

陸海空軍刑法製造軍用武器彈藥之研究 — 自實體面及程序面談起*

李 瑞 典**

目 次

案 例

壹、前言

貳、製造武器彈藥之刑事規範暨實務適用

一、相關法條暨實務見解

二、小結

參、軍刑法第65條與槍砲條例第12條之關係

一、實體法上之適用

二、程序法上之適用

肆、軍刑法第65條法定刑之合憲性

一、罪刑相當原則問題

二、比例原則問題

伍、檢討與建議（代結論）

一、修正客體範圍

二、修正法定刑度

關鍵字：陸海空軍刑法、軍用武器彈藥、軍事審判法、罪刑相當原則。

Keywords：Criminal Code of the Armed Forces of R.O.C., the Military Arms or Ammunition, Code of Court Martial Procedure, The Principle of Crime-Punishment Equivalence.

* 本文荷蒙國防部法制司司長謝添富先生及臺灣臺中地方法院法官林大為先生斧正點撥，惠賜寶貴研修意見，始得順利完成；另對於二位匿名審查人審稿之辛勞，均藉此表達誠摯感謝。惟如論著有任何疏漏，仍由作者自負文責。

** 李瑞典，北部地方軍事法院檢察署檢察長，國防大學法律研究所碩士。



摘要

某現役軍人於家中製造手槍用子彈，有認該當陸海空軍刑法未經許可製造軍用彈藥，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑；有認該當槍砲彈藥刀械管制條例未經許可製造子彈，處一年以上七年以下有期徒刑。兩者刑度迥異，亦攸關軍法審判或司法審判，係罪刑法定原則及罪刑相當原則之重要議題。而此關鍵在於所謂「軍用武器、彈藥」究指現供國軍使用之制式軍用武器、彈藥，抑指性質上能供或足供軍事上使用，容有討論空間，本文以法條及歷史研究法併實證分析法釐清相關疑義，並佐以外國法例，提出修法建議。

The Study of the Military Arms or Ammunition in Criminal Code of the Armed Forces of R.O.C., Art. 65-Substantial and Procedural Legal Issues

Li, Ruei-Dian

Abstract

A soldier who makes pistol bullets at home could be charged with "manufacturing military ammunition without authorization" in Criminal Code of the Armed Forces, which shall be punished with death, life sentence or imprisonment for no less than ten years; it could also be charged with "manufacturing bullets without authorization" in Act of Guns, Ammunition and Knives Control, which shall be punished with imprisonment for no less than one year and no more than seven years. The huge disparity of two convictions concerning the choice of court martial or judicial proceedings is an important issue relating to the principle of crime-punishment equivalence and the maxim of nulla poena sine lege. The key problem is whether the construction of "military arms or ammunition" should only contain weapons and ammos that officially used in national defense system or could refer to those could be, or are sufficient to be, used for military purpose in nature. This article will answer these questions by historical analysis, empirical methods and foreign examples while providing legislative suggestions.

案 例

某現役軍人於家中製造手槍用具殺傷力子彈，實務上，有認適用陸海空軍刑法（以下簡稱軍刑法）第65條「未經許可，製造軍用武器或彈藥者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」；有認適用槍砲彈藥刀械管制條例（以下簡稱槍砲條例）第12條「未經許可製造子彈者，處一年以上七年以下有期徒刑。」。兩者刑度迥異，亦關係軍法審判或司法審判，容有討論空間。

壹、前 言

案例中被告以何罪刑相繩，軍法實務有不同看法，甲說認陸海空軍刑法第65條所稱之「軍用武器、彈藥」指現供國軍使用之制式軍用武器、彈藥，被告於家中所製造之子彈，雖具殺傷力，惟非現供國軍使用之制式軍用彈藥，應以槍砲條例之「未經許可製造子彈」處斷¹；乙說逕指被告適用槍砲條例「未經許可製造子彈」罪，惟未附理由²；丙說乃謂「軍用武器、彈藥」指性質上能供或足供軍事上使用，即具有殺傷力者，並非以「現供」軍用且屬制式者為限，是製造具有殺傷力能供軍事上使用之子彈，乃軍刑法第65條「未經許可，製造軍用彈藥」及槍砲條例「未經許可製造子彈」二法條競合，又後

者係前者之特別規定，按特別法優於普通法，本應適用槍砲條例第12條，惟該條例第21條「犯本條例之罪，其他法律有較重處罰之規定者，從其規定。」是仍應依較重之軍刑法第65條處斷³；另國內學者專論有謂，「國軍非制式之武器彈藥如經鑑定後審認係可供軍事上使用時，即非無軍刑法第65條之適用，…惟槍砲條例為該法之特別法，如未經許可，製造、販賣或運輸改造手槍者，仍應由軍法機關依該條例之規定訴追處罰。」、「本罪與刑法…，槍砲條例第7條…、第12條…之規定相類，惟各該罪法定刑均較本罪為輕，因本法為刑法之特別法及依管制條例第21條之規定，現役軍人犯之者，仍應依本條規定處斷。」⁴，此見解前段有關軍用武器彈藥指性質上能供或足供軍事上使用，非僅指國軍制式，而後段雖謂該條例為軍刑法之特別法，尚指製造、販賣或運輸等行為態樣等部分法條，而非槍砲條例全部條文，應可認係採丙說。

另按現役軍人犯軍刑法或其特別法之罪，依軍事審判法之規定追訴審判（軍事審判法第1條），是前揭三種不同見解，同時牽動軍、司法審判權之劃分。甲說者，因制式國軍使用之子彈不同於被告自製之子彈，規範客體不同，槍砲條例全般規定，亦非均屬軍刑法之特別法，是本案軍法機關對被告無審

¹ 前國防部北部地方軍事法院桃園分院檢察署軍事檢察官93年國偵處字第044號不起訴處分書、國防部中部地方軍事法院檢察署92年中偵字第341號不起訴處分書、國防部南部地方軍事法院檢察署軍事檢察官92年平處（二）字第180號不起訴處分書參照。

² 國防部北部地方軍事法院94年信審字第330號判決、國防部南部地方軍事法院96年訴字第240號判決、國防部北部地方軍事法院96年訴字第225號判決、國防部高等軍事法院高雄分院97年上更一字第002號判決等參照。

³ 國防部高等軍事法院高雄分院93年高判字第183號判決、國防部南部地方軍事法院97年重訴字第004號判決參照。

⁴ 謝添富、趙晞華，〈陸海空軍刑法修正經過及修正內容析研（十二）〉，《軍法專刊》，92年7月，第49卷第7期，頁7、8。



判權；乙說者，為何由軍法審判？因未附理由，難見端倪；丙說者，因認槍砲條例係第12條「製造子彈」係軍刑法第65條「製造軍用彈藥」之特別規定，自應歸軍法審判。

本文以為，上揭實體或程序之不同見解，徵結在(一)軍刑法「軍用」武器彈藥是否該當刑法「軍用」槍砲，即軍刑法第65條「軍用武器彈藥」之解釋論；(二)軍刑法第65條與槍砲條例第12條之關係，即兩者間究普通法與特別法關係，或包攝存在之特別關係，抑競合問題？釐清爭點後，為圖定紛止爭，尋求問題根本解決之道，本文將進一步論述軍刑法第65條法定刑之合憲性，並提出修法建議。

貳、製造武器彈藥之刑事規範暨實務適用

大陸法系國家，因採成文法主義，法律原則乃自立法者所制定之法律中演繹而出，並非從各種判例中歸納而來。因之，法條較判例為重要，立法較司法為優越，故研究方法上，首重法條研究法⁵。惟除前揭解釋法律，藉以探求立法意旨以外，另從歷史研究的觀點，尚須著眼於法律體系的形成過程以及社會制度的觀察，並以系統研究的方法，就法律有關的各種型態及支配關係，包括形成概念的相關因素，以及對法規的內在關係，法律整合及法律漏洞等問題的研究，以求法律的合理性⁶；另由於法律之適用主要體現於法官之判決書中，經由實證分析長期累積形成之判決，可得知不同法官對於相同法律適

用之情形，透過各個時期之判決見解，亦得窺知法律解釋與社會變遷之相互關係。本文將以法條及歷史研究法併實證分析法加以分析探討，以釐清軍刑法「軍用武器彈藥」與刑法「軍用槍砲」，兩者有關「軍用」之解釋是否相同？而「軍用槍砲」究係「現供國軍使用之制式武器」、「能供軍事上使用」，抑「具有軍事上直接效用」，進而辨明軍刑法第65條所謂軍用彈藥與刑法第186條之軍用槍砲（彈藥部分）及槍砲條例第12條之子彈三者間之涵攝情形。

一、相關法條暨實務見解

茲就軍用槍砲取締條例、刑法第186條軍用槍砲、軍刑法於民國（下同）90年修正前後之「槍械、彈藥、械彈」、「軍用武器或彈藥」及槍砲條例等規範研究分析如下：

(一)軍用槍砲取締條例

我國對於武器管制之法制化，有17年所公布施行之軍用槍砲取締條例，乃在補充舊刑法之不足，並作為管制之依據。嗣20年，現行刑法之起草委員會將該條例納入公共危險罪章內，即為現行刑法第186、187條。由於民國肇建初，國家動亂不安，各省軍閥割據，當時槍砲均為軍人或民團使用，為取締當時於武裝團體使用之槍砲流竄民間，而制定軍用槍砲取締條例，所以「私藏軍用槍砲，依軍用槍砲取締條例第1條或第2條之規定辦理」⁷、「保衛團丁攜械潛逃，如所攜之械係軍用槍砲、子彈者，適用軍用槍砲取締條

⁵ 羅傳賢，《立法程序與技術》，五南出版社，97年7月5版1刷，頁95。

⁶ 同前註，頁88、89。

⁷ 司法院18年院字第49號解釋，私藏軍用槍砲，應分別情形，依前軍事委員會於上年10月間呈准備案之軍用槍砲取締條例第1條或第2條之規定辦理。河南高等法院原函：…茲有張甲私藏槍砲案經訊明。惟查現行刑法對於此種行為並無專條治罪，本法第200條雖有意圖供犯罪之用而製造或持有炸藥、棉花藥、雷汞及其他相類似之爆裂物等語。而對於私藏槍砲一層，並未明文規定，…。

例第2條」⁸、「軍用槍炮取締條例所謂持有軍用槍炮子彈，無論所持有者為槍或炮或僅持有子彈，苟係屬於軍用者，即合於該條例之犯罪條件。」⁹從前揭判解、判例意旨及作者蒐集之資料觀，當時軍用槍炮取締條例所規範客體是否專指「軍人或民團」使用中之槍彈，並未明確，尚難定論。

(二)刑法軍用槍砲

現行刑法公布施行前，暫行新刑律第200條只有「炸藥、棉花藥、雷汞及其他相類之爆裂物」規定，雖未規範槍砲彈藥，惟當時尚有軍用槍炮取締條例適用，迄24年現行刑法公布施行，軍用槍炮取締條例因係對舊刑法之補充法規，按照後法優於前法之原則，自屬當然失效¹⁰。而刑法第186條（單純危險物罪）：「未受允准，而製造……爆裂物或軍用槍砲、子彈……。」；同法第187條（加重危險物罪）：「意圖供自己或他人犯罪之用，而製造……爆裂物或軍用槍砲、子

彈者……。」條文所稱「軍用槍砲、子彈」，實務見解彼此間尚有出入，初期司法院25年有謂能供軍事上使用者而言¹¹，非以專供軍用者為限，同此見解者有司法院31年院字第2422號解釋、司法院33年院字第2781號解釋、最高法院46年台上字第112號判例、前司法行政部58年6月12日(58)台令刑(二)字第4498號函釋、前司法行政部60年4月25日(60)台函刑(四)字第5189號函釋、最高法院70年度台上字第1697號裁判、最高法院72年度台上字第2582號裁判等；繼而最高法院73年台上字第1689、5498號判例進一步要求必須具有軍用槍之效用或具有軍事上直接效用者，並非如一般觀念凡槍砲子彈均可供軍用，然所謂軍事上效用，實務上有認為「均具殺傷力」¹²，顯可供軍用，而屬於軍用槍枝、子彈（最高法院82年度台上字第4073號裁判）將「殺傷力」視同「可供軍用」¹³；亦有不同見解認為具有殺傷

⁸ 司法院18年院字第60號解釋，保衛團丁攜械潛逃，應構成刑法第357條之罪，如所攜之械係軍用槍砲、子彈者，並應適用軍用槍炮取締條例第2條及刑法第9條、第74條處斷。

⁹ 最高法院24年上字第5089號判例，軍用槍炮取締條例所謂持有軍用槍炮子彈，無論所持有者為槍或炮或僅持有子彈，苟係屬於軍用者，即合於該條例之犯罪條件。

¹⁰ 最高法院25年非字第256號判例要旨，軍用槍炮取締條例為17年10月25日呈准施行，關於製造、持有、販運或買賣軍用槍、炮、子彈各罪，均為舊刑法所未規定，現行刑法則已於公共危險罪章分別設有治罪明文，是前項條例，係對於舊刑法之補充法規，在刑法施行後，雖未經明令廢止，按照後法優於前法之原則，自屬當然失效。

¹¹ 司法院25年院字第1572號解釋「刑法上所謂軍用槍砲，係指能供軍事上使用而言，來文所稱雙響粉槍，是否能供軍用，應由軍事機關鑑定，非解釋問題。」。

¹² 有關實務上槍枝殺傷力之認定標準如下：「殺傷力的標準為在最具威力的適當距離，以彈丸可穿入人體皮肉層之動能為基準。殺傷力係屬客觀的事實，與刑法上殺人、重傷、傷害等尚涉及行為人主觀上之犯意者無關。關於殺傷力之相關數據：（1）美國軍醫總署定義：彈丸撞擊動能達58呎磅（約為78.6焦耳），則足以使人喪失戰鬥能力。（2）內政部警政署刑事警察局對活豬作射擊測試結果，彈丸單位面積動能達每平方公分24焦耳時，足以穿入豬隻肉層。（3）依日本科學警察研究所之研究結果，彈丸面積動能達每平方公分20焦耳時，足以穿入人體皮肉層之事實。（司法院秘書長81年6月11日秘台廳字第06985號函釋參照）」

¹³ 相同見解有臺灣高等法院臺南分院86年度上更(一)字第116號判決「按本件扣案之槍、彈均具殺傷力，其性能均可供軍用，……」。最高法院89年度台上字第2693號刑事判決「刑法第187條之軍用



力並非一定可供軍用（最高法院 81 年度台上字第 4418 號裁判），而應由軍事機關鑑定¹⁴；而前臺灣警備總司令部對於鑑定曾函示「經鑑定結果，目前歹徒以殺人逞兇之各式鋼筆手槍，具有致人於死之殺傷力，其鋼筆型催淚劑可使人喪失抵抗力，均可作為偷襲、暗殺、挾制等軍事上數種用途之軍用槍枝。」¹⁵；另最高法院 87 年度台上字第 4014 號判決亦曾引用前司法行政部 67 年 10 月 4 日 67 函刑字第 08677 號及聯勤總司令部 67 年 9 月 15 日 67 製佳字第 09209 號函說明「是否可供軍用，應以其是否具有可供偷襲、暗殺、挾制等軍事上特種用途為認定之標準」¹⁶。

（三）修正前軍刑法

90 年修正前軍刑法第 79 條：「私製槍械、彈藥者，處死刑或無期徒刑。（第 1 項）前項之未遂罪罰之。（第 2 項）」本條文在槍砲條例未公布施行前，學者有認本條第 1 項所指「槍械」，指一切槍砲、擲彈筒、火焰、放射器，凡具有殺傷力之軍用武器均屬之。所指「彈藥」，亦不限於槍砲彈丸，如火箭彈、黃色炸藥、地雷、魚雷、雷線、雷管，及其他具有爆炸之物品，均包括在內¹⁷。而同法第 77 條第 1 項：「盜賣械彈者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；其盜賣於盜匪者，處死刑。」在槍砲條例未公布施行前，

學者認本條所稱「械彈」，應從廣義解釋，係指有關軍事上直接效用之械彈，凡刀、槍、砲、彈藥、火箭、魚雷、擲彈筒、放射器等均屬之¹⁸，然上揭械彈，是否包括國軍制式以外之械彈，未見進一步說明。另第 79 條行為客體中之「槍械、彈藥」與第 77 條之「械彈」應否同一解釋，因當時軍刑法條文並無章節區分，尚難依體系解釋為斷。本文認為，既是「私製槍械、彈藥者」當非「現國軍使用之制式槍彈」，而「盜賣械彈」旨在保護軍用物資，所盜賣者當屬「公用或公有械彈」，兩者客體迥異，乃當然解釋。

（四）修正後軍刑法

現行軍刑法平時以軍人為犯罪主體，非軍人只有在戰時特定犯罪例外適用，係著重於軍人所制定之特別刑法。由於軍事法益保護為軍刑法重要目的，所以 90 年修正後新法特點之一，即引置刑法及其特別法中，將影響軍紀、作戰及社會治安之罪名，成為軍刑法之罪名，彰顯「注意軍人權益，與民同罪同刑」，換言之，如被告不會因具軍人身分較易犯罪，或社會大眾不因被告具軍人身分而有特別感受，在侵害法益無所差異下，法定刑即不宜重於非軍人¹⁹，合先澄明。而軍刑法第 65 條「未經許可，製造、販賣或運輸軍用武器或彈藥……。」所稱「軍用武器或彈藥」之範圍是否包括非制式武器或彈藥，

槍彈，係指該槍彈能供軍事上使用而言，並不以軍用制式槍彈為限，本件被告所持槍枝係玩具槍改造，具有殺傷力，可供軍用，……」。

¹⁴ 最高法院 74 年度台上字第 4953 號裁判：「刑法第 187 條之加重危險物罪，其構成要件，以供犯罪所用之槍枝及子彈能供軍事上使用為限，而槍彈是否能供軍用應由軍事機關鑑定之。」

¹⁵ 臺灣警備總司令部 67 年 9 月 26 日謁字第 48885 號函，參蔡文亮，〈槍砲彈藥刀械管制條例立法及實務之研究〉，《司法研究年報第二十輯第十六篇》，司法院印行，89 年 11 月，頁 76。

¹⁶ 同前註，頁 76。

¹⁷ 刁榮華，《特別刑法各論》，漢林出版社，72 年 9 月，頁 199。

¹⁸ 刁榮華，《特別刑法實用》，漢苑出版社，65 年 5 月，頁 197、198。

¹⁹ 李瑞典，〈淺釋新修正陸海空軍刑法〉，《陸軍學術月刊》，91 年 5 月 1 日，第 38 卷第 441 期，頁 93。

有截然不同主張，理由各執一詞，以最高軍事法院 90 年 10 月份法律座談會²⁰及最高軍事法院檢察署 90 年 10 月 24 日法律問題座談會結論較具代表²¹，本文綜整座談會及學者論著所持理由如下：

1. 否定說認為軍用武器彈藥尚非僅指國軍自制武器彈藥

(1)軍刑法第 65 條於行政院版草案原規定於第 59 條，條文中本有「可供」二字，於立法院一讀會後之專案研究期間，經研討後，基於法律用語之一致性，刪除「可供」二字，以與刑法第 186 條、第 187 條之法律用語一致。

(2)解釋法律應考究其立法目的，以探求立法真意，法律適用始不致悖離其規範目的。軍刑法第 65 條參諸立法院議案關係文書，其立法理由謂：「二、鑑於現行條文『私製』之行為，尚不足以處罰相關犯罪行為之態樣，爰參照槍砲條例第 7 條之規定，將『私製』修正為『製造、販賣或運輸』，期能達成維護社會秩序之需求。……四、……，與黑槍氾濫及治安惡化，不無助長因素，……」云云，足證本條立法，非祇在維護軍實，其為確保社會安寧秩序，尤為重要之目的。是解釋本條「軍用」武器彈藥，自不宜拘泥於僅以現供部隊使用之制式武器彈藥為限，否則，如未經許可，製造、販賣或運輸國軍測試完成而尚未撥交部隊使用之武器彈藥，反不受本罪之處罰，當非立法本旨。

(3)刑法所謂「軍用」，係指能供軍事上

使用而言（25 年院字第 1572 號解釋），而軍用武器（包括刺刀，及特種部隊所使用之十字弓、藍波刀、絞繩等）之範圍與槍砲條例第 4 條所列槍砲彈藥刀械之範圍仍有差異。題意所指「非制式」軍用武器，似指非屬國軍武器裝備表所列之武器，惟如該武器經鑑定後審認係可供軍事上使用時，即非無軍刑法之適用。至於改造手槍，如係將市售之玩具槍或模型槍加以改造，如不能供軍事上使用，自不在軍刑法第 65 條規範之內。

(4)最高軍事法院更於 92 年 7 月函釋²²補充理由謂，關於軍刑法第 41、58、59、61、64、65 等各條規定之武器、彈藥等，均指「可供」，固包括「現供」，但非僅以「現供」為限，故平時於海巡軍人仍有其適用，理由如下：(1)軍刑法第 65 條原草案「可供」二字，係將實務之見解法制化，終經刪除，僅在使與刑法第 186、187 條之用語一致，無損「期能達成維護社會秩序之需求之立法目的」。至第 64 條之「軍用」武器彈藥，前經本院座談結果，參照司法院 25 年院字第 1572 號解釋，認為係指能供軍事上使用而言，不以現僅供部隊使用之制式武器彈藥為限。同法第 41 條之槍彈等武器外流，對社會治安危害甚鉅、第 61 條處罰所生軍事上或公眾之具體危險，兼以保護軍實之立法目的相同，亦應作相同之解釋，此外第 58、59 條係依其在軍事作用上之重要性而為分類，亦同。(2)茲再補充歷來實務及學者見解供參²³：……」。

(5)軍法實務上採此說者有國防部高等軍

²⁰ 最高軍事法院 90 年 11 月 23 日（90）法忠字第 0711 號函，收錄於《法律座談問題研究彙編（第一輯）》，92 年 7 月，國防部軍法司印行，國防部最高軍事法院編輯，頁 515、516。

²¹ 最高軍事法院檢察署 90 年 10 月 29 日（90）法孝字第 0528 號函附座談會結論。

²² 國防部最高軍事法院 92 年 7 月 18 日審雄字第 0423 號函附表，收錄於國防部軍法司編印，《軍法法令彙編》通用—函示—058，93 年 8 月，頁 369、370。

²³ 司法院解釋 23 院 1101 之 5「軍刑法第 78 條（舊法）之軍用品，凡「供給」軍用之物品，均包括在



事法院高雄分院 93 年高判字第 183 號判決「所謂『軍用武器』，乃指性質上能供或足供軍事上使用，即具有殺傷力者而言，並非以『現供』軍用且屬制式者為限，與軍刑法第 64 條第 2 項所謂之『軍用物品』，泛指該物品於軍事上有直接之效用者，顯然有所差別。」

(6)學者有謂軍刑法第 64 條「竊取或侵占軍用武器或彈藥」所稱「軍用」，與刑法第 186 條、第 187 條用語相同……。故而所謂「軍用」應指能供或足供軍用即足，均不以現供軍用且屬制式者為限，並應與第 58 條、第 59 條及第 65 條之軍用武器彈藥為相同之解釋²⁴。

2. 肯定說認為軍用武器彈藥僅指國軍自制武器彈藥

(1)軍刑法所規範之「軍用武器」，參考行政院送立法院之一讀條文及立法說明，原均訂為「可供軍用之武器」或「武器」（原草案第 58 條、第 59 條），依此文字本可解釋為，凡可供軍用或可稱為武器者均屬之，但三讀通過之條文將其一律修正為「軍用武器」，則從立法及文義解釋上，自不宜再以「可供軍用」為判斷「軍用武器」範圍之標準。

(2)解釋法律除文義解釋外，並應注意體系解釋，軍刑法第 64 條、第 65 條均有「軍

用武器」之明文，若將軍用武器解釋範圍擴大，則行為人如何竊取或侵占非「現供國軍使用之制式武器」，勢將產生解釋上矛盾及認定上之困擾，故軍刑法所規範之「軍用武器」，應以現供國軍使用之制式軍用武器為認定標準，至於其範圍形式，應就具體個案請權責單位提供鑑定意見，以為判斷之依據。

(3)法規為公文語體之一，用字遣詞應力求一貫和統一，同一文字在全部法條裡必須表示同一觀念或意思，在同一法規不同法條上，若運用不同詞語，在法規解釋上應代表不同含義²⁵。觀軍刑法第 64 條「竊取或侵占械彈罪」，以及同法第 65 條之「違法製造販賣軍火罪」，既置於該法第五章「其他軍事犯罪」之罪章下，則該章有關「軍用武器」之定義解釋自應統一，查該章關於軍用武器之條文計有第 58 條「毀壞直接供作戰軍用設施物品罪」、第 59 條「毀壞重要軍用設施物品罪」、第 61 條「遺失武器彈藥罪」等，其中所指軍用武器、彈藥，應指國軍制式或武器裝備表所列之武器、彈藥，而非僅以可供軍用作為標準。復參照前述最高軍事法院檢察署之見解，遵循法律應有之體系解釋，同時兼顧事實面及法理面上之衡平，軍刑法第 64 條、第 65 條軍用武器彈藥之定義，應以國軍制式槍彈為客體，始屬妥適。如捨同一

內」、23 院 2165「軍政部所屬兵工廠儲備之火藥，自屬軍用品，現役士兵竊取此項火藥，依國防最高委員會第 51 次常會決議，應以盜賣軍用品論罪……」、25 院 1572「刑法上軍用槍砲，係指『能供』軍事上使用者而言。來文所稱雙響粉槍是否能供軍用？應由軍事機關鑑定，非解釋問題。」、33 院 2781「為匪徒所持之土製手槍裝用機制彈藥，果與軍用槍枝之效用無異，自應認為刑法第 186 條之軍用槍枝。」、35 院解 3318「軍用航空廠庫器材，以『足供』軍事上直接效用者為限，不問平時戰時均應認為軍用物品。」、軍事委員會 29 年 4 月 15 日刪電「凡供軍用之交通器材，自應認為軍用物品。」另學者見解有趙琛「軍用槍砲子彈，係就其品類，『足供』軍事需用者而言，非謂具體之物現供軍用也（刑法分則實用上冊第 276 頁）」、褚劍鴻「軍用槍砲子彈，仍指性質上『能供』軍事上使用，即具有殺傷力者而言，並非以現供軍用者為限（刑法分則釋論上冊第 427 頁）。同前註，頁 371、372。

²⁴ 同註 4，頁 1 以下。

²⁵ 同註 5，頁 150。

部法典應表示同一觀念或意思之原則，卻取刑法與軍刑法兩部不同法典，而要求用語一致，有本末倒置之嫌。更何況「軍用槍砲」與「軍用武器或彈藥」尚非用語一致，不宜斷章取義。

(4)按法治國家在立法實務上，認為刑事法規之明確程度，必須足以表明何種刑責應負刑責，更有主張若使「通常智力之人」必須猜測法規之含意並在適用上產生不同意見時，即所謂「不確定法律概念」，而法規之「不確定法律概念」之解釋，當予限縮至最小範圍，以免影響人民權益，軍刑法「軍用武器」之含義，既有前揭「使通常智力之人必須猜測法規之含意並在適用上產生不同意見」，屬「不確定法律概念」，宜限縮解釋為國軍制式武器。

(5)軍法實務上採此說者有「軍刑法第 65 條所稱之『軍用武器』指現供國軍使用之制式軍用武器為限。從而槍砲條例中有關改造模型槍，應非軍刑法之特別法，軍事法院對之無審判權。」²⁶；另雖未直接指明，惟觀判決內容將製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍認定構成槍砲條例，而非軍刑法之製造軍用武器，並未就軍事效用著墨，似可推敲亦採此說，例如「被告（現役軍人）未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍，其行為構成槍砲條例……。」（北部地方軍事法院 94 年信審字第 330 號及 96 年訴字第

225 號判決、南部地方軍事法院 96 年訴字第 240 號判決、高等軍事法院高雄分院 97 年上更一字第 002 號判決）²⁷。

(五)槍砲彈藥刀械管制條例

槍砲條例之立法係社會型態急遽轉變，犯罪案件日漸增多，行為模式更是大異往昔，流氓幫派分子動輒擁槍自重，公然向公權力挑戰，嚴重影響社會安定及投資意願。復歷經多次修正，並逐漸提高刑度，以達維護社會治安，有效遏止槍枝氾濫之目的。本條例 72 年 6 月 27 日公布施行，共計 15 條，內政部當時所草擬條文第 2 條規定「槍枝、彈藥、刀械除軍用外，由國防部另訂管理辦法管理外，悉依本條例規定。」²⁸，意在排除國軍制式武器，另行政院版當時爭論最多者，即宜否增列草案第 14 條「犯本條例之罪者，現役軍人由軍事審判機關審判。非現役軍人在戰地或戒嚴地域範本條例第 7 條、第 8 條、第 10 條、第 11 條之罪者，由軍事審判機關審判之。」之規定。經深入討論後，認為草案所定刑度，已屬慎重，當能發生嚇阻作用，無須再行交付軍事審判機關審判，因而刪除²⁹。另 74 年 1 月 18 日因刑法第 187 條規定，意圖供自己或他人犯罪之用，而持有槍砲彈藥者，最重可處五年以下有期徒刑，而本條例對未經許可無故持有槍砲彈藥者，最重本刑為三年以下有期徒刑，反較刑法第 187 條之處罰為輕，殊違制定本條例從重處罰之

²⁶ 相關書類詳參註 1。

²⁷ 臺灣高雄地方法院 94 年度訴字第 1715 號判決「被告（軍官）未經許可，基於販賣改造手槍及子彈之概括犯意，出售改造手槍及子彈之營利，其行為構成槍砲彈藥刀械管制條例未經許可，販賣可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪。」似同肯定說。

²⁸ 有關行政部門草擬階段過程，詳請參閱廖正豪，〈槍砲彈藥刀械管制條例之解析〉，《刑事法雜誌》，72 年 10 月，第 2 卷第 5 期，頁 2。

²⁹ 參閱茹臺雲，〈關於槍砲彈藥刀械管制條例犯罪之研究（壹）〉，《司法院研究年報第七輯下冊》，司法院第四廳編，76 年 6 月，頁 429、430。



立法目的，爰增列第 13 條之 1：「犯本條例之罪，其他法律有較重處罰之規定者，從其規定。」（現行第 21 條）乃明示性的法律競合，從重處罰規定，以免發生法律適用上之疑義。

本條例「槍砲」之意義，列舉火砲等 15 種，並再予概括規定為「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」（第 4 條第 1 項第 1 款）。「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍砲」立法定義，除指前列 15 種已訂有特定名稱之槍枝以外，可發射金屬或子彈具有殺傷力之槍砲，均在管制之列，是如未能發射金屬或子彈或不具殺傷力者，自不該當本條例客體。而「彈藥」部分係指供槍砲發射用之子彈及其他具有殺傷力或破壞力之各類炸彈、爆裂物。其立法方式在槍砲、彈藥部分，則是從渠等物理性質中，區分出所具危險性之大小來做法定刑高低的區分，危險性高者，法定刑愈高。而刀械部分則是未如同槍砲、彈藥般加以區分其物理性質，任何種類之刀械均規定相同之刑度。另凡人民及依法成立之機關團體之自衛槍枝，依自衛槍枝管理條例可以合法擁有，其中現役軍人的自衛槍枝，由國防部訂有「現役軍人自衛槍枝管理辦法」，因係合法持有，不在本文討論範圍。本文以為，從槍砲條例之立法草案觀察，當時有意排除國軍制式槍彈，由

國防部自行管理，惟軍事審判之範圍因動員戡亂時期國家安全法（復修正名稱為國家安全法）對於現役軍人所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而屬刑法第 61 條所列各罪，不受軍事審判之規定（該法第 8 條第 2 項），有關現役軍人涉犯槍砲條例之魚槍、刀械屬微罪案件，有前開規定之適用，不受軍事審判外，其餘槍砲、彈藥均有軍事審判法之適用，嗣國家安全法第 8 條第 2 項自 90 年 10 月 2 日已停止適用³⁰，國防部及軍事審判實務對於「陸海空軍刑之特別法」之認定，一直採用「軍刑法之特別法三原則」，即「（一）凡法律有刑罰規定，而軍刑法亦有規定或有類似之規定者，不論刑法及其特別法有無規定，該法為軍刑法之特別法。…前述一、二款原則之適用，以比較相關條文之規定為準。」³¹，是故，槍砲條例之客體及行為態樣與軍刑法同時有規定或有類似規定之條文（例如製造、運輸、販賣「軍用」槍彈），始認屬軍刑法之特別法。

二、小結—軍用武器彈藥應有殺傷力並具軍用彈藥之效用而能供軍事上使用

綜上論述，軍、司法機關自 18 年迄今，有關軍用槍砲取締條例、刑法第 186 條軍用槍砲、軍刑法修正前後、槍砲條例等有關函釋、判例、法律座談會、判決等對於「軍用」

³⁰ 軍事審判法第 237 條參照。

³¹ 國防部 90 年 9 月 21 日（90）則劃字第 3471 號曾令示：國家安全法第 8 條第 2 項但書所稱陸海空軍刑法之特別法，參照司法院 76 年 7 月 9 日（76）院台廳二字第 04368 號函頒「動員戡亂時期國定安全法及其施行細則施行後辦理刑事案件應行注意事項」第 2 項，所謂軍刑法之特別法，依下列原則認定之即（一）凡法律有刑罰規定，而軍刑法亦有規定或有類似之規定者，不論刑法及其特別法有無規定，該法為軍刑法之特別法。（二）軍刑法無規定，而刑法及其特別法有規定者，該法為刑法之特別法。（三）軍刑法及刑法均無規定，如該法明定軍人犯罪由軍法機關審判或有加重規定者，為軍刑法之特別法。無規定者，為刑法之特別法。前述一、二款原則之適用，以比較相關條文之規定為準。」同註 22，《軍法法令彙編》審判—附錄—008，頁 113。

之看法並不一致，進一步分析，「軍用」最早見於軍用槍炮取締條例，是否專指「軍人或民團」使用中之槍彈，並未明確；接著刑法第186條「軍用槍砲、子彈」實務見解，從認為只要能供軍事上使用即屬之，進一步限縮，指明應備「具有軍事上直接效用」，而所謂「軍事效用」包括具有致人於死之殺傷力、使人喪失抵抗力，可作為偷襲、暗殺、挾制等軍事上用途之槍枝；而槍砲條例制定後，無論軍用、非軍用或制式、非制式，具殺傷力均屬該條例之槍砲、子彈，實務上，有判決將可供軍用與殺傷力劃上等號，而最高法院亦引前揭「使人喪失抵抗力，可作為偷襲、暗殺、挾制等軍事上特種用途」，以別於槍砲條例之殺傷力，相當程度提供可供軍用之判準。換言之，軍刑法第65條之「軍用」及刑法第187條之「軍用」應為相同解釋，且實務上逐漸從寬解釋「可供軍事上使用」趨向從嚴的「具有軍事上直接效用」及「具殺傷力」，本文以為，此現象對於我國嚴刑峻罰的槍彈管制法制，基於人權保障，有其必要，應予肯定。目前軍法實務，雖有歧異，惟基於尊重國防部最高軍事法院對於軍事院檢之軍法案件有統一判解之權能，其所採否定說，即「可供軍事上使用」之見解，

其結論亦與司法實務及本文看法大致相符。

另本文對於「軍用武器彈藥」之範圍非限國軍制式武器彈藥，除前揭論述外，尚有以下幾點補充：

(一)從目的解釋觀，前揭軍刑法第65條立法理由強調黑槍氾濫及治安惡化之嚴重性，並明確指明，除為軍事需要外，亦為確保社會安寧秩序。是解釋本條「軍用」武器彈藥，如侷限於國軍使用之制式武器彈藥，當非立法本旨。

(二)從體系解釋觀，雖法規用字遣詞應力求一貫和統一，然同一法規之不同法條上，相同詞語未必表示同一意思，換言之，往往必須依照該詞語所在位置，做合乎規範目的的解釋，才不致違反罪刑法定原則，並使構成要件更加明確。舉例而言，刑法的強暴，有謂「直接強暴」與「間接強暴」³²，又有謂「脅迫」可分「廣義」、「狹義」及「最狹義」三種³³，另強制猥褻罪、公然猥褻罪、散布猥褻物品罪的「猥褻」概念，亦不必然相同。同理可證，軍刑法第65條雖均有「未經許可，製造、販賣或運輸軍用武器或彈藥」雖與第41條「無故離去或不就職役而攜帶軍用武器、彈藥」、第58條「毀壞軍用武器、彈藥」、第61條「遺失武器、彈藥或其他直

³² 所謂「直接強暴」指使用武力，而對他人之行止予以直接之強制。所謂「間接強暴」指行為人以外之第三人，或針對被害人所有物，施以暴力，而得間接強制被害人形成特定之決意，使其依照行為人之指示而作為、不作為或忍受。例如在刑法解釋上，針對國家法益而為攻擊，則其強暴或脅迫之強制程度，自然必須遠高於侵害個人法益之犯罪中針對個人權利的破壞。易言之，即在性侵害罪、強盜罪或強制罪中可以認定為強暴或脅迫者，不一定亦可認為內亂罪之強暴或脅迫。林山田，《刑法各罪論》，84年9月，頁20、21、25。

³³ 最廣義有刑法第125條第1項第2款濫權追訴處罰罪「意圖取供而施強暴脅迫」，指一切使人心生恐怖為目的，而以將加惡害之意通知對方之行為而言，其惡害之內容、性質以及通知之方法如何，對方是否心生恐怖，均非所問。廣義有刑法第304條強制罪「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利者」，指對人攻擊為必要之威脅行為而言。最狹義有刑法第221條第1項強制性交罪「以強暴、脅迫……而為性交」，指畏怖程度，使人達於不能抗拒之程度而言。詳參甘添貴，《刑法各論（上）》，五南圖書公司，82年10月，頁70。



接供作戰之軍用物品」、第 64 條「竊取或侵占軍用武器或彈藥」均使用「軍用武器」相同詞語，惟其解釋未必如出一轍，就「攜帶」、「毀壞」、「遺失」、「竊取或侵占」，均宜解釋為「現供」或「研發或購置供軍隊使用，惟尚未配賦」之軍用武器，而「製造、販賣或運輸」則宜解釋為「可（能）供」之軍用武器，俾符合各該條文之規範目的。

(三)從邏輯上論，軍刑法第 64 條竊取或侵占「軍用武器彈藥」者，解釋為竊取或侵占「現供國軍使用之制式武器彈藥」尚無疑義，然所有非原來產制「國軍使用之制式武器彈藥」者，都只能是「仿造」者；軍刑法第 65 條「製造軍用武器彈藥」，若解釋為「製造國軍使用之制式武器彈藥」，試問非產制如何能夠製造「真的」國軍使用之制式武器，因「仿造」終究是「假的」而不是「真的」，而「假的」又如何該當「現供國軍使用之制式武器」，是邏輯上軍刑法第 65 條之「製造軍用武器彈藥」係指「製造可供軍事上使用之武器彈藥」乃當然解釋。

參、軍刑法第 65 條與槍砲條例第 12 條之關係

由於軍刑法第 65 條軍用彈藥與槍砲條例第 12 條「製造子彈」罪，雖非相同規定，惟至少是類似規定，按前揭「軍刑法之特別法三原則」，本案製造具殺傷力子彈，似符軍刑法之特別法原則判準，認後者為前者之特別法。然本文對於「軍刑法之特別法三原則」尚有不同意見，蓋此原則係為因應政府於 76 年 7 月 1 日公布「動員戡亂時期國家安全法」，繼之於同月 15 日宣布解嚴，有關現役

軍人犯罪於解嚴前原不問任何案件均歸軍法機關追訴、審判，而於解嚴後依國家安全法第 8 條但書規定，如所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，屬刑法第 61 條所列各罪者，則劃歸法院審判，是為明確陸海空軍刑法之特別法，由司法院所為之函示。然時至今日，戒嚴、動員戡亂時期早已不存在，現行軍法機關審判範圍與當時亦迥然不同，依現行軍事審判法規定僅限現役軍人涉犯軍刑法及其特別法之罪，且軍刑法第 76 條、第 77 條業已引置刑法及其特別法中，將影響軍紀、作戰及社會治安之罪名，成為軍刑法之罪名。是故，軍刑法之罪名既已指明包含一部分刑法及其特別法，軍事審判範圍瞭然，該 76 年之實務解釋，似已沒有必要或應予修正。另本案被告於家中製造手槍用子彈，究該當刑法第 186 條「製造軍用子彈」、軍刑法第 65 條「製造軍用彈藥」或槍砲條例第 12 條「製造子彈」罪？而採甲、乙、丙說？本文亦有不同看法。又三法條關係如何？攸關實體法條之適用及程序法上軍、司法審判權之歸屬，容進一步說明。

一、實體法上之適用

按普通法係針對全國一般之人、事、時、地所制定之法規，而特別法則針對特殊之人、事、時、地所制定之法規。特別法係為維護普通法之安定性而設計，其目的即在代替普通法，而優先適用於普通法。所以，中央法規標準法第 16 條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」，也因此，縱普通法之刑度重於特別法，亦無「重法優於輕法」之準則適用³⁴。當兩部法

³⁴ 實務上亦有不同看法，例如最高法院 97 年度台上字第 5114 號判決理由節錄：復按刑法學理上所稱法

律雖均為刑法之特別法，而兩部法律或該兩部法律中的各自條文之間，亦可能沒有存在吸收、補充或特別法與普通法之關係，此係立法者基於種種的考量而就相同的法益侵害類型產生多數的規定，就司法層次上論，當不得因為立法規定的技術問題而使行為人必須受到雙重的犯罪宣示及雙重的刑罰，這種對於同一事項均有規定之同順位的法律，可能係「想像競合」或「法條競合」（甘添貴教授稱「法條競合」³⁵、黃榮堅教授稱「法條單一」³⁶，林山田教授稱「法律單數」³⁷）之問題。

由於「想像競合」本質上具有數罪性，行為所該當的多數不法構成要件，均有其獨立的不法內涵與罪責內涵，迥異於只須適用一個不法構成要件，即足以涵括整體行為的不法內涵與罪責內涵的法律單一³⁸，而本案

製造子彈行為係純粹單一不法構成要件的法律單一（法條競合），尚非「想像競合」，是本文將僅就「法條競合」討論。另所謂「法條競合」之定義，實務上亦有不同於學者之定義及適用。例如，實務有認係即同一犯罪行為而同時有二種法律可資處罰之法條競合情形，且應依「重法優於輕法」、「後法優於前法」法理，擇一處斷，適用較重之後法（最高法院九十八年度台上字第九九七號判決參照），亦有認為法條競合如有普通法與特別法之關係，應依特別法優於普通法之原則，而非就其中較重者論（最高法院著有 83 年度台上字第 6779 號判決參照）³⁹。而學者間有關「法條競合」之定義及適用，甘添貴教授認為，大多數法條競合現象，均得依特別關係予以處理（特別關係並非「特別法優於普通法原則」），而刑罰法規，何者為特

規競合（法條競合），係指單一行為，發生單一之犯罪結果，與數個刑罰法律規定之犯罪構成要件全部或一部符合，因法規之錯綜關係，致同時有數個法規競合適用時，祇能依（一）重法優於輕法。

（二）特別法優於普通法。（三）基本法優於補充法。（四）全部法優於一部法。（五）狹義法優於廣義法等原則，選擇一個最適當之法規作為單純一罪予以論處而排斥其他法規之適用。惟其中之「特別法優於普通法」原則，應排除普通法較特別法處罰為重者，即普通法之處罰較特別法之處罰為重時，仍應適用「重法優於輕法」之原則，此乃法律當然之解釋。

³⁵ 甘添貴，《罪數理論之研究》，元照出版公司，97 年 6 月，頁 77 以下。

³⁶ 所謂法條單一（法條競合），從字面可以理解，雖行為人的行為形式上該當多數犯罪構成要件，但是在刑法的評價上，只應該認為單純構成一罪，而沒有實質上認定其構成多數犯罪的意義，亦即不應該宣告其他罪名，並且也不應該考慮其他罪名下的刑罰。既然法條單一的概念就是實質上只構成單純的一個犯罪，那麼根本就沒有競合的問題存在，如果稱其競合，其實是非真正的競合或表象的競合。黃榮堅認為稱法條單一較傳統稱法條競合要來得嚴謹。黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，元照出版公司，95 年 3 版 1 刷，頁 924。

³⁷ 林山田，《刑法通論（下）》，元照出版公司，97 年 1 月，頁 295。

³⁸ 同前註，頁 308。

³⁹ 最高法院著有 83 年度台上字第 6779 號判決及臺灣高等法院臺南分院 97 年度上訴字第 228 號判決略以：竊取電流「依刑法第 323 條之規定，電氣關於該（竊盜）章之罪以動產論，惟被告竊取電流之竊盜行為因與電業法第 106 條第 3 款間，有普通法與特別法之關係，依特別法優於普通法之原則，自應適用電業法第 106 條第 3 款之罪處斷。」…即想像競合尚須比較所犯數罪之重輕，就其中較重者論處，此與上開法條競合只能適用特別法規定之情形，顯然有別…且每一犯罪案件各有其不同之背景因素，上訴意旨謂原審依法條競合之規定適用電業法論處被告罪行，將鼓勵歹徒捨棄竊取有形財物，改以竊取電流以獲得較有利之罪刑云云，諒係誤會。



別規定？自構成要件之外延及內包，承認有包攝關係存在時，即得認其具有特別關係⁴⁰；黃榮堅教授認為，如果法律就某一侵害法益之行為類型既然已經有處罰之規定，立法者之所以加上特別要件而另外形成一個全部法，是有意就不同情況做區別的處理，就應有全部法優於一部法的包含關係，而且兩者間罪責如有矛盾，輕罪的最低法定刑具有「封鎖作用」⁴¹；林山田教授認為，法律單數的判斷標準乃行為人所攻擊的法益，以及為了保護這些法益所設的不法構成要件而定，而何者係在犯罪宣告上應予適用的首要條款，則應從數個不法構成要件之間是否依序具有特別關係、補充關係與吸收關係等三種關係判斷，其中特別關係存在於針對個別情狀而制定的個別構成要件，與針對一般情狀而制定的概括構成要件之間，對於具有這種特別關係的法律單數，只要適用個別構成要件處斷已足⁴²；林東茂教授認為法條競合可能出現特別關係、補充關係與吸收關係，而特別關係是指描述最完整的「完全條款」與部分描述的「部分條款」的競合，前者係特別規定⁴³；劉幸義教授認為，刑法意圖供犯罪之用而持有軍用槍炮彈藥者與槍械條例對未經許可無故持有槍砲者，由構成要件得知，前者規定的是「意

圖犯罪持有軍用槍砲」，後者所規定的是「單純持有槍砲」，前者構成要件範圍較狹窄為詳盡的條文，對後者法條具有特別關係，而予以適用⁴⁴。是故，大多數刑法學者所謂「法條競合」指單一不法構成要件的法律單一，依特別關係予以處理為當，不同於實務有認同一犯罪行為而同時有二種法律可資處罰，依「重法優於輕法」、「後法優於前法」或「特別法優於普通法」等原則處理為當。

而本案軍刑法第 65 條「製造軍用彈藥」與槍砲條例第 12 條「製造子彈」罪均為刑法第 186 條「製造軍用子彈」之特別法，當無疑義，惟居於特別順位的前揭二法條，是否有包攝關係、一部及全部之包含關係、犯罪宣告上應予適用的首要條款，或描述最完整的「完全條款」等「特別規定」擇一適用？本文見解如下：

本案現役軍人於家中製造手槍用子彈，實體涉及軍刑法第 65 條「製造軍用彈藥」罪與槍砲條例第 12 條「製造子彈」罪，其中軍刑法平時以現役軍人為犯罪主體，非現役軍人只有在戰時特定犯罪例外適用，係著重於現役軍人所制定之特別刑法，相對於刑法則強調在人的特別；後者立法乃因擁槍犯罪案件日增，嚴重影響社會安定，刑法不足因應，

⁴⁰ 同註 35，頁 116、117。

⁴¹ 同註 36，頁 965、966。

⁴² 同註 37，頁 328、329、224。

⁴³ 林東茂，《刑法綜覽》，學林出版公司，92 年 1 月，頁 195。

⁴⁴ 劉幸義教授認為，意圖供犯罪之用而持有軍用槍砲彈藥者，依刑法第 187 條規定，處五年以下有期徒刑。在槍械條例則分別規定，對未經許可無故持有槍砲者，依其槍砲種類附有不同的處罰規定。由構成要件得知，刑法第 187 條所規定的是「意圖犯罪持有軍用槍砲」，槍械條例所規定的是「單純持有槍砲」。就個別條文而言，一法條除具備另一法條的構成要件之外，還具有其他構成要件要素，亦即構成要件範圍較狹窄為詳盡的條文，對另一法條具有特別關係，必須適用此一具有特別關係的法條，而且適用此一法條（例如加重構成要件或減輕構成要件），在犯罪判斷上即自然涵蓋另一法條（例如基本構成要件）。詳參劉幸義，〈刑罰程度在刑法體系中的重要性——從槍械條例的修正談起〉，《中國論壇》，74 年 2 月 25 日，第 19 卷 10 期，頁 46。

所以在特定時間上對槍砲彈藥為特別規定；而軍刑法第 65 條之立法理由除維護軍實外，亦同於槍砲條例目的在防治黑槍氾濫及治安惡化，確保社會安寧秩序，可見兩法條之立法目的有包含情形（軍刑法第 65 條「製造軍用彈藥」之立法目的包含槍砲條例第 12 條「製造子彈」），且係兩個對於非法製造彈藥之行為類型均有規定之同順位法律的法條；而非法製造槍砲彈藥之行為類型本有槍砲條例之處罰規定，當被告製造殺傷力子彈，該當槍砲條例第 12 條「製造子彈」罪之不法構成要件，惟因該子彈同時兼具軍事效用時，立法者有意就不同情況做區別的處理，而在軍刑法第 65 條「製造軍用彈藥」加上「軍用」之特別要件，這種對於「具有軍事效用」、「能供軍事使用」的描述更加完整，完全符合軍刑法第 65 條「製造軍用彈藥」罪之不法構成要件，使得軍用彈藥因有軍刑法第 65 條之規範，而不再適用槍砲條例之彈藥。

另外，由於製造軍事效用之「軍用子彈」係針對客體之效用的個別構成要件，相對於一般僅具殺傷力子彈而制定的「製造子彈」罪的構成要件有其特別關係，當個別條文中，其一法條除具備另一法條的構成要件外，尚具有其他構成要件要素，亦即構成要件範圍較狹窄為詳盡的條文，對另一法條具有特別關係，必須適用此一具有特別關係的法條，而且適用此一法條，在犯罪判斷上即自然涵蓋另一法條。換言之，軍刑法第 65 條除具備槍砲條例第 12 條的構成要件之外，還具有構成要件範圍較狹窄的「軍用」要素，無論是前揭刑法學教授所提法條競合現象依特別關係處理原則，或全部法優於一部法的包含關係，或針對個別情狀制定個別構成要件之間而具有特別關係的法律單數而適用，或描述

最完整的完全條款的特別規定，或構成要件範圍較狹窄為詳盡的條文具有特別關係而適用，兩法條相較，軍刑法第 65 條「製造軍用彈藥」當符合評價，在犯罪判斷上自然具特別關係，毫無疑問，應優先適用，不宜執以解嚴時之「軍刑法之特別法三原則」而認槍砲條例第 12 條「製造子彈」係軍刑法第 65 條「製造軍用彈藥」罪之特別法。

二、程序法上之適用

按現役軍人犯軍刑法或其特別法之罪，始依軍事審判法之規定追訴審判，軍事審判法第 1 條定有明文，是本文開宗明義所揭三種適用實體法之不同見解，所牽動軍、司法審判權劃分之不同，因實體法上本文確認該現役軍人於家中製造手槍用子彈，該子彈如具殺傷力及軍事效用，依特別關係，係單一的構成軍刑法第 65 條「製造軍用彈藥」罪，排除槍砲條例第 12 條「製造子彈」罪之適用，依首開意旨，當依軍事審判法之規定追訴審判之，尚無疑義。

肆、檢視軍刑法第 65 條法定刑之合憲性

由於本文認為軍刑法第 65 條「軍用武器彈藥」中的槍枝或彈藥係指「具有軍用槍或軍用彈藥之效用，而能供軍事上使用」，縱本案現役軍人製造非制式槍枝或彈藥，亦該當軍刑法第 65 條「製造軍用武器或彈藥」，得處「死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」，其中最輕本刑至少是十年以上之重度刑罰，較於槍砲條例第 12 條「製造子彈」的一年以上七年以下有期徒刑，兩者刑度迥異，究否前者情輕法重，有罪責與處罰不相對應情形，而違罪刑相當原則？又個案情節，縱有刑法第 59 條情堪憫恕情形，亦因最輕本刑至少是十年之重度刑罰，致有可能造成輕微



案件因欠缺衡平條款，法官亦無從宣告緩刑或易科罰金，有違比例原則？均有進一步討論之必要。

一、罪刑相當原則問題

軍刑法第 65 條規定所禁止製造、運輸、販賣之客體相對廣泛，舉凡具有軍用武器、彈藥之效用，而能供軍事上使用均屬之，被告因具現役軍人身分，利用休假在家中製造子彈，因達殺傷力標準，並具軍事效用，而符該條文規定死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之處罰。惟觀槍砲條例立法，係將槍砲、彈藥的物理性質中，區分出其威力之大小、侵害之重輕，而認所具危險性之大小，依序予以例示規定，做為法定刑高低的區分；其次，法定刑之高低，亦因犯罪方式而有差異，例如第 7 條第 1 項規定「未經許可，製造、販賣或運輸火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍或各類砲彈、炸彈、爆裂物者，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑」、第 8 條第 1 項規定「未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第 4 條第 1 項第 1 款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑」、第 9 條規定「未經許可，製造、販賣、轉讓、出租或出借魚槍者，處一年以下有期徒刑」、第 13 條規定「未經許可，製造、販賣或運輸槍砲、彈藥之主要組成零件者，處三年以上十年以下有期徒刑」；而第 12 條則規定「未經許可，製造、販賣或運輸子彈者，處一年以上七年以下有期徒刑」與前者相較，相同之製造行為，

刑度最高之第 7 條可處死刑，而其最輕本刑為七年，竟為第 12 條「子彈」之最重本刑，實有天淵之別。反觀軍刑法第 65 條第 1 項規定「未經許可，製造、販賣或運輸軍用武器或彈藥者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」、第 3 項規定「未經許可，製造、販賣或運輸軍用武器或彈藥之主要組成零件者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。」，就同樣刑度之客體，只有概分「軍用武器或彈藥」及其「主要組成零件」二類，未如同槍砲條例將槍砲及子彈分別處罰。換言之，軍刑法第 65 條之立法，並未按槍砲、彈藥的物理性質，將危險性之大小，做為法定刑高低的區分，而可能肇生情輕法重之結果。

由於罪刑相當原則係法治國重要的原則，對於犯罪的處罰本應衡量犯罪行為的罪質、不法內涵來訂定法定刑的輕重高低，法官再以具體犯罪事實情況之不同，確定應科處的刑度，如此刑罰才符合正義的要求。而罪刑相當原則審查之具體操作，倘若欠缺客觀、明確且有理論基礎的判準，易流於主觀法感情的論斷，無從具體確認國家刑罰權的行使是否在憲法界線之內，本文參考立法者就其他行為之評價，予以體系性的比較，對於刑度的嚴苛程度，便能有相對客觀的參考指標以資斷定⁴⁵。以本案為例，製造軍用武器、彈藥，犯罪性質上屬於危險犯，將其法定刑（十年以上有期徒刑、無期徒刑或死刑）與刑法中暴力實害犯罪相較可知，其竟同於刑法第 271 條之殺人罪、第 328 條第 2 項強盜致人於死、第 332 條第 2 項強盜放火及強盜強制性交罪等，且重於第 325 條第 2 項搶奪致人於死、第 347 之擄人勒贖罪、第 222 條

⁴⁵ 以立法者就其他行為之評價，予以體系性的比較，係參考許宗力大法官於釋字第 669 號協同意見書中比例原則審查之方式。

之加重強制性交罪等（七年以上有期徒刑）。又與刑法中公共危險罪章各罪比較，亦重於第 185 條之 1 所定之劫機罪（死刑、無期徒刑、七年以上有期徒刑）、第 191 條之 1 千人犯罪（七年以上有期徒刑）。非法製造軍用槍彈所造成的危險，係因這些槍彈最後可能被用於殺人、強盜、性侵害、搶奪，甚至劫機等犯罪行為，然當前揭嚴重犯行之實害發生，立法者對其非難評價均尚低於非為犯罪意圖而非法製造槍彈，不禁令人質疑其合理性，由刑法體系整體比較觀之，系爭規定刑度確實嚴峻，已有罪刑失衡之虞。

本文以為，基於軍事法益之維護及預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設置較高之法定刑，但軍刑法第 65 條未能如同槍砲條例立法，先就槍枝、砲（炸）彈、子彈區別，再從軍用槍砲、彈藥的物理性質中，按其威力之大小、侵害之重輕，做為法定刑高低的區分，而認所有製造軍用武器、彈藥者，一視同仁，亦未論行為人犯罪情節之輕重，均以死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之生命刑及重度自由刑相繩，已構成過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。

二、比例原則問題

由於子彈係屬消耗物資，單發子彈之殺傷力因無法重複使用，危險僅具一次性，危害性通常遠低於槍枝的重覆使用性及砲（炸）彈殺傷力的擴散層面廣泛，且其製（改）造所需零件較易取得，亦無須高度之技術，倘若非出於犯罪動機而製（改）造子彈，雖可

供軍用，但事實上對他人生命、身體、自由、財產等法益之危險甚低，然軍刑法第 65 條「製造軍用彈藥」，最輕本刑至少是十年以上之重度刑罰，就刑法體系整體比較觀之，已有罪刑失衡情形，前已揭知，或有其他犯罪情節輕微情況，法院縱適用刑法第 59 條顯可憫恕規定酌減其刑，最低刑度仍達五年以上之有期徒刑之重刑，更遑論其他得為易科罰金或緩刑之宣告。如此，未能具體考量行為人所應負責任之輕微，致罪責與處罰不相對應，對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制，顯違憲法第 23 條之比例原則。類似情輕法重，而有違憲情形者，自司法院大法官會議解釋字第 669 號明確宣告「槍砲條例第 8 條第 1 項規定，未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍達二年六月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相對應。…對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第 23 條之比例原則」⁴⁶，亦足證明。

伍、檢討與建議（代結論）

綜上所述，凡具有軍事上直接效用及殺傷力之槍彈，均為軍刑法第 65 條之客體，本案現役軍人於家中製造手槍用子彈，依特別

⁴⁶ 司法院大法官會議解釋字第 669 號意旨：槍砲條例第 8 條第 1 項規定：「未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍…具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一十萬元以下罰金。」其中以未經許可製造、…，有違憲法第 23 條之比例原則，應自本解釋公布之日起至遲於一年屆滿時，失其效力。



關係，該當軍刑法第 65 條「未經許可，製造軍用彈藥」罪，且現役軍人犯軍刑法之罪應由軍事法院依軍事審判法追訴審判之，當無疑義。但是，僅因其具有與本案犯罪無任何關聯性的現役軍人身分，該行為就必須科以死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之重度刑罰，可能有違罪刑相當原則；又倘若個案有刑法第 59 條顯可憫恕情形，亦因欠缺衡平條款，而有違憲法比例原則之虞。由於，軍刑法第 65 條有上揭合憲性疑慮，建議應就客體範圍和刑度為適當之修正。

一、修正客體範圍

修正軍刑法第 65 條之客體範圍，使軍用武器彈藥定義明確，可適度解決違憲紛爭。但是，以現代日新月異之科技，各式武器彈藥不斷更新，舉凡資訊、電子都可用於軍事作戰，成為軍事武器，甚至決定戰爭的勝負，是故，如何定義軍用武器彈藥，確實有其困難。以美國為例，美國統一軍法典（Uniform Code of Military Justice, UCMJ）雖無軍事武器之定義，惟聯邦規則（U.S. Code of Federal Regulations, Title 22, Part 120, Section 120.3），對於軍事武器指「專為軍事用途而設計、製造，使用在軍事行為上之武器，且無其他非軍事優先用途與可替代性；或具有重要之軍事情報功能之武器」⁴⁷，且該規則亦有軍需品

之清單（U.S. Munitions List §121.1）；又德國有鑑於何謂「軍事作戰武器」解釋之複雜性與困難度，因此立法者於制定軍事武器法時，即放棄以抽象定義的方法解釋軍事武器的概念，而決定採取列舉之方式將所有重要之軍事作戰武器物品、原料和結構體明列出來，作為軍事武器清冊之項目為規範客體⁴⁸；再就中華人民共和國刑法對於軍用武器之界定言，該刑法第十章「軍人違反職責罪」中第 438 條「竊盜、搶奪武器裝備或軍用物資」罪中第 2 項明定「竊盜、搶奪槍枝、彈藥、爆炸物的，依照本法第 127 條的規定處罰。」，而第 439 條「非法出賣、轉讓軍隊武器裝備」罪、第 440 條「遺失武器裝備罪」等規定中，所謂「武器裝備」均指部隊用於實施和保障作戰行動的武器、武器系統和軍事技術器材的統稱，而確定為退伍報廢的物品，不再視為武器裝備、軍用物資；正在生產過程中，尚未交付部隊的產品告物資，不能視為武器裝備、軍用物資⁴⁹，是中華人民共和國刑法對於軍人危害部隊武器裝備，僅限於從軍隊接收到退役報廢前之武器裝備⁵⁰。

由於國防部有將軍事（用）武器，訂有國軍武器裝備表，軍刑法之軍用武器之範圍，指該裝備表所列武器而予認定，尚無窒礙。所以，本文建議將軍刑法之軍用武器彈藥，專指研發及使用中之各式國軍制式武器彈藥，

⁴⁷ §120.3 Policy on designating and determining defense articles and services. "An articles or service may be designated or determined in the future to be a defense article (see§120.6) or defense service (see§120.9) if it ; (a) Is specifically designed, developed, configured, adapted, or modified for a military application, and (i) Does not have predominant civil applications, and (ii) Does not have preformance equivalent (defined by form,fit and function) to those of an article or service used for civil applications,……"。

⁴⁸ 翁曉玲，〈德國軍事武器管制法制概述〉，《軍法專刊》，92 年 8 月，第 49 卷第 8 期，頁 3。

⁴⁹ 陳明華主編，《刑法學》，中國法政大學出版社（北京），1999 年 8 月，頁 840。

⁵⁰ 由於本文認為已購置、研發中或已研發完成，但是尚未配賦軍隊使用之槍彈等武器，均為軍刑法應保護之客體，是故，對於中華人民共和國所謂軍用武器裝備僅指「從軍隊接收到退役報廢」之法例，尚難完全認同。

並參考美、德法例，將國軍制式武器解釋為「專為軍事用途而設計、製造，使用，其種類、項目由主管機關列舉公告（空白刑法）」⁵¹。另程序部分，現行軍法實務認槍砲條例中，除有關製造、販賣及運輸槍砲、子彈之犯行歸軍事審判外，其餘持有、寄藏等行為則屬司法機關審判，造成一部法律，竟因行為態樣之差異而拆解適用，宜參照軍刑法第77條將毒品危害防制條例引置之體例，引置槍砲條例，避免割裂適用之情形發生。

二、修正法定刑度

現行軍刑法第65條「未經許可，製造、販賣或運輸軍用武器或彈藥者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」之規定，因最低自由刑之刑度過高，有違罪刑相當原則，亦欠缺衡平條款，有違比例原則。本文建議應按軍用武器彈藥可能造成危害之程度，科以不同刑罰，例如參考同法第58條、第59條將客體區分「直接供作戰」⁵²及「重要」⁵³，或參考槍砲條例按軍用槍彈的物理性質，區分出所具危險性之大小作為法定刑高低的區分，高危險性維持現行法定刑，中或低危險性則法定刑遞減，而遞減程度應達足以為易科罰金或緩刑之宣告。另可參考中華人民共和國刑法第439條「非法出賣、轉讓軍隊武器裝備的，處三年以上十年以下有期徒刑；

出賣、轉讓大量武器裝備或者有其他特別嚴重情節的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑。」之法例，將「相當數量」視為情節輕重與否；或軍刑法第58條、第59條「…。情節輕微者，處…。」、「犯…。情節輕微者，得減輕其刑。」之法例，將情節犯中有關量刑情節設立另一量刑幅度，即「情節輕微者」再降低法定刑度或得減輕其刑。以本案為例，甲於家中製造手槍用子彈之犯行，因有軍刑法第65條之適用，如其情節輕微，法院亦可視個案具體情狀，依法律減輕予以量處適當之刑度，如認為情堪憫恕，仍得依該條遞減之（最高法院34年上字第738號判例參照），並得為易科罰金或緩刑之宣告。如此，事實面及法理面始得予衡平。

由於司法院大法官釋字第669號宣告，有關機關應自本解釋公布之日起一年內，依本解釋之意旨檢討修正槍砲條例第8條第1項有關空氣槍之規定，以兼顧國家刑罰權之妥善運作及保障人民之人身自由，逾期末為修正者，該部分規定失其效力。是為增進立法效率及法制調和等理由，軍刑法第65條可利用槍砲條例之修法，採「法律包裹立法」⁵⁴方式，同時修正該條文之客體範圍及法定刑度，以兼顧國家刑罰權之妥善運作及保障人民之人身自由，並免遭違憲之宣告。

⁵¹ 增列軍刑法有關軍用武器、彈藥之定義於第10條之1「本法所稱軍用武器、彈藥，謂在軍事上直接發生效用之武器、彈藥。前項武器、彈藥之種類與範圍由國防部以命令定之。」

⁵² 軍刑法第58條（毀壞直接供作戰軍用設施物品罪）：「毀壞軍用機場…武器、彈藥…或其他直接供作戰之重要軍用設施、物品，或致令不堪用者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。情節輕微者，處五年以下有期徒刑。…」

⁵³ 軍刑法第59條（毀壞重要軍用設施物品罪）：「毀壞軍用工廠、…或製造武器、彈藥之原料或其他重要軍用設施、物品，或致令不堪用者，處三年以上十年以下有期徒刑。情節輕微者，處三年以下有期徒刑。…」

⁵⁴ 「法律包裹立法」之立法技術，詳參同註5，頁336。



參考書目（依引用順序）

1. 謝添富、趙晞華，〈陸海空軍刑法修正經過及修正內容析研（十二）〉，《軍法專刊》，92年7月，第49卷第7期。
2. 羅傳賢，《立法程序與技術》，五南出版社，97年7月5版1刷。
3. 蔡文亮，〈槍砲彈藥刀械管制條例立法及實務之研究〉，《司法研究年報第二十輯第十六篇》司法院印行，89年11月。
4. 刁榮華，《特別刑法各論》，漢林出版社，72年9月。
5. 李瑞典，〈淺釋新修正陸海空軍刑法〉，《陸軍學術月刊》，91年5月1日，第38卷第441期。
6. 廖正豪，〈槍砲彈藥刀械管制條例之解析〉，《刑事法雜誌》，72年10月，第2卷第5期。
7. 茆臺雲，〈關於槍砲彈藥刀械管制條例犯罪之研究（壹）〉，《司法院研究年報第七輯下冊》，司法院第四廳編，76年6月。
8. 林山田，《刑法各罪論》，元照出版公司，84年9月。
9. 林山田，《刑法通論（下）》，元照出版公司，97年1月。
10. 甘添貴，《刑法各論（上）》，五南圖書公司，82年10月。
11. 甘添貴，《罪數理論之研究》，元照出版公司，97年6月。
12. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，元照出版公司，95年3版1刷。
13. 林東茂，《刑法綜覽》，學林出版公司，92年1月。
14. 劉幸義，〈刑罰程度在刑法體系中的重要性——從槍械條例的修正談起〉，《中國論壇》，74年2月25日，第19卷10期。
15. 翁曉玲，〈德國軍事武器管制法制概述〉，《軍法專刊》，92年8月，第49卷第8期。
16. 陳明華主編，《刑法學》，中國政法大學出版社（北京），1999年8月。