



依法治軍——以陸海空軍刑法 廢弛職務罪探討軍人武德

海軍中校 劉育偉 空軍中校 陳正琳
空軍上校 龍國樑 海軍中校 謝明峰

提 要

兵者，國之大事也。死生之地，存亡之道，不可不查。陸海空軍刑法修正後，廢弛職務罪之認定，可謂軍人武德及榮辱象徵；實務上，常見衛、哨兵執行勤務時打瞌睡或值勤時睡覺之例發生，對於此種行為，部隊長官為維持部隊戰力，宣達法紀觀念以懲儆，不管情形輕重，均送法辦。本文將對本條之立法意旨及行為態樣等作一研究，並探討該條所定，究竟係為抽象危險犯，抑或具體危險犯進行法制定位上之剖析；同時，也為部隊法治教育上，強調軍人武德之宣揚，深化依法治軍概念。

關鍵詞：廢弛職務、依法治軍、陸海空軍刑法、軍人武德。

前 言

軍隊之作用在於抵禦外侮，維繫國家之存在，軍人之職志則在於負責部隊之任務執行，每一個軍人，不管是出於自願還是基於憲法所賦予的義務被徵召入營服役，在服役期間即就被課以效忠國家、保衛全體國民基本權利，必要時甚至必須犧牲性命的義務。故古有名言指出：「兵者，國之大事也。死生之地，存亡之道，不可不查也」¹，兵之大事即屬一國國防之大事，國防之重點又在於軍隊素質之培養，而軍隊之培養，又以軍

人專才之訓練為首要，一個國家若軍人素質高，任務執行極具效率，就代表著軍隊事事皆能上軌道，國防業務當然能順利遂行。惟現代化的國軍，不僅在於本質學能需精益求精，對於法的認識更應該求其透徹，因為「奉法強者則國強，奉法弱者則國弱」，軍人既較一般老百姓有更崇高的任務及使命，當然對於所應遵循的規範，更應力求明瞭，畢竟軍人若犯法或不知法紀，其與身著制服，憑恃著受他人尊重及信賴之白領犯罪者無異！因此，一位知法、守法且執法的軍人，才是現代化國防菁英及崇尚軍人武德所

¹ 孫子兵法，記篇第一。



不可或缺的重要及關鍵條件。

陸海空軍刑法前從民國十八年初訂定以來，先在民國八十四年對於強制性交罪部分酌做修正外，²期間修法出現斷層，隨著時代的演進，有許多條文確實已不合時代之潮流，有鑑於此，民國九十年十月二日前即將陸海空軍刑法做一重大之研修，針對修正通過施行之陸海空軍刑法，雖說有其劃時代之意義，但不可諱言的，立法條文之中仍有許多學理上值得一再玩味的探討空間。

在部隊實務的運行上，有許多衛、哨兵執行勤務時打瞌睡或值勤時睡覺之例發生，以往對於此種行為，部隊長官為維持部隊戰力，宣達法紀觀念以懲儆猷，不管情形輕重，即逕自送軍事審判機關審理，但受到102年7月「洪仲丘事件」(下稱洪案)發生之影響，在103年1月13日以後，因應軍事審判法修法急行軍，造成所有現役軍人平時犯罪均回歸司法審判；無疑地，為歷史源久、象徵軍事司法體系的軍事審判制度投下了震撼彈。而審判機關也皆以所為確實違背第三十四條之構成要件，而論以有罪。³本文將對該條之立法意旨及行為態樣等進行分析研究，竊認該條所定位者，究竟係為抽象危險犯，抑或具體危險犯，仍有探討空間。

第三十四條廢弛職務罪之構成要件

(一)主體部分：陸海空軍刑法第三十四條之犯罪主體必須為衛兵、哨兵或其他擔任警戒職務之人，所謂「衛兵」係指配置於軍事單位及軍政重要官署之專任警衛職務之軍人；至「哨兵」係指於軍隊駐紮地為衛戍或任警戒勤務之軍人，以執行監護、警戒及特定任務為主；至於「其他擔任警戒或傳令職務之人」則係指衛兵、哨兵以外擔任警衛、監護或傳達命令之人，⁴例如軍隊之安全士官屬之。衛、哨兵及擔任警戒職務之軍人，為單位部隊之代表，所負之責任為擔任部隊之耳目，若耳目聰則可防杜不法或危安事件之發生，反之若懈怠，則可能使部隊陷入不安之局面之中，故本條特別將這些負有高度警覺義務之人列入主體之中，期許軍人於擔任警衛勤務時都能恪盡職守，以確保部隊安全。

(二)行為部分：必須有酒醉、睡眠或其他相類似情形之行為，而對於其所應執行之職務有所懈怠。所謂「睡眠」係身體因生理困倦所產生之身體狀態，人於睡眠時，通常需闔眼，且於睡眠期間，生理機能將變為遲緩；所謂「酒醉」係指因服用酒類導致身體機能遲緩之情形而言；至於其他相類似之情

2 將軍人強姦罪改為強制性交罪，配合刑法性交定義之修正。

3 本條實務上皆採抽象危險犯說，亦即只須行為人所為符合構成要件所描述之行為即可，有無發生危險在所不論，法官並未就具體危險部分予以審酌判斷。

4 參閱謝添富、趙晞華著，陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述(六)，軍法專刊，民國九十一年七月，第四十八卷第七期，第十一頁。

形，只需任何有引起身體狀態遲緩或精神恍惚之行為都屬之，例如服用毒品導致精神恍惚之情形。另所謂「廢弛職務」係指未盡其職務上所應盡之責，⁵基本上，衛哨兵等之職務為負責單位安全之警戒，其精神狀況必須時時維持在高度警戒之中，故若有上述情形發生的時候，其職務當然無法正常遂行，即屬廢弛職務。

(三)犯意部分：刑法第十二條規定：「行為非出於故意或過失者不罰」，任何犯罪以處罰故意犯為原則，例外才處罰過失犯，第三十四條第一項將「睡眠」、「酒醉」等情形直接列入構成要件之中，把它當作不法要件的一部分，基本上，必須行為人對於其行為有廢弛職務之認知，所以本條主要處罰為故意犯，⁶故第三十四條第一項之行為並無處罰過失之情形，過失情形之處罰只有戰時才有適用，⁷這是因為戰時敵我關係緊繃，衛哨勤務之執行更為重要，為了達到戰時警衛勤務之順利遂行，特別將過失犯納入，期許軍人有更高的注意義務。

(四)須足以生軍事上之不利益：軍事上之不利益情形有相當多，舉例來說，對於敵情疏於警戒、對於意外狀況無法立即回報或者對於交辦任務無法即時執行完畢，這些都是屬於軍事上之不利益，本條之規範目的在於督促衛哨兵能善盡其職責，故只要有任

何足以引起單位部隊不利益之情事危險發生時，行為人就必須為其行為負責。至於足以生軍事上之不利益係屬危險之結果，亦或只是危險之先前階段，關係本罪係採取抽象危險犯說，抑或採取具體危險犯說，現今實務作法，因考量軍隊任務之遂行與部隊戰力之維持，仍採抽象危險犯說，⁸惟此爭點，容於後述探討。

第三十四條的行為態樣

依本條條文之規定，可看出本罪的行為態樣主要有分為四種：

(一)平時因故意睡眠、酒醉或其他相類似之情形，而廢弛職務，足以生軍事上之不利益。本罪按立法理由觀之，為抽象危險犯，行為人僅需實施上述構成要件行為即可成立，至於實際上是否造成軍事利益侵害之危險，在所不問。

(二)戰時因故意睡眠、酒醉或其他相類似之情形，而廢弛職務，足以生軍事上之不利益，亦屬抽象危險犯。

(三)戰時因故意睡眠、酒醉或其他相類似之情形，而廢弛職務，致生軍事上之不利益。本罪為加重結果犯時，必須更進一步引起單位部隊之不利益(也就是實害)始得成立。

(四)戰時因過失睡眠、酒醉或其他相類

5 參閱張麗卿，廢弛職務致釀災害的客觀歸責，東海法學研究，民國八十四年九月，第九期，第三頁。

6 參閱黃榮堅，不能駕駛與肇事逃逸，臺灣本土法學，民國八十九年二月，第七期，第一四九頁。

7 第三十四條第三項規定：「戰時因過失犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣三十萬元以下罰金。」

8 參閱謝添富、趙晞華前揭文，第十二頁。



似之情形，而廢弛職務，足以生軍事上之不利。本行為態樣，仍亦屬抽象危險犯。

上述四項為第三十四條之行為態樣，惟詳細以觀，除了戰時因故意犯廢弛職務罪有加重結果之處罰外，其餘皆無規定，衛哨勤務既屬單位部隊重要之執行事項，於有造成危險之虞時就予以處罰，若無法就導致實害之廢弛職務行為加重處罰的話(加重結果)，罪、刑方面顯會失調，故應該將平時故意犯廢弛職務且造成實害之行為加重處分，以及戰時因過失犯廢弛職務且造成實害之行為加重處分，以臻周延。⁹

「足」生軍事上不利益之解釋

(一)抽象危險犯與具體危險犯之概說

抽象危險犯以及具體危險犯在分類上一直都有困擾，兩者皆屬於危險犯，皆屬於實害犯之先前階段，所不同的是，具體危險較抽象危險離實害更近一些，換句話說，抽象危險其實是先(較早)具體危險發生的，兩者實有危險程度高低之分。所謂抽象危險犯係指實施法定行為時，按其通常情形，即足以招致危險，故不問其是否真的發生具體的危險，均視為有侵害法益之危險，乃擬制其實施，¹⁰簡單的來說就是行為人一旦實施此類犯罪行為，符合構成要件對於危險行為的描

述即可，不問其是否已引起危險，即論以抽象危險犯。¹¹行為一經成立，基本上就構成此罪，故抽象危險犯常常有人將之與舉動犯相提並論，¹²惟仍屬少數學說，並不被接受。至於具體危險犯則是將危險狀態作為構成要件要素，且在個案上已經對行為客體帶來了危險的犯罪。具體危險犯較抽象危險犯更进一步的將危險視為構成要件要素，故通常具體危險犯之條文都會規定「致生…的危險」，¹³就是將危險狀態視為是否成罪的要素之一。至於抽象危險犯及具體危險犯的意義及特徵，各家爭鳴，分析區分如下。

1. 具體危險犯

(1)意義

A.甲說：指將危險狀態作為構成要件要素而規定於刑法條款中，法官必須就具體之案情，逐一審酌審斷，而認定構成要件所保護之法益果真存有具體危險時，始能成立犯罪之危險犯。

B.乙說：指在個案已對行為客體帶來危險，這個危險狀態的出現，是一個構成要件要素，法官必須就個案判斷，認定危險狀態是否出現。

C.丙說：在構成要件內容上，以法益侵害之危險現實發生為必要，亦即以危險之發生為構成要件要素。

9 參閱韓毓傑著，我國陸海空軍刑法序說，刑事法學之理想與探索(四)，臺北市，民國九十年月，第四十二頁。

10 參閱陳樸生、洪福增著，刑法總則，臺北市，民國八十三年九月初版，第一六一頁。

11 參閱許玉秀著，無用的抽象具體危險犯，臺灣本土法學雜誌，民國八十九年三月，第八期，第八十五頁。

12 參閱趙秉志著，兩岸刑法總論之比較研究，臺北市，五南出版社，民國八十七年九月初版，第二八一頁；及林東茂著，危險犯的法律性質，臺大法學論叢，第二十四卷第一期，第二七四頁。

13 參閱林東茂著，抽象危險犯的法律性質，刑法爭議問題研究，臺北市，民國八十八年二月初版，第三頁。

D.丁說：係以危險狀態作為構成要件要素，而規定於刑法條文之中，法官須就具體之案情，逐一審酌判斷，而認定構成要件所要保護之法益，果真存有具體危險時，始能成立。

E.戊說：法條中明確將危險作為構成要件要素，而在每一個別情形中，對於行為人之特定行為是否引起危險，則委由法官判斷。

(2)特徵

A.危險必須為構成要件要素。

B.對於危險之有無，法官必須就具體情形加以審酌判斷。

C.與實害結果之發生，有明顯的接近性。

2. 抽象危險犯

(1)意義

A.甲說：對於有典型危險的行為本身，即以刑罰對付，不需要在具體個案上，有危險結果之出現。預防具體危險與實害，只是立法上的動機，即使沒有具體危險與實害，以無礙構成要件之實現。

B.乙說：是具體危險犯的前階，其應刑罰性，從其行為對於特定法益之一般危險性，即以表徵出來。危險結果之發生，並不屬於構成要件

C.丙說：指符合構成要件中所預定的抽象危險之危險犯。可謂具體危險之之先前階段，而具有高度之危險，行為只要符合構成

要件所描述的事實，即可認定，無待法官就具體個案作認定

D.丁說：以一般有侵害法益危險之行為為已足，構成要件之內容上，不以具體發生危險為必要，亦即危險之發生非構成要件要素之犯罪

(2)特徵

A.危險並不屬於構成要件要素。

B.危險是一般性的，且方向發展不特定。

C.對於危險之有無，法官無須就具體情形加以審酌判斷。

(二)軍事上不利益與危險之區分：

刑法以保護利益或法益為其主要任務，保護法益中有屬於個人法益、社會法益以及國家法益，國家法益內容甚廣，軍事上之利益(國防法益)即屬於國家法益之一種。所謂軍事上的利益，係指包括戰略上之利益、戰術上之利益、軍訓上之利益以及軍售上的利益等數種，¹⁴至於所謂軍事上之不利益，亦有違上述利益之發生等情事即屬之。本條廢弛職務罪中所規定，依據前後字義解釋的話，應屬違反軍訓上的利益的一種。

所謂危險，係相對於實害而言，亦可視為實害的先前階段，是於實害發生之前所產生的一種不安的狀態。有學者解釋為係指一種違反常規之非常狀態，在此具體情狀下，依據客觀的預測，很有可能不久即將發生損害或實害而言。¹⁵我國刑法對於危險的意義

14 參閱蔡墩名著，軍事上之利益與不利益，刑法爭議問題研究，臺北市，民國八十八年二月初版，第五頁。

15 參閱林山田著，刑法通論，臺北市，民國七十五年二月再版二刷，第一〇五頁。



並無詳細的明文規定，以至於對於危險常常造成定義的模糊，德國刑法舊第三一五條第三項曾對公共危險有一文字論述：「所謂公共危險，指對於個人包括對於單獨個人之身體、生命予以危險，或惹起屬於他人財產之重要物品價值之危險，或使其滅失違反公共福利者」。¹⁶從上面描述中，綜合來說，或許我們可以將危險定義為，「客觀上可以惹起個人生命、身體、財產，以及社會、國家安定之一切即將發生損害的不安狀態」。

危險可區分為具體危險與抽象危險，兩者分類之標準係以危險程度的高低來作區分。軍事上的不利益與危險的關聯，就是要探討軍事上之不利益與具體危險以及抽象危險之關係。本文認為，本條將軍事上不利益放入條文之中，顯將之視為本罪之構成要件，亦即必要引起軍事上不利益之危險結果¹⁷始可該當之，與刑法第一百七十四條第二、三項、第一百七十五條第一項、第二項及第三項之立法模式相同，故本罪應屬具體危險犯之一種。

(三)「足生」與「致生」之比較：

揆諸我國刑法有關於危險犯之規定甚多，屬於具體危險犯之規定有刑法第一五一條、第一百七十四條第二、三項、第一百七十五條第一項至第三項、第一八〇條

第一項至第三項、第一八六條之一第三項、第一八七條之二及第三〇五條等都是具體危險犯的典型之例；至於抽象危險犯之規定則有：同法第一七三條第一項、第一七八第一項、第一八三條第一項、第一八四條第一項、¹⁸第一八五條之三等都是典型的例子。有關具體危險犯的立法，於條文規定之時大都會在條文中規定「致生…的危險」字樣，原因為具體危險犯一般通認係有危險結果之產生，所以亦為結果犯之一種，於條文中載入「致」較易為一般人分辨。但是抽象危險犯部分並不以發生危險狀態之結果為必要，所以一般僅於條文內容中載明犯罪之行為態樣即可，因為行為人只須符合構成要件所規範之行為，就已成罪，不以危險產生為必要，所以條文之中並無「致」字出現其中，亦未規範任何危險狀態。陸海空軍刑法第三十四條第一項廢弛職務罪條文規定：「衛兵、哨兵或其他擔任警戒職務之人，因睡眠、酒醉或其他相類似之情形，而廢弛職務者，足以生軍事上之不利益者，處五年以下有期徒刑。」從條文內容中，本罪於生軍事上之不利益並未使用「致」字，而另外以「足」字代替，並於立法理由中說明係定位為抽象危險犯，¹⁹然觀我國舊陸海空軍刑法第五十條之規定²⁰原本即為抽象危險犯，修法之後仍為

16 參閱蔡墩銘著，刑法基本理論研究，臺北市，民國七十七年六月再版，第一八〇至一八一頁。

17 具體危險犯是結果犯，在德國的刑法文獻上並沒有爭議。

18 63台上683：「刑法第一八四條第一項之往來危險罪，區別其既遂、未遂之標準，在於是否致生火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機往來之危險，至於因而致舟、車等傾覆或破壞者，則屬同條第二項加重結果犯之問題，殊不得資為判斷同條第一項犯罪既遂未遂之標準。」

19 參閱謝添富、趙晞華前揭文，第十二頁。

抽象危險犯，既然為抽象危險犯，又為何於條文內容載入「足以生軍事上之不利益」之要件？殊值深究。畢竟抽象危險犯之處罰，前已述及只須符合條文中所描述的構成要件行為即可成立，危險狀態之有無是不納入考量的。換句話說，若本罪真要以抽象危險犯論之，行為人只須於執勤時有睡眠、酒醉或其他相類似之情形廢弛職務者就已該當於本罪構成要件，根本無須加入「足以生軍事上之不利益」一詞。另一方面，若本條係定位為具體危險犯，則條文將「足以生軍事上之不利益」危險結果納入構成要件之中，顯然可以預見，只不過捨棄一般通認之「致」字不用，而以「足」字代替，卻又令人不得其解。

檢討與建議

衛哨兵為部隊之耳目，負有維護部隊安全之責，故陸海空刑法第三十四條規範衛哨兵於執行勤務不能有睡眠、酒醉或其他相類似情形，而廢弛職務，故課以相當高之注意義務，又為了維護部隊之實務上正常機能之運作，避免有危險狀態之肇生，於立法之初，即傾向將本條定位為抽象危險犯，²¹此於法之目的性考量應有其立法用意，惟此條當年新修正之陸海空軍刑法修法三讀通過後，

便可察覺事實上，現行條文與當年在行政院版草案有相當大的落差，²²其中仍有部分重點，迄今仍值研討深究：

(一)原條文有關廢弛職務罪部分即係採抽象危險犯之見解，即便當年本法修正草案內容亦是如此，該修正草案內容僅納列平時加重結果犯之內容，但新法三讀通過後，不難察覺條文內容中除將怠於執行職務改為廢弛職務，並加入了「足以生軍事上之不利益」之要件，刪除加重結果處罰之內容，此不僅將本條的定位模糊，亦漠視平時故意觸犯本罪，而致生加重結果(危險結果)之行為，而未加重處分，顯有疏失。建議本法若仍欲將本條定位為抽象危險犯，應將「足以生軍事上之不利益」構成要件予以刪除或再修正，期能名實相符。

(二)新修正之廢弛職務罪法定刑度為五年以下有期徒刑(平時)，但從行政院版本及舊法中得分析出，原於戰時之刑度規定為五年以下有期徒刑，現行法平時犯此罪者，亦將刑度定為五年以下之有期徒刑，顯然違背立法時「平時從輕，戰時從重」之原則(因為皆採抽象危險犯說)。本文建議刑度容有下修空間，畢竟抽象危險犯並無具體危險犯或實害犯之危險狀態存在，亦未侵害實質法益，新法反而比舊法更嚴苛，顯有立法退步之

20 舊陸海空軍刑法第五十條：「哨兵因睡眠或酒醉怠其職務者，依左列各款處斷：一、敵前，五年以下有期徒刑。二、其餘，一年以下有期徒刑。」

21 行政院修法版本，本條第一項之內容為：「衛兵、哨兵或其他任警戒職務之人，因睡眠、酒醉或其他相類似之情形，而怠於執行職務者，處一年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣十萬元以下罰金；因而致生軍事上不利益者，處一年以上七年以下有期徒刑。」

22 參閱立法院公報，第九十卷，第四十五期，院會記錄。



嫌。

結 論

刑罰是最嚴厲的國家制裁手段，此即刑法的最後手段性(刑罰之謙抑思想)。為對法益之保護更加周延，不斷採取前置性的保護措施，除於法益受實害及威脅時，介入干預，甚至對於未造成危險之行為亦予處罰，此即抽象危險犯立法目的，此舉顯與法治國刑法精神相違，故多數學者對此見解，均有不同意見或批判性思考。²³惟從法益保護之觀點視之，這卻是無法避免的現象，故如何取其平衡亦有其重要性；例如，得藉由本犯罪類型之犯罪刑度調低，或是設計專款排除輕微不法，以及運用客觀之可罰條件等，此均為對於抽象危險犯之一些必要性節制作為。²⁴

軍中是社會的縮影，同時也是一個封閉的小社會，相較於大社會，只要大社會有的體系，在軍隊就能產製出一套濃縮版的類社會化架構並能夠自給自足。而在這小社會的組成係以軍人為主，有其固定的文化常模、依循的傳統、默守的規訓及一定的行為模式；是以，軍人站哨或者執行其他警戒職務，原本就是分內之事及彰顯軍人武德精神，惟自人本主義角度出發，軍人也是人，甚至也是穿著軍服的公民，於情境壓力或偶發環境，或有力不從心之時，故睡眠、精神不濟而打瞌睡勢難以控制，現今本法將之定位為抽象危險犯且刑度頗高，雖可謂將軍中

之法益周延、周全保護，但從軍中人權保障角度以觀，似未符人道。

總之，有很多社會的現象，於軍中亦需留意或重視，畢竟陸海空軍刑法，相較於普通刑法，為一規範軍人之特別刑法，理應與潮流趨勢相結合，並順應時代，促使陸海空軍刑法成為一進步之特別刑法典，與日俱進、法隨時轉，將不合時宜之處透過修法逐一改進，期能朝維護軍中人權以及軍事社會秩序建立之完善目標邁進。

作者簡介

劉育偉中校，國防管理學院法律系88年班，國立中正大學犯罪防治研究所博士候選人、國防部法律事務司人權保障處軍法官。

陳正琳中校，國防管理學院法律系87年班，國防管理學院法律研究所碩士、空軍防空砲兵指揮部法律事務組組長。

龍國樑上校，空軍官校78年班，航空技術學院後參班88年班，日本麗澤大學語文教育研究所碩士90年班，曾任行政參謀官、中隊長、人事參謀官、副組長、主任、組長等職，現任職空軍航空技術學院總教官。

謝明峰中校，陸軍軍官學校90年班，陸軍通信電子資訊學校通信正規班92年班，亞洲大學經營管理學系研究所碩士101年班，曾任電訊搜索官、分隊長、兵役行政官、行政官等職，現任職國防部資源規劃司中校人力資源參謀官，本文通訊作者。

23 參閱許玉秀，前揭文，第八十九頁。

24 參閱林東茂著，危險犯的法律性質，臺大法學論叢，第二十四卷第一期，第二九九頁。