



中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2010年 第2卷 [总第18卷]

刑法评论

CHINESE CRIMINAL LAW REVIEW

赵秉志 主编

台湾地区新修正刑法中公务员的概念 甘添贵

台湾地区新修正刑法中公务员之解释与国家之任务 靳宗立

评析台湾地区刑法新修正之公务员概念 吴耀宗

刑法与行政法有关公务员概念的交错

——从行政法学的角度观察 程明修

郑重的承诺与隆重的不信

——简评实质刑法观与形式刑法观之争 胡月军

关于增设学术诈骗罪的建言 (加)杨诚

论强奸罪中轮奸情节的法理界定 曹云

刑法对知识产权的保护 (德)舒奈曼 鲁力、白飞、王勇群 译

关于韩国产业技术不正当泄露处罚规定的问题点及对策 李廷元



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2010年 第2卷 [总第18卷]

刑法评论

赵秉志 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论. 2010 年. 第 2 卷: 总第 18 卷 / 赵秉志主
编. —北京: 法律出版社, 2010. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1582 - 8

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—研究—丛刊
IV. ①D914. 04 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 247432 号

刑法评论 2010 年第 2 卷(总第 18 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2010 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22.75 字数 343 千

印次 2010 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1582 - 8

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目录

台湾地区刑法中的公务员概念专论

台湾地区新修正刑法中公务员的概念 / 甘添贵	1
台湾地区新修正刑法中公务员之解释与国家之任务 / 靳宗立	11
评析台湾地区刑法新修正之公务员概念 / 吴耀宗	58
刑法与行政法有关公务员概念的交错	
——从行政法学的角度观察 / 程明修	180

1
目
录

理论争鸣

对中国刑法学研究的三重追问	
——兼评西田典之《日本刑法总论》 / 李 勇	200
郑重的承诺与隆重的不信	
——简评实质刑法观与形式刑法观之争 / 胡月军	208

立法研究

关于增设学术诈骗罪的建言 / [加]杨 诚	223
-----------------------	-----

司法实务

论强奸罪中轮奸情节的法理界定 / 曹 云	235
----------------------	-----

域外法治

刑法对知识产权的保护 / [德]舒奈曼 著 鲁力白 飞 王勇群 译	250
--------------------------------------	-----

关于韩国产业技术不正当泄露处罚规定的问题点及对策 / 李廷元	264
--------------------------------	-----

北师大刑科院五周年院庆

北京师范大学刑事法律科学研究院隆重举行建院五周年庆祝 活动 / 袁 彬	278
刑事一体化的探索与实践 ——北师大刑科院建院五周年工作总结 / 赵秉志	281
出席北师大刑科院建院五周年庆典的部分领导、学者和代表的致辞	298
北师大刑科院教师撰写的院庆文章选登	320
“刑事一体化”与刑事诉讼法学科的发展 / 宋英辉	355

台湾地区刑法中的公务员概念专论*

●台湾地区新修正刑法中公务员的概念

甘添贵**

一、前言

依修正前刑法第10条第2项规定,只要依法令从事于公务的人员,即为刑法上的公务员。2005年修正后,则须依法令服务于国家、地方自治团体所属机关而具有法定职务权限,以及其他依法令从事于公共事务,而具有法定职务权限者;或受国家、地方自治团体所属机关依法委托,从事与委托机关权限有关的公共事务者,始能称为刑法上的公务员。修正后的公务员概念,并未限缩刑法上公务员的涵盖范围。第1款前段的身份公务员类型,着重服务于国家或地方自治团体所属机关的身份,而将历年来实务上大多数的解释或判例通常均以出身公务机关或由政府任命或委派者,即认其为公务员的见解,予以明文化,并未限缩,亦未扩大其定义。第1款后段的授权公务员类型,则除身份公务员的类型外,将现行法的公务员定义加以明确化,其定义有限缩亦有扩大。第2款的委托公务员类型,则为现行法所无,系扩大公务员的概念范围。

二、修正前公务员定义的商榷

修正前刑法上公务员的定义,各界看法不一。有认为无须修正者,亦

* 本专论注释所引用的台湾地区“最高法院”等有关当局的判例、规章所采用的纪年均为民国纪年,敬请读者注意。

本文根据大陆有关涉台方面的出版规定做了技术修改,特此说明。

** 台湾刑事法学会荣誉理事长,世新大学法律学院教授。

有认为须适度加以修改者。其实,修正前刑法对于公务员的概念,仅须依法令从事于公务的人员,规定极为抽象、笼统与简略。从法律规定的繁简与所包摄范围的广狭关系而言,法律规定越抽象与简略,其所包摄的范围即越加广泛。立法者对于刑法上公务员概念的界定,极为抽象与简略,实与法明确性及可预测性等要求不符,且因未发挥其对法概念深化充实的解释指导功能,致赋予司法实务对个案所涉主体的公务员定性有过大的解释空间。

修正前刑法上的公务员概念,立法定义所滋生的疑点颇多。例如,所谓依法令,究其所依据的法令,是否仅限于公法性质的法令?抑或私法性质的法令亦得包括在内?再者,所谓公务,是否仅限于国家或地方的事务?公共团体的事务或公众的事务是否亦应包含在内?且所谓公务,是否仅限于具有公权力性质的事务?其他涉及私权性质的事务或单纯行政的事务,是否亦涵盖于公务的范畴内?凡此均有澄清的必要。

倘仔细观察历来司法解释及判例,在认定刑法上公务员的概念时,几乎皆未说明其所从事者是否为公务、何种性质的公务以及是否有法令依据与何种法令依据。除未说明任何理由,即直接认定该人系依法令从事于公务之人员的情形外,大部分情形均系以该人是否出身于国家或地方行政机关或国营事业单位,作为认定的准据。可见,司法解释及判例仍以身份公务员的概念作为主要的认定标准,职务公务员的概念,仅为辅助的认定标准而已,因而导致诸多备受质疑的实务见解产生。

例如:

1. 公私立学校校长

“司法院”释字第2369号解释:“公立学校校长,应认为刑法上的公务员。至私立学校校长则否。”公立学校与私立学校的分别,主要在于设立时,其资金的来源系出于政府的公帑或私人的资金;至于校长主持校务时,仍须依据大学法的规定,且其所办理的事务,亦均属教育的公共事务。无论系公立学校校长抑或私立学校校长,其所依据的法令及所从事的教育事务,均完全相同,何以一则为公务员,一则为非公务员?依该号解释文,无从明了其所依据的理由何在。如依刑法第10条公务员的定义,公立学校校长抑或私立学校校长,均系依法令从事于公务的人员,应认其均属刑法上的公务员。惟倘作如此解释,公立学校校长认其为公务员,或无

疑义；私立学校校长，亦认其为公务员，不但有悖情理，且难为一般国民所接受。

2. 公营事业单位员工

“司法院”院字第8号解释：“股份有限公司，政府股份既在百分之五十以上，纵依公司法组织，亦系公营事业机关，其依法令从事于该公司职务的人员，自应认为刑法上所称的公务员。”公营事业机关与私营企业的主要区别，亦在于设立时，其资金的来源系出于政府的公帑或私人的资金。如政府公帑在百分之五十以上时，即为公营事业机关。至其营业内容，几均为一般私经济活动，绝少为公务。设公营事业机关与私营企业的营业内容，均为一般私经济活动时，其依法令从事于该公司职务的人员，均非从事于公务，仅因政府股份在百分之五十以上，即认为刑法上的公务员，因该号解释文，亦未说明其所依据的理由，不但与刑法第10条公务员的定义不合，且令人无从了解其奥妙所在。

3. 现役士官兵

“司法院”院字第1063号解释：“士兵不能离军队独立执行职务，故现役士兵，不得视为刑法上的公务员。”“司法院”院字第2434号解释：“在营军官固属军人，但其依法令从事于公务，亦系刑法上的公务员。”“最高法院”52年度第1次民刑庭总会会议决议（一）决议：“参照司法院院字第2434号解释，现役士官依法令从事于公务时，具有刑法上公务员的身份。”依院字第1063号解释，现役士兵因不能离军队独立执行职务，故不得视为刑法上的公务员。惟现役士官兵，其阶级固有高低，在一般情形，均不能离军队独立执行职务，何以一则为公务员，一则为非公务员？且能否离军队独立执行职务，并非据以认定公务员的标准，故该号解释，完全忽视刑法第10条公务员规定的存在，实令人莫名其妙。

三、刑法与行政法的规范目的不同

国家事务庞杂，不仅须设立各层级的行政机关，且须分官设职，处理国家的相关事务。因此，行政法的规范目的，系在使国家事务得以顺畅进行；其设置公务员的用意，即在为人民提供良好的服务，所谓公务员为人民的公仆，即在显现此种意义。惟刑法的规范目的，则与行政法不同，刑法的规范目的，乃在制裁犯罪，维护社会的和平秩序。质言之，即在保护

人民生活利益的安全以及维护社会生活的伦理秩序。因此,刑法上有关公务员的规范意义,为配合刑法的规范目的,显然与行政法上的公务员概念,迥然有别。

因刑法与行政法的规范目的不同,刑法上公务员的概念与范围,与行政法并不相同。属于刑法上的公务员者,未必属于行政法上的公务员。例如,私立学校的教评会委员,依“司法院”释字第462号解释认为,各大学校、院、系(所)教师评审委员会关于教师升等评审的权限,系属法律在特定范围内授予公权力的行使,其对教师升等通过与否的决定,与“教育部”学术审议委员会对教师升等资格所为的最后审定,于教师的资格等身份上的权益有重大影响。因此,该教评会委员,即可认为属于刑法第10条第2项第1款后段的授权公务员类型。反之,属于行政法上的公务员者,亦未必属于刑法上的公务员。例如,各级民意机关代表,亦即公职人员,并非行政法上的公务员,惟因国家或地方自治团体所属机关,包含地方立法机关在内,则属于刑法第10条第2项第1款前段的身份公务员类型。因此,认定何人属于刑法上的公务员,须立于刑法本身独立的观点加以判断,不宜将行政法上的公务员定义直接引介套用于刑法上公务员的定义。某种行为主体是否该当行政法的公务员概念或刑法的公务员概念,仍须依其规范目的加以检验,符合行政法上公务员概念的行为主体,未必即同时该当刑法上的公务员概念。

四、界定公务员概念的基准

在刑法规范上,公务员所扮演的主要角色,有为犯罪的行为主体者,亦有为犯罪的行为客体者,其中则以公务员是否为犯罪的行为主体最受关注。公务员为犯罪的行为主体时,因公务员的身份,亦为身份犯的一种,而身份犯有真正身份犯与不真正身份犯之别:前者以一定的身份为构成犯罪的要素,属于构成身份;后者则以一定的身份为犯罪加重或减轻的要素,属于加减身份。刑法上所界定的公务员概念,不仅应适用于公务员犯罪的构成身份,且应适用于加重身份。

(一)真正身份犯

某种法益的安全,可能只有服务于国家各种机关组织的人员,始能予以侵害,国家法秩序亦只能对于此等服务于国家各种机关组织的人员加

以命令,始能达成保护该法益的任务。例如,贿赂罪的保护法益,依司法实务向来的见解,均认为在保护公务执行的公正性。所以只有服务于国家各种机关组织的人员,因为身负执行公务的职责,始有可能对于该公务的公正性加以侵害;且因其为服务于国家各种机关组织的人员,国家法秩序始有高度要求其保护公务的公正性及维持廉洁操守的特别义务。

(二)不真正身份犯

某种法益的安全,任何人都有可能加以侵害,但如系服务于国家特种机关组织的人员,加以侵害时,例如,纵放人犯罪的保护法益,依司法实务向来的见解,为国家公的拘禁力,亦即国家的权力作用。侵害国家拘禁力的权力作用,固然不问任何人都有可能加以侵害,但如系有逮捕、拘禁、押解或看守职务的人员,因系服务于国家特种机关组织的人员,国家法秩序有高度要求其特别服从命令及保护国家权力作用的义务,所以此等人员如纵放人犯时,即给予较一般人较重的处罚。

因此,不论系真正身份犯或不真正身份犯,因其服务于国家各种机关组织,国家法秩序始有高度要求其服从及保护的特别义务。在界定公务员的概念时,何人应界定其为公务员,何人应界定其为非公务员,应以公务员犯罪共通的本质,即国家法秩序是否高度要求其服从及保护的特别义务作为界定其范畴的基准。

五、公务员定义与国家的权力作用

无论系国家或地方自治团体所属机关抑或任何私人,均须于秉承国家意志处理有关人民的公共事务,而与国家的权力作用有关时,国家法秩序始有高度要求其具服从或保护的特别义务。所谓国家的权力作用,系指国家居于统治主体的地位适用公法规定,得对人民下令、禁止、确认或形成的各种作用。简言之,国家的权力作用,即国家统治权的作用。因此,在解释国家或地方自治团体所属机关的涵盖范围时,须稍作限缩解释,须与国家的权力作用有关,亦即须为行使国家统治权作用的行政机关及其他公务机关,始为国家或地方自治团体所属机关。例如,征信业、医院、学校、电信业、金融业、证券业、保险业及大众传播业等,因与国家的权力作用无关,均非属于国家或地方自治团体所属机关。公立学校、公立医院及公营事业等,虽为国家或地方自治团体所属机关的一部分,但因非行

使国家统治权作用的公务机关,应将其排除于国家或地方自治团体所属机关之外。

至于其他依法令从事于公共事务的人员,本非服务于行使国家统治权作用的行政机关及其他公务机关的公务员,但法令特别规定将公共事务处理的权限,授权其行使,其所从事的公共事务,已与国家的权力作用有关,因而国家法秩序亦得要求其负有服从或保护的特别义务,在刑法上即得认其为公务员。例如,农田水利会组织通则第23条规定,农田水利会的会长及各级专任职员,视同刑法上的公务员。因此,此类人员基于法令授权所从事的公共事务,既与国家的权力作用有关,在解释上,亦应以涉及有关公权力性质的事项为限,亦即其所从事的公共事务,须为代表国家行使权力,而与国家的权力作用有关的事项。

再者,接受委托从事与委托机关权限有关公共事务的人员,本来亦非服务于国家或地方自治团体所属机关的公务员,其身份与一般国民相同,国家法秩序并无理由要求其负有服从或保护的特别义务。惟此等私人既已接受国家公务机关依法委托且具有处理一定公共事务的权限,实际上已与国家的权力作用有关,且已类似于国家公务机关,故国家法秩序亦得要求其负有服从或保护的特别义务。因而,其接受委托而从事与委托机关权限有关的公共事务,因与国家的权力作用有关,在解释上,亦应以涉及有关公权力性质的事项为限。

六、新修正刑法公务员的三种类型

新修正刑法第10条第2项有关公务员的定义,得分为三种类型:一为依法令服务于国家或地方自治团体所属机关而具有法定职务权限者,得称为“身份公务员”;二为其他依法令从事于公共事务而具有法定职务权限者,得称为“授权公务员”;三为受国家或地方自治团体所属机关依法委托,从事与委托机关权限有关的公共事务者,得称为“委托公务员”。兹就此三种公务员类型的定义,略为解说如次:

(一)身份公务员

所谓身份公务员,系指依法令服务于国家或地方自治团体所属机关而具有法定职务权限的人员。新修正刑法第10条第2项第1款前段的规定,即属此类型的公务员。依现代民主宪政的原理,人民为国家的主

人,整个国家的主权属于国民全体,国家为保护人民基本权利及增进人民福祉,须于中央及地方设置各种机关组织,分官设职,筹配人力,一方面尽到为人民公仆的义务,另一方面则领受国家的薪俸,并获得国家的照顾与保障。此等服务于国家各种机关组织的人员,自须秉承国家所赋予的使命,戮力从公,以免辜负人民的期待。因而,国家法秩序为贯彻国家由人民所赋予的权力作用,对于此等服务于国家各种机关组织的人员,即有要求其特别服从及保护的特别义务。

此类型的公务员,采身份公务员的概念,以其身份为准,只要服务于与国家的权力作用有关的国家或地方自治团体所属机关的人员而具有法定职务权限者,即得认其为刑法上的公务员。此类型的公务员,在观念上与行政法上的公务员概念相近,且与实务上大多数的解释或判例通常均以出身公务机关或由政府任命或委派者,即认其为公务员的见解相仿,更与一般国民的感情或认知相符。

惟纵然服务于与国家的权力作用有关的国家或地方自治团体所属机关,如无法定的职务权限,例如,只依民法的规定,获得国家或地方自治团体所属机关雇用,担任保全或清洁工作,或只单纯从事机械性、肉体性工作的人员,则不包含在内。例如,司机、工友等是。

(二) 授权公务员

所谓授权公务员,系指依法令授权而从事于公共事务且具有法定职务权限之人员。新修正刑法第10条第2项第1款后段的规定,即属此类型的公务员。此等人员,虽非服务于国家或地方行政机关的人员,惟法令上特别规定将公共事务处理的权限,直接交由特定团体的成员为之,而使其享有法定的职务权限者,即依法令负有一定公共事务的处理权限,自应负有服从或保护的特别义务,亦应认其为刑法上之公务员。

此种类型的公务员,系采职务公务员的概念,以其所执行的职务为准,视其具体的职务行为是否属于行使国家统治权作用的行为,而决定其是否为刑法上的公务员。因此,在实质上与修正前公务员的定义“依法令从事于公务的人员”,在用语上并无多大差异,只是在解释上必须将前述的身份公务员类型排除在外,同时必须将“公务”一语,限缩解释为只涉及有关公权力性质的公共事务。

服务于公营事业机构、公立学校及公立医院的人员,如依法令负有处

理有关公权力性质的公共事务的权限,即得视为刑法上的公务员。例如,公立学校、公立医院及公营事业的员工,依政府采购法的规定承办、兼办采购的行为,其采购内容,纵然只涉及私权或私经济行为的事项,但依“最高法院”93年度裁字第625号判决,认为政府采购法有关招标、审标、决标争议的审议判断视同诉愿决定,性质上属于执行公权力的行为。因此,此等机构的员工,依政府采购法的规定承办、兼办采购行为时,即属于刑法上的公务员。

他如,“司法院”院字第382号解释认为,公立学校系各级政府依法令设置实施教育的机构,且有机关的地位,其依法举办考试录取学生,许可其入学,系行使公权力的行为,因其单方面对每一应试者评定成绩,为录取与否的决定,使应试者产生有无入学取得学生资格的效果,于应试者在宪法上保障的受教育的权利有重大影响,此与对于已在学学生所为退学或类此的处分行为相当。再如,“司法院”院字第462号解释认为,各大学校、院、系(所)教师评审委员会关于教师升等评审的权限,系属法律在特定范围内授予公权力的行使,其对教师升等通过与否的决定,与“教育部”学术审议委员会对教师升等资格所为的最后审定,于教师的资格等身份上的权益有重大影响。因此,学校的校长以及其他担任行政职务的教师,如担任学校的招生工作或教师升等的评审等职务时,亦属于刑法上的公务员。

(三)委托公务员

所谓委托公务员,系指受国家或地方自治团体所属机关依法委托,从事与委托机关权限有关公共事务之人员。新修正刑法第10条第2项第2款规定,受国家、地方自治团体所属机关依法委托,从事与委托机关权限有关的公共事务者,亦属于刑法上的公务员,系采职务公务员的概念。

鉴于目前较为先进国家的社会形态,已经日渐改变,昔日对于国政的运营或公共事务的处理,完全由代表国家的公务员主导,可以说是属于“官僚指导型”,所以强烈要求公务的威信或国家的权威。但是随着经济的蓬勃发展,“官僚指导型”已逐渐转化为“民间指导型”,大企业等团体对于公共事务的影响力,已经日益增加。国家往往将其本身所肩负的任务,逐渐委托私人或团体进行处理。台湾地区亦不例外,例如,高速铁路、

快运、高速公路电子收费系统等是。为因应这种社会形态的剧烈变革,行政程序法特别于第16条第1项规定,行政机关得依法规将其权限的一部分,委托民间团体或个人办理;且于第2条第3项规定,受托行使公权力的个人或团体,于受托范围内,视为行政机关。此外,国家赔偿法第4条第1项亦规定,受委托行使公权力的团体或个人,于执行职务行使公权力时,视同委托机关的公务员。可见未来行政机关将其机关内的权限委托团体或个人行使的情形,势必将日益增加。因此,为因应这种社会形态的改变,宜前瞻性地将此种受委托行使公权力的公共事务的人员加以明文统一规范。因此,新修正刑法第10条第2项第2款所规定的委托公务员类型,即为因应此种社会形态的改变所作的规定。

司法实务上,对于贪污治罪条例第2条后段所谓受公务机关委托承办公务的人,认为所委任者必须是该机关权力范围内的事务,受任人且须因而享有公务上的职权及权力主体的身份,同时在受任范围内可以行使公务主体的权力时,始能认其为该条例所称的公务员。“最高法院”此种见解,颇值赞同,且可依此种见解,明确区分行政助手与行政委托间的差别。若仅受公务机关私经济行为的民事上委任或其他民事契约所发生私法上的权利义务关系,所委任者并非机关权力范围内的公务,受任人并未因而享有公法上的权力,即不能认为刑法上的公务员。

行政助手,又称行政辅助人,系在行政机关的指示下,协助该机关处理行政事务(含公权力的行使),性质上仅为该机关的辅助人力,并非独立的官署或具有自主的地位。因此,行政辅助行为的法律效果,并非归属于辅助人,而系归属于被辅助的行政机关。例如,民间拖吊业者受警方委托从事违规车辆的拖吊业务,仅为接受公务机关委托,协助该机关处理拖吊的行政事务,该拖吊业者并不因而享有公法上的权力,性质上属于行政辅助人,并非刑法上的公务员。又如,台电员工接受政府的行政命令,对于色情行业进行断电措施时,该台电员工亦仅属于行政辅助人,并非刑法上的公务员。

至行政委托,则系受托人因行政机关的委托而行使具有公权力性质的事务。受托人于委托范围内执行行政任务时,依行政程序法第2条第3项规定,视为行政机关,其得于权限范围内作出行政处分、征收规费及采取其他高权措施。受托人对外为独立的行政主体,其执行行政事务的法

律效果直接归属于该受托人。如依“最高法院”判例所示,受托人必须因而享有公务上的职权及权力主体的身份,同时于其受托范围内可以行使公务主体的权力时,始能认为系刑法上的公务员。

●台湾地区新修正刑法中公务员之 解释与国家之任务*

靳宗立**

一、前言

对于刑法之所以要定义“公务员”概念,一般论者多认为主要是因其职务与身份于刑法分则多有构成或加重之关系,或与妨害公务罪有关,所以有确定其意义与范围之必要。^① 实则,在刑法上,“公务员”概念之界定,在刑法分则领域有三个重要性议题:(1)公务员犯罪之主体资格;(2)公文书之意义;(3)妨害公务罪之客体性质。

在以“公务员”作为犯罪行为主体资格之身份犯中,公务员概念应如何界定,此一问题,乃向来解释刑法上公务员概念之主要目的。

惟刑法分则各本条之规定中,不乏以“公文书”作为犯罪之客体者,如刑法第 213 条之公务员登载不实罪,即属之。而“公文书”之定义,刑法第 10 条第 3 项系规定为“公务员职务上制作之文书”,因此,要解释何谓“公文书”,其前提自应先将“公务员”概念予以界定。

再者,在妨害公务罪中,自刑法第 135 条至第 141 条,除第 137 条之规定外,其犯罪客体均设有公务员,或与公务员有关,因此,要判断妨害公务罪之成立,亦应先将“公务员”概念予以界定。

刑法既在总则第 10 条第 2 项对公务员设有定义,因此,在探讨刑法

* 本文根据大陆有关涉台方面的出版规定做了技术修改,特此说明。

** 辅仁大学法学博士,辅仁大学法律学系专任副教授。

① 参见石松:《刑法通义》,上海商务印书馆 1930 年版,第 56 页;郭卫:《现代刑法总论》,上海世界书局 1933 年版,第 57 页。

上公务员概念应如何界定时,自应考虑是否能妥善适用于上述刑法分则领域三项议题。^①通说向来认为,公务员可分为行政法上之公务员与刑法上之公务员:前者须经正式之任用,后者则无须经过正式之任用,只要其系依法令从事于公务,即可视为公务员,故前者可称为身份上公务员,而后者可称为事实上公务员。又所谓“依法令从事于公务之人”,并不以本国人民为限,外国人依我国法令从事于我国之公务者,亦得属之。^②

由于公务员概念适用范围极广,而基于刑法第11条的意旨,以及罪刑法定与平等原则的要求,总则同一刑法公务员之定义、要件,在适用于不同分则领域甚至其他刑罚法规时,不应有不同之解释,也因此,在2005年刑法修正前,刑法公务员旧制“依法令从事于公务之人员”,由于要件太过简略,以致实务长年来面对复杂多变的具体案情,累积出许多不合理的缺失,以至于有新制之修正。

新修刑法公务员的修正,以及其类型与要件的解释,也免不了遭受各界的批判与检验。由于新修刑法公务员的研修,从草案文字到修法协商,台湾地区刑事法学会在甘添贵教授的带领下,积极关心刑事法制建设;而作者有幸全程参与其间,见证刑法公务员概念的演变。当然,人文制度,本不能人人满意,总有人基于不同理由或价值观,而有或多或少之异见,因此,在异中求同,由对话参与中,凝聚多数之共识,作为修法之基础,实为多元价值之当代社会下“正当”之做法。仅以一己之见作为立法准则,固属独断;标榜社会成员“一致性”见解,亦属乌托邦。

本文的目的,一方面除了回顾刑法公务员概念的立法沿革,说明新修刑法公务员概念的修正过程及理由,另一方面重要的是,新的条文规定既经立法,法界如何阐释新制的要件,如何适用于复杂多变的具体个案,甚至于新制立法之缺失如何改进等,均须由法界全体经过不断沟通、对话,始克有功,并不当然受原先规划、研拟意见的拘束。因此,本文亦提出解释新制公务员的看法,用作法界对话之参考。

^① 在日本,其通说认为刑法上之公务员定义,即于总则第7条第1项设有规定,自应适用于妨害公务罪、公文书伪造罪及受贿罪等规定中之公务员概念。参见佐伯仁志:“刑法上の公务员”,载《公务员判例百选》〔别册ジュリスト(第88号)〕1986年版,第12页。

^② 参见蔡墩铭:“公务员犯罪之研究(一)”,载《军法专刊》1976年第11期。