

刑法 教科書 系列

刑法分則 新論

(修訂十版)

一窺刑法分則全貌
了解條文罪名實務情形



Law

Criminal
The Specific Provisions of

盧映潔◎著



新學林

刑法分則新論

盧映潔 著

新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法分則新論 / 盧映潔著. - 十版

-- 臺北市 : 新學林, 2015. 07

面 ; 公分

ISBN 978-986-295-460-7 (平裝)

1. 刑法分則

585.2

104011732

刑法分則新論

作 者：盧映潔

出版者：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

電 話：(02) 2700-1808

傳 真：(02) 2705-9080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正

副總編輯：林靜妙

經 理：許承先

主 編：李啟琳

責任編輯：陳瑋崢

內文編排：陳怡君

出版日期：2008 年 8 月 一版一刷

2015 年 7 月 十版一刷

2015 年 10 月 十版二刷

2015 年 11 月 十版三刷

郵發帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額 1000 元以上免郵資，未滿 1000 元加收郵資 50 元

定 價：780 元

ISBN 978-986-295-460-7

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市大安區和平東路 2 段 339 號 9 樓

團購專線：(02) 27001808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

十版序

本書此次增訂十版，針對第四章瀆職罪、第五章妨害公務罪、第六章妨害投票罪、第十一章公共危險罪、第十五章偽造文書印文罪、第十六章妨害性自主罪、第二十二章殺人罪、第二十六章妨害自由罪、第二十八章妨害秘密罪、第三十章搶奪強盜及海盜罪、第三十二章詐欺背信及重利罪等共十一個罪章進行修改。

作者此次增訂本書內容時，關於妨害公務罪章的毀損公務員職務上掌管之物品罪，見到一個較新近的判決，指出戶政事務所公告欄的玻璃，與公權力的行使並無直接關係，故毀損公告欄的玻璃，也不成立毀損公務員職務上掌管之物品罪。作者並非不贊成這樣的見解，而是感慨在台灣公家機關不時地拿妨害公務罪章的各個罪名來彰顯官高民賤，而被認為是法律系所中最菁英的人才在從事法官、檢察官職務時，縱使要替人民解決困境，也只能在刑法條文的要件中不斷打轉。遑論有些司法人員不願探究事件的全貌，卻以刑法條文要件作為框住人民之刑罰枷鎖，而視之為正義。例如先前的 318 學運與 323 佔領行政院事件，現今皆以妨害公務之相關罪名追訴中，身為法律人不但未能阻止國會失能、領導人專擅的局面，更視而不見此等事件的背後原因，再持刑法條文作為尚方寶劍揮向人民欲使其噤聲。倘若作者的刑法分則著述，只能引導這樣的法律人，乃是個人不可承受之痛。惟盼尚在法律學海中的莘莘學子，能夠體會刑法的功能在於遏止國家權力的恣意橫流，更勝於對人民的懲罰。再次謹盼！

自序

筆者編著本書的動機是因為，筆者任教法律系以來，在刑法分則課程的授課上，一直感到沒有一本較適合刑法分則初學者的便利教科書，有些教科書非常的龐大，而坊間補教業者出版的刑法分則用書，則略嫌雜亂拼湊且錯誤百出。是故筆者始興起編著本書的想法。

本書在編著上有下列一些事項應向讀者加以說明：

1. 本書以刑法分則條文罪章的順序，逐一編列。其中第十四章偽造度量衡罪、第十九章妨害農工商罪、第二十章鴉片罪，此三個罪章由於已喪失實際運用可能，故不在本書編著範圍內。另外，為避免註釋過多，故每個罪章的註釋皆是從頭開始。
2. 本書的參考著作以我國的國內文獻為主，鮮少引用外國文獻。因為本書是希望提供給刑法分則初學者所用，而法律的適用原本就是相當本土性，故本書並非以比較法觀點為論述。並且，本書希望呈現的是各家說法的整理，而非批判，故在書中較少提出作者個人看法。
3. 本書中大量引述我國司法實務的見解，包括判例、判決、函釋乃至於法律問題討論，而且儘可能地全文完整引述，也因而占用相當篇幅。如此作法不是為了擴充篇幅份量，而是筆者認為，司法實務才是有權適用法律以及解釋法律者，其見解如何，皆攸關每一個罪名的運用，刑法分則學習者自然不可不知。因此，本書特別在實務見解下以底線劃出重要部分。

本書的完成首先應感謝中正大學法律研究所王珽顯、黃慧娟、雲惠鈴三位同學在文獻蒐集、註釋處理上的大力協助。其次，中正大學法律研究所游嶸彥、林儂宏、蘇哲萱、陳怡伶、林元裕等同學，以及法律研究所在職專班許多同學，多次協助筆者辦理學術研討會議，為筆者分擔許多事務，亦是間接促成本書完成的有功者，應一併感謝。此外，最應感謝的是筆者的父母，長期勞心為筆者照顧女兒，使筆者無後顧之憂。

最後，本書的編著在時間上頗為倉促，而且筆者自任教職以來，皆是過著每週授課二十堂課的日子而且南北奔波，在編著本書期間，甚至一度為人代課而每週高達二十七堂課的情形，也不知從何而來的「操」人能耐，竟得以完成本書。正因為如此，想必本書不論體例上或內容上尚有許多瑕疵存在，有待各界不吝指正。

盧映潔 2008年8月

主要參考書目

- 甘添貴 著 刑法各論（上） 1987年
- 甘添貴 著 體系刑法各論（第一卷） 1999年
體系刑法各論（第二卷） 2000年
- 呂有文 著 刑法各論 1992年
- 林山田 著 刑法各罪論（修訂三版）（上冊）（下冊） 2002年
- 林山田 著 刑法各罪論（修訂五版）（上冊）（下冊） 2005年
- 林山田 著 刑法通論（增訂九版）（上冊）（下冊） 2005年
- 林山田 著 刑法的革新（刑事法論叢） 2001年
- 林東茂 著 一個知識論上的刑法學思考 2001年
- 林東茂 著 刑法綜覽（修訂四版） 2006年
- 林東茂 著 危險犯與經濟刑法 1996年
- 陳煥生 著 刑法分則實用 1993年
- 陳子平 著 刑法總論（上） 2005年
刑法總論（下） 2006年
- 陳志龍 著 人性尊嚴與刑法體系入門 1992年
- 黃榮堅 著 刑罰的極限 1999年
- 黃榮堅 著 刑法問題與利益思考 2003年
- 黃常仁 著 間接正犯與正犯後正犯 1998年
- 黃常仁 著 刑法總論——邏輯分析與體系論證 2001年
- 梁恆昌 著 刑法各論（修正十三版） 1993年
- 褚劍鴻 著 刑法分則釋論（增訂本）（上冊）（下冊） 1995年
- 蔡墩銘 著 刑法各論（修訂四版） 2001年
- 韓忠謨 著 刑法各論（增補一版） 1999年

目 錄

十版序	I
自序	III
主要參考書目	V
第一章 內亂罪	1
第二章 外患罪	7
第三章 妨害國交罪	27
第四章 瀆職罪	31
第五章 妨害公務罪	83
第六章 妨害投票罪	103
第七章 妨害秩序罪	127
第八章 脫逃罪	149
第九章 藏匿人犯及湮滅證據罪	161
第十章 偽證及誣告罪	173
第十一章 公共危險罪	193
第十二章 偽造貨幣罪	283
第十三章 偽造有價證券罪	295
第十五章 偽造文書印文罪	315
第十六章 妨害性自主罪	363

第十六章之一	妨害風化罪	409
第十七章	妨害婚姻及家庭罪	431
第十八章	褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪	449
第十九章	妨害農工商罪	459
第二十一章	賭博罪	471
第二十二章	殺人罪	487
第二十三章	傷害罪	509
第二十四章	墮胎罪	523
第二十五章	遺棄罪	531
第二十六章	妨害自由罪	545
第二十七章	妨害名譽及信用罪	583
第二十八章	妨害秘密罪	605
第二十九章	竊盜罪	627
第三十章	搶奪強盜及海盜罪	655
第三十一章	侵占罪	691
第三十二章	詐欺背信及重利罪	711
第三十三章	恐嚇及擄人勒贖罪	755
第三十四章	贓物罪	771
第三十五章	毀棄損壞罪	779
第三十六章	妨害電腦使用罪	795

第一章 內亂罪

內亂罪是涉及以非法手段，推翻依現行民主體制所選舉組成的政府或改變民主憲政體制或割據領土，為保護政府的正常運作或是維持憲政秩序以及領土完整，屬於政治意涵濃厚的犯罪。本罪章規定之罪名計有：普通內亂罪（§100）、暴動內亂罪（§101）等罪名。

第一百條 普通內亂罪

第一項 意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處七年以上有期徒刑；首謀者，處無期徒刑。

第二項 預備犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。

一、客觀要件

1. 行為主體

本罪之行為主體有兩種，即首謀與非首謀的人。由於觸犯本罪通常必須要有多數人同謀而共同違犯之，因此若是領導其他人實施本罪行為的主謀者，依首謀論之，而且首謀亦不以一人為限，也可以是數人組成的領導核心¹。而非首謀者則指在首謀者領導之下，共同實施本罪行為者。

另須注意的是，任何人均可能成為本罪的行為主體，且不以本國人為

¹ 參照林山田，刑法各罪論（下），修訂五版，2005年9月，31頁。

限，即使是外國人或無國籍人亦可能成為本罪的行為主體，而且即使在本國領域之外犯本罪，依刑法第五條第一款規定仍可適用我國刑法處罰之。

2. 行為

依現行條文中對於行為的描述「以強暴或脅迫著手實行」，可理解本罪之構成要件行為係強暴或脅迫，「著手實行」一語乃贅文。強暴或脅迫，在不同罪章的各種不同罪名之中也常見使用相同用詞，但是應依不同之犯罪類型的立法目的來闡釋其行為的內涵要求。由於國家、政府原本即擁有體制內允許的武力，如警察或軍隊，而本罪係與國家、政府為敵的犯罪，強暴或脅迫係為了破壞國家、政府存在的非法手段，所以在解釋上，本罪強暴或脅迫的強烈程度必須遠高於侵害個人法益或社會法益的犯罪類型中所規定的強暴或脅迫²，才可能達到內亂的目的。

不過，即使要求本罪的強暴或脅迫行為須具備較高的強烈程度，本罪對行為的規定仍有可議之處。亦即，因內亂罪規定有破壞國體、竊據國土、推翻政府或變更國憲等四種意圖（見下述），所謂意圖即行為之目的，故本罪的行為應是有可能或足以達到此四種意圖的手段，始符合立法邏輯。唯獨，單單有個人或幾個人的強暴或脅迫行為，完全不足以達到破壞國體、竊據國土、推翻政府或變更國憲之目的，例如以個人之力或集合數人而刺殺或傷害總統、副總統、行政院長的舉動，或以卡車衝撞總統府或其他機關的行為，其手段的強烈程度頗高，但不會有破壞國體、竊據國土、推翻政府或變更國憲的可能性。一般而言，欲達此四種內亂罪的意圖，必須聚集相當多數人，並有足夠的武裝，始足當之。因此，本罪的行為規定甚不妥當，其實應予刪除而僅留下第一〇一條的規定即可。

又，本罪在學說上被認為是著手犯³，只要行為人一旦著手強暴或脅迫行為，犯罪立即既遂，而無未遂與既遂之分，全部論以既遂，故本罪不設未遂犯的規定。

2 例如同樣使用「強暴」或「脅迫」作為構成要件行為的強盜罪、強制性交罪或強制罪，可以認定為強暴或脅迫者，不一定亦可以認定為本罪的強暴或脅迫。

3 參照林山田，前揭書（註1），34頁。

二、主觀要件

1. 故意

行為人主觀上必須具備內亂故意。所謂內亂故意指行為人對其本罪行為為有所認識，並且進而決意實行其行為的心態，包括直接故意及間接故意。

2. 意圖

本罪乃意圖犯，即行為人除內亂故意外，尚須具備破壞國體、竊據國土、非法變更國憲、顛覆政府之意圖。本條所定破壞國體、竊據國土、非法變更國憲、顛覆政府等四種意圖係只要具備其中任一即可。而本罪之行為人，只要是主觀上具備如此意圖，而基於內亂故意實施強暴或脅迫行為，犯罪即屬完成，至於行為人的意圖是否獲得實現，則不影響本罪的既遂。倘若行為人有強暴或脅迫的情形，但如果欠缺本罪的意圖，則不構成本罪，可能另成立傷害罪章或妨害自由罪章等相關罪名。就本罪規定的四個法定意圖，分別論述如下：

(1) 意圖破壞國體

國體係指依我國憲法所明示之國家政治體制及其政治結構形態。若意圖破壞此等國體，而想要建立與憲法相違背的政體，即是意圖破壞國體。

(2) 意圖竊據國土

竊據國土係指強行占據國家主權所及的領土，而維持其對國土的占據狀態。

(3) 意圖非法變更國憲

依我國憲法可循法定程序修改而變更，但不應企圖以強暴或脅迫的非法手段來達到變更憲法之目的，否則即屬本罪所稱的「意圖非法變更國憲」。

(4) 意圖顛覆政府

意圖顛覆政府則指不依憲法所定的程序改組或更換政府，而企圖採取強暴或脅迫的非法手段，推翻合法的政府組織。

三、預備犯

本罪設有預備犯之處罰規定。行為人主觀若已具本罪的意圖與內亂故意，而從事預備內亂的工作，即為本罪的預備犯。預備的行為階段在刑法上本以不罰為原則，但因內亂行為危及國家、政府的存立，具有高度危險性，故雖屬預備階段，亦加以犯罪化⁴。

四、本罪之法制演變

本罪在民國八十年之前原規定為：「意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而著手實行者，……。」（舊刑§100 I），亦即在構成要件只有規定四種意圖之主觀要件，但客觀構成要件行為的描述「著手實行」，形同沒有規定，如此條文嚴重違背罪刑法定原則下的明確性要求，使本罪過去被濫用充當政治工具，成為壓制政治異議份子的利器，舉凡為政府當局所不認許而足以危及統治利益的言論，特別是政治言論或主張，均可依據本條處刑⁵。例如批評政府的政治言論或台灣獨立的政治主張，即使只有言論或和平主張，均被法院認定為「意圖顛覆政府，而著手實行」，而依據本條論罪，使本罪成為處罰人民言論或思想的工具。

民國八十年出現民間社運團體「一〇〇行動聯盟」，經抗爭而形成的修法壓力⁶，在民國八十年十月七日立法院司法委員會的一讀會中將原第

4 參照林山田，前揭書（註1），36頁。

5 參照林山田，前揭書（註1），31頁以下。其中記載：一九九一年為了廢惡法所組成的「一〇〇行動聯盟」強力抗爭，而引起朝野對於刑法第一百條的問題關切之時，尚有不少認同統治者的政治觀的教授、法官或檢察官表示刑法第一百條的規定並無不妥，刑事追訴與審判也不會濫用刑法第一百條。詳見立法院司法委員會審查刑法第一百條公聽會紀錄，刊於立法院公報80卷81期，1991年，195頁以下。

6 參照林山田，抗爭一〇〇～廢除刑法第100條抗爭札記，1991年。

一〇〇條廢止，並修正第一〇一條與第一〇二條⁷，惟當時執政黨黨籍立委在院會翻案，於民國八十一年五月十五日的院會二、三讀，僅將原第一〇〇條加以修正⁸，即在第一〇〇條條文中「著手實行」四字之前加上「以強暴或脅迫」六字，並且廢止本罪的陰謀犯的處罰規定。雖然該次修法結果不盡如人意，但至少可以解決統治者以刑罰手段壓制言論、思想自由的現象⁹。

第一百零一條 暴動內亂罪

第一項 以暴動犯前條第一項之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；首謀者，處死刑或無期徒刑。

第二項 預備或陰謀犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑。

一、客觀要件

1. 行為主體

本罪之行為主體有兩種，即首謀與非首謀的人，已述於前條。

2. 行為

本罪乃是以暴動方式為之。稱暴動係指多數人集體施以暴力或進行武裝革命，例如以武力占據廣播電台或電視台等傳播媒體，或以武力攻占政府機關，或攻擊軍隊或警察、監獄等。

7 參照立法院公報，2506號，1991年10月12日，330頁以下。

8 參照林山田，刑法的革新，2001年，183頁以下。

9 自從內亂罪修法之後迄今，即不再出現有關刑法內亂罪的刑事案件。參照林山田，〈和平內亂罪終能廢止〉等文，談法論政（三），1992年，147-156頁。

二、主觀要件

1. 故意

行為人主觀上應具備暴動內亂故意，所謂暴動內亂故意指具有對於暴動或武裝革命的認知並進而決意進行暴動行為，包括直接故意與間接故意。

2. 意圖

行為人主觀上必須具備的四種意圖，已述於前條。倘若行為人有聚眾施暴或武力集結的情形，但如果欠缺暴動內亂罪的四種任一意圖，亦不構成本罪，頂多只能成立妨害秩序罪或其他罪名¹⁰。

三、預備犯與陰謀犯

本罪設有預備行為或陰謀行為的處罰規定。預備犯係暴動的準備行為，例如購置武器彈藥。陰謀犯則是多人密謀策劃的行為。

第一百零二條 自首的減免特例

犯第一百條第二項或第一百零一條第二項之罪而自首者，減輕或免除其刑。

本條規定犯普通內亂罪的預備犯或暴動內亂罪的預備犯或陰謀犯而自首者，減輕或免除其刑。

¹⁰ 參照林山田，前揭書（註1），39-40頁。

第二章 外患罪

外患罪章所要保護的法益乃在於國家的外部存立安全。本罪章規定處罰之罪名計有：通謀開戰罪（§103）、通謀喪失領域罪（§104）、敵對本國罪（§105）、單純助敵罪（§106）、加重助敵罪（§107）、戰時不履行軍需契約罪（§108）、洩漏或交付國防秘密罪（§109）、公務員過失洩漏或交付國防秘密罪（§110）、刺探或收集國防秘密罪（§111）、侵入軍用處所建築物罪（§112）、私與外國訂約罪（§113）、處理對外事務違背委任罪（§114）、偽造變造或毀匿國權書證罪（§115）等罪名。

第一百零三條 通謀開戰罪

第一項 通謀外國或其派遣之人，意圖使該國或他國對於中華民國開戰端者，處死刑或無期徒刑。

第二項 前項之未遂犯罰之。

第三項 預備或陰謀犯第一項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑。

一、客觀要件

本罪的客觀要件只有行為，即與外國或其派遣之人加以通謀。稱通謀係指未受政府的委派或任命，而與外國或其派遣之人私自交往謀議而言。稱外國應包括外國政府及設置於外國的國際政治團體，稱派遣之人則指外國政府或國際政治團體派遣負有任務之人。行為人所交往謀議的對象必須為外國或其派遣之人，否則，行為人所通謀的對象若僅為外國的私人，並

無由構成本罪¹。

至於行為人係以何種方法而通謀，在所不問，行為人直接與外國或其派遣之人面對面接觸謀議，或是間接經由第三者而交往謀議，皆屬本罪的通謀行為。又行為人係主動與外國或其派遣之人通謀，抑係出於外國或其派遣人的主動，行為人因受其利誘或威脅而在被動下與其通謀，均不影響本罪的成立。

此外，行為人與外國或其派遣人所通謀的內容必須以實現本罪的意圖者為限，亦即使外國對我國開戰。故倘若通謀內容與本罪意圖的內容無關，例如通謀不利於本國金融或經濟的工商交易，自不構成本罪的通謀行為。

二、主觀要件

1. 故意

本罪之故意係行為人主觀上對於自己交往謀議的對象係外國或其派遣之人的事實有所認識，而決意與之通謀的心態，包括直接故意與間接故意。

2. 意圖

本罪除了故意外，行為人主觀上尚須具備使通謀的外國或他國對本國開戰端的意圖。行為人意圖使其通謀的外國對本國開戰端，或者使與通謀的外國以外的他國對本國開戰端者，皆屬本罪的意圖。而行為人只要具有誘發外國對本國開戰端的意圖，而與外國或其派遣之人通謀即可成立本罪，至於其意圖是否得逞，與其通謀的外國或其通謀國以外的他國是否對本國開戰端，均不影響本罪的既遂。

¹ 參照林山田，刑法各罪論（下），修訂五版，2005年9月，42頁。

三、未遂犯、預備犯與陰謀犯

本罪設有未遂犯之處罰規定。既遂或未遂乃以通謀行為進行的程度做為區分標準，行為人具備本罪的意圖，開始與外國或其派遣之人通謀，若雙方謀議已成，亦即與行為人通謀的外國或通謀國以外的他國已同意對本國開戰端者，即為本罪的既遂。相反地，雖已開始通謀，但謀議尚未完成，或謀議中斷或謀議破裂，為本罪的未遂犯。

本罪亦設有預備犯與陰謀犯之處罰規定。若行為人具備本罪的意圖，而有通謀的計畫者，為本罪的陰謀犯；若行為人就通謀計畫從事準備工作，但尚未著手通謀者，即為本罪的預備犯。

第一百零四條 通謀喪失領域罪

第一項 通謀外國或其派遣之人，意圖使中華民國領域屬於該國或他國者，處死刑或無期徒刑。

第二項 前項之未遂犯罰之。

第三項 預備或陰謀犯第一項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑。

一、客觀要件

本罪的客觀要件只有行為，本罪的行為與前罪相同，皆是通謀外國或其派遣之人，所不同者只是通謀內容，即本罪的通謀內容必須是為了使本國喪失其領域，亦即使本國領域變更屬於與行為人通謀的外國或另一他國。所稱領域係指領土、領空與領海而言。

二、主觀要件

1. 故意

本罪之故意與前罪相同，係行為人主觀上對於自己交往謀議的對象係外國或其派遣之人的事實有所認識，而決意與之通謀的心態，包括直接故意與間接故意。

2. 意圖

本罪除了故意外，行為人主觀上尚須具備使本國全部或一部領域歸屬於本國以外之他國的意圖。而行為人只要具有上開意圖，而與外國或其派遣之人通謀即可成立本罪，至於其意圖是否得逞，即本國的領域已否喪失，均不影響本罪的既遂。

三、未遂犯及預備犯與陰謀犯

本罪設有未遂犯、預備犯與陰謀犯的處罰規定，其理解與前條相同，不再贅述。

第一百零五條 敵對本國罪

第一項 中華民國人民在敵軍執役，或與敵國械抗中華民國或其同盟國者，處死刑或無期徒刑。

第二項 前項之未遂犯罰之。

第三項 預備或陰謀犯第一項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑。

一、客觀要件

1. 行為人

本罪的行為主體以本國人民為限，亦即具有本國國籍之人。

2. 行為

本罪的行為乃是在敵軍執役或與敵國械抗本國或其同盟國。稱敵國係指與本國敵對的交戰國，敵軍即敵國的軍隊，並不以敵方的正規軍為限，即使為敵方的游擊隊，亦屬敵軍。稱執役即指在敵軍軍中服役，不以從事戰鬥任務者為限，即使擔任非戰鬥性的雜役或僅從事後方補給工作，亦可謂在敵軍執役。稱械抗係指在敵軍執役外的攜械對抗的行為。同盟國則指與本國締結軍事同盟的國家而言。

二、主觀要件

本罪之故意係行為人主觀上對於他國與本國敵對的事實情狀有所認識，並且決意在敵軍執役，或與該國聯手械抗本國的心態，包括直接故意與間接故意。

三、未遂犯及預備犯與陰謀犯

本罪設有未遂犯之處罰規定。例如行為人雖已加入敵軍，但尚未執役，或尚未與敵國持械抗拒本國或其同盟國者，則為本罪的未遂犯。本罪亦有預備犯與陰謀犯處罰規定，若行為人有加入敵軍執役或與敵國持械抗拒本國或其同盟國的計畫者，為本罪的陰謀犯；若行為人就該計畫從事準備工作，但尚未著手者，即為本罪的預備犯。

第一百零六條 單純助敵罪

第一項 在與外國開戰或將開戰期內，以軍事上之利益供敵國，或以軍事上之不利益害中華民國或其同盟國者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。

第二項 前項之未遂犯罰之。

第三項 預備或陰謀犯第一項之罪者，處五年以下有期徒刑。

一、客觀要件**1. 行為**

本罪的行為乃是所謂單純助敵行為，即以軍事上利益提供敵國，或以軍事上的不利益危害本國或其同盟國。前者為積極性或直接性的助敵行為，後者則為消極性或間接性的助敵行為。行為人只要有兩種行為中的任何一種，皆足以成立本罪²。所謂軍事上的利益或軍事上的不利益，範圍相當廣泛，應就具體個案事實而做客觀判斷。行為人只要完成助敵行為，即可構成本罪，至於本國或其同盟國是否果真蒙受不利，或敵國是否得利，均在所不問。

2. 行為情狀

本罪的行為必須發生在本國與敵國開戰或將開戰期內，始足該當本罪。所稱「開戰」係指戰爭進行期間；至於所稱「將開戰」是否指國與國的軍事對峙或雙方以軍力對陣的狀況，或者指本國已對他國宣戰，或他國已對本國宣戰，但尚未有軍事行為而言，因欠缺實務案例，頗難認定。

² 參照林山田，前揭書（註1），47頁。

二、主觀要件

本罪之故意係行為人主觀上對於本國與敵國開戰或將開戰期內之事實情狀有所認識，並且決意提供敵國軍事上的利益或者使本國不利益的心態，包括直接故意與間接故意。

三、未遂犯、預備犯與陰謀犯

本罪設有未遂犯之處罰規定。既遂與未遂的區分乃以助敵行為是否實行完成，而非以助敵行為是否有生助敵結果為判斷，故行為人若著手實施助敵行為，但尚未實行完成時，即被查獲者，構成本罪的未遂犯。

本罪亦設有預備犯與陰謀犯處罰規定。若行為人僅有助敵的準備，而尚未著手實行助敵行為者，即為本罪的預備犯。若行為人只有助敵的謀議，而尚未至預備階段者，即為本罪的陰謀犯。

第一百零七條 加重助敵罪

第一項 犯前條第一項之罪而有左列情形之一者，處死刑或無期徒刑：

一、將軍隊交付敵國，或將要塞、軍港、軍營、軍用船艦、航空機及其他軍用處所建築物，與供中華民國軍用之軍械、彈藥、錢糧及其他軍需品，或橋樑、鐵路、車輛、電線、電機、電局及其他供轉運之器物，交付敵國或毀壞或致令不堪用者。

二、代敵國招募軍隊，或煽惑軍人使其降敵者。

三、煽惑軍人不執行職務，或不守紀律，或逃叛者。

四、以關於要塞、軍港、軍營、軍用船艦、航空機及其他軍用處所建築物，或軍略之秘密文書、圖畫、消息或物品，洩漏或交付於敵國者。

五、為敵國之間諜，或幫助敵國之間諜者。

第二項 前項之未遂犯罰之。

第三項 預備或陰謀犯第一項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑。

一、客觀要件

1. 行為及客體

本罪的行為乃是所謂加重助敵行為，亦即以條文列舉的行為態樣成為利益敵國或不利益本國或其同盟國的具體內容，計有五種行為態樣：

(1) 交付軍隊、軍用處所建築物、軍需品以及供軍隊轉運的器物或將其毀壞或致令不堪用

本款的行為是將本款列舉的客體移交敵國而使其取得管領或持有，或將之毀損破壞，或以他法使其喪失其本來的效用等行為。行為人只要將本款所列的任何一種行為客體交付敵國，或加以毀損，或使其致令不堪用等，即足以成立本罪。

本款的客體共有四類，分別是軍隊，以及要塞、軍港、軍營、軍用船艦、航空機及其他軍用處所建築物，與供我國軍用之軍械、彈藥、錢糧及其他軍需品，還有橋樑、鐵路、車輛、電線、電機、電局及其他供轉運之器物。

(2) 代敵國招募軍隊或煽惑軍人降敵

本款的行為是代敵國招募軍隊或煽惑軍人使其降敵的行為。行為人的招募軍隊行為必須為敵國而招募，其所煽惑的軍人必須使其降敵，始能成立本罪。否則，倘若行為人並非為敵國或代敵國而招募軍隊，或雖煽惑軍人但並非誘其降敵，均非屬本款之適用。至於行為人係以何種手段，採用何種方式而招募或煽惑，均非所問。

(3) 煽惑軍人不執行職務、不守紀律或逃叛

本款的行為是煽惑軍人不執行職務、不守紀律或逃叛的行為。行為人只要有煽動或蠱惑行為，即足以成立本罪，不以受煽惑的軍人已不執行職務、不守紀律或逃叛為必要。本款的行為與煽惑軍人背職違紀逃叛罪 (§155) 的行為相同，所不同者係本罪的成立係以在與外國開戰或將開戰期間之內所實施者為限。此外，本款所煽惑的對象必須是具軍人身分者。

(4) 洩漏或交付軍事秘密於敵國

本款的行為係洩漏關於軍用處所建築物或軍略秘密的行為，或者以關於軍用處所建築物或軍略的秘密文書、圖畫、消息、或物品交付予敵國的行為。本款的洩漏交付行為亦與洩漏或交付國防秘密罪（§109）的行為相同，所不同者乃本罪必須在與外國開戰或將開戰期間之內所實施者為限。

而本款的客體係關於要塞、軍港、軍營、軍用船艦、航空機及其他軍用處所建築物或軍略上秘密的文書、圖畫、消息或物品。而是否屬於本款的軍用物品，以其是否於軍事上有直接之效用為判斷，而非軍中任何物品皆屬之³。

(5) 為敵國の間諜或幫助敵國間諜之行為

本款的行為係擔任敵國の間諜或幫助敵國の間諜之行為，一般認為僅限於將為敵國所從事者乃軍事間諜行為，故雖刺探或收集軍事秘密，但並非為敵國而刺探或收集，或者雖有幫助間諜行為，但其所幫助の間諜並非敵國的軍事間諜等，自不構成本罪⁴。行為人只要為敵國從事間諜行為，即足以成罪，並不以已將軍事秘密交付敵國為必要。同理，行為人只要對於敵國間諜有幫助行為，即為已足，亦不以敵國間諜果因行為人的幫助而探得軍事秘密為必要。

2. 行為情狀

本罪與前條相同，必須在與外國開戰或即將開戰期間的情狀下而有本罪的行為，始構成本罪。

3 參照司法院 28 年院字第 1906 號解釋文：刑事法上之物品二字，其涵義不一，如該法條係將物品與文書或圖畫為列舉之規定者，則該物品當然不能包括文書或圖畫在內，倘該法條僅以物品、其他物品、其他重要物品、其他軍用物品，為概括之規定者，則文書或圖畫，自屬於該物品之一種。又所謂軍用物品，係指該物品於軍事上有直接之效用者而言，非若一般觀念，凡軍中一切物品，皆得稱為軍用，師部各種表冊、文件，原屬於文書或圖畫之性質，究為文書或圖畫，抑為物品甚或為軍用物品，自應就其所適用之法條係屬如何規定，及其表冊、文件之效用如何以為斷。

4 參照林山田，前揭書（註 1），50 頁。

二、主觀要件

本罪之故意係行為人主觀上必對於本罪所列各款客體有所認識，而決意進行各款行為之心態，包括直接故意與間接故意。

三、未遂犯與預備犯及陰謀犯

本罪設有未遂犯之處罰規定。既遂與未遂的區別乃以各款所述的行為是否完成為斷，至於行為是否果已發生行為結果，則與本罪的既未遂無關。另外，本罪亦設有預備犯與陰謀犯處罰規定。若行為人僅有本罪加重助敵行為的準備，而尚未著手實行加重助敵行為者，即為本罪的預備犯。若行為人只有加重助敵的謀議，而尚未至預備階段者，即為本罪的陰謀犯。

第一百零八條 戰時不履行軍需契約罪

- 第一項 在與外國開戰或將開戰期內，不履行供給軍需之契約或不照契約履行者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。
- 第二項 因過失犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。

一、客觀要件

1. 行為人

本罪的行為主體乃有履行供給軍需契約義務之人，亦即因契約關係而負有履行義務之人，故倘若非因契約關係，而係因軍事上的需要由國家為徵收，或者並未訂有供給軍需契約，只是臨時接受託運的商人，自不能成為本罪的行為主體。而行為人所負履行契約的內容必須是供給軍需，而且

這種契約不以與國家機關直接訂定者為必要，即使係間接訂定，只要其係以供給軍需為內容者，一有本罪的不履行或不完全履行，即可成立本罪。至於係因何種原因，致不能履行或不完全履行，則與本罪的成立無關⁵。

2. 行為

本罪的行為有二種態樣，一為不履行供給軍需的契約，另一為不照契約履行。所稱不履行係指完全不履行契約；不照契約履行則指不按照契約內容作完全的履行而言。行為人所不履行或不完全履行的契約僅限於以供給軍需為內容者，始構成本罪。軍需的範圍相當廣泛，舉凡軍方上需用的物品、工程或勞務，均包括在內。

3. 行為情狀

行為人必須在與外國開戰或即將開戰期間的情狀下，而有本罪的行為，始構成本罪。是故若非在此情狀下的不履行契約或不照契約履行的行為，則僅屬契約不履行或不完全履行的民事責任，與本罪無關。

二、主觀要件

1. 故意

本罪之故意係行為人主觀上對於客體係屬軍需契約，以及正與外國開戰或將開戰的情狀事實有所認識，並且決意不履行或不完全履行契約的心態，包括直接故意與間接故意。

⁵ 參照 29 年上字第 3731 號判例要旨：……（二）刑法第一百零八條之外患罪，祇須在與外國開戰或將開戰期內，對於訂立供給軍需之契約不履行或不照約履行，而有故意或過失之情形，即已具備其構成要件，初非以其契約係與國家機關直接所訂者為限，徵諸該法條規定之文義至為瞭然。上訴人等當本國與外國戰爭期內，與某甲經理之某公司訂立供給鍋斧等物品之契約，曾經載明照兵工署分發圖樣說明書辦理等字樣，自屬於供給軍需之一種契約，上訴人等既因不注意而未能依照原約履行其供給之義務，即與上開法條所載之情形相當，自不得以該項契約非與國家機關直接訂立，為解免罪責之理由，至所稱訂約後因材料及工資陸續高漲以致不能履行，縱令屬實，亦係訂約當時應予注意且並非不能注意之事項，不足影響於犯罪之成立。

2. 過失

本條第二項就本罪規定有過失犯之處罰規定。於開戰或將開戰期內，對於訂立供給軍需之契約不履行或不照契約履行，因不注意而未能依照原約履行其供給之義務，即有過失可言。但若有履行供給軍需契約義務之人不履行契約或不照契約履行係因不可抗力的天災事變者，則無由構成本罪。

第一百零九條 洩漏或交付國防秘密罪

第一項 洩漏或交付關於中華民國國防應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處一年以上七年以下有期徒刑。

第二項 洩漏或交付前項之文書、圖畫、消息或物品於外國或其派遣之人者，處三年以上十年以下有期徒刑。

第三項 前二項之未遂犯罰之。

第四項 預備或陰謀犯第一項或第二項之罪者，處二年以下有期徒刑。

一、客觀要件

1. 行為

本罪的行為乃洩漏或交付行為。洩漏乃指使不應知悉秘密的他人得知秘密的內容而言。行為人可能以積極的作為，亦可能以消極的不作為而洩漏。交付則指將秘密移交他人，而使其持有該秘密而言。行為人一有洩漏或交付行為，即可構成本罪。至於他人已否知悉或持有該國防有關的機密，則非所問。又行為人所洩漏或交付的國防機密係來自何處，亦與犯罪的成立無關。而洩漏或交付的對象有兩種，一為任何人，另一為外國或其派遣之人。本條分別以第一項與第二項規定，而有輕重不同的法定刑。

2. 客體

本罪的客體係國防應秘密的文書、圖畫、消息或物品。所謂國防應秘密係指就國防觀點而應保守的秘密而言。本罪的國防秘密相較於妨害軍機治罪條例所規定的軍機範圍為廣，後者僅以軍事上應保守秘密，且經國防部以命令規定的消息、文書、圖畫或物品為限。而妨害軍機治罪條例為特別法，故應優先於本罪的適用。

二、主觀要件

本罪的故意係行為人主觀上對於文書、圖畫、消息或物品係屬國防應秘密的物或消息之事實有所認識，以及所洩漏交付的對象係任何人或外國或其派遣之人有所認識，並決意洩漏或交付的心態，包括直接故意與間接故意。

三、未遂犯及預備犯與陰謀犯

本罪設有未遂犯之處罰規定。行為人雖已著手實行洩漏或交付行為，但國防機密尚未洩漏於外，或尚未交付於他人者，即為本罪的未遂犯。本罪亦設有預備犯之處罰規定，所謂「預備洩漏或交付國防秘密罪」，乃行為人基於洩漏或交付國防秘密之犯意，而實施洩漏或交付國防秘密之前的準備行為而言⁶，亦即有本罪洩漏或交付行為的準備工作，而尚未著手實行洩漏或交付者，即為本罪的預備犯。若行為人只有洩漏或交付的謀議，而尚未至預備階段者，即為本罪的陰謀犯。

至於本罪的預備犯，若行為人的準備行為，其方式是以刺探或收集國防秘密為之，則又該當刑法第一一一條第一項「刺探或收集國防秘密

⁶ 參照 96 年度台上字第 3028 號判決要旨：按刑法第一百零九條第四項之「預備洩漏或交付國防秘密罪」，係指行為人基於洩漏或交付國防秘密之犯意，而實施「洩漏或交付國防秘密」之前之「準備行為」而言。

罪」，對此實務見解認為僅論以「刺探或收集國防秘密罪」即可⁷，毋庸論以本罪之預備犯。

第一百十條 公務員過失洩漏或交付國防秘密罪

公務員對於職務上知悉或持有前條第一項之文書、圖畫、消息或物品，因過失而洩漏或交付者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。

本罪乃處罰公務員因過失行為而洩漏或交付其職務上知悉或持有關於國防應秘密的文書、圖畫、消息或物品。公務員若故意洩漏或交付者，則應適用前罪處斷，並應適用本法第一三四條，加重其刑至二分之一。

第一百十一條 刺探或收集國防秘密罪

第一項 刺探或收集第一百零九條第一項之文書、圖畫、消息或物品者，處五年以下有期徒刑。

第二項 前項之未遂犯罰之。

第三項 預備或陰謀犯第一項之罪者，處一年以下有期徒刑。

7 參照 96 年度台上字第 3028 號判決要旨：按刑法第一百零九條第四項之「預備洩漏或交付國防秘密罪」，係指行為人基於洩漏或交付國防秘密之犯意，而實施「洩漏或交付國防秘密」之前之「準備行為」而言。惟其所實施之「準備行為」，若已該當於同法第一百十一條第一項「刺探或收集國防秘密罪」，或同條第二項「刺探或收集國防秘密未遂罪」之構成要件，即應逕依上開罪名論擬，而無論以同法第一百零九條第四項「預備洩漏或交付國防秘密罪」之餘地。

一、客觀要件

1. 行為

本罪的行為有二種態樣，即刺探及收集。稱刺探係指以各種手段，偵探獲知或取得國防應秘密的文書、圖畫、消息或物品。稱收集則指以各種方法而得持有國防應秘密的文書、圖畫、消息或物品。本罪所處罰者，僅止於刺探或收集，故若行為人刺探或收集之後，另有交付於他人的行為，則符合本罪與洩漏或交付國防秘密罪（§109），本罪應是洩漏或交付國防秘密罪的前階段行為，屬不罰前行為，只要適用洩漏或交付國防秘密罪，即為已足。

2. 客體

本罪的客體與前述刑法第一〇九條的客體相同，即國防應秘密的文書、圖畫、消息或物品，不再贅述。

二、主觀要件

本罪之故意係行為人主觀上對於文書、圖畫、消息或物品係屬關於國防上應秘密之物有所認識，並決意加以刺探或收集的心態，包括直接故意與間接故意。

三、未遂犯與預備犯及陰謀犯

本罪設有未遂犯之處罰規定。行為人已著手刺探或收集行為，但仍未獲探知或蒐得國防秘密者，即為本罪的未遂犯。本罪亦設有預備犯與陰謀犯之處罰規定，若行為人僅有本罪刺探或收集行為的準備工作，而尚未著手實行刺探或收集者，即為本罪的預備犯。若行為人只有刺探或收集的謀議，而尚未至預備階段者，即為本罪的陰謀犯。

第一百十二條 侵入軍用處所建築物罪

意圖刺探或收集第一百零九條第一項之文書、圖畫、消息或物品，未受允准而入要塞、軍港、軍艦及其他軍用處所建築物，或留滯其內者，處一年以下有期徒刑。

一、客觀要件

1. 行為

本罪的行為有二種態樣，亦即無故侵入或留滯其內。前者係指條文所稱的未受允准而進入，乃一種積極的侵入行為。後者係指雖受允准而進入，但應退出而不退出，竟繼續留滯其內者。

2. 客體

本罪行為人所侵入或留滯的地點為軍用處所建築物。稱軍用處所建築物係指供軍事之用的處所或建築物，如條文例示的要塞、軍港、軍艦等，其他例如國防部的辦公處所或建築物、軍用機場、兵工廠、軍械庫等。

二、主觀要件

1. 故意

本罪之故意係行為人主觀上對於其所侵入或留滯的處所或建築物係屬軍用處所或建築物有所認識，並決意侵入或留滯其內的心態，包括直接故意與間接故意。

2. 意圖

本罪除故意外，行為人主觀上尚須具備刺探或收集關於國防應秘密的文書、圖畫、消息或物品等的意圖。亦即行為人侵入或留滯軍用處所或建築物之目的是為了要刺探或收集關於國防應秘密事項。

第一百十三條 私與外國訂約罪

應經政府允許之事項，未受允許，私與外國政府或其他派遣之人為約定者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。

一、客觀要件

本罪的客觀要件只有行為，係私自與外國政府或其派遣之人為約定。亦即行為人的私擅締約對象必須為外國政府或其派遣之人，始能構成本罪。行為人若僅與外國的私人訂約，則無本罪的適用。所稱外國政府係指本國以外的政府而言，是否已為國際社會所承認，與本國是否有外交關係，均在所不問。

而行為人只要有私擅訂約的行為，即足以成罪，至於其訂約內容為何，是否有損本國的利益，均非所問，即使其締約內容係對本國有利者，亦可構成本罪。行為人的私自訂約行為一旦完成，本罪即為既遂，不待訂約行為發生任何結果，故本罪為行為犯。不過，行為人訂約的內容必須是涉及應經政府允許的事項，卻未受允許而實施本罪的行為，始足以構成本罪。否則，行為人若對於不必經政府允許的事項，或雖為應經政府允許的事項，但已得政府的允許，則不會構成本罪。

本罪為處罰私與外國政府通謀約定行為的一般規定，倘若行為人私擅約定的內容為使外國對本國開戰端，或使本國領域改屬外國者，則構成本罪與通謀開戰罪或通謀喪失領域罪，兩罪係同一行為之法律單數而形成的特別關係，只要分別依通謀開戰罪（§103）或通謀喪失領域罪（§104）處斷，而排斥適用屬於一般條款的本罪。

二、主觀要件

本罪之故意係行為人主觀上對於其締約內容係應經政府允許的事項，以及其締約對象為外國政府或其派遣之人有所認識，並決意在未受政府允許的情況下私擅締約的心態，包括直接故意與間接故意。

第一百四條 處理對外事務違背委任罪

受政府之委任，處理對於外國政府之事務，而違背其委任，致生損害於中華民國者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。

一、客觀要件

1. 行為人

本罪的行為主體乃受政府的委任，處理對於外國政府的事務之人，其是否具有公務員身分，以及是否為本國人，均非所問⁸。

2. 行為

本罪的行為乃是違背委任，即行為人故意違背政府的委任內容，而處理對於外國政府的事務，包括積極的作為與消極的不作為。

3. 結果

行為人的違背委任而處理對於外國政府的事務必須發生致生損害於本國的結果，始能構成本罪。又，本罪必須致生損害，而非僅有生損害之虞。至於有無生損害於本國，則應就具體個案事實做客觀的判斷。一般認為，本罪的損害亦不以本國的主權受損為限，舉凡本國在國際政治社會的

⁸ 參照林山田，前揭書（註1），60頁。

信用或名譽受到損害，亦包括在內⁹。

二、主觀要件

本罪之故意係行為人主觀上對於政府委託處理的對外國政府的事務內容有所認識，進而決意違背委任而處理的心態，包括直接故意與間接故意。

第一百五條 偽造變造或毀匿國權書證罪

偽造、變造、毀棄或隱匿可以證明中華民國對於外國所享權利之文書、圖畫或其他證據者，處五年以上十二年以下有期徒刑。

一、客觀要件

1. 行為

本罪的行為有四種態樣，亦即偽造、變造、毀棄或隱匿。行為人只要有四種行為中的任何一種，即足以構成本罪。偽造係指無權製作而擅自製作，包括模仿真實的國權書證或憑空捏造。變造係指就真實的國權書證加以改造而變更其內容。毀棄乃指毀損拋棄，使其全部毀滅或一部受損而失效。隱匿則指加以隱密藏匿而使其不能或難於為人所見。

2. 客體

本罪的客體為國權書證，亦即可以證明本國對於外國所享權利的文書、圖畫或其他證據，例如條約、議定書、輿圖、國界的界碑等。

⁹ 參照林山田，前揭書（註1），61頁。

二、主觀要件

本罪之故意係行為人主觀上對於文書、圖畫或其他證據係屬足以證明本國對於外國所享權利的國權書證之事實有所認識，並且決意為偽造、變造、毀棄或隱匿的心態，包括直接故意與間接故意。

第三章 妨害國交罪

妨害國交罪章之立法意旨在於，每個國家必須在國際政治社會中受到他國的承認與尊重，此乃國家存立不可或缺的條件，因而與外國交往的外交關係，屬於國家重要的利益。而妨害國交罪章的犯罪，係影響本國與外國邦交關係，足以影響國家的國際地位。本罪章規定之罪名計有：侵害友邦元首或外國代表罪（§116）、違背局外中立命令罪（§117）、侮辱外國國旗國章罪（§118）等罪名。

第一百十六條 侵害友邦元首或外國代表罪

對於友邦元首或派至中華民國之外國代表，犯故意傷害罪、妨害自由罪或妨害名譽罪者，得加重其刑至三分之一。

一、客觀要件

1. 行為

本罪雖屬妨害國交罪章之犯罪，但實際上的行為有三類，即故意傷害罪、妨害自由罪章或妨害名譽罪章的各罪行為。亦即本罪行為應以符合故意傷害罪（§277）、妨害自由罪章或妨害名譽罪章等各項罪名的構成要件為認定。

2. 客體

本罪的行為客體有二種，即友邦元首或外國代表。稱友邦的元首係指與本國具有外交關係的國家之現任政治領袖，因各國政體的不同而有不同稱謂，例如總統、總理。而此友邦元首，並不以停留於本國境內時為限¹。稱外國代表係指外國政府派遣至本國的代表，並不以常駐的外交使節為限，若是負有任務而由外國政府派遣至本國的特定代表亦屬之²。而此外國代表，其國家與本國有無邦交，亦非所問，即使是本國的交戰或敵對國的代表，亦可能成為本罪的行為客體。

二、主觀要件

行為人主觀上雖係具備妨害國交故意，但其故意內涵為故意傷害、妨害自由或妨害名譽。亦即行為人對於客體係友邦元首或外國代表有所認識，並且進而決意為故意傷害、妨害自由或妨害名譽等行為的主觀心態，其包括直接故意與間接故意。

第一百十七條 違背局外中立命令罪

於外國交戰之際，違背政府局外中立之命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。

1 參照司法院 21 年院字第 753 號解釋文：刑法第一百二十二條之友邦元首不以滯留於我國者為限（注意同法第三條第二項、第四條及第七條第一項之規定），至同法第一百二十七條之請求，須外國政府或足以代表外國政府者為之，領事自動請求，不能認為代表外國政府。

2 參照林山田，刑法各罪論（下），修訂五版，2005 年 9 月，64 頁。

一、客觀要件

1. 行為

本罪的行為是違背政府頒布的中立命令，至於何種行為始該當本罪的違背行為，自應依政府所頒布的中立命令內容而定。故本罪為典型的空白刑法。

2. 行為情狀

本罪的行為必須發生於外國交戰之際，此即行為情狀的要件。稱外國交戰之際係指本國以外的他國與他國之間正在戰爭中。

二、主觀要件

行為人對於政府於外國交戰之際發布局外中立的命令有所認識並進而決意違背的主觀心態，即具構成要件故意，包括直接故意與間接故意。

第一百十八條 侮辱外國國旗國章罪

意圖侮辱外國，而公然損壞、除去或污辱外國之國旗、國章者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。

一、客觀要件

1. 行為

本罪的行為有三種，即公然損壞、除去或污辱。行為人只要有三種行為中的任何一種，即足以構成本罪。損壞乃指毀損破壞，例如燒燬、撕破等。除去指將外國國旗或國章自其原來使用位置上加以去除，例如將懸掛於旗桿上的國旗降下，或將懸掛於牆上的國章除下等。污辱則指使國旗或

國章的外觀受污而失其尊嚴，例如以穢物或其他顏色塗污國旗或國章等³。

2. 行為情狀

本罪之損壞、除去、污辱等三種行為須公然為之，此即行為時之情狀。所謂公然，在理解上與公然侮辱罪（§309）中的要件相同，係指不特定人、多數人或特定的多數人共見共聞或得以共見共聞的狀態。

3. 客體

本罪的行為客體為外國的國旗或國章。國旗指用以代表一國的旗幟，國章則指用以表彰一國的徽章。這些外國的國旗或國章的所有權究竟歸屬誰，在所不問⁴。

二、主觀要件

1. 故意

行為人主觀上必須具備損壞、除去或污辱故意，亦即行為人對於客體為外國的國旗或國章有所認知，並進而決意加以損壞、除去或污辱的主觀心態，即屬本罪的構成要件故意，包括直接故意與間接故意。

2. 意圖

除故意外，行為人主觀上尚須具備侮辱外國的意圖，亦即行為人希望藉由其行為而達到使該外國受到污蔑之目的。

第一百十九條 請求乃論

第一百十六條之妨害名譽罪及第一百十八條之罪，須外國政府之請求乃論。

³ 參照林山田，前揭書（註2），66頁。

⁴ 參照林山田，前揭書（註2），67頁。

第四章

瀆職罪

瀆職罪章之立法意旨在於，公務員執行公務必須依據法律與命令之規定，忠誠、廉潔而公正地從事其職務工作，若有違反法律或命令之規定而執行職務，或違背其職務上所應盡之義務，或濫用其職權等情事，不但有損國家之利益，影響政府之威信，而且同時亦侵害人民之合法權益。簡言之，本罪章是公務員對於國家忠誠關係的破壞，而危及人民對於政府機關信賴的犯罪¹。惟因另有貪污治罪條例的制定，其中有諸多規定與本罪章的規定幾乎重疊，而貪污治罪條例屬於特別法優先適用，以致於本罪章有些規定在實務上幾無適用餘地。本罪章規定之罪名計有：委棄守地罪（§120）、職務行為賄賂罪（§121）、違背職務賄賂罪（§122）、準受賄罪（§123）、枉法裁判或仲裁罪（§124）、濫權追訴處罰罪（§125）、凌虐人犯罪（§126）、違法執行刑罰罪（§127）、越權受理訴訟罪（§128）、違法徵收稅款與抑留剋扣罪（§129）、廢弛職務釀成災害罪（§130）、公務員圖利罪（§131）、公務員洩漏或交付國防以外秘密罪（§132）、郵電人員妨害郵電秘密罪（§133）、不純正瀆職罪（§134）等罪名。

第一百二十條 委棄守地罪

公務員不盡其應盡之責，而委棄守地者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。

1 參照林山田，刑法各罪論（下），修訂五版，2005年9月，69-70頁。

一、客觀要件

1. 行為人

本罪的行為主體僅以負有守地職責的公務員為限，故如不負守地職責的文職公務員，自不能成為本罪的行為主體。何種公務員負有守地之責，應依其職務的性質定之。

2. 行為

本罪的行為乃是不盡其應盡的職責而委棄守地。稱委棄守地係指擅自棄守其職責上應加防守之地而言。行為人必須不盡其應盡的職責而委棄守地，始能構成本罪，否則，雖已盡責防守，但因不敵而不得不棄守者，自不負本罪的刑責。又行為人一有委棄行為，即構成本罪，至於其所委棄的守地，是否為敵所占，則與本罪的成立無關²。

二、主觀要件

本罪之故意係指行為人主觀上對於自己乃公務員而應盡守地的職責有所認識，並決意棄守的心態，包括直接故意與間接故意。

第一百二十一條 職務行為賄賂罪

第一項 公務員或仲裁人對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。

第二項 犯前項之罪者，所收受之賄賂沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。

² 參照林山田，前揭書（註1），74頁。

一、客觀要件

1. 行為人

本罪之行為人限於公務員或仲裁人。公務員係指符合刑法第一〇條第二項所定義之人員。仲裁人則是於他人爭議中，依法令仲裁雙方當事人爭議之人，例如勞資爭議處理法中之勞資爭議仲裁委員，或仲裁法中之仲裁人，以及鄉鎮市調解條例中之調解委員會委員。

因此，一般認為本罪是純正身分犯。惟實務上常見的所謂公務員的白手套，亦即無公務員身分之人，其與公務員共同要求、期約、收受賄賂或其他不正利益，該無身分者是否可以依刑法第三一條第一項，與公務員或仲裁人成立本罪之共同正犯。對此問題，由於貪污治罪條例為刑法瀆職罪章之特別法而優先適用，而貪污治罪條例第三條明文規定，無公務員身分者與有公務員身分者共犯該條例之罪，無身分者仍可依貪污治罪條例之罪名論處。故實務見解向來認為，無公務員身分者與有公務員身分者，應依刑法第二八條及貪污治罪條例第三條之規定，論以共同正犯³。

2. 行為

本罪之行為係行為人對於職務上之行為而要求、期約、收受賄賂或其他不正利益。首先，所謂職務上之行為係指屬於該公務員或仲裁人權限範圍內之事項⁴。以公務員而言，指依據法律、行政規章或服務規程所規定之屬於公務員職權範圍內所應為或得為之行為，並且實務判決主張，行為人的行為只要是「與其職務具有關聯性」、「實質上為該職務影響力所

3 參照 89 年度台上字第 3786 號判決要旨：無公務員身分者，與依據法令從事公務之人員共犯貪污治罪條例之罪者，依該條例第三條規定，亦依本條例處斷，此為刑法第三十一條第一項之特別規定。原判決既已引用該特別規定，資為胡○和依貪污治罪條例論罪之依據；然理由卻又說明，胡○和雖無公務員身分，但與依據法令從事公務之湯○共同犯罪，依刑法第三十一條第一項規定，應論以共同正犯，並引用該條文，自屬贅餘。

4 參照林山田，前揭書（註 1），82 頁。

及」，則屬職務上行為⁵。

其次，本罪的主要行為係要求、期約或收受。所謂「要求」係指請求給付賄賂或不正利益的表示，只要一有請求即為既遂，不以相對人允諾為必要。所謂「期約」係指行賄者與收賄者間關於約定收受賄賂或不正利益之合意，只要一達成合意即為既遂，但相對人必須要有允諾送賄之誠意，否則只成立要求賄賂。所謂「收受」係指收取或接受賄賂或不正利益之行為，不論是直接或間接收受均包括在內。「收受」既遂之認定，若有有形財物，乃是以占有取得之時為既遂，如果是無形之利益，則為現實享受之時為既遂⁶。

而行為人所要求、期約或收受的賄賂或不正利益，必須是對於公務員之特定職務行為之相對給付，也就是必須與職務行為具有對價或對等關係，亦即以賄賂或不正利益以買通公務員，使對於職務上行為踐履賄求對象之特定行為⁷。至於對價關係的判斷，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌⁸。

實務上因此發展出區分賄賂與社交餽贈的見解，賄賂與社交餽贈之區別端視財物之交付是否為公務員職務上行為之對價而定，在財物之交付與公務員職務上行為具有對價關係的情形，對方縱然假借餽贈或政治獻金等各種名義之變相給付為財物之交付，仍應成立收受賄賂罪⁹。

5 參照 100 年度台上字第 7001 號判決要旨：……所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，祇要該行為「與其職務具有關聯性」，「實質上為該職務影響力所及」者，即屬相當。

6 參照甘添貴，刑法各論（上），1987 年 9 月，51 頁。

7 參照 94 年度台上字第 4595 號判決要旨：公務員職務上之行為收受賄賂罪，只須賄賂之不法報酬與公務員之職務具有一定之對價關係，亦即以賄賂或不正利益以買通公務員，使對於職務上行為踐履賄求對象之特定行為，即屬相當。

8 參照 100 年度台上字第 7001 號判決要旨：……同條例（貪污治罪條例）第五條第一項第三款之對於職務上之行為收受賄賂罪，祇須所收受之金錢或財物與其職務有相當對價關係，即已成立，且包括假借餽贈等各種名義之變相給付在內。又是否具有相當對價關係，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，不可僅以交付之財物名義為佣金或餽贈，即謂與職務無關而無對價關係……。

9 參照 100 年度台上字第 7218 號判決要旨：貪污治罪條例第五條第一項第三款之對於職務上之行為收受賄賂罪，祇須所收受之金錢或財物與其職務有相當對價關係，即已成立，且

較有爭執的是，所謂回扣是否屬於公務員職務上行為有對價關係的賄賂。實務見解認為，回扣係指公務員就應付給之建築材料費或工程價款，向對方要約，提取一定比率或扣取其中一部分，圖為自己不法之所有而言，因此公務員於從事採購公物或發包工程時，向商人或包商索取或收受回扣，其因回扣所得之款項，並非商人交付之賄賂¹⁰。惟文獻上主張，公務員因要求、期約或收受回扣而使交付或允諾交付回扣之包商得以承包工事，包商亦因交付或允諾交付回扣而得承包工事，並且可以偷工減料而於竣工時順利獲得驗收等等。故回扣於本質上顯為對於公務員之特定職務行為之相對給付，而與公務員之職務行為構成對價之必要關聯，是以公務員自應成立賄賂罪¹¹。不過，因貪污治罪條例已將公務員收受賄賂與收取回扣的情形分別規定¹²，依該條例已不須討論上揭問題。

包括假借餽贈等各種名義之變相給付在內。又是否具有相當對價關係，應就職務行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，不可僅以交付之財物名義為贈與或政治獻金，即謂與職務無關而無對價關係。參照 72 年度台上字第 2400 號判決要旨：法律之所以處罰收賄罪，非僅在於維護公務員執行職務之公正，同時亦在確保社會一般人對於公務員執行職務公正之信賴。因此，公務員一有收賄情事，於其所為職務上行為之本身，有否違法或不當，並非決定其有無刑責之關鍵。戡亂時期貪污治罪條例第五條第三款（刑法第一百二十一條第一項）之罪，既係規定「對於職務上之行為」收受賄賂，則賄賂與社交餽贈之區別，胥視財物之交付是否為公務員職務上行為之對價而定，非更須以其執行職務是否違法或不當及是否有要求，行求或期約之行為為於前，為決定之標準。在兩者有對價關係之場合，對方縱以社交餽贈之名，為財物之交付，收受之一方即公務員除非確無「對價」之認識，否則，仍應成立收受賄賂罪。又所謂職務上之行為，只須在法定規定上，具有一般性之職務而為賄賂對價之具體對象為已足。

10 參照 102 年度台上字第 863 號判決要旨：所謂「回扣」與「賄賂」，雖均屬對公務員之不法原因給付，但兩者之含義尚有不同。前者係指公務員就應付給之建築材料費或工程價款，向對方要約，提取一定比率或扣取其中一部分，圖為自己不法之所有而言；後者係指對於公務員之職務行為或違背職務行為，所給付具有一定對價關係之金錢或可以金錢計算之財物等不法報酬而言。

11 參照林山田，前揭書（註 1），77-78 頁。

12 參照貪污治罪條例第四條第一項第三款規定：「建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量、收取回扣或有其他舞弊情事者」；同條項第五款規定：「對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者」；第五條第一項第三款規定：「對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者」。

3. 客體

本罪之客體為賄賂或其他不正利益。賄賂係指金錢或其他可以金錢計算之財物。其他不正利益係指賄賂以外之一切足以供人需要或滿足慾望之有形或無形的利益而言¹³，包括物質上之利益與非物質利益，前者例如設定債權、免除債務、給予無息或低利貸款；後者例如提供性服務。

二、主觀要件

本罪之故意係行為人主觀上認識到財物或利益與其職務行為有對價給付之關係¹⁴，並決意要求期約或收受的心態，包括直接故意與間接故意。而我國實務見解非常強調，收受賄賂罪以他人有行使賄賂之意思為前提，若他人所交付之物並非本於行賄之意思，則其物即非賄賂，自無收受賄賂可言¹⁵。

三、其他問題

若公務員因某種職務同時向數人索賄或收賄，實務見解向來認為，賄賂罪所破壞之法益並非個人之財產法益，而為國家公務執行之公正性，故公務員因某種職務同時向數人索賄或收賄，則其所侵害之法益仍屬一個，

13 參照 21 年上字第 369 號判例要旨：受賄罪之客體，一為賄賂，二為不正利益，所謂賄賂，指金錢或可以金錢計算之財物而言，所謂不正利益，指賄賂以外足以供人需要或滿足慾望一切有形無形之利益而言。

14 參照 101 年度台上字第 577 號判決要旨：刑事法之貪污受賄罪，其成立必以行為人（公務員）就賄賂（含財物及不正利益）有所認識為前提，易言之，倘公務員對於他人所提出之財物或利益，無有不法對價之認識，尚難認其具有犯罪之故意，無以該罪責相繩餘地。至於有無職權對價之認識，除探求公務員之主觀意思外，仍須依社會一般通念客觀判斷之，若係朋友間之往來，而不違背一般社交酬酢常情者，並不屬之，此乃法律不能悖離社會生活之當然解釋。……多人、數次聚餐，花費不過萬餘元，客觀上難認此與公務員之職務間，具有相當對價關係存在），是該相關諸人一致謂係朋友之間正常交際、酬酢，當屬可信。

15 參照 69 年台上字第 1760 號判例要旨：某甲原無交付賄款之意思，其虛予交付，意在檢舉上訴人之犯罪，以求人贓俱獲，既非交付賄賂，則上訴人陷於圈套而收受該所送款項，自亦無從成立收受賄賂罪，僅應就其前階段行為，成立要求賄賂或期約賄賂罪。