

## 專 題 研 究

## 論各類型軍人有無刑法公務員之適用

臺灣高等法院法官 吳冠霆

## ◆ 目 次 ◆

壹、前言	伍、除士兵外各類型軍人之檢討
貳、身分公務員	一、現役軍官與士官
一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關	二、替代役役男
二、具有法定職務權限	三、軍醫官
參、授權公務員	四、軍醫局聘僱人員
一、法令授權	五、各級軍校學生
二、公共事務	陸、士兵與公務員
三、法定職務權限	一、士兵是否具公務員身分之判斷
肆、委託公務員	二、各類型士兵之說明
一、依法委託	(一) 憲兵
二、公共事務	(二) 安全士官及衛兵
	(三) 參謀兵及政戰兵
	柒、結語

## 壹、前言

在迅雷不及掩耳之下，軍事審判法於民國102年8月13日修正通過，分兩階段將現役軍人於非戰時所犯之罪，不分是否為陸海空軍刑法之罪，一律歸由普通法院審理。一時之間，除軍法機關感到錯愕而提起釋憲外<sup>1</sup>，也給司法機關帶來不小壓力，憂心平

1 見2013年11月22日網路新聞：<http://www.libertytimes.com.tw/2013/new/nov/22/today-so9.htm>。最後檢索日：2014年1月13日。又該等聲請釋憲案件中，聲請人為國防部北部軍事地方法院者，已經司法院大法官於102年12月20日不受理駁回。



常並未接觸軍中實務之司法官，是否可以瞭解有效處理具有特殊性質<sup>2</sup>之軍人犯罪。

由於軍事案件涉及層面甚廣，無法僅在本文中完全述及，本文所欲探究者，乃軍人與公務員間如何適用之問題。

刑法第10條第2項對公務員之定義，係：「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」。

由上開公務員之定義可知，現行刑法對公務員之定義有三：即<sup>3</sup>：

- 一、身分公務員：指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之人。
- 二、授權公務員：其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者。
- 三、委託公務員：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。

而依兵役法第2條規定，就兵役可分為軍官役、士官役、士兵役與替代役等四種，則各種兵役部分，是否均有刑法上公務員之適用，若有，範圍及要件為何？若無，原因又為何？均有探究之必要，茲分別說明如下。

## 貳、身分公務員

所謂身分公務員，依刑法第10條第2項第1款前段規定，係指「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」之人。由該等定義可知，身分公務員之要件如下：

### 一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關

在身分公務員中，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，包含總統府、中央五院及其所屬機關、國民大會以及地方行政機關暨地方立法機關，其範圍涵蓋行政、立法、司法、考試及監察機關在內。又所謂其他公務機關，指除行政機關外，其他依法行使公權力之

2 在司法院大法官釋字第436號解釋中，已揭櫫軍事審判之特殊性，在於現役軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對現役軍人犯罪行為得設軍事審判之特別訴訟程序。

3 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照，2006年7月，138頁。

中央或地方機關。例如行政院金融監督管理委員會即是<sup>4</sup>。而此種人，依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務者，即負有特別保護義務及服從義務<sup>5</sup>。

在身分公務員中，著重於其服務於行使公權力之國家或地方自治團體所屬機關之身分，此類公務員之任用，或依考試，或依選舉，或經聘用、僱用，均在所不論，只要有法令之任用依據即可<sup>6</sup>。從而，包含<sup>7</sup>：

(一) 經國家考試及格任用之人員：指依公務人員考試法考試及格，並依公務員任用法之規定任用之人員。

(二) 非經國家考試任用之人員：此部分例如派用、聘用、僱用人員、機要人員，或因選舉成為民選公職人員等是。

## 二、具有法定職務權限

身分公務員除須「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關」外，依刑法第10條第2項第1款前段，仍須「具有法定職務權限」，始足當之。從而，縱使服務於國家、地方自治團體所屬機關，然若無法定職務權限，如雖屬約聘人員，但未具備法定職務權限者，或僅依民法規定，獲國家或地方自治團體所屬機關僱用，擔任保全或清潔工作，或僅單純從事機械性、肉體性工作之司機、工友、技工等，仍非身分公務員<sup>8</sup>。

其次，本條文中所謂法定職務權限，依學者之見，係指在國家或地方自治團體所屬機關服務之人員，其所從事之事務，須有法令規定之權限。亦即，公務員所執行之事務，倘符合法令所賦予之職務權限，即屬之<sup>9</sup>。

再者，法定權限職務中之「法定」，不以法律有明文規定為限，包括法規命令、行政規則，例如司法院組織法、行政院及各部會各種委員會組織條例或辦法、組織規程或處務規程，均屬之。

又所謂「職務權限」，或簡稱為職權、或逕稱為職務，只要是公務員在職權範圍內所應為獲得為之事務，同屬「職務權限」。

4 鄭善印，新刑法總則公務員概念之合理範圍，月旦法學，137期，226頁。

5 張明偉，刑法上公務員概念之研究—與美國法制之比較，收錄於臺北大學法學論叢第85期，94頁。

6 馬躍中，國科會報帳—國立及私立學校身分不同，月旦法學，217期，37頁。最高法院100年度台上字第3491號判決亦同此旨。

7 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照，2006年7月，139頁。

8 鄭善印，新刑法總則公務員概念之合理範圍，月旦法學，137期，227頁；甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照，2006年7月，141頁。

9 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照，2006年7月，141頁。最高法院97年度台上字第510號判決，亦認：「法定職務權限，則指所從事之事務，符合法令所賦與之職務權限，例如機關組織法規所明定之職務等」。



此外，身分公務員之「職務權限」，並不限於公權力行為，即使為私經濟行政，亦涵蓋在內。因為此類型之公務員，著重服務於國家或地方自治團體所屬機關之身分，縱未涉及公權力行使之事項，法秩序亦有高度要求其特別服從之義務<sup>10</sup>，我國實務亦採同一見解。例如，在最高法院98度台上字第7191號判決中，即認為：「刑法第10條第2項第1款前段所指依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關之公務員，著重其服務於上開機關之身分，即所謂身分公務員，其對涉及公權力行使之公共事務，及其他法令所賦與雖與公權力無關，但仍屬其職務範圍內所應為或得為之事務，皆負有特別保護義務及服從義務，所為自均屬公務員職務上之行為。公務機關基於排除危害及維護安全之目的，所為對人民之權利、自由、財產加以干預、限制，或課予人民義務、負擔之干涉行政行為，固係居於統治權主體之地位所為行使公權力之行為；其本於現代民主國家積極主動提供人民最大服務與照顧，以滿足民生需求之重要職能，為維持、改善人民生活，而提供人民給付、服務等利益之給付行政行為，舉如：補貼獎勵、道路建設等，亦同屬基於國家、地方自治團體統治權作用之公權力行為」。而認為里長對於研習活動費用相關請領補助，縱屬私經濟行政範疇，該里長仍有身分公務員之適用。

## 參、授權公務員

由刑法第10條第2項第1款後段可知，所謂授權公務員，乃指除身分公務員外，其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者，即屬之。依本條修正理由所舉，例如依水利法及農田水利會組織通則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、兼辦採購等人員，均屬授權公務員之適例。

由上述條文可知，授權公務員之要件如下：

### 一、法令授權

此類型之公務員，須有法令授權之依據，亦即須有法令特別規定將公共事務處理之權限，直接交由該人員為之，而使其享有法定之職務權限者，始足當之。例如，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，均視同刑法上之公

<sup>10</sup> 呂榮綺，國營事業人員有關刑法公務員身分之探討—以臺灣電力公司員工為例，政大法學院碩士論文，2013年7月，20頁；甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照，2006年7月，141頁。

務員，不得兼任其他公職。或依大法官會議解釋第462號，各大學教師評審委員會關於教師升等評審權限，係屬法律在特定範圍內授予公權力之行使，其對教師升等通過與否之決定，與教育部學術審議委員會對教師升等資格所為之最後審定，於教師之資格等身分上之權益有重大影響等即是<sup>11</sup>。

## 二、公共事務

由身分公務員與授權公務員之條文依據觀之，身分公務員與授權公務員在法條定義上，差別最大者，乃授權公務員須從事公共事務，而此要件乃身分公務員所未具有者。就此部分當如何解釋，應先從政府行為之種類談起。

以政府行為作用之法律型態觀之可分為公權力行政及私經濟行政行為。就此，簡單說明如下<sup>12</sup>：

(一) 公權力行為：所謂公權力行為，係指國家居於統治主體適用公法規定所為之各種行為，其範圍甚廣，在人民與國家或人民與地方自治團體間之權利義務關係事項，均屬公權力行政之對象。簡言之，所謂公權力行為，即公務員代表國家行使權力之行為。

(二) 私經濟行為：所謂私經濟行為，指國家非居於統治權地位，而係居於與私人相當之法律地位，在私法支配下所為之各種行為。包括：

1. 行政輔助行為：例如採購公務用品、僱用清潔工。
2. 行政營利行為：例如：公營銀行之存放款等業務。
3. 行政私法行為：例如提供助學貸款、纾困貸款等。

在前面討論身分公務員時，已述及身分公務員所為，並不限於公權力行為，即使為私經濟行政，亦涵蓋在內。因為身分公務員，著重服務於國家或地方自治團體所屬機關之身分，縱未涉及公權力行使之事項，法秩序亦有高度要求其特別服從之義務。但這樣的解釋，在授權公務員時，是否同有適用？

就此，雖有學者認為，授權公務員所從事之「公共事務」，不僅包含公權力行為，也包含私經濟行政在內<sup>13</sup>。惟多數學者仍傾向認為授權公務員要件中之「公共事

11 鄭善印，新刑法總則公務員概念之合理範圍，月旦法學，137期，227頁。

12 鄭善印，新刑法總則公務員概念之合理範圍，月旦法學，137期，227頁。

13 吳耀宗，評析刑法新修正之公務員概念，收錄於警大法學論叢，11期，2006年3月，259頁。另，學者黃榮堅則認為應從個別犯罪類型的保護法益出發，以解釋個別公務員要件，並認在瀆職罪中之保護法益在依法行政的維護，所以私經濟行政部分，應該也有公務員之適用。見黃榮堅，從個別化公務員概念看政府採購中的公務員身分，月旦法學，172期，2009年9月，290-300頁。





務」，應以涉及有關公權力行使之事項為限，並不及於私經濟行政<sup>14</sup>。

我國實務多採取學者多數見解，認為授權公務員所從事之「公共事務」，僅包含公權力行為，而不及於私經濟行政。例如，最高法院97年度台上字第510號判決，即認為：「考其（按：指刑法第10條）修正之目的，在對公務員課予特別之保護及服從義務，嚴予規範其職權之行使，係為節

制使代表國家之人適當行使公權力，並避免不當擴大刑罰權之適用。故上開修正後關於公務員定義之規定，其所謂「國家、地方自治團體所屬機關」，係指基於國家公權力作用，行使國家統治權之公務機關；所稱『公共事務』，乃指與國家公權力作用有關，而具有國家公權力性質之事項」。

最高法院98度台上字第7191號判決中，則更進一步闡述：「刑法第10條第2項第1款前段所指依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關之公務員，著重其服務於上開機關之身分，即所謂身分公務員，其對涉及公權力行使之公共事務，及其他法令所賦與雖與公權力無關，但仍屬其職務範圍內所應為或得為之事務，皆負有特別保護義務及服從義務，所為自均屬公務員職務上之行為；故與同條項第1款後段所規定因法令授權或第2款所稱所賦與雖與公權力無關，但仍屬其職務範圍內所應為或得為之事務，皆負有特別保護義務及服從義務，所為自均屬公務員職務上之行為；故與同條項第1款後段所規定因法令授權或第2款所稱受國家、地方自治團體等公務機關依法委託，而從事於公共事務之授權公務員與受託公務員，原均不具備公務員身分，僅於執行有關公權力行使之公共事務時，始得認係公務員執行職務上行為之情形有別」<sup>15</sup>。

至於晚近實務雖偶而不同見解，認為授權公務員如果具有法定權限，則在所從事公共範圍內之事項，均屬授權公務員之範疇，亦即不以涉及公權力為必要，縱屬私經濟行政而與公共事務相關者，亦屬授權公務員<sup>16</sup>。然細究其內容，主要係針對從事監辦、採購之事務所為之見解，此似乎是受到刑法第10條修正理由中之影響<sup>17</sup>，並進而認

14 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照，2006年7月，144頁；鄭善印，新刑法總則公務員概念之合理範圍，月旦法學，137期，227頁；馬躍中，國科會報帳一國立及私立學校身分不同，月旦法學，217期，39頁；蕭宏宜，不實請領國科會補助並非貪污犯罪，臺灣法學，204期，2012年7月15日，125頁。

15 相同見解見最高法院100年度台上字第2728號判決。

16 見最高法院102年度台上字第3028號判決。

17 刑法第10條此部分之立法理由為：「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」。

為採購行為，認為因公權力介入甚深，即認為該等採購承辦人員為授權公務員。是除從事監辦、採購之事務人員外，實務是否一致擴大授權公務員之見解使其及於私經濟行政，或仍係維持前述之向來見解，仍僅限於公權力行為，則有待持續觀察<sup>18</sup>。

就此部分，個人認為，身分公務員主要係著重其服務於上開機關之身分，故所從事之職務權限，本不應限於公權力行為，縱使為私經濟行為，亦應認屬身分公務員之職務權限。然授權公務員既在條文中，已增訂「公共事務」之要件，顯見立法本意，並不欲讓授權公務員所從事之行為（不論為公權力行為或私經濟行為），均一律認為係公務員所為之行為。且誠如部分學者所述，對於不具身分公務員資格之授權公務員，刑法第10條規定予以身分上之擬制，已屬擴張，若在具體適用上，不從嚴解釋，將使刑法成為苛酷法律，有違刑法謙抑性的思想<sup>19</sup>。從而，關於授權公務員之「公共事務」，當從嚴解釋僅限於公權力行為，較屬妥適。

此外，須附帶說明者，乃在法條解釋上，授權公務員可能須具「非依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關」此一消極要件，但此為實務所不採。例如替代役男奉派往監獄、看守所擔任立哨、崗哨、巡邏勤務，雖係依法令服務於國家所屬機關，實務上仍認為屬於授權公務員<sup>20</sup>（此部分容後再說明），是「非依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關」，依實務見解，並非授權公務員之消極要件。

### 三、法定職務權限

至於授權公務員所須具備第三要件之「法定職務權限」，對照身分公務員時對於「法定職務權限」之解釋，當認係指國家依法規範，將公務事務處理之權限，交由特定團體成員，使該人享有特定之職務權限者，始足當之<sup>21</sup>。

## 肆、委託公務員

由刑法第10條第2項第2款可知，所謂委託公務員，係指受國家、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。此與授權公務員相近之處，在於委託公務員與授權公務員均係從事「公共事務」，而不同處則在於公共事務

18 僅因公立學校或國營事業採購人員之採購行為之公權力介入甚深，即認為該等採購承辦人員為授權公務員，是否妥適，仍有檢討必要，然此非本文重點，容另為文詳述。

19 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，2011年9月，29頁。

20 最高法院98年度台上字第2828號判決：「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。」

21 馬躍中，國科會報帳—國立及私立學校身分不同，月旦法學，217期，38頁。



之處理，須依法由國家或地方自治團體所屬機關委託。

由上述條文可知，委託公務員之要件為：

### 一、依法委託

此乃指行政機關依法令將其權限之一部分，依行政程序法第16條第1項之規定，委託民間團體或個人辦理之情形。在此情形下，因依行政程序法第2條第3項規定，受託行使公權力之個人或團體，於受託範圍內，視為行政機關，且因委託公務員執行職務行使公權力時，依照國家賠償法第1條第1項規定，視同委託機關之公務員，故在法秩序上，亦有高度要求委託公務員有服從之特別義務，從而，方將之視為刑法上之公務員<sup>22</sup>。

### 二、公共事務

刑法關於委託公務員之部分，與前述授權公務員相同，均有「公共事務」之要件。而此部分同授權公務員時之論述，身分公務員主要係著重其服務於上開機關之身分，故所從事之職務權限，本不應限於公權力行為，縱使為私經濟行為，亦應認屬身分公務員之職務權限。然委託公務員既在條文中，已增訂「公共事務」之要件，顯見立法本意，並不欲讓委託公務員所從事之行為（不論為公權力行為或私經濟行為），均一律認為係公務員所為之行為。從而，此部分亦應從嚴解釋，認為僅在「公權力行為」時，方屬委託公務員，至於若僅受託私經濟行為，則並不屬公共事務而非委託公務員。

此外，委託公務員當能獨立行使職務者，始足當之，若所從事者，僅係身分公務員之助手（即行政助手），亦難認為屬於委託公務員。

就委託公務員所行使之公共事務須能獨立行使職務，以及所行使者，須為公權力行為而不及於私經濟行為部分，實務上亦同此見解，例如最高法院102年度台上字第3811號判決，即認為：「貪污治罪條例第2條所謂受公務機關委託承辦公務之人，係指其所受委託承辦者，必為該機關職掌公共事務（公權力）範圍內之公務，受任人因而享有公權力之職權及權利主體之身分，於其受任之範圍內行使公權力而言。若雖受公務機關委託，而所承辦者僅係在該機關指示下，協助處理行政事務，性質上祇屬機關之輔助人力，並非獨立之官署或具有自主之地位，尚難認係上揭所稱之受託公務員」。

<sup>22</sup> 甘添貴，刑法新修正之公務員概念，收錄於刑法總則修正重點之理論與實務，元照，2006年7月，145頁。



## 伍、除士兵外各類型軍人之檢討

上開已就刑法上身分公務員、授權公務員及委託公務員定義與要件說明，則在與軍法有關各類型人員中，是否得認為屬於刑法上之公務員？就此，實務已略有共識，除士兵部分較為繁雜，另說明如後外，本部分乃先說明實務上較無爭議之部分。

### 一、現役軍官與士官

依陸海空軍刑法第6條規定，本法所稱現役軍人，謂依兵役法或其他法律服現役之軍官、士官、士兵。可知現役軍官與士官，均屬於現役軍人，至於預備役之軍官及士官，則非屬現役軍人<sup>23</sup>。

再依照陸海空軍軍官士官任官條例第2條，軍官可分為將官（分為1級上將、2級上將、中將、少將）、校官（上校、中校、少校）、尉官（上尉、中尉、少尉），而士官可分為1至3等士官長、上士、中士及下士等。並依照其官等、官階，分別對應相關之公務人員職等<sup>24</sup>。而依該條例第16條：「（第1項）軍官之任官，由國防部審定，報請行政院轉呈總統任之。（第2項）士官之任官，由主官編階為少將以上之機關（構）、部隊、學校審定，依隸屬系統報國防部或各司令部任之」之規定，所有軍官及士官均須具任官程序，是當認軍官、士官均已依法令取得任用依據。

又依陸海空軍軍官士官任職條例第2條第1、2項：「（第1項）軍官、士官之任職，應依其官階任以相當之軍職。（第2項）各種軍職之名稱、編階及專長，均於編制、編組表中定之。」、第3條第2款：「軍官、士官之任職條件如左：二、官科：應在本官科範圍內任職為原則，如基於另一官科職務需要，經權責單位核准，得配置於另一官科任職，其配置時間以三年為限，期滿應回復原官科或予以轉任。」之規定，軍官與士官均以專長在本官科範圍內任職為原則，再以軍官與士官既屬正式職缺人員，依各機關相關命令，當均有業務執掌，故應認均有其法定職務權限。

23 再者，依照陸海空軍軍官士官服役條例第4條第1項：「常備軍官、常備士官，自任官之日起役；預備軍官、預備士官，自任官或授予預備軍官、預備士官適任證書之日起役；其服役區分如左：一、現役：以在營任軍官、士官者服之，至依法停役、退伍、解除召集、禁役或除役時為止。二、預備役：區分為第一預備役、第二預備役及第三預備役，以現役軍官、士官經停役、退伍、解除召集者，或取得預備軍官、預備士官適任證書，未在營服現役者服之，至免役、禁役、喪失國籍或除役時為止。」規定，在軍官及士官服役期間內，均屬現役軍人，而預備役之軍官及士官，則不屬現役軍人。

24 依照陸海空軍軍官、士官任官條例第2條附表，1級及2級上將是特任官，中將為13-14職等、少將為11-12職等、上校為10職等、中校為8-9職等、少校為7職等，上尉為6職等、中尉為5職等、少尉為4職等，上士為3職等、中士為2職等、下士為1職等。至於各級士官長同屬士官，俸給最高雖得依年資遞加至相當中校，但與公務員職等對照時，1等士官長相當於5職等、2等士官長相當於4職等，3等士官長相當於3職等。



是由上述，軍官與士官在服役期間，既均屬依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關，且亦與一般身分公務員相同，有相對應之職等，復均有法定職務權限，是當屬身分公務員。最高法院亦同此見解，例如在100年度台上字第2140號判決中，被告為少校保防官，最高法院即認為：「被告為依據陸海空軍軍官士官任官條例、陸海空軍軍官士官任職條例、陸海空軍軍官士官服役條例等法令，服務於國家所屬機關之人員；而陸軍步校依其法定職權，訂定具職權命令性質之學務處參謀業務執掌表，其中水銷業務雖屬中校保防官之業務執掌，惟被告為少校保防官，係中校保防官唯一之代理人，陸軍步校98年間水銷作業實際由被告執行，水銷作業確為被告職務範圍內得為及應為之事務，無論該項職務是否涉及公權力行使之公共事務，均屬被告業管之法定職務權限，核與刑法第10條第2項第1款前段所定，及貪污治罪條例第2條所稱公務員定義相符」，將屬中校保防官之被告，認定為身分公務員。

## 二、替代役役男

依兵役法第2條規定：「本法所稱兵役，為軍官役、士官役、士兵役、替代役」，是替代役役男同屬兵役法所規定之兵役之一。雖依兵役法第25條第2項，替代役役男服役期間並無現役軍人身分，然此僅表徵替代役役男依陸海空軍刑法第1條規定，並無陸海空軍刑法之適用而已，並非表示替代役役男非屬兵役之一環。

而替代役役男因未如前述軍官、士官等，因法律規定任官以取得身分公務員資格，亦未經國家考試或人事銓敘合格實授，所以並非身分公務員。而替代役役男亦未受國家、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，是同不屬委託公務員。從而，就替代役役男部分，所應審酌者，乃替代役役男是否具有「授權公務員」之身分？

由前述授權公務員之要件可知，要符合授權公務員者，須符合：（一）法令授權；（二）公共事務（須限於公權力行為）；及（三）法定職務權限等三要件。而若由替代役實施條例第3條規定：「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；或於經主管機關認可之政府機關、公立研究機關（構）、大學校院、行政法人或財團法人研究機構及民間產業機構（以下簡稱用人單位）從事科技或產業研究發展工作」、第4條規定：「替代役之類別區分如下：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。」可知，替代役役男均有法令授權之事項，亦均有包含警察役在內等法定職務權限。從而，關於替代役役男是否符合授權公務員之要件，端

視其所執行之職務，是否屬於公權力行為之公共事務，若是，則替代役役男即屬授權公務員，若否，則不應以授權公務員視之。

舉例而言，替代役役男若係擔任警察役並經奉派至監獄、看守所擔任立哨、崗哨、巡邏等勤務者，或擔任指揮交通之交通警察職務者，因所從事者，乃公權力行為，故此時該替代役役男當屬授權公務員。至於若未從事公權力行為，比如說擔任社會役、環保役、教育服務役、農業服務役等，從事兒童與少年、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為無關之事務，即難視為屬於授權公務員之範疇<sup>25</sup>。

### 三、軍醫官

目前擔任醫官職務者，應可分為隨部隊駐守屬勤務支援官科之軍醫官，以及在國軍醫院擔任軍醫官之人。

首先，如果是隨部隊駐守屬勤務支援官科之軍醫官，因其身分為軍官，且既係隨部隊駐守，當負有以其醫事專業為駐軍為醫務及衛生勤務事項，是當有法定權限。從而，隨部隊駐守之軍醫官當係身分公務員。

至於在軍醫院之軍醫官，則可說明如下：

- (一) 若係在軍醫院從事國軍醫務及衛生勤務事項時，因為依國防部軍醫局組織條例第5條：「本局為執行國軍醫務及衛生勤務事項，得設醫療機構及專業機構；其組織以編組裝備表定之。」之規定，軍醫官所為若屬前述事項時，因為該公務屬軍醫官之法定職務，是此時軍醫官具有身分公務員。
- (二) 反之，若軍醫局為一般民眾診療業務所需，而另設置民診處時，則該等民眾診療業務，難認屬於軍醫官法定職務範圍，故縱使具有軍醫官身分，仍即無從認屬身分公務員。又因軍醫官此時所為，僅屬私經濟行為之範疇，同難認有授權公務員或委託公務員之適用。因此，軍醫官此際即非刑法上之公務員。

我國實務即採此見解，例如在臺灣高等法院98年度上易字第22749號判決中，即認為軍醫院之醫官兼任民診處醫生，對一般民眾所從事醫療及開立診斷證明書之行為，

25 最高法院98年度台上字第5156號判決、98年度台上字第2828號判決，以及臺灣高等法院暨所屬法院100年度法律座談會刑事類提案第12號參照。



並無貪污治罪條例與陸海空軍刑法之適用<sup>26</sup>。在最高法院98年度台上字第6231號判決中，同認為偽造三軍總醫院之醫生所開立之診斷證明書，並不得認為係偽造公文書。

#### 四、軍醫局聘僱人員

與前述軍醫官因具有軍官身分不同者，乃若不具軍官身分，而係軍醫局聘僱人員時，是否具有刑法上公務員之身分？

就此，最高法院在98年度台上字第3136號判決中，認為：「依原判決認定之事實，上訴人係軍醫局依照『國軍生產及服務作業基金（醫療作業）聘僱員管理作業要點』聘用之額內聘僱人員，並擔任民眾診療基金編制內聘僱之會計人員，自88年9月間起，改調至軍醫局醫務計畫處，依據行政院88年11月29日台88人政給字第029449號函核定之「國防部軍醫局醫勤獎助金發放要點」暨國防部88年12月14日常帑字第9080號令頒『國軍衛生勤務人員獎助金核發作業規定』，負責承辦國軍衛生勤務人員獎助金之審查彙整、獎助金銀行、郵局匯款資料製表、如期匯入個人帳戶及聯絡事宜、彙整軍醫局員工所得稅申報資料、民診基金國外旅費預算控管及結報審查、民診基金第二期收支估計表彙整審查及三軍總醫院、國防醫學院、花蓮總醫院、台東分院、高雄門診中心月報、半年報、年報審查及主計業務內部審核等業務。則其自屬依法令服務於國家所屬機關，具有法定職務權限，為修正後刑法第10條第2項第1款前段之公務員。上訴人辯稱其係國軍生產及服務基金聘僱之民間會計人員，不具公務員身分云云，為無可採」，將軍醫局聘僱之人員依行政規則負責一定業務之人員，認定有法定職務權限，而認為屬身分公務員。

上開見解，因依法規得認為軍醫局依照「國軍生產及服務作業基金（醫療作業）聘僱員管理作業要點」聘用之額內聘僱人員，具有法定職務權限，故縱使非為公權力行為，仍認定屬身分公務員，此等見解，當屬妥適。當然，若其他聘僱人員並無法規依據具有法定職務者，則除非所為之職務為公權力行為，否則當非身分公務員、授權

26 臺灣高等法院98年度上易字第2279號判決內容略為：「國防部軍醫局為民眾診療業務作業所需，依『國軍生產及服務作業基金收支保管及運用辦法』及相關規定，訂頒「國軍生產及服務作業基金醫療作業規定」，而國軍醫療機構附設民診處之奉准設置及軍醫官民診處之醫師悉依該作業規定辦理，且遍查國防部軍醫局組織條例或授權制定之國防部軍醫局辦事細則，尚無規範軍醫官於軍事醫療機構附設民診處任用之規定。另依前開作業規定第6點、第7點規定，國軍醫院附設民診處開設床位，應以不妨礙國軍醫療任務為原則，且軍醫官於民診處工作，仍應以國軍醫療作業為主，職是，軍醫官於軍事醫療機構附設民診處對民眾從事之醫療行為，應與國軍醫務及衛生勤務無涉。……綜上，被告任職於國軍北投醫院期間，派兼該院民診處醫師，開立民人呂藍素、陳李月香、張謝紅妹及張林白梅『雇主申請聘僱家庭外籍看護工專用診斷證明書（含巴氏量表）』之行為，縱有不實情形，然因非屬法定職務內之行為，又未因此負有特別保護義務及服從義務，且無受行政院勞工委員會授權或委託而行使行政機關權限或公權力之情事，自無修正後刑法第10條第2項所列公務員之適用」。



公務員或委託公務員。

## 五、各級軍校學生

依軍事教育條例第3條之規定：「軍事教育分軍官教育及士官教育，其軍職培養階段區分如下：一、基礎教育。二、進修教育。三、深造教育」三種。

依同條例第5條之規定可知，基礎教育以培養國軍軍官及士官為目的，由軍事學校或軍事訓練機構辦理，且基礎教育再分為大學教育、專科教育、中等學校、軍事養成教育等，再依相關規定授予學位。是在基礎教育期間，受訓人員均僅係學生，並未授階取得軍官或士官資格，且亦無法定職務權限可言，自非身分公務員。而受軍事基礎教育之學生，因無法令授權，也未從事具有公權力行為之公共事務，同非屬授權公務員或委託公務員<sup>27</sup>。

至於各級軍事學校中之進修教育及深造教育，依同條例第6條、第7條之規定可知，其受訓對象均屬現職軍官及士官，則本前述說明，該等受進修教育及深造教育之現職軍官及士官，均屬身分公務員<sup>28</sup>。

## 陸、士兵與公務員

### 一、士兵是否具公務員身分之判斷

最後，須專門討論者，乃士兵是否具否刑法上公務員身分？

就此，有學者認為，關於義務役士兵是否具刑法上公務員身分，過去曾有爭執，依司法院37年院解字第3841號解釋，認：「如係依法令從事公務時，得視為刑法上之公務員（如奉命看守或押解人犯）；縱擴張解釋公務員服務法，仍須依當時從事公務之性質而定，不能適用於全部士兵。」之意旨，義務役士兵仍非不得具有一定之法定職務權限，惟義務役士兵於服役中，亦可能不具有法定職務權限<sup>29</sup>。從而認為，一般士兵雖依法令服務於國家所屬機關，惟並無法定職務權限，不屬於身分公務員，惟若別有法令依據而從事於一定公務者，則係依法令服務於國家機關而具有法定職務權限人員，屬於身分公務員<sup>30</sup>。

27 縱使在各級軍事學校之基礎教育中，為管理受訓學生，於各學生聯隊設有實習職務（例如實習旅長、實習連長、實習排長等），因僅係實習性質，並未正式掛階，當然也未具公務員身分。

28 當然，此時認具有身分公務員關係，乃指現職軍官及士官在其原本所屬單位具有法定職務權限之部分，並非指在軍事學校受訓部分。

29 張明偉，刑法上公務員概念之研究—與美國法制之比較，收錄於臺北大學法學論叢85期，120頁。

30 甘添貴，刑法上公務員概念之界線與詮釋。收錄於刑法修正後之適用問題，最高法院學術研究會叢書，2006年8月，244頁。尤重道，新刑法公務員之概念與實務見解分析（上），2011年9月號，86頁。





然亦有學者持肯定見解，認為現役軍人均依部隊或所屬指揮部編裝，為刑法上之公務員，且為身分公務員<sup>31</sup>。

至於實務見解部分，則認為不離軍營獨立執行職務之一般士兵，不得視為刑法上之公務員。故必別有法令依據而從事於一定公務之士兵，諸如憲兵依法執行司法警察之職務，或士兵奉命看守或押解人犯等情形，始得視為刑法上之公務員<sup>32</sup>。當然，實務上自行創設「不離軍營獨立執行職務」為士兵是否是公務員之要件，真意究竟為何<sup>33</sup>？個人以為，若與現行刑法結合看待，宜做較合乎法條意義之解釋，認指士兵原則上附隨於軍隊，無法獨立在外執行職務，應與軍隊為一體看待，故難認有法定職務權限而不屬身分公務員，較為妥適。

依上述可知，學說及實務關於士兵是否具有公務員身分，以及若具公務員身分時，究竟得否一律視為身分公務員，見解仍屬不一。而就此部分，個人認為：

(一) 身分公務員處罰之原因，乃著重服務於國家或地方自治團體所屬機關之身分，縱未涉及公權力行使之事項，法秩序亦有高度要求其特別服從之義務。在軍官及士官部分，因為有經過任官程序，亦如前述得依其階級對照相對應職等公務員之身分，是以，在法秩序期待上面，確實可以高度要求軍官及士官應有其特別服從之義務。但在一般士兵部分，本前述說明，士兵原則上均附屬於軍隊執行任務，與軍官及士官具有相當程度得自行行使職權不同，有無取得相對應職等公務員之身分，亦獨厚軍官及士官而不及於士兵。因此，法秩序所期待一般士兵遵守之部分，應該只在於應依長官指示從事相關軍事行為或所附隨之軍事行政行為，並不應過度認定士兵有一定之職務權限，否則，無疑過度加重士兵之任務。況且，在非經國家考試任用之身分公務員中，不論是派用、聘用、僱用人員、機要人員，或因選舉成為民選公職人員，自己對於選擇成為身分公務員，以及工作內容、任職地點等，均有相當之自主權，但一般士兵縱屬自願役，對於工作內容、任職地點等，並無相當自主權，更遑論義務役士兵連選擇是否成為士兵，均乏決定自由，實不應逕認定為身分公務員此一高度法秩序要求。

從而，一般士兵在營區服役時，既須完全聽命於上級長官而無法定權限，所以，

31 曾淑瑜，陸海空軍刑法與其他法令之關係，102年陸海空軍刑法研習會講義（法官學院），17頁。

32 最高法院95年度台上字第3498號判決，臺灣高等法院99年度上易字第1279號判決參照。

33 例如，學者即曾批評認現役士官兵，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，且能否離軍隊獨立執行職務，並非據以認定公務員之標準。見甘添貴，刑法上公務員概念之界線與詮釋。收錄於刑法修正後之適用問題，最高法院學術研究會叢書，2006年8月，244頁。

在性質上應該較相近於國家或地方自治團體所屬機關內僱用，擔任保全或清潔工作，或僅單純從事機械性、肉體性工作之司機、工友、技工等，而應認為士兵原則上均不具有法定職務權限，而非身分公務員。

(二) 至於若係因法令授權之依據，將公共事務處理之權限，直接交由某種類型之士兵為之，而使其享有法定之職務權限者，則以所為之公共事務係公權力行為為限，因有法令授權，且所從事者又係公權力行為，故將之認為授權公務員，應較容易為一般人所接受。

## 二、各類型士兵之說明

在前述本文判斷標準下，對較有爭議之各類型士兵，是否具有公務員身分，簡單說明如下：

### (一) 憲兵

憲兵官科之軍人，若係軍官與士官，則如前述，屬身分公務員，此部分並無疑義，以下僅論述屬於士兵之憲兵部分，合先敘明。

屬士兵之憲兵，是否具有公務員身分，在解釋上，如憲兵係依照刑事訴訟法231條執行司法警察勤務時，因其係本於法令授權，將該等公權力行為，直接交由憲兵為之，使憲兵享有法定之職務權限，故得將憲兵認為符合授權公務員之定義，而認為屬於授權公務員，然除可能構成授權公務員部分，由本文前述說明可知，憲兵並無成立身分公務員或委託公務員之可能。在前述最高法院95年度台上字3498號判決，臺灣高等法院99年度上易字第1279號判決等實務見解，雖同認為「有法令依據而從事於一定公務之士兵，諸如憲兵依法執行司法警察之職務，或士兵奉命看守或押解人犯等情形，始得視為刑法上之公務員始得視為刑法上之公務員」，惟似乎係認定憲兵屬於身分公務員，此與本文見解略有不同<sup>34</sup>。

從而，憲兵如果非執行司法警察職務，而僅係對一般軍人為軍紀管理（例如服裝儀容檢查）時，則因不具有公權力行為之性質，故此時當非授權公務員而不認具有公務員身分。

### (二) 安全士官及衛兵

擔任安全士官之士兵，在值勤安全士官期間，是否屬於刑法上之公務員？

<sup>34</sup> 至於該等實務雖同認為士兵奉命看守或押解人犯，亦屬視為刑法上之公務員，然若非具有司法警察身分之憲兵，因軍事看守所及軍事監獄之被告及受刑人，現並均已移撥由司法單位管理，故以後將較無士兵奉命看守或押解人犯之情。當然，若將來因特殊情事等，使部分士兵依法令有奉命看守或押解人犯之情，則該等士兵於該職務權限內，依本文見解，將同屬授權公務員。



實務上曾有案例，係擔任安全士官之士兵，在安全士官值勤期間，利用值勤機會，持用值勤之槍彈殺害營內其餘士兵，則此時該士兵是否應依刑法第134條加重其刑？就此，原審法院雖以依照兵役法第45條，認凡入營服役者，應履行軍中法令之義務，而認為該士兵具有公務員身分。然最高法院則認為該士兵應僅屬在軍營內執行安全士官勤務，應屬不離軍營獨立執行職務之一般士兵，而撤銷原判決<sup>35</sup>。

就此部分，如前所述，個人認為，一般士兵在營區既須完全聽命上級長官，而不具獨立之法定權限，故非屬身分公務員，且所為又非公權力行為，僅係維護營區內安全之行為，是亦非授權或委託公務員，故不宜認定該等在軍營內執行安全士官勤務之士兵，具有公務員身分。

當然，相同之理，與安全士官共同值勤之衛兵，因亦在營區內完全聽命長官值勤，同不應認具獨立之法定權限，且所為僅係維護營區內安全之行為，係屬軍事行為之一環，並非公權力行為，同前說明，非屬公務員，實務上軍事法院亦曾做成相同見解<sup>36</sup>。

### (三) 參謀兵及政戰兵

國軍幕僚單位中，最常見者可區分為一般參謀及政戰參謀。

在一般參謀部分，依其業務性質，可區分為參一（掌管人事）、參二（掌管情報）、參三（掌管訓練作戰）及參四（掌管後勤補給）。而政治參謀，則可區分為政一（組織、人事及政治作戰訓練）、政二（思想、心理、宣傳）、政三（監察）、政四（保防）及政五（福利、服務、眷管）。

一般參謀及政治參謀若屬軍官及士官，因為依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關，且亦具有法定職務權限，故屬於身分公務員，此較無疑義。

然若僅係一般士兵而承單位主官之命接辦上述一般參謀及政戰參謀業務時，此際固有法定職務權限，但因其未如軍官與士官，有與一般身分公務員相對應之職等，且士兵不得離開軍營而獨立執行職務而不具獨立性，再參以不論志願役或義務役士兵，均無從於服役之初即自行決定擔任一般參謀或政戰參謀，從而與因派用、聘用、僱用人員、機要人員，或因選舉成為民選公職人員取得身分公務員者，並不相同，無從認定屬於身分公務員。

35 相關案例事實，見最高法院95年度台上字第3498號判決。

36 國防部北部軍事地方法院102年度訴字第73號判決，即認：「被告雖奉核定擔任衛兵職責，惟其本係義務役士兵，並非依據陸海空軍軍官士官任官條例、陸海空軍軍官士官任職條例、陸海空軍軍官士官服役條例等法令，具有法定職務權限之人，非屬公務員，故被告上揭竊盜之行止，並無公務員假藉職務上之權力或機會為之，而有刑法第134條加重其刑之適用」。

又承辦一般參謀及政戰參謀業務固非身分公務員，則是否可能成為授權或委託公務員？就此，如前所述，無論係授權公務員或委託公務員均以所為係「公共事務」為限，而未具身分公務員身分之人，就公共事務之解釋，應從嚴為之，以免過度適用刑罰，是以，就「公共事務」之解釋，應以公權力行為為限。以一般參謀及政治參謀之執掌觀之，所為均僅係一般軍中行政事項，並未有涉及公權力行為之事務，故不宜認該等一般參謀及政戰參謀屬於公共事務而有授權及委託公務員適用之可能。惟就此部分，實務仍有不同見解，例如實務即曾就擔任參一業務文書兵之士兵，以其所為係擔任部隊人事行政之公務事務而言，認為該等文書兵屬刑法上之授權公務員<sup>37</sup>。

## 柒、結語

軍事審判法之修正，係我國刑事審判歷程之一大要事，而雖然司法機關對於承接軍事檢審業務始終充滿信心，然不容諱言，在制度初始之銜接之際，對軍事機關及制度均不熟稔之司法機關，定會面臨磨合期。從而，如何減少因制度之改變，導致司法機關及軍人均能儘早適應新制度，確屬要事，本文僅就軍人身分部分略做說明，期能對司法機關瞭解軍人與公務員適用部分，略盡棉薄之效。

37 見臺灣高等法院高雄分院99年度上易字第1279號判決：「按士兵不能離軍隊獨立執行職務，故現役士兵，除別有法令依據而從事於一定之公務，當然係刑法上之公務員之情形外，不得視為刑法上之公務員。被告自95年11月7日起至96年12月15日止，服常備兵役，退伍時為一等兵，有個人兵籍查詢資料附卷可稽（詳偵二卷第13頁），再被告服役期間，原在部隊任作戰士，嗣奉連長指派協助從事人事行政（人事兵）工作，專責休假、留守、兵籍資料、退除等人事業務等情，……是以被告服役期間，業經主管指派擔任人事兵工作，從事於部隊人事行政之公共事務，具有法定職務權限，自屬刑法第10條第2項第1款後段所稱之授權公務員」。