

## 伍、圖利罪之性質

### 一、一般性

圖利罪係概括規定，刑法第131條之罪，係關於公務員職務上圖利之概括規定，必其圖利行為不合刑法各條特別規定者，始受本條之支配，若其圖利行為合於其他條文之特別規定，即應依該條文論擬，不得適用本條。

（參照最高法院51年台上字第750號判例）

（一）按刑法上之圖利罪，乃關於公務員職務上圖利之概括規定，必其圖利行為不合於其他之特別規定時，始有其適用。

（參照最高法院70年台上字第1350判決）

（二）公務員圖利罪乃對於公務員瀆職圖利之一般條款，如所為構成刑法或其他法律所訂特殊形態之公務員圖利罪，自應依據「特別條款排除一般條款」之原則，依各該特別形態之公務員瀆職罪論處。（參照最高法院78年台上字第1429號判決）

### 分類編號 1：一般性

編號	1-1
判決案號	最高法院 93 年度台上字第 5076 號
判決要旨	貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款與其他款之關係：貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之公務員圖利罪， <u>係關於公務員職務上圖利之概括規定，必其圖利之該行為不合貪污治罪條例各條特別規定者，始受本罪之支配，倘其圖利之行為合於其他條文或款項之特別規定，即應依該特別規定之罪論擬，無再適用本罪之餘地。故依據法令從事公務之人員就其主管或監督之事務，倘同一行為而違背職務收受賄賂，自應依上開條例第 4 條第 1 項第 5 款之違背職務受賄罪之特別規定論處，無再論以上開概括規定圖利罪之必要。</u>

編號	1-2
判決案號	最高法院 96 年度台上字第 1584 號
案例摘要	廖年祥為刑事組偵查佐，其提供民眾因失竊車輛而向警方報案之失竊車輛車籍資料及報案人或車主之聯絡電話予張序文，再由張序文以電話向失竊車輛之車主勒贖，得款後二人平分。
判決要旨	依 92 年 2 月 6 日（應係 90 年 11 月 7 日）修正之貪污

治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之對於非主管或監督之事務，利用職務機會圖利罪，係關於公務員利用職權機會圖利之概括規定，必其圖利行為不合於其他條文特別規定者，始有該條款之適用，若其圖利行為，合於其他條文之特別規定時，即應依該特別條文論擬，不得適用圖利罪論處。上訴人既與張序文基於共同為自己不法所有之意圖，且利用職務上之機會，提供民眾因失竊車輛而向警方報案之失竊車輛車籍資料及報案人或車主之聯絡電話予張序文，推由張序文打電話向戈鏞等被害人詐稱車輛在彼等手裡，要求匯款贖車，施用詐術，以取得不法財物，該行為是否應成立貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務上之機會詐取財物罪？何以上訴人利用職權機會共同詐取財物之行為，僅成立圖利罪，而不構成利用職務上機會詐取財物罪？原判決未予說明，自有判決理由不備之違法。

## 二、身分犯

圖利罪須以具有一定身分之人始能為之。在刑法上，須以具有公務員之分身者，在戡亂時期貪污治罪條例須「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」，始能成立圖利罪。圖利罪係因一定身分而成立之犯罪，故其犯罪主體為身分犯。身分犯又可分為純正身分犯與不純正身分犯二種。前者係以構成身分為其構成要件要素；後者係以加減身分為其構成要件要素。無身分者如欲單獨實施純正身分犯，不可能成立犯罪。圖利罪之犯罪主體，不僅為身分犯，且為純正身分犯。

### 分類編號 2：身分犯

編號	2-1
判決案號	最高法院 94 年度台上字第 3190 號
判決要旨	<u>按貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款之罪，係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員，為其犯罪之主體，屬於身分犯之一種。而此項犯罪主體之分身，為該罪之重要構成要件。</u>

編號	2-2
判決案號	最高法院 94 年度台上字第 2040 號
判決要旨	<p>無公務員身分者與有公務員身分者是否成立共同正犯之探討：</p> <p>(1) 成立共同正犯之要件： <u>按貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 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 3 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。</u></p> <p>(2) 不成立共同正犯的情形： <u>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</u></p>

	<p><u>為負責，彼此間並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 11 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。</u></p>
--	---

編 號	2-3
判決案號	最高法院 94 年度台上字第 5044 號
判決要旨	<p>1、無公務員身分之人與有公務員者成立共同正犯之情形：  <u>貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款所規定之圖利罪，為身分犯之一種，若無公務員身分之人與公務員共犯該罪時，必該無身分關係者與公務員相聚合，朝同一目標，共同圖私人不法利益，始克相當。</u></p> <p>2、無公務員身分之人與有公務員者不成立共同正犯之情形：  (1) 倘公務員所圖得之不法利益，係取自該無身分關係之人；(2) 或公務員圖利之對象即為該無身分關係之人，因係處於對向關係，該無身分關係者，除涉犯他項罪名外，尚不能依公務員圖利罪之共犯論處。此觀無身分關係者，向公務員行賄，而公務員對之圖利時，關於職務上行為為賄賂，<u>僅處罰公務員；對於違背職務行為為賄賂，則就行賄者與受賄者，分設不同之處罰規定，該無身分關係者，均不與該公務員論以共同正犯自明。</u></p>

### 三、對向犯

貪污治罪條例第6條第1項第4款、第5款所規定之圖利罪，為身分犯之一種，若無公務員身分之人與公務員共犯該罪時，必該無身分關係者與公務員相聚合，朝同一目標，共同圖私人不法利益，始克相當；倘公務員所圖得之不法利益，係取自該無身分關係之人，或公務員圖利之對象即為該無身分關係之人，因係處於對向關係，該無身分關係者，除涉犯他項罪名外，尚不能遽依公務員圖利罪之共犯論擬。此觀無身分關係者，向公務員行賄，而公務員對之圖利時，關於職務上行為賄賂，僅處罰公務員對於違背職務行為賄賂，則就行賄者與受賄者，分設不同之處罰規定，該無身分關係者，均不與該公務員論以共同正犯自明<sup>7</sup>。（參照最高法院88年度台上字第5741號判決）

#### 法律問題

一、對向犯能否為圖利罪之共同正犯？

二、非公務員以人情請託…等方法活動公務員不法圖利，是否即為共同正犯？

目前實務見解趨向於視二者間是否有犯意聯絡、行為分擔及其程度而定，如居於支配者之地位或介入甚深，仍得以共同正犯相繩。（最高法院94年台上字第6008號、96年台上字第5296號判決參照）

<sup>7</sup>（一）謝清志係自民國（下同）89年5月20日至95年5月24日擔任行政院國家科學委員會副主任委員，為依法令服務於國家機關具有法定職權之公務員；蔡崇興、鍾立來、楊明放、許澤善、洪思閩、李賢華、林聰意等人，自91年6月間起擔任臺南科學工業園區（下稱南科）減振工法規劃技術服務案之評選委員，均為受國家依法委託從事與委託機關職權有關公共事務之公務員。許鴻章為鴻華聯合科技股份有限公司負責人。被告許鴻章辯護人以：被告許鴻章並無公務員身分，其就南科減振工程案與招標機關國科會或南管局係立於「彼此相互對立之對向關係」，依照上開判決資料所示意旨，共同被告謝清志與被告許鴻章間，其二人之行為既各有目的，分別就該行為負責，彼此間無所謂犯意聯絡與行為分擔，自無成立共同正犯之法律依據等資為抗辯。

（二）惟臺灣臺南地方法院96年度矚重訴字第1號刑事判決認：「按公務員對主管或監督之事務，直接或間接圖利罪，雖係身分犯，然若無身分者與有此身分之公務員，彼此之間有共同圖利自己或他人之犯意聯絡及行為分擔，按諸刑法第28條及貪污治罪條例第3條之規定，即可論以圖利罪之共同正犯。又自然人與法人，在法律上各具有獨立之人格，縱使該自然人為法人之負責人，因人格權及財產權係各自獨立，法人之財產法益自不完全等同於該法人負責人個人之財產法益；且法人復無犯貪污罪之能力，倘非自然人之利益與法人之利益完全相同，依據法令從事公務之人員，即非不得與無公務員身分之自然人共同圖利法人，而成立圖利罪之共同正犯。（最高法院96年度台上字第4579號判決參照）本件鴻華公司並非一人公司，其利益與許鴻章之利益未必完全相同。具公務員身分之謝清志與不具公務員身分之許鴻章為不同之主體，自有可能朝同一目標參與犯罪，依上開判決意旨，自非不能成立圖利罪之共同正犯，被告辯護人以：按彼此相互對立之對向關係，不具身分之人與具身分者之間不成立共同正犯云云，尚難認有理由」。

### 分類編號 3：對向犯

編 號	3-1
判決案號	最高法院 90 年度台上字第 604 號
判決要旨	<p>共犯在學理上，有任意共犯與必要共犯之分，前者指一般原得由一人單獨完成犯罪而由二人以上共同實施者，當然有刑法總則共犯之適用，後者指須有二人以上參與實施始能成立之犯罪而言。必要共犯，尚可分為二人以上朝同一目標共同參與犯罪實施之「聚合犯」，及二個或二個以上之行為人，彼此相互對立之意思經合致而成立犯罪之「對向犯」，「對向犯」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，當然無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。又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。</p>

編 號	3-2
判決案號	臺灣高等法院 92 年度上訴字第 119 號
判決要旨	<p>貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款、第 5 款所規定之圖利罪，為身分犯之一種，被告庚○○、癸○○雖無公務員身分關係，惟與公務員即被告壬○○、子○○相聚合，朝圖利被告癸○○及案外人甲○○同一目標，共同圖私人不法利益均與該公務員即被告壬○○、子○○論以共同正犯(最高法院 93 年度台上字第 1256 號刑事裁判參照)。被告壬○○、子○○、庚○○及癸○○就圖</p>

	利被告癸○○及案外人甲○○及二次行使公務員登載不實公文書之犯行間，有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。至於案外人甲○○僅屬圖利之對象，屬彼此相互對立之意思經合致而成立犯罪之「對向犯」，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間並無犯意之聯絡，當然無適用刑法第 28 條共同正犯之餘地。
--	---

編 號	3-3
判決案號	最高法院 94 年度台上字第 6008 號
判決要旨	貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 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 3 條規定，並非不得成立本罪之共同正犯。

編 號	3-4
判決案號	臺灣高等法院高雄分院 95 年度上訴字第 1117 號
判決要旨	<u>按貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款圖利罪，須行為人明知違背法令，而仍基於不法圖利自己或第三人之犯意，並將該犯意表現於行為，為構成要件。又學理上所謂之「對向犯」，係指二個或二個以上之行為人，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，因行為人各有其目的，而各就其行為負責，當然無適用刑法第 28 條共同正犯之餘地。又貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 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 3 條之規定，固亦得成立本罪之共同正犯。然若該有此身分者所圖利之對象，即係該無此身分者，而 2 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，彼此間並無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。</u>

編號	3-5
判決案號	最高法院 96 年度台上字第 5267 號
判決要旨	貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 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監督之事務，直接或間接圖其他私人不法利益並因而獲得利益，依同條例第 3 條規定，固非不得成立本罪之共同正犯。

#### 四、己手犯

圖利罪性質上是否屬「己手犯」？無公務員身分者為圖利自己之利益，利用不知情之公務員（指主管或監督該事務之公務員）為圖利罪之行為者，可否成立公務員圖利罪之間接正犯？

**問題：**戡亂時期貪污治罪條例第 6 條第 3 款之公務員對於主管或監督之事務直接（或間接）圖利罪，其成立以具有公務員身分者為前提要件，如無公務員身分者，是否可利用不知情之公務員（指主管或監督該事務之公務員）犯該條之公務員圖利罪，而成立該罪之間接正犯。（臺灣雲林地方法院 81 年 8 月法律座談會）

#### 討論意見：

**甲說（否定說）：**公務員圖利罪，其性質屬於己手犯，必須主管（或監督）事務之公務員本人始能犯之，苟無公務員身分，自無可能利用不知情之公務員犯該條之罪而成立間接正犯。（學者林山田亦同）

**乙說（肯定說）：**間接正犯係利用無犯罪故意或無刑事責任能力之人以遂行自己之犯罪行為，凡利用無犯罪故意之人實行自己之犯罪行為者，即構成間接正犯。本題無公務員身分者，利用不知情之公務員圖利罪，符合間接正犯之要件，自應成立圖利罪之間接正犯。（實務通說）

**臺灣高等法院審核意見：**本問題所述之利用者既無公務員身分，即其自己無從成立該條例所定公務員對於主管

或監督之事務直接或間接圖利之罪，自不可能利用不知情之公務員犯之而成立間接正犯。採否定說。

**司法院刑事廳意見**：參考院字第 785 號解釋採肯定說。

**學者柯耀程意見**：認為只要所利用之人（即前行為人）具有身分關係，仍能成立間接正犯<sup>8</sup>。

本文以為：

- 一、純正身分犯係指必須具備不法構成要件所明定之主體品質之人，例如公務員、醫師、藥師、教師、律師、會計師…等，始屬適格之行為主體而能成立之犯罪。行為人雖具犯罪支配，但未具備主體品質者，仍舊不能成立正犯，只有可能成立共犯（教唆犯或幫助犯）<sup>9</sup>。
- 二、己手犯，係指行為人必須親手實行構成要件該當行為，始能成立之犯罪，若假借他人之行為，則無成立犯罪之餘地，例如血親相姦罪（刑§230）、通姦罪（刑§239）或重婚罪（刑§237），故如非親手實行構成要件該當行為而不具親手性之人，雖具犯罪支配，亦不能成立正犯，而只能成立共犯（教唆犯或幫助犯）<sup>10</sup>。依此定義則圖利罪應非己手犯。
- 三、公務員圖利罪有無間接正犯之適用？犯罪性質為己手犯者，行為人自己必須直接並親自實行構成要件行為，始能構成之己手犯，本質上不可能假手他人實行，亦無可能以間接正犯的方式違犯。至於公務員圖利罪因係純正身分犯而非己手犯，則有身分之人利用無主體適格的他人來實施圖利犯罪，固可成立間接正犯。惟犯罪者如不具公務員身分，則無從成立間接正犯<sup>11</sup>。蓋從犯罪支配理論之觀點，純正身分犯因行為人的身分或資格，乃在創設刑罰之意義，無身分之人既欠缺構成要件主體之適格，性質上無法違背純正身分犯所賦與行為主體應履行之特定作為或不作為的義務，從而無身分之人根本無法透過利用他人之行為，侵害該罪所欲保護之法益，故不能成立該等犯罪之正犯，包括間接正犯。

<sup>8</sup> 柯耀程，公務員圖利罪及其參與關係之思辯，全國律師雜誌第六期，86年6月，第12頁。

<sup>9</sup> 林山田，刑法通則(下)，P371。

<sup>10</sup> 黃常仁，刑總(下)，P151。

<sup>11</sup> 參照林鈺雄，新刑法總則，P401；林山田，刑法通論(下)，P54。