

刑法判解

貪汙治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪非屬對向犯

最高法院103年度台上字第726號判決

【實務選擇題】

依照通說見解，下列何者不成立共同正犯？

- (A) 對向犯。
- (B) 預備犯。
- (C) 過失犯。
- (D) 以上均不成立共同正犯。

答案：D

【裁判要旨】

貪汙治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，因公務員不待他人意思之合致或行為之參與，其單獨一人亦得完成犯罪，故非屬學理上所謂具有必要共犯性質之「對向犯」，自不得引用「對向犯」之理論而排除共同正犯之成立。公務員與無公務員身分之人，如具有犯意聯絡、行為分擔，共同對於該公務員主管之事務，圖無公務員身分者（即圖利之對象）之不法利益並因而使其獲得利益，依貪汙治罪條例第三條及刑法第二十八條、第三十一條第一項之規定，自得成立圖利罪之共同正犯。此為本院最近一致之見解。

【裁判分析】

關於貪汙治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，「不具公務員身分之圖利對象」與「圖利他人之公務員」間是否成立圖利罪之共同正犯，所涉及之爭點在於：圖利罪之犯罪型態是否屬「對向犯」？若肯定屬於對向犯，則不具公務員身分之圖利對象與圖利他人之公務員間不成立共同正犯。就此爭點，實務見解分述如下：

一、肯定說

- (一) 過去實務見解認為，不具公務員身分之圖利對象與圖利之公務員為對向關係，兩者間不成立共同正犯；參照最高法院90年度台上字第604號判決：「貪汙治

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，係屬身分犯，以依據法令從事公務之人員為犯罪主體，無此身分者，依同條例第三條之規定，固亦得成立本罪之共同正犯，然必無此身分者與有此身分者，並非互相對立之「對向犯」，而係彼此有犯意聯絡及行為分擔，朝同一目的，共同對於有此身分者所主管或監督之事務，直接或間接圖得該有此身分者本人或圖得其他第三人不法之利益，始足當之；若該有此身分者所圖利之對象，即係該無此身分者，則二人係居於彼此相互對立之對向關係，行為縱有合致，並使該無此身分者因而得不法之利益，但二人之行為既各有其目的，分別就各該行為負責，彼此間無所謂犯意聯絡與行為分擔，除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難以上開圖利罪之共同正犯論處，此觀之同條例第十一條之行賄罪，其法定刑遠較上開圖利罪為輕，無此身分者，就違背職務之行為行賄時，僅論以較輕之行賄罪，未行賄時，殊無反論以較重之圖利罪自明。」

- (二) 另外應予補充者，若不具公務員身分者與具公務員身分者間係具有「合同平行性」之關係，仍成立共同正犯：參照最高法院94年度台上字第6008號判決：「貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，係屬身分犯，以依據法令從事公務之人員或受公務機關委託承辦公務之人為犯罪主體，無此身分者若僅單純為有此身分者圖利之對象，則該無此身分者與有此身分者間，具對向關係，行為縱有合致，並使該無此身分者因而獲得不法利益，然彼此之行為各有其目的，尚不能遽論以上開圖利罪之共同正犯；惟無此身分者與有此身分者，若非單純處於對向關係，而係具有『合同平行性』之犯意聯絡及行為分擔，朝同一目的，共同對於有此身分者所主管或監督之事務，直接或間接圖得不法利益並因而獲得利益，依同條例第三條規定，並非不得成立本罪之共同正犯。」

二、否定說

本則最高法院103年度台上字第726號判決，認為貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利罪，因公務員不待他人意思之合致或行為之參與，其單獨一人亦得完成犯罪，故非屬學理上所謂具有必要共犯性質之「對向犯」，因此不具公務員身分之圖利對象，若與圖利他人之公務員有犯意聯絡、行為分擔，仍應依刑法第28條、第31條第1項成立圖利罪之共同正犯。本則判決變更以往見解，且於判決內容特別註明「此為本院最近一致之見解」，最高法院103年度台上字第1365號判決意旨亦採相同見解，讀者應予注意。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【關鍵字】

圖利罪、對向犯、共同正犯。

【相關法條】

貪污治罪條例第3條

與前條人員共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷。

貪污治罪條例第6條第1項

有下列行為之一，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金：

- 一、意圖得利，扣留不發職務上應發之財物者。
- 二、募集款項或徵用土地、財物，從中舞弊者。
- 三、竊取或侵占職務上持有之非公用私有器材、財物者。
- 四、對於主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。
- 五、對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。

刑法第28條

二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。

刑法第31條第1項

因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！