

陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述補遺（二）----其他軍事犯罪章部分

*謝添富、趙唏華

壹、劫持軍用艦艇、航空器，或控制其航行罪（第五十三條）

一、既未遂之認定

本罪前於陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（十）引介八十七年十月二十八日大陸地區中國國際航空公司正駕駛袁斌，因不滿民航公司之升遷待遇及制度，將飛機「轉向」飛抵台灣之劫機案例，查詢司法院法學資料檢索系統，未獲台灣高等法院確定判決，無從瞭解自劫機罪改判妨害自由罪之全貌，不無悵然。惟其後搜尋該院另件劫機案例，略開：大陸地區人民楊明德及王志華，因違反民用航空法案件判刑，在假釋中，依兩岸關係條例規定，均應強制遣返，八十八年二月八日下午一時五十分許，海基會受陸委會委託，由該會副秘書長詹志宏率領相關作業人員及負責押送之警員執行遣返工作，自台北松山機場搭乘立榮航空公司專機飛往金門尚義機場。嗣該機起飛約十分鐘後，楊明德藉故以其子楊洋遭遣返乙事為由，要求至詹志宏座位處當面向詹員陳情，當獲同意，由警帶至詹員前排座位，回頭與詹員交談，復以引擎聲吵雜且回頭交談不易為由，要求換至詹員隔鄰座位處，詎於換至詹員右側座位交談二、三分鐘，楊某即以左手架住詹員頸部，右手持預藏衣袖中之鐵條一把，抵住詹員頸部，命其不要動，對詹員施以強暴，欲藉此方式挾持詹員為人質，以達渠等劫持使用中之航空器（轉至日、美尋求政治或難民庇護）之目的，經在旁戒護警員上前將楊某制服，並將鐵條奪下，其餘王志華等人見狀，本欲以行動配合，惟因均有警員警戒，致不敢輕舉妄動而未得逞。案經台灣高等法院（刑十六庭）八十九年七月七日上訴字第一八一號判決撤銷原判決，以被告等行為後刑法增訂第一百八十五條之一之劫機罪，其第一項後段就情節輕微者之寬處規定，較行為時之民用航空法有利於被告，乃適用裁判時之刑法第一百八十五條之一論處，並以被告楊某已著手強暴行為之實施，已劫持使用中之航空器，惟尚未生劫持該航空器之結果為未遂犯，王志華當時在警員嚴密戒管下，雖無動作，仍屬共謀共同正犯，均按既遂犯之刑減輕之，但審酌劫持航空器對飛航安全所造成之危害甚大等一切情狀，仍量處楊、王二人如原判之有期徒刑各四年二月，以示懲儆。該案既未遂之判斷，足供本條劫持軍用艦艇、航空器或控制其航行罪判斷既未遂之參考。

二、飛安會依法獨立行使飛航事故調查職權，與劫持軍用航空器或控制其航行罪之實體要件及偵查程序，有所關聯

緣政府為獨立調查飛航事故，以促進飛航安全，於九十三年六月二日制

* 謝添富，國防部最高軍事法院前少將院長，國防部軍法司簡任副司長。

* 趙唏華，政治大學法學士，輔仁大學法學碩士，國防部軍法司副處長。

定公布飛航事故調查法，設飛航安全調查委員會（簡稱飛安會），對於民用公航空器及超輕型載具，自任何人為飛航目的登上航空器時起，至所有人員離開該航空器時止，於航空器運作中所發生，而造成人員死亡或傷害，或使航空器遭受實質損害或失蹤，或有造成人員死亡、傷害或航空器實質損害之虞之飛航事故，依法獨立行使職權，旨在避免類似飛航事故之再發生，不以處分或追究責任為目的，而其調查報告亦不得作為有罪判決判斷之唯一依據，但有關機關本於其職權所為之調查及處理作業，不得妨害飛安會之調查作業（第一條至第五條參照）。飛航事故發生後，飛安會應指定飛安調查官一人擔任主任調查官，由其召集成立專案調查小組全權負責指揮飛航事故調查，各級相關機關除依災害防救法先行處理外，並應封鎖現場，及告知飛安會其於現場採取之措施，惟除為救援及消防之必要外，應維持現場之完整，如有清理現場之必要，應先徵得飛安會主任調查官之同意。又飛安會為飛航事故調查之必要，得優先保管及處理航空器、殘骸、飛航資料記錄器、座艙語音記錄器及該飛航事故有關之其他資料及物品；至於航空器所有人、使用人，民航局及其他有關機關，應配合飛安會專案調查小組之要求，於限期內提供有關該飛航事故之資料；而相關人員受飛安會訪談者，無正當理由不得規避或拒絕，並應據實陳述，受訪人員之主管或雇用人亦不得妨礙訪談（第十一條至第十四條、第十七條、第十八條參照）。但飛安會參與專案調查小組之成員，就有關飛航事故出庭時，得拒絕陳述個人意見（第三十五條）。

以上各節雖因第二條第五款但書明定為執行公務，由政府機關所有或所用之所謂「公務航空器」，不包括由國防部主管之軍用航空器，而無本法之適用，惟依第七條規定，發生於境內之任何國籍航空器飛航事故，涉及本國軍事航空管理機關（構）之場站、飛航管理或軍用航空器之飛航操作者，飛安會就涉及事項應會同各該機關調查，及第二十三條規定，飛安會於調查中得知或疑有非法干預飛航之情事者，應即通知國內外之各有關權責機關，並得就有關飛航事故部分，協助有關權責機關調查。則若觸犯陸海空軍刑法第五十三條之劫持軍用航空器或控制其航行罪，同時涉及飛航事故者，依上述規定飛安會依法獨立行使職權，即與軍事檢察官之偵查職權，有所關聯。依第三十七條「本法規定事項，涉及檢察機關之偵查權責者，飛安會應與其協調配合之（第一項）。飛安會行使本法所定職權，涉及其他機關（構）之權責者，應會同該機關（構）建立協調聯繫作業機制（第二項）」之規定，法務部九十四年十二月二十九日法檢字第○九四○八○五四○七號函發布「行政院飛航安全委員會與檢察機關辦理飛航事故調查協調聯繫作業要點」，自九十五年一月一日起生效¹，分函各級檢察機關（副知行政院飛航安全委員會、國防部、交通部等相關機關），提示：飛安會與檢察機關進行飛航事故調查，應本平行

¹ 同時廢止 91 年 4 月 30 日發布之「行政院飛航安全委員會與檢察機關辦理航空器失事及重大意外事件應行注意事項」。

調查之原則，尊重雙方之調查職權（第二點）；雙方平時應相互交換工作人員職銜名冊，隨時交換意見，並提供管轄區域及緊急連絡方法，進行飛航事故調查時，檢察機關應指定專責檢察官，飛安會應指定主任調查官，負責聯絡事宜（第三點）；檢察官為搜索、扣押證據，與主任調查官為搜尋、移動、戒護及保全證據時，雙方應於權限範圍內互相協助（第四點）；檢察官認有可為證據或得沒收之物，得扣押之，主任調查官為鑑定飛航事故原因，得向檢察官借用扣押物，並應於用畢後立即歸還，檢察官無正當理由不得拒絕（第五點）；雙方應互相提供有助於研判飛航事故原因之證據資料，檢察機關應對飛安會提供必要之許可或協助，以利其進行飛航事故調查，飛安會亦應對檢察機關提供必要之說明或協助，以利刑事案件偵查（第六、七點）；飛安會進行飛航事故調查時，主任調查官應與檢察官偵查犯罪協調配合，主任調查官進行研判或檢驗作業時，應避免採取無法回復原狀、破壞性或其他妨礙犯罪偵查之措施（第九點）；主任調查官得依據飛航事故調查法第二十條規定，指揮被允許其從事部分調查作業之外國代表參與調查，並應立即知會檢察官（第十一點）；及飛安會與檢察機關間，因解釋或執行本要點所生之爭議，雙方應本於相互協助且無礙飛航事故調查之情形下，協商解決（第十三點）。以上飛安會依法獨立行使飛航事故調查職權，與劫持軍用航空器或控制其航行罪之實體要件及偵查程序，有所關聯，實務運作時允宜注意。國防部（軍法司）亦正彙整自八十八年十月軍法機關改制迄今，有關軍用航空器失事相驗案例，著由中部地方軍事法院檢察署以實務經驗，參考上開飛航事故調查法及法務部之協調聯繫作業要點，研擬軍事檢察機關處理軍用航空器失事人員死亡勘（相）驗與飛航事故調查聯繫作業要點，俾資遵循。

貳、服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪（第五十四條）

一、罰金部分原為新臺幣十萬元以下，立法院九十六年三月二十二日一讀修正為二十萬元以下，仍較刑法第一百八十五條之三修正草案之罰金數額為高

按立法院第六屆第四會期司法委員會九十五年十月十九日第六次全體委員會議審查謝國樑委員等五十人擬具刑法第一百八十五條之三修正草案，增訂第二項「犯前項之罪達三次以上者，處六月以上，三年以下有期徒刑」，係針對酒駕問題，參考美國「三振法案」並加重其刑，排除累犯之相關規定，因當日審查會直前，在公聽會中刑法學者多表將致紊亂刑法規範體系，嗣葉宜津委員認為刑事罰金之下限不能低於交通罰鍰之上限（新台幣六萬元），乃在審查會建議修正第一項罰金為銀元二萬元以上五萬元以下，尤清委員則以謝委員提案目的係為遏止酒駕，乃建議提高罰金以新台幣二十萬元為上限。案經審查結果，第二項不增訂，第一項之罰金修正為新台幣十五萬元以下（有

期徒刑與拘役仍維持現行規定，均不修正)，將提請院會公決²。國防部鑑於本法為特別法，其罰金數額不宜低於刑法之原則，原欲配合提高，嗣立法院民進黨團考量刑法本罪罰金額數既經該院司法委員會審查通過提高為新台幣十五萬元以下，而軍刑法為刑法之特別法，依特別法優先於普通法適用之法理，在二法構成要件相同下，依軍刑法處罰之結果，罰金部分反較刑罰為輕，實有失衡之情形，爰提案配合刑法之修正將軍刑法本罪罰金額數修正為新台幣二十萬元以下；經立法院司法暨國防二委員會聯席會議於九十六年三月二十二日一讀審查，國防部軍法司應邀列席，表示自本法（軍刑法）九十年增訂本罪迄今，由於量刑適切，及國防部之積極宣導預防，軍人犯本罪人數自九十三年一九九人、九十四年一七六人至九十五年一三五人，呈現逐年下降趨勢，已發揮遏阻功效，建請比照前於陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（十）所開有期徒刑與罰金之比例，及仍秉本法在九十年全面修正時，引置刑罰及其特別法所持「與民同罪同刑」之原則，與刑法本罪修正案採相同規範，修正為新台幣十五萬元以下罰金，既符法理，又可確保軍人人權，案經審查結果，則照原提案之新台幣二十萬元以下罰金額數通過，致仍較刑法為重³。

二、目前以呼氣酒精濃度〇、五五毫克作為不能安全駕駛，依公共危險罪移送之標準尚稱妥適，並無放寬之空間與必要性

八十九年七月二十九日中國時報第九版刊載，吳姓男子酒後駕車，經酒測其酒測值每公升〇·六七毫克，雖超過醫學認定不能安全駕駛標準，但因其能通過酒後生理協調平衡測試，故而台灣高等法院判決無罪確定之首件案例云云，經查司法院法學資料檢索系統，未獲此判決，其後該院交通法庭九十二年八月二十八日交上易字第三三二號判決，固亦認本罪立法目的本在藉由抽象危險犯之構成要件，以刑罰制裁力量嚇阻酒後駕車之行爲，進而確保參與道路交通往來人車之安全，因此並不以對於道路交通往來人車發生具體實害為要件，此種立法例亦為德日等國所採行云云，但又稱「然所謂不能安全駕駛，性質上乃屬不確定法律概念，…，有關飲酒駕車者究有無達不能安全駕駛之程度而構成本罪，仍待法院依具體個案，綜合各種客觀情事認定之，尚不得僅以酒精濃度測試結果為唯一之認定標準」，並進而論斷「被告雖確有飲酒後駕駛自小客車之情事，惟其被查獲時既步履穩定，神智清醒，言談、舉止一切如常，精細如畫圓圈及書寫之能力技巧又無差池之處，更無任何異常駕駛之行爲，足徵被告上開飲用酒類後對其意思力、認知力及行爲控制力

² 參見立法公報第 95 卷第 43 期當次委員會議及公聽會紀錄。

³ 參見立法院第 6 屆第 4 會期第 17 次會議議案關係文：「陸海空軍刑法第五十四條條文修正草案對照表」、國防部軍法司書面報告資料及青年日報 96 年 3 月 23 日第 2 版報導。

尚不生影響，與常人相較，並無稍顯薄弱而有不能安全駕駛之處，則尚難單憑被告前述之酒精測試結果，吐氣中所含酒精成分為〇·六八毫克之單一情事，即遽為被告已不能安全駕駛之論證」云云，固非無見，惟是否切合「喝酒不開車，開車不喝酒」立法旨趣，是否符合人民之法感，有無鼓勵「天賦異稟」者喝酒開車之負面作用？均值商榷。本文雖較傾向於陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（十）所述「被告雖經酒後生理協調平衡測試合格，僅係未達具體危險發生之程度，不能認其酒測值高達〇·六八毫克尚未生不能安全駕駛之抽象危險之見解」，惟有待台高院召開法律座談會，化解歧見。嗣後法務部於九十四年四月六日立法院第六屆第一會期司法委員會第九次委員會邀請，就「司法及行政機關執行酒測臨檢杜絕酒駕成效」提出專案報告並備質詢⁴，依立法委員要求研究，目前以呼氣酒精濃度〇·五五毫克作為不能安全駕駛，依公共危險罪移送之標準是否放寬？經該部再邀請司法院刑事廳等機關（單位）共同研商，會議結論認為現行認定標準妥適，並無放寬之空間與必要性。另經相關文獻資料顯示，在取締酒醉駕車之執法作為上比較，我國所定血液酒精濃度〇·一一％、呼氣酒精濃度〇·五五毫克，是世界主要國家最為寬鬆之取締標準。再就不能安全駕駛之認定而言，法務部前於八十八年五月十日召開之研商訂定刑法第一百八十五條之三認定標準會議，即係參酌美國、德國之立法例作為標準，另就國人酒精代謝速率及安全駕駛判斷標準，亦參酌台北榮民總醫院臨床實驗數據認定，及目前我國實務上認定之「不能安全駕駛」，所援用之酒測值即血液酒精濃度〇·一一％、呼氣酒精濃度〇·五五毫克以上，係目前國內外較為寬鬆之標準，且採驗標準以呼氣及血液測試二種，亦為世界各國所認同，並無嚴苛之情事存在，目前並無修正放寬取締或認定標準之空間等情。因與軍法實務運作具有共通性，爰提請注意⁵。

三、陸海空軍刑法九十年十月二日修正施行前，現役軍人酒後駕車為警查獲，應適用有利於行為人之刑法，不合移由軍法機關審判，乃為因修法衍生偵審機關變動而為業務移轉原則之例外

按刑法第一百八十五條之三之罪，經軍刑法引置後，固屬刑法第二條第一項所稱行為後法律有變更之情形，惟於訴訟程序是否衍生偵審機關變動之業務移轉問題？國防部最高軍事法院檢察署九十一年十二月十八日，九十一年第四次法律座談會研討北部地方軍事檢察署提報「現役軍人某甲於九十年七月七日因酒後駕車為警查獲，並測得被告呼氣中所含酒精濃度每公升達

⁴ 詳參法務通訊，第2240期（94年6月2日）第4版，「本刊訊」。

⁵ 經國防部軍法司94年〇〇月23日法治字第0940001547號函請最高軍事法院及檢察署查照轉知各院檢參考。

○·七九毫克後，警員將某甲移送軍事檢察署偵辦，軍事法院對是類案件有無審判權？」法律問題，提案單位研討意見如下：

（一）甲說：否定說。

按現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，始受軍事審判，軍事審判法著有明文，某甲酒後駕車逾不能安全駕駛認定標準之行爲，係於九十年七月七日所犯，當時僅刑法第一百八十五條之三規範此行爲態樣，陸海空軍刑法並未對之有處罰之明文，雖陸海空軍刑法嗣於九十年十月二日修正施行，將酒後駕車逾不能安全駕駛認定標準之行爲規範於該法第五十四條之中，惟此係於被告行爲後所修正公布者，應係法律之創設，自不得溯及既往，被告之行爲，自應以其行爲時之法律論處（刑法第一條）從而應論以刑法第一百八十五條之三「服用酒類不能安全駕駛動力交通工具罪」，是某甲所犯之罪既非陸海空軍刑法或其特別法之罪，自非軍事審判之範圍，應移送有管轄權之地方法院檢察署偵辦。

（二）乙說：肯定說。

按行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律，刑法第二條第一項前段定有明文，雖某甲酒後駕車逾不能安全駕駛認定標準之行爲，係於九十年七月七日所犯，當時僅刑法第一百八十五條之三規範此行爲態樣，且國家安全法第八條第二項復於九十年十月二日停止適用，然陸海空軍刑法修正後已將此同一行爲態樣之處罰納入規定，此係行爲後法律發生變更，自應適用適用裁判時之法律即陸海空軍刑法第五十四條「服用酒類不能安全駕駛動力交通工具罪」，是某既犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，仍屬軍事審判之範圍，應移送管轄之軍事法院檢察署偵辦。

研討結論：採甲說。高等軍事法院檢察署審查意見如下：

（一）甲說：多數同意採北檢署研究意見之甲說理由內容，惟其理由似應以刑法第二條從輕主義爲當，蓋本件行爲時，仍有處罰規定（刑法第一百八十五條之三），故應比較刑度輕重問題。

（二）乙說：原則採乙說，但因題旨未敘明受理時間，故補充理由依陸海空軍刑法九十年十月二日之修法前後分述如下：1、修法前：軍事法院無審判權；2、修法後：軍事法院有審判權。如上述，修法前既有明文處罰之規定，雖陸海空軍刑法於修法後納入規範，惟此並非法律之創設，故依刑法第二條第一項規定觀之，被告裁判時，陸海空軍刑法既有明文，而被告犯罪及發覺時，亦具現役軍人身分，依陸海空軍刑法第一條之規定，軍事法院應有審判權，至於如何適用法律，因刑法第一百八十五條之三有關罰金刑較陸海空軍刑法第五十四條之規定爲輕，故依從輕原則，適用刑法該條之罪。

研討結論：多數採甲說（否定說）。最高軍事檢察署座談結論亦採否定說，理由如下：

（一）爲因應國家安全法第八條第二項之停止適用，及立法院於修正軍事審判法時所作之附帶決議，新修正之陸海空軍刑法之修法原則乃檢討納入

普通刑法中影響軍紀、作戰及重大治安之犯罪，以配合軍事審判法所規範現役軍人之審判權範圍，至一般人民咸認軍人犯之應予加重之犯罪（如妨害性自主、加重強盜及擄人勒贖等），則酌予提高其法定刑⁶。是國家安全法第八條第二項停止適用及軍刑法修正施行後，原由普通法院審理有關現役軍人所犯屬刑法第六十一條所定犯罪之案件者，其審判權範圍已有變動，應移交軍法單位處理。又因部分條文納入陸海空軍刑法有酌予提高法定刑，應依新舊法比較結果，如刑法規定較有利於被告時，即仍由司法機關辦理，本題現役軍人某甲所涉之「醉態駕車」之行爲，因陸海空軍刑法修正後已將此同一行爲態樣之處罰規定納入規範，且陸海空軍刑法第五十四條規定「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或新台幣十萬元以下罰金」，較刑法第一百八十五條之三「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金」所定之法定刑度爲高，揆諸前揭意旨，軍事法院對是類案件無審判權。併請參考司法院九十年九月二十八日（九〇）院台廳刑一字第二三七九四號函頒「國家安全法第八條第二項停止適用後法院與軍法機關移審案件應行注意事項」辦理⁷。係因二法關於罰金部分，軍刑法之新台幣十萬元較刑法銀元三萬元折合新台幣九萬元爲高，應適用有利於行爲人之刑法，不合移由軍法機關審判，乃爲因修法衍生偵審機關變動而爲業務移轉原則之例外，爰錄供參考。至於本案研討意見所及之刑法第二條第一項部分，於九十四年二月二日修正爲「刑爲後法律有變更者，適用行爲時之法律。但行爲後之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律」，自九十五年七月一日施行，依其修正說明，改採「從舊從輕」原則之結果，與現行「從新從輕」之原則相同。不過在論述時，自應略作調適，並予敘明。

參、毀壞三類軍用設施物品或致令不堪用罪（第五十八至第六十條）

一、其他直接供作戰之重要軍用設施物品之正解

所謂「其他直接供作戰之重要軍用設施、物品」，雖屬概括性補充規定，仍須爲與本條例示品項之性質相類而直接供作戰且屬「重要」之軍用設施、物品，始爲該當，並因「重要」一詞，係抽象而不確定之概念，故於個案應視具體情事，並兼顧時空環境因素，妥適認定之，尙非一切可以供作戰使用之軍用設施、物品皆屬之。國防部六十四年一月六日（六四）曉暉字第三七號令開「軍用刺刀，爲近戰之一種武器，不僅可裝置於槍枝，並可單獨使用，

⁶ 參照立法院公報第 90 卷第 36 期，頁 170。

⁷ 最高軍事檢察署 92 年 1 月 15 日（92）審壯字第 0031 號書函參照。

其特性為與敵作近距離格鬥時，不可或缺之器械，其重要性顯與槍枝無異，因認軍用刺刀，應屬軍刑法所稱之械彈」⁸，就軍品之具體效用為闡釋，仍值參考。但國防部於研議新法第四十一條攜械逃亡罪時，因軍用刺刀於實務上並不認為屬槍砲彈藥刀械管制條例第四條第三款規定所管制之刀械⁹，且刀械對社會治安之危害尚屬輕微，就立法政策考量認無納入加重逃亡罪處罰之必要，而將之排除於該罪之客體。

本條係第一類軍用設施物品，乃次條第二類即重要軍用設施物品中之直接供作戰者，為廣義之重要設施物品，自亦該當本法第十八條第一項第五款及第三十二條之客體。

二、毀壞一般軍用設施物品罪告訴權之歸屬

法務部檢察司七十年十一月四日法 70 檢（二）字第一三九一號覆台灣高等法院檢察署函開：刑事訴訟法第二百三十二條所謂被害人固指因犯罪行為直接受害之人，但對於物之侵害者，除所有人外，對該物有管領使用權之人，亦為直接被害人，亦應有告訴權，是以林務機關對國有林木有管理權，依管理人之地位，應有告訴權（載於七十一年二月法務部公報）；該司同函研究意見，亦參照最高法院三十三年非字第六十八號及四十二年台非字第十八號判例意旨，認為台灣省糧食局高雄管理處之宿舍，雖係台灣省政府所有，但該管理處既為宿舍之管理機關，對宿舍之分配使用維護修繕等有事實上之支配權，如遭他人竊佔致無法行使其支配權，不失為直接被害人，其控告屬告訴性質，並有聲請再議權云云¹⁰；此外，最高法院六十七年台上字第四二五七號判例，亦謂：侵害國家法益者，該機關有監督權之長官，得代表告訴，本件上訴人所犯刑法第三百五十四條之毀損罪，業經有監督權之楠濃林區管理處岡山工作站主任向檢察官提出告訴，原判決以其僅係告發，顯有違誤云云，均堪供審認本罪告訴權歸屬之參考。即使就同一客體有二以上之法益同時併存時，參照最高法院上開四十二年台非字第十八號判例所揭：苟其法益為直接犯罪行為所侵害，則兩法益所屬之權利主體均為直接被害人，並不因另有其他之直接被害人而發生影響之意旨，是以若屬營所有之軍用物品，撥交連使用，則營長代表所有人，連長代表管領使用人，均有告訴權。

肆、遺失軍品罪屬過失犯，目的在單純處罰遺失武器、彈藥等直接供作戰之軍

⁸ 載於趙公瑕編纂，「中華國軍法法令判解彙編」，頁 496。

⁹ 台灣高等法院暨所屬地方法院 72 年座談會，及國防部軍法局「87 年三軍覆判座談會提報資料」貳、裁判違誤指正摘要參照。

¹⁰ 載於 83 年 1 月法務部公報，頁 97。

用物品（第六十一條）

本條規定遺失軍品罪，係本次修正時參酌韓國軍刑法第七十四條增訂¹¹，明定其性質屬過失犯，目的在單純處罰遺失武器、彈藥等直接供作戰之軍用物品，所生公眾或軍事之具體危險，兼以保護軍實（行政院版修正草案第六十條「說明」二參照）。按戰時軍律雖於本法修正施行後廢止，但國防部四十八年四月二十八日誠效字第九十六號令釋：查遺失軍品，係指於無意中將軍品失去之謂，戰時軍律第九條第一項第八款之委棄軍品，乃出於有意，兩者顯然不同，本件某甲遺失公發之武器彈藥等軍用品，自難援用上開法條處罰，此外如無其他法律可以適用，即屬無法論罪（下略）云云，仍堪供參考¹²。如係故意丟棄，自具毀壞之直接或間接故意，若未達毀壞或致令不堪用之程度，應依第五十八條第四項未遂犯論處，若已至毀壞或致令不堪用之程度，則依同條第一項之既遂犯論處（行政院版修正草案說明二參照）。惟按立法院研討小組研討新法第五十八條時，就行政院提案之「直接供作戰」之軍用物品，增列「重要」之限縮條件，是若故意丟棄者雖為直接供作戰之軍用物品，但非屬其中之「重要」者，即非上開修正草案說明二所能涵蓋，而屬第五十九條第二類軍用物品，應照同一法理，依第五十九條第四項或第一項論處。另按本罪遺失之客體若亦屬本法第三十一條軍事上應秘密之物品，且致生軍事上不利益，而該當該條之構成要件者，雖屬想像競合犯，但應從本遺失直接供作戰軍用物品之重罪處斷。

伍、非法輸出、干擾、變更、刪除軍事電磁紀錄，或以他法妨害其正確性罪（第六十三條）

一、刑法增訂妨害電腦使用罪章，並修正電磁紀錄定義

刑法於九十二年六月二十五日增訂第三十六章「妨害電腦使用罪」，其中第三百五十八條：「無故輸入他人帳號密碼、破解使用電腦之保護措施或利用電腦系統之漏洞，而侵入他人之電腦或其相關設備者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金」。第三百五十九條：「無故取得、刪除或變更他人電腦或其相關設備之電磁紀錄，致生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金」。第三百六十條：「無故以電腦程式或其他電磁方式干擾他人電腦或其相關設備，致生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金」。第三百六十二條：「製作專供犯本章之罪之電腦程式，而供自己或他人犯本章之罪，致生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金」。第三百六十三條：「第三百五十八條至第三百六十條之罪，須告訴乃論」，係因近年來網路

¹¹修正草案第1版說明2參照，軍法專刊第44卷第10期，頁38第38條。另「朝野協商結論」之立法理由一所載「條次變更」，係就行政院版修正草案之條號而言，併此敘明。

¹²參見趙公瑕編纂，「軍法法令彙編」，頁610，及拙著，「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述」第31條委棄軍機罪相關論釋。

快速發展，電腦犯罪手法不斷翻新，為有效規範新型態之電腦犯罪，並使我國關此之法律規範能符合先進國家之標準而為增訂¹³，此與軍刑法本罪多所關聯，爰併予引敘。

按刑法第二百二十條第三項所定「稱電磁紀錄，指以電子、磁性或其他無法以人之知覺直接認識之方式所製成之紀錄，而供電腦處理之用者」之定義規定，於九十四年二月二日修正為「稱電磁紀錄者，謂以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之用」並移列為該法第十條第六項，自九十五年七月一日施行。係鑑於電磁紀錄之定義，原規定在刑法第十五章偽造文書印文罪章第二百二十條第三項中，然有關電磁紀錄亦適用於該章以外之偽造文有價證券罪章、妨害秘密罪章、陸海空軍刑法（參考第二十條、第三十一條、第六十三條、第七十八條）及軍事審判法（參考第一百十一條）等，已非單純於刑法分則編之偽造文書印文罪章適用之，故除修正其定義外，併移於刑法總則編本條，以資概括適用（刑法第十條本項修正說明七參照）。

二、犯本條之罪若同時該當刑法毀壞公文書、妨害電腦使用罪或本法第七十六條第一項第四款所引置刑法偽變造準公文書罪者，如何適用法律

犯本條之罪若同時該當刑法第一百三十八條毀壞公文書、第三百五十八至第三百六十條「妨害電腦使用罪」，或本法第七十六條第一項第四款所引置刑法偽變造準公文書罪者，因本法係特別法，應依法規競合之原則，優先適用本法處罰之，若另涉他罪，則依想像競合犯從重處斷。至於對於公務機關之電腦或其相關設備犯刑法第三百五十九條之妨害電腦使用罪者，依同法第三百六十一條加重其刑至二分之一，最高可判處有期徒刑七年六月，雖較本法之最高度有期徒刑七年為重，則於法規競合中在普通法、特別法與重法、輕法互見時，仍應適用特別法，有相關實務及法制上之依據，故仍應優先適用本法處罰，及未來修正建議與運作，亦如同本法第六十二條所述，請參照第五十六條「戰地攫取傷亡人員財物」罪論釋。

三、為加強保護公務機關電腦或其相關設備，有加重其刑至二分之一之規定，且毋須告訴乃論（第三百六十一條）

刑法第三百六十一條規定：「對於公務機關之電腦或其相關設備犯前三條之罪者，加重其刑至二分之一」，立法目的即為加強保護公務機關電腦或其相關設備。又本條雖未規定是否須告訴乃論，惟本條之立法原意，即欲將之列為非告訴乃論罪¹⁴，在立法院司法委員會一讀審查之審查報告中即補充本條之修正理由

¹³ 參見葉奇鑫著，「刑法新修正妨害電腦使用罪章條文簡介」，法務通訊，第2140期（92年6月19日），第4版。

¹⁴ 筆者趙晞華曾代表國防部列席立法院司法委員會一讀審查，出席立法委員對本罪宜否採告訴乃論曾有充分討論，結議認宜採非告訴乃論。

略謂：「至於第三百六十一條之罪，因公務機關之電腦系統往往與國家安全或社會重大利益密切關聯，實有加強保護之必要，故採非告訴乃論，以嚇阻不法」，由於立法理由已明示立法意旨，本條自應解為非告訴乃論之罪¹⁵。

陸、竊取或侵占軍用武器或彈藥罪（第六十四條）

一、本罪在處罰不具公務員身分或無職務關聯性之犯行

按本法雖經引置刑法瀆職罪章各罪及為彌補其不足而制定之特別法即貪污治罪條例，作為本法之罪，惟對於非獨立執行職務或非依法令執行公務而不具公務員身分之士兵竊取或侵占械彈，及對具有公務員身分者之竊取或侵占械彈行為，因不具職務之關聯性，均難依上開規定論究，而僅能依一般竊取或侵占處理，自尚不足以保護軍實及維護社會安寧秩序，故而維持舊法本條，但將「械彈」修正為「軍用武器彈藥」，以使客體明確，並彌補上開無從規範之漏洞¹⁶。邇近最高法院（刑四庭）九十二年六月五日台上字第三〇〇七號判決亦持本罪「係處罰不具公務員身分或無職務關聯性之士兵之犯行（立法理由參照）。原判決既認上訴人係彈藥士，負責彈藥之管理，如果無訛，則上訴人侵占彈藥與其職務似具有關聯性，應無陸海空軍刑法第六十四條第一項侵占彈藥罪之適用，乃原判決猶依該條項論上訴人侵占彈藥罪，亦有判決適用法則不當之違誤」之相同見解¹⁷。至於依法令執行公務之人員竊取或侵占軍用武器或彈藥，既屬公用或公有器材、財物，且具職務關聯性者，即應依本法第七十六條第一項第二款、第二項之引置規定，及依認定軍刑法特別法之三項原則，從貪污治罪條例之特別規定處罰，並非本罪。

此外，刑法第十條第二項稱公務員，謂「依法令從事公務之人員」之定義，於九十四年二月二日修正為謂下列人員「一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委

¹⁵ 參見葉奇鑫著，前揭「刑法新修正妨害電腦使用罪章條文簡介」。

¹⁶ 行政院版修正草案說明參照。詳載立法院議案關係文書院總字第53號、政府提案第7481號之1，中華民國90年5月30日印發。

¹⁷ 按上訴人犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後，案經台灣桃園地檢署90年度偵字第19344號提起公訴，其第二審為台灣高等法院91年上訴字第3455號判決。該院（刑三庭）更審後，即依最高法院發回意旨，以92年11月13日92年上更（1）字第417號判決，敘名被告於行為時雖屬現役軍人，惟90年9月28日修正公布之軍刑法第64條第1項竊取或侵占軍用武器或彈藥罪，應處罰不具公務員身分或無職務關聯性之士兵之犯行（立法理由參照），被告服役期間擔任彈藥士，負責彈藥之管理，則被告侵占彈藥與其職務自具有關聯性，應無軍刑法第64條第1項侵占彈藥罪之適用，是該被告所為，係犯貪污治罪條例第4條第1項第1款之侵占公用財物罪，公訴人認應依修正後軍刑法第64條第1項侵占彈藥罪處斷，起訴法條尚有未洽，應予變更云云。本文按臺灣高等法院係尉官以下軍法案件之終審，其判決亦值尉官以下第1、2審軍事法院參考。

託機關權限有關之公共事務者。」於九十五年七月一日施行，均宜注意。

按軍刑法「再修正草案說明暨建議修正表」內秘書處綜整條文第七十三條說明一，係謂「本條旨在填補對於不具公務員身分之士兵或與職務無關聯性而不構成貪污治罪條例第四條第一項之罪所產生無法規範之漏洞（下略）」，歷經研修會八十八年七月三十一日草案二稿、八十九年六月三稿、迄同年九月及十二月草案，均一致說明「現行條文盜竊修正為竊取或侵占，以處罰『不具公務員身分』或『無職務關聯性』之犯行」，立法原意原係兼指刑法公務員定義修正前，非獨立執行職務而不具公務員身分之士兵，及雖具公務員身分但欠缺職務關聯性，均不構成貪污治罪條例之二種類型¹⁸。迨九十年三月函送立法院之版本，始載述「不具公務員身分或職務關聯性的士兵」，要係行文簡略，殊非刻意排除現行判解所持無職務關聯性之類型，為免誤會，爰予溯源供參。

另按國防部七十五年四月十七日律御字第一六五九號令略開：戡亂時期貪污治罪條例之立法本旨為嚴懲貪污，澄清吏治，且係依據法令從事公務之人員或受公務機關委託承辦公務之人犯該條例之罪，始有其適用。關於依據法令從事公務之人員竊取公用器材、財物罪，或受公務機關委託承辦公務之人竊取公用器材、財物罪之解釋及認定問題，宜本嚴懲貪污，澄清吏治之立法本旨，就上開二種人員所具竊取公用器材、財物之行爲事實，是否與其依據法令從事公務或受公務機關委託承辦公務有關聯以為認定；其後最高法院（刑十一庭）八十八年三月十八日臺上字第一二七六號判決亦闡釋：貪污治罪條例重在懲治貪污，該條例第四條第一項第一款之竊取公用財物罪，雖不限於公務員在執行職務時為之，但仍應與公務員之職務行為有關，方屬相當。否則公務員未假借其職務上之權力、機會或方法，竊取本機關或他機關之財物，而與其職務行為完全無關時，如仍論以公務員竊取公用財物罪，自與貪污治罪條例懲治貪污之本旨不合。原判決僅說明該罪「無須於執行職務時為之」，但上訴人即被告等竊取臺肥公司之氣氦，是否與渠等之職務行為有關，未予說明，自屬理由不備云云，係國家安全法第八條第二項施行前後之一貫見解，茲該法本條項停止適用，而貪污治罪條例同時經本法引置，上開見解仍可繼續援用¹⁹。實務上最高軍事法院審理被告吳○能貪污上訴案，即仍參酌上開見解略謂：按該條例之立法本旨，為嚴懲貪污，以澄清吏治，故有關公務員竊取公有財物罪之解釋與認定，自應秉諸立法本旨，就公務員所具竊取公物之行爲事實，審究是否與其從事之公務有所關聯，以為認定；被告藉機

¹⁸ 職務關聯性部分，詳參拙著，「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（15）」，本法第76條第2項瀆職罪章之特別規定之論釋。

¹⁹ 國防部釋令載於「辦理軍法案件應行注意事項」所附「最新軍法法令判解」，頁286。最高法院判決蒐自司法院法學資料檢索系統。並請注意九十五年七月一日修正施行之刑法第十條第二項公務員之定義。

竊取油品，既與其本身職務無關聯，其情節輕微亦與本條例嚴懲貪污以澄清吏治之立法本旨有間，自不得遽以貪污罪論處，併供參考²⁰。

二、依法令執行公務之人員竊取或侵占軍用武器或彈藥，既屬公用或公有器材、財物，且具職務關聯性者，即應依本法第七十六條第一項第二款、第二項之引置規定，及依認定軍刑法特別法之三項原則，從貪污治罪條例之特別規定處罰。

「貪污治罪條例」屬刑法瀆職罪章之特別法，而全部為陸海空軍刑法第 76 條所引置之罪，現役軍人犯該條例所列之罪，應受軍事審判；前於民國 90 年本法修正施行後，前經最高軍事院、檢分別於法律座談會中作成結論。嗣因學弟元承濬於九十五年四月二十一日開南大學「第一屆全國軍事法制學術研討會」主張軍事法院對之無審判權，引敘最高法院九四台上二八四七號判決所揭貪污治罪條例第四條第一項第一款侵占公用器材財物罪係刑法第三百三十六條第一項公務侵占罪之特別法，並非刑法瀆職罪之特別法之旁論，以「論貪污治罪條例於軍事審判權限之研究」乙文，對上開座談結論有所質疑，筆者謝添富鑑於座談結論係其前於該院院長任內所形成，當即自我反省，特於九十五年六月份軍法專刊發表「貪污治罪條例全部或部分為陸海空軍刑法特別法之辨正」乙文，再次針對貪污治罪條例各條所列之罪，引據相關文獻及歷來判解，逐一析述其究否為陸海空軍刑法特別法之理由（對於最高院檢之座談結論，已有部分修正見解），其中貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 1 款「竊取或侵占公用或公有器材、財物」罪，參照軍司法機關自 76 年解除戒嚴以來既有共識基準之特別法判斷三原則，並對照軍刑法第 64 條「竊取或侵占軍用武器或彈藥」罪，二者「竊取或侵占」之行爲，完全相同，且保護客體及規範目的均在保護公有（用）器材財物。基此，足認貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 1 款「侵占公用器材」罪，應屬陸海空軍刑法之特別法，軍事法院應有審判權。頃近最高軍事法院九十六年三月二十七日 95 上更字第 03 號判決，對海軍某上校艦長所犯貪污治罪條例第四條第一項第一款侵占公有財物罪，依法審判並判處罪刑，被告不服上訴，業經最高法院（刑二庭）於九十六年八月九日以 96 台上 4291 號判決維持原判駁回上訴在案，足堪佐參。

柒、未經許可，製造、販賣或運輸軍用武器或彈藥罪（第六十五條）

一、運輸之解析

最高法院（刑六庭）九十二年六月十六日（九二）台上字第三〇九六號判決，於同屬「運輸」型態之毒品案件，闡釋「上訴人既已從黃〇〇之住處，

²⁰最高軍事法院九十二年七月二十三日忠判字第〇六號判決參照。

攜帶裝有毒品海洛因及化學合成麻醉藥品安非他命之藍色背包，走至該住處對面巷子其使用車輛旁而被警察查獲，上訴人顯已起運該毒品，雖未運抵目的地，仍應論以運輸既遂罪。原判決卻認上訴人雖已著手運輸，然尚未達運輸既遂之程度，而論以未遂罪…，自有適用法則不當之違法」，同院（刑四庭）同年十月二日（九二）台上字第五四二六號判決，除亦闡釋：「運輸毒品罪，並不以兩地間毒品直接搬運輸送移轉存置於特定地點為限，其以迂迴、輾轉方法，利用不相同之運輸工具、方法，將特定之毒品移轉運送至終極目的地者，其各階段之運送行為，均不失為『運輸』行為之一種」外，進而指出：「上訴人自高雄縣鳳山市新樂街二六三巷八號十二樓廚房流理台下方之櫥櫃中取出三包安非他命，騎機車駛出大樓地下停車場，其運輸行為業已完成，雖未運抵同市公正路與保泰路口交予綽號阿財，即為法務部調查局調查人員逮獲，亦僅犯罪之目的尚未達到，『其運送之二地雖均在高雄縣鳳山市，並不影響其犯罪之成立』。…原判決認…二人均係犯…運輸第二級毒品安非他命罪之既遂犯，其適用法則即無違誤」，均堪供參考²¹。

另按懲治走私條例第三條第一項之運送走私物品罪，最高法院自八十二年年度第三次刑庭決議之（一），認為「『運輸』不以為他人輸送為必要，即為自己輸送者亦包括在內」以來，實務上不論是否走私案件，均採同一見解，例如八十六年台上字第一三一四號判決（被告在馬祖拾獲軍用子彈，利用郵包寄回台北縣戶籍地）、八十二年台上字第二一〇五號判決及八十四年台上字第二五二五號判決²²，允宜注意。

二、所稱「軍用」，均指「可供」，固包括「現供」，但非僅以「現供」為限及

其例外情形

按本法第四十一條加重逃亡罪（攜械），其槍彈等武器外流，對社會治安危害甚鉅，第五十八條至第六十條毀壞軍用設施物品罪，係依其在軍事作用上之重要性而為分類，第六十一條遺失軍品罪，則在處罰所生公眾或軍事上具體危險，兼以保護軍實，以上各罪之立法目的與第六十四條、第六十五條相同，基於同一法理，所稱「軍用」，亦均指「可供」，固包括「現供」，但非僅以「現供」為限²³。此外，第十七條第一項直接利敵罪第一款將「軍用」設施物品交付敵人，第十八條第一項間接利敵罪第一款之毀壞「軍用」設施物

21 參見國防部最高軍事法院 93 年 7 月 16 日審雄字第 093000393 號函頒「軍事法院辦理毒品危害防制條例案件應行注意事項」第 5 點。

22 分載於 82 年 4 月司法院公報，頁 38，及 85 年 1 月司法院公報，頁 89。

23 本法第 41 條、第 58 條、第 61 條論釋，及最高軍事法院 92 年 7 月 18 日審雄字第 0920000423 號函送「行政院海岸巡防署之機關屬性及其該署成員是否為修正陸海空軍刑法適用主體之研究意見（修正版）」所附修正意見一覽表，頁 5 至 9 之綜合意見參照。

品或致令不堪用，及第二款之妨害「軍事」交通，依其立法目的並參照歷來實務及學者見解，本文亦認所稱「軍用」或「軍事」，亦均指「可供」，同樣包括「現供」，但非僅以「現供」為限。至於：（一）第十七條第一項直接利敵罪第四款之使敵人侵入「軍用」設施建築物或為敵人作嚮導或指示地理，依法條文義解釋，應認所稱「軍用」以「現供」為限。（二）第十八條第一項間接利敵罪第五款之使部隊缺乏重要「軍用」物品，法條文字既謂使部隊缺乏，則所稱「軍用」應以「現供」為限。（三）第二十三條侵入「軍事」處所建築物或留滯之妨害軍機罪，就其法條文義解釋，亦應認所稱「軍事」以「現供」為限。（四）第二十九條有維修重要「軍用」設施物品職務，未盡義務，致乘駕或使用人員陷於危險罪，所稱「軍用」亦應依其法條文義，解為以「現供」為限；若非「現供」之私有或民用設施物品，須於戰事發生或將發生或緊急危難，實施全國或局部動員，或平時實施動員準備，或因民防工作之必需，依全民防衛動員準備法或民防法之規定予以徵用（購）者，始該當「軍用」之要件（第五十七條論釋參照）。（五）第三十二條補給或運輸重要「軍用」物品無故使缺乏或遲誤罪，依法條文義解釋，既謂有補運職務而使之缺遲，則所稱「軍用」亦以「現供」為限。（六）第五十三條劫持「軍用」艦艇航空器或控制航行罪，就其行為態樣及犯罪客體而言，所稱「軍用」自以「現供」為限；至非「現供」之私有或民用船舶航空器，應與第二十九條作相同解釋，須依所揭法律徵用（購）者，始該當「軍用」之要件。

綜上逐條分析，爰予彙整表列如下，以利參研並供未來通盤檢討修正其文句之參考：

陸海空軍刑法各條「軍用」設施物品「可供」或「現供」屬性一覽表			
法條及罪名	屬 性		備 考
	可 (足、 能) 供	現供	
第 17 第 1 項第 1 款 將「軍用」設施物品交付敵人罪	✓		
第 17 第 1 項第 4 款 使敵人侵入「軍用」設施建築物或為敵人作嚮導或指示地理罪		✓	
第 18 第 1 項第 1 款 意圖利敵而毀壞「軍用」設施物品或致令不堪用	✓		

罪			
第 18 第 1 項第 2 款 意圖利敵而妨害「軍事」交通罪	✓		
第 18 第 1 項第 5 款 意圖利敵而使部隊缺乏重要「軍用」物品罪		✓	
第 23 條 意圖刺探或收集軍事機密而侵入「軍事」處所建築物、「軍用」機艦或留滯罪		✓	
第 29 條 有維修重要「軍用」設施物品職務，未盡義務，或明知機件損壞匿不報告，致乘駕或使用人員陷於危險罪		✓	至於非「現供」之私有或民用之設施物品，須依全民防衛動員準備法或民防法之規定徵用（購）者，始該當本條「軍用」之要件。
第 32 條 有補給或運輸重要「軍用」物品職務，無故使之缺乏或遲誤罪		✓	
第 41 條 無故離去或不就職役而攜帶直接供作戰之「軍用」物品罪	✓		
第 53 條 劫持「軍用」艦艇或航空器或控制航行罪		✓	至於非「現供」之私有或民用船舶或航空器，其屬性與第 29 條之備考相同，須依法徵用（購）者，始該當「軍用」之要件。
第 58 條 毀壞直接供作戰之重要「軍用」設施物品或致令不堪用罪	✓		

第 59 條 毀壞重要「軍用」設施物品或致令不堪用罪	✓		
第 60 條 毀壞一般「軍用」設施物品或致令不堪用罪	✓		
第 61 條 遺失直接供作戰之「軍用」物品罪	✓		
第 64 條 竊取或侵占「軍用」武器彈藥或其他軍用物品罪	✓		
第 65 條 非法製造販賣運輸「軍用」武器彈藥或主要組成零件罪	✓		

按上開「軍用武器、彈藥」解讀之爭議，肇因草案文字於立法院研討小組研討，刪除「可供」二字，復漏未於「朝野協商結論」該條「立法理由」內說明其原委，導致是否限縮之疑義，此種法條協商之負面效應，固值爾後參考改進。惟實體法之解釋適用，關聯程序法上軍司法審判權之歸屬，鑒於本法自九十年十月二日修正施行以來，各地方軍事法院檢察署處理非國軍制式武器彈藥個案，所持認定審判權之見解分歧，當經國防部（軍法司）於九十四年四月召開軍法業務協調會將本法「第六十五條、第六十四條之軍用武器、彈藥之定義，是否以國軍制式槍彈為客體」法律問題，提付研究，討論意見肯定說即為最高軍事法院檢察署前開座談會結論，否定說則係最高軍事法院之不同意見及本文之綜合評析，討論結果，與會人員均採否定說，贊同最高軍事法院見解，認為本法第六十五條、第六十四條所稱「軍用」武器、彈藥，應與刑法第一百八十六條、第一百八十七條所稱「軍用」槍砲子彈，作同一解釋；至於是否「可供」（「能供」或「足供」）軍事上使用，係事實認定問題，應送請鑑定後認定之²⁴，嗣最高軍事法院檢察署亦尊重上開共識，於同年四月二十六日以審壯字第○九四○○○○一七三號書函轉知各軍事法院檢察署略以：陸海空軍刑法所稱「軍用」武器、彈藥，應與刑法稱「軍用」槍砲子彈，作同一解釋，亦即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，本署九十年十月二十九日法孝字第○五二八號書函所附法律座談會第七則結論，應不再援用。至此，軍事院檢之不同見解，歷經四年之實務驗證，遂趨一致矣！

三、槍砲彈藥刀械管制條例及殺傷性地雷管制條例是否為軍刑法之特別法

另按管制條例第七條至第十三條有關製造、販賣、運輸或意圖供犯罪之用而製造、販賣、運輸槍砲、彈藥或主要組成零件等犯罪，於本條（係就舊法第七十九條私製槍械、彈藥罪，參照管制條例而為修正，期能達維護社會秩序之需求）有相類規定，符合軍刑法之特別法認定原則一、（指凡法律有刑罰規定而

²⁴ 國防部軍法司 94 年 4 月 18 日法浩字第 0940000989 號函所附研討意見參照。

陸海空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，該法為陸海空軍刑法之特別法），仍為「部分」屬本法之特別法；又管制條例第九條之魚槍，既為第四條第一項第一款列舉之「槍砲」，性質上可供軍事上使用，應為軍事審判之客體。至於單純「持有」或「寄藏」無涉製造、販賣或運輸之犯罪類型，則不應擴張解釋亦屬本法之特別法，蓋與自七十六年解除戒嚴以來，軍司法機關共認之見解有間，亦不符「以比較相關條文之規定為準」之特別法認定原則，亦經上開國防部軍法業務協調會研討獲致結論。

復按「殺傷性地雷管制條例」頃於九十五年六月十四日公布施行，第一條揭示立法目的「為斷絕殺傷性地雷所造成的一切傷亡及損害，避免阻礙基層建設與經濟發展，特制定本條例」，第四條明定「未經主管機關許可，不得為下列行為：一、研發、生產、使用、儲存或移交任何殺傷性地雷。二、協助、鼓勵或唆使他人為前款之行為。」，第九條（罰則）規定「違反第四條規定者，處七年以上有期徒刑，得併科新台幣五十萬元以上罰金。所有設備、成品、半成品、器械、原料沒收之。前項之未遂犯罰之」。上開刑罰規定，就

（一）犯罪客體而言：

- 1.本條例所稱殺傷性地雷，依第三條第一款之定義，係指因人之接觸或靠近而爆發並有致死亡或傷害危險之地雷。
- 2.刑法第一八六、一八七條公共危險罪所稱爆裂物，依最高法院二十二年上字第四一三一號判例，固指其物有爆發性，具有破壞力，可於瞬間將人及物殺傷或毀損者而言。則依判例意旨，亦係槍砲彈藥刀械管制條例第四條第一項第二款「彈藥」定義後段所稱「其他具有殺傷力或破壞性之各類爆裂物」。
- 3.參照國防部九十二年三月十五日翔翥字第0九三0000一八二號（按九十二年發布，應係0920，則原文0930恐係誤繕）令頒「國軍軍語辭典」，第十章「國防科技與武器系統研發」第二節「武器裝備系統」第一款「陸用武器裝備」，列舉具有殺傷力之地雷、詭雷及殺傷雷等多種，均屬直接供作戰之陸用武器設備，為軍刑法第六十五條所稱「武器」之規範客體（同法第十七條第一項第一款、第十八條第一項第五款、第二十九條、第三十二條、第四十一條、第五十八條、第六十一條及第六十四條亦同）。
- 4.參照立法院議案關係文書院總一第一五二0號，蕭美琴委員等提案「說明」，指稱地雷係屬「軍用武器」，其草案與吳成典委員等及陳學聖委員等三個草案版本之第三條「用詞定義」第一款「地雷」，均係指「武器」。故本條例第四條所指「任何殺傷性地雷」，雖屬槍砲彈藥刀械管制條例所稱「彈藥」，惟基於本殺傷性地雷管制條例係後法，且為槍砲彈藥刀械管制條例之特別法，應界定為軍刑法第六十五條等各條所規範之「武器」，始符本殺傷性地雷管制條例立法意旨及國軍武器裝備系統之屬性。

(二) 行為態樣而言：

1. 所稱「研發」及「生產」，不論就其行為本質，或就第七條第三款明示主管機關為達成斷絕殺傷性地雷所造成一切傷亡及損害之目的，應對「製造工廠」之調查及相關管制方案之進行、改進之規定推論，均該當「製造」之要件。
2. 「移交」，依本條例第三條第三款，係指凡一切移轉地雷控制權或具體移動地雷進出另一國領土之行為。前者之移轉控制權，如具對價關係而非無償，則該當「販賣」之要件；後者具體移動進出另一國領土，則該當「運輸」之要件。
3. 至於「使用」、「儲存」及上開具對價關係以外無償移轉控制權之「移交」，在性質上均屬實力監督下之「持有」概念，均與軍刑法第六十五條「製造、販賣或運輸」軍用武器之行為態樣有間，而非類似之規定。再按國防部七十六年十二月一日律御字第五七二五號令頒軍刑法特別法具體規範附表二，關於槍砲彈藥刀械管制條例未經許可「製造」槍械罪，於舊軍刑法第七十九條「私造」軍火罪有相類規定，為「部分」並非「全部」屬軍刑法之特別法，而排除「持有」態樣之先例。準此，依解嚴以來軍司法機關共認之見解，應認「使用」、「儲存」及無償移轉控制權之「移交」而類似「持有」之行為，既不符「比較相關條文之規定為準」之特別法認定原則，尚非軍刑法第六十五條「製造、販賣或運輸軍用武器罪」之特別法（前開國防部九十四年四月軍法業務協調會法律問題研討結論參照）

(三) 認定軍刑法特別法三原則之第一項原則而言：按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，此第一項（第二、三項原則）原則為解嚴迄今，軍司法機關之共識。本條例之刑罰規定，綜上研析，未經許可研發與生產之行為，該當「製造」罪，與移交殺傷性地雷中，該當「販賣」及「運輸」罪之部分，雖然刑法及槍砲彈藥刀械管制條例均有規定，但於軍刑法第六十五條亦有規定或有類似之規定，故屬「部分」為軍刑法之特別法。至於未經許可「使用」、「儲存」及無償移轉控制權等性質上屬於「持有」之犯罪部分，則非軍刑法相關規範之行為態樣，尚非軍刑法之特別法。上開法律問題業經國防部九十五年七月軍法工作會報研討，獲致結論²⁵

(四) 但因本條例之法定刑較軍刑法為輕，並未如同槍砲彈藥刀械管制條例第二十一條「犯本條例之罪，其他法律有較重處罰之規定者，從其規定」之

²⁵ 按認定軍刑法特別法三原則，本文認為爾後應該依引置規定之新思維處理，亦即已經轉換為軍刑法之罪者，毋須再敘引此三原則為論據；僅於未經引置轉換為軍刑法之罪者，如本地雷管制條例，始須敘引此三原則，資為判斷軍刑法特別法之論據。參見拙著「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述補遺——第七十六條之問題與解析」，載於軍法專刊第53卷第4期。

體例，併定從重處罰之特別規定，殆或係立法委員逕行提案，致生此種法制上之疏漏，有待未來檢討補正。此外，於法規競合中，在普通法、特別法與重法、輕法互見時，仍應優先是用特別法，其實務及法制上之依據，請參照本法第五十六條「戰地攫取傷亡人員財物」罪論釋。

四、對軍司法機關受理之非法槍械，比照警察機關緝獲非法槍械送驗方式（管道）統一送內政部警政署刑事警察局鑑驗

關於軍用槍砲之鑑定機關，頃近國防部（參謀本部後勤參謀次長室）九十四年八月十七日賦賜字第○九四○○○一八○二號函覆台灣板橋地方法院同年六月八日板院通刑篤九十三訴二一一五字第一八九五六號函詢，略以鑑於槍枝性能均具殺傷力，且係經各使用單位（或個人）程式選用後，始區分軍用、警用或自衛等用途範圍；換言之，具殺傷力性能之槍械，均可供軍用、警用及自衛用，故對法院及檢察機關受理之非法槍械（含疑似國軍、警用制式槍械或土造、改造及玩具槍等），請比照警察機關緝獲非法槍械送驗方式（管道）統一送內政部警政署刑事警察局，以槍械性能是否確具殺傷力為鑑驗重點。本部僅對疑似國軍制式槍械，實施協助鑑驗是否為軍方外流軍品，以維事權統一。針對上述說明，本部前於八十三年一月二十四日以崑峻字第○五三二號函覆司法院秘書長，及八十一年七月九日崑峻字第七三四號、八十三年五月二十七日崑峻字第○三六○七號函覆法務部各在案。另對疑似國軍制式槍械協助鑑驗是否為軍方外流軍品，請由刑事警察局轉送本部軍備局規格鑑測中心（前聯勤總部軍品鑑測處）支援鑑驗等情。本案經國防部軍法司協處，並以九十四年八月二十二日法浩字第○九四○○○二○五一號函轉各軍法機關，提示有關槍枝鑑驗事宜，請依上開國防部函釋意旨辦理；其後國防部軍備局九十五年二月七日昌明字第○九五○○○一三四九號函答覆台灣高等法院高雄分院有關對查扣之物品協助鑑驗是否有殺傷力事宜（副知國防部軍法司），亦援引上開國防部函文，表示僅對疑似國軍制式槍械，實施協助鑑驗是否為軍方外流軍品，並由內政部警政署刑事警察局轉由軍備局規格鑑測中心支援鑑定，請該院依上述程序辦理等情，並供參考。

捌、意圖長期脫免職役而另行起意偽造假單向大門衛兵出示行使，除構成陸海空軍刑法第三十九條第一項前段之長期逃亡罪外，是否構成欺瞞衛兵而通過其警戒之處所罪

實務上國防部各級軍事法院九十三年第一次法律座談會提案五陸海空軍刑法類第○○一號，國防部高等軍事法院高雄分院所提：「士兵甲意圖長期脫免職役，另行起意偽造假單乙紙，並將該偽造之假單，向營區大門衛兵乙出示行使（除出示假單外，並無其他之言語或表示），致乙誤認其係合法休假而讓其離營。問甲之行爲除構成陸海空軍刑法第三十九條第一項前段之『意圖長期脫免

職役，而離去職役』罪外，其行使偽造假單，欺瞞衛兵離營之行爲，應如何處斷？」法律問題。研究意見如下：

甲說：按休假人員填寫假單，除供單位登載列管外，主要在取得經核准之書面證明，供營門衛兵辨識，爲人員進出之管制，故行爲人甲偽造假單，目的既在欺瞞衛兵，方便離營潛逃，其偽造完成後，單純的依照假單之文義，向衛兵出示行使，並無其他欺騙或矇蔽之行爲，雖衛兵乙於查驗假單後，陷於錯誤讓其離營，然因甲出示行使之行爲，原即足以涵蓋欺瞞衛兵之行爲在內，故僅論以刑法第二百十六條、第二百十二條之「行使偽造特種文書」罪，即爲已足，不須另論陸海空軍刑法第七十一條前段之「欺瞞衛兵，而通過其警戒之處所」罪。

乙說：參酌軍法專刊第四十九卷第十二期第七頁所載「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（十三）」見解，認爲本題士兵甲意圖長期脫免職役，而偽造假單乙紙，並將該偽造之假單向營區大門衛兵乙出示行使，加以欺騙矇蔽，致乙陷於錯誤，誤認其係合法休假而讓其通過所警戒之營區大門離去，除成立刑法第二百十六條、第二百十二條之「行使偽造特種文書」罪外，自應另負陸海空軍刑法第七十一條前段之「欺瞞衛兵，而通過其警戒之處所」罪，又上開二罪間，具有方法結果之牽連關係，應依刑法第五十五條後段「牽連犯」之規定，從一重論以陸海空軍刑法第七十一條前段之「欺瞞衛兵，而通過其警戒之處所」罪。

丙說：同意乙說關於甲之行爲應另負陸海空軍刑法第七十一條前段之「欺瞞衛兵，而通過其警戒之處所」罪之見解，惟甲行使偽造假單行爲與欺瞞衛兵之行爲，顯然無法分割爲二，乃一行爲所犯，應依刑法第五十五條前段「想像競合犯」之規定，從一重依陸海空軍刑法第七十一條前段之「欺瞞衛兵，而通過其警戒之處所」罪處斷。

丁說（國防部東部地方軍事法院增列）：認爲依題意士兵甲偽造假單乙紙，向營區大門衛兵乙出示行使，致乙誤認其係合法休假而讓其離營，固然構成刑法第二百十六條及二百十二條之「行使偽造特種文書」罪（法定刑爲一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金），然查現行國軍休假單均有權責長官之批示與職務章或簽名，而其假單內該權責長官之職務章或簽名究係如何取得？如係行爲人偽造該職務章或偽造署押，則分別構成刑法第二百十七條第一項之「偽造印章」或「偽造署押」罪，如係盜用職務章，則構成刑法第二百十七條第二項「盜用印章」罪，然其再與前揭所犯之「行使偽造特種文書」罪，二罪間應從一重論以「偽造印章」、「偽造署押」或「盜用印章」罪，合先敘明。又行爲人另負陸海空軍刑法第七十一條前段之「欺瞞衛兵，而通過其警戒之處所」罪（法定刑爲一年以下有期徒刑、拘役或新台幣十萬元以下罰金），與前開從一重論之罪（「偽造印章」、「偽造署押」或「盜用印章」罪）間，具有方法結果之牽連關係，應依刑法第五十五條後段「牽連犯」之規定，從一重論以刑法第二百十七條第一項之「偽造印章」、「偽造署押」或「盜用印章」罪。座談會研討結

論因提案機關說明本題並無「偽造印章」、「偽造署押」或「盜用印章」問題。

研討決議多數採乙說。國防部最高軍事法院補充意見如下：

- 一、實務上，司法院及最高法院就「行使偽造文書罪」與「詐欺罪」之法律關係採牽連關係說，司法院七十六年九月十二廳刑一字第一六六九號函、最高法院五十一年台上字第一七七五號判例均持此見解；學者林山田亦同²⁶。
- 二、刑法第二百十二條偽造特種文書行為不必然發生陸海空軍刑法第七十一條前段之「欺瞞衛兵，而通過其警戒之處所」罪之結果，是對後者之行爲，仍有論究之必要。甲說應不足採。爰摘錄以供參考，惟按上開刑法第五十五條後段之牽連犯或牽連關係，自九十五年七月一日廢除，依其修正說明，未來視具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷，應併注意。

玖、冒用軍人服飾、徽章或官銜罪之解析（第七十四條）

須冒用者爲軍人之服飾、徽章或官銜。服飾，係指國軍規定穿著之制式服裝及佩戴之標誌（識），包括軍常服、軍便服等均在內。徽章，係指表徵具有特殊意義之標記或符號，包括肩章、臂章、領章或勳章等。官銜，指表示其爲軍人之職銜。個案認定冒用之客體時，宜參照陸海空軍之「勳賞」、「獎勵」、「軍旗」條例及陸軍、海軍、空軍之服制條例²⁷，以及國軍旗牌章徽制頒辦法等法規，具體審認。其所冒用之客體，均以軍人專用者爲限，不以實有其物或現尚有效使用者爲必要，但須在外形上有無使人誤信之可能，以爲應否構成本罪之依據²⁸。至若兵籍名牌僅係標識之一種，爲增進團結，加強軍紀糾察所設計，既無單位或身分之識別，自不屬本條所稱之「徽章」²⁹。冒用軍人制服（按新法已修正爲服飾，以下同），係以其所冒用之服裝爲法令所明定之陸海空軍制服爲限，住院傷患官兵所著紅十字服裝，既非陸海空軍服制條例規定之制服，縱令未住院而借用，亦不能以冒用陸海空軍制服論罪³⁰。又冒用服飾、徽章或官銜，三者有一，罪即成立，同時冒用二種或三種，仍爲一罪。

拾、營區賭博財物罪賭具、賭資之沒收爲義務沒收之特別規定（第七十五條）

²⁶ 詳參林山田著，「刑法通論」，77年5月增訂3版，頁349。

²⁷ 按國防部爲建立國軍統一完整的三軍服制體系，已檢討整併各軍種的服制條例，並將過去未納入規範之憲兵及海軍陸戰隊制服，一併納入規定，研擬「陸海空軍服制條例」草案，業經立法院法制及國防兩委員會聯席會議於94年9月28日一讀審查通過。詳參青年日報94年9月28日第3版報導。

²⁸ 參閱司法院34年院解字第2991號解釋，及國防部47年5月15日心昌字第044號函。

²⁹ 國防部62年8月24日傳義字第2437號令參照，載於前揭「軍法法令判解彙編」，頁540、541。

³⁰ 國防部46年非審2字第068號判決參照，載於「非常審判理由及判決要旨」第1集，頁54。

本條第三項賭具、賭資沒收之特別規定，為義務沒收之特別規定，應優先刑法第三十八條第三項、第一項第二款之職權沒收而為適用。當場，指賭博現場耳目所及之處所。賭博之器具，一般稱為賭具，亦即供賭博所用之工具。在賭檯或兌換籌碼處之財物，專指賭博當時陳列於賭檯或存置於兌換籌碼處之動產而言，不包括藏置身上之財物。賭具、賭資之沒收，須有主刑之存在為前提，如其行為不構成犯罪，或尚未達於賭博既遂之程度，或僅係賭博之預備行為，則賭具、賭資前此雖均無依本條沒收之餘地（二五年院字第一四〇一號解釋）；又賭具、賭資如非違禁物，亦不得單獨沒收（二四年院字第一三一八號解釋）。但第一項之營區賭博罪，因屬微罪案件，若經軍事檢察官依軍事審判法第一百四十條第一項第一款規定，認以不起訴為適當而依職權為不起訴處分者，除得同法第一百四十六條準用九十二年九月一日施行之修正刑事訴訟法第二百五十九條之一之規定，對供犯罪所用或因犯罪所得，而屬於被告所有之賭具或賭資，單獨聲請軍事法院宣告沒收；其後九十五年七月一日施行之修正刑法第四十條第一項，亦針對上開不起訴而單獨聲請沒收之情形及其他刑事法律之特別規定，明訂「沒收，除有特別規定外，於裁判時並宣告之」，以資院方裁定時適用外，另鑑於刑法分則或特別法關於專科沒收之物，例如偽造之印章、印文、有價證券、信用卡及貨幣等等，雖非違禁物，然其性質究不宜任令在外流通，自有單獨宣告沒收之必要，併將刑法第四十條但書「但違禁物得單獨宣告沒收」，修正為「違禁物或專科沒收之物得單獨沒收」改列為第二項（刑法該條修正說明參照），亦足為單獨處理賭具及賭資之依據；陳友鋒教授援引最高法院八十四年臺非字第二七四號判決所揭賭博罪「所謂財物，原不以金錢或物質為限，凡有經濟上價值者，均可謂為財物」³¹，可適用賭資之沒收。另按行政院提案說明四「第三項明定賭資、賭具等義務沒收之準用規定」，本項僅於第一項之賭博罪有其適用，如同刑法不及於包庇或聚眾賭博等罪，惟於聚眾賭博之場合，若牽連或同時觸犯賭博罪，雖從聚眾賭博之重罪處斷，則仍有本項特別沒收規定之適用³²，及九十五年七月一日起刑法廢除牽連犯後，依其修正說明，應視具體情形，改依想像競合犯或數罪併罰，予以處斷，請併注意。

31陳友鋒著，「刑法分則」（下），保成出版事業，頁369。

32陳友鋒著，前揭書，頁373之註10及頁382（相關論點）之6所引司法院82廳刑1字第21890號函。