

# 《兩岸人民關係條例》 第 77 條之研究

## The Research of Article 77 of Act Governing Relations between the People of the Taiwan Area and the Mainland Area

陳宏志 (Chen, Hung-Chih)

銘傳大學企業管理學系博士班博士候選人

財團法人資訊工業策進會科技法律研究所法律研究員

### 摘 要

我國政府依據《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》(下稱《兩岸條例》)第 77 條規定：「大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪，經許可進入臺灣地區，而於申請時據實申報者，免予追訴、處罰；其進入臺灣地區參加主管機關核准舉辦之會議或活動，經專案許可免予申報者，亦同」，對於犯內亂罪、外患罪之大陸地區人民，例外免予追訴、處罰。

惟綜合大法官解釋及最高法院等實務見解，因我國固有之疆域仍及於大陸地區，對於 1991 年 5 月 22 日《懲治叛亂條例》廢止前，涉有內亂罪、外患罪之大陸地區人民，似仍在追訴、處罰之列。然在《懲治叛亂條例》廢止後，《兩岸條例》第 77 條暨相關規範與現行司法實務見解及具體運作之間的關係，似有待釐清。

本文認為，中國共產黨倘已非《懲治叛亂條例》處罰之叛亂團體或犯罪組織，參與該黨之大陸地區人民自不當然符合內亂罪、外患罪之構成要件。且在《兩岸條例》施行後，政府亟謀建構正常化之交流模式，俾使雙方交往有序，大陸地區人民是否符合內亂罪、外患罪，仍應依具體個案事實進行刑法之構成要件判斷等，並由司法機關依我國《刑事訴訟法》進行偵處為妥，而不宜逕依《兩岸條例》規範而免予追訴、處罰。

關鍵詞：兩岸條例、申報、刑事豁免權、免訴權

## 壹、前言

依據我國《刑法》第 1 條前段：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」、《刑事訴訟法》第 1 條第 1 項：「犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰」及同法第 228 條第 1 項：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查」等相關規定，在我國《刑法》適用範圍內，行為人之行為符合法定要件時，即一般學說上所稱之犯罪構成要件該當、違法及有責三項法定要件，即可能成為我國《刑法》所欲懲處之犯罪，司法機關應依《刑事訴訟法》等相關規範對行為人進行追訴、處罰。

惟查《兩岸條例》第 77 條規定：「大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪，經許可進入臺灣地區，而於申請時據實申報者，免予追訴、處罰；其進入臺灣地區參加主管機關核准舉辦之會議或活動，經專案許可免予申報者，亦同」，對於構成內亂罪、外患罪之大陸地區人民，則採例外之處理。意即，縱使大陸地區人民犯內亂罪或外患罪，於申請進入臺灣地區時據實申報，即可免予追訴、處罰。

此類在《刑法》效力範圍之內犯罪，但免受特定追訴行動之態樣，學說上稱之為「刑事豁免權」<sup>1</sup>或「免訴權」<sup>2</sup>（因本議題涉及大陸地區人民在臺灣地區之相關規範，考量兩岸特殊關係及外界觀感，以下本文暫以「免訴權」稱之），例如：《證人保護法》第 14 條第 2 項規定：「被告或犯罪嫌疑人雖非前項案件之正犯或共犯，但於偵查中供述其犯罪之前手、後手或相關犯罪之網絡，因而使檢察官得以追訴與該犯罪相關之第二條所列刑事案件之被告者，參酌其犯罪情節之輕重、被害人所受之損害、防止重大犯罪危害社會治安之重要性及公共利益等事項，以其所供述他人之犯罪情節或法定刑較重於其本身所涉之罪且經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，得為不起訴處分」，或《憲法》第 52 條規定：「總統除犯內亂或外患罪外，非經罷免或解職，不受刑事上之訴究」。依我國學者見解，此係程序法上的追訴限制規定，與實體法上是否免責無

<sup>1</sup> 程明修，「總統之刑事豁免權」，台灣法學雜誌（臺北），第 87 期（2006 年 10 月），頁 155；黃國昌，「美國法上總統之豁免權與祕匿特權」，月旦法學雜誌（臺北），第 140 期（2007 年 1 月），頁 6。

<sup>2</sup> 許澤天，刑事訴訟法論（1）（臺北：神州出版社，2002 年 7 月），頁 32。

關，因免訴權規範僅限縮《刑事訴訟法》的效力<sup>3</sup>，並未排除《刑法》的效力。

又依大法官釋字 627 號解釋意旨：「總統不受刑事上之訴究，乃在使總統涉犯內亂或外患罪以外之罪者，暫時不能為刑事上訴究，並非完全不適用刑法或相關法律之刑罰規定，故為一種暫時性之程序障礙，而非總統就其犯罪行為享有實體之免責權。是憲法第 52 條規定『不受刑事上之訴究』，係指刑事偵查及審判機關，於總統任職期間，就總統涉犯內亂或外患罪以外之罪者，暫時不得以總統為犯罪嫌疑人或被告而進行偵查、起訴與審判程序而言。但對總統身分之尊崇與職權之行使無直接關涉之措施，或對犯罪現場之即時勘察，不在此限」<sup>4</sup>，基此，《憲法》賦予總統免訴權之規定，係尊重總統之元首地位，而限制國家訴追機關之追訴權，並非認為總統不成立犯罪。

關於《憲法》免訴權之實質內涵，業經前述大法官釋字 627 號之解釋，吾人已得窺相關規範之概貌，但由於《兩岸條例》第 77 條迄今似未有具體個案，尚難以瞭解實務運作狀況。然而對照我國《憲法》第 52 條、《證人保護法》第 14 條規等定，大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪者，依《兩岸條例》第 77 條規定，經我國主管機關許可進入臺灣地區，並於申請來臺時據實申報者，即可免予追訴、處罰，賦予渠等免訴權之待遇。如前所述，即使貴為我國總統之尊或證人保護之特殊需求，雖在一般刑事案件可不受刑事訴究，但仍不排除因犯內亂罪或外患罪而予以追訴；《兩岸條例》第 77 條卻規定大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪，可因據實申報而免予追訴、處罰，二者相較之下是否有輕重失衡或待調整之虞？實值吾人深入探究。

另查《香港澳門關係條例》第 45 條規定：「香港或澳門居民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪，經許可進入臺灣地區，而於申請時據實申報者，免予追訴、處罰；其進入臺灣地區參加中央機關核准舉辦之會議或活動，經主管機關專案許可免予申報者，亦同」，惟為集中研究焦點，本文研究範圍有

<sup>3</sup> 林鈺雄，新刑法總則（臺北：元照出版公司，2009 年 9 月，二版），頁 76；黃榮堅，基礎刑法學（上）（臺北：元照出版公司，2006 年 9 月，三版），頁 43。

<sup>4</sup> 「大法官釋字第 627 號解釋」（2007 年 6 月 15 日），2014 年 6 月 16 日下載，《司法院》，[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=627](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=627)。

於兩岸人民之探討，而不及於香港、澳門之居民。

綜上，按《兩岸條例》自 1992 年 9 月 18 日施行迄今，已超過 20 年。依《兩岸條例》第 3 條之 1 規定：「行政院大陸委員會（下稱陸委會）統籌處理有關大陸事務，為本條例之主管機關」，陸委會雖曾於 1997 年及 2003 年二度大幅修正，並多次微修相關條文，但迄今《兩岸條例》第 77 條從未進行修正。本文肯認此一規定對於處理時代變遷所生之法律議題，具有一定的歷史意義，惟對於因應大陸地區人民來臺之交流需求，以及防杜刑事特別犯罪二者之間的矛盾，本文認為除宜檢視因時空背景等因素，而持續賦予大陸地區人民免訴權是否合宜外，《兩岸條例》第 77 條有以下議題尚待進一步釐清：

一、在 1991 年 5 月《懲治叛亂條例》廢止後，對大陸地區人民犯內亂罪、外患罪之規範，其所欲達成回歸正常刑事法制之目的是否已達成？

二、《兩岸條例》第 77 條所建構申報免予追訴、處罰的機制，是否妥適？有無調整之必要？

三、面對未來兩岸交流的進展、防制中國大陸的政治論述，及其不放棄武力犯臺企圖等情事，《兩岸條例》第 77 條及相關規範是否符合當前司法實務運作，及有無可能回歸正常刑事法制？

為處理前揭議題，本文將試以我國法院實務見解和《兩岸條例》立法背景、相關法理等內容，進一步檢視與探討《兩岸條例》第 77 條規範意義，以及在我國刑事法制規範內，由《兩岸條例》賦予大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪，因據實申報而免予追訴、處罰之規定是否合宜等，俾供未來研究及主管機關研處之參考。

## 貳、我國司法實務見解概述與規範必要性之檢討

由於兩岸關係的特殊，許多議題已非單純的法律規範，或兼有政治之考量。本文並無意探討政治議題，惟持平來看，兩岸關係自 2008 年後，透過兩岸兩會制度化協商機制，迄今已簽署 19 項協議及達成 2 項共識，<sup>5</sup> 為兩岸人民之往

<sup>5</sup> 「兩岸協議執行成效專區」，2014 年 6 月 16 日下載，〈行政院大陸委員會〉，<http://www.mac.gov.tw/ct.aspx?xItem=102611&CtNode=7361&mp=1>。

來交流事項提供許多具體的依據或規範。例如：兩岸於 2009 年簽署之《共同打擊犯罪及司法互助協議》，業已建立協處基礎及聯繫管道，相互提供司法文書送達、調查取證、犯罪嫌疑人遣返等互助事項，自 2009 年 6 月前述協議生效迄今雙方已完成四萬多件請求案件，<sup>6</sup> 並與國際間各司法主體間之互助無異，雙方政府似已從以往的「互不承認」逐漸朝向「互不否認」。

因此，在檢視《兩岸條例》第 77 條及相關規定之前，由於此一議題兼及刑事事實體法與程序法內容，例如：大陸地區人民犯內亂罪、外患罪之行為在臺灣地區可否處罰等，本文擬利用現行實務見解，先行檢視我國《刑法》適用範圍之問題，再嘗試討論《兩岸條例》第 77 條規範大陸地區人民在臺灣地區犯內亂罪、外患罪可能之涉及刑事程序，及免訴權相關規範之必要性等。

### 一、實體方面

在實體部分，關於我國《刑法》適用範圍是否及大陸地區，或可參酌最高法院 71 年臺上字 8219 號刑事判例之意旨：「……所謂我國之領土則以固有之領域為範圍，此憲法第四條定有明文，而國家之統治權係以獨立性與排他性行使於其領土之內，此不因領土之一部分由於某種事實上之原因暫時未能發揮作用而有異。茲我國大陸領土雖因一時為共匪所竊據，而使國家統治權在實際行使上發生部分之困難，司法權之運作亦因此有其事實上之窒礙，但其仍屬固有之疆域……」，<sup>7</sup> 因此，若以此判例作為觀察基礎，實務上似有見解認為我國固有之疆域仍及於大陸地區，<sup>8</sup> 在當地之犯罪依然有我國《刑法》適用之可能。

再者，違反我國《刑法》內亂罪、外患罪各條規定之要件，雖不限於參與

<sup>6</sup> 「兩岸共同打擊犯罪及司法互助連結專區」，2014 年 6 月 16 日下載，《行政院大陸委員會》，<http://www.mac.gov.tw/ct.asp?xItem=102070&ctNode=6071&mp=1>。

<sup>7</sup> 最高法院 71 年度臺上字第 8219 號刑事判例要旨：《藥物藥商管理法》第七十二條第一項所謂輸入，係指由國外將偽藥或禁藥運輸進入我國領土者而言，至所謂我國之領土則以固有之領域為範圍，此憲法第四條定有明文，而國家之統治權係以獨立性與排他性行使於其領土之內，此不因領土之一部分由於某種事實上之原因暫時未能發揮作用而有異。茲我國大陸領土雖因一時為共匪所竊據，而使國家統治權在實際行使上發生部分之困難，司法權之運作亦因此有其事實上之窒礙，但其仍屬固有之疆域，其上之人民仍屬國家之構成員，自不能以其暫時之淪陷而變更其法律上之地位。是上訴人等由我國之大陸領域運送偽藥、禁藥是否基於販賣之意思，抑僅為單純之運送行為，分別依同法第七十三條第一項以販賣或運送偽藥或禁藥論處。

<sup>8</sup> 其他類似之實務見解如最高法院 90 年度臺上字第 4247 號刑事判決；雖最高法院 71 年度臺上字第 8219 號刑事判例業已經該院 102 年 1 月 8 日 102 年度第 1 次刑事庭會議決議不再援用，惟不再援用之理由係案內《藥事法》相關規定依《兩岸條例》第 40 條第 1 項已另有明文，尚不涉對領土或疆域之核心看法，故以下本文仍試以此判例基調進行論述。

叛亂組織，例如：中國共產黨，然參酌最高法院 80 年臺上字第 3859 號刑事判決之意旨，<sup>9</sup> 在《懲治叛亂條例》有效期間內（即 1949 年 6 月 21 日施行後至 1991 年 5 月 22 日廢止前），我國司法實務認定中國共產黨仍屬「叛亂組織」，參與該黨之黨員及其他相關人員即有違反內亂罪、外患罪之嫌。

綜合上述法院實務見解，吾人或可認為，對於大陸地區人民內亂罪、外患罪之案件，縱發生於臺灣地區以外之地區，我國仍應有管轄權；且退一步言，依《刑法》第 5 條規定：「本法於凡在中華民國領域外犯下列各罪者，適用之：一、內亂罪。二、外患罪……」，大陸地區人民即使在臺灣地區以外犯內亂罪或外患罪，仍屬我國《刑法》適用之範圍。

因此，現行《兩岸條例》第 77 條規定大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪，卻可因據實申報而免予追訴、處罰，倘依《兩岸條例》相關規範之設計，我國司法機關似有不行使管轄權之虞；但參照大法官解釋 627 號解釋，我國《憲法》關於免訴權之相關規範係對總統職位之尊崇，而於其任期內限制國家訴追機關之追訴權。然《兩岸條例》考量當時時空背景因素，賦予大陸地區人民申報免予追訴、處罰之規範，迄今是否仍符合兩岸交流現況、我方刑事法制及相關實務運作現況，不無深入檢討之處。

## 二、程序方面

在程序部分，有關免訴權之規範經大法官釋字 627 號解釋闡釋得知：「總統之刑事豁免權，不及於因他人刑事案件而對總統所為之證據調查與證據保全。惟如因而發現總統有犯罪嫌疑者，雖不得開始以總統為犯罪嫌疑人或被告之偵查程序，但得依本解釋意旨，為必要之證據保全，即基於憲法第 52 條對總統特殊身分尊崇及對其行使職權保障之意旨，上開因不屬於總統刑事豁免權範圍所得進行之措施及保全證據之處分，均不得限制總統之人身自由，例如拘提或對其身體之搜索、勘驗與鑑定等，亦不得妨礙總統職權之正常行使。」

同理，倘大陸地區人民依《兩岸條例》第 77 條規定適用免訴權之規範，我

<sup>9</sup> 最高法院 80 年度臺上字第 3859 號刑事判決要旨：預備或陰謀犯意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府者，《刑法》第一百條第二項定有處罰之明文；而「中國共產黨」為叛亂組織，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，仍係繼續參加，應負刑事責任。

國司法機關似不得開始對渠等犯罪嫌疑人或被告之偵查程序。但經查內政部入出國及移民署（下稱移民署）依《兩岸條例》第 77 條暨同條例施行細則第 69 條、<sup>10</sup> 及《大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法》第 35 條等相關規定，要求大陸地區人民申請來臺時應據實填報，且移民署會將渠等申請資料函送該管高等法院或其分院檢察署備查，此舉似有與免予追訴、處罰規範不符之處。

另外，除前述刑事訴追之程序外，實務上尚有大陸地區人民申請來臺程序之議題，需要進一步釐清。因為基於兩岸交流政策及管理的需求，依我方現行制度設計，大陸地區人民須符合一定事由，始能提出來臺之申請，例如：大陸地區人民申請來臺依親居留，須為配偶或具一定親等之親屬；或大陸地區專業人士申請來臺從事專業交流，須符申請類別之相關條件等，以確保交流有序。然依《大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法》第 13 條及《大陸地區專業人士來臺從事專業活動許可辦法》第 18 條規定觀之，大陸地區人民犯內亂罪、外患罪經專案許可來臺，即可免予申報；但《兩岸條例》第 77 條是否適宜作為實質審查大陸地區人民申請來臺之許可事由，以及本項規定和相關配套規範是否妥適，恐值審酌。

### 三、必要性之檢討

基於最高法院 71 年臺上字第 8219 號刑事判例等實務見解，我國固有之疆域仍及於大陸地區，依此見解推論之，發生於大陸地區之相關案件臺灣地區法院似仍有管轄權，更遑論依《刑法》第 5 條規定，凡在我國領域外犯內亂罪、外患罪等應適用之。綜此，大陸地區人民如有犯罪嫌疑，參酌我國《刑事訴訟法》第 228 條第 1 項規定：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情形知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查」，渠等在臺灣地區以外之地區，有犯內亂罪、外患罪之虞，檢察機關理應依法進行偵查。

<sup>10</sup> 《兩岸條例》施行細則第 69 條：在臺灣地區以外之地區犯內亂罪、外患罪之大陸地區人民，經依本條例第 77 條規定據實申報或專案許可免予申報進入臺灣地區者，許可入境機關應即將申報書或專案許可免予申報書移送該管高等法院或其分院檢察署備查。

然而，關於《兩岸條例》第 77 條原欲處理之情形，<sup>11</sup> 暫不考量歷史情感或不同政治立場等因素，在 1991 年 5 月《懲治叛亂條例》廢止後，中國共產黨既已非叛亂組織，參與該黨之大陸地區人民應不構成刑罰之要件，即無所謂犯內亂罪、外患罪之情形，更似已無發動刑事程序之必要性。甚而，在《兩岸條例》施行後，申請來臺之大陸地區人民，渠等行為倘符合我國《刑法》之構成要件等，理應依法處理，恐不宜因據實申報曾犯內亂罪、外患罪，而免予追訴、處罰，因此，《兩岸條例》第 77 條賦予渠等免訴權等是否合宜，或切合目前兩岸關係之發展，實須審慎研議及妥處。

又因《憲法》第 52 條涉及免訴權之規範，非指行為人不構成犯罪，而係為刑事訴訟程序之暫時性的訴訟障礙，然《兩岸條例》第 77 條賦予之免訴權，並無期限或相關處理規範。對照憲法及大法官解釋對總統免訴權之看法，仍有相關限制，如僅受總統任期之保護、且不包含內亂罪、外患罪或可為必要之證據保全等，1992 年 9 月 18 日《兩岸條例》施行後，申請來臺之大陸地區人民仍可能有涉嫌內亂罪、外患罪，第 77 條僅有據實申報免予追訴、處罰之規定，渠等免訴權之適用範圍及具體操作規定卻付之闕如。

現行規範將免訴權與申報方式結合，要求大陸地區人民須向主管機關申報，該申報行為之性質，恐非指法定之障礙事由，本文認為此處向主管機關申報較近似告發之性質，司法機關應為處理。惟後續是否停止偵查或審判，究應由法院或檢察署依《刑事訴訟法》第 294 條至第 297 條等「停止審判」之事由進行處理，或另有相關規範？倘此規範實需存在，主管機關應儘速研擬相關配套措施；如《兩岸條例》施行迄今並無具體個案，則此規範之必要性不無疑義，本文初步建議或可考量予以刪除，或明確適用範圍、期限等。

但如果我國主管機關確認仍有存在之必要，鑒於法貴實踐，為使《兩岸條例》第 77 條能順利運行，應有相關配套措施。為明確免予追訴、處罰之處理方

<sup>11</sup> 《兩岸條例》第 77 條立法理由如下：一、查大陸地區人民在臺灣地區以外地區犯內亂罪、外患罪，既經許可進入臺灣地區，其於申請時據實申報，如仍予追訴、處罰，似不相宜，為表示政府之寬容，爰於前段規定免予追訴、處罰。二、次查國際間或涉及兩地區人民間之會議或活動，如經主管機關核准在臺灣地區舉辦，為其會員或工作人員之大陸地區人民即有權前來參加。此時如仍要求其依本條前段規定據實申報，始免予追訴、處罰，將造成舉辦會議或活動之困擾，與我國積極參與國際活動之宗旨不符，爰設後段之規定。



式，主管機關或可參酌學者見解，將大陸地區人民申報在臺灣地區以外之地區犯內亂罪、外患罪的資料，由移民署依《兩岸條例》相關規範將申報資料送該管法院或檢察署備查，如於偵查之開始即發現，檢察官應在免訴權範圍內，停止偵查；如已開始偵查，檢察官應立刻停止偵查；如案件已起訴至法院，法院應停止審判，待日後再行恢復審判。<sup>12</sup>

## 參、《兩岸條例》第 77 條相關規定之過去、現在與未來

### 一、過去——立法背景檢視

歷經 40 年的隔絕，隨著兩岸關係的轉變及雙方交流的頻繁，政府在 1987 年 11 月 2 日基於人道考量，開放民眾赴陸探親後，兩岸關係業已擺脫早期勢不兩立的敵對狀態，逐漸邁入正常化交流之模式。因早期敵對所生之《動員戡亂時期臨時條款》實為時代的產物，政府在 1991 年 5 月 1 日宣告終止動員戡亂時期，回歸憲政常軌，並制定公布《憲法》增修條文：「有關自由地區與大陸地區間人民權利義務關係……，得以法律為特別之規定」，據為開啟兩岸正常化的往來交流之憲法依據。

此外，《兩岸條例》於 1992 年 9 月 18 日施行後，<sup>13</sup> 第 77 條即規定：「大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪，經許可進入臺灣地區，於申請時據實申報者，免予追訴、處罰」，賦予渠等申報免予追訴、處罰，以解決兩岸因歷史背景所造成的對立，及後續法規適用之疑義，俾利兩岸民眾進行正常與有序的交流。

惟依前述最高法院 80 年臺上字第 3859 號刑事判決及大法官釋字第 68 號解釋要旨：「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……」，我國司法實務似認為渠等大陸地區人民仍處於繼續犯之狀態，而該當《懲治叛亂條例》之構成要件，符合刑事實體法之規範。但依此法理，將發生大陸地區人民於 1991 年 5 月 22 日《懲治叛亂條例》

<sup>12</sup> 楊雲驊，「釋字第 627 號解釋與刑事訴訟程序」，台灣法學雜誌（臺北），第 97 期（2007 年 8 月），頁 67。

<sup>13</sup> 《兩岸條例》係於 1992 年 7 月 31 日公布。

廢止前，倘屬中國共產黨黨員，在《兩岸條例》施行後申請來臺時，因渠等所屬身分，而有涉及違反內亂罪、外患罪之繼續狀態的問題，檢察機關恐須進行後續司法程序；然依前述實務見解推論之結果，恐不符兩岸交流現實。

## 二、現在——《兩岸條例》規範及法理之探討

經分別檢視《兩岸條例》第 77 條前段及後段規定之文字，該條文前後二段規範意義應有所不同。其中第 77 條前段「大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪，經許可進入臺灣地區，而於申請時據實申報者，免予追訴、處罰」之規定，參酌該條立法理由<sup>14</sup>及本文上開論述，本文認為本項主要係說明申報免予追訴、處罰之適用對象，應指在《兩岸條例》施行前，因參與叛亂組織、受命執行相關勤務等，而符合《懲治叛亂條例》之大陸地區人民。

至於《兩岸條例》第 77 條後段「其（指大陸地區人民在臺灣地區以外之地區犯內亂罪、外患罪者）進入臺灣地區參加主管機關核准舉辦之會議或活動，經專案許可免予申報者，亦同」之規定，本文認為應為程序性規範，因參酌《兩岸條例》、《入出國及移民法》及相關子法，大陸地區人民申請來臺須依一般人民、<sup>15</sup>來臺依親居留、長期居留或定居、專業人士等不同身分，<sup>16</sup>由主管機關移民署依權責予以許可，且依前述規範，遇有重大突發事件等，得經陸委會同主管機關及相關目的事業主管機關予以專案許可，故本項規定應可認為配合兩岸人員往來整體管理制度之程序規範。

此外，參酌大法官釋字 627 號解釋之理由書，《憲法》賦予總統免訴權係基於總統為國家元首，對內肩負統率全國陸海空軍等重要職責，對外代表中華民國之特殊身分所為之尊崇與保障，且為避免因刑事訴究而干擾政府施政等。換言之，在兩岸關係逐漸邁入正常化的同時，《兩岸條例》之制定亦或參考

<sup>14</sup> 參閱註 11。

<sup>15</sup> 《大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法》第 12 條：大陸地區人民，符合下列情形之一者，得申請進入臺灣地區從事與許可目的相符之活動：一、經中央目的事業主管機關依有關許可辦法規定許可。二、遇有重大、突發事件或影響臺灣地區重大利益情形，經主管機關協調行政院大陸委員會等相關機關專案許可。三、大陸地區之非營利法人、團體或其他機構，經各該主管機關許可，在臺灣地區設立辦事處或分支機構，其所派駐在臺灣地區從事業務活動之人員。

<sup>16</sup> 《大陸地區專業人士來臺從事專業活動許可辦法》第 8 條：遇有重大突發事件、影響臺灣地區重大利益情形或於兩岸互動有必要者，得經行政院大陸委員會會同主管機關及相關目的事業主管機關，專案許可大陸地區人民申請進入臺灣地區從事與許可目的相符之活動、及同法第 8-1 條：大陸地區人民在大陸地區行政、黨務或其他公務機關（構）任職，經中央目的事業主管機關、直轄市、縣（市）政府或財團法人海峽交流基金會邀請，得向主管機關申請許可來臺從事與業務相關交流活動或會議。

《憲法》免訴權之規範，考量避免因政治分歧而動輒得咎，造成特定身分之大陸地區人民申請來臺時仍須承擔被我國司法偵審之可能，故對渠等來臺做特別之處理。

細究《兩岸條例》第 77 條規範之主體，因申請來臺之大陸地區人民，倘依我國早期司法實務認為中國共產黨（黨）屬於叛亂組織，在《兩岸條例》施行後業不符合《懲治叛亂條例》之要件。但《懲治叛亂條例》規定之「叛亂組織」的定義，是否包含「中華人民共和國」政府之公務員（政）、「解放軍」之軍職人員（軍）等，該條例與相關實務並未說明，且《兩岸條例》第 77 條立法理由並未論及，故大陸黨、政、軍人員是否等同觀之，仍應予以釐清。

本文認為因時空環境既已改變，大陸地區人民之處罰依據如為《懲治叛亂條例》，此條例廢止後有無再處罰之必要，不無檢討空間。且《懲治叛亂條例》具有濃厚的時代因素，《兩岸條例》第 77 條既已規定申報免予追訴、處罰，本於《刑法》第 2 條後段「從輕原則」規定，<sup>17</sup> 應可發生溯及既往效力，涵蓋 1992 年 9 月 18 日《兩岸條例》施行前之「大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪」之人，不因渠等屬大陸黨政軍之不同身分，而有所不同。

依學者林山田教授之見解：「內亂罪乃是以非法的方法，推翻政府、改變憲政體制，或割據領土的政治犯罪」，<sup>18</sup> 且如最高法院 80 年臺上字第 3859 號刑事判決，早期司法實務見解基於「漢賊不兩立」想法，認為中國共產黨係意圖破壞國體、竊據國土或顛覆政府等，而屬於叛亂組織。但時至今日，為了回歸憲政常軌，及處理兩岸對立期間中國共產黨之定位問題，政府在 1991 年 5 月 22 日廢止《懲治叛亂條例》，不再將中國共產黨定位為《懲治叛亂條例》內的叛亂組織，大陸地區人民單純參與該黨已非「叛徒」。故在《懲治叛亂條例》廢止後，中國共產黨既已非叛亂組織，並不直接符合《刑法》上以非法的方法，推翻政府、改變憲政體制等要件。反之，如果大陸地區人民有構成內亂罪、外患罪之虞，倘符合我國《刑法》之構成要件等，相關機關理應依法處理，以為公允。

<sup>17</sup> 《刑法》第 2 條規定：行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人……者，適用最有利於行為人之法律。

<sup>18</sup> 林山田，刑法各罪論（下冊）（臺北：元照出版公司，2006 年 11 月，修訂五版），頁 29。

另外，不論大陸主張之「一國兩制」或我方主張之「一中各表」，大陸地區人民是否符合我國《刑法》第 103 條及第 104 條外患罪規定「通謀『外國』或其派遣之人……」，在目前特殊的兩岸關係下，相關構成要件恐有深入討論的空間。本文認為政府制定《兩岸條例》已採「互不承認主權、互不否認治權」為主要立法精神，參酌現行法制及前開實務見解，在現實的支配領域及刑事管轄權範圍內，我國相關機關仍可針對個案進行偵處，因此，《兩岸條例》及相關規定並未排除大陸地區人民構成內亂罪、外患罪之可能。

### 三、未來——建立有序的兩岸交流環境

依《兩岸條例》第 1 條前段規定：「國家統一前，為確保臺灣地區安全與民眾福祉，規範臺灣地區與大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事件，特制定本條例」，《兩岸條例》之施行，除釐清兩岸民眾權利義務關係外，尚須處理《動員戡亂時期臨時條款》、《懲治叛亂條例》、及《憲法》增修條文等相關規範之施行與廢止時間點的問題，俾利因應不同時期之政治因素或時空背景，但也可能因此造成規範適用上之混淆，《兩岸條例》第 77 條或為適例。

依照「法律不溯及既往」原則，法律經公布施行後，始生效力，故只能對法律公布施行後所發生之法律事實發生效力；而對於法律公布施行前之法律事實，不能加以適用。<sup>19</sup> 基此，本文認為在 1992 年 9 月 18 日《兩岸條例》施行前，大陸地區人民如有構成內亂罪、外患罪等行為，依此法理，在施行後本不發生追訴、處罰之效力。但是參酌前述最高法院 80 年臺上字第 3859 號刑事判決等實務見解，對於《懲治叛亂條例》廢止前，涉有內亂罪、外患罪之大陸地區人民，且依前開大法官釋字第 68 號解釋闡述之繼續犯的法理，<sup>20</sup> 該段期間內之行為仍在追訴、處罰之列，實不符兩岸交流現況。

因《懲治叛亂條例》具有濃厚的時代因素，政府既已於 1991 年 5 月 22 日廢止該條例，故大陸地區人民在廢止前之相關行為，或可依「法律不溯及既

<sup>19</sup> 許澤天，刑事訴訟法論(1)，頁 32。

<sup>20</sup> 詳見大法官釋字第 68 號解釋：凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加。如其於民國 38 年 6 月 21 日《懲治叛亂條例》施行後仍在繼續狀態中，則因法律之變更並不在行為之後，自無《刑法》第二條之適用。至罪犯赦免減刑令原以民國 35 年 12 月 31 日以前之犯罪為限，如在以後仍在繼續犯罪中即不能援用。另釋字 556 號提及因《懲治叛亂條例》廢止，與該件解釋意者不符部分應予變更乙節，另如後述。

往」原則予以處理。又，為利兩岸交流，大陸地區人民縱使犯內亂罪、外患罪，在 1992 年 9 月 18 日《兩岸條例》施行後，依《兩岸條例》第 77 條規定於申請來臺時據實申報即免予追訴、處罰。

綜上，對於大陸地區人民在臺灣地區以外之地區犯內亂罪、外患罪者，倘依上開論述，於 1991 年 5 月 22 日《懲治叛亂條例》廢止前不予處罰、1992 年 9 月 18 日《兩岸條例》施行後也不予處罰，惟因大法官釋字第 68 號解釋內繼續犯之觀點，卻可能處罰 1991 年 5 月 22 日《懲治叛亂條例》廢止後至 1992 年 9 月 18 日《兩岸條例》施行前之行為，此舉實有違常理。本文認為，立法者既已透過相關規定，將過去兩岸對立狀態下大陸地區人民參與中國共產黨所生的問題，做妥適之處理，且參酌我國《刑法》第 2 條後段「從輕原則」規定及大法官釋字 556 號解釋，<sup>21</sup>《兩岸條例》第 77 條適用範圍應可涵蓋《懲治叛亂條例》廢止後至《兩岸條例》施行前「大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪」之情形。

此外，兩岸時空環境既已改變，原對於來臺大陸地區人民控以內亂罪、外患罪之處罰依據如為《懲治叛亂條例》，該條例廢止後有無再強調追訴、處罰之必要，及《兩岸條例》第 77 條暨相關規定是否符合現今兩岸交流及司法實務現況等，皆不無檢討空間。本文認為，《兩岸條例》第 77 條係依免訴權之概念，雖大陸地區人民在我國《刑法》效力範圍之內犯內亂罪、外患罪，符合《刑法》構成要件，但立法者基於種種考量，讓這些大陸地區人民得免受特定追訴行動。政府既已為當時情狀作出政策決定，何妨因應兩岸關係進展而讓法規與時俱進。

<sup>21</sup> 詳見大法官釋字第 556 號解釋：……本院釋字第 68 號解釋前段：「凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加」，係針對懲治叛亂條例所為之釋示，茲該條例已經廢止，上開解釋併同與該號解釋相同之本院其他解釋（院字第六六七號、釋字第一二九號解釋），關於參加犯罪組織是否繼續及對舉證責任分擔之釋示，與本件解釋意旨不符部分，應予變更。……。

## 肆、結論

大陸地區人民是否構成犯罪而適用我國法律，應依具體個案事實，由我國司法機關依我國《刑法》、《刑事訴訟法》等規範進行偵處為妥，已如前述。因《兩岸條例》自 1992 年 9 月 18 日施行迄今，陸委會雖於 1997 年及 2003 年二度大幅修正，皆未修正第 77 條之規定，但似不代表相關規範無調整之必要。

為釐清相關規範內容，本文先就《兩岸條例》第 77 條規定之「大陸地區人民在臺灣地區以外之地區，犯內亂罪、外患罪」者，以及 1991 年 5 月在《懲治叛亂條例》廢止前後是否「參與叛亂組織」和是否該當「內亂罪、外患罪之構成要件」等因素作為區分標準，試將《兩岸條例》第 77 條暨同條例施行細則第 69 條申報免予追訴、處罰之可能適用情形如附表所列：

附表：《兩岸條例》第 77 條適用情形（本文觀點）

《懲治叛亂條例》廢止前		《懲治叛亂條例》廢止後	
參與叛亂組織 ✓ 該當內亂外患罪要件 ✓	適用 (據實申報可免 以追訴處罰)	參與叛亂組織 ✓ 該當內亂外患罪要件 ✓	不適用 (仍應追訴處罰)
參與叛亂組織 ✓ 該當內亂外患罪要件 ✕	適用	參與叛亂組織 ✓ 該當內亂外患罪要件 ✕	無需適用
參與叛亂組織 ✕ 該當內亂外患罪要件 ✓	適用	參與叛亂組織 ✕ 該當內亂外患罪要件 ✓	不適用
參與叛亂組織 ✕ 該當內亂外患罪要件 ✕	無需適用	參與叛亂組織 ✕ 該當內亂外患罪要件 ✕	無需適用

資料來源：作者自行整理

由上表可知，在 1991 年 5 月 22 日《懲治叛亂條例》廢止後，中國共產黨已非屬叛亂團體或犯罪組織，參與該黨之黨員亦已不符參與叛亂組織之要件，自不當然該當內亂罪、外患罪之構成要件。又《兩岸條例》第 77 條既已對當時時空因素做出政策性決定，讓參與共產黨之大陸地區人民申請來臺據實申報者，可免予追訴、處罰，故本文認為，現今大陸地區人民是否符合內亂罪、外患罪，應由我國司法機關依具體行為進行後續偵處。

俗話說：「往者已矣，來者可追」，因現今中國共產黨倘已非屬叛亂團體或犯罪組織，參與該黨之大陸地區人民自不當然符合內亂罪、外患罪之構成要件。在《兩岸條例》施行後，政府亟謀建構正常化之交流模式，俾使雙方交往有序，因此，本文初步建議大陸地區人民是否符合內亂罪或外患罪，仍應依具體個案事實，由我國司法機關依我國《刑法》、《刑事訴訟法》等規範進行偵處為妥，而非逕行適用《兩岸條例》第 77 條關於免訴權之規定。

另據瞭解，為使《兩岸條例》符合交流現況，陸委會刻正進行通盤檢討修正，且依該會近期完成之民意調查，多數（72.4%）民眾認為政府全面檢討並分階段修正《兩岸條例》，符合民眾實際需求，並能落實來臺灣的大陸人民的人權及平等權（67.5%），對於政府規劃分階段進行《兩岸條例》修法政策亦予以肯定。<sup>22</sup> 因此，雖《兩岸條例》第 77 條涉及兩岸關係之敏感核心，惟為使《兩岸條例》規範更能符合雙方交流現況，樂見在不久的將來，《兩岸條例》第 77 條及相關規範或許能納入我政府通盤檢討、分階段修法規劃之內。

<sup>22</sup> 「陸委會：多數民眾支持政府優先推動擴大與深化兩岸交流、兩會互設辦事機構、通盤檢討修正兩岸條例三項重點工作」（2013 年 1 月 3 日），2014 年 6 月 16 日下載，〈行政院大陸委員會〉，[http://www.mac.gov.tw/ct.asp?xItem=103779&ctNode=5649&mp=1&xq\\_xCat=2013](http://www.mac.gov.tw/ct.asp?xItem=103779&ctNode=5649&mp=1&xq_xCat=2013)。