

新修刑法公務員之解釋與國家之任務^{*}

靳 宗 立^{**}

目 次

- 壹、前言
- 貳、刑法公務員之立法沿革與新制修正始末
 - 一、舊制刑法公務員之立法沿革
 - 二、新制刑法公務員修正始末
 - 三、小結
- 參、「臺灣刑事法學會研究版」之規劃意旨
 - 一、歷來實務見解之特色
 - 二、日本刑法上公務員概念
 - 三、德國刑法上公務員概念
 - 四、刑法公務員舊制之缺失
 - 五、新制公務員之思考原則
 - 六、小結
- 肆、代結論－從國家之任務出發
 - 一、國家任務與法治國思想
 - 二、機關公務員（組織公務員）
 - 三、授權公務員
 - 四、受託公務員

關鍵字：公務員、公文書、公務員犯罪、公務、法定職務權限、國家任務、法治。

Keywords：Keywords：public servant, public document, offences about the public official, public duty, legal power of public duty, national mission, rule of law.

^{*} 作者感謝各匿名審查人提供之意見。

^{**} 靳宗立，輔仁大學法律學系專任副教授，輔仁大學法學博士。

摘 要

刑法公務員概念適用範圍極廣，而基於刑法第 11 條的意旨，以及罪刑法定與平等原則的要求，總則同一刑法公務員之定義、要件，在適用於不同分則領域甚至其他刑罰法規時，不應有不同之解釋，也因此，在 2005 年刑法修正前，刑法公務員舊制「依法令從事於公務之人員」，由於要件太過簡略，以致實務長年來面對複雜多變的具體案情，累積出許多不合理的缺失，遂有 2005 年新制之修正。

本文的目的，一方面在回顧刑法公務員概念的立法沿革，說明新修刑法公務員概念的修正過程及理由；另一方面則提出解釋新制公務員的看法，用作法界之參考。

The explanation of the public servant in the latest amendment of the Criminal Law and the public servant's national mission

Jin, Tzung-Li *

Abstract

The concept of "public servant" is used very wide in the Criminal Law. According to article 11 of the Criminal Law of the Republic of China, "crimes and punishments should be stipulated legally" and "the principle of equality", the definition of "public servant" in the general principles of the Criminal Law is suitable for dividing different types by the variety of the offense, even in other penal codes. Therefore, when we explain the term of "public servant", there should not be different meanings.

Because the definition of "public servant" in the past Criminal Law before 2005 is too simple that it has caused a lot of unreasonable mistakes in our judicial practice for a very long time. That is the reason which contributes to the amendment of the Criminal Law in 2005.

For offering the suggestions to our judicial practice to deal with related cases, this article tries to find out the legislative transition about "public servant" of the Criminal Law.

* Jin, Tzung-Li, Ph.D., Fu-Jen Catholic University, Deputy Professor, College Of Law, Fu-Jen Catholic University.



壹、前言

對於刑法之所以要定義「公務員」概念，一般論者多認為主要是因其職務與身分於刑法分則多有構成或加重之關係，或與妨害公務罪有關，所以有確定其意義與範圍之必要¹。實則，在刑法上，「公務員」概念之界定，在刑法分則領域有三個重要性議題：(1)公務員犯罪之主體資格；(2)公文書之意義；(3)妨害公務罪之客體性質。

在以「公務員」作為犯罪行為主體資格之「身分犯」中，公務員概念應如何界定，此一問題，乃向來解釋刑法上公務員概念之主要目的。

惟刑法分則各本條之規定中，不乏以「公文書」作為犯罪之客體者，例如刑法第 213 條之公務員登載不實罪，即屬之。而「公文書」之定義，刑法第 10 條第 3 項係規定為「公務員職務上製作之文書」，因此，要解釋何謂「公文書」，其前提自應先將「公務員」概念予以界定。

再者，在妨害公務罪中，自刑法第 135 條至第 141 條，除第 137 條之規定外，其犯罪客體均設有公務員，或與公務員有關，因此，要判斷妨害公務罪之成立，亦應先將「公務員」概念予以界定。

我國刑法既在總則第 10 條第 2 項對公務員設有定義，因此，在探討刑法上公務員概念應如何界定时，自應考慮是否能妥善適用於上述刑分領域三項議題²。通說向來認為，

公務員可分為行政法上之公務員與刑法上之公務員，前者須經正式之任用，後者則無須經過正式之任用，祇要其係依法令從事於公務，即可視為公務員，故前者可稱為「身分上公務員」，而後者再可稱為「事實上公務員」。又所謂「依法令從事於公務之人」，並不以本國人民為限，外國人依我國法令從事於我國之公務者，亦得屬之³。

由於刑法公務員概念適用範圍極廣，而基於刑法第 11 條的意旨，以及罪刑法定與平等原則的要求，總則同一刑法公務員之定義、要件，在適用於不同分則領域、甚至其他刑罰法規時，不應有不同之解釋，也因此，在 2005 年刑法修正前，刑法公務員舊制「依法令從事於公務之人員」，由於要件太過簡略，以致實務長年來面對複雜多變的具體案情，累積出許多不合理的缺失，以致於有新制之修正。

新修刑法公務員的修正，以及其類型與要件的解釋，也免不了遭受各界的批判與檢驗。由於新修刑法公務員的研修，從草案文字到修法協商，臺灣刑事法學會在甘添貴教授帶領下，積極關心刑事法制建設；而作者有幸全程參與其間，見證刑法公務員概念的演變。當然，人文制度，本不能人人滿意，總有人基於不同理由或價值觀，而有或多或少之異見，因此，在異中求同，由對話參與中，凝聚多數之共識，作為修法之基礎，實為多元價值之當代社會下，「正當」之作法。僅以一己之見作為立法準則，固屬獨斷；標

¹ 石松，《刑法通義》，上海商務印書館，1930 年 9 月初版，56 頁；郭衛，《現代刑法總論》，上海世界書局，1933 年 4 月，57 頁。

² 在日本，其通說認為刑法上之公務員定義，既於總則第七條第一項設有規定，自應適用於妨害公務罪、公文書偽造罪及收賄罪等規定中之公務員概念。參見佐伯仁志，「刑法上の公務員」，公務員判例百選〔別冊ジュイスト＜第 88 号＞〕，1986，12 頁。

³ 蔡墩銘，〈公務員犯罪之研究（一）〉，《軍法專刊》，第 22 卷 11 期，1976 年 11 月，4 頁。

榜社會成員「一致性」見解，亦屬烏托邦。

本文的目的，一方面除在回顧刑法公務員概念的立法沿革，說明新修刑法公務員概念的修正過程及理由，重要的是，新的條文規定既經立法，法界如何闡釋新制的要件，如何適用於複雜多變的具體個案，甚至於新制立法之缺失如何改進等，均須由法界全體經過不斷溝通、對話，始克有功，並不當然受原先規劃、研擬意見的拘束。因此，本文亦提出解釋新制公務員的看法，用作法界對話之參考。

貳、刑法公務員之立法沿革與新制修正始末

一、舊制刑法公務員之立法沿革

刑法有關「公務員」概念之規定，可溯自 1912 年暫行新刑律，惟原先並非使用「公務員」的用語，而係「官員」，當時暫行新刑律第 83 條第 1 項規定：「稱官員者，謂職官、吏員及其他依法令從事於公務之議員、委員及職員。」

而後，1915 年「修正刑法草案」第 81 條第 1 項則將「官員」改為「公務員」，其理由謂：「原案第一項作『官員』，此二字意義稍狹，未能賅載，今改為『公務員』。」⁴；

1918 年「刑法第二次修正案」第 13 條第 1 項仍維持「修正刑法草案」之文字⁵，隔年（1919 年）「改定刑法第二次修正案」第 17 條則將原草案「委員」刪去，文字仍為「稱官員者，謂職官、吏員及其他依法令從事於公務之議員及職員」⁶，此一修正版本，最後 1928 年舊刑法第 17 條之明文。

由於公務員法制及名稱不斷變更下，刑法公務員概念採列舉方式恐難與時俱進，且職官、吏員、議員，或者職員，均須「依法令從事於公務」⁷者始足當之，因此 1935 年刑法或許在前述考量下於第 10 條第 1 項將公務員定義簡化、概括為「依法令從事於公務之人員」⁸。

由前述立法沿革觀之，舊制刑法公務員的定義並未有本質上的改變，均須「依法令從事於公務」。茲就舊制歷來相關要件加以說明：

（一）職官

所謂「職官」，係依國家的組織法上所定的官制，而分擔國家事務，直接具有分擔事務的權力與義務者。在行政法上的「職官」，須受有正式任命的形式，始足當之；而刑法上的「職官」，則不以形式上受有任命，只須實際上實行擔負國家組織法上所定官制的事務者，即屬之⁹。

⁴ 參見〈修正刑法草案〉，收錄於《法律草案彙編（二）》，成文出版社，1973 年 6 月臺 1 版，19 頁。

⁵ 參見〈刑法第二次修正案〉，前揭書，12 頁。

⁶ 參見〈改定刑法第二次修正案〉，前揭書，2 頁。

⁷ 蓋公務員者，從事於國家之事務者之謂；職官、吏員及其他依法令從事於公務之議員、職員，包括遵照法令直接或間接從事於國家之事務者而言。參見石松，前揭（註 1）書，56 頁。

⁸ 實際上 1935 年刑法修正案中，完全未說明刑法公務員定義予以簡化的理由。有關 1935 年刑法修正案之詳細立法資料，參見《立法院公報》，63 期，25-87 頁；64 期，112-113 頁；65 期，1-5 頁，1934 年 10-12 月。

⁹ 郭衛，前揭（註 1）書，57-58 頁。惟亦有論者認為職官之要件有五：(1)須執行國家事務；(2)須依官員任用之形式；(3)所執行事務不必有繼續之性質；(4)對外不必有命令權；(5)不必受有俸給。其中有關於任用官員之形式，在見解上有所歧異。參見陳文彬，《中國新刑法總論》，商務印書館，1936 年 7 月初



實務見解亦認為：「官吏在行政法上，有一定之範圍，與刑律第三十八條之職官相當，非如刑律官員範圍之廣。¹⁰」、「刑律上所謂官員，與官吏之範圍不同，詳釋刑律第八十三條之規定，自能瞭解。而保衛團之團總保董，自保衛團條例頒行以後，已成為依法令從事於公務之委員。本案團董孫樹德既係由新登縣知事委充，自不能謂無官員之身分。¹¹」

(二)吏員

所謂「吏員」，係指依國家法令的組織，間接為分擔國家的事務，而負有權力與義務者¹²。實務認為，「看守所所丁係輔助執行司法行政事務之吏員，應包含於官吏犯贓治罪條例所稱官吏之內（即非司法官吏）¹³。」

(三)議員

所謂「依法令從事於公務之議員」，係指依國家法令所組織的民意機關，如國會議員及地方議會的議員；倘係各公益團體的評議員，仍不得謂為公務員¹⁴。

(四)職員

至於所謂「其他依法令從事於公務之職員」，係指前述職官、吏員、議員以外之人，只要是依法令而有公務上的職權與義務者，

均屬之。例如依教育法令的校長¹⁵。又依法令從事於公務之職員者，係兼指「委員」而言¹⁶。早期實務認為，「依教育法令設立之小學校，其教員即係依法從事公務之職員，與刑律第八十三條所稱之官員相符。¹⁷」

(五)公務

所謂「公務」，見解並非一致：有謂係國家的行政，及輔助國家行政的各公共團體內的事務，其性質不論為權力的、學問的抑或技術的，均要看其主體屬於何種以為區別。例如教育事務，其主體若為國立的，則其事務為公務，其主體是私立的，則其事務非公務；又如律師，雖亦經過國家試驗受得證書，惟其事務的主體是為輔助私人，故亦非公務¹⁸。

有認所謂「公務」，乃屬於國家統治機關或公共團體之事務¹⁹。甚至有認為「公務」係指國家之公共事務，而且以國家一定事務為限，至於公共團體之事務，縱有法律上之依據，亦非公務員²⁰。

我實務向來認定刑法之公務員，乃著重於有無法令依據，至所謂「公務」之定義，則鮮有提及。目前實務見解，對於所謂「公務」之解釋，極為少見，例如：「刑法上之

版，86頁。

¹⁰ 大理院6年統字666號解釋。

¹¹ 大理院7年上字899號判例。

¹² 郭衛，前揭（註1）書，58頁。有謂吏員係指公共團體之，例如農、商民協會、工會職員，參見陳文彬，前揭（註9）書，86頁。

¹³ 大理院統字第1516號解釋參照。

¹⁴ 郭衛，前揭（註1）書，58頁。

¹⁵ 同前註，58-59頁。

¹⁶ 陳文彬，前揭（註9）書，87頁。

¹⁷ 大理院9年統字1271號解釋參照。

¹⁸ 郭衛，前揭（註1）書，59頁。

¹⁹ 郝朝俊，《刑法原理》，1930年10月初版，上海商務印書館；陳文彬，前揭（註9）書，87頁。

²⁰ 周治平，《刑法總論》，作者發行，1963年3月初版，69頁。

公務員，係依據法令從事於公務之人員，所謂公務，係指國家之公共事務而言，至於人民團體之事務，則非公務。是故執行人民團體事務之人，縱有法令上之依據，亦不得認為公務員。²¹」

二、新制刑法公務員修正始末

(一) 2000 年以前之刑事立法政策

有關刑法的通盤檢討，前司法行政部於 1974 年成立「刑法修正委員會」展開研修作業，並於 1990 年將整本刑法修正草案連同刑法施行法修正草案，由行政院暨司法院會銜送立法院審議²²，惟在該次刑法修正草案中，並未針對刑法公務員的定義予以修正。

惟該次修正草案歷經立法院六年審議仍未能完成立法，經立法院司法委員會於 1996 年間決議請法務部重新檢討；法務部遂組成「刑法研究修正小組」等相關工作小組，將刑分與刑總之修正分開處理，刑總的修正因

涉及刑法體系之完整，法務部遲至 2000 年底，始提出「中華民國刑法總則修正草案」初稿，舉辦公聽會，廣徵各界建言。在此次法務部公聽會版的修正草案中，亦未對刑法公務員的定義有何修正²³。

(二) 2001 年臺灣刑事法學刑法修正草案

在法務部於 2000 年底，提出「中華民國刑法總則修正草案」初稿，舉辦公聽會時，臺灣刑事法學會剛正式成立，在與法務部協商下，法務部樂見學界積極關心刑總的研修，同意加開 6 場公聽會，臺灣刑事法學會亦火速邀集學者專家組成研修小組，以法務部版初稿為基礎，提出學會版刑法總則修正草案。依臺灣刑事法學會版刑總修正草案第 10 條第 2 項文字，建議修正為：「稱公務員者，謂依法令從事於公務而服務於法定機關之公務人員、公職人員及其他受法定機關委託從事公共行政事務之人員。」茲就修正條文及理由整理如下表²⁴：

修正條文	說明
稱公務員者，謂依法令從事於公務而服務於法定機關之公務人員、公職人員及其他受法定機關委託從事公共行	本條第二項關於公務員之定義，其規定極為抽象、糊模，於具體適用上，經常造成不合理之現象。例如，公立學校校長為刑法上之公務員，私立學校校長則否（院字二三六九號解釋）；政府股權佔百分之五十以上之股份有限公司，亦係公營事業機關，其依法令從事於該公司職務之人員，應認為刑法上之公務員（釋字第八號、第七十三號解釋）。前者之情形，同為學校之校長，且均係依法令從事教育事業，何以因公立與私立之別，即有屬公務員或非屬公務員分；後者之情形，何以政府股權佔百分之五十以

²¹ 最高法院 75 年度臺上字第 6682 號判決參照。

²² 有關 1990 年行政與司法院會銜送審的「中華民國刑法修正草案」及「中華民國刑法施行法修正草案」全文資料，可參閱立法院第 1 屆第 85 會期第 8 次會議議案關係文書，院總第 246 號（政府提案第 3735 號）。

²³ 有關法務部「中華民國刑法總則修正草案」初稿詳細資料，可參閱法務部印製，《中華民國刑法總則修正草案公聽會會議紀錄彙編》，第 1 冊，2001 年 12 月。

²⁴ 有關臺灣刑事法學會版修正草案之資料，可參閱法務部印製，《中華民國刑法總則修正草案公聽會會議紀錄彙編》，第 3 冊，2001 年 12 月，195-197 頁。



政事務之人員。

上或以下之股份有限公司，其依法令從事於該公司職務之人員，有屬刑法上公務員與非刑法上公務員之別？實難以理解。究其根源，實為第二項立法之不當，應予以修正。爰參酌下列立法例，修正第二項之規定。

(一)中華民國舊刑法第十七條

稱公務員者，謂職官、吏員及其他依法令從事於公務之議員及職員。

(二)日本刑法第七條

本法所稱公務員者，謂官吏、公吏、依法令從事於公務之議員、委員及其他職員。

(三)德國刑法第十一條

公務員，謂依德國法 a.任公務人員或法官者，b.擔任其他公法上之勤務關係者，c.其他經指定在官署或其他機關或其委託從事公共行政工作者。

(四)我國現行相關法規

(1)公務人員保險法施行細則第八條

依本法第二條及第六條之規定，凡法定機關編制內之有給公務人員及有給公職人員，應一律參加本保險為被保險人。

所稱有給公務人員，包括法定編制內之聘雇人員在內。

(2)公務人員任用法施行細則第二條

本法所稱公務人員，指各機關組織法規中，除政務人員及民選人員外，定有職稱及官等職等之人員。

前項所稱各機關，係指左列之機關、學校及機構：

- 一、中央政府及其所屬各機關。
- 二、地方政府及其所屬各機關。
- 三、各級民意機關。
- 四、各級公立學校。
- 五、公營事業機構。
- 六、交通事業機構。
- 七、其他依法組織之機關。

(3)公務人員保障法第三條

本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用、派用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。

前項人員不包括政務官、民選公職人員。

(三) 2002 年經建會委託臺灣刑事法學會研究版修正草案

由於公務員乃為國家政務推動之重要環節，故應如何避免公務員因不諳法令、規範構成要件不甚明確或其他原因，致發生違法失職情事並受刑事追訴，進而實質影響公務之推展，造成國家整體競爭力之障礙，乃為政府再造之重要議題。因此，除開公務員自身應加強法治觀念，以避免涉及刑事案件外，政府亦應妥為研究常見之違背職務行為之類型及其成因，作為公務員依法行政、執行職務時之重要參考，以及規劃調整妥當、合理的公務員責任之基礎。

因此，行政院經建會於 2001 年提出「公務員涉及刑事案件之類型化」委託研究案，要求歸納整理公務員涉及刑事案件之主要類型，分析公務員常見之違背職務行為及其成因，俾供相關公務員執行職務之參考；進而分就公務員涉及刑事案件之主要案件類型，規劃適當之規範調整建議，詳述建議理由，並提出法制配合調整前之因應對策。最後經

建會該項委託案由臺灣刑事法學會研究團隊接下研究任務。

因該研究工作之內容，經建會及法務部要求研究團隊至少歸納我國近五年來公務員涉及刑事案件類型，並進行提出具體可行之因應對策與修法建議，以供政府規劃調整公務員責任及人事管理之政策參考；其中，公務員涉及刑事案件之資料範圍，尚須包含公務員因瀆職或其他事由致受偵查之起訴、不起訴暨有罪、無罪判決。經整理高檢署資料科所提供之資料相關資料，總計有關判決確定部份計有 593 件，被告人數為 647 人；起訴部份計有 123 件，被告人數為 289 人；不起訴部份計有 2696 件，被告人數為 5167 人，總計超過六千名被告的涉案資料，均須進行分析、整理；在經過龐大資料的處理、分析後，研究團隊最後再針對相關法律規範提出必要之修正意見，其中包含刑法公務員的規定。茲就「臺灣刑事法學會研究版」針對刑法第 10 條第 2 項建議修正文字及理由整理如下表²⁵：

建議文字	說明
稱公務員者，謂下列之人員： 一、依法令服務於中央或地方公務機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於	現行法第十條第二項關於公務員之定義，其要件太過抽象，以致於實務在解釋與適用上，產生過份擴大範圍之嫌，使得(一)依組織法令而設之機關團體，其編制內之員工；(二)其職稱或資格具有法令之依據，且依法予以任命之人員；(三)縱非屬前兩類之人員，只須係依法令從事於公務，均屬刑法上之公務員。前兩類認定標準，可謂係「身分公務員」概念，實務只判斷有無組織法上之依據或任用依據，至其為何符合「依法令從事於公務」，則未有論證之理由；至第三類之認定標準，又回復「職務公務員」之概念。 再者，依實務見解(1)公立學校校長為刑法上之公務員，私立學校校長則否；(2)政府股權佔百分之五十以上之股份有限公司，亦係公營事業機

²⁵ 參見臺灣刑事法學會，《公務員涉及刑事案件之類型化研究》（行政院經濟建設委員會委託研究），2002 年 7 月，283-287。作者在研究團隊分工上，擔任公務員相關刑事法律規範之檢討與研修建議部分，有關刑法公務員修正意見，亦由作者負責處理。



公共行政事務而具有法定職務權限者。

二、受中央或地方公務機關依法委託，從事與委託機關法定權限有關之公共行政事務者。

關，其依法令從事於該公司職務之人員，應認為刑法上之公務員；(3)公立學校教師而未兼行政工作者，亦屬刑法上之公務員，而公立學校編制內之職員，則屬之；(4)公立醫療院所編制內之醫師，係刑法上之公務員，私立醫療院所之醫師，以及公立醫療院所非編制內之聘僱醫師，均非屬刑法上之公務員。(1)之情形，同為學校之校長，何以公立與私立之別，即有屬公務員或非屬公務員分；(2)之情形，何以政府股權佔百分之五十以上或以下之股份有限公司，其依法令從事於該公司職務之人員，有屬刑法上公務員與非刑法上公務員之別？(3)之情形，公立學校之教師與職員，均依教育人員任用方法及相關教育法規而於學校從事與教育相關之公共事務，何以二者在刑法上之評價有所差異？(4)之情形，原則上，醫師本來之職務，係在於醫療業務，何以因其任職之單位是否係公立醫療院所且係編制內之人員，而在刑法上即有不同之評價？況且，因公文書係公務員職務上制作之文書，因此，同為開立診斷證明書，醫師如登載不實者，公立醫療院所且係編制內之醫師，其所開立者，因係公文書，則其成立刑法第二百十三條之公務員登載不實罪，而私立醫療院所之醫師，以及公立醫療院所非編制內之聘僱醫師，其所開立者，因係業務文書，則僅係成立刑法第二百五條之業務登載不實罪？歸根究結，實因現行規定太過抽象、簡略所致。因此，現行刑法上公務員概念，則有重新檢討之必要。日本之立法方向，係在刑法總則限縮公務員之範圍，且將其要件明確化；另一方面，則在分則及特別法中，對於國家或地方公共團體以外之公共團體或公法人之從業人員，在必要範圍內，制定「視為公務員」與「特別賄賂罪」，以茲因應。而德國之立法方式，則將刑法上公務員（包括「對於公法上之勤務負有特別義務者」）之類型與要件，詳細規定。此兩種立法方式，或可供我國修法之參考。

如前所述，實務在認定刑法上公務員概念時，實兼採「身分公務員」與「職務公務員」兩套標準，而與現行第十條第二項之文字係屬「職務公務員」之立法，有所差異。究其原因，無非慮及具有公務員法上之公務員身分者，不僅對國家有忠誠之義務，且其廉潔性及公正性均應採取較高之標準，因此，實務在認定刑法公務員概念時，即兼採「身分公務員」與「職務公務員」兩套標準。惟如此，不僅有違罪刑法定原則，且常常造成刑法上公務員概念不當擴大之情形。

因此，本案嘗試提出刑法第十條第二項之修正條文，一方面將一定範圍內之身分公務員納入；一方面亦維持職務公務員之判斷標準；並考量貪污治罪條例第二條後段之規定，以及行政程序法之相關規定，分別規定三種類型：(一)依法令服務於中央或地方公務機關而具有法定職務權限者；

(二)前項情形以外，其他依法令從事於公共行政事務而具有法定職務權限者；(三)受中央或地方公務機關依法委託，從事與委託機關法定權限有關之公共行政事務者。

其中，前兩類型規定於第一款；第三類型則規定於第二款。茲就此三種類型公務員之概念，說明如次：

(一)依法令服務於中央或地方公務機關而具有法定職務權限者。此類型之人員，係採「身分公務員」之概念，其任用方式，或依考試任用、或經選舉、或係聘用或特任，均所不論，只須有法令之任用依據即可；惟其服務單位，須係中央或地方公務機關，且須具有法定職務權限者，始足當之。所謂中央公務機關，包括總統府、五院，以及法定附屬機關；而地方公務機關，則包括地方自治政府、地方民意機關及其法定附屬機關；至公營事業機構、公立學院、公立醫院等，則不在此限。所謂法定職務權限，係指在中央或地方公務機關服務之人員，其所從事之事務，須有法令規定之權限，倘無法令之職掌權限，縱服務於中央或地方公務機關，例如，僅依民法之規定，獲中央或地方公務機關僱傭，擔任保全或清潔工作者，亦不得謂為刑法上之公務員。

(二)前項情形以外，其他依法令從事於公共行政事務而具有法定職務權限者。亦即雖非依法令服務於中央或地方公務機關而具有法定職務權限之人員，惟係依相關法令規定，從事於公共行政事務，而具有法定職務權限者，亦得視為刑法上之公務員。例如，(1)依水利法第十二條第一項規定：「主管機關得視地方區域之需要，核准設立農田水利會，秉承政府推行農田灌溉事業。」同條第二項：「前項農田水利會為公法人，其組織通則另定之。」而農田水利會之任務與權利，則規定於農田水利會組織通則第十條至第十三條，因此農田水利會之會長及專任職員，即屬其他依法令從事於公共行政事務而具有法定職務權限之人員。其他，又如(2)依更生保護法之規定，更生保護會之人員；(3)依律師法之規定，律師懲戒委員會之委員；(4)依大學法之規定，大學內各級教師評審委員會以及申訴評議委員會之委員；(5)依政府採購法之規定，公立學校、公營事業之承辦、監辦採購人員…等，屬其他依法令從事於公共行政事務而具有法定職務權限之人員，應得視為刑法上之公務員，前開人員職務上所制作之文書，亦屬公文書。

(三)受中央或地方公務機關依法委託，從事與委託機關法定權限有關之公共行政事務者。此類型之人員，係參酌貪污治罪條例第二條後段、行政程序法第十六條第一項、國家賠償法第四條第一項之規定而設。關於貪污治罪條例第二條後段之「受公務機關委託承辦公務之人」，實務早期見



解，較重視是否係受公務機關委託，承辦公務機關有關之事務；而對於公務機關所委辦事務，是否係屬「公務」，則未予探究。近期實務見解，對於所謂「受公務機關委託承辦公務之人」，則較重視其受公務機關委辦事務，是否係屬公務，而認必其所委任者，係為該機關權力範圍內之公務，而受任人因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任之範圍內行使公務主體之權力者，方足當之。至若僅受公務機關私經濟行為之民事上委任，或其他民事契約所發生私法上權義關係，則所委任者並非機關權力範圍內之公務，受任之人亦不因而享有公法上之權力，自不能謂係受公務機關委託承辦公務之人（最高法院七五臺上 3105 判決、七六臺非 224 判決、八四臺上 5755 判決、八七臺上 1901 判決、八八年臺上 1124 判決、八八臺上 2273 判決）。而行政程序法第十六條第一項規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」同條第二項規定：「前項情形，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。」國家賠償法第四條第一項則規定：「受委託行使公權力之團體，其執職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。受委託行使公權力之個人，於執行職務行使公權力時，亦同。」爰將本類型之人員要件，明訂為「受中央或地方公務機關依法委託，從事與委託機關法定權限有關之公共行政事務者」。例如，海基會係行政院陸委會依臺灣地區與大陸地區人民關係條例規定，委託處理兩岸關係事務之民間團體，同條例第五條並授權其得驗證在大陸地區製作之文書，從而海基會驗證大陸地區製作之文書，即係行政院授權處理而屬委託機關法定權限有關之公共行政事務，因此，其承辦人員亦應屬刑法之公務員，其職務上製作之文書，亦應屬公文書。

(四) 2003 年甘添貴教授建議修正意見

由於 2001 年臺灣刑事法學會版刑總修正草案第 10 條第 2 項之修正意見，研討期間過於倉促，建議修正文字多有不周之處；迨 2002 年「臺灣刑事法學會研究版」有關刑法公務員的定義與要件，已較為周延，雖不免有所缺失。當時擔任學會會長的甘添貴教授，經詳細審閱「臺灣刑事法學會研究版」研究報告後，大體支持該版草案，而針對部分文字用語予以精進，包含將「中央或地方公務

機關」修訂為「國家或地方自治團體所屬機關」；「公共行政事務」修改為「公共事務」。甘教授所提修正文字如下：「稱公務員者，謂下列之人員：一、依法令服務於國家或地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者。二、受國家或地方自治團體依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」²⁶

(五) 2004 年立法院司法委員會協調會議

²⁶ 甘添貴，〈刑法上公務員之定義與涵蓋範圍〉，《月旦法學雜誌》，92 期，2003 年 1 月，37-38 頁。

在 2005 年新修刑法公務員完成修正前，在修法作業程序上最重要的就是整合不同意見、不同修正版本的階段；其中的關鍵，應屬 2004 年 5 月至 6 月由立法院司法委員會邀請學者專家所召開的協調會，至關重要。在協調會議列案討論者有四，除蘇盈貴等委員提案將刑法公務員定義刪除外²⁷，其餘版本計有行政院提案的刑法部分條文修正草案（以下簡稱「行政院版刑法修正草案」）、陳根德等委員連署提案（以下簡稱「陳根德委員版修正草案」），以及陳健民等委員連署提案（以下簡稱「陳健民委員版修正草案」）等三案，茲就各版修正草案內容，整理如下：

1. 行政院版刑法修正草案

法務部於 2001 年舉辦刑法總則修正草案初稿公聽會後，即依公聽會多數意見，重新提出相關「中華民國刑法部分條文修正草案」及「中華民國刑法施行法部分條文修正草案」，提報行政院；行政院遂於 2002 年召開 8 次審查會，完成行政院版「中華民國刑法部分條文修正草案」及「中華民國刑法施行法部分條文修正草案」，而後與司法院會銜送請立法院審議。在此次「行政院版刑法修正草案」有關第 10 條第 2 項有所修正，茲整理如下表²⁸：

修正條文	說明
稱公務員者，謂依法令從事於公務或受公務機關之委託行使公權力之人員。但公立醫院或公營事業機構之人員，從事公權力以外之行為者，不在此限。	(一)有關受委託執行公務或公權力之人員，依貪污治罪條例第二條後段及司法院釋字第四六二號解釋意旨，認此等人員應屬公務員。惟受託執行公務之範圍則有不同，實務上委託之事務，有與公權力之執行有關，有與公權力之執行無關，因受託執行之人員並非一般概念之公務員，其無公務員所享之權利及待遇，如受託之事務與公權力無關，自不宜課以與一般公務相同之責任，故認應以受公務機關委託行使公權力之人員為限，始認為刑法上之公務員，爰於第二項增訂之，以資涵括。 (二)本條第二項有關公務員之定義，其規定極為抽象、模糊，於具體適用上，經常造成不合理現象，例如，依司法院釋字第八號、第七十三號解釋，政府股權占百分之五十以上之股份有限公司（如銀行），即屬公營事業機構，其從事於該公司職務之人員，應認為係刑法上之公務員。然何以同屬股份有限公司，而卻因政府股權占百分之五十以上或未滿之不同，使其從事於公司職務之人員，有刑法上公務員與非刑法上公務員之別？實難以理解。究其根源，實為公務員定義之立法不當結果，應予以修正。 (三)上開公營事業機構係以營利為其目的之一（雖有時亦有行政目的），然

²⁷ 蘇盈貴等委員提案刪除刑法公務員規定的理由，參見法務部編印，《二〇〇五年中華民國刑法暨刑法施行法修正立法資料彙編》（下），2005 年 12 月，123-124 頁。

²⁸ 有關行政院版公務員修正草案資料，可參見法務部印製《行政院審查「中華民國刑法部分條文修正草案」暨「中華民國刑法施行法部分條文修正草案」會議資料彙編》。

	其行為究屬於私經濟領域，其與一般公務員之行為與公共事務有關之概念，並不一致。參諸中華民國憲法增修條文第十條第四項「國家對於公營金融機構之管理，應本企業化經營之原則；其管理、人事、預算、決算及審計，得以法律為特別之規定。」之規定，即揭示國家對公營事業金融機構之管理，本於企業化經營之原則，故就此等從事私經濟活動之公營事業機構人員，應排除於刑法上公務員之範疇，爰於但書增訂排除之規定。 (四)有關公營事業機構之定義，則依「公營事業移轉民營條例」第三條規定認定之。 (五)公立醫院之醫療行為與私立醫院之醫療行為，並無二致，其從事之人員，如與公權力之執行無關者，其在刑法之地位上不應與私立醫院有不同之評價，爰一併於但書中排除之。
--	---

2. 陳根德委員版修正草案²⁹

修正條文	說 明
稱公務員者，謂下列之人員： 依法令服務於國家或地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者。受國家或地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。	第二項公務員定義部分： (一)不贊成行政院版本之理由： 1. 行政院版修正理由既主張「其規定極為抽象、模糊，於具體適用上，經常造成不合理現象」，且謂「究其根源，實為公務員定義之立法不當結果」，何以仍保持「依法令從事於公務」用語而仍未加以適度修正，實令人不解。 2. 行政院版後段增訂事項係以私經濟與公權力做為區分受公務機關委託承辦公務之人員是否負刑法上責任之標準，然查受公務機關之委託所承辦公務之人員，依貪污治罪條例第二條規定，係屬『準公務員』地位，至於所承辦之公務是否限於具有公權力性質之事務，在實務上則存有重大爭議。有認為須具有公權力性質之事務，亦有認為祇須公共性質之事務即足當之。例如農會代收公營事業中油加油站之油款，雖非行使公權力但其性質上仍為公有財物，即應成立侵占公用財物罪（最高法院 70 年臺上 4834 號判例）。 3. 以賄賂罪為例，公務員對其職務上所應為或得為之事務，不論係具有公權力性質之事務，或僅涉私權之事務，抑或僅為機關內部單純之事務，如有要求、期約或收受賄者，均得成立賄賂罪。 4. 行政院版並增訂但書規定，固可消弭長期以來實務扭曲公務員概念之

²⁹ 有關陳根德委員版修正草案詳細內容，可參閱前揭（註 25）書，2005 年 12 月。

缺憾，惟做此例外規定恐有挂一漏萬之虞。例如實務上認為公立學校校長及從事行政工作之人為公務員，公立學校教師未有從事公權力之行為，非屬公務員（釋字 308 號），惟因不在但書排除之列，是否不適用無法令人釋疑。

(二)本草案鑒於行政院版前述缺失提出以上修法建議其理由如下：

1. 「依法令從事於公務」之用語應修正為「依法令服務於國家或地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限者」，蓋因「從事於公務」一語抽象、模糊易生爭議，宜限定於國家或地方自治團體之組織成員。因其係代表或代理國家或地方自治團體處理公共事務，自當負有特別之保護義務或服從義務。倘無法令之執掌權限，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，例如僱用之保全或清潔人員，則不認其為刑法上公務員。
2. 雖非服務於國家或地方自治團體所屬機關，惟係「其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者」亦應視為刑法上的公務員。例如依水利法及農田水利會組織通則相關規定，農田水利會會長及其專任職員即為其他依法令從事於公共行政事務而具有法定職務權限之人員。此外尚有律師法規定之律師懲戒委員會委員、更生保護法規定之更生保護會之人員。依政府採購法之規定，公立學校、公營事業之承辦、監辦採購人員…等均屬其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限之人員，亦得視為刑法上之公務人員。此等人員基於職務所製作之文書，亦屬於公文書。
3. 受國家或地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者：此用語較行政院增訂條文用語周全，此類型之公務員係參酌貪污治罪條例第 2 條、行政程序法第 16 條、國家賠償法第 4 條第 1 項之規定而設。例如海基會係陸委會依「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」規定，委託處理兩岸人民往來有關事項之民間團體，由於其從事者乃公共事務，因此其承辦人員應屬刑法上公務員，其所製作之文書應為公文書。
4. 外國立法例：德國刑法第 11 條第 1 項第 2 款規定：「公務員謂依德國法(1)任公務人員或法官者，(2)擔任其他公法上之勤務關係者，(3)其他經指定在官署或其他機關或其委託從事公共行政工作者」；第四款規定：「從事特別公務之人員，謂非公務員，而從事或執行及真誠履行合法義務者：(1)於官署或其他機關從事公共行政工作者，(2)於社團或其他團體、營業或企業，為官署或其他機關執行公共行政工作者。」現行日本刑法第 7 條雖然規定：「本法所稱公務員者，謂官吏、公吏、



依法令從事於公務之議員、委員及其他職員」，然其規定不盡理想，現今日本刑法實務及學說界，大抵以日本改正刑法草案第 11 條規定，做為解釋公務員概念的藍本。該草案規定：「本法所稱公務員者，謂國家或地方自治團體組織內有一定職務權限者，及其他依法令從事於國家或地方公共團體事務者」，足見為符合時代潮流誠該規定實有修正之必要，且本草案版本更較行政院版為佳。

3. 陳健民委員版修正草案

在立法院審議協商階段，時任立法委員的陳健民委員，亦提出公務員建議修正文字如下：「稱公務員者，謂下列之人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體或其他具有處理公共事務權限之團體等公務機關，而具有法定職務權限者。二、受前款公務機關之委託，行使與委託機關權限有關之公共事務之人員。」

4. 協商結論

最後在立法院召開協調會後的結果，因行政院修正文字較不周延，且採明文排除特定人員的方式，較受批評；而陳健民委員版的文字，與陳根德委員版文字較為接近；而陳根德委員版又係採甘添貴教授的建議，最後協商結論，係採陳根德委員版³⁰。

三、小 結

暫行新刑律，係脫胎於「大清新刑律」，而「大清新刑律」之制定，係前清於光緒 28 年任命沈家本、伍廷芳二人為修訂法律大臣，進行新法典之編纂工作，沈家本並延聘日籍

學者岡田朝太郎擔任顧問，至光緒 33 年 8 月編成「大清新刑律草案」，並於宣統 2 年 12 月 15 日併頒布，是為「大清新刑律」³¹。

因此，從法制史觀點來看，刑法公務員概念，係繼受日本刑法第 7 條第 1 項：「本法稱公務員者，謂官吏、公吏，以及依法令從事公務之議員、委員或其他職員」的規定而來。惟日本刑法迄今仍未完成修正，而我刑法公務員定義已歷經數次或大或小的修正，其中，在 2005 年新修公務員規定前的歷次修正，都還在「依法令從事於公務」的框架下，並無太大的變動；2005 年新修刑法公務員概念，則有重要的修正。

如前所述，2005 年新修刑法公務員概念，係採陳根德委員版修正草案通過，而其文字與說明完全採用甘添貴教授的建議修正意見；而甘教授又係以「臺灣刑事法學會研究版」研究報告為基礎，而針對部分文字用語予以精進。因此，新修刑法公務員之設計，可追溯自「臺灣刑事法學會研究版」研究報告。

當然，新的條文規定既經立法，法界如

³⁰ 在立法院司法委員會召開的協商會，當時司法委員會邀請臺灣刑事法學會及各校法律系各推派刑法學者一名參加，甘教授及作者當時亦參與其中。詳見 2004 年 5 月 18 日立法院司法委員會第五屆第五會期「中華民國刑法及施行法部分條文修正草案」協調會會議紀錄，參見法務部編印，《二〇〇五年中華民國刑法暨刑法施行法修正立法資料彙編》（上），2005 年 12 月，983-985 頁。

³¹ 參見黃源盛撰，〈沈家本法律思想與晚清刑律變遷〉，《臺大法研所博士論文》，1991 年 11 月，83-100 頁；謝振民編，《中華民國立法史》，正中書局，1948 年滬 1 版，1080-1081 頁；郭衛，《刑法學總論（上冊）》，上海法學編譯社，1933 年 4 月，40 頁。

何闡釋新制的要件，如何適用於複雜多變的具體個案，甚至於新制立法之缺失如何改進等，均須由法界全體經過不斷溝通、對話，始克有功，並不當然受原先規劃、研擬意見的拘束。本文僅在說明、介述當時「臺灣刑事法學會研究版」的規劃意旨，作為各界對話的素材。

參、「臺灣刑事法學會研究版」之規劃意旨

在前述行政院經建會委託臺灣刑事法學會 2002 年「公務員涉及刑事案件之類型化」研究案研究報告中，有關刑法公務員規定之研修，係由本人負責執筆，因此，對於「臺灣刑事法學會研究版」之規劃意旨，特予以說明如後。

一、舊制刑法公務員歷來實務見解之特色

有關舊制刑法第 10 條第 2 項對於公務員之定義，通說認為刑法上公務員之要件有二：

1. 須從事於公務；2. 須從事之公務有法令之依據。茲析述如次：

(一)須從事於公務

所謂公務，乃指國家之事務或地方自治團體之事務，及與此有關之事務。國家或地方自治團體，基於其統治權力關係而職掌之事務，固屬公務；惟公立學校、公立醫院、公營事業，以及農會、漁會、農田水利會、更生保護會、律師公會…等機關團體，其所執行之事務，是否亦屬「公務」，歷來實務

見解並不一致。

例如，公立學校之校長及職員，公立醫院編制內之人員、農田水利會之會長及各級專任職員³²等，實務均認其係依法令從事於「公務」之人員；而公立學校教師未兼行政工作者、農會及漁會之職員，則非屬依法令從事於「公務」之人員，至其標準為何，則未有明確一致之見解。換言之，實務係依個案之情形，分別判斷從事於何種機關團體之何種身分之人，應否認認為刑法上之公務員³³。

(二)須從事之公務有法令之依據

刑法上之公務員，除須係從事公務之人，且須其所從事之公務，具有法令之依據，始足當之。一般所謂法令，雖包括法律及國家、地方自治團體本於其權限內所發布之命令規程，但皆須具有公法之性質者，始符於要件；倘僅具有私法性質者，則不屬之³⁴。

依舊制實務見解，其認定是否為「依法令從事於公務之人員」，可歸納為下列三項標準：(1)有組織法依據之人員；(2)有任用法依據之人員；(3)其他依法令從事於公務之人員。

1. 依組織法

依組織法令而設之機關團體，其編制內之員工，均屬刑法上之公務員。例如：

(1)難民收容所如係貴陽市政府根據法令所設立，則該所管理員乃依法令從事於公務之人員。（司法院 34 年院解 2937 解釋）

³² 依農田水利會組織通則第 23 條：「農田水利會之會長及各級專任職員，視同刑法上之公務員，不得兼任其他公職。但國民大會代表不在此限。」

³³ 例如，實務認為，僅係基於國民義務而執行一定事務者，縱其事務為公眾事務，仍不能認為係屬「公務」（參閱最高法院 23 年上 895 判例）；民眾團體之事務亦非屬「公務」（參閱最高法院 21 年上 1957 判例）；商會會長，不得認係刑法上之公務員（參閱司法院 22 年院 849 號解釋）。

³⁴ 蔡墩銘，〈刑法上之公務員與水利會之職員〉，《刑事法雜誌》，15 卷 5 期，頁 76，60 年 10 月。

- (2)官紳組織之清鄉委員會，既無法令上根據，其委員不能認為公務員。（司法院 24 年院 1200 解釋）
- (3)鹽務稽核處會計員，係國家所設鹽務機關之職員，依法應認為公務員。（23 年上字第 5618 號）
- (4)區長係根據縣組織法而產生，自係依法令從事於公務之職員，與刑法第十七條所稱之公務員相當。（22 年上字第 568 號）
- (5)江西各縣保長聯合辦公處之主任及書記，既由縣長或該主任按照組織規則委任或委用，應均認為刑法第十條第二項之公務員。（司法院 27 年院 1782 解釋）
- (6)湖北省政府設立之省銀行，其科長由行長依該銀行章程任用者，應認為刑法之公務員。（院字第 1882 號）

2. 依任用法

依公務人員任用法規（包含公務人員任用法、交通事業人員任用條例（第 2 條：本條例所稱交通事業人員，指隸屬交通部之事業機構從業人員。）、教育人員任用條例（第 2 條：本條例所稱教育人員為各公立各級學校校長、教師、職員、運動教練，社會教育機構專業人員及各級主管教育行政機關所屬學術研究機構（以下簡稱學術研究機構）研究人員。）、醫事人員人事條例（第 2 條：本條例適用範圍以公立醫療機構、政府機關及公立學校組織法規所定，並經考試院會同行政院認定由醫事人員擔任之職務為限。）……等）任用，其職稱或資格具有法令之依據，且依法予以任命之人員，實務上均認其係刑法上之公務員（依釋字 308 號解釋之意旨，公立學校之教師未兼行政職務者除外）。例如：

- (1)縣監所協進委員會、建設委員會及糧食

管理委員會，由縣長選聘，於法有據者，可認為公務員。（司法院 25 年院 1454 解釋）

- (2)省立學校校長如經中央或省政府任命，即係依法從事公務之職員，當然包括於刑法第 17 條公務員範圍之內。（院字第 239 號）
- (3)各區鎮保甲長及區署錄事、鎮公所幹事暨公立學校校長，均應認為刑法上之公務員。至區署幹事、鎮公所錄事，如係依法令從事於公務者亦同，私立學校校長則否。（院字第 2369 號）

3. 依其他法令

不論其是否為機關編制內之人員暨其職稱及計資之方式如何，均在所不問（最高法院 76 年臺上 981 判決），因此：

- (1)基隆市家畜市場既係市府依據省議會通過經行政院核定，由省府於 63 年 7 月 29 日令公布之臺灣省農產品批發市場管理辦法設立及由市議會通過省府核定，經市府依基隆市家畜市場組織規程組成，由市府出資設立隸屬市府建設局指揮監督，且上訴人係經由市府核准派用之市場職員，辦理政府推行農產品運銷重要業務，以調節產銷平準市價，維護生產者消費者利益，則該市場係市府所轄辦理自治業務中之重要公營事業，任職該市場主計課長、出納、總務課長之上訴人，顯然具有依法令從事於公務人員之身分，不因其支薪係在市場營收提成項內及免送銓敘而受影響。（最高法院 71 臺上 174 判決）
- (2)農田水利會為公法人，其會長及各級專任職員，視同刑法上之公務員，水利法第 12 條第 2 項及農田水利會組織通則第 23 條分別定有明文，其屬編制內之人

員，自應視同公務員。（最高法院 69 臺上 3376 判決）

- (3) 鄉公所依照臺灣省公墓火葬場、殯儀館、納骨堂塔管理規則第 22 條之規定，僱用之公墓管理工，掌理勘測公墓使用面積、催收公墓使用費等事務人員（70 臺上 1059 判例），亦屬刑法上之公務員。
- (4) 上訴人代辦郵政，係依郵政代辦所規則第 11 條委派，按照同規則第 5 條，應遵守郵政章則辦理郵務，不能謂非依法令從事於公務之人員。（29 年上字第 1168 號）
- (5) 大專院校聯合招生，組織委員會辦理其事，為教育部所定之教育行政決策，聯招會既係執行此項決策之機構，凡指派在聯招會辦事之人員，自係依據法令從事公務之人員。（59 年度臺上字第 3136 號）
- (6) 公營事業從業人員之任用，依公務人員任用法第 33 條規定，應另以法律規定，惟至今立法院仍未制定公營事業人員任用條例。然實務向來均將公營事業人員，視為刑法上公務員，甚至在「國營事業管理法」制定後，因其第 3 條規定「本法所稱國營事業如左：一、政府獨資經營者。二、依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營者。三、依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。其與外人合資經營，訂有契約者，依其規定。」而擴大認定公營事業之範圍。因此：
 - ① 服務於國營事業機關之人員，亦為公務員。（院字第 1061 號）；② 中國

運輸公司所用之司機，既為服務國營事業機關之人員，自係刑法上之公務員（院字第 2046 號）；③ 公路局係國營事業機關，其所用之汽車司機，自係刑法上之公務員（院字第 2082 號）；④ 中國運輸公司為國營事業，其在該公司修車廠服務之機工，應認為刑法上之公務員（院字第 2084 號）；⑤ 原呈所稱之股份有限公司，政府股份既在百分之五十以上，縱依公司法組織，亦係公營事業機關，其依法令從事於該公司職務之人員，自應認為刑法上所稱之公務員。（釋字第 8 號）；⑥ 臺灣電力公司係公營事業機構，在該公司服務或辦理該公司招考事務人員，亦屬刑法上之公務員。（59 臺上 1057 判決）

從實務上述見解可知，其認定刑法上公務員範圍頗廣，亦即在公務員法上視為公務員者，莫不屬於刑法上之公務員；但其非屬公務員法上之公務員者，亦可能成為舊制刑法上之公務員³⁵。

二、日本刑法上公務員概念

日本刑法第 7 條第 1 項雖規定：「本法稱公務員者，謂官吏、公吏，以及依法令從事公務之議員、委員或其他職員」，惟此條規定之公務員概念，係以明治憲法時期之官公吏制度為前提，而與現行之公務員之稱謂不符。因此，日本刑法第 7 條第 1 項，在目前尚具有定義規定之意義者，僅在於「依法令從事於公務之議員、委員或其他職員」之部分，至於「官吏、公吏」部分，已無適用之餘地³⁶。

³⁵ 蔡墩銘，前揭文，頁 77。

³⁶ 古田佑紀，〈第七條「公務員，公務所」〉，〈《大コンメンタール刑法〔第一卷〕》〉，青林書院，1991



蓋在明治憲法時期之官吏制度，係依當時憲法第 10 條規定「天皇欽定行政各政之官制及文武官員之俸給，並任免文武官員」，採取所謂天皇之官制大權與任官大權為基礎，而藉由天皇頒布「官吏服務紀律」（明治 20 年勅令第 39 號）、「文官任命令」（明治 26 年勅令第 183 號）等勅令，而定立之一種身分制度。惟在二次世界大戰日本戰敗後，日本國憲法被迫修改（昭和 23 年新憲法公布），關於公務員制度，自天皇制之官吏，改變為基於國民主權制之國民的公務員制度，並透過「國家公務員法」（昭和 22 年法律第 120 號）以及「地方公務員法」（昭和 25 年法律第 261 號）之制定，而予以落實³⁷。

由於日本刑法在二次戰後並未隨著憲法及新公務員法制而配合修正，以致於其刑法第 7 條第 1 項之「官吏、公吏」，在現行公務員法制上已無可對應之名稱，實質上已形同虛設。因此，目前日本通說，對於刑法公務員之定義，實與我國刑法第 10 條第 2 項「依法令從事於公務之人員」相當³⁸。以下茲就日本目前刑法上公務員概念之要件予以說明：

（一）法令

關於「法令」之意義，日本判例見解，認為除法律、政令、省令外，亦包含規定抽象性通則之行政廳內部之通達、訓令、內規等在內（大審院大判 4.5.14 錄 21 輯 625 頁、大判昭 12.5.11 集 16 卷 725 頁，最高裁判所

最判昭 25.2.28 集 4 卷 2 號 268 頁等等）³⁹。

至於學說，有力說見解則認為，所謂「法令」，包含「法律」及「命令」，而「命令」係指對於一般國民具有適用者為限，至於對於一般國民並無適用之官廳內部之訓令、內規等，倘將其解為包含在「法令」之內，實為不當，因此，所謂「法令」，應僅限於法律、政令、省令、條例等⁴⁰。

（二）依法令

對於「依法令」從事公務之意義，日本二次戰前大審院之見解，係認從事公務之「資格或職名，須有法令之規定」（大判大正 14.10.16 刑集 4 卷 607 頁、大判大正 14.12.8 刑集 4 卷 723 頁等）；戰後判例之立場，雖不明確，惟一般仍認須有規定職名根據之法令⁴¹。至於學界之通說，則認僅須有從事公務之法令依據即可，至在法令中並不具體地規定職務權限與職名⁴²。

（三）公務

所謂公務，依日本通說，乃認係國家或地方公共團體之事務，惟並不以基於公權力行使及其他權力關係者為限，縱如鐵道事業、通信事業、土木事業、醫療業務、學校業務等私的事業，只要是與國家或地方公共團體及其所屬機關有關之事務，亦得包括在內。惟在日本實務上，自二次戰後，已逐漸傾向將在國家或地方公共團體之機關內，受雇從事機械性、肉體性之勞務工作者，解為非屬依法令從事於公務之職員（最判昭 35.3.1 集

年初版，頁 102。

³⁷ 佐藤道夫、飛田清弘，《刑事法重點講座。賄賂》，立花書房，昭和 62 年 2 訂版，46-47 頁。

³⁸ 參見佐伯仁志，前揭（註 2）文，12 頁。

³⁹ 古田佑紀，前揭（註 36）文，103 頁。

⁴⁰ 同前註。

⁴¹ 佐伯仁志，前揭（註 2）文，12 頁。

⁴² 古田佑紀，前揭（註 36）文，103 頁。

14 卷 3 號 224 頁)⁴³。

至於國家或地方公共團體以外之公共團體或公法人之事務，例如公營事業、水利會、農會等團體之事業，是否亦屬「公務」，則存有爭議。日本實務，在二次戰前大審院時期，傾向肯定說。惟戰後最高裁判所，則改變大審院之見解，雖然最高裁判所在形式上多承認國家或地方公共團體以外之公共團體或公法人之事務為「公務」，然而，透過刑法第 7 條第 1 項「依法令從事於公務之職員」之限縮解釋，以及個個法人實態上之差異，以及在特別刑法或行政刑法上有「視為公務員」與「特別賄賂罪」之規定，從而在實質上則傾向否定說；學說之立場亦同。

目前日本之法制上，為配合此一方向，除在立法上，對於國家或地方公共團體以外之公共團體或公法人之從業人員，在必要範圍內，制定「視為公務員」與「特別賄賂罪」外；並在刑法改正草案第 11 條第 1 項，將現行刑法第 7 條第 1 項「公務」之用語，修正為「其他依法令從事國家或公共團體事務之職員」，而將國家或地方公共團體以外之公共團體或公法人之從業人員，排除在總則公務員範圍之外⁴⁴。

綜上所述，日本刑法第 7 條第 1 項關於公務員之定義，由於「官吏、公吏」部分，已與現行公務員法制不符，因此，其目前尚可適用者，僅係「依法令從事於公務之議員、委員或其他職員」部分，而與我國刑法第 10 條第 2 項相當。由於所謂「依法令從事於公務之職員」，其要件實不明確，其範圍常過於寬廣，以致於檢討、批判聲浪不斷。

職是，日本在二次戰後之立法方向，對於國家或地方公共團體以外之公共團體或公法人之從業人員，在必要範圍內，制定「視為公務員」與「特別賄賂罪」；同時，實務對於在國家或地方公共團體內，受雇從事機械性、肉體性勞務工作者，也傾向解為非屬「依法令從事於公務之職員」。因此，日本刑法關於公務員概念之整體方向，可以從其改正刑法草案（昭和 49 年 5 月 29 日法制審議會總會決定）第 11 條第 1 項對於公務員之定義，得到印證：「本法稱公務員者，謂在國家或地方公共團體之組織內，具有一定職務權限之人，以及其他依法令從事於國家或地方公共團體事務之職員⁴⁵」。

三、德國刑法上公務員概念

德國刑法第 331 條以下，設有各種義務違反罪（相當於我國的瀆職罪）之規定，而其行為主體除有特別限定外，原則上係以(1)「公務人員」(Amtsträger)以及(2)「公法上之勤務負有特別義務者」為對象。

對於「公務人員」(Amtsträger)之定義，德國刑法係規定於第 11 條第 1 項第 2 款至第 3 款。其第 2 款規定：「公務人員 (Amtsträger)：係指依德國法律，a) 擔任公務員 (Beamter) 或法官 (Richter) 之人；b) 具有公法上職務關係之人，或 c) 委任 (bestellen) 官署或其他單位，或者依委託 (in den Auftrag)，不論任務的履行所選擇的組織型態為何，而執行公行政任務之人員。」第 3 款規定：「法官：係指依德國法律擔任職業法官或榮譽職法官之人員。」

⁴³ 古田佑紀，前掲文，頁 104-106；佐伯仁志，前掲（註 2）文，頁 13。

⁴⁴ 佐藤道夫、飛田清弘，前掲（註 37）書，頁 69-73。

⁴⁵ 《大コンメンタール刑法〔別卷〕》，青林書院，1992 年初版，517 頁。

至「公法上之勤務負有特別義務者」之定義，則係於德國刑法第 11 條第 1 項第 4 款規定：「對於公法上之勤務負有特別義務者：係指雖非公務人員，但 a) 於官署或其他單位內執行公行政任務，或 b) 於專業團體、聯合團體、企業或事業單位中、為了官署或其他單位，而執行公行政任務；且同時根據法律，形式上承擔妥善履行上述機關職責（Obliegenheiten）之義務之人員。」

以下，茲就德國刑法上「公務人員」（Amtsträger）以及「公法上之勤務負有特別義務者」之定義，加以說明⁴⁶。

（一）公務人員（Amtsträger）

按德國刑法所稱之「公務人員」係一個集合概念，泛指與公務機關發生特定的勤務或委託關係之人，同時其任命必須是根據德國法始足當之。在不牴觸公務員法的前提下，外國人亦得根據德國法律擔任公務人員。德國刑法所稱之「公務人員」要不是指聯邦公務人員，要不就是指邦公務人員，因此造成任職於歐體之人員，僅於其任用的歐體法律基礎透過德國法律的平等地位條款（Gleichstellungsklausel）或者其他的特別協定加以納入時，始得該當第 11 條第 1 項第 2 款之公務人員概念。公務人員不論任職於聯邦、各邦、地方自治團體、地方專業團體、公法社團、公營造物或公法社團中，其地位均無差別。

1. 依法擔任「公務員」（Beamter）

第 2 款 a 中所稱之「公務員」係指根據相關的公務員法規之規定，由主管之機關任命成立公務員關係的人員。具體言之，他是自願透過形式上的任命，發生一個由國家所

形成的公法上權力關係；在此權力關係下，公務員負有執行職務與忠誠的義務；國家則負有對公務員之保護或生活照顧義務（BGH 2, 120）。至於其任命係終身職、可否廢止或者只是試用並非所問。公務員須經過聯邦或各邦法律之規定而任用，同時任用機關必須具有權限，任用必須根據法定的形式為之。如果未經任命或者任命無效，公務員的屬性即發生疑問。職務的暫時取消不必然消滅公務員的性質。公務員退休後即不再屬於公務員概念。但是刑法的若干規範對象尚包括退休的公務人員（例如刑法第 203、206 I、IV、353 b I、355 條等）。

公務員關係是否成立並非取決於公務員所為具體行為的形式。而且不論在國營或公營事業中亦可成立公務員關係。甚至執行國庫性質、機械性質或準備性質勤務者亦得為此意義下的公務員。公務員即使基於國家利益而被配置或者擔任勤務於私人企業中，並不影響其公務員性質。

2. 依法擔任「法官」

在此包括依據德國法律（含聯邦法律與邦法律）任命的「職業法官」與「榮譽職法官」。

所謂「職業法官」，是指擔任透過任用證書的發給而有效地擔任法官職務的人員，包括普通法院、勞工法院、社會法院、行政法院與懲戒法院內的法官。其中包含暫時性的法官（§ 11 DRiG）、試用法官（§§ 12, 19 a III DRiG）等，至於實習法官（尚未通過第二次國家考試者）並非職業法官，但是它卻可能適用第 2 款 c 之規定。

所謂「榮譽職法官」，包括刑事法庭中

⁴⁶ Vgl. Eser in: Adolf Schönke, Strafgesetzbuch, Beck Verlag, 25. Aufl., 1997, § 11 S, 110 ff.; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, Beck Verlag, 50. Aufl., 2001, § 11 S, 64 ff.

的參審法官（Schoffer）、其他法院系統中參審的榮譽法官（§ 45 d DRiG）等。

3. 其他「公法上職務關係」

其他「公法上職務關係」取決於該法律關係相對人的關係必須是一個類似（vergleichbar）公法上的勤務與忠誠關係，而不必然涉及一個公務員的關係。這裡的具體實例特別是針對公證人（Notare）而言；但不包括國會議員或律師在內。其他屬於短期榮譽職而執行公法上任務者亦不屬之（如選舉監票員）。

4. 依法委任官署或其他單位或受委託，而執行公行政事務之人員

在此首先區分公行政任務的執行由行政機關或其他單位為之；以及透過委託的方式為之，亦即透過官署外部的人員（eine behordenexterne Person）來執行。如屬前者，合法的任用即屬必要。至於後者則是所謂受委託行使公權力之行政受託人之意（Beliehene）。刑法所稱「其他單位」是指其他類似官署的機構，而並不考慮其組織的形式。它雖然不是官署，但是在法律上卻同樣具有權限去影響法律的實施。其主要是指公法上具有權力能力的營造物、組織上可以切割開來的官署的一部分等等。至於受委託的情形，則是指受到官署或者其他單位對於不是任職於官署或其他單位內之外部人員的委託。雖然任用的形式不拘，但是刑法意義下之公務人員僅能透過公法的任用行為而成立。被任用者不必一定需要具備公務員法上的前提條件。

（二）公法上之勤務負有特別義務者

所謂「對於公法上之勤務負有特別義務」者，他並非自己履行公行政任務，而是：於本身是在履行公行政任務官署或其他單位內執行公行政任務之人，例如這些機關內的

寫字員、傳遞文書人員以及清潔人員等等。

於專業團體、聯合團體、企業或事業單位中、為了官署或其他單位，而執行公行政任務之人員，雖非自我承擔責任地執行任務，但卻可以同樣視為一個執行職務而延伸的手臂。

上述人員必須同時是根據法律，形式上承擔妥善履行上述機關職責（Obliegenheiten）之義務之人員。此所指稱之「義務」內涵為刑法義務違反罪章（相當於我國的瀆職罪章）中之相同概念。

四、刑法公務員舊制之缺失

由於舊制「依法令從事於公務之人員」，其要件太過抽象，以致於實務在解釋與適用上，產生三項缺失：（一）刑法公務員之認定，經常有不當擴大之情形；（二）刑法上公務員之認定，常有違平等原則之情形；（三）刑法上公務員偶有過狹之情。

（一）刑法公務員認定經常有不當擴大之情形

最顯著案例，即公營事業從業人員均被認定為係刑法上公務員，甚至依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者，其從業人員亦屬之。

（二）刑法上公務員之認定，常有違平等原則之情形

例如：

- （1）公立學校教師而未兼行政工作者，不屬刑法上之公務員，而公立學校編制內之職員，則屬之（釋字 308 號意旨）

惟公立學校之教師與職員，均依教育人員任用法及相關教育法規而於學校從事與教育相關之公共事務，何以二者在刑法上之評價有所差異？

- （2）「士兵不能離軍隊獨立執行職務，故現役士兵，不得視為刑法上之公務員。」



（院字第 1063 號解釋）；「在營軍官固屬軍人，但其依法令從事於公務，亦係刑法上之公務員。」（院字第 2434 號解釋）「參照司法院院字第 2434 號解釋，現役士官依法令從事於公務時，具有刑法上公務員之身分。」（最高法院 52 年度第 1 次民、刑庭總會會議決議(1)）；「本院 23 年 5 月 25 日院字第 1063 號復軍政部公函，係就不離軍隊獨立執行職務之一般士兵而為解釋，若別有法令依據而從事於一定公務之士兵，自當別論，如憲兵依法執行司法警察之職務時，當然係刑法上之公務員。至於押運兵及汽車駕駛兵等，倘係依法令派充執行公務者，亦同上開解釋，與此並無抵觸，毋庸予以變更。」（院字第 2343 號）

依院字第 1063 號解釋，現役士兵因不能離軍隊獨立執行職務，故不得視為刑法上之公務員。惟現役官士兵，其階級固有高低，在一般情形，均不能離軍隊獨立執行職務，何以一則為公務員，一則為非公務員？

(3) 公立醫療院所編制內之醫師，係刑法上之公務員（最高法院 86 年度臺上字第 5457 號、90 年度臺上字第 7258 號判決），私立醫療院所之醫師，以及公立醫療院所非編制內之聘僱醫師，均非屬刑法上之公務員（臺高院 85 上更(1) 571 判決）。

原則上，醫師本來之職務，係在於醫療業務，何以因其任職之單位是否係公立醫療院所且係編制內之人員，而在刑法上即有不同之評價？況且，因公文書係公務員職務上

制作之文書，因此，同為開立診斷證明書，醫師如登載不實者，公立醫療院所且係編制內之醫師，其所開立者，因係公文書，則其成立刑法第 213 條之公務員登載不實罪，而私立醫療院所之醫師，以及公立醫療院所非編制內之聘僱醫師，其所開立者，因係業務文書，則僅係成立刑法第 215 條之業務登載不實罪？

(三) 刑法上公務員偶有過狹之情

例如，行政院大陸委員會依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 4 條之規定，委託財團法人海峽交流基金會處理兩岸文書驗證事務，則海基會承辦文書驗證之職員，其對於申請驗證案件所製作之證明書，並非直接依法令從事於公務，因此，難逕認其製作之證明書係公文書。蓋依現行規定，海基會之辦事人員，其辦理大陸地區文書驗證事務，僅得合於舊制貪污治罪條例之第 2 條後段之「受公務機關委託承辦公務之人員」，惟尚難合於舊制刑法第 10 條第 2 項之「依法令從事於公務之人員」。

五、公法上公務員概念之多義性

我國對於依法選任以執行行政任務之人員，由於欠缺專為此等人員制定之統一法典（如公務員法典），於現行憲法及相關法律中，對此類人員之稱謂、概念範圍，均有不同，例如有謂「公職人員」、「官吏」、「公務人員」、「公務員」等不同用語；且縱係同一用語，其概念範圍於不同法令中亦未盡相同，甚有相去甚遠者⁴⁷，加以專為此類人員制定之法令繁多，以及其他法令中亦不乏

⁴⁷ 考試院曾就制定統一的公務員法典，分別擬定有「公務員基準法」、「公務人員基準法」等各種草案版本。以 2002 年 7 月版之「公務人員基準法」為例，其草案總說明即謂：「在我國現行法規中，公務人員用語極不一致，稱謂亦多，往往一字之差，甚或使用同一用語，其解釋範圍之廣狹，相去亦甚遠，於引據使用時長生疑義。為期有效解決此一困擾，本法一方面界定『公務人員』之定義，以釐清

有涉及專對此類人員設有特別規範者（如本研究報告之刑法上公務員概念），因此現行實務上對此類人員並無單一之定義，且立法技術上能否以及有無必要為此類人員界定一普遍適用之定義亦存有疑義。

現行實務作法，通常於各別法令中明定公務員之概念，於存有適用疑義或未有明確界定各該法令之公務員範圍情形，通常自該法令之規範目的、體系結構以及與其他相關制度之整合性等觀點，藉由解釋性操作，就具體個案認定。

因此，以下僅就憲法與主要公務員法律之規定，擇要說明如下：

（一）憲法及憲法增修條文

現行憲法及憲法增修條文中涉及公務員概念或用語者，主要包括「公職」、「公務員」、「公務人員」以及「官吏」，例如：

1. 公職

第 18 條：「人民有應考試服公職之權」。

第 103 條：「監察委員不得兼任其他公職或執行業務」。

2. 公務員

第 24 條：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償」。

第 77 條：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒」。

3. 公務人員

第 85 條：「公務人員之選拔，應實行公

開競爭之考試制度，並應按省區分別規定名額，分區舉行考試。非經考試及格，不得任用」。（後段停止適用，增修條文第 6 條第 3 項參照）

第 86 條：「左列資格，應經過考試院依法考選銓定之：一、公務人員任用資格。二、專門職業及技術人員執業資格」。

第 97 條第 2 項：「監察院對於中央及地方公務人員，認為有失職或違法情事，得提出糾舉案或彈劾案，如涉及刑事，應移送法院辦理」。

第 98 條：「監察院對於中央及地方公務人員之彈劾案，須經監察委員一人以上之提議，九人以上之審查及決定，始得提出」。（停止適用，增修條文第 7 條第 3 項參照）

增修條文第 6 條第 1 項：「考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第八十三條之規定：一、考試。二、公務人員之銓敘、保障、撫恤、退休。三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項」。

增修條文第 7 條第 3 項：「監察院對於中央、地方公務員及司法院、考試院人員之彈劾案，須經監察委員二人以上之提議，九人以上之審查及決定，始得提出，不受憲法第九十八條之限制」。

4. 官吏

第 28 條第 3 項：「現任官吏不得於其任所所在地之選舉區當選為國民大會代表」。（停止適用，增修條文第六條第六項參照）

第 75 條：「立法委員不得兼任官吏」。

第 108 條第 1 項第 11 款：「左列事項，

其範圍，一方面並配合適用上之需要，透過有系統之分類及確定稱謂，例如政務人員、常務人員、司法審檢人員、公營事業人員、民選地方首長等，俾利因應各類公務人員之特性而分別作合理之規範。爰此，本法所稱『公務人員』並不侷限於憲法第八十五條、第八十六條應實施公開競爭考試及考選銓定之人員」。



由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：十一、中央及地方官吏之銓敘、任用、糾察及保障」。

由上述憲法相關條文規定可知，憲法除使用公務員、公務人員之用語外，至少尚有公職與官吏二種人員；且何謂公務員、公務人員、公職人員、官吏，憲法並未加以明確界定其概念範圍，原則上仍須經由下位階法律之規定，具體界定其概念範圍。以下，僅就主要公務員法律之規定，稍作說明。

(一)主要公務員法律⁴⁸

1. 公務員服務法

公務員服務法所稱公務員之概念，依同法第 24 條規定，指「受有俸給之文武職公務員，及其他公營事業機構服務人員」。因此，其適用範圍包括政府機關、公營事業之人員，亦不問文職或武職，凡受有俸給⁴⁹之人員均屬之。惟若該人員非經由任命而係經由契約聘任者，或行政機關之聘雇人員或採聘任制之各級公立學校教師未兼任行政職務者（釋字第 308 號參照），亦非本法適用之對象⁵⁰。又此一公務員服務法上公務員之概念，亦適用於公務人員懲戒法之公務員概念。

2. 公教人員保險法

本法原稱「公務人員保險法」，於 89 年修正時改稱「公教人員保險法」，依本法第二條規定，「本保險之保險對象包括下列人員：一、法定機關編制內之有給專任人員。

二、公立學校編制內之有給專任教職員。三、依私立學校法規定，辦妥財團法人登記，並經主管教育行政機關核准立案之私立學校編制內之有給專任教職員」⁵¹。因此，本法之適用對象，顯然已不限於公務人員。

3. 公務人員考試法

公務人員考試法第 1 條規定，公務人員之任用，依本法以考試定其資格。依據公務人員考試法施行細則第 2 條第 1 款規定，公務人員考試法所稱以考試定其資格之人員，指「下列各款人員：一、中央政府及其所屬各機關公務人員。二、地方政府及其所屬各機關公務人員。三、各級民意機關公務人員。四、各級公立學校職員職員。五、公營事業機構從業人員。六、交通事業機構從業人員。七、其他依法應經考試之公務人員」。

4. 公務人員任用法

公務人員任用法第 1 條規定，公務人員之任用，依本法行之。第 9 條第 1 項規定，公務人員之任用，應具有左列資格之一：一、依法考試及格；二、依法銓敘合格；三、依法升等合格。而本法所稱公務人員，依本法施行細則第 2 條第 1 項規定，指「各機關組織法規中，除政務人員及民選人員外，定有職稱及官等職等之人員」。其中所稱「各機關」，依同條第 2 項規定，係「指左列之機關、學校及機構：一、中央政府及其所屬各機關；二、地方政府及其所屬各機關；三、

⁴⁸ 現行以公務員為主要規範對象之頗多，除本文所舉者外，其他尚有例如公務人員升官等考試法、公務人員進修訓練法、公務人員陞遷法、政務人員退職酬勞金給與條例等。

⁴⁹ 本法所稱「俸給」，「不僅指現行文官官等俸給表所訂級俸而言，其他法令所定國家公務員之俸給亦屬之。又同條所稱之俸給，不以由國家預算內開支者為限，國家公務員之俸給由縣市或鄉鎮自治經費內開支者，亦包含之」（司法院院解字第 3159 號解釋參照）。

⁵⁰ 同旨，吳庚，《行政法之理論與實用》，作者發行，2001 年增訂 7 版，203 頁；陳敏，《行政法總論》，作者發行，1999 年 2 版，936 頁參照。

⁵¹ 另依同法第 24 條規定，「法定機關編制內有給之公職人員」，亦準用本法之規定。

各級民意機關；四、各級公立學校；五、公營事業機構；六、交通事業機構；七、其他依法組織之機關」。

5. 公務人員考績法

本法並未明定其所適用之公務人員概念或範圍，惟依同法第 4 條規定意旨⁵²，可認為「凡取得法定任用資格，並經銓敘審定合格實授擔任現職之人員」而言。

6. 公務人員俸給法

本法並未就其適用對象之公務員，明定其概念範圍，惟依本法相關條文之規定，可知適用本法之公務員，除其他法律明定其人員之俸給準用或比照本法規定者（如派用人員，本法第 25 條參照），或另以法律規定其俸給者（如教育人員、公營事業人員，本法第 26 條參照）外，主要包括下列人員，即：一、初任各官等職務人員（第 6 條），二、升任官等考試及格人員初任各官等職務者（第 7 條），三、試用人員（第 8 條），四、依特種考試及格資格任用之人員、專門職業及技術人員轉任公務人員條例轉任之人員或公務人員任用法第 33 條之 1 第 2 款繼續任用之人員，如另具有公務人員任用資格者（第 9 條），五、各機關現職人員，經銓敘合格者（第 10 條）；六、依法銓敘合格人員調任其他職務者及權理人員（第 11 條），七、公立

學校教育人員、公營事業人員轉任行政機關職務者（第 12 條第 1 項），八、不受任用資格限制人員，依法調任或改任受任用資格限制之同職等職務者（第 13 條），九、再任人員（第 14 條），八、升任官職等人員（第 15 條）等⁵³。

7. 公務人員撫卹法

依公務人員撫卹法第 2 條規定，依本法撫卹之公務人員，「以現職經銓敘機關審定資格登記有案者為限」；而所謂「審定資格登記有案者」，依同法施行細則第 2 條規定，係「指依公務人員任用、派用法規審定登記有案之人員」。

8. 公務人員退休法

依公務人員退休法第 2 條規定，所稱「退休之公務人員，係指依公務人員任用法律任用之現職人員」；而所謂「公務人員任用法律」，依同法施行細則第 2 條規定，則「指銓敘部所據以審定資格或登記者皆屬之」。

9. 公務人員保障法

依公務人員保障法第 3 條規定，本法所稱公務人員，係指「法定機關依法任用、派用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員」（第 1 項）；惟「前項人員不包括政務官、民選公職人員」（第 2 項）⁵⁴。

10. 公務人員協會法

⁵² 本條規定：「公務人員任現職，經銓敘審定合格實授至年滿一年者，予以年終考績；不滿一年者，如係升任高一官等職務，得以前經銓敘審定有案之低一官等職務合併計算，辦理高一官等之年終考績；如係調任同一官等或降調低一官等職務，得以前經銓敘審定有案之同官等或高官等職務合併計算，辦理所敘官等職等之年終考績。但均以調任並繼續任公職者為限」。「具有公務人員任用資格之政務人員、教育人員或公營事業人員轉任公務人員，經銓敘審定合格實授者，其轉任當年未辦理考核及未採計提敘官職等級之年資，得比照前項經銓敘審定合格實授之年資，合併計算參加年終考績」。

⁵³ 其中所謂「初任」、「調任」、「轉任」、「再任」之意義，同法施行細則第 3 條有明確規定；所謂「不受任用資格限制人員」之意義，依同法施行細則第五條規定，係指「各機關辦理機要之人員」。

⁵⁴ 另依同法第 102 條規定：「下列人員準用本法之規定：一、教育人員任用條例公布施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員。二、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員。三、公營事業依法任用之人員。四、各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員。五、應各種公務人員考試錄取



依公務人員協會法第2條規定，得依本法組織及加入機關公務人員協會之公務人員，係「指各級政府機關、公立學校、公營事業機構擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員」（第1項），惟不包括「政務人員、機關首長、副首長、軍職人員、公立學校教師及各級政府所經營之各類事業機構中，對經營政策負有主要決策責任以外之人員」（第2項）⁵⁵。

11. 國家賠償法

依國家賠償法第2條第1項規定，凡「依法令從事於公務之人員」，均屬國家賠償法規定之公務員。故除中央或地方行政機關、考試院、監察院及其所屬機關之人員外，立法機關⁵⁶或司法機關之職員⁵⁷、公營事業人員等均屬之。此外，依本法第4條規定，「受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。受委託行使公權力之個人，於執行公權力時，亦同」。因此，就國家賠償法之適用對象言，某人是否具有公務員法規所定之「公務人員身分」，並非判斷是否成立國家賠償責任之主要標準，凡該人所從事之職務，係依法令

規定屬於公務行為者，該人員即為本法所稱之公務員⁵⁸。

關於上述國家賠償法上公務員之概念範圍，因其法條用語與舊制刑法第10條第2項之規定相同，因此，學者多認為二者之概念範圍應為相同，均係對公務員概念採最廣義界定。此一見解，就國家賠償法之立法理由觀之，固係參照刑法關於公務員概念之界定而來；惟此一歷史解釋方法，是否仍宜延用於今日法制現況，恐有疑義。蓋如前所述，有關公務員概念範圍，事實上應就個別法律之規範意旨、體系結構及其與相關法規之關聯性等觀點，決定其適用範圍。因此，國家賠償法與刑法所定公務員之概念範圍，理論上無須強求一致。例如，國家賠償法實施至今，為擴大對人民之救濟，有關公務員概念事實上已非判斷是否成立國家賠償責任之要件。亦即，依同法第2條第2項規定，凡人民自由或權利，因執行職務行使公權力之行為而受有損害，且該行為人有故意或過失者，原則上即成立國家賠償責任⁵⁹。因此，本文以為尚無法單純就二者法條用語相同，即逕自認為二者關於公務員概念之範圍應屬一致，

占法定機關、公立學校編制職缺參加學習或訓練之人員。」

⁵⁵ 另依同法第51條規定，「各機關依法令聘用或僱用之人員得準用第九條規定，加入服務機關之公務人員協會」。

⁵⁶ 中央或地方民意代表是否屬於公務員，學說存有爭議，但實質上僅須檢討人民對於中央或地方之立法行為得否請求國家賠償即可，尚無須另外檢討該民意代表是否為國家賠償法上公務員之必要。

⁵⁷ 依本法第13條規定，包括法官與檢察官。

⁵⁸ 同旨，臺北市政府法規委員會編印，市民權利簡明解說11—國家賠償及損失補償篇』，2000年，5-6頁參照。

⁵⁹ 至於何謂「執行職務行使公權力」，於採外觀標準說之結果下，如該人員所為行為，自外觀上觀察，依社會一般觀念，認為確屬執行職務之行為者（如警察開警車回家途中發生交通事故），即可認為係國家賠償法第2條第2項所定「執行職務之行為」。至於何謂「公權力行為」，依最高法院80年臺上字第252號判決，則指「公務員基於國家機關之地位，行使統治權作用之行為而言，包括運用命令及強制手段，干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟等方法增進公共及社會成員之利益以達成國家任務之行為」。

且事實上於其他法令中（如上述所舉各公務員專業法律），其法令用語雖屬相同，然其概念範圍未盡一致，事實上均仍須就各別法律規範目的、體系結構等因素，始能界定其各自適用範圍。

六、新制公務員之思考原則

如前所述，司法實務對於「依法令從事於公務之人員」之解釋，可歸納為三項標準：(一)有組織法依據之人員；(二)有任用法依據之人員；(三)其他依法令從事於公務之人員。前兩類認定標準，可謂係「身分公務員」概念，實務只判斷有無組織法上之依據或任用依據，至其為何符合「依法令從事於公務」，則未有論證之理由；至第三類之認定標準，又回復「職務公務員」之概念。

因此，歷來實務在認定刑法上公務員概念時，實兼採「身分公務員」與「職務公務員」兩套標準的傾向，而與現行第 10 條第 2 項之文字係屬「職務公務員」之立法，有所差異。究其原因，無非慮及具有公務員法上之公務員身分者，不僅對國家有忠誠之義務，且其廉潔性及公正性均應採取較高之標準，因此，實務在認定刑法公務員概念時，即兼採「身分公務員」與「職務公務員」兩套標準。惟如此，不僅有違平等原則，且常常造成刑法上公務員概念不當擴大或偶有過狹之情形。

刑法公務員概念的研修，除要處理舊制刑法第 10 條第 2 項之規定外，為配套解決公務員刑事法制的完整性，原先貪污治罪條例第 2 條後段的「準公務員」，必須一併納入考量。原先貪污治罪條例第 2 條後段所謂「受公務機關委託承辦公務之人」，實務舊制早期見解，較重視是否係受公務機關委託，承辦公務機關有關之事務；而對於公務機關所

委辦事務，是否係屬「公務」，則未予探究。例如：

1. 「私法人或其他團體受公務機關之委託承辦公務，而由該私法人或團體之職員承辦處理是項事務者，該職員應認為係戡亂時期貪污治罪條例第二條所定受公務機關委託承辦公務之人。」（最高法院 62 年度第 1 次刑庭庭長會議決定（五））
2. 「依臺灣土地銀行屏東分行函送該行與潮州鎮農會所訂之契約書所載，該分行係委託潮州鎮農會代收公營事業機關中國石油公司潮州加油站之油款，該油款自屬公有財物，該農會雖為私法人，然受臺灣土地銀行屏東分行委託代收公有財物，即屬委託承辦公務，上訴人為該農會之職員，承託是項事務，依戡亂時期貪污治罪條例第二條後段所定，即屬受公務機關委託承辦公務之人。」（最高法院 70 年臺上 4834 判例）
3. 「本件原判決撤銷第一審論處被告郭滿男等侵占公用財物罪刑之判決，而改論以共同侵占對於業務上所持有之物罪。其理由係認臺灣省漁會係私法人，並非公務機關，恒春區漁會受臺灣省漁會之委託承辦漁機貸款業務，非承辦公務，被告等侵占業務上所持有之財物，係犯業務上侵占罪，固非無見。惟查原判決引據之臺灣省漁會委任恒春區漁會辦理民國七十三年度農業發展基金農機貸款契約影本，已載明臺灣省漁會係受中國農民銀行、臺灣土地銀行、臺灣省合作金庫之委託，轉委任恒春區漁會承辦漁機貸款等語。則中國農民銀行、臺灣土地銀行、臺灣省合作金庫如係公務機關，其委託臺灣省漁會轉委任恒春區漁會辦

理之漁機貸款，自屬公務，被告等係恒春區漁會之職員，其承辦該項公務，即應認係公務機關委託承辦公務之人，其侵占公用財物，應有戡亂時期貪污治罪條例之適用。原判決對於臺灣省漁會是否受中國農民銀行等銀行之委託轉委託恒春區漁會辦理漁機貸款，以及該三銀行是否公務機關，未為調查審認，即認定被告等所承辦之漁機貸款非屬公務，而論以共同業務上侵占罪，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。」

（最高法院 76 年臺上 8407 判決）

4. 「上訴人固與臺灣電力公司臺南區營業處訂立「委託抄表契約」，受該處之委託承辦用戶抄表工作，但上訴人雖係戡亂時期貪污治罪條例上之公務員，究非刑法上之公務員。」（最高法院 71 年臺上 3023 判決）
5. 「臺灣省合作金庫既為代理國庫臺北支庫代收臺北市各項稅款，就此部分而言，其本身即為公務機關，而稅款為公用財物，尤無疑義，臺灣省合作金庫委託十信總社代收稅款，十信總社指派上訴人承辦此項業務，自係戡亂時期貪污治罪條例第二條後段所稱受公務機關委託承辦公務之人。」（最高法院 74 年臺上 4056 判決）
6. 「各級農會係具法人地位之職業團體，並非公務機關或公營事業機關，此觀人民團體法第四條第一款、第三十五條，及農會法第二條規定，不難明白；而農會之任務包括（1）代理公庫及接受政府或公私團體之委託事項，與（2）接受委託辦理農業保險事業及協助有關農民保險事業在內，亦為農會法第四條第一項第十九款、第五條第四項所明定。是以

農會受託代理公庫、收取稅款，暨受農民健康保險之保險人（臺閩地區勞工保險局）之委託，承辦代收農民健康保險之保險費，若有觸犯貪污治罪條例所規定之罪名，應依該條例處斷，亦無疑義。然倘農會之承辦人員於代收稅款或農民健康保險費時，明知不實而在其供內部稽考、查核之用，業務上作成之傳票上為與事實不符之記載者，仍因該承辦人員不具備公務員身分，而不得逕認其此部分犯行係成立刑法第二百十三條之公務員登載不實公文書之罪。」（最高法院 83 年臺上 6263 判決）

7. 「農會為法人，其任務包括代理公庫及接受政府之委託事項，農會法第二條、第四條第一項第十九款定有明文。而私法人或其他團體受公務機關之委託承辦公務，而由該私法人或團體之職員承辦處理是項事務者，該職員應認為係貪污治罪條例第二條後段所定受公務機關委託承辦公務之人。上訴人在苗栗縣銅鑼鄉農會信用部擔任該農會代理公庫收取稅款之業務，此為上訴人所自承，並據該農會信用部前任代理公庫承辦人即證人鍾秀英供明在卷，自屬貪污治罪條例第二條後段所定受公務機關委託承辦公務之人。」（最高法院 86 年臺上 4993 判決）

舊制後期實務見解，對於所謂「受公務機關委託承辦公務之人」，則較重視其受公務機關委辦事務，是否係屬公務，而認必其所委任者，係為該機關權力範圍內之公務，而受任人因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任之範圍內行使公務主體之權力者，方足當之。至若僅受公務機關私經濟行為之民事上委任，或其他民事契約所發

生私法上權義關係，則所委任者並非機關權力範圍內之公務，受任之人亦不因而享有公法上之權力，自不能謂係受公務機關委託承辦公務之人（最高法院 75 年臺上 3105 判決、76 年臺非 224 判決、84 年臺上 5755 判決、87 年臺上 1901 判決、88 年年臺上 1124 判決、88 年臺上 2273 判決）。因此：

1. 「受該醫院之委託，代行收取該等電話費，然此非特僅屬民事上之委任，且該等電話費係病人使用電話所應支付之代價，其收取之行為，並非該醫院本身權力範圍內之『公務』，而係基於私法上之關係所生之債權、債務，亦與前開貪污條例第二條所稱之『受公務機關委託承辦公務之人』有間。」（最高法院 73 年臺上 1711 判決）
2. 「本案被告並非陽明醫院編制內之醫師，不具有公務人員任用資格，又其係行政院衛生署招訓之八十二年度額外牙科住院醫師，並與陽明醫院簽約接受住院醫師訓練，受訓期間，即以代訓醫院為執業地點，而其在陽明醫院受訓期間，確有從事屬於醫師業務之醫療行為，揆諸首開最高法院判決要旨及本院研討意見之說明，被告既僅單純為病患門診並實施醫療行為，應屬係受民事上委任之私經濟行為，尚難認其因受陽明醫院委託處理醫療事務，即為公務上職權及權力之主體，享有公法上之權力，並於受任之範圍內行使公務主體之權力。從而本件自不得對被告以貪污治罪條例罪責相繩，殆無疑義。」（臺灣高等法院 85 上更（一）571 判決）
3. 「臺灣電力公司係公營事業機構，雖亦負有行政目的，然其行為屬於私經濟範疇，原則上應受私法之規範，其與用電

戶間應屬民事法律關係，其向用電戶收取電費之行為，並非公權力之行使，則其委託『技術勞務中心』代收電費，該中心負責收取電費之某甲，尚難視為貪污治罪條例第二條後段所稱『受公務機關委託承辦公務之人』。」（法務部司法實務研究會第 53 期）

4. 「某執業醫師與臺閩地區勞工保險局訂立契約，辦理該局勞工保險門診業務，連續意圖為無勞保資格之求診病患不法利益，利用投保勞保之親朋所領取之勞保單，而為無勞保資格之病患門診醫療，收取勞保單並於處方箋上虛載看病者為各該投保人本人，於次月五日以前，再彙填不實之醫療費用申請表，連同上開處方箋持向勞保局詐領醫療費用。因戡亂時期貪污治罪條例第二條所謂『受公務機關委託承辦公務之人』，應指公務機關所委託承辦者為該機關公權力之範圍內之公務，受任人因而享有公務上之職權及權力主題之身分，於其受任之範圍內行使公務主體之權力而言，如僅係民事上之委任，非受託承辦公務，受委任者不能具有公法上之權力，即無行使公權力之身分，縱有犯罪行為，仍不得為該條例犯罪之主體，不能依該條例處罰（參照最高法院七十六年臺非字第二二四號判決，司法院解字第三八〇〇號解釋。」（司法院（78）廳刑一字第 1692 號）

又實務認為，委託關係須以有具體之委託契約為前提（最高法院 57 年臺上 2709 判決）；至於應否以受公務機關直接委託為限？抑或包含輾轉委託之情形？實務見解並不一致。

有認為應以受公務機關直接委託為限者，



例如，「稅捐機關與一銀行訂約，委託該銀行代收稅款，該銀行受委託後，再與臺灣省合作金庫訂約，將受委託代收稅款業務，委託臺灣省合作金庫代辦。臺灣省合作金庫受委託後，又與一信用合作社訂約，將受委託之代收稅款業務，委託該信用合作社代辦。該信用合作社辦理代收稅款之職員，將所收稅款侵占入己，今信用合作社係受合作金庫之委託，收稅款又非合作金庫之公務。並非受收稅款之公務機關即稅捐機關之委託，信用合作社職員顯然不是受公務機關委託承辦公務之人，依罪刑法定之原則，不能按戡亂時期貪污治罪條例處斷，應成立刑法第三百三十六條第二項之業務侵占罪。」（司法院（74）廳刑一字第452號）

有認亦包含受公務機關輾轉委託之情形在內者，例如，「受公務機關委託承辦公務之人員，並不以直接與公務機關簽訂委託契約之人員為限，此觀該條係規定『受公務機關委託承辦公務之人員』，並非規定『直接受公務機關委託承辦公務之人員』自明。故受託處理公務之人員再與他人訂約，將其所受託之公務，再委託該他人辦理，該間接受託之人員於辦理該項公務與原來之公務員有同一權限時，即係受公務機關委託承辦公務之人。」（最高法院78年臺上3595判決）。

實則，上述爭議問題之癥結點，主要在於前開實務見解，對於「公務」之認定，未予釐清所致。因此，如公務機關將該機關權力範圍內之公務，委託受任人承辦，並授權

受任人得再委託他人承辦，而再受任人因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任之範圍內行使公務主體之權力者，此時，再受任人亦應屬所謂「受公務機關委託承辦公務之人」。

六、小 結

在經由前述檢討後，作者方於臺灣刑事法學會研究報告中，嘗試提出刑法第10條第2項之修正條文，一方面將一定範圍內之身分公務員納入；一方面亦維持職務公務員之判斷標準；並考量舊制貪污治罪條例第2條後段之規定，以及行政程序法之相關規定，分別規定三種類型：(1)依法令服務於中央或地方公務機關而具有法定職務權限者；(2)前項情形以外，其他依法令從事於公共行政事務而具有法定職務權限者；(3)受中央或地方公務機關依法委託，從事與委託機關法定權限有關之公共行政事務者。

(1)依法令服務於中央或地方公務機關而具有法定職務權限者。

此類型之人員，係類似「身分公務員」⁶⁰之概念，其任用方式，或依考試任用、或經選舉、或係聘用或特任，均所不論，只須有法令之任用依據即可；惟其服務單位，須係中央或地方公務機關，且須具有法定職務權限者，始足當之。

所謂中央公務機關，包括總統府、五院，以及法定附屬機關；而地方公務機關，則包括地方自治政府、地方民意機關及其法定附

⁶⁰ 如前所述，舊制時期實務見解，其認定是否為「依法令從事於公務之人員」，可歸納為三項標準：(1)有組織法依據之人員；(2)有任用法依據之人員；(3)其他依法令從事於公務之人員。前二者，即有濃厚「身分公務員」之操作。作者在研議臺灣刑事法學會研究報告時，一方面尊重實務長期來的傾向，特設「機關公務員」或「組織公務員」類型；但此種類型之刑法公務員，與行政法上的「身分公務員」仍屬有別，因而強調其仍應具有「職務公務員」的特性，職是，此種類型之公務員，須(1)「服務於法定機關」、(2)「有任用法律依據」以及(3)「具有法定職務權限」，三者缺一不可。

屬機關；至公營事業機構、公立學校、公立醫院等，則不在此限⁶¹。

所謂法定職務權限，係指在中央或地方公務機關服務之人員，其所從事之事務，須有法令規定之權限，倘無法令之職掌權限，縱服務於中央或地方公務機關，例如，僅依民法之規定，獲中央或地方公務機關僱傭，擔任保全或清潔工作者，亦不得謂為刑法上之公務員。

(2)前項情形以外，其他依法令從事於公共行政事務而具有法定職務權限者。

此類型公務員，即針對傳統實務見解所認依「組織法」、「任用法」以外其他法令，從事於公務之人員，加以明確化。亦即雖非依法令服務於中央或地方公務機關而具有法定職務權限之人員，惟係依相關法令規定，從事於公共行政事務，而具有法定職務權限者，亦得視為刑法上之公務員。

例如，(a)依水利法第 12 條第 1 項規定：「主管機關得視地方區域之需要，核准設立農田水利會，秉承政府推行農田灌溉事業。」同條第 2 項：「前項農田水利會為公法人，其組織通則另定之。」而農田水利會之任務與權利，則規定於農田水利會組織通則第 10 條至第 13 條，因此農田水利會之會長及專任職員，即屬其他依法令從事於公共行政事務而具有法定職務權限之人員。其他，又如 (b) 依更生保護法之規定，更生保護會之人員；(c) 依律師法之規定，律師懲戒委員會之委員；(d) 依大學法之規定，大學內各級教師評審委員會以及申訴評議委員會之委員；(e) 依政府採購法之規定，公立學

校、公營事業之承辦、監辦採購人員…等，屬其他依法令從事於公共行政事務而具有法定職務權限之人員，應得視為刑法上之公務員，前開人員職務上所制作之文書，亦屬公文書。

(3)受中央或地方公務機關依法委託，從事與委託機關法定權限有關之公共行政事務者。

此類型之人員，係參酌貪污治罪條例第 2 條後段、行政程序法第 16 條第 1 項、國家賠償法第 4 條第 1 項之規定而設。

關於舊制貪污治罪條例第 2 條後段之「受公務機關委託承辦公務之人」，實務早期見解，較重視是否係受公務機關委託，承辦公務機關有關之事務；而對於公務機關所委辦事務，是否係屬「公務」，則未予探究。近期實務見解，對於所謂「受公務機關委託承辦公務之人」，則較重視其受公務機關委辦事務，是否係屬公務，而認必其所委任者，係為該機關權力範圍內之公務，而受任人因而享有公務上之職權及權力主體之身分，於其受任之範圍內行使公務主體之權力者，方足當之。至若僅受公務機關私經濟行為之民事上委任，或其他民事契約所發生私法上權義關係，則所委任者並非機關權力範圍內之公務，受任之人亦不因而享有公法上之權力，自不能謂係受公務機關委託承辦公務之人（最高法院 75 年臺上 3105 判決、76 年臺非 224 判決、84 年臺上 5755 判決、87 年臺上 1901 判決、88 年臺上 1124 判決、88 年臺上 2273 判決）。

而行政程序法第 16 條第 1 項規定：「行

⁶¹ 原本作者在研擬修法文字時，擬針對公立醫療機構編制內的未任行政職務的醫師，以及公營事業從業人員排除於刑法公務員概念之外，惟事後予以檢討，不論使用「中央或地方公務機關」或「國家或地方自治團體所屬機關」，對於公立醫療院所均難以直接排除編制內醫師的刑法公務員資格，必須從「法定職務權限」此一要件予以排除。是以當時研究報告理由有些法理上的錯誤。



政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」同條第2項規定：「前項情形，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。」國家賠償法第4條第1項則規定：「受委託行使公權力之團體，其執職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。受委託行使公權力之個人，於執行職務行使公權力時，亦同。」

爰將本類型之人員要件，明訂為「受中央或地方公務機關依法委託，從事與委託機關法定權限有關之公共行政事務者」。例如，海基會係行政陸委會依臺灣地區與大陸地區人民關係條例規定，委託處理兩岸關係事務之民間團體，同條例第5條並授權其得驗證在大陸地區製作之文書，從而海基會驗證大陸地區製作之文書，即係行政院授權處理而屬委託機關法定權限有關之公共行政事務，因此，其承辦人員亦應屬刑法之公務員，其職務上製作之文書，亦應屬公文書⁶²。

肆、代結論－從國家之任務出發

一、國家任務與法治國思想

從近百年來刑法公務員概念的演變，以及司法實務見解的累積，對於公務員概念如何定義，一直圍繞在「公務」、「公權力」、「國家統治權」等名詞上打轉，然而，前述

名詞之間具有本質上密不分之關係，因此，百年來對於「公務」概念如何定義，特別是其範圍大小的問題，同樣會發生在「公權力」、「國家統治權」的解釋。因此，在立法上，欲以「公權力」、「國家統治權」替代「公務」，並不能解決此等「不確定法律概念」的「不確定性」；同樣的，在解釋上，如欲以「公權力」、「國家統治權」等名詞再來解釋「公務」，仍無助於解決文義的多義性與不確定性⁶³。

本來，「公務」概念係基於國家統治作用事項而來，因此，「公務」的範圍，與「公權力事務」的範圍，以及「國家統治事務」範圍，彼此相關，僅在所採文義的大小而已。

事實上國家統治事務範圍大小，與國家的角色定位有關：其採「警察國家」者，國家統治事務廣及到人民生活全方面的事項，不僅服裝、儀容、髮型要予以管制，甚至連思想、價值觀都要加以介入，在此種「警察國家」下，「國家統治事務」、「公權力事務」，乃至「公務」範圍，可謂無所不包。

至如持「夜警國家」(Nachtwächterstaat)思想，則國家的任務中干涉人民之事項將限縮至最小範圍⁶⁴。

當代世界主流思潮，係採法治國家思想原則，在依法行政、依法審判等原理下，國家任務事務的範圍、大小，悉依法律的明文規

⁶² 依舊制規定，海基會之辦事人員，其辦理大陸地區文書驗證事務，僅得合於貪污治罪條例之第2條後段之「受公務機關委託承辦公務之人員」，惟尚難合於刑法第10條第2項之「依法令從事於公務之人員」，因此，其所製作之文書，尚難謂刑法上之公文書。

⁶³ 事實上，同樣的疑義亦發生上「公務機關」的解釋，司法實務近百年來的見解，從未能對何謂「公務機關」下定義，因此，在作者完成「臺灣刑事法學會研究版」研究報告後，送請甘添貴教授審閱，在甘教授的指導下，對於原先草案文字使用「中央或地方公務機關」用語部分，一方面配合行政法用語體例，一方面避免使用難以定義的「公務機關」，而贊同改為「國家或地方自治團體所屬機關」。

⁶⁴ 參見曾淑英，〈從國家危害防止任務之演進論警察危害防止任務之發展〉，《警察叢刊》，29卷6期，16-20頁，1999年5月。

定。行政程序法第 2 條第 2 項規定：「本法所稱行政機關，指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有獨法定地位之組織。」，即可說明此項意旨⁶⁵。

再者，在法治國家原則下，國家權力除須「依法」授權外，此項權力的歸屬，應係國家、地方自治團體或其他行政主體本身，惟其行使，係透過法律規定由相關「行政機關（法定機關）」為之，原則上私人不應代替國家、地方自治團體或其他行政主體來行使「權力」；但特殊情形下，法律本身明文規定得將行政機關的法定權限之一部分，委託私人辦理者，在經過行政機關依法公告後，始得例外為之⁶⁶。

因此，新制刑法公務員三種類型：(1)第 10 條第 2 項第 1 款前段「依法令服務於國家或地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限者」，可稱為「機關公務員」或「組織公務員」；(2)第 10 條第 2 項第 1 款後段「其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者」，因係法律直接「依法」授權特定機關、團體行使「國家權力」，可稱之為「授權公務員」；(3)至第 10 條第 2 項第 2 款「受國家或地方自治團體依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」，因屬「依法」間接委託私人行使「國家權力」，可稱之「受託公務員」。

二、機關公務員（組織公務員）

此類型之公務員之要件有三：1. 須有任

用法令之依據（依法令服務）；2. 須有組織法之依據（國家或地方自治團體所屬機關）；3. 須有法定職務權限之依據。

1. 須有任用法令之依據（依法令服務）

此類型之人員，其任用方式，或依考試任用（如依公務人員任用法）、或經選舉（如依公職人員選罷法）、或係聘用（如聘用人員聘用條例）或特任（如憲法），均所不論，只須有公法上之任用依據即可。

據此，大法官之公費助理，係依「司法法院組織法」第 18 條之 1 予以聘任，並與大法官同進退；交通助理人員之設置，係依「道路交通管理處罰條例」第 7 條第 2 項授權內政部會同交通部訂定「交通助理人員管理辦法」予以僱用，均屬任用有據，符合「依法服務」之要件。

2. 須有組織法之依據（國家或地方自治團體所屬機關）

包含憲法明定之機關，以及法律明定之國家或地方自治團體所屬機關。例如，行政院等五院層級有其組織法，部會級一般亦有其獨立之組織法，部會下一級單位，部分亦有其獨立之組織法。

而地方自治團體，除須合於地方制度法之規定外，省、市級自治團體或縣、市級自治團體等，一般均有其獨立之行政機關組織法及議會機關組織法。

因此，各種國營事業，因在組織依據上，已非國家或地方自治團體所屬之法定機關，例如，臺灣電力股份有限公司、臺灣自來水股份有限公司⁶⁷、中華郵政公司、中國石油

⁶⁵ 參見詹鎮榮，〈國家任務〉，《月旦法學教室》，3 期，34-36 頁，2003 年 1 月。

⁶⁶ 行政程序法第 16 條參照。

⁶⁷ 依自來水法第 7 條規定：「自來水事業為公用事業，以公營為原則，並得准許民營。」、第 8 條規定：「公營之自來水事業為法人，其組織由中央主管機關定之，並應以企業方式經營，以事業發展事業。」、第 9 條則規定：「民營之自來水事業應依法組織股份有限公司。」



股份有限公司等，均已非機關公務員⁶⁸（組織公務員）。

至公立醫療機構、公立學校，因在組織法上分別歸屬於國家或地方自治團體，尚合於「國家或地方自治團體所屬機關」之要件。

3. 須有法定職務權限之依據

機關公務員須有法定職務權限之依據。本來在法治國家之立場下，國家之權力係交付給各種行政機關予以行使；而各種行政機關再將其法定權限，分配由其內部人員分層負責。因此，一般行政機關其法定權限的具體行使過程，基於分層負責的制度精神，多非由一名人員即可獨斷獨行，多須由承辦人員、承辦單位主管、會辦人員、會辦單位主管，乃至最後決裁主管等複數人員分工，各人有各自的任務與職權，均屬「有法定職務權限」之人員，並非最後決裁主管方有「法定職務權限」。

至於各種行政機關其法定職權之依據，係本於「組織法」（包含憲法有關政府機關之規定）以及「作用法」兩類規定而來。

一般組織法通常多就該機關之整體掌職事項予以規定，僅針對少數重要之職位，明定其職務權限，至於該機關之內部如何具體分配職掌事務，則進一步委由處務規程、辦事細則、分層負責明細表等行政規則予以補充。因此，要判斷法定機關內之工作人員是否係本類型之公務員，其判斷步驟如下：

- (1) 首先確認組織法是否已針對特定職位設有明文之職務權限。倘若組織法已明定相關職位之職掌權限，例如總統、立法委員、大法官、監察委員、部會首長、地方首長、地方議會議員，或如公平會

委員，甚至各機關訴願會委員、爭審會委員等，擔任該等職位之人員，自屬本類型之公務員。

- (2) 否則，應由上至下，分別就組織法、處務規程、辦事細則、分層負責明細表等詳加調查，確認是否有法定之職掌事項。

此等由組織法規所規定之職務權限之判斷，依公務人員任用法第7條規定：「各機關對組織法規所定之職務，應賦予一定範圍之工作項目、適當之工作量及明確之工作權責，並訂定職務說明書，以為該職務人員工作指派及考核之依據。」同法第8條規定：「各機關組織法規所定之職務，應依職系說明書歸入適當之職系，列表送銓敘部核備。」因此，機關內部之工作人員，倘其負責之事務，不在「職務說明書」表列範圍者，即非本類型之刑法公務員。

例如，公立學校性質上為國家或地方自治團體所屬機關，而有組織法之依據，其中校長及其他行政職員，均有編制依據，且均有職務歸系（教育行政職系），應屬本類型之刑法公務員；至於公立學校之教師，尚未兼任行政職務，因其任務在於教學、研究、輔導，並無法定之職掌權限，亦無職務歸系，應不屬本類型之刑法公務員。

又如，公立醫療院所，性質上亦為國家或地方自治團體所屬機關，而有組織法之依據；其中院長及其他行政職員，如有編制依據，且有職務歸系（相關職務歸系，包含衛生行政職系、醫務管理職系、藥事職系、法醫職系、衛生技術職系、獸醫職系、醫學工程職系等），即應屬本類型之刑法公務員；至於公立醫療院所之醫師，尚未兼任行政職

⁶⁸ 國營事業從業人員雖非刑法上「機關公務員」，惟如合於「授權公務員」，由法律明定其從事公共事務而具有法定職務權限者，仍得依「授權公務員」認定為刑法公務員。

務，因其任務在於醫療業務，並無法定之職掌權限，亦無職務歸系，即不屬本類型之司法公務員。

前述大法官之公費助理，係依「司法院組織法」第 18 條之 1 予以聘任，除符合「依法令服務」以及「國家法定機關」兩項要件外，按大法官公費助理編置於司法院大法官書記處第一科，依「司法院處務規程」第 30 條規定，大法官書記處第一科之職掌如下：

(1)關於聲請解釋案件爭點之初步整理及相關資料之蒐集、編譯、分析及彙整事項。(2)關於政黨違憲解散案件爭點之初步整理及相關資料之蒐集、編譯、分析及彙整事項。(3)關於案件審理之協助及審理情形之整理事項。(4)關於本院解釋、憲法法庭裁判及其有關資料之整理、編校事項。(5)關於大法官審理案件先例之整理、研究及編校事項。(6)關於各國憲法解釋、裁判及憲法審判制度相關資料之蒐集、研究及編譯事項。(7)關於國際學術交流及大法官年度學術研討會之擬辦事項。(8)關於本處不屬於其他各科有關法制之研究、擬辦事項。(9)關於大法官公務考察資料之蒐集、分析及彙整事項。(10)關於新聞、資料之提供、分析及整理事項。(11)關於其他交辦事項。因此，大法官公費助理，亦有法定職務權限，尚屬刑法上「機關公務員」。

至於「作用法」之法定職務權限，則散見各種行政法規，例如，以衛生醫療主管機關而言，其法定職務權限除組織法已有基本規定外，諸如「食品衛生管理法」、「醫療法」等行政作用法規，針對特定事項賦與主管機關有管理、裁罰之權限。

前述交通助理人員，其設置係依「道路交通管理處罰條例」第 7 條第 2 項授權內政部會同交通部訂定「交通助理人員管理辦法」予以僱用；其服務單位，依同辦法第 3 條規

定，由內政部警政署國道公路警察局、直轄市、縣（市）政府警察局、交通局或相關機關；其負責事項，依「道路交通管理處罰條例」第 7 條規定：「道路交通管理之稽查，違規紀錄，由交通勤務警察，或依法令執行交通稽查任務人員執行之。」（第 1 項）、「前項稽查，得由交通助理人員協助執行，其稽查項目為違規停車者，並得由交通助理人員逕行執行之；…」（第 2 項），因此「機關公務員」三項要件均已符合，自屬刑法上公務員。

三、授權公務員

所謂「授權公務員」，係「非依任用法」服務於「非國家或地方自治團體所屬機關」，而依法律具有法定職務權限，從事公共事務者。因此，此類公務員之要件有三：(1)其法源依據須係組織法及任用法以外之公法、(2)須依法從事公共事務、(3)須所從事公共事務有法定職務權限。

因此，依水利法第 12 條第 1 項規定：「主管機關得視地方區域之需要，核准設立農田水利會，秉承政府推行農田灌溉事業。」同條第 2 項：「前項農田水利會為公法人，其組織通則另定之。」而農田水利會之任務與權利，則規定於農田水利會組織通則第 10 條至第 13 條，因此農田水利會之會長及專任職員，即屬其他依法令從事於公共行政事務而具有法定職務權限之人員。

辦理全民健康保險事務之中央健康保險局，1994 年制定時，原名「中央健康保險局組織條例」，其第 1 條規定：「為辦理全民健康保險業務，依全民健康保險法第六條規定設中央健康保險局（以下簡稱本局），受中央衛生主管機關之監督。」，其原先並非行政衛生署所屬之機關，其「總經理」等人



員，尚非刑法「機關公務員」，而係「授權公務員」；至2009年1月23日修正公布改為「行政院衛生署中央健康保險局組織法」後，中央健保局已係衛生署所屬機關，其依法服務人員，已屬刑法「機關公務員」。

再者，經衛生署認可之民間檢驗或醫療機構進行吸毒犯尿液之檢驗，按「毒品危害防制條例」第33條之1規定，尿液之檢驗，應由下列機關（構）為之：(1)行政院衛生署認可之檢驗及醫療機構。(2)行政院衛生署指定之衛生機關。(3)法務部調查局、內政部警政署刑事警察局、憲兵司令部或其他政府機關依法設置之檢驗機關（構）。因此，前開人員進行吸毒犯驗尿行為，係法律明定之職務權限，且係公共事務，應係刑法「授權公務員」。

四、受託公務員

刑法「受託公務員」之要件，須符於行政程序法第16條第1項規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」同條第2項規定：「前項情形，應將委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。」等情形，始足當之；倘僅係私經濟行為，或法規未有授權之規定，或縱有授權規定，而未依程序辦理委託者，均難令受託之民間團體或個人成為刑法之公務員。

因此，刑法「受託公務員」之要件，須(1)由國家或地方自治團體所屬機關委託、(2)委託事項係其法定權限、(3)依法規有得為委託之明文、(4)須依法公告。例如，委託民間保全業者進行行政機關保全工作；委託民間清潔業者進行行政機關清掃工作等，均非刑法「受託公務員」。

海基會係行政陸委會依「臺灣地區與大

陸地區人民關係條例規定」，委託處理兩岸關係事務之民間團體，同條例第5條並授權其得驗證在大陸地區製作之文書，從而海基會驗證大陸地區製作之文書，即係行政院授權處理而屬委託機關法定權限有關之公共行政事務，因此，其承辦人員亦應屬刑法之「受託公務員」。

民營汽車駕駛人訓練機構，其公路主管機關委託進行汽機車之檢驗、發照、駕駛人之考驗發照等事項，依公路法第61條第1項規定：「汽車及電車之登記、檢驗、發照、駕駛人及技工之登記、考驗發照，由中央公路主管機關統一辦理，並得委託直轄市公路主管機關或相關法人、團體辦理。」同條第2項規定：「前項委託法人、團體，除第六十三條另有規定外，其委託事項、委託對象資格、人員、設備基準、申請核准程序、委託合約應載事項、收費基準、管理、監督及停止或終止委託等事項之辦法，由交通部定之。」因此，其從業人員係屬刑法「受託公務員」。

機車行受託辦理機車排放空氣污染物定期檢驗，係空氣汙染防制法第40條第1項規定：使「用中之汽車應實施排放空氣污染物定期檢驗，檢驗不符合第三十四條排放標準之車輛，應於一個月內修復並申請複驗，未實施定期檢驗或複驗仍不合格者，得禁止其換發行車執照。」、同條第2項規定：「前項檢驗實施之對象、區域、頻率及期限，由中央主管機關訂定公告。」，環保署據此頒訂「使用中機器腳踏車排放空氣污染物檢驗站設置及管理辦法」。依前開辦法第3條規定：「地方主管機關為執行機車排氣定期檢驗，得委託機車排氣檢驗站辦理。」（第1項）、「前項機車排氣檢驗站之增減，由中央主管機關視各轄區設籍車輛數及到檢數情

形訂定後公告之。」（第2項）；至於機車排氣檢驗站之設立，得由機車業者及加油站依該辦法第4條申請之。因此，其從業人員亦屬刑法「受託公務員」。

至汽機車違規停放，依「道路交通安全管理處罰條例」第56條第3項規定，交通勤務警察、依法令執行交通稽查任務人員或交通助理人員，應責令汽車駕駛人將車移置適當處所；如汽車駕駛人不予移置或不在車內時，得由該交通勤務警察、依法令執行交通稽查任務人員或交通助理人員為之。民間拖吊業者受託執行違規車輛之拖吊，僅係「行政助手」之身分，仍須由前述執法人員執行其法定職務權限，因此，民間拖吊業者⁶⁹並非刑法上之「受託公務員」。

參考文獻（依引用順序排列）

壹、中 文

- 一、石松，《刑法通義》，上海商務印書館，1930年9月初版。
- 二、郭衛，《現代刑法總論》，上海世界書局，1933年4月。
- 三、蔡墩銘，〈公務員犯罪之研究（一）〉，《軍法專刊》，第22卷11期，1976年11月。
- 四、《法律草案彙編（二）》，成文出版社，1973年6月臺1版。
- 五、《立法院公報》，63期；64期；65期，1934年10-12月。
- 六、陳文彬，《中國新刑法總論》，商務印書館，1936年7月初版。
- 七、大理院6年統字666號解釋。
- 八、大理院7年上字899號判例。
- 九、大理院統字第1516號解釋。
- 十、大理院9年統字1271號解釋。
- 十一、郝朝俊，《刑法原理》，1930年10月初版，上海商務印書館。
- 十二、周治平，《刑法總論》，作者發行，1963年3月初版。
- 十三、《中華民國刑法總則修正草案公聽會會議紀錄彙編》，第1冊、第3冊，法務部印製，2001年12月。
- 十四、《公務員涉及刑事案件之類型化研究》（行政院經濟建設委員會委託研究），臺灣刑事法學會，2002年7月。

⁶⁹ 縱使民間停車場業者，依「停車場法」第32條之1規定，得申請於其停車場四周一定區域範圍內，經營違規停車拖吊業務，惟其於實施違規停車拖吊業務時，應向主管機關申請指派依法令執行交通稽查任務人員或交通助理人員於依法舉發違規停車後，將該違規車輛拖吊及移置於主管機關指定之處所，並向汽車所有人收取所需之移置費及保管費。因此，前開民間停車業者，仍非刑法上之「受託公務員」。

- 十五、甘添貴，〈刑法上公務員之定義與涵蓋範圍〉，《月旦法學雜誌》，92期，2003年1月。
- 十六、《二〇〇五年中華民國刑法暨刑法施行法修正立法資料彙編》，法務部編印，2005年12月。
- 十七、《行政院審查「中華民國刑法部分條文修正草案」暨「中華民國刑法施行法部分條文修正草案」會議資料彙編》，法務部印製，2003年2月。
- 十八、黃源盛撰，〈沈家本法律思想與晚清刑律變遷〉，《臺大法研所博士論文》，1991年11月。
- 十九、謝振民編，《中華民國立法史》，正中書局，1948年滬1版。
- 二十、蔡墩銘，〈刑法上之公務員與水利會之職員〉，《刑事法雜誌》，15卷5期，60年10月。
- 二十一、吳庚，《行政法之理論與實用》，作者發行，2001年增訂7版。
- 二十二、曾淑英，〈從國家危害防止任務之演進論警察危害防止任務之發展〉，《警察叢刊》，29卷6期，1999年5月。
- 二十三、詹鎮榮，〈國家任務〉，《月旦法學教室》，3期，2003年1月。
- 三、飛田清弘、佐藤道夫，《刑事法重点講座。賄賂》，立花書房，昭和62年2訂版，46-47頁。
- 四、大コンメンタール刑法〔別卷〕》，青林書院，1992年初版。

貳、外 文

- 一、佐伯仁志，「刑法上の公務員」，公務員判例百選〔別冊ジュイスト＜第88号＞〕，1986。
- 二、古田佑紀，〈第七条「公務員，公務所」〉，《大コンメンタール刑法〔第一卷〕》，青林書院，1991年初版。