

刑法公務員概念初探



德國刑法公務員概念之發展與檢討 —以公務員職務犯罪為詮釋核心

柯 耀 程*

目 次

壹、引言

貳、德國公務員職務犯罪的演變

一、職務犯罪類型的演變與介紹

二、修法刪除或移置之類型

參、德國刑法公務員概念解析

一、概念的變革

二、現行法公務員的概念類型

三、排除公務員概念的類型

肆、他山之石的啟示

關鍵字：公務員，公務人員，職務犯罪、公法職務。

Schlüsselwörter： Amtsträger, Beamte, Straftat im Amt, öffentlich rechtlicher Dienst.

Keywords： the public servant, duty crimes, public duty.

* 柯耀程，國立中正大學法律學系教授，德國慕尼黑大學法學博士。



摘要

德國於 1974 年刑法修正將公務人員的概念，統合在公務員的概念下，就主體判斷的範圍而言，並非有所限縮或是擴張，蓋既有公務人員概念下的行為主體，對於判斷職務犯罪的行為主體而言，並無改變，其僅是將原本在公務人員概念下，具有意義模糊的概念，作更為明確的規範而已。但重要的並非公務員概念的範圍，而是職務犯罪的類型。德國刑法雖擴張公務員的概念，卻也同時檢討並精簡職務犯罪的類型，畢竟公務員概念僅是職務犯罪行為主體的前提要件而已，並非直接做為職務犯罪的主體要件。

The development and the survey of the concept of the public servant in German Criminal Law

Ke, Yaw-Cheng

Abstract

German Criminal Law was amended in 1974 and made some amendment about the concept of the public servant. As far as the range of judgment about the actor was concerned, it didn't limit or extend the range because of that the amendment merely made the unclear concept of the public servant to be much more definite. The type of duty crimes but not the range of the concept related to the public servant is important. Although German Criminal Law extended the concept of the public servant, it also examined and simplified the type of duty crimes because the concept of the public servant is merely the premise condition but not the subject condition with the actor in duty crimes.

Auszug

Der Gesetzgeber Deutschlands hatte den Begriff des Subjekte von den Amtsverbrechen statt den Beamtenbegriff ins Amtsträger reformiert. Im Sinne des Handlungssubjekts erklär die Begriffsreform nicht die Ausweitung oder die Einschränkung des Begriffsbereichs, sondern die Vereinheitlichung der Begriffsbestimmung. Der Geltungsbereich des frühere Beamtenbegriffs bleibt unberührt. Entscheidend für die Amtsverbrechen ist nicht der Begriff des Amtsträgers, sondern das einzige Forderung des Handlungssubjekts bei dem Typ des Tatbestands. Die deutsche Gesetzreform entlarvt zwei wichtige Bedeutungen: 1. die Vereinheitlichung der Begriffbestimmung für die Straftaten im Amt.; 2. die Einschränkung und Reinheit der Straftaten im Amt. Sogar hatte der Gezetzegeber die Bestimmung des Amtsträgerbegriffs Ausweitung gemacht als frühere Fassung, nämlich die Ausweitung des Amtsträgerbegriffs, aber er hatte zugleich die Typen des Amtsverbrechens neu ausgerichtet, die nicht echte Amtsverbrechen wegfallen zu machen. Eigentlich ist der Begriff des Amtsträger nur eine gemeinsame Voraussetzung für die Amtsverbrechen, er spielt aber nicht die entscheidene oder einzig notwendige Rolle.

壹、引言

檢視法制先進國家的法律概念，對於其概念的變革與法制發展的意義，必須探尋其法制進展過程的軌跡，同時也必須對於法律修正的立使背景及社會狀態，作若干程度的理解，方能較為精準地掌握住概念的發展，以及法制的演進。在檢視德國公務員概念之前，必須先建構一個概念認知與檢討的目的性思維，亦即為何要檢討德國刑法關於公務員的概念？此一概念在其刑法中的作用為何？唯有瞭解概念的意義與其作用的目的，方能顯現出檢視他山之石的效應。

欲檢視德國公務員概念，以及其作為職務犯罪主體的類型關係，必須先從行為人所為行為的根本意義說起。刑法因受到啟蒙思想的深遠影響，現代民主自由國家的法律制度，多遵循法治國思想；在刑事法制上，又受法定原則的規範，評價對象均確認為行為，是以現代刑法多採行為刑法¹。其主要意義者，乃在於一方面刑法規範既是作為人類行為客觀的評價標準，則其評價必須是對於客觀對象為之，而非作任何主觀或恣意之判斷；另一方面為避免對於人類思想恣意加以箝制，而形成如納粹刑法的惡果，故以人類內在意思活動而展現於外之行為作為規範對象，如雖有意思的形成，但卻未有意思之展現時、或是雖有對外之舉止發生，但欠缺意思的引導，則仍不得謂為刑法評價之對象。惟刑法學理發展至今，雖有一定輝煌之成果，但其

中仍舊交雜著相當多令人質疑的問題。可以確定的是刑法對於其所欲規範之對象，經過長期之辯證，已經相當明確地確認係以行為作為規範的對象，亦即刑法已經確認為行為刑法，而不是行為人刑法或人格刑法、亦不是思想刑法，進而整個刑法學理的發展，乃圍繞在作為評價對象的行為。

在行為刑法的基本理念上，固然無行為即無犯罪可言，但若反問是否有行為即直接得以落入評價的範圍中？此一問題在若干規定上，例如一般犯（Allgemeindelikte）的類型因其並未特別強調行為主體之要求，故而判斷上似乎不成問題；但如涉及必須要求特定行為主體資格的類型，例如特別犯（Sonderdelikte）的類型時，馬上發生疑義，蓋針對要求行為主體資格的類型，除對於造成規範侵害關係的行為之外，在判斷其不法內涵的程度時，尚需關注與要求行為主體的一定資格，而此種要求特定行為主體資格，作為犯罪判斷的基礎類型者，行為主體的特定資格，在犯罪形成的判斷上，究竟是屬於犯罪成立或刑罰加重的專屬性規定？抑或是作為揭示不法行為特殊性的前提條件？換句話說，犯罪成立要求一定的行為主體資格者，此種特定的主體要求，究竟是具有獨立成罪或獨立作為刑罰形成與加重的條件？或者是對於特定的行為類型，僅能由特定的行為主體，方得以加以實現？

欲辯證此一問題，必須先回到刑法法定原則的基礎要求說起，在法定原則下，刑罰

¹ 現代的行為概念係源自於十九世紀刑法學的逐漸發展，而黑格爾（G.W.F. Hegel）被視為「刑法行為概念之父（Vater des strafrechtlichen Handlungsbegriffs）」，黑格爾稱有意識行為方為歸責之行為。Vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Nachdruck 1973, §117. Auch Roxin, Strafrecht AT Bd. I, 3. Aufl., S. 180; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., S. 126ff.

² 關於行為主體在構成要件定位的問題，參照柯耀程，〈論行為主體於構成要件定位問題〉，收錄於《刑法的思與辯》，元照出版，2003年12月，175頁以下。



前提的可罰性形成，必須由行為人所形成的意思，透過對外展現的形式，即行為形式予以揭露，方具有刑法可罰性的問題存在，刑法不能也不應以特定人作為成立犯罪的規範對象，更不能以歧視性的角度，將特定人遽然入罪。因此，刑法既不能單純以人的特定資格，作為犯罪成立的條件，自然有不能以人的身分資格，作為刑罰形成乃至加重的事由³。因而刑法的評價對象，必須限定在行為上，亦即「無行為・無犯罪」，犯罪類型有特別對於行為主體的要求者，其主要的功能，並不在於以行為主體作為犯罪成立的判斷，而是在於以行為主體作為特定行為形式的前提條件，唯有此種行為主體，方得以實現犯罪類型所要求的行為形式，或者是唯有特定的行為主體，其所為的特定行為，方屬於刑罰所要加以規範的對象，真正刑法犯罪成立判斷的基礎，不論是一般犯或是特別犯，其核心的焦點，均在於行為，不在行為主體，即使犯罪類型有行為主體的特定，其犯罪成立與否的思考，亦非，即使犯罪類型有行為主體的特定，其犯罪成立與否的思考，亦非在於特定行為主體的資格，而是在以此一主體資格所設定的特定行為之上。故而，即使是特別犯類型，對於行為主體作資格的限定，刑法所要加以規範者，並非單純以此行為主體資格為基準，而是以該主體所為之行為，作為成罪與否判斷的核心，換句話說，特別犯的犯罪行為類型，乃社定以特定的行為主體，方得以實現的行為，作為成罪規範的基準。此種類型又以公務員職務犯罪的結構，為典型之型態。

我國刑法 2005 年修正後，對於要求特定

行為主體的犯罪類型，特別是公務員職務犯罪的類型，因公務員概念的修正，而使得職務犯罪類型的成立焦點，被過度關注在公務員概念之上，而忽略具體行為是否具有職務導向，以及行為是否確實屬於特定職務違反所呈現的犯罪判斷問題。固然公務員概念影響著職務犯罪是否成立的基礎前提，但更需關注者，仍舊是犯罪成立核心的職務違反行為（不論是貪污或瀆職行為）。觀刑法修正之後，公務員概念確實產生若干的變動，連帶也影響到職務犯罪類型的判斷。在既有概念下的公務員範圍，被喻為最廣義的公務員概念，但概念修正後，此一範圍並未有實質的限縮，其雖將原概念內的若干類型予以排除，但卻又納入相當廣泛的其他類型，如所謂委託公務員概念與授權公務員概念，整體而言，既有公務員概念並未被限縮，反而更行擴張。欲檢視此種修法的良莠現象，似乎有必要以他山之石的觀察，作為概念範圍理解與具體案件適用的參照。本文主要是以德國刑法關於公務員概念的理解，以及公務員職務犯罪個別類型對於行為主體的要求，作為檢視的基礎，期能盡到「攻錯」之效。

貳、德國公務員職務犯罪的演變

公務員職務犯罪，固然係以公務員的概念，作為犯罪行為是否成立的判斷前提，然而，因職務犯罪對於行為主體的資格要求，會隨著職務犯罪型態的差異，對於所要求的公務員主體資格，也會隨之不同，公務員的概念，充其量僅是作為職務犯罪行為主體資格共通性基礎要素而已，公務員的概念，充其量僅是作為職務犯罪行為主體資格共通性

³ 從此種思維出發，我國刑法第 134 條的規定，確實是以人的資格作為罰加重的基礎，其存立正當性的基礎，顯得相當弔詭！

基礎要素而已，並非職務犯罪均已單純公務員的概念，直接作為行為主體的規範，故而，單純從公務員概念入手，逕為解讀職務犯罪的成立關係，恐會有失焦之虞。畢竟公務員職務犯罪，在法定原則的要求下，仍須以犯罪類型作為思考的基準，以免太過於側重公務員概念的分析，而導致忽略具體犯罪類型規範的成罪要件要求，以及特定類型化的規範意旨。固然公務員職務犯罪，係以公務員的身分作為前提要件，但並非所有公務員的職務違反行為，均屬於刑法所加以規範的類型，因此，在檢討公務員概念之前，宜先對於職務犯罪的類型加以介紹，方更能契合對於公務員職務犯罪整體類型的理解。

在介紹德國公務員職務犯罪類型之前，宜先對於德國刑法犯罪類型的架構，作瀏覽性的介紹。在德國刑法犯罪類型的架構安排，係以刑法保護客體（法益）的思維，作為編排的基礎，其對於法益保護的關係，反應在犯罪類型的架構中，主要係以國家存力基礎的侵害類型，作為犯罪類型目錄規範的基礎，循序為國家權力保護、公共秩序與金融秩序之保護；而犯罪類型核心的基準，在於個人法益侵害的類型規範，其次則為個人財產法益的財產犯罪，進而規範到社會秩序的侵犯類型，最終則為公務員職務犯罪的規定。在犯罪類型規範的木論中，其規定順序如次：首先係以國家（聯邦與邦）存立基礎為先（BT 1. Abschnitt），其次安排涉及國家主權侵犯的類型（2.～5. Abschnitt），次而規定國家權利的對抗（6. Abschnitt）、公共秩序的侵犯（7. Abschnitt）、貨幣與有價證券偽造（8. Abschnitt）、司法權的侵犯（9., 10. Abschnitt）、侵害宗教活動與世界觀之主張

（11. Abschnitt）及婚姻與家庭侵害（12. Abschnitt），緊接著即是個人法益侵害的犯罪類型（13.～18. Abschnitt），財產犯罪（19.～22., 27. Abschnitt）；文書偽造、資產犯罪與社會秩序犯罪（23.～26. Abschnitt）；公共危險罪（28. Abschnitt）；環境犯罪（29. Abschnitt）；最後則為公務員職務犯罪（30. Abschnitt）。因此，現行德國刑法關於公務員職務犯罪的規範，在刑法犯罪類型的安排上相當特殊，其在刑法中犯罪類型化的安排架構，係至於刑法各罪論（Besonderer Teil）中的最後一章。

一、職務犯罪類型的演變與介紹

德國刑法職務犯罪類型的規範，在二次世界大戰之後，經歷相當關鍵性的變動，在1974年以前，德國刑法及其他特別或附屬刑法對於職務犯罪類型的規定，有超過100種的職務犯罪類型，而在刑法職務犯罪章的基礎規範中，對於職務犯罪類型的基礎性規定，亦間雜著純正與不純正職務犯罪的類型。於1974年刑法修正案中，將所有職務犯罪類型，作統合性的檢討，不但刪除若干不應屬於職務犯罪類型的型態，也將不純正職務犯罪類型從職務犯罪章中移出，在其他相關類型的是當位置中，置入不純正職務犯罪的類型，使得職務犯罪類型得以更為純化，而且也使得職務犯罪類型規範的對象與範圍，作相當程度的緊縮；此外更於刑法總則§11中，將職務犯罪類型的行為主體，作概念性的統一規定⁴。

德國刑法職務犯罪所要求的行為主體，因職務犯罪類型的差異，主體資格的要求也有所不同，其中有二種主體的資格，乃屬於一般性共通的對象：1、公務員（Amtsträger）；2、於公共職務具有特別義務者（für

⁴ Vgl. Gribbohm-LK (Strafgesetzbuch : Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1997), Rn. 18 zu § 11.



den öffentlichen Dienst besonderes Verpflichteter)。雖然德國刑法職務犯罪的類型，大抵係以此二種主體資格，作為主體規定的基本資格要求，但並非所有職務犯罪，均已此二種概念的主體，直接作為職務犯罪的行為主體，除賄賂罪係直接以此二種資格作為行為主體要求之外，其他職務犯罪的類型，其主體要件的要求，隨著類型的特殊性，而有不同職務條件的限制，同時，對於無法以此二概念涵蓋的職務犯罪類型，則行為主體的概念，必須明文加以規範，例如§337 關於仲裁人違法要求報酬罪的規定，仲裁人的概念，無法以公務員或公共職務特定義務人的概念涵蓋，與對其職務行為加以規範，僅能對此主體作明文性的規定。

檢討德國職務犯罪類型，原本應同時將行為主體的二種概念類型，一併加以檢討，惟鑑於他山之石的效應，關於以於公共職務具有特別義務者，作為職務犯罪行為主體的概念，不在本文處理的範圍內，蓋對照我國刑法職務犯罪的規定，並無如德國於公務員之外，另加上「於公共職務具有特別義務者」的概念，作為職務犯罪的行為主體。因此，本文僅就德國公務員概念的演變為論述。

德國公務員職務犯罪，係規範於其刑法最後一章，該章共有 23 個條文規定，然本章所規範的類型，並非全數皆屬於職務犯罪類型的規範，真正屬於職務犯罪類型者，亦即以公務員概念作為行為主體的職務犯罪類型，僅有 12 個條文規定，當然也含有非公務員概

念下的職務犯罪規定，如§337 是。惟除本章之外，尚有其他歸屬於不純正職務犯罪的類型，散見於個別類型規定之中，其犯罪類型的成立條件，仍係以公務員概念，於公共職務具有特別義務者，作為行為主體的基礎條件，例如§120II 縱放人犯罪（Gefangeneneubefreiung）⁵、§133III 扣押管收物之破壞（Verwahrungsbruch）、§174b 利用權勢性侵害罪（Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung）、§201III 妨害言論信賴罪（Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes）、§203II 妨害私人秘密罪（Verletzung von Privatgeheimnissen）、§206 妨害郵電秘密罪（Verletzung der Post- oder Fernmeldegeheimnissen）及§258a 職務上侵害刑罰實現罪（Strafvereitelung im Amt）等，其雖分散之個別犯罪類型的規範中，但該類不純正職務犯罪類型的行為主體，仍是以公務員的概念，或是於公共職務具有特別義務者，作為行為主體的要件，故於探討職務犯罪行為主體時，亦須一併注意，因公務員的概念，不論係對於純正職務犯罪，或是不純正職務犯罪，對於行為主體的認定，均共通性的判斷關係。惟本文主要係以職務犯罪專章的類型，作為檢視的基礎，故僅針對職務犯罪專章的類型為簡介，茲將職務犯罪專章所規定的純正職務犯罪類型，以及對於以公務員概念為基礎的行為主體要求，分列介紹如次：

1、賄賂罪（Vorteilsannahme u. Bestechlichkeit）⁶

⁵ 該條規定原係職務犯罪章之類型（§347 a. F.），於 1974 年刑法修正時，將該條刪除，移置§120II。

⁶ 德國刑法對於賄賂罪的規定，不論是否違背職務，對於收賄與行賄者，均有雙向的處罰規定，對於職務收賄罪（§331 Vorteilsannahme）的行賄者，亦即對於公務員或於公共事務具有義務之人，法官或仲裁人對於職務行為為行求、期約、提供或給予利益（賄賂）者，則在§333（Vorteilsgewährung）作處罰規定；而對於使公務員或於公共事務具有義務之人，法官或仲裁人為違背職務行為或預為違背職務行為，為行求、期約、提供或給予利益（賄賂）者，則在§334（Bestechung）加以規定。

§331 職務收賄罪（Vorteilsannahme），該條所規範的行為主體，包括 1、公務員；2、於公共事務具有義務之人；3、法官；4、仲裁人。其對於職務行為為要求、期約、收受利益（賄賂）者。其法定本刑規定，對於一般公務員及於公共事務具有義務之人，為三年以下自由刑或罰金刑；而對於法官或仲裁人，則為五年以下自由刑或罰金。

§332 違背職務的收賄罪（Bestechlichkeit），該條所規範的行為主體，包括 1、公務員；2、於公共事務具有義務之人；3、法官；4、仲裁人。其對於違背職務行為或預為違背職務行為為要求、期約、收受利益（賄賂）者。其法定本刑規定，對於一般公務員及於公共事務具有義務之人，為六個月以上五年以下自由刑。其情節較輕微者，則處三年以下自由刑或罰金刑；而對於法官或仲裁人，則為一年以上十年以下自由刑。其情節較輕微者，則處六個月以上五年以下自由刑。

2、司法職務之犯罪（枉法裁判罪、強制取供罪、濫權追訴罪及違法行刑罪）

§339 枉法裁判罪（Rechtsbeugung），該條所規範的行為主體，包括 1、法官；2、仲裁人；3、具有決定或判斷法律事件之公務員。其為有利或不利當事人之一方，而為枉法裁判、仲裁或決定者，其法定本刑的規定，為一年以上五年以下自由刑。

§343 強制取供罪（Aussageerpressung），該條所規範的行為主體，係以對於刑事程序、罰鍰程序或懲戒程序具有決定或作用的公務員。其對於他人身體或精神為強制，或以強暴、脅迫等方式，而為取供，或是為或不為一定之陳述者。其法定本刑為一年以上十年

以下自由刑。其情節較輕微者，則處六個月以上五年以下自由刑。

§344 濫權追訴罪（Verfolgung Unschuldiger），該條規定的主體為具有犯罪追訴職務的公務員。其明知為無罪之人，或不得為刑法追訴之人，而有意使其受刑事追訴。其法定本刑為一年以上十年以下自由刑。其情節較輕微者，則處三個月以上五年以下自由刑。

§345 違法行刑罪（Vollstreckung gegen Unschuldige），本條規範的主體，為具有行刑職責的公務員，其對於不得執行而為行刑之執行者，不論其所執行者為刑罰，或是具有自由剝奪之保安處分，或是管收，則非所問。其法定本刑為一年以上十年以下自由刑。其情節較輕微者，則處三個月以上五年以下自由刑。其如行為人係因輕率（屬於過失）而犯者，則處一年以下自由刑或罰金。

其他非屬於上述公務員，而具有執行特定事項權力者，如不應執行而執行的事項為：1、少年收容；2、社會秩序法之罰鍰或附屬效果者；3、懲戒罰之措施，或是婚姻法院或職業法院之措施者，則其法定刑為三個月以上五年以下自由刑。

3、職務傷害罪

§340 職務傷害罪（Körperverletzung im Amt），該條規定係以公務員於執行職務或藉由職務關係，而犯傷害罪，或使他人得以犯傷害罪者，處三個月以上五年以下自由刑。本條規定置於公務員職務犯罪類型之中，顯得相當突兀，蓋職務傷害罪係一種「不純正職務犯罪（unechtes Amtsdelikt）」⁷，其置於職務犯罪類型中，有混淆職務犯罪基礎型態

⁷ Dazu vgl. Schönke/Schröder/Cramer (Strafgesetzbuch Kommentar, 24. Aufl. 1991), Rn. 1 zu § 340; Horn-SK (Rudolphi/Horn/Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1991), Rn. 2 zu § 340.



之虞⁸。即使公務員職務傷害罪的適用範圍中，包含有所謂「凌虐人犯」及「縱容下屬凌虐人犯（§357 對照）」的概念，而假借職務上的權勢或機會，為凌虐人犯的行為，固然可以稱得上是一種典型（但非必然一定是純正）的職務犯罪類型，但因其無法對於侵害個人身體的傷害行為，予以型態上的切割，本質上仍無法豁免於傷害罪行為之外，倘若將此種類刑的行為，逕解讀為公務員凌虐人犯罪的規定，仍無法排除公務員所為者，係傷害罪（§223）本然規範的範圍。故該規定既無法免除公務員假借職務的傷害罪類型，即使其亦屬於損害國家權力的凌虐人犯類型，仍無法排除其歸屬於不純正職務犯罪的性質。

4、公文書虛偽登載

§348 公文書不實登載（Falschbeurkundung im Amt），該條係規定公務員於其職務所執掌的公文書，關於法律重要事項為虛偽的登載，或是於公共統計、簿記或資料為虛偽之登錄或註記。其法定刑為五年以下自由刑或罰金。

5、規費違法徵收及溢收款項或剋扣財物罪

§352 溢收規費罪（Gebührenüberhebung），本條規範主體為具有徵收規費之公務員、公證人或法律助手，其為自身利益而溢收不應徵收之規費者，法定本刑為一年以下自由刑

或罰金。

§353 溢收稅金、規費或其他費用及剋扣財物罪（Abgabenüberhebung；Leistungskürzung），本罪規定分為二類型：1、溢收費用罪（Abgabenüberhebung），該規定的行為主體，為具有為國家徵收稅收、收取規費或其他歲入款項之公務員，其於徵收時，明知不應徵收而徵收或為溢收，且違法將不應徵收而徵收或溢收之款項，全部或一部不為繳入公庫者；2、剋扣財物罪（Leistungskürzung），本罪行為主體為具有為國家為特定款項支出之公務員，其對於應全數支付之財物，予以違法短支或剋扣者。二種類型之法定本刑為三各月以上五年以下自由刑。

6、洩漏職務秘密罪

§353b 損害職務秘密及特別保密義務罪（Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht），本條規定之行為主體有三：1、公務員，即具有職務關係之人；2、對於公共職務具有特別義務之人；3、具有人團團體代理權之任務與權責之人，違法將其職務所知悉之秘密，予以洩漏，致生危害於重大公共利益者，其法定本刑為五年以下自由刑或罰金刑。如係過失所犯者，則處一年以下自由刑或罰金刑。

又如對於聯邦或邦之立法機關之決議或其委員會之決議，而有保密義務者；或是基

⁸ 德國刑法於1974年3月2日修正公布時，對於職務犯罪類型的規定，作相當幅度的調整，其中主要的修正，係將非屬於純正職務犯罪（或其相對犯）的類型，予以刪除。在1974年以前，職務犯罪類型規定中，交雜著純正與不純正類型的規定，修正時將大部分不純正職務犯罪類型，在既有規定中加以刪除，而於個別規定中，作為加重規定。其中包括原§339 職務強制罪（Nötigung im Amt）回歸到§240 Abs. 4 Nr. 3 規定；原§341 職務剝奪自由罪（Freiheitsberaubung im Amt），該條逕為刪除；§342 職務侵犯住居自由（Hausfriedensbruch），該條逕為刪除。卻留下職務傷害罪一種不純正的職務犯罪類型，顯得相當弔詭。其立法理由何在？以無可考，是否如同德國通說所稱，職務傷害罪本身，兼具有內在侵犯國家的意義，而需將其歸類為「國家犯罪（Staatsverbrechen）」的範疇？則不得而知！Vgl. Horn-SK, Rn. 2 zu §340.

於其他公務機關所為之明示告知應保守秘密者，其無權將所持有秘密洩漏者，致生危害於重大公共利益者，處三年以下自由刑或罰金刑。

本罪為請求乃論（mit Ermächtigung verfolgt）。

§355 損害稅務秘密罪（Verletzung des Steuergeheimnisses），本罪席為主體為具有辦理稅務職務之公務員，不論其係在稅務事件之行政程序或法院程序，而知悉他人稅務之秘密者；亦不問其所以知悉稅務秘密，係因稅務刑事案件之程序，或是在稅務行政違反的科罰程序；或是因其他財稅機關之通知，或是法律規定之稅務裁決，或是稅務之收據憑證，對於所知悉之稅務秘密予以公開或使用，處二年以下自由刑或罰金刑。

除具有執掌稅務職權的公務員外，下列三種行為主體，亦屬本罪規範之主體：1、與本罪相關事項之負有公共職務特別義務之人；2、公務機關所聘之鑑定人；3、教會機構及其他具有公法身份之宗教團體之代表人。

本罪須告訴乃論，其告訴權屬於機關首長或被害人。

二、修法刪除或移置之類型

德國刑法於1974年修正前，對於職務犯罪類型的規定，相當龐雜，舉凡純正或不純正的職務犯罪類型⁹，均同規定於職務犯罪章（Straftaten im Amt）中。惟1974年刑法修正公布時¹⁰，除刑法大幅修正外，關於職務犯罪的類型，也作相當大幅度的調整，除將大

部分不純正職務犯罪類型予以刪除或移置之外，對於原本純正職務犯罪的類型，也作相當幅度的調整。其中最值得一提者有二：其一為關於刑罰制裁之圖利罪規定的調整，原本1974年以前的刑法規定，該阻礙刑罰實現之圖利罪，本屬於職務犯罪的類型（§346 Begünstigung im Amt a.F.），惟於1974年刑法修正時，將§346刪除，將此一規定移置§258a作規範。

嚴格而言，德國刑法於職務犯罪類型中，並無類似我國刑法圖利罪此種概括性規定的存在，唯一可以與我國圖利罪作概念相較者，大概僅有關於刑罰制裁的圖利（Strafvereitelung im Amt）規定，原本此一規定（1974年以前的德國刑法§346），係規定於職務犯罪類型之中，其係置於司法職務犯罪類型中，屬於對於刑罰制裁的「圖利」行為，此種圖利概念，係一種阻礙刑罰權實現的行為，所以圖利者，乃因阻礙刑罰權實現，會使得受刑之執刑之人得到刑度的減縮或改以他種刑罰手段，就刑的執行而言，係一種具體應刑罰手段的圖利行為，而且原§346移置到§258a之後，其屬性更被界定為不純正的職務犯罪類型。從而，現行德國刑法，並無所謂職務圖利罪的規定。

其二為疏縱人犯罪，此一規定因其屬性的因素，於1974年修法時，作類型位置的調整，原係規定於職務犯罪章§347（Entweichenlassen von Gefangenen），惟於1974年刑法修正時，將其移置到§120II 縱放人犯罪（Gefangenenbefreiung），該條規定原就屬

⁹ 純正與不純正職務犯罪（echte u. unechte Amtsverbrechen）主要係從犯罪形成的行為主體類型要求來區隔，倘若犯罪類型要求一定需有公務員身分，方得以實現者，即屬於純正職務犯罪類型；倘若犯罪的型態，一般人即得以為之，僅因公務員的身分，而為特別規範，或作加重處罰之規定者，此種類型即稱之為不純正職務犯罪類型。

¹⁰ Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch von 2. 3. 1974.



於不純正職務犯罪的類型，將其移出職務犯罪章中，應屬妥當，且該規定置於刑罰執行的侵害行為類型中，應遠比將其至於職務犯罪中，更為恰當。

另外於 1997 年修正時¹¹，將原本尚在職務犯罪章的妨害郵電秘密罪規定（§354）移出，完全移置到§206 規定中。本規定的屬性，仍舊屬於不純正職務犯罪的類型，將其移出職務犯罪類型中，有其純化職務犯罪類型的作用。

參、德國刑法公務員概念解析

德國刑法關於職務犯罪的認定，乃以行為主體的公務員資格，作為特定類型行為判斷的前提要件，惟公務員概念隨著時代背景的差異，而有所不同。基本上，在國家權利獨占（Monopol der Staatsgewalt）的時代，公務員的概念乃建構在此種獨占性基礎之下。公務員的概念，大抵係以具有國家權利實現或執行者的身分為核心，國家權力必須藉由公務員之手來實現，公務員無異是國家執行公權力的手臂延伸（verlängerter Arm des Staates）¹²。此時公務員的概念，乃以國家正式的公務人員為主要範圍。惟隨著環境時空的變遷，國家權力與政府施政的相關事務，似乎無法完全由政府之手來實現，必須藉助其他非國家機關的組織或個人力量的參與，方得以使得國家的權利與義務得以實現，漸漸地國家權利的授權與委託，乃成為現代國家不可避免的事項，而原屬於國家獨佔且具有

主權作用性格的權力，其既需透過人民參與，方得以運行無礙，則對於人民參與國家權利的法律關係，乃需藉助於特定形式的委託契約，此種委託契約不論是一種行政契約，或是一種特殊的法律授權關係，在本質上都可以視為是一種國家獨佔權力的私法關係的類型化（Typisierung des Verhältnisses vom Privatrecht），概不論公權力的委託關係，係為私法契約或是行政契約，其基礎委託關係，均係循著民事委任契約的基礎關係¹³。

由於國家權力實現的形式，隨著人事日繁，以及對於國家權力理念的轉變，加上行政法學的蓬勃發展，對於國家權力的運作，逐漸架構出一套完整的規範模式，繼而國家的角色，從權力獨占的絕對性，漸漸轉向國家權力實現的責任與委託行政的相對性，國家的角色隨著理念的變革，以及法律基礎關係的確立，其除具有權力的作用之外，也伴隨著照護人民的義務，從而對於權力實現的組織結構，也必須隨之變動。伴隨而至的問題，則在於原本實現國家權力的公務員概念，也必須順應時勢而加以調整。此種公務員概念與結構性的變遷，在德國刑法公務員概念的轉變，刻劃得相當明顯。

一、概念的變革

德國公務員概念的變革，轉折的時間點，乃在於 1974 年刑法之修正¹⁴，雖然在 1974 年以前對於職務犯罪類型，區分有二種行為主體的關係，亦即對於特定職務犯罪的行為主體，

¹¹ Vgl. Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz von 17. 12. 1997.

¹² Vgl. BGHSt 45, 16; BGHSt 46, 310.

¹³ Vgl. Wessels/Henttger, Strafrecht BT/1, 28. Aufl., 2004, S. 324, 325.

¹⁴ 德國 1974 年刑法的修正，雖係延續 1969 年刑法第一、第二次刑法修正案（Erstes u. Zweites Gesetz zur Reform des Strafrecht 1969），但卻是形成現行刑法規定的重要里程碑，也是現行法存在的基礎法律修正。即使往後的刑法修正，亦是以 1974 年刑法修正的規範作為基石。

區分為公務人員（*Beamter*）及其他執行公法職務之人（*andere Bedienstete öffentlichrechtlicher Dienststelle*），即對於公法職務具有特定義務之人（*besondere Verpflichtete*）。然而於刑法第二十八章（28. Abschnitt）的職務犯罪（*straftaten im Amt*）規範中，原則上多以公務人員作為主體的類型（以§359 a.F.為概念的核心規定），僅零星的刑法規定（§353Bii, 355I a.F.），才有加入特別義務之人作為主體的規定，惟在其他眾多的附屬刑法及各邦的法律規定中，則對於具有特別義務關係之人，作為職務犯罪主體的規定，特別是針對於洩密罪（*Geheimnisverrat*）的規定，則屢見不鮮，約莫有超過一百個條文，作職務犯罪的規定，只是其主體仍以二種概念，作為行為主體的規範¹⁵。在 1974 年以前，刑法對於職務犯罪主體的概念，並未統一。

在 1974 年以前的舊法時代，關於職務犯罪的行為主體，被區隔為二種概念，即 1、公務人員；2、具特別公法義務之人，然刑法職務犯罪類型的行為主體，主要係以公務人員（*Beamter*）的概念，作為主體的形式。但即使在此種行為形式要求的條件下，公務人員的概念，在刑法的意義下，仍有二種形式存在：1、具有正式資格的公務人員，亦即正式受有公務人員法律規定所任命的人，此乃國家法律本然意義下的公務人員概念；2、授

權自國家權力具有實現國家目的而執掌特定職務執行之人¹⁶。在將公務人員作形式與實質資格與作為的區分，會使得第 2 種公務人員概念的認定出現困難，蓋對於國家目的實現的特定職務，若係屬於單純的主權作用關係（*hoheitliches Verhältnis*）者，在認定上固然問題較小，然而當非屬於單純國家主權作用的關係者，例如關於國庫施政作為（*fiskalisches Handeln*）事項者，尤其是針對國家基於生存照護（*Daseinvorsorge*）的必要，所為的人員設置，此類人員的認定，將會有所困難¹⁷。

鑑於職務犯罪主體的差異性，以及對於職務犯罪核心概念的公務人員，在判斷與認定上的困難，於是有將職務犯罪主體加以統一的必要性，同時作概念統一的構想，不能如舊法僅在個別犯罪類型中，對於主體概念作個別的規定，而應統一作基準性的規範。於是於 1974 年修正刑法規定時，將職務犯罪的主體概念，作雙重性的概念統合：1、統合公務員的概念：對於專屬於公務人員的概念，則統一在「公務員（*Amtsträger*）」的概念下，並將此一概念作準則性的規範於§11 Abs. 1 Nr. 2，並於此一統一概念下，在作三種次位類型的概念區分，但不論次位類型的概念為何，其均屬於統一的公務員概念；2、統合具有公法上特定義務之人的概念：對於所謂

¹⁵ Vgl. Schönke/Schröder/Eser (Strafgesetzbuch Kommentar, 24. Aufl. 1991), Rn. 14, 15 zu § 11; Samson-SK, Rn. 9 zu § 11; Tröndle-LK (Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1983), Rn. 14 zu § 11; Grißbohm-LK (Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1997), Rn. 18 zu § 11.

¹⁶ 此類主體或許不具有正式國家公務員的資格，然其所執行的職務事項，卻是基於國家權力的授權，同時也為實現國家目的，而為職務之執行，在實質的作為與功能上，其與正式公務人員無異，然而，其中就非正式公務人員的身分，在適用職務犯罪的關係上，自然會有疑難之處。惟司法實務一致的見解，均將此類身分之人，納入職務犯罪主體的範圍，其等同於公務人員的身分。Vgl. RGSt 70, 235; RGSt 72, 290; RGSt 73, 30; RGSt 75, 396; BGHSt 8, 22; BGHSt 1, 349.

¹⁷ Vor allem vgl. Samson-SK, Rn. 10 zu § 11.



具有公法上特定義務之人，則統一規定於§11 Abs. 1 Nr. 4。當然這樣的法律修正，就形式意義而言，並未真正將職務犯罪的主體概念，加以統一，其仍舊區分為二種主體的資格。但就實質內容來看，1974年的刑法修正，所以為對於二種主體資格作統一性的概念，其目的乃在於犯罪類型具有主體要求的特異性關係，犯罪類型主體要求的差異性，並不能遽然在主體概念上作統合，而應該在犯罪類型的行為主體要求，將特定犯罪類型的行為主體，作更精細的界定，若干犯罪類型的行為主體，可能同時規範公務員及具有特定義務之人，例如賄賂罪的規定（§§331, 332）是；倘若犯罪類型的屬性，並不能作特定職務的授權關係者，則其行為主體乃僅能限定在公務員的資格上，例如枉法裁判罪（§339）、濫權追訴罪（§344）、違法取供罪（§343）、違法行刑罪（§345）等。此種在類型上作統合的方式，乃顧及犯罪類型的特殊性，有些犯罪類型的主體要求，並無法假手於公務員以外之人，故而在犯罪類型中，即以對於主體作區隔。因此，職務犯罪的主體概念，並未完全在總則中加以統一，有其本然的意義。

二、現行法公務員的概念類型

1974年刑法修正將公務人員的概念，統合在公務員的概念下，就主體判斷的範圍而言，並非有所限縮或是擴張，蓋既有公務人員概念下的行為主體，對於判斷職務犯罪的行為主體而言，並無改變¹⁸，其僅是將原本在公務人員概念下，具有意義模糊的概念，作更為明確的規範而已。同時現行法規範職務犯罪的主體，在若干特定類型中，除公務員當然作為行為主體外，也加上所謂對於公共行政具有特定義務之人¹⁹，此類人的身分關係，並非公務員的概念，然而其具有特殊公法上的授權關係，且對於公共職務具有實現國家目的的作用，在特定職務的執行上，自然其所承擔的廉潔與人民信賴關係，與公務員是一樣的。而對於公共行政職務具有特定義務之人，其身分關係的判斷，依刑法§11 Abs. 1, Nr. 4所定的二種類型²⁰，為基礎判斷的依據，然而該規定僅是抽象性的概念規定，對於具體的事實的身分認定，則需作個別化的詮釋與解讀²¹。

原本德國刑法對於職務犯罪的核心主體，係以公務人員作為規範對象，而公務人員概念的理解，僅能從個別類型規定（§359 a.

¹⁸ Vgl. BGHSt 31, 264, 268; BGHSt 37, 191, 194; BGHSt 38, 199, 201.

¹⁹ 在德國刑法職務犯罪專章（30. Abschnitt）中，將具有公共職務特定義務之人，納入職務犯罪行為主體的規定有：§331 職務收賄罪（Vorteilsannahme）、§332 違背職務的收賄罪（Bestechlichkeit）、§335 加重規定（Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung）、§335b 損害職務秘密及特別保密義務罪（Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht）。

²⁰ 本文主要係介紹公務員概念的具體內涵與類型概念，對於同樣具有職務犯罪主體資格的特定義務人，並不多加以著墨，僅依§11 Abs. 1 Nr. 4規定的內容，作簡要的說明。所謂「具有公共職務特定義務者（für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten）」其並非公務員，而具有下列二種資格之人：1、任職於政府機關或其他機構，負有履行公共行政任務者；2、任職於社團或其他組織、企業，其對於政府機關或其他機構負有執行、從事或實際作為公共行政任務，且基於法律具有正式履行義務之人。

²¹ Vgl. Schönke/Schröder/Eser, Rn. 34ff. zu §11; Tröndle-LK, Rn. 52ff. zu §11; Gribbohm-LK, Rn. 71ff. zu §11.

F.)的內容中，作意義與範圍的界定與詮釋，欠缺統一性的概念規範。於是於1974年刑法修正時，將作為職務犯罪核心主體的概念，以公務員(Amtsträger)取代公務人員(Beamter)的概念，並於刑法§11 Abs.1 Nr.2作統一概念的規定。在這樣統一概念之下，公務員雖有個別類型的差異，但其具有一個共同的認定基準，亦即其具有特定的公務關係，或是基於公共機構的委託關係，且其係基於德國法律規定所受之聘用者²²。在這樣的觀念下，刑法所稱公務員的概念，並不排除外國人，如其係基於德國法律，而所為的聘任者，亦得成為刑法之公務員。

現行刑法公務員的基本條件，乃謂依據德國法律的規定，於公共機構中，基於特定的職務關係或委任關係，而從事一定職務之人。得以成為刑法公務員的基本資格者，必須是依據德國法律規定之聘任或委託，而德國屬於聯邦國家，其所稱德國法律者，舉凡聯邦法律或是各邦法律均屬之。而且對於公務員的認定，特別是對於委託或聘用公務員的認定，重要的判斷基礎，並不在於其具體所執行或履行事項，而是是在於其與職務委託者間的連帶關係(Verbindungs- verhältnis zum Dienstherrn)²³。

依據刑法§11 Abs.1 Nr.2之規定，刑法上所指的公務員，依據德國法律規定，有三種類型：1、公務人員或法官；2、其他具有公法職務關係者；3、由政府機關或相關機構所任命，或是因特定公共行政事項所委託，且無損於受委託機關任務的實現之人。此一公務員概念的規定，不但統一職務犯罪行為

主體的資格，同時也一體適用於以公務員作為行為客體的類型，諸如§113、§114對抗執行公務人員罪(Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte)、§121監獄暴動罪(Gefangeneneuterei)、§194III誹謗公務員罪(Beliedigung gegen Amtsträger)等是。以及德國刑法對於公務員概念的修正，除於刑法總則中作概念統一性的規定外，此種概念的適用範圍，同時兼含以公務員作為行為主體及行為客體的類型，並非單以之作為職務犯罪行為為主體的概念而已²⁴。

公務員概念，依其類型與職務或委託關係時間等因素，得以區分為茲將刑法法定意義下的公務員概念及類型分述之：

1、公務人員及法官

公務人員(Beamter)的概念，主要仍係延續1974年以前刑法§359 a.F.的概念，但在身分的適用範圍上，較舊法為限縮。在舊法時的公務人員概念，具有二種類型，即執掌具有國家主權事項的正式公務人員，以及執掌屬於國庫財物行政事項之人員。現行法關於公務人員的要求，乃限定其身分關係，必須係依據公務人員任用之法律規定，於特定公務的執掌機構中，具有正式公務人員關係(förmliches Beamtenverhältnis)的人員，亦即現行法所稱公務員，僅限於其所執掌事項具有國家主權作用之人。此種公務員概念的形成基礎，主要係從其職務所執掌的事項，必須為國家基於公法關係的作為，即屬於公權力的作用行為，所建構的特殊權利義務關係，此種關係下，公務員具有執行職務的義務，且對於國家有保護與照護義務的忠誠關

²² Vgl. Schönke/Schröder/Eser, Rn. 16 zu §11.

²³ Vgl. Schönke/Schröder/Eser, Rn. 16 zu §11.

²⁴ Vgl. Gribbohm-LK, Rn. 19 zu §11; Schönke/Schröder/Eser, Rn. 14 zu §11; Tröndle-LK, Rn. 15 zu §11.



係²⁵。只要具有公務人員的基礎關係者，亦即身分上為正式之公務員者，其所為職務上之行為，即視之為具有職務上之任務，不問其職務事項屬性為何，或是其係隸屬於何種行政機關²⁶。具有此等身分之人員²⁷，不論其所從事的事物事項為機械性的工作或是事務性的工作，均非所問，從而國民教育的教師或是國家企業的從業人員，在此種概念下，均具有刑法所稱公務人員的身分。即使基於國家利益而任職於私人企業者，亦不必然排除此一身份關係。

在刑法公務員概念下，必然屬於刑法公務員的概念者，除正式公務人員外，其範圍尚及於法官的概念。一般的理解，法官本應具有正式公務人員的身分，其所以必須另行規定，且在刑法§11 Abs.1 Nr.3 作定義上的規定，主要係因德國從事司法審判職務的法官，並非均限定為專業法官，由於德國司法審判制度的設計，以及具體審判實務的類型區分，其採取參審制及專業法院的設計，對於若干法律關係的審判實務，會有非專業法官之人參與，此類非正式法官參與審判的人，其職務行為仍屬於審判工作，但其並不具有正式法官的任命關係，稱其為榮譽法官（*ehrenamtliche Richter*），或通稱之為平民法官（*Leienrichter*）。因此法官的類型，乃包括：1、專業法官（*Berufsrichter*），即正

式具有法官身分之人；2、榮譽法官（*ehrenamtliche Richter*），其身分上雖非法官，但因特殊案件的任命條件，而從是於案件判斷之人，包括一般性的平民法官、刑事程序中之陪審員（*Schoffen*），或是商業案件的商事法官（*Handelrichter*）。惟在法官概念的範圍中，仲裁法官（*Schiedsrichter*）並非屬於法官概念的範圍，自然也無法成為刑法公務員的概念範圍，蓋因其所為的決斷事務，係屬於一般性的法律事務，並非屬於國家主權的基礎²⁸。從而當對於仲裁法官有違法仲裁行為時，既無法將其涵蓋在一般的枉法裁判罪規定（§339）中，僅能個別對於仲裁事務的事項，予以特別規定（§337）。

2、其他具有公法職務關係者

此類公務員概念者，並不具有正式公務人員的身分，為其實際所執掌或執行的事項，乃屬於具有國家公權力的事務，亦即其所執掌或執行的職務，具有公法上的關係，且對其職務行為的受信賴性，與公務人員相當者。在這樣的觀念下，包括如聯邦政府或邦政府的部會首長（*Minister*）、國家議會國家秘書處人員（*parlamentarische Staatssekretäre*）、公證人及候用公證人（*Notar u. Notarassessoren*），政府機關的守衛人員（*Wehrbeauftragten*），以及各種辦理國家人民事務的機構，以及各種辦理國家人民事務的機構，如

²⁵ Vgl. Gribbohm-LK, Rn. 23 zu §11; Tröndle-LK, Rn. 18 zu §11.

²⁶ 由於德國為聯邦國家，其國家的組成結構係由各邦組成聯邦，原則上各邦有相當的獨立性，且各邦均有其行政區域的架構。故在公務人員體系中，又將公務人員以隸屬機關的不同，作概念上的區分：1、直接公務人員（*unmittelbare Beamten*）：即任職於聯邦或幫政府機關之公務人員；2、間接公務人員（*mittelbare Beamten*）：即任職於邦所屬的區域行政機關、組織、機構、基金會或其他具有公法職務關係機構之人。此種形式意義的區分，僅是概念上的問題而已，並不影響刑法對於公務人員的判斷。So vgl. Schönke/Schröder/Eser, Rn. 18 zu §11.

²⁷ 將德國刑法公務人員規定作比對，約莫相當於我國刑法修正後所謂身分公務員的概念，此種概念的基礎，乃建構在形式的身分關係。

²⁸ Hieran Gribbohm-LK, Rn. 70 zu §11; Tröndle-LK, Rn. 51 zu §11.

調解委員會或政府機構因特定事務所設置的委員會，如選舉委員會等。

此類型之公務員，其雖不具有公務人員的正式身分，但其所執掌與執行的職務，係國家公權力的作用，在職務行為上，仍應將其歸類於公務員的概念中，此種公務員類型，乃基於職務功能的作用，所為的概括性規範。

3、政府機關或相關機構因特定公共行政事項所為授權或委託之人

1974 年刑法修正後，刑法公務員的概念，導入概括性規範的類型，此種類型係屬於國家或政府機關，對於公權力授權或委託關係（Bestellungs- u. Beauftragungsverhältnis）的類型。此種公務員類型，係將既有公務人員的概念，予以大範圍的擴張者，當屬此類所謂公共行政事項的授權或委託關係（Bestellungs- u. Beauftragungsverhältnis），由於國家機關或政府機關，對於執行公法上的權利義務關係時，為達成公共行政的公法上任務，不論是自行為之，或是必須委託或授權其他不具有國家主權形式的機關或個人，來實現此一公共任務的目的，此時不具有正式國家機關公務人員身分之人，其具體所為的行為，其實與委託或授權機關所為之行為相當，故將此類受委託或授權的機關或個人，於執行或實現所委託或授權的職務時，等同於授權或委託機關之權限。

對於此種公法上任務委託實現的情況，原受委託或被授權之人，本身並無執行或實現公權力作用的權限，此一權限的來源，係源自於授權與委託關係，因此，基於授權或委託關係，而得以成為刑法公務員概念的類型者，必須具備有三個基本的條件：1、必須具備授權或委託的明確性，亦即政府機關於

授權或委託的事項，必須具備有範圍與目的的明確性，對於授權或委託事項的權力基礎與執行範圍，均須使得被授權或受委託者，充分理解，至於細節事項則非所問；2、授權或委託事項必須具備公法上公權力的作用，蓋因被授權或受委託者所執行的事項，無異是政府機關權力的延伸，故得以成為刑法公務員概念者，必須是涉及公權力作用的行為；3、被授權或受委託者，其所執行者，必須是在授權或委託的公法上公共行政任務的範圍內，倘若非屬於此以目的性範圍之內者，僅得以視為被授權或受委託人的個人行為²⁹。

此外，軍人（Soldaten），因其負有國家安全的職責，在身分的性質上，亦等同於刑法公務員的概念。然因其所肩負的任務，具有特殊性的性格，如有職務犯罪的行為時，不在刑法職務犯罪類型中，以公務員的身分作為認定的規範，而是特別至於軍刑法（Wehrstrafrecht）中規範。

整體而言，所謂基於公法上公共行政任務者，均屬於國家公權力的作用，在這樣的概念基礎下，舉凡涉及國家權力事項，或是具有國家目的實現事項，所為的授權或委託者，其被授權或受委託之人，在公共行政任務實現的要求上，與公務員概念無異，故將此種授權與委託的關係，亦納入刑法公務員概念之中。惟將此種概括性概念導入公務員概念中，一方面得以授權的公權力範圍，並不明確，會導致認定上界限游移的情況；另一方面，公法上的委託或授權關係，其與私法上委任與代理關係，在法律性質上，常呈現模糊的狀態，同時對於未具要式形式下的公法授權關係，也會發生認定上的困難。因而將此一概括的類型，納入刑法公務員的概

²⁹ Stattalldem Gribbohm-LK, Rn. 30~36 zu §11.



念中，自然也會發生疑慮³⁰。

三、排除公務員概念的類型

依據德國刑法§11 Abs.1 Nr.2 的規定，刑法公務員的概念，包括三種型態，在此三種型態概念與範圍之下，亦有若干雖合於此三種條件的人，但其並不歸屬於公務員概念的範圍，其中主要者有三：1、國會議員（*Abgeordnete*），將其排除於刑法公務員概念範圍外，主要係基於民主法治國家的原因，國會議員所擔負的職責，主要為立法及國會作為（*gesetzgeberische u. parlamentarische Tätigkeit*），概念上並非屬於政府機關本於公法關係之公共行政行為，基於對於國會議員的尊重，將其排除於刑法公務員概念之外。然而，近來有越來越嚴重的議員賄賂情形，且其嚴重程度，不下於公務員收賄等職務犯罪行為，此係在德國刑法中漸受到關注之事項³¹；2、宗教或教會神職人員（*Religierungs-und Kirchenbeamte*），因神職人員所從事事項具有公眾事務的關係，然其主要係屬於精神及心靈層次的事務，並非公共行政任務的結構關係，雖宗教在德國社會有一定的重要性與影響力，但仍將其排除在刑法公務員概念之外³²；3、其他具有公共關係的類型，諸如律師（*Rechtsanwälte*）、遺囑執行人（*Testamentsvollstrecker*）、公共監護人（*Vormünder*）、破產管理人（*Konkursverwalter*）及行政學徒或實

習者（*Verwaltungslehrlinge u. -praktikanten*）等，雖然此種類型之人，其所執行的工作，通常具有特殊公共行政上的委託任務在，但均非屬於刑法公務員概念，故在公務員職務犯罪類型中，並不能將此類人歸納為職務犯罪之行為主體。

肆、他山之石的啟示

德國對於職務犯罪主體的公務員概念，在概念的解讀與適用範圍，隨著時代的轉移，而有所變革與修正，主要的概念變動，乃在1974年刑法大幅修正，原本關於解讀公務員職務犯罪的基礎概念，並未統一規定於刑法總則之中，僅從其舊刑法§359所規定主體的公務人員（*Beamter*），作為具體適用解讀的基礎。而於1974年修正之刑法，乃將作為職務犯罪主體的公務員，統一概念規定於§11 Abs. 1 Nr. 2，使得公務員概念有了一個全新且統一的判斷基礎。然而，單純從概念來看，德國公務員概念範圍相當廣泛³³，除卻若該個別排除的類型之外，公務員的概念，似乎無所不包。惟德國雖有著相當寬廣的刑法公務員概念，從字義的理解，其得以適用刑法公務員的範圍，確實非常廣泛，其範圍不但包括正式的公務人員，也涵蓋非正式公務人員，卻具有特定職務關係的人員，同時更納入授權與委託的類型，使得公務員的概念，相較於既有的公務人員概念，確實有著相當

³⁰ Vgl. Samson-SK, Rn. 14 zu §11; Gribbohm-LK, Rn. 32 zu §11; Tröndle-LK, Rn. 25 zu §11; Schönke/Schröder/Eser, Rn. 14 zu §11.

³¹ Vgl. Tröndle-LK, Rn. 26 zu §11.

³² 早期司法實務將教會人員，特別是關於教會財產管理人、教會之會計人員，視為公務員，但因其執行之職務，並非屬於公法上公共行政任務之行為，故不再將其視為刑法公務員概念。Vgl. BGHSt 37, 191, 193ff.

³³ 單純從概念的形式來看，德國公務員概念甚至更廣於我國2005年修正的公務員概念。但並不能因此急遽然認定德國對於公務員概念的修正有瑕疵，或謂我國公務員概念修正的正確性。

大幅度的擴張。然而，對於德國刑法公務員概念的理解，並不能單純從其概念範圍的擴張來解讀，必須從整體的適用關係與得以適用的類型來觀察，方得以洞識到其法律修正的真實意義。

確實德國刑法§11 Abs. 1 Nr. 2 公務員概念的規定，範圍相當廣泛，且法律的用語，尚有相當大幅度的解釋空間，會造成具體判斷上的界限模糊問題。然而，此種概念定義規定的理解，並非全無標準，在解讀公務員概念的基礎準據，主要係從具體的職務行為，作為解讀的標準，亦即判斷公務員概念的基準，正式公務人員固不論，如非正式公務員時，在判斷其是否屬於刑法所稱之公務員概念時，必須遵循二個嚴謹的判斷條件：1、必須具有國家權力實現的任務，亦即所執行的具體行為，必須是屬於國家權力的行為；2、委託或授權事項，必須攸關公共行政的事項，且具有公法上之任務關係。在此二條件之下，對於非正式公務人員的類型，是否得以成為刑法上公務員的概念，有著具體的界分作用，亦即是否為刑法的公務員，必須從其所執行的行為，是否屬於公法上國家目的與任務之行為。

此外，公務員概念的理解，主要的目的，並非單純概念的理解而已，而是為解讀以公務員概念作為基礎的職務犯罪類型，其適用對象及適用範圍的判斷。因此對於公務員概念的變革，並不能單純從概念本身變動來解讀，而需從全盤的法律結構關係來觀察，方能洞悉他山之石之美，也才能從中得到啟示以為攻錯之功。觀德國刑法於 1974 年修正的整體結構關係，有二重要的意義：1、相當程度地縮減原有職務犯罪類型的規範，將原本相當紛雜的公務人員職務犯罪的類型，統合在刑法之中，同時更相當程度地限縮職務犯

罪的類型，使得職務犯罪的類型，較諸既有的規定類型，有著相當程度的減縮，同時，對於個別職務犯罪類型的主體要求，亦非僅單純以「公務員」作為主體來規範，而是兼顧及犯罪類型的屬性，限定特定的主體，方得以成該類型成立的基礎。具有通盤適用公務員概念的類型者，主要以收受賄賂罪（§ 331、332）為主，其他犯罪類型，即使僅以公務員（Amtsträger）為規定，但因犯罪行為的形成屬性，已然限定主體之資格，其亦非全般公務員均能成為主體，例如濫權追訴罪、違法行刑罪等是；2、純化公務員職務犯罪的類型，特別是將原本非屬於純正職務犯罪的類型，諸如職務之圖利罪（Begünstigung im Amt）、職務之強制罪（Nötigung im Amt）、職務剝奪自由罪（Freiheitsberaubung im Amt）、職務侵犯住居自由（Hausfriedensbruch im Amt）、縱放人犯罪（Entweichenlassen von Gefangenen）等罪，要不就將其移置到適當的類型中規範，要不將其逕為刪除，使得公務員職務犯罪的型態，具有更為純正化的規範，雖然在職務犯罪中，仍然存在著不純正的類型，例如職務上的傷害罪，但修正法以作相當程度的限縮，同時，對於不屬於公務員概念下的特定人，也作主體的相對性明確規範，如仲裁法官的職務犯罪，因仲裁法官並非屬余公務員概念下法官的範圍，故予以特別規定。

因此，德國刑法 1974 年之修正，固然對於公務員概念予以擴張，但卻在具體的職務犯罪類型，作相當幅度的限縮，且對於個別職務犯罪類型的主體限制，使公務員概念，並不至於過度濫用。加上對於職務犯罪的整體刑成條件，並非僅公務員概念而已，公務員職務犯罪的成立，必須具備三個要件：1、公務員主體資格；2、特定職務功能與職務關



連性；3、違反職務要求之行為。在成罪條件上，亦具有限縮概念適用範圍的作用。並非僅是將公務員概念擴張之後，即會使得職務犯罪的認定無限膨脹。

反觀我國刑法公務員概念的修正，除概念之外，並無任何類型上的調整，於是造成相當程度的模糊問題。一方面公務員概念在前後修正後的概念範圍，並無法明確劃定出明確的界限；另一方面，在法律具體的適用上，公務員的身分概念，也非決定是否適用職務犯罪的唯一標準，蓋對於委託公務員的問題更為明顯，因此，雖然公務員概念修正，但在偵查機關所處理的具體案件，是否為起訴或不起訴？在審判機關是否為論罪科刑，或視為免訴判決？在執行時，是否有發生應為刑之執行免除問題？這些都不是公務員概念修正後，那麼容易認定的問題，自然在實務的現況上，倘若不能對於公務員概念，作明確類型化的切割，以及在公務員概念上，作明確的界定，恐實務對於公務員概念的修正，其具體適用時，仍舊會存在著滿心疑惑！

問題歸結，對於以公務員為判斷基礎的犯罪類型，本來就存在著概念適用上的差異，這種差異並不會因概念修正，而得到修復。長遠之計，恐必須思考作為主體與作為客體的公務員概念，應該使其在認定判斷上，完全一致，這樣的處理關係，必須從職務行為的角度來考慮，而不能只是圍在公務員概念上打轉。他山之石，確有值得借鏡之處，但絕非僅在於公務員概念的問題打轉。

參考文獻

一、中文：

1. 柯耀程，《刑法的思與辯》，元照出版，2003年12月。

二、外文：

1. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (zitiert: Mitarbeiter-LK), 11. Aufl., 1997.
2. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (zitiert: Mitarbeiter-LK), 10. Aufl., 1985.
3. Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (zitiert: Mitarbeiter-LK), 5. Aufl. 1991.
4. Schönke, Adolf/ Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 24. Aufl. 1991.