

## 刑法判解

## 論共同正犯與對向犯之區辨

## 最高法院99年度台上字第1294號判決

## 【事實摘要】

本案上訴人即行為人甲，為求向A農會信用部貸得大筆款項，遂與任職A農會信用部主任、綜理貸放款業務之乙串通，使乙於明知甲已無還款能力情況下，仍違背農會信用部「每一位會員借款額度不得高於新台幣（下同）2,000萬元，且不得以借用他人名義（俗稱「人頭」）貸款」之規定，超額貸與甲及其借用名義之「人頭」共4,500萬元款項。

乙於上述款項到期時，為協助甲以新貸款償還上述舊貸款，明知甲與他人共有之B地位置偏僻，並無甚價值，於債權不獲清償必須拍賣時，恐有困難，乙竟仍刻意高估B地價值，且未依規定進行對於貸款人、連帶保證人之確實徵信，即製作不實之業務文書，使A農會為取得B地之抵押權設定，再度貸予甲大筆款項，致使A農會蒙受巨大損失。

## 【裁判要旨】

本案第二審法院依據上開事實，判決甲、乙成立共同背信罪。依刑事訴訟法第376條第5款：「左列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院……：五、刑法第342條之背信罪。」規定，當事人原不得就背信罪上訴於第三審法院；但因檢察官認為甲提供予農會之貸款資料係虛偽不實，故甲尚應成立行使偽造私文書罪，第二審法院對此卻判決無罪，檢察官因而提起上訴，背信罪因與行使偽造私文書罪有審判不可分之關係，故亦一併上訴於最高法院。

本案最高法院就原審認定甲、乙成立共同背信罪部分指出：「二人以上基於共同犯罪意思之聯絡，朝同一目標共同參與犯罪行為之實行者，固應成立刑法第28條之共同正犯。惟二人以上彼此基於「互相對立」之意思經行為合致而成立犯罪者，則屬學理上所稱之「對向犯」。「對向犯」因行為人各有其目的，各就其行為負責，其行為縱有合致，但彼此間並無共同犯罪之目的，亦即並無共同犯意之聯絡，即無適用上開規定論以共同正犯之餘地。又刑法第342條第1項之背信罪，係因身分而成立之罪，必須以為他人處理事務為前提；而所謂為他人處理事務云者，係指受他人委任而為其處理一定事務而言。…若無

此身分者與有此身分者行為雖有合致，但雙方各有其目的，彼此係居於相互對立之「對向關係」，而無共同犯意聯絡與行為分擔者（即「對向犯」），除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難論以背信罪之共同正犯。」

易言之，最高法院係認為本案之甲與乙僅係背信罪之「對向犯」，而非原審所認定之「共同正犯」，由於甲並非任職於農會，不具有背信罪所要求之身分，刑法又未對甲之行為另設有處罰規定，甲此部分行為即應不罰。

### 【學說速覽】

上述最高法院以「意思合致」與「意思聯絡」區別「對向犯」與「共同正犯」之觀點，乃我國實務界一貫之見解。對此種觀點闡釋的較清楚，並且舉例說明者，可參見81年度台非字第233號判例：「而『對向犯』則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰之明文，當亦無適用刑法第28條共同正犯之餘地。」及87年度台上字第626號判決：「無身分者構成此罪之共同正犯，必須與有身分者有犯意聯絡及行為分擔，亦即在合同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部分，相互利用他人之行為，遂行其得利之目的，始克相當。否則無身分者（尤其被圖利者）與身分者非屬合同之平行一致性犯意聯絡，而為對立一致性之關係（被圖利者與圖利罪犯者，與行賄、受賄同，皆屬對立性質），縱因而得利，仍難以圖利罪相繩」。

學者間對於「對向犯」之無身分者，是否能依刑法第31條第1項規定，與有身分者成立身分犯之共同正犯，則有不同意見。在結論上，較多學者贊同上述實務見解，認為「對向犯」與「共同正犯」應予區別。故於需要行為人具備特定身分、資格始能成立之身分犯情形，無此身分者若與有身分者僅係「意思合致」，而非「意思聯絡」，則不能成立共同正犯。<sup>47</sup>

惟亦有學者指出，實務見解以「對立一致性」與「平行一致性」來區分「意思合致」與「意思聯絡」，其實是出於對犯罪基本意義的誤解。因為要討論行為人的犯罪意思是「對立」或「平行」，應該是從法益侵害的角度出

<sup>47</sup> 林山田，《刑法通論下冊》，2006年增訂9版，頁132-134；陳子平，《刑法總論》，2008年9月增修版，頁458-460。

發，始有意義。而只要行為本身確實造成法益侵害，就應有成立犯罪之可能。如賭博罪的情形，固然是輸家與贏家在財產利害關係上相對，但是不論輸家和贏家，都侵害了賭博罪所欲保護的社會法益，而就社會法益而言，參與賭博的雙方在意思與行為上，都沒有所謂「對立」的情況存在。賄賂罪的情況亦同，行賄者與收賄者的行為，都是方向一致的在侵害國家法益。<sup>48</sup>

回到本案討論的背信罪。若按照上述學者指摘實務見解有誤的觀點，由於背信罪雖然重視「為他人處理事務」的信賴關係，但一般仍認為背信罪之保護法益是財產法益。若單就法益而論，無受任身分的行為人與有此身分的行為人其實是一起肇致了被害人財產法益受侵害的結果。本案最高法院判決僅以行為人間「彼此係居於相互對立之『對向關係』」一事，即認為無身分之行為人絕不可能與有身分者一起成立共同正犯，論證過程與依據似均稍嫌不足，而有可再斟酌之處。

### 【考題分析】

某甲透過傳真向某乙簽賭六合彩中獎，某乙卻屢不給付彩金，某甲放話，如果某乙再不給付，要給某乙教訓。某乙害怕，卻又心有不甘，於是用數日前不小心所收到客人給付之千元偽鈔數張交付給某甲。試問：甲、乙二人刑事責任如何？

(91司④)

### ◎答題關鍵

本題在賭博罪部分，除了要處理「傳真簽賭」行為，是否為刑法第266條第1項所稱：「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者」外，亦有甲、乙若均成立賭博罪，則應論以該罪之「共同正犯」或「對向犯」的問題點。

此外，後續甲的放話行為雖使乙感到害怕，但甲是為取回自認簽中六合彩所應得之「彩金」而放話，是否仍有恐嚇取財罪之不法所有意圖，亦應予討論（其餘部分如行使偽造貨幣罪等因較單純，此處從略）。

### 【參考文獻】

1. 林山田，《刑法通論上冊》，2006年增訂9版，頁132-134。
2. 陳子平，《刑法總論》，2008年9月增修版，頁458-460。
3. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2006年3版，頁793-795。

<sup>48</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，2006年3版，頁793-795。