

從兵刑思想及兵制觀點談我國軍事刑法法制之發展

*趙唏華

壹、序言

我國軍法始於何時，史無可考¹。自古部隊出征前，將帥對部屬有所誥誡，悉以令出，所謂師出以律，並以命令行之，軍令即刑罰，此乃軍法之濫觴。其中較為著名者如：啓伐有扈，戰於甘之野，作「甘誓」；伊尹相湯伐桀，與桀戰於鳴條之野，作「湯誓」；武王伐殷，師渡孟津，作泰誓三篇，旋率兵戎車三百輛、虎賁三百人，與紂戰於牧野，作「牧誓」，此種誓師，可視為古代治軍之法律。

降至春秋，管仲作軍令，孫子申軍法，亦皆以令出；及至漢朝，軍法始見諸專章即興律，但未完備；漢以後、唐以前，尋流溯源，則僅得其梗概而已。此其間，除律以外常有令輔之²。

迨至「唐律」，已較有典別，共分 12 篇，其中第 6 篇擅興律，即為軍刑法。明代則有「大明律」及「大明典」，其中兵律即為軍刑法，較諸唐律之擅興律，更見完備。清朝之「大清律例」，承襲明律，無甚變異。

茲就李悝法經以降，各朝法典與軍律篇名之狀況，表列如下：

歷朝法典	法經	漢律	魏律	晉律	宋、齊律	梁、後魏、北齊律	隋、唐律	後周律	宋律	元新格

* 趙唏華，國防部法制司法規研審處處長，輔仁大學法學碩士。

¹ 有謂黃帝攻打蚩尤，為軍法創作之始。袁士枚，「軍刑法詮釋」，作者自版，69 年 5 月再版，頁 48。

² 例如：(1)漢令，行逗留懦者要斬（武帝紀註如淳行軍法）；行而逗留畏撓者要斬（史記韓安國傳註如淳行軍法）。(2)魏令，聞雷鼓音，舉白幢降旗，大小輪皆進戰，不進者斬；聞金音、舉青旗、船皆止，不止者斬（禦覽三萬四千引軍令）。(3)晉令，誤舉烽燧，罰金一斤八兩，故不舉者，棄市（禦覽七百三十四引晉令）。袁士枚，前揭書，頁 49。

軍律篇名	無	興律	擅興律	興律	興律	擅興律	擅興律	興繕律	擅興律	衛禁軍律
------	---	----	-----	----	----	-----	-----	-----	-----	------

民國肇造，北京政府先後於民國 4 年 3 月及 4 月，公佈「陸軍刑事條例」及「海軍刑事條例」，民國 14 年 10 月廣東國民政府公佈「陸軍刑律」，誓師北伐後，又頒布「革命軍刑事條例」，民國 18 年 6 月，頒行「暫行陸軍刑律補充條例」，迨至同年 9 月 25 日由國民政府頒行「陸海空軍刑法」，分總則與分則兩篇，計 17 章，122 條文，始見完整之軍事刑法。

前開軍刑法自公佈施行後，於民國 26 年及 88 年曾小幅更動。全案之修法工作，於 90 年 9 月 27 日立法院三讀通過，翌日總統公佈，並自同年 10 月 2 日起施行。96 年 1 月 10 日配合廢除死刑之刑事政策，將第 27 條第 1 項「敵前違抗作戰命令罪」及第 66 條第 2 項「戰時為虛偽命令通報或報告罪」之加重結果犯，修正為相對死刑；另修正第 79 條，明定本法除中華民國 90 年 9 月 28 日修正公布之條文自 90 年 10 月 2 日施行者外，自公布日施行，並修正第 54 條「服用酒類駕駛罪」，分別奉總統 96 年 12 月 10 日、97 年 1 月 2 日公佈。

貳、歷朝各代兵刑思想之特質及理論基礎

古來有征伐，便有軍事行動，有軍事行動，必有軍令。古代無論部落相爭或兩族相爭，首重兵政，而兵非刑無以善其用並神其機，故整軍經武之時，非賞罰不足以激勵士氣，非法令無以齊一行止；有刑以申於先，而後紀律可嚴，有刑以誅於後，而後聲威可壯，刑與兵不相分，用兵謂之用刑，治刑即以治兵。

因此，在古代「兵刑合一」制度下，刑罰與軍令可謂同其本質。在我國古代多種法律形式中，律典作為刑事法律僅為其中一種，歷朝之軍事法律，大多包含在令、敕、條例、條格等形式之法律或單行法中³。

³ 如「晉令」40 篇中，有軍吏員、選將、軍戰、軍水戰、軍法等，「漢令」中之戍卒令、公令、賣爵令均屬軍事類；又如明代軍政條例、兵部武選司條例、軍令、哨守條約及楚邊條約等。詳參倪正茂，「中國法律史研究反撥」，中國法律出版社，2002 年 11 月，頁 160、165、174。

一、唐虞至周末之法典創造期

（一）唐虞

我國古代刑法發達最早，但其最初起源，史無可考，雖推知唐虞以前已有刑法存在，惟究為洪荒時代之事，無詳細資料可供研究其內容。按當時國家之基礎，社會之組織，尚未確立，各民族皆汲汲乎以扶植自己勢力為專務，無論苗、漢，皆以兵刑為金湯而據之，內計自己之安全，外謀勢力之擴張；大荒時代刑法之採威嚇主義，固屬當然⁴。

尚書「呂刑」云：苗民弗用靈，制以刑，惟作五虐之刑曰法。殺戮無辜，爰始淫為劓、剕、劓、剕、劓。這說明「刑」原為苗民所創而為我族所襲用。我族所以襲用此五虐為刑，不外「報虐以威」；其初為專待異族而設，但對同族有罪之人，則不用五刑。異族有居於境內外之分，而在懲罰上亦有兵刑之同；其亂在外為宄，則以兵懲罰；在內為姦，則以刑鎮壓。故古之兵刑，鹹用以懲罰異族也⁵。尚書「舜典」復云：蠻夷猾夏，寇賊姦宄。汝作士，五刑有服。由此可知最初兵刑觀念之合一。皋陶作士，以刑禦暴，實即以兵禦蠻夷。

春秋時，倉葛云：德以柔中國，刑以威四夷，宜吾不敢服也（左傳僖公 25 年）。德以安撫中國，刑以威震四夷，以夷狄待我，則不服也。故此刑也，當指甲兵，以用甲兵為刑罰之一種，抑所以威震四夷也。

臧文仲云：刑五而已，大刑用甲兵，其次用斧鉞，中刑用刀鋸，其次用鑽笮，薄刑用鞭撻，以威民也。故大者陳之原野，小者致之市朝。五刑三次，是無隱也（國語魯語）。此在刑罰種類上，仍以甲兵為大刑；甲兵既稱大刑，則可知治刑亦即治兵也。所謂「陳之原野」，指戰陳言，顏師古註云：謂征討所殺也（漢書刑法志）。可見古以兵刑為一也。西周時，貴族以武力征服異族，實即以武力統治，以刑鎮壓，刑即武力，亦即甲兵，此即兵刑為一體也。

周禮亦云：大司馬以九伐之灋正邦國，馮弱犯寡則眚之，賊賢害民則伐之，暴內陵外則壇之，野荒民散則削之，負固不服則侵之，賊

⁴ 參閱黃秉心，「中國刑法史」，作者自版，1966 年 10 月，頁 90。

⁵ 從史的觀察，足見皋陶當初作五刑，乃針對異族所行的一種軍法之治。此與美國學者 Ansell 考察美國軍法制度，認為非美國式的（non-America）乃因為軍隊是由武裝僕人或外籍傭兵所組成，故適用軍法制度之史的觀察，有其相同之處。參見 Ansell “Military Justice” ,5 Cornell L.Quarterly 1（1919）,M.L.R. Bicent,Issue 53（1975）。

殺其親則正之，放弑其君則殘之，犯令陵政則杜之，外內亂，鳥獸行，則滅之（夏官司馬第四）。「九伐」者，乃九種征伐之法；亦即古之大刑也。於此，益見古之兵刑不分。

古代刑罰，由司兵者執掌；士、司寇、尉，皆軍官，亦皆刑（法）官。夏殷時，刑官已有「司寇」之名，周制亦然。所謂司寇云者，蓋指敵國侵犯，稱為入寇，用兵則在除寇賊也。如左傳云：兵作於內為亂，於外為寇也（文公 7 年）。春秋時，陳、楚皆謂「司寇」為「司敗」，實含有敗敵而予懲罰之意也。如同書所云：臣歸死于司敗也（文公 10 年）；唐人竊馬而獻之子常，子常歸唐侯，自拘于司敗（定公 3 年）。即其義也。又凡稱「尉」者，本即軍官，而刑（法）官亦稱「尉氏」或「廷尉」。漢書百官公卿表註謂：聽訟必質之朝廷，與眾共之，兵獄同制，故稱廷尉。此在刑官稱謂上，更見古代兵刑合一之觀念。

大抵言之，古者兵有甲兵斧鉞之威，刑有甲兵斧鉞之嚴，兵刑似殊而其義同。虞時、皋陶作士，兼掌兵刑，兵刑合為一。周制以司馬掌兵事，司寇掌刑獄，兵刑分為二，然徵之大司馬掌九伐之法，兵刑實合為一也。太史公在史記律書，以兵事發端；而班固作漢書刑法志，則援其體例，亦從兵事敘起，將兵和刑歸於一書一志之內，誠為史家寫實之筆。此不啻為刑原於兵之論，抑且可知兵刑之在古代，其觀念為同一⁶。因是，追溯法之源，探求刑之始，便不能不開始於兵了。

舜時、有苗之君，不循教命，禹稟命於舜，往正其罪。蓋其代天致罰，非其人得罪于天，天理所不容，人情所不堪，必不輕易以動眾也。戰、危事也，軍事主嚴，不嚴則號令不立，故不重軍法，則無以整肅其眾，而使赴功也。

尚書「大禹謨」云：帝曰：咨、禹。惟時有苗弗率，以徂征，禹乃會羣後，誓於師曰：濟濟有眾，鹹聽朕命，蠢茲有苗，昏迷不恭，侮慢自賢，反道敗德，君子在野，小人在位，民棄不保，天降之咎，肆予以爾眾士，奉辭發罪，爾尚一乃心力，其克有勳。由是觀之，出師以律，當以正以義，禹命諸侯之師，雖是順天之命，而其戒誓以討叛伐罪之意，無非欲使人人同心同力，所以一眾志而起其怠。故易曰：師出以律，蓋言治眾而必以法也⁷。

⁶ 參閱王潔卿，「中國法律與法治思想」，作者自版，1982 年 10 月，頁 13-15；陳顧遠，「軍法起源與兵刑合一——中國法制史上一個觀察」，收錄於「陳顧遠法律論文集（上）」，聯經出版，1982 年 9 月，頁 503。

⁷ 參閱王潔卿，註 6 書，頁 35-36。

（二）夏

唐虞之世，設爲九官，而無所謂兵官者，蓋是時風氣初開，人心純樸，雖有蠻夷猾夏，盜賊姦宄，而爲害實微，猶未至如後世之昌熾毒害，僅命刑官掌之，遇有征討，隨時命官，故三苗逆命，則以命掌邦土之司空，未嘗特設官以掌兵政，專征伐。及得三苗，不過分北之，而其首惡亦僅於竄逐之而已，非若後世犁庭掃穴而誅絕之也，夏之時，始有掌六師，舉政典之官。爲治之事，無非政者，而獨以統六師平邦國爲政典，則時之所尚者在兵，而政之爲政莫急於兵，故自夏命胤侯掌六師舉政典以誓，兵刑遂分爲二，故而夏代兵刑分制，於此可以觀世變矣。蓋爲政者當隨時以制宜也⁸。

夏後時代之法律，除有「洪範九章」爲其治國根本大法外，其所用之刑法，即所謂夏有亂政，而作「禹刑」也（左傳昭公 6 年），但其內容，書傳不詳。大傳甫刑傳云：禹之君民也，罰弗及強，而天下治。大體言之，禹禪于舜，夏法仍多沿用虞制，其法制思想，仍重治化。

威則人不敢犯，嚴則人不敢違，所以致其威嚴者，法（禮）而已矣。而治軍之法，尤當以威嚴爲尚，然徒尚威嚴而不本於法，則所謂威者、矯亢之容，嚴者、暴戾之氣也。故治兵莫尚于嚴，莫先於敬；不嚴則軍心不齊，不敬則軍事不整，是嚴敬乃用師之要也。因此，當時軍法之思想，於焉生矣。軍法重于常刑，且更富嚴厲性，但此嚴厲性之表現，尤以戰時爲甚。蓋因戰時前線士兵，衝鋒陷陣，固須紀律嚴明，信賞必罰，即在後方，民眾亦必加強其軍事管理。甘誓云：大戰于甘，乃召六卿，王（夏啓）曰：嗟！六事之人，予誓告汝。有扈氏威侮五行，怠棄三正，天用剿絕其命，今予惟恭行天之罰。左不攻于左，汝不恭命；右不攻於右，汝不恭命；禦非其馬之正，汝不恭命。用命賞于祖，弗用命戮於社，予則孥戮汝。

由此觀之，凡犯上作亂，禍國殃民者，固應徹底殲除；其因脅從誤入歧途而能覺悟來歸者，則予自新之路；其於舊染汙習之人，亦皆赦而新之，蓋此皆政治重於軍事之思想。凡臨陣士兵，如違命令，誤貽戎機者，不但誅及其身，且將孥戮及于妻子。所謂威克厥愛，而能有濟。故出師之律，非此不足以戒懼而使用命⁹。

⁸ 參閱王潔卿，註 6 書，頁 40。

⁹ 參閱王潔卿，註 6 書，頁 41-43。

夏朝初期，由於國家尚未完全擺脫氏族部落之狀態，國家主要職能是對外進行軍事活動。夏朝之司法官，稱「士」或「理」。中央最高之司法官稱為「大理」，這些稱謂與兵制相關。士最初是軍法官，在戰爭中審理逃犯及一切與軍事行動有關之犯罪，根據統治者之需要，戰爭結束後仍繼續擔任獄訟任務（即處理一般訴訟），嗣後就變成一般司法官，稱士師、司寇、廷尉等。可見，夏朝實行的是軍事法官兼理一般獄訟案件之制度¹⁰。

三、商殷¹¹

夏桀暴虐，湯代有夏，而作湯刑（左傳昭公 6 年）。商殷重刑罰，商殷的法律，係以重刑為手段，而以「辟以止辟」，「藉刑以去刑」為其目的；商殷刑制，殘酷互異，輕重懸殊，揆之法理，誠有大惑不解者，此固為商殷時代威嚇主義之精神，亦可謂商殷之法律思想，蓋重刑辟也。

商湯滅夏以後，商王朝為了對內鎮壓奴隸和平民，對外掠奪防禦，乃不斷加強國家機器之重要組成部分－軍隊；而用以管理軍隊之法律，就是國王的「誓」，即國王在軍隊征伐前誓師之命令¹²。這種「誓」被大量用之於軍旅，說明商代已加強軍事刑事方面之立法，並以此對那些逃避兵役、違抗軍令、臨陣脫逃之軍事犯罪予以審判，嚴厲處罰。商代篤信宗教，假借神的意志進行的。如不從「誓」者，將受上天懲罰，「殺其身、滅其族、滿門抄斬」，「上天要我對你們這些不努力作戰的人實行審判和刑罰」。這種命令無疑對軍人的征戰有著極大之威懾力，同時也具有欺騙性¹³。

夏桀無道，湯以「天命殛之」為理由，以利討伐，而將誓師伐桀之責任，託詞於「天」，是此可知神權思想之濃厚。蓋因唐虞之世，皆以「天」為施用刑罰之根據，故湯奉行天命，興師伐夏，而作「湯誓」，誓戒士眾，其言云：王（湯王）曰：格爾眾庶，悉聽朕言，非台小子，敢行稱亂，有夏多罪，天命殛之。……爾尚輔予一人，致天之罰，予其大賚汝，爾無不信，朕不食言。爾不從誓言，予則孥戮汝，罔有攸赦。

¹⁰ 參閱田龍海，「軍事審判學」，北京軍事科學出版社，2001 年 12 月，頁 21-22。

¹¹ 成湯滅夏而有天下，以「商」為國號，16 傳至盤庚，改號為「殷」，所謂「商」、「殷」，實為一代，故稱商殷時代。

¹² 依「說文解字」之解釋，誓，約束也。

¹³ 參閱田龍海，註 10 書，頁 22。

孔安國云：古之用刑，父子兄弟，罪不相及；今云孥戮，無有所赦，權以脅之，使勿犯。由是觀之，此誓不啻爲軍中刑罰，以誓深戒之，欲其勉力戒懼而用命也。所謂孥戮者，則知商有族罪刑之觀念，而在軍法中，亦刑罰之嚴，而富威嚇主義之思想¹⁴。

（四）西周

歷代帝王討叛伐罪，臨眾誓命，無非用之以作士氣、一人心者，惟賞罰而已。自禹征苗有「誓」之後，武王伐商，亦有「誓」焉。

「泰誓」云：王曰：嗚呼！我西土君子，天有顯道，厥類惟彰。樹德務滋，除惡務本。肆予小子，誕以爾眾士，殄殲乃讎，爾眾士尙迪果毅，以登乃辟，功多有厚賞，不迪有顯戮。蔡沈云：天有至顯之理，其義類甚明，至顯之理，即典常之理也。植德則務其滋長，去惡則務絕根本，兩句古語，喻眾惡之本在所當去，故我小子大以爾眾士，而殄絕殲滅汝之世讎也。殺敵爲果致果爲毅。爾眾士其庶幾蹈行果毅，以成汝君，若功多則有厚賞，非特一爵一級而已；不迪果毅，則有顯戮，謂之顯戮，則必肆諸市朝，以示眾庶。

「牧誓」云：今予發，惟恭行天之罰。今日之事，不愆于六步七步，乃止齊焉，夫子勗哉；不愆於四伐、五伐、六伐、七伐，乃止齊焉，勗哉夫子。尙桓桓，如虎如貔，如熊如羆，于商郊，弗迓克奔，以役西土，勗哉夫子。爾所弗勗，其予爾躬殺戮。蔡沈云：今日之戰，不過六步七步，乃止而齊，此告坐作進退之法，所以戒其輕進也。少不下四五，多不過六七，乃止而齊，此告之以攻殺擊刺之法，所以戒其貪殺也。上言夫子勗哉，此言勗哉夫子者，反覆成文，以致丁寧勸勉之意。欲將士如四獸之猛，而奮擊于商郊，能奔來降者，勿迎擊之，以勞役我西土之人，此勉其武勇而戒其殺降。弗勗、謂不勉予前三者。此篇嚴肅而溫厚，與湯誓誥相表裏，真聖人之言也。

以上誓誡，無非告以戰因，治戎備，整軍容，作士氣，集中意志，義正詞嚴，不敢怠忽，有功以賞，有過必誅，於此可見西周時代軍法之嚴。

作戰期間，軍旅必須嚴守紀律，「費誓」亦有明文，其言云：馬牛其風，臣妾逋逃，無敢越逐，祇復之，我商賚汝；乃越逐不復，汝則有常刑。無敢寇攘，踰垣牆，竊牛馬，誘臣妾，汝則有常刑。此言戰時，人有家畜或僕役逃至軍間者，不得越壘追逐或故意隱藏，且當

¹⁴ 參閱王潔卿，註6書，頁49-50。

謹還其主，不得劫奪財物；不得潛入民宅竊取牛馬；不得誘姦婦女與販賣奴隸；如有違此戒令者，則常刑具在，決不姑寬，此所以嚴整紀律，以安定後方。

其於戰地居民，亦有禁令。「費誓」又云：今惟淫舍牯牛馬，杜乃獲，斂乃穿，無敢傷牯，牯之傷，汝則有常刑。……甲戌、我惟征徐戎，峙乃糗糧，無敢不逮，汝則有大刑。魯人三郊三遂，峙乃楨幹。甲戌、我惟築，無敢不供，汝則有無餘刑非殺。魯人三郊三遂，峙乃芻茭，無敢不多，汝則有大刑。此所以告誡戰地居民者，均須服從軍令，供應軍需，充實後勤，其於芻粟與夫構築器材之供應、數量與時間，不得減少或延緩，如有違讓，各被常刑，此古代軍事徵用之法也。蓋此益見西周時代軍法思想之進步¹⁵。

西周繼承和完善了商朝的奴隸制度，在軍事法內容上，比夏、商更健全、更完備。還建立「大司馬」一職掌管軍事，其職責是「若有兵甲之事，則授之車甲，合器卒伍，制其有司，以軍法治之」。對於軍事犯罪按兩種程式處罰，一是對不努力作戰者、後退者，由統兵之周王當場斬首。如武王伐紂曾作牧誓，規定「弗勛」和「後至」皆斬，二是對不從王征戰之人進行審訊，判罰其銅三百鍰，並戴罪出征¹⁶。

1.周易有關之軍法思想

周易，為中國文化最古老之典籍，亦為中國人文文化之寶典。周易六十四卦，其中蒙、訟、師、豫、噬嗑、賁、坎、解、豐、旅、中孚等卦，均涉有刑獄之事。其中，師之初六曰：師出以律，否臧凶。象曰：師出以律，失律凶也。此言律有二義，有出師之律，有行師之律。出師之律，當以正以義；行師之律，當有號令節制。故師出以律，則吉；失律則凶。明乎此，則知為師以律之道也¹⁷。

2.周禮有關之軍法思想

周禮，記周代典章制度，而言國家政治法律之書也。如秋官之刑法。周禮立秋官司寇，使帥其屬而掌邦禁，以佐王刑邦國；並以五刑糾萬民，一曰野刑，上功糾力；二曰軍刑，上命糾守；三曰鄉刑，上德糾孝；四曰官刑，上能糾職；五曰國刑，上願糾暴。

¹⁵參閱王潔卿，註6書，頁76-80。

¹⁶參閱田龍海，註10書，頁22。

¹⁷參閱王潔卿，註6書，頁80、97-98。

劉彝云：刑者不得已而用之，豈聖人所樂哉？故力不懋，則財不生，而野荒民散矣，是野刑不可已也。亂不除則民不安，而民散國離矣，是軍刑不可已也。孝不盡則忠不純，而家破國微矣，是鄉刑不可已也。職不舉則治不成，而政衰俗薄矣，是官刑不可已也。禮不行則中不建，而君弱臣疆矣，是國刑不可已也。天地四時者，六官之序，聖體其序，而化成天下之導也。野軍鄉官國者五刑之序，聖人不得已而即其序，以措萬民於中和之道也。士師之職，掌國之五禁之法，以左右刑罰，一曰宮禁，二曰官禁，三曰國禁，四曰野禁，五曰軍禁，皆以木鐸徇之於朝，書而懸於門閭。以五戒先後刑罰，毋使罪於民：一曰誓，用之於軍旅；二曰誥，用之於會同；三曰禁，用諸田役；四曰糾，用諸國中；五曰憲，用諸都鄙。

大司馬、以九伐之灋正邦國，馮弱犯寡則眚之，賊賢害民則伐之，暴內陵外則壇之，野荒民散則削之，負固不服則侵之，賊殺其親則正之，放弑其君則殘之，犯令陵政則杜之，外內亂，鳥獸行則滅之。

大司馬、及師，大合軍，以行禁令，以救無辜伐有罪。若大師、則掌其戒令，涖大葛。帥執事涖饗主及軍器，及致，建大常，比軍眾，誅後至者，及戰，巡陳，眡事而賞罰。若師有功，則左執律，右秉鉞，以先愷樂獻於社；若師不功，則厭而奉主車。

由是觀之，天下之不平，蓋必有以參錯乖戾侵犯之事也。故王者之師，欲救無辜伐有罪，而平天下之不平，此王者用師之本旨，亦人君之大道也。王師所過而敢有沮遏，或所須而有不從，令者軍中之禁，而輒敢干犯，則此逆軍旅者與犯師禁者同為不循軍法之人，安可不用刑戮者邪？故先王制為九伐之灋，蓋所以制治於未亂，保邦國于未危，使知所懼，而防患於未然¹⁸。

五、小結

綜觀夏商周奴隸制時期之軍法制度和特點，在於軍事法官即為一般之司法審判官，二者合二為一。軍法權在君主或皇帝手中，對那些違抗軍令之軍人，要在神社面前進行嚴厲審判，係「神判」、「天罰」思想之體現。

商周兩朝之刑律，主要用於鎮壓奴隸反抗，但平民觸犯刑律，亦要治罪，或淪為奴隸，或斬首。此外，大夫甚或比大夫更高之奴隸主貴族，如犯上作亂、不用王命者，也有被處死之記載，如周公旦即處

¹⁸參閱王潔卿，註6書，頁120-122。

死興兵作亂之武庚和管叔，周宣王時亦因魯國犯王命，殺其君伯嚭。

周初，伯禽在征伐淮夷、徐戎前，對包括卿大夫在內之部眾發布之誓師詞中，便談及適用予卿大夫之「常刑」。尚書費誓謂：馬牛其風，臣妾逋逃，勿趕越逐。祇復之，我商賡汝。乃越逐不復，汝則有常刑。無趕寇攘，踰垣牆，竊馬牛，誘臣妾，汝則有常刑。甲戌，我惟征徐戎。峙乃糗糧，無趕不逋，汝則有大刑¹⁹。

周朝將對國君的不忠視為最嚴重之犯罪。所謂：有君不事，國有常刑（左傳定公 4 年）。周初，周公旦曾代成王向四方諸侯宣佈：乃有不用我降爾命，我乃其大罰殛之。周宣王時，樊仲山父說：犯王命必誅，故出令不可不順也（國語周語上）。不僅如此，君命猶被賦以天威之權威，所謂「君命，天也」，因此，違抗王命就是逆天。此外，危害政權之反、逆、亂三者異詞而義同，「不用帝命」，則為逆，「逆，反也」。「兵作於內為亂」，為防止奴隸們聚眾生事，凡「眾庶」、「奚隸」聚眾出入者，皆處死刑²⁰。

春秋戰國時代，各國為爭霸圖強，發號施令，信賞必罰，一切皆以法律尤其刑法為其基礎。更且戰國時代之法家，專講政治權術，其涉及法律者，多為嚴刑峻法，信賞必罰一類之抽象理論，而具體法典之創作，仍出於儒家（李悝）。依目前史料觀察，李悝的法經六篇，應係我國最早有系統而完整之刑法典，雖已亡佚，但其內容已為後代律令所吸收，一變為秦律，再變為漢律。漢以後之律令亦莫不含有法經之成分²¹，陶希聖先生即謂：從私有財產之確立，生命身體之保護，以至審判程式、制裁方法，首尾畢具²²。

自春秋以來，列國紛爭，諸侯兼併，大一統要求為必然趨勢。而當時，儒家思想學說，在方法論方面確已不能滿足時代要求，所以自墨子開其端，由法家承其後，集權思想，任法以治，務求以君主勢力推行法治，俾收富國強兵之效²³。法家強調國家利益優於其他利益，同時主張法律之目的應優於法律之理念，或係深受墨子功利思想的影響。讓人嘆息的是，墨子思想在漢帝國成立前後銷聲匿跡，不能開文

¹⁹ 詳參「尚書、費誓」。

²⁰ 參閱張晉藩，「法史鑒略」，群眾出版社，1988 年版，頁 51。

²¹ 參閱林詠榮，「我國法典創作人李悝其人其書」，東吳大學法聲，第 11 期，頁 12。

²² 參閱陶希聖，「中國政治思想史第 1 冊」，食貨出版，1972 年 4 月，頁 191。

²³ 韓非等法家學說，在中國實際法制運作上，實有其深遠潛在的影響力。畢竟時空不同，我們也無須因反對專制，而抹煞韓非等法家思想在中國法制歷史上所發生的功能。

運、立教化，甚至一衰而不可復振²⁴。

春秋五代傳所謂「國之大事，在祀與戎」。以武力征服合併的國家，其凝集力之重心，唯在威武服從。此時為大元帥有兵馬最高權者，即為掌握統治權者。至於司法權者，決非自始即為統治權的必要成分，惟於統帥權的關係下，執兵馬最高權的元首，得以武斷地裁決爭議，以強制的制裁力而執行之；且為維持治安，干涉人民之爭議，故司法權被吸收於統治權之中，而為其構成分子。

日本學者穗積陳重指出，在國家發展初期，統治權觀念中，無所謂立法權，亦無所謂立法者。法者存於民意、神意或君意，即尚在潛勢狀態(potentiality)，不至形成法規。所謂潛勢法者(law in potentiality)，指為人民公的行為之基礎之社會力，雖有發動可能性，然仍伏於法之主體中，尚未形成法規之體裁者也。人民唯從其所屬團體之常習，以營共同生活，遇有神意啓示或元首命令，不可不絕對服從之；此種服從心理，即所謂廣泛之公共義務感是也。故於此時代，若欲強求法規，渺不可得；所能得者，僅有不可不絕對服從之民意、神意或君意而已²⁵。正如西方學者梅樂士(Meadows)所說：在中國人觀念裡，所謂罪惡，無非是指一種破壞宇宙和諧秩序之侵犯行為，應受宇宙秩序運行之制裁，而致遭災禍²⁶。

君權於為兵馬之統帥權時，統治權即至高命令權(imperium)。君主為大元帥，為至高命令者(imperator)，其命令具強制執行之絕大實力，為兵制整理，及因戰爭結果而生社會組織變動的整理之必要，欲依兵權以行自己政策，發布新命令之機會，於是更為增加，至啓立法權為統治權構成分子之端緒²⁷。

²⁴ 參閱黃源盛，墨子的法律思想，收於氏著「中國傳統法制與思想」，五南圖書，1998年10月，頁27。

²⁵ 參閱穗積陳重著，黃尊三、薩孟武、陶彙曾、易家鉞譯，「法律進化論」，台灣商務印書館，頁7-10。

²⁶ Meadows, "The Chinese and Their Rebellions", London, (reprinted Standard, 1955), p.382。轉引自蘇俊雄，「文化變遷對刑法改革及立法政策之影響」，台大法學論叢，第7卷第1期，頁73。

²⁷ 參閱穗積陳重著，黃尊三、薩孟武、陶彙曾、易家鉞譯，前揭書，頁56。

三、秦漢至魏晉南北朝之法典確立期

（一）秦

西元前 221 年，秦始皇於古稱「中原」之漢族居住地域內建立大帝國後，為實施中央集權、君主專制，而總結春秋戰國時代的法律經驗，制定出秦律。秦律之規範方式及作為君主駕馭臣民工具的本質，為接續統治中原的各朝所承襲，直迄清朝統治末期為止，因其係為遂行專制的帝國統治而設計，故有稱之為「中華帝國法」者；若從該法亦傳播至韓、日、越南等地而言，也可稱為「東亞法系」。傳統中國法固然是在秦、漢兩朝時定型，但其法律價值觀的思想基礎，須上溯至中國「先秦時代」。當時眾多思想流派中，對法律定位和理念影響最深者，即為儒家思想和法家思想²⁸。

1975 年在湖北省雲夢縣睡虎地出土之秦簡，可觀察到秦律有系統而豐富之條文，出土秦簡共有 1155 枚，其中屬於法律部分的有下列 6 種：①秦律 18 種：為秦律之摘錄，有 201 枚簡，包括軍法、刑法、訴訟法、民法、行政法、經濟法等各個法律部門，證明自商鞅變法以後，莫不「皆有法式」之說是確實的，但其中心則是刑法。②效律：有 60 枚簡，應屬一篇首尾完整之律文，詳細規定了檢驗縣和都官物資帳目之一系列制度，對在軍事上有重要意義之物品，如兵器、鎧甲及皮革等，規定尤詳。③秦律雜抄：亦為秦律之摘錄，有 42 枚簡，其中有許多律文與軍事有關，為研究秦兵制之重要資料。④法律答問：有 210 枚簡。⑤封診式：有 98 枚簡。⑥為吏之道：由 51 枚竹簡組成²⁹。

（二）漢

漢高祖入關，與民約法三章「殺人者死，傷人及盜抵罪，蠲削煩苛，兆民大悅」³⁰。在楚漢之爭的歷史上，漢高祖智慧地掌握住了從一舊時代換一新時代所該具備之契機與方向，然三章之法，僅為對秦始皇時代苛法的一種反動消極作用，雖能一時滿足當下之人心，卻非國

²⁸ 參閱王泰升，「台灣法律史概論」，元照出版，2001 年 7 月，頁 40。

²⁹ 參閱韓復智、葉達雄、邵台新、陳文豪，「秦漢史」，國立空中大學印行，1996 年 8 月，頁 208。

³⁰ 茲應注意者，殺人者死一項，除人命犯外，不處死刑，且僅罰其一身，非如秦法之一人犯罪舉家株連，又其傷人及盜者，罪亦僅及於一身。

家圖長治久安之道³¹；其後，因四夷未附，兵革未息，三章之法終不足以禦姦宄（盜賊內起謂宄），乃由相國蕭何攷摭秦法，取其宜於時者，作律九章，亦即九章律；嗣又以「單行律」及「單行令」加以補修。杜周謂：前主所是，著爲律；後主所是，疏爲令³²。

武帝即位，刑趨繁苛，條定律令，嚴施懲罰，不無擾民之譏；漢書刑法志稱：及至孝武，外事四夷之功，內盛耳目之好，徵發頻行，百姓貧耗，窮民犯法，酷吏擊斷，姦宄不勝，於是招進張湯趙禹之屬，條定法令，作見知故縱監臨部主之法，緩深顧之罪，急縱出之誅，律令凡三百五十九章，大辟四百零九條，千八百八十二事，死罪決事比萬三千四百七十二事，文書盈於凡閣，典者不能避睹。這顯然是爲統治者擴大並加密法網，漢代律令之繁瑣而難明，不僅司法者對律文難堪負荷，判案定準無法掌握，更難期望人民能全部瞭解。

有論者指出，漢律之條款係對個別之犯罪行爲，定其應處之刑罰。在大一統局面下，政治秩序既不同於戰國，社會秩序更有重大變遷。漢律本於秦律，秦律又出自李悝法經，不能適應新事例，更不足於解決大問題。法吏求之於律令而不持其平者，儒生求之經術，尤其是春秋，而得其情與理³³。

從歷史觀察，雖然漢代學者，對秦具強烈的反感與厭惡，然而漢朝的政治卻也因襲了不少秦制，仍保留濃厚的法定思想，在法制上是王道雜霸、德刑並施，故有「王任德、霸任刑；秦專制而霸，漢雜用之」的說法³⁴。事實上，自漢以後，刑書成爲明刑弼教的工具，律統之支持者並非法家，而是儒家³⁵。因此，儒家的道德規箴與法律或刑罰結合，而成爲一種官式制度，此即所謂之「儒學的法家化」或「法律儒家化」³⁶。使得中國法理思想由禮刑對立階段，逐漸進入禮刑合一階段，

³¹ 參閱黃源盛，「兩漢春秋折獄案例探微」，政大法學評論，第 52 期，頁 3。

³² 參閱戴炎輝，「中國法制史」，三民書局，1971 年 10 月 3 版，頁 2。

³³ 參閱陶希聖，「中國法制之社會史的考察」，食貨出版，1979 年 12 月，頁 155。

³⁴ 參閱陶希聖，「中國法制之社會史的考察」，頁 154 以下。楊樹藩，「兩漢中央政治制度與法儒思想」，台灣商務印書館，1977 年 3 版，頁 3。

³⁵ 由中國法制史可以明白看出，自漢朝（西元前 200 年）迄今，儒家思想一直是社會價值體系的依歸所在，深深地影響著中國歷代的法律制度與政治思想。依照儒家的思想，一個理想的政府，應該是以禮教化而非以法治人。

³⁶ 「儒學的法家化」一詞，見余英時，反智論與中國政治傳統，收於氏著「歷史與思想」，聯經出版，1981 年 2 月，頁 31 以下。另「法律儒家化」一詞，見(Confucianization of Law)T'ung tsu Ch'u, "Law and Society in Traditional China", Mouton and Co., The Hague 1965 p.227。轉引自黃源盛，韓非的歷史觀及其法律理想，收於氏著「中國傳統法制與思想」，頁 80。

直至清末。

兩漢為加強中央集權，在刑法上也採取各種刑罰手段，懲治各類型之犯罪活動。其中與軍法有關者，如下：

1. 謀反罪

謀反乃顛覆社稷之大罪，犯者嚴懲，而不論犯罪者之等級地位。例如，高祖時淮陰侯韓信：「十一年（西元前 196 年），坐謀反，誅」。串通敵方謀反，懲罰尤嚴，親陽侯月氏：「元朔五年，坐謀反入匈奴，腰斬」（漢書高惠高後文功臣表）。

2. 擅發兵罪

漢朝軍隊由皇帝直接控制和調動，任何人未經皇帝准許，擅自發兵，按律要受到嚴厲懲罰。大將軍韓信「擅發兵，廢為侯」（漢書外戚恩澤侯表）。

3. 畏懦罪

將領陣前畏敵，退卻不前，招致戰爭失利者，追究刑事責任。博望侯張騫，於「元狩二年，坐以將軍擊匈奴畏懦，當斬，贖罪，免」（漢書景武昭宣元成功臣表）³⁷。

漢朝一方面肯定以法家思想為基礎之秦律，認係治理大帝國所不可或缺的利器，故參考秦律制定漢律，另方面亦體認到治天下不能全憑武力及法家之術，尚須講究「教化」，從心理層面麻痺臣民。漢武帝即獨尊儒術，以講究身分地位差異性的禮規範，作為社會生活之最高行為規範，巧妙地把出於自然感情的對父母的「孝」，轉化為政治上對皇帝的「忠」。當服從已成為日常生活一部分，甚或已內化為人生態度時，皇帝的江山也就穩固了。在傳統我國法裡，法律規範之「工具性格」非常強烈，法家思想視其為貫徹君主命令之工具，儒家思想視其為實現官定意識型態（儒教）之工具。

（三）三國兩晉南北朝

「魏律」，皇興 5 年 3 月詔曰：天安以來，軍國多務，南定徐方，北掃遺虜，征戍之人，亡竄非一，雖罪刑書，每加哀宥，然寬政猶水逋逃遂多，宜申明典刑，以肅姦偽，自今諸有逃亡之兵及下代守宰，

³⁷參閱張晉藩，「法史鑒略」，頁 164、166、169。

浮游不赴者，限六月三十日悉聽歸首，不首者論如律（顯祖紀）。將帥職司軍人犯法自依常科³⁸。此外，「魏令」內容有軍中令及尚書官令百八十餘篇，因史實不詳，無從記述³⁹。

晉太宰賈充等 14 人增損漢魏律爲 20 篇，於泰始 4 年正月 4 日編成「晉律」，其中第 13 篇爲擅興律、第 15 篇爲衛宮律，諸如兵守逃歸家、不憂軍事、越戍、乏軍興、後失軍期、交關等，均爲軍刑法相關。賈充等亦撰「晉令」40 篇，軍法凡 6 篇（第 33 至 38），以法加刑，蓋指軍法言之。此外，晉亦有「軍吏員令」、「宮衛令」、「軍戰令」、「軍水戰令」及「軍法令」等。

「梁律」，因係斟酌晉律而成，大體與晉律相同。因時勢之必要，間或加以損益，惟內容及篇目，亦大多相同，其中第 13 篇仍爲擅興律，第 15 篇爲衛宮律，均與軍刑法相關。此外，亦有「梁令」30 卷 30 篇，其中與軍事相關者，爲(21)宮衛、(27)選將、(29)軍吏、(30)軍費等篇⁴⁰。

「陳律」，大建 6 年春正月壬戌詔將帥職司軍人犯法自依常科（宣帝紀）⁴¹。

三國兩晉南北朝時期，各國均以重罰來維護及加強其專制主義之國家制度。魏律對於謀反、大逆等罪，雖處以族刑，但尚未明定於律文，晉律始列於律文。北齊制律時，將以往的重罪加以歸納，使之由零散變爲完整。規定「重罪十條」，置於刑律之首，其中反逆、大逆、叛、降等均與軍法有關，明確了刑事鎮壓之矛頭所向，增強了刑律之威嚇及鎮壓功能，影響及於隋。隋律對此加以損益，創常赦所不原之「十惡」，爲後世封建刑律一直沿用⁴²。

梁惠王時，尉繚作「尉繚子」乙書，認爲法制是治國治軍之根本，主張健全法制，以法治軍。戰爭要勝利必須強調「號令明，法制審」，「明賞於前，決罰於後」，從而達到「發能中利，重則有功」之目的。書中舉例在春秋時期，晉國派軍隊侵入齊國的阿（今山東省西部東阿縣）、甄（今山東省甄城縣的濟陰）地區，燕國軍隊也同時乘機攻入齊國河上（故黃河南岸地區）之地，齊國守軍屢屢敗退。爲扭轉敗局，擔任相國之晏嬰，向齊景公推薦司馬穰苴。齊景公乃拜其爲大將，命

³⁸參閱程樹德，「九朝律考（下冊）」，台灣商務印書館，1973 年 8 月臺 2 版，頁 446。

³⁹參閱黃秉心，「中國刑法史」，作者自版，1966 年 10 月，頁 227。

⁴⁰黃秉心，註 38 書，頁 252。

⁴¹程樹德，註 37 書，頁 393。

⁴²參閱張晉藩，「中國法制史」，五南圖書，1992 年 9 月，頁 217.218。

其帶軍抵禦晉、燕入侵之敵。司馬穰苴率軍出發前對監軍莊賈說：明日將點兵出發，請監軍中午準時到軍中會齊，第二天司馬穰苴提前來到軍營，叫軍士立起標竿，以測量太陽影子，記錄時辰。莊賈乃齊景公之寵臣，素來駱橫，只顧與爲他送行之人飲酒行樂，根本未將司馬穰苴之命令放在眼裡，直到夕陽西下，才坐車緩緩來到軍營。司馬穰苴嚴肅地說：身爲將帥者，一旦受命許國，就應當忘其家；聞戰鼓，戰疆場，就應當捨其身。現在敵軍入境，大敵當前，人心爲之騷動，士卒奮死困守邊疆，急得國君寢不安席，食不甘味。而擔負保國救民重大責任的我們，怎麼還有閑工夫同親友飲酒相送呢？於是召軍法官，按照軍法，處斬莊賈。齊景公聞訊派人帶赦免令來救莊賈時，莊賈已被斬首示眾。由於事急，使臣竟驅車駛入軍中，司馬穰苴聲問軍法官：在軍營裡駕車橫衝直撞，應當如何處治？軍法官回答：當斬。來使大懼，懇求饒命。司馬穰苴說：既是國君派來使者，可以不殺，但必須執行軍紀！乃命令軍士將車拆了，把馬砍了，以示三軍。從而，一掃齊軍疲敝之風，使軍威大振。當晉、燕將領聽說齊軍將賢兵勇，紀律嚴明，深恐被打敗，都引軍退走。司馬穰苴率齊軍乘勢追擊，殲滅部分敵軍，收復全部失地⁴³。

在「重刑令」第 13 編中稱：將自千人以上，有戰而北，守而降，離地逃眾，命曰國賊。……自百人以上，有戰而北，守而降，離地逃眾，命曰軍賊。……使民內畏刑，則外輕敵。故先王明制度於前，重威刑於後。刑重則內畏，內畏則外堅矣。主要在闡明戰場上的紀律問題，主張重罰有敗逃、投降行爲之將吏，以期達到刑重則內畏，內畏則外堅之目的⁴⁴。藉由嚴明的賞罰，使軍人在戰場上敢於捨生赴死，而能毫不猶豫，負責防守者堅守不後退，負責進攻者拼命作戰；國家始能賴以達成開闢疆土，保衛國家，排除禍患，繼而發揚尚武精神。

另於「兵令」第 24 編強調：邊境縣邑，均須做好守備，像是邊境上的城堡，接到出兵命令時，將吏要發放戰鼓旌旗、武器裝備，發兵之日，落後於將吏走出縣界者，要按後戍法治罪。士卒戍邊一年後，未待接替者到來即擅離職守，要按臨陣脫逃治罪。在戰鬥中士卒丟下將吏不顧或將吏戰死而士卒獨立敗逃生還者，要按軍法處罰。將吏率領部卒敗逃，能夠殺掉這個將吏率領他的士卒繼續戰鬥者，要給予獎賞。戰鬥中伍內有人逃亡或伍內有戰死而未奪回其屍體，同伍之人均須被剝奪一級軍功；奪回戰亡士卒屍體者，可以免罪。又軍隊之利害

⁴³參閱曹穎華，「尉繚子兵法—健全法治，以法治軍」，昭文社出版，1996 年 4 月，頁 37-39。

⁴⁴參閱曹穎華，同前註，頁 129-131。

得失，在於國家之兵員名額與實際人數是否相符。士卒之名籍編在部隊人卻在家裡，部隊實際上並無此人，而家裡亦有此人戶籍。徵集百姓編成軍隊，軍隊只是空名而無實際之兵員。對外不能戰勝敵人，對內不能守衛國家，此皆兵力不足，將領失威之緣故⁴⁵。

三、隋唐至清之法典發達期

（一）隋

隋之「開皇律」，由隋文帝於西元 581 年頒行（583 年修訂），第 2 篇爲衛禁⁴⁶、第 6 篇爲擅興。開皇律中有禁私造兵器罪之規定，開皇 15 年春 2 月丙辰，收天下兵器，敢有私造者，坐之關中，緣邊不在其例（文帝紀）⁴⁷。

煬帝即位之初，基於寬刑主義，刪除「十惡」之條，同時減輕大逆、謀反等之連坐，又著手更定新律，至大業 3 年完成，謂之「大業律」。新律凡 500 條，18 篇，第 2 篇爲衛宮，第 7 篇爲擅興，其五刑之內，降從輕典者二百餘條，其枷杖決罰訊囚之制，並輕於舊（隋書刑法志）。其後煬帝外事征夷，內窮嗜慾，兵革動歲，賦斂滋繁，因而綱紀弛廢，公行賄賂，盜賊跋扈，乃立嚴刑，犯竊盜以上者，不論罪之輕重，皆不待奏聞而處斬。於此百相群聚攻剽城邑，至不能禁誅罪，故煬帝更嚴刑罰，詔天下，爲盜者，籍沒其家，百姓益怨，天下遂潰⁴⁸。

隋之「開皇令」第 16 篇爲宮衛軍防，亦與軍法有關。大業 13 年煬帝南遊江都，天下盜起，爲收攬民心，設 12 條之法，稱爲「約法十二條」，殺人、劫盜、背軍叛者死，欲慰安久苦於苛法之國民⁴⁹。

⁴⁵自宋至後周，均未有變改。詳參曹穎華編著，前揭書，頁 216-217。

⁴⁶唐律以後則以「衛禁律」爲定律，唐律疏議卷 7 雲：「衛者，言警衛之法。禁者，以關禁爲名」。故衛禁律所收者，宮衛的警衛事項，以及水陸交通之管理事項，及與外國交涉之有關事項等規定。詳參葉潛昭，「金律之研究」，台灣商務印書館，1972 年 7 月，頁 68。

⁴⁷參閱程樹德，註 37 書，頁 514。

⁴⁸參閱黃秉心，註 38 書，頁 280。

⁴⁹參閱黃秉心，註 38 書，頁 282。

（二）唐

1.概述

唐承隋律，隋律又係承襲北齊律而來，北齊律是儒家據禮以爲律⁵⁰，再觀唐之貞觀律與永徽律⁵¹，係由房玄齡、長孫無忌等人主修，亦爲純乎儒者之言，可謂儒家之法。

從秦漢以後之法制觀察，歷代人君治國理民，大多喜好儒家之治，行王道，揭仁政。標榜「道之以德，齊之以禮」，但在實際政治中，卻仍緊抱法家偏極的、刑罰的實際路線。不僅如此，酷刑主義之氣焰亦未見降低，以西漢爲例，刑罰可以應用，但不必公開主張；口談禮教，而行用刑賞，乃以王霸之道雜用。這種外儒內法之政策運用，很顯然的，以走向「陽儒陰法」之路線，影響歷代之現實政術非常深遠，唐代又何獨不然⁵²。

唐律之法律思想以禮教爲本，以人倫綱常爲中心，直接把傳統的道德與禮教當做法律，因而整部律法幾以義務爲本位，並表現出一種極爲發達之社會義務觀念。例如，雜律中規定：「諸見火起，應告不告，應救不救，減失火罪二等。」即屬義務本位之精神。此外，在許多條文裡亦表現出非常明顯之社會義務意識，用以保障各種社會公益，並防止公共危險之發生；更且，唐律甚至將防止犯罪之責任託付給社會本身，規定人民於犯罪發生時，或被請求有協助防範之義務，或不須被請求，即應負主動防範之義務⁵³。此種將倫常禮法容於國法之中，而強調社會義務本位之法律觀，與現代刑法，採取西方法律方式而強調個人自由主義之思想，自有異趣。但是，其定分止爭，維持正義秩序之常理，在作用上並無二致。

刑法，要以道德爲解釋之最高及最後根據，亦可直接以道德規範定罪處刑，實行「春秋決獄」。道德與法律（主要是刑法）在中國歷史上渾然一體，無須嚴格界分⁵⁴，法律與禮教概念無嚴格之範疇區分，

⁵⁰ 參閱王伯琦，「近代法律思潮與中國固有文化」，法務通訊社，1989年6月，頁73。

⁵¹ 唐之法典，律之外尚有令、格、式三種，令者，國家之制令也，與刑律有表裡之關係，律有武德律、貞觀律、永徽律、開元律，令亦有武德令、貞觀令、永徽令、開元令，而永徽令及開元令中均有「軍防令」。參閱黃秉心，註38書，頁320。

⁵² 參閱黃源盛，「唐律中之禮教法律思想」，政大法學評論，第58期，頁4。

⁵³ 黃源盛，同前註，頁12.13。

⁵⁴ 參閱許發民，「刑法文化與刑法現代化研究」，中國方正出版社，2001年4月，頁127。

在「不應為」概括條款之下，法律所保護之法益，並無如實定法嚴格以明文規定者為限⁵⁵。其實，法律與道德在文化價值觀念上，雖具有溝通關係，但仍屬各自獨立之社會規範，且此與現代刑法「罪刑法定主義」立法原則，所保護之法益必須經立法者之認同，亦相逕庭。

我國舊律至唐永徽年間之唐律臻於極盛，唐律定於西元 650 年間⁵⁶，較英國 1215 年大憲章約早 600 年，其制度之完美，可以想見。惟自唐代以迄清末，律典相因相襲，各朝之間，內容雖各有損益，但基於家族主義、倫理本位及諸法合體的根本精神，並無太多更易。

縱觀中國歷史，自漢代專制王權建立後，制禮之實際權利操於帝王之手。而帝王制禮之用心，無非在使人民效忠君王，維持政權之穩固⁵⁷。因此，唐律對於帝王之保障規定最為詳密，對王權之禁忌，規定得非常嚴厲，顯現帝王神聖不可侵犯的權威。在傳統社會裡，禮是一切法律生活之基礎，行為是否「合禮」，先於是否「合法」受評價，「律」之地位遂而淪為小道。「合法」僅在補充「合禮」行為之不足。故國家實定法為一般人民所輕視而無權威，社會普遍缺少法律觀念。近世以來，世界法學思潮對權利主義及個人本位之過度膨脹，又回頭省思法律與道德究應如何結合及調合之問題，從東西方法律與道德之分合演進看來，唐律關於禮刑合一之功能，實亦有其深刻之時代意義存在。

2.與軍律有關者

（1）擅興律⁵⁸（第五編）

擅興律者，漢相蕭何，創為興律。魏以擅事附之，名為擅興律。晉復去擅為興。又至高齊，改為興擅律。隋開皇，改為擅興律。雖題目增損，隨時沿革，但原其旨趣，意義不殊。大事在予軍戎，兵防關要，保護國家安全，故其處罰，大率甚重。僅將有關兵防之犯罪條述如下：

第 1 條（擅發兵）、第 2 條（調發供給軍事）、第 3 條（不給發

⁵⁵ 參閱蘇俊雄，「文化變遷對刑法改革及立法政策之影響」，頁 76。

⁵⁶ 唐律，通指唐高宗「永徽律」，時在西元 650 年至 655 年之間。

⁵⁷ 像是十惡中的「謀叛」，無論從文義或從謀叛的實際可能觀察，矛頭都是指向管領域、池、土、地的大小官吏，尤其是軍事長官。參閱倪正茂，註 3 書，頁 22。

⁵⁸ 疏議曰：「大事在軍戎，設法須為重防。……」擅者，係擅發兵或擅興軍，即用軍於無緊急之事，或未經上命，而私輒發兵興軍之謂。興者，有興兵及興造之義，前者即興軍征討，後者即修城郭築堤防之謂。

兵符）、第 4 條（揀點衛士征人）、第 5 條（征人冒名相代）、第 6 條（校閱違期）、第 7 條（乏軍興）、第 8 條（征人稽留）、第 9 條（征討告賊消息）、第 10 條（主將棄城或被掩覆）、第 11 條（主將臨陣先退）、第 12 條（軍所鎮戍放征防人還罪）、第 13 條（征人巧詐避征罪）、第 14 條（鎮戍有犯）、第 15 條（非公文出給戎仗）、第 16 條（遣番代違限）、第 20 條（私有禁兵器）、第 24 條（私使丁夫雜匠兵防）。

（2）衛禁律（第 1 編）⁵⁹

第 5 條（冒名代宿衛罪）、第 18 條（宿衛上番不到）⁶⁰。

（3）捕亡律（第 10 編）⁶¹

第 7 條（從軍征討而逃亡罪）、第 8 條（防人向防）⁶²、第 10 條（宿衛人亡）、第 11 條（丁夫雜匠及工樂雜戶逃亡罪）⁶³。

（三）宋

宋政權建立後，法律多沿用唐和五代之律、令、格、式。其有不便施行者，皆以皇帝詔敕加以修改補充。因此，以詔敕刪修而成之編敕不僅具有補律、改律之作用，亦有補改格、令、式之作用，具有因時制宜，靈活變通之特性。

寧宗慶元 4 年（西元 1198 年）所修「慶元敕令格式」、「慶元令」50 卷，其中軍器及軍防等門，與軍法有關。「慶元格」30 卷，亦有軍防門之規定。

⁵⁹ 乃警衛國家秩序，禁絕非違之義，類似現今保安員警之制度。

⁶⁰ 唐代軍制，兵部之下，有京師禁軍，地方折衝府，邊境鎮戍。禁軍有 12（或 16）衛及六率府。衛各統率其所管折衝府交代番上之衛士，警衛京師。人民自 21 歲至 59 歲者服軍役，稱之府兵，配於折衝府，輪流上番為衛士。本罪即應上番而不到京師，或請假期滿而違誤不上。

⁶¹ 唐律逃亡之犯罪，相當於軍刑法上之逃亡者，有從軍証討亡，防人向防，宿衛人亡，有軍名而亡。逃亡者自首，減其逃亡罪二等（名 37-5）。共謀逃亡，即不首從（名 43-3）。

⁶² 指因駐防而出向防地。

⁶³ 疏曰：「謂衛士、掌柔、駕士、幕士之類，名屬軍府者，總是有軍名。其幕士屬衛尉（寺），駕士屬太僕（寺）之類，不隸軍府者，即不同軍名之例。有軍名而亡者，雖非全戶，（亦）加一等，合流二千里。」茲所謂有軍名，宜解為不問其現在折衝府服役與在家而有兵籍者。至於征名已定者，從捕亡七條科斷。應上番不到者，依衛禁一八條之法。

北宋前、中期，編敕是與宋刑統及其他在行之常法一同實施者。法官在引用編敕正刑定罪時，還必須同時參照唐律及通行之格、令、式有關規定始能完成。編敕是作為宋刑統、令、格、式之補充和修正而存在。對常法和成制起著「隨時損益」之作用。

我國封建社會發展至宋代，在政治、軍事、教育、和文化都呈現出不同以往朝代之新局面。作為維護社會秩序、實現階級統治工具之宋代法律，在內容方面必然與以往朝代有所不同。宋在建立政權後第四年，便修纂了以唐律 12 篇為主幹之「宋刑統」。在宋刑統內以所附敕、令、格、式和參詳條對唐律進行補充修正，但由於這部法典制定於北宋初年，隨著宋代社會之進步發展，新問題不斷湧現，業已滿足不了統治之需要。宋代統治階級把相對穩定的，作為基本大法存在的宋刑統與具有靈活變通特性的編敕，有機地結合一起實施，從而既保持了律等常法之繼承性和穩定性，又有效地解決了現實中不斷出現之新問題⁶⁴。

（四）遼、金、元

遼太宗時代，除普通律令之外，有單行軍律，專務保持公安，遼史「太祖本紀」云：會同三年三月庚寅詔，扈從擾民者，從軍律。又云：會同九年七月辛亥詔，徵諸道兵，故傷禾稼者，以軍法論⁶⁵。觀乎此等記載，可知軍律之存在。

金熙宗以後，編制種種法典，其中世宗即位當初，兵甲未息，故發布一時之制旨，專務保持公安，多從時宜，大定元年，編纂為制書，稱「軍前權宜條理」。金史「刑法志」云：世宗即位，以正隆之亂，盜賊公行兵，兵甲未息，一時制旨，多從時宜，遂集為軍前權宜條理。章宗泰和元年頒「泰和令」凡 29 篇，第 9 篇為宮衛令（10 條）、第 10 篇為軍防令（25 條），第 16 篇為廄牧令（12 條），此外，並頒布不少單行法，如「收潰軍馬法」（宣宗興定元年制定）、「安泊逃亡出征軍人罪及捕獲賞格」（宣宗興定 4 年制定），為其與軍法有關者⁶⁶。

元興，其初未有法守，故循用金律，及世祖始定新律，頒之有司，號曰「至元新格」。仁宗之時，又以格例條畫有關於風紀者，類集成書，號曰「風憲宏綱」。英宗時取其書加以損益，號曰「大元通制」，

⁶⁴參閱柳立言，「宋元時代的法律、思想和社會」，國立編譯館，2001 年 1 月，頁 33.34。

⁶⁵參閱黃秉心編著，前揭書，頁 351。

⁶⁶黃秉心編著，前揭書，頁 355-356、359。

大體係纂集世祖以來法制事類而已。

大元通制係英宗至治 3 年 2 月所編定，爲元代大法典之一，主要特徵如下：

（一）承襲了唐以來中國傳統法典的基本精神。用五刑、五服、十惡、八議來鎮壓對統治的反抗，維護統治階級的利益和傳統宗法社會的秩序。

（二）許多條文是按照元代社會的實際情況重新擬定的。

（三）含有明顯的蒙古因素。所謂蒙古因素，第一類蒙古法的因素在大元通制中可以直接看到蒙古法（劄撒的影響）。劄撒的內容包括軍事、婚姻、宗教等方面。

元代是以武功照耀千古的，所以其法典含有軍事的性質很多。成吉思汗的法典對軍事組織有很詳細的條款；同時列有打獵的規定，成吉思汗認爲以打獵作爲訓練戰士的方法是有價值的⁶⁷。最值得注意的兩點：

一是軍隊的編制採用蒙古的十進制，這種制度在劄撒中是見諸明文。他們把全部人馬編成十人一小隊，派其中一人爲其餘九人之長；又從每十個十夫長中任命一人爲「百夫長」，這一百人都歸他指揮。每千人和每萬人的情況相同，萬人之上置一長官，稱爲「土綿長」⁶⁸。

二是對軍官的考核提出五個要求，即「治軍有法，守鎮無虞，甲仗完備，差役均平，軍無逃竄。」⁶⁹

另一類蒙古社會因素，元代社會受到原蒙古社會之影響而出現與蒙古相關聯的新社會因素。

大元通制中，在官制、軍務、刑法等若干重要方面，民族等級之區分都有充分反映。如同樣是殺人傷人，一般律文規定殺人者死，但蒙古諸王以私怨殺人，僅判處杖刑和流放；蒙古人因爭鬥或酒醉殺死漢人，徵燒埋銀，斷罰出征；而漢人只要毆殺蒙古人，即予處死。維

⁶⁷ Geoge Vernadsky, "The Scope and Contents of Chingis Kahn' s Yasa", Harvard Journal of Asiatic Studies, Vol.3,p.337 (1938)。轉引自 Lawrence M. Friendman著，鄭哲民校訂，吳錫堂、楊滿鬱譯，「法律與社會」，巨流圖書公司，1991 年 7 月，頁 74。

⁶⁸ 參閱尤外尼，「世界征服者史」中譯本，頁 32-33。

⁶⁹ 通制條格卷七，「軍防，軍官課罪」，元代史料叢刊（黃時鑒校點本），第 112 頁，浙江古籍出版社，1986 年版。轉引自黃時鑒，「大元通制考辨」，收錄於柳立言，註 63 書，頁 55-56。

持其祖傳之軍國民征服者，在法律上不與其他民族平等⁷⁰。

在軍事征服或者剛剛完成軍事征服的時期，統治者常傾向於「以軍法從事」⁷¹。

如果說，蒙古曾在各征服地區陸續頒行過不同程度帶有刑法性質之法令，那麼，其範圍也僅侷限於蒙古統治者認為直接與其自身利害密切相關的某些極個別、而且極零碎的方面。例如：為保證對軍前擄掠人口之佔有而實行之「藏亡法」，即「停留逃民及資給飲食者死，無問城郭保社，一家犯禁，餘並連坐」⁷²。為防止漢軍戰鬥員逃散，「下制募代者杖百，逃歸者死」⁷³，談不上編纂系統完備之刑法典。正因為如此，戰亂以來各地軍政官員得擅生殺、任刑立威之局面，仍長期延續⁷⁴。

至元 8 年 11 月，忽必烈下旨：「泰和律令不用，休依著那著。」陸續頒布一系列新的刑事法規，對刑法各部分不斷進行調整、充實；直至大德 6 年（西元 1302 年），由於「強竊盜賊通例」之公佈，獨立於泰和律的元朝刑法體系，至此真正確立。

蒙元時期允許軍官向軍人放債。考其緣由，大略因為軍官是當時攻城掠地之依恃力量，且軍官放債在蒙古汗國時已極盛行，故入元後亦保留下來，予以適當禁約，要求依一般有息借貸之通例進行，既不得高出月利三分之利率標準，也不得回利為本。成宗大德 2 年 3 月，大都樞密院諮文指出：軍官們多採用故意遲發盤纏之辦法，迫使軍人「揭借」錢債，以「取利息」，故樞密院、中書省下令：今後多要呵，本利沒官。（元曲章，卷 27，戶部 13）「私債・多要利錢本利沒官」。大德 3 年正月，聖旨強調：「今後軍前放債，多餘取利者，追徵沒官，約量斷罪」，使其在經濟上佔不到便宜，並以刑示懲。同時，對軍官逼勒軍人之「虛錢實契」，也嚴令「不得歸還。」大德 10 年 5 月命相詔又重申：管軍官吏放債，照依通例取息，歲月雖多，不過一本一利。

⁷⁰ 參閱楊鴻烈，「中國法律發達史」，台灣商務印書館，1967 年 1 月臺 1 版，頁 681。

⁷¹ 宋景祁，趙仲墓誌，山右石刻叢編第 28 卷，光緒刊本。轉引自姚大力，「論元朝刑法體系的形成」，收錄於柳立言，註 63 書，頁 85。

⁷² 這個法令，源自成吉思汗的割撒：凡發見逃亡之奴隸及戰俘而不將其送回主人者，處死。凡未經主人許可而將衣食給予戰俘者，處死。參見梁贊諾夫斯基，蒙古各部習慣法英譯本，哈爾濱，1929 年，頁 57。轉引自姚大力，註 70 文，頁 86。

⁷³ 元史第 125 卷，布魯海牙傳，中華書局校點本。轉引自姚大力，註 70 文，頁 87。

⁷⁴ 像是私藏軍器罪，按情節輕重可分別處以死、杖 97 併徒 3 年、杖 77 併徒 2 年、杖 57 併徒 1 年等刑罰。

如有取利無度，翻息作本，以致軍戶損乏者，追息回主，仍與治罪。可見，限制軍官違例取息之直接目的，在保持軍人、軍戶、軍隊之穩定。今存大元通制（節文）保存了這樣的條文：「軍官多取軍人息錢，越例取息，當留人口，各決三十七下」⁷⁵，即對不適當的私下強制履行也予取締並予處罰。武宗「至大改元詔」有蠲免軍人取借軍官債負之內容，凡「應管軍官舉放本管軍人錢物，詔書到日，儘行倚免。典賣親屬，悉聽完聚，價不追還。」

元之刑法，其得在仁厚，其失在乎緩弛而不知檢也⁷⁶。

（五）明

元朝末年，天下大亂，民不聊生，反抗軍蜂擁而起，多年戰亂征伐，朱元璋取得政權，建立大明帝國。洪武年間，朱元璋嚴刑峻罰，屢興大獄，誅殺文武官員，剷除任何可能之敵對勢力，集權於皇帝，此一歷史背景，影響了大明帝國的立法。而明代之立法活動主要集中於洪武年間，「大明律」、「大明令」及「大誥」等，均在此一期間制定，後因大明律有所不足，孝宗弘治年間又制定「問刑條例」，加以補充，弘治年間又編修完成「大明會典」，成為有明一代最重要之典章，亦為明代司法制度史上之一大成就⁷⁷。大明會典之編寫體例按職官設置，所纂輯諸書源於諸司執掌、皇明祖訓、大誥、大明令、大明律及軍法定律等諸書⁷⁸。

吳元年（元至正 27 年，西元 1367 年）10 月，朱元璋命左臣相李善長等人編撰吳令，洪武元年（西元 1368 年）改稱「大明令」，無全書 1 卷，共 145 條，分為吏令 20 條、戶令 24 條、禮令 17 條、兵令 11 條、刑令 71 條、工令 2 條，永樂以後，大明令不再是獨立成篇之法令，其內容後來移入大明會典之中⁷⁹。

明初丞相李善長等言：歷代之律，皆以漢九章為宗，至唐始集其成。今制宜遵唐舊。太祖從其言，諭之曰：法貴簡當，使人易曉。若條緒繁多，或一事兩端，可輕可重，吏得因緣為奸，非法意也。夫網

⁷⁵ 陳元靚（元），事林廣記別集第 3 卷，刑法類。轉引自柳立言，註 63 書，頁 385-386。

⁷⁶ 參閱邱漢平，「歷代刑法志」，作者自版，1965 年 10 月 2 版，頁 469。

⁷⁷ 參閱那思陸，「明代的司法制度」，政大法學評論，第 61 期，頁 2。

⁷⁸ 明會典卷首·會典書名，中華書局影印本，1988 年版，頁 4。轉引自倪正茂，註 3 書，頁 223。

⁷⁹ 參閱「中國珍稀法律典籍集成（第 1 冊）」，乙編，點校說明。轉引自那思陸，註 76 文，頁 3。

密則水無大魚，法密則國無全民。卿等悉心參究，日具刑名條目以上，吾親酌議焉。太祖之於律令也草創於吳元年，更定於洪武 6 年，整齊於 22 年至 30 年，始頒示天下。日久而慮精，一代法始定；中外決獄，一準 30 年所頒。

吳元年群臣制定大明令時，同時制定「大明律」，共 285 條，仍按吏、戶、禮、兵、刑、工六部順序分門別類，軍用刑事法令始以「兵律」見稱。洪武元年的大明律現已佚失，洪武年間大明律曾經兩次修訂，洪武 6 年 11 月，刑部尚書劉惟謙奉命詳定大明律，洪武 7 年 2 月書成，篇目與唐律相同。明史「刑法志」曰：大明律篇目一準於唐，曰衛禁，曰職制，曰戶婚，曰廩庫，曰擅興，曰賊盜，曰敕訟，曰詐僞，曰雜律，曰捕亡，曰斷獄，曰名例。採用舊律 288 條，續律 128 條，舊令改律 36 條，因事制律 31 條，掇唐律以補遺 123 條，合六百有六條，分爲 30 卷。或損或益，或仍其舊，務合輕重之宜。該律亦已亡佚。

洪武 22 年（西元 1389 年），朱元璋命翰林院同刑部官再次修訂大明律，以名例律冠於篇首，分爲 7 篇，共 34 卷，460 條。洪武 30 年（西元 1397 年）頒行。其中兵律 5 卷，曰宮衛 19 條，曰軍政 20 條，曰關津 7 條，曰廩牧 11 條，曰郵驛 18 條，其就軍事犯罪爲規定，較唐之擅興律，益見完備⁸⁰。這次修律改以六部次序編次，是中國法制史上之一大變革，本律沿用至明亡爲止，均未再修訂⁸¹。茲將大明律中有關軍律之規定列述如下：

第 1 章 名例律

第 10 條（軍官有犯）、第 11 條（文武官犯公罪）、第 12 條（文武官犯私罪）、第 14 條（軍官軍人犯罪免徒流）、第 37 條（處決叛軍）、第 38 條（殺害軍人）、第 39 條（在京犯罪軍民）。

第 2 章 吏律

第 52 條（選用軍職）、第 55 條（官員襲廕）、第 71 條（事應奏不奏）、第 73 條（漏泄軍情大事）、第 78 條（增減官文書）、第 80 條（漏使兵印）、第 82 條（擅用調兵印信）

第 3 章 戶律

第 85 條（詐冒脫免人戶）、第 139 條（冒支軍糧）、第 151 條（犯

⁸⁰參閱袁士枚，「軍刑法詮釋」，頁 50。

⁸¹參閱那思陸，前揭文，頁 3-4。

私鹽或軍器者）、第 156 條（容令軍兵隨同販賣者）、第 157 條（軍人犯私鹽）。

第 5 章 兵律

第 204 條（太廟門擅入）、第 205 條（宮殿門擅入）、第 221 條（擅調官軍）、第 222 條（申報軍務）、第 223 條（飛報軍情）、第 224 條（邊境申索軍需）、第 225 條（失誤軍機）、第 226 條（從征違期）、第 227 條（軍人替役）、第 228 條（主將不固守）、第 229 條（縱軍虜掠）、第 230 條（不操練軍士）、第 231 條（激變良民）、第 232 條（私賣戰馬）、第 233 條（私賣軍器）、第 234 條（毀棄軍器）、第 235 條（私藏應禁軍器）、第 236 條（縱放軍人歇役）、第 237 條（公候私役官軍）、第 238 條（從征守禦官軍逃）、第 239 條（優恤軍屬）、第 240 條（夜禁）、第 242 條（詐冒給路引）、第 244 條（遞送逃軍妻女出城）、第 246 條（私出外境反違禁下海）、第 247 條（私役弓兵）、第 265 條（驛使稽程）、第 268 條（文書應給驛而不給）、第 269 條（公事應行稽程）、第 273 條（病故官家屬還鄉）、第 285 條（盜軍器）、第 306 條（謀殺制使及本管長官）、第 364 條（軍民約會詞訟）、第 374 條（科歛）、第 375 條（私受公候財物）、第 376 條（剋留盜賊）、第 378 條（詐僞）、第 395 條（姦部民妻女）、第 401 條（軍士病給醫療）。

明代出現許多軍政、軍事方面之單行法，現存有軍政條例、類考、續集、軍政、軍政事宜、兵部武選司條例、軍令、營規、守城事宜、哨守條約、楚邊條約、禦倭條款、禦倭軍事條款、明代禦倭軍制等⁸²。

洪武 20 年，詹徽言：軍人有犯當杖，其人嘗兩得罪而免，宜並論前罪誅之。太祖曰：前罪既有，復論之，則不信矣。杖而遣之。

凡官吏人等犯枉法贓者，不分南北，俱發北方邊衛充軍。

成化元年，遼東巡撫滕照言：大明律乃一代定法，而決斷武臣，獨舍律用例，武臣益縱蕩不檢。請一切用律。詔從之。

（六）清

清朝初葉之君主，頗重軍律之議訂。康熙 34 年議定軍令條約，凡遇出征，各該都統護軍統領副都統參領等，查明官兵盔甲弓箭，應需一切軍器，務令精銳堅固。雍正 9 年申定軍律。諭曰：我國家武備精

⁸²參閱倪正茂主編，前揭書，頁 165。

強，超越往古，從來軍行之際，紀律嚴明，信賞必罰，是以天戈所指，迅奏膚功，此中外臣民所共知者。今承平日久，新進少壯之人，未曾親履戎行，則於從前規制，未必一一諳練，若不詳細申明宣諭，以致官弁兵丁等，或因陷於不知而遽罹罪譴，朕心實爲不忍。今特令大臣等酌議軍令條約，經朕親加鑒定，凡大端細務，莫不備載，其中蓋以軍機關係至重，必使事事合於紀律，人人祇奉章程，勿犯重罰而妄冀從輕，勿因事小而不遵成法，將來荷天眷佑、奏凱言旋，凡我弁兵等數十萬人，有大功而無小過，此則朕心所厚望者也。著即刻交與兩路大將軍，通行頒布鹹使凜遵。此軍律約 40 條，扼要簡明。

乾隆 13 年增定軍律。諭曰：軍旅乃國家第一要務，軍法從事，定例綦嚴。今刑律內玩寇老師，有心貽誤，竟無正條，非所以重軍務，儆戒失律也。夫科場作弊，尙即正典刑，若以行軍相較，孰爲輕重，自應稽察舊案，明著刑章，俾眾知畏法，方能鼓勇用命，此非朕欲用重典，實以昭示武臣肅紀律而勵勇敢，辟以止辟之義也。經詳酌定議具奏，統兵將帥，苟圖安逸，故意遷延，不將實在情形具奏，貽誤軍機者，擬斬立決。將帥因私忿娼嫉，推委牽制，以致糜餉老師，貽誤軍機者，擬斬立決。身爲主帥不能克敵，轉布流言，搖惑眾心，藉以傾陷他人，貽誤軍機者，擬斬立決⁸³。

四、清光緒二八年至宣統三年之法典蛻變期

光緒 34 年（西元 1908 年）完成第一部刑法草案，稱之爲「大清現行刑律」，仍延續傳統中華法系所謂民刑責任不分之立法方式，而含有「諸法合體」以刑爲主之法典編纂體例。此部律典，計律文 289 條，附例 1227 條，凡 40 卷，共分 30 門，分別爲：名例、職制、公式、戶役、田宅、婚姻、倉庫、課程、錢債、市廛、祭祀、禮制、宮衛、軍政、關津、廄牧、郵驛、盜賊、人命、鬥殺、罵、訴訟、受贓、詐僞、犯姦、雜犯、捕亡、斷獄、營造、河防。就其內容而言，對於維護專制皇權、身分等級及綱常名教等實質內涵，大多維持舊制；且其顯然較偏於所謂行爲刑法，對於偶發之犯罪，如發生重大之結果，仍予以較重之刑罰，極凶殘頑惡之犯人，其犯罪事實較小者，雖累犯，亦不加重，對於刑罰之極輕者，如處一等罰金 5 錢之類，皆以明文規定，審判者不能稍事增減，可謂採絕對之法定刑。

⁸³參閱袁士枚，「軍刑法詮釋」，頁 50-51。

晚清法律制度起了自唐律以來空前之巨變，外在因素固可追溯到 1840 年之鴉片戰爭。自鴉片戰爭以後，中國淪為半殖民半封建社會，與此相適應，中國近代軍法制度也帶有鮮明的半殖民半封建色彩。但自 1902 年到 1912 年這段期間，在西方法律文化之衝變與質變下，屬於舊文化所孕育的法律體系也隨之而遽變，為了完全根據西方現代國家的自由民主型式，改革政治及法制之目的，在我國掀起了全盤西化之法律改革及政治維新。可以說，這是中西文明激盪與選擇之大時代，又領事裁判權之所以被列強加於中國，絕非僅係晚清之經濟、軍事落後，也不僅是列強狃於文明先進之成見，而確存有我國傳統律例嚴重到不能適應近代社會之深刻問題在。

晚清修法大臣沈家本曾指出「法律之損益，隨乎時運之遞遷，往昔律書體裁雖專屬刑事，而軍事、民事、商事以及訴訟等項錯綜其間。現在兵制既改，則軍律已屬陸軍部之專責，……則刑律之大凡自應專注於刑事之一部。推諸窮通久變之理，實今昔之不宜相襲也」⁸⁴。在修律過程中，沈家本以一種新的思想感情來處理「法律與道德」之關係問題。其所謂「道德」已不同於傳統之禮教道德，而注重的是，尊重人格和個人尊嚴之西方近代道德觀念。

宣統 3 年 12 月 25 日頒行之「大清新刑律」，從形式上看，係根據日本及德國刑法範式，徹底拋棄民刑不分的舊立法體系，確立由總則、分則和暫行章程（附則）構造之新刑法體系。從內容上看，採納罪刑法定原則，刪除比附，廢除封建酷刑，確立主刑與從刑相結合的刑名體系，體現了傳統中國刑法一貫追求實質合理性之特色。為充分反映封建之綱常禮教，不拘泥於當時通行之西方刑法體系模式，在形式上創造了一個暫行章程添列於刑法總則、分則之後⁸⁵。光緒 34 年，陸軍部奏定陸軍懲治逃亡章程⁸⁶。

五、日治時期

1895 年 6 月 17 日，日本在台宣佈始政後不久，即以日令（軍事命令）制定「台灣人民軍事犯處分令」，同年 11 月再依日令公佈「台灣住民刑罰令」，除納入前揭軍事犯處分令所規定的犯行外，還包含某

⁸⁴ 光緒 33 年，「修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律分則草案摺並清單」，見大清光緒新法令第 20 冊，頁 1-96。轉引自黃源盛，前揭書，頁 259。

⁸⁵ 參閱許發民，前揭書，頁 228-229。

⁸⁶ 大清現行刑律案語，第 8 冊，軍政門，宣統 2 年，法律館印。

些屬於一般犯罪的犯行，例如有關妨害公務、殺人、強姦、竊盜、強盜、恐嚇等等，且概括地表示凡本令無處罰明文，但日本「陸海軍刑法」及「普通刑法」（即 1880 年刑法）有明文規定者，亦處罰之，但作為補充法的普通刑法又很少被援用。

1895 年 5 月 10 日，日本政府任命海軍大將樺山資紀為台灣總督兼軍務司令官，當時日本最重要的任務在確立統治權，因此治安成為首務，依總理大臣交予樺山之「訓令」，授權總督能以「軍令」推行一切施政，日本當局為防備台灣人民之抗日，基本上有以軍事統治台灣人民之構想，故計劃中總督府下之司法部，雖然在實體方面可適用日本刑法，但程式方面則不應適用日本之治罪法，而應針對台灣人民制定簡易之治罪手續。7 月 6 日又發布「台灣人民軍事犯處分令」施行之諭示，將台灣人民所有之抗日行為以死刑來處分，以對日軍以武力趕盡殺絕之作法提供法令上之正當依據。此時所呈現者，係司法權不集中，並與行政、軍事混同之局面⁸⁷。

迨 1896 年 4 月 1 日進入「民政」後，同年 8 月律令第 4 號、1898 年 7 月律令第 8 號，規定屬於近代法的日本 1880 年刑法，實質上已施行台灣。配合日本 1907 年新刑法的制定，於 1908 年 8 月以律令發布「台灣刑事令」，規定自 1908 年 10 月 1 日起與日本內地同步施行。此外許多日本刑事實體法，如「治安維持法」、「治安警察法」，以及幾乎所有日本戰時刑事法規，依敕令施行於台灣⁸⁸。

參、兵制對軍刑法規範之影響

我國法律，淵源於「兵刑合一」制度，以「刑」合「兵」之意，就是把「刑政」合在「軍刑」以內。刑之所以合於兵，正因為「兵」之所以能理其「刑」。開始即為公權力之發動，正如日本小野清一郎所說的「中國法律，全體為刑法的，為公法的，特重國家統制的秩序。」

刑既設，聽辯受辭之事以起，聽辯受辭，必有紀載，錄囚定罪，必有援據，於是特設專官，以司其事。古時法官之名，皆由軍事蟬蛻而來。有名司寇，有名司敗。舜以「蠻夷猾夏，寇賊姦宄」而命皋陶理刑作「士」，皋陶不祇是最古的一位法官，而且是最古的一位軍法

⁸⁷ 詳參陳鈺雄，日誌時期的台灣法曹—以國家為中心之歷史考察，台灣大學法律學研究所碩士論文，1996 年 6 月，頁 82-84。

⁸⁸ 參閱王泰升，「台灣法律史概論」，元照出版，2001 年 7 月，頁 275-277。

官。降及春秋，列卿出征，置行軍司馬（按漢亦設行軍主簿），此又爲軍法設置專官之始。春秋凡言尉者，皆爲軍官，法官亦稱尉氏，或曰廷尉。秦漢九卿中，又以刑官之長稱廷尉，此與長兵事武官之長稱太尉一樣。尉字一向用以指「治兵」及「捕盜」之武職，歷代的縣尉、郡尉、騎尉、守城尉均是，足見兵制對軍刑法的影響。

一、從歷代軍隊之編制以觀

置兵所以戡亂，故兵事組織之健全與否，與一代之興亡治亂頗爲相關。殷代以前兵制莫考，至周而始可徵。軍隊編制，五人爲伍，五伍爲兩，四兩爲卒，五卒爲旅，五旅爲師。然在經今文家，則以師爲一軍，天子六師，方伯二師，諸侯一師；經古文家則以五師爲軍，天子六軍，大國三軍，次國二軍，小國一軍，說各不同。但晉魯各作三軍，確爲事實，則古文家之說自較可信。至於出賦，經今古文家仍非同一傳述，而古文家所據之司馬法，亦有兩說：但在戰國時合全國之人而課兵役，則亦事實也。茲就秦以後敘述之：

（一）秦

秦收天下之兵，鑄以鍾鐻金人。置太尉，郡尉，縣尉各主兵；且北築長城，南守五嶺，時發謫戍之卒數十萬。軍權集中於皇帝，但其常備之軍與其臨時發遣，究爲如何組織，史無可考。意者，秦或有襲於周之舊制也歟？

（二）漢

重於京師。漢，京師屯兵，調自郡國，曰南北軍：南軍守宮門，衛尉主之，北軍守京城門，中尉主之。武帝時，置期門，羽林（天子始有親軍），掌執兵送從；更中尉爲執金吾，增置八校隸焉（中壘，步兵，長水，射聲，屯騎，越騎，胡騎，胡賁共八校尉，稱爲八校，各有司馬）。光武時，除不常置之胡騎校尉外；併七校爲五營（屯騎，越騎，步兵，長水，射聲五營）以中候監之，稱爲北軍五營。據考，南北軍合計不過 4 萬人而已。郡國之兵，則有三種，輕車騎士，上郡北地等平地用之；材官，巴燭潁川等山阻地用之；樓船，廬江潯陽等水泉地用之。候國之兵屬於都尉，王國之兵屬於天子。光武罷諸郡都尉並職太守，惟邊郡偶有置之。至是京兵爲重，外兵至不加訓練，國有征伐皆賴京兵，終致憊弱。至於兩漢實際用兵，亦多有用謫發，則又秦之舊也。

（三）魏、晉

外兵甚強也。漢靈帝後，州牧郡守各擁重兵，相與爲亂，演成三國分割之局。晉統一後，於京師置二衛五軍（中衛，後衛，左軍，右軍，前軍，後軍，驍騎），以挽其勢；然既許王國選吏募兵，擬諸周代，而招八王之禍；又過削州郡之兵，大郡僅武吏百人，小郡半之，致胡亂之起，力不能制。江左，防敵南下，置北府兵於京口，揚州刺史領之；置另一大軍於江陵，荊州刺史領之。恆玄謀逆，劉裕篡晉，即各依此兩軍之勢力。降而如中領軍蕭道成之篡宋，襄陽鎮將蕭衍之篡齊，陳霸先之篡梁莫不皆然。元魏，自孝文帝選取武勇之士 15 萬人，充羽林虎賁宿衛，其後勢專而莫能制，各種大都督，各處大行臺，又均軍閥之根據。元魏之分爲東西，齊周之分別代魏，隋楊堅以都督中外諸軍事之代周，皆莫離乎所謂軍閥之勢力。總計魏晉南北朝，戰亂頻仍，兵無定制；將軍名號雖多，要皆臨時爲法，實無確定之編制也。

（四）隋、唐

以府兵著。府兵之制起於西魏後周而備於隋。隋置十二衛（翊衛，驍騎衛，武衛，屯衛，禦衛，候衛，各分左右，皆有將軍），分統諸府之兵，府有郎將副郎將坊主團主，以相統治。唐武德初，始置軍府，至貞觀 10 年而制大定。諸府總曰折衝府，天下 10 道，共置府 634；其在關內者 261，乃近畿兵，隸於諸衛及東宮各率府。府有三等，上府 1200 人，中府 1000 人，下府 800 人；各置折衝都尉，及左右果毅都尉等職。其組織也，10 人爲火，火有長；50 人爲隊，隊有正，300 人爲團，團有校尉。歲終，折衝都尉率其府兵習戰；平時無事則耕於野；諸府每歲輪值，宿衛京師；四方有事，則下符契於州刺史及折衝，勘契乃發，臨時或命將統之，事訖，將上所佩印，兵歸諸府。殆高宗武後時，府兵之法浸壞，玄宗用張說策，代以彍騎，而爲宿衛之任，分隸十二衛，總 12 萬。天寶末，折衝諸府固至無兵可校，而六軍宿衛又皆以市人充之；於是方鎮之兵盛矣⁸⁹。及其末也，強臣悍將兵布天下，而天子亦自置兵於京師曰禁軍，其後天子弱，方鎮強，而唐遂亡。

（五）宋

禁兵爲重。五代天子之兵，仍即前此藩鎮之兵，故變亂相尋，十國並立；周世宗始務弱外州之兵，以強京師。宋興，祖述其策，盡收天下勁兵，列營京師，爲衛天子，稱曰禁兵，由殿前待衛兩司總之。

⁸⁹ 方鎮起於唐初邊將之屯防。肅宗時，始賴方鎮之兵定亂，大盜既滅，武夫戰卒以功起行陣列爲王侯者皆除節度使。由是方鎮相望於內，地大者連州十餘，小者猶兼三四；無事而據要險，兼方面，既有其土地，又有其人民，又有其甲兵，又有其財賦，以布列天下，遂不得不強也。

其在外，非屯駐，屯泊，則就糧軍也。故諸鎮重兵，皆由衛兵更戍；且兵無常帥，師無常師，內外相維，上下相制，固得其道，然而弱矣。其在諸鎮原留之兵，類皆殘弱，稱為廂兵，僅給役而已！至於選自戶籍或應募，使之團結訓練，以為在所防守，則曰鄉兵。此外又有蕃兵者，塞下內屬諸部落，團結以為藩籬之兵是也。當神宗時，有兵百萬，不能一戰；王安石變法，乃改「將兵」制，並行保甲法，擬以民兵代募兵；哲宗時，廢五路義勇，民兵亦坐視不振。南渡後，內則有御前五軍，外則設三宣撫司；實際上兵雖多而不知用，往往不戰自潰，此宋之逼於遼敗於金，而亡於元也。

（六）遼、金

部族為重。遼自部落而興，舉部皆兵。太祖用兵雲中已有兵 30 萬，後每君主即位，必分州縣，析部族，以置宮衛軍；親王大臣亦自置私甲，曰大首領部族軍；眾部族軍則隸南北府，守衛四邊。至於五京鄉兵。則以土著之民為之，責在保衛地方，不恃以作戰；屬國軍有事則徵之，助軍眾寡各從其便無常額。金同於遼，亦起於部落，最初兵不滿萬，徒以善用，所向無敵。諸部長於戰時稱謀克，百夫長也；稱猛安，千夫長也；其後行軍，於猛安以上置軍帥，再上置萬戶，再上置者統。最後改都統為元帥府，平時則稱樞密院；並罷萬戶官。

（七）元

元之兵出於本部族者為蒙古軍；出於諸部族者為探馬赤軍；既定中原發民為卒者為漢軍。典兵之官，視兵數多寡，為爵秩崇卑，長萬夫都為萬戶，千夫都為千戶，百夫者為百戶，皆世官。天下既定，兵皆有籍於內立五衛，以總宿衛諸軍；於外置總管於萬戶以下，總把於千戶以下，彈壓於百戶以下，而樞密院為之總領，遇方面有警，則置行樞密院，事已則廢。大抵河洛山東，以蒙古軍探馬赤軍分戍之，江南之平，亦有分戍之兵。元制內外兵皆有屯田實則略漢人地，用以養兵也。

（八）明

衛所為重。明革元制，自京師達於郡縣，皆立衛所外統之於都司，內統之於五軍都督府，而上十二衛為天子親軍不與焉。征伐則命將充總兵官，調衛所兵領之，既旋，則將上所佩印，官軍各回衛所，蓋得唐府兵遺意也。其為制也，大率 5600 人為衛，1120 人為千戶所，112 人為百戶所；所設總旗 2 人，小旗 10 人，大小聯比以成軍。衛所之兵，番上京師，則總為三大營；三大營者前為五軍營，三千營，神機營；

後則以神樞營亦三千營是也。衛所而外，九邊重鎮設有邊兵以防蒙古；沿海沿江設有防兵以防倭寇；至於各郡縣之民壯，各邊郡之士兵，則用其保衛地方，徵調甚罕。然其壞也，衛所之兵疲於番上，京師之旅困於占役，訓至末造，行伍衰耗，盜賊蜂起，禁軍潰崩，國遂以衰。

（九）清

清在乾嘉以前，僅有經制兵二種，八旗兵多用於出征，綠旗兵多用於安內是也。八旗兵，旗以色別，滿洲八旗外，又有蒙古八旗，漢軍八旗，係就最初降服者編之，兵皆世襲也。入關後，八旗有禁旅及駐防之分。禁旅稱為京營，有屬於戍衛者，有關於編練者；駐防則另築城，率眷聚居，定額共約 25 萬人。至臨時徵發者，則編佐領，不隸八旗。綠旗兵以綠旗為幟，又稱綠營，乃漢僮也。京都有巡捕五營，各省有都標，撫標，提標，鎮標，軍標，河標，漕標之分，而不相連屬；總督固可節制撫提鎮各標，提督固可節制鎮標，皆人之關係；其組織，則標下分為營協而已！總計綠旗兵凡 50 餘萬，惟皆不足額，且多老弱不任事勢。非經制兵有三，川楚教亂後始漸有良。一為勇營，係由鄉團而改者，湘勇淮勇即其著者。步隊營分五哨，勇 500 人，旗哨，勇 300 人；馬隊 250 騎為 1 營，50 騎為 1 哨；水師 388 人為 1 營，營用船 8。光緒間，立武衛軍，亦勇營也。一為練軍，係抽調綠旗壯丁而練者；直隸練軍創於同治初年，共六軍，凡 10380 名。因行之無實效，袁世凱又重新編制，認真訓練，以新建軍稱。一為海軍，越南役後設海軍衙門，又置北洋海軍提督一員；凡海軍 20 營，以旅順口威海衛為屯據軍港，甲午為日本燬焉。海軍衙門廢，所存僅巡洋艦 15，砲艦 13，運送艦 3，水雷艇 16 而已⁹⁰。

二、從兵役之徵調以觀

（一）秦漢間

兵民不分，並以發謫補其用也。秦有材官之位（漢時民之服兵役者，必經過為材官之一級，秦郡皆設材官，或與漢同也），當亦徵兵於民。臨時殺，則發謫戍之卒，往往數十萬，以致天下騷然。逋亡，贅壻，賈人皆所謫戍者。漢興，兵民亦未嘗分，南軍調之於郡國，北軍調之於三輔，皆出自民間。民年二三為正，服兵役，一歲為衛士，二歲為材官，習射禦騎馬戰陣，年六五衰老，乃免。戍邊之責，任何

⁹⁰ 清末的軍隊，既有湘軍、淮軍這樣的私家軍隊，又有清末政權建立的北洋海軍。詳參陳顧遠，「中國法制史」，台灣商務印書館，1934 年，頁 188-195。

人皆當值以三日，稱為卒更；其不能自行，或不可三日還者；納錢三日入官，官給既往之人，使遂留一歲者，稱為過更；其貧者欲得雇錢，次當往者出錢給之，每月二千，稱為踐更。至於謫發，則以死囚，亡命者，不良少年，有罪官吏，贅壻，賈人，及父母祖父母之有市籍者充之，強命從軍，非徵亦非募也。武帝征匈奴即用之。

（二）漢武後

兼用募兵，東漢民且不能兵也。自漢武帝設八校，首創募兵之端；蓋募知越事者為越騎，而以越騎校尉主之，募知胡事者為胡騎，而以長水校尉或胡騎校尉主之是也。光武利用羣盜之力，破王莽軍，定天下後，罷郡國都尉，省都試之役；民自是始不能兵，終魏晉南朝，兵皆以募集為主焉。

（三）隋唐間

寓兵於農，然其後又為募兵也。六朝時，北方五胡迭起，除本族人為兵外，兼用異族兵；漢兵初為例外之用，但係抽丁，有近於徵。石虎代燕五丁取三，四丁取二；苻堅伐晉，十丁遣一，其例也。周齊之末，諸種人均甚凋敝；又復參用漢人；且以軍資拮据，不得不令兵士屯種自食，遂開府兵之端。唐興，府兵之制，民年 20 為兵，60 而免，其能騎而射者為越騎，其餘為步兵武騎排…手步射；其居處教養畜材待事動作休息皆有節目，故無事時皆耕於野，實寓兵於農也。殆府兵之制壞，張說乃請一切募士宿衛，是即彊騎，復歸於募兵也。至唐時尚有所謂父子軍者，乃開國時太原義兵願留宿衛者三萬人，老不任事則以其子弟代，即以後來北衛禁軍之始也。

（四）唐宋間

募兵極盛，宋則一度重民兵也。自唐中葉，以迄於宋，召募之制起於府兵之廢。唐末士卒疲於征役，多亡命者梁令諸軍悉贍面為字，以識軍號。宋因之。或募土人就所在團立，或取營伍子弟聽從本軍；或募饑民以補本城，或以一罪配隸給役，取之雖非一途，而伉健者遷禁衛，短弱者為廂部，制以隊伍，束以法令，天下獷悍失職之徒，皆為良民之衛，尚不失為因時制宜之法。但因兵數過多，兵費無出，而訓練亦難周密，遂不能用。其時之所謂鄉兵，除由土民應募者外，亦有選自戶籍者，英宗嘗納韓琦言，整頓河北河東鄉兵，以佐募兵之不及，而司馬光非之⁹¹。但如範鎮等均以「取兵於民則民稀，民稀則田曠，

⁹¹ 司馬光之言曰：「兵出民間者，名與古同而實異」；又「觀者見其旗號鮮明，鉦鼓俱備，行例有序，進退有節，莫不以為真可戰；殊不知彼猶聚戲，若遇敵，則瓦解星散，不知

田曠則賦役重，賦役重則民心離；寓兵於民則民稠，民稠則田闢，田闢則賦役輕，賦役輕則民心固」爲解，故王安石遂主張施行保甲法，使民漸習爲兵，民兵成則募兵減矣。神宗卒從其議，惜至元祐爲司馬光所罷；民兵不振，募兵又盛。

（五）遼金元

徵兵爲主，入中國以募兵輔也。遼金元得主中國，原因固多，而兵之基礎建於部族，徵發調遣事同一家，故兵銳將勇亦一要端。遼民年 15 以上，50 以下，皆隸兵籍，部族軍之組織分子實即此也。金之初年，諸部之民，無它徭役，壯者皆兵，平居則聽以佃漁射獵，習爲勞事；有警則下令部內，及遣使詣諸「孛堇」徵兵凡步騎之仗糗，皆取備焉。元之蒙古軍，探馬赤軍，家有男子 15 以上，70 以下，無畧寡，盡僉爲兵。10 人爲 1 牌，設牌頭，上馬則備戰鬪；下馬則屯聚牧養。孩幼稍長，又籍之曰漸丁軍。其他在多事之秋，亦有一時徵調之舉，大都取自戶籍也。然遼金元雖以徵兵爲主，入主中國後，部族軍或自爲分裂，或不足實用，或世襲而失其舊，漸歸於衰，募兵遂兼用之矣。最著者，如金之招集燕趙亡命，稱忠義軍，雖一時獲用，而終不可用；後更擅殺北使唐慶，以金亡。元之得宋募兵，號新附軍；而所謂答剌罕軍者，則又應募而集者也。

（六）明之世

衛兵世襲，民兵有徵募之爭也。明之取兵，而隸於湏所者，有從征，有歸附，有謫發。諸將所部兵，既定其地，因以留戍；謂之征；勝國及僭偽諸降卒，謂之歸附；以罪遷隸爲兵者，謂之謫發；其軍皆世籍也。崇禎 3 年，范景文上書，謂：「祖制，邊腹內外，衛所棋置，以軍隸衛，以屯養兵；後失其制，軍外募民爲兵，屯外賦民出餉」云云，則知衛所兵之衰微，募兵之代興也。因衛所兵爲正兵，故募兵遂以民兵或鄉兵或民壯稱。民兵，雖如方謙、張居正等，皆主張籍民丁多者爲軍，而實際上則皆募民爲兵，非徵民爲兵也。衛所官軍原額 270 餘萬，歲久逃，故士兵民壯之增募，實爲當時急政。弘治中，民壯募有 30 餘萬，士兵無慮數萬；有司不操練民壯，私役雜差者，如役占軍人罪；則又以募兵爲重也。

（七）清之世

旗兵世襲，其他各兵出於募也。清亦一部落而漸擴大，故其始也，

所可矣」。

同於遼金元，部族皆兵；及入中國，八旗兵遂皆世襲，不加訓練，遂因之而衰，蓋世襲兵，兵自成一階級，其弊甚於募兵也。綠營，則係馬兵拔於步兵，步兵拔於守兵，守兵拔於餘丁，無餘丁則仍募於民。至若勇營，係鄉團所改，亦非盡出於徵，實乃民自爲募耳⁹²。

（八）以黨領軍期間

國軍在黃埔建軍伊始，亦屬以黨領軍，故而舊軍刑法亦有背叛黨國罪之規定，此種由黨直接領導和指揮軍隊，是中國革命鬥爭之歷史必然，不僅淪爲一種「軍隊控制」的形式，也使法律文化僵持在固定的意識型態和控制形式中達相當期間，嚴重牽制了法制現代化的進程。

政府遷台、至終止動員戡亂前之時期，在台海對峙之形勢下，軍隊之型態，仍不脫傳統以黨領軍之風格。

共軍自創建時期，毛澤東便在紅軍中建立起共產黨各級組織，確立黨對軍隊絕對領導的原則，1932年9月「關於紅軍中黨的工作訓令」中，明確規定必須保障黨在紅軍中的絕對領導。

三、小結

蔣百里說：「研究高深的軍事學問，必須要研究歷史」⁹³。人類的歷史也可說是一部戰爭史。軍隊組織型態結構，隨軍事任務的轉變而有所變化，而政治社會的轉變，對軍隊組織型態的變化亦有著密不可分的關係。依軍隊與政治間的關係區分，軍隊的組織型態有下列三種⁹⁴：

（一）專業型(Professionalism)

杭廷頓(Samuel P. Huntington)認爲，軍隊是專業的，可由四個特色，即專技、服從關係、團隊精神和意識形態看出。軍人的專技，須經過各階段逐一訓練，始能獲得，而這套複雜專業知識之獲得，其目的是用來「管理暴力的行爲」。服從的對像是其國家，而所保有之意識形態則是「軍人的意志」。而團隊精神，是指在軍官團內部有其特定之價值系統與規範，其成員相互認同，具團隊一體之意識，個人獨特之作爲是不被允許的。

依杭氏看法，現代化軍隊和以前的軍隊比較，最大區別在於現代軍隊係屬於專業之團體組織⁹⁵。專業軍隊往往不論政體如何更替？依舊

⁹²參閱陳顧遠，前揭書，頁195-199。

⁹³參閱蔣緯國，「軍制基本原理」，黎明文化，1974年12月6版，頁9。

⁹⁴參閱朱文德，「我國憲法上國會與軍隊間之關係」，永然文化，1993年6月，頁72-79。

⁹⁵參見朱文德，前揭書，頁72-73。

屹立不搖，保持專業本色。我國國軍依憲法之規定，應屬於專業型軍隊。

（二）禁衛型(Praetorianism)

禁衛軍一詞，源於古羅馬禁衛軍(Roman Praetorian Guard)，其是一支駐紮於羅馬帝國首都之小型部隊，但在羅馬政治中卻扮演著重要角色。一是政治秩序維護者，二是政治繼承決定者。波莫特曾說：「所謂的禁衛軍國家，簡言之，即軍隊左右政治組織與結構國家」⁹⁶。

（三）職業革命型(Revolutionary Professionalism)

職業革命軍係一種革命之工具，是一支推動革命之武裝力量，其為革命奮鬥，為政黨運動做開路先鋒，經由意識形態和政黨運動結合，於制度化後，仍繼續追求一定之革命目的，或積極努力以保有革命之價值。如中共人民解放軍(The Maoist Chinese People's Liberation Army)即屬之。

環球學說日新月異，世界各國兵制幾有日趨同一之勢，而依法治軍，已成為建設現代化軍隊的普遍性規律，中共亦提出「治軍先治典」之思想⁹⁷。因此，兵制之研究，對於法制合理化之發展，應可產生相當之助益。

肆、我國軍事刑法規範之展望

現今大多數人都同意法律作為統治者命令的成分越來越少，作為一種透過程式的公平與實體的合理來說服，這種成分越來越多。在以民主法治體制的憲法為準據之法律秩序及其諸價值理念下，軍隊秩序、軍事利益的維護暨軍人基本人權的保障之間，難免不產生矛盾。軍隊秩序及軍事利益的維護，在對軍人基本人權的尊重下，應受何種程度的制約？軍人基本人權在軍隊秩序及軍事利益維護的必要下，應受何種程度的犧牲？二者間不得不求取平衡。因此，個人一直認同並追求人權、尊嚴及建軍需要兼顧的軍刑法觀。

一、軍法之設為治世之先

一些法制史學者談到我國軍事刑法的特色時，大都說「繼受」外來法制，

⁹⁶ 參見朱文德，前揭書，頁 77。

⁹⁷ 參閱方定、許江瑞、董秀元編著，「軍事法制教程」，北京軍事科學出版社，1999 年 4 月，頁 232-233。

但我國在封建時代，就已有軍事刑法的規範，這是不能誤認，也不應誤認的問題。我國自有歷史記載，最早即為軍法之治，軍法的傳統觀念，從軍令即刑罰的同一性質，兵刑合一而令律法為同一事，歷代戰時所行的約法三章，乃至承平時所從容制定的漢魏晉隋唐明清（宋元皆因唐之舊）之法典，雖代有增損，根本上變革不大，其中或稱興律或興擅律或擅興律或兵律部分所列之規定，皆為整軍經武所不可忽視之軍法條款，可謂悠久而一貫。雖其作用大多在戡亂討賊懲暴除惡，徒賴重懲重罰以確保命令的貫徹，既未能洋洋大觀，又未能深刻精密，或係事實，但此兵刑合一而行軍法之治的局面，不僅歷時長久，並且證明必經軍法之治而後始達於他種之治的道理所在，觀乎司馬遷史記之律書及班固漢書刑法志皆從兵事敘其端，益明我國歷史非經軍法之治的階段，即無法止亂救亡而開長治久安之局，乃是溯源之史實，而非史家的臆說⁹⁸。

二、軍法成長應配合時代所需

已故美國法學家龐德教授(R.Pound)，在其「法律與歷史」(Law and History)之演講中，開宗明義提出「法律必須安定，但卻不能固步自封」(Law must be stable and yet it cannot stand still)之名言。他認為所有之法律思想都必須努力設法調和安定與變遷之需要所引發之衝突⁹⁹。歸結軍事刑法之立法，至少可從三個角度觀察，其一為什麼因素促成軍刑法被制定，其二為軍刑法規範面的義務是什麼，其三為軍刑法的規範效果是什麼。從歷史觀點而言，軍刑法的存在，是自古代社會以來，用以維繫軍隊戰力及軍隊秩序最有效的方法之一；但過去的軍隊社會，究竟是在那些政軍等因素的影響下，有著什麼樣的法律變遷，才形成今日這般樣貌的軍刑法現象？而今日之政軍等情勢，又將帶給未來軍刑法如何之面貌？

軍隊因戰爭的需要而產生，並因戰爭的危險而延續存在。故此，軍隊的首要任務是，平時全方位地做好戰備準備，戰時爭取軍事戰爭的勝利。同時我們還應當看到，在軍事競爭中，自第二次世界大戰以後，特別是冷戰結束以來軍事競爭顯著之特點，就是「武力」與「法治」緊密結合。當代多數國家相當重視建立適應現代化戰爭之軍事法律制度，特別是現行軍刑法之改革。

無如，法律的功能很多，強制、制裁僅係主要功能之一，就法律的職能而言，一部刑法典無論多麼完備都無法將正在發生和將要發生的一切犯罪

⁹⁸ 參閱馬問真，「我國軍法之本質與適應」，軍法學報，第2期，頁62。

⁹⁹ Roscoe Pound: Interpretation of Legal History. 1930. P.1。轉引自王玉成，「社會變遷中之罪刑法定原則」，大偉書局，1988年6月，頁511-512。

包羅無遺、網羅淨盡，任何新的嚴重危害社會的行為對國家的穩定與社會秩序都是一種現實的威嚇，此正顯示刑法的文化品格，左右著人們的價值選擇。相對於此，基於國家安全等軍事利益，驅使吾人採取行動建立一些基本的必要規範，用以確保安定的軍隊秩序，達成軍隊的歷史使命；但隨著軍事社會環境不停地演變，相關規範又必須就其他軍事利益以及新生的安全模式發揮新的調節功效。故軍刑法的規範必須具有彈性，同時亦須具有安定性。以期在此原則的指導下，永保軍刑法的活力，步趨時代之需要¹⁰⁰。

三、軍人犯罪之制裁須重予檢討

以往戰爭是純軍人的戰爭，即英雄主義的戰爭，要求軍人不畏生死，奮勇殺敵，此種「騎士精神」，隨著戰爭型態的改變已無存在機會，因為按鈕會毀壞所有軍人的精神¹⁰¹。試想當戰爭改由按鈕決定一切，勝敗取決於只要按下一個按鈕，即可輕易將成千上萬的敵人以及百姓化成灰燼，規範軍人衝鋒陷陣、戮力戰鬥這種任務需求降至最低時，是否意味軍人在戰爭中的地位不再重要了，對歸責主體之軍人而言，其在歸責體系中將會是什麼樣的面貌，是否會變成只是規範的工具而已，而不再是規範的目的？

自冷戰結束後，先進國家均已透過兵役制度之改革，為軍事事務革新提供穩固基礎，所謂兵役制度之改革，其內容最主要者即為採取高工資、高福利、高榮譽的辦法組成志願部隊，亦即改徵兵制為募兵制。近年來國防部積極推動以「募兵為主」之徵募併行制，募兵制將逐步按規劃比例取代現有的徵兵制¹⁰²，國防部自開辦「專業志願士兵暨儲備士官」招募以來，成效「與年俱增」，94 年度有 6664 人，95 年度增為 10228 人，96 年度預計分六梯次招募 15153 人，第三梯次預定

¹⁰⁰ 美國聯邦最高法院卡多索(Benjamin Nathan Cardozo)大法官說過：「法有如旅行者，必須準備明日，它必須有一成長的原理。」詳參張文伯，「法學思想上的幾個問題與層面」，收錄於刁榮華，「法律之適用與演進」，漢林出版社，1977 年 8 月，頁 39。

¹⁰¹ 陳新民，正義之師—關於正義之戰的理論，收錄於氏著「公法學割記」，作者自版，1995 年 1 月修訂 2 版，頁 311。

¹⁰² 行政院遊內閣於 94 年 1 月 24 日上午舉行臨時院會，由國防部副部長蔡明憲在院會上提出「現行兵役制度檢討改進方案」，獲院會通過。蔡副部長指出，為建構符合國防與社會發展需要之募兵制，國軍未來短期將以募兵為主，徵兵為輔；長期朝全募兵制發展。預計於 97 年達成募兵與徵兵比例為 6 比 4 之目標。此外，也將實施精兵制度，計畫至民國 97 年將國軍總員額調降整至 27 萬 5 千人，精簡約 10 萬人。同時自本年 7 月 1 日起，將辦理提前退伍，並配合招募期程且達成預期目標，到民國 97 年，預定兵役將縮短為一年；除役年齡也將由現行 40 歲，提前到 35 歲。而為了配合募兵制的推動，未來也將調整士兵待遇，達到平均每月 3 萬 5 千元，服役期間也會協助士兵取得專業證照，退伍後還會給予創業金，福利相當優厚。青年日報社論選輯—民國 95-96 年，青年日報社編印，96 年 10 月，頁 368-373。

招募 1510 人，卻有 10598 人報名，錄取率僅百分之 14 點 2，此固然由於部隊薪資合理，福利完善，國人全民國防理念之深化，及國軍本身在追求專業化、職能化上的努力大幅提升了國軍之人力素質。

募兵制類如勞雇關係，係以契約方式來維繫雙方的權利義務。以日本為例，其自衛隊員皆屬政府之公務員，不但以自願應募的方式入隊，且入隊之後仍有中途離去的自由。在軍人有權選擇服從規範或自由離去的情狀下，對於那些不需要立即執行的命令，部屬預告不遵行時，長官是否可選擇自願履行者替換，甚或將軍人違反職責的風險利用保險制度預先防範？此外，由於精良改進的屠殺技術使殺敵變得極其容易，殺人者既不必再目睹其屠殺的後果，也無須投入戰鬥當時的環境，屠殺是否即成了承攬性的工作？凡此，軍人犯罪行為的制裁方式，勢必面臨根本的變革。