

第

1

章

基本原則與法例

■ 基本原則體系 ■

- 一、刑法中心思想—謙抑思想
- 二、刑法基本原則—罪刑法定原則（§1）
 1. 刑罰
 2. 保安處分
- 三、罪刑法定主義之衍生性原則
 1. 禁止溯及既往原則
 2. 類推適用禁止原則，例外：類推適用結果係限縮刑法適用範圍者
 3. 習慣法禁止原則，例外：習慣法適用結果係限縮刑法適用範圍者
 4. 絕對不定期刑禁止原則
- 四、刑法名詞定義（§10）
 1. 稱以上、以下、以內者
 2. 公務員
 3. 公文書
 4. 重傷
 5. 性交
 6. 電磁紀錄

■ 考點整理 ■

- 一、刑法制裁之效果乃係對人民基本權利之限制與侵奪，包括生命（死刑）、自由（無期徒刑、有期徒刑、拘役）與財產（罰金）等，本於憲法第 23 條法治國原則適合性與必要性之要求，應於最小限度之範圍內實施，亦即惟當民法或行政法對不法行為尚不足以導正或實現公平正義時，方有刑法之適用，此即刑法謙讓抑制之本質，學理稱之以謙抑思想。依甘添貴老師見解，所謂刑法謙抑思想，乃指刑法必須本於謙讓抑制之本旨，在必要及合理之最小限度範圍內，始予以適用之法思想，又稱為刑法之經濟思想。按刑法之法律效果，將其作為犯罪，而處以一定之刑罰制裁，動輒剝奪犯人之生命、自由或財產，處罰極為嚴酷，而犯人本身亦受到極大的限制與不便。因此，將一個不法行為規定為犯罪，並動用刑罰加以制裁時，務必慎重行事，需於不得已時，方可為之。故某一不法行為，若依民法或行政法之規定予以處理，以足以遏止該不法行為或維持社會之公平正義時，則無須將其定為犯罪，而施以刑罰制裁。必須民法或行政法對此不法行為之處理，無法滿足社會一般人之正義理念或仍不足以遏止不法行為時，始有將其規定為犯罪，而施用刑罰之必要。甘老師進而指出，刑法之任務，主要在於保護法益之安全，對於一個不法行為可否發動刑法加以處罰，應首先視其對於法益有否侵害或危險，以為發動刑法處罰犯罪之最大範圍與限度。如已對於法益造成侵害或危險，再視其侵害該法益之行為態樣，有否違反社會秩序，倘亦違反社會倫理秩序時，該不法行為始具有處罰之必要性，此外，雖具有處罰之必要性，並非即可當然發動刑法加以處罰，若處罰該不法行為，無助於防止惡害或反較由犯罪所生之危害為大，或處罰該不法行為時，無法公平及無差別地執行

或顯然將造成刑事程序之質或量之過度負擔，或為防止該不法行為，尚有其他統治手段存在者，則仍無發動刑法之必要。換言之，刑罰具有最後手段之補充性，蓋其本身亦屬於一種惡害，因此刑法所扮演的角色，應係備而不用。

二、基於刑法之核心價值—謙抑思想，刑事立法上乃循此建立罪刑法定主義為其基本準則，即對任何不法行為施以刑罰制裁，均須以法律明文規定為前提，何種行為構成犯罪，復應科予如何之刑罰，皆以法律明確規範之。罪刑法定主義並衍生包括：絕對不定期刑禁止原則、禁止溯及既往原則、習慣法禁止原則、類推適用禁止原則等。茲就其意涵分別說明如下：

- (一) 罪刑法定主義：人民之何種行為構成犯罪，該犯罪行為應科處如何之刑罰，均須以法律明文規定，使人民之行為有遵循之準則與依據，否則如有司法或行政機關任意決定刑罰之適用範圍，不啻對人民形成無可預期之侵犯與剝奪，憲法於人民基本權利之保障必將蕩然無存。因之既然犯罪之法律要件及其法律效果，皆須預以法律明確規範之，則法律未明文規定處罰者，即無成立犯罪並接受處罰可言。另保安處分雖屬為預防犯罪行為及侵害社會行為為目的，而對行為人施以再社會化取向之矯治、醫療、教育或保護管束等作為，性質與刑罰有間，惟其實施如有拘束人身自由者，即為對人民基本權之侵奪，故宜有罪刑法定主義之適用，俾使人民有可預測性。刑法第一條乃規定：「行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」
- (二) 絕對不定期刑禁止原則：刑罰之種類與範圍應於法律明確規範，以使審判者適用刑法對犯罪行為人為裁罰時，不致因個人之偏見或好惡而專擅獨斷。
- (三) 禁止溯及既往原則：行為受刑罰處罰既以行為時法律有明文規定者為限，則行為當時法律倘無處罰或較重處罰之規定，縱嗣後因法律變更而有處罰或加重處罰之規定，亦不得溯及適用於法律變更前之行為。但有利於行為人者除外。
- (四) 習慣法禁止原則：本於罪刑法定主義之要求，未形諸於法律明文之人類社會反覆慣行而具法確信之習慣法，自未得為刑罰之直接依據。惟通說與實務仍肯認習慣得作為構成要件內容解釋與違法性判斷之依據。
- (五) 類推適用禁止原則：某行為於刑法規範上並無適當條文可資適用，即不得援引其他相類條文予以論罪科刑，以避免刑罰之創設或加重。然本於刑法謙抑思想之精神，若類推適用之結果係限縮刑法之適用範圍而有利於行為人者，即應容許之。
- (六) 關於將保安處分納入刑法第一條之罪刑法定主義適用範圍，學者提出許多見解：

鄭逸哲老師認為，本於法治國思想與保障人民基本權利之精神，國家機關任何對人民自由權之限制或拘束均應符合正當法律程序之要求，此不限於形式意義之刑罰，亦包括刑法規範中之保安處分與刑事程序中之強制性處分，故贊同將拘束人身自由保安處分行為適用行為時法，以符合憲法第八條正當法律程序之精神。

林山田老師亦贊同上述見解，並認為新法增訂後段：「拘束人身自由之保安處分，亦同。」將誤導出「只有拘束人身自由的保安處分，才要受限於罪刑法定原則，而非拘束人身自由的保安處分，則可不受罪刑法定原則的限制」之結論，故主張「行為之處罰」在解釋上應包括刑罰與保安處分。倘若將「處罰」視為只有刑罰，而有修正本條之必要，亦宜改為「行為之處罰或處遇」或「刑罰之科處或保安處分之宣付」，以行為時之法律

有明文規定者為限。

柯耀程老師認為，刑法第一條與第二條第二項規定，將保安處分區分為「拘束人身自由」與「非拘束人身自由」，有欠妥當，蓋保安處分在本質上即屬於刑事制裁手段之一，殊難想像有非屬於拘束人身自由者，誠然立法理由提及之強制工作係屬拘束人身自由之保安處分，然其他保安處分例如保護管束雖非屬機構性處遇之保安處分，亦以剝奪受處分人之人身自由為其內容，又如對於毒品矯治之觀察勒戒或輔導治療，同具有拘束人身自由之性質，故立法條文之區分，易造成誤解而不當。

實務見解

行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，為刑法第一條所明定，同法第二條第一項所謂行為後法律有變更者，適用裁判時之法律，必以行為時之法律對於該行為有處罰明文為前提，若行為時並無處罰明文，輒憑裁判時之法律，以繩該項法律實施前之行為，微特其適用法則無憑準據，抑亦與刑法不溯既往之原則，根本相違。

(33上827)

實務見解

槍砲彈藥刀械管制條例係於七十二年六月二十七日公布施行，上訴人等攜帶武士刀、扁鑽等刀械行為當時之法律，並無處罰之規定，依刑法第一條之規定，自不得因其後施行之法律有處罰規定而予處罰。法律不溯既往及罪刑法定主義為刑法時之效力之兩大原則，行為之應否處罰，應以行為時之法律有無規定處罰為斷，若行為時與行為後之法律皆有處罰規定，始有刑法第二條比較新舊法之適用。原判決竟謂上訴人等未經許可無故持有刀械，觸犯公布施行在後之槍砲彈藥刀械管制條例，並適用刑法第二條第一項但書，自屬適用法則不當。

(72台上6306)

三、重要刑法名詞解釋與定義：

(一) 稱以上、以下、以內者，俱連本數或本刑計算。

(二) 稱公務員者，謂下列人員：1.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。2.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。

修正理由：

「第一款前段所謂『依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關』係指國家或地方自治團體所屬機關中依法令任用之成員。故其依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務者，即應負有特別保護義務及服從義務。至於無法令執掌權限者，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，並未負有前開特別保護義務及服從義務，即不應認其為刑法上公務員。」又「如非服務於國家或地方自治團體所屬機關，而具有依『其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者』，因其從事法定之公共事項，應視為刑法上的公務員，故於第一款後段併規定之。此類之公務員，例如依水利法及農田水利會組織通則相關規定而設置之農田水利會會長及其專任職員屬之。其他尚有依政府採購法規定之各公立學校、公營事業之承辦、監辦採購等人員，均屬本款後段之其他

依法令從事於公共事務而具有法定職務權限之人員。」「至於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，因受託人得於其受任範圍內行使委託機關公務上之權力，故其承辦人員應屬刑法上公務員」，

本此，大法官會議釋字第 8 號、第 73 號解釋，以政府股權占百分之五十以上之股份有限公司，即屬公營事業機構，其從事於公司職務之人員，應一律認為係刑法上公務員之見解，即有修正之必要。

林東茂老師認為，依修正新法之定義，刑法上的公務員有兩類：第一類，依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關，並且「具有法定職務權限的人」，屬身分公務員；或其他依法令從事於公共事務，而且「具有法定職務權限的人」，屬授權公務員。第二類，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的公共事務，屬委託公務員。林老師贊同修正刑法將公務員之定義，排除公立醫院醫師與國營事業從業人員之公務員身分。

鄭逸哲老師認為，「濫用法定職權」和「妨害法定職權行使」之概念乃為規定公務員定義之主要目的，蓋無論以公務員作為構成要件身分或以行使職務中之公務員作為攻擊客體，均是基於為保護人民法益與國家權力而為設計規定，故贊同以「法定職權」對刑法上公務員範圍為大幅限縮。

(三) 稱公文書者，乃公務員職務上製作之文書。

實務認為，所謂公文書，係指公務員本其職務上（基於公法上之關係）所製作之文書。如非基於職務上關係所制作者，仍不得以公文書論（二十年上字第六六八號判例）。至於公文書其內容係關於公法上之權利義務或是私法上之權利義務關係，均非所問，例如地政機關發給之建物所有權狀，雖係證明私權之存在，但仍為本於公權力所發之公文書。另郵政儲金簿、公務員代表國家與私人訂立之私法契約，甘添貴老師認為屬公文書，實務見解（最高法院二十八年刑庭決議）則採否定說。

(四) 稱重傷者，謂下列傷害：毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。毀敗或嚴重減損生殖之機能。其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。所謂毀敗係指該器官之機能完全喪失，而且永遠不能恢復。所謂嚴重減損，係指該器官之機能雖未完全喪失，但其效用已達永遠嚴重減損之程度而言。若僅一時喪失或嚴重減損但將來可恢復者，則不屬之。關於暴行與傷害之區別，學說上有身體完全性說、生理機能妨礙說、及折衷說（以外形容貌是否產生重大改變為標準）等，甘添貴老師主張以生理機能妨礙說為妥，實務亦同，故夫妻吵架，夫將妻之頭髮剃光，並不構成傷害。

(五) 稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合行為。修正理由：所謂「非基於正當目的所為之」，係為避免基於醫療或其他正當目的所為之進入性器行為，被解為係本法之「性交」行為。例如婦產科醫師以鴨嘴器為孕婦內診，即屬基於正當目的所為。為顧及女對男之「性交」及其他難以涵括於「性侵入」之概念，故修正第五項第一款、第二款，增訂「或使之接合」之行為，以資涵括。

多數學者皆認為本條「性交」定義不當：

李茂生老師認為，所謂基於正當目的之行為乃是類似於阻卻違法事由中之「業務上正當行為」，該「正當目的」之用語涵義曖昧不明，就道德家之觀點，不以結婚為前提之性交即是不合於「正當目的」之行為，且在一般人之觀念中，賣淫或援交亦非屬於基於正當目的之行為，如此是否均成立刑法之強制性交罪或妨害性自主之犯罪？況其他基於正當目的的行為，例如夫妻間之性交是否即非屬於刑法第十條規定中所稱之性交？

許玉秀老師認為，關於規範刑法性交之定義，其重點不在行為人之動作是否符合性交定義，而係是否符合刑法妨害性自主之構成要件，故並無增訂「非基於正當目的而為之」之必要，蓋縱未增訂，亦無人懷疑醫師之醫療行為或海關必要之檢查行為係屬於刑法上欲處罰之性交行為。

林東茂老師認為，任何理解刑法基本概念之人，均能認識婦產科醫師做陰道門診，沒有滿足性慾的心理傾向，既非刑法定義上的性交，更不是強制性交，增訂條文文字與立法理由以基於醫療或其他正當目的所為之進入性器行為，即可以排除在外，顯無必要。

(六) 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。修正理由：有關電磁紀錄之定義，係規定在第 15 章偽造文書印文罪章中第 220 條第 3 項中，然有關電磁紀錄亦適用於該章以外之偽造有價證券罪（§201-1、§204、§205）、第 28 章妨害秘密罪章（§315-1）、刑事訴訟法（§122、§128）、陸海空軍刑法（§20、§31、§63、§78）、軍事審判法（§111）等，已非單純於分則編之偽造文書印文罪章適用之，故將現行第 220 條第 3 項有關電磁紀錄之定義，增列「光學或其他相類之方式所製成」之紀錄後，再移列於本條第 6 項，以資概括適用。

實 務 見 解

貪污治罪條例第二條有關公務員之定義，已於九十五年五月五日配合刑法第十條第二項有關公務員之定義而為修正，並自同年七月一日施行。而刑法第十條第二項原規定：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員」，嗣修正為「稱公務員者，謂下列人員：(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。」是修正後公務員之主體，限於服務於國家、地方自治團體所屬機關之公務人員（即身分公務員），或係依法令從事於公共事務而具有法定職務權限者（即授權公務員），或係受機關委託而從事與委託機關權限有關之公共事務者（即委託公務員）。其中第一款所謂「依法令」，係指依法律與命令而言，而此之命令包括行政程序法第一百五十條之法規命令與第一百五十九條所稱之行政規則在內，是該款所稱之「法定職務權限」，自指法律與行政命令所賦與之職務權限。考其修正之立法意旨，端以舊法有關公務員之定義極為抽象、模糊，為避免因具有公務員身分，未區別其從事職務之種類，即課予刑事責任，而有不當擴大刑罰權之情形，允宜針對公務性質檢討修正，予以適度限縮公務員概念之範圍。而替代役實施條例第三條前段規定：「本條例所稱替代役，指役齡男子於需用機關擔任輔助性工作，履行政府公共事務或其他社會服務。」；第四條規定：「替代役之分

類區別如下：一、一般替代役：(一)警察役。(二)消防役。(三)社會役。(四)環保役。(五)醫療役。(六)教育服務役。(七)農業服務役。(八)其他經行政院指定之役別。二、研發替代役」。基此，替代役役男服役期間，依兵役法第二十五條第二項規定，並無現役軍人身分；且其非經國家考試及格，亦未經人事銓敘合格實授任用，按諸前揭刑法第十條第二項規定之文義及立法理由之說明，雖非上揭第一款前段所定之身分公務員；但是否屬於同款後段之授權公務員，應視其工作性質於事務要件上，是否從事於公共事務而具有公權力行為為判斷。若依其役別所擔任之工作符合具有「其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限」之情形，例如替代役實施條例第四條第一項第一款所定一般替代役之警察役別，依該條例施行細則第三條第一款第一點明定，警察役包括擔任矯正機關警衛之輔助勤務等，是替代役男奉派往監獄、看守所擔任立哨、崗哨、巡邏勤務者，因其從事於法定之公共事務，乃具有法定職務權限，應視為刑法上之公務員，而屬同款後段之授權公務員。至若所擔任之工作，於事務要件上，並非從事於公共事務而具有公權力之行為者，例如被派擔任兒童與少年、老人與病、殘榮民及身心障礙者之照顧，資源回收、環境清潔維護，特殊教育與國外輔助教學及中輟生之輔導，農業資源展覽導覽服務等與公權力行使無關事務，即非屬公務員。(98台上2828)

實務見解

刑法第五條第五款所指犯刑法第二百十四條，第二百十六條之罪，其所謂公務員職務上所掌之公文書，係指我國公務員（如駐外使、領館人員）職務上所掌管之我國公文書而言。至於在我國境外使外國公務員在其職務上所掌之外國公文書為不實之登載，自不在我刑法保護範圍之內。(69台上2685)

實務見解

修正後刑法第十條第二項規定：「稱公務員者，謂下列人員：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」。依其立法理由之說明：公營事業之承辦、監辦採購等人員，雖非上揭第一款前段所定之服務於國家或地方自治團體所屬機關，但具有「其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限」之情形，因其從事於法定之公共事務，並具有法定職務權限，故應視為刑法上之公務員，而屬同款後段之公務員。

行為後法律有變更，應依刑法第二條第一項從新從輕原則予以比較適用者，係指被告行為後至裁判時，無論依行為時法或裁判時法，均構成犯罪而應科以刑罰者而言。倘被告之行為，在行為時法律雖有處罰明文，但依裁判時之法律，因犯罪構成要件變更，已無刑罰之規定時，則屬犯罪後之法律已廢止其刑罰之範圍，即無刑法第二條第一項之適用，應依刑事訴訟法第三百零二條第四款諭知免訴之判決。(98台上1264)

實務見解

依修正後刑法第十條第二項規定公務員之定義為：(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者（下稱身分公務員），以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者（下稱授權公務員）。(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（下稱受託公務員）。即修正後刑法上「公務員」之範圍，除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之人員外，僅限於從事與公權力行使有關公共事務之人員始屬之。原判決以乙○○係忠孝醫院於八十年九月十五日起依據該院「事務管理規則」（業於九十四年六月二十日廢止，並另訂頒「工友管理要點」）所聘僱，為領有證照之技工，並非一般編制內之公務員，有卷附台北市立聯合醫院九十七年一月十八日北市醫政字第09730400100號函及附件履歷表暨台北市立聯合醫院政風人員孫勉德之證詞可稽，自非上揭規定之「身分公務員」；又忠孝醫院鍋爐油採購及運送合約之訂定，或由秘書室總務股辦理，或由台北市立聯合醫院松德院區辦理，忠孝醫院秘書室工務股並無承辦該項業務之法定職權，是有關採購供應、驗收等應屬秘書室總務股會同相關會計、政風人員承辦之業務，有台北市立聯合醫院九十七年六月二十七日北市醫政字第09732690000號函在卷可稽，乙○○僅屬該醫院秘書室工務股技工，其請購、核銷鍋爐油乃鍋爐維護管理工作之一環，屬採購鍋爐油決標籤訂採購合約後，實際執行之後續事務性工作，係受公務機關民事上僱用契約處理私經濟事務之人員，並未依法負有一定公共事務之處理權限，要非上揭規定之「授權公務員」；再乙○○並非忠孝醫院依法委託而從事與委託機關權限有關之公共事務，僅係負責維護管理鍋爐油之工作，亦無關任何公權力之行使，自非上揭規定之「受託公務員」；是比較修正前、後刑法之公務員定義，乙○○於刑法修正施行後已不具有刑法上所稱「公務員」身分，非屬貪污治罪條例所規範之犯罪主體，以新刑法較有利於被告等各等情。經敘明認定之依據及理由，難謂於法有違。

依原判決之認定，甲○○係油罐車駕駛人，為達掩飾其與乙○○共同侵占鍋爐油之目的，並同時接續後行使變造油單之行為等情，則其侵占油品、行使變造油單之行為，在自然意義上固非完全一致，但有部分合致，且目的單一，於刑法牽連犯廢除後，依社會通念應評價為一罪方符刑罰公平原則，並契合人民之法律感情。是原判決認甲○○於此部分係以一行為同時觸犯業務侵占及行使變造私文書罪，為想像競合犯，而從一重之業務侵占罪論處，即難認違誤。

(98台上3105)

實務見解

刑事訴訟法第一百五十四條所定「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」從建構待證事實之證據而言，法律並無種類之設限，舉凡與待證過去事件存在、不存在或如何存在具有事實關聯性之人、事、物，其足以推論待證事實者，均非不得作為推論之證據，然若待證犯罪事實所涉及之事或物乃犯罪事實之主要成分者（如殺人案之被害人屍體、偽造文書案之文書、不法抽取工程回扣案之工程承包是例），欠缺此等事或物之具體證據往往即缺乏事證或物證之相互印證，端憑人為供

(證)述(包括共同被告、告訴人或被害人、目擊證人之證詞)，實難認足以確認過去事件之存在、不存在或如何存在。況且供(證)述證據具有本身不可避免之瑕疵，蓋每一供(證)述事實皆經過「知覺」、「記憶」、「回憶」三階段，而有事實之敘述，姑不論其中尚可能潛藏有意之虛假，每階段均可能發生無意之誤差而失真，因而僅憑人為供(證)述，遽作判斷，則有應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。

本件關於上訴人等被訴共同經辦分組承攬工程、總統大選期間承攬工程及購辦托兒所點心案，收取回扣或與經辦人共同收取回扣等事實，其中經辦工程或點心採購案本身乃犯罪事實之主要成分，因而，有無該工程、採購案存在？該工程、採購案之執行情形如何？各項實際價金以及上訴人等取得之佣金若干？此等事實應有公務案件之各項紀錄可稽，悉須調查各項文書證據確認無訛後，始堪徵信。乃原判決未作此調查，就分組承攬工程部分，僅依共同被告楊鴻源、巫釗榮、陳淑珍、許慶發、何武能(該五人均業經第一審諭知免刑確定在案)、庚○○、陳昌隆、壬○○等之供述，即認定有此工程承攬、點心採購案之存在，並憑以認定上訴人等有從實際價金中取得回扣，實難認尚無合理懷疑；就總統大選期間承攬工程部分，但憑洪本成(業經第一審諭知免刑確定在案)、許慶發之女許倍菁、何武能、陳淑珍、巫釗榮、庚○○等之供述，遽予認定有此承攬工程及工程執行事實之存在，並憑以認定上訴人等有從中取得回扣，尚嫌無據。況且判決理由既謂「查無證據足證承包廠商實際交付甲○○回扣款及事後用於輔選總統之用，…」又謂「承攬廠商或恐受牽累，或因其他顧慮，若非恩義全斷，難期其自白鎮長或其他公所人員有收取回扣之情，…然由前述證據可知，前開款項確係甲○○於總統大選期間公所發包工程收取之回扣，…自不能因未能查得致送回扣之廠商名單，即為甲○○等有利之認定。」所持理由，似有扞格；就托兒所點心案部分，唯以巫釗榮所供子○○索取回扣、其表示不滿情緒，事為甲○○知悉，甲○○乃親將回扣返還等語，率予認定巫釗榮所述為真，不能謂無調查證據未盡之違法。

同上法條，從待證事實之推論而言，關於犯罪事實之認定，如有邏輯上推論次序先後關係，即有推論之前提事實存在者，在前提之基礎事實尚未認定之前，所為犯罪事實之認定，則有與論理法則不符之違背法令。本件檢察官起訴之犯罪事實，無論分組承攬工程或總統大選期間承攬工程部分抑或購辦托兒所點心案部分，所謂承攬公用工程、購辦托兒所點心等事實，核與所訴收取回扣犯罪具有邏輯上推論次序先後關係，亦即所訴收取回扣犯罪，係以所謂承攬公用工程、購辦托兒所點心等基礎事實之存在為前提。乃原判決在此前提之基礎事實尚未認定之前，逕為上訴人等收取回扣之犯罪，自有與論理法則不符之違背法令。

(98台上4223)

原判決以公訴意旨略稱：被告於民國九十年十月二十七日二十一時三十許，在雲林縣莿桐鄉○○村○○路五十二號二樓，基於傷害之故意，以拳頭毆擊林秀英之左眼，致其受有左眼球破裂併頭部挫傷之傷害，因認被告涉犯刑法第二百七十七條第一項之傷害罪嫌（林秀英之左眼球破裂後，嗣已完全成盲，因而受有毀敗一目視能之重傷害，檢察官於第一審審理時已變更起訴法條，認被告涉犯刑法第二百七十七條第二項後段之傷害致重傷害罪嫌）等情。但經審理結果，認為不能證明被告犯罪，因而撤銷第一審之科刑判決，改判諭知被告無罪，已詳細說明其取捨證據及得心證之理由，所為論斷，亦俱有卷證資料可資覆按。對於林秀英雖於警詢、偵查及第一審迭次指陳係被告以拳頭毆打其眼睛，但就究係如何毆打及毆打左眼或右眼，前後陳述則不一致，其於急診時又向醫護人員表示眼傷係碰撞門框所致，所指復與醫師陳信勳證陳該眼傷之成因不符，林秀英前開指述如何之難以採信；依憑陳信勳之證述，如何已足認定以拳頭毆擊林秀英之左眼部，無法造成眼球破裂之傷害；依據被告之供述，林秀英之指述，及證人莊財福之證詞，如何堪認林秀英於案發當時有急於衝出房間或在房內與被告拉扯之情事。亦皆已詳加說明及指駁。上訴意旨對於原判決所為前揭論斷，究有如何之違背經驗法則及論理法則等違法情形，並未依據卷內資料為具體指摘，上訴意旨(一)、(四)、(六)仍執陳詞，以林秀英係重度多障之人，無法期待其為無瑕疵之指述，且所陳事實經過細節，前後雖稍有不同，但對遭被告毆打眼睛之基本事實，則始終指述一致，原判決卻不予採信；人之手於握拳時，即成鈍物，以之擊打眼睛，應可造成眼球破裂，原審卻採陳信勳之證詞而為相反之認定；原判決未說明如何認定林秀英當時有急於衝出房間或在房內與被告拉扯之依據云云。據以指摘原判決違背法令，係就原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見而為不同之評價，且重為事實之爭執，依首揭說明，自非適法之第三審上訴理由。

(98台上4813)

■ 相關大法官會議解釋 ■

- 釋字第 5 號

行憲後各政黨辦理黨務人員，不能認為刑法上所稱之公務員。

- 釋字第 7 號

行憲後各政黨、各級黨部之書記長，不得認為公務員。

- 釋字第 8 號

來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。

（註：此號解釋因刑法第十條公務員定義之修正而不再適用）

- 釋字第 73 號

依公司法組織之公營事業，縱於移轉民營時已確定其盈虧及一切權利義務之移轉日期，仍應俟移轉後之民股超過百分之五十以上時該事業方得視為民營。惟在尚未實行交接之前，其原有依法令服務之人員仍係刑法上之公務員。

（註：此號解釋因刑法第十條公務員定義之修正而不再適用）

■ 案例試題 ■

• 1-1 •

試申述機關僱用之清潔人員與公立學校依政府採購法規定承辦採購人員是否為公務員？

命題焦點 ▶ 刑法公務員之定義。

(96地特)

解題分析 ▶ 是否具有法定職務為刑法公務員之要件。身分公務員、授權公務員與委託公務員之認定。

Ans

一、按刑法第十條第二項規定，稱公務員者，謂下列人員：

(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。

二、第一款前段所謂「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關」，係指國家或地方自治團體所屬機關中依法令任用之成員。因其依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務者，即應負有特別保護義務及服從義務。至於無法令職掌權限者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，因其未負有前開特別保護義務及服從義務，即不應認其為刑法上公務員。第一款後段規定者，係指非服務於國家或地方自治團體所屬機關，而具有依「其他法令從事於公共事務而具有法定權限者」，因其從事法定之公共事項，故應視為刑法上之公務員。

三、承上所述，刑法第十條第二項所稱之公務員可分別為：

(一) 身分公務員：具有法定職務權限者，不區分公權力行使或非公權力之行政行為或私經濟行為均屬之。

(二) 授權公務員（農田水利會）與委託公務員（海基會）：行使公權力行為而享有公務上之職權及權力者屬之（私校獎懲與錄取、教師升等評審、文書驗證），行政輔助行為（購買辦公事務用品、拖吊業者、汽機車排氣量代檢）、行政營利行為（公營銀行）、行政私法行為（助學貸款）等私經濟行為則不屬之。

(三) 國營事業、公立醫院、公立學校人員原則非屬公務員（院長屬之），然若該事業以行政機關組織名稱者，其服務人員則屬之（如交通部台灣鐵路管理局）。

(四) 單純從事機械性或肉體性之工作者不屬之（如公營汽車司機、國營製造事業之工人）。

四、結論：

(一) 機關僱用之清潔人員，因不具法定職務權限，未負有特別保護義務及服從義務，故不屬於刑法上公務員。

(二) 公立學校依政府採購法規定之承辦採購人員，即為刑法第十條第二項第一款後段規定之其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限之人員，屬於刑法上之公務員。

• 1-2 •

甲某日搭乘自強號火車自台北前往高雄，因工作疲累，上車未久，即酣睡入夢。列車長 A 查票時，將其搖醒，甲甚為不悅，旋與 A 發生激烈口角，並以三字經及其他不堪入耳之言詞辱罵 A。試問甲之所為應構成刑法第 140 條侮辱公務員罪抑或僅構成刑法第 309 條之公然侮辱罪？
(95 地特)

命題焦點 ▶ 刑法公務員之定義。

解題分析 ▶ 國營事業員工非屬於刑法公務員之概念，交通部台灣鐵路管理局員工有無不同適用。

Ans

一、按修正後刑法第十條第二項規定所稱之公務員，謂下列人員：(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。

二、本條修正理由謂：『第一款前段所謂「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關」係指國家或地方自治團體所屬機關中依法令任用之成員。故其依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務者，即應負有特別保護義務及服從義務。至於無法令執掌權限者，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，並未負有前開特別保護義務及服從義務，即不應認其為刑法上公務員。』又『如非服務於國家或地方自治團體所屬機關，而具有依「其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者」，因其從事法定之公共事項，應視為刑法上的公務員，故於第一款後段併規定之。此類之公務員，例如依水利法及農田水利會組織通則相關規定而設置之農田水利會會長及其專任職員屬之。其他尚有依政府採購法規定之各公立學校、公營事業之承辦、監辦採購等人員，均屬本款後段之其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限之人員。』『至於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，因受託人得於其受任範圍內行使委託機關公務上之權力，故其承辦人員應屬刑法上公務員。』

三、承上所述，刑法第十條第二項所稱之公務員可分別為：

- (一) 身分公務員：具有法定職務權限者，不區分公權力行使或非公權力之行政行為或私經濟行為均屬之。
- (二) 授權公務員（農田水利會）與委託公務員（海基會）：行使公權力行為而享有公務上之職權及權力者屬之（私校獎懲與錄取、教師升等評審、文書驗證），行政輔助行為（購買辦公事務用品、拖吊業者之拖吊行為、汽機車排氣量代檢）、行政營利行為（公營銀行）、行政私法行為（助學貸款）等私經濟行為則不屬之。
- (三) 國營事業、公立醫院、公立學校人員原則非屬公務員（院長屬之），然若該事業以行政機關組織名稱者，其服務人員則屬之（如交通部台灣鐵路管理局）。
- (四) 單純從事機械性或肉體性之工作者不屬之（如公營汽車司機、國營製造事業之工人）。

四、結論：自強號列車長乃係服務於交通部鐵路管理局而有法定職務權限之公務員，因其