

《促進轉型正義條例》「司法不法」之解釋與適用：以杜孝生案為例

高毅

一、前言

二、杜孝生案之概述

三、杜孝生案是否屬於司法不法

(一) 仍應區分「當時違法」和「當時合法」的國家行為

(二) 形式違法

1. 逮捕時公開偵查內容

2. 逾期聲請延長羈押

3. 違反證據裁判原則

(三) 違反自由民主憲政秩序

(四) 侵害公平審判原則

1. 剝奪杜孝生之詰問權

2. 杜孝生未獲公設辯護人之實質辯護

四、結論

一、前言

第二次世界大戰結束後不久，國民黨在內戰中敗走台灣。國民黨後來獲得美國的支援，在冷戰架構下，隔海與共產黨對峙。為了避免政權遭到顛覆，國民黨強力壓制人民的政治權利，甚至侵害人民的生命、自由與財產。尤其是利用《懲治叛亂條例》和《戡亂時期檢肅匪諜條例》等專門對付政治異議者的「政治刑法」，搭配對被告保障程度較低的軍事審判程序¹，大量處罰國民黨視為威脅的對象，製造「白色恐怖」。結果「解放戰爭」從未真正爆發，國民黨威權統治的陰影卻長期籠罩台灣。如果以 1949 年台灣宣告戒嚴起，至 1987 年台灣、澎湖解除戒嚴為止計算，一共歷經 38 年；金門、馬祖、東沙、南沙地區，更是從 1948 年底就開始戒嚴，直到 1992 年才解除，甚至長達 43 年²。

隨時間經過，國內外要求國民黨放棄一黨統治的壓力逐漸增大，最終鬆動了戒嚴體制，使台灣邁向民主化。但是國民黨政府在解除戒嚴前夕通過《戡亂時期國家安全法》（後改名為《國家安全法》，下稱「《國安法》」），封鎖了《戒嚴法》賦予戒嚴時期受軍事審判人民的上訴權；嗣後《國安法》更獲得釋字第 272 號解釋任定不違憲，鞏固了威權統治下藉政治刑法和軍事審判制度所創造出的法秩序。雖然在 1998 年，立法院通過了《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》」），仿效二二八事件的的處理模式，由政府設立基金，補償戒嚴時期遭受「不當審判」的受難者，在一定程度上承認過去國家犯下的錯誤；但「不當審判」判決的效力仍在，依舊不受影響。

直到《補償條例》通過約 20 年後，立法院又在 2017 年底通過了《促進轉型正義條例》（下稱「《促轉條例》」）。依照《促轉條例》第 6 條第 3 項第 1 款規定，以前曾依《補償條例》獲得補償的受難者，其刑事有罪判決、刑、保安處分及沒收宣告，均於《促轉條例》施行日視為撤銷。根據立法理由，視為撤銷的判決「已不存在，自始溯及不生法院裁判的任何效力，也不生既判力」。「不當審判」判決的效力才因此消滅。

除此之外，《促轉條例》的另外一個突破，在於其定義的「司法不法」範圍，比《補償條例》定義的「不當審判」更大。依照《補償條例》第 2 條第 2 項規定，有權申請補償的「受裁判者」，指的是「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」。也就是

¹ 王泰升（2012），《台灣法律史概論》，4 版，頁 219，台北：元照。

² 同前註，頁 218。

說，如果被處罰的依據是其他的法律，便無法依《補償條例》獲得補償。這類案件在《促轉條例》通過後，依照該條例第 6 條第 3 項第 2 款規定，只要符合其於第 6 條第 1 項定義的司法不法：「威權統治時期，違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則所追訴或審判之刑事案件」，當事人的刑事有罪判決也可以「視為撤銷」。因此，國民黨威權統治下侵害人權的審判，不再視是否觸犯特定罪名為斷，所有刑事案件的被告，都有可能是威權統治受難者；取而代之的判斷標準，是「追訴或審判是否違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則」。

在《促轉條例》立法當時，立法撤銷判決的範圍，原本只涵蓋過去已經依《二二八事件處理及賠償條例》、《補償條例》、《戒嚴時期人民受損權利回復條例》規定，獲得賠償、補償或回復受損權利的案件。影響立法委員將範圍擴大的關鍵，是杜孝生的案件³。杜孝生是一位鄒族人，高一生同母異父的弟弟，於 1950 年代捲入高一生、湯守仁、林瑞昌等人的叛亂案件⁴；但是判決並非認定杜孝生觸犯內亂罪、外患罪或《戡亂時期檢肅匪諜條例》，而是觸犯《懲治貪污條例》，杜孝生因而被排除在《補償條例》的適用範圍之外。杜孝生的家屬曾經向承接戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會業務的二二八事件紀念基金會陳情，希望爭取補償⁵。杜孝生的案件也被選為 2016 年底舉辦的「模擬憲法法庭」審理的案件之一⁶。這些「曝光機會」，促成了立法委員決定從《補償條例》再向前一步，開啟了台灣轉型正義的新局面。

《促轉條例》不再以特定罪名為前提之後，接下來的問題是，杜孝生案能否滿足其「追訴或審判是否違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則」的新判斷標準？需要進一步的討論。本文以下將利用國家發展委員會檔案管理局典藏的前台灣省保安司令部檔案，檢驗杜孝生案是否為《促轉條例》所指的司法不法案件。

³ 立法院公報處（2018），《立法院公報》，106 卷 113 期，頁 182-189。

⁴ 關於此一叛亂案件，可參見吳叡人（2008），〈「台灣高山族殺人事件」：高一生、湯守仁、林瑞昌事件之政治史的初步重建〉，許雪姬主編，《二二八事件 60 週年紀念論文集》，頁 325-363，台北：台北市文化局、台北二二八紀念館。范燕秋（2009），〈原住民菁英的整肅：湯守仁等叛亂案〉，陳美蓉主編，《戒嚴時期白色恐怖與轉型正義論文集》，頁 222-252，台北：吳三連台灣史料基金會、台灣歷史學會。陳中禹（2015），〈從檔案看原住民政治受難個案：以「湯守仁叛亂案檔案」為中心〉，《檔案季刊》，14 卷 1 期，頁 45-66。

⁵ 自由時報（3/13/2016），〈白恐冤案 228 基金會受理翻案〉，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/967706>（最後瀏覽日：4/6/2019）。

⁶ 當時模擬憲法法庭挑選的另外一個案件為李媽兜案。李媽兜的家屬因為《補償條例》第 8 條第 1 項第 2 款「觸犯內亂、外患確有實據者不予補償」規定而無法獲得補償。相關資訊，參見模擬憲法法庭網站，<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt>，以及公視新聞議題中心網站對該活動的專題報導，<https://pnn.pts.org.tw/project/litclass/144/71>（最後瀏覽日：4/6/2019）。

二、杜孝生案之概述

高一生戰後擔任吳鳳鄉（今阿里山鄉）長，杜孝生協助其兄高一生設立新美農場及吳鳳鄉農會，結果被情治機關認為兩人勾結貪污農場公款，以及侵占農會應發給農民的物資和款項。自 1951 年 11 月以來，地方的情治和警察機關已多次蒐集事證，報告台灣省保安司令部⁷。1952 年 2 月，台灣省長兼台灣省保安司令部司令吳國禎「批交本（按：保安司令）部慎重計劃執行」追訴杜孝生、高一生等人⁸。經保安司令部再彙整事證呈核，4 月 14 日，吳國禎核定杜孝生的貪污案「由本部法辦」⁹，正式宣告杜孝生不幸的開始。

依照保安司令部事前擬定的「行動步驟」¹⁰，「高一生、杜孝生兩名，現住達邦村，擬由嘉義縣政府以召集會議名義，誘至嘉義予以拘捕」，並且「由本部準備日文宣傳品，內容以揭發高等貪污罪行，但文字要簡單扼要。由嘉義（諜報）組負責印刷；由吳鳳治安指揮所運用反對高、杜之山地青年赴該鄉各山地村作口頭宣傳。」9 月 9 日，杜孝生與高一生都接到一通要求即刻下山參加「山地保安會議」的通知電話。9 月 10 日，兩人便搭火車下山，一下車竟立刻遭到逮捕¹¹。又據高一生次子高英傑回憶，其父遭逮捕當天（9 月 10 日）晚上，嘉義縣長林金生帶著一批官員和宣傳隊在達邦國校向族人講話，表示「你們的鄉長（按：高一生）偷了你們的錢，所以我們把他捉起來」；隔天（9 月 11 日）還到各部落繼續宣傳高一生的「罪行」¹²。保安司令部的報告亦稱¹³：「嘉義縣縣長林金生、本部吳鳳治安指揮所副指揮官陳世昌等，率員赴該鄉山地各村，向山胞宣佈高一生等不法事實…組織三個宣撫小組，攜帶宣傳文件分赴該鄉…六山地村宣明本案經過，並慰問山胞。宣撫結果各村反應均佳，地方安謐如恆。…」。

⁷ 參見〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 4。

⁸ 「高君貪污案」（1952 年 10 月 2 日），〈非法顛覆案〉，《國防部軍務局檔案》，檔案管理局藏，檔號：B3750187701/0041/1571.3/1111/41/001。

⁹ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 4，頁 1711-1721。

¹⁰ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 4，頁 1698-1705。

¹¹ 巴蘇亞·博伊哲努（浦忠成）（2006），《政治與文藝交纏的生命：高山自治先覺者高一生傳記》，台北：行政院文化建設委員會，頁 79。許雪姬主編（2015），《獄外之囚：白色恐怖受難者女性家屬訪問記錄（下）》，新北：國家人權博物館籌備處，頁 44。「高君貪污案」，〈非法顛覆案〉，《國防部軍務局檔案》，檔案管理局藏，檔號：B3750187701/0041/1571.3/1111/41/001。

¹² 巴蘇亞·博伊哲努（浦忠成），同前註，頁 79。

¹³ 「高君貪污案」（1952 年 10 月 2 日），〈非法顛覆案〉，《國防部軍務局檔案》，檔案管理局藏，檔號：B3750187701/0041/1571.3/1111/41/001。

1953年3月13日，杜孝生被軍事檢察官起訴¹⁴。6月5日，軍事審判官完成判決原本，7月22日獲得核准¹⁵。但是這時判決還未定案。8月6日，保安司令部將判決正本附全案卷證，呈請國防部參謀總長周至柔核定¹⁶。判決「初稿」先經過周至柔和總統府參軍長桂永清簽注意見後，最後由總統蔣中正在1954年2月6日核定¹⁷，判決至此才拍板定案。然後，軍事審判官再依照各個「長官」的意見「更正判決呈核」，重新製作「改判」的判決正本¹⁸。

判決認定杜孝生新美農場有關犯罪事實如下：

被告高一生於卅九年四月間計劃籌設新美集體農場，商請被告林瑞昌幫向台灣省政府請准指定台灣土地銀行撥借新台幣五十萬元，除先扣利息外實領四十四萬一千六百四十一元作為開墾水田之用。於招標開墾該場第一農場…擅行扣發二萬七千七百元…包墾該場第二農場…擅行剋扣三萬四千一百元。該高一生與其弟充任吳鳳鄉衛生所長兼該場場長即被告杜孝生及林瑞昌勾結，將前列兩種工程剋扣之包款分與杜孝生一萬元…再於同年五月間，該高一生、杜孝生共議，藉名購買發動機，提取該場公款三萬元存放台北亞細亞電料行，生息由杜孝生吞沒…

高一生於卅九年由杜孝生、洪華夏經手，向省農林廳具領撥助新美集體農場谷種一萬台斤，除撥交該場五百台斤及貸與農戶三百台斤外，餘九千二百台斤悉與杜孝生、洪華夏串同，由洪華夏運往嘉義市售賣吞沒。

與吳鳳鄉農會有關部份，則為：

被告高一生在吳鳳鄉公所鄉長任內，自卅七年起至四十一年，先後向台灣省糧食局台南事務所嘉義分所申請配發換谷肥料…計十四萬五千二百四十公斤，及四十年至四十一年配發換谷白細布…計一千四百四十碼，暨四十年度領到還谷之農貸款（即生產貸款）二期四次計新台幣七萬五

¹⁴ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 8，頁1010-1017。

¹⁵ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 7，頁1584-1602。

¹⁶ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 10，頁1732。

¹⁷ 何鳳嬌編（2008），《戰後台灣政治案件：湯守仁案史料彙編（二）》，新店：國史館、台北：行政院文化建設委員會，頁911-927。

¹⁸ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 10，頁1926-1941。

千六百元。先均由鄉公所自辦，迄四十年五月起，被告杜孝生與商人即在逃被告盧朝清等，未經報准，擅自組織成立吳鳳鄉農會籌備會，該高一生遂將肥料、棉布交由該籌備會處理。據其先後呈報，均已大部換谷存倉在案；惟其間僅發見實際配與農民之肥料七百卅八公斤，另…先後兩次向商人廖春秋換谷…又…由何汝槐介與村民換谷…其餘肥料、棉布均被售賣。至生產貸款，亦未貸與農戶，擅自提撥四萬元充該籌備會週轉金…杜孝生亦提用九千一百五十七元。迨由嘉義糧食分所於去（四十一）年派員會同清倉…經結算至同年九月止，計虧短稻穀五萬四千零三公斤三公分、糙米三萬六千八百九十六公斤，均由該高一生、杜孝生、盧朝清串同吞沒。

其中，「扣發農場工程款分得 1 萬元」部份，被論以「共同連續剋扣職務上應行發給之財物罪」，判處有期徒刑 7 年、褫奪公權 5 年、全部財產除酌留家屬必須生活費外沒收。「提取農場公款放電料行吞沒生息」、「侵占農場穀種」、「侵占肥料、棉布、生產貸款及換得稻穀」部份，則一併被論以「共同連續侵占公有財物罪」，判處有期徒刑 15 年、褫奪公權 10 年、全部財產除酌留家屬必須生活費外沒收。應執行刑為有期徒刑 17 年、褫奪公權 10 年、全部財產除酌留家屬必須生活費外沒收¹⁹。

杜孝生於 1954 年 9 月 29 日被移送國防部台灣軍人監獄執行²⁰。1956 年 2 月 25 日因刑期已執行十分之二，依《戡亂時期監所人犯處理條例》第 4 條規定²¹，提前保釋出獄²²。

¹⁹ 1950 年 6 月 2 日修正公布的《懲治貪污條例》第 3 條第 1 款、第 2 款規定：「有左列行為之一者，處死刑、無期徒刑，或七年以上有期徒刑：一、於前條第一款以外，剋扣或抑留不發職務上應行發給之財物者。二、盜賣、侵佔，或竊取公有財物者。…」第 9 條規定：「犯本條例第二條、第三條各項之罪者，除其所得之財物應按前條規定處理外，並應沒收其所有財產之全部，但應酌留其家屬必需生活費。」

²⁰ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 12，頁 2216-2217。

²¹ 1954 年 8 月 23 日制定公布的《戡亂時期監所人犯處理條例》第 4 條規定：「在本條例施行前，判處逾七年有期徒刑之人犯，於執行達十分之二時，依前條規定准予保釋，其判處無期徒刑之人犯，於執行達七年時，亦同。」

²² 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 12，頁 2335、2347。

三、杜孝生案是否屬於司法不法

(一) 仍應區分「當時違法」和「當時合法」的國家行為

在評價威權統治時期的國家行為時，不妨參考形式法治國與實質法治國理念背後的觀點，區分「當時違法」和「當時合法，但現在不正當」的國家行為²³。也就是說，首先區分國家行為是否符合當時有效的法律規定，或是當時對法律的有權解釋。如果國家行為根本已經違反當時的法律規定，或是有權解釋，此時即可參考形式法治國理念，否定該國家行為的正當性。如果國家行為合乎當時的法律以及有權解釋，再行考慮是否參考實質法治國理念，認定該國家行為不符合民主轉型後的實質價值，並予以非難²⁴。

其理由在於，難以期待當時代表國家做出各項國家行為的人，能夠跳脫時空環境的限制，不依據當時有效的法律規定，而依據當時可能不存在或者不流行的法律理念行止，故不應對當時非法和當時合法的國家行為，給予相同的評價²⁵。另一方面，考慮到轉型正義具有「面向未來」的目標²⁶，若將當時非法與當時合法的國家行為一視同仁，均參考實質法治國理念而評價，不啻是昭示國家未來可以不依照現行有效的法律，而逕行改依其他任何其宣稱為「應有的實質價值」行動；而當國家以此為藉口，再度遂行濫權時，吾人亦將難以抵擋。即便是《憲法》，亦要求國家限制人民基本權必須以「法律」為之（《憲法》第 23 條），可以明白堅守形式法治國理念為原則的重要性。

《促轉條例》司法不法定義中的「違反自由民主憲政秩序」、「侵害公平審判原則」兩項要件，是今日實質法治國理念的具體化；但是同時也應該指出追訴或審判等國家行為，是否存在形式上違法之處。前述的兩項要件，並不存在於威權統治時期的法律，而是民主轉型後，大法官解釋或是法院判決等有權解釋所揭示的當代法律理念。因此，符合這兩項要件，被認定為司法不法的刑事有罪判決，即是「當時合法，但現在不正當」的國家行為。另一方面，基於確立「形式法治國理念作為原則，實質法治國理念作為補充」的重要性，如有當時形式上已違法

²³ 形式法治國與實質法治國理念，原本主要是圍繞在「法律」是否應具有符合「正義」的內容。形式法治國理念認為，法律具備形式即可，其實質內容並不重要，亦即「惡法亦法」；第二次世界大戰後的實質法治國理念則認為，法律不僅須具備形式，還必須具備符合「正義」的內容，亦即「惡法非法」。參考許育典（2018），《憲法》，8 版，台北：元照，頁 51-52。

²⁴ 王泰升（2017），〈論台灣的轉型正義：過去、現在與未來之間的對話〉，《台灣法學雜誌》，315 期，頁 5-6。

²⁵ 王泰升，同前註，頁 6 註 17。

²⁶ 王泰升，同前註，頁 2。

的國家行為，亦不宜忽略。

（二）形式違法

在進入本節的討論之前，首先簡單介紹杜孝生受軍事審判當時的軍事審判制度。在 1956 年《軍事審判法》公布施行以前，軍事審判程序的主要法律依據為《陸海空軍審判法》以及《戰時陸海空軍審判簡易規程》。《陸海空軍審判法》採取「會審制」，其特徵為審判不公開；審、檢不分立²⁷；不設辯護人或輔佐人；一審終結，僅有具備類似今日「再審事由」的情形下，被告人才能夠呈訴復審²⁸；科刑高於一定程度的案件，須先將判決書上呈國民政府核定後始可宣示²⁹。而《戰時陸海空軍審判簡易規程》則放寬了部分《陸海空軍審判法》的規定，例如允許獨任審判；提高判決書須先呈請核定的最低刑度；國民政府的核定程序得由軍事委員會委員長為之等等。但《戰時陸海空軍審判簡易規程》未規定者，仍依據《陸海空軍審判法》的規定，並不是完全取而代之。此外，《刑事訴訟法》的規定，也可以在�不牴觸《陸海空軍審判法》及《戰時陸海空軍審判簡易規程》的情形下，適用於軍事審判程序。1951 年時，行政院制定《軍事機關審判刑事案件補充辦法》，增加了輔佐人、公設辯護人及審檢分立制度³⁰。

1. 逮捕時公開偵查內容

1945 年版《刑事訴訟法》第 224 條規定有偵查不公開原則。本文目前雖無法搜尋到當時有權解釋針對偵查不公開原則的內涵有如何見解，不過，由當時具有法律實務經驗者所撰寫的《刑事訴訟法》教科書，認為偵查不公開是刑事訴訟的基本原則，其意義在於公開偵查的手段與內容，容易導致嫌疑人逃匿、湮滅證據、勾串偽證等等，因而難以發現真實；此外，檢察官開始偵查，僅是因為知悉有犯罪嫌疑，最終也有可能因罪證不足不起訴，因此公開偵查內容，恐怕會使嫌疑人名譽與地位遭受損害，為保障其權益，故偵查不宜公開³¹。而偵查不公開的

²⁷ 該法第四章雖就「軍事檢察」設有規定，但犯罪被發覺後未必一律交由軍事檢察官審問、檢察，長官亦得自行為之；而軍事檢察官審問、檢察完畢後，須向長官報告，長官再發交軍法官審問，軍法官審問終結後才交付軍法會審審判。因此軍事檢察官並不一定會參與整個軍事審判過程；就算有參與，也只參與會審開審前的一部分而已。

²⁸ 相較之下，長官在認為判決不合法時得令復議或再議，認為有判決不當之宣告時得令復審。

²⁹ 被告人的軍階越高，應上呈核定的最低刑度就越低。不必呈請核定的案件也須在宣判後呈報長官核准或備查。

³⁰ 王泰升，同註 1，頁 219。

³¹ 陳樸生（1952），《刑事訴訟法論》，初版，頁 159，台北：正中書局。孫德耕（1953），《刑事訴訟法實用》，初版，頁 227，台北：國民出版社。褚劍鴻（1954），《刑事訴訟法論》，初版，頁 167-168，台北：大東書局。

「公開」，指的是向一般人公開而言，亦即公眾公開³²。

如前述，保安司令部在準備逮捕杜孝生等人之前，為了配合不諳華語的鄒族人，準備好以日文書寫、載有其犯罪嫌疑事實的傳單；逮捕杜孝生等人後，更派員前往各個部落，另以口頭宣傳該等犯罪嫌疑事實。保安司令部的宣傳，使其他鄒族人得以知悉偵查內容，因此違反《刑事訴訟法》的偵查不公開原則。

但是，依照前述具有法律實務經驗者在著作中主張的見解，違反偵查不公開原則，並沒有任何法律效果。公開偵查內容雖然不合法，卻也不會影響偵查中國家行為的效力，《刑事訴訟法》第 224 條僅是一條訓示規定³³。

偵查不公開原則並不是單純為了讓國家順利行使刑罰權，同時也有保障當事人權利的考量在內，這個觀點已經為當時具有法律實務經驗者所認同。然而時至今日，違反偵查不公開，仍然沒有任何法律效果。

2. 逾期聲請延長羈押

1945 年版《刑事訴訟法》第 108 條第 1 項規定，在偵查中，羈押期間不得超過 2 個月；有繼續羈押必要者，得於期間屆滿前，由檢察官聲請法院裁定延長羈押。又按同條第 3 項規定，羈押期間屆滿而未經起訴或裁判者，視為撤銷羈押³⁴。

杜孝生於 1952 年 9 月 11 日起，被羈押在保安司令部軍法處看守所³⁵，羈押期間將於 11 月 10 日屆滿。然而，軍事檢察官卻在羈押期間屆滿後 1 日，11 月 11 日才動手製作聲請書原本，準備聲請延長羈押；等到軍事審判官准予延長羈押的裁定正本製作完成，已經 12 月 1 日了³⁶。本來依照當時《刑事訴訟法》的規定，如軍事檢察官認為有繼續羈押必要，應於 11 月 10 日之前，聲請軍事審判官裁定延長羈押；杜孝生之羈押處分已因羈押期間屆滿，視為撤銷，依該法第 107

³² 孫德耕，同前註，頁 227。褚劍鴻，同前註，頁 168。

³³ 孫德耕，同註 31，頁 227。褚劍鴻，同註 31，頁 168。

³⁴ 此 2 項規定原文如下：羈押被告，偵查中不得逾二月，審判中不得逾三月。但有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，由法院裁定延長之，在偵查中延長羈押期間，應由檢察官聲請所屬法院裁定。(第 1 項) 羈押期間已滿，未經起訴或裁判者，視為撤銷羈押。但得命具保責付或限制住居。(第 3 項)

³⁵ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 11，頁 0037。

³⁶ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 2，頁 0325-0327、0408。

條規定，將其釋放³⁷。然而，檔案中並無釋放杜孝生的紀錄。甚至翻遍所有檔案，更找不到嗣後再聲請或准予延長羈押的文件；亦無杜孝生在判決確定、發監執行前，裁定停止羈押或撤銷羈押的紀錄。是故，杜孝生不僅被逾期裁定延長羈押，還可能長期毫無依據地被羈押在看守所內，顯然已違反當時《刑事訴訟法》的規定。

至於當時逾期延長羈押的法律效果如何，按 1947 年做成的司法院院解字第 3325 號解釋謂：「法院或檢察官羈押被告逾期，而未經法院裁定延長者，該承辦之推事或檢察官，除濫用職權羈押者外，僅由有監督權之長官依法院組織法第八十八條第八十九條辦理。」僅能對檢察官或法官個人處以注意、警告、懲戒或刑罰等³⁸。對於案件本身，似乎並沒有任何直接的影響。

3. 違反證據裁判原則

按 1945 年版《刑事訴訟法》第 268 條規定：「犯罪事實，應依證據認定之。」以今日的刑事訴訟法學術語而言，即是指「證據裁判原則」。再按同法第 270 條規定：「被告之自白非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正之方法且與事實相符者，得為證據。（第 1 項）被告雖經自白，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。（第 2 項）」是有關採用被告自白做為證據時的特別規定。當時的《刑事訴訟法》教科書又稱「其他必要之證據」為「補強證據」³⁹。

依照當時最高法院的見解，倘若判決僅憑推測，而不是依證據認定犯罪事實，或甚至未記載證據，屬於裁判不備理由⁴⁰；判決認定之犯罪事實，與採用的證據

³⁷ 該條規定原文如下：羈押於其原因消滅時，應即撤銷，將被告釋放。

³⁸ 按 1946 年《法院組織法》第 88 及 89 條規定：

第 88 條 依前條規定有監督權者，對於被監督之人員得為左列處分：一、關於職務上之事項，得發命令使之注意。二、有廢弛職務，侵越權限或行止不檢者，加以警告。

第 89 條 被監督之人員，如有前條第二款情事，而情節較重或經警告不悛者，監督長官得依公務員懲戒法辦理。

1948 年《刑法》第 125 條規定：

有追訴或處罰犯罪職務之公務員，為左列行為之一者，處一年以上、七年以下有期徒刑：

一、濫用職權為逮捕或羈押者。

二、意圖取供而施強暴、脅迫者。

三、明知為無罪之人而使其受追訴或處罰，或明知為有罪之人而無故不使其受追訴或處罰者。

因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上、十年以下有期徒刑。

³⁹ 陳樸生，同註 31，頁 205-206。孫德耕，同註 31，頁 265-266。

⁴⁰ 最高法院 29 年上字第 2992 號刑事判例：「刑法上之教唆犯，以對於無犯罪意思之人教唆其實施犯罪為構成要件，此項教唆行為，係屬於教唆犯之犯罪事實，按照刑事訴訟法第二百六十八條，仍應依證據認定，不容以推測之詞，為判斷資料。本案關於上訴人乙○○部分，原判僅以推測之見解，遽認甲○○之約人行兇係聽從乙○○之唆使，論處上訴人乙○○以教唆殺人罪刑，所持證據上之理由自屬不備。」最高法院 28 年上字第 2801 號刑事判例：「犯罪事實應依證據認定，有

不合，則屬裁判理由矛盾⁴¹。均可以判決違背法令為由，撤銷原判決發回更審。實體法上，亦有 1945 年版《刑事訴訟法》第 371 條第 14 款規定：「有左列情形之一者，其判決當然為違背法令：…十四、判決不載理由或所載理由矛盾者。」作為依據。又，採用被告自白作為證據，卻未調查補強證據以證明與事實相符，違反了 1945 年版《刑事訴訟法》第 270 條第 2 條的規定，最高法院亦認為此時構成判決違背法令⁴²。

此外，由於判決認定杜孝生一共構成 1 個共同連續剋扣職務上應行發給之財物罪、1 個共同連續侵占公有財物罪，表示杜孝生被認為是犯罪的共同正犯之一。如依照當時有權解釋的見解，「刑法上之共同正犯，以有意思之聯絡行為之分擔為要件」⁴³，因此，必須有證據可證明多人之間存在「犯意聯絡」和「行為分擔」，才可以認定為犯罪的共同正犯。更具體地說，共同正犯是在彼此之間意思一致的範圍之內，各自分擔實施部分犯罪行為；如果彼此的意思不一致，就不能認定為共同正犯⁴⁴。

然而，本文認為判決認定杜孝生犯罪事實所採用的證據，其實均有不充分之處。首先是共同正犯之間的「犯意聯絡」和「行為分擔」，係根據推測，而無具體證據。例如，判決僅憑「(承辦人員)所辦一切手續均經該高一生、杜孝生同意核准」與「包工款亦係高一生經手發給」兩點，即推論杜孝生和高一生是「扣發農場工程款」的共同正犯。判決又僅憑「(承辦人員辦理的手續)須經該高一生、杜孝生最後核准決定」，和「數量非少…焉能諉為不知」兩點，以類似的推論模式，認定杜孝生和高一生為「侵占農場穀種」和「侵占肥料、棉布及換得稻穀」的共同正犯。既沒有證據可以直接或間接證明杜孝生在主觀上，確實和高一

罪之判決書，並應將認定事實所憑之證據及其認定之理由，於判決理由內記載，刑事訴訟法第二百六十八條及第二百零二條第一款著有明文，此項規定依同法第三百五十六條為第二審所準用，如第二審之有罪判決書，並未將其認定事實所憑證據，及認定之理由依法記載，按照同法第三百七十一條第十四款之規定，其判決當然為違背法令，自足為撤銷之原因。」

⁴¹ 最高法院 31 年上字第 1412 號刑事判例：「查認定犯罪事實應依證據，為刑事訴訟法第二百六十八條所明定，如科刑判決所認定之事實，與其所採用之證據不相適合，即屬證據上之理由矛盾，按諸刑事訴訟法第三百七十一條第十四款，其判決當然為違背法令。」

⁴² 最高法院 29 年上字第 359 號刑事判例：「上訴人之自白，是否與事實相符，尚未據原審於審判中調查明晰，乃即據為判決基礎，自係違背法令。」

⁴³ 最高法院 18 年上字第 673 號刑事判例：「刑法上之共同正犯，以有意思之聯絡行為之分擔為要件，本案上訴人於他人之犯罪，既無聯絡之意思，又無分擔實施之行為，即不得以共犯論。」

⁴⁴ 參見最高法院 28 年上字第 3110 號刑事判例：「共同實施犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。」最高法院 30 年上字第 2132 號刑事判例：「共同正犯，必須有意思之聯絡，如實施犯罪時，一方意在殺人，一方意在傷害，即不能以其同時在場而令實施傷害者，亦負共同殺人責任。」

生達成一致的犯罪意思；也沒有證據可證明整個過程中，究竟杜孝生與高一生是如何分工合作完成犯罪行為。

再者，其他的犯罪構成要件，判決使用的證據亦無法完整證明。「從扣發的農場工程款中分得 1 萬元」部份，判決並沒有明確指出係使用何種證據認定。姑且參考起訴書使用的證據⁴⁵，僅是「杜孝生亦承認侵用此項貸款一萬元」而已，亦即以杜孝生之自白為唯一證據。但不論是在偵查中抑或是審判中，杜孝生均堅稱這 1 萬元是「借款」⁴⁶，而不是「侵占」，其陳述根本不能稱作是犯罪的自白。判決雖然已經不再把杜孝生的陳述當作自白，卻只以前述推論杜孝生和高一生共同扣發工程款的「(承辦人員)所辦一切手續均經該高一生、杜孝生同意核准」與「包工款亦係高一生經手發給」兩點，反駁杜孝生「謊稱取得之款係屬借用云云」，並無舉出可以直接或間接證明「侵占」這 1 萬元的證據。

「提取農場公款放電料行吞沒生息」部份，判決則謂「被告高一生、杜孝生對於共議提取新美集體農場公款新台幣三萬元，存放台北亞細亞電料行生息自肥之事實，已據該被告等供認不諱」，應可認為係憑杜孝生和高一生的自白當作證據⁴⁷。但高一生在審判中供稱這筆錢「當時是要拿去買發電機沒有買到」⁴⁸；杜孝生在審判中亦供稱「這款是要買發電機的，沒有利息…因發電機沒買來，錢被他用了，我們去向他要，他說分兩期還，我們要他算利息，結果本利都沒有了」⁴⁹。

⁴⁵ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 8，頁 1010-1017。

⁴⁶ 參見〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 11，頁 0073、A305440000C/0045/276.11/9122.92 7，頁 1345、1347、1519-1520、1536。

⁴⁷ 起訴書雖宣稱「(高一生對於)另將前項貸款(按：土地銀行借貸新美農場貸款)提出三萬元，勾結杜孝生放息圖利入己之事實，亦經先後供認不諱，並經…該場會計員姚禎供證無異，暨有原帳冊可證」。但是遍查農場會計的歷次訊問筆錄，均無提及有關這筆 3 萬元的事情，參見〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 5，頁 2274-2278、A305440000C/0045/276.11/9122.92 2，頁 0388-0395、0635-0638。而所謂「原帳冊」，軍事檢察官曾向保安司令部政治部和嘉義縣政府調取但未果，參見 A305440000C/0045/276.11/9122.92 2，頁 0357-0358、0442、0619；A305440000C/0045/276.11/9122.92 8，頁 0778。軍事檢察官指揮嘉義縣警察局蒐集來的各種傳票、單據、簿冊、明細表等資料中，亦無「農場帳冊」，且判決確定後已發還，不在檔案內，參見 A305440000C/0045/276.11/9122.92 5，頁 2262 以下、A305440000C/0045/276.11/9122.92 12，頁 2373-2377。檔案內能看到的新美農場帳據，似乎僅有軍事檢察官於 1952 年 11 月 28 至 29 日傳訊農場會計時交出的「農場現有單據支付明細表」一份，惟亦無記載這筆 3 萬元，參見 A305440000C/0045/276.11/9122.92 2，頁 0396。故實際上並無會計之證言及帳冊可證明，僅有杜孝生及高一生的自白為證據。

⁴⁸ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 7，頁 1435。

⁴⁹ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 7，頁 1347-1348。

所以這筆錢計算利息的原因，是因為被電料行擅自花用，且無法一次還清，根本不是為了牟利而計息。高一生跟杜孝生的陳述，性質上並非自白。況且，用以證明「利息」遭侵占的證述：「取回現款二千元由杜孝生花用；及卡車一輛折價一萬二千元，亦由杜孝生私人先在嘉義作運輸後，因虧本賣掉還債等語」是杜孝生在審判中的陳述⁵⁰。對於杜孝生曾拿回 2,000 元和一輛卡車的事實，高一生在審判中均表示「不清楚」、「不曉得」⁵¹。即便將杜孝生的陳述視作自白，也是以自白為唯一證據，並無調查其他補強證據，證實其與事實相符。

「侵占農場穀種」、「侵占肥料、棉布及換得稻穀」兩部份，判決同樣未明確說明係憑何種證據認定，姑且參考起訴書，或許係採用保安司令部及配發肥料、棉布的糧食事務所等兩個機關的調查報告，綜合農會會計、以稻穀交換肥料的商人等證人的證言作為證據。但是，這些證據至多僅能證明物品的下落不明；至於這些物品或者是變賣後所得款項的去向如何，是否確實成為杜孝生的私人財產，根本無法證明。

「侵占生產貸款」部份，判決亦未明確指出所憑的證據為何。姑且再參考起訴書，或許係以農會會計在偵查中的證言當作證據。惟，會計所說的數額、起訴書認定杜孝生侵占的數額，以及判決認定杜孝生侵占的數額均有不同。據會計接受軍事檢察官訊問時的筆錄記載⁵²：

問：嘉義糧食事務所四十年的第一期貸款共四萬五千六百元，第一期（按：應為第二期）是一萬元，除其中一萬五千六百元由高一生拿走外，其餘款項說是作為農會週轉金；該週轉金高一生、杜孝生二人有向農會借用嗎？

答：…杜孝生自去年（按：1951 年）九月十三日起，至本年（按：1952 年）四月止，虧欠農會九千一百五十七元五角，除扣除他俸薪外，尚欠五千七百元七角四分…

起訴書卻稱杜孝生「先後提去此項週轉金九千一百零五十七元五角」，未扣除會計杜孝生擔任農會理事主席的薪俸；判決書又稱杜孝生「提用九千一百五十七元」。

⁵⁰ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 7，頁 1348-1349。

⁵¹ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 7，頁 1436、1528。

⁵² 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.92 2，頁 0391。

依照會計的證言，至多僅能證明杜孝生「尚欠農會 5700 元 7 角 4 分」，根本無從證明杜孝生「侵占生產貸款撥作農會週轉金 9157 元」。

因此，判決認定的杜孝生犯罪事實，均有證據未能完整、充分證明，或是未依法調查自白以外的其他證據，甚至無證據可證明，僅憑推測認定等瑕疵。杜孝生的犯罪事實未經證明，卻被下有罪判決，形式上即已違反當時《刑事訴訟法》有關證據的規定和有權解釋。

（三）違反自由民主憲政秩序

關於「自由民主憲政秩序」，雖然早在 1992 年第 2 次修憲時，《憲法增修條文》就已經出現類似用語⁵³，仍要等到 2000 年司法院大法官在釋字第 499 號解釋，其內涵才得到較具體的闡釋。依照該號解釋理由書之意旨，《憲法》第 1 條之民主共和國原則、第 2 條之國民主權原則、第 2 章之基本權保障、以及權力分立與制衡原則等相關規定，具有本質之重要性，是《憲法》的基本原則⁵⁴，共同形成自由民主憲政秩序。

其中權力分立與制衡原則，是指國家權力依其任務性質之不同加以分別，交給不同機關個別行使，並且必須讓各權力之間維持平衡狀態，以使其能有效互相監督、牽制。而國家權力的分類，以孟德斯鳩的立法、行政、司法三分法最為典型。

按釋字第 436 號解釋認為，軍事審判機關行使的權力，具備司法權的性質，因此「其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序」，並且不能違背《憲法》對司法權設下的原則，例如《憲法》第 77 條規定司法院掌理刑事訴訟審判、第 80 條規定法官依法律獨立審判，不受任何干涉等等。但是釋字 436 號解釋提出了一個「平時」與「戰時」的區分。大法官認為，軍事審判制度應區分平時與戰時，分別規範。而 1967 年修正之舊《軍事審判法》規定，平時亦由軍事機關完全掌理軍事審判；軍事審判機關長官有判決核可權及覆議權；軍事審判庭之組成須由長官核定、不許被告逕向普通法院請求救濟等，已經違反《憲法》意旨，被宣告定期失效。大法官就戰時軍事審判是

⁵³ 當時的《憲法增修條文》第 13 條第 3 項規定：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲。」現已移列第 5 條第 5 項。

⁵⁴ 台灣的憲法教科書多有解說《憲法》基本原則或基本精神的篇章，例如吳庚、陳淳文（2017），《憲法理論與政府體制》，5 版，作者自刊。吳信華（2018），《憲法釋論》，3 版，台北：三民。法治斌、董保城（2014），《憲法新論》，6 版，台北：元照。許育典，同註 23。陳慈陽（2016），《憲法學》，3 版，台北：元照。但應注意各家說法並不一致，亦非有權解釋。

否可以有相反規定的問題，留下了空白。然而威權統治時期，台灣幾乎都處於戒嚴狀態，也就是戰時；依《憲法》意旨，戰時的軍事審判制度應如何規定，是此處的關鍵。

儘管釋字第 436 號解釋將結論限定在平時狀態，也不應直接據此做反面解釋，認為戰時就可以讓軍事機關掌理軍事審判、長官就可以核定軍事審判庭之組成和其所做成之判決；一如該號解釋認為《憲法》第 9 條規定「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，不能直接反面解釋為軍事審判機關對軍人犯罪有專屬之審判權。

重點在於，即便處於戰時狀態，軍事審判制度可以與平時有不同規定，軍事審判具有司法權性質這一點並不會改變。歷來與軍事審判制度有關的大法官解釋，不僅均強調軍事審判具有司法權性質，亦未刻意將這一性質僅限於「平時」⁵⁵。不論是平時或戰時，軍事審判機關據以處罰人民的依據，在實體上是《刑法》或特別刑法的規定，在程序上也必須遵循軍事審判程序相關法令；此均與行政機關對違反行政法上義務的人民處以行政罰，或者是行政機關懲處所屬公務人員等行政權可以獨攬的情形完全不同。

大法官向來主張掌理具有司法權性質事項者，就必須具備審判獨立之內涵。除前述釋字第 436 號解釋外，例如釋字第 392 號解釋之意旨，狹義的「司法」指民刑事裁判、行政訴訟、公務員懲戒、司法解釋與違憲政黨解散之審理等等；而推動此類「國家裁判性之作用」的權能稱為司法權或審判權。該號解釋更進一步將狹義的「行使司法權或審判權」的機關，限於「從事前述狹義司法之權限而具備司法獨立（審判獨立）之內涵」的機關，足見司法權與審判獨立不可分割。

而且，行使司法權的機關，若不具備審判獨立，將會破壞自由民主憲政秩序。依據釋字第 530 號解釋之意旨，「審判獨立是自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則」，可見審判獨立對於自由民主憲政秩序下的權力分立與制衡至關重要。從而，審判獨立遭受其他國家權力干涉者，應足認為已違反自由民主憲政秩序。

因此，即便是戰時的軍事審判制度，也不能設有干涉審判獨立的規定，否則將違反自由民主憲政秩序。而釋字第 436 號解釋認定為違憲的《軍事審判法》相

⁵⁵ 釋字第 436 號解釋指出：「…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…」，之後又經釋字第 624 號解釋及釋字第 704 號解釋引用。

關規定，亦存在於威權統治時期的《軍事審判法》，以及《軍事審判法》的前身《陸海空軍審判法》。例如，《陸海空軍審判法》第 13 條規定，軍法會審之審判長、審判官，均由該管長官指派；同法第 36 條規定，高於一定刑度的判決，須先呈請核定後始可宣判等等。因此，威權統治時期的軍事審判制度，賦予軍事長官決定審判庭成員之權限，判決更須先經軍事長官核定，始能對外宣示、生效，均屬行政權干涉司法權審判獨立，破壞權力分立與制衡原則，違反自由民主憲政秩序。

然而如此一來，凡是戒嚴時期由軍事審判機關審理的案件，都將違反自由民主憲政秩序，《促轉條例》的打擊範圍實在太過廣泛。依據立法理由，《促轉條例》第 6 條第 3 項第 2 款規定，是「給予人民就個案平復之機會」，如果所有的軍事審判案件都構成司法不法，恐怕背離了立法者原意。本文認為，由於威權統治時期的軍事審判案件，常出現長官核定判決時刑度被加重，甚至改處死刑的現象⁵⁶。如判決後依長官核定的指示改判，或依長官要求復審且因此刑度提高，則可以認定審判獨立遭到干涉，因而違反自由民主憲政秩序。本文如此主張的原因是，判決須經長官核示的規定，雖然提供了行政權把手伸入司法權的機會，不代表行政權必然介入，為謹守「個案認定」的立法意旨，仍須有明確證據得以論斷個案確實存在行政干涉審判獨立之情事。

杜孝生在改判前原被認定觸犯共同連續侵占公有財物罪，判處有期徒刑 15 年。保安司令部將判決先呈國防部參謀總長周至柔，周至柔再轉呈總統蔣中正核定⁵⁷。周至柔簽註：「被告高一生、杜孝生與林瑞昌朋分剋扣之包工款項，係均觸犯共同連續剋扣職務上應行發給之財物罪…且犯意各別，與其侵占公有財物部份不發生牽連關係，原判未予分論併罰，似有未合…關於杜孝生部分，擬增判共同連續剋扣職務上應行發給之財物，處有期徒刑七年，褫奪公權五年。仍與原判罪刑併合處罰，定執行刑為有期徒刑十七年，褫奪公權十年，全部財產除酌留其家屬必須生活費外沒收。」後獲得總統府參軍長桂永清和蔣中正維持。因此，杜孝生在判決核定後，其刑度被提高 2 年，實際上已有軍事長官干涉審判獨立的情形，故可認為已違反自由民主憲政秩序。

⁵⁶ 蘇瑞鏘（2014），《白色恐怖在台灣：戰後台灣政治案件之處置》，新北：稻鄉，頁 335 以下。

⁵⁷ 「湯君等叛亂貪污等罪一案謹擬具審核意見」（1954 年 2 月 8 日），〈湯守仁等案〉，《國防部軍法局檔案》，檔案管理局藏，檔號：B3750347701/0042/3132329/329/1/001。

（四）侵害公平審判原則

公平審判原則的《憲法》上依據為《憲法》第 16 條保障人民訴訟權之規定。大法官曾於釋字第 653 號解釋闡明，《憲法》對訴訟權保障的核心內容，是人民在權利遭受侵害時，提供其向法院提起訴訟，接受公平審判，以獲得及時有效救濟的機會。據此，《憲法》訴訟權保障的核心內容，可大略分為 3 個面向：有權利必有救濟、公平審判原則、及時有效救濟。以下將以大法官解釋中明確表示屬於公平審判原則範圍的事項，檢視杜孝生案中有何侵害公平審判原則之處。

1. 剝奪杜孝生之詰問權

首先，釋字第 582 號解釋認為，為使刑事被告受到公平審判原則的保障，必須讓被告享有充分的防禦權；而詰問證人的權利，是防禦權的內涵之一，有助於實現公平審判。被告詰問證人的權利，早在 1928 年公布的《刑事訴訟法》，就已經設有規定。即便是共同被告，對於其他共同被告而言也是第三人，本質上就是證人。過去的最高法院判例，把其他共同被告之自白，擬制為被告本人之自白，不將其他共同被告視作證人，已經牴觸當時有效的 1935 年《刑事訴訟法》規定，並剝奪《憲法》保障被告詰問證人的權利，大法官宣告不能再援用。依此見解，未賦予被告詰問證人或其他共同被告的機會，不僅實質上侵害公平審判原則，形式上也違反《刑事訴訟法》的規定，兩者有重疊之處。但本文認為，威權統治時期，並未有最高法院判例曾對證人未經詰問的法律效果如何表示意見，似無法斷定當時形式上已違法，故仍以侵害公平審判原則論為宜。

杜孝生案的審判程序中，軍事審判官從未傳訊任何一位證人，卻直接以證人在偵查中的證言，據以認定杜孝生「勾結高一生扣發農場工程款」。證人既然從未在審判中到庭陳述，杜孝生自然也無從詰問。此外，判決在認定杜孝生「勾結高一生扣發農場工程款」、「提取農場公款放電料行吞沒生息」兩犯罪事實時，亦使用共同被告高一生的陳述作為證據。然而軍事審判官並未賦予杜孝生詰問高一生的機會，即逕行採為證據。因此，判決用以證明杜孝生犯罪事實的證人及共同被告之陳述，審判中均未經杜孝生詰問，已侵害公平審判原則。

2. 杜孝生未獲公設辯護人之實質辯護

接下來，釋字第 654 號解釋認為被告受辯護人協助的權利亦屬防禦權的內涵之一，故被告有權利選任辯護人；而且被告受辯護人協助之權利，必須獲得確實

有效之保護，才能發揮防禦權的功能，以受公平審判原則保障⁵⁸。被告不僅有權選任辯護人，在《刑事訴訟法》及《軍事審判法》特別規定的某些情形下，被告更是一定要得到辯護人的協助；被告如未選任辯護人，法院有義務為被告指定辯護人。此類案件稱為「強制辯護」案件。若強制辯護案件未經辯護人到庭辯護而逕行審判，係不法限制辯護權⁵⁹，將導致判決當然違背法令，可上訴第三審或提起非常審判。

最高法院更進一步發展出細緻的判斷標準，用以解釋「辯護人未經到庭辯護」，而不以選任或指定辯護人形式上到庭為已足。據學者整理歷來最高法院判例與判決後所獲致的結論，倘若：一、檢察官陳述起訴或上訴要旨、審判長就起訴事實訊問被告、調查證據、事實及法律辯論、被告最後陳述等程序，辯護人不在場；二、審判筆錄未記載無辯護人陳述意見、卷宗內無辯護書狀或上訴理由書狀；三、辯護人僅辯稱「請庭上明察，依法判決」或「引用辯護狀所載」，未為明確之辯護意旨，不能解為已就事實及法律為被告作有利之辯論；四、各共同被告利害相反時，未各別為其指定辯護人；五、辯護人未盡忠實辯護誠信執行職務義務等情形，均是違背法令的判決，或稱為強制辯護案件須經「實質（有效）辯護」⁶⁰。本文認為，由於至少在 1980 年代以前，有權解釋尚未形成如上述細緻的「實質（有效）辯護」判斷標準⁶¹，難調為威權統治時期形式上有效的法律解釋；如有強制辯護案件被告未經辯護人實質辯護即逕行審判之情形，宜認定為實質上違反公平審判原則。

按《軍事機關審判刑事案件補充辦法》第 2 條第 2 項規定：「軍事審判之案

⁵⁸ 該號解釋認為，被告與辯護人必須能夠不受干預自由溝通，辯護人才有可能協助被告行使防禦權。《羈押法》允許看守所存在押被告與辯護人接見時監聽、記錄、錄音，甚至可以做為偵查或審判時認定被告犯罪的證據，妨礙被告的防禦權，被大法官宣告違憲。

⁵⁹ 最高法院 29 年上字第 3362 號刑事判例：「查最輕本刑為五年以上有期徒刑之案件，被告或其法定代理人等未經選任辯護人者，審判長應指定辯護人為其辯護，此項案件如無辯護人到庭辯護，而逕行審判者，其判決當然為違背法令，此在刑事訴訟法第三十一條、第二百六十三條、第三百七十一條第七款設有明文。本件原審判決既認上訴人周衰武係犯刑法第二百七十七條第二項之罪，則其最輕本刑為七年以上有期徒刑，按之上開規定，為依法應用辯護人之案件，該上訴人既未選任辯護人，原審乃將其所指定之辯護人撤銷，且逕行判決，自屬違法。周衰武上訴意旨對之指摘，不能不認為有理由。且因此不法限制辯護權行使之結果，其對於證據所為之判斷是否合法，即屬無從斷定，自應發回更審，則其餘上訴理由即無庸再予審究…」。

⁶⁰ 王兆鵬、張明偉、李榮耕（2018），《刑事訴訟法（上）》，4 版，頁 588-591，作者自刊。另請參見林鈺雄（2017），《刑事訴訟法（上）》，8 版，頁 221-222 註 17，作者自刊。

⁶¹ 按王兆鵬等人所引用者，除最高法院 22 年上字第 691 號判例（「點名單上雖記明辯護人到庭，審判筆錄並無辯護人某甲陳述意見之記載，顯與辯護人未出庭而逕行審判者無異」）與最高法院 68 年台上字第 1046 號判例（「原審審判筆錄，雖有黃景川律師陳述辯護意旨如辯護書所載字樣，但核閱卷宗，該律師未曾提出任何辯護書狀或上訴理由書狀，與未經辯護無異」）外，其餘均是 1980 年代以後的最高法院判決。

件，其最輕本刑為五年以上有期徒刑以上之刑者，軍事審判機關應指定公設辯護人為被告辯護，其他案件認為有必要者，亦同。」此為 1956 年《軍事審判法》施行前，軍法審判案件之強制辯護規定。杜孝生係被軍事檢察官起訴觸犯《懲治貪污條例》第 3 條第 2 款侵占公有財物罪，其最輕本刑為 7 年以上有期徒刑。依據《軍事機關審判刑事案件補充辦法》第 2 條第 2 項規定，屬於強制辯護案件，保安司令部亦確實已為杜孝生指定一位公設辯護人。

然而根據檔案，無法確信公設辯護人已為杜孝生提供實質辯護。首先，幾乎所有的審判期日都無法確認公設辯護人是否真的到庭，筆錄也幾乎沒有公設辯護人陳述意見之記載。儘管每次開庭前，軍事審判官均有通知公設辯護人出庭為被告辯護，然而點名單上卻都沒有公設辯護人的簽名⁶²；也僅有最後一次期日 1953 年 5 月 26 日的言詞辯論程序，筆錄上才出現公設辯護人的陳述，其餘期日的筆錄則付之闕如⁶³。因此，無法確認公設辯護人是否真的有到庭。

即使可以確認公設辯護人在 1953 年 5 月 26 日出庭為被告辯護，其表現也稱不上「已就事實及法律為當事人作有利之辯論」。依據筆錄，公設辯護人在言詞辯論程序的陳述內容，僅是其於 1953 年 4 月 3 日提出之辯護書的摘要，並且在最後補充「各被告等之辯護詳細理由，除陳述於辯護書外，請庭上斟酌辦理」⁶⁴。雖然公設辯護人的表現不像最高法院相關判決中所敘述，辯護人僅簡短表示「請庭上明察，依法判決」⁶⁵，或是「引用辯護狀所載」⁶⁶；但是公設辯護人提出辯護書當時，案件才剛進入審判程序，經過將近 2 個月的審理，案件已經出現新的發展。例如，軍事審判官變更了杜孝生「勾結高一生扣發農場工程款」部份的起訴法條，並將審理的範圍擴張到軍事檢察官未起訴的「侵占棉布」部份，都是公設辯護人提出辯護書當時尚未發生的事情。公設辯護人為被告的辯護，仍然是基於起訴書認定的事實及適用的法律所為，完全沒有因應審判過程中發生的變化，不僅並未為當事人做有利之辯論，甚至根本沒有發揮辯護制度的功能。

⁶² 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.927，頁 1232、1257、1306、1329、1341、1356、1406、1420、1432、1447、1465、1492。

⁶³ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.927，頁 1233-1242、1258-1271、1307-1319、1330-1338、1342-1350、1357-1365、1407-1417、1421-1429、1433-1442、1466-1474、1493-1535。

⁶⁴ 〈湯守仁等〉，《國防部後備司令部檔案》，檔案管理局藏，檔號：A305440000C/0045/276.11/9122.927，頁 1537。

⁶⁵ 參見最高法院 73 年度台上字第 2750 號判決。

⁶⁶ 參見最高法院 76 年度台上字第 7072 號判決。

最後，保安司令部僅為 10 位共同被告指定 1 位公設辯護人，但各共同被告有利害相反的情形。按 1945 年版《刑事訴訟法》已於第 31 條第 3 項規定，強制辯護案件共同被告之間有利害相反的情形，不得指定同一人辯護⁶⁷。《刑事訴訟法》雖然沒有規定違反該項規定的法律效果，然而近來最高法院已經在多號判決中肯認，強制辯護案件共同被告之間利害相反時，未為各被告個別指定辯護人，將構成判決當然違背法令事由。例如：以共同被告之陳述，當作其他共同被告犯罪之證據⁶⁸；共同被告彼此為犯罪之加害人與被害人⁶⁹；共同被告互指犯罪行為是對方所為等等⁷⁰。杜孝生案判決使用共同被告高一生的陳述，作為杜孝生犯罪的證據，已如前述。依照最高法院判決提出的標準，高一生和杜孝生之間已經有利害相反情形，但是軍事審判官並沒有為兩人分別指定不同的公設辯護人辯護。僅憑同一位公設辯護人，無從兼顧兩人受辯護人協助之權利。

綜上，杜孝生案雖為強制辯護案件，沒有獲得公設辯護人的實質辯護，卻逕行判決。其受辯護人協助的權利未獲得足夠保障，已侵害公平審判原則。

四、結論

本文嘗試利用檔案，討論杜孝生在追訴與審判時所受到的處置，是否可以構成《促轉條例》所定義的司法不法。而由於時空環境的限制，不應將「當時違法」和「當時合法」一視同仁，且民主轉型後形式法治國理念仍有意義，故在評價威權統治時期的國家行為時，應區分「當時違法」和「當時合法」的國家行為。針對前者，可以形式法治國理念加以否定；針對後者，可另以實質法治國理念認定為「現在不正當」。按《促轉條例》規定的「違反自由民主憲政秩序」、「侵害公平審判原則」兩項要件，屬於針對「當時合法」的國家行為的實質法治國理念，因此本文亦將指出杜孝生案中「當時違法」的國家行為。

首先，在杜孝生貪案中當時形式不法的國家行為部份，包括杜孝生遭逮捕當天，國民黨政府派員至阿里山大肆宣傳其各項貪污行為，故意公開偵查的內容；偵查中軍事檢察官逾期聲請延長羈押，且嗣後均無聲請延長或裁定准予延長的紀錄；杜孝生的判決所認定的犯罪事實，均有證據未能完整、充分證明，或是未依法調查自白以外的其他證據，甚至無證據可證明之瑕疵，卻仍下有罪判決等等。

⁶⁷ 該項規定原文如下：「被告有數人者，得指定一人辯護，但各被告之利害相反者，不在此限。」

⁶⁸ 例如最高法院 90 年度台上字第 5186 號判決、最高法院 95 年度台上字第 4070 號判決。

⁶⁹ 例如最高法院 91 年度台上字第 1888 號判決。

⁷⁰ 例如最高法院 93 年度台上字第 5476 號判決、最高法院 97 年度台上字第 1924 號判決、最高法院 98 年度台上字第 4448 號判決。

上述國家行為，已違反當時的《刑事訴訟法》。

其次，在杜孝生貪污案中違反自由民主憲政秩序部份，杜孝生在其判決呈請軍事長官核定時，被多加了 1 個罪，刑度因此被提高 2 年，屬於行政權侵犯司法權審判獨立，破壞權力分立與制衡原則，進而違反自由民主憲政秩序。

最後，在杜孝生貪污案中侵害公平審判原則部份，包括判決採用證人或共同被告的陳述作為杜孝生犯罪的證據，卻剝奪杜孝生詰問證人或立於證人地位之共同被告的機會；而杜孝生的案件屬於強制辯護案件，保安司令部雖有為杜孝生指定公設辯護人，但多數期日均無法確認公設辯護人到庭，即便到庭，公設辯護人也並未為杜孝生作有利之辯論，甚至該案的共同被告之間有利害相反情形，保安司令部仍僅指定 1 位公設辯護人為所有共同被告辯護，使得杜孝生未能獲得實質辯護，在審判程序中難以立於對等地位與國家抗衡。上述的情形均侵害了杜孝生的防禦權，亦是侵害公平審判原則。

據上，本文認為杜孝生案符合《促轉條例》所指的司法不法，其刑事有罪判決、有期徒刑 17 年、褫奪公權 10 年及全部財產除酌留家屬必需生活費外沒收之宣告，均應於《促轉條例》施行之日起視為撤銷，並應塗銷杜孝生的前科紀錄，以徹底平復杜孝生所遭受的司法不法。

參考文獻

一、檔案及公報

立法院公報

「高君貪污案」(1952年10月2日),〈非法顛覆案〉,《國防部軍務局檔案》,檔案管理局藏,檔號:B3750187701/0041/1571.3/1111/41/001。

〈湯守仁等〉,《國防部後備司令部檔案》,檔案管理局藏,檔號:A305440000C/0045/276.11/9122.92。

「湯君等叛亂貪污等罪一案謹擬具審核意見」(1954年2月8日),〈湯守仁等案〉,《國防部軍法局檔案》,檔案管理局藏,檔號:B3750347701/0042/3132329/329/1/001。

二、專書

巴蘇亞·博伊哲努(浦忠成)(2006),《政治與文藝交纏的生命:高山自治先覺者高一生傳記》,台北:行政院文化建設委員會。

王兆鵬、張明偉、李榮耕(2018),《刑事訴訟法(上)》,4版,作者自刊。

王泰升(2012),《台灣法律史概論》,4版,台北:元照。

何鳳嬌編(2008),《戰後台灣政治案件:湯守仁案史料彙編(二)》,新北:國史館、台北:行政院文化建設委員會。

吳庚、陳淳文(2017),《憲法理論與政府體制》,5版,作者自刊。

吳信華(2018),《憲法釋論》,3版,台北:三民。

林鈺雄(2017),《刑事訴訟法(上)》,8版,作者自刊。

法治斌、董保城(2014),《憲法新論》,6版,台北:元照。

孫德耕(1953),《刑事訴訟法實用》,初版,台北:國民出版社。

許育典(2018),《憲法》,8版,台北:元照。

許雪姬主編（2015），《獄外之囚：白色恐怖受難者女性家屬訪問記錄（下）》，新北：國家人權博物館籌備處。

陳慈陽（2016），《憲法學》，3版，台北：元照。

陳樸生（1952），《刑事訴訟法論》，初版，台北：正中書局。

褚劍鴻（1954），《刑事訴訟法論》，初版，台北：大東書局。

蘇瑞鏘（2014），《白色恐怖在台灣：戰後台灣政治案件之處置》，新北：稻鄉。

三、期刊論文

王泰升（2017），〈論台灣的轉型正義：過去、現在與未來之間的對話〉，《台灣法學雜誌》，315期，頁1-24。

陳中禹（2015），〈從檔案看原住民政治受難個案：以「湯守仁叛亂案檔案」為中心〉，《檔案季刊》，14卷1期，頁45-66。

四、專書論文

吳叡人（2008），〈「台灣高山族殺人事件」：高一生、湯守仁、林瑞昌事件之政治史的初步重建〉，許雪姬主編，《二二八事件60週年紀念論文集》，頁325-363，台北：台北市文化局、台北二二八紀念館。

范燕秋（2009），〈原住民菁英的整肅：湯守仁等叛亂案〉，陳美蓉主編，《戒嚴時期白色恐怖與轉型正義論文集》，頁222-252，台北：吳三連台灣史料基金會、台灣歷史學會。

五、網路資料

公視新聞議題中心

自由時報

模擬憲法法庭