

陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述補遺（三）

*謝添富、趙唏華

壹、普通內亂罪「竊據國土」之釋義

陸海空軍刑法（以下簡稱本法）第十四條所稱「竊據國土」，即僭竊割據國家全部或部分之領土，包括領空、領海。依憲法第四條之規定，中華民國之領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之，及八十九年四月二十五日憲法增修條文第一條第二項第二款國民大會複決立法院所提之領土變更案，與第四條第五項我國領土依其固有之疆域，非經全體立法委員四分之一之提議，全體立法委員四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議，並提經國民大會代表總額三分之二之出席，出席代表四分之三之複決同意，不得變更之。迨九十四年六月十日修正增修條文第一條第一項規定，中華民國自由地區選舉人於立法院提出……領土變更案，經公告半年，應於三個月內投票複決，不適用憲法第四條、第一百七十四條之規定；第四條第五項對立法院所提領土變更案之複決，修正為公告半年後，非經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票過選舉人總額之半數，不得變更之。可見其重要性之一斑。

貳、煽惑軍人內亂罪之解析

本法第十六條係規定煽惑軍人內亂罪。其要義有四：一、須有煽惑之行爲，所謂「煽惑」係指煽動蠱惑或迷惑之意，須對不特定人或多數人爲之，而有公然性質者，始足當之¹，如僅對特定之一、二人爲之，則係教唆非屬煽惑²。二、須以文字、圖畫、演說或他法爲之。三、須煽惑現役軍人暴動，所稱暴動，參照前條論釋，不贅。四、行爲人煽惑現役軍人暴動之目的是在犯內亂罪，否則，僅應構成妨害秩序罪，尙難成立本罪，正如舊法第九十二條後段之構造謠言以淆惑聽聞罪，與已廢止之懲治叛亂條例第六條傳播不實消息以動搖人心罪，係以有無叛亂意圖爲區別標準者相同³。又本罪既屬目的犯，按諸煽惑之性質，亦屬舉動犯，只須行爲人基於內亂罪之意圖而有對軍人煽惑之行爲，即足以成立，至被煽惑之軍人果否受其煽惑？或已否因受煽惑而致暴動？均非所問。

* 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。

¹ 最高法院 17 年 9 月 26 日決議及 46 年台上字第 1532 號判例參照。

² 司法院 31 年院字第 2358 號解釋參照。

³ 國防部 43 年青海字第 088 號、44 年理琦字第 2223 號令及 46 年覆普 3 字第 237 號判決參照，刊於趙公蝦編纂，「中華民國軍法法令判解彙編」，頁 539。

按本罪不論新舊法條文均無須「公然」爲之之文字，究竟煽惑行爲應否以公然爲要件？軍法前輩袁士枚雖謂「不問是否出於公然或是否發生實效，與罪之成立無關」，卻併附錄最高法院民刑庭總會十七.九.二十六認所謂煽惑情形有公然性質之決議，作爲參考，如其「弁言」所述「藉以欲達到『學以致用，用貴適宜』之境地」⁴，及臺灣高等法院前庭長王振興詮釋懲治叛亂條例（已廢止）第四條第一項第十一款「脅迫、煽惑或以其他方法使軍人、公務員不執行職務、不守紀律或逃叛」罪，亦謂煽惑與前（第十）款所稱「煽動」微有不同，蓋煽惑非必對不特定人『公然』爲之，即對於特定人秘密爲之亦無不可，而煽動因屬「煽惑鼓動」，自須公然對不特定人爲之，始可達成預畫之效果云云⁵。但按軍法實務闡釋上開叛亂罪，則謂「煽動指煽惑鼓動而言，惟須對不特定人公然爲之，若僅密囑特定之人，則係教唆，而非煽動」，及「煽惑，指煽動蠱惑，與前款煽動的意義同」云云，亦即煽惑亦須公然爲之⁶。復按相類之刑法第一百五十五條「煽惑軍人不執行職務，或不守紀律，或逃叛」之非叛亂罪，趙琛老師（已故）雖比較同法第一百五十三條，而謂彼以「公然」煽惑爲要件，此則「不問其是否公然」⁷，惟不僅陳友鋒教授指稱「按本條所定要件以觀，煽惑軍人叛逃之行爲並不以於『公然』之狀態下實施爲必要，揣其緣由，當在於考量社會秩序妨害之行爲本質所致」云云，並引用本文註一所揭最高法院上開決議及四六年臺上字第一五三二號「刑法第一百五十五條所謂煽惑，必以對於不特定人或多數人爲之而有『公然』性質者爲限」之判例，作爲註解⁸；另褚劍鴻教授亦曾析論：刑法本條條文因無「公然」之文字，致學者有主張不以公然爲必要，固有司法院二十三年院字第一一五〇號之八解釋勾引他營之逃兵，補入本營爲兵，應依本條煽惑處斷云云可參，另有主張須有公然性質者，並舉最高法院四十六年臺上字第一五三二號判例爲論據，理論上以前說較妥，但實務上則採後說，然司法院上開解釋業經三十一年院字第二三五八號解釋予以變更，認勾引他營逃兵補入本營爲兵，應依軍刑法（舊法）教唆逃亡及收容逃亡罪，從一重處斷，不再屬煽惑罪，更足證明已採後說，以公然爲要件⁹。

關此，國防部六十五年覆普字第七十八號覆判判決亦持相同見解，對於「刑法第一百五十五條所謂煽惑之軍人，以不特定之軍人爲限，若僅以二、三人爲對象，又非公然，當難以該條論科」云云之聲請覆判意旨，指駁「聲請人唆使屬下於接鄰官兵寢室之排長室打麻將，該室雖非一般公共場所，惟究屬連上官兵公私事務得以出入之場所，且其麻將牌之聲，足爲鄰接寢室之

⁴ 袁士枚著，「軍刑法詮釋」，頁2、146、147。

⁵ 王振興著，「特種刑法實用上冊」，73年7月，頁471。

⁶ 參見顧樸先編著，「重要特別刑法實用」軍法專刊社發行，62年9月，頁43、44。

⁷ 趙琛著，「刑法分則實用上冊」，54年8月7日增訂7版，頁159。

⁸ 陳友鋒著，「刑法分則（下）」，保成公司，91年7月2版，頁631、632。

⁹ 褚劍鴻著，「刑法分則釋論上冊」，台灣商務印書館，77年5月4版，頁255。

官兵所共聞，是其所為，難謂無公然性質」，維持初審判決¹⁰。綜上，不論沿襲軍司法實務，或落實軍司法終審一元指標，或就本法「法律用語」修正議題所揭：俾能切合現行法制，符合「構成要件明確性」及「法律用語一致性」，使與普通刑法或相關法制之用語趨於一致之本旨，本文認為本罪之煽惑，仍以公然為要件，始為正解。

叁、刑法「一般公務機密」係採實質說抑或指定說？

刑法第一百三十二條國防以外秘密亦即一般公務機密，其種類、範圍及等級未經具體指定係採實質說，最高法院九一年臺上字第三三八八號判決並謂刑法本條所謂「應秘密」者，係指文書、圖畫、消息或物品等與國家政務或事務上具有利害關係而應保守之秘密者而言，「自非以有明文規定為唯一標準」（八八臺上字第五七四一號判決要旨，亦同）。復謂：查個人之車籍、戶籍、口卡、前科、通緝、勞保等資料及入出境紀錄或涉個人隱私或攸關國家之政務或事務，均屬應秘密之資料，公務員自有保守秘密之義務云云，依原審說明，其中查閱車籍資料以政府機關「以公函查詢者為限」，警員電話查詢個人前科等資料，須依警政署函頒之「代號及代碼」始得查復，警局戶口通報臺之口卡資料，則「非公務及非公務員身分不得查詢」亦採實質說。引置於本法第七十六條第一項第二款，應作相同之解釋。但按國防部九十三年三月八日修頒「國防部國防機密資訊審認作業要點」，雖仍提示「一般公務機密」係指除國家機密、軍事機密及國防秘密以外，依其他法令（包括刑法第一百三十二條）應保守秘密之資訊，惟在「國家機密資訊機密等級核定權責劃分表」內律定「一般公務機密定為『密』級，由國防部所屬各單位主管（管）核定」，係以行政規則採取指定說，固然符合構成要件明確性之法則，且於行為人有利，而就主管之軍事、國防及公務三類機（秘）密均採指定說，亦屬一貫，並符合本法增訂軍機維護及引置刑法國防秘密與一般公務機密時，要求各類機（秘）密應予明確律定之要求。終究與法律審最高法院所採刑法本條一般公務機密「非以有明文規定為唯一標準」即實質說之實務見解有間，則軍法機關依照國防部上開規定審認是否為刑法第一百三十二條之一般公務機密，為期獲法律審之支持，即應於起訴書或判決書內引據其規定，敘明所憑認定之依據，始稱完備。或謂上開「核定」措施，增加法律所無之要件，形同適用限制，有待商榷云云，若國防部主管機關即總政戰局再行檢討更張，則另當別論。

肆、加重洩漏或交付職務上軍事機密罪之解析

按洩漏或交付職務上所持有或知悉本法第二十條第一項之軍事機密者，依本法第二十一條之規定，加重其刑至二分之一。此之加重，係對行為

¹⁰ 載於「國防部軍法覆判裁判要旨暨理由」第二集，頁542、543。

人就其職務上所持有或知悉該軍事機密者之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，因已改變構成要件，屬刑法分則加重之性質，倘行為人具該特殊要件，自應依該條規定論處，於論結時亦應一併引據第二十條（九五臺上字第五七二八號判決參照）。又本法第二十一條洩漏或交付軍事機密罪，若係戰時犯之，因所借用前條第一項後段最重本刑之無期徒刑部分，依刑法第六十五條第一項規定，不得加重其刑；若係洩漏或交付予敵人，亦因前條第二項最重本刑為死刑或無期徒刑，依刑法第六十四條第一項及第六十五條第一項規定，不得加重其刑。上開情形，於論處未遂犯時，依刑法第七十一條第一項「先加」後減時，亦不得加重其刑。

最高法院八八年臺上字第五七四一號判決闡釋刑法第一百三十二條第一項之公務員洩漏國防以外之秘密罪，亦為身分犯之一種，若無公務員身分之人與公務員共犯該罪時，依同法第三十一條第一項規定，雖應論以共犯；但以該無身分關係者與公務員共同將國防以外之秘密洩漏予他人，始克相當。倘公務員洩密之對象，即為該無身分關係之人時，該無身分關係者乃公務員洩密之相對人，尚不能依上開洩密之共同正犯論處云云，於本法本條之身分犯可資參考。

伍、本法第二十五條前段自首必減（免）主義，屬刑法之特別法

按刑法第六十二條「對於未發覺之罪自首而受裁判者，減輕其刑。但有特別規定者，依其規定」，前段雖於九十四年二月二日修正為「得」減輕其刑，並自九十五年七月一日施行，係鑑於必減主義在實務尚難以因應各種不同動機之自首案例，而我國暫行新刑律第五十一條，舊刑法第三十八條第一項及日本現行刑法第四十二條均採得減輕主義，既可委由裁判者視具體情況決定減輕其刑與否，運用上較富彈性，則真誠悔悟者可得減刑自新之機，而狡黠陰暴之徒亦無所遁飾，可符公平之旨（修正說明參照）。惟本法第二十五條前段、貪污治罪條例第八條第一項及槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第一項、第二項之自首必減（免）主義，均為刑法本條但書所稱之特別規定；至於未來是否配合所參照之刑法第一百零二條一併檢討修正，則為另事。

陸、本法已無唯一死刑之罪名

本法第二十七條敵前違抗作戰命令罪及第六十六條第二項後段戰時為虛偽命令致生軍事上不利益罪，原均為唯一死刑之罪名。按廢除死刑已漸形成當今國際社會主流價值，我政府亦審度民意趨向，配合採取循序漸進方式，逐步推動廢除死刑，以祛除國際社會疑慮，宣示我國保障人權之決心；邇近法務部於九十五年五月十七日完成法定程序，修正刑法僅存唯一死刑之海盜結合犯為相對死刑後，我國現行法律僅餘「妨害國幣懲治條例」第三條偽變造國幣因而擾亂金融罪，與本法第二十七條敵前違抗作戰命令罪及第六十六條第二項後段戰時為虛偽命令致生軍事上不利益罪等三個唯一死刑罪

名，而上開條例亦經法務部協調主管機關中央銀行，代為研擬修正為相對死刑，於同年十二月四日會銜陳報行政院審查¹¹。基此時潮衝擊，或謂軍法為國家整體刑事政策之一環，本法上開二罪允宜配合修正為相對死刑，既可與國際人權思潮契合，軍事法院於個案仍得視具體情節，盡法以懲，猶足貫徹軍令，確保戰場紀律云云；而立法院第六屆第四會期尤清、徐中雄委員等五十七人即鑑於本罪及第六十六條第二項後段之罪均因危害軍事利益，故列為嚴重犯行，但僅限戰時，實際適用有限，且均非侵害生命法益，故應配合政府逐步廢除死刑之刑事政策，修正為相對死刑，遂提案均修正為「死刑或無期徒刑」¹²。本案雖經立法院司法與國防委員會第一次聯席會議於同年十二月十三日一讀審查通過，將逕送院會公決，惟國防部軍法司司長劉國棟中將應邀列席，仍重申當時立法背景，指出敵前違抗作戰命令罪，若不以唯一死刑規範，則貪生怕死之徒或可因此苟全生命，而奮勇作戰者反犧牲於戰場，將致號令不行，則如何為戰？如何教戰？而戰時為虛偽命令、報告或通報者，影響戰場指揮官作戰判斷，不僅危害戰力，遭破壞之軍事戎機亦難重建，若因而致生軍事上之不利益，勢將導致作戰失敗，以唯一死刑規範，以示其嚴重性，及對委員的提案，予以尊重¹³。嗣經立法院於同年十二月二十二日三讀通過修正草案條文，業經總統於九十六年一月十日公布施行，則本法已無唯一死刑之罪名矣。就人權保障的立場，固為進步之立法，賦予審判者更具彈性之裁量空間，惟誠如劉司長重申之立法背景，這二種罪名既攸關軍事戎機與作戰勝敗，情節嚴重者，仍得依法擇處死刑，嚴肅戰場紀律，故應加強教育宣導，告誡官兵貫徹軍令，不可心存僥倖。又上開妨害國幣懲治條例唯一死刑之修正，亦經立法院三讀通過，並奉總統與本法第二十七條、第六十六條修正條文同日公布，則我國目前已無唯一死刑之罪名。

鑑於九十年九月二十八日修正公布之本法，於第七十九條明定自九十年十月二日起施行，因該條自特定日施行之規定，並未配合修正，是上開九十六年一月十日修正公布之第二十七條及第六十六條有溯及適用之疑慮，為此，國防部擬具第七十九條修正草案，明定本法除九十年九月二十八日修正公布之條文自九十年十月二日施行者外，自公布日施行，以符歷次修正事實，業經立法院第六屆第六會期司法與國防委員會第一次聯席會議於九十六年十月三十一日完成一讀審查，可望於立法院本會期通過，有助於法律之適用。

柒、委棄軍事機密罪之解析

一、第三十一條相關實務見解—「遺失」與「委棄」有別

¹¹ 參見法務部通訊，第 2318 期（95 年 12 月 7 日），第 1 版。

¹² 立法院議案關係文書 95 年 11 月 22 日院總字第 53 號、委員提案第 7165 號參照。

¹³ 參見 95 年 12 月 14 日青年日報第 3 版，記者朱芝嫻報導。

國防部四十八年八月二十四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（已廢止）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，惟某甲究竟遺失何種軍用品，數量若干，實情如何仍應詳細查明依法處理¹⁴，仍足為區別本條委棄軍機罪第一項故意犯與第三項過失犯之參考。至於本罪之軍機文書或物品，若亦屬於直接供作戰之軍用物品，則於過失委棄或棄置時，可能同時觸犯本法第六十一條遺失軍用物品罪，宜併注意。

按本條委棄軍事上應秘密之文書、圖畫、電磁紀錄或其他物品罪，係整併舊法之第 54 條「委棄軍事機密之圖書物件於敵」、第 112 條「警戒地域遺失密件」、第 113 條「接戰地域遺失密件」而為修正，復因妨害軍機治罪條例尚無處罰委棄之行爲，故認本條有維持之必要，目的在防堵機（秘）密維護之罅隙，並於故意犯之外，增訂過失犯（限於具體危險犯）。

二、遺失未必該當過失洩密

（一）國防部四十六年八月三十日準諮字第一二五號令釋：查軍機保密辦法既列為密之等級，依軍機種類範圍令第十三項規定，即視為軍事上應保守秘密之文書，如因過失洩漏，行為人應負妨害軍機治罪條例第二條第三項過失洩漏軍事機密罪責，來呈所舉三說，應以乙說為是。附摘原呈如后：關於遺失軍機保密辦法應否負刑事責任，有下列三說：甲說：軍機保密辦法一書，雖列為密之等級，然其內容僅規定如何保密，非軍機種類範圍令所列之軍事機密，僅屬國防以外應秘密之文書之一種，如予以遺失，即有使機密洩漏之虞，行為人應負刑法第一三二條第二項過失洩漏國防以外應秘密之文書之罪責。乙說：軍機保密辦法一書，既名為軍機保密辦法，且列為密之等級，應屬軍機種類範圍令所規定之「軍事機密」，如予以遺失，即有使軍機洩漏之虞，行為人應負妨害軍機治罪條例第二條第三項，過失洩漏軍事機密罪責。丙說：刑法第一三二條第二項及妨害軍機治罪條例第二條第三項，雖有過失犯處罰之規定，而軍機保密辦法一書，亦不論解釋為軍事機密，抑為國防以外「應秘密之文書」，設有遺失者，固有使機密洩漏之虞，然如無洩漏之事證，則其單純遺失行為，當難遽令行為人負任何過失洩漏機密罪責，應屬行政責任問題¹⁵。

（二）國防部五十二年十二月二十七日澈淨字第七〇號令則釋示：據稱陸軍某軍團司令部，受理某甲遺失（原文麟字上漏字）麟演習計劃附件七機動計劃草案，該機動計劃草案係作業研擬腹案，區分為絕對機密，

¹⁴ 趙公瑕編纂，註 3 彙編，頁 610。

¹⁵ 參見顧樸先編著，「重要特別刑法實用」，62 年 9 月，頁 469，「妨害軍機治罪條例」第二條部分。

惟草案擬妥後，不能應用，故演習時未頒發實施，而某甲係作業人員之一，於收得該機動計劃草案後，不慎遺失，是否應負妨害軍機治罪條例之刑責等情。查該機動計劃，未於演習時頒發實施，雖非軍機種類範圍令第十項之事項，惟既依軍機保密辦法區分為絕對機密，仍不失為軍機種類範圍令第十三項「軍事上應保守秘密之消息、文書、圖繪、物品」。某甲遺失該項計劃草案，如已導致洩密，自應依妨害軍機治罪條例論處，否則尚屬行政範圍¹⁶。

- (三) 前司法行政部五十九年三月十一日臺五十九令參第一七二九號令，對前司法調查局所呈關於洩密治罪法令疑義，分別釋示如下：1.妨害軍機治罪條例第二條至第四條及刑法第一百零九條至第一百十二條暨第一百三十二條之罪，僅以洩漏、交付、或公示於他人為其犯罪構成要件，故有上列行為之一，即應構成犯罪，不問其洩密之結果，對國家有無產生不利之影響。2.前項機密所洩漏、交付或公示於他人，除係法定知悉之人，依刑法第二十一條規定應阻卻違法外，其為本國人或外國人及其對國家忠貞與否，均非所問。3.刑法第十二條第二項規定「過失行為之處罰，以有特別規定者為限」，故洩漏、交付或公示國防機密或國防以外機密，如確無犯罪故意，應否按過失犯論處，則應依其情節是否構成過失及各該行為有無處罰過失犯之規定決之。4.「凡遺失所持有之國防機密或國防以外機密而有過失者，如因其遺失而致國防機密或國防以外機密洩漏，且依其型態，法律復有處罰過失犯者，應按過失洩密論處」。其因此所負之刑責不因其事後尋獲與否而受影響。5.行政處分與刑事責任係各別不同之責任，過失洩密如構成犯罪，雖受行政處分，仍無解於其應負之刑事責任¹⁷。迨本法此次修正，於「朝野協商結論」，亦揭示本條原行政院提案第二項過失犯之處罰，應限於具體危險犯，爰予修正，並改列為第三項。

- (四) 綜上，關於遺失機（秘）密資訊者，是否當然該當過失洩密要件？實務見解及立法意旨自抽象危險犯，以遺失行為有洩密之虞，即屬過失洩密之寬鬆態度，演進為具體危險犯，須遺失行為已導致洩密，始符過失洩密要件之嚴謹立場，抑且軍司法行政主管機關之意見亦趨一致，筆者謝添富前於國防部軍法局第二處擔任軍事檢官即曾檢討分析而採上開嚴謹立場，固較符罪刑法定原則，惟就機（秘）密之維護而言，似不無罅隙。

三、本條修正過程未將遺失行為除罪

¹⁶ 參見「軍法法令解答彙編」，國防部軍法局 60 年編印，頁 381，「妨害軍機治罪條例」第二條部分。

¹⁷ 參見上開「重要特別刑法實用」，頁 470；及「法務部行政解釋彙編」第 2 冊，81 年 5 月，頁 1404，「刑法」第 109 條部分。

復按本法修正草案初（芻）稿，將舊法第五十四條「保管軍事機密之圖書物件，……，致生委棄於敵者，處……」，修正為「委棄軍事機密之文書、圖畫或物品者，處……（第一項）。戰時……處……；致生軍事上之不利益者，處……（第二項）。前項情形，因……，得減輕或免除其刑（第三項）」，並移列為第三十六條；及將舊法第一百十二條「在警戒地域遺失所保管之口令、信號、識別旗、陸海空聯絡符號、密碼電本、無線電呼號、無線電用各種代名詞者，處……（第一項）。因而洩漏軍事上之機密者，處……（第二項）」，修正為「遺失所保管之口令、信號、識別旗、聯絡符號、密碼電本、無線電呼號或無線電用各種代名詞者，……（第一項）。戰時犯前項之罪者，加重其刑至二分之一（第二項）」，並移列為第三十九條，其修正理由為該條第一項之口令、信號等均具軍事機密，為促克盡保密責任，爰提高其法定刑，至於第二項之過失洩漏軍機，則因妨害軍機治罪條例訂有處罰規定，與第一項為想像競合犯，爰予刪除云云，顯係維持單純遺失行為之處罰規定，而僅將同時競合之過失洩密刪除，準此說明，亦足佐證上開遺失行為尚非當然該當過失洩密要件，抑且呼應現行本（三十一）條說明所謂僅就上開條例所未處罰之行為予以規範，意在避免重複之立法意旨¹⁸。迨二稿即「軍刑法再修正草案說明暨建議修正表」，研修會秘書處以草案第三十九條規範之客體，性質上與第三十六條相類似，遂將第三十九條移併第三十六條檢討修正，並增訂過失犯之處罰及調整刑度，復因妨害軍機治罪條例尚無處罰委棄之行為，故認第三十六條有維持之必要等情，即在防堵上述機（秘）密維護之罅隙，綜整第三十六條為「委棄保管之軍事秘密文書、圖畫或物品者，處……（第一項）。因過失犯前項之罪者，處……（第二項）。戰時犯第一項之罪者，處……；因而致生軍事上之不利益者，處……。犯第二項之罪者，處……（第三項）」（惟未同時說明經此修正後，第三十九條已無再規定之必要，應併刪除）¹⁹。上開條文整併修正及增訂過失犯之處罰，以包括遺失行為之結構，歷經草案三、四稿及行政院審查以迄函送立院審議，均維持其體例，於行政院提案第二十三規定「委棄軍事上應保守秘密之文書、圖畫、消息、電磁紀錄或其他物品者，處……；其委棄於敵，因而致生軍事上之不利益者，處……（第一項）。因過失犯前項前段之罪者，處……；犯後段之罪者，處……（第二項）。戰時，犯第一項之罪者，處……；因而致生軍事上之不利益者，處……；犯第二項之罪者，處……（第三項）」，固仍說明僅就妨害軍機治罪條例未處罰之委棄行為予以規範，及增訂過失犯之處罰，至於前述整併舊法第一百十二條，已經包括遺失行為之處罰，亦即所謂增訂處罰過失犯，殊非僅限於委棄型態而已乙節，於修正理由未併敘明，而只在舊法第一百十二條刪除理由，說明「修正條文第二十三條修正後，本條

¹⁸ 「陸海空軍刑法修正條文芻稿」，軍法專刊第 44 卷，第 10 期，頁 38。

¹⁹ 參照秘書處綜整之第 36 條文及說明，頁 42。

已無規定必要，爰刪除之」云云²⁰。

爲免實務運作時，因不明上開草案初（芻）稿修正理由，二稿整併舊法，以迄新法本條之修正全貌，致有疏漏，甚至誤認遺失行爲已因修法而除罪，特予敘明供參。又上開遺失之爲過失犯者，不論係一般委棄或棄置於敵，均應作相同解釋。至於本條遺失行爲之爲過失犯，若其客體同時爲「直接供作戰之軍用物品」，且致生公眾或軍事上之危險，而該當本法第六十一條之構成要件者，則屬想像競合犯，應從該條遺失直接供作戰軍用物品之重罪處斷。

捌、衛哨兵等不到勤務所在地罪與抗命罪之區隔

按第三十五條衛哨兵等不到勤務所在地罪與第四十七條抗命罪，二者在見解上之關聯，歷來實務之演變，及此次修正，於衛哨兵等輪值時間尙未屆至而抗拒執勤部分，特予說明應依抗命罪論處，而於抗命部分，則參採國防衛刑法之形式犯，捨棄以往有關軍事之命令所課作爲或不作爲義務時間屆至前，其作爲或不作爲義務尙未發生，縱有表示不受命之意思或行爲者，亦無抗命罪適用之見解，除如「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（六）（軍法專刊第 48 卷，第 7 期）所述外，並於本法第四十七條抗命罪論釋補充敘明「宜在幹部軍法教育或座談時，促請幹部善盡督導及規勸，以預防此類抗命案件」云云，要在避免誤會既不構成抗命故而回歸衛哨兵等辱職²¹。

緣前開法律座談會本法類第○六號提案問題爲：「陸軍某單位一兵甲，奉命應依連長所核示之衛兵輪值表規定時間擔任該管大門衛兵，於該表訂服勤時間屆至，取得衛兵身分後，竟拒絕前往大門執行衛兵勤務，應如何論處」，研討結論認爲本法第三十五條之罪，原係行政院版修正草案第二十七條，依其「說明」六所載「如行爲人於輪值時間『尙未屆至』而抗拒時，則該當抗命罪，尙不生處罰漏洞」之立法意旨，本題某甲於奉派衛兵勤務之時間「屆至」，抗不執行，自應依同法第四十七條第一項之抗命罪論處，要屬當然。並謂「至於是否將致第三十五條形同具文，及將來是否自第二章移列第四章爲抗命之特別規定（按本條於修正草案第一稿及「軍刑法再修正草案說明暨建議修正表」稿，均列於第五章，迨第二稿時，以具特定職務職責，始移列第二章），有待實務運作，資爲爾後修法之參考」乙節，經按類似情形，國防部七十二年八月二十六日（72）度廣字第三一九四號令曾釋示「演習前之任務訓練，雖與軍事有關，惟本件某兵係於訓練期間，依規定之例假日准予休假外出時，逾假不歸，並非在長官命其參加軍事訓練，而有抗命或不聽指揮之行爲，尙難令負抗命罪責，應只構成逃亡罪」，嗣於七十三年一月十三日（73）度廣字第○一三三號令補充釋示：「按演習前之任務期間，

²⁰ 行政院提案條文，政 38、39 頁參照。

²¹ 參見最高軍事法院暨所屬軍事法院 91 年法律座談會本法類第 06 號提案研討結論，載於「法律座談問題研究彙編（第一輯）」，國防部軍法司編印，，、頁 297。

依規定於休假日外出，而逾假不歸，固應構成逃亡罪，業經本部七十二年度廣字第三一九四號令釋示在案，惟其以僅具逃亡犯意者為限，倘係藉假或不假等為手段而達抗拒演習之目的，應從重論以抗命罪，至其犯意究竟為何，應就具體事實認定之」²²。堪供本條衛哨兵等違反職役職責罪與第四十七條抗命罪區隔之參考，要應如上開舊法之釋示意旨，就具體事實審究其犯意而為認定。

玖、詐偽免除職役罪之解析

本法第三十七條規定，意圖免除職役，偽為疾病、毀傷身體或為其他詐偽之行為者，處一年以上七年以下有期徒刑。按所謂意圖乃指行為人出於特定的犯罪目的，而努力謀求不法構成要件的實現，或希求不法構成要件所預定結果的發生，以達其犯罪目的的主觀心態。行為人只要在內心上具備希求達到主觀不法構成要件所明定的法定意圖，而著手實行客觀不法構成要件所描述犯罪事實者，即有意圖的存在。至於行為人的意圖終究能否實現，則在所不問，並不影響意圖犯的成立，只要行為人為了達到其犯罪目的，而努力追求不法構成要件的實現，即足以成罪。假如客觀不法構成要件所預定的結果，果然因為行為人的努力而發生，縱然行為人並未因此而達成其所追求的犯罪目的，亦不影響犯罪的既遂。換言之，行為人主觀上只要具備意圖犯的法定意圖，而故意為客觀不法構成要件所描述的行為，雖然其犯罪意圖並未得逞，但仍應成立該罪的既遂犯，而非成立未遂犯，例如 A 為了圖謀詐騙財物，乃在報紙刊登廣告，廉價出售套書，B、C 兩人受騙分赴郵局劃撥書款，可是因為劃撥帳號書寫錯誤，致 A 尚未獲得書款，即已東窗事發，而遭警方逮捕受追訴，A 的詐財意圖雖尚未得逞，但仍成立詐欺取財罪的既遂，而非因尚未得財，故只構成詐欺取財的未遂犯。此外，意圖犯的特質乃在於行為人依其目的觀而支配其行為，且係在達成其犯罪目的的決意下而著手實行。至於行為人是否確信必定會有結果的發生，而其犯罪目的必能得逞，抑僅認為可能發生不法構成要件所預定的結果，而其犯罪目的似有可能達到，則在所不問²³。又目的犯之性質，固多為即成犯，但尚非絕無未遂犯，諸如刑法第三百三十五條、第三百三十六條普通、公務、公益及業務侵占罪，其「意圖為自己或第三人不法之所有」，亦屬主觀不法構成要件要素而為目的犯，並均有處罰未遂犯之明文，是為適例，雖在實務上較少侵占未遂案例，惟就即成犯罰其未遂而言，有其法理可據，究非所謂殊難想像之舉。國防部研修會前於八十八年四月二十八日第十一次全體委員會會議研討第三十九條「意圖長期脫免職役」而離去或不就職役即長期逃亡罪，曾就即成（意圖）犯有無未遂犯問題，多所討論，除秘書處說明即成犯（按指其中之純正不作為犯）

²² 載於「辦理軍法案件應行注意事項」所附「最新軍法法令判解」，國防部軍法局 82 年 9 月編印，頁 112、137。

²³ 參照林山田，「刑法通論」上冊，2005 年增訂 9 版，頁 270。

是否有未遂犯，雖有爭議，但學者自刑法理論切入，認為仍有未遂犯，其主要關鍵乃在立法者是否要將未遂犯納入處罰的刑事政策問題，陳顧問煥生表示刑法第三百三十六條第二項業務侵占罪，一般咸認屬即成犯，但該條第三項仍有未遂之處罰，並舉實務案例為證，說明即成犯並非無未遂犯之可能，至於，不就職役的未遂犯並非不能想像，例如準備前往金門、馬祖外島駐地的候機或候船期間，頓生逃亡犯意，而欲離去時，為帶隊人員阻止是；韓毓傑委員亦謂該條逃亡罪於修正後，屬於意圖犯之規定，理論上當然就會有未遂犯，及「離去職役」的逃亡型態之未遂犯可能較常見，「不就職役」的逃亡型態之未遂犯或許比較罕見，但並不表示不會有，是否會有實例發生也很難說，如果因此要將「不就職役」的逃亡未遂處罰規定刪除，似乎沒有必要云云。復按本條詐偽免除職役罪，於舊法原來不罰未遂犯，新法係參採德國防衛刑法第十七條之目的犯及並處罰未遂犯之立法例而修正，在立法政策上既然處罰未遂犯，而本法固亦屬特別法，但在個案處理時，仍應依循刑法理論，作為判斷既遂與未遂犯之基準，妥適認定。若行為人偽為疾病，毀傷身體或其他詐偽之行為已實現客觀不法構成要件，縱未達到免除職役之犯罪目的，仍應成立既遂犯；如於著手實行偽為疾病等客觀不法構成要件行為，而遭人制止或因己意中止，始該當障礙未遂或中止未遂，尚非不能想像。惟是，有待累積豐富案例，以利實務運作，並供未來立法政策再檢討。

拾、詐偽免除軍事勤務之解析

一、本法第三十八條重要軍事勤務之釋義

實務上最高軍事法院暨所屬軍事法院九十一年法律座談會本法類第○一號高等軍事法院提案：「本條『重要軍事勤務』之意義為何？如某憲兵單位於某年某月某日負責緝捕專案任務，是否即為本條所規範之重要軍事勤務？」案關憲兵司令部職掌，經最高軍事法院函據該部覆稱：依憲兵要綱第一章總則第○一○○一條規定，憲兵任務有：「憲兵為國軍兵種之一，主掌軍事警察，協力警備治安，並支援三軍作戰。依法執行軍法及司法警察，以拱衛中樞，確保國家與軍事安全及社會安定」。另依國防部九十一年一月二日（九一）鐸鋼字○○○○○七號令頒國防部憲兵司令部組織規程第三條第三款規定，該部掌理有關憲兵情報工作與犯罪偵查之規劃、督導及執行事項。是本部所屬官士兵依軍事審判法、刑事訴訟法及調度司法警察條例之規定，實施犯罪偵查，其專案緝捕任務應屬重要軍事勤務云云。

案經最高軍事法院綜擬審查意見：（一）按乙說所開立法時之審查會意見，為本罪一貫之立法本旨，就所稱並非軍中一切事務均屬軍事勤務，應依時空背景具體審認之旨趣，並就憲兵勤務令第一條：「憲兵隸屬於國防部，掌理軍事警察，並依刑事訴訟法規定，兼理司法警察。如其他法令另有規定時，則服行其所定勤務」，及第二條：「憲兵關於職務之執行，凡屬於軍事警察者，受參謀總長之指揮。屬於司法警察者，受司法行政部長之指揮」之規定觀察，憲兵服

行之軍司法警察職務與軍事警察職務顯然有別，尙非屬「軍事勤務」之範疇。復按憲兵²⁴執行緝捕（專案）任務，拘提或逮捕通緝之被告、現行犯或緊急拘提時，係依據軍事審判法第九十四條、第九十五條或刑事訴訟法第八十七條、第八十八條及第八十八條之一等規定爲之，均屬單純之司法權作用，亦非軍中事務，更遑論軍事勤務或其重要者。準此，當亦非陸海空軍刑法第四十七條所稱「與軍事有關之命令」。(二)但在軍隊輔助執法行爲，亦即軍司法機關辦理刑事案件，依軍事審判法第五十七條或刑事訴訟法第二百四十九條後段、調度司法警察條例第六條，請求憲兵權責長官「指撥相當武裝部隊擔任警備」、「派遣軍隊（指憲兵部隊）輔助」或「商請所在地保安機關、警備機關協助」時，於此特殊情境，參酌學者見解「軍事檢察官於執行拘提、逮捕、搜索、扣押、羈押、勘驗，以及執行刑罰等職務時，必須具實施強制力之準備，或相當之警備，方能達成任務」²⁵，及「此項輔助，當限於急迫之情形，如追捕犯人，請求在場或附近之人圍捕，或拘捕地方元惡或匪黨，恐其黨羽暴動抗拒，商請軍事長官派隊協助，以資鎮壓」²⁶，則憲兵武裝部隊於軍法案件「擔任警備」，或於司法案件以「保安機關、警備機關」輔（協）助鎮壓時，此種特定任務之性質，得認具軍事性而屬重要軍事勤務。從而亦得認屬陸海空軍刑法第四十七條所稱「與軍事有關之命令」。(三)本件甲、乙說各有見地，應採折衷，亦即除上述擔任警備或輔（協）助鎮壓之特定任務外，一般軍司法警察職務，尙難認屬重要軍事勤務，惟於一般軍司法警察職務仍應注意本法第十一條戰時（即對外宣告作戰或依法宣告戒嚴）之特殊性。要之，應參酌立法本旨、國軍軍事勤務暨軍事行爲範圍，依個案之時空背景具體審認，研討結論照上開審查意見通過。²⁷

二、其他不正方法之釋義

同次座談會中本法類第○二號高等軍事法院提案：本條之「其他不正方法」，是否包含同法第四十條之「無故離去或不就職役」行爲在內？研討結論（一）本法第三十七條及第三十八條，原係舊法第八十九條及第九十條，均係

²⁴ 依國防部 59 年 8 月 31 日平和字第 933 號令釋，憲兵官科之官長或士兵，令派專任憲兵勤務以外之職務，不具軍事審判法所規定軍法警察官或軍法警察之權責。

²⁵ 胡開誠著，「軍事審判法論釋」、前軍法學校印行，頁 56 參照。

²⁶ 褚劍鴻著，「刑事訴訟法論（上冊）」，76 年 10 月增訂 6 版，頁 328 參照。

²⁷ 參閱前揭法律座談問題研究彙編（第一輯），頁 266。另按「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述」，係於 90 年 10 月與陸海空軍刑法施行，同步發表，就新舊法之交替，忠實表述新法內容為主要結構，嗣為期有助於實務運作，並為新法驗證，筆者謝添富前於最高軍事法院院長任內，積極推動並親自主持法律問題座談，均收錄於本彙編；最高軍事法院檢察署之法律問題座談，亦成效斐然，筆者自行蒐整，以便參研，茲為便利查閱本法各條之理論與實務運作，乃以補遺方式予以增補，使臻完備，以下均同，不贅。

採例示及概括規定之體例，本次修正後亦同，而新法二者之行爲雖非雷同，惟性質上仍多相類之處，僅第三十七條之「職役」不生免除全部或一部之問題，而第三十八條之「重要軍事勤務」則有。復按舊法第九十條之犯罪行爲係以「而爲前條之行爲」方式，借用第八十九條之「僞爲疾病、毀傷身體或爲其他詐僞行爲」之非行，本次修正，雖參採德國防衛刑法第十八條「以詐術一時或永久脫免軍事勤務之一部或全部」之體例，將第三十八條之犯罪行爲，修正爲「詐術或其他不正方法」，使臻具體。據上立法沿革，就前條之「其他詐僞行爲」仍包括「詐僞」以外，「毀傷身體」之不正方法，對照本條「詐術或其他不正方法」，實質上仍無差異，適用時仍可相互參酌。再按本罪構成要件「詐術或其他不正方法」之行爲，與刑法第一百三十七條「以詐術或其他非法之方法」妨害考試罪之構成要件行爲相類，其中「詐術」係指施以欺騙，使人陷於錯誤之意，至其方法並無限制，而「其他非法之方法」乃爲概括之規定，不論學說及實務見解，均認舉凡詐術以外，法所不許之一切方法、一切不正當之方法或非法行爲，均屬之。綜上，施用詐術之方法既無限制，甲說所謂「在解釋上，『其他不正方法』應加以限縮，係指類似詐欺之不正當方法」云云，究其實質，仍不脫施用「詐術」之範疇，則法文僅以「詐術」規定即足，何須再以「其他非法之方法」之概括規定而爲補充，自非立法本旨。是行爲人如藉「無故離去或不就職役」之恣意缺職行爲，希冀免除重要軍事勤務者，即與本條「其他不正方法」之行爲態樣相當。（二）本條保護之客體既爲「重要軍事勤務」，係屬第四十七條所稱「與軍事有關之命令」，題設情形，行爲人「無故離去或不就職役」，如具消極違抗權責長官所下達之重要軍事勤務命令之犯意，則除該當第三十八條之罪外，尚構成第四十七條第一項之抗命罪；又無故離去或不就職役之恣意缺職行爲，若逾六日（或逾三十日）者，並應構成同法第四十條第一項（或第三項前段）之缺職罪，上開三罪應依刑法第五十五條前段想像競合犯之規定，從第四十七條第一項之抗命罪處斷。²⁸

拾壹、長期脫免職役罪之解析

一、本罪新舊法之比較與適用

本法第三十九條係規定長期逃亡罪。第四十條形式上雖稱「新增」，實則爲舊法之轉型。至未逾六日之行政犯，形式上雖係除罪，但就逃亡罪之整體而言，僅係部分尚非全部除罪，故新法施行後，對舊法逃亡未逾六日之逃亡未遂案件，即須先就實體事項審究其主觀犯意，具有長期離去之意圖者，固然該當新法本條第一項前段之長期逃亡既遂（既已離營在外，即不生未遂問題），惟其法定刑爲五年以下有期徒刑，縱於六日內自動歸隊，應依同條項後段減輕其刑，比較舊法第九十三條、第九十八條之逃亡未遂罪，雖得依既遂犯之三年以下法定刑減輕其刑（中止未遂屬必減）者，新法之處罰較舊法爲重，因係行爲

²⁸ 參閱前揭彙編（第一輯），頁 273。

後之法律有變更，應依刑法第二條第一項但書規定，適用較有利之舊法第九十三條、第九十八條逃亡未遂論處（按刑法本條項於九十四年二月二日修正為「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」自九十五年七月一日施行。係將原「從新從輕」原則，改採「從舊從輕」原則，以與第一條罪刑法定主義相契合。其後在論述時，固應調適，但在法律變更後新舊法之適用，依此二原則之結果並無不同，亦即改採從舊從輕原則之結果，與現行之從新從輕原則相同。關此，請參見刑法本條修正說明）。不具此意圖者，則視證據證明之程度，依犯罪不能證明或行為不罰，判處無罪，偵查案件則依犯罪嫌疑不足處分不起訴，始於被告有利，而與一般完全除罪之情形，依程序優先原則，毋庸審究實體事項，逕依除罪之事由判決免訴或處分不起訴者，尚非盡同。關於未逾六日之舊法案件之處理，最高軍事法院及檢察署曾於九十年十月分別舉行座談，即採上述見解，院方復於九十一年一月三十日各院擴大座談中提付討論，仍採相同見解²⁹，上述座談結論縱非盡善，吾人從之。爰將最高軍事法院九十年十月份法律座談會問題二「九十年十月二日陸海空軍刑法修正施行前觸犯逃亡未遂罪，於九十年十月二日以後偵結，如何論處較合宜」及以列表方式表示之座談結論錄供參考³⁰：

關於逃亡與擅自缺職罪於新舊陸海空軍刑法比較與適用一覽表				
起訴法條	審理結果	刑法第二條比較	適用結果	備考
舊軍刑法第九十三條逃亡既遂罪	有長期脫免職役意圖，符新軍刑法第三十九條第一項前段逃亡既遂	應依刑法第二條第一項比較行為時法與裁判時法	依刑法第二條第一項但書，適用有利行為人之舊法第九十三條	關於刑法第二條第一項「從新從輕」原則，業經修正為「從舊從輕」原則，請參照上開說明，不贅，以下均同。
舊軍刑法第九十三條第九十八條逃亡未遂罪（未逾六日）	有長期脫免職役意圖，符新軍刑法第三十九條第一項前段逃亡既遂	應依刑法第二條第一項比較行為時法與裁判時法	依刑法第二條第一項但書，適用有利行為人之舊法第九十三條、第九十八條逃亡未遂罪	
舊軍刑法第九十三	無長期脫免職役意圖，	應依軍事審判法第一百	依變更後之新法第四十條第	舊軍刑法第九十三條逃亡罪原規定「無故離

²⁹ 參閱前揭法律座談問題研究彙編（第一輯）頁164。

³⁰ 參閱上開彙編（第一輯），頁488至493。另按本表係當時承辦軍事審判官史勝德上校整理，嗣歷練高等軍事法院庭長，現任東部地方軍事法院院長。

條逃亡既遂罪（逾六日但未逾三十日）	符新軍刑法第四十條第一項前段無故缺職	六十六條變更起訴法條，並依刑法第二條第一項比較行為時法與裁判時法	一項前段無故缺職罪論處	去或不就職役過六日者，處三年以下有期徒刑」，九十年九月二十八日修正，以行為人有無「意圖長期脫免職役」，加以析列為第三十九條第一項前段「意圖長期脫免職役而離去或不就職役者，處五年以下有期徒刑」，與第四十條第一項「無故離去或不就職役逾六日者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣三十萬元以下罰金」。並非廢止舊法另立新法，而係於犯罪類型之規範具有繼續性，僅於犯罪構成要件及法定刑等有所修正，屬實體上刑罰法律之變更。雖第四十條缺職罪立法關係文書立法理由欄記載「新增」，實係舊軍刑法第九十三條逃亡罪所析出，且逃亡與缺職兩罪具事實同一性，自得變更起訴法條。
舊軍刑法第九十三條第九十八條逃亡未遂罪（未逾六日）	無長期脫免職役意圖	應依刑法第二條第一項前段，適用裁判時法即新法	犯罪不能證明或行為不罰，判決無罪（參照最高法院八十九年臺上字第二三七三號判決意旨，視證據證明程度而定）	一、修正後之逃亡罪，以「意圖長期脫免職役」為特別主觀構成要件要素，行為人有無此一意圖，應嚴格證明。是以舊法逃亡未遂起訴，軍事法庭審理時應依職權審認，如欠缺長期脫免職役意圖

				時，自與構成要件不該當。 二、或有主張行為人既無長期脫免職役意圖，離去或不就職役未逾六日，應與第四十條缺職罪構成要件不符，而屬行為後法律已廢止其刑罰之情形，應諭知免訴判決。本院認為軍事檢察官係以舊法之逃亡未遂起訴，審理時依修正後之逃亡罪，應審究者為行為人主觀上有無長期脫免職役意圖，至於舊法「過六日」之期間並非審認之重點，僅於行為人具長期脫免職役意圖，構成修正後之第三十九條逃亡罪，而依刑法第二條第一項但書比較新舊法並擇有利行為人之舊法逃亡未遂罪論處時，始究明其離去或不就職役為過六日之情形。又舊法第九十三條逃亡罪於新法，雖析列為第三十九條逃亡罪（增加意圖犯之構成要件）、第四十條單純無故缺職及
--	--	--	--	---

				缺職未逾六日者，改依陸海空軍懲罰法懲罰，所以逃亡罪僅於構成要件與法定刑有所修正，並非廢止其刑罰，且無罪判決對於被告更為有利。故仍採無罪說為宜。
--	--	--	--	---

二、本罪與短期缺職罪之區別基準

國防部最高軍事法院九十年十月份法律座談會問題一「對於無故離去或不就職役未逾六日之行爲，應如何論處？（軍刑法第三十九條、第四十條）」，研討結論：軍刑法第三十九條第一項逃亡罪與第四十條第一項缺職罪，具事實同一性，二者區別在於行爲人有無「長期脫免職役」之意圖。在偵查階段，因軍事檢察官偵查犯罪不受告訴人所訴或移送機關所載罪名或所犯法條之拘束，應本其職權詳爲偵查，故被告無故離去或不就職役未逾六日之事實，宜先就涉嫌逃亡罪，加以偵查，如依偵查所得，確認無「長期脫免職役」之意圖，自與逃亡罪之構成要件不該當，參照最高法院八十九年臺上字第二三七三號判決要旨，非不得以行爲不罰，處分不起訴；如係因欠缺積極證據證明被告涉有逃亡罪嫌，則以犯罪嫌疑不足爲不起訴處分較宜。在審理階段，審理事實之法院，固得在事實同一性之範圍內，變更起訴法條，惟以有罪判決爲限（按此稱「形式之變更」，實務上於不受理判決，另有所謂「實質之變更」，即僅於理由內敘明，毋庸引據軍事審判法第一百六十六條之情形³¹），故如以第三十九條第一項逃亡罪起訴（不可能是起訴第四十條之缺職罪），審理結果確信無「長期脫免職役」之意圖時，似宜以行爲不罰諭知無罪，但若是被告有無「長期脫免職役」之意圖，尚乏積極證據證明時，則以犯罪不能證明諭知無罪較妥（最高法院八十九年臺上字第二三七三號判決參照）。上開研討結論就實體事項解析長期逃亡與短期缺職之異同部分，於個案審理時，自應在判決理由內具體論述其審認之心證，關於程序部分，則鑑於犯罪嫌疑不足與行爲不罰，本不易區別，綜合以往偵查實務與最高法院八十九年臺上字第二三七三號判決意旨，在檢察與審理實務之區別基礎，前者重在告訴、告發之事實，是否顯屬犯罪行爲爲斷，後者即最高法院見解，則基於證據層面立論，二者實具異曲同工之妙，均屬認定問題，要在提供判斷之參考，且不得有理由之說明前後不相適合之矛盾，惟爲免意見兩歧，並對終審見解之尊重，經該院九十年六月十四日、十月十八日座談研究，縱合結論認採最高法院八十九年臺上字第二三七三號判決之見解爲宜，因涉修正軍刑法衍生之相關問題，其後於九十年十月

³¹ 參見拙著，「修正軍事審判法論釋」，瑞興圖書，93年9月，頁408、409。

二十四日列席最高軍事法院檢察署研討「軍刑法修正條文相關問題會議」研討本問題，獲致共識，亦即院檢就犯罪嫌疑不足與行為不罰之區別，均以上開最高法院之終審判決見解為依歸³²

三、區分本罪與短期缺職罪之實務見解

現役軍人無故離去或不就職役行為，究竟觸犯本條長期逃亡罪抑或次條短期缺職罪嫌，最高軍事法院乃就參與修法及新法施行後宣導之心得，參考美、德實務，提出可供判斷之參考事項，納入國防部九十年十二月二十日（九〇）則創字第〇〇四八三四號令頒「現役軍人涉嫌逃亡告發作業要點」如下：1 自證人陳述之情況，推斷行為人無返回部隊之意思。2 企圖或已經處理軍服或其他軍中財物（如繳還或自營外寄還）。3 對服役單位有所不滿，曾為逃亡之表示。4 因他案於軍司法機關偵查或審理期間逃亡。5 表示逃亡而為準備行為（例如金錢安排，籌措逃亡費用等）。6 以書面或電話自陳無返回部隊之意思。7 離營時，將身分證文件棄置或毀壞。8 將個人行李悉數攜離。9 另覓工作就業。10 得向就近之軍法機關或軍法警察機關投案而未為。11 因涉其他刑案而畏罪潛逃。12 其他可認有結束兵役關係之情事。惟以上所列事項僅供參考，如同前述，於個案仍應審究具體情事而為認定，猶待實務運作，累積經驗。就此，最高軍事法院九十二年七月十日審雄字第 0920000393 號函送對中部地方軍事法院九十一年一月確定裁判書研究意見，並說明該院對舊法第九十三條逃亡罪審認究竟該當新法第三十九條第一項長期逃亡罪或第四十條第一項短期缺職罪，多能在判決理由內具體論述審認被告有無長期脫免職役意圖之心證，堪供軍法教育以預防犯罪之參考，併請各軍事法院審理是類案件時，參考中部地方軍事法院之實務辦理；另對被告假滿潛逃已近一月，原判事實既認其因「不適應部隊生活」或「家中經濟問題」而「不安於役」者，迺理由內未審究其有無長期逃亡即脫免職役之意圖，是否構成新法第三十九條第一項之罪，逕認所犯舊法第九十三條第三款逃亡罪該當新法第四十條第一項短期缺職罪而為論處之少數個案，指正原判有欠完備，提請改善精進。其後九十三年五月十日審雄字第 0930000241 號函送對各地方軍事法院九十一年三月份確定裁判書研究意見，就被告於九十年九月五日逾假至翌（六）日十四時許由家人帶回部隊；旋又於當日十五時許休假離營，應於同年月十二日二十二時前返營銷假，竟又逾假未歸，而於翌（十三）日十三時許由家人帶回部隊，旋於當日二十時許不假潛逃，至同月十四日十時許因與女友感情問題飲用巴拉刈自我傷害，經原審以長期逃亡之連續犯論處乙案，指正原判未於理由中認定並敘明被告各次犯行有如何「長期脫免職役之意圖」，遽以該罪相繩，尚嫌率斷云云。以上各節均有助實務運作。

四、與本罪相關之通緝問題

³² 參閱前揭法律座談問題研究彙編（第一輯）頁 487、525。

前國防部北部地方軍事法院桃園分院檢察署曾以逃亡通緝作業，因各軍事法院檢察署對於是否應先踐行傳喚及拘提被告之程序，看法不一，做法概分為（一）部分軍事法院檢察署於接獲部隊報請通緝函文後，均先踐行傳喚及拘提之程序，被告未到後始發布通緝，此作法與法務部八十九年十二月二十九日新修正之「檢察機關辦理通撤緝案件應行注意事項」第二點「發布通緝前應先踐行傳喚及拘提程序，於無法到案時始得發布通緝」規定相符（二）部分軍事法院檢察署則於接獲部隊報請通緝函文，審酌部隊函送之逃亡資料後，即發布通緝，並無先經傳喚或拘提程序，國防部八十六年四月十八日令頒之「各級軍事單位辦理通撤緝案件作業要點」第五點：「各級軍事檢察機關接獲函請偵辦逃亡案件之公文時，應即收案，並就所附調查報告等相關資料詳加調查審定後，足認被告有逃亡嫌疑，始依軍事審判法程序辦理。」國防部最高軍事法院草擬之「軍事法院辦理通撤緝案件應行注意事項」第五點亦採相同作法。乃報請最高軍事法院檢察署統一律定發布逃亡通緝之作業時點，經該署九十年十一月一日九十年第六次法律座談會研討結論：「通緝」屬刑事訴訟程序中強制處分之一種，其方式與拘提不同，軍事審判法第九十二條規定：「被告逃亡或藏匿者，得通緝之。」同法第九十三、九十四條則分別規範通緝書應記載之事項，與通緝之效力及撤緝之情形等，惟對於通緝前是否必須先踐行「傳喚」或「拘提」程序，無論軍事審判法或刑事訴訟法均無明文，軍事審判程序中之一般案件，非先經傳喚或拘提無著，因尚難證明被告業已逃亡或藏匿，逕行發布通緝，對人權之保障自嫌不足，但陸海空軍刑法之逃亡案件，其本質原就係被告逃匿離營之案件，若強行規定必須先傳、拘，始得發布通緝，不僅延宕追緝時機，且又於法無據，故各機關或部隊依陸海空軍刑法第三十九條或第四十條呈報逃亡通緝時，各軍事檢察署應即收案，由承辦軍事檢察官依法偵辦，倘軍事檢察官審閱全卷，已足認定被告逃匿之事實（被告部隊直屬長官之筆錄、協尋紀錄等），直接發布通緝並非法所不許；又若軍事檢察官檢視全卷，尚無法確定被告有逃亡或藏匿之情形時，先行傳喚或拘提，於法亦無不合，惟遇此情形，並應注意採行最迅速之方式，查證被告有無逃匿事實，以免延宕緝逃時機云云³³。不過，若為嚴懲逃亡，罰當及時，究不若國防部八十六年五月十日則刊字第一七一四號令覆陸軍總部八十六年度第三季法律問題所附軍法局之研究意見，該局所持係以被告逃亡或藏匿之通緝要件，不論學者所謂「通緝處分較拘提為嚴重，通常須經拘提無著，方行通緝，因如未經拘提，無法證明其已經逃匿也」³⁴，或法務部訂頒「檢察機關辦理通撤緝案件應行注意事項」第二點規定「人犯住居所遷移，應向其原戶籍機關查明其遷移處所再行傳喚，不得傳喚一次不到，即認已逃匿，並應儘量運用各種方法先行拘提，確實無法拘提時，始得予以通緝」云云，司法院訂頒「法院辦理通緝協尋案件應行注意事項」第二點亦同，「無非均在審慎認定逃匿之事實，不宜輕率通緝，尚非謂未經傳喚及拘提之前置程序，即不得通緝之」，故若外國人或國人在國內犯罪後返回本國或出國，

³³ 最高軍事法院檢察署 90 年 11 月 7 日法孝字第 0553 號書函參照。

³⁴ 褚劍鴻著，「刑事訴訟法論」，56 年修正 5 版，頁 84。

因非法權所及，顯然不能拘提，自得逕予通緝，仍屬適法；至於對假滿不歸或不假離營涉嫌逃亡之官兵，係經其所隸基層單位發布離營通報，函請逃員籍隸憲警機關及其交往密切親友之當地憲警機關，協助查催歸隊，而仍未歸隊，始於第七日檢附足證明逃亡事實之佐證資料，報請該管軍法機關依法偵辦，就此作業流程，洵堪認定其逃匿之事實，已符通緝之要件，若係攜械逃亡，或另涉刑案後畏罪潛逃，或派在國外服勤而無故離去或不就職役者，以其情況特殊有別於一般狀況，亦堪認定其逃匿之事實，故而即予通緝，自亦非法所不許等情。鑒於上開通緝作業不僅在程序上堪認被告逃匿無踪，並在實體上足認被告有犯罪嫌疑³⁵，爰併錄供參考。

五、本罪「自動歸隊」之解析

實務上國防部最高軍事法院檢察署九十一年十二月二十六日九十年第五次法律座談會研討北部地方軍事法院檢察署提報「現役軍人某甲於九十年六月二十七日自臺灣艦泊地休假離營，應於同年七月三日二十一時返艦銷假，屆時竟藉不適應部隊生活為由，意圖長期脫免職役而離去職役，迨九十年七月四日二十三時許尚未遭通緝前，即於花蓮縣花蓮市市區為該艦補給長尋獲帶回，案經該艦函移本署偵辦，被告於六日內返艦，是否合於陸海空軍刑法第三十九條第一項但書所稱『自動歸隊』之減刑規定？」法律問題。提案單位研討意見如下：

- （一）甲說：肯定說。理由：陸海空軍刑法第三十九條第一項但書規定於六日內「自動歸隊」者，減輕其刑，係基於刑事政策之衡酌，鼓勵逃亡之軍人即時悔悟，儘早重返部隊或單位服行其未盡之職役。至所稱之「自動歸隊」者，苟非基於公力拘束緝捕到案或親友自力強制歸案者，無論行為人係出於己意或受親友規勸而決定，抑或行為人親自或由親友陪同歸案，均應從寬認符減輕其刑之規定，舊法從寬適用刑法第二十七條「己意中止」之實務，仍得參採（軍法專刊第四十八卷第八期第九頁參照），準此，本案被告既未受公力拘捕，雖經該管幹部尋獲帶回，未予抗拒，依前開意旨，仍應適用六日內「自動歸隊」減刑之規定。
- （二）乙說：否定說。理由：所謂「自動歸隊」，應著重於被告「自動」之意念，其悔悟且欲返營之心必須出於己意，且未受外力之干預者，始得稱為「自動歸隊」，德國防衛刑法之「自行投案」，亦採必須出於己意且親自為之見解；本條但書之寬減規定雖與刑法第二十七條「中止未遂犯」之意旨有異，但該條鼓勵行為人捨棄犯罪繼續實行之刑事政策理論亦為肯定說參採適用，是「自動歸隊」之意念必須出自於自主之動機，若非出自於內心悔悟、慚愧及歉疚，而係遭受外部障礙始不得已返營，即非所謂「自動歸隊」，本案被告於遭該管幹部尋獲之際，並無悔悟返營之意念，其於六日內返營

³⁵ 國防部最高軍事法院 92 年 7 月 7 日（92）審雄字第 0920000382 號函附該院 92 年度第 5 次法律座談會「軍事檢察機關通緝書可否於判決引為無故離去或不就職役罪之證據」法律問題研討結論參照。

乃係偶然突遭幹部發現，迫於現實狀況及無奈而為之，縱或經由幹部當場勸導或施以訓誡使得其願意返營，猶因係受外在因素干預，難謂其有「自動歸隊」之意念。

研討結論：採乙說。高等軍事法院檢察署審查意見：多數採甲說（肯定說），並將其理由修正如下：（一）本案題旨僅載「為該艦補給長尋獲帶回」，至其是否出於己意或迫於現實狀況無奈為之等外在因素干預，並不明確，惟關於「自動歸隊」之涵義，在實務運作上，仍不無具有討論之空間，故本題採認之肯定說見解，係指被告有悔意自願隨該艦補給長返營，先此敘明。（二）按陸海空軍刑法第三十九條第一項但書規定於六日內「自動歸隊」者，減輕其刑，係基於刑事政策之衡酌，鼓勵逃亡之軍人即時悔悟，儘早重返部隊或單位服完未盡之職役。因此，所稱「自動歸隊」者，應從寬採認，凡行為人非因公力拘束緝捕或親友強制歸隊，而係由行為人出於己意悔悟而返營者即屬之，換言之，縱其悔意係受親友勸導或訓誡等外在因素干預所產生，然只要被告具有絲毫悔意，未予抗拒並隨同返營者，即應認符「自動歸隊」之寬減規定。最高軍事法院檢察署研討結論同意高等軍事法院檢察署審查意見，「並請參考軍法專刊第四十八卷第八期『陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（七）』第九頁」，亦即採酌本文見解³⁶。另按被告若基於概括犯意，先後二次意圖長期脫免職役而離去或不就職役，為刑法第五十六條之連續犯應以一罪論，雖第一次犯行於六日內自動歸隊，但基於連續犯以一罪論，裁判上無法分割之法理，固無本項但書寬減規定之適用。但刑法第五十六條連續犯之規定，業於九十四年二月二日修正時刪除，自九十五年七月一日施行，屆時在實務運作上應參照其修正說明，回歸數罪併罰，而對於部分習慣犯，委由學界及實務以補充解釋之方式，對於合乎接續犯或包括的一罪之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍。

拾貳、短期缺職擬制長期逃亡罪之解析

軍人離去或不就職役，雖非基於長期脫免職役之意圖，惟其離去時日過久，所造成部隊戰力之損害，已無若何差別，實應以第三十九條之長期逃亡效果相繩，第四十條爰增訂第三項明定無故離去或不就職役逾三十日或戰時逾六日者，均依長期逃亡罪論處，以資區別長期逃亡與短期缺職之態樣（行政院提案條文說明參照）。本項在文義上並無「意圖長期脫免職役而離去或不就職役」之要素，係以一定日數之經過，預為擬制具備長期脫免職役之意圖，故於此狀況即毋須再審認行為人主觀上究竟有無此意圖，裁判主文則宣告「無故離去（或不就）職役逾三十日」亦毋庸論知此項意圖，亦即不應再以此要素為構成本罪之要件。實務上最高軍事法院九十三年四月十二日審雄字第 0930000188 號函送對各地方軍事法院九十二

³⁶ 參見該署 92 年 3 月 18 日審壯字第 0111 號書函參照。

年二月確定裁判書研究意見，就原審採信被告供述因逾假畏罰而離去職役，或因部隊業務壓力過大而假滿不歸，離去職役，或藉患有高血壓，身體無法負荷部隊操練為由，不假離營，無故離去職役，均論以本項擬制長期逃亡罪之類案，即以被告不假離營在外已逾數月，期間匿居何處？以何維生？有無與部隊聯繫？均攸關其有無長期脫免職役之意圖，而應構成前條第一項意圖長期脫免職役而離去職役罪，指正原判漏未詳加調查審究，遽依上述擬制之逃亡罪論處，尙嫌率斷云云，亦即具備長期逃亡意圖者，應優先適用第三十九條論處，而不具上開意圖者，始依本（第四十）條之補充規定予以擬制，堪供參考。另按本項並無刑罰規定，係依同法第三十九條之規定處罰，故應於判決理由敘明及於論結併引第三十九條第一項，始為允當。

拾參、加重逃亡罪之解析

本法第四十一條規定，無故離去或不就職役而攜帶軍用武器、彈藥或其他直接供作戰之軍用物品者，為加重逃亡罪。軍用刺刀國防部雖曾令釋，為近戰之一種武器，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，應屬舊法所稱之械彈（參見第五十八條論釋）。但因既不屬槍砲彈藥刀械管制條例所公告管制之刀械³⁷，且刀械對於社會治安之危害尙屬輕微，無納入加重逃亡罪處罰之必要，國防部於研議時遂將原併列之刀械部分刪除³⁸。準此，若所攜帶者為軍用武器或彈藥之主要組成零件，亦無本條加重處罰規定之適用，而應視個案具體情節，是否該當本法第六十四條第三項、第六十五條第三項或其他處罰規定之構成要件依各該規定論究。又行政院提案文句原為「攜帶軍用武器、彈藥或其他直接供作戰之軍用物品，而離去或不就職役者，處七年以上有期徒刑。戰時犯之者，處死刑、無期徒刑」，於立法院研討小組研討時，除就戰時之處罰，增列十年以上之擇科刑外，並採台灣刑事法學會靳執行秘書宗立之建議，將文句修正為「無故離去或不就職役而攜帶軍用武器、彈藥或其他直接供作戰之軍用物品者，處…」，使本罪之構成要件內容更為明確。

另按本條攜械之加重逃亡罪可能同時關聯侵占公用器材、財物之貪污

³⁷ 台灣高等法院暨所屬法院七十二年座談會，曾針對軍用刺刀雖與槍砲彈藥刀械管制條例之匕首形狀相似，其未經許可之各種販賣、運輸、持有或意圖犯罪之用而運輸、持有或無故持有或意圖販賣而陳列等行為，應否構成槍砲彈藥刀械管制條例各該條款之罪提出研討，討論意見有甲（否定說）乙（肯定說）二說，研討結果照審查意見採甲說，認槍砲彈藥刀械管制條例第四條第三款所列舉刀械種類，並未將刺刀列入，在中央主管機關尚未公告查禁前，應無該條例有關刑罰規定之適用。詳參「刑事法律問題研究（第三輯）」，司法周刊社編印，74年6月，頁445、446；另參國防部軍法局87年三軍覆判座談會提報資料貳、裁判違誤指正摘要：1. 實體違塢部分。

³⁸ 參見「軍刑法再修正草案說明暨建議修正表」內秘書處綜整本條之說明二。

罪，而刑法第十條第二項公務員之定義，於九十五年七月一日修正施行，學者甘添貴教授謂現役士兵雖依法令服務於國家所屬機關，但並無法定職務權限，不屬於本項第一款前段之身分公務員類型，惟若別有法令依據而從事於一定公務者，則係依法令服務於國家機關而具有法定職務權限之人員，屬於本項第一款前段之身分公務員類型。至於士兵能否離部隊獨立執行職務，則與其是否為公務員無關云云（參見國防部軍法司九十四年十一月三日「九十四年修正刑法研習會」氏著「刑法新修正之公務員概念」，關於「軍人，上自部次長，下至二等兵，是否均屬修正後刑法上公務員？」）。鑑於各種軍職之名稱、編階及專長均於編裝表中定之，又編裝表內之軍職專長，依國防部訂頒之「國軍人員分類管理規定」參之四，及「國軍人員分類作業程序」伍之一之規定，均須訂定「軍職專長內容說明表」，以說明其職責、業務範圍、主要任務、學識、經歷、技術及可替代之專長或來源，故於個案認定現役士兵是否該當新刑法之公務員，自應依據上開規定以憑判斷。

拾肆、阻撓部屬救濟權利罪之解析

一、申訴之意義

本法第四十六條所謂「申訴」，依國防部令頒「國軍軍紀維護實施規定」第五〇〇四條規定，國軍官兵申訴制度旨在建立溝通管道、維護官兵合法權益，其依據為（一）行政程序法（二）陸海空軍刑法（九十年修正）（三）性騷擾防治法（四）行政院暨所屬各級機關處理人民陳情案件要點（九十一年修正）（五）監察院收受人民書狀及處理辦法。第五〇〇六條受理申訴之範圍為（一）官兵合法權益受到損害（二）官兵個人受到不當處分或冤屈不平事件（三）官兵家屬應享受優待受到侵害等等。第五〇〇八條申訴人權利，官兵個人權益受損，可向上一級單位提出申訴，若不能解決者，則逕向國防部或各司令部申訴，但除有故意詆毀他人之違法、違紀之行為者外，不得以任何方式予以處罰或阻止其申訴。復依第五〇一〇條申訴人保障，各級除應持續宣導申訴保障條款：接受申訴之人員或單位，對申訴人之安全負有維護保障之責，採取積極必要的措施，以防止其遭受被申訴人報復外，對申訴人身分應予保密，並須追蹤防範申訴人遭受單位幹部、同僚刁難或報復情事，若有違犯者，依情節分別行政懲罰或移送法辦。頃近國防部全面檢討陸海空軍懲罰法，除將限制人身自由之悔過及輔導教育（舊法之管訓）二種懲罰，改由軍事法院設懲罰法庭裁定，及不服之抗告救濟外，修正草案第四十二條第一項第二款明定撤職以外之懲罰，得為申訴，同時讓原懲罰單位長官或其上級單位長官有自我省察機會，復因申訴牽涉行為人職位階級、懲罰種類及權責長官等項，其提起申訴期間之長短、受理長官、審查程序等，相當繁細，實難於該法逐一系列，爰於該

條草案第四項明定，申訴相關事項之辦法，授權由國防部定之，將懲罰案件申訴之處理，提昇至法規命令位階，全案業於九十五年經立法院國防及司法委員會聯席會議完成一讀審查；國防部業管單位督察室亦配合立法進程，草擬「陸海空軍懲罰案件申訴處理辦法」，以期適度保障軍人人權。本件陸海空軍懲罰法修正草案一旦完成立法程序，現行以行政規則創設之國軍申訴制度，即提昇為法律位階，實為保障軍人人權之另一重大成就。

二、本罪與刑法強制罪之競合

或謂長官違犯本罪，係同時觸犯刑法第三百零四條妨害他人行使權利罪，應依同法第一百三十四條加重其刑至二分之一，法定刑較重，則從重處斷結果，將致本罪形同具文云云。經按本罪行為態樣尚有恐嚇、利誘及其他不正方法，尚非刑法該罪所能完全取代；再按本條論釋所開德國立法例，亦係於刑法之重罪另定防衛法之輕罪，應有特殊意義，正如本法要在使實務之保障官兵權利措施，予以法制化；另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，蓋特別法之制訂，其目的在代替普通法之適用，如已制訂特別法，不論其法定刑之輕重如何，均應優先適用特別法而排除普通法之適用，始符特別法之立法意旨及立法精神。

拾伍、凡依本法第四十七條第四項減免其刑之被告，仍得再依刑法第五十九條之規定酌減其刑

按本法第四十七條第四項減免其刑寬典之體例，與本法第十七條第四項、第十八條第四項、第十九條第四項、第五十八條第一項後段、第六項、第五十九條第五項、第六十四條第五項，及貪污治罪條例第十二條以及懲治漢奸條例（三十九年十一月十五日修正公布，已廢止）第二條第二項之體例，均相類同，參照最高法院三十四年十二月十二日、三十五年一月三十一日總會決議之（二）³⁹、八十六年臺上字第三四〇四號、九十年臺上字第五九六〇號及九十一年臺上字第二四五號判決意旨，被告犯行若亦符合刑法第五十九條情堪憫恕之規定，仍得再依該條再予酌減其刑。

拾陸、「長官」及「上官」之釋義

本法第四十九條之被害客體須為行為人之長官，長官之定義，參照第八條第一項論釋。最高軍事法院暨所屬軍事法院九十一年法律座談會提案本法類第〇五號提案，「某甲建制係屬某連第二排第三班一兵，明知同連不同隸屬之同排第一班副班長某下士為其上官，某日某甲因部隊集合遲到未報備即自行入列而遭該下士糾正，某甲因而心生不滿，於連集合場以右

³⁹ 決議內容分別認：依本（懲治漢奸條例第二條）條第二項適用輕刑時，並得依酌減之例減刑；犯懲治漢奸條例第二條第一項之罪而情節輕微，自應適用同條第二項處斷，其情堪憫恕者，逕依刑法第五十九條減輕其刑。

手握拳襲擊該下士腹部一下(未成傷)，某甲之行爲係構成對長官暴行罪？抑或是對上官暴行罪？」研討結論認爲本法第八條區分「長官」與「上官」而爲定義，關於「長官」，謂有命令權者，如連長爲全連官兵之長官，班長爲該班班兵之長官；或職務在上者，如同連之少尉輔導長爲同連中尉排長之長官，係兼採「職務服從」，此乃因我國歷來實務，於具有隸（配）屬關係而官階不同時，固以職務服從爲優先，但以行爲人與被害人間，須有隸（配）屬亦即職務上之服從關係爲限。上列長官以外，而無命令權，相互間亦無隸（配）屬之職務服從關係，但其官階在上者，始爲第二項所稱「上官」。本題，某連第二排第一班下士副班長，對同排第三班之一兵某甲，既非同隸一班自無命令權，相互間亦無隸屬關係，即非所謂職務在上之服從關係，僅其階級在上，爲某甲之「上官」，某甲對之襲擊未成傷之行爲，應構成同法第四十九條第三項對「上官」施強暴罪，原則上同意原研討結論採乙說。惟該下士副班長當時如係代理值星班長執行職務，則具有代表排長指揮全排各班之職務，而具命令權，即係某甲之長官，則某甲之行爲，應係構成同條第一項對「長官」施強暴罪。要之，本題之下士副班長究爲某甲之「長官」抑或「上官」？應視個案具體事證，明確認定，始足正確適用法律⁴⁰。

拾柒、營區賭博財物罪「財物」之釋義

財物有廣狹意義不同，狹義說，專指金錢及其他有經濟價值之物品；廣義說，除金錢、有經濟價值之物品外，尚包括各種財產上之利益，如抵押權、質權、租賃權等。學者褚劍鴻教授、陳煥生教授均從狹義，認不包括財產上之利益，褚劍鴻教授並舉詐欺罪，對於詐取財產上之不法利益，另行成立刑法第三百三十九條第二項詐欺得利罪，而不包括於同條第一項之詐欺取財罪內，可爲說明⁴¹；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，原不以金錢或物質爲限，凡有經濟上價值者，均可謂爲財物」要旨，認爲「凡有經濟上價值者，縱爲財產上之各種利益，均屬本罪所稱財物」⁴²。

⁴⁰ 載於前揭「法律座談問題研究彙編（第一輯）」，頁291。

⁴¹ 褚劍鴻著，「刑法分則釋論」（下），台灣商務印書館發行，73年1月，頁823。

⁴² 陳友鋒著，「刑法分則」（下），保成出版事業，頁369。