

【現役軍人犯罪之審判及論罪】

臺灣高等法院高雄分院 112 年度軍上訴字第 1 號刑事判決（112 年 9 月 21 日）

一、本件簡要犯罪事實及判決結果：

向○恩歷任陸軍金門防衛指揮部金門守備大隊上校大隊長、陸軍步兵 206 旅上校副旅長、陸軍裝甲 564 旅上校副旅長、陸軍第八軍團指揮部作戰處上校副處長及陸軍步兵訓練指揮部作戰研究發展室上校研究教官等軍職，竟於擔任軍職期間，透過退役軍人邵○強（另案審理）之引介，接受中華人民共和國人民解放軍東部戰區所轄中國共產黨廈門市人民政府第四辦公室官員之吸收，宣示效忠中華人民共和國，允諾將於戰時為中華人民共和國為違背職務之行為，並自 108 年 10 月 31 日起至 111 年 1 月 20 日止，按月收受現金 4 萬元之賄款（共計收賄 56 萬元），且為表達效忠之決心，於 108 年 10 月 2 日及 109 年 1 月 12 日先後親筆簽署載有：「本人向○恩，在此宣誓，本人支持兩岸和平統一，未來也會在自己的工作崗位上盡力為祖國為組織效力，早日完成和平統一神聖光榮的使命。立誓人向○恩」及「本人向○恩，在此宣誓支持兩岸和平統一，效忠祖國，一旦兩岸發生戰爭，本人會在自己的工作崗位上，盡自己能力為祖國效力，完成和平統一的光榮使命。立誓人向○恩」等誓言之誓約書各乙份，託邵○強攜回上繳與前開辦公室之官員審核並表忠。本件由臺灣高雄地方檢察署提起公訴，經臺灣高雄地方法院 111 年度訴字第 779 號刑事

判決諭知向○恩犯貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂罪，雖檢察官及被告均提起上訴，惟均經本判決諭知駁回。向○恩亦因涉犯本案，於 112 年 2 月 1 日遭免職。

二、本案法律爭點：

現役軍人非戰時犯罪，有無陸海空軍刑法之適用？

三、本案論罪法條：

向○恩於行為時為現役軍官，具有刑法公務員身分，惟起訴書之所犯法條及歷審判決書之論罪理由均僅論以貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂罪，而未見論以陸海空軍刑法之相關罪名。

四、評析：

(一) 現役軍人犯罪之審判權歸屬：

102 年 7 月發生之洪仲丘事件促成軍事審判制度的重大變革，軍事審判法於同年 8 月 13 日即修正公布，此後關於現役軍人非戰時犯罪，均由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰。以下即以洪仲丘事件之發生前、後作為分野，歸納軍事審判制度之演變如下：

1. 事件發生前

依 102 年 8 月 13 日修正前之軍事審判法第 1 條第 1 項規定：「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之，其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，亦同。」及 102 年 8 月 21 日修正前之國家安全法第 8 條第 2 項規定：「現役軍人犯罪，由軍法機關追訴審判。但所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而屬刑法第六十一條所列各罪者，不在此限。」，可知此時期之現役軍人犯罪，若為戰時，不論其所犯罪名為何，一律依軍事審判法追訴、處罰；若非戰時，僅限於犯陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，且又屬刑法第 61 條所列各罪者，始由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰，其餘均依軍事審判法追訴、處罰。

2. 事件發生後

依 102 年 8 月 13 日修正後之軍事審判法第 1 條第 1 項規定：「現役軍人戰時犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法追訴、處罰。」、同條第 2 項規定：「現役軍人非戰時犯下列之罪者，依刑事訴訟法追訴、處罰：一、陸海空軍刑法第四十四條至第四十六條及第七十六條第一項。二、前款以外陸海空軍刑法或其特別法之罪。」及搭配國家安全法第 8 條第 2 項之刪除，可知目前現役軍人犯罪，限於戰時犯陸海空軍刑法及其特別法之罪，始依軍事審判法追訴、處罰，其餘均由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰。易言之，現役軍人於戰時犯陸海空軍刑法及其特別法以外之罪、或於非戰時犯任何之罪，均由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰。

又依軍事審判法第 5 條第 2 項：「犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判。」之規定，可知無論洪仲丘事件發生之前或之後，現役軍人犯罪而應依軍事審判法追訴、處罰者，尚須以其犯罪在任職服役中即遭發覺為限，若在離職離役後始遭發覺者，縱原應依軍事審判法追訴、處罰之案件，亦應改由普通法院依刑事訴訟法追訴、處罰。至同條第 1 項：「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。」之規定，係針對犯罪時尚未具有軍人身分之情形，解釋上並非嚴格意義之「現役軍人犯罪」。

(二) 現役軍人犯罪之法律適用：

本案向○恩於行為時為現役軍官，既屬現役軍人犯罪自應優先適用陸海空軍刑法，何以起訴書及歷審判決書之所犯法條均未見論以陸海空軍刑法之相關罪名？究係有意排除適用、抑或漏未引用？就此，應先釐清陸海空軍刑法及其特別法之規範內容：

1. 陸海空軍刑法

按陸海空軍刑法之立法體例，兼採「軍人犯主義」及「軍事犯主義」，除以違背軍事義務之軍事犯罪行為為主要規範內容外，並因軍人亦負有一般國民及社會責任，為維護軍事安全、軍紀管理及社會治安，對於觸犯刑法或其他法律之部分犯罪行為，按其犯罪性質，有納入陸海空軍刑法，依軍事審判程序追訴處罰之必要。故陸海空軍刑法於第二篇分則中明定「純粹軍事犯」之處罰，另設第三篇附則，就「非純粹軍事犯」亦加以處罰；其中第 76 條規定「現役軍人犯刑法下列各罪者，除本法另有規定外，依各該規定處罰」即係將刑法之處罰規定，引置為陸海空軍刑法之處罰，並以「現役軍人」為界定審判權之範圍。亦即現役軍人犯陸海空軍刑法第 76 條所列之刑法各罪者，祇要發覺在任職服役中，即應依軍事審判法第 1 條第 1 項前段、第 5 條之規定，由軍事法院審判（最高法院 93 年度台非字第 241 號刑事判決參照）。可知陸海空軍刑法第 76 條在法律架構上雖設在本法第三篇之附則，且條文內容亦屬觸犯刑法之犯罪行為，惟實係為彰顯「軍人犯主義」所刻意引置刑法之獨立構成要件，為整部陸海空軍刑法之一部。

2. 陸海空軍刑法之特別法

承前所述，陸海空軍刑法包括第二篇分則之「純粹軍事犯」及第三篇附則之「非純粹軍事犯」。就「純粹軍事犯」而言，若以同法第 20 條第 1 項：「洩漏或交付關於中華民國軍事上應秘密之文書、圖畫、消息、電磁紀錄或物品者，處三年以上十年以下有期徒刑。戰時犯之者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。」及第 2 項：「洩漏或交付前項之軍事機密於敵人者，處死刑或無期徒刑。」之洩漏軍事機密罪為例，對照同以洩漏或交付為構成要件行為而刑度更重之國家情報工作法第 30 條第 1 項：「違法洩漏或交付第八條第一項之資訊者，處七年以上有期徒刑。」及同法第 30 條之 1 第 1 項：「從事間諜行為而洩漏或交付第八條第一項之資訊於外國勢力、境外敵對勢力或其工作人員者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；所洩漏或交付為第八條第一項以外應秘密之資訊者，處七年以上十年以下有期徒刑。」之洩漏國家情報罪等相關規定，後者應堪謂前者之特別法。

另就「非純粹軍事犯」而言，延續陸海空軍刑法第 76 條第 1 項之各款引置刑法規定，同條第 2 項規定：「前項各罪，特別法另有規定者，從其規定。」之意旨，將使得作為被引置之法律即刑法之特別法均成為本條之特別法。惟範圍並非漫無限制，實務見解曾認：兒童及少年性交易防制條例第 22 條第 2 項並非刑法妨害性自主罪章之特別法，故無陸海空軍刑法第 76 條第 2 項、第 1 項第 7 款之適用（最高法院 100 年度台非字第 79 號刑事判決參照）、性騷擾防治法第 25 條第 1 項之性騷擾罪並非刑法妨害性自主罪章所定加重猥褻罪之特別法，故無陸海空軍刑法第 76 條第 2 項、第 1 項第 7 款之適用（最高法院 102 年度台上字第 3457 號刑事判決參照）。

(三) 簡評本案之論罪：

本案起訴之犯罪事實，是以向○恩於現役軍職任內宣示效忠中華人民共和國，允諾將來於戰時為中華人民共和國為違背職務之行為，並按月收受現金 4 萬元之賄款，且簽署誓約書以表達效忠之決心作為主要之行為事實，顯見本案依既有事證並未認定向○恩有進一步做出洩漏或交付軍機、情報等行為，故此部分未納入起訴事實；另縱簽署誓約書承諾效忠，亦認非屬投敵行為，故起訴書之所犯法條僅列載貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂罪，而未見同時論以陸海空軍刑法第 24 條之投敵、降敵罪。應係認本條為最輕本刑 10 年以上之重罪，故將之限縮於戰時始有本罪適用，是本案當亦無同條第 4 項之預備犯或陰謀犯規定之適用。是以，承前開 (二) 所述，本案向○恩所為係「非純粹軍事犯」，與「純粹軍事犯」無涉。

承此，現役軍官向○恩於非戰時犯對於違背職務之行為收受賄賂罪，並在任職服役中被發覺，依軍事審判法第 1 條之規定，應依刑事訴訟法追訴、處罰。而對於違背職務收受賄賂之行為，乃犯刑法瀆職罪章之罪，屬「非純粹軍事犯」，應適用陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 2 款之規定，依各該規定處罰之，又因行為同時該當貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之公務員對於違背職務之行為收受賄賂之構成要件，故應再依陸海空軍刑法第 76 條第 2 項之規定，從其特別法之規定。從而，本案之完整論罪法條理當應為「陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 2 款、第 2 項、貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款」，本案起訴書及歷審判決書卻均僅引用貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之罪名，而未見同時引用陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 2 款、第 2 項規定，似乎認為現役軍人只要非於戰時犯罪，即無陸海空軍刑法之適用。然實務見解曾就與本案類似之行為事實謂：「公訴意旨就被告犯利用職務機會詐取財物及行使登載不實公文書部分，漏未引用陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 2 款、第 4 款、第 2 項規定；...」（臺灣高等法院 110 年度軍上訴字第 7 號刑事判決參照）。又此漏未引用陸海空軍刑法第 76 條規定之情事，亦經最高法院認屬判決適用法條不當之情形（最高法院 107 年度台上字第 1642 號刑事判決參照）。是以，非戰時軍事審判於現階段雖均由普通法院取代，惟現役軍人於非戰時犯罪者，仍應先適用陸海空軍刑法之相關規定，其程序面審判權之歸屬與實體面法律之適用應屬二事。

(四) 結語

軍事審判權之認定為早年研讀刑事訴訟法之傳統議題，涉及犯罪時是否具有現役軍人身分、犯罪時是戰時或非戰時、所犯是否為陸海空軍刑法或其特別法之罪、乃至於犯罪後遭發覺時是否仍在任職服役中等諸多要件之考量，然隨著洪仲丘事件發生後，非戰時軍事審判一律回歸普通法院之運作結果，前開諸多要件內涵亦逐漸為人所忽略。在軍事審判回歸普通法院 10 年後的今日，國際情勢已悄然轉變，烏俄戰火綿延的同時又爆發以哈衝突，位處美中對抗夾縫的臺灣為因應時局，已決定明年開始將義務兵役延長為 1 年役期，日後現役軍人犯罪之案件數量恐漸增多，司法如何在個案偵審中體現軍事法律之規範特性，成為整體國防戰力提升之法律後盾，實為職司偵審實務工作者所不容輕忽之課題。

