臺灣高等法院上訴，不受刑事訴訟法上訴期間之限制，並得依刑事訴訟法聲請法院就任何人持有之相關檔案或卷證保全證據。

2. The First sentence of Article 9, Paragraph 2 of the National Security Act is void *ab initio* because the said provision restricts people's right to appeal, which violates the right to institute legal proceedings provided in Article 16 of the Constitution, and the duty to implement transitional justice provided in Article 2, Paragraph 3 of International Covenant on Civil and Political Rights. To this extent, the holding of J. Y. Interpretation No. 272 is hereby revoked. In order to redress those who were not in active military service but involved and convicted in criminal cases adjudicated by the military tribunals during the Martial Law period, the legislative body should amend or enact the laws to prescribe the procedures of appealing, jurisdiction of court, people who are qualified to appeal, statutes of limitation for filing an appeal, and the procedures to preserve or sent archives and evidence within one year from the announcement of this Judgment. Before the law was revised, the convicts and the convicts' relatives can file appeal to Taiwan High Court, the restrictions of statutes of limitation in Article 349 of the Code of Criminal Procedure notwithstanding. Further, they can apply to court for perpetuation of archives, files or evidence in accordance with the Code of Criminal Procedure.

3. 因上開國安法之規定，臺灣於民主化之後無從以符合憲政原則之司法重新評價過去對人權造成之不法侵害，立法者又未承認戒嚴時期軍事審判制度不法而制定法律賠償受裁判者，在此範圍內，補償條例之法律名稱與立法目的與憲法第 24 條國家賠償責任之意旨不符。

3. The aforementioned provision of National Security Act has restricted judicial institutions' power to follow constitutional principles and to re-exam those unlawful infringement of human rights. Further, the legislators did not enact any relevant laws to

redress those convicts who were tried by the unlawful military tribunals, given that they should have recognized and acknowledged the illegality of the military tribunals during the Martial Law period. To this extent, the name and the purpose of enactment of the Compensation Act is not in conformity with the meaning and purpose of Article 24 of the Constitution, which provides with the right to claim compensation from the state.

4. 補償條例第 2 條第 2 項規定之受裁判者僅以終局裁判定罪之罪名為內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例之罪界定補償對象，未能涵蓋觸犯其他罪名卻因政治因素遭移送軍事審判經裁判有罪或交付感化裁定確定之受裁判者，使其權利受國家不法侵害卻未能獲得回復，違反憲法第 7 條平等原則，司法院釋字第 477 號解釋與上述意旨不符部分應予變更。

4. Article 2, Paragraph 2 of the Compensation Act rules out the possibility for those who were convicted on charges other than sedition, treason or those in Espionage Act in the Period of Mobilization for the Suppression of Communist Rebellion, or were sent to the reformatory education in the Martial Law period on the ground of political reasons, to acquire compensation from the state. Therefore, it violates the principle of equality provided in Article 7 of the Constitution. To this extent, the holding of J. Y. Interpretation No. 477 is hereby modified.

5. 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定雖旨在限定補償範圍，排除非冤、錯、假案之受裁判者，惟戒嚴時期軍事審判制度與內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、戡亂時期檢肅匪諜條例均為統治者箝制思想及言論自由之工具，同屬不法國家之法律體系，無論受裁判者是否確實以強暴脅迫著手實行內亂，軍事審判之發動與運作違背正當法律程序乃為事實，如不予賠償有違憲法第 24 條，故自始無效。受裁判者或其家屬曾向補償基金會提出補償金之申請，因有補償條例第 8 條第 1 項第 2 款之事由而未受補償者，得於判決公布之日起，準用補償條例之規定，向二二八事件紀念基金會申請補償，不受補償條例第 2 條第 3 項、第 4 項申請期限之限制，所需經費由行政院編列預算支應。

5. The legislative purpose of Article 8, Paragraph 1, Subparagraph 2 of the Compensation Act limits the scope of redress, ruling out the convicts who suffered miscarriages of justice, misjudged cases, or wrongful cases. However, the said provision contradicts Article 24 of the Constitution and is hereby announced void *ab initio* on the ground that the initiation and operation of military tribunal had been in violation with the due process, no matter the convicts committed sedition by using threat or violence or not. The authoritarian regime, under legal system of illegitimate state, took following rules as

tools to offend and suppress the freedom of thought and speech. These rules include military tribunal system, the crime of sedition or treason, the Act Governing the Punishment of Rebellion, and the Espionage Law of the Period of the Communist Rebellion. The convicts and the convicts' relatives, who filed redress application and were rejected by the Compensation Foundation in accordance with Article 8, Paragraph 1, Subparagraph 2 of Compensation Act, shall file redress application to the 228 Memorial Foundation after the announcement of this Judgment, applying *mutatis mutandis* to the Compensation Act, the restrictions of period for redress application in Article 2, Paragraph 3 and 4 of the Compensation Act notwithstanding. Executive Yuan should allocate budgets to supply the necessary funding.

6. 立法機關應一年內就戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例之法律名稱、立法目的、適用對象與檔案調閱範圍修正。本判決公布至補償條例修正前，因觸犯內亂罪、外患罪及戡亂時期檢肅匪諜條例以外之罪，基於政治因素考量受軍事審判有罪判決或交付感化者及其家屬，均得準用該條文向二二八事件紀念基金會申請補償，不受同條例第 2 條第 3 項、第 4 項申請期限之限制，所需經費由行政院編列預算支應。

6. The legislative body shall amend the title, the legislative purposes, the subject of applicants, and the scope of retrieving archives of the Compensation Act within one year from the announcement of this Judgment. Before the amendment of the Compensation Act, the convicts who were convicted on charges other than sedition, treason, or those in Espionage Act in the Period of Mobilization for the Suppression of Communist Rebellion, or were sent to the reformatory education in the Martial Law period, and the convicts' relatives, can file compensation application to the 228 Memorial Foundation, applying *mutatis mutandis* to the Compensation Act, without the constraint of statutes of limitation for applying redress in accordance with Article 2, Paragraph 3 and 4 of the Compensation Act. Executive Yuan should allocate budgets to supply the necessary funding.

7. 聲請人杜銘哲所提有關戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償決定繫屬於臺北高等行政法院之訴訟案件，該院自本判決公布之日起，應遵循本判決之意旨，為適法之裁判。且杜銘哲案當事人杜孝生雖為鄒族原住民，然無論其是否同時為中華民國國民，中華民國就其損害均負有國家賠償責任。

7. The Taipei High Administrative Court should make a decision pursuant to the ruling of this Judgment on the case raised by the Petitioner, Tu Ming-Che, in respect of the redress decision based on the Compensation Act that is currently pending before

Taipei High Administrative Court. Further, given the fact that the petitioner, Tu Ming-Che is a Tsou tribesman, no matter he is simultaneously a national of the ROC or not, the ROC government should redress Tu Ming-Che's damage based on the duty of the state.

(2) 行政部門與立法部門應履行之轉型正義義務

B. Both the administrative agencies and the legislative body should implement their duty to fulfill transitional justice

1. 政治檔案法之立法

1. The enactment of the political archives act

知悉真相、記憶歷史是全體國民不可剝奪的權利，不法國家時期之政治檔案與相關史料的保存、彙整與開放應用，是轉型正義必要且迫切的基礎工程。為免其佚失、隱匿、變造或毀損，立法院應制定或修正法律，就不法國家時期各級政府機關、國民黨及其附隨組織、人民或團體保管或所有之相關政治檔案與史料之徵集、彙整、保存與開放運用通盤規範。相關法律制定或修正前，各機關依檔案法應定期保存 1991 年 5 月 1 日以前之檔案，不得銷毀。

Knowing the truth and remembering the pass are the inalienable rights of the citizen. Hence, preserving, compiling, and promoting open access to political archives and relevant archival materials of the period of illegitimate state is the necessary and urgent infrastructure to fulfil transitional justice. To prevent the state from losing, concealing, altering, or destroying political archives, the legislative body should amend relevant laws to regulate how to collect, compile, preserve, and promote open access to the relevant political archives and archival materials made by the central government agencies and the local government agencies, KMT Party and its branches, the citizen, or organizations during. Governmental agencies should preserve all archives prior to May 1, 1991 as temporary records and should not destroy any part of the archives before the said law enacted or amended.

2. 追究戒嚴時期黨國一體制度下執政黨之不法責任

2. Undertaking investigation and prosecuting the unlawful act conducted by the ruling party under particracy system during Martial Law period

動員戡亂時期及戒嚴時期因一黨獨大及黨國不分而係不法，故究責時須處理不

法時期執政黨不法侵害之責任。臺灣的轉型正義由當時威權政黨中國國民黨發動，其相關立法、行政措施以及司法院釋字第 272 號解釋均無意追究加害人之責任，造成在追究轉型正義責任時，彼時之加害政黨因如今僅是人民團體而逃脫國家責任。履行轉型正義之國家義務時須正視上述情狀，故立法機關應檢討追究加害者責任之法律障礙，使受害者得對個別加害者究責；立法機關亦應修法或立法，就國家對受害者所為之賠償，得向中國國民黨及具體個案中之加害人究責，彰顯「元凶為中國國民黨黨國體制」。

It is necessary to undertake investigation and prosecution of the unlawful infringement conducted by the ruling party, because the one-party dominant state and particracy itself had made relevant acts in the period of National Mobilization for Suppression of the Communist Rebellion and Martial Law Period unlawful. In Taiwan, it is the KMT, the authoritarian party in the Martial Law period, who initiated the transitional justice process. As a result, KMT's legislative and administrative measures, as well as J. Y. Interpretation No. 272, all showed that the authority had no genuine will to investigate and prosecute the perpetrator. Under such circumstances, the former authoritarian party although as it claimed has transferred to a modern political party, but it refused to take responsibility for what atrocities KMT had done in the Martial Law period. The legislative body should bear in mind the aforementioned difficulties and deal with the obstacles that the judicial system may face when it identifies the perpetrators, so as to ensure that a court has the power to deal with any criminal case in which a convict was a victim under authoritarian era. Besides, what is crucial is to emphasize the concept "the key perpetrators was KMT party-state regime" during the legislative process; hence the legislative body should enact or amend the laws to address that, after redressing the victims, the state authority shall have the right to reimbursement from the KMT or the perpetrators who are identified in specific cases.

3. 設立真相與和解委員會

3. Establishing a Truth and Reconciliation Commission

相較刑事法院受限於嚴格證據法則而難以揭露人權侵害犯罪的邊緣案例，真相與和解委員會更能揭露不法國家時期完整的犯罪圖像以追求正義、促進國家咎責，並滿足受害者之期待。行政與立法部門應參考聯合國人權委員會之打擊有罪不罰原則及外國真相委員會的立法例與實踐經驗，設置真相與和解委員會，提供誘因使罪行輕微之加害者有機會和受難者面對面說出真相，修復受難者因不法國家所造成社

會關係之裂痕，防止未來人權侵害案件的發生。

The Truth and Reconciliation Commission plays a significant role to disclose the whole picture of crimes conducted by the illegitimate state, so as to seek justice, and encourage the state to investigate and prosecute perpetrators, as well as to satisfy victims' expectation. The Commission is a better setting than the criminal court system, because the latter is restricted by the strict rules of evidence and thus given such conditions, it is difficult for the latter to disclose the marginal criminal cases against human rights. The administrative agencies and the legislative body should refer to the principles to combat impunity set by United Nation Human Rights Council and foreign countries' legal system and practices for establishing the Truth and Reconciliation Commission, and establish a similar organ in Taiwan. Simultaneously, in order to prevent recurrence of violations of human rights in the future, the authority should provide incentives to encourage perpetrators who committed misdemeanors, by facilitating chances for them to admit their crimes and speak out the truth to the victims face to face when recovering victims' trauma and the crack in social relations made by the unlawful state.

修訂：官曉薇、孫迺翊

順序依照譯者姓氏筆畫順序排列：
吳奐廷 博士候選人
美國加州大學柏克萊分校

陳盈如律師
國立交通大學科技法律研究所碩士
國立臺灣大學法律學系學士

鄭忻忻律師
國立交通大學科技法律研究所碩士
國立政治大學外交學系學士、法律學系學士

模憲字第 4 號、第 5 號判決部分不同意見書

大法官 陳瑤華 提出

本判決書在「伍、審理結論」部分提出兩方面的結論：一是杜銘哲聲請案及黃國昌等立委聲請案；另一部分則是行政及立法部門應履行的轉型正義責任。針對後者，判決書提出三點：1. 政治檔案法之立法及政治檔案之保全；2. 追究戒嚴時期黨國一體制度下執政黨之不法責任；以及 3. 建立真相調查的機制。此三點在大法官們討論及投票後，除政治檔案保全部分有進入主文外，其他有關政治檔案法之立法、追究戒嚴時期黨國一體制度下執政黨之不法責任、建立真相調查的機制等結論則未放入主文。主要因為多數大法官認為此三項結論涉及司法權界限以及聲請案件辯論範圍的問題，聲請範圍及爭點並未及於政治檔案法之立法、追究戒嚴時期黨國一體制度下執政黨之不法責任、建立真相調查的機制，雖對於此三項結論之內容所有大法官見解一致並無異議，但針對是否放入主文，最終大法官以 1 票贊成 7 票反對，決議不將以上三項結論放入主文。

針對司法權界限及聲請案件討論範圍的拘束問題，本席意見如下：

首先，司法權在從事轉型正義的政治工程最常涉及的兩難在於：一方面必須批判法律，以解除不法體制造成的專制統治之遺緒；另一方面亦須維護法律，以建立符合民主法治的憲政秩序。本判決書相關法條的違憲判決，不但涉及立法及行政部門對於特定法條的全面檢視及變更，同時亦涉及未來司法救濟途徑的重新開啟。若本判決主文僅限於違憲審查聲請的範圍，而缺乏之後具體立法及修法之目標及其他非司法救濟途徑之指陳，無法真正回應不法國家體制的遺緒之問題。

其次，面對過去不法國家的大規模制度性人權侵害，所涉及的加害及被害層面既廣且深，非現行單一行政、立法及司法部門所能承擔。本案的相對機關訴訟代表主張本法庭不應受理此聲請案，即認為轉型正義應由立法部門來發動，不應由司法部門來承擔。但本庭以實際行動彰顯轉型正義並非只是立法部門之職責，而是可以從特定的個案的人權侵害看到立法之不足，以及行政權需要在轉型正義方面所作的努力。

再者，各國轉型正義的經驗皆顯示維護個人真相、正義及賠償權利不只限於刑事的再審及上訴，真相的調查及和解機制有可能更能發掘比刑事上訴及審判更廣泛

的真相、正義及賠償。根據 2005 年聯合國安理會第 1564 號的決議文段落第 617¹：在犯罪的光譜十分廣泛的不法國家統治時期，真相與和解委員會能比刑事審判發掘更廣泛的真相、更滿足受害當事人及其家屬追求正義的需求。即使其所受理的個案，並不涵蓋重大人權犯罪之個案，但對於中、低度的人權犯罪個案，真相與和解委員會能比刑事審判更能達成咎責的效果，保障受害者當事人及其家屬之權利。

最後，真相調查及和解機制之實際運作，有時必須獨立於現有行政、司法及立法機構之外，因其揭露的真相及訴求的正義及賠償，有可能就是針對以上部門各機關的組織、檔案及其人員。所以，到底應由哪一部門發動轉型正義的咎責、賠償、追究真相之責，並沒有清楚的界限。

因此，本席認為審理結論中對行政及立法部門的三點要求，其實是本庭對於聲請人聲請及相對機關爭執司法機關究竟是否具有權限要求立法行政機關積極作為之回應，理應放入主文二之後，成為主文三。試擬主文三如下：

主文

三、立法及行政機關應於本判決公布日起一年內，建立真相調查及追究黨國體制加害責任之機制。為促成以上轉型正義工程之實現，各機關依檔案法定期保存之中華民國 80 年 5 月 1 日以前之檔案，不得銷毀。

¹ “[A] Truth and Reconciliation Commission could play an important role in ensuring justice and accountability. Criminal courts, by themselves, may not be suited to reveal the broadest spectrum of crimes that took place during a period of repression, in part because they may convict only on proof beyond a reasonable doubt. In situations of mass crime, such as have taken place in Darfur, a relatively limited number of prosecutions, no matter how successful, may not completely satisfy victims’ expectations of acknowledgement of their suffering. What is important, in Sudan, is a full disclosure of the whole range of criminality.”
- (Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, 25 January 2005, p156, para 617.)

模憲字第 4 號、第 5 號判決部分協同意見書

大法官 吳豪人 提出
大法官 林孟皇 加入
大法官 高煒輝 加入
大法官 陳瑤華 加入

本席對於本件解釋與結論敬表贊同。惟有關杜孝生案中，杜孝生之原住民族身分，與中華民國憲政體制（包含不法國家時期與民主憲政時期）之間，乃至於與臺灣追求轉型正義實踐之間，究竟具有何等關聯？或因格式與篇幅之限制，於本件解釋中，除了歷史事實的確認、憲法釋義學與國際人權法典的對照之外，並未能就兩者之間的基礎理念闡明俱全。謹簡要補充意見如下。

一、轉型正義理念與原住民族法理念

轉型正義理念來自於修復式正義理念，而修復式正義理念卻來自於原住民族的傳統法律思想。不法國家理念來自於納粹經驗，而納粹經驗卻來自於法律實證主義＝近代市民法體系。我國現行憲政秩序自始即服膺近代市民法體系，並且否認原住民法體系。在此大前提之下，出現一個荒誕的場景：為了否定不法國家、追求自由民主憲政體系，我們必須改革、超越法律實證主義與近代市民法體系的基本設定。而我們之所以有可能成功，是因為借助了修復式正義、轉型正義的理念，進行法律體系的典範轉移。然而這個新的典範，卻正是來自於我們所持續否定的原住民族法體系。換言之，我們一方面熱烈追求民主憲政秩序，但同時卻持續迫害提供我們典範轉移關鍵的原住民族。

我們是蠻族。我們消滅了羅馬，卻繼承了羅馬法。

二、中華民國與原住民族

臺灣原住民族是否當然為中華民國之國民，本有重大疑義。本案解釋所處理者，均與轉型正義密不可分。然而世界各國之轉型正義，其範圍無不限縮在一國之內。在「釐清真相、追究加害人責任、加害人道歉賠償、被害人獲得補償與療癒、社會

走向和解」的轉型正義公式中，所謂的「和解」，所謂的「never again」，均僅限於同一個國家內部之和解。而原住民族與中華民國之間，卻是一種可以上溯到日本帝國時代的殖民者與被殖民者關係。若原住民族不必然為中華民國國民，則中華民國就過去對與原住民族所施加之侵害進行道歉與賠償，便非轉型正義概念所能涵括，因為原住民族可能願意跟中華民國和解，卻並不必然願意因此與中華民國合而為一。陳水扁前總統與原住民族所簽訂之「新夥伴關係」之中，特別強調中華民國與原住民族之間乃是一種「準國與國之間的關係」，其根本理由正在此處。

三、臺灣原住民族處境分析

廣義而言，轉型正義只有放在近代國家的歷史脈絡裡才有意義。希特勒納粹／史達林蘇共／中國國民黨與共產黨，都是近代的產物，當他們被超克之際，代之而起的，不是另一家異姓稱王稱帝，而是整個政治典範的轉換。相反的，張良荊軻刺殺秦始皇，並不是轉型正義，而只是復仇。因為代之而起的，全都是秦始皇，所以無所謂轉型。就此意義而言，原住民族的轉型正義問題，也只能夠從原住民與第一個出現於臺灣的近代型國族國家——日本殖民時代談起，而與清治時期無涉。殖民主義當然是苛政、暴政，但殖民者宗主國仍然可能是高度現代化的國家——至少在那個時代如此。宣示殖民主義結束的，一般而言都是被殖民者的政治獨立，在主權上與殖民宗主國明確切割。因而此時所產生的殖民傷痕問題，便會被歸類於後殖民主義，是兩個獨立國家針對歷史恩怨的清算，而與轉型正義無關。

從 1910 年日本總督佐久間左馬太開始積極「理番」，臺灣的原住民族被捲入近代國家的自我想像運動中，至今已經足足有 106 年的歷史。對於原住民族而言，這是一場不折不扣的民族浩劫，而且直到目前為止，我們也還看不到這場浩劫的終點。臺灣原住民族目前的處境其實是很絕望的。因為憲法上的平等宣示，似乎與歷史的不正義所造成的現狀／處境，有著太大的落差。換句話說，殖民主義的傷痕並不因殖民主義的宣告終結而獲得痊癒。相反的，治療才剛要開始。然而傷痕是如此巨大，大到文化與族群認同的社會根基早就被破壞殆盡。

有一個重要的事實，經常被主流社會忽略——在臺灣這個多族群社會裡，我們幾乎看不到原住民各族對於所謂漢人的主流社會使用仇恨語言（hate speech），遑論暴力復仇（反而是所謂的「漢族」之間，經常在上演這種戲碼）。這種少數對多數的寬容，被害人對加害人的寬恕，對於社會終將回復正義與正常秩序的信心與等待，正是修復式正義與轉型正義精神的最佳詮釋。而本席認為，這種寬恕的態度，至少從戰後起算，已經成為一個原住民跨族群的「嶄新的傳統規範」。他們用自身的苦難，向主流社會的加害者與社群殷殷解說：什麼是修復式正義，什麼是轉型正義。但是

他們從臺灣主流社會得到的回應，可說冷漠到了極點。

同時，在他們自己的族群之中，也因為中華民國的持續殖民，出現了更難以彌補的創傷。阿美族以撒克·阿復教授曾沉痛的控訴：

「在我們的這個時代，距離公義和和平仍然很遙遠，挫折與幻滅卻是如此的接近；距離我們祖先的傷口和我們自己犯錯的時代仍然很近，近到其間的醜惡教我們戰慄，不敢直視，發出的惡臭教人掩鼻。

我們的時代掙扎過，也戰慄過。我們的時代傾塌過，也死滅過，雖然苟延殘喘存活下來了，卻是教人鄙夷。

歷史的記憶和救贖，必須從承認前一世代影響之深遠開始，承認我們是時代之子，是時代的產物，身上同時秉賦了時代的光明與黑暗、風華與悲涼、神聖與墮落，否則，陷入自怨自艾的窠臼中，無法自拔。」

這段話，正是站在被害人立場的，對於轉型正義的反省。滔天巨惡的特徵，就是裹脅全體國民成為共犯，逼迫全體國民撒謊，尤其是對自己撒謊。受害人必須比加害人更擁護加害人的邏輯，更相信加害人撰寫的歷史，而結果當然就是否定了自己曾經受害過的歷史。且不說被黨國體制或殖民政府刻意培植的原住民「菁英」身上，常常可以看見這個特質；同樣的情形，在所謂漢人當中，更是常見。有這麼多否定被害歷史的被害人，怎麼可能有什麼轉型正義？

故爾，本席絕難自我說服：如果原住民族有真正的選擇權，他們竟會欣然成為中華民國之一員。

四、結論

正是基於上述理由，本法庭便不能亦無權宣稱：杜孝生的原住民族身分，使得杜孝生案的平反與其獲得賠償的權利，是一種轉型正義的實踐。充其量，這只是去殖民，或加害國回復被殖民國權利的歷史正義的嘗試。本號判決中所謂「原住民族與中華民國憲政秩序之間的關係，不在本法庭解釋範圍之內。同理，本判決僅點出：無論杜孝生是否為中華民國國民，於本案中，中華民國均負有賠償責任，至於杜孝生是否或如何成為中華民國國民，是否可列為中華民國刑法貪汙罪之被告，本法庭亦無解釋權限」云云，並非放棄大法官憲法上之職責，相反的，乃是維護大法官之人性尊嚴，免於被中華民國裹脅而參與殖民犯行的危險。同時，也免於重蹈釋字第 719 號各協同、不同意見書所顯示的，對於原住民族被殖民歷史的全面性無知與輕佻。

模憲字第 4 號、第 5 號判決協同意見書

大法官 林孟皇 提出
大法官 高涌誠 加入
大法官 陳瑤華 加入

對於應否受理黃國昌等 30 位立法委員提出的釋憲聲請案部分，本法庭 8 位大法官雖然對於是否符合「修法未果」要件有不同意見，但都同意受理這部分的釋憲聲請，並提出三份意見書。由此可見轉型正義工程在臺灣社會的重要性與迫切必要性，讓模憲法庭不得不儘速受理，卻也同時凸顯大法官們對此議題有不同的思考路徑與論證方向。同理，對於判決主文所宣告的各項結論，本席雖全部贊同，但對於若干爭點的論證說理，本席認為多數意見所持理由，尚有補充的必要。因此，補充論述如下：

一、推動轉型正義不是清算而是落實國際人權憲章的要求

（一）司法院大法官應自我克服、建立經得起檢驗的審查標準

本件兩個釋憲聲請案所要處理的，都涉及過去在中國國民黨（以下簡稱國民黨）威權統治時期國家暴力對人權所為的迫害，而應如何獲得真相、予以補償、回復名譽等議題，也就是通稱的「轉型正義」工程。所謂「轉型正義」理念，是為處理專制、威權統治所犯下的侵害人權、集體暴行而提出，尤其是 1970 年代末期第三波民主化後，新興民主國家如何處理前政府所犯下的不義行為，伴隨著民主化而成為全球議題。然而，何謂「正義」？如何避免論者可能擔心的：假借「正義」之名，行黨派「清算鬥爭」之實¹，以及挑起族群對立等等問題，都是值得深切警惕的。而我國職司違憲審查的司法院大法官如果想要從過去威權統治時期「政權的維繫者」，翻轉一躍為「人權的維護者」、「憲法的守護者」，善盡守護民主、保衛憲法的職責，即該以經得起檢驗的標準，來審查威權統治時期公權力的相關作為，以服膺本法庭在這次判決所提的：「轉型正義不是戰勝者的征服行動，而是指由獨裁過渡到民主過程

¹ 葉慶元，〈調查白色恐怖 下一波鬥爭〉，中國時報，2016 年 12 月 16 日，A13 版。

中，國家面對過往國家歷史的自我克服」²。本法庭這次的判決，只是一個開端而已。

處理威權統治時期國家不法行為的審查標準為何？如何減少甚至避免言人人殊？新興民主國家所追求的轉型正義，與前近代國家在政權更迭後新政權對舊政權之政治報復的最大區別，在於對法治國原則的堅持；唯有在法治國的規範理念下，轉型正義才能不被貶抑成「勝利者的正義」，其實踐也才能真正促成一個尊重人性尊嚴的理性法律文化的重建與發展³。因此，本席以為，遵從國際社會經由許多國際公約所建立的普世價值，是最經得起檢驗且可行的一條路。而世界人權宣言、公民及政治權利國際公約（以下簡稱公政公約）、經濟、社會及文化權利國際公約（以下簡稱經社文公約）等三份重要的人權文件，已被定義為「國際人權憲章」，其表明聯合國認為這三份文件為國際上最基礎、最重要的人權標準，是當代得到普遍接受的最低人權標準的最權威表達⁴。其中，世界人權宣言將作為一個享有人性尊嚴的人所應擁有的人權逐一系列，宣示了人權保障的理念與範疇，另兩個國際公約則分別規範了自由權及社會權的重要性及保障範圍。

我國本是世界人權宣言的簽約國甚至是主導的國家之一，而為了實踐兩公約，更已於2009年4月22日制定公布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。該施行法第2條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力」，第3條也規定：「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」。而如本法庭判決所敘明的，這三份國際人權憲章及兩公約人權事務委員會所作的相關解釋，都針對轉型正義議題課予國家一定的義務，即應成為憲法法庭審查的標準，並藉此宣告國人：這不是清算，這是回復憲政、重申法治、確保人權。何況德國及若干東歐國家憲法法院在建構法治國家過程中，為處理過去極權政府所遺留的實質正義與法安定性何者優先的兩難問題時，適時援引國際法規範作為例外情形溯及既往追求實質正義的依據，足資借鏡，也讓實質正義內涵的具體審查標準得以補強，因為以國際法作為追訴戰爭及違反人性罪行的法源，堪稱是國際法在二次世界大戰以後最重要的發展，是實質正義「實證法化」、「國際法化」的重要成果⁵。

² 如果轉型正義是反省的開端，是面對過往國家歷史的自我克服，則在過去時常扮演威權專制政權統治工具的司法院大法官，更該藉著受理類似本件的釋憲聲請案，重新檢視、變更自己過往所作的憲法解釋，以善盡保障人權、捍衛憲法與民主的職責。

³ 蘇俊雄，〈轉型正義與刑法正義〉，中研院法學期刊，創刊號，2007年3月，頁70。

⁴ 公政公約、經社文公約第5條第2項：「對於本公約任何締約國中依據法律、慣例、條例或習慣而被承認或存在的任何基本人權，不得藉口本公約未予承認或只在較小範圍上予以承認而加以限制或克減」的規定，都寓示本公約保障的權利，僅僅代表一個最低限度標準。

⁵ 吳志光，〈東歐民主轉型國家憲法法院對法治國家建構之影響——兼論對我國違憲審查經驗之啟示〉，收錄於劉孔中、陳新民編《憲法解釋之理論與實務》，第三輯·下冊，2002年，頁460、490-491。

必須澄清的是，世界人權宣言本是一個道德指引式的宣言，而我國又於 2009 年間才肯認兩公約具有國內法律的效力，本法庭又怎能藉著這些國際人權憲章去檢驗發生在 1950 年代的兩個釋憲聲請中的案例事實，或其他更久遠的人權迫害案件？對此，應先釐清兩公約對一國的拘束力，以及憲法法庭與普通法院（含行政法院、公務員懲戒委員會）間在適用兩公約間的差異性。首先，公政公約包含了被稱做「第一代人權」的傳統人權，這些權利在 18 世紀末、19 世紀的大革命中，被大多數民族國家規定到其憲法中，「公民權利」是保障個人自由「不受國家的侵犯」，「政治權利」則保障「參與國家管理」的民主自由，公政公約不僅為國家設定了克制實施某些行為的義務，也被理解為可以直接適用，並且導致直接實施的義務；反之，經社文公約規範的是屬於「第二代人權」，經濟、社會與文化權利具有相對性，只能通過與締約國的經濟、財政及其他條件相適應的積極措施來實施，締約國所負的是「採取步驟」、「逐漸達到本公約中所承認的權利的充分實現」⁶。

另外，當立法院通過兩公約施行法時，並非建構兩公約的憲法地位，而是立法者填補或擴充我國憲法基本權利的範疇與內涵，公政公約的權利保障規定，已有國內法地位，普通法院應該依職權適用，不待當事人主張，如有應適用而未適用公政公約，應被認為是判決違背法令，得為第三審上訴及非常上訴⁷；相較之下，兩公約既然不具有憲法地位，而憲法法庭從事的法律違憲審查、為憲法解釋中最後說話的人（一槌定音），兩公約施行法不排除成為違憲審查的客體，何況公政公約所彰顯的只是最低的人權標準，則本法庭在解釋憲法基本權利相關規定時，雖可參照公政公約規範的權利內涵，卻可以更高的人權標準要求立法、行政部門開展積極作為。雖然如此，再從時間順序來看，中華民國憲法於 1947 年 1 月 1 日公布、同年 12 月 25 日正式施行；聯合國大會於 1948 年 12 月 10 日通過世界人權宣言，於 1966 年 12 月 16 日通過兩公約，並分別於 1976 年 1 月 3 日、1976 年 3 月 23 日正式生效，主要的國際人權體系也因此才開始建立。也就是說，這三份國際人權文件通過於中華民國憲法施行之後，制憲者根本無法預測日後國際社會會在聯合國的主導下，經由許多國際人權公約而建構出一套國際人權體系，中華民國憲法自不可能對他們有所明定，則在中華民國憲法所建構的自由民主憲政秩序下，法院該怎樣適用這三份國際人權文件或其他國際公約？

⁶ Manfred Nowak 著，孫世彥、華小青譯，《公民權利和政治權利國際公約》評注，修訂第 2 版，2008 年，頁 63-64。

⁷ 廖福特，〈法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約〉，台灣本土法學雜誌，第 163 期，2010 年 11 月，頁 52-53。

（二）憲法法庭應以普世性的標準作為轉型正義的價值內涵

雖然世界人權宣言及兩公約訂頒在我國憲法之後，但從聯合國憲章前言所提到：「我聯合國人民同茲決心欲免後世再遭今代人類兩度身歷慘不堪言之戰禍，重申基本人權，人格尊嚴與價值，以及男女與大小各國平等權利之信念，創造適當環境，俾克維持正義，尊重由條約與國際法其他淵源而起之義務，久而弗懈」，可見因為記取二次世界大戰的教訓，確保基本人權、維護人格尊嚴與價值已為普世價值，世界人權宣言、兩公約或其他國際人權公約無非再重申、具體化人權內涵而已。而雖然人們常說人權是西方啟蒙運動的產物，但與其說啟蒙運動是西方權利的泉源，倒不如說它是開始於超過 1,000 年前的漫長的權利思想長河上的一個分水嶺。1075 年教皇格里高七世發起教皇革命，高呼教會有免於政府與封建控制的自由；1215 年英國大憲章確保英國教會擁有全部不可侵犯的權利、所有的「自由民」享有各種自由等等；中世紀教會法學家將權利奠基於自然法與古老憲章，新教改革者將它們奠基聖經文本與神學人類學，歐洲與北美的啟蒙運動作家將權利奠基於人性與社會契約，這些中世紀的權利憲章成為後來革命者用來證明其反對專制與暴政政府的合法性的原型⁸。

也就是說，「人權」的觀念在西方社會由來已久，從英格蘭在 1215 年的大憲章、1628 年的權利請願書與 1689 年的權利法案、1776 年的美國獨立宣言與 1791 年的權利法案、1789 年法國大革命的人權與公民權利宣言等等，聯合國通過的世界人權宣言與兩公約只是人權的更進一步具體化與普世性而已。據此，可否因此說人權是舶來品？而華人社會有自己的儒家倫理，或所謂的「亞洲價值」，不需受此拘束？然而，這是文化相對主義者的論點，並作為「國家主權不容干預」的遁詞。事實上，世界人權宣言的制定，有來自亞、非、澳、南美等各洲國家及許多非政府組織的共同努力，當時的美、英、蘇等強權，根本不想制定（涉及「民族自決」問題），亦即世界人權宣言並非西方文化的產物。尤其在世界人權宣言第 1 條研擬過程中，聯合國安全理事會中華民國代表、聯合國人權事務委員會副主席張彭春認為「理性」較傾向西方的哲學思想與文化傳統，且個人主義色彩過濃，不適宜非西方世界理解及應用此條文，因而建議加入「良心」（因英文並無對應文字，最後改用「良知」），並引用儒家「仁者，人也」作說明，人之為人，在於人能彼此互動並「同其情」。他只提出「仁」的概念，而非整套儒家的哲學與政治思想，是因為他意識到建立國際人權標準

⁸ John Witte, Jr. 著，苗文龍、袁瑜琿、劉莉譯，《權利的變革：早期加爾文教中的法律、宗教和人權》，2011 年，頁 27-34。

的脈絡，必須找到一個彼此可以接受的標準，而非以地域為限⁹。

公政公約所規範的是傳統人權，這些「第一代人權」在 18 世紀末、19 世紀的大革命中，被大多數民族國家規定到其憲法中，已如前所述。而美國作為人類社會第一個制定成文憲法的憲政民主國家，其憲法的「崇高性」藉助了宗教信仰的傳統，源自人與上帝之間的「神聖」契約；制憲者將這種宗教意義上的、神聖的法律概念移植到世俗的憲法本身，通過人民的批准，憲法獲得了一種與上帝（神）的契約同等的神聖地位。美國憲政的實踐同時包含至少兩個主要內容：一、關於「權力」（包括國家與政府權力）的建構與運用；二、關於「權利」（公民的個人與集體的權利）的建構、享有與保護。也就是說，美國憲政發展的核心問題，往往是權力憲政與權利憲政的互動產生的問題¹⁰。而現代憲政主義的核心精神，正是人權的保障與政府權力的分立制衡，這也是以孫文為首推翻滿清、建立中華民國後，歷任政府所頒訂國家基本大法的核心精神¹¹。因此，可以說：1912 年推翻長期的君主專制制度、建立民國以後，歷來的人們莫不以仿效西方憲政主義精神，建立一個以人權保障、政府權力分立制衡為核心精神的憲政民主國家為終極目標，1947 年公布施行的中華民國憲法，只不過是加以最後的確認而已¹²。是以，我國制憲先賢繼受、引領建立的是西方社會所率先發軔的憲政民主文化、基本權利內涵，而這是民國肇建時即已存在，憲法法庭的職責，即是在每次的釋憲中處理到個別人權議題時，對於各該基本權蘊含的精神、內涵，加以發現與確認而已。

如果要從具體憲法條文找尋援用遵守國際人權憲章的依據，我國憲法與國際人權條約比較有關聯的條文，一是憲法第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」，二是憲法第 141 條：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保

⁹ 陳瑤華，《人權不是舶來品：跨文化哲學的人權探究》，2010 年，頁 42-63。

¹⁰ 王希，《原則與妥協：美國憲法的精神與實踐》，第 3 版，2014 年，頁 4、31。

¹¹ 民國成立之後，歷任政府陸續制定公布過《中華民國臨時約法》（1912 年）、《中華民國約法》（1914 年）、《中華民國憲法》（1923 年）、《中華民國訓政時期約法》（1931 年）、《中華民國憲法》（1947 年）等有關政府運作的國家基本大法，其規範的核心精神即是人權的保障與政府權力的分立制衡；而這其中陸續公布的《中華民國憲法草案》（1936 年）、《國民參政會憲政期成會憲法草案》（1940 年）、《政治協商會議修改五五憲草原則及憲法草案》（1946 年），亦同。參閱荊知仁，《中國立憲史》，2001 年，頁 492 以下。

¹² 國民政府原本提出的《中華民國憲法草案》（1936 年），不僅在前言提及「遵照創立中華民國之孫先生之遺教」，第 1 條也明定：「中華民國為三民主義共和國」。只是，國民應有信仰的自由，而三民主義只是國民黨的主義、意識型態，以之作為黨員的基本信仰，固屬必然，但不應強迫全體國民遵從，如憲法據此而制定，不惟憲法成為國民黨的憲法，即國家也成為國民黨的國家。制憲先賢之一的張君勱（代表民主同盟參與政治協商會議憲法草案審議委員會的委員之一）即表示：「中山先生為民國之創造人，其憲法要義自為吾人所當尊重，然民主國憲法之根本要義，如人民監督政府之權，如政府對議會負責，既為各國通行之制，吾國自不能自外」。參閱張君勱，《中華民國民主憲法十講》，再刷本，1997 年，頁 1。

護僑民，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平」。從制憲經過來看，制憲者並沒有思考過將國際人權條約納入憲法中，第 22 條是參考其他國家憲法的概括規定；而有關第 141 條的原草案（第 137 條）規定為「履行條約義務，遵守聯合國憲章」，制憲過程中曾一度將「履行條約義務」改為「尊重條約」，並刪除「遵守聯合國憲章」，最後通過時才改為「尊重條約及聯合國憲章」¹³。雖然憲法第 141 條條文內容從草案的「履行條約義務，遵守聯合國憲章」改為「尊重條約及聯合國憲章」，但實踐包括國際人權條約在內的條約是國家的義務，應無疑義。

從草擬世界人權宣言文件過程中，可發現最核心的部分不是凸顯自身文化的獨特性，而是藉由溝通及對彼此觀點的承認與理解，找到彼此共通的人權價值，顯見「人權」並非舶來品，不是抽象的學術名詞，它根植於人們對於自由價值的肯定及失去自由的抗爭，不同的文化都有一定程度的普遍性主張，不會只是狹隘地將人的自由及尊嚴直接限制在特定的個人與族群上；「回溯文化傳統的人權根源不在於以現有的概念評價傳統，而在於找出文化傳統與當代人權在思想及價值方面的意義」，每個文化都有各自肯定人的自由及尊嚴的思想傳統與歷史脈絡，每一個社會都不應忘記為了自由而奮鬥者的英勇事蹟（如秦朝末年陳勝、吳廣的揭竿起義，乃是反暴政、反奴役），勇敢面對自己保障人權的責任，將「人權」作為一種倫理價值¹⁴。民主轉型不單純僅是制度的改革與政黨的輪替，唯有在政治文化與民眾價值信念的轉換基礎上，民主才得以穩固；同時，轉型正義同屬於國際正義的一環，從啟蒙哲學以來對人性尊嚴的重視，到二次世界大戰結束後世界人權宣言的頒布，皆代表國際社會無法容忍侵害人權的暴力發生¹⁵。而自由民主憲政秩序本是我國制憲先賢所要建立的基本價值體系，今日推動轉型正義工程，其價值內涵應以人權規範作為普世性的正義標準；唯有普遍價值的超越，才能鞏固臺灣的憲政與民主。

二、推動轉型正義必須考量臺灣特有的社會與法治文化脈絡

（一）儒家倫理、君主專制與傳統中國法

本席雖然認同並主張應該以世界人權宣言、兩公約等人權文件及兩公約人權事務委員會的解釋，成為憲法法庭審查本案的基準，但在作審查決定時，不可能將相關釋憲標的的法律，自它們原本所存在的社會文化脈絡與法治背景中抽離出來，這

¹³ 廖福特，〈引進國際人權準則——比較分析與台灣借鏡〉，收錄於氏著《國際人權法——議題分析與國內實踐》，2005 年，頁 45-49。

¹⁴ 陳瑤華，同註 9，頁 8、52、210。

¹⁵ 陳瑋鴻，〈人權、政體轉型與記憶政治：一個轉型正義視角的檢討〉，政治與社會哲學評論，第 40 期，2012 年 3 月，頁 97 以下。

也是多數意見要在判決書中，花費大篇幅論述戒嚴時期相關歷史的原因所在。誠如學者於總結德國在處理過納粹時期、東德不義政權等二次「歷史過往的克服」的經驗後所提出的：一個憲政法治國家在面對「不義國家」的遺產時，「它必須自己決定：先前秩序裡，哪些法律相關的決定，它要全部或一部承受，或繼續執行，哪些它要容忍，哪些它要主動或依申請加以排除；基於對過往的反思，它要進行或促成哪些新的法律建制，還有對於哪些法律規定或事實行為，它在規範上要重新歸類」；法可以改變歷史過往的持續影響性，也可以確保過往的持續作用¹⁶。是以，本席必須提醒在作違憲審查時，必須考慮臺灣特有的社會與法治文化脈絡，尤其是必須意識到我國許多現行的法律命令，其實是源自訓政時期法律狀態的遺留，如果沒有對它們有全盤的認識，這些威權體制遺留的法律制度與文化，勢必像幽靈一般持續纏繞著，影響臺灣社會憲政民主文化的建構。

臺灣的法律文化具有多源性，原住民法、西方法、傳統中國法、日本法、近代中國法都曾經在這塊土地發生規範效力與影響¹⁷。如果以中華民國有效施行的實定法來看，主要是 1949 年從中國大陸帶來的近代中國法。近代中國法是在以傳統中國法為基礎、於清末民初繼受西方法制而來；而日本殖民統治時期在臺灣所施行的法制，也是日本明治維新後繼受自西方法制而來。眾所周知，清末民初變法繼受西方法制時，主要是借道日本，在日本法律顧問的協助下，開啟了中國法近代化、西方化，也就是說，近代中國法與日本法有高度的類似性。加上臺灣是一移民社會，主要人口——漢人都移居自中國，傳統中國法曾經是這塊土地多數居民共同的行為規範與習慣，則臺灣社會傳承了傳統中國法的法治文化，是再自然不過。

談到傳統中國法的法治文化與價值理念，自西漢董仲舒倡議天人感應、天人合一，為君主專制統治提供正當性基礎後，漢武帝罷黜百家、獨尊儒術。漢朝歷代以降君王是利用儒家的外衣，包裹著法家「尊君卑臣」的政治內涵，採取法家嚴刑重罰的主張（如商鞅所提「禁奸止過，莫如重刑，刑重而必得，則民不敢試」），將法律當作統治者的工具。尤其當時儒、法之爭已消弭於無形，形成所謂「儒學的法家化」或「法律的儒家化」。因為漢朝承繼秦朝中央集權的專制體制，憧憬三代政治的孔門儒學，明顯與漢代的現實政治格格不入，於是漢儒拋棄孟子的君輕論，而代之以法家的尊君卑臣論¹⁸。整個君主專制的統治秩序，就依賴儒家學說發展出來的「禮教綱常」為主要的指導原則。

如果與其他文明國家相較，在古代的以色列、西方基督教國家、穆斯林世界與

¹⁶ Horst Dreier 著，江嘉琪譯，〈憲法國家對歷史過往的克服〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集》，上冊，2010 年，頁 172。

¹⁷ 王泰升，《台灣法律史概論》，2001 年，頁 10-13。

¹⁸ 余英時，《歷史與思想》，1976 年，頁 31-32。

印度，法律源自超人類世俗經驗的宗教，由一群科層式的宗教學者與法官來詮釋與執行，法律／宗教體系與政治體系制度上的區隔，讓西方早有透過法律來約束統治權的法治傳統。反之，傳統中國是第一個建立「非家產制」的國家，早在西元前 221 年秦朝時即出現中央集權政府，比歐洲早了 18 個世紀。但中國從未發展出人類智慧所不及的超自然宗教，也從不認為法律具有神性的淵源，儒家認為規範人們生活的基準應該是道德，不是法律，法律比較像是仁慈的統治者所賜予的禮物，政府只是用他來行使權威與維護公共秩序，因此，長期以來法律從未成為約束政治權力的根本力量¹⁹。基督教文明的國家很早就認識：不能讓權力集中在一個人手上，權力導致腐敗，絕對的權力導致絕對的腐敗，在此基礎上產生了權力分立與制衡的理念，以及民主、共和的價值；反之，儒家認為人性本善，堅信人人可以成為聖賢，把皇帝當作聖賢看待，皇帝可以占有所有的權力，沒有人可以監督、約束皇帝的胡作非為，東方專制主義由此出現。當然，這並非意味傳統中國法即不重視人權，反而對於正義有更強烈的渴求欲，例如向來被批評有：行政與司法不分、動輒使用刑求方法辦案、違反無罪推定等問題，用來描寫清官「包青天」的司法故事，蘊含其間的是「冤抑」的釋放與平反，而訴諸「天道」與「報應」的敘事，人們通過報應機制，可以得到一種心理補償，也就是說「報應」是在人間法律「缺席」甚至製造「罪惡」的情況下，人們可以憑藉的最後一點希望，這一法律結構具有類似於西方自然法與國家法之間的關係²⁰。

（二）訓政時期以來的以黨領政、以黨治國

在推翻帝制、建立共和政體後，人們滿懷希望，意欲建立一個全新的現代國家。民國建立之後，北洋政府時期雖然政局動盪、軍閥亂政，起碼採取的是西方三權分立、司法不黨（獨立）的政策。1928 年國民黨北伐統一全國而在南京建立國民政府後，進入所謂的「訓政」時期。「訓政」也者，表示尚不遵行憲政主義所要求的「依憲法規定行使國家統治權」的意思。1931 年公布的中華民國訓政時期約法，第 30 條即規定：「訓政時期由中國國民黨全國代表大會代表國民大會行使中央統治權」，同法第 72 條、第 85 條也分別規定：「國民政府設主席一人委員若干人，由中國國民黨中央執行委員會選任，委員名額以法律定之」、「本約法之解釋權，由中國國民黨

¹⁹ 法蘭西斯·福山著，林麗雪譯，《政治秩序的起源》，下卷，2015 年，頁 390-392。

²⁰ 徐忠明，〈罪與罰：包公故事的法律文化研究〉，收錄於氏著《案例、故事與明清時期的司法文化》，2006 年，頁 142-193。而 2015 年在華人社會播放的古裝歷史電視劇《琅琊榜》（英文：Nirvana in Fire），引起廣大的熱議與迴響。該劇敘述帝制中國南梁時代赤焰軍少帥、名滿天下的麒麟才子林殊（化名梅長蘇）為赤焰軍復仇、雪冤的故事。雖然是虛構故事，但該劇除缺乏民主轉型、正當法律程序等要素之外，其餘描述的：追求真相、道歉、平反、回復名譽等等劇情，正是今日倡議的轉型正義工程的核心精神。

中央執行委員會行使之」。

另外，中華民國國民政府組織法第 15 條明定：「國民政府主席對國民黨中央執行委員會負責，五院院長對國民政府主席負責」，顯見包括司法院在內的五院應對國民黨中央執行委員會負責。國民黨的最高權力機構為全國代表大會，閉會時則為中央執行委員會。又早在 1924 年即另設中央政治會議（1935 年改稱中央政治委員會，1937 年又改稱國防最高委員會），作為中央執行委員會特設的政治指導機關，為黨政機關、黨與政府的唯一連鎖，一切的立法原則、施政方針、軍政大計、財政計畫等都發源於黨，成熟於政治會議，政治會議議決後，即交由國民政府，國民政府對其決議有執行的義務。立法院於制定法律時，須受到國民黨國防最高委員會所議定「立法原則」的拘束。甚至，黨的決議在實務上，還可暫時直接等於是國家法律²¹。在此意義下，國家「主權」雖屬於「國民全體」，但訓政時期是暫時由國民黨代替人民，來指揮監督行使國家的「統治權」。亦即，在訓政時期「以黨領政」是合法的。據此，雖說這時期已進入訓政時期，但行政、立法與司法全部掌握在執政的國民黨手上。

按照當時的法制規定，行政（考試）、立法、司法（監察）、軍事等部門首長，都須服從國民政府主席一人的領導。又既然是「以黨領政」、「以黨治國」，訓政時期是由組織龐大的國民黨，來指揮監督處理國家事務的政府。整個政黨的權力再逐級地由全國代表大會、中央執行委員會，遞交給國防最高委員會，乃至由該黨的總裁出任的該會委員長。也就是說，已被集中的國家統治權，再聽從以整個黨為後盾的某一個人的指揮。而在 1945 年時，蔣介石同時擔任了國民黨的總裁、國防最高法委員會委員長，以及國民政府主席、陸海空軍總司令、軍事委員會委員長，可說是集「黨政軍」權力於一身²²。另外，蔣介石在訓政時期即以特務機關作為控制政局的主要機制之一，分別於國民黨成立「中央執行委員會調查統治局」（一般簡稱「中統」）、於國民政府設立「軍事委員會調查統計局」（一般簡稱「軍統」），兩者都以蔣介石個人為效忠對象，成為黨政合一之情治系統²³。西方法治文明倡議的權力分立制衡理念，可說完全枷鎖不住華人社會幾千年來慣行的專制猛獸。

在「以黨治國」的訴求下，司法自應納入黨的統治，於是有了「黨化司法」政策。1928 年 11 月擔任剛創立的司法院院長一職的王寵惠，在他所提出的 13 項司法改良方針中，第 1 項即是：「宜進司法官以黨化也」，表示：「以黨治國，無所不賅，法官職司審判，尤有密切之關係……為法官者，對於黨義，苟無明澈之體驗，堅固

²¹ 錢瑞升等著，《民國政制史（上）》，2011 年，頁 163-171、205-213。

²² 王泰升，《台灣法的世紀變革》，2005 年，頁 288-289。

²³ 陳翠蓮，〈台灣戒嚴時期的特務統治與白色恐怖氛圍〉，收錄於張炎憲、陳美蓉編《戒嚴時期白色恐怖與轉型正義論文集》，2010 年，頁 44-46。

之信仰，恐不能得適當之裁判²⁴。」而1928年8月國民政府公布政軍警各機關工作人員研究黨義暫行條例，司法院、最高法院據此於次年1月間分別公布國民政府司法院職員研究黨義細則及黨義研究會暫行規則，以期對國民黨黨義作有系統的研究。不過，真正深化、落實「黨化司法」政策者，是從1932年5月21日起至1948年6月24日止擔任司法院院長的居正。他表示：在「以黨治國」一個大原則統治的國家，「司法黨化」應該視作「家常便飯」，在那裡，一切政治制度都應該黨化。而其核心內涵不是司法「黨人化」，而是「黨義化」，一切法律、一切裁判都應該遵循法律系統的總綱領——三民主義，黨義凌駕於法律之上，它是檢驗法律是否應當被適用的依據，法律只應當是黨義的載體，司法過程就是落實黨義的過程²⁵。

法律與政治的關係，一直是個糾葛難解、耐人尋味的議題。政治反對勢力或政治異議份子，經常被掌權的政府視為威脅，透過對立法權力的掌握，將之定位為反對、顛覆政府的政治犯、思想犯，訂定專門法律，將其行為犯罪化，繩之以刑罰。北伐統一中國後，南京國民政府仍面臨共產黨、武漢國民政府、西山會議派與其他政治勢力的競爭壓力。在政權不穩、正當性有疑慮的情況下，爭奪革命詮釋權、標舉正統性，成為爭取內部人民與外國勢力對自己政權合法性認同的主要手段²⁶。面對政治異議人士，掌權者通常採取三部曲：非法律的武力鎮壓，走向特殊的軍事審判程式，再逐漸走向普通刑事訴訟程式，這不僅在國民政府時代如此，日後行憲後的動員戡亂體制如此，日本在臺灣社會的殖民統治亦同。而南京國民政府在處理反革命議題上，首先，於1927年頒布特種刑事臨時法庭組織條例、1929年通過反革命案件陪審暫行法，這是審判關於「反革命」、「土豪劣紳」的程序規定；1926年的中國國民黨黨員背誓罪條例、1927年的懲治土豪劣紳條例、1928年的暫行反革命治罪法、1931年的危害民國緊急治罪法陸續被制定，則是處理反革命議題的實體規定²⁷。所謂的「反革命」，是指：「意圖顛覆中國國民黨及國民政府或破壞三民主義而起暴動者」、「宣傳與三民主義不相容之主義及國民革命之主張者」。

另外，1928年通過以「三民主義的教育」為教育宗旨的議案，將三民主義視為儒家思想的繼承與發展；黨義教材被融入「公民」或「公民訓練」課程中，教科圖書審查要求不得背於黨義、黨綱及精神。一黨的主義成了禁錮受教育者思想與個性發展的鐐銬，成為黨派控制社會的工具。在古代，儒家思想的闡釋權力掌握在儒家知識份子手中，以皇帝為首的政治菁英只能選定適合其需要的儒學作為意識型態，

²⁴ 王寵惠，〈今後司法改良之方針〉，收錄於張仁善編《王寵惠法學文集》，2008年，頁285。

²⁵ 居正，〈司法黨化問題〉，中華法學雜誌，第5卷第10-12期，1934年，頁1-3。

²⁶ 劉恆姣，〈革命／反革命——南京國民政府時期國民黨的法律論述〉，收錄於王鵬翔編《2008法律思想與社會變遷》，2008年，頁260以下。

²⁷ 劉恆姣，同上註，頁264-279。

也就是「道統」與「政統」是分離的，文化權力與政治權力之間保有某程度的制衡。訓政時期則是「政統」就是「道統」，當權政治菁英的思想、語錄與詮釋，直接上升為國家的統治思想與意識型態，可說是春秋時代以來中國教育發展的重大轉變，「道統」失去制衡「政統」的力量²⁸。而為了與中國共產黨的意識形態相區隔，蔣介石將三民主義與儒家結合，不僅自我沉溺於中國古代的德治與法治法律觀裡，並推動法西斯主義的紀律法治觀，最後連「作之君、作之師」的觀念都帶進「訓政」裡，因而造就中國歷史上前所未有的「道統」與「道統」合一的黨國威權體制與獨裁統治²⁹。

（三）動員戡亂戒嚴時期一黨專政的強化與破壞自由民主憲政秩序

二次世界大戰結束後，幾番協商與妥協，國民政府於 1947 年 1 月 1 日公布中華民國憲法，並於同年 12 月 25 日開始施行。憲法公布施行後，中華民國雖然表面上結束訓政時期，而進入憲政時代。但因中國當時早已處於內戰狀態中，時局動盪不安，故行憲不久，國民政府隨即於 1948 年 5 月 10 日制定公布足以停憲而大幅度擴張總統職權的動員戡亂時期臨時條款（以下簡稱臨時條款）。而 1949 年 5 月 19 日臺灣省警備總司令部公布臺灣戒嚴令，宣告翌日起全省戒嚴，直至 1987 年 7 月 15 日零時解嚴時為止，臺灣社會歷經世界最長紀錄的戒嚴狀態。1949 年 12 月國民黨將中央政府移轉至臺北，翌年蔣介石復行總統職權，中華民國在臺灣的時代從此開始。此時，在中國已宣告的動員戡亂時期、將國家置於內戰的狀態，在臺灣社會被延續著，蔣介石高唱「反攻大陸」，主張依然是「代表全中國」的正統政權。在強調「法統」體制時期，國民黨在訓政時期統治中國所採的「以黨領政」、「以黨領軍」及透過情治組織整肅政治異己的作為，一一獲得延續；而蔣介石、蔣經國父子在黨國體制的霸權，則較之在訓政時期有過之而無不及，並持續到 1987 年 7 月 15 日解嚴前後。

在國、共內戰失敗而退守臺灣的初期，國民黨宣稱要反攻大陸，中共也宣稱要解放臺灣的情況下，臺灣社會基本上維持 8 年對日抗戰時的戰時體制與訓政時期的一黨專政，而不是所謂的憲政體制。不過，國民黨為了表示自身統治的正當性勝過在國共內戰中勝利的中共，特別強調中華民國的「法統」，強調它延續中華民國的憲政體制。在強調「法統」的黨國威權體制下，現代民主法治國家所應具備的主權在民、人權保障、國會定期改選、首長任期制、分權制衡、審判獨立等憲政精神，一

²⁸ 吳科達，《臣民還是公民——教科書審定制度和道德思想教科書（1902-1949）》，2013 年，頁 78-113、243-273。

²⁹ 曾建元，〈德治與法治的時空交錯——中國法治社會形成過程中的蔣中正法律思想〉，臺大法學論叢，第 34 卷第 6 期，2005 年 11 月，頁 31、45。

一遭到破壞。首先，蔣介石藉由與國民大會間的利益輸送，多次修改臨時條款，讓總統、副總統不受憲法第 47 條所定連任一次的限制，並擴張總統的權限（設國家安全會議與國安局），國民大會則延長任期、改為有給職；其次，總統與考試院以外的四院聯手製造法統，依司法院釋字第 31 號解釋，代表民意的立、監委任期不用定期改選，形成「萬年國會」現象；再者，實施黨禁、報禁及限制人民的各項基本權利，並運用情治組織進行「白色恐怖」或政權整肅；最後，延續訓政時期以黨治國的政策，立法院扮演「法制橡皮圖章」的角色，司法院長期拖延人身自由的釋憲聲請案、審理政治案件失去公正性，只在保障官權與統治者³⁰。

在動員戡亂時期，臺灣社會異於憲政民主的「非常法制」，主要可以分為三個部分。其一，戒嚴法制：臺灣省警備總司令部公布臺灣戒嚴令後，它、臺灣省保安司令部、國防部依據戒嚴法第 11 條的授權，先後頒行一系列限制或剝奪人民基本權利的行政命令（如臺灣省戒嚴時期防止非法集會、結社、遊行、請願、罷課、罷工、罷示、罷業等規定實施辦法）；其二，動員法制：為因應抗戰的需要，1942 年 3 月 29 日公布國家總動員法，原本應隨抗戰結束而停止適用，卻為了對付共產黨的叛亂而為的戡亂，而予以繼續適用，國民政府甚至於 1947 年 7 月間公布動員戡亂完成憲政實施綱要，明定為達戡亂目的，行政院得依國家總動員法，隨時發布必要的命令，形成繁多的國家總動員法規命令（如動員時期電信監察實施辦法）；其三，戡亂法制：在戡亂時期制定一系列冠上「戡亂時期」的法律。此外，還有「戰時」（如戰時軍律）、「非常時期」（如非常時期人民團體組織法）等法制，形成多體系的非常法制³¹。

臺灣自 1949 年 5 月 20 日起開始實施戒嚴後，同年 5 月 24 日立法院三讀通過懲治叛亂條例。該條例的前身是戡亂時期危害國家緊急治罪條例，最早則依序是反革命罪條例、危害民國緊急治罪法，這是一個典型打壓共產黨的政治工具，抗戰後隨著國共和談破裂與否，制法、廢法時時反覆，使法律淪為為政治服務的工具³²。其後，又於 1950 年 6 月 13 日制定公布動員戡亂時期檢肅匪諜條例（以下簡稱檢肅匪諜條例），「匪諜」、「通匪」、「知匪不報」等罪名都在裡面。另外，於 1950 年代中期成立了國家安全局，統攝各情報機關（如警備總部、調查局、情報局）。這些如蜘蛛網般的特務系統，對於批評或反對國民黨者、持不同政見者進行整肅迫害，前述 2 個「特別刑法」配合 1992 年修正前中華民國刑法第 100 條規定，成為制裁臺獨主張

³⁰ 林山田，〈五十年來的台灣法制〉，收錄於台灣法學會編《台灣法制一百年論文集》，1996 年，頁 106-114；若林正文著，洪金珠、許佩賢譯，《台灣——分裂國家與民主化》，1994 年，頁 91-105。

³¹ 林山田，同上註，頁 94-106；城兆毅，〈論非常法制對我國推行法治之影響〉，法學新論，第 44 期，2013 年 10 月，頁 60-66。

³² 林山田，同上註，頁 104。

(分裂國土)、政治異議人士的利器，配合軍法機關的秘密審判，任意冠上意圖顛覆政權的罪名，將刑罰範圍極度擴張，在全國各地濫捕、濫殺、刑求毆打及沒收財產，造成大量的冤案，藉以鞏固威權統治³³。綜此，臨時條款、戒嚴法制長期架空中華民國政府的民主正當性，人民淪為統治者工具，喪失作為人的主體性，人性尊嚴早已不復存，在 1992 年動員戡亂時期結束、國會定期改選之前，臺灣從未實施過立基於國民主權的自由民主憲政，而是長期受制於一黨專政的威權黨國體制。

(四) 歷史記憶、訓政時期以來以黨治國法制的重新檢視

由於傳統儒家社會強調「忠恕之道」下重「和諧」的文化、一向缺乏憲政民主與人權尊重的信仰、臺灣的主要政經變遷都有外國勢力的介入，加上是在過去的威權政權——國民黨政府任內啟動民主轉型工程，以致臺灣社會並未如同「第三波民主化」國家般，積極戮力地推動轉型正義作為³⁴。而由下面附表中財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會的審查結果，就可以知道論者為何會有這樣的感嘆：在臺灣至少有一萬多個受害者，可是沒有任何一個加害者；迄今還不知道到底誰應該為這一萬多件侵害人權、凌虐生命的案件負責³⁵。而今，臺灣民主轉型雖已近 30 年，許多被害人因為往生，再也無法尋得他們的正義，但在建構轉型期歷史上，「審判」扮演了最重要、時間最久的角色；而「歷史」在刑事正義的過程中，則扮演了「法官」的角色。在當代有關轉型期正義的辯論中，這個議題經常被視為「懲罰」與「寬恕」的選擇。懲罰被視為與集體記憶相關，而放棄懲罰則是集體的失憶。因為審判乃是一種儀式，除了在一一般案件找出事實真相、決定個人責任外，也因為轉型期充滿了政治與相關的歷史爭端，透過審判來探尋歷史上的爭議事件，重現罪惡的過往，經由公開審判、媒體報導或轉播的方式，歷史論述有絕佳的機會注入生活文化中，如此高壓政權不僅被打敗，其政治上的意識型態也才會被徹底拋棄，有助於長時間創造集體歷史的形式³⁶。

³³ 侯坤宏，〈戰後台灣白色恐怖論析〉，國史館學術集刊，第 12 期，2007 年 6 月，頁 139-203。

³⁴ 林孟皇，〈台灣的轉型正義與司法改革——從大法官被推薦人選的爭議談起〉，收錄於氏著《轉型正義與司法改革》，2015 年，頁 291 以下。

³⁵ 吳乃德，〈轉型正義和歷史記憶：台灣民主化的未竟之業〉，思想季刊，第 2 期，2006 年 7 月，頁 13。

³⁶ Ruti G. Teitel 著，鄭純宜譯，《變遷中的正義》，2001 年，頁 123-129。

附表：審查結果統計表（資料日期：2014 年 3 月 8 日）³⁷

	審查結果	案件數	百分比
1	要件不符	1,940	19.15%
2	不予補償	96	0.95%
3	予以補償 (已辦理回復名譽證書)	7,965 (4,055)	79.9%
	合計	10,065	100%

除了歷史記憶的重塑之外，也該好好檢討國民黨在訓政時期所訂頒、建構當今中華民國主要法制（現行有效的民法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法等基本的六法體系，都是建構於行憲前）的效力問題。本來，1947 年 1 月 1 日制定公布的憲法實施之準備程序，第 1 條規定：「自憲法公布之日起現行法令之與憲法相牴觸者，國民政府應迅速分別予以修改或廢止，並應於依照本憲法所產生之國民大會集會以前，完成此項工作」，卻因國共內戰，這些行憲前立法未曾被好好地檢討而繼續存留下來，更有為數不少的特別刑法在立法之時，雖以因應一時之需為目的，而屬短暫臨時性的立法設計（故於法律名稱上冠上「暫行」字樣及施行期間），施行後卻一延再延，而有施行數十年的暫行條例，或刪除「暫行」字樣而成為經久長存的特別刑法。

對此，依照司法院釋字第 573 號解釋：「憲法施行前之訓政初期法制，已寓有法律優越及法律保留原則之要求，但有關人民之權利義務關係事項，亦得以未具法律位階之條例等規範形式，予以規定，且當時之立法院並非由人民直接選舉之成員組成。是以當時法律保留原則之涵義及其適用之範圍，均與行憲後者未盡相同。本案系爭之監督寺廟條例，雖依前法規制定標準法所制定，但特由立法院逐條討論通過，由國民政府於民國 18 年 12 月 7 日公布施行，嗣依民國 36 年 1 月 1 日公布之憲法實施之準備程序，亦未加以修改或廢止，而仍持續沿用，並經行憲後立法院認其為有效之法律，且迭經本院作為審查對象在案，應認其為現行有效規範人民權利義務之法律」的意旨，似乎只要行憲時「未加以修改或廢止」，並經「行憲後立法院認其為有效的法律」，即得認為「其為現行有效規範人民權利義務之法律」。

然而，「既然制憲者原意是要藉由憲法的施行，改變訓政時期由中國國民黨一黨專政與以黨治國的國家法制，則於解釋上自可推認制憲程序帶有改變訓政秩序之原意；故凡不符以民主法治與保障人民基本權利為內涵等制憲目的之行憲前法律秩

³⁷ 財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會，《補償基金會十五週年成果紀念專輯（1998-2014）》，2014 年，頁 36。

序，原均應於正式實行憲政時失其拘束效力，以符合制憲目的」。換言之，只有符合制憲者意旨（符合憲法實施的準備程序）的行憲前立法，始應於形式上推定為合憲有效，而得於國家完成憲法實施準備程序後，產生憲法所肯認的「法律」規範效力³⁸。而司法院釋字第 261 號、第 499 號解釋已表明中華民國憲法及增修條文中，第 1 條所樹立的民主共和國原則、第 2 條國民主權原則、第 2 章人民基本權利的保障及有關權力分立與制衡的規定，具有本質重要性，為憲法整體基本原則之所在，則即應以此作為行憲前法律可否援用的判斷標準，並據以排除不宜適用的法律，才符合中華民國憲法所要形塑、建立的自由民主憲政秩序。

三、臺灣戡亂戒嚴法制不符緊急狀態且侵害人民不得被克減的權利

（一）國家處於緊急狀態下仍不可侵奪人民不得被克減的基本權利

國家是為人民而存在的，如果國家發生天災、重大經濟變故或戰亂等緊急狀態，以致既有的承平法制不足以因應緊急狀態時，為確保人民生命財產安全，基於國家「自救權」，勢必需要授予執政當局一定的緊急處分權限。只是，法治原則的基本理念，在於希望將國家的一切措施，皆能納入「法」的體系，即使在緊急狀態時亦然，也就是古羅馬政治家西塞羅所稱：「戰亂之時，法律失語」的類似論點，早已為立憲主義國家所揚棄。法治國家的憲法規範國家的緊急權力，除了要讓政府能夠集中權力來撲滅動亂、消除危害之外，另一個嚴肅的課題即是如何防止國家可能的濫權。誠如曾任德國聯邦憲法法院副院長的卡茲（Katz）教授所說的：「緊急體制只有在民主的法治國家方有意義，因為在獨裁與專制國家幾乎天天都在實施緊急法制」，也就是說人類過往的先例（如德國納粹）告訴我們：許多極權專制政府莫不是利用緊急權造成法治國的淪喪³⁹。何況利用緊急權侵害人權，不僅是獨裁專制政權才會的作為，即便是以解放黑奴著稱於世的美國亞伯拉罕·林肯總統，不僅曾公開表示：「我為挽救國家危機，即使踐踏憲法，也在所不惜」，並於內戰中決定暫停執行人身保護令狀，允許軍隊未經司法審查，逮捕並羈押了數千名邊緣州的分離派嫌疑者⁴⁰。

³⁸ 張明偉，〈行憲前立法之研究〉，臺大法學論叢，第 44 卷第 4 期，2015 年 12 月，頁 1719、1723。

³⁹ 陳新民，〈法治國家與危機時期——論總統緊急命令之立法問題〉，收錄於氏著《法治國家論》，2001 年，頁 336。

⁴⁰ 其後，美國聯邦最高法院首席大法官羅傑·布魯克·托尼才發布一份人身保護令狀，要求軍方釋放被逮捕的南方聯邦支持者，因為美國聯邦憲法第 1 條僅將暫時中止人身保護令狀的權限授予國會，並沒有授權總統這麼做。參閱 Stephen Breyer 著，何帆譯，《法官能為民主做什麼》，2012 年，頁 223-224；任東來、陳偉、白雪峰，《美國憲政歷程：影響美國的 25 個司法大案》，2013 年，頁 111-122。

由於這些歷史經驗，國際法上面臨這樣的任務，即在承認主權國家為保護其憲法與民主秩序而具有的合法權限，與禁止只為了維護其事實上權力地位而濫用緊急狀態的權限之間，找到一條中間路線，而賦予國家能夠在一定條件下暫時克減其某些人權義務，也就成為國際人權公約通常採取的方式⁴¹。有鑑於此，公政公約第 4 條第 1 項、第 2 項分別規定：「在社會緊急狀態威脅到國家的生命並經正式宣布時，本公約締約國得採取措施克減其在本公約下所承擔的義務，但克減的程度以緊急情勢所嚴格需要者為限，此等措施並不得與它根據國際法所負有的其他義務相矛盾，且不得包含純粹基於種族、膚色、性別、語言、宗教或社會出身的理由的歧視」、「不得根據本規定而克減第 6 條、第 7 條、第 8 條（第 1 款和第 2 款）、第 11 條、第 15 條、第 16 條和第 18 條」。也就是說，一國基於社會緊急狀態威脅到國家的生命時，雖得採取適當措施克減它在公政公約下所承擔的人權保護義務，但克減的程度以緊急情勢所嚴格需要者為限；而且除了不得純粹基於種族、膚色、性別、語言、宗教或社會出身的理由予以歧視之外，同時也不得克減人民所享有公政公約第 6 條（生命權）、第 7 條（禁止酷刑）、第 8 條（禁止奴隸制度）、第 11 條（禁止因債務原因而被監禁）、第 15 條（對溯及既往的刑法的禁止）、第 16 條（法律人格的承認）與第 18 條（思想、良心、宗教與信仰自由）等等的權利。

雖然公政公約第 4 條並未將第 9 條人身自由與安全、第 14 條民事與刑事審判中的程序保障列為不得克減的權利，但因為第 4 條明定：「克減的程度以緊急情勢所嚴格需要者為限」，聯合國人權委員會所做的公政公約第 29 號一般意見書即指出：「2. 減免公約條款的措施，必須是非常性和臨時性措施。一個國家在援引第 4 條時，必須符合兩個基本條件：情況之緊急已威脅到國家之存亡，且締約國必須已經正式宣布緊急狀態。後一項要求對於在最有此需要時維持合法的原則和法治是必要的……」、「11. ……締約國不論在什麼情況下都不能援引公約第 4 條作為違反人道法或國際法絕對標準的理由，例如透過任意剝奪自由或偏離包括無罪推定的公正審判原則……」、「16. 公約第 4 條中關於減免的保障的根據是公約整體內在的法律和法治原則。由於國際人道法明確保障武裝衝突時期受到公正審判權利的某些內容，委員會認為沒有理由在其他緊急狀態下減免這些保障。委員會認為法律原則和法治原則要求在緊急狀態下必須尊重公正審判的基本規定。只有法院能就一宗刑事案件審判一個人。必須尊重無罪推定的原則。為了保護不可減免的權利，締約國減免公約的決定，不應影響到向法院提出訴訟的權利，使法院能夠立即決定羈押是否合法」⁴²。因此，一國雖可能因戰亂、天災等因素而宣布進入緊急狀態，但所採取的

⁴¹ Manfred Nowak 著，孫世彥、華小青譯，同註 6，頁 89。

⁴² 法務部編印，《公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約一般性意見》，2012

必須是非常性和臨時性措施，而且人民獲得包括人身保護令、無罪推定、公平審判等正當法律程序保障的權利，絕對不得被克減。

人民獲得前述正當法律程序保障的權利，規定於公政公約第 14 條，主要內容包括：「一、所有的人在法庭和裁判所前一律平等。在判定對任何人提出的任何刑事指控或確定他在一件訴訟案中的權利和義務時，人人有資格由一個依法設立的合格的、獨立的和無偏倚的法庭進行公正的和公開的審訊……」、「二、凡受刑事控告者，在未依法證實有罪之前，應有權被視為無罪……」、「五、凡被判定有罪者，應有權由一個較高級法庭對其定罪及刑罰依法進行複審……」。而何謂「依法設立的合格的、獨立的和無偏倚的法庭」？公政公約第 32 號一般意見書指出：「19.第 14 條第 1 項關於獨立無私之法定管轄法庭的規定是一項絕對的權利，不得有任何例外。獨立性的要求尤其是指程序和選任法官的條件，以及任用直至法定退休年齡或在有規定的情況下任期屆滿的保障，陞遷、調職、停職和中止職務的條件，以及不受行政部門和立法機構的政治干預。各國應採取具體措施，保證司法機構的獨立性，制定或透過法律……保護他們在裁決中不受政治干擾……」⁴³。至於被判定有罪者可以獲得複審的權利，不只公政公約加以明定，即便在過去君主專制、行政司法不分、人民沒有上訴權的傳統中國法，也基於「慎刑」、「恤刑」的傳統思維，規定州縣在審判刑事案件後，必須依職權「逐級審轉覆核」，層層上報覆核，其中死刑必須至三法司、九卿、皇帝，甚至還有秋審制度⁴⁴。據此，可見刑事被告所享有的這項權利，乃人類社會的普世價值。

（二）臺灣戡亂戒嚴不符國際人權憲章所稱的非常性與臨時性措施

國民政府於 1947 年 1 月 1 日公布中華民國憲法，並於同年 12 月 25 日開始施行，但因中國當時早已處於內戰狀態中，時局動盪不安，國民政府隨即於 1948 年 5 月 10 日制定公布臨時條款，臺灣省警備總司令部於 1949 年 5 月 19 日公布臺灣戒嚴令，宣告翌日起全省戒嚴，直至 1987 年 7 月 15 日零時解嚴時為止，臺灣社會歷經世界最長紀錄的戒嚴狀態等等事實，都已如前所述。縱使認為臨時條款是國民大會依修憲程序完成的憲法修正，可歸類為緊急狀態憲法⁴⁵。但民主共和國原則、國民主權原則、人民基本權利的保障及有關權力分立與制衡的規定，具有本質重要性，為中華民國憲法整體基本原則的所在，也已如前所述。據此，臨時條款授權總統訂定辦法「遴選」僑居國外的立法委員、監察委員（依司法院釋字第 76 號解釋，修憲前的

年，頁 78、81、83。

⁴³ 法務部編印，同上註，頁 98。

⁴⁴ 黃源盛，《中國法史導論》，2012 年，頁 325-326。

⁴⁵ 蘇永欽，〈臨時條款的效力、功能與控制〉，收錄於氏著《憲法與社會文集》，1988 年，頁 204-205。

監察委員具民意代表身分)、第一屆中央民意代表得長達數十年均不改選而得繼續行使職權(司法院釋字第 31 號解釋參照),即有違定期改選、向選民負責的民主原則;而將動員戡亂終止權繫於總統一人的決定,也有違權力分立制衡的規定⁴⁶。

其實,我國長達 38 年的戒嚴緊急狀態,明顯不符合公政公約第 29 號一般意見書所指出:「減免公約條款的措施,必須是非常性和臨時性措施」。以比較法而言,波蘭明定總統得宣告進入緊急狀況的期間,不能超過 90 天,並且必須經過議會的許可,而雖然可以被延長一次,但不能超過 60 天以上(鑑定人 Marek Zubik 鑑定意見書)。因為進入緊急狀態的手段應該都是一種例外,並不是憲法秩序,緊急狀態的時間應該是「幾週」,不應該是好幾個月,而臺灣實施長達 38 年的戒嚴,這根本不是緊急狀態,反而變成是一個常態的情況(鑑定人 Javier Couso 鑑定意見書)。本來,「憲法容許例外狀態的存在是為了恢復憲政秩序,而在例外狀態中必須允許一個憲法機關以不受法律拘束的方式迅速拯救憲法秩序,與此同時也開啟政治權力濫用之可能性」,從政治現實而言,臨時條款僅回復 1947 年中華民國憲法施行前訓政時期國民黨「以黨領政」、「以黨治國」狀態,或許人們對於臨時條款性質是否為修憲有所爭議,但它授權總統行使外於憲法的緊急權,而使得國家權力實質轉為總統的結果,毋庸置疑(鑑定人王韻茹鑑定意見書)。

(三) 戒嚴時期非現役軍人受軍事審判不符制憲本旨

從人權保障而言,中華民國憲法第 9 條本已明定:「人民除現役軍人外,不受軍事審判」,何以類似本件釋憲聲請的杜孝生、黃國昌等立法委員據以聲請釋憲案的原因事實的李媽兜等人,仍必須於戒嚴時期受軍法審判?動員戡亂時期人民之所以受軍事審判,乃依據戒嚴法第 8 條、第 9 條的規定,問題是該法制定公布於 1934 年,也就是國民黨「以黨治國」的訓政時期。雖然該法曾於行憲後的 1948 年、1949 年二度修正,但誠如前面所論及的,行憲前所制定的「法律」必須符合中華民國憲法所要形塑、建立的自由民主憲政秩序,才應於形式上推定為合憲有效,產生法律的規範效力。而論者雖然大都肯認戒嚴時期乃憲政國家的一種變態,且戒嚴法第 8 條所規範的內亂、外患、殺人等罪,對於社會安寧秩序的危害甚大,故應容許發生在接戰地區的前述犯罪由軍事機關審判⁴⁷。然而,我國從 1912 年公布的戒嚴法制,到 1934 年制定公布的戒嚴法,都是濫觴於法國,乃仿效法國 1848 年、德國 1851 年的圍城法,是為了因應「圍城」狀態而產生,而因為「圍城」狀況代表了敵人完全包

⁴⁶ 許宗力,〈動員戡亂時期臨時條款之法律問題〉,收錄於氏著《法與國家權力》,增訂 2 版,1993 年,頁 428-429。

⁴⁷ 林紀東,《中華民國憲法逐條釋義(二)》,修訂 5 版,1992 年,頁 60、70-71;林騰鶴,《中華民國憲法》,修訂 6 版,2016 年,頁 99-100。

圍某個地區，在該地區無法與其他國權所及相聯繫、無法自上級接到指令的情況下，為求自保，乃允許最高司令官的獨攬全權，無論軍人或平民，在戒嚴時期一律由軍事法庭審判；只是隨著現代戰爭型態的改變，以及總統緊急權制度的興起——將在緊急狀況時維持國家及地方安危與秩序的權限，交給國家元首或地方首長，而不再是交給軍事司令官手中——在在顯示戒嚴體制的「過時性」⁴⁸。

雖然聯合國人權事務委員會表示：軍事法庭的存在並不違反公政公約第 14 條，認為軍事法庭不能裁決與平民有關的事項的主張並不為委員會所認同；卻也表示：締約國負有舉證責任，需要證明根據案件的特殊情況，由軍事法庭來審理有關平民的案件是正當合理的⁴⁹。然而，公政公約所彰顯的只是最低的人權標準，本法庭在解釋憲法基本權利相關規定時，可以以更高的人權標準要求立法、行政部門開展積極作為，已如前所述。事實上，軍事法庭可看作是一種「專業法庭」的類型，其存在的正當性基礎或在於軍事人員訓練、紀律的特殊性，或在於軍事任務的機密性、戰場的即時應變性等等考量，以致在審判人員選擇上必須考量由具備一定軍事經驗者擔任，因此，應受軍事審判者自應以現役軍人為現。而我國在戡亂戒嚴時期的狀況卻是：行政院自 1952 年起頒布臺灣省（臺灣地區）戒嚴時期軍法機關自行審判及交付法院審判案件劃分辦法時，就戒嚴法第 8 條所定案件，僅將其中少數幾種案件交由軍法機關「自行審判」，其餘占多數的刑事案件皆「交由法院審判」；但列入「自行審判」者，除了始終包括軍人犯罪及違反懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例之罪外，迭有變更，例如 1975 年曾擴及所謂的「重大刑事案件」，因此，許多涉嫌擄人勒贖、結夥搶劫、強盜殺人等等刑事案件，即不預期的遭到軍事審判⁵⁰。

如果從歷史考察，從中華民國建國伊始，始終是軍閥割據、軍人干政不斷，為決定應否取消各國在華的領事裁判權，而由數國組成的「調查法權委員會」，它於 1926 年率團訪查中國各地區後所作成的報告書中，即特別指出：「二零四：軍人干政及於司法，以致司法獨立為之危害，此種異常舉動常藉戒嚴以為口實，但戒嚴每不依戒嚴法所依據之手續，有時並不宣告戒嚴而公然為之」、「二零六：軍人與警察官吏對於應歸普通法院裁判案件越權受理一事，曾見於中華民國大總統教令，該教令略云立法行政及司法本屬分權鼎立，乃近聞軍警衙門對於民刑事訴訟仍有越權受理情事」⁵¹。何況中華民國憲法第 9 條乃是將其前身，也就是中華民國訓政時期約法（1931 年）第 9 條明定：「人民除現役軍人外，非依法律不受軍事審判」的「非

⁴⁸ 陳新民，〈戒嚴法制的檢討〉，收錄於氏著《憲法基本權利之基本理論（下）》，第 3 版，1992 年，頁 297-336。

⁴⁹ Manfred Nowak 著，孫世彥、華小青譯，同註 6，頁 320-321。

⁵⁰ 王泰升，《台灣全志：卷四政治志·法制篇》，2007 年，頁 142。

⁵¹ 調查法權委員會，《調查法權委員會報告書》，法律評論，第 179 期增刊，1926 年，頁 165。

依法律」等字詞刪除，可見其保障的「絕對性」，不容許立法者制定法律加以限制或剝奪。是以，中華民國憲法第 9 條既然明定除現役軍人之外，人民不受軍事審判，顯見這是屬於人民的訴訟權利，保障人民有絕對不受軍事審判的權利，也就是我國這項規定是沒有限制的保留，國家不得以特別法——戒嚴法加以限制⁵²。

（四）臺灣戡亂戒嚴時期的軍事審判已侵奪人民不得被克減的權利

在動員戡亂時期依戒嚴法規定軍事機關得自行審判或交付法院審判的案件，除內亂罪、外患罪之外，主要是殺人、擄人勒贖等重大危害社會安寧秩序的案件，已如前所述，這些犯罪根本不需要軍事法庭的專業決定，反而寓有治亂世用重典、速審速結、把法律當作統治者工具的考量。而懲治叛亂條例第 10 條特別明文，在戒嚴地區犯該條例之罪者，不論身分概由軍事機關審判之；檢肅匪諜條例第 11 條也規定匪諜牽連案件，不分犯罪事實輕重，概由匪諜案件審判機關審理。這也是為什麼杜孝生被訴者，明明是懲治貪污條例，保安司令部仍以杜孝生觸犯之罪「與地方治安有重大關係」為由，呈請參謀總長及行政院院長同意後，與涉嫌違反懲治叛亂條例的同案其他被告高一生、林瑞昌等人，一併由軍事機關審判的原因所在。

然而，誠如前面所敘述的，懲治叛亂條例乃是延續反革命罪條例、危害民國緊急治罪法、戡亂時期危害國家緊急治罪條例而來，這是一個典型打壓共產黨的政治工具，法律淪為為政治服務的工具；高一生、林瑞昌所涉犯的案件，雖是導因於二二八事件，但歷史背景因素是戰前兩人的相關經歷及特有關係，並延續成戰後初期兩人在族群政治的相關活動，也就是臺灣原住民族追尋族群自治、民族認同，最終給官方情治系統羅織共同罪名的藉口，導致以兩人為首的多位族群菁英被拘捕、罹難⁵³。1954 年 4 月 17 日高一生等人被槍決的當天，現存檔案顯現臺灣嘉義地方法院檢察官曾以 43 年度不字第 431 號，就高一生貪污罪名之一的「侵占肥料棉布生產貨款等換穀」部分作出不起訴處分，而臺灣省保安司令部嘉義山地治安指揮所「為避免刺激山胞情緒」，「囑達邦分駐所警員張水相將原件退還嘉義地檢處」；臺灣省保安司令部嘉義山地治安指揮所在 1954 年 4 月 29 日上呈給臺灣省保安司令部的公文中也提到：「查高匪一生貪汙棉布一案證確鑿，經以文告宣布在案，嘉義地檢處突以不起訴處分書送達，且與本部宣告事實出入甚大，不無影響山胞心理，擬函轉嘉義地檢處，將不起訴處分書勿再送達」⁵⁴。據此可見，杜孝生被訴違反懲治貪污條例部

⁵² 陳新民，《中華民國憲法釋論》，1995 年，頁 160-161、555-556。

⁵³ 范燕秋，〈日治後期臺灣原住民族的近代變遷與族群菁英的政治活動——以泰雅族樂信·瓦旦和鄒族吾 雍·亞達烏猶卡那為中心〉，收錄於高一生（矢多一生）研究会、天理台湾学会主催《高一生（矢多一生）とその時代の台湾原住民族エ リート》，2008 年，頁 99-112。

⁵⁴ 戴寶村、陳慧先，〈臺灣原住民政案件與山地管控（1945-1954）：以「湯守仁案」為中心〉，

分，究竟應否歸由軍事審判，完全繫諸情治機關的決定，而由其後檢察官就高一生貪污罪名作出不起訴處分來看，更可認定杜孝生有高度可能是遭羅織罪名所致。

另外，以黃國昌等立法委員據以聲請釋憲案的原因事實的李媽兜為例，從他於中日戰爭結束後加入中國共產黨，為臺灣省工作委員會臺南市工委會委員兼書記，曾於 1947 年二二八事件中參與嘉義地區的武裝反抗活動，自 1948 年起至 1949 年間先後於臺灣南部建立約 26 個共黨支部、3 個直屬小組，而從事地下組織工作，根據他被捕後供述而查獲機槍、卡賓槍、手槍等武器，是配合中共的武力進犯而主持第二戰線等等事實來看⁵⁵，他確實是透過強暴、脅迫的方式，實行顛覆中華民國所要建構的自由民主憲政秩序的行為（鑑定人林明昕認為 1992 年修正公布的中華民國刑法第 100 條，仍必須透過合憲解釋的方法，將其限縮於實行顛覆中華民國的自由民主憲政秩序的行為，參見 105 年 11 月 19 日言詞辯論筆錄）。撇開這是否為「官逼民反」、行使公民「抵抗權」不論，本席認為他該當現行中華民國刑法第 100 條第 1 項的內亂罪。然而，李媽兜並非現役軍人，依中華民國憲法第 9 條規定，他本不應受軍事審判；而且臺灣自 1949 年進入戒嚴到 1956 年軍事審判法制定之前，軍事審判程序是沿用訓政時期制定的陸海空軍審判法及戰時陸海空軍審判簡易規程，依規定其被告以陸海空軍軍人為限⁵⁶。又陸海空軍審判法採行的是會審制，審判不公開，會審決定須呈請軍事長官核定，其最高核定權在於三軍統帥手中，僅為一審一覆核，無審檢之分與審級救濟。以上種種規定，均有違公政公約第 14 條所規定人民享有無罪推定、公平審判等正當法律程序保障的權利。

尤其 1956 年制定公布的軍事審判法，以國防部為最高軍事審判機關，使軍事機關完全掌理具司法性質的軍事審判，軍事審判機關長官並享有判決核可權及覆議權，軍事審判庭的組成須簽請軍事長官核定，使行政權介入軍事審判權的行使，且不許被告逕向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。以著名的雷震案（《自由中國》雜誌）為例，1960 年 9 月 4 日清晨，臺灣警備總司令部以「涉嫌叛亂」為由，拘捕《自由中國》的發行人雷震等人，事實上早在 1959 年 1 月間，警總軍法處正式以「田雨專案」進行假想作業；1960 年軍法處將〈「田雨」專案起訴書假作業〉簽請警備總部總司令黃杰核示，顯示早在雷震等人被實際逮捕 3 個月前，警總已經做

檔案季刊，第 13 卷第 4 期，2014 年 12 月，頁 63。

⁵⁵ 歐素瑛，〈從二二八到白色恐怖——以李媽兜案為例〉，台灣史研究，第 15 卷第 2 期，2008 年 6 月，頁 135-172。

⁵⁶ 最高法院 33 年上字第 1759 號刑事判例：適用陸海空軍審判法而為審判之案件，其被告以陸海空軍軍人為限，非軍人而犯陸海空軍刑法第二條所揭之罪者，則應由法院審理，陸海空軍審判法第一條規定至明，可見無軍人身分者，其所犯之罪，雖應適用陸海空軍刑法處斷，但其審判程序，仍不適用軍法，即與軍人共犯，亦應依其身分分別辦理。

好法辦他們的準備⁵⁷。而在逮捕後，蔣介石數度召集黨政軍高層集會研商，裁示辦案原則：如 1960 年 9 月 6 日在總統府召集總統府秘書長張群、國民黨中央委員會秘書長唐縱、中央政策會秘書長谷鳳翔、中常委陶希聖、軍法覆判局長汪道淵、警備總部總司令黃杰、軍法處長周正等 7 人，指示將雷震案定調為「與共匪統戰有關」；10 月 8 日召集副總統陳誠、司法院長謝冠生、外交部長沈昌煥、司法行政部長鄭彥棻、檢察長趙琮及前述 7 人等人，在總統府召開極機密會議，由與會者「評議」，從事先預擬的三個腹案中表示意見，在聽取各方意見後，蔣介石指示雷震的「刑期不得少於 10 年」、「覆判不能變更初審判決」⁵⁸。雷震案後來的判決結果，完全符合執政當局的指示，實為「審者不判，判者不審」，司法（軍事審判）成為統治者打壓政治異議者的工具，毫無獨立性可言。

正因如此，司法院釋字第 436 號解釋明確闡明：「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」的意旨，並認定前述軍事審判規定與憲法保障人民人身自由、訴訟權利有違，且有違正當法律程序的最低要求與權力分立原則，而予以宣告違憲。另外，針對戒嚴時期匪諜罪犯的思想教育問題，司法院釋字第 567 號解釋也釋明：「該條規定使國家機關僅依思想行狀考核，認有再犯之虞，即得對已服刑期滿之人民再行交付未定期限之管訓，縱國家處於非常時期，出於法律之規定，亦不符合最低限度之人權保障，與憲法第 8 條及第 23 條之規定有所抵觸，應不予適用」。由這 2 號司法解釋，可推導出憲法法庭在檢視、審查非常態（緊急狀態）的法律是否違憲時，可以憲法基本權保障的最低限度保障作為審查基準，而公政公約第 4 條第 2 項所規定不得克減的基本權利，即是最低限度的基本權保障內涵。

綜上所述，司法院釋字第 436 號、第 567 號解釋顯然已充分闡明：一個國家即便是處於緊急狀態下，公政公約第 14 條所規定無罪推定、公平審判等正當法律程序的保障及第 18 條有關人民思想自由的權利，均屬於不得克減的基本權利。而杜孝生這種非現役軍人被訴違反懲治貪污條例，竟歸由軍事審判，因為陸海空軍審判法有違公政公約第 14 條所規定的正當法律程序保障，而這本屬於中華民國憲法第 8 條正當法律程序、第 16 條訴訟權保障的基本權利，應可認為類似杜孝生的案件中的刑事被告，他們因受軍事審判而使其基本權利受到國家公權力的侵害。至於類似李媽兜

⁵⁷ 雷震著，林淇濛校註，《雷震回憶錄之新黨運動黑皮書》，2003 年，頁 50-52。

⁵⁸ 國史館，《雷震案史料彙編——國防部檔案選輯》，2002 年，頁 12-20、323-337。

這種被訴違反懲治叛亂條例或檢肅匪諜條例等典型政治案件的當事人，他們除了因受軍事審判而使其正當法律程序、訴訟權保障受到侵害之外，也有可能因為於有期徒刑執行完畢後再受思想教育的管訓處分，而侵害他們的思想自由，更有不少人因為這類有唯一死刑的罪名，而使其生命權遭到剝奪。又因為杜孝生、李媽兜都屬於戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（以下簡稱補償條例）不予補償的案件，則以財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會所提供前述附表的數字來看，臺灣在戒嚴時期遭受軍事審判的刑事被告至少超過一萬人以上。此外，除前述向來被歸類為「政治案件」之外，也有許多涉嫌擄人勒贖、結夥搶劫、強盜殺人的刑事被告遭到軍事審判，即便他們犯罪事實屬實，也可能因此喪失公政公約第 14 條所保障可以獲得複審的權利。

四、國家應保障人民的真相知情權、取得正義權與獲得賠償權

（一）國際人權憲章課予國家對權利受侵害的人民補救的義務

臺灣的戡亂戒嚴時期不符公政公約所規定的緊急狀態，在此時間至少有一萬人以上的人員遭受軍事審判，而這其中絕大多數人受公政公約保障不得克減的基本權利都遭到侵害或剝奪等事實，已如前述，國家應該採取怎樣的補救措施？從人性上來講，一個人無端被逮捕、刑求與長期拘禁，或其家屬被強迫失蹤、慘遭殺害，初民、氏族社會大都採取復仇、自力救濟的方式，這是人們對正義的最原始渴欲。而當現代國家出現，國家獨占刑罰權後，人們自然求諸政府部門，希望尋得真相、要求處罰、獲得道歉與賠償；當正義與公道無法獲得伸張，「冤抑」即因此產生。而如果加害行為即是出於國家暴力，以保障人權為存在正當性基礎的立憲主義的現代民主法治國家，更負有是補救、回復義務。據此，公政公約第 2 條第 3 項明定：「本公約每一締約國承擔：（甲）保證任何一個被侵犯了本公約所承認的權利或自由的人，能得到有效的補救，儘管此種侵犯是以官方資格行事的人所為；（乙）保證任何要求此種補救的人能由合格的司法、行政或立法當局或由國家法律制度規定的任何其他合格當局斷定其在這方面的權利；並發展司法補救的可能性；（丙）保證合格當局在准予此等補救時，確能付諸實施」。而針對人民遭受公權力非依照法律所確定的根據與程序，任意被逮捕或拘禁而被剝奪自由的情形，公政公約第 9 條第 5 項也明定：「任何遭受非法逮捕或拘禁的受害者，有得到賠償的權利。」

關於公政公約第 2 條第 3 項規定，人權事務委員會強調司法補救的優先性，包括在嚴重侵犯人權的案件中，由刑事法院開展旨在將侵犯人權者繩之以法的全面的司法調查的必要性，因此，廣泛的赦免法被認為將助長「有罪不罰」的氣氛，可能

構成對獲得有效救濟的侵犯。在大多數案件中，人權事務委員會在認定侵犯人權的事實之後，會被認定侵犯人權的政府當局指出其認為向受害者提供救濟的最佳方法。通過有效補救所獲得的補償，應與所受到的侵害及其後果的嚴重程度相稱，並應包括恢復原狀（包括政府應退還任意沒收的財產、釋放被關押者、重新審理錯判的案件）、賠償、康復、安慰（包括公開揭露真相、由當局進行道歉、追悼與紀念）與保證此類侵犯不再發生等等⁵⁹。而人權事務委員會針對公政公約第 9 條規定所做的第 35 號一般意見書，也指出：「49. 公約第 9 條第 5 項規定，任何遭受非法逮捕或拘禁的受害者都有可行使的得到賠償的權利。和第 4 項一樣，第 5 項清楚地表明締約國為侵犯人權行為必須給予有效賠償的一個具體例子。這些具體補救不能代替公約第 2 條第 3 項所規定，非法或任意逮捕或拘禁受害者的具體情況可能要求的其他補救，而是與其一起包括在全部補救中的」、「50. 第 5 項要求締約國建立一個法律框架，在其範圍內，受害者得到賠償是作為一項可行使的權利，而不是恩賜或隨意決定。補救絕不能只是理論上存在，而是必須切實實行，在合理時間內支付賠償。第 5 項沒有具體規定程序的形式，其中可以包括國家本身或對侵權負有責任的個別國家官員提供的補救，只要有效……」。

由於許多國家對於過往政權所造成的人權侵害不加處理，或採取妥協、在過程中透過立法加諸各種限制的態度，使得轉型正義無法完成，因而成為聯合國亟欲處理的人權議題。在公政公約第 2 條第 3 項、第 9 條第 5 項等課予國家所負的保護義務下，聯合國人權事務委員會做出包括：「人權與轉型正義」的決議、「打擊有罪不罰」的決議、「瞭解真相的權利」的決議，以及聯合國大會於 2005 年 12 月 16 日做出嚴重侵犯國際人權法和嚴重違反國際人道法行為受害人獲得補救和賠償的權利基本原則和準則等具體作為。而所謂的「有罪不罰」（Impunity），指的是對於人權侵害者不加追究責任、對於被害人傷害不處理的現象，因為國家對於促進轉型正義不作為，一方面人權侵害者不必受到任何導致起訴、逮捕、審判、處罰，另一方面被害人也未獲充足的賠償和補救處理。從聯合國人權委員會及大會的決議、以及獨立專家陸續發展出來的人權文件中，確立了轉型正義工作必須是一種全面性方式（holistic approach），包含「促進真相」、「正義」、「賠償」及「保證不再發生」四大要素，這四個要素彼此相關且具有互補關係，不能偏廢（鑑定人陳俊宏意見書）。據此可知，在聯合國既有的國際人權條約與人道法結合下，保障人民「真相知情權」（the Right to Know the Truth）、「取得正義權」（The Right to Justice）及「獲得賠償權」（The Right to Reparation）形成了處理轉型正義過程中的重要原則。

⁵⁹ Manfred Nowak 著，孫世彥、華小青譯，同註 6，頁 68-75。

（二）冤案的平反、補償才能促成社會和諧與保證不再發生

由前面說明可知，保障人民擁有「真相知情權」、「取得正義權」及「獲得賠償權」，乃國際人權憲章課予國家在人民的自由或權利遭受侵害後所擁有的基本權利，尤其在威權統治、軍事暴動時所發生嚴重侵犯人權的案件，在其後國家民主轉型而推動轉型正義工程時，為避免發生「有罪不罰」、對於被害人傷害不處理等正義無法獲得彰顯的現象，國家應採取適當措施恢復原狀、賠償、康復、安慰與保證此類侵犯不再發生。而這些具體作為，其實也是中華民國憲法第 16 條人民訴訟權、第 24 條國家賠償請求權的基本權利內涵。因為現代法治國家既然大都由國家獨占刑罰權，且刑事審判的目的在於「毋枉毋縱，開釋無辜，懲罰罪犯」，則第 16 條人民訴訟權保障的，不僅是因犯罪而真正被害之人（雖然在民主轉型後發現這些「政治受難者」在威權統治時期被指控犯下的，大都是「顛覆政府」、危害社會安寧等沒有實際被害人的犯罪，但不能排除這種可能），甚至原來被起訴、被威權政府誣指犯罪的「加害人」，都有權獲知真相、尋得正義。而所謂的「取得正義權」，當然包括追訴加害者，因為一個社會在追求正義的努力中，受難者是直接的受害者，他們對正義的主張具有最高的正當性。在任何社會，即使是為了社會公益，為了所謂的「社會和諧」、為了「避免撕裂族群」等理由，都沒有權利要求受難者放棄對正義的追求。至於受難者既然是因為國家暴力而使其權利遭受侵害甚至是生命的剝奪，憲法第 24 條自然保障他或他的家屬擁有「獲得賠償權」。

據此可知，本法庭所為：「基於我國憲法對於基本權利之保障、國家基於憲法對於基本權利所負之保護及實現義務以及憲法第 16 條訴訟權保障及第 24 條國家賠償責任之確立，皆彰顯我國憲法要求對於不法國家受到不法濫權侵害之人民，具有以政策形成轉型正義實現的義務。國家在履行此等義務時，尤應遵循因公政公約第 2 條第 3 項之保障之相關原則，以及隨此原則而來之聯合國轉型正義要求。轉型正義的要求必須包含保障人民之真相知情權、取得正義權、獲得賠償權並且應保證不再發生。基此，國家即必須採取立法、行政及司法措施，使人民不但有權對於不法侵害之加害人、過程及原委進行瞭解，也有權在司法或司法以外之途徑，要求國家進行調查、罪刑之平反、和對於加害者進行究責，更應對於人民受侵害之權利，進行回復及賠償，並在賠償程序中，滿足回復原狀、補償、康復、滿足和保證不再發生之各項準則」等等的論證理由，可說是正確詮釋了轉型正義在中華民國憲法的依據與實質內涵。既然懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例配合 1992 年修正前中華民國刑法第 100 條規定，自始為國民黨制裁政治異議人士的利器，任意冠上意圖顛覆政權的罪名，在全國各地濫捕、濫殺、刑求毆打及沒收財產，造成大量的冤案，藉以鞏固威權統治，即因侵害人民的言論、思想、結社自由，甚至是剝奪生命權而違憲；而國

家安全法第 9 條第 2 款前段規定在戒嚴時受軍事審判的非現役軍人，於解嚴後不得向普通法院上訴或抗告的部分，剝奪人民追求真相與正義的權利，自始無效，司法院釋字第 272 號解釋應予變更；因為戒嚴時期軍事審判已侵害人民不得被克滅的無罪推定、公平審判等基本權利，則補償條例第 2 條第 2 項適用對象，未能包括戒嚴時期人民因軍事審判機關基於政治因素，以內亂罪、外患罪及檢肅匪諜條例以外之罪起訴經判決確定者，牴觸憲法第 7 條的平等原則，司法院釋字第 477 號解釋不符前述意旨部分，應予變更。

另外，本席雖然也贊同本法庭判決中所提：「補償條例第 2 條第 2 項僅以內亂罪、外患罪、檢肅匪諜條例等最終定罪之罪名界定政治性案件之範圍，完全無視於戒嚴時期最高統治者如何透過情治系統干預司法權之發動與運作，導致軍事審判制度缺乏公正、獨立，淪為統治者整肅異己之工具」、「補償條例第 2 條第 2 項規定之受裁判者未能涵蓋同樣基於政治因素，非以內亂罪、外患罪、檢肅匪諜條例之罪名經軍事機關裁判有罪確定或交付感化者，使其人身自由、財產權遭受國家公權力不法侵害未能獲得回復，與憲法第 7 條平等原則之意旨有違，司法院釋字第 477 號解釋與上述意旨不符部分，應予變更」等理由。但有一疑義必須澄清的是：何以立法者得制定補償條例，將補償對象限於「基於政治因素」而受軍事審判之人，而排除其他在戒嚴時期受軍事審判之人？這是否有違平等原則？其實，公政公約第 2 條第 1 項規定：「本公約每一締約國承擔尊重和保證在其領土內和受其管轄的一切個人享有本公約所承認的權利，不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身分等任何區別」。對此，一般認為只有那些不能得到合理與客觀標準支持的區分，才會被作為歧視性的區分而禁止，因此，只要可以用客觀的、合理的標準證明為正當的區別對待，即使是基於種族或性別的區別，也是可以允許的⁶⁰。

就此，誠如前面所言，戒嚴時期受軍事審判者除了始終包括軍人犯罪及違反懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例之罪外，迭有變更，曾擴及所謂擄人勒贖、強盜殺人等等「重大刑事案件」，而本法庭在宣告國家安全法第 9 條第 2 款前段規定無效、司法院釋字第 272 號解釋應予變更後，這類基於「政治因素」、「政治或其他見解」以外受軍事審判的刑事被告，本得向普通法院提起上訴或抗告，並視其判決結果有適用刑事補償法獲得補償的機會。而刑事補償法乃是建立在國家公權力受法治國原則、權力分立等憲政原則的拘束，國家處於自由民主憲政秩序的前提下，國家為訴追與懲罰犯罪行為，限制特定人受憲法保障的自由，使其承受特別犧牲，而由國家給予補償的情形；這與戒嚴時期情治機關與軍事審判機關逸脫民主憲政秩序、系統性不

⁶⁰ Manfred Nowak 著，孫世彥、華小青譯，同註 6，頁 48-49。

法濫權侵害人權的情形不同。也就是說，擄人勒贖、強盜殺人等犯罪無論處於何時，國家本應保障他們受公正審判的權利，他們的人權如因此被侵害、剝奪，國家依刑事補償法予以補償即可；反之，臺灣社會在戡亂戒嚴時期發生許多可歌可泣的爭人權、要民主的運動，這些人因為違逆當道、捍衛自由民主的憲政秩序，或成為一黨專制下的槍下亡靈，或被長期禁錮而身心嚴重受創，則國家透過特別立法，制定補償條例，對這些「政治受難者」（雖然不能排除某些人並非基於政治信仰而只是意外被牽連受難，甚至有些人可能是「加害人」的一環）及其家屬予以特別的補償，乃是基於正當的、合理的差別對待，即難謂有違平等原則⁶¹。

再者，鑑定人雖主張：第一次權利救濟作為法律制度，原在於不法侵害行為的確認本身，如侵害已消滅，而被害人認為仍有確認利益時，也有違法確認的必要，且司法不法乃由司法權所造成，有進行第一次權利救濟的必要（鑑定人林明昕意見書）；轉型正義面對司法個案的額外困難是年代久遠，不妨由總統行使赦免權來處理類似的歷史問題（鑑定人高思博意見書）。對此，本席雖然贊成多數意見所認定：國家安全法第 9 條第 2 款前段規定，剝奪人民追求真相與正義的權利，自始無效，立法機關應以法律明定非現役軍人受軍事審判的上訴權利。然而，臺灣戡亂戒嚴體制最早之始，距今已 60 餘年，當年受軍事審判的非現役軍人不僅個案數量龐大，而且從程序、時效或證據取得方面來看，重啟司法程序有其困難度，何況不少受審判者已經凋零，加上訴訟程序的煩累，重新透過上訴請求救濟，未必是受審判者或其家屬所願。不過，行使赦免權畢竟仍是以有罪判決為前提，則釜底抽薪之計，即應是直接撤銷原判決，否定該判決本身的合法性。而對已生確定力的判決加以撤銷，雖有違法的安定性，但如立法者提出該判決乃不法判決、有需加以廢棄的理由，例如該判決所援引的法律規定嚴重違反人權或憲法的核心規範（鑑定人王韻茹意見書），應屬妥適。本法庭既已論證說明戒嚴時期威權體制以 1992 年修正前中華民國刑法第 100 條、懲治叛亂條例及檢肅匪諜條例剝奪人民生命權，箝制人民人身自由、思想自由、言論自由、集會自由等民主憲政最為重要的基本權利，則當年軍事審判以這幾部法律對被告論罪科刑的判決，即得透過立法予以撤銷。在比較法制上，德國先後於 1992 年制定前東德地區違反法治精神之刑事追訴處罰被害人平反與補償法、1998 年制定撤銷納粹時期刑事司法不法判決暨前優生法院絕育判決之法律⁶²，兩者最大的不同，在於前者是由當事人請求撤銷，後者則是採取自動撤銷的方式。本席認為，受審判者既然是訴訟的主體，享有透過複審（上訴）尋求真相（如知道加害

⁶¹ 本論點乃來自蘇彥圖大法官的啟發，特此敘明。

⁶² 邵允鍾，〈法律中的不正義與超越法律的正義——德國的納粹轉型正義〉，2016 年 11 月 2 日，<https://www.twreporter.org/a/transitionaljustice-series-nazi-germany>；關於後者的法律簡介及條文翻譯，參閱程明修，http://www.oocities.org/taiwan_ms/Z04-6.htm。

人是誰)與正義(含程序正義與實體正義)的權利,自然應賦予他們選擇的權利,立法機關即可參酌外國立法例,妥為因應立法。

至於有關補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定:「依現行法律或證據法則審查,經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」不予以補償的部分,類似李媽兜的事例是最好的說明。雖然有論者認為李媽兜作為中國共產黨在臺灣委任的代理人,早在二二八事件中率領臺南武裝民兵將水上機場圍堵,其後從事地下組織工作,是配合中共的武力進犯而主持第二戰線,他確實有意顛覆中華民國的政治秩序,從事間諜行為無誤,補償條例對於相關人員如果確實犯有內亂外患罪嫌不予補償,乃因為這些人的行為對我國現在的民主政治秩序造成極大危害(法庭之友王宗偉意見書)。然而,誠如前面所說的,新興民主國家所追求的轉型正義,與前近代國家在政權更迭後新政權對舊政權之政治報復的最大區別,在於對法治國原則的堅持,其目的在於真正促成一個尊重人性尊嚴的理性法律文化的重建與發展,則在決定應否予以補償時,即必須從普世價值的標準加以檢視,究竟過去的威權體制政府在處理、審判這類意圖顛覆中華民國政治秩序的「敵人」,是採取以「不正」對「不正」的方式,還是應尊重人性尊嚴,踐行國際人憲章所要求「國家處於緊急狀態時仍不得侵害人民所享有不得克減的基本權利」?答案不言可喻。而因為類似李媽兜這種有意顛覆中華民國政治秩序的人,他們因為遭軍事審判,不僅受公平審判、被判定有罪可以獲得複審等正當法律程序保障的權利受到侵害;懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例配合 1992 年修正前中華民國刑法第 100 條規定對類似犯罪科以唯一死刑,也牴觸聯合國人權事務委員會早已表明:公政公約第 6 條第 1 項所闡明的生命權是甚至當社會緊急狀態存在時也絕不允許減免的最重要的權利。據此,類似李媽兜事例的人他們在國家社會處於緊急狀態下也絕不允許被克減的生命權,以及受公平審判、獲得複審等正當法律程序保障的權利既然遭到國家公權力的剝奪、侵害,依公政公約或中華民國憲法第 24 條規定,國家自仍應予以賠償。

五、結語

轉型正義涉及的是複雜的、長期的歷史記憶與社會變革,不是進行一場審判或寫幾份漂亮報告、意見書即可完成。還好,我們並不孤單,世界上有許多國家有過類似的威權統治歷史,並各自以其歷史、人權與法律的角度檢視過往,嘗試進行補救。只要我們謹遵世界人權宣言第 1 條:「人人生而自由,在尊嚴和權利上一律平等。他們賦有理性和良心,並應以兄弟關係的精神相對待」,依照理性、秉著同理心,自然能看見被害人受傷害的心靈需要被撫慰、「有罪不罰」的情況必須被導正,並對過往威權專制統治所引發的「惡」進行深刻的檢視與修正。而因為這是複雜的工程,

本席無法像以往在從事審判工作一樣，為本案作出最後的結論，而僅以兩位在司法審判、歷史研究各自發表過以下深具洞見的論點，作為這份協同意見書的結語：

釋憲機關代表國家，清楚地知道聲請人的冤屈何在，知道冤屈何在，才能真正賠償、平反，能真正賠償、平反，才能化解人民對國家的仇恨，能化解人民對國家的仇恨，國家的生存基礎才能堅實⁶³。

轉型正義的落實深刻連結到解開歷史迷思、撥開歷史迷霧，好好重新梳理過往。因為過往的悲劇究竟是如何發生，不是我們將檔案開放就自然而然可以「認識」得到；而是需要我們有著現代公民社會的價值覺知，才能照見轉型正義需要處理的陰霾幽微⁶⁴。

⁶³ 司法院釋字第 624 號解釋許玉秀前大法官部分協同部分不同意見書。

⁶⁴ 花亦芬，《在歷史的傷口上重生：德國走過的轉型正義之路》，2016 年，頁 27。

模擬憲法法庭釋憲聲請書

受文者 模擬憲法法庭
狀 別 釋憲聲請書
聲請人 杜銘哲
代理人 涂予尹 教授
 蘇慧婕 教授
 王世安 律師
 高 毅 律師
 陳冠璋 律師
 賴又豪 律師

為國家賠償案件，就聲請人於臺北高等行政法院訴訟繫屬中之案件，裁判應適用之「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」第 2 條第 2 項、第 15 條之 1 第 1 款，侵害聲請人受憲法第 24 條所保障之國家賠償請求權；及變更司法院大法官釋字第 477 號解釋意旨，謹依模擬憲法法庭法第 50 條之規定及司法院大法官審理案件法修正草案第 62 條第 1 項之意旨，聲請憲法判決事：

壹、應受判決之聲明

一、本件於臺北高等行政法院訴訟繫屬中之案件，判決應適用之「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」(以下簡稱補償條例)第 2 條第 2 項不當排除戒嚴時期因非屬內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例而受判刑者受賠償之權利，造成其依憲法第 24 條所保障之國家賠償請求權受到侵害，謹請 鈞庭宣告其違憲。

二、本件於臺北高等行政法院訴訟繫屬中之案件，判決應適用之「補償條例」第 15 條之 1 第 1 款，雖擴張前開同條例第 2 條第 2 項之「受裁判者」範圍，惟仍以參與同一原因事實之行為人中，有部分行為人屬該條項之「受裁判者」為要件，侵害人民受憲法第 24 條保障之國家賠償請求權，謹請 鈞庭宣告其違憲。

三、司法院大法官釋字第 477 號解釋肯認立法者於「戒嚴時期人民受損權利回復條例」(下稱回復條例)中僅針對犯外患罪、內亂罪之案件為權利之回復與相當補償，要屬立法裁量範圍之見解違反國家賠償請求權之意旨，謹請 鈞庭予以變更。

貳、疑義之經過

一、「新美農場貪汙案」之終局判決所載事實

杜孝生為高一生同母異父之弟。高一生於 1950 年 4 月間，嘉義縣吳鳳鄉長任內計畫籌設新美集體農場，該場第一農場招標時議定之第 1 期包款十八萬八千元，至同年 6 月止僅支付十六萬零三百元，扣發二萬七千七百元；第二農場招標時議定先付十五萬零四元二角，惟帳上僅登錄十二萬四千元，至同年 9 月 23 日止，僅支付八萬六千三百元，扣發三萬四千一百元。高一生與時任吳鳳鄉衛生所長、新美集體農場長之杜孝生，以及省議員林瑞昌三人，共同分配前列扣發之款項，杜孝生分得一萬元。此外同年 5 月間高一生與杜孝生藉購買發動機之名，提取農場公款三萬元原存放臺北亞細亞電料行，利息由杜孝生領取。另，同年高一生由杜孝生及洪華夏經手，向臺灣省農林廳領取穀種一萬台斤，撥交農場五百台斤、貸與農戶三百台斤，餘下九千二百台斤由杜孝生及洪華夏約定，由洪華夏載往嘉義市販賣，得款則據為己有[附件 1-1 號]。

二、「假冒農會名目案」之終局判決所載事實

高一生於鄉長任內，自 1948 年至 1952 年間先後向臺灣省糧食局臺南事務所嘉義分所申請配發換穀肥料共十四萬五千二百四十公斤；1951 年至 1952 年申請配發換穀白細布共一千四百四十碼；1951 年度領取生產貸款共七萬五千六百元。起先均由鄉公所自辦業務，後 1951 年 5 月起由杜孝生與盧朝清等設立（但未獲准）之吳鳳鄉農會籌備會處理。前述換穀肥料僅七百三十八公斤配發農民、二萬二千四百八十五公斤向商人廖春秋及二萬三千一百七十五公斤向村民換穀外，其餘肥料棉布均被販賣；生產貸款未貸與農戶，而提撥四萬元作為農會籌備會週轉之用，杜孝生並私自提用週轉金九千一百五十七元。1952 年嘉義糧食分所派員查倉時始發現共虧少稻穀五萬四千零三公斤、糙米三萬六千八百九十六公斤[附件 1-1 號]。

三、偵查、審理過程與判決結果

1. 杜孝生牽涉之二案後與 1950 年破獲之高一生另案「山地工作委員會案」併同起訴、審判。1952 年 9 月 10 日，杜孝生被誘騙逮捕，翌日解送臺灣省保安司令部偵訊[附件 2 號]，1953 年 3 月 13 日經該部軍事檢察官以犯懲治貪汙條例為由起訴，因戒嚴法第 8 條第 2 項規定「犯前項以外之其他特別刑法之罪者，亦同」，而依同條

第 1 項規定一併受軍事審判。同年 7 月 22 日該部（42）審三字第 25 號判決，以共同連續犯懲治貪污條例之侵占公有財物，處有期徒刑 15 年、褫奪公權 10 年、全部財產沒收；並以共同連續犯同法之剋扣職務上應行發給之財物，處有期徒刑 7 年、褫奪公權 5 年、全部財產沒收；應執行有期徒刑 17 年、褫奪公權 10 年、全部財產沒收。該案於同年 11 月 2 日經參謀總長周至柔、總統府參軍長桂永清擬具意見後，請求總統蔣介石核示，臺灣省保安司令部並於 1954 年 2 月 25 日依蔣介石指示改判[附件 1-2 號]，惟杜孝生之刑度並未增減。

2. 然而，1952 年 6 月 10 日，臺灣省保安司令部在逮捕行動的前 3 個月，便已研擬一套「高一生等貪汙案行動辦法」，當中包括如何誘捕、日後暫代的鄉長人選，以及如何製作宣傳品、透過可運用的反高、杜（杜孝生）山地青年，至山地各村作口頭宣傳等都已作好準備方案。這些宣傳早在杜孝生等人於 1952 年 9 月 10 日被誘捕前，便已規劃布置妥當，根本還沒開始偵查與審理，形同未審先判，而且當局刻意強調貪污，而淡化、模糊叛亂罪的部分，刻意將高一生等人扭曲成阻礙山地生活進步、透過剝削鄉民成就個人優越生活的貪官，將高一生塑造成山地鄉民的共同敵人[附件 3 號]；又據杜孝生生前的訪談紀錄，他被逮捕後，在軍法處卻根本沒被訊問過新美農場的事[附件 4 號]；甚至在 1954 年 4 月 17 日時，臺灣嘉義地方法院檢察處就前述「假冒農會名目案」部分曾做成不起訴處分，臺灣省保安司令部嘉義山地治安指揮所卻以「為避免刺激山胞情緒」為由，「將原件退還嘉義地檢處勿再送達」[附件 5 號]。

四、申請補償未果，於臺北高等行政法院審理程序進行中

杜孝生曾於 1997 年 10 月間向財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會（下稱補償基金會）陳情；其遺族中一人並於 2002 年 12 月向該會申請補償，惟 2003 年 11 月 14 日遭而該會以杜孝生係因貪汙罪而非叛亂罪被處刑，不符補償條例第 2 條第 2 項「本條例所稱受裁判者，係指人民在戒嚴解除前，因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者」，及第 15 條之 1 第 1 項第 1 款「有下列情形之一者，得於修正後本條例第二條第四項之規定期限內，準用本條例規定申請給付補償金：一、於戒嚴時期因參與同一原因事實之行為，部分行為人為本條例第二條第一項（應為第二項之誤植）規定之受裁判者，而其他行為人受內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例以外之有罪判決確定者」等規定，非該會被授權事項為由駁回；2007 年遺族中另一人又向該會申請補償，同年 8 月 23 日亦遭該會函覆不受理。後杜孝生遺族杜銘哲（下稱聲請人）復於 2015 年 7 月 24 日提出訴願，案經訴願，於臺北高等行政法院審理程序進行中。

參、程序事項

一、聲請依據

(一) 按模擬憲法法庭法第 50 條規定：「人民、法人或政黨，就其依法定程序用盡審級救濟之訴訟案件或非訟事件，對於受不利確定終局裁判所適用之法令或所持之裁判見解，認有牴觸憲法者，得聲請本法庭為違憲之判決。」亦即，以用盡審級救濟為人民聲請憲法判決之要件。本件既仍於臺北高等行政法院訴訟繫屬中，似難謂合於此要件。

(二) 惟查，司法院大法官書記處於 2013 年 1 月 8 日所發布之司法院大法官審理案件法修正草案第 62 條第 1 項指出：「人民、法人或政黨就其為當事人之訴訟案件或非訟事件，認裁判所應適用之法律位階法規範牴觸憲法，得於法院審理程序，提出向憲法法庭聲請違憲判決之書狀。」依草案之說明，此制度係為強化人權保障，設立未用盡審級救濟程序即可主張法規範違憲之機制，並有外國立法例可稽，包括德國聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項，設有案件當事人得逕聲請憲法法院裁判之規定、韓國憲法法院法第 68 條第 2 項設有案件當事人請求法院聲請違憲審查遭拒後，得逕聲請憲法法院裁判之規定、以及義大利 1953 年第 87 號憲法性法律第 23 條、第 24 條設有案件當事人得請求法院聲請違憲審查之規定。經綜合參考比較法例，並審酌我國制度已容許法官提出違憲審查聲請之發展趨勢，增訂本項規定。此機制得使憲法爭議得以早日釐清、當事人並能儘早取得可能之救濟，以健全人權之保障，且並非毫不設限，僅於憲法爭議明顯、且具備原則重要性之情形始得允許當事人飛越後續救濟程序，逕提出聲請憲法裁判之書狀，而毋須耗費多餘之勞力、時間、費用以及法院訴訟資源。

(三) 按模擬憲法法庭法關於人民聲請憲法裁判之規範，即「第三章違憲審查之聲請 第一節人民聲請法令及裁判違憲審查」，並無類似之規定。然依模擬憲法法庭法之精神，既蘊含「充分的社會對話」、「產生具體解決方案、實質上發揮解決問題的功能」等意涵，即若採取與草案相同之處理機制，將更有助於因各種現實原因延滯憲法裁判可能性之案件，受到社會之關注與開啟討論。且於司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋各級法院法官已取得程序中之聲請權，若可賦予當事人於程序中相對應之聲請權，即於裁判將適用之法律牴觸憲法情形明顯且具有憲法原則重要性時，容許未盡審級救濟程序之案件當事人得聲請憲法裁判，亦對於當事人憲法權利之保障有重大裨益。故模擬憲法法庭法第 50 條人民得聲請憲法裁判雖限於窮盡救濟途徑之情形，然解釋上，誠可發揮模擬憲法法庭欲突破實際制度限制，而使更多爭議、重要案件得受到審理之精神，受理飛越救濟之案件。

(四)再者，如本聲請書所主張，戒嚴時期軍事偵查、審判程序違反正當法律程序，無從提供公平審判，並非及時有效之權利救濟保護，已違反憲法第 16 條訴訟權保障核心。在此等違憲審判程序之下，審判機關之原因事實認定、法律適用與排除之判斷，皆因高度違反程序正義而可能存在瑕疵，並造成受審判者進一步之人權侵害、剝奪，杜孝生案即為顯例。然「補償條例」第 2 條第 2 項、第 15 條之 1 第 1 款將補償對象僅限縮於內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例之判決有罪確定者，若依照條文文義解釋，即令歷經訴願及歷審行政訴訟，縱或於文義最大可能範圍內實不可能獲得應予補償之結論，窮盡各審級可謂毫無實益，故亦不可能期待本案當事人於顯然無勝訴希望下持續徒耗訴訟費用。然系爭規定顯然未顧及其他同樣具有違憲情事之軍審刑事有罪判決，其基本權侵害亦應獲得補償而不獲，此種恣意排除之違憲瑕疵，縱使未用盡審級救濟，為使當事人獲得可能救濟、健全人權保障，以符模擬憲法法庭「對憲法上國家權力機關違憲行為，得依本法向本法庭聲請審理。」(模擬憲法法庭法第 1 條參照)之意旨，應允許其飛越上訴。

(五)綜上，本件於臺北高等行政法院訴訟繫屬中，聲請人認為裁判所應適用之法律，即「補償條例」第 2 條第 2 項、第 15 條之 1 第 1 款，牴觸憲法情形明顯且具有憲法原則重要性(詳如本聲請書之分析)，應有請求模擬憲法法庭判決之機會。爰依模擬憲法法庭法第 50 條人民得聲請憲法裁判、以及司法院大法官審理案件法修正草案第 62 條第 1 項得不用盡救濟程序之意旨，聲請憲法裁判。

二、聲請裁判客體

(一)本件裁判所應適用之補償條例第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 第 1 款規定，排除非屬內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例以外受有罪判決確定者請求賠償之機會，有侵害憲法第 24 條保障人民之國家賠償請求權之疑義。

(二)本件裁判所應適用之法規範與司法院大法官釋字第 477 號解釋有重要關聯性，若非同受解釋，對法體系解釋之一貫性有顯然之危害。系爭解釋就立法機關明定權利之回復與相當補償之給予，限於犯外患罪、內亂罪之案件，「係基於此類犯罪涉及政治因素之考量，在國家處於非常狀態，實施戒嚴之情況下，軍事審判機關所為認事用法容有不當之處。至於其他刑事案件不在上開權利回復條例適用之列，要屬立法裁量範圍，與憲法尚無牴觸。」之見解，有違轉型正義精神下人民得依憲法第 24 條主張國家賠償請求權之規定，自應同列為裁判之客體，並由模擬憲法法庭予以變更。

三、原則重要性問題

按模擬憲法法庭法第 38 條規定：「案件有下列情形之一者，應為不受理裁定：一、不合法或顯無理由。二、欠缺憲法原則重要性（第 1 項）。不受理裁定應敘明理由（第 2 項）。本案涉及轉型正義是否為憲法自由民主憲政秩序之內涵而使國家有義務予以遵守並積極實現之重要憲法疑義，與司法院大法官釋字第 477 號解釋之見解是否予以變更之爭議：

（一）本聲請案乃針對補償條例是否違憲，由於動員戡亂暨戒嚴法制與我國憲法之核心——亦即自由民主憲政秩序恐有扞格，亦造成動員戡亂及戒嚴期間諸多對人民基本權利之侵害，對此歷史過往之檢討與過錯之矯正，涉及學理與各國社會轉型實踐中有關「轉型正義」之討論，若將本聲請案系爭條文違憲與否之爭議置於此學術暨各國實踐脈絡，則有必要釐清轉型正義是否蘊含於我國憲法體系之中，與民主國、法治國及人權保障等憲政原則是否有所聯繫，並為國家有義務遵守並積極實現之憲政價值；如此方得充分評價憲法第 24 條之內涵及系爭規定之違憲性，故應屬具有憲政重要性之爭議，尚祈 鈞院予以解釋。

（二）由於本案聲請標的為補償條例第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 第 1 款規定，與司法院大法官釋字第 477 號解釋之審查標的同屬回復戒嚴時期權利受侵害之立法，且適用範圍均限縮於內亂罪與外患罪，故該本解釋意旨與判決所應適用之法律意旨一致。對於本案論理而言屬於必須檢視之重要依據。

（三）司法院大法官釋字第 477 號解釋認為，立法機關明定權利之回復與相當補償之給予，限於犯外患罪、內亂罪之案件，「係基於此類犯罪涉及政治因素之考量，在國家處於非常狀態，實施戒嚴之情況下，軍事審判機關所為認事用法容有不當之處。至於其他刑事案件不在上開權利回復條例適用之列，要屬立法裁量範圍，與憲法尚無抵觸。」於此解釋中，大法官乃針對「立法不作為」進行違憲審查（相同認定參見司法院大法官釋字第 694 號解釋陳春生、池啟明、黃璽君不同意見書），並認為以是否為「涉及政治因素考量」之犯罪為分類，排除非屬此範疇者不予權利回復與相當補償，尚屬立法裁量範圍而未違反憲法義務。

（四）然司法院已於多號解釋承認：「戒嚴時期軍事審判機關審理之刑事案件，因其適用之程序與一般刑事案件所適用者有別，救濟功能不足，保障人民身體自由，未若正常狀態下司法程序之周全」（司法院大法官釋字第 436、477、624 號解釋參照）。顯見其他案件類型即使不涉「政治因素」，仍因軍事審判程序救濟功能不足，可能使人民遭受權利侵害而應加以補償。若僅以立法裁量範圍為由，而認定無立法義務之違反，將此等人民一概排除於回復條例之涵蓋範圍外，司法院大法官釋字第 477 號解釋意旨論理即有不足。考量補償條例適用範圍亦僅限於內亂、外患等罪，

若司法院大法官釋字第 477 號解釋見解未予變更，將延續此立法不作為屬其立法裁量範圍而無違憲疑慮。且若我國憲法蘊含「恢復自由民主憲政秩序、並重新評價威權統治」之轉型正義價值，即更有必要就此檢討立法機關之不作為何時已非裁量範圍而構成義務之違反。故此等爭議對本聲請對象之解釋而言有必要關聯與憲政重要性，尚祈 鈞院予以解釋。

肆、聲請判決理由與聲請人對本案所持之法律見解

一、補償條例第 2 條第 2 項排除戒嚴時期因非屬內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例而受判刑者受賠償之權利，侵害憲法第 24 條所保障之國家賠償請求權

(一) 國家賠償請求權之內涵在於賠償基本權利受侵害之人民

1. 按中華民國憲法第 24 條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」此為我國憲法對國家責任之明文規範，反映國家及其手足於法治國原則下應依法而治，若違法則須負起憲法課予之責任；並須賠償基本權利因此受侵害之人民。

2. 查司法院大法官釋字第 624 號解釋許玉秀大法官部分協同部分不同意見書並指出：依條文文義解釋，只要國家違法，該項責任即成立，不問公務員是否有故意過失，亦不問公務員是否有其他事由得免除法律責任，是屬國家「無過失責任」[附件 6 號]。此乃因國家應自己負擔未妥善操作公務員管理制度或其他制度所創造之不法侵害，不得以其他事由作為國家免除賠償責任之理由。

3. 再查，本條規定既保障權利受侵害人民得請求損害賠償，即代表憲法不僅課予國家賠償責任，相對應地，尚保障特定人民得主張賠償之憲法權利，否則此賠償責任將無對應之權利主體。此觀察我國釋憲實務，亦可得到相同結論：司法院第 624 號解釋理由書表示無論司法審判或軍事審判之刑事審判程序，若使人民之自由、權利受損害，均得依法向國家請求賠償，顯然已彰顯人民之基本權利若受國家侵害，即生請求賠償之憲法權利。

4. 該國家賠償請求權實與憲法第 16 條訴訟權同屬「有權利即有救濟」之廣義權利救濟請求權之一環（司法院大法官釋字第 736 號、第 653 號解釋等參照）。具體言之，因訴訟權與國家賠償請求權或許於手段上有異，但目的皆在維護人民權利之完整實現，兩者皆為權利救濟之核心內涵——即權利獲得實質有效保障（Effektivität des Rechtsschutzes）所不可或缺者（司法院大法官釋字第 418、653 號解釋理由書參照）。

5. 故如司法院大法官釋字第 663 號解釋理由書所稱：「根據憲法第十六條規定，有權循國家依法所設之程序，提起訴願或行政訴訟，俾其權利獲得適當之救濟。此程序性基本權之具體內容，應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現。」權利救濟之實質有效實現，仰賴國家積極形成組織與程序加以落實，應由立法機關制定相關法律為之，同屬廣義權利救濟請求權之訴訟權與國家賠償請求權，皆應內蘊此組織與程序保障功能，人民方得行使其權利，此種憲法委託之立法義務方為憲法第 24 條所稱「得依法律」之真意。換言之，人民雖須「依法律」請求賠償，但絕非意指僅有在國家有立法之範疇內，人民才享有賠償請求權，否則，將得出只要國家不立法，則違法侵害人民權利之國家責任便實質上無從、也無需要求負責之荒唐結論。憲法毋寧僅是指出此屬憲法層次之程序性權利，須仰賴特定組織與程序方得以實現，因此立法應形成此等組織程序，使人民得以順利主張其憲法權利。

6. 若憲法第 16 條訴訟權應得透過國家所設之組織與程序加以實現，而此實現應由立法機關制定相關法律為之，則同屬廣義權利救濟請求權之國家賠償請求權亦應內蘊此組織與程序保障功能，且應課與立法機關制定法律實現之義務，人民方得行使其權利，此種憲法委託之立法義務方為憲法第 24 條所稱「得依法律」之真意。換言之，人民雖須「依法律」請求賠償，但絕非意旨僅有在國家有立法之範疇內，人民才享有賠償請求權，否則，將得出只要國家不立法，則違法侵害人民權利之國家責任便實質上無從、也無須要求負責之荒唐結論。憲法毋寧僅是指出此屬憲法層次之程序性權利，須仰賴特定組織與程序方得以實現，因此立法應形成此等組織程序，使人民得以順利主張其憲法權利。

7. 釋憲實務亦肯認立法機關建置國賠制度之義務：司法院大法官釋字第 469 號解釋理由書稱憲法第 24 條「係對國家損害賠償義務所作原則性之揭示，立法機關應本此意旨對國家責任制定適當之法律」；司法院大法官釋字第 487 號解釋理由書則表示「立法機關據此有制定有關國家賠償法律之義務，而此等法律對人民請求各類國家賠償要件之規定，並應符合憲法上之比例原則。」

（二）戒嚴時期之大規模人權侵害應屬人民得透過國家賠償請求權恢復權利之當然內涵

1. 我國憲法負有實現轉型正義之義務

（1）由於國家之不法態樣，不應限於個別公務員所為之一次性違法行為，國家亦有可能透過國家機器之整體制度、結構，產生大規模、普遍且重複發生之不法行為，此於威權、極權國家或處於戰爭衝突狀態之國家屢見不鮮。此種大規模不法的

處理，即屬「轉型正義」所應處理的範疇。

(2) 按國際轉型正義中心 (The International Center for Transitional Justice ; ICTJ) 的定義，轉型正義係指一系列被許多國家用以矯正大規模人權侵害的司法及非司法措施；乃遠離衝突或國家壓迫的轉型過程中達到正義的方法；嘗試透過究責與救濟受害者，讓受害者的權利獲得肯認，促進公民間的信任與強化民主法治[附件 7 號]。這種「制度性濫權」處理方式出現在 1980、90 年代拉丁美洲、東歐的民主轉型過程中。此外，戰後德國面對自身慘痛的納粹經驗，亦以「克服過去」(Vergangenheitsbewältigung) 之概念洗刷過去不義政權之施政，落實自由民主憲政秩序[附件 8 號]。

(3) 臺灣的白色恐怖歷史經驗，乃國家制度性濫權導致的大規模人權侵害，因此如何透過轉型正義處理過往體制性錯誤乃我國不可不面對之法律、政治及倫理議題：

- A. 按司法院大法官釋字第 567 號解釋：「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。」顯知縱使國家處於動員戡亂時期，立法機關之法律制定亦應受憲法各項基本原則、權利保障之要求加以檢驗，若違反仍屬違憲，不得以特別法制度完全架空憲法體系之保障。故我國過去威權統治所延伸之各項制度規範，仍應受中華民國憲法之合憲性檢驗。
- B. 退步言之，縱認當時價值與今日理解之憲政秩序不可同日而語，亦得參考賴德布魯赫公式中「不可忍受命題」及「欠缺平等意圖命題」重新評價當時法律制度是否過度侵害自由權利並到達無可忍受之地步，例如法律制定之初立法者有意違背平等適用之憲法要求，刻意制定偏惠特定政權、打擊反對勢力、放任恣意適用的法律[附件 9 號]。
- C. 1945 年後臺灣正式接受由國民黨所領導的中華民國政權統治，並於 1947 年 12 月 25 日施行中華民國憲法，然旋即於 1948 年由第一屆國民大會通過動員戡亂時期臨時條款，而其內容與中華民國憲法中諸多憲政基本原則有所牴觸：如擴大總統權限，發布緊急命令毋須受立法院（憲法第 39、43 條）限制，且僅有總統得主動宣告終止動員戡亂時期，並得設置動員戡亂機構及調整中央行政體制，立法、司法權無從置喙，形同架空憲法權力分立原則；且中華民國憲法雖規定國民大會、立法院與監察院為民選機關，臨時條款法制下，第一屆立法委員任期結束（1951 年）與國民大會、監察院任期結束時（1954 年）時均未改選，而係以蔣介石指示之行政院決議通過任期之延長，上開行為更透過司法院大法官釋字第 85、31 號解釋而具憲法上正當性，而總統亦得連選連任，使政治強人得以自身意志，破壞定期改選之民主精神與人民自我

統治之國民主權理想；然臨時條款之效力，原本應於 1951 年決議是否廢止，惟直至 1954 年國民大會始以到場人數未達原當選人數一半之不合法臨時會，通過動員戡亂時期臨時條款繼續生效之決議，此使中華民國憲法不僅實質憲政價值上受到架空，程序上亦已達形式意義之憲法破毀。國民黨政權因而得以延續訓政時期黨治經驗，以動員戡亂臨時條款為基礎，發布各式法律與行政命令，此法秩序之下的人民並未自我統治，亦不符合以法拘束國家權力行使之法治國精神，反而是受實質上為國民黨所頒布的各项法令所統治。

- D. 此等動員戡亂體制下各式法律或行政命令，結合戒嚴體制與相關規範下造成普遍性的人權侵害：戒嚴法第 8 條授予軍事機關廣泛的案件審判範圍，如第 1 項規定之內亂罪、外患罪及第 2 項規定之其他特別刑法之罪，皆因此而落入軍事審判權範疇，並受懲治叛亂條例加重刑度，且依懲治叛亂條例第 10 條規定，非軍人之一般人民於戒嚴區域內亦受軍事審判，此已嚴重違反憲法第 9 條「人民除現役軍人外，不受軍事審判」之誡命（戡亂時期檢肅匪諜條例第 11 條亦屬類似規定）。
- E. 另，依照當時有效之陸海空軍審判法、戰時陸海空軍審判簡易規程，軍事審判官與部隊長官間為從屬關係，軍事法庭之組成並受長官核定，檢察官亦受長官指揮監督，且軍審與軍檢未能分隸；此外，該管軍事審判機關長官或三軍統帥，尚得行使判決核定及發交覆議權，使軍事部門及總統得對軍事審判內容為實質核定並可能加以推翻、發交覆議，甚至有可能逾越法定之核覆權限，逕自指示增加刑度；且審判不公開並缺乏辯護人實質有效之辯護[附件 10 號]；總體觀之，軍審制度無論從人事、程序乃至於判決結果皆已成為軍事統帥權之傀儡，若參考司法院大法官釋字第 436 號解釋提出之標準：「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，具司法權之性質，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，並不得違背憲法第七十七條司法院為國家最高司法機關，掌理刑事訴訟審判，第八十條法官依法律獨立審判，不受任何干涉等有關司法權建制之憲政原理」，則該時有效之軍審制度，不僅因軍事審判於組織、人事上受軍事部門長官控制、亦無法獨立決定判決內容，無從提供人民公平審判，並非及時有效之權利救濟保護，並未提供正當法律程序保障，從而有違憲法第 16 條之訴訟權保障之核心內容（司法院大法官釋字第 653、574、396 號解釋等參照）；亦不存在獨立公正之審判機關，因而違反憲法第 77 條及 80 條司法獨立之要求；亦因行政介入司法核心權限而違反權力分立原則。

- F. 除前述軍事審判體系之弊病，威權統治時期實質上由情治單位主導犯罪偵查，過程中多有不法剝奪人身自由之情事。憲法第 8 條第 1 項規定「人民身體之自由應予保障。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。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」，並參考司法院大法官釋字第 384 號解釋：「凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，其程序須以法律規定，內容更需實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件」，觀諸本號解釋孫森焱大法官意見書，所謂實質正當係指符合近代民主國家之憲法基本原理之要求，亦即，國家必須在正當之目的下，以符合比例原則之手段對人身自由加以限制。具體而言，人民享有正當法律程序保障，內容包括逮捕拘禁應踐行必要司法程序、審檢分離、審判公開等要求，刑事被告人身自由之保障尤以「中立、公正第三者之法院審問」為核心要求（司法院大法官釋字第 588 號解釋理由書參照），惟人民於此等由動員戡亂及戒嚴法制所建構的偵查與軍事審判體制下，往往受情治單位於未經法官保留下逮捕拘禁、並於後續偵查審判過程，陷於武器極度不平等之不利處境，亦未受獨立公開之審判及辯護人實質有效之辯護，乃至於判刑確定而受更長期之人身自由剝奪，此軍事偵查審判體系，實已嚴重違反憲法第 8 條人身自由之正當法律程序保障。
- G. 是以人民於此等偵查、審判體制下，往往因政治言論、思想或其他與統治利益違背的行為而陷於各種罪名，因而失去生命、自由與財產，憲法所保障之生命權、人身自由、思想自由、言論自由與財產權等可謂蕩然無存。以上無論權力分立、司法獨立、正當法律程序、訴訟救濟保障及各項基本人權保障之違反，皆已嚴重抵觸法治國原則之核心內涵，構成對自由民主憲政秩序之違反（司法院大法官釋字第 499 號解釋參照）。
- H. 上開作為，並非正常法治國家下一次性、偶然性的不法行為，而係統治者為實現其不法黨政利益，透過一系列相互搭配、環環相扣之法制度遂行其目的。如軍事審判體系相關法律之設計，其立法意圖並非平等適用，而是使政治部門得以透過人事組織安排、事後核定覆議權，打擊異己、對付政治理念不同之國民。此等法制所奠基的動員戡亂及戒嚴法制，結構性紊亂司法、立法、行政分際，將權力集中於總統之手，並從因未定期改選而欠缺民主正當性的國會獲得背書，在此法制籠罩的結構下，人民權利大規模受到侵害，法律節制國家權力之功能蕩然無存，權利受侵害者無從循正常司法救濟管道恢復權利並填補損害，司法院大法官釋字第 567 號解釋要求之最低限度人權保障被

束之高閣。由此可見，自由民主憲政秩序之憲法原則，已非動員戡亂法律結構之基本前提，在此，憲法民主國、法治國、人權保障等原則性價值已實質破毀。

(4) 憲法人性尊嚴、基本權保障、法治國、民主國原則等自由民主憲政秩序之維護，以國家履行轉型正義義務為必要：

- A. 根據學者 S. K. Hellsten 之見解，轉型正義意在回應大規模人權侵害，乃蘊含人性尊嚴價值之倫理概念，並連結到諸多正義觀如應報正義 (retributive justice)、修復正義 (restorative justice) 與分配正義 (distributive justice) 等。因而轉型正義實具有檢視過去 (backward looking) 以及放眼未來 (forward looking) 的雙重面向。又「轉型」蘊含著「改變」的元素，因此對過往的檢視乃為超克當前體制遺留之不義，於未來的轉型過程中朝向正義所指引的路徑，亦即從威權朝向民主、人權侵害朝向法治的過渡[附件 11 號]。由此觀之，轉型正義旨在確保人性尊嚴之倫理價值，以體現人作為主體，抵禦國家或社會各種干預之道德意涵，防止個人成為被國家集體或社會強制下的客體。在制度性、集體性人權侵害的戒嚴體制下，人民依己意願塑造人格之可能性遭受限制，不但難以經營人際互動關係、發展良善的公共論辯空間，甚至連人身自由或生命都有面臨剝奪的危險。轉型正義，目的正是在扭轉此種國家利益 (甚至可曰特定私益) 凌駕於個人權利的嚴重失衡狀態，重拾人民自我實現、自主決定其人格價值，並重建人人均受平等尊重之理念。[附件 12 號]
- B. 另按，司法院大法官釋字第 603 號解釋稱：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。」實已將我國憲法不得變動之核心原則與人性尊嚴做緊密連結。由此可見轉型正義與我國憲法價值秩序在根底上相通。
- C. 再者，轉型正義乃憲法法治國原則之當然內涵：蓋其帶有檢視過去之面向，即處理威權遺緒、矯正體制遺留之不義，進而要求國家行使權力須依照法律，平等對待所有國民[附件 13 號]此因若不對過去做檢視，則一方面人權侵害未獲平復、二方面遺留之不義體制仍有可能再次對人民造成傷害，「過去」將持續在「現在」發生作用[附件 14 號]；且另一方面，透過加害責任之追究，亦在尋找法與不法間的區分標準[附件 15 號]。
- D. 比較法上，德國處理過去納粹政權及東西德分裂時期遺留之體制不義，即從法治國原則連結「克服過去」(Vergangenheitsbewältigung) 之要求，因法治國家若在面對前法治國 (vor-rechtsstaatlich) 體系之遺緒時，逃避對過去規範重新評價 (Nuewertung)，拒絕判斷過去法律決定中何者應排除，實際上亦已在

規範立場上做出選擇；因此評價決定乃法治國家不可避免之任務，亦即為維繫法治秩序國家不可免之義務，且為一種積極義務[附件 8 號]。在此面向上，可謂法治國原則已內含轉型正義之要求。

- E. 另查，司法院大法官釋字第 567 號解釋明示非常時期亦不得加以違背之最低限度人權保障；司法院大法官釋字第 543 號解釋亦表示：「故憲法就發布緊急命令之要件、程序及監督機制定有明確規範，以避免國家機關濫用權力，期以保障人民權益，並維護自由民主基本秩序。」顯見於我國，縱或處於動員戡亂或戒嚴法制，該時仍有憲法原理原則對相關法制之合憲性控制存在；大法官基於捍衛人權保障與自由民主憲政秩序，對於法治國原則中因「法不溯及既往要求」與「檢驗過去規範合法性」之間的矛盾衝突做出一定宣示：法安定性並非法治國中最高指導原則，仍得對過往動員戡亂及戒嚴法制之合憲性進行檢驗。這反映大法官對法治國諸原則如何調和的判斷。
- F. 再如學者所述，法不溯及既往乃為保障人民對依法律安排社會生活之利益及信賴進行保障，最終核心仍為人權保障，但若威權時期法制並非保障人權，而如前述，乃在助長政府權力之侵害、欠缺基本平等適用之意圖，則法不溯及既往原則應在此時退讓[附件 16 號]，否則「法安定性」將形同「不法之安定性」[附件 9-2 號]。故強調轉型正義應檢視過去不法之面向，並優於法安定性時，在一個曾受威權統治長達數十年而尚未矯正各種不法措施、轉型未竟的國家中，反而才更加是遵守法治國誠命的展現。
- G. 又，轉型正義往往為國家得以順利民主轉型之必要工程。學者指出轉型期間追求正義的機制為民主化的機會之窗（window of opportunity）[附件 17 號]，因若未歷經轉型正義，國家體制中助長人權侵害的威權遺緒無從去除，不僅不利於體制朝向民主發展，亦使得人民無法相信脫離威權的新政權便能帶來人權保障與正義[附件 14 號]，無從強化民主正當性，特別在遭逢政經危機時，可能再次引發民主的制度性潰敗[附件 18 號]；另一方面，透過轉型正義尋求歷史真相也是民主得否健全存續的重要條件[附件 19 號]；而健全、持續的政治參與場域與公民論辯文化亦須循轉型正義機制實現其制度條件。
- H. 依憲法第 1 條與司法院大法官釋字第 499 號解釋所揭示之「民主國原則」要求國家統治權力之正當性應間接、直接地來自國民本身，使人民得以自我統治，若欠缺轉型正義機制要求的制度改革、真相公開等等機制，無從區辨轉型前後的政權究竟有何不同，政府的民主正當性將難以穩固建立，無從實現國民主權之誠命；故為滿足民主國原則之要求，轉型正義亦為我國憲法所追求之價值而應為國家機關積極實現。

- I. 最後，轉型正義旨在對歷史上的人權侵害做平反及回復，本身即是一種人權理念的實踐，特別體現在個體人權受侵害時應有權要求補償，國家自有義務採行一系列矯正措施來回應受侵害人權的補償需求；另一方面，也強調清理威權遺緒來保證未來大規模人權侵害不再發生，此當然呼應憲法要求保障人民基本權利之誠命。
- J. 綜上，我國作為一個自長期威權統治中轉型成民主政體的國家，若欲真正落實法治國原則、民主國原則及人權保障等憲法基本原理原則，或者由這幾項原則所串聯而成的憲法價值網絡——自由民主憲政秩序，轉型正義實已成為必要機制。更何況，此等價值秩序正是司法院大法官釋字第 499 號解釋中具「本質之重要性」，不容輕易變更之憲法存立基礎，憲法機關自有加以遵守之義務。亦即，轉型正義須成為憲法課予國家應履行之義務，否則憲法自由民主憲政秩序之追求將因過去遺留至今的不法規範體系而難以實現。

(5) 大法官乃憲法之維護者，應於轉型期間積極提供落實轉型正義之規範價值方向指引

- A. 憲法規範之於國家運作具有優位性，而憲法第 78 條、79 條、171 條、172 條及憲法增修條文第 5 條既將憲法解釋權交由大法官行使，即意在將此憲法規範對國家機關的拘束性交由大法官來加以維護落實[附件 20 號]。就此，為了落實自由民主憲政秩序，積極地矯正過去所犯下的集體錯誤，司法部門應恪守其作為憲法守護者之使命，而非消極地以法定性扼殺法治精神與人權保障之實質深化。
- B. 司法院大法官釋字第 405 號解釋理由書亦認識到「憲法賦予大法官維護規範位階及憲政秩序之重大職責」、並於司法院大法官釋字第 601 號解釋理由書表明：「大法官憲法解釋之目的，在於確保民主憲政國家憲法之最高法規地位，就人民基本權利保障及自由民主憲政秩序等憲法基本價值之維護，作成有拘束力之司法判斷。」故可知大法官解釋憲法之目的即在維護自由民主憲政秩序於不墜，而若如前所述，自由民主憲政秩序之落實須以追求轉型正義為必要，則大法官自應於憲法解釋中積極灌注轉型正義之精神以修復威權時期遭破毀的憲法本質重要價值。
- C. 另按，2013 年「對中華民國（臺灣）政府落實國際人權公約初次報告之審查國際獨立專家通過的結論性意見與建議」（下稱結論性意見）第 24 點結論性意見指出：「轉型時期尚未結束，需要政府更多作為來促成中華民國（臺灣）社會的和解。」[附件 21 號]於兩公約的規範價值檢視下，臺灣的轉型正義工程未竟，社會仍處於排除威權遺緒以深化民主、並釐清各項政治、道德價值

的轉型期間。就此，司法部門亦有義務遵守轉型正義之義務，協助於轉型期間告別威權，鞏固民主，對未來各機關權力作為產生警戒與指引作用，避免悲劇再次發生。

- D. 進一步言之，此即憲法法院協助憲政共同體透過檢視過去並放眼未來之轉型正義任務。由於既存規範處於有待重新評價矯正之狀態，釋憲機關應不自囿於形式法治之要求，適度展現司法積極態度，與價值轉型中的社會互動；雖無需鉅細彌遺指導政治部門各項制度應如何設計，但應透過解釋闡明憲政問題，提供綱領性的規範方向指引，並使政治部門得對此規範價值方向之宣示有所回應[附件 22 號]，方能督促各憲政機關共同維護憲法自由民主憲政秩序。
- E. 再如司法院大法官釋字第 261 號解釋，部分否定了司法院大法官釋字第 31 號中所謂非常時期國會無從改選之憲法正當性，即是在民主轉型的過程中，由司法機關針對過去為延續強人統治而架空民主國定期改選要求所造成的正當性缺漏加以調整，為憲法國民主權之誠命注入積極的實質意義，深化了國會民主正當性之意涵。司法院大法官於此對過去的規範見解重新評價，並勇於提供價值方向指引，展現轉型期間大法官追求正義之積極角色，也承擔憲政部門矯正過去錯誤之維護憲法義務，為憲法守護者透過落實轉型正義捍衛自由民主憲政秩序之最佳例證。然而，我國轉型正義工程尚未結束，因此各憲政部門更應積極履行此憲法義務，使我國民主、法治及人權保障得以深植、鞏固。若有所懈怠，司法部門應加以積極監督、督促之。

2. 蘊含轉型正義之國賠請求權為我國釋憲實務所承認

(1) 憲法第 24 條國家賠償請求權之內涵，即在賦予人民得就國家不法權利侵害，得請求賠償之憲法權利，使國家負起不法責任，以符合法治國原則要求，此賠償責任自然包含白色恐怖時期之各項不法行為；故國家應循本條規定踐行轉型正義所要求之賠償，積極形成法律制度，回應白色恐怖時期各種類型之國家不法，使人民得以循充分有效的程序向國家請求賠償，實現其憲法權利。

(2) 司法院大法官關於軍事審判程序之解釋亦支持此融入轉型正義考量之救濟請求權，司法院大法官釋字第 624 號解釋理由書稱「戒嚴時期軍事審判機關審理之刑事案件，因其適用之程序與一般刑事案件所適用者有別，救濟功能不足，保障人民身體自由，未若正常狀態下司法程序之周全（司法院大法官釋字第 477 號解釋參照），對於其致生之冤獄受害人，更無不賦予賠償請求權之理。」即是肯認白色恐怖時期審判程序之特殊性下，有必要以國家賠償體制積極因應，且因軍審程序未若司法程序周全，更需要賦予其國家賠償請求權利。

(3) 司法院大法官釋字第 567 號解釋亦肯認回復條例第 6 條第 1 項第 4 款就人

民於戒嚴時期因犯內亂、外患、懲治叛亂條例或檢肅匪諜條例之罪，於有罪判決或交付感化教育、感訓處分，執行完畢後，未依法釋放者，得聲請所屬地方法院準用冤獄賠償法相關規定，請求國家賠償，係保障人民權利之合憲性規範，亦揭示我國憲法蘊含轉型正義價值，要求透過賠償彌平過去人權侵害作為之意旨。

(4) 按司法院大法官釋字第 624 號解釋許玉秀大法官部分協同部分不同意見書，「公務員故意過失」並非憲法第 24 條預設之要件，代表只要國家有不法行為即構成「無過失」責任，此對於融入轉型正義要求而旨在回應白色恐怖不法之國賠請求權而言誠屬重要。蓋在結構性濫權之體制下，難以辨認哪個公務員、在哪個時點因故意過失對人民權利造成具體侵害。若強調單一或可得特定之公務員因故意或過失所為之不法行為，毋寧是忽略了國家以制度性措施大規模侵害人權的本質。此外，既以國家不法為前提，則此處當然屬國家「賠償」，而非如刑事補償法屬以國家合法為前提之「補償」。

3. 國際人權體系下轉型正義要求之賠償應全面性填補人民所受權利侵害，並應搭配究責、促進真相與保證不再發生

(1) 聯合國為實踐轉型正義，採取「打擊有罪不罰」(impunity) 與「保護、增進人權」之指導原則實現轉型正義：國家應正視其過去之錯誤行動並加以負責，因此，有必要建構一系列制度打擊過去權利侵害惡果，手段上包含揭露真相(知情權)、讓人民接近司法以追求正義、賠償受害者並保證悲劇不再發生。[附件 23 號]

(2) 我國雖不直接受聯合國決議或相關指導原則之拘束，然憲法第 141 條課予國家「尊重條約及聯合國憲章」之義務，司法院大法官亦多次引用國際人權文件作為解釋依據(司法院第 428、549、578、587、623 等號解釋參照)，況於憲法追求轉型正義以維護自由民主憲政秩序之精神下，仍有必要透過憲法解釋、立法者與行政機關的實際操作，參酌國際人權文件關於轉型正義所提供之指引，填充我國國家賠償請求權之內涵。

(3) 就賠償部分，聯合國大會 60/147 決議即強調賠償受害者為轉型正義面對過去國家錯誤之重要面向，重申受害者有獲得充分、有效且迅速賠償之權利，且賠償應與違法行為及損害嚴重程度相稱。亦即對於因國家大規模人權侵害行為而受有身體、精神創傷或財產損害、權利侵害之受害者與家屬而言，賠償應包含「回復原狀」(restitution)、「補償」(compensation)、「康復」(rehabilitation)、「滿足」(satisfaction) 等等，內涵約略包括返還財產；補償物質、精神及身心傷害與失卻機會；提供醫療照顧；透過象徵性補償儀式(如公開道歉)、司法裁判與公開真相等恢復受害者與家屬尊嚴；並透過司法獨立、正當法律程序及審查相關法律等措施以保證不再發生[附件 23、24 號]；顯見國際人權體系下之轉型正義所要求之賠償受害者，並不僅限於

金錢賠償，而係侵權損害之全面性回復與填補。

(4) 進一步言之，聯合國「促進真相、正義、賠償與保證不再發生特別報告員」(Special Rapporteur on the promotion of truth, justice reparation and guarantee of non-recurrence) 強調，欲追求轉型正義，包括：(1) 真相調查與檔案公開；(2) 追究加害責任；(3) 受害者賠償與 (4) 制度改革以解消促成不法惡行的體制[附件 25 號]等四大元素彼此相存相依，兼顧四大要素的轉型正義措施比起分散的實施，更有助於達至正義，其間相互關係網絡牢不可破。若偏廢某項元素，將不利於轉型正義目標之達成，故提倡整合性之轉型正義途徑 (holistic approach)。[附件 17 號]例如，報告員特別指出「若欠缺究責、促進真相或體制改革，則賠償很容易被視為收買受害者默認現實」；即若賠償要能被視為正義的措施，需要同時促進真相、究責等等，其性質才會被視為賠償而非補償[附件 26 號]。跨國研究亦指出僅採用單一機制處理轉型正義未必有利於人權保障與民主的改善[附件 27 號]，因而採取整合性的轉型正義機制確有必要。

(5) 是故，2013 年國際人權公約審查之結論性意見亦強調在臺灣轉型時期尚未結束的當下，單單僅以金錢賠償無法促成社會和解，因此，有必要同時在財產、心理、社會關係等面向上採取措施，對受害者之犧牲加以平復[附件 21 號]；並為賠償正義之所需，應採取措施揭露白色恐怖年代大規模人權侵犯事件的完整真相，並使其得被有效取用[附件 21-1 號]。顯見審查專家提醒受害者賠償之落實必須結合上開聯合國所揭示之其他原則加以為之，不得僅為金錢補償，亦不得僅以「事後性彌補」作為填補受害者人性尊嚴所受嚴重傷害之唯一手段。應循整合途徑才能根本性地反省國家大規模施政錯誤，並從著眼於未來的「前瞻性」制度建置過程中落實、鞏固當代的憲法價值。

(6) 綜上，面對過去體制性之大規模人權侵害，轉型正義透過釐清真相、追究加害責任、賠償被害人及體制性改革以保證不再發生等面向來加以處理；在此過程中追求正義，促成公民之和解與信任及強化民主法治。

4. 國家賠償請求權應得完整填補白色恐怖時期人權侵犯之損害，並輔以真相、究責與保證不再發生等機制，以落實轉型正義

(1) 國家賠償請求權作為廣義救濟請求權之一環，乃在於落實實質有效之權利保障，亦即追求無漏洞可能性 (einen möglichst lückenlosen) 之權利救濟。故學理上雖有「第一次權利救濟」與「第二次權利救濟」之區分，並認為兩者制度目的有別，前者在於權利侵害之排除，後者則在損害填補，但無礙於此等制度皆在落實權利的完整實現。由此角度出發，國際人權體系下轉型正義所要求之賠償，同樣強調賠償應與損害程度相稱，而應全面性填補損害，故人民於白色恐怖期間因基本權侵害而

受到之身體、財產與精神上之損害，皆應得以透過國家賠償請求權之行使而獲得完整填補。

(2) 再者，縱或國家賠償請求權以金錢作為填補損害之主要手段，然如前述，若欲使國賠請求權實質上具有國家認錯之賠償意涵，而不僅流於花錢消災，於轉型正義之整合途徑下，究責、促進真相與保證不再發生等機制的搭配乃必要措施。換言之，國家除應於積極建置制度，以實現國家賠償請求權之外，尚應積極推動其餘面向之轉型正義工程，方能完整實現國家賠償，使白色恐怖時期遭毀棄之自由民主憲政秩序得到平復。

(3) 具體言之，包括白色恐怖時期大規模人權侵犯事件的完整真相及檔案公開；軍事審判案件得以重新加以檢驗，使受害者有獲得司法平反之機會；釐清國家責任歸屬及清理威權遺緒等等皆為國家應進一步加以落實之轉型正義工作。

(三) 補償條例第 2 條第 2 項不當限縮聲請人國賠請求權之範圍，立法者違背其憲法義務，應屬違憲

1. 系爭規定限制聲請人憲法第 24 條國家賠償請求權，應受違憲審查

(1) 補償條例第 2 條第 2 項規定，限於戒嚴解除前觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育之情形。故非屬觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例之罪（如本案原因事實所示），不符補償條例第 2 條第 2 項規定，不受補償。然憲法第 24 條保障人民於國家不法時有依法請求國家賠償之權，若白色恐怖時期人民因國家不法行為受有侵害，卻因立法未涵蓋，而無從請求國家賠償，即造成國家賠償請求權之限制。

(2) 觀諸本件爭議事實，杜孝生雖犯懲治貪污條例，負責偵查、審判杜孝生案件之軍事部門卻在誘捕之前便已研擬一套「高一生等貪汙案行動辦法」，形同未審先判；而軍審體制雖形式上具備審檢分立，並有該部公設辯護人為被告辯護，然誠如前述，該時軍事審判無從落實法官獨立審判不受干預之原則，以及辯護人之實質有效辯護。杜孝生於軍法處偵查之過程中從未被詢問過案件事實經過，最後更在嘉義地檢處已作成部分不起訴處分後，還被保安司令部「原件退還」，顯見偵查程序之瑕疵。何況，當時所有軍審判決必須經總統蔣介石核覆後始可謂之「確定」，軍事長官可藉此干預審判，甚至越權加重刑度，對於基本權之侵害莫此為甚。本件原因事實中杜孝生之刑度雖未因蔣介石之指示而加重，但同案被告方義仲、武義德、廖麗川等人即因此提高刑度，更加證明戒嚴時期軍事審判侵害基本權之嚴重程度。以上事實皆已顯見軍審程序違背憲法第 8 條人身自由正當法律程序保障、第 9 條非軍人不受軍審程序及第 16 條訴訟權之保障。再者，受刑人回歸社會後亦遭遇謀生不易、家

族名譽高度低落等情況，對其工作權、名譽權亦有貶損。

(3) 以上基本權利侵害，皆導因於國家於白色恐怖體制之體制性不法，其中，軍審程序不法審判之情事乃全面性、普遍性人權侵害惡果之重要原因，杜孝生之遭遇即為顯例。在憲法轉型正義價值之引導下，自有必要使權利受侵害之本案當事人得以請求國家賠償、獲得救濟，以矯正此等不正義，並使自由民主憲政秩序獲得平復，排除戒嚴時期基本人權受到侵害之人獲得賠償之機會，形同放任其基本人權受侵害之狀態持續下去，是法治國家所不能容許。故若因立法不作為，致杜孝生無從請求國家賠償，實已限制其憲法第 24 條國家賠償請求權，應受違憲審查。

2. 於轉型正義價值引導下，憲法法院應積極審查國賠建置之立法不作為是否違憲

(1) 憲法第 24 條國賠請求權具體上應如何形成，原則上應由立法者事先基於立法事實判斷為之，不過，此非謂立法機關享有無邊無際的形成空間，蓋國家賠償請求權終究屬於憲法位階之權利。

(2) 依學者黃舒梵見解，立法形成空間之保留，正是為了使立法者得以在其中充分考量社會多方利益而盡可能實現最大程度基本權保障，而非憲法對立法者的無條件讓步，因而仍須受到違憲審查機關之控制，特別是檢驗其是否違反基本權最大實現之要求；而此立法裁量空間的大小，亦與憲法對系爭事務的價值決定程度有關，憲法決定程度越高，則立法形成空間越小，反之亦然[附件 28 號]。故若立法於特定事務領域中選擇不作為，其制度內涵是否合乎憲法最起碼之要求，司法機關自有就個別現存情況中不作為可能危害之基本權利的重要性與受侵害之程度、憲法課予立法義務之拘束力強度、立法者是否有期待可能性、是否已超過合理之立法準備期間等標準，綜合判斷立法不作為是否違反其憲法義務，並不因民主正當性、權力分立原則而使司法機關全面退守，畢竟憲法之解釋，本就屬於權力分立原則下司法機關之任務。[附件 29 號][附件 30 號]

(3) 以此為前提，觀察憲法第 24 條國家賠償請求權之規範內涵：首先可知，其作為廣義救濟請求權之一環，立法者所負擔之基本義務為，只要有國家不法情事發生，則應得透過其所建置之法律制度行使賠償請求權而獲得救濟，否則即違有權利必有救濟之憲法要求，至於「如何」實現救濟，方為憲法委託予立法者形成之裁量範疇。然而，進一步而言，融入憲法轉型正義考量而旨在處理國家威權時期大規模侵權行為之國家賠償請求權制度建置，則屬於憲法面對國家歷史性錯誤而課予國家機關應積極矯正之義務，以轉型正義為價值引導而重新回復作為國家基底之自由民主憲政秩序；於此，憲法已進一步提高價值決定的程度，因而立法者自由形成或決定排除特定受白色恐怖受害人民充分實現其賠償請求之空間應相對萎縮。

(4) 再者，依司法院大法官釋字第 632 號解釋憲法機關皆應忠誠履行憲法義務以使憲政體制得以正常運行，根本原因乃在於憲政機關對憲法忠誠方得確保憲法之存續[附件 31 號]，亦即自由民主憲政秩序之存續；然憲政體制「正常」運行之前提，在於曾遭破毀之自由民主憲政秩序的「違常」狀態已獲得平復，而如前述以及國際人權公約審查結論性意見所稱，我國之威權遺緒實仍遍布於國家體制之中，轉型期尚未結束，曾受侵害人民亦尚未獲得充分全面且不限於金錢補償之損害填補，因此，立法機關更應基於忠誠義務積極作為，擔負起轉型正義任務，使自由民主憲政秩序得以正常運行。

(5) 因此，在轉型正義價值引領下之國賠請求權立法建置，旨在平反大規模不法人權侵害行為造成之損害，涉及為數甚多人民之生命權、訴訟權、人身自由、財產權等基本權利保障問題，立法者應基於平復自由民主憲政秩序而積極作為，且以最大程度賠償基本權利受侵害之人民為目標，若否，違憲審查機關自有相當空間具體判斷是否因為立法不作為而造成人民無法行使國家賠償請求權，使白色恐怖期間某些態樣的基本權侵害缺乏救濟管道，因而構成憲法委託形成賠償制度以追求轉型正義之義務違反。

3. 系爭規定以補償為目的，難以符合蘊含轉型正義價值之憲政秩序，應認違憲

(1) 觀諸補償條例之名稱立法宗旨規定，可知其目的係在「補償」戒嚴時期「不當」叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者。由於補償係指國家為填補少數人民因國家所採取合法、但在妥當性上有值得非難處（不當）之方式所生之利益受損，因而為此「合法但不當」之行為所設置之損害回復體系；與針對自始欠缺合法性之不法責任加以承認、承擔之國賠制度屬完全不同的建置。是以，本法之立法目的係填補國家追求合法公共利益致特定少數人特別犧牲之合法補償，否則應如二二八事件處理及賠償條例以「賠償」之語，表彰國家過去的作為是對人民權利之不法侵害。

(2) 此等目的的牴觸我國憲法實現轉型正義之要求。蓋轉型正義之前提，正是承認國家過去的不法作為，並以此要求國家積極建置彌補其不法責任、填補損害之制度，並非僅是補償因國家合法作為所犧牲之人民。否則毋寧是肯認國家在動員戡亂與戒嚴體制下，透過懲治叛亂條例、懲治貪污條例等特別刑法，將軍事審判程序大量擴大至一般刑事案件適用；透過軍事審判法制使總統及軍事部門得介入審判的人事、組織程序並得對審判內容為事後核可，而於白色恐怖期間軍事首長甚至違反該時實定法核覆權限而逕自增加刑度；違背憲法第八條之規範之偵查、審判過程等各種罔顧憲法權力分立、司法獨立等法治國原則、無法保障最低限度之人權，甚至高度破壞人身自由正當程序保障、生命權之大規模人權侵害行為均屬實現特定公共利

益，目的合法，僅是手段可能不當。如此實踐，不但反映出國家不願真切反省過去錯誤之漠然態度，更是嚴重侵蝕了我國自由民主憲政秩序，可謂是對於法治國、民主國原則、人性尊嚴價值之最大諷刺。

(3) 由於此等大規模人權侵害，整體而言無法透過個案逐一認定，而需國家基於恢復自由民主憲政秩序的憲政義務，進行全面性檢討，並追究責任，透過憲法第 24 條國家賠償予以賠償；而在我國憲法蘊含轉型正義誠命的情況下，憲法第 24 條規定授權立法者之制度形成空間，已因轉型正義之價值決定而相對限縮，況立法者基於機關忠誠義務尚有矯正自由民主憲政秩序「違常」狀態之義務。若系爭規定之立法目的仍設定為補償，形同拒絕承認國家的不法行為，而不欲負起對應之國家責任，無從修復威權時期破毀之自由民主憲政價值。

(4) 另一方面，僅止於「補償」之立法目的，此種立法心態亦難滿足聯合國要求之充分有效、且與損害嚴重程度相稱之賠償，而可能使人民基本權利受國家侵害之回復問題，受到國家財政等無關的因素稀釋。因此，於憲法要求應透過轉型正義回復自由民主憲政秩序之價值決定下，立法者並未獲得將「賠償」請求權之性質轉化為「補償」之授權，系爭規範目的已違反轉型正義之憲政價值而違憲。

4. 補償條例第 2 條第 2 項限縮補償對象，並未實現蘊含轉型正義價值的憲法所課予之國賠制度建置義務，使基本權利受侵害之人民皆得循管道請求損害賠償，手段上違憲

(1) 退步言之，縱認系爭條例之立法目的合憲，其手段上，亦因立法不作為而排除若干白色恐怖受害者之請求可能。補償條例第 2 條第 2 項規定，排除了受內亂罪、外患罪或受戡亂時期檢肅匪諜條例以外之有罪判決者請求賠償之可能，忽視此等案件既然同受軍事審判，背後亦有違反正當法律程序之偵查、審判過程，對於人民權利之侵害甚鉅，本案原因事實即屬顯例。是以對此類受裁判者而言，亦有透過落實轉型正義以恢復、賠償、回復其損害的必要，否則無異於放任特定類型的被害者與家屬在各種層面上之傷害繼續擴大，也造成未獲賠償之受害人背負汙名而無法立足於社會，嚴重影響其一般生活與人際關係的經營。

(2) 更何況，上開白色恐怖時期之違法侵害，立法者在制定補償條例時即可預見，從而應具備立法之期待可能性。此外，立法院自 1997 年起即開始制定補償條例工作，至今（2016）年已逾二十載，難謂尚未逾越合理之立法準備期間。然而立法者迄今未修正排除非屬觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例之受裁判者，不得請求國家賠償之系爭規定。就此，憲法第 24 條既然要求「有權利必有救濟」，本即已限縮立法者恣意排除權利受侵害者之形成空間；又自由民主憲政秩序之平復既以落實轉型正義為必要，對於受國家不法而導致基本權侵害者，其應得主張國家

賠償請求權已為急迫之憲法誠命，在此憲法毋寧已展現高度之價值決定，因而限縮立法者不作為之可能。故若立法者自始排除同受軍事審判之本案當事人於國家賠償體制之外，實難謂最大程度兼顧基本權利受侵害人民之賠償請求權實現，而未能履行維護自由民主憲政秩序之憲法義務，因此已經構成違憲之立法不作為。

二、補償條例第 15 條之 1 第 1 款準用規定，雖擴大可申請補償之範圍，但仍不足以達成憲法委託之國賠制度建置，應屬違憲

(一) 補償條例第 15 條之 1 第 1 款準用規定擴大申請補償範圍，惟仍將得申請補償之要件，限於參與同一原因事實之行為人中，有部分行為人受內亂罪、外患罪或檢肅匪諜條例之有罪判決確定或裁判交付感化教育之情形，然終局判決記載中杜孝生所涉原因事實，皆非涉及內亂、外患及檢肅匪諜條例罪嫌者，從而難以據本條規定申請補償。然而，系爭規定依舊忽視了在戒嚴時期軍審程序下，對於人權保障之結構性漠視，係與罪名無絕對關聯。

(二) 從而，逕行排除這些受裁判者請求賠償之可能，等於剝奪其所受憲法保障之國家賠償請求權，並放任其基本人權受侵害之狀態繼續存在，亦無法落實憲法追求轉型正義之理念。因此，系爭規定範圍過窄，無法滿足憲法委託之國賠制度建置要求，則未納入規範範圍內之受裁判者，其國家賠償請求權受到限制、甚至剝奪，且立法者並無任何理由得使系爭侵害正當化。亦即，救濟之門已全然關上、或謂從未存在，既然其他受裁判者之憲法權利在系爭規定設計下於法律層次已全無存在之蹤，系爭規定應屬違憲。

三、司法院大法官釋字第 477 號解釋之見解與轉型正義下憲法應積極建置國家賠償制度，以實現人民國家賠償請求權之規範要求不符，自應予以變更

(一) 司法院大法官釋字第 477 號解釋以犯罪涉及政治因素考量，而認為回復條例之適用範圍限於犯內亂罪、外患罪之案件屬立法裁量範圍，與憲法尚無抵觸。

(二) 然而，憲法第 24 條固然委託立法者形成國家賠償請求權之相關建置，卻非得以任其決定將何者自始排除於權利保護之外。更何況，若認憲法課予立法者以國家賠償實現轉型正義之義務，是要矯正過去的大規模人權侵害，那麼立法者之形成空間即應以「有無人權侵害」為依歸，而不是未必具有關聯的「(犯罪的) 政治因素」。若立法者基於因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例起訴、審判之案件，發生過較多人權侵害之情形，而設計凡此類犯罪即推定符合賠償資格之機制，但其餘案件則在通過審查之後亦得以獲得賠償，則可謂立法裁量範圍之內；若自始

即以非內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例案件者不具政治因素為由，拒之於門外，即屬逾越立法裁量範圍。

(三)是故，系爭規定使憲法委託立法者形成制度、並以國家賠償請求權實現轉型正義之義務無從落實。據此，應認此手段造成當事人國家賠償請求權受到侵害，與轉型正義之立法考量目的間顯不相當，牴觸憲法規定。司法院大法官釋字第 477 號解釋之意旨應予以變更，併此敘明。

伍、政治部門應儘速改善賠償法制，建置真相調查機制、公開檔案、重新檢驗軍審判決並追究違法責任，保證白色恐怖不再發生，憲法法院亦應監督並提供必要價值指引

一、如前所述，於聯合國轉型正義四大元素整合途徑之考量下，若缺乏賠償以外之轉型正義機制，賠償往往會被視為收買受害者接受現況的補償，而無助於轉型期中正義價值的落實，故除宣告系爭補償條例之立法目的及立法不作為之手段違憲外；欲真正充分有效賠償白色恐怖基本權利受侵害者，其他面向之轉型正義手段實屬必要工程。

二、現有賠／補償法制應予修訂

(一)我國目前雖已有「補償條例」、「回復條例」或「冤獄賠償法」等制度使受害者得請求賠償，以補償條例為例，除了前述之排除特定類型權利受侵害者外，該條例雖包含回復受裁判者及其家屬名譽受損與更正戶籍失實者之機制（第 4 條參照），不過，一方面，對於如何具體認定可請求賠償之家屬與賠償標準，在實務上爭議頻傳，至今仍欠缺合理之制度設計。此外，白色恐怖時期人民所受侵害尚包括財產遭到沒收，如懲治貪污條例、懲治叛亂條例等法規範中皆有沒收犯各該罪者全部財產之規定，然此等財產並非犯罪工具，亦非屬犯罪所得，實已違反比例原則而無憲法上正當性，且導致受害人民不僅生命或人身自由遭受剝奪，家庭生活也陷入極度困頓之中。針對此等人民財產權之侵害，「補償條例」卻缺乏發還財產之規定，補償金雖有對沒收財產加以考量，但因其有補償上限，因而許多遭沒收財產的額度實遠超此補償範疇，難以充分填補人民損害。

(二)另一方面，回復條例則以無罪判決確定為前提方得請求發還財產，且限受內亂外患罪判決者，歷次修法嘗試皆擱置於立法院而無法使人民得有效為主張，故是否得受無罪判決仍深刻影響諸多賠償請求是否可能。以上個條例因此皆有檢討改進之必要。

三、應使受害人得透過制度重新評價其於所受白色恐怖時期所受之裁判，司法院大法官釋字第 272 號解釋意旨應予變更

- (一) 於國家安全法第 9 條第 2 款規定之限制下，非現役軍人於戒嚴時期經軍事審判機關審判之刑事案件已確定者，除有再審或非常上訴之原因得依法聲請再審或非常上訴之外，解嚴後不得向該管法院上訴或抗告，該規定更經司法院大法官釋字第 272 號解釋以兼顧法安定性、社會秩序為由而認定為合憲。
- (二) 因此，除了以無罪判決為前提之補償措施形同具文；即使如該當國安法第 9 條第 2 款之案件，因有受執行死刑、徒刑、交付感化（訓）教育者、財產被沒收等情形，而可適用補償條例而受補償，然而，如此一來，形同以白色恐怖時期之司法決定作為賠償依據，過去所有違反權力分立、司法獨立與訴訟權、正當程序保障之軍審程序將永遠被埋葬於歷史深淵，無法在結合轉型正義價值之自由民主憲政秩序之下重新檢視該等判決或交付感化教育裁判之合法性與合憲性。
- (三) 「補償條例」因而只是以「補償」填補當事人因合法行為所致生之損失，而非反省、追究過去不法行為後所為之「賠償」，不但逃避了轉型正義之憲政精神，也難以使曾面對撕裂傷痕之社會足以相信國家有真誠面對錯誤，並保證未來不再發生的憲法承諾，對於整體社會脫離戒嚴體制、邁向自由民主憲政秩序的道路可謂是莫大障礙[附件 9-1 號、32 號]。
- (四) 因此，國家有義務積極作為，使受害人民得以透過制度重新審查白色恐怖時期裁判，不得以法律加以限制，否則無非是人民訴訟權保障之二度侵害，而國安法第 9 條限制動員戡亂時期受軍事審判之一般人民對其已確定之刑事裁判上訴或抗告，已有違憲疑慮，應透過司法解釋重新評價，以恢復憲法秩序；司法院大法官釋字第 272 號解釋亦有重新檢驗之必要。

四、應建置真相調查機制與落實檔案公開

- (一) 為了正確地對過去進行評價以賠償、彌補受害者的傷害，真相揭露乃必要前提，應由國家建置制度，釐清白色恐怖年代大規模人權侵犯事件的完整真相，確認加害經過、加害者責任與被害人所經歷的苦難；而受害人對於該等國家檔案之取得與利用亦應獲得確保，使其得以之作為追究責任、獲得賠償的依據。
- (二) 然而當前白色恐怖時期相關檔案之使用與公開侷限於政府機關或學術研究機構，未能在制度上為家屬提供進一步探詢國家加害經過、真相公開之特殊機制，使得家屬只能透過一般性政府檔案公開程序，經歷漫長的申請過

程才能取得相關資料，對於年邁當事人與家屬心理、精神創傷之回復顯非妥適之舉。未來各機關應派員親自清查所藏之檔案，因各機關歷經改組、整併後，又未建立檔案移交規範，如果只仰賴機關的編目清查檔案，肯定會有缺漏；另外，以檔案已標記為「永久保密」為由，而拒絕公開的情形，或許可以討論政治案件檔案是否可以成為國家機密保護法的例外。「二二八事件紀念基金會」和「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會」的檔案，亦有大部分尚未公開，亦是未來仍須努力的部分。日前發生的憲兵違法搜索扣押魏姓民眾的白色恐怖時期文件事件，再度提醒社會，或許仍有為數不少的官方檔案流落民間，徵集、收購這些檔案，也是未來可以考慮的方向[附件 32 號]。最後，國家應建置真相調查機制以釐清白色恐怖時期大規模人權侵害之完整真相。

五、轉型正義作為各憲政機關維繫自由民主憲政秩序之憲法義務

- (一) 無論是國安法阻斷訴訟平反，而相關法制又以無罪判決為前提排除賠償可能；或因檔案開放與真相調查機制之缺漏，皆不利於具轉型正義價值之國賠責任履行，因國家不法的程度與責任範疇無從在充足的事實基礎及司法調查程序上獲得正當的評價，也因而難以讓受害人民感受國家已負起責任，賠償人民物質、身體、心靈等各層面之損害，難稱有助於社會和解與民主深化。若立法者欲充分實現憲法委託其形成國家賠償白色恐怖傷害之任務，則理應同時整合性建構以上各相關轉型正義機制；若立法者未能履行，尤其是對特定面向之轉型正義機制毫無作為時，司法者基於憲法守護者的職責，應要求立法權儘速作為矯正白色恐怖時期之國家不法。
- (二) 我國自民主化以來，轉型工程可謂僅完成對部分被害人的片面金錢補償，然動員戡亂／戒嚴法制對自由民主憲政秩序核心價值的長期懸置、紊亂，以及侵害人民基本權利造成的身心傷害與社群分裂，皆無從以此貧乏的機制獲得修補；而政府中威權遺緒從未獲得檢視之下，人民對國家的觀感亦難以從威權體制的陰影中走出，建立穩固的信任基礎。因此，為了認識並反省過去的錯誤，釐清各項責任，思考法與不法的界線，並透過賠償受害人象徵性地確保國家將不再重蹈覆轍，於我國重新錨定自由民主憲政秩序所捍衛的各項基本原則，諸如法治國原則、民主國原則、基本權利保障，司法權應與政治部門合作推動各項轉型正義機制，於立法不作為時，憲法法院出於適度尊重自無需鉅細靡遺指導各項制度細部設計，但應提供規範方向之價值指引，如轉型正義下之促進真相、究責、保證不再發生與賠償，使不作為之立法部門對此規範方向有所回應，方能忠誠履行維繫憲政秩序

於不墜之憲法義務。

陸、其餘理由，懇請 容後補陳。

柒、以上，敬請 鈞庭鑒核。

此 致

模擬憲法法庭 公鑒

中華民國 105 年 6 月 10 日

關係文件之名稱及件數

委任書正本乙份。

(以下附件皆為影本，各乙份，容後補陳)

附件 1-1 號：台灣省保安司令部判決(42)審三字第 25 號。收錄於何鳳嬌編(2008)，
《戰後台灣政治案件：湯守仁案史料彙編(二)》，台北：國史館，頁
896-910。

附件 1-2 號：同附件 1-1 號，頁 911-927，932。

附件 2 號：張炎憲，白色恐怖與高一生，[http://s22.ntue.edu.tw/文化台灣卓越講座
/images/re/白色恐怖與高一生.htm](http://s22.ntue.edu.tw/文化台灣卓越講座/images/re/白色恐怖與高一生.htm) (最後瀏覽日：2016/4/28)

附件 3 號：戴寶村，臺灣原住民政治案件與國家暴力(1945~1954)——以「湯
守仁案」為中心，<http://ihc.apc.gov.tw/Journals.php?pid=630&id=895> (最
後瀏覽日：2016/4/28)

附件 4 號：陳素貞(1995)，〈雲山深處的勇者——台灣早住民在白色恐怖時代的
受難者〉，《台灣文藝(新生版)》，第 12 期，頁 104。

附件 5 號：范燕秋(2009)，〈原住民菁英的整肅：「湯守仁等叛亂案」〉，發表於《戒
嚴時期白色恐怖與轉型正義》研討會，頁 19-20。

附件 6 號：陳敏(2011)，《行政法總論》，台北：自版，7 版，頁 1119。

附件 7 號：<https://www.ictj.org/about/transitional-justice>，最後造訪日：2016 年 4 月
12 日。

附件 8 號：H. Dreier(2010)，江嘉琪譯，〈憲法國家對歷史過往的克服〉，收錄於
《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》(上冊)，台北：聯經，頁
170-173。

附件 9 號：黃丞儀(2015)，〈戒嚴時期法律體系的未解難題與責任追究〉，收錄於
臺灣民間真相與和解促進會，《記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段
報告》(卷三)，台北：聯經，頁 59-60。

附件 9-1 號：同附件 9，頁 55。

- 附件 9-2 號：同附件 9，頁 66。
- 附件 10 號：張炎憲（2010），〈導言：白色恐怖與轉型正義〉，收錄於《戒嚴時期白色恐怖與轉型正義論文集》，台北：吳三連台灣史料基金會，頁 11。
- 附件 11 號：S. K. Hellsten, Transitional Justice and aid, in *World Institute for Development Economics Research*, pp.3-4.
- 附件 12 號：李建良（2008），〈自由、平等、尊嚴（下）——人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題〉，《月旦法學雜誌》，154 期，頁 189、197-199。
- 附件 13 號：石忠山（2013），〈轉型社會的民主、人權與法治——關於「轉型正義」的若干反思〉，收錄於施正鋒編，《轉型正義》，台北：翰蘆，頁 57-59。
- 附件 14 號：陳瑤華（2016），〈正義的轉型與轉型的正義〉，發表於「轉型正義與法律學術研討會」，頁 7-8。
- 附件 15 號：林雍昇（2013），〈轉型正義過程中法律的功能與作用〉，收錄於施正鋒編，《轉型正義》，頁 93-94。
- 附件 16 號：施正鋒（2013），〈台灣轉型正義所面臨的課題〉，收錄於施正鋒編，《轉型正義》，頁 258。
- 附件 17 號：陳俊宏（2016），〈變遷中的轉型正義〉，發表於「轉型正義與法律學術研討會」，頁 24-28。
- 附件 18 號：Teitel, R. (1995). How are the New Democracies of the Southern Cone Dealing with the Legacy of Past Human Rights Abuses? In N. J. Kritz (Ed.), *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. pp.146-53 Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press.
- 附件 19 號：吳乃德（2015），〈威權獨裁下的國家暴力〉，收錄於臺灣民間真相與和解促進會，《記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告》（卷一），台北：聯經，頁 65-66。
- 附件 20 號：翁岳生（2009），〈憲法之維護者——省思與期許〉，收錄於《憲法解釋之理論與實務》（第六輯），台北：中央研究院法律研究所籌備處，頁 5-6。
- 附件 21 號：結論性意見 24。
- 附件 21-1 號：結論性意見 25。
- 附件 22 號：葉俊榮（2002），〈從“轉型法院”到“常態法院”：論大法官釋字第 261 號與第 499 號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，《台大法學論叢》，第 31 卷第 2 期，頁 12-14。

- 附件 23 號：陳俊宏（2015），〈聯合國處理轉型正義的原則〉，收錄於臺灣民間真相與和解促進會，《記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告》（卷二），台北：聯經，頁 146-149。
- 附件 24 號：General Assembly Resolution 60/147 : Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law), pp.1-9.
- 附件 25 號：Juan E. Méndez(1997), Accountability for Past Abuses, 19 Human Rights Quarterly 255.
- 附件 26 號：A/HRC/21/46 · Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff.
- 附件 27 號：Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne, Andrew G. Reiter (2010), The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy, in *Human Rights Quarterly*, Vol 32:980-1007.
- 附件 28 號：黃舒芃（2013），〈違憲審查中之立法形成空間〉，收錄於《框架秩序下的國家權力：公法學術論文集》，台北：新學林，頁 393-402，406。
- 附件 29 號：Christian Stark（2011），李建良等譯，《法的起源》，台北：元照，頁 236。
- 附件 30 號：陳文豐（2004），《論立法不作為之國家賠償責任》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁 149-166。
- 附件 31 號：許宗力（2007），〈權力分立與機關忠誠——以德國聯邦憲法法院裁判為中心〉，收錄於氏著，《法與國家權力（二）》，台北：元照，頁 302-320。
- 附件 32 號：林邑軒（2015），〈官方檔案的徵集與公布〉，收錄於臺灣民間真相與和解促進會著，《記憶與遺忘的鬥爭：臺灣轉型正義階段報告》卷（二），頁 56-58。

具狀人 杜銘哲

訴訟代理人 涂予尹
蘇慧婕
高毅
陳冠瑋
王世安
賴又豪

模擬憲法法庭釋憲聲請補充理由書

案 號 模憲字第 4 號
聲請人 杜銘哲
代理人 黃丞儀 律師
涂予尹 教授
蘇慧婕 教授
王世安 律師
高 毅 律師
賴又豪 律師
陳冠瑋 律師

為上開聲請人聲請解釋憲法事件，依法續提補充理由事：

- 一、按關係機關實體答辯「二、」指出「本件應採最寬鬆審查標準，尊重立法裁量」等語（詳關係機關答辯狀第 6 頁第 27 行以下），對此，聲請人亦站在應維護權力分立原則之立場而認為應適當劃分司法權與立法權之職權，惟就「立法裁量」一事，聲請人認為本件所涉者實與單純資源分配問題不同，立法裁量空間應縮小。
 - （一）查關係機關之答辯中所引述之部分大法官解釋（詳關係機關答辯狀第 8 頁第 12 行以下），雖均肯認立法裁量自由之合憲性，然而其所涉及之背景事實與本件關聯較遠，不具可比較性，似難作為判斷本件司法權介入空間之合理依據：
 1. 釋字第 558 號解釋謂「立法者有權設定法律施行日」，係在說明立法者制定法律之權限應包括如何之內涵，亦即，係就立法者權限本身之闡述。此情形與司法是否、如何介入立法者立法內容之實質判斷並不相同，故對本件涉及法律本身是否侵害人民權利而違憲之情形無法類比及提供指引。
 2. 釋字第 550 號解釋乃針對中央與地方權限劃分之情況，亦無涉人民基本權利是否受有侵害之爭議，故同樣不宜作為本件之比較對象。

3. 是故，前揭關係機關答辯中所引之解釋皆與有侵害人民權利之虞之法規範違憲審查有異，實無法說明何以於本件之情形司法權應基於立法裁量空間而退讓。

(二) 誠則，立法裁量空間之寬鬆與否，須視事務特性而定。於立法者之權義與資源分配涉及對於人民基本權利之限制時，立法裁量空間即因憲法對基本權之保障而縮減，並仍受相當密度之司法審查：

1. 所謂立法裁量空間，係在基本權以國家積極制度形成為其實現要件的情況之下，由憲法授權甚至委託立法者，透過容納多元利益的民主立法程序，妥善形成基本權的實現機制，以盡可能實現最大程度之基本權保障。既然立法形成以基本權實現為目的，立法者即非脫免於憲法控制之外，其裁量仍須受釋憲者檢驗，並依據憲法就特定事物領域之價值決定程度、憲法課予立法者之義務強度以及受限制之基本權種類與限制強度等等，調整司法審查之密度。因價值決定程度及義務拘束強度等討論已詳載於聲請書，茲不贅述。僅就基本權限制部分，補充理由如下。

2. 若特定法規範並非單純的經濟社會資源分配，而涉及個人與國家或第三人間的權利義務關係分配，亦即涉及基本權限制，即有必要提高司法審查密度，以避免人民基本權利遭受不法侵害而阻礙憲法保障基本權之意旨實現。蓋人民之基本權保障乃憲法所明定，不得受立法者以各種方式加以侵害，此乃憲政國家所賴以維繫之根本法理。再者，立法部門乃憲政秩序下之國家機關，亦無權透過排除特定情況之權利保護，凌駕於憲法價值決定之上。

3. 此亦可參考 1938 年美國聯邦最高法院 *United States v. Carolene Products Co.* 判決之註腳 4 (footnote 4)。其提及司法與立法權力界限之判斷標準：美國聯邦最高法院首先區分兩種不同性質之法律，分別是管制經濟事務之法律、以及限制個人自由之法律。美國聯邦最高法院承認，於經濟事務，立法者享有絕對權威，法院應給予高度尊重，故管制經濟事務之法律應受合憲推定。惟於系爭法律於表面限制憲法具體列舉之權利時，應限縮合憲推定的範圍，則司法權取得介入之空間進行較為嚴格之司法審查。

4. 是故，尊重立法者之權限，並不是司法全面退守的理由，仍須檢驗各該法規範是否涉及人民基本權利之限制。若肯認立法者透過立法形成自由之權限，排除了憲法權利保護，將無異於放任立法者以超乎憲法秩序之姿侵害人民權利，並非憲政秩序所容許。

5. 再者，我國歷來釋憲實務亦不如答辯方所稱，盡皆尊重立法裁量。縱使

關涉社會經濟事務，司法者只要基於權利保障的必要，仍可能介入檢驗立法者之要件設計。如釋字第 549 號解釋，立法者就勞工保險條例中遺屬受領津貼之要件，即被釋憲者認定恣意排除無謀生能力而應受領之部分遺屬，而與憲法意旨不符。

(三) 由於系爭戒嚴時期不當政治叛亂暨匪諜審判案件補償條例（下稱補償條例）僅補償「因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者」之事，已涉及立法者是否、如何賠償國家過去大規模不法侵害人民權利、回復其損害，並非單純資源分配或社會給付之措施。是以釋憲者於判斷其是否違憲之際，有必要適度提高審查介入之密度，一定程度地縮減立法裁量空間；司法院大法官釋字第 477、555 號解釋所揭櫫之標準，難認為應適用於國家賠償案件（如系爭案件）：

1. 系爭條例之特性在於透過具體法律設計，落實人民之國家賠償請求權，並非全屬立法者基於國家財政有限性，而對現在或未來所進行之資源分配措施，因此，似難認為其立法裁量程度與社會資源、經濟事務相當，有可受放寬之可能性：

系爭條例所規制者，係人民國家賠償請求權能否實現、如何實現之問題。詳言之，其對於戒嚴時期因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者開啟了請求賠償受侵害權利之門。符合此等要件之人民，其於戒嚴時期所遭受侵害之訴訟權與其他權利，或將受到一定程度之回復；相反地，未被施加此等罪名之人，縱於戒嚴時期曾受軍事審判而遭臨生命、身體、自由、財產等不可回復之侵害，亦無從依系爭規定予以填補。是以，系爭條例之旨，在於藉「內亂、外患等政治犯罪」之標準，劃定權利賠償之程度、以及損害填補之範圍與方式，一定程度落實、甚至排除了人民受憲法第 24 條所保障之國家賠償請求權。此等基於實現「有權利必有救濟」之原則，所建置之國家賠償請求權機制，縱然在具體如何賠償之問題上，或須考量國家財政條件，而為一定之資源配置；然而，此種資源分配，其核心性質並非純粹在於分就不同對象之特性、依個別社會事實，提供與其需求相應之社會福利給付措施。探其性質，毋寧係立法者針對各式曾遭受國家不法侵害者之人民，依其受侵害之情狀與損害後果，所建置之權利救濟管道與賠償方式。亦即，此仍係透過填補損害以落實基本權利之保障，而非僅僅是應否分配、如何分配社會資源之議題。是以，釋憲者於判斷系爭條文是否違憲之時，似無法採取與社會資源分配事務相當之標準。

2. 按關係機關答辯方引述釋字第 555 號與第 477 號解釋，用以論證立法者

對於建置系爭條文之權利賠償機制時，享有較寬鬆之裁量空間（關係機關答辯書第 8 頁第 24 行以下、第 10 頁第 24 行以下）。然而，此等解釋與上述憲法保障基本權之意旨似有不一致之處，難以作為釋憲者援以判斷系爭條文是否逾越立法裁量空間之基礎：

釋字第 555 號宣稱，「戒嚴時期人民受損權利回復條例」（下稱「回復條例」）中武職人員非屬該條例所劃定之權利回復對象，係屬合憲之立法裁量範圍；釋字第 477 號亦認為「回復條例」之賠償資格限於因犯內亂、外患、懲治叛亂條例或檢肅匪諜條例之罪，實屬立法裁量範圍，因而合憲。釋憲者逕自以「立法裁量範圍」之語，採取了僅限於經濟財政事務始可放寬之審查標準，放寬了對於「回復條例」之具體審查。釋憲者未能具體說明，為何當規範事態明顯涉及戒嚴體制下名譽、財產等各種權利侵害種類、樣態時，仍能適用寬鬆標準；其顯然是未能考量到，立法者有義務藉由本條例充分、完全地回復各種損害，而非僅僅是透過此條例，分配特定社會給付資源。在此等混淆之上，釋憲者亦未能深入具體地檢討「回復條例」此立法決定，是否以排除了特定賠償對象（武職人員）、賠償事態（非犯特定罪名之行為）之方式，侵害了特定對象或行為之國家賠償請求權。因此，難認為司法院大法官釋字第 555 號、第 477 號解釋於賠償案件中所採取之寬鬆標準，與憲法保障人民基本權利之意旨有所相通，因而可用於判斷本案系爭條文之立法裁量空間。

3. 綜上，系爭條例因涉及程序權、自由權等基本權侵害之回復與損害之填補，因而有受司法者積極介入之必要，對此，難謂立法者享有與決定資源配置事務一般之廣泛立法裁量空間。

二、次查，關係機關於其實體答辯「二、」論及補償條例之立法目的，即針對受不當軍法審判者，因國安法第 9 條而不得救濟之侵害予以補償。對此，聲請人補充意見如下：

- （一）關係機關於實體答辯中（詳關係機關答辯狀第 5 頁第 8 行以下），亦承認觀諸立法史，因軍事審判多受政治干預，程序上往往有違憲瑕疵而侵害人民權利，依戒嚴法第 10 條規定理應於解嚴後得依法上訴，救濟管道卻受國安法第 9 條阻斷，因而至少必須以補償條例提供受裁判者及其家屬一定補償。
- （二）是故，依前揭立法史資料，補償條例立法目的在於使受不當軍事審判之受裁判者所受之侵害得到補償，則其範圍理應擴及於戒嚴時期因不同罪嫌而同受軍事審判之所有受裁判者。惟於手段上，立法者卻將補償範圍限縮在「內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例」，而忽略其他受裁判者亦有獲得補償之權利。

(三) 聲請人認為，於本案中釋憲者不應採取寬鬆審查態度，消極容認立法者為追求立法目的所為之各項裁量。本件聲請人之父杜孝生雖非依前開罪責而受裁判，但其仍因受不當軍事審判，而受訴訟權、人身自由及財產權等各項侵害，其損害為補償條例立法目的所及而應獲得填補。立法者或可就不同罪嫌及基本權侵害程度為類型化區分，指明其於不同案型之回復義務及受裁判者應受之補償程度；故若自始排除同受軍事審判者及其家屬請求國家賠償，將其完全阻絕於救濟管道之外，觀諸立法目的，已構成手段上之涵蓋不足，難謂合憲之立法裁量。

三、另就鑑定人李念祖律師之鑑定意見書提及：「就杜銘哲聲請案，以判決確認聲請人享有請求國家賠償的基本權利，至今存在，不受戒嚴時期人民受損權利回復條例未將之列列入適用之影響；國家賠償法之時效，自判決日起算。釋字第 477 號解釋尚無須變更。國家賠償法第 13 條豁免違憲裁判之國家賠償責任，逾越立法上合理裁量之範疇，違反憲法第 24 條之規定，應不予適用，釋字第 228 號解釋應予變更。」等語（詳李念祖律師鑑定意見書第 8 頁），聲請人茲表示意見如下：

- (一) 查鑑定人李念祖律師指出：「應予辨明者，即令立法院未以特別條例給予特種程序救濟，聲請人受憲法第 24 條規定國家賠償請求權保障之基本權利依然存在。」（詳李念祖律師鑑定意見書第 3 頁），然其認為聲請人聲請國家賠償之障礙實有兩層，其一為責任豁免。就此，鑑定人認為聲請人受國家賠償之權利實受到國家賠償法第 13 條及釋字第 228 號解釋之限制。鑑定人主張，為求國家賠償請求權之實現，實應採取該號解釋劉鐵錚大法官之見解，即：不得使剝奪人身自由之違憲終局裁判豁免於國家賠償責任之外。從而，應逕行變更釋字第 228 號解釋始為適當之舉（詳李念祖律師鑑定意見書 2.2.2.1）。對之，聲請人並不反對鑑定人李念祖律師變更釋字第 228 號解釋之見解，惟須闡明者係，聲請人本件聲請所指摘違憲之國家賠償制度，並非鎖定於國家賠償法此部法規範本身，毋寧係主張補償條例作為國家賠償制度之一環，而立法者就補償條例之設計有違憲之缺失。是故，聲請人雖同意鑑定人李念祖律師關於國家賠償法第 13 條、釋字第 228 號解釋限制人民受國家賠償權利之見解洵屬有理，惟此等「責任豁免」之限制，並非對本件造成障礙；甚至，此是否係本件原因案件受國家賠償制度拒斥之原因，尚屬可議。蓋此等案件，之所以無從受到權利保障，應認為係補償條例就犯罪類型之根本排除直接所致，並非國家賠償法或釋字第 228 號解釋。
- (二) 又查，鑑定人李念祖律師主張之另一障礙，乃為時效（詳李念祖律師鑑定

意見書 2.2.2.2)。對此，聲請人亦認同時效制度之高度重要性，及其作為法律保留事項之意義。惟誠如鑑定人李念祖律師指出，我國釋憲實務實認為請求權與時效制度係「如影隨形」（詳李念祖律師鑑定意見書第 4 頁），是故，聲請人認為，在本件於立法者並未設計法律請求權之前提下，根本無從起算時效。立法者必須依憲法理念首先確立請求權之具體建置，以落實憲法之轉型正義、國家賠償請求權誠命；而關於時效之具體制度，應可在當請求權於法律上獲確立後，於由立法者另行設計，以維個案正義與法安定性之平衡。此與鑑定人之認知應無衝突。

(三) 至本件大法官之選項，鑑定人李念祖律師提出二個選項，並認為選項二(2.3.2.1.2) 為宜（詳李念祖律師鑑定意見書第 7 頁以下），惟查：

1. 選項二建議之路徑係補充釋字第 477 號解釋。其謂：「系爭條例不得濫為反面解釋」，以憲法判決使「聲請人得直接依國家賠償法請求國賠」，且「時效自判決時起算」。惟此路徑實繞過了國家賠償之特別制度「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」。一方面，其無法突顯其與直接適用國家賠償法之一般國家賠償制度之不同，忽略了補償條例作為一部特別存在、糾正過去之法律，具有標誌轉型正義機能之應然要求；另一方面，此種路徑是否仍在釋字第 477 號解釋「至於其他刑事案件不在上開權利回復條例適用之列，要屬立法裁量範圍，與憲法尚無抵觸。」文義可補充之範圍內，聲請人恐持保留態度；再者，此種解釋方式，是否與鑑定人強調釋憲者應小心民主正當性問題（詳李念祖律師鑑定意見書 2.3.2）之說法相符，似值考慮。從而，聲請人認為，如有辦法以合宜之憲法判決為制度調整，使聲請人之國家賠償請求權於良好的制度設計中獲得滿足，則對鑑定人李念祖律師所建議之路徑自然應予贊同。惟就大法官應採取何種路徑為宜，聲請人對於選項二是否得避免鑑定人李念祖律師所稱之聲請國家賠償之阻礙等事，認為尚可斟酌。

2. 另就選項一（詳李念祖律師鑑定意見書 2.3.2.1.2），聲請人認為：

(1) 變更釋字第 477 號解釋並不會否定國會對於國家賠償之適用範圍及設定時效制度之全部裁量空間。此僅係就部分不符合憲法第 24 條保障人民國家賠償請求權之部分予以指明。且本件目前之問題，如前所述，係請求權受到立法者不作為之不當限制，而根本無法律上請求權。其實未進入時效設定之層次，亦無欲取代立法者為時效制度調整之意。

(2) 或有認為，轉型正義制度設計本身即是時效考量之取捨，故有可能因為時效之考量，而根本放棄請求權之承認。惟誠如鑑定人李念祖

律師同意本件聲請人之國家賠償請求權應存在，無法實現請求權之理由只在於，現存制度卻未予肯認，此單純係請求權受違憲限制，與因時效考量否定請求權存在之考量無關。

(3) 再者，憲法將國家賠償制度設計之權限交予國會，並不代表國會之制度設計自此逸脫憲法之監督。憲法第 24 條所謂「依法律」之「法律」，仍須符合憲法意旨。聲請人業已於聲請書第 14 頁表明：「人民雖須『依法律』請求賠償，但絕非意指僅有在國家有立法之範疇，人民才享有賠償請求權，否則，將得出只要國家不立法，則違法侵害人民權利之國家責任便實質上無從、也無需要求負責之荒唐結論。憲法毋寧僅是指出此屬憲法層次之程序性權利，須仰賴特定組織與程序方得以實現，因此立法應形成此等組織程序，使人民得以順利主張其憲法權利。」或可茲回應。

(4) 另就功能最適機關之問題，釋憲者既職司法律違憲審查之責，於法律有抵觸憲法意旨時予以介入，應無功能最適之顯然疑慮。

3. 綜上，就鑑定人李念祖律師之意見，有關時效部分自判決日起算、及「國家賠償法第 13 條豁免違憲裁判之國家賠償責任，逾越立法上合理裁量之範疇，違反憲法第 24 條之規定，應不予適用，釋字第 228 號解釋應予變更」等部分，聲請人雖不主張，然亦不反對。惟聲請人認為聲請人確享有受國家賠償之基本權利，此為憲法上權利，受補償條例之不當限制，故仍以變更釋字第 477 號解釋為宜。

三、以上，敬請 鈞庭鑒核。祈請賜判如聲明，以維憲政秩序，保障人民基本權利。

此 致

模擬憲法法庭 公鑒

中華民國 105 年 11 月 10 日

聲請人：杜銘哲
代理人：黃丞儀 律師
涂予尹 教授
蘇慧婕 教授
王世安 律師
高 毅 律師
賴又豪 律師
陳冠瑋 律師

模擬憲法法庭 聲請補充理由（二）書

案 號 模憲字第 4 號
聲請人 杜銘哲
代理人 黃丞儀 律師
涂予尹 教授
蘇慧婕 教授
王世安 律師
高 毅 律師
賴又豪 律師
陳冠瑋 律師

為上開聲請人聲請解釋憲法事件，依法續提補充理由事：

- 一、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（下稱補償條例）第 15 條之 1 第 1 款（下稱系爭規定）無從尋得合憲解釋可能，應宣告違憲。
 - （一）系爭規定是否應受違憲宣告，涉及以下爭議：其究竟屬於法律違憲，抑或僅係關係機關採取過度限縮之法律解釋，造成適用上違憲。於釋憲者得為系爭規定從數種合理解釋可能中，尋得獲致合憲判斷之解釋時，即代表僅係行政機關適用上違憲，此際，釋憲者應按合憲性解釋原則，循合憲方向解釋並宣告法律合憲。反之，若無合憲解釋可能，則屬法律違憲而應作成違憲宣告。
 - （二）按合憲性解釋原則固係出於司法者對立法者之尊重，但亦有界限。此種界線主要有二：其一為不得逾越文字可能合理理解的範圍；其二為不能偏離法律明顯可辨的基本價值決定與規範核心，特別是不得逾越立法的基本價值決定與規範核心，強賦予法律明顯非立法者所欲之內容，再宣告其合憲。因此於上開兩種情況，釋憲者應認已達法律違憲層次，做成違憲宣告，使立法者得以修正其違憲之法律設計（司法院大法官釋字第 585 號解釋許宗力大法官部分不同意見書參照）。
 - （三）系爭規定使受內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例以外之罪而有罪判決者，只要其所參與之「同一原因事實」中，有其他行為人因補償條例第 2

條第 1 項所規定等罪而受裁判，亦得申請發放補償。然依其文意，此處之「同一原因事實」得以擴張適用的罪章範圍，並非無邊無際，而應限縮在與內亂、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例於構成要件事實上可能重疊之罪。具體言之，「原因事實」若非指涉犯罪所應證明之構成要件事實，將難以劃定應檢驗事實資料之範圍；則「同一」原因事實，於文意上必然指涉構成要件事實上可能部分「同一」之各項罪則；亦即系爭規定所得適用之範圍，至多擴及與內亂、外患或檢肅匪諜條例有部分相同、或類似之構成要件之各項罪則。

- (四) 博尤·特士庫（杜孝生）受有罪判決確定之法律依據為其觸犯「懲治貪污條例」之「侵占公有財物」及「剋扣職務上應行發給之財物」罪。觀諸其規範結構，無論是「侵占」或「剋扣」等構成要件，皆難以與內亂、外患等罪之構成要件有相同、甚至是類似之處。因此為證明其犯上開等罪所需之原因事實，無從與內亂、外患等罪有重疊之處，難以構成「同一原因事實」。
- (五) 是故，該時保安司令部雖以「與地方治安有重大關係」，依照戒嚴法第 8 條第 2 項規定，將犯特別刑法之罪之博尤·特士庫（杜孝生）與涉嫌違反懲治叛亂條例的同案其他被告一併交由軍事機關審判，軍事法庭仍將貪污罪之犯罪事實獨立列點，與內亂、外患等罪之犯罪事實分開，顯見其亦不認為此二種犯罪類型得共享「同一原因事實」。
- (六) 再查，系爭規定所彰顯之基本價值決定，依照立法歷程紀錄，立法者係著眼於鼓山事件、美麗島事件中，涉案被告雖因相同或類似之原因事實及行為而遭到起訴，然其中僅 8 位當事人因叛亂罪受軍事審判之政治犯得申請補償，其餘因受一般司法審判而缺乏法源依據請求補償，故特別增訂系爭規定，以解決此種情形（詳立法院公報第 89 卷第 70 期院會紀錄第 63 頁）。由此顯見，立法者修訂本條規定時所欲處理者仍限於內亂、外患等具「政治因素」之犯罪類型，而僅欲擴大補償至「不同審判體系」者。因而，立法者自始未考量此等「政治性犯罪」以外之其他同受軍事審判之受裁判者請求補償之可能性。從而，釋憲者不應採取明顯非立法者所欲之內容強加於系爭規定之解釋方法，否則有違權力分立。是故，毋寧應將系爭規定宣告違憲，使立法者得以重新思考將其他非因「政治因素」之受裁判者納入補償。
- (七) 綜上，博尤·特士庫（杜孝生）之案型自始未在系爭規定擴張範圍之內，其亦剝奪聲請人主張因軍事審判所受權利侵害之國家賠償權利，有違憲法



第三屆模擬憲法法庭《平反之路：歷史裂痕與轉型正義》

第 24 條規定立法者應積極形成制度以落實有權利必有救濟之義務，與同條例第 2 條第 2 項相同，皆已構成違憲之立法不作為。

二、以上，敬請 鈞庭鑒核。祈賜憲法判決如聲明，以維憲政秩序，保障人民基本權利。

此 致

模擬憲法法庭 公鑒

中華民國 105 年 12 月 5 日

聲請人：杜銘哲

代理人：黃丞儀 律師

涂予尹 教授

蘇慧婕 教授

王世安 律師

高 毅 律師

賴又豪 律師

陳冠瑋 律師

模擬憲法法庭憲法判決聲請書

受文者 模擬憲法法庭
副 本 立法院○○處
狀 別 釋憲聲請書

主旨

本院委員黃國昌等 30 人因 1998 年 6 月 17 日戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」，得免予補償，認該規定牴觸權力分立原則，與自由民主憲政秩序保障人民基本權利有違。而經該等規定已於 2000 年 4 月 14 日（立法院第四屆第三會期），由立法委員顏錦福等 31 人提出修正案，但未獲得多數立法委員支持。爰依模擬憲法法庭法第 54 條第 1 款，聲請 鈞庭作成該法律違憲之判決。

說明

壹、應受判決之聲明

- 一、1998 年 6 月 17 日公布施行之戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款牴觸權力分立與自由民主憲政秩序，應自 鈞庭公布判決日起失其效力。
- 二、1987 年 7 月 1 日公布施行之國家安全法第 9 條第 2 款違反正當法律程序原則，牴觸憲法第 16 條保障人民訴訟權之規定，應自 鈞庭公布判決日起失其效力，司法院大法官釋字第 272 號解釋之結論應予變更。
- 三、1935 年公布施行之中華民國刑法第 100 條第 1 項牴觸憲法第 8 條、第 14 條、第 15 條以及第 22 條，應屬違憲。

貳、聲請原因說明

臺灣自解嚴至今已 20 餘年，並經歷 3 次政黨輪替，已逐漸從威權統治轉型為民主國家，但對於過往威權遺緒之檢討，仍未竟其功。審視臺灣的轉型正義工程，迄今仍僅以對被害人補償為唯一手段，欠缺全面的轉型正義藍圖；更有甚者，以戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例為核心所建構的轉型正義法規，對於部分政治受難者與家屬仍抱持著強烈敵意，將其排拒於補償的大門之外，使其至今都無法獲得補償，更遑論釐清加害者責任與獲得社會應有的關注和重視。尤其戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款，認為「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」，即可拒絕被害人或家屬之補償申請，更與轉型正義和自由民主憲政秩序的核心精神背道而馳。爰此，始向 鈞庭提出本件聲請案，並以《臺南街頭支部案》為例，說明戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款適用上的立法不當：

（一）臺南街頭支部案情原委

李媽兜為臺南人，曾於中日戰爭時期加入「臺灣義勇隊」，從事敵後工作。中日戰爭結束後，經中國共產黨員崔志信之引介而加入中國共產黨，積極參與臺灣之共黨組織，並曾於 1947 年二二八事件中，參與嘉義地區的武裝反抗活動。二二八事件後，李媽兜轉為地下活動，自 1948 年至 1949 年間，先後於臺灣南部建立約 26 個共黨支部、3 個直屬小組，為二二八事件後最完整的共黨組織活動。1948 年 8 月，中國共產黨在臺的地下報《光明報》及「基隆市工委會」遭情治機關破獲，核心人物蔡孝乾等被捕，並供出南部組織相關情資。1950 年 5 月，麻豆支部遭破獲後，南部各支部逐一被破，李媽兜等再無立錐之地。1950 年 1 月，蔡孝乾「自新」，李媽兜遂與組織聯繫中斷，與同居女友陳淑端展開逃亡。迨至 1952 年 2 月 16 日，李媽兜與陳淑端擬於臺南安平港偷渡至香港時，皆遭臺灣省保安司令部（下稱保安司令部）逮捕。李媽兜落網前，其所領導之支部已有十分之七遭到查獲，但仍有部分人士在逃；而偵訊過程中李媽兜因獲得保安司令部人員之承諾，絕不殃及未深入參與組織運作的陳淑端，李媽兜遂和盤托出組織活動細節，並對犯行坦承不諱。故保安司令部認定李媽兜建立共黨地下組織之行為已觸犯舊刑法第 100 條第 1 項「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而著手實行」，並且依據動員戡亂時期懲治叛亂條例第 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，刑法第一百零三條第一項、第一百零四條第一項未遂犯罰之。」及懲治叛亂條例第 10 條：「犯本條

例之罪者，軍人由軍事機關審判；非軍人由司法機關審判；其在戒嚴區域犯之者，不論身分，概由軍事機關審判之。」將李媽兜交付軍法審判。1953年1月13日，李媽兜經保安司令部（42）安度字第202號判決認定觸犯上開規定，判處死刑；同案陳淑端雖於審訊中抗辯其僅與李媽兜同居，僅有情感上的聯繫，並無叛亂組織上的隸屬關係，但保安司令部仍然認為，陳淑端有實際參與組織活動，故亦該當內亂罪之構成要件，亦判處死刑定讞。1953年7月18日，直至押送到庭聽判、審判官唸完判決主文後，李媽兜始得知陳淑端也難逃槍決命運。同日上午6時，李媽兜、陳淑端二人一起被送至臺北川端橋（即今中正橋）南端馬場町刑場執行槍決。

（二）因適用戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第8條第1款申請遭拒

1991年4月30日總統華總（一）義字第2118號令終止動員戡亂後，立法院於1999年6月17日制定「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」（下稱補償條例），規定戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者，於解嚴後不能獲得補償或救濟，得依本法申請補償。惟補償條例第8條第1項第2款規定，「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」，得免予補償。李媽兜之子李○依據補償條例申請補償，卻因「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會」（下稱基金會）認定，李媽兜遭逮捕後曾做成「任意性自白」，承認組織共黨地下支部，並有意透過共產黨活動顛覆政府，因此合乎「當時」中華民國刑法第100條內亂罪之要件，故決定不予補償。然而，令人不解之處，乃補償條例第8條第1項第2款雖係「依現行法律或證據法則調查行為有無構成內亂外患罪」，但適用的實定法卻是當時惡名昭彰的舊刑法第100條。該條規定無論從構成要件或是法律效果而言，都抵觸自由民主憲政秩序的基本價值。因此，以被害者行為是否構成舊刑法第100條作為判斷可否領取補償之依據，根本就是對於被害者與家屬的二次否定，補償條例本身就誤解了轉型正義的任務與目的，更讓轉型正義成為扁平的人權價值，加深對於被害者與家屬的傷害。綜上所述，補償條例第8條已抵觸自由民主憲政秩序，應屬違憲。

參、程序部分

一、聲請依據

（一）按憲法第62條規定立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權。又第63條規定「立法院有議決法律案、預算案、戒

嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權」，足資立法院擁有審查法律案、預算案等重要國家事務之權，作為人民之表徵，具有落實憲法上民主原則之意義。因此，若法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項有牴觸憲法之虞，立法院應得透過議決，自行排除該違憲狀態，無須其他憲法機關之介入。惟若多數立法委員認為該事項並無牴觸憲法之虞，以致少數立法委員無法透過議決排除違憲狀態；甚至在多數立法委員有意強行通過違憲法令，以致於審議功能喪失時，此時即有賴司法院大法官透過憲法解釋，排除該違憲之法律。

(二) 按模擬憲法法庭法第 54 條第 1 款規定：「立法委員現有總額五分之一以上，於下列法令，認其牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為違憲之判決：一、法律。其依法公布逾六個月者，以經依立法院職權行使法提案修正而未果者為限。」本條規定賦予立法委員聲請憲法解釋之權限，目的在保障立法院中的少數黨或少數意見立委，使少數黨或少數立委得透過聲請解釋之方式，消滅以多數決強渡關山之違憲法令。尤其當法令三讀通過、公布施行後，立法院本應自行考量法令之施行狀況、隨社會發展與變遷，審酌法令有無適用上牴觸憲法之可能，以便適時提出法令修正。故本條規定亦能適用於法令公布多年後，部分立法委員試圖排除違憲狀態，但修法未果之情形。據此，本條規定適用上應不限於法案審議過程中，部分立法委員認為法案違憲而聲請解釋之情形；更包含推動修法未果而聲請解釋之情況。

(三) 本件聲請標的補償條例第 8 條第 1 項第 2 款，係 1998 年 6 月 17 日公布施行，迄今已逾六個月。2000 年 4 月 14 日（立法院第四屆第三會期），立法委員顏錦福等 31 人亦曾針對本條規定提出修正草案，主張應刪除第 8 條第 1 項第 2 款，但未獲得多數立法委員之支持。據此本件應已合乎上開規定之程序要件，應予受理。

(四) 另按模擬憲法法庭法第 39 條規定「案件有下列情形之一者，應為不受理裁定：一、不合法或顯無理由。二、欠缺憲法原則重要性。」本件因事涉動員戡亂時期法規合憲的評價，與司法院釋字第 499 號、第 543 號與第 567 號解釋所揭櫫「自由民主憲政秩序」之維護有密切關聯。尤其當國家在非常時期曾從事大規模人權侵害，而非常時期終結後，法律上應如何予以評價，實具有憲法上的高度重要性。為期貫徹憲法自由民主憲政秩序的核心價值，本件應具有憲法上的原則重要性。尚祈 鈞庭不吝受理，實感德便。

二、程序標的

(一) 1935 年公布施行之中華民國刑法第 100 條第 1 項與 1949 年 6 月 21 日公布施行之懲治叛亂條例第 2 條第 1 項牴觸自由民主憲政秩序，牴觸憲法第 14 條結社自由與第 22 條思想自由

1. 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」，得不予補償，使動員戡亂時期的內亂罪、外患罪成為補償條例之適用前提。雖有謂「依現行法律或證據法則審查」，然該等事實究竟如何，仍受限於當時軍事法院所為判決，而該等判決均係依當時有效之刑法第 100 條規定而認事用法。因此，原內亂罪與外患罪之規定能否通過違憲審查之檢驗，即成為本件之關鍵問題。1935 年修正之刑法第 100 條第 1 項規定：「意圖破壞國體、竊據國土或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而著手實行者，處七年以上有期徒刑；首謀者，處無期徒刑。」僅以主觀意圖作為處罰之行為，並且在動員戡亂時期的運用下，本條規定已成為整肅共產主義思想社團的政治刑法，顯然已牴觸憲法第 14 條結社自由與第 22 條思想自由，應予判決無效。

2. 懲治叛亂條例第 2 條第 1 項前段規定：「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……」係將刑法第 100 條之法律效果與死刑連結，且一旦經認定構成要件該當，即形成唯一死刑的法律效果。死刑嚴重侵害人性尊嚴，業經 鈞庭於模擬憲法法庭第 3 號判決宣告違憲，況且懲治叛亂條例第 2 條第 1 項之法律效果為「唯一死刑」，對人性尊嚴之侵害更甚，故應受違憲之判決。

3. 此外，懲治叛亂條例固然已經廢止，但依據 鈞庭過往之看法，若系爭規定所創設的違憲狀態仍然繼續存在，對當事人的法律利益有回復或救濟的可能性，即不應拒絕審理。據此，目前諸多不當審判案件與懲治叛亂條例之合憲與否仍有關聯，故 鈞庭仍有受理本件之必要性。

(二) 戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款牴觸權力分立與自由民主憲政秩序，應判決無效

補償條例第 8 條第 1 項第 2 款以 1935 年修正之刑法第 100 條第 1 項作為是否補償之依據，但該條規定有顯然違反憲法之虞，致使補償條例第 8 條亦併同失去正當性。此外，本條規定賦予基金會審核動員戡亂時期審判案件是否不當的權限，排除以法院為核心的保障機制，違反轉型正義中「重新審判」的憲法要求，亦違反權力分立。據此，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款應予判決無效。

(三) 國家安全法第 9 條第 2 款抵觸憲法第 16 條保障之訴訟權，應屬違憲；司法院釋字第 272 號解釋之結論反而鞏固國家侵害基本權利的合法基礎，不但未能兼顧法安定性與權利保障，反而顛覆自由民主憲政秩序之價值，其結論應予變更

1. 1987 年 7 月 1 日公布之國家安全法第 9 條第 2 款規定：「戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後依左列規定處理：二、刑事裁判已確定者，不得向該管法院上訴或抗告。但有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴。」本條固然賦予動員戡亂時期非軍人所受軍事審判案件再度提起救濟之可能，但本條亦排除了刑事訴訟的普通救濟途徑（如上訴與抗告程序），而將救濟途徑限縮於再審與非常上訴，已對被害者之訴訟權造成限制。此外，動員戡亂時期軍事法院之組成違反憲法第 8 條所保障之正當法律程序，業經司法院大法官院認定違憲（司法院釋字第 436 號解釋參照）。此等法院認定之事實，在解嚴之後，竟未受到嚴格之證據法則檢驗，形成僅能透過行政程序、無法透過訴訟程序平反的救濟上限制，顯然與憲法第 9 條人民不受軍事審判、憲法第 8 條及第 16 條保障正當法律程序之意旨有違。職此，1987 年 7 月 1 日公布之國家安全法第 9 條第 2 款已抵觸憲法第 16 條所保障之訴訟權，應屬違憲。

2. 按司法院大法官於 1991 年 1 月 18 日公布之第 272 號解釋指出，1987 年 7 月 1 日公布之國家安全法第 9 條第 2 款乃「為謀裁判之安定而設，亦為維持社會秩序所必要」，鑑於法安定性之憲法要求，國家安全法第 9 條第 2 款並無抵觸憲法之虞。然而，解嚴後至今已近 30 年，司法院大法官釋字第 272 號解釋也已經作成 20 餘年，戒嚴時期之不當審判案件因為證據資料均為國家所掌握，且適用之刑法條文迄至 1992 年後才予以修正，造成當事人均無法循再審與非常上訴途徑尋求救濟，該號解釋之具體適用結果猶如畫餅充饑，反而強化戒嚴時期軍事審判之合法性。足見司法院大法官釋字第 272 號解釋並未達到「同時兼顧法安定性與權利保障」的目標，更未考量戒嚴時期軍事審判之特殊性，反而造成「不法」判決之安定。在此情形下，戒嚴時期軍事審判之政治案件應重予審理，以重建憲法所要求之自由民主憲政秩序，進而重新評價非常時期國家種種的權利侵害行為。基此，司法院大法官釋字第 272 號解釋應有補充或變更解釋之必要。

肆、聲請之理由及對本件所持見解

一、轉型正義的憲政要求——自由民主憲政秩序的回復機制

(一) 轉型正義之理念與實踐

1. 當國家脫離威權統治，逐步邁向憲政秩序時，國家機關必須基於民主價值，重新審視國家於非常時期所造成的嚴重權利侵害。質言之，在希冀在超越過去的前提下，要求國家對過去威權體制提出全面性的檢討反省，此一根植於自由民主憲政秩序的價值期待，即為學理上所稱「轉型正義」(transitional justice)。轉型正義的需求，通常伴隨著強烈的社會變遷；因此轉型正義並非終極的憲政價值，而是一種在國家變遷下所採取的支配性理念。當國家由威權走向民主，或是終結武裝衝突，進入國家秩序，社會上就會普遍形成轉型正義的訴求。依據聯合國「法治與轉型正義之衝突及後衝突社會的轉型正義」報告書(Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies)之定義，轉型正義可被描繪為「一個社會處理大規模濫權的遺緒，其目標在確立責任、服膺正義並成就和解，所進行和建立的所有程序和機制」¹。

2. 轉型正義最重要的特質，莫過於「克服過去」(Vergangenheitsbewältigung)²與面對過去(backward looking)³的性格。轉型正義是一種對過往重新評價(Umwertung)的過程，並在現行民主秩序之下，對於過往國家行為全面的重新詮釋與認定，藉以恢復受斷傷的自由民主憲政秩序。所謂重新評價，係指國家必須採取諸多具體的反省措施，如對威權時期國家暴力的施加者採取刑事訴追、對國家暴力的受害者提供補償、對過往遺留的政治檔案予以保存或公開，以及對於過往參與國家暴力的行政公務員進行人事除垢等，以形成維繫自由民主憲政秩序的規範框架。故轉型正義理念相較於傳統憲政國家之權限，乃要求民主化後的國家採取更積極、具體的措施，反省與爬梳過往不法國家(Unrechtsstaat)所遺留的國家與社會狀態。

¹ 參閱臺灣民間真相與和解促進會，臺灣轉型正義階段報告，吳乃德主筆部分，頁 29。另參見 Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post conflict Societies, 2004, p.6 可參閱 <http://www.ipu.org/splz-e/unga07/law.pdf>

² H. Dreier 著，江嘉琪譯，〈憲法國家對歷史過往的克服〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集》，上冊，2010 年，頁 170。

³ S. K. Hellsten, Transitional Justice and Aid, *World Institute for Development Economics Research*, p.3.

（二）臺灣威權國家的形成

按中華民國憲法以實現自由民主憲政秩序為旨趣，但憲法通過後，第一屆國民大會便以動員戡亂臨時條款凍結憲法條文，並在 1949 年 5 月 20 日臺灣宣布戒嚴後，施行嚴重限制人民基本權利的戒嚴法制⁴，造成巨大的違憲體制。

1. 我國的自由民主憲政秩序已於行憲後確立

1945 年國民政府邀集中國國民黨與中國民主社會黨、中國青年黨合力召開「制憲國民大會」，於 1946 年 12 月 25 日通過中華民國憲法，1947 年 1 月 1 日公布，同年 12 月 25 日實施，我國憲政秩序因此確立。依憲法所形塑之「自由民主憲政秩序」，我國為「主權屬於國民全體」之「民有民治民享之民主共和國」（第 1 條及第 2 條），並因此而衍生「基本權利之保障」以及「權力分立」等原則。職此，司法院釋字第 499 號解釋即謂「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」

2. 動員戡亂臨時條款違反修憲界限之修憲，不符自由民主憲政秩序

（1）從軍政、訓政到憲政時期，「以黨領政」不曾中斷，並未於行憲後結束，且以動員戡亂為由凍結自由民主憲政秩序

1924 年 1 月 23 日，「中國國民黨第一次全國代表大會」審議通過孫中山先生於 1924 年 4 月 12 日手書之國民政府建國大綱。建國大綱第 5 條規定「建設之程序分為三期：一曰軍政時期，二曰訓政時期，三曰憲政時期。」、第 6 條規定「在軍政時期，一切制度悉隸於軍政之下，政府一面用兵力掃除國內之障礙、一面宣傳主義以開化全國之人心而促進國家之統一」。1925 年 7 月 1 日，中國國民黨中央執行委員會議決並公布中華民國國民政府組織法，第 1 條規定「國民政府受中國國民黨之指導及監督，掌理全國政務」。由「建國大綱」及「國民政府組織法」可知，自「軍政時期」開始，此「黨國體制」係以革命武力為後盾，國民政府的統治權力源自中國國民黨的軍事武力，政府的權力來自於黨的權力，因此國民政府的權力行使必須受

⁴ 王泰升，〈臺灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接〉（一九四五至一九四九年），臺大法學論叢，第 29 卷第 1 期，1990 年 10 月，頁 14、68-70。

制於國民黨的指導⁵，根本不曾落實憲法中自由民主憲政秩序的價值。

1930年10月，國民黨中央執行委員會提前召開「中國國民黨第四次全國代表大會」，決定成立國民會議，制定訓政時期約法。依照約法第30條「訓政時期由中國國民黨全國代表大會代表國民大會行使中央統治權」、第72條「中國國民黨中央執行委員會選任國府委員」及第85條「本約法之解釋權，由中國國民黨中央執行委員會行使之」等規定，中國國民黨得以在「訓政時期」掌握國家之政權、組織權以及解釋權。訓政綱領及國民政府組織法為訓政時期之根本大法，亦均由執政黨制定，以黨治國之體制至為明顯（鈞院第573號解釋賴英照大法官部分協同意見書參照）。

1947年7月，鑑於中國共產黨軍隊勢力擴大，國民政府國務會議通過實施「全國總動員案」，為求拯救中共控制區人民、保障民族生存、鞏固國家統一、勘平中國共產黨、如期實施憲政，決議通過動員勘亂完成憲政實施綱要，國民政府提交「厲行全國總動員，以戡共匪叛亂」之動員令，全國進入「動員戡亂時期」。隔年4月，第一屆國民大會第一次會議第一次大會召開，721名國大代表聯名提出制定動員戡亂時期臨時條款一案，於4月18日第十二次大會三讀通過動員戡亂時期臨時條款授予總統緊急處分，使總統於動員戡亂時期，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39條「總統依法宣布戒嚴，但須經立法院之通過或追認。立法院認為必要時，得決議移請總統解嚴。」及第43條「國家遇有天然災害、癘疫，或國家財政經濟上有重大變故，須為急速處分時，總統於立法院休會期間，得經行政院會議之決議，依緊急命令法，發布緊急命令，為必要之處置。但須於發布命令後一個月內提交立法院追認。如立法院不同意時，該緊急命令立即失效。」所規定程序之限制。

1960年3月，臨時條款第一次修訂，凍結憲法對於總統連任一次之限制，使蔣介石於同年第三次當選總統。1966年3月，國民大會第三次修訂臨時條款，授權總統設立動員戡亂機構、調整中央政府組織與訂頒辦法增補選中央民代。1967年，蔣介石總統依據此次臨時條款之規定，成立「國家安全會議」、並於行政院下設「人事行政局」，創下總統有權但不受監督之例。1969年中央民代之增補選，則因名額仍受憲法各該條文所限制，所選出之名額相當有限，故雖名之「增補選」，實則只有「補選」之性質⁶。

綜合上述，「訓政體制」於形式上理應結束於1947年12月25日中華民國憲法

⁵ 張明偉，〈中華民國黨治政治之規範發展與歷史考察〉，臺北大學法學論叢，第96期，2015年12月，頁5。

⁶ 王泰升，《臺灣法律史概論》，第3版，2012年，頁49。

之實施，然而在 1948 年國家進入動員戡亂時期後，訓政體制又悄悄地成為政治實際運作上的準則，中國國民黨卻又得以實質延續行憲之前的統治模式，繼續實施以黨領政之黨治政治⁷。

(2) 動員戡亂時期臨時條款違反修憲界限

查動員戡亂時期臨時條款為中華民國憲法之附屬條款，由國民大會所制定，法理上性質係屬修憲案。由於國民大會臨時條款制定之時，國家已因行憲而進入自由民主憲政秩序，是以臨時條款之制定，亦應受修憲界限之拘束。

按司法院大法官釋字第 499 號解釋指出「憲法為國家根本大法，其修改關係憲政秩序之安定及全國國民之福祉至鉅，應由修憲機關循正當修憲程序為之。又修改憲法乃最直接體現國民主權之行為，應公開透明為之，以滿足理性溝通之條件，方能賦予憲政國家之正當性基礎。」惟臨時條款之制定過程，乃先於以黨治國體制下之國民政府國務會議通過「全國總動員案」及動員勘亂完成憲政實施綱要之後，再由國民政府提交「厲行全國總動員，以戡共匪叛亂」之動員令，使全國進入「動員戡亂時期」，而後遲至隔年 4 月，第一屆國民大會第一次會議召開，始制定動員戡亂時期臨時條款，全程並非循正當修憲程序為之，且亦未滿足理性溝通之條件，不符合自由民主憲政秩序下之正當修憲程序。

司法院大法官釋字第 499 號解釋亦指出「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性」。查臨時條款所凍結之憲法本文第 39 條及第 43 條所規範者，乃有憲法條文中關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性者，亦為憲法整體基本原則之所在，故臨時條款關於「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 39 條或第 43 條所規定程序之限制。」之規定，與憲法中具有本質重要性而為規範秩序賴以存立之基礎產生規範衝突，為自由民主憲政秩序所不許。

3. 動員戡亂時期制度崩壞與人權侵害的不法狀態

動員戡亂之宣告，固然抵觸自由民主憲政秩序，但中國國民黨在動員戡亂時期假反共之名，行肅清之實的行為，才是造成臺灣社會動盪不安、人人自危的主要原因。以舊刑法第 100 條為例，當時軍法機關若欲陷人於罪，僅需寬鬆適用該條的構成要件，例如指稱某人曾與共黨組織聯繫，並有書信往來；並且依據司法院大法官

⁷ 王泰升，同上註，頁 136；張明偉，〈中華民國黨治政治之規範發展與歷史考察〉，臺北大學法學論叢，第 96 卷，頁 4。

釋字第 68 號之結論：「凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加。」便可羅織罪名，使人身陷囹圄。若再加上懲治叛亂條例第 2 條第 1 項「犯內亂外患罪唯一死刑」的法律效果，更容易形成以重刑箝制思想的國家暴力溫床。因此，在制度崩壞的年代之後，臺灣更需要透過轉型正義的理念，形成自由民主憲政秩序的核心價值。

（三）臺灣應該推動轉型正義，並排除不法國家暴力結果

1. 是否每一個經歷過威權統治的國家，都「有義務」在新政權建立後或是民主化之後著手實施轉型正義，端視該國憲法是否有相關的規定。以南非為例，南非在終結白人統治的種族隔離政策後，透過制定新憲的方式，直接在憲法結語的部分宣示了轉型正義的憲法精神與宗旨，並且以「和解」作為轉型正義的主要目標。德國基本法於制定時，即於其前言預留了德意志民主共和國之人民在未來有適用基本法之可能。迄至 1990 年兩德統一後，原德意志民主共和國以加入德意志聯邦共和國之方式，併入德意志聯邦共和國的主權效力範圍；此時，基本法中的法治國原則，也全面性的適用於東德之時空，包括過去、現在與未來。因此，德意志民主共和國過去諸多抵觸法治國原則的舉措，以及違反法治國的制度，也不得不使得統一後的德國採取必要的排除行動⁸。

2. 在臺灣，我國未如同南非一般，透過制定新憲之方式將轉型正義納入憲法規範當中，即便經歷七次修憲程序，轉型正義都是憲法未明文規範之事項。但事實上，在我國多則的司法院大法官解釋中，大法官已經對轉型正義的精神作出明確的指示。

（1）司法院大法官釋字第 567 號解釋曾指出：「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。」由此可知，自由民主憲政秩序仍然是在國家的非常時期中不可毀棄的憲法價值。

（2）司法院大法官釋字第 543 號也曾指出：「憲法上緊急命令之發布，係國家處於緊急狀態，依現有法制不足以排除危難或應付重大變故之際，為維護國家存立，儘速恢復憲政秩序之目的，循合憲程序所採取之必要性措施。故憲法就發布緊急命

⁸ C. Starck, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit., 1991, S. 11.

令之要件、程序及監督機制定有明確規範，以避免國家機關濫用權力，期以保障人民權益，並維護自由民主基本秩序。」由此可見，國家採取之非常手段也必須受到明確的監督，並藉此維繫自由民主憲政秩序於不墜。

(3) 綜上足資，在緊急狀態中，自由民主憲政秩序為憲法的最終底線，國家在守護憲法的同時，也必須在憲法的框架下採取合憲的手段來因應緊急狀態，不能憑藉「以非常手段保護國家」為名義，實行顛覆自由民主憲政秩序之極權統治。緊急狀態結束之後，而國家更有「儘速回復自由民主憲政秩序」的義務，採取必要的措施。倘若國家並未遵循上開要求，使得自由民主憲政秩序在緊急狀態中受到破毀，以致造成嚴重的違憲狀態，當國家脫離緊急狀態後，即應基於自由民主憲政秩序，排除前階段國家不法行為之結果，採取回復人民權利的措施。例如透過立法的方式，系統性的排除威權時期的法規範；透過組織改革的方式，清除威權時期國家濫權的協助者；當然也包括透過正式或非正式的程序，追溯加害者的責任，填補受害者的損害，回復被害者遭受嚴重侵害的人性尊嚴。

2. 因此，自由民主憲政秩序之功能，除了作為國家修改憲法時不可更動的界線，其所蘊含的積極功能，更要求國家要主動的、盡可能的檢視過往的不法行為——質言之，國家應該積極的推動轉型正義，透過詳細檢視不法國家的諸多人權侵害作為，形成憲法中重要的核心價值，使人民與國家都深切體認，過往之錯誤不可重蹈。吾人應當理解，自由民主憲政秩序之建立，並非抽象的存在於憲法體系的內部。自由民主憲政秩序理應形成一種價值秩序，如此一來，才能真正地把自由民主憲政秩序的內涵與精神，具體而微的拓展至政治生活的每一個層面，也才能真正清除威權時期遺留於人民心中、那種對國家的恐懼和憤怒。轉型正義理應是一個憲法原則，也是一種對於國家的積極要求。倘若法規範無法合乎轉型正義的目標，便應該使其受違憲之判決。

二、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款牴觸自由民主憲政秩序、違反權力分立，應屬違憲

(一) 戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例之目的，就是要消除懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例和舊刑法第 100 條所形成的不法審判結果，具有轉型正義的重要意義

動員戡亂所形成的巨大違憲體系，對於臺灣的自由民主憲政秩序造成系統性的斷傷，也形成一整個世代臺灣人的共同傷害。終止動員戡亂後，立法機關透過一系列的法律制度，藉以彌補與檢視過去長達 50 年的動員戡亂違憲狀態，此為基於自由

民主憲政秩序，所為之轉型正義措施，具有高度的憲法意義。例如立法機關制定二二八事件處理及補償條例、戒嚴時期人民受損權利回復條例以及本件所涉及的戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例，均屬轉型正義的具體產物。但這些法規是否都合乎自由民主憲政秩序的內涵？恐怕有進一步檢驗的必要。

(二) 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款省略司法救濟，賦予財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會判斷「何謂不當審判」之權限，違反權力分立

1. 轉型正義的落實，首要乃立法機關的任務。立法機關擁有相當程度的形成空間，依據當前的社會與政治情勢，去決定要如何推動轉型正義。但立法機關必須理解，對於訴追過往加害者的責任，以及對政治受難者的審判平反，都有賴司法機關的介入。在威權時期透過法院所為的政治迫害行為，因為都經過審判程序了，故對於被害人而言，判決已經形成了既判力與確定力，必須透過司法救濟的方式，才能消除判決所形成的法律效力。這些任務無法透過行政或立法予以取代，更需要具有公平審判程序之法院，以判決的方式來回復被害者的名譽、財產與人格。因此，立法機關有義務，積極的建構法院在轉型正義任務中的角色，不可排除法院在轉型正義工程中所扮演之角色。

2. 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定：「有下列情形之一者，不得申請補償……二、依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者。」依照本條規定，基金會擁有實質認定申請案件是否「觸犯內亂、外患罪確有實據」的權限，並且進一步決定受害者可否請領補償。若細查基金會在行政組織上的性質，依據補償條例第 3 條，其係設置於行政院下的私法上財團法人，並非傳統科層制行政組織中的機關。此外，因為其擁有行使公權力的實質權限，故其應屬行政程序法第 2 條第 3 項、第 16 條所稱之「受託行使公權力之私人」。無論如何，基金會本身既屬專職處理補償業務的功能性行政機關，並非審判機關，究竟為何可以審查過去軍事審判機關所為之判決，實在啟人疑竇。誠如前述，法院作成的判決均已產生既判力與確定力，若欲排除不當審判的效力，應循司法救濟為是，不應由行政機關透過行政程序來認定，故此一制度設計，顯然牴觸訴訟法的基本原理。

3. 所謂牴觸訴訟法上原理，追根究柢，其實就是違背了權力分立。該條規定賦予基金會重新審查戒嚴時期審判案件之權限，導致行政權得透過單方決定變更司法裁判之終局結果，顯已侵害司法權之權力核心。憲法第 80 條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉；憲法第 81 條規定法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職、停職、轉任或減俸。憲法之所以保障法官

的獨立性，目的並非提供審判者特別的職務上優惠，而是為了確保審判程序的公平與正當。因此，司法權的判決之所以具備權威性，毋寧是因司法權運作程序上的公開公平，提供司法權於憲法規範下無可匹敵的權威性。但行政機關的運作並非審判程序，無法確保機關之公務員亦能秉持公平公正的態度認事用法，因此行政機關才需要在法治國原則下受到行政法院的監督。今補償條例給予基金會如此廣泛且強大的權力，並且可以片面更改法院判決之結果，而非提供程序當事人上訴或重新審理之機會。除了違背正當法律程序外，更讓行政權破壞法院判決產生之既判力，違背權力分立的基礎精神。

4. 綜上所述，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款應已抵觸權力分立之憲政要求，鈞庭應判決其違憲。

（三）補償條例第 8 條第 1 項第 2 款所形成的價值理念與轉型正義背道而馳，抵觸自由民主憲政秩序

1. 除上開違反權力分立的問題外，補償條例使人感到失望之處，即在於補償條例所顯現出的態度，與轉型正義所欲達成的「釐清真相、追溯責任、給予補償」有著非常遙遠的距離，甚至在立法上恐怕就直接違背自由民主憲政秩序的精神了。若依據補償條例之規定，由基金會依據行政程序發放補償，而不再追究動員戡亂時期之審判是否妥當，毋寧是承認過往不當審判的正當性。戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例的設置，本身就是一種因應政治現實的折衷產物，並非服膺於憲法自由民主憲政秩序之下的結果。正是考量到重啟審判程序的困難，立法機關希望在不變動判決結果的前提下，直接提供受害者金錢補償，作為轉型正義的折衷方案。但這樣的折衷方案，根本性的失去了轉型正義的精神，也喪失「回復自由民主憲政秩序」的重要憲法意義。也使得轉型正義的內涵變得扁平，似乎只要有金錢補償，均能正當化過往政權的一切不法行為。

2. 此種在立法目的上就帶有濃厚威權色彩的法規，竟然是我國推動轉型正義的重要規範，足見轉型正義所蘊含「捍衛自由民主憲政秩序精神」，在立法者心中仍存有相當程度的誤解，更不用說對於一般人民而言，轉型正義可能只是一個語意不明的空洞詞彙。在此種社會現實情境下，吾人實在難以述說，如何回復自由民主憲政秩序，是立法者自由形成的空間。因為代議士不關心、人民欠缺認識，終將使得憲法上特殊的要求落空，甚至佚失在當代社會的資訊洪流當中。因此，法院必須認識到其所扮演的角色—當政治部門全部失靈時，必須透過判決清晰的指出我國轉型正義工程不足之處，在權力分立當中扮演領頭羊的角色。

4. 綜上所述，立法機關應充分考量現有之組織與制度，建構一個更合乎轉型正

義精神的機制。補償理應為轉型正義實施過程的結果，而非目的。現行補償條例以補償程序為轉型正義之主軸，顯然忽略了法院可能作為平反、訴追、補償的積極角色。據此，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款牴觸自由民主憲政秩序，鈞庭應判決該條規定違憲。

三、國家安全法第 9 條第 2 款牴觸憲法第 16 條正當法律程序，應屬違憲。鈞庭第 272 號解釋之結論應予變更

(一) 憲法第 16 條訴訟權之保障，課予立法機關建構適合轉型正義落實的客觀制度。若無法提供及時而有效的救濟途徑，便牴觸憲法第 16 條之規定

1. 人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟，此為憲法第 16 條的保障核心。若考量轉型正義作為維繫自由民主憲政秩序的機制，憲法第 16 條更肩負了建構轉型正義正當法律程序的任務，課予立法機關義務，盡可能的落實轉型正義的憲法目標。

2. 二二八事件處理及補償條例、戒嚴時期人民受損權利回復條例和戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例是我國轉型正義推動程序中，最重要的法律規定。但從上開規定可以發現，立法機關對於轉型正義的想像，其實就是金錢補償。上述規定都具有高度的受害者補償色彩，並透過金錢補償消弭、填補受害者的權利損害。然而，轉型正義並不是只有金錢補償而已，因為金錢補償不過是「第二次權利保護」，諸如名譽回復、財產返還、不當判決除去等「第一次權利保護」所應建構的救濟制度，卻始終未見於我國轉型正義法律體系當中⁹。

3. 若仔細觀察我國轉型正義推動的過程，其實立法機關之所以會將轉型正義的重心放置在補償，其實主要的原因就是國家安全法第 9 條第 2 款構成了第一次權利保護的嚴重障礙。1987 年 7 月 1 日公布之動員戡亂時期國家安全法第 9 條第 2 款規定：「戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後依左列規定處理：二、刑事裁判已確定者，不得向該管法院上訴或抗告。但有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴。」該條規定限制動員戡亂時期的不當審判案件只能依循刑事訴訟法上的「特別救濟途徑」重啟審判，並未提供一般性的上訴或抗告權。此一規定對於人民提起訴訟，造成莫大的障礙。其原因有二：

⁹ 戒嚴時期人民受損權利回復條例和戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例存在部分名譽回復與財產返還之規定，但這些規定都與補償有聯結關係。以補償基金會的行政實務觀點，回復名譽證書之目的在於證明申請人確實為不當審判之受害者，作為申請補償的前置程序。因此，名譽回復根本只是行政程序上必要的步驟，不具有憲法或轉型正義上的實質意涵。

(1) 戒嚴法第 8 條規定，戒嚴時期接戰地域內，關於刑法上內亂、外患等罪，軍事機關得自行審判或交法院審判之。故戒嚴時期之內亂與外患罪，均由軍事機關審理。戒嚴法第 10 條規定：「第八條……之判決，均得於解嚴之翌日起，依法上訴。」但本條所謂的依法上訴為何，戒嚴法並沒有明定。故解釋上，所謂依法上訴應該包含所有的上訴與抗告途徑。然而，國家安全法第 9 條第 2 款卻把「依法上訴」限縮在特別救濟途徑，這導致了大量的刑事訴訟案件根本不可能再回到普通法院重新審理。

(2) 鈞院 1991 年 1 月 18 日作成釋字第 272 號解釋，其指出：「動員戡亂時期國家安全法第九條規定，戒嚴時期戒嚴地域內經軍事審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後，其審判程序尚未終結者及刑事裁判尚未執行或在執行中者，均分別移送該管檢察官或法院處理。其已確定之刑事案件，不得向該管法院上訴或抗告，則係基於此次長期戒嚴，因時過境遷，事證調查困難之特殊情況，為謀裁判之安定而設，亦為維持社會秩序所必要。且對有再審或非常上訴原因者，仍許依法聲請再審或非常上訴，已能兼顧人民權利，與憲法尚無牴觸。」該號解釋毋寧為國家安全法第 9 條第 2 款提供了憲法上的正當性，也為轉型正義鋪下無法跨越的「憲法障礙」。另外，鈞院亦曾於第 185 號解釋指出：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。」因此，立法機關才會如此著眼於補償，因為第一次權利保護根本已經被憲法解釋之結論卡死，導致立法機關權限受到嚴重限縮。

4. 歸根究柢，國家安全法第 9 條第 2 款設下的障礙，仍需由憲法解釋來消除，而戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 2 款之違憲原因，其實就是國家安全法與釋字第 272 號。據此，上開規定與解釋和本件具有體系上的實質關聯性，應一併審查其合憲性。

(二) 國家安全法第 9 條之立法目的，係為了銜接解嚴前後的法律秩序，但該條第 2 款之規定，反而壓縮許多案件的救濟可能，也扼殺了真相發現的機會，違反法治國原則

1. 1987 年 7 月 1 日公布之動員戡亂時期國家安全法第 9 條之立法理由，乃銜接解嚴前與解嚴後之法律秩序，使部分解嚴前仍受軍事審判之一般案件，可以回歸普通審判權，並且無縫接軌解嚴前後的審判程序。本條立法說明指出：在戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後應為如何之處理，宜於本法中作明確規定。爰就此類案件，按審判程序尚未終結、刑事裁判已確定、

尚未執行及在執行中等情形分款明定其處理，俾資依據。由此足資，本條之目的在於銜接解嚴前後之法規，並非追究解嚴前的違法責任。

2. 因此，依照國家安全法第 1 條，國家安全法之目的僅在「確保國家安全，維護社會安定」，這種偏向警察法的立法目的，與轉型正義迥不相侔，反而變相形成不當審判案件平反的障礙，已不當限制人民憲法保障之訴訟權。立法者固然可以強調，容許人民在解嚴後對戒嚴時期軍事審判案件重啟訴訟，可能造成法安定性的減損，但正是因為戒嚴時期的不當審判根本根植於一個巨大的違憲體系之下，其所創設出來的判決根本是違背法治國精神的司法審判，因此才有推動轉型正義、重啟司法審判的必要。轉型正義萌生在法安定性的退讓之處—正因為法安定性所欲形成的穩定法律秩序，只是變相的承認過往不法行為的正當性，剖開法安定性形成的迷障，對於過往不法行為的追究與平反，也才真正有意義。因此，國家安全法第 9 條第 2 款之立法目的雖屬正當，但未必能夠通過比例原則的審查。尤其當國家安全法第 9 條第 2 款未區分案件類型，一律封閉戒嚴時期刑事審判案件的上訴權，雖有助於法安定性的維繫，但並非最小侵害手段。立法者應審酌有無其他影響較小的制度，否則不啻於對戒嚴時期刑事案件被害者訴訟權的終局剝奪，已抵觸訴訟權保障的核心。

(三) 退萬步言，即便透過國家安全法第 9 條提起再審或非常上訴，這些訴訟制度均不適合處理轉型正義案件，適用上力不從心，更難回復自由民主憲政秩序

1. 立法者固然可以抗辯，國家安全法第 9 條並非全然封閉「所有救濟途徑」，該條規定仍然可以作為轉型正義推動的條款。然而，倘若真的把國家安全法第 9 條第 2 款當作救濟途徑，使動員戡亂時期冤錯假案真的全部都流向國家安全法第 9 條，將會發現，這些案件將會因為程序上要件不合，根本無法順利開啟再審與非常上訴。尤其當法院過對於再審與非常上訴採取極端保守的適用態度，使諸多救濟案件均胎死腹中，根本不曾享有憲法第 16 條所保障的「依正當法律程序請求法院救濟之權利」。因此，國家安全法第 9 條第 2 款既無法作為轉型正義第一次權利保護的救濟條款，又反過來成為救濟上的障礙，這也導致該條規定間接的成為憲法第 16 條訴訟權保障的嚴峻障礙，而不得被宣告違憲。

3. 退步言之，即便承認國家安全法第 9 條作為轉型正義的第一次權利保護機制，使不當審判案件之受害者或其家屬依循再審或非常上訴之制度尋求救濟，固有刑事訴訟法的特別救濟途徑恐怕也並非為了不當審判量身打造，適用上可能也有其侷限之處。分述如下：

（1）再審功能不彰

刑事訴訟法上之再審，仍然要求以「新事實、新證據」作為程序開啟的鑰匙，而戒嚴時期不當審判大多數案件都存在證據偏在的問題，也就是多數證據與資料都掌握在國防部手中，若國防部未將之公開，受害者及其家屬根本不可能尋得任何撬開再審程序的新事實與新證據¹⁰。即便 2015 年 2 月 4 日刑事訴訟法新修正再審制度，新增第 420 條第 3 項「判決確定後始存在或成立之事實、證據」，使再審之「新規性」要件大幅放寬，但無論如何，再審原告仍須掌握一定程度之資料與證據，而不能僅僅以「新法」作為聲請再審之證據¹¹。在此情況下，再審對於戒嚴時期不當案件的平反，可以說是無能為力。

（2）非常上訴的制度扞格

其次，刑事訴訟法的非常上訴制度可否作為平反之救濟途徑，恐怕也值得商榷。首先，非常上訴之制度目的本來就與人權保障較無關聯。蓋非常上訴存在的目的，若依據刑事訴訟法之體系觀之，係以統一解釋法令為主要目的，當事人之權利救濟，並非主要考量之事由（刑事訴訟法第 447 條、第 448 條參照）。此外，非常上訴之啟動要件乃「審判違背法令」，實務於適用該要件時，往往採取較為狹隘的解釋。蓋所謂違背法令，固然包括判決「不適用」法令及「適用不當」，惟實務上強調，審判違背法令僅指法令之適用而言，不包括單純法令之解釋；且判斷是否違背法令之基準點，係以「審判當時」，故不得以實務見解變更，作為非常上訴之理由（最高法院 82 年度臺非字第 84 號判決參照）。而提起非常上訴最為妥適的理由，仍以法院適用之法令經大法官解釋認為牴觸憲法，或依統一解釋認為違背法令，此時均得據以作為非常上訴之理由（鈞院第 188 號、第 725 號解釋）。對於戒嚴時期不當審判而言，非常上訴制度並無法積極的發揮否定、排除戒嚴時期惡法判決的功能，因為非常上訴仍然強調「依法審判」的司法消極角色，而未提供重新認事用法之機會，更難要求最高法院依循「賴德布拉赫公式」以「惡法非法」之角度重新檢閱戒嚴時期不當審判案件。例如 1950 年代的「省工委」地下組織案件，均以武裝方法對抗中國國民黨政權，即便適用非常上訴之規定，恐怕也難認定為審判違背法令。

4. 因此，刑事訴訟法上的特別救濟程序，本來就是針對正常國家中的不當審判而設置，對於動員戡亂此種大規模與長期侵害自由民主憲政秩序的司法案件，適用

¹⁰ 黃丞儀，〈戒嚴時期法律體制的未解難題與責任追究〉，收錄於臺灣民間真相與和解促進會編《臺灣轉型正義階段報告卷三：面對未竟之業》，2015 年，頁 55。

¹¹ 林鈺雄，〈再論發現新事證之再審事由——再審新法二十問〉，台灣法學雜誌，第 268 期，2015 年 3 月，頁 53-54。

上恐有水土不服的情形。因此，國家安全法第 9 條第 2 款已經使憲法第 16 條之正當法律程序無法開展，鈞庭應充分審酌上開情事，宣告其為違憲。

（四）司法院大法官釋字第 272 號解釋之立論並不可採，在面對威權統治下的真相追求時，實質正義之要求應該凌駕於法安定性之上

1. 綜上所述，司法院大法官釋字第 272 號解釋承認國家安全法第 9 條第 2 款之合憲性，其所針對之情形，乃一般之案件，但若面對不當審判之司法案件，司法院大法官釋字第 272 號解釋之結論就有值得商榷之處。司法院大法官釋字第 272 號解釋固然強調法安定性與社會秩序之憲法價值，但在原則衝突的前提下，自由民主憲政秩序所保障之實質正義受到不可忍受的侵害時，法安定性就應該退居次位，而以實質正義為主要的訴求。

2. 法安定性固然為重要的憲法價值，但法安定性若成為人權保障的嚴峻障礙，法安定性的核心——維繫實質法治國之精神也將隨之崩毀。解嚴後至今已近 30 年，司法院大法官釋字第 272 號解釋也已經作成 20 餘年，戒嚴時期之不當審判案件因為證據資料均為國家所掌握，且適用之刑法條文迄至 1992 年後才予以修正，造成當事人均無法循再審與非常上訴途徑尋求救濟，該號解釋之具體適用結果猶如畫餅充饑，反而強化戒嚴時期軍事審判之合法性。足見司法院大法官釋字第 272 號解釋並未達到「同時兼顧法安定性與權利保障」的目標，更未考量戒嚴時期軍事審判之特殊性，反而造成「不法」判決之安定。在此情況下，法安定性反而成為法治國的敵人，讓人權保障成為空洞的口號。此時是否還要繼續堅持法安定性絕對崇高的地位，恐怕就令人懷疑。

3. 職此之故，司法院大法官釋字第 272 號解釋未審酌不當案件之特性，僅考量一般訴訟案件救濟上的安定性需求，實有審酌未周之處。鈞院應補充司法院大法官釋字第 272 號解釋之結論，使國家安全法第 9 條第 2 款不再成為憲法第 16 條訴訟權保障的障礙。

四、懲治叛亂條例第 2 條第 1 項及舊刑法第 100 條為動員戡亂體制鞏固自身的統治工具，不符合憲法第 23 條之意旨，並抵觸憲法第 7 條、第 8 條、第 9 條、第 11 條、第 12 條、第 14 條、第 15 條、第 16 條以及第 22 條

- (一) 補償條例第 8 條第 1 項第 2 款與懲治叛亂條例、舊刑法第 100 條具有實質關聯性。立法機關認為申請案件若確實具有上開規定之事實，就不予補償，但懲治叛亂條例和舊刑法第 100 條本身的合憲性，可能就有待商榷

舊刑法第 100 條及懲治叛亂條例是動員戡亂時期，作為政治肅清的主要法源依據，在國民政府的運用下，該條規定成為中國國民黨用來懲治異己的「政治刑法」，故該規定本身就有違憲疑義。補償條例第 8 條第 1 項第 2 款把補償的法律效果和懲治叛亂條例與舊刑法第 100 條相互連結，恐怕跟轉型正義剛好背道而馳。故補償條例第 8 條第 1 項第 2 款是否違憲，理應先檢驗舊刑法第 100 條第 1 項與懲治叛亂條例第 2 條第 1 項之合憲性。

- (二) 懲治叛亂條例第 2 條第 1 項與舊刑法第 100 條之立法目的乃保障特定政黨之利益，除立法目的本身違憲外，更抵觸憲法第 8 條之實質正當法律程序

1. 動員戡亂體制之下，舊刑法第 100 條所保護的法益為何？該法益又是誰的法益？前國史館館長張炎憲曾言¹²：「審判、槍決與入獄是政治案件的結局，雖然充滿肅殺與殘酷，確是外顯而易見。但隱藏而摸不到的統制結構，才是白色恐怖最大的元兇。這個結構是在國民黨支配下，透過國家公權力而組成的。」，又稱「刑事司法制度被嚴重扭曲，變成統治者整頓異己的制度。警察、檢察官和法官成為統治者的司法幕僚機關，服從統治者的意志，捍衛統治者的政權，而不是捍衛人民的權利。法院則成為統治者正當化入民於罪的工具，而不是人民權利的最後一道防線」，「人民遭到秘密逮捕、秘密審訊、誣陷、刑求、沒有檢察官的法定起訴，也沒有辯護人的實質辯護；在不公開審判，審判時不需證據，只憑筆錄即可定罪，事後又沒有任何救濟的情況下，造成許多冤案、假案與錯案。」由此可知，懲治叛亂條例第 2 條第 1 項、舊刑法第 100 條的誕生，其實就是為了方便國家機關整肅敵人，根本與確保國家法益毫無關聯。

¹² 張炎憲，〈免於恐懼的自由〉，總序，《戰後台灣政治案件 李荊蓀案 史料彙編（一）》，頁 9-10。

2. 立法者在制定刑法規範時必須追求正當目的，不正當的目的，不能成為立法者所追求的對象。因此，立法者對於所追求的目的，固然具有相當廣泛的選擇自由，其往往透過一個法律追求多數目的，但其仍然必須遵守憲法的要求¹³。「動員戡亂體制」將刑法濫用，使其淪落為鞏固統治者自身之統治工具，恣意將一黨之私或政治利益以制定刑法之方式保護，此情節應屬違憲審查理論上的「立法裁量之濫用」。在刑法學理上，刑事責任必須建構在法益侵害的非難之上；「法益保護」是刑法主要目標，一旦放棄了法益保護，那麼刑法將淪為行為規範的管制次法，退守構成要件行為的嚴格命題，容任人民所有行為都可以作為結果歸責的對象，也將破壞立法者對於犯罪行為的事先篩選，甚至模糊了嚴格且精確的成罪界限¹⁴。

3. 刑法的制裁係對於基本權最嚴厲之干預，對於刑法的審查與控制，可區分為作為刑法規範基礎之「行為條款」，以及依附其上之「制裁條款」——透過行為條款的禁止，國家已對特殊自由基本權例如言論自由、集會自由，或一般行為自由（憲法第 22 條）進行干預；制裁條款則授權法院干預個人名譽之國家責難，或干預生命權、人身自由、財產等包括死刑、徒刑或罰金等特殊制裁——受到基本權的指引，且依照比例原則，這些干預不得超過達到正當目的所必須之適宜、必要或相當的程度¹⁵。誠如司法院大法官釋字第 594 號解釋許玉秀前大法官所提部分協同意見書所言：「刑法所保護人民經營社會生活所需要的利益，必然是憲法認為必須予以保障的利益。」據此，在邏輯關係上，立法者透過刑法某一罪名所保障的利益或價值，若無法通過憲法的法益檢驗，也就是不在憲法所容許的公益目的時，該罪名即屬違憲。

4. 又司法院大法官釋字第 384 號認為，憲法第 8 條所建構之實質正當法律程序，除要求法規須合乎憲法第 8 條之程序規範外，更需實質正當。該號解釋指出「憲法第八條第一項規定：『人民身體之自由應予保障。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。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。』其所稱『依法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，其程序須以法律規定，內容更需實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」

5. 職此，舊刑法第 100 條與懲治叛亂條例第 2 條第 1 項係以保障特定政黨之利益為宗旨，並非追求重大之公益目的，使國家公器淪為政治偵防之工具，光是立法目的就無法通過審查，更與憲法第 8 條人身自由保障意旨不符，應予判決違憲。

¹³ 許澤天，〈刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則〉，收錄於黃舒芃編《憲法解釋之理論與實務》，第七輯，2010 年，頁 271。

¹⁴ 許恆達，〈序文〉，收錄於氏著《法益保護與行為刑法》，2016 年。

¹⁵ 許澤天，同註 13，頁 260。

(三) 懲治叛亂條例第 2 條第 1 項與舊刑法第 100 條第 1 項在實際適用上，更箝制人民憲法第 14 條結社自由之保障，應予判決違憲

1. 行為條款本身即為獨立的基本權之干預

誠如前述，刑法的司法審查，可區分為「行為條款」與「制裁條款」，單純的行為條款及為對於人民特定行為之禁止，此禁止本身即已足以構成獨立的基本權干預。準此，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。」規定之本質，應屬制裁條款；而舊刑法第 100 條第 1 項「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而著手實行者處七年以上有期徒刑，首謀者處無期徒刑。」則屬行為條款。換言之，倘若人民之某種行為遭認定屬於「以非法之方法變更國憲或顛覆政府」，則該種行為便屬行為條款所禁止之行為。以臺南街頭支部案為例，李媽兜加入並參與中國共產黨，以及組織共黨地下支部，被認定違反上開規定，實係其行為已構成該規範所禁止之行為。然而，從現今的基本權保障領域而言，加入共產黨或組織政黨支部，其實也就是行使憲法保障之結社權而已。據此，上開規定應有過度限制結社自由之虞。

2. 憲法上結社自由之內涵

(1) 司法院大法官釋字第 644、724 號解釋理由書明確指出，憲法第 14 條規定人民有結社之自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之權利，並確保團體之存續、內部組織與事務之自主決定及對外活動之自由等。結社自由除保障人民得以團體之形式發展個人人格外，更有促使具公民意識之人民，組成團體以積極參與經濟、社會及政治等事務之功能。至於結社自由之保障領域，不僅及於人民得自由選定結社目的以集結成社、參與或不參與結社團體之組成與相關事務，更保障由個別人民集合而成之結社團體就其本身之形成、存續及與結社相關活動之推展，免受不法之限制。

(2) 次按，「憲法所以保障人民結社自由，主要即在保障人民得自由組織或加入具有共同理念之不同團體，以擴展人我互動，參與各類關於文化、教育、政治、經濟、宗教、職業、慈善或娛樂……等等各類社會活動，藉以表現自我，提升自我與實現自我；而社會整體亦因不同結社團體之存在，得發展出豐富多元之社會生活，並自發性形成長期穩定之社會秩序，使部分國家功能或責任因此獲得分擔。同時，民主憲政社會因有多元結社團體之存在，增進人民參與民主政治及形成公共決策之機會，而有助於民主理念的實踐。故結社基本權不僅包含一項防衛權，同時亦可建構一項民主及法治國秩序的組織原則，以產生長期穩定之團體秩序，並避免國家以

主流社會之價值體系型塑與組織團體，乃維持民主憲政秩序不可或缺之制度性基本權。」司法院釋字第 643 號解釋林子儀、彭鳳至大法官協同意見書亦有論及。

(3) 復按司法院大法官釋字第 644 號解釋許玉秀前大法官所提一部協同、一部不同意見書：「……在一個有強制力的團體形成之後，例如國家，如果人民沒有組織團體的結社自由，那麼人民就僅僅和政權之間有縱向連結關係（政府高踞在上，人民低匍於下），人民彼此之間欠缺橫向的連結關係，則人民的公民意識必侷限在與政權的利益結合。由於政權的利益容易僅與少數人的利益結合，而發展成與大多數人的利益互相衝突，如果沒有結社自由，也就不能培養與大多數人利益結合的公民意識，時日一長，就會阻滯社會的活動力和創造力。……結社自由也屬於一種廣義的行動自由，保障結社自由，則個人可以依其自由意志，積極地與他人進行理念的交流，達到人與人之間的相互成長，並進而進行內部組織、外部活動、理念宣傳、工作傳播等行為，使個人的力量可以轉化成群體的力量，強化個人抵抗外在壓力的能量，促進個人及群體理念的實踐。」

3. 舊刑法第 100 條第 1 項對結社自由之限制已逾越必要性， 鈞庭應宣告系爭規定違憲

(1) 本件應採最嚴格審查之審查標準

系爭規定所限制者，除一般人民以結社方式為各種意見表達外，以本件聲請人之事實而言，尚涉及政治性結社，亦即以參與或表達政治理念為目的所為之結社行為，實質上屬於言論自由，尤其政治性言論之一環。依照司法院大法官釋字第 644 號解釋之意旨，此種限制方式，應採取最嚴格之審查標準。許玉秀大法官於該解釋之一部協同、一部不同意見書也指出，「……對於政治性言論的限制，必須採取嚴格的審查標準……而政治性的結社，有利於政治性理念的實踐，所有政治性言論所能發揮的功能，透過政治性結社的推動，才更能加速實現。此所以憲法同樣需要給予政治性結社自由最大保障，而對政治性結社自由的限制是否違憲，同樣應該採取嚴格的審查標準。」是以， 鈞庭對系爭規定應採嚴格審查。

(2) 系爭規定並不具備重大公益目的

為了維持社會秩序而限制人民主張共產主義，其目的是否正當？許玉秀前大法官已於司法院釋字第 644 號之一部協同、一部不同意見書中明確指出，恐怕無通過違憲審查。蓋主張共產主義或分裂國土，社會上其他人仍然可以選擇傾聽、可以選擇不予理會，甚至可以選擇在刑法的容忍範圍以內公開撻伐、宣揚相反的看法，仍然沒有人的自由因此受到妨害，因此防止妨礙他人自由，不可能是禁止主張共產主義或分裂國土的目的，也不可能是禁止以主張共產主義或分裂國土為結社宗旨的目

的。單純主張共產主義或分裂國土，不能認為已經會造成緊急危難。而既然沒有緊急危難，就不能以維持社會秩序作為正當目的。

舊刑法第 100 條要求人民不得以任何手段著手實行破壞國體、竊據國土或以非法之方法變更國憲、顛覆政府等行為，而無論及該手段對社會之影響。蓋就不具強暴脅迫之手段而言，破壞國體、竊據國土、變更國憲或顛覆政府，無非就是表達上述所稱之政治主張，政治哲學思想，鼓吹特定政府體制或權力鬥爭策略，他人本就不因此受到行為人拘束，也不會因此有緊急危難及社會秩序之影響。更有甚者，當上述主張、思想或策略受到壓迫時，則社會將失去多元性，使得公共利益無法被實現。是以，系爭規定並不具備重大公益目的，鈞庭自應判決其違憲。

(3) 退步言之，縱然系爭規定之目的合憲，其手段與目的間亦不具關聯性

就本件而言，假設「維持社會秩序」或「增進公共利益」係本件之重大公益目的，本件手段也無法達到上述目的。誠如許玉秀前大法官於司法院大法官釋字第 644 號解釋之一部協同、一部不同意見書意旨之論述脈絡，系爭規定係以禁絕所有破壞國體、竊據國土、變更國憲或顛覆政府之想法乃至於行為，然就民主社會而言，此種限制必然無法達到完全禁絕的效果。尤其以聲請人為例，聲請人於行為時係認為，以當時的統治政府而言，其根本不具民主正當性，又未以民主方式統治臺灣，縱然在本件中限制了聲請人，但仍有其他人前仆後繼的會持續為類似行為。蓋此種思想與行為在當時殊難想像其不存在，因此，系爭規定成為了一個無法發生效果的手段。依照前述意旨，系爭規定自非必要之手段。

(四) 懲治叛亂條例第 2 條第 1 項與舊刑法第 100 條專門以政治異議者為對象，限制人民自由表達政治思想的權利，牴觸自由憲主憲政秩序的核心價值，也就是憲法第 11 條思想自由之保障

1. 行為條款本身即為獨立的基本權之干預

就「行為條款」與「制裁條款」之區分而言，舊刑法第 100 條第 1 項「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而著手實行者處七年以上有期徒刑，首謀者處無期徒刑。」之規定，於本案亦涉及對於李媽兜憲法上所保障之思想自由的不當限制。

2. 思想自由之內涵

(1) 按「憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要

性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」為司法院大法官釋字第 499 號解釋所揭示。

(2) 再按「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。」司法院大法官釋字第 567 號解釋理由書著有明文。思想自由雖未明文列舉於憲法第二章，惟從實質觀點，思想自由屬與生俱來之權利，先於國家而存在，乃不待規定而人皆明知之固有權利，乃非真正未列舉權。思想自由屬言論自由之內在面向，受憲法第 11 條所列舉之言論自由所保障。

(3) 復就各國憲法或國際人權文件以觀，日本憲法第 19 條明文保障「良心自由」、德國基本法第 4 條第 1 項規定「信仰與良心之自由及宗教與世界觀表達之自由不可侵犯」、世界人權宣言第 1 條規定「人人生而自由，在尊嚴和權利上一律平等。他們賦有理性和良心，並應以兄弟關係的精神相對待」、第 18 條規定「人人有思想、良心和宗教自由的權利；此項權利包括改變他的宗教或信仰的自由，以及單獨或集體、公開或秘密地以教義、實踐、禮拜和戒律表示他的宗教或信仰的自由」，由此可知，一部將人性尊嚴納入自由民主憲政秩序一環的憲法，也必須對於思想自由予以保障。

(4) 所謂思想自由，係指思考、思想與意見的形成，以及擁有個人信念的權利。思想自由的體系定位，座落於人性尊嚴的內部核心——人性尊嚴的表現，在外部表現為不受任意之逮捕或拘禁，在內部則是內心之思想活動不受到干預。比較法上雖常有將宗教自由與思想自由並列者，但是對於思想自由的保障並不以是否具宗教基礎為必要；同理，對於原本發展自宗教自由的保障範維，諸如單獨或集體、公開或秘密以及教義、實踐、戒律等行為特徵，亦應適用於思想自由。

(5) 憲法學理上對於思想自由保護範圍的分析，包括兩個面向：積極面向的思想自由，包括人生觀、社會觀、宗教觀、宇宙觀以及哲學觀的形成自由；消極面向的思想自由，則指個人有不接受特定意識形態灌輸之自由。思想自由是一種極度個人化之自由，不得有任何之限制。故有法諺「國家權力所不及處，唯個人腦袋與閨房之間」指出，國家權力對於個人思想不應有干預及強制之舉措，即使於國家處於非常處境亦然。也就是說，事實上國家可以強制人民有何種外部行為，但國家無法強迫人民應該如何思想以及強迫人民應該存有如何之感情。司法院釋字第 567 號解釋理由書即謂：「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。……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。」由此可知，思想自由之功能，在於防止國家在沒有法律依據的情況之下，強迫人民表現出一定之思想傾向，國家也不得因為人民未作一定之思想表現而課以處罰。此外，思想自由的保障，是多元化社會形成的第一步，思想縱有不法，若未表現於行動，國家仍應加以容忍；國家亦不得在沒有法律依據情況之下，要求檢查諸如日記或手記等個人思想自由表現的紀錄。

3. 舊刑法第 100 條第 1 項侵害思想自由，至為明顯

(1) 舊刑法第 100 條最主要的適用方式，乃整肅共產黨組織與清除共產主義思想之人。如臺南街頭支部之當事人李媽兜係抱持共產主義之思想，以組織共產黨地下組織之方式議論或挑戰當時政權的諸多舉措，於手段選擇上或有疑論，惟李媽兜的各種行為仍屬於受思想之驅動，透過組織共黨以實踐理念的具體行為，係思想自由保障之範圍，卻遭保安司令部以其行為構成內亂罪，終至命喪槍口。由此可知，舊刑法第 100 條有侵害思想自由之虞，至為明顯。

(2) 進一步論，從國共鬥爭史以觀，懲治叛亂條例及其所由來的前身，無論其制定或廢止，這一系列的「政治特別刑法」實屬國共關係的具體表徵，為中國國民黨用以專門對付中國共產黨的政治特別刑法。在這段「白色恐怖年代」國民黨積極整頓內部，鞏固以蔣介石為主的領導中心，建立黨國獨裁體制，並整肅異己，逮捕共產主義者與臺獨運動者，只要是批評政府或統治者而與集體統治利益不相符合的言論或政治主張，或是以和平手段實現政制主張的行為，全部可以維護國家安全為名而入罪，原本追求實現公平正義理念的刑法，在白色恐怖年代淪為排除異己、鞏固政權的打擊利器。

(3) 以前揭實例而言，李媽兜曾於中日戰爭時期加入「臺灣義勇隊」，從事敵後工作；並於中日戰爭結束後，經中國共產黨員之引介而加入中國共產黨，積極參與臺灣之共黨組織，在 1947 年爆發之「二二八事件中」，李媽兜亦參與嘉義地區的武裝反抗活動。由此可知，李媽兜關於組織及武裝之知識，係以其共產主義思想為基礎，應受憲法上思想自由之保障。準此，當李媽兜身處「白色恐怖」之社會脈絡，遭逢「政治特別刑法」以及「黨國獨裁體制」等結構所構成的精神或心理層面之壓迫，不免透過言論與行動，試圖積極的改變國家的權力運作。換言之，即便選擇消極不作為，亦有因信奉共產主義而遭受政府整肅之危險或風險，李媽兜遭逢黨國獨裁體制所形構之制度性壓迫，別無其它選擇。

(4) 倘若刑事制裁對於基本權之干預不符合比例原則，此時法官應訴諸基本權條款阻卻犯罪成立¹⁶。李媽兜顛覆政府之行為既以思想自由為其基礎，則應得以思

¹⁶ 薛智仁，〈刑法觀點下的公民不服從〉，中研院法學期刊，第 17 期，2015 年 9 月，頁 183。

想自由作為阻卻不法事由。換言之，當刑事制裁對於行為人基本權構成違反比例原則的干預時，法官應諭知無罪判決。依此觀點，李媽兜基於思想自由以共產主義顛覆政府之行為，在黨國獨裁體制的環境下具有高度重要性及民主意義，若遭有罪判決則將構成違憲的基本權干預，故在該例中，李媽兜應得以思想自由阻卻不法。

(5) 系爭規定及措施所交織形成之制度網羅，對人民而言即形同對於持有共產主義思想之限制以及對於共產主義信奉者之處罰。在司法院大法官釋字第 644 號解釋許玉秀前大法官一部協同、一部不同意見書即深切地指出：「固然先有思想才能發為言論，但是思想原本自由，無從控制，對於思想的控制，都是從言論的控制開始，因為不能講、不敢講之後，就是不敢想、不能想。限制言論自由對於言論自由內在功能的戕害，就是對思想自由的戕害，根據司法院釋字第 567 號解釋的見解，就是對人類內在精神生活的破壞，破壞了人民內在精神生活，自然損及個人人格的自我實現。」

(6) 換言之，若僅憑「內亂罪」之構成要件及「確有實據」的要件，拒絕本案當事人請領補償金之申請，則無異等同於否定或懲罰本案當事人之思想自由及以思想自由為基礎而所為之表現行為或行動。憲法既然保障思想自由，則國家自應被課以保障思想自由之義務，不得限制、強迫或改變人民之思想，亦不得對於人民基於思想所表現之行為有所限制，或逕以此為由否決人民依其請求權所為之申請。

4. 舊刑法第 100 條對思想自由之限制不具備重要公益目的，已逾越必要性， 鈞庭應判決其為違憲

(1) 本件應採嚴格審查基準

以本件聲請人之事實而言，系爭規定所限制者，涉及思想自由，亦即思考、思想與意見的形成，以及擁有個人信念的權利，實質上屬於人性尊嚴之內部表現，洵屬自由民主憲政秩序之一環，是以乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。

又思想自由同時為言論自由之消極面向所保障，故對於限制思想自由之違憲審查擇定，亦可借鏡釋憲實務上關於言論自由所發展之成果。準此， 鈞院第 644 號解釋許玉秀前大法官一部協同、一部不同意見書以「在各種言論自由當中，政治性言論與基本生活模式、社會基本生活價值觀、個人在社會中的價值形塑，以及不同階級、不同社群、不同族群生活利益的分配息息相關。不同政治立場或主張的對立，涉及不同利益分配方式的角力，也就是涉及生存的競爭，尤其政治立場的對立，都是社會資源上的強者與弱者的對立，對於政治性言論的箝制，也都是發生在對弱勢的壓迫上面，因此政治性言論需要憲法給予最大的保障，否則即無以發表言論謀求

改變弱勢地位的可能，如果不能透過發表言論改變弱勢，勢必導致採取激烈的表達方式，則必然造成社會的動盪，進而阻礙社會的發展。因此相對地，對於政治性言論的限制，必須採取嚴格的審查標準。」所揭示之宏旨，於此亦應適用。

(2) 系爭規定並不具備重大公益目的

鈞院第 644 號解釋許玉秀前大法官一部協同、一部不同意見書指出，「思想自由之所以能成為人類文明的根源，因為透過言論自由，促成資訊的交換，給予社會發展的契機，開發社會的創造力，這些就是言論自由的外在功能。限制言論自由，也就限制個人的發展能量，因而箝制社會的發展能量。」由此可知憲法對於思想自由之保障，本身即有蘊含追求重大公益目的之意義。

此外，就不具強暴脅迫之手段而言，破壞國體、竊據國土、變更國憲或顛覆政府，無非就是表達上述所稱之政治主張，政治哲學思想，鼓吹特定政府體制或權力鬥爭策略，他人本就不因此受到行為人拘束，也不會因此有緊急危難及社會秩序之影響。更有甚者，當上述主張、思想或策略受到壓迫時，則社會將失去多元性，使得公共利益無法被實現。

(3) 退步言之，縱然系爭規定之目的合憲，其手段與目的間亦不具關聯性

查戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第一條以「為戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者，於解嚴後不能獲得補償或救濟，特制定本條例補償之。」為其立法宗旨，可知立法者原本有意賦予補償條例防漏（Auffangen）功能，一旦不當審判案件之補償發生疏漏，人民因此條例而尚有救濟之可能。

補償條例第 8 條第 1 項第 2 款將「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」列為不得申請補償之情形，在立法裁量或立法設計上而言或可視為一套機制，用以決定眾多申請補償之個案中，何者屬於判決結果不正確之冤案而必須給予補償，或是何者為正確判決從而排除平反及補償。然而，補償條例第一條之防漏功能，既然已為立法宗旨，則亦應拘束立法者本身，如此補償條例方具有內部之體系正義。換言之，立法者既已將防漏功能作為補償條例之立法宗旨，則不得恣意羅列排除情形，而應受憲法上比例原則之拘束。

誠如許玉秀前大法官於司法院釋字第 644 號解釋之一部協同、一部不同意見書意旨之論述脈絡，系爭規定係以禁絕所有破壞國體、竊據國土、變更國憲或顛覆政府之想法乃至於行為，然就民主社會而言，此種限制必然無法達到完全禁絕的效果。準此，立法者驟然逕以「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」列為不得申請補償之情形，立法目的或許合憲，但手段與目的之間顯

無關聯性，與憲法上之比例原則有違。

(五) 舊刑法第 100 條和懲治叛亂條例第 2 條第 1 項裁罰條款抵觸憲法第 15 條生命權之保障，應屬違憲

查 鈞庭已於模憲字第 4 號判決，宣告死刑違憲。準此，懲治叛亂條例，其第 2 條第 1 項規定「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。」唯一死刑之規定，亦已抵觸憲法第 15 條生命權之保障，鈞庭亦應宣告違憲，以顯自由民主憲政秩序之崇榮，並揭示國家對於轉型正義法理念之重視。

◎本件程序標的與違憲之原因

程序標的	法規違憲之原因
舊刑法第 100 條、懲治叛亂條例第 2 條第 1 項	1. 違反憲法第 8 條人身自由及該條所揭櫫之實質正當法律程序原則 2. 違反憲法第 14 條結社自由 3. 違反憲法第 11 條思想自由
補償條例第 8 條第 1 項第 2 款	1. 違反權力分立 2. 違反自由民主憲政秩序
國家安全法第 9 條第 2 項與司法院釋字第 272 號	違反憲法第 16 條訴訟權之正當法律程序

聲請人：黃國昌、林昶佐、徐永明、高潞・以用、洪慈庸、顧立雄、尤美女、蘇○○、蔡○○、柯○○、吳○○、陳○○、吳○○、姚○○、呂○○、林○○、高○○、蘇○○、張○○、羅○○、江○○、吳○○、蔡○○、鄭○○、鄭○○、張廖○○、黃○○、黃○○、洪○○、蘇○○

中 華 民 國 105 年 7 月 2 日

模擬憲法法庭答辯狀（一）

案 號：105 年度模憲字第 4 號

相 對 機 關：立法院

代 表 人：院長蘇○○

訴訟代理人：許書瀚 律師
林心惠 律師

相 對 機 關：司法院

代 表 人：院長賴○○

相 對 機 關：法務部

代 表 人：部長邱○○

上列機關共同

訴訟代理人：洪文浚 律師

相 對 機 關：法務部

代 表 人：部長邱○○

相 對 機 關：國防部

代 表 人：部長馮○○

上列機關共同

訴訟代理人：鄧敏雄 律師

聲 請 人：杜銘哲

訴訟代理人：王世安 律師

高 毅 律師

陳冠瑋 律師

賴又豪 律師

涂予尹 律師 以上住均請詳卷

就 鈞庭以 105 年度模憲字第 4 號受理聲請人杜銘哲聲請之釋憲案，依法提出答辯事：

壹、聲明：

一、聲請人以「本件於臺北高等行政法院訴訟繫屬中之案件，判決應適用之補償條例第 2 條第 2 項不當排除戒嚴時期因非屬內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例而受判刑者受賠償之權利，造成其依憲法第 24 條所保障之國家賠償請求權受到

侵害。」，聲請 鈞庭宣告其違憲部分，爰以「應不予受理」為先位答辯聲明，「系爭規定合憲」為備位答辯聲明。

- 二、聲請人以「本件於臺北高等行政法院訴訟繫屬中之案件，判決應適用之補償條例第 15 條之 1 第 1 款以仍以參與同一原因事實之行為人中，有部分行為人屬該條項之『受裁判者』為要件，侵害人民受憲法第 24 條保障之國家賠償請求權」，聲請 鈞庭宣告其違憲部分，爰以「應不予受理」為先位答辯聲明，「系爭規定合憲」為備位答辯聲明。
- 三、聲請人以「司法院大法官釋字第 477 號解釋肯認立法者於回復條例中僅針對犯外患罪、內亂罪之案件為權利之回復與相當補償，要屬立法裁量範圍之見解違反國家賠償請求權之意旨」，聲請 鈞庭予以變更部分，爰以「應不予受理」為答辯聲明。

貳、程序答辯部分：

- 一、聲請人現由臺北高等行政法院審理之申請補償事件尚未用盡審級救濟程序，且本釋憲聲請案並非由該案承審法官提出，與現行司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款、同條第 2 項、模擬憲法法庭法第 50 條規定及 鈞庭釋字第 371 號解釋、第 572 號解釋闡釋之要件均不相符，應依現行司法院大法官審理案件法第 5 條第 3 項、模擬憲法法庭法第 17 條第 3 項及第 38 條第 1 項第 1 款規定， 鈞庭應為不受理之裁定：
 - （一）聲請人據以主張本釋憲案應予受理之「司法院大法官審理案件法修正草案第 62 條第 1 項規定」，並非已生效之法律，倘若 鈞庭依前開修正草案規定予以受理，則難謂於法有據。
 - （二）其次，聲請人再以「模擬憲法法庭之精神蘊含『充分的社會對話』、『產生具體解決方案、實質上發揮解決問題的功能』等意涵，若採取與司法院大法官審理案件法修正草案相同之見解，將更有助於因各種現實原因延滯憲法裁判可能性之案件，受到社會之關注與開啟討論」為由，主張本釋憲案應予受理，雖非無據。然而，正因為模擬憲法法庭蘊含前開意涵， 鈞庭更不宜「為對於本釋憲案產生具體解決方案或實質上對於本釋憲案發揮解決問題的功能，而引發另一爭議——在法未明文之情況下，模擬憲法法庭得否允許當事人飛越後續救濟程序，逕行聲請釋憲」；除非模擬憲法法庭法修正為允許當事人飛越後續救濟程序，逕行聲請釋憲，或另有聲請人以「司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定不當限制人民聲請釋憲之權利」向 鈞庭聲請釋憲並經 鈞庭作成解釋，則另當別論。

(三) 承前，懇請 鈞庭審酌「司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所謂確定終局裁判，係指聲請人已依法定程序用盡審級救濟之最終裁判而言」仍為目前司法院穩定之一致見解（例如：司法院第 1409 次大法官不受理案件，會台字第 11218 號），對於本聲請案為不受理之裁定，以免治絲益棼。

二、 鈞庭釋字第 477 號解釋並無變更之必要：

(一) 鈞庭變更或補充解釋者，固然非無前例可循，例如：釋字第 684 號解釋（變更釋字第 382 號解釋）、釋字第 652 號解釋（補充釋字第 516 號解釋）、釋字第 572 號解釋（補充釋字第 371 號解釋）、釋字第 556 號解釋（變更釋字第 68 號解釋）、釋字第 261 號解釋（變更釋字第 31 號解釋）等等。然而，必限於「前解釋意旨與憲法整體基本原則不符、內容闡釋不明確或有文字晦澀、論證不周之情形」，始有變更或補充解釋之必要，否則恐怕有損於人民對於司法院大法官會議之信賴。

(二) 經查， 鈞庭釋字第 477 號之解釋意旨及內容闡釋均甚為明確，亦無文字晦澀或論證遺漏之情形，因而並無補充或變更解釋之必要。申言之：

1. 變更解釋與補充解釋皆非法定類型，亦乏法律明文，認定應否變更或補充解釋時，應從嚴解釋，以符合明確性與可預見性之要求：

按「補充解釋」是釋憲實務運作上，依據大法官會議內部共識之決議（42 年第 29 次會議臨時動議第一案決議、48 年第 118 次會議第五案決議、67 年第 607 次會議決議、81 年第 948 次會議決議）所產生的特殊類型，聲請補充解釋除須符合各類型聲請解釋之一般要件外，尚須具備對先前解釋發生疑義而有補充解釋必要性之特別要件；釋憲機關審理案件，原則上應採「列舉原則」（Enumerationsprinzip），以法律明定受理權限及聲請要件，合乎規定者，始得審理；惟如法律對上述事項之設計未盡周延，有礙於釋憲機關行使憲法上之職權，足致維護人民基本權利及自由民主憲政秩序等憲法解釋之目的無法達成時，雖非不得創設必要之規範彌補之，然而亦應符合法治國原則中國家行為明確性與可預見性之要求；至於何謂「補充解釋之必要性」，歷來大法官審查案件之決議之判斷標準為：「(先前) 解釋漏未就聲請之事項為解釋、解釋意旨不明，致生適用之疑義；文字晦澀或論證遺漏；在不變更原解釋之前提下，當事人提出充分之理由，足認有應予補充解釋之必要者」，申言之：除原解釋就已聲請事項有漏未解釋之情形，必須另行解釋予以補充者外，大法官對曾經解釋之事項，必俟各機關或人民嗣後適用該解釋認其有原解釋意旨所未涵蓋的疑義，始有為補充解釋之必要，俾該事項之規制更形周延；

反之，若無此必要性，則補充解釋不啻以另一號解釋重複宣示原解釋意旨而已，毋乃司法資源之虛費。（以上詳見：釋字第 592 號，曾有田大法官部分不同意見書）

同理，「變更解釋」亦非法定類型、缺乏法律明文，因此，認定應否變更解釋時，當然亦應從嚴解釋，以符合明確性與可預見性之要求，並須符合「具有變更解釋必要」之要件。

經查，聲請人主張第 3 項應受判決聲明之理由為「戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條規定將非內亂、外患、懲治叛亂條例或檢肅匪諜條例之罪，拒之於門外，即屬逾越立法裁量，因而釋字第 477 號解釋應予變更」，然而，釋字第 477 號解釋既已認定「犯罪涉及政治因素考量，戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條之適用範圍限於內亂罪、外患罪之案件屬立法裁量範圍」，考量司法違憲審查有其政治界限，戒嚴時期人民受損權利回復條例應否放寬，仍屬立法裁量之範圍，基於司法自制，應認欠缺「具有變更解釋之必要」。

2. 同一釋憲標的前已經不受理在案，依模擬憲法法庭法第 47 條規定，同一釋憲標的不得更行聲請：

經查，聲請人第 3 項應受判決聲明之釋憲標的「戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條規定，限於內亂、外患、懲治叛亂條例或檢肅匪諜條例之罪，是否違憲」，前經另案聲請人聲請釋憲，並經 鈞庭第 1398 次大法官不受理案件，決議會台字第 11277 號不受理，依模擬憲法法庭法第 47 條規定，同一釋憲標的不得更行聲請，應依現行司法院大法官審理案件法第 5 條第 3 項、模擬憲法法庭法第 17 條第 3 項及第 38 條第 1 項第 1 款規定，由 鈞庭為不受理之裁定。

3. 本聲請案實為「法律解釋」之問題，而非「法律本身是否違憲」之問題，因而本聲請案並無受理之必要：

戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條規定：「人民於戒嚴時期因犯內亂、外患罪，於受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者，得聲請所屬地方法院比照冤獄賠償法相關規定，請求國家賠償。」聲請人既然主張「轉型正義蘊含於我國憲法體系之中」，則聲請人依「合憲性之法律解釋方法」，於現由臺北高等行政法院審理之申請補償事件，主張「非內亂、外患、懲治叛亂條例或檢肅匪諜條例之罪，亦得依戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條規定請求國家賠償」，審理該申請補償事件之臺北高等行政法院，並非不得將戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條規定

適用於「非內亂、外患、懲治叛亂條例或檢肅匪諜條例之罪」，如此即可解決此部分之爭議，因而本案實無聲請解釋之必要。

況且，司法審判實務上「對於案件所適用之法律規定採取『合憲性解釋』」而未主張「案件所適用之法律規定違憲」確實非無前例可循，例如：刑事司法實務曾有判決對於「文義上構成自來水法第 98 條第 1 款規定『未經自來水事業許可，在自來水事業供水管線上取水』之竊水行為」，採取合憲性解釋而限縮其適用，並因而認定不成立自來水法第 98 條第 1 款之罪（臺灣花蓮地方法院 86 年度訴字第 132 號刑事判決參照）。再例如：民事司法實務亦多有判決認為「在民事事件中，行為人行使言論自由，是否構成不法侵害，基於法秩序統一性，應就整體法規範予以評價，憲法為民事法之上位規範，民事法解釋時應採取合憲性解釋」（最高法院 103 年度台上字第 2246 號民事判決參照）。更有行政司法實務判決明確指出：法律之解釋與適用，本係法官之職責，其對法律之合憲性若存有疑義，而認其所應適用之法律，有客觀上之理由，相信該法律已然違憲，且對之依「合憲性解釋原則」解釋，亦無法獲致合憲之可能性，始可裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋（最高行政法院 103 年度判字第 521 號行政判決參照）。

參、實體答辯部分：

一、基於機關忠誠義務，聲請人提出本件聲請所持理由「轉型正義」之部分，相對機關皆深表認同：

（一）按兩公約施行法第 2 條及參照公民權利和政治權利國際公約（下稱公政公約）前言、第 2 條第 3 款，我國應立於積極保障人權之立場，促成轉型正義與對受害者之補償：

1. 首按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（下稱兩公約施行法）第 2 條「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」依照文義解釋及司法院釋字第 329 號意旨，兩公約施行法第 2 條所稱之國內法律之效力，應解為相當於國會法律位階的效力。
2. 次按公政公約前言「各國負有義務，必須促進人權及自由之普遍尊重及遵守」、第 2 條第 3 款「本公約締約國承允：（一）確保任何人所享本公約確認之權利或自由如遭受侵害，均獲有效之救濟，公務員執行職務所犯之侵權行為，亦不例外；（二）確保上項救濟聲請人之救濟權利，由主管司法、行政或立法當局裁定，或由該國法律制度規定之其他主管當局

裁定，並推廣司法救濟之機會；（三）確保上項救濟一經核准，主管當局概予執行。」我國政府參照兩公約架構對轉型正義之推動與受害者之補償有所作為。

- （二）按 Teitel（2003）所言：「轉型正義的概念乃是試圖在理想的法治理念與政治現實中取得平衡。亦即轉型正義乃是為了自由民主的考量而經過妥協、非理想的正義型態。」是轉型正義不是一種特殊之正義，尤其在大規模之侵權行為的歷史中，因屬有系統地侵害人權，造成社會、族群分裂，是透過一些程序提供受害者權利，如透過究責、補償受害者之方法，在過往衝突或曾被國家鎮壓過渡時期實現正義，促進公民信任和民主法治。
- （三）查民國 34 年二次大戰結束後，國民政府派遣陳儀為行政長官，斯時從大陸移來諸多人民（下稱外省人），未料施政及物價問題，逐漸在原居於臺灣本島之人（下稱本省人）及外省人間產生裂痕，並於 36 年 2 月 28 日發生暴動，國民政府採取鎮壓手段致本省人死傷無數，後中國政府為因應當時政治局勢實施戒嚴，此時期確實深深地影響了臺灣社會的和諧，史稱二二八事件。後國民政府於 84 年 4 月 7 日公布「二二八事件處理及補償條例」，同年 12 月行政院成立「財團法人二二八事件紀念基金會」，以為努力化解仇恨，乃決定以撫平歷史傷痛，促進族群融和為處理原則。是相對機關皆為憲法機關，亦有遵守憲法、維護憲政體制及憲法秩序之義務，基於憲法機關忠誠義務，立法委員謝聰敏等 70 人於 86 年 5 月 9 日第一次提出「戒嚴時期不當政治審判補償條例草案」（即後來之戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例）並進入委員會，以求實現正義，促進公民信任和民主法治，有立法院第 3 屆第 3 會期第 21 次會議紀錄可稽（附件 1）。從而，相對機關基於機關忠誠義務，聲請人提出本件聲請所持理由「轉型正義」之部分，深表認同。

二、然而，基於「轉型正義」，是否即應宣告補償條例第 2 條第 2 項等規定違憲、無效，相對機關容有不同見解

（一）本件應採最寬鬆審查標準，尊重立法裁量

1. 戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例之立法目的係為政治受難者之平反與補償：

戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（下稱本條例）的立法目的，係為對戒嚴時期受不當政治審判的人民，尤其是被依戡亂時期「懲

治叛亂條例」和「戡亂時期檢肅匪諜條例」治罪者，得受政府和社會予以平反和補償，故依「二二八事件處理及補償條例之精神」，制定戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例，此有院總第 1582 號委員提案第 1742 號立法院議案關係文書可參（附件 2）。

查立法委員謝聰敏於 86 年 10 月 15 日第一次委員會審查時稱：今天討論主題為國家正義，即解嚴期間，平民於受不當軍法審判之案件因國安法第 9 條而無從上訴至地方法院予以救濟，是提出本條例給予補償，以實現正義等語。從而，戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 2 條最初所稱之受難者，係指人民在解除戒嚴前因「懲治叛亂條例」及「戡亂時期檢肅匪諜條例」有關事件生命、身體或財產遭受公務員權力侵害者，有立法院公報第 87 卷第 4 期院會紀錄可參（附件 3）。

職是，以立法歷程、脈絡觀之，本條例既係為補償「為戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者」，則即以戒嚴時期之政治犯作為本條例之補償客體。故，本條例第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 第 3 款方規定，依本條例補償者須同時符合「形式犧牲補償要件」即「觸犯或涉嫌內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例」與「實質犧牲要件」即「遭治安機關或軍事機關限制人身自由」。

2. 本條例以「政治犯」作為補償客體，係出於立法自由形成，基於權力分立原則與司法自制精神，應尊重立法裁量：

(1) 首先，基於轉型正義係為落實民主法治，權力分立乃憲政基本原則，故本件之審理應嚴守權力分立之界線，以達成轉型正義所欲追求之目標：

參「聯合國人權事務高級專員的年度報告以及高級專員辦事處的報告和秘書長的報告——關於人權與轉型正義問題的分析研究報告」（A/HRC/12/18）：「（第 37 段）曾經助長衝突延續不已的公共機構必須轉化為維持和平、保護人權以及促進尊重法治文化的機構。體制改革可通過建設公平和高效率的公共機構，幫助衝突後政府防止再次發生侵犯人權現象。」（附件 4）

再參「尋求真相、司法、賠償和保證不再發生問題特別研究員巴勃羅·德格列夫的報告」，特別研究員巴勃羅·德格列夫於報告中主張，透過尋求真相、司法、補償和保證不再發生原則四種措施完成轉型正義之任務，達成政治民主化之目標（附件 5）。

職是，轉型正義既然係作為實現國家社會正義之途徑，以促進

民主發展、人權保障，及實踐法治國精神，則本件之憲法審查，即應嚴守權力分立原則，司法權及與之平行之立法權應相互尊重，以達成轉型正義所欲追求之目的。

- (2) 本件以「觸犯或涉嫌內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例」作為補償要件，乃立法裁量之結果，應採最寬鬆審查基準審查本件，並為合憲解釋，以維權力分立原則：

權力分立原則係現代民主法治國家組織上之最基本原則，藉由五權機關彼此制衡，保障人民之基本權利不受侵犯。為減緩司法權過度介入立法權而產生權力衝突問題，司法院大法官發展出「立法形成自由」或「立法裁量」的憲政概念，以此劃分司法違憲審查權與立法權的分際，並以之界定司法違憲審查權的界限，經查諸如釋字第 560、558、555、550、517、502、495、477 號解釋等，均引用立法裁量概念而做成合憲解釋。

參諸美國之司法審查制度，美國為避免較不具民主正當性之司法權，因享有違憲審查權限，而過度介入政策決定，產生抗多數決困境（counter-majoritarian difficulty），而發展司法自制之概念。

再參美國憲法學者 Cass R. Sunstein 所提出之司法最小主義理論，更進一步闡述司法自制之概念。Sunstein 氏主張於實體審查時，除非政治決策侵害美國憲法之核心價值，否則司法權無須介入，儘量尊重民選政治機關之決策，亦即尊重民意，使司法違憲審查可與民主政治相容。

無論是司法自制或 Sunstein 氏之司法最小主義理論，均係對司法違憲審查制度劃定界線，以確保權力分立之憲政體系之穩固，此與司法院歷來對立法裁量之尊重，不謀而合。

本條例主要係補償戒嚴時期之政治犯，此於本法條文名稱及立法理由觀之甚明。是故，本條例並非排除戒嚴時期受不正審判之非政治犯，而係基於國家整體資源的配置與運用、社會環境、經濟結構，及政治迫害等複雜政策性問題之考量，而訂立此法，針對「因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者」為補償，此乃立法裁量之結果。職故，戒嚴時期受不正審判之非政治犯，因非本條例所欲補償之客體，如認有容有補償之必要，亦應透過訂立他法（例如促進轉型正義條例）加以補償、平反、回復遭不正審判者之名譽與損失。

基於功能最適之考量，本件不可能採嚴格審查標準，而應留給政治部門較廣泛之政策形成空間，鈞庭須全盤審視相關規定以判斷國家對於人民基本權客觀秩序之保護是否尚有不足，庶幾可免以偏概全，俾謹守權力分立、相互制衡之原則，優先尊重立法裁量，免貽「法官治國」之譏。

是本件應採最寬鬆審查標準，只要立法者對事實的判斷與預測，不具公然、明顯的錯誤，或不構成明顯恣意，對法律應作有利解釋（Favorable interpretation of a statute），即尊重既有法規的效力（The benefit of the doubt rule），懇請鈞庭為合憲宣告。

從而，由當初立法院訂立本條例之歷史資料可知，本條例係補償平反人民在解除戒嚴前受不當軍法審判之案件，因國安法第 9 條而無從上訴至地方法院予以救濟而特制定本條例給予補償，所追求之目的係為撫平曾經之歷史傷痕所為之程序，試圖在理想的法治理念與政治現實中取得平衡，所採取之手段、限制均妥適，是雖限制非因「懲治叛亂條例」及「戡亂時期檢肅匪諜條例」有關事件生命、身體或財產遭受公務員權力侵害者之補償權利，仍無違憲法第 23 條之比例原則，並認在該立法時空背景下，立法院已充分討論決定補償條件及範圍，並依規範對象本質不同，而為合理差別待遇，無違平等原則。故本條例第 2 條第 2 項排除戒嚴時期因非屬內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例而受判刑者受賠償之權利，並無侵害其依憲法第 24 條所保障之國家賠償請求權，灼然甚明。

（二）本件為「重大政治問題」界限，司法權應自制，不宜率爾介入

次按鈞庭釋字第 328 號解釋首先引用「政治問題不予審查」原則，認為憲法第 4 條所稱固有疆域之界定，為重大之政治問題；其界定之行為，學理上稱之為統治行為，依權力分立之憲政原則，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋。

再參大法官吳庚針對司法院釋字第 387 號解釋所作不同意見書明白表示：「任何國家機關之權力皆應有所限制，司法機關所行使之權限亦然。此種限制除憲法或法律之明文規定外，尚有出於權力之本質者，司法審查權在本質上應受限制，不僅為學理所公認，且在各先進法治國家實際運作中，已形成相關制度。此即美國法制上之政治問題（political question），德國之不受司法管轄之高權行為（gerichtesfreier Hoheitsakt），法國之政府行為（Astes de gouvernement），英國之國家行為（Act of state），國內學者或採日本習用名詞之統治行為作為上述各種制度之上位概念。」¹「至

於如何判別政治問題之存在，而將之排除於司法審查範疇之外，大法官布倫南 (Justice Brennan) 1962 年在一項案件之判詞中綜合歷來之先例，曾作如下之闡釋：『任何案件從外觀上認定其涉入政治問題，主要在於由憲法之明文規定已顯見其欲將此一問題委諸相對應之政治部門；或者欠缺解決此一問題所須之司法上創獲及處理之標準；或者一旦予以裁判即係對明顯非屬司法裁量之事項，逕行作成政策決定；或者若作獨立判斷即屬對政府相關部門之欠缺尊重；或者有特別需要毫不猶豫地遵循已作成之政治上決定；或者可能造成對同一問題各部門意見分歧之困窘。』凡合於上述各種標準者，最高法院即視之為非可供司法審理 (non-justiciable) 之政治問題。」查，司法院釋字第 328、419 號等解釋均係採取前揭理論而拒絕作成合憲與否之解釋。

又「政治問題」濫觴於美國實務，觀 Baker v. Carr 一案所揭示之 6 項政治問題不審查標準：(1) 憲法已明文將此議題交由與司法權平行的某一政治部門決定；(2) 欠缺法院可以發現並操作的解決標準；(3) 在未有非司法性裁量之初步政策決定前，司法權無法作成決定；(4) 如由法院獨立解決，必然會對其他平行政府部門造成不尊重；(5) 因特殊情勢所需，法院必須無異議支持一已經作成之政治決定；(6) 法院如就該問題表示意見，將可能形成政府不同部門就同一問題發表不同聲明的尷尬局面。

從而國民政府為戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者，於解嚴後不能獲得補償或救濟，於 84 年 4 月 7 日公布「二二八事件處理及補償條例」，同年 12 月行政院成立「財團法人二二八事件紀念基金會」，以為努力化解仇恨，乃決定以撫平歷史傷痛，促進族群融和為處理原則。立法院為立法機關，並於 87 年特制定條例補償之，此觀本條例第 1 條規定自明。是本件為撫平曾經之歷史傷痕所為之程序，國家試圖在理想的法治理念與政治現實中取得平衡，此一轉型正義展現，已由與司法院平行之行政院決定，更係為因應戒嚴當時之特殊情勢所需，司法權必須無異議支持一已經作成之政治決定，亦難有司法上可見之判斷標準，是屬重大政治問題自無疑義。故司法權不宜率爾介入，且司法追求正確性 (just)，依一定之程序規範，作成正確之決定，此與政治追求妥協，端由政治智慧決定政策，無所謂「對」與「錯」，是懇請 鈞庭基於可司法性 (justiciability)，司法自制 (judicial self-restraint) 原則，以避免與政治部門之衝突，懇請 鈞庭明察，為合憲宣告。

肆、綜上，懇請 鈞庭裁判如聲明，以維憲政秩序，誠感德惠

謹 狀

模擬憲法法庭 公鑒



第三屆模擬憲法法庭《平反之路：歷史裂痕與轉型正義》

【證據名稱及件數】

附件 1 號：立法院第 3 屆第 3 會期第 21 次會議紀錄影本 1 份。

附件 2 號：院總第 1582 號委員提案第 1742 號立法院議案關係文書。

附件 3 號：立法院公報第 87 卷第 4 期院會紀錄。

附件 4 號：聯合國人權事務高級專員的年度報告以及高級專員辦事處的報告和秘書長的報告——關於人權與轉型正義問題的分析研究報告 (A/HRC/12/18)。

附件 5 號：尋求真相、司法、賠償和保證不再發生問題特別研究員巴勃羅·德格列夫的報告 (A/HRC/21/46)。

中華民國 105 年 10 月 21 日

具 狀 人：立法院

院 長：蘇○○

訴訟代理人：許書瀚律師

林心惠律師

具 狀 人：司法院

院 長：賴○○

法務部

部 長：邱○○

上列機關共同

訴訟代理人：洪文浚 律師

具 狀 人：法務部

部 長：邱○○

國防部

部 長：馮○○

上列機關共同

訴訟代理人：鄧敏雄律師

模擬憲法法庭調查證據聲請狀（二）

案 號：105 年度模憲字第 4 號
相 對 機 關：立法院
代 表 人：院長蘇○○
訴訟代理人：許書瀚 律師
 林心惠 律師
聲 請 人：杜銘哲
訴訟代理人：王世安 律師
 高 毅 律師
 陳冠瑋 律師
 賴又豪 律師
 涂予尹 律師 以上住均請詳卷

為聲請調查證據事：

- 壹、緣本件釋憲聲請案爭執繫屬中案件（下稱原因案件）所適用之法律（即補償條例第 2 條第 2 項、第 15 條之 1 第 1 款）違憲。依 鈞院歷來不受理案件所持見解，應否受理聲請，應以「原因案件於法院審理中，曾否爭執所適用之法律違憲」為據（例如：司法院第 1443 次大法官不受理案件，會台字第 12691 號，即以「僅係爭執法院個案認事用法之當否，而未具體指摘確定終局判決所適用之系爭規定一究有何牴觸憲法之處。是本件聲請，核與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定不合」為由，而為不受理裁定）。惟查，本件釋憲聲請案之聲請人似未隨釋憲聲請狀提出「原因案件之歷審書狀」，致使本相對機關無從針對「原因案件於法院審理中，曾否爭執所適用之法律違憲」，提出答辯。
- 貳、為此，爰依模擬憲法法庭法第 32 條規定，懇請 鈞庭函請本件釋憲聲請人提出「原因案件之歷審書狀」，裨利本相對機關就前開爭點提出補充答辯。
- 參、綜上，懇請 鈞庭准許前開調查證據之聲請，誠感德惠。

謹 狀
模擬憲法法庭 公鑒
中華民國 105 年 10 月 21 日



第三屆模擬憲法法庭《平反之路：歷史裂痕與轉型正義》

具 狀 人：立法院
院 長：蘇○○
訴訟代理人：許書瀚 律師
林心惠 律師

模擬憲法法庭答辯狀

案 號：105 年度模憲字第 5 號
相 對 機 關：法務部（代表人：邱○○）
國防部（代表人：馮○○）
共同訴訟代理人：鄧敏雄 律師
相 對 機 關：立法院（代表人：院長蘇○○）
訴 訟 代 理 人：許書瀚 律師
林心惠 律師
相 對 機 關：司法院（代表人：院長賴○○）
相 對 機 關：法務部（代表人：部長邱○○）
共同訴訟代理人：洪文浚 律師
相 對 機 關：內政部（代表人：部長葉○○）
相 對 機 關：司法院（代表人：院長賴○○）
共同訴訟代理人：駱淑娟律師
聲 請 人：黃國昌等三十名立法委員

答辯之聲明

先位聲明：本聲請案應不受理。

備位聲明：本聲請案所請求判決之法律，均未抵觸憲法。

程序方面

一、按模擬憲法法庭法第 53 條第 1 款規定：「立法委員現有總額五分之一以上，於下列法令，認其抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為違憲之判決：一、法律。其依法公布逾六個月者，以經依立法院職權行使法提案修正而未果者為限。」、第 38 條第 1 項第 1 款規定：「案件有下列情形之一者，應為不受理裁定：一、不合法或顯無理由」。經查，依本件聲請意旨（第 11 頁），固足認就戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款部分，曾有立法委員總額五分之一以上，依立法院職權行使法提案修正而未果，已符合前開聲請要件。惟就其餘部分（包含國家安全法第 9 條第 2 款及 1935 年公布施行之刑法第 100 條

第 1 項規定)，則與前開聲請要件不合，自應由 鈞庭依法諭知不受理。

- 二、另模擬憲法法庭法第 50 條規定：「人民、法人或政黨，就其依法定程序用盡審級救濟之訴訟案件或非訟事件，對於受不利確定終局裁判所適用之法令或所持之裁判見解，認有抵觸憲法者，得聲請本法庭為違憲之判決」。本件雖非由人民提出聲請之案件，惟綜觀聲請之通篇意旨，無非仍以李媽兜之子向戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會申請補償未過為出發。然細繹之，似可發現該案未經用盡審級救濟程序。則本案引該案為聲請之基礎事實與各項立論出發，是否適宜？ 鈞庭是否應予受理？請 鈞庭審酌！

實體方面

壹、本案之應為適用法律錯誤之問題，非法律抵觸憲法之問題

- 一、本件聲請意旨無非以：「立法院於 1999 年 6 月 17 日制定『戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例』（下稱補償條例），規定戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者，於解嚴後不能獲得補償或救濟，得依本法申請補償。惟補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定，『依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者』，得免予補償。李媽兜之子李○依據補償條例申請補償，卻因『戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會』（下稱基金會）認定，李媽兜遭逮捕後曾做成『任意性自白』，承認組織共黨地下支部，並有意透過共黨活動顛覆政府，因此合乎『當時』中華民國刑法第 100 條內亂罪之要件，故決定不予補償。然而，令人不解之處，乃補償條例第 8 條第 1 項第 2 款雖係『依現行法律或證據法則調查行為有無構成內亂外患罪』，但適用的實定法卻是當時惡名昭彰的舊刑法第 100 條。該條規定無論從構成要件或是法律效果而言，都抵觸自由民主憲政秩序的基本價值。因此，以被害者行為是否構成舊刑法第 100 條作為判斷可否領取補償之依據，根本就是對於被害者與家屬的二次否定，補償條例本身就誤解了轉型正義的任務與目的，更讓轉型正義成為扁平的人權價值，加深對於被害者與家屬的傷害。綜上所述，補償條例第 8 條已抵觸自由民主憲政秩序，應屬違憲」等，為其本件聲請憲法判決之緣由（見聲請人聲請書第 3~4 頁）。
- 二、惟查：補償條例第 8 條第 1 項第 2 款既規定：「有下列情形之一者，不得申請補償：……二、依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」。該條項所稱之「現行法律」，自係指受裁判者或其家屬「申請補償當時

之現行法律」而言。本件聲請意旨，雖未寫明李媽兜之子李○何時向基金會申請補償，然補償條例既係於 1998 年 6 月 17 日始經總統明令公布，並定公布日起六個月施行，則李媽兜之子李○，顯係於 1998 年 12 月 17 日以後，始可能提出申請。而查，現行刑法 100 條之條文（內容為：「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處七年以上有期徒刑；首謀者，處無期徒刑（第一項）」、「預備犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑（第二項）」），係於 1992 年 5 月 16 日即經修正公布。則於李媽兜之子提出補償申請當時，基金會已應適用當時早已修正公布之現行刑法 100 條加以審查，如仍適用修正前之舊刑法 100 條（內容為：「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而著手實行者，處七年以上有期徒刑；首謀者處無期徒刑（第一項）」、「預備或陰謀犯前項之罪者，處六月以上、五年以下有期徒刑（第二項）」）加以審查，顯屬適用法律錯誤之問題，應由李媽兜之子循補償條例第 3 條第 3 項之規定，提起訴願或行政訴訟，以謀救濟，初非法律規定本身不當或有任何違憲疑慮之問題。聲請意旨以該案之事實為基礎及本案聲請之緣由，本有未恰。

三、在李媽兜之子李○如於基金會作出錯誤決定後，循訴願及行政訴訟程序加以救濟，當無權利受損之問題（相對人機關經上司法院網站，以「李媽兜」為關鍵字查詢最高行政法院及臺北高等行政法院判決，未見有何判決存在）。則本案雖非由李媽兜之子提出聲請，然於此益見模擬憲法法庭法第 50 條：「人民、法人或政黨，就其依法定程序用盡審級救濟之訴訟案件或非訟事件，對於受不利確定終局裁判所適用之法令或所持之裁判見解，認有牴觸憲法者，得聲請本法庭為違憲之判決」規範之「用盡審級救濟程序」之要件與意義所在。

貳、補償條例所設基金會之審查制度並未違反權力分立原則，此種制度更有其存在之意義與價值，非「刑事補償法」（原名「冤獄賠償法」）或司法審判制度所能完全取代

聲請意旨雖指：「補償條例第 8 條第 1 項第 2 款以 1935 年修正之刑法第 100 條第 1 項作為是否補償之依據，但該條規定有顯然違反憲法之虞，致使補償條例第 8 條亦併同失去正當性。此外，本條規定賦予基金會審核動員戡亂時期審判案件是否不當的權限，排除以法院為核心的保障機制，違反轉型正義中『重新審判』的憲法要求，亦違反權力分立。據此，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款應予判決無效」等語（見聲請書第 5 頁及第 12～15 頁）。惟查：

- 一、基金會或訴願主管機關與行政法院，於依補償條例第 8 條第 1 項第 2 款之規定加以審查時，所應適用之法律，為現行刑法第 100 條，非 1935 年修正之舊刑法第 100 條，已如前述。故補償條例第 8 條第 1 項本身，並無聲請意旨所指「違反憲法」或「併同失去正當性」之問題。
- 二、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會性質上為受託行使公權力之實質行政機關，補償條例第 3 條第 3 項並已明定「申請人不服基金會決定時，得依法提起訴願及行政訴訟」，並未排除申請人於受基金會不利決定時之司法救濟權利，論其制度之設計，實與國家其他現有補償或賠償制度如「二二八事件處理及賠償條例」、「犯罪被害人保護法」等，並無根本之差異，尤無違反權力分立原則可言。
- 三、再聲請意旨所指，捨基金會而就司法審判之補償決定機制，尤於申請人不利，與補償條例對於受裁判人或其家屬，原則予以補償，例外始不予補償之精神不符，並不足採取。說明如下：
 - (一) 審判或訴訟制度以有兩造之存在為前提，當有立場對立之兩造時，相對人方之攻防，勢必於一定程度上，造成請求方過程或結果上或多或少之阻礙。
 - (二) 類如「刑事補償法」(原名「冤獄賠償法」)等制度，係以請求補償人受有無罪、免訴、不受理判決或不起訴處分確定為前提；曾受有罪判決確定者，則需依再審或非常上訴程序加以救濟後，始得請求。其受有罪判決確定後請求刑事補償之難度顯較補償條例現制之設計為高。吾人以為，補償條例之制度設計，無需比照刑事補償法。一者如制度相同，何需另立補償條例！？二者需先經由司法重為審理後，始能予以補償之制度，與補償條例原則上儘量予受裁判者補償之立法精神有悖，且於申請人不利，並不足採取。
 - (三) 更何況，前述「重新審判」之主張，忽視時間久隔、證據滅失、證人或關係人凋零，難期進行現代審判制度核心之「言詞審理」、「交互詰問」、「直接審理」等程序，則就此種不利，是否將歸由受裁判者或其家屬承擔！？遑論審判程序之空洞化！故聲請意旨之主張，實非可採。

參、國家安全法第 9 條第 2 款之規定，並未違反正當法律程序原則，亦無牴觸憲法第 16 條人民訴訟權保障之處，並無違憲

- 一、按國家安全法第 9 條第 2 款規定：「戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後依左列規定處理：...二、刑事裁判已確定者，

不得向該管法院上訴或抗告。但有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴」。聲請意旨雖指：國家安全法第 9 條第 2 款之規定，「排除了非現役軍人於戒嚴時期受軍事審判裁判確定者，依刑事訴訟普通救濟途徑（如上訴與抗告程序）之可能，而將救濟途徑限縮於再審與非常上訴，已對受裁判者之訴訟權造成限制。此外，動員戡亂時期軍事法院之組成違反憲法第 8 條所保障之正當法律程序，業經司法院大法官院認定違憲（司法院釋字第 436 號解釋參照）。此等法院認定之事實，在解嚴之後，竟未受到嚴格之證據法則檢驗，形成僅能透過行政程序、無法透過訴訟程序平反的救濟上限制，顯然與憲法第 9 條人民不受軍事審判、憲法第 8 條及第 16 條保障正當法律程序之意旨有違。職此，1987 年 7 月 1 日公布之國家安全法第 9 條第 2 款已牴觸憲法第 16 條所保障之訴訟權，應屬違憲」等語（見聲請意旨第 15 頁）。

- 二、惟查，司法院大法官會議釋字第 272 號解釋認：「人民除現役軍人外，不受軍事審判，憲法第九條定有明文。戒嚴法第八條、第九條規定，非現役軍人得由軍事機關審判，則為憲法承認戒嚴制度而生之例外情形。依同法第十條規定，對於上述軍事機關之判決，得於解嚴之翌日起依法上訴，符合首開憲法規定之意旨。惟動員戡亂時期國家安全法第九條第二款前段規定，戒嚴時期戒嚴地域內經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件已確定者，於解嚴後不得向該管法院上訴或抗告，係基於此次戒嚴與解嚴時間相隔三十餘年之特殊情況，並謀裁判之安定而設，亦為維持社會秩序所必要。且對有再審或非常上訴原因者，仍許依法聲請再審或非常上訴，已能兼顧人民權利，與憲法尚無牴觸」，原已就本件聲請相同意旨作出解釋。
- 三、聲請意旨復為上開指陳，惟：聲請意旨並未說明承平時與戒嚴時期下，國家或憲法所容許審判制度或程序之差異性，及其界限究竟何在？聲請意旨復忽略時空環境之因素（不論軍事審判機關或普通法院，對於證據法則之掌握，均係現在較過去為佳，均有偏重自白之不堪過往），以及司法機關即在現在，亦常發生證據採擇、認事用法為人所詬病之事例，致司法公信力低落之現實，將軍事審判機關與「證據採擇不嚴謹」劃上等號，而將普通法院視為能恪守嚴格證據證明法則之人權守護機關，此種立論之基礎，不免出於想像而多過於實際。抑且，刑事案件之證據採擇標準，本隨時代而演進，於各種審判程序及案例皆然，如謂受叛亂或匪諜審判者，得依上訴或抗告程序重新進行審判，則於其他過往之軍、司法之案件，情形何不相同？如此，則裁判永無確定性與安定性可言，亦非法治國家應有之狀態。
- 四、最後，聲請意旨「重新審判」之論調，實亦與整個補償制度之精神與設計息息

相關，如前所述，聲請意旨之立意或許良善，而實則可能反侵害受裁判者或其家屬受補償之權益，不可不慎！

肆、不應以已經失效之法律為違憲審查標的

聲請意旨另請求針對已失效之舊刑法第 100 條第 1 項作成違憲之宣告，相對機關於此表達反對之立場：

一、無此必要：

依聲請意旨所指案例事實，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款所指之現行法律，其實為現行刑法第 100 條，非舊刑法第 100 條。以之為釋憲或憲法判決之標的，欠缺實益。

二、復以法律邏輯而言，已經失效之法律，如何能再次宣告無效？

三、影響法律秩序之安定性：

其義甚明，茲不贅。

四、無邊無際，有過度侵害立法及行政權而違反權力分立原則之虞：

如認已經失效之法律，亦得成為釋憲者或憲法裁判者審查之標的，則非僅在審查標的上，顯得無窮盡。抑且因時間之不設限，而使得原屬被動之司法審查權，顯得無限延伸，而有過度侵害立法權及行政權、違反權力分立原則之虞，實非制憲者設立違憲審查制度之原意。

謹 狀

模擬憲法法庭 公鑒

中華民國 105 年 10 月 28 日

具狀人：鄧敏雄 律師
林心惠 律師
許書瀚 律師
洪文浚 律師
駱淑娟 律師

模擬憲法法庭模憲字第 4 號、5 號釋憲 案書面意見

陳述意見機關：司法院

代 表 人：賴○○（院長）

代 理 人：洪文浚 律師
駱淑娟 律師

陳述意見機關：法務部

代 表 人：邱○○（部長）

代 理 人：洪文浚 律師
鄧敏雄 律師

陳述意見機關：內政部

代 表 人：葉○○（部長）

代 理 人：駱淑娟律師

陳述意見機關：國防部

代 表 人：馮○○（部長）

代 理 人：鄧敏雄律師

陳述意見機關：立法院

代 表 人：院長蘇○○

訴 訟 代 理 人：許書瀚 律師
林心惠 律師

為就模憲字第 4 號聲請人杜銘哲、模憲字第 5 號黃國昌等立委所提釋憲案提出書面意見書：

壹、有關模憲字第 4 號聲請人杜銘哲就戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 2 條第 2 項、第 15 條之 1 第 1 款等規定聲請釋憲，以及請求變更司法院大法官釋字第 477 號解釋部分

一、按我國自民國（以下同）38 年 5 月 19 日頒布臺灣省本島及周邊附屬島嶼、以及澎湖群島全境實施戒嚴後，至 76 年 7 月 14 日由當時總統蔣經國頒布總統令，

宣告臺灣地區自同年 7 月 15 日凌晨零時起解嚴，解除在臺灣本島、澎湖與其它附屬島嶼實施的戒嚴令¹。而實施戒嚴，係因當時處於國共內戰時期，當時掌有國家執政權力之國民政府，其在於大陸地區之戰況日趨不利，故就尚能完整實施統治權之臺灣地區即予宣布戒嚴，並因此而陸續頒布相關管制法令，大幅限制人民之人身自由及相關權利。然隨著時間的推展，臺灣地區與大陸地區間之軍事衝突也日漸趨緩，人民對於民主自由的渴望也逐漸覺醒，政府因此於 76 年 7 月 14 日宣布解嚴，將國家憲政體制回歸憲法之規定。然於戒嚴期間以及實施戒嚴前，政府基於國家統治權的行使，而不當侵害人民之人身自由及財產之情況，於解嚴後即不得不予正視，因此立法院乃於 84 年 3 月 23 日制定「二二八事件處理及補償條例」，以處理二二八事件受難者之補償事宜。然除「二二八事件」以外，於戒嚴期間，政府為維護國家安全及社會秩序，在面臨隨時可能發生軍事戰爭之情況下，無論於行政、立法、司法權之行使，均不得不採取維護統治權力之必要措施，此為國家遭逢特殊情況所因時、因地制宜之權宜方針，實難以單就為因應國家當時特殊處境，即將政府一切造成人民權利受損（包括經由法院判決而對人民生命、自由、財產所為之限制與剝奪）之行為，均認應予回復或補償，此亦為維護法律及裁判安定性所必然。因此，我國於解嚴後，對於戒嚴期間政府於政治上所採取之防範措施，多有超出民主法治國家應遵守之比例原則及正當法律程序原則之情事，認有回復人民權利及予以補償之必要，即由立法機關陸續制訂其他相關法律，諸如戒嚴時期人民受損權利回復條例（以下簡稱回復條例）、戒嚴時期人民受到軍事審判之時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（以下簡稱補償條例）等，以回復、補償於戒嚴期間人民權利遭受不當損害之權利，此等權利回復及補償之規定，係透過立法機關制定法律，以行政、立法、司法三權制衡之憲政法理，經由代表全國民意之立法機關，衡量戒嚴時期經由行政統治權之行使，使得人民因特定情事而遭司法機關判決致其生命、自由、財產遭受剝奪與限制之情事，決定其權利回復及補償之範圍，此種經由立法制度而回復及補償特定範圍內人民因行政權之行使以及司法權之審判，所遭受之損害，咸認應屬立法裁量範圍，自不得逕認該立法結果未能使所有事件均得以請求回復及補償，或認該立法內容限於特定情事始得請求回復及補償，即認該法律有牴觸憲法之情事。

二、再者，我國之冤獄賠償法於 48 年 6 月 11 日公布，同年 9 月 1 日起施行²，另國

¹ 有關金門、馬祖、東沙、南沙地區之戒嚴時期則至 81 年 11 月 7 日才解除戒嚴。

² 冤獄賠償法於民國 100 年 7 月 6 日總統華總一義字第 10000138681 號令修正公布名為「刑事補償法」，並自 100 年 9 月 1 日施行。

家賠償法亦於 69 年 7 月 2 日公布施行，上開法律對於國家因行使公權力而造成人民受有損害時，均有應予賠償之規定，其中冤獄賠償法（即現行之刑事補償法，以下均同）更是針對人民因法院審理案件，導致權利受損時，明定相關應予賠償之要件，而上開法律所定國家應予賠償之前提，多係須經由檢察、司法機關行使偵、審權力時，因最終該人民不應受刑事處分，而對之前所受之人身自由限制，由國家對人民負擔賠償之責任，此觀該法所定之賠償要件係有「因行為不罰或犯罪嫌疑不足而經不起訴處分或撤回起訴、受駁回起訴裁定或無罪之判決確定」、「依再審、非常上訴或重新審理程序裁判無罪、撤銷保安處分或駁回保安處分聲請確定」、「因無付保護處分之原因而經不付審理或不付保護處分之裁定確定」、「因無付保護處分之原因而依重新審理程序裁定不付保護處分確定」等，而非對於所有經由檢察、司法機關進行偵、審權力而使人身自由受損害之人，均可請求賠償。而上開法條所適用之權利受損期間，係不限於戒嚴時期或解嚴之後，但如前所述，因於戒嚴時間國家行政、司法權力之行使，未如解嚴後完全遵守憲法所定之正當法律程序，故對於特定條件之權利受損情況，可依一定之程序，逕行請求補償，不須具備該人民所受判決或裁判經法院認定須予撤銷、廢棄為其要件，換言之，即上開二條例予人民請求權利回復又補償之實質要件，其門檻遠較冤獄賠償法、國家賠償法所定之條件為低，故立法機關於冤獄賠償法、國家賠償法以外，另訂特別法以使不符合上開法律規定、但衡情仍應由國家進行權利回復及補償之人民，也可經由法律規定請求權利回復及補償，則對於可請求權利回復及補償之人，究應採取何項要件，因該條例並非限制人民之權利，而是例外增加人民所得請求之範圍，應認屬立法裁量之問題。

- 三、本件聲請人杜銘哲主張上開補償條例第 2 條第 2 項不當排除戒嚴時期因非屬內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例而受判刑者受賠償之權利，並主張上開條例第 15 條之 1 第 1 款所定行為人須為該條例第 2 條第 2 項之受裁判者，而其他行為人受內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例以外之有罪判決確定者，均屬侵害其依憲法第 24 條所保障之國家賠償請求權，而請 鈞庭宣告上開規定違憲。惟查，上開補償條例之立法意旨，係針對人民在戒嚴解除前，因犯特定罪名，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者，其受裁判者或其家屬，即得於一定期間內依該條補償條例之規定申請給付補償金，不以該有罪之確定判決嗣後遭到重新調查而予推翻為其必要，亦即，該申請給付補償金之要件，僅須犯特定罪名而經有罪判決者，即可請求，故倘若不論申請人所犯之罪名為何，即賦予該遭有罪判決之申請人一概可申請補償者，不啻完全推翻我國於戒嚴期間刑

事法院之判決效力，而我國於戒嚴時期之刑法，其中除部分特別刑法所規定之罪名應優先適用中華民國刑法以外，其餘違犯刑事法律之人，仍應依中華民國刑法予以處罰，如一概均認凡受刑事有罪判決之人均可申請補償者，則冤獄賠償法即無存在之必要，蓋若認是曾受刑事有罪判決之人都可申請補償以論，則該受刑事不起訴處分或撤回起訴、受駁回起訴裁定或無罪之判決之人更可以該補償條例予以請求補償。因此，就有關於戒嚴時期曾受何項罪名而為有罪判決之人民，可依該補償條例申請補償者，即應認屬立法保留，交由立法機關衡量一切情形進行立法，俾以於維護國家裁判之效力，以及人民權利不當受損之間，取得衡平。而該補償條例所定之補償條件，之所以限定在因觸犯內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例而受判刑者，係基於此類犯罪涉及政治因素之考量，在國家處於非常狀態，實施戒嚴之情況下，審判機關所為認事用法容有不當之處，為使人民受有最大的保障，凡觸犯此等罪名而經有罪判決確定者³，均可申請補償，至於其他罪名，無論係侵害個人財產法益之罪，亦或涉及其他社會、國家法益之罪，因此等罪名與政府為維護統治權力，且基於政治目的所採取之有失正當法律程序而對人民實施人身自由權利之侵害，顯然較無關連，不應付與國家至重之責任，就所有經有罪判決之案件，該受裁判者均可向國家請求補償。故立法機關既已就該補償條例之立法目的及補償內容、程序等予以一併考量，而認所得請求補償之範圍限於該補償條例第 2 條第 2 項所規定之要件，要屬立法裁量範圍，與憲法尚無抵觸。至於該補償條例第 15 條第 1 項第 2 款已對可申請給付補償金之要件予以放寬，當然更無違憲之情事。

四、復按本件聲請人杜銘哲另請 鈞庭就司法院大法官釋字第 477 號解釋文對於該回復條例中僅針對犯外患罪、內亂罪之案件為權利之回復與相當補償，要屬立法裁量範圍之見解，違反國家賠償請求權之意旨，請求予以變更部分，除聲請人杜銘哲並未敘明其係依何項規定，而可提出此項聲請，應認其此部分之聲請不合程序，而予不受理外，聲請人杜哲銘亦未對意旨及內容闡釋甚為明確，並無文字晦澀或論證不周情形之系爭第 477 號解釋，提出應予補充解釋之正當理由，參諸司法院大法官第 1447 次會議議決不受理案件第一案（會台字第 1317 號）決議理由所載內容，亦足參照。況基於同上理由，該回復條例對於人民所犯何項罪名而喪失或被撤銷該回復條例第 3 條第 1 項各款所定之資格，應認屬立法裁量範圍，司法院大法官釋字第 477 號解釋文所揭示之意旨，殊無違憲之情事，同無予以變更之必要。

³ 本補償條例第 8 條第 1 項第 2 款另有規定，如依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂、外患罪確有實據者，即在不得申請補償之列。

五、綜上所述，有關聲請人杜銘哲主張上開補償條例部分條文應予宣告違憲，以及請 鈞庭變更司法院大法官釋字第 477 號解釋部分，並無理由，爰請 鈞庭予以上開補償條例及回復條例等規定並未牴觸憲法之解釋；另對於聲請人杜銘哲請求變更解釋部分，予以決議不受理。

貳、有關模憲字第 5 號聲請人黃國昌等立委就戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定聲請釋憲部分

- 一、查本案聲請人黃國昌等立委，主張李媽兜之子依據該補償條例之規定申請補償，卻因戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會（下稱基金會）認定，李媽兜因合乎「當時」中華民國刑法第 100 條內亂罪之要件，故不予補償，而認該補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定有違憲之情事。
- 二、惟查，有關人民依該補償條例聲請補償時，依該補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定，如依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者，不得申請補償。又依同條第 2 項規定，有關是否有該款規定之情事，由基金會設置審查小組就個案逐一審認之。上開內容係規定該補償條例對於人民於何項情形下，不得申請補償，而聲請人黃國昌等立委所執以主張上開規定違憲之理由，實係基金會於審查申請人是否得予補償時，依該補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定進行審查時，其所謂依現行法律或證據法則審查是否有所違誤，此屬實體法之適用問題，要與上開規定是否牴觸憲法乙節無涉。
- 三、次查，聲請人黃國昌等立法委員另主張 76 年 7 月 1 日公布施行之國家安全法（以下簡稱國安法）第 9 條第 2 款牴觸憲法，並請求 鈞庭就司法院大法官釋字第 272 號解釋之結論予以變更部分，其所持之理由無非係以國安法第 9 條第 2 款規定，戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後如刑事裁判已經確定者，不得向該管法院上訴或抗告，但有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴，此一規定限制戒嚴時期的不當審判案件，只能循刑事訴訟法上的「特別救濟途徑」重啟審判，並未提供一般性的上訴或抗告權，對於戒嚴時期非現役軍人經軍事審判機關審判之案件，救濟途徑有所欠缺，而認上開規定牴觸憲法，並應就司法院大法官釋字第 272 號解釋之結論予以變更。
- 四、然查，有關於戒嚴時期所實施之各該行政、立法、司法等各項權力行為，係因國家處於重大危難之情況下，所採取有別於承平時代之特別措施，此乃因時、因地所不得不採取之作法，然因於此種基於國家特殊環境、而於特別時期政府

實行公權力之結果，常有不符正當法律程序之情事，而致人民權利受到損害，故立法機關已制訂相關之回復條例、補償條例等規定，以資回復、補償人民受損之權利。然究應如何之回復、應補償至何種程度、應回復及補償之範圍等，即屬立法機關基於各方面之考量下，透過法條內容予以訂明，就此應屬立法裁量範圍，相關理由同前所述。而國安法第 9 條則就解嚴後非現役軍人刑事案件之處理分別按審判程序尚未終結、及已確定之不同情況分別予以規定，若審判程序尚未終結，偵查中案件移送該管檢察官偵查，審判中案件移送該管法院審判；若已判決確定，除有再審或非常上訴之事由外，不得向該管法院上訴或抗告，此一規範之目的係基於我國此次戒嚴與解嚴時間相隔 30 餘年，故已有大量之確定判決，如一概認所有的刑事確定判決都應移送法院進行審判，將使法之安定性受到嚴重之挑戰，故為因應此種特殊情況，上開國安法之規定係謀裁判之安定而設，亦為維持社會秩序所必要，故司法院大法官釋字第 272 號已曾就國安法第 9 條第 2 款不准戒嚴時軍事審判確定案件於解嚴後向普通法院請求救濟之規定是否違憲乙案，詳予說明因我國此次戒嚴期間達 30 餘年，情況至為特殊，動員戡亂時期國安法第 9 條規定，戒嚴時期戒嚴地域內經軍事審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後，其審判程序尚未終結者及刑事裁判尚未執行或在執行中者，均分別移送該管檢察官或法院處理。其已確定之刑事案件，不得向該管法院上訴或抗告，則係基於此次長期戒嚴，因時過境遷，事證調查困難之特殊情況，為謀裁判之安定而設，亦為維持社會秩序所必要。且對有再審或非常上訴原因者，仍許依法聲請再審或非常上訴，已能兼顧人民權利，與憲法尚無牴觸，實已明確、具體地針對系爭規定是否違憲乙節說明其理由，本件聲請人黃國昌等立委再就業經司法院大法官詳為解釋之系爭規定並無違憲乙節聲請 鈞庭解釋係屬違憲，並變更系爭大法官釋字第 272 號解釋，實無理由。

五、未按本件聲請人黃國昌等立委另請求 鈞庭宣告 24 年公布施行之中華民國刑法第 100 條第 1 項牴觸憲法乙事，因所聲請解釋之法律係已失效之法律，而聲請人黃國昌等立委並未敘明該失效之法律於現行法之適用上，究有何須予透過釋憲之方式，予以宣告該法律規定違憲，以維護受憲法保障之人民基本權利之必要情事，顯見本件聲請欠缺釋憲之實益，亦不符合聲請釋憲之要件。

六、綜上所述，有關本件聲請人黃國昌立委等人所聲請之該補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定、國安法第 9 條第 2 款等規定，應予合憲之解釋，另就聲請變更司法院大法官釋字第 272 號解釋及 24 年公布施行之中華民國刑法第 100 條第 1 項聲請牴觸憲法部分，予以決議不受理。

參、為特敬呈書面意見如上。

謹 狀

模擬憲法法庭 公鑒

中華民國 105 年 10 月 29 日

陳述意見機關：司法院（院長賴○○）

代理人：洪文浚律師

駱淑娟律師

陳述意見機關：法務部（部長邱○○）

代理人：洪文浚律師

鄧敏雄律師

陳述意見機關：內政部（部長葉○○）

代理人：駱淑娟律師

陳述意見機關：國防部（部長馮○○）

代理人：鄧敏雄律師

陳述意見機關：立法院（院長蘇○○）

訴訟代理人：許書瀚律師

林心惠律師

模擬憲法法庭

杜銘哲聲請案、黃國昌等立委聲請案 爭點整理

1. 自由民主憲政秩序之內涵為何？其於我國憲法上之依據為何？與憲法解釋所承認之各項憲法原則，諸如民主原則、法治國原則等等，關聯性為何？我國憲法是否容許國家在緊急狀態下，為了保障自由民主憲政秩序，暫時性地抵觸各項憲法原則？如為容許，除司法院釋字第 567 號解釋揭示「關於限制人身自由之處罰，仍應以法律規定，且其內容須實質正當，並經審判程序，始得為之」外，對於緊急狀態下公權力之行使，是否尚有其他憲法上之界線？
2. 於國家之緊急狀態結束，恢復自由民主憲政秩序後，國家針對緊急狀態時期作成之審判，應否及如何遵循憲法原則處理？國家有無憲法上之義務回復人民於緊急狀態時期所受侵害之權利？如國家有憲法上之回復義務，此回復義務如何與「法安定性原則」、「禁止溯及既往原則」、「信賴保護原則」等憲法原則進行整全調節？又司法權進行違憲審查時，應否宣示國家履行回復義務所當遵循之原則？行政權或立法權又應如何具體履行此一回復義務？有哪些可以選擇之方案，始符合憲法上之要求？
3. 如基於自由民主憲政秩序或其他憲法原則，國家於解除戒嚴後，有回復戒嚴時期人民權利受損之義務，則現行國家安全法第 9 條第 2 款、受損權利回復條例及補償條例之三項立法是否履行了國家的回復義務？或者在多少程度內履行了國家的回復義務？
4. 如基於自由民主憲政秩序或其他憲法原則，國家於解除戒嚴後，有回復戒嚴時期人民權利受損之義務，此種義務是否必須定性為賠償而非補償？如法律須明確定性為國家賠償責任，則國家賠償對象是否須限於（1）受損權利回復條例第 6 條第 1 項各款情形，（2）戒嚴時期經軍事審判判決有罪之案件，現經上訴或抗告，確定為無罪者？如經上訴救濟後法院仍為有罪判決確定，是否即非賠償對象？
5. 司法院大法官已針對國家安全法第 9 條第 2 款之規定，於 1991 年作成釋字第 272 號解釋，認定經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件經裁判確定者，於解嚴後於解嚴後不得向法院上訴或抗告之規定，係基於戒嚴與解嚴時間相隔

30 餘年之特殊情況，並謀裁判之安定而設，亦為維持社會秩序所必要，與憲法尚無牴觸。本憲法法庭應否變更釋字第 272 號解釋，原因為何？如有變更必要，又應如何變更？

6. 如變更司法院釋字第 272 號解釋，宣告國家安全法第 9 條第 2 款違憲，使戒嚴時期戒嚴地域內經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件已確定者，於解嚴後得向該管法院上訴或抗告，是否將牽動受損權利回復條例及補償條例之存在正當性？受損權利回復條例與補償條例兩部法律是否因此而違憲，抑或特定條文違憲？如整部法律或其中部分條文因此有違憲疑義，其理由為何？蓋受損權利回復條例與補償條例之立法的目的乃為救濟當時國家安全法第 9 條第 2 款的限制，如國家安全法第 9 條第 2 款違憲，上開二法部分條文限制適用對象的規定縱有違憲，在前述「國家安全法」的限制解除後，原本無法循二法尋求救濟的人民，已有救濟之途徑，違憲爭議或許並非重點，而是該二法是否仍有存在之必要？若日後經過向普通法院上訴，得到賠償金的部分，是否應該扣除原本依據二法取得的補償？
7. 戒嚴時期經軍事審判機關審判之非現役軍人，其刑事案件經判決有罪確定者，有涉及內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等政治性案件，有非涉及政治性案件，亦有如杜孝生案，係基於政治因素以非政治性罪名遭判刑確定者，或如「唐榮鐵工廠」、香蕉輪日的「金碗（盤）案」、林頂立案皆是，當時這些案件在動員戡亂時期及戒嚴令下，國家公權力及附屬組織對人民之自由權、財產權造成侵害，而未必以政治案件的方式為之。以上三者是否均屬國家基於自由民主憲政秩序，在轉型正義誠命下所應回復之範疇？如未納入，是否可以達到回復民主憲政秩序下人權的保障？可否達到轉型正義的要求？
8. 針對國家於威權時期所為不當審判的轉型正義措施，國際人權法上有何規範要求或者限制？國際人權法與比較憲法上，有哪些與本二件聲請案相關的案例、立法例、規範理論或政策建議，值得本庭參考？
9. 針對黃國昌案：本件憲法裁判聲請之違憲法律標的為何？除現行戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（簡稱補償條例）第 8 條第 1 項第 2 款和國家安全法（簡稱國安法）第 9 條第 2 款外，是否包含已失效之 1935 年刑法第 100 條第 1 項及動員戡亂時期懲治叛亂條例（簡稱懲治叛亂條例）第 2 條第 1 項？補償條例第 8 條第 1 項第 2 款「依現行法律或證據法則審查」如何解釋適用？該等失效法律之違憲爭議是否不復存在？有無由本憲法法庭確認或宣告該等失效法律違憲之必要與實益？

10. 針對黃國昌案：已失效之 1935 年刑法第 100 條第 1 項及動員戡亂時期懲治叛亂條例（簡稱懲治叛亂條例）第 2 條第 1 項若為憲法裁判之法律標的及本憲法法庭審理之對象，該系爭法規究竟侵害哪些憲法保障之基本權？系爭規範如此限制人民的基本權，對違反者施加刑罰，甚至科以唯一死刑的處罰，是否符合目的的正當性與手段的比例性（應罰性與需罰性）。
11. 針對黃國昌案：補償條例第 8 條第 1 項第 2 款「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪外患罪確有實據者」不予補償之規定是否侵害憲法所保障之人民權利或違反自由民主憲政秩序及哪些具體之憲法原則？系爭法規賦予「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會」依前述法規判斷是否確有犯罪實據，據以認定個別案件是否予以補償，是否違反哪些憲法原則，例如權力分立原則或其他憲法原則？
12. 針對杜銘哲案：聲請人於書狀第 11 頁、35-37 行均提及立法不作為，其有指涉「非涉及政治因素案件者，補償條例不予補償」，亦有指涉「為將賠償請求權轉化為補償之立法不作為」，二者指涉範圍是否同一？聲請人亦認為補償條例區分政治性案件與非政治性案件為立法者行使裁量權的結果。究竟聲請人指摘之上開情形，為立法作為（立法者作了區分基於政治因素之案件與非基於政治因素之案件的決定）或立法不作為？聲請人主張補償條例第 2 條第 2 項限縮補償對象，侵害憲法第 24 條保障人民之國家賠償權利，理由是否充分？除此之外，是否侵害人民其他之基本權？
13. 針對杜銘哲案，聲請書第 9-10 頁提及動員戡亂時期臨時條款，請聲請人杜銘哲就以下幾點表示意見：
 - (1) 聲請書第 9 頁第 18-20 行提及 1948 年第一屆國民大會通過動員戡亂時期臨時條款，其內容與中華民國憲法中諸多憲政基本原則有所牴觸。動員戡亂時期臨時條款與憲法、戒嚴體制之關係為何？1948 年動員戡亂時期臨時條款第 5 項規定：「第一屆國民大會，應由總統至遲於三十九年十二月二十五日以前，召集臨時會，討論有關修改憲法各案。如屆時動員戡亂時期，尚未依前項規定，宣告終止，國民大會臨時會，應決定臨時條款應否延長或廢止」，則動員戡亂臨時條款為是否為一種「修憲」？1948 年動員戡亂時期臨時條款之緊急處分規定是否取代憲法關於發布緊急命令與宣布或終止戒嚴之程序規定與相關憲法機關之權限？
 - (2) 承上，總統最晚應於民國 39 年（1950 年）12 月 25 日以前，應該召集第一屆國民大會臨時會，討論各項修憲提案，此時若動員戡亂時期仍未終止，則臨時會「應決定臨時條款應否延長或廢止」，聲請書第 9 頁第 28 行

31 行提及「然臨時條款之效力，原本應於一九五一年決議是否廢止」，時間是否有誤？由於能來臺灣開會的國民大會代表人數無法達到修改憲法所需要的法定人數，連開臨時會都有困難，則民國 43 年（1954 年）召開第一屆國民大會第二次會議通過「臨時條款」繼續適用案，是否為修憲行為？如非修憲行為，法律上如何予以評價？

- (3) 第 24-31 行所提動員戡亂時期臨時條款內容並非均為 1948 年初次制定時之內容，例如設置動員戡亂機構為 1966 年 3 月 19 日修正所定。杜孝生案發生於 1953-1954 年間，則與本件聲請案直接相關之動員戡亂時期臨時條款內容為何？
- (4) 聲請書第 17 頁第 26-33 行提及：「且中華民國憲法雖規定國民大會、立法院與監察院為民選機關，臨時條款法制下，第一屆立法委員任期結束（一九五一年）與國民大會、監察院任期結束時（一九五四年）時均未改選，而係以蔣介石指示之行政院決議通過任期之延長，上開行為更透過司法院大法官釋字第 85、31 號解釋而具憲法上正當性，而總統亦得連選連任」。惟查釋字第 31 號係由行政院函請司法院解釋，與聲請人所述之事實不同。請聲請人說明，究竟係先由司法院作成解釋後，再由蔣介石總統下令通知國民大會秘書處，抑或如聲請書所陳述，由蔣介石指示之行政院決議通過任期之延長，再經司法院大法官作成解釋，在憲法上予以肯認？釋字第 85 號亦有相同疑義，請一併補充說明。最後，總統連任不受次數限制，係基於動員戡亂時期臨時條款何次之修正？與本案之關聯性為何？請說明。
- (5) 1953 年 7 月 22 日作成軍事審判之判決，1953 年 11 月 2 日由參謀總長等擬具意見後呈請蔣介石核示，1954 年 2 月 25 日改判。上開事實與 1954 年 4 月 17 日嘉義地檢署就「假借農會名目案」作成部分不起訴，有何關聯？

模擬憲法法庭

杜銘哲聲請案、黃國昌等立委聲請案 爭點補充（一）

1. 動員戡亂體制時期，是一種自由民主憲政秩序」之「例外狀態」(Ausnahmezustand) 或「非常時期」，抑或是一種「不法國家」(Unrechtsstaat)，類似納粹德國或前東德？
2. 審查該一時期的法令之「合憲性」，是否要以不同於「正常時期」(自由民主憲政秩序) 的標準？其審查密度與標準，該如何決定？尤其請審酌釋字第 567 號提到之：「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。」該如何理解？或者應該變更？
3. 對該時期國家行為的定性與補償／賠償，與「國家責任」體系理論的關係，為何？

模擬憲法法庭

杜銘哲聲請案、黃國昌等立委聲請案 爭點補充（二）

1. 聯合國對於轉型正義的相關決議及文件中，肯認了轉型正義處理過程中人民之真相知情權（the right to know）、追求正義權（the right to justice）以及獲得補救權（the right to reparation），其權利內涵為何？範圍為何？相關權利在我國憲法人權架構下是否及如何受到保障？
2. 動員戡亂時期軍事審判未有嚴格之審檢區分，判決甚至必須呈請最高軍事長官核定，使行政權介入軍事審判權之行使，違反正當法律程序的最低要求與權力分立原則，釋字第 436 號解釋已有闡明。惟內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例相關之政治案件，於起訴之前之偵查程序與偵查單位為何，仍不明確。戒嚴時期，類似臺灣警備總司令部之情治單位有哪些？彼此之間的關係、隸屬、分工與組織架構為何？當時軍法審判單位為臺灣警備總司令部軍法處，而警備總司令部本身是否亦為政治案件之偵查單位？除臺灣警備總司令部之外，是否亦有其他情治單位參與內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等政治案件之偵辦？有哪些單位參與除內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等罪名以外之其他政治案件之偵辦？

模擬憲法法庭

模憲字第4號、第5號聲請憲法裁判案 爭點回覆

薛化元

動員戡亂時期軍事審判未有嚴格之審檢區分，判決甚至必須呈請最高軍事長官核定，使行政權介入軍事審判權之行使，違反正當法律程序的最低要求與權力分立原則，釋字第436號解釋已有闡明。惟內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例相關之政治案件，於起訴之前之偵查程序與偵查單位為何，仍不明確。

戒嚴時期，類似臺灣警備總司令部之情治單位有哪些？主要包括保安司令部(臺灣警備總司令部前身)、保密局、調查局等等。¹

彼此之間的關係、隸屬、分工與組織架構為何？²

臺灣警備總司令部(及其前身的臺灣省保安司令部)：戒嚴時期長期負責偵辦調查「匪諜」與「臺獨」等各類政治異議份子的主要機構之一。其中，保安處乃負責調查與偵訊政治犯的主要單位之一，軍法處更是負責審判政治犯的機構。另外，在戒嚴體制下，警備總部常以保密防諜之名義，直接介入民眾的日常生活。例如：監聽通訊、攔檢郵件、審查文化活動、查禁書刊，以及海岸漁船的進出管制檢查等等。³

保密局(國防部)：在1950年代前期，保密局乃是偵辦「匪諜案」的主要機構之一。特別在1950年前後，以偵破中國共產黨在臺地下組織相關案件最為著名。1955年情報機構改制，重新劃分任務，該局奉命改組為國防部情報局，原有保防偵查等

¹ 〈各情報治安機關隸屬及工作關係表〉，國史館(藏)，《蔣中正總統文物檔案》，「中央情報機關(四)」，典藏號：002-080102-00013-012。

² 〈各情報治安機關隸屬及工作關係表〉，國史館(藏)，《蔣中正總統文物檔案》，「中央情報機關(四)」，典藏號：002-080102-00013-012。

³ 李立柏，〈十年來的臺灣警政與治安〉，收錄於謝然之編《台灣十年》，1955年，頁85；臺灣省警備總司令部接收委員會，《臺灣警備總部接收總報告書》，1946年，頁1-3；戴寶村，《臺灣全志·職官志·武職表》，2004年，頁6；薛化元、陳翠蓮、吳鯤魯、李福鐘、楊秀菁，《戰後臺灣人權史》，2003年，頁126-127；陳翠蓮，〈戒嚴時期臺灣的情治機關——以美麗島事件為例〉，收錄於胡健國編，《中華民國史專題第7屆討論會：20世紀臺灣民主發展》，2004年，頁157-158；陳守山口述，劉鳳翰訪問，《臺籍首位上將總司令：陳守山口述歷史》，2002年，頁809-811；彭蔭剛，《陸軍一級上將彭孟緝將軍生平》，1997年，頁1-4；薛化元，〈彭孟緝〉，收錄於許雪姬總策劃，《臺灣歷史辭典》，2004年，頁877-878；蘇瑞鏘，〈臺灣警備總司令部〉，收錄於國史館，國家歷史資料庫——戰後臺灣的發展，網址：http://nhd.drnh.gov.tw/AHDPortal/browse/noun_content.do?method=showContent&showId=213，擷取時間：2009年12月31日。

業務，撥歸「司法行政部調查局」接管，此後該局即專責執行戰略預警情報蒐集、研整之任務。⁴

調查局（內政部→司法行政部→法務部）：偵辦過許多政治案件。⁵

當時軍法審判單位為臺灣警備總司令部軍法處，而警備總司令部本身是否亦為政治案件之偵查單位？是（警備總司令部保安處）。

除警總之外，是否亦有其他情治單位參與內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等政治案件之偵辦？保密局、調查局、國防部總政治作戰部、國防部憲兵司令部、內政部警政署、臺灣省警務處，以及各縣市警察局等。⁶

有哪些單位參與除內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等罪名以外之其他政治案件之偵辦？上述機關⁷。

⁴ 〈軍事情報局/本局歷史沿革〉，中華民國國防部網站，網址：<http://www.mnd.gov.tw/Publish.aspx?cnid=143&p=97>，擷取時間：2010年5月12日。

⁵ 李惠敏，《調查局組織變革之研究》，私立銘傳大學公共事務研究所碩士論文，2005年，頁16-37。

⁶ 〈各情報治安機關隸屬及工作關係表〉，國史館（藏），《蔣中正總統文物檔案》，「中央情報機關（四）」，典藏號：002-080102-00013-012。

⁷ 〈各情報治安機關隸屬及工作關係表〉，國史館（藏），《蔣中正總統文物檔案》，「中央情報機關（四）」，典藏號：002-080102-00013-012。

Constitutional Court Simulation for Constitutional Decision

Professor Marek Zubik
Poland

Ex parte LI Ma-Tau;
Ex parte TU Shiao-Sheng

Issues before the Court

1. What is the substance of “**the constitutional order founded on freedom and democracy**” in the constitutional law? In the jurisprudence of Constitutional Court of Taiwan, this term points to “principles in the Constitution that are inherently concerning the fundamental nature of governing norms and order, the alteration of which would destroy the integrity and fabric of the Constitution itself.” Are there comparable doctrines in constitutional systems you are familiar with?

The Polish Constitution posited some principles regarding the essence of the democratic regime. They can be reduced to four basic rules – the rule of law, separation of powers, free elections and protection of the human dignity.

In the case law of the The Constitutional Tribunal the importance of the law supremacy over political mechanisms of governing is being emphasised. Every public authority, taking actions concerning individuals, has to point out an unambiguous legal base of its action (the rule of law). Moreover, in respect to the process of law-making in itself, the Polish Constitution demands an open procedure regulated in the Constitution. Law as well has to articulate only such contents, which are in accordance with the principles of democracy.

In order to prevent the concentration of all power in hands of an individual the Constitution adopts the separation of powers rule – legislative, executive and judicial. In

regard to each branch, the Constitution names a few entities (legislative power – two chambers of parliament, executive power – president and Council of Ministers, judicial power – courts of general jurisdiction, administrative courts, The Supreme Court, The Constitutional Tribunal). In addition, the Constitution generally forbids holding positions jointly in different branches of power by the same person. Exception – members of parliament are allowed to become members of the Council of Ministers.

The Constitution clearly underlines the importance of freedom for the creation and functioning of political parties. Simultaneously, among other things, it prohibits the existence of parties, which refer to totalitarian practices of Nazism, Fascism or Communism (art.13). It also indicates basic principles of election laws, as it grants the right of a voter to question the validity of elections in front of The Supreme Court.

Finally, the Constitution highlights, that all freedoms and rights of an individual originate from the human dignity. In addition, the Constitution regulates in detail the criteria, which must be fulfilled by the lawmaker in order to restrict the possibility of exercising constitutional freedoms and rights of a person. It is significant, that the Constitution confers a special place for the international agreements, including the ones concerning human rights. International agreements have precedence over the statutes.

2. If there is “a certain core” of Constitution that cannot be done away with without ‘destroying the Constitution itself’, what is the contents of such a core? What are the principles that you consider to be covered by this “**core of the Constitution**”? Can we say, e.g., the principle of democracy and the principle of the rule of law are to be among the core principles? What are the inter-relations between those **core principles of the Constitution**?

The Polish Constitution doesn’t provide for laws, which couldn’t be changed by means of adopting a statute to amend the Constitution. It is true however, that changing chapters of the Constitution concerning: basic principles of government’s system (chapter I), human freedoms and rights (chapter II) as well as amending the Constitution (chapter XII) proves to be more difficult (art. 235). The Constitution not only makes the procedure of enforcing the statute to amend the Constitution more complicated in this case, it also gives the opportunity to hold a referendum on this matter. Furthermore, the Constitution cannot be amended while extraordinary measures are in force. However it is undoubtable

that a derogation – by means of amending the Constitution, as well as through practice of public authorities – from the principles of the state of law, the separation of powers or protection of human freedoms and rights, would in fact deprive the government’s system of democracy and would in fact mean rejecting the Constitution as a normative act.

3. How should we think of “**the state of emergency**” (*Ausnahmezustand* in German) from the perspective of constitutional law? To what extent is the state allowed to deviate from certain constitutional principles when entering the state of emergency? What are the procedural and substantive safeguards in the Constitution that may help to prevent those derogations from being abused?

The Polish Constitution provides for three different extraordinary measures – martial law, a state of emergency or a state of natural disaster (art. 228). They are promulgated by means of a regulation.

Martial law can be promulgated only at a time of an external threat to the State, acts of armed aggression against the territory of the Republic of Poland or when an obligation of common defense against aggression arises by virtue of international agreement. It is being declared by the President of the Republic on request of the Council of Ministers. The Constitution doesn’t indicate any time limit for the duration of martial law (art. 229).

State of emergency may be declared in the case of threats to the constitutional order of the State or to security of the citizenry or public order. It is also being declared by the President of the Republic on request of the Council of Ministers. However in this case it can be introduced for a definite period no longer than 90 days. Admittedly it might be prolonged, nevertheless it could only be prolonged once and with a consent of the parliament and for a definite period no longer than 60 following days (art. 230).

In the end, the state of natural disaster may be declared by the Council of Ministers, nonetheless only in order to prevent or remove the consequences of a natural catastrophe or a technological accident exhibiting characteristics of a natural disaster. It is being declared by the Council of Ministers for the definite period up to 30 days. It can be prolonged only with the consent of the first chamber of parliament (art. 232).

The Constitution provides for some mechanisms safeguarding the change of the system of government during the application of extraordinary measures. First of all, during such periods the Constitution cannot be amended, as well as the elections law.

Secondly, the elections cannot be held, and the term of office of the authorities chosen in the former elections is being prolonged. Thirdly, the Constitution strictly restricts the possibility of an interference in human freedoms and rights. Fourthly, the regulation to declare the martial law or the state of emergency has to be submitted to parliament within 48 hours of signing such regulation, and its first chamber may annul the regulation. Fifth, such regulation can become, as it appears, a subject for judgment of The Constitutional Tribunal. Sixth, even in the case of the state of emergency the right to compensate the loss resulting from unlawful actions of public authorities remains in force. Seventhly, the existing courts still have to perform. Only during the time of war extraordinary courts or summary procedures may be established (art. 175 paras. 2).

4. The state of emergency is usually considered an exception to the normal order, i.e., a period of time when the state, because of extraordinary circumstances, is under an emergency order. However, if the lapse of the state of emergency is so long – as in the case of Taiwan, the “Mobilization for the Suppression of Communist Rebellion” lasted for 38 years – might it be more appropriate to view such **prolonged state of emergency** as a regime of “unlawful state” (*Unrechtsstaat* in German), such as Germany under the Nazi, or East Germany under the GDR? Would the different characterizations affect our judgment of what happened in those periods of time?

As I mentioned earlier, only martial law can be introduced in Poland without a limit over time. Simultaneously, it may be in force only in the case of a war conflict, which is a notion well known in the international law. Consequently, indefinite and long-lasting being in force of an extraordinary measure is impermissible.

5. As a matter of constitutional law, against what principles should one evaluate the legal decisions made during the state of emergency or the authoritarian period? Should we evaluate the legal decisions in accordance with the law effective at the time when the relevant decisions were made (**inter-temporal law**)? If so, is there any limit for this approach? (Note in particular in the jurisprudence of the Constitutional Court of Taiwan, a derogation under emergency cannot be made to infringe on the minimum protection of human rights.) Or, are we allowed to evaluate

the past legal decisions in accordance with the **modern law and constitutional principles**?

The Polish Constitution doesn't provide for detailed rules according to which authoritarian regimes could be accounted for or when a periodical derogation from the principles of democratic system of government would happen or when a violation of the law during the application of extraordinary measures occurs. Here the general rules shall apply. However it is worth to remember a few articles in this case.

Regarding the actions connected with offences committed by, or by order of, public officials and which have not been prosecuted for political reasons, the statute of limitation shall be extended for the period during which such reasons existed (art. 44). In respect to the persons occupying the highest public positions, including the President and all members of the Council of Ministers, they may be held responsible in future for violating the Constitution in front of the Tribunal of State, regardless of the ascertainment whether their act was a crime in the view of criminal law.

In the light of the general principles referring to the evaluation of actions taken by public authorities, the basis for the evaluation of those authorities competences is the situation from the day in which such actions were taken. It was settled in this way by The Constitutional Tribunal in the 2011 ruling about the non-conformity of decrees introducing the martial law in Poland in 1981 to the Constitution from 1997 as well as to the Constitution from 1952 (K 35/08). It was decided, that the Council of State at the time had no competence to issue decrees. Consequently, principle of the rule of law was violated. Whereas modern violations, mainly of human freedoms and rights, if they would occur in future, violating them should be considered by the courts also in regard to the international agreements concluded by Poland, including agreements concerning human rights. For particular citizens the possibility of appeal to the European Court of Human Rights or to the United Nations Human Rights Council is not overruled either. In consequence, it is a task of courts to evaluate in particular cases the character of the specific human rights violation. Additionally, the right to compensate the loss resulting from unlawful actions of public authorities is applied (art. 77 paras. 1).

6. What is the **role of the judiciary** under the state of emergency or authoritarian rule? Is the judiciary obliged to enforce laws adopted by the emergency or authoritarian regime?

Courts are public authorities as well. In an authoritarian state, sooner or later a cooperation between at least a few judges with an undemocratic regime occurs. The reason for it is rather obvious, maintaining independent judiciary would impede authoritarian tendencies of the legislative or executive power. In extreme cases, a judge would be obligated to refrain from applying the law, which violates the basic principles originating from the human dignity. If such ability of the judge is absent, then it is meaningless whether courts perform or not. In this case, citizens are left with an arbitrary treatment coming from authoritarian public authorities. It is due to the fact, that violating the human rights would result not only from the contents of legislation being established, but from the application of law as well.

7. After the termination of the state of emergency, how does your constitutional system deal with the **judicial decisions made during the emergency period**? What are the constitutional principles concerning the transition from the state of emergency? Does it involve restoration of people's reputation, property, etc.? Does it involve revocation of previously legal status, rights, entitlements, etc.? How do those principles be balanced with requirements such as "*legal stability*", "*non-retroactivity*", and "*protection of legitimate expectation*"? Do restrictions on recourse to judicial remedies, such as the foreclosing of recourse to re-trial or appeal under Taiwan's National Security Act, strike the right balance?

The Constitution provides for a statute to specify the principles, scope and manner of compensating for loss of property resulting from limitation of the freedoms and rights of persons and citizens during a period requiring introduction of extraordinary measures (art. 228 paras. 4). Nonetheless, it is about compensation for loss of property resulting from the actions, which are lawful. Unlawful actions are to be always compensated for the individuals. There are no other provisions in the Constitution in case of a derogation from the democratic state system. It is rather clear why it doesn't provide for intentional

violating of the Constitution. The reason for this is that in each case it would be basically seen as violating the Constitution and in such form it must be considered as incompatible with the law. Basically speaking, I don't find it possible, in particular when long-lasting periods of authoritarian regime are to be considered, for all injustices to be accounted for without anyone's loss. The longer the period since the violation of human rights, the more impeded it is to invoke the principle of justice, understood as a necessity of restoration to the original position before violation. The reason is because during the period since the violation, some events occurred, which must be taken account of. As an example, protection of property received in good faith from the state might be concerned. Additionally, it is difficult to undoubtedly assume, that the next generation, which didn't have a direct influence on the actions of the late regime, has to pay for regime's actions, simultaneously being injured by it. In such situation, a room must be made for the principle of equity and social justice.

8. In your constitutional system, have the courts ever pronounced on the **principles or rules to be followed in pursuing transitional justice**? If so, are those principles or rules complied by the legislative and the executive branches? What discretion or leeway the political branches have in pursuing transitional justice? What institutional options are available to them?

As I mentioned earlier, the Polish Constitution doesn't provide for any specific rules in this regard. It only enables a criminal prosecution of crimes committed by, or by order of, public officials and which have not been prosecuted for political reasons (art. 44). Therefore, when the conditions are recreated to justly condemn such crimes will the statute of limitation for punishing such crimes begin to run. For Polish courts general principles regarding justice and compliance with the law should be applied here.

9. In terms of reparation that must be offered to the victims, did the redress require an **admission of guilt / wrongdoing** on the part of the state? Alternatively, would monetary compensation alone be sufficient and appropriate? What rights does an individual victim have against the state?

Obtainment of the compensation of loss resulting from the unlawful actions of public authorities, always demands a previous ruling of the incompatibility between the public

authority's actions and the law, as well as the evaluation of loss. Generally speaking, it would probably be a pecuniary compensation. It is rather unlikely, that one would obtain compensation higher than the evaluated loss. The reason is that generally in Poland it is not expected for a compensation to exceed estimated material damage. If the damage proves to be more difficult to estimate, then the compensation amount is estimated by the court. Courts in Poland tend to evaluate this amount proportionally to the overall financial condition of the society. It is not to be expected, that the situation would be different in the case of human rights violation resulting from unlawful actions of public authority.

10. Not all politically motivated cases tried by courts during the authoritarian rule are ostensibly so. In cases where the **criminal charges were apparently/seemingly non-political**, such as in TU Shiao-Sheng's situation where he was indicted of corruption and embezzlement, what, if any, recourse should be afforded to those who were persecuted in such manner?

In Poland, after the communism period, a rule of general invalidity of judicial decisions wasn't adopted, even for these coming from the Stalinism period. Although it would be rational to assume, that in this period the most extreme violations of human rights occurred by means of judicial decisions. I don't find it plausible to posit here any general approach. Rather the evaluation of particular cases should conclude whether, after the end of the authoritarian regime, it is appropriate to interfere, and to what extent, into judicial decisions from that time. Here the democratic law-maker should be very cautious. The evaluation should be individualized. Both general annulling of all former judgments and upholding those, that were passed with a clear violation of human rights, chiefly the principles of being a subject to criminal liability, must be seen as socially undesirable.

11. On the topic of measures taken to achieve transitional justice, in addressing wrongful judicial decisions made under the authoritarian rule, are there **norms, guidelines or past judgments in the fields of international human rights law or comparative constitutional law** that you would like to draw our particular attention to?

From the perspective of the European countries principles settled by the Council of Europe are particularly relevant. The act in question is the Resolution 1096 (1996)

Parliamentary Assembly 27 June 1996 Measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems, based upon the report Doc. 7568 made by Legal Affairs and Human Rights Committee of Council's of Europe Parliamentary Assembly. According to the Resolution, measures taken in order to end communism period should be applied by using administrative measures and can't be the same as disguised punishing of individuals, in more or less open way. Administrative measures being used shouldn't be abused for political objectives. They should also be limited over time. All actions taken in this field, according to Resolution, should be finished by the time of 31th December 1999. The cause of it comes from the former assumption, that by that time new democratic systems should be funded in all of the previous communist countries.

鑑定意見書

鑑定人：馬瑞克·祖比克
(波蘭憲法法院)

1. 憲法中所謂「自由民主憲政秩序」，其實質內涵為何？在臺灣大法官歷來解釋中，「自由民主憲政秩序」意指涉為：「具有本質之重要性，為憲法整體基本原則之所在，乃現行憲法賴以存立之基礎。」請問您熟悉的比較法制上是否有資比擬的原理原則？

波蘭的憲法針對民主政體的本質設立了一些原則，簡而言之為四個基本的規則——法治、權力分立、自由選舉與人性尊嚴之保護。

在憲法法院的判例法下，特別強調「法律優於政治機制」的重要性。當各統治機關對個人實施公權力時，都必須有明確且清楚的法律依據，授權各該機關得為此行為（也就是憲法下「法治」的要求）；更甚者，憲法中直接要求制定法律的過程應該公開；法律也應明確表示，只有經由透明程序所制定的法律內容才符合民主原則。

為了避免權力集中在單一機關，憲法也採用了權力分立的制度——立法、行政、司法三權分立。關於權力分立下的各個權力，憲法中並就各機關之權限，有直接規定（立法權下有國會下的兩議院；行政權下有總統與部長會議（council of minister）；司法權下有普通法院（courts of general jurisdiction）、行政法院、最高法院、憲法法院）。此外，憲法原則上亦禁止同一個人同時在不同的權力下擔任公職，例外情形唯有明文依據時，始得為之——例如某些情形國會議員可以同時擔任部長會議下之成員。

憲法明文強調成立政黨與政黨活動之自由。同時，憲法也禁止政黨之存在係為推行極權式之納粹主義、法西斯主義以及共產主義（憲法第 13 條）。憲法亦指出相關選舉法律的基本原則，例如允許選民向最高法院提起選舉無效之訴。

最後，憲法強調個人之自由與權利皆源自於人性尊嚴，更甚者，憲法中也針對立法者限制個人行使憲法自由與權利的可能情形，所須符合之標準，有細節性的規範。值得一提的是，憲法給予國際條約特別的地位，其中包括人權公約，國際條約相較國內法規具有較高之法律位階。

2. 若憲法有其「核心價值」，而排除該「核心價值」形同於毀壞憲法，請問，該「核心價值」之實質內涵為何？又哪些原則是您認為包含在「憲法的核心價值」內？舉例而言，我們是否可說這些「核心價值」包含了民主原則與法治原則？又，這些憲法的核心原則之間之關係為何？

波蘭的憲法並沒有規定：哪些法律原則不能藉由憲法增修的方式加以修改，但是，對憲法下的某些章節欲進行修改，確實是比較困難的（憲法第 235 條），例如：政府運作的基本原則（第一章）；人民的自由與權利（第二章）；修改憲法的程序（第七章）。憲法不僅讓增訂憲法增修條文以及修改這些章節之程序較為繁複，憲法也規定，修改這些章節時，必須舉辦公民投票。此外，在實施緊急狀態下，不得修改憲法。然而，不容否認的是，不論透過修改憲法或以公權力措施，對法治原則、權力分立或人民自由權利保障進行限縮，實際上勢必會使民主政府體制消逝殆盡，也意味著否定憲法作為最高的規範性準則。

3. 從憲法的角度，吾人應如何理解「緊急狀態」（Ausnahmezustand）？當實施緊急狀態法制，國家得限縮憲法原則之適用至何種程度？憲法下有何種程序上與實質上的措施以保障此類限縮不被濫用？

波蘭憲法下有三種非常措施的類型——戒嚴法、國家緊急狀態或國家遭逢自然災害（憲法第 228 條）。這三種的特別措施都是藉由頒布命令的方式實施。

戒嚴只能夠在下列的情況下被頒布：國家遭逢外來威脅時、波蘭共和國之領土遇到外來之武裝侵略時、或國家因為國際條約針對侵略行為而有共同防禦義務。戒嚴必須要經由部長會議的請求由共和國的總統頒布。而憲法並沒有規定戒嚴的頒布有任何時間長短之限制（憲法第 229 條）。

國家緊急狀態只能夠在國家的憲政秩序或公民或公共秩序安全遭受到威脅時始得頒布，緊急狀態須經部長會議的請求並經由總統公布。但是，緊急危難狀態有一絕對期間之限制：其最長不能超過 90 天。固然，這樣的期間是可以被延長的，但是，延長之次數限於一次且須經國會同意，延長亦不可超過 60 天的絕對期間限制（憲法第 230 條）。

最後，國家遭逢自然災害得由部長會議逕行頒布，但是其目的只能為預防自然災害、去除自然災害所造成之結果或與自然災害有同等性質的肇因於科技的意外事件；部長會議頒布最長的時間為 30 天，若需延長，則須通過國會第一議院之同意（憲法第 232 條）。

憲法也規定了一些機制，以保障非常措施的實施不會造成政府體制的改變。首先，在非常措施實施之期間，不能修改憲法與選舉法。其次，不得舉辦選舉，經由

前次選舉所產生之官員之在職期間會自動延長。第三，憲法嚴格限制任何侵犯人民自由與權利之可能性。第四，因為戒嚴或緊急狀態所頒布的命令，必須在簽署後 48 小時內送入國會，且國會的第一議院得宣告該命令無效。第五，憲法法庭得將該命令作為審查之標的。第六，即便在國家緊急危難的時期，國家公眾當局仍須賠償其違法行為所造成之損害。第七，尚存之法院仍須執行職務，且唯有在戰爭時期才可設立特別法院或是簡易程序取代一般法庭的運作（憲法第 175 條第 2 項）。

4. 國家緊急狀態通常被視為是國家通常秩序之例外，亦即，為因應特別情勢而實施的一段緊急秩序時期。然若國家緊急狀態過長，如同臺灣「動員戡亂時期」長達 38 年之久，於此情形，可否將此過長的緊急狀態視為違法的國家狀態（德國稱之 Unrechtsstaat），例如德國在納粹政權的統治之下或是東德在德意志民主共和國（GDR）下的情形？又對於此種時期國家不同的定位是否會影響我們對於的此時期發生的事情作成之認定？

如同先前所述，在波蘭，三種非常措施的類型之中，只有戒嚴時期並無時間上之限制。同時，戒嚴也只能夠於發生戰爭時維持有效，這亦是國際法上廣為人知的原則。因此，無限期與長期的非常措施是不被允許的。

5. 針對緊急狀態或威權時期所作出之司法判決，我們應以何種憲法下之原則審查其合法性？我們是否應該用當時有效的法律（時際法）審核當時所做出的法律決定？若答案為肯定，對於該審核之方法是否有其限制？（請注意，依照臺灣大法官歷來所建立的大法官釋字之脈絡下，在緊急狀態下對憲法原則所做出的限縮亦不可以侵犯人權保障的最低限度）抑或是我們得以現代法律與憲法原則審核過去之法律決定？

波蘭的憲法並無細節性的規範，說明在何種狀況下得追究威權政權的責任，或在何種狀況下得暫時性限縮民主政府體制，或政府實施非常手段時違反法律時，當局應負責任。因此，於此情形下應適用一般性的規則。但某些條文在此值得我們注意。

關於某些官員所為或官員所下令為之違法行為，基於政治因素而沒有被起訴，追訴權時效期間於該政治因素存在時，不會消滅（憲法第 44 條）。至於位居國家最高公職地位的人，包括總統與所有部長會議之成員，儘管無法查明他們的行為是否在刑法下被視為犯罪，未來他們還是要經由國家法庭審判，為其違反憲法之行為負責。

若須以一般性原則審查公權力機關所成行為之合法性，我們應以該行為作成時

當下之情狀作為事實之依據，以審查政府當局是否有權力為此行為。波蘭憲法法庭在 2011 年做出關於「未遵守 1997 年憲法與 1952 年憲法而在 1981 年波蘭內實施戒嚴之命令」之判決（K 35/08）。該判決指出，國家會議並無權力發布系爭命令，故政府當局已違反法治原則。而現代形式之國家違法行為，主要關乎人民之自由與權利，若未來持續發生該種違法態樣，法院尚須考慮有無違反波蘭已簽署的國際條約，包含與人權有關之條約。而個人上訴至歐洲人權法院或是聯合國人權理事會之權利也不會因而喪失。因此，就結論上而言，法院的職責即在於審查在個案中人權違反之性質。此外，違反人權所生之求償權（憲法第 77 條第 1 項）也應適用。

6. 在國家緊急狀態或是威權統治時期下，司法權所扮演的角色為何？司法權是否有義務適用緊急狀態或威權統治時期下之法律？

法院亦為國家的公權力機關。在威權國家下，遲早會有一些法官與反民主政權合作，其原因顯而易見－維持司法權之獨立性會阻礙行政權與立法權朝向威權體制邁進。在極端的情況下，法官可能會有義務不適用某些違反保護人性尊嚴之法律。倘若法官連此等之權力都沒有，我們亦無庸討論法院有沒有行使職權了。於此情形，人民所面臨者，只剩下來自威權當局恣意的對待而已。我們須意識到，違反人權的情況，不僅會來自立法者所立之法律內容，也可能源自於適用法律之結果。

7. 在國家緊急狀態解除後，貴國的憲法體制如何對待緊急狀態時所作成之司法判決？憲法下有何種原則可以幫助緊急狀態過渡至通常時期？其中有無包含回復人民名譽或財產等原則？又其中有無包含撤回先前的法律狀態、權利、特權等措施？而這些原則如何與「法安定性」、「法不溯及既往」、「正當期待保護」之要求調和？若限制司法救濟之權利，例如臺灣的國家安全法取消再審或上訴的管道，是否有符合上述調和之要求？

憲法要求法律須訂立明確的原則、範圍與方法以補償國家實施非常手段時限制人民自由與權利所造成之財產損失（憲法第 228 條第 4 項）。然而，所謂對於財產之補償是針對違法行為，而國家之違法行為本應對個人之損害為補償，又憲法下沒有其他的條款說明在限縮民主體制的情形應有不同。其實，沒有針對故意違反憲法作成規定的理由十分明顯，乃是因為不論是哪種非常措施實施之情況下，皆會被視為違反憲法而同樣亦應被視為違反法律。從本質上來看，我認為，特別是在長期的威權政權下，不可能將所有的「不正義」都找到人為其負責而「苛責他不應造成任何的損害」畢竟違反人權的期間越長，想要以必要的「正義原則」回復至原本違法行為尚未實行之狀態，越會受到阻礙。原因在於，在違反人權之時期，某些事件的確作成或發生，而這些也必須得到考慮。舉例而言，保護人民從國家善意取得之財產，

即應該被考慮。此外，我們很難毫不遲疑地假設，沒有直接受到上一個威權政權行為影響的下一代，卻需要為該威權政權負責，因而亦受損害。於此情形，我們亦應將公平與社會正義原則一併納入考量。

8. 在貴國憲法體制下，法院是否曾經表達過應遵循何種原則或規則以達成轉型正義之目標？如果有，這些原則或規則是否有被立法權與行政權所遵循？在追求轉型正義之目標上，政府部門有如何之裁量權或形成空間？又政府部門有哪些制度性之選擇？

如同前述，波蘭的憲法於此方面並無細節性的規定。憲法只有授權對在當時因為政治因素無法進行刑事訴追的官員所作成或所下令的違法行為，進行刑事追訴（憲法第 44 條）。因此，只有當應能進行刑事追訴之條件再次發生時，追訴時效才會開始起算。波蘭的法院於此情形亦會適用司法與法律的一般性原則。

9. 就「受害人應獲得補償」此項原則而言，補償之前提是否要求國家承認其罪行或權利侵害？退步言之，只有金錢補償是否即為適當且足夠？個別受害人對於國家有何種權利得以主張？

欲基於政府當局的違法行為所造成的損害，而獲得賠償，必須以政府當局行為違法之裁判，並損害數額可得特定為前提。一般而言，在波蘭，賠償之總額都不會超過實際上所受之損害。如果損害本身難以估計，法院即會自己估算出賠償總額。波蘭法院通常會依比例算出賠償總額，而不令國家整體之經濟狀況無法負擔，而此原則在政府當局違反人權的情形下應不致有所不同。

10. 在威權統治時期，並非所有出於政治動機的審判都是顯而易見的。在表面上與政治無關的刑事案件，例如杜孝生是以貪污與挪用公款之罪名被起訴，因此種方式受迫害的人應該要給予怎樣的救濟？

在波蘭，在共產政權瓦解後，即便是史達林時期司法判決（雖然我們可以合理的假設，於此時期，最嚴重違法人權的情形都來自司法判決），亦未被宣告無效，但我不認為如此即可合理斷定此為一般性之規則；相反地，我們應於個案中審查，即便在威權時期已經結束後，我們是否應干預司法判決，與干預至何種程度才是妥適的。於此，民主政體下的立法者應該相當謹慎而須個案審查，普遍的宣告先前之判決無效或是維持那些明顯違反人權（主要都是有刑事責任的案例）都應該要視為是社會所不樂見的。

11. 在如何達到轉型正義之議題上，請問在國際人權法下或比較憲法下有何規則、指導方針、或是過去曾作出之判決您認為值得我們關注，以判斷過去威權統治時期所作出之司法判決是否錯誤？

在歐洲國家的角度來看，歐洲理事會所闡明之原則與此議題特別相關。最為相關的是歐洲理事會議會於 1996 年 6 月 27 日所作成的第 1096 號，「有關瓦解前共產極權體系措施」之決議。該決議係基於歐洲理事會議會之法律事務與人權委員會所作成的 Doc. 7568 號報告。依此決議，終結共產時期所實行的措施應該要以行政之手段達成，且該措施不能被用來以公開的方式處罰個人。這些行政手段亦不得出於政治目的而被濫用。隨著時間的演進，行政手段也應該要被限制。根據決議，所有於此框架下所為之行為，必須在 1999 年 12 月 31 日前完成，其原因在於，依先前假設，所有的前共產國家應該於此日期以前，建立新的民主體系。

CONSTITUTIONAL COURT SIMULATION

Ex Parte LI Ma-Tau;
Ex Parte: TU Shiao-Sheng.

OPINION OF JUSTICE RICHARD J. GOLDSTONE (Retired Justice of the Constitutional Court of South Africa)

1. I have been furnished with a list of issues before the Constitutional Court Simulation. I propose in this Opinion to respond only to those issues in respect of which I have expertise and, in particular, those in respect of which there are relevant provisions of the South African Constitution or decisions of the Constitutional Court of South Africa.
2. I propose to address Issues 1, 2, 3 and 8.

ISSUES 1 and 2: WHAT IS THE SUBSTANCE OF THE “THE CONSTITUTIONAL ORDER FOUNDED ON FREEDOM AND DEMOCRACY.”

IS THERE “A CERTAIN CORE” OF THE CONSTITUTION THAT CANNOT BE DONE AWAY WITH WITHOUT “DESTROYING THE CONSTITUTION?”

3. The stark change brought about by the South African Constitution was eloquently described as follows by Mahomed J in *S v. Makwanyane and Another*¹ as follows: “In some countries the Constitution only formalises, in a legal instrument, a historical consensus of values and aspirations evolved incrementally from a stable and unbroken past to accommodate the needs of the future. The South African Constitution is different: it retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive, and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and

¹ [1995] ZACC 3; 1995 (3) SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665.

aspirationally egalitarian ethos expressly articulated in the Constitution. The contrast between the past which it repudiates and the future to which it seeks to commit the nation is stark and dramatic.”²

4. The founding values of the South African Constitution are contained in Section 1 of the 1996 Constitution. It is there stated that:

“The Republic of South Africa is one sovereign, democratic state founded on the following values:

- (a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms;
- (b) Non-racialism and non-sexism;
- (c) Supremacy of the constitution and the rule of law;
- (d) Universal adult suffrage, a national common voters role, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness.”

5. While the other provisions of the Constitution may be amended by a two-thirds majority in the lower house and six of the nine provinces in the upper house of Parliament, Section 1 may only be amended by a three-quarters majority in the lower house and six of the nine provinces in the upper house.³

6. In *Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and Another: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa and Others*⁴ Chaskalson P said that: “The exercise of all public power must comply with the Constitution which is the supreme law, and the doctrine of legality which is part of that law.”⁵

7. This judgment gave full affect to the notion that the substance of our constitutional order is founded upon democracy and the rule of law.

8. In my opinion, the principle of democracy and the rule of law lie at the very core of a constitutional order founded on freedom and democracy.

9. Issues 1 and 2 also raise what is known as “the basic structure doctrine”. This was first articulated by the Supreme Court of India in *His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. v. State of Kerala and Another*.⁶ The Court, by a

² Id. at para. 262.

³ 1996 Constitution, Section 74.

⁴ (CCT31/99) [2000] ZACC 1; 2000 (2) SA 674; 2000 (3) BCLR 241 (25 February 2000).

⁵ Id. Para. 20.

⁶ (1973) 4 SCC 225.

margin of 7-6, held that an “amendment” to the constitution cannot destroy the fundamental characteristics of the constitution. This forms part of the “unamendable basic structure”. The Court, while recognising the wide powers of the legislature, held that it did not have the power to destroy or emasculate the basic elements or fundamental features of the constitution.⁷ These included democracy, equality and the separation of powers. The basic structure doctrine was applied by the Supreme court in later cases. In the seminal decision in *In Indira Nehru Gandhi v. Shri Raj Narain*⁸ the Supreme Court used the basic structure doctrine to strike down an amendment to the constitution that, inter alia, precluded the court from questioning the result of the election of Indira Gandhi to Parliament. It was held to have violated the separation of powers. The decision effectively restored democracy in India.

10. The South African Constitutional Court has referred to the basic structure doctrine in two *obiter dicta*.
11. The first was *Premier, KwaZulu-Natal v President of the RSA*.⁹ Mahomed J said the following: “There is a procedure which is prescribed for amendments to the Constitution and this procedure has to be followed. If that is properly done, the amendment is constitutionally unassailable. It may perhaps be that a purported amendment to the Constitution, following the formal procedures prescribed by the Constitution, but radically and fundamentally restructuring and re-organising the fundamental premises of the Constitution, might not qualify as an ‘amendment’ at all. That problem has engaged the Indian Supreme Court for some years and it has been held that the power of amendment of the Constitution, vested in the Legislature, could not be employed- ‘to the extent of destroying the basic features and structure of the Constitution. As said by Chandrachud J in the *Raj Narain* case, in dealing with the effect of a previous judgment-‘[The Constitution] did not confer power to amend the Constitution so as to damage or destroy the essential elements or basic features of the Constitution... The power to amend did not include the power to abrogate the Constitution... The word ‘amendment’ postulates that the old Constitution must survive without loss of identity, ... the old

⁷ Para. 787.

⁸ 1976 (2) SCR 347.

⁹ 1996 1 SA 769 (CC).

Constitution must accordingly be retained though in the amended form, and therefore the power of amendment does not include the power to destroy or abrogate the basic structure or framework of the Constitution.¹⁰ Mahomed J continued: “Pursuant to this approach the Indian Supreme Court has held, inter alia, that the supremacy of the Constitution itself, the rule of law, the principle of equality, the independence of the judiciary and judicial review are all basic features of the Indian Constitution which cannot be so ‘amended’.¹¹ It is unnecessary to pursue this line of authorities. Even if there is this kind of implied limitation to what can properly be the subject matter of an amendment to our Constitution, neither the impugned amendment to section 245 nor any of the other amendments to the Constitution placed in issue by the Applicants in the present case can conceivably fall within this category of amendments so basic to the Constitution as effectively to abrogate or destroy it.”¹²

12. In *United Democratic Movement v. President of the Republic of South Africa and Others (African Christian Democratic Party and Others Intervening; Institute for Democracy in South Africa and Another as Amici Curiae)*,¹³ a unanimous Constitutional Court of South Africa referred to the basic structure doctrine and the approach to it adopted by Mohamed J in the *Premier KwaZulu-Natal v. President of the RSA*¹⁴. It stated the following: “Here too it is not necessary to address problems of amendments that would undermine democracy itself, and in effect abrogate or destroy the Constitution. The electoral system adopted in our Constitution is one of many that are consistent with democracy, some containing anti-defection clauses, others not; some proportional, others not. It cannot be said that proportional representation, and the anti-defection provisions which support it, are so fundamental to our constitutional order as to preclude any amendment of their provisions.”¹⁵
13. What the South African Constitutional Court would decide in the face of an amendment that was clearly in violation of a core value of the Constitution thus

¹⁰ Para. 47. Footnotes omitted.

¹¹ Para. 48. Footnotes omitted.

¹² Para. 49.

¹³ 2003 (1) SA 495 (CC) para. 68.

¹⁴ See fn 10.

¹⁵ Id. para. 17.

remains an open question. It is complicated by the aforementioned provision in the Constitution that, with a 75% majority of the lower house of Parliament, the founding values contained in Section 1 of the Constitution may be amended. It need not follow from this that the Court would countenance the subversion of democracy or the rule of law. In my opinion, the Court would be required to ascertain the core norms that underlie the whole Constitution and to disallow amendments that would violate those norms.

ISSUE 3: STATES OF EMERGENCY. TO WHAT EXTENT IS THE STATE ALLOWED TO DEVIATE FROM CERTAIN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES WHEN ENTERING THE STATE OF EMERGENCY? WHAT ARE THE PROCEDURAL AND SUBSTANTIVE SAFEGUARDS IN THE CONSTITUTION THAT MAY HELP TO PREVENT THOSE DEROGATIONS FROM BEING ABUSED?

14. In 1996, the Constitutional Court of South Africa was given the onerous and difficult task of determining whether the draft constitution that had been adopted by the Constitutional Assembly (consisting of all members of the two houses of South Africa's first democratically elected Parliament) was consistent with the Constitutional principles contained in the 1993 Interim Constitution. That consistency was obligatory and binding upon the Constitutional Assembly. In effect, the Court had to determine whether the constitution was "constitutional". One of the principles required that there would be a Bill of Rights that contains "all universally accepted fundamental human rights, freedoms and civil liberties."¹⁶
15. The Constitutional Court recognised that the partial curtailment of a bill of rights during a genuine national emergency is not inherently inconsistent with "universally accepted fundamental human rights, freedoms and civil liberties".¹⁷
16. The Bill of Rights provides in Section 37(1) of the Constitution that: "A state of emergency may be declared only in terms of an Act of Parliament, and only when:
a. the life of the nation is threatened by war, invasion, general insurrection, disorder, natural disaster or other public emergency; and b. the declaration is

¹⁶ Constitution Principle II contained in Schedule 4 to the Interim Constitution of 1993.

¹⁷ *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996*, 1996 (10) BCLR 1253 (CC) para. 28.

necessary to restore peace and order.”

17. Section 37(2) of the Constitution provides, inter alia, that any legislation enacted or other action taken in consequence that declaration, may be effective only prospectively and for no more than 21 days. The lower house of Parliament may extend the emergency for periods of no more than 30 days. The first 30 days period requires a majority of the lower house and subsequent extension a 60% majority in the lower house. Any such extension must be preceded by a public debate in the lower house.
18. Section 37(3) provides that a competent court may decide on the validity of a declaration of a state of emergency and any extension thereof as well as any legislation adopted or other action taken in consequence of the declaration of the state of emergency.
19. Section 37(4) requires that any legislation or action may derogate from the Bill of Rights only to the extent that the derogation is strictly required by the emergency and is consistent with South Africa’s obligations under international law applicable to states of emergency.
20. Section 37(5) provides that neither the State nor any person may be indemnified in respect of any unlawful act taken during a state of emergency.
21. There follows a table that lists the rights that are non-derogable. It includes the equality provisions of the Bill of Rights with regard to discrimination on grounds of race, colour, ethnic or social origin, sex, religion or language. It also includes the rights to human dignity, life, and the core rights to freedom and security of the person and the core rights that protect arrested, detained and accused persons.
22. The international law requirements would include the provisions of Article 4(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights that provides that: “In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.”
23. The Constitutional Court certified that the provisions of Section 37 of the

Constitution do indeed comply with South Africa's international law obligations.

24. In my opinion, the provisions of Section 37 contain substantive safeguards that would be affective to prevent the power to declare a state of emergency and the derogations from the tights protected by the Bill of Rights from being abused.

ISSUE 8: COURT PRONOUNCEMENTS ON THE PRINCIPLES OR RULES TO BE FOLLOWED IN PURSUING TRANSITIONAL JUSTICE

25. The South African Constitutional Court was faced with the difficult question as to whether the amnesty provisions of the Truth and Reconciliation legislation¹⁸ were constitutional. In particular, some victims of Apartheid claimed that amnesties for the perpetrators of the suffering was inconsistent with the provisions of the Bill of Rights that protected the right of all to have justiciable disputes settled by a court of law or another independent tribunal. They claimed that the Truth and Reconciliation Commission was not charged with settling "justiciable disputes".
26. The epilogue to the Interim Constitution that was then in operation proved as follows:

"This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex.

The pursuit of national unity, the well-being of all South African citizens and peace require reconciliation between the people of South Africa and the reconstruction of society.

The adoption of this Constitution lays the secure foundation for the people of South Africa to transcend the divisions and strife of the past, which generated gross violations of human rights, the transgression of humanitarian principles in violent conflicts and a legacy of hatred, fear, guilt and revenge.

These can now be addressed on the basis that there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for ubuntu but not for victimisation.

In order to advance such reconciliation and reconstruction, amnesty shall be

¹⁸ Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 34 of 1995.

granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives and committed in the course of the conflicts of the past. To this end, Parliament under this Constitution shall adopt a law determining a firm cut-off date, shall be a date after 8 October 1990 and before 6 December 1993, and providing for the mechanisms, criteria and procedures, including tribunals, if any, through which such amnesty shall be dealt with at any time after the law has been passed.

With this Constitution and these commitments we, the people of South Africa, open a new chapter in the history of our country.”

27. The Truth and Reconciliation legislation provided for the grant of amnesty to persons “who made full disclosure of all the relevant facts relating to acts associated with a political objective...” That amnesty included both criminal liability as well as civil liability for the payment of damages to the victims.
28. The Commission was further obliged to establish and make known “the fate or whereabouts of victims” and of “restoring the human and civil dignity of such victims” by affording them an opportunity to relate their own accounts of the violations and by recommending “reparation measures” in respect of such violations and finally to compile a comprehensive report in respect of its functions, including the recommendation of measures to prevent the violation of human rights.
29. The Constitutional Court, not without difficulty, held that the establishment of the Commission and its amnesty powers were not inconsistent with the Constitution.¹⁹ In his judgment, Mahomed DP stated the following:
“[21] The result, at all levels, is a difficult, sensitive, perhaps even agonising, balancing act between the need for justice to victims of past abuse and the need for reconciliation and rapid transition to a new future; between encouragement to wrongdoers to help in the discovery of the truth and the need for reparations for the victims of that truth; between a correction in the old and the creation of the new. It is an exercise of immense difficulty interacting in a vast network of political, emotional, ethical and logistical considerations. It is an act calling for a judgment falling substantially within the domain of those entrusted with lawmaking in the

¹⁹ *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*, 1996 (4) SA 672.

era preceding and during the transition period. The results may well often be imperfect and the pursuit of the act might inherently support the message of Kant that ‘out of the crooked timber of humanity no straight thing was ever made’.[21] There can be legitimate debate about the methods and the mechanisms chosen by the lawmaker to give effect to the difficult duty entrusted upon it in terms of the epilogue. We are not concerned with that debate or the wisdom of its choice of mechanisms but only with its constitutionality. That, for us, is the only relevant standard. Applying that standard, I am not satisfied that in providing for amnesty for those guilty of serious offences associated with political objectives and in defining the mechanisms through which and the manner in which such amnesty may be secured by such offenders, the lawmaker, in section 20(7), has offended any of the express or implied limitations on its powers in terms of the Constitution.”

30. With regard to the international law requirements for the grant of amnesty for criminal prosecutions, Mohamed DP stated that:

“[32] Considered in this context, I am not persuaded that there is anything in the Act and more particularly in the impugned section 20(7) thereof, which can properly be said to be a breach of the obligations of this country in terms of the instruments of public international law The amnesty contemplated is not a blanket amnesty against criminal prosecution for all and sundry, granted automatically as a uniform act of compulsory statutory amnesia. It is specifically authorised for the purposes of effecting a constructive transition towards a democratic order. It is available only where there is a full disclosure of all facts to the Amnesty Committee and where it is clear that the particular transgression was perpetrated during the prescribed period and with a political objective committed in the course of the conflicts of the past. That objective has to be evaluated having regard to the careful criteria listed in section 20(3) of the Act, including the very important relationship which the act perpetrated bears in proportion to the object pursued.”

31. With regard to immunity for civil claims against perpetrators, it was held that:

“[36] ... Central to the justification of amnesty in respect of the criminal prosecution for offences committed during the prescribed period with political objectives, is the appreciation that the truth will not effectively be revealed by the

wrongdoers if they are to be prosecuted for such acts. That justification must necessarily and unavoidably apply to the need to indemnify such wrongdoers against civil claims for payment of damages. Without that incentive the wrongdoer cannot be encouraged to reveal the whole truth which might inherently be against his or her material or proprietary interests. There is nothing in the language of the epilogue which persuades me that what the makers of the Constitution intended to do was to encourage wrongdoers to reveal the truth by providing for amnesty against criminal prosecution in respect of their acts but simultaneously to discourage them from revealing that truth by keeping intact the threat that such revelations might be visited with what might in many cases be very substantial claims for civil damages. It appears to me to be more reasonable to infer that the legislation contemplated in the epilogue would, in the circumstances defined, be wide enough to allow for an amnesty which would protect a wrongdoer who told the truth, from both the criminal and the civil consequences of his or her admissions.”

32. With regard to the indemnity of the State for the payment of reparations, Mohamed DP said:

“[47] The epilogue ... left it to Parliament to decide upon the ambit of the amnesty, the permissible form and extent of such reparations and the procedures to be followed in the determination thereof, by taking into account all the relevant circumstances to which I have made reference. Parliament was therefore entitled to decide that, having regard to the resources of the state, proper reparations for those victimised by the unjust laws and practices of the past justified formulae which did not compel any irrational differentiation between the claims of those who were able to pursue enforceable delictual claims against the state and the claims of those who were not in that position but nevertheless deserved reparations.”

33. Mahomed DP concluded as follows:

“[50] In the result, I am satisfied that the epilogue to the Constitution authorised and contemplated an ‘amnesty’ in its most comprehensive and generous meaning so as to enhance and optimise the prospects of facilitating the constitutional journey from the shame of the past to the promise of the future. Parliament was, therefore, entitled to enact the Act in the terms which it did.”

34. In the case of South Africa, the Truth and Reconciliation Commission was the only

institution that was established to effect transitional justice. If any others had been established they would have been subject to the provisions of the Constitution.

Richard J. Goldstone

鑑定意見書

鑑定人：李察·葛斯東
(前南非憲法法院大法官)

1. 我收到模擬憲法法庭的爭點整理清單。在本意見書中，我就我所擅長的爭點加以回覆，特別是與南非憲法條文有所關聯或南非憲法法院曾經做過的判決有關的爭點。
2. 我將會回覆爭點 1、爭點 2、爭點 3 以及爭點 8。

爭點 1 與爭點 2：「自由民主憲法秩序」的實質意涵

憲法中是否存在核心規範：一旦將之廢除，憲法秩序將被毀壞？

3. 在 *Mahomed J in S v Makwanyane and Another*¹ 一案中，南非憲法法院如此描述了新南非憲法所帶來鮮明改變：「在某些國家，憲法僅僅只是一個法律文書，它的功能只是將過去逐漸累積，進而形成共識的價值觀以及願望加以具體化，以便適應未來的需要。而南非憲法則不同，關於過去，唯有可取的部分始被保留下來，同時，它也明確拒絕了過去可恥的種族主義、極權主義、狹隘與壓迫。除此之外，透過明文記載的內容，南非憲法清晰地標誌了對民主、普世主義、富有關懷及對未來抱持希望的平等主義。這使得時間軸兩側的差異十分顯著而劇烈：一側是南非憲法對過去的批判，一側則是南非憲法許諾建立的國度。」²
4. 1996 年憲法第 1 條揭櫫了南非憲法的立憲精神。該條規定：
「南非共和國是遵循下列價值的民主主權國家：
(一) 人性尊嚴、實現平等及促進人權與自由；
(二) 反對種族主義及性別主義；
(三) 憲法至高與法治；
(四) 成人全民普選、全國共同選民清單、定期改選以及多黨制民主政府，以

¹ [1995] ZACC 3; 1995 (3) SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665.

² *Id.* at para. 262.

確保政府具備問責性、回應性與開放性。

5. 雖然其他憲法條文得透過取得下議院三分之二多數同意以及在上議院取得全國 9 個省份中的 6 個省份同意修改，修改憲法第一條則必須獲得下議院四分之三多數同意以及在上議院獲得全國 9 個省份中的 6 個省份同意方得為之。³
6. 前首席大法官亞瑟·查斯卡森在 *Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and Another: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa and Others*⁴一案中如此說道：「所有公權力的實施都必須以憲法以及法治國原則為依歸，因為憲法是至高無上的法律，而法治國原則則蘊涵在憲法之中。」⁵
7. 本判決對於「南非憲政秩序是建構在民主及法治之上」此一概念的內涵，作了充分的闡明。
8. 而我認為，以自由及民主為經緯所構築之憲法秩序、民主原則以及法治原則其核心所在。
9. 爭點 1 及爭點 2 也不免涉及了所謂的「基本架構理論」，也就是印度最高法院在 *Holiness Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. v. State of Kerala and Another*⁶一案首次開展的理論。該院以 7 席同意、6 席反對的比例，作成該案判決，認為憲法之「修改」(“amendment”)不得破壞憲法的基本特徵。而這部分就構成了「不得修改的基本架構」。該案中，雖然法院承認立法者擁有廣泛的形成空間，法院仍認為立法者無權摧毀或削弱憲法的基本元素及特徵。⁷這些「基本架構」包含了民主、平等以及權力分立。印度最高法院在後續的判決中也不斷援引該案之見解。其中，*Nehru Gandhi v. Shri Raj Narain*⁸是具有里程碑意義的一個案件。在該案中，印度最高法院以基本架構理論宣告某次憲法修正案無效，主要原因在於該修正案排除法院對國會選舉的結果，進行審查。法院認為該次修憲侵害了權力分立原則。實際上，我們可認為該判決回復了印度民主的運作。
10. 南非憲法法院曾在兩個判決的附帶意見中提及此一「基本架構理論」。
11. 第一個案件是 *Premier, KwaZulu-Natal v. President of the RSA*⁹。馬霍麥德大法官在判決中寫道：「憲法為修憲的程序，作成了明確的規定。這些程序規定必須獲得遵守。若修憲的過程充分遵守這些規定，該修憲案的合憲性將是不容

³ 1996 Constitution, Section 74.

⁴ (CCT31/99) [2000] ZACC 1; 2000 (2) SA 674; 2000 (3) BCLR 241 (25 February 2000).

⁵ *Id.* Para. 20.

⁶ (1973) 4 SCC 225.

⁷ Para. 787.

⁸ 1976 (2) SCR 347.

⁹ 1996 1 SA 769 (CC).

置疑的。但也許會有些修憲案在形式上充分遵守了程序規則，但實質上劇烈地改變甚至解構了憲法，進而重新安排了憲法的根本性前提要件，此種『修憲案』不能該當前述所稱的『修憲』。此一原理原則在過去幾年已由印度最高法院在判決發展出來。印度最高法院的案例法中即表示，憲法授予立法者的修憲權，不得用以破壞憲法的基本特徵與架構。如同 Chandrachud 法官在 Raj Narain 一案所述：憲法所授予的修憲權，不得用以損害或摧毀憲法的關鍵要素或基本特徵。……修憲權本身並不包含廢棄憲法的權力。……使用『修憲』一詞便是假設了修憲後，我們仍然能從新憲法中識別出其與舊憲法之間的關聯。……雖然歷經修正，但是舊憲法仍然被相應地在修改後的形式中被保留下來。……因此修憲的權力不能用於摧毀或是廢棄憲法的基本架構與體系。」¹⁰ Mahomed 法官如此繼續表示：「按照印度最高法院的見解，在眾多基本原則中，至少憲法的最高性、法治原則、平等原則、司法獨立、與違憲審查，構成印度憲法的基本要素，不得作為『修憲』之標的。¹¹在此，我們對支持此一『基本架構理論』的眾多判例，無須再多言。即使該見解暗示了某種用於判斷得否作為修憲標的之實體標準，也不會讓我們覺得憲法第 245 條修正案或是其他原告提出質疑的修正案會破壞、甚至是廢棄憲法的基本特徵與架構。」¹²

12. 在 *United Democratic Movement v. President of the Republic of South Africa and Others*（非洲基督民主黨及其他方參加訴訟；南非民主研究院及其他一方擔任法庭之友）¹³一案中，南非憲法法院的法官以全體一致同意，採納了馬霍麥德大法官在 *Premier KwaZulu-Natal v. President of the RSA*¹⁴中的所提出的基本架構理論。在該案中，法院寫道：「在本案中對於可能造成諸如侵蝕民主、毀棄憲法等問題的修憲，也無庸多言。我們的憲法所採用的選舉制度，因應地方情形，有許多形式，但都同樣符合民主的要求；有些選舉制度納入了反民主保護條款，有些沒有；有些採用了比例代表制，有些沒有。這意味著不論比例代表制或反民主保護條款，都不是深植在憲法核心以至於不得修改的制度。」¹⁵
13. 而當憲法法院面對重大明顯違反憲法核心價值的修憲案時，該如何判決，則是還沒有明顯答案的問題。依前所提及的憲法條文，國會下議院以百分之七

¹⁰ Para. 47. Footnotes omitted.

¹¹ Para. 48. Footnotes omitted.

¹² Para. 49.

¹³ 2003 (1) SA 495 (CC) para. 68.

¹⁴ See fn 10.

¹⁵ *Id.* para. 17.

十五的絕大多數，得通過的修憲案，修改記載在憲法第 1 條的基本價值。但這並非意謂，憲法法院必須認可那些會顛覆民主或法治的修憲案。依我之見，此時憲法法院的職責，便是在於辨別並確認構成憲法的核心規範究竟為何，並此駁回違反憲法核心規範的修憲案。

爭點 3：緊急狀態：當國家在面臨緊急狀態時，得在多大程度上偏離某些憲法原則？有那些程序以及實質的憲法保護措施得以避免此種限縮憲法人權保障的情形遭到濫用？

14. 1996 年，南非憲法法院接獲了一件艱鉅而困難的任務，必須判決由所有首次透過民主程序選出之上下議會議員所組成的制憲大會所通過的憲法草案，與 1993 年臨時憲法所樹立的憲法原則，是否相符。制憲大會有法律上的義務，制定出與臨時憲法相符之憲法草案。用簡單的話說，憲法法院必須決定，憲法是否「合憲」。而臨時憲法所列原則之中，有個原則要求必須制定包含「普世公認的基本人權、自由及公民自由」的權利憲章。¹⁶
15. 憲法法院肯認，當國家確實面臨緊急狀態時，對人權憲章進行部分縮減，並依不當然與「普世公認的基本人權、自由和公民權利」不相符¹⁷。
16. 憲法的人權憲章第 37 條第 1 項規定：「緊急狀態僅得在符合下列情況時，透過國會立法宣布：(一) 國家之存亡受到戰爭、入侵、大規模暴亂、失去秩序、自然災害或其他公共緊急事件威脅；(二) 宣布緊急狀態為恢復和平與秩序所必要。」
17. 憲法第 37 條第 2 項主要規定，因宣布緊急狀態所通過的法律或所採取的行為，僅能向後發生效力且存續期間不得超過 21 天。國會下議院得延長緊急狀態，但每次不得超過 30 天。延長緊急狀態之決議，第一次以下議院多數決為之，其後每次延長以取得下議院至少百分之六十的同意，始得為之。每次決議延長緊急狀態前，下議院須舉行公開辯論。
18. 憲法第 37 條第 3 項規定，有權法院得裁決緊急狀態之宣布、其期間之延長、以及於緊急狀態期間所通過之任何法令，或因緊急狀態之宣佈所採行措施的有效性。
19. 憲法第 37 條第 4 項規定，任何限縮人權憲章的法律或措施，僅得於為因應緊急狀態所絕對必要，且符合適用於南非之與緊急狀態有關的國際法義務之條件下，始得採行。

¹⁶ Constitution Principle II contained in Schedule 4 to the Interim Constitution of 1993.

¹⁷ *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996*, 1996 (10) BCLR 1253 (CC) para. 28.

20. 憲法第 37 條第 5 項規定，於緊急狀態期間所作成的違法行為，不得據以對不論國家或個人請求損害賠償。
21. 憲法在上開條文之後，以表格列舉了不得被限縮的權利清單。該清單包含了人權憲章中，確保人們不因基於種族、膚色、族群、身世背景、性別、宗教以及語言受到歧視的平等保障條款。該清單也包含了人性尊嚴之保障、生命權、核心的自由權、人身自由、以及免於逮捕、羈押及受刑事追訴人之權利等核心權利。
22. 前面所提到的國際法義務，包含了公民與政治權利國際公約第 4 條第 1 項：「如經當局正式宣布緊急狀態危及國本，本公約締約國得在此種危急情勢絕對必要之限度內，採取措施，減免履行其依本公約所負之義務，但此種措施不得牴觸其依國際法所負之其他義務，亦不得引起純粹以種族、膚色、性別、語言、宗教或社會階段為根據之歧視。」
23. 南非憲法法院確認，南非憲法第 37 條的確與南非應履行的國際法義務相符。
24. 依我之見，南非憲法第 37 條包含了能夠有效阻止宣布緊急狀態權與限縮基本權保障受到濫用的實質保護措施。

爭點 8：法院對於追求轉型正義的原則或規則之聲明

25. 南非憲法法院曾面臨真相與和解法¹⁸中的豁免條款是否合憲的困難問題。特別是，有些種族隔離制度的受害者主張：系爭豁免條款將使他們無法行使受人權憲章保障，透過法律程序向法院或獨立的法庭請求救濟的權利。他們也主張真相及和解委員會並未被賦予解決法律爭端的職權。
26. 該案系爭當時，有所適用的臨時憲法的後編是這樣寫的：

「這部憲法是座橫越歷史的橋樑，一讓人們從分裂而充滿衝突及不義的過去，前往人權為本、民主自由並使所有南非人不論膚色、種族、階級、信仰與性別都能共存共榮的社會。南非國家的團結、南非公民社會的健全與和平的追求，必須透過南非人民相互和解與社會重建，才能達成。

憲法的通過，為了南非人民立下了穩固的根基，使我們得以超越過去的分裂與爭鬥——那些帶來嚴重的人權侵害、在暴力衝突中對人道精神進行踐踏、以及仇恨、恐懼罪惡感與報復的遺緒的分裂與爭鬥。

這些是基於我們需要的是理解而非復仇，我們需要的是修復而不是報復，我們需要的是藉由分享與關懷來成就自我的人饑己饑，人溺己溺精神，而不是強調自身悲慘經歷的受害者心態。

¹⁸ Promotion of National Unity and Reconciliation Act, 34 of 1995.

為了實現這樣的和解與重建，過去那些因帶有政治目標的而從事各種行為以及犯下的種種罪行必須獲得豁免。為此，國會必須訂立法案規範明確的機制、要件、程序以及法庭，在明確的時點內（1990年8月8日至1993年12月6日）處理豁免問題，以完成憲法賦予的任務。

根據這部憲法以及憲法所許下的承諾，我們，也就是南非的人民，為我們的國家開啟了新的篇章。」

27. 真相及和解法對「充分揭露與政治目標有關的行為之相關事實之人」，提供刑事責任與民事損害賠償責任的豁免。
28. 該法並課予真相及和解委員會義務，調查「受害者的命運及下落」並恢復「受害者的人性尊嚴及公民尊嚴」。委員會必須提供受害者陳述自身經歷的機會，並必須針對「賠償措施」作出建議。最後，委員會必須將調查結果編纂為完整的報告，並提出防範人權侵害措施的建議。
29. 在前述的案件中，憲法法院經過辛苦的評議，判決認為，真相及和解委員會之成立以及對豁免權之授權並不違憲。¹⁹前首席大法官馬霍麥德在判決中指出：

「[21]不論從什麼層面來看，這是困難、敏感，同時也十分折磨人的結果，因為它試圖從過去受難者對於正義的需求、和解以及快速轉型至未來的需求之間，取得平衡；試圖在鼓勵加害人協助當局發現真實、以及受難者獲得賠償的需要之間，取得平衡。這是由政治、情緒、種族與邏輯等等因素交織而成的艱鉅任務。它試圖在時代交會的時刻用立法的方式作出判斷。而這樣的結果多半是不完美的，追求這些結果的行為則不自覺地呼應了康德所說的『在扭曲的人性朽木中，永遠造不出直挺挺的事物』。[21] 我們可以透過辯論探討立法者為履行憲法後編所賦予的責任而建立的機制，但是重點不在辯論本身，也不在該項制度是否完美，而是該項制度是否合憲。換言之，對我們來說，憲法才是唯一的標準。申言之，立法者選擇豁免基於政治目的而犯下罪行的加害人，並且設計出一套機制，用以判斷哪些加害人能獲得豁免。按照憲法樹立的標準，我不認為立法者就第20條第7項的立法，違反了憲法明示或默示所賦予的權限。」

30. 針對國際法對於豁免起訴刑事犯罪的要求，馬霍麥德大法官表示：

「[32]在這樣的脈絡下討論，我不認為法案中有任何一部分（特別是第20條第7項）違反了我國的國際法義務。該法案下的豁免並不是針對各種各樣的

¹⁹ *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*, 1996 (4) SA 672.

犯罪行為均給豁免的空白立法，也不是強制而一致性地自動豁免加害人。只有當加害人向豁免委員會就其犯下的罪行充分揭露事實，而且違法行為是在法律明定的期間內犯下，而且是在過去的衝突中以政治動機所犯下的犯罪才能獲得豁免。為達到目標，該法第 20 條第 3 項的縝密地列出許多要件，特別是加害者犯下的罪行與立法目的之間的關聯。」

31. 針對反對加害人得豁免民事責任的主張，渠表示：

「[36]……豁免在特定時間內以政治目的犯下罪行的正當化理由，最關鍵之處在於若不給予豁免，加害者就會被起訴，而我們就無法有效地得知真相；這個理由也同樣必須適用在民事訴訟上，否則加害者不會有誘因揭露那些在訴訟上將不利於他的事實。我不認為立憲者想透過憲法後編傳達的訊息，是一方面透過豁免鼓勵加害者揭露真相，卻又同時讓加害者因可能面臨民事訴訟而打消揭露真相的念頭。因此我認為，合理解讀憲法後編的方式是讓豁免足以完整保護述說事實的加害者不受刑事及民事追訴。」

32. 針對國家的損害賠償責任，馬霍麥德大法官表示：

「[47]憲法後編……賦予國會相當的形成空間，將所有相關的情形納入考量，以決定豁免範圍、賠償的合理形式及範圍以及須被遵守的程序。國會因此有權針對國家資源的使用方式，決定如何為那些因為不義的法律及實踐受害的人們提供合適的賠償。」

33. 馬霍麥德大法官的結論如下：

「[50]憲法後編明訂並以最完整且廣義的意義仔細考量『豁免』制度，以強化並最佳化憲政旅程之前進——從過去的恥辱中走出並邁向有希望的未來。因此，國會有權，依其於該法所載明的條款，通過系爭法律。」

34. 在南非的情況中，真相及和解委員會是為了達成轉型正義所成立的唯一機構。我們可以想見，如果曾經還有建立其他機構，那也必須是以有憲法作為依據為前提。

OPINION

Constitutional Court Simulation for Constitutional Decision

JAVIER COUSO, J.D., PhD.
Universidad Diego Portales (Chile).

- I. The issue before us today represents one of the most challenging ones that a constitutional democracy may confront: that of identifying the core principles that cannot be sacrificed even in the most serious of circumstances.

This problem, which has captured the attention of constitutional scholars around the world ever since the so-called ‘War Against Terror’ (after the events of September 11, 2001), has, however, an older history, dating back to the nineteenth century, when in my own continent (Latin America) the newly emancipated nations effectively eviscerated the republican nature of their governments through the abuse political authorities made of such ‘states of emergency’. Indeed, given the high levels of anarchy and chaos brought about by the end of the Spanish Empire, the heads of the executive branch concentrated all state authority in their hands, to the point that an observer stated that Spanish Imperial rule had been replaced by ‘*monarchs in republican ropes*’, so much so, that instead of constitutionalism the continent had what he labeled ‘*The Constitution of tyranny*’ (Loveman, 1989).

Later, in 1920s and 1930s Europe, the abuse of emergency powers in to destroy liberal democracy and substitute it for authoritarian regimes became common – notoriously in Nazi Germany, Fascist Italy and Franco’s Spain.

So we can appreciate that the issue we are dealing with is neither new not easy to confront with. To use the language of classical political philosophy, the clash between the occasional need to use emergency powers and the core values of constitutional democracy represents the old collision between the Hobbesian pulsion that chaos and internal violence usually produces –even among the most enlightened of peoples—, and the moderation of state power that constitutionalism and liberal

democracy have always advocated (Halliday et. al, 2008).

As the above suggests, given the ever existing possibility that both natural and political emergencies can make the declaration of a state of emergencies inevitable, it is critical to identify the core (or substance) of constitutional democracy, both in order to set clear rules for the future use of this dangerous institutional tool, and to deal with the complicated legacies that the past use of states of emergency.

- II. There are many strategies one could use to try to identify the ‘substance’ of a constitutional democracy. The most common one is to make use of the rich contributions that political and constitutional theory have done ever since John Rawls revitalize this branch of theoretical thinking in the early 1970s. When one revisits these –still— vibrant fields of inquiry, there is a rather strong consensus that, even though constitutional democracy is not ‘a suicidal pact’ (that is to say, that it should defend itself from those use the freedoms and liberties that characterize it to try to eliminate that system), when it does allow for the suspension and/or restriction of some rights and freedoms in states of emergencies it should do so in a way that does not end up transforming a regime based on freedom into one based on control and individual in-security. Of course, the statement just issued is of such general character that it may be of little relevance for a particular country dealing with an emergency situation, so much should be done to graduate what exactly, the principle just stated translates into in a specific context.
- III. Another way to get a better understanding of the nature of the problem we are dealing with is to look at the history of modern constitutional democracy. When one does so, the core values of the latter become more apparent, as well as the ways in which these two elements (‘constitutionalism’ and ‘democracy’ elate to each other). One of the most interesting features of this historically situated phenomena, ‘constitutional democracy’, is the sequence in which they came into being in the consolidated democracies of the Global North. As it turns out, the sequence was, first, constitutionalism, and only then, democracy. Confronted with this historical fact, one can think that this was a random sequence and that could have easily been the other way around. But, on a second thought it appears that, to the contrary, there was a logic behind this. Even though, neither constitutional nor democratic theory have devoted much attention to the particular sequence we have identified, I submit that much can be understood about the core values associated with each of these

institutions (constitutionalism and democracy) if one pays a little attention to this sequence. But before doing so, a few words on the commonalities and differences between these two.

Taking at its core, constitutionalism is about constraining governmental power — whatever the source of political power is—, while democracy is a —very specific— mechanism to decide who should have govern (those that the people say should). If the latter is true, one can see how for much of the eighteenth and nineteenth century constitutionalism was people-friendly (or ‘democratic’), since given that the holders of political power were kings (more or less restraint by the aristocracy) everything that was ‘taken away’ from the monarchs by constitutionalism represented a gain in freedom and security for the subjects.

Furthermore, the freer political and cultural environment created by the advancement of constitutional monarchies (particularly, freedom of the press, and association) eventually favored the emergency of a movement for democracy that would become unstoppable at the beginning of the twentieth century.

But here’s where the irony began. Given that the core of constitutionalism is to constraint government —no matter how political authority was elected— in order to protect the freedoms and security of the individual, when democratic rule made its appearance, for the first time constitutionalism could become opposed to the rule of the many (democracy). Of course, most of the time, most of constitutional democracies do not go about the business of oppressing individuals or minorities, but the possibility that a democratic decision can violate constitutional values is something that we now consider normal and worth having controls to rectify and repair the results of such actions.

- IV. Having summarily addressed the core content of both constitutionalism and democracy, let’s now turn to the possible clash between a constitutional democracy and a state of emergency.

Given that —as we have seen above— constitutionalism is about freedom and security for the individual and minorities and democracy about how to elect who governs, the most likely ‘victim’ of a state of emergency when a truly dramatic crisis has happened is constitutionalism, not democracy. This because, in most cases where there is a real terrorist (or natural) disaster the majority of the people would demand from the government a decisive and swift action, such as the ones that can only be

adopted under a state of emergency. Given this, in a real crisis situation the majority of the people would be likely to support the ‘tough’ governmental actions that states of emergency entails. It is for this reason that I argue that in times of real crisis ‘democracy’ would most likely push for even strong measures that curtail rights and freedoms under a state of emergency, while ‘constitutionalism’ would call for restraint and recall that there are strict limits to what a meaningful constitutional democracy can do to, even to defend itself (at the risk of self-undermining its very character).

If the above is correct, it should come as no surprise that at the core of the conflict between ‘states of emergency’ and ‘constitutional democracies’ is the rule of law and those old—but always important—mechanisms as separation of powers and judicial independence.

Of course, if eventually what was originally a popular call for a state of emergency ends up undermines what Norberto Bobbio called the ‘rights of freedom’ (such a freedom of expression, right to information and right to association), democracy itself can fall victim of a state of emergency, as it happened in the months immediately preceding the complete overtake by the Nazis of Germany (Newman, 1933). But, barring such openly authoritarian cases, in most instances the values of constitutionalism and the rule of law would be the first to enter into a collision course with the measures taken by the government under a state of emergency.

This is why, the judiciary ought to be extremely vigilant to the excesses that—even the most well intentioned government would feel tempted to do—in the chaotic environment that typically surrounds a natural disaster or a violent political crisis.

- V. Having finish this first part, I now turn to other questions posed with regard to this critically important issue. Going to the ‘constitutional principles’ that not even the worst crisis could allow to alter, there are in comparative constitutional law examples of that, notably, the constitutional principles that according to the German Fundamental Law are non-amendable, precisely because they entrench the most fundamental liberal-democratic values of such a charter. Another example can be found in Latin America, with the added interest that it was jurisprudentially introduced by the Colombian Constitutional Court, and that it states that the later can declare that a amendment to the Constitution is unconstitutional.

Of course, given the sheer judicial power that such a declaration entails it should be

used with extreme care, in order to avoid the risk that a group of non elected justices prevent the representatives of the people to legitimately amend the Constitution in a way which –even though does not please the majority of the Court, is nonetheless a plausible amendment.

The mechanisms just mentioned to prevent the approval of constitutional reforms of parts of the Constitution deemed by to be so important as to be ‘un-amendable’, necessarily implies that there is a core in the former that ought to be identified.

Here’s where it is important to bring to the fore the idea of ‘political liberalism’ (Rawls, 1993). As it happens, it is the case that under the label ‘constitutional democracy’, most scholars in the Global North (and many in the Global South as well) implicitly understand that constitutional democracy include the values and ideals of political liberalism, a rich and complex philosophical tradition dating back to the enlightenment, but that it has been constantly revised and refined by authors such as John Stuart Mill, Bertrand Russell, Bernard Williams, John Rawls and Ronald Dworkin.

I have no time here to go into the details of the most illuminating renderings of political liberalism in this Opinion, but I can offer a brief summary of what I take to be the core elements which make political liberalism such a key aspect of constitutional democracy, to the point that some of its elements represent a core that not even the worst of political or natural crisis could risk suspending or restricting.

As John Rawls famously put it, there are individual rights that have a lexicographical priority over other rights and interests. Among the former it is the most basic civil (such as the right not to be tortured; imprisoned without probable cause and the right to procedural due process) and political (the right to freedom of expression and to association). So, even if a crisis –and the ensuing state of emergency— leads to the adoption of strict limitations on some basic civil and political rights, these ought to be as short as possible and cannot touch what the German Constitutional jurisprudence calls ‘the essence’ of some fundamental rights.

But, perhaps more importantly than a long list of prohibitions to affect freedoms and liberties directed at the political authority running a country under a state of emergency, are the guarantees that the courts will continue to operate normally and with its full ‘normal’ jurisdiction and independence from government because, barring such institutional guarantees, whatever substantive limits on states of

emergency one can possibly imagine would be worth less than the paper in which are written, since in the end, only an independent set of courts can actually stop government from falling to the temptation to override freedoms and liberties in its desperation to control a chaotic or critical situation.

In sum, it is my considerate opinion that the real core of the Constitution that not the most extreme of state of emergency can touch is the institutional guarantee of the regular functioning of a set of impartial, independent and well-funded judiciary, whose natural jurisdiction is not touched by any state of emergency, so it can control that not even the highest official of the state oversteps its constitutional authority.

VI. In this Opinion, I have noted how, historically, liberal constitutionalism preceded the democratic principle, actually preparing the ground for the latter to emerge. I have also highlighted the fact that liberal constitutionalism is heavily dependent on the rule of law which, in turn, it is institutionally dependent in the existence of a vibrant, professional and independent judiciary.

I now turn to the issue of—in this time and age— democracy represents a constitutional principle so important as to be part of the core of the constitution, so that it could not be suspended even under a state of emergency. I would anticipate my answer swiftly: I do think that is precisely the case. Indeed, aside from the fact that—as I have noted above— democracy and liberal constitutionalism can at some point be at odds, in the twenty-first century democracy represents one of the core principles of constitutionalism. So much so, that, say, not even a country in war could suspend more than for a few weeks a national democratic election.

The connection between democracy and liberal constitutionalism is well known. If we are to treat each individual as equally worthy of dignity and respect (itself a core principle of constitutionalism), we cannot deny the latter an equal say in one of the most important decisions a society makes, that is to say, the election of the political leaders of the country.

When it comes to the inter-relation between the democratic principle and the principle of the rule of law (and liberal constitutionalism), there is much literature which has made clear that, democracy is simply impossible to survive even in the short run without the institutional support provided by a liberal-democratic rule of law. The reason for this was extensively explored by the late Guillermo O'Donnell, who explains how democratic elections without a vigilant and independent judiciary

would allow the executive branch to prohibit the circulation of information damaging to the government candidates, or the arbitrary arrest of potentially dangerous dissidents etc. All of which will in the end render democracy a non-competitive affair where only the candidates favored or tolerated by the government could have meaningful possibilities of being elected.

VII. When it comes to the issue of the German *Ausnahmezustand* (“State of emergency”) from the perspective of constitutional law, in my opinion it is no longer problematic not just because it has since the late 1940s inserted into a fully liberal-democratic constitutional system, but also due to the fact that it is inserted into a constitutional culture which is very conscious of the terrible past experienced by that country between 1933 and 1945, something which allows me to touch on one aspect of this whole discussion that I have not yet discussed about. I refer to the role that civil society, and the organizations attached to it do play in making a liberal-democratic constitution a meaningful check on a government that is tempted to behave in an authoritarian fashion. As Halliday, Feeley and Karpik (2008) have demonstrated, without a ‘legal complex’ fully immersed into the values of constitutional rights and freedoms not even the best constitutional engineering will be capable of stopping an executive branch which also controls the legislature and that wants to advance to the complete control of the state. Surely, the courts can put a fight for freedom for a while, but they would eventually need the support of civil society and the media.

VIII. As to the question of to what extent is the state allowed to deviate from certain constitutional principles when entering a state of emergency, I would first say that, strictly speaking the state should never ‘deviate’ from core constitutional principles but, in the case of the clash between certain legitimate goals and certain rights and freedoms, in extreme cases the government should be allowed to use a mechanism to ascertain if the measures taken are constitutionally acceptable (always with judicial control). The mechanism I think of the so-called ‘*Principle of proportionality*’, an heuristic devise often used by the Constitutional Court of Germany and, increasingly, by constitutional courts in Latin America and other jurisdictions.

According to this principle, in order to advance a legitimate state (or public) interest (such as security and order), the government can only use means that are necessary and appropriate to do so, and that do not disproportionately infringe upon constitutional rights. Of course, there is some ambiguity in establishing this last part of the ‘test’,

but a set of truly independent and judicious courts should be able to do this in a proper way, particularly if its attentive to the standards of International Human Rights Law.

- IX. As to the question on the procedural and substantive safeguards in the Constitution that may help to prevent those derogations from being abused, the answer, yet again lies, in an institutional context –backed by a civil society and media— where independent courts are vigilant of even the slightest abuse of power by the executive and/or legislative branches, so
- X. As the question rightly put it, a state of emergency should be always be regarded as exception to the normal constitutional order, and therefore short (weeks, or at the most a couple of months). Any government that allows a state of emergency to be longer than that risk becoming an authoritarian regime. In this sense, to the examples referred to in the question (38 years in Taiwan, and over a decade in Nazi and Eastern Germany) we can add the General Pinochet regime established a non-stop state of emergency that lasted 17 years.
- XI. In terms of against what principles should one evaluate the legal decisions made during the state of emergency or the authoritarian period? The constitutional values at hand here are two. First, the value of denying constitutional legitimacy to an inherently authoritarian legality. Second, the value of legal certainty for those who acted with good faith. In fact, in many transitional contexts these dilemmas have been confronted trying to honor these two values. Take the case of racist laws that took away from its legitimate owners valuable property who was later sold by the state to good faith buyers. How are we to deal with such a case? In some transitional countries, a good faith was established a compromised was reached. If, to the contrary, the buyers of state-stolen property acted with knowledge of the context then they had to give it back to the descendants of the minorities unjustly deprived of their property.

As to the issue of whether to evaluate the past legal decisions in accordance with modern law and constitutional principles, the values at stake are, again, legal certainty versus fundamental principles of material justice that have received legal recognition after terrible deeds were perpetrated. My opinion is that here we have to distinguish between atrocities –such as crimes against humanity— that even the most unlearned of human beings would recognize as a cruel and inhuman treatment

from more ‘technical’ legal principles that they could have not reasonably be aware of beforehand. In the first case, modern constitutional and international law principles should be applied. In the second, legal certainty should prevail.

XII. Throughout this Opinion, I have stressed again and again the centrality if the judiciary in almost every aspect of states of emergency. Having said this, if a government manages to become a full-fledged dictatorship there is little judges can do. In my opinion, they can try to put a fight but, if systematically defeated (typically by a government-controlled high court), they ought to resign in scandal, before being forced to enforce laws adopted by the authoritarian regime.

XIII. As with the property cases mentioned above, the courts should act distinguishing cases in which there was sheer abuse of power (in those cases revoking acts done by the state during emergency) from those in which there was good faith (where it should try to compromise). The right to reparation of the victims should always be a key consideration in the actions of the courts. And principles such as non-retroactivity should be especially applied in cases of people acting in good faith, and in criminal law, with the exception of crimes against humanity.

XIV. Due to Chile’s ‘pacted’ transition to democracy (which made it one full of constraints), the courts did not do a general pronouncement of the principles or rules to be followed in pursuing transitional justice. Having said this, the jurisprudence of the Supreme Court allowed for the conviction of hundreds of high and lower officials who perpetrated crimes against humanity. The political branches pursued lot’s in terms of truth and reparations, but little in terms of justice. But the courts did so much in terms of prosecutions that Chile is one of the countries were most perpetrators have served time in jail for their crimes.

XV. In terms of reparation that must be offered to the victims, the Chilean state did not officially admitted guilt or wrongdoing. Except for the informal admission in national television done by President Aylwin when presenting to the country the Truth and Reconciliation Report (in 1991). Due to economic restrictions first, and then due to lack of enough sensibility the monetary compensation to victims have been utterly in sufficient and inappropriate? The courts have been very conservative in giving economic rights to individual victim have against the state.

XVI. Given the tight control that general Pinochet and his secret police had over the country, there are no cases known of crimes by agents of the state that were not politically motivated.

鑑定意見書

鑑定人：哈維耶·科索
迪耶哥·波塔列斯大學（智利）

- I. 本案所涉及爭點，係為一個民主憲政國家所會面臨到之最具挑戰性的爭議之一：亦即確認並探求，到底哪些原則是民主憲政國家之中的核心原則，且其重要程度已經達到即使國家處於最為嚴峻與險峻的情勢下，也應堅守住這些原則，而不應且不該退讓或被犧牲。

世界各地的憲法學學者自從所謂「反恐戰爭」（911 事件之後）以降，逐漸對於這個問題產生高度關注，然而實際上本問題具有更為悠久的歷史。此可追溯到 19 世紀時，位於我所居住的大陸上（拉丁美洲），在各個新興而從西班牙政權手中被解放的國家中，手上握有政治權力的統治階層藉由濫權發布「緊急狀態」之方式，有效地將國家共和之本質銷毀殆盡。固然西班牙政權的統治，係在高度無政府與混亂之狀態下被終結，但是領導著新興政權的行政部門的統治階層，將國家所有的權力集於己身，這樣的做法誠如論者所指出，西班牙帝國統治的，只是「披著共和表皮之帝制」（monarchs in republican robes），其更進一步指出，如此極權之程度使得本來應該行立憲主義的土地，成為「獨裁者的憲法」（the Constitution of tyranny）所橫行之地（羅夫曼（Loveman），1989）。

爾後在 1920 與 1930 年代的歐洲，當權者們透過濫用發布緊急狀態之方式，為了達到破壞自由民主並且以專制統治取而代之的目的，已經屢見不鮮——惡名昭彰的德國納粹、義大利法西斯以及西班牙佛朗哥均屬適例。

所以我們可以知道，本案所涉及的爭點，不僅不是新興的爭議，同時也是一個極難處理的問題。使用緊急權力的需求與民主憲政中核心價值間的衝突，若要用古典的政治哲學的角度作說明，可謂代表著霍布斯式的力量與抑制國家權力的行使兩者之間的古老衝突，前者係指縱使人民的素質優良，仍然通常會因為國家發生混亂以及內部暴力而產生，後者則為立憲主義論者與自由主義論者所提倡（哈利戴（Halliday）等著，2008）。

承上所述，從過去的例子可以得知，一個國家不論是基於自然災害或是政治上的緊急狀態，均不可避免地面臨發布緊急狀態命令之需要，所以確認並辨識出民主憲政之核心（或實質）是一件極為重要的工作，完成這樣的工作之目的有兩個，其一係為了倘若國家未來有使用這個危險的制度上之工具之需求而預先設下規範讓其遵守，其二係為了一併釐清與處理過去國家發布緊急狀態對當代國家所遺留的複雜問題與影響。

II. 在探求民主憲政之本質的方法與策略上，存有許多的選擇。最廣為人知的方法是借助政治學與憲法學理論之豐富結晶，特別是自 1970 年代初期因約翰·羅爾斯（John Rawls）所振興的思想。縱使這些學問領域仍生氣勃勃地處於發展當中而難以一概而論，但是在這些多元發展的學說之間，對於民主憲政的認識其實存在著共識。申言之，民主憲政體制不是一個「自毀協定（suicidal pact）」（亦即，民主憲政體制理應存有防衛機制，用以對抗那些以自由之名行毀憲之實之徒），當該體制的確允許國家在緊急狀態下，得凍結及／或限制人民某些自由與權利之行使的同時，仍應確保原本立基於自由之國度，不會因為國家緊急狀態之實施而走向高度管控與侵害人權的國家。不可諱言地，前揭所述之原則過於抽象與空泛而難以適用於各個國家之個案中，意即該原則與個案適用上，仍存有相當大的落差尚待克服。

III. 探求上開問題本質的另一個途徑，是透過探討民主憲政體制的現代意義。因為當藉由此方法去釐清問題的本質時，「民主」所蘊含的核心價值，以及兩者（「立憲主義」與「民主」）間的緊密關聯性，將會更加表露無遺。

時至今日，各個「北半球陣營（Global North）」國家都成為不可動搖的民主憲政體制國家，但是民主憲政在發展的歷史上，有許多有趣的特徵，最有趣的特徵之一就是民主憲政（constitutional democracy）中，「立憲主義」與「民主」出現的順序次序。如同用字上的順序，「立憲主義」先於「民主」而出現。根據歷史事實，也許會有人認為說，這樣的先後順序僅僅是一個隨機的結果，倘若「立憲主義」後於「民主」出現亦不足為奇。然而，如果仔細思考的話就會發現，這樣的先後順序背後其實具有一定邏輯因素存在。即便如此，不論是憲法學理論或者是民主學理論之研究者，均未足夠地著墨於研究造成這個出現次序背後的原因。然而本文認為，任何一位研究者，只要稍微花費心力針對這個問題稍加研究，就會發現其背後的原因與立憲主義以及民主政治所欲維護的核心價值之間，具有密不可分的關聯性。但是在我們進入這個討論之前，應該要先為立憲主義與民主政治之間，所存有的異同稍作說明與了解。

立憲主義與民主政治兩者的核心所強調的部分略有差異，前者強調抑制與限制國家的權力，而不問統治權力的來源為何，有可能是帝制也有可能是民主體制；另一方面，後者則為一個非常精細的機制，用以決定與選擇孰人得為統治階層（在那些宣稱其得為統治之人之中作抉擇）。假設我們對於後者的認識並無違誤，或許可以理解為何在 18、19 世紀的時候，立憲主義對於人民與被統治的人來說是友善的（或者可謂「民主的」）。理由在於，當時手中握有統治權力之人為國王（其統治力量或多或少受到貴族們的牽制），而立憲主義所扮演的角色就是削弱國王的權力，因此對於人民來說，統治權力的削減就等同於更多的自由與安全上的保障。

進一步地，隨著行立憲主義的帝制國家的演進與進步（特別是在言論自由與結社自由方面），創造了對於人民來說更為自由的政治與文化的環境，這些自由的環境，為之後對民主的迫切渴望的社會運動提供了絕佳的溫床，而最終在 20 世紀初期時，統治階層也僅能順應人民對於民主的要求，迎接民主政治的到來。

進展至此，令人感到諷刺的事情發生了。有鑑於立憲主義的核心所強調的，是節制國家權力——不論統治者如何產生——，以保護人民的自由與安全，然而民主原則的出現，使得立憲主義論者所持的主張史無前例地與多數統治原則（民主政治）相左。確實在大多數的時候，民主憲政體制所作成的決定，並不會去侵害或者壓迫人民或是少數族群的權利，但我們現在多認為，民主決定的確有侵害憲法價值的空間或可能性，而有必要控制此類違憲行為的發生，並改正與填補所帶來侵害。

IV. 在簡單扼要的論述完立憲主義與民主兩者的核心內容之後，接著我們來談談民主憲政與緊急狀態兩者間可能存有的衝突。

如同上述，立憲主義的目的在於保障人民以及少數族群的自由與安全，而民主則是一個決定誰來當統治者的機制，故而，當一個國家發生一件重大事故而有發布緊急狀態的必要時，「立憲主義」才是最有可能被侵害，而不是「民主」。其原因在於，每當發生恐怖攻擊（或自然災害）時，大多數人民對於政府的期望就是，政府當局能夠針對個別狀況作出果斷以及迅速的回應，所以當一個國家宣布進入緊急狀態後，政府所能選擇的應變措施受到較少的限制，也正符合了人民的期待。從而，當真實的重大危機發生時，大多數的人民的確非常有可能地會支持那樣的政府，也就是發布緊急狀態後而得為強硬行為的政府。就是基於這個原因，所以本文認為，在國家處於緊急狀態時，「民主政治」將會是把國家推往實施更加強硬的手段，而去侵害人民的自由與權

利的幫兇，然而，另一方面「立憲主義」則會要求節制權力，提醒即使是有意義的立憲民主國家，其權力之行使也有界限，即便是為了保衛自己（此時，民主有危害其自身根本特質的風險）。

如果上述所言並無違誤，那麼我們就可以毫不意外地得到在「緊急狀態」以及「民主憲政」之間的衝突中，其核心係為法治原則與那些古老但重要的原則，亦即權力分立原則與司法獨立原則這樣的結論。

理所當然地，假使像過去一樣，國家緊急狀態最終通常是以侵害諾貝托·波比歐所稱之「自由權利」（例如言論自由、獲取資訊自由以及結社自由等）之方式作結，那麼民主政治也將會淪落為國家緊急狀態的陪葬品，過去在德國所發生，德國納粹僅僅花費數個月的時間，就對國家取得完全的控制洵屬適例（紐曼（Newman），1933）。但是在不能忽視這些極權政權的例子的同時，在大多數的狀況下，立憲主義論者所擁護的價值以及法治原則，方為首當其衝會與國家進入緊急狀態所實施的措施相互衝突者。

正因如此，當國家處與因自然災害或激烈的政治危機所造成的混亂環境時，司法權尤應特別提高警戒，縱使當權政府被認為是最為善意者亦然，因為握有權力者終究難抵權力的誘惑。

- V. 我們已經結束上述部分的討論，接著要針對那些造成本文探討爭點的問題作分析。所謂即使在最糟糕的狀況下也不得作更動的「立憲主義原則」，以比較法的觀點來看，當屬德國基本法為有名的例子，在德國基本法當中，那些樹立自由民主最根本的價值的立憲原則是不被允許作任何的修改。另一個例子則是在拉丁美洲，由哥倫比亞的憲法法院透過判例法的方式加以確立而指出，憲法法庭具有得宣告憲法修正案違反憲法之權。

按司法權具有如此強大的效力，所以司法者必須極端謹慎小心地行使這個權力，如此一來，方得避免那些不具有民意基礎的大法官們，在審理由民意代表經由正當程序所提的憲法修正案時，針對那些並不當然違憲但不受他們所喜愛的憲法修正案，而予以宣告違憲之危險。

上述所言的那些為了防止憲法本質被破壞，而在憲法上設立的審查憲法修正案的機制，其重要程度多被認為亦達到不可被修改之程度，從而，我們必然可以從這個機制的存在推論出，民主憲政當中確實存有核心原則等著我們去探求。

行文至此，到了我們應該要帶進「政治自由主義“political liberalism”」概念（羅爾斯（Rawls），1993）。實際上，在民主憲政的概念下，多數北半球陣營的學者（許多南半球陣營的學者亦同此見解）均肯認所謂民主憲政主義的概

念當中，就已經包含了政治自由主義的價值與理念，而民主憲政主義包含了政治自由主義的價值與理念這樣的想法，是一個哲學上從啟蒙時代流傳下來豐富而複雜的傳統，但是在流傳過程當中，這個想法理論不斷受到各個學說大家們的修改與精進，其中包括約翰·史都華·彌爾（John Stuart Mill）、伯特蘭·羅素（Bertrand Russell）、伯納德·威廉士（Bernard Williams）、約翰·羅爾斯（John Rawls）以及羅納德·德沃金（Ronald Dworkin）等等。

本意見書在此無法花時間詳述那些富有啟發性的政治自由主義思想，但是本文可以在此簡述一些政治自由主義的核心要件，藉由理解這些要件可以讓我們明白為何政治自由主義是民主憲政之中一個非常重要層面的原因，此外，這些要件之中有些要件正代表著民主憲政核心，故即使國家陷於最嚴重的自然或政治上的危機，也不得冒風險去限制或暫停這些核心的運作或行使。

如同約翰·羅爾斯（John Rawls）所提出的著名看法所指出，在人民所擁有的權利中，權利與權利間具有辭典式（lexicographical）的優先順序，也就是說有些權利對於其他的權利或利益而言，享有優先性。而這些享有優先性的權利就是指那些最基本的公民權利（像是不受酷刑凌虐的權利；禁止非法拘禁以及享有受正當法律程序保障之權）以及政治權利（像是言論自由以及結社自由權利）。是故，即便當國家因為陷於危機而需發布緊急命令，而在這個狀態下所實施的某些措施對於最基本的公民政治權利造成限制與侵害，國家也應確保措施實施的期間必須越短越好，此外，也不得對那些所謂德國憲法法院判例所形塑之基本權利之「本質」造成危害。

但本意見書認為，與其專注於研究並提出一份有關於國家在緊急狀態時，應為、得為、不應為或不得為的那些會影響人民自由與權利的行為清單，都沒有比想辦法確保當國家已經處於那樣的狀態的時候，法院仍然能夠「正常地」獨立於政府行政部門並行使其管轄權來得重要，理由在於，不論我們事前為國家權力在緊急狀態時設下何等實體上的限制，都不過是紙上談兵罷了，畢竟當事情已經發展到了不可收拾的地步，而政府為了控制住嚴峻或混亂的情勢走投無路之時，極有可能抵擋不住權力的誘惑，進而做出侵害人民自由與權利之事，此際僅有獨立的司法系統能夠真正防止這樣的事情發生。

綜上所陳，本文認為憲法的核心在於，確保在憲政制度上存有公正、獨立且健全的司法系統之運作，而且即便國家在處於極端的緊急狀態時仍該堅守此項承諾，唯有當一個國家的司法系統在緊急狀態仍得保持正常運作，這樣的憲法才能夠稱得上具備阻止國家中最有權勢的人毀憲亂政之能力。

VI. 本文已經簡述完，從歷史的角度去觀察，自由憲政主義是如何與民主原則結合為民主憲政原則。亦已強調民主憲政的維持需仰賴法治原則的幫助之重要性，而法治原則就是指在制度上一個國家需要存有生意盎然、專業且獨立的司法系統。

接著要討論另一個爭點，亦即，就我們身處的時代而言，民主原則是否也是立憲原則的核心，且其重要程度也到了即使國家處於緊急狀態之中，也不得暫停或限制之程度。我的回答很簡單明瞭：是的，正是如此。確實，如果先撇開如同前述之自由憲政主義在某些程度上會與民主原則相隔閼這個事實而論，21 世紀的民主原則確實是立憲主義的核心原則之一。其重要程度已經達到，即使一個國家正在戰事之中，也不該將應舉辦的民主選舉延宕超過幾個禮拜舉行的地步。

民主原則與自由憲政主義之間的連結是眾所皆知的。在每個人民都應該在尊嚴與尊重上受到平等的對待（這個原則也是立憲主義的核心原則之一）的前提下，那麼每當公民社會以舉辦政治領導人的選舉的方式，作成公民社會最重要的決定之一時，我們無法否認自由憲政主義在這當中扮演了一個不可或缺的角色。

就民主原則與法治原則（以及自由憲政主義）之間的內部關係而言，已經有很多文獻指出，倘若在制度上沒有奉行自由民主的法治原則作為輔助，民主政治根本沒辦法確實地被施行。晚近學者吉列爾莫·歐唐奈（Guillermo O'Donnell）針對這個問題做了詳盡的研究而指出，如果民主選舉沒有一個有效健全的司法系統作支撐，那麼行政部門很有可能會禁止任何不利於政府派候選人的資訊流通，或者恣意逮捕任何其認為具有潛在危險性的異議者等等事情發生。不論是上述哪種事情，都會招致在民主選舉當中，不受當權者青睞的候選人都難謂有選上的機會的事情發生。

VII. 有關以憲法學的角度觀察德國法中之 *Ausnahmezustand*（緊急狀態）的爭點，本意見書認為，德國法在制度上仍有緊急狀態之設置並不構成問題，理由在於，德國緊急狀態制度所存於的憲政系統具有兩大特徵，首先，自 1940 年代以來德國已經發展了一個完整健全的自由民主憲政系統，再者，德國的憲政系統有著非常獨特的文化，也就是從未忘記其有著 1933 年至 1945 年間的恐怖過去的憲政文化，又德國 1933 年至 1945 年間的過去可以讓我帶到本文另一個尚未論及的層面。本文認為，自由民主憲政體制就是為了確保國家不會因為當權者受不了權力的誘惑而把國家帶往極權統治而生，這個體制的產生過程當中，整個公民社會以及附隨於其的各個組織是不可或缺的存在。如同

2008 年哈利戴、菲利以及卡匹克 (Halliday, Feeley and Karpik) 提出的論證所指，倘若法律複合體 (legal complex) 的概念，並未完全地與憲法上保障權利與自由的價值結合，那麼不論這個憲法制度被設計得多麼完美，都難保當權者在控制行政權與立法權之後，不會將國家帶往極權統治之路。一個缺乏公民社會與傳播媒體支持的司法系統，絕對沒有能力也沒有辦法捍衛人民的自由與權利。

- VIII. 針對當國家處於緊急狀態時，哪些憲法上的原則是可以被不遵守而且可以不遵守至何等程度之爭點，本意見書認為，首先，嚴格來說沒有任何一個核心原則可以不遵守，但是當國家為了追求一些具備正當性的立法目的時，難免會與保障人民自由與權利的憲法價值相衝突，在這種極端的情況下，政府應該可以透過某種機制用以確認，哪些措施得被認為適合憲的措施，哪些則否（必須受司法權之監督乃屬當然）。所謂「比例原則（‘Principle of proportionality’）」就是我所稱呼的某種機制，這個原則是一個常被德國憲法法院在審理案件時所使用的探索式方法 (heuristic device)，近來拉丁美洲與其他國家的憲法法院也有提高使用該原則之跡象。

根據這個原則，為了達到某種具有正當性的國家（或公共）利益（例如安全與秩序）之目的，政府僅能採取合乎必要性原則與妥當性原則之措施，此外，在所欲追求的利益間與所受侵害的憲法權利間不可輕重失衡。不可諱言地，最後一個檢驗標準仍然存有一些模糊空間，但是一個真正獨立的司法系統，是有能力適當地運用此套審查模型，尤其是如果法院系統係以國際人權法之標準為之，更是如此。

- IX. 針對憲法應該設置怎樣的程序上與實體上之防衛機制，以免賦予政府發布緊急狀態之設計被濫用之問題，本意見書認為，如同前述，一個健全的司法制度就是答案，這個司法系統必須有著公民社會與傳播媒體的支持，如此一來，其就具備防止任何行政部門及立法部門濫權之能力。
- X. 如同模憲爭點所正確指出，緊急狀態無論如何都應該被認為是正常憲政秩序下的例外，所以緊急狀態所能持續的期間不應該過長（以數週為限，至多不得超過數個月）。任何一個國家如果允許緊急狀態所施行的期間過長，那麼就有招致國家被極權政權統治之風險。據此以觀，除了問題所示之例子之外（在臺灣實施了 38 年的戒嚴、在納粹德國以及東德實施了超過 10 年的緊急狀態），在此還要再加上皮諾謝將軍 (General Pinochet) 政權，其在智利實施了未曾中斷的 17 年緊急狀態。
- XI. 究竟哪些原則，得用以評估法院在國家處於緊急狀態或極權統治期間所作成

的判決？本文認為在憲法層次有兩個答案。第一個憲法價值，係指在極權統治下合法但不具憲法正當性的價值。第二個，係指在當時位居善意第三人的位置而信賴法律，這個法安定性的價值。實際上，在非常多的轉型正義的案例中，其所面臨的矛盾與困境，均源自於上述兩個價值。以種族歧視法案為例，受歧視之種族，其正當擁有的財產被國家奪去，但國家接著將奪來的東西賣給善意第三人。我們要怎麼處理這樣的案子？在某些轉型的國家當中，最終處理的方案為優先保障善意第三人。但是假使善意第三人並不那麼善意，亦即其在購買當時就已經認知到其所購買之財產係國家掠奪而來之物，那麼這個財產的現在持有人，就應該將系爭財產返還給當時被掠奪之少數民族之遺族後代。

針對如果使用現代法與憲法原則評價法院在國家處於緊急狀態或極權統治期間所作成的判決，將招致哪些價值衝突之爭點，本意見書再次認為，就是法安定性原則以及為處理轉型正義的實質正義原則兩者間的衝突。本意見書所提供的評價的方式為，首先應該把過去國家所為的暴行做區分，第一種是最為殘酷的行為，例如危害人類罪（亦稱違反人道罪行），此種罪行是任何一個人類都會認為是殘忍而沒有人性的行為；第二種行為則是那些違反一些「技術上」的法律原則之行為。前者行為應以現代憲法原則以及國際公法的規範予以評價。評價後者行為時，法律安定性較具優先性。

- XII. 在這整份意見書當中，我不斷強調當國家處於緊急狀態時，穩定而健全的司法系統所扮演的角色之重要性。但也難以否認，當國家已經全心全意往成為獨裁統治的方向前進之時，法院確實也無力回天。本文主張，他們仍應嘗試奮鬥至最後一刻，但假使法院系統已經被全然摧毀（典型的情形是政府控制了上級法院），法官們應該要在淪為威權統治政府的橡皮圖章之前，集體辭職。
- XIII. 就上述所言及之財產案件而言，法院應該就不同種類的案件做區隔，而分為那些單純的濫用權力的案件（在緊急狀態期間所為的行為）；以及那些存有善意第三人的案件（此類案件中應顧及善意第三人的權益）。法院應該將受害者的損害賠償請求權納入主要考量之中。除此之外，法院應該在有善意第三人之案件及刑事案件中，適用法律不溯及既往原則，但有關危害人類罪之案件不在此限。
- XIV. 有鑑於智利係以「協約式（pacted）」之方式從極權統治過渡至民主政治（故過渡方式受有許多限制），智利的法院並無機會在轉型正義的追求上，作出須被遵守之一般性的原則之判斷。然而，智利的最高法院的判例法允許法院對犯下危害人類罪行的高階與低階的政府官員判刑。雖然政治部門較著重於真

相與賠償的追求，而較不關注對於正義的追求。但是智利的法院審理了許多在當時犯下罪行的案件，因此跟全世界的國家作比較，智利是讓最多在極權統治時犯罪的人，為他們當時的行為以在監獄服刑的方式付出代價的國家。

- XV. 就國家應該向受難家屬為賠償的部分，智利這個國家本身，從未承認曾經犯下罪行或者做錯事。唯一一次的例外是艾爾溫（Aylwin）總統 1991 年經由全國性電視轉播向提出「真相與和解報告書（the Truth and Reconciliation Report）」時，曾非正式的承認國家犯下的過錯。受難者向國家請求賠償之部分，因為經濟財政上的限制，以及因為人民對於此議題缺乏敏感度，所以相關賠償事宜並未適當地與充分地被履行。法院在審理人民控告國家請求損害賠償的案件時，多採取相當保守的立場。
- XVI. 由於皮諾謝將軍政權過去以嚴密的秘密警察系統控制整個國家，在其控制國家期間命令特務所犯下的每一個罪行，沒有一個案件不是基於政治上的目的而為之。

TRUST IN POLICE AND JUSTICE: WHAT CAN TRANSITIONAL JUSTICE ACHIEVE?

MOOT COURT TAIPEI

13 NOVEMBER 2013

PROFESSOR SUSANNE KARSTEDT

Two questions

1. Do Transitional Justice Mechanisms enhance trust in the criminal justice system?
2. Does a lack of trust in criminal justice system induce and coincide with an increase in criminal offenses in a transitional country?
3. Is Criminal Justice decisive for legitimacy and ultimately political stability in transitional societies?

Criminal justice in Transition

Before ...

1. Police and security forces implicated in

Extreme use of force (extrajudicial killings, forced disappearances, torture, excessive use of force against citizens)

2. Prosecution and courts implicated in

Prosecution of political activists, minorities
Disproportionate sentencing, biased sentencing

3. Prisons and corrections implicated in

Maltreatment of prisoners

Violations of human rights

Criminal justice in Transition

During transition...

1. Re-establish trust and legitimacy of criminal justice
2. Reduce human rights violations and the use of force
3. Enhance performance of the police and criminal justice

Transitional Tasks

1. establishment of the rule of law
2. control of corruption (in criminal justice)
3. general institutional and governmental stability
4. end impunity for human rights violations by the criminal justice system

The role of Transitional Justice

1. A necessary condition?
2. provide models of institutions that can be trusted?
3. Deter future human rights violations by police and security forces?

Situating Taiwan and its transition

Global sample:

1. Trajectories of trust in police and justice, violence and crime after transition
2. The impact of Transitional Justice Mechanisms on trust in police and justice
3. The role of democratic transition

Asia and Taiwan

1. Trajectories of trust in justice for democracies and transitional countries
2. Trajectories for Taiwan

Trust in transition: Sample

1. 78 countries with transition towards democracy
2. Time period from 1974 to 2010
3. post-transition divided into four periods
 First 5 years, 6 – 10 years , 11 – 15, more than 15 years during which legitimacy and trust in police and justice are measured
4. Trust in police and justice from surveys
 Indicators on
 corruption, rule of law, violence (homicide), state violence
 (extrajudicial killings, forced disappearances, torture, political imprisonment)
5. Transitional Justice Mechanisms (initiated)
 Criminal Prosecution and Trials (domestic, hybrid or international), Truth
 Commissions and Reparations

Trajectories of Trust, Violence, State violence and Corruption Transitional countries 5 – 10 years post-transition

	Trust in police	Trust in justice system	Homicide	State Violence	Control of Corruption
	5 years post transition				
Africa	49.33%	54.80%	18.57	4.81	24.67
Americas	39.01%	48.40%	10.73	4.59	39.19
Europe	42.47%	45.57%	7.80	2.94	53.73
Asia & Oceania	56.47%	54.53%	4.10	4.70	29.40
<i>Taiwan</i>	<i>59.40%</i>	<i>59.40%</i>	<i>7.81</i>	<i>2.20</i>	<i>75.12</i>
	10 years post transition				
Africa	46.52%	52.42%	19.87	4.24	30.16
Americas	38.15%	38.84%	9.87	4.65	44.57
Europe	42.88%	39.80%	7.42	2.89	47.69
Asia & Oceania	43.26%	50.19%	3.07	4.66	29.44
<i>Taiwan</i>	<i>•</i>	<i>•</i>	<i>5.94</i>	<i>2.00</i>	<i>76.10</i>

Trajectories of Trust, Violence, State violence and Corruption Transitional countries 5 – 10 years post-transition

all regions

Trust in police and justice decreases

Violence decreases slightly

State violence slightly decreases or remains stable

Control of corruption mixed

Taiwan

Trust in police and justice is high (within Asian range)

Violence and state violence decrease

Control of corruption is high

Trajectories of Trust, Violence, State violence and Corruption Transitional countries 15 and more years post-transition

	Trust in police	Trust in justice system	Homicide	State Violence	Control of Corruption
	15 years post transition				
Africa	55.28%	59.25%	19.60	4.04	39.92
Americas	34.23%	36.48%	12.88	4.45	46.80
Europe	46.93%	41.72%	5.78	2.93	50.09
Asia & Oceania	53.14%	58.03%	3.62	4.76	38.44
<i>Taiwan</i>	<i>38.20%</i>	<i>39.40%</i>	<i>4.38</i>	<i>1.20</i>	<i>76.00</i>
	15 > years post transition				
Africa	55.75%	59.09%	17.17	3.90	47.82
Americas	34.73%	31.02%	20.40	4.11	42.01
Europe	52.10%	40.23%	2.72	2.89	59.42
Asia & Oceania	61.93%	51.67%	3.23	5.10	39.15
<i>Taiwan</i>	.	.	<i>3.55</i>	<i>1.00</i>	<i>73.57</i>

Trajectories of Trust, Violence, State violence and Corruption Transitional countries 15 and more years post-transition

all regions

Trust in police and justice with slightly increase

Violence remains at high levels in some regions or increases

State violence decreases steadily

Control of corruption improved (Africa, Europe), decreasing (Americas), stable

Taiwan

Trust in police and justice deteriorating (below Asian range)

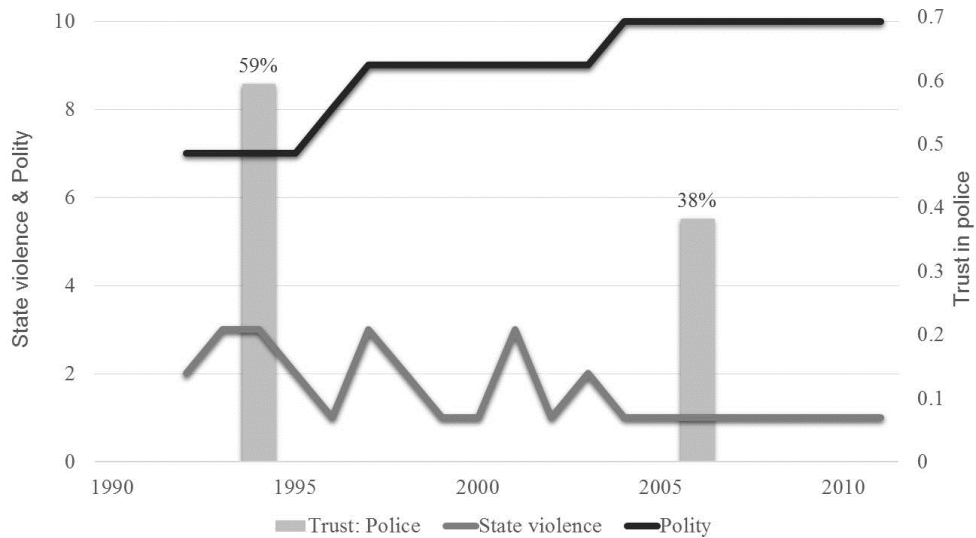
Violence and state violence decrease

Control of corruption is high and stable

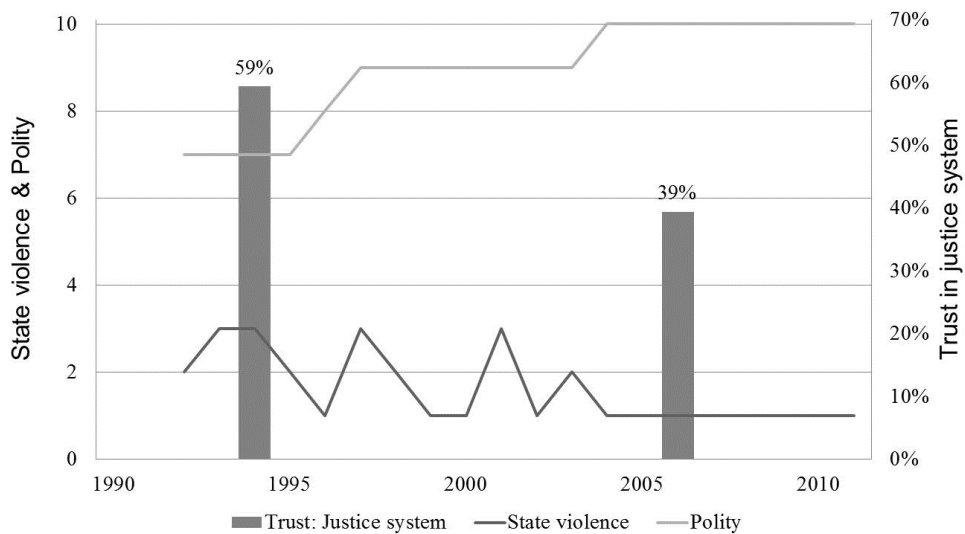
Trajectories of Trust, Violence, State violence and Corruption Transitional countries 5 to 15 and more years post-transition

1. Transition countries remain low trust countries even across a rather long post-transition period.
 2. Nearly half of the population trust the police in the immediate five years after the transition, which decreases and reaches the initial level again after 15 and more years.
 3. Trust in the justice system is at high levels during the first years, but goes into continuous decline over the whole period (from 51% to 41% after 15 and more years).
 4. Violence and state violence remain at very high levels throughout the post-transition period.
 5. Exception is control of corruption, which increases by nearly 50% (from 34 in the first 5-year period to 48 more than 15 years after the transition).
- Trust in criminal justice can hardly flourish in transitional countries.

Taiwan 1990 – 2010 Trust in Police, democracy and state violence



Taiwan 1990 – 2010 Trust in justice, democracy and state violence



Taiwan 1990 – 2010 Trust in police and justice, democracy and state violence

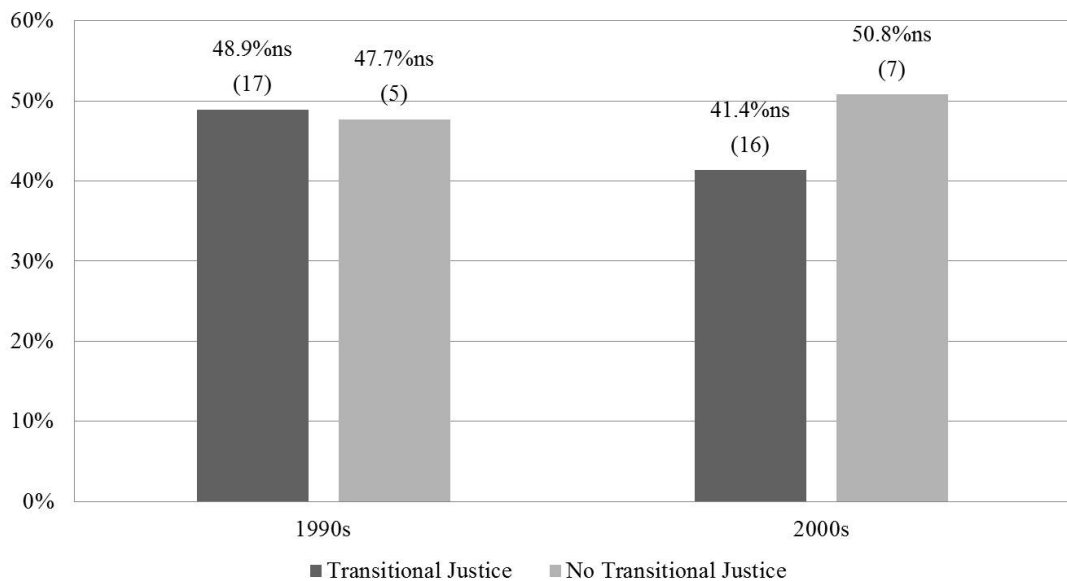
1. Deterioration of trust in police and justice.
2. Developing into a mature democracy.
3. Reducing state violence to low levels.

Democratization and reduction of violence by police and security forces does NOT translate into trust and legitimacy for criminal justice

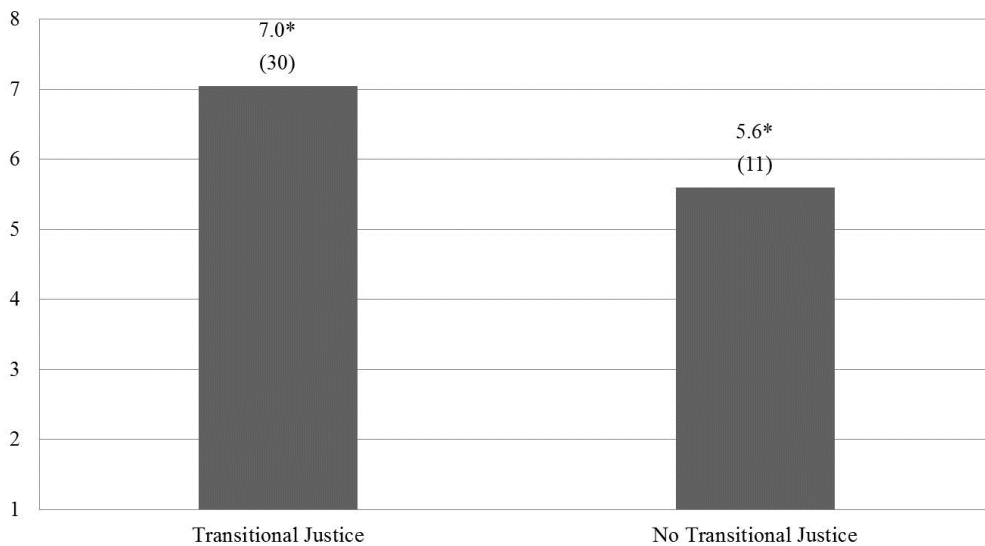
Transitional justice and trust in police (% trust) Transitional countries 1990s and 2000s



Transitional justice and trust in justice (% trust) Transitional countries 1990s and 2000s

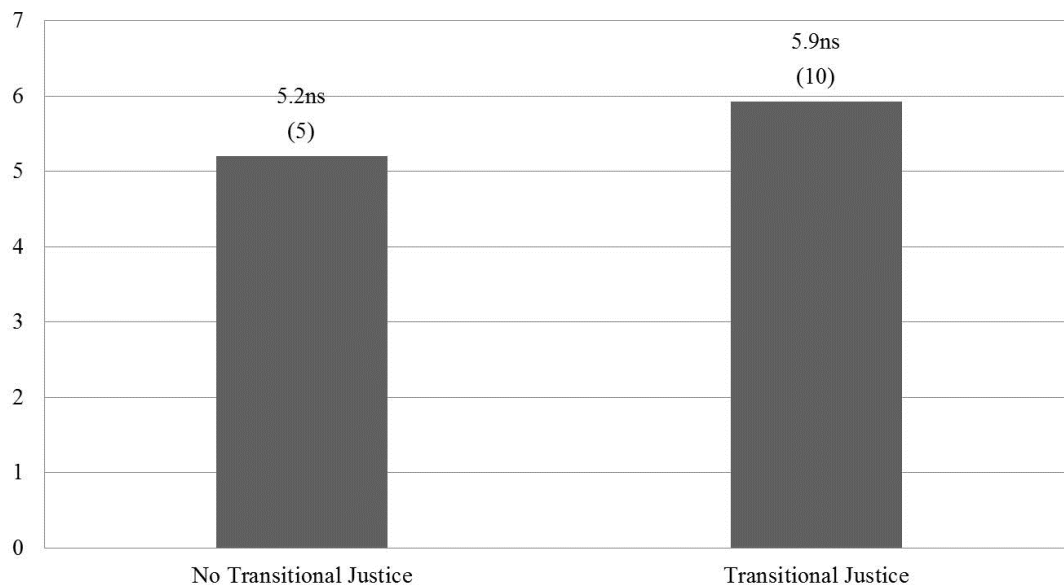


Transitional Justice Process and Rule of Law Transitional countries 2006-2010



Level of significance: ° ≤ 0.1, * ≤ 0.05, ** ≤ 0.01, *** ≤ 0.001, ns = not significant

Transitional Justice Process and Rule of Law Transitional countries in Asia 2006-2010



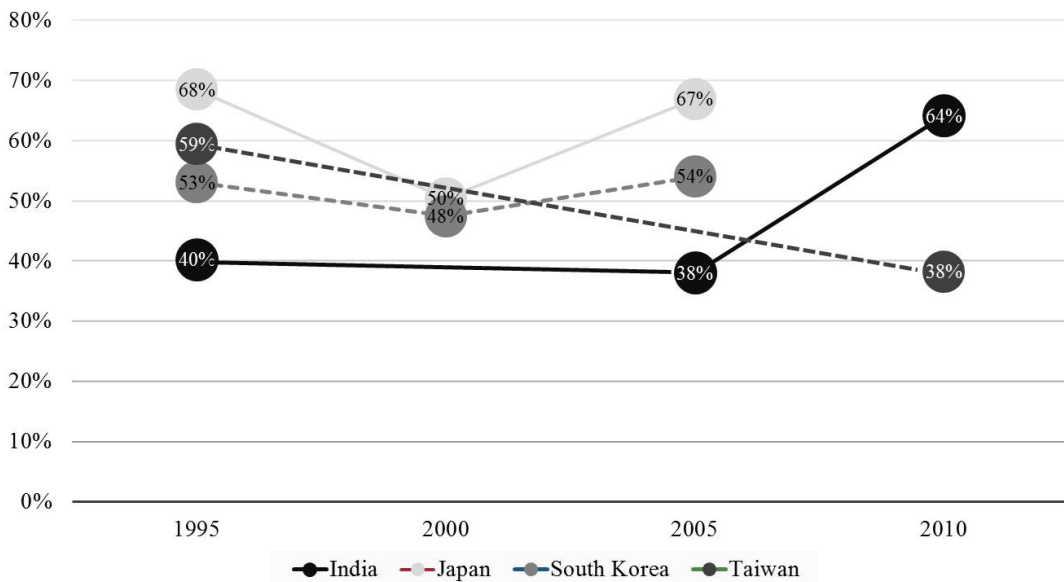
Level of significance: ° ≤ 0.1, * ≤ 0.05, ** ≤ 0.01, *** ≤ 0.001, ns = not significant

Transitional justice and trust in police and justice (% trust) Transitional countries 1990s and 2000s

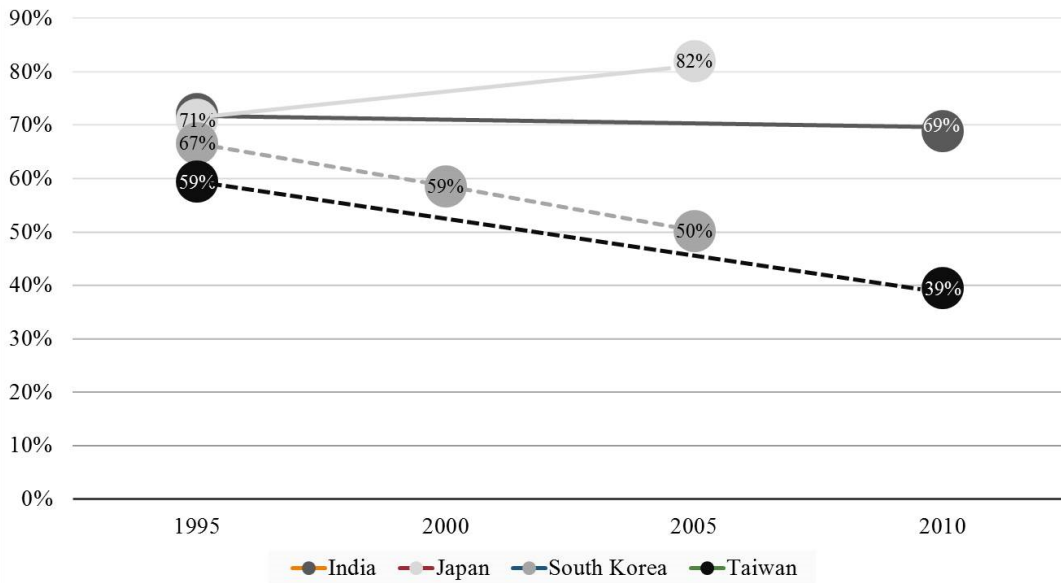
Transitional Justice Mechanisms

1. No impact on trust in police between 1990 and 2000.
2. No impact on trust in justice 1990s.
3. Non-significant increase of trust in justice without transitional justice in 2000.
4. Significant improvement rule of law in transitional countries 2006 – 2010.
5. Has no impact on rule of law in transitional countries in Asia 2006 -2010.

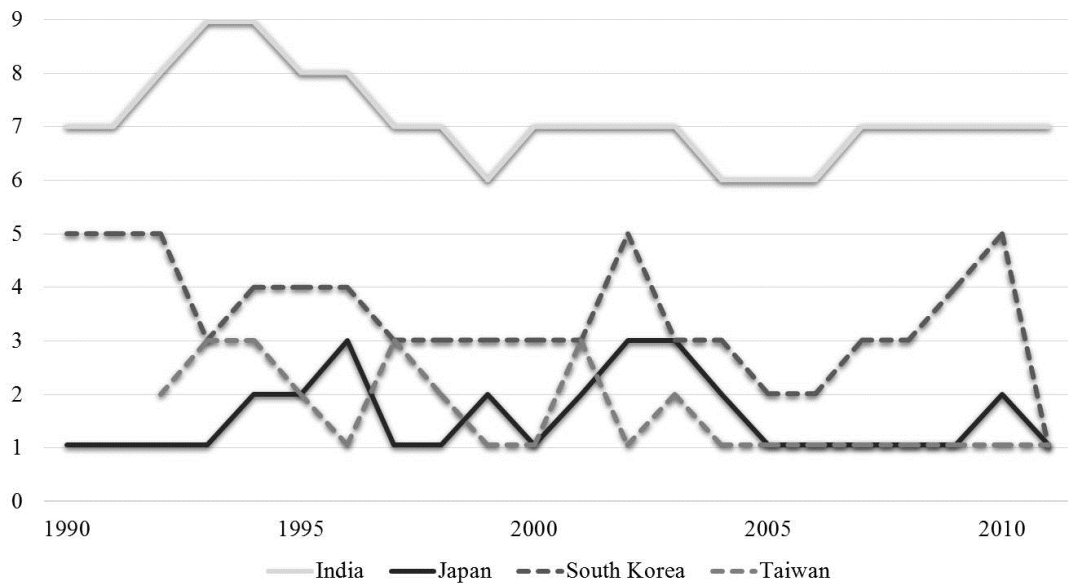
Transitional societies and mature democracies in Asia: Trust in Police 1995 - 2010



Transitional societies and mature democracies in Asia: Trust in Justice 1995 – 2010



Transitional societies and mature democracies in Asia: State violence 1990 – 2010



Transitional societies and mature democracies in Asia: Trust in police and justice, state violence 1995 - 2010

Trust in police:

Declines only in Taiwan

Trust in Justice

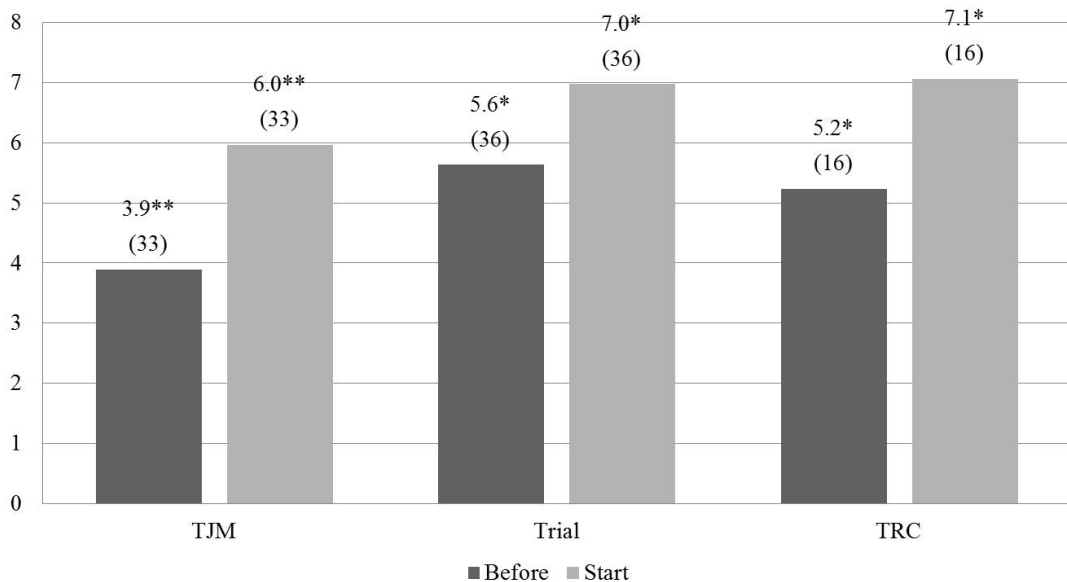
Declines in both transitional societies

State violence

Declines in both transition countries

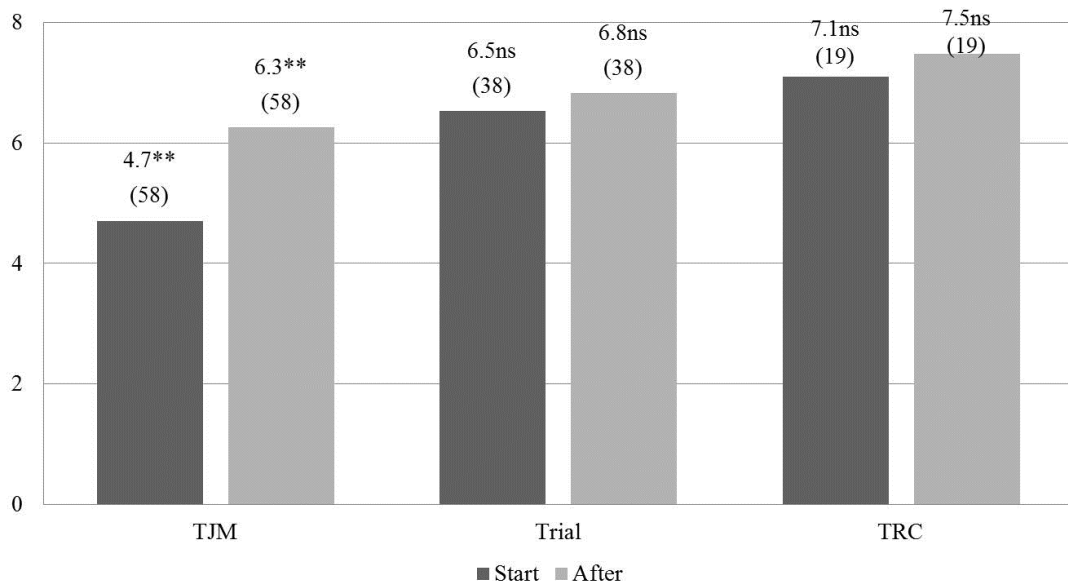
Taiwan has the best record of the two

Transition to Democracy and Transitional Justice: 5 years before and at start of TJ-Process



Level of significance: ° ≤ 0.1, * ≤ 0.05, ** ≤ 0.01, *** ≤ 0.001, ns = not significant

Transition to Democracy and Transitional Justice: Start of TJ-Process and 5 years later



Level of significance: ° ≤ 0.1, * ≤ 0.05, ** ≤ 0.01, *** ≤ 0.001, ns = not significant

Transition to Democracy and Transitional Justice

Transitional Justice Processes start when democracy has improved

Applies to any / combined TJ mechanisms, trials and TRCs

Democracy improves after Transitional Justice Mechanisms (TJM) have been started

Applies only to all mechanisms, not to trials or TRCs alone

Conclusion: Transitional Justice and trust in criminal justice

1. Addressing past state violence does not automatically translate into trust in criminal justice among citizens.
2. Levels of state violence do not have an impact on trust in police and justice across

the transition period.

3. Levels of state violence do not have an impact on trust in police and justice across different regime types.
4. Transitional justice encourages judicial reforms for the independence of the judiciary.
5. Impact of other institutional reforms on legitimacy and trust is low, and they contribute little to enhancing trust in police and justice (Karstedt 2013, 2015).

Why does trust in criminal justice not improve?

1. Democracy enhances transparency and voice for citizens – more critical assessment of criminal justice.
2. Improving Rule of Law enhances awareness for past injustices and present deficiencies – this affects the criminal justice system.
3. The relationship between trust in police and courts, and crime is complex – Transitional justice is a minor factor in this process.

Countries

Country	Classification	Country	Classification
Albania (E*)	Transitional Country	Burundi	Transitional Country
Algeria	Transitional Country	Cambodia (*)	Transitional Country
Argentina (A)	Transitional Country	Canada (A)	Mature Democracy
Armenia (*)	Transitional Country	Cape Verde (*)	Transitional Country
Australia	Mature Democracy	Chile (A*)	Transitional Country
Austria (E)	Mature Democracy	Comoros	Transitional Country
Bangladesh (*)	Transitional Country	Congo, DR	Transitional Country
Belarus (E*)	Transitional Country	Costa Rica (A)	Mature Democracy
Belgium (E)	Mature Democracy	Croatia (E)	Transitional Country
Benin (*)	Transitional Country	Cyprus	Mature Democracy
Bhutan	Transitional Country	Czech Republic (E*)	Transitional Country
Bolivia (A)	Transitional Country	Denmark (E)	Mature Democracy
Bosnia and Herzegovina (E*)	Transitional Country	Djibouti	Transitional Country
Brazil (A)	Transitional Country	Dominican Republic (A)	Transitional Country

Country	Classification	Country	Classification
Bulgaria (E*)	Transitional Country	Ecuador (A)	Transitional Country
Macedonia (E*)	Transitional Country	Panama (A*)	Transitional Country
Madagascar (*)	Transitional Country	Paraguay (A*)	Transitional Country
Malawi (*)	Transitional Country	Peru (A)	Transitional Country
Mali (*)	Transitional Country	Philippines	Transitional Country
Mauritius	Mature Democracy	Poland (E*)	Transitional Country
Mexico (*)	Transitional Country	Portugal (E)	Transitional Country
Moldova (E*)	Transitional Country	Romania (E*)	Transitional Country
Mongolia (*)	Transitional Country	Russia (E*)	Transitional Country
Mozambique (*)	Transitional Country	Senegal	Transitional Country
Nepal (*)	Transitional Country	Sierra Leone (*)	Transitional Country
Netherlands (E)	Mature Democracy	Slovakia (E*)	Transitional Country
New Zealand	Mature Democracy	Slovenia (E*)	Transitional Country
Nicaragua (A*)	Transitional Country	South Africa (*)	Transitional Country
Nigeria (*)	Transitional Country	Spain (E)	Transitional Country
Norway (E)	Mature Democracy	Suriname (A*)	Transitional Country
Sweden (E)	Mature Democracy	Ukraine (E*)	Transitional Country
Switzerland (E)	Mature Democracy	United Kingdom (E)	Mature Democracy
Taiwan (*)	Transitional Country	United States (A)	Mature Democracy
Timor-Leste	Transitional Country	Uruguay (A)	Transitional Country
Trinidad and Tobago (A)	Mature Democracy	Zambia (*)	Transitional Country
Turkey	Transitional Country	Zimbabwe	Transitional Country

Democracies and Transitional Countries

	Democracies	Transitional Countries	Total
Africa	1	24	25
Americas	5	17	22
AsiaOcean	6	16	22
Europe	12	21	33
Total	24	78	102

人民對警察與司法的信任：轉型正義能帶來 哪些改變？

模擬憲法法庭（台北）

2016年11月13日

蘇姍娜·卡司德（Susanne Karstedt）教授

澳洲格里菲斯大學

兩大議題探討：

- 一、轉型正義工程是否能強化人民對刑事司法制度的信任？
- 二、在轉型中的國家內，究竟犯罪的發生，是否會因為人民對刑事司法制度的不信任而被誘發與增加？
- 三、刑事正義在轉型社會中，是否為維護統治正當性與政治穩定性不可或缺之一環？

轉型中的刑事正義：

在過去：

1. 警察制度與國安單位涉入：「使用極端武力」（例如：法外殺人、強制失蹤、酷刑虐待、不當使用暴力）。
2. 檢察與審判系統涉入：（1）起訴政治異議份子或社會弱勢族群。（2）不合比例、充滿偏見的量刑。
3. 監獄與矯正單位涉入：（1）對受拘禁人施以非人道之待遇。（2）違反人權的行為。

轉型中的刑事正義：

轉型的過程中：

1. 重建對於刑事司法的信任及正當性。
2. 減少、降低人權違反及使用武力、暴力的行為。
3. 改善警察與刑事司法的執法行為。

轉型的任務：

1. 建立法治
2. 管制刑事司法貪污收賄的情形。
3. 提升制度與政府之整體穩定性。
4. 對刑事司法之人權侵害行為究責。

轉型正義所扮演的角色：

1. 是否為必要的條件？
2. 是否能提供足以信賴的制度模式？
3. 是否能遏止未來發生警察及執法人員違反、侵害人權的行為？

臺灣及其轉型情況：

全球各地的實例：

1. 轉型後，人民對警察與司法制度的信任、暴力行為與犯罪三者的變化軌跡。
2. 轉型正義工程對於人民就警察制度與司法體系之信任度的衝擊及影響。
3. 民主轉型所扮演的角色。

亞洲及臺灣：

1. 民主及轉型國家中對司法體系信任度之變化軌跡。
2. 臺灣的變化軌跡。

轉型中的信任：實例

1. 78 個國家正在轉型走向民主。
2. 歷經期間為 1974 年到 2010 年間。

3. 後轉型時期，可分為四個階段：
 - 轉型開始不滿 5 年，轉型開始 6 到 10 年，11 到 15 年，15 年以上。
 - 分別評估四個階段之統治正當性及人民對警察制度與司法系統的信任。
4. 人民對警察制度與司法體系的調查是基於以下指標：
 - 貪污腐敗、法治、暴力（兇殺案件），國家暴力（法外殺人、強制失蹤、酷刑虐待、政治監禁）。
5. 已實行之轉型正義工程：
 - 刑事追訴與審判（含國內、混合、或國際）、真相委員會及犯罪被害賠償制度。

轉型中國家於轉型後 5-10 年間，人民對警察制度之信任、
國家暴力及貪污之變化軌跡：

	對警察制度之信任度	對司法系統之信任度	兇殺案件	國家暴力行為	控制貪污程度
轉型後 5 年					
非洲	55.28%	59.25%	19.60	4.04	39.92
美洲	34.23%	36.48%	12.88	4.45	46.80
歐洲	46.93%	41.72%	5.78	2.93	50.09
亞洲及大洋洲	53.14%	58.03%	3.62	4.76	38.44
臺灣	38.20%	39.40%	4.38	1.20	76.00
轉型後 10 年					
非洲	55.75%	59.09%	17.17	3.90	47.82
美洲	34.73%	31.02%	20.40	4.11	42.01
歐洲	52.10%	40.23%	2.72	2.89	59.42
亞洲及大洋洲	61.93%	51.67%	3.23	5.10	39.15
臺灣	.	.	3.55	1.00	73.57

轉型中國家於轉型後 5-10 年間，人民對警察制度之信任、
國家暴力及貪污之變化軌跡：

世界所有區域：

人民對警察制度與司法系統之信任度降低。

暴力事件稍微減少。

國家暴力行為有些微減少或維持穩定。

控制貪污的情況則不一致，有的提升、有的降低。

臺灣：

與亞洲國家相比，臺灣人民對於警察與司法制度之信任較高。

暴力事件及國家暴力行為減少。

對於貪污之控制有提升。

轉型國家於歷經轉型 15 年後，人民對警察制度之信任、國家暴力及貪污之變化軌跡：

	對警察制度之信任度	對司法系統之信任度	兇殺案件	國家暴力行為	控制貪污程度
	轉型後第 15 年				
非洲	55.28%	59.25%	19.60	4.04	39.92
美洲	34.23%	36.48%	12.88	4.45	46.80
歐洲	46.93%	41.72%	5.78	2.93	50.09
亞洲及大洋洲	53.14%	58.03%	3.62	4.76	38.44
臺灣	38.20%	39.40%	4.38	1.20	76.00
	轉型後第 15 年以後				
非洲	55.75%	59.09%	17.17	3.90	47.82
美洲	34.73%	31.02%	20.40	4.11	42.01
歐洲	52.10%	40.23%	2.72	2.89	59.42
亞洲及大洋洲	61.93%	51.67%	3.23	5.10	39.15
臺灣	.	.	3.55	1.00	73.57

轉型國家於歷經轉型 15 年後，人民對警察制度之信任、國家暴力及貪污之變化軌跡：

世界所有區域：

人民對警察制度與司法體系之信任度些許增加。

在一些區域內，暴力事件仍發生頻繁或甚至有增加的情形。

國家暴力行為穩定地減少。

控制貪污的情況，有的提升（非洲、歐洲）、有的降低（美洲），其他則維持穩定。

臺灣：

臺灣人民對於警察與司法制度之信任度惡化中（低於亞洲區域各國）。

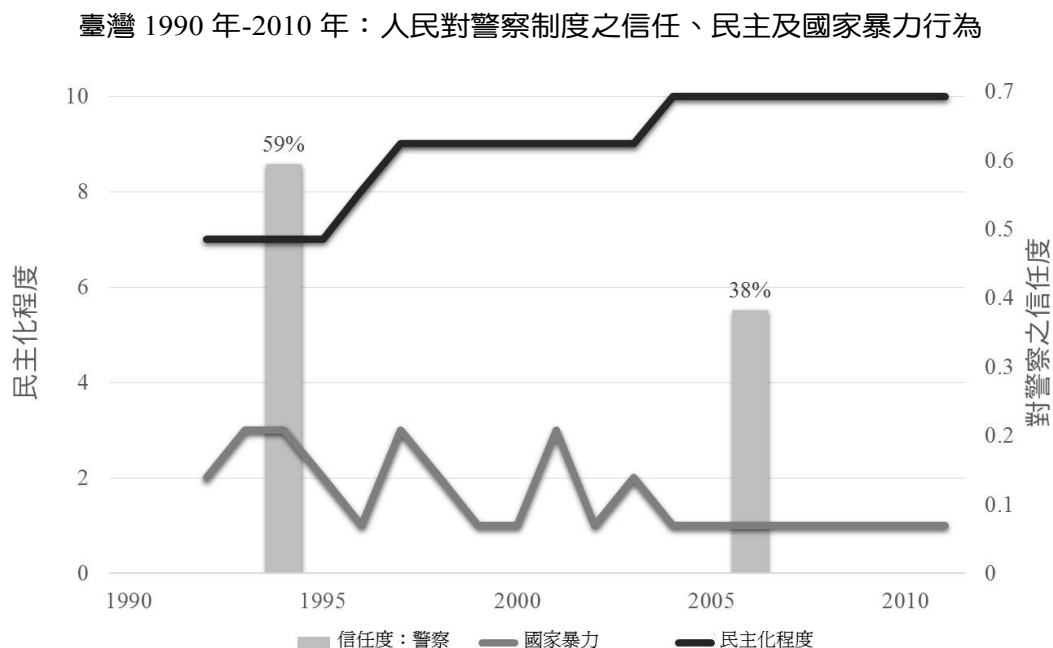
暴力事件及國家暴力行為減少。

對於貪污之控制較高且維持穩定。

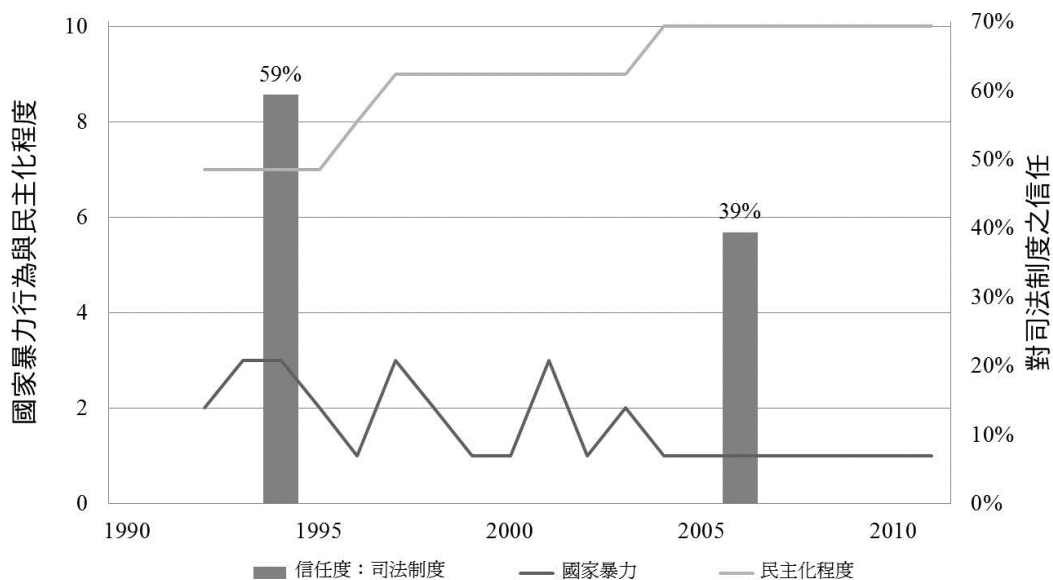
轉型國家於歷經轉型 15 年後，人民對警察制度之信任、國家暴力及貪污之變化軌跡：

1. 在轉型中國家，即使經過較長的一段時間，人民的信任度仍持續偏低。
2. 在轉型後 5 年內，將近 5 成的人口對於警察制度具有信任度，但在 15 年過後就又逐漸減少並回到最初的情況。
3. 在轉型後初期的前幾年內，人民對司法制度的信任是很高的，但其後（轉型後 15 年後）則一直是持續降低的情況（從 51%減少到 41%）。
4. 暴力案件及國家暴力行為在後轉型時期則是一直處於極高的狀態。
5. 唯一的例外是貪污的控制情形，其提升將近 5 成（從轉型後 5 年內的 34% 提升到轉型後 15 年後的 48%）。

在轉型中國家內，人民對司法正義的信任度持續處於低靡，幾乎無法提升。



臺灣 1990 年-2010 年：人民對司法之信任、民主及國家暴力行為

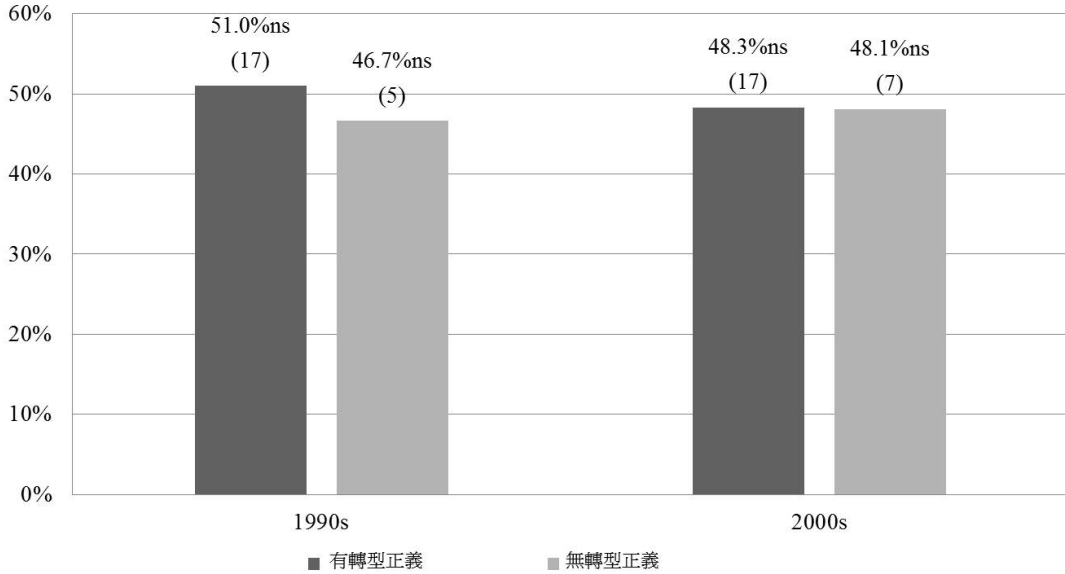


臺灣 1990 年-2010 年：人民對警察制度之信任、民主及國家暴力行為

1. 人們對警察制度及司法之信任度惡化。
2. 發展為一個成熟民主政治國家。
3. 減少國家暴力行為至較低程度。

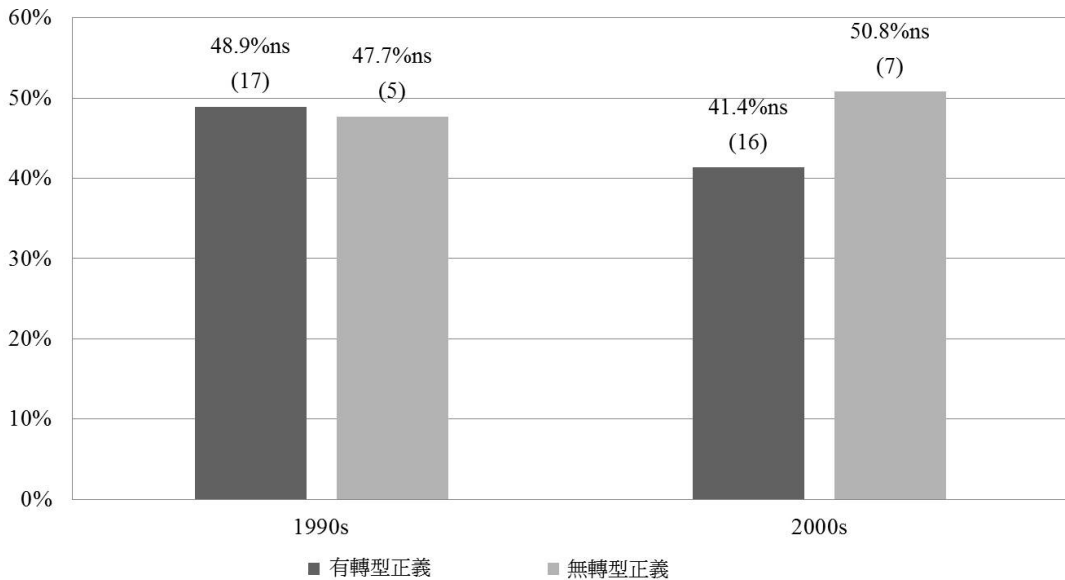
民主化與警察、執法單位暴力行為之減少，並不必然代表人民對刑事司法之信任及其具備正當性。

轉型中國家（於 1990 年代及 2000 年代）：
轉型正義與人民對警察之信任（信任度百分比%）



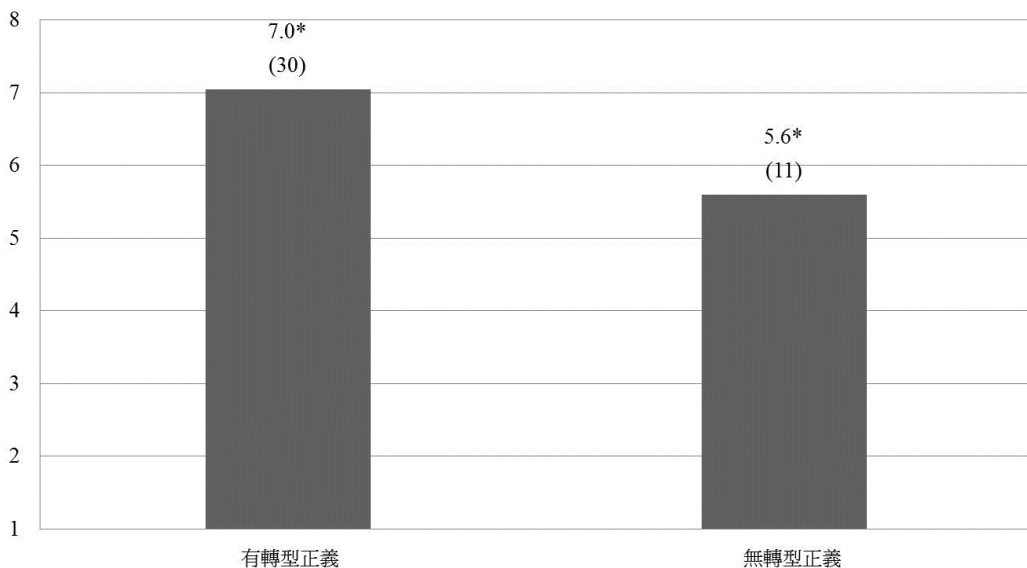
顯著之程度： $^{\circ} \leq 0.1$, $* \leq 0.05$, $** \leq 0.01$, $*** \leq 0.001$, ns = 不顯著

轉型中國家（於 1990 年代及 2000 年代）：
轉型正義與人民對司法之信任（信任度百分比%）



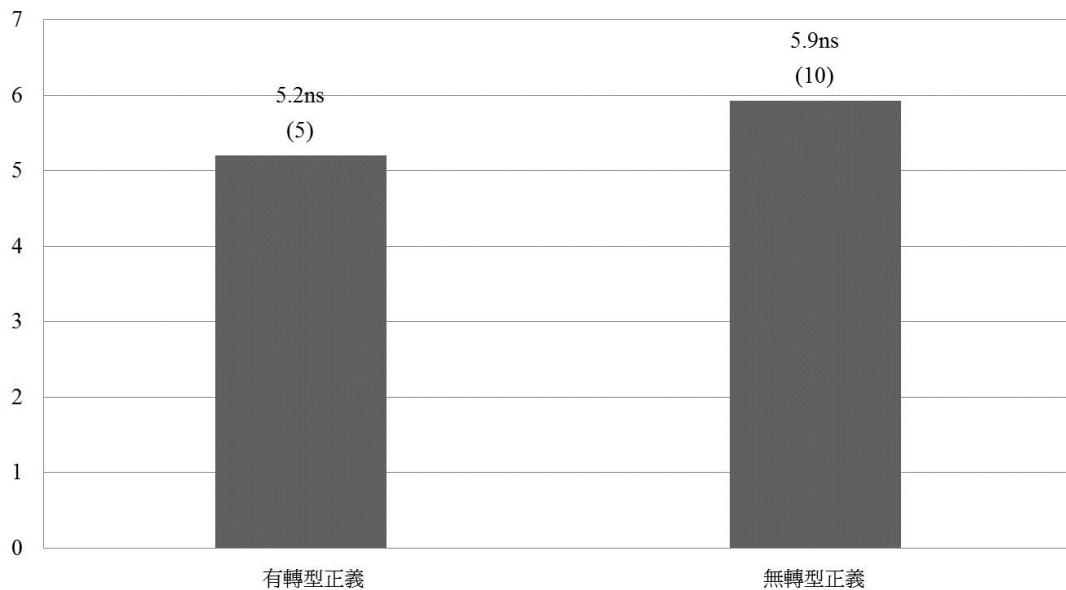
顯著之程度： $^{\circ} \leq 0.1$, $* \leq 0.05$, $** \leq 0.01$, $*** \leq 0.001$, ns = 不顯著

轉型中國家（自 2006 年至 2010 年間）：轉型正義之過程與法治



顯著之程度：° ≤ 0.1, * ≤ 0.05, ** ≤ 0.01, *** ≤ 0.001, ns = 不顯著

亞洲的轉型中國家（自 2006 年至 2010 年間）：轉型正義之過程與法治



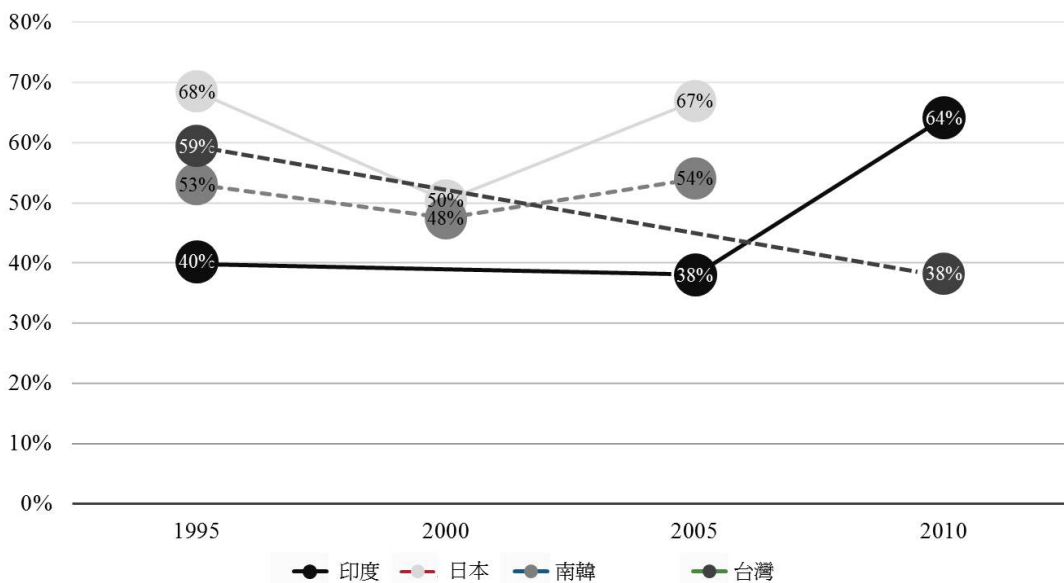
顯著之程度：° ≤ 0.1, * ≤ 0.05, ** ≤ 0.01, *** ≤ 0.001, ns = 不顯著

轉型中國家（於 1990 年代及 2000 年代）：轉型正義與人民對警察制度之信任（信任度百分比%）

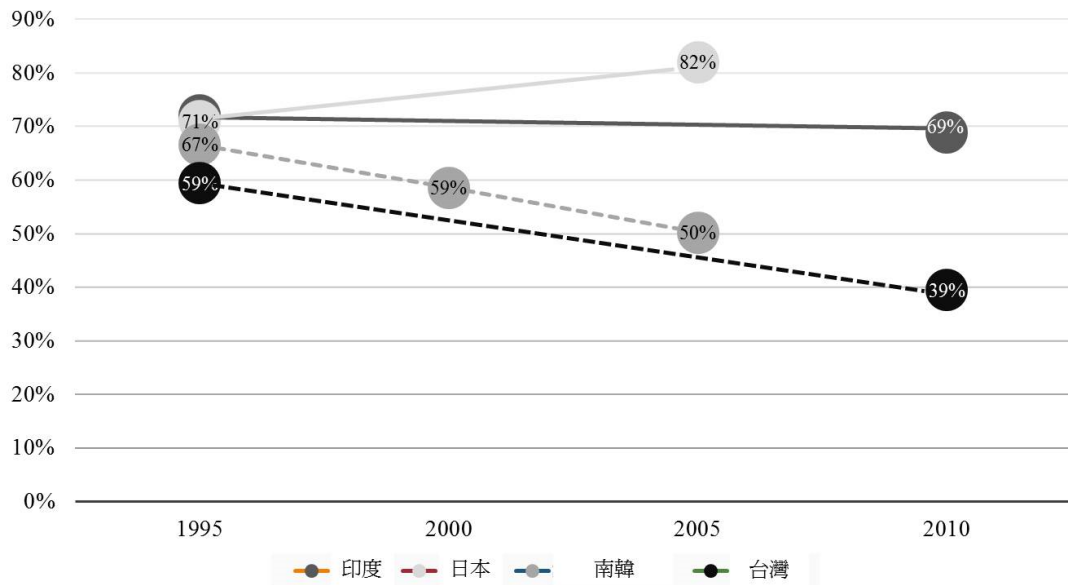
轉型正義工程：

1. 在 1990 年代及 2000 年代，轉型正義機制就人民對於警察制度之信任沒有影響。
2. 於 90 年代，轉型正義機制對於司法體系之信任度亦無影響。
3. 於 2000 年代，無轉型正義對於司法之信任並沒有顯著之提升。
4. 轉型中國家於 2006 到 2010 年間，其法治發展有顯著的進步、提升。
5. 但亞洲的轉型中國家於 2006 到 2010 年間，其法治發展則未受轉型正義工程之任何影響。

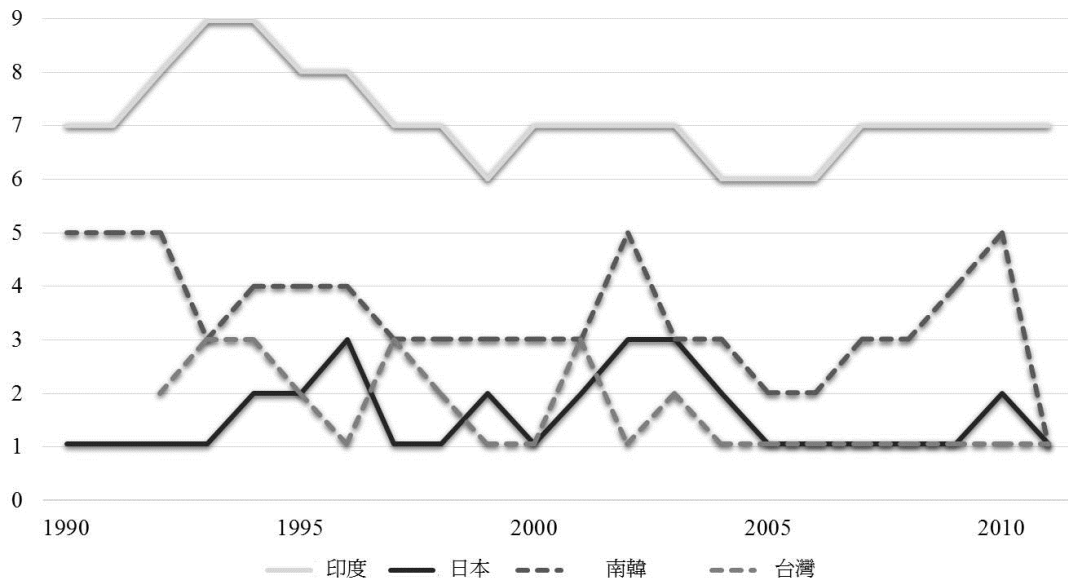
亞洲的轉型中社會與成熟民主國家：對警察制度之信任（1995 年-2010 年）



亞洲的轉型中社會與成熟民主國家：對司法之信任（1995年-2010年）



亞洲的轉型中社會與成熟民主國家：國家暴力行為（1995年-2010年）



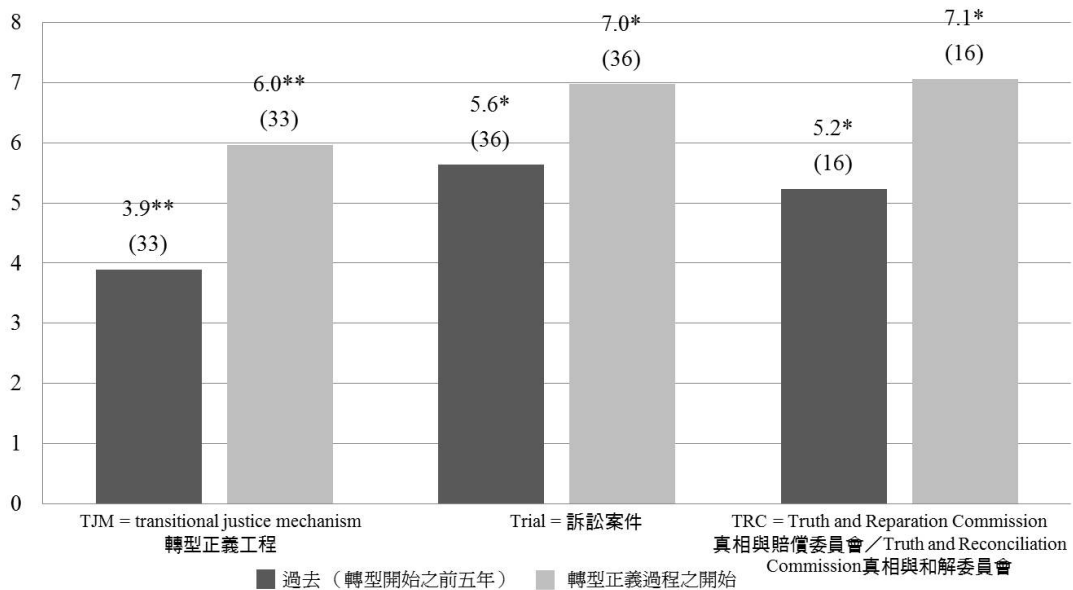
亞洲的轉型中社會與成熟民主國家：對警察與司法之信任，與國家暴力行為（1995年-2010年）

對警察之信任度：僅有臺灣是下降的。

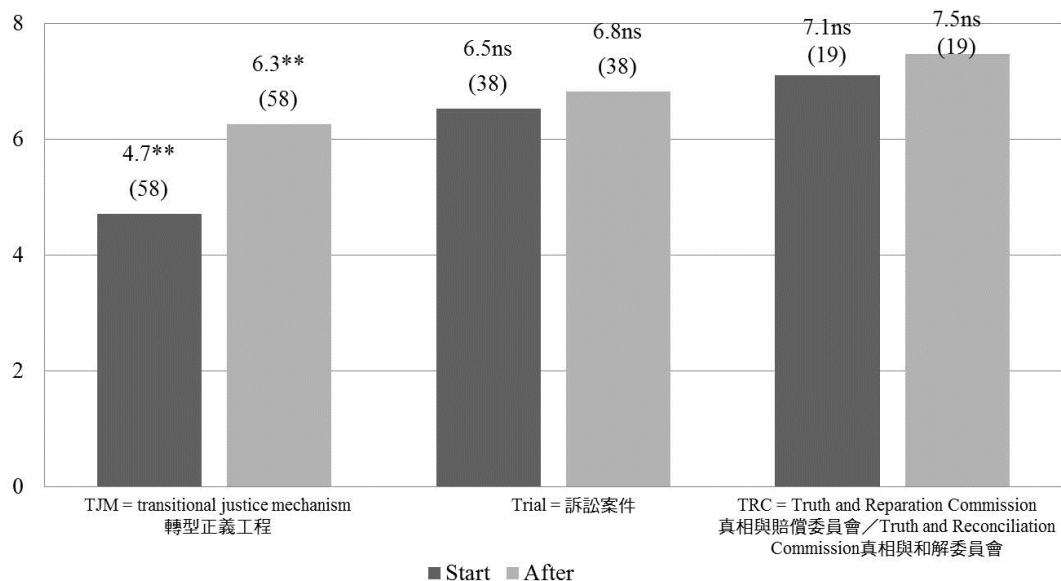
對司法體系之信任度：有兩個轉型中國家是下降的。

國家暴力行為：其中的兩個轉型中國家皆有減少的趨勢，而兩者間，臺灣的表現最佳。

民主之轉型與轉型正義：轉型開始之前5年，與轉型正義開始時之比較



民主之轉型與轉型正義：轉型正義過程開始時，與轉型正義開始 5 年後之比較



顯著之程度：° ≤ 0.1, * ≤ 0.05, ** ≤ 0.01, *** ≤ 0.001, ns = 不顯著

民主之轉型與轉型正義：

當民主政治較進步時，轉型正義工程才會啟動。

— 這適用於任何轉型正義工程、訴訟及真相與和解委員會，或以上三者的合併進行

民主政治會因轉型正義工程開啟而更趨進步。

— 這僅適用於所有轉型正義工程的合併進行，並不適用於單有訴訟或單有真相與和解委員會的情形。

結語：轉型正義與人民對刑事司法之信任

1. 處理與評價國家過去的暴力行為並不當然表示人民對刑事司法的信任度會有所提升。
2. 在轉型的時期中，人民對警察與司法體系的信任並不因國家暴力行為的嚴重程度而有所不同。
3. 在各種不同的政體間，人民對警察與司法體系的信任亦不因國家暴力行為的嚴重程度而有所不同。

4. 轉型正義將會鼓勵司法改革，朝向促進司法獨立之方向發展。
5. 其他制度性的改革對於正當性及人民信任度的影響很低，且對提升人民信任警察與司法體系之效果有限。(卡司德(Susanne Karstedt)，2013、2015年)

為何人民對刑事司法之信任無法提升？

1. 民主制度會強化公開、透明度及人民的意見、聲音—使其更加嚴格檢視刑事司法。
2. 加強法治將提升人民對於過去之不正義與現階段的缺陷之意識—這會影響刑事司法體系。
3. 人民對於警察及法院之信任與犯罪間的關係，非常複雜，而轉型正義僅為其中一個次要因素。

世界各國：

國家	分類	國家	分類
阿爾巴尼亞(E*)	轉型中國家	蒲隆地	轉型中國家
阿爾及利亞	轉型中國家	柬埔寨(*)	轉型中國家
阿根廷(A)	轉型中國家	加拿大(A)	成熟民主國家
阿亞美尼亞根廷(*)	轉型中國家	維德角(*)	轉型中國家
澳大利亞	成熟民主國家	智利(A*)	轉型中國家
奧地利(E)	成熟民主國家	葛摩	轉型中國家
孟加拉(*)	轉型中國家	剛果民主共和國	轉型中國家
白俄羅斯(E*)	轉型中國家	哥斯大黎加(A)	成熟民主國家
比利時(E)	成熟民主國家	克羅埃西亞(E)	轉型中國家
貝南(*)	轉型中國家	賽普勒斯	成熟民主國家
不丹	轉型中國家	捷克(E*)	轉型中國家
玻利維亞(A)	轉型中國家	丹麥(E)	成熟民主國家
波士尼亞與赫塞哥維納(E*)	轉型中國家	吉布地	轉型中國家
巴西(A)	轉型中國家	多明尼加(A)	轉型中國家
保加利亞(E*)	轉型中國家	厄瓜多(A)	轉型中國家
馬其頓(E*)	轉型中國家	巴拿馬(A*)	轉型中國家
馬達加斯加(*)	轉型中國家	巴拉圭(A*)	轉型中國家
馬拉威(*)	轉型中國家	秘魯(A)	轉型中國家

國家	分類	國家	分類
馬利(*)	轉型中國家	菲律賓	轉型中國家
模里西斯	成熟民主國家	波蘭(E*)	轉型中國家
墨西哥(*)	轉型中國家	葡萄牙(E)	轉型中國家
摩爾多瓦(E*)	轉型中國家	羅馬尼亞(E*)	轉型中國家
蒙古(*)	轉型中國家	俄羅斯(E*)	轉型中國家
莫三比克(*)	轉型中國家	塞內加爾	轉型中國家
尼泊爾(*)	轉型中國家	獅子山(*)	轉型中國家
荷蘭(E)	成熟民主國家	斯洛伐克(E*)	轉型中國家
紐西蘭	成熟民主國家	斯洛維尼亞(E*)	轉型中國家
尼加拉瓜(A*)	轉型中國家	南非(*)	轉型中國家
奈亞利亞(*)	轉型中國家	西班牙(E)	轉型中國家
挪威(E)	成熟民主國家	蘇利南(A*)	轉型中國家
瑞典(E)	成熟民主國家	烏克蘭(E*)	轉型中國家
瑞士(E)	成熟民主國家	英國(E)	成熟民主國家
臺灣(*)	轉型中國家	美國(A)	成熟民主國家
東帝汶	轉型中國家	烏拉圭(A)	轉型中國家
千里達及托巴哥(A)	成熟民主國家	尚比亞(*)	轉型中國家
土耳其	轉型中國家	辛巴威	轉型中國家

() 內字母、符號之意涵：加 * 者為轉型中國家。

A 指美洲，E 指歐洲，亞洲、非洲及大洋洲則未有標示

民主國家與轉型中國家：

	民主國家	轉型中國家	國家總數
非洲	1	24	25
美洲	5	17	22
亞洲、大洋洲	6	16	22
歐洲	12	21	33
國家總數	24	78	102

鑑定意見書

杜銘哲聲請案 黃國昌等立委聲請案
戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例聲請違憲案

鑑定人：鄧衍森 教授

鑑定意見：

1. 自由民主憲政秩序之內涵為何？其於我國憲法上之依據為何？與憲法解釋所承認之各項憲法原則，諸如民主原則、法治國原則等等，關聯性為何？我國憲法是否容許國家在緊急狀態下，為了保障自由民主憲政秩序，暫時性地牴觸各項憲法原則？如為容許，除司法院釋字第 567 號解釋揭示「關於限制人身自由之處罰，仍應以法律規定，且其內容須實質正當，並經審判程序，始得為之」外，對於緊急狀態下公權力之行使，是否尚有其他憲法上之界線？

憲法的存在所形成的秩序，理論上即可產生憲法秩序，如同任何法律體系出現其特定之法律秩序。然而，憲政主義所倡議之憲政秩序是否因有憲法即當然存在，或者說，憲法秩序之形成是否等同憲政秩序之存在，卻有檢討之必要以做分辨。憲法是國家之根本大法，亦即國家組成之最高法律，其實質內涵包涵國家創立之目的、政府體制、政府組織與權力、人民之權利與義務等重要規範。

因此，國家之創立如為政黨之目的而存在，其憲法之實質內容有關規範目的與價值內涵所形成之憲法秩序，亦將不同於國家創立目的係為人民之福祉，其憲法秩序所蘊含之價值。由此可見，憲法秩序性質上是後驗的秩序，不必然具有保護人民自由與平等價值之先驗性。至於憲政秩序，概念上係源自憲政主義所形成之秩序稱之。所謂憲政主義，(constitutionalism)，又稱立憲主義，是一種政治理念所規劃的國家體制，主張國家權力來自表彰人民意志之基本法，亦即憲法的授權，並受其拘束的政治思想，憲法並明確規定公民權利的內容。基於此理念，政府所有權力的行使以憲法為其軌道，並受憲法的制約，使政治運作進入法治的理想狀態。因此，憲政主義所形成的憲政秩序，是一種理想的法律秩序，強調法律具有凌駕於包括政

府在內一切法制的必要性。憲法本身則是所有法律是否滿足此理想法律秩序有關內涵的判準。違反此理想法律秩序內涵之法律規則，因失其正當性而歸於無效。概念上，類似所謂不正義的法不是法（Lex injusta non est lex）原理的適用，於此所稱不正義，係指違反理想法律秩序之實質價值，在憲法的涵攝下產生無效之結果。我國憲法第 171 條第 1 項規定：法律與憲法牴觸者無效。即此說明。

理論上，憲政主義立論下之憲政秩序有關規範目的之內涵應屬相同。因此，憲政秩序是否另需其他價值規範，如自由民主，加以界定，雖然無礙於憲政秩序之理想性格的維持，卻有誤解憲政主義必須以民主與自由為限定，憲政因而成為內容不確定之危險。於此並先說明。

假設自由民主憲政秩序就是憲政秩序之態樣，自由民主憲政秩序之內涵要素應等同於憲政主義之內涵要素，亦即，所有人生來自由，自由的限制只受合於憲法之有效法律的制約，國家權力的有效性與正當性來自憲法的授權與制約。就我國憲法意圖表彰憲政秩序之規範目的而言，自由民主憲政秩序之概念內涵即如釋字第 499 號針對 88 年 9 月 15 日修正公布之憲法增修條文是否違憲之解釋文中之說明：「自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」此自由民主憲政秩序形成之基礎，依本釋字說明，包含第 1 條之民主共和國原則、第 2 條國民主權原則、第二章人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，此等原則之性質，如本釋字所稱，屬於具有本質之重要性者稱之。基於此具有本質重要性之憲法原則，所形成之憲法規範秩序，即為自由民主憲政秩序。

根據本釋字說明，自由民主憲政秩序，亦即具有特定價值要素之憲政秩序，是我現行憲法賴以存立之基礎之原因，乃因憲法明文規定之一些本質性原則而得以確立。此具有理想性格與特定價值要素之自由民主憲政秩序，因此也是憲法解釋中得以汲取實質價值規範之來源，例如基於此秩序所確認之各項憲法原則，如民主原則¹與法治國原則²等。

¹ 正確而言，應為民主國原則，如主權在民原則與保障人權原則。關於民主原則釋字第 628 號有如下說明：「依憲法之民主原則，不僅應遵守多數決之原則（本院釋字第五一八號解釋理由書參照），且如事關人民權利之限制者，所形成之規定內容應符合比例原則，其訂定及執行並應遵守正當程序（本院釋字第五六三號解釋參照）。」兼顧程序原則與實質規範之準則，概念上亦屬自由民主憲政秩序之內涵要素。

² 大法官解釋文中，援引法治國原則之解釋，計有釋字第 636、629、614、602、594、589、585、575、574、525、520 號等。另參見許玉秀大法官於釋字第 574 號部分協同意見書之說明：法治國則是民主國國家權力的運作模式，自權力運作的模式詮釋民主國，即稱為法治國。在一個由每個國民的權力所建構的國家權力機制當中，為了保障權力基礎，也就是每個國民的權力，必定會以一套全體國民同意的規範來落實群體權力的運作，此所以依法而治的法定原則（Legalitätsprinzip）是民主國所必然遵循的權力運作規則，而有權力分立及依法運作權力的民主國，就是具有法治國特質的民主國……。」

關於法治國原則之概念，釋字中不斷重申其為憲法基本原則之一，首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則及信賴保護原則之遵守³。以法律限制人民權利時，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果⁴。此等規範要素，事實上亦是自由民主憲政秩序之內涵要素。

自由民主憲政秩序既為憲法存立之基礎，憲法所有規定之適用與解釋，原則上即不得違反此憲政秩序所包涵之任何原則，如有違反應即不容於憲法之整體規範秩序。因此，國家遇有緊急狀態必須為緊急處分之情況，仍應遵守自由民主憲政秩序之規範義務，部分憲法原則雖得以暫時容許其牴觸，卻仍應注意其牴觸態樣並無違反自由民主憲政秩序內涵要素中，具有絕對重要性之要素，例如民主共和國原則，主權在民原則與權力分立與制衡原則。表現法治國原則之人民權利的保障，除法律保留原則仍不得有所牴觸外，實體權利之性質如屬於憲法規範目的之權利，如人身自由、生命權、宗教自由與訴訟權等，仍不得以緊急命令之方式加以限制或有所侵害，否則自由民主憲政秩序即已形同完全崩毀。

關於國家對於人民權利其保障義務原則，公民與政治權利國際公約第 4 條有更詳盡之規定。國家社會遭遇緊急狀態危及國家安全，依法宣布緊急狀態時，雖然得以減免履行其依本公約所負之義務，但有若干權利卻屬於絕對不得限縮者，包含，生命權、不受酷刑或不人道對待權、禁止奴隸或強迫勞動、契約債務不受監禁權、罪刑法定保障權、確認權利能力權、思想信仰和宗教自由及其他依其權利性質不得減損限縮者，例如，公平審判權。此等絕對不得限縮之權利，性質上屬於人權之核心價值，亦即人的尊嚴的內涵要素。概念上稱為核心人權。

國家對於屬於核心人權之絕對義務源自人性尊嚴的絕對性，因此，人民權利在實定憲法秩序下遭受限制時，應注意是否損及人性尊嚴之絕對性，任何侵害人性尊嚴的法令或措施，都是自由民主憲政秩序的背離。

司法院釋字第 567 號亦有相同之說明：「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。」此解釋明確揭示自由民主憲政秩序之核心價值，亦即人性尊嚴，就是憲法規範價值之終極目的。

³ 釋字第 525、589 號解釋。

⁴ 釋字第 636 號解釋。

因此，緊急狀態下，具有核心價值之人性尊嚴，基於實質正當法律程序絕對不得違犯外，亦不得違反比例原則。此外，憲法第 7 條之平等原則更是公權力行使在憲法上應絕對遵守的界限。違反平等原則與歧視之任何法令措施，已違反實質正當法律程序之內涵要素，構成人權的侵害，也是自由民主憲政秩序的違反。

人的尊嚴，首見於 1948 年聯合國世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights）第 1 條前段規定：所有人生而自由，在尊嚴與權利上一律平等。（All human beings are born free and equal in dignity and rights.）雖然此宣言在形式上並無法律拘束力，但在國際實踐上，多數國家都確認其具有習慣國際法之效力，因而對於所有國家均有規範效力⁵。此宣言並與公民與政治權利國際公約與經濟社會文化權利國際公約三者構成國際人權憲章（International Bills of Human Rights）之法源依據。

因此，概念上，具有理想性格之憲政秩序或自由民主憲政秩序之內涵，不但應包含國際人權憲章之規範內容，更應以人性尊嚴之保障為其核心價值。進一步言之，憲法本身雖來自人民之付託以保障人民之基本權而具有正當性，若憲法所建構之憲政秩序背離民主憲政秩序之內涵要素，亦即不以充實人性尊嚴之人權保障為其目的與價值取向，該憲法即失其正當性。

2. 於國家之緊急狀態結束，恢復自由民主憲政秩序後，國家針對緊急狀態時期作成之審判，應否及如何遵循憲法原則處理？國家有無憲法上之義務回復人民於緊急狀態時期所受侵害之權利？如國家有憲法上之回復義務，此回復義務如何與「法安定性原則」、「禁止溯及既往原則」、「信賴保護原則」等憲法原則進行整全調節？又司法權進行違憲審查時，應否宣示國家履行回復義務所當遵循之原則？行政權或立法權又應如何具體履行此一回復義務？有哪些可以選擇之方案，始符合憲法上之要求？

國家緊急狀態下所做處分，包含審判，於緊急狀態結束恢復自由民主憲政秩序後，基於此秩序下，國家應依憲法所具有之本質性原則如法治國與民主國等原則，回復自由民主憲政秩序下之權利地位。如有嚴重破壞自由民主憲政秩序之情形，特別是基於人性尊嚴應享有不可剝奪或侵害之權利，國家更有回復原狀之義務，回復被害人於自由民主憲政秩序下所享有之地位與權利。嚴重侵害或剝奪人性尊嚴不可剝奪或侵害之權利，基於自由民主憲政秩序之規範義務，國家之回復義務，係屬回復正義（corrective justice）之要求。

此等回復義務之履行，雖與「法安定性原則」、「禁止溯及既往原則」、「信賴保

⁵ 參見 Jochen von Bernstorff, “The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights” (2008) 19 EJIL 903, 903-24. Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights* (Oxford Clarendon Press 1983) 53.

護原則」等憲法原則可能產生扞格，卻不見有任何法理違誤之處。由於此等原則乃理想憲政秩序下，有關法治國原則之內涵原則，其有效性存在於法治國原則有效存立為其前提，因此，於緊急狀態下嚴重破壞自由民主憲政秩序之結果，法治國原則如有違誤，有關法律措施，包含審判之作成，基於不正義之法不具有法律效力之原理，應無法安定性原則之適用，其他源於法治國原則之其他原則，亦同此理。

司法權針對緊急狀態下背離自由民主憲政秩序之立法或審判，進行違憲審查之時，應明確宣示主權在民之民主國原則，人民權利應依有效與正當之法律訂之之法治國原則作為國家履行回復義務所當遵循之原則。

國家履行回復義務所當遵循之原則應屬於自由民主憲政秩序內涵要素中之原則，滿足形式法律正當程序與實值正當法律程序之要件，回復自由民主憲政秩序下之憲法原則的功能與實踐。有權解釋憲法之機關專屬司法院大法官，因此，行政權或立法權在違憲審查未完成宣告緊急狀態下之法律違憲之前，應主動、積極研擬或提案關於國家履行回復義務所需之法律案，修正不當之法律。檢討權利分立原則下政府之組織與結構，避免政府權力遭致不當機關之濫用，宣導轉型正義之意義與重要性，使人民與國家都深切體認，過往之錯誤不可重蹈。

3. 如基於自由民主憲政秩序或其他憲法原則，國家於解除戒嚴後，有回復戒嚴時期人民權利受損之義務，則現行國家安全法第 9 條第 2 款、受損權利回復條例及補償條例之三項立法是否履行了國家的回復義務？或者在多少程度內履行了國家的回復義務？

1987 年 1 日公布之國家安全法第 9 條第 2 款規定：「戒嚴時期戒嚴地域內，經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，於解嚴後依左列規定處理：二、刑事裁判已確定者，不得向該管法院上訴或抗告。但有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴。」本條固然賦予動員戡亂時期非軍人所受軍事審判案件再度提起救濟之可能，卻限縮受害者訴訟救濟之途徑與訴訟權利之內容，已違反自由民主憲政秩序之權利救濟與政府權利分立原則，並侵害對受害者於憲法保障之訴訟權。

戒嚴時期人民受損權利回復條例以及本件所涉及的戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例，雖屬國家履行回復義務之立法，卻與損害賠償之原理，以回復原狀（*restitutio in integrum*）之原則有違。亦即回復義務的內容應包含人民於戒嚴時期因不當法律侵害人民基於憲法原則應獲保障之權利，不論是實體權利或程序權利，及基於權利所生之利益，均應為賠償。金錢賠償僅於回復原狀有困難時有其適用。因此，國家基於自由民主秩序應履行之回復義務有不完全履行之嫌。

4. 如基於自由民主憲政秩序或其他憲法原則，國家於解除戒嚴後，有回復戒嚴時期人民權利受損之義務，此種義務是否必須定性為賠償而非補償？如法律須明確定性為國家賠償責任，則國家賠償對象是否須限於（1）受損權利回復條例第 6 條第 1 項各款情形，（2）戒嚴時期經軍事審判判決有罪之案件，現經上訴或抗告，確定為無罪者？如經上訴救濟後法院仍為有罪判決確定，是否即非賠償對象？

基於自由民主憲政秩序或相關憲法原則，國家於解除戒嚴後，有回復戒嚴時期人民權利受損之義務，如其行為嚴重違反自由民主憲政秩序具有絕對重要性之內涵要素，例如表現法治國原則之人民權利的保障，以及權利之性質如屬於憲法規範目的之權利，如人身自由、生命權、宗教自由與訴訟權等，由於行為之不法性，因而應定性為賠償義務。

戒嚴時期人民受損權利回復條例得準用冤獄賠償法相關規定，請求國家賠償之情形，限於第 6 條第 1 項各款之情形，似已偏離自由民主憲政秩序或相關憲法原則之規範義務，因此，不應準用冤獄賠償法相關規定僅限於第 6 條第 1 項各款之情形。凡是嚴重違反自由民主憲政秩序具有絕對重要性之內涵要素致人民權利受有侵害者，均有國家賠償責任之適用。

5. 司法院大法官已針對國家安全法第 9 條第 2 款之規定，於 1991 年作成釋字第 272 號解釋，認定經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件經裁判確定者，於解嚴後不得向法院上訴或抗告之規定，係基於戒嚴與解嚴時間相隔 30 餘年之特殊情況，並謀裁判之安定而設，亦為維持社會秩序所必要，與憲法尚無抵觸。本憲法法庭應否變更釋字第 272 號解釋，原因為何？如有變更必要，又應如何變更？

非現役軍人得由軍事機關審判，為憲法承認戒嚴制度而生之例外情形，基於自由民主憲政秩序之規範要素，於解除戒嚴之後，國家負有回復義務以賠償不當法律措施等侵害人民於此秩序下應享有或不可剝奪之權利，訴訟權性質上屬於此等不可限縮之權利。釋字第 272 號解釋以基於戒嚴與解嚴時間相隔 30 餘年之特殊情況，並謀裁判之安定與維持社會秩序所必要之理由，認定於解嚴後不得向法院上訴或抗告之規定與憲法尚無抵觸，忽略自由民主憲政秩序與憲法原則中，具有本質性規範要素所保障之訴訟權利。亦與轉型正義之原理有違，本法庭應予以變更。

釋字第 272 號認定，解嚴後不得向法院上訴或抗告之規定與憲法尚無抵觸之解釋文，似乎未就「動戡時期國安法不准戒嚴時軍事審判確定案件於解嚴後向普通法院請求救濟之規定違憲」之爭點，作成合乎訴訟權保障之解釋。因此，針對釋字第

272 號解釋文應予變更者，應宣告國家安全法第九條第二款規定為違憲，回復非現役軍人於戒嚴時期經軍事審判機關審判之確定判決得向普通法院請求救濟之訴訟權。關於刑事裁判已確定者，修正為：得依法向該管法院上訴或抗告。有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴。

6. 如變更司法院釋字第 272 號解釋，宣告國家安全法第 9 條第 2 款違憲，使戒嚴時期戒嚴地域內經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件已確定者，於解嚴後得向該管法院上訴或抗告，是否將牽動受損權利回復條例及補償條例之存在正當性？受損權利回復條例與補償條例兩部法律是否因此而違憲，抑或特定條文違憲？如整部法律或其中部分條文因此有違憲疑義，其理由為何？蓋受損權利回復條例與補償條例之立法的目的乃為救濟當時國家安全法第 9 條第 2 款的限制，如國家安全法第 9 條第 2 款違憲，上開二法部分條文限制適用對象的規定縱有違憲，在前述「國家安全法」的限制解除後，原本無法循二法尋求救濟的人民，已有救濟之途徑，違憲爭議或許並非重點，而是該二法是否仍有存在之必要？若日後經過向普通法院上訴，得到賠償金的部分，是否應該扣除原本依據二法取得的補償？

被害人之訴訟權因國家安全法第 9 條第 2 款宣告違憲後，已能有效行使之情形下，未完全履行國家基於自由民主憲政秩序之回復義務所制訂之受損權利回復條例及補償條例，基於立法目的違反自由民主憲政秩序之理由，應全部宣告違憲，並以轉型正義之原則重新立法以回復或賠償被害人之損害。

日後向普通法院上訴關於賠償金的計算，如屬於性質相同之不法行為的賠償金，應扣除依據二法取得的補償金部分。

7. 戒嚴時期經軍事審判機關審判之非現役軍人，其刑事案件經判決有罪確定者，有涉及內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等政治性案件，有非涉及政治性案件，亦有如杜孝生案，係基於政治因素以非政治性罪名遭判刑確定者，或如「唐榮鐵工廠」、香蕉輪日的「金碗（盤）案」、林頂立案皆是，當時這些案件在動員戡亂時期及戒嚴令下，國家公權力及附屬組織對人民之自由權、財產權造成侵害，而未必以政治案件的方式為之。以上三者是否均屬國家基於自由民主憲政秩序，在轉型正義誠命下所應回復之範疇？如未納入，是否可以達到回復民主憲政秩序下人權的保障？可否達到轉型正義的要求？

戒嚴時期人民基於憲法原則與自由民主憲政秩序之權利，因國家權力之不當分配與作用，人民遭受侵害之權利，往往非僅以政治性案件為限，如爭議所提之案件，

即因珠絲牽連而受到侵害。緊急狀態終止後，基於自由民主憲政秩序國家之回復義務，對於人民權利之侵害，非屬於緊急狀態下國家得以限縮之權利者，即有回復原狀或金錢賠償之責任。如未納入國家回復義務之範疇，即屬民主憲政秩序下人權之違反。

8. 針對國家於威權時期所為不當審判的轉型正義措施，國際人權法上有何規範要求或者限制？國際人權法與比較憲法上，有哪些與本二件聲請案相關的案例、立法例、規範理論或政策建議，值得本庭參考？

國家於威權時期所為不當審判的轉型正義問題，自由民主憲政秩序的內涵要素雖然可以做為國家憲法秩序之基礎以回復人民權利之救濟，然而何以自由民主憲政秩序是國家憲法秩序存立基礎之規範理論卻未見有明確之論述。自由民主憲政秩序內涵要素與原則，基於立憲主義之政治思想後設而存有，卻無證立其必要性與妥當性之說明，因而乃有國家憲法之目的與精神背離自由民主憲政秩序，卻無以質疑與挑戰憲法正當性之餘地。

國際社會遭逢重大人權侵害事件，如二次大戰軸心國之侵害人類罪行，前南斯拉夫內戰之戰爭罪行，盧安達種族仇恨之暴行等，國際社會無待於自由民主憲政秩序的立論，而是以人權之重大侵害為由，回復國際社會應有之秩序，基於國際法之正當性理念（idea of legitimacy）⁶，超越實定法基本原則之限制，如罪刑法定、不溯及既往、追訴時效限制⁷與服從國家法令不罰⁸等原則，對違犯人權之行為人處以相當之刑事處罰。此即轉型正義概念之措施。正如聯合國秘書長於「法治與衝突及後衝突社會的轉型正義」報告書（Report of the 15 Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies）中對於轉型正義的觀念有如下之說明，「轉型正義包含一個社會試圖包容過去大規模暴行遺留下來的狀態，用以確立責任，符合正義並達成和解的全部過程與機制。⁹」聯合國在聯合國憲章的授權下，為處理國際社會嚴重侵害人權之罪行與暴行，基於轉型正義要求，設立或是促成設立廣泛的特別刑事法庭試圖達成一些目標，例如，對於嚴重違犯人權法與人道法之行為人繩之以法，停止此等違犯行為並防止再度發生，確保被害人的正義

⁶ 1998 年羅馬刑事法院規約通過後，國際刑法之規範理論才從正當性理念轉為合法性（legality）概念。

⁷ 參見羅馬刑事法院規約第 29 條關於時效之不適用規定：The crimes within the jurisdiction of the Court shall not be subject to any statute of limitations.

⁸ 參見羅馬刑事法院規約第 33 條規定。

⁹ The notion of “transitional justice” discussed in the present report comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. UN Security Council, “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, Report of the Secretary-General, S/2004/616, para. 8.

與尊嚴，建立過往事件紀錄，推動國家或民族的和解，重建法治並促成和平的回復。

為達成這些目標，聯合國於安全理事會下設立前南斯拉夫國際刑事法庭（International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia），盧安達國際刑事法庭（International Criminal Tribunal for Rwanda），基於條約設立獅子山（Sierra Leone）混合法庭，依據條約於國內法特別設立的柬埔寨（Cambodia）混合法庭，於波斯尼亞和黑塞哥維那（Bosnia and Herzegovina）國內法院中設置的特別法庭，於東帝汶（Timor-Leste）由聯合國過渡行政組織（United Nations Transitional Administration）設立對於東帝汶境內嚴重刑事犯罪行使專屬管轄權之專門小組等，都是聯合國基於國際人權法規範從事轉型正義所做的努力與經驗。

南非種族隔離政策下之人權侵害行為，憲法提供合法的依據，因此廢除種族隔離政策，從事轉型正義的過程中，修訂憲法成為轉型正義的重要工程，相同情形亦發生於東西德統一的過程，中歐國家如，匈牙利、波蘭、捷克共和國與斯洛伐克等國家從共產國家轉變為民主國家過程中，從事轉型正義的過程中，修訂憲法也是必經的工程¹⁰。

從國際社會與個別國家從事轉型正義的過程與經驗中，可以發現未以自由民主憲政秩序為基礎之憲法秩序是不正義的法律秩序，因此，修訂憲法就是為修正此不正義之憲法秩序使之符合自由民主憲政秩序下之內涵要素¹¹。觀察此等未以自由民主憲政秩序為基礎之憲法圖像，充斥嚴重的人權侵害事件，不正義的憲法反而成為政府暴行與濫權的合法依據與正當性基礎。因此，在後衝突或衝突中欲糾正不正義憲法秩序所需的手段就是轉型正義。人權與法治是轉型正義的規範基礎，也是發動轉型正義的正當理由。人權是每個人生為人就享有的權利，不是憲法所賦予，也不是法律所創設的權利，侵害人權的法律秩序，包含憲法，就是不正義的法律秩序，不正義法律秩序所蘊含的目的，由於非以人權為其規範目的，或是為遂行一黨之私，不正義法律秩序性質上是獨斷的、任意的與不可預測的，因而已背離法治。法治概念表彰一種治理的原則，內涵是所有人、機構與組織，公立或私立，包含國家本身都必須向公開制定、平等執行與獨立審判之法律負責，而此治理原則同時也符合與國際人權規範與標準。因此，在法治概念下，應確保所有措施遵守法律優位性原則，

¹⁰ Gábor Halmai, "The Role of Constitutionalism in Transitional Justice Processes in Central Europe," Available at <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/Professors/Halmai/Constitutions-and-TJ.pdf>

¹¹ 轉型正義與遵守憲法間之矛盾，哥倫比亞之情形是為著例。參見 Carlos Bernal-Pulido, "Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia," (3)4 Cambridge Journal of International and Comparative Law (2014) 1136-1163, available at <http://joomla.cjicl.org.uk/journal/article/pdf/249>

法律前的平等，權利分立，決策的參與，法安定性與防免獨斷，確保程序與法制的透明¹²。

人權規範的最大公約數在於人的尊嚴，因此，立基於人權保障與救濟的轉型正義同時具有先驗與後驗的正當性。人權規範性質上普世的、不可分的，所有人權都是個人生存不可或缺之條件，因此，人權受到限制僅限於人權條約明文規定之條款（參見公民與政治權利國際公約第 5 條）。包含：遷徙自由權（第 12 條），思想、信仰與宗教自由（第 18 條），言論自由權（第 19 條），和平集會權（第 21 條），結社自由權（第 22 條）等。所生限制之必要理由，原則上有國家安全（思想信仰與宗教自由不適用）、公共秩序、公共衛生、道德與為保護他人權利等，基於此等必要理由對於人權之限制，係指對於權利之行使有妨礙國家安全或必要理由時，在法律保留原則與符合比例原則下，限制權利之行使方式、方法等，因而其限制並非是對於人權為本質上的否定或限縮。換言之，權利之行使所加之限制，雖有必要理由，然而其限制程度、範圍與方式已達權利本質上之否定時，其限制即屬違反人權規範。相對於人權行使上之限制，公民與政治權利國際公約第 4 條規定，國家社會遇有緊急狀態，締約國得在此種危急情勢絕對必要之限度內，採取措施，減免履行其依本公約所負之義務，但此種措施不得抵觸其依國際法所負之其他義務，亦不得引起純粹以種族、膚色、性別、語言、宗教或社會階段為根據之歧視。依權利性質國家保護義務絕對不得減免者包含：生命權、免於受到酷刑、殘忍、不人道與羞辱的待遇或處罰的自由、免於受到奴隸奴役與強制勞動的自由、契約債務不受監禁權、罪刑法定保障權、確認權利能力權、思想、信仰與宗教自由以及其他依其權利性質不得減免限縮者，例如，公正審判權。

基於此，平等保障是國家保障人權之首要務，國家處於緊急狀態下，對於人權採取歧視性限縮，即屬人權規範義務之違反。屬於核心人權之公正審判權，是國家絕對不可減免其保護義務之權利，因為所有權利之保障，如無公正審判權為其救濟，所有人權只是畫餅。

因此，公民與政治權利國際公約第 2 條第 3 項規定：締約國承允：確保任何人所享公約確認之權利或自由如遭受侵害，均獲有效之救濟，公務員執行職務所犯之侵權行為，亦不例外；確保上項救濟聲請人之救濟權利，由主管司法、行政或立法當局裁定，或由該國法律制度規定之其他主管當局裁定，並促進司法救濟之機會；確保上項救濟一經核准，主管當局概予執行。

本條規定確認，有權利必有救濟（Ubi jus, ibi remedium）之法治國基本法律原

¹² UN Security Council, “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies” (note 2) para. 6.

則。國家於威權時期或任何時候所為不當審判的轉型正義措施，依國際人權法規應使被害人獲得有效救濟，特別是公民與政治權利國際公約第 14 條公正審判權之行使。其規範內容包含：(一) 法律與法庭前之平等原則、(二) 公正公開審判、(三) 無罪推定原則、(四) 被告平等享有最低限度保障之權利、(五) 少年犯罪特別保護、(六) 有罪覆判請求權、(七) 錯判再審及賠償權利、(八) 一罪不二審及一罪不二罰原則等。

轉型正義用以停止並糾正國際或國內大規模與有系統的人權侵害事件遺留下來之狀態，並回復以人的尊嚴為規範目的之法律秩序。人權是構成此法律秩序之實質要素，法治則是其形式要素，屬於實踐之方法與準則。人權與法治實為轉型正義之兩輪，缺一不可。因而轉型正義過程包含對於行為人確立其違法性，並負擔應有之法律責任，性質上屬報應正義 (retributive justice) 之內涵，修正不當法律措施與重整違反憲政秩序之機構與組織之權力，此外，基於發現真實為司法正義之概念要素，與轉型正義之內涵要素之一的真相知悉權，應即調查事件發生原委，應負責人員與受難人員，說明事件之真相避免再度發生，重建社會互信與和解之基礎等屬於修復正義 (restorative justice) 的範疇，整個過程都應回應人權與法治之要求。轉型正義處理的是國家社會整體法律失序下的救濟工程，被害人個別雖有權以訴訟權方式為救濟與權利之回復，卻難以確認國家不法行為與不當措施應負之責任與履行回復義務之方式與內容，亦無助於自由民主憲政秩序之建構與認知。因此，政策上，國家應主動積極以立法方式進行轉型正義之過程，避免以被動之司法方式圖謀修補，陷入見樹不見林之危險，造成不公平之現象。此外轉型正義並應循全國徵詢 (national consultation) 方式¹³，以公開與透明之參與¹⁴，確立與有效達成轉型正義之目標，以免忘失修復正義之原理與原則。

9. 針對黃國昌案：本件憲法裁判聲請之違憲法律標的為何？除現行戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例 (簡稱補償條例) 第 8 條第 1 項第 2 款和國家安全法 (簡稱國安法) 第 9 條第 2 款外，是否包含已失效之 1935 年刑法第 100 條第一項及動員戡亂時期懲治叛亂條例 (簡稱懲治叛亂條例) 第 2 條第 1 項？補償條例第 8 條第 1 項第 2 款「依現行法律或證據法則審查」如何解釋適用？該等失效法律之違憲爭議是否不復存在？有無由本憲法法庭確認或宣告該等失效法律違憲之必要與實益？

針對黃國昌案：本件憲法裁判聲請之法律標的為：戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審

¹³ UN Security Council, “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies” (note 2), paras.15,20, 64 (h).

¹⁴ Ibid. paras.15,17.

判案件補償條例（簡稱補償條例）第 8 條第 1 項第 2 款牴觸權力分立與自由民主憲政秩序為違憲。

1935 年刑法第 100 條第 1 項及動員戡亂時期懲治叛亂條例（簡稱懲治叛亂條例）第 2 條第 1 項，法律效力既已不存在，應不具有作為釋憲聲請法律標的之意義。

關於補償條例第 8 條第 1 項第 2 款「依現行法律或證據法則審查」之適用與解釋，基於自由民主憲政秩序下，國家有回復人民權利之義務，國家於戒嚴時期所為侵害人民權利之法律，依轉型正義要求，所稱現行法律應指現行有效且有利於人民權利回復之法律，而非依據有持續侵害人民權利之虞之當時法律。

憲法第 171 條規定：法律與憲法牴觸者無效。所稱法律應指有效法律，無效法律與法律秩序中已不存在，應不生若何牴觸問題。然而此等失效法律有致人民權利處於持續侵害狀態之救濟，屬於國家於自由民主憲政秩序下應履行之回復義務，應依轉型正義之要求，以立法方式為回復與救濟。憲法聲請之法律標的如前說明已不存在，殊無再為宣告失效法律為違憲之實益與必要。

10. 針對黃國昌案：已失效之 1935 年刑法第 100 條第 1 項及動員及動員戡亂時期懲治叛亂條例（簡稱懲治叛亂條例）第 2 條第 1 項若為憲法裁判之法律標的及本憲法法庭審理之對象，該系爭法規究竟害哪些憲法保障之基本權？系爭規範如此限制人民的基本權，對違反者施加刑罰，甚至科以唯一死刑的處罰，是否符合目的的正當性與手段的比例性（應罰性與需罰性）

如上述，已失效之 1935 年刑法第 100 條第 1 項及動員戡亂時期懲治叛亂條例（簡稱懲治叛亂條例）第 2 條第 1 項，雖無可作為憲法裁判之法律標的及本憲法法庭審理之對象，然而，人民權利如有遭受侵害，而其狀態繼續存在者，應依轉型正義有關立法加以糾正與救濟。關於已失效之 1935 年刑法第 100 條第 1 項：意圖破壞國體、竊據國土或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而著手實行者，處七年以上有期徒刑；首謀者，處無期徒刑。立法目的如以 1947 年 12 月 25 日施行之憲法目的與原則審視之，應無不符之處。亦即任何人意圖破壞憲法第 1 條之民主共和國國體，或第 2 條國民主權原則，均可構成憲法目的之違反而具有刑法非難之必要理由。然而從人權規範加以檢視，卻可發現僅「意圖」破壞國體、竊據國土即已構成刑事處罰之客體，是否滿足自由民主憲政秩序中應加保護之刑法法益，實有疑問。如司法院釋字第 594 號解釋許玉秀大法官部分協同意見書所言：「刑法所保護人民經營社會生活所需要的利益，必然是憲法認為必須予以保障的利益。」再從人權規範觀之，此刑法制裁實已侵害人民之思想自由、言論自由與結社自由等權利。

公民與政治權利國際公約第 18 條保障思想、信仰與宗教自由，此等自由權利共通的保護客體是人的內心自由。人的內心自由是人能自主、自由的必要條件，因而

是人性尊嚴的核心要素。證諸司法院釋字第 567 號解釋理由書，亦有相同之說明：「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。」

思想之外部表現方式，雖屬國家可以法律為規範之客體，內心自由卻是國家絕對不得干預與管制之對象。內心自由之確認係自由國家與專制獨裁國家區分之基石。

司法院釋字第 567 號解釋理由書即謂：「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。……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。」由此可知，對於思想內在自由之保護，無論其威脅國家存在之目的與價值為何，均屬國家應當容忍之義務。因此，舊刑法第 100 條第 1 項對於意圖破壞國體、竊據國土構成刑法制裁之客體，已侵害思想之內在自由。

思想自由之表現於外部，往往與言論自由有所連結，由於言論自由亦屬人權與基本權保障之權利，如公民與政治權利國際公約設立之人權事務委員會（Human Rights Committee）於其重新擬定之第 34 號一般性意見（general comment）之說明：「意見自由和言論自由是個人全面發展不可或缺的條件。這些自由在任何社會都是必要的。它們是充分自由和民主社會的基石。這兩項自由密切相關，言論自由為交流和進一步形成見解提供了途徑。¹⁵」委員會進一步指出言論自由的性質屬於國家於任何狀態下，均不得加以凍結之權利與自由。「意見自由雖未被列入不得根據公約第四條之規定而減免的權利清單，但據回顧，在第四條第二項沒有列出的公約條款中，委員會認為有些要素不能根據第四條受到合法的減免。意見自由便屬於這種要素，因為在緊急情勢下，從來沒必要減免此項權利。¹⁶」

因此，國家對於言論自由之限制，不但應有法律之依據，更應符合比例原則。公民與政治權利國際公約第 19 條關於言論自由保障，基於國家安全、公共秩序、公共衛生、道德與為保護他人權利等必要理由得加以限制。言論自由是民主社會存續之基礎，其行使可基於必要理由加以限制，卻應注意有關限制是否構成本質上之否定。僅使用言論表達內心想法、觀念與意見，即可視為該當舊刑法第 100 條第 1 項規定，對於言論自由實有侵害之虞。

意見、思想相同者，以結社方式表達其意見與想法，屬於人權與基本權之結社

¹⁵ Human Rights Committee, “Draft general comment No. 34” CCPR/C/GC/34/CRP.4, para. 2.

¹⁶ Ibid. para.4.

自由權。司法院釋字第 644、724 號解釋理由書明確指出，「憲法所以保障人民結社自由，主要即在保障人民得自由組織或加入具有共同理念之不同團體，以擴展人我互動，參與各類關於文化、教育、政治、經濟、宗教、職業、慈善或娛樂...等等各類社會活動，藉以表現自我，提昇自我與實現自我；而社會整體亦因不同結社團體之存在，得發展出豐富多元之社會生活，並自發性形成長期穩定之社會秩序，使部分國家功能或責任因此獲得分擔。同時，民主憲政社會因有多元結社團體之存在，增進人民參與民主政治及形成公共決策之機會，而有助於民主理念的實踐。故結社基本權不僅包含一項防衛權，同時亦可建構一項民主及法治國秩序的組織原則，以產生長期穩定之團體秩序，並避免國家以主流社會之價值體系型塑與組織團體，乃維持民主憲政秩序不可或缺之制度性基本權。¹⁷」

依公民與政治權利國際公約第 22 條關於結社自由之保障，基於國家安全、公共秩序公共衛生、道德與保護他人權利之必要理由，國家亦得依據法律，於符合比例原則下，加以限制。基於此，已失效之 1935 年刑法第 100 條第 1 項：意圖破壞國體、竊據國土等態樣，如其結社僅有意見與言論有關自由之行使，而無必要理由得以干預之必要者，對於結社成員處於本條規定之罰則，即有侵害基本權與人權之虞。

至於對違反者施加刑罰，甚至科以唯一死刑的處罰，基於生命權保障之絕對義務，顯已構成生命權之任意剝奪。唯一死刑之刑罰，是否當然構成公民與政治權利國際公約第 6 條生命權保障之違反，本公約之人權事務委員會在 Mr. Eversley Thompson 控訴 St. Vincent & the Grenadines 一案¹⁸之意見（Views）中認為，完全以犯罪類型作為死刑判決之基礎，而無視於被告之個人因素或是特定犯罪之情況，即屬第 6 條生命權保障之違反。唯一死刑的處罰，已構成憲法保障人民生存權義務與人權保障義務之違反，因此，有關其制裁之目的性與比例原則等問題，已無檢討之意義與價值。

11. 針對黃國昌案：補償條例第 8 條第 1 項第 2 款「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪外患罪確有實據者」不予補償之規定是否侵害憲法所保障之人民權利或違反自由民主憲政秩序及哪些具體之憲法原則？系爭法規賦予「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會」依前述法規判斷是否確有犯罪實據，據以認定個別案件是否予以補償，是否違反哪些憲法原則，例如權力分立原則或其他憲法原則？

補償條例之性質屬於轉型正義之救濟措施，前已言明，違反自由民主憲政秩序

¹⁷ 司法院釋字第 643 號解釋林子儀、彭鳳至大法官協同意見書亦有論及。司法院釋字第 644 號解釋許玉秀大法官所為一部協同、一部不同意見書中，對於結社自由亦有詳盡之論述。

¹⁸ HRC, Communication No. 806/1998 (1998) U. N. Doc. CCPR/C/70/D/806/1998.

之法律或判決，構成人民基本權或人權之侵害時，轉型正義之救濟措施，概念上應屬賠償。於不正義憲法秩序下或違法所做之判決與法律依據，基於轉型正義之要求，國家負有義務回復人民之公平審判權以為救濟。因此，回復措施之法律如與轉型正義應修正之舊法為救濟之基礎，實難想像轉型正義得以落實。補償條例第 8 條第 1 項第 2 款「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪外患罪確有實據者」不予補償之規定，表面觀之，似有法治原則之適用而具有正當性，細而察之，即可發現法律思維方法之謬誤。戒嚴時期認定之內亂與外患罪，如因反對戒嚴體制之目的而入罪，基於實質與形式正當法律程序之要求，其違法性是否成立，應加質疑。解嚴後以現行法認定構成要件是否該當，未及深思違法性問題，實已違反實質正當法律程序之原則與相關規範。戒嚴時期不當審判體制，於不正義憲政秩序下之任何作為，特別是內亂與外患罪之判斷，概念上已違反實質與形式正當法律程序之要求，顯已抵觸自由民主憲政秩序之法治國原則與人民主權原則。對於憲法保障人民權利，如訴訟權、生命權、工作權、人格權等重要目的亦已違反。

此等重要轉型正義機制，委由基金會執行，嚴重違犯法治國原則之內涵要素，亦即依法審判之獨立審判原則，權利分立原則與信賴保護原則，法安定性原則與權利保障與救濟原則等。

12. 針對杜銘哲案：聲請人於書狀第 11、35-37 頁均提及立法不作為，其有指涉「非涉及政治因素案件者，補償條例不予補償」，亦有指涉「為將賠償請求權轉化為補償之立法不作為」，二者指涉範圍是否同一？聲請人亦認為補償條例區分政治性案件與非政治性案件為立法者行使裁量權的結果。究竟聲請人指摘之上開情形，為立法作為（立法者作了區分基於政治因素之案件與非基於政治因素之案件的決定）或立法不作為？聲請人主張補償條例第二條第二項限縮補償對象，侵害憲法第二十四條保障人民之國家賠償權利，理由是否充分？除此之外，是否侵害人民其他之基本權？

司法院大法官釋字第 694 號解釋，陳春生、池啟明、黃璽君不同意見書中，對於立法裁量與立法不作為有此說明：「立法裁量在概念上除立法作為之外，是否包括立法機關之不作為（或立法怠惰）？本院向來之用語除立法裁量、立法形成自由外，也包含立法政策，若從立法政策角度，應是包含不作為。而本院釋字第 477 號解釋為關於立法不作為之司法審查問題，釋字第 477 號解釋從其解釋文內容看，同時承認立法裁量之積極作為與不作為。」然而觀察釋字中出現「立法裁量」，如釋字第 204 號解釋第一次使用此概念以來，似乎即可得與憲法尚無抵觸之結論。與本聲請案有關之釋字第 477 號解釋，對於立法機關明定權利之回復與相當補償之給予，限於犯外患罪、內亂罪之案件是否違憲問題，亦有相同之結論：「基於此類犯罪涉及政

治因素之考量，在國家處於非常狀態，實施戒嚴之情況下，軍事審判機關所為認事用法容有不當之處。至於其他刑事案件不在上開戒嚴時期人民受損權利回復條例適用之列，要屬立法裁量範圍，與憲法尚無牴觸。」

依此邏輯，如果屬於立法裁量範圍，即可生與憲法無牴觸之結論，立法裁量應包含於合憲性之範疇，屬於其概念要素¹⁹。立法裁量如可承認包含積極作為與不作為，邏輯上，不論作為或不作為均可得無牴觸憲法之結論。反言之，立法作為或不作為如可得與憲法有牴觸，即可認定非屬立法裁量權之行使，亦即有關作為已逾越立法裁量，其不作為已違反立法應作為之法律義務。

基於此，釋字第 477 號解釋認定：戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條適用對象，以「受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者」為限，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民等情形，係屬權利遭受同等損害，應享有回復利益者，卻漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵，與憲法第七條有所牴觸之解釋，概念上，「漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵」應解為立法機關違背憲法義務之疏失，致使人民權利遭受國家侵害，卻無救濟權可資行使之情形。此疏失非屬立法裁量之有效範圍，因而有牴觸憲法之結果。

基於此，立法行為可為司法評量之客體與行為，基於權力分立原則，應僅限於立法行為，包含作為與不作為，有違背自由民主憲政秩序下有關法律義務之行為與客體。因此，屬於立法裁量之行為，無論作為與不作為，依自由民主憲政秩序之權力分立原則，即非司法評量之客體與對象。

聲請人於書狀中提及立法不作為，其有指涉「非涉及政治因素案件者，補償條例不予補償」，亦有指涉「為將賠償請求權轉化為補償之立法不作為」二者都以憲法第二十四條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」為由說明立法不作為致有侵害人民之國家賠償請求權之情形，關於其「不作為」範圍雖有部分與完全之別，如認為部分作為，亦即區分政治性案件與非政治性案件為立法者行使裁量權的結果，是否認同立法裁量如屬於積極作為即為合憲？未見說明。因此，對於立法裁量權針對其不作為情形，主張人民權利受有侵害時，應說明其不作為具有法律義務之違反，始能有效主張系爭法律之缺漏，致人民權利遭受侵害之情形，具有法律牴觸憲法之結果，始得為憲法法庭裁判之對象與客體。基於此，經司

¹⁹ 歐洲聯盟之機構關於侵權行為責任之判定原則中，亦有相同說明，屬於機構裁量權範圍內之行為，即無侵權責任之效果。參見 Joined Cases C46/93 and C-48/93 Brasserie du pêcheur and Factortame [1996] ECR I-1029, para. 43; Case C-352/98 Bergaderm and Goupil v Commission [2000] ECR I-5291, para. 40.

法評量如認為其不作為並無法律義務之違反，即可認為其屬立法裁量之行使，因而可得與憲法並無牴觸之結論。如上述說明，不論作為與不作為，均可得與憲法尚無牴觸之結論。

除聲請人指摘補償條例第 2 條第 2 項限縮補償對象為立法裁量之立法不作為，有概念上之誤解外，聲請人主張基於憲法第 24 條保障國家賠償請求權內涵在於賠償人民基本權利受侵害之原理與憲法第 16 條訴訟權之目的使權利能獲得實質有效保障之理由已屬充分與正當。

補償條例第 2 條第 2 項限縮補償對象，除侵害憲法第 24 條保障人民之國家賠償權利與訴訟權，包含公平審判權外，人民其他之基本權如生命權、人身自由、思想自由、言論自由、集會結社自由、工作權、受教育權、健康權、遷徙自由與財產權等均受到侵害。

模憲字第 4 號、第 5 號聲請憲法裁判案 補充爭點 鑑定意見書

鑑定人：鄧衍森 教授

補充爭點 鑑定意見

聯合國對於轉型正義的相關決議及文件中，肯認了轉型正義處理過程中人民之真相知情權（the right to know）、追求正義權（the right to justice）以及獲得補救權（the right to reparation），其權利內涵為何？範圍為何？相關權利在我國憲法人權架構下是否及如何受到保障？

任何基於憲政主義或立憲主義（constitutionalism）所制定的憲法秩序，原則上都應有人身自由與安全的保護條款，例如我憲法第 8 條之規定：人民身體之自由應予保障。

如何保障人身自由，同條文規定對於人身自由的合法干預必須遵循一定的法定程序，其態樣包含逮捕、拘禁、審問與處罰。所謂一定的法律程序顯然是指國家有效的法律所規定的程序。然而，如果國家有效的法律所規定的程序不完備或甚至於與保護人身自由與安全的目的有違時，憲法所稱的非依法定程序，不得逮捕拘禁；非由法院依法定程序，不得審問處罰；非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰得拒絕之的保障即出現漏洞或落空。正因如此，司法院釋字第 384 號解釋理由書中才會指出實質的正當程序保障的必要性：「立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。舉凡憲法施行以來已存在之保障人身自由之各種建制及現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保護，均包括在內，否則人身自由之保障，勢將徒託空言，而首開憲法規定，亦必無從貫徹。前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義。」

因此，為處理背離憲政主義理想憲法秩序，所生不當侵害人民權利之行為，不論其不當權力之行使係行政、立法或司法，基於轉型正義之處理原則係以回復自由民主憲政秩序之目的而言，正當法律程序原則可視為是權利侵害的判斷標準，也是救濟的基礎。政府任何權力之行使，都必須基於法律規定或法定程序，更必須如釋

字第 384 號解釋所稱，法律內容應合於實質正當之要求。法律內容滿足實質正當要素，申論其義可有二端，其一，立法目的應符合自由民主憲政秩序之規範目的，其內涵要素包含法治國原則與人權保障，因此，即使滿足權力分立原則遂行法律保留所制定之法律以及法定程序，如果立法目的違背自由民主憲政秩序之規範目的，即有實質正當法律程序原則之違誤；其二，法律內容應適於實現民主憲政秩序所保障之權利，例如訴訟權之保障規則應具有公正與公平之要素並能獲得有效行使之規範內容，亦即，無罪推定原則，武器平等原則，證人詰問權等。釋字第 737 號關於偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知案，對於訴訟權保障與正當法律程序明確指出：「憲法第十六條所明定人民有訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現。」釋字第 436 號關於軍審法相關規定是否違憲之爭點，亦有相同之宣示。解釋文指出：「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，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理」。即此說明。

轉型正義程序所保障之真相知情權 (the right to know)，追求正義權 (the right to justice) 以及獲得賠償權 (the right to reparation) 概念上皆屬於正當法律程序原則之內涵要素，真相知情權的概念為查證事實並充分和公開披露事實真相，尋找失蹤者的下落，內涵要素包含：知訊情報的近用，知訊情報的公開為原則，政府有義務協助知訊情報的近用，拒絕知情權的行使應有正當理由，知情權應受獨立機關之保護。概念上屬於參與公共事務之政治權，亦屬於權利救濟制度性保障之權利。人民權利遭受國家侵害，應有權利知悉侵害之主體、原因與理由，始能有效行使追求正義之權利，所稱正義即各種可以獲得的救濟，包含行政訴訟，司法訴訟以及違憲審查之救濟。至於獲得賠償權，我憲法明定於第 24 條，國家賠償法即其救濟相關規則之法定程序。

模擬憲法法庭杜銘哲聲請案暨黃國昌聲請案鑑定意見為實現轉型正義重新理解釋字第 477 號解釋

李念祖

1.0 釋字第 477 號解釋應否變更？

本案涉及戒嚴時期司法受害者之轉型正義獲得滿足的程序正義為何的問題。諸多爭點的核心議題應是大法官釋字第 477 號解釋應否變更，且該如何變更。

1.1 立法裁量的確認

該項解釋有兩個重點，第一個重點是釋憲智慧中立法裁量的辨別與尊重：

「台灣地區在戒嚴時期刑事案件之審判權由軍事審判機關行使者，其適用之程序與一般刑事案件有別，救濟功能亦有所不足，立法機關乃制定戒嚴時期人民受損權利回復條例，其他刑事案件不在上開權利回復條例適用之列，要屬立法裁量範圍，與憲法尚無抵觸。」

1.2 立法漏洞的填補

第二個重點則是關於立法漏洞的填補：

「戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條適用對象，以『受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者』為限，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵，若仍適用該條例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失人身自由者予以賠償，反足以形成人民在法律上之不平等，就此而言，自與憲法第七條有所抵觸。是凡屬上開漏未規定之情形，均得於本解釋公布之日起二年內，依該條例第六條規定請求國家賠償。」

2.0 無須變更解釋否定立法裁量

本案中該號解釋應否變更，涉及哪些考量，可從此兩項重點次第進行分析探討。鑑定人以為，尚不必變更釋字第 477 號解釋，但須以判決為若干補充，即足以達到救濟聲請人基本權利的目的。

2.1 立法裁量的射程

釋字第 477 號解釋確認了幾件事。一是認定戒嚴時期行使刑事審判權的軍事審判機關救濟功能不足。二是指出此為立法院制定戒嚴時期人民受損權利回復條例的原因。三則是指出，該條例規定哪些刑事案件在適用之列，為立法裁量範圍。末則認定，立法院已為之裁量，並不違憲。

2.2 聲請人的基本權

本案聲請人杜銘哲認為此則解釋封阻了其再尋求司法救濟的機會，以致侵犯了基本人權，故求為解釋之變更。於茲先應思考受害人主張的基本權利的性質。

此中涉及的基本權利有二，一是憲法第 16 條規定的訴訟權，一是憲法第 24 條規定的國家請求權。

2.2.1 訴訟權

聲請人杜銘哲的訴訟權受到侵害，可逕於大法官釋字第 436 號及 477 號解釋中尋得答案。釋字第 436 號解釋業已明言，「本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第七十七條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。」

而戰爭期間於戰地針對平民之案件行軍事審判的正當性基礎，原是在於普通法院不克運作之故。即使是在戰爭時，普通法院仍能繼續正常運作，即足以軍事審判取代司法審判審理非軍人為當事人案件的正當理由。此當係釋字第 477 號解釋以為「戒嚴時期行使刑事審判權的軍事審判機關救濟功能不足」的緣故。所涉及者，為憲法第 16 條之訴訟權保障，亦即大法官業已認定，人身自由受侵害不得向普通法院求為最終之司法救濟，足以形成人民訴訟權未能充分行使之傷害存在，乃有立法院制定戒嚴時期人民受損權利回復條例、進行特別救濟之立法措施。

2.2.2 國家賠償

應予辨明者，即令立法院未以特別條例給予特種程序救濟，聲請人受憲法第 24 條規定國家賠償請求權保障之基本權利依然存在。按該條規定，「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」

此中「違法」一詞，原應包含「違憲」之情形在內。國家賠償法規定公務人員「不法」侵害人民自由權利，「不法」二字亦同此解釋，而應包括依違憲之法律行使公權力之情形在內。按釋字第 477 號解釋意旨，係認為普通法院法官以外之公務員（如軍事法庭法官）不得以終局裁判剝奪人身自由，否則違憲，是則聲請人杜銘哲自因受軍事審判機關科處自由刑之違憲終局裁判，喪失人身自由，即仍有聲請國家賠償之權利。軍事法庭法官之裁判既係不能上訴普通法院者，即無權科處自由刑以致違憲侵犯聲請人之自由。軍事法庭終審法官一旦科刑，即已構成聲請人聲請國家賠償之事由。國家賠償本身亦屬一種司法救濟，被害人不須先經再審程序推翻既有確定裁判的形式效力，而得逕由國家賠償之審理法院認定，軍事法庭所為者屬於違憲之終局裁判，國家應予賠償。

2.2.2.1 責任豁免

聲請人據此聲請國家賠償，或尚有兩層障礙。第一層障礙是現行國家賠償法第 13 條規定：「有審判或追訴職務之公務員，因執行職務侵害人民自由或權利，就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，適用本法規定。」此條規定國家賠償責任豁免，於判處聲請人自由刑確定之軍事法庭法官當有適用。大法官於釋字第 228 號解釋曾經認定：「國家賠償法針對審判及追訴職務之上述特性，而為前開第十三條之特別規定，為維護審判獨立及追訴不受外界干擾所必要，尚未逾越立法裁量範圍，與憲法第七條、第十六條、第二十三條及第二十四條並無牴觸。」

亦係以此屬於立法裁量之範圍。其憲法基礎當在憲法第 24 條中「依法律而為請求」一語，亦即認為如果法律特設某類權力之責任豁免規定者，屬於憲法所許之立法裁量。惟此規定誤將審判者之責任與國家賠償責任混為一談，以致豁免違憲裁判之國家賠償責任，顯與憲法第 24 條規定意旨不符，當時案中已有劉鐵錚大法官不以為然，發表不同意見認為立法如此裁量已係違憲之規定，說理遠較有力。是則本案與其應聲請人杜銘哲之請求變更釋字第 477 號解釋，不如依循劉鐵錚大法官之見解，以為剝奪人身自由之違憲終局裁判不得豁免於國家賠償責任之外，從而逕行變更釋字第 228 號解釋為適當。否則國家賠償法第 13 條恆將形成本案聲請人或類似受

害人享受司法救濟之終極障礙。

2.2.2.2 時效

第二層障礙則存在於國家賠償法尚設有時效規定。惟此則不以國家賠償法為獨然，釋字第 474 號解釋曾經說明時效制度的意義：

「時效制度不僅與人民權利義務有重大關係，且其目的在於尊重既存之事實狀態，及維持法律秩序之安定，與公益有關，須逕由法律明定，自不得授權行政機關衡情以命令訂定或由行政機關依職權以命令訂之。」

此中一方面確認了時效制度是法律保留原則的射程所及，另一方面則也寓示了時效規定是立法裁量的範圍。此中包括是否設置時效以及時效之長短，均應由立法裁量。然而耐人尋味者，大法官在諸多憲法解釋中一向看重時效制度，不但未以為立法者不得以時效妨礙請求權之行使，反而是在無時效可資適用的場合，由大法官逕以解釋為時效之規定。恐非無故。

2.2.2.2.1 釋字第 474 號

釋字第 474 號解釋即是一例。其於宣告行政機關職權命令「逕行規定時效期間，與上開意旨不符，應不予適用」之後，卻又繼續以自己之解釋針對時效進行補白：「在法律未明定前，應類推適用公務人員退休法、公務人員撫卹法等關於退休金或撫卹金請求權消滅時效期間之規定。至於時效中斷及未完成，於相關法律未有規定前，亦應類推適用民法之規定」。是大法官眼中時效制度與請求權的關係近於如影隨形，似乎已將時效制度視為不可或缺了。

2.2.2.2.2 釋字第 477 號

實則本案系爭之釋字第 477 號解釋後段填補戒嚴時期人民受損權利回復條例的立法漏洞之際，也曾自動加入了時效的考慮：「凡屬上開漏未規定之情形，均得於本解釋公布之日起二年內，依該條例第六條規定請求國家賠償。」這就是國家賠償制度中交由立法裁量的請求權時效。惟因國家賠償關係性質上不能純以國家高權關係視之，而必然還有從揭示平等關係的立意。又兼含實體關係與程序關係的性質，此處宣示之請求權時效，與訴訟上之不變期間乃不能或也不必再為區分。

2.2.2.2.3 釋字第 720 號

另如近期的釋字第 720 號解釋提供立法空窗期之暫時權利救濟時，亦復如此，所設定的則是實現救濟之司法程序的不變期間。

2.2.2.2.4 釋字第 309 號

再如早期的釋字第 309 號解釋，則為民事案件聲請大法官解釋後據之為再審請求者，設定了 5 年的不變期間。也是異曲而同工。

2.3 釋憲者訂定時效

時效制度既屬法律保留事項，包括是否設定時效與所設時效之長短在內，何以大法官每每替代立法者為之？此中尚有兩層應予以仔細斟酌的因由。一層是時效制度之運作恆是透過司法回溯既往或不溯及既往，至關基本法理；另一層則是大法官解釋憲法的權力在立法性質與司法性質之間所為的選擇。以下分別討論之。

2.3.1 司法回溯既往

時效制度，係因時間之經過而構成權利主張的障礙。在實際案件中使用時效衡量判斷當事人得否行使權利的責任，終必落在司法者的肩膀之上；例如聲請人主張國家賠償的場合，包括大法官在內的司法者，必須面對回顧過往從事判斷是非的問題。司法回溯既往判斷是非，也就必須面對時效制度背後的價值選擇。

2.3.1.1 既存秩序優先

以時效為由阻礙權利之行使，可能是法律的秩序價值（法的安定性）與正義價值（權利獲得救濟）間的衝突。立法者建立時效制度，若是對於未來的價值選擇進行預設者，時間經過愈久，秩序安定的考量可能愈多。時效成全了既存秩序，犧牲的則是支持權利主張的正義。釋字第 474 號解釋即係自此立論。

2.3.1.2 避免司法錯誤

法諺有云，法律不保護在權利上的睡眠者。此語不該看作是對於延遲主張權利者的制裁。權利人原可全權決定如何及何時行使權利；主張權利發生遲延也未必可以歸責於權利人。法律若不保護在權利的睡眠者，必是別有考慮。如果個案中的權利證據充分，而司法者猶基於時效而阻礙權利行使，將秩序的價值置於正義之前，於正義有虧，未必可取。沒有時效制度，司法不會無法運作。如果個案中權利主張者的權利證據不夠充分，司法者本也不必藉助時效制度來否定權利主張，但是這是基於當事人舉證皆無困難的假設。當事人一旦因為時間湮遠而舉證困難，立法者尚可能擔憂司法回溯既往時發生失誤。舉證困難是雙方都可能面臨的問題，其結局可能就是司法的誤判，形成了不正義的後果。立法設定主張權利的時限，可以避免時

間過久形成判斷錯誤帶來的司法不正義。立法者如不設定時效制度，那是信任司法會有能力在審判時納入時間因素為通盤考慮，不會犯下正義的錯誤。

2.3.1.3 節省司法資源

時效制度的另一項功能，在於提供法官使用時間作為不必判斷是非的理由，於當事人抗辯時效業已完成時，司法即可不再繼續判斷實體是非，不但避免誤判正義，而且還可以節省司法的精力與資源。

2.3.1.4 小結

歸納時效制度的存在目的，至少可以三分：避免司法發生錯誤，節省司法精力與資源，同時維持社會現狀。時效制度中，立法者裁量的道理，於是乎在。其中避免司法回溯既往發生錯誤，是放棄回頭發掘正義的努力，避免回頭發掘正義帶來的卻是不正義的懷疑，因此承認，正義已被時間的灰塵蒙蔽，難以發掘也不為發掘。此種基於正義的取捨，與節省司法資源的經濟取捨，及維持社會現狀的秩序取捨，性質並不相同。釋憲者於解釋中是否納入時效，亦不外乎此等考量。

2.3.2 釋憲者立法還是審判？

釋憲者好作抽象解釋，係好為立法者之意，蓋如此則其解釋即竟可有「拘束全國機關及人民之效力」。釋憲者若僅為審判，則僅有拘束個案當事人兩造之效力；如在聲請程序而非一種訴訟程序，其決定則僅拘束聲請人。其若兼為立法與審判者，則將如釋字第 177 號解釋所云，大法官依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，「亦」有效力也。

大法官為法官，法官行審判原是憲法天職。大法官者，依憲法針對涉及憲法解釋爭議與法令解釋爭議之案件行終局審判之法官是也。為抽象之解釋，所為之解釋具有一般之效力，不但與立法者之職權難以區別，也無異於係在使用解釋權力修憲。大法官與修憲者、立法者有所不同之處，在於缺乏選舉之民意基礎。非民選之大法官，為司法審查之結果，竟可使民選議會通過之法律通案性地歸零，而不僅以不予適用來矜全個案當事人之基本權利免受多數立法侵犯為已足，此即釋憲者為抽象解釋之民主正當性備受質疑之故，亦大法官所宜審慎為之而免生侵犯國會權力之虞的道理所在。

2.3.2.1 本案大法官之選項

於本案之情形，聲請人杜銘哲所請求者為變更釋字第 477 號解釋以容其遂行國家賠償之個案請求。大法官可為之選項非一，值得相互比較斟酌。

2.3.2.1.1 選項一

若欲另為抽象解釋變更釋字第 477 號解釋，以至否定國會係於國家賠償之適用範圍及設定時效制度的全部裁量空間，不但與憲法第 24 條規定「依法律」向國家請求賠償之文義不相契合；釋憲者尚須立於立法者之位置，為全盤性的立法政策考量；於憲法法理上回答何者為功能最適機關之提問時，亦恐覺不安；將個案正義與通案正義夾纏思考，往往為了通案正義而須犧牲個案正義，其實未必是給予聲請人救濟之最佳選項。

2.3.2.1.2 選項二

大法官還有一項選擇是，亦可不必變更釋字第 477 號解釋，但以判決作一補充，指明系爭條例不能濫為反面解釋，亦即並未排除聲請人依據憲法及國家賠償法逕為國家賠償請求之權利，重申聲請人得於判決之日起依據國家賠償法規定請求國家賠償，也就是用判決為聲請人調整國家賠償法的時效起算點。按大法官審理程序本屬法律審，並不調查個案實體請求之基礎事實，必須指示聲請人另依適法程序謀司法之救濟，以使聲請人的基本權利得循正當程序獲得滿足。

2.3.2.1.3 小結

本案大法官若為解釋變更，否定立法得為之裁量，卻自行以通案裁量之抽象解釋加以取代，恐非功能最適之機關；大法官若決定僅就本案進行審判，給予聲請人個案救濟，尤無全盤否定國會另就其他類似案件再行立法時，就如何獲得賠償之相關事宜享有立法裁量之理。

3.0 區別漏洞填補與另立新法

戒嚴時期人民受損權利回復條例，係冤獄賠償法與國家賠償法之特別法。釋字第 477 號解釋發現了該法立法射程範圍內存有可由司法進行填補之漏洞，不論其係以通案解釋之方式或是個案審判之方式進行漏洞填補，皆與因該條例之立法者有意瞄準的射程有限，在目的射程範圍之外而為立法所不及的部分，需要另行立法以謀救濟者不同，而必須加以區別。

3.1 若就現行法為反面解釋

如係將該條例第 6 條所訂得請求國家賠償的「得」字為反面解釋，認定凡是不在立法目的射程範圍之內者，即「不得」獲得國家賠償之救濟者，大法官自即須判

斷，受排除者之基本權利遭受否定，是否符合憲法意旨，兼及判斷應否及如何回應黃國昌等立法委員之聲請，變更釋字第 477 解釋。

3.1.1 純為疑義解釋

然則一旦作此變更解釋，大法官勢必憑空劃定不得受排除或限制相關基本權利者的範圍，此時所從事者已與純為疑義解釋無異，亦不啻是在提供為此聲請之立法委員憲法諮詢意見，也就是針對擬制的憲法問題提早預擬未來的解答，允非深諳司法功能界限之釋憲智者所當為。

3.1.2 仍須另行立法

即使大法官選擇如此行事，於劃定不得排除或限制相關基本權利者的範圍之後，仍恐不能不復行讓諸立法院訂定新法，以規定實現範圍內權利人基本權利之相應途徑、審判法院、程序、是否設定時效等等事項，而非全憑大法官自為抽象解釋所能竟功者。

3.2 不就現行法作反面解釋

然則本案並不須要就該一「得」字為反面解釋，從而仍將是否及如何另立新法，讓諸國會之裁量。實則轉型正義之如何實現，原亦是需要民主政治進行思辯對話，取得社會共識後始加進行的社會工程，不是司法者可以完全越俎代庖者。是就立法委員黃國昌等提出之聲請觀察，亦無須變更釋字第 477 號解釋，而只需為若干補充，指明甚至鼓勵於最近一次國會選舉後產生的立法院，另行制定新法，重新思考並努力尋求共識，還有哪些值得給予司法救濟而非戒嚴時期人民受損權利回復條例所已救濟之權利人，應該給予何種程度以及如何實現平反冤抑的權利救濟，才是重點。

4.0 總結

基於上述分析，謹此提供本案之具體意見如下：

就杜銘哲聲請案，以判決確認聲請人享有請求國家賠償的基本權利，至今存在，不受戒嚴時期人民受損權利回復條例未將之列入適用之影響；國家賠償法之時效，自判決日起算。釋字第 477 號解釋尚無須變更。國家賠償法第 13 條豁免違憲裁判之國家賠償責任，逾越立法上合理裁量之範疇，違反憲法第 24 條之規定，應不予適用，釋字第 228 號解釋應予變更。

就黃國昌等立法委員之聲請案觀察，亦無須變更釋字第 477 號解釋，關於戒嚴時期人民受損權利回復條例未列入適用之情形，受害者如何而得請求國家賠償，以符合程序正義之方式通盤滿足轉型正義，其屬立法裁量之範圍者，應由立法院循民主程序為之。

第三屆模擬憲法法庭 鑑定書

鑑定人：陳俊宏

爭點八：

針對國家於威權時期所為不當審判的轉型正義措施，國際人權法上有何規範要求或者限制？國際人權法與比較憲法上，有哪些與本二件聲請案相關的案例、立法例、規範理論或政策建議，值得本庭參考？

1. 聯合國與轉型正義¹

作為保障基本人權、維護世界和平的國際組織，聯合國多年來推動轉型正義工程不遺餘力，持續強調一個政治轉型的國家如何妥適處理過去的遺緒，是建立法治以及追求和解社會的前提。而若要重建社會的信任，更是需要透過官方公開承認人權侵害的事實，並要求加害者負起責任，以及撫平受害者及其家屬的創傷。因此 2004 年聯合國前秘書長安南（Kofi Annan）在安全理事會「法治與衝突中及衝突後社會的轉型正義」的報告（S/2004/616）中明確指出，為了協助各國保障基本人權，維護區域和平，聯合國特別關注正處在衝突當中、或是後衝突國家（post-conflict states）的轉型正義以及法治的問題。根據 2004 年安南所提交聯合國安全理事會的報告中，對轉型正義的定義為：「轉型正義之理念乃是一個社會處理大規模濫權的遺緒，所進行和建立的所有程序和機制，其目標在確立責任、服膺正義並成就和解。²」在這個定義之下，轉型正義的主要工作包括：（1）釐清真相；（2）追究從事政治迫害者之法律或道德上的責任。（3）設立受害者的賠償計畫（4）採取制度性的改革以免重蹈

¹ 此處關於聯合國在轉型正義議題上的分析，摘錄自拙著，〈聯合國處理轉型正義的原則〉，收錄於臺灣民間真相與和解促進會編《記憶與遺忘的鬥爭：台灣轉型正義階段報告書》，2015 年。

² 國際轉型正義中心（International Center for Transitional Justice），則對轉型正義作了以下的定義：「轉型正義是針對過去制度性、或大規模人權侵害的回應。它尋求受害者被認知，同時也試圖成就和平、和解、與民主。轉型正義並非特殊的正義，而是於曾歷經大規模人權侵害、目前處於變遷的社會中追求正義。……因為這些變遷一般稱為民主轉型，此類正義乃稱為轉型正義。」

覆轍³。

2. 聯合國做出的相關決議文書

在聯合國處理轉型正義的工作中，主要是透過幾位特別調查員（Special Rapporteur）與獨立專家在打擊有罪不罰（combat impunity）以及推動受害者賠償權利的努力而逐步發展而來。人權委員會做出的決議包括「人權與轉型正義」的決議（2005年4月20日第2005/70號）、「打擊有罪不罰」的決議（2005年4月21日第2005/81號）和「瞭解真相的權利」的決議（2005年4月20日第2005/66號），以及聯合國大會於2005年12月16日做出的關於嚴重侵犯國際人權法和嚴重違反國際人道法行為受害人獲得補救和賠償的權利基本原則和準則（Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law）的第60/147號決議。在這個階段處理轉型正義的進程中，打擊「有罪不罰現象」（impunity）是聯合國長期關注的議題。關於此議題的討論在1997年由Louis Joinet 向人權委員會所提出的〈一套採取行動打擊有罪不罰現象以保護和增進人權的原則〉（the set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity）報告中第一次提出來之後，在2005年又經由聯合國針對打擊有罪不罰議題所指派的獨立專家 Diane Orentlicher 在聯合國人權委員會所提出的補充與修正，使其在內容上更為完整。Orentlicher 特別強調聯合國推動轉型正義的志業必須考量近期國際法的發展與實踐經驗，同時主張這些原則雖稱不上為法律，但卻可以作為聯合國處理轉型正義的指導性原則。這一套原則即成為著名的《Joinet/Orentlicher》原則。此套原則不僅說明國際社會或各國政府在追究加害者以及保護受害者權利的法律義務之新發展，同時也指出了在目前國際人道法與國際人權法的架構之下，實現法律義務的基本程序與機制。自2006年以來，人權理事會（Human Rights Council）取代人權委員會（Commission on Human Rights）之後，人權理事會的工作之一，主要致力於瞭解真相權利（the right to the truth）的探討，並試圖將其建構為國際法的基本原則。此外，除延續人權委員會對於打擊有罪不罰議題的重視，做出一系列指導原則之外，另一方面則進一步通過有關人權與轉型正義（2008年9月24日第9/10號決議）、瞭解真相的權利（2008年9月24日第9/11號決議和2009年10月1日第12/12號決議）、法醫遺傳學與人權（Forensic genetics and Human Rights）（2009年3月27日第10/26號決議）等相關決議。這些法律文件為

³ 國際轉型正義中心主張轉型正義的工作還可以細分為：1. 真相調查 2. 起訴加害者 3. 賠償受害者 4. 追思與紀念 5. 和解措施 6. 制度改革 7. 人事清查等。

轉型正義議題提供一套有效的法律基礎，確認受害者的基本權利以及國家保護受害者的義務。

3. 瞭解真相權：一個新興的國際規範

所謂「瞭解真相」的權利，指涉的包括對事件發生的成因、事件發生的社會、政治環境及條件、以及哪些人參與其中的調查。國際法中關於瞭解真相權利的規定，事實上可以回溯至國際人道法的相關規定，主要是關於在戰爭中因故遭強制失蹤之受難家屬的保障。例如：日內瓦四公約關於《保護國際性武裝衝突受害者的附加議定》的第一附加議定書中第 32 條規定：「家人有權被告知失蹤親屬的命運」；第 33 條則規定：「衝突各方必須搜尋敵方報告失蹤的人員，並為因衝突而離散的家庭成員所作的詢問提供便利。」以幫助他們彼此重建聯繫並使他們重聚；第 34 條則主張衝突各方有義務承擔另外一項與死亡人員有關的責任：「必須交換顯示墓地確切位置和標記的清單，以及埋葬於該地之死者的具體資訊。」而在 2010 年 12 月正式生效的保護所有人免遭強迫失蹤國際公約的第 24 條第 2 款中，更明確規定：「每一受害者都有權瞭解強迫失蹤案情的真相，調查的進展和結果，以及失蹤者的下落。」

雖然「瞭解真相」權利的發展最早主要來自於規定有關強迫失蹤時受害者以及因強迫失蹤而直接受害者權利保障的脈絡中，然而在 Joinet/Orentlicher 原則發布之後，適用的範圍逐步擴展到其他人權侵犯的領域，同時這些權利的性質被視為與免於酷刑和虐待的權利一樣，屬於不可剝奪以及不可克減的權利，意謂著即使在社會緊急狀態威脅到國家的穩定時，也不可限制瞭解真相的權利。人權事務高級專員辦公室（OHCHR）在人權委員會 2005 年第 66 號的決議下，著手進行「瞭解真相權利」的研究⁴，並重申「瞭解嚴重侵犯人權和嚴重違反人道主義法真相的權利是不可剝奪的、自主的權利，關係到國家保護和保障人權、展開有效調查和保障有效補救與賠償的責任和義務」，同時「應當被視做一項不可克減的權利，不應受到限制。」而透過人權事務高級專員辦公室出版的一系列研究報告之後，2009 年人權理事會正式對於「瞭解真相」的權利做出決議（A/HRC/RES/12/12）。2010 年 12 月 21 日，聯合國大會更進一步宣布每年 3 月 24 日為「瞭解嚴重侵犯人權行為真相權利和維護受害者尊嚴國際日」⁵，設立此紀念日⁶的目的的一方面強調保存受害者記憶、以及瞭解真相

⁴ E/CN.4/2006/91 人權事務高級專員辦事處的報告瞭解真相的權利的研究報告（2006 年），A/HRC/5/7 人權事務高級專員辦事處的報告瞭解真相的權利（2007 年），A/HRC/12/19 人權事務高級專員辦事處的報告瞭解真相的權利（2009 年）。

⁵ 主要是依據 A/HRC/RES/14/7 人權理事會通過的決議，宣布 3 月 24 日為瞭解嚴重侵犯人權行為真相權利和維護受害者尊嚴國際日，聯合國大會通過 A/RES/65/196 加以確認。

⁶ 以此日作為紀念日主要是紀念 1980 年 3 月 24 日薩爾瓦多人權的積極宣導者和維護者奧斯

的重要性之外；同時緬懷那些為人權而犧牲生命者。聯合國期待藉由這些文件的決議與具體行動，強調「真相」在維護人權方面所扮演的重要作用⁷。

4. 聯合國派任負責轉型正義特別報告員

自 2012 年起，聯合國派任 Pablo de Greiff 為首任「促進真相、正義、賠償與保證不再發生之特別報告員」(Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence)，持續推動一個全面性的轉型正義途徑(holistic approach)，強調「促進真相」、「正義」、「賠償」與「保證不再發生」，是轉型正義的四大元素，在概念和經驗上並非隨機的組合，而是彼此相關且具有互補的關係。在許多國家推動轉型正義的經驗一再證明，在這四大元素間進行權衡取捨或是有所偏廢，都不利於轉型正義工程的進行，而和解(reconciliation)的目標更不可能在缺乏這些元素的前提下實現⁸。舉例而言，司法追訴不僅要求真相的呈現，還要求根據揭露的真相採取行動，因為僅僅揭露真相並不足以彌補罪行所帶來的傷害。而賠償方案需與起訴同步進行，則賠償方案的受益人會較願意將這些方案提供的賠償金視為賠償，而非只是便宜行事的補償措施。而真相委員會所提出的最終報告(final report)，就是一項有助於重建社會信任的賠償措施。另一方面，若沒有包括例如「人事審查」(vetting)等體制改革的措施，也不足以保證侵權行為不再發生。透過對公職人員的人事審查，可以展示出對新的民主體制建立系統性規範，重建公務人員聘用和留用、紀律監督的規範和防止任人唯親的決心，從而促進對體制的信任。如果體制內仍然充斥著加害者，即便其中少數人受到追訴，受害者未必會願意信任這種體制。Pablo de Greiff 也特別強調，轉型正義的推動，有助於實現兩個間接目標，即肯認(recognition)受害者和促進公民信任(civic trust)，還有助於實現兩個最終目標，即促進和解(reconciliation)和加強法治(rule of law)⁹。所謂肯認不僅對於受害者遭到了不當對待的正式肯認，承認他們的故事與他們遭受的苦難，最重要的

卡·阿努弗·羅梅羅(Óscar Arnulfo Romero Galdámez)主教，在教堂舉行禮拜儀式時被親政府部隊暗殺的事實。

⁷ 關於真相權的論證，可參閱拙著：政治和解與民主對話：一個民主和解途徑的初步探索。

⁸ 這種強調全面性的轉型正義途徑，近年來也在經驗層次上獲得證實。根據 Leigh A. Payne, Tricia D. Olsen, and Andrew G. Reiter 等三位政治學者針對 161 個國家所採用的 848 個機制所進行橫跨將進 40 年(1970-2007)的追蹤研究顯示，使用單一機制(特赦、審判、真相委員會)通常對於民主與人權的保障不會有正面的效果，反之，整合不同機制的方式較能促進人權與民主。Leigh A. Payne, Tricia D. Olsen, and Andrew G. Reiter, 2010, *Justice in Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy*, in *Human Rights Quarterly*, Vol 32:980-1007.

⁹ Pablo de Greiff, "Theorizing Transitional Justice", in *Transitional Justice: NOMOS LI*, Melissa S. Williams, Rosemary Nagy and Jon Elster, eds., (New York and London, NYU Press, 2012).

是承認他們作為權利享有者的地位。因此政府需要透過制度化的措施，認可受害者是具平等公民身分的權利主體，不僅有權尋找可以減輕苦難的補救途徑，還有權恢復其受到殘暴侵犯的權利，並聲明自己有資格提出指控，這一資格來自其權利，而非因為別人對他們基於同情或者其他考慮¹⁰。另一方面，轉型正義工程也是一種尋求公民信任（civic trust）的過程。藉由恢復自由民主憲政秩序，彰顯體制的可信賴度，並藉由真相的揭露，讓過去曾遭受國家暴力侵害的人重拾對體制的信心。而賠償方案的實施也可以展現新的政治體制對待侵權行為的嚴肅態度，從而促進公民的信任。此外，和解意謂著公民基於共享的價值規範進而產生互信，並對其他公民能夠遵守這些價值規範有足夠的信心。儘管和解被視為轉型正義的重要目標之一，但必須強調的是，和解並非司法的替代品，也無法保障實施轉型正義相關措施必能實現和解。最後，正如人權理事會第 18/7 號決議所闡釋，全面實施轉型正義四項措施（尋求真相、司法、賠償和保證不再發生）旨在恢復對國家體制的信任並「按照國際人權法促進法治」¹¹。

5. 轉型正義與經濟社會文化權利

一般來說，在以往有關轉型正義與人權的討論或實際案例中，大多集中在對公民及政治權利的回復，因此轉型正義處理的主要權利侵害標的，主要集中在公民及政治權利，而忽略經濟社會文化權利的重要性。但在 2010 年 3 月人權高專辦編寫了《秘書長指導說明：聯合國處理轉型正義問題的途徑》（Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice），除了提出推動轉型正義的十項指導原則¹²以及具體內容之外，並從權利保障的角度探討了轉型正義問題，指出未來聯合國推動轉型正義的三個途徑¹³。在第 9 原則中特別強調聯合國必

¹⁰ A/HRC/21/46 第 29 段。

¹¹ 聯合國秘書長向安全理事會提交的關於法治和轉型正義的報告（S/2004/616，第 6 段）提出對法治的定義。法治指的是這樣一個治理原則：所有人、機構和實體，無論屬於公營部門還是私營部門，包括國家本身，都對公開發布、平等實施和獨立裁斷，並與國際人權規範和標準保持一致的法律負責。

¹² 1. 支持與積極鼓勵各國在設計與應用轉型正義的機制與過程，應切實遵守國際規範 2. 在設計與應用轉型正義的機制與過程時，必須考量各國的政治脈絡 3. 對於轉型正義的協助，需建立在特定國家脈絡的基礎之上，並強化個別國家完成轉型正義所需的能力 4. 努力確保婦女的權利 5. 支持一個對兒童權利保持敏感的途徑 6. 以受害者為中心 7. 促使轉型正義的計畫與法治精神相符合 8. 鼓勵一個可以整合不同轉型正義的工具與方案組合之全面性途徑 9. 努力確保轉型正義過程可以考量衝突的根源，並有效處理所有人權侵害的議題 10. 從事有效的合作及夥伴關係。

¹³ 這三個途徑包括：（1）努力考慮到衝突或壓迫統治的根本原因，並解決相關權利遭到侵犯的問題，其中包括經濟、社會和文化權利；（2）在和平進程中也需同時考慮到人權和轉型正義問題；及（3）通過積極促進的方式，協調解除武裝、復員和重返社會（disarmament,

須努力確保轉型正義過程與機制可以充分考量衝突與壓迫統治的根源，並解決相關權利遭到侵犯的問題，其中包括經濟、社會和文化權利。事實上，2006 年人權高級專員、同時為本年度唐獎「法治獎」得主 Louise Arbour，就早已呼籲轉型正義工程的推動，必須重視經濟、社會文化權利的保障，強調藉由處理過去的種種不義，轉型正義的種種作為必須具有協助受壓迫的社會轉型至自由社會的雄心，而這些作為，不僅僅要面對與超越衝突過程中所有的犯罪與壓迫，同時也必須處理導致各種人權侵害的根源。因為在許多國家的經驗顯示，未能實現經濟、社會文化權利甚至對這些權利的種種侵犯，往往是該社會衝突的根源。

6. 國際人權法中有關賠償之相關規定

所謂賠償的權利，強調受害者及其受益者 (beneficiaries) 享有獲得賠償的權利，同時國家有義務為受害者提供一系列物質和象徵性福利，從而對系統性的侵犯人權事件進行補救。例如恢復受害者之前的情況，包括 (1) 物質或心理的補償，包括對於職業、教育、社會福利的機會喪失、名譽詆毀的恢復、以及提供法律扶助或是其他專家協助所需的費用 (2) 醫療照顧：包括生理與心理的照顧等。賠償尚包括儀式性的項目，包括公開道歉、設立紀念碑、以及公開悼念儀式等，以恢復受害者的尊嚴¹⁴。隨著國際法的發展，有關救濟和賠償權的法律依據已出現在許多目前國際人權文書中。這些文書包括世界人權宣言 (第 8 條)，公民及政治權利國際公約 (第 2 條)，消除一切形式種族歧視國際公約 (第 6 條)，禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約 (第 14 條)，兒童權利公約 (第 39 條)，為罪行和濫用權力行為受害者恢復正義的基本原則宣言 (第 8 條)。例如公民權利和政治權利國際公約第 2 條第 3 款便確立了就侵犯該公約所規定權利承擔有效補救的責任。因此，向受害者提供賠償構成了履行國家義務的一種方式，包括提供有效補救和依法確保公正及平等待遇。而在國際人道主義法律和國際刑法方面，特別是關於陸戰法規和習慣的海牙公約 (第 3 條)，日內瓦四公約關於保護國際性武裝衝突受害者的附加議定書 (第 91 條) 和國際刑事法院羅馬規約 (第 68 條和第 75 條)。2005 年 12 月 16 日聯合國通過嚴重侵犯國際人權法和嚴重違反國際人道法行為受害人獲得補救和賠償的權利基本原則和準則 (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy

demobilization and reintegration) 舉措與轉型正義的進程與機制。

¹⁴ 以祕魯真相和解委員會 (Truth and Reconciliation Commission) 為例，在他們主導下通過一個整合性賠償計畫 (Integral Program of Reparation, 或稱為 PIR)，這個賠償計畫包含經濟部分與非財產的服務，諸如健康照護、教育與住宅的接近使用，以及法律上的復權 (legal restitution) 機會，例如清除恐怖行動的虛假記載、開立失蹤證明以便處理繼承問題與其法律事務。考量上兼顧了象徵性與集體賠償。

and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law) 的第 60/147 號決議，在這份決議中指出了國家對於大規模侵犯國際人權與人道法的義務，以及重申受害人獲得賠償的權利，並對於何謂受害者作了明確的定義。該決議中進一步指出，受害者根據國際法有權：(a) 獲得平等和有效的司法救助；(b) 對所遭受的損害獲得充分、有效和迅速的賠償；(c) 獲得與違法行為和賠償機制相關的資訊。而這套準則正是出自 Van Boven 與另一位學者 Cherif Bassiouni 之手，因此又稱為 Van Boven /Bassiouni Principles。

7. 基本原則和準則有關被害的人的定義

根據基本原則和準則對受害者作了以下定義：

「受害者是指由於構成嚴重違反國際人權法或嚴重違反國際人道主義法行為的作為或不作為而遭受損害，包括身心傷害、精神痛苦、經濟損失或基本權利受到嚴重損害的個人或集體。適當時，根據國內法，受害人還包括直接受害人的直系親屬或受扶養人以及介入干預以幫助處於困境的受害人或阻止加害他人行為而遭受損害的人。……受害者的身份不應取決於從事違法行為的人是否已被確認、逮捕、起訴或定罪，也不應取決於行為人與受害者之間是否存在親屬關係¹⁵」。因此所謂受害者是指遭受身體或精神傷害、經濟損失，或基本權利受損害的人。受害者可以是直接受害者，也可以是間接受害者，例如直接受害者的家庭成員或被撫養人；而受害者遭受的傷害可以是個體性的，也可以是集體性的。在基本原則和準則規定之下，提供種類多樣的賠償措施¹⁶：包括恢復原狀、補償、康復、滿足和保證不再發生，並可分為物質賠償和象徵性賠償兩種區別。所謂恢復原狀，是指「將受害人恢復到發生嚴重違反國際人權法或嚴重違反國際人道主義法行為之前的原有狀態的措施，例如，恢復自由，享受人權、身分、家庭生活和公民地位，返回居住地，恢復職務和返還財產。」¹⁷

實施轉型正義的過程中，在設法消除大規模侵犯人權行為造成的嚴重危害和創傷，國家負有道德和政治義務，採取補償措施，實施詳細方案，為遭受侵犯的受害者提供賠償。一個周詳的賠償方案可以向受害者表明新政府嚴肅對待過去的虐待行

¹⁵ 參見大會第 60/147 號決議，附件〇〇，第 8-9 段。

¹⁶ 參見大會第 60/147 號決議，附件〇〇，第 19-23 段。

¹⁷ 有若干賠償方案已經確立了特別措施，不僅為了受害者恢復健康，而且為恢復他們所謂的「公民地位」。這些措施包括：通過公開宣布無罪為受害者恢復名譽、洗刷犯罪紀錄、發還護照、選舉卡和其他文件。它們應該成為任何旨在承認受害者為權利持有人的方案中的重要組成部分。參見後衝突國家的法治工具：賠償方案，頁 25。

為，並且決心促進改善倖存者的生活品質。但從全面性的轉型正義途徑角度而言，「促進真相」、「正義」、「賠償」與「保證不再發生」，是轉型正義的四大元素，在概念和經驗上並非隨機的組合，而是彼此相關且具有互補的關係。因此「若賠償性救濟孤立於其他法律舉措，例如刑事訴訟、尤其是揭示真相，則賠償性救濟可能適得其反，或者更多地被看作為了換取受害者及其家人的沉默或者默認而支付的一筆錢財」¹⁸。換言之，賠償是政府提供對受害者的一種承認措施，藉由賠償措施，有助於受害者恢復其尊嚴。在此需要特別強調的是，賠償方案的目的不是為了鞏固受害者作為受害者的地位，而是鞏固其作為公民的地位，與其他公民持有平等的權利。所以賠償的目的之一在於承認受害者是權利的持有者，這也是轉型正義措施力求實現的目標。受害者不僅有權尋找可以減輕苦難的補救途徑，還要恢復其受到殘暴所侵犯的權利。

8. 賠償與轉型正義的四個目標

以轉型正義的推動所欲實現的四個目標，肯認（recognition）受害者和促進公民信任（civic trust），促進和解（reconciliation）和加強法治（rule of law）而言，賠償作為承認的物質形式，應當給予那些基本權利受到侵犯的權利持有者恢復其公民地位，並能展示出國家有堅定的決心，投入資源，執行精心設計的方案，讓受益人感受到國家真心為他們的利益考慮，從而強化了肯認受害者的努力¹⁹。賠償可以展現新體制對待侵權行為的嚴肅程度，從而促進信任。而試圖糾正侵權行為的賠償方案，亦能證明秉持「法律規範舉足輕重」這一理念的決心²⁰。

9. 賠償方案與公民身分的恢復

根據人權高級專員辦公室所出版「後衝突國家的法治工具」（Rule-of-law tools for post-conflict States），有關賠償方案中指出，賠償方案的實施與正義的追求緊密相連，它提供一種對受害者的承認措施，這些措施將有助於完全恢復其尊嚴。方案所提供的救濟與賠償，其目的不是為了鞏固受害者的作為受害者的地位，而是鞏固其作為公民的地位，與其他公民持有平等的權利。換言之，大規模賠償計畫的根本義務，不僅是讓個人恢復原狀，更在於承認侵犯公民平等權利的嚴重性，並標明繼任政權致力於尊重這些權利。

¹⁸ 參見後衝突國家的法治工具：賠償方案，頁 31。

¹⁹ A/HRC/21/46 第 30 段。

²⁰ A/HRC/21/46 第 41 段。

10. 國際人權公約與內國法化

聯合國在轉型正義所做的相關決議文書，不僅提供各國推動轉型正義進程中重要的決議與基本準則，更提供了包括追訴、賠償、起訴、特赦以及真相委員會等整全性的政策方案，可作為任何追求轉型正義的國家之重要參考準則。2009年馬英九總統簽署並批准兩個國際人權公約，並在立法院通過兩公約施行法，2013年邀請10位國際人權專家到臺灣進行國家人權報告的審查，在所發表的81點「結論性意見」，其中第24、25點特別指出臺灣推動轉型正義的問題並提出具體建議。在這些建議中，具體呼應了上述聯合國所強調包括追求真相、服膺正義、賠償等基本元素²¹。其中強調「賠償權應包括受害者在社會與心理層面的復原，也應同時賦予追求真相與正義的權利。」因此，我國雖非聯合國會員國，然而聯合國在轉型正義議題上所推動的決議文書以及政策建議方案，仍值得國人參考。

11. 臺灣處理轉型正義的現況

若以全面性的轉型正義途徑而言，臺灣在轉型正義的政治工程中，對受害者的補償幾乎是唯一的作為，而對加害者進行法律或道德上的追訴，以及對真相的發掘工作幾乎付之闕如。臺灣也從來沒機會對獨裁統治的加害系統進行反省，使得許多體制加害者或協力者，仍繼續在民主化後的政府擔任要職，導致有罪不罰（impunity）的現象盛行。此種只補償受害者，但不願意追究加害人並尋求真相的處理模式，不僅無法解決威權時代所留下的遺孽，更使臺灣出現民主治理的嚴重危機。

12. 賠償方案之不足

即使對受害者的補償幾乎是當前臺灣轉型正義工程唯一的作為，但目前的補償方案仍存在許多問題。由於「賠償」具有對不正當行為彌補之意，目標在於填補受害者實際損失並恢復原狀，然「補償」卻無此意，「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」，只是以「補償」來填補當事人因合法行為所致的損失，而非追究過去

²¹ 國家人權報告第24點解嚴之前的壓迫與大規模的人權侵犯事件對中華民國（臺灣）社會留下巨大傷痕。政府為了撫平歷史傷口及賠償受害者而採取了某些措施，包括通過二二八事件處理及賠償條例以及興建二二八事件紀念碑。然而，轉型時期尚未結束，需要政府更多作為來促成中華民國（臺灣）社會的和解。賠償權應包括受害者在社會與心理層面的復原，也應同時賦予追求真相與正義的權利。

國家人權報告第25點專家建議政府應採取措施揭露白色恐怖年代大規模人權侵犯事件的完整真相。此外，為賠償正義之所需，政府亦應確認受害者所經歷的折磨與苦難。對此，政府應保證受害者與研究人員能夠有效取用相關的國家檔案。

不法行為後所為之「賠償」，因此「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」以「補償」而非「賠償」之用語，可見政府欲規避承認過去罪行之意圖。

13. 補償金額不符比例原則

依據補償條例所給付的補償，與受害者遭受的實際損害並不一定相符。依照聯合國為罪行和濫用權力行為受害者恢復正義的基本原則宣言第 8 條規定，「罪犯或應對其行為負責的第三方應視情況向受害者、他們的家屬或受扶養人作出公平的賠償。這種賠償應包括歸還財產、賠償傷害或損失、償還因受害情況產生的費用、提供服務和恢復權利」。同時第 19 條規定，「國家應償還及/或賠償，並提供必要物質、醫療、心理、社會之協助及資助」。基本原則和準則第 18 條也主張：「……按照違法行為的嚴重性和具體情節，酌情向受害人提供充分和有效的賠償。賠償應當包括以下形式：恢復原狀、補償、康復、滿足和保證不再發生。」然補償條例第 5 條規定「受裁判者之補償金額，以基數計算，每一基數為新臺幣十萬元，最高不得超過六十個基數。但受裁判者死亡或受裁判者申請後死亡，由大陸地區之受裁判者家屬申領者，補償總額不得超過新臺幣二百萬元；超過部分之申領權，得由臺灣地區同為繼承之受裁判者家屬主張之；臺灣地區無同為繼承之受裁判之家屬，得由臺灣地區後順序繼承之受裁判者家屬主張之。前項補償金之標準、申請、認定程序及發放事宜，由基金會擬訂後報請行政院核定之。」然而基本原則和準則第 20 條同時規定：「應當按照違法行為的嚴重性和具體情節，對嚴重違反國際人權法和嚴重違反國際人道主義法行為所造成的任何經濟上可以估量的損害提供適當和相稱的補償……。」此處所謂相稱應意指比例原則。換言之，指導決定補償金額多寡的原則中，最重要者應為符合比例原則，係指賠償金額應有助於填補受害者實際所受到之損害，而非僵硬嚴守最高金額限制，倘受害者所受之損害大於新臺幣 600 萬元，則大於 600 萬元之部分在補償條例規定下則不能受到補償，顯然有違比例原則。

14. 未能返還遭沒收財產

在基本原則和準則規定之下，所謂恢復原狀，是指「將受害人恢復到發生嚴重違反國際人權法或嚴重違反國際人道主義法行為之前的原有狀態的措施，例如，恢復自由，享有人權、身分、家庭生活和公民地位，返回居住地，恢復職務和返還財產。」威權統治時期，除了人身自由的喪失和生命的損失，部分政治犯同時也失去其財產，然而受害者所遭沒收的財產，至今卻仍無法返還。根據國防部的統計，戒

嚴時期共沒收 279 筆土地，公告現值達 310 億元，目前無一返還²²。究其原因之一，乃與受害者的補償額度有關。根據「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」的規定，將死刑、徒刑等主刑與從刑合併計算補償額度，且總計一律不得超過 600 萬（死刑補償金也是 600 萬），對於遭判重刑又被沒收財產者來說，此一條文形同虛設。另一方面，戒嚴時期人民受損權利回復條例規定遭沒收財產的補償或發還，須以「無罪判決」確定為前提；然而國家安全法第 9 條第 2 款阻斷解嚴後政治案件除了再審或非常上訴的途徑外，不得上訴，形同在實務上封鎖了受害者的司法救濟之門，根本無從獲得終局判決確定，自然無法要求財產返還或補償。另一方面，政治受害者「因內亂、外患罪受軍事審判而被沒收財產者得請求發還財產或補償」，以「無罪判決」為前提並不合理。因為一般刑事判決的主刑（生命刑、徒刑、拘役、罰金）和沒收（此處為沒收財產）之所以不能分離，乃因沒收的對象和主刑有因果關係，如為供犯罪所用或應犯罪而生之物（刑法第 38 條）。但白色恐怖時期這種不論其財產與其犯罪行為是否相關一律沒收，甚至充作辦案人員獎金的抄家式沒收，本質上並不符合法治國家的「沒收」概念，沒收與主刑之間也並無不可分離的連結存在。

15. 「不當審判」之認定

依據本申請案，國防部保安部認定李媽兜建立中共地下組織之行為，已經觸犯舊刑法第 100 條第 1 項「意圖、破壞國體、竊據國土或以非法之方法變更國憲顛覆政府而著手實行」，且依據動員戡亂時期懲治叛亂條例第 2 條第 1 項及第 10 條規定，將李媽兜交付軍法審判，並於 1953 年判處死刑定讞。而依據補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定：「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」，得免予補償。因此當李媽兜之子向補償基金會申請補償時，補償基金會認定，李媽兜所作之「自白書」承認組織地下支部，並有意透過共黨活動顛覆政府，合乎當時刑法第 100 條內亂罪之要件，故決定不予補償。然此一認定李媽兜的判決非屬「不當審判」之決定呈現幾個問題：

- (1) 依據補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定：「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」，得免予補償。然究竟犯罪事實是否「確有實據」取決於當時軍事法院之判決，而該等判決乃依據刑法第 100 條規定而認定。然刑法第 100 條本身即存在許多爭議。刑法第 100 條第 1 項規

²² 根據 1950 年 4 月修正之懲治叛亂條例第 8 條第 1 項規定：「犯本條例第二條第一項、第三條第一項……者，除有第九條第一項情形外，沒收其全部財產。但應酌留其家屬必須之生活費」。此外，根據檢肅匪諜條例規定：「沒收匪諜之財產，得提百分之三十作告密檢舉人之獎金，百分之三十五作承辦出力人員之獎金及破案費用。」這樣的規定形同「分紅」制度，鼓勵情治人員積極構陷擁有產業的嫌疑者，製造了許多冤案。

定：「意圖破壞國體、竊據國土或以非法之方法變更國憲、顛覆政府而著手實行」，僅以意圖作為處罰之行為，已構成對憲法保障之思想自由與結社自由的嚴重侵害，也對自由民主憲政秩序構成極大傷害。因此，補償條例以刑法第 100 條作為判斷可否領取補償之規定，顯具爭議。從國際人權條約而言，思想、結社及言論的自由，在世界人權宣言、公民權利與政治權利國際公約中都有所保障。公民權利與政治權利國際公約第 4 條明文規定，即便在公共緊急狀態，思想與良心自由的權利仍不得克減（derogation）。以李媽兜加入並參與政黨並組織支部，都屬於這些基本自由權的行使範圍。

- (2) 以本案「確有實據」所採用的標準，除了刑法第 100 條本身存在的爭議之外，以自白書為唯一證據，不足以單獨構成「確有實據」。反之，應將舉證定罪「確有實據」的責任歸於政府，因為相關的證據僅在政府所掌握的檔案中才可能尋獲。戒嚴時期軍事偵查暨審判程序，因寬鬆解釋犯罪的構成要件（動員戡亂時期懲治叛亂條例、刑法第 100 條），皆違反正當法律程序，在目前已經出爐的政治檔案中指出，許多判決係依據刑求逼供下的自白所形成，不符公平審判之精神。在這樣的審判條件之下所進行的事實認定，及其所進行的法律適用與排除之判斷，確實可能因為違反程序正義而造成瑕疵，導致當事人之人權侵害。

因此，本人建議，因寬鬆解釋犯罪的構成要件，以致憲法及國際法所保障個人的基本權利被侵害，政府應採取嚴謹解釋來定義犯罪。因此，即使在「確有實據」鼓吹共產主義並加入政黨組織，或從事其他憲法所保障的權利之個案中，受害者仍應獲得補償。

15. 賠償與不受歧視原則

根據基本原則和準則之規定，本基本原則和導則的適用和解釋，不得有任何形式或任何理由的歧視。而特別報告員 Pablo de Greiff 也強調，確定各種違法行為的賠償種類以及處理各個賠償申請方面如進行歧視性篩選，可能破壞賠償可對法治作出的貢獻²³。就杜案而言，因杜案不符補償條例第 2 條第 2 項，及 15 條之 1 第 1 項第 1 款等規定，而遭駁回補償之申請。然而將補償對象排除非屬於內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例之判決有罪確定者，將侵害憲法保障人民之國家賠償請求權。如上所述，戒嚴時期軍事偵查暨審判程序，因寬鬆解釋犯罪的構成要件（動員戡亂時期懲治叛亂條例、刑法第 100 條），皆違反正當法律程序，不符公平審判之精神。

²³ A/67/368 第 70 段。

在這樣的審判條件之下所進行的事實認定，及其所進行的法律適用與排除之判斷，皆可能因為違反程序正義而造成瑕疵導致當事人之人權侵害。

16. 國家安全法第 9 條侵犯訴訟權

依照戒嚴法第 10 條規定，受到軍法審判的人民均得於解嚴之翌日起，對於軍事機關針對內亂的確定判決，依法向普通法院上訴，重新審判。但執政當局卻在解嚴前夕修改國家安全法第 9 條第 2 款阻斷解嚴後政治案件除了再審或非常上訴的途徑外，不得上訴，後經大法官釋字第 272 號解釋作出此乃「為謀裁判安定與維護社會秩序」所必要的合憲法律，使得政治受害者在我國司法體系的紀錄上，「有罪之身」從未消滅。由於國家安全法第 9 條幾乎阻斷了政治受害者在解嚴之後的上訴之門，使得政治受害者無法透過司法體系洗刷有罪之身的污名，導致政治受害者即使已獲得國家頒布的「回復名譽證書」還其清白，卻仍無法獲得「無罪判決」。另一方面，由於國家安全法第 9 條阻斷了受害者進行上訴的機會，使臺灣社會至今仍無法對當年涉嫌不法行為（包括酷刑、非法取供、羅織假案等等）之公職人員進行追訴、審判與究責，使得許多體制加害者或協力者，仍繼續在民主化後的政府擔任要職，導致有罪不罰（impunity）的現象盛行。

17. 賠償與平等公民身分的恢復

根據基本原則和準則之規定，受害者根據國際法有權：（1）獲得平等和有效的司法救助；（2）對所遭受的損害獲得充分、有效和迅速的賠償；（3）獲得與違法行為和賠償機制相關的資訊。如上所述，賠償的目的不是為了鞏固受害者作為受害者的地位，而是鞏固其作為公民的地位，與其他公民持有平等的權利。所以賠償的目的之一在於承認受害者是權利的持有者，這也是轉型正義措施力求實現的目標。受害者不僅有權尋找可以減輕苦難的補救途徑，還要恢復其受到殘暴所侵犯的權利。就兩案的聲請書所言，國安法第 9 條第 2 款以及釋字第 272 號，確實阻礙了政治受害者的訴訟權利。

18. 被排除的受害者

整體而言，補償條例尚未能符合國際人權法的規定，特別是其補償的本質和範圍，及條例中欠缺程序的保障等。兩案的聲請書中，皆針對補償條例進行挑戰。兩案的釋憲聲請，揭露出在既往的轉型正義進程中，仍有大量受害人被排除在外。作為在政治壓迫時代裡的受害者，這群「政治失語」的人不僅無法表達他們的聲音，

也沒有得到賠償，甚至沒有被認為是「受害人」，而每一個聽聞他們故事的人，都無法否認，他們的尊嚴，甚至生命，都遭受了以國家之名作出的迫害。

19. 臺灣民主轉型的類型，符合學理上所謂的協商式轉型（negotiated transition），它的典型特徵是威權政黨做出民主妥協的時候，還繼續保有相當的政治優勢，而民主勢力基於種種考慮，同意或默許將民主改革限定在某些範圍內。在這樣的情形下，轉型正義或者被排除在改革清單之外，或者被限縮在一定的範圍內。因此民主化以來，臺灣在轉型正義的政治工程，採取「賠償受害者但不追究加害人」的模式，除了對受害者進行補償之外，其他諸如對加害人進行法律或道德上的追訴，以及對真相的嚴肅調查幾乎付之闕如²⁴。此種只補償受害人，但不願意針對威權統治的加害體系進行反省並尋求真相的處理模式，不僅無法解決威權時代所留下的遺孽，更使臺灣民主化以來，儘管歷經兩次的政黨輪替，仍存在民主治理的內在危機。然從兩案的釋憲聲請，提示我們，即使從賠償受害者的角度推動轉型正義的進程，仍亟需突破現有國內法律的框限，重新確立受害人認定標準，進一步制定賠償標準，並在這個基礎下開展整全性的轉型正義工程。倘若我們持續漠視，不但無法確保惡行「永遠不再」（never again）的目標得以達成，也無視於所有政治受害者及家屬曾經遭逢的苦難。臺灣實已錯過了許多追求轉型正義的時機，如何處理此一事涉民主、正義、人權等價值的轉型工程，是政府刻不容緩的政治志業，也應是全民共同檢視其施政作為的一項重要指標。

²⁴ 參閱拙著，〈檢視台灣的轉型正義之路〉，新世紀智庫論壇，第71期，頁18-28。

模擬憲法法庭 模憲字第 4 號、第 5 號聲請憲法裁判案 鑑定意見書

鑑定人：林明昕

壹、前言

緣以杜銘哲君主張戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例(下稱補償條例)第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 第 1 款違憲，且司法院釋字第 477 號解釋應予變更，聲請憲法判決，而立法委員黃國昌君等 30 人另主張同補償條例第 8 條第 1 項第 2 款、國家安全法第 9 條第 2 款、1935 年公布施行之中華民國憲法第 100 條第 1 項等違憲，且司法院釋字第 272 號解釋應予變更，亦聲請憲法判決，模擬憲法法庭囑咐本人出示鑑定報告。就此二件聲請案，模擬憲法法庭雖陸續提示應予鑑定之爭點數則，然限於個人專業領域，並考慮相關爭點，其他鑑定人已有高見，毋庸重複，故本人僅針對相關爭點之 1、2，同時追加爭點以外之其他問題，完全依個人觀點整理如下，敬供模擬憲法法庭參考。

又，下列各項說明，主要提供 2016 年 11 月 19 日模擬憲法法庭第二次言詞辯論期日所用，多為要點之整理與說明；完整報告部分，擬視模擬憲法法庭審判之必要，嗣後另行提出，合先敘明。

貳、平等原則下的杜孝生案

在本次模擬憲法法庭所面臨的兩件聲請案中，聲請人均以「轉型正義 (Transitional Justice)」之必要為主要訴求。關於轉型正義之於國家完整回歸自由民主憲政秩序過程中的意義，本鑑定報告固然予以正面肯定(下文「肆」參見)，但如就前揭兩件聲請案所主張的要旨而言，其是否在毋庸同時訴求或全面訴求轉型正義的情形下，透過一般憲法說理，亦可達到其聲請憲法判決的最終目的，則更是本鑑定報告所關心的重點。就此，或擬先以杜銘哲君基於其先人杜孝生一案所聲請的憲法判決(下稱杜孝生案)為例說明：

蓋杜孝生案乃主張補償條例第 2 條第 2 項及第 15-1 條第 1 款規定排除非屬內

亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜以外受有罪判決確定者請求依同條例申請補償之機會，侵害憲法第 24 條保障人民之國家賠償請求權而違憲。關於此一問題點，司法院大法官迄今固無直接的解釋，然針對同屬處理戒嚴時期不當審判問題的戒嚴時期人民受損權利回復條例，同大法官則作成司法院釋字第 477 號解釋如下：

「台灣地區在戒嚴時期刑事案件之審判權由軍事審判機關行使者，其適用之程序與一般刑事案件有別，救濟功能亦有所不足，立法機關乃制定戒嚴時期人民受損權利回復條例，對犯內亂罪及外患罪，符合該條例所定要件之人民，回復其權利或給予相當賠償，而明定限於犯外患罪、內亂罪之案件，係基於此類犯罪涉及政治因素之考量，在國家處於非常狀態，實施戒嚴之情況下，軍事審判機關所為認事用法容有不當之處。至於其他刑事案件不在上開權利回復條例適用之列，要屬立法裁量範圍，與憲法尚無牴觸……。」

由於司法院這一號解釋對於理解系爭補償條例第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 第 1 款等規定是否違憲的問題，有相當之說明，因此處理相關疑點，或可先從系爭司法院釋字第 477 號解釋入手：

按該號釋字之所以肯認戒嚴時期人民受損權利回復條例對符合該條例所定要件之人民，回復其權利或給予相當賠償的正當性，在於「軍事審判機關……適用之程序與一般刑事案件有別，救濟功能亦有所不足，」且「……認事用法容有不當之處」。準此，系爭條例所適用者，至少應廣泛地以戒嚴時期受軍事審判之人民為對象，始能達到該條例的立法目的；而不應另行限縮，侷限在該受軍事審判之人民屬於犯內亂罪及外患罪的情形。就此，同司法院解釋固以「此類犯罪涉及政治因素之考量」來合理化系爭條例限縮適用的問題，然而有疑的是，何謂「政治因素」，該號司法院解釋並未予以釐清。本來「政治」概念原非刑法上任何犯罪類型的構成要件要素，以此一模糊的概念實無以合理化系爭條例僅以人民受軍事審判屬於犯內亂罪及外患罪者為限的空間。何況正由於「政治」概念的定義模糊，在未經明確定義的情形下，任何於戒嚴時期所發生的刑事案件類型，無論是否屬於軍事審判範圍，亦無論是否為內亂罪或外患罪，均可以帶有或不帶有政治的因素存在。準此，戒嚴時期人民受損權利回復條例，除以軍事審判為適用範圍外，另限定在屬於內亂罪或外患罪的情形，係以一不明確的「政治因素」標準所為的法律適用對象之分類，容有牴觸「等者等之，不等者不等之」的憲法第 7 條要求，當屬違憲。

職是，系爭司法院釋字第 477 號解釋，誠如杜銘哲君在杜孝生案中的主張，應予變更。至於變更的方向，其實可以回歸該號解釋的初旨：凡於戒嚴時期遭受軍事審判的人民，均有適用戒嚴時期人民受損權利回復條例的可能。因為軍事審判機關

「適用之程序與一般刑事案件有別，救濟功能亦有所不足，」因此「……認事用法容有不當之處」。何況憲法第 9 條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」；單純以「受軍事審判」作為適用前揭條例的標準，也完全符合該憲法規定的意旨。

相同的情形，也是用在杜孝生案中的補償條例第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 第 1 款的情形。因為該條例將適用對象限縮於「人民……因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定……」的情形，依立法當時史料所示，同樣出於該等案件具有政治因素的考慮；其以模糊不清的「政治」概念區分系爭條例適用與不適用的界線，亦有違反憲法第 7 條平等原則之虞。因此，本鑑定報告建議模擬憲法法庭或亦可從此一平等原則之角度觀察杜孝生案所聲請的憲法判決，判斷補償條例第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 第 1 款等規定有無違憲的問題。

準此，在模擬憲法法庭囑咐本鑑定報告處理的原爭點 7 之疑點：「戒嚴時期經軍事審判機關審判之非現役軍人，其刑事案件經判決有罪確定者，有涉及內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等政治性案件，有非涉及政治性案件，亦有如杜孝生案，係基於政治因素以非政治性罪名遭判刑確定者，或如『唐榮鐵工廠』、香蕉輪日的『金碗（盤）案』、林頂立案皆是，當時這些案件在動員戡亂時期及戒嚴令下，國家公權力及附屬組織對人民之自由權、財產權造成侵害，而未必以政治案件的方式為之。以上三者是否均屬國家基於自由民主憲政秩序，在轉型正義誠命下所應回復之範疇……？」本鑑定報告基於憲法第 7 條及第 9 條的立場，認為相關案件，只要同屬軍事審判的結果，均應與涉及內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等案件的類型同一處理。

參、第一次權利救濟與第二次權利救濟功能區分下的李媽兜案

相對於前揭杜孝生案，本次模擬憲法法庭所擬受理的由立法委員黃國昌君等基於李媽兜之臺南街頭支部一案所提出的憲法判決聲請（下稱李媽兜案），顯得比較複雜。在此，既有法律如何正確解釋，特別是合憲性解釋（*verfassungskonforme Auslegung*）的問題（涉及補償條例第 8 條第 1 項第 2 款及 1935 年公布施行之中華民國憲法第 100 條第 1 項規定的部分）及第一次權利救濟（*Primärrechtsschutz*）與第二次權利救濟（*Sekundärrechtsschutz*）之功能區別的問題（國家安全法第 9 條第 2 款及司法院釋字第 272 號解釋的部分）；本鑑定報告的看法如下：

一、補償條例第 8 條第 1 項第 2 款所生之爭議

依據李媽兜案的指摘，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」之規定，在該案中同時適用 1935 年公布施行之中華民國憲法第 100 條第 1 項的結果有違憲之嫌。就此，本鑑定報告則認為，問題的核心端視系爭補償條例第 8 條第 1 項第 2 款如何正確解釋的問題。因為依本條例所提出申請的案件，即使在現在時空下適用現行法律及證據法則，亦屬觸犯內亂罪、外患罪確有實據，殊無因禍得福，仍可申請補償的空間。不過，在此的法律應指申請補償當時所施行的所有實體法與訴訟程序法，非得割裂適用；否則現行法秩序將因任意選擇其中一部適用、一部不適用而失其完整性，絕非系爭補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定的本旨。

職是，有疑的是李媽兜案在依補償條例申請補償時所應適用的刑法第 100 條，應屬 1992 年修正前之條文，抑或修正後之條文的問題。在此，由於本案係於 1998 年後始依同年公布、並於公布後 6 個月始施行之補償條例所提出的補償申請，從而在時間序下自應依據 1992 年修正後的「現行」刑法第 100 條規定，殊無回歸適用修正前，因此已非現行之舊條文的道理；否則，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款完全喪失其條文所稱「現行法律」的意義。換言之，李媽兜案在此有關申請時因適用修正前刑法第 100 條致遭駁回的問題，似與該款規定有無違憲無關，而純屬主管機關錯誤解釋條文的情形。

此外，另需注意者，依系爭補償條例第 8 條第 1 項第 2 款所應適用的「現行法律」，應屬合憲之法律的情形。因為假使應適用的現行法律係屬違憲，則其適用的結果亦將違憲；準此，當盲目適用違憲法律，而認定當事人之觸犯內亂罪、外患罪確有實據，其與系爭原案件在戒嚴時期遭不當審判焉有不同之處？換言之，系爭補償條例第 8 條第 1 項第 2 款所擬排除者，僅能是在現行合憲秩序中當事人之行為亦確實該當內亂罪或外患罪的情形。假使現行法律本身違憲，則應先依聲請釋憲的機制處理後，始進一步適用補償條例第 8 條第 1 項第 2 款處理當事人補償的申請案件為宜（合憲性解釋之操作）。我國刑法第 100 條在 1992 年修正前嚴重限制人民言論、集會遊行等表現自由，有違憲疑義，當屬公知之事實。準此，其不得作為補償條例第 8 條第 1 項第 2 款所應適用的法律，尤不言可喻。

二、國家安全法第 9 條第 2 款所生之爭議

李媽兜案對於補償條例第 8 條第 1 項第 2 款的指責，是該款認定非由司法機關，而由行政機關（即財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會）處理，

有違反權力分立之嫌。關於此一質疑是否成立，主要取決於該條例之補償制度的功能。

按補償條例中的補償制度，乃係以金錢填補戒嚴時期的司法不法行為所造成的個人利益之減損結果，學理上是所謂「第二次權利救濟」。在此，由於補償之決定，正是該金錢填補的為之與否，以及範圍與額度等問題，而非造成補償之司法行為本身是否為違法，以及如何去除，從而相關的補償決定，基於效率等考慮，先委由國家行政部門處理，待有爭議，始透過行政爭訟之方式解決的模式（補償條例第 3 條第 3 項參照），縱使從立法政策的觀點而言，容有商榷之處，但在憲法上，當無必然違反權力分立。相對於此，比較重要的是：該造成補償結果的司法不法行為本身有無認定與去除之可能，乃至哪種國家權力機關進行處理，亦即所謂「第一次權利救濟」的問題。

查第一次權利救濟作為法律制度，原在於不法侵害之行為的確認本身；並進而在其侵害仍持續者，同時予以排除。惟若侵害已消滅（erledigt），而被害人就該行為之不法卻仍有確認利益（Feststellungsinteresse）時，亦有違法確認的必要。在一般國家的行政不法之情形，例如我國行政訴訟法第 4 條的撤銷訴訟及第 6 條第 1 項第 2 句的違法確認訴訟（Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage），正是此一制度的典型；至於司法不法的問題，亦有進行第一次權利救濟的必要，當屬毋庸置疑。此外，由於司法不法乃由司法權所造成，基於司法獨立的憲法上要求（憲法第 80 條），相關的第一次權利救濟當不能任憑行政機關處理。

職是，在李媽兜案的情形，由於補償條例所能處理者，如前所述，僅為第二次權利救濟，因此在現行法中，針對戒嚴時期司法不法的第一次權利救濟，最多似僅有國家安全法第 9 條可資適用而已。不過又由於臺灣解嚴迄今已有 24 年（以金、馬等地區於 1992 年 11 月 7 日起解嚴計算），大部分可能的司法不法之行為非但已經確定，甚至亦執行完畢，而告「消滅」，因此前揭國家安全法第 9 條中，即以第 2 款之規定相對重要。只不過因系爭第 9 條第 2 款規定：「刑事裁判已確定者，不得向該管法院上訴或抗告。但有再審或非常上訴之原因者，得依法聲請再審或非常上訴」，從而判斷戒嚴時期相關司法不法案件有無完整的第一次權利救濟，則視現行刑事訴訟法上之再審與非常上訴制度，能否滿足尋求救濟者的需要。至於在此尋求救濟者的需要究竟為何，以司法不法的特性而言，主要應屬藉由對該等已消滅之司法不法行為的違法確認，而達到回復受害者之名譽的情形。按在違法確認類型的第一次權利救濟，「回復名譽（Rehabilitation）」乃公認的違法確認利益；假使我國現行刑事訴訟法上之再審與非常上訴制度，能有效回復戒嚴時期相關司法不法行為之受害者的名譽，則國家安全法第 9 條第 2 款並無違憲之虞。反之，不但國家安全法第 9 條第

2 款有違憲的疑義，並且肯認系爭條款合憲的司法院釋字第 272 條解釋亦有商榷餘地，必須予以變更。蓋「有權利，即有救濟（Ubi ius ibi remedium）」；該司法院釋字第 272 條解釋完全忽略了以第一次權利救濟回復受害者名譽的必要。

準此，在模擬憲法法庭囑咐本鑑定報告處理的爭點補充 3 稱：「對動員戡亂時期國家行為的定性與補償／賠償，與『國家責任』體系理論的關係，為何？」雖其題意未明，惟若相關問題係涉及國家（司法）不法行為與補償（或賠償）的關係時，則本鑑定報告即強調前揭第一次權利救濟與第二次權利救濟之功能區分的實益。不過假使該爭點問題只要在探究「補償」與「賠償」的語意，本鑑定報告則認為，此者最多為名詞爭辯，而無太多實質上的意義。系爭補償條例雖以「補償」為名，然其在於填補戒嚴時期之司法不法行為對受害者所造成之損害，從該條例適用的對象與範圍，及其立法理由來看，昭然若揭，並非補償或賠償用語所能掩蓋。

肆 轉型正義 vs. 法安定性原則

本次模擬憲法法庭所擬受理的杜孝生案與李媽兜案，無論何者，聲請人均以「轉型正義」為重要的訴求。由於轉型正義在於國家針對過去不法的反省，藉由發掘真相、追究責任、回復名譽與彌補損害……等方式，與民更始，以落實自由民主憲政秩序，而與本鑑定報告前揭各項主張甚為契合，因此本鑑定報告在此對於杜、李兩案聲請人的主張原則上予以肯認；然鑑於模擬憲法法庭囑咐本鑑定報告處理的原爭點 3 中詢及：「於國家之緊急狀態結束，恢復自由民主憲政秩序後，國家針對緊急狀態時期作成之審判，應否及如何遵循憲法原則處理？國家有無憲法上之義務回復人民於緊急狀態時期所受侵害之權利？如國家有憲法上之回復義務，此回復義務如何與『法安定性原則』、『禁止溯及既往原則』、『信賴保護原則』等憲法原則進行整全調節……？」等問題，本鑑定報告敬表相關立場如下：

基本上，轉型正義既為國家揚棄不義，回歸自由民主憲政秩序的過程，則其進行的經過自當遵循憲法所揭示原則與價值；否則無異以暴易暴，成王敗寇，亦即所謂「勝利者正義（victor's justice）」。此外，由於轉型正義所擬面對檢討的，正是國家過去的不法與不義，因此其進行中所必須接受的，毋寧是前揭原爭點 3 所特別例示的法安定性、禁止溯及既往及信賴保護等以維護既存狀態為內涵之憲法原則的最大挑戰。對於這些原則的適用於轉型正義之議題上，本鑑定報告同樣抱持肯定的態度，以避免相關的措施過猶不及；然而即於適用之際，本鑑定報告則認為有兩點原則性問題，應予注意：

- 一、查法安定性原則、禁止溯及既往原則及信賴保護原則等雖均以維護既存狀態為內涵的憲法原則，惟其仍有適用之先後與範圍關係。蓋信賴保護者，實乃

基於法安定性原則而派生，以維護個人之既得利益為目的的原則；其中，該原則表現於對國家立法行為（含法律、命令等各種法規範之制定、修正與廢止）的要求層面，主要即為溯及既往禁止之原則。準此，在轉型正義的議題上，法安定性原則固有全面適用的可能性；但信賴保護，乃至禁止溯及既往，則除非涉及對於過去加害人之咎責，否則例如在對於被害人之道歉與賠償等問題點，實無適用的餘地。

- 二、不過，法安定性原則，抑或主要僅適用於在對於過去加害人之咎責問題點上的信賴保護原則及禁止溯及既往原則，畢竟為「原則（principle）」。其所內涵的價值絕非一成不變，僅有全有或全無的零合式適用與不適用兩種情形。事實上這些原則的適用，是一種利益衡量的過程：在擬適用的個案中，追求改變的利益與維持現狀的利益相互斟酌；彼此達成最佳化的表現，則是該等原則適用時的理想狀態。如是的現象，當然也適用於轉型正義的議題上：致力於改變過去的轉型正義與努力保留過去的法安定性等原則，在爭議的個案中相互激盪；各種原則於此如何同時達到最佳化，同屬這些憲法原則在適用時所應追求的目標。

模擬憲法法庭 模憲字第 4 號、第 5 號聲請憲法裁判案 鑑定意見書

鑑定人：蔡志偉 Awi Mona

一、杜孝生等同案被告的中華民國國籍如何取得？（原住民族與中華民國是多民族同國家？或者兩國間關係？）為何可直接適用中華民國刑法？案發時（1950 年）原住民族如何看待／理解中華民國政權？如何在舊金山和約之前宣示自己為中華民國國民？

1. 原住民族之概念

傳統國際法關注「原住民族」係從探究「非西方」、「落後」、「原始」的部落社會開始，到研究殖民地國家的法律與被殖民社群的互動，再到當代強調本土研究中的「少數」、「特殊」或「原住民族」的規範命題。

在對原住民族人權議題的研究上，聯合國經濟暨社會理事會在 1970 年接受防止歧視及保護少數族群次委員會（Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities）建議對歧視原住民問題作一綜合研究，可謂係重要的轉折點¹。1971 年起，José R. Martínez Cobo 獲派任特別報告員（Special Rapporteur for the study on the problem of discrimination against indigenous populations）執行這項針對國際社會歧視原住民族問題的研究，旨在消除歧視並提供具體建議予國內和國際因應措施²。經過 15 年的調查與研究，本項研究涵蓋了一系列的原住民族人權問題，包括原住民族定義、政府間組織和非政府組織的作用、消除歧視、基本的人權原則，以及諸如下列領域的特別行動方面：健康醫療、居住、教育、語言、文化、社會和

¹ 1969 年聯合國人權委員會特別報告員針對種族歧視在政治、經濟、社會與文化面向所呈現之問題向聯合國防止歧視與保護少數附屬委員會提出研究報告（Study on Racial Discrimination in the Political, Economic, Social and Cultural Spheres），其中並以專章對於原住民族的人權問題提出關心與行動方案。該項研究報告內容，請參見 U.N. Document E/CN.4/Sub.2/301。

² Economic and Social Council Resolution 1589 (L) of May 21, 1971, authorizing a “comprehensive study of the problem of discrimination against indigenous populations.”

法律機構、就業、土地、政治權利、宗教權利以及司法平等³。本項作為原住民族人權發展時代里程碑的報告（Cobo Report），除促使聯合國成立推動原住民族人權的專責機構外，更讓多項重要國際公約與文書納入了原住民族權利的關懷。

有關「原住民族」之定義，前開報告做了如下的闡釋：

原住民族社群（communities）、部族（peoples）與民族（nations）係指在被侵略和殖民地化以前於其領域上發展的社會，而目前在該領域中不同於支配的社會或其一部分的其他階層者。他們在現時點上未居於統治階層，但有其固有文化模式、社會制度及法律體系，並依此作為民族存在的基礎，且決意保全、發展其祖先的領域及種族認同，並將其傳承給將來的世代者⁴。

換言之，定義「原住民族」之最重要且關鍵因素，即在於「主權國家之建立」，及其相對應實力而附隨所產生之法律結果。亦即，原住民族係先於現代國家即已存在，並得主張基於占有而生之固有權利⁵。我國於 2005 年 2 月 5 日公布施行「原住民族基本法」，該法第 20 條第 1 項明定「政府承認原住民族土地及自然資源權利」。立法理由則謂：「依原住民族定義得知國家建立之前原住民族即已存在，是以國際間各國均尊重原住民族既有領域管轄權，並對於依附在領域管轄權所衍生的原住民族土地及自然資源權利也均予以承認。」

承前意旨，以加拿大與美國為例，原住民族與國家間存在之政治實體關係，概有 1763 年皇家宣言（Royal Proclamation）表徵原住民族與加拿大聯邦政府（王室）互為法主體的獨立政治實體⁶，以及美國司法實務見解所確認之「國家主權範圍內之倚賴性國族」⁷。

2. 臺灣原住民族的法律地位：化外之民→治外之民→法外之民

臺灣原住民族正式進入現代國家統治力量所及，確係始自 19 世紀末期日本基於馬關條約而取得臺灣之際。對於臺灣原住民族是否取得日本帝國臣民地位之議題，

³ U.N. Sub-mission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1-4 (1986).

⁴ E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (1986).

⁵ 加拿大最高法院判決：Calder v. A.G.B.C., [1973] S.C.R. 313；美國最高法院判決：Johnson v. McIntosh, 21 U.S. (8 Wheat) 543 (1823)；澳洲最高法院判決：Mabo v. Queensland (No. 2), (1992) 175 CLR 1.

⁶ John Borrows, Wampum at Niagara: The Royal Proclamation, Canadian Legal History and Self-Government, in Michael Asch, ed. *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essay on Law, Equality and Respect for Difference* 168-169 (Vancouver: U.B.C. Press, 1997).

⁷ Worcester v. Georgia, 31 US (6 Pet.) 515 (1832).

主要有下列兩說⁸：

- (1) 岡松參太郎：馬關條約所謂該地之住民，係指服從於清國主權之該地的住民，而不包括「生蕃」，蓋依 1874 年日清就牡丹社事件進行交涉時的外交文書，清國從來就視生蕃為化外之民，繼承清國主權的日本帝國亦然；亦即，因為當時清朝政府的主權根本不及於生蕃，自然不能透過由清朝締結的條約加以移轉。日本帝國與生蕃在內國法上並無任何關係，但有國際法上之關係。雖生蕃在社會學上可視為人類，但在國際法上則可視為動物。
- (2) 持地六三郎：生蕃自日本受讓臺灣以來，未曾服從帝國主權，反而繼續採取叛逆態度，所以帝國有權討伐他們。換言之，生蕃之所以非帝國臣民，乃因其未曾服從帝國主權，但他們與帝國亦非國際法之關係，由於生蕃居住於帝國因接受割讓而取得的土地上，故得以成為帝國臣民。是以生蕃在社會學上雖可視為人類，但在國家法上則無任何人格，生殺與奪完全在國家處分權之內。

要言之，日治時期臺灣總督府之官方見解，係認生蕃人乃「等同無智文盲白癡瘋癲的無能力者」，因此認為生蕃人之行為不適用日本現代型刑法⁹。

二戰結束以後，國民政府退守臺灣，並自 1949-1987 年實施戒嚴，且未經過合法正當程序，即逕將原住民族納入管理。對於原住民族的法律地位，初期主要在降低山胞之民族性質，1947 年 7 月 1 日通令「高山族」改稱「山地同胞」¹⁰，僅將其視為經濟上或居住地域上弱勢偏遠之一群國民，並採山地三大運動作為重要政策工作¹¹。1951 年臺灣省政府通過施行「山地施政要點」，確立了山地行政治理的整合性與權宜性¹²。

綜據前揭各項說明，臺灣原住民族本應與戰後國民政府間存在政治實體間之對等關係，「國民身分」同日治時期授予臣民籍之性質相當，係由國家強制實施所致，而缺少正當法律程序之要求。

換言之，本案應有司法管轄權之之爭議，此外，更應有法規是用上之衝突與疑義。

⁸ 轉引自王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，《臺大法學論叢》，第 40 卷第 1 期，2011 年 3 月，頁 19-21。

⁹ 王泰升，同上註，頁 29。王泰升分析理蕃誌稿之內容，指出「就文明國刑法之構成犯罪及其性質而言，不能對無能力之犯罪「蠻人」處以適用於具備普通知識者犯罪的刑法，文明國在蕃人達到具備普通智識的時期之前，皆不應為之；因此，若以疏虞懈怠或過失殺傷等罪名加以處罰，都可謂濫用法律。

¹⁰ 傅寶玉等編，《台灣省公報中有關原住民法規政令彙編 1》，1998 年，頁 58。

¹¹ 台灣省政府民政廳編，《發展中的台灣山地行政》，1971 年。

¹² 吳堯峰，《台灣山地行政政策的演進與發展》，1986 年。

二、同理，處理一國之內的轉型正義，是否應直接適用於原住民族？又，轉型正義與歷史正義有何異同？有何重疊？與本案關係如何？

謹以比較法制方式說明，加拿大國家機制對於原住民族正義回復與權利保障的處理，始自 1982 年憲法修正增訂確認原住民族固有權利與條約權之憲法地位，其後最高法院在其 1990 年作成之 R. v. Sparrow 判決，表示政府應承認原住民族權利，且應以立法確定，作為獲致原住民族和解（reconciliation）之方式。然而，值得關注的是，除了寄宿學校所生之權利侵害與正義回復之外，加拿大原住民族向來強調之主權剝奪、土地侵權之主張，似乎仍少見有以「轉型正義」形式在進行聲索。其因係以加拿大政府認為該國並沒有歷經「轉型」的過程，如後衝突或是後威權的體制，加上原住民族主權與土地的滅失，係因主權國家透過征服原則（Doctrine of Conquest），或係藉由歐洲殖民勢力與當地原住民族間所簽訂之不對等條約協定，抑或是以發現與占有原則（Doctrines of Discovery and Occupation），對於由法律所虛構之無主地（terra nullius）概念，主張合法性權力之建立，因而排除有所謂轉型正義之適用。

實則，加拿大政府一以其非屬後衝突或是後威權的體制，復以「類轉型正義」之方式設立真相與和解委員會，啟動對於寄宿學校政策（residential school policy）之反省與檢討，恐有假藉寄宿學校之轉型正義，合理化對於原住民族主權與土地管領之正當性，進一步限縮加拿大憲法所確認之原住民族固有權利與條約權之內容。值得進一步觀察者，即在於加拿大政府自 1990 年以後，一方面設立皇家原住民族委員會（Royal Commission on Aboriginal Peoples），另一方面同時啟動原住民族土地協定之談判與和解，而有關於原住民族土地協定內容之發展¹³，則受到司法審判實務見解之影響¹⁴。

其實，在同屬英美法系統之澳洲，在其處理原住民族權利主張之作為上，亦有類同加拿大區分「主權與土地聲索」和「非主權與土地之權利主張」之作法。簡言之，2008 年時任澳洲總理的陸克文，在國會以總理的身分代表政府為「失竊的一代」（Stolen Generations）向澳洲原住民族正式道歉¹⁵。「失竊的一代」指澳洲政府於 1869

¹³ General Briefing Note on Canada's Self-government and Comprehensive Land Claims Policies and the Status of Negotiations, Indian and Northern Affairs Canada. Retrieved from <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1373385502190/1373385561540>.

¹⁴ 加拿大最高法院針對原住民族傳統領域權之最新實務見解，請參見 Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2014 S.C.C. 44.

¹⁵ Apology to Australia's Indigenous peoples. Retrieved from <http://www.australia.gov.au/about->

年至 1970 年間對於原住民族孩童實行「同化政策」所影響之世代，其基本理據在認為原住民族文化落後、未開化且無知，遂強行將數萬名原住民族孩童送至白人家庭或政府機構，以達到「白化」原住民族的結果。然而，有關澳洲在前之殖民政府對於原住民族土地所宣稱之無主地先占，即便已然經由澳洲最高法院在 1992 年之判決確認無效¹⁶，卻也開啟澳洲政府以立法方式限縮原住民族土地權之先河¹⁷，而無法納入轉型正義之框架。

回到臺灣的歷史脈絡，從「現代國家」統治原住民族的殖民遺緒觀點來說，今天我們可以很明確地表示，對於原住民族來講，日本時代是一個殖民政府，我們也都知道，日本殖民政府約莫自 1930 年代左右開始實施皇民化政策。戰後國民政府抵臺，為祛除日治時期皇民化的各項影響，開始推行漢化跟中國化，歷經兩個現代型國家政權的治理，國族意象始終未見原住民族的位置。1980 年代臺灣民主化運動促成臺灣走向一個比較屬於民主、憲政的體制之後，我們又發現臺灣的社會強調的是推行本土化、臺灣化，在這樣的過程中，原住民族的主體論述依舊不見蹤影。在不同政權的法律與政策論述中，原住民族一直都是被指定、被界定、被要求、被期待要成為政府所想像的一種具有特別文化特質的社群，而這種特質卻是以法律結構僵化了原住民族處於被支配者之角色。

再者，在以強調漢人史觀所建構之「臺灣通史」，臺灣原住民族在過往歷史洪流所遭遇之各時期統治權力，究竟發生了什麼事情？而有如何的影響？為什麼原住民族在歷史正義及轉型正義的回復主張，特別要強調土地正義，始終是困惑著一般社會大眾的歷史難題，更是臺灣原住民族在歷史境遇中不可承受之輕。以當前管理本屬原住民族傳統領域土地最大宗之行政機關—林務局，從歷史文獻資料中之記載，林務局係淵源自 1945 年 10 月臺灣省行政長官公署成立後，新設「臺灣省行政長官公署農林處林務局」。林務局成立後做的第一件事，就是接收原本臺灣總督府林政營林等業務。再看已民營化的臺灣糖業股份有限公司，根據文獻資料，台糖公司過去種植甘蔗的面積最高達 12 萬公頃，然而，原住民保留地的土地總面積也不過才 26 萬公頃。換言之，台糖公司所種植甘蔗的土地面積就將近原住民保留地的一半。實則，台糖於其創立之初也是接收日本所屬在臺各糖業相關機構。換言之，無論是台糖公司或是林務局，都是接收日本總督府占領臺灣時期所取得的原住民族的土地。

換言之，原住民族「正義」所應處理的面向至少有二：其一為面對戰後國民政府時期，因實施戒嚴、宣告動員戡亂時期，而有威權統治之不正義；其二則係發端

australia/our-country/our-people/apology-to-australias-indigenous-peoples.

¹⁶ *Mabo and Others v. Queensland (No. 2)*, (1992) 175 CLR 1.

¹⁷ *Yorta Yorta v. Victoria*, (2002) 214 CLR 422.

于日治時期而繼續維持至戰後國民政府時期，對於原住民族在政治、經濟、社會與文化之不正義。

比較臺灣、加拿大與澳洲有關原住民族權利與正義之構建工程，三個國家的作為，在經驗上似乎均有意圖的界定，國家與原住民族間不存在後衝突或後威權之不正義模型。即便確有衝突與威權之支配關係，原住民族所遭受之不正義，仍係包裹在強勢社群間之對立結構中，遂有邊緣化與弱化之情況，如二二八事件所生之各項轉型作為。縱然，國家行政組織有中央專責機關的設立，國家法律體系有包括原住民族基本法、原住民族教育法等專責法規範，卻始終未能撼動以中華文化與史觀為基石的憲政架構。

儘管全球原住民族間存在著如此多元的文化與相異的議題，考諸原住民族與殖民主義間的歷史發展脈絡，我們仍然可以察覺存在原住民族其中相同的關懷：文化的歧視、經濟的弱勢、土地的流失等。再者，過往臺灣所存在之不同國家與類國家實體，對於原住民族所採用之「番」的指稱，即同於歐美國家對於原住民族所採野蠻人（savage）、文化低落（inferior）、未開化者（primitive）之界說，均在否定原住民族之法人格主體，為各主權國家之侵權與殖民建立所謂的合法律性（legality）。在臺灣的事例即如，臺灣政府多有以行政院公布「收復區敵偽產業處理辦法」作為臺灣光復後中央政府接收日本資產之法律依據。

從原住民族的觀點而言，國家法律構築了弱化與控制原住民族的結構，合法化國家暴力的過度介入與使用；進而容許國家以殖民時期的法律思維論述原住民族的想像，並在原住民族政策內容的歷史與政治面向上，有意識性的遺忘原住民族先於國家建立前已存在的事實、土地與傳統領域權、主權與民族自決。舉例而言，國際法是主權宣示的基石；憲法排除了原住民族在公民社會的參與；財產法讓剝奪原住民族土地的行為合法律化；刑法的運作導致原住民刑事處遇的高監禁率；智慧財產權法對於原住民族文化的保護不周全；法人（如公司）法隔絕了部落耆老的權能。

原住民族歷史正義涉及跨政權、跨世代、跨政黨，原住民族一方面同一般社會經歷威權統治時期，另一方面，卻有著他族群未曾經歷過遭致主權國家認定之不具法人格時期。此兩面向著眼之法律成因、效果及救濟各有調查及論理之差異，若未經縝密規劃，在處理原住民族同受威權統治所提之轉型正義訴求，恐將一般化原住民族訴求之疑慮；另以，在調查原住民族歷史正義面向之訴求，恐有片段化、碎裂化歷史縱深、政權移轉與繼受不正義之風險。

三、聯合國對於轉型正義的相關決議及文件中，肯認了轉型正義處理過程中人民之真相知情權（the right to know）、追求正義權（the right to justice）以及獲得補救權（the right to reparation），其權利內涵為何？範圍為何？相關權利在我國憲法人權架構下是否及如何受到保障？

原住民族於其所生活社會中，往往處於政治、經濟、社會及文化方面之弱勢，不僅參與及享受各種國家、衛生、文教及社會福利制度之機會常常受到歧視，甚至面臨自身權益受損或行為與國家法制相牴觸而產生法律責任時，往往無法透過國家司法制度獲得有效之救濟。因此，原住民能否或是否具備使用國家司法制度，以及國家是否針對原住民族之處境建構完善的司法制度以保障原住民族權益，為原住民透過公平審判獲致追求正義之權利是否實現與國家司法制度是否具備正義基礎的重要指標。

聯合國原住民族人權及基本自由情況特別報告員在 2004 年一份關於原住民族與司法執行的報告中，討論原住民族在司法制度所受到歧視的相關問題時注意到，原住民在司法制度中所到負面影響時，其他人權的享有亦容易在司法制度中被否定，因為司法制度是各種權利與自由之實現被侵害時的重要救濟途徑。特別報告員發現原住民族在司法制度受到歧視的因素很多，包括對原住民族權利的長久否定、司法制度未能對原住民族就其與傳統土地間的特殊關係予以承認及保護、司法制度的官員對原住民的歧視、因為在整個司法程序中的不適當翻譯服務致原住民族在法律前之平等及公平審判權未受保障、原住民族傳統法律制度因為現代化、同化、強迫遷徙、政治壓力所受的侵蝕或破壞、國家對原住民族的文化及法律慣例予以刑罰化、對原住民族法、習慣及管轄的正式承認或使之隸屬於國家法之下、以及原住民法在處理新議題（如女性及兒童）方面的不足¹⁸。

因此，特別報告員就上述問題建議國家，應確保原住民族在司法制度運作範疇所相關的普世性人權能無歧視性的被遵守、國家應採取特別措施以消除在司法制度所導致會對原住民族歧視的歷史偏見、國家應對原住民族之監禁視為最後手段並應與原住民社群結合下以平等及無歧視審視其他的替代性方案、國家應就不合比例性地影響原住民的法律展開研究並採取必要措施以消除這些法律所造成的歧視、國家影採取措施以增加原住民在司法制度工作之數量、國家應對司法制度之人員採取教

¹⁸ Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mr. Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2004/80/Add.4 27 January 2004, pp. 5-6.

育訓練使其瞭解原住民族之文化、習俗及法律慣例以消除歧視及促進對文化多樣性之尊重、國家應採取步驟確保原住民個人或群體對法律程序之瞭解、國家應承認原住民族自身的司法制度並在與正式國家制度合作下使該制度能有效的運作、國家及原住民應將國際所承認的人權及原住民權利併入其司法制度、國家應考慮使原住民族以其所使用之機制解決爭端、國家之法律制度在解決涉及原住民族及其個人之案件時應將原住民族相關的慣例、傳統及習慣法使用、在適用國家法規時國家應對原住民族的慣例及習慣法予以適當的注意並尊重原住民族所習慣使用之實踐¹⁹。

上述聯合國特別報告員之報告，呈現出普遍存在於大多數有原住民族國家的共同問題，即原住民族對於司法制度的瞭解及善用程度不高，抑或是國家司法制度及程序之設計與運作存在歧視，讓原住民族無法善用，使得其自由及權利的實現遭受限制或被剝奪。曾經有過長期參與審判的實務者對原住民族在我國司法制度所受的不利影響探究其原因認為，法院體系長期漠視原住民族傳統文化、法院所使用的審判語言、證據法則、管轄規範及訴訟救助與強制辯護要件審核過嚴等現象，皆是造成原住民族在司法程序中受到公平審判的權利受到限制的要素²⁰。此現象不僅在國內憲法制度中，可能構成對原住民族在憲法中訴訟權的平等性構成違反，在國際間許多人權文件亦特別強調對原住民族參與在司法程序中所享有的追求正義權與獲得補救權應受國家保障。

在兩項人權公約中，皆課予締約國對公約所規定之權利的尊重、保障及實現義務，應平等、無歧視地被實施，即不能基於性別、國籍、政黨、信仰、語言及其他標準在個人及群體的權利享有所差別。在兩項人權公約中除了規定實體權利外，更規定當前述公約權利被侵害或無法獲得實現時締約國應提供有效的救濟制度，並且規定個人及群體在司法制度中，應享有的公平審判權。

國際間對原住民族權利保障制度之發展，奠基於二次世界大戰前所形成對少數族群（minorities）平等權保障之國際公約，並在聯合國設立後與其去殖民化的重要目標相結合後，有較顯著之發展方向。國際勞工組織在 1989 年大會通過了第 169 號「關於獨立國家境內原住民族及部落人民公約」，本公約規定了促進原住民族文化整體性的條款、土地與資源權利，以及社會福利領域的無歧視原則，並要求締約國在所有可能影響原住民族事務之決策，應尊重原住民族之意願。又，本公約亦就原住民族之司法權利有所規定，其要求國家對有關民族採用傳統方法處理其成員所為之犯罪行為應予尊重，而且法院在處理刑事案件時，應考量原住民族處理此類問題之

¹⁹ *Id.*, pp. 6-8.

²⁰ 湯文章，〈原住民族在訴訟法上地位之研究〉，憲政時代，第 31 卷第 1 期，2005 年 7 月，頁 39-53。

習慣（第 9 條）。而，國家在對原住民族成員依法實施處罰時，應考量其經濟、社會及文化特點，並應優先考慮自由刑以外的處罰方（第 11 條）。當原住民族之權利被侵害時，國家應提供法律救濟，並應對原住民在訴訟中提供語言或其他有效協助措施，使之能聽懂及被聽懂（第 12 條）。

另以，聯合國在 2007 年 9 月 13 日第 61 屆大會會議中，正式以第 61/295 號決議通過「原住民族權利宣言」（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples）。據聯合國憲章規定，大會決議對締約國並不生法律上拘束力，而是體現締約國對特定議題之態度與意向，但亦有案例呈現聯合國大會決議內容可能被國家反覆持續實踐，並形成主觀法意識而成為習慣國際法，世界人權宣言即是此著例²¹。故「原住民族權利宣言」本身目前對聯合國會員國雖不具實質拘束力，但由於其協商期間長久，大部分條款內容獲得高度共識，甚至有些權利規範已具習慣國際法地位，並且對原住民族權利規範之建構，樹立完整且具里程碑意義的基礎。本宣言之內容，不僅在聯合國之人權相關機構被使用、主張，並在 2007 年美洲人權法院之 *Saramaka People v. Suriname* 案被原住民族作為集體主張土地權之基礎，在 2010 年亦在 *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador* 案被適用，並在許多國家之國內立法規範中被實施，甚至在國內法院被主張²²。

在聯合國「原住民族權利宣言」的諸多規定中，特別提及司法權的規定有第 34 條：「原住民族有權依據國際人權標準，促進、發展及維持其制度性結構，及其獨特的習慣、精神、傳統、程序、實踐，及其司法制度或習慣。」宣言第 40 條也規定：「原住民族有權使用公正及公平的程序，透過此程序迅速獲得裁決以解決與國家與其他當事人間的衝突與爭端，並就其個人及集體權利所受到的一切的違反提供有效救濟。此裁決應正當考量相關原住民族的習慣、傳統、規定及法律制度以及國際人權標準。」前條規定原住民族有權促進、發展及維持其社會結構中所固有的爭端解決或司法制度及習慣，但應在符合國際人權標準下為之，亦即此制度之實施至少應符合兩項人權公約所規定，特別是公民及政治權利國際公約所規定的「公平審判權」；在後條規定下，針對原住民族所有享有之任何權利遭受侵害時，國家應提供原住民族一項具公平及公正性質的救濟程序，本條未規定此程序是否僅指國家之司法制度，亦包括其他的傳統爭端解決制度，但對於原住民所使用、既存的國家司法制度，更是應符合本條規定。

²¹ 李孟玟，世界人權宣言之（沒寫完）

²² 例如菲律賓及玻利維亞之立法，而貝里斯最高法院之案件亦曾適用過本宣言。See Siegfried Wiessner, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, p. 6. 甚至，我國法院亦曾有判決適用過本宣言，參見臺灣新竹地方法院 98 年度訴字第 226 號刑事判決。

鑑定意見書

鑑定人：高思博

一、前言

依模擬憲法法庭 105 年 8 月 13 日電子郵件來函，指示對杜銘哲以及黃國昌等 30 位立法委員提出之兩件釋憲申請案（模憲字 4 號及 5 號），提出鑑定意見，並再於 9 月 22 日以電子郵件通知，指定本人就其中 5 點爭點撰擬。兩案皆係針對「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」（下稱補償條例）部分條文主張違反憲法，杜案係因當事人向依「補償條例」成立之「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會」（下稱補償基金會），申請補償杜孝生因貪汙受軍法審判一案，遭「補償基金會」依「補償條例」第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 否准，遂就否准處分刻正於臺北高等行政法院提起行政訴訟尋求救濟，乃對裁判應適用之「補償條例」系爭條文提請釋憲；黃案係立法委員主張法律違憲之釋憲案，其標的除「補償條例」第 8 條第 1 項第 2 款外，尚包括舊刑法第 100 條，「懲治叛亂條例」第 2 條第 1 項，及國家安全法第 9 條第 2 項，並要求變更司法院釋字第 272 號解釋，黃案於申請書中並附上「台南街頭支部李媽兜」因叛亂受軍法審判一案，用以說明「補償條例」第 8 條第 1 項第 2 款之違憲處，因此黃案雖係抽象法規違憲審查申請案，但是本鑑定意見進行相關爭點討論時將以「李媽兜案」案情做基礎，另外各爭點內的細項問題，依本文結構，而不一定依原順序處理，一併應先予敘明，以下謹依指定爭點，參照兩案相關事實提出鑑定意見。

二、爭點 2

（1）國家於緊急狀態後的回復義務

兩件釋憲案背景皆源於中華民國政府在 40 年代因應內戰，進入戰時體制，並隨即在臺灣實施戒嚴，因而導致兩案背景事件的主角杜孝生及李媽兜因戰時體制下的動員戡亂法制及戒嚴的緣故（杜孝生依動員戡亂時期貪汙治罪條例，李媽兜依動員戡亂時期懲治叛亂條例），雖非軍人而受軍事審判，杜孝生遭判處應執行有期徒刑

17 年，褫奪公權 10 年，並被沒收全部財產，李媽兜付出的代價更大，被判處並執行死刑，兩案也都牽連其他人被依共犯論處判刑。

本爭點探討國家在戰時體制下，若侵害人民權利，有無回復義務？再論及若是戰時審判造成的侵害，對回復義務有何影響？但探討爭點本身時，首先有一與申請案相關的概念區分值得一併釐清，兩案都是探討戰時體制下侵害人權的政府行為，與另一個問題：從平時的憲政秩序換軌到戰時體制是否合憲正當，應予以區分，後者屬更上位的戰爭權、戒嚴權行使是否合憲正當的問題，在我國憲法權力分立的架構下，係屬總統、行政院及立法院分立制衡的政治領域¹，而非司法審查的對象，再者戰時體制縱然正當，並不使戰時政府有害於人民權利的舉措通通正當，參照大法官釋字第 567 號理由中所稱之：「……限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障」，以及美國聯邦最高法院 *ex parte Endo* 案的判決²，即可得知戰時體制下的政府權力雖可對人民權利予以平時所無的限制，但是仍有憲法紅線不可跨越，因此基於「有權力即有救濟」的法理，應肯認戰時政府行為若跨越憲法紅線，其實當下即應有司法救濟管道，至遲於狀態結束國家亦應負起回復義務³。

其次進一步討論若國家侵害行為是以戰時審判行之，對回復義務的影響。審判形式的侵害會因判決效力及權力分立原則帶來額外的困難，一般戰時或緊急狀態結束後即使立刻處理也都有困難，何況是年代相隔久遠、規模龐大的轉型正義類型的案例，困難度更高。審判帶來的格外困難在於，一般用於處理轉型正義的行政、立法措施，通常包括調查公開真相、金錢賠（補）償、復權等手段，都囿於權力分立無法處理審判的有罪判決確定效力，司法個案的確定判決也只能透過如再審或非常上訴等司法救濟途徑，才能動搖它的效力，只有司法途徑能針對司法個案並動搖其

¹ 參見憲法第 38、39、58、63 條。美國憲法中亦有類似稱為「政治問題原則」(political question doctrine)，即美國憲法在權限分配上，將某些領域的憲政議題專交由政治部門解決，不受司法審查，例如戰爭、外交等權力一般被認為屬於「政治問題」，參見美國聯邦最高法院 *Baker v. Carr* 369 U.S.186 (1962)。

² 參見釋字第 567 號解釋理由書：「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利做較嚴格之限制，唯限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。」美國聯邦最高法院在 *ex parte Endo* 案中審查了羅斯福總統在二戰期間發布的第 9066 號行政命令，該命令授權在美國領土內劃定軍事區，在軍事區內軍事長官可採取限制人民權利的軍事必要措施，導致幾萬日裔美國人被迫遷離西岸家園，被集中於指定區域管理，形同軟禁，法院最後判決當事人 *Endo*（遠藤），一位從未去過日本，只會說英語、忠誠的日裔二代勝訴，認定即使戰爭中，政府不能無理由拘禁忠誠的公民，還她自由。參見 *Ex parte Endo* 323 U.S. 283 (1944)，但另一案挑戰迫遷而非軟禁合法性則被最高法院判敗訴，參見 *Korematsu v. United States* 323 U.S.214 (1944)。

³ 因此，筆者認為黃案申請書中花篇幅討論動員戡亂體制不具正當性的問題並不必然需要，黃案申請書討論目的是關心筆者所說：換軌戰時體制是否正當？戰時體制存在的正當性何時應結束，回歸憲法？筆者認為不論戰時體制正當性如何，都不妨礙兩案檢視相關政府行為的要求。

效力，行政、立法皆無能為力，此本權力分立下必然之理，但是轉型正義面對司法個案的額外困難是一方面個案年代久遠，使一般再審、非常上訴等司法救濟不論在程序面時效或證據面上，都很難加以運用；另一方面個案數量龐大也使以細究個案為本質的司法程序，無力應付重啟歷史個案。但是不可否認，有罪判決的印記本身，或是判決帶來的其他法律效果（無法返還沒收財產），往往是受害人最在意的，因此「補償條例」雖有回復名譽和公權等規定，很多人一知悉這不等於有罪判決失效，仍然大失所望⁴。

（2）違憲審查時應否宣示如何履行回復義務？另有哪些可選擇方案

如果要處理的是戰時審判確定判決效力，行政、立法措施力所不及，尋常司法救濟亦有困難已如前述，但是若司法權進行違憲審查時，有無可能解決履行回復義務面對的困難？固然違憲審查可以宣告判決適用的刑事法律違憲，為申請釋憲的個案打開非常上訴之門，但是筆者認為有兩個障礙使違憲審查處理戰時確定判決亦是高難度：第一，依釋字第 592 號解釋，「依人民聲請所為法令違憲審查之解釋，原則上應自解釋公布當日起，向將來發生效力；經該解釋宣告與憲法意旨不符之法令，基於法治國家法安定性原則，原則上自解釋生效日起失其效力」，因此除了聲請案本身，違憲審查不影響依審判時有效法律所下之其他判決的效力，縱使該法律嗣後被宣告違憲，此為障礙一⁵；第二，戰時審判所依據判罪科刑的這些刑事實體法，如黃案聲請書中所列之舊刑法第 100 條和懲治叛亂條例整部法律都已廢止不復存在，違憲審查的對象能否是法秩序中已不存在的法規？論理上如何處理美國憲法學理上所謂「mootness」的問題⁶？又何況我國違憲審查係抽象法規審查，重視的是整體法秩序的整全性，個案救濟功能極有限，如此制度下處理法秩序中已不存在的法規如何自圓其說？此為障礙二。以上兩個障礙都是現存於我國的違憲審查制的重要原則，形成司法權在權力分立下的約制，似難以靠違憲審查自行突破。

⁴ 參見自由時報 2015 年 4 月 9 日報導，立法委員與法務部吳陳鏗次長關於「戒嚴時期人民受損權利回復條例部分條文修正案」的詢答：曾韋禎，〈法務部：戒嚴時期軍審可回復名譽但無法返還財產〉，自由時報，2015 年 4 月 9 日，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/1282002>（最後瀏覽日：2016 年 10 月 17 日）。

⁵ 因此「法安定性」及「禁止溯及既往」還不單是黃案申請書所說，係釋字第 272 號解釋基於法安定性不願宣告特定法律違憲的問題而已，第 592 號解釋對大法官自身的違憲審查所生的時間效力，亦基於「法安定性」而不溯及既往，因此筆者認為第 592 號是比第 272 號對處理戰時審判效力有更大的障礙。

⁶ 美國憲法所謂「mootness」原則，大意是指司法權不對無判定實益的案件進行審理，成為司法權行使一種程序上的限制，參見 *DeFunis V. Odegaard* 416 U.S. 312 (1974)

如前述權力分立對行政、立法、司法處理戰時審判確定判決構成很大困難，但是在憲法架構中難道沒有可用的權力或機制能夠處理嗎？那又未必，能夠動搖司法判決效力，又能夠較好的因應轉型正義類型案件，克服年代久遠、數量龐大兩個難點，我國憲法、各國憲法和憲政實踐中，國家元首赦免權常被用來處理類似的歷史問題，赦免權的優點恰在於能夠從歷史縱深視個案為時代產物，不囿於個別案情或法條，又能夠類型化處理大量案件，當然不可否認赦免權對司法獨立影響極大，濫權風險不可輕忽，赦免權行使隨司法程序改善，及假釋制度建立漸趨減少；但是對行使赦免權的正當與否的疑慮，本就是每當行使這個巨大權力，應由國家元首負起高度倫理舉証責任，筆者認為不應因赦免權可能濫用，否定其正當行使可發揮的功能，權力濫用問題不限於赦免權，似未聞即因此否認其他憲法權力的正當運用，歷史上民主國家元首行使赦免權，不乏其行使即是用以處理重新評價歷史個案的善例⁷。筆者不知我國在當初處理轉型正義個案，是否考慮過運用總統的赦免權？但是依己見赦免似乎是應對轉型正義個案難題的較佳憲法權力，只有一個問題是由大法官們在釋憲文中討論赦免似並不合宜，但是因爭點中提到有何合憲的可選擇方案，筆者才在鑑定意見中一併指出。

三、爭點 7

(1) 「政治性案件」、「政治犯」與「政治濫權的冤案」

系爭「補償條例」之第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 第 1 款，是「政治性案件」此概念的來源，第 2 條第 2 項是以罪名作為操作定義，也許立法意旨假定凡這些罪名處罰之犯罪，可以合理推論是源於政治動機的處罰；而第 15 條之 1 第 1 款目的則在補用罪名定義的不足，例如美麗島事件後幫忙施明德先生整型，藏匿的人，其行為所犯罪名並非「補償條例」第 2 條第 2 項所列罪名，但是卻明顯是有政治動機的行爲，因此為求納入，乃將「參與同一原因事實，但是又非犯『政治罪名』之行為人」，

⁷ 以美國憲政為例，1977 年卡特總統赦免了自 60 年代起逃避越戰召集的約十萬名美國人，即是從重新審視越戰的眼光看待這些個案的顯例，值得注意的是這樣大規模的赦免並不基於單一的理由，其中固然有否定越戰正當性的「良心犯」，也有純係私人原因，但是不論如何，通過赦免是代表用歷史眼光重新審視個案，把個案多視為時代產物，除去了犯罪的印記。參見 HISTORY.com，<http://www.history.com/this-day-in-history/carter-pardons-draft-dodgers>（最後瀏覽日：2016 年 10 月 22 日）及 William Duker, “The President’s Power to Pardon: A Constitutional History” 18 Wm & Mary L. Rev 501 (1976)。英國的「圖靈案」亦值參考，英國數學家圖靈(Alan Turing)於 1952 年因同性戀活動遭起訴，於 1954 年不幸自殺死亡，直到 2013 年才獲英女王赦免，還她清白，可見赦免的力量還可及於亡者的名譽，司法程序做不到的。參見田思怡，〈同性戀無罪英「圖靈法」還 6.5 萬人清白〉，聯合報，2016 年 10 月 22 日，<http://udn.com/news/story/6809/2040043>（最後瀏覽日：2016 年 10 月 22 日）。

由本條擴張「受裁判者」來處理，準此可進一步解讀「補償條例」試圖涵攝「有政治動機的刑罰」，讓國家對所有這類不當刑罰負起回復義務。

但是「補償條例」這兩個條文的操作定義無法達到上述目的，它有兩個明顯的問題，第一是本屆模擬憲法法庭杜案已突出的重點，即有政治動機的不當刑罰並非只有這兩個條文定義的那麼狹隘，如杜案被害人可能是通念的「政治犯」，儘管他所犯並非「政治罪名」，且同一原因事實的共犯並無人是因「政治罪名」獲罪，如果「政治犯」是受國家帶著政治動機的刑罰權威脅的人，那麼「政治犯」明顯和「補償條例」所定「政治性案件被告」是有交集但不同範圍，例如維基解密創辦人亞桑傑被普遍認為是政治犯，但面對受引渡的罪名卻是性侵害類的罪名，因此就這個角度，「補償條例」對「政治動機發動的不當刑罰」明顯涵攝不足，杜案突出的正是此點。

第二，是較少為人注意的點，即如果重點在「政治動機發動的刑罰」，那麼「政治性案件被告」還有一群「非政治犯」亦被「補償條例」遺忘，例如動員戡亂時期特別刑法眾多，走私以及與大陸漁船交易都可能觸犯「動員戡亂時期國家安全法」及「國家總動員法」，又如擁槍組織幫派多年來被認定涉及叛亂，被依「動員戡亂檢肅流氓條例」處理的還算幸運⁸；這兩類行為雖然被依動員戡亂法令處罰，卻非「政治犯」，亦被「補償基金會」常年拒絕受理，那這些非「政治犯」、「非犯政治性罪名」，但是受動員戡亂時期特別刑法處罰的人算不算「政治性案件被告」？本爭點中所提及「唐榮案」、「金碗盤案」等，按現在已知的事實和詮釋，都像是利用刑罰入人於罪，目的或進行商場鬥爭，或奪人財產，或報復私怨，要說這些案子涉及政治濫權可以成立，但是它們不像因政治動機發動刑罰，也都不是受動員戡亂法制所害，或可稱之為「政治濫權下的冤案」，但是它們有如現代社會的禿鷹案，能算政治案件嗎？如果它們算政治案件，那麼前述違反動員戡亂法制的為何又不算？這裏的討論要突顯的是補償條例「政治性案件」定義會遺漏不少「政治犯」，但是擴大納入會使「政治性案件」的意義越發不明，而擴大納入時又排斥某些動員戡亂法制的受刑人也難以自圓其說。

（2）釋字第 567 號解釋與難題

以上論及者不論「政治性案件被告」、「政治犯」或「政治濫權的冤案」，如果依釋字第 567 號意旨，只要侵犯最低限度之人權保障，仍然為憲法所不許，並不區分屬何種罪名或是否政治犯，都有回復義務的適用，因此爭點中所問幾種類型的案件，

⁸ 這兩類案件都有被認定是叛亂的危險，在 70 年代都還有案件先交軍事檢察官偵辦，不涉及叛亂罪後方移請司法機關辦理。筆者所搜集前者如 72 年間的林見安案（72 年警檢處字第 205 號），後者如 73 年著名的羅福助案（74 年警檢庭字第 078 號）。

以及筆者論及動員戡亂法制下被排除不補償的案件，似都應納入應回復範疇。法理上的真正難題筆者認為是黃案中提及的李媽兜案的情況，即「觸犯內亂罪，外患罪確有實據者」，被補償條例第 8 條第 1 項第 2 款排除者，這種「確有實據」的情況，理論上還可包括「非政治性罪名」的「政治犯」確有犯行的情況，李媽兜案的事實是當事人確實為中共組織人員並為中共從事地下工作，在戰時這類行為很難不被定義是間諜行為，亦難如同訴狀中答辯以「政治犯的信仰自由」，在內戰中為敵方工作很多都係政治理念與我方對立者，如果只要是政治理念不同就主張政治信仰自由不罰，敵方特工、戰鬥人員皆是廣義政治犯，間諜、內亂行為變成概念上不可能，如此是否合理？因此黃案固仍可在程序面主張犯罪事實不應由「補償其基金會」認定，但是為了討論，退一步言，如果交由司法機關認定事實仍然如此呢？筆者認為這才是真正的難題，因為這就不是程序面，或事實、法律認定錯誤面的問題了，而是行為隨時勢變遷已無處罰必要的一種倫理主張了。如果這才是應該思考的重點，那麼筆者願提供另一熱門案件供對比：「林毅夫案」的重點是否也在於尚有處罰必要嗎？「李媽兜案」與「林毅夫案」是否有些類似呢？筆者認為若「林毅夫案」仍有處罰必要，最堅強的理由是社群主義式的政治社群自保自存，那麼同理「李媽兜案」也沒有平反之理；反之若李案可歸於個人主義式的政治信仰而一筆勾銷，林案也可以比照。

四、補充爭點 1

(1) 動員戡亂體制的定性

憲法中大部分條文明文定下分權制衡的政府體制，以及人民的權利義務，並在「基本國策」中描繪理想的社會生活，及指示國家應採取之政策手段，可見憲法規範所想像的社會圖案是一享有自由民主憲政秩序的社會。相對的，憲法對轉入戰時體制僅有極少的程序性規定，對戰時體制和戰時社會幾無著墨，可推論憲法所設定的「常態」和「非常態」很明顯，「非常態」下的權力往行政集中，立法及司法剩下事後控制和救濟，人民權利和法律保留原則大幅退卻，總之「非常態」下憲法大部分條文失去規範力量，因此合理的解釋應是「非常態」是一段有限的時間，否則「非常態」變成「常態」使憲法大部分條文長期失去效力，難謂是合乎憲法邏輯的立論，因此戰時體制應定性是一「非常時期」的措施，動員戡亂體制就其標舉的目的，明顯是一戰時體制，亦應定為有期限的「非常時期」才合理。

動員戡亂既然從憲法觀之，應定性為「非常時期」，本屆模擬憲法法庭關心的轉型正義課題，以及相關的非現役軍人受軍事審判的個案，就有兩個層次：第一是某些案件發生的時空背景，續行戰時體制是否合憲的問題？或換句話說戰時體制何時

就應終止，回歸憲法？將動員戡亂體制半永久化，是不合憲的傷害憲法的行為；第二才是釋字第 567 號解釋所指明的問題，即在合憲的戰時體制，仍然需注意個案上「不得侵犯最低限度人權」，否則應負回復義務。但是第一個問題前已論及似屬非司法審查的政治問題。

動員戡亂體制若應終止而不終止，其不合憲的狀態如何定性？筆者認為係一政治正當性的問題，在強調高度客觀性的法庭鑑定意見中，討論此問題無疑具爭議性，但是爭點中既然列出，筆者仍願意表述己見：一般所通稱臺灣的「威權時期」是對這個狀態的適當描述，它不合憲但並非正當性全無，和「不法國家」不能混同，但是其正當性明顯有部分不基於合法性。

五、補充爭點 2、3

(1) 非常時期法令合憲性的審查

非常時期政府權力向行政權集中，分立制衡原則大幅減弱，司法權藉審判審查行政行為是否合憲合法的機會也大量減少，因此諸多限制人民自由、權利的措施，也無從像常態社會接受司法高密度檢視，實際上等於這些措施都會被暫時假定合法有效，因此例如宵禁，限制通訊、移動自由，限制言論、出版自由，甚至限制參政權等⁹，雖然都是限制人民自由、權利的措施，卻少有機會受檢視。

但是釋字第 567 號解釋指出，即使在非常時期，仍有「不得侵犯最低限度之人權保障」，加上非常時期如前論應定性為有期限的「非常態」，合而觀之，似可推論司法的審查密度與標準，筆者認為「最低限度人權保障」，似可指向對人民自由、權利損害重大，且在非常時期後無法回復填補的政府行為，對有此疑慮的行為採高密度審查，換言之可預想會產生轉型正義案例的情況，如申請案例涉及生命權，長期剝奪人身自由，或是沒收財產，即屬侵害重大難以回復，自動列入高違憲風險的可疑案例，採取高密度審查。審查標準則可包括：形式上有無違反法律保留，有無及時司法求濟，目的手段是否正當合乎比例，以及事後回復、填補可能性；準此而言，釋字第 567 號似可進一步補充兩方面：第一是指明「侵害最低限度之人權保障」即是侵害「損害重大難以回復」的法益，並予以具體類型化，指出各種侵害類型最少程度應滿足的回復義務；第二應補充在非常時期，對類似案例司法權有權接受申請，進行事前審查，並建立發布類似「人身保護令」的機制，以免徒留事後遺憾，只能想辦法回復而已。

⁹ 限制參政權的例子，如民國 67 年為了因應美國與我斷交，蔣經國總統依據動員戡亂時期臨時條款發布緊急處分令，停止中央民意代表選舉。

(2) 補償與賠償

最後，非常時期國家行為既仍需滿足最低限度之人權保障，否則應負起回復義務已如前述，筆者認為對補償或賠償之區分，若重點在於後者易連結到「國家賠償法」中公務員個人責任的問題，則戰時體制下轉型正義問題應和「國家賠償法」的問題區分，用「補償」並不否認國家違反人權的回復義務，用「賠償」亦不指涉公務員個人責任，換言之用語本身不是重點，用語指涉的法理意涵才是。

此呈

模擬憲法法庭公鑒

鑑定人 高思博
中華民國 105 年 10 月 24 日

模擬憲法法庭 模憲字第 4 號、第 5 號聲請憲法裁判案 鑑定意見書

鑑定人：王韻茹

一、前言

緣立法委員黃國昌等 30 人，指摘戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定（以下稱補償條例），「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」，得免予補償之規定有牴觸權力分立原則以及自由民主憲政秩序保障人民基本權利之意旨。又緣，杜銘哲依據補償條例申請補償卻遭否准，於提起行政訴訟過程中，對於裁判應適用之補償條例第 2 條第 2 項與第 15 條之 1 之規定認有牴觸憲法，故聲請釋憲。此次模擬憲法法庭所審查的客體係補償條例條文的合憲性，而該條例係於 90 年代臺灣民主轉型後，為了處理戒嚴時期的「不當」審判案件與剝奪人民權利所為回復或填補人民權利損害的立法，普遍地認為是轉型正義（Transitional Justice）或稱為克服過去（Vergangenheitsbewältigung）的立法¹。在許多國家實踐轉型正義的過程與經驗顯示出的爭議在於，過渡到民主憲政秩序的國家如何在法規範上或司法上與過往統治體制的非法行為交手。

依模擬憲法法庭來函指定提出鑑定爭點共有五項，經整理後，筆者認這五項爭點間具有關聯性，故下述鑑定意見將不以爭點順序加以討論，而是從相互關聯性加以探討。鑑定意見分成三部分：第一部分就爭點補充 1 提出意見，該爭點涉及動員戡亂體制定位與自由民主憲政秩序之關聯性；接續第一部分的討論，爭點 2 與爭點 7 係針對動員戡亂時期統治體制對人民所為的「非法行為」，民主國家如何以及在何種程度或範圍內對此加以平反（rehabilitieren）；第三部分則與如何重新評價國家非法行為有關，涉及爭點補充 2 與爭點補充 3，同時這個爭點也涉及了對於國家非法行為所為平反的立法或措施如何進行違憲審查。

¹ 陳顯武、蔡浩志，〈我國解嚴後克服過去與刑事補償規範變遷之法律政治分析〉，國家發展研究，第 12 卷第 1 期，2012 年 12 月，頁 4 以下。

二、動員戡亂統治體制與民主憲政秩序的關聯性

(一) 爭點補充 1

動員戡亂體制時期，是一種自由民主憲政秩序之「例外狀態」(Ausnahmezustand) 或「非常時期」，抑或是一種「不法國家」(Unrechtsstaat)，類似納粹德國或前東德？

轉型正義的前提是對於先於民主憲政國家之前統治體制的理解，基此才能接續談論轉型正義的形成與內容。在臺灣的脈絡必須從規範與實踐角度探討動員戡亂體制。

從規範的角度來說，動員戡亂體制是 1948 年由第一屆國民大會代表以「修憲」程序凍結憲法本文國家緊急權的規定（憲法第 39 條戒嚴權與第 43 條緊急命令權）。這部施行於 1947 年的憲法所規範的國家緊急權規定係源自於 19 世紀戒嚴與戰爭狀態的法律，以總統獨裁的形式規範了例外狀態，類似的立法，例如德國威瑪憲法第 48 條。德國學理上主張例外狀態的概念忽視了法律，卻是為了實現法律²。在德國威瑪憲法第 48 條的實踐經驗中，由於議會小黨林立而無法運作的內閣制政府，共和初期時，Ebert 總統運用緊急權穩定了政治局面³，卻也逐步在 Hindenburg 總統統治時期過渡至總統獨裁制⁴，最終結局是希特勒的奪權。在此經驗後，德國基本法更加限制緊急權的運用，從時間與程序上限制國家動用緊急權⁵。

憲法容許例外狀態的存在是為了恢復憲法秩序，而在例外狀態中必須允許一個憲法機關以不受法律拘束的方式迅速拯救憲法秩序，與此同時也就開啟政治權力濫用之可能性。動員戡亂並非是憲法授予總統的戒嚴權或者緊急命令權力，這是外於憲法，由國民大會自行創設的緊急權⁶，授權總統動員戡亂的權力，其不受憲法緊急權之限制。易言之，這項授權完全不受憲法所約束，而屬於憲法外權力的行使。即使制定動員戡亂臨時條款的國民大會代表採行了「限時法」，但在時限內未能完成戡亂，而延續條款之效力以及修正條文，許多修正的條文亦與憲法不相容⁷，更動搖該

² Carl Schmitt, *Die Diktatur*, 6. Aufl., 1994, XVIII.

³ Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, 1997, S. 113.

⁴ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, S. 114ff. 亦可參照中文譯本，王韻茹譯，《德意志公法史》（卷三），2012 年，頁 116 以下。

⁵ Friedrich Karl Fromme, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, 3. Aufl., 1999, S. 135ff.

⁶ 1948 年第一屆國民大會於 4 月 30 日通過全國動員戡亂案，並於同年 5 月 10 日國民政府公布施行「動員戡亂時期臨時條款」。

⁷ 關於動員戡亂條款的繼續有效與數次修正經過，參照，葉俊榮，〈九七憲改與台灣憲法變遷的模式〉，臺大法學論叢，第 27 卷第 2 期，1998 年，頁 3 以下說明。

體制的正當性基礎。基於動員戡亂的授權，隨之又有全國戒嚴令與臺灣地區的戒嚴令的宣布，但其程序與實施並未遵守戒嚴法⁸。加上，第一屆國民大會代表未能全面在中國大陸改選而無限延任所形成的萬年國會，動員戡亂體制亦欠缺了民主正當性的統治基礎。動員戡亂臨時條款過往被視為修憲，僅因其「量變」與「質變」而引來對於國民大會擴權之批評⁹。對於臨時條款性質是否為修憲的認定或許有爭議，但究其內容為授權總統行使外於憲法的緊急權，而使得國家權力實質轉成總統獨裁的結果，應毋庸置疑。

從政治現實而言，動員戡亂臨時條款僅回復 1947 年憲法施行前的國民黨訓政與黨治體制，根本性地忽略了憲法對中央政府體制的規範，總統實際上才是最高行政權力中心，而非行政院最為最高行政決策機關，加上國民黨長期處於立法院與國民大會多數黨的地位，更加鞏固一黨統治體制¹⁰。從動員戡亂體制的規範與實踐層面而言，該體制並非是憲法秩序的例外狀態，毋寧是逸脫於憲法控制的統治體制。

法治國原則作為憲法重要原則之一¹¹，其重要的內涵經釋憲實務加以詮釋者有：法律保留原則（司法院釋字第 614 號）、法安定性與信賴保護原則（司法院釋字第 589 號）、權力分立原則（司法院釋字第 575 號）、法律明確性原則（司法院釋字第 577 號）等。國家統治如未遵守上述原則內涵，則可能被認定為非法治國家（Nicht-Rechtsstaat），但不法國家（Unrechtsstaat）與法治國家（Rechtsstaat）的區別應該是基於民主憲法國家與集權專制國家的區分之上，而不是以欠缺法治國原則要素作為判斷¹²。在不法國家中，形式上仍存在法律規範與法律統治，只是實際上的統治權力因欠缺權力分立以及對於權利嚴重的侵害，乃至於無民主統治的基礎所造成的不法統治體制。從前述說明總結，筆者認為動員戡亂體制應較接近於法秩序體系實質破毀的不法國家，而非民主憲政國家的緊急或例外狀態。

⁸ 陳新民，〈戒嚴法制的檢討〉，收錄於氏著《憲法基本權利之基本理論》（下），第 5 版，2002 年，頁 319 以下。

⁹ 陳新民，《憲法學釋論》，2011 年，頁 1023。

¹⁰ 張明偉，〈中華民國黨治政治的規範發展與歷史考察〉，臺北大學法學論叢，第 96 期，2015 年 12 月，頁 30 以下。

¹¹ 陳愛娥，〈法治國原則的開放性及其意義核心——法治國內涵的矛盾與其解決的嘗試〉，收錄於林文雄教授祝壽論文集編輯委員會編《當代基礎法學理論：林文雄教授祝壽論文集》，2001 年，頁 169 以下。

¹² Ralf Dreier, Juristische Vergangenheitsbewältigung, 1995, S. 16.

三、轉型正義與民主憲政秩序

(一) 爭點 2

於國家之緊急狀態結束，恢復自由民主憲政秩序後，國家針對緊急狀態時期作成之審判，應否及如何遵循憲法原則處理？國家有無憲法上之義務回復人民於緊急狀態時期所受侵害之權利？如國家有憲法上之回復義務，此回復義務如何與「法安定性原則」、「禁止溯及既往原則」、「信賴保護原則」等憲法原則進行整全調節？又司法權進行違憲審查時，應否宣示國家履行回復義務所當遵循之原則？行政權或立法權又應如何具體履行此一回復義務？有哪些可以選擇之方案，始符合憲法上之要求？

從形式上觀察，自 1919 年以後，臺灣法律秩序並未呈現「斷裂」，亦即作為國家根本大法的憲法從未由另一部憲法典加以替代，又或者規範國家刑罰權的刑法典以及規範社會上私法自治的民法典等均未曾失效而由他部法典加以取代。從這個觀點出發，加上將動員戡亂視為是憲法緊急狀態（例外狀態），則在此狀態下，允許一個憲法機關為了拯救憲法秩序而採取不受法律拘束的措施，換言之，緊急狀態正當化了國家機關運用緊急權不受法律拘束以及其合法性，因而在緊急狀態下的國家機關合法地不受憲法拘束。從緊急狀態回復到常態時期，緊急狀態所欲實現的公益係國家法律秩序的回復，假使在此情況下，依據釋憲實務所發展出特別犧牲法理，對於個別人民之自由或財產受有超越一般應受容忍程度之特別犧牲，應給予補償（參照司法院釋字 670 號）。

相反地，從實質上觀察，如筆者前述的說明，動員戡亂臨時條款所架構出的動員戡亂體制與戒嚴體制，雖與憲法平行存在，卻大幅架空憲法效力，加上民主真空所導致的統治體制不具正當性，而存在法秩序體系毀壞。自 1990 年代，廢止動員戡亂臨時條款與啟動「修憲」後，再經由全面改選民意代表的選舉程序逐漸轉型回民主憲政國家。對於動員戡亂時期的國家不法行為是否以及如何進行重新評價，對於民主憲政秩序也帶來某程度的挑戰。有逕認為「關於前法治時期的國家不法行為，國家有義務予以平反」，肯認得採恢復名譽、補償或賠償等措施¹³。德國學者 Schlink 認為，過去無法加以克服，然而法律可以使過往的持續作用消失或者確保自身的持續作用，法律既可以平反受有不法判決之人民、補償所受的刑罰、回復中斷的工作，也可以維持過往的判決、處罰等¹⁴。現代民主憲政國家的存立正當性在於保障人民

¹³ 法治斌、董保城，《憲法新論》，2010 年，頁 80-81。

¹⁴ Bernhard Schlink, Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht, in: König/Kohlstruck/Wöll(Hrsg.),

權利，而法治國原則中所蘊含的權力分立原則、依法行政、依法審判或法律安定性，都在於確保人民權利的實現。在欠缺權力分立的不法統治體制中，人民權利遭受嚴重侵害的過往，承繼不法國家的民主憲政國家應負起平反義務，因其擔負實現基本權利的任務，負有積極的保護義務，促進基本權利的實現（參照司法院釋字第 689 號解釋）。國家負有回復義務，係指所有國家權力均有此一義務，只是義務的內容形成，基於權力分立原則與功能最適觀點的考量，應由立法者先具體形成後，再由行政權與司法權加以執行與落實。職司違憲審查的司法機關僅能就回復義務的立法或措施有無抵觸憲法加以審查，不宜自我形成回復義務之內容。

在不法統治體制中，對於人權的嚴重侵犯，可能來自於立法權、行政權與司法權，而往往範圍不限於單一個案，而是集體。同樣地，當民主憲政國家採取回復遭受不法統治侵害的人民權利，亦可能以立法權、行政權與司法權採取個案回復或集體性回復。無論採取何種權力作用回復人民在不法國家中失去或被剝奪的權利，必須以合乎民主憲政國家的權力分立原則為之。這些回復性措施的目的應該是平反不法行為對於人民權利的嚴重侵犯而明顯違反正義，因而界定與提出判準來判斷哪些國家行為屬於嚴重侵犯人民權利而為不法行為，有其必要。在此意義下，此一界定不法的權限應先交由立法者具體形成，應較為妥適。其次，法治國原則概念首要是防禦不法，因此出現不法時，僅能以實證的法治國原則加以衡平¹⁵。對於集體性國家不法行為的回復義務，雖有憲法正當性基礎，但於制度設計時仍須注意與其他憲法規範的關聯性。對於已生確定力之不法行為是否得採取溯及性的回復性措施，因而這項措施是否違反法律安定性、禁止溯及既往原則或信賴保護原則。筆者認為法律安定性、禁止溯及既往原則或信賴保護原則作為法治國原則內涵，但是否具有絕對效力，不可突破之地位，仍有疑問。這些原則主要是為了拘束國家權力行使，避免過度侵害人民權利所發展而來，而平反國家不法措施係與基本權保護義務有關，因此立法者必須在基本權保障與法律安定性原則間取得衡平，換言之，對於突破法律安定性原則必須提出特殊正當化事由，並檢視其是否有助於前述基本權保障目的之實現。具體來說，若欲廢棄已確定之判決，基於考量法律安定性，立法者必須提出該判決係屬不法判決以及須加以廢棄的理由，例如該判決所援引的法律規定嚴重違反人權或憲法的核心規範（參照司法院釋字第 499 號）。

Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts, 1998, S.433-434.

¹⁵ Günter Frankenberg, Staatstechnik-Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand, 2010, S. 118.

（二）爭點七

戒嚴時期經軍事審判機關審判之非現役軍人，其刑事案件經判決有罪確定者，有涉及內亂罪、外患罪、懲治叛亂條例、檢肅匪諜條例等政治性案件，有非涉及政治性案件，亦有如杜孝生案，係基於政治因素以非政治性罪名遭判刑確定者，或如「唐榮鐵工廠」、香蕉輪日的「金碗（盤）案」、林頂立案皆是，當時這些案件在動員戡亂時期及戒嚴令下，國家公權力及附屬組織對人民之自由權、財產權造成侵害，而未必以政治案件的方式為之。以上三者是否均屬國家基於自由民主憲政秩序，在轉型正義誠命下所應回復之範疇？如未納入，是否可以達到回復民主憲政秩序下人權的保障？可否達到轉型正義的要求？

基於轉型正義誠命，國家所負有的回復義務應係回復不法體制嚴重侵害人民權利。戒嚴時期人民受損權利回復條例與補償條例均將回復義務限縮於因犯內亂、外患、懲治叛亂或檢肅匪諜條例之罪，亦即政治性案件。即使前述論及國家的回復義務內容應由立法者加以具體化，非意謂立法者的自由形成空間不受到憲法拘束。人民權利保障的實現在制度上依賴權力分立、國家權力受憲法與法律的拘束以及程序上獨立的審判、程序公開與有效的權利救濟。這些制度與程序因素要求在動員戡亂時期僅形式上存在，而實質上並無發揮功能，只要從當時的行政訴訟審判制度並未發揮功能即可證立此一觀察。

在此情形下，國家濫權不法侵害人民的權利自不限於政治性案件，因而立法者應對於所有過往不法濫權案件開啟回復可能性，才能達成回復受損人民之權利的目的。從這個觀點出發，司法院釋字 272 號認為國安法禁止戒嚴時軍事審判確定案件不得於解嚴後向普通法院請求救濟，即有違反前述基本權保護義務之意旨，應有變更解釋之必要。此外，前已述及國家的回復義務來自於基本權利的保護義務，對此國家為履行其義務採取回復措施必須足以達成保護（禁止保護不足），而非虛應其事（參照司法院釋字 689 號許宗力大法官部分協同與部分不同意見書）。就此，對於立法者未有正當理由排除動員戡亂時期非政治性案件而未使權利嚴重受損之人民得受平反，應有違反保護義務之要求。

四、「重新評價」不法國家時期法令

（一）爭點補充 2

審查該一時期的法令之「合憲性」，是否要以不同於「正常時期」（自由民主憲政秩序）的標準？其審查密度與標準，該如何決定？尤其請審酌司法院釋字第 567

號提到之：「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。」該如何理解？或者應該變更？

當動員戡亂體制為不法國家時，因其非憲政國家，以自由民主憲政秩序加以評價其體制中的法令，顯然相當困難。不法國家的法律是當時有效的法律，對於該法律的效力僅能訴諸於超越實證法律的自然法或正義原則加以評價。從比較法上對於不法國家的法律效力爭議，德國聯邦憲法法院 1999 年關於「前東德地區違反法治精神之刑事追訴處罰被害人平反與補償法」（Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet）判決中認為，該法所認違反法治國原則刑事判決係指違反國際社會普遍責任的人權遭受嚴重的侵害¹⁶；以及在 2006 年關於「廢棄納粹時期不法刑事判決法」（Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege）判決中認為，判決所依據的法律如嚴重與明顯的不法，則以法律廢棄這些判決亦不違反法律安定性¹⁷。這些論證主要援引自該國學者 Gustav Radbruch 的論述，當有效的法律與正義的衝突已經達到不可忍受的程度，必須優先遵守正義原則¹⁸。反觀在臺灣，超實證法自然法或者正義原則的討論似乎在司法釋憲實務似乎尚未明顯看到相關論證。司法院釋字第 499 號解釋關於修憲條文的合憲性審查，主張若干作為憲法存立基礎的條文效力高於其他憲法條文，仍是在實證法結構下加以論證憲法條文的效力。

在行憲與戡亂並行不悖的情況下，司法院大法官走出另一條路，亦即倘依據動員戡亂臨時條款，除了憲法本文的緊急權凍結之外，其餘條款於形式上並未遭到廢棄而屬有效，或許基於憲法秩序尚未完全受毀壞，而認為仍得依據憲法規定審查動員戡亂時期之法令。依據司法院釋字第 567 號解釋，「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」，筆者的理解是即使在憲法所規範的緊急狀態（非常態）不可全面放棄基本權利之保障，必須保有「最低限度」之保障。問題在於如何判斷最低限度的基本權利保障，以及是否不同基本權利保障的最低限度亦有所不同。司法院釋字第 567 號解釋涉及的憲法第 8 條人身自由，由於憲法對於人身自由有較為詳細規範，從中大法官推導出最低限度的內容，例如「法定程序」。以憲法基本權利保障的最低保障用以檢視非常態時期的法律是否違憲，從論理上而言，應提供了一項審查基準，只是這項審查基準的內容與具體適用，尚有待釐清。在論理上，至少有兩種解釋可能性：一是存在一個普遍適用的最低限度的基本權利保障內涵；二是每個基本權利均有其最

¹⁶ BVerfGE 101, 275.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 8. März 2006, 2 BvR 486/05, Rn. 75.

¹⁸ 關於 Radbruch 這項命題的詳細說明，中文文獻可參照，Robert Alexy 著，王鵬翔譯，《法概念與法效力》，2013 年，頁 13 以下。

低限度保障（核心內容）不容侵犯。筆者認為上述兩種解釋均屬可能，惟從司法院釋字第 567 號解釋，不易推知結論，應有進一步闡明之必要。另一個思考觀點可從近年來我國接受國際人權法律文件切入，從各該國際人權法規範與實踐，探究是否存在國際社會上普遍認為存在的人權保障核心內容，如是，應可作為理解或補充司法院釋字第 567 號之意旨。

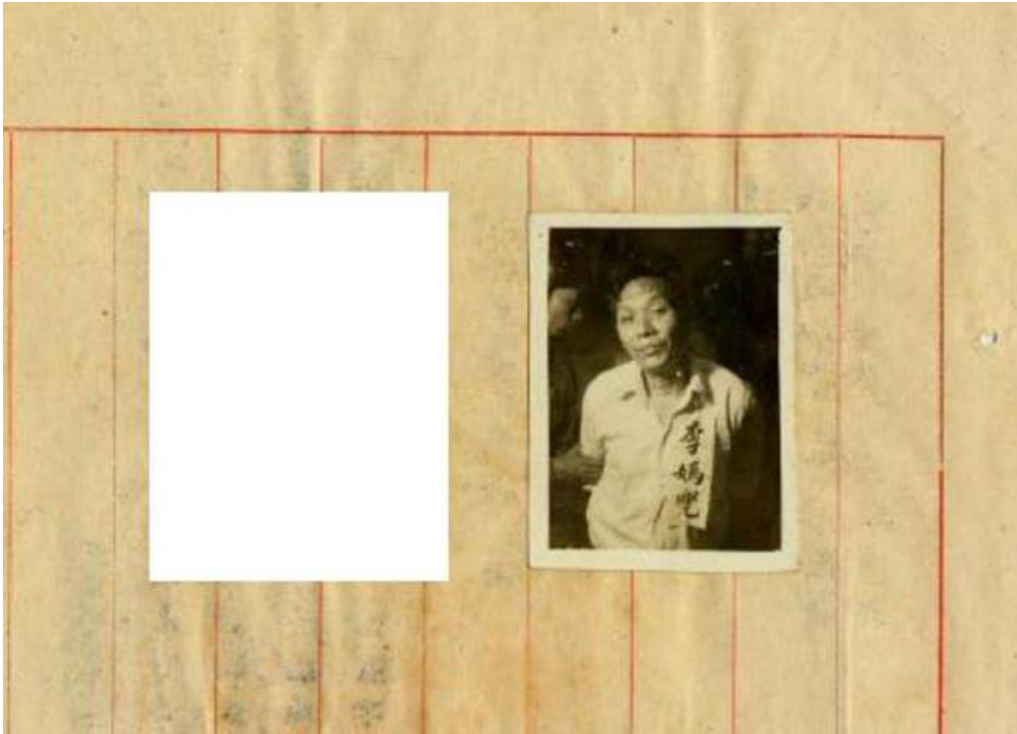
（二）爭點補充 3

目前的國家責任法制如果針對平常時期，則在爭點一認為是非平常時期，國家的責任法制是否應該要想想是否有另一種可能性？如果要沿用，這會不會與我們先前所使用的非常態時期有關？我們要如何界定非常態時期的合法或者違法行為？會不會在事後認定時造成困難，或者不穩定？

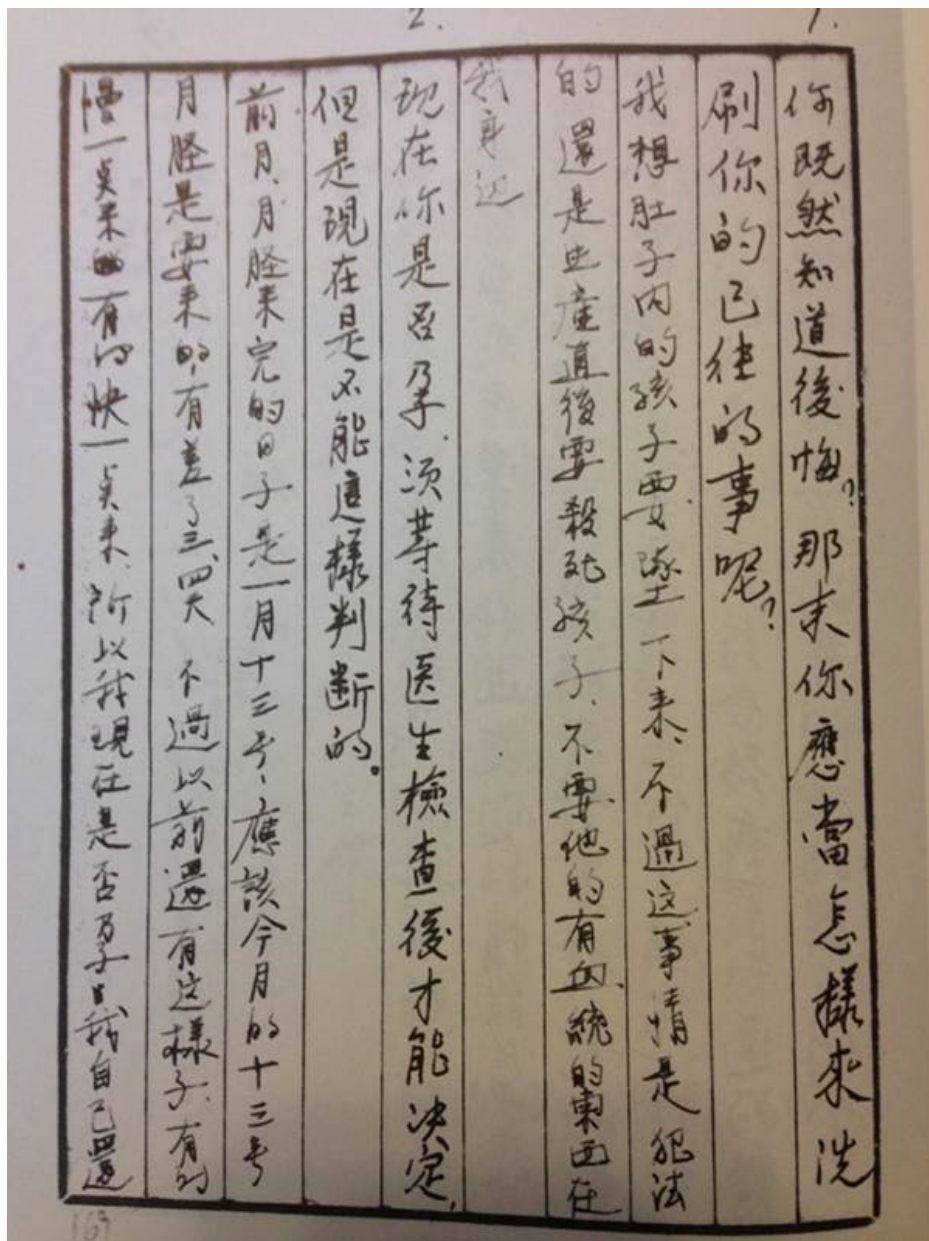
延續前述說明，筆者認為對於動員戡亂不法統治體制所為的平反立法或措施，應與平常時期的國家責任法制，例如憲法第 24 條關於國家賠償規定本質上並不相同。依據戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條，人民得請求國家賠償且準用冤獄賠償法，應係程序經濟上之考量，並不能將此回復權利等同於請求國家賠償之權利。

在非常時期中，對於人權造成嚴重侵害的法律是平反的立法或措施所重新評價的客體，由於國家不法行為已經對於個人權利造成嚴重侵害，只能透過廢棄其不法行為加以回復所受之損害，例如法院廢棄不法判決加以回復當事人所受刑罰、人身自由或財產權之剝奪，而對於無法回復的權利才是透過補償加以填補。筆者認為爭點提出界定非常態時期的合法或違法行為之疑問，重點應在於這些國家行為所依據的法律的重新評價，提出評價標準以及適用評價標準後所生的法律效果，如有溯及既往之效力，仍應提出憲法正當化事由，如前述三的說明，在此不擬重複。

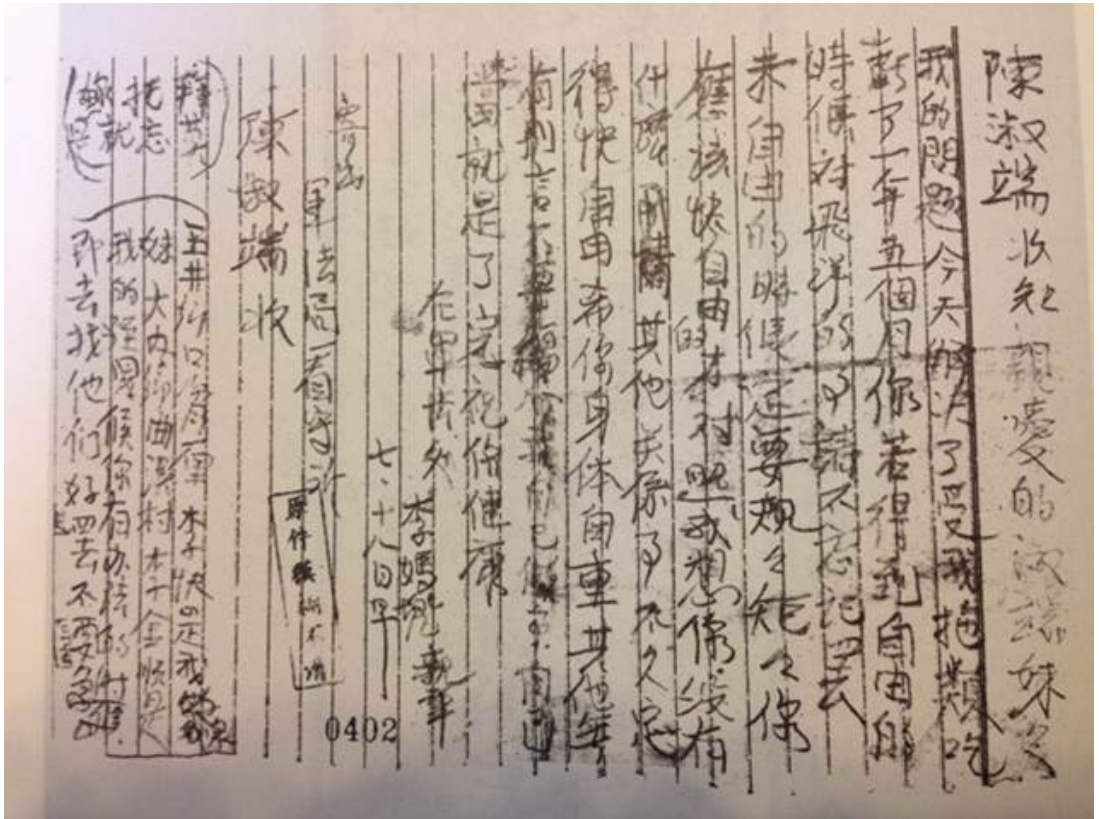
林傳凱投影片（未經發言者本人校閱）



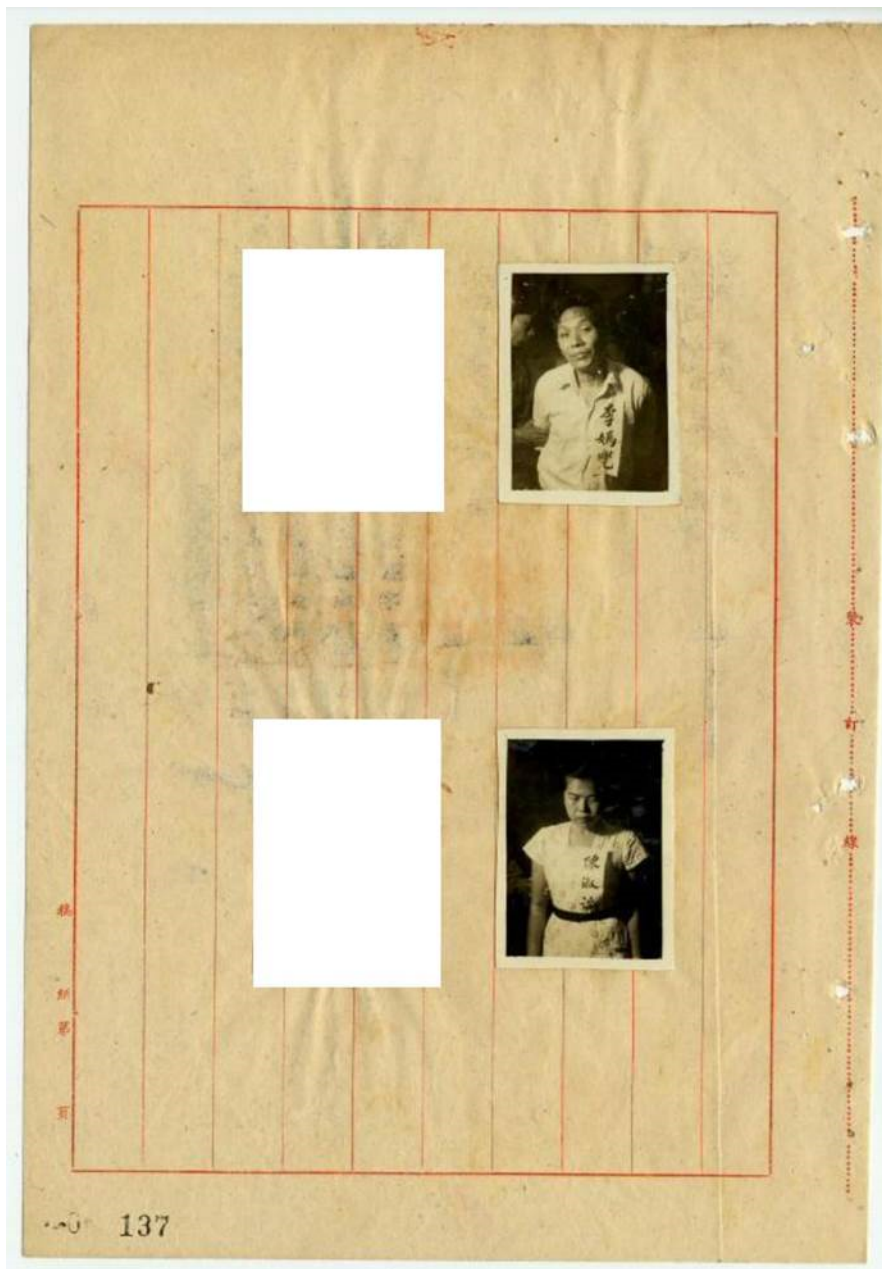
李媽兜（1989-1953），台南大內人。地下黨「台南縣委會」書記，
領導斗六到高雄岡山一帶的組織。



1952年2月16日，李媽兜與愛人陳淑端被捕後，
 陳淑端訊問紀錄中的其中一頁。



李媽兜留下的三封遺書之一：給陳淑端。



1953年，7月18日的清晨，李媽兜送往馬場町槍決前的影像。

模擬憲法法庭 模憲字第 4 號、第 5 號聲請憲法裁判案 鑑定意見書

鑑定人：薛化元

- 一、財團法人二二八事件紀念基金會（下稱二二八基金會）係根據二二八事件處理及賠償條例（民國 84 年 4 月 7 日公布，同年 10 月 7 日施行）而設立，旨在處理二二八事件賠償事宜，以及落實歷史教育，釐清相關責任歸屬，使國民瞭解事件真相，撫平歷史傷痛，促進族群融合。「本條例所稱受難者，係指人民因本事件生命、身體、自由或財產遭受公務員或公權力侵害者……」（附證 1：二二八事件處理及賠償條例）。另根據戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例（民國 87 年 6 月 17 日公布，同年 10 月 17 日施行）（下稱補償條例）之規定，行政院為處理受裁判者之認定及申請補償事宜，得設財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會，係為戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者，於解嚴後不能獲得補償或救濟而設。「本條例所稱戒嚴時期，臺灣地區係指自民國三十八年五月二十日起至七十六年七月十四日止宣告戒嚴之時期；金門、馬祖、東沙、南沙地區係指民國三十七年十二月十日起至八十一年十一月六日止宣告戒嚴之時期。」「本條例所稱受裁判者，係指人民在戒嚴解除前，因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者。……」（附證 2：戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例）。
- 二、嗣因前揭戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者之補償案件於民國 99 年 12 月 16 日截止受理申請，補償基金會於民國 103 年 3 月 8 日解散，至同年 9 月 8 日完成清算，針對補償基金會解散清算後所遺業務，行政院於 103 年 10 月 15 日召開會議結論略以，補償基金會解散清算後，對補償基金會所作成之決定不服，提起訴願及行政訴訟案件之應訴，受裁判者及其家屬依規定申請或補發回復名譽證書，以及持續仍有補償金相關陳情案件之處理等項業務，由行政院指定內政部承繼辦理……至補償條例之主管機關仍為國防部。內政部復於 103 年 12 月 1 日將上揭業務函請二二八基金會辦理。

- 三、根據內政部民國 103 年 12 月 5 日台內民字第 1031102150 號公告，配合財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會解散，對原補償基金會所作成之決定不服，提起訴願及行政訴訟案件之應訴，受裁判者及其家屬依規定申請或補發回復名譽證書，以及持續仍有補償金相關陳情案件之處理業務，自 103 年 12 月 10 日起，委託財團法人二二八事件紀念基金會辦理。另根據內政部（103）年 11 月 28 日所召開「研商本部承接財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會解散清算後相關業務協調及分工事宜」會議決議略以：「一、有關補償金陳情案之處理，依行政院及國防部意見，因補償條例所訂補償金申請期限已經終止，二二八基金會將回復陳情人欠難受理，不再深究當事人是否為受裁判者、是否適格，二二八基金會日後受理陳情案如涉及修法，應將建議意見錄案後再送請國防部作為是否修法參考。……三、國防部為補償條例之主管機關，未來二二八基金會處理相關業務如遇有條例適用疑義，應洽請國防部提供法律見解及解釋。……九、白色恐怖相關陳情案件之處理，請各機關（單位）依行政院 103 年 10 月 15 日蔡政務委員玉玲召開研商補償基金會解散清算後相關業務承繼及辦理機關會議結論之分工權責辦理，例如涉及補償條例修正由國防部處理、關懷撫慰受難者由文化部處理，（未結）行政爭訟、回復名譽及補償金陳情案件由二二八基金會處理。日後各機關收到陳情案件，應先針對各自主管部分進行答復，涉他機關權責者並主動移交給權責單位，不得逕行轉請二二八基金會處理。……」
- 四、杜孝生先生之直系血親於 104 年 7 月 22 日檢附杜孝生先生遭受不當叛亂暨匪諜審判案件之相關資料，向二二八基金會提出「訴願書」，因本件並非對二二八基金會或原補償基金會之決定提起訴願，但二二八基金會根據前揭公告處理陳情案件之接受委辦業務，向檔卷保管機關國家人權博物館籌備處（下稱籌備處）調閱相關檔卷，經籌備處於同年 11 月 2 日檢附杜孝生之卷宗函復，說明略以，依「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」第九條及內政部 103 年 11 月 28 日所召開之分工協調會議結論，旨揭卷宗不得作為其他與受理分辨職權無關之用途使用。根據前揭卷宗所載，申請人於 91 年 12 月 7 日向補償基金會申請受裁判者杜孝生案，申請補償項目為「執行徒刑者」及「財產經沒收者」兩項，92 年 12 月 1 日經補償基金會第 3 屆第 12 次董監事會決議不予補償，主要理由為：杜君係觸犯懲治貪污條例第四條第一款、第二款之共同連續侵占公有財物罪及共同連續剋扣職務（原卷誤為「物」）上應行發給財物罪，非屬「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」第

二條第二項及第十五條之一各款所稱之內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例之罪，不符合該條例規定之法定要件，不予補償。本案申請人於 95 年 12 月 18 日再次向該會提出申請並陳述：杜君為臺灣原住民鄒族菁英之一，於民國 41 年 9 月 10 日被羅織叛亂罪名，與多位原住民同遭逮捕，經 1 年半的羈押和不當的軍法審判，於民國 43 年 2 月被判刑 17 年。該會於 96 年 8 月函覆申請人說明略以：「台端申請杜孝生君補償乙案，前經本會第 3 屆第 11 次董監事會審查決議，本案不予補償，主要理由為……不符合該條例規定之法定要件，不予補償。本會已於 92 年 11 月通知台端在案。」

五、李媽兜先生直系血親李飛洋君於 2016 年 3 月間至二二八基金會陳情，要求閱覽李媽兜案卷宗，因本會並未保管相關檔卷，遂行文檔卷保管機關籌備處，協助李飛洋君調閱相關相關檔卷，經籌備處於同年 3 月 28 日檢送補償基金會所審定之受裁判者李媽兜卷宗乙份予李飛洋君，並副知二二八基金會。說明略以，依「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」第九條及內政部 103 年 11 月 28 日所召開之分工協調會議結論，旨揭卷宗不得作為其他與受理分辨職權無關之用途使用。根據前揭卷宗所載，申請人於 89 年 2 月 22 日向補償基金會申請受裁判者李媽兜案，申請補償項目為「執行死刑者」及「財產經沒收者」兩項，91 年 6 月 1 日經補償基金會第 2 屆第 19 次董監事會決議認定李君意圖以非法方法顛覆政府而著手實行確有實據，故不予補償，並於 91 年 6 月 24 日函知申請人。申請人不服補償基金會之決定，於 91 年 7 月 22 日提起訴願，行政院 91 年 12 月 31 日決定書駁回訴願（院臺訴字第 0910092444 號）。

六、綜上，戒嚴時期受裁判者杜孝生先生及李媽兜先生均經補償基金會審定不予補償結案，二二八基金會根據內政部民國 103 年 12 月 5 日台內民字第 1031102150 號公告，接受家屬陳情而依內政部 103 年 11 月 28 日所召開之分工協調會議結論予以處理，爰陳述如上。謹陳

模擬憲法法庭
財團法人二二八事件紀念基金會

模擬憲法法庭 模憲字第 4 號、第 5 號聲請憲法裁判案 限制人民依戒嚴法救濟的問題

薛化元

有關 1991 年作成的釋字第 272 號解釋，從「戒嚴法」的規定脈絡來看，是有疑義的。基本上，「戒嚴法」是規範一個非常狀態（緊急狀態）的法律，立法者也意識到戒嚴令下人權處於不受正常保護，易受侵害的狀態，其中特別規定對於人民遭到軍法審判定讞的判決，於解嚴後可以向普通法院提出上訴。此一規定意味著，「戒嚴法」對於戒嚴令下的軍法判決，乃屬非常狀態（緊急狀態）下的不得已作為，因此，規定解嚴回復正常狀態後，受軍法裁判確定者可以上訴。換言之，「戒嚴法」體制下，就是不認可軍法審判的安定性，因此以審判安定性為由，凍結「戒嚴法」的規定，不僅不是回復正常狀態應有的作為，比「戒嚴法」更嚴厲地限制人民的司法救濟權。值得注意的是，「戒嚴法」制定在「憲法」之前，它規定的救濟制度，也不會處理人民權利受憲法保障的問題。在憲政體制下，如果連「戒嚴法」保障的司法救濟權都將加以剝奪，以謀戒嚴令下軍法裁判的安定，維持緊急狀態下的社會秩序，就是連「戒嚴法」保障的人權都無法回復，更不用提進一步的轉型正義。

第三屆模擬憲法法庭 法庭之友意見書

蘇友辰

中華人權協會名譽理事長

前補償基金會審查小組委員暨輪值召集人

2016 年 10 月 19 日

壹、前言

臺灣長達 38 年的白色恐怖統治，在高壓軍法嚴刑峻罰審判配合之下，動輒以叛亂及匪諜之名，鑄成了難以計數的戕害人權的冤、錯、假案，剝奪多少菁英生命、自由及財產，在寶島烙下深深的傷痕，久久無法磨滅。筆者欣見本屆模擬憲法法庭嘗試以兩件於戒嚴時期受不當審判的補償聲請案（即杜孝生案及李媽兜案），首次從憲法角度來檢視臺灣關於轉型正義的實踐及不足，尋求更完善的法律救濟，達成撫平傷痛的效果，意義非凡。

貳、臺灣辦理轉型正義的成果

臺灣自李登輝前總統執政以降，除在 1995 年制定二二八事件處理及賠償條例，並成立「財團法人二二八事件紀念基金會」負責核發受難者賠償金、辦理回復名譽、教育推廣以及真相研究相關事宜，成果斐然，迄今仍在運作中之外。就在政黨第一次輪替前夕，臺灣朝野為撫平歷史的傷痛，促進族群融合，跳脫藍綠的對抗，於 1998 年另立法制定戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判補償條例（以下簡稱補償條例），並於 1999 年成立「財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會」（以下簡稱基金會），負責辦理戒嚴時期政治受難者及其家屬申請補償、回復名譽等相關事宜，一切尚稱順利圓滿。

筆者自基金會成立以來，經由「五十年代白色恐怖案件平反促進會」的推薦，加上歷任董事長的支持與信任，從 1999 年到 2014 年連任八屆「審查小組」委員，前後有將近 15 年時光，可說是與基金會同進退有始有終。依照補償條例規定，審查小組成員包括來自司法、軍法單位，還有學者專家、律師界及政治受難者等 9 人至

15 人代表組成，大家各具專長與豐富實務經驗。每屆成員多少雖有些更動，但大家都能基於補償條例的立法精神及意旨，考量戒嚴時期特殊的時空背景，本於有利申請人的最大利益原則，對每件案件都先由法律處同仁縝密搜集整理資料，經由執行長、法律處長核定，作成初審意見，再交由小組合議公正審查，仔細推敲，異中求同，達成共識；在法、理、情兼顧之下，決定補償基數及金額，隨後由董事會內有現職大法官身分、最高法院庭長等 13 位董事先進嚴格把關再審查之後（類似覆審性質），完成補償決定程序。目前該基金會已完成歷史階段任務，於 2014 年 3 月 8 日熄燈打烊。15 年下來，總共審結完成 10,065 案，其中予以補償的有 7,965 案占全部受理案件的 79%，不予補償 2,036 案占 20%，頒發回復名譽證書 16 批共計 4,055 件，合計補償金額有新臺幣 196 億 2,301 萬餘元¹，這是現今負責任的政府為對過去白色恐怖年代政治受難者及其家屬所作最基本的補償撫慰給付，也是轉型正義最重要的施政，值得肯定。

參、檢視戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判補償條例合憲性問題

針對本屆模擬憲法法庭黃國昌等立委聲請案，認為現行補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定：「有下列情形之一者，不得申請補償：……二、依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者。」違反權力分立與自由民主憲政秩序。對此筆者擬就相關違憲爭議問題提供一些淺見，以供審酌。

有關轉型正義的落實，參考外國以往實踐的立法例，立法機關擁有相當程度的形成空間，考量當前的社會與政治情勢，為突破國家安全法（以下簡稱國安法）第 9 條限制上訴及抗告的緊箍咒，採取法律授權方式設置基金會運作，避免一般司法救濟平反程序的繁瑣，以較便捷、有效率及較寬鬆程序審查決定補償與否，解決大量不公不義戕害人權的歷史事件，為當時藍綠所形成最大的共識。觀之補償條例第 3 條第 1 項規定：「行政院為處理受裁判者之認定及申請補償事宜，得設財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會（以下簡稱基金會）；其董事由學者專家、社會公正人士、法官、政府代表及受裁判者或其家屬代表組成之。」故基金會係依照上開法律授權所成立，具有多元性官民組合型的審查機制甚明。再者，1998 年 6 月 17 日立法時，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款原規定：「……二、經認定為叛亂犯或匪諜確有實據者」，較為籠統概括性的授權規範，為防止審查欠缺尺度及憑準，於 2000 年 12 月 15 日檢討修正後現行條文為：「依現行法律或證據法則審查，

¹ 財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會，《補償基金會十五週年成果紀念專輯（1998-2014）》，2014 年，頁 5。

經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者」，作為否准之依據。至於如何決定是否確有實據，基金會另設立「審查小組」就個案逐一審認之。該審查小組亦由學者專家、社會公正人士、法官、政府代表共同組成，不以董事為限；其遴選方式及人選，由基金會遴選後報請行政院核備之。基金會對於審查小組之決定，非經二分之一以上董事出席董事會，以出席董事三分之二以上同意，不得撤銷或變更之。但對審查小組之補償決定，基金會如為不利之變更，應移請審查小組再行審查，再行審查以一次為限。此種兩層級審查機制，有如現行司法一、二審的救濟設計，其後復有訴願、行政訴訟補偏救弊的司法審查程序，符合正當法律程序與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。

在 2000 年 12 月 8 日立法院對補償條例部分條文修正草案進行二讀逐條討論時²，曾有委員質疑審查小組的權力是否過大，足以推翻原軍法或司法確定判決，並主張應該經過法律之認定，依照現行法令來審判。惟當時多數委員認為，第 8 條第 1 項第 2 款是為了達到事後救濟的立法目的而設計。在戒嚴時期，被審判的有 9 萬多人，解嚴後國安法第 9 條規定不得上訴，以致於數量龐大的政治受難者及家屬無法依照通常審判程序救濟，即使修正國安法第 9 條，讓這些人回歸普通司法審判程序可以向法院上訴或抗告，但法院也可能負荷不了。若進而循再審或非常上訴程序救濟，不祇前途多難，程序繁複，證據取捨嚴格，其能苟延殘喘而獲得補償者幾希，不若基金會以上述程序簡化之容易。因此，為了解決這些陳年歷史案件，並顧及審查小組權限太大的問題，折衷建議將曾任或現任法官納入審查小組人選中，而不採用再上訴的方法，乃由是之故。

特別申明者，補償條例開宗明義第 1 條揭示：「為戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者，於解嚴後不能獲得補償或救濟，特制定本條例補償之。」為了達到事後補償、救濟之立法宗旨，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款將依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者，列為不得申請補償之情形，此乃立法者考量在轉型正義過程中，重啟審判程序的困難所設計的機制，用以決定眾多申請補償之個案中，何者屬於冤、錯、假案，而必須平反給予補償。矧申請人不服基金會決定時，即可依補償條例第 3 條第 3 項依法提起訴願及行政訴訟，接受司法審查。是以，從權力分立與制衡原則來看，似應該尊重立法形成空間，不宜逕行認定該條款違憲，以免侵越立法機關的權限。

另聲請人指出現行補償條例以補償程序為轉型正義之主軸，忽略法院可能作為平反、訴追、補償的積極角色，主張補償條例第 8 條第 1 項第 2 款所形成的價值理念與轉型正義背道而馳，牴觸自由民主憲政秩序。對此，筆者要引用今（2016）年

² 立法院公報，第 89 卷第 70 期院會紀錄，2000 年，頁 62-69。

7月25日立法院三讀通過之政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例的立法來對照，其中於行政院下設「不當黨產處理委員會」，進行不當取得財產之調查、返還、追徵、權利回復等事項，其他有關附隨組織的認定、不當黨產的推定以及調查權的行使與具有準司法強制處分的權力等相關條文，其情形較之補償條例規定更引發諸多違憲爭議。試問兩項同為轉型正義的立法，何故聲請人所秉持的自由民主憲政秩序標準判定互異？既對不當黨產處理條例寬鬆異於尋常，而對補償條例則多所挑剔質疑，此豈是司法正義取捨失衡及矛盾？如何讓人心服口服？

肆、結語

馬英九前總統執政第二年，在2009年3月引進聯合國兩項國際人權公約成為國內法，並公布兩公約施行法，經過將近兩年推動落實之後，完成國際人權公約初次報告，為了突破外交困境，克服無法送交聯合國秘書長轉送相關委員會審議的程序，創下國際先例，敦聘10位國際獨立專家到臺灣進行專案審查，並於2013年3月1日發表81點「結論性意見」，其中第24、25點，肯定政府為了撫平歷史傷口及補償受害者，而採取彌補臺灣社會某些必要的措施，但他們認為政府應揭露白色恐怖時期人權侵害的所有真相，且為實現補償正義所需，政府亦應正視受害者所經歷的折磨與苦難，並應保證受害者與研究人員能夠有效取用相關的國家檔案³。

因此，上述補償基金會雖然完成歷史階段任務，但上開結論性意見建議的後續工作，依筆者的看法，將來如果能夠交由現正在研議建構中「國家人權委員會」或「促進轉型正義委員會」接手完成，當可避免留下為德不卒的遺憾！

筆者要痛切指出，一個令人不堪的歷史共業事件，經由自由民主化的政府，以轉型正義的特別立法，本於尊重人性人道原則，由基金會透過金錢補償、回復名譽等積極作為，撫平眾多政治受難者及其家屬刻骨銘心的傷痛，促進了臺灣族群某程度的融合，一個安全、和平的社會秩序隱然建立後，若因一、二件不符合補償要件，而欲透過釋憲程序認定補償條例第8條第1項第2款違憲，推翻將近8,000件補償審查的基礎，則渠等受償豈不是成為另一種不義取得？其影響所及，生者情何以堪，亡者豈能瞑目？此種二度傷害，將比第一次傷害更為嚴重，臺灣社會將再陷於另一種紛亂，釋憲者難道不思其反，而快意為之？！

猶記得在2014年2月9日基金會舉辦的感恩茶會上，筆者致詞指出，我們要感謝從李登輝前總統執政以還，歷屆政府為臺灣歷史轉型正義的參與及付出，希望因政治受難已往生的民主前輩在天之靈護佑臺灣；而如今仍健在的先進和他們的家屬

³ 2013年3月1日國際獨立專家結論性意見與建議第24點及第25點。

都能夠發揮大愛協助政府，繼續共同促進族群融合，化解歷史仇恨，讓臺灣永遠走出悲情，邁向健康、文明、人權及法治的國度⁴。願智者三復斯言！

⁴ 財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會，同註 1，頁 183。

法庭之友意見書

王宗偉

臺灣大學國家發展研究所博士生，律師高考及格

2016 年 11 月 18 日

壹、前言

在第三屆模擬憲法法庭中探討到一個非常令人動容的轉型正義議題，就是關於確實屬於在臺灣共產黨組織構成員，事實上並非全然冤枉的李媽兜等人，應該如何看待的問題。立法委員黃國昌針對這 4 個條文提出釋憲。他認為，李媽兜僅僅只是追求思想自由、研讀共產主義書籍、組讀書會，就被判死刑。蘇友辰律師以及廣大認為臺灣歷經長達 38 年的白色恐怖統治，在高壓軍法嚴刑峻罰審判配合之下，動輒以叛亂及匪諜之名，鑄成了難以計數的戕害人權的冤、錯、假案，剝奪多少菁英生命、自由及財產，在寶島烙下深深的傷痕，久久無法磨滅。但按照一般現有史料與本次憲法法庭模擬網頁上對李媽兜的存證與研究，他所作的恐怕並不是僅止於思想與知識的層次。李媽兜作為與中華民國的敵對組織中國共產黨臺灣省工委成員，他是蔡孝乾在組織工作方面的得力助手，他受蔡孝乾領導，成立「臺南市工作委員會」並兼任臺南工委會的書記。直接接受中國大陸上中共方面的指示，先在二二八事件中成立武裝抗擊國軍，在政府遷臺以後又成立了為數眾多的中共分支單位，對中華民國在臺灣不斷進行敵意行為。

鑑於中國共產黨至今對於消滅中華民國在臺灣的統治，動搖我國現行民主政治秩序的意圖並未發生改變。我國當前要如何評價這些早在 60 年前的動搖國本行為。

貳、一般國際法對間諜的定義

1949 年 8 月 12 日日內瓦四公約第一附加議定書，關於保護國際性武裝衝突受難者的附加議定書規定只保護平民及身著制服的作戰人員，對於不穿制服的間諜則不涉及。按照一般的定義，各國有權自行判斷要對間諜採取何種手段。李媽兜按照前段中的敘述，事實上作為中國共產黨在臺灣委任的代理人，顛覆中華民國的政治

秩序，從事間諜行為無誤。如果按照實體法上的定義，李媽兜等人以偽裝的方式，動搖我國的政治制度，事實上構成刑法上的內亂（外患罪）無疑。我們絕大多數臺灣人，沒有生活在那個中共的間諜大批打入我國軍政中樞與民間社會的時代，卻仍舊可以到現在仍感受到中國共產黨可能所使用各種公開或非公開手段對我國現在法律政治秩序的威脅。在實體法上如果對於其行為非常明顯用的為中國共產黨工作動搖我國法政秩序的非法行為進行除罪化，又如何能在法秩序的長期平衡下，持續追訴發生在最近的為中共工作的間諜行為？如果對不同時期的中共間諜的法律評價標準寬嚴不一，勢必造成一種法秩序上的不平等，而使得未來對中共間諜的追訴上發生論理邏輯上自我矛盾的困難¹。

參、檢視戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判補償條例合憲性問題

解放軍少將徐焰曾經介紹說，在推翻國民黨統治的鬥爭中，中國共產黨人進行了兩個戰線的鬥爭：公開的武裝鬥爭和隱蔽的地下鬥爭。對地下秘密工作的任務，毛澤東在延安整風時曾這樣總結說：「公開工作之外，還要有秘密工作與之相配合，這就是黨的秘密組織工作，群眾的秘密組織工作（作為群眾公開組織的核心），黨派的秘密聯合行動，秘密的情報工作，公開組織與公開鬥爭的事先秘密準備等。」在毛澤東所概括的秘密工作五大任務中，情報工作只列在第四位。

當年黨的地下工作的最重要目標，是在政治上爭取敵占區的人心，地下工作者多數在搞工運、農運、學運和秘密的統戰，發動和組織群眾擁護共產黨，而不是搜集情報。徐焰舉例說，在解放戰爭中，中共隱蔽戰線的最大成就，是發動國統區廣大群眾掀起轟轟烈烈的反飢餓、反內戰的群眾鬥爭。

中國共產黨的隱蔽戰線鬥爭有別於國民黨和其他政治派別的一個顯著特點，就是群眾工作、情報工作與統戰工作的有機結合。這一特點的形成，與周恩來在抗戰時期對統戰工作的倡導、推動息息相關。周恩來多次指出：情報工作要通過交朋友，通過往來談話做工作；要建立據點，建立關係，深入社會；要見縫插針，做串門的生意；擴大了團結的基礎，即擴大了工作開展的可能。抗戰期間中共隱蔽戰線鬥爭

¹ 從本次模擬審判結束到本書結集付梓出版前，台灣又發生了所謂周泓旭陸生共諜案，一審被判有罪。對於周生是否冤枉，其處理程序是否合法，也發生高度爭議，詳情見端傳媒 2017 年 11 月 1 日報導 (<https://theinitium.com/article/20171101-taiwan-zhou-hong-xu/>)。台灣政權社會對待當代威脅國家安全的中共間諜嫌疑者的場域視角，很值得與李媽兜案比對。例如本次審判中法官與某些鑑定人一直爭執，李媽兜已經願意自新卻仍遭到槍決，表示國家犯罪。對比周泓旭一度認罪後仍遭到羈押，並且在本書截稿日尚未釋放。國家做為暴力機器的本質 60 多年來在台灣有無變動過，值得讀者反思。遺憾的是，當時本意見書在此預言的人性尊嚴與國家安全在論理過程中的根本矛盾，在周案發生後已經完全實現。對李媽兜寬大，對周泓旭嚴苛，莫非暗示只有死去很久的中國共產黨員才是好人？

的最大成就，便是爭取了社會各階層同情共產黨的事業，這為解放戰爭的勝利奠定了重要基礎。

徐焰認為，解放戰爭時期，中共在國統區的地下工作在周恩來等人的正確指導下全面鋪開，取得卓越成就，是隱蔽戰線鬥爭發展的最高點。當時黨在國統區的隱蔽工作，主要是努力形成了配合解放軍作戰的「第二條戰線」，擴大了共產黨、解放區的影響，並破壞了國民黨當局的後方穩定，嚴重影響其戰爭計畫。

1946年國共破裂後，中共地下黨在國統區全面開展了包括統戰、敵工、工運、學運和情偵等方面的鬥爭。此時工作方針策略的核心，就是使黨的非法的秘密活動和組織群眾性的合法鬥爭結合起來。例如地下黨以學生運動和知識界的公開、合法的抗議行動為導線，進一步發展市民和工人運動，再擴大到農村的抗征糧徵兵運動，使國民黨當局在前方打內戰時「後院起火」，陷入遭兩面夾擊的狼狽處境。毛澤東曾稱讚說：解放戰爭中的情報工作是最成功的。

解放戰爭時期的中共情報工作，主要擔負了三大任務：獲取軍事情報、策反敵軍、接管城市。在解放軍最後奪取大城市時，地下黨組織也擔負了提供敵軍防禦情報和進行攻心策應的任務。如1949年解放軍南下進軍時，南中國各地下黨組織在幾個月內大都有了幾倍、十幾倍的大發展。中共中央規定他們的任務不是進行武裝起義，而是組織好護廠、護校與反破壞，保證解放軍到來時完整接受。這些工作的順利完成，保障了中國革命戰爭的最後勝利和完整接管城市。

按照上述徐將軍所介紹，對於在1940年代末到1950年代整個中國共產黨對包含臺灣的國府統治區積極滲透的脈絡下，再認識李媽兜這個人。早在二二八事件中，他率領臺南武裝民兵，連同斗六的陳篡地以及嘉義的許分等8個支隊，由簡吉擔任政委、由省工委委員兼武裝部長張志忠擔任司令、陳篡地任副司令，組成「臺灣民主聯軍嘉南縱隊」將水上機場圍堵。武裝對抗國軍顯然是他的老本行，由於該縱隊司令張志忠本身也是一名資深的臺籍共產黨黨員。事實上該部隊是一支相當程度上受到共產黨所控制的武裝，李媽兜始終追隨於蔡孝乾與張志忠。事實上對於國民政府的相關機構的情治人員，或是中國共產黨本身都非常清楚。1940年代中國共產黨與其附隨組織及人員在所有希望解放的國民黨統治區作的，都絕對不是現在一般我們想見的思想自由政治民主這樣的知識交流與政治表達活動，而是與外部武裝鬥爭相配合的內部顛覆戰線。有理由相信作為中國共產黨黨員的李媽兜，當時確實是期待配合中共的武力進犯而主持第二戰線。

因此戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判補償條例對於相關人員如果確實犯有內亂外患罪嫌不予補償，就是因為畢竟這些人的行為對我國現在的民主政治秩序造成極大危害。因此當時的手段之所以嚴酷，如果他們一旦成功，我們現有的民主秩序就將

不復存在。這樣的手段我們可以慶幸現在不會再發生，但是以現在的民主憲政個人自由去想像兩岸對抗下的肅殺氣氛，請求大家要原諒當時意圖顛覆我國政治秩序的共產黨員，事實上有其不適宜之處。

肆、在戰爭狀態下刑事法制的必要之惡與扭曲應予充分考慮

任何一個在急促戰爭情況下展開反間諜手段，事實上都不可能客氣。由於以當時時空背景不可能徹底根絕中共潛伏人員的存在，至少要限制其尚未暴露者的活動，因此對於為首人員處置的從重從快，往往在冷戰前沿各國都被認為是必要手段。希望主其事者按照刑事訴訟法保障被告權利方式進程序，而使其從速交代其組織與漏網者，恐怕欠缺期待可能性。因此本意見書主張對於中國共產黨在臺領袖李媽兜一案的轉型正義只應該著重於兩個部分：

一、程序部分

有無確定違反當時刑事訴訟法證據法則之處，例如僅以自白而為有罪之判決。

二、實體部分

有無根本無此行為顯係羅織攀誣之處，例如李媽兜事實上並未擔任中共主要幹部。

若李媽兜的起訴審判並無嚴重違背當時刑事訴訟法，或有違背但並無得到結果之不同。則除非就此宣告協助中國共產黨動搖我中華民國臺灣法律政治秩序之行為一律除罪，否則在證據確鑿且構成要件合致之下，並不宜對中國共產黨在臺領袖李媽兜有相異的法律評價與處理。

伍、此種平反是否合於在臺失事遇難中國共產黨員本人的意願

2013年中國共產黨在北京西山為其歷史上在臺從事特務活動殉難人員，建立所謂無名英雄紀念碑。經查其有姓名可考者之第21組（15名）第2名，即為本案主角李媽兜。若中國共產黨已經承認李媽兜是為解放臺灣而犧牲的烈士，也符合李媽兜本人被捕時之真意。此種強行為中共烈士之求仁得仁犧牲予以平反之行為，根本談不上轉型正義，毋乃只能評價為消費死者而已。

綜上，本意見認為除非當時對李媽兜的審判本身有重大的程序瑕疵或實體違

誤，在中國共產黨現今仍舊威脅我國自由民主秩序之時，改變對中國共產黨過去在臺領袖李媽兜的評價應慎重。

第三屆模擬憲法法庭 第一次程序準備庭筆錄

時間：105 年 8 月 30 日下午 1 點 30 分

地點：台北律師公會第 6 會議室

書記官孫國成：起立！

書記官孫國成：為審理模憲字 4 號杜案與模憲字 5 號黃案兩案，認「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」有牴觸憲法疑義，聲請憲法判決案，本法庭於今日（民國 105 年 8 月 30 日）召開第 1 次程序準備庭。

人別確認

審判長：今日是第一次程序準備庭。模擬憲法法庭的任務在於自由民主憲政秩序之維護，及人民保障之落實與實踐。今日所進行所有程序，是在此主要宗旨下進行。程序準備庭是本屆模擬憲法法庭依照模擬憲法法庭法組成，由本人與另外 3 位大法官組成，其他 5 位大法官為列席，但必要時亦允許他們提問。程序庭的目的在於讓本次案件受理、爭點整理以及未來言詞辯論進行，能在客觀、公正、公平，及符合模擬憲法法庭宗旨的情況下進行。接下來進行人別之確定，請書記處逐一唱名。

書記處處長蕭欣怡：首先確認聲請方代表，第 1 位是黃國昌案訴訟代理人陳之昱。

審判長：陳之昱先生是否具律師資格？

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：通過法官資格考試，但不具備律師資格。

審判長：因今日黃案其他兩位訴訟代理人及聲請人皆無法出席，基於本日程序庭進行之公正性，本法庭指定陳之昱先生擔任該案於法庭中之訴訟代理人。

書記處處長蕭欣怡逐一唱名。

是否應受理本件聲請

審判長：對於聲請方、相對機關訴訟代理人及鑑定人之資格，有無爭執？若無，進入下一程序。本次有兩個聲請案，但我們裁定併案處理，各位訴訟代理人有無意見？

相對機關訴訟代理人鄧敏雄律師：鈞庭是否已就受理與否作成裁定？是否仍得就受理與否進行爭執？若可，請容許表示意見。

審判長：本法庭已裁定受理。但可對於受理範圍進行討論。

相對機關訴訟代理人鄧敏雄律師：首先就杜銘哲聲請案，本案仍在臺北高等行政法院繫屬中，訴訟程序尚在進行。惟依據模擬憲法法庭法第 50 條之規定，人民聲請鈞庭為違憲審理時，需用盡所有審級救濟程序，對於不利確定終局判決所持裁判見解有牴觸憲法疑慮時，方得聲請鈞庭為違憲之判決。本案顯然未用盡所有救濟程序，恐不符模擬憲法法庭法第 50 條之規定，在文義上有所牴觸。聲請方雖在聲請書中表示「請鈞庭類推適用」，惟在明確牴觸文義規定的情形下，並無類推適用之空間，況鈞庭做成不受理裁定，也不損害聲請方的利益——聲請方可以在將來受不利益之終局判決後再為申請。若鈞庭認為應受理本案，亦應待模擬憲法法庭法修正後再受理本案。

針對黃國昌等 30 名立委所提出之釋憲申請案，聲請方在其聲請意旨上表明，對於戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定，曾經在西元 2000 年 4 月 14 日，由立法委員顏錦福等 31 人提出修正案，未獲立法委員支持，爰依模擬憲法法庭法第 54 條第 1 款提出聲請。第 54 條第 1 款應為第 53 條第 1 款之誤，當然這並非重點，重點在於按照模擬憲法法庭法第 53 條第 1 款之規定，法律若公布超過 6 個月，是以經過立法院職權行使法提案通過而未果者為限。即立委應先提出修正案，但修正案未獲其他多數立委支持，再聲請鈞庭為憲法判決。本案僅提到，西元 2000 年時僅對「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」第 8 條第 1 項第 2 款提出修正案而未果。但其於聲請標的中，卻包括 3 個法律規定：除上開「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」第 8 條第 1 項第 2 款外，亦包括國家安全法第 9 條以及中華民國刑法第 100 條。這是否有夾帶之嫌？僅「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」第 8 條第 1 項第 2 款符合模擬憲法法庭法第 53 條第 1 款規定，但國家安全法及中華民國刑法均未有提案修正，是否得一起請鈞庭為判決？若可，則標準為何？是否可以夾帶 5 個、6 個法令請鈞庭為判決？

審判長：先前本庭已於裁定受理書說明理由。不過先請兩案聲請人表示意見，先請杜銘哲案訴訟代理人陳述。

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹教授：針對模擬憲法法庭法第 50 條之規定，人民就其依法定程序用盡審級救濟之訴訟案件或非訟事件，對於受不利確定終局裁判所適用之法令或所持之裁判見解，認有牴觸憲法者，得聲請貴法庭為違憲之判決。這樣的文字使用，並未明文排除「當人民於訴訟程序中，聲請 鈞庭為憲法判決」的途徑。在未明文排除的情況下，我們發現各國立法例中，針對人民在用盡救濟途徑之前，得為釋憲聲請的做法多定有明文。我國司法院大法官審理案件法草案亦準備將此一方式明文化。因此，在這樣的潮流、脈絡下，縱現行模擬憲法法庭法第 50 條未明定用盡審級救濟程序之前，得聲請 鈞庭為憲法判決，仍認為可以類推適用第 50 條之意旨而為受理。

審判長：請陳之昱先生陳述。

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：在此釐清相對機關訴訟代理人之陳述。模擬憲法法庭法第「54」條確為誤繕，感謝相對機關之提出。第 53 條規定，立法委員現有總額五分之一以上，於下列法令認為其牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為違憲之判決，法律有其依法公布逾 6 個月者，以經依立法院職權行使法提案修正而未果者為限。此處所指修法未果，如依過去司法院大法官在解釋上之適用，大致上採從寬認定，即，僅系爭法案曾提出任何修正案，此時已經合乎修法未果之要件。如依關係方所指，今日每一個訴訟標的都必須經過修法未果之要件，結果將是立法委員聲請釋憲之途徑無法發動。況本案數標的彼此間皆有實質上有牽連關係，包括補償條例第 8 條、舊刑法第 100 條、懲治叛亂條例第 2 條第 1 項、國家安全法第 9 條及釋字第 272 號解釋，這些都是在適用上，於同一法制度適用、產生之具有關聯的法規，因此，最主要之訴訟標的為補償條例第 8 條，即已經合乎修法未果之要件。相關內容，於司法院大法官釋字第 603 號解釋，均已記載。

審判長：本庭先前已以裁定的方式就受理與否、併案、聲請範圍等事項作出決定，係經過相當長一段時間之內部討論而為之。基於當今對於民主憲政秩序之維持，係來自於從威權時代之脫離，即現在所稱之轉型正義之目的下，所為之考量。加上本法庭是具有高度公益性質的訴訟解決途徑，就此點而言，本法庭認為訴訟標的雖不得任意擴大，但對於有牽連性之標的，不應迴避而應正面面對。經此種種考量，本法庭決定受理所有聲請內容，並以併案方式加以處理。

訴訟標的之確認

審判長：接下來處理受理之後，訴訟標的確定的問題。首先請聲請方說明。

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹教授：有關杜案於本件聲請裁判之標的，如釋憲聲請書所載。解釋標的有三個：第一是「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」

第 2 條第 2 項之規定，這條規定排除「戒嚴時期應受非屬內亂外患或戡亂時期檢肅匪諜條例而受判決者」受賠償之權利，我們希望 鈞庭就此做憲法判決；第二是本件目前繫屬於臺北高等行政法院中，本件適用「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」第 15 條之 1 第 1 款之規定，參與同一原因事實之行為人中，有部分行為人屬該項受裁判者為要件。我們認為過度限縮人民依憲法第 24 條所保障之國賠請求權，亦請 鈞庭做違憲判決；第三是請求 鈞庭對司法院釋字第 477 號解釋，有關方才提到之戒嚴時期人民受損權利回復條例，裡面只針對涉犯內亂外患之案件的權利回復為相當補償之規定，認為這樣做法屬立法裁量範圍，並不違憲之見解，亦請 鈞庭裁量。

審判長：請黃國昌等立委聲請案訴訟代理人說明。

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：如聲請書所載，分為三部分。第一部分與杜案相同，是「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」第 8 條第 1 項第 2 款之規定，若聲請補償時，發現觸犯內亂外患罪確有實據者，不予補償。這樣的規定，我們認為牴觸權力分立及自由民主憲政秩序，請 鈞庭判決其違憲；第二部分是國家安全法第 9 條第 2 款，其規定在動員戡亂時期之案件，於解嚴後可透過再審或非常上訴方式進行審理。此規定阻卻一般人民透過一般上訴之方式提起救濟，侵害憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。國家安全法第 9 條第 2 款曾被釋字第 272 號解釋認定違憲，因此聲請 鈞庭對釋字第 272 號補充解釋：同時宣告國家安全法第 9 條第 2 款違憲、釋字第 272 號解釋之結論也應予以變更；最後是具有實質關聯性之舊中華民國刑法第 100 條第 1 項，關於內亂外患罪之部分，其結合的法律效果為懲治叛亂條例第 2 條第 1 項，唯一死刑之量刑。此二法規過度侵害當時有特定思想人之思想自由，及憲法第 14 條保障之結社自由，接請 鈞庭裁判，判決其違憲。

審判長：相對機關訴訟代理人有無任何意見？

相對機關訴訟代理人鄧敏雄律師：本件聲請針對已經失效的刑法第 100 條規定為聲請解釋之標的，對此有所疑問。依模擬憲法法庭法之規定，法律、命令似乎皆指尚未失效之法律，此部分是否得為訴訟標的之範圍，再請 鈞庭決定。

審判長：請問鑑定人意見。

鑑定人鄧衍森教授：關於訴訟標的之認定，同剛剛法務部代表所言，連結上是否要謹慎？另，已失效之法律是否還有需要做為釋憲之標的？依憲法第 171 條，無須再做牴觸憲法之討論。

鑑定人李念祖教授：就兩案分別表示意見。杜案聲請書分為三部分，其中兩部分談到現繫屬臺北高等行政法院之案件所應適用之條例有違憲部分聲請大法官釋憲，另一部分是希望對於釋字第 477 號解釋變更解釋。我的意見是從效果上出發，

大法官作成解釋，在學理上有其意義，但實質而言，作成解釋後對個案會發生甚麼效果，亦是值得考慮的內容。作為鑑定人，不適合對於聲請人決定請求如何救濟表示意見，但聲請方似未對於如何救濟做請求。在大法官純作抽象解釋之制度下，或許可以想像；或者在解釋之後，能依再審或非常上訴等等程序救濟。但即使在純做抽象解釋的制度下，釋字第 720 號、第 725 號解釋中，大法官對於個案之論知可能性，出現了這樣的趨勢。現在是要做判決，不全以抽象解釋為主，聲請方對於如何救濟是否有更具體的請求？此與聲請釋憲標的有何關聯，是值得思考的問題。第二個問題是，杜銘哲案現繫屬於高等行政法院，在過去抽象解釋制度中，尚可想像解釋與判決之管轄權如何區分，但現既對本案進行判決，本案管轄權必須要有所處理。換言之，若大法官對於本案作出判決，對於該個案會發生何種效果？這可能涉及獨立審判的問題：若將大法官視為上級法院，現等同於同一訴訟標的，就算不是訴訟標的，在行政訴訟法中，亦是訴訟標的之先決問題。行政法院可能做違憲性解釋、合憲性解釋，或可能停止審判聲請大法官解釋。這些解釋與現在大法官自己來判斷合憲或違憲，就管轄權而言有可能難以區分。因此，如何受理、受理之後之效果為何？受理與否是一回事，受理之後，對於審判法院的審判程序會發生甚麼直接或間接影響？值得考慮。本案若參考其他國家制度，如美國，這樣的做法並非不可想像。美國可能會將下級審的法律拉到上級審，有時是時間上的考慮。但本案是否有時間上的考慮？似乎沒有。若有移審之制度，則管轄權不生問題，但我國無此制度，高等行政法院之司法獨立是否可能受到大法官解釋的影響？如果決定受理，應該考慮以移審的方式。

回到第一個問題，本案與行政法院中之訴訟標的，也許僅有重疊而非完全吻合，移審效果為何？例如原審可能不包括撤銷原處分，那麼如採移審，是否要連原處分一起移審？憲法審判之制度固然需要更新，但這仍是本案無可避免的問題。因此本案只談抽象法規的違憲，而未做實際的救濟請求，對於這樣的狀況有些疑惑。

而對於黃國昌委員案，相同的道理，想問的是：若宣告已失效的法律違憲，效果為何？先不討論是否有必要之連結、是否合於程序要件，而是效果的問題。過往的解釋，在宣告法令違憲時，似乎沒有採取溯及效力的先例，此是基於法安定性的考量。在不採抽象解釋制度國家，沒有這樣的問題，因為所有的判決都只及於個案，溯及當然僅指向個案。若是對抽象規範宣告違憲，理論上在其公布的第一天就已經違憲失效，此時，做抽象解釋之審判庭，必須考慮其宣告的溯及效力，對於相關案件會造成甚麼效果？若立法者欲溯及一項法令，必然要連過渡的規則也寫出來，這是另一種轉型正義之要求。今天若大法官要用溯及方式使其失效，會發生甚麼效果？如方才鄧教授所講，這已經是失效的法律，其溯及也僅至其失效前之時，失效後至

今，不發生任何效力。這樣已經失效的法律，不大可能宣告其從現在起失效，可能是一個儀式性的宣告，而沒有任何實際性的效力。司法權如果這麼做，與純粹意見諮詢沒有差異。因此，對於此標的該如何受理，我認為應該從效果的角度、而不只從「入口」的角度來看。

審判長：其他鑑定人是否要發表意見？稍後請聲請方訴訟代理人回應，但在此先請問其他大法官是否要詢問？

孫大法官迺翊：確認杜銘哲案的訴訟標的。聲請書第 2 頁至第 3 頁，提及希望針對釋字第 477 號解釋予以變更，但書狀後面理由（第 44 頁）部分又提到要變更釋字第 272 號解釋。聲明與理由部分有所落差，請聲請人說明。

審判長：請杜銘哲案訴訟代理人回應大法官、相對機關訴訟代理人及鑑定人之疑問與意見。

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹教授：首先就本件聲請標的部分，是否涉及如何請求，如同李念祖律師方才所言，聲請人方認為此議題與 鈞庭和臺北高等行政法院之間的管轄權限分配有關。本件特別之處在於類推適用模擬憲法法庭法第 50 條之規定來提出聲請，相較過去模憲字第 2、第 3 號判決，雖以判決形式做成，但判決主文均是針對聲請方所提出有違憲疑義之法律本身做出違憲判斷。本件雖未用盡所有救濟途徑，但 鈞庭已做成受理之裁定，是否能請 鈞庭就此點進一步闡明？即，在本件尚未做成終局判決的情況時， 鈞庭是否有權限直接代替臺北高等行政法院，對本件個案做成補償與否之判斷？抑或是， 鈞庭權限僅限於，命臺北高等行政法院依聲請解釋標的是否違憲之判斷，而為後續之裁判？請 鈞庭進一步闡明。聲請方會依 鈞庭之闡明來進行補充。另孫大法官提到，本件聲請提到希望就釋字第 477 號解釋進行變更，而在理由部分則又提到釋字第 272 號一節， 鈞庭是否能同意聲請方就兩號解釋之實質關聯，再以書狀補陳？

審判長：在此先說明，今日程序庭希望就處理程序、訴訟標的及爭點等進行釐清，由於事項相當複雜，本庭不太可能在今天對所有事情做出裁定，庭後會再開會討論。現在請黃國昌案訴訟代理人回應。

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：逐一回應幾位提問。首先，針對廢棄的法律進行審查，予以宣告違憲並非首例，例如釋字第 717 號解釋以及釋字第 659 號解釋。司法院大法官過去就曾對於已廢棄之法律宣告違憲，為何會這樣做？誠如李念祖律師所說，廢棄法律所衍生之法律狀態是延續的，違憲狀態依然存續中，並不會因為法律被廢棄，而就失去被檢驗其違憲性的必要。本案在聲請書舉出一原因案件李媽兜案，李媽兜的後人曾聲請補償，但補償基金會認為李媽兜曾著手合於舊刑法第 100 條之要件，不符合補償條件。此違憲狀態至今仍然存在，必須檢驗其合憲性，當憲

法法院作為自由民主憲政秩序之守護者時，這是一個相當重要之任務。回應李念祖律師意見，針對溯及效力的部分，印象所及，只有釋字第 499 號解釋，針對第 5 次修憲之條文使其溯及失效。但司法本來就是面向過去的，即，所有案件都是在過去發生、所有法律都是在過去形成，本來就或多或少具有溯及效力。尤其是釋字第 177 號解釋，更容許原因案件得針對宣告違憲之法律而提起再審或非常上訴，大法官解釋本來或多或少就有溯及效力。而轉型正義無非是透過現行自由民主憲政精神回顧過去違憲與不法國家形成之狀態，因此舊刑法第 100 條、懲治叛亂條例第 2 條第 1 項，綜上所有理由，都有檢驗之必要。

審判長：就剛剛鑑定人提到管轄權的問題，兩案聲請方訴訟代理人有無要說明的？另，雖然本庭已受理全部，但不一定對每個標的做出明確判決。今日雖非言詞辯論，但雙方對此有所爭執，盡可能地提出意見，有助大法官形成心證。若聲請方暫時無意見，請問相對機關。

相對機關訴訟代理人洪文浚律師：聲請書上雖然敘明其所引用之法條及其根據，但相對機關認為，繫屬中之案件，在目前已有法院審理之情形下，由大法官對於繫屬中的案件做出解釋，對於繫屬法院之審判，在法規適用上是否會有影響？若適用法規違憲，效果為何？是由大法官做出包含救濟方式之結論，抑或是違憲之後的建議方案？這樣的意見對於行政法院實質審理案件有甚麼樣的效力？爭議仍然存在。希望 鈞庭對於全部受理的決定提出完整的依據，讓相對機關有更完整意見進行回應。站在相對機關之立場，基於法安定性，本案仍在繫屬中，仍應依現行法律規定進行審查，除非窮盡所有救濟程序而不可得，再聲請釋憲。

審判長：本庭會在研議之後進一步闡明。

鑑定人李念祖教授：大法官對於抽象規則做出解釋時，應該是從未溯及既往。釋字第 499 號解釋，亦是宣告自解釋日起失效，唯一會發生溯及既往時，是該個案得透過再審等途徑救濟。當大法官做成抽象解釋時，嚴格來說其並非司法權而係立法權，因為司法權只針對個案。規則最重要是對於將來，因此規則從何時失效、有何效果？應予斟酌。

官大法官曉薇：請問黃國昌案訴訟代理人。若舊刑法第 100 條與懲治叛亂條例第 2 條第 1 項不作為訴訟標的，對於聲請案件有何影響？請闡明實益與必要性。

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：舊刑法第 100 條及懲治叛亂條例仍應審查。補償基金會發放補償金，即適用補償條例第 8 條第 1 項第 2 款時，皆是以舊刑法 100 條與懲治叛亂條例第 2 條第 1 項作為實體法認定，即，是否確實構成要件該當，決定了是否發予補償金。因此在個案適用上，有其關聯性。若不宣告上開法規違憲，對於基金會在補償金發放的個案認定上會有所疑義。

高大法官焯輝：請問黃國昌案訴訟代理人，聲請書中，第 2 頁聲請事項第 3 點，僅提到刑法第 100 條違憲，但在聲請書狀第 5 頁卻也提到懲治叛亂條例第 2 條第 1 項抵觸憲法。聲請事項和程序標的有前後矛盾之處，聲請人是否欲將懲治叛亂條例第 2 條第 1 項納入程序標的？請闡明或追加更正。杜案除請求變更釋字第 477 號解釋，有要變更釋字第 272 號解釋？涉及聲請範圍問題，請一併處理。

黃丞儀理事長之身分認定

審判長：介紹吳東牧製作人與民間真相調查與和解促進會理事長黃丞儀。黃丞儀理事長是以聲請人杜銘哲之代表身分出席，但本法庭並無這樣的設置。本庭經討論後，希望指定黃丞儀理事長擔任黃國昌案訴訟代理人，黃丞儀理事長是否同意？

黃丞儀理事長：這需要當事人委任，並非自己同不同意的問題。杜銘哲先生在阿里山工作，非常關心本案進行的情形，因而委任我作為其代表出席。若各位大法官認為須請他……

審判長：模擬憲法法庭得指定訴訟代理人，我們是以這樣的權限，希望指定你為黃國昌案訴訟代理人，希望能獲得你的同意。當事人代表身分不太確定，法庭也無這樣的安排。

黃丞儀理事長：就黃案部分，請容許再詢問當事人意見。杜案部分，確認，杜先生因本人無法出席，已明確委任我出庭。是否能容許我今天以杜先生的代表身分出席？

審判長：「當事人代表」在程序上有點問題。其他大法官有無意見？黃教授是否願意被指派為杜銘哲案之訴訟代理人？

黃丞儀理事長：必須要當事人同意，我當時並未請求其授權我為法律行為，這部分待下次再向法院補正書狀。若大家目前不確認杜銘哲先生本人是否得以出席，更不確定本人授權之代表是否得出席的話，我可以暫時退席。

審判長：本庭決定你得以聲請人杜銘哲代表列席，但你今日無法發言。但我們仍希望指定你為訴訟代理人，這樣你才能夠出席程序庭並發表意見。這算是有點例外，必須詢問相對機關對此有無意見？

相對機關訴訟代理人洪文浚律師：對 鈞庭本決定沒有意見。

對聲請書內容疑義之討論

審判長：進到下一個程序。相對機關代表對於聲請書內容，是否有需請聲請方說明之處？

相對機關訴訟代理人洪文浚律師：聲請書內容有些不甚明確之處，部分在爭點整理部分已經提及，要請聲請人再說明。這部分不重複，只針對一點，黃案將舊刑法第 100 條第 1 項列為解釋標的並認為其違憲，所引用的理由及依據，是補償基金會認定補償案件的依據，係依照當時的刑法第 100 條內亂外患罪之規定來決定，但並未看到相關依據，是否請黃國昌案訴訟代理人說明？

審判長：機關方訴訟代理人有無其他意見？若無，請黃國昌案訴訟代理人回應。

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：我們之後會補呈兩份資料。

爭點討論

審判長：進到下一個程序。針對目前大法官提出的爭點，包含今天提出的補充爭點，雙方有無任何意見？請聲請方先說明。

杜銘哲案訴訟代理人陳冠璋：針對 鈞庭爭點整理表第 13 點，我們現在提出書狀，請 鈞庭鑒核，並請書記處收受。

審判長：準備庭舉行跟通知各位較為匆忙，接受當庭提出書狀。但下次言詞辯論不接受當庭提出書狀，將訂一期限，以便本庭閱讀準備。請聲請方簡要說明書狀重點。

杜銘哲案訴訟代理人王世安：針對爭點第 13 點提出之 5 個問題提出回應。第一，「動員戡亂臨時條款」、「憲法」與「戒嚴體制」之關聯。我們認為，動員戡亂時期臨時條款部分取代憲法內容，違反憲法對於權力分立之規範，等於破壞自由民主憲政秩序之起始，戒嚴體制即是建立在動員戡亂時期臨時條款之上。因為這樣的基礎，戒嚴體制才有辦法持續達 36 年。第二，我們認為動員戡亂時期臨時條款並不該當修憲行為，即使大法官後做出其具有實質改造憲法內涵的決定，惟因二原因，其無法該當合法之修憲行為。第一是其非完全取代憲法內容，而僅是部分、暫時性的修正，其二是削弱立法權監督之可能性，對於我國自由民主憲政秩序造成一定的破壞。第三，針對 1954 年動員戡亂時期臨時條款繼續適用之決議，聲請方之意見，與 1948 年動員戡亂時期臨時條款制定時之態度一致，即其並未修憲行為，縱認其有使憲法條文無法施展之效果，亦因其當時並未符合國民大會表決之人數要求，及其造成立法權無法監督狀態之延續，因此違反憲法對於權力分立秩序之規範。第四，動員戡亂時期臨時條款與本聲請案之關聯性，我們認為動員戡亂時期臨時條款的出現，是對於中華民國憲法自由民主憲政秩序之開始性的破壞，其造成戒嚴體制可以繼續延續，以及戒嚴體制之下，適用於本聲請案中的法令，可以有效對當事人發生作用之原因。第五，關於大法官在爭點表中所提到的釋字第 31 號、第 85 號解釋之事實疑義，當時立法委員、監察委員及國民大會代表之所以可以延長任期，均是因其在面

臨到無法決議，面臨一些問題時，請示當時的統治者蔣介石，取得一份蔣介石的許可而採取這樣的作法。這樣的做法後來分別送交給司法院大法官作成決議，以取得其在憲法上的形式正當性。最後則是對於本案原因事實的相關爭議，大法官提到本案當時做出部分不起訴之決議，因而詢問聲請方此一不起訴處分與本案事實之關聯，我們認為，若高一生之案件曾經普通程序而做成不起訴處分，而其理由是以欠缺證據證明其有犯罪事實，便可以看出普通程序與軍事程序有相當大之差異，且軍事審判程序在證據認定及調查上都有相當之瑕疵，以此做為我們主張當時軍事審判程序有一定問題，造成當事人權益之影響，有必要透過國賠來獲得補償。

審判長：請黃國昌案訴訟代理人表示意見。

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：特別針對第 9 點到第 11 點做簡要說明。第 9 點部分已於前面程序討論過，我們對於違憲法律之標的，也包括舊刑法第 100 條第 1 項及懲治叛亂條例第 2 條第 1 項。補償條例第 8 條第 1 項第 2 款，依現行法律及證據法則之審查，其所指的現行法，是舊的實體法，即舊刑法第 100 條，作為違法構成要件之認定，至於證據法則則是依現行刑事訴訟法認定。這導致實體與程序法之割裂，也因此必須要連同舊刑法第 100 條第 1 項及懲治叛亂條例第 2 條第 1 項作為解釋之標的。針對第 10 點，舊刑法第 100 條第 1 項及懲治叛亂條例第 2 條第 1 項侵害那些基本權，第一部分是憲法第 14 條所保障之結社自由，因刑法第 100 條所適用的結果，多是對有共產思想所集結而成的政治組織來予以肅清，形成了政治刑法的狀態，在適用結果上有必要檢驗第 14 條之結社自由；另一個基本權是釋字第 567 號所提及的思想自由，這部分主要是因為動員戡亂時期，一旦涉及共產主義思想，就有可能被羅織入罪，而認定已經構成刑法第 100 條之要件。因此在思想自由部分我們也有所爭執，認有違反比例原則。對於爭點 11，補償條例第 8 條第 1 項第 2 款違反那些憲法上基本原則？我們認為，違反權力分立，原因在於針對過去動員戡亂時期的不當審判案件，應透過訴訟途徑，依憲法第 6 條訴訟權提出訴訟，由法院審查是否係不當或有當；而非透過基金會認定並進行補償進之。我們認為違反權力分立原則，當然也抵觸正當法律程序原則。

審判長：目前這些爭點都有，重點在於對於目前提出之爭點，有無需要釐清之部分，不須做實質辯論。另提醒爭點當然可以略作增加，但不宜擴張聲請解釋標的。杜銘哲案聲請人是否有想將動員戡亂時期體制也列進解釋標的？請確認。

杜銘哲案訴訟代理人王世安：補充書狀之內容，僅為回應爭點第 13 點，未欲擴大範圍。

審判長：相對機關有無疑問？

相對機關訴訟代理人洪文浚律師：第 7 點最後一句以及第 8 點之語句，是否意

味現在已經有一定對於「轉型正義」一詞的具體內涵？相對機關這邊認為目前針對「轉型正義」一詞仍未有所定見，應可透過 鈞庭之判決中加以補充、闡明，但就過去而言，都看不出轉型正義的實質要求為何。建議可增列 1、2 個爭點，例如：在我國憲政秩序之下，有無對於轉型正義之要求？

審判長：請機關訴代用書狀補狀爭點需要增加哪個部分。

相對機關訴訟代理人洪文浚律師：我們會以書狀補充送至 鈞庭。

審判長宣布休庭。

審判長：續行今日程序。高煒輝大法官、李念祖教授先行離席。機關方對爭點是否有疑問？

相對機關訴訟代理人洪文浚律師：爭點第 3 點因係針對杜案所提訴訟標的之補償條例第 2 條第 2 項，這部分屬於立法裁量的問題。如 鈞庭認為補償條例第 2 條第 2 項違憲，對於立法機關應做原則上解釋，而不是對於法條內容做具體逐一的說明，因為對回復義務的程度如何，屬於立法機關之立法權衡範圍，所以若宣告違憲是否做補充的立法，應由立法機關決定，不適宜由大法官會議提出釋憲後的意見，爭點 3 是否列於爭點內應再斟酌。

審判長：對於爭點 3 部分，與今日提出補充第 3 點，皆涉及國家補償、賠償體系，即憲法第 24 條的問題，相對機關是否同意做一併的處理，請問相對機關訴訟代理人的意見？

相對機關訴訟代理人洪文浚律師：針對補充爭點第 3 點，相對機關對於憲法原則上之宣告並無意見，但對於前述提到的法條具體內容若列為爭點，則請 鈞庭再為斟酌。

審判長：我們將會再就爭點上進行整理，其他訴訟代理人有無意見？

相對機關訴訟代理人駱淑娟律師：針對爭點補充第 1 點，對於動員戡亂時期究竟是甚麼樣的狀態，應做憲法原則性的討論，像是納粹國或是前東德等較為政治性的問題是否適宜列為爭點，請鈞院審酌。

審判長：這牽涉到爭點補充第 2 點，對非常時期對法規合憲性基準審查的拿捏，會再做更多的表達。

相對機關訴訟代理人洪文浚律師：已針對相對機關部分為陳述，是否可以允許相對機關之訴訟代理人先行離席？

審判長：可以。請問鑑定人有無意見？

鑑定人鄧衍森教授： 鈞庭必須確認解釋標的的嚴縝性，以杜銘哲案而言，繫

屬高行的狀態，依照模擬憲法法庭法是否能受理，必須確認仍是對於法規範抽象的解釋，而非對於現繫屬高等行政法院的個案進行裁判。爭點的表述牽涉到做出憲法解釋的前提假設，這假設即是憲政秩序如何形成，必須注意合憲解釋相關法規，有效性多大，請 鈞庭注意。為何會出現轉型正義，憲法法庭要處理的憲法秩序，若不能透過釋憲得到憲法秩序的回復，那轉型正義要如何出現在憲法秩序中。合憲性的處理要注意其有效性。

審判長：其他鑑定人有無意見？（無）請聲請方訴訟代理人說明。

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹：針對爭點 7、8 是否適宜列為爭點，聲請方有意見。爭點 7 所提到戒嚴時期涉及之案件有政治性及非政治性並提及三個個案，但我們認為此已逾越了聲請兩案的訴訟標的範圍，建議 鈞庭將其刪除。

爭點 8 所提及針對轉型正義的措施在國際人權法上有哪些要求及限制，以及要求兩造針對聲請案相關的立法例規範理論或政策建議，提供 鈞庭參考，已逾越聲請之訴訟標的範圍，並超脫憲法裁判標的之範圍，建議 鈞庭將其刪除。

審判長：請黃國昌案訴訟代理人表示意見。

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：爭點補充第 2 點，有提到審查某一時期的合憲性，是否要有不同於一般時期的審查基準，後半所提之釋字第 567 號為討論立法理論研擬的部分，並非聲請所提之訴訟標的，是否請 鈞庭為說明

審判長：僅為提醒若無意見，我們會依照釋字第 567 號的論理方式為審查基準。

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：可否將爭點 1 與爭點 9、爭點 10、爭點 11 予以合併，不另立爭點 1。

是否要邀請法庭之友到庭陳述或提出書面意見

審判長：對於爭點陳述，雙方均已表示意見，本庭會再進行整理區分，並以文書方式交給各位。鑑定人無須就所有爭點表示意見，就認為重要之部分提出鑑定意見書即可。有無其他大法官要發問？（無）進到下一個程序，討論是否要讓法庭之友出庭陳述意見，先請聲請方表示意見，法庭會再作裁定。法庭之友不限於訴訟代理人與鑑定人，形同廣徵各方意見，在公益性越高的案件其重要性越高，但也可能造成意見氾濫。

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹教授：先請審判長釐清，是否今日就要決定人選？

審判長：不需要，今日僅就程序必要性進行討論。

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹教授：法庭之友陳述意見有助於轉型正義概念、適用範圍及價值相關的釐清有所幫助，我們會審慎加以審酌適當人選，並提交於 鈞庭。

審判長：請黃國昌案訴訟代理人表示意見。

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：同杜銘哲案訴訟代理人，我們也會審酌適當人選提交 鈞庭。

審判長：對於法庭之友是以書面意見抑或到庭陳述有無意見？

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹教授：以到庭陳述優先，若不行則請法庭之友以書面方式陳述意見。

審判長：請問相對機關訴訟代理人意見。

相對機關訴訟代理人駱淑娟律師：兩案裡杜案偏個案，考量到其仍在案件系屬中，和一般有公益性需全民參與討論的議題不同。若兩案併案的話，考量到訴訟程序，建議法庭之友以書面的方式表達意見，而不蒞庭發表意見。畢竟兩案均有一定的政治性程度在，模擬憲法法庭仍以法條適用為主，為避免太多政治議題的介入，希望以書面為主。

審判長：大法庭會綜合考量後作出決定，若是開放法庭之友出庭或是書面陳述意見，會事先通知兩方推薦或是完全開放的方式通知，這部分仍待大法庭做出決定。進入下一個程序，針對整體到目前為止，大法官是否有疑問或意見？

陳大法官瑤華：想請問杜案聲請方，希望爭點 7 與爭點 8 能夠被剔除。在此說明，爭點 7 中提出的例子僅是說明是否涉及何謂政治案件及非政治案件的議題而已，聲請方是否認為此一爭點無須爭論？爭點 8 的部分，聲請方是否認為處理過去不當審判及戒嚴體制的問題，跟國際上對於轉型正義的處理方式，兩者與本案無關，因此主張剔除爭點 7 與爭點 8？請杜案聲請方說明。

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹教授：如果爭點 7 是希望雙方針對三個案例表示意見，我們認為逾越聲請案標的範圍，建議剔除。但若所提三個個案是舉例，討論國家基於民主憲政秩序在轉型正義下應回復之義務範疇，那麼我們認為其與爭點 3 和爭點 4 的範圍亦有所關聯，在這範圍內，聲請方也會針對其與自由民主憲政秩序、轉型正義範疇以及國家責任範圍等議題進行相關說明及論述。

針對爭點 8，畢竟爭點是指兩造認為有爭執的要項，若爭點 8 呈現的是與本案相關的那些立法例值得 鈞庭參考，我想不會有所爭執，相信對造也是，對於爭取 鈞庭做出違憲判決的範圍內，本來就會盡力提出立法例、相關理論等等供參考，那是否還有必要列為爭點，請 鈞庭斟酌。

審判長：對於剔除此兩點的主張，黃國昌案訴訟代理人的意見？

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：大致同杜銘哲案訴訟代理人意見。爭點 8 是論證過程可提出討論，聲請方也會盡力回應，是否需要單獨列為爭點，似乎與爭取確定判決無關。

官大法官曉薇：針對爭點 9，剛兩位鑑定人有意見，有關於刑法第 100 條和懲治叛亂條例第 2 條第 1 項的部分，聲請方是因為補償條例第 8 條第 1 項第 2 款：「因為現行法律或證據法則審查」，因為這條文的聯繫而進到所謂內亂外患以當時刑法上面的認定來做，但法條已清楚規定是現行法律，如果該基金會在適用法律上面適用了舊法，這部分是本庭能夠處理並做違憲審查的對象嗎？

黃國昌案訴訟代理人陳之昱：舊刑法第 100 條和懲治叛亂條例第 2 條第 1 項仍應列為聲請範圍，若未如此，假設未宣告舊刑法第 100 條和懲治叛亂條例第 2 條第 1 項違憲的話，事後推動轉型正義的相關工程，用相同的法規交給法院審查，法院會疑惑到底要用現在的刑法第 100 條還是舊的刑法第 100 條，基於適用上的普遍性，舊刑法第 100 條已經成為必然會經過的規範，請 鈞庭納入審查範圍。且基於回復自由民主憲政秩序之精神，將其附帶列入審查範圍，有助於回復自由民主憲政秩序之精神，請 鈞庭參酌。

蘇大法官彥圖：有一程序性意見。爭點的整理應該要再凝聚限縮，雖然這是本庭初步討論提出的結果，請雙方訴代就爭點有無要再增減提出書面意見。

審判長：本庭會另訂期限予雙方提出書狀補充爭點。

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹教授：程序上的疑問，未來是否可請聲請人杜銘哲或黃國昌本人出席陳述意見？

審判長：應該沒有問題，這是聲請人本人陳述沒問題。

鑑定人鄧衍森教授：補充一點，請 鈞庭注意所謂爭點應係指與解釋標的有相關者，並非探討一般法律問題。

審判長：本庭會再審酌，亦請鄧教授就您認為不屬於標的的部分提出完整的書面意見。

相對機關代表駱淑娟律師：關於聲請方提到要由黃國昌委員和杜銘哲本人參與程序的問題，依據模擬憲法法庭法第 19 條，聲請人得委任訴訟代理人，黃丞儀教授是有資格成為訴訟代理人，但聲請人本人杜先生應該是無資格於庭上陳述，請 鈞庭考量訴訟經濟等需求做出適當之決定。

審判長：會再審酌。

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹教授：模擬憲法法庭法第 19 條並未排除聲請人本人出席陳述的空間。另在釋字第 689 號言詞辯論中，聲請人蘋果日報記者亦有到庭陳述意見。

審判長：充分審酌後會做出裁定，並提早告知各位，程序準備庭的目的在於維持審理過程中各方公正，尤其是 11 月份的言詞辯論，有些國外的專家學者會出席，耗費的時間較長，我們也會考量到在諸多條件的限制下，如何有助於大法官對審理

案件心證的形成。

杜銘哲案訴訟代理人涂予尹教授：提出一個程序上的問題，如果事後新增法庭之友或是鑑定人有書面意見的提出，請 鈞庭給予聲請方充足的時間回應。

審判長：絕對會。今天的程序庭就到這裡。

105 年 11 月 13 日模擬憲法法庭之 言詞辯論程序筆錄

時 間：105 年 11 月 13 日（星期日）上午 9 時整-下午 5 時 35 分

地 點：臺灣大學法學院霖澤館國際會議廳（1 和 2 樓）

出席者：8 人

大法官：陳大法官瑤華、高大法官涌誠、高大法官焯輝、林大法官孟皇
孫大法官迺翊、官大法官曉薇、蘇大法官彥圖、吳大法官豪人

主 席：陳大法官瑤華

紀 錄：書記官薛雅婷

開始紀錄

主席陳大法官瑤華：

大家早，請書記官朗讀案由。

書記官：

謂審理模憲字第 4 號杜銘哲案與模憲字第 5 號黃國昌等立委聲請案兩案，認戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例有牴觸憲法之疑義，聲請憲法法庭判決案，本法庭於今日民國 105 年 11 月 13 日召開言詞辯論程序。

主席陳大法官瑤華：

感謝，審判案我們分成 11 月 13 日及 11 月 19 日進行言詞辯論庭，相關的資料其實我們已經在網路上都已經公布，包括今天的流程，所以不知道今天流程的，也請上網得到相關的訊息。

在正式程序要開始之前，我想先確認兩造到庭的狀況及鑑定人到庭的狀況，我先請問一下聲請方訴訟代理人及聲請人是不是都已經到場？

聲請人黃國昌立委：

到場。

主席陳大法官瑤華：

發言的順序我稍微請問一下，請問你們發言的順序如何？

聲請人黃國昌立委：

一開始的時候，會由聲請人黃國昌先陳述這一次聲請主要的意旨，接下來的程序想要請教庭上，15 分鐘的發言時間是在第一次陳述的時候就要全部使用完畢，還是能夠等到相對人說明完以後？我們在第一次陳述的時間有剩餘的部分能否進行積極回應？也就是發言的時間是一次 15 分鐘就要耗盡，還是可以比如先陳述 10 分鐘，另外有 5 分鐘的時間針對相對人的陳述予以回應？這部分請庭上裁示。

主席陳大法官瑤華：

根據目前現在我們的規則，我們很希望雙方的陳述在非常平等的基礎上進行，所以我們原則上就是請聲請方有 20 分鐘的時間，請兩位各 10 分鐘陳述完畢。

聲請人黃國昌立委：

瞭解，如果是這樣子的話，聲請人先陳述 10 分鐘，再由訴訟代理人的團隊再陳述 10 分鐘。

主席陳大法官瑤華：

感謝聲請方。

機關方的訴訟代理人是不是都已經到庭？

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

都已經到庭。

主席陳大法官瑤華：

想確認一下你們發言的順序為何？

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

今天會依序由立法院的代理人，再由內政部、法務部、國防部的代理人依序陳述，我們依序有 4 位代理人會進行發言。

主席陳大法官瑤華：

20 分鐘的時間，所以原則上每一位 5 分鐘？

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

跟庭上報告，我們是 4 位共用 20 分鐘，還是有每 1 位發言的時間限制？

主席陳大法官瑤華：

原則上整個機關方的發言是 20 分鐘，所以其實你們可以分配時間。

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

謝謝。

主席陳大法官瑤華：

次序是不是許書瀚律師、駱淑娟律師、洪文浚律師、鄧敏雄律師？

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

是的。

主席陳大法官瑤華：

感謝。

現在想要確認一下鑑定人到場的狀況，國際鑑定人第一位是 Susanne Karstedt，第二位是 Javier Couso，第三位是 Richard Goldstone。

程序進行前我想說明一下發言的規則，原則上兩方面在陳述要旨的時候，其實是可以到檯前，也可以在位置上發言，以最讓你們覺得暢所欲言的方式發言。

兩方在詢問鑑定人的時候，可能詢問時很希望（「旁聽者」）可以跟鑑定人有一些直接面對，所以也可以到檯前詢問。在詢問的時候我們基於公平起見，檯子在上午的時候會放在我的左邊，到下午的時候希望公平起見，會把檯子搬到右邊，讓雙方都不會受到檯子的遮蓋。

詢答時我們為了公平起見，所以次序會在每一場之後做一個調整，如果前面是先由聲請方開始詢問鑑定人，下一場就會由機關方第一個開始詢問。對於相關的規則，我不知道兩造對這個規則有無問題？

（兩造表達無意見）

主席陳大法官瑤華：

辯論庭主要是為了協助大法官作成裁判，因為大部分的大法官都已經讀過鑑定書、聲請方聲請書，以及機關代表的一些意見，因此請在發言時儘量簡短、把握要點，即使是在詢問的時候，也儘量能夠有針對特定的點發言，因為基於大法官的需求，尤其是主筆大法官很希望能夠釐清不同的觀點，所以他們其實可以隨時打斷，我不知道大法官對於這一件事是不是也是同意此做法？

（所有大法官皆點頭示意贊成）

主席陳大法官瑤華：

我們接下來就要請聲請方及訴訟代理人開始發言並申論要旨，請聲請方開始。

聲請人黃國昌立委：

今天聲請人由我黃國昌代表包括林昶佐、徐永明、洪慈庸、高潞以用、顧立雄、尤美女等 23 位立法委員來說明我們聲請這一次釋憲的要旨。

我必須要說我是懷抱著非常慚愧，但是嚴肅的心情來參加這一次的模擬憲法法

庭，慚愧的理由在於在臺灣歷經 3 次政黨輪替，已經邁向所謂民主國家的此時，針對過去在戒嚴時期不法審判轉型正義的落實，立法機關負有第一線的責任，必須透過法律的修正來全面回復、處理轉型正義的議題。由於立法院的結構、由於部分的立法者沒有那個勇氣面對過去臺灣對於自由民主憲政所造成極大的傷害，導致這樣的修法工程遲遲沒有任何積極的進展，作為立法機關的一份子感到非常慚愧。

另外一方面，正是因為如此，鈞庭作為憲法的守護者，我們希望大法官在這一次的案件當中能夠勇敢宣告過去既存、到目前仍然繼續維持在的破壞整個自由民主憲政秩序沒有辦法落實轉型正義的狀態，能夠藉由這一次的憲法法庭予以修正。

在形式上，各位可以看到第一個案件所提出來聲請釋憲的標的，總共有 4 個條文，包括戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款、國家安全法第 9 條第 2 款、1935 年公布施行舊刑法第 100 條、加重特別刑法唯一死刑懲治叛亂條例的條文，在形式上是 4 個釋憲的標的。我要說的是，所交織起來的是一個嚴重破壞憲政民主秩序轉型正義沒有辦法落實的法律狀態。

為什麼這樣子說？在世界上歷經轉型正義的國家，從過去理論上及實踐上大家所共同承認的原則是，面對轉型正義的課題，我們必須在發覺正向的基礎之上，對於過去不法國家行為的加害人之責任予以徹底究明，進一步才會談到被害人遭受到不法對待的賠償，進一步才會展望未來在參與那一些不法審判的法官及檢察官是否適合在現在的憲政民主秩序狀態中繼續擔任審判者，人事除垢的工作。

但是非常遺憾我國邁向轉型正義的路途中，我們目前所看到的法律狀態是，對於過去真相的究明沒有任何的誠意，我們的國家機關在目前的法律狀態之下，從來沒有透過任何正式的司法程序想要企圖還原、改正過去整個威權時期不法審判遭受到誣陷的人所被羅織的罪名。第二，我們也看不到國家機關，包括我們的法院有任何的誠意要透過正式的司法程序，針對過去面對不法審判的被害人，不管是在個人名譽上的回復，還是對於國家行使不法審判權利這一件事情清楚地認錯，我們現在的法律狀態是非常廉價的，透過補償被害人的方式，想要告訴整個社會，被害人已經補償了，沒有什麼需要再爭執的，大家繼續往前走，不要再回顧過去那一段不堪的歷史。

但是這一次我們藉由這一個釋憲案，想要藉由憲法法院所宣告的憲法價值，很清楚就是要改正，這樣子的一個法律狀態對於我國在落實成為真正憲政民主國的時候，沒有積極面對我們過去在推動所謂轉型正義那一種廉價式的方式，不願意面對過去真正的歷史錯誤，對於現在所要追求民主國及法治國的落實所造成的傷害。具體而言，針對戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款的規定，把認定審判不當的權限交由一個私法人的財團法人加以認定，我們如何透過

行政機關的授權，能夠有效糾正過去那一些不法審判一對不起，在法條上面雖然講的是「不當審判」—但是從自由民主憲政價值的角度來講，我必須沉痛地說：這一部法律一開始立法時，連性質都定性錯誤，這是不法審判，這不僅是不當審判。如何透過行政機關的授權能夠真正回復過去在這一些不法審判下，刑事確定判決所形成的既判力及實質的確定力？沒有辦法糾正過去這一些不法審判所造成的事實認定以及法律適用，乃至於形成最後施加刑罰這一種國家權力的粗暴行使，沒有辦法真正落實轉型正義的要求。

第二，有關於國家安全法第 9 條第 2 款對於在過去受到軍事審判的人，要求如果要在司法上進行救濟的話，你只能透過再審或者是非常上訴的方式來加以處理，這樣的處理嚴重違反了民眾訴訟權的保障及正當法律程序的要求。再者，是基於新事實、新證據的發現而去糾正過去事實認定違誤的刑事確定判決。但是問題是，我們不需要去看任何的新事實、新證據，當初所進行的審判本身就已經違反了一個法治國所要求的最低度正當法律程序保障，所產生的事實認定根本就是荒謬、扭曲，根本就是那時掌握國家權力的政黨為了要打壓異己、為了鞏固自己的政權，所產生羅織罪名的錯誤事實認定。

非常上訴是統一要求解釋法令，我們有什麼法律需要統一解釋？這並不是審判當中、並不是落實在轉型正義的過程當中，我們要求司法機關面對過去自己的錯誤，這跟統一法令解釋沒有關係。我們要求的是，重啟這一個司法程序，重啟這一個司法程序才能在司法程序當中面對且改正，由代表國家行使權力的法院面對且改正過去所犯下的錯誤。

釋字第 272 號解釋指為了要維持法的安定性，所以只把救濟的權利限制在再審跟非常上訴兩種途徑。聲請人要表明的是，釋字第 272 號解釋非常遺憾地沒有認清楚問題的本質，並不是要維持法的安定性，而是要維持過去不法狀態的安定性，維持不法狀態的安定性如何成為臺灣目前自由民主憲政秩序下可被肯認的價值？聲請人認為有關於國家安全法第 9 條第 2 款的規定，在憲法比例原則的考驗下，不需要經過手段、目的、最小侵害性的檢驗，在第一個關卡目的正當性的檢驗就沒有辦法通過，我說過釋字第 272 號沒有真的面對問題的核心，這一種不法秩序狀態如何能夠維護？如何能夠成為目前追求自由民主憲政下、憲法秩序下一個可以被肯認的正當事由？

第三個部分的釋憲標的及第四個部分的釋憲標的是舊刑法第 100 條及懲治叛亂條例，符合了行為制裁，也就是構成要件該當性之後所施加的刑法只有唯一死刑。這在 鈞庭之前所做的模憲第 3 號解釋中，已明確宣告這樣法律選擇效果是違憲，就構成要件該當性本身，我相信臺灣過去這 30、40 年的歷史看到舊刑法第 100 條如

何被使用、操作，這一段歷史已經清楚彰顯舊刑法第 100 條根本違反整個刑事法律的基本精神，更破壞了重要的憲法價值，怎麼可能有人因為自己在思想上追求自由，想要去研讀共產主義的書籍、想要組成讀書會，竟然可以以刑法第 100 條構成要件，特別是客觀行為構成要件內容完全開放性的刑法規定，而被施予那麼重的刑罰？這根本是國家利用舊刑法第 100 條在政治上打壓異己的工具，與目前所要追求的自由民主憲政秩序的價值根本不符。

看到臺灣今天發展的方向，回顧過去的歷史，對於舊刑法第 100 條，令人充滿遺憾。我們看到的是退休將領可以跑到對岸參加中華人民共和國的官方活動、唱和兩岸同屬一中之政治主張，這在目前的臺灣被容忍，因為我們的民主已經成熟了。看到現在發展的狀況，再回顧過去特定的政黨掌握政權以後，如何透過自己的意識形態打壓異己，這一段歷史難道我們不用嚴肅面對跟改正嗎？

因此聲請人認為為了要促進這樣的憲法價值，立法機關在進行立法形成裁量的時候，是受到極度的限縮，我們過去整個立法活動，包括剛剛所指的戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例及國家安全法，都沒有辦法滿足立法機關在憲政上所應該有的行為義務與要求，正因如此，我們希望 鈞庭能夠發揮憲法守護者的精神，宣告過去藉由這一些不正義的法條所交織而成違反我國過去到目前所希望追求的憲政民主價值的狀態，而予以改正，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

請就座，請黃丞儀副研究員。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

模擬憲法法庭、庭上、大法官、鑑定人及機關方代表，我是杜銘哲委託聲請 鈞庭解釋憲法的訴訟代理人，以下謹代表杜銘哲先生陳述事實及相關法律論證。

杜孝生沒有成為英雄，因為他沒有隨本案被告一起被槍決，高一生、湯守仁、林瑞昌全部都在臺灣民主自治同盟阿里山匪黨武裝支部暴動案中被槍決，杜孝生是少數存活下來的。

杜孝生不是懦夫，他背負了這個罪名繼續活到 2001 年。他在 1997 年向二二八基金會提出補償申請被駁回，在他過世之後，他的子女向白色恐怖補償基金會提出申請，要求補償，也兩度受到拒絕，現在案件正在臺北高等行政法院當中進行審理。我們認為這一件案件具有憲法的重要性，因此向 鈞庭聲請憲法解釋。

高一生、湯守仁、杜孝生在 1952 年受到保安司令部誘捕，因此到臺北接受審訊，隔年其他 3 位皆受到槍決，但同案被告杜孝生因為被起訴法條罪名為貪污治罪條例，因此他並不在補償條例的補償範圍之內。補償條例第 2 條規定的補償範圍僅限於內亂、外患罪及檢肅匪諜條例。在解嚴之後所成立的基金會，依照立法院所通過

的補償條例來進行補償，但是它的範圍僅限於內亂、外患罪及檢肅匪諜條例，其中內亂、外患罪是因為懲治叛亂條例第 2 條第 1 項的規定，我們認為這樣的規定過於狹窄。如果我們可以理解山地工作委員會案，我們就可以知道其實保安司令部在逮捕杜孝生之前，他們已經擬訂了工作方案，要將鄒族的菁英一網打盡。

其中罪名的分配可能因為參與的程度多寡不同，而有所差異，但是保安司令部所進行整體性政治整肅及迫害並無差異，僅僅因為當時軍事檢察官起訴法條的差異，而造成現在當事人在案件請求補償的要件有所不同，我們認為這個法條有違憲的疑義。這個法條侵害人民請求國家賠償的權利。依照憲法第 24 條國家應該要設置國家賠償制度，在人民受到國家侵害其權利的時候，可以申請賠償。我們認為戒嚴時期的軍事法院造成不正當法律程序的違背，許多人民權益受到不當的侵害，這是一個整體法秩序的破壞。這一個整體法秩序的破壞應該要由國家在解嚴之後進行整體性的重新評估其不法狀態。但是很遺憾在 1987 年解嚴之後，立法院隨即通過國家安全法，其中第 9 條限制戒嚴時期受軍事審判之一般人民不得上訴到普通法院，這個規定造成戒嚴時期的軍事審判完全無法再進行系統性的檢討及透過司法來尋求救濟。

由於國家安全法第 9 條設下的限制，因此在補償條例的部分，也是由補償基金會來進行補償。這個補償並沒有認定國家有任何的責任，只是基於補償條例的授權而給予補償金的發放，在這個過程當中，我們完全看不到對於不法國家的責任檢討，乃至於立法者在構成要件上的設計，又過於狹窄，曲解了在戒嚴時期受到不當軍事審判侵害人民權利的型態。

在釋字第 477 號大法官曾經針對權利回復條例進行解釋，大法官認為權利回復條例僅限於內亂、外患罪，屬立法者裁量之範圍，但是我們一併指出所謂的立法裁量並非絕對，大法官在釋字第 477 號解釋裡面，並沒有區別人民受損之權利性質究竟是政治性的權利還是一般性的權利，我們知道大法官已經針對人民的基本權利做出不同保障的要求。

在涉及憲法第 8 條有關於人身自由的部分，大法官三申五令、再三強調這是人權保障的核心，在釋字第 567 號解釋裡面也再次強調即便國家處於非常時期，人民的基本權利也有其核心範圍，不得侵犯。但是補償條例及釋字第 477 號的解釋當中，將補償範圍歸為立法者裁量，我們認為釋字第 477 號解釋有變更的必要。

另外，補償條例第 15 條之 1 雖然擴張了受裁判者的範圍，但是第 15 條之 1 同時也要求必須基於同一原因事實。以杜孝生的例子來說，所謂同一原因事實就是必須也要參與了高一生、湯守仁在軍事法庭裡面被認定是屬於內亂、外患罪及檢肅匪諜條例的原因事實。我們認為第 15 條之 1 對於保障杜孝生的國賠請求權，完全無濟

於事，因此聲請方聲請 鈞庭針對補償條例第 2 條及第 15 條之 1 第 1 項同時聲請違憲解釋，以上，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

我想詢問一下訴訟代理人，因為剛才好像提到訴訟標的裡面，之前好像在聲請書發現其實也有涉及到要請求變更釋字第 272 號的解釋，所以我想確認這一件事，訴訟代理人是不是也要請求變更釋字第 272 號的解釋？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

是。

主席陳大法官瑤華：

接著要請機關方答辯，時間是 20 分鐘。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

審判長、各位大法官、鑑定人及在座的觀眾大家好，首先基於機關忠誠義務，對於聲請方提出來的轉型正義非常認同，也認同要在臺灣實踐。但基於轉型正義，機關方也必須提出一些意見，以下就機關方的意見逐一跟各位報告。

首先，雖然 鈞庭已經裁定受理杜黃兩案，然而可以發現有非常明顯的程序瑕疵：

黃國昌案聲請書主張「……前立法委員顏錦福等人曾對戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項第 2 款規定提出修正草案，……但未獲多數立法委員之支持」，因此符合「修法未果」這個要件，但事實並非如此。

因為 2000 年 4 月 14 日當時顏錦福委員提出的修正案，只是在原來的「第 8 條第 1 項第 1 款」加上「因同一原因事實……不得申請補償」這個要件，也就是當時的修正案，完全與「第 8 條第 1 項第 2 款」無關。既然根本就沒有提案修法的事實，請問：何來「修法未果」之有？在此特別提出當時的立法院議案關係文書，敬供 鈞庭卓參。

換句話說，黃案向 鈞庭聲請解釋之前，必須先針對「補償條例第 8 條第 1 項第 2 款」提案修法，等到提案修法受阻、不能完成修法程序之後，才符合立法委員聲請抽象規範審查的要件。縱使認為修法程序並不受「屆期不連續原則」的拘束，但是，截至目前為止，沒有立法委員針對「補償條例第 8 條第 1 項第 2 款」提出任何修正案，因此 鈞庭對於黃案作成受理裁定，恐怕有誤會。

承前所述，特別懇請 鈞庭審酌，既然補償條例第 8 條第 1 項第 2 款與「修法未果」這個要件不符，因此， 鈞庭以「具有重要關聯性」為理由，而一併受理的「修正前刑法第 100 條第 1 項以及懲治叛亂條例第 2 條第 1 項」，也就失所附麗，而應一併不受理。

兩個聲請案都是以「轉型正義」，作為「有必要個案例外受理」的理由，以杜銘

哲聲請案為例，鈞庭認定「為使人民及時獲得司法救濟，窮盡訴訟途徑這個要件，是不必要的」，然而，「是否須窮盡訴訟途徑」，恐怕與「轉型正義」並不相關；此外，

鈞庭雖然認定「涉及司法院大法官釋字第 477 號解釋應否變更以及戒嚴時期人民權利受損能否回復」，具有「憲法上原則重要性」而可以「個案例外受理」，但是，裁定並沒有闡明「轉型正義」與「憲法上原則重要性」之間的關聯性為何，因此，受理裁定的說理，恐怕尚有不足。

其次，針對轉型正義的訴求，關係機關同意「轉型正義」大致上可以定義為「已經從威權體制轉型為民主體制的國家，對於前體制下，政府侵犯人權的案件，所做的因應及處理」。這是黃兆年的論文，因為著作權法的關係，我們必須標明出處。請播放下一頁，謝謝。

在查閱相關文獻以後，關係機關的主張是：

- 一、每個國家的歷史背景不同，因而，轉型正義的過程，自然也就有所不同。在實踐轉型正義的時候，所面臨的無非是「1. 轉型正義的角色定位、2. 對加害者的處理（例如赦免、清查、起訴）、3. 對受害者的處理（例如平反、賠償）、4. 政府的真相調查」等等課題。而更重要的是，轉型正義絕非為了報復，轉型正義的目的是在於修復、遭到破壞的社會裂痕，也就是應該追求更上位的價值「促成族群和解、避免加深對立、避免製造新仇恨」。
- 二、例如西班牙採取的方式為「通過赦免法，釋放政治犯、同時也全面停止對前體制成員的審判」；阿根廷則是制定「全面停止法案，限制追訴加害者的期限」並且以「大赦謀求和解」作為實踐轉型正義的策略；南非則是設立「大赦專門委員會」，讓加害者個人在期限內坦白自己的罪行，以換取赦免。以上各國都是在「加害者」與「受害者」兩個族群之間保持平衡，以免因為實踐轉型正義而導致政治、社會、經濟動盪不安。
- 三、臺灣已經是一個熟悉自由民主憲政秩序的社會，縱然檢視過去不符合自由民主憲政秩序的法律環境，也應該遵循現行自由民主憲政秩序的要求，特別是應該遵守具有憲法位階的「正當法律程序原則」及「權力分立原則」，而不應該以「轉型正義」為理由，打破法律對於「受理釋憲」的要件限制，而採取特殊個案予以受理的處理模式，否則，就裁定受理本身，恐怕就已經違反了自由民主憲政秩序的要求，不是嗎？
- 四、因此，難免特別讓人擔心，鈞庭在憲法之下處理轉型正義的立場和態度，是否真的能夠貫徹憲法的意旨？是否有助於「促成族群和解」？是否能夠「避免加深對立、避免製造新仇恨」？

以下請其他機關接續陳述答辯要旨。

主席陳大法官瑤華：

請就坐，請駱律師。

關係機關訴訟代理人駱淑娟律師：

各位好，以下是就機關的報告。

我們就程序部分補充一下，可以看到模擬法庭法第 53 條第 1 項第 1 款規定，有提到立法委員可以提出聲請，但有所限制。由剛剛許律師的報告可以知道戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 1 項是立法委員黃國昌等有提出修法的紀錄，但是對於他們聲請案提出的國家安全法第 9 條第 1 款及舊刑法第 100 條的部分，並沒有所謂修法的紀錄，因此這部分我們認為在程序上還是不應予以受理。

模擬法庭法第 50 條很明文規定，人民要善盡救濟的途徑，我們在模憲第 4 號這一案，由剛剛聲請人的報告可知來講，我們瞭解聲請人現在還有行政訴訟繫屬中，這是不是尚未窮盡救濟的途徑，這也是一個爭議。因此這是我們認為就程序不應受理的部分予以補充。

在模憲字第 4 號的聲請案中，最主要提到戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 第 1 項第 1 款，聲請人主張這個補償的範圍只限於內亂、外患罪或是戡亂時期檢肅匪諜條例所犯之罪，認為這樣的立法裁量是不當的，而且限縮影響到人民尋求國家賠償的救濟途徑。但是我們要來看，我們非常肯認要推動轉型正義，但轉型正義推動的當時，我們要衡量的是整個法秩序，當而且這個法被宣告違憲，而這個法的適用我們把這個範圍又被擴大的時候，影響的層面是什麼？不能說只是動員戡亂時期之，當時，國家是處於一個非常狀態，才將要有一個刑事審判權轉由給軍法審判而適用不同的刑事訴訟程序。但是對於事實的認定，還是要回歸到實體，這在補充條例裡面都有規定。

一旦不去做罪名種類限制而均予以補償的話，會有我們可以看到什麼影響？如此一來，不論犯的是殺人罪、違反性自主罪或一般的貪污罪，只要犯罪行為是發生在動員戡亂時期就可以請求賠償，請問這對犯殺人罪及妨礙性自由罪的被害人來講是正義爭議嗎？因此，我們認為這個範圍是立法裁量權，它可以限制犯罪類型，而限制的目的是什麼？我們從補償條例的理由立法來說這是政治的案件補償。

我們再看到大法官釋字第 477 號的理由裡面也有提到，這是基於當初是政治目的的權力濫用，這並不是原文，我稍微綜合起來。因此，限縮的目的性是政治目的的權力濫用，這有一個範圍區隔，因此在考量轉型正義的時候，不能毫無限制，不論任何罪名發生在動員戡亂時期一律可以請求賠償，否則對其他人將造成所謂的不公義。

看到第 15 條之 1 的部分也是一樣，模憲字第 5 號一樣針對同樣補償條例第 8 條第 1 項第 2 款主張因為要依現行的法律及證據法則來認定內亂、外患罪，但聲請人主張的卻是認為民國 24 年刑法第 100 條是違憲的，要把它廢止。但是在聲請當時已經不適用民國 24 年刑法第 100 條的條文了，如果聲請當時適用的法律錯誤，還是一樣要回歸到現行的司法體制去尋求救濟，而不是透過憲法解釋，讓一個已經廢止掉的刑法第 100 條再廢止一次。以上是我們針對就補償條例、國家安全法第 9 條及民國 24 年刑法第 100 條主張要廢止的部分，以上就機關綜合報告，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

現在請第 3 位機關方的訴訟代理人。

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

審判長、庭上，機關再說明一下機關對釋憲案的相關意見。

其實有關於大法官會議來進行違憲審查，事實上主要的目的在於大法官會議對於現行法律是否有違反憲法而做出判斷，如果有違憲，當然必須要依法宣告違憲，宣告違憲之後，應該要指明將來的修法方向。我們瞭解所有法律的形成過程有其歷史背景的存在，這是包含在釋憲的過程當中，我們認為大法官會議應該要思考到所有法律成立的背景、過程及原因。

其實我國的情況特殊，跟其他世界各國轉型正義的情況相較，特殊原因在於我國從民國 38 年至 76 年宣布解嚴這一段時間為止，這一段期間將近 40 年，這麼長的時間裡面，國家藉由制定許多特別法，讓司法機關以特別法進行審判，以及行政機關以這個特別法的內容來實施國家的公權力。在實施的過程當中，以現在的眼光來看，也許會有許多違反所謂人民受憲法保障權利的情事。但是釋字第 567 號肯認在非常時期，國家會因應非常態的需要，對人民的權利作較嚴格的限制，當然也有說不能過度侵害人民的權利，而應使人民受到最低度的保障。

在這個情況之下，戒嚴時期所實施相關公權力上的作為對人民權利遭受損害的時候，在解嚴之後基於轉型正義的要求，國家必須要負相關的補償責任，我們現在使用的是補償，而不是賠償，賠償有所謂損害的問題，補償的範圍其實已經放寬人民可以請求的範圍。必須要說明的是，其實轉型正義並不是清算，也不是全面推翻執政者在之前所有權力上的作為，在這個前提下，我覺得立法機關必須審酌確實是一個救濟及歷史現狀衡平的思考。

有關於杜銘哲案針對補償條例第 8 條第 2 項的規定，認為補償的範圍受裁判僅限於受內亂、外患罪及檢肅匪諜條例經判決有罪確定或交付感化教育才能請求補償為限。事實上以戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例的規定，光是從法條上

來看，是針對於不當的審判程序，基本上就作為適合的請求標準，而不是必須達到審判不法的程度。也就是說，立法者針對於這樣補償案件的認定，事實上也已經有放寬所謂請求的範圍。

在這個前提之下，到底哪些犯罪者或者曾經受裁判者，能夠依照這樣的條例來請求補償，我們認為這部分應該還是屬於立法機關裁量的問題，尤其制定這樣補償的條例主要是針對政治犯罪，當然政治犯罪是屬於良心犯，事實上沒有侵害到個人或甚至於國家的法益，我們比較傾向認為政治犯所侵害的是統治者的法益。既然對於個人、社會、國家法益沒有相當程度侵害的情況之下，在特殊時期造成的審判之權利受損，應該要給予補償，除非這一個行為人確實有所謂違反國家利益的情事。因此，在這一個補償條例裡面有規定說不予賠償是由基金會依照現行法律或證據法則審查，認定內亂、外患罪確有實據的情況下不予補償，這是維護法的安定性與維護國家社會安全秩序的考量，因此我們認為杜銘哲釋憲案的部分，並沒有違憲的情事。

有關於黃國昌立委所提的國家安全法第 9 條違憲的部分，我們補充一點意見。在司法院大法官釋字第 272 號已經有作解釋，這並沒有解釋內容不明確的情況，我們認為這部分其實 鈞庭毋須予以變更的必要。更何況，剛剛我所提到的我國戒嚴時期長達 40 年，在 40 年期間所有法院判決確定的案件相當多，如果所有已經判決確定的案件，一樣可以透過上訴或抗告的程序，重新進入法院的審判程序，我們認為對於已經判決確定的案件，其證據資料取得，一定會有實際上的困難，立法者做這樣法律制定一定考量到所有包含在實際操作的層面，包含在人民權利的保障上，應該都有作相當衡平的考量，因此我們認為就國家安全法的部分也沒有違憲的情事。
主席陳大法官瑤華：

請就坐，我想提醒機關方的代理人，現在的時間有一點緊，其實只剩下大概 1 分多鐘，但我想還是要維護第 4 位辯護的權益，請盡量簡短。請鄧律師。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

審判長，程序異議，機關方有 4 位代表，但是我方只安排 2 位發言時間，請問審判長是不是可以允許在第 4 位發言之後進行補充陳述？如同黃案聲請人所說。

主席陳大法官瑤華：

請就坐，我想提醒機關方的代理人，現在的時間有一點緊，其實只剩下大概 1 分多鐘，但我想還是要維護第 4 位辯護的權益，請盡量簡短。請鄧律師。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

審判長，程序異議，機關方有 4 位代表，但是我方只安排 2 位發言時間，請問審判長是不是可以允許在第 4 位發言之後進行補充陳述？如同黃案聲請人所說。

主席陳大法官瑤華：

我原來想要決定如果機關方律師發言多出的時間長短，正好也是聲請方訴訟代理人可以用那個時間再作補充。我想先問機關方的訴訟代理人，如果你們現在願意發言，我等於必須給聲請方同樣的時間作補充，因為一方面人數並非完全均等。

關係機關訴訟代理人鄧敏雄律師：

已經有準備了，今天是開場的陳述，這是為了諸位大法官對答辯的意旨有一些瞭解，我還是做了一些準備，請給我 3 至 5 分鐘。

主席陳大法官瑤華：

我同樣把這樣的時間給聲請方，聲請方是不是同意？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

同意。

關係機關訴訟代理人鄧敏雄律師：

審判長、各位大法官，由於時間的因素，我儘量簡要陳述。

不管我個人在感情上對於聲請意旨是否認同，基於理性及機關的立場，我還是要針對本件聲請的意旨從法律或憲法的觀點提出各種質疑。

我先簡單針對黃國昌立法委員的聲請案提出一個疑問，黃委員的聲請案他們針對的質疑不只要的是補償，而是要一個司法審判程序給予回復名譽措施，這可能是一個賠償，重點是一個程序。從現在補償基金會的審查程序改為司法審判的程序，我個人小小的質疑是，真的經由司法審判的程序能夠給予這一些受裁判者或家屬一個比較可能的補償嗎？我們知道基金會的補償還有原來補償條例的精神，是針對內亂、外患罪這一些戒嚴時期不當裁判案件原則上給予補償，例外才不給予補償，例外是按照現行的法律規定、現行刑法規定或現行證據，仍然將有罪化不予補償。

我們知道經由司法審判程序其實有兩造，未來的兩造勢必是檢察官與被告（原來受裁判者），檢察官基於職責與立場也必須要提出反對意見，當有反對意見出現的時候，在程序及結果上我們知道，實際上總不免對於請求一方的請求會造成一些阻礙。撇開這個不談，審判的前提是避免未審先判，不能先有結論才進行這一個程序，不然這一個程序是虛偽的。但是剛剛聲請人已經陳述很明確了，過去那一些都是不法審判，已經定義這一些是不法審判，如果已經是不法審判，還需要重新再一次審判程序嗎？此為第二點。

第三，經過幾十年這一些證據還有沒有辦法再呈現？相關的證人還有無辦法出現在法庭上？現在審判程序的核心，最主要價值及核心所在是直接審理、言詞審理及交互詰問，甚至有人認為交互詰問是發現真實之王，必須透過交互詰問瞭解真實。但是時間經過 50 年以上，如何傳喚這一些相關的關係人？這一些相關關係人、證人

漸漸凋零，如何去瞭解藉由這樣的審判程序來達到發現真實的目的？會不會造成審判的空洞化，這是我針對黃國昌委員聲請案的質疑。

另外在杜銘哲聲請案的部分，我也只提一點就好了。杜銘哲聲請案的個案事實是一個貪污案件被判有罪，當然貪污是不是真的有罪很有疑問。如聲請人意旨所述，軍事審判機關在發動偵查審理之前有一份文件是有計畫的誘捕他們，先有行動辦法再進行偵查、審理，所以這樣的貪污案件有可能是羅織罪名或有可能是栽贓，機關也同意，是有可能的。但今天聲請人的意思是，原來的補償條例只限於內亂、外患罪及匪諜案件應予補償，其他的案件不補償，侵害了他們訴訟權跟損害國家賠償的請求權，似乎也有道理。但是一旦要擴張，擴張到什麼範圍？你可能被當時的執政當局所栽贓、羅織的罪名可能是貪污罪或者是其他的犯罪，所以不能只限制在貪污罪，如果只限制在貪污罪，那就違反了平等原則，其他刑事案件難道不可能被栽贓？難道不可能基於政治動機、原因而被執政當局發動這些軍事審判權力而加以羅織罪名成立犯罪，難道不應該補償嗎？所以一般的刑事案件變成要補償，但擴張到一般刑事案件的時候，我們的立法精神變成所有在戒嚴時期的所有審判案件，不管是內亂、外患、特別刑事案件或者是一般刑事案件都應該要予以補償，例外不予補償的背後精神在哪裡？完全失去了轉型正義的意義。

用一個不太嚴謹的詞，所謂的「政治犯」與「貪污犯」如何區分？這個案子有所謂高一生等貪污案行動辦法，執政當局先有行動辦法再發動偵審，但在別的案子，也有可能是在偵查之前有所謂的情節計畫，就像一般偵查機關如何界分？如果我們只處理前半部，認定有前面這樣的一塊資料來認定這樣的行動辦法，結果來認定後面的部分我們不處理，這樣足以回復受裁判者跟家屬的名譽嗎？這樣就足夠嗎？我們不去處理貪污案件的構成事實，到底是有或無，這樣就足夠了嗎？

當我們要進一步處理的時候，對於受裁判者跟家屬會不會有利？能不能通過檢視？貪污案件跟其他的內亂、外患罪有很大的差別，我剛剛已經說過補償條例原則上予以補償，例外不予補償。例外規定在第 8 條第 2 款的部分，依現行法律或者是現有的證據審查仍然成立犯罪的話，不予補償，刑法第 100 條已經修正了，懲治條例第 2 條第 1 項應該是廢止的，因此依照現行條例審查，內亂、外患罪不會成立犯罪，但是貪污案件構成要件從以前到現在為止，應該沒有真正實質上的改變，貪污案件這一個案件一直都存在，所以不是現行法律的問題，而是證據的問題，所以必須要透過現實證據的審查，有的可能會通過、有的不會通過，其他刑事案件也是一樣。

重點是這個部分應該要把什麼樣的犯罪列入這邊，對於受裁判者的家屬或補償或賠償回復名譽，是不是達到所謂受裁判者所期待的？

主席陳大法官瑤華：

謝謝，已經開始有一些重複，請你簡短。

關係機關訴訟代理人鄧敏雄律師：

這部分的結論是立法裁量的問題，並不是釋憲的問題，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

請聲請方做第二輪申訴前，我先針對機關方質疑受理裁定程序的問題，我想先提醒機關方的訴訟代理人在 8 月 30 日時，其實本庭已經有一個程序的準備庭，當時我們有針對爭點作很明確的確認，那時請雙方確認爭點在哪裡。但是在釐清的時候，受理裁定時並非在爭點裡面，當時本庭非常清楚我們會回去綜合考量，所以才有第 4 號、第 5 號的受理裁定。因此本庭認為不應該在這個時間再針對程序，因為那基本上並非爭點所在。基本上我們已經在第 4 號、第 5 號寫得非常清楚，而且針對黃國昌案，我們受理的裁定其實有 3 個不同的意見，因此我想提醒機關訴訟代理人。

聲請方有 2 位發言，但是機關方有 4 位發言，因為機關方有 4 個機關，所以各推 1 位訴訟代理人發言，聲請案其實是有 2 個聲請案，基本上我們認為是 1 個合理平等的狀況。

現在想請聲請方推派第二輪，時間是 6 分鐘。

聲請方訴訟代理人陳之昱先生：

模擬憲法法庭各位大法官、與會朋友大家好，針對機關方所提出來的幾個論證在這裡簡單回應。誠如審判長所言，我們的程序事項早就應該在上次程序庭的時候就已經處理完畢了，也已經裁定受理，這部分或許不應該在今天這個場合針對程序上的事項予以爭執，這可能是聲請方這邊希望機關方特別注意這一件事，今天應該針對實體的爭點來進行充分回應。

針對剛剛機關方提出來幾個實體爭點論證簡單回應：

第一，有關於轉型正義的憲法基礎，誠如釋憲聲請書所載，轉型正義的憲法基礎來自於回復我國自由民主的憲政秩序，來自於 1940 年代動員戡亂時期動員戡亂臨時條款設置之後，我國持續進入一個平行於憲法之外的不法國家狀態。在這個不法國家狀態之下，其實已經對於憲法的核心價值自由民主憲政秩序造成非常強烈的衝擊及傷害，因此我們的轉型正義理應在恢復自由民主憲政秩序的資料之下重建轉型正義工程，大法官理應理解在法院轉型正義工程當中，大法官應該作為領頭羊的角色。

第二，這部分回應到剛剛機關方所提出來的第二個論證，也就是所謂立法形成空間的部分。聲請方認為在恢復自由民主憲政秩序如此迫切且急迫

的要求之下，其實立法形成的空間，本身應該不存在的，也就是說有一個憲法上的應然建立，要求我們的立法者必須遵循這樣的建立去設置相關的轉型正義工程。進一步，如果立法機關沒有辦法達到立法水準的形成，我們的大法官應該勇於認識去指出這一個立法上面的措施，其實本質上是不足的，所以在這裡可能並沒有所謂立法形成空間可言，即便有，也非常小。

第三，機關方提出來說在非常時期國家有特殊的處置，這部分或許不需要再多言，因為釋字第 567 號及釋字第 499 號都非常明確告訴我們，即便是在緊急狀態之下，國家應該遵循應有的行政規則，包含了自由民主憲政秩序所內含的四個原則：國民主權原則、民主共和原則、基本權利保障及權力分立原則，這四個是不可破的界限，如何說在這種非常狀態之下，國家容許做這一件事，這部分或許是聲請方非常快速的回應。

最後，針對機關方所做的幾個程序上的事項勉強回應：

第一，有關於我們的補償條例第 8 條第 1 項第 2 款，是合乎修法未果要件，顏委員提出來的修法案件當中並不是只有針對第 1 款，第 2 款的修法是直接刪除，所以這部分已經合乎修法未果的要件。

第二，有關於國家安全法的部分，其實在第九屆的立法委員也曾經提出修法的程序，已經合乎修法未果的案件。

刑法第 100 條及第 2 條 1 在過去動員戡亂時期對於人權非常嚴重的法規，這部分更是有必要透過憲法解釋的方式予以排除，主要的原因是因為所殘留下來破壞自由民主的憲秩序、破壞基本權利的狀態至今仍然存續著，一個法規一旦廢止或修正之後就沒有受理的必要，這部分還是有賴於憲法法庭勇於認識。我們希望在轉型正義的工程之下，司法院大法官可以執掌著憲法守護者的地位，可以讓轉型正義工程可以更順利往前推進，以上是聲請方的回應。

主席陳大法官瑤華：

請就座，主筆的官大法官有一些意見需要表達。

官大法官曉薇：

想要詢問黃案的聲請方，剛剛口頭報告的時候有提到聲請標的 4 個條文，非常清楚：第 1 個標的是補償條例第 8 條第 1 項第 2 款，事實上第 2 款的條文只有提到依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂罪、外患罪確有實據者。但聽起來聲請方對於補償條例以補償方式、基金會為主責來審理相關案件，認為違反權力分立事由也有聲請。想要釐清是在第 1 個訴訟標的上或第 8 條第 1 項第 2 款？

聲請人黃國昌立委：

第一個層次上就具體訴訟標的本身，如同在聲請狀上所講的，的確是以第 8 條第 1 項第 2 款作為具體的標的，剛剛口頭陳述的時候，主要是藉由這 4 個法條。為什麼成為這一次釋憲標的去請求憲法法庭在考慮這四個法條的時候，不要落入機械式的法條操作，也不要落入機械式的憲法示意？我們希望庭上考慮的是，這 4 個法條所交織起來，我們目前處理轉型正義的法律狀態是不容於或不符合我們在自由民主憲政秩序下，對於立法機關要求落實轉型正義的憲法工程所應該要去承擔的責任。

因此，有關於補償條例第 8 條第 1 項第 2 款的部分，我們會說明過去在立法時包括用補償、包括用不當，這樣子的名稱是跟我們今天在釋憲上所接取最高的精神與原則相違背。

第二，就第 8 條第 1 項第 2 款的核心還是在於就透過行政權的方式來處理過去不當審判是根本沒有清楚認識到問題的本質，也沒有辦法落實在自由民主憲政秩序下落實轉型正義的要求，以上提供給 鈞庭參考。

聲請方訴訟代理人洪偉勝律師：

跟 鈞庭報告，我們爭執的確實是包含權力分立的部分。主要的原因在於，我們認為所謂的補償基金會可以是補充方案，但不可以是替代方案，不能因為提供補償或賠償的措施，而直接否決當事人在司法救濟上的權利，這也是為什麼我們在各項聲明當中認為有相牽連的理由，因為立法者在考量的時候，必須要意識到一件事是，釋字第 272 號已經否定了其他的司法救濟機會，如果還選擇以行政權認定補償的方式來替代司法權的方式，這個確實會有訴訟權侵害及權力分立原則違反的問題，特別是當基金會在決定現行法律及證據法則就特定個案是否符合的時候，這應該保留在司法者的權限，但是透過立法者的立法方式而交給行政權而不是司法權，所以我們希望這個是整體考量的觀察。

主席陳大法官瑤華：

另外一位主筆大法官也需要提問嗎？

孫大法官迺翊：

（搖頭）

主席陳大法官瑤華：

我們現在就進入下一個程序，我們請國際鑑定人提供鑑定的意見，我們很高興第一位國際鑑定人是 Susanne Karstedt。

鑑定人 Susanne Karstedt：

謝謝。

非常榮幸能夠來到這裡，我今天希望能夠對大家的討論有所貢獻，我已經聽到

我們的聲請方跟機關方的陳述，在這邊我覺得很重要的一點是，就像其中有一位有講過每一位都有自己特殊的背景，當然這樣說沒有錯，可是其實各個不同的國家在轉型正義的追求上也是有共通之處。

所以我要回答的幾個問題，第一個就是我們轉型正義是不是能夠加強我們對維安及警力部門有更深的信任，是不是也能夠降犯罪率，所以最重要的問題是這一種刑法正義，不是能夠真的帶來正當及能夠維護一個轉型正義的國家。

所以，我要接著來回答這幾個問題，在我開始之前，我要先講下一個過去歷史案件。我來自於德國，在 1978 年的時候，曾經有一個人在媒體上被公然指控，他在第二次世界大戰結束之前，以軍法官的身分在挪威判了一個年輕的士兵死刑，並在大戰結束後，親自監督死刑的執行。這位年輕人就是德國當時的首相，所以在那時激起軒然大波的討論。討論的過程中首相說「當時公義的事情，現在不可能是非公義的」，所以他講完這一句話之後他，必須要辭職。這個事件也啟動了檢視當時法官做了什麼事的程序，使我們有辦法避免這一些判刑的事實，也能夠補償我們這一些受害者及其家屬。公開認為其實當時法官作出了一些非常糟糕的事情，是個糟糕的法律人，糟糕跟恐怖在德文是一樣的意思。

現在跟大家分享結束了，我要系統性的說明內容，在國家當中有非常多共同之處，在追求轉型正義的過程當中，所以我們也可以看到這個地方的維安使用了極端權力，使用不法殺戮或者是強迫、失蹤、凌虐，或者違反程序正義的行為，或者是違反囚犯跟人權，所以聽起來刑法是非常重要的。轉型正義發生什麼事情？當然要重新建立正當性，同樣也要建立信任，再來要能夠降低這一些違反人權的事件，同樣也要加強能夠法治的態度，因此在轉型正義重要的任務，就是要能夠重新建立法治，一般來說我們的機構當中也要維持穩定，所以轉型正義是非常重要角色且必要的程序能夠帶來社會安定並建立信任，讓人民能夠重新信任警力及維安。

在進入臺灣之前，我想先講一下臺灣的案例，比如像暴力的其他近況，我有看其他轉型正義的機制，在不同民主政體中的發展，我特別看到臺灣與亞洲的情況，看之後的未來發展方向對不同民主政體有什麼樣的影響。我也看一下臺灣未來的發展方向，之後我會再讓大家問問題，這邊是技術一些性的問題，我提供的是一些資訊，我非常努力很精挑細選 78 個國家都是經歷了轉型正義的國家民主國家，短時這一段涵蓋範圍是 1974 年到 2011 年，這一段時間從有轉型正義實行後 5 年、6 年到 10 年、1 到 15 年，所以從第 1 份的檢視結果來看，可以看到轉型正義後 5 到 10 年的發展。第一個是對於警力的信任跟維安的信任，我沒有看到兇殺案或者人群間的衝突，或者是國家的暴力，或者是警察暴力，或者是可以控制腐敗的程度，可以看到臺灣相對來說，其實司法體系 5 在至 10 年間期相對來高，但是也可以看到兇殺案

滿高的，在那時國家暴力程度已經很低了。

如果看這一個轉型正義後 10 年，這邊對警察的信任程度，這邊的數字是我沒有，但是我以看到暴力的事件降低，還有國家暴力的事件程度非常低，也表示非常好，所以對於司法體系的信任，將在亞洲國家來說都很高。

另外，對於暴力的控制、腐敗的控制，平均來說信任度都滿高的。所以表示臺灣人民對於警察及司法信任相對來得高，可以看到臺灣這邊有特別好的紀錄，國家的暴力已經降到最低了，如果是腐敗的話，數字是也差不多的，所以臺灣的紀錄很好，這邊對司法體系有相對高的信任，臺灣對於警力跟司法系統的信任程度相對來說都是還滿高，接著是國家的暴力降已經低到很多低程度。再來是腐敗的控制，信任度也滿高的。

所有國家的話，我們可以看到這些轉型正義中的國家，其實他們的信任度都滿低的，在轉型正義後的國家幾乎會 50% 的人口，可能五年之後他們對警察的信任度會增高，但之後降低，臺灣也是一樣的模式。轉型正義第一年實施之後，對於司法體系會增高，之後會逐漸降低。但跟臺灣不一樣的是，其他國家暴力事件其實都很高，臺灣改善的唯一一項是反貪腐行動，所以我們可以看到對於這一個司法體系的信任在轉型之後，其實並沒有大幅增高，在這一頁上面，你可以看到臺灣的數據其實是有增高的，上面是民主程度的衡量，再來是民主程度慢慢變成成熟民主國家，在 2000 年的時候，你可以看到國家暴力事件降低，同時這一個信任程度也慢慢降低，所以對於司法體系的信任也降低，國家民主的情況是成逐漸熟的。

再來，我們逐漸成為全球民主國家的道路之上，國家的暴力情況會減低，代表這一個民主化的過程，其實並沒有辦法直接變成對於維安體制跟司法體制的信任跟正當性的維護，在轉型正義過程帶來的一些影響，所以這邊是有真相與和解委員會。在這邊其實可以看到雖經過轉型正義的努力，可以看到對於警察信任的態度沒有太多的影響，甚至講到對於司法的信任來說，也沒有太多的助益，如果沒有轉型正義程序的話，反而對於司法體系的信賴會稍微增高。

接著是法治來看的話，這個由轉型正義的程序實行之後，會增加法治程度是有改善的，對於全球的國家採樣來說都是有所改善的。在亞洲的確有一點改善，但是它的效果並沒有那麼顯著，這一些數字可能還不是很足夠，但是我可以說在亞洲還是有一點改善的。

結論來說，對於警察的信任沒有影響，對於司法體系的信賴也沒有提升，特別是在 90 年代的時候，在 2000 年轉型正義國家的司法信賴度也沒有顯著提升，對於法制也沒有顯著提升，在亞洲也是一樣，所以在亞洲我選了幾個國家來看，通常都被列為民主的成熟國家，第一個是印度跟日本，轉型正義中的國家是南韓跟臺灣，

可以看到對於警察的信任程度，對臺灣來講是降低了，但是基本上其他國家也是一樣——南韓也是。

兩個民主國家的信任程度是增高的，其實還滿令人驚訝的，特別是在印度，我必須說他們國家的暴力程度是相當高的。接著對於司法信任程度來看的話，可以看到兩個轉型的國家，對於司法的信任度是降得更低。我沒有相對應的數字，不過你可以看到這邊是趨勢下滑，再者是國家的暴力，綠色線代表臺灣，臺灣的紀錄是最有優良的，特別是這一群，考量到臺灣民主的發展來說還有國家暴力的情況，我認為這個紀錄是非常了不起的，甚至放在全球來比的話，都是非常優異的。對於警察的信任程度在臺灣也是降低的，在兩個國家當中轉型過程中對於司法也是降低的，對於國家暴力的情況來講，臺灣的紀錄跟其他兩個國家來比是更好的，我不曉得還有多少時間，我還有時間嗎？

主席陳大法官瑤華：

有。

鑑定人 Susanne Karstedt：

我繼續跳到結論，我這邊有一些結論讓大家參考，關於轉型正義對於司法體系及司法警察體系有沒有幫助，我們對於所做的研究，發現國家的暴力並不會立刻降低，並不會立刻增加公民對於司法體系及警察體系的信任，接著是國家暴力的程度，政權對不同的司法警察國家信任也不同。不論是民主國家或者是威權國家都是其實一樣的，國家也就是暴力降低對於其實都信任程度也沒太大的影響，我發現另外一項研究是，轉型正義其實可以帶來司法改革，但是對他機構的改革影響度也不高，也沒有辦法很大程度影響大眾對於司法警察與程度的信任。

為何轉型正義沒有辦法帶來改善？其實民主強調的就是透明跟公民的聲音，所以大家很願意用批判的眼光來看待刑法整個的審查程序，也就是公民大眾當中同各種的聲音，他們希望能夠自我表達，所以儘管說民主的程度是改善了，但是對於司法體系的信任卻沒有提升，對於法制可以加強，我們過去所發生不公益之事所認的，所以也就是說，這個系統運作得越好，也就是對於它的信任度就越低。

再者，在法庭跟警察信任程度來說的話，其實這個是常複雜的一件事，法官或警察的研究類別是不一樣的，警察的判斷是看有沒有效率，所以轉型正義並不是一個最主要的決定性原因來決定人民的信任程度。

我今天跟大家分享的案例是要讓大家知道轉型正義還是很重要，我必須要說為什麼會這麼重要？因為這表示過去不公義的這一些事，在今天也依然是不公義的。

主席陳大法官瑤華：

我想先謝謝 Susanne Karstedt 願意協助法庭並給予重要的意見，我先提出一個問

題想要請問你。

第一，在衡量信任的時候跟我表達是否是信任，我覺得這個是二件不一樣的事，可能有人會問我，基本上我是否對什麼事有信任，我信任這一件事，我可能回答我很信任，這可能是一個主觀上的表達，但是我做主觀上表達的時候，其實它已經預設如果現在我要公開表達我意見的時候，其實涉及到外在（是否可信任）的一些條件，所以您的研究有提到在威權後5年、10年，我想可能很難完全一下子從一種比較內在長期受威權的人格得出來。

我覺得一個很有趣的現象是，好像我要能夠對外在的世界表達說我對警察或者是司法是否信任，好像這本身就預設有無辦法對於現在周遭的警察或者是司法信任，因此在這一個前提下，我覺得去衡量到底是否真的有這樣的信任，會造成上面的問題。一併就回答了後面的問題，當他覺得比較安全的時候，他很信任這個社會的時候，就會盡量表達他的意見，同時他的訊息會越來越增加，這個是我第一個可能要請教您的問題，因為表達信任裡面已經預設了是否能夠信任周遭環境的這一件事。

第二，好像有涉及到轉型正義的程序，我不曉得這裡面是不是有一些差異性，因為我們知道亞洲很多轉型正義的工程，其實有很多的議題，比如追訴責任這一件事，好像在亞洲轉型正義而言相對比較弱的，因此從這我認為樣的基礎上來看，轉型正義的機制是不是真的會影響到信任，我不知道這樣的結論會不會太快？

鑑定人 Susanne Karstedt：

關於第一個問題，這些是全球性的調查，我得到的資料是全球所做的研究比較。至於你對於某一些事有沒有信任，或者警、司或政府媒體或等等問這一些問題，關於人民對於這一些機制的信任度，我們必須要瞭解到，我在這中間也把民主國家跟專制國家做區分，但是就對警察來說的信任，國家相差間不大。基本上甚至對於在專制底下的人民，人民也因為覺得警察提供一個了基本安全的保障，即使對人權的侵害來說也是，針對社會上少數的族群、少數的人，比如特別對於所討厭的人或反對體制的人，這一些人權侵害並不是對於大部分的人民，所謂大部分的人民對於這一些是無感的，也認為警察是值得信任。

對於區域間是有一些差異，比如說在專制體制之下或者是專制已開始轉型的國家之下，他們對於司法也有相對高的信任度，因為他們基本上對於司法的態度，他認為司法是提供他們一些基本的保障，因此有問題是可以帶到法院之前，所以對於這一些是有差異的，對於亞洲國家來說，當然國家間也有差異。

第二，追究責任被忽視的這一件事，我的研究認為對於過去不正義的追究是很重要的，刑事司法制度也是重要一環要考慮的。比如在德國在轉型正義中很重要的

缺失是，對於過去司法失敗並沒有足夠的追究，因為法院施加的不正義並沒有好好審視，這一些並沒有處理，這是德國制度中間一個缺失，至於對於責任的追究。那麼它是一個大規模體制的改革，當然司法制度本身就在裡面其中的一環，社會上需要去努力、改革警政、改革司法制度。

從我的調查中，臺灣相對來說其實是進步的，比如對照德國來說，臺灣相對民主且穩定，在轉型正義追求中間可以去做，可以在民主的進程中間，相對且同時來做轉型正義的工程，包含司法的改革。所以轉型正義的追求，其實跟政治改革、民主改革及司法改革是其實可以同步進行的，當然民主是相對穩定，因此轉型正義並不會損害民主的穩定性。

主席陳大法官瑤華：

現在大法官或者是其他的大法官有沒有類似的問題想要提問？

蘇大法官彥圖：

謝謝 Susanne Karstedt 您的專家意見。

我注意到您的調查有些資料上的限制，所以有一些是初步性的。您的結論是，有時轉型正義的工程，對人民信任的度沒有太大幫助及提升的效果。

我想要請問您，對於用社會科學的研究方法來做這樣研究的重要性及貢獻。你們如何評價轉型正義對於民主的貢獻？例如對於司法或警察信任度的提升？除了這一些方面之外，有沒有其他的指標，是我們可以去看轉型正義對於民主的貢獻？

鑑定人 Susanne Karstedt：

我的研究是針對於衝突之後的社會，比如南非，對於國家暴力的減少來說，轉型正義是有貢獻、非常顯著的，除了國家正義還有其他的暴力類型都有減低，至於其他方面的話，對於體制的穩定度或是法治的改進，轉型正義的過程本身而言並沒有太大顯著的貢獻。

是不是在衝突過後的社會研究可以被移植到臺灣來說，臺灣過去在民主化的過程中，已經做了很多努力，以減低國家暴力。我當然結論不會說轉型正義就不要做，我不是這個意思，因為臺灣相對來說已經做了很多其他方面，但是在轉型正義如果落後的話，其實是可以同時做的。如果來做轉型正義的話，你在既有程度上去看其他方面做體制改進，比如如何讓受害者得到正義或者是以開始一個過程去檢視整個審判制度下的冤錯案件，如果有結果的話，可以去考慮賠償受害者的問題，這一些畢竟是 30 年民主化的過程當中，現在來做如果的話，其實是不嫌遲。

過去這些的掌權者或者是過去的或許不在位置上，我想這一些是重要的，特別是去考慮司法過去所做的冤錯案件或者是不正義。

主席陳大法官瑤華：

我現在想要詢問聲請方是不是需要請教鑑定人 Susanne Karstedt？

聲請人代方訴訟人周宇修律師：

謝謝鑑定人 Susanne Karstedt 的專家意見，也謝謝您來臺灣，我的問題是：

第一，您提到亞洲許多國家在轉型正義上的努力，他們實際上做的是什麼事我們相當好奇，比如像南韓，南韓是通過什麼程序、措施來實踐轉型正義的追求？這一些是不是考慮他們有不同轉型正義措施的話，如何比較？依照您的意見，轉型正義只是一個工具去增進人民特別對於司法的信任度，我們如何找出實際上具體的措施或者是增加司法信任度？在哪一個模式方面、哪一個模組，如果司法過去做了一些冤錯，有一些案件不正義是司法所造成，如果運用補償的程序是否足夠，依據您的意見僅對於受害者提供補償，是不是足夠冤錯案件來作為處理？

鑑定人 Susanne Karstedt：

我主要是從德國的經驗來處理這樣的問題，有一些是從國際上的追訴，比如德國在 1949 年之後，對於犯罪的追訴，它是停滯的，1949 年之後德國一開始也是從補償開始。在 1951 年直到 2000 年初，德國做的補償是很長的時間。在 1960 年開始對於過去案件整個審視重新，共同來做的是一系列的整個措施，這一些可以同時來做。我並不認為有一些標準的程序或者是標準的模型，有一些進程是成功的，有一些進程仍繼續在做。補償當然是去處理過去不正義的方法之一，特別是針對冤錯案件或者是司法過去所造成的不正義，是特別適合的，否定司法過去案件其實是一種侵入，當然這個對過去司法案件的審視可能相當困難，我希望這樣的回答是足夠的。

主席陳大法官瑤華：

聲請方還有問題要詢問鑑定人嗎？

聲請人代方訴訟人周宇修律師：

沒有。

主席陳大法官瑤華：

請機關的代理人提問。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

剛剛提到德國轉型正義的實踐缺失對於加害者沒有足夠責任的追究，想請教的背後原因是不是為了避免製造更多的衝突對立？

鑑定人 Susanne Karstedt：

在法庭上起訴追究責任，在 1945 年之後其實就有三大要項：第一個，能夠讓那時執行人還有那些菁英份子都是在紐倫堡進行大審判，剛剛是國際審判，國內審判來說的話，以德國公民來說，那時如果是在 1938 年這些納粹執政計畫當中曾經有殺

人的話，就會進行國內的審判。第三大方向，也就是在國際上所犯的犯罪造成的凌虐，特別是在國家他們所侵占的當家所進行的這些凌虐，這一些加害者就到這一些罪行的國家就審，因此有 3 個不同的進行方向。

那時西德建立跟東德分立的時候，我只清楚西德的程序，所以我們要建立民主的機制。有兩件事很重要，第一個是需要菁英的支持，還有一個是在建立民主國家需要大眾支持，當然現在其實會更進一步去拖延這一些起訴的過程，特別是這一些菁英份子當然希望想要有全面赦免，但是這是可能的，當然不可能，有幾個原因：

第一，在那時的首相非常明確表達反對的態度。

第二，總理反對，在當時同盟國其實有非常大的反對力道，所以這一些起訴的過程很多都是因為國際施壓。

第三，真的建立一個程序之後，能夠起訴之前犯下的凌虐，所以在各個不同的起訴都是集中一起起訴，這就展開了一系列國內訴訟的過程，不斷持續到今天，同時在這個過程當中，高等法院在那時講到追訴時效，其實是因為德國的議會取消了追訴時效權，特別是謀殺事件。另外一方面，高等法院也讓這個標準變得非常高，什麼樣的標準？是判刑跟起訴的標準變得很高，所以在那時其實有一種秘密的赦免，有一些犯微罪的赦免，那一些參與大屠殺的人也被赦免，所以這一個過程很重要，是要能夠讓這一些人的責任被追究，我們也要看一下我們在追究責任過程的這一個程序是怎麼執行的也是非常重要。

我們來看德國的菁英，他們所面對的是國際局勢軍事審判，其實對他們來講是很大的震撼，因為很多社會階級很高的人都被關起來，要承擔責任。有一些人可能很快就被放出來了，的確有一些死刑，但是在美國佔領區最高法院有宣判一些死刑案例，但是國內沒有，我想大眾在當時想要民主，因為在國際的軍事審判法庭做了一件事，很清楚傳達這一個訊息，也就是要傳達當時發生什麼事，德國的大眾也接受了這一個程序，因此可以看到這個評價。

80%的人認為國際審判非常公平的，大部分的人也同意這一些領袖應該處以死刑，原因是他們害德國人陷入困境，有一點像是德國人自己的反撲；無論如何，他們很支持這樣子的正義實現與審判，他們不認為這是一種訴求。國際的盟軍也受邀來看整個國內的審判、整個觀看程序的執行，因為他們認為整個像這樣的程序，越透明的話，避免有任何想要復仇行為。

我覺得民主來說非常重要，但是德國的歷史、範例，並不代表要怎麼說，我們不能說是因有這些審判造成社會的對立，特別是在 60 年代、70 年代，因為更年輕的一代，他們擁抱民主，有更開放的社會了，他們其實是受到、看了這一些審判之

後，更加強了民主的能量。

主席陳大法官瑤華：

還有沒有問題要問？

機關訴訟代理人許書瀚律師：

沒有。

主席陳大法官瑤華：

這個詢答在這裡結束，退庭。

（中間休庭）

（休庭結束）

主席陳大法官瑤華：

現在我們請進入第二個國際鑑定人發表意見，所以我現在要請 Javier Couso 來發表鑑定意見，請。

鑑定人 Javier Couso：

謝謝庭上讓我能夠今早來參加今天的活動，不好意思，我要向口譯員道歉，因為我必須要跳過一些段落，時間的關係，我沒有辦法全部都講，我的意見，我會先看一下憲政的普遍價值，希望帮大家處理手上的案件。第二，我會講一些特別的問題來討論。最後，我會討論目前自己國家智利遇到轉型正義的問題。

現在看到的這一個案例其實代表的是，我們憲政民主面對最棘手的一大挑戰，也就是我們找到核心原則，不管是遇到什麼樣的嚴峻情況都不能放棄。這個問題其實在全世界憲政的學者都非常注重，也就是在 2001 年 9 月 11 日之後發動了反恐戰爭，但是在過去的歷史當中回溯前幾百年，在我自己的大陸上，我們知道在進入緊急國家狀態的時候，會透過威權的方式，把憲政當作一個作民意上的表象，但實際上是威權的治理、憲政，再來是進入緊急狀態權力濫用，其實就摧毀了非常多的民主政權，我只是稍微舉例，德國、義大利及西班牙都有發生這樣的事情，我必須要說我們所面對的這些狀況並不輕，但是是其來有自、非常棘手的。

我們偶爾要採用國家緊急進入狀態，同時又要維護憲政民主兩種，也就是霍布斯提出來的這種內在型衝突，特別是在開明的族群跟國家當中，都會發生混亂及暴力的古老衝突，跟國家權力的節制有所衝突。因為這樣子，像自然災害或是政治上的緊急情況，可能可以讓國家宣布緊急狀態，這是不可避免的，但是很重要的一件事是，我們要知道憲政民主的核心在哪裡，所以我們在未來的時候，使用這一種非常危險機構工具時，我們要能夠參考過去是不是有哪一些國家曾經濫用過、動用過

這種緊急狀態的工具。

我實質的民主內涵是什麼？我們要先找出來，在美國的學者羅爾斯學者提出正義論，曾經從政這個領域的政治發展，他扣問了非常多不同的領域，我覺得對於這種緊急國家狀態的情況來說，憲政民主不能自找死路，也就是憲政不應該是一種自找死路的契約，這一個體制要能夠自我防衛，避免有心人士濫用其自由權利而推翻這個體系，但是我們的憲政民主讓我們暫時終止某一些特別的權利與自由，這個做法必須要確定採取這樣的方式時，自由的政體不會再落入威權的體制當中威脅到個人安全，所以我們目前所面對的問題，要看一下整個憲政民主的本質。

「憲政民主」這一個詞是有順序的，我們說北半球的民主穩固政體來看的話，我們可以看憲政跟民主排序是有順序的，我們也看到非常多轉型中民主國家所處理的問題是，他們出現的時候，他們是先出現民主，然後才建立法治，這會是有問題的，因此我們仔細想，憲政體制是在節制政府的權力，不論這個來源為何，民主是非常特定的機制來決定是誰管，而誰來管理人民是由人民來決定的，所以我們用分析的方式來想這兩個不同的觀念。

因為要用簡單方式來說的話，在 18 世紀跟 19 世紀的時候，憲政體制那時掌權者其實是少數人，但是當社會變成民主化的時候，其實有一種機會，也就是憲政會跟人民的意志有所衝突，特別是大多數的人想要摧毀少數人他們權利的時候，這兩者是非常相關的，特別是跟我等一下要討論的緊急狀態有關。

真正恐怖攻擊的威脅或者是大自然的災難威脅，就算是民主國家，大部分的人民都會要求政府要儘快採取果斷的行動，所以在真的危機當中，大部分的人會支持政府去採取強硬的措施。比如：在某一些潛在的狀況可能要採取極端的做法，所以真的發生危機的時候，民主政體很有可能想要政府採取更強硬的措施，這樣子會威脅到個人權利與自由，但是以憲政來說，會限制政府的權力，甚至會限制民主的機制讓它自我防禦。

因此我們不會太驚訝，在緊急狀態之下，憲政民主其實就是法治，這是非常古老的機制，比如權力分立還有司法獨立，基本上來說，司法要非常謹慎小心來檢視，就算是最有誠信的民主政府，他們其實都還是會受到誘惑，特別是在處理面對大自然威脅或者是恐怖主義的威脅或者是其他更劇烈政治動蕩時，他們會採取更強硬的措施。

第二個部分我要特別提出我想回答的答案，第一個答案是憲政原則，憲政原則在面對緊急狀況的時候，是不是能夠被改正？我們的憲法提供了一些例子，在德國法律來說，德國基本法提出一些不能被變更的基本原則、內涵，在憲法中不能被變更，所以憲法法庭已經宣布過了，憲法中有一些部分的核心內容不能受到修憲，就

算按照憲法提出的修憲標準，也不能做任何的變動。

憲政民主也包括了我們本身的政治自由主義的理想與價值，是一個機制來選賢與能，人民可以當家作主，但是被放上權力位置的人是受到節制的，所以羅爾斯說憲法有語言上的優位權，因此在一個危機中如果採取緊急狀態時，人的基本權利與自由受到侵害，要盡可能去確保在緊急狀況之下，他們的權利能夠完整、能夠保障人民最根本的權利。因此，我自己認為憲法真正的核心在於此，緊急狀態要是盡可能最短的、要受到司法節制，在緊急狀態之下，司法要能夠獨立且公正運作，因為在憲法當中所有的內容如果因為緊急狀況之下，法庭沒有辦法真正發揮功能時，憲法其實等於付之東流了。

再來是民主跟憲政之間的關聯，進入緊急狀態之後會是什麼樣的關係？目前我解釋到這裡，大部分的民主世界裡在緊急狀態下受到威脅的價值，基本上都是憲政精神。因為在大部分的緊急狀況之下，多數人民都想要採取強硬的措施，因而願意犧牲他們的權利，但是我們知道憲政民主原則其實跟法治之間有深深相連的關係。所以最近過世的 Guillermo O'Donnell 解釋地非常清楚，也就是這三者要如何運作，如果沒有法治的話，憲政跟民主沒有辦法長久以治——特別是這一些掌權者他們會試著去操弄這一些系統，希望讓政府不利的資訊不會被人家發現，或者打擊他們的異議份子或對手。

另外一個問題跟德國的緊急狀態（Ausnahmezustand）有關，這是一個德文字，我沒有辦法發音，我想主持人可以幫我發音。但是從這一個角度來說的話，這是很好的例子，當你有公平社會，其實身於自由民主價值之中的時候，你可以有緊急狀態，但同時還是有一個運作正常的司法體系，他們深植這些核心價值中才能節制，預防未來可能有國家或掌權者濫用權力，哈羅底（Halliday）等人有說「Legal Complex」這個詞，也就是法律的複雜體。這些法的複雜體系對於社會來講都是非常重要的一股力量，它可以去主持法庭、節制政府。

接著提到什麼樣的程度，國家可以偏離憲政原則？特別是進入緊急狀態之後，我的說法是國家絕對要遵從憲政原則。但是發生衝突的時候，比如有一些正當國家目標，某一些權力與自由有衝突的時候，政府要採取的其實是比例原則，其實我們之前有一位講者講到比例原則、程序保障的時候，是可以保障自由，讓政府在緊急狀態之下不會濫用權力，因此我必須說這一切都要在憲法架構之下進行。

不過如果最後沒有機構的脈絡，而沒有一個獨立、非常強大運作很好的司法體系，還需要一個公民社會強力支持。在發生緊急狀況之下，比如大規模的恐怖攻擊或有可能發生內戰、內亂的時候，這樣的法制體系或憲政都無以為繼，進入緊急狀態的手段應該都是一種例外，並不是憲法秩序，我們講的時間是「幾週」，時間不應

該是好幾個月，因為歷史教導我們看臺灣 38 年，*Pinochet* 在智利 17 年，這根本不是緊急狀態，這反而變成是一個正常的情況了。

最後以原則來講，當我們在做法律決策時，憲法的價值有兩大原則：第一個是正當性的價值，還有威權體制憲法之間的比照，我們可以看到法律的明確性，只要是帶著誠信跟善意的話，我們就可以用法律的明確性。其實常常發生我們面對這一種困難，因為我們要在兩種不同的價值間決定，比如有一個種族歧視的法律，其實曾經搶走被歧視者他們財產時，他們又賣掉這一些人財產，我們進行轉型正義的時候，可能要採取一些折衷的方案，因為一方面來說，真正濫用國家權力的有這一些人，另外一方面這個交易的人其實被矇在鼓裡，他們不知道。

我們常常聽到惡名昭彰，是國家沒收這一些人的財產，可能是種族或者是各種歧視的理由，或者是迫害少數民族，而法律的明確性其實，我們要由實質的正義來取代。

最後我總結我的意見，當我們講到在過去裁決的時候，我們跟現在的憲政價值比較，我們可以看到第一個是明確性及憲政原則，我的觀念是我們要能夠去區分什麼是惡行，像違反人道罪、折磨或者是強迫失蹤，我用比較技術性的，可能用過去的法律明確性來作處理，可能在過去我們可以考量，因為技術性他們可能沒有辦法意識到有根本上的不公義，但是在第一個狀態的憲法原則，在現在來說是能夠適用的，在另外一個狀態之下，是要採用法律明確性。

主席陳大法官瑤華：

謝謝幫助法庭釐清很多重要的概念。

我想要請聲請方跟機關方的訴訟代理人先開始提問，然後再由大法官詢問，我不知道這樣的安排你們是不是會願意同意？因為我們這樣可以節省一些時間。

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

沒有意見。

主席陳大法官瑤華：

所以接下來就要請機關方，因為我們之前是請聲請方先詢問，接下來就要請機關方的訴訟代理人詢問我們鑑定人 Javier Couso。

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

感謝鑑定人 Couso 教授的鑑定意見。依據文獻，智利基於政治因素強力並迅速推動補償計畫。請問智利如何實踐補償措施？如何在補償受害者、財政預算限制和平等原則間達到平衡？

鑑定人 Javier Couso：

謝謝你的問題。

智利轉型正義的過程是很典型的一個例子，我們當時社會情形非常複雜，因為當時即使在轉型正義開始的時候，當時的軍事掌權者仍然繼續掌握 8 年軍權，這在前四年是由艾爾沛（Aylwin）擔任總統，當時他追究過去的責任上，非常小心，甚至大家很清楚說如果轉型正義太過頭的話，可能威權會復辟，因此當時在轉型正義過程是非常謹慎。

轉型正義是先從真和會開始，真和會的過程當中也不敢具體指明說誰是加害者，真和會並沒有法律的基礎，而是由掌權者所開始。一開始的時候，只是針對於一小部分指定的人，當時國家經濟財政是困難的，本來建議的賠償金額是 50 萬智利幣，但是真正付出去只有 24 萬，所以在補償方面我們有很多工作要趕上的。

在心理層面方面，有數以萬計的人，也有很多消失的人，受到凌虐的人需要醫療協助，他們也需要重新回到學校繼續他們的訓練，所以這是對於人民一種生活的打擾跟中斷，把它恢復過來，因此在智利轉型正義推行上是非常逐步的，整個大環境也是在改變。在 1999 年的時候，智利 Pinochet 將軍在倫敦受到逮捕，這時使轉型正義往前帶進了一大步，這是我願意回答特別關於補償一個問題。

主席陳大法官瑤華：

訴訟代理人還有沒有要提的問題？

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

沒有，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

現在請聲請方的訴訟代表。

聲請方訴訟代理人涂予尹律師：

各位大法官及鑑定人好，首先感謝鑑定人的意見，以下容我用中文的方式發問，再請翻譯。

首先，杜銘哲案的背景是戒嚴時期及動員戡亂時期臨時條款，因此我想要就戒嚴體制、動員戡亂時期臨時條款及背後國家責任的問題，對鑑定人作 3 個問題的請教：

第一，鑑定人在他的鑑定意見有提到，所謂的「緊急狀態」是個例外，所以必須非常短，剛剛在他的口頭陳述裡面也有特別提到過去 38 年的戒嚴體制並不是緊急狀態，而是常態。

我想請教的是，事實上所謂戒嚴時期是從 1949 年至 1987 年，但是在戒嚴時期開始前一年（1948 年），我們就由制憲機關的國民大會來制定動員戡亂時期臨時條款，作為戒嚴時期相關法治的基礎，而且動員戡亂臨時條款效力維持期間是從 1948 年至 1991 年，至戒嚴終止後還

繼續施行將近四年之久。我想請教鑑定人如何評價有關動員戡亂時期臨時條款的合法性或合憲性？

第二，鑑定人在鑑定意見裡面也有提到縱使在緊急時期，國家或政府作為也必須要受到若干原理原則的制約，特別是提到的憲政主義。我想請教的是，在臺灣過去長達三、四十年期間沒有獨立司法及國會定期改選，這樣的狀態是不是算所謂的牴觸憲政主義的原則？

第三，倘若我們已經終止所謂的緊急狀態，在終止緊急狀態之後，後續國家應該要有哪一些作為來處理過去在緊急狀態時期所受到權利損害的人民權利相關恢復事宜？我想問的是，立法裁量是不是有一定範圍的限制？司法部門在緊急狀態時期已經終止以後，又應該要有哪一些作為才能符合所應該要有的國家責任。

鑑定人 Javier Couso：

謝謝。

我們有一個很重要區別，專權體制跟緊急狀況是要區別的，我們剛剛講是在正常的憲政秩序中間依憲法宣布緊急狀態，另外一個問題憲法完全會束之高閣，完全有威權的體制進來，這是另外一種狀態，這時候我們就要用比較政治的文獻來探討說臺灣過去所經歷的，民國 38 年根本就是一個威權體制，而不是一個排除憲政下的緊急狀態，這完全是進入另外一個狀態，這並不是正常秩序排除的緊急狀態，而是一個威權體制。

下一個問題是，國家為了這一段過去威權體制受害者，應該負怎麼樣的國家責任？這就是轉型正義最重要的目標，背後要做的事情很多，侵犯人權的嚴重犯罪需要來處理。特別對於財產的剝奪或者是對於人民正常生活秩序的剝奪，還有許多其他議題要考慮，脫離威權之後的社會，就要考慮這一些複雜的問題。

我們的經驗是在威權體制結束之後，仍然要花許多的時間來處理名譽回復或者是補償的問題，這很難落實，原則從這一個角度上來說，威權體制必須要面對接受自己的責任，為了過去他的濫用國家權力來問責。

至於立法者要做什麼？在威權體制下，立法者可能只是一個裝飾，在正常憲政體制的緊急狀態下，立法者有一定的義務把它處理掉。司法者，特別是憲法法院，必須看得非常緊，來監督國會給他的權力、裁量的空間，同樣除了憲法法院、公民社會也要有一定的責任來監督政府的行為。

主席陳大法官瑤華：

現在我想先詢問兩位主筆大法官有沒有問題要提問？

（兩位主筆大法官搖頭）

主席陳大法官瑤華：

有沒有其他大法官要提問？

蘇大法官彥圖：

有。

謝謝教授，很謝謝您以鑑定人的身分提供意見協助法庭程序。在你的證詞及陳述意見當中，不斷強調司法獨立的重要性，特別是對於一個自由民主政體來講非常重要。這是非常重要的衡量標準，可以據此區別是否真正緊急狀態與非民主之威權或者是獨裁政治。在臺灣過去的威權體制下，我們並沒有一個獨立的司法體制。這個問題，也是現在我們正在努力處理的問題。

跟智利一樣，台灣進入民主化的過程之後，並沒有重新制憲。所以我們想要請問，在自由的憲政秩序之下，我們如何參考你們的經驗，去評估跟衡量過去所做的這一些事。

我的問題是，從你的證詞當中得知，智利其實經歷了十七年的緊急狀態，雖然你們沒有戒嚴。臺灣面臨到的問題則是，我們在威權之下，有非常多的人民被軍事法庭審判，不只是被關，還被處以死刑。也就是說，在台灣經驗中，有很多司法迫害的案例。請問在智利的經驗中，有沒有類似的經驗？是否有司法違反人權的狀況，也就是司法成為一個迫害體制之類似經驗？

鑑定人 Javier Couso：

謝謝您的問題。

事實上智利的獨裁者什麼能用的工具都用了，像非法地執行死刑或者是用軍事審判來執行死刑或是一般的法庭來執行迫害，所以司法體系在那時當然完全依賴政府的。

我要指出其中一點，我們的真相和解委員會提出一點聲明很重要，他們強烈譴責當時的法官在這十七年的過程當中，完全沒有接受人身保護令的聲請，沒有保障這些天主教徒人民的權利、免於迫害，這些法官都沒有做到，這是在寫真相與和解報告時，他直接要求國家總理要能夠正式向受害者道歉，同樣也強烈譴責那時的法官缺乏道德上的勇氣。

當你有一個全面威權體制的時候，我們也很難預期法官真的能好好盡他們的職責，所以我們覺得應該能夠讓他們辭職，他們至少可以辭職說「因為我們沒有辦法好好做我們的工作」，就是至少他們可以有尊嚴這樣做，所以再回到憲法的問題。

當憲法在指引幾個正義轉型的時候，特別是從威權轉型到民主的過程當中，其實可能會阻擋了某種正確的轉型正義，或者是保障某一些加害者，在智利我們就面對這樣的情況。但很幸運的是，有新的司法體系、司法官重新開始釋憲，用新的角度來釋憲，其實都有一些模糊不明確的狀態，當然是有一些明確的民主價值都是寫在憲法當中，其實這是還滿容易的，當法庭能夠重新去解讀這一些不同條文，才能保障人權，也才能宣布那些加害者的作為是違憲的，還有用這一些原本基本的憲法原則，一旦底定之後，也就是之前的這一個憲法可能是為了要保障他們自己威權體制的延續，所以整個憲法法庭要重新詮釋是耗大的工程，但其實也要小心，因為我們對於這一種法律上司法的行動主義也是對民主威脅。

吳大法官豪人：

我想要請教鑑定人 Javier Couso，我們知道二十世紀有很多獨裁政權，最主要興起不只是國內的因素，國際強權的介入其實也是往往重要的關鍵，像美國 CIA 或跨國資本等等，領導自由市場主義者也扮演了關鍵的角色。

我們知道印尼有「柏克萊幫」當蘇哈托的經濟智囊，貴國智利也有 Chicago Boys，他們都是惡名昭彰且明目張膽在幫助 Pinochet 政權。貴國在進行轉型正義時，如何評價這一些外國勢力的影響及角色？另外，對於這一些和外國勢力合作，因而奪取政權的獨裁者或這些人，你們有沒有把他視為是叛國者？是否適用刑法的內亂、外患罪？

第二，智利在轉型正義的時候，好像還是適用舊憲法，並沒有制定新憲法，這跟臺灣很像，因此我們現在是在一個舊憲法的架構下，要推動過去很多有關於司法的決定，對我們來說是很困擾的一件事，請問你們是如何解決？

鑑定人 Javier Couso：

當然國際的勢力總會相關的，比如軍事政變或者是威權體制的維持，在智利同樣也是有國內跟國外的勢力。當然，冷戰的因素，美國的中情局也幫助了 Pinochet 的掌權，我們國內也有一些因素，中情局在柯林頓政府時代，他把檔案公開了，中間有一些是關於智利的部分，Allende 總統掌權之前，其實 Allende 也接受過中情局的資助，所以反恐行動是美國出錢的。

到底轉型正義要不要處理外國勢力介入的問題，這個可能是未來時代再來處理，如果在真實世界中間，如果能夠達成國內的轉型正義就非常好了，這是有一些關聯性，比如季辛吉（音譯，下同）非常積極幫助智利的政變，在季辛吉後面曾經有人說要來追訴季辛吉，這是不是一個好處理是值得考慮，如果美國的官員資助過或是幫忙過或是支持過 Pinochet 政權的話，其實他們現在到其他國家旅行，都會相當恐懼，會不會因為在智利違反人道罪的罪行而被追訴國際刑法責任，他們是相當

擔心的。

至於沒有新憲法的這一件事上，我們曾經努力過，但是為了要修改現在的憲法，必須要有 2/3 的國會席次，如果要得到 2/3 的話，就必須要支持 Pinochet 國會議員的支持，所以問題會變得非常複雜。當時的情形是，在修憲之下是保持沉默的態度，對新憲法這一件事就放到一邊，在這次政治世界上是政治現實需要面對的，需要用創意的辦法來面對，但是我們如果努力是可以做的，在轉型正義的相關報告中間，曾經有許多軍事領袖是被究責的，違反人道的立場或理由，這個是法院一步步所做的，也是利用國際人權法上的規定，也借助美洲區域人權法院的判決或者是力量來幫助，這一些都是往前推進的力量，這一些也是相當重要的——最重要的是在公民社會的一致性或公民社會間的共識是整個後面推動的基礎，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

謝謝鑑定人 Javier Couso 的意見，請孫大法官。

孫大法官迺翊：

在這個問題的脈絡下，想請教一下鑑定人 Javier Couso，剛剛有提到，智利經驗上在轉型正義的前期其實是非常小心，因為非常擔心軍人會再次掌權。不知道在這樣的轉型正義的過程當中，司法在做判決時，是不是也會有這樣的思考？也就是如果今天判決作下去作得太多，會不會有政治上的效應？是不是也得要等到如您剛剛所提公民社會支持度夠高的時候，法院才會比較勇敢一點？

鑑定人 Javier Couso：

我的意見是在權力分立的原則之下，司法部門或法院應該不要考慮威權體制復辟的問題，因為這個是政治部門要考慮的事情，政治部門應該考慮這一些政治的因素，法院是一個獨立的部門，法院對他做不利的判決，他會很難說這個人為什麼不應該做，但是即使對法院來說，一開始就對 Pinochet 下手的話，也是非常不容易的事，所以這一件事到底是行政部門或者是立法部門來考慮的，行政部門或者是司法部門是治理的一環，不要講過頭了，因為這是非常特殊的智利情形，有威權復辟的問題、威脅其實是非常特別的，有 8 年的時間。當時 Pinochet 有兩次是虛張聲勢，2 萬軍人上街，沒有給任何的理由，也就是在街上這樣走，大家擔心是不是有一個新的軍事政變，也就是有一些社會上的威脅性，但是對於司法來說要不要考慮這個？因為司法具有獨立性、獨立於政府，應該要施行法律的，應該不要把政治情勢考慮進來，值得商榷。這是我個人的意見，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

再次謝謝鑑定人 Javier Couso，我想因為時間的關係，我們要進入今天早上最後一個鑑定意見。

鑑定人 Richard Goldstone 是國際非常知名的法學家，同時他在國際上，我印象非常深刻他是 ICTY 一個非常重要的檢察官，因此他在國際上對於國際轉型正義實際上的實務是有非常深厚的貢獻。接著請鑑定人 Richard Goldstone 發表他的鑑定意見，謝謝。

鑑定人 Richard Goldstone：

謝謝，非常榮幸能夠在轉型正義在憲法模擬法庭中，以鑑定人身分提供意見。我一開始是南非憲法學者，我過去也曾經教過國際刑法。法庭給我許多問題，我現在有四個問題是特別要來處理的，口頭報告會精要簡述我的意見：民主與自由的憲法秩序核心是什麼？有什麼是憲法的核心不能修改的？有一些問題 Couso 教授剛剛已經講了一些。我要講的是以南非的經驗來講，南非其實有三百多年種族隔離的制度，大多數的人民是被壓迫的，有五十多年種族隔離制度，南非在後種族隔離時代在 1994 年至 1996 年有新憲法的制定，有從其他許多國家學習到憲政經驗。

南非憲法基礎的建置原則有幾個：

第一，憲法法制的至高性：這一條是憲法第 1 條的憲法基本原則，憲法第 1 條之外是可以修改的，是有國會 3 分之 2 的席次，如果憲法第 1 條修改的話，就要 4 分之 3 的多數。後來有德國新憲法法院的設立，南非也有，南非憲法第一批 11 位大法官中間，都是由曼德拉總統所指派的，其中有六位是過去在種族隔離時代下就是法官的人士作為新憲法法院的大法官，有 6 位。但是他們並不是有威權心態或者是支持種族隔離政權的法官，正好都不是。當時新憲法法院一致決定國家權力之行使，在其中一個案件中間，我們說任何有關違法疑義的案件都成為法治問題，因為法治問題就成為憲法第 1 條所規定的最基礎原則，為了確保法治，任何跟法治有關的議題都會成為南非憲法法院或者是南非憲法上的建置原則之一。

第二，權力分立：權力分立也是民主的基礎原則之一，在權力分立的原則之下，立法部門及行政部門必須要尊重司法部門職權的行使。有人說司法部門是三權中間最沒有權力的，但是其他兩個部門必須要接受司法部門的決定來執行他們的判決，這是我們所謂司法建置原則。

在印度最高法院的判例中間，有所謂基礎架構性的條款，基礎架構在印度憲法上一個非常重要的原則，立法部門如果對於憲法的核心價值或者是憲法的基礎架構進行修改的話，即使透過正當程序，對於基礎架構的修改也是不合憲的。特別對於印度的甘地夫人當時的當選是否有效一事，印度國會曾經通過一項立法，說要禁止印度最高法院去審查某些議題，最高法院說這樣的立法是違反印度憲法的基礎架

構，因此不合憲，這是對於印度政治維持一個非常重要的基礎架構原則。

就這一個相關來說，有兩個南非憲法法院的案子。在這兩個案子中間，南非法院都引用了印度最高法院基礎架構不可修改的原則，也就是很清楚告訴立法部門及行政部門說不可以侵犯憲法之核心及基礎架構。

在南非爭議在於，依據憲法第 1 條，只要 75%多數通過就可以修憲，也就表示憲法的核心價值是可以被修掉，但我想大家可能會預期我們的法庭完全毫不質疑立刻執行這個基本架構原則，以保障法治跟民主，這是第 1 條所保障的民主。

再者，進入國家的緊急狀態，剛剛的 Couso 教授講得很清楚了，所以這邊我就專講其中南非的一個特別條文好了，在最後種族隔離的幾年當中，我們的社會深受其害，很多人在緊急的狀態之下，大家可能不需要審判就會被監禁，特別在 80 年代的時候，可能一夜之間有超過 1 萬以上的南非人—主要都是這些南非黑人的運動者—他們被監禁，沒有任何的公平審判，有許多人受到凌虐，有些人在這一段期間當中失蹤了。

南非的憲法大會是由 400 個成員組成，也是新的民主議會，他們引入了在憲法當中的一個條文，是非常嚴格的條文，也就是進入緊急狀態宣告，如果國家人民生命受到戰爭威脅、侵襲威脅、大自然災害威脅，真的有必要進入緊急狀態時，緊急狀態不能超過 21 天，或許能夠再延長到 30 天，但是會需要議會的承諾，也需要下議院多數通過，因此要更進一步進入第二次或者第三次緊急狀態的時候，會需要下議院 60% 的多數票通過；特別是在緊急狀態之下，他們可以來判定這個緊急狀態的宣告是否合憲或違憲，所以他們才可以在法庭上獲得正當性。也就是要不要延長緊急狀態，或者是緊急狀態是否合法都需要法庭支持才行，在緊急狀態之下，如果國家進行任何傷害或任何損害的話，日後受害者都不能再求償。

在這一個緊急狀態所採取的行動，必須要能夠符合南非對於國際法的義務才行，比如國際人權公約，像在我們議會上是生效的，能夠限制，特別是在緊急狀態之下也有效的，還有非常基本的人權—我想之前 Couso 教授都已經講過了—我們的人權法案不能有任何折衷，不可以有任何種族、膚色、宗教、性別或語言上，基於以上幾點的歧視所做的損害，在緊急狀態之下，基於以上理由也不能受到監禁。

法庭在轉型爭議當中所扮演的角色與判決，在我們的真相與和解委員會上來說，我們所使用的法條是讓人能夠獲得特赦，如果他們可以全然坦白招供的話，他們可以在真相委員會組成的特別審議庭前坦白招供的話，受害者的家人可能因為軍隊或者是政府在隔離期間受害，他們希望能夠執行全面的人權法案，其實這是某一些受害者的要求，也就是每一個人都有權利可以來行使法律上的權利，因此我們的委員會也從善如流，憲法法庭認為其實這點都不困難，我們讓特赦符合憲法精神，

我毫不懷疑作為那時大法官來說的話，我們可能會把這個特赦丟至一旁，要不是憲法就會被保障，否則會丟掉。

像之前的大法官穆罕穆德有說過，我們在臨時憲法當中的後編其實就授權了有特赦權，在全面性的意義能夠促成憲法精神的實行，能夠讓我們擺脫過去的罪惡跟恥辱，而朝向正義未來前進，透過特赦這樣的狀態是該採取的行動，所以臨時憲法後編對真和會的明文規定，成為憲法法院判決真和會程序合憲的關鍵。

主席陳大法官瑤華：

現在想要請聲請方訴訟代理人向鑑定人提問。

聲請方訴訟代理人洪偉勝律師：

謝謝 Goldstone 大法官遠道而來，協助我們處理棘手的轉型正義問題，想要尋求你的專業協助，作為鑑定人的意見來說，新憲法的決定當中，新憲法法庭決定，當時在整個南非的脈絡底下，我很好奇，如果沒有新憲法法庭的話，這一些轉型正義是不是不太可能在南非發生？特別是曼德拉當初沒有在監獄當中被放出來，非洲人民大會（ANC）那時認為被認為是全民公敵，如果那時他們沒有獲得執政權的話，那時他們的國家黨還會繼續執政，在那一段時間舊憲法當中是不是有任何的機制可以確保，而有能夠轉型正義實現？特別是 ANC 的這些成員，他們之前曾經被定罪，是不是有任何的法律救濟可以讓他們洗刷罪名。

另外一個問題，新憲法法庭成立之後，曼德拉總統在那時自己很堅持要成立一個新的憲法法庭，而不是使用這一個既有的法院。這個原因是什麼？如果沒有任何新的憲法法庭成立的話。之前既有的法院會如何處理轉型正義？特別是這一個法庭其實還有之前的舊案例跟判決包袱，所以他們要如何去處理這個合法性的問題？就像你之前有曾經強調過法治原則一樣，他們有辦法推翻他們之前的判決嗎？能夠基於轉型正義而推翻他們的判決嗎？如果用舊法庭的話，這個是我的問題。

鑑定人 Richard Goldstone：

謝謝你講的問題，我覺得毫無疑問，如果曼德拉總統跟他的同僚沒有在 1990 年從監獄當中被放出來的時候，我想南非其實會面對一個非常血腥的局面。種族隔離的政府在當時已經進入緊急狀態，我們用比較實際的態度來看，特別是那時政府知道情況已經非常嚴重，他們必須要終結種族隔離，除非他們要看到南非陷入非常血腥的衝突，在轉型正義的四年當中，其實並不是和平轉移，我們有超過 1 萬以上的南非人是在 93 年跟 94 年這一段期間因此喪命。那是因為種族隔離政策的廢止，才把這樣的衝突結束，在監獄當中被折磨或者被隔離中的受害者，理論上來說他們可以向政府申請要求賠償的。民主政體是可以這樣做的，但是在 30 年的這一段期間當中，常常是沒有證據的，就是這些追訴期要在 30 年當中。這些沒有證據或者在種族

隔離的這一段期間，以我自己做的個人調查來看，基本上是幾十萬張的政府重要文件都被碎掉，政府 24 小時日日夜夜都在摧毀這些文件，才能保障那一些可能會被追訴的加害者。

回答第二個問題，新憲法法庭來說，我們非洲人民大會 ANC，其實還沒有準備好，不希望新的憲法法庭是讓之前的種族隔離政府來指派他們的大法官。當時法官的成員大部分都是白人，且大部分是男性，不像現在，當時人口 51%、52% 是女性，非白人有 80%，所以相較於德國憲法法院的法官是由國會任命，在南非，憲法法院法官的遴選是由司法人事遴選委員會來作。但是第一批的憲法法院法官其實都是保障人權，沒有跟威權體制站在一起的法官，所以當時整個時代的新精神是我們有一個新法院、新時代，高於一般法院的，不讓既有的司法體制繼續，所以憲法法院必須跟普通法院的法官說憲法的意思是什麼、意旨是什麼，在這邊做一個解釋與決定，所以它是一個在體制上最高權限的法院。

憲法相對於普通法來說也是至高的，新憲法生效之後就取代了普通法上的一些既有規定，所以普通法的適用結果也必須要服從新憲法。

主席陳大法官瑤華：

謝謝。還有其他的問題嗎？聲請方。

聲請方訴訟代理人洪偉勝律師：

沒有。

主席陳大法官瑤華：

現在請機關訴訟代理人提問。

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

感謝 Goldstone 法官的鑑定意見。在杜孝生案中，其中一個主要的爭點是對戒嚴時期受害者金錢補償的範圍。我以下的問題將會著重在補償計畫的實施，希望 Goldstone 法官可以基於南非轉型正義的經驗，給予我們建議和意見。

依據文獻，南非的真相調查委員會提出一份建議補償的受害者名單，同時並對在名單上的受害者承諾會給予持續六年、每年大約 3,500 美元的補償金，總計將補償 2 萬 5 千名受害者，合計約 6 億 4 千萬美元。然而，實際上南非政府最後補償的受害者人數，卻低於補償名單人數的六分之一不到。

以下問題想就教於 Goldstone 法官：南非是否將補償計畫作為轉型正義的首要政策？是否補償機制，尤其是金錢補償，對轉型正義進程會帶來正面且有效的影響？對於南非政府原先承諾會補償，但實際上未受補償的受害者，是否在實施補償政策時有違平等原則，並且對他們帶來二次傷害？最後，如何在補償受害者、財政預算限制、以及平等原則間達到平衡？謝謝。

鑑定人 Richard Goldstone：

謝謝您這重要的問題。

南非真和會在對於受害者補償方面是失敗的，南非真和會有三個次委員會，其中有一個是關於受害者的補償，他必須要找出受害者，是說應該在六年的期間，每個月要得到 3,500 美元的賠償，但是就如你所說，並沒有得到這麼多的賠償，這其實是一個困境，對於任何要做轉型正義的政府來說是個困境。過去的加害其實不是一個新政府所做的，而是舊政權所做的，比如曼德拉政府並沒有做這一些侵害，但是新政府的財務上卻是吃緊的狀況，數以百萬計的受害者在經濟上是拮据的，沒有住居、沒有食物跟水，因此到底要如何找出優先順序，這在轉型正義工程中非常非常困難的問題，這在臺灣也是。

對於受害者的賠償，而加害者卻是過去既有的威權政權，到底加害者有沒有給予應有的賠償，即使經過了很長的脫離，受害者會覺得沒有受到應得的賠償，這其實是立法部門及行政部門所要認真面對的問題，也就是如何騰出預算來做這一件事，並不是法官要來處理的問題。

關係機關訴訟代理人林心惠律師：

是否可以透過政府的道歉？比如建立和平公允方式，以達到平撫民主的傷痛或者是撕裂？

鑑定人 Richard Goldstone：

除了金錢補償之外，在南非真和會的經驗下，最大的是給我們一個單一版本的歷史，這個是非常重要的，對於現在的世代、對於未來的世代來說。如果沒有真和會的過程，我們會有兩個歷史版本，一個是受害者的歷史，因為受害者知道發生了什麼事，那麼對於大部分的白人來說，他們會忽略受害者的歷史、忽略了加害者的作為、歷史，他們可能會捏造一些事實來拒絕過去所發生的一些事。大部分的白人都會傾向相信捏造出來的一個版本，所以真和會的過程，當時他說必須要逼迫他們眼中的怪獸，而且是國家體制的加害，有數以千計的人是加害者，這可以從真和會的過程中，可以產出類似接近於真實發現真相的歷史，因此從國家來說，就是因為要面對過去，去正視過去所忽略到有色人種所面對到苦難，唯一的版本歷史是真和會過程中間所產生一個重要的事情。

主席陳大法官瑤華：

請聲請方。

聲請方訴訟代理人洪偉勝律師：

剛剛你跟 Couso 教授都有提到一個在緊急狀態之下是有一個不可撼動人民的權利的界限，在國家躍過這一些界限的時候，是否受害者能夠救濟或獲得賠償，特別

是緊急狀態下的人權受到侵害時，要如何救濟、獲得賠償？

鑑定人 Richard Goldstone：

很奇怪的是，在大部分的國家在緊急狀態之下，緊急狀態其實沒有授權，也沒有讓這種犯罪式的行為合法，並沒有這樣的授權，所以並沒有授權政府可以折磨人或者處以死刑，其實在軍法之下，理論上來說還是有秩序的，人民也還擁有基本的權利，當他們在基本狀態之下，如果基本權利受損的話，他們在新的憲法下是可以採取行動的。因此在緊急狀態之下政府是真空的，他們要求法庭來發揮他們的功能，也就是說在之前的案例裡面，當國家進入緊急狀態的時候，這一些獨裁的政權為了找到正當性，他們要求法庭不要介入；但在新憲法法庭之下，人民可以採取行動——對我來說的話，就像我之前講過，要提供證據來證明跟支持，以南非來講是非常困難的。

主席陳大法官瑤華：

請問主筆大法官有沒有問題？

孫大法官迺翊：

請問教授，南非是一個有新憲法，也有新憲法法院的狀況，明確跟過去做了一個切割，不要讓舊的不法繼續，但是對於另外一種狀況，可能是臺灣的這一個狀況，可能一般大眾、老一輩的人不敢去談論過去所受到的侵害，新一代的可能對過去沒有很大的認知，因此總體來講，這個社會對於轉型正義不法侵害並沒有很大的興趣，以政府所選出來的民選政府來推動轉型正義的正當性何在？可能會跟南非很不一樣，想請教一下。

鑑定人 Richard Goldstone：

我們很幸運在南非，特別是我們的南非民主議會於 1912 年成立，他們一直呼籲要有一套民主的憲法，是不歧視性別、不歧視種族的，在 1955 年就有一個自由憲章，是非常有名的，諮詢了好幾百萬的南非平民，這一些資源屬於南非所有的人民，所以基本上對大多數民眾來說，這就打下了轉型的基礎。

我覺得曼德拉有非常好的能力去說服少數的民族，他們其實控制了軍隊跟警方，您可以看到他們掌控的權力多少年。其實 30 年以來，在我成長的過程中，有人跟我說種族隔離 5 年之後就要結束，可以但是持續了 30 年都沒有結束，所以其實曼德拉可以說服大部分南非白人領導人，其他的黑人不需要復仇，基本上你可以想像被少數種族的白人壓迫這一些人民長達三百年，要把他們的權力突然之間讓出來是多難的，特別是他們違反了這麼多的人權，曼德拉其實運用了人權憲章，他們也希望這個憲法也是他們的憲法、也是白人的憲法，所以我覺得大部分的南非白人都被曼德拉說服了，也就是他們的特權不會消失，或者在憲法的保障也是適用於他們。

憲法是會保障多數人的，這一套新憲法會保障少數族群，基本上對於這一些南非白人來講是非常根本及重要的一件事。

主席陳大法官瑤華：

其他的大法官需要提問嗎？如果沒有的話，很謝謝鑑定人 Richard Goldstone 協助法庭考慮這一些很重要的原則。

現在的時間是 12 點 40 分，所以我們想要縮短可能午餐的時間，所以我們原則上還是下午 2 點開始，希望沒有違反大家的人權，因為可能還需要一些休息，跟大家先說明，到這裡結束早上的時間，退庭。

（中午休息）

（休息結束）

主席陳大法官瑤華：

法庭想要確認一下鑑定人是否都已到庭，首先是鑑定人 Marek Zubik、李念祖律師、杜銘哲先生，想請問一下聲請人杜銘哲先生是否已到現場？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

杜銘哲先生還沒有到，但是等一下會在他的時間到。

主席陳大法官瑤華：

接下來是蔡志偉教授，謝謝。

我們開始進入第四位請來國際鑑定人發表鑑定意見，現在請 Marek Zubik。

鑑定人 Marek Zubik：

鈞庭我想要強調我與有榮焉來參加這一次的模擬庭，以身為鑑定人來提供意見，我提供的意見是來自於波蘭憲法法庭及過去處理相關問題的經驗。我回答總共 11 個問題，所以現在請讓我跟大家分享我的意見。

我們在波蘭，對於民主的觀念，奠基於四大原則，法治、權力分立、自由選舉與人性尊嚴的保障，讓我來解釋一下自由選舉為何也會被列在這當中。

大家記得共產黨鐵幕之下，共產黨他們自己也有全國性的投票，不過實際上這並不是真正的自由選舉，所以我們必須要強調不僅是形式上的民主，應該是要有自由的選舉，這是民主價值的核心，這也是在德國憲法當中有定義民主選舉是民主憲政的一部分。

在現在的憲法法庭來說，我們政府的機制受到強調的，每一個主管機關都會採取行動，同樣的，都要能夠提出自己法律的依據作為行動的依據，這也叫做法治。為了要避免所有的權力過度集中在少數人手上，因此我們的採取了三權分立，也就

是立法、行政及司法三權併列，在每一個部門底下，憲法列出了幾個不同的體制，像掌立法權的議會、上下議院、行政法庭、最高法院及總統部會首長都臚列在憲法當中，除此之外憲法基本上是禁止同一個人三權分立的部門當中，一人身兼二職。

有一個例外是議會的成員可以成為部會首長委員會的一員，憲法也非常清楚強調自由結黨、結社，同時憲法也禁止某一些政黨的存在，我們這邊講的是指什麼？獨裁獨大的政黨，像納粹、法西斯黨或共產黨等，憲法也提出基本的選舉法，也就是我們的選民其實能夠到最高法院前面來質疑選舉的可信度，最後憲法也特別強調所有的個人自由及權利，都來自於個人的尊嚴，並不是法律賦予這一些權利，而是人賦予這一些權利與自由。

憲法也去調節相關的準則，所以制定法的人也可以在制法的過程中，禁止行使權利及自由的限度。國際的協議對於一般法條前面的話是有優先權的，也就是我們的憲法也賦予國際協議特別的地位。波蘭的憲法沒有辦法透過那一些法條來修憲，但是我們要修憲的某一些章節，基本上是需要第一章節政府體制調整的設立，這個是第二章的內容，有關於人類的自由與權利，還有第八章，憲法本文要做這一些修憲的過程是非常困難。憲法不只是讓修憲的過程變得很困難，也同時很複雜，同時也提供另外一個機會，要修憲、要公投。

更進一步，憲法也不能透過非常的手段來修憲，這樣子是違法的。但是我們發現還是會發生直接透過這一種公共威權侵害憲法，從我們的三權分立、法治國家及人的尊嚴跟自由來說，實際上用這樣的手段來修憲的話，其實反而會讓一個政權失去民主的體制，實際上憲法基本上就是流於形式，等於付之闕如。

波蘭憲法提供三種非常手段，第一個是戒嚴，接著是進入緊急狀態，第三則是天災狀態，其他的特別條件都不成立，就只有這三種的時候可以採取非常手段。戒嚴只有在面對外在威脅的時候，比如有武裝進犯波蘭領土的情況，或者是要能夠防衛國際協約自我保障時才能採用軍法，所以這是我國的總統來宣告進入戒嚴的情況。

接著，緊急狀態只能在某一種情況之下，比如公民生命受到威脅或者是公共秩序受到威脅的時候，這個也是透過共和國的總統來宣告，但是在進入緊急狀況期間，不能超過 90 天，其實可以說被延長的，但是只能被延長一次，同樣的也需要經過議會的許可，而且是有固定的一段時間，第二次的延長不能超過 60 天以上。

最後，天災的狀態可以是透過部會首長委員會來發布，但是這只是為了要救災或者是有時候發生了天災以外還有一些科技造成的災害，它的威力相當於天然災害，這個是由部會首長、議會成員來公布，但是這一個天災時間不能超過 30 天，只有我們的上議院核准之後才能延長，我們的憲法有一些機制來保障我們政府體制的改變，才不會受到非常手段的侵害。

首先，在非常狀態之下，憲法不能修憲，同樣選舉法也不能更動。第二，不能舉行選舉。再來是有關當局的任職期間會隨著時間的延長。第三，憲法也非常嚴格地限制任何去干涉到人自由及權利的情況，也就是有可能在這三種非常手段的情況之下，人類的權利會受到威脅，但是這是不能發生的，在軍法進入戒嚴的狀態之下，或是緊急狀態之下，這樣的命令都是要在簽署之後 48 小時之內送入議會，上議會其實是有權力可以廢除這樣緊急狀態命令發布的。第五，像這樣的緊急狀態的命令發布都是要透過憲法法庭的裁決，有時當然可以判決是違憲的。第六，就算是遇到緊急國家狀況，人民及受害者因為在這一段時間遇上非法主管當局或者是主管機關不當行為而造成損失時，個人依然可以聲請損失賠償。第七，現有的法庭還是依然可以召開，除非是遇到戰爭期間，或者是可以召開特別法庭，在這種情況之下還是可以召開這種特別法庭。

我之前有說過只有軍法沒有辦法實現的，同時來說是只有發生戰爭衝突時才能採取戒嚴，所以這在國際法上非常知名的觀念，也因為如此，長期無止盡的戒嚴情況是不能發生的。如果有長期戒嚴的情況發生，表示憲法已經失能了。

我回答第五個問題，波蘭的憲法也不支持威權的政權在什麼時候制定奇怪的細節，或者是一些採取非常手段時，憲法沒有辦法提供詳細制定的細節，但是我們要記得的是，其實在憲法當中有幾項條文是很重要的，也就是說，公務員在這一段期間採取的行動是犯罪，但是政治理由沒有被追訴期責任的時候，追訴期跟被追訴的原因是一樣長的，就算是二十年、三十年的有效期間這麼長沒有關係，只要追訴原因都存在的話，就可以繼續追訴。

比如：像部會首長或者是政府首長，像是總統，如果他們是高位的話，他們還是可以被追究責任，在未來他們會受到國家法庭的裁判，不論他們所犯下的罪行到底在刑法中是不是被視為刑事責任，所以比刑法法庭的位階更高。但只針對身居高職的公務人員所召開，我必須要強調，不只是刑法當中建立的這一種定義的罪行，只要他違反了憲法，就算沒有在刑法當中明文規定的話，還是可以透過國家法庭來作裁決。

我要解釋一下，在 1990 年代時，我們的政客想要在國家法庭底下控告這個人，這個人在 1981 年的時候，進入了軍事法庭受審，因為叛亂鼓吹國家分裂而受審。在 1997 年的時候，當時的執政黨廢除了這個程序，所以大部分受到軍事法庭審判的人都已經過世了。

再來，一般原則來衡量權威當局所採取行動時，我們的衡量標準是要看當初採取行動的那一天狀態，所以憲法法庭在 2011 年的時候，有一項判決，也就是不遵行 1981 年在波蘭所引入戒嚴法條時，及從 1997 年至 1952 年的這一段戒嚴期間，我要

強調一下，我不遵守這一些判決，這一些判決是可以被推翻的。

當時我是監察委員副院長，我曾經說當時這一個案子我認為憲法法院應該判戒嚴令不能被認為合憲，我是提起憲法訴願的一方，但我當時還不是憲法法院的成員。在舊時的政府並沒有辦法判決，我強調在那時戒嚴所做的這一些判決，其實基本上在電視上公布的時候，戒嚴已經執行 4 天了，也就是說當中的這一些刑法，就算生效之後依然還是沒有法律效力，這當然不合法制原則。

也因為如此，我們要能夠評估法庭所發揮的責任跟效力，特別是遇到這種人權違反案例的時候，要特別作評估，同時也能夠就此評估及參照之前所做的國際合約來賠償，所以特別公民來說的話，我們有一些歐洲人權、法庭，或者是我們的聯合國人權委員會的法條都可以援引，也因為這樣，這也是法庭的責任及任務要評估特別人權違反的案件，同樣也能夠賠償這種為非當局行動所造成的損害。

第六個問題是關於司法的角色，在一個極權國家中間至少會有一些法官會慢慢朝向民主那一套發展，他們會試著保護自由民主，試著駁斥行政或司法的威權體制。有時法律會要求法官不適用某些法律，因為這一些法律被認為違反基本的人性尊嚴，在這時如果法官不認真負責執行他的責任，他就會沒有盡到保護公民的責任，會造成人權的損害。我們曾經有一個讓人覺得很遺憾的情形，當時在納粹時代的一個高級法官，曾經有一個問題是，依照當時的判決，他曾經在 1947 年在紐倫堡大審的時候被審判，我要強調的是他並不是國際紐倫堡大審，而是美國管轄權之內的紐倫堡審判，在這一個案子中間，中間有 16 個德國的法官被審判，其他的法官都已經在這之前都已經過世了，他們被控的罪名包括執行戒嚴法，剝奪人生命，我們要記得的是法官同時也會為威權體制來服務。

第七個問題，去界定因為限制人權所造成的財產損害要如何補償，範圍跟如何做到？憲法上有制定法律。但是這僅限於合法行政行為所造成的財產損害，至於非法行政行為所造成的損害並沒有憲法上明文規定受害者如何獲得補償，除此之外，憲法並沒有關於補償的其他條文。

為什麼沒有對造成財產損害有任何條文？違憲的行為基本上就是非法的，因此我認為不可能說如果是長期的威權體制之下，如果大規模不正義剝奪財產的話，那就需要特別來處理。侵害人權威權體制的這一種時間越長的話，很難被正當化，不管是用正義原則或者是必要性原則或者是其他原則，這個是難以正當化的。因為時間原長的話，另外一個善意第三人會出現，因為他剝奪財產的情形有繼續下去，後面的交易行為會影響到，所以會造成求償的困難，因為後面的善意第三人必須要為了過去所做的不義來負擔，因此必須要用社會正義的角度用全部來處理。

關於轉型正義，波蘭的憲法並沒有明文，對於在威權體制上所犯下的罪行並沒

有被迫訴他的責任，我們必須要創造一個條件去處理，並且非難在當時大規模下侵害人權行為，在這時候我們要用波蘭的一般法律原則來處理。

下一個問題，過去公部門所做的非法行為補償或賠償，必須要先對於當時公部門所做成行為的法律上非難，非難之後必須可以有一個懲罰性賠償的處理，至於賠償金額的話，通常不會比實際上受到的損失來得高，原因在於以波蘭法律來講，通常得到的範圍不會與實際上受到的損害是相符，如果損害多大是難以估計的，就要由法院來界定損害額。要打幾個折並且來考量整體社會的情況，來衡量賠償的金額，所以通常財產法上是這樣子的話，對於人權侵害部分的金額、數額也是類似由法院來酌定的處理。

第十個問題，波蘭在共產統治結束之後，法院也並沒有完全否定它的效力，有一些極端性大規模的人權損害也是由法院來做成，我也不認為在這一個部分，我們還有一些比較固定的看法。我們如何去考慮過去的這一些案件，我們必須要從當時所適用法律角度來考慮，這時民主體制下的立法者必須非常謹慎，應該要個別性個案考慮這一些問題，而不是一筆勾銷把過去法院所做的決定全部加以判決成無效，除非有一個非常明顯的人權侵犯行為。

最後一個問題，從歐洲或者是歐洲理事會所做的法律原則角度來看，關於這一個問題就是說對於是不是有國際人權規範或者是從比較憲法的角度來處理轉型爭議的問題，歐洲理事會第 1096 號決議是說有考慮過去在共產統治下的集權體制所遺留下來的問題，並且也有另外一個叫做 7568 號的決議，由歐洲議會的人權委員會所做成。依照這些法律，必須要以行政措施來處理過去共產制度下所遺留的法律問題，行政行為不能賦予政治目的，應該在適用的時間上是有限制的，謝謝大家。

主席陳大法官瑤華：

抱歉，不好意思，因為我忘了告訴你說你只有十五分鐘的時間，這是我的失誤。我想問一下書記，可以把這個講臺從這裡搬另外一個地方嗎？因為早上規則其實有說為了公平起見，應該要換到另外一邊。

現在想要請機關方的訴訟代理人對鑑定人提問。

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

謝謝 Zubik 法官的鑑定意見。請問為何波蘭和其他後共產國家會選擇實施除垢法作為轉型正義的途徑？為何將實施除垢法、公開政府機密檔案和揭露特勤人員身分作為轉型正義機制的主要機制，而非以審判或補償受害者為主？2007 年的除垢法擴大需表明自己與威權政府無關的人別，包含多種專業人士，是否可能違反憲法基本權？

鑑定人 Marek Zubik：

我們要切記在 1989 年當波蘭開始轉型正義的時候，當時波蘭是第一個國家，只有我們而已，我們其他東歐的鄰居國家還是共產政權統治之下，其他最大的是蘇聯，這個是當時的背景；即使我們當時能夠往民主的方向走，但是我們的周邊鄰居國家，他們仍然有自己的問題

第二個背景是，以當時的年齡層來說，25 歲以上的人大概都受到共產的制度之下，或多或少都與共產政權有所牽連，他們也許可能跟秘密警察有過互通的關係，很多人跟過去的政權是有來往的，所以大部分的人民，當時在共產黨間與華勒沙所領導的團結工聯有一些秘密的約定，所以他們想要分享政治上的權力。所以政權的轉換，但是共產黨仍然在政權上也想分一杯羹，這在經濟上權力的分享也是這樣子，這是比較複雜的背景。

特別是蘇聯倒臺在 1999 年之後，問題的情況就不一樣了，波蘭剛開始轉型正義的前四年是相當孤單的，這是 1993 年 9 月我們的選舉，共產黨又拿到政權，所以當時有可能會終止所有的轉型這些努力。在 1997 年的時候，國會決定通過一個法律，促進我們承認在共產體制之下，過去有多少公務員曾經為秘密警察工作，所以當時整個社會上一個默契，你必須要出來坦白，把你過去跟秘密警察涉入的部分講出來，如果公開講、正式講，你才可以繼續來服公職，即使你過去在共產體制下做過公職或者是秘密警察的人，這是可以的，但是因為現在是民主程序，至少在資訊上面必須要讓人民知道你的背景。

當然還有另外一個轉型正義層面，波蘭的經濟在 1989 年是處於崩潰、不好的狀態，當時我們的負債很多，所以當時施政的優先順序來講，是要先處理經濟上及國債的問題，所以當時並沒有特別撥出政府預算去處理轉型正義問題，我們要處理更緊急的問題、經濟復甦，不是沒有錢而已，根本是負債，所以要處理經濟復甦等等，當時國家並沒有補償或者是賠償共產體制下受害者的預算。

大部分來講，對於過去為共產黨服務的人就責任追究方面，我們當然知道人民有權利知道真相，讓他們知道他可以確定是屬於受害者的地位，可以領取賠償的地位，但是光這一件事，國家就沒有預算做這一件事。現在已經轉型 27 年的時間，我們到現在還是有許多的波蘭人過去的財產被剝奪跟國有化，在這方面波蘭並不是一個好的例子，不論是西班牙佛朗哥政權或者是葡萄牙的後專制政權，大部分的國家並沒有大規模把人民國有化的情形，還是自由經濟的體制。現在很多國有財產，其實過去是人民的財產，是被國有化的，波蘭經濟的情況不一樣，波蘭的自由市場是在很後面才開始，所以在過去國有化侵吞人民財產是很重大的問題，但是我認為建立事實以及建立受害者，然後發覺真相可能是首要的問題。

第二個問題是追究加害者責任的問題，接著才可能做到賠償受害者的問題，但是需要經濟的條件，我們也必須要記得的是，有一些人在共產給付之下是積極的反對者，他們的薪水或者是退休年齡等等，這也可以看成是一種損失，因為可能被迫提早退休，因此在經濟上遭到困難，在民主的體制之下，在自由經濟體制之下，工人受剝奪的經濟條件或者是受剝奪的僱用情況是不是損失，也值得考慮的問題，我不知道有沒有回答到您的問題。

主席陳大法官瑤華：

剛才機關方想要提另外一個問題，因為我們現在時間有一點緊，是不是問題可以非常具體，因為我們有一些時間的壓力。

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

在杜孝生案，聲請人主張政府為了發現真相應公開戒嚴時期所有秘密檔案。在波蘭，政府機關會蒐集並公布共產黨時期的秘密檔案，並揭露特勤人員的身分。然而製作這些秘密檔案時是否可能不法或有誤？甚至違反當時所應遵循的法律？是否適宜公布所有秘密檔案？如果秘密檔案公開的話，會不會對於當事人造成二度傷害？如何確定誰是加害人？是否揭露秘密檔案會侵害隱私權和歧視？是否可能流於政治報復？

鑑定人 Marek Zubik：

從 1997 年前秘密警察的檔案對外開放，特別是讓記者、學者或者是每一個人都可以向特別委員會申請，這一個檔案不論怎麼樣已經公諸於世，只有一個是沒有公開的。除非這個委員會發現相關的這個人其實是一個共犯，他們就會停止申請的程序，你要記得，如果你要成為政府公職人員的話，想要申請自己相關的資訊，如果你說沒有涉入這樣秘密警察的體系，但是他們發現跟你有相關文件的時候，他們就會開始審查，這個已經是刑事程序的一部分，所以也會有判決，因此有可能這個判決剝奪你的投票權，如果你是其他部門或議會或者是委員會成員的話。

第二，個人行為在共產黨執政期間如果違反了共產黨的法律，其他的情況都可以收到賠償，但是如果你在這一個情況之下，違反他們自己的法律，這是一個例外，因為國有化的法律跟之前共產黨的法律是一致的，如果你發現被違反的話，你沒有辦法獲得賠償，剛剛你的問題我覺得沒有聽得很清楚，可以請你再重複一遍嗎？

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

秘密警察檔案的公開是不是會違反私人的隱私或者是透露個資的疑慮？

鑑定人 Marek Zubik：

違法情況來說的話，其實都是同樣的一套標準，如果你違法的話，那也是一樣，用同一套規定來看。

主席陳大法官瑤華：

我想要請聲請方詢問鑑定人 Marek Zubik 問題。

聲請方訴訟代理人蘇慧婕助理研究員：

Marek Zubik 法官您好，我有幾個簡單的問題請教。

在您的鑑定意見中，您提到了波蘭憲法的三種例外狀態類型，一種是戒嚴體制、一種是緊急狀態、一種是自然災害的狀態。其中只有一種，也就是戒嚴體制的存續能夠超過一百五十天以上，而且必須遵守非常嚴格的程序及實體要件。在這樣的情況之下，長期存續的例外狀態是不可允許的，並且可能會引發波蘭憲法第 77 條的國家賠償請求權。但是臺灣的實然和應然狀態都和波蘭憲法規定相當不同。如同今天早上已經多次提到的，臺灣的戒嚴體制存續長達 38 年，不僅如此，在民主化之後，受到軍事審判司法判決的受刑人一方面被否定了向普通法院上訴的機會，另一方面，臺灣目前唯一現存的轉型正義措施，也就是金錢的補償或賠償，在適用範圍上也非常限縮。我們的賠／補償只發生在形式上直接涉及內亂、外患和檢肅匪諜條例的案件類型。那麼，在這兩種制度設計的交織之下，受到隱性、間接政治迫害而遭到軍事審判不當對待的受害人，就被否定了實現所有形式之正義的所有機會。

在這樣的情況下，我想要請問鑑定人的問題是：請問您如何從波蘭的觀點去看待這種雙重的正義否定或者雙重權利否定？從另一個角度來描述的話，國家——也就是立法者——有否最低限度的憲法義務，對先前國家不法行為的受害人提供最低限度的轉型正義回復措施？

鑑定人 Marek Zubik：

我試著跟大家解釋的是，我們波蘭的憲法其實試著要維持民主體制，因為我們有採取這種非常手段，我們維持憲政民主的方式有兩種，第一種是透過程序，第二個是實體，所以我們只有特定的情況之下會採取非常手段，不過這些特定的手段或正當程序要能夠成立，要透過正當程序來做。考量這一些條件的話，表示如果他們沒有按照程序來做就是違憲，就算是議會、總統或者是政府高部門元首，深居高位的人在進入緊急狀態、天災時，甚至是戒嚴時期發生這一種狀態的時候，按照憲法來說的話，如果他們沒有任何證明他們違反這一些規定，其實是沒有辦法成立控告案。

但是你要記得這個是憲法的條文，任何情況之下，威權的政府可能又重新復辟了，可能不是透過法治來進行。我們會發現說憲法就失效了，如果又建立一個新的威權體制，而威權體制又崩解的話，我們知道有轉型正義的問題要處理，有多少的受害者要如何賠償他們的損失，如果有一群人想要違規、違法的話，我們也沒有辦法，因為總是會有人會違法，比如說像法律擋不住槍炮彈藥或者是坦克的侵襲，所

以我們必須要維護法治，這是維護我們的權益，但是我們要記得盡全力去做，直到這些威脅推翻民主的力量，如果他們又再度獲得權力的時候，我們其實失去了自由，也會失去憲法的保障。

在整個國家的組織當中，按照憲法來看，照這樣來說憲法不會是問題，不會違反人權，不會有特別的非常手段，也不會有違憲的問題，因為也不會有法庭提供你賠償，因為在這樣的威權體制之下，法律就是靠他們來運作的，除非充分回復體制，否則沒有辦法，遊戲就是這樣。

主席陳大法官瑤華：

現在我想請問兩位主筆大法官有沒有問題？

官大法官曉薇：

謝謝 Zubik 大法官。

請問在貴國過去的情況一般人民可不可能被帶到軍事審判前而受到審判？因為我們現在面前的兩件都是一般人民被受到軍事審判，不論所被控的罪名是什麼，在這一個威權體制的時代，因為認為是交戰狀態，所以軍事審判的觸角很廣，在波蘭情況沒有類似的情形，一般人民會不會被交付軍事審判？如果有的話，是依什麼罪名來審判？您認為是不是只要是一般人民受軍事審判，本身就是一個違憲的行為？

鑑定人 Marek Zubik：

這一個問題非常有意義，但是不容易回答。

憲法第 165 條之 2，軍事審判唯有在戰時始能施行，但是實際上的情形，在波蘭的法律層次並沒有關於如何建立軍事審判的程序規定，這表示如果戒嚴法實施時，如何建立軍事審判是沒有法律基礎的，根本完全沒有法律基礎，剛剛回答問題中間提到在例外措施的情形，除了要有憲法的基礎，也要有法律的基礎，比如實行戒嚴法，但是現在的情形可以來準備立法，比如軍事審判法或者是軍事審判程序法等等，我們就必須要看憲法第 165 條的規定，這會不會侵害人民受公平審判的權利？有可能有爭議，也有可能是合憲的，但是就要看國會立法內容是什麼樣，是不是有保障公平受審或訴訟權的權利？包括他的聽審或者是調查的程度，我必須要看實際上的內容。從現在來講，我會說不容易合憲，在戒嚴時期實行軍事審判，必須要透過立法，但是這個立法能不能滿足基本人權的保障及要求，我認為這是不容易的。

蘇大法官彥圖：

有一個很快的問題，2011 年時波蘭憲法法院說戒嚴法是違憲的，即使戒嚴法已經被撤銷，而且已經不再施行了。是這樣嗎？

鑑定人 Marek Zubik：

是的。

高大法官焯輝：

針對第 10 點的鑑定意見，有一個問題要請教您，我們知道德國在統一之後，不管是統一條約或者是特別條例，對於東德時期的刑事判決是以違背民主基本秩序為由，全部加以撤銷。德國聯邦憲法法院在很典型的幾個案子裡，也運用了法哲學上的「Radbruch 公式」來處理，這個部分跟您在鑑定意見第六點提到的「法官應該有義務要拒絕適用嚴重違背、侵害基本人權的法律」的見解很類似，可是我不太能夠理解，為什麼您的第十點意見卻是認為不適宜一舉勾銷在非常時期或者緊急狀態時期的刑事判決？這一點鑑定意見不曉得是基於波蘭特別的憲法規定限制，或者是波蘭特別的經驗，或者是基於一般法學理論所做成的鑑定意見？請您補充說明，謝謝！

鑑定人 Marek Zubik：

根據波蘭的法律，司法判決的撤銷唯有當某些法律是違反某些規定，而且要出於特殊的程序，必須要經歷特別撤銷的程序，並沒有對於威權時代所做的判決都撤銷，即使這樣的判決會侵害人權，因為是法院所做的，法院可以決定要不要重新審視這一個案子，並沒有說完全依照法律就把過去的判決一筆撤銷的機制。國會認為比較重要的是維持安定性，但是開一些特別的管道，讓他可以去撤銷過去危險時代所做的不正義判決，並不是一筆把威權時代的所有法院判決都撤銷，因為可能造成社會大很大的影響，比如 1945 年到 1989 年不能說全部的判決都是不義的。

主席陳大法官瑤華：

很謝謝 Marek Zubik 鑑定人，我們要請下一個鑑定人，請李律師開始提供您的鑑定意見。

鑑定人李念祖律師：

謝謝審判長及各位大法官，首先我要表示一些歉意。第一個，我並沒有按照 鈞庭指定的爭點一一陳述我的意見，把我主要的精神放在談論釋字第 477 號解釋跟國家賠償，如何可以讓聲請人得到賠償－特別是杜銘哲因為杜孝生的案子－我是以這個角度來提供鑑定意見。第二個，我的意見有一些小錯誤，後來因為時間的關係，沒有辦法再補進來，所以我今天會口頭說明。鑑定意見沒有談到的問題，如果時間允許的話，我會口頭加以陳述。

最重要的問題是談釋字第 477 號解釋是否需要變更？我個人的意見是不需要的。釋字第 477 號解釋確認幾件事，第一個確認戒嚴時期的行使審判權的軍事審判機關救濟功能不足，因此就認為這就是立法院制定戒嚴時期人民受損權利恢復條例的原因，第三點指出來立法裁量範圍，第四點說立法裁量不違憲。

我覺得最大的關鍵是，應該要把這個條例看成國家賠償法的特別法，也就是說，這個條例是特別為了這樣子的一個狀況，也是某一種轉型正義去提供了救濟途徑，

但是不應該把這個法律做反面解釋，不在法射程範圍的人，而國家賠償就被法剝奪了。因此在這樣的情況之下，真正要思考的是杜先生因為這一個條例不適用，可不可以因為國家賠償法而得到救濟？我個人的看法，如果庭上做適當處理的話，他是可以得到救濟的。

最主要的觀念是，國家賠償法其實是根據憲法第 24 條，有一個非常關鍵的概念我想在這邊說，憲法第 24 條是「凡公務員違法侵害人民自由權利」，這裡面「違法」一定要包括「違憲」在內。國家賠償法中第 2 條規定公務人員不法侵害人民自由權利，這個「不法」當然也要包括「違憲」在內，這在案子裡面有一個非常重要的觀念，釋字第 436 號解釋已經說了軍事審判如果剝奪人身自由以上的話，必須要給予最高法院上訴的機會，這裡面其實有一個非常重要的概念，也就是戰爭期間—我們先不談到底有沒有戰爭—我要講的是，即使是戰爭期間，軍事審判平民構成正當性的前提是法院不能運作，其實在臺灣並沒有這個問題，因此在法院可以運作的情況下，即使是戰爭期間，不去談臺灣有沒有進入戰爭狀況，只要有法院可以運作，就不應該用軍事審判去審判平民，因此釋字第 477 號解釋加上釋字第 436 號解釋就已經讓我們知道大法官已經確認用軍事審判是不足、不對的，而且用軍事審判剝奪自由，沒有得到普通法院最後的審理，這是違憲的。

因此，這已經構成所有軍事審判剝奪人身自由的案子，就都已經構成國家賠償可以請求，這在有的大法官解釋裡面就已經可以得到這樣的結論了。因此唯一的問題是，按照國家賠償有沒有障礙？我個人認為有兩個障礙，主要的障礙第一個是國家賠償法第 13 條，因為國家賠償法規定了第 13 條說有審判或者是追訴職務的公務員或就犯職務上罪為有罪確定才適用，給了一個責任豁免，其實加了一個條件，這個條件在本案中間，我個人會以為第 13 條的射程包括軍事審判的法官，因此這一條會變成妨害國家賠償的條文，但是這一條大法官曾經釋字第 228 號解釋說合憲，我個人強烈建議會認為與其變更釋字第 477 號解釋，鈞庭應該變更釋字第 228 號解釋，其實釋字第 228 號解釋劉鐵錚大法官寫過非常精彩的不同意見書，他的不同意見書觀點，我個人覺得非常非常值得採納。劉大法官在那個意見書裡面說這一條把公務員責任跟國家賠償責任混為一談，其實這樣做了以後，豁免了國家賠償責任，卻沒有豁免公務員責任，可能是想要豁免公務員責任，但是豁免公務員責任並不表示要豁免國家賠償責任，不管如何不應該豁免國家賠償責任。因此，釋字第 228 號解釋如果被變更的話，就可以用國家賠償法請求賠償，第 13 條違憲，所以豁免責任不會構成障礙。

如果是這樣的話，那麼第二個障礙是時效的問題。如果鈞庭今天變更釋字第 228 號解釋，新的解釋說國家賠償法第 13 條是違憲，國家賠償法的請求權時效當然

就應該從變更開始起算，所以即使有時效的問題，也已經不再會是問題。如果是做這樣解釋的話，其實所有在戒嚴時期，剛剛所講恢復條例不能涵蓋的人凡是受軍事審判的，都可以循這個管道得到應該得到的國家賠償救濟，當然必須還是要法院審理，但是在這個問題上，就我來看，其實這個障礙就可以解除。

當然我必須要說的是，我的意見裡面花了一些時間談時效的問題，我必須要承認我個人是時效制度的懷疑者，當然我不敢講時效制度絕對不對，所以我花一點力氣去解釋時效後面的價值判斷是什麼，時效的終極價值判斷主要是秩序價值，所謂的法安定性，是用秩序犧牲正義，這是一般的理解。我個人的理解時效制度有三個可以理解的目的：第一，為了秩序而阻絕正義；第二，其實它有正義的功能，它其實是擔心因為時間太久，正義發生錯誤，也就是法院在判的時候，因為證據不足，正義發生錯誤。

嚴格地講，我必須要說如果今天純粹為了秩序的話，其實根本不需要時效制度，因為時間如果久的話，一個人拿不出證據來求償的時候，法院不會判給他，所以不必擔心時間過太久而證據不足，那麼證據不足，自然拿不到，因此這一個秩序的考慮在我來看是多餘的，當然這是非常少數的看法，也是為什麼我對時效制度一直有懷疑的原因。

再者是擔心正義的錯誤，因為證據是兩邊都可能有證據的問題，也就是原告跟被告可能都有證據的問題，所以有可能是因為證據不足而發生正義的錯誤，但嚴格來講，如果立法者不定任何時效，其實意思是相信司法者可以找到正義，證據不足，司法者也應該會有辦法可以解決問題，所以如果沒有時效制度，在我來看，並不會是法律的終點。時效制度其實並不是當然要的，過去大法官解釋的時候，顯然對於時效問題是基於高度的重視，所以雖然我把這個案子列在這裡，但是我的意思是說，這裡牽涉到大法官要不要行使立法裁量的問題，時效嚴格來講是立法者的裁量，因此嚴格來講不應該是釋憲者的裁量；回到這一個案子的話，如果是變更釋字第 228 號解釋，然後把時效的點拉到變更點的話，時效已經不會成為問題。

當然這裡牽涉到只有這一個個案解決，其他的案子該怎麼樣解決？我個人的意見，其他的案子應該由立法裁量解決。如果不是這樣的話，釋憲者必須要考慮，在戒嚴條例之外的哪一些人，什麼樣的情形可以得到救濟？一定要畫界限，這個界限嚴格來講是立法裁量的界限，我剛剛講的方法是在立法沒有特殊裁量之前，每一個人都可以因為這樣的方法得到賠償，立法者如果要裁量的話，立法者另外裁量。

其實我們已經有了新的國會，新的國會對於轉型正義要給予完足的裁量，其實是有道理的。我們今天聽到前面講到很廣泛轉型正義的問題，我個人認為「破」比較容易，「立」比較難，也就是破除說那是違法、違憲是容易，問題是怎麼樣回復？

怎麼樣給予有的正義？而這裡面一定有三樣東西，因為這裡牽扯到一個立法平反、行政平反及司法平反的問題，我必須要說，大法官可能沒有辦法把這三件事用一個解釋通通都做完，這應該是不可能的任務，因為這裡還有權力分立的問題。

我們聽到賠償、恢復名譽跟重整歷史，這裡面牽涉到的問題，每一個受害者應該要得到的救濟，應該是特定的、個別性的救濟，最後是司法救濟，有可能是行政救濟，比如恢復名譽，要把名字寫出來。

大法官的解釋其實今天不可能用一個通案的解釋或者是抽象的解釋，把所有的受害者名字都寫在判決書裡面，然後說他們一直得到救濟，在我來看是做不到；立法者也不可能把名字都寫出來，是講一個抽象的原則，然後交給司法機關，乃至於法院在個別的案中讓個別受害者得到轉型正義，因此這裡面一定是立法、行政，加上司法合作的作法。

這裡牽涉到一個問題了，這是我個人一向很關切的問題，大法官作為釋憲者，角色與立法者如何區分的問題。如果大法官做個案的審判者，那應該給予正義，這是為什麼我認為杜先生這一個案子就直接應該判決，直接應該變更釋字第 228 號解釋，然後直接給時效，個案正義就得到了。但是如果今天要做通案爭議的話，我就比較擔心，我們要講通案爭議真的有很多立法裁量要做，大法官作為一個司法者跟立法者中間最大的差別就是民意基礎的問題，尤其像時效的問題，界限畫在哪裡，要不要考慮不同案件、不同的情況下如何給予不同的時效，或者是根本就不要給予時效，這裡面立法者一定有很多的考量。

大法官在這裡面是不是要自己擔任抽象規範的提供者，以至於讓自己跟立法者之間的界限不容易區分？我認為這一向都是我們釋憲很緊要的問題，我不敢說大法官任何情況下都不該做抽象解釋，但是我會認為像這麼大的問題，應該要非常審慎地拿捏抽象規則制定的部分，而給予立法者應該有的立法裁量尊重。我大概把我的意見說到這裡，謝謝各位。

主席陳大法官瑤華：

謝謝李律師的鑑定意見，我現在想請聲請方訴訟代理人向李律師提問。

聲請方訴訟代理人陳冠璋小姐：

審判長、庭上及鑑定人，先感謝鑑定人的鑑定意見，其實鑑定意見的部分針對杜案較多，我們在這裡稍作兩點回應再提出兩個問題詢問鑑定人。

鑑定人在鑑定意見中指出聲請人在立法沒有設計的時候，還是可以依照國賠法聲請，但是會受到國賠法第 13 條及釋字第 228 號責任豁免限制的意見，聲請人不反對變更釋字第 228 號的見解，但是聲請人本件主張是作為國家賠償制度的一環，作為剛剛鑑定人所提到的特別法，立法者就補償條例的設計，在裁量上已經有所缺漏，

鎖定在特定類型的犯罪，這樣的缺漏與憲法是有所違背的。具體而言，責任豁免的限制並不是本件最直接受到國家賠償制度拒斥的原因，最直接的應該是補償條例就犯罪類型本身已經做出了根本的排除，立法者不是已經做出了裁量嗎？

第二，鑑定人回應的是補充釋字第 477 號直接判決，但是聲請人認為一方面這種做法繞過可以突顯補償條例作為一部特別存在、糾正過去的法律，而繞過轉型正義的機能；另外一方面，這種路徑是不是釋字第 477 號文義可以補充的範圍之內？真的不是尊重補充立法者的做法，因此聲請人持保留態度，況且如果採取此種判決方式，也會跟鑑定人一再強調的，司法者應該要小心民主正當性的說法有所影響，聲請人認為應該也可以斟酌。

變更釋字第 447 號並不會否定掉國會對於國家賠償制度的適用範圍及設定時效制度的全部裁量空間，況且憲法將國家賠償制度設計的權限交給國會，並不代表國會的制度設計就此逸脫了憲法監督。憲法第 24 條所謂依法律的法律，仍然需要符合憲法的意旨，釋憲者既然維持法律審查的責任，在法律有牴觸憲法意旨時予以介入，並沒有功能的顯然疑慮，至於後續要如何權力分立配合，是另外一個層次。綜合以上兩個問題想要請教鑑定人：

第一，關於補償的條例及整體國家制度、國家賠償法的關係，剛剛鑑定人也有提到補償條例算是國家賠償體系的一環，而是特別法，杜案的情形是不是特別法體系的一環？需要以補償立法體系一併被處理？立法者是不是有什麼理由可以正當化這種差別的裁量？如果立法者有意限制補償案件類型範圍，有意不讓杜案這一類的案件受到補償，將排除在國賠的範圍之外，在現在既有的國家賠償體系下，會造成聲請人國賠請求無從行使，等於完全剝奪，在這樣的前提下，釋字第 477 號認為是立法裁量，而且大法官應該尊重立法者，允許立法者排除的見解，釋字第 477 號是否合理？

第二個問題是，雖然離目前聲請書的架構比較遠，但是針對聲請人希望變更釋字第 228 號的路徑，將國家賠償法第 13 條宣告違憲，而不另外適用補償條例的路徑，我們認為還是會面臨一些問題，例如究竟要如何認定違憲的判決？是所有在軍事審判制度上未依照釋字第 436 號的判決，都要直接違憲審判？或者是全數經由法院審理？國賠法第 13 條就算修改，是不是也會和釋字第 272 號出現衝突？國賠法第 13 條的射程如果只在恢復民主秩序之後的判決，解嚴前的判決仍然受到釋字第 272 號的限制，即便當時的軍事審判制度是受到釋字第 436 號宣告違憲，剛剛提到戰時，但是實際上我們的制度就是進入了戒嚴體制，是戒嚴法時的案件進入軍事審判系統，是不是有戒嚴法的不正當也需要由釋憲者一併處理？以上，謝謝。

鑑定人李念祖律師：

我想我很簡單回答：

第一，我個人認為如果杜案按照釋字第 477 號解釋要用戒嚴時期條例請求不能得遂的話，有兩種可能：第一個是不在這個範圍內，只有做反面解釋說不在範圍內就不能得賠償，也就是用反面解釋去排除國家賠償法，因此才會得不到賠償法。剛剛問一個問題是，為什麼他不在裡面？如果我理解沒有錯的話，那裡面是講政治性案件，因為我們的這一個案子不會就事實審理，應該是回到普通法院去，普通法院如果說杜案是政治案件，那應該要落入條例的射程，也是一種解法。如果是政治案件，為何按照平等原則就應該要？如果不是政治案件，而是一般案件，比如通姦罪，是不是也應該要？這牽涉到範圍應該要到哪裡？因此其實是反面解釋，並不是第 477 號解釋。

我想剛剛有一件事可能沒有講，漏掉了，我建議法院思考釋字第 9 號解釋，這是在意見裡面漏掉的東西，我要補進去，但是後來沒有辦法再補，時間來不及，釋字第 9 號解釋指：裁判如果有違憲的情形，在訴訟程序進行中，當事人自得於理由內指責之。因為有這一號解釋，所以釋字第 272 號變成不相干，也就是釋字第 272 號解釋能不能去非常上訴翻原來的案子，但是第 436 號解釋已經講了，沒有經過普通法院審理就剝奪人身自由，本身就是違憲。因此國家賠償違憲就可以請求國家賠償，不一定要把那個案子的既判力翻掉才可以做國家賠償。按照釋字第 436 號解釋，普通法院可以說因為按照釋字第 436 號解釋，這一些軍事審判案件剝奪人身自由，沒有經過普通法院審理，按照釋字第 436 號就是違憲的，因此直接可以根據國家賠償請求，在國家賠償之訴就可以請求法院說前面的判決是違憲的，沒有任何障礙。

因此，唯一的問題是要不要去享受或是適用戒嚴條例的規定，那個是立法裁量，如果沒有用這一個特殊的條例，按照國家賠償已經可以請求到國家賠償，通通都可以。而且要說戒嚴體制有問題，在國家的判決裡面就可以寫戒嚴體制有問題，釋字第 436 號解釋已經講有問題了，當然今天大法官要重講一遍我覺得那當然是庭上要考量的。但是我的看法是，我們要把真正的阻礙掃除，我們也講了很多戒嚴的問題，但並沒有掃除賠償障礙的話，我可以跟各位說到最後還是得不到賠償，而且我認為最後得到賠償一個很大的條文及麻煩就是在第 13 條、釋字第 228 號解釋，因為軍事審判都可能落在釋字第 228 號解釋及第 13 條。

我會不對條例做反面解釋，落在一個關鍵是非要從條例才能得到救濟，其實是更有助於得到救濟，因為今天並不是杜先生這一個案子有問題，因為落在條例裡面的人都應該得到救濟，沒有落在條例裡面的人，怎麼可能在請求的權利做最大範圍

的回復，我認為應該要講清楚按照國家賠償法還是有權利的，這一件事比較重要。如果我們說這一些人可以回到條例，大法官就勢必要講哪一些人回到條例，我自己試著想這一件事我覺得很難，因為落在條例以外的人是很多的，如何拉進來？但是用釋字第 436 號解釋理解的話，凡是軍事審判剝奪人身自由以上的，釋字第 436 號解釋已經確定它的違法性、違憲性了，已經可以建立在國家賠償的制度裡面，這一個抽象原則其實是很清楚的，這樣可以在一個非常大的範圍內，讓轉型正義可以透過賠償的實現，而予以取得，因為國家賠償才是普通法，才是真正可以解決問題的方法，這一點是可以加以排除的地方，謝謝，希望我回答了聲請人的問題。

主席陳大法官瑤華：

現在請聲請方的訴訟代理人再次向鑑定人提問。

聲請方訴訟代理人洪偉勝律師：

謝謝鑑定人，針對剛才您提到所謂採用國家賠償制度就可以解決目前的爭議，有兩點想要請教鑑定人：

第一，國家賠償事實上在權利救濟的層次一直是第二次的權利保障，對於剝奪了第一次權利保障，只給第二次保障，這是不是單純的立法裁量問題？還是說涉及到人民訴訟權剝奪的問題？這是第一個問題想要就教於鑑定人。

第二，當然在理想上我們想說這一些被排除在補償條例以外的人，可以尋求國家賠償法制度，您剛剛提出的障礙是第 13 條的部分。但是按照國家賠償法第 8 條的規定，事實上時效制度是從損害發生時開始的 5 年，就這一個部分就算是這個法庭做了變更解釋，事實上也沒有辦法容許其他受害的人再次循國家賠償制度尋求救濟，這部分鑑定人建議上會要求大法官直接宣告國家賠償的時效制度是違憲的，還是在做合憲解釋上針對這樣子的案例會另外提供他新時效的起算時間？

鑑定人李念祖律師：

可能我的意見沒有寫清楚，這兩個問題我在意見裡面都有交代：

第一，我認為聲請人受害的基本權其實是兩個，一個是訴訟權，一個是國家賠償的權利。訴訟權其實要主張對於人身自由以上被剝奪的那一個回復，已經被關了，如何能夠讓他不再被關？就是用國家賠償，當然可以用道歉或者是其他恢復名譽的方法，那都可以。但國家賠償是最基本的賠償。而且我講的釋字第 436 號解釋就是在講訴訟權，也就是應該得到正常、合乎憲法秩序要求的司法審判權利，如果得到軍事審判的話，並沒有滿足訴訟權，這個是為什麼要給他普通法院救濟的道理，

因此不足的軍事審判對他的訴訟權傷害，以至於造成他人身自由的傷害，就是要給予國家賠償的直接原因，我想我做這樣的回答。

第二，關於時效的問題，我認為大法官如果在解釋裡面，改變釋字第 2 號解釋，然後宣告第 13 條違憲，並且說因為第 13 條受阻礙的時效，應該從宣告違憲時起算，所有都可以放進來，而且這個有道理的，因為以前第 13 條妨礙了這一類案件的國家賠償請求，所以時效事實上是被剝奪的；當然更根本的問題是要不要賦予時效，那是國會另外考量的事。

現在國家賠償制度是給的時效，所以我說要跟釋字第 228 解釋與第 13 條連結以後，如果大法官今天說第 13 條違憲的話，因為本來時效不能、請求不能，當然應該從變更時起算，這是一個個案判決，但是因為變更釋字第 228 號解釋違憲的時候，其他所有的案件都可以援用，這應該是一次就把兩次障礙都解除掉，這個是我個人的看法。

主席陳大法官瑤華：

聲請方還有需要詢問的問題嗎？

聲請方訴訟代理人陳之昱先生：

謝謝鑑定人的意見。

我只有一個簡短的問題，因為鑑定人在意見書當中，有一直強調說到底哪些人是可以被補償的以及怎麼補償，有鑑於司法本質上的抗多數決難題，不應該在判決當中一次講清楚。事實上是大法官或自己本身地位的時候，必須從跟社會與國會間的互動關係，來決定到底要多麼積極或消極。我想要請問鑑定人是，在我們轉型爭議的脈絡之下，也就是恢復民主自由憲政秩序的任務當中，普通的情形，也就是不涉及自由民主秩序，我們大法官介入的程度是不是有所不同？立法裁量的範圍是不是有所不同？也就是一進一退間，大法官要如何衡量自己的角色？以上是我的問題。

鑑定人李念祖律師：

謝謝，我剛剛試著回答這個問題，我再講清楚一點。

不管怎麼樣，牽涉到的問題太複雜、太龐雜，且人數太多，釋憲者不管介入到什麼程度，都沒有辦法改變一個本質的問題，就是用通案的方式解決還是個案的方式解決？還是一次通案、個案全部解決？在我來看是人數眾多，所以不可能一次通案、個案解決，憲法原則講出來了，在憲法裡面一個人找出來，大法官不做事實考量，不可能把所有人的名字都寫下來，因為那一些人真正應該要得到的救濟就是有一個判決說他應該得到救濟，或者有一個行政處分給他說當時怎麼樣，他應該要有名字的救濟方法，如果不是一個有名字的方法，就是立法救濟、就是抽象的，到最後還是要把自己的名字跟抽象原則連在一起，我們不但有權力分立，而且有實際上

沒有辦法一次全部做完的可能性。所以，大法官能做的是一個針對個案直接改，這個案子杜先生應該要直接改，但是其他抽象的部分，大法官可以做到比較，但是我認真認為不可能取代立法所有的事情，而且立法做了以後，立法寫完以後還是需要行政平反，還是需要接下去的國家賠償，或者是審判平反，所以一定是立法加行政加司法，聯手才能真正徹底做到該要做的地步。

現在時間已經過很久了，真正要做的是立法者趕快發動，司法者在這裡發動當然很好，但是我真的比較擔心的是，大法官今天往下講說條例沒有涵蓋的人，到底哪一些人可以得到什麼救濟、該如何救濟，我個人能力很淺，我在寫意見書的時候，不覺得可以寫出完全救濟的辦法，所以我才針對這一點突破，因為能力實在很有限，那一個條例沒有涵蓋的人，應該得到救濟的人是哪一些人、是什麼原則，如果完全處罰立法者位置的話，立法者是幾乎完全以自由的角度來想，我是可以根據過去的釋憲，而且我認為過去釋字第 436 號、釋字第 477 號很好的賠償基礎，在很大的範圍內受到軍事審判，因為人身自由被剝奪，而沒有辦法得到國家賠償救濟的人，這一號解釋就可以給他很明顯的指示，我認為這個在最大的範圍內這一號解釋可以做的最好事情，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

謝謝鑑定人給的意見，現在請機關代理人來詢問。

聲請方訴訟代理人涂予尹律師：

審判長是不是可以允許聲請人再追加兩個問題？

主席陳大法官瑤華：

我們現在先請機關的訴訟代理人，因為時間非常緊，這樣的話，可能沒有辦法讓大家都有時間去詢問。

關係機關訴訟代理人林心惠律師：

謝謝庭上的指示。

也想請教一下李教授幾個問題，也謝謝您的卓見。很清楚可以知道在於條例當中，本案涉及全面性的問題，不只是一個單純的立法裁量或者是司法能夠介入的程度。您對於條例本身，您認為是否有政治性的問題？當初立法者已經就全國的問題及經濟的問題，甚至在 228 事件的所有被害人都有陳述意見的集會，其實立院的一些報告都很清楚當初如何制定這個條文出來的，在這個情況之下，對於司法謙抑性的部分，是否有提出您的想法？司法介入的程度，就是一個謙卑的態度？

鑑定人李念祖律師：

其實這一個條例在我來看，立法者在選擇射程範圍的時候，用政治性案件作為考量以作為射程範圍，但是我的意思是，就政治性考量給了一個特殊立法的救濟，

並沒有意思排除經濟性案件、非經濟性案件、文化性案件、社會性案件，不在這個範圍其他按照國家賠償就可以得到的權利，它沒有意思要排除。如果我們今天要變更，就要把立法者的這個範圍擴大，而擴大到哪裡？擴大到所有的案件嗎？因為所謂的擴大到所有案件，「所有」是什麼呢？不瞞各位說，如果今天要寫解釋，如果說要適用所有案件，是適用所有在戒嚴時期被法院判過人的案件嗎？適用財產權的案件嗎？釋字第 436 號解釋在寫的時候，說實在話，財產也可能被抄家全部拿走，財產案件也可能有個案理由，不應該被釋字第 436 號排除在外，釋字第 436 號做了一個立法裁量的考量，已經相當程度取代了立法功能。我說已經有釋字第 436 號解釋在那、已經有釋字第 477 號解釋在那了，我個人認為如果用這一些制度就已經可以達到在很大的程度內，以達到救濟為什麼不做，何況立法院永遠有權可以隨時立法，把認為沒有補的人還是可以寫進去，而這一件事實在，不是大法官可以涵蓋的，我在這邊舉一個例子。

我覺得我們今天要講轉型正義，立法院考量的事情到今天都沒有做，戒嚴法難道不該修嗎？我們的戒嚴制度還在啊！戒嚴制度是一個非常老舊的制度，今天還在啊！轉型正義不應該修戒嚴制度嗎？難道不會有第二度戒嚴嗎？我們如果要懲前制後，難道不應該立法者去修戒嚴制度？如果大法官說戒嚴是違憲的，因此戒嚴法整部是違憲的嗎？可以這麼說，但是在我來看，好像射程不會走這麼遠，我在這裡提供我的意見。

主席陳大法官瑤華：

機關方有沒有要詢問鑑定人？

關係機關訴訟代理人鄧敏雄律師：

關係機關對李鑑定人的意見是相當贊同，只有一個小問題：按照鑑定人剛剛的意見是認為在這些不在補償條例明文規定的犯罪裡面，都可以最後回歸適用到普通法即國家賠償法的規定，如果是這樣的話，那我們知道在補償條例有一個除外的規定，也就是在內亂、外患罪的情況之下，如果按照現行法律或者是證據法則加以審查，認為成立犯罪的話，這時仍然不受補償，在這樣的情況之下，就其他犯罪罪名的話，回歸到國家賠償法加以適用之後，是不是仍然應該有補償條例第 8 條第 1 項第 2 款的適用？這樣有沒有割裂適用的問題？或者是在大法官憲法判決理由裡面加以交代就可以解決？

剛剛鑑定意見的結論也是認為在本案，個人認為應該給予杜案個案救濟，我們也知道憲法法庭不會針對事實的部分就個案認定跟審查，但是杜案本身是不是按照現行證據法則成立犯罪這一點，假設還有第 8 條第 1 項第 2 款的補充適用，在國家賠償法情況之下，仍然有補充適用的話，不去做這個事實認定的話，所謂個案救濟

的結論是不是最後是由普通法院現在正在進行的高等行政法院去認定，而不會在憲法法庭判決的理由中加以交代，這個是一點問題要請教鑑定人。

鑑定人李念祖先生：

我會認為這應該是法律適用的問題，是競合還是國家賠償跟恢復條例權利同時可以行使，這是普通法院就可以判斷的法律適用問題。

我想說的是，戒嚴時期人民受損權利回復條例制定的時候，我很確信一件事，立法者沒有考慮釋字第 436 號解釋的因素。但是並不排除說我們並非不可以把它放進來考慮，那是實體罪名的問題，並沒有考慮是經過什麼審判程序種類的問題，比如人身自由等等，立法者當時沒有這樣想，但是要不要說立法者因此排除了？我不會做這樣的負面解釋，我會說用釋字第 436 號解釋去跟國家賠償搭配就可以了，所以這裡面都是法律適用的問題，這一些法律適用的問題，如果大院可以做更清楚的指示，我覺得大院應該給普通法院恰當用憲法精神給予指示，但這本來也是普通法院應該在法律適用上加以思考的問題，應該不構成聲請人請求賠償的障礙才對，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

先請兩位主筆大法官提問，有沒有需要向鑑定人詢問？

孫大法官迺翊：

想問一個很簡單的部分，如果是從釋字第 436 號解釋而來，基本上其實釋字 436 號解釋是講整個軍事審判程序違憲的問題，所以按照這個解釋下來，是不是有可能可以請求國賠的範圍也就不一定真的非常大了？想跟您確這一點。

鑑定人李念祖先生：

是，我認為聲請國賠最大的障礙國家賠償法第 13 條，而且第 13 條因為釋字第 228 號解釋已經做過解釋了，所以那一個障礙是存在的，在我來看，釋字第 436 號解釋的思路是說可不可以翻案，但是我現在講翻案有兩，一個是把刑事的既判力翻掉，另外一個是直接實體上直接由司法說前面的案子違憲，直接說那個裁判是違憲，因為終局裁判不經過司法裁判就剝奪人身自由，按照釋字第 436 號解釋就是違憲的，而普通法院可以說前一個裁判違憲，而直接加以裁判，釋字第 9 號解釋已經講了，人民可以在訴訟程序進行中，請法院宣告另外一個裁判違憲，所以只要妥為運用這一些已經用的大法官解釋，走的救濟很多，不需要大法官今天在這邊想說要給什麼範圍，如果把這一些路打通就已經是很大的功德了，而且那個範圍的射程是很廣的。

主席陳大法官瑤華：

請高大法官。

高大法官涌誠：

謝謝李教授，如果我的理解沒有錯，李教授似乎在建議本庭採用類似抽象法規合憲性解釋的方法去處理釋字第 477 號解釋，如果我理解沒有錯的話，認為是有空間及補償條例本身認為並不排除國家賠償請求權的。

鑑定人李念祖先生：

我說真的，容許我冒犯性的話，我覺得打擊打錯了，應該要打釋字第 228 號解釋，而不必打釋字第 477 號解釋，因為打釋字第 477 號解釋，你要說違憲、要變更，其實為聲請人提供了救濟，但是可能封阻了其他人，要說什麼人可以像聲請人一樣享受第 477 號範圍之外的？我很擔心大法官可能畫這個圈畫不清楚。

高大法官涌誠：

聲請人認為國家賠償請求權的權利受到侵害，我相信李教授能力可以處理，但是釋字第 272 號其實是處理到第 16 條訴訟權的部分，這部分不知道李教授的見解如何？

鑑定人李念祖律師：

我認為釋字第 272 號也沒有處理國家賠償問題，釋字第 272 號處理的是刑事翻案的問題，國家賠償法不用靠釋字第 272 號翻案，直接法院就可以說判決違憲。

高大法官涌誠：

但是聲請方的意思是認為他們的訴訟權需要要有而沒有的障礙。

鑑定人李念祖律師：

訴訟權被否定剝奪是已成事實，那一些人民全部都以訴訟權被拒絕了，沒有普通法院的救濟，訴訟權就已經被否決了，釋字第 436 號解釋已經說了受侵害。

高大法官涌誠：

您的意思是說類似抽象法規合憲性方法是可以同時處理釋字第 272 號跟第 477 號的？

鑑定人李念祖律師：

是的。

官大法官曉薇：

所以聽起來鑑定人對於在戒嚴時期非軍人使用軍事審判肯定釋字第 436 號的見解。這裡有一個爭點是國家安全法第 9 條第 2 款，本款排除了您剛剛所說既判力可以被去掉的程序。戒嚴法第 9 條其實是可以容許這樣的案件在解嚴後上訴，但是國家安全法第 9 條第 2 款就排除了國家安全法第 9 條的可能性，沒有辦法上訴，可能立法者依此而考量以補償方式來進行，請問鑑定人對這一點的意見？

鑑定人李念祖律師：

其實我認為當事人如果要上訴的話，他其實只不過是想翻案，把以前的案子翻掉，要否決以前刑事的既判力，他當然希望拿到一個無罪的罪名。但是在我來看，這個問題也仍然只解決了轉型正義的一半，也就是名譽恢復了，但其實賠償並沒有取得，如果今天要尋求賠償，也是要到國家賠償去請求，如果恢復名譽，那麼恢復名譽跟賠償是一次取得，因為國家法院說：「前面是違憲的，因此你可以獲得賠償。」所以兩件事都得到了。因此我認為要不要翻案的這一件事不如在國家賠償翻案就好了，不然普通法院又要拆兩個案子，在我來看，案子很多的話——當然這一個時間過這麼久，可能案子不會那麼多——但是一次就可以在國家賠償幫他解決的話，何必引導他做非常上訴？普通上訴？用釋字第 436 號解釋去找普通法院說戒嚴法、國家安全法那一些條文都有問題？我不反對，我只是說走我剛剛走的這一條路是最簡單、最容易，而且可以提供最完整轉型正義的方法，而且讓他一次解決問題，我覺得這應該是比較好的選擇。

高大法官焯輝：

謝謝李教授的意見，我有兩個問題，也請聲請人確認一下。第一個是有關於程序上的問題，兩個聲請案的訴之聲明（聲請事項），其實都沒有包含國家賠償法第 13 條違憲以及釋字第 228 號解釋應該要變更這兩個聲請標的。非常感謝李教授可以指出這一條路，但是想先跟聲請人確認一下，你們有沒有要追加這一部分的聲請？聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

沒有。

高大法官焯輝：

非常感謝聲請人的確認。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

我們的想法跟鑑定人李教授的想法仍然不一樣，我們想指出在這樣的處理方式之下，江國慶的國家賠償跟杜孝生的國家賠償是不一樣的，杜孝生的悲劇是在戒嚴體制之下，而江國慶的悲劇是在民主化之後而產生的，這兩個國家賠償的意義是完全不一樣的。如果我們用釋字第 436 號來主張的話，就會把所有轉型正義有關於戒嚴體制下這些政治暴力的問題，全部都稀釋掉，跟在民主化時代軍事審判問題混為一談，因此不打算採取這一個論證。

關係機關訴訟代理人駱淑娟律師：

跟審判長報告一件事，如果今天提這一件事的話，今天是言詞辯論，對於機關方面，我們陳述意見，我們的權益受損很大，所以縱使剛剛聲請人是拒絕的，但是我們主張認為這樣的問題不應該在今天提出詢問聲請人是否要變更聲明事項。

高大法官焯輝：

我補充說明一下，針對鑑定人提出來的鑑定意見，法庭必須要確認是不是在可以審判範圍內參考的鑑定意見，因此我必須要確認聲請人是不是要追加這兩項標的的聲請，如果聲請人沒有意思要做這樣的聲請，或許法庭在判決理由裡面大概就不需要直接引用或參考李教授這樣的鑑定意見，也因為如此，我剛剛第二部分的實體問題，我想或許就不用再問了，謝謝！

林大法官孟皇：

李教授，看了您的鑑定意見，因為很多都留白，而且沒有針對我們的爭點說明，因此我很好奇你的思路是什麼。如果我沒有理解錯誤的話，你是認為應該採取司法自制，針對個案、針對爭議處理就好了，不用談那麼多既深又廣的原則。

剛剛有幾位都提到了，聲請方去聲請是變更釋字第 272 號解釋的上訴權，聽你剛剛的意思好像是透過賠償那邊就可以翻案，現在問題是有一些人已經拿到補償了，在你的主張裡面還可以請求所謂的國家賠償嗎？

當時的立法設計是國家安全法禁止他們可以提起上訴的權利，因此就用兩個法律，一個是剛剛所講的補償條例，一個是受損權利回復條例這兩個來去填補。因為聲請方有聲請，釋字第 272 號解釋我們要變更，你認為那兩個補償條例的存在正當性是什麼樣？

鑑定人李念祖律師：

假如我沒有讀錯的話，如果我讀錯可以告訴我。釋字第 272 號解釋似乎是黃國昌委員聲請的部分，那部分我個人認為立法委員對於立法院可以立法裁量給予立法解決的問題，又在沒有兩造爭議的情況下，用疑義解釋釋憲的政策上是盡量避免做的，這是為什麼我的意見書對於這部分著墨很少的原因，我其實有講到這一點，我的觀念裡面認為這其實不是司法者釋憲該做的事情，因此釋字第 272 號解釋，我已經講了，在我來看要怎麼變更，那是黃國昌立委的聲請。杜先生的聲請主要是釋字第 477 號解釋，因此這是為什麼我沒有寫釋字第 272 號解釋的原因。

我要說的是，我認為好的解決辦法，釋字第 272 號那一個解釋的問題，也可以在很大的範圍內得到解決，至於釋字第 272 號解釋應該如何做更恰當或者把法律修掉，立法院就可以修，而且立法院現在大可修，當然這是純政治的判斷，立法院現在定轉型正義的立法應該是符合多數民意，不會有障礙，實在不需要用疑義解釋的方法，請大法官作抽象解釋，然後去劃範圍、去取代立法裁量，這個是我個人的見解。

主席陳大法官瑤華：

最後請孫大法官。

孫大法官迺翊：

最後一個問題，因為剛剛李教授是說如果透過釋字第 228 號解釋變更，可以走國家賠償，由國家賠償宣告前一個判決違憲，這樣就不用再走上訴方向，我想確認一下，這兩個翻案會不會有不太一樣的意義？如果是走上訴，在訴訟程序中可以爭執過去是被誣陷的、真的沒有貪污，是要在那個上訴程序中去主張沒有犯這個罪、是被誣陷的。相對地，如果是主張國賠的話，則是強調當時軍事審判的程序上整個是違憲的，而不是釐清個案當事人當時有無犯罪行為。是不是會有這個差異？

鑑定人李念祖律師：

我個人是實務工作者，如果請求國家賠償，我的當事人給我的指令是名譽翻案，不但要講軍事審判是違憲的，而且要講那個判決實質是有問題的，在國家賠償裡面是可以主張的，而且國家賠償的法院判決也可以說法院判決違憲不只是釋字第 436 號解釋的問題，也是因為當時證據不足、因為判斷有問題的，所以恢復名譽沒有不可以，國家賠償還可以請求任何恢復名譽的救濟，是可以的，國家賠償的效果並不是說跟那個翻案一翻兩瞪眼，普通法院只會說原告無罪，國家賠償也可以寫一個判決說他認為原告是無罪的，而且還可以命機關道歉、命機關如何，都是國家賠償，法院可以做的範圍，所以好像不會有江國慶跟杜先生不同的性質，因為不同的案件，法院就會給不同的判決。

反而我會覺得鈞院如果今天給的這一個解釋很清楚指出來，這個轉型正義是針對戒嚴而來的，而這一個轉型正義會開啟國家賠償另外一個新的原定或者新的請求空間，自然那個意義就會在那裡，人們就會根據這一號解釋去聲請國家賠償，自然就會得到杜先生得到的東西，因此我不認為我們要做這樣子兩者衝突的理解，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

謝謝李教授鑑定性的意見，看來我們有很多條線需要好好思考，我想這一些可以提供給大法院作多方面的考量來裁判，宣布這部分結束，退庭。

（中間休庭）

（休庭結束）

主席陳大法官瑤華：

在請聲請方杜先生發言前，其中一位主筆大法官有一些問題想要詢問聲請人，我先請孫大法官發言。

孫大法官迺翊：

我想請問一下，在杜案應受判決聲明第 2 點這一塊，有關於補償條例第 15 條之

1 第 1 款擴張同條例第 2 條第 2 項受裁判者範圍，我想跟你們確認一下，這個部分你們主張的是第 15 條之 1 第 1 款本身牴觸憲法，還是指該款「同一原因事實」如何解釋的問題？

主席陳大法官瑤華：

聲請方的訴訟代理人是不是瞭解孫大法官的問題？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

報告孫大法官，這應該不是解釋的問題，而是法律構成要件的問題，法律構成要件是寫同一原因事實，而這同一原因事實按照法條的規範，其實指的是犯同一案件，犯同一案件基本上就是以第 2 條內亂、外患及檢肅匪諜條例的同一事實為主，因此本案在杜先生的案子裡面，基本上不屬於同一原因事實。

孫大法官迺翊：

確認一下，你們主張第 15 條之 1 第 1 款本身違憲不只是合憲解釋的問題或者違憲解釋的問題？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

對。

主席陳大法官瑤華：

現在開始算起 20 分鐘，請杜銘哲先生發言，請開始。

聲請人杜銘哲先生：

先生、女士，大家好，我是杜孝生案的聲請人，也是他最小的兒子。今天我特別要先感謝臺北律師公會、臺灣民間真相和解促進會能夠促成這樣的一場模擬憲法法庭，可以讓我來到這裡講一些事情。

1952 年我父親的這一件事，到現在已經經過一甲子了，1959 年我在嘉義出生，算來也真的是哭了一甲子。對我來講，那幾乎是一輩子的事情，在短短的 20 分鐘之內，我一直在想說要如何來呈現這樣的一個事件，確實千頭萬緒，要怎麼說呢？我想在法律上的問題，我全權由我的訴訟代理人來幫我處理，我想跟各位講述我在父親這一個案子過後對第二代所產生的一些影響來描述。

1959 年我在嘉義縣大埔鄉出生，大家都知道杜孝生是原住民，也就是在阿里山的鄒族，大埔鄉是平地閩南人的部落，我在開始懂事之後我就依稀覺得我不一樣，所謂的「不一樣」是除了家裡面的氛圍有一種不安外，我父親因為這一個案子後，我從小的記憶就是他非常沉默，他在家裡也不講什麼話，有一段時間其實他是酗酒的，他雖然是醫生，或多或少在那個村落有被尊重，但是我到外面之後，在 1990 年代族群衝突還是相當大，本省、外省、客家及原住民，原住民當然是排最後的。我出去就會被人稱為「番仔子（臺語）」、「生番仔子（臺語）」，我是在這樣的氛圍長大。

在我完全不懂什麼是非、黑白、對錯，在這麼小的年紀就接受被排除在外的一種感覺，第一個對我在生命中成長最嚴厲的一個考驗。那麼小的年紀，我當然不知道我正面臨著一個自我認同、文化差異及各方面全面性的衝擊，在我的生命來講就是一個開始。

當然，我今天不想用一個受害者的角色來看我自己，我今天可以用這樣的態度來看，其實我費了很大的力量及力氣，才能走到我內心現在沒有太多的怨恨，我可以健康來看這一件事，我也對臺灣未來這一個問題是否能成為偉大的國家，所有的人民在這一個國家裡面可以自由平等活著是抱有盼望的。

實在是太多事情了，我在成長的過程，當然在大埔鄉的時候，我不知道我來自何方，因為我被排擠。我記得是在 13 歲國小畢業的時候，我隨同我二姐回到當時的霧峰鄉，也就是現在阿里山鄉的達邦村，鄒族每一年都會有一個重大的祭典——戰祭。那時我這輩子第一次遇到這一個祭典，其實我沒有直接參加，我在祭典旁邊的達邦國小一個人在操場上走著，我在外面雖然被排擠，可是我回到部落也沒有人認識我，因為父親自從這一個事件發生後，我們就不能待在阿里山了，我父親選擇流落於外地，從此離開阿里山鄉，一直到現在，我們也回不去了。

那時在達邦國小的操場，我聽到祭典的歌曲，這個歌曲深深刺到我心靈深處，好像我被喚醒，我在那一刻找到我自己，我很清楚我是鄒族的人，這是我第一次在自己生命中對自我認同的一個解脫、解救，我覺得我滿幸運的，我可以在十三歲的時候找到我自己，不管我在外面被排擠或是回到故鄉沒有人認識我，都無所謂——我在那一刻找到我自己。

一直至民國 68 年我到臺中開始就業，其實到臺中之後，我人生地不熟，而且臺中原住民非常地少，鄒族人口更少，因為鄒族人口一直到現在為止只有在 6,000 人左右，所以在臺中要遇到同樣鄒族的人機率是相當少的，因此我幾乎完全是在一種非常孤單的狀態在外，那種壓力是很大的，我無法對各位來形容在那種狀態之下，是白色恐怖家族，又是心靈上有這麼大的創傷跟狀態，那種活著的狀態是很辛苦、很累的。

我記得在這樣的狀態之下，我還是一樣認真工作，我與自己的對話就是寫日記，這個日記斷斷續續地寫，到最近也還有在寫，那是我與自己對話與解脫的方式。一直到臺中 7 年左右（1986 年）發生了一件湯英伸的案件，湯英伸是鄒族的青年，那時工作還有介紹所，把身分證拿給介紹所之後，他會介紹你工作，但是身分證可能會扣留著。湯英伸當時唸師範大學，當時他到臺北打工，他因為跟雇主發生一些事情，震驚臺灣社會案件，隔年（1987 年）5 月 15 日就被槍斃了，是臺灣最年輕的死刑犯。當時這一件事相當大，因此可以想見臺灣原住民的問題是被忽略的，可是卻

實際上存在。我要講的是：我們家是白色恐怖家族，有著白色恐怖家族應該會被對待的樣貌，但是我另外要承受族群衝突的不確定感。

非常感謝今天我的代理人，對我父親這一個案子整理了 6 篇的文章，其實真的講，我第一次對我父親的這一個案件有比較初步且完整的輪廓，因為我父親從來都沒有講過半句話，後來他比較晚年在臺東的時候，因為許多一些部落長老及學者去探訪他，我父親皆採取沉默，遇到一些比較關鍵的事，他不講，所以我自己對我父親，甚至於家族對於父親的案件，其實大家都非常不清楚。

這 6 篇文章其實我看了之後非常地震驚且感動，真的非常謝謝他們所做的努力。尤其這一個標題寫中我內心，「墜落在白色恐怖的恐懼中」，確實是這樣子的，那種無助真的有太多無奈在裡面。

真的是有太多的事情，要在這麼短的時間，不知道要怎麼表述。我今天可以在這裡來陳述一些事情，我想表達的是，我對於未來是有盼望的，我相信臺灣對於族群的問題會越來越好。

金恩博士在 1963 年 8 月份的演說「I have a dream」，他相信黑人的男孩、女孩跟白人的男孩、女孩可以攜手同進，我也希望透過今天這樣一場合，大家對這一件事的關切，能夠在未來的日子裡有長足建設性的改變，謝謝各位。

主席陳大法官瑤華：

請杜先生就坐。

我想杜先生的發言很重要，我想憲法法庭不只是一要考慮過去，其實考慮過去當然也是為了未來，不論憲法或法治，皆是我們很需要考慮的方向。現在進入下一個詢問鑑定人的時間，接下來請蔡志偉鑑定人發表其鑑定意見，因此請蔡教授。

鑑定人蔡志偉教授：

審判長、各位大法官大家好，謝謝法庭請我來針對今天這個案件提供一些鑑定的意見，原則上我想就按照所提供的爭點來作以下的發言。

爭點第一個部分提到比較重要的點是，討論原住民族與中華民國間究竟是否存在關係，而這一個關係又是如何的關係？我想先提出一個想法，應該要讓各位及所有的人都瞭解到，原住民族的概念基本上不是一個單純文化的想法，更重要的是必須要放在一個國家暴力的這樣過程中來理解，因為我們從全球的脈絡裡面看到，原住民族原則上因為有一個外來的現代國家暴力，在原本屬於原住民族所生活及自我管理、自我統治族群領域的概念底下，透過這種不管是推翻或者是征服也好，或者任何一種不正義的形式來取代原住民族對於自我管理或者自我治理的權限，因此不管是聯合國也好或者是各個國家界定原住民族與其間關聯性的時候，必然都會提到一個事實，而這一個事實是在於原住民族是先於現代國家就已經存在了。

以英美法系統的國家來說，這個事實本身就會衍生出幾種不同跟原住民族建立政治關聯性上的基礎。像加拿大而言，他們在 1763 年的皇家宣言裡面確認原住民族跟加拿大聯邦政府他們互為法主體的獨立政治實體，美國在 19 世紀初的幾個司法實務見解也都確認了美洲印第安人是在美國主權範圍裡面的 domestic nation 概念。

這個想法其實屬於大陸法系國家的理念來說比較沒有被採，但沒有被採，不代表原住民族與現在國家間不存在的對等關係，其實我們可以從臺灣現在為何在 97 年幾次增修憲法之後，後來制定原住民族基本法的發展，也就是往前回溯到確認這樣的關聯性，這個是第一個前提，我想跟各位說明。

第二，有了這樣背景之後，我想再回到這一個案子很大的癥結點，在這一個案子追溯及審理期間，被告本身跟這一個國家的司法權間究竟有無關係。我的想法是，其實司法權的行使應該是國家主權表現的方式；換言之，我會提到的是，原住民族—特別是臺灣的原住民族而言—在中華民國這一個國家的實體在 1945 年之後，甚至到 1950 年被告這一件事情發生的時間點，對於原住民族來說有無正當性？我為什麼會這麼提？因為憲法其實很強調的是國民主權概念，但是臺灣的原住民族是不是屬於這一個政治實體的組成是有疑問的，即便我們可以看到很多資料說當時中華民國在大陸地區制定這一部憲法時有臺灣區域的代表，但是這一個代表是否能夠表現出臺灣原住民族參與的代表性，我覺得這應該都是要被質疑跟討論的。

甚至，我們從原住民族的立場來說，如果中華民國是一個國家，回到二戰結束之後，作為一個聯合國的成員國，其實他的主權範圍應當沒有包含臺灣，至少在 1950 年代之後，在這一個過程裡面，從原住民族的想法，中華民國本來就不應該有它的管轄正當性。因此綜合前面來說，我這邊所提出來的見解認為在這一個案子當中，對於當事人（被告）實施司法管轄權之正當性其實有相當程度的疑義，而且有相當程度的爭議在，這是從這一個案子本身實施管轄權的這一個角度來說。

為何會這樣提？其實我在我的鑑定意見書有提到，臺灣的原住民族其實在經過這樣不同政權統治的過程裡面，用一個學術上的研究來說，其實一開始，原住民族是被當作在國家的統治範圍外的社群存在，所以是一個化外之民。在日本統治時期的 50 年當中，將臺灣整個納入他的統治範圍內，其實他仍然是法律之外的人民，這在很多日本時期的文獻大概都有提到，我在我的鑑定意見裡面也都有提供給各位大法官瞭解。日本時期的官方見解認為當時被日本人稱呼我們為「生番」，因此在日本時期的官方見解當中，認為生番人的行為不適用日本現代的刑法，當然也排除了任何法治國家原則的適用。

因此到 1945 年結束二戰之前，至少日本政府統治臺灣的這一段期間，臺灣的原住民族其實排除在國家法律能夠被適用的對象上，絕大多數這樣的一種案件本身都

是由行政裁量去按照地方性的習慣來尊重或者是採納作為解決糾紛的一種方式。

但是到二戰結束以後，其實國民政府退守臺灣，很快從 1949 年就有實施所謂的戒嚴，我還是要重複，在臺灣地區實施戒嚴的舉動本身，對於原住民族群不具有正當性或值得討論的，因為畢竟在整個政權交替或是轉換的過程中，理論上應當要來尊重當地住民的自覺，我想這特別是二戰結束後，國際間對於處理過往殖民地人民其中的一項準則。

比較特別的是，我們會發現當時國民政府直接把原住民族納入在國家統治的範圍內，但在許多國家治理的手段上，對於原住民族的事務一樣排除在法治國的原則，絕大多數對於原住民族事務的處理，都是以行政的手段來達成。

另外一個層面我們也會發現到為了要避免原住民族本身的民族性質可以作為我們對於國家或者是國民政府在臺灣實施其統治權力的正當權力主張，很快在 1947 年 7 月 1 日就通過當時日本人在統治末期改稱我們有原住民族的概念改叫做「山地同胞」。「山地同胞」的概念其實有幾種不同的意涵，其中一個意涵其實要去除掉我們作為民族的地位，而能夠主張民族自覺的權利；另外一個政策上的意義，其實是要延續日本統治時期對於原住民族在以國家所界定上的一種落後或者是不文明，然後需要透過教化及同化後才能取得完整法律人格這樣的想法。

所以，我覺得從這種種的跡象顯示，也就是本來對於臺灣的原住民族來說，因為從整個在臺灣曾經實施過的政治實體間的互動關係上來說，政府跟原住民族並沒有實質的關聯性，而是兩個彼此互相獨立存在。到日本政府開始將原住民族納入到整個範圍內，但排除法律適用，也透過文化上的界定給予這種不文明需要被教化的地位，到了 1945 年才開始要思考授予一個完整法律人格的地位，但後來因為戰爭的關係而沒有延續，而整個戰後國民政府來了以後，其實給予原住民族山地同胞的資格及身分其實是延續了日本時期歧視性及殖民性的作為。即便對於這一個案件在討論的，被告如何能夠取得中華民國身分的這一件事，其實應該要從國家強制實施所導致的，而缺少在整個正當法律程序的要求，所以在第一點的爭點議題上，我提出來，也就是在於我們必須要嚴正質疑當時中華民國政府在這一案件當中實施司法權這一件事，其實從原住民族的角度來看是不具有正當性的。

延續到第二個部分來說，其實這一個案件本身想要從轉型正義的角度來討論及提供一些可能救濟的一種方式，因為轉型正義本身在整個概念上與適用上，如果沒有一個比較完整性對於原住民族在整個臺灣這塊土地上所經過的過程，可能就會僅僅侷限於戰後國家的高壓統治或是專制所產生的不正義，而從這一個面向來尋求救濟。

當然，從我前面所提到的原住民族與國家間的關聯性來看，如果我們不從歷史

的深度來說原住民族議題的話，其實就會侷限在國家轉型正義的框架裡面，並沒有辦法完整性突顯原住民族的議題。因此我在鑑定書裡面也有提到幾個國家的做法，包含加拿大及澳洲，很清楚的是這些國家都有意圖想要透過在某些福利措施上的損害而導致出來的不正義，然後去規避實質上剝奪一個民族作為一個自主體的權利，而透過轉型正義能夠恢復的可能性。

我們既然能夠瞭解到其他國家的做法，今天我們如果在臺灣要來處理原住民族轉型的議題，就必須要避免掉這一些歐美國家，特別是前英國殖民地國家裡面所產生出來的一些缺失。我們會發現到一件事，至少在處理原住民族轉型正義的議題上都必須要有時間的延續性，當然至少必須要讓國民政府—中華民國—這樣的一個政治實體作為日本殖民政府的延續，而對於原住民族的損害要通盤思考。

換言之，原住民族在正義這一件事應該要處理的面向有兩個：第一，像本案所面臨到的戰後國民政府時期，因為實施戒嚴宣告動員戡亂而產生威權統治而有不正義的案件；第二，多數的原住民族所遭遇到戰後威權體制的不正義，其實多數發端自日治時期，而繼續維持到戰後國民政府時期對於原住民族政治、經濟、社會及文化上的整體不正義。

因此把這兩個切斷來看的時候，可以面臨到整個救濟上的不夠完整或論述上不夠完備，在我的鑑定書裡面大概也有提到一件事，如果把原住民族所遭受到不正義，仍然包裹在強勢社群間的對話結構中，可能就會邊緣化或者弱化原住民族的議題性，好比像二二八事件所產生各項轉型的作為，即便是現在討論到可以救濟幾個不同法案的這幾件事。可是我們會面臨到一件事，這一些法律體系或者是我們今天在討論的每一個法規，好像都沒有辦法往前延伸處理原住民族，其實我們今天所面臨到的不正義，並不是戰後才開始，而是必須要把時間至少拉到日本政府時期所建立起來的一些制度，因為這一些制度被後來國民政府繼續維持甚至強化，你如果把這兩者間的關係切斷的話，其實從原住民族的角度來看，我們很難以撼動以中華文化及漢人史觀所建立起來的憲政建構，這是比較嚴重的問題。

我舉一個跟本案比較沒有相關的例子：原住民族有很多土地流失，我們今天討論土地正義的這一件事，我們也看到很多實際上的個案，不同的部落、不同原住民族都提到返還土地的主張與要求，但是我們會看到很多行政機關都是直接以行政院曾經公布的收復區敵偽的產業辦法，認為因為這是臺灣光復，臺灣政府接收日本資產，因此取得這些財產是有法律依據的，因此很清楚把這一種延續性不正義的法律關係斬斷。

總體來說，對一個原住民族的轉型正義在現代中華民國法治中思考時，我們必須要討論的幾件事，原住民族所遭逢到國家暴力的不正義，其實是跨政權、跨世代，

更是一個跨政黨的議題，因為對於絕大多數原住民的朋友而言，我們都曾經跟其他一般漢人朋友們都一樣，經歷過一般社會面對國民政府威權統治的時期；可是另外一方面，我們卻有漢人朋友們沒有曾經經歷過被主權國家認定是不具有法人格的時期。也就是說，我們在處理原住民族同樣受到威權統治所提出來轉型正義訴求的話，我們很可能把原住民族本身一般化，在整個調查工作上會片斷化或碎裂化，因為政權移轉跟繼受的不正義，很容易就會被消除掉。

在中華民國所處理的問題，我統整把前面這兩件事一起說明，現在在處理原住民族這些過去歷史的不正義或是不正義的案件本身，其實在一個轉型正義的理想底下，現在中華民國憲法縱然不是那麼完美，但是在增修條文裡面已經設定了一個價值叫做「多元文化」，原住民族基本法其實是作為這個國家現階段要能夠完成多元文化這個工程不可或缺的要件。而原住民族基本法最重要的理念其實強調的是「民族自覺」，在司法權利的主張上，我們會發現原住民族基本法處處可以見到的是，在主張應該要有一個原住民族的法律與這個國家的法律是平行的狀態。也就是在於我們從現在的角度，現在從轉型正義的面向切入回過頭來看本案的狀況，其實應該要解決的是，中華民國司法權對於本案當事人作為一個原住民是否合法？

第二，從轉型正義的角度去看，我們從「民族自覺」的角度導入的是如何從原住民族法律、原住民族習慣，甚至原住民族的文化，讓轉型正義的面向能夠是最完整的。

比較可惜的是，這一次在整個爭點整理上及審理中，並沒有把這一件事真正突顯出來，是滿可惜的，對於一個憲法法庭要處理轉型正義的議題，而原住民族作為這一塊土地上這麼特別，要作為法治國原則表章上最重要的社群來說，這一個議題在目前的爭點處理上，我覺得還有很多跟原住民族法律應該要介入的部分。我先作這樣的發言，以上。

主席陳大法官瑤華：

謝謝蔡志偉教授，請機關方的訴訟代人詢問鑑定人。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

非常謝謝蔡教授為我們提供這麼精闢的鑑定意見。

在這邊冒昧跟審判長提出一個請求，今天很難得能夠邀請到杜先生到我們現場來，剛剛杜先生在陳述意見的時候，機關方看到陪伴他一起來現場的女士在旁邊流淚啜泣，機關方感到非常沉痛，不曉得有沒有辦法讓我們特別珍惜杜先生來到現場的機會，而且現場有這麼多的機關方代表，請杜先生告訴我們，機關能夠為杜先生具體做一些什麼，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

審判長認為應該先讓雙方聲請人詢問鑑定人，因為鑑定人剛才的陳述裡面，其實也涉及到如何面對杜銘哲先生這一個案子的重要考慮，事實上也需要考慮至少鑑定人的觀點，我現在先請聲請方詢問鑑定人。

聲請方訴訟代理人高毅先生：

謝謝審判長。

聲請人有一個簡單的問題想要詢問鑑定人：依您剛剛所述，主權國家對於原住民族就歷史正義的重要性，如果 鈞庭做出補償條例違憲判決的話，是不是不排除杜先生依照補償條例去申請補償的權利？

鑑定人蔡志偉教授：

簡單回答，同意。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

聲請方想要追加請教鑑定人蔡教授，如果按照您原先的主張，目前是不是有管轄權的問題，如果是有管轄權問題的話，是否意味著 鈞庭不適合受理本案？如果 鈞庭是屬於中華民國憲法下所設的憲法法庭， 鈞庭不適合受理本案，聲請人應該要向何法院來聲請救濟？還請鑑定人進行解釋，謝謝。

鑑定人蔡志偉教授：

謝謝提問。

我剛剛所提管轄權的問題，其實是把時間侷限在本案審理期間，也就是這一個案子到 1950 年代的那一個時間點，當然現在要回過頭來說在現階段來看的話，現在中華民國理論上、形式上已經比較完備作為一個比較符合現代憲政民主國家憲法的組成型態。我只是提醒要用現在憲法法庭來處理問題時，必須要關注到歷史上的成因，跟轉型正義更重要在原住民族面向應該要被呈現的部分，而不能只侷限在是我們一般對於非原住民族，因為大家可能沒有想說為什麼要分原住民跟非原住民，我們必須要把這樣的視野再更擴大，把原住民族的因素倒進來在整個憲法法庭運作的過程中思考這一件事。

第二，我甚至也建議，當然也有可能透過國際上可能有的申訴救濟程序，不外乎可能是一個做法，但可能會面臨到一個問題，一方面在現實上申請的不可能，或者即便成立了，國際申訴救濟程序的見解或者裁定對於中華民國會不會產生實質的效果，這又是另外一回事。

我剛剛所說管轄權的問題，是從這個案件在發生的時間點來考量，現在要回過頭用現在比較具有民主正當性憲法法庭在審理時，所要採的一個面向，應該要考量到原住民族在整個歷史脈絡下面臨到一個不正義因素作為一個很重要的考量基礎。

主席陳大法官瑤華：

聲請人方還有沒有要詢問？

（聲請方沒有問題詢問）

主席陳大法官瑤華：

請吳大法官提問。

吳大法官豪人：

剛才聲請方所提的問題也是我想要問問題，雖然限定到 1950 年。我先問一個小問題，在杜孝生案的那一段時間，就您所知，不是用現在的角度來看，那時的原住民，不管是鄒族或者是泰雅族，他們覺得自己跟中華民國是什麼關係？

鑑定人蔡志偉教授：

謝謝大法官提問。

就這一個問題來說，我先提供一個客觀的法治條件，在 1958 年或 1960 年以前，臺灣山地是受到國家安全法所管制的，一般人跟山地人的互動是受到限制的，對於部分的原住民族而言，其實戰爭的結束是否能夠認知為是另外一個國家的建立，這是有問題的。也就是說，為什麼會有這樣的問題存在？也就是資訊的取得跟資訊的散布，在當時主客觀的環境條件底下是有困難的，這個情況可以從很多不同的事證都可以證明這樣的資訊取得或者資訊散布的不可及性，因此對於部分長者而言，也就是在那時期而言，究竟我們跟中華民國之間是否具有一個國民跟國家的關係，其實是要看區域而決定；也就是說，如果是比較屬於在日本時期所劃定的特別行政區（番地）的話，那是完全被管制、限制，我想鄒族就是屬於番地，以我自己來說，我們也是過去的番地，所以在 1960 年前，這樣國民跟國家的關聯性對於原住民族而言，是否存在，是有很大爭議的。

吳大法官豪人：

我又聯想到一個問題，因為這是一種對比，你剛剛談到日本人來臺灣的時候，他們延續了哥倫布以來的傳統，先假設原住民不是人，才能無主物先佔他們的土地，才會慢慢創造出所謂文明度提升，有可能變成人，甚至變成基本國民，但是原初確實就不是人。

中華民國為什麼要把原住民視為人？我想到的是，日本人來統治臺灣的時候，有一個特別刑法，完全違反日本法的傳統原則，也就是所謂的匪徒刑法令，裡面所謂的匪徒是武裝抗日就是匪徒。但是匪徒刑法令是一審終結，最低本刑是無期徒刑，是個惡法。如果以那時日本接受歐洲西方的刑度是不可能訂出這樣的法律，唯一能

夠解釋的是，要把臺灣人視為本國的國民，否則有可能交戰地區，也就是不是日本人，不是日本人當然就不適用日本刑法，抵抗你並不是因為觸犯一般的刑法，甚至也不是什麼特別刑法，根本就是戰爭，但是是要避開。

如果這樣的想法，中華民國把原住民視為是本國人，那原住民並不知道什麼是本國人，認知落差很大，也就是如果按照你剛剛原來的講法，以部落人的角度來看，並不會必然認為是中華民國國民，如果這個時候，中華民國會遇到跟日本人同樣的問題，不視為公民，他們就會變成外國人，視為外國人的話，高一生、杜孝生就不能用貪污治罪條例，外國人貪污治罪什麼東西？

所以從這個角度來說，聲請人要聲請這一次釋憲中，雖然有一案是用原住民身分的人，但並沒有特別強調這個身分造成在憲法上，因為具有原住民族身分，所以適用的補償條例會違憲，並沒有特別強調原住民的特別性。我覺得這一點困擾，聽你這樣解釋，我覺得會有別的可能性，確實有別的可能性，就像剛剛聲請人所擔心的，根本就沒有管轄權，這一個案子不能進來很有可能。

你不斷強調就原住民的角度，最好是能夠依照原住民自己的法律，一個跟中華民國平行的法律能夠建立，這在過去很難想像，現在是聯合國的價值之一，現在是可以想像的；如果是這樣的話，以杜孝生案或者是高一生為例的話，原住民的傳統規範會如何幫他轉型正義，你能不能給我們一種想法？你們會如何對待這樣的案子？

鑑定人蔡志偉教授：

謝謝吳大法官繼續的提問。

我覺得應該要把案件的屬性先界定起來，究竟是一個國家主權境內的個人因為違反國家行為而產生的一個案件，還是從原住民的角度來說的時候，我們今天要尋求和解時，必須是兩個講大一點，可能是主權實體間的和解，就這一個案件本身，因為我們如果仍然把它界定在一個個人作為這一個案件所關注對象的話，可能只會侷限在國家法律的框架內。

如果今天回溯性用原住民族的習慣之轉型正義來討論時，必須很明確把它成為兩個不同政治實體間，因為一個人的行為而產生的衝突，因此他要去解決能夠被和解，必須要去確認這兩個是一個政治實體間的關聯性，我覺得要從這個角度去思考。

吳大法官豪人：

你剛剛舉到很多英美法系的例子，雖然很多不是直接的轉型正義，因為走轉型正義通常限制比較多，比如 lost generation 那一種而已。你可以假設說在國家宣稱原住民還是他的國民，而對他施予比如加拿大的刑法，現在這一個國民後來變成這一個族群被承認是第一民族，而且是很高度自治的時候，他們自己內部要如何界定那

些過去被加拿大的刑法所罰，甚至殺掉人，你要如何翻案？目前有沒有這一種 case？或都是依賴加拿大的法庭？

鑑定人蔡志偉教授：

如果以加拿大的狀況而已，我自己有限的理解，因為他們現在修憲以後，有一個自由人權憲章，他們有一個人權委員會在處理這樣的狀況，以澳洲來說，他們有一個人權委員會，如果屬於比較歷史性的案件處理，大部分都會歸到那部分來處理。

甚至，美國現在實際上印第安人跟美國州政府間存在的是一個平行的管轄權，他們的管轄權是互相獨立的，但是美國作為一個聯邦國家，只會有一個聯邦法院，屬於州管轄的案件由州法院來處理，屬於印第安法院管轄的案件由印第安法院來處理，最後都可以有一個終審，叫做「美國聯邦法院」。以目前的發展來看，一個主權只會有一個所謂的最終審，所以即便在平行管轄的部分，其實仍然會保留一個空間，讓國家的管轄權能夠被介入。

吳大法官豪人：

我再問最後一個問題，剛才李念祖教授為我們敘述一個充滿司法一貫性，而且具有歷史一貫性的司法想像，他描述的司法必須以釋字第 9 號打釋字第 2、300 號，感覺上中華民國司法仿佛沒有從中國到臺灣、從戒嚴到戡亂到民主等等的歷史變化，始終是在自給自足的狀態，聽了非常令人嚮往的烏托邦。

本席從未聽過面對轉型正義如此樂觀且如此扁平歷史意識的法律人，但我認為他非常非常清楚他的說法，因為他告訴我們說我們只能做到這樣，其他的事情不要做，我因此推論聲請方雖然拿杜孝生的案子來做聲請的標的案件之一，是有意用具有原住民的身分，但是釋憲的內容又跟族群身分完全無關，只是做一個隱喻，告訴我們要注意到有一個族群涉及到，並不是單一像李律師所談的，不然你們聲請有关要求我們釋憲的爭點裡面，並沒有特別強調原住民身分到底在這裡面有什麼重要性。聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

請問大法官現在是曉諭我們要補充？

吳大法官豪人：

我們有感到困擾要針對哪一個部分，因為蔡教授講的，讓我們發現似乎他剛剛提到的東西，有一點超越我們法庭的能力或者是我們可以 cover 的能力，而不得不感覺到；你以為我在譏笑李念祖律師，其實不是，我發現他很聰明。我們最後是不是又回到原來你要求那幾個爭點，而這個爭點似乎跟剛才蔡教授所說的原住民問題，在這邊是完全不必考慮進去的，你覺得是不是這樣？比如你才會講說，如果我們能夠幫杜案爭取到中華民國的賠償，你也 ok？

鑑定人蔡志偉教授：

（點頭）

吳大法官豪人：

你的 ok 似乎是不得已的 ok？是指總比沒有好的 ok？

鑑定人蔡志偉教授：

應該也不能說，我覺得最後大法官所提的，我當然不會那麼消極的想法。我相當期待其實在我參與這次的鑑定過程中，也看了其他的意見或爭點也好，我發現到的是，我們仍然在用中華民國的法律技術要處理平反原住民族的歷史不爭議，縱然獲得了賠償，但爭議的真相並沒有真正從原住民族的角度及想法揭露出來，這是我想要傳達出來的訊息。

其實很清楚的是，所有的法律在過去的這一段時間裡面都排除了原住民族的參與，所有大家在運用的法律技術、法律工具並沒有原住民族參與的過程當中，但現在卻要用這樣的一套機制，要給原住民族的受害者，給他一個法律上的爭議，而這一個爭議是否符合真正從原住民族文化角度切入的想法，這是我比較想要表達的部分。

主席陳大法官瑤華：

很謝謝鑑定人，我想其他大法官是不是還有問題想要詢問的？

高大法官涌誠：

謝謝蔡教授，假設本庭可以做一個切割，比如剛剛李教授所講的用釋字第 463 號，以軍事審判對一般人民的程序正義角度來看，假設可以切割，我想請問蔡教授，回到本案真正的標的來講，內亂、外患在中華民國刑法第 100 條或者是原先的懲治叛亂條例，內亂、外患就以您是原住民的角度來看，如何處理這樣罪名？

接下來的問題會合乎到我們的標的，因為戒嚴時期不當審判的補償條例裡面是政治性案件，也就是立法裁量認為是政治性案件，而政治性案件立法裁量的範圍對原住民來講又是什麼樣的觀點？是不是區分政治性案件跟非政治性案件對你們來講沒有意義，對你們來講，杜銘哲案是不是可以有一個好的處理方向？或許這樣比較聚焦。

鑑定人蔡志偉教授：

如果把時間拉回到 1950 年代，要回答內亂、外患對原住民族而言，我覺得那是沒有意義的，因為連結到所謂的政治犯，我覺得這兩件事必須要有連結關係在，假設我這個個人必須跟這一個國家有政治上的連結關係才有意義，我如果跟這個國家沒有政治上的關係，構成要件不可能滿足、符合。所以這一個案件之所以會被確認或過去會做這樣的判定是，國家有意識性讓這個事情本身產生這樣的結果，已經先

設定一個結果，再找一些因素連結在一起，可是這樣的做法，其實當然就是為什麼我們會在這裡，也就是要解決這件事。

回應到高大法官的疑問或提問，必須要很清楚確認包含了在那個時期的幾位鄒族，甚至其他原住民朋友，都在強調一件事，也就是原住民族要自治，這個是歷史上的文獻都看得很清楚，他們要做什麼、我們要做什麼，我們就是不要或者我們就是要選擇做一個自治的主體而存在，這樣的舉動跟行為被當時的國家作為是他審判的依據。

主席陳大法官瑤華：

好，我想利用……。

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

不好意思，機關方有一些程序上的異議想要請教 鈞庭。關於本件聲請人杜孝生案，雖然他具有原住民身分，但是本件的脈絡下是在戒嚴時期下因為不當的審判而受到權益上的侵害，這部分跟我國與我國原住民間的轉型正義沒有關係，所以機關方的部分希望請 鈞庭裁示說，到底本件訴訟標的是不是就是與聲請方目前提出來的訴訟標的相同，不應該逾越聲請方所提出來訴訟標的的範圍。

吳大法官豪人：

最近有一個案子是沖繩或我們說琉球人，雖然是外國人，但是得以求償的法院判決。我們想要知道杜孝生是不是外國人，這個很重要，如果沒有搞清楚的話，我們怎麼連結在一起？

主席陳大法官瑤華：

我覺得其實聲請方一直提到：可能戒嚴法制間所構成的某一種關係，一個其實實際上並非屬於國民的身分，但是被以國民的方式產生一個罪責。如果我們現在去想像從某一個作為日治或者是更早的殖民時代，其實這本身就是一種侵略或者是類似掠奪的行為。因此我們從這個角度考量的話，其實有一部分的轉型正義還是在這範圍裡面必須要解決的，這跟聲請方提出來、有必要針對這一些標的去釐清，現在聲請方如果加上蔡志偉教授的鑑定意見，我覺得現在考慮這一個問題時，必須要涵蓋剛才所提到這樣的一個點，也就是應該要再考慮：這中間其實並不是原來完全拘束於漢民族或是屬於另外一個群體的關係，只是要擴大考慮的一些面向，所以我覺得爭執的標的並沒有因此被逾越。

我想利用最後這個機會請問杜銘哲先生，因為剛才機關方訴訟代理人也有提到很想知道您的想法，想要問您願不願意回應剛才機關訴訟代理人，想要聽聽您對於剛剛提問的一些想法。您願意回應嗎？

聲請人杜銘哲先生：

謝謝。

我現在已經滿適應族群間的問題，包括現在坐在我旁邊的是我太太，她是漢人。剛剛聽到吳大法官說「不是人」，以前我應該會滿震撼的，我覺得這就是法律上的問題，我個人覺得我滿感動今天大家很認真討論這樣的一個問題，我還是重申我剛剛講過的，我對這樣的議題不斷被討論，我抱著比較樂觀的態度，希望未來會是美好的。

對於我父親的這一件事，大概有 10 幾年的時間，我受到很多人的幫忙，我想藉著這個機會特別謝謝他們，包括范燕秋教授、周婉窈教授、呂敦偉老師，還有今天在我旁邊的黃丞儀副研究員及撰寫 6 篇文章的高毅先生，今天對我來講都是生命中非常重要的一個經歷，我沒有特別想要作什麼樣的回應，我覺得我今天很高興可以來到這裡，謝謝大家。

陳大法官瑤華：

謝謝，我們今天很高興杜先生的發言，所以我們今天的言詞辯論到此結束，非常非常希望在 11 月 19 日在座各位還會參與續行的辯論程序，我們今天就到這裡。

（模擬憲法法庭結束）

105 年 11 月 19 日模擬憲法法庭之 言詞辯論程序筆錄

時 間：105 年 11 月 19 日（星期日）上午 9 時整-下午 6 時 20 分

地 點：臺灣大學法學院霖澤館國際會議廳（1 和 2 樓）

出席者：8 人

大法官：陳大法官瑤華、高大法官涌誠、高大法官焯輝、林大法官孟皇
孫大法官迺翊、官大法官曉薇、蘇大法官彥圖、吳大法官豪人

主 席：陳大法官瑤華

紀 錄：書記官薛雅婷

開始紀錄

主席陳大法官瑤華：

各位早，我們先開放給媒體照相，希望等一下辯論進行的時候，不希望媒體在會場走動，這其實是為了尊重聲請方及機關方慎重思考、辯論，請大家遵守法庭上的規則，包含參與者也是一樣，我想這個其實是為了大家的權益。

（媒體拍照）

主席陳大法官瑤華：

請書記處朗讀案由。

書記官：

謂審理模憲字第 4 號杜銘哲案與模憲字第 5 號黃國昌等立委聲請案兩案，認戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例，有牴觸憲法之疑義，聲請憲法法庭判決案，本法庭於今日民國 105 年 11 月 19 日續行言詞辯論程序。

主席陳大法官瑤華：

在今天我們開始辯論續行之前，我想先確認雙方到庭的狀況以及機關方代表，首先我想確認一下聲請方訴訟代理人到庭的狀況，是不是全部都到庭？

聲請方訴訟代理人涂予尹律師：

杜案訴訟代理人黃副研究員還沒有到，但等一下馬上就到。

主席陳大法官瑤華：

謝謝，我想確認一下機關方的訴訟代表，是不是都已到庭？

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

除了請假的代理人以外，其餘代理人均已到庭。

主席陳大法官瑤華：

所以是駱淑娟律師與鄧敏雄律師請假？

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

是。

主席陳大法官瑤華：

想確認早上鑑定人到庭的狀況，是不是鄧衍森教授、陳俊宏教授、高思博教授及王韻茹教授都到了？

（鑑定人皆到庭）

主席陳大法官瑤華：

想確認一下機關代表到庭的狀況，薛化元董事長？是不是有一位研究員也與會？

（機關代表薛化元及柳照遠已到庭）

主席陳大法官瑤華：

接下來想要針對今天言詞辯論的發言規則作一點說明，基本上發言的部分可以在座位上發言，包括鑑定人及機關代表，也可以到庭前面發言。發言的內容其實我們都已經閱讀過，發言的時候請盡量簡短，最好針對爭點且不要重複，請大家發言要控制時間，如果是 15 分鐘，盡可能在 5 至 10 分鐘發言完，盡可能增加我們辯論及思考的時間。發言檯現在在審判長的右邊，下午的時候會移到左邊，請書記處注意這一件事。

詢問鑑定人的次序，為求公平，所以兩造的順序會交替，以保護兩造的權益。必要的時候審判長跟大法官可以打斷詢問及發言，因為這樣子的言詞辯論主要是為了讓大法官能夠在裁量的時候，可以有更多的訊息，所以我們希望大法官在進行的過程中，可以基於釐清議題的需要打斷發言，我不知道兩造是不是同意這樣的發言

規則？

兩造：

同意。

主席陳大法官瑤華：

現在請二二八基金會代表薛董事長陳述要旨，時間是 5 至 10 分鐘，現在增加研究員的發言，所以請儘量簡短。

機關代表薛化元：

先請柳研究員發言。

機關代表柳照遠：

審判長、各位大法官、各位學者、專家、各位女士、先進大家早安，二二八基金會非常榮幸能夠這一次受邀來報告，這一次跟議題無關的事項先向 鈞庭報告。二二八事件紀念基金會是根據二二八事件賠償來處理賠償條例的設立，主要目的在處理二二八事件的賠償事宜。我們這個條例裡面規定的受難者之法律性定義於本條例第 2 條：「本條例所稱受難者，係指人民因本事件生命、身體、自由或財產遭受公務員或公權力侵害者。」另外，根據戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例，這是在民國 84 年二二八條例公布後三年制定這個條例，這個條例的規定是針對戒嚴時期不當所謂審判受裁判者的裁判事宜，另外有稱一個補償基金會來處理。

因為兩個條例分別立法，相關設立一些機構來作補償或賠償事宜，但因為補償條例是在民國 99 年 12 月 16 日就截止受理申請，補償基金會是在民國 103 年 3 月 8 日解散，9 月 8 日完成清算。因為針對補償基金會結算、清算後的業務，行政院在 103 年 10 月 15 日召開一個會議，這個會議結論主要是：補償基金會解散清算後，對補償基金會所做成之決定不服，提起訴院及行政訴訟案件因素，受裁判者及其家屬依規定申請或補發回復名譽證書，以及持續仍有補償金相關陳請案件之處理業務，由行政院指定內政部承繼辦理，至於補償條例之主管機關仍為國防部。內政部就在 103 年 12 月 1 日將上開業務函請二二八基金會辦理。

其次根據內政部門民國 103 年 12 月 5 日的公告，內容是：配合財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會解散，對原補償基金會作成之決定不服，提起訴願及行政訴訟案件之因素，受裁判者及其家屬依規定申請或補發回復名譽證書，以及持續仍有補償金相關陳請案件之業務，至 103 年 12 月 10 日起，委託財團法人二二八事件紀念基金會辦理。

另外，根據內政部在 103 年 12 月 2 日召開的協調會議，這個協調會議裡面有分別邀請國防部、法務部及文化部等相關單位列席，會議紀錄的決議為幾點：第一，有關補償陳請案的處理，依行政院及國防部的意見，因補償條例所定補償金申請期

限已經終止，二二八基金會將維護陳請人欠難受理，不再深究當事人是否為受裁判者是否適格，二二八基金會日後受理陳請案不涉及修法，應將建議意見入案後，再送請國防部作為是否修法參考；第三，國防部為補償條例之補償機關，未來二二八基金會處理的相關業務，如條例有適用疑義，應洽請國防部提供法律見解及解釋；第九，白色恐怖相關陳請案件之處理，各機關單位依行政院 103 年 10 月 15 日召開研商補償基金會解散清算後，相關業務承繼及辦理機關會議結論之分工權責辦理，例如涉及補償條例修正由國防部處理，關懷受難者由文化部處理，未結的行政爭訟、名譽回復及補償金陳請案件由二二八基金會處理，日後各機關收到的陳請案件，應先針對各自主管的部分進行答覆，涉他機關權責者，並主動移交權責單位，不得轉請二二八基金會處理。

因為根據以上的這一些函釋向 鈞庭報告，在業務處理方面包括行政院內政部基本上界定一個非常清楚的範圍，關於這兩個案件，分別向二二八基金會提出陳請。提出陳請我們的處理都是協助他們向檔卷的主管機關，也就是人權博物館籌備處調閱相關的檔卷，讓他們的家屬能夠閱覽這一些檔卷。但是在調閱檔卷的同時，人權博物館籌備處的回函裡面非常清楚表達，在說明欄說：依戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 9 條及內政部 103 年 10 月 28 日所召開之分工協調會議結論，旨揭卷宗不得作為其他與受理分辦職權無關之用途使用。因此這一點也向 鈞庭報告，不管是在協助方面或是關於業務處理方面，相關機關也設定了很多界限，非常清楚。

關於這兩個案，二二八基金會根據內政部前面報告的函釋，我們接受家屬的陳請，按照他們所要求的分工協調會議結論來作處理。以上先報告，其他相關意見的部分，請董事長薛化元先生再向 鈞庭報告，謝謝。

機關代表薛化元：

我有一個簡單的書面發言。

針對這兩個案子，原本在戒嚴時期根據戒嚴法接受審判的人民，在戒嚴之後可以向法院上訴，不過因為制定國家安全法的關係，剝奪他們的權利。1991 年釋字第 272 號解釋，主要是認為為了求安定性的考量，認為限制是合憲的。

我想提出一點：戒嚴法是屬於非常狀況、緊急狀態不正常的法律規範，換句話說，目的是為了因應特殊的情形之下，所以針對人權的保障部分，不論從適用法條或實際偵訊過程或審判過程，可能會有一些相對的瑕疵。因此，戒嚴法才會明定恢復到比較正常狀況之下的話，也就是解嚴以後，受到軍法審判的人民他們能夠有再上訴的機會。如果這樣的話，當事人或者他的代理人就有機會可以在法院裡面閱卷，看到相關所有的檔案，包括知道誰檢舉、誰提供什麼證據等等，這都很清楚，這樣

的話，原本是內部救濟或是某種程度從戒嚴到解除戒嚴，這一種體制轉變之後，得以由普通法院重新檢視相關的案件的判決是否適當，下解嚴後的轉型正義之在此制度下也才有可能性在此。

由於戒嚴法體制，基本上就不認可軍法審判的安定性，才會制定解嚴之後可以再上訴，而戒嚴法基本上是在非常狀態下對人權相對沒有保障的法律，連這一個法律都認為我們聲請這兩個案子都可以重新再有上訴審判的機會，而目前既有的國家安全法剝奪這一個權利，我覺得有很大的問題。假如要討論轉型正義的話，連戒嚴法所保障的人權都沒有辦法得到保障，那轉型正義就不用談了，以上，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

請回座。

高大法官涌誠：

想請問機關方代表，相關兩個案件的卷宗是不是都還存在？

機關代表柳照遠：

我們有調到這兩個案子的完整卷宗。

高大法官涌誠：

是不是都完整在二二八基金會？卷證是不是都在？

機關代表薛化元：

原來不當補償基金會所收到的卷宗是完整還在，但不代表不當補償基金會當時拿到的卷宗就是全部相關的卷宗，以上。

高大法官涌誠：

瞭解。

憲法法庭處理的是抽象規範審查，事實的部分，尤其牽扯到轉型正義的時候，當然除了司法面向，一定還要有歷史的面向，所以我們也很高興能夠請教機關方從歷史的角度給我們一些事實的面向。

當然我們看了機關方的書面意見，大概是就兩個案子當初審查的過程及結論。但我想請教一下的是，你們的理由是這兩個案子都駁回聲請的理由，在李媽兜案是什麼原因？是認為判論確有實據，而杜孝生案你們認為他真的是貪污嗎？這兩個真正的理由是什麼？從歷史的面向可不可以給意見？

機關代表薛化元：

回覆大法官的話，這兩個案子都不是二二八基金會處理的，如果現在要問本機關對這一件事的看法，我沒有辦法代表本機關，因為本機關有一個預審小組要先做成意見，不過站在個人的角度，首先杜孝生案原本就不在不當補償條例裡面的範圍，這是不當補償條例又限縮了國家安全法原本沒有處理那一部分的內容，所以會出現

問題。

李媽兜案會牽涉到原來不當補償條例裡面針對有內亂、外患實際狀況是不予補償的。因此從這個角度來看，李媽兜曾經參加香港會議，是中國共產黨，臺灣省工作委員會的重要幹部，因此這一件事可能會有爭議，以上，謝謝。

孫大法官迺翊：

想請教一下機關方，就你們所知卷證上面的資料，當時其實有非常多的情治機關其實都有針對這一些案件偵查，從你們所知的這一些卷證資料上，我們知道審判是軍法處，而案件如何來到軍法處？有那麼多的情治機關，是不是每一個不同的情治機關都可以起訴？

機關代表薛化元：

這部分我們應該有一個書面意見給憲法法庭，到最後起訴實際上是軍事檢察官，只是偵辦的話，就牽扯到單位不一樣，包含了調查局跟保安司令部，各單位都有，我想上面會更詳細說明。

官大法官曉薇：

因為這一次聲請的條文，包含戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例第 8 條第 2 款，聲請方爭執當時補償基金會並不是依現行法律或證據法則來審查，去判斷是否確有實據。

我想問一下數據資料，請問基金會依照第 8 條第 2 款駁回，確有實據的比例是多少？

第二，因為書面資料裡面有寫，李媽兜案是李君意圖以違法方法顛覆而著手實行確有實據，因此有寫到「著手實行」，如果依照第 8 條第 2 款，現行法律應該是指現行刑法第 100 條來判斷是否真的觸犯內亂、外患罪，並不是按照舊刑法第 100 條。新刑法跟舊刑法在構成要件上，最重要的是否有強暴脅迫的方式。從貴基金會提供的資料，我們沒有辦法判斷著手實行到底判斷的是有沒有強暴脅迫，請說明，謝謝。

機關代表柳照遠：

報告大法官，首先統計數據的部分，因為所有的卷證都在人權博物館籌備處，相關後來整個業務的移交檔卷都在那邊。我們向 鈞庭報告，我們所受理的陳請案件要調相關檔卷都要向籌備處調，所以大法官垂詢的這一些問題，如果有需要的話，我們還是要請求籌備作一些協助，以上報告。

主席陳大法官瑤華：

第二個問題好像還沒有回答，關於是否使用現行的刑法第 100 條，而不是用過去的？

機關代表柳照遠：

我們並沒有參與這個案件的實質審查，所以對這一個案件本身的問題並不是那麼瞭解，以上報告。

孫大法官迺翊：

再繼續請教一下，杜孝生這一個案子裡面，原來認定並不是屬於補償條例第 15 條之 1 各款內亂、外患等等的狀況，這部分比較有疑問的是，在第 15 條之 1 第 1 款，戒嚴時期因參與同一原因的事實行為，這部分在一般案件上如何認定參與同一原因事實行為？

機關代表薛化元：

由於基金會沒有權限去認定這樣的時期，這是之前不當補償基金會做的認定，我們只是承繼後續相關尚未完結的業務。

林大法官孟皇：

我們在看立法資料的過程當中，知道當年在制定補償條例時，立法委員的草案原本有容許當事人可以提上訴的權利，當時的機關代表說法是案件量太多，法院負荷不了，第二個是年代久遠、證據滅失，最後才未通過相關條文。你們剛剛有回答高大法官那兩個案件的卷宗還在，我想請問的是，我知道當時受理將近 10,000 件左右，核准了 7,000 多件，當然這個數據只是看資料，我不確定是真的。

我想知道的是這一些卷宗都還在，是否就像你們所講的，在人權博物館還是哪裡？我們受理的聲請包含釋字第 272 號要不要變更，想要瞭解證據資料是真的滅失實，或者卷證都還在？

機關代表柳照遠：

向大法官報告，剛剛也有報告，目前現有補償基金會的業務結束之後，那時存在的所有卷證、卷宗全部都在人權博物館籌備處，基金會經常在業務協調方面涉及到卷宗的調閱，我們還是按照程序來作調閱的工作。

因為這當初協調的時候，為了處理方便，是不是把卷證一併通通交給二二八基金會保管，這一個協調並不是我參與，後來我聽到轉述是他們決定還是文化部自己要留下來，因為這樣的割裂，所以我們在使用上沒有那麼方便。

我想大法官垂詢很多問題，我原先也有跟書記處建議是否也要跟籌備處做一些聯繫工作，不然之後相關的資料調閱有非常非常不利於我們以後處理類似的案件，所以以上先跟 鈞庭報告。卷證目前的保管狀況，因為我們不是管理機關，所以也沒有辦法向大法官報告。

主席陳大法官瑤華：

其他大法官還有沒有問題？

（大法官皆無問題）

主席陳大法官瑤華：

很謝謝二二八基金會作相關議題的說明。

接下來請國內鑑定人鄧衍森教授陳述，時間是 10 分鐘，請盡量把握時間。

鑑定人鄧衍森：

謝謝大法官、審判長，今天開模擬憲法法庭審理模憲字第 4 號、第 5 號二案，剛剛聽到二二八基金會的報告之後，我要從法律的爭點來說明。

兩個案件都有涉及到戒嚴時期不當叛亂審判案件補償條例，分別一個是就第 2 條第 2 項有關於內亂、外患罪的排除，第二個是在第 5 號聲請狀內，所指的補償條例是有關於訴訟權救濟的問題，也就是指涉的是第 8 條第 1 項第 2 款的問題，兩個案件向 鈞庭審理的法律爭點不一樣。

其實關涉的問題都在補償條例裡面，對於內亂、外患罪限定，以政治性案件來作為補償條件，我們可以從法律的角度去看，我們要關心的是，如果是一個國家在嚴重侵害人民權利之下所立的法，對於特定權利侵害被排除時，是不是不當的憲法效力？我們要關心的是，鑑定政治性案件始得為維護國家憲法秩序之後予以救濟，是否合乎我們所稱的自由民主憲政秩序的要素，這是第一個問題。

至於第 5 號聲請關於排除補償是針對基金會來審理，也同樣是限定內亂、外患罪。但是爭點在於這樣的權利救濟，關心的是權力分立原則是不是有所抵觸？因為權利救濟使用基金會，也就是我們所謂立法所委託的機關來行使救濟權，究竟是否合乎憲政秩序下所稱的權力分立？再來也排除救濟權的行使，特別提到國家安全法第 9 條救濟方式只限於再審跟非常上訴，這是第 5 號聲請狀的訴訟標的，不同於第 4 號的法律爭點，先作這樣的說明。

接下來要針對這兩個案子，同樣我們都是針對國家過去非常時期所造成人民權利侵害，如果今天要加以審理，透過 鈞庭的憲法解釋，假設我們都同意這就是所謂轉型正義問題時，我們首先應該對於轉型正義這一個概念來稍加解釋。通常轉型正義如果用英文所講「Transitional Justice」時，我們看到的這一個正義為什麼會轉型？我自己想像的是，如果我們把轉型正義倒過來說正義轉型，也許更有助於我們理解為什麼正義要去轉型；換句話說，這代表過去在一定環境下，國家特殊權力的行使也同樣是在一定法律授權之下所表彰的正義，以今天國家已經離開非常時期，再回到正常的憲政秩序下時所看到的正義是不一樣的。

所以，為什麼會用「Transitional Justice」？正義在過去是對的，可是今天環境

不一樣了，或者是有一個條件上很大的更動，我們要把這一個爭議回復過來轉型，所以「Transitional Justice」在使用上有這樣的特殊意義。

第二個，我要特別提出的問題是，第 5 號聲請狀中提出有關訴訟標的，針對權力分立跟訴訟權救濟。我首先要肯定的是，訴訟權救濟的提出是相當正確的，特別是我國釋字第 567 號曾經明白講非常時期即使國家遭遇這一種特殊的狀況，仍然要保障人民最低的一些人權。所以，訴訟權按照今天我們恢復到應該有的自由民主憲政秩序下，這一個權利的行使，訴訟權顯然不應該還是受到國家安全法所講的界定跟限制，這是訴訟權的救濟，我認為是恰當的。

但是，在標的上所稱的權力分立理論論述，我在意見上會覺得藉由這一次釋憲的作成要做一番反省，也就是 鈞庭接受這樣案子時，我們的憲法法庭能看成是權力分立下那一個機關嗎？我們不是一個政治機關。換句話說，我們正巧不是政治機關，我們是一個司法機關，因此我們處理的問題是超越權力分立的問題。

這個意思是什麼？過去的釋字裡面，經常會陷入權力分立原則，而使用到立法裁量的概念。出現立法裁量的概念，我們等於它是合憲的，這是特別針對第 4 號聲請狀當中，有指出立法不作為或是有沒有造成立法的裁量權濫用或不當行使，我藉這一個機會特別指出，大法官解釋憲法不是權力分立下的機關；換句話說，今天可以審理、解釋立法權行使所生之法律，為什麼要牴觸憲法？而是基於剛剛所講的，自由民主憲政秩序下那一個法治所應該呈現的價值，而不是藉由權力分立的觀念去達到一個所謂的謙抑等相關的問題。

我的意思要表達的是，如果我們要審理這一個案子，面對第 5 號所指摘的權力分立，而是在針對那一個基金會的事情，但是我現在要特別延伸談的是，鈞庭如果要對我國憲法解釋有所增進釋憲功能，那必須要超越權力分立的理論，要從解釋憲法的正當性跟憲政主義想法裡面去操作。我要糾正的是不要再使用立法裁量的字眼作概念化，為法律是否合憲的一種說明，這是我的目的所在。

接著我們可以注意到這幾個問題，釋字第 272 號對國家安全法的正當性，我們也從釋字的解釋文裡強調所謂國家是非常時期，我剛剛已經特別指出釋字第 567 號。釋字第 567 號非常重要時代表彰是什麼？如我剛剛所強調的，我們今天要處理轉型正義是要回復自由民主憲政秩序的時候，那一個秩序下，國家的權力不會有正當化的可能性，這個是第一個要檢討的問題。

至於，在第 5 號聲請狀裡面指摘舊刑法延續侵害狀態的問題，在機關方的答辯狀也特別指出所稱究竟當時是什麼時候的法律，是已經在 92 年公布的新刑法或者是過去的舊刑法，依照當事人提出申請的時間推定應該是適用新刑法，但不管是新刑法或是舊刑法，我要特別指出爭點不是在於法律的適用問題，而是在於補償條例，

同樣限縮案件是否有牴觸憲法的疑義，所以不管說是過去不當舊刑法第 100 條的狀態，還是新刑法增加暴力脅迫，仍然整個爭點還是在於內亂、外患這一些案件限縮的問題。接著，有關補償條例基金會權利的行使與解決相關問題，我們可以很容易感覺到這麼龐大的案件，如果沒有用便宜措施去處理，是不是反而導致人民更大的不便利？這在機關方的答辯狀特別指出這個問題。我要特別在鑑定意見書裡面指出我們在做合憲性思維，使用的角度不宜從交易的方式，也就是事實雖然有可能造成不便，有可能造成一些困擾，但是憲法解釋的本質是在確定憲法的價值跟精神、內涵，所以即使我們今天讓人民回復到正常司法程序，司法機關可能會面臨很大的壓力，但是這並不是我們憲法解釋要關心的問題，也許憲法解釋在這一問題上，回到憲法應該要維護人民權利上，可以指示在立法形式上有何等作為，而不是考量事實上的困境而同意或放寬憲法的價值，這一點我要特別作這樣的說明。

有關補償條例裡面的效益，同樣也是當時立法裁量下覺得這樣的補償條例措施是優厚的，比起刑事補償法來得優厚的想法，同樣如果 鈞庭做有關憲法爭議解決時，也不宜從實際效益上的考量來談憲法秩序應該恢復到什麼狀態，如果今天憲法解釋仍然停留在便宜措施正當性的話，我們要談論轉型正義大概就是緣木求魚。有關於鑑定意見的主要重點，我簡單報告到這裡，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

謝謝鄧教授，請聲請方詢問。

聲請方訴訟代理人鄭光倫先生：

謝謝庭上、謝謝鄧教授的意見，在這個機會我們強調，除了是立法院黃國昌等委員的訴訟代理人，我們同時也是李媽兜的訴訟代理人，立委聲請對我來講是一個訴訟途徑，不應該因此忽略掉李媽兜的生命故事，所以除了程序問題之外，希望機關方也可以加入實體面的討論。

像李媽兜案來講，李媽兜案跟典型的冤案、錯案的白色案件是不一樣的，李媽兜不折不扣其實就是企圖推翻中華民國的從事者，所以他才會被說是國家的敵人，但是一個保護思想自由跟言論自由的憲法，是不是應該也要保護國家敵人的意見？更何況，認定李媽兜是國家敵人的這一個國家是不法國家，這一個不法國家濫用刑法，將特別刑法肥大化，凡是對於黨國體制或對黨國體制有任何一點產生動搖可能的，都會招來造成各種特別刑法的伺候，甚至親朋好友都有可能成為匪諜，左鄰右舍也是避之唯恐不及，包含當事人本身跟在社會上都會孤立無援的。他去申請，但是還是申請不到，因為補償條例第 8 條第 1 項第 2 款裡面跑出一個規定，也就是觸犯內亂罪，確有實據者，不能賠償，也就是李媽兜拿不到賠償。如果轉型正義的對象沒有容納這樣的共產黨員，我們轉型正義所追求的，是不是一個開放且寬容的自

由民主憲政國家？就像鄧教授剛剛所講的，轉型正義這一個詞也要做一個想像，也就是正義也要轉型。

李媽兜有碰到轉型正義一個很根本的地方，也就是包容與和解，我想要請問鄧教授的是，即便是緊急狀態，對人權的限制應該有一個規範性的底限，鄧教授在鑑定意見裡面，有提到就是說人民有知悉真相的權利、追求正義的權利及賠償權，如果李媽兜是意圖顛覆政府、變更國憲確有實據的共匪，他享有的真相權、正義權及賠償權是否會有所不同？以上。

鑑定人鄧衍森：

關於人民在自由民主憲政秩序下，他享有的言論自由當然是人權的核心價值。也就是說，國家容許人民有不同的意見，因此對於人民主張國家應該為何種存在目的，其表達的意見應該還是在人權獲得保護的範圍。除非這一個意見表達，也許我們今天如果用 1992 年的新刑法去看，有使用暴力、脅迫方式來遂行這樣的想法，也許為了保護社會的秩序，我們會用一定的理由去否定言論的價值。

但如果已經對於國家目的實際上要從事行為上反對時，我們是不是還要保護他呢？這樣的意見我認為還是要看主張的意見，跟憲法的秩序是不是相違，我們還是要關注一下問題，今天所談的國家目的是不是符合理想當中憲政主義下所想像理想的憲政秩序？也就是說這是一個前提，如果這個言論及發生的行為，我剛剛已經講言論是在包容的範圍之內，但行為滿足犯罪或構成要件的那一個狀態下，它的目的已經背離了我們想像當中的自由民主憲政秩序，那麼這是否還可以受憲法的包容？這值得思考。

主席陳大法官瑤華：

請聲請方提供意見。

聲請方訴訟代理人洪偉勝律師：

我有注意到您的鑑定報告第 3 頁與第 4 頁，有跟我們提到說關於國家的緊急狀態之下，特別像公政公約第 4 條，縱然在國家面臨緊急狀態之下，仍然有不可減損限縮之權利，您當時列舉的包含生命權、不受酷刑、不人道對待、禁止奴隸、強迫勞動等等，同時依其他權利性質不得減損者，包含公平審判權。

當然這一個法庭是作抽象審理，但因為跟個案連結，所以按照國史館所匯集的李媽兜匯編，李媽兜當年在 1952 年 1 月 2 日落網，其後經過我國的保安司令部與國防部充分運用，一直到 1952 年 7 月 14 日的時候，保安司令部簽辦一個公函，表示應予兩名匪徒自新機會。同年 7 月 25 日國防部表示兩名匪徒應酌予優待，加強控制並運用。在 1952 年 8 月 20 日時，保安司令部一改過去的見解，公函上表示兩名匪徒已無運用的必要，仍應依法處理。

同年 9 月 2 日國防部表示應該從嚴治罪，於是在 12 月 20 日保安司令部就把包含李媽兜及其所謂紅粉知己在 12 月 20 日起訴，20 日起訴之後馬上在 29 日一次經由保安司令部審理終結。1 月 13 日保安司令部製作判決書之後，沒有宣判立刻送交總統府往上送核。一路到 1952 年 5 月 18 日總統府核定依判決執行之後，5 月 21 日保安司令部簽辦必須公告執行兩名匪幹的死刑，在 7 月 17 日保安司令部已經公告執行死刑。但是按照檔案紀錄，7 月 18 日的時候，事實上保安司令部才正式將兩名匪徒提訊宣判，宣判筆錄上記載為上午 6 時，同時發到今日的馬場町執行，按照執行筆錄上午 6 時，也就是宣判的同時，這兩位我們認為國家的敵人立刻被執行死刑。

我想請教就您的見解來說，您這裡提到的包含公平審判權、生命權、不受酷刑及不人道的對待權，依這樣的案件事實，是否已經有可能碰觸到在國家緊急狀態之下，不可減縮減損的這一塊底限？

鑑定人鄧衍森：

公民與政治權利國際公約第 4 條特別提到，國家在面臨社會緊急狀態之下，有某些權利是絕對不可以減免且須保護的義務，這並不是一個列舉的規定，它是一個例示規定。換句話說，人權保障接近人性尊嚴價值的部分，會屬於我們所稱的核心人權，這種核心人權絕對不可以做任何的減免，所以剛剛所講的李媽兜這一個案子在整個過程當中，已經明確侵犯了國家面臨的這種狀態下，不得為不的義務。

主席陳大法官瑤華：

聲請方還有相關的問題嗎？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

您剛剛已經有提到這已經侵犯了基本人權或核心人權部分，但您剛剛也有提到自由民主憲政秩序的評價，剛剛另外兩位訴訟代理人也有提到李媽兜的行為就是要推翻政府，政府雖然對他的措施已經侵犯人權不可減免的範圍，但考量到行為的後果會造成整個國家的危險，在這裡發生衝突時，不知道應該是要以人權的核心範圍為優先，還是以國家存續保障為優先？這部分想要請您進一步澄清，謝謝。

鑑定人鄧衍森：

人權的保障永遠都跟國家主權有一些矛盾的關係，但是這邊所稱的國家主權，我們不會想像國家有單獨存在的目的。國家存在的唯一目的是保障人民的人權，因此類似李媽兜案或者任何人在思想上或認同他的國家存在的目的，這我已經釐清了。

如果我們今天要處理的是憲政秩序，我們前提假設這一個國家存在的目的，以保障人民人權為唯一目的的這一個國家秩序就是自由民主憲政秩序。換句話說，這裡面看出一些矛盾，但實質上我們可以想像到，如果國家脫離人民人權保障，而且主張國家目的，當然這一個矛盾就會出現。這一個矛盾是來自於國家背離人民所有

權利保障的目的，因此人民的生命權、訴訟權、財產權就是我們構成國家存在保護價值存在的一個重要權利、客體。

我們再重申一次，國家本身並沒有自己的目的，他只有保護人民、人權的目的。換句話說，即使人權裡面也看到除了剛剛所講的核心人權外，像遷徙自由、言論自由、集會結社自由都有一個限制行使的條款，也就是國家安全、公共秩序等等，這邊所稱的國家安全不是國家本身為其目的所描述的案件，它是在描述說如果今天國家要持續維繫所有人在自由民主憲政秩序下那一個權利保護的話，國家安全的理由才足以用來包含個人行使上會受到限制的正當理由。

國家安全跟個人權利行使上如果是矛盾的關係的話，就不得使用國家安全為限制的理由，必然可以包含個別的權利，也就是個別權利的想法與行使，同時就表彰國家安全時，我們才會出現國家安全具有正當性。

主席陳大法官瑤華：

現在請機關方詢問。

關係機關訴訟代理人林心惠律師：

我簡單回應一下聲請方面表示，其實憲法的解釋是抽象法規的審查，個案有助於鈞庭的思考，但是還是提醒一下個案不應該成為釋憲的範圍，以下是我想要詢問鄧教授的問題。

因為鄧教授您剛剛的報告裡面有提到，鈞庭可以凌駕於權力分立原則之上，權力分立是直接相互制衡的憲政目的，若依您所述，鈞庭可以凌駕於權力分立之上的話，鈞庭是否仍屬司法權？或是凌駕三權分立的三權之上？

在於權力分立最重要相互制衡的憲政部分，是否逸脫了憲政主義？或者您覺得在這一狀況底下有一個相制衡的憲政權利？

鑑定人鄧衍森：

對於權力分立理論，我們向來有很多的論述，我們會藉用法國孟德斯鳩想像當中的英國三權分立，美國將他借用之後作為立憲所看到三權分立的制衡，但這一個權力分立的制衡，是否適宜作為所有憲政主義或立憲主義為唯一準則，這個是第一個我想要提出來的。也就是權力分立不應該以特殊國家制度所看到三權分立為權力分立的基礎，因此我特別要說的是，釋憲機關並不是像美國的最高法院，因此會出現跟立法權有所謂的司法謙抑的理論。甚至於更強烈指摘司法獨裁，因此會講說司法人員，比如美國最高法院的法官並沒有像我們國會有眾多民意為基礎，你可以否定我們立法權行使下那一個法律的正當性。因此這一個爭點在於鈞庭要對於憲法解釋，顯然不可以依附在權力分立理論下思維法治的原因，法治是用來包含所有權力分立的行使，例如正當法律程序或是各種法律保留的一些價值。

我國釋字裡面甚至於會出現法治國，不過我同樣要特別指出來，當我們事實裡面講到法治國的時候，並不完全等同於其他國家所講的，比如英國所講的 Rule of Law，也就是這一個 Rule of Law 跟德國法所講的法治國並不完全一樣。其實在大家可以看到正當法律程序，我們如果以英國大憲章所出現的正當法律程序所開始的，直接描述的是國家有效法律。為什麼後來英國不再稱它為「國家有效法律」，而正當法律程序要處理的是「自然正義（natural justice）」，因此法治觀已經脫離了憲法第 8 條單純只講的法定程序，我們所講的釋憲，為什麼我要特別聲明請 鈞庭一定不可以現在權力分立理論下作釋憲，否則還是犯了只要是立法權正當有效行使，那就具有正當性，這個是我要提醒的地方。

主席陳大法官瑤華：

機關方還有要詢問的嗎？

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

謝謝鄧教授，這邊有一個問題。

剛剛鄧教授的意見裡頭有提到合憲性思維不宜從使用的角度來思考，想要就教於鄧教授，這個是否指憲法法庭只能審查規定、文義，或者從制度性思考，或者各方面的解釋去探討是否與憲法合致，而不用去討論法條的操作可能，是因為這一個法條在操作上可能會碰到什麼樣的問題，以本案的狀況來說，到底個案審查是否就是真的能夠為個案權力得到平反，或者司法體系是否有能力負擔那麼大量的，當時軍事審判下這一些不當案件的審理。又或者當時這一些個案有沒有通過現今證據法則的檢視，這一些問題是法條的實質內涵。

就教於鄧教授是，這一些重要法條的操作或者實踐的可能，憲法法庭不需要去參酌的嗎？會不會導致憲法裁判，為了要基於說的法條都符合憲法，然後盡可能保障人權而忽視實踐的可能？謝謝。

鑑定人鄧衍森：

的確，在我國憲法設計的原理下，我們釋憲只能做抽象解釋，跟美國最高法院可以處理這個個別案件的審理，不同點就是剛剛所講的，因為它就是三權分立下所稱的司法機關。

剛剛機關方問了一個問題，也就是 鈞庭是不是司法機關？理論上當然是司法機關，只是這一個司法機關不需要套在三權分立想法去解釋其職權與功能，這是第一點要說明的。

再回到剛剛機關方的說明，因為在釋憲上要關心的是憲政秩序是不是有被維護、被遵守，實踐上所可能發生的實際問題，也許 鈞庭在做合憲性解釋時，可以指出一些方向、一些原則或一些準則，這一個交代之後，剩下的工作當然是留待立

法機關去做處理；換句話說，還是要回到憲政秩序必要遵守的基本要素是什麼。

主席陳大法官瑤華：

現在請大法官詢問。

高大法官涌誠：

謝謝您的說明。

時間很有限，我有一個比較開放性的問題，請您多闡述，我就一個範圍比較大、一個範圍比較小的問題，請您儘快，因為時間有一點拖延。

第一個範圍比較大，您在您的書面意見，關於闡述國際社會對於轉型正義的處理時，您特別提到國際社會無待於自由民主憲政秩序的立論，直接以人權重大侵害為由，用各式各樣轉型正義的方法，這個是目前為止聯合國 guideline 回覆國際社會。您這部分隱含的是，尤其您剛剛回答聲請方意見的時候，是否隱含了其實我國不一定要引用自由民主憲政秩序的概念，而可以直接用人權保護的概念，就我們的憲法作一個解釋，而能夠處理轉型正義的議題？這是比較大的問題。

第二個範圍比較小，您提到關於國家權力在緊急狀態下時，依照釋字第 567 號還是要有一些界限，您請本庭參考公民與政治權利國際公約第 4 條相關的權利，本席很同意您提到有一些屬於人尊嚴的內涵要素核心的部分不得減的，但是本席的疑問是，您剛剛有提到它是一個例示，訴訟的公平審判權真的不能減嗎？因為聯合國人權事務委員會在公民與政治權利國際公約第 29 號的一般性意見第 14 點有提到，隱含的是一個締約，當然是闡述第 2 條與第 4 條的情況，是在一個締約國情節情勢下、緊急嚴格需要時，可對他們有關司法或其他救濟程序的實際運作作出調整，看起來人權事務委員會的一般性意見，似乎認為公平審判權或是司法或是訴訟權，在一個緊急狀態下可以作調整。

如果是這樣的話，當然您剛剛的回應是說，即使是如此，回復到正常秩序的時候，應該還是要給予救濟，因此您在書面的意見結論是認為關於國家安全法及釋字第 227 號如果變更的話，認為國家安全法是違憲的狀態下，其實應該要回復到根本立法要廢除，全面回復這一些受不當審判，或是受軍事審判受非常時期經過調整可以上訴的權利。這種狀況之下，您如何回應這時社會所必須要花費成本的問題，如果以這樣的案件來看的話，可能是數以萬計，這部分比較小，請您敘述。

鑑定人鄧衍森：

謝謝高大法官的問題，我先就小的來回答。

訴訟權的保障在例示上，可以稱也是性質上不可減免的義務，也就是人權所有保障，如果訴訟權遭到減縮國家保護義務，大概所有的人權都可能發生不足以救濟的疑慮。

至於，這一個在國家緊急狀態之下，為什麼說有一些可以獲得一些調整，重點還是要注意到訴訟權的滿足是不是有所侵犯，還是要考慮到這一個問題，也就是我們還是要關心說訴訟權如果是正當法律程序直接表述的話，相關的措施是不是滿足它的價值？

在這一個問題上，我們很容易從正當法律程序面去看有一些實質的要求，這個是我回覆高大法官關於訴訟權可以稍作調整。

第二，正巧相反，為何國際社會在談轉型正義，無待於自由民主憲政秩序的概念去論述這一種人權，因為國際社會沒有憲法存續的問題，完全是一個從被害人的角度去看重大侵害人權事件，因此我們今天談轉型正義為何會常常援用國際的面向出發，因為不需要其他的前提，就是人權侵害感受到人類可以做這樣的事情嗎？所以紐倫堡大審為何會違逆罪刑法定、無罪推定？其實表彰的是，因為人權在這一種的嚴重侵害之下，我們還回到自由民主秩序憲政秩序的前提的話，這個論述上還是有困難，但是如果回到國家體制來看的話，回到聲請方所講的，因為這個言論自由或各種行為的保障，目的必須要確認這是不是自由民主憲政秩序下所假設的價值，因此這個意義上有所不一樣。

林大法官孟皇：

想請問鑑定人，剛剛也有提到第 3 頁有引用公政公約第 4 條在談一個國家緊急狀態可以減免履行一些人權規定，釋字第 567 號解釋也符合這樣的意旨。我要請問的是：兩公約是 1976 年生效的，中華民國是 2009 年開始採行兩公約的標準，問題是以本件聲請人兩個標的案，發生大概是六十年前的案子。我們可以引用兩公約規範的意旨去檢視 60 幾年前的案子嗎？還是說我們直接訴諸所謂世界人權宣言談到人性尊嚴的絕對性？我為什麼會問這個問題？因為等一下要陳述意見的王韻茹教授，在她的鑑定意見中提到：「評價不法國家的法律效力，僅能訴諸於超越實證法律的自然法或正義原則」，她並且引用了德國法院的判決，我是從比較實證法的角度來請教這個問題。

鑑定人鄧衍森：

首先謝謝大法官的發問。

我同意王韻茹教授所講的超越實證法，所以我剛剛特別指說為什麼正當法律程序在英國法的發展，表彰自然正義，也是在表彰如果我們現在談轉型正義，而且還談實證法，那就不可能談轉型正義。因此兩公約即使是 76 年，我們也是 2009 年，在處理過去的事情，我剛剛已經講過了，在紐倫堡大審的時候，當時國際社會沒有人知道有所謂戰爭犯罪的問題，我們國家已經有這個法律，也就是兩公約如果國內法來看的話，國內法律當然是目前 鈞庭要解釋這一個轉型正義要維護的價值是什

麼，必然是包含在這裡面。

順便利用這個機會，我想要表達一個意見是，絕對不宜在釋憲解釋的過程當中去參照兩公約，因為兩公約是我國有效的法律，必須要有實證法的遵守義務，更有應然的遵守義務，所以不管是實然跟應然的遵守義務，鈞庭都應該要受其約束，絕對不應該參照兩公約；我經常講說，如果鈞庭可以參照，那我也可以參照交通的紅燈與綠燈。

高大法官焯輝：

我也有問題要請教一下鑑定人鄧教授，其實跟機關方的提問有關，涉及到憲法解釋方法與司法權本質的問題，剛剛鄧教授您提醒本法庭解釋時，不需要考慮實際的問題，假設本法庭宣示了一些回復或平反措施的處理原則或方向，可能會影響到很多案件，不管是現存或潛在的案件。您的意思是否指本法庭不需要採用學理上所謂的結果取向的憲法解釋？

第二，您一直提醒我們不要陷在權力分立之中，但是我想就我的認知來講，司法權（本法庭）解釋憲法，其實在話語權及最後決定權上，相對於其他兩權來講，本來就是最後決定權，所以學理上討論是否有司法至上的現象，憲法在講什麼，最後是大法官說了算。鄧教授剛剛的意思是不是提醒本法庭可以勇於承擔及勇於說明一些處理的方向原則，而不太需要太考慮權力分立的問題？這樣的疑問其實跟機關方的理解事實上是不一樣的，希望鄧教授能夠跟我們補充說明一下，謝謝。

鑑定人鄧衍森：

謝謝高大法官。

我們再次重申，不要陷入權力分立的字庫裡面，我們不要認為所有的國家都是用三權分立在處理法治的問題，換句話說，鈞庭在解釋憲法上，其實要做的是如何表彰法治，如何回復到憲法應該有的秩序，這一個授權來自於憲法，如果我們要講說鈞庭為何會有這一個權力？我們並不是講司法至上，我們是講鈞庭所做的解釋是法的意志，並不是鈞庭的意志，並不是各位大法官價值、偏好及法學上的見解，而得到的法律結論。

因此，我經常要表達對於釋字出現太多概念化的思維，也就是太強烈顯示大法官個人的價值選擇，這一向我認為鈞庭如果要做轉型正義這麼嚴肅的問題，更不可以陷入個人的價值，否則會有衝突，這是回應高大法官的提問。

既然鈞庭不是表彰司法至上，表彰的是這個法治合宜，只是在做這一個事情而已。至於這一個解釋並不是不去考慮實際上產生的嚴重性，而是在合憲性上的解釋過程當中，我們要給予國家在有關人民取得救濟途徑上，透過立法權作適當表示，因此鈞庭要提供的是什麼？應該要具備哪一些要素。

主席陳大法官瑤華：

好，謝謝鄧教授鑑定的意見，接下來我們要進入第二位鑑定人陳俊宏教授，請陳述鑑定意見，陳述時間是 10 分鐘。

鑑定人陳俊宏：

審判長、各位大法官，我今天主要的鑑定意見，事實上有一部分的內容跟剛剛鄧教授的面向很像，因為我個人從事政治哲學的專業，所以我沒有辦法從法律的角度來作法條的分析，今天報告有兩個部分，第一個部分是針對國際人權法體系，特別是聯合國所主導轉型正義的規範與實踐，我特別會強調轉型正義規範性的意涵到底是什麼。

第二，針對本案而言，這一些相關的規範與實踐，可以在我國目前的憲法架構上可以做什麼樣的保障。因為時間上的關係，我想用個圖簡單跟大家說明。

聯合國關於轉型正義的意涵，強調的是一個社會面臨大規模濫權所進行的種種程序與機制，目的是要確立責任、服膺正義及成就和解，換句話說，轉型正義在聯合國的架構底下，一個非常重要要如何處理大規模人權侵害所留下來的問題，一個重要的目的就是要恢復那一些遭到系統性違反人權準則的效力。所以在這一個基礎底下，所謂人權保障的面向，其實是涵蓋著環環相扣幾個剛剛教授所講到追求真相權、賠償權及獲得正義權，這幾個權益事實上是環環相扣。同時在聯合國的架構底下，那幾個轉型正義的處理，不只包含司法途徑，還包含了非司法途徑。

因此轉型正義在聯合國架構底下有四個價值，第一個是真相，第二個是正義，第三個是賠償，第四個是如何透過制度性的改革，保證未來歷史不再重演。從他們的理解當中，這四個是環環相扣，所以在這張圖裡面可以看到我畫了循環的線，因為這四個概念本身，如果要獲得正義、如果沒有真相的基礎，你當然就沒有辦法進行訴訟。進行訴訟的過程當中，如果沒有辦法對受害者進行補償，你也沒有辦法讓受害者認為今天的爭議獲得回復，如果沒有對制度進行有效反省，你也沒有辦法避免歷史再重演。

因此從聯合國的架構底下，你可以看到最早其實是從 1997 年聯合國最主要是在處理一個問題，就是如何避免有罪不罰的問題；換句話說，這一些有罪不罰是面臨過去威權體制底下，那一些在法律上或事實上都不可能對於侵犯人權的人進行責任追究時，到底應該要用什麼樣的方式來處理，所以這邊當然就會碰到剛剛所提到的「legality」、「legitimacy」的問題。所以這裡面就會認為，其實最早在轉型正義在聯合國架構底下，就想要從如何對加害者進行追究的角度出發；同樣所謂有罪不罰，也會包含我剛剛所講的這幾個不同的面向。

同時從受害者的角度來講，是從 2005 年所提出來關於嚴重侵犯國際人權法與嚴

重違反國際人道法受害者獲得補救與賠償的權利基本原則的主軸，因此從受害者這一端所提到的重點是，如何從受害者的面向獲得這四個面向的保障。因此簡單來講，正義的權利強調的是個人有獲得正義的基本權，同時國家有擔負針對人權侵犯事實調查起訴及適度懲罰的權利。

另外一個追求真相權是過去這幾年來在聯合國一個新興的人權，強調的是對事件發生的成因與事件發生的社會環境與條件，必須要進行全面性的調查，他認為這個是不可減免的權利，這邊包含著是我們每一個在民主社會下面臨過去這些威權體制底下的種種事實，每一個人都有不可剝奪瞭解過去發生嚴重罪行的這一些權利。

第二，政府有保留記憶的責任，也就是特別針對許多證據必須要獲得適度的保存。

第三，要保障受難者有瞭解，包括他們受害種種的家屬權利。所以在這裡面你會看到從轉型正義真相權的機制上，我們上個禮拜在南非及智利的鑑定人當中特別提到，透過真相和解委員會的方式來進行。比方在這邊你會看到許多透過訴訟當中沒有辦法的問題，在智利真相委員會裡面特別指責法官在進行審判過程當中，向行政官員做出太多的讓步，也就是在詮釋法律的過程當中，太過於走法律形式主義，而阻礙法律的適當判決。南非在真相委員會也特別提到南非的法官對於法治做過於形式主義的理解，反而打著法治的幌子，而對於守法主義作保障。因此可以看到這一些真相許多資訊的揭露，反而可以反省整個過去社會面對種種這些不管是在司法體制之下或者是行政體系，所謂的賠償所強調的是，大規模的賠償之受害者在生理跟心理上所遭受到的種種傷害。

第四，不要再面對歷史重演跟進行制度性清查。

這四個權利是環環相扣，不管要如何懲治加害者或者如何程序保護被害者，因此訴訟權沒有辦法獨立於這幾個面向來思考。

所要強調的是希望真正達到解決有罪不罰的問題，在中間的那一個範圍裡面，認為轉型正義其實一個很重要的目的是，希望能夠重建受害者的公民身分，所以受害者並不是賠償了事，受害者對於轉型正義要處理的目的，是希望讓受害者能夠被視為一個平等的公民來看待，如何讓他們從政治施予壓迫情境當中回覆，這是民主轉型過程當中非常重要的一部分。

因此，這裡面會有兩個重要的價值，一個是 recognition，一方面最低標準是要承認受害者被傷害的事實，正常的標準是要透過制度化的措施，來認可受害者是一個平等公民，具有平等公民權的權利主體。另外一個希望達到的目的是，希望透過轉型正義的過程，恢復自由民主憲政秩序，以彰顯這個體制的可信賴度，透過真相的揭露，確認加害者踐踏人權規範的種種事實，讓人民重新回到對於這一個政治體

制的信心，這是他希望達到的目標。

最外圍希望達到的是和解，換句話說，和解不可能在沒有做這一些事的基礎底下達到和解，和解是基於對信任的重建，只有在信任重建的基礎底下才有可能去尋求和解的可能性，希望未來讓一個新的民主國家裡面所有公民，都能夠拋開過去的傷痛為價值的規範，比如人權、法治與民主，同時也認為其他的公民都有遵守這一些規範的信心。

最後，聯合國在一開始談很多關於這一些轉型正義的文件當中，特別強調跟法治間的關係，法治是轉型正義裡面非常重要的目標，所以從聯合國的角度來講，你現在宣稱是民主法治的國家，但是沒有面對過去違反法治最基本規範的行為，沒有辦法宣稱是一個法治的國家。但是在這裡面要處理法治的問題，法治既是轉型正義的工具，也是轉型正義的目的；換句話說，在處理轉型正義的過程當中，必須要避免成為勝利者的正義，也就是你所謂的運行都必須要符合法治的精神。因此從這一個基礎底下，我想我接下來要談的是，這個對於我們在面對本案兩個重要案件當中可以如何理解，這會回到國際人權公約的角度裡面來看。

目前臺灣已經有五大國際人權公約，在許多這一些憲法解釋文當中，我們也看到了這一個大法官援引國際人權公約，同時思考國際人權法在我國憲法上的定位。我可以舉例，比如司法院目前的網站當中，大法官引用兩公約的案件已經高達二十二件，大法官引用身心障礙者權利公約已經有三個，大法官引用消除對婦女歧視公約有四個，大法官解釋兒童權利公約有七個。

我們如果在看 2013 年第一次兩公約國際人權報告審查的意見當中，第 24 點跟第 25 點當中，其實明白指出我國必須要針對轉型正義作清楚的處理，這個基本意涵就是我剛剛那一張圖所呈現的那幾個基本權利，換句話說，要處理賠償不可能不去賦予追求真相及正義的權利。就我個人的理解，上次審查委員當中為 2005 年受害者賠償條款最主要的執筆手，他會特別關注這一個議題，我想可以理解。我想就回到剛剛講的，從這個角度來講，就會回到我剛剛所講的，過去不法行為採取回復性措施，有沒有可能違反所謂的法治國原則？

在聯合國關於轉型正義的特別報告中，特別指出了一個可能的解決方案，就是要求或兌現可能已經做出的許多國際承諾，他認為這是很多國家在進行轉型正義面對如何解決有罪不罰中一個重要的策略，我也是呼應剛剛鄧教授看法，或許我們可以透過補充釋字第 567 號解釋文的方式，來針對我剛剛所講重要條文進行補充。

比方依照正義的權利當中，如同我剛剛所引用的「打擊有對不法現象以保護及增進人權之基本原則」，這一個事實上是非常完整針對於 impunity 問題所進行，他們長達二十多年不斷進行增修的一個重要原則。

關於補償的權利，除了剛剛所講到這一些公約以外，事實上 ICCPR 第 2 條第 3 款就已經明白宣示國家關於權利補救上的一些責任，再加上剛剛所講的賠償條款，事實上都可以提供我們針對於補償權利上所能夠提供的這一些基本思維。

另外有關於真相權利裡面，事實上最主要公約的來源是，來自於另外一個九大國際核心公約，也就是保護所有人民遭強迫失蹤的國際公約。而這個國際公約特別強調真相權利的保障，這裡可能會有一個問題是，我們沒有內國法的話，是不是可以引用？就我個人有限的瞭解，事實上過去的大法官當中，曾經有針對沒有加入或批准的公約來進行引用，比方說釋字第 549 號的解釋文當中，黃大法官就針對勞工公約進行詮釋。

因此簡單具體的條文來說，我只是補充一下，目前來看補償條例，其實二二八基金會裡面也談到關於檔案的問題，整體來說，我認為補償條例尚沒有辦法符合目前國際人權法的規定，補償的本質與範圍，甚至條例中的一些程序的保障也都欠缺。

這過程裡面會讓我們有一個感覺，雖然很多人都說臺灣是過去轉型正義當中補償議題相對做得比較好，但仍然從這一次兩個釋憲案當中，仍然看到有大量不被肯認的受難者，這一些人不僅沒有辦法表達聲音，也沒有辦法獲得賠償，甚至沒有辦法被承認他是一個受害者。

我們在上一個禮拜聽到的過失當中，都沒有辦法否認其尊嚴跟生命都被國家迫害。很可惜，加上第 272 號解釋文的阻斷上訴的權利，所以也讓這一些人，臺灣又沒有真相和解委員會可以讓不同受害者有機會表達他的聲音。

因此最後我用一段話，這個是已故的政治哲學家「Judith Shklar」所說的：企圖要在不幸與不公益之間作區別，受難者的聲音永遠必須要被聽到，透過傾聽這些聲音，不只去發現是否官方正式認可的社會期待已經被否定，同時也要關注他們自己對於自己境遇的種種解釋。因為從他來講，我們在受害者身上看到非常重要，但可能跟主流價值規範的機制不相符的一些主觀元素，但是這一些主觀元素我們具體理解他們的經驗，進一步探究他們具體受害經驗是不是構成人權侵犯事實的一個重要元素，同時我們也可以瞭解這一些到底是在什麼樣的具體經濟社會條件底下，什麼樣的結構性壓迫下去面對這樣的人權侵犯，我想這是我針對國際人權公約可以在未來案例當中，如何進行詮釋所做的補充。

主席陳大法官瑤華：

請機關方詢問。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

謝謝陳教授精闢的見解，這邊還是有問題想要請陳教授再作一些說明。

在鑑定意見書第 13 頁，特別有提到體制加害者或協力者仍然繼續在民主化的政

府擔任要職，導致有罪不罰的現象盛行，所以陳教授強調的是有罪必罰，因此要請教您要採行如何實踐轉型正義手段，是否需要考慮到促成族群和解，避免加深對立跟避免製造新仇恨？也就是在採行實踐轉型正義手段是不是要考慮這一些點？

第二，請陳教授告訴我們有罪必罰的具體建議？

鑑定人陳俊宏：

我先講一下有罪不罰的概念，如同我剛剛所說的，在聯合國的架構底下，是希望針對過去明顯的人權侵犯事件，但是以目前在法律上或者是因為這一些事實沒有辦法被揭露的情形之下，怎麼樣對這一些人進行追究。這一些過程裡面，其實不純然只有司法程序，這要如何追究，其實除了法律上的責任，也有可能是道德上的責任、也有可能是行政上的責任。

我們必須要透過法庭來進行審理之外，其實如果就我剛剛那一張圖來看，要進行「accountability」事實上很多種形式，這一種處罰本身是否一定要透過形式的方式，其實按照我剛剛的說明，事實上是有多種非司法體系的運作。

究竟這一個東西在每一個國家要如何進行，事實上會面臨不同的政治情境，我必須要說明的是，在聯合國的架構底下，特別強調沒有一個大家可以遵循的模式，因為轉型正義涉及到高度政治的複雜性，必須要回到每一個國家的具體脈絡來思考。在這一個過程當中，和解是重要的，但是和解不可能在毫無作為的基礎底下去進行和解。以臺灣的情況底下，因為我們面對轉型正義的議題相對來說比較慢，所以能不能更具體進行司法上刑事追訴，其實在實務上可能會有一些困難。但是至少在我個人及我長期以來所關注的，認為我們今天能夠透過許多的檔案公開及加以研究，甚至讓更多的人瞭解當年白色恐怖所面臨種種的事件，透過深刻的反省去面對過去這一些議題，因為我個人認為我們臺灣很多人認為轉型正義的理解是非常事件式的，並沒有瞭解到那對整個臺灣所帶來的影響。

因此我說如果能夠讓受害者的聲音能夠多一點呈現，臺灣其實受難者充滿異質性，我們今天所看到的是兩個不同面向的議題，但是如果我們透過許多這一些政治案件的理解，其實臺灣的政治受難者是高度異質性的，如果我們能夠透過這一些類似真相委員會的方式，讓更多的人能夠瞭解臺灣這一段歷史，我覺得透過這樣真誠的反省，瞭解到我們今天是一個民主憲政法治國家，我們要尊重人權跟法治的基礎底下，我們如何來反省過去的事；換句話說，我個人認為在這一個思考過程當中，不純然只透過刑事追訴，因為剛剛的說法是有罪必罰，好像我們都要上法庭，我的說法是可能還有多種的使用工具。

主席陳大法官瑤華：

機關方還有問題要詢問嗎？

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

謝謝，請容許我們再多跟陳教授詢問一個問題，能不能請教一下陳副教授對於司法違憲審查有一個要遵守的原則，也就是政治問題不審查，不曉得您對於這個問題的看法如何？謝謝。

鑑定人陳俊宏：

抱歉，這個對我來說我沒有辦法回答。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

對不起，我們撤回提問。

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

我有一個小問題，我從剛剛陳鑑定人發表的意見及從鑑定書裡面所看到的鑑定內容，事實上裡面有引用一個詞「對受害者補償的相關說明」，依照剛剛鑑定人所陳述的一些內容，受難者似乎認為是政治受難者。我想請教鑑定人，您在鑑定報告裡面所提到的對於受害者應予補償，是否僅限於政治受難者，或者是對於所有在戒嚴時期經過審判程序的被告，也都是所謂裡面的受害者，如果僅限於政治受難者的話，本案聲請釋憲的標的是補償條例第 2 條第 2 項規定的內容，按照現有法條的文字，是否對於政治受難者的概念間有所衝突，這一點是不是可以請鑑定人跟我們說明一下，謝謝。

鑑定人陳俊宏：

其實我在鑑定報告書當中有特別針對杜案的議題作說明，換句話說，其實剛剛鄧教授所講的，我認為在戒嚴時期軍事審判程序，我想在釋字第 436 號已經解釋軍事審判制度宣告違憲、違反正當法律程序，我個人認為在杜案的案件裡面，因為軍事審判程序寬鬆解釋的犯罪構成要件，其實已經構成了違反正當法律程序、不符合公平審判的精神，因此在這一個基礎底下所建立的事實認定，政治或非政治或貪污或內亂或外患，事實上在裡面進行的法律適用及排除，我認為都已經違反了程序正義而造成當事人人權的侵害。

所以，再加上我認為釋字第 272 號解釋文當中，因為這一些人沒有辦法去法庭上針對這一些議題進行上訴的權利，事實上賠償款裡面特別強調受難者其實有三個基本的權利：第一，獲得平等且有效的司法救濟；第二，所遭受的損害必須要獲得充分且有效的賠償，這個其實是連結在一起；第三，必須要獲得與違法行與賠償機制相關的資訊。這裡面其實就會回到我剛剛所講的，從這一個議題來看，如果從正義權、賠償權及真相權的角度來看，其實我剛剛的說法不只限於我剛剛說我們在不當條例裡面所認定的政治犯才屬於受難者。

主席陳大法官瑤華：

機關方還有相關的問題嗎？現在請聲請方詢問。

聲請方訴訟代理人王世安小姐：

謝謝 鈞庭及鑑定人，聲請方有兩個比較大的問題想要詢問鑑定人。

首先第一個問題是在鑑定人的鑑定報告中很強調轉型正義對於受害者公民身分的恢復，聲請方想要詢問的問題是，所謂公民身分是要在什麼樣的群體框架中連結？以杜案而言，杜案所涉及的其實是原住民受難者因為家族的一些關係，他被驅離於傳統自己的生活區域，往後也沒有辦法習慣生活空間中，得到很好的發展空間。面對這樣身分的傷害，如何透過轉型正義實現這部分所遭到的傷害。這個連結到的相關問題是，在中華民國法秩序底下，我們要如何理解原住民群體的特殊性及在這一體制之下，如何透過轉型正義來恢復公民身分？

第二，連結到鑑定人在鑑定報告中第 20 點所討論到協商性轉型的問題，鑑定人在鑑定報告當中有強調臺灣民主轉型的過程中，其實是一種協商性的轉型，其實為了要顧及威權政黨的既有政治勢力，不得不做出一些民主妥協的過程，在考量臺灣具體的歷史經驗上，進行轉型正義的工程，特別是今天鑑定人也很強調國際公約如何內國法化的過程中，如何考量協商性轉型的歷史背景，我們應該在內國法的過程中，有什麼比較具體甚至是特殊性考量？

進一步而言，在內國法化的過程中，司法機關又應該扮演什麼樣的角色？誠如鑑定人剛剛所提到的，在某些國家，像智利轉型正義經驗的過程當中，他們會發生了司法權偏向於行政或其他政治勢力的影響，臺灣在經歷這樣歷史背景的過程中，如何反省其他國家的經驗，去改善司法權可能會有的形式主義問題，這兩個部分可以請鑑定人分享意見，謝謝。

鑑定人陳俊宏：

我就有限的知識來回答，所謂如何處理被害人權利的這一件事，其實並不是只有物質上的補償，而是要讓他恢復他的公民身分，恢復公民身分除了過去被剝奪的這一些基本權利之外，同時需要透過許多的機制來維護。

以臺灣來講，其實我們在上個禮拜及這個禮拜都有提到，政治受難者到目前為止都有回復名譽狀，但是在臺灣的司法紀錄上仍然是有罪之身。在這一個基礎底下，他們對於無罪或要爭取自己權利的過程當中，其實已經受到一些阻斷。

另外一個部分，在鑑定書第五個也特別提到在唐獎法治獎 Arbour 說法裡面特別強調，其實轉型正義特別要處理的並不是公民與政治權利，而是要如何進行結構性的翻轉，同時確保這一些受難者在經濟、社會的權利上保障。特別是在有一些國家，其實政治不穩定是跟貧窮或婦女或特定族群所遭受的傷害有關，要如何進行恢復，

不純然只是從公民及政治權利的角度出發。

回到原住民的議題來講，我想從這一個角度來看，上個禮拜蔡鑑定人也提了非常多，我認為轉型正義從原住民的角度來看，不純然只是個別受害者的問題而已，是一個族群長期以來所受到歷史不正義問題。這一些歷史不正義的問題，要如何恢復原住民族在整個臺灣具有平等，或是受到自覺或自治基本權利保障，也可能是在恢復公民身分的過程中，必須要加以考量的。

第二個問題，有關於協商式轉型，我剛剛講轉型正義並沒有一個單一的模式，會基於一個政治轉型模式不同而不同，基本上如果按照一位政治學家的說法大概可以分成三個：第一，前朝已經跨臺了，也就是由既任的政權來進行；第二，朝野共同來解決。我們剛剛講的第一種東歐共產主義國家或者是像東西德，共同協商解決的是我們講到的南非或者是拉美國家。

臺灣是由原有前朝政權所進行的轉型，所以必然會在轉型的過程裡面受到許多限制，或者如果引用一句話，這比較是分期付款式的民主轉型，在這樣的基礎之下，因為我們轉型正義的啟動，不管是二二八或是李登輝總統時期所進行的，我們說轉型正義要面對時間的問題，當然也要面對到結構的問題，因此在這一些階段在轉型正義的過程當中，確實會存在許多障礙。

我一直強調除了司法體系這一些運作以外，我過去多年來一直強調轉型正義是一個文化反省運動，如果我們今天堅持法治是我們認為最重要的精神，我們回過頭來看一下過去這一些不民主、違反法治種種作為，到底能夠給予我們什麼經驗及教訓，只有讓這一些東西徹底反省，才能讓歷史不再重演。因此在這樣的基礎底下，我想不管是執政的新政府試圖要進行許多新的機制，似乎都希望能夠除了司法訴訟機制之外，能夠進行這一方面的轉型。

我的想法是，如果我們今天全臺灣各地都能夠有人有機會聆聽到過去白色恐怖的樣貌，而且也可以理解白色恐怖對於日常生活所帶來的殘害，我常常講說去確保人權，即使我們深刻去理解人禍，會瞭解到人禍對於人性尊嚴的傷害及摧殘，我們才能去珍惜人權的價值。因此，我期待的是除了我剛剛所講除了司法機制之外的體制來加以運行。

聲請方訴訟代理人陳之昱先生：

感謝 鈞庭跟鑑定的相關意見。

這裡有一個小小的問題想要請教鑑定人，誠如鑑定人在 PPT 所說的，聯合國認為我們的轉型正義至少有四個面向應該要落實，包括追求真相、補償、獲得正義及保證不再發生，不知道在國際實踐的經驗上，有沒有這樣的情形，也就是在過去不法國家遺留下來許多的不法，比如過去殘害人權的法律規範，或者過去的一些組織

與設施，到了民主轉型正義之後仍然繼續留存，是不是在後繼的新國家當中或轉型後的國家，附有一個積極的義務，要把這一些過去所留存不法國家的餘緒來重新評價與清除。臺灣雖然號稱是沒有流血的民主轉型，但過去許多不法國家的繼續至今仍然都存在，在機關層面有、在法規層面也有，甚至在事後透過新國會再重新修法之後就變成現行的法規，像本次聲請方主張舊刑法第 100 條，現在轉型成新刑法第 100 條。除此之外，還有許多過去的黑機關，現在可能補足了組織法之後，都適當存在於國家體系當中。

因此想要請問鑑定人的是，這一些過去國家不法所留下的餘緒，是不是在國際實踐上一定國家擁有這樣的義務去消除這一些過去的法令或組織？以上是我的問題，謝謝。

鑑定人陳俊宏：

我想答案是肯定的，如果這個要進行轉型正義的工程，必然要面對的是這一些過去不法，如何怎麼樣來承擔這一些處理不法的義務，是繼任民主國家的重要責任，我想這是沒問題的。

主席陳大法官瑤華：

現在請大法官提問。

官大法官曉薇：

感謝陳教授為我們鋪陳了很完整的人權架構。

在您的鑑定意見當中，有提到關於瞭解真相權，其實在聯合國已經有明白說這應該被視為一項不可被減免的權利。在您的鑑定書也寫了關於賠償相關機制如何設計的這些意見。比較不清楚的是，關於追求正義的權利，前一個鑑定人講說關於正義本身是什麼樣的意義，已經相當不清楚，在這樣的人權文件裡面，關於追求正義權利的具體內涵到底是什麼？因為跟本案可能有關係的是，在這個過程當中，國家安全法阻斷的上訴權是否屬於追求正義權益的內涵之一？這是第一個問題。

第二，鄧教授也期許本庭直接引用內國法化的人權公約，我們有義務要遵守。因此相當重要的是瞭解真相權、正義追求權及賠償權，就您閱讀這一些文件、決議來看，似乎嘗試建立在很多不同的公約上，包括人道法及其他核心人權公約，能不能也請您告訴我們，我們已經內國法化的人權公約例如公政公約，在這個架構下扮演什麼角色？以及與這些人權架構的具體權利內涵中的關係。鑑定人陳俊宏：

我只能就有限的知識來回答這一個問題，非常謝謝官大法官的意見，我想這一個問題非常重要。

我剛剛已經簡單說明一下，如果從正義權的角度當中，聯合國的打擊對於不法現象，以保護及增進基本人權的基本原則，他說這個雖然不是法律，但是這個是聯

合國從 1995 年開始，一直推動到 2005 年進行翻修的重要原則，這個重要原則其實包含除了我們一般所理解的刑事訴訟以外，其實包含的權利就是我剛剛所講的那一些。

確實在這一些文件或是這一些原則的架構底下，事實上是援引整個聯合國人權公約的體系，並不是根據一個特定的條文，這邊其實是任何的公約回到本國，對於具體的案例還是需要經過解釋的，這邊只是提供了一些原則，讓我們能夠瞭解到如果要面對這一些問題，事實上要顧慮到的幾個重要權利面向，轉型正義在聯合國架構底下，就是要回復系統性人權侵犯的權利效力，所以回到這一個議題來講，我剛剛有一個問題想趁這個機會也提到，為什麼我認為李媽兜的案子，如果按照這一個案子來看的話，轉型正義是法治的最重要精神，法治是轉型正義的工具與目的。當我們今天要回過頭來要處理過去，我們當然希望能夠彰顯人權跟法治的基本精神，從這個角度來看，不管當年李媽兜是臺共或李媽兜是臺獨份子，從事這一些顛覆國家的種種行為，基於法律的正當程序，可能都需要受到公平審判的權利。所以不在於犯罪事實，而在於能不能受到正當法律程序的維護，這是我們從現在這一個角度，要彰顯法治精神的過程中所突顯的價值，因此從這一個角度來看，轉型正義在這一一個議題可以這樣談。

剛剛有提到關於賠償與真相的權利，其實就是我們剛剛提到九大核心公約裡面保護所有人免遭強迫公約，這一個跟世界人權宣言有關，也跟日內瓦的四個公約也有關係。這邊其實會發現到整個轉型正義的處理，是把國際人權法與國際人道法做某種程度的結合，因此會有很多大量的參考資訊可以用，我剛剛所講的是，這當然還是要回到 鈞庭來思考，從這一些公約的基本價值，回到臺灣的具體脈絡可以做什麼樣的補充憲法的基本精神。

主席陳大法官瑤華：

謝謝。還有大法官需要提問嗎？其實鑑定人已經間接回應更早聲請方的問題，也就是司法機關的角色，剛才鑑定人提到自己等於是司法體系裡面針對很多案件進行審判，是不是有很多在程序上需要好好再重新反思，回應剛才聲請方的提問，這一節的言詞辯論就先到這裡，退庭。

（中間休庭）

（休庭結束）

主席陳大法官瑤華：

接下來我們請鑑定人高思博教授陳述。

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

我們有一點意見，關於下午法庭之友部分我們程序上有一些意見，這一點請庭上裁示，我們先提出說明，由庭上裁示。

主席陳大法官瑤華：

法庭已經決定接受法庭之友表達意見。

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

我先請鄭律師說明一下。

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

因為昨天王宗偉先生有提出一份法庭之友，因此機關方想要聲請他為法庭之友，不知 鈞庭是否可裁准？

主席陳大法官瑤華：

法庭已經允許他來發表法庭之友的意見。

我們接著請高思博教授陳述，時間為 10 分鐘。

鑑定人高思博：

謝謝審判長及在場各位大法官，以及關心這一次模擬憲法法庭聲請案的各位朋友。

首先我跟大法官報告，這兩個案例就我在撰寫鑑定意見時，我心裡覺得這兩個案例無疑是法理上的疑難案例，事實上三屆模擬憲法法庭所選擇的案例與相關的議題都很棘手。誠如模擬憲法法庭的宗旨，第一目的固然是試圖為所選擇案例的類似個案看有沒有方式可以解套，當然是較側重於現行制度、脈絡跟實定法的解釋上看能不能找到出路，例如像李念祖學長為此提出一些可能的途徑，個人表示非常敬佩。

另外一個目的，為這一個難題能夠開啟一些對話的空間，關照的範圍及於不少，跟案例解套直接相關的一些課題。模擬法庭當初列出來的這些建言、爭點，事實上也反映出這兩個目的，而這兩個目的的側重完全不一樣，當然我們鑑定人的論述也會因為我們所分配的爭點不一樣有不同的側重，當然我首先可能是建議 鈞庭跟各位大法官在個案解套及整體制度的思考兩者間也許可以求取一個平衡，我底下的這一些發言，當然我個人限於時間與能力，也沒有辦法關照難題呈現所有的面向，僅就分配給我的五個爭點來提出己見；當然前後看起來的爭點，包括補充的，好像多達十八個，我現在僅就分配給我的意見表達看法。

我分配到的是偏向理論性的爭點，因此我的意見難免偏向於目的二，因此較少側重目的一對於現行法的爬梳，我個人完全贊成對於這一個個案解套這種脈絡的思考，也就是說我提出來的一些問題，也許是在思考個案解套時，可能會遇到一些理論上必須要思考的整體性問題，但並不表示我反對對於這些個案採取解套式的做

法，這先跟大家進行報告。

我在模擬憲法法庭分配到第一個的是爭點 2，第一個是國家有無回復的義務；第二個是如果國家的行為牽涉到戰時的審判，這個回復的義務要如何來處理，有什麼特別的地方？

首先第一點跟大家進行的看法是，我個人認為釋字第 567 號解釋，也就是在爭點裡面提到一個很重要的解釋，我個人認為釋字第 567 號解釋是一個好的解釋，有兩個在法理上的優點，第一個是肯認縱使換軌道戰時體制，仍然有憲法最低限度的紅線，講出了一些要件是在戰時體制的秩序必須要滿足，第一個像法律保留，第二個是法院司法審判，第三個是實質的政黨。我想這三個都是釋字第 567 號解釋第一個提出法理上我個人認為應該予以高度肯定，也就是戰時的體制應該還是有憲法最低的紅線。

第二，釋字第 567 號第二個好處在我們談這兩個個案的時候是更加明顯，釋字第 567 號的射程滿廣泛的，只要超過憲法的紅線，事實上是屬於侵害人權，我們當然可以因此推論，在我的鑑定意見裡面，可能邏輯會比較緊密一點，但是在口語表達的時候，也許時間的關係，可能邏輯沒有辦法那麼縝密，請大家幫忙看看文字。

超過憲法的紅線即屬侵害人權，可以推論國家有回復的義務。所以這個射程其實滿廣的，重點在於國家有回復義務案件，反而比補償條例所列舉來得寬，並沒有限制什麼案件類型才能具有恢復義務，反而是補償條例對於什麼樣的案件類型去進行補償而限制比較嚴，限制比較嚴，也許當時立法的人有各種的考慮，當然可能也包括財務上的考慮，這一種事大家也可以理解。

再者，再跟各位報告說戰時審判回復的義務，我個人的鑑定意見裡面就這部分，我特別關注我們現在所採取的這一些措施，沒有辦法處理有罪確定判決的效力，如果尋求賠償或者是回復名譽的救濟可能比較沒有問題。前幾天李念祖學長也提出了看法，也就是在實定法的層次也許對補償條例不要作純反面解釋，也許可以處理補償或回復名譽的問題，可以在實定法解決。但是我個人認為難題在確定判決的部分是滿困難的一件事，我們有一個很大的限制是在於權力分立所下的框架，雖然我們是模擬憲法法庭，但因為大家要把它當作玩真的，所以權力分立使得確定判決效力，事實上行政跟立法都沒有辦法用任何的措施，使得個案確定判決失去效力。

可是，我的鑑定意見裡面特別有提到，這在立法院或者是很多案件的當事人來講，他們最關心的是這一件事，這個事情對他們來講有一個犯罪的烙印，也許還有一些實際的後果，因為有罪判決沒有辦法處理，所以造成他的財產上可能沒有辦法發還，大家如果可以看看立法院司法委員會裡面的一些問答，可能常常出現這樣的情況。

所以在確定判決效力處理的部分，行政跟立法都沒有什麼辦法，司法有沒有什麼可能性或管道？我個人在鑑定意見裡面提到，我認為司法的處理也面臨一些困難的狀況。因為再審跟非常上訴縱使在程序上的門可以開，但我認為要處理大量戰時審判的歷史個案，我覺得有其難度，因為再審跟非常上訴都要細究那些案件的個案性質、本質，所以如果要用再審或非常上訴來處理大量的案件，感覺上困難度挺高的。

另外，我們現在正在大法庭進行司法審查，違憲審查對於處理這種大量戰時審判的歷史個案有沒有幫助？我個人認為有兩個障礙，可能是大法官跟 鈞庭看看有沒有辦法克服的。除了在我們這個爭點提到大法官第 270 號解釋以外，另外還有第 592 號解釋，事實上個別提到大法官自己的解釋效力除聲請案本身之外是不溯及既往，我覺得這可能造成一個滿實質的困難，我們今天解釋之後，可能也沒有辦法去處理大量的歷史個案。第二，在第 5 號的聲請案當中，特別提到要對於現行的法秩序裡面已經失效的法律，要請 鈞院來進行審查，這也可能會面臨到類似像美國憲法所談的問題，已經不在法秩序內的法律，要如何去進行司法審查？對於釋憲制度，尤其著重於抽象法規合憲性審查，一個不存在的法律可能會面臨到美國憲法談到的問題，這兩個事是我們用違憲審查來處理之個案所面臨到的障礙。

我的問題裡面有提到有無可能的解套方式，我就大膽提了，如果在一個司法程序裡面，提這個也許不是很適當，因為這不是一般法院會考慮的選項，當然在這樣的情境裡面，有無可能考慮元首的赦免權？元首的赦免權可能可以比較大程度的處理大量的歷史個案，而且是站在歷史脈絡的角度而去看這一件事，不細究這一個案件的事實及法條的適用，我在鑑定報告中舉了兩個例子：

英美都曾經使用過赦免權去處理一種類型的案件，讓這一種類型的案子可能大家都解脫，而不見得是進入個案去處理，比方在 70 年代的時候，美國卡特總統曾經大量赦免在越戰中逃避兵役的，當越戰中逃避兵役的人很多人不見得基於什麼原因，可能是各種原因，顯然用這種方式處理，顯然這一些事不要再特別去追究，可以用這樣的方式去處理。

另外一案我舉的是英國圖寧的案子，圖寧是很有名的天才數學家，他因為同性戀的傾向與行為被處罰，後來也是由英國女王給大量的特赦來處理這一件事，也許是一個想法，但是這是爭點這麼問了，所以我也提了這一件事，也許這不是大院要處理的事情。

我接下來被分配到的是爭點七，爭點七主要要處理的問題是補償條例法條上限制案例的類型要如何去進行處理、理解及評價，我剛剛有提到第 567 號其實並沒有限定國家回復義務是限於什麼案件，是補償條例限制的回復義務限於政治性的罪

名。而非政治性罪名的政治犯，比方說我們這一次第 4 號的聲請案正是突顯這一個類型，事證可能會被認定政治犯，但是並不是政治性罪名，也不是法條上規定的政治性罪名，剛好突顯了這一點。

但是我在鑑定意見書還有兩類的案件，也許 鈞庭在考慮的時候也可以一併作整合性的思考。一種案件在爭點當中有提到像唐榮、金碗盤案這一種案子，這一種案子都是用國家總動員法來判刑，雖然不是政治性罪名，但是這一些人看起來像是其他人有人要謀奪他們的財產，因此使用政治上濫權或者是司法上的濫權來謀奪他們的財產，看起來並不像政治犯，比較像是濫權的冤案，如果這一些案件要把它放進去，但是我認為沒有必然把它當作政治性案件放進去，因為第 567 號本來就沒有說一定要什麼罪名才可以。

我反而要提另外一種類型的案子，因為補償基金會長期以來對於某一些類型的案子不在法條裡面，但是卻是動戡法制下受到處罰的人，長期否定這一些人應該要被放進來。比方：以前在海上走私跟大陸的漁船交易，這一種人也可能會被動戡的法制來處罰，很多也被當作是疑似叛亂。另外一種有沒有槍支的人一開始被當作是叛亂來處理，後來變成是檢肅條例，這一種案子一向都是被否定，如果我們被放類似唐榮這一種案子，不需要把他當作政治案件放進來，我剛剛講這一類其他動戡法制的案例類型，一直被補償條例所否定。我舉兩個自己有蒐集到的一些案例，這一些要不要處理？對大家的智慧是個考驗。

另外，剛剛鄧老師也有提到過，我覺得法理上一個真正的困難難題是，第 5 號聲請案提到李媽兜案，那個是真正困難的問題，因為聲請方是說是不是政治犯，可是戰時敵方人員如果要講說是政治理念與現存秩序衝突，然後如果是這樣的話，那這一些很多人都可以去主張是政治犯。如果是這樣的話，我從這一個案子聯想到，前線投敵的人可以說是政治犯，因此我聯想到林毅夫的案子，如果這麼說的話，我看起來這一種案子比較像是時過境遷，大家覺得沒有那麼處罰必要的情況，但是我感覺這個像是倫理的主張，如果真的要區分這個法律的構成要件跟他感覺有無需要再被處罰的話，感覺很像是否有繼續處罰的必要，因此我覺得這一個部分可能是大法官們可以發揮智慧來思考。

接下來我講的是補充爭點一，這也是分配給我的，這部分主要談到的是動員戡亂體制的一些性質，我對於這一個問題簡要回答。我認為進入戰時的體制，因此我認為是非常時期，而非非常時期就是有期限，當然這代表兩個層次的問題。第一個問題是，我們很多爭點裡面關心這一件事，第一個層次是戰時體制什麼時候要結束並回歸憲法，這個是一個層次的問題，當然歷史上有很多轉型正義的問題，也許就是來自於超乎常理、長時間的戰時體制。兩個聲請案大家可以看一下取得的時空，是

1952年、1953年，這兩個案子在那時的戰時體制是否又不合理？這部分我覺得可以思考一下。第二個層次問題，即使是戰時體制下，仍然有憲法，因此討論這一個聲請案是否國家應該有回復的議題，仍然是一個非常有意義的事，因此我個人認為這兩個層次應該可以分開的。

接下來補充爭點二及三，裡面特別提到第 567 號可以如何理解或者需要加以修正或者補充，我個人認為可以進一步補充，比方可以補充說違反最低限度的人權保障及難以回復的損害，那就採取嚴格的司法審查，因為戰時有很多本來可以受到審查的行政行為都會逸脫正常的司法審查，因此我們對於疑似超過紅線的人，我認為更應該用高的審查密度，審查標準大概可以包括法律保留、司法救濟、目的手段是否正當、比例原則及事後恢復之可能性，如果大法官跟 鈞庭認為射程可以到的話，即使在非常時期應該要建立一個事前審查的機制，也許要有一個即時的介入，例如像英美法發人身保護令，不然只剩下事後的回復，難免有很多的遺憾，看看是不是可以這樣的補充。

至於最後的補償跟賠償，「補償」我認為這兩個字眼並不回復國家義務，「賠償」是否會涉及到公務員的責任，我覺得這個可以再進一步思考，我想先報告到這裡，把時間留給大家。

主席陳大法官瑤華：

先請聲請方詢問。

聲請方訴訟代理人陳之昱先生：

謝謝 鈞庭跟鑑定人的意見。

針對鑑定人所提出來的鑑定意見書，有一個比較具體的問題，希望鑑定人幫我們指正澄清。

在鑑定人鑑定意見書倒數第 2 頁中間第二段的部分，跟剛才鑑定人的論理有關，鑑定人認為動員戡亂體制如果應終止而不終止，所產生的不合憲狀態，並不是我們所說的不法國家，而是所謂的威權時期，這跟聲請方的認知有很大的落差，因為聲請方認為正是因為透過動員戡亂在我們憲法之外，架構了一個平行的不法國家，也導致說國家當時整個運作都是抵觸自由民主憲政秩序，也因此我們才有自由民主憲政秩序的回復義務來進行轉型正義，請鑑定人針對威權時期跟不法國家的區別，我們到底如何去評價動員戡亂來進一步說明，謝謝。

鑑定人高思博：

代表聲請方的大律師提到這個問題，事實上我在寫我的鑑定意見時，我非常理解這個狀況如果要界定或回答的話，牽涉到一些高度的爭議，我也自陳這部分的鑑定意見，討論這個問題是具有爭議性的，但是爭點裡面既然列了，所以我也就試著

回答。

我的問題在於進入換軌道戰時體制，這也是憲法裡面有的一套程序及機制，進入戰時體制這一件事本身，在憲法的 check 機制裡面會被認為是政治部門的一個「checks and balances」，而不見得是能夠受司法審查的一個問題。我個人認為這個狀態的認定並不影響到這兩個案子，現在尋求國家的回復義務，因為即使是合憲的戰時體制，對於個案仍然有不可侵犯的憲法紅線，因此對於狀態的認定為何，我覺得不影響到這兩個案子可以接受 鈞庭對於有沒有違反最低人權紅線的審查。

當然對於這一個狀態的認定，你要說是一個不法國家，我認為是一個威權時期，那是牽涉到我們對於政治正當性認知的一件事，我覺得這部分事實上可能會有相當不同意見，所以這部分我想這個回答對於本案來說是足夠的，因為我並不認為這兩個案子在我們進行釋憲程序會有任何的妨礙，本來就應該要審查或違反憲法的紅線，但對於戰時體制的狀態認定，在當時是否合理，我覺得這個部分可以存而不論，但我認為不妨礙現在的程序。

主席陳大法官瑤華：

聲請方還有沒有相關的問題要提問？

聲請方訴訟代理人周宇修律師：

謝謝審判長、鑑定人，聲請方有三個問題想要再跟鑑定人詢問。

第一，其實鑑定人在鑑定意見註釋第 4 頁至第 6 頁的部分，您提到釋字第 592 號解釋明確宣示大法官解釋的效力是向後的，我們想要請教的第一個問題是，我們剛好在上週五時，大法官也做出第 741 號的解釋，其實宣示解釋得非常清楚，我們通案向後發生效力沒有錯，但也告訴我們說其實是有一個個案救濟的可能性，因此告訴大家第 752 號的解釋應予補充。因為杜案其實是一個很典型的個案，因此我們想要詢問的是，就您來看，是不是因為違憲審查本身的制度，就當然導出在個案救濟功能之結論，這是第一個問題。

第二，想要再跟鑑定人請教的是，鑑定人鑑定意見註釋三的部分有提到國家恢復義務的部分，在黃案的部分，嚴格來說是立法委員聲請釋憲，所以是非常抽象法規範的審查。我們看到的是，其實在前面的鑑定意見講到的問題是，我國情況是有超過三十幾年戒嚴跟動員戡亂的歷史，所以想要詢問鑑定人的是，剛剛您也提到我們的個案可能發生在 1950 年代，可是在這個時候，如果戒嚴的時間這麼長，是不是越到後面回復的義務越強？導致的是在抽象法規範的概念來看的話，對於越後端的重復義務是不是應該要作一個更高的審查基準？

第三，剛剛鑑定人在最後補充，提到有關於補償與賠償的部分，鑑定人認為補償並不否認國家違反人權的重復義務。聲請方想要詢問的問題是，誠如前一位鑑定

人提到的，其實現狀之下的補償條例設定很多有關上限或賠償技術的問題，所以我們在談回復義務的時候，那個回復到底要長什麼樣子？如果法條告訴你的回復只能有上限，那到底算不算回復義務？這個是我想要請教的三個問題，謝謝。

鑑定人高思博：

針對剛剛聲請方代表提到的這三個問題：

第一，釋憲對於個案的救濟功能，可能在釋憲的發展上不斷試圖要加以擴大，所以在大法官案件審理法的立法過程及脈絡也可以看到這樣的趨勢。不過當然我個人認為我們現在釋憲對於個案的救濟功能，因為我們畢竟不是美式的釋憲制度，所以個案的救濟功能，我個人認為可能還可以再進一步加強。最近在司法改革裡面，許院長也提到是不是要增強憲法訴訟的機能，釋憲的個案救濟功能不斷再加強，我覺得可能可以再進一步看看是不是能夠有可能再加強一下。

第二，戒嚴三十年越到後段的審查標準，以我個人看法，我認為這個戰時體制最大的問題是，時間實在超乎尋常，所以到越後段問題越大，因此到越後段的審查標準應該要趨嚴，這是我完全可以贊成的，而且後段事實上也可以發現很多案子，比方看到民國 70 年的案子，說實在的，我覺得連執法單位自己說要用這樣的法條、這樣的罪名去辦人家，自己都覺得滿可笑的。明明是一個辦黑道的事情，現在要講說涉及叛亂，這個時空完全是措置，我可以贊成。

最後提到回復義務，我贊成之前李念祖學長的一個見解，回復義務如果要完全來處理，可能是行政、立法及司法，大家要各做一些事情，我當然不覺得這是任何一個權力有辦法單獨去處理賠償，又處理確定判決效力，我當然不覺得可以這樣，可能三權要通力合作。

主席陳大法官瑤華：

聲請方還有沒有問題？

聲請方訴訟代理人洪偉勝律師：

聲請方有兩個問題：

剛才前一位鑑定人陳俊宏教授有提到轉型正義重大工程之一是在於確保日後不再發生，針對釋字第 472 號因為戒嚴時期過長，社會法的安定性已經確定，證據取得困難為由、阻斷當事人上訴的權利，以及本案舊刑法第 100 條已經經過宣告時效或修正，而產生毋須解釋，如何來處理可能創造對於日後當權者的誘因的問題？第一個可能是因此有宣告長期戒嚴這樣子的誘因；第二個是當權者可以選擇在非常時期當中通過不符合自由民主憲政秩序的法條，但是在非常時期經過之後，主動立刻

宣告失效來避免事後審查，這在轉型正義的架構下應如何看待，這是我想請教鑑定人的第一個問題。

第二個您提到對敵作戰的部分，李媽兜案如果真的如同大家看到證據資料，確實我們把他當作國家敵人來看待的時候，是否對敵作戰就沒有任何的 legal red line 存在？特別是我們的懲治叛亂條例是以唯一死刑作為內亂罪處罰的法律效果，是否在對敵作戰的情況之下，就地正法、斬立決都不會碰觸到任何的紅線？以上兩個問題，謝謝。

鑑定人高思博：

謝謝。

我想我先倒過來回答第二個問題，國際法事實上也有作戰時不應該從事的行為，比如戰俘也有一定的人權，我想在法律規範的意義上，我們會肯認即使是對敵作戰也有不應該做的一些行為，所以大家可以知道說為什麼美國把恐怖份子關在海外的監獄引起了很大的爭議，就是要規避一些美國法律上的可能保障，而做這一些事，因此我們要確實知道對敵作戰有一些紅線。但是也要誠實不諱言告訴大家說，我們也看過很多這種電影與電視裡，展現後的利益衝突，也就是在作戰的時候，你實際上能夠要求這一些事情到什麼程度，像搶救雷恩大兵，在極端的情況之下，可以看到人性上很深層的問題，像越戰啟示錄都是一些人性的故事，因此我非常同意對敵作戰有紅線，但這對我們是一大考驗。

第二，錯誤的誘因我覺得這比較是歷史跟政治的問題，我不大相信我們在現在的時空環境及現在已經討論轉型正義民主鞏固的當下，還有這種提供錯誤誘因的疑慮，我覺得如果有這樣一種歷史條件，我覺得會造成這樣的不幸跟有意這個誘因而阻止的力量，我覺得並不是那麼直接的關係，我們是不是要民主鞏固？這個是我個人的看法，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

還有需要補充提問的嗎？

聲請方訴訟代理人賴又豪先生：

鈞庭、鑑定人好，以下幾個問題就杜案的脈絡想請教。

第一，鑑定人所謂的回復義務是在戰時體制下衍生的，但杜案是個案審查的案子，如果就我們的當事人而言，我們要請求回復，到底鑑定人認為回復義務的憲法上基礎是什麼？鑑定人是否覺得我們透過憲法第 24 條為依據，向國家請求賠償這樣的權利是可以可行的途徑？這個是第一個問題。

第二，因為杜案涉及到的是一個補償範圍劃定的立法裁量問題，但是鑑定人

在鑑定報告中也提及釋字第 567 號的最低限度保障是指涉到損害重大難以回復的法益侵害，比如人身自由、或者是財產自由等等，在本案中很明顯涉及到這一些法益的侵害，而鑑定人在鑑定報告中進一步提出，針對這樣類型的法益應該要採取高密度的審查，因此想要進一步確認鑑定人的意見，是否在這邊就立法裁量去落實一個回復義務的情況，應該要採取一個高密度的審查，如果是這樣的話，立法者在這邊所擁有合憲的裁量空間是什麼？

另外，鑑定人在鑑定報告中有提出要類型化侵害的態樣及相對應的義務，我們也要就杜案的脈絡想要請教鑑定人，對鑑定人來說，這到底是什麼樣的態樣侵害，而所謂的回復義務是否包括請求補償條例的補償為一個必要，以上三個問題請教鑑定人，謝謝。

鑑定人高思博：

剛剛聽起來如果沒有理解錯的話，第一個問題跟第三個問題好像有一點相關。我的鑑定意見裡面，我相當倚賴且推崇第 567 號解釋，因為並沒有做很多自我設限的事情，看看個案是否進入憲法可能會有紅色的區域，所以在這樣的觀念底下，實定法上請求權要如何行使，剛剛提到憲法第 24 條是否可以作為請求權的基礎，我記得之前好像李念祖學長在他的整個鑑定意見裡面，把這一件事事實上好像做了非常詳細的闡述，也就是他認為可以直接用這個當作請求權的基礎，那就不需要過度一直倚賴補償條例。

第二個問題是立法者的裁量空間，我覺得這個問題是我們對於補償條例實定法是否一定要做反面解釋的問題，如果大家接受一個講法是，立法者如果沒有講的就要當作有意的忽略，這樣就會說裁量空間是這些都不可以賠的。但我們有需要一定要做這樣的解釋嗎？而且我想在釋憲裡面，也許 鈞院跟各位大法官們比一般普通法院更有高度，所以也許可以採取一個較為自由去處理這一個問題，因此我也不認為一定會妨礙到立法者的裁量空間，除非我們認為他一定要作反面解釋。

第三，有關於態樣可以做一些進步的釐清，我在寫的時候有想到在戰時有很多種方式是，妨礙人民權利義務的這種措施跟態樣，但有一些說實在也滿難以回復的，比如實施宵禁、比如強度很高的新聞管制，這一些事情可能當時過了也很難回復或補救，因此我才提到我們可能要把它類型化，哪一些侵害的態樣是屬於高密度審查，而且有很強、很高的回復義務，要怎麼樣來處理，可能可以在解釋裡面具體解釋，當然有一些可能是屬於立法的權限，比如到底要賠給人家多少錢，像這種事情可能要留給立法者一些裁量空間，這是我講態樣的意思，因為有些戰時措施的態樣感覺起來是不好回復的。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

最後一個問題，剛剛鑑定人有提到對於不法國家的認定，基於政治立場會有不同的見解。聲請方很好奇的是，在鑑定人的定義底下，到底什麼樣的狀況可以符合不法國家的態樣？例如長期不召開國會？例如在動員戡亂體制底下，可以讓司法院大法官針對提名大法官的機關（監察院）做出可以延續任期，在第二屆監察委員選任前，可以繼續擔任的第 31 號解釋，這樣破壞的行為是否構成不法國家？如果這一些都不構成不法國家的話，可不可以請鑑定人明白說明到底在世界上哪一個國家有不法國家的狀態存在？

另外，有一個事實澄清，林毅夫是軍人，他在陣前脫逃，跟李媽兜為一般人民是不同的狀況，把這兩個案子類比，可能會有不當的誤解，謝謝。

鑑定人高思博：

我想我剛剛已經提到黃老師提到的問題，我之前也有回答過一些。

我認為這是一個戰時體制不合理的時間過度延長的問題，到一個程度我覺得就會有可能進入毀憲的這種狀況。當然，戰時體制如果恢復正常，那是回歸憲法的問題，所以我個人認為這部分以我們本案相關的，如果真的要論本案相關的，比較是那個時空下實行戰時體制合不合宜的問題。我個人在另外一個部分有特別強調，我認為這對我們去審查這兩個案子、有無超過憲法的紅線，而沒有構成任何的障礙，因此這兩個問題是可以分開而論的。

至於，我覺得不法國家的觀念，在法律解釋的體系裡面之位置，當然這一個狀態在概念上是完全可以理解的，這個狀態可能在概念上也是可以存在的，我們現在的問題是，在兩岸時空裡面是什麼樣的狀態，我認為那是戰時的非常體制，這個部分可能是黃老師問到的問題，我不知道這個回答是否可以多少讓黃老師知道我們可能的相同點或相異點是什麼。

主席陳大法官瑤華：

聲請方剛剛其實想要問鑑定人到底什麼是不法國家的概念，鑑定人針對戰時體制到底是否應停止而不停止，比較是針對時間、空間的延續，是否該延續或者是不延續的問題，所以好像那個問題沒有完全針對，不知道鑑定人是否需要補充？

鑑定人高思博：

以現在所在討論的事情，不法國家的觀念，我個人可能不見得像對黃老師對這一個觀念這麼有研究，可以理解在我們的法體系裡面，比如超出基本規範之外，這個觀念是存在的，我們現在的問題只是這兩案當時的時空應該如何定位，我認為這兩案的時空是戰時體制，但是並不妨礙我們對於是否超過憲法紅線的探究。至於其他的時空，因為我們在這邊沒有辦法具體說這一件事，所以我只能說到不法國家的

觀念，我當然認同概念上是存在的，我覺得這個可能對這兩個案子目前的探討，到這個地方可能也許就 ok 了。

主席陳大法官瑤華：

現在請機關方提問。

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

謝謝 鈞庭、謝謝鑑定人，這邊有兩個問題想要就教於鑑定人。

第一，對於戒嚴時期的不當判決是否要透過司法審查回復當事人的爭議，鑑定人在鑑定意見當中也提到透過特赦的方式來解決。想請問鑑定人這是否針對不當判決的處理，行政權或者是立法權有選擇政策的空間，而非現行法律的問題？如果採取特赦或者是德國將納粹時期政治性、軍事性、種族性及優生的案件撤銷的這一些方式，是不是就是行政權或立法權可以決定採取哪一個政策形成的空間？

第二，剛剛鑑定人有強調戒嚴時期是屬於戰時體制，所以不論本案討論的國家安全法或者是戒嚴時期不當審判補償條例，都建立在戰時非常時期的脈絡下，轉型正義一直都會有昨是今非，昨天的正義不代表是今天正義的論述。釋憲機關在進行司法審查的時候，需要考量戒嚴時期的特殊背景？在這樣的論述脈絡底下，鑑定人是不是可以提供昨是今非的看法？

內亂、外患罪本身就有一些政治概念的內涵或政治價值的評斷，如何站在現在時期的角度來評價究竟是不是政治犯，也就是不論是形式上或者是實質上是政治犯或是國家的敵人，謝謝。

鑑定人高思博：

我覺得剛剛的幾個問題是，我們對於現在比方正在處理系爭補償條例是否宣告違憲一事，或者認為它本身不一定違憲，但立法者可能有基於憲法平等權，其他的案子可能也必須要加以處理，但有立法的漏洞或射程不足的問題，我覺得這也許可以一併指出。是不是要把這個法律宣告一定要違憲，我覺得這要看看如何達成回復的義務，我在場外跟另外一位長期從事人權工作的蘇律師在聊天的時候，事實上也有提到這要如何處理，如果把法律宣告違憲，對於已經領到補償的人是否又是一個問題，需要運用智慧。所以，我覺得我們看看怎麼樣盡量滿足這一個回復的義務，是不是要把法律宣告違憲或者事實上可以被補充，又或者立法者進一步的立法義務，我個人比較認為好像是這樣。

至於行政、立法採取政策的選擇權，當然，但問題現在恢復義務的問題是在於，光靠行政或立法都沒有辦法非常完整能夠處理我們現在所面對這一些轉型正義的歷史個案，所以才提到有一個可能，看是不是要把總統的赦免權也拉進來，這個也許是一個考慮，但是當然我知道這個不見得是能夠在我們的司法程序裡面去談。我們

現在就是因為行政與立法的選擇並不是沒有，而是受限，在三權分立底下就是這樣，沒有辦法處理大家覺得可能需要處理的問題。

至於談到內亂、外患，這種跟政治犯罪關係，這個是跟我們提供鑑定意見的人或法律界的朋友認為李媽兜這一個案件是特別的難題，如果都做政治犯的主張，現在刑法第 100 條區分言論與行為是否為好的一個標準，也就是什麼是政治犯，什麼是有受刑罰處罰的可能性，做這種區分是否為一個可能的劃界，我覺得這也可以進一步思考。

主席陳大法官瑤華：

機關方還有沒有要詢問？

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

還有幾個小問題要請教鑑定人。

在轉型正義的原則之下，國家對於在特別時期遭受國家權利侵害人民應予補償的範圍，應該採取前面的補償，還是認為應該有限制性的補償？如果是有限制性的補償，這個限制的範圍如果是經由立法機關，就是代表民意的立法機關制定的法律去劃分應予補償的範圍情況之下，如果事後認為補償範圍有所不足，是一定會造成該法條違憲的結果，或不管行政權所謂適用法律的擴大解釋或立法權自己作法條的補充？有沒有其他的方式可以取代認定違憲的方式來解決認為所謂補償範圍不足的情況，請教鑑定人的意見，謝謝。

鑑定人高思博：

您的看法我贊成，不一定要宣告違憲的方式，我覺得目的是如何怎麼樣把回復義務可以滿足，也許我們需要的是補充立法，而這一個補充立法也許要鈞院大法官們在解釋上要求按照同樣的事情做同樣處理，也許應該要做新的立法，所以我並不認為一定要去宣告違憲，我們的問題是回復義務要如何去滿足，當然我認為在這裡面最不好處理的是確定判決的效力，這剛好是要司法才能去處理個案的確定判決效力，這部分也許是鈞院大法官們可以特別幫忙的地方。

當然，這也是為什麼我特別提到總統赦免權，總統赦免權大概處理的是這個部分，因為總統赦免權不可能處理一個受害人給他要多少錢，那完全是行政、立法要考量各種狀況所想出來的事情，憲法上的幾種權能可能一起來做，才可能做得比較圓滿。

主席陳大法官瑤華：

機關方還有問題嗎？

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

沒有。

林大法官孟皇：

在提問之前先澄清兩個部分。因為這是公開法庭，我大概說明一下，按照我國的釋憲實務，針對廢止或已修正的法律，臺灣的大法官還是可以做違憲審查，這是第一個部分，高鑑定人是用美國法的思維去看，但我們實務上並不是這樣操作。第二，本法庭有一個叫做「模擬憲法法庭法」，第 12 條的規定釋憲的結果可以採溯及失效制度。

接著，請教高鑑定人兩個問題，剛剛高鑑定人一直提的是，聽起來大概的意思是認為不需要變更釋字第 272 號解釋，然後透過總統大赦或特赦權利的行使，讓這一些司法案件，讓受到審判案件的當事人得到一些平反。但已經有幾位鑑定人提過，現在國際上的認知對於轉型正義的要求是，受審判的人有追求真相與正義的權利，如果沒有讓他有一個上訴救濟的機會，基本上這一個權利大概就被剝奪。

你的鑑定意見裡面一直提到的是，擔心所謂溯及效力等等的問題，我剛剛講模擬憲法法庭法其實已經不全然是這樣了，即便你有提到美國在二次大戰期間，有把一些人關押起來，裡面有一個人，我不會唸他的英文名字，但是他們說名字叫做「是松」。這個人 1942 年拒絕報到，後來被判刑，聯邦最高法院也維持有罪確定。但美國在 1948 年就對這一群日裔美人賠償。即便賠償之後，以是松這個被告而言，他其實於 1986 年在舊金山的聯邦地方法院，有再被審查的機會，法院認定當年的定罪判決是無效的，而 1988 年美國不僅對這一群人道歉，並再度作賠償。也就是說，以你提到的美國，即便數隔 3、40 年也容許可以再上訴救濟。

另外，你剛剛疑慮的是，溯及既往等等的問題，其實剛剛鄧教授已經提到不正義之法不具有法律效力，何況我們一直在談不溯及既往，基本上是怕違反罪刑法定，其實基本上只是在拘束國家權力，如果只是為了給他補償、賠償，這樣的作為是人權保障、回復權利，是真的不能溯及既往嗎？

第三，本法庭在做抽象規範審查，照道理講事實應該都已經釐清了，我們今天還要再扯李媽兜案到底是否為言論自由、良心犯或是內亂罪，我僅代表我個人，我個人認為他就是叛亂犯，民國 36 年去圍機場，加上後來加入省工委的運作等等，當然符合現行刑法第 100 條的構成要件。至於提到的金碗盤案等等，我不是很瞭解，但這種案件比較像是在普通法院審判，如果認為是冤案，就可以透過普通法院再審機制去處理。

林毅夫的案子部分，剛剛李媽兜案的聲請人已經提了，我的問題在於釋字第 567 號解釋所提到的，也就是有一些基本核心人權價值，其中包括受到公平審判的權利，我們今天不是從政治犯的角度切入，而是從人權核心價值受到迫害來看。以那些政治犯而言，像剛剛講的李媽兜案等等，按照很多調查研究，他們基本上是沒有受到

正當程序的保障，甚至連覆判的權利都沒有。我們是不是可以說這一些當年受軍事審判，因為釋字第 436 號也說，當時軍事審判還有一些統帥的核可權等等很多違反正當程序被宣告違憲，我們可不可以說當年受軍事審判的被告，因為沒有受公平審判，因此都容許有補償的機會，這是想要請問的問題，謝謝。

鑑定人高思博：

林大法官問的這一些問題：

第一，模憲的訴訟規則裡面沒有受到這一些限制，這當然沒有問題，我本來就是認為這也許是個障礙，如果我們憲法法庭可以突破這樣的障礙，我當然沒有任何的反對或保留的意見，就是如果沒有美國憲法的問題，我完全沒有問題。

第二，您剛剛提到我註釋那個案子，那個案子事實上跟我們的情況有一點類似，我從這一個案子聯想到不少鑑定意見想的事情，美國國會對這一些人做出賠償，這沒有問題，他們遇到最大的難點是對於他們這一些人當初被判有罪的判例要如何處理，結果也是發現很難被推翻，到最後要推翻一個繼成的判例就變成必須要回到司法程序，因為其他人沒有辦法做這一些事。這一個案子我稍微看一下，在回到司法程序去受審，是因為後來美國司法部自己承認他們當初的法律意見，他認為他們的法律意見有問題與瑕疵，這一個案子當時的司法部長犯了一些錯誤，所以等於是重新開啟司法程序，才讓它可以把這一個案子進行翻案。

我的問題只是在於說我們的司法程序如果不用赦免的話，只有司法程序可以去處理、確定個案，但我們有沒有辦法去處理這麼大量的案子，這是屬於實際面的考慮，如果就規範面來說如果要用司法程序去處理，這本來就是正辦，我只是懷疑在各種後期或是物質條件的支援上有無辦法做到，因此我才又特別想到赦免權可以是一個方式。

第三，李媽兜案並沒有受到法律正當程序的保護，這個我當然同意，所以他這一個案子是否能夠再度開啟司法程序，如果他符合釋字第 567 號的射程，我覺得是 ok 的，並沒有認為因為他被當作是叛亂犯，所以沒有這樣的權利，因此我們剛剛才討論即使是在戰時或是敵方的武裝人員，可能都必須有這樣的權利，這我完全不反對；我只是認為這在理論上比較困難的難題，我也是因為這樣子，而聯想到林毅夫的案子。

林毅夫那一個案子有很多地方跟李媽兜案不能類比，剛剛黃老師有提到一個是軍人、一個不是，但我認為他也有相同的部分。這兩個相同的部分是，他們跟當時的政治秩序被認定是背叛的一種行為，而且已經到行為的層次了，不光是言論，這是刑法內亂罪的罪名要處理的事情，因此我認為在政治犯與內亂罪間，有沒有什麼線可劃？事實上大家也在討論這一件事，也許現在刑法的言論與行為之界限是一條

線，我不知道這是不是絕對好的線，但也許這是一條線。

主席陳大法官瑤華：

其他法官有沒有要詢問的？

高大法官焯輝：

雖然有一點時間上的限制，但是我還是延續林大法官的問題。

因為模擬憲法法庭並沒有像臺灣大法官有一樣的限制，特別是釋字第 592 號或者是釋字第 741 號的個案救濟效力，本法庭可以宣告溯及效力，但我們要宣告溯及效力，當然要有一定的理據，同時要考量的不只是個案救濟的問題，如果確定了動員戡亂時期狀態之法律上定性是否違憲，而由本法庭宣告違憲後，是否可一舉克服鑑定人所提到兩個障礙的問題，第一個是溯及效力，第二個是確定判決效力要除去的問題？因為在德國也是有相關的立法先例。我不曉得在這種情況之下，鑑定人您還堅持認為不管是聲請人的聲請書或是本法庭，都不需要去處理動員戡亂時期的定性問題嗎？

鑑定人高思博：

我覺得這個部分一開始就有提到，如果比較正式法庭的程序，這是不是正式問題要受審查的原則，這是需要考慮的一個問題。我一開始就已經提到我覺得 鈞庭在個案跟整體法律間可能可以去求取一個平衡，模擬憲法法庭不一定要站在能夠處理個案的立場，但我只是說這兩件事要怎麼樣去求取平衡點或是偏向哪一邊，這是 鈞庭以及各位大法官自己司法哲學的一個問題，我只是希望考慮政治問題的條款。

如果你能夠有一個比較容易的方式去處理，那麼也可以滿足當事人的一些要求，那在司法哲學上是不是要非常 active，這是大家可以進一步去討論的。

主席陳大法官瑤華：

很謝謝高鑑定人的意見，我們接下來要請王韻茹教授進行鑑定意見的陳述，時間是 10 分鐘。

鑑定人王韻茹：

審判長、各位大法官、鑑定人及各位大家好，因為大家已經看過我的鑑定書，我儘快把重點的部分稍微說明一下我自己被分配爭點的鑑定意見。

我被分配鑑定意見有五個，我認為可以分三個部分來說明：第一個部分是大家一直關心我如何看待動員戡亂體制的問題；第二個部分是我針對動員戡亂體制的定性之後，接下來要問說民主國家要回頭去處理那個時期所謂不法行為的情況，我們的這一個國家可以在怎麼樣的程度內或者是範圍內對這一件事平反或者是恢復的問題；第三個部分是，其中兩個爭點是針對如何重新評價國家不法行為的部分，這部

分也會涉及剛才高鑑定人提到釋字第 567 號的問題，也就是違憲審查在審查國家對於這一些不法行為所做的回復義務也好，或是回復的這一些立法跟措施，怎麼樣在違憲審查的角度裡面去說明這一個問題。

第一個是關於動員戡亂的事情，我自己的想法是分成兩個部分，我從規範面來說到底如何進入動員戡亂體制，我在鑑定意見裡面已經明白講到，那其實在學理上或者是資料上都可以看得到那是 1948 年第一屆國民大會用修憲的方式，去凍結憲法本文關於人權的部分，也就是包含第 39 條及第 43 條的問題。就這一個部分，我有講到動員國家警力權去進入非常狀態的問題，但我們自己的情況是不是這樣？我自己覺得有一點疑問，原因是即便我們大家不太確定國民大會可不可以真的用這種受權總統可以不受憲法國家的限制做這一件事，我們先不問這一件事，我們假設無論如何這是憲法所允許，那是特別時期，但是即便是這樣，就會進入到我們進入所謂緊急狀態的時期之後，我們國家所做的許多問題，包含我們在動員戡亂裡面有這一些特別法制的問題，或者我們進入戒嚴的情況而繼續審判的問題，也包含我們自己在整個憲法機關存續問題上，我們也沒有辦法再透過所謂的民主正當性繼續去強化這樣的體制之後，我自己覺得在後來整個規範的發展或實際的狀態裡面，也很難被看成是所謂因為合憲狀態緊急狀態的這種狀態，我自己覺得在後續所謂動員戡亂體制的質變或者是演變上其實都變成不法國家的情況，這是我自己在鑑定意見中的意見。

其次，我們討論所謂不法國家跟所謂法治國家的這一件事有一點搞混了，我們針對法治國家的這一件事，我們從大法官或學理上講到有一些原則的內涵，假設國家有一些內涵不符合，像剛才大家已經講了很久，不管法律保留的部分或是溯及既往也好，我們都會說違反法治國家，這時候違反法治國家是不是當然不法國家？當然不是的。因為在講法治國家的時候，而是欠缺那一些內涵我們說可能違反法治國家的情況。但是在講不法法治國家的情況，其實重大的區別是在講民主憲法國家跟集權專制國家的區別上，也就是如前面所說的，如何界定動員戡亂體制的這一件事，就這一個情況我在前面定性上，因為自己覺得不太符合例外的情況，我自己認為後來規範的演變跟實際上的狀況，比較接近不法國家，然後去澄清與法治國家的關聯性。

第二，就今天假設已經從所謂不法國家演變恢復到現在民主秩序的情況之下，該如何處理？我要針對民國 49 年的問題，我們現在在處理轉型正義最大的問題是，我們的憲政秩序從形式上完全都沒有改變過，大家會覺得我們的法律秩序老實講沒有形成所謂表面完全斷裂的情況，也就是 鈞院問的不管是納粹或是東德的不法國家有斷裂的，但因為我們沒有斷掉，所以我們在這樣的情況之下，我們的憲法沒有

被另外一部憲法取代，刑法也沒有被其他所取代的情況下，假設是這樣的話，我們就說我們把動員戡亂還是看成憲法緊急狀態，我們現在回來只能說按照自己覺得過去大法官發展出來這一種特殊的情況做到人民的特別犧牲而去補償好了，用這樣的觀點去說明。為什麼要做那樣的回復義務？也許在那邊可以找得到補充的情況，但因為就像我說的，我不採取這樣緊急狀態的情況，我比較傾向的是所謂不法的情況，我自己會問說我們到底要怎麼在民主憲政的國家底下，我們這一個國家要如何跟別人說要處理不法的情形？

我在文章裡面比較贊成的立場應該是，首先我認為國家有這樣的保護義務，我自己的立論基礎是從所謂基本權的面向開始說明，我覺得因為在過去那個時間裡面，大家都可以看到所謂的基本權遭受嚴重侵害的這一件事。現在要維護受損的基本權，我們可以要求國家做到什麼程度，我們在學理上或大法官釋憲實務也承認基本權與保護義務的這一件事，這個著眼點讓我自己覺得我們國家有這樣的義務。只是當我們承認國家有義務的時候，我們現在的問題在於，我們的國家因為權力分立的情況，被分配到不同的國家權利行使，在這樣的情況之下，要如何把國家回復義務完成。最早的時候鄧教授已經講過，那真的需要不同國家權力的配合。我一開始的想法是首先就立法者必須要先形成，不然你說其他司法者怎麼有辦法去形成所謂回復義務的內容？

我們剛好今天要審查的個案，其實立法者已經立法了，我們現在的問題在於看這個立法本身的問題，在違憲審查上，以我自己目前初步的想法，我們就去看恢復的義務有沒有恢復基本權保護義務的說法，尤其是保護禁止的問題，我自己的立場是這樣。

接下來關於溯及既往的問題，我因為留學德國的關係，我當然會去參照德國在過去處理這一些所謂的突破，法律安定性或溯及既往的問題時如何處理，因此我的確引用德國的情況。但是我要說明的是，在我們談不管是溯及既往或信賴保護問題，就像我前面所講的，那個是法治國家的原則要求，我們知道法治國家最大的部分是要拘束國家的。我們今天為了要恢復人民基本權保護義務的要求，然後我們做了一項跟法治國家或溯及既往衡平，老實說我認為這可以作衡平，並不是遇到法律既往就要退，就說一定當然會有違反憲法的疑慮，老實說我覺得並不是這樣子的，我在文章中已經講到了，我覺得是可以考量的。

另外，目前的補償條例只限定所謂的政治性案件，不包含所謂非政治性案件的這一件事。我自己基本的立場跟我剛剛前面已經講過的，我說是基本權保護義務的要求，所以只要是在那個時期裡面這些相關的法律，其實是違反這樣的情況，被宣告違憲的情況，照道理人民應該要能夠恢復。尤其是在過去因為軍法審判的體制之

下，幾乎所謂正當法律程序這一件事是不可能的，如果是這樣的情況，應該要恢復，因此就這一個觀點來講，我自己認為，我針對釋字第 272 號去變更，因為釋字第 272 號的情形跟現在的差別很大，而且大法官本來可以變更見解，尤其因為在那個時候，也許我們還沒有轉型正義的處理，但我們現在面臨這樣的情況，我覺得應該要做一些變更，而且並不認為那樣的變更有違反溯及既往的問題。

最後爭點的部分是，我們要如何重新評價的問題，問到關於釋字第 567 號的意見。這個跟其他的鑑定人意見沒有差別很大，我的想法是釋字第 567 號其實提供一個非常好玩的審查基準，就我個人而言，我自己覺得他說的情況是，不管在什麼樣的困難情況底下，不管國家裡面有沒有憲政秩序，退一步說我們說這是緊急狀態，如果有紅線的問題，我自己認為大法官在這個地方的紅線，因為那個個案剛好是人身自由的問題，所以他用了人身自由合憲的想法，就是他過去常常與憲法第 8 條作說明。我自己認為跟我們現在轉型正義這兩個個案有關的，其實除了人身自由的部分也包含財產權的問題，也有財產權被沒收的問題。也就是說，我們到底每一個基本權有一個核心，因此不能踩到底線，或者是我們就大家一直講國際人權上到底是用所謂的人性尊嚴這一件事，其實可能是大法官們考量現在這一個個案的情況，或者是宣告違憲的條文裡面必須要考量到的，這是我自己的想法。

最後一個部分講到責任法制的這一件事，我自己認為用第 24 條其實在於正常憲政秩序底下用的，請求權基礎也不是不行，但是因為我前面已經講過，按照基本權的保護義務，本來以司法實務來講，也是可以宣告現行法條按照基本權保護義務的想法去說明情形，因此我認為那部分應該沒有太大的問題，只是我可能不會繞過第 24 條，用第 24 條去作請求，大概是這樣的情況。

因為時間的關係，我想說先講到這裡，等一下如果我跳過的部分，大家有問題的話，我再作意見交換。

主席陳大法官瑤華：

謝謝。

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

請教一下鑑定人，我這邊有兩個問題要請鑑定人給我們意見參考：

第一，從剛剛鑑定人所陳述的內容來看，似乎鑑定人也認為在不法國家的狀態之下，國家所負的回復或者是補償義務應該是全面性的。如果採取這樣子的見解，依照戒嚴法的規定，其實在戒嚴時期適用軍事審判的案件裡面，其實有許多的案件型態有被害人的案件，如果連涉及到被害人的案件裡面，國家也都應該給予受裁判者補償的話，會不會造成反而對於被害人一方產生不正義的情況？這是第一個問題想要請教鑑定人。

第二，鑑定人也有提到說鑑定人認為第 272 號的解釋應該予以變更，前提是在於不法國家對於人民權利受損應該給予人民回復或補償的責任。我想請教的是，第 272 號解釋是依照國家安全法第 9 條第 2 款，也就是所謂戒嚴時期經軍事審判經過判決確定的案件，不得再向該法院上訴或是抗告，但是沒有阻絕再審或非常上訴的救濟途徑。如果認為這個規定是屬於違憲的，是否認為只要給予經軍事機關審判的確定，也就是確定判決的案件，給予上訴或抗告的救濟方法，就認為這是國家採取回復或補償的措施？因為即便是上訴或者是抗告，還是必須經過實質的審理，最終的審理結果是如何也都還未知。是否認為只要給予上訴或者是抗告的權利，就認為足以補償或者是足以恢復？還是認為他是回復或者是補償的適當方法？請教鑑定人。

鑑定人王韻茹：

應該這樣說，我前面已經講過對於國家要採取怎麼樣全面回復的事情，我認為是立法者的情形，但我必須要說明所謂不當或者是不法判決的這一件事，在民主憲政國家的情況底下，其實國外有兩個情形，一個是立法者的方式全面廢棄，第二個可能性是不全面廢棄，是叫司法者來廢棄，也就是今天說哪一些條文是有問題的，因為曾經哪一些條文受刑判決的情況，或是針對哪一個法院所做的判決，因此認為這個情況要先做廢棄判決的情況。

廢棄的情況如果按照現在的情況來說，目前可以做的比較接近再審或是非常上訴的情況，立法者堅持要走上訴可以不可以？就我而言也是可以，因為現在的重點是要廢棄不法判決的事情上，可不可以設計一個特別的程序去作過去的不法判決，老實說我覺得是立法者的所謂空間，今天的司法者只能告訴他說：「你因為沒有提供這樣的管道，所以這可能會違反對他訴訟權保障的核心這一件事。」我也只能告訴你到這個地步，並不能告訴你說接下來要怎麼做，是不是要受特別法院或要回到普通法院，這當然是立法者的權限，有錢做到什麼地步、沒錢做到什麼地步，這個也是他，這本來是立法跟司法的界限，因此問權利義務有無存在，我們可以回答有無，但其實大法官並沒有辦法告訴立法者說怎麼樣才能做全面恢復，或者選擇用什麼樣的方式去回覆，這個是適當的，我覺得是適當的這一件事，我覺得沒有辦法。

主席陳大法官瑤華：

機關方還有需要提問的問題嗎？

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

沒有。

主席陳大法官瑤華：

現在請聲請方詢問。

聲請方訴訟代理人陳之昱先生：

謝謝 鈞庭、鑑定人。

針對王老師跟機關方提出的一些問題，我進一步來進行詢問。如果從李媽兜案這一個案子來看的話，他所涉及的是補償條例跟國家安全法第 9 條的規定，補償條例因為本身確有實據的嚴格限制，導致李媽兜的後人在聲請政治補償的時候，其實某種程度上受到了限制。國家安全法第 9 條又限於再審與非常上訴，這其實某種程度上，毋寧也是立法者的選擇，也就是立法者開了門，可是門很小，對於當事人來說，其實從實質層面上就是一種救濟的雙重否定，如果從鑑定人王老師的鑑定意見來看，恢復義務建構在基本權的國家保護義務之上，此時是否已經可以說在這裡已經構成立法怠惰而不是立法不作為，這兩個有很大的差異在於是否有形成立法空間，這是不是已經沒有立法形成空間，而是適當讓大法官有一個介入的時機點，這樣並不會違反我們權力分立的架構，就此請問我們的鑑定人，謝謝。

鑑定人王韻茹：

我的意見就是這個意見，應該不用回答。

主席陳大法官瑤華：

聲請方？

聲請方訴訟代理人蘇慧婕助理研究員：

謝謝，在這邊有兩個相關聯的問題想要請教王教授。

首先，王教授在書面鑑定意見以及口頭報告中都很清楚講到，不法國家與法治國家的最大差異是在於體制是否有修正的功能。從這個角度出發，王教授認為，權利回復條例對於冤獄賠償法的準用只是基於程序經濟，不法體制的平反或回復在本質上和國家賠償是不一樣的。這項見解跟李念祖律師在前一次言詞辯論時的意見正相反對。所以想要請王教授針對這點作進一步詳細的闡述。

而與前者相關聯的問題是，從王教授您對於不法體制平反、回復的立場，可否導出對現行法的具體評價？這裡的具體評價分為兩個層次。第一個是較為宏觀的層次。也就是以金錢賠償或補償去代替司法上訴的功能，亦即用第二次權利救濟，並不是補充、而是去取代第一次的權利救濟。就您的觀點來看，這是否已經違反了國家對人民「保障不足禁止」的誡命？第二個層次則涉及具體個案。從第二次權利救濟取代第一次權利救濟的框架去看這兩個具體個案，可以發現：第一次權利救濟已經被國家安全法給阻斷了，而僅存的第二次權利救濟，卻又在「國家不法」的概念上排除了李媽兜案、在「權利回復範圍」上排除了杜孝生案。那麼，對李媽兜和杜孝生這兩名個案當事人來說，國家是不是也違反了最低限度的國家保護義務，或者是法治國的憲法委託？謝謝。

鑑定人王韻茹：

很抱歉，我最近太忙了，沒有仔細拜讀李鑑定人對於國家賠償的部分。但是我不是不可以想像，因為鑑定人的想法可能會回到整個補償條例他們想要做的，延續剛剛聲請方代理人所說的，在整個救濟的過程當中，本來按照道理應該要撤銷一個違法的行為才對，假設這個撤銷還是不能回復權利的時候，這時我們採用填補，因為照道理金錢損害填補是發生損害之後填補給他，但是如果承認前面有一個不法行為，那麼要想辦法把不法行為撤銷掉，不然如何進行後續賠償的情況。

當初我們在一開始立法的時候，的確選擇先做第二段，也就是沒有做第一段，也就是針對不法的部分要如何評價它，所以我們連法條也沒有不承認不法，只說是不當，因此在這樣的情況底下，就會產生像剛剛聲請人代表所說的狀況。一開始作為司法者的確只能就今天要用第一次、第二次也許不太可能要用什麼立場，不做一就直接做二就當然違憲，這在整個制度的設計上。

接下來我們要看的是如果只做後段情況的話，依照現行的情況，又真的限縮到非常多的案子，因為我們現在在大多數的案子，我想今天大家早上聽這麼久，針對李媽兜的案子，先不管叛亂的問題，光訴訟權大家都覺得應該要重啟的話，就司法程序而言，這一個賠償未必有相當關聯性，為什麼？因為要重啟司法程序，除非確定真的有那個問題後，就是真的受有人身自由及生命權的問題，接下來才能想像與補償。

就這個情形，老實說我自己也會覺得如果按照現行法制度這樣子設計，或用這麼狹隘情況的話，的確有可能保護禁止的情況，但是就每一個基本權保護不足禁止的說明，可能就是 鈞院發揮智慧，知道到底要怎麼樣說明，但是我自己的立場也會覺得你應該要先做真的有一個不法判決，然後應該要先廢棄，這其實才是正道。
主席陳大法官瑤華：

聲請方還有補充的問題嗎？

聲請方訴訟代理人蘇慧婕助理研究員：

沒有。

高大法官焯輝：

我有幾個問題想要請教鑑定人王教授，因為時間的關係，我直接先把問題一次問完，再請王教授給我們答覆。

第一，誠如我們剛剛已經聽到，王教授的見解跟高教授的見解就動員戡亂時期定性問題是完全不一樣的，您在鑑定意見書裡面也有提到不法國家與法治國家的區別，並不是欠缺法治國家的要素，請王教授進一步幫我們釐清到底不法國家在學理上的判斷及認定標準是什麼？這個不法國家的狀態又是在什麼時間結束？如果是在

動員戡亂時期終止之後結束，王教授剛剛又提到中華民國並沒有制定新憲法，所以形式上沒有法秩序的斷裂，在這種情況之下，如何去處理不法秩序與新秩序或是回復秩序間連結的問題，本法庭希望王教授可以給我們做一個說明。

第二，您在鑑定意見裡面一再提到承繼不法國家的民主憲政國家應該負起回復義務或平反義務，而這個義務您認為這是來自於對於基本權的積極保護義務，誠如鑑定意見裡面有提到國際人權法上三個權利：真相知情權、追求正義權及獲得賠償或補償的權利，這些權利是一種新興的權利，不曉得依王教授您的意見看來，您所謂的基本權保護義務指的是中華民國憲法第 7 條至第 18 條的基本人權清單上的權利，或是憲法第 22 條的權利，又或是像鄧教授在鑑定意見書給我們的回覆認為是這可能是正當法律程序保障，是訴訟權或第 24 條國家賠償權利的問題。換句話說，不曉得您對於國際人權法上三個權利的定位是什麼？如果三個權利有憲法位階的話，我們如何連結我們憲法上目前有的條文設計，到底是用哪一條來適用？

最後，您剛剛口頭上也有特別提到，您認為國家雖然有回復義務，但是基於權力分立的觀念，應該要先由立法具體形成內容，當然聲請人認為這裡是有立法不作為的問題，但是我的問題在於：縱使立法者應該先具體形成內容，假設是這樣子的話，再由行政權與司法權加以落實執行，在這種情況之下，憲法法庭能不能指明立法權或是行政權應該進行回復或平反措施必須遵循的原則或方向？比如像剛剛您有提到的應該要做全面回復，或者是全面回復的依據是什麼，應該要做到哪些內容？雖然不是具體措施的規定，但是是大方向的指示，這樣子的指示是不是會違反權力分立？或者應該這樣講，如果憲法法庭做出這樣的指示，是不是才能確保國家在進行回復義務的時候，不會造成保護不足的問題，才能確保國家的回復措施確實能夠符合憲法及國際人權法的要求，而不是憲法法庭就束手無策，只能做一些類似於委由立法形成、立法裁量或立法形成自由的說明。以上三個問題就教於王教授。

鑑定人王韻茹：

針對於不法國家學理上的概念，老實說大家都是回到憲政秩序國家之後，就提到只要跟整個民主憲政秩序在統治權利特徵裡面，只要是對應的那一種情況，都會被界定成不法國家。接著這個問題，剛剛高大法官問到，今天憲政秩序看起來表面連續的情況我們可以用什麼樣的方式，我認為大法官釋字第 499 號給大家一個方向，因為已經講出來，我們有他說的不可以變動的核心部分，我們今天只要去問，哪時候這一些核心被嚴重侵蝕，那時期就是不法的國家，我自己覺得我的立場是這樣，至少那是一個方向，這是第一個問題。

第二，有關於基本權保護義務或是國際人權的問題，我自己的初步立場是，通常我們學理上講基本權保護義務的時候，是講基本權所呈現出來的客觀面向，那其

實也是透過司法權去發展出來所謂基本權主觀面向之外的客觀面向，他大部分會依循在某一個基本權的案子裡面，因為現在這一個個案裡面，人身自由也好或者是訴訟權也好，如果以基本權保護義務的概念來說的話。

你問到關於如果要以國際人權這一個標準的話，我自己的想法是，因為我的文章有提到基本權是說，不太有把握他在講什麼，也就是最低點到底要講什麼，這時我自己覺得也許國際人權法上關於所謂基本核心的方式也許可以拿來作為參酌之用，但是還是要回到憲法本身，也就是基於哪一個，如果要說每一個基本權的核心不太一樣，我們也必須要說，但是有些是第 22 條關於人性尊嚴也是作為最終的核心，其實兩種解釋方法都有可能，也就是要用第 22 條或是用個別的部分，我覺得都有可能。

第三，您問到關於立法形成的這一件事，我覺得在臺灣或我們在談關於立法或司法的關係，其實老實說真的跟美國法上比較司法消極或者是克制的，其實大法官現在都不太有。不是說這樣好不好，應該是就這一件事上，我自己覺得大家也可以知道每一個權利功能就是有限制，要不然就不用談為什麼要做權力分立的這一件事，你跟他說你要有哪一些回復義務，今天立法者不做，就算再積極，恐怕也有限。但今天如果你如果告訴他是哪一個條文具體違憲，他不改這一件事的話，其實就比較嚴重，我自己的想法是這樣。

今天可以針對這一個個案，因為個案已經有依據的條文，我們講這一個條文本身哪裡設計有問題，導致於會違反這一個條文，跟你要積極進一步闡述說要做到哪一個程度，這真的在整個司法違憲審查，其實每一個案子做的都會遇到這樣的問題，如果在這一個議題上，大法官們覺得真的已經形成在憲政秩序價值上的共識，要在判決裡面把價值共識講出來，我覺得這個沒有什麼問題。

當然我的立場是覺得在處理這一個案子，其實我覺得基本權保障這一件事真的很重要的一件事，大家其實綁在這一個價值觀上，然後去談要如何實現整個轉型正義的問題，其實可能會待得比較好，而不是去想像其他國家權力的那一些。

孫大法官迺翊：

兩個簡單的問題，剛剛在幾個鑑定意見書裡面，事實上包括您也都提到釋字第 567 號是一個可以擴充或在這個基礎上可以再往下延伸的基礎，不過我好奇及疑問的是，其實釋字第 567 號的解釋用的是非常時期的講法，是指國家為了因應不同事態的需要，這樣的解釋方式，有可能會比較偏向類似像高教授所提到戰時狀態，或者在您的看法裡面，釋字第 567 號所稱的非常時期，其實有一個方向是指向一種不法國家的狀態，這是有關於釋字第 567 號解釋的解讀部分。

第二個問題，因為在不法國家的狀態之下，我們可能會有人民用暴力方式想要

推翻這個不法國家。但是人民去用暴力方式來著手的時候，有可能的目的是想要重返憲政秩序，也有可能想要的是建立一個單一政黨或某一個階級的專政，背後的目的可能不一定都一樣的，從轉型正義後面要恢復憲政民主秩序的角度來看，這兩種狀況在評價會不會有所不同？

鑑定人王韻茹：

關於第一個問題，法秩序延續的情況，你要完全不用這個有一點太困難，但我自己覺得釋字第 567 號的非常時期，對立面就是所謂的正常時期，也就是我們認為正常民主憲政秩序的情況，也有可能容許所謂的緊急狀態，那也被稱為是非常狀態，我的想法大概是這樣，所以我認為那個同時會涵蓋非常狀態，像高教授所講的戰時狀態也會涵蓋我所說不法國家的統治體制。

您剛剛問到的第二個問題，我想這是大家前面也有提到的，在不法國家裡面最困難的是，因為你今天想要推翻的是，不法國家的這一個情況，也就是如果今天認同一個民主憲政秩序，像現在有所謂捍衛民主設計的話，就那一個情況的話，你可能就會就這個部分有一些區別，如果沒有那樣區別的時候，如何知道到底這個人要推翻是不法國家或者是什麼情況，我自己跟鄧教授比較接近的是，我還是覺得如果在不法國家，因為你要推翻的主要對象還是不法國家，不管要建立的是怎麼樣的情況。在這樣的情況底下，其實重點是不管要推翻或者是什麼樣的情況，你都會在整個法秩序底下，尤其在審判的體制之下，可能會遭受非常嚴重的權利侵害的這一件事，就這樣的情況應該要平反，我基本的立場是這樣。

吳大法官豪人：

我問的本法庭的教育功能來作比較明確的舉例，請問王教授 1912 年成立的中華民國已經走了 100 多年，什麼時期是屬於法治國家？再以中華人民共和國為例，1949 年以後中華民國成立一直到現在，中華民國人民共和國什麼時候是法治國家？如果他們曾經有一段時間是、後來有一段時間不是，什麼時候不是？

鑑定人王韻茹：

我可以回答這個問題沒有問題，因為我們在教憲法，所以這個一定是可以回答的。

我自己的立場有很多的時點可以切，尤其在法律的角度來講，我覺得唯一有疑義的點是 1947 年憲法成立的時候，至少我認為 1947 年到 1948 年制定憲法後的第一屆，一開始選出來的那一個時期，我認為在這短暫的一年多裡面有。接下來是我說的，因為我們在 1948 年說的用國民大會修憲的那一個，讓它過度到超越憲法的緊急狀態，那個我就覺得已經有問題了，因此在那個時點開始，我認為就不是所謂合憲秩序的國家。

另外一個我覺得可以說的時點是第二屆國民大會以後所做的憲政情況，我會覺得是一個正常的民主憲政秩序的國家，如果要我做憲法上說法的話，我在課堂上也是這樣說明。

中華人民共和國的部分，老實說我沒有念過，老實說我不太有把握他們現在的情況，中華人民共和國我真的沒有研究，我自己研究我們自己的憲法，很抱歉。

吳大法官豪人：

我並不是一定要得到一個答案，只不過我會覺得有一點疑惑，我們拿納粹做例子的時候就很清楚，像納粹我們認為是不法國家，也就是完全否定的話，在歷史上如高教授所說的，其實有部分的正當性，也不只有部分的正當性，而是有法律的正當性，是合法取得政權，宣布獨裁以後才開始走進現在我們說的這一些東西。

如果我們認為不法國家所做出來的決定，包括判決都應該要全面否定，那我們就很難，前面是同一個國家，後面又變成法治國家，明明是兩個不同的東西，前面犯的罪，因為後面的國家要繼承，因為要負責、要賠償，要拿稅金賠償這一些人，但是中華民國不一樣，中華民國是由加害人發動的，從不法變成法治，為了要避開自己的責任就說先用賠償，就放棄了應該先把這些案件優先處理完。

等到賠償的時候，我們現在看到的是不知道正確的加害人，加害人是非法國家，或者是加害人是國家的不法時期，但並沒有具體的加害者，其實有具體的加害者，現在在處理所謂的補償或賠償，卻是廣義的被害人繳的稅金再填補給自己，我覺得很亂。如果純粹從納粹的角度我，我完全可以理解非法國家，但是放到臺灣來，我就無法理解，因此我無法理解你作為一個憲法學者，如何跟學生講得很清楚，你甚至不知道中華人民共和國算不算非法國家，所以是不是把非法國家的概念用得更明確一點，在憲法法庭使用這個概念有聚焦。

鑑定人王韻茹：

應該是說我們在教憲法的時候，吳大法官的問題，這個跟國家自己地位跟認同有絕對很大的關聯性。我覺得很困難去區分的確因為法秩序連結的問題，比如我們現在一直在講憲法法秩序、民主憲政秩序，也就是 1947 年那一部憲法，最多 90 年代又修了一次，也就這樣。我們有差別的是在於民主程序裡面，這就是轉型正義想要回去面對非民主時期的情況。所以我自己認為在談非法國家的說法裡面，用合法的或本來合憲手段取得政權這一件事可能不是一開始的重點，而是在實行後，也就是我所謂特徵的問題。再加上我覺得其實跟民主有關，這個非法國家時期、統治時期裡面，可以說那是停擺或是假的，因為老實說，希特勒覺得他是民主，他就是歡呼式民主，因此我們要把自己認為的民主說清楚，因此要界定那一個國家並不是那麼困難，大家困擾的反而是法治國家，我覺得跟非法國家還好，就民主的部分。

主席陳大法官瑤華：

謝謝王教授作為今天法庭鑑定人所提供的一些意見跟問答，上午的辯論到這裡結束。

（中午休息）

（休息結束）

主席陳大法官瑤華：

現在請書記處宣讀案由。

書記官：

模憲字第 4 號、5 號宣告模擬憲法法庭判決案，於 105 年 11 月 19 日下午續行言詞辯論程序。

主席陳大法官瑤華：

我想確認一下鑑定人到庭的狀況，林明昕教授、林傳凱先生，以及還沒有全部到的法庭之友，聲請方訴訟代理到了，機關方訴訟代理人也到了。

我們開始進行下午第一場意見陳述，陳述的時間儘量簡短，大法官都已經看完鑑定書，所以請針對重點核心來提出申訴，時間是 10 分鐘。

鑑定人林明昕：

因為鑑定書已經有送出，雖然比較晚一點，但是我想大家都有看過，我就遵照審判長的意思，儘快在 10 分鐘內講完。在我的鑑定書當中，如果有黑色粗體字、下面畫線的，變成重點的部分，我講的大概集中在那邊。

兩份聲請書都有提到轉型正義，我一點都不否定，也相當支持，因為我對這一塊其實沒有很深的研究，我以一個公法理解的立場，我想就這兩份的聲請書就一般憲法說理提到我自己的看法。

我把這一個聲請案灌上原因案件的人名，第一案是杜孝生案，主張補償條例只適用在內亂、外患及檢肅匪諜這一種情形才能申請補償，因此認為可能違憲，造成第 24 條國家賠償請求權的問題，同時也對大法官釋字第 477 號的解釋表示應該要變更解釋。

我的看法是，我在這裡並沒有要特別提所謂的轉型正義，我從平等權的觀點去講這一件事，釋字第 477 號的解釋有兩段，第二段提到平等權，第一段完全不提平等權的問題，因為提到軍事審判，所以審判功能可能不彰等等，導致政治案件會有所偏頗，所以應該要予以補償，大概是講這樣子，因此之所以認為要適用在內亂、外患這一些等等，是因為所謂的政治案件。

可是這一點我覺得有問題，什麼叫做「政治」？是很模糊的概念並不是刑法上的構成要件要素，縱使一般日常生活對政治的理解很廣泛，因此我們懷疑假定一開始起頭就說這是軍事審判，不像一般審判一樣，保障功能不佳，為什麼不直接以這一點作為全面性補償的機制？雖然用軍事審判，以現在來看確實被告有問題的話，就是再審查就好，所以我個人認為不應該用這一種政治去模糊所謂軍事審判的焦點，因此我個人認為不應該用政治作為判斷要不要切開的點，而應該用是不是經過軍事審判這一點就可以了。

何況，我們知道常常會有一些比如貪污的案件也可以用所謂的政治來解決掉，因此這裡頭很明顯用政治因素的不妥。

為什麼用軍事審判？還有一個憲法上可以支撐的點，憲法第 9 條規定：「人民除現役軍人外，不用軍事審判。」所以在當時用軍事審判，以現在的觀點來講，確實就是有問題，值得我們重新用補償的觀點來考量這一個相關的問題，因此以此我認為釋字第 477 號解釋應該要變更，而且補償條例當中這一些相關的條文，只限縮於內亂、外患罪應予以修正，以免違反平等權，這是我想要說明的。

另外，有關於李媽兜案，這比較複雜一點，但我認為這可以分兩個情況，第一個是涉及補償條例第 8 條第 1 項第 2 款：「依現行法律或證據法則審查，經認定觸犯內亂、外患罪確有實據者。」這點我認為沒有問題。但是解釋上什麼是「現行法律」？也就是現在在用的法律，假定現在要用這個法律本身就是違憲的，那這一個法律也不是合憲秩序的範圍內，因此可以暫停補償的聲請，而先透過釋憲的機制，把這一個條文釐清後，發現有問題那就不用，沒有問題再繼續使用，這樣子就可以維持在所謂現行法律是現行合憲法律這一點，所以當時用刑法第 100 條、憲法第 100 條有沒有問題都可以透過相關的機制來加以解決。

這一個案子當中提到國家安全法第 9 條及補償條例一些相關的問題，我要強調的是，補償條例是第二次的權利救濟，重點與訴訟後的訴訟標的或主文能夠顯示的也只是予以補償或者是賠償，但是補償、賠償的原因表現在理由，那不在訴訟標的範圍之內，那個東西要處理的話，是第一次權利救濟要處理的。第一次權利救濟是專門在認定這一個侵害的行為本身是否違法，如果這一個侵害行為繼續存在，要把它消除掉，如果已經不存在，也就是我們用術語來講已經消滅了，可是如果申請者還有確認違法利益必要時，這是訴之利益的一種，還是應該可以提起違法確認訴訟來認定它的違法性，然後來平反當事人所受不公平的待遇。

因此，我認為這一個問題點整個在於第 9 條第 2 款說只能用非常上訴或再審手段重開這個程序，我認為假定我們現行的再審或非常上訴，可以達到我說的確認違法，而因此平復被害人名譽問題時，我認為這樣子就沒有問題了。但是假定現行再

審或非常上訴手段，現行規定不夠到這個範圍內，這時候第 9 條第 2 款的限定就會有問題，因為會導致第一次權利救濟，剛剛講的違法確認訴訟以維護名譽的這一個觀點沒有辦法實現。

行政訴訟法第 6 條第 1 項的最後一句話就是違法確認訴訟的一種表現，臺灣目前制度上條文所沒有，但是大法官解釋曾經表現出來過，或是行政訴訟法第幾條有違法確認的情況，這裡可以彰顯出臺灣承認違法確認訴訟作為第一次權利救濟的制度，因此依照這樣的制度，其實我們可以加以解決的。所以，我認為第 9 條第 2 項就要看這樣的限定可不可以達到這個目標，如果不可以的話，那這一條會有問題。

如果我們提到轉型正義的話，我認為也要符合現行憲法的一些原則，因為我們現在主張轉型正義，就是認為過去的不公、不義、不符合現在自由民主憲政秩序，如果我們不用自由民主憲政秩序的觀點來審原來的案件、處理原來事情的話，就是以暴制暴，也就是勝利者的正義而已。

處理這一個案件當中特別要注意到對過去存續保障有特別敏感的法安定性原則、信賴保護原則跟不溯及既往原則，不過信賴保護原則跟不溯及既往原則最主要在保障個人既存利益，因此我們今天如果要補償等等，這個不會影響的，會影響的是在追究加害者個人或團體責任的時候，可能會有所謂的問題，但是沒有關係。因為原則本來就不是一個固定的型而已，就是要跟其他的原則去作衡量，並且達到最佳化的實現，在某一種情況之下，比如以前的人，那個時代怎麼能夠去追訴或者執行這一些對不公不義的反抗？這個時候你說開始計算所謂追訴時效，我認為這東西是有問題的，不是追訴時效就等於信賴保護這一類的東西，並不是這樣，而是追訴時效是從信賴保護原則跟其他原則平衡後的結果，所以現在的情況不一樣，搞不好追訴時效根本還沒有起算，或者時效很長，這是我們值得考量的一點，只有在這個時候我們才叫做信賴保護，否則頂多只是法安定性原則的問題而已，以上花了一些時間，把我的重點跟各位報告，請庭上採信，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

謝謝林教授的鑑定意見，現在請聲請方提問。

聲請方訴訟代理人涂予尹律師：

謝謝各位大法官及林教授。

我想請問林教授一個主要的問題，有關於第一次權利救濟及第二次權利救濟區分的問題，在上個星期日的時候，我們曾經在這個地方也同樣對這一個問題作過討論，當時另外一位鑑定人李念祖律師提到，有關於杜案聲請標的希望針對釋字第 477 號進行變更，他的鑑定意見裡面認為不需要這麼做，理由是其實只要在補償程序裡面有辦法去探究補償原因事實是否合法的問題，這樣子其實可以不需要透過變更釋

字第 477 號的方式，而是去變更釋字第 228 號解釋，也就是把所謂國家賠償範圍，司法裁判不法的要件稍微作變更或者是擴張，以這樣的方式就可以解決。

就您的觀點，雖然您提到第一次權利救濟跟第二次權利救濟區分在於黃案部分的意見，但我們好奇的是，就您的觀點，透過第二次的權利保障是不是可以完全取代第一次權利保障的功能，請您給我們一點指教，謝謝。

鑑定人林明昕：

謝謝代理人的提問，我覺得這個是把兩件不相干的事情混為一談。

第一次權利救濟跟第二次權利救濟的關係是怎麼樣，我剛剛有說過，我等一下再強調。釋字第 228 號說明現行國家賠償法第 13 條的問題又是另外一件事，這是兩個要分開的。

首先我要強調的是：第二次權利救濟，無論今天向行政機關聲請，有爭議的時候再打訴訟，以救濟的方式作成裁判，或者一開始就是由法院來承審，都是只針對要不要補償或者是賠償的問題點來作最後的決定，只有這一個才會產生所謂的既判力問題，才會產生所謂拘束力的問題，至於原因事實如何等等，不在這個範圍內。

剛剛強調原因事實是一個違法的行為、是不是不法的事情這一類的東西，是第一次權利救濟在處理的，以現在的觀點來認知，像行政訴訟的撤銷訴訟，我們看到的是撤銷，其實撤銷是法律賦予的結果，不在訴訟標的範圍內，訴訟標的的範圍是確認該處分是違法侵害權利的，所以如果這一個處分已經消滅、沒有辦法撤銷，沒有關係還是可以確認，因為本來就不在這個標的範圍內的，所以這一個就是不懂行政訴訟法或者是不懂訴訟法上第一次權利救濟跟第二次權利救濟的人會講的不對結果，因此這一點我要特別加以釐清，這是兩件事。

至於釋字第 228 號要不要變更，那是持舊派的見解，認為國家賠償會影響司法獨立，所以要如何如何等等，這個見解其實是臺灣繼受外國法或繼受五十年前或比較晚一點，這個繼受法的現象有的會比較慢一點，這一種影響司法獨立是德國戰前的講法，德國法條第 839 條第 2 項還是第 3 項規定這樣，但是人家不這樣解釋，人家解釋是說不能透過一個國家賠償訴訟去包裝已經有既判力的舊原因程序，所以假定舊原因程序比如因為已經有再審、非常上訴等事由，這個既判力已經被掀掉、打掉，這時候就沒有關係，這時候就可以打國賠，但如果不行的話，因為既判力的問題，所以不可能藉由國家賠償訴訟，因為國家賠償訴訟的標的不一樣，原因事實的訴訟標的是另外一種，因此不可以藉由國賠訴訟探討這個原因事實案件是否違法等等，用這樣子偷偷包裝起來，然後再重開一個本來不能再重開的程序，人家是為了這一件事，現在國內其實比如說像葉百修教授等對國家賠償法教科書對這個也有所說明了。

因此，變更釋字第 228 號就可以了，但是跟現在討論的完全無關，因為現在討論的是利用第二次權利救濟這種賠償、補償的聲請程序或訴訟，能不能同時達到這一個原因事實、行為是否為違法的效果，我的答案是不行，因為本來訴訟的目的性與程序性的目的性本來就不一樣，那個主文所產生的拘束力、既判力也會不一樣，以上是我的說明，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

聲請方還有問題嗎？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

想要請教鑑定人林教授，補償基金會曾經有決議表示所謂補償條例第 8 條第 1 項第 2 款的依現行法律是指程序從新、實體從舊，補償基金會認定在實體法的部分，應該要依當時軍事審判法院的實體認定在程序的部分予以保障，基於這個考量是權力分立的考量，因為補償基金會並非司法機關，想要請教林教授對於這一點是否認同？

第二，剛剛您在鑑定報告當中有提到，所謂依現行法律是指「依現行合憲之法律」，刑法第 100 條已經廢除了，在廢除的過程當中，並沒有做任何的合憲或者是違憲的認定，目前現行刑法第 100 條雖然加入了強暴脅迫為要件，但是基本上實體構成要件的部分，對於竊據國土、破壞國體、以非法之方法變更國憲或顛覆政府，這些都是舊刑法第 100 條遺留的構成要件，不知道您是否認為新刑法第 100 條是否也有違憲的疑慮？是否可以請您進一步說明？謝謝。

鑑定人林明昕：

從第一案跟第二案要再多領兩份的鑑定報告費，這個都已經超出本案的範圍之內，開玩笑，稍微要輕鬆一下。

現行法律到底是指什麼？我剛剛講的現行合憲法律，講舊法、新法我的看法是這樣子，實體從舊、程序從新其實是不溯及既往的表現，但這也只是原則之一，在很多的問題點上本來就要重新斟酌，重新斟酌的結果是不是要那麼僵化去適用當時原因事實所在當時情況的法律，然後程序才用現在的，我覺得有問題。

何況，條文當中是寫「現行法律及證據法則」，根本沒有提到實體法、程序法這一類的問題，所以我們也不用這麼僵化的解釋，因此我認為要適用現在完全新的刑法，而不是舊的。

如果要適用當時舊的，是不是要適用當時懲治叛亂條例？可是那裡是寫唯一死刑，是不是那時也算是可以用的？因此這一個講法我覺得有問題。

至於，機關說基於權力分立的立場不能判斷，剛剛也有講第二次權力救濟本來就不是要作為一個終局的判斷說原因行為怎麼樣，我是判斷要不要賠償給你，然後

我判斷賠償給你的前提事實是我的認定，若真的有問題，後面的條文還是規定可以救濟，因此透過救濟的方式也可以解決，因為權力分立的考量是只能適用原來舊的法律，現在新的程序法不能適用，我認為這個是有問題的。

假定我們適用舊刑法也好、新刑法也好，現在新的刑法並不是完全沒有，而是多了要施強暴脅迫，之前舊的刑法是只要思考一下，像我們常常講說整個國家吹彈即破，現在多了一些強暴脅迫，我個人要看那一個頭是不是有違憲之嫌，那個滿可以考量的，如果那個條文我們去查一下，是仿照日本的刑法，現在有沒有修正我不知道，等於是在明治時代刑法的用語，才會像四句聯一字字的攤牌下來，這樣的法律我覺得要作合憲性解釋，也就是如果以強暴脅迫的方式，去破壞自由民主憲政秩序才不行。

如果你只是主張，當然沒有問題，你強暴脅迫，但是沒有達到破壞自由民主憲政秩序的話，沒有關係，那只是強暴脅迫那一個本身，比如個人法益或社會法益的罪，但絕對不會落到現在第 100 條這邊來，因此我個人認為第 100 條現在的刑法也好、舊刑法也好，那個頭本身都有重新討論的空間，這一個討論完以後，我們再來用現在相關的法律來判斷，可能會比較妥當一點。

是不是要宣告違憲？我剛剛已經講了那個條文本身寫得很抽象，本來就有所謂合憲性解釋的空間，所以只要解釋為違背自由民主憲政秩序就可以了，所以這時也未必它是違憲的，做合憲性解釋就可以了，以上，謝謝。

聲請方訴訟代理人涂予尹律師：

想就剛剛林教授提出的意見，在這個問題之上追加一個問題，您剛剛提到刑法第 100 條必須要透過合憲性的解釋方式來作文義範圍的限縮，您提到必須要對於自由民主憲政秩序進行強暴脅迫才有懲罪的可能，自由民主憲政秩序與中華民國體制這兩個是不是同一件事？如果今天強暴脅迫的對象是中華民國體制，是不是仍然會構成刑法第 100 條的違反？

鑑定人林明昕：

這個問題在於中華民國體制與自由民主憲政秩序是不是一致性？我個人的看法是一致性，至少在核心的領域中有一致性，至於外圍是不是有稍微有點出入有可能性，概念跟概念之間不可能完全一致，因為中華民國憲政體制，當然不是把那個條文孫中山那些東西全部就念完，而是釋字第 499 號解釋，大法官揭示的基本重要價值，因此我們在看大法官很重要跳開三民主義或民有、民治及民享這一些東西，已經有意識到這一些問題點，因此我們得到的結果是，強調的是民主法治與共和國，這三個東西與自由民主憲政秩序有沒有一模一樣，我個人的看法是，民主法治正確解釋的結果是自由民主憲政秩序，可以說民主就是民主國，這個沒有問題，自由跟

法治國的目的就是維護人民的基本權利，其實就是所謂自由的表現。

比較會有一些疑慮的是，我們主張君主立憲的話，會怎麼樣？這個是跟共和國有關的，世界上很多君主立憲的國家，像西歐這一些老牌的民主國家都是君主國，從來沒有人他們的民主，有些國家都號稱比如元首是大家都可以當的，但一直是民主獨裁，這也很多，因此比較會有爭議的是可能在共和這一邊。

因此，我主張我們要恢復君主立憲等等，可不可以？這比較有思考的空間，但我個人比傾向於也沒有人那麼無聊，如果有的話，我會認為因為憲法上明白也寫出民主共和國，「共和」已經表現出來，因此我們在自由民主憲政秩序上，比照釋字第 499 號解釋的話，我們的體制可能再多一個所謂採取所謂的共和國，而不是所謂君主立憲國的共識，這是我的看法，這個是外圍比較不一樣所在。

聲請方訴訟代理人洪偉勝律師：

就您剛剛的回答再追加一個問題，如果中華民國體制在特定的時期當中並不符合民主法治或權力分立或違反基本人權保障等自由民主憲政秩序，在您剛剛所提及的合憲性解釋之下，如果它的行為不是對抗自由民主憲政秩序，還會構成刑法第 100 條下的內亂罪嗎？也就是如果是對抗中華民國體制，但是當時的中華民國體制沒有釋字第 499 號這一些核心價值的實現，這樣還能認為有違反自由民主憲政秩序而構成內亂罪的問題嗎？

鑑定人林明昕：

當然要看國家跟政府是如何區別，國家一直在那邊，如果我們說規範上的國家自由民主的話，一直是自由民主沒有變，實際上這一個政府的運作跟整個社會墮落的狀態到哪裡。整個國家、社會崩潰到那種完全違憲的時候，這時我們並不是抓形式，而是抓實質，因為實然面跟應然面已經脫離了，因此這時抗暴，讓實然面重新回復到應然面的現象，我認為這時並沒有違反自由民主憲政秩序。

但如果在那一個時段，並不是所有的一切暴力現象、一切對抗現象，因為自由民主憲政是大家嘴巴可以講的，還是要作實際判斷，也就是說當時的主張、行為是逞自己個人之私，或者其實就是兩派相鬥、狗咬狗一嘴毛的狀況，我們要把這個事情釐清。

我們在講轉型正義大概就是在講這一些，當然還有後續一些是不是要補償怎麼樣的，這個是後續，但是至少要釐清這一塊。我剛剛講的，並不是透過一個補償條例或者透過補償、賠償機制就 over 的，而是國家要確實針對那一個行為而做出確定終局性審判的工作，也不一定要審判，比如最後終局的決定工作，這是我剛剛特別要強調的，這並不會是第二次權利救濟，一個補償機制就能夠解決的，以上。

主席陳大法官瑤華：

請機關方詢問。

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

請教鑑定人幾個問題，因為我的問題比較多，分幾段來提問：

第一，其實在大法官釋字第 624 號解釋揭示，所有的軍事審判案件也有冤獄賠償法，也就是現行刑事補償法的適用。在那一號解釋裡面及後來修法的結果，並沒有區分是何種案件經由軍事審判程序才可以聲請刑事補償或者之前的冤獄賠償。

本件系爭補償條例是採取剛才講的刑事補償法或者是冤獄賠償法特別規定的，把戒嚴時期因為內亂、外患或匪諜條例的判決有罪或感化家人都可以請求補償，在這一情況之下，如果以剛剛鑑定人所提的意見，只要是軍事審判的案件，全部都可以有所謂請求補償的話，結果對於剛剛所提的基於第 624 號解釋之後所形成的內冤獄賠償法與刑事補償法修正之內容有沒有什麼影響？有無重複規定的問題？

第二，剛剛教授也有提到，之所以在平等原則採取剛剛所提的見解，也就是所有的軍事審判案件都應該用相同的結果，那是依照憲法規定，人民不受軍事審判，在這樣子的立場之下，當然這是人民的基本權利。但是事實上憲法第 23 條有做所謂法律保留的規定，認為在特定的情況之下，還是可以透過法律規定的內容去限制人民的權利，這樣子的主張事實上在大法官釋字第 567 號解釋也是採取這樣的見解，這點想請教鑑定人在於，有憲法原則存在的情況之下，目前的戒嚴法還是有效，依照戒嚴法第 8 條有規定什麼的類型案子可以經由刑事審判，如果採取剛剛的見解，對於戒嚴法第 8 條所規定的效力又如何。

第三，我們目前所謂的補償條例，事實上是採取推定涉犯內亂、外患及所謂匪諜條例的審判程序都不當的，而是採取推定的方式來認定，因此必須舉反證說來證明當時的判決是合法的，因此在第 8 條第 1 項第 2 款有規定說，如果依照現行法律或證據審查來認定犯罪確有實據，可以不予補償。採取這樣子立法的目的，當然還是對於實際上實施犯罪者當然應該得到相關的處罰，如果依照教授你剛剛所提的意見，所有的軍事審判案件是都必須採相同的處理，第 8 條第 1 項第 2 款也會有做相同的認定，所有的軍事審判案件，如果經過現行的法律或者證據法則審查，也是犯罪確有實據，就不可以再補償。如果採取這樣做法的話，哪一個單位來進行相關的審查？現在是由基金會來審查，那基金會會不會變成軍事法院的再審法院？再重審所有軍事判決的案件，這在所謂的司法程序上是不是又會造成另外一個問題？也就是剛剛所講的，由基金會審查軍事法院所有的案件。如果依照教授您剛剛的意見，在我想機關方認為現行法制底下會面臨這一些問題，這一些問題怎麼解決？

鑑定人林明昕：

這個都有問題，就全部都解決就好了，不是嗎？如果依照我的邏輯推演，發現通通都有問題，那就全部解決，不是嗎？我是先把這個講出來，因為您問我是不是會對現行法有什麼影響，如果我的答案都有會影響，那就一起解決，這樣就沒有事情。更證明一定要轉型正義，才可以全面把這一些髒的東西掃清楚；沒有關係，我們還是一塊塊加以解決。

我要強調的一點是，補償條例怎麼講或者是冤獄賠償法即現行刑事補償法，這一些都是第二次權利救濟，任何程序做的決定是決定要補、要賠的問題，都不會涉及到對原因事實有一個終局有拘束力的認定，這是我要強調的。所以您剛剛問的三個題當中，很多都涉及到第二次權利救濟的時候怎麼樣，這樣會不會是哪一個機關來判有問題、哪一個程序有問題，或者變成誰的再審機關，我說都不會，因為這只是在認定要補償給你、賠償給你。比如我是川普，他現在還是平民百姓，就說：「以前曾經有一個不公不義的現象，大家都來找我，每一個人給你多少錢，大家爽就好。」這也可以，不是嗎？因為我並沒有做違法認定，但是我一個平民百姓，我說當時那個人都是違法的，所以怎麼樣，這一些人沒有經過評估，因為是國家不益造成的，應該由國家來作基本的確定說是不是不益的行為，這是兩件事，因此才會講第一次權利救濟跟第二次權利救濟之兩個制度、目的及功能，這是我要特別說明一下。

再來，縱使現在的補償條例是變成刑事補償法或國家賠償法的特別法，或者是採取推定，或採取怎麼樣的模式等等，那是沒有問題的，只要是國家的行為，就是國家立法出來的行為，制定一個特別法或制定一個特別的原則等等，通通都不能違法平等原則，「等者等之、不等者不等之」的平等原則，這個剛剛要強調的。所以今天如果只是採取用一個模糊的政治因素作為切割的這種方式，我覺得有問題，如果你用所謂軍事審判，當然現役軍人不算，而是非現役軍人受軍事審判的這一個，因為當時現役軍人的審判之程序較不合法定程序或如何如何等等，所以我用那個來切，這樣子的話，我認為這樣比較符合平等原則。

所以我要強調的是，用一個政治因素，然後不當地把一些問題點侷限在內亂、外患或者是懲治叛亂條例，我認為這一點無論採取變成特別法要補償，其他的只是落入刑事補償法或者是其他的法律，或者是採取推定的模式，沒有受推定的就照一般舉證責任分配的方式來處理，我認為這樣子都是違反平等原則，因為就是拿一個模糊不能處理的「等者等之、不等者不等之」的實質理由的這種分類標準來處理，因此才會把它用到第 9 條，沒有錯，現役軍人不得受軍事審判，是基本權利的一種，憲法第 23 條可能可以受到限制，但是限制並不是全有、全無。

何況憲法第 23 條是否對於譬如第 16 條訴訟權保障或像第 9 條不受軍事審判這

一種有權利就有救濟，所謂的救濟就是一般正常法院救濟，這個是否可以做到一種全面性的性質，或者是在 How 的層次上限制，而不是 Yes 或 No 的層次上限制，這都有討論的空間，因此縱使拿第 23 條來，我也不會認為第 23 條的關係，所以第 9 條就整個打死掉。戒嚴法有規定這個或怎麼樣，這個我覺得無所謂，因為現在講的是過去式，何況第 8 條可以看得出來，他也是推定，也就是認為用軍事審判的時候，可能程序上會有瑕疵，所以還可以去推翻掉，也就是認為當時的審判雖然都是用軍事審判，但可能沒有瑕疵，因為依現行法律跟現行證據法則都 ok，就解決了。

至於剛剛講基金會能不能做這個認定，就像我剛講的，因為我們現在只做認定補償、賠償，對於認定有疑慮的人，還是可以去行政救濟，所以這一些問題其實都可以解決的，我並不認為會導致您剛剛所講各個法律因此都要整個大改或怎樣的現象。還有一很重要的點是，解釋法律本來要作合憲性解釋，並不是一下子看到有一點抵觸就要整個全部推翻掉，這一點應該是有的中間過程，因此如果透過這樣的解釋，我覺得其實要動到法律也沒有那麼多，並不會像我們想像的那麼可怕，以上。

主席陳大法官瑤華：

機關方有要問題提問嗎？

蘇大法官彥圖：

謝謝林教授的鑑定意見，我簡單兩個問題進一步請教：

第一，平等原則的適用。我的理解是，杜案聲請人主張當事人其實是政治犯，但是並沒有受到跟其他政治犯一樣的待遇。但是今天林教授的意見是，光是政治犯的區分本身就違反平等原則，應該只要是人民在戒嚴時期受到軍事審判，都應該同樣要獲得補償。我不太確定這跟聲請人的主張是否有一點不太一樣，因為聲請人認為他受到政治迫害，應該受到認定，並不是跟其他所有受到軍事審判的人，都受到同樣的補償，因此可能意義不太一樣。

進一步的問題是，林教授認為政治這個因素，其實很模糊或很不清楚。但法條的規定非常明確，政治案件其實就是所謂的內亂、外患及匪諜案件，罪名都非常明確。聲請人主張，這個標準訂得太明確了，所以其實並沒有照顧到我，我其實為實質上受到政治迫害，但我沒有辦法被這一個條文指涉到，但是條文是非常明確。因此我現在比較懷疑的是，到底違反平等原則，是因為太模糊或者是太具體？這是第一個問題。

第二，我想進一步確認，林教授一直跟我們強調第一次權利救濟跟第二次權利救濟的區別。針對司法不法，也就是由國家司法機關造成的人權侵害之第一次權利救濟，我想要進一步確認，林教授認為這基本上是不是一定要由司法機關來處理，或者其實國家可以透過立法或其他方式，比如立一個法律來撤銷某一個時期某些類

型案件的判決？可不可以用這一種方式處理？或者是一定是要透過司法程序、上訴或是其他的司法程序來處理？我想再進一步請教林教授，謝謝。

鑑定人林明昕：

關於第一個問題，聲請人如何主張，因為我不是聲請人的訴訟代理人，我可以不理會他怎麼主張，我們可以看釋字第 477 號解釋，他會說為什麼限定在這三種？因為這是政治案件，我就在否定這一號解釋第一段，因為這一些也許是政治案件，但其他的政治案件也可能會有，你這樣子去切，為什麼不把所有軍事審判都通通拉進來？因為你說只有政治案件才會造成所謂判決可能有不公，如果大家細讀那一段解釋文就可以看到，但是我的看法是，其實軍事審判本身的程序不嚴格性本身就有不公的嫌疑，如果以剛才反方代理人的講法，我們至少先推定有不對，因此才有第 8 條說可以最後不賠。

我要講的是說，這一些東西不應該再拿一個政治因素干擾，變成只限定在這三種類型，其實整個軍事程序都有這樣子的風險。何況我們講政治就是要推翻政權或搶你位置之類的話，其實「欲加之罪、何患無詞」，縱使不用內亂、外患也可以達到這一點，因此我才說用這三個來說第 477 號解釋說這是因為政治因素，所以這樣子會不公，我認為這樣的切法是有問題的，這是我針對那一號解釋提出說明，並不是幫聲請方說他主張怎麼樣。因此我最後的答案是，只要是做軍事審判的話，在這一程序，無論是哪一種類型，至少都可以依照第 8 條推動可以聲請補償，因為不益的現象在背後，所以可能第 8 條的結果推翻掉，這個是第一個問題點。

第二，我常常在想第一次權利救濟是不是只能用司法的模式來處理，我剛剛的重點強調第二次權利救濟的目的是在作損害賠償或者是補償，他不能去清除掉違法的行為，我現在講的是這一點。至於清除掉違法的行為，是要用三權分立當中的哪三權或其中一個才能做，這個其實是可以一一討論。但是我個人覺得依照現在聲請的範圍內，依照一般司法的做法，其實也未必要下指導棋說只能用審判的方式去弭平或者用立法的方式。我提出來的意見是，我個人認為用行政的方式不妥當，司法的方式當然妥當，因為司法做的，然後再重新評估，這是可以的，但是有些案件太久遠或怎麼樣，如果一一弄，這樣在效率上是不是好的或者是擠壓到其他的司法資源，這個是要考慮的，因此來一次立法的澄清，也就是把這一些宣布全部擦乾淨，這也可以想像的方式，所以方式還是有的，未必只能用司法的方式。

但是我剛剛講的，按照目前聲請兩個案子來看，並不是強調我一定要怎麼樣的方式，只是這裡不對、那裡不對去指出這一點而已，所以如果是審判方的話，其實大可以說這是有問題、違反權力分立，然後就擦掉，你們回去自己再想，這也是一個處理的模式，我想提供這個參考，以上。

高大法官焯輝：

我接續蘇大法官的問題再請教，釋字第 477 號解釋用的用語，當然在鑑定意見書裡面也有提到，用語是：「基於此類犯罪涉及政治因素之考量」，所以本法庭的問題是，所謂涉及政治因素的考量，如果林教授認為不明確的話，是否指政治因素這幾個字不明確？或者是像蘇大法官的提問指出，只限於「特定的」犯罪罪名，比如刑法的內亂、外患罪及懲治叛亂條例，除了這些罪名之外，並沒有其他輔助判斷的因素，因而不夠明確？假設是犯貪污罪，可能是涉及政治動機，這樣算不算涉及政治因素？如果也算是的話，那這樣看起來是不是就不夠明確。

我的疑問是，如果我們認為這個規定違反平等原則，是哪一種情形違反平等原則？因為現在的條例規定很明確，已經有的一個立法形成判斷因素，看起來是用政治因素或者是政治案件來處理、補償，剛剛林教授也有提到基本上我們應該朝合憲解釋的方向去理解。如果要朝合憲解釋方向理解，是不是在政治因素判斷標準之下，應該要先做一些釐清？而如果確認這一些釐清還是沒有辦法達到合憲要求的時候，我們才認定這個規定違憲。

鑑定人林明昕：

很多條文的解釋都要，或者包括我們要推翻原來大法官解釋一樣，都要先作合憲性解釋，解釋所謂的違憲，這個是很正常的。

其實這裡有兩個層次的問題：他說只有內亂、外患及叛亂，當然條文一看就很明確，但是這裡就是平等原則的問題，因為一開始是說軍事審判程序是不公正的、有風險的，這樣的話，為什麼只有這三個才有，而其他的就沒有？因為他說這三個會有政治因素，其他的因素也會有政治因素，您剛剛也提到政治的考量，因此一開始看起來很明確的這一點，沒有錯，但講不出一個合理的道理為什麼限定在這裡，所以趕快講政治，我說這一個政治因素的不正確。

我們現在說再加什麼因素進去？我想不到的，庭上九位大法官可能還要再思考有什麼因素可以加進去，讓它變成是只有限定在內亂、外患及懲治叛亂是 ok 的，而其他是不 ok 的。如果都想不到，第 477 號解釋是有問題的，然後連帶第 477 號影響到相關維護條例或補償條例的設計模式都有違反平等權的，因為拿了一個模糊的因素限定在這一塊範圍之內，其他的就不再特別補償或維護他的損害，我的主張是這樣子，這個是我想要提出來的，謝謝。

孫大法官迺翊：

會走到軍事審判，其實有些案件是涉及到走私軍火案例，像這一種情況下，是不是在林教授您的判斷上也應該放到補償條例裡面一起來處理？如果是的話，我也追隨機關方代表的疑問，這時是不是也要能夠反推，若真的有從事這樣行為的時候

不予補償？

鑑定人林明昕：

我的看法當然是正確的，軍火買賣在當時我是沒有去查，如果真的是用所謂軍事審判程序，我認為這當然是有，當然也有第 8 條的適用。第 8 條的適用是在現行法律怎麼樣，我們要注意軍火買賣的動機何在等等這一類也要考量進去，因為我們知道犯罪的判斷絕對不只是構成要件該當就好了，還有所謂的阻卻違法及減免罪責的這一些考量要存在，在這一情況之下，甚至有法規的這一些阻卻違法或者是減免罪責的刑法問題，我已經太久沒有碰了，所以我忘記了，但是我依稀有些，這可能也是在判斷的範圍內。如果聽到的話就會認為說又怎麼樣，我說這個是由補償基金會判斷，這個妥當嗎？我的意思是說，補償基金會在做這一個是在做絕對終局的判斷，所以我認為到這邊沒有到違憲的問題，但是如果現在再挖出來這麼多東西，就認為有一個基金會不是經正常刑事審判程序來進行的話，是否會不妥當？我覺得在立法政策上就有考量的，雖然為了補償，我們可以用一種比較便宜的方式，也就是不直接審判，直接用補償，如果有推翻問題的人再打官司，因為提到這麼深層需要用嚴謹刑事審判程序處理的，我們就會認為在立法政策上不宜，我們法律上不要這樣設計，而是要用另外一種模式來處理，這個確實是要討論的。

因此，我們通常講到轉型正義，工程之所以會這麼浩大而且大家爭論不休，其實這一個問題點就是這一些，大家很清楚為了要做的最終目的是什麼，而且那個方法要怎麼走，又要符合與目前的國情等等配合，再加上時間久遠導致問題困難，但畢竟不是在做轉型正義的立法，因此我的鑑定報告很少去碰到轉型正義定義的這一些問題，可能我思考比較狹隘，用這一些簡單的法釋意學憲法的推理，可能可以推翻一些事項，這個是我特別要在這裡提供大家另類的思考，以上。

主席陳大法官瑤華：

謝謝林教授的鑑定意見。我們接下來要請另外一位鑑定人林傳凱陳述意見。

鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

謝謝，歷史工作者林傳凱，今天受邀請來這邊，我不是法學背景，而是社會學背景，我想從這幾年的工作中談一談李媽兜這個當事人跟他當時所從事的地下活動性質來跟大家介紹。

李媽兜其實在 1990 年臺南大內出生，家境並不富有，是個農家，因此也延後入學，在國民小學的時候就已經 18 歲了，畢業之後只有小學學歷，他進入到善化跟新化這邊的小學及糖廠教書。教書跟工作的過程中，因為跟日籍的校長與主管不合，曾經動手毆打這一些日籍主管或校長。後來輾轉離開了故鄉到臺南市，在臺南市從事中藥相關的工作，但因為又從事文化協會，所以曾經被日本人逮捕，入獄 7 個月。

出獄之後他走投無路，工作不順，日警常刁難，妻子又和他離婚，所以最後在 1934 年決定到廈門去。

在廈門也開了中藥行一段時間，隨著戰況演進，日軍逐漸往福建地區進攻，當時他常常被懷疑是日本間諜，所以工作也丟了，流浪一段時間。一直到 1940 年初，大概是 1942 年至 1943 年左右，他到福建的龍巖偏山區的地方，當時在龍巖地區有臺灣出生、臺北蘆洲出生的李友邦在那邊組織臺灣義勇隊，造成一些臺灣籍、福建籍及浙江籍的年輕人從事抗日活動，李媽兜也進去裡面當教官。

這大概是他成年之後人生可能最平靜的 2 年，1945 年戰爭結束他回到臺灣來，回到臺灣之後李媽兜的狀況不是很順利，當時臺灣社會中不論是失業率越來越高、通貨膨脹，李媽兜 1946 年回臺的一段時間也找不到工作。

在那樣的情況下，在臺灣義勇隊的成員跟中國共產黨已經有接觸，而這一些人在 1946 年又陸續派到臺灣來，中共共產黨在 1945 年那一年決定臺灣既然從日本殖民地脫離之後，就應該進入臺灣地下組織。李媽兜在臺灣走投無路失業、找不到工作的時候，他過去在臺灣義勇隊的舊識，包括崔志信或張英或潘華等等人跟他接觸上，李媽兜很快加入中國共產黨，時間是 1946 年。我必須說 1946 年初期李媽兜加入中國共產黨這一段時間裡面，他的工作並不多，在目前的見證，他主要是在臺南市活動，他當時接觸的主要是傳統、勞動的工匠，那時臺南市發展了兩個支部，兩個支部主要是討論時事、介紹國共間的差異。

1947 年二二八爆發，我看不少人討論李媽兜並以為他參加了嘉南自治聯軍，這一件事是錯的，李媽兜其實自始至終二二八都在臺南市活動，現在還在世的一位當事者談到當時李媽兜是以臺南的民宅為據點，但是有去附近的警局接受一些槍支，想要當時對國民黨軍隊進行抵抗，但是如同臺灣二二八一一樣，其實這場抵抗是失敗的，所以李媽兜跟他們的夥伴就展開了逃亡；不過二二八對李媽兜影響很大，我的意思是說，在二二八之前，其實臺灣大部分的人對中國共產黨瞭解得很有限。

但是二二八事件中，尤其是當時相對溫和的處理委員會中士紳或政治菁英透過協商，跟國民黨爭取有多一點自治權，卻又遭軍隊屠殺這一件事後，其實臺灣的年輕人或中生代都一樣，都充滿了憤慨，這個民氣中、怨氣越來越高，使得李媽兜在 1947 年二二八事件後，他的組織快速成長。當時對於中國共產黨來講，臺灣其實是一個邊陲的戰區，根本不是國共交戰的重點，所以從二二八事件到 1948 年中這一段時間裡面，李媽兜其實也自主做過了一些嘗試跟摸索，他當時試圖在臺南縣大內或者關廟或者玉井等地山區想要仿照中國大陸農村解放區，但是這個計畫很快失敗，因為經費不夠、沒有武器及人員斷糧，所以 1948 年 4、5 月這一些就解散了。

當時有一個很重要的轉折，是 1948 年夏天，中共華東局認為臺灣地下黨員越來

越多了，應該要做一個工作會議，這一段時間把臺灣各地重要的地區幹部或是省委院層級調到香港去開會，後世的人稱「香港會議」。這一個會議中做幾件事，比方臺灣的社會性質是什麼、比方基於臺灣社會性質該怎麼做、比方正式訓練這一些幹部，所以李媽兜是正式訓練過，1948 年他回來臺灣，在檔案中或當事者見證中，這一段時間是李媽兜工作高峰期，他從最北到雲林的虎尾這一代，最南到屏東縣鄉下都是他的工作範圍，許多當時者的見證是他長期踩著腳踏車、戴著斗笠，有時腳踏車還掛一條鹹魚，大概以兩個禮拜為一個週期，從雲林騎到屏東，一個支部、一個支部指導會議。

當時支部到底做什麼？現在還在世的當事者且政治犯就說在李媽兜交出來的系統圖上，算是嘉義街頭支部的書記，事實上也翻作「支部」。李媽兜對他指示中最重要的是利用傳統、換約時的糾紛，或者是「375」公布後，地方的執行者常常礙於跟地方階級的關係很好，不願意落實的情況下，要求周勇夫等人用順法抗爭的方式積極「375」，爭取農民好感、團結農民。

團結農民後做什麼？比如建立了許多隱蔽的地點，逃亡者就可以到這裡居住，到後來逮捕的省委書記蔡孝乾也曾經住過一段時間，或者是要周勇富利用在委員會工作的職責偽造身分證，讓逃亡者可以逃亡。

另外像一位陳姓糖廠的職員，告訴我們是說李媽兜當時的指示是儘量掌握五分車司機的社會保險。假設解放軍登臺的時候，可以利用解放五分車，另外像有一位還在世的當事者周漢卿，他也是政治犯，他也提到當時李媽兜的指示是建立好農村的群眾基礎，等到軍隊登陸的時候，可以帶領他們，因為他們對臺灣的環境不熟。剛剛講的是 1948 年至 1949 年這一段裡面，他建立了快 30 個支部或小組的過程中，整個來講方向上都是為了因應當時他想像中或者是臺灣地下黨想像中即將發生的共黨入臺的戰爭，當時各地區其實多少蒐集一些武器，比方最後被捕的時候挖出來的，有駁殼槍等滿多武器。

1949 年中臺灣宣布戒嚴，這一段時間臺灣當時最重要的是保密局臺灣戰地進行特務重組，許多大陸的像附件這一些老特務進到臺灣進行重編，這一段時間在 1949 年秋天，第一次確認臺灣地下黨的線索。而且分別從臺北跟高雄兩地展開破壞，也就是在 1949 年底的時候，李媽兜開始逃亡，他逃亡快 2 年的時間，逃亡的過程中，他其實因為地方群眾關係非常好，所以去過許多的地方。到 1952 年 2 月 16 日他想要偷渡，他身邊有幾個人跟他一起溝通，包括他當時有一個小他快 30 歲的愛人陳淑端，後來同案槍決，或者像糖廠員工一起偷渡時被抓住。李媽兜為什麼被抓？事實上特務機構在那一段時間，也就是 1949 年到 1952 年間已經破壞李媽兜領導下大部分的支部了，當時李媽兜的舅舅、元配的妻舅已經自新，其實在口述歷史、檔案中，

李媽兜的妻舅加入保安司令部在臺南縣地區的肅查小組，帶頭去抓其他的政治犯，李媽兜的行走在兩年後被掌握、逮捕了。

逮捕之後李媽兜的狀況其實很辛苦的，因為他被捕不只他自己，包括陳淑端在他身邊，當時特務在那一、兩天的詢問裡面，其實陳淑端的精神狀況就已經非常不好了。陳淑端在懺悔自己為什麼自己會認識李媽兜並跟李媽兜逃亡，並且她願意在逃亡的過程中將曾經去過的地方講出來，其中有一段是，她進去之後也許壓力大、也許真的懷孕了，特務不斷問她要如何懺悔，她的意思是要讓肚子以後墮下來的，這其實是犯法的，我想講的是說，當時的訊問中陳淑端的精神壓力非常大，一個可能成為母親的人講到這一個話，大概是崩潰了。

李媽兜當時的情況是這樣子，在陳淑端她被捕之後，其實短短幾天內，就決定把剩餘的組織交出來，所以大家看到李媽兜卷宗裡面，他曾經畫過一個跨十個支部的系統圖，對照當事者的說法他還是有所保留，這一些系統中，大部分在 1950 年到 1952 年間就已經破壞掉了，但剩下來，比方在官田跟北門一帶的組織，還是透過李媽兜的系統圖曝光後，又逮捕了一批人，大概是五十多人。

李媽兜被捕之後，在保密局中，當時其實保安司令部的態度認為李媽兜的態度是坦誠、坦白的，背後的因素已經不可考了，也許是因為保護陳淑端的因素、也許真的走投無路了，但願意配合警方的偵訊把這一些資訊交出來的。因此當時曾經詢問保安司令部，希望給予自新，自新這個規則從 1920 年末期到 1930 年對國民黨在處理共產黨的重要手段，意思是你坦白這一切，而且願意加入保密局工作，那就給你生存的機會。本來是要讓李媽兜自新，但是這個公文到了秋天的時候，上面駁回李媽兜的相關組織已破壞，現在自新的價值也不高，所以就改判死刑。

1953 年李媽兜知道自新不成之後，曾經寫給過三封遺書，第一封遺書其實是給他的元配，主軸是希望念在過去是夫妻的情份上，好好照顧他的兩個小孩。第二封遺書寫給他的姪子，後來他的姪子因為牽連而短暫入獄過，告訴其姪子說：「李家後來的事，要請你多照顧了。如果陳淑端出獄後，沒有地方可去，請讓他去找你。」第三封信是寫給陳淑端，可以看到李媽兜本身的漢文是不太流利的，也許比較熟悉的是日文。這一封信其實是在處刑前寫的，李媽兜還不斷告訴陳淑端說：「你已經自由了，你受我累之苦了，出去之後千萬不要再犯法，珍惜這一份自由。」所以李媽兜懷抱著對自己的組織終究造成破壞，但至少保住自己所愛的感嘆而去赴死，到了槍決當天，陳淑端一起送去，然後兩個人馬場町一起槍決。

我剛剛看了手冊裡面，其實對於李媽兜的活動狀況作了一些概略性的介紹，我想從歷史工作者的角度，想提幾個意見：

第一，李媽兜其實在 50 年代或者是白色恐怖中並不是有些人想像中剛接受社會

主義或者剛接觸共黨的，他事實上是個老抗爭者，他不只在戰後抗爭，他在日本殖民時期也抗爭，而且他還是臺灣被捕跟中共有關的地下黨員中少數經過中共這次訓練的，他是很資深的黨員，而且他的組織能力很強，事實上在他活動期間，他也曾經非常熱情在臺灣建立了各式各樣的支部或基地，但是以工人或農民為主，這是我覺得理解李媽兜的重要背景，並不是一知半解的抗爭者，他自己的思想應該是清楚的。

第二，現在寫的說法裡面會把讀書會或者像李媽兜這樣做農村或工廠組織的人視為不太一樣的類型，我覺得當時的歷史脈絡中，他們其實是一波大的，而且確實就像一些倖存者講的，在當時的歷史條件下，他們是想推翻國民黨政府的情況下之層級組織一環，有資淺跟資深的差別，他們同樣是革命的一份子。有些人在這個地方曾經聽過滿多人告訴我說所以他們就是犯法、叛亂，但是我想提醒的從歷史工作角度來看，認為他們犯法的觀點其實是滿國家角度的立場。

我想講的是，從 1945 年至 1949 年大部分臺灣人民在過去對中國共產黨不熟悉的情況下，到 1949 年有上千個地下黨員的特定歷史條件下，比方戰後租期、失業率高、市場經濟沒有回復，比方在職場中會有一些不平等的對待，還有很重要的一件事情，整個地下黨員的膨脹，不論是國民黨特務所寫的資料或共黨也提到二二八事件中，處理委員會曾經想要較用溫和的協商方式，卻遭到屠殺，而屠殺不只對處理委員會，形成了強烈的民怨，這股民怨其實是戰後整個革命行動會形成的一個重要情況背景。所以我想講的是，如果單純只是說他們犯國法或者犯叛亂罪的話，對我來講在李媽兜的角度上是不全面，他有特殊的歷史背景，必須要從整體的歷史背景來理解。

我也看到一些意見會說，所以李媽兜是共產黨員，他們就是烈士，烈士不應該放在轉型正義的範疇中，我想說明一件事，中共認定烈士是有一套嚴格標準，李媽兜至今都不是烈士，有人會說 2013 年的時候，中共在北京建了一個無名英雄紀念盃，這個盃上有李媽兜的名字，可見他被承認了。我必須講這一個盃其實後來名字出來之後，還出了滿多問題，比如把泰源事件中的犧牲的獨派政治犯也寫進去，比方把保密局幹員也寫進去。我要講他其實沒有一個嚴格認定，也沒有中共官方所謂烈士的正式認定，所以盃的名字一直在改，李媽兜確實被寫上去，但是退萬步講，臺灣認為叛亂犯或中共這邊認為的是烈士，根本都是國家主義的觀感，我想強調的是回到臺灣有當時的歷史脈絡在，為何革命會掀起？用通俗的方式講，是不是有官逼民反的成分？民眾在二二八事件中想要跟政府協商，後來完全無門之後，在那反抗是不是真的？對我來講，這是理解他們歷史背景中一個非常重要的部分。

我想講一個比較小的點，李媽兜的案件中曾經有過自新，但是就像杜孝生的案

件中，一個相關者不同判決出來的陳顯富，差不多 1950 年他被捕，被捕之後他主動要求給他機會自新，後來加入了保安司令部的山地小組，協助山地地區的肅共工作，保安司令部的公文都肯定他誠意悔改、貢獻卓越。陳顯富在 1951 年的時候因為他身體不好，所以保安司令部把他送去火燒島修養，修養的時間到了 1953 年要處理杜孝生、高一生，應該說高一生、湯守仁的案子把他調回來，那一段時間中，他的身體越來越惡化，最後保安司令部在本案中明確裁示他的肺病只剩下四、五個月的生命，到末期了、無利用價值，所以自新就撤掉、槍決。我要講的是，李媽兜的案件或者是陳顯富的案件中，都面對到自新這一件事，我跟你談，你交出這一些東西的時候，我是給你自新的路走，之後因為種種因素、政治考量，最後撤銷槍決的狀況。

到 1998 年補償基金會成立以後，那時明文規定中，補償的對象是以冤假錯案為對象，如有叛亂史據者不宜補償，但是那個判論史據者的認定到幾年前補償基金會解散的過程中，其實是浮動的，比方後來有不少出的回憶錄也坦誠過有地下組織，補償機制是通過的、沒有撤回，但是李媽兜的案子有涉及到一些案子，其實是不予以補償的。剛剛講的是，不論實務上或當時的規則如何去訂定那個標準，我認為 1998 年的補償條例忽略一個從我角度看重要的問題是，尤其二二八事件後才是臺灣老百姓加入中共地下組織的高峰，當二二八事件這個軍隊屠殺發生後，而人民沒有任何體制內的管道，有效對這一件事作反制時，抗爭或是革命的抗爭權難道不能被允許嗎？因為民國 98 年補償條例完全沒有抗爭，不得有任何官方判論這一件事，你才有資格接受那個補償。

我想基本上關於李媽兜的基本背景及當時的一些活動狀況，我補充到這裡，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

感謝。

我想法庭到目前為止，可能很少針對過去發生的實際上社會、文化、歷史背景作一些討論，我們憑空案件去所想像那個時代背景，其實是很不足的，現在請機關方詢問。

（機關方無問題詢問）

主席陳大法官瑤華：

請機關方詢問。

聲請方訴訟代理人鄭光倫先生：

謝謝林先生提供的這一些資訊，我這邊有兩個問題想要請教一下：

第一，蔡孝乾在 1946 年的時候，吸收李媽兜進入工委，之後沒多久 1950 年被抓到後蔡孝乾本身自新，也幫助當時的政府追捕共產黨，最後還變成將軍，他受到很多的優待。我想請問的是，對比蔡孝乾跟李媽兜或者其他像李媽兜曾經提出自新，後來結果還是犧牲生命或犧牲掉其他權利的這一些人，我想問的是，在當時的情境下為何會有這樣的差別？會讓政府去做出這樣的差別對待，轉折點是什麼？背後有什麼原因？

第二，想要請問心理層面，李媽兜如何看待他所反抗的對象？他反抗是當時的政權？是反抗國民黨或是反抗當時的國家？另外一方面是說，在當時社會層面、經濟條件之情境下，當時的政權對李媽兜造成什麼樣的壓迫？以上是這兩個問題。
鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

謝謝。

關於自新這部分我想多談一點，其實國民黨政府在過去處理共各案件的歷史脈絡，1920 年清共的時候是用血腥鎮壓，但是隨後國民黨在 1920 年帶就清楚意識到血腥鎮壓其實對於整個肅清共黨幫助並不大，因為當時共黨是地下組織，有非常嚴密的單線林道，在鎮壓過程中，其實常常會把眼睛看得到、知道的共黨處理掉，但是剩下的是找不到，所以從 20 年代末期，那時蔣介石一方面在中國國民黨黨機器下，後來成為總統的特務機構，另外一方面在黃埔軍校裡面有一個小組——後來軍統前身——最重要發展出來一種處理共黨的方式就是自新。1933 年或 1934 年也許各位很難想像當時的檔案機密中，那一年所有被捕的共黨中有 93% 給予自新，自新後作什麼？比方確定是共黨，但是不願意清除，會把他送往反省的機構，關到願意講出來為止，講出來之後就吸納進入中統內或軍統可以做的事，所以曾經有一段時間，大概有 50% 的人是共黨自新者。自新有什麼好處？從國民黨的角度來講，當然有好處，這一些人願意把不知道的內情交代出來。

其實在某種初期，臺灣的政治案件有這一個脈絡延續下來，我一直有一個點還不太知道如何解釋清楚，在戰後 1949 年或白色恐怖，尤其 1950 年韓戰爆發後，自新這個方式給予寬待的範圍減少許多，有許多人如果用比較的角度來看，在對岸有些時期是可以給予自新的，但是在戰後初期臺灣，尤其是 1949 年很多人是直接除以死刑。

剛剛提到蔡孝乾跟李媽兜的案例，我必須要講的是，現在蔡孝乾的相關資料也出來不少了，事實上在 1949 年第一次被捕與 1950 年第二次被捕之後，其實交出來的資訊並沒有大家想像中這麼多，事實上是許多的人都談到組織的狀況，國民黨有機會認識組織的全貌。一般常見的說法是蔡孝乾跟李媽兜有這樣的命運區別，是因為李媽兜被捕的時間其實已經相對晚，是 1952 年，他所領導的組織確實七、八成以

上都已經被國民黨攻破了，說是無利用的價值，但是其實這個說法，我找到其他的案例中，其實這一個人他們知道的範圍是很有限的，他交代出來、給他自新的，就去局裡面做事，但是他的利用價值沒有之後，國民黨就處決他，對我來講，那個自信與否的標準，我不覺得當時真的有一套很清楚的規範存在，從個案判斷中，比方大家注意到李媽兜的自新，保安司令部當時標準是有一套很清楚的規範存在，常常是在個案的判斷中。

大家注意到李媽兜的自新，保安司令部當時有些人上呈的公文都是希望他自新，而且不斷肯定李媽兜態度良好，但是保安司令部認為沒有利用價值就駁回，沒有利用價值判斷是如何形成的，目前檔案中其實並不清楚。但如果按照其他人所供出的資料量來看的話，比他供出少，其實還是有不少人自新成功的，因此這中間的對比如何，我只能說這是歷史工作的問題，但我覺得標準是浮動的，並不是從 1949 年之後有一致的標準，認定滿足哪一些條件就自新成功，哪一些條件告訴你可以自新後就處理掉，這個是不清楚的。

當時的政權對李媽兜有什麼樣的壓迫？我想李媽兜的情況其實比較特殊，在日本殖民時期的時候，他已經有參加過文化協會、坐牢的機會，在思想上，李媽兜是比較早就接觸到左翼思想的人。所以我想在 1946 年他剛回臺灣的時候，他對國民黨的不喜歡，有一方面的理論或者是政治價值上的偏好，另外一方面是高失業率的問題，包括市場上找不到工作的人很多，這個都是有的，但二二八的鎮壓慘狀對他其實是很大的衝擊，因此我剛剛講到在二二八之前其實並不老練，他只發展了兩個支部，而這兩個支部在二二八之後就解散掉了，因為開會大家都不是很有興趣，常常遲到，這一個支部後來也是被判死刑的，事實上這一段時期的工作，我覺得他自己都不清楚到底工作怎麼做，真的是二二八過後，人變多，還有在香港受訓過之後，才真的進入狀況。

我想講的是說，包括李媽兜或者李媽兜吸收了不少的地下黨員，其實很大程度上是戰後吏治不彰、經濟惡化，還有一些人是很明顯受到二二八衝擊的情況下站出來的，我大概回應到這個地方，謝謝。

聲請方訴訟代理人蘇慧婕助理研究員：

我想請教一個比較確認性的問題。如同您剛剛所提到的，在李媽兜案裡，雖然當時有懲治叛亂條例第 2 條第 1 項唯一死刑的明文規範，但在實際的司法實踐上，並不是真的只有唯一死刑這一條路，還是有可能自新。只是在自新的這一條路上，國家是把這些自新者當成是肅共的手段來對待，而不是把自新者當成一個作為法律目的的人。是這樣嗎？

鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

其實 1920 年代末，後來變成這一群特務剛成立的時候，他們就跟當時的司法院有很強烈的司法競爭關係，比方我該講的反省院算是司法體系下的管轄單位，但總統希望這個在行政上可以完全交給總統來處理，最後他們爭取的結果是每一個反省院的院長都是由中國特務來擔任。很多例子，比方中統，可以看到這一些老特務，後來包括留在對岸及來臺灣的，都會聽到中統發展跟共產黨有一個顧順章有很強烈的關係，他是留俄回來的，他當時在上海地區活動的掩飾是魔術師，他被捕後其實歷經本來判他死心，但是他決定自新後，那個死刑就完全沒有執行了，就把他到總統裡面當成是要員，所以他負責訓練總統招募年輕的第一屆、第二屆工作人員的工作，甚至很多特務都很懷念顧順章，所以他最後又以想投共被槍決掉。

就像你剛剛講的要點，事實上自新要件成立常常是平行在那個軍法體系中，目前對他起訴的內容或者是判決的內容，而且特務機關認為他的自新確實對偵破當時國民黨看不見地下黨員幫助的時候就給予條件，所以有不少的自新者後來一直都留在調查局，因為 1955 年特務機構有重新劃分，本來在保密局，後來變情報局，是情報局做的，情報不處理肅共的事情，而肅共業務就交給調查局做，後來調查局做到退休，其實有一些他們自己寫的回憶錄或訪談裡面可以看到的是，有不少人當時已經起訴第 2 條第 1 項了，但願意合作，所以獲得了寬待，因此就進入特務體系做事。當時確實包括一些老特務至今留下來的回憶中，很清楚提到當時逮捕政治犯跟一般罪犯有很強不同的差別是：政治犯的目的是要透過個別的政治犯去偵破組織，所以一切是以跟組織情報要件為重點。

不少的案例中，透過判決跟給你死亡判刑其實有時是籌碼，有時是逼籌碼，比方宣判死刑，杜順章被抓之前是因為有一個人在死刑執行前決定自新，然後最後就沒事，直到後來被幹掉，我說那個其實是有一個很特殊的脈絡，包括自新的技術當時其實是一個特殊的背景，謝謝。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

我想請教林傳凱先生，剛剛您有一直提到在體制內投訴無門，所以會造成這一波的抗暴。請您從臺灣史的角度來看，面對中華民國的體制，像李媽兜這一群人跟「318」的參與者，兩群不同世代的人，你會如何予以評價？簡單來說，今天早上我們一直在爭執一件事，戡亂時期到底是不是所謂的不法國家？如果是一個不法國家的話，人民對於它的服從義務，或者說內亂罪是否可以鞏固自由民主憲政秩序，就會跟在 1992 年之後臺灣進入一個民主化的階段或者是有自由民主憲政秩序的狀態是不一樣的。從您剛剛提到一些角度來看的話，在臺灣史上常常人民會面對國家的體制暴力，在投訴無門、無法對抗時，會採取所謂暴力的手段，我們看到太陽花學

運如果從刑法第 100 條的角度來看，他有強暴脅迫的手段，從寬解釋的話，也有意圖顛覆政府的行為，不知道您會怎麼樣評價這兩群不同時代的人？

鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

太陽花學運問題我可以想一下。不過我可以從前面講，就是在歷史材料根據上，為什麼會說那時訴求無門，比方二二八事件後當然跟戰後地下黨不能完全說同一件事，但對地下黨可能有很重要的影響。大家如果注意 2 月 27 日曾經發生過的事情，也就是取締私菸後民眾陳請抗議，他們一開始是去永樂町派出所，派出所拒絕受理，後來去刑警總隊，而刑警總隊拒絕受理，後來去憲兵第四團，因為要包庇那兩個專賣局的緝私員，卻也拒絕出面處理，隔天去了公賣局的臺北分局，後來公賣局臺北分局也不願意出來處理這一個事情，而民眾因此打死一個公賣局的職員，之後去哪裡？是在公賣局的總局。這是所有他們認知中跟這一個事該處理有關對口機關拒絕處理後，他們在 28 日中午準備遊行去長官公署陳請，長官公署回應什麼？遊行隊伍還沒有到之前，遊行隊伍還沒有到之前，遊艇開機槍，我想講的是在 27 日到 28 日的過程裡面，民眾並不是一開始抱定不跟政府談了，而是在很不滿意但卻承認的情況下，試著希望對口能夠處理這一件事。28 日開槍後，變成全島性的抗爭之後，處理委員會是另外一次的嘗試，那次嘗試的結果，3 月 8 日後絕對鎮壓。

我想講的是說，其實老百姓的狀態裡面之正當性並不是那麼低落，是在一連串的過程中，政府的對話窗口不是拒絕對話就是失信，不然就是嚴厲地反撲，在這種情況下，使得當時許多民眾開始覺得絕望，認為不可能用談的，因此要問我是不是不法國家，這個角度我真的不熟。但是我要從社會科學的角度講，1945 年臺灣光復或者是戰爭結束的時候，當時的中國國民黨政府是有很高的正當性，包括各地的歡迎隊伍、包括當時各地期待，但在短短一、兩年時間內，正當性不斷下降，二二八是大事件，二二八之後民眾不滿接觸共黨的宣傳及實際對國共真正瞭解也是一個重要的脈絡，但我的理解是正當性的認可是不斷變化的，因此我剛剛講體制內的管道幾乎都失效，我是有一個歷史上實際的根據來談的。

至於要跟太陽花來比，我覺得這是不太一樣的事情，如果要我真的比，我直覺想到的事情是我不覺得兩年前所謂太陽花的參與者真的對這一個體制有抱持完全否定的態度，要的是按照規矩做事，制度不好希望改一改，希望更民主一點，但有些人的看法是希望反自由貿易，但無論如何對於在這一體制的根本否定，我覺得並沒有在二二八之後這麼強烈，當時地下黨員寫的遺書跟一些訪談中，一個長輩曾經跟我說就是想要叛亂、真的就是想要顛覆這一個政府。當然背後的想像是什麼？李媽兜跟他領導過的黨員很常談的是經濟上的解放、生產關係上的解放，我想在戰後臺灣的所有抗爭中，可能面對過國家的壓迫，但我想在意識形態上跟行動上真的有

想顛覆政府的恐怕就是戰後這一批地下革命者，這個是我的看法，所以不太會把他跟後來像太陽花的抗爭，直覺上這不是同樣的脈絡，謝謝。

聲請方訴訟代理人鄭光倫先生：

還有一個問題想要請問：李媽兜那個時期，當時整個國家刑事訴訟系統大概如何？從犯罪偵查到之後的犯罪審判？因為我們在讀的時候，保安司令部、保密局都會聽到這一些不同的單位，我們有時候會有一點搞不清楚當時到底各個單位的管轄是如何的。

鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

一般來講臺灣俗稱為「情治」，而「情治」是分成兩塊，在國民黨的角度一個是情報工作、一個是治安工作。情報工作處理的主要是當時所謂的敵後工作或者是國際情報，敵後工作指的是中國共產統治範圍內的情報工作，比方會派員到對岸去潛伏、蒐集情報，而治安這一塊是後方地區一切的社會秩序，治安下包含兩類：一類是一般性的治安，一類是肅共的任務。一般性的治安是誰負責？其實是警察負責。肅共這一件事是誰負責？是他們所謂的特務體系負責。而特務體系當時在國民黨脈絡中，最重要的兩支，但並不是唯一的兩個機關，就是 1945 年前的軍統局跟中統局，1945 年後他們改制了，那時軍統局在國家機器下為保密局，所以臺灣在 1946 年改制成保密局臺灣站。

但是中統其實不太順利，本來是在中國國民黨下面，當時看檔案中，經費開始短缺，然後有裁員，他們本來要移到司法院下，仿照 CIA，這個是他們當時的說法，想要成立一個中央的情報機構，但是司法院長拒絕這一件事，因此他們在國民黨裡面待了好幾年，因為是減編，甚至我看特務的回憶是寫當下只剩下做黨員的清查工作而已。一直到 1949 年在廣州的時候透過修法，他們成立司法院調查局，但到了臺灣重整成保密局，這就是為什麼我們今天看到了許多檔案中，當時有很多的案件主要保密局承辦的關係。

保安司令部是什麼？保安司令部如我剛剛講的情報跟治安工作是二分的，情報有情報單位、治安有治安單位，當時在臺灣島內，所有跟治安相關的部門，包括警察、保密局、調查局，及總統府裡面有一個軍事情報小組、國民黨中六組，統一這些處理有關跟治安的事務都由保安司令部統籌負責。在中央設保安司令部，應該說在臺灣審的層級是有保安司令部，在各地區有保安司令部的分部，比方李媽兜的案子就是這樣子，當臺南縣要抓李媽兜的時候，是聯合好幾個單位成立工作小組，這個工作小組負責臺南縣尋找李媽兜的線索。

實務上保密局的幹員在肅共這一件事上是可以調動警察的，所以很多時候都要抓這一些所謂的地下黨時，警察會去出動，甚至有軍隊的案例。所以機關卻是很複

雜的，當時跟政治案件有關的，其實是跟保密局及後來的調查局是有關係的，其他單位比方中六組後來其實很多時候是處理情報方面的事情，就是海外情報，其實跟臺灣黨內肅共關係不大，制度是這樣子設計的。

警察的部分，像我看特務內部訓練的材料，不斷告訴你政治犯跟一般犯是不同的，認為一般犯的動機說心理變態、欲望無法克制、基於仇恨、情緒失控，但是政治犯是有組織的政治思想顛覆，兩者的處理方式完全不同，警察不處理這一些人，而是交給特務處理，這是特務的石牌訓練班內部通訊中不斷反覆提供的觀念，謝謝。聲請方訴訟代理人洪偉勝律師：

謝謝鑑定人，有兩個問題想要請教。

第一，您剛剛聽到民國 49 年國民政府對臺灣的控制趨嚴，所以李媽兜開始逃亡兩年，你也提到他之所以不被給予自新的機會是因為被抓到的時間太晚，我想要釐清的是，他所謂內亂、叛亂的事實是在這兩年之間或這兩年之前？我之所以提這一個問題的原因在於，如果中華民國從他從事叛亂行為之後又繼續多活了兩年，他還是必須唯一死刑的叛亂犯嗎？

第二，您提到自新，從李媽兜的檔案來看，在 1952 年 7 月 14 日保安司令部及 7 月 25 日國防部都分別在公文上要求予以自新酌予優待的控制，但是在一個月不到的時間，保安司令部認為他已無運用必要，仍依法處理，國防部同時表示應該從嚴治罪，其後保安司令部就將他及陳淑端馬上起訴，起訴之後先公告要執行死刑，隔天才予以宣判，宣判後立刻執行。從您剛剛提到的說法，自新的可能性有好幾種，李媽兜的狀況是在還沒有起訴之前，否決他自新的機會，隨後就馬上起訴，然後在宣判後就立刻執行死刑。但你也提到有些案例是經過起訴之後，予以自新而不予判決，也有經過判決死刑之後自新不予執行，這是否意指當時雖然法律有唯一死刑的規定，但統治者仍可以選擇是否予以審判、予以追訴跟予以執行？

鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

關於這一個問題，在那兩年期間他是不是有繼續叛亂行動，我先從一個角度來說，在 1949 年戒嚴後，當時大家的情況是很樂觀的，真正感覺到情況不妙有兩個時間點，一個是 1949 年底，臺北、基隆及高雄有人遭到迫害，那個新聞其實鬧得很大，有些人開始警戒必須要降低行動，特務常常形容這個轉折是由有自新的半公開活動，轉為完全絕對秘密活動。另外一個判斷是 1950 年 6 月份韓戰爆發，大概看起來中共軍隊不可能來了，這一件事真的讓不少臺灣幹部意識到不可能他們想像中透過軍隊打倒國民黨，但是另外一個角度，從國民黨，尤其是戒嚴之後的懲治叛亂條例中，我必須要講的是第 2 條第 1 項，也就是意圖以非法方式顛覆政府且著手執行，如果以實際案例中，那個著手實行是非常恐怖的認定，像李媽兜的案例，當然是組

織者，那一段時間裡面，逃亡期間中還是會跟他沒有透過支部開會，告訴他一切的活動戰時停止，以最高保密為原則。著手執行後，比方也有那種看起來確實是行動程度比較激烈的，比方另外一群認識的人，當時搶銀行、搶公車，把老師死了，然後還殺錯人，把霧峰的警察幹掉，這個東西是他們做的。但也有像這個案例，一些長輩很在意那時候在臺北工專 1953 年左右有一個年輕人被捕，一開始的情況在起訴書上就是曾經在 1948 年工作的時候唱過兩首歌，一個是農民平分土地歌，一個是英勇軍進行曲，起訴之後軍法官認為無罪，裁定兩年幹訓，但是往上送的時候，總統府機關是不服的，後來改成五年、十年，最後還是被槍決掉了，罪名是「著手實行」。「著手實行」四個字在官方當時如何寬鬆來看？那兩年一定是有叛亂活動的，還是跟黨員見面，告訴他們要隱蔽停止一切活動，這一段時間要隱蔽身分，大概就是這一件事，從當時的地下黨員來看，他們的活動幾乎停止的，就是以保密為原則。

另外剛剛提到一個自新跟判決的關係，像我剛剛提到杜孝生案，相關陳顯富的判決書，陳顯富在判決書中已經定讞作為唯一死刑，但是他表示願意自新後就給他到保安司令部做事情了，所以時間先後上有的情況是當還沒有宣判前就決定自新了，而特務機關也真的讓你自新狀況，有的是宣布實行後要求自新，他也給你機會自新，這也是一個狀況。還有被捕後都還沒有經過正式審訊就辦理自新，其實這種情況也是有的，不少地區的案件破獲一開始抓到地下黨員願意自新，就由他加入當地的肅查小組帶頭去抓人，這個甚至在警察局問過一次或者是民宅就問過一次，都沒有真的進到審判程序，綜合情報就可以抓人了，因此自新的方式從 2010 年代末到 30 年代初，本來就是中國國民黨一個很彈性對付共黨的方式，願意把國民黨看不到的地下黨員，並交出訊息，大概是這樣子。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

不好意思，審判長可不可以准許機關方有兩個議題的詢問。

主席陳大法官瑤華：

時間有一點緊，但是我想機關方還是可以詢問。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

我們希望有一些事實希望能夠請鑑定人再澄清一下。

當時有沒有被抓到跟即刻被槍決的意思？就是當時就槍決的例子多不多？

鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

非常少，其實他跟二二八很大的差別是二二八確實有不少的軍隊在路上，比方看到申請資料，經過臺北大橋遇到軍隊，軍隊就開槍了，那種真的跟完全跟軍隊遇到，因懷疑你，然後就射殺了，但是戒嚴時期這一段時間，白色恐怖當事者基本上全部都有經過軍法的流程。只有一種狀況是，在逮捕過程中你試圖逃亡或者是開槍，

確實有當事者是連捕都沒有被捕到就被打死，臺中地區有幾位，比如臺中商業學校跟示範學校的學生，或者像師範學院逃亡的第二屆自治會會長都是跟警方的逮捕過程中就被打死了。我覺得當時特務員的重要心態並不是只抓你而已，而是抓背後看不見的地下黨員，所以其實他們很重視那個審訊過程。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

被逮捕之後會不會當場射殺或者在很短的時間內即刻執行死刑，跟被逮捕者的危險性，所謂的「危險性」是指建立了到底多少的秘密組織，應該是沒有關係，是嗎？
鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

其實在判決過程中分兩階段，一個是審訊、一個是判決，而且物理空間還隔開的，因此在審訊過程中，平均我來算大概是四至五個月的時間，那一段時間會發生很多事情，收到判決地點一般都是青島東路保安法令部軍法處、國防部軍法局，在那邊等判決書，其實很多人到後面才知道原來槍決這麼嚴重，所以判決書很多人翻供都是在軍法處或者是軍法局。

至於審理的期間多長，我覺得在目前我所看到的資料中，是特務對這一個案情的釐清到什麼程度，比方有些人被壓到七、八年都沒有判決，那個情況是特務一直覺得有所保留，組織並沒有完全曝光，有些人是重要幹部，像李媽兜，他被捕之後，他的組織已經破壞大半，比如抓到李媽兜的時候，並不是對李媽兜的瞭解一張白紙，其實他的支部中有不少人都提到他的事。

所以其實有時候並不是衡量你在地下組織中的職位高或低，很多是看當時特務隊整個地下活動狀況掌握到什麼程度，能不能提供更多對他有利的價值，我要說很多事情並沒有談完，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

請大法官提問。

官大法官曉薇：

謝謝您給我們一些歷史上的背景，有助於我們釐清正在審理的爭點。

其中有一個爭點是關於補償條例第 8 條第 2 項，聲請人聲請條文，主要是關於是不是犯內亂、外患罪確有實據，因為我們知道您訪談了許多對象，而且從本庭已經查閱的立法紀錄來看，本條最初的草案是直接規定排除共產黨員，因此在立法的過程當中，我們的立法者是不是一開始進行轉型正義的過程中，其實想像中就已經把真正的共產黨員排除在補償條例的範圍之外？因此最後才修正文字到現在成為「確有實據」的條文。

因為我們早上問二二八基金會，關於如何判斷確有實據這個部分，是不是著手或者要到暴力的程度，似乎我們光從檔案裡面都沒有辦法瞭解，所以希望您幫我們

釐清是不是在補償的過程中，對於共產黨員或者真的在共產黨員當中涉入較深並且有高度組織能力的人，就傾向受到補償條例的排除，不予補償？

鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

1995 年二二八通過相關的條例，1998 年白色恐怖通過補償條例。那一段時間裡面，其實我自己的看法並不覺得當時大家這麼清楚認識到白色恐怖到底長什麼樣子，所以其實裡面有一些案件並沒有經過軍法審判，因此有些人爭議是否到底應該納入，像四六事件，其實那時戒嚴還沒有開始、也還沒有經過軍法審判。

當時的氛圍其實我也跟蠻多人推動補償條例的長官們聊過，當時的氛圍曾在 90 年代的時候，二二八的平反是有比較高正當性的，很多談白色恐怖覺得這裡面就是有共諜、間諜，怎麼可以這樣談。因此包括在 98 年前後，那時曾經有兩批大的口述歷史，一批是宋楚瑜當臺灣省長的臺灣省文獻委員會做的，一批是陳水扁當市長的時候委託中研院所做的，這兩批裡面其實當事者滿有意思的，也就是用冤假錯案的方式來看，但我覺得這一件事上有一個路徑依賴，使得之後補償條例也確實會肯定在冤假錯案的對象上。但是實務過程中，其實這一些年我也試著跟一些朋友聊過，到底為什麼有些案件會不予賠償，但是真的邏輯有些蠻浮動的，是在每一次的實際審理中，審查委員間的關係來決定的。

比如現在有一個姓許長輩，他也是阿里山相關案件的，他上山修理槍支，希望給予補償，他沒有拿槍支做任何的強暴脅迫活動，但是他是不予補償的，而同案中他的上級卻給予補償金，我說那個情況的認定標準到底是什麼？我曾經也幫過一個家屬申請，他是外省籍的，他的父親真的變烈士，所以就說因為被中國認定為烈士，因此不予補償。這裡標準到底是什麼？自己的疑惑是在補償基金會相關的執行條例中並沒有很明確規定。當你不認為是共產黨而給予補償，但其實後來很多都出了回憶錄，這些人是拿補償金的，回憶錄甚至提到他們做了數百個手榴彈，在臺北松山第六機場，但是是補償通過的，因此我的認知標準認為那是浮動的，在很多決定的審查過程中，委員間的關係跟當下的，那個情況我認為從事後來看並不是是很全觀及一致的標準。

孫大法官迺翊：

制度的部分想要再請教一下：

第一，您剛剛也有提到自新跟軍事審判其實常常是併行的，在這一些特務或者是情治機關找到這一些案子後，不知道是不是有一個形式上統一由軍事檢察官來起訴的過程？或者是各個情治機關可以以起訴的身分把這一個案子送到軍事審判？其實我只是要確定一個流程，不知道您是否清楚。

第二，軍事審判法是民國 45 年，也就是 1956 年所定，在此之前，也就是在李

媽兜這一些案子的時候，是適用陸海空軍審判法跟戰時陸海空軍審判簡易規程，在這個案子當時所適用的軍事審判的這些規則、規範跟後面民國 45 年（1956 年）軍事審判法在軍事審判上的恣意程度不曉得是否有所差異？

鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

第二個問題我大概無法回答，因為法學方面我實在瞭解不多，但是第一個問題我想從檔案中的實務來看，當時其實每一個人被捕後，我說的審訊階段在問相關案情的部分，其實保安司令部要統整的，大部分是由特務執行，但是也有少部分的案件，比如像李媽兜案一開始是由警察執行的，警察執行的後果其實並不是問得很周全，所以構成同案間後來有一個日後審判縫隙可以鑽的機遇。

我所看到的檔案裡面都是審訊階段的資料完後，移送到保安司令部軍法處或是隔壁的國防部軍法局時來起訴，其實判決的時間又常常比拿到判決書的時間還早幾個月，判決滿早決定下來，比方像李媽兜的案子，應該在執行前一、兩個的時間，判決的結果就確定了，判決書給你是另外一件事，真正宣判是另外一件事，宣判當天清晨會把死刑者叫去槍決，剩下的不是判死刑，而是這個案子全部死刑，也就是會到法庭上告訴你，所以我的理解是審訊階段問完之後，軍法官才開始起訴。

第二個問題，抱歉，我沒有辦法回答。

高大法官焯輝：

謝謝鑑定人，我們知道鑑定人對於白色恐怖時期受害者的口述歷史有相當研究，本次審理的是轉型正義的議題，其中一項很重要的議題是追求真相。

就本法庭來講，我們對於聲請案件的調查，當然有一定的職權調查義務，我們需要做一些事實的調查。我們今天上午也有詢問過關係機關，我們確認補償條例相關案件的卷宗其實都還在相關機關，這一部分本法庭在評議後，可能會向相關機關發函調卷，以釐清相關的案件事實。

但是我剛剛有注意到，您有特別說明這一本小冊子提到李媽兜的故事，基本上都有基礎的說明，因此在本法庭發函調查之前，能不能利用您已經來憲法法庭，是不是可以請您幫本法庭確認一下，用您的歷史專業跟背景，確認一下在這個小冊子裡面提到兩個聲請案件的故事，也就是歷史背景，在您的理解之下是不是都是正確無誤的？可不可以引據作為本法庭的參考資料？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

程序異議。小手冊是宣傳活動的手冊，並不是法庭文書，這部分可能要請審判長釐清一下，我們並沒有要將手冊作為呈卷的證物或者是聲請狀的一部分。

高大法官焯輝：

或許聲請人並沒有要把小冊子作為案件的文書，但因為已有這樣的資料，鑑定

人也來到現場，也翻閱過這樣的文件，而我們知道相關聲請書裡面針對歷史背景的說明，其實不充足的，因此為了有助於本法庭的判斷，所以我們真的需要相關的歷史參考資料，也因此才會邀請林傳凱先生作為鑑定人，而利用這一個機會請他確認一下，我想對聲請人來講應該也不是什麼不利益的事情。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

這一部分我們另外還可以準備其他的資料呈卷，不然今天這樣有一點突襲。

高大法官焯輝：

我想這個小冊子應該提供很久，應該沒有什麼突襲的問題。

主席陳大法官瑤華：

現在比較適宜把問題問得比較簡單，也就是針對資料上的錯誤可以提出一些？

高大法官焯輝：

我想確認的只是這部分的資料、小冊子的內容，是不是可以作為本法庭參考的依據，就是這樣子而已。如果本法庭認為有一些事情不太清楚的時候，或許我們可以參考小冊子的說明，我想這一本小冊子應該不是憑空做出來的，而是做了相關的研究才做成小冊子；而且作為模擬憲法法庭教育推廣之用，這本小冊子應該也可以合理推斷都是真實的，應該沒有人會懷疑這上面所述與史實不符。萬一與史實不符，本法庭也不適合引用。但畢竟模擬憲法法庭的大法官都不具有歷史專業背景的人，所以鑑定人既然已來到現場，是不是可以利用這一個機會確認一下。

主席陳大法官瑤華：

我們提醒一下雙方，如果你們還有更多的資料因為提供給大法官做裁決時，很需要大家提供不同方面的資料，可以之後再補那一些資料過來，當然現在只是高大法官利用這一個機會，把現在小冊子內容有沒有一些重大的錯誤或需要特別提出來商量的，我覺得這算是在鑑定意見上的機會。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

現在聲請方剛剛的說明是想釐清，目前是進行抽象規範審查或就具體個案事實去確認？因為今天林傳凱只是針對補償條例第 8 條第 1 項第 2 款的適用及聲請方基於原因事實的部分來作說明，我們沒有打算將在法庭之外的文書納入法庭之內的證據來作為採認的資料，這個部分我們認為可能對於當事人的訴訟權有所侵害。

高大法官焯輝：

我想本法庭有依職權調查的權力，小冊子既然已經在現場發送，而且不是今天才發送，上禮拜就已經發送了，相關的內容事實上在網站上也早已公告了，所以在程序上，本法庭既然已經提示相關內容，其實鑑定人也已經看了，並沒有突襲的問題，應該也沒有還要另外補充資料的狀況。我不曉得聲請人的疑慮到底是什麼？據

我的瞭解，這部分的資料應該也是聲請方提供的。

聲請方訴訟代理人洪偉勝律師：

跟 鈞庭說明：

第一，當然這個資料就程序上，我覺得當庭提供這個資料給鑑定人要他辯識內容有沒有問題，我覺得是對他的突襲，也就是現在如果就要鑑定人馬上就這個內容背書，我覺得有一點為難鑑定人。

第二，這一份文件是為了有助於旁聽的民眾理解，所以有文學上的書寫，站在訴訟代理人協助法庭發現真實，同時也能嚴謹事實認定考量的話，我們會建議有一些替代的第一手或確實是由史學家做出來的資料，恐怕會比這本手冊來得適當，我們並不是認為絕對不可以，但以適當性來講，比如我現在手頭上這一本李媽兜案的歷史資料是國史館所編撰的，但是全部都是原件，或許會比經過代理人或其他文學書寫所改寫的資料來得適當，這給 鈞庭參考。

關係機關訴訟代理人林心惠律師：

其實這個部分我們一開始就說憲法法庭所審理的應該是抽象規範的審查，我們其實沒有在碰個案，反而是聲請方一直在講個案，現在的狀況是如果 鈞庭真的認為個案的部分要釐清，我們也尊重 鈞庭的做法，我想要以公平正義的角度來看，如果聲請方一直堅持提出曾經受過的迫害或者機關方曾經做過的一些事，直接還原真相，我們只是要表達我們的立場。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

懇請審判長裁定。

主席陳大法官瑤華：

先回應剛才機關方的意見，因為剛才鑑定意見其實是從一個個案看到的一個時代，個案不可能跟那個時代完全分開，到底現在是不是做個案的解釋或者對於那一個時代所產生的個案之意義為何所作的釐清。因此從這一個角度來看，無論是聲請方或者是機關方，我們現在在講一個案子，但對那一個個案所生的法律條文及世界處境如果不瞭解的時候，然後卻宣稱個案是這樣或那樣，如何補償，我覺得那是有失偏頗的，因此從這樣的角度，我覺得很需要全面考慮。

回過頭來針對剛才高大法官所提關於小冊子的這一件事，我建議鑑定人也不適合再回答，因為現在涉及到不是在法庭上要正式處理的資料。蘇大法官是不是有問題要提？

蘇大法官彥圖：

只有一個很簡短的問題請教林鑑定人，因為您特別有提到偵訊過程中如何運用自新，我很好奇的是，請問在偵訊過程中，刑求的情況會不會很嚴重？

鑑定人林傳凱（未經發言者本人校閱）：

刑求當然有，並不是每一個人都會被刑求，其實一個案件中，像我們來做口述跟檔案比對的時候，甚至到最後面的幾個，有些時候可以先判斷是不是被刑求。其實特務機構從 1949 年後，老特務加入到臺灣的特務機關後，其實在執行的質上有很大的提升——單就國民黨想要偵破地下活動的角度來講——當時的訓練會有刑求的時刻，但是很大部分併行常被忽略掉，是各種心力的說服，比如告訴你如何回家或老母親該怎麼辦，這在口述或是偵訊過程中常看到的事情。刑求會用，但是通常說比方這個地區或者這個支部領導者把組織交出來之後，後面被捕者常面對的情況不是刑求，而是訊問短短問十五分鐘，要看看上級交出來有沒有疑問，就算有抗議、意義他也不管，然後就說這些事情都如此了，就承認自己少苦頭吃，其實刑求這一件事並不是每一個案件中都被刑求的。

主席陳大法官瑤華：

我想在這裡特別要謝謝林傳凱來擔任本庭的鑑定人，而且在很短的時間要把這一些材料準備好，再次代表法庭致謝，我們休息二十分鐘。

（中間休庭）

（休庭結束）

主席陳大法官瑤華：

接下來的時間其實是要由大法官對鑑定人作綜合詢答，但我發現所有的鑑定人都沒有回來，是不是鑑定人現在要退席抗議（笑）？請書記處詢問所有的鑑定人是不是要回到現場。

現在的時間是由大法官詢問兩造一些問題，可能可以根據一部分還需要做一點釐清，請大法官提問。

蘇大法官彥圖：

我有一個問題要請機關方或者是聲請方的協助，不一定今天就可以立刻回答，我們大概瞭解在戒嚴時期非軍人受到審判的人數是 9 萬多人，然後有 1 萬多人請求戒嚴時期的補償，大概 7,000 多人獲得補償。我想要請兩造協助本法庭確認一個實證資料：我們根據國家安全法第 9 條第 2 項，從 1987 年至 2016 年大概快三十年的時間，有多少人曾經針對在戒嚴時期受到的軍事審判向法院提出再審及非常上訴，最後的結果大概是怎麼樣？這部分的資料，希望聲請方跟機關方的訴訟代理人能夠協助本法庭進一步確認，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

原則上我們把時間訂於 11 月底，請在 11 月底前把相關的檔案或者是一些資料，甚至可能如果知道一些檔案，但是目前還沒有拿到那一些檔案，請把資料給法庭，法庭可以透過一些管道去調相關的檔案資料，請大家儘快在 11 月底前把相關的資料給法本法庭，尤其是兩位主筆的大法官有時間把裁決的主要內容先提出。請官大法官。

官大法官曉薇：

有一個證據資料需要機關方提出，早上其實有問過二二八基金會，關於補償條例第 8 條第 2 款駁回的比例案件，也就是過去以來大概有多少？因為二二八基金會說應該是屬於補償基金會，補償基金會依照今天早上二二八基金會所提供的資料，應該是要去問國防部，是嗎？

機關代表柳照遠：

如果單純這一個資料的話，我們可以跟文化部所轄的國家人權博物館籌備處，我們可以跟他們調這一些資料給 鈞庭參考。

吳大法官豪人：

剛才因為高大法官焯輝跟聲請方有一些見解上的不同，我聽到一句話，因為高大法官講說大法官們對於歷史比較沒有那麼熟悉，這有點傷害到我的學術信譽，本來要繼續請教林傳凱，但是看到他走掉了，聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員也是法律史的專家之一，因此請您幫我們確認一件事：其實我不是要講 318，講 318 講到比較遠了，我想問的是在同一個時代，因為我們早上追問不法國家的要件，中華民國來臺灣這一段時間算不算不法國家等等，但因為林傳凱談到如何審訊、逮捕，或整個起訴的過程，聽起來是滿沒有依法審判的根據，就算有的話，來到臺灣才比較完備。我剛剛問的是，中華民國剿共是從 20 年代就開始，那時剿共的方式，包括要不要抓到、要不要審訊是依照什麼法律？這個我沒有印象了，因為我們想要知道它的連續性，他們剿共是具有連續性。

第二，剛才林傳凱特別講到中華民國政府或者是國民黨政府對於共產黨特別敏感，也就是特別分開，我們知道在對共產黨特別敏感包括像納粹跟日本政府，這兩個後來都是戰敗國，也是我們在討論不法國家時，滿好的兩個例子。即使如此，就我所知，國民黨政府抓到這一些所謂的匪諜之後，有一個自新的機制，日本有一個轉向的機制，也就是這些社會主義者或者是共產黨若被抓到的話，願意轉向的話，可以法外施恩。

問題是即使如此，根據日本的治安維持法，雖然是特高警察，但是還是警察系統偵辦、檢察官起訴及法官判決，因此無論如何都還維持了一個法治國家的外貌，

相較之下，在中華民國來到臺灣之前，他們有沒有這一套機制？不知道聲請方訴訟代理人黃丞儀教授能不能回答我？或者能回去幫我找資料？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

先回吳大法官的問題，也就是關於在剿共的階段，這部分其實相當複雜，我們只能大略先這樣子處理，也就是在訓政時期，像剛剛林傳凱有提到反省條例及其他一些懲治叛亂條例前身，這一些其實都有特定針對對象，也就是共產黨。我們必須要再說明的是，在訓政時期的國民政府，全是由國民黨來組成，國民政府並非訓政時期由人民選舉出來的國民政府，因此在那個時代，也就是大法官垂詢同一時代審訓及相關治罪的方法，基本上都是相當草率跟簡陋，因為是要針對特定政黨來進行。

至於，您剛剛後來有再提到的一個問題，也就是關於日本的比較，這個部分比較複雜，容我們回去研究後再回應庭上。

主席陳大法官瑤華：

機關方有沒有要回應？

（機關方沒有）

孫大法官迺翊：

有一點之前沒有特別討論到，機關方的答辯狀其實是有提到杜案的部分，你們認為可以用第 15 條之 1 第 2 款來請求，為什麼是這樣子？這一點不曉得聲請方的看法是什麼？這一點到目前都沒有特別討論過。

主席陳大法官瑤華：

先請機關方，再請聲請方。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

請審判長讓我們有一些時間討論一下。

主席陳大法官瑤華：

聲請方要不要回應？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

先確認一下孫大法官的意思是同一原因事實嗎？

孫大法官迺翊：

因為機關方主張用第 2 款，你們主張適用第 1 款，你們主張第 1 款的部分是違憲的，但好像在司法院法務部、內政部、國防部及立法院這整個機關訴訟代理人所提出來的書狀裡第 8 頁有提到可以用第 2 款的，用第 2 款已經可以對聲請給付賠償金之要件予以放寬，這部分在本案中好像一直都沒有特別討論到。

聲請方訴訟代理人涂予尹律師：

先向孫大法官釐清這一個問題，因為剛剛提到機關方的答辯狀裡面有提到是不是可能可以用到補償條例第 15 條之 1 第 2 款的部分，第 15 條之 1 第 2 款有一個適用前提，於民國 37 年（1948 年）12 月 10 日起，至民國 38 年（1949 年）5 月 20 日宣告戒嚴前所犯的相關罪名，不過本案杜孝生的案子發生的時間是在這一個期間之後，所以這樣子看的話，光看期間就有問題。

另外，裡面也有附帶提到要觸犯內亂、外患或戡亂時期檢肅匪諜條例等等，杜孝生所犯的貪污犯的罪名，似乎也不該當，因此初步來看是有這樣子的問題。

主席陳大法官瑤華：

機關方？

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

我想說明一下，其實這一個內容指的應該在於我們針對所謂聲請人對於補償條例第 2 條第 2 項認定是違憲的部分，我們書狀主要是要說明，事實上在第 2 條第 2 項制定之後，其實補償條例有再修改過，當然是用第 15 條之 1 的規定，其實是逐漸放寬範圍，而這只是例示的規定，第 15 條第 1 項第 1 款及第 2 款，這只是放寬的例示說明，這也會牽扯到結辯的部分。我們主張在補償條例第 2 條規定的範圍內，是不是一定得透過宣告的方式解決，還是可以透過事後修法的方式增加，不管是解釋或直接作法律的增修，而去增加範圍，我想我們當時主要的訴求目的是在這裡，我覺得我們書狀說明的理由是這樣，可能寫得不是很完整。

但是這一點在機關方的立場就是主張，因為我們說立法裁量、立法權去制定法律的問題，這點也透過後續的修法逐漸放寬可以申請的範圍，這一點只是例示說明，所以我想再跟大法官報告，可能書狀沒有寫得那麼精確，我們在這裡補充說明，謝謝。

孫大法官迺翊：

如果是這樣的話，聲請方這一個部分我覺得在書狀上還不是非常清楚的地方，杜案是以不是同一原因事實而否准，此項見解是否為通案性的見解，還是這個個案的見解？也就是針對在同一原因事實只限定在參與內亂跟外患罪的部分做限縮解釋，這部分是不是之後可以補充一些資料？謝謝。

主席陳大法官瑤華：

聲請方需要做一些回應嗎？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

想要跟大法官確認一下，這跟本案有關的資料作為大法官的參考，還是這個是本案的事實，大法官想要確認？

孫大法官迺翊：

主要是同一原因事實這個部分的法律適用，本案主張上認為補償基金會限縮解釋而予以否准，只限定在第 2 條第 2 項的部分，現在的疑問是，這只是個案上補償基金會的見解或補償基金會在適用這一條、這一款的時候，一般性的見解就是如此？

主席陳大法官瑤華：

會涉及到現在是補償基金會很全盤作這樣的解釋，或只針對杜案所做出來的決定，你們的觀點是什麼？

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

我們聲請的是憲法裁判，所以並不是針對法規，像黃案去聲請，因此這部分我們可就大法官所要求的資料來提供，但就個案的部分，我們還是強調一次，在補償決定書上的確不適用第 15 條之 1 第 1 項的規定。

另外補充說明一下，有關於同一原因事實的部分，也不是只有出現在第 15 條之 1，而是在第 8 條第 1 項第 1 款也已經規定因同一原因事實，因此這部分我們之後會一起合併再呈大法官參酌，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

大法官還有沒有相關的問題？

高大法官焯輝：

我想我有幾個問題要問杜案的聲請人，在聲請書訴之聲明第 1 項針對補償條例第 2 條第 2 項，你們認為不當排除戒嚴時期特定罪名以外的人受補償的權利，你們用的是不當排除，事實上第 2 條第 2 項也因為制定了這一些罪名，因此顯然是立法的作為，也就是立法者認為只有這一些特定罪名的人才能受到補償。

但聲請人在同份聲請狀第 34 頁、第 35 頁、第 36 頁及第 37 頁都一再提到杜案是因為立法不作為，所以無從請求國家補償或賠償，因此這方面我們不太能夠理解聲請人究竟主張因為立法作為受到侵害或是立法不作為受到侵害，能不能跟我們補充說明，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

請聲請方說明，尤其是杜案的訴訟代理人。

聲請方訴訟代理人蘇慧婕助理研究員：

謝謝高大法官的詢問，在這邊希望可以做一個扼要的說明。

從杜案的角度出發，我們認為問題是出在補償條例第 2 條跟第 15 條之 1，搭配上釋字第 477 號解釋，會變成只有內亂、外患及檢肅匪諜條例相關判決才構成第 477 號所認知的政治性案件，並獲得補償。但是這種認知會造成多位鑑定人在兩次言詞辯論中曾多次提到的結果：在類似杜案這種間接性的，被國家——如同剛剛林明昕

鑑定人所提到的：「欲加之罪，何患無辭」——羅織入罪的案件裡，只是因為國家採用了內亂、外患及檢肅匪諜以外的罪名去進行政治性追訴，這些人就會喪失所有向國家請求正義的權利。

因此，在這一種案件類型中，就存在立法不作為，甚至構成立法怠惰。仔細來說，這些「隱性政治案件」的受刑人，已經因為國家安全法第 9 條的規定而無法實現第一次的權利救濟，現在又因為補償條例的構成要件限制，失去了第二次的權利救濟。這些當事人受到雙重的權利剝奪，國家對這些當事人的保護不足，已經是構成立法怠惰的不作為。希望這樣子可以稍微解釋，謝謝。

高大法官焯輝：

我想我的問題是，補償條例第 2 條第 2 項很清楚展現立法者的選擇，認為只限於特定罪名，當然你們可以主張這是不當的，但行為態樣應該是立法者認為只限於這一些特定罪名，所以比較有可能的是，立法者以特定的立法作為不當排除這一些特定罪名以外其他的罪名受補償或賠償的權利，因此可能會造成保護不足，這是一種論證。可是你們的論證是說立法怠惰、立法不作為，我的問題在於：立法不作為跟立法怠惰在哪裡？因為立法者已明確立了法，只是這個立法的範圍你們不滿意。

聲請方訴訟代理人蘇慧婕助理研究員：

聲請方的立場是認為補償條例第 2 條和第 15 條之一的規定涵蓋不足。確實立法者在這裡做了一個決定，可是這個決定會造成違反基本權保護義務或是法治國憲法委託的，違反憲法要求的結果。

進一步來說，從被補償條例第 2 條、第 15 條排除的當事人角度來看，從他們個人基本權的角度出發，理應享有國家的積極保障，立法者應該基於基本權保護義務的考量進行積極的立法形成，但現在這種立法形成並不存在。所以對這一些案型來講，立法就是不作為的。因為立法本來負有保護義務，但是並未實踐，所以從當事人基本權保障的觀點來看，此時的立法者就是構成立法怠惰的立法不作為。

主席陳大法官瑤華：

從不同面向所得到沒有達到保護義務，因此用立法不作為的概念，兩方面是不一樣的。

現在就進入法庭之友陳述意見，現在有兩位法庭之友，一位是范燕秋教授，另外一位是王宗偉先生，我先請范教授陳述意見，時間是 5 至 8 分鐘，請在這一時間陳述，等范教授陳述完，再請王先生。

法庭之友范燕秋：

原來我的時間只有這麼短，我準備了 15 分鐘，我提供了兩篇文章，這個是我個人的研究，我要陳述三個重點。這兩篇文章扣緊著原住民的政治案件，湯守仁叛亂

的政治案件，我們要從比較長遠的歷史脈絡來瞭解他。

第一篇文章著重在政治案件當中的兩個政治菁英，他們受日本殖民近代教育的過程當中，如何形成一個有原住民族主體的意識，這樣主體的意識影響到在戰後對於自己族群發展是有積極的主張。

這樣積極的主張也影響到，當他們面對 1950 年代政治情勢，也就是國共鬥爭的局勢當中，這兩派人馬都在搶奪原住民的忠誠，希望拉他們到他們的陣營裡面去增強他們在國共鬥爭的力量。但是我的研究告訴我說，其實這一些原住民的菁英是有相當的自主性跟主體性，因此在這樣的政治案件當中，我們看到比較多的是情治單位，國民黨要去控制原住民社會發展過程中，透過這一個政治案件去鎮壓，當原住民這些政治菁英被逮捕，受到有政治性的懲處，有利國民黨在那一個局勢當中可以掌握原住民社會，我的文章之所以會從日本殖民時期來談這一個政治案件非常核心的任務，從戰前到戰後，他們政治的主張以及在這樣戰後國共鬥爭詭譎情勢當中很重要的發展，這是我的文章裡面所陳的第一個重點。

第二，我回到杜孝生的案子，原住民政治案件非常特別的地方是，除了叛亂罪以外還有所謂的貪污罪，我們必須要說，就我理解在 50 年代所有政治案件當中，唯一有加上貪污罪的就是這一個案件。為什麼會這樣？其實我要論證的第一個重要的地方是，我們都知道在所有案件裡面有相當多的資料是針對新美農場的貪污案，這一個貪污案看起來確實新美農場作為一個當時因為二二八裡面高一生鄉長因為保護了袁國欽，臺南縣縣長的外省籍人士，所以獲得了新美這個地方的土地，因此這個地方就成為他們想要讓鄒族的人在這個地方開墾一個很新的園地。

所謂農場貪污的起點在於當新的開墾地要出發開始時，有一個外省籍山地行政造成貪污很重要的禍首，他其實是情治單位的人，他主張要跟政府爭取借貸 50 萬元作為開墾的資金。開墾後來的發展是這一個人跑掉了，而整個開墾的案子是以高一生為主的鄒族的人推動，但在這個過程當中，其實資金的利用出現非常大的問題，而開墾也沒有成功，於是成為所謂的貪污案。

我必須說的是，我認為在 50 年代的政治案件當中，之所以在原住民的政治案件加上貪污罪這一個罪名很重要的原因是對原住民來說，他們如何在原住民社會經濟發展裡面，找到一個比較好的治理族群的方法，其實他們都還在學習當中，所謂的貪污案其實不是貪污，而是在農場經營的過程裡面其實是有一些經驗不足的地方，使得這個情治單位的人，可以在這個過程中去羅織相當多相關的罪名，最後形成一個所謂的貪污案。

我想我針對這樣的政治案件，我個人覺得我們對於當時政治案件發生的理解，必須放在一個臺灣從戰前到戰後長期原住民部落如何在 1930 年代後新的變革過程

當中，原住民菁英找到他們參與族群公共事務非常好的機會。

在 1945 年殖民時代結束，其實他們有一個非常好的機會可以將他們在日治時期所鍛煉一些對於族群的一些理念，包括自治的主張，可以在戰後一個新時代來臨的時候，希望可以展現他們對這個族群的可能性。但是很可惜，在戰後國共鬥爭的氛圍當中，兩派的人都在爭奪原住民菁英的效忠，當然國民黨在一開始的時候，是用 1950 年 4 月山地工作委員會案打壓後，接著就是透過山地工作委員會的案情，是漢人的這一些山地工作委員會的左翼份子再去追蹤，把兩個族群包括泰雅族跟鄒族高一生為首的菁英一網打盡。

所以我覺得這一個政治案件非常可惜的是，我們對於應該在開始有補償基金會對於政治案件進行補償時，雖然他們有請求到補償，鄒族這邊也有一些人拿到補償，但其實在這一政治案件當中，特別是貪污罪的部分，其實漢人也有在這一過程中被判刑，實際上根本沒有請到補償。因此我覺得這一個案子所要處理的，我從歷史的角度，我覺得這裡面有非常多關於歷史研究部分，必須先釐清後會更清楚我們對於所謂政治案件應該要處理到什麼程度，賠償、補償哪一些部分沒有處理好的地方，應該在這一時間點作全面性的反省，然後重新思考我們到底怎麼做如何妥善合理轉型正義的處置，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

謝謝范教授的說明。我們現在請王宗偉。

法庭之友王宗偉：

剛剛是講杜孝生案，我主要是針對李媽兜的案做一些我個人的心得與歷史報告，與林傳凱報告的範圍有一些重疊，也是很偷步的引用他報告的結果。我先講一下我今天大概整個白天聽完之後聲請方不爭執的事項，李媽兜是受中共派遣顛覆國憲秩序，他受中共華東局的派遣，是臺灣地區剛剛講從斗六到高雄的領袖，剛剛林傳凱講說他是在臺南，但是我查這個部隊的番號是嘉南縱隊，所以整個部隊是在一起的，跟結果沒有影響。被捕的時候也蒐出了武器，也證明他當時有一個武力對抗政府的行為，剛剛林傳凱講顯然有配合建立紅色根據地。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

這個不爭執事項我們要先聲明，這個並不是我們不爭執事項。

法庭之友王宗偉：

好，這個是我個人認定整理出來的。

聲請方訴訟代理人黃丞儀副研究員：

這個是法庭之友整理認為我們不爭執的。

法庭之友王宗偉：

這個是我整理的看法，各位是不是承認這一件事，等一下也可以對質詰問我。

這個是我個人的看法，這個是中共解放軍的圖像，用圖像來幫助大家比較能夠回憶。我想呈現一件事，你看到戰場上的敵人，我們要講這個是戰時的狀態，你是一個當場予以格殺或是給他一個陳述機會的意見再打他，或者是把他偵查起訴三審定讞後再擊斃，這是剛剛前面一直有提到的人性尊嚴，我認為在戰爭狀態之下做到這一點，這一些人出現在你面前，只有幾秒鐘可以擊斃他的時候，要做到這一點是相當困難的。

剛剛一直在爭執聲請方的回應，他說李媽兜是個平民，他喜歡看馬克思主義的思想，並沒有做太大的壞事。但是要回到中國共產黨怎麼解釋這一條戰線，剛剛看到這一些穿軍裝演習的解放軍稱之為第一戰線，在整個國共內戰當中，認為在國民黨統治區一些的社會運動、民主運動、學生運動構成第二條戰線，這都是毛澤東的原文，雖然是輔助性，但是又非常重要的戰線。第一條戰線是穿軍裝、拿武器，第二條戰線是不穿軍裝、不拿武器，但是同時打擊國民黨統治以接納全中國的作用，這是我引用中共的原文，有些沒有貼得很好，我是今天早上臨時被通知有上臺的機會，才臨時做這一個投影片。

所以也就是說國民黨區正在發展的民主運動，就會指的像李媽兜的這種情況，這個是兩項重要的關聯任務，這個是如何配合第一線武裝鬥爭去打敗國民黨，至少聲請人應該是不爭執李媽兜是中共一名派出的重要幹部，確實在承受中共華東局交給他的任務，我們看到鄭先生在香港會議上都講這一件事，這應該是不好爭執的。

我要介紹的是從 1947 年開始，一切群眾鬥爭都為開闢蔣管區的第二戰場，並且為了解放區人民解放軍的高潮，蔣管區人民武裝運動的發展，他認為第一戰線跟第二戰線要交互為用，包含臺灣在內，講的情況是這樣，這個是第二戰線的介紹。

最後這是毛澤東寫的評論，中國內部有兩條戰線，解放軍的戰線是第一條戰線，偉大、正義的學生運動跟蔣介石反動政府之間的尖銳鬥爭；不好意思，我不爭氣也想到太陽花。學生運動整個人民運動的一部分，學生運動的高漲，不可避免地要促進整個人民運動的高漲，所以這兩條戰線是交互為用的。

我認為根據以上的定義，李媽兜當時意圖在臺灣建立第二戰線，而且我們剛剛講過是相當大的一塊區域，從雲林到高雄整個地區的首腦性人員，推翻中華民國政府，事實上根據第二戰線中國共產黨的定義，很明顯是在國府的統治區參加戰鬥，而且跟中共配合，但是沒有穿著軍服，因此剛剛聲請人的代表一直要定義為非武裝人員的平民，我認為在第二戰線的定義之下與事實相差非常遠，根據中共自己第二戰線的判斷，必須認定是中共外部在內部配合從事武力威脅的內部敵人，事實上是

一個不穿軍服、不拿武器與我方作對的敵人，他的危害跟穿軍服、拿武器的人，至少在中共看起來是差不多的，我們剛剛看到有相當多關於第二戰線的論述。

我剛剛也有講到林先生講到建立相當多紅色根據地，將有幾十個，我們可以試想一下，如果不加以處理會發生什麼事，這是類似的情況，也就是海南島，等於是邊陲的戰場，在島嶼防禦作戰非常嚴重的是島上有中共的內應，當時海南島上有一個類似李媽兜，他叫做馮白駒，海南島瓊崖縱隊-五指山根據地，時間很久，他當然在 1950 年 4 月時有 2 萬人，中共在 1950 年 4 月發動海南戰役，使得島上的守軍因為受到中共四野的內外夾攻迅速崩潰，這個場景在臺灣沒有上演，我才可以在這裡開這個會。

中共史料說為什麼解放臺灣沒有成功？登陸沒有成功？都有各種不同的因素，但是有相當大，就是我圈起來這一塊，在國共內戰時期，戰功赫赫的第二戰線，因為地下黨組織被破壞、被白色恐怖拔起之後，在解放臺灣的登陸中沒有辦法起到發揮的配合作用，中共現在正在高度評價我方白色恐怖拔除、阻撓中共解放臺灣內應者的成功，這基本上是當時中共方面在兩岸對峙上的講法。

我們看到日內瓦公約第一附加議定書第 44 條的規定，參戰人員應表明身分與平民有別，否則與間諜無異。根據二戰時的慣例對間諜的審判有經依程序辦理者，不是抓去即時槍決的就可以。李媽兜的情況，我的感覺聲請方根據大法官第 567 號解釋，沒有一個最低限度法律程序保障的要求，但是我們要考慮到李媽兜是未經穿著軍服與我方作戰等同於間諜的人員，我必須很遺憾指出，以這一個國際戰爭法、武裝衝突法的概念來看，給予他的程序保障，應該已經達到對待間諜的最低程度要求，就是至少有一個形式上的審判。

我們剛剛也講過，戰時不可能給予一個可能危害你的人很充分程序保障，因為戰爭是很急迫的，因此我認為有新事實、新證據就應該以刑事訴訟法的非常上訴或再審方式進行。

剛剛林傳凱也有提到這一件事，無名英雄紀念盃碑，他已經是中共紀念英雄的時候，我們會去問李媽兜本人的意見就是為革命而犧牲，某種程度上面來講，我不知道情況是否確實，我問一個問題，他會不會其實覺得他能夠成為中共革命烈士是最好的選擇？我們現在講到轉型正義平反的時候，真的是符合李媽兜的意願還是會被他認為是消費死者的行為？我不得不質問這一件事，因為這裡大概有上千個白色恐怖當中被捕殺，很多人現在都被證明了中共方面有承認為中共的革命烈士，我們加以平反，未免奇怪。

最後一張的結論是，我認為對於有實據的共產黨派出顛覆者平反應該審視，戰爭的餘緒需要處理，戰爭的陰影仍未遠去，我們如果去判斷兩岸有新的衝突之情形

時，現在的政府又會如何處理這件事？我想對於這樣的事情，我們只能說非常遺憾，但是戰爭情況下有特殊的規則，並不是一個承平狀態下想像的法秩序所能夠處理的。
主席陳大法官瑤華：

謝謝王宗偉先生作為法庭之友提供的意見，現在要進入下一個重要的階段，我們要請兩造做最後的陳述，兩造各有 20 分鐘的時間，法庭會先請機關方陳述最後的意見，再請聲請方陳述。

在陳述前我想先提醒，之前機關方其實有建議為了把握時間，所以做了一個很簡單快要結束前二分鐘的時候會有一個 sign 表示結束時間，請書記處讓大家看一下，為了公平起見，希望兩造的時間不會一方超過，請兩方面作最後陳述的時候能夠注意這一件事。我們從早上到現在，我們一直在交替，現在交替輪到機關方的結果，好像跟一般結辯的情形有一點不太一樣。

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

想請教這個問題，一般來講是訴訟聲請人會先陳述，如果剛剛審判長也有揭示這樣的方式，如果是這樣的話，機關方沒有意見。

主席陳大法官瑤華：

為了絕對遵守之前訂定雙方的次序，是隨著之前的詢問。

關係機關訴訟代理人許書瀚律師：

請求審判長幫我們斟酌一下，因為聲請方發動攻擊的人，我們是防禦的人，似乎是他們先，我們才有辦法防禦，如果我們先的話，等於我們一路捱打到底，是不是請審判長斟酌。

主席陳大法官瑤華：

因為原來的公平只是有一個機會可以先陳述意見，如果機關方願意放棄這樣的機會，是不是由聲請方先辯論？

聲請方訴訟代理人周宇修律師：

沒有問題。

主席陳大法官瑤華：

開始計時，請聲請方做最後意見的陳述。

聲請方訴訟代理人周宇修律師：

審判長、各位大法官、兩造代理人及在場的各位大家好，我們在這邊僅就聲請人黃國昌立委聲請釋憲的部分，作最後言詞辯論的結辯。

我想言詞辯論分兩個大部分跟各位說明：第一，有關於整個轉型正義的概念在本案的重要性；第二，本案我們所聲請涉及相關法令跟解釋，應該要予以宣告違憲及變更的部分，我們大概先從這兩個角度來看。

第一，有關於轉型正義的概念在整個討論的重要性，誠如我們這兩天的言詞辯論跟各位講到的是，有關轉型正義的最主要目的是希望能夠達到所謂回復、溝通及到最後的和解，因此我們看到的是諸多的鑑定人以及我方提出相當多的資料告訴大家，其實我們要做的事情非常多，找到真相、要想辦法回復，讓很多人坐下來溝通，這其實都沒有問題的。只是問題在於轉型正義的概念提出來時，可能會受到什麼樣的阻礙？我們發現機關方告訴我們，轉型正義可能也是他們追求的東西，但不能讓現有的法秩序被過分顛覆，這大概是機關方非常重要的論點，因此會告訴大家的是，必須要尊重立法者的裁量。

這個時候拉到一個問題，本件到底在審查有關轉型正義問題時，法院應該用什麼樣的態度？我們認為在諸多的考量之下，本件在法安定性的部分，應該要退讓的，也就是所謂在追求轉型正義的時候，其實司法機關應該要嚴格督促，不論是行政機關或立法機關有沒有嚴格執行？為什麼？所謂的戒嚴其實是非常非常例外的狀態，可是在臺灣的狀況是我們歷經了 38 年的戒嚴狀態，這個是質變到量變的情況，如果看智利 17 年的歷史，他們認為非常不正常的時候，遑論是乘以二還有剩的臺灣情形。

因此從這樣的角度來看的時候，我們認為本件在憲法本身出現了一個失能的狀況，而這一個失能狀況同時導致兩件事的消失，第一個是我們一再強調自由民主憲政秩序，第二個是這一些活下來的人，是否能夠平等跟現代的人受到一樣的對待，在那個年代你被抓走的時候，你沒有辦法經過一個正當的審判程序，就算你被判死刑，有可能國家說不想讓你死，發現的事情是，在那個年代的人，可能只是一個國家的工具而已，這樣當然是對人性尊嚴的侵害，如果依照現在的情況，尊重法安定性，以前的人不被當人就算了，這樣是轉型正義概念之下，可以被接受的事嗎？我方當然認為不是的，因此要跟大家講的事情是，法安定性原則當然應該要去退步。

第二，一定有人會質疑的是，轉型正義在我們的憲法找到依據，我們要跟各位說明的是，如果我們在憲法第 1 條告訴我們說臺灣是一個民主且共和的國家，憲法第 171 條告訴我們另外一件很重要的事，法律跟憲法抵觸者無效，應該要溯及失效，完全恢復原始的狀態，只是我們在很多法安定性考量，發生一個向後失效的情況，其實這個向後失效是一個權衡的結果，但是如果在這一些事實看到這麼多東西的時候，我們還需要權衡嗎？所以我們不能說轉型正義是從天上掉下來的東西，其實制憲者在心中早就已經跟各位講說那一些人受到過去不公平的狀態，應該要予以回復。所以第一個部分要跟大家講的是，本件聲請人強調轉型正義是非常非常高的必要性，尤其當戒嚴不正常狀態拉得越久的時候，你的正當性越強。如同釋字第 31 號解釋肯認萬年國大，但是到了釋字第 261 號解釋的時候，過了那麼多年，怎麼可能再挺，其實這一個概念一直活著，我們的憲法有這個精神的時候，我們往下來看這

一些條文，就可以發現到這一些條文有非常非常大的疑慮。

我們從實際人的身上來看這一件事，例如本案其實一個很重要的角色李媽兜，他遇到的狀況可能在舊刑法或舊時代的時候，可能舊刑法跟懲治叛亂條例第 2 條第 1 項，導致在思想上、言論上受到了巨大的限制，這樣在構成要件上的限制，我們一再指出，他早就超越了一個國家對人最低的保障。那就法律效果的部分，其實在上一屆的模擬憲法法庭早就已經宣告死刑違憲的時候，我們怎麼還會認為懲治叛亂條例第 2 條第 1 項及舊刑法第 100 條在刑度的部分是合憲的，光這兩個條文本來就有予以宣告違憲之必要，再加上剛剛我跟各位說明轉型正義新精神的時候，我們不會因為這個條文已經失效了，而被否認宣告違憲的必要性，因此他的後人因此要來平反的時候，他遇到的第二個問題是我們剛剛所講到的補償條例第 8 條第 1 項，他告訴你說：「對不起，我們確有實據，而且不能推翻原來刑事的認定。」

在這一個情況之下，誠如之前鑑定人告訴大家的事是，在這個時候，我們的訴訟權、正當法律程序早就被侵害了，先不論實體，在程序上早就遭到不正當對待的時候，你只告訴我說，我只拿一筆錢賠給你的情況之下，當然不符合前述所謂第一次權利保護之要件，尤其真正有鑑定人講說，如果你覺得這樣子不夠，當然可以考慮赦免，但這同時突顯一件我想講的事，顯然只有補償條例第 8 條，只有給錢這一件事，已經構成憲法上保護不足的情況，當然有違反憲法對於保護義務的要求，這是第二個我們發現到也有問題的情況。

第三，更加明顯的情形是，國家安全法第 9 條第 2 項及司法院釋字第 270 號的解釋之決定，這樣的決定其實在我們的眼中完全抵觸了本來轉型正義的精神，轉型正義告訴我們的事情是，我們必須要看那一些過去的人，我們必須要知道過去到底發生什麼事，進而讓現在有所警惕，讓未來不發生一樣的事，但這兩個東西告訴我們的事是，請不要檢討過去了，過去的事就讓他過去，我們有未來，這是我們想要的事情嗎？

除此之外，當事人如果不能透過司法救濟的程序，去讓過去可能被掩蓋的真相，無法被找到的話，這個本來就不是法律以及憲法第 16 條所能夠允許的情況，所以我們會認為的是，從這幾個角度來看，國家安全法第 9 條第 2 項早就應該要被宣告違憲，也因此司法院釋字第 272 號解釋，其實應該要被變更的。

最後要跟各位再強調的是，其實轉型正義當然不是一種所謂的勝利者的正義，今天的鑑定人也有跟各位講到，但是我們要講的是，法安定性的概念當然很重要，但並不是一個絕對的概念，如同之前鑑定人跟各位講的，時效制度的存在，如果對正義有所阻擋的時候，當然應該要對他有所忽略，因此在這樣的情況之下，我們當然希望能夠讓我們檢討過去，然後治癒現在及看到未來，因此我必須要跟各位說的

是：這麼多沉重的故事給我們很多傷痛，但是能夠撫平傷痛的東西，並不是漫長的時間，而是這一些活在當下，想要積極去救贖的人，希望 鈞庭能夠裁判如我們一開始的請求，讓我們的遺憾可以被彌補，讓我們的悲傷可以被理解，讓我們的仇恨被化解，以上是黃案聲請人最後的結辯，謝謝。

主席陳大法官瑤華：

請回座，請聲請方。

聲請方訴訟代理人賴又豪先生：

庭上大法官、鑑定人及在場各位機關代表大家好，我是杜銘哲先生所委託的訴訟代理人，我想一併看著我的講稿講，因為我有一點緊張，請大家見諒。

記得第一次訪談杜銘哲的時候，他跟我們說他的爸爸生不逢時，從那時候我一直在想他遇到的是什麼時代，那是在日本剛撤離而國民政府剛來臺的時代，原住民菁英開始追求自治、自主的理想時代，在二二八事件之後，出於對國民政府的失望以及兩個中國在臺灣的競逐，他們也始終保持著觀望的態度，如果我們從原住民族菁英主體的角色出發，我們可以知道那是非常合理的選擇，他們不想介入平地人的紛爭，他們希望在延續殖民數百年的慘痛歷史的經驗中，尋找到原住民族的出路。

僅僅是這樣的需求或是短暫一絲絲的觀望，都不能見容於當時的時代，當時國民黨政府不容許這樣子的一種過度的自治自主，乃至於他們不容許一絲絲對他們的不忠，即便當時原住民族菁英的自治主張，從來沒有脫離過中華民國體制，乃至於也沒有加入過共產黨，但是這樣的一絲不忠，導致了他們必須要以他們的生命、自由、財產及鮮血來付出代價，因此我們看到的是什麼？他們建設部落的努力，他們建設新美農場的努力，可能最後成為貪污罪的證據，他們在被逮捕之前，保安司令部及國民黨政府就已經設立好傳單、未審先判，臚列好他們所有貪污的證據，乃至於參謀長總統蔣介石可以恣意把其中四個人的刑度改成死刑，把杜孝生的刑度加上兩年。

甚至在不起訴處分做成的時間點的同一天，高一生等人就已經被槍決了，所以我們看到的是什麼？我們可以想像在開山地保安會議的那一天，杜孝生可能想著隔天還要回到衛生所忙著他的醫療工作、衛生工作、疾病防治工作，但是他不會知道當他下山的那一刻迎接他的是誘捕、死亡及自由的剝奪。

而最後是什麼？同行的人死去了，但是活下來的人們卻也沒有明天。杜孝生的人生就卡在那一刻，他是沒有辦法回到部落的罪人，他同時也沒有辦法融入平地社區的異鄉人。迎接著他的是不知道哪一天又會來的山地保安會議，輕易用一天就摧毀了他數十年辛苦構築出來的生命。

這樣子白色恐怖的威脅不只一代而已，杜銘哲曾說在白色恐怖震蕩了他們的

兩、三代，我們可以看到的是他被拋擲在平地聚落之中，再也回不了家鄉，乃至於在整個童年之中尋找不到認同，而且也必須面對白色恐怖的壓迫。他必須用一輩子令人尊敬的努力才能夠求得最起碼的和解，當我們看到的是什麼？這個是權宜式的和解，因為這裡面沒有對錯、真相，也沒有人告訴他國家到底有沒有不法，他甚至不知道自己的爸爸有沒有罪，這是什麼樣的和解？

但這樣的和解真的是我們能夠接受的嗎？在欠缺真相跟是非對錯之下，我們真的有可能跟國家產生和解嗎？我們知道動員戡亂破壞了民主原則、法治國原則，乃至於人權保障等各項基本要求，乃至於戒嚴體制違背了權力分立、司法獨立及訴訟權保障等等的要求，恣意讓獨裁政權的魔爪可以指向任何一個違反他統治利益的人，隨時隨地可以剝奪任何一個人民擁有明天的權利。

如果關照憲法所保障自由民主憲政秩序，告訴我們的是什麼？只要落實法治，國家的權力就可以受到節制，只要落實民主，國家的決策就能夠來自於人民的意志，只要保障人民的權利，人民就有能力去追尋自己的幸福，他們就能夠擁有自己的明天。他們可以期待明天會是更好的生活，但是在一個無法讓人民擁有明天的體制之中，人是無法成為人的，動員戡亂體制是一個破壞自由民主憲政秩序的體制，這是系統性、結構性的不法，而他遭受這樣的悲劇不能只是說是時代的無奈，國家真的有做錯事，並不只是時代的悲劇而已。

正是因為這樣子，轉型正義的價值要求我們透過轉型正義去落實、矯正過去的不法，我們可以看到杜孝生跟杜銘哲他們的生命歷程，這麼多的傷痛，他告訴我們的是臺灣的法律秩序並不是價值中立的，前法治國時期遺留下來許多不正義、不法，至今仍然繼續發生在他們或其他白色恐怖家族的人們身上。

甚至動員戡亂戒嚴時期已經結束了，他們的傷害也從來沒有遠去過，如果他們不能知道法治國強調的法與不法的國家界限權力在哪裡，這些在前法治國時期，命運遭受嚴重扭曲的成員，我們自許為法治國家的成員們，如果不能給予他們最起碼的補償，不能透過補償去重新評價一些規範是合法或者是不法，我們真的能夠宣稱那一些傷害真的已經消失了嗎？那一些東西難道不會延續下去嗎？這難道是擁抱法治國價值的我們所能夠容許，而我們可以挺起胸膛說我們是法治國嗎？正因為如此，我們要主張為了平復自由民主憲政秩序，各個憲政機關應該要追尋轉型正義的價值。

從而我們認為轉型正義的價值檢視下，戒嚴時期補償條例第 2 條第 2 項及第 15 條之 1 的規定，是沒有辦法通過憲法第 24 條國家賠償請求權意旨的要求。我們姑且跳脫訴訟法層次第一次權利保護、第二次權利保護的區分，我們回到憲法條文本身，憲法第 24 條條文到底告訴我們什麼？它告訴我們只要國家有違法，人民就有權利請

求國家賠償，就有權利請求損害填補，而憲法課予立法者義務就這樣的違法情事形成制度，讓人民能夠順暢請求權利。這有兩個意義：第一個意義是人民只要有權利侵害，就能夠填補損害；第二個意義是國家認為在憲法的層次，在這種情況之下，就是有不法的存在。

所以我們回到補償條例原初設計的目的是，補償條例之所以存在是因為在戒嚴時期受到不當審判的人民們能夠回復他們的權利。

第二，也預設了當時的軍事審判體系，確實是一個不法的體系，正因為如此，所以他才會扣連到國家賠償請求權的要求，乃至於在國家安全法第 9 條的大門，始終尚未敞開的情況之下，補償的發放一定程度上，也正是符合憲法第 24 條的要求，去評價過去行為的不法性，乃至於試圖平復曾經受到毀棄自由民主的憲政秩序。因此，我們才會認為補償條例限於內亂、外患及檢肅匪諜條例的規定，完全忽略掉其他不同罪名的人們，他們可能也同樣因為政治迫害、政治動機的考量，而受到人權侵害，而這一些人權侵害，當我們看到杜銘哲先生，他們的侵害絕對不會比受到政治性案件所定罪人們所受到的侵害還少。

如果這樣子，我們還有可能認為這樣的立法裁量是合憲的立法裁量嗎？同樣的理由，釋字第 477 號以政治因素區分了什麼人應該要能夠得到權利的回復，什麼人應該要得到補償，他們真的用這樣的方式去合理判斷誰才是權利受到侵害比較多的人嗎？因為這樣子，我們才認為無論審查條例，乃至於釋字第 477 號都應該要宣告違憲跟變更解釋。

杜孝生先生在出獄之後，幾乎不提起自己的事情，而杜銘哲也經歷了白色恐怖，乃至於出現衝突下難以言說的壓迫，就像陳俊宏教授所提到的，這是一種受害者的政治失語。

事實上如果我們可以跳脫訴訟標的的限制，我們多麼希望要追求杜孝生的家族及跟國家的和解，我們應該要顧及到聯合國所標舉的真相、究責、賠償及保證不再發生等等四項不可或缺的元素，我們希望每一個面向都顧到，才有可能做到真正的和解。但我們知道這個是浩大的工程，因此我們尊重政治部門初步形成制度的權限。聲請方其實可以說很卑微的要求，在立法者形成制度補償條例的這一個面向，如果我們有看到他們有任何在判斷上違憲疑慮的空間，司法者應該要適時的介入。

在這種情況之下考量平復自由民主憲政秩序的要求，然後依照憲法第 24 條，立法者明確義務課予，乃至於杜孝生受到各種權利的侵害。我們希望 鈞庭可以告訴大家立法者的限縮不符合轉型正義的要求，我們希望憲法的光可以照進 60 多年之前白色恐怖的縫隙，然後 鈞庭可以提出一個價值上的指引，帶領杜家走出政治施予的牢籠，隨著轉型正義的工程一步步推進，包括立法者、司法者及行政部門，重新

讓這一個家族跟更多的白色恐怖家庭成為這一個國家自由平等的一份子。

在毫無真相補償跟正義的六十多年來，杜銘哲先生選擇不再怨恨國家，我想說的是，這已經證明了這一個國家有了偉大的人民，而現在我們要做的是，希望 鈞庭可以宣告補償條例違憲，變更釋字第 477 號解釋，讓偉大的人民可以活在一個同樣偉大的國家，謝謝 鈞庭、庭上及各位的聆聽。

主席陳大法官瑤華：

謝謝，請回座。

現在請機關方做最後的陳述，時間從現在才開始算。

關係機關訴訟代理人林心惠律師：

謝謝 鈞庭、聲請方及在座的各位給予非常沉痛議題給予充分意見、對話的場合，事實上這幾天我把這一本轉型正義多看了幾遍，腦海中我只看到封面的這一句話，也就是為「受難者找尋真相、為社會找尋和解之路」，其實我方的答辯從裡面開始。

轉型正義當時受害者到底遭受什麼真相，第一個是調查、平反或者是究責，和解的部分我們可以藉由道歉、補償及保證不再發生。在座 鈞位看到這個的感覺，是不是認為這是很浩大的工程？我想表達的是，是一個多元整體，而且涉及司法與非司法國家整體任務的工作。

接下來我先讓大家看一下當時立法院的內部資料。其實大家充分討論一個大重點，我們不再追究，為什麼？撫平已過的傷痛，曾經過往的傷痛，我們去面對它、撫平它，但是不要太過於究責新的傷痛，等於是掀起一個新的傷害。第二，我們承認司法有侷限性、時效及證據面，全部一致認同要用政治的方式來解決這一個問題，因此就進入了政治角力及各方多元的意見進來。最後經過兩個會期，其實這一個案子經過一年多的討論後，訂下補償條例的條款。聲請方提出來的那兩個條款，第 15 條之 1 及第 2 條第 2 項其實是協商的版本，也就是大家都討論的。

接下來跟大家講一下，從上面的過程看到一個現象，我們立法院方要講的，我們已經就所謂的平反或是補償範圍、程度，如何補償，我們都已經充分討論了，懇請 鈞院就權力分立原則、私法自治及抗多數絕的困境，請求能夠尊重立法的裁量，也就是本案在當時的那一個時空背景下，在十多年前，我們已經就白色恐怖的時期，我們在正義、民主及和平的面向都已經做了充分的討論，我們並沒有立法怠惰，我們反而非常積極 push 當時沉默的那一方，其實看得出來，行政院都不講話，國防部根本不想碰觸這一個議題，而是立法機關一再積極要立這個法。

另外從前面的 PPT 到現在，我們看到攸關的是國家資源整體的運用，我真的要講，或許我講這一句話有一點會傷了某些人的心，這整個過程已是走味的轉型正義

了，你們過分拿了一個東西，也就是自由民主為尚方寶劍，你們忘了我們是一個國家，也就是國家的立法憲政一定要確保權力分立原則，我們的司法自治、我們的立法裁量真的要去，如果再這樣下去的話，整個國家就沒有制度了。

以這一句話作為小結論，「國家負有回復義務，係指所有國家權力均有此一義務」，並不是只有司法院、立法院及行政院的工作，在基於憲法權力分立原則及功能的考量後，我們應該委由立法機關再做具體的行程，然後再由行政或司法予以落實。

最後我要說的是，我們並沒有說我們立的些法，那一些人通通都不能請求，我們沒有說，我們可以重新立法或是補充，但你們現在尋求 鈞院於解釋作違憲，甚至變更釋字第 477 號，我覺得似乎都走錯方向，這是我現在的答辯，謝謝。

關係機關訴訟代理人鄭忻忻律師：

謝謝大法官、謝謝聲請方，謝謝在座旁聽的民眾。

我是立法院及內政部的訴訟代理人鄭忻忻，感謝模擬憲法法庭提供這一個場域，讓不同的意見有對話的可能，我們很特別且珍惜能夠讓受害者及沉默的聲音能夠有表達的機會。

首先，轉型正義除了回復真相、和解之外，更重要的是我們必須要透過制度的改革來鞏固得來不易的民主、自由與法治，建立轉型正義的法律論述，絕對是實踐轉型正義的骨架，機關方也期待 鈞庭及各位大法官能透過本號解釋為我國提供轉型正義的法律架構，為行政機關和立法機關指引立法與政策推動的途徑。

然而，這不代表在進入轉型正義的同時， 鈞庭只能做出違憲的解釋；相反的， 鈞庭可以做出合憲解釋，更能夠樹立轉型正義的里程碑，這並不是因為系爭法條根本就合憲。更重要的是本號解釋是建立在合憲的憲政精神之上，民主原則、法治原則及權力分立原則，這一些精神的確立及實踐，不正是我們要努力推動轉型正義的目標嗎？

首先關於補償條例的部分，機關方認為系爭的規定都合憲，而且釋字第 477 號的解釋並沒有變更的必要。我們先來看一下系爭補償條例的名稱，一開始就已經強調只針對不當叛亂的案件，還有匪諜審判案件，顧名思義就是針對政治性的案件，補償條例當然只能作為政治性案件受害者補償特別法，並不是所有戒嚴時期受害者的補償特別法。換言之，系爭規定設定的補償範圍並不代表的是政治犯補償，非政治犯不補償之二分法，而是立法機關綜合考量可能受害者的人數、國家資源有限性及優先政策任務後所為的立法改良，正如鑑定人李念祖教授及今天鑑定人高博士有提到，這不能用反面解釋來看待釋字第 477 號的內容—這是立法選擇的問題，並不是排除補償可能的問題。

關於立法裁量是否正當，南非推動轉型正義補償受害者的經驗或許可以成為我

國的借鏡，如果不考量國家財政的限制，我們很開心開了大支票就說今天戒嚴時期，的確國家機器對他們受到不當的迫害，我們通通一律補償，我們有這樣的財力能夠負擔嗎？如果我們發生類似跟南非的情況，全部都補償，後來只補償不到 1/6，而且金額也跟原本說的不一樣時，這是不是對受害者第二次的傷害？

我們更要嚴肅面對的是，假如正如聲請方所言，鈞庭認定補償條例第 8 條第 1 項第 2 款為限，這是不是推翻了將近 8,000 件補償審查的基礎，對於已經接受補償的受害者，我們是否再度剝奪受害者的權利，讓他們面臨第二度的傷害？

其次，如果今天立法機關對於非政治犯的補償有的是立法作為不足或是立法部分不作為的狀態，我們來回歸看一下憲法第 24 條，第 24 條是說將國家的賠償和補償的法律委由立法制定，這顯示憲法當時在制定的時候，讓立法者有更多發揮的空間，來針對國家補償及賠償的部分制定一些規範。

縱然鈞庭確實應該站在憲法的高度來進行抽象的審查，但機關方認為這不代表鈞庭可以脫離憲政的架構及脫離權利尊重及制衡的架構，司法對立法部分不作為的審查，必須有比司法對立法積極作為審查更為嚴格的根據，應該用更嚴格的自制，也就是司法的謙抑性打擊最少的方式，針對立法裁量本身是否不當、部分不作為規定是否違憲加以審查，補償條例對於戒嚴時期遭受不當審判而權利受有損害的受害者，已經訂有補強規定了，立法機關已經履行立法義務，而對於非政治犯者，只是受限於國家資源和立法政策優先性的考量，而未成為補償條例的課題，不代表這就是違憲。

再來，我們從波蘭的轉型正義經驗可以看到，金錢補償並非補償受害者的唯一途徑，真相的發現、政府的道歉、回復受害者的名譽，這一些都可以實質補償受害者、還給受害者公道。立法院已經提出促進轉型正義條例的草案及補償條例修正的草案，對於戒嚴時期受害者之權利回復已經做出回應，對誰回復、該如何回復，這應該在權力分立的原則之下，由較具有直接民意基礎的立法機關來負責。

第二，關於國家安全法第 9 條及釋字第 272 號解釋的部分，我們也認為他合乎了憲法，這個規定其實也涉及了立法的裁量及選擇，聲請方的主要訴求應該是讓受到軍事審判，並承受不當判決的受害者，能夠除去判決、罪名跟回復清白，然而如果我們讓戒嚴時期的所有不當案件都能夠上訴或是重啟司法審查，真的可以達到這個目的嗎？

戒嚴至今已經 40 年了，如果每一件軍事審判案件均有上訴的可能，不僅動蕩司法的安定性及秩序，更將造成司法超載、審判品質滑落，何況經過 40 年物證跟人證都已凋零，將造成個案因無法通過證據法則的審查，反而無法翻案跟平反，個案審查未必就是還給當事人正當程序正義跟司法正義的唯一途徑。我們學過民事訴訟法

都知道，課堂上常常說應訴之累、應訴之煩，每一個案件要透過司法的審查，跑完法院所有的程序要耗費多久？我們今天所有的受害者，他們年紀都已經大了，他們已經老了，難道我們還忍心讓他們全部都進到法院，重新再審查一次嗎？

或許我們應該要思考的是，在我國的法律架構之下，針對背負不當判決的當事人，我們應該要如何平反？或許是像高鑑定人提出的特赦或是大赦，或許是不當判決的撤銷，或許是限定特定案件的個案審查，但這一些都是在立法權的權限範圍內，系爭規定之立法不足，無法推導出其違反憲法結論。

立法院最近也有黨團提出國家安全法第 9 條的修正草案，這也可以彰顯出如何解決戒嚴時期不當判決的困境，應該是立法權的權責，而非宣告現行系爭規定違憲或是對釋字第 272 號解釋變更解釋，然同時機關方也懇切期待 鈞庭能對立法作為或者是行政作為透過本號解釋提出憲法上的建議。

最後，我想要引用智利鑑定人所說的一句話，他說：「如果今天轉型正義操之過急或是過了頭，威權可能會復辟，因此對於轉型正義的過程要非常謹慎。」尤其是轉型後的民主國，不是沒有走向獨裁國家或者是一黨專政的可能，我們看到 2015 年波蘭的憲政危機，或許可以作為我們的殷鑒。

本件涉及的是「昨天的正義是今日的不正義」的命題，如何對過去的不正義作出符合憲法的評價，而不會同時、反而撕裂現存的民主社會，需要仰賴 鈞庭的智慧，懇請 鈞庭將法治國原則、民主原則及權力分立原則，當作心中的一把尺，為轉型正義建構完整的法律架構，對系爭法條作出合憲解釋，交由立法機關修訂、訂定相關的條文，在民意基礎之下推動轉型正義的工程，謝謝。

關係機關訴訟代理人洪文浚律師：

審判長、庭上及大法官，聲請方及旁聽的民眾，現在表示一下機關方對於本件聲請人聲請釋憲的相關意見。

首先要說明的是，本庭言詞辯論的標的是聲請人主張有關於補償條例、國家安全法及刑法等相關規定是否違憲，但從前一次的言詞辯論程序到今天的言詞辯論程序來看，似乎很多的爭執在於有關於本案基礎事實，也就是杜孝生案與李媽兜案是否應該予以補償或應該予以回復，是否給予所謂上訴的權利重新進行救濟。

雖然聲請人對於本案違憲聲請是源自於這兩案事實而來，但是在這兩案當中所謂不發生的正義情事，並不當然代表他所提到的相關是違憲的規定，而予以宣告違憲的必要，因為個案發生的不正義，常常是因為很多因素造成，未必是法條的結構所形成的。因此在這樣子的情況之下，我想說明底下幾點意見：

第一，我國在戒嚴時期這樣的措施是否符合憲法的規定，其實大法官釋字第 567 號已經有解釋，當然這個解釋在這兩天以來被太多次的引用，他也肯認在非常時期

可以作特別人民權利的限制，這個限制當然超過憲法第 23 條的法律保留與比例原則的規定。我國對於戒嚴事實上有相關的規定，戒嚴法第 8 條規定到哪一些案件是由軍事機關來進行審判，所以如果以當時的法律架構而言，其實在當時所謂採取軍事審判的方式，我們認為還是符合當時法令的規定，只是在今天的角度往回看以前所有的作為，也許大家會對於以前發生程序上的一些進行會有很大的疑義在，但我們想說明的是，庭上可能還是要思考，是不是在這一案件裡面要確立一個原則，就是所有在戒嚴時期所實施軍事審判的案件全部都是不當，用「不當」的詞其實是更廣義的解釋，如果軍事審判的程序是不當的，再舉例說明。在戒嚴時期所有行政機關對於人民所進行裁罰的作為是否也是不當？如果一味推翻在戒嚴時期，將近 40 年的這一段期間，國家所有的措施都基於不法國家的原則來認定所有國家措施都是不當，包含審判程序都是不當的情況之下，我們認為對於社會秩序的安定性會有很大的迫害。

如果我們目前只是針對於軍事審判案件來做這部分的認定，事實上軍事審判的程序，也就是人民不受軍事審判的這個部分，其實在大法官也有解釋過，這部分也有所謂冤獄賠償法、刑事補償法的適用，但必須是違法的審判。

如果這一個軍事審判並不是違法，尤其是針對於所謂的政治案件，我們目前推定可能會有許多不符合程序正義的原則，因此先推定它是不法，而需要補償，所以國家制定了一個戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件的補償條例，這是今天爭執的重點，這一個法條的名稱，不是戒嚴時期不當審判案件補償條例，這兩者間差了五個字。我們在立法的時候，當時立法機關已經有意把所謂推定軍事審判是不當的作為，需要補償的範圍限制在裡面，因此在這一個範圍之內，我們認為補償條例第 2 條第 2 項的規定，其實沒有違憲的問題，這個是第一個部分。

另外，有關於今天有關於李媽兜案的部分，他主張有關於國家安全法第 9 條部分是違憲，這一點因為時間上的問題，這個我簡要說明一點理由，其實鈞庭如果宣告國家安全法第 9 條第 2 款違憲，違憲的結果，當然聲請人認為即便經過確定判決的案件，都還能夠透過上訴及抗告程序救濟的話，將會產生一個問題，這一個軍事審判被告已經死亡，還能夠再提出上訴及抗告嗎？可能不行的。

這時候會涉及到有死亡的受審判者跟沒有死亡的受審判者，在法律上的權利是不相同的，因為再審跟非常上訴其實並沒有死亡的現實，如果有利於被告的話，還是可以提起。如果鈞庭宣告第 9 條第 2 款違憲，我們認為後續引發的相關問題，除會引發另外一種不公平的情況之外，還有一個上訴期間如何計算的問題，刑事案件十天的上訴期間，鈞院如何去宣告可以用上訴或抗告的方式救濟？

我們認為釋憲還是要綜合所有目前現行法律規範的制度，因為所有法律的形

是有其背景，我國經過 40 年，當然 鈞院也許認為這是不正當國家的體制，但已經必然發生了，也已經存在了，我們從現今的角度去看，如果認為這個補償條例的範圍有所不足，是不是應該另外制定？不僅限於叛亂及匪諜，當然名稱要如何適用，這也可以在立法機關裁量，並不是逕行宣告這一個法條違憲就可以解決的問題。

主席陳大法官瑤華：

謝謝，請回座。

本庭宣布辯論終結前，法庭將在 12 月 24 日早上 10 點在台北律師公會宣布此次違憲聲請案的結果，請大家可以注意時間。辯論終結，退庭。

（模擬憲法法庭結束）

第三屆模擬憲法法庭

《平反之路：歷史裂痕與轉型正義》

主 編：台北律師公會

出 版 者：台北律師公會

地 址：台北市中正區羅斯福路一段 7 號 9 樓

電 話：(02) 2351-5071

傳 真：(02) 2391-3895

網 址：<http://www.tba.org.tw/>

製 作：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市大安區和平東路三段 38 號 4 樓、4 樓之 1

電 話：(02) 2700-1808

傳 真：(02) 2377-9080