

# 刑法總論 I

刑法基礎理論暨犯罪論

靳宗立 著

# 甘序

犯罪與刑罰的理論，因涉及犯罪的本質與刑罰的目的，深富哲學的思維，且任何思想或學說，均脫離不了時代與環境的影響。隨著時代與環境的不停遞嬗，犯罪與刑罰的理論，亦隨之不斷地發生變動，以致理論極為錯綜複雜，其中更充滿許多價值觀念的判斷，尤其處此多元併行與自由民主的社會，各種價值觀益形林立，個人的人生觀各有不同，以致刑法理論每每呈現眾說雜陳的現象。

在各種刑法理論中，就刑法的立法、解釋與適用而言，影響層面最大者，莫過於客觀犯罪理論與主觀犯罪理論，無論在構成要件、違法性或者有責性層次，均處處顯現此兩種理論的不同面向與深刻影響的軌跡。目前為因應時代的變遷與具體個案裁判的妥適性，在刑法解釋學上，所謂形式解釋論與實質解釋論的對立，更深值重視。形式解釋論，著重刑法所具行為規範的性質，為避免恣意解釋，影響法的安定性，認為應以符合法條規定的行為作為處罰對象，始能保障國民的自由與人權。實質解釋論則強調刑法裁判規範的功能，認為在不違反罪刑法定原則之下，應當衡量具體個案處罰的合理性與妥當性。解釋法條文字時，在文義上可能的複數解釋中，應預測其作成的解釋對於社會所可能發生的影響。因此，不論係客觀或主觀因素，均須納入考量，且容許法官在解釋適用法律時，滲入一定程度的價值判斷，俾使法律條文得以配合時代以及社會的脈動與變遷。此種實質解釋論的主張，似頗符合我們這個社會的脈動。近數年所發生而引起重大爭論及輿論批判的強吻案、摸臀案、哈癢案以及近期所發生的性侵幼童案等判決，倘能採實質解釋論的立場，相信必能減省許多不必要的爭論與困擾。

輔仁大學法學院靳宗立副教授，自進入大學研習法學後，即對刑法學深

感興趣，在研究所深造所獲得的碩士與博士學位，亦均以刑法學中的重要議題作為其研究的主軸。靳副教授學養豐厚，治學嚴謹，且思慮深邃，見識獨具，尤其對於刑法各項重要議題的法制沿革，追根溯源，窮究到底的精神，更令人感佩。近日將其歷年來擔任刑法教席以來所累積增補的授課講義加以大幅增修，因內容甚為浩瀚，乃將其分為上下二冊，上冊名為「刑法基礎理論及犯罪論」，下冊則稱為「刑事法律效果及適用論」。本書體系分明，論述頗為深入，相信本書的出版，不但使莘莘學子得獲本體系書而有咀嚼的對象，且對於有志研習刑法理論者，亦必定會有相當大的參考價值。爰在本書即將付梓之際略綴數語，以為之序。

甘添貴 謹誌

2010年9月 於民翠山莊半半齋

## 自序

國家刑罰權的運用，自古即為統治者所重視與依賴，不論地域或國度，封建制度下之刑法，係統治者控制受其統治人民的工具，因此，刑法具有身分性、擅斷性、苛酷性、團體性與干涉性。迨至啟蒙時代，對於封建時期諸種非合理主義的刑法制度，則提出諸種合理主義的改革主張。由於刑法主要係由犯罪與刑罰兩大單元所架構，演進至當代的刑法制度與理論，莫不在刑法的目的與犯罪的本質之關連性，以及刑事制裁的手段與基本人權的保障之衡平性等根本議題上，繼續改進刑法制度。因此，刑法制度係各個國家根本制度的歷史總合，現今之規定，莫不源自當初伊始，經過多次修正方有目前之樣貌；倘從未修正者，則今時之規定完全沿襲初始之思維，如一律以現今之價值觀解釋此種「舊思維」規定，不免時生脫節。


我國現行刑法典乃繼受歐陸法制，自1912年暫行新刑律開始，迄今施行已近百年。百年來刑法典之修正雖有數十次，惟有整體性之重大修正者，僅有1928年舊刑法、1935年現行刑法以及2005年修正刑法三次；因此，現行刑法典仍有諸多規定，仍沿襲百年前之時空思維，而深具歷史傳承與包袱。而刑法總則乃為規範刑法基本原理與共通性要件而設；在建構刑法總論之知識內容上，如何兼顧理論邏輯、歷史傳承及現時需求，實為法界共同之企盼。

著者從事刑法教學已逾十年，在刑法總論議題上，個人雖才疏學淺仍不揣簡陋提出諸多異見，惟在課堂研習上，同學每因論述過於深奧、龐雜，難以完整會意，致多有影響學習成效；其間雖為便利授課與同學研習，而輔以補充講義，亦不免有斷簡殘篇之憾。為此，著者乃將歷年來累積增補之授課講義大幅加以補充，先就刑法基礎理論與犯罪論作為第I冊之內容，將缺漏

單元予以填補整編為 12 章，以利授課範圍之完整；再者，對於各單元議題之論述，並予深入說明，務求讀者明瞭其意旨，遂有本書之面世。本書內容之錯漏，著者看法之誤解在所難免，尚請各界指正。

「不經一翻寒徹骨，焉得梅花撲鼻香！」，本書之完成，首先感謝歷年同學對於授課補充講義錯漏之指陳。在本書整編階段，輔大魏瑩樺、林芯暉、范逸忻、陳韋灃諸學隸對於資料協助整理以及內容之校對，貢獻甚多；尤其瑩樺學隸，本書之編輯、排版，以及諸種圖表之繪製、設計，全賴其巧思、架構，本書能便於讀者閱覽，全係伊之辛勞。國防管理學院法學碩士林嘉瑞先生，在學時期修習著者所授刑法課程，並在著者指導下認真、盡心地完成學位論文；嘉瑞兄多年來不忘情刑法論理，時時提問切磋，未曾中輟，著實讓著者這個「年輕的」老師不得不剔勵自勉。以上，一體在此併予誌謝！

本書完成之際，適逢著者為台灣刑事法學會創立十週年舉辦慶祝活動而奔波。回首十五年來，自刑法研討會階段起始，至台灣刑事法學會正式創立十週年，在業師甘添貴教授領軍下，不論在學術研究、叢書出版、學術交流乃至於法案研修，無不創下卓越傲人成績。風雲際會，著者忝列門牆，有幸追隨尾驥，擔任先鋒，在打完美好戰役後，面對各項戰果，實感動莫名！謹以本書敬獻吾師！

 **靳宗立** 謹誌

2010 年 9 月 於 秋園 · 宏昌

# 目錄

第一章 刑法之基本概念.....	001
第一節 刑法之概念.....	003
第二節 刑法典.....	005
第三節 刑法之機能與任務.....	010
第四節 刑法之規範性.....	013
第二章 刑法之解釋與立法用語.....	021
第一節 刑法之解釋.....	023
第二節 立法用語.....	038
第三章 刑法理論之基本思想.....	083
第一節 刑法學之古典學派.....	085
第二節 刑法學之近代學派.....	092
第三節 學派論戰及其影響.....	095
第四章 刑法學之基本原則.....	101
第一節 憲法關於基本權利保障之重要原則.....	103
第二節 刑法上重要原則.....	113
第三節 刑法適用之重要原則.....	120
第五章 犯罪之概念.....	129
第一節 犯罪之基本議題.....	131

第二節	犯罪階層體系之演進.....	136
第三節	本書所採犯罪階層體系.....	147
第四節	犯罪成立之判斷.....	161
<b>第陸章</b>	<b>行為論.....</b>	<b>169</b>
第一節	行為概念與行為理論.....	171
第二節	行為概念之省思.....	178
第三節	因果關係.....	182
第四節	刑法上行為事實之確認.....	186
<b>第柒章</b>	<b>構成要件論.....</b>	<b>189</b>
第一節	構成要件之概念.....	191
第二節	構成要件之要素.....	201
第三節	構成要件該當性與適用爭議.....	210
<b>第捌章</b>	<b>違法論.....</b>	<b>237</b>
第一節	違法之原理.....	240
第二節	阻卻、減輕違法原理.....	253
第三節	阻卻違法之正當行為類型.....	263
第四節	阻卻違法之緊急行為類型.....	282
第五節	違法性與適用爭議.....	291
<b>第玖章</b>	<b>責任論.....</b>	<b>301</b>
第一節	責任之原理.....	303

第二節	責任之要素.....	320
第三節	有責性與適用爭議.....	332
<b>第拾章</b>	<b>犯罪階段論.....</b>	<b>347</b>
第一節	故意犯罪行為事實之階段.....	349
第二節	未遂犯基本理論.....	353
第三節	不能犯.....	369
第四節	中止犯.....	383
<b>第拾壹章</b>	<b>犯罪參與論.....</b>	<b>391</b>
第一節	正犯與共犯之基本理論.....	394
第二節	間接正犯.....	403
第三節	共同正犯.....	407
第四節	教唆犯.....	414
第五節	幫助犯.....	422
第六節	共犯與身分.....	427
<b>第拾貳章</b>	<b>抽象犯罪類型論.....</b>	<b>457</b>
第一節	犯罪階層體系與犯罪類型.....	465
第二節	過失犯.....	460
第三節	不作為犯.....	494
第四節	危險犯.....	501

# 第壹章



## 刑法之基本概念

## 本 章 架 構

第一節 刑法之概念	第四項 秩序維持
第一項 刑法之意義	第一款 意義
第二項 我國刑法之性質	第二款 作用
第二節 刑法典	第三款 本書見解
第一項 刑法與刑法典	第五項 應報及預防
第二項 我國刑法典之沿革	第一款 意義
第一款 1912年暫行新刑律	第二款 作用
第二款 1928年舊刑法	第四節 刑法之規範性
第三款 1935年現行刑法	第一項 規範之意義
第四款 2005年修正刑法	第二項 法規範之任務類型
第三項 現行刑法典之結構	第三項 刑法規範與刑法條文之關係
第三節 刑法之機能與任務	第一款 法律支配原理
第一項 人權保障	第二款 法律與規範
第一款 意義	第四項 刑法規範結構內容之分類
第二款 作用	第一款 以規範對象性質而分
第二項 行為規律	第二款 以犯罪與刑罰之關係而分
第一款 意義	第三款 以行為規範之內容類型而分
第二款 作用	第五項 行為規範之機能
第三項 法益保護	第一款 評價規範機能
第一款 意義	第二款 意思決定規範機能
第二款 作用	

語言文字本具有多義性，尤其我國法律制度主要為繼受歐陸的大陸法系制度，相關法律概念或專業用語，並非我國固有文化；復以清末起進行法律繼受作業時，借鏡已進行明治維新的日本經驗，由於日本已進行西方法律制度及法律思維的引介，最重要的工程，即在於將西方法律概念、專業用語的漢字化。因此，時至今日，我國法律概念、用語，莫不深受日本的影響。本章，係就刑法的概念、我國的刑法典加以說明，並就刑法的任務機能，以及刑法規範的基本概念，均予介紹。

### 第一節 刑法之概念

#### 第一項 刑法之意義

「刑法」一語，具有多義性，視使用者所欲指涉之內容，而有其不同之意義。約可包含如次：

##### 一、刑法規範

刑法規範係法律規範之一種類型；而法律規範與宗教規範、道德（倫理）規範，均屬社會規範之下位概念。

##### 二、刑罰法規

就刑罰法規而言，得分為廣義之刑法與狹義之刑法。前者乃指所有規定犯罪與刑罰之全體法律；後者則專指刑法典。

##### 三、刑事實體法

刑事法，一般得分「刑事實體法」、「刑事程序法」及「刑事執行法」三大領域。

## 第二項 我國刑法之性質

### 一、公法

依傳統見解，對於法律規範之性質，其內容係規範國家統治作用者，為公法；如係規範私人間權利義務關係者，為私法。

刑法之內容，乃規範國家發動刑罰權之要件，涉及國家統治作用事項，故屬公法。

### 二、司法法

對於法律規範之性質，依其適用該法律之國家權力機關之不同，大別為行政法、立法法及司法法。

刑法之適用機關，乃司法機關，故分類上歸為司法法。

### 三、實體法

法律規範，依其規範事項，大別為民事法、刑事法及行政法。法律規範之內容，與私人間權利義務有關者，為民事法；與國家刑罰權有關者，為刑事法；與國家統治有關者，為行政法。

再者，規範私人權利義務、國家刑罰權或國家統治事項之成立要件者，為實體法；規範如何確認私人權利義務、國家刑罰權或國家統治事項之存在者，為程序法；規範如何實現已經確認之私人權利義務、國家刑罰權或國家統治事項者，為執行法。就此而言，刑法係屬實體法。

### 四、成文法

關於法源之性質，可分為成文法、判例法。前者，乃立法機關經一定程序明文制定之法律；後者，並非立法者明文制定之形式法律，而係司法機關經由實務個案運作後，所形成之實質法律。刑法之性質，即屬前者。

### 五、國內法

法律規範之性質，如屬一國基於主權行使，而規範該國主權所得行使之相關事項者，為國內法；如係規範跨國性事項，而非一國主權所得任意行使者，為國際法。刑法即屬前者。

### 六、繼受法

法律規範之內容，如係源自該國長久以來自身所形成之制度者，稱為固有法；倘引入他國之制度而為本國原先所無者，稱為繼受法。我現行刑法所採之制度，係清末引入歐陸之法制，而摒棄清末以前所採中華法系之固有制度，故屬繼受法。

#### 本書補述

刑法雖具有前開所述之性質，惟其僅係針對刑法規定之一般內容加以分析，所得之大體結果而已。事實上，刑法之規定中，部分內容亦具有行政法或程序法之性質。例如，假釋之規定，即具有行政法之性質；告訴乃論之規定，以及追訴權時效之規定，具有程序法之性質。

## 第二節 刑法典

### 第一項 刑法與刑法典

「刑法」一語因具有多義性，有時即指「刑罰法規」。惟刑罰法規，復有廣義與狹義之別：狹義刑罰法規，即指「刑法典」；而廣義刑罰法規，則除刑法典外，尚包含「特別刑法」與「附屬刑法」。因此，「刑法」一語，可能用於表示「刑法典」，亦可能指涉全體刑罰法規。



## 一、刑法典

「刑法」一語，在指涉意義範圍方面，其最狹義者即指現行「中華民國刑法」法典。

## 二、特別刑法

指刑法典（即中華民國刑法）以外，其他以規定犯罪與刑罰為該法典之主要結構之刑罰法規。例如，陸海空軍刑法、貪污治罪條例、懲治走私條例、槍砲彈藥刀械管制條例、毒品危害防制條例、組織犯罪防制條例、洗錢防制法、殘害人群治罪條例等。

## 三、附屬刑法

乃指刑法典及特別刑法以外，其他民商法規、行政法規中，規定以刑罰作為違反一定行為之制裁手段，而其刑罰規定僅係該法典之附屬結構者，即屬之，又稱為「行政刑法」。例如，「銀行法」，乃以規定銀行業務之內容，與銀行之設立、變更、停業、解散之要件等，為其主要結構，至違反銀行法所定相關義務之行為者，部分係以刑罰為制裁手段（銀§125~§127-2）；「證券交易法」，則係以規定有價證券之意義，與有價證券之募集、發行、私募、買賣，以及證券商、證券交易所等事項，為其主要結構，至違反證券交易法所定相關義務之行為者，部分係以刑罰為制裁手段（證§171~§177）。前開銀行法、證券交易法中，刑罰規定僅屬附屬結構，因此，即屬附屬刑法。

## 第二項 我國刑法典之沿革

中華民國刑法施行法第 1 條規定：「本法稱舊刑法者，謂中華民國 17 年 9 月 1 日施行之刑法。稱刑律者，謂中華民國元年 3 月 10 日頒行之暫行新刑律。稱其他法令者，謂刑法施行前與法律有同一效力之刑事法令。」，因此，關於我國刑法典之沿革，包含「1912 年暫行新刑律」、「1928 年舊刑法」、「1935 年現行刑法」等三個階段。

## 第一款 1912 年暫行新刑律

我國現代刑法之施行，始自民國建立，因當時遭逢時代鉅變，無暇重新展開新刑法典之研修，乃有「暫行新刑律」催生。按暫行新刑律係脫稿於「大清新刑律」，因此，暫行新刑律之立法理由，即「大清新刑律」之立法理由；而「大清新刑律」之制定背景，係前清為收回領事裁判權，並求國家富強，乃進行編纂新法典之事業，於光緒 28 年任命沈家本、伍廷芳為修訂法律大臣，進行新法典之編纂。

沈家本當時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」；其後，新刑律修正草案經憲政編查館核定後，即提交資政院於第一期會議通過總則，分則尚未議決，因預定頒行之期已迫，乃將總則、分則一併奏呈；宣統 2 年 12 月 15 日，合分則一併頒布，是為「大清新刑律」，定於宣統四年施行；惟未及施行，民國業已建立。

民國建立，須速訂刑律，以維國家、社會秩序，乃援用前清之「大清新刑律」草案，就其中與國體不符之處加以修訂後，經當時之臨時大總統袁世凱於 1912 年 3 月 10 日頒布「暫行新刑律」予以施行。

袁世凱就任臨時大總統後，為實現其稱帝之野心，亟欲一部符合其目的之刑法，乃於 1914 年成立「法律編查館」，任章宗祥為館長，汪有齡、董康為副館長，聘請日籍學者岡田朝太郎參與暫行新刑律之修訂工作，歷時八月全篇告成，名為「修正刑法草案」（法制史上另稱為「第一次刑法修正案」），並於 1915 年 2 月將該草案呈交袁世凱，袁則將其飭交法制局及參政院審核，但未及議決公布，即已垮台。

歷經袁世凱洪憲帝制與張勳復辟等事件後，中國已處於軍閥割據之局面，北洋政府則由段祺瑞掌權。段祺瑞高舉「再造共和」，於 1918 年 7 月設立「修訂法律館」，任董康、王寵惠為總裁，對原「修正刑法草案」重新進行修改，於 1919 年告成，名為「刑法第二次修正案」。當時司法當局以暫行新刑律之外，既有「補充條例」，又有

各種單行法，使新刑律本體支離破碎，建請政府作為條例，早日頒行；後因法制局長王來力持不可，以為民國當時尚未統一，而暫行新刑律則西南已一律採用，若廢暫行新刑律而頒布一條例以代之，西南政府未必遵從，是法律之適用亦不統一，後遂擱置。

民初時局雖動盪不安、軍閥割據，惟「暫行新刑律」大體上卻仍全國施行，至 1928 年國民政府頒布實施「中華民國刑法」為止。

## 第二款 1928 年舊刑法

1927 年國民政府奠都南京，即命司法部長王寵惠進行刑法修正之作業。因王寵惠原任修訂法律館總裁，於 1919 年即已完成「改定刑法第二次修正案」，遂以該修正案為藍本，略加刪改而成，經國民政府中央常務會議通過，並於 1928 年 3 月 10 日公布並於同年 9 月施行，是為「舊刑法」。

因此，1928 年舊刑法之立法理由，即 1919 年「改定刑法第二次修正案」之立法理由；而「改定刑法第二次修正案」係針對暫行新刑律予以修正，因此，舊刑法中保留暫行新刑律未予修正之相關條文，其立法理由，仍應參考暫行新刑律之相關立法理由。

## 第三款 1935 年現行刑法

1928 年 9 月舊刑法施行後，因條文複雜，不易解釋，各地法院請司法當局解釋條例者，紛至沓來，函電往復，頗費時日，且其中尚有最重要之一條急需修改者，乃舊律有輕犯可「贖罪」之一條，而該部刑法，則付諸闕如，以致各地監獄輕犯擁塞，其有關監獄生活與清潔，至鉅且大。因此，當時之立法院遂於 1931 年 12 月，指派劉克儁、郝朝俊、羅鼎、史尚寬、蔡瑄等人著手重新修訂刑法典；1933 年 1 月，當時立法院長孫科認為，刑法為國家制裁犯罪之根本大法，特於院內設立刑法委員會，並重新指派劉克儁、郝朝俊、羅鼎、史尚寬、蔡瑄，以及盛振為、趙琛、林彬、瞿曾澤等人為刑法委員，同年 3 月並加派徐元誥為委員。刑法委員會成立後，於同年 12 月間完成刑法修正案初稿。其後，立法院於 1934 年 11 月，三讀通過刑法修正

案，於 1935 年 1 月 1 日經國民政府公布，同年 7 月 1 日施行，是為現行刑法典。

## 第四款 2005 年修正刑法

國民黨政府於二次大戰之後，自日本手中接收台灣，開始將當時適用於中國大陸之「中華民國刑法」，適用於台灣，即為目前現行刑法。現行刑法自 1935 年 1 月 1 日公布、同年 7 月 1 日施行，至今已逾七十年。七十多年來，刑法典鮮有大規模之修正，特別是刑法總則篇部分。迨至 2005 年 1 月 7 日立法院三讀通過刑法部分條文修正案，總統於同年 2 月 2 日公布，並於 2006 年 7 月 1 日起實施。此次刑法部分條文修正之重點，即在於刑法總則篇之規定，有重大幅度之更動，規模約有七成。

1935 年刑法典之特色，具有濃厚主觀主義刑法理論之傾向。由於主觀主義刑法理論，一方面，在犯罪成立要件，過於側重行為人主觀上之危險性格，因此，犯罪成立要件往往過於寬鬆，易生不當侵害人民基本權利之舉；惟另一方面，在刑罰之執行上，主觀主義刑法理論又不重視行為人客觀上是否已實施犯罪，並已實施多少之犯罪，而容易流於寬縱犯罪之弊。

2005 年刑法修正之特色，可謂與 1935 年刑法修正方向逆轉，係「由主觀主義而側重於客觀主義；由社會防衛主義而側重於應報主義」。例如，不能犯之除罪化、教唆犯改採限制從屬形式、不可避免之欠缺違法性認識阻卻責任等，即屬「由主觀主義而側重於客觀主義」；而累犯假釋門檻提高、連續犯與牽連犯廢除後回歸數罪併罰、數罪併罰合併執行有期徒刑之上限提高等，即屬「由社會防衛主義而側重於應報主義」。

## 第三項 現行刑法典之結構

現行刑法典之結構，可分為總則及分則兩篇。總則，係就犯罪與刑罰之一般原理原則而為抽象規定；分則，則係就各種犯罪以及所科

處之刑罰而為具體規定。

就刑法立法制度之發展過程予以觀察，在刑法典，分設總則與分則二者，乃近代漸漸建立。古代刑法典，多直接規定各種犯罪之成立要件與其刑罰效果，並無總則與分則之設；至 1810 年法國刑法典，始建立現代意義之刑總形式。

刑總既源於刑分，而將犯罪之成立與處罰有關之共同規定，置於刑總，則屬個別犯罪之成立與處罰之特殊規定，當仍留於刑分。此種立法體例，乃因刑法理論之進步，進而提昇立法技術，因此，同一規範事項，不致於因立法技術上，將其規定於分則，抑或規定於總則，而有造成其性質發生變化之理由。

### 第三節 刑法之機能與任務

#### 第一項 人權保障

##### 第一款 意義

刑法，乃規定犯罪與處罰之法律，對於犯罪施以刑罰，乃國家限制人民基本權利最為嚴重之權力，必須嚴格遵守憲法有關法治國家原則之要求，以免國家權力機關恣意侵害人民之基本權利。因此，一般民眾之行為，僅在刑法有處罰明文時，始有論罪科刑之可能，此乃刑法消極性之保障機能。

##### 第二款 作用

對人民之行為予以論罪科刑，如非依刑法之明文，因有違人權保障機能，不僅違反刑法之要求，亦屬違憲之舉。

#### 第二項 行為規律

##### 第一款 意義

自刑法保障一般民眾之積極性機能而論，乃刑法透過法律之頒布，向一般民眾宣示禁止或命令為一定之行為，而規律一般民眾之行為舉止，使人民知悉何種行為當為、何者非當為，此種機能，即刑法之規律機能。

##### 第二款 作用

刑法既有規律行為之機能，則如受命者無遵從規範要求之可能（如無責任能力），刑法已無從發揮其規律機能，自不得發動國家刑罰權，以處罰人民之行為。

#### 第三項 法益保護

##### 第一款 意義

刑法最重要任務之一，一般認為係對保護國家、社會之安全，以及個人之生命、身體、自由、名譽、秘密與財產等，值得由法律加以保護，並予以確認之利益，此即所謂刑法之保護機能。

##### 第二款 作用

刑法既有保護法益之機能，則立法者制定犯罪之構成要件，亦須此等行為對於法益具有侵害性，包含實害、具體危險或抽象危險，始足當之；倘立法者所制定之犯罪構成要件，對於法益並無抽象危險，則此等立法有違法益保護機能，不僅違反刑法之要求，亦屬違憲之舉。

## 第四項 秩序維持

### 第一款 意義

關於刑法之秩序維持機能，學理見解有二：

#### 一、社會倫理秩序說

有持法律與道德合一之立場，刑法所維持之社會秩序，乃整體社會倫理秩序，不僅包含法律秩序，亦包含宗教、道德及社會慣習等。

#### 二、法律秩序說

有持法律與道德分離之立場，而認刑法所維持者，乃憲法以下之整體法律秩序，但不包含宗教、道德及社會慣習等。

### 第二款 作用

#### 一、社會倫理秩序說

如持本說，則刑法之機能在維持整體社會倫理秩序，則人民之行為為縱具有法定之犯罪構成要件該當性，如合於社會慣習等社會倫理規範，即無以之為犯罪臨之以刑罰之可言，應予以阻卻違法。

#### 二、法律秩序說

如持本說，則刑法之機能僅在維持法律秩序，則人民之行為已具有法定之犯罪構成要件該當性，而無法律所明定或法律秩序所承認之阻卻違法事由，縱合於社會慣習，仍不得予以阻卻違法，而有動用國家刑罰權之可能。

### 第三款 本書見解

在概念上，各種社會生活當中所存在之規範，得總稱為社會倫理規範，其類型，包含宗教規範、道德規範、風俗慣習以及法律規範。刑法規範既係法律規範之一種，在概念之形式邏輯上，刑法規範亦可

謂係社會倫理規範之一種。惟各種社會倫理規範自有其任務與目的，宗教規範、道德規範、風俗慣習，均有其各自存在之背景，尤其風俗慣習，每與法律規範之精神相左，本書認為，不合於憲法精神之社會倫理，自無受憲法以下整體法律秩序予以保障之理；且風俗慣習中，不乏有違現代法律價值者，如採「社會倫理秩序說」，法律將無從發揮撥亂反正之作用，因此，應以「法律秩序說」為當。

## 第五項 應報及預防

### 第一款 意義

在刑罰理論上，近代以來向有「應報刑理論」、「一般預防理論」以及「特別預防理論」之爭，目前通說，則兼取三說之精神，而採「綜合刑理論」。因此，刑法，一方面係對於過去已經發生之犯罪，施予刑罰；一方面，則係針對將來之犯罪，加以預防。前者，即得稱為刑法之「應報機能」；後者，則得稱為刑法之「預防機能」。

### 第二款 作用

刑法之機能，既有達成應報與預防犯罪之目的，如刑事處遇（包含刑罰與保安處分）之規定或處分，有違此項機能者，不僅違反刑法之要求，亦有違憲之虞。

## 第四節 刑法之規範性

### 第一項 規範之意義

人類乃群居之動物，群聚團體中各別之個人，在日常生活中，或

有互相合作，亦有互相衝突之處。為使團體中之個人們得以和諧相處，團體中必須形成一定之秩序或制度，用以規律團體中之成員，而命令或禁止成員為一定之行為。此等對一定行為所為之命令或禁止，即為「規範」。形成法律概念之中心者，乃係規範之概念。

由於受到康德（Immanuel Kant）的批判理論區分「感官界」與「精神界」，主張前者恆受因果律之支配，後者則係受「道德律」支配之見解影響，一般認為規範，係以人之行動為對象；換言之，即使在道德或在法律，規範通常也僅見其適用於行動。諸如正、邪、適法、不法等道德性或法律性之批判，通常僅得就行動為之，而不得對純自然現象為之。法與道德，同樣地係在規律人的關係，而為社會規範。法，為了維持秩序而設計社會成員應遵守之界限，對於違反此種條理之行為施以強制性作用，法即係貫徹此種意思之當為的法則。法律之規定，縱或為命令「應為何事」與要求「不應為何事」的命令性形式，或為在權利本位上所謂「得為何事」的那種許容性的形式，不過不變的是，法係規定人的行為之界限，而要求其順守的當為之法則（規範）。因而「規範」這種「當為」之法則，在本質上係異於自然因果的法則、或必然之法則，蓋後者所表現者，乃在一定的條件之下，特定的原因必然發生特定的結果的因果律的存在世界之法則。

故而，社會為維護其秩序之必要手段，除規範以外別無他法，蓋「社會」本身僅係觀念上存在之概念，並無實體，故而無法直接以自然的物理性手段來達成其維護秩序之目的。而社會規範之種類，除了法律規範、道德規範之外，尚有宗教規範。較具有爭議的問題是，法律規範與道德規範之關係為何？對此問題，從法律的發展史大致看來，在十八世紀因受自然法思想之影響，而主張「法之道德一元論」；而在十九世紀因受實證主義之影響，而強調二者係各自獨立的社會規範；惟自二十世紀初起，法律與道德規範二者又朝向結合之途。當然，法律規範與道德規範之關係何如，對於刑法規範體系內涵之解釋，影響不可謂不大，這可從德國自然主義刑法體系論、新康德主義刑法體系論與目的主義刑法體系、甚至最近蓬勃發展的目的理性主義刑法體系論的發展過程中瞧出端倪。

## 第二項 法規範之任務類型

向來在討論法規範的規範性機能時，多係以刑法和民事侵權行為法之規定為典型例子，主張僅有藉由其規定對於違反規範之行為給予刑罰、損害賠償等強制性的懲罰，而命令或禁止一定之行為的「義務賦予規範」係法規範之基本類型，而認為所有的法規範皆可還原為義務賦予規範。不過此種見解，並非妥當，蓋法規範之任務類型，除前述之「義務賦予規範」外，至少還可見到另一種「權利賦予規範」的類型，諸如國家機關組織之設置、人民間之契約行為、權利能力之規定等等，而這些法規範並非全部可以還原為「義務賦予規範」之類型。

由此我們可以得知：在法規範的任務類型上，至少存在有「義務賦予規範」與「權利賦予規範」兩種，而此二種法規範類型之論理構造差異，至少有一點是非常明確的，亦即在前者存在著「歸責」的問題；而後者並不存在著「歸責」的問題。本書並無意針對此問題繼續深入分析，因為本書的重點仍在於刑法規範。不過在此有一問題必須先行提出，亦即在刑法規範的論理構造上，對於狹義刑罰法規與保安處分制度，應有不同的論理構造，因為前者雖須存在著「歸責」概念；然後者則並無「歸責」的問題。

## 第三項 刑法規範與刑法條文之關係

### 第一款 法律支配原理

現代國家乃係以法律支配（rule of law）作為統治之方法。在此處所謂「法律支配」，乃係國家為實現一切國家目的之手段；首先，乃係以一定之形式，對於國民或國家機關表達「一定內容之國家意思」，藉此來規律拘束國民或國家機關其任意之意思，使其朝向國家所期望之意思行動，而為一定之作為或不作為；通過此種作為、不作為，使之實現、保全國家所期望之狀態之方法，即係「法律支配」。此種以一定之形式而表現之「一定內容的國家意思」，即稱之為「法」或「法律」（Recht, Gesetz），而包含於法令中之「國家的命

令或禁令」，即稱之為「法規範」(Rechtsnorm)；而將此種無形的命令或禁令——亦即國家所期望之趣旨內容——以有形的文字或文章加以表現者，乃稱之為「法文」或「法規」(Rechtssatz)。

## 第二款 法律與規範

首倡「規範理論」之 Binding，認為法律規定的本身，並不是「規範」(Norm)，乃是規定刑罰「法律」(Gesetz)，即「刑法」(Stragesetz)。刑法在概念上是追隨於違法行為之後，決定違法行為之效果者，而非決定違法行為之內容者；換言之，規範在概念上是先行於刑罰法規。蓋刑罰法規只不過是對於違反規範之行為表示科以刑罰效果。

然而對於「規範」與「刑罰法規」之關係，許多學者對於 Binding 將其視為不同之二者的見解並不表贊同，有認為其實「規範」乃包含於「刑罰法規」之中，二者非屬兩個對立之概念，故稱「刑法」為「刑法規範」。亦有認為所謂「規範」，不問其法之形式如何，凡表示「當為」之命題者，皆係規範，如「汝，毋竊」的命題，「竊者罰之」的命題等是，規定刑法規範中法律效果的命題，在文法上採用指示的形態，如「處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」者是；然其意並非規定事實上普通可處單純法的效果之刑罰，或可以處罰的事實之存在關係，而是表示不應處刑罰之「當為」，所以此項規定當為之本身，即是規範，因而 Binding 以為應與規範有別別的刑法，亦是規範；換言之，二者在本質上原無區別。

惟本書認為，刑法規範，乃對於一定之行為，命令或禁止其受命人為之，並對違反其命令或禁止之行為者，賦予一定之處罰之觀念物。

而刑法條文，其本身係傳遞思想或訊息之工具；換言之，乃立法者將刑法規範，透過刑法條文之文字，而傳達給社會外界，使社會外界得以認知立法者所制定之刑法規範之意義。因此，刑法條文並不直接等同於刑法規範，社會外界尚須對於刑法條文進行解釋，方能進一步認識刑法規範。

## 第四項 刑法規範結構內容之分類

### 第一款 以規範對象之性質而分

刑法規範之規範對象，包含一般國民及司法者。其以一般國民為對象者，即有「行為規範」與「制裁規範」；其以司法者為對象者，則係「裁判規範」。

#### 一、以一般民眾為對象：行為規範、制裁規範

刑法規範之規範對象，主要係社會一般民眾，而告誡一般民眾應為何種行為，或不應為何種行為；並對於違反一定行為者，告誡一般民眾，將受如何之制裁。

#### 二、以審判者為對象：裁判規範

刑法規範之規範對象，除一般民眾外，尚兼及有權對於刑法加以解釋與適用之法院，而告知審判者，一般民眾所應為或不應為之行為類型，並對於違反者，應如何施以制裁；而法院須在刑法規範之要求下，進行裁判，而不得恣意任為。

### 第二款 以犯罪與刑罰之關係而分

#### 一、第一次規範

就刑法規範之發動先後而論，首先係「第一次規範」。此第一次規範，對一般民眾而論，即前述之「行為規範」，立法者首先告誡一般社會大眾，應為或不應為何種行為；倘民眾違反第一次規範，即屬犯罪行為。

#### 二、第二次規範

社會大眾違反刑法規範之第一次規範後，即成立犯罪，則將進行第二次規範之發動。此第二次規範，對一般民眾而論，即前述之「制裁規範」。

### 第三款 以行為規範之內容類型而分

就行為規範之內容而論，主要有「禁止規範」及「命令規範」。另外，基於罪刑法定原則，倘立法者未明文禁止或命令之行為，即無成立犯罪可言；惟縱立法者明文禁止或命令之行為，在一定事由下，刑法規範例外地允許為之，此種例外性之行為規範類型，一般稱為「容許規範」。

#### 一、禁止規範

行為規範之內容，如係禁止社會大眾為一定行為者，即屬禁止規範。分則大多數之犯罪類型，即屬違反禁止規範而成立之犯罪；而違反禁止規範之犯罪類型，學理上稱為「作為犯」。例如，殺人罪、傷害罪、竊盜罪等。

#### 二、命令規範

行為規範之內容，如係命令社會大眾為一定行為者，即屬命令規範。分則所定之犯罪類型中，例如第 294 條之不為保護罪、第 306 條第 2 項之留滯住居罪，即屬違反命令規範而成立之犯罪。而違反命令規範之犯罪類型，學理上稱為「不作為犯」。

#### 三、容許規範

行為規範之內容，有屬立法者在一定條件下，允許社會大眾實施原則上為立法者所禁止之行為，或不實施原則上為立法者所命令之行為者，此種行為規範，即屬容許規範。例如，刑法第 21 條至第 24 條，以及第 310 條第 3 項、第 311 條等之規定，乃立法者例外所制定之容許規範。

### 第五項 行為規範之機能

就行為規範之機能類型而論，向有「評價規範」機能與「意思決

定規範」機能之分。

#### 第一款 評價規範機能

行為規範，乃立法者向社會大眾要求應為或不應為一定行為之誡命，而社會大眾有無發生違反行為規範之情事，涉及犯罪是否成立之判斷問題。因此，在具體案件之適用上，行為規範首先發揮評價規範之機能，判斷社會上個別行為人之諸種具體行為事實，是否確係行為規範所命令或禁止之行為類型，倘評價之結果，未發生符合行為規範要求之一定行為事實，則行為規範僅止於宣示之意義；惟倘發生有人違反行為規範所要求之一定行為，此時，始有再進一步判斷該具體行為事實，是否最終應評價為犯罪之問題。

#### 第二款 意思決定規範機能

當具體行為事實，經行為規範評價機能之檢驗後，如合於評價之標準，進一步，行為規範即再向受命人，發揮意思決定規範之機能，以判斷受命人有無接受規範之要求而決定其行為舉止之可能。倘有此意思決定之可能，即屬違反行為規範，應成立犯罪；倘無此可能，則不得謂其違反行為規範，自無成立犯罪可言。

按首先有體系地提出「評價規範」機能與「意思決定規範」機能者，當推 Mezger。按 Mezger 之見解，刑法規範在機能上，具有作為「評價規範」面與作為「決定規範」面；前者之違反乃係違法，後者之違反乃係責任。評價規範由於乃係對於一定之事態，在客觀上評價其是否與法的理念一致，因此與行為人之能力的判斷無關。若有評價規範之違反，而確定行為之違法性後，就是對於該當行為者，法律「使其決意（決定）」不為違法行為的問題。決定規範由於係向行為人發出，是故其違反之有無，乃考慮包含行為人其個人的能力的個別性情事而判斷。換言之，責任乃係個別性判斷，係「人格的非難可能性」。法規範，由於在確定該當行為違法之前，不能命令行為者不為該行為，是故評價規範在論理上先於決定規範，責任判斷不得為違法判斷之前提。

惟 Mezger 以後之學者，因所採犯罪階層體系不同於 Mezger 之體系，因此，對於違法性與有責性之區別，即不再持前者係違反評價規範，後者係違反意思決定規定之立場，甚而認為不論違法性或有責性，均有違反評價規範與意思決定規定之性質。關於行為規範之機能與犯罪階層體系之論理關係，本書另於第五章詳予說明。

## 第貳章





## 本章架構

<b>第一節 刑法之解釋</b>	<b>第二節 立法用語</b>
第一項 概說	第一項 概述
第二項 刑法之有權解釋	第一款 以上、以下、以內
第一款 我國司法機關制度之沿革	第二款 公文書
第二款 司法機關之各種「解釋」及其效力	第三款 性交
第三項 法律解釋之方法與流程	第四款 電磁紀錄
第一款 文義解釋	<b>第二項 公務員</b>
第二款 論理解釋	第一款 概說
第三款 法律解釋之流程	第二款 2005 年刑法修正前公務員之立法沿革
第四項 法律解釋成果之後續處理	第三款 2005 年刑法修正前歷來實務見解之特色
第五項 法律漏洞及其填補	第四款 新制公務員之思考原則
第一款 意義	第五款 台灣刑事法學會版之公務員類型與要件
第二款 法律漏洞填補之必要性	第六款 刑法公務員之解釋
第三款 法律漏洞填補之方法	<b>第三項 重傷</b>
	第一款 概說
	第二款 重傷概念之檢討
	第三款 重傷解釋之難題
	第四款 有關重傷結果之認定基準時

法律規範依其事物之本質，只能藉由法條文字予以宣示，別無他法；然而法條文字之可能意義無窮，如何能正確理解規範的意旨，而達到適用之目的，則必須精確地掌握法律解釋的方法與步驟。

再者，法條文字的可能意義既有多義性，在立法技術上，規範者特別針對容易造成適用爭議的法律概念，或是某些重要的不確定法律概念，將其內涵或要件予以明確化，此即立法用語的定義。當然，立法用語雖然已經立法者的「解釋」，而較為明確，然其性質尚屬法律的一部分，仍為法律解釋的「對象」。本章，即在闡明刑法解釋與刑法典的立法用語。

## 第一節 刑法之解釋

### 第一項 概說

#### 一、刑法解釋之對象

刑法解釋的客體—亦即刑法解釋的對象—的問題，有認為係「法律條文」；亦有學者認為刑法解釋之對象並非「刑法條文」，而係「刑法規範」，見解相當紛歧。實則，必須先予釐清者，乃「法律條文」與「法規範」之關係為何之問題。其可能的關係有三：（1）二者相同；（2）前者係用來認識後者；（3）後者內含於前者之內。上述問題，乃涉及「法源論」及「法的本質」、「法的概念」等議題，這些問題也是向來法學方法論所爭執的。

本書認為，刑法條文，其本身係傳遞思想或訊息之工具；換言之，乃立法者將刑法規範，透過刑法條文之文字，而傳達給社會外界，使社會外界得以認知立法者所制定之刑法規範之意義。因此，刑法條文並不直接等同於刑法規範，社會外界尚須對於刑法條文進行解

釋，方能進一步認識刑法規範。因此，法律解釋之對象，乃立法者所制定之法律條文。深論之，實包括個別之法律概念，以及整體法律文句。

## 二、刑法解釋之意義

- 1、說明解釋對象之個別法律概念或整體法律文句之意義為何。
- 2、對於該法條中之個別法律概念或整體法律文句，其所以採用一定意義之理由，予以合理之交待。

## 三、刑法解釋之目的

由於刑法條文，其本身係傳遞思想或訊息之工具；換言之，乃立法者將刑法規範，透過刑法條文之文字，而傳達給社會外界，使社會外界得以認知立法者所制定之刑法規範之意義。因此，刑法條文並不直接等同於刑法規範，社會外界尚須對於刑法條文進行解釋，方能進一步認識刑法規範。職是，法律解釋之目的，乃在認識或發現法律規範，以作為具體案件適用時之標準或依據。

## 第二項 刑法之有權解釋

就現行法律制度面而言，各級法院承審法官為了對於具體案件進行刑法之適用，在此之前自當先進行刑法解釋，不過此種解釋的見解，對於其他相同案件並無拘束力。而依憲法第 78 條、第 171 條第 2 項、司法院大法官會議法第 2 條之規定，司法院大法官會議職掌統一解釋法律（包含刑法）及法律是否牴觸憲法（包含刑法是否牴觸憲法）之解釋，故司法院大法官會議，當然也是刑法解釋的一員。至於最高法院刑事庭會議或民、刑事庭總會議，依法院組織法第 57 條規定，對於最高法院之裁判，有選編為判例及變更判例之權，是故最高法院刑事庭會議或民、刑事庭總會議亦係解釋刑法的主體之一；不過，此種解釋對於其他相同之案件是否有拘束力，則因憲法第 80 條法官依法律獨立審判之規定，而有所爭議。

## 第一款 我國司法機關制度之沿革

### 一、第一階段

1912 年至 1927 年 10 月，最高審判機關為大理院（北京），其法源依據，乃沿用前清之「法院編制法」，該法第 35 條並規定：「大理院長有統一解釋法令及必要處置之權，但不得指揮審判官所掌理各案件之審判」。因此，在此時期，大理院不僅係最高審判機關，且享有統一解釋法令之權。大理院所作成之「判決例」及「解釋例」，對於當時司法實務影響極大。

### 二、第二階段

1927 年，國民政府定都南京，將大理院（1925 年國民政府在廣東所成立）改為最高法院；同年 10 月 25 日，國民政府公布「最高法院組織暫行條例」；同年 11 月 17 日，南京最高法院成立；1928 年 6 月，接收北平前大理院；1928 年 11 月 17 日，國民政府公布「國民政府最高法院組織法」，定最高法院為全國終審審判機關，至此，最高法院正式成立。依前開「最高法院組織暫行條例」第 3 條規定：「最高法院院長有統一解釋法令及必要處置之權，但不得指揮審判官所掌理各案件之審判」，因此，自 1927 年 12 月 15 日解字第 1 號起至 1928 年 11 月「最高法院組織法」公布實施止，共計有解釋 245 件。

### 三、第三階段

1928 年 10 月 3 日，國民黨中央政治會議通過「國民政府組織法」，第 33 條規定：「司法院為國民政府最高司法機關，掌理司法審判、司法行政、官吏懲戒及行政審判之職權。關於特赦、減刑及復權事項，由司法院提請國民政府核准施行」、第 36 條：「司法院之組織，以法律定之」；同年 10 月 8 日並通過「司法院組織法」，該法第 4 條規定：司法院院長經最高法院院長及所屬各庭庭長會議議決後，行使統一解釋法令及變更判例之權。1928 年 11 月 17 日並配合公布「最高法院組織法」，取代原先之「最高法院組織暫行條例」。

司法院之解釋，自 1929 年 2 月 16 日院字第 1 號起至 1948 年 6 月底，大法官會議成立時止，共計作成解釋 4097 號，自第 1 號至第 2875 號解釋，其文號乃冠以「院字」；自第 2876 號以後之解釋，文號則冠以「院解字」。

#### 四、第四階段

1947 年行憲後，依憲法第 77 條規定：「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」、第 78 條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」、第 79 條第 2 項規定：「司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項...」，本來依憲法第 77 條之規定，全國最高司法機關，包含最高審判機關，應屬「司法院」，惟自行憲以來之實際運作，司法院成為形式上之最高司法行政機關，而其內部之大法官會議，則享有解釋權，但民、刑事訴訟案件之最高審判機關，則係最高法院；行政訴訟之最高審判機關，則係最高行政法院；公務員懲戒案件，則由公務員懲戒委員會審理，司法院本身對於前述案件，並無審理權限。因此，2001 年 10 月 5 日，大法官會議作成釋字第 530 號解釋，謂：「...憲法第七十七條規定：『司法院為最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。』惟依現行司法院組織法規定，司法院設置大法官十七人，審理解釋憲法及統一解釋法令案件，並組成憲法法庭，審理政黨違憲之解散事項；於司法院之下，設各級法院、行政法院及公務員懲戒委員會。是司法院除審理上開事項之大法官外，其本身僅具最高司法行政機關之地位，致使最高司法審判機關與最高司法行政機關分離。為期符合司法院為最高審判機關之制憲本旨，司法院組織法、法院組織法、行政法院組織法及公務員懲戒委員會組織法，應自本解釋公布之日起二年內檢討修正，以副憲政體制。」

司法院大法官，於 1948 年 7 月在南京就職，同年 9 月 15 日舉行第一次大法官會議，並於 1949 年 1 月 6 日作成第 1 號解釋。

## 第二款 司法機關之各種「解釋」及其效力

司法機關，或屬審判機關，或屬有權解釋法令之機關，均須對法令加以「解釋」；而此等「解釋」之效力如何，則依其性質而異。

### 一、裁判

乃各級審判機關對於個別訴訟案件所得適用之法令，表達其解釋之意見，並無拘束其他法院之效力。

### 二、大法官會議解釋

依大法官會議釋字第 185 號解釋文，謂司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第 78 條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。

### 三、司法院解釋

依第一屆大法官會議第 9 次會議決議，以及大法官會議釋字第 18、第 28 解釋等之意旨，行憲前司法院之解釋，尚具有與法令相當之地位，而得成為大法官解釋之對象。

### 四、判例

即最高法院依一定程序，將最高法院之裁判中，得作為各級審判機關參考之見解，予以選錄其要旨而公告者。按通說見解，最高法院之判例，並不具法律上之拘束力，僅具有事實上拘束力。惟大法官會議釋字第 154 號解釋理由中，認為「按司法院大法官會議法第四條第一項第二款關於確定終局裁判所適用之『法律或命令』，乃指確定終局裁作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。依法院組織法第二十五條規定：『最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他判決先例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。』及行政法院處務規程第二十四規定：『各庭審理案件關於法律上之見解，與以前判例有異時，應由院長呈由司法院院

長召集變更判例會議決定之。」足見最高法院及行政法院判例，在未變前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用，始足以維護人民之權利」。

### 五、決議錄

最高法院遇有法律見解發生疑義時，常召開民事庭、刑事庭或民刑事庭總會討論決議，以統一最高法院各庭間之法律見解，其決議，雖不具法律上之拘束力，惟具有事實上之拘束力。最高法院刊行之「最高法院民刑事庭會議決議錄全文彙編」中，其例言第3項明載：「本彙編所刊決議或決定，乃本院各庭對於法律之適用所為統一之見解，僅供本院同仁辦案之參考，不與解釋或判例同視。」

除了上述實務界的個人或組織係刑法解釋之主體外，刑法學術界當然也參與刑法解釋，因此學者也係刑法解釋的主體之一，只不過學術界的解釋，並不具有法律拘束力；惟就民主法治國家之司法運作而言，學界對於法律解釋之研究成果，對於實務仍具有相當之影響。

## 第三項 法律解釋之方法與流程

由於國內向來對於法學方法論之研究，相當貧乏，因此，對於法律解釋之意義、法律解釋之對象、法律解釋之方法與流程，均未有完整、深入之知識體系，如此現象，對於實現裁判客觀性之目標，實屬不可能之任務。

關於法律解釋之方法，國內學說見解紛紜，言人人殊，令人茫然。學者所提及之解釋方法，琳瑯滿目，包括「文理解釋」、「論理解釋」、「系統解釋」、「擴張解釋」、「限制解釋」、「沿革解釋」、「目的論解釋」、「自然解釋」、「合憲性解釋」、「類推解釋」、「立法解釋」、「司法解釋」與「行政解釋」...等等。我國學者們對於刑法解釋方法之種類的看法，存在著重大的差異，這些差異

性包括像：

- (1) 把限縮解釋和擴張解釋當作刑法解釋之結果，和把二者認為係獨立的刑法解釋方法等見解之對立；
- (2) 把論理解釋和系統解釋區別，與將二者等同或認二者間具有屬種關係等見解之對立；
- (3) 把沿革解釋視為獨立的解釋方法，與將其當作論理解釋下的一種方法等見解之對立；
- (4) 將論理解釋與目的論解釋加以區分，或把二者等同的見解之對立；
- (5) 把「類推解釋」與法律解釋區分、認其係法律之創造，或認其係法律解釋方法之一種，或認其僅係法律解釋的結果等見解之併立；
- (6) 將當然解釋與類推解釋區別，與將二者視為相同的見解之對立。

甚至部分學者之見解，混淆「解釋方法」與「解釋效力」二者係不同之區分標準之事實，而將二者合而為一，使得「立法解釋」、「司法解釋」與「行政解釋」亦成為解釋方法之一，屬於「有權解釋」；而「文理解釋」與「論理解釋」，則屬於「學理解釋」，在效力上則為「無權解釋」；或將「立法解釋」與「司法解釋」當作係獨立的刑法解釋之方法等。至於刑法解釋之流程，則根本屬未開發領域。

本書認為，法律解釋之方法與流程，應與法律解釋之意義、對象及目的，一體觀察，蓋解釋方法與流程，乃係實現解釋如何可能之問題。法律解釋，既係將法條之個別法律概念與整體文句之意義，予以說明，並交待何以採如此意義之理由，則法律解釋方法，可分為兩部分：一係屬於主要方法之「文義解釋」；另一則係輔助方法之各種選擇文義範圍之「論理解釋」。茲說明如次：

## 第一款 文義解釋

法律解釋，既在說明其解釋對象之意義「是什麼」，則其主要解釋方法，即為「文義解釋」。換言之，對於作為解釋對象之個別法律概念或整體法律文句，依語意學，將其可能文義予以分析或歸納。

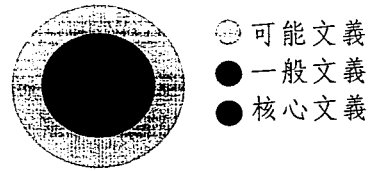


圖 2-1

由於人類語言、文字之使用，個別概念或整體文句所可能指涉或表達之意義，並非僅有單一意義，通常均有多種可能意義。因此，文義解釋，僅能將解釋對象之可能意義予以整理，但並不能立即確定在該法條之法律概念或文句，應採用何種意義。職是，要確定解釋對象應選擇何種意義，尚須藉由其他輔助之解釋方法來進行，由該輔助解釋方法，說明「為什麼」在該法條之法律概念或法律文句，應選擇何種文義。

## 第二款 論理解釋

「論理解釋」，係選擇文義範圍之解釋方法，其作用係針對已藉由「文義解釋」所得出之各種可能文義中，提出一定之論理邏輯，藉以選擇文義範圍之解釋方法；其性質係在輔助文義解釋。有關「論理解釋」的種類，本書認為有下列四種方法：

### 一、沿革解釋（歷史解釋）

所謂沿革解釋（歷史解釋），乃依據解釋對象之立法沿革資料，尋求立法者制定或修訂該法條之真意或目的為何，藉此將文義解釋後，法律概念或法律文句之可能意義，加以選定之解釋方法。

例如，2005 年 2 月 2 日修正公布前之刑法 §29I 關於教唆犯之文句，係規定「教唆他人犯罪者，為教唆犯」，在文義解釋上，其可能之意義，包括：A、實施使未有犯罪決意之人產生犯罪決意之行為，

即得成立教唆犯；B、實施使未有犯罪決意之人產生犯罪決意之行為，被教唆之人並進而實行犯罪行為者，始得成立教唆犯。對於 §29I 之文義，究應選擇何者，各有其理論依論：A 說可謂係立於「共犯獨立性說」之立場；B 說則係立於「共犯從屬性說」之立場。如依沿革解釋，1928 年之舊刑法第 43 條第 1 項原規定：「教唆他人使之實施犯罪行為者，為教唆犯。教唆教唆犯者，亦同」，現行法修正理由謂「教唆犯惡性甚大，宜採獨立處罰主義」，因此，依沿革解釋之結果，2005 年 2 月 2 日修正公布前刑法 §29I 之文義，應採 A 說為當。

### 二、體系解釋（系統解釋）

所謂體系解釋（系統解釋），乃依據所欲解釋對象之法律概念或法律文句，其在刑法立法體系編排之位置，藉此而將文義解釋後，法律概念或法律文句之可能意義，加以選定之解釋方法。

例如，刑法 §277 條文中「傷害」之概念，在文義解釋上，其可能意義，有：A、所有傷害，包括重傷；B、除重傷外之其他傷害，即所謂「輕傷」。對於刑法 §277 條文中「傷害」之文義，究應選擇何者，實有待討論。蓋「傷害」之一般文義，原即包含「重傷」，如採 A 說，則 §277 與 §278 二條所定之傷害罪，前者可稱為「普通傷害罪」，後者則為「重傷罪」，二者在構成要件之關係上，應具有特別關係。惟依體系解釋，§277II 設有傷害致重傷之加重結果犯，依加重結果犯之法理，其「重結果」應超越「基礎犯」之範圍；換言之，§277I 之「傷害」結果，應不包含「重傷」結果，始有加重結果犯設立之可能。因此，經體系解釋後，§277「傷害」之文義，應採 B 說為當。

### 三、目的論解釋

所謂目的論解釋，乃依據法律條文之立法目的或相關法律原理，採用功能之思維方式，將文義解釋後，解釋對象之可能意義詳加檢討，選取其中最符合規範目的或法律原理者之解釋方法。

目的論解釋之運用，最常作為「目的」設定者，係所謂「保護法益」。例如，刑法§310 誹謗罪規定之條文中，作為行為客體之「他人」概念，在文義解釋上，其可能意義，有：A、通常文義之自然人；B、較一般文義為廣之自然人、法人及非法人團體；C、較一般文義為狹，而具有一定資格或身分之自然人（例如滿 7 歲之自然人、或具有民法行為能力之自然人...等）。對於刑法§310 條文中「他人」之文義，究應選擇何者，實難逕予認定；如依目的論解釋，因毀謗罪之保護法益，在於個人外部之名譽，亦即個人在社會上之人格評價，則自然人固有社會人格評價之保護必要，法人及非法人團體，亦有社會人格評價保護之必要，因此，經目的論解釋後，應採 B 說為當。

#### 四、文法解釋

所謂文法解釋，乃依據文法結構之論理，將文義解釋後，法律文句之可能意義，選定其中最符文法結構者之解釋方法。文法解釋，僅得適用於法律文句之意義選定，對於法律概念，則無適用餘地。

例如，2005 年 2 月 2 日修正公布前之刑法§55 後段關於牽連犯之規定，「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者」，就牽連犯之成立是否以數行為為必要，文義解釋上，其可能意義，有：A、須一行為，始能成立牽連犯；B、須數行為，始能成立牽連犯；C、一行為或數行為，均得成立牽連犯。對於 2005 年 2 月 2 日修正公布前之刑法§55 後段有關牽連犯之行為數，實無法直接由文字規定本身得知；如採文法解釋，可發現刑法§55 後段，所謂「犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者」，在文法結構上，實省略一個名詞「一行為」，亦即完整之文句應為「『一行為』犯一罪，而其方法或結果之行為犯他罪名者」，換言之，牽連犯須數行為始得成立，因此，經文法解釋後，應採 B 說為當。

不過，由於立法者在制定法律條文時，有時會發生法律文義有違文法結構之情形。例如，現行刑法第 333 條第 1 項海盜罪之行為主體，係屬身分犯之規定，且此種身分犯，並非一般規定所採之「積極

身分」，而係「消極身分」。就立法技術而言，針對身分犯之主體資格，如須並列數種類型時，在「積極身分」間，其邏輯式，即應使用「或」，例如刑法第 316 條、第 317 條、第 318 條之規定屬之；然如係「消極身分」，其數種類型間之邏輯式，則應使用「且」字，例如現行第 333 條第 1 項海盜罪之規定，即屬之。蓋「積極身分」，係行為人須存在此種身分資格始足成立該罪；「消極身分」，則係行為人須不具此種身分，始得成立該罪，因此，前開二種身分之邏輯關係，處於正逆關係。在積極身分，數種積極身分成立「聯集關係」（邏輯式使用「或」），行為人只須具備此聯集關係「內」之任一資格，即得成為該身分犯之主體；在消極身分，數種消極身分成立「交集關係」（邏輯式使用「且」），行為人須具備交集關係以「內」之資格，始得成為該身分犯之主體（換言之，倘行為人具備交集關係「外」之資格，即不成立該種身分犯）。以現行第 333 條第 1 項之規定而論，其所規定之行為主體，係屬消極身分，係即行為人須合於「『未受交戰國之允准』且『不屬各國之海軍』」交集關係以「內」之資格，始足當之，如雖「未受交戰國之允准」，但「屬於各國之海軍」；或雖「不屬各國之海軍」，但「已受交戰國之允准」，依目前通說見解，仍非海盜罪之行為主體。因此，現行刑法第 333 條文字上使用「或」字，係屬誤用，應予修正為「且」字。

在立法技術上，可以將現行刑法第 333 條第 1 項之文字，以阻卻構成要件事由方式表現，則邏輯式即可採「或」字。試擬文字如次：「駕駛船艦，意圖施強暴、脅迫於他船或他船之人或物者，為海盜罪，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。但「已受交戰國之允准」『或』「屬於各國之海軍」者，不在此限。」

#### 第三款 法律解釋之流程

經由前述對於法律解釋方法之說明，關於法律解釋之流程，得以說明如次：

### 一、第一步驟（文義解釋）

首先，將作為解釋對象之法律文句或法律概念，進行文義解釋，將其可能之意義，予以整理。為學理探討便宜起見，法律文句或法律概念經文義解釋後所得到之各種可能意義，其屬於通常之意義者，可稱為「一般文義」；較一般文義為狹者，歸於「核心文義」；較一般文義為廣者，歸於「可能文義」。

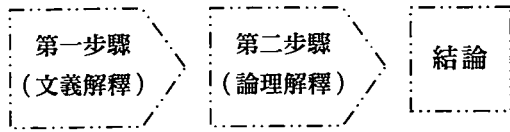


圖 2-2

例如，「人」之概念，在文義解釋上，其可能意義，有：A、通常文義之自然人；B、較一般文義為廣之自然人、法人及非法人團體；C、較一般文義為狹，而具有一定資格或身分之自然人（例如滿七歲之自然人、或具有民法行為能力之自然人...等），則 A 可謂「人」之概念之一般文義；B 則係「人」之概念之可能文義；C 則係「人」之概念之核心文義。

### 二、第二步驟（論理解釋）

法律文句或法律概念，經第一步驟文義解釋之探討後，由於人類語言、文字之使用，個別概念或整體文句所可能指涉或表達之意義，並非僅有單一意義，通常均有多種可能意義。因此，文義解釋，僅能將解釋對象之可能意義予以整理，但並不能立即確定在該法條之法律概念或文句，應採用何種意義。因此，尚須進行第二步驟之法律解釋作業，亦即進行選擇文義範圍之解釋，藉由其他輔助之解釋方法來進行，由該輔助解釋方法，說明「為什麼」在該法條之法律概念或法律文句，應選擇何種文義。

本書前述提及之四種輔助解釋方法，並非可同時併用，在實際解釋時，經常僅有一種或兩種方法可使用於某法律文句或法律概念之文義選定。

### 三、結論

法律文句或法律概念之意義，經由前述兩步驟之解釋後，倘所選定之意義，範圍較一般文義為狹，其結論得稱為「限縮解釋」或「縮小解釋」；倘所選定之意義，範圍較一般文義為廣，其結論得稱為「擴張解釋」或「擴大解釋」。因此，所謂限縮解釋或擴張解釋，並非法律解釋之方法，而係法律解釋之結論。

### 第四項 法律解釋成果之後續處理

法律解釋之對象，既為各個法條之法律文句與法律概念，則刑法各條條文，經解釋後所得到之意義，尚屬零散之知識素材，倘未經後續之處理，尚無法明瞭刑法各條間之整體結構關係，即無法正確地適用於具體個案之判斷。

在刑法學中，各種刑法理論之提出，即在探討刑法之本質、目的及原理，以求形成整體刑法知識之體系架構，並將刑法各條條文所解釋之成果，置於整體刑法體系中合適之位置，以及各條規定之關係。例如，整個刑法關於犯罪成立要件之規定，其相應之刑法理論，學理上稱為「犯罪論」；刑法§21 至§24 之規定，其相應之刑法理論，學理上稱為「阻卻違法事由」；刑法§21 之規定，其相應之刑法理論，學理上稱為「正當防衛」。倘法律解釋後，各條文之意義未經後續之處理，即無從瞭解刑法各條條文間之關係，與整體刑法結構之全貌。因此，建構理論體系之方法，亦可謂係廣義之「解釋」方法，故而可以確定的是，理論「體系化」本身並非「解釋」，而係解釋方法（理論建構方法）運用後所得之結果，故「體系化」與法解釋方法中經常被運用之「體系解釋」二者並不相同。

## 第五項 法律漏洞及其填補

### 第一款 意義

如前所述，法律條文乃描述或說明法規範之工具，且由於係以條列式予以規定，對於法規範之完整體系，自難以圓滿地予以詳盡描述；在透過法律解釋後，倘仍無從得出如何處理時，即發生法律漏洞之現象。換言之，以刑法規定為例，某種不法內涵較輕之行為類型，立法者已定有處罰之明文，惟對於不法內涵較高之相類行為類型，卻未設有處罰之規定；又或在某種事由下，立法者設有不罰之明文，惟對於性質相類之事由，卻未設不罰之規定是。

法律漏洞之發生，或係發生於立法當時立法者之疏忽；或因時空演變，發生漏洞。

### 第二款 法律漏洞填補之必要性

法律漏洞之發生，既屬不可避免，則發生有無由司法者予以填補必要之問題，在不同法律領域，可能有不同處理方式，例如，在民事法律領域，發生法律漏洞時，依通說及民法第 1 條之規定，即應由司法者予以填補；至在刑法領域，因有罪刑法定原則之支配，通說認為構成要件上之漏洞，司法者不得進行漏洞之填補，至違法、責任等之規定，在一定條件下，並不完全禁止司法者進行漏洞之填補。

### 第三款 法律漏洞填補之方法

#### 一、類推解釋

所謂類推解釋，乃藉由類比推理之方法，將法條所規定之抽象概念，與所欲類比之概念，尋找其間有無重要之類似性。例如，在 1997 年刑法§220II 未將電磁紀錄修正為以文書論前，如將電磁紀錄類比推理為文書，即屬之。換言之，由於解釋之對象係抽象法條，因此，類推解釋係以類比推理為方法，藉由二概念間之類似性，而由「抽象」

到「抽象」之推論。

#### 二、類推適用

所謂類推適用，一般常見其與「類推解釋」混用，甚至二者間根本未予區別。惟所謂適用，乃以「具體事實」為對象，以法律規範為標準，將前者判斷能否涵攝於後者之論證，所謂類推適用，係以類比推理為方法，藉由二具體事實間之類似性，而由「具體」到「具體」之推論。換言之，所謂類推適用，係以一個已發生之個案為前提，該個案事實能被某法律規定所適用，本案事實與該個案事實間具有重要之類似性，因此，本案事實乃類比前案事實之適用模式。最常見到運用類推適用之情形，即係援引法院之先例，來進行類比推理。

#### 三、目的性擴張

目的性擴張（有稱之為「法類推」，而將類推解釋稱為「法律類推」），乃基於平等原則之要求，藉由探求某法律規定之立法原理或精神，倘待證事物之文義，雖不在該法條規定之文義範圍內，且亦不具類似性，惟其性質，亦符該法律規定之立法原理或精神，則待證事物亦應與該法律規定事物作相同之處理。

在刑法學中，超法規阻卻違法事由，例如「被害人同意」得阻卻輕傷罪、毀損罪等之違法性，即屬此種目的性擴張之運用。

#### 四、目的性限縮

論者認為，基於平等原則之要求，相同事物應為相同之處理，「不同事物應為不同之處理」，倘某法律之規定，係基於一定之立法目的或原理，而待論事物，雖在該法律規定之文義範圍中，惟待論事物之性質，卻與該法律規定之立法目的或原理不符，則待證事物應與該法條規定之事物作不同之處理，亦即排除在該法條適用範圍之外。學者有謂原因自由行為理論，即屬運用目的性限縮，而排除刑法§19 無責任能力規定適用範圍內外之例。

惟「目的性限縮」究應歸類為「法律解釋」抑或「法律填補」之



範疇，實有爭議；本書認為，所謂「目的性限縮」，與基於「目的論解釋」將法律法條之文義予以「限縮解釋」之情形並無不同，仍屬法律解釋之範疇，與法律別無明文規定而有待漏洞填補之情形有別。

## 第二節 立法用語

### 第一項 概述

刑法總則，乃刑事實體法之基礎規定，除其他法律有特別規定外，原則上對其他刑事實體法均有適用。而刑法之用語，倘非特定犯罪所使用之概念，而係屬一般性之概念，且其定義難以明確，有必要予以界定者，在立法技術上，即得在總則當中制定此種有關法律概念定義之條文，刑法第 10 條即屬之。

另外，立法者透過總則與分則間之體例關係，在總則訂定某些原則性規定，造成在分則相關條文的意義具有限定的作用，此亦可謂之廣的立法用語。

例如，對於故意犯罪行為階段之處罰，總則在第 25 條第 2 項明定未遂犯之處罰以有特別規定者為限，因此，分則所規定者係「既遂犯」之構成要件，而倘分則無特別處罰未遂犯之明文，自不得予以論罪。

再如，刑法對於犯罪之主觀要件，在總則於第 12 條規定以有故意或過失者為限，並且過失犯之處罰，以有特別規定者為限，因此，分則各種犯罪構成要件，未明定故意或過失者，均屬故意犯，蓋如欲處罰過失犯，尚須於分則明文規定。

又如，刑法關於有期徒刑之上下限，於總則第 33 條第 3 款規定，原則上為 15 年以下 2 月以上，因此，在分則各種犯罪之法定期

中，倘規定其上限者，通常就不再規定下限為 2 月，倘規定其下限者，通常就不再規定其上限為 15 年。

最後，由於刑法學理的勃興，百家見解競相爭鳴，為保留學理運作之彈性，刑法典中許多專業用語係採用簡略、單純方式訂之，例如刑法典中不分「阻卻構成要件該當」、「阻卻違法」或「阻卻責任」，一概使用「不罰」（刑法§§21-24、§§18-19 等）或「免除刑事責任」（刑法§16），僅簡單代表不成立犯罪之意；至於「免除其刑」（如刑法§27）係指成立犯罪而不處刑之意。

### 第一款 以上、以下、以內

刑法§10I：「稱以上、以下、以內者，俱連本數或本刑計算」

- 1、在文義上，「以上、以下、以內」是否包含本數或本刑，實無必然之結論，立法者乃於刑法予以明確定義，以免解釋與適用上之爭議。
- 2、所謂「本數」，其運用之對象包含年齡數、期間數、金額數等；所謂「本刑」，乃指分則所本條所訂法定刑而言，其種類有五，依其重輕次序有：死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役與罰金。

### 第二款 公文書

刑法§10III：「稱公文書者，謂公務員職務上制作之文書」

- 1、本項規定之目的，並非在定義何謂「文書」，「文書」之定義，係由實務與學界予以解釋；本項之立法目的，僅就「『公』文書」予以定義，須係「公務員職務上制作」之「文書」，始屬之，倘係「非公務員職務上制作」之「文書」，則屬私文書。
- 2、公文書之定義，既規定係「公務員職務上制作」之「文書」，則其要件有二：一、須係公務員職務上所制作；二、須係屬文書。前一要件，乃涉及刑法§10II 之解釋，詳前述之

說明。至後一要件，則涉及「文書」應如何解釋之問題。

刑法上所謂文書，其概念意涵，有狹義、廣義及最廣義之別。

狹義之文書，乃指以文字或發音符號，表示一定意思或觀念之有體物。一般認其應具有五項要件：（1）文字性；（2）意思性；（3）名義性；（4）有體性；（5）持續性。

廣義之文書，則除前者外，尚包含以象形符號表示之圖畫在內。換言之，乃前述狹義文書之五要件中，文字性要件之放寬。

最廣義之文書，則除廣義文書外，尚包含（1）在紙上或物品上之文字、符號、圖畫、照像，依習慣或特約，足以為表示其用意之證明者（刑§220I）；或（2）錄音、錄影或電磁紀錄，藉機器或電腦之處理所顯示之聲音、影像或符號，足以為表示其用意之證明者（刑§220II），學理上有稱此兩種最廣義文書為「準文書」。

### 第三款 性交

本項之規定，係 1999 年新增，刑法§10V 原規定：「稱性交者，謂左列性侵入行為：一 以性器進入他人之性器肛門或口腔之行為。二 以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門之行為。」，目的乃為配合分則第 16 章妨害性自主罪等相關定之修正，以及將刑法及其他相關法律上，原本「姦淫」之用語，改採「性交」一語，而於刑法第 10 條第 5 項規定性交之定義，並擴大其範圍。

惟其第 1 款之規定極為抽象、模糊，難予正確適用。例如，以性器進入他人性器之行為，本屬男女性交行為之常態；且在通常情形，均係男性以性器進入女性之性器、肛門或口腔，其為性侵入，固無疑義；有問題者為，倘女性以強制之手段，使男性之性器進入其性器、肛門或口腔時，該女性之行為，可否認係性侵入？茲生疑義。

至第 2 款之規定，亦有不當之處。例如，婦產科醫師或其他醫護人員，於診療、產檢或健檢時，以手指進入女性性器或男性肛門之行為，是否亦屬性交行為？實不無疑義。

實則，揆諸各國立法例，鮮有於刑法中對於性交予以定義。反觀

我國現行立法，學界、實務批評意見不斷，其弊端，除（1）上述所陳文字之缺失外；（2）造成刑法上性交之定義，逸脫一般社會通念；（3）最為嚴重者，依現行規定，性交之範圍，包含狹義之性交以及口交、肛交（廣義性交）外，更擴大至其他身體部分或器物之進入性器、肛門行為（最廣義性交），此種立法例，基於保護個人性自主權之立場，倘行為人以強制手段為之，固無不可，準此，本法第 221 條之強制性交罪、第 222 條之加重強制性交罪、第 226 條之強制性交加重結果犯、第 226 條之 1 之強制性交罪結合犯，尚可採行最廣義性交概念；惟在未違反被害人意思自由情形之性犯罪，例如，第 227 條、第 228 條等罪，如仍採取最廣義性交概念，實不當擴大犯罪成立範圍，而造成濫罰之後果。例如，醫師基於醫療關係，向病患推薦新型肛門塞劑，即使取得病患同意後，為其施用，依原規定，仍應論以本法第 228 條權勢性交罪之構成要件，雖然，此種情形，尚可主張被害人同意或業務上正當行為，以阻卻違法。

2005 年 2 月 2 日修正公布之刑法為杜疑義，特修正為「非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」，如此之修法雖解決原先文義上之問題，惟又再次造成新的文義問題，蓋夫妻間正常之性器交合行為，係基於「正當之目的」，依新規定，將不符刑法上性交之定義，豈不違國民之一般常識。

### 第四款 電磁紀錄

2005 年 2 月 2 日修正公布之刑法，將舊法第 220 條第 3 項關於電磁紀錄之規定「稱電磁紀錄，指以電子、磁性或其他無法以人之知覺直接認識之方式所製成之紀錄，而供電腦處理之用者。」，修正文字後改列為第 10 條第 6 項「稱電磁紀錄者，謂以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之紀錄。」。惟在實務案件在適用「電磁紀錄」概念時，多少發生誤解之情形。以近年來持續發生網路遊戲「天幣竊盜」案件為例，許多法界先進認為，天堂遊戲中之錢幣、寶物或武器，雖非現實世界中之財物，惟屬刑法上之「電磁紀

錄」，依 2003 年 6 月修正前刑法第 323 條電磁紀錄以動產論之規定，應得論以竊取電磁紀錄罪。

惟天堂遊戲中之錢幣、寶物或武器，本身並非電磁紀錄，依網路遊戲之運作，係遊戲公司將程式軟體統一於其所管理之伺服器上執行，每個玩家在遊戲中所有之資訊，包含錢幣、寶物或武器之取得狀況等，均有相關之參數檔進行聯結，電腦螢幕上所顯出之錢幣、寶物或武器，均係程式執行時依相關參數檔之紀錄予以顯示，因此，相關參數檔方屬「電磁紀錄」，電腦螢幕上所顯出之錢幣、寶物或武器，性質上屬於電磁紀錄藉電腦所顯示之影像，依刑法第 220 條第 2 項之規定，此種電磁紀錄，屬於準文書。職是，在 92 年增訂刑法分則第 36 章「妨害電腦使用罪」前，前開「天幣竊盜」案件，應僅得論以變造準私文書罪。

## 第二項 公務員

### 第一款 概說

刑法第 10 條第 2 項對於公務員之定義，94 年 2 月 2 日修正公布前之刑法僅抽象地規定為「依法令從事於公務之人員」。

新法則將公務員之定義修正為「一、依法令服務於國家、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、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。」

一般見解認為，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，後者則毋須經過正式之任用，祇要其係依法令事於公務，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」。

在刑法上，公務員概念之適用範圍，涉及刑法分則領域三個重要性議題：（一）公務員犯罪之主體資格；（二）公文書之意義；

（三）妨害公務罪之客體性質。

### 一、公務員犯罪之主體資格

公務員犯罪，除刑法分則第 4 章瀆職罪以公務員為犯罪之主體外，他如公務員過失洩漏交付國防秘密罪（刑§110）、公務員縱放便利脫逃罪（刑§163）、公務員登載不實罪（刑§213）、公務員包庇罪（刑§231、§231-1、§270、§296-1）、公務員洩漏工商秘密罪（刑§318）以及公務員侵占罪（刑§336）等是。

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。

### 二、公文書之意義

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。

### 三、妨害公務罪之客體性質

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。

### 第二款 2005 年刑法修正前公務員之立法沿革

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。

按刑法有關「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』。」；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，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。」，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」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」。

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」，須受有正式任命之形式，始足當之；而刑法上的「職官」，則不以形式上受有任命令，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。

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。」（大理院6年統字666號解釋）、「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。」（大理院7年上字899號判例。）

### 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。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）。」（大理院統字第1516號解釋參照）

### 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。

### 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。又依法令從事於公務之職員者，係兼指「委員」而言。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。」（大理院9年統字1271號解釋參照）

### 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。

有認所謂「公務」，乃屬於國家統治機關或公共團體之事務。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。

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。」（最高法院 75 年度台上字第 6682 號判決參照）

### 第三款 2005 年刑法修正前歷來實務見解之特色

有關 2005 年刑法修正前（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：（一）須從事於公務；（二）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（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。」）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，應否認定為刑法上之公務員。

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）。

#### 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。

實務見解，其認定刑法上公務員範圍頗為廣泛，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，亦可能成為刑法上之公務員。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：（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。

##### （一）有組織法依據之人員

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）
- 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）

## （二）有任用法依據之人員

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）

## （三）其他依法令從事於公務之人員

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 台上 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 日令公布之台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 台上 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 台上 3376 判決）
- 3、鄉公所依照台灣省公墓火葬場、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 台上 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 年度台上字第 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。

例如，（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）

### 三、司法實務見解之檢討

由於「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 年度台上字第 5457 號、90 年度台上字第 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（台高院 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台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制作之證明書，並非直接依法令從事於公務，因此，難逕認其制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」。

## 第四款 新制公務員之思考原則

按 2005 年新修刑法公務員概念之設計，係源自台灣刑事法學會於 2002 年接受行政院經濟建設委員會委託，進行「公務員涉及刑事案件之類型化研究」專案研究的結果報告；其中有關公務員相關刑事法律規範之檢討與研修建議部分，包含刑法公務員修正意見，正係由著者負責處理。茲謹就當時新制公務員之思考原則，說明如次。

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。茲就實務見解之更迭，說明如次。

### （一）早期見解

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。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 2 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（5））
- 2、依台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，然受台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 2 條後段所定，即屬受公務機關委託承辦公務之人。（70 台上 4834 判例）
- 3、上訴人固與台灣電力公司台南區營業處訂立「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。（71



台上 3023 判決)

## (二) 後期見解

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 台上 3105 判決、76 台非 224 判決、84 台上 5755 判決、87 台上 1901 判決、88 年台上 1124 判決、88 台上 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 2 條所稱之「受公務機關委託承辦公務之人」有間。（最高法院 73 台上 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 82 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。（台高院 85 上更（1）571 判決）

## (三) 關於委託關係之解釋

司法實務見解認為，委託關係須以有具體之委託契約為前提（57 台上 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。

### 1、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 336 條第 2 項之業務侵占罪。」（司法院（74）廳刑 1 字第 452 號）

### 2、有認為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。」（78 台上 3595 判決）。

### 3、本書看法

本書認為，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」。

在經由前述檢討後，作者方於台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。

### 第五款 台灣刑事法學會版之公務員類型與要件

#### 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，係類似「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。

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。作者在研議台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。

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、公立學校、公立醫院等，則不在此限。

#### 本書補述

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。

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用，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

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。

### 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 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 年台上 3105 判決、76 年台非 224 判決、84 年台上 5755 判決、87 年台上 1901 判決、88 年台上 1124 判決、88 年台上 2273 判決）。

而行政程序法第 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。」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，明定為「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台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。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。

## 第六款 刑法公務員之解釋

### 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可分之關係，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。

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。

當代世界主流思潮，係採法治國家原則，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。

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（行政程序法第 16 條參照）。

## 二、刑法公務員之類型與要件

綜上所述，新制刑法公務員三種類型：（一）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」；（二）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」；（三）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」。

茲就三種公務員類型之要件，說明如次：

### （一）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，台灣電力股份有限公司、台灣自來水股份有限公司、中華郵政公司、中國石油股份有限公司等，均已非機關公務員（組織公務員）。

#### 本書補述

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。」

另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。