

當事人：

林志森（男，依判決書記載，判決時年 31 歲，福建林森縣人，國防部第四廳第五組中校參謀，中華民國 39 年 8 月 10 日執行死刑。）

王濟甫（男，依判決書記載，判決時年 30 歲，福建閩侯縣人，空軍訓練司令部空軍上尉三級參謀，住岡山）

關於林志森、王濟甫因軍機防護法案件受國防部 39 年 7 月 25 日 39 年度勁功字第 55 號刑事有罪判決，經本會重新調查，決定如下：

主文

林志森、王濟甫受國防部 39 年 7 月 25 日 39 年度勁功字第 55 號刑事有罪判決暨其刑及褫奪公權之宣告，於 106 年 12 月 29 日即促進轉型正義條例施行之日視為撤銷。

理由

一、促進轉型正義條例第 6 條第 3 項第 2 款所稱「應予平復司法不法之刑事有罪判決」，係指同條第 1 項所規定之「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」

「威權統治時期，違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則所追訴或審判之刑事案件，應予重新調查，不適用國家安全法第 9 條規定，藉以平復司法不法...」，「前項之平復司法不法，得以識別加害者並追究其責任、回復並賠償被害人或其家屬之名譽及權利損害，及還原並公布司法不法事件之歷史真相等方式為之。」及「下列案件，如基於同一原因事實而受有罪判決者，該有罪判決暨其刑、保安處分及沒收之宣告，於本法施行之日均視為撤銷，並公告之：一、(略)。二、前款以外之案件，經促轉會依職權或依當事人之聲請，認屬依本法應予平復司法不法之刑事有罪判決者。」促進轉型正義條例第 6 條第 1 項前段、第 2 項及第 3 項第 2 款定有明文。

二、本會依職權調查林志森、王濟甫刑事有罪判決

(一) 本件緣於監察院 108 年 4 月 23 日院台國字第 1082130130 號函請本會依職權調查王正均、林志森、王濟甫 3 人之刑事有罪判決。監察院調查意見認為 39 年 7 月 25 日之判決有下列非常上訴之事由：

1、王正均、林志森、王濟甫有復審審判程序違背法令之非常上訴事由：5 月 30 日之判決關於王正均等 8 人部分因未宣告或送達而不生效力，且未經宣告之判決依陸海空軍審判法規定不得復審，卻違法對王正均等 8 人進行復審，其復審審判程序違背法令。

2、林志森、王濟甫有不當依已失效軍機防護法判刑之非常上訴事由：軍機防護法自 39 年 1 月 1 日起失效，本案判決日為該法失效後之 39 年 7 月 25 日，合議庭認定林志森、王濟甫係分別於 38 年間成立故意交付職務上所保管之機密文書、因過失洩漏職務上所知悉之軍事機密消息等罪，因軍機防護法於其行為時雖未失效但裁判時已經失效，依裁判時之舊刑法第 2 條從新從輕原則規定，應依較輕之刑法第 109 條第 1 項、第 110 條而非較重且裁判時失效之軍機防護法第 1 條第 1 項、第 3 項規定論處。但合議庭卻不當適用軍機防護法第 1 條第 1、3 項規定，分別判處林志森死刑、王濟甫 5 年徒刑。

(二) 國防部 39 年 7 月 25 日 39 年度勁功字第 55 號刑事有罪判決，同案被告共計 8 人，其中 2 人為無罪，另方克華、吳鶴予、江愛訓等 3 人，業依戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例獲得補償，其有罪判決暨其刑、保安處分及沒收之宣告，依促進轉型正義條例第 6 條第 3 項第 1 款之規定，於促進轉型正義條例施行之日均視為撤銷。惟林志森、王濟甫等 2 人，尚未依促進轉型正義條例獲得處理，為落實轉型正義及平復司法不法，本會爰依職權就其刑事有罪判決重新調查。

三、林志森、王濟甫刑事有罪判決之要旨

(一) 林志森

1、林志森係前東南軍政長官公署第四處中校參謀，主管補給業

務，原與聶曦係同學之誼，在抗戰期間即與吳石相識，去（38年）秋吳到台灣亦曾訪謁。同年10月下旬，聶曦告以吳索補給材料，伊即將舟山67軍等4單位武器數目統計表4張交聶曦轉交，旋又親自送交補給材料1次。

- 2、林志森將舟山67軍等4個單位武器統計表4張交由聶曦轉交吳石之事實，亦據直承不諱，雖對於聶曦告以「我們供給吳次長一點情報，多拉一點關係，將來比較好」等語堅決否認，更不直承第2次自動送給吳石材料，第查被告既稱與聶曦係屬同學，私誼甚篤，顯非出於故意陷害，已堪認定，且不僅聶曦當庭指證，始終不移，即質諸被告本人亦不能提出反證，空言飾卸，殊難採信。惟所謂拉關係一語，聶曦既謂「並非指吳為匪諜之關係而言」，吳石亦供稱「林志森不知我的事」各語，是對於被告參與吳石匪諜陰謀，雖無確切事證，第查其曾親自送給吳石材料1次，顯難謂非故意，核其行為，實應構成故意交付職務上所保管之軍事機密文書罪。林志森交付職務上所保管之軍事機密文書，處死刑，褫奪公權終身。（軍機防護法第1條第1項規定：「洩漏、交付或公示因職務上所知悉或保管之軍事上機密之消息、文書、圖畫或物品者，處死刑或無期徒刑。」）

（二）王濟甫

- 1、王濟甫係吳（石）妻之堂弟。38年11月吳致函矇矓代為蒐集各國空軍之組織、飛機性能等資料。王以戚誼關係，未計其他，即於空軍圖書館抄錄有關上項之材料，分三次寄送後，以吳石臥病醫院及移居杭州南路新址，均往探望，吳並誘其談及我空軍各大隊番號、駐地、飛機種類、性能，經吳親自紀錄。迨本年元月伊由空校調任空軍訓練部上尉參謀，經劉司令警告，得悉所寄吳函已被查扣，即未再與吳石晤面。
- 2、王濟甫...對於38年11月抄錄各國空軍組織、飛機性能等資料分寄吳石，並於探望吳病時，在談話中告知我空軍番號、駐地之事實，亦均直認不諱，惟據辯「均係本年1月調任空軍訓練司令部劉司令警告以前之事，自奉劉警告後即未與吳

晤面」各語，核與劉○○覆函所稱各節尚屬相符。查被告雖與吳石誼屬內親，固不知其已為匪諜，但每於談話中對於吳石探詢空軍情形率予告知，仍屬應注意而未注意之過失行為，其應負過失洩漏軍機之罪責，究屬百喙難辭。王濟甫因過失洩漏職務上所知悉軍事上機密之消息，處有期徒刑 5 年。（軍機防護法第 3 項規定：「因過失犯本條之罪者，處五年以上有期徒刑。」）

四、林志森、王濟甫所受刑事有罪判決，係屬威權統治時期，違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則所為追訴及審判之刑事案件

（一）關於自由民主憲政秩序之意涵，及內含之各項基本原則，司法院釋字第 499 號解釋理由書中有如下闡釋：「我國憲法雖未明定不可變更之條款，然憲法條文中，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，亦為憲法基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序（參照現行憲法增修條文第五條第五項及本院釋字第三八一號解釋），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。」此一解釋足為理解本法所訂「自由民主憲政秩序」概念之參考。

（二）林志森、王濟甫所受刑事有罪判決係秉總統之意志而作成，有違憲法有關權力分立及審判獨立原則之要求

1、本案軍事審判官原於 39 年 5 月間擬判：「...4.方克華、江愛訓原為吳石舊部，雖交予吳石各項機密文件，但不知吳已為匪諜，是均應構成軍機防護法第 1 條第 3 項「因過失交付因職務所保管之軍事機密文書圖畫」罪，擬各處有期徒刑 7 年。林志森所犯罪名雖與方克華、江愛訓相同，但交付之物較為重要，然亦不能證明其為故意，擬比照方、江兩犯量刑加重，處有期徒刑 10 年。5.王濟甫為吳妻之堂弟，吳每於談話中探詢空軍情形，亦屬應注意而未注意因過失洩漏機密，擬依法減處有期徒刑 2 年 6 月。」

2、惟該判決呈核後，遭蔣中正總統以 39 年 6 月 9 日甯高字第

390084 號代電復以：「... (三) 按被告王濟甫為吳石之內弟，其由空軍教官調任空軍訓練司令部參謀，並係吳之介紹（見卷內訊問筆錄），且卷內載有被告因抄給吳石之有關空軍方面資料受長官警告後，仍有向吳石報告空軍資料情形，是被告所為係故意抑過失，事實法理仍應詳析。... (五) 被告林志森罪行尤重，卷載聶曦供稱『我們供給吳次長一點情報，多拉一點關係，將來比較好』，其第二次送給吳石資料係自動送去（見訊問筆錄），併應詳析。... 上示各點... 應照指示各點詳加研訊，另行擬判報核。」

- 3、嗣後，本案軍事審判官於 39 年 8 月 3 日擬復判：「王濟甫因過失洩漏職務上所知悉軍事上機密之消息，處有期徒刑 5 年。林志森交付職務上所保管之軍事機密文書，處無期徒刑，褫奪公權終身。」
- 4、惟該判決呈核後，又遭蔣中正總統以 39 年 8 月 8 日聯芬字第 390185 號代電核定：「... (一) 本案被告... 林志森... 應改處死刑。... 王濟甫... 准悉照簽判辦理可也」，本案軍事審判官隨即於 39 年 8 月 10 日以國防部 39 年度勁功字第 55 號刑事有罪判決（判決日期為 39 年 7 月 25 日）：「林志森交付職務上所保管之軍事機密文書，處死刑，褫奪公權終身。王濟甫因過失洩漏職務上所知悉軍事上機密之消息，處有期徒刑 5 年。」
- 5、按軍法判決之呈核，於中華民國憲法施行前，原係依 19 年 3 月 24 日公布之「陸海空軍審判法」第 36 條規定：「有左列各款情形之一者，由該最高級官長以訴訟書類連同判決書，呈由總司令部或軍政部海軍部，呈請國民政府核定后... (略)」暨 32 年 3 月 8 日修正公布「戰時陸海空軍審判簡易規程」第 4 條規定：「有左列各款情形之一者，依陸海空軍審判法第 36 條呈請核定：... (略) (第 1 項) 前項核定，得呈請代行陸海空軍大元帥職權之軍事委員會委員長為之，但應按月彙報國民政府備查。(第 2 項)」等規定辦理。而國民政府係依「中華民國訓政時期約法」第 77 條規定，為由訓政

時期過渡到憲政時期之政府組織，中華民國憲法於 36 年 12 月 25 日實施，則訓政時期之「國民政府」、「陸海空軍大元帥」及「軍事委員會委員長」均不再存在。準此，上揭「陸海空軍審判法」及「戰時陸海空軍審判簡易規程」有關呈核「國民政府」、「陸海空軍大元帥」及「軍事委員會委員長」之規定即失所附麗，從而軍法判決呈由軍事統帥核准之作法本應於行憲後即告終止。

- 6、然國防部竟於 38 年 10 月呈請李宗仁代總統將戰時陸海空軍審判簡易規程規定，應由國民政府核定之案件，部分授權由該部代核；其餘仍呈請總統核定。經總統府代電回覆：「經核尚屬可行，應准如擬辦理」。蔣中正復行視事後，國防部於 39 年 6 月再將陸海空軍審判法及戰時陸海空軍審判簡易規程，關於呈核之規定，綜合刪併為「國防部軍法案件呈核標準」，其中規定「一、左列案件由參謀總長逕呈總統核定：甲. 將官及其同等軍人處有期徒刑以上之刑者。乙. 校官及其同等軍人處十年以上有期徒刑以上之刑者。二、左列案件由總統授權參謀總長代核月終制表檢同原判彙呈核備：甲. 尉官准尉官及其同等軍人處無期徒刑以上之刑者。乙. 士兵及其同等軍人處死刑者。丙. 非軍人依法應受軍法裁判案件之處死刑者。但高級官吏及情節重大案件仍呈請總統核定。三、不屬前兩項各款規定刑度之案件由參謀總長逕予核准或備查」，經呈奉總統府核准後，於 39 年 6 月 15 日實施。嗣總統蔣中正更以 (40) 午冬乾瑞 40376 號代電命令修正呈核標準：「查軍法案件呈核標準嗣後應照下列規定辦理：(一) 非軍人及官吏受軍法裁判之案件處徒刑十五年以上者，應照軍法案件呈核標準第一項辦理，由參謀總長逕呈核定。(二) 將官及同等軍人或高級官吏受軍法裁判而為諭知無罪判決者，應照交辦案件例由參謀總長逕呈核定後始得宣告。(三) 其他案件應否呈請核定，仍照前規定軍法案件呈核標準辦理。以上三項希即遵照為盼。」由上述過程可見，訓政時期軍法判決呈核之作法被延續至憲政時期，進而受軍事審判軍、民

之生殺予奪，均操於總統蔣中正之手。

- 7、惟，有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，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，經釋字第 499 號解釋理由書闡釋甚明，乃自由民主憲政秩序之核心內涵。除此之外，釋字 436 號解釋文也認為軍事審判亦具司法權之性質，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 77 條司法院為國家最高司法機關，掌理刑事訴訟審判，第 80 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。因此，軍事審判仍有憲法第 80 條：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」所定審判獨立原則之適用。若此項審判、處罰之權力竟遭行政權或立法權僭取，即有違權力分立原則。又縱名義上雖由司法機關審判，但若受審判機關外之權力干涉，甚至須秉干涉者之意志審判，則既無審判獨立可言，更遑論權力分立。總統蔣中正下令收攬軍事審判之終局決定權於己手，而能決定受軍事審判軍、民之生死與自由，實已臻集權之極而與君主獨裁無異，自有違憲法上權力分立之原則。
- 8、而於本案，總統蔣中正經由行使上述核定權而二度要求國防部改判，致該部乃依上開發還意旨復審改判。從而，本件林志森、王濟甫受有罪之判決，實係秉總統蔣中正之意志作成，判決之名義機關國防部猶如總統蔣中正之傀儡，承審之軍事審判官全無自由意志。由上述過程可見，本案之追訴、審判復全然違反審判獨立原則。綜上，林志森、王濟甫受判決後之呈核及總統之代電核定，乃違反權力分立原則之恣意行政作為，發還後之復審則係秉總統之意志判決，復抵觸審判獨立原則，顯違自由民主憲政秩序。

(三) 本案暫不論其是否符合犯罪構成要件，軍機防護法自 39 年 1 月 1 日起失效，但合議庭卻不當適用軍機防護法第 1 條第 1 項及第 3 項規定，分別判處林志森死刑、王濟甫 5 年徒刑，顯然違反公平審判原則

- 1、24 年 1 月 1 日公布，同年 7 月 1 日施行之刑法第 2 條第 1 項規定：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」
- 2、參考當時最高法院 40 年台特覆字第 10 號刑事判例：「被告等行為時之禁煙禁毒治罪條例，已於民國三十七年八月二日因施行期間屆滿失效，同年十一月二十六日雖復頒行禁煙禁毒治罪條例，並於三十九年六月三日修正為現行禁煙禁毒治罪條例，然在前條例已失效後，舊條例未施行之絕續期間，刑法第二編第二十章關於鴉片罪各條，即應回復其固有之效力，依刑法第二條第一項但書，就裁判時之法律與裁判前之法律比較結果，以刑法第二百五十七條第一項，第二百五十九條，第二百六十條為最有利於行為人，自應適用該法條處斷。」其針對行為後特別法因施行期間屆滿失效之情形，亦依當時刑法第 2 條第 1 項規定，採取從新從輕原則。
- 3、本件判決林志森「38 年間之行為」成立軍機防護法第 2 條第 1 項規定之故意交付職務上所保管之軍事機密文書，處死刑，褫奪公權終身；王濟甫「38 年間之行為」成立軍機防護法第 2 條第 3 項規定之因過失洩漏職務上所知悉軍事上機密之消息，處有期徒刑 5 年。
- 4、惟軍機防護法於 21 年 11 月 19 日經立法院第 211 次會議通過，21 年 12 月 17 日國民政府公布，其第 13 條規定：「本法施行日期及期間，以命令定之。」其後，該法施行期間經數度延長至 38 年 12 月 31 日，因此自 39 年 1 月 1 日起業已失效。
- 5、本案暫不論其是否符合犯罪構成要件，本案判決日為軍機防護法失效後之 39 年 7 月 25 日，軍機防護法於其行為時雖未失效但裁判時已經失效，依當時刑法第 2 條從新從輕原則規定，應依較輕之刑法第 109 條第 1 項（洩漏或交付關於中華民國國防應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處一年以上七年以下有期徒刑）、第 110 條（公務員對於職務上知悉或持有前條第 1 項之文書、圖畫、消息或物品，因過失而洩漏

或交付者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金)規定論處，而非較重且裁判時失效之軍機防護法第1條第1項、第3項規定論處。但合議庭卻不當適用軍機防護法第1條第1、3項規定，分別判處林志森死刑、王濟甫5年徒刑，顯已違反當時刑法第2條第1項規定之從新從輕原則，違反公平審判原則。

(四) 本件判決軍事審判官未就林志森、王濟甫否認犯罪之辯解進行調查，逕以其片段之不利供述及共犯供述為有罪判決之基礎，侵害林志森、王濟甫之聽審權，侵害公平審判原則

- 1、憲法第8條保障之人身自由，是人民行使憲法所保障各項自由權利之基礎，故該條對剝奪或限制人身自由之處置，設有嚴格之條件，不僅須有法律上依據，更須踐行必要之正當法律程序。又，憲法第16條保障人民訴訟權規定，旨在確保人民有依正當法律程序受公平審判之權利，訴訟制度須賦予人民足夠的程序保障。
- 2、人民於訴訟程序中所享有之聽審權，屬於前述之程序保障之一環。就刑事訴訟而言，聽審權彰顯被告之程序主體地位，避免被告淪為俎上魚肉，任人宰割，以保障其依正當法律程序受公平審判之權利。聽審權之內涵包括「請求資訊權」、「請求表達權」及「請求注意權」。刑事被告所享有之請求注意權，係指法官對被告之陳述負有詳加注意之義務，因此審判程序中，法官必須全程在場，聽取並理解被告之陳述，亦須加以回應，亦即調查被告之辯解，並在判決理由中交代為何採信或不採信被告之陳述，否則無從檢驗法官確實已盡前述注意義務。即使是在威權統治時期，上述聽審權保障仍為最高法院判例所肯認，就此有該院48年台上字第1325號刑事判例：「原審未於審判期日，就上訴人否認犯罪所為有利辯解事項與證據，予以調查，亦不於判決理由內加以論列，率行判決，自屬於法有違。」可參。
- 3、34年12月26日修正公布之刑事訴訟法第2條第1項規定：
「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利

及不利之情形，一律注意。」此為法官及檢察官所負之「客觀性義務」，無論被告是否自行提出有利自己之陳述或證據，法官及檢察官原本就有義務加以注意。此外，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）」即便被告自白，為不利自己之陳述，法官亦不受其拘束，仍負有發見真實之「澄清義務」。客觀性義務及澄清義務，代表刑事訴訟程序亦以發見實體真實為目的：程序正義與實體正義，均屬公平審判原則內涵，恰若車之兩輪、鳥之雙翼，彼此相輔相成。

4、林志森之部分

(1) 本件判決理由稱：「林志森將舟山 67 軍等 4 個單位武器統計表 4 張交由聶曦轉交吳石之事實，亦據直承不諱，雖對於聶曦告以『我們供給吳次長一點情報，多拉一點關係，將來比較好』等語堅決否認，更不直承第 2 次自動送給吳石材料，第查被告既稱與聶曦係屬同學，私誼甚篤，顯非出於故意陷害，已堪認定，且不僅聶曦當庭指證，始終不移，即質諸被告本人亦不能提出反證，空言飾卸，殊難採信。惟所謂拉關係一語，聶曦既謂『並非指吳為匪諜之關係而言』，吳石亦供稱『林志森不知我的事』各語，是對於被告參與吳石匪諜陰謀，雖無確切事證，第查其曾親自送給吳石材料 1 次，顯難謂非故意，核其行為，實應構成故意交付職務上所保管之軍事機密文書罪。」

(2) 惟查，林志森 39 年 4 月 27 日國防部軍法局之會審筆錄記載：「問：你給吳石那些資料？答：去年 11 月、12 月間，我曾將舟山軍 71B、67A、75A、87A 武器數量表給他。問：吳石非你主管，你為（何）將機密文件交給他呢？答：我並非故意送給他的，是吳石叫聶曦向我要的，因為他是我的同鄉又是些長官，他要我就給他的，並不曉得要了做什麼。問：吳石是你長官？答：不是。問：既非你長官，

你為何將資料給他呢？答：這是我的錯誤。問：你知道吳石投匪嗎？答：不知道。問：聶曦不是對你說過，多拉一點關係，將來別有辦法的話嗎？答：沒有說過，他在保密局對質時說的，我並未承認，他說此話的用意我不知道。...
問：你第 2 次不是送過 1 張條子給聶曦的嗎？答：沒有。」

(3) 林志森 39 年 7 月 20 日國防部軍法局之審判筆錄記載：
「問：你送吳石幾次材料？答：我沒有送給吳石過，在去年 11 月聶曦到辦公室來說吳次長要一點資料，當時我桌上有這一張表，聶說拿幾張給吳石做參考，我就拿給他了。
問：聶曦說他曾經對你說過吳石現在做情報，多拉一點關係好，並且在保密局時對質過，你還有什麼話說？答：我沒有這回事，我曾經在保密局對質過他，沒有話講。問：你第 2 次送什麼資料給聶曦轉給吳石的？答：我沒有送，他說我不知道什麼用意。」

(4) 又查，聶曦 39 年 4 月 5 日保密局之訊問筆錄記載：「問：林志森曉得吳次長為匪做情報嗎？答：我第 1 次要東西時沒有告訴他的，向林要時我對林說，吳次長好像做情報，我們供給吳次長的一點情報，多拉一點關係好一點，將來比較好，告訴（林志森）後林自動送給我一張資料，我後來發現不對，將他撕了，我現在良心發現了。問：你為何會發現吳石不可靠呢？答：我由港返台後，發現福建的王妻等人都投匪，吳的小孩子又沒有出來，並且他將我送去的東西沒有還給我，在我發覺後，我就沒有給他材料。」

(5) 聶曦 39 年 4 月 26 日國防部軍法局之會審筆錄記載：「問：你何時才曉得吳石投匪？答：我在年底聽他講過一句話，我才知道。...問：你不是對林志森還說過，多拉一點關係好，到將來我們還可以有辦法？答：我對林志森說過，多拉一點關係好，與吳先生多增加一點感情較好。...問：你既對吳石發生懷疑，為何還代他向林志森拿舟山軍的部隊武器配備數量？答：原來吳先生要人馬統計數，我去向林志森要時，林說人馬統計表沒有，這些有一個各部隊武器

數量表你拿去，後來林志森要這個表我去拿時，發現吳先生已經思想動搖。」

- (6) 依其記載，林志森僅表示第 1 次提供資料是吳石叫聶曦向他要的，因為他是同鄉又是長官才提供，並堅決否認曾提供第 2 次資料。聶曦表示是在提供第 1 次資料後才發覺吳石可能投匪，後來就沒有再提供資料了，依據聶曦的說法，縱使其曾經對林志森說過拉一點關係比較好（但林志森否認），其當時也不知道吳石投匪。則林志森是否構成「故意」交付職務上所保管之軍事機密文書、林志森有無「依所屬上級公務員命令之職務上行為」之阻卻違法事由，以及有無期待可能性，顯係本案應調查之重要爭點。惟軍事審判官卻未予調查，無視林志森相關抗辯，逕行採用其片段之不利自白，並片段引用證人所為不利被告之供述作為有罪判決基礎，顯已嚴重侵害林志森之請求注意權，未能盡到客觀性義務及澄清義務，且有應調查之重要事項未予調查，而與憲法第 8 條及第 16 條規定、正當法律程序原則及公平審判原則未符。

5、王濟甫之部分

- (1) 本件判決理由稱：「王濟甫...對於 38 年 11 月抄錄各國空軍組織、飛機性能等資料分寄吳石，並於探望吳病時，在談話中告知我空軍番號、駐地之事實，亦均直認不諱，惟據辯『均係本年 1 月調任空軍訓練司令部劉司令警告以前之事，自奉劉警告後即未與吳晤面』各語，核與劉牧群覆函所稱各節尚屬相符。查被告雖與吳石誼屬內親，固不知其已為匪諜，但每於談話中對於吳石探詢空軍情形率予告知，仍屬應注意而未注意之過失行為，其應負過失洩漏軍機之罪責，究屬百喙難辭。」
- (2) 惟查，王濟甫 39 年 4 月 4 日保密局之訊問筆錄記載：「問：你為何將機場地點寫了告訴他（吳石）？答：這是在電力公司寫的，我完全是因為他（是）國防部（參謀）次長，另外因為又是親戚的關係，這都是在警告前告訴他，在警

告後我就沒有告訴過他。問：你曉得吳石的投匪嗎？答：我實不曉得。」

- (3) 又查，王濟甫 39 年 7 月 20 日國防部軍法局之審判筆錄記載：「問：吳石何時投匪，你知道嗎？答：不知道。...問：你什麼時間寄給吳石的？什麼時間將空軍重要場地告訴吳石的？答：信是 8 月間寄的，劉司令告訴我信被扣下來，是在調到空訓部後告訴我的，關於飛機性能、隊數、基地等，都是在未經劉司令對我講信被扣以前。他是政府的大官，他問我飛機場地時，我對他說過如果不是因為他是高級官長，我決不會告訴他的。」
- (4) 再查，吳石 39 年 4 月 4 日保密局之訊問筆錄記載：「問：王濟甫曉得你要東西的用意？答：他是我親戚，他受冤枉。問：你說他受冤枉？你用何方式向他要？答：他來時住我家裡，我是用談話方式取得的。...問：你向他話（蒐集資料的用意），他為何告訴你？他的用意為何？並且他受過警告後，還向你報告材料？答：我沒有對他講過這話（蒐集資料的用意），他也不會體會我的意思，他保守機密不健全是他的過失，其他我不知道。」
- (5) 另，吳石 39 年 4 月 26 日國防部軍法局之會審筆錄記載：「問：他（王濟甫）曉得你要這許多資料的用途？答：他不知道，我是閒談中間他的。問：他能體會到你的工作嗎？答：他不會體會到的。」
- (6) 依其記載，王濟甫表示不知道吳石投匪，提供資料是調任空軍訓練司令部劉司令警告以前之事，且其提供資料是因為吳石是國防部次長。吳石亦表示王濟甫不知道資料的用途。則王濟甫有無「依所屬上級公務員命令之職務上行為」之阻卻違法事由，顯係本案應調查之重要爭點。惟軍事審判官卻未予調查，無視王濟甫相關抗辯，逕行採用其片段之不利自白作為有罪判決基礎，顯已嚴重侵害王濟甫之請求注意權，未能盡到客觀性義務及澄清義務，且有應調查之重要事項未予調查，而與憲法第 8 條及第 16 條規定、

正當法律程序原則及公平審判原則未符。

(五) 本件判決未調查林志森、王濟甫有無「依所屬上級公務員命令之職務上行為」之阻卻違法事由，以及有無期待可能性，即率行論罪，嚴重牴觸正當法律程序原則，違反自由民主憲政秩序及公平審判原則

- 1、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（司法院釋字第 436 號解釋文參照）。軍事審判官於行使軍事審判權時，亦應依調查構成要件該當性、違法性、有責性，依證據認定犯罪事實，並盡其說理義務，始符正當法律程序之基本要求，俾免受軍事審判之人民遭濫權審判處罰。
- 2、按刑法第 21 條第 2 項規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」其立法意旨是考量公務員有服從之義務，故公務員依所屬上級公務員命令之職務上行為，係間接依法令之行為，應阻卻違法。
- 3、又按 35 年 5 月 31 日制定公布之「國防部組織綱要」第 7 條規定：「國防部置參謀總長 1 人，掌理軍事之一切計劃準備及監督實施，並有關國防之各種建議。但關於軍令事宜，秉承國民政府主席之命令，關於軍政事宜，國防部長提請行政院審定之。」第 8 條規定：「國防部置參謀次長 3 人，輔助參謀總長，處理業務。」
- 4、另參考 26 年 7 月 2 日修正之陸海空軍刑法第 9 條規定：「稱上官或長官者，謂有命令權之軍官或無命令關係而官階在上者。」第 64 條規定：「反抗長官命令或不聽指揮者，依左列各款處斷：一、敵前，死刑。二、軍中或戒嚴地域，無期徒刑或十年以上有期徒刑。三、其餘，五年以下有期徒刑。」且查司法院 23 年 12 月 4 日院字第 1150 號解釋略以：「同法（陸海空軍刑法）第六十四條所云之命令或指揮，係指屬於

軍事者而言，並不以書面口頭為區別之標準。至所謂反抗命令或不聽指揮，無論積極或消極行為均可構成。」

- 5、吳石為參謀次長，依「國防部組織綱要」之規定，其職務在於輔佐參謀總長，處理軍事之一切計畫準備及監督實施，及有關國防之各種建議。吳石要求林志森提供補給材料、要求王濟甫蒐集各國空軍之組織飛機性能等資料，「形式上」似符合參謀次長職權範圍內之命令，並非明顯違法，林志森、王濟甫依法即有服從之義務。況且，縱使吳石對於林志森、王濟甫而言並無命令關係，但吳石官階在上，亦屬陸海空軍刑法第 9 條規定所指之長官。故林志森、王濟甫倘反抗長官命令或不聽指揮者，依當時陸海空軍刑法第 64 條規定須負嚴厲之刑事責任。本件判決未調查林志森、王濟甫之行為有無「依所屬上級公務員命令之職務上行為」之阻卻違法事由，以及有無「不服從命令」之期待可能性，即率行論罪，嚴重牴觸正當法律程序原則，違反自由民主憲政秩序及公平審判原則。
- 6、再者，參考最高法院 102 年度台上字第 4092 號刑事判決：「刑法第二十一條第二項規定：依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。則以但書所定排除本文之阻卻違法事由之適用，應就明知命令違法為嚴格之證明。尤其軍人以服從為天職，陸海空軍刑法第四十七條第一項並就違抗長官職權範圍內所下達與軍事有關之命令者，定有處罰。於此，雖非可謂軍人排除上開刑法但書之適用，惟於判斷其是否明知上級命令違法時，自應與一般公務員不同，即應採更高密度之審查標準，以免在違法執行與抗命間產生義務衝突。就具體個案，並應審酌有無期待可能性而阻卻責任。」
- 7、如前所引筆錄記載，聶曦曾告以林志森「我們供給吳次長一點情報，多拉一點關係，將來比較好」(惟林志森否認此事)，但聶曦亦謂「並非指吳為匪諜之關係而言」；王濟甫表示不知道吳石投匪，提供資料是調任空軍訓練司令部劉司令警告

以前之事，則林志森、王濟甫是否構成刑法第 21 條第 2 項後段但明知命令違法者，亦顯存疑義，且考量軍人以服從為天職，在判斷其是否明知上級命令違法時，應與一般公務員不同，即應採更高密度之審查標準。本件判決未予調查即率行論罪，嚴重牴觸正當法律程序原則，違反自由民主憲政秩序及公平審判原則。

五、綜上，本件林志森、王濟甫受國防部 39 年 7 月 25 日 39 年度勁功字第 55 號刑事有罪判決，違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則，屬依促進轉型正義條例應予平復司法不法之刑事有罪判決。該有罪判決暨其刑、褫奪公權及沒收之宣告，於 106 年 12 月 29 日即促進轉型正義條例施行之日視為撤銷。

據上論結，爰依促進轉型正義條例第 6 條第 1 項及第 3 項第 2 款規定，決定如主文。

促進轉型正義委員會代理主任委員
委員

楊 翠
彭仁郁
葉虹靈
許雪姬

'Eleng Tjaljimaraw(高天惠)
尤伯祥

中 華 民 國 1 0 8 年 7 月 1 0 日

附表：參與國防部 39 年 7 月 25 日 39 年度勁功字第 55 號刑事有罪判決之相關起訴者、審判者、呈核者、核定者

	起訴者	審判者	呈核者	核定者
39 年 5 月 30 日 39 年度勁功字第 55 號	--	軍法合議庭 蔣鼎文、韓德勤、劉詠堯、曹秉喆、宋膺三	參謀總長 周至柔	總統 蔣中正
39 年 7 月 25	--	軍法合議庭	參謀總長	總統

日 39 年度 勁功字第 55 號（復審）		彭善、唐冠 英、吳佩明、 曹秉喆、宋 膺三	周至柔	蔣中正
-----------------------------	--	--------------------------------	-----	-----

※40 年 1 月 29 日行政院公布施行「軍事機關審判刑事案件補充辦法」後，軍事審判制度始採控訴原則，要求案件須經軍事檢察官起訴並蒞庭執行職務。本案係由總統蔣中正於 39 年 4 月 1 日以勝謨字第 20244 號代電命國防部「組織軍法會審依法嚴辦」，時間在前開辦法施行之前，故無起訴之軍事檢察官。