

兩岸軍事刑法之研究

*李瑞典、吳純顯

壹、前言

英美法系國家，其法典形式，不但結合程序與實體，甚至程序重於實體，所以在軍事刑法的表述上使用 Military Law（軍事法或軍法）或 Military Justice（軍事司法或軍事審判），不用 Military Criminal Law，例如 Uniform Code of Military Justice（美國統一軍法典）；而大陸法系國家，通常與英美法系情況相反，重實體而輕程序，表現在軍事刑法的概念上，往往偏指實體法，程序法其次，甚或程序未含括其內；而海峽兩岸學者與實務對於軍事刑法偏指實體法，不含程序法，係典型的例子¹。然是否因此認為兩岸在軍事刑法的立法形式齊一？亦未必如此。

我國 2001 年完成陸海空軍刑法（以下稱我國軍刑）修法時，除參考美國、德國、法國、韓國等國之立法例外，亦相當程度的參考中華人民共和國現行刑法第 10 章「軍人違反職役職責罪」（以下稱中共軍刑）條文²，例如「戰時」概念參考中共軍刑第 451 條³、洩漏或交付軍事秘密罪參考中共軍刑第 432 條⁴、敵前抗命參考中共軍刑第 421 條、無故遺棄傷病軍人參考中共軍刑第 444 條、衛哨兵廢弛職務罪參考中共刑法第 425 條⁵等等；是為理論與實務結合，俾知所脈絡，避免斷章取義，實有深入認識中共軍刑必要，茲就兩岸軍刑之立法形式、沿革、罪名、適用範圍、刑罰種類、執行及裁量等介紹、比較，並於結論中提出檢討與粗淺建議。另本文因受限篇幅，罪名部分僅予概述，相關比較及研析，筆者再於（下）篇論述。

貳、立法形式、沿革及罪名概述

綜整現代大陸法系國家軍事刑法的立法形式，大致上有二種體例，一是單列，即國家普通刑法典外，另行制定專門的軍事刑法典，對軍人犯罪，尤其軍人違反職責的犯罪行為明文處罰，如德國軍事刑法典⁶、義大利軍事刑法典⁷、奧地利聯邦共和國軍事刑法典⁸；另一體例係和普通刑法合體，即在國家普通刑法典

* 李瑞典、國防大學管理學院碩士、國防部高等軍事法院檢察署上校主任軍事檢察官。

* 吳純顯、國防大學管理學院碩士生、國防部高等軍事法院檢察署少校軍事檢察官。

¹將軍事刑法指實體的陸海空軍刑法或中共違反軍人職責罪，在我國實務有國軍軍法教育教材「陸海空軍刑法」（國防部印頒，2002 年 12 月，第 2 頁）；學者有段重民教授等「世界各主要國家有關軍事刑法之比較與研究」專案研究報告（國防部委託專案研究，1996 年 5 月）。另中共有張建田等編著「中國軍事法學」（解放軍國防大學出版社，北京，1988 年 4 月，第 247 頁）、張新山主編「軍事法學」（軍事科學出版社，北京，2001 年 8 月，第 205 頁）。

²謝添富、趙唏華著「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（一）」，軍法專刊，臺北，第 47 卷第 10 期，2001 年 10 月，第 23 頁。

³詳參謝添富、趙唏華著「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（四）」，軍法專刊，臺北，第 48 卷第 2 期，2002 年 2 月，第 10 頁。

⁴詳參謝添富、趙唏華著「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（五）」，軍法專刊，臺北，第 48 卷第 4 期，2002 年 4 月，第 12 頁。

⁵詳參謝添富、趙唏華著「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（六）」，軍法專刊，臺北，第 48 卷第 7 期，2002 年 7 月，第 2、3、10 頁。

⁶徐久生、莊敬華譯「德國刑法典」，中國方正出版社，北京，2004 年 1 月，第 235 頁以下。

⁷黃鳳譯「義大利軍事刑法典」，中國政法大學出版社，北京，1998 年 5 月。

⁸徐久生譯「奧地利聯邦共和國刑法典」，中國方正出版社，北京，2004 年 1 月，第 151 頁以下。

中單設編（章）對軍人的各種犯罪行為明文處罰，如瑞典刑法典第 21 章（武裝部隊成員實施犯罪章）⁹及芬蘭刑法典第 45 章（軍事犯罪章）¹⁰。我國軍刑屬前者，即單列「陸海空軍刑法」乙部法典，而中共軍刑屬後者，即在中共刑法中，明定有軍人違反職役職責罪之第 10 章。

1997 年 3 月 14 日修正通過的中共刑法，將 1981 年全國人大常委會通過採單列之「中華人民共和國懲治軍人違反職責罪暫行條例」納為該法分則第十章，稱「軍人違反職責罪章」，改採與普通刑法合體的形式，內容並為大幅修正，計有 32 個條文（第 420 條至 451 條），罪名大致分為五類，一、危害軍事行動罪，有戰時違抗命令罪、隱瞞（謊報）軍情罪、拒傳（假傳）軍令罪、投降罪及戰時臨陣脫逃等罪；二、與特定崗位有關之罪，有擅離（玩忽）軍事職守罪、阻礙執行軍事職務罪、指使部屬違反職守罪、違令作戰消極罪、拒不救援友鄰部隊罪及軍人叛逃等罪；三、削弱戰鬥力罪，有非法獲取軍事秘密罪、為境外竊取（刺探、收買、非法提供）軍事秘密罪、故意（過失）洩漏軍事秘密罪、戰時造謠惑眾罪、戰時自傷罪、逃離部屬罪、武器裝備肇事罪、擅自改變武器編配用途罪、竊盜（搶奪）武器裝備（軍用物資）罪、非法出賣（轉讓）武器裝備罪、遺棄武器裝備罪、遺失武器裝備罪及擅自出賣（轉讓）軍隊房地產等罪；四、悖於人道主義之罪，有虐待部屬罪、遺棄傷病軍人罪、戰時拒不救治傷病軍人罪、戰時殘害（掠奪）居民財物等罪；五、私放（虐待）俘虜罪，合計 31 項罪名。而我國陸海空軍刑法自 1929 年公布施行，採單列形式，計分總則與分則 2 篇，17 章，122 個條文，期間 2 次小幅修正，迄 2001 年 10 月 2 日大幅修正公布施行，分總則（計 13 條）、分則（計 62 條）及附則（計 4 條）3 編，共 79 個條文，仍採單列形式，分則有 5 章，分別為違反效忠國家職責罪、違反職役職責罪、違反長官職責罪、違反部屬職責罪、其他軍事犯罪；而分則編將刑法外患罪章（第 109 條至第 112 條之罪）、瀆職罪章、公共危險罪章（故意犯第 173 條至第 177 條、第 185 條之 1、第 185 條之 2、第 185 條之 4、第 190 之 1 或第 191 條之 1 之罪）、偽造公文書印文罪章（關於公文書、公印文之罪）、殺人罪章、傷害罪章（第 277 條第 2 項、第 278 條第 2 項之罪）、妨害性自主罪章、營內竊盜罪、搶奪強盜及海盜罪章、恐嚇和擄人勒贖罪章及違反毒品危害防制條例等普通刑法或其特別法中影響軍紀、作戰及重大治安之犯罪納入本法規範中。

參、適用範圍

法律的適用範圍，是指對於何人？何地？何時？產生效力，及法律間關係。換言之，兩岸軍刑之適用範圍指適用的主體，地域、時態及軍事刑法與普通刑法的適用關係。

一、主體

軍人是軍事刑法適用的基本對象，各國皆然，但由於軍事體制和軍隊組織的差異，有關「軍人」的具體標準和範圍也不盡相同。中共軍刑第 450 條規定，軍

⁹ 陳琴譯「瑞典刑法典」，北京大學出版社，北京，2005 年 3 月，第 39 頁以下。

¹⁰ 于志剛譯「芬蘭刑法典」，中國方正出版社，北京，2005 年 4 月，第 171 頁以下。

人違反職責罪章適用中國人民解放軍的現役軍官、文職幹部、士兵及具有軍籍的學員和中國人民武裝警察部隊的現役警官、文職幹部、士兵及具有軍籍的學員以及執行軍事任務的預備人員和其他人員；所指「其他人員」係軍隊（含武警部隊）機關、部隊、院校、醫院、基地、倉庫等隊列單位和事業單位工作的正式職員、工人，臨時徵用或受委託執行軍事任務的地方人員等；而「執行軍事任務」指擔任與軍事活動有直接關係的具體工作，如參戰、參訓、隨同部隊執行任務、保障部隊正常工作等¹¹。我國陸海空軍刑法之主體原則上為現役軍人及視同現役軍人，例外為非現役軍人；前者範圍依該法第 6 條規定「依兵役法或其他法律服現役之軍官、士官、士兵」及第 7 條「依法成立之武裝團隊，戰時納入作戰序列者，亦視同現役軍人」；後者依我國軍刑第 2 條規定，非現役軍人只有在戰時，有煽惑現役軍人暴動等罪¹²，始有該法之適用。又此所稱依法成立之武裝團隊，係指依警察法律所設之保安警察總隊、依海岸防衛法律所設之海岸巡防機構或依軍事教育條例設立之軍校學生團隊¹³。

按主體規範上之法例，通常有軍人犯主義及軍事犯主義之別，中共軍刑將文職人員、工人、臨役或受託執行軍事任務等人員，不論平、戰，均納入規範對象，形式上採軍人犯主義，惟為維護軍事法益，擴大軍人之定義範圍，將本質屬非現役軍人之文職人員等涵蓋，兼有軍事犯主義色彩。而我國平時規範之主體以現役軍人為限，戰時重大危害國家、軍事利益之罪名則擴大適用於非現役軍人，亦以軍人犯主義為主，以軍事犯主義為輔。兩岸軍刑雖均以軍人犯主義為主，兼採軍事犯主義，惟本質上卻有相當差異，本文以為非軍人本不具有遵守軍事義務之責任，我國以特定時期為特定侵害軍事法益之行爲，將危害部隊安全，乃至國家存立，例外適用非軍人，體例上較中共於平時即科以文職人員遵守軍人軍事義務之責任為妥適。

二、地域

刑法關於地的效力，自來學說不一，約有屬人原則、屬地原則、保護原則、世界性原則及折衷原則之別，由於軍事活動適用的空間亦呈開放性，不限於本國境內，軍人或非軍人在國境內外觸犯軍事刑法規定之罪，如何適用？中共軍刑對地的效力係規定於刑法總則編，依刑法第 7 條第 2 款（中共法規之「款」同我國法規之「項」）規定「軍人在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪，適用本法」，

¹¹ 黃林異、王小鳴著「軍人違反職責罪」，中國人民公安大學出版社，北京，2003 年 1 月，第 8 頁。

¹² 陸海空軍刑法第 2 條規定，非現役軍人於戰時有下列情形之一者，亦適用本法之規定處罰：一、犯第 16 條之罪（意圖破壞國體煽惑現役軍人暴動）。二、犯第 17 條第 1 項（將部隊或重要軍用設施、物品交付敵人者、為敵人從事間諜活動、傳輸電信授意於敵人、使敵人侵入軍用港口等、強暴脅迫長官投降、為敵人奪取或縱放捕獲之艦艇等）、第 18 條第 1 項第 1 款（毀壞重要軍用設施物品等）、第 2 款（妨害軍事交通者）之罪。三、犯第 53 條第 1 項（劫持軍用艦艇）、第 58 條第 1 項（毀壞直接供作戰之重要軍用設施物品）、第 59 條第 1 項（毀壞軍用設施及物品）、第 63 條第 1 項（意圖損害軍事利益非法輸出軍事電磁紀錄等）之罪。四、犯第 67 條第 1 項、第 2 項、第 68 條第 2 項之罪（對於執行職務人施強暴脅迫等）。五、犯第 72 條（意圖散布於眾捏造關於軍事上之謠言者）之罪，致生軍事上之不利。

¹³ 詳參謝添富、趙唏華著「陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（四）」，軍法專刊，臺北，第 48 卷第 2 期，2002 年 2 月，第 7 頁。

可見中共軍刑奉行屬人主義，不同於該國刑法以屬地原則為主、兼採屬人、保護、及世界性原則¹⁴。至於我國軍刑，依該法第 5 條「現役軍人在中華民國軍隊占領地域內犯中華民國刑法或其他法律之罪者，以在中華民國領域內犯罪論」及第 4 條前段「現役軍人在中華民國領域外犯本法之罪者，仍適用本法」之規定，亦同中共軍刑，係採屬人原則。

三、時態

有關時的效力，兩岸軍事刑法均有該國刑法總則之適用。中共刑法第 3 條規定「法律明文規定為犯罪行為的，依照法律定罪處刑；法律沒有明文規定為犯罪行為的，不得定罪處刑。」同法第 7 條規定，本法施行前行為，認係犯罪，適用當時的法律追訴；如果本法不認為犯罪或處刑較輕，適用本法。而我國刑法第 1 條規定「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」，第 2 條規定「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」，依前開規定所揭，兩岸軍刑亦同刑法，均採罪刑法定原則及從輕原則。

時效追訴方面，中共軍刑適用刑法總則第 87 條規定，犯罪經過下列期限不再追訴：（一）法定最高刑為不滿 5 年有期徒刑為 5 年；（二）法定最高刑為 5 年以上不滿 10 年有期徒刑為 10 年；（三）法定最高刑為 10 年以上有期徒刑為 10 年；（四）法定最高刑為無期徒刑、死刑為 20 年，而 20 年以後認為必須追訴的，須報請最高人民檢察院核准。而我國規定於刑法總則第 80 條「追訴權，因下列期間內未起訴而消滅：（一）犯最重本刑為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑之罪者，30 年；（二）犯最重本刑為 3 年以上 10 年未滿有期徒刑之罪者，20 年；（三）犯最重本刑為 1 年以上 3 年未滿有期徒刑之罪者，10 年；（四）犯最重本刑為 1 年未滿有期徒刑、拘役或罰金之罪者，5 年。」

另立法例上，將平時與戰時分制兩部獨立軍事刑法典者，並不普遍，一般而言，戰時、作戰等時態係軍事刑法典條文上，某些罪名的構成要件，兩岸軍事刑法亦然。綜觀中共軍事刑法，使用「戰時」、「在戰場上」、「作戰」等文字表述，而所謂戰時，根據中共軍刑第 451 條規定「戰時指國家宣布進入戰爭狀態、部隊受領作戰任務或者遭敵突然襲擊時。部隊執行戒嚴任務或者處置突發性暴力事件時，以戰時論。」；而以戰時論的處置突發性暴力事件是指根據「中華人民共和國戒嚴法」第 31 條規定，為平息個別縣、市的局部範圍內突然發生的嚴重騷亂所使用武力的事件¹⁵。至於我國軍刑則使用「戰時」、「視同戰時」、「敵前」等用語表述，該法第 10 條戰時指「適用於總統依憲法¹⁶宣戰之期間及地域。其因戰爭或叛亂發生而宣告戒嚴之期間及地域者，亦同。」其中宣告戒嚴之期間依戒嚴法

¹⁴ 中共刑法的空間效力詳參陳明華主編「刑法學」，中國政法大學出版社，北京，1999 年 8 月，第 65 頁以下。

¹⁵ 中華人民共和國戒嚴法第 31 條規定「為平息個別縣、市的局部範圍內突然發生的嚴重騷亂，而參加或者協助當地人民政府為恢復和維持正常社會秩序，保護人民的生命和財產安全的活動，以及在履行職務中處置需要被迫使用武力的事件。」。

¹⁶ 指憲法第 38 條「總統依本憲法之規定，行使締結條約及宣戰、媾和之權。」第 39 條「總統依法宣布戒嚴，但須經立法院之通過或追認。立法院必要時，得決議移請總統解嚴。」

第 1 條規定，指「戰爭或叛亂發生，對於全國某一地域應施行戒嚴」，而宣告戒嚴之地域則指該法第 2 條之警戒地域和接戰地域¹⁷，兩地域關於刑法上內亂等罪及其特別刑法之罪，對於非現役軍人，軍事審判機關亦得自行審判（戒嚴法第 8 條），且接戰地域無法院或與其管轄之法院交通斷絕時，刑事及民事案件，均得由軍事機關審判（戒嚴法第 9 條）¹⁸。上揭時態，縱非現役軍人，因「戒嚴法有特別規定者，從其規定」（軍事審判法第 1 條），及「非現役軍人於戰時有下列情形之一者，亦適用本法之規定處罰」（我國軍刑第 2 條）等規定，無論軍事刑事實體或程序法，均有非現役軍人之適用。

綜上所述，就追訴時效言，中共軍刑原則係以法定最高之宣告刑期為追訴時效，超過 10 年為 10 年，死刑、無期徒刑為 20 年，逾 20 年須報請最高人民檢察院核准；而我國則為宣告刑上限之倍數，時效遠較中共為長。另兩岸軍刑就戰時之表述，最大區別在中共軍刑係純粹作為某些犯罪構成的時間要件，我國軍刑戰時，不但是構成要件，因有舉國皆兵意涵，而將非軍人納為主體，更有擴大適用對象上意義。

四、軍事刑法與普通刑法

中共軍人違反職責犯行適用軍刑，而違反職責以外罪名則適用普通刑法，但法條競合者，軍人違反職責章之罪屬特別規定，無論輕重，均優先適用，且軍人犯罪之審判權悉歸由軍事法院。以軍用槍枝走火致人於死罪為例，中共刑法第 233 條規定致人於死罪論處，處 3 年以上 7 年以下有期徒刑，另第 436 條規定，對於軍人違反武器裝備使用規定，情節嚴重，致人死亡者，則僅處 3 年以下有期徒刑或者拘役；當軍人把玩軍用槍枝致人於死案，因法條競合，從特別法優於普通法原則，依第 436 條論處，此雖違「軍法從嚴原則」¹⁹，惟尚非立法疏漏，中共認為其軍刑處罰，必須從軍隊實務出發，軍人經常接觸武器裝備，本具較大危險，易肇生傷亡事故，為預防這類問題，主要應通過加強管理和教育訓練，即使追究刑事責任，也不宜判刑過重，所以為保障軍人權益，創設出所謂「酌情從寬原則」²⁰。

¹⁷ 警戒地域及接戰地域之解釋，及戒嚴法之審判權範圍，詳參李瑞典著「戰時刑事訴訟程序芻議」，軍法專刊，臺北，第 49 卷第 7 期，2003 年 7 月，第 42、43 頁。

¹⁸ 我國戒嚴法規定戒嚴地域為警戒地域和接戰地域兩種，警戒地域內「有關軍事之事務」應受最高司令官指揮，與軍事無關之一般事務則否，接戰地域內則將所有行政、司法事務移歸最高司令官掌管，是戒嚴法第 8 條明定接戰地域內關於刑法上內亂、外患、妨害秩序、公共危險、偽造貨幣、偽造有價證券、偽造文書印文、殺人、妨害自由、搶奪、強盜、海盜、恐嚇、擄人勒贖、毀棄損害等罪及前揭以外之其他特別刑法之罪，對於非現役軍人，軍事審判機關得自行審判（第 8 條第 1、2 項），戒嚴時期警戒地域內，關於刑法上內亂、外患、妨害秩序、公共危險、搶奪、強盜、海盜、恐嚇、擄人勒贖等罪及上開以外之其他特別刑法之罪，亦同（第 8 條第 3 項）。而接戰地域無法院或與其管轄之法院交通斷絕時，刑事及民事案件，均得由軍事機關審判之（第 9 條）。

¹⁹ 軍事法的基本原則，有謂維護國家軍事利益原則、高度集中統一原則、軍事法從嚴原則（詳參張新山主編「軍事法學」，軍事科學出版社，北京，2001 年 8 月，第 37 頁）。

²⁰ 黃林異、王小鳴著「軍人違反職責罪」，中國人民公安大學出版社，北京，2003 年 1 月，第 18、19 頁。

我國陸海空軍刑法為刑法之特別法，依中央法規標準法第 16 條特別法優於普通法之原則，兩法規定有同一事項者，當優先適用陸海空軍刑法；而陸海空軍刑法於 2001 年修正時，在平時軍民同罪同刑原理下，經比較刑法或其他規範刑罰之特別法，而全面調降各罪之法定刑，按同刑度處斷。另為將普通刑法中影響軍紀、作戰及重大治安之犯罪，納入陸海空軍刑法規範，使軍法機關能追訴審判，以符軍事需要，更基於前揭與民同罪同刑之原則，而以揭載刑法條文之罪，依其各該條刑罰處斷之立法技術，於我國軍刑第 76 條、第 77 條規定，引置刑法分則有關外患罪、瀆職罪章、故意犯公共危險罪、偽造公文書罪、殺人罪章、傷害致死罪、妨害性自主罪章、營內竊盜罪、搶奪強盜及海盜罪章、恐嚇及擄人勒贖罪章及毒品危害防制條例。此一將刑法諸多條文及毒品危害防制條例之相關規定，以二個條文引置為陸海空軍刑法之規定，立法例上尚屬少見，惟因軍事審判法第 1 條規定「現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判」，此立法技術之目的亦保障軍事審判之範圍及於引置之罪名；而中共軍刑類似法例，以揭載刑法條文明定依該條文之刑罰處斷者，僅見第 438 條第 2 款「盜竊、搶奪槍枝、彈藥、爆炸物的，依照本法第 127 條的規定處罰。」之規定。兩岸相較，最大差異在中共軍人犯罪，無論罪名均由軍事法院審判，我國軍事審判之範圍限於前揭陸海空軍刑法或其特別法之罪，餘則由普通法院依刑事訴訟追究審判²¹。

肆、刑罰種類與具體運用

一、刑罰種類

兩岸軍刑不同於英美法系的美、英等國，將紀律處分項目列入刑罰種類，故刑罰種類較為傳統與單純。然軍刑之刑罰種類，是否因法典形式單列或合體而有別於非軍人，立法例上並不一致，例如屬單列形式的義大利軍事刑法典和我國陸海空軍刑法，前者有對軍人刑罰種類在其軍事刑法典中為獨立之章節規定，後者則以第 13 條「過橋條文」²²而適用普通刑法總則，與刑法尚無差異。至中共軍刑，尚無專門規定刑罰種類，除管制²³、罰金及對外國人強制出境之驅逐出境未出現於軍人違反職責罪章各條文之刑罰外，餘刑法總則有關主刑之拘役、有期徒刑、無期徒刑及死刑，附加刑之罰金、剝奪政治權利及沒收財產等均有適用。至於我國軍刑之刑罰種類，係依前揭過橋條文，而規定於刑法總則第 32 條至 35 條，分

²¹軍事審判之適用範圍尚須注意軍事審判法第 5 條「犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判。但案件在追訴審判中而離職離役者，初審案件應移送該管第一審之法院，上訴案件應移送該管第二審之法院審判。犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判。前二項規定，按行為時之身分適用法律。」之規定。

²²陸海空軍刑法第 13 條規定「刑法總則之規定，與本法不相牴觸者，適用之。」。

²³中共刑法第 38 條「管制的期限，為 3 個月以上 2 年以下。被判處管制的犯罪分子，由公安機關執行。」第 39 條「被判處管制的犯罪分子，在執行期間，應當遵守下列規定：（一）遵守法律、行政法規，服從監督；（二）未經執行機關批准，不得行使言論、出版、集會、結社、遊行、示威自由的權利；（三）按照執行機關規定報告自己的活動情況；（四）遵守執行機關關於會客的規定；（五）離開所居住的市、縣或者遷居，應當報經執行機關批准。對於被判處管制的犯罪分子，在勞動中應當同工同酬。」第 40 條「被判處管制的犯罪分子，管制期滿，執行機關應即向本人和其所在單位或者居住地的群眾宣布解除管制。」。

為主刑之死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金及從刑之褫奪公權、沒收、追徵、追繳或抵償。以下就兩岸軍刑之刑罰種類比較如下：

（一）死刑

中共軍事刑罰死刑罪名有 11 條，採相對死刑²⁴，通常使用「或者」、「可以」表述，例如第 438 條規定「盜竊、搶奪武器裝備或者軍用物資的；情節特別嚴重的，處 10 年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑」；第 433 條規定「勾結敵人造謠惑眾，動搖軍心的，情節特別嚴重的，可以判處死刑」；死刑之執行分為立即執行和緩期 2 年執行（以下稱死緩）兩種，其中死緩指對於判決死刑之人，如非必須立即執行者，可判處死刑同時宣告緩期 2 年執行（刑法第 48 條），而死緩期間，如沒有故意犯罪者，可以減為無期徒刑，確有重大立功表現者²⁵，則可減為 15 年以上 20 年以下有期徒刑（刑法第 50 條）；死刑立即執行者，由軍事法院院長簽發執行死刑的命令，交付執行；而判處死緩且開除軍籍者，軍事法院交付一般監獄執行，未開除軍籍者，交付軍事監獄實行勞動改造，死緩期滿，則報請人民解放軍軍事法院裁定減刑²⁶。

至於我國軍刑死刑之罪名，除引置條款外，計有 20 條，亦採相對死刑；而對於諭知死刑之判決確定後，依軍事審判法 230、231、233 條規定，由最高軍事法院檢察署轉呈國防部部長發布執行命令，令到 3 日內執行之，如執行軍事檢察官發見案情確有合於再審或非常上訴之理由者，得於 3 日內電請國防部再加審核，受刑人如在心神喪失²⁷中或婦女懷胎者，亦由國防部命令停止執行，並無死緩之規定。兩岸相較，刑罰執行機關迥異，分屬院、檢，另中共死緩制度之創舉，對於邇來我國政府倡言逐步廢止死刑之政策，國內學者亦認有參考之價值²⁸。

（二）自由刑

自由刑分為無期限及有期限二類，無期限的自由刑即謂無期徒刑或終身監禁，有期限之自由刑大致上又有長期自由刑與短期自由刑之分。中共軍刑有 12 個條文設有無期徒刑，長期自由刑的期限為 6 個月以上 15 年以下，例外者有前述死緩情況下，得減為 15 年以上 20 年以下；另數罪併罰，有期徒刑最高不能超過 20 年；短期自由刑有拘役及管制，拘役期限為 1 個月以上 6 個月以下，而管制是在一定期限內（3 月以上 2 年以下）限制罪犯自由，尚非監禁之剝奪自由（軍

²⁴ 相對死刑指法定刑除死刑外，尚有其他刑罰，別於唯一死刑之絕對死刑。

²⁵ 重大立功表現指以下六種情形：一、阻止他人重大犯罪活動；二、檢舉監獄內外重大犯罪活動，經查證屬實；三、有發明創造或者重大技術革新；四、在日常生產、生活中捨己救人；五、在抗禦自然災害或排除重大事故中有突出表現者；六、對國家和社會有其他重大貢獻者。詳參侯國雲著「刑法總論探討」，中國人民公安大學出版社，北京，2004 年 6 月，第 458 頁。

²⁶ 李瑞典著「中共軍事審判制度」，軍法專刊，臺北，第 50 卷第 12 期，2004 年 12 月，第 56、57 頁。

²⁷ 我國刑法業於 2005 年 2 月 2 日修正刑法第 19 條，將心神喪失修正為「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者」，惟軍事審判法尚未配合修正，併此敘明。

²⁸ 死刑之存廢及替代方式等討論，詳參 96 年 4 月 27 日財團法人刑事法雜誌社基金會主辦「從理性思考死刑制度的存廢研討會」會議錄及學者相關報告，收錄於刑事法雜誌第 51 卷第 3 期，臺北，2007 年 6 月。

人違反職責章無管制之刑罰規定，已如前述），且中共之刑罰執行，不存在以金錢替代自由刑之易科罰金制度。另中共軍人受裁判處拘役、有期徒刑、無期徒刑的罪犯，由軍事法院分別按開除軍籍者，交付一般監獄執行，未開除軍籍者，交付軍事監獄執行，在執行期間確有悔改或立功表現，執行機關得報請軍事法院審核裁定予以減刑、假釋²⁹。

至於我國軍刑之自由刑有無期徒刑、2 月以上 15 年以下的有期徒刑（但遇有加減時，得減至 2 月未滿，或加至 20 年）、1 日以上 60 日未滿的拘役（但遇有加重時，得加至 120 日），其中犯最重本刑為 5 年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受 6 個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣 1 千元、2 千元或 3 千元折算 1 日，稱易科罰金（刑法第 41 條）；宣告多數有期徒刑者，合併之刑期不得逾 30 年（刑法第 51 條第 5 款）；我國受軍事審判者由軍事檢察官交付軍事監獄執行，並非由軍事法院交付執行，且不因罪犯是否喪失軍籍而有軍、司法監獄執行之差異。兩岸相較，我國的易科罰金制度，係為救濟短期自由刑執行之弊，且符大多數國家刑法之規定³⁰，殊值中共參考；另中共以受刑人是否具軍籍身分，分別交付軍、司法監獄執行之分流制度，值得我國參考。

（三）財產刑

1. 罰金：中共軍刑罪名尚無罰金規定，是軍人所犯軍人違反職責章以外之罪名，且該罪名有罰金之處罰，始有罰金之適用，且罰金刑屬附加刑，不同於我國罰金為主刑，惟中共刑法附加刑可以獨立適用，有別於我國從刑原則上從屬於主刑。另中共刑法第 52 條規定判處罰金應當根據犯罪情節決定罰金數額，第 53 條則規定分期繳納及確有困難，人民法院可以酌情減少或免除；而我國軍刑罪名普遍有罰金規定，且依刑法第 42 條規定，罰金應於裁判確定後 2 個月內完納，亦得分期繳納，惟無力完納者，以新臺幣 1 千元、2 千元或 3 千元折算 1 日易服勞役。兩岸相較，我國尚無中共酌情減免之規定，而中共則無易服勞役規定。

2. 沒收等：中共刑法第 64 條規定，犯罪分子違法所得的一切財物，應當予以追繳或責令退賠；違禁品和供犯罪所用的本人財物，應當予以沒收，同法第 59 條規定，沒收全部財產應當對犯罪分子個人及其扶養的家屬保留必需的生活費用。而我國刑法第 40 條之 1 規定，法律有規定追徵、追繳或抵償者，於裁判時併宣告之；同法第 38 條規定沒收之物有違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物、因犯罪所生或所得之物；另沒收雖為從刑，但違禁物或專科沒收之物仍得單獨宣告沒收。我國刑法總則或軍刑並無中共刑法酌留基本生活費用之規定。

（四）資格刑

中共刑法第 54 條規定，剝奪政治權利係剝奪 1.選舉權和被選舉權；2.言論、出版、集會、結社、遊行、示威自由的權利；3.擔任國家機關職務的權利；4.擔

²⁹ 李瑞典著「中共軍事審判制度」，軍法專刊，臺北，第 50 卷第 12 期，2004 年 12 月，第 57 頁。

³⁰ 張麗卿著「刑法總則理論與運用」，自行發行，臺北，2002 年 8 月 2 版，第 488 頁

任國有公司、企業、事業單位和人民團體領導職務等權利。另「中國人民解放軍軍官軍銜條例」第 28 條規定，軍官犯罪被依法判處剝奪政治權利或 3 年以上有期徒刑者，由人民法院剝奪其軍銜。而我國刑法第 36 條規定褫奪公權者，褫奪為公務員及公職候選人之資格；另兵役法第 5 條規定，曾判處 5 年以上有期徒刑或執行有期徒刑在監合計滿 3 年者，禁服現役；陸海空軍軍官士官任職條例第 10 條規定，軍官、士官經判決確定處有期徒刑以上之刑未宣告緩刑者、判決或裁定交付感化者、因案通緝者予以撤職。

二、刑罰具體運用

（一）量刑

中共刑法第 61 條規定，對於犯罪分子決定刑罰的時候，應當根據犯罪的事實、犯罪的性質、情節和對於社會的危害程度，依照本法的有關規定判處。我國刑法第 57 條規定科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項為科刑輕重之標準，包括犯罪之動機、目的、手段，犯罪時所受之刺激，犯罪行為人之品行、生活狀況、智識程度、違反義務之程度、與被害人之關係，犯罪所生之危險或損害、犯罪後之態度等。

（二）阻卻事由

中共刑法第 20 條規定正當防衛，指為使國家、公共利益、本人或他人人身、財產和其他權利免受正在進行的不法侵害，而採取的制止不法侵害的行為，對不法侵害人造成損害，屬於正當防衛，不負刑事責任³¹；另同法第 3 款規定，對防衛進行中的重大暴力犯罪，造成傷亡，不屬於防衛過當，即所謂「無限防衛權」；而第 21 條規定緊急避險，指為了使國家、公共利益、本人或者他人的人身、財產和其他權利免受正在發生的危險，不得已採取的緊急避險行為，造成損害的，不負刑事責任³²。至於我國正當防衛及緊急避難除刑法第 23 條「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰」、第 24 條「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰」之規定外，陸海空軍刑法第 12 條「戰時為維護國防或軍事上之重大利益，當事機急迫而出於不得已之行為，不罰」之規定亦為軍事刑法上類似緊急避難的阻卻違法事由；惟前揭「不罰」，學者通說認係阻卻違法³³。兩岸相較，我國正當防衛及緊急避難係阻卻違法，而中共則阻卻責任，且我國尚無「無限防衛權」規定；另因中共刑法緊急避險規定，涵蓋國家及公共利益，我國則侷限自己或個人，所以縱無類

³¹ 中共刑法第 20 條「為了使國家、公共利益、本人或者他人的人身、財產和其他權利免受正在進行的不法侵害，而採取的制止不法侵害的行為，對不法侵害人造成損害的，屬於正當防衛，不負刑事責任。正當防衛明顯超過必要限度造成重大損害的，應當負刑事責任，但是應當減輕或者免除處罰。對正在進行行兇、殺人、搶劫、強姦、綁架以及其他嚴重危及人身安全的暴力犯罪，採取防衛行為，造成不法侵害人傷亡的，不屬於防衛過當，不負刑事責任。」規定。

³² 中共刑法第 21 條「為了使國家、公共利益、本人或者他人的人身、財產和其他權利免受正在發生的危險，不得已採取的緊急避險行為，造成損害的，不負刑事責任。緊急避險超過必要限度造成不應有的損害的，應當負刑事責任，但是應當減輕或者免除處罰。第 1 款中關於避免本人危險的規定，不適用於職務上、業務上負有特定責任的人。」

³³ 韓忠謨著「刑法原理」，自行發行，臺北，1982 年 4 月，第 147 頁；黃仲夫著「刑法精義」，自行發行，臺北，1999 年 6 月，第 96 頁。

似我國軍刑第 12 條基於國防或軍事上重大利益保護之緊急避難規定，當軍人爲制止對國家利益不法侵害之行爲，當可直接主張適用中共刑法第 21 條規定，阻卻責任。

（三）緩刑

中共刑法規定緩刑制度，指對於被判處拘役、3 年以下有期徒刑罪犯，根據其犯罪情節和悔罪表現，適用緩刑確實不致再危害社會，可宣告緩刑（第 72 條規定），而緩刑期間違反法律、行政法規或國務院公安部門有關緩刑的監督管理規定，情節嚴重，應當撤銷緩刑（第 77 條），而緩刑期限期滿未被撤銷者，原判的刑罰不再執行，並公開予以宣告；另第 449 條規定「在戰時，對被判處三年以下有期徒刑沒有現實危險宣告緩刑的犯罪軍人，允許其戴罪立功，確有立功表現時，可以撤銷原判刑罰，不以犯罪論處。」。

至於我國緩刑制度則指受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者、或前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者下列情形之一，認以暫不執行爲適當者，得宣告 2 年以上 5 年以下之緩刑（刑法第 74 條），而緩刑期滿，緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力（第 76 條）。另刑法第 93 條規定，除性侵害等罪犯應付保護管束，餘得付保護管束，惟目前軍法實務爲避免緩刑再犯，且軍事犯保護管束執行之實證證明再犯率明顯下降，致各軍事法院對於有罪判決併宣告緩刑者，緩刑期間絕大多數併予宣告付保護管束³⁴，並由地方軍事法院檢察署之觀護人執行。

兩岸軍事犯之緩刑制度最大差異，除付保護管束外，中共規定平時軍事犯未被撤銷緩刑者，僅係原判之刑罰勿庸再執行（戰時則不以犯罪論係唯一例外），非同我國，未被撤銷緩刑者刑之宣告均失其效力。何者優劣？本文認爲緩刑制度，絕大多數適用初（輕）犯，緩刑期間未被撤銷者，爲激勵緩刑人員自我改造，不被標籤爲前科犯，以利重生，將刑之宣告澈底滅失，刑之宣告失效制，實有必要。

（四）累犯

中共刑法第 65 條規定，被判處有期徒刑以上刑罰者，執行完畢或赦免後，5 年內再犯有期徒刑以上刑罰之罪者爲累犯，應從重處罰；另第 66 條規定，危害國家安全罪犯於刑罰執行完畢或赦免後，再犯危害國家安全罪，以累犯論處。而我國刑法第 47 條規定，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，加重本刑至二分之一。2005 年刑法第 49 條修正前，依軍法受裁判者不適用累犯之規定³⁵，已刪除之，現行依軍法裁判者亦有累犯之適用。兩岸最大差異在中共刑法之累犯刑罰僅規定從重，及危害國

³⁴李瑞典著「軍法觀護工作回顧與前瞻」，軍法專刊，臺北，第 52 卷第 3 期，2006 年 6 月，第 109 頁。

³⁵立法理由認違背軍律之罪，與違反常例之罪性質不同，亦猶外國審判廳之有罪審判，不得與中國審判廳之審判有罪審判同視之。

家安全罪不受 5 年以內再犯之限制，而我國則加重至二分之一，且 5 年以內再犯為唯一條件，無特定罪名之排除。

（五）假釋

中共假釋制度規定於刑法第 81 條，被判處有期徒刑，執行原判刑期二分之一以上，被判處無期徒刑，實際執行 10 年以上，如認真遵守監規，接受教育改造，確有悔改表現，不致再危害社會，可以假釋；如有特殊情況，經最高人民法院核准，可不受上述執行刑期的限制，亦可假釋；另對累犯以及因殺人、爆炸、搶劫、強姦、綁架等暴力性犯罪被判處 10 年以上有期徒刑、無期徒刑者，明定不得假釋；而由於獲假釋的軍事犯，其假釋考驗期（我國稱付保護管束期間）因軍籍之開除與否，牽涉軍事監獄和地方司法機關及安置部門銜接，操作複雜，甚至假釋犯回軍後，對於軍隊管理困擾等諸多問題，實務上假釋適用軍事犯並不普遍³⁶；另提出假釋之程序係由執行監獄，經監獄副監獄長及獄政管理等內部有關部門成立之「假釋評審委員」決定後（監獄提請減刑假釋工作程序規定³⁷），向中級以上人民法院提出假釋建議書，經人民法院組成合議庭進行審理、裁定，而假釋考驗期由法院交公安機關執行；至假釋之撤銷，係因假釋犯在假釋考驗期限內犯新罪，或雖未犯罪但有違反法律、行政法規、國務院公安部門有關假釋的監督管理規定等行為，而由公安機關向人民法院提出撤銷假釋建議。

我國假釋制度，規定於刑法第 77 條規定，受徒刑之執行而有悔改實據者，無期徒刑逾 25 年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄；惟 1. 有期徒刑執行未滿 6 個月者；2. 犯最輕本刑 5 年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪者（有稱三振法案）³⁸；3. 犯妨害性自主等罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者，不適用假釋之規定。而軍事犯之假釋聲請，係由執行之軍事監獄管教幹部及遴聘學者、專家等人組成之假釋審查委員會，通過審查者再報請國防部為假釋之准駁。准予假釋者，由軍事法院裁定交付保護管束，出監後再由軍事檢察署之觀護人執行保護管束；至假釋之撤銷，係因假釋犯在假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，於判決確定 6 月以內，撤銷假釋（刑法第 78 條第 1 項），或假釋中未保持善良品行、未服從軍事檢察官或執行保護管束者之命令等違反保安處分執行法第 74 條之 2 規定之 1—5 款行為，且情節重大者，由軍事檢察官通知軍事監獄報請國防部撤銷假釋。另從軍事監獄假釋出監之軍事犯，無論回役與否，均由軍事檢察署執行保護管束，執行上尚無困擾³⁹。

兩岸相較，我國無重大暴力犯罪不得假釋之規定，而中共則無我國新增「三

³⁶ 夏勇、徐高著「中外軍事刑法比較」，法律出版社，北京，1998 年 8 月，第 110 頁。

³⁷ 監獄提請假釋等事宜詳參中共《監獄提請減刑假釋工作程序規定》，引自我國法務部矯正人員訓練所編「各國矯正法規彙編」，臺北，2004 年 11 月，第 249 頁。

³⁸ 立法理由詳參 2005 年 2 月 2 日刑法第 77 條修正理由。

³⁹ 軍事犯之保護管束執行現況，可參李瑞典著「軍法觀護工作回顧與前瞻」軍法專刊，臺北，2006 年 6 月，第 52 卷第 3 期，第 107 頁以下。

振法案」之規定，兩者本文稱「假釋之絕對禁制性規定」，另我國妨害性自主等罪之受刑人尚待通過治療始得假釋，本文稱「假釋之相對禁制性規定」；其中假釋之絕對禁制性規定，將使受刑人喪失自我遷善動力，而監獄也因此失去促使受刑人改過自新和維護監管秩序的手段，甚至悖逆現行假釋制度之精神，有檢討必要。又假釋之准駁，中共由監獄假釋評審委員會決定後報請軍事法院決定，而我國則先由監獄假釋審查委員會通過，再報由行政部門之法務部或國防部決定；假釋之撤銷，中共由公安機關向法院提出，而我國則由軍事檢察官通知軍事監獄報請國防部辦理。兩者相較，由法院為假釋之准駁，可避免我國對於行政機關撤銷假釋究為行政處分，抑為廣義司法行為之實務爭執⁴⁰，值得參考。

（六）開放式處遇

開放式處遇指在監執行之受刑人，因符合法律之規定，而一定程度之開放其行動自由之限制，形態通常除前揭假釋外，尚有半釋放或分期執行等處遇。中共監獄法第 25 條規定，對於被判處無期徒刑、有期徒刑在監內服刑的罪犯，符合刑事訴訟法規定（指刑事訴訟法第 214 條保外就醫、孕婦或生活不能自理等情形）的監外執行條件，可以暫予監外執行，除此外，無其他開放式處遇。我國監獄行刑法第 26 條之 2 則規定，對於行狀善良，且符合該法（指為就學或職業訓練者）所列各項款情形之受刑人，得報請法務部核准外出⁴¹，惟軍事監獄近五年來尚無通過監獄行刑法第 26 條之 2 處遇之個案。

（七）刑罰裁量中的後果與情節

中共軍事刑法對於後果與情節的表述，同時在犯罪的構成要件與量刑因素兩種意義上使用，屬於犯罪構成要件者，有以下三種情況（一）明文表述「後果」為構成要件者，例如第 425 條「指揮人員和值班、值勤人員擅離職守或者怠忽職守，造成嚴重後果的」、第 427 條「濫用職權，指使部屬進行違反職責的活動，造成嚴重後果的」等；（二）明文表述「後果」同時伴有「情節」，二者均為構成要件者。例如第 443 條「濫用職權，虐待部屬，情節惡劣，致人重傷或者造成其他嚴重後果的」；（三）只有「情節」表述，且為構成要件者，例如第 432 條

⁴⁰ 法務部為假釋准駁之審查究為行政處分，抑為廣義司法行為，直接影響處分相對人是否循訴願及行政訴訟救濟或依刑事訴訟法第 484 條向法院聲明異議。按最高行政法院 91 年裁字第 1533 號、92 年裁字第 329 號裁定、93 年 2 月份庭長法官聯席會議決議及最高法院 94 年度台抗字第 8 號，均認法務部撤銷假釋處分，為廣義司法行政處分，依據行政程序法第 3 條第 2 款之規定，處分相對人不可循訴願及行政訴訟救濟，而需至檢察官指揮執行時，始得依刑事訴訟法第 484 條之規定聲請異議。惟法務部持不同意見，認撤銷假釋因係該部所為之行政處分，自有訴願及行政訴訟救濟程序之適用（民國 94 年 10 月 27 日法務通訊第六版法律問題座談參考）。另對於軍事犯之假釋，國防部（軍法司）則於 94 年 11 月 23 日以法浩字第 0940002914 號函示，認屬廣義司法行政處分，對於不服撤銷假釋處分之救濟程序，應俟指揮執行殘刑時，向軍事法院聲明異議，不得為行政爭訟暨相關事宜。

⁴¹ 監獄行刑法第 26 條之 2 規定「受刑人在監執行逾 3 月，行狀善良，合於左列各款情形之一，日間有外出必要者，得報請法務部核准其於日間外出：一、無期徒刑執行逾 9 年，有期徒刑執行逾四分之一，為就學或職業訓練者。二、刑期 2 年以下，執行逾四分之一，為從事富有公益價值之工作者。三、殘餘刑期 1 月以內或假釋核准後，為釋放後謀職、就學等之準備者。」且「受刑人有左列各款情形之一者，不得外出：一、犯脫逃、煙毒、麻醉藥品之罪者。累犯、常業犯。但過失再犯者，不在此限。三、撤銷假釋者。四、有其他犯罪在偵審中或違反檢肅流氓條例在審理中者。五、有強制工作、感訓處分待執行者。六、有其他不適宜外出之情事者。」

「違反保守國家秘密法規，故意或者過失洩露軍事秘密，情節嚴重的」、第 444 條「在戰場上故意遺棄傷病軍人，情節惡劣的」。屬於量刑因素者，有「情節嚴重」及「情節特別嚴重」二種表述，⁴²例如第 423 條「在戰場上貪生怕死，自動放下武器投降敵人的，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑；情節嚴重的，處 10 年以上有期徒刑或者無期徒刑。」、第 426 條「暴力、威脅方法，阻礙指揮人員或者值班、值勤人員執行職務的，處 5 年以下有期徒刑或者拘役；情節嚴重的，處 5 年以上有期徒刑；致人重傷、死亡的，或者有其他特別嚴重情節的，處無期徒刑或者死刑。戰時從重處罰。」、第 431 條「以竊取、刺探、收買方法，非法獲取軍事秘密的，處 5 年以下有期徒刑；情節嚴重的，處 5 年以上 10 年以下有期徒刑；情節特別嚴重的，處 10 年以上有期徒刑。」等。

至於我國軍刑尚無以「後果」用語為構成要件或量刑因素之表述，但類似有「足以生軍事上之不利益」、「致生軍事上之不利益」之表述，前者僅出現於陸海空軍刑法第 34 條，為構成要件，後者出現 10 處，可能是構成要件，可能是量刑因素不一，例如該法第 32 條「有補給或運輸武器、彈藥、糧秣、被服或其他重要軍用物品職務之人，無故使之缺乏或遲誤，致生軍事上之不利益者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑。」、第 36 條「無故不依規定使衛兵、哨兵或其他擔任警戒、傳令職務之人交接者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或新臺幣 10 萬元以下罰金；致生軍事上之不利益者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑。」；而以「情節」之表述者有「情節輕微」8 處、「情狀可憫恕」1 處、「情節重大」1 處，且悉數為量刑因素，非犯罪之構成要件，例如第 59 條「毀壞軍用工廠、倉庫……，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑。情節輕微者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或新臺幣 30 萬元以下罰金。」、第 51 條「犯前 2 條之罪（指對於長官施強暴等），其情狀可憫恕者，減輕其刑。」、第 62 條「戰時無故毀損具有歷史價值之古蹟、文物者，處五年以下有期徒刑。情節重大者，處一年以上七年以下有期徒刑。」。

伍、檢討與建議（代結論）

軍事刑法的目的在維護包括國防和部隊的建設、部隊鞏固和戰鬥力的提升及軍人合法權益的軍事法益不受侵害，然傳統軍事刑法的立法，往往因軍人係侵害軍事法益的主體，而忽略軍人合法權益亦是軍事法益的客體之一，且係軍事法益的核心價值。兩岸軍刑發展迄今，無論是絕對死刑的廢止適用，或中共的「酌情從寬原則」及我國軍民同罪同刑，不難發現，傳統「軍法從嚴原則」已經不再被奉為圭臬，且逐步修正中，或許有人認為，嚴刑峻罰可以遏止犯罪，惟誠如貝卡里爾在「論犯罪與刑罰」中所言「嚴峻的刑罰造成了這樣一種局面：罪犯所面臨的惡果越大，也就越敢於規避刑罰。為了擺脫對一次罪行的刑罰，人們會犯下更多的罪刑。刑罰最殘酷的國家和年代，往往就是行為最血腥、最不人道的國家和年代。」⁴³筆者認為刑罰目的既不在摧殘折磨罪犯，更無法消滅業已犯下之罪行，

⁴² 綜觀中共刑法量刑因素中的情節，通常有 5 個等級，從輕到重，分別為情節較微、情節較輕、基本情節、情節嚴重或情節惡劣、情節特別嚴重或情節特別惡劣，惟其軍事刑法則僅有前揭後二種情節表述。

⁴³ 義大利的貝卡里爾（Cesare Beccaria）著「論犯罪與刑罰」，黃鳳譯，中國法制出版社，北京，2002

對於兩岸在建構維護軍人合法權益的趨勢中，從善如流，殊值肯定。除此，軍事刑法之優劣，難以採單列或合體的立法形式評價，如前所述，關鍵在軍事法益的核心是否週延保護。綜整前揭研究所得，本文提列兩岸共通性的問題並佐以先進國家之法例，粗略建議如下，以代結論。

一、落實罪刑規定的明確性

刑法中的明確性原則是現代罪刑法定主義的基本要求，源於美國「由於不明確而無效」的憲法判例，由於法律的含糊留下廣闊的疑問，如果範圍無人能夠預見，其後果將無法預測，所以法治國家在立法實務上，認為法規之明確程度，必須足以表明何種行為應負刑責，甚至有主張，若使「通常智力之人」必須猜測法規之含意並在適用上產生不同意見時，即所謂「不確定法律概念」，而違反明確性原則；此原則並直接影響德國、日本等國刑法之發展⁴⁴，也由於兩岸刑法相當程度承繼德、日並受世界潮流影響，而分別將罪刑法定原則在刑法中以法條明確規範，以確立刑法的明確性原則；然綜觀兩岸軍刑的條文規定，我國使用「情節輕微」或「情節重大」，中共使用「嚴重後果」、「情節惡劣」、「情節輕微」、「情節重大」等不確定法律概念之表述用語，尤其中共將「後果」及「情節」等用語，做為軍刑犯罪之構成要件，明顯悖於刑法的明確性原則，而違罪刑法定主義。本文以為上揭表述用語並非不能使用，惟應將該法律概念再加以明確化，建議可參考德國、義大利或奧地利等國之立法例：

（一）德國：德國軍事刑法第 2 條第 3 項明定「所謂嚴重後果指危害德意志聯邦共和國安全，削弱軍隊戰力，危害他人身體或生命或他人之貴重物品。」而「嚴重後果」再適用法條之構成要件或量刑要件上，例如該法第 19 條規定「1.不服從命令，且由此至少過失地造成嚴重後果（第 2 條第 3 項）處 3 年以下有期徒刑；2.未遂犯，處罰之；3.情節特別嚴重，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。行為人因其行為具備下列情形之一者，為情節特別嚴重：1.因過失致德意志聯邦共和國的安全或軍隊戰力遭受嚴重不利危險；2.過失致他人死亡或重傷。」；又例如第 30 條（虐待罪）、第 31 條（非人道對待下屬罪）規定，對於情節特別嚴重為加重處罰規定（6 個月以上 5 年以下），而情節特別嚴重之解釋，更於上開條文第 3 項揭指行為人屢次對下屬實施虐待行為或非人道行為⁴⁵。

（二）義大利：義大利軍事刑法典有關軍事犯罪的情節，無論加重或減輕情節均為量刑情節，且分為下列四類⁴⁶：

1.一般加重情節，規定於總則第 47 條，指下列五種情形：1.罪犯負有應付某一危險的特殊法律義務，但因害怕此危險而實施犯罪；2.罪犯被授予某一官銜或指揮權；3.使用軍事裝備或在執行軍事任務期間，或在軍用船舶或軍用飛機上實施犯行；4.當著 3 名以上軍人面或在足以造成公共醜聞的地

年 9 月，第 50、51 頁。

⁴⁴ 翟中東著「刑罰個別化研究」，中國人民公安大學出版，北京，2001 年 9 月，第 245 頁。

⁴⁵ 徐久生、莊敬華譯「德國刑法典」，中國方正出版社，北京，2004 年 1 月，第 237、242、245 頁。

⁴⁶ 黃鳳譯「義大利軍事刑法典」，中國政法大學出版社，北京，1998 年 5 月，第 18、19、73 頁。

點實施犯罪；5.軍人在外國境內執行任務或穿著軍服包括不正當地穿著軍服時實施犯罪。

2.一般減輕情節，規定於總則第 48 條，指 1.在履行軍事義務時，出於過份激情而實施犯罪；2.在單純軍事犯罪的情況下，實施行為的軍人服役時間尚不滿 30 日；3.由於其他軍人所採用的不正當方式而實施行為；4.實施犯罪的軍人品行端正並且確為人才，對於軍事犯罪的處罰可予減輕。

3.特殊加重情節，散於分則條文，例如第 187 條規定「在前條（暴力抗命）規定情況下，如果受侵害的上級是部隊指揮官或負責執行任務的軍人或崗位負責人，可以加重處罰。」、第 227 條第 3 項規定「對軍事組織、軍事行政機關或軍事司法機關造成誹謗侵害，加重處罰。如果實施前條（在不具間諜目的情況下洩漏機密情報）規定的罪犯因職務或服役原因而獲知該條列舉的情報，或行為採用任何公開性手段實施的，加重處罰。」。

4.特殊減輕原則，散於分則條文，例如第 176 條規定「對於以上兩條規定（第 176 條、第 177 條）的犯罪是因對上級的非正義行為產生憤懣而立即實施，並且這種非正義行為表現為對下級實施暴力或其他嚴重侵害，所規定刑罰減為三分之一至一半。」。

（三）奧地利：奧地利聯邦共和國軍事刑法第 2 條第 4 項明定「重大不利，是指降低聯邦軍隊戰鬥力，危及戰鬥目的的人員或物質缺乏，或 40000 歐元以上的財產損失。」；第 7 項明定「重要報告，是指士兵的勤務報告、軍事上的重要事實、消息和計畫，或根據其特點，不報、誤報或遲報，顯然會危及聯邦軍隊履行其任務。」；第 8 項明定「重要命令，是指涉及軍事上的重要事實、消息和計畫的命令，且根據命令的特點，不能及時和正確執行該命令，顯然會危及聯邦軍隊履行其任務。」；第 14 條規定「過失實施第 24 條（耽誤值勤）所述行為，因此危及他人生命、健康或身體安全，或導致其他重大不利後果（第 2 條第 4 項），處 1 年以下有期徒刑。」⁴⁷

二、增加刑罰種類多樣性及替代性

刑罰種類的多樣性及替代性，可使法官及執法者有充分的司法空間考慮罪犯情況而運用適當刑罰，以實現罪犯矯正回歸社會的刑罰目的，特別是對犯行輕微，惡性不大者，設立多樣化刑罰及替代方式，更有必要性。惟綜觀兩岸軍刑有關刑罰之種類尚嫌不足，且不符西方先進國家軍事刑法刑罰種類多於普通刑法刑罰種類之法例⁴⁸。尤其中共對於軍事刑罰欠缺罰金刑，又無易科罰金、易服勞役或勞動服務等替代制度，執行期間更是缺乏開放性處遇規範，且軍事犯之假釋又因實務上恐置於營內監督不便等因素，而怠於適用等諸多問題，均待檢討改進。而我國軍法實務對於義務勞務及因就學或職業訓練而准予開放式處遇，尚未能有效落實，且無外出制或週末拘禁制等半釋放及分期執行等更為積極之開放式處遇規定。茲就軍事刑法刑罰種類之具體建議臚列如下：

⁴⁷徐久生譯「奧地利聯邦共和國刑法典」，中國方正出版社，北京，2004 年 1 月，第 153、159 頁。

⁴⁸夏勇、徐高著「中外軍事刑法比較」，法律出版社，北京，1998 年 8 月，第 80 頁。

（一）增加禁閉、管訓、檢束、開除軍籍等刑罰種類

禁閉、管訓、檢束等人身自由限制之懲處，目前規定於陸海空軍懲罰法，係現役軍人過犯之懲處種類，惟因上揭懲罰權係由軍事長官裁量，有違憲法第 8 條第 1 項人身自由應由法院依法定程序為之之司法權核心，鑑此，目前行政院已積極完成陸海空軍懲罰法草案送立法院，將禁閉、管訓、檢束等涉及人身自由限制的懲罰種類修正為輔導教育、悔過，並仿德國懲戒法庭，改由軍事法院設置之懲罰法庭裁定⁴⁹，此一變革，似對我國人權治國信念有正面積極印象，惟本文以為，軍事懲罰之所以存在，係因軍人服從、軍紀嚴格、軍令迅速、軍隊機動等各種特性需要⁵⁰，軍事懲罰法庭設置，恐將削弱權力分立中具有濃厚行政權色彩的軍事領導統禦權力，且賦予被告有權決定需不需要法院依冗長的法定程序為之，始為司法之核心價值。禁閉、管訓、檢束等短期人身自由限制，通常係營內執行，被告免予進入監獄大染缸，且為維軍紀，如有其不可替代之必要，解決方向，除前揭懲罰法庭之建構外，或可從以下思維檢討：1.刪除陸海空軍懲罰法限制人身自由之禁閉、管訓、檢束等懲處種類，移列陸海空軍刑法之刑罰種類，除可增加軍事刑罰之多樣性，賦予軍法官更寬廣的個別化考量外，亦能解決上揭違憲疑慮；2.或可參考美國「不付審理懲處」（Nonjudicial Punishment）制度⁵¹，仍保留前揭人身自由之懲處種類，由指揮官對於輕微犯罪（侮辱長官）、未牽涉被害人的犯行（衛哨兵失職）等，由指揮官決定處以禁閉等懲處，同時賦予被告有權自行決定受處分或要求由軍事法庭裁判，尚非如現行陸海空軍懲罰法修正草案概由軍事懲罰法庭裁定。

另義大利軍事刑罰中，軍事附加刑有開除軍籍⁵²、停級及公布處罰判決等刑罰（義大利軍事刑法第 24 條），亦值兩岸增列軍事刑罰種類之參考。

（二）增加並善用刑罰替代性

中共軍事刑罰應增加易科罰金、易服勞役、義務勞務等替代制度，且緩刑及假釋考驗期間可參考我國《辦理軍事監獄收容人假釋交付保護管束案件應行注意事項》之規定執行保護管束。而我國軍法實務對於義務勞務及現有就學、職業訓練之開放式處遇未能落實，亦應澈底檢討。另由於世界各地社會結構、文化發生劇變，犯罪率上升，監獄人滿為患的結果，收容處所儼如成為新的犯罪製造所，而開放式處遇在誘導、鼓勵罪犯自勵自新及解決監獄人力物力負擔方面頗具成

⁴⁹ 國防部網頁，陸海空軍懲罰法修正草案之說明，另本草案業於 2006 年 3 月 15 日行政院第 2982 次院會審議通過，並於 2006 年 3 月 21 日函請立法院審議。

⁵⁰ 李瑞典著「武職公務員懲戒之研究—從公懲會（八八）鑑字第八八二一號議決談起」，軍法專刊，臺北，第 50 卷第 9 期，2004 年 9 月，第 43 頁。

⁵¹ 美國軍人過犯懲罰制度，詳參周元漸主持「軍人過犯懲罰之研究—以人身自由限制為中心」，國防部人力司九十二年專案研究計畫報告，臺北，2003 年 7 月，第 57 頁以下。

⁵² 西方民主先進國家對於開除軍籍、撤職、停職、停級等資格刑，有規定為行政懲處種類，有規定為刑罰種類不一，其中開除軍籍通常指剝奪罪犯軍人身份及在軍中從事任何服務、職務或勞務權利，甚至剝奪勳章、退休金及以前提供服務而應享受的相應權利，其屬刑罰種類有法國、加拿大、美國、英國、義大利等國，而德國及中共則歸屬為紀律罰。詳參夏勇、徐高著「中外軍事刑法比較」，法律出版社，北京，1998 年 8 月，第 92、93 頁。

效，已為世界各國獄制發展新趨勢⁵³，所以兩岸軍事刑法除應落實現有刑罰替代性之機制外，更有加強開放式處遇形式多樣化之必要，舉如工作外出制、學習外出制、週末拘禁制等。茲就替代性刑罰可參考之立法例，列舉如下：

- 1.德國：德國軍事刑法第 11 條規定，罰金可替代刑事禁閉，例外只有在士兵犯罪，為維持軍紀下，不得科處罰金刑（第 10 條），第 12 條則規定為維持軍紀必要，刑事禁閉可替代自由刑⁵⁴。另德國監獄執行法第 11 條規定，受刑人執行放鬆管制有（1）機構外於監視下能規律從事工作或無管理人員監督情況下自由行動；（2）在白天時段之監督下或無管理人員之監督離開機構；（3）無脫逃之虞或濫用放鬆管制從事違法時，可經由受刑人之同意實施放鬆管制。或同法第 13 條受刑人 1 年可以被給予 21 天之假期、第 15 條釋放前 3 個月內得准 1 週之特別外出假等規定⁵⁵。
- 2.美國：依美國聯邦監獄政策說明書規定，一定資格之受刑人可以下列目的，獲准給假：（1）因直系家屬死亡或病危急須返家探親或參與協助家務者；（2）基於所在監獄無法醫治者；（3）為完成出獄後之計畫，諸如拜晤未來雇主，覓租適當住所或因赴校註冊等事由；（4）擬赴監外參加 30 日以下之技藝訓練時；（4）擬參加家庭或鄰近社會之宗教、教育、社會、育樂活動，監獄當局認為是類活動直接有助於人犯出獄後社會之輔導時⁵⁶。

三、提高刑罰的裁量與執行個別化

刑法個別化指根據犯罪的個別情況適用刑罰，其不僅要求刑罰裁量要考慮犯罪及罪犯的具體情況，更包括刑罰執行及刑罰的制定，而刑罰的制定，由立法者增加刑罰種類的多樣性及替代性，悉如前述，以下就刑罰的裁量與執行概述如下：

（一）刑罰裁量個別化

1950 年海牙舉行的國際刑法及監獄會議，會議中討論並決議事項，其中之一，認為判決前的被告人格調查具有相當意義，會後，更多國家開始推行判決前的人格調查制度，以為刑罰裁量個別化之憑據。以美國為例，緩刑資格資料調查制度的基礎上最早建立被告判決前的人格調查制度，有利法官在裁量刑罰上做出正確判決，其人格調查主要有以下項目：（1）目前的罪刑；（2）犯罪史；（3）家史；（4）教育程度；（5）就業史；（6）兵役史；（7）目前經濟狀況；（8）醫療史；（9）心理與精神狀態評估⁵⁷；尤其對於人格調查項目應逐項確實調查。我國雖有刑法第 57 條規定判決審酌一切情狀，並條列犯罪之動機、目的、所受刺激及行為人之生活狀況、品行及智識程度等 10 款科刑輕重之標準，惟該規定之項目，並非完全著重罪犯人格調查，尚與人格調查制度有別，若無完善人格調查制度予以規範，對於刑罰之裁量，恐難能有適切審酌。本文認為要使法官適切審酌，有建立人格調查制度，完善心理調查專業人員之配套建置，且軍事犯人格調查項

⁵³ 郭成傳主編「外國司法制度概要」，江蘇人民出版社，南京，2001 年 1 月，第 297 頁。

⁵⁴ 徐久生、莊敬華譯「德國刑法典」，中國方正出版社，北京，2004 年 1 月，第 239 頁。

⁵⁵ 法務部矯正人員訓練所編「各國矯正法規彙編」，臺北，2004 年 11 月，第 662 至 664 頁。

⁵⁶ 法務部矯正人員訓練所編「各國矯正法規彙編」，臺北，2004 年 11 月，第 639 頁。

⁵⁷ 翟中東著「刑罰個別化研究」，中國人民公安大學出版，北京，2001 年 9 月，第 114 頁。

目，應包括違反軍紀記錄、原因等在營情狀項目。

（二）刑罰執行個別化

由於罪犯執行期間不允許適用假釋，將使部分罪犯喪失改過遷善機會，立法規範應予避免澈底摧毀假釋制度在使罪犯自我改造動力的價值，而係根據犯罪具體情況，對不同罪犯規定不同的假釋資格，基此，兩岸前揭重大暴力犯及三振法案等假釋絕對禁止性規定，宜檢討廢止，惟可適度提高其執行門檻，相關修正可參考義大利、俄羅斯之立法例：

- 1.義大利：義大利刑法第 176 條規定，初犯執行二分之一且超過 30 個月，累犯執行四分之三且超過 4 年；而義大利軍事刑法第 71 條規定，被判處 3 年以上，執行二分之一，累犯四分之三，餘刑不超過 3 年，可以假釋⁵⁸。
- 2.俄羅斯：俄羅斯刑法第 79 條第 3 項規定，服滿以下刑期人得假釋（1）因輕罪或中等嚴重之罪，不少於刑期二分之一；（2）因嚴重之罪，不少於刑期三分之二；（3）因特別嚴重之罪，及曾撤銷假釋再犯，不少於刑期四分之三。⁵⁹

「他山之石，可以攻錯」，基此，本文對於兩岸軍刑相關檢討及建議無意批判或否定現制，目的希望有志軍事法學研究者，對於軍事刑法之法制思辨能更加多元，由於筆者學值尚淺，所提粗略建議，亦祈賢達教正。

⁵⁸黃鳳譯「義大利軍事刑法典」，中國政法大學出版社，北京，1998 年 5 月，第 28 頁

⁵⁹翟中東著「刑罰個別化研究」，中國人民公安大學出版，北京，2001 年 9 月，第 279、280 頁。