

國立臺灣大學法律學院法律研究所

碩士論文

Department and Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



公司董事違反受託義務的刑事責任

——以背信罪和特別背信罪為中心

Company Directors' Criminal Liability of Breach of  
Fiduciary Duty

羅儀珊

Yi-Shan Ro

指導教授：王皇玉 博士

Advisor: Huang-Yu Wang, Ph.D.

中華民國 104 年 7 月

July, 2015

## 謝 辭



這本論文的完成必須感謝非常多人，特別是指導教授王皇玉老師、口試委員許恒達老師和謝煜偉老師、前指導教授王兆鵬老師、我的父親羅榮華、母親莊桂美和姊姊羅翊文、指導律師蕭仰歸律師和高明哲律師、研究所同窗方道樞、林珣如、陳立涵、陳靖琳、張譽馨、鄒萬承、劉家丞和饒倬亞，以及所有我生命中的至親好友，謝謝你們長期以來的教導、支持和照顧，沒有你們就沒有這本論文，銘感五內，永誌於心。

羅儀珊 謹誌

2015年7月

## 中文摘要



近來最高法院判決常以公司法第 23 條第 1 項受託義務之違反，作為認定公司董事構成背信罪違背任務或特別背信罪違背職務要件。然而我國刑法或特別刑法中並沒有受託義務的概念，法院於公司董事涉及背信罪或特別背信罪之刑事案件中，能否直接援引商事法上的受託義務，作為判斷行為人在刑事法上是否違背任務或違背職務的標準，涉及背信罪與特別背信罪的保護法益與罪質。我國於 2001 年時參考英美法之規定增訂公司法第 23 條第 1 項，規定公司董事負有忠實義務和善良管理人責任之受託義務，以英美法上董事之受託義務及其違反時所負之刑事責任為比較對象，當屬其來有自。

本文將英國法上的濫用身分詐欺、美國法上的誠信服務詐欺，與我國法上的背信罪和特別背信罪相互參考比較後，認為濫用身分詐欺和誠信服務詐欺，關注的焦點在於行為人不誠實行為的處罰，而不在於行為人和被害人經濟利益上的此消彼長，因此都不以對被害人造成財產損害為要件。我國法上的背信罪及特別背信罪雖皆為結果犯的立法，在討論上自不能與英美法完全相提並論，但是如果從行為人主觀構成要件的角度予以觀察，也可以發現背信罪或特別背信罪其實並非完全如傳統財產犯罪一般僅僅是為了保護財產利益而存在。背信罪是破壞委任關係侵害個人整體財產法益的犯罪，而特別背信罪是侵害公司整體財產法益和社會經濟制度的犯罪。在行為方面，透過董事義務的類型化，可以提供行為是否合於法規範之初步判準：違反與財產事務相關的受任人義務或受託義務都可能被認為是背信罪的違背任務，但是除非董事的行為侵害量足以達到破壞社會經濟制度的程度，否則不應認為是特別背信罪的違背職務。

關鍵字：受託義務、財產損害、濫用身分詐欺、郵電詐欺罪、誠信服務詐欺、背信罪、特別背信罪

## Abstract

Recently, the Supreme Court often finds the company directors being guilty for criminal Breach of Trust or Special Breach of Trust as acting contrary to their fiduciary duty. However, instead of any Criminal Code, the provision of “fiduciary duty” is enacted in the Company Law section 23 subsection 1. Whether a person has criminal culpability for breaching of civil fiduciary duty is related to the essence and the interest of Breach of Trust or Special Breach of Trust.

Compared with the Fraud by Abuse of Position of English Fraud Act and the Honest Services Fraud of United States Code, the Breach of Trust of Criminal Code and the Special Breach of Trust of Sepcial Criminal Code indeed more likely focus on the gain or loss of property interest and require the result element, but are not merely to protect the full property interest of victims. The Breach of Trust is in order to protect both the personal full property interest and the relation of appointment, and the Sepcial Breach of Trust is not only in order to protect the company’s full property interest, but also to maintain the order of socio-economic. Through the typed obligation of company directors’, the thesis provides an initial determination of guilty conducts: the contrary to the obligation of appointment or the fiduciary duty would constitute the element of acting contrary to duty in Breach of Trust, but unless the quantity of infringement in property interest is sufficient to cause damage of the socio-economic order, the directors shall not constitute the element of violating their duty in Special Breach of Trust.

Keywords: fiduciary duty, loss of property interest, Fraud by Abuse of Position, Mail/Wire Fraud, Honest Service Fraud, Breach of Trust, Special Breach of Trust

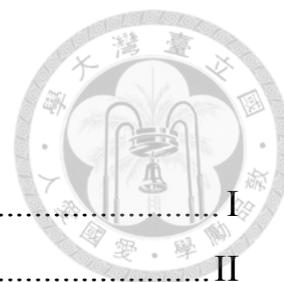
## 簡目



中文摘要 .....	I
英文摘要 .....	II
第一章 序論 .....	1
第一節 研究動機與問題意識 .....	1
第二節 研究範圍與方法 .....	2
第二章 英美法上董事之受託義務 .....	4
第一節 董事之受託義務 .....	4
第一項 受託義務的來源 .....	4
第二項 信託關係的特徵 .....	5
第三項 英國法上董事受託義務的內涵 .....	8
第四項 美國法上董事受託義務的內涵 .....	24
第二節 從侵權法到刑事法 .....	47
第一項 英國法的發展 .....	47
第二項 美國法的發展 .....	49
第三節 小結 .....	53
第三章 英美法上董事違反受託義務之刑事責任 .....	54
第一節 概說 .....	54
第二節 英國法上董事違反受託義務之刑事責任 .....	56
第一項 概說 .....	56
第二項 詐欺罪 .....	61
第三項 小結 .....	73
第三節 美國法上董事違反受託義務之刑事責任 .....	75
第一項 概說 .....	75
第二項 郵電詐欺罪 .....	77
第三項 誠信服務詐欺 .....	90
第四項 小結 .....	116
第四章 我國法上董事違反受託義務之刑事責任 .....	119
第一節 概說 .....	119
第二節 背信罪與特別背信罪之保護法益 .....	121
第一項 法益概念之流變與簡介 .....	124
第二項 背信罪的法益 .....	126
第三項 特別背信罪的法益 .....	130
第三節 行為 .....	136
第一項 為他人處理事務 .....	136
第二項 違背任務／職務 .....	137
第四節 結果 .....	163
第一項 背信罪 .....	163
第二項 特別背信罪 .....	165

第五節 故意與意圖.....	169
第一項 背信罪的故意與不法意圖.....	169
第二項 特別背信罪的故意與不法意圖.....	172
第六節 小結.....	174
第五章 判決評析.....	175
第一節 元大案.....	175
第一項 事實摘要.....	175
第二項 判決摘要.....	178
第三項 判決評析.....	179
第二節 和艦案.....	183
第一項 事實摘要.....	183
第二項 判決摘要.....	186
第三項 判決評析.....	188
第六章 結論.....	192
參考文獻.....	195

# 詳目



中文摘要 .....	I
英文摘要 .....	II
第一章 序論 .....	1
第一節 研究動機與問題意識 .....	1
第二節 研究範圍與方法 .....	2
第二章 英美法上董事之受託義務 .....	4
第一節 董事之受託義務 .....	4
第一項 受託義務的來源 .....	4
第二項 信託關係的特徵 .....	5
第三項 英國法上董事受託義務的內涵 .....	8
第一款 忠實義務 .....	9
第二款 注意義務 .....	10
第三款 善意義務 .....	12
第一目 忠實義務 .....	15
第二目 注意義務 .....	20
第三目 善意義務 .....	22
第四項 美國法上董事受託義務的內涵 .....	24
第一款 忠實義務 .....	24
第二款 注意義務與商業判斷法則 .....	25
第一目 注意義務 .....	25
第二目 商業判斷法則 .....	29
第三款 善意義務 .....	32
第四款 美國法上董事受託義務之類型化 .....	34
第一目 忠實義務之類型化 .....	34
第二目 注意義務 .....	39
第三目 善意義務 .....	43
第二節 從侵權法到刑事法 .....	47
第一項 英國法的發展 .....	47
第二項 美國法的發展 .....	49
第三節 小結 .....	53
第三章 英美法上董事違反受託義務之刑事責任 .....	54
第一節 概說 .....	54
第二節 英國法上董事違反受託義務之刑事責任 .....	56
第一項 概說 .....	56
第二項 詐欺罪 .....	61
第一款 詐欺罪之規定與共同要件 .....	61
第二款 詐欺罪之三種態樣 .....	65
第一目 不實陳述詐欺 .....	65

第二款 未公開資訊詐欺.....	69
第三款 濫用身分詐欺.....	70
【表一】：2006年詐欺法第1條詐欺罪三種行為態樣之比較.....	72
第三項 小結.....	73
第三節 美國法上董事違反受託義務之刑事責任.....	75
第一項 概說.....	75
第二項 郵電詐欺罪.....	77
第一款 郵電詐欺罪之規定與要件.....	77
第二款 加重處罰規定.....	87
第三項 誠信服務詐欺.....	90
第一款 誠信服務詐欺之規定與要件.....	90
第二款 實務見解.....	92
第一目 1988年以前.....	92
第三目 2010年以後.....	100
第三款 學說.....	111
第一目 組織及制度上的變革.....	111
第二目 <i>Skilling</i> 案判決的影響與批評.....	112
第三目 立法論上的建議.....	114
第四項 小結.....	116
第四章 我國法上董事違反受託義務之刑事責任.....	119
第一節 概說.....	119
第二節 背信罪與特別背信罪之保護法益.....	121
【表二】：背信罪與特別背信罪構成要件與刑度之比較.....	124
第一項 法益概念之流變與簡介.....	124
第二項 背信罪的法益.....	126
第三項 特別背信罪的法益.....	130
第三節 行為.....	136
第一項 為他人處理事務.....	136
第二項 違背任務／職務.....	137
第一款 違背任務／職務之再定義.....	137
第一目 違背任務／職務的類似性.....	137
第二目 違背任務／職務的差異性.....	139
第三目 違背任務／職務的判準.....	140
第三目 小結.....	142
第二款 類型化之「義務」.....	143
第一目 董事之受任人義務.....	144
第二目 董事之受託義務.....	146
第四目 小結.....	158
第三款 合理化之「違背」.....	159
第四節 結果.....	163
第一項 背信罪.....	163
第二項 特別背信罪.....	165
第五節 故意與意圖.....	169
第一項 背信罪的故意與不法意圖.....	169

第二項 特別背信罪的故意與不法意圖.....	172
第六節 小結.....	174
第五章 判決評析.....	175
第一節 元大案.....	175
第一項 事實摘要.....	175
第一款 案例背景.....	175
第二款 本案事實.....	176
第二項 判決摘要.....	178
第三項 判決評析.....	179
第一款 行為—揭露義務的檢驗.....	179
第二款 不法意圖.....	181
第二節 和艦案.....	183
第一項 事實摘要.....	183
第一款 案例背景.....	183
第二款 本案事實.....	183
第二項 判決摘要.....	186
第三項 判決評析.....	188
第一款 行為—守法義務的檢驗.....	188
第二款 不法意圖.....	191
第六章 結論.....	192
參考文獻.....	195

# 第一章 序論

## 第一節 研究動機與問題意識



最高法院 103 年度台上字第 2194 號刑事判決指出：「該當背信犯罪乙節：杜麗莊、林明義及吳麗敏分任元京證券公司董事長、董事與債券部副總經理，皆屬於公司法所稱之公司負責人，就該公司業務之處理，負有忠實義務，應盡善良管理人責任，明知金管會當時對於結構債之處理，有所謂「三大鐵律」之指令，且元大投信公司因處理四十八億元結構債結果，已經虧損七·七六億餘元，其餘結構債處理，當然亦會產生損失，一旦向元大投信公司購買股權，自會隨之按比例增加損失額之分攤，乃竟於不知內情之陳麒漳，在元京證券公司之審計委員會及董事會開會時，漏未報告此情之際，明知自己有加以補充、更正之義務，以避免與會人員錯下決議，致損害於元京證券公司權益，卻毫不作為，足見存心為私、違背任務，無可狡展。」無獨有偶地，最高法院 102 年度台上字第 1203 號刑事判決、最高法院 101 年度台上字第 4901 號刑事判決、最高法院 95 年度台上字第 7025 號刑事判決等，亦皆以受託義務之違反，作為認定公司董事構成背信罪違背任務或特別背信罪違背職務要件。

上開判決所謂公司法所稱之公司負責人，就該公司業務之處理，負有忠實義務，應盡善良管理人責任，顯然是從公司法第 23 條第 1 項所規定之公司負責人受託義務出發。2001 年公司法第 23 條之修正理由：「為明確規定公司負責人對於公司應踐行之忠實義務及注意義務，並對公司負責人違反致公司受有損害，應負損害賠償責任」，明文化董事的受託義務（fiduciary duty），並於立法理由中說明「本次修法係參考英美法之規定，增訂公司負責人之『忠實義務』及『注意義務』……」，將公司對第三人所負賠償責任之重心，依公司治理原則之精神，轉移至董事對公司應盡之義務有違反時，所生之損害賠償責任，以達公司治理最終目標，以建置公司完善之內部管控機制。然而，我國刑法或特別刑法中，並沒有所謂「受託義務」的概念，法院於公司董事涉及背信罪或特別背信罪之刑事案件中，能否直接援引商事法上的受託義務，作為判斷行為人

在刑事法上是否違背任務或違背職務的標準？英美法上有無可供參考之處？將是本文討論重點。

除違背任務或違背職務之行為構成要件外，我國刑法第 342 條背信罪與銀行法第 125 條之 2 第 2 款、證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款等所規定之特別背信罪，皆以意圖為自己或第三人利益、致本人損害為構成要件，但何以在法律效果上卻有所不同？是因為行為主體不同，還是因為保護法益不同？若是保護法益不同，那麼特別背信罪所保護法益為何？以此為基礎，開展背信罪與特別背信罪構成要件之探討，亦為本文討論重點。

## 第二節 研究範圍與方法

研究範圍方面，先從英美法上董事之受託義務切入，逐一探討受託義務的來源、信託關係的特徵、董事受託義務的實質內涵等等問題，並將董事之受託義務加以類型化。然而畢竟英美普通法、案例法體系，與我國大陸法體系不同，因此有必要加以說明違反受託義務從侵權法到刑事法之間的關聯性。接下來探討英美法上董事違反受託義務之刑事責任的問題，會詳細介紹英美法上各種相關的詐欺犯罪類型。最後，會回到我國法上背信罪與特別背信罪保護法益與構成要件的探討，並進行實務判決之評析。

研究方法方面，本文研究希望以學術角度分析背信罪與特別背信罪，以及受託義務之實質內涵，輔以實務見解，來充實相關爭議問題的學術基礎，並希望可以發展出若干可以提供實務運用的判斷標準或是論述基礎。在比較法上，主要聚焦在英國法以及美國法，主要參考專書、期刊論文以及實務判決進行深入的探討。中文文獻的部分，本文會參考專書、期刊論文、碩士論文、實務判決等資料進行介紹，希望利用歸納與辯證的方式來促進不同面向的思考。

### 第三節 論文架構

在論文架構方面，第二章會先介紹英美法上董事之受託義務類型，分別就忠實義務、注意義務、善意義務以及商業判斷法則進行討論與類型化。第三章首先會以英國法為討論主軸，分析詐欺罪之共同要件與三種態樣：不實陳述詐欺、未公開資訊詐欺、濫用職位詐欺。接著介紹美國法的郵電詐欺罪、誠信服務詐欺的理論與實務見解，並介紹英美法學者針對相關制度變革與立法論上的討論。第四章則是回到我國法的部分，先探討背信罪與特別背信罪之保護法益，並進行構成要件之分析。第五章實務見解評析的部分，本文以最高法院 103 年度台上字第 2194 號刑事判決元大案、臺灣高等法院 98 年度上重更（一）字第 60 號刑事判決和艦案為對象，前者著重董事揭露義務的檢驗，後者則是針對董事守法義務的檢驗。並在第六章總結比較法上的理論與實務見解，反觀我國法上之違反受託義務的犯罪類型，提出展望性結論。

## 第二章 英美法上董事之受託義務

### 第一節 董事之受託義務



在現代公司組織漸漸成型後，董事對公司負有之受託義務（fiduciary duty），已與傳統信託關係（fiduciary relationship）下，受信託人（trustee）所負有之受託義務有所不同。<sup>1</sup>以下，本文將從受託義務的來源、信託關係的特徵以及受託義務的內涵及類型化等三方面，建構英國法和美國法上的受託義務。

#### 第一項 受託義務的來源

「Fiduciary」一詞，一說認為係來自拉丁文的字根「fidere」，意指機密，<sup>2</sup>另一說認為係來自於「faith」，代表良知與信任。<sup>3</sup>受託義務之概念，係源自於應美法院歷經數世紀所建立之信託法法理。當一方信賴他方，依己意將處理事務的權力或財產託付與他方，以謀託付之一方的利益，因而使受信賴之他方（即受信託人，trustee）對託付之一方（即信託人，trustor）的決策具有控制力或影響力，此時雙方之關係稱之為信託關係，受信賴之一方基於信託關係中處於優越地位，即對受信託人課予受託義務，<sup>4</sup>亦即信託關係中信託人與受信託人間所存在之信託關係，使得受信託人對信託人負有善意、信賴、機密等義務。<sup>5</sup>而隨著現代社會各種經濟活動的發展，來自於信託法中受信託人對信託人所負有之義務的概念，也擴散到人與人之間各種存在信託關係的場域。

#####

<sup>1</sup> 國內學者有將 fiduciary duty 翻譯為「受任人義務」或「信賴義務」，並將 fiduciaries 翻譯為「受任人」。亦有學者將 fiduciary duty 翻譯為「忠實義務」，並將 duty of loyalty 一詞翻譯為「忠誠義務」。本文參考 2001 年公司法第 23 條之修正理由，將 duty of loyalty 翻譯為忠實義務，將 duty of care 翻譯為注意義務，將 fiduciary duty 翻譯為受託義務，將 fiduciaries 翻譯為受託人，並將 trustees 翻譯為受信託人，以資區隔。是以，本文在論及忠實義務時，係指受託義務的下位概念之一，而非 fiduciary duty，先予敘明。參見曾宛如（2012），《公司法制基礎理論之再建構》，頁 223，台北：承法數位文化。

<sup>2</sup> DAVID COWAN BAYNE, THE PHILOSOPHY OF CORPORATE CONTROL: A TREATISE ON THE LAW OF FIDUCIARY DUTY 36 (Loyola U. Press 1986).

<sup>3</sup> HANS JULIUS WOLFF, ROMAN LAW: AN HISTORICAL INTRODUCTION 65, 74-75 (U. of Okla. Press 1951).

<sup>4</sup> 林育生（2006），《論我國股份有限公司董事與公司間自己交易規範之研究》，頁 18，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

<sup>5</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY 640 (Bryan A. Garner, eds., 7th ed., West 1999).



## 第二項 信託關係的特徵

我國在討論受託義務時，多半都聚焦在公司董事對公司所負有之受託義務上。英美法雖亦將之引用至公司董事與公司之關係上，但受託義務可以來自契約、遺囑（wills）、信託、選舉等存在信託關係的場域。<sup>6</sup>學者 Frankel 歸納信託關係之特徵如下：

一、信託關係是一種服務關係。受託人（fiduciaries）基於該信託關係，對信託人（entrustors）提供公共政策所鼓勵的服務，例如：受寄託人（bailee）、<sup>7</sup>託管代理人（escrow agents）、代理人（agents）、經紀人（brokers），公司董事和主管（directors and officers）、合夥人（partners）、律師（lawyers）、受信託人（trustees）等對其信託人提供之服務。

二、為有效履行服務，受託人必須被授與一定的信託權力（power），而該權力的內涵會隨著當事人之意志和協議（arrangement）而有所不同。比起法律分類上所謂的代理關係（亦即信託人對受託人服務表現的控制之協議），在法律分類上所謂的信託關係中（亦即信託人排除自己對受託人服務表現的控制之協議），信託人授與受託人更多的權力。另外，受託人被授與信託權力之程度，也會因信託人解除信託關係而取回信託財產的自由，以及信託人特定受託人未來行動的成本等因素，而有所不同。因此，例如受寄託人和託管代理人這類不需授與廣大裁量權之受託人，其權力項目及內容即可以事先由雙方白紙黑色明文化，而例如投資管理人及受信託人這類需被授與較廣大裁量權之受託人，其提供服務的細節將繫於未來環境之變化而將有所不同，故其權力項目及內容則一般需由概括性用語予以約定。

三、信託關係存在的唯一目的就是使受託人能夠服務信託人，最大化信託人之利益。然而，受託人仍然有可能為自己或其他第三人之利益而濫用被授與之信託權

#####

<sup>6</sup> TAMAR FRANKEL, FIDUCIARY LAW 4 (2011).

<sup>7</sup> 所謂受寄託人，係指根據寄託契約（bailment）接受並保管寄託財產的人，但其並不獲得財產所有權。依據美國統一商法典（U.C.C.）第 7-102 條規定，受寄託人是指根據倉單、提單或其他所有權憑證，承認佔有貨物並依約交付的人。

詳見元照英美法詞典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=38309>（最後瀏覽日：07/20/2015）



力，因此想當然爾地，信託人不會將超出其預期獲利之成本授與受託人。例如信託人原欲授與受託人 100 元的權力，但受託人有 50% 的機會侵占信託人之財產，而信託人僅能預期可自該信賴關係中獲利 5 元，則信託人即不會願意授與受託人 100 元的信託權力。

四、信託人監督受託人使用信託權力的成本，往往會超過信託人自該信賴關係中之獲利。舉例而言，若投資管理人的利益和信託人的利益相衝突，縱使投資管理人所提供的意見係專家意見，該意見的價值仍然會受到質疑，而監督是否有利益衝突之情形的成本是相當大的，信賴關係的效用也會因此而大打折扣。

五、信託人監督受託人服務品質的成本，也往往會超過信託人自該信賴關係中之獲利，理由在於多數的信賴關係會涉及信託人所不具備的專業知識。除此之外，某些服務的品質難以用結果認定，例如受託人為優秀的律師但信託人最後仍打輸官司；而某些服務的品質難以在短時間內認定，例如遺囑的錯誤可能需要幾年的時間才能被發現。

六、受託人為降低信託人的監督成本所付出之成本，可能會超過受託人自該信賴關係中之獲利。因此，受託人為確保其自信賴關係中之成本不會超過獲利，可能會尋求保險或第三人的保證，但受託人所提供的服務也往往會受限於該保險或保證的限制。

七、信託人其他對於風險控制的外部方法，若非不存在，即為太過貧弱，例如市場控制（market controls）。近來有實務見解認為，傳統上對於信託人的保護受到侵蝕，故承認新的信賴關係，例如：醫師擁有提供其病患用藥之藥局的情形，或醫師的僱用人與病患的最佳藥物治療相衝突的情形。<sup>8</sup>

基此，對受託人課與受託義務的目的即在於，在公共政策所鼓勵的服務項目中，降低信託人對於特定信賴關係之內涵的成本，以及降低受託人可能侵害信賴關係的監督成本。由法律予以規範的最終效用，則是在於透過降低信託風險、降

#####

<sup>8</sup> See FRANKEL, *supra* note 6, at 6-12

低監督成本、保證服務品質等的明文化，激勵信託人善加利用信託關係，追求最大利益。<sup>9</sup>

18 世紀前期，英國陷入一股投資狂熱，而由於向皇室取得設立公司之特許，不僅費用高昂而且程序冗長，許多公司因此向一些垂死的公司購買特許狀，藉以具備法律上公司之外觀。英國國會警覺到此情形，而於 1720 年通過泡沫法（Bubble Act），規定舉凡由未經國會立法或皇室特許所成立之任何公司組織，所發行之股票皆為無效，而打擊了真正公司組織型態之發展。<sup>10</sup>

從而英美早期對於公司董事之定性，並未被清楚地定位受任人，<sup>11</sup>而因為公司資產多經由董事處理，但公司資產之真正所有人卻是全體股東，為使公司董事可以名正言順地使用公司資產，因此賦與公司董事受信託人的地位。英國早期之衡平法院，亦常常將公司董事以受信託人（trustee）處理，<sup>12</sup>認為公司之董事係處於一種特殊的信託與信賴地位，使公司董事對信託人即公司股東負有受託義務。

但嚴格來說，董事並不適合作為傳統意義下信賴關係中的受託人，其義務與責任並不能等同於受託人之義務與責任。理由在於，董事係被期待應就公司之利益而為冒險之商業行為，但在信託關係中，受託人於相同情形下，將可能會被處罰。<sup>13</sup>例如信託關係下之受信託人須小心謹慎以避免危害信託財產。然而，董事在公司經營上，有時會為了公司之利益，而為一些較為冒險之經營手法，以賺取更大的利潤，若嚴格將傳統之受信託人義務加諸於董事上，將會使董事須負擔賠償義務之責任，此舉勢必將使董事之決策上趨於保守，反而不利於公司之發展。

14

#####

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> 曾宛如（2002），〈董事忠實義務之內涵及適用疑義—評析新修正公司法第二十三條第一項〉，《台灣本土法學雜誌》，38 期，頁 53。

<sup>11</sup> 學者王文宇對公司董事之定位採「代理人說」，因此特別強調此處所謂受任人，並不完全等同於民法委任關係中之受任人，而係指代理關係中之代理人，受公司資產所有人即公司股東的託付，為其進行管理及監督事項者。詳見王文宇（2008），《公司法論》，4 版，頁 28-29，台北：元照。

<sup>12</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 53。

<sup>13</sup> 陳子操（2009），〈董事義務之類型化探討—以善意義務為核心〉，頁 16，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

<sup>14</sup> 陳俊仁（2005），〈由企業併購法第 5 條與第 6 條論我國忠實義務規範的缺失〉，《華岡法粹》，33 期，頁 216-217。

1844年，英國合股公司法（Joint Stock Company Act 1844）使現代公司法之發展步入正軌，公司董事不再被視為受信託人，而被認為是代理人（agent）或受任人（principal）。過去董事在信託關係下對公司所負的義務，也不再適宜完全比照援用，僅得於必要時類推適用。惟無庸置疑地，無論董事的定位是受信託人、代理人抑或受委託人，皆處於為信託關係中之受託人地位，對於信託人皆負有受託義務。<sup>15</sup>而傳統信託關係中，受託人所負有之受託義務，在受託人為公司董事的情形下，也轉變成為公司管理者或監督者對公司所負之義務，而與傳統受託義務的內涵相較起來，也有了些許增減。

### 第三項 英國法上董事受託義務的內涵

董事對公所負之受託義務，會隨著董事在公司所扮演之角色不同而有所差異。舉例而言，如果董事負責管理公司資產，則其所負之義務會較接近於受信託人，而如果董事負責公司經營策略的謀畫，則其所負之義務會較接近代理人或受任人。但無論如何，董事都對公司負有受託義務。<sup>16</sup>英國法上董事受託義務的內涵，是由普通法和衡平法所建立，具有相當悠久的歷史，包括自普通法（common law）中衍生出的注意義務（duty of care），<sup>17</sup>和自衡平法（equitable rules）衍生出之忠實義務（duty of loyalty）和善意義務（duty of good faith）。<sup>18</sup>

#####

<sup>15</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 53。

<sup>16</sup> STEPHEN GRIFFIN, PERSONAL LIABILITY AND DISQUALIFICATION OF COMPANY DIRECTORS 7 (1999).

<sup>17</sup> 此處所謂的普通法，係起源於由英國王室法院，依據古老的地方性習慣、或是理性、自然公正、常理、公共政策等原則，通過「遵循先例」（stare decisis）的司法原則，在不同時期的判例的基礎上發展起來的、具備司法連貫性特徵並在一定的司法共同體內普遍適用的各種原則、規則等的總稱。由於係依據判例而發展的，故實際上是「判例法」，不同於由立法機構制定頒行的成文法，實際由法院即法官們創製，故又稱「法院創製的法律」或「法官創製的法律」。

詳見元照英美法詞典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=42843>（最後瀏覽日：07/20/2015）。

<sup>18</sup> 此處所謂的衡平法，係指衡平法院（court of equity）所遵循之司法先例。13 世紀時，英國法院只有判決金錢上救濟的權力。14、15 世紀，為了修正普通法的一些不公正之處，以及減輕普通法的僵硬之處，創造出例如實際履行的衡平救濟方式，迫使當事人履行義務，取代了以往強迫他們為不履行之行為所造成的損害支付賠償金的做法，使得此種特別司法管轄權之行使，日漸必要而趨於常態化，其強調裁量權以及注重個案公正的衡平觀念，因為迥異於普通法法院而被稱為衡平法院。

詳見元照英美法詞典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=41283>（最後瀏覽日：07/20/2015）。

由於歷史悠久，董事受託義務的內涵在一般概念上並無問題，但若要以具體明文化，則勢必會面臨許多爭議。1978年，英國透過公司法草案，試圖將董事受託義務予以明文化，但由於法律界人士遲遲無法就受託義務的精確內容取得共識，因此最後仍然無功而返，留下許多董事在執行業務上的困擾。為解決此一問題，英國公司法修正委員會（Company Law Review Steering Group）於2001年決定整理多年來普通法及衡平法所衍生出的原則，而撰寫了公司法修正之最終報告（Final Report），<sup>19</sup>並建議將當時現存之董事受託義務明文化、法典化，使得法律更加易於理解並具有可預測性。<sup>20</sup>終於，2006年公司法第二章第171至177條，依據普通法及衡平法之要求，將董事對公司所負的受託義務在本法中予以明文化，<sup>21</sup>使其規範更加明確，大部分條文並於2007年10月1日施行，涉及忠實義務的部份條文則於2008年10月1日施行。<sup>22</sup>以下，本文將從普通法、衡平法及實定法等三方面，綜合說明董事受託義務的內涵。

### 第一款 忠實義務

所謂忠實義務，係指在信託關係中，受託人於處理受託事務時，必須假設信託人如有與受託人相同專業知識條件下，信託人會作出如何之決策，受託人即必

#####

<sup>19</sup> Modern Company Law for a Competitive Economy: Final Report, Volume I, Annex C, Schedule 2, Section 17, at 345-48.

<sup>20</sup> Tim Boxell, *Introduction*, in A PRACTITIONER'S GUIDE TO DIRECTORS' DUTIES AND RESPONSIBILITIES 1, 2-3 (3rd ed. 2007).

<sup>21</sup> Companies Act 2006 section 170 provides:

#### Scope and nature of general duties

- (1) The general duties specified in sections 171 to 177 are owed by a director of a company to the company. □
- (2) A person who ceases to be a director continues to be subject—
  - (a) to the duty in section 175 (duty to avoid conflicts of interest) as regards the exploitation of any property, information or opportunity of which □he became aware at a time when he was a director, and □
  - (b) to the duty in section 176 (duty not to accept benefits from third parties) as regards things done or omitted by him before he ceased to be a director. □
 To that extent those duties apply to a former director as to a director, subject to any necessary adaptations. □
- (3) The general duties are based on certain common law rules and equitable principles as they apply in relation to directors and have effect in place of those rules and principles as regards the duties owed to a company by a director. □
- (4) The general duties shall be interpreted and applied in the same way as common law rules or equitable principles, and regard shall be had to the corresponding common law rules and equitable principles in interpreting and applying the general duties. □

<sup>22</sup> See Boxell, *supra* note 20, at 4.

須作出相同之決定，而由於信託人當然會以自己之最大利益作為決策之依據，故受託人也必須以信託人之最大利益作為其決策之依據，縱使於信託人和受託人有利益衝突的情形下亦然。<sup>23</sup>忠實義務所強調者，乃受託人的操守，要求受託人在任何情形下，都必須無私地將信託人的利益置於優先。<sup>24</sup>

英國法上董事之忠實義務，係來自於衡平法的要求，主要在處理董事執行業務而涉及利益衝突的情形。董事若與公司交涉或同時對他人負有義務，基於人性，便很可能犧牲公司之利益，以成就自己或其他私人之利益，是以此種行為在衡平法上是亟於禁止的對象。<sup>25</sup>2006 年公司法則將董事與公司間產生利益衝突的情形，更加細緻化地區分為董事單純與公司產生利益衝突的情形，和董事因與公司交易而產生利益衝突的情形，詳見下述。

## 第二款 注意義務

由普通法所衍生之董事受託義務，主要即為注意義務（*duty of care*），目的在追求公司利益的最大化。所謂注意義務，係指董事在處理公司事務的一般行為中，應展現合理的注意（*reasonable standard of care*）。為了確保公司經濟狀況的穩定和成長，公司之商業活動的本質即在為追求利益而從事冒險行為，董事代表公司進行商業交易時，本即負有潛在的風險，因此對董事注意義務的要求遠不及於對其他義務的要求嚴格。<sup>26</sup>

一般而言，注意義務涉及公司管理或決策事項，因此大多適用於執行業務董事（*executive directors*），然而非執行業務董事（*non-executive directors*）如果被委託與其自身專業相關之公司事項，則在注意義務的要求下，該非執行業務董事，也必須展現符合其專業水準的合理注意。在 *Stebbing* 案中，<sup>27</sup>被告二人為公司非執行業務董事，法院認為由於被告等具有會計專業，應知悉其以公司董事身分簽

#####

<sup>23</sup> 王文字（2003），〈論董事與公司間交易之規範〉，《新公司與企業法》，頁 99，台北：元照。

<sup>24</sup> 林育生，前揭註 4，頁 24。

<sup>25</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 57。

<sup>26</sup> See GRIFFIN, *supra* note 16, at 9.

<sup>27</sup> *Dorchester Finance Co. Ltd. v. Stebbing* [1898] BCLC 498 [hereinafter *Stebbing*]. See GRIFFIN, *supra* note 16, at 10.



發空白支票將不利於公司，因而認定被告二人之行為，違反對公司所負有之注意義務。

注意義務則以是否符合技能義務（duty of skill）、勤勉義務（duty of diligence）為判斷標準。<sup>28</sup>

### 壹、技能義務

在技能義務的部分，早期的實務見解認為應以董事主觀上之智識與經驗為判斷是否盡其技能義務的標準。1986年破產法（Insolvency Act 1986）第214條第4項則規定，公司董事應能知悉或確定的資訊，或應能達成的結論，或應能採取行動，係指與董事處於相同功能之人，於可被合理期待之相同的一般知識、技能、經驗，或是與該董事相同的一般知識、技能、經驗下，能知悉、確定或達成、採取者。<sup>29</sup>換句話說，董事之注意義務，係採取與該董事執行相同功能之人，基於可被合理期待之一般知識、技能、經驗下所能認知及所應採取之行動，客觀上判斷該董事是否以盡其注意義務，而非僅是在主觀上判斷董事是否達成注意的標準，<sup>30</sup>但如果該董事若有較佳之知識、技能、經驗，則須盡其個人主觀上之特別注意程度，才能被認為是符合注意義務之要求。<sup>31</sup>

就此，2006年公司法第174條亦明文採取主客觀雙重標準審查模式（dual standard），<sup>32</sup>將普通法上的注意義務、技能義務、勤勉義務綜合規定如下：

#####

<sup>28</sup> 曾宛如，前揭註10，頁54。

<sup>29</sup> Insolvency Act 1986 section 214 subsection (4) provides:

For the purposes of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both—

- (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and
- (b) the general knowledge, skill and experience that that director has.

<sup>30</sup> Klaus J. Hopt, *Directors' Duties to Share-holders, Employees, and Other Creditors: A View from the Continent*, in *COMMERCIAL ASPECTS OF TRUSTS AND FIDUCIARY OBLIGATIONS* 115, 122-23 (Ewan Mckendrick, eds., 1992).

<sup>31</sup> 曾宛如，前揭註10，頁54。

<sup>32</sup> See Boxell, *supra* note 20, at 10.

- 
- (1) 董事對公司負有合理之注意義務、技能義務、勤勉義務。
- (2) 董事之注意義務、技能義務、勤勉義務，係指—
- (a) 與董事處於相同功能之合理勤勉之人，於可被合理期待之相同的一般知識、技能、經驗，以及
- (b) 與該董事相同的一般知識、技能、經驗下之注意、技能、勤勉程度。

33

## 貳、勤勉義務

英國法院在判斷董事是否盡其注意義務時，強調必須採取彈性的態度，關鍵之一即在於董事是否盡其勤勉義務，亦即董事是否以善意且合理之方式執行業務。所謂善意且合理之方式，係指勤勉義務人本於善意，在可被合理期待的情形下，所應採取之行動。例如，*Re Duomatic* 案中，<sup>34</sup>法院認為在本案之案例事實下，公司董事應能但未能合理地尋求專家協助或指導，而違反其對公司所負有之勤勉義務。此外，判斷董事是否盡其勤勉義務時，在不同情形下亦可能產生不同結果。例如，如果公司有五十位董事，其中一位董事有數年未曾參加董事會，其結果可能被認為不違反勤勉義務，但如果公司僅有數名董事，長期不參加董事會即可能被認定未盡勤勉義務，而須為其他董事之不法行為負責。<sup>35</sup>

## 第三款 善意義務

英國法上董事的善意義務，和忠實義務相同，皆來自於衡平法上的要求。善意義務主要在處理董事執行業務而未涉及利益衝突時的義務，包括善意行為義務

#####

<sup>33</sup> Companies Act 2006 section 174 provides:

Duty to exercise reasonable care, skill and diligence

- (1) A director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence.
- (2) This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with—
- (a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company, and
- (b) the general knowledge, skill and experience that the director has.

<sup>34</sup> *Re Duomatic*, [1969] 2 Ch. 365. See GRIFFIN, *supra* note 16, at 10.

<sup>35</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 54-55。

(duty to act bona fide)、<sup>36</sup>適當目的義務 (duty to act for a proper purpose)、<sup>37</sup>不束縛裁量權義務 (duty not to fetter discretion)。<sup>38</sup>



### 壹、善意行為義務

所謂善意行為義務，係指董事執行業務時，應本於善意 (good faith) 而誠實地為公司利益 (honestly in the interests of the company) 之方式為之。<sup>39</sup>換言之，主觀上必須以誠實之態度執行業務，客觀上則必須以公司之利益為出發。<sup>40</sup>所謂公司利益，係指公司全體股東的利益，而不包括個別股東 (individual member)，因為個別股東之利益僅為公司 (即全體股東) 之反射利益。<sup>41</sup>

### 貳、適當目的義務

所謂適當目的義務，係指董事有妥適運用法律及章程所賦予之權力的義務，判斷標準為董事是否越權及主要目的是否適當。<sup>42</sup>另外，若董事行使權力涉及多項目的，仍以主要目的為斷，若主要目的不適當，即使其他附屬目的 (collateral purpose) 妥當，董事仍然被認為違反適當目的義務。<sup>43</sup>依據 2006 年公司法第 172 條第 2 項之規定，所謂主要目的即為公司的成功，亦即公司全體成員利益之最大

#####

<sup>36</sup> Re Smith & Fawcett Ltd. [1942] Ch. 304, 306 per Lord Greene M.R [hereinafter *Re Smith*].

<sup>37</sup> Hogg v. Cramphorn Ltd. [1967] Ch. 254; Howard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd. [1974] AC 821 [hereinafter *Howard Smith*].

<sup>38</sup> Fulham Football Club Ltd. v. Cabra Estates plc [1994] 1 BCLC 363.

<sup>39</sup> *Stebbing*, [1898] BCLC 498.

<sup>40</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 55。

<sup>41</sup> Percival v. Wright [1902] 2 Ch. 401 (holding though incorporation affected the relations of the shareholders to the external world, the company thereby becoming a distinct entity, the position of the shareholders inter se was not affected, and was the same as that of partners or shareholders in an unincorporated company); Johnson v. Gore Wood & Co. [2000] UKHL 65 (holding where a company suffers loss caused by a breach of duty owed to it, only the company may sue in respect of that loss, because a shareholder's shareholding merely reflects the loss suffered by the company). See also David Cabrelli, *The Reform of the Law of Directors' Duties in UK Company Law*, from the website of The University of Edinburgh, available at: [http://www.research.ed.ac.uk/portal/en/publications/the-reform-of-the-law-of-directors-duties-in-uk-company-law\(4b418e09-6de0-4fc6-ab7f-8e16329a163b\).html](http://www.research.ed.ac.uk/portal/en/publications/the-reform-of-the-law-of-directors-duties-in-uk-company-law(4b418e09-6de0-4fc6-ab7f-8e16329a163b).html) (last visited: 07/20/2015)

<sup>42</sup> *Howard Smith*, [1974] AC 821 (holding if self-interest is involved, directors cannot assert that their action was bona fide in the interest of the company, and the action should be examined by a two-stage test: first, a consideration of the power exercised by the directors, and the second, substantial/primary purpose for which that action was taken and to reach a conclusion whether that purpose was proper or not).

<sup>43</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 56。See also *Re Smith*, [1942] Ch. 304 (“Directors must exercise their discretion bona fide in what they consider – not what a court may consider – is in the interests of the company, and not for any collateral purpose”).



化，<sup>44</sup>在適當目的義務的要求下，公司董事必須以追求公司的成功為其執行業務的主要目的。

### 參、不束縛裁量權義務

所謂不束縛裁量權義務，係指董事應依其個人之獨立判斷行使職權。假使董事彼此間為表決之約定，即無異於放棄獨立判斷之能力，而被認為是違反善意義務。但如果已經由獨立判斷達到與他人簽訂長期契約關係之決定，則董事彼此間有關將來履行契約義務一事作出表決協議，自不違法。<sup>45</sup>

2006 年公司法第 173 條明文規定，公司董事除正式訂定契約及章程之限制或排除外，有行使獨立判斷之義務（*duty to exercise independent judgment*）。<sup>46</sup>學者 Cabrelli 認為本條法定之董事獨立判斷義務，不等同於傳統上所謂的不束縛裁量權義務。所謂獨立判斷義務係指並不完全依賴他人的建議，經自己的獨立判斷而下最後決定。<sup>47</sup>而相較於不束縛裁量權義務，獨立判斷義務並不適用於在公司與董事間具有契約或章程之限制或排除的情形。因此，本條規定雖不賦予董事委任他人行使職權的權力，也不禁止董事行使公司章程所賦予委任他人行使職權的權力。

48

### 第四款 董事受託義務之類型化

#####

<sup>44</sup> Companies Act 2006 section 172 subsection (2) provides:

Duty to promote the success of the company

- (1) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes.

<sup>45</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 56。

<sup>46</sup> Companies Act 2006 section 173 provides:

Duty to exercise independent judgment

- (1) A director of a company must exercise independent judgment.
- (2) This duty is not infringed by his acting—
  - (a) in accordance with an agreement duly entered into by the company that restricts the future exercise of discretion by its directors, or
  - (b) in a way authorised by the company's constitution.

<sup>47</sup> Lord Goldsmith, Lords Grand Committee, 6 February 2006, column 282, Hansard (“[S]lavish reliance is not acceptable, and the obtaining of outside advice does not absolve directors from exercising their judgement on the basis of such advice.”)

<sup>48</sup> See Cabrelli, *supra* note 41, at 23-25.

## 第一目 忠實義務

忠實義務主要在處理董事和公司產生利益衝突的情形。依據 2006 年公司法第 175 條第 1、4、7 項之規定，所謂的利益衝突包括義務衝突、利益和義務衝突，除了不能被合理地認為可能產生利益衝突的情形，或是在董事已被授權處理該事項以外，董事必須避免與公司發生或可能發生直接或間接利益衝突的情形。<sup>49</sup>

### 壹、自我交易

在董事與公司交易的情形，涉及自己代理和雙方代理的問題，此時公司自可以主張該法律行為無效，董事唯有充分揭露所有相關訊息，例如：董事自身利害關係何在等，同時除章程另有規定由董事會決定通過者外，並應經股東會決議通過，才能使該行為之效力不受影響。1985 年公司法並進一步將某些較為嚴重的行為，例如公司貸款予董事或為董事提供擔保等，列為完全禁止之行為。若有違反，公司得主張行為無效。<sup>50</sup>

#####

<sup>49</sup> Companies Act 2006 section 175 provides:

#### Duty to avoid conflicts of interest

- (1) A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company.
- (2) This applies in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of the property, information or opportunity).
- (3) This duty does not apply to a conflict of interest arising in relation to a transaction or arrangement with the company.
- (4) This duty is not infringed—
  - (a) if the situation cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest; or
  - (b) if the matter has been authorised by the directors.
- (5) Authorisation may be given by the directors—
  - (a) where the company is a private company and nothing in the company's constitution invalidates such authorisation, by the matter being proposed to and authorised by the directors; or
  - (b) where the company is a public company and its constitution includes provision enabling the directors to authorise the matter, by the matter being proposed to and authorised by them in accordance with the constitution.
- (6) The authorisation is effective only if—
  - (a) any requirement as to the quorum at the meeting at which the matter is considered is met without counting the director in question or any other interested director, and
  - (b) the matter was agreed to without their voting or would have been agreed to if their votes had not been counted.
- (7) Any reference in this section to a conflict of interest includes a conflict of interest and duty and a conflict of duties.

<sup>50</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 57。

2001 年公司法修正報告，則指出在董事與公司有利益衝突的情形下，董事若未依所須程度揭露個人利益，即不得准許或促成公司與他人或自己成立任何交易。而依據 2006 年公司法第 175 條第 2 項規定，同條第 1 項所謂董事與公司產生利益衝突而必須避免的情形，不包括董事與公司交易（transaction）或訂定契約（arrangement），亦即董事涉及自我交易的情形，並非在完全禁止之列。第 177 條第 1、2、4、5、6 項則進一步規定，在此情形下，如果公司董事知悉（aware）而有意直接或間接參與公司預定的交易或契約時，除了不能被合理地認為可能產生利益衝突的情形，或經董事會議（a meeting of the directors）、董事委員會（a committee of the directors）依公司章程指派，或其他董事已知悉等情形外，該名董事必須在公司該筆交易作成或契約訂定前，揭露該交易或契約之利益的性質和程度予其他董事。<sup>51</sup>

## 貳、利用屬於公司之財產、資訊、機會

#####

<sup>51</sup> Companies Act 2006 section 177 provides:

### Duty to declare interest in proposed transaction or arrangement

- (1) If a director of a company is in any way, directly or indirectly, interested in a proposed transaction or arrangement with the company, he must declare the nature and extent of that interest to the other directors.
- (2) The declaration may (but need not) be made—
  - (a) at a meeting of the directors, or
  - (b) by notice to the directors in accordance with—
    - (i) section 184 (notice in writing), or
    - (ii) section 185 (general notice).
- (3) If a declaration of interest under this section proves to be, or becomes, inaccurate or incomplete, a further declaration must be made.
- (4) Any declaration required by this section must be made before the company enters into the transaction or arrangement.
- (5) This section does not require a declaration of an interest of which the director is not aware or where the director is not aware of the transaction or arrangement in question. For this purpose a director is treated as being aware of matters of which he ought reasonably to be aware.
- (6) A director need not declare an interest—
  - (a) if it cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest;
  - (b) if, or to the extent that, the other directors are already aware of it (and for this purpose the other directors are treated as aware of anything of which they ought reasonably to be aware); or
  - (c) if, or to the extent that, it concerns terms of his service contract that have been or are to be considered—
    - (i) by a meeting of the directors, or
    - (ii) by a committee of the directors appointed for the purpose under the company's constitution.

依據 2006 年公司法第 175 條規定，董事應避免和公司產生利益衝突的情形，特別適用於董事利用屬於公司之財產（property）、資訊（informaion）、機會（opportunity），而公司實際上是否受有損害並非重點。即使公司可能無意願或無能力使用該財產、資訊、機會，董事也不得利用基於職務或業務而得知本應屬於公司之財產、資訊、機會而為自己謀取利益，理由在於如果不制止董事的此種行為，則董事犧牲公司利益之可能性將大為增加。董事欲利用該財產、資訊、機會的唯一途徑，即為將該資訊或機會告知公司，由公司股東會或其他決定機關決定不使用該資訊或機會，並同意董事之利用。<sup>52</sup>

2006 年公司法第 175 條第 5、6 項則進一步規定，在董事欲使用財產、資訊、機會等可能產生利益衝突的情形，若為非公開發行公司，則公司章程未禁止且經董事會授權即可使用，若為公開發行公司，則須公司章程明定董事會可授權且經董事會授權使可使用，且該名董事不得參加表決或不得記入表決數中。

利用公司資訊與機會是十分常見的案例，例如 A 公司對 B 公司其中一位董事之專業能力具有高度興趣，A 公司願意將商機給予 B 公司也是因為看重該名董事之關係，結果該名董事自 B 公司辭職另立 C 公司，由 C 公司接下 A 公司的案子，或是直接轉任 A 公司等，該名董事都會被認為違反忠實義務。<sup>53</sup>

#####

<sup>52</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 57。

<sup>53</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 57。



### 參、競業禁止

判例上雖然並無明文禁止董事競業，但倘若董事任職於二家以上處於競爭關係之公司，勢必涉及為他人與公司交涉或是否誠實地相信其所作出的決定，乃基於雙方公司最大利益之挑戰，有違反忠實義務的高度風險，故除非董事充分告知任職狀況並取得公司股東會或由無利害關係董事會所為之許可，否則應不宜為之。<sup>54</sup>2006 年公司法第 175 條對董事之忠實義務作出概括規定，明文董事應避免任何可能產生之利益衝突，在董事競業的情形下亦應有適用。

### 肆、董事薪酬

董事之薪酬如由董事自己決定，顯然極有可能產生利益衝突的問題，因此要忠實義務的要求下，董事應不能參與自己為公司服務應得之薪酬的決定。金融報告委員會（Financial Reporting Council）於2014年公布之英國公司治理規則（The UK Corporate Governance Code）第D.2條主要原則規定，公司應建立一套正式且透明的薪酬（remuneration）決定程序，且董事不能參與決定自己的薪酬。<sup>55</sup>在執行業務董事之薪酬部分，第D.2.1.條則規定，董事會應建立由至少三名，未達富時350指數（FTSE 350）之公司至少二名獨立之非執行業務董事，所組成之薪酬委員會（remuneration committee）。<sup>56</sup>第D.2.2.條規定，薪酬委員會之職責在於決定所有執行業務董事和董事長之薪酬，包括退休金和賠償金。<sup>57</sup>在非執行業務

#####

<sup>54</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 57。

<sup>55</sup> The UK Corporate Governance Code section D.2 provides:

**Main Principle**

There should be a formal and transparent procedure for developing policy on executive remuneration and for fixing the remuneration packages of individual directors. No director should be involved in deciding his or her own remuneration.

<sup>56</sup> The UK Corporate Governance Code section D.2.1. provides:

The board should establish a remuneration committee of at least three, or in the case of smaller companies two, independent non-executive directors. In addition the company chairman may also be a member of, but not chair, the committee if he or she was considered independent on appointment as chairman. The remuneration committee should make available its terms of reference, explaining its role and the authority delegated to it by the board. Where remuneration consultants are appointed, they should be identified in the annual report and a statement made as to whether they have any other connection with the company. □

<sup>57</sup> The UK Corporate Governance Code section D.2.2. provides:



董事之薪酬部分，第D.2.3條規定，非執行業務董事之薪酬，應由董事會或股東會或經公司章程允許而授權由委員會，在公司章程之限制範圍內決定。<sup>58</sup>

### 伍、利用職務關係獲取利益

在忠實義務的要求下，董事向來被認為有義務避免利用職務或業務關係獲取第三人所提供之利益。<sup>59</sup>2006年公司法第176條將這種義務明文化，規定除了不能被合理地認為可能產生利益衝突的情形以外，董事不得依其職務或業務關係，獲取由第三人所提供之利益：

- (1) 公司董事禁止基於下列原因收取第三人所提供之利益—
  - (a) 因其董事之身分，或
  - (b) 因其執行（或未執行）董事之職務。
- (2) 所謂「第三人」，係指公司以外的個人、相關法人團體，或其代表人。
- (3) 董事收受之利益係由其服務之同一公司內董事或他人所提供者不構成本條所謂第三人提供之利益。
- (4) 不能被合理地認為可能產生利益衝突的情形，董事即無此義務。
- (5) 所謂利益衝突的情形，包括義務衝突、利益和義務衝突的情形。<sup>60</sup>

#####

The remuneration committee should have delegated responsibility for setting remuneration for all executive directors and the chairman, including pension rights and any compensation payments. The committee should also recommend and monitor the level and structure of remuneration for senior management. The definition of 'senior management' for this purpose should be determined by the board but should normally include the first layer of management below board level. □

<sup>58</sup> The UK Corporate Governance Code section D.2.2. provides:

The board itself or, where required by the Articles of Association, the shareholders should determine the remuneration of the non-executive directors within the limits set in the Articles of Association. Where permitted by the Articles, the board may however delegate this responsibility to a committee, which might include the chief executive. □

<sup>59</sup> Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver [1967] 2 AC 134n; [1942] 1 All ER 378, HL.

<sup>60</sup> Companies Act 2006 section 176 provides:

- Duty not to accept benefits from third parties
- (1) A director of a company must not accept a benefit from a third party conferred by reason of—
    - (a) his being a director, or
    - (b) his doing (or not doing) anything as director.
  - (2) A “third party” means a person other than the company, an associated body corporate or a person acting on behalf of the company or an associated body corporate.
  - (3) Benefits received by a director from a person by whom his services (as a director or otherwise) are provided to the company are not regarded as conferred by a third party.
  - (4) This duty is not infringed if the acceptance of the benefit cannot reasonably be regarded as



## 第二目 注意義務

### 壹、決策義務

英國法院於 1742 年的 *Chaitable Corp.* 案認為，應避免司法以後見之明（second guess）審查董事在商業上的經營行為後，<sup>61</sup>英國法院對於董事商業決策的態度都是除非決策過程中有極為明顯的不誠實，或是決策本身並非商業決定，否則法院幾乎不會介入董事的決策，<sup>62</sup>但是董事在進行決策時，仍然負有一定的決策義務。依據上開 1986 年破產法第 214 條第 4 項、2006 年公司法第 174 條規定，董事在進行商業決策時，應盡到與該董事處於相同功能之一般合理勤勉之人，或是可被合理期待與該董事具有之相同知識、技能、經驗之人的注意、技能、勤勉程度。換句話說，英國法對於董事是否盡其商業決策義務的判斷，不採法律上有利推定模式（legal presumption），而採取主客觀雙重標準審查模式，以客觀上一般合理勤勉之人的注意、技能、勤勉程度，作為董事進行商業決策時之最低標準，並以主觀上與董事具有相同知識、技能、經驗之人的注意、技能、勤勉程度，作為提高董事是否盡其決策義務的評估門檻。<sup>63</sup>

#####

likely to give rise to a conflict of interest.

- (5) Any reference in this section to a conflict of interest includes a conflict of interest and duty and a conflict of duties.

<sup>61</sup> 李維心（2009），〈從實務觀點談商業判斷法則之引進〉，《中原財經法學》，22 期，頁 133。

<sup>62</sup> See Cabrelli, *supra* note 41.

<sup>63</sup> 2006 年公司法第 174 條雖然明文化董事之注意義務，但第 178 條第 2 項卻規定，除第 174 條注意、技能、勤勉義務外，第 171 至 177 條所明定董事之義務，如同其他受託義務一般對董事具有強制力。（Companies Act 2006 section 178 provides: Civil consequences of breach of general duties (1) The consequences of breach (or threatened breach) of sections 171 to 177 are the same as would apply if the corresponding common law rule or equitable principle applied. (2) The duties in those sections (with the exception of section 174 (duty to exercise reasonable care, skill and diligence)) are, accordingly, enforceable in the same way as any other fiduciary duty owed to a company by its directors. □) 可能的解釋途徑有二：第一，注意義務沒有強制力；第二，注意義務沒有如同其他受託義務的強制力。對此，大法官 Goldsmith 採取第二種解釋途徑，認為注意義務並非沒有有強制力，只是注意義務不屬於董事對於公司所負之受託義務，而屬於董事對於公司所負之一般性義務，理由在於董事如果違反注意義務，並不會產生歸入權（disgorgement）或是損害賠償（gain-based damages）的問題。惟須特別強調的事，此處大法官 Goldsmith 見解記載於「漢薩德英國議會議事錄」，並不是學說實務上的定見，且一般也認為沒有法律效力。在個案中，注意義務的定位、判斷等問題，仍須以審理法院之見解為準。See Lord Goldsmith, Lords Grand Committee, 9 February 2006, column 334, Hansard (“[W]e take the view that the “duty to exercise reasonable care, skill and diligence” is not a fiduciary duty. It may be owed by someone who is a fiduciary. But that is not the same thing... it is important to keep to the principle that these are enforceable in the same way as any other fiduciary duty owed to the company by its directors.”)

## 貳、監督義務

為保護投資大眾，避免董事濫用其職務或業務身分，英國於 1986 年訂定取消董事資格法（Companies Directors Disqualified Act 1986, “CDDA”），<sup>64</sup>透過該法亦可窺見董事違反注意義務的具體類型。<sup>65</sup>

在 *Re Barings plc (No 5)* 案中，法院認為董事為適當履行其注意義務，負有知悉及了解公司商業行為的持續性義務。因此，具有董事身分之人不僅需要知悉其對公司及其成員所負之義務性質，還需要獲取並維持對公司商業行為適當的知悉。<sup>66</sup>

在 *Re Continental Assurance Co of London plc* 案中，<sup>67</sup>法院認為非執行業務董事，縱然不知悉公司之不法行為，仍然屬於取消董事資格法下的不適格董事，理由在於適格（competent）之董事依其職位應能知悉公司之不法行為，而漠視該不法行為存在之事實，即違反董事應有之注意義務而欠缺董事適格。是以，在注意義務的要求下，董事對於其參與之合法行為或其未參與不法行為，皆負有知悉和了解的監督義務。若董事漠視此義務，即可能被認為係違反監督義務進而被認定為不適格之董事。

## 參、守法義務？

英國法上公司董事是否具有守法義務，其實還有在詳細討論的空間。相較於普通法上的義務，英國法院向來對於董事在衡平法上的義務採取較寬鬆的認定。實際上，依據 2006 年公司法第 171 條規定，也看不出董事負有絕對的守法義務：

公司董事必須—

(1) 依據公司章程行使職權，且

#####

<sup>64</sup> See Alan J. Digman & John P. Lowry, *Corporate Finance and Management Issues in Company Law*, available at:

[http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/corporate\\_finance\\_management\\_issues.pdf](http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/corporate_finance_management_issues.pdf) (last visited: 07/20/2015)

<sup>65</sup> See Boxell, *supra* note 20, at 11.

<sup>66</sup> *Re Barings plc (No 5)*, [1999] 1 BCLC 433. See Boxell, *supra* note 20, at 11.

<sup>67</sup> *Re Continental Assurance Co of London plc*, [1996] BCC 888. See Boxell, *supra* note 20, at 11.

(2) 在公司章程賦予權力之目的範圍內行使職權。<sup>68</sup>



### 第三目 善意義務

以善意行為義務、適當目的義務、獨立判斷義務出發，英國法上董事違反善意義務之行為，可歸納出以下幾種具體類型：

#### 壹、未考量法定情形所進行之決策

依據 2006 年公司法第 172 條第 1 項之規定，董事有依據其主觀上之善意，促進公司整體客觀上之成功，而考量 (have regard to)<sup>69</sup>以下所列舉 (amongst other matters)<sup>70</sup>之各種情形的善意義務：

- 一、涉及任何可能造成長期結果之決定；
- 二、涉及公司員工之利益；
- 三、涉及培養公司與供應商、客戶或其他人間業務關係之需求；
- 四、涉及公司營運對社區及環境之影響；
- 五、涉及公司維持其高標準商業行為聲譽之可能性；
- 六、涉及公平對待公司成員之需求。<sup>71</sup>

#####

<sup>68</sup> Companies Act 2006 section 171 provides:

A director of a company must—

- (a) act in accordance with the company’s constitution, and
- (b) only exercise powers for the purposes for which they are conferred.

<sup>69</sup> There was some debate about what the import of the words ‘have regard to’ in section 171(1). Here is what Margaret Hodge, UK Government Minister, had to say: “The words “have regard to” mean “think about”; they are absolutely not just about ticking boxes. If “thinking about” leads to the conclusion, as we believe it will in many cases, that the proper course is to act positively to achieve the objectives in the clause, that will be what the director’s duty is. In other words “have regard to” means “give proper consideration to”... Consideration of the factors will be an integral part of the duty to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole. The clause makes it clear that a director is to have regard to the factors in fulfilling that duty. The decisions taken by a director and the weight given to the factors will continue to be a matter for his good faith judgment.” See also Richard Slynn, *Directors’ Duties*, in A PRACTITIONER’S GUIDE TO DIRECTORS’ DUTIES AND RESPONSIBILITIES 73, 84 (Tim Boxell, eds., 3rd ed. 2007).

<sup>70</sup> Lord Goldsmith, Lords Grand committee, 9 May 2006, column 846, Hansard (“[W]e have included the words “amongst other matters”. We want to be clear that the list of factors [for a director to have regard to] is not exhaustive”).

<sup>71</sup> Companies Act 2006 section 172 (1) provides:

Duty to promote the success of the company

由上可知，董事對公司所負之善意義務，在 2006 年公司法之要求下，除了公司之客戶、營運和商譽等層面外，尚且包括董事對員工、股東、社區、環境等層面。各該法定情形雖然只是支撐所謂公司整體客觀上之成功的條件，亦即並非善意義務所主要保護的對象，而是輔助（subordinate）的判斷標準，但董事未考量或不考量上述各種情形所進行的決策，不能被認為是基於促進公司成功的善意，亦即可能被認為未盡其善意義務。相反地，如果董事可以證明已經考量所有法定情形才進行決策，縱使最後衡量結果認為某一或某些因素不如其他因素重要而未以之作為決策基礎，也不會被認為違反善意義務。<sup>72</sup>

## 貳、以發行新股稀釋股權

英國法上判斷董事是否盡其善意義務的標準，包括是否盡其適當目的義務，而實務上，董事被認定違反適當目的義務多半與發行新股有關，例如為幫助其他公司收購本公司而發行新股給予收購公司以稀釋本公司多數反對收購股東之股權，即使董事會誠實地認為此乃基於公司利益所為，仍可能被認定為違反適當目的義務而違反善意義務。<sup>73</sup>

#####

- (1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—
  - (a) the likely consequences of any decision in the long term,
  - (b) the interests of the company's employees,
  - (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
  - (d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
  - (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
  - (f) the need to act fairly as between members of the company.

<sup>72</sup> See Cabrelli, *supra* note 41, at 18. 惟學者 Cabrelli 也指出，2006 年公司法第 172 條第 1 項規定對於大部分的案件只有微小的影響。理由在於，董事依據本條規定所負有之善意義務對象是公司，而非其員工、股東、供應商、社區成員或其他本條所列舉的人，若要主張董事決策違反本條規定，則除了證明公司因此受有損害外，還要證明董事決策並未考量各該法定因素，但是董事是否未考量或不考量各該法定因素而進行決策本身就難以被證明。

<sup>73</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 56。

#### 第四項 美國法上董事受託義務的內涵

美國法上董事的受託義務雖然與英國法有著類似的發展，但兩者在義務內涵和分類上，卻有些許不同。在內涵上，雖然美國法和英國法對於受託義務的定義大同小異，但兩者所重視的焦點並不相同，導致在具體類型上亦有所不同。在分類上，實務和學說上向來有二元說（dualistic theory/dyadic）和三元說（trinitarian theory/triad）的爭議。<sup>74</sup>二元說認為，受託義務的主要內涵為忠實義務（duty of loyalty）和注意義務（duty of care），而善意義務（good faith）雖亦被實務和學說所肯定，但僅為忠實義務或注意義務下的一個子集；<sup>75</sup>三元說則認為，在現代社會中，傳統定義下的忠實義務及注意義務，已不足以涵蓋所有受託義務人之行為類型，因此須靠善意義務來規範受託義務人之責任。雖然嚴格來說，善意義務獨立說至今並未受到實務和學說全面地肯認，但為求美國法及英國法等兩部分論述架構之一致，本文仍將「善意義務」獨立於「注意義務」予以討論。

#### 第一款 忠實義務

美國法和英國法對於董事忠實義務的定義大致相同，皆指公司董事在處理公司事務時，必須出自對公司之最佳利益之信念而為之，不得圖謀自己或其他第三人之利益，<sup>76</sup>將公司的利益放置於自己的利益之上，<sup>77</sup>即使自己或第三人與公司之利益有相衝突的情形，亦應優先考慮公司的利益。

美國法上，德拉瓦州法院曾於 *Guth* 案中，<sup>78</sup> 對於公司董事之忠實義務，採取最廣義的界定方式。法院認為，儘管公司董事不能算是嚴格意義下的受信託人，但對於公司及其股東而言，仍為具有信託關係的受託人。公司董事及主管應絕對嚴格地履行其義務，不但應積極保護公司之利益，並應避免從事任何對公司造成損害，或掠奪公司通常之利益及機會的行為。公司的董事必須：（一）盡最大努

#####

<sup>74</sup> Rob Atkinson Jr., *Rediscovering the Duty of Obedience: Toward a Trinitarian Theory of Fiduciary Duty*, in *COMPARATIVE GOVERNANCE OF NON-PROFIT ORGANIZATIONS* 564 (Klaus J. Hopt and Thomas Von Hippel, eds., 2010).

<sup>75</sup> Alan R. Palmiter, *Reshaping the Corporate Fiduciary Model: A Director's Duty of Independence*, 67 *TEX. L. REV.* 1351 (1989). See also *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006) [hereinafter *Stone*].

<sup>76</sup> 劉連煜（1995），《公司監控與公司社會責任》，頁 148，台北：五南。

<sup>77</sup> 王泰銓（2001），〈新修正公司法解析：總則、無限期公司〉，《月旦法學雜誌》，80 期，頁 97。

<sup>78</sup> *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503 (Del. Sup. Ct. 1939) [hereinafter *Guth*].

力進行職務；（二）積極保障公司的利益；（三）禁止從事任何可能有害公司的行為；（四）不得剝奪任何屬於公司的利益或機會，即使這些利益或機會董事可其個人之技術或能力可以單獨得到的。在忠實義務下，公司董事對公司必須付出無私的忠誠，也不容許公司與個人間存在任何利益衝突。<sup>79</sup>

綜上所述，美國法上公司董事的忠實義務，和英國法同樣著重在處理董事和公司產生利益衝突的情形，認為董事須將公司利益置於任何私人利益之上。但相較於英國法上所強調董事對公司負有絕對忠實的義務，美國法在董事忠實義務的部分，更在意的是董事是否消極避免公司的損害，或是否積極保護公司的利益，這也導致美國法和英國法在忠實義務的具體類型上有些微的差異。

## 第二款 注意義務與商業判斷法則

### 第一目 注意義務

所謂注意義務，受託人在處理受託事務時，必須本於其專業，以通常具有相同能力之人可被合理期待之方式，謹慎並誠實地行動，以確保受託事務能在信託人所預期的範圍內，以信託人所預期的方式獲取利益或達成目的。<sup>80</sup>注意義務所強調者，乃受託人的能力，要求受託人除了遵照信託人之指示外，尚須依據自身的專業，在可被合理期待的情形下，盡可能追求信託事務所欲達成之目的。相反地，在無法被合理期待的情形下，縱使信託事務之目的不能達成，也不會被認為是違反注意義務。

實務上，德拉瓦州法院則於 *Graham* 案中，<sup>81</sup> 首次承認董事在與公司受託義務中負有善盡調查之能事及謹慎為之注意義務，並於 *Aronson* 案中，<sup>82</sup> 綜合前述發展之案例，將董事注意義務標準之內涵放置於商業判斷法則（*Business Judgment Rule*）之中，並認為董事單純過失的行為仍受到商業判斷法則之保護，僅於對其

#####

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> 林育生，前揭註 4，頁 23。

<sup>81</sup> *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 188 A.2d 125 (Del. 1963) [hereinafter *Graham*]. □ 本案法院判決為美國法早期的判決，對於注意義務的判斷標準仍為「一般理性且謹慎之人在相同情況下所具有之注意」。

<sup>82</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984) [hereinafter *Aronson*].

注意義務有重大過失（gross negligence）始須負損害賠償責任，將注意義務之認定著重於主觀面之判斷，將受託義務中的注意義務，與公司董事個人之地位緊密結合，對於不同職位之人，有不同之期許與規制。<sup>83</sup>

關於注意義務的內涵，美國法學會（American Law Institute, “ALI”）於2006年出版代理法第三次整編（Restatement (Third) of Agency），<sup>84</sup>其中第8.08條規定，代理人基於受託人之身分，對委託人負有與相同條件下一般受託人之注意、能力（competence）和勤勉義務。如代理人具有特別之技能或知識，也應被納入條件的考量之中，以判斷代理人是否具有適當之注意和勤勉。<sup>85</sup>

關於注意義務的判斷標準，美國律師協會（American Bar Association, “ABA”）於1984年公布之模範商業公司法（Model Business Corporation Act (1984)）第8.30條，係以「一般謹慎之人在相類似之情況下」之注意程度為董事注意義務之標準。然依據2002年修正之模範商業公司法第8.30條規定，<sup>86</sup>公司之董事及董事委員會之成員，對於與決策職務有關之事項應善盡調查及監督之職責，且應與「處於相

#####

<sup>83</sup> 王文字，前揭註11，頁118。

<sup>84</sup> 為解決美國司法中判例法的日益不確定性和過分複雜性，美國法學會於20、30年代開始進行判例整編的工作，其目標是將已存在的大量判例法予以系統化、條理化、簡單化。第一次整編包括代理法、（州際）衝突法、契約法、判決法（Law of Judgments）、財產法、歸復（restitution）、擔保法、侵權法和信託法。自1952年開始，第二次整編包括代理法、契約法、（州際）衝突法、對外關係法（foreign relations law）、判決法、財產法、土地租佃法、侵權法、信託法。1986年，第三次法律整編，題為《美國對外關係法整編》，總結了美國在國際關係領域的法律與實踐。一般認為，法律整編對法院並沒有法定的拘束力，但具有很強的權威性和說服力。詳見元照英美法辭典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=74833>（最後瀏覽日：07/20/2015）。

<sup>85</sup> Restatement (Third) of Agency section 8.08 (2006) provides:

**Duties Of Care, Competence, And Diligence**

Subject to any agreement with the principal, an agent has a duty to the principal to act with the care, competence, and diligence normally exercised by agents in similar circumstances. Special skills or knowledge possessed by an agent are circumstances to be taken into account in determining whether the agent acted with due care and diligence. If an agent claims to possess special skills or knowledge, the agent has a duty to the principal to act with the care, competence, and diligence normally exercised by agents with such skills or knowledge.

<sup>86</sup> 本條於2010年再度修正增加(c)規定，除董事合理確信公開將違反法律規定、法定機密義務或專業道德原則以外，於履行董事會或董事委員會之職責時，應對其他董事會或董事委員會之成員公開或使公開其尚未知悉，但對其履行決策或監督職責係重要之資訊。（“(c) In discharging board or committee duties a director shall disclose, or cause to be disclosed, to the other board or committee members information not already known by them but known by the director to be material to the discharge of their decision-making or oversight functions, except that disclosure is not required to the extent that the director reasonably believes that doing so would violate a duty imposed under law, a legally enforceable obligation of confidentiality, or a professional ethics rule.”）但對於董事注意義務的標準並無修正，故此處本文仍以2002年之版本為依據。

同職位之人在相類似之情況下」，依其合理之確信為適當之注意。其規範公司董事之注意義務如下：



- (a) 每位董事會成員之董事，履行其身為董事之職責時，其行為並須為：(1) 善意；(2) 需合理相信其為公司最佳利益之方式。
- (b) 董事及董事委員會之成員，對於與決策職務有關之事項應善盡調查及監督之職責，應盡到「處於相同職位之人在相類似之情況下」，依其合理之確信為適當之注意。
- (c) 於履行董事會或董事委員會之職責時，董事並非明知其信賴不具正當性者，有權信賴(e)(1)或(e)(3)規定之人所為之行為，此受信賴之人係董事會以正式或非正式授予其權限或職責，以履行某一或某些現行法賦予董事會之職權。
- (d) 於履行董事會或委員會之職責時，董事並非明知其信賴不具正當性者，有權信賴本條(e)規定之人所備製或提出之資訊、意見、報告、聲明（包括財務報告或其他之財務資料）。
- (e) 依本條(c) 或(d) 之規定，董事有權信賴：
  - (1) 一位或數位公司高級主管或職員，係董事有合理之確信足以信賴且其有能力履行其職責或提供資訊、意見、報告或聲明者。
  - (2) 法律顧問、公設會計師或其他公司因技術或專業事項所聘之人員，而該董事有合理之確信係在該等人員之專業或專家能範圍內，或該人足以信賴者。
  - (3) 非該董事任職之董事會委員會，如該董事有合理的確信該委員會足以信賴者。<sup>87</sup>

#####

<sup>87</sup> Model Bus. Corp. Act section 8.30 (2002) provides:

- (c) Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act: (1) in good faith, and (2) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation. □
- (d) The members of the board of directors or a committee of the board, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.
- (e) In discharging board or committee duties a director, who does not have knowledge that makes reliance unwarranted, is entitled to rely on the performance by any of the persons specified in subsection (f)(1) or subsection (f)(3) to whom the board may have delegated, formally or

綜上所述，美國法上董事之注意義務，從過去係指董事於執行職務時應盡到與「一般理性謹慎之人在相同情況及相當職位下之相同注意程度」之客觀標準，到現在已轉變成為「處於相同職位之人在相類似之情況下之相同注意程度」之主觀標準，而受到商業判斷法則發展的影響，在董事是否盡其注意義務的判斷上，也傾向於「重大過失」責任，與英國法上對於董事注意義務的定義和判斷標準已有不同。

- #####
- informally by course of conduct, the authority or duty to perform one or more of the board's functions that are delegable under applicable law.
- (f) In discharging board or committee duties a director, who does not have knowledge that makes reliance unwarranted, is entitled to rely on information, opinions, reports or statements, including financial statements and other financial data, prepared or presented by any of the persons specified in subsection (f). □
  - (g) A director is entitled to rely, in accordance with subsection (d) or (e), on:
    - (1) one or more officers or employees of the corporation whom the director reasonably believes to be reliable and competent in the functions performed or the information, opinions, reports or statements provided; □
    - (2) legal counsel, public accountants, or other persons retained by the corporation as to matters involving skills or expertise the director reasonably believes are matters (i) within the particular person's professional or expert competence or (ii) as to which the particular person merits confidence; or
    - (3) a committee of the board of directors of which the director is not a member if the director reasonably believes the committee merits confidence. □

法條中譯參考劉連焜譯（1994），《美國模範商業公司法》，頁 62，台北：五南。



## 第二目 商業判斷法則

### 壹、發展背景

在美國社會大發展時期，當時美國正處於自由資本主義期間，思想上倡導個人主義，主張人性解放和個人價值實現，經濟上實行自由主義和不干涉主義，奉行管的最少的政府就是最好的政府，在此社會氣氛中，法院從保護個人創意、企業冒險心理等面向，盡量減低公司經營者責任。<sup>88</sup>

基本的思考是公司存在的主要目的即為追求最大利益，公司經營者包括董事在內被賦與之主要任務即為透過正確的商業決策追求公司之最大利益，但這種行為為本質上即為一種冒險行為。基於人類決策有容易出錯的盲點、商業決策經常半隨著風險與不確定性、鼓勵董事勇於創新並承擔風險、避免司法過度介入公司經營、避免股東不當干預董事決策等理由，美國法由長期司法實踐中逐步發展出為減輕董事因經營失誤所承擔法律責任而存在之商業判斷法則（**Business Judgment Rule**）。<sup>89</sup>

第一個提出商業判斷法則之案例為 1829 年 *Percy* 案。<sup>90</sup> 路易斯安那州最高法院認為：「如果以一位謹慎注意的人在各種難題中所採取之唯一選擇方式，也會犯相同錯誤的情形下，則董事對其選擇過程所生的損失不應要其負責。反對意見似乎要法院對董事在容易犯錯情形下，發揮完美的智慧。但沒有人可以在嚴苛情形下為公司服務而承擔責任……因此，檢驗董事責任標準，不是在確認董事的智慧，而應以在董事所擁有的普通知識，即董事所犯錯誤在一般人的嘗試與普通的注意下不會犯此過錯而認定」。<sup>91</sup>

### 貳、要件及法律效果

商業判斷法則是規範公司董事之商業決策，使董事行使職務不因判斷錯誤而受到法律之追訴。依據實務判決，商業判斷法則之適用可區分為積極要件和消極

#####

<sup>88</sup> 李維心，前揭註 61，頁 134。

<sup>89</sup> 李維心，同前註，頁 135-137。陳子操，前揭註 13，頁 32-34。

<sup>90</sup> *Percy v. Millaudon*, 8 Mart. 68 (La. 1829) [hereinafter *Percy*].

<sup>91</sup> 李維心，前揭註 61，頁 133。

要件。積極要件包括：一、商業決策（a business decision）；<sup>92</sup>二、決策無利害關係且具獨立性、重要性（disinterestedness, independence and materiality）；<sup>93</sup>三、已盡相當之注意（due care）；<sup>94</sup>四、善意（good faith）；<sup>95</sup>五、未濫用裁量權（no abuse of discretion）。<sup>96</sup>消極要件包括：一、非屬詐欺、不合法、越權行為（fraud, illegal and ultra vires conduct）；<sup>97</sup>二、無浪費之行為（waste）。<sup>98</sup>

商業判斷法則的法律效果，是對董事具有理性商業目的之行為推定免責的保護，亦即推定董事所為之商業決策是在不涉及自己利益的情況下所作成，且該決策是在充足資訊的基礎上，以善意並誠實地相信該決策符合公司的最佳利益。為推翻該推定免責的效果，原告應負舉證責任。當此一推定被推翻後，由公司董事對交易行為是在符合公平標準（fairness standard）的情形下所作出的決定負舉證責任。所謂公平標準，包含公平磋商和公平價格。公平磋商涉及交易係在何一時機下產生、如何開始、建構、談判與揭露與董事會，以及如何獲得董事與股東的同意。公平價格則涉及和並交易中的經濟與財務面向的考量，包括資產、市場價值、盈餘、未來展望，及其他任何足以影響公司股票固有價值的因素。<sup>99</sup>

#####

<sup>92</sup> 商業的意義是指以營利為目的的經濟行為，而商業行為則是指以發生交易為內容並符合法律規定之行為，商業決策即是關於商業行為的決策，包括作為及不作為。詳見李維心，同前註，頁 139-140。

<sup>93</sup> 所謂不具利害關係是指，董事未於公司的交易中獲取個人利益。獨立性是指董事於董事會執行職務，基於公司利益考量，不受無關或外來原因的影響。重要性是指董事處分公司資產或涉及自己利益交易之決定，對其他股東利益之影響，是否實質上已達到需經法院審查的地步，若影響輕微無需經法院審查，則原告之起訴會被認為無實質利益。詳見李維心，同前註，頁 141-147。

<sup>94</sup> 董事是否盡其相當注意，需在資訊充分、被完全告知交易內容的基礎上加以判斷。但對於未盡相當注意，或是說欠缺注意義務的標準，實務上則有採重大過失說、輕過失說、章程免除義務說等。詳見李維心，同前註，頁 148-152。

<sup>95</sup> 所謂善意，運用在商業判斷法則中，是指董事誠實地確信其係為公司之最大利益而執行職務。詳下述第三款善意義務。

<sup>96</sup> 美國實務上曾認為，所謂濫用裁量權，係指董事或董事會的行為從外表上觀之，為罕見而令人震驚的行為，或此嚴重的行為是穩輸無贏的決定。詳見李維心，同前註，頁 155-159。

<sup>97</sup> 實務上對於董事詐欺、不合法、超越公司法或公司章程規定的越權行為，認為不應該受到商業判斷法則的保護。其他例如故意違反州法（Roth v. Robertson, 64 Misc. 343 (Supp. Ct. 1909)）、勞工法令（Abrams v. Allen, 297 N.Y. 52 (1947)）的行為，均不符合商業判斷法則。詳見李維心，同前註，頁 160-161。

<sup>98</sup> 美國實務上曾認為，所謂浪費公司資產的行為，是指已公司資產換取不合比例的少量利益，超出任何理性人會同意的交易範圍，例如董事決定不符合公司設立目的，而移轉公司資產未能顧及公司所能收取之利益。1994 年公司治理原則第 1.42 條則指出，一向交易如果涉及公司基金的支出，或處分公司資產而無對價取得，即無合理的商業目的，或處分資產雖有取得對價，但該對價以一位合理健全人的商業判斷，難認公司資產之支付係適當，即構成公司資產的浪費。詳見李維心，同前註，頁 162-164。

<sup>99</sup> 李維心，同前註，頁 166-170。

1998年模範商業公司法也將上述由案例法建立起來的商業判斷法則予以明文化而新增第8.31條(a)規定：

- 
- (a) 董事就所為決定，或不為決定，或所作任何決定未達到預定效果，不應對公司或股東負責，除非在訴訟中主張董事應負責之當事人，舉證董事有如下之情形：
    - (2) 董事之行為構成以下行為或為以下行為的結果：
      - (i) 行為非基於善意
      - (ii) 所為之決定
        - (A) 非合理確信為公司最大利益，或
        - (B) 董事未受相當程度之告知使其在當時情況下可合理確信係屬適當；或
      - (iii) 如果因為董事的家族、財務或商業關係欠缺客觀性，或董事主張之行為受其他具有時直利益之人之控制致不具獨立性，而
        - (A) 上開關係或控制能合理預期到影響董事之判斷致被主張之行為有不利於公司之方式，以及
        - (B) 在合理期待上述欠缺客觀性、獨立性的影響被證明後，董事即不能證明其行為係基於合理確信是為公斯罪大利益所為；或
      - (iv) 董事被告知的商業及公司事務資訊被認為不足，或董事因履行監察職務具有其他重大不足原因；或
      - (v) 董事未受允許而收取財產上利益，或依現行法律規定，董事違反義務而與公司或股東為被公司追究之交易。<sup>100</sup>

#####

<sup>100</sup> Model Bus. Corp. Act section 8.31 (a) (1998) provides:

- (a) A director shall not be liable to the corporation or its shareholders for any decision to take or not to take action, or any failure to take any action, as a director, unless the party asserting liability in a proceeding establishes that:
  - (2) the challenged conduct consisted or was the result of:
    - (i) action not in good faith; or
    - (ii) a decision
      - (A) which the director did not reasonably believe to be in the best interests of the corporation, or
      - (B) as to which the director was not informed to an extent the director reasonably believed appropriate in the circumstances; or



### 第三款 善意義務

90 年代以後，開始有實務見解認為，固有的忠實義務和注意義務所強調追求信託人利益的最大化的義務類型，已無法應付的快速轉變中的交易型態。隨著社會經濟狀況的急速變遷，信託事務日益複雜多元，社會大眾希望信託人負擔更廣泛積極的行為義務，故逐漸產生將「善意義務」作為一個獨立的受託義務類型的看法。

德拉瓦州最高法院於 1993 年的 *Cede & Co.* 案中，首次對善意義務提出說明，主張受託義務的內涵有三，所謂的善意義務是獨立於忠實義務和注意義務以外的義務類型，<sup>101</sup>並於 2006 年的 *Disney* 案中指出，違反受託義務的行為不應僅限於傳統上認為違反忠實義務的不忠實行為，以及違反注意義務的重大過失行為，而應有中間類型的存在，而所謂惡意之行為，包括：一、主觀惡意（subjective bad faith）；二、欠缺惡意動機之重大過失（solely by gross negligence and without any malevolent intent）；三、有意的怠忽職守且故意漠視責任（intentional dereliction of duty, a conscious disregard for one's responsibilities）。<sup>102</sup>

然而，德拉瓦州衡平法院於 1996 年的 *Caremark* 案中卻認為，善意義務乃為判斷董事有無違背注意義務之判斷標準，亦即若董事之行為並非基於善意且資訊

#####

- (iii) a lack of objectivity due to the director's familial, financial or business relationship with, or a lack of independence due to the director's domination or control by, another person having a material interest in the challenged conduct
  - (A) which relationship or which domination or control could reasonably be expected to have affected the director's judgment respecting the challenged conduct in a manner adverse to the corporation, and
  - (B) after a reasonable expectation to such effect has been established, the director shall not have established that the challenged conduct was reasonably believed by the director to be in the best interests of the corporation; or
- (iv) a sustained failure of the director to devote attention to ongoing oversight of the business and affairs of the corporation, or a failure to devote timely attention, by making (or causing to be made) appropriate inquiry, when particular facts and circumstances of significant concern materialize that would alert a reasonably attentive director to the need therefore; or
- (v) receipt of a financial benefit to which the director was not entitled or any other breach of the director's duties to deal fairly with the corporation and its shareholders that is actionable under applicable law.

<sup>101</sup> *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (Del.1993) [hereinafter *Cede & Co.*].

<sup>102</sup> *In re Walt Disney Company Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006) [hereinafter *Disney*]. □

亦不充足，但仍作出商業決策時，便可認定董事所為之商業判斷，乃違反注意義務之要求。<sup>103</sup>換言之，董事基於其對公司所負有之受託義務，其行為必須出於善意，惟並非是一個獨立之董事義務類型，僅得認為係判斷有無違反注意義務之判斷標準。近年來，甚至有法院判決認為善意義務僅為忠實義務下的一環，而非獨立的受託義務類型。<sup>104</sup>

暫且撇開獨立說與非獨立說的爭議，不可否認地，受託人之行為是否出自於善意，仍為受託人是否盡其受託義務的標準之一。實務上在判斷受託人是否盡其善意義務時，係反面地考量受託人之行為是否非屬惡意，並將「惡意」定義為有意的怠忽職守、故意漠視責任、具重大過失等行為，亦即對於善意義務之判斷全部仰賴行為人之主觀要件。

#####

<sup>103</sup> *In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996) [hereinafter *Caremark*].

<sup>104</sup> *See, e.g., Guttman v. Jen-Hsun Huang*, 823 A.2d 492 (Del. Ch. 2003) [hereinafter *Guttman*]; *Stone*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).



## 第四款 美國法上董事受託義務之類型化

### 第一目 忠實義務之類型化

以實定法和判例法為基礎，美國法上忠實義務所處理的董事與公司間利益衝突之情形，大致可以區分如下：

#### 壹、自我交易

所謂自我交易，係指公司董事以公司代理人身分與自己為契約行為，包括未揭露該契約標的為自己之所有物。<sup>105</sup>2010年模範商業公司法第8.60條規定，修正2002年版本的繁複規定，<sup>106</sup>將公司董事與公司間利益衝突，定義為公司董事可從公司之交易中獲取利益，並影響或試圖影響交易之情形，包括：

#####

<sup>105</sup> Robert Cooter & Bradley Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 N.Y.U. L. REV. 1045, 1054 (1991).

<sup>106</sup> Model Bus. Corp. Act section 8.60 (2002) provides:

In this subchapter

- (1) "Conflicting interest" with respect to a corporation means the interest a director of the corporation has respecting a transaction effected or proposed to be effected by the corporation (or by a subsidiary of the corporation or any other entity in which the corporation has a controlling interest) if
  - (i) whether or not the transaction is brought before the board of directors of the corporation for action, the director knows at the time of commitment that he or a related person is a party to the transaction or has a beneficial financial interest in or so closely linked to the transaction and of such financial significance to the director or a related person that the interest would reasonably be expected to exert an influence on the director's judgment if he were called upon to vote on the transaction; or
  - (ii) the transaction is brought (or is of such character and significance to the corporation that it would in the normal course be brought) before the board of directors of the corporation for action, and the director knows at the time of commitment that any of the following persons is either a party to the transaction or has a beneficial financial interest in or so closely linked to the transaction and of such financial significance to the person that the interest would reasonably be expected to exert an influence on the director's judgment if he were called upon to vote on the transaction:
    - (A) an entity (other than the corporation) of which the director is a director, general partner, agent, or employee;
    - (B) a person that controls one or more of the entities specified in subclause (A) or an entity that is controlled by, or is under common control with, one or more of the entities specified in subclause (A); or
    - (C) an individual who is a general partner, principal, or employer of the director.

2002年模範商業公司法第8.60條規定將利益衝突定義為：

- (i) 董事於交易決定時，知道自己或關係人為交易之一方，且與該交易之關係密切，並有經濟上利益存在。因此可合理的認定該情形會導致於該董事在董事會決議時，影響其表決權之行使。



- 一、在相關期間內，董事為當事人之一方。
- 二、在相關期間內，董事明知自己涉及有重大經濟利益。
- 三、在相關期間內，董事涉及明知相關人涉及有重大經濟利益。<sup>107</sup>

傳統上，自我交易行為是在絕對禁止之列，雖然近來法院判決對此有逐漸放寬的趨勢，但仍在公司董事負擔舉證責任。一般而言，只要該契約標的由公司董事代表公司向自己購買，公司董事如不能證明自己的忠實，就會被認為違反忠實義務。<sup>108</sup>

## 貳、侵吞屬於公司之機會

依據忠實義務，董事在任何情況下，皆須以公司之利益為優先，自不得侵吞公司之機會（taking business opportunity）。德拉瓦州法院於 *Guth* 案中指出，如果認為所謂機會是公司財務上所能負擔的，且該機會本質上涉及公司一般業務範圍，而公司對該機會有興趣或使用的合理期待，則法律上不允許董事利用此機會，否則將會產生董事與公司間利益衝突的情形。

#####

- (ii) 在交易經董事會決議時，該董事知道下列 (A) (B) (C) 之人為交易之一造，或是與該交易有經濟上利益，或是與該交易關係密切，以致於可以合理認定，該董事在董事會行使表決權時，會受到影響。
  - (A) 與公司交易者為 A 公司，而該董事擔任 A 公司之董事、合夥人、代理人或受僱人。
  - (B) 與公司交易之對象為 B 公司，而 B 公司控制之 A 公司，且該董事為 A 公司之董事、合夥人、代理人或受僱人。另外，與公司交易之對象為 B 公司，但 B 公司被 A 公司所控制，而且該董事為 A 公司之董事、合夥人、代理人或受僱人。□
  - (C) 與公司交易者為自然人，但是該自然人為董事之合夥人、代理人或僱用人。

法條中譯參考陳子操，前揭註 13，頁 38-39。

<sup>107</sup> Model Bus. Corp. Act section 8.60 (2010) provides:

In this subchapter:

- (1) "Director's conflicting interest transaction" means a transaction effected or proposed to be effected by the corporation (or by an entity controlled by the corporation)
  - (i) to which, at the relevant time, the director is a party; or
  - (ii) respecting which, at the relevant time, the director had knowledge and a material financial interest known to the director; or
  - (iii) respecting which, at the relevant time, the director knew that a related person was a party or had a material financial interest.

<sup>108</sup> See Cooter, *supra* note 105, at 1054-55.

美國公司顧問指南（Corporate Counselor's Guidebook）載明，所謂屬於公司之機會，係指應先提交給公司之機會，通常視下列情況而定：董事知悉機會之情形、機會對公司之重要性及公司對機會之利益程度、機會是否與公司現有或計畫之營業有關、公司期待董事應提供與公司利用是否有合理基礎。<sup>109</sup>換句話說，所謂屬於公司的機會係指：1. 董事基於職務關係（official capacity）而非個人關係（individual capacity）所知悉；2. 公司能夠使用該機會增進利益；3. 機會之使用在公司營業範圍之內；4. 公司可合理期待該機會之使用。

### 參、競業禁止

依據由美國法學會於 1958 年所出版的代理法第二次整編（Restatement (Second) of Agency），歸納代理人競業禁止（non-competition）的態樣，主要有以下四種：

#### 一、第 393 條（代理標的競爭禁止）

代理人不得就代理關係的標的與本人競爭。例如：與本人競標同一標的物。

#### 二、第 394 條（他人代理禁止）

禁止為與被代理人有利益衝突之人處理事務。

#### 三、第 395 條（代理中競業禁止）

代理關係中，代理人不得非法使用本人所交付或執行職務所取得，或違反代理關係而取得之機密資訊，與本人從事競爭。

#### 四、第 396 條（代理後競業禁止）：

代理關係消滅後，代理人不得使用本人所交付或違反代理關係而取得之營業秘密，與本人從事競爭。<sup>110</sup>

#####

<sup>109</sup> 陳錦隆（2002），〈新修正公司法董事之忠實義務解析（二）〉，《會計研究月刊》，201 期，頁 117。

<sup>110</sup> 陳介山（2004），《董事之忠實義務—以企業併購法制為中心》，頁 134-138，國立中正大學法律學研究所博士論文。

其中，所謂代理中競業禁止，要求公司董事不得使用屬於公司之機密資訊，所謂不法使用包括：竊用、私用、挪用等三者。所謂竊用，係指以不正當方法取得本人主觀上或客觀上已採取保密措施之秘密。所謂私用，係指雖以正當方法取得，然為圖自己或其他私人之利益，未對本人揭示有利資訊使其同享該資訊所生之利益，而對本人造成損害。所謂挪用，係指由本人交付之機密資訊，為圖自己或其他私人之利益而挪為己用。<sup>111</sup>

## 肆、董事之報酬

### 一、現金報酬

德拉瓦州衡平法院（Court of Chancery of Delaware）於 1947 年的 *Wilderman* 案中，<sup>112</sup>指出董事之報酬，雖經無利害關係董事會或股東會之認可，但該報酬仍應符合合理性之判斷，其中考慮的因素包括：其他類似地位之董事所受領之金額、董事之能力、是否經稅捐單位同意公司支付之報酬作為扣底公司所得、薪資與公司業績是否有合理關係、薪資之增加是否係因提供服務價值之增加等。如董事之報酬，未經非利害關係董事會或股東會認可，則核准自己報酬之董事則必須證明：  
1. 董事提供勞務係有償的；2. 該報酬數額並未構成不當得利；3. 公司因董事勞務之提供受有利益，如為給付董事報酬則將構成不當得利。

### 二、認股選擇權

董事之報酬並非僅陷於現金報酬，只要與為公司提供服務具有直接、間接關係者皆包括在內，例如退休金、終身人壽保險金、新股認購權、認股選擇權等。<sup>113</sup>德拉瓦州大多數法院皆認為，認股選擇權計畫應符合兩項標準：1. 應自股份選擇權之發行條件及客觀環境加以判斷，公司是否可合理期待因該選擇權之給予而獲得預期利益；2. 公司所獲得利益之價值，相較於選擇權之價值，應有合理關聯。但是實際上，評估認股選擇權價值本身即非屬易事，評估公司透過發行認股選擇權所預期之利益更形困難，且並無客觀標準可衡量給予董事認股選擇權所產生之

#####

<sup>111</sup> 陳介山，同前註，頁 130-133。

<sup>112</sup> *Wilderman v. Wilderman*, 315 A.2d 610 (1974) [hereinafter *Wilderman*]. 陳錦龍，前揭註 109，頁 120-122。

<sup>113</sup> 陳介山，前揭註 110，頁 280。

激勵效果進而所帶來的利益究竟有多少。為此，德拉瓦州普通公司法（Delaware General Corporation Law, “DGCL”）第157條即規定，只要選擇權之發行事有對價的，董事所確認對價之充足性，若無詐欺情事，即不得質疑之。<sup>114</sup>



### 伍、利用職務關係獲取利益

在忠實義務下，公司董事被要求禁止利用職務關係，為圖自己或其他私人之利益，獲取由第三人所給付自公司取得之合法報酬以外之利益。美國代理法整編第 388 條即規定，除本人已知且經認可免除代理人之交付義務外，代理人有將任何由第三人所交付，而取得之價值利益交付於本人之義務。代理人可舉證第三人所為者僅係一種善意、無償的行為，而非受交易本身所誘發之動機，例如交易相對人對代理人之賄賂。<sup>115</sup>

#####

<sup>114</sup> 陳錦隆（2002），〈新修正公司法董事之忠實義務解析（三）〉，《會計研究月刊》，202 期，頁 128。

<sup>115</sup> 陳介山，前揭註 110，頁 134-138。



## 第二目 注意義務

### 壹、決策義務

依據上開模範商業公司法第8.30條(a)、(b)規定，董事在進行商業決策時，必須以善意且合理相信其為公司最佳利益之方式為之，盡到「處於相同職位之人在相類似之情況下」，依其合理之確信為適當之注意，此即董事的決策義務。

德拉瓦州衡平法院在*Caremark*案中指出，在注意義務的要求下，判斷董事在公司商業行為之決策上，是否盡其決策義務之重點，並非在於決策的內容，而是在於決策的過程，亦即董事或董事會是否本於善意、盡其努力，以獲取相關資訊繼而作出決定。換句話說，如果董事在商業決策之過程中，未本於善意而依合理確信為適當注意，則該董事即會被認為違反注意義務。反之，只要董事進行決策時，已本於善意而依合理確信，進到處於相同職位之人在相類似情況下之適當注意，縱使以結果論而言，該決策未能造就公司之利益甚或造成公司之損失，也會受到商業判斷法則的保護。<sup>116</sup>

### 貳、監督義務

隨著現代公司規模之逐漸擴大，股權分布日益分散，並非所有股東皆可參與公司之經營，故公司所有者與經營者會產生普遍分離的現象。然而董事會係依會議體機關，基本上係採用集體多數決模式來發號施令，這樣的決策方式本來就會產生難以有效配合商場上瞬息萬萬便的情勢。就此而言，公司內部的層級分工既然無可避免，則董事或董事會作為公司的經營者，其受任處理的事務不僅包含作成公司業務的相關重大決策，也兼及於對於下屬的監督與管控。<sup>117</sup>

關於監督義務的範圍，可分為董事參與之合法行為和董事未參與之不法行為兩方面予以討論：<sup>118</sup>

#####

<sup>116</sup> 邵慶平（2008），〈董事受託義務內涵與類型的再思考—從監督義務與守法義務的比較研究出發〉，《臺北大學法學論叢》，66期，頁9。

<sup>117</sup> 邵慶平，同前註，頁6-7。

<sup>118</sup> 事實上，不論董事是否參與公司之某一行為，該行為都可以被區分為合法與不法，只是因為董事參與之不法行為，在邏輯上不會產生監督的可能（屬於董事守法義務的討論範圍），而董事未參與之合法行為，在法律上不會產生究責的問題，因而皆無討論監督義務的實益。

一、在董事參與之合法行為部分，依據上開模範商業公司法第8.30條(a)、(b)規定，董事在進行商業決策時，對於與決策相關之事項，應善盡調查及監督之責，同條(c)、(d)、(e)則規定，董事如果非明知其信賴不具正當性者，則對於其合理確信有能力及專業之（一）公司高級主管或職員；（二）法律顧問、公設會計師或其他公司因技術或專業事項所聘之人員；（三）非該董事任職之董事會委員會等人，所備製或提出之資訊、意見、報告、聲明（包括財務報告或其他之財務資料）等，皆為有權信賴。簡言之，董事在進行商業決策時應盡監督義務，而對於交由專業人員或公司職員處理的事項，僅有非明知而不能信賴其具正當性之監督義務。<sup>119</sup>

二、在董事未參與之不法行為部分，德拉瓦州最高法院曾在 *Graham* 案中表示，不能以公司過去所發生過的事件，作為認定董事監督義務範圍的依據，理由在於若無任何使人起疑之事由，董事並無義務建置並運作一個公司內部的間諜系統，以偵查本無理由相信存在的不法行為。換句話說，如果董事可合理懷疑存在不法行為時，其對該可能之不法行為即有監督義務。<sup>120</sup>

而關於監督義務的程度，德拉瓦州衡平法院首席法官 William T. Allen 在 *Caremark* 案中指出，公司內部如欠缺一個資訊蒐集及通報系統，提供董事會與公司管理階層即時並正確之資訊，作為其決定之基礎，則該董事會會被認為未盡其監督義務，是以 *Graham* 案判決中認為董事並無義務建置公司內部的監督機制的見解，如適用於現代其正確性有待商榷。董事之監督義務在於董事應本於善意，負有盡力確保公司存在適當的內部資訊蒐集與報告系統之義務，而所謂適當則屬董事商業判斷之領域，惟有在董事會持續性地或系統性地（sustained or systematic）怠於監督，例如根本未嘗試確保合理之資訊蒐集與報告系統存在，才會構成違反

#####

<sup>119</sup> 由於德拉瓦州普通公司法第 102 條(b)(7)規定，公司章程中得明定減輕或免除董事因違反注意義務而生之損害賠償責任，但不能及於因違反忠實義務或因違反善意義務之作為或不作為所生之責任，因而產生監督義務究竟屬於忠實義務或注意義務之爭議。在 *Guttman* 案中，德拉瓦州衡平法院循著 *Caremark* 案的見解，認為董事因怠於監督而生之賠償責任，係建立在違反誠信要求之行為上，而所謂誠信要求即為履行忠實義務的必要條件，是以董事若違反監督義務，即為違反忠實義務。在 *Stone* 案中，德拉瓦州最高法院重申，違反善意義務與違反注意義務的作為，兩者有其性質上的不同，前者的惡性比後者重大，不可一概而論，而所謂善意義務是忠實義務的一環，而非獨立的受託義務類型。

<sup>120</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 7-8。

善意之情形，也才有責任成立之可能。<sup>121</sup>

董事有在公司內部建置一套使公司行為合法之機制的監督義務，除經德拉瓦州衡平法院所肯定外，美國法學會（ALI）、美國律師協會（ABA）之公司法委員會所出版的公司董事指導手冊（Corporate Director's Guidebook）、美國企業圓桌論壇（The Business Roundtable）、經濟合作發展組織（Organization for Economic Co-operation and Development, "OECD"）2004年訂定之公司治理原則（Principles of Corporate Governance 25 (2004)）、美國量刑委員會（U.S. Sentencing Commission）所發布的聯邦量刑指導原則（Federal Sentencing Guidelines）等亦皆認同此一看法。<sup>122</sup>

實務上，有鑑於訂定嚴謹遵循規範的重要性及因應聯邦存款保險公司改進法（FDICIA）的要求，美國各大銀行遂紛紛發展出一套「遵循主管」（compliance officer）制度來進行自我評鑑，以強化內部控制的執行並減輕管理階層的法律責任。除銀行外，多數證券、保險業者，為加強公司的內部控制與風險管理（risk management）亦多自發設立了遵循部門（compliance department）以推動遵循主管制度，並訂定全體員工共同遵守的遵循計畫（compliance program）。<sup>123</sup>而在設有法令遵循部門或主管的公司裡，除有顯不合理的情形外，董事依據2002年模範商業公司法第8.30條(e)規定，有權信賴該部門或主管職權之行使，而被認為已依其合理之確信為適當之注意，即不違反董事應盡之注意義務。

### 參、守法義務

由於公司經營商業活動的目的，在於追求公司即全體股東之利益最大化，在注意義務的要求下，基於成本效益的考量，亦應將違反相關法令之後果納入成本予以考量。在Roth案中，<sup>124</sup>Robertson Amusement Company在紐約經營遊樂場，違反紐約州法規定而在安息日營業，並遭人恐嚇要求支付800元，董事為免有損於公司利益即同意支付開筆款項。法院認為董事為掩護公司違法營業之事實而支付

#####

<sup>121</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 8-10；楊竹生（2004），〈論董事注意義務中監督公司業務執行之義務〉，《中原財經法學》，13期，頁 170-173。

<sup>122</sup> 詳見楊竹生，同前註，頁 174。

<sup>123</sup> 蕭巧玲（2006），〈法令遵循制度介紹〉，《證券暨期貨月刊》，24卷9期，頁 36-37。

<sup>124</sup> Roth v. Robertson, 64 Misc. 343 (Supp. Ct. 1909) [hereinafter *Roth*].



之款項，係屬非法支出，董事不得以該支出係為公司最大利益著眼作為抗辯理由。從公共政策的角度而言，如果董事所涉及的是法所禁止的行為，自應嚴格要求董事未此負責，否則將會創造一個危險的先例。<sup>125</sup>

繼之而來的問題是，如果遵守法令與利益最大化有所衝突，公司或其董事是否仍有守法義務。對此，美國法學會（ALI）1994年公布集美國公司法最具爭議事件大成之「公司治理原則：建議與分析」（Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994)）最終定稿，<sup>126</sup>在公司治理原則第2.01條(a)雖開宗明義地指出，公司經營原則上應以增進公司利潤及股東利益為目的，同條(b)則規定公司如同自然人一般，其所作所為應在法令限制範圍內，縱使守法之作為不能增進公司利潤及股東利益，公司亦應依法為之。舉例而言，假設一貨運公司每年營收500至700萬美元，經過合理評估計算後，若要求公司所雇用之貨運司機違反速限規定行駛，則公司淨利每年將可增加40至50萬美元，但即便如此，公司亦不得指示司機超速行駛，否則將違反第2.01條之規定。<sup>127</sup>在該公司治理原則之下，董事之守法義務，在對公司及其股東有利或不利的情形下皆有適用，亦即絕對的守法義務。

#####

<sup>125</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 20-21。

<sup>126</sup> Marjorie Fine Knowles & Colin Flannery, *The ALI Principles of Corporate Governance Compared with Georgia Law*, 47 MERCER L. REV. 1 (1995).

<sup>127</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 21-22。



### 第三目 善意義務

除了實務判例以外，董事之善意義務也具備實定法上的依據，例如：模範商業公司法第8.30條(a)、<sup>128</sup>德拉瓦州普通公司法第102條(b)(7)、<sup>129</sup>第141條(e)、<sup>130</sup>

#####

<sup>128</sup> 模範商業公司法中關於董事須基於善意履行其義務之規定，也被美國各州公司法作為模範而制定相類似之規定。See Melvin A. Eisenberg, *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 DEL. J. CORP. L. 1, 12-21 (2006).

<sup>129</sup> Delaware General Corporation Law section 102(b)(7) provides:

- (7) A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director:
  - (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders;
  - (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law;
  - (iii) under § 174 of this title; or
  - (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective.

All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title.

第 102 條(b)(7)之規定，除(i)違反忠實義務、(ii)未基於善意之行為、(iii)故意之不當行為或明知之違法行為而取得不當之個人利益、(iv)未依同法§174 規定，非法支付股息或買回股份等情形以外，公司章程中得明定減輕或免除董事因違反注意義務而生之損害賠償責任。

<sup>130</sup> Delaware General Corporation Law section 141(e) provides:

- (e) A member of the board of directors, or a member of any committee designated by the board of directors, shall, in the performance of such member's duties, be fully protected in relying in good faith upon the records of the corporation and upon such information, opinions, reports or statements presented to the corporation by any of the corporation's officers or employees, or committees of the board of directors, or by any other person as to matters the member reasonably believes are within such other person's professional or expert competence and who has been selected with reasonable care by or on behalf of the corporation.

第 141 條(e)規定，若公司董事於作成商業決策時，乃是基於信賴公司記錄、或專業人士所提供之意見，並且為善意者，該決策應該受到完全保護。



第144條(a)、<sup>131</sup>第145條(b)等，<sup>132</sup>皆均明文規定董事或負責人於執行職務時需係出於善意，並將善意作為免責、補償、保護條款或利益衝突下交易有效之成立要件之一。在採取善意義務獨立說的立場下，非善意行為之態樣可歸納如下：

**壹、故意違反法令**

依據公司治理原則第7.18條(C)之規定，若董事之不法行為或決策使公司受有利益，董事所負之損害賠償數額，應於相同程度內加以抵銷。因此除了極少數罪

#####

<sup>131</sup> Delaware General Corporation Law section 144(a) provides:

- (a) No contract or transaction between a corporation and 1 or more of its directors or officers, or between a corporation and any other corporation, partnership, association, or other organization in which 1 or more of its directors or officers, are directors or officers, or have a financial interest, shall be void or voidable solely for this reason, or solely because the director or officer is present at or participates in the meeting of the board or committee which authorizes the contract or transaction, or solely because any such director's or officer's votes are counted for such purpose, if:
  - (1) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the board of directors or the committee, and the board or committee in good faith authorizes the contract or transaction by the affirmative votes of a majority of the disinterested directors, even though the disinterested directors be less than a quorum; or
  - (2) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the stockholders entitled to vote thereon, and the contract or transaction is specifically approved in good faith by vote of the stockholders; or
  - (3) The contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the stockholders.

第 144 條(a)規定，如得到非利益衝突之董事同意、股東同意、或公平原則三種要件之一，該具有利益衝突之交易即非無效或可得撤銷之，惟該同意須係出於善意之情形。

<sup>132</sup> Delaware General Corporation Law section 145(b) provides:

- (b) A corporation shall have power to indemnify any person who was or is a party or is threatened to be made a party to any threatened, pending or completed action or suit by or in the right of the corporation to procure a judgment in its favor by reason of the fact that the person is or was a director, officer, employee or agent of the corporation, or is or was serving at the request of the corporation as a director, officer, employee or agent of another corporation, partnership, joint venture, trust or other enterprise against expenses (including attorneys' fees) actually and reasonably incurred by the person in connection with the defense or settlement of such action or suit if the person acted in good faith and in a manner the person reasonably believed to be in or not opposed to the best interests of the corporation and except that no indemnification shall be made in respect of any claim, issue or matter as to which such person shall have been adjudged to be liable to the corporation unless and only to the extent that the Court of Chancery or the court in which such action or suit was brought shall determine upon application that, despite the adjudication of liability but in view of all the circumstances of the case, such person is fairly and reasonably entitled to indemnity for such expenses which the Court of Chancery or such other court shall deem proper.

第 145 條(b)規定，公司得以權限補償董事、經理人、員工、或 代理人因涉訟或其他程序所生之費用或損失。但若是基於「非善意」之行為而生之費用或損失，則公司不得為補償。

大惡極之董事導致公司龐大損失的案例外，大部分的董事為求公司最大利益而主導不法行為的責任風險將微乎其微。<sup>133</sup>換句話說，縱使董事違反法令，在董事通常與公司並未產生利益衝突，或是董事並未造成公司損害結果的情形下，不當然會被追究違反忠實義務或注意義務之責任。<sup>134</sup>

然而董事故意違反法令之行為或決策，明知該行為非適當且違反普遍可被接受之經營原則，欠缺誠信而將嚴重侵害公司之商譽。因此，董事此種行為應列為違反善意義務的態樣之一，被視為違反對公司所負有之受託義務。<sup>135</sup>

事實上，董事故意違反法令之責任是否有必要獨立於注意義務之外，在美國法上並非毫無爭議。首先，董事之注意義務本即包含絕對的守法義務，在此義務要求下，無論對於公司及其股東有利或不利，董事皆有遵守法令之義務。雖然董事之決策行為會受到商業判斷法則的有利推定保護，但依據商業判斷法則的操作，如果董事之不法行為或決策係基於故意而非善意，則不能受有利推定而將被認定為違反注意義務，換句話說，董事故意違反法令的行為，仍然得以注意義務之內涵加以涵蓋。其次，上述認為善意義務包括董事故意違反法令之行為或決策的見解，係基於善意義務獨立說之立場，而採取獨立說之學說或實務見解，一般也都認為善意義務仍有商業判斷法則之適用，<sup>136</sup>亦即違法的董事在商業判斷法則的運用下，仍然有可能不會被追究任何責任，就此點而言與注意義務亦無不同。因此有學著認為，將董事故意違反法令的行為，獨立於注意義務以外之最大作用，其實是藉由肯定善意義務為一個獨立的請求權基礎，為公司及其股東提供尋求司法救濟之新的途徑，<sup>137</sup>使得董事故意違反法令之行為，不必再接受忠實義務或注意義務之檢驗。

## 貳、未盡坦誠義務

坦誠義務並非一定涉及董事與公司間利益衝突的情形，也與董事之專業能力

#####

<sup>133</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 24。

<sup>134</sup> See Eisenberg, *supra* note 128, at 38.

<sup>135</sup> See Eisenberg, *supra* note 128, at 31. 陳子操，前揭註 13，頁 66。

<sup>136</sup> *Cede & Co.*, 634 A.2d 345 (Del.1993). See also Andrew S. Gold, *A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty*, 66 MD. L. REV. 398, 402 (2007).□

<sup>137</sup> 陳子操，前揭註 13，頁 63。

無關，而無法被忠實義務或注意義務所涵蓋。所謂坦誠義務（*obligation of candor*）具有兩個內涵，其一為不得誤導義務（*obligation not to mislead*），另一則為適當公開義務（*obligation to duly inform*）。所謂不得誤導之義務，係指董事不得基於故意或重大過失，於其決策權限內作成虛偽或誤導之陳述；所謂適當公開之義務，則係指董事不得基於故意或重大過失，而使公司主管無法獲得對於商業決策或履行職務之重大資訊。兩者之差別在於，不得誤導義務僅限於董事為陳述或聲明時始有適用，而適當公開義務則是要求董事需為特定聲明之積極義務。換句話說，基於坦誠義務，董事不僅負有真實陳述的義務，在某些情形下，董事也負有應為陳述的義務。<sup>138</sup>

### 參、違反可接受之基本公司規範而使公司為特定之行為

董事違反可接受的基本公司規範（*generally accepted basic corporate norms*），而使公司為特定行為時，通常與公司間不具備利益衝突，也係出於公司最大利益為考量，且由於該行為會被認定為無效，而通常不會直接導致公司受有損害，當董事違反公司可接受之基準規範而使公司為特定行為時，應被認定係善意義務之範疇，理由在於使公司為特定行為之董事，並不違反忠實義務或注意義務之要求，故將此種行為解釋成善意義務的態樣之一，將非常具有實益。<sup>139</sup>

實務上曾肯認之可接受基本規範，包括（一）解除董事職務前，對該名董事適當的董事會開會通知；<sup>140</sup>（二）公司合併前，對少數反對主管適當的先行通知；<sup>141</sup>（三）董事會合理的最低出席標準（*minimum standards of fairness*）。<sup>142</sup>

### 肆、基於不被允許的非財產上之動機

如果董事是基於自己不被允許的非財產上之動機（*impermissible nonpecuniary*

#####

<sup>138</sup> See Eisenberg, *supra* note 128, at 38-39.

<sup>139</sup> See Eisenberg, *supra* note 128, at 51; see also Gold, *supra* note 136, at 409.

<sup>140</sup> Koch v. Steam, No. 12,515, 1992 Del. Ch. LEXIS 163 (Del. Ch. 1992), *reprinted in* 18 DEL J. CORP. L. 730 (1993) (holding the action of the board is ineffective because one of the members had been tricked into attending the meeting).

<sup>141</sup> VGS, Inc. v. Castiel, 781 A.2d 696 (Del. 2001) (holding the majority owed the minority a duty to give prior notice even if he would have interfered with a plan).

<sup>142</sup> Adlerstein v. Wertheimer, No. 19,101, 2002 Del. Ch. LEXIS 13 (Del. Ch. 2002) (holding the right to advance notice derives from a basic requirement of our corporation law that boards of directors conduct their affairs in a manner that satisfies minimum standards of fairness).

motives) 所為之決策，縱使不是基於公司最大利益的考量，也難以被忠實義務或注意義務所涵蓋。理由在於，董事主觀上的善意與否，並不涉及董事的專業能力，而是其決策行為是否有效的條件之一，如果董事並非善意則該行為會被認定為無效，也因此公司通常不會遭受任何損失，而不會被認為有注意義務的問題。同時，傳統上忠實義務之違反，也多侷限於出於財產上動機的直接或間接利益衝突之情形，而若該次交易被認定為公平時，縱使具備財產上動機之情形，該筆交易也可能被容許而並不當然構成利益衝突。因此，將董事基於非財產上之動機列為違反善意義務的形態之一，使董事無法逃脫責任確有其必要性。<sup>143</sup>

實務上，董事若是出於仇恨、慾望、嫉妒、報復、侮辱或虛榮等個人非財產上動機的考量而作成決策之行為，<sup>144</sup>則難以想像該次交易行為是公平的，而將被認為是違反善意義務。<sup>145</sup>

### 伍、嚴重漠視職務上義務

通常嚴重漠視職務上義務 (substantial disregard of responsibilities) 之行為，將會被認為違反注意義務，惟在某些如漠視程度較高等情形下，該行為也會同時被認定違反善意義務。理由在於，董事嚴重漠視其職務上義務之行為，是對於其職務欠缺忠誠 (fidelity)，違反公司可接受之標準規範，且董事往往也非真誠地相信自己行為適當，因而被認為亦違反善意義務。<sup>146</sup>

## 第二節 從侵權法到刑事法

### 第一項 英國法的發展

18 世紀末期，經歷工業革命後的英國，不限於某一產業部門而是全體部門都開始近代化、工業化的發展，並於 19 世紀半確立其世界工廠的地位。在部分英國國內自然條件不佳的產業，僅能透過貿易的方式彌補原物料的不足，此種貿易

#####

<sup>143</sup> See Eisenberg, *supra* note 128, at 58.

<sup>144</sup> *In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation*, No. 10,389, 1989 Del. Ch. LEXIS 9, at 46 (Del. Ch. 1989), *reprinted in* 14 DEL. J. CORP. L. 1132, 1159 (1989) (holding a manager does not act in good faith if he is motivated by hatred, lust, envy, revenge, shame or pride).

<sup>145</sup> See Eisenberg, *supra* note 128, at 57.

<sup>146</sup> See Eisenberg, *supra* note 128, at 62.

模式基本上是将外國產業作為英國國內產業構造的一部分，藉由社會分工系統，使英國自身經濟得以維持一定的平衡。在經濟的發展上，形成所謂的重商主義。<sup>147</sup>身為世界上最早工業化的國家之一，英國向來被認為是先進資本主義國家，持續至 19 世紀的自由放任經濟體制，束縛國家對於公司治理的介入。

英國法上對於經濟活動或秩序的管制從對財產犯罪的處罰而來，而最初保護市場交易安全的財產犯罪即為偷盜罪。但偷盜罪無法處罰所有侵奪他人財產的行為，18 世紀時即以刑事法律保護信託制度的運作，而發展出侵占罪和詐騙罪。詐騙罪的行為雖然未必會是侵權行為，但被害人往往也可以透過其他民事程序獲得救濟，例如：詐欺的損害賠償訴訟（*deceit*），此外多數商業上的錯誤行為事實上都由市場行政規則所定義。在英國如此廣泛自由經濟理念的國家裡，以詐騙罪作為介入市場交易的制裁手段，並非從未受到質疑。<sup>148</sup>

私有財產權是現代英國社會結構的重要部分，財產關係與個人在社會中的人際關係有所重疊，也因此成為「社群」和「私有」概念不可或缺一環。市民參與自由經濟社會的重要特色，就是能夠自由地使用、控制，甚至是拋棄屬於他們的財產，不過這些自由也會受到一定的限制，例如在與刑事犯罪行為無關時，國家也會強制徵收並不會直接回饋於個人的稅款。儘管如此，基於個人主義在英國政體下的重要性，刑事法律提供私有財產權比起抽象的社會或社群價值更多的保護。而對於侵害他人財產行為的可罰性基礎，即來自於侵害他人依據自由意志使用、控制財產的空間，在詐騙罪的情形即為操縱和剝奪他人的自由空間。相較於相應的民事規定，刑事規定更能形塑對於市民社會中個別獨立成員的保護。<sup>149</sup>

1968 年竊盜法，將普通法上涉及信賴關係的侵占罪、詐騙罪統一定為竊盜罪之侵占行為、詐騙行為。而為了推動廉明，英國在 2006 年詐欺法中，再度將竊盜法下的各種詐欺行為統一為詐欺罪，並修改與詐欺有關的規定，在這個背景下創制了特別針對背信行為之犯罪－濫用身分詐欺。<sup>150</sup>

#####

<sup>147</sup> 吳志強（2011），《經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構》，頁 51-52，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。

<sup>148</sup> A.P. SIMESTER & G.R. SULLIAN, *CRIMINAL LAW THEORY AND DOCTRINE* 545-46 (4th ed. 2007).

<sup>149</sup> *Id.*

<sup>150</sup> 台灣國際法學會網站，<http://www.tsil.org.tw/download.php?f=55935b788046e.pdf&id=151>（最後瀏覽日：07/20/2015）



## 第二項 美國法的發展

第一次世界大戰後，美國進入所謂喧囂的 1920 年代。股票、債券等建立在借貸上的投資迅速增長，但卻未能轉化成民生消費力量，經濟繁榮建立在信用的過度擴張。1930 年代，從一連串的股市崩盤、消費萎縮、產區乾旱、失業率攀升等各種天災人禍，開始進入經濟大蕭條時期，連帶也拖垮了其他國家的經濟狀況，各國自身強弱情形導致衰退情況有所不同，全球進入為期 10 年的大蕭條時期。大蕭條時期除了經濟上的負面影響，也帶來重大的政策轉向。從前，各資本主義工業國政府鮮少干預市場運作。而大蕭條後，政府開始透過各種手段，如稅負、監理、公共建設、社會福利等，介入市場經濟的管制。

1940 年代起，美國法院開始把違反受託義務的行為，以聯邦郵件或電信詐欺罪之刑事責任相繩。1968 年的 *Post* 案中，<sup>151</sup>特區巡迴法院即指出受託義務的違反可能會成立聯邦郵電詐欺罪。法院認為，被告的受託義務要求他們在對公司和股東的關係上，依最大善意原則處理事務，包括被告須完全告訴公司和股東在任何方面可能影響公司的利益，而這樣完全公開的要求使他們有義務誠實地揭露對於廣大投資人可能產生影響的所有事實。<sup>152</sup>法院表示透過基本的法律原則，被告對公司及股東負有的受託義務，使他們在公司內部的活動，被要求具高標準誠信和坦白的忠誠。<sup>153</sup>透過有目的性的受託義務之違反，作為犯罪行為的必要特徵，可以清楚而正確地定義大部分郵件詐欺罪所欲處罰使用郵務服務不誠信的行為的態樣。<sup>154</sup>*Post* 案判決將民事上違反受託義務的不誠信行為，與刑事上構成郵件詐欺罪的詐欺行為等而視之，該案判決見解作成後被其他法院廣泛地採用，且被司法部常態性應用在被告為受託義務人的案件中。<sup>155</sup>

以 *Post* 案判決為基礎，實務對於美國聯邦刑事詐欺罪的理解，從 1970 年代開始出現劇烈的變化。首先，無形權利原則（*intangible right doctrine*）被廣泛地接受成為公職人員（*public official*）責任的理論。其次，巡迴法院將無形權力原

#####

<sup>151</sup> *Post v. United States*, 407 F.2d 319 (D.C. Cir. 1968), *cert. denied*, 393 U.S. 1092 (1969) [hereinafter *Post*].

<sup>152</sup> *Id.* at 328 n.51.

<sup>153</sup> *Id.*

<sup>154</sup> *Id.* at 329.

<sup>155</sup> John C. Coffee, Jr., *From Tort to Crime*, 19 AM. CRIM. L. REV. 117, 119 (1981).

則擴張到私人違反受託義務的情形，對於有形的「實際損害」（actual harm）的要求，也放寬至故意違反受託義務的行為，造成對被害人無形的完全忠誠的侵害時即為刑事犯罪；最後，實務見解正式地推翻從前對於行為與被害人的損害結果間的因果關係要求。<sup>156</sup>

不過，當然也有其他法院質疑違反受託義務的行為是否即可以該當刑事犯罪。*Rabbitt* 案判決指出，<sup>157</sup>僅存在受託義務違反的行為，如果欠缺證據證明受託義務人之行為，和其所受託之信託利益有所衝突且造成有形的損害，則不足以單獨構成郵件詐欺罪。<sup>158</sup>另外，在 *Courtois* 案中，<sup>159</sup>南區地方法院也認為被告 *Courtois* 不會成立刑事犯罪。*Courtois* 是金融業著名在收購方面具有專業知識的摩根史坦利公司的收購部門的員工，法院認為 *Courtois* 侵吞（misappropriate）客戶公開收購的消息，將消息洩漏給外部的同謀者，讓同謀者秘密購買公開收購目標公司的股票。起訴後，*Courtoi* 和另一名同謀逃離美國，剩下 *Newman* 一人受審。南區地方法院認為，對於公開收購擁有較多資訊的個人，在股票市場中反覆地交易，既不會違反當時有效的證券交易委員會規則及法規（SEC rules and regulations），也不會構成郵件詐欺罪。郵件詐欺罪必須建立在一個前提理論下，也就是被告利用公開收購的內部消息，而侵害其事務所和客戶的利益。法院同時反對檢察官起訴主張：「被告的行為會對於公司客戶造成進行公開收購時所需額外費用的損害，對公司則會傷害其為獨立且可信賴的投資公司名聲而造成業務獲取能力的損害」，而主張因被告陰謀或詐欺行為，所造成「實際上或預期上，<sup>160</sup>直接、有形、經濟上的損失」是構成郵件詐欺罪的要件。<sup>161</sup>

違反受託義務的行為是否具有刑事責任的問題，不只是在不同法院間存有不同意見，在同一法院所作出的判決結論也未必相同。第二巡迴法院在 *Barta* 中認為，<sup>162</sup>被告單純違反受託義務的行為，不必然構成郵件詐欺罪，至少需涉及受僱

#####

<sup>156</sup> *Id.* at 166.

<sup>157</sup> *United States v. Rabbitt*, 583 F.2d 1014 (8th Cir. 1978), *cert. denied*, 439 U.S. 1116 (1979) [hereinafter *Rabbit*]; *also see United States v. McNieve*, 536 F.2d 1245, 1249-52 (8th Cir. 1976).

<sup>158</sup> *Rabbit*, 583 F.2d 1014, at 1024-26.

<sup>159</sup> *United States v. Courtois*, FED. SEC. L. REP. (CCH) 98,024 (S.D.N.Y. 1981) [hereinafter *Courtois*].

<sup>160</sup> *Courtois* 案法院參考 *Black's Law Dictionary* 389 (4th ed. 1951)，將「預期上」的損害定義為被告「預見結果發生的可能性或意圖」。

<sup>161</sup> *Courtois*, FED. SEC. L. REP. (CCH) 98,024, at 91,301.

<sup>162</sup> *United States v. Barta*, 635 F.2d 999 (2d Cir. 1980), *cert. denied*, 101 S.Ct. 1703 (1981) [hereinafter *Barta*].

人未能向僱用人公開重大資訊，<sup>163</sup>且實際造成或預期造成損失或損害，<sup>164</sup>才有可能負擔刑事責任。然而在 *Bronston* 案中，<sup>165</sup>即使沒有證據證明被告 *Bronston* 的行為在事實上導致被害人的損失或損失的可能性，法院仍然認為律師對於與自己事務所所代表的他人處於特許經營之競爭關係中的個人提供法律協助，不僅是嚴重違反法律道德，也會構成郵件詐欺罪。*Bronston* 案判決並未否認違反受託義務的行為會構成刑事犯罪，但似乎也不認為任何具有道德缺陷的行為都會成立重罪，而是透過是否造成被害人經濟上損失的要件，去控制違反受託義務行為之刑事責任的範圍。<sup>166</sup>其後，第二巡迴法院於 *Courtois* 案同案被告之 *Newman* 案中，<sup>167</sup>也推翻了南區地方法院對於 *Courtois* 案的見解，而採納檢察官起訴的理由，認為被告 *Newman* 僅是其他被告洩漏內部資訊的管道，對於摩根史坦利公司或其客戶並沒有受託義務，但是法院認為郵件詐欺罪的規定，無法涵蓋所有違反受託義務的行為，因此擴張了本罪刑事責任的範圍，及於教唆或幫助違反受託義務的行為。有趣的是，推翻 *Courtois* 案地方法院見解的法官 *Van Graafeiland*，在 *Bronston* 案中採取的是被告無罪的見解。

從上述實務見解可知，如何從違反受託義務的行為中，拉出一條可資區分刑事責任與民事責任的分水嶺，存在有多數可能性。<sup>168</sup>實務上對於何種違反受託義務的行為應以刑事責任相繩，更精確地說，對於單純違反受託義務但並未實際造成損害的行為，是否應成立以財產損害為核心概念的詐欺罪並無定論。但可以肯定的是，對於特定受託義務的違反應以刑事責任相繩則是受到普遍的肯定。

美國學者 *Coffee* 主張以聯邦詐欺罪進行刑事追訴違反受託義務的行為，是必要的威嚇手段。理由在於，第一，原則上故意違反受託義務的行為可能是侵占或竊盜行為，但此種行為成立犯罪與否多半是可依被告社經地位而區分。例如說，企業高階主管可以利用其對公司的控制力，買進比市場實際價格低的公司財產，相同行為發生在一般的營業員和出納員身上，則極可能是侵占行為，因此以詐欺罪統一處理這類行為具有。第二，有鑑於大型企業通常涉及多個司法管轄權的

#####

<sup>163</sup> *Barta*, 635 F.2d 999, 1005 n.14.

<sup>164</sup> *Barta*, 635 F.2d 999, 1004 n.1.

<sup>165</sup> *United States v. Bronston*, 658 F.2d 920 (2d Cir. 1981) [hereinafter *Bronston*].

<sup>166</sup> *See Coffee*, *supra* note 155, at 132.

<sup>167</sup> *United States v. Newman*, 664 F.2d 12 (2d Cir. 1981) [hereinafter *Newman*].

<sup>168</sup> *See Coffee*, *supra* note 155, at 122.

特性，這種交易往往超出單一州管轄權的範圍之外，具有責任的一方和相關文件往往也會跨越州甚至是國家的界限；就算關於管轄權的法律依據存在，地方執法單位也容易認為對於地方選民僅有微小影響，卻須耗費大量金錢、時間進行該種類事件的調查，是所謂很聯邦本位主義的；除此之外，關於違反受託義務之主要的州法，該管轄權與交易本身可能僅具很少關聯，甚至沒有能力起訴這類行為。第三，由於實務判決肯認董事會追訴違法董事的權力而駁回少數股東所提起的代位訴訟，違反受託義務的行為在傳統民事補償和其衍生的訴訟上，在今時今日看起來都比以往更加孱弱；但是如果歸入權是對違法董事唯一的處罰，縱使民事訴訟勝訴，也只能發揮彌補損害的功能，對於潛在的行為人來說似乎就是「正面全贏，背面不輸不贏」的一場賭局。<sup>169</sup>因此，以聯邦刑事法追訴重大違反受託義務之董事的責任，確有其必要性。

不過 Coffee 也指出違反受託義務的行為即該當聯邦詐欺罪的主張，在美國法下將產生下列四個核心問題：一、姑且不論現代信託關係的範圍比它最初的範圍廣泛許多，這個概念在本質上就是模糊的。二、不同州之間關於受託義務的規定存在顯著不同，因此可能造成在聯邦刑事法的範圍下適用州民事法上的顯著差異。三、將違反受託義務的行為入罪化的結果是同時也使其聯邦化，這違反最高法院所建立州公司法優位原則（principle of deference to state corporate law）。四、公司法下的「內部事務原則」（internal affairs rule）<sup>170</sup>似乎和傳統刑事法下，一州不適用他州實定法規定的原則相違背。<sup>171</sup>

#####

<sup>169</sup> See Coffee, *supra* note 155, at 149-150. Coffee 也指出關於擴張聯邦刑事管轄權於白領犯罪和公務員貪汙領域的必要性，肯定論點理由之一即為州法在刑事上的強制力，在這些領域似乎是無效的。但這種法權觀點有其邏輯上的限制—不存在於最常起訴的公司基層員工收受回扣的案件中，理由在於公司內部事務原則可能足以制裁公司基層員工。See Coffee, *supra* note 155, at 169.

<sup>170</sup> 內部事務原則是決定法人屬人法適用範圍的重要原則之一。依內部事務原則，對於公司法人的內部事務，應以該法人之屬人法為準據法。因此，若公司設立的準據法是 A 州法，依據內部事務原則，公司董事的受託義務應以 A 州法為據，但傳統刑事法原則下，在 B 州法院的審判中應是用 B 州法而不適用 A 州法。詳見方元沂（2011），〈法人屬人法適用範圍之研究—以內部事務原則為中心〉，《華岡法萃》，51 期，頁 175-197。

<sup>171</sup> See Coffee, *supra* note 155, at 150.

### 第三節 小結

對董事課與受託義務的目的在於，在公共政策所鼓勵的服務項目中，由法律規範降低信託風險、降低監督成本、保證服務品質，以激勵公司善加利用信託關係，達到追求公司最大利益的效用。

英國法與美國法上的董事受託義務，觀察角度和類型區分或有些許不同，卻具有極為類似的內涵。兩者大致上都認為受託義務的內涵，包括忠實義務、注意義務、善意義務。所謂忠實義務，係指董事不能與公司產生利益衝突。所謂注意義務，係指董事應盡合理的注意追求公司之最大利益。所謂善意義務，係指董事應以善意為職務之執行。

在涉及主觀面向的忠實義務和善意義務，英美法要求董事絕對地盡其忠實、善意之受託義務。在涉及客觀面向的注意義務，英國法採取主客觀混合模式判斷董事行為是否合理，而美國法則以商業判斷法則的重大過失責任予以調和，也都可以說是要求董事合理而相對地盡其注意之受託義務。





## 第三章 英美法上董事違反受託義務之刑事責任

### 第一節 概說

我國刑法是一部法益保護法，其任務在於法益亦即人類社會共同生活中之基本倫理價值的保護，及這些基本價值與利益賴以運作的總體利益的保護。<sup>172</sup>在財產犯罪的分類上，自然也可以財產法益被侵害的種類作為切入點予以觀察，例如背信罪即被歸類為侵害個人整體財產法益的犯罪。

英美刑事法的關注焦點在於具體個案的適用，不在於抽象法益的保護，<sup>173</sup>而更類似於客體的保護，因此其財產犯罪的發展與系統，與我國具有相當大的不同。簡單來說，英美法係以不法取得他人財產的概念為核心，例如竊盜罪，先透過解釋論去擴張其所能涵蓋之不法行為的範圍，在無論如何解釋都無法涵蓋的情形下，再透過立法論去創造不同的財產犯罪罪名，例如詐欺罪，再以此為出發點繼續透過解釋論去擴張文義範圍內所能涵蓋之不法行為。

英國法上，對於董事違背任務的行為，並沒有如同我國法背信罪或特別背信罪的規定，而是依犯罪行為態樣之不同，被歸類到規定於竊盜法（Theft Act）下竊盜罪中的偷盜行為、侵占行為，<sup>174</sup>以及詐欺法（Fraud Act）下的詐欺罪等犯罪中，而最類似於背信罪的即為濫用身分詐欺罪。<sup>175</sup>

#####

<sup>172</sup> 王皇玉（2014），《刑法總則》，頁 24，台北：新學林。

<sup>173</sup> 魏仰宏（2004），《論我國刑法上之財產保護—以美國法為比較對象》，輔仁大學法律學研究所碩士論文，頁 175。

<sup>174</sup> 英國 1968 年竊盜法（Theft Act 1968）將過去普通法上的偷盜罪（Larceny）、侵占罪（Embezzlement）和詐欺罪（False Pretenses）的三分法予以廢除，統一採用三罪合一的竊盜罪（Theft）之稱謂，因此，本文在述及英國法上之竊盜罪時，都包括偷盜、侵占、詐欺等行為，而在述及偷盜罪、侵占罪、詐欺罪時，也都在描述過去普通法上的財產犯罪類型。在董事違反受託義務的情形，例如，董事為圖自己利益，將公司所交付的財物據為己有的行為，可能成立偷盜竊盜罪，而將公司基於信託關係移轉所有權的財物據為己有的行為，則可能成立侵占竊盜罪。詳見元照英美法詞典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=60710>（最後瀏覽日：07/20/2015）。

<sup>175</sup> 英國法上，所謂詐欺行為即為欺騙被害人的不誠實行為（dishonestly），而處罰詐欺行為的主要措施即為詐欺罪。2007 年以前，係規定於竊盜法，2007 年 1 月 15 日施行的 2006 年詐欺法（Fraud Act 2006），廢除竊盜法下的各種詐欺罪名，而將之統一整合為的詐欺法下詐欺罪的三種行為態樣以及不誠實獲取服務罪（Obtaining Services Dishonestly）。詳見下述第二節英國法上董事違反受託義務之犯罪。

美國法在處理董事違背任務的情形，雖然也沒有如同我國法背信罪或特別背信罪的規定，但仍有相似的法制設計。董事依其職權或職位為對公司負有受託義務之人，稱為職權受託義務人（*fiduciaries ex officio*），於違反其受託義務時，依據其行為態樣，仍可被歸類到各種犯罪中，例如：竊盜罪（*Theft*）、侵占罪（*Embezzlement*）、聯邦刑法典第 1341 條郵件詐欺罪（*Mail Fraud*）、第 1343 條電信詐欺罪（*Wire Fraud*）、第 1348 條證券詐欺罪（*Security Fraud*）、第 1344 條銀行詐欺罪（*Bank Fraud*）等。其中，與我國背信罪最為類似的是郵件詐欺罪或電信詐欺罪下的誠信服務詐欺（*Honest Service Fraud*）。以下，本文將進行英國法及美國法上的相關詐欺罪的探討。

## 第二節 英國法上董事違反受託義務之刑事責任



### 第一項 概說

普通法上最早出現的財產犯罪，是被認為破壞「國王的寧靜秩序」，使用暴力行為而應以刑罰處罰的搶奪罪。同時，如果行為人違背被害人即財物所有人（下同「被害人」）意思取走其財產，可能被被害人當場發現，造成彼此的暴力衝突及人身傷亡，因此中古時期的英國法院以普通法的方式建立偷盜罪（Larceny）的概念，最初目的在於避免並不是直接以保護財產所有權為目的，不法取得才是偷盜罪的核心內容。<sup>176</sup>

以此為出發點，在侵占他人所交付之財物的情形，由於行為人取得財產支持有已經得到被害人的同意，發生暴力衝突和人身傷亡的可能性並不存在，並不符合傳統偷盜罪的定義，因此法院為符合工業社會及商業市場複雜交易制度下的財產歸屬安全，發展出法律上持有的概念，將被害人（即所有人）所交付與行為人之財產，仍為由被害人具有法律上的持有，所以行為人對該財產的持有僅為事實上持有，而將該財物據為己有的行為，仍是違背被害人意思取走財產，仍然成立侵占偷盜罪（Larceny by Conversion）。<sup>177</sup>另一方面，行為人對於他人財產事實上的持有，若是基於行為人使用詐術使被害人陷於錯誤而進行具有瑕疵的交付，該事實上持有被認為具有瑕疵而無效，被害人對於該財產仍然具有法律上的持有，因此行為人進一步處分該財產的行為將會構成詐騙偷盜罪（Larceny by Trick）。<sup>178</sup>

但是偷盜罪的不法取得要件，以財產由為被害人持有中者為限，所以無法處理由第三人將屬於被害人之財產交付與行為人的情形，也無法處理信託人將財產所有權移轉給行為人的情形。如果放任受託人將信託財產挪作己用而不加以規範，為了因應社會需求新興的信託制度形同瓦解。因此 18 世紀時，為了填補偷盜罪的處罰漏洞，專門用以處罰行為人侵占公務或挪用公款的侵占罪

#####

<sup>176</sup> 魏仰宏，前揭註 173，頁 132-133。

<sup>177</sup> 魏仰宏，前揭註 173，頁 145-148。

<sup>178</sup> 魏仰宏，前揭註 173，頁 148-149。



(Embezzlement) 終於被英國國會制定出來。所謂侵占罪，係指行為人侵占非其不法取得財物的行為，亦即被侵占的財物，在法律上已經處於行為人持有中，且此依取得持有通常必須基於一定之信託關係，因此行為的侵占行為也帶有違背被任務的性質。<sup>179</sup>

另一方面，詐騙偷盜罪本質上仍是偷盜罪，以不法取得他人財產為核心概念，因此只能處理被害人僅移轉財產之事實上持有而仍然具有法律上持有的情形，無法涵蓋被害人連同財產之所有權和持有一併移轉給行為人的情形。因此 18 世紀英國國會制定出詐騙罪 (Obtain Property by False Pretenses)，處罰利用傳述虛偽事實而騙取被害人財產之所有權和持有的情形。<sup>180</sup>

1968 年竊盜法 (Theft Act 1968) 將竊盜行為定義為意圖永久剝奪他人所有權而不誠實地挪用屬於他人的財產，<sup>181</sup>包括並非出於不法取得但挪用財產或處分財產的行為，<sup>182</sup>也包括並非出於不法取得但財產移轉使所有權具有瑕疵的行為，<sup>183</sup>將普通法上的一般偷盜罪、侵占偷盜罪、詐騙偷盜罪、侵占罪，整合為竊盜法第 7 條竊盜罪。<sup>184</sup>在董事違反受託義務的情形，例如，董事為圖自己利

#####

<sup>179</sup> 魏仰宏，前揭註 173，頁 150-153。

<sup>180</sup> 魏仰宏，前揭註 173，頁 158-161。

<sup>181</sup> Theft Act 1968 section 1 subsection (1) provides:

A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it; and “thief” and “steal” shall be construed accordingly.

<sup>182</sup> Theft Act 1968 section 3 subsection (1) provides:

Any assumption by a person of the rights of an owner amounts to an appropriation, and this includes, where he has come by the property (innocently or not) without stealing it, any later assumption of a right to it by keeping or dealing with it as owner.

<sup>183</sup> Theft Act 1968 section 3 subsection (2) provides:

Where property or a right or interest in property is or purports to be transferred for value to a person acting in good faith, no later assumption by him of rights which he believed himself to be acquiring shall, by reason of any defect in the transferor’s title, amount to theft of the property.

<sup>184</sup> Theft Act 1968 section 7. The theft statute provides:

A person guilty of theft shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding.

益，將公司所交付的財物據為己有的行為，可能成立偷盜竊盜罪，而將公司基於信託關係移轉所有權的財物據為己有的行為，則可能成立侵占竊盜罪。

而詐騙罪，則被規定於 1968 年竊盜法的第 15 至 20 條，包括第 15 條詐騙取財罪（Obtaining Property by Deception）、<sup>185</sup>第 16 條詐騙得利罪（Obtaining Pecuniary Advantage by Deception）、<sup>186</sup>第 17 條不實帳目罪（False Accounting）、

#####

<sup>185</sup> Theft Act 1968 section 15. The obtain property by deception statute provides:

- (1) A person who by any deception dishonestly obtains property belonging to another, with the intention of permanently depriving the other of it, shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.
- (2) For purposes of this section a person is to be treated as obtaining property if he obtains ownership, possession or control of it, and " obtain " includes obtaining for another or enabling another to obtain or to retain.
- (3) Section 6 above shall apply for purposes of this section, with the necessary adaptation of the reference to appropriating, as it applies for purposes of section 1.
- (4) For purposes of this section " deception" means any deception (whether deliberate or reckless) by words or conduct as to fact or as to law, including a deception as to the present intentions of the person using the deception or any other person.

第 15 條詐騙取財罪被 2006 年詐欺法廢止。

<sup>186</sup> Theft Act 1968 section 16. The obtaining pecuniary advantage by deception statute provides:

- (1) A person who by any deception dishonestly obtains for himself or another any pecuniary advantage shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding five years.
- (2) The cases in which a pecuniary advantage within the meaning of this section is to be regarded as obtained for a person are cases where—
  - (a) any debt or charge for which he makes himself liable or is or may become liable (including one not legally enforceable) is reduced or in whole or in part evaded or deferred; or
  - (b) he is allowed to borrow by way of overdraft, or to take out any policy of insurance or annuity contract, or obtains an improvement of the terms on which he is allowed to do so ; or
  - (c) he is given the opportunity to earn remuneration or greater remuneration in an office or employment, or to win money by betting.
- (3) For purposes of this section " deception " has the same meaning as in section 15 of this Act.

第 16 條詐騙得利罪被 2006 年詐欺法廢止。

<sup>187</sup>第 19 條不實陳述罪 (False Statements by Company Directors, etc.)、<sup>188</sup>第 20 條隱匿文件罪 (Suppression, etc. of Documents) 等。<sup>189</sup>1978 年竊盜法將其中第 16 條詐騙得利罪第 2 項(a)所規定，行為人使他人相信自己有能力清償債務或費

#####

<sup>187</sup> Theft Act 1968 section 17. The false accounting statute provides:

- (1) Where a person dishonestly, with a view to gain for himself or another or with intent to cause loss to another,—
  - (a) destroys, defaces, conceals or falsifies any account or any record or document made or required for any accounting purpose; or
  - (b) in furnishing information for any purpose produces or makes use of any account, or any such record or document as aforesaid, which to his knowledge is or may be misleading, false or deceptive in a material particular;he shall, on conviction on indictment, be liable to imprisonment for a term not exceeding seven years.
- (2) For purposes of this section a person who makes or concurs in making in an account or other document an entry which is or may be misleading, false or deceptive in a material particular, or who omits or concurs in omitting a material particular from an account or other document, is to be treated as falsifying the account or document.

<sup>188</sup> Theft Act 1968 section 19. The false statements by company directors, etc. statute provides:

- (1) Where an officer of a body corporate or unincorporated association (or person purporting to act as such), with intent to deceive members or creditors of the body corporate or association about its affairs, publishes or concurs in publishing a written statement or account which to his knowledge is or may be misleading, false or deceptive in a material particular, he shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding seven years.
- (2) For purposes of this section a person who has entered into a security for the benefit of a body corporate or association is to be treated as a creditor of it.
- (3) Where the affairs of a body corporate or association are managed by its members, this section shall apply to any statement which a member publishes or concurs in publishing in connection with his functions of management as if he were an officer of the body corporate or association.

<sup>189</sup> Theft Act 1968 section 20. The suppression, etc. of documents statute provides:

- (1) A person who dishonestly, with a view to gain for himself or another or with intent to cause loss to another, destroys, defaces or conceals any valuable security, any will or other testamentary document or any original document of or belonging to, or filed or deposited in, any court of justice or any government department shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding seven years.
- (2) A person who dishonestly, with a view to gain for himself or another or with intent to cause loss to another, by any deception procures the execution of a valuable security shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding seven years; and this subsection shall apply in relation to the making, acceptance, indorsement, alteration, cancellation or destruction in whole or in part of a valuable security, and in relation to the signing or sealing of any paper or other material in order that it may be made or converted into, or used or dealt with as, a valuable security, as if that were the execution of a valuable security.
- (3) For purposes of this section "deception" has the same meaning as in section 15 of this Act, and "valuable security" means any document creating, transferring, surrendering or releasing any right to, in or over property, or authorising the payment of money or delivery of any property, or evidencing the creation, transfer, surrender or release of any such right, or the payment of money or delivery of any property, or the satisfaction of any obligation.

用但卻遲延或迴避部分或全部清償的詐騙得利罪，以詐欺獲取服務罪（Obtaining Services by Deception）<sup>190</sup>取而代之。<sup>191</sup>

2007年1月15日施行的2006年詐欺法（Fraud Act 2006），廢除1968年竊盜法下的各種詐欺罪名，而將之統一整合為的詐欺法下詐欺罪的不實陳述詐欺（fraud by false representation）、未公開資訊詐欺（fraud by failing to disclose information）、濫用身分詐欺（fraud by abuse of position）等三種行為態樣以及不誠實獲取服務罪（Obtaining Services Dishonestly），擺脫過去竊盜法中各種不必要地繁瑣與複雜的詐欺罪規定。<sup>192</sup>其中，未公開資訊詐欺行為，涉及董事違反忠實義務或善意義務，而濫用身分詐欺行為，則涵蓋董事依其職位違反所有受託義務的情形。

#####

<sup>190</sup> Theft Act 1978 section 1. The obtaining services by deception statute provides:

- (1) A person who by any deception dishonestly obtains services from another shall be guilty of an offence.
- (2) It is an obtaining of services where the other is induced to confer a benefit by doing some act, or causing or permitting some act to be done, on the understanding that the benefit has been or will be paid for.
- (3) Without prejudice to the generality of subsection (2) above, it is an obtaining of services where the other is induced to make a loan, or to cause or permit a loan to be made, on the understanding that any payment (whether by way of interest or otherwise) will be or has been made in respect of the loan.

<sup>191</sup> DAVID ORMEOD QC (HON) ET AL., CRIMINAL PRACTICE 457 (2015).

<sup>192</sup> See SIMESTER, *supra* note 148, at 546.

## 第二項 詐欺罪

### 第一款 詐欺罪之規定與共同要件



2006 年詐欺法第 1 條規定，詐欺罪的基本定義如下：

- (1) 違反本條第 2 項之各條文規定時，成立詐欺罪。
- (2) 第 1 項所謂的條文係指—
  - (a) 第 2 條不實陳述詐欺，
  - (b) 第 3 條未公開資訊詐欺，以及
  - (c) 第 4 條濫用身分詐欺。
- (3) 成立詐欺罪—
  - (a) 循簡易程序者，<sup>193</sup>處 12 月以下有期徒刑，科或併科法定最高額以下罰金；
  - (b) 循公訴程序者，處 10 年以下有期徒刑，科或併科罰金。
- (4) 第 3 項(a)適用於北愛爾蘭時，刑度由 12 月改為 6 月以下有期徒刑。<sup>194</sup>

與 1968、1978、1996 年竊盜法罪大之不同在於：第一，2006 年詐欺法下的詐欺罪明文規定以三種行為態樣作為本罪行為的內涵，而不以「詐騙」行為（deception）為其客觀要件；第二，2006 年詐欺法下的詐欺罪是行為犯

#####

<sup>193</sup> 英國刑事訴訟上的簡易程序，係指由治安法官（magistrate），或不經陪審團審判而直接由法官對刑事被告人作出有罪裁判的輕微犯罪。

詳見元照英美法詞典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=78603>（最後瀏覽日：07/20/2015）

<sup>194</sup> Fraud Act 2006 section 1. The fraud statute provides:

- (1) A person is guilty of fraud if he is in breach of any of the sections listed in subsection (2) (which provide for different ways of committing the offence).
- (2) The sections are—
  - (a) section 2 (fraud by false representation),
  - (b) section 3 (fraud by failing to disclose information), and
  - (c) section 4 (fraud by abuse of position).
- (3) A person who is guilty of fraud is liable—
  - (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both);
  - (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years or to a fine (or to both).
- (4) Subsection (3)(a) applies in relation to Northern Ireland as if the reference to 12 months were a reference to 6 months.

(conduct crime)，無論行為人是否獲取利益、被害人是否受有損害，只要行為人有意圖導致結果發生的行為即可能成立詐欺罪。<sup>195</sup>



## 壹、客觀要件

### 一、詐欺行為

2006 年詐欺法中第 1 條，本條並未定義何謂詐欺行為，而是將這個問題連結到同法第 2 至 4 條所規定的三種行為態樣——不實陳述、未公開資訊、濫用職位，這也使得檢察官的起訴行為人所依憑的事實證據，相對而言不再那麼重要。當然在實務上，檢察官起訴時應盡可能詳盡說明所起訴行為人的犯罪及其事實，但假使檢察官原先起訴行為人不實陳述，其後未能成功證明此事實，卻證明行為人係基於對他人負有一定公開義務卻未公開，同樣能夠成立詐欺罪。<sup>196</sup>

### 二、獲取利益或造成損害 (Make a Gain or Cause Loss)

依據 2006 年詐欺法第 5 條規定，利益或損害的定義如下：

(1) 第 2 至 4 條所謂利益或損害，依據本條規定予以認定。

(2) 所謂「利益」或「損害」—

(a) 僅及於金錢或其他財產之利益或損害；

(b) 包括暫時性或永久性的利益或損害；

而所謂「財產」係指任何實際上或個人性的財產，包括權利動產或其他無形財產。

(3) 「利益」包括行為人持有中或尚未持有中者。

(4) 「損害」包括積極損害和消極損害。<sup>197</sup>

#####

<sup>195</sup> DENNIS J. BAKER, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 1160 (3th ed. 2012).

<sup>196</sup> See SIMESTER, *supra* note 148, at 547.

<sup>197</sup> Fraud Act 2006 section 5 provides:

- (1) The references to gain and loss in sections 2 to 4 are to be read in accordance with this section.
- (2) “Gain” and “loss”—
  - (a) extend only to gain or loss in money or other property;
  - (b) include any such gain or loss whether temporary or permanent; and “property” means any property whether real or personal (including things in action and other intangible property).

據此，第 2 條中規定獲取自己或其他第三人之利益，或導致他人之損害或致生他人損害之風險，都是指實際上或預期上的利益或損害，在文義上即可被理解為不實陳述詐欺的成立不以有現實上已發生的利益或損害為必要，也因此所謂的利益或損害，必須透過行為人的不實陳述展現，但仍以不實陳述和預期中的利益或損害有假設因果關係（causal speculation）為必要，亦即行為人的不實陳述行為是否可導致預期中的利益或損害。<sup>198</sup>

但須注意的是，詐欺罪最初的立法目的即在於處罰行為人不誠實的行為，因此詐欺罪雖然被認為是行為犯的立法，而不以存在實際上利益或損害為要件，但該行為必須與行為人獲取利益或造成損害的意圖相結合，也就是說如果行為人主觀上沒有以該行為獲取利益或導致損害的意圖，仍然不能被認為成立詐欺罪。

## 貳、主觀要件

詐欺罪的主觀要件（mens rea）有三，分述如下。

### 一、不誠實（Dishonesty）

無論是 2006 年詐欺法或是 1968 年竊盜法，雖然都沒有明確定義何謂「不誠實」的行為，一般都借用 *Ghosh* 案的兩階段檢驗標準：<sup>199</sup>第一，行為人之行為為依據理性誠實的人之一般標準會被認為是不誠實的；第二，行為人是否可以理解其行為會被理性誠實的人認為是不誠實的。但在個案中，這樣的標準仍須仰賴個別法官的自由心證，也增加詐欺罪認定上的不確定性。<sup>200</sup>

### 二、意圖獲取利益或導致損害（Intent to Make a Gain or Cause a Loss）

#####

- (3) “Gain” includes a gain by keeping what one has, as well as a gain by getting what one does not have.
- (4) “Loss” includes a loss by not getting what one might get, as well as a loss by parting with what one has.

<sup>198</sup> See SIMESTER, *supra* note 148, at 549.

<sup>199</sup> Regina v. Ghosh, [1982] QB 1053 [hereinafter *Ghosh*].

<sup>200</sup> See SIMESTER, *supra* note 148, at 551.

詐欺罪行為人須意圖透過詐欺行為獲取自己或其他第三人之利益，或意圖透過詐欺行為導致他人損害或損害之危險，換句話說，這樣的意圖必須展現在兩方面：意圖透過詐欺行為和意圖獲取利益或導致損害。由於詐欺罪為財產犯罪，因此所謂利益或損害都是指金錢或財產上的利益或損害。<sup>201</sup>

金錢上的利益或損害，在文義上的理解並無困難，而財產上的利益或損害，就牽涉到財產的定義。財產犯罪中所謂的財產，包括不動產（*real*）和動產（*personal*）、有形的（*tangible*）和無形的（*intangible*）。無形的財產，包括沒有實體只能透過法律訴訟予以確認而具有一定經濟價值的權利動產（*things/chose in action*），例如債權、公司股份、著作權、商標權等，<sup>202</sup>但實務也曾認為不包括機密資訊，<sup>203</sup>甚至是營業秘密。<sup>204</sup>

### 三、知悉（*Knowledge*）

行為人主觀上的知悉要件，<sup>205</sup>是指行為人知悉其所為之行為係屬不誠實，而所謂知悉係指行為人主觀上的確定性（*certainty*）而非客觀上的確定性。<sup>206</sup>詳言之，在一般情形下，行為人應能知悉其行為是否真實而不至於產生問題，但並非所有情形皆是如此，例如在出賣人並非商品製造者的情形下，由於出賣人無法明確知悉客觀上該商品的成分是否純正，因此在面對買受人的相關詢問時，僅能就其主觀上的判斷作出相應的回答，如果出賣人主觀上對該商品成分是否純正有所懷疑，但卻對買受人作出商品成分純正的保證，則出賣人的行為即可能被認為是詐欺行為。<sup>207</sup>

此外，知悉要件和意圖要件不能混為一談。舉例而言，如果行為人明知畫作並非真品，但仍以真品價格出賣該畫作給被害人，但行為人所經營之畫廊長

#####

<sup>201</sup> *Id.*

<sup>202</sup> *Id.* at 442-43.

<sup>203</sup> *Oxford v. Moss*, [1979] Crim. LR 119.

<sup>204</sup> *Fraser v. Thames Television*, [1984] QB 44; *A-G v. Observer Ltd.*, [1990] 1 AC 107.

<sup>205</sup> 為求翻譯用語之一致，此處「*knowledge*」的翻譯，係參考學者楊崇森關於美國刑法的用語。詳見楊崇森（2011），〈美國刑法之原理與運用〉，《軍法專刊》，57卷3期，頁54。

<sup>206</sup> See *BAKER*, *supra* note 195, at 1187.

<sup>207</sup> *Id.*

久以來都以相同模式運作，則行為人雖然明知該畫作係屬贗品而符合知悉要件，但仍然欠缺詐欺意圖。<sup>208</sup>



## 第二款 詐欺罪之三種態樣

### 第一目 不實陳述詐欺

依據 2006 年詐欺法第 2 條規定，不實陳述詐欺係指：

- (1) 行為人為下列行為違反本條規定—
  - (a) 不誠實地為不實陳述，且
  - (b) 意圖透過不實陳述，—
    - (i) 獲取自己或其他私人之利益，或
    - (ii) 導致他人的損害或致生他人損害之風險。
- (2) 所謂不實之陳述，係指—
  - (a) 陳述不真實或具誤導性，且
  - (b) 為不實陳述之行為人知悉或可知悉其不真實或具誤導性。
- (3) 所謂陳述，係指事實上或法律上之陳述，包括下列人主觀心理狀態的陳述—
  - (a) 為不實陳述的行為人，或
  - (b) 其他任何人。
- (4) 所謂陳述，包括明示及默示之陳述。
- (5) 基於本條之目的，不實陳述或其他默示該不實陳述存在之事物，在被提交於設計為接收、傳遞、回應陳述的任何形式之系統或設備時，該陳述即已作成。<sup>209</sup>

#####

<sup>208</sup> See SIMESTER, *supra* note 148, at 553.

<sup>209</sup> Fraud Act 2006 section 2. The fraud by false representation statute provides:

- (1) A person is in breach of this section if he—
  - (a) dishonestly makes a false representation, and
  - (b) intends, by making the representation—
    - (i) to make a gain for himself or another, or
    - (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.
- (2) A representation is false if—

2006 年詐欺法中之不實陳述詐欺罪，與 1968 年竊盜法中之不實陳述罪有許多不同之處。首先，在行為主體上，前者擴張後者所規定的公司董事等人而及於一般人；此外，在犯罪行為上，前者的內涵也較者更為寬廣，包括作為、不作為、明示、默示的一切行為，析述如下：



### 壹、作成不實陳述 (Makes a False Representation)

不實陳述詐欺以作成不實陳述為其犯罪行為 (actus reus) 之一。<sup>210</sup>由於事物的真實性往往難以確認，因此行為人作成不實陳述的可罰性，在於行為人明知其陳述為不真實或具誤導性，但卻明示或默示該陳述為真。在作成陳述不真實的部分，不真實的情形常以行為人明示或默示地說謊行為證明。舉例而言，假如行為人明知所出賣的商品為贗品，但卻積極地向被害人保證該商品為真品，或在該商品貼上真品價格標籤，都會被認為是作成不真實的陳述。<sup>211</sup>再舉例而言，行為人自始沒有付賬的意思但卻到餐廳點餐吃飯，也會被認為是作成默示性的不真實陳述。<sup>212</sup>

較難以判斷的情形是，行為人並未積極地作出不真實的陳述，例如行為人僅表示商品為某名家風格等語，因此本條規定所謂不實陳述也包括誤導性陳述。在作成誤導性陳述的部分，係指陳述本身在字面上屬於真實，但卻誤導被害人的情形。舉例而言，在 *Hinks* 案中，<sup>213</sup>行為人與被害人訂定加油站買賣契約，行為人對於被害人關於加油站的各種詢問直言不諱，但卻未主動告知該加油站

#####

- (a) it is untrue or misleading, and
- (b) the person making it knows that it is, or might be, untrue or misleading.
- (3) “Representation” means any representation as to fact or law, including a representation as to the state of mind of—
  - (a) the person making the representation, or
  - (b) any other person.
- (4) A representation may be express or implied.
- (5) For the purposes of this section a representation may be regarded as made if it (or anything implying it) is submitted in any form to any system or device designed to receive, convey or respond to communications (with or without human intervention).

<sup>210</sup> 英美法上所稱的「犯罪行為」，包括行為 (behavior)、結果 (consequence)、有責任性 (responsible) 等要素 (elements)。其中，行為包括作為 (act) 與不作為 (omission)，結果包括因果關係 (causation)，有責任性包括自願性 (voluntariness)。See SIMESTER, *supra* note 148, at 63-118。

<sup>211</sup> See SIMESTER, *supra* note 148, at 548.

<sup>212</sup> Director of Public Prosecutions v. Ray, [1974] AC 370.

<sup>213</sup> Regina v. Hinks, [2001] 2 AC 241, 251-2 (Lord Steyn) [hereinafter *Hinks*].

的附近於不久之後將會建設一條繞行公路 (bypass road)，而預期將使加油站的生意受到影響，法院即認為行為人作成誤導性的不實陳述。<sup>214</sup>

這裡所產生的問題是：在資訊不對稱 (information asymmetry) 的情形下，刑事法的詐欺責任和民事法的契約責任的界線應如何畫分，特別是在誤導性不實陳述的詐欺責任和「買家自負責任原則」 (caveat emptor) 的民事責任。<sup>215</sup> 詳言之，英國法在契約雙方當事人的民事關係上，採取買家自負責任原則，亦即除出賣人積極地保證無瑕疵的情形外，應由契約雙方當事人依民事關係，各自採取合理自我保護措施，例如買受人對商品進行檢查、判斷、測試等。<sup>216</sup> 然而在消極不作為的誤導性不實陳述的情形，行為人就商品本身的並無積極作為的不真實陳述，恣意地擴張誤導性不實陳述的範圍，可能會導致刑事責任和民事責任銜接上的不連貫。<sup>217</sup>

就此，法院曾認為行為人使用有效的支票帳戶卡 (cheque/check card)、信用卡支付超出其帳戶信用額度 (credit limit) 時，就是對所有接受這張支票帳戶卡、信用卡的人作成誤導性的不實陳述。理由在於，在行為人明知信用額度不足而被害人不知該情形的資訊不對稱情形下，被害人對於檢查該卡信用額度的責任，已被行為人明知卻超額使用該帳戶卡的行為解除。<sup>218</sup>

## 貳、詐欺系統、設備 (False Representation Made to Systems and Devices)

過去詐欺行為被規定於竊盜法中的時期，只有自然人才能是詐騙罪的行為客體，造成行為人利用系統或設備之設計漏洞所進行詐欺行為的處罰漏洞。<sup>219</sup> 2006年詐欺法新增對於系統、設備的詐欺，將行為人對系統、設備提交不實陳述的行為納入詐欺罪的範圍內。詐欺罪中常見的系統，包括轉帳系統、網路

#####

<sup>214</sup> See SIMESTER, *supra* note 148, at 548.

<sup>215</sup> *Id.*

<sup>216</sup> From the website of Cornell University Law School, [https://www.law.cornell.edu/wex/caveat\\_emptor](https://www.law.cornell.edu/wex/caveat_emptor) (last visited: 07/20/2015)

<sup>217</sup> See SIMESTER, *supra* note 148, at 548.

<sup>218</sup> Metropolitan Police Commissioner v. Charles [1977] AC 177; Regina v. Lambie [1982] AC 449.

<sup>219</sup> Re Holmes, [2004] EWHC 2020 (holding defendant would not have committed any deception offences since he transferred large sums between banks by wholly automated processes).

銀行系統、電子化財產管理系統等，而設備則包括自動販賣機、自動提款機等。

220

詐欺罪既然被歸類為財產犯罪，則所謂詐欺系統或設備必然與行為人之利益或被害人之損害有直接相關。反之，如果行為人所使用的系統或設備，尚未達到與行為人之利益或被害人之損害有直接相關的程度，則可能會被認為只是預備行為（preparatory）。例如，行為人為詐取被害人之財產，而將其自用電腦連結至被害人的銀行帳戶，並在其自用電腦上輸入不實的資訊，但在尚未按下送出該筆交易的確認鍵之前，都只能被認為是預備行為，理由在於行為人的自用電腦與行為人利益或被害人損害無直接相關，並非本條詐欺罪所謂的系統或設備，被害人存款銀行的電子化交易系統才是本條所謂的系統或設備。<sup>221</sup>

#####

<sup>220</sup> See BAKER, *supra* note 195, at 1173.

<sup>221</sup> *Id.* at 1174.

## 第二款 未公開資訊詐欺



依據 2006 年詐欺法第 3 條規定，未公開資訊詐欺係指：

行為人為下列行為，違反本條規定—

- (1) 不誠實地未公開其負有法律上公開義務之資訊與他人，且
- (2) 意圖透過未公開資訊—
  - (a) 獲取自己或其他私人之利益，或
  - (b) 導致他人的損害或致生他人損害之風險。<sup>222</sup>

亦即，行為人意圖透過未公開資訊的行為獲取利益或導致損害，不誠實地未公開其負有法律上義務而應公開的資訊，即成立未公開資訊詐欺罪。除上述詐欺罪的共同要件外，未公開資訊詐欺之要件如下：

### 壹、未公開 (Fail to Disclose)

未公開資訊的詐欺行為，和不實陳述的詐欺行為不同，只有不作為的類型。假設行為人最初並沒有詐欺意圖而作出真實陳述，其後情況改變而使行為人最初陳述變為不真實，則行為人對此改變繼續保持沈默的不作為，即可能被認為是未公開資訊的詐欺行為。<sup>223</sup>

### 貳、負有法律上的公開義務 (Legal Duty to Disclose)

單純未將所知悉的資訊公開的行為並不是詐欺行為，只有在富有法律上的公開義務時，未公開的行為才會被認為是詐欺行為，換句話說，未公開資訊行

#####

<sup>222</sup> Fraud Act 2006 section 3. The fraud by failing to disclose information statute provides:

- (1) A person is in breach of this section if he—
  - (a) dishonestly fails to disclose to another person information which he is under a legal duty to disclose, and
  - (b) intends, by failing to disclose the information—
    - (i) to make a gain for himself or another, or
    - (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

<sup>223</sup> Regina v. Rai, [2000] 1 Cr. App. R. 242. See BAKER, *supra* note 195, at 1197. 學者 Baker 認為，在此情形下，行為人的行為並非只是單純的不作為，因為行為人最初的陳述縱屬真實仍然為積極地作為。就此本文認為，行為人最初的陳述既屬真實，即非詐欺罪所要評價的對象，真正需要以刑罰評價者，是行為人對該最初陳述所創造出的狀態保持沈默的行為，故仍應屬不作為。

為的刑事責任，以行為人負有法律上的公開義務為其界線，而此公開義務往往與民事法牽連甚深。英國法律委員會（Law Commission）<sup>224</sup>曾指出，公開義務可能來自於法律規定、交易事實、交易習慣、契約約定、信託關係等。基此，行為人對被害人負有法律上的公開義務，不僅僅在於依據法律規定行為人未公開資訊時對被害人負有損害賠償責任時，也在於法律賦與被害人撤銷任何可能影響其法律上地位改變的權利時。舉例而言，受託人在與信託人為交易行為時負有公開重大資訊之義務，當受託人未公開該重大資訊時，信託人即有撤銷該契約並主張回復該財產移轉的權利。<sup>225</sup>

### 第三款 濫用身分詐欺

英國法與我國法上的背信罪最為類似者，即為 2006 年詐欺法第 4 條之規定。依據本條規定，濫用身分詐欺係指：

- (1) 行為人為下列行為，違反本條規定—
  - (a) 具有被期待維護他人的經濟上利益或不與他人經濟上利益產生衝突的身分，
  - (b) 不誠實地濫用該身分，且
  - (c) 意圖夠過濫用身分—
    - (i) 獲取自己或其他私人之利益，或
    - (ii) 導致他人的損害或致生他人損害之風險。
- (2) 行為人濫用身分的行為包括作為與不作為。<sup>226</sup>

#####

<sup>224</sup> 英國法律委員會的職能為負責審查其各自管轄範圍內適用的所有法律，促進法律的系統化和改革，包括對法律的修改、廢除、簡化及現代化等，其建議也成為對英國英格蘭和蘇格蘭地區各自法律制度進行立法改革的依據。

詳見元照英美法詞典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=60847>（最後瀏覽日：07/20/2015）

<sup>225</sup> See SIMESTER, *supra* note 148, at 554.

<sup>226</sup> Fraud Act 2006 section 4. The fraud of abuse position statute provides:

- (1) A person is in breach of this section if he—
  - (a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person,
  - (b) dishonestly abuses that position, and
  - (c) intends, by means of the abuse of that position—
    - (i) to make a gain for himself or another, or

亦即，行為人具有被期待維護他人經濟上利益或不與他人經濟上利益產生衝突的身分，意圖透過濫用其身分的行為獲取利益或導致損害，不誠實地作為或不作為濫用身分，即成立濫用身分詐欺罪。除上述詐欺罪的共同要件外，濫用身分詐欺之要件如下：



### 壹、特定身分

所謂特定身分，係指維護他人經濟上利益或不與他人經濟上利益產生衝突的身分。濫用身分的行為之可罰性在於，行為人利用他人基於信賴所賦與之特殊權力身分（*privileged position of trust*），獲取自己的經濟上利益或導致該他人的經濟上損害，因此該特殊權力身分，並不需以法律為其正式授權依據。<sup>227</sup>因此，所謂身分，包括受託義務人，例如受信託人（*trustees*）、代理人（*principals*）、律師（*solicitors*）、會計師（*accountants*）、公司董事等，<sup>228</sup>也包括家庭成員、志願服務工作者或任何具有親密關係（*not at arm's length*）的雙方當事人間，任何可以此身分接近他人資產（*asset*）、不動產（*premises*）、動產（*equipment*）等的人。<sup>229</sup>

### 貳、濫用身分

行為人依據法律規定具有本條所規定身分，並且因此而負有相關的法律上義務，卻不誠實地為獲取利益或導致損害之作為或不作為，即構成身分的濫用。換句話說，所謂的濫用可以指涉非常廣泛範圍的不誠實行為，也因為這樣，第 4 條濫用身分詐欺與許多其他罪名將有所重疊，例如在行為人依其身分對被害人負有公開資訊義務卻為圖自己私利而未公開的情形，即與第 3 條未公開資訊詐欺重疊，也可以說第 3 條規定為第 4 條規定的一種明確類型。<sup>230</sup>又例如警察

#####

(ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

(2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act.

<sup>227</sup> See BAKER, *supra* note 195, at 1202.

<sup>228</sup> *Id.*

<sup>229</sup> Law Commission Report of Fraud, Law Com. No. 276 (Cm 5560, 2002), para. 7.38, available at: <http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc276.pdf> (last visited: 07/20/2015). See SIMESTER, *supra* note 148, at 554-55.

<sup>230</sup> See SIMESTER, *supra* note 148, at 555.

濫用其公務員身分要求交通違規者提供性服務作為換取不開罰單的對價，該警察被認為係為獲取該交通違規者的利益也導致國家的損害而成立濫用身分詐欺罪，同時也可能成立普通法上的公務員不法行為罪（Misconduct in Public Office）。<sup>231</sup>



【表一】：2006 年詐欺法第 1 條詐欺罪三種行為態樣之比較

2006 年詐欺法 第 1 條詐欺罪		第 2 條	第 3 條	第 4 條
客觀要件	主體	無限制	法律上負有公開義務之人	特定身分之人
	客體	人或系統、設備	人	人
	行為	作為、不作為不實陳述	不作為未公開資訊	作為、不作為濫用身分
	結果	實際上、預期上利益或損害	實際上、預期上利益或損害	實際上、預期上利益或損害
主觀要件	意圖	意圖獲取利益或導致損害	意圖獲取利益或導致損害	意圖獲取利益或導致損害
	知悉	知悉行為不誠實	知悉行為不誠實	知悉行為不誠實

#####  
<sup>231</sup> See BAKER, *supra* note 195, at 1207.

### 第三項 小結

英國法上的財產犯罪原先係以不法取得為刑事不法行為的核心概念，後來擴張到並非出於不法取得但不誠實地挪用或處分被害人財產的情形，並以詐騙罪／詐欺罪予以處罰。2006 年詐欺法取代自 1968 年起開始使用的竊盜法，成為處罰不誠實行為（包括背信行為）的實定法上依據。

詐欺法第 1 條詐欺罪將詐欺行為分為不實陳述、未公開資訊、濫用身分等三種類型。在客觀要件上，可從行為主體、行為、結果等三方面予以觀察。在行為主體方面，第 3 條未公開資訊詐欺限於法律上負有公開義務之人，第 4 條濫用身分詐欺限於特定身分之人，而第 2 條不實陳述詐欺則並未多作限制。在行為方面，第 2 條不實陳述詐欺對於不真實陳述和誤導性陳述的定義，類似於我國作為詐欺和不作為詐欺，第 3 條未公開資訊詐欺僅限於不作為的類型，而類似於我國背信罪的第 4 條濫用身分詐欺也包括作為和不作為。而在結果方面，詐欺罪並不要求一定的結果產生，預期中的結果只要與行為間具有假設因果關係也可以構成詐欺罪。在主觀要件上，行為人必須符合不誠實、詐欺意圖、知悉等要件，才有可能成立詐欺罪。

由於在行為主體上並無限制，也不必然需要造成實際上的利益或損害結果，所以幾乎所有人意圖而為不誠實的行為，都會被認為是已經完成犯罪行為而具有刑事責任。法條上並未明文區分輕微詐欺罪（petty fraud）或是嚴重詐欺罪（serious fraud），而將詐欺罪有罪程度的種類交由量刑法官決定。<sup>232</sup>2006 年詐欺法雖然沒有將普通法上詐欺罪的「不誠實」要件予以明文化，但「不誠實」

#####

<sup>232</sup> 雖然 2006 年詐欺法並未明文規定，但輕微詐欺案件和嚴重詐欺案件在量刑上還是有非常大的區別。在有期徒刑的部分，依據英國量刑委員會（Sentencing Council）2014 年 10 月 1 日之「詐欺罪、賄賂罪、洗錢罪指導原則」（Fraud, Bribery and Money Laundering Offences Definitive Guideline），法官對 2006 年詐欺法中的三種行為態樣詐欺罪之量刑，須依照罪責程度和傷害程度（culpability and harm）區分犯罪類型，再由法官依犯罪類型就刑度進行裁量。罪責程度是依據行為、動機、犯罪計畫、受害者人數、在犯罪中的角色等等因素決定，而濫用信託關係所進行的詐欺，被認為是高罪責類型。傷害程度區分為低於 5,000 元、5,000 至 20,000 元、20,001 至 100,000 元、100,001 至 500,000 元、500,000 元以上英鎊等五個層級。在罰金的部分，依據英國 2003 年刑事審判法（Criminal Justice Act 2003）第 164 條規定，必須依據犯罪行的嚴重程度和行為人的經濟條件（financial circumstances）作為考量因素。

仍被認為是詐欺罪的主觀要件之一，然而由於欠缺明確定義，故此要件也必須仰賴法官在個案中的判斷，而降低詐欺罪的明確性和預見可能性。<sup>233</sup>

第 4 條濫用身分詐欺的規定，對於「身分」、「濫用」等要件都沒有明確的定義。基於對本條規定的可罰性解釋，除了董事違反受託義務之行為此外，無論該身分的來源是法律關係或事實關係，任何具有被認為需要維護他人經濟上利益或不與他人經濟上利益產生衝突身分的人，從事對他人在經濟上的不誠實行為，都會被認為濫用身分是詐欺行為。也由於詐欺罪是行為犯，因此所謂的對被害人在經濟上的不誠實行為一經作成，犯罪即已成立。問題出在，所謂的身分要件、濫用要件／不誠實要件都必須由法官在個案中決定，使得本條規定的處罰範圍既廣泛且模糊，而行為人的有罪與否也繫諸於命運的安排。

英國法上的財產犯罪以不法取得為出發點，原本處罰行為人不法取得他人財產行為的竊盜罪關注於財產上損害，轉變為處罰行為人不誠實行為的詐欺罪關注於信賴關係侵害反倒不要求財產上損害。但過度刑罰化的質疑，使得往往淪於過於寬廣的不誠實行為，又必須以行為人對財產侵害的特殊意圖和假設因果關係作為其刑罰發動的界線。

#####  
<sup>233</sup> See BAKER, *supra* note 195, at 1161.

### 第三節 美國法上董事違反受託義務之刑事責任



#### 第一項 概說

美國法承襲英國法上財產犯罪的系統，將財產犯罪區分為偷盜罪、侵占罪、詐騙罪等。但過於細密的類型區分，反而造成行為人利用美國刑事訴訟法上特有的訴因制度和雙重危險禁止原則，證明自己實際上所犯罪名而逃避檢察官的起訴指控。因此 1940 年代末期至 1980 年，美國也開始進行財產犯罪罪名的統合工作，將承襲於英國法的偷盜罪、侵占罪、詐騙罪等性質相近的財產犯罪，統合為竊盜罪（Theft）或偷盜罪（Larceny）。<sup>234</sup>而聯邦刑法典中的侵占罪、竊盜罪規定於第 641 至 670 條，多半與公職人員、銀行董事或主管有關，例如聯邦刑法典第 656 條銀行董事侵占罪。<sup>235</sup>

在詐欺罪的部分，在董事為圖自己利益而使用公司內部重大消息時，即可構成第 1348 條證券詐欺罪（Security Fraud）；<sup>236</sup>在董事為圖自己利益而詐騙銀

#####

<sup>234</sup> 魏仰宏，前揭註 173，頁 172。

<sup>235</sup> 18 U.S.C. section 656 provides:

Whoever, being an officer, director, agent or employee of, or connected in any capacity with any Federal Reserve bank, member bank, depository institution holding company, national bank, insured bank, branch or agency of a foreign bank, or organization operating under section 25 or section 25(a) of the Federal Reserve Act, or a receiver of a national bank, insured bank, branch, agency, or organization or any agent or employee of the receiver, or a Federal Reserve Agent, or an agent or employee of a Federal Reserve Agent or of the Board of Governors of the Federal Reserve System, embezzles, abstracts, purloins or willfully misapplies any of the moneys, funds or credits of such bank, branch, agency, or organization or holding company or any moneys, funds, assets or securities intrusted to the custody or care of such bank, branch, agency, or organization, or holding company or to the custody or care of any such agent, officer, director, employee or receiver, shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both; but if the amount embezzled, abstracted, purloined or misapplied does not exceed \$1,000, he shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

<sup>236</sup> 18 U.S.C. section 1348. The security fraud statute provides:

Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice—  
(1) to defraud any person in connection with any commodity for future delivery, or any option on a commodity for future delivery, or any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o (d)); or  
(2) to obtain, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, any money or property in connection with the purchase or sale of any commodity for future delivery, or any option on a commodity for future delivery, or any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C.

行的財物時，即構成第 1344 條銀行詐欺罪（Bank Fraud）；<sup>237</sup>在董事為圖自己利益而意圖詐欺公司及其股東之金錢或財產時，即可構成郵件詐欺罪或電信詐欺罪（下合稱「郵電詐欺罪」）；而如果受託義務人意圖詐欺的客體是公司受誠信服務的無形權利（intangible right of honest services），則會以誠信服務郵電詐欺罪（Honest Service Mail/ Wire Fraud），追訴董事違反受託義務行為的刑事責任。換言之，美國法上所謂的誠信服務詐欺，並非獨立的詐欺罪，而是郵電詐欺罪的下位概念。要了解誠信服務詐欺，必須先從郵電詐欺罪開始談起。

在案例法（case law）下，傳統的詐欺責任係建立於行為人與被害人面對面行為之基礎上，被害人應當面接收行為人之行為，並對之產生信賴，才足以認為行為人有施行詐欺行為。<sup>238</sup>不同於此，郵電詐欺罪在處理行為人並未和被

#####

78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o (d));

shall be fined under this title, or imprisoned not more than 25 years, or both.

不同於我國證券交易法上內線交易罪的設計，美國法上內線交易（insider trading）及未公開重大資訊（failure to disclose material information）的行為，都包括在證券詐欺罪的範圍內，強調該等行為在本質上都是詐欺行為的一種，認為公司內部人違反對公司及股東之受託義務（包括忠實義務和保密義務），透過使用公司非公開的重大消息（material non-public information）的行為，詐欺專屬於委託人之消息使用權，獲取自己或其他私人之利益，違背內線交易的規定，成立證券詐欺罪。See *United States v. O'Hagan*, 521 U.S. 642, 652 (1997); *S.E.C. v. Blackwell*, 291 F.Supp.2d 673, 687 (S.D. Ohio 2003).

<sup>237</sup> 18 U.S.C. section 1348. The security fraud statute provides:

Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice—

- (1) to defraud any person in connection with any commodity for future delivery, or any option on a commodity for future delivery, or any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o (d)); or
- (2) to obtain, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, any money or property in connection with the purchase or sale of any commodity for future delivery, or any option on a commodity for future delivery, or any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o (d));

shall be fined under this title, or imprisoned not more than 25 years, or both.

不同於我國銀行法上特別背信罪的設計，美國法上的銀行詐欺罪仍被視為詐欺罪的一環。實務見解認為，受託義務的違反並非銀行詐欺罪不可或缺要件，但違反受託義務的行為即可作為認定行為人構成銀行詐欺罪的基礎。詳言之，銀行詐欺罪的要件包括：一、涉及詐欺的計畫或手段，或透過重大虛假陳述或，獲取款項、資金或信貸；二、自聯邦保險金融機構取得；三、被告具有故意。See *United States v. De La Mata*, 266 F.3d 1275 (11th Cir. 2001); *United States v. Colton*, 231 F.3d 890, 904 (4th Cir. 2000); *United States v. Ely*, 142 F.3d 1113, 1120-21 (9th Cir. 1998).□

<sup>238</sup> 黃朝琮（2013），〈美國案例法中詐欺市場理論之脈絡與發展—從 Basic 到 Agmen〉，《證券期貨月刊》，31 卷 5 期，頁 30。

害人面對面接觸的情形，而是透過郵件或電信等方式，意圖詐欺被害人的金錢或財物的情形。



## 第二項 郵電詐欺罪

美國國會於 1827 年制定郵電詐欺罪，其後又於 1909 年通過郵電詐欺罪修正案，兩者皆規定「任何詐欺的計畫或手段，或為獲取金錢或財物，透過虛偽或欺騙的藉口、表現或承諾...」，其規範目的在於維護美國郵政服務（United States Postal Service）的廉正。實務上，郵電詐欺罪向來被用以起訴難以用其他刑事事實定法定罪的詐欺行為。<sup>239</sup>聯邦最高法院最早於 1896 年的 *Durland v. United States* 案中，即表示所謂郵件詐欺罪，包括任何被設計以過去或現在的表現，或未來的建議或承諾，作為詐欺相對人的事物。<sup>240</sup> 1994 年時，國會修正本罪的適用範圍，使郵件詐欺罪之適用擴大超出美國郵政服務，及於透過私人州際商業運輸傳遞的郵件，例如 UPS、FedEx 等。<sup>241</sup>郵件詐欺罪之實定法規定，提供寬廣的聯邦司法管轄權，包括消費詐欺、股票詐欺、土地詐欺、銀行詐欺、保險詐欺、商品詐欺，以及勒索、偽造、選舉詐欺、賄賂等情形。而隨著近幾十年來科技的進步，郵件和電信詐欺罪自然地擴張包括其他通訊模式，例如電話、數據機、網路。<sup>242</sup>

### 第一款 郵電詐欺罪之規定與要件

美國聯邦刑法典第1341條郵件詐欺罪規定：

任何人基於執行或企圖執行的目的，已經制定或意圖制定任何詐騙的計畫或手段，或為獲取金錢或財物，而透過虛偽或欺騙的藉口、陳述或承諾，或出售、處置、貸款、匯兌、變更、贈予、分配、提供或供應或促使非法使用任何偽造或虛假的貨幣、義務、安全、物品或其他任何代表是或暗示是，或持有偽造、虛假的物品，在任何提供郵政服務的郵局，或被授權託

#####

<sup>239</sup> Lori A. McMillan, *Honest Service Update: Directors' Liability Concerns after Skilling and Black*, 18 TEX. WESLEYAN L. REV. 149, 150 (2011).

<sup>240</sup> *Durland v. United States*, 161 U.S. 306, 313, 16 S.Ct. 508, 511, 40 L.Ed. 709 (1896).

<sup>241</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 152

<sup>242</sup> Elizabeth Wagner Pittman, *Mail and Wire Fraud*, 47 AM. CRIM. L. REV. 797, 799 n.11-12 (2010).

管郵務的地方發送或傳遞，或透過私人或商業的州際運輸業者，發送或傳遞存款、導致存款或從中收取之任何事宜；或故意導致透過郵件或此類運輸，根據上述方式的傳遞或被指示傳遞給收件人之任何事宜，處20年以下有期徒刑，科或併科罰金。如行為有關或涉及授權、運輸、傳輸、轉讓、支出、支付總統宣布之重大災害或緊急情況（定義於Robert T. Stafford賑災及緊急救助法第102條 (42 U.S.C. 5122)<sup>243</sup>）之利益，或影響金融機構者，處30年以下有期徒刑，科或併科100萬元以下罰金。<sup>244</sup>

第1343條電信詐欺罪則規定：

任何人基於執行或企圖執行的目的，已經制定或意圖制定任何詐騙的計畫

#####

<sup>243</sup> Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act 42 U.S.C. section 5122 provides:

As used in this chapter—

- (1) Emergency. — “Emergency” means any occasion or instance for which, in the determination of the President, Federal assistance is needed to supplement State and local efforts and capabilities to save lives and to protect property and public health and safety, or to lessen or avert the threat of a catastrophe in any part of the United States.
- (2) Major disaster. — “Major disaster” means any natural catastrophe (including any hurricane, tornado, storm, high water, wind driven water, tidal wave, tsunami, earthquake, volcanic eruption, landslide, mudslide, snowstorm, or drought), or, regardless of cause, any fire, flood, or explosion, in any part of the United States, which in the determination of the President causes damage of sufficient severity and magnitude to warrant major disaster assistance under this chapter to supplement the efforts and available resources of States, local governments, and disaster relief organizations in alleviating the damage, loss, hardship, or suffering caused thereby.

<sup>244</sup> 18 U.S.C. section 1341. The mail fraud statute provides:

Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, or to sell, dispose of, loan, exchange, alter, give away, distribute, supply, or furnish or procure for unlawful use any counterfeit or spurious coin, obligation, security, or other article, or anything represented to be or intimated or held out to be such counterfeit or spurious article, for the purpose of executing such scheme or artifice or attempting so to do, places in any post office or authorized depository for mail matter, any matter or thing whatever to be sent or delivered by the Postal Service, or deposits or causes to be deposited any matter or thing whatever to be sent or delivered by any private or commercial interstate carrier, or takes or receives therefrom, any such matter or thing, or knowingly causes to be delivered by mail or such carrier according to the direction thereon, or at the place at which it is directed to be delivered by the person to whom it is addressed, any such matter or thing, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation occurs in relation to, or involving any benefit authorized, transported, transmitted, transferred, disbursed, or paid in connection with, a presidentially declared major disaster or emergency (as those terms are defined in section 102 of the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (42 U.S.C. 5122)), or affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.

或手段，或為獲取金錢或財物，而透過虛偽或欺騙的藉口、陳述或承諾，或於州際或對外貿易透過電信、無線電或電視溝通的方式傳送或導致傳送，任何文字、標誌、信號、圖片或聲音，用於執行此類計畫或計謀的目的，處20年以下有期徒刑，科或併科罰金。如行為有關或涉及授權、運輸、運輸、轉讓、支出、支付總統宣布之重大災害或緊急情況（定義於Robert T. Stafford 賑災及緊急救助法第102條 (42 U.S.C. 5122)）之利益，或影響金融機構者，處30年以下有期徒刑，科或併科100萬元以下罰金。<sup>245</sup>

自法條規定而言，郵件詐欺罪和電信詐欺罪有諸多相同之處：在目的上，兩罪都規定「基於執行或企圖執行的目的」；在行為上，兩罪也都規定「已經制定或意圖制定任何詐騙的計畫或手段，或為獲取金錢或財物，而透過虛偽或欺騙的藉口、表現」；在刑責上，兩罪在「影響金融機構」的刑事責任都加重為30年以下有期徒刑，科或併科100萬元以下罰金。而不同之處，則在於兩罪所使用的詐欺手段：郵件詐欺罪是透過郵局或提供類似服務的運輸業者進行詐欺，而電信詐欺罪則是透過電信、無線電或電視等溝通管道進行詐欺。事實上，聯邦最高法院亦曾明確指出，郵件詐欺罪和電信詐欺罪在相關部分使用相同用語，是以，兩者適用相同的邏輯分析和案例法。<sup>246</sup>基於美國法特殊的法律系統，除實定法（statute law）外，案例法（case law）亦形成實質意義的法律，本文擬以實定法和案例法為據，就兩罪相同之要件，析述如下：

#####

<sup>245</sup> 18 U.S.C. section 1343. The wire fraud statute provides:

Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio, or television communication in interstate or foreign commerce, any writings, signs, signals, pictures, or sounds for the purpose of executing such scheme or artifice, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation occurs in relation to, or involving any benefit authorized, transported, transmitted, transferred, disbursed, or paid in connection with, a presidentially declared major disaster or emergency (as those terms are defined in section 102 of the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (42 U.S.C. 5122)), or affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.

<sup>246</sup> United States v. Mills, 199 F.3d 184, 188 (5th Cir. 1999).



## 壹、客觀要件

### 一、利用郵件或電信進行詐欺計畫或手段

#### (一) 詐欺計畫或手段 (Scheme or Artifice to Defraud)

無論是在郵件詐欺罪還是電信詐欺罪，實務上對於詐欺計畫的明確定義或其立法沿革的說明都相當稀少。過去法院一般都擴張認定詐欺計畫的範圍，而如今，對於是否要將詐欺計畫的定義加以限縮解釋，各法院間已經存有不同見解。<sup>247</sup>一般而言，所謂詐欺計畫，係指獲取他人有價值物品的詭計或騙局，<sup>248</sup>但該詭計或騙局的存在不需以其成功為證，<sup>249</sup>也就是說詐欺計畫不以成功詐騙他人財產者為限。

除此之外，聯邦最高法院也認為，雖然郵電詐欺罪的實定法並沒有明文規定，但在案例法的要求下，詐欺計畫中的行為也必須是重要的 (materiality)。<sup>250</sup>所謂重要，係指一般理性的人會以該情形之存在或不存在，作為他在本案交易行為中決定其選擇之依據，或是縱使一般理性人不會這麼認為，但行為人知悉或得知悉相對人認為或可能認為該情形對於詐欺行為相對人決定其選擇是重要的。<sup>251</sup>簡言之，聯邦最高法院認為影響一般理性人或詐欺行為相對人決定之重要詐欺計畫行為，是郵電詐欺罪的要件之一。

#####

<sup>247</sup> See Pittman, *supra* note 242, at 801.

<sup>248</sup> McNally v. United States, 483 U.S. 350, 358 (1987) (“[T]he words ‘to defraud’ commonly refer ‘to wronging one in his property rights by dishonest methods or schemes,’ and ‘usually signify the deprivation of something of value by trick, deceit, chicane or overreaching.’”) (quoting Hammerschmidt v. United States, 265 U.S. 182, 188 (1924)) [hereinafter *McNally*].

<sup>249</sup> United States v. Pimental, 380 F.3d 1157, 1159 (1st Cir. 2004) (holding the jury simply had to determine that the defendant was attempting ‘to wrong[ ] one in his property rights by dishonest methods or schemes’ instead of proving the success of a fraudulent scheme existed under the mail fraud statute) (quoting McNally v. United States, 483 U.S. 350, 358 (1987) (quoting Hammerschmidt v. United States, 265 U.S. 182, 188 (1924))).

<sup>250</sup> Neder v. United States, 527 U.S. 1, 20-25 (1999) (“[M]ateriality is an element of a ‘scheme or artifice to defraud’ under the federal mail fraud (18 U.S.C. § 1341), wire fraud (§ 1343), and bank fraud (§ 1344) statutes.”). *Neder* 案中，法院認為虛假陳述的重要性是郵件詐欺、電信詐欺、銀行詐欺的要件之一。

<sup>251</sup> *Id.* at 22 n.5 (1999) (“The Restatement instructs that a matter is material if: ‘(a) a reasonable man would attach importance to its existence or nonexistence in determining his choice of action in the transaction in question; or (b) the maker of the representation knows or has reason to know that its recipient regards or is likely to regard the matter as important in determining his choice of action, although a reasonable man would not so regard it.’”) (quoting Restatement (Second) of Torts § 538 (1977)).

然而，詐欺計畫中的行為如何影響相對人的決定，也就是相對人是否須對詐欺計畫中的行為產生信賴的問題，聯邦最高法院並未具體地說明。在案例法下，詐欺責任係建立於面對面行為之基礎上，相對人應當面接收行為人之詐欺行為，並對之產生信賴。換句話說，相對人未對詐欺的計畫或手段生信賴之情形，即排除於詐欺行為刑事責任的保護之外。<sup>252</sup>

在郵電詐欺罪的情形，曾有巡迴法院認為詐欺計畫中的行為，必須是一般理性人會信賴的，才能被認為是足以影響相對人決定之重要詐欺計畫，<sup>253</sup>但現今法院一般則認為，無論一般理性人是否產生信賴而將影響其決定，只要受詐欺的被害人對之產生信賴即足以認為該詐欺計畫是重要的。<sup>254</sup>近期則有巡迴法院進一步認為，所謂一般理性或謹慎人標準不能作為被告的無罪抗辯，<sup>255</sup>理由在於不能將被告行為的合法性繫諸於其對受害人的偶然選擇，<sup>256</sup>且如果採取一般理性或謹慎人標準，則低於一般人判斷力或智力而最需要法律保護的人，更將成為詐欺罪行為人的犯罪目標。<sup>257</sup>在此觀點之下，一般理性或謹慎人標準只能作為陪審團判斷被告是否具有詐欺意圖的工具，而不能作為排除詐欺計畫的依據。<sup>258</sup>詳言之，若行為人之行為在判斷上，不足以使一般理性或謹慎之人產生信賴進而影響其決定，則行為人可能被認定為欠缺詐欺意圖，反之，若行為人之行為在判斷上，足使一般理性或謹慎之人產生信賴，則不能排除行為人具

#####

<sup>252</sup> 同前註 238。

<sup>253</sup> *United States v. Brown*, 79 F.3d 1550 (11th Cir. 1996), *overruled by* *United States v. Svete*, 556 F.3d 1157 (11th Cir. 2009).

<sup>254</sup> *United States v. Svete*, 556 F.3d 1157, 1165 (11th Cir. 2009) (“[P]roof of objective reliability is not necessary to establish materiality if the defendant knows or should know that the victim is likely to regard the misrepresented facts as important.”); *United States v. Thomas*, 377 F.3d 232, 243 (2d Cir. 2004) (“Most circuits that apply the ordinary prudence and comprehension standard have already rejected some form of the ‘unreasonable victim’ argument.”); *United States v. Coffman*, 94 F.3d 330, 333 (7th Cir. 1996) (“[I]t is not a defense that the intended victim was too smart to be taken in.”).

<sup>255</sup> *Thomas*, 377 F.3d 232, 243 (“[T]he ordinary prudence standard is not a shield which a defendant may use to avoid a conviction for a deliberately fraudulent scheme.”)

<sup>256</sup> *Id.* (“[W]e refused to accept the notion that ‘the legality of a defendant’s conduct would depend on his fortuitous choice of a gullible victim’”) (quoting *United States v. Benson*, 548 F.2d 42, 46 (2d Cir.1977)).

<sup>257</sup> *Id.* at 244 (“[C]on men to prey on people of below-average judgment or intelligence, who are anyway the biggest targets of such criminals and hence the people most needful of the law’s protection.”) (quoting *United States v. Coffman*, 94 F.3d 330, 334 (7th Cir. 1996)).

<sup>258</sup> *Id.* at 243 (“The ordinary prudence standard therefore focuses on the violator, not the victim. Thus, the standard is a tool the jury may utilize to gauge the defendant’s intent and is helpful in situations in which the defendant’s intent to deceive may be unclear... Thus, the ordinary prudence standard is not a shield which a defendant may use to avoid a conviction for a deliberately fraudulent scheme.”) (internal citations omitted).

有詐欺意圖的可能。

結論上，在普通法的要求下，影響詐欺行為相對人決定之詐欺計畫中的行為必須為重要，才足以構成郵電詐欺罪，而實務見解認為，足使詐欺行為相對人產生信賴進而影響其決定者，即為所謂的詐欺計畫中的重要行為，而是否足使一般理性或謹慎人產生信賴則在所不問。<sup>259</sup>

## (二) 利用郵件或電信 (Use of Mails, Wire, Radio or Television)

依據郵電詐欺罪實定法規定，行為人也必須有使用或導致使用郵件或其他任何私人或商業州際運輸業者，和州內或州際電信的行為，以促進 (in furtherance) 詐欺計畫的執行，或以達成詐欺計畫執行的目的。<sup>260</sup>

在使用或導致使用郵件或電信行為的部分，首先，行為人並不必然須在客觀上有利用行為，只需可合理預見 (reasonably foreseen) 郵件或電信的使用，或對於在商務經營的正常過程 (ordinary course of business) 中利用郵件有所認識即可，而不以行為人實際上寄送或收受郵件為必要。<sup>261</sup>在某些情況下，甚至不要求行為人有使用郵件或電信的意圖，<sup>262</sup>理由在於意圖是詐欺計畫要件之一部分，而非郵件或電信使用要件之一部分。<sup>263</sup>其次，郵件或電信的使用僅需是詐欺計畫重要部分中的一部分，而不需要是詐欺計畫執行的一部分，也並不

#####

<sup>259</sup> 在聯邦刑法典中所規定的反勒索及受賄組織法 (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, “RICO”) 下，信賴亦非郵電詐欺罪的要件。See American Medical Ass’n v. United Healthcare Corp., 588 F.Supp.2d 432, 442 (S.D.N.Y. 2008.) (“[R]eliance is not a requirement in order to demonstrate mail fraud (or, by logical extension, wire fraud) under RICO”).

<sup>260</sup> Fountain v. United States, 357 F.3d 250, 255 (2d Cir. 2004) (holding use of the mails or wires to further the scheme is the essential elements of a mail [or wire] fraud violation).

<sup>261</sup> United States v. Maze, 414 U.S. 395, 399 (1974) (“[T]he Court held that one ‘causes’ the mails to be used where he ‘does an act with knowledge that the use of the mails will follow in the ordinary course of business, or where such use can reasonably be foreseen, even though not actually intended,...’”) (quoting Pereira v. United States, 347 U.S. 1, 8-9 (1954)); United States v. Ward, 486 F.3d 1212, 1222 (11th Cir. 2007) (“[A] person ‘causes the mails to be used within the meaning of 18 U.S.C. § 1341, or the wires to be used within the meaning of 18 U.S.C. § 1343, when he acts ‘with knowledge that the use of the mails [or wires] will follow in the ordinary course of business, or where such use can reasonably be foreseen, even though not actually intended.’”) (quoting Pereira v. United States, 347 U.S. 1, 8-9 (1954)).

<sup>262</sup> United States v. Serang, 156 F.3d 910, 914 (9th Cir. 1998) (holding that the government “need not prove that the appellant specifically intended to use the mails.”).

<sup>263</sup> United States v. Cusino, 694 F.2d 185, 188 (9th Cir. 1982) (“The specific intent requirement under 18 U.S.C. § 1343 pertains to the scheme to defraud, (prosecution must prove that mail fraud defendant acted with intent to defraud), not to the causing of wire transmissions.”) (internal citations omitted).

然須對行為人的詐欺計畫有實際上的助益。<sup>264</sup>最後，郵件或電信的使用，可以由直接證據證明，例如寄送郵件所使用的信封，<sup>265</sup>也可以由間接證據證明，例如商務經營的正常過程中有使用郵件或電信，<sup>266</sup>除非有偏離正常過程的證據。

267

在促進計畫執行或達成計畫執行的目的部分，須與詐欺計畫密切相關，特別是在行為人主觀上是詐欺計畫執行的一部分，<sup>268</sup>但由於郵件或電信的使用不需要是在客觀上屬於詐欺計畫執行的一部分，因此一般而言，促進詐欺計畫執行的要件十分容易被滿足，<sup>269</sup>甚至於郵件或電信的使用有利於詐欺計畫的隱藏，也足以滿足此一要件。<sup>270</sup>然而在以下的情形，則不能認為郵件或電信的使用，促進詐欺計畫的執行或達成詐欺計畫執行的目的。第一，郵件或電信的使用是在詐欺計畫完成前或完成後，則不能認為符合促進詐欺計畫執行的要件。<sup>271</sup>但實務見解也認為，如果郵件或電信的使用是為了隱藏計畫、拖延調查，<sup>272</sup>或是

#####

<sup>264</sup> *Schmuck v. United States*, 489 U.S. 705, 710-11 (1989) (“The federal mail fraud statute does not purport to reach all frauds, but only those limited instances in which the use of the mails is a part of the execution of the fraud, leaving all other cases to be dealt with by appropriate state law.’ To be part of the execution of the fraud, however, the use of the mails need not be an essential element of the scheme. It is sufficient for the mailing to be ‘incident to an essential part of the scheme,’ *ibid.*, or ‘a step in [the] plot.’”) (internal citations omitted) [hereinafter *Schmuck*].

<sup>265</sup> *See, e.g., United States v. Brooks*, 748 F.2d 1199, 1202-03 (7th Cir. 1984) (“The introduction of the envelope in which the correspondence was mailed would constitute strong direct evidence of the use of the mails.”).

<sup>266</sup> *United States v. Mankarious*, 151 F.3d 694, 703 (7th Cir. 1998) (holding circumstantial evidence is sufficient to constitute the use of the mails’ element under the mail fraud); *United States v. Kelley*, 929 F.2d 582, 584 (10th Cir. 1991) (“Proof of mailing by showing an established business practice to mail is sufficient circumstantial evidence to require submission of the mailing issue to a jury.”).

<sup>267</sup> *United States v. Ratliff-White*, 493 F.3d 812, 819 (7th Cir. 2007) (“[E]vidence that wire transmissions occur in the usual course of business will not show sufficiently that a particular wire transmission occurred when the evidence suggests a deviation from usual practice.”).

<sup>268</sup> *Schmuck*, 489 U.S. 705, 715 (1989) (“The relevant question at all times is whether the mailing is part of the execution of the scheme as conceived by the perpetrator at the time, regardless of whether the mailing later, through hindsight, may prove to have been counterproductive and return to haunt the perpetrator of the fraud.”)

<sup>269</sup> *United States v. Wingate*, 128 F.3d 1157, 1161-62 (7th Cir. 1997) (“[The] element of the mailing being in furtherance of the scheme to defraud is fairly easy to satisfy.” (quoting *United States v. Hickok*, 77 F.3d 992, 1004 (7th Cir. 1996))).

<sup>270</sup> *United States v. Lane*, 474 U.S. 438, 453 (1986) ( holding mailings which facilitate concealment of the scheme are covered by the mail fraud statute.)

<sup>271</sup> *United States v. Lazarenko*, 564 F.3d 1026, 1037 (9th Cir. 2009) (holding no rational trier of fact could find that wire transfers ‘in furtherance’ of the scheme to defraud which has been completed for 3 years).

<sup>272</sup> *United States v. Lack*, 129 F.3d 403, 409 (7th Cir. 1997) (holding the mailings meant to conceal or postpone investigation of the scheme furthered the scheme to defraud).

使被害人產生安全的錯覺，<sup>273</sup>仍然可以認為有促進詐欺計畫的執行。第二，郵件或電信的使用是來自於強制性的義務，例如徵收稅款的郵件，通常即不能認為符合促進詐欺計畫執行的要件。<sup>274</sup>理由在於，在郵電詐欺罪下，郵件或電信的使用必須是詐欺計畫的一部分，或者說若不是因為詐欺計畫，郵件或電信即不會被使用，縱使郵件或電信本身是慣常的例行公事亦然。<sup>275</sup>相反地，如果郵件或電信的使用，降低詐欺計畫執行的可能性，則不會構成郵電詐欺罪。<sup>276</sup>

## 二、金錢或財物損害（Loss of Money, property, or deprivation of Honest Services）

雖然郵電詐欺罪向來被用以處罰詐騙被害人有形財物之詐欺行為或計畫，但由於郵電詐欺罪規定禁止並處罰「已經制定或意圖制定任何詐騙的計畫或手段」或「為獲取金錢或財物」的詐欺行為，而非僅規定禁止行為人造成被害人個人的損失，故不以成功詐騙受害人而獲取金錢或財物為必要，<sup>277</sup>也不必然需要證明任何個人的損失或損害，<sup>278</sup>僅需證明如果行為人的詐欺計畫成功，將使他人受郵電詐欺罪所保護的利益受到侵害即可。<sup>279</sup>

所謂受郵電詐欺罪所保護的利益，可能包括有形財產（tangible property）、無形財產（intangible property）、誠信服務（honest services）等。<sup>280</sup>在有形財產部分，實務見解曾肯認郵電詐欺罪是為了防範侵害他人有形財產的傳統詐欺行為，<sup>281</sup>例如保險詐欺、<sup>282</sup>詐欺性投資計畫、<sup>283</sup>詐欺性貸款申請、<sup>284</sup>詐欺性債

#####

<sup>273</sup> United States v. Sampson, 371 U.S. 75, 80 (1962) (holding the use of mails to lull existing victims into a feeling of security is chargeable under the mail fraud because a scheme to obtain money from other victims could be successfully consummated).

<sup>274</sup> Parr v. United States, 363 U.S. 370, 388-92 (1960)

<sup>275</sup> Schmuck, 489 U.S. 705, 715 (1989); United States v. Adkinson, 158 F.3d 1147, 1163 (11th Cir. 1998); United States v. Frey, 42 E3d 795, 798 (3d Cir. 1994).

<sup>276</sup> United States v. Koen, 982 F.2d 1101, 1107 (7th Cir. 1992).

<sup>277</sup> United States v. Williams, 527 F.3d 1235, 1245 (11th Cir. 2008); see also Joshua A. Kobrin, Comment, *Betraying Honest Service: Theories of Trust and Betrayal Applied to the Mail Fraud Statute and §1346*, 61 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 779, 789 (2006).

<sup>278</sup> United States v. Falkowitz, 214 F.Supp. 2d 365, 380 (S.D.N.Y. 2002).

<sup>279</sup> See Pittman, *supra* note 242, at 811.

<sup>280</sup> *Id.*

<sup>281</sup> *Id.*

<sup>282</sup> See United States v. Leahy, 464 F.3d 773, 795-96 (7th Cir. 2006)

<sup>283</sup> See United States v. Richards, 204 F.3d 177, 185 (5th Cir. 2000)

<sup>284</sup> See United States v. Jimenez, 513 F.3d 62, 82 (3d Cir. 2008)

券發行、<sup>285</sup>支票詐欺。<sup>286</sup>在無形財產部分，聯邦最高法院曾在 *Carpenter* 案中表示，郵電詐欺罪的保護客體應包括無形財產權，<sup>287</sup>但也認為應以長久以來被社會通念所認可的財產權為限，例如商業機密資訊、<sup>288</sup>國家徵收進口貨物稅的權利。<sup>289</sup>而誠信服務的部份，是否為郵電詐欺罪保護的利益素有爭議，詳見下述第三項誠信服務詐欺。

## 貳、主觀要件

### 一、詐欺意圖 (Intent to Defraud)

所謂詐欺意圖，係指行為人為特定詐騙或欺騙的故意行為之意圖，通常會指向以獲取他人經濟利益或造成他人經濟損失為目的，<sup>290</sup>但實務見解一般都認為，雖然造成他人經濟利益之損失或侵害的詐欺意圖是郵電詐欺罪的要件，而他人是否實際受有損害則否。<sup>291</sup>而由於行為人主觀上是否具有詐欺意圖難以使用直接證據證明，<sup>292</sup>因此法院經常使用間接證據 (circumstantial evidence) 證

#####

<sup>285</sup> See *United States v. Slevin*, 106 F.3d 1086, 1089 (2d Cir. 1996) □

<sup>286</sup> See *United States v. Akintobi*, 159 F.3d 401, 402 (9th Cir. 1998)

<sup>287</sup> *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 25 (1987) [hereinafter *Carpenter*].

<sup>288</sup> *Id.* at 26 ("Confidential business information has long been recognized as property." (citing *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986, 1001--04 (1984))). □

<sup>289</sup> *Pasquantino v. United States*, 544 U.S. 349, 355-56 (2005).

<sup>290</sup> *United States v. Owens*, 301 F.3d 521, 528 (7th Cir. 2006) ("[A] willful act by the defendant with the [specific intent] to deceive or cheat, usually for the purpose of getting financial gain for one's self or causing financial loss to another."). 學者楊崇森將 specific intent 翻譯為「特定故意」，認為係指完成特定有害結果之意思或目的，例如持有毒品並銷售之故意行為。惟國內通說認為我國法上的故意，係指行為人對於犯罪客觀構成要件之認知及實現各該構成要件之意欲，與郵電詐欺罪中所謂行為人為特定詐騙行為並以獲取他人經濟利益或造成他人經濟損失為之要件似有不同，故本文仍翻譯作詐欺意圖。參見楊崇森，前揭註 205，頁 54。

<sup>291</sup> *United States v. Lamoreaux*, 422 F.3d 750, 754 (8th Cir. 2005) ("It is well-settled in this circuit that, to prove a scheme to defraud, the government need not prove actual harm. 'The essence of a scheme to defraud is an intent to harm the victim.'") (internal citations omitted); *United States v. Naiman*, 211 F.3d 40, 49 (2d Cir. 2000) ("However, in order to prove intent, 'the government must show 'that some actual harm or injury was contemplated by the schemer'' and need not prove actual injury.'") (internal citations omitted). 詳下述。

<sup>292</sup> See *Pittman*, *supra* note 242, at 804 n.49.

明被告的詐欺意圖，<sup>293</sup>例如被告企圖隱藏某些事務、<sup>294</sup>為不實陳述、<sup>295</sup>知悉不實陳述、<sup>296</sup>知悉不法行為等。<sup>297</sup>一般而言，「誇大不實」(puffing)或「銷售話術」(sellers talk)並不構成郵電詐欺罪，<sup>298</sup>其與詐欺意圖的差別在於行為人是否善意，亦即行為人是否知悉該陳述為不實，<sup>299</sup>但如果誇大不實的程度已達和真實情形有重大差距時，行為人仍有可能被認定為具有詐欺意圖。<sup>300</sup>

## 二、知悉 (Knowledge)

#####

<sup>293</sup> *United States v. Boring*, 557 F.3d 707, 709-11 (6th Cir. 2009). 被告 Richard Boring 是一名郵差，在受雇於美國郵政服務 (U.S. Postal Service) 時，被選任為美國郵政服務工會的主席，其後因公負傷而陸續進行手術，為此失去工作，並領取美國聯邦員工補償法 (Federal Employees' Compensation Act) 之補償金。法院認為詐欺意圖難以直接證據證明，故陪審團可以間接證據合理推論之。被告身為工會主席，了解員工賠償計畫的細節和獲得賠償的限制，也知道美國郵政服務對於傷後仍有工作能力的員工，可以為其安排有限責任工作等等，但卻誤導醫師該有限責任工作超過其身體所能負荷，致美國郵政服務並未在被告手術後提供任何有限責任的工作機會給他，而被告利用自己私人時間擔任有給職的棒球隊及美式足球隊教練，卻在向政府申請補償金時表示自己沒有任何工作，也沒有任何運動或嗜好，在失業期間只在家閱讀和進行復健等等，皆構成郵件詐欺罪中的詐欺意圖。

<sup>294</sup> *See, e.g., United States v. Gray*, 105 F.3d 956, 965 (5th Cir. 1997) (holding defendant's attempt to "conceal his role through the use of false identities, aliases, and intermediaries" established requisite intent to defraud).

<sup>295</sup> *See, e.g., United States v. Kinney*, 211 F.3d 13 (2d Cir. 2000) (holding evidence was sufficient to establish that defendants acted with the requisite criminal fraudulent intent, in that they did not intend to publish the journals in which they sold advertising space to contributors").

<sup>296</sup> *See, e.g., United States v. Smith*, 133 F.3d 737, 743 (10th Cir. 1997) ("Intent may be inferred from a variety of circumstantial evidence, including the defendant's misrepresentations and knowledge of false statements.").

<sup>297</sup> *See, e.g., United States v. Autuori*, 212 F.3d 105, 116 (2d Cir. 2000) (holding essential to a scheme to defraud is fraudulent intent and it is not sufficient that the defendant realizes that the scheme is fraudulent and that it has the capacity to cause harm to its victims. Instead, the proof must demonstrate that the defendant had a "conscious knowing intent to defraud ... [and] that the defendant contemplated or intended some harm to the property rights of the victim"). 然而，無論行為人是否為通謀犯 (conspiracy)，對於詐欺計畫的知悉與否皆非屬郵電詐欺罪的要件，詳見下述。

<sup>298</sup> *United States v. Martinelli*, 454 F.3d 1300, 1317 (11th Cir. 2006) ("'[P]uffing' or 'sellers talk' is not actionable under mail fraud statute.").

<sup>299</sup> *United States v. Gay*, 967 F.2d 322, 328 (9th Cir. 1992) (holding defendant's good faith constitutes a complete defense and "'[p]uffing' concerns expressions of opinion, as opposed to the knowingly false statements of fact which the law proscribes.").

<sup>300</sup> *In re Seizure of All Funds in Accounts in Names Registry Pub. Inc. v. United States*, 68 F.3d 577, 581 (2d Cir. 1995) ("[C]laims or statements in advertising may go beyond mere puffing and enter the realm of fraud where the product must inherently fail to do what is claimed for it. And promotion of an inherently useful item may also be fraud when the scheme of promotion is based on claims of additional benefits to accrue to the customer, if the benefits as represented are not realistically attainable by the customer.").

關於郵電詐欺罪是否以行為人知悉詐欺計畫為要件的問題，法院曾認為，若行為人並未充分知悉詐欺行為的相關資訊，則不會成立郵電詐欺罪，<sup>301</sup> <sup>302</sup>但也有認為，縱使被告欠缺對不法行為的實際知悉（actual knowledge），也可自行為人罔顧陳述的真實性，<sup>303</sup>或是有意迴避關於陳述真實性的重要資訊等行為，<sup>304</sup>推斷行為人具有詐欺意圖而成立郵電詐欺罪。事實上，行為人是否知悉詐欺計畫，僅為行為人是否具有詐欺意圖的間接證據，而非郵電詐欺罪的要件。因此，如果行為人欠缺對於詐欺行為的知悉，進而可以認定為欠缺詐欺意圖，則不成立郵電詐欺罪；反之，縱使行為人對於詐欺行為並未實際知悉，但如果可以自行為人之行為推斷其有詐欺意圖，則仍有可能成立郵電詐欺罪。

## 第二款 加重處罰規定

1980 年代初期，美國經濟出現兩次因為聯邦準備理事會為對抗通貨膨脹調升利率而出現的經濟衰退，其後政府政策雖成功地讓經濟復甦，但民間也出現銀行存款和貸款危機。為創造更有效率的交易市場，並打擊金融機構犯罪，美國國會於 1989 年訂定金融機構改革回復實施法（Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act of 1989, “FIRREA”），修正許多聯邦實定法中的

#####

<sup>301</sup> 18 U.S.C.A. section 1341 (West Pub. Co. 2009) (“Evidence was not sufficient to established that defendant, a state governor, knew codefendant whom defendant had appointed to state Certificate of Need Review Board intended to deprive the state of his honest service while on the board. U.S. v. Siegelman, C.A.11 (Ala.) 2009, 561 F.3d 1215.”) *Siegelman* 案法院認為，被告並不知悉共同被告詐欺的意圖，故就此部份，被告不成立郵件詐欺罪。

<sup>302</sup> 18 U.S.C.A. section 1343 (West Pub. Co. 2009) (“Sufficient evidence established that mortgage lenders were not fully informed about financial transactions regarding home purchases, as required to support defendant's wire fraud related to transfer of money from mortgage lender to title company handling closing. U.S. v. Baum, C.A.10 (Okla.) 2009, 550 F.3d 1129.”) *Baum* 案法院認為，抵押貸款機構並沒有被充分告知有關本案被告購買房屋的金融交易，而被告自抵押貸款機構移轉資金至產權公司的行為，成立電信詐欺罪。

<sup>303</sup> United States v. Munoz, 233 F.3d 1117, 1135 (9th Cir. 2000) (holding “defendant's reckless indifference to the truth or falsity of a statement would be sufficient to establish specific intent under the mail fraud.”); United States v. Hannigan, 27 F.3d 890, 892 n.1 (3d Cir. 1994) (holding the specific intent element under mail fraud may be found from a material misstatement of fact made with reckless disregard for the truth).

<sup>304</sup> United States v. Carlo, 507 F.3d 799, 802 (2d Cir. 2007) (holding defendant was aware of a high probability that the information were false, but consciously avoided confirming that suspicion.); United States v. Svoboda, 347 F.3d 471, 480 (2d Cir. 2003) (holding knowledge consciously avoided is the legal equivalent of knowledge actually possessed).

犯罪，對於行為人之犯罪行為影響金融機構的情形，予以加重處罰，包括聯邦刑法典第 1341、1343 條郵電詐欺罪。<sup>305</sup>

郵電詐欺罪並未對行為主體設有限制，僅規定郵電詐欺罪行為人如影響金融機構者，加重刑罰為 30 年以下有期徒刑，科或併科 100 萬元以下罰金。所謂「影響金融機構」，係指行為客體（object）是金融機構的情形。<sup>306</sup>而依據聯邦刑法典第 20 條金融機構的定義：

本刑法典所謂「金融機構」，係指—

- (1) 投保存款機構（定義於聯邦存款保險法第 3 條(c)(2)規定）；
- (2) 投保國家信用社股份保險基金之信用社；
- (3) 聯邦住宅貸款銀行，或聯邦住宅貸款銀行法第 2 條規定之聯邦住宅貸款銀行系統成員；
- (4) 1971 年農會信用貸款法第 5.35 條(3)規定之農會信用貸款系統機構；
- (5) 1958 年小型企業投資法第 103 條規定之小型企業投資公司；
- (6) 聯邦存款保險法第 3 條(w)(1)規定之存款控股公司；
- (7) 聯邦儲備銀行或聯邦儲備系統之成員銀行；
- (8) 聯邦儲備法第 25 條、第 25 條(a)(1)規定之營利組織；
- (9) 外國銀行之分支機構或代理機構（定義於 1978 年國際銀行法第 1 條(b)第 1、3 段）；或
- (10) 1974 年不動產轉讓程序法第 3 條規定之抵押權貸款公司（定義於本法第 27 條），或從事全部或一部聯邦相關抵押權貸款之任何自然人或法人。<sup>307</sup>

#####

<sup>305</sup> Criminal Resource Manual 958: Fraud Affecting a Financial Institution. From the website of United States Department of Justice, *available at*: <http://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-958-fraud-affecting-financial-institution> (last visited: 07/20/15)

<sup>306</sup> United States v. Pelullo, 964 F.2d 193, 215-16 (3d Cir. 1992) (holding if the statute provided for an extended limitations period where the financial institution is the object of fraud).

<sup>307</sup> 18 U.S.C. section 20. The financial institution defined statute provides:

As used in this title, the term “financial institution” means—

- (1) an insured depository institution (as defined in section 3(c)(2) of the Federal Deposit Insurance Act);
- (2) a credit union with accounts insured by the National Credit Union Share Insurance Fund;
- (3) a Federal home loan bank or a member, as defined in section 2 of the Federal Home Loan Bank Act (12 U.S.C. 1422), of the Federal home loan bank system;



#####

- (4) a System institution of the Farm Credit System, as defined in section 5.35(3) of the Farm Credit Act of 1971;
- (5) a small business investment company, as defined in section 103 of the Small Business Investment Act of 1958 (15 U.S.C. 662);
- (6) a depository institution holding company (as defined in section 3(w)(1) of the Federal Deposit Insurance Act;
- (7) a Federal Reserve bank or a member bank of the Federal Reserve System;
- (8) an organization operating under section 25 or section 25(a) [1] of the Federal Reserve Act;
- (9) a branch or agency of a foreign bank (as such terms are defined in paragraphs (1) and (3) of section 1(b) of the International Banking Act of 1978); or
- (10) a mortgage lending business (as defined in section 27 of this title) or any person or entity that makes in whole or in part a federally related mortgage loan as defined in section 3 of the Real Estate Settlement Procedures Act of 1974.

### 第三項 誠信服務詐欺



#### 第一款 誠信服務詐欺之規定與要件

美國聯邦刑法典第1346條所規定的「誠信服務詐欺」並非一個獨立的罪名，而是郵電詐欺罪下一個特定的子概念，換句話說，誠信服務詐欺的成立，仍須符合郵電詐欺罪的要件。依據第1346條之規定：

基於本章的目的，所謂「詐欺的計畫或手段」，包括剝奪他人受誠信服務無形權利之計畫或手段。<sup>308</sup>

所謂「基於本章的目的」，即為「基於執行或企圖執行的目的」或「為獲取金錢或財物」。以下，本文擬就誠信服務詐欺不同於郵電詐欺罪之要件，析述如下：

#### 壹、剝奪他人權利 (Deprive Another of Right)

本條條文並未明確指出何人對誰有受誠信服務的無形權利，亦未說明行為人如何違背或違背何種義務，才可以算是違背誠信服務，<sup>309</sup>實務見解則多半將誠信服務詐欺的範圍限制於負有受託義務而應提供誠信服務與被害人情形，<sup>310</sup>即認為誠信服務無形權利之基礎，來自於行為人的受託義務。<sup>311</sup>但事實上，並非所有的法院都認同這樣的見解，聯邦最高法院就曾表示並非所有受託義務的違反都會成立誠信服務詐欺。<sup>312</sup>簡言之，實務見解雖然一般都認為所謂誠信服務的無形權利來自於受託義務，但並非所有違背受託義務的行為，都被認定為足以構成誠信服務詐欺。

#####

<sup>308</sup> 18 U.S.C. section 1346. The honest service fraud provides:

For the purposes of this chapter, the term “scheme or artifice to defraud” includes a scheme or artifice to deprive another of the intangible right of honest services.

<sup>309</sup> *Skilling v. United States*, 561 U.S. 358, 130 S.Ct. 2896, 2935-38 (2010) [hereinafter *Skilling*].

<sup>310</sup> Lisa S. Casey, *Twenty-Eight Words: Enforcing Corporate Fiduciary Duties Through Criminal Prosecution of Honest Service Fraud*, 35 DEL. J. CORP. L. 1, 52 (2010).

<sup>311</sup> *United States v. Tuner*, 465 F.3d 667,675 (6th Cir. 2006).

<sup>312</sup> See Casey, *supra* note 310, at 52.

誠信服務詐欺的適用範圍，則包括公部門及私部門。在公部門的情形，巡迴法院對於受託義務的範圍和基礎之見解不盡相同，其中很大一部份的歧見來自於受託義務的基礎是否必須來自州法的規定。聯邦最高法院曾在 *Skilling* 案中明確指出，無論巡迴法院對於受託義務的定義和基礎為何，下列三種情形是毫無疑問地具有信託關係：人民與公職人員間、僱用人與受僱人間、工會會員與工會人員間。<sup>313</sup> 值得一提的是，美國聯邦法系統不允許國家通過關於州或地方之公職人員貪汙或利益衝突的法律，因此傳統上，這類詐欺行為的刑事責任，皆由各州自行訂定規範處理。然而誠信服務詐欺，卻是檢察官以聯邦刑法追溯州和地方公職人員，未達聯邦政府觀點中善良政府（good and honest government）標準的最佳工具。其基本思想是，貪汙及利益衝突的公職人員，即詐欺人民受公職人員誠信服務之無形權利。<sup>314</sup> 在私部門，所謂誠信服務的無形權利即指私人間受託義務的違反。<sup>315</sup> 詳見下述。

## 貳、誠信服務之無形權利損害（The Intangible Right of Honest Services）

與郵電詐欺罪實定法以金錢或財物為保護客體／利益的規定不同，誠信服務詐欺以被害人應享有行為人之「誠信服務的無形權利」為保護客體／利益。<sup>316</sup> 由於第1346條僅規定，禁止行為人詐欺的計畫或手段，而被害人所受之損害其實是無形的，因此在認定是否有誠信服務詐欺時，並不需要證明有實際的經濟上損害。<sup>317</sup> 也就是說，誠信服務的無形權利雖然是不同於金錢或財物的利益概念，但在郵電詐欺罪底下，無論是侵害他人有形財產權、無形財產權，或是誠信服務的無形權利，都不以被害人實際受有經濟上損害為必要。

#####

<sup>313</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2930-31 n.41. 依據聯邦刑法典第 201 條(a)(1)之規定，所謂公職人員，係指經政府任何部門、機構、分支授權行使政府權力之國會議員、代表、地方專員，或官員、僱員、具有美國或政府任何部門、機構、分支、哥倫比亞特區政府名義的代理人，或陪審員。（18 U.S.C. section 201 provides: (a) For the purpose of this section— (1) the term “public official” means Member of Congress, Delegate, or Resident Commissioner, either before or after such official has qualified, or an officer or employee or person acting for or on behalf of the United States, or any department, agency or branch of Government thereof, including the District of Columbia, in any official function, under or by authority of any such department, agency, or branch of Government, or a juror”）

<sup>314</sup> See *McMillan*, *supra* note 239, at 155-56.

<sup>315</sup> See *McMillan*, *supra* note 239, at 159.

<sup>316</sup> *United States v. Dixon*, 536 F.2d 1388, 1400 (2d Cir. 1976).

<sup>317</sup> Sara Sun Beale, *Comparing the Scope of the Federal Government’s Authority to Prosecute Federal Corruption and State and Local Corruption: Some Surprising Conclusions and a Proposal*, 51 HASTINGS L. J. 699, 711 (2000).

## 第二款 實務見解

### 第一目 1988 年以前

在美國審判實務上，向來廣泛地解釋本條規定。事實上，早在 1942 年，聯邦最高法院解釋郵電信詐欺罪中的「計畫或手段」時，就曾表示在郵電詐欺罪下，詐欺罪的行為客體不只是金錢或財物，更應包括受到誠信服務的無形權利。<sup>318</sup>自此之後，檢察官則漸漸使用聯邦最高法院的這一段解釋，作為起訴公職人員貪汙、自我交易、利益衝突、未揭露重大資訊等情形，最後也及於在私部門中違背受託義務的行為，對於應為公司利益而行為之具有忠誠義務之人，利用郵件或電信的計畫或手段，秘密地為自己或被告利益行為，同時伴隨著作出重大虛假陳述或未將資訊公開給僱用人或其他人，給予刑事制裁。<sup>319</sup>過去，不論依據普通法或第 1346 條規定，公司董事、監察人違背受託義務，除了對公司、股東負民事賠償責任外，亦可能面對詐欺的刑事制裁。而於此同時，法院對於無形（intangible）誠信服務的解釋也逐步地擴張。<sup>320</sup>法院對於誠信服務詐欺的運用，在 1970 年代晚期至 1980 年代初期達到高峰，<sup>321</sup>至 1982 年左右，所有的上訴法院都接受了誠信服務理論。<sup>322</sup>

然而，1987 年聯邦最高法院於 *McNally* 案中，終結了在此之前判決實務將無形權利納入詐欺定義的作法，判決指出：「郵件和電信詐欺罪明確地保護財產權利，但並非指涉公民對良好政府的無形權利。」<sup>323</sup>聯邦最高法院並認為，立法者若無明確地表示，則必須從嚴解釋刑法的構成要件，而如果國會有意在詐欺罪中納入誠信服務理論，則應該提出草案，而非任由法院享有高度裁量權任意解釋法條文意，<sup>324</sup>將誠信服務的範圍及將無形權利排除在詐欺罪定義以外。

#####

<sup>318</sup> *Hammerschmidt v. United States*, 265 U.S. 182, 188 (1942) (“To conspire to defraud the United States means primarily to cheat the government out of property or money, but it also means to interfere with or obstruct one of its lawful governmental functions by deceit, craft or trickery, or at least by means that are dishonest.”).

<sup>319</sup> *United States v. Rybicki*, 354 F.3d 124, 146-47 (2d Cir. 2003).

<sup>320</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2927 n.35.

<sup>321</sup> See *Kobrin*, *supra* note 277, at 781.

<sup>322</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2927 n.35.

<sup>323</sup> *McNally*, 483 U.S. 350, 356.

<sup>324</sup> *Id.* at 359-60.

聯邦最高法院於*McNally*案判決作成後的數個月，再一次在*Carpenter*案中開始擴張解釋無形權利的範圍。*Carpenter*案的被告是華爾街日報的投資專欄作家，為了自股票買賣中圖自己利益，和一名股票經紀人交換公司的內部訊息，最後他們的交易被公開，兩人都被法院以美國聯邦刑法典第 1341 條、第 1343 條郵件和電信詐欺罪判決有罪。法院判決指出公司的商業機密資訊向來被認為是公司的財產，「公司從事商業活動的過程和行為中已取得或作成的機密資訊，是公司財產之一種，對公司而言有獨佔的權利和利益，也受到公平法院透過禁止的過程或其他適當補償的保護」。<sup>325</sup>

與*McNally*案中法院所採不承認無形權利之基本立場不同，本案聯邦最高法院認為雖然郵電詐欺罪並未明確定義「金錢或財物」，但文意上即包括他人無形財產權。本案法院甚至指出，「就算沒有白紙黑色明文的契約，員工也有保護於其受僱期間獲得的機密資訊之受託義務」，<sup>326</sup>延續*McNally*案前的見解，聯邦最高法院重新肯認受託義務的違反確實會構成第 1341 條、第 1343 條的詐欺罪。為了回應*McNally*案中，聯邦最高法院將誠信服務的無形權利排除於郵電詐欺罪所謂「詐欺的計畫和手段」以外的見解，國會於1988年通過美國聯邦刑法典第 1346 條規定，正式將「誠信服務的無形權利」明文化，終為侵害他人受誠信服務權利行為的追訴及審判，建立實定法上的依據。

#####

<sup>325</sup> *Carpenter*, 484 U.S. 19, 26.

<sup>326</sup> *Id.* at 27-28 (“even in the absence of a written contract, an employee has a fiduciary obligation to protect confidential information obtained during the course of his employment.” As the New York courts have recognized: “It is well established, as a general proposition, that a person who acquires special knowledge or information by virtue of a confidential or fiduciary relationship with another is not free to exploit that knowledge or information for his own personal benefit but must account to his principal for any profits derived therefrom.”(quoting *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507, 515, n. 11, 100 S.Ct. 763, 768, n. 11, 62 L.Ed.2d 704 (1980); *Diamond v. Oreamuno*, 24 N.Y.2d 494, 497, 301 N.Y.S.2d 78, 80, 248 N.E.2d 910, 912 (1969))).

## 第二目 1988年至2010年

誠信服務的無形權利被明文化以後，檢察官主要使用第 1346條起訴兩種情形：一、公部門：公職人員貪汙；二、私部門：受僱人違背對僱用人的受託義務。<sup>327</sup> 由於誠信服務詐欺規定的要件並不明確且欠缺一致的標準，致使檢察官享有廣泛的裁量權去解釋他們認為會成立誠信服務詐欺的實質要件，而誠信服務詐欺的認定，則成為各種衝突的原則和要素形成的大雜匯，<sup>328</sup>進而似乎也容許檢察官無需證明普通詐欺罪繁複的要件即起訴被告誠信服務詐欺，將所有違背受託義務的行為入罪化，<sup>329</sup>而巡迴法院對於第 1346條規定所謂「包括剝奪他人受誠信服務之無形權利之計畫或手段」的解釋，也有著相當大的歧異，少見認同其他巡迴法院所作判決的見解。

### 壹、公部門誠信服務詐欺

由於第1346條規定過於不明確，也導致各法院特別是在定義性的問題上，形成各說各話的局面。在公部門的情形，巡迴法院對於公職人員誠信服務詐欺所違反的受託義務，其基礎究竟是聯邦法抑或必須來自州法要求的這個問題上爭論不休。<sup>330</sup>第五巡迴法院曾認為公職人員須有違反州法規定其對州所負義務的行為，才會構成誠信服務詐欺。<sup>331</sup>第三巡迴法院則認為，以州法作為認定公

#####

<sup>327</sup> *United States v. Sorich*, 523 F.3d 702, 707 (7th Cir. 2008). 本案第七巡迴法院判決指出，誠信服務詐欺案件可歸結成兩種類型。第一種類型，僱用人受到受僱人或其他人員工誠信服務的詐欺。比方說，在 *United States v. George*, 477 F.2d 508, 509-10 (7th Cir. 1973) 案中，電視製造廠商 Zenith 的員工和其他廠商簽訂電視櫃供應契約，並以回扣作為交換。該名製造電視櫃的員工和中間人都因剝奪 Zenith 公司的員工誠信服務而被判決有罪。第二種較常見的類型，人民受公職人員誠信服務的詐欺。舉例而言，在 *United States v. Warner*, 498 F.3d 666 (7th Cir. 2007) 案中，伊利諾州國務卿主導州契約並出租給他的朋友，藉此換取有薪假。 (“[H]onest services fraud cases come in two types. In the first, an employer is defrauded of its employee's honest services by the employee or by another... In the second and more common type of case, the citizenry is defrauded of its right to the honest services of a public servant, again, by that servant or by someone else”).

<sup>328</sup> Frank C. Razzano & Kristin H. Jones, *Prosecution of Private Corporate Conduct: The Uncertainty Surrounding Honest Service Fraud*, 18 BUS. L. TODAY 37, 41 (2009).

<sup>329</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 151.

<sup>330</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 157.

<sup>331</sup> *United States v. Brumley*, 116 F.3d 728 (5th Cir. 1997). (“We find nothing to suggest that Congress was attempting in § 1346 to garner to the federal government the right to impose upon states a federal vision of appropriate services—to establish, in other words, an ethical regime for state employees. Such a taking of power would sorely tax separation of powers and erode our federalist structure. Under the most natural reading of the statute, a federal prosecutor must prove that conduct of a state official breached a duty respecting the provision of services owed to the official's employer under state law. Stated directly, the official must act or fail to act contrary to the requirements of his job under state law.”)

職人員是否有誠信服務詐欺中利益衝突公開的問題，但州法並非唯一的限制。<sup>332</sup>第八巡迴法院也認為，州法或聯邦法可以提供公職人員誠信服務詐欺的根據。<sup>333</sup>第一、四、九、十一巡迴法院則認為，州法並不能限制誠信服務詐欺的範圍。<sup>334</sup>第七巡迴法院更進一步指出，公職人員還必須有為獲私人利益的意圖。<sup>335</sup>就此，聯邦最高法院則認為，姑且不論巡迴法院間對於認定受託義務範圍和基礎之歧異，可以肯定的是，公職人員和民眾間確實存有信託關係。<sup>336</sup>然而，所謂誠信服務詐欺中受託義務的違反是否必須源自於州法或聯邦法的問題，雖然在2010年的 *Weyhrauch* 案中再度受到關注，但由於聯邦最高法院在本案判決中並未對此表達看法，因此目前仍是懸而未決。<sup>337</sup>

## 貳、私部門誠信服務詐欺

另一方面，在私部門的情形，最早將誠信服務詐欺適用到私部門的判決，應該是1942年的 *Procter & Gamble Co.* 案，<sup>338</sup>然而常被引用的判決則是1997年 *Frost* 案。<sup>339</sup> *Frost* 案的兩名被告為對私人大氣科學研究所的教授，該研究所與

#####

This means that if the official does all that is required under state law, alleging that the services were not otherwise done "honestly" does not charge a violation of the mail fraud statute.”)

<sup>332</sup> United States v. Panarella, 277 F.3d 678, 692-93 (3d Cir. 2002).

<sup>333</sup> United States v. Jannings, 487 F.3d 564, 577-78 (8th Cir. 2007).

<sup>334</sup> United States v. Weyhrauch, 548 F.3d 1237 (9th Cir. 2008). (“Because laws governing official conduct differ from state to state, conditioning mail fraud convictions on state law means that conduct in one state might violate the mail fraud statute, whereas identical conduct in a neighboring state would not. Congress has given no indication it intended the criminality of official conduct under federal law to depend on geography.”)

<sup>335</sup> United States v. Bloom, 149 F.3d 649, 655 (7th Cir. 1998) (“Misuse of office (more broadly, misuse of position) for private gain is the line that separates run of the mill violations of state-law fiduciary duty from federal crime.”). 本案被告 Lawrence Bloom 於 1979 年至 1995 年擔任芝加哥兼職市議員 (alderman)，私底下則是一名律師。被告 Bloom 被控提供建議給他的客戶 Komed Health Center 透過非法的方式逃漏稅，檢察官認為他損害政府原應有的稅收，也侵害政府受誠信服務的權利。第七巡迴法院則認為，並非所有違背受託義務的行為都會構成聯邦詐欺罪，只有行為人利用他的職務或職位以取得個人（不一定是被告本人）的利益時，才有可能成立誠信服務詐欺。基此，本文認為，有學者著述指出，*Bloom* 案判決是美國實務上對於誠信服務詐欺在私部門領域適用的限制，恐有再斟酌的必要。參見林志潔（2015），〈未積極揭露利益衝突資訊與受託義務違反之刑事責任（上）——論 *Skilling v. US* 案與美國誠信服務詐欺罪新發展之啟示〉，《月旦法學雜誌》，239 期，頁 149-150。

<sup>336</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 157.

<sup>337</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 159.

<sup>338</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2926-27 (“When one tampers with [the employer-employee] relationship for the purpose of causing the employee to breach his duty [to his employer,] he in effect is defrauding the employer of a lawful right. The actual deception that is practiced is in the continued representation of the employee to the employer that he is honest and loyal to the employer's interests.” (quoting *United States v. Procter & Gamble Co.*, 47 F. Supp. 676,678 (D. Mass. 1942)).

<sup>339</sup> United States v. Frost, 125 F.3d 346 (6th Cir. 1997) [hereinafter *Frost*].

政府訂有契約並接受政府的補助。被告二人不當提供論文素材給受僱於不同政府單位的數名研究生，藉以獲得各該單位的政府契約。儘管被告二人抗辯他們並非公職人員，故不適用第1346條誠信服務詐欺之規定，法院仍認為個人也可能犯下誠信服務詐欺罪。巡迴法院判決指出「傳統誠信服務原則的無形權利是適用於公職人員貪務的情形...但第1346條的文義範圍非常廣泛，定義所謂『詐欺的計畫或手段』包括剝奪他人受誠信服務之無形權利之計畫或手段...因此我們認為如同Frost和Turner的私人，如有違反受託義務的行為，而因此侵害其對人或法人誠信服務之無形權利所負義務，即可能成立郵件詐欺罪」。<sup>340</sup>

在Frost案以後，法院建立兩種檢驗私人是否成立誠信服務詐欺罪的測試模式：可合理預見經濟上損害測試和重大性測試，<sup>341</sup>而究竟應採取何種測試模式，不同巡迴法院間則存有不同意見。所謂可合理預見損害測試，係指檢察官必須證明受僱人意圖違反受託義務，且預見或可合理預見其僱用人會因此遭受經濟上損害。而所謂重大性測試，則指誠信服務原則僅需行為人展現出他們所擁有的詐欺意圖，且有自然傾向會影響或可影響僱用人商業決定的虛假陳述是重大的即可。<sup>342</sup>以下簡介兩種檢驗測試模式：

**一、可合理預見經濟上損害測試模式 ( Reasonably Foreseeable Economic Harm Test )**

可合理遇見經濟上損害測試模式，試圖自「財產損害」的角度，限縮誠信服務詐欺在私部門領域中漸漸失控的運用，其理論基礎在於公職人員和私人的義務具有本質上的不同。第十一巡迴法院在 *United States v. deVegter* 案中指出，誠信服務的無形權利之意義在公職人員瀆職和私人非法行為的情形有不同的意

#####

<sup>340</sup> *Id.* at 352.

<sup>341</sup> *United States v. Vinyard*, 266 F.3d 320, 328 (4th Cir. 2001) [hereinafter *Vinyard*].

<sup>342</sup> *Id.* at 327-28 (“On the one hand, several circuits have held that the Government “must prove that the employee intended to breach a fiduciary duty, and that the employee foresaw or reasonably should have foreseen that his employer might suffer an economic harm as a result of the breach.” (the “ ‘reasonably foreseeable harm’ test”)...On the other hand, some circuits have construed the honest services doctrine merely to require a showing that the employee possessed a fraudulent intent and that the misrepresentation at issue was material.”) (internal citations omitted).

涵，第 1346 條規定的誠信服務理論在私部門的情形是涉及受託義務的違反和可合理預見的經濟上損害。<sup>343</sup>

所謂可合理預見的經濟上損害，即無需對被害人造成實際上損害。在此測試模式下，受僱人僅需有違背受託義務的意圖，以及可合理預見此違背義務行為對於僱用人會造成「可識別的經濟上風險」，同時受僱人必須有故意或意圖未揭露的錯誤行為，對僱用人造成獨立的商業上危險。換句話說，可合理預見測試在受僱人可預見其詐欺計畫可能不利於僱用人的經濟上利益時，就會成立。此外，所謂「經濟上危險」包括對於未來獲利機會的風險，僱用人的經濟上利益則包括公司長期或短期的健全。危險是否具重大性並不重要，重要的事受僱人並無權利陷僱用人的財務狀況於危險，也無權透過自我交易行為損害僱用人的長期前景。因此，只要受僱人將僱用人暴露於可合理預見的危險中時，即構成誠信服務詐欺，<sup>344</sup>換句話說，仍不以僱用人受有實際上的損害為必要。

## 二、重大性測試模式 (Materiality Test)

重大性測試模式，則試圖從「詐欺計畫」的角度，限縮成信服務詐欺的範圍。在重大性測試模式下，受僱人僅需有理由相信，理性的僱用人將會被受僱人所提供的資訊引導而改變其商業行為。<sup>345</sup>該涉及違反公開義務的違背受託義務行為，也就是受僱人不將重大資訊公開給僱用人知悉的行為，會成立刑事上的郵件詐欺罪。而如果受僱人有理由相信，如果資訊被揭露給僱用人知悉，則僱用人的商業行為可能會被引導而改變，則該資訊應該被認定為具有重大性。

346

#####

<sup>343</sup> United States v. deVegter, 198 F.3d 1324, 1328-30 (11th Cir. 1999).

<sup>344</sup> Vinyard, 266 F.3d 320, 329 (“Under this test, the employee need only intend to breach his fiduciary duty and reasonably foresee that the breach would create “an identifiable economic risk” for the employer...the reasonably foreseeable harm test is met whenever, at the time of the fraud scheme, the employee could foresee that the scheme potentially might be detrimental to the employer’s economic well-being. Furthermore, the concept of “economic risk” embraces the idea of risk to future opportunities for savings or profit; the focus on the employer’s well-being encompasses both the long-term and the short-term health of the business.”) (internal citations omitted).

<sup>345</sup> United States v. Gray, 96 F.3d 769, 775 (5th Cir. 1996). 本案的被告是 Baylor 大學籃球隊的教練，他透過提供學校作業的方式，幫助球員獲得特定的學術成績，好讓這個球員可以繼續待在籃球隊上打球。該名被告被法院認定構成實質上的虛偽陳述。

<sup>346</sup> United States v. Ballard, 680 F.2d 352, 353 (Former 5th Cir. 1982). 本案被告因涉及未告知公司雇主轉售油系統的存在，和未告知雇主參與在系統的受僱人因該系統而受有利益，被判決共同郵件詐欺罪。上訴審的第五巡迴法院認同原審判決的見解認為，原審法院指出故意違反受託義務



#####

的行為，會構成郵件詐欺罪所謂的「詐欺的計劃」，而受僱人的受託義務，包括「對於僱用人，有義務就其預計將獲得，或已自其受僱期間內參與的交易中獲得的任何個人利益或獲利，作出充分和公平揭露」。

### 參、對於誠信服務詐欺的反思

在此期間，關於第 1346 條的適用，除了巡迴法院的見解並非全然統一之外，<sup>347</sup>在聯邦最高法院的大法官間也出現不同聲音。2009 年，聯邦最高法院駁回了被告 Sorich 調卷令的申請（petition for certiorari），<sup>348</sup>對此大法官 Scalia 則表示不同意見，認為聯邦最高法院對於誠信服務理論適用的爭議，應該採取積極介入的立場，同時他也提出許多關於誠信服務理論論辯的問題。

大法官 Scalia 認為，誠信服務詐欺的規定被訴諸將令人吃驚地廣泛的行為處以刑罰，不僅僅是及於公職人員，也包括私人 and 公司的受僱人。過去，法院曾在下情形判決被告有罪：當地的官員未揭露利益衝突；商務人士試圖送前給立法委員以取得對於法案非正式的幕後影響力；學生與教授共同策劃提交抄襲的學校作業；律師塞錢給保險理算員以作為其客戶保險理賠事宜的快速處理；以及本案從事政治庇護的市政府僱員招攬當地民政服務的工作等。廣義地來說，誠信服務理論即係公職人員和受僱人有義務基於其選民和僱用人的最佳利益而行事。如果認真地看待誠信服務理論，並推斷其合乎邏輯的結論，那麼立法者基於認為可以討好對其連任必不可少的小眾，而決定投票支持某一法案時；市長未預訂而企圖利用公權力取得餐廳的位子時；政府官員接受其友人就政府契約所提供不適當的建議時；以及任何公司的員工進行自我交易時，都將被認為是違反第 1346 條規定的犯罪行為。甚至在公司的受薪僱員假借病假的名義，實際上去看球賽的行為，也似乎可能被認為是違背其應有的誠信服務。同時，由於聯邦刑法典第 666 條賄賂罪，以僱用人收受國家補助為要件，而誠信服務詐

#####

<sup>347</sup> See *McMillan*, *supra* note 239, at 156.

<sup>348</sup> 美國聯邦法院系統可分為州地區法院（district courts）、巡迴法院（circuit courts）以及聯邦最高法院（Supreme Court）。州地區法院的系統雖然依據每個州規定不同而各有所異，但大致上可分為初審法院和上訴法院（courts of appeals）。上訴流程可以分為直接上訴、間接上訴和中間上訴（interlocutory appeal）。其中，間接上訴是基於被非法羈押的理由，透過向地區法院聲請核准一個獨立的民事訴訟程序，達到上訴的效果；中間上訴是在初審法院尚未判決前，對其所作之初步指令提起上訴；而直接上訴可分為第一次上訴和第二次上訴，第一次上訴係指對初審法院裁判不服，而向州法院系統內之上級法院（州中級法院或州高級法院），或聯邦法院系統之巡迴法院提出之上訴，上訴審法院必須受理，故又稱為權利上訴，第二次上訴係指對於第一次上訴敗訴之法院裁判不服，而向州高級法院或聯邦最高法院透過申請調卷令而提起，由法院決定是否准許第二次上訴（discretionary appeal），若法院准許第二次上訴，上訴人（通常是被告）才會再次進入案件的實質審查。參見 Joshua Dressler 著，魏曉娜譯（2009），《美國刑事訴訟法精解第二卷刑事審判》，頁 11-12、355-356。

欺依據第 1341、1343 條規定，則以行為人利用郵件或電信服務進行誠信服務詐欺為要件，兩罪之要件並不相同，故在許多情況下，違反本條規定的最重刑罰，會被加入成為違反第 666 條賄賂罪的最重刑罰。<sup>349</sup>而聯邦最高法院讓當時存在於各巡迴法院中，各自表述的矛盾亂象繼續存在是相當不負責任的作法。<sup>350</sup>因此大法官 Scalia 呼籲聯邦最高法院提出下列三個關於誠信服務詐欺問題之見解：一、誠信服務詐欺是否須以違反州法的規定為前提；二、被告是否須獲取個人利益；以及最重要的，三、誠信服務詐欺的規定是否符合憲法所要求的明確性原則。<sup>351</sup>

### 第三目 2010 年以後

#### 壹、2010年三個重要判決

隨著聯邦最高法院在2010年6月24日作出*Skilling*、<sup>352</sup>*Black*、<sup>353</sup>*Weyhrauch*案判決，<sup>354</sup>上述種種關於誠信服務詐欺的各自表述，出現了重大的變化。聯邦最高法院試圖解決自*McNally*案判決做成後23年來的爭議，准許了被告的調卷令申請而複審*Skilling*、*Black*以及*Weyhrauch*案。在聯邦最高法院審理*Skilling*案以後，*Black*及*Weyhrauch*案都被依據本案判決的見解，撤銷發回原上訴法院。聯邦最高法院將誠信服務詐欺的範圍大幅縮小，而限縮於收受賄賂和回扣<sup>355</sup>的情形。*Skilling*和*Black*案之後，許多從前構成誠信服務詐欺的違背受託義務之行為

#####

<sup>349</sup> *Sorich v. United States*, 129 S.Ct. 1308, 1309 (2009) (Mem.) (Scalia, J., dissenting) [hereinafter *Sorich*].

<sup>350</sup> *Id.* at 1311.

<sup>351</sup> *Id.*

<sup>352</sup> *Skilling*, 561 U.S. 358, 130 S.Ct. 2896 (2010).

<sup>353</sup> *Black v. United States*, 561 U.S. 465, 130 S.Ct. 2963 (2010) [hereinafter *Black*].

<sup>354</sup> *Weyhrauch v. United States*, 561 U.S. 476, 130 S.Ct. 2971 (2010) (per curiam) [hereinafter *Weyhrauch*].

<sup>355</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2934. 所謂回扣，係指為不當獲得或報償有利對待之目的，在特定情況下直接或間接提供給特定人之金錢（money）、酬金（fee）、佣金（commission）、賒貸（credit）、禮品（gift）、賄賂（gratuity）、有價物品（thing of value）、任何形式的補償金（compensation of any kind）。大法官 Ginsburg 並在 *Skilling* 案多數意見中提到，雖然誠信服務詐欺和其他聯邦實定法有所重疊，但誠信服務詐欺仍有存在的必要，例如最重要的聯邦賄賂法規定於美國聯邦刑法典第 201 條，主要適用於聯邦公職人員，而第 1346 條則適用於國家和地方公職人員和私部門詐欺的情形。*Id.* n.45 (“Overlap with other federal statutes does not render § 1346 superfluous. The principal federal bribery statute, § 201, for example, generally applies only to federal public officials, so § 1346's application to state and local corruption and to private-sector fraud reaches misconduct that might otherwise go unpunished.”).

雖仍有民事處罰，然而檢察官必須證明實定法下詐欺罪的要件和標準，才能使該等行為受到刑事制裁。<sup>356</sup>*Skilling*、*Black*案在處理涉及私人以及公司董事、高階主管行為的問題，而*Weyhauch*案則涉及選舉產生的公職人員行為的問題，聯邦最高法院藉由此三判決，實質上淘汰了檢察官關於誠信服務詐欺的裁量權，嚴格要求只在涉及收受賄賂及回扣的情形，才能起訴誠信服務詐欺。<sup>357</sup>

## 一、*Skilling* 案

### (一) 案例背景

安隆公司於 1985 年設立，總部設立在休士頓，從事瓦斯及電力交易業務；1999 年設置網站交易平台，並成為美國及全球最大的能源交易集團，其營業項目跨及天然氣、電力、紙漿、基本金屬、塑膠及光纖寬頻等多個產業。安隆在 2000 年的營業額突破 1000 億美元，成為美國第七大企業。<sup>358</sup>

被告 Jeffery Skilling 長期服務於安隆公司，並自 2001 年 2 月至 8 月間擔任安隆公司的 CEO。其後未滿四個月，安隆公司爆發財務危機，因破產而倒閉，其股價暴跌。被告 Skilling 和其他兩名公司高階主管，因涉及透過操縱財務報表及發表不實聲明，欺騙投資人關於安隆公司的真實財務狀況，侵害安隆公司及其股東受被告等誠信服務的無形權利，被起訴共同電信詐欺罪。此外，被告 Skilling 也被控犯下安全詐欺、電信詐欺、內線交易等超過 25 項罪名。

一审歷經四個月的審判，陪審團最後認定被告 Skilling 成立包括共同誠信服務詐欺在內的其中 19 項罪名，不成立其餘的 9 項內線交易罪。上訴審中，被告提出兩項抗辯。第一，審判前的輿論預斷使他無法獲得公平的審判；第二，陪審團不當認定其犯下共同違反誠信服務電信詐欺罪。第五巡迴法院否定了被告上述主張，但並未處理被告所提出的第二個主張：誠信服務詐欺之規定因不明確而違憲。<sup>359</sup>

#####

<sup>356</sup> See *McMillan*, *supra* note 239, at 152.

<sup>357</sup> See *McMillan*, *supra* note 239, at 162.

<sup>358</sup> 陳家聲（2002），《安隆事件的反思》，載於 Cheers 雜誌網站

<http://www.cheers.com.tw/article/article.action?id=5025444>（最後瀏覽日：07/20/2015）。

<sup>359</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2899-2901.

## (二) 聯邦最高法院判決見解

聯邦最高法院對於上訴審法院之判決，<sup>360</sup>部分維持、部分撤銷並發回更審。就被告 *Skilling* 抗辯公眾預斷的部份，認為其無法建立陪審團受到輿論影響的假設，不能主張未受到公平審判。<sup>361</sup>就誠信服務詐欺的部份，法院認為第 1346 條規定禁止對於誠信服務無形權利的詐欺，僅限於涉及賄賂和回扣的詐欺計畫，而被告 *Skilling* 所謂的不當行為並未涉及賄賂或回扣，故不成立誠信服務詐欺。<sup>362</sup>法院見解摘述如下：

### 1. 誠信服務原則的回顧：

(1) 上訴法院自 1940 年代起之一連串判決，皆認為郵件詐欺罪禁止「詐欺的計畫或手段」，不僅包括侵害金錢或財物，也包括無形的權利。傳統詐欺罪中，被害人金錢或財物上的損失即行為人之所得。而不同於此，誠信服務詐欺的焦點在於「貪汙」(corruption)，而「不具有類似的對稱性」，如果行為人獲利，所謂被害之一方也不會因此受有金錢或財物損失，因為行為人之獲利其實是由第三人所提供。縱使詐欺行為致被害人獲得金錢或財物，法院亦認為被害人對行為人誠信服務的權利仍受到侵害。大部分的案例情形是官員收受賄賂，但隨著時間的推移，法院也認為誠信服務原則可以適用到私部門員工收受賄賂或回扣而違背忠誠義務的情形。1982 年左右，所有的上訴法院都承認了誠信服務詐欺理論。

(2) 1987 年，*McNally* 案判決認為郵件詐欺限於財產權的保護，而不包括無形權利。判決同時指出國會如果想將無形權利納入保護範圍，則應該有更明確的規定。

(3) 對此，國會在 1988 年作出回應，增訂第 1346 條，明定「基於本章的目的，所謂『詐欺的計畫或手段』包括剝奪他人受誠信服務之無形權利之計畫或手段。」

#####

<sup>360</sup> *United States v. Skilling*, 554 F.3d 529 (5th Cir. 2009) cert. granted, 130 S.Ct. 393 (U.S. Oct. 13, 2009) (No. 08-1394).

<sup>361</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2901.

<sup>362</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2904.

2. 第 1346 條規定僅限於適用核心案件，並未違反明確性原則而違憲。

(1) 為符合正當程序原則，「刑事事實定法必須以(1) 有足夠的明確性使一般人得以理解何種行為是被禁止的；(2)不會造成任意性和歧視性執法的方式，定義刑事犯罪」，<sup>363</sup>稱之為「模糊條款無效原則」(void-for-vagueness)<sup>364</sup>。被告 *Skilling* 抗辯第 1346 條推定不符合上述兩個正當程序的要件，而聯邦最高法院則必須詮釋國會關於本條之立法。有鑑於第 1346 條潛在的廣度，上訴審法院雖然對本條規定的最佳解釋，存有分歧的見解，但卻一致地認為本條規定並非不明確。本案聯邦最高法院則認為應對本條作合憲性有效解釋。<sup>365</sup>

(2) 聯邦最高法院在 *McNally* 案以前的案例中，試圖樹立「誠信服務的無形權利」的定義。毫無疑問地，國會也試圖參考並整合 *McNally* 案之前，上訴法院關於誠信服務原則的見解。是以，在 *McNally* 案判決作成後，國會旋即起草並制定第 1346 條規定。

(3) 由於上訴法院的判決見解並非清晰一貫，被告 *Skilling* 所提出關於誠信服務原則明確性的質疑確有其立場。然而，在攻擊第 1346 條因不符合明確性要求而違憲前，聯邦最高法院判決實務向來都會考慮法令是否適合限制解釋。聯邦最高法院以在 *Letter Carriers* 案中的相同路徑，駁回被告 *Skilling* 提出限縮解釋也無法挽救誠信服務原則不明確性的主張。聯邦最高法院認為，縱使在 *McNally* 案以前，誠信服務原則的適用，在上訴法院中容有不同意見，但法院間的不同意見，並不包括誠信服務原則中絕大多數的涉及收受賄賂和回扣而違反受託義

#####

<sup>363</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2904 (quoting *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352, 357, 103 S.Ct. 1855, 75 L.Ed.2d 903).

<sup>364</sup> 模糊條款無效原則最早出現於 19 世紀中期，最初的適用範圍僅限於有關動產或不動產權利的契約或其他文件，意指如果契約或其他文件中所指的財產未被充分確定，或其他某些關鍵性的條款表述模糊，該文件將因此而被宣佈無效。直到 20 世紀初期，該原則才被用於實定法中，其涵義在於，如果立法確立了某項要求或某種刑罰，但其表述的方式卻十分模糊，以致於一個理性的人不能從其文字規定中理解該規定明確地要求什麼，或什麼樣的行為才應受處罰，則該實定法規定將因違背憲法第五及十四修正案所規定之正當程序原則 (due process clause) 而被法院宣告無效。該原則之目的在於要求懲罰性法律清楚告知人們什麼是法律所禁止的，並為執法人員行使裁量權提供明確的指導性標準，從而防止出現武斷的和帶有歧視性的執法行為。參見元照英美法詞典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=81700>。(最後瀏覽日：07/20/2015)

<sup>365</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2904 (“This Court agrees that § 1346 should be construed rather than invalidated.”).

務的案例，而事實上，*McNally* 案本身就代表了收受賄賂案例的範式。就歷史解釋的觀點，國會認為第 1346 條至少應包括收受賄賂和回扣的情形，而若然擴張解釋誠信服務原則的範圍，則可能提高本條的不明確性。是以，為了維持國會認為第 1346 條所必然涵蓋的範圍，聯邦最高法院削減 *McNally* 案以前判決先例的範圍，將其限制於核心案件。主要而言，即為透過收受由未受詐欺的第三人所提供賄賂或回扣的行為，涉及詐欺的計畫或手段，侵害他人誠信服務的案件。

(4) 政府督促聯邦最高法院進一步解釋第 1346 條，以禁止政府官員或私部門受僱人非公開的自我交易行為，但政府此觀點的論據都禁不起仔細的檢驗。首先，*McNally* 案的焦點，並不在於非公開經濟利益上的矛盾，而是收受回扣的經典詐欺計畫案例。將第 1346 條的禁止範圍限縮在收受賄賂或回扣的行為，即能滿足國會當初的立法目的：作為對於 *McNally* 案判決的回應。聯邦最高法院並不認同政府提出利益衝突的案件為誠信服務原則適用的核心範圍之主張，並指出雖然上訴法院認為，某些利益衝突案件的確會成立誠信服務詐欺，但是總體而言，對於何種詐欺手段會成立誠信服務詐欺，卻沒有一致的見解。有鑑於相關案例頻繁地起訴，以及上訴法院間見解的不一致，聯邦最高法院認為要合理地限縮解釋第 1346 條，就必須排出雜亂無章的案件類型。為了進一步排除本條適用上的疑慮，應有 *Cleveland v. United States* 案「刑事法律適用範圍不明確時應從寬認定」原則<sup>366</sup>的適用。因此，聯邦最高法院反對政府罔顧國會清楚地指示，而對於第 1346 條的限制較少的解釋。

(5) 將第 1346 條解釋限於收受賄賂或回扣的詐欺計畫，即不違反憲法所要求的明確性原則。禁止透過收受賄賂或回扣而侵害他人誠信服務，既不違反適當告知（fair-notice）<sup>367</sup>，也不會有任意起訴（arbitrary-prosecution）的問題。在公

#####

<sup>366</sup> *Cleveland v. United States*, 531 U.S. 12, 25 (2000) (“[A]mbiguity concerning the ambit of criminal statutes should be resolved in favor of lenity”) (quoting *Rewis v. United States*, 401 U.S. 808, 812, 91 S.Ct. 1056, 28 L.Ed.2d 493 (1971)).

<sup>367</sup> 所謂適當告知係指使一方做出反應的告知。聯邦最高法院曾在 *Grayned v. City of Rockford* 案判決中表示「法律應給予一般理解力的人一個合理的機會去理解什麼是被禁止的，他們才能做出相應的行為。模糊的法律規定可能會因為欠缺適當告知而陷無辜的人民於罪。」（*Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108 (1972) (“[W]e insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. Vague laws may trap the innocent by not providing fair warning.”)）因此，刑事責任和處罰必須以

平告知方面，收受賄賂或回扣的行為一直以來都被認為構成誠信服務詐欺，而實定法中犯罪意圖（*mens rea*）的要件，也進一步鈍化任何可能違反有關公平告知的問題。至於任意起訴的問題，聯邦最高法院並不認為誠信服務實定法有將會變形的重大風險。誠信服務詐欺禁止賄賂及回扣的內涵，並非僅來自於 *McNally* 案前的案例法，也來自於聯邦實定法對於相似犯罪的描述和定義。

3. 正如前述，本案的被告並未違反第 1346 條。檢察官起訴被告 *Skilling* 為自己利益，透過扭曲公司財務狀況，人為地提高公司股價，共同詐欺安隆公司股東，且檢察官認為被告 *Skilling* 因而獲有薪資及紅利收入，安隆公司售出大約 2 億元美金之股票，使被告 *Skilling* 淨得 8 千 9 百萬元美金，是為透過詐欺計畫獲有利益。然而，檢察官從未指出被告要求或收受第三人之副報償（*side payments*）作為扭曲公司財務狀況的對價。因為起訴書指出被告 *Skilling* 陰謀的三項罪名：誠信服務電信詐欺罪、金錢或財產電信詐欺罪、保險詐欺罪，所以判決被告 *Skilling* 有罪是有瑕疵的。然而聯邦最高法院認為也不必然需要推翻先前的有罪判決，而讓檢辯雙方再更審中，就此瑕疵是否無害於有罪判決，以及推翻先前的有罪判決是否會影響被告 *Skilling* 其他有罪判決等問題進行辯論。

## 二、*Black* 案

### （一）案例背景

被告 *Conrad Black* 是霍林格國際公司（*Hollinger International, Inc.*，下稱霍林格國際）的執行長，被告 *John Boulton*、*Mark Kipnis*、*Peter Atkinson* 等人，為霍林格國際負責人（*executives*）。霍林格國際透過子公司，在美國及其他地方發行若干報章雜誌。<sup>368</sup>

#####  
事先的法律規定作為其基礎，且禁止規定也必須是適當地明確而清晰的。（*Paul H. Robinson, Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, 154 U. PA. L. REV. 335, 336 (2005) (“[C]riminal liability and punishment can be based only upon a prior legislative enactment of a prohibition that is expressed with adequate precision and clarity.”)）學者 *Dressler* 甚至認為，適當告知原則成為美國刑事法律的首要原則，縱使在實踐上可能會導致道德上有罪的行為人逃過處罰的危險亦然。（*JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW*, §5.01[A], at 39 (3d ed. 2001)）

<sup>368</sup> *Black*, 130 S.Ct. 2963, 2966-67.

加拿大控股公司雷文斯頓公司 (Ravelston Corp.) 為霍林格國際的控制公司，而被告 Black 卻反過來持有雷文斯頓公司 65% 的股份。儘管被告 Black 僅直接持有霍林格國際的部分股份，但透過在雷文斯頓公司所持有的大部分股份，仍可以有效地控制霍林格國際。2001 年，霍林格國際之子公司之一 APC，在加拿大猛獁湖 (Mammoth Lake) 的一個小鎮發行報紙。為此，APC 公司支付被告等人共 550 萬元美金，作為離開霍林格國際後的三年內，不與 APC 競爭之競業禁止費 (noncompetition fees)。<sup>369</sup>

檢察官認為被告等透過詐欺手段騙取霍林格國際的財產，且未公開受有該競業禁止費，而剝奪霍林格國際受誠信服務的權利，應成立誠信服務郵件詐欺罪。<sup>370</sup>被告 Black 主張，這筆費用是霍林格國際積欠雷文斯頓公司的管理費，而以競業禁止費的方式表徵這筆費用背後真正目的，是為了使 APC 在加拿大獲得優惠稅率。<sup>371</sup>一審中，地區法院法官告知陪審團，誠信服務詐欺係指行為人為自己或其他共謀犯之利益，濫用職位故意違反其忠實義務 (duty of loyalty)，<sup>372</sup>陪審團則認為被告等人陰謀剝奪霍林格國際及其股東受誠信服務的無形權利，成立誠信服務郵件詐欺罪。<sup>373</sup>

上訴審中，被告等人則抗辯雖然他們有獲得私人利益，但是損害對象是加拿大政府，而不是被告等人對其負有受託義務的人，故應不成立誠信服務詐欺。上訴審法院則認為，被告 Black 等人是否會在與 APC 在加拿大的一個小鎮競爭是十分值得懷疑的事，而且這些費用並沒有給付給雷文斯頓公司，而是通通進了私人口袋，且沒有證據顯示霍林格國際的董事會或審計委員會認可這筆 550 萬元美金的費用，同時，此交易並未記入雷文斯頓公司的帳上，也沒有公開在年報 (10-K report) 中。<sup>374</sup>因此，第七巡迴法院仍判決被告等因為涉嫌提交不

#####

<sup>369</sup> United State v. Black, 530 F.3d 596, 599 (7th Cir. 2008), cert. granted, 129 S.Ct. 2379 (2009) (No. 08-876).

<sup>370</sup> Black, 130 S.Ct. 2963, 2967.

<sup>371</sup> Black, 530 F.3d 596, 599.

<sup>372</sup> Black, 130 S.Ct. 2963, 2967 (“[T]he District Court informed the jury, over Defendants' objection, that a person commits honest-services fraud if he ‘misuse[s] his position for private gain for himself and/ or a co-schemer’ and ‘knowingly and intentionally breache[s] his duty of loyalty.’”).

<sup>373</sup> Id.

<sup>374</sup> Black, 530 F.3d 596, 599.

實資料給聯邦證券交易管理委員會（United States Securities and Exchange Commission, SEC），而成立誠信服務郵件詐欺罪及妨害司法罪等罪名。<sup>375</sup>



## （二）聯邦最高法院判決見解

多數意見認為，依據聯邦最高法院在 *Skilling* 案中的見解，僅限於行為涉及貪汙或回扣的情形，才有可能構成郵件詐欺罪中的誠信服務要件。一審中，法官對陪審團關於誠信服務定義的指示並不正確，<sup>376</sup>因此將第七巡迴法院的判決撤銷發回。<sup>377</sup>同時，如同 *Skilling* 案，聯邦最高法院對於法官給陪審團不適當的定義性指示，是否無害於陪審團的決定並未表達意見，而是將問題留給更審法院。<sup>378</sup>

大法官 Scalia 及 Thomas 則在協同意見書中表示，認同多數意見認為一審中地區法院法官對於陪審團之指示並不正確的見解，但理由並非在於法官對於誠信服務詐欺的錯誤定義，而是給予陪審團關於誠信服務詐欺的指示本身，因為第 1346 條規定根本是違反明確性原則而違憲的。<sup>379</sup>大法官 Kennedy 也在協同意見書中寫道，多數意見在結論上殊值贊同，但無法認同多數意見認為誠信服務詐欺是貪汙和回扣行為的刑事責任，理由在於第 1346 條規定違反明確性原則而違憲，縱使多數意見將其範圍限縮於處罰貪汙和回扣行為，誠信服務詐欺實定法規定本身，仍然是違反美國憲法第五修正案的正當程序原則。<sup>380</sup>

## 三、Weyhrauch 案

### （一）案例背景

*Weyhrauch* 案主要涉及公職人員是否有特定的公開義務，以及如果符合州法規定是否仍可能成立誠信服務詐欺。被告 Bruce Weyhrauch 是前阿拉斯加州

#####

<sup>375</sup> *Id.* at 596.

<sup>376</sup> *Black*, 130 S.Ct. 2963, 2970.

<sup>377</sup> *Id.* at 2965.

<sup>378</sup> *Black*, 530 F.3d 596, 599.

<sup>379</sup> *Black*, 130 S.Ct. 2963, 2970.

<sup>380</sup> *Id.* at 2971.

國會議員，因涉嫌未在與阿拉斯加油品公司 VECO 利益相關的投票表決前，向公眾公開其在 VECO 公司求職的意圖，而被檢察官起訴誠信服務詐欺。

被告 Weyhrauch 主張他並沒有收受 VECO 公司任何的金錢，與 VECO 公司間也沒有達成將來在公司內部或外部職位的合意，並未確定受僱於 VECO 公司，而阿拉斯加州僅規定要求公職人員對於確定的利益衝突或超過一千元美金的餽贈時，才負有公開義務，因此其不應被判決有罪。<sup>381</sup>

檢察官則主張在投票前，被告 Weyhrauch 就已經和 VECO 公司主管就表決支持給予 VECO 公司優惠稅率的事進行討論，對於其公職生涯結束後受僱於 VECO 公司的事也已有默契。雙方就被告 Weyhrauch 是否有義務公開他與 VECO 公司協議的情形進行辯論。

一審中，地區法院認為，郵電詐欺罪的基礎必須來自於對於州法的違反，而由於阿拉斯加州法並未要求「公開對未來職位的協議」，若採檢方的論點而認定被告 Weyhrauch 有責任公開利益衝突的情形並不適當。

上訴審中，第九巡迴法院則撤銷地區法院的判決，認為第 1346 條的規定為誠信服務詐欺建立統一的標準規範著每名公職人員，因此並不需要為此證明個別行為是否違反州法規定，而改判被告等有罪。<sup>382</sup>被告 Weyhrauch 不服，向聯邦最高法院提出調卷令申請，主張聯邦最高法院應判決檢察官到底應不應該先證明被告違反州法所規定的公開義務。聯邦最高法院則在 2009 年准許被告 Weyhrauch 的申請，全案進入聯邦最高法院進行複審。

## （二）聯邦最高法院判決見解

聯邦最高法院肯定一審中地區法院的見解，並且認為在 *Skilling* 案以後，利益衝突已非構成第 1346 條誠信服務詐欺的基礎，當然也排除了故意未揭露利益衝突的情形。然而，聯邦最高法院對於本案所涉及的另一個重大問題－誠信服務詐欺的聯邦法規定是否應優先於州或地方法規定而適用，並未表示任何見解。

#####

<sup>381</sup> United States v. Weyhrauch, 548 F.3d 1237, 1244 (9th Cir. 2008), cert. granted, 129 S.Ct. 2863 (2009), vacated and remanded, 130 S.Ct. 2971 (2010).

<sup>382</sup> *Id.* at 1248.

2011 年 3 月 14 日，更審法院判決被告 Weyhrauch 因未登記遊說（unregistered lobbyists）有罪，檢察官則終止對其誠信服務詐欺之訴訟。<sup>383</sup>



## 貳、後 *Skilling* 案時代

安隆案後，又接二連三地爆發 WorldCom、Tyco 等公司違法行為的案件，國會似乎再也無法坐視誠信服務詐欺規定不理了。基於聯邦最高法院在 *Skilling* 案中所討論第 1346 條的明確性問題，國會似乎傾向更精細化的立法。2010 年 9 月 28 日，美國司法部刑事司助理檢察總長 Lanny Breuer，督促國會通過立法以「恢復檢察官使用郵電詐欺罪，起訴涉及未揭露自我交易的州、地方、聯邦公職人員的能力」<sup>384</sup>。Breuer 認為，新法應該「以郵電詐欺罪為依據」，但是「為了定義不當自我交易背後的金融利益範圍，新法可借鏡完善的聯邦利益衝突規定：美國聯邦刑法典第 208 條」<sup>385</sup>。

同日，參議院司法委員會主席 Patrick Leahy 提案「誠信服務恢復法案」（S.3854 - Honest Services Restoration Act），修訂聯邦刑法典的詐欺罪，企圖將聯邦最高法院在 *Skilling* 案中排除的，公部門及私部門可能發生的自我交易納入詐欺罪予以處罰。其內容包括：

「詐欺的計畫或手段」之定義，包括：

1. 公職人員從事未揭露自我交易的計畫或手段；或
2. 公司負責人從事未揭露私人自我交易的計畫或手段。

「未揭露自我交易」之定義：

#####

<sup>383</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 168.

<sup>384</sup> See Honest Services Fraud: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 111th Cong. (statement of Lanny A. Breuer) (“[R]estore our ability to use the mail and wire fraud statutes to prosecute state, local, and federal officials who engage in schemes that involve undisclosed self-dealing”), available at: <http://www.justice.gov/criminal/pr/testimony/2010/crm-testimony-100928.html> (last visited: 07/20/2015)

<sup>385</sup> *Id.* (“[R]ely upon the mail and wire fraud statutes”, “in order to define the scope of the financial interests that underlie improper self-dealing, the statute should draw content from the well-established federal conflict of interest statute, 18 U.S.C. § 208.”).

1. 執行公務行為中獲益或促進公職人員及其配偶或未成年子女、普通合夥人；企業或組織中作為受僱人、公司負責人、受託人或普通合夥人的公職人員；正在與公職人員談判的個人、企業或組織之經濟利益，或者有關於未來任職或經濟補償的任何安排；且
2. 故意偽造、隱瞞、掩蓋或未依法公開有關經濟利益的重大資訊。



「未揭露私人自我交易」之定義：

1. 公司負責人執行行為造成或意圖造成公司損害，以獲益或促進公司負責人及其配偶或未成年子女、普通合夥人；企業或組織中作為受僱人、公司負責人、受託人或普通合夥人的公司負責人；正在與公司負責人談判的個人、企業或組織之實際或預期 5000 元美金以上之經濟利益，或者有關於未來任職或經濟補償的任何安排；且
2. 故意偽造、隱瞞、掩蓋或未依法公開有關經濟利益的重大資訊。<sup>386</sup>

#####

<sup>386</sup> Honest Services Restoration Act - Amends the federal criminal code to expand the definition of "scheme or artifice to defraud," for purposes of fraud offenses, to include:

- (1) a scheme or artifice by a public official to engage in undisclosed self-dealing; or
- (2) a scheme or artifice by officers and directors to engage in undisclosed private self-dealing.

Defines "undisclosed self-dealing" to mean:

- (1) performing an official act to benefit or further a financial interest of the public official, a spouse or minor child, a general partner, a business or organization in which the public official is serving as an employee, officer, director, trustee, or general partner, or an individual, business, or organization with whom the public official is negotiating for, or has any arrangement concerning, prospective employment or financial compensation; and
- (2) knowingly falsifying, concealing, covering up, or failing to disclose material information regarding a financial interest as required by law.

Defines "undisclosed private self-dealing" to mean:

- (1) performing an act which causes or is intended to cause harm to the employer of the officer or director and which is undertaken to benefit or further by an actual or intended value of \$5,000 or more a financial interest of the officer or director, a spouse or minor child, a general partner, another business or organization in which the officer or director is serving as an employee, officer, director, trustee, or general partner, or an individual, business, or organization with whom the officer or director is negotiating for, or has any arrangement concerning, prospective employment or financial compensation; and
- (2) knowingly falsifying, concealing, covering up, or failing to disclose material information regarding a financial interest as required by law.

From the website of CONGRESS.GOV, available at: <https://www.opencongress.org/bill/s3854-111/show> (last visited: 07/20/2015).

雖然，此法案在當會期並沒有通過司法委員會的審查而胎死腹中，<sup>387</sup>不過也的確昭示了某些立法者和實務工作者的想法—無論如何，都想透過刑事法律來處罰違反受託義務的公職人員或是私人。



### 第三款 學說

#### 第一目 組織及制度上的變革

安隆公司中存在的金融詐欺情形，不過是冰山的一角。如同骨牌一般，Adelphia、Xerox、Global Crossing、Lucent、Qwest、Rite Aid 等公司，紛紛被披露在過去的財務報告中造假，WorldCom更在安隆案爆發後的六個月宣告破產，導致證券交易市場中資本流失，重創美國資本市場經濟。<sup>388</sup>為了挽救瀕臨潰堤的投資大眾信心和回應來自政治上的壓力，美國司法部於2002年成立了反公司詐欺特別小組（The Corporate Fraud Task Force），該小組是由美國聯邦副檢察總長（Deputy Attorney General）擔任召集人，而其成立最主要的任務就是：傾全力結合聯邦、州和地方機關的力量，用以偵查並訴追金融犯罪並向公司犯罪正式宣戰<sup>389</sup>。同年，國會通過了沙賓法案（Sarbanes-Oxley Act, SOX），該法案主要影響有三：第一，新增四種與金融詐欺行為有之處罰規定；第二，對現存的金融詐欺犯罪加重其處罰規定—郵電詐欺罪最高可處20年有期徒刑；第三，要求美國量刑委員會（American Sentencing Commission）修訂並加重對公司負責人詐欺罪之量刑標準。<sup>390</sup>

然而於此同時，國會並未增加任何公司負責人違背受託義務的民事責任。<sup>391</sup>學者Casey則指出，公開發行公司（public company）中有受託義務的人，仍然只有一點點必須承擔民事責任的風險。一般都認為，處罰貪汙行為和追究相關人員責任是有必要的，但是以股東訴訟（shareholder litigation）作為威嚇手

#####

<sup>387</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 170.

<sup>388</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 177.

<sup>389</sup> 於知慶（2009），〈美國司法部打擊公司貪汙（犯罪）的策略與方式〉，《赴美國紐約大學法學院研習進修報告—企業貪汙之研究》，頁 28。

<sup>390</sup> 於知慶（2009），〈以刑事訴追作為企業改革的契機—以美國司法部在恩隆案後的訴追策略為例〉，《赴美國紐約大學法學院研習進修報告—企業貪汙之研究》，頁 8。

<sup>391</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 177.

段追訴受託義務人的民事責任，仍然不為多數民眾所採用。甚至是美國商會（U.S. Chamber of Commerce）的負責人都比較傾向採取刑事的制裁手段。而檢察官起訴公司負責人的案件中，大部分都有包括郵電詐欺罪，甚至有許多案件也包括誠信服務詐欺，<sup>392</sup>似乎並不受聯邦最高法院在 *Skilling* 案判決之見解影響。以刑事訴訟作為對負責人過去違背受託義務的制裁手段，及對未來可能違背受託義務的威嚇手段，顯然已是大勢所趨。<sup>393</sup>

## 第二目 *Skilling* 案判決的影響與批評

聯邦最高法院藉由 *Skilling* 案判決，將誠信服務詐欺的範圍限縮於賄賂和回扣的情形，毋寧更符合明確性原則，但同時也意味著第 1346 條規定的本身，可能存在有違反以美國憲法第五及十四修正案正當程序原則為基礎的模糊條款無效原則的疑慮，<sup>394</sup>但聯邦最高法院終究對本條作出合憲性解釋，認為誠信服務詐欺實定法的規定並未違憲。

學著 Wagoner 認為，*Skilling* 案判決不僅僅是對於第 1346 條規定要件的解釋，而將影響未來誠信服務詐欺的範圍，更可能使過去涉及賄賂及回扣以外事由之誠信服務詐欺案件判決受到挑戰，例如涉及未揭露自我交易（self-dealing）及利益衝突（conflicts of interest）的案件。<sup>395</sup>不過也有見解認為，事實上檢察官大可在損害的客體上，用「金錢或財物」（"money or property"）取代「誠信服務」，也就是說，迴避掉大法官對於第 1346 條所作出的各種限制，而選擇回到第 1341、1343 條規定，以起訴收受賄賂和回扣以外的情形，即包括自我交易和利益衝突等。<sup>396</sup>對此，學者 McMillan 則認為，究竟誠信服務詐欺會不會向過去一樣成為檢察官追訴一般詐欺罪的利器，抑或是除了賄賂和回扣的情形外，誠信服務詐欺將就此被廢棄不用，現在就下定論未免言之過早。然而，不得不

#####

<sup>392</sup> See Casey, *supra* note 310, at 41-43.

<sup>393</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 178.

<sup>394</sup> 詳見前揭註 364。

<sup>395</sup> Nicholas J. Wagoner, Comment, *Honest-Service Fraud: The Supreme Court Defuses the Government's Weapon of Mass Discretion in Skilling v. United States*, 51 S. TEX. L. REV. 1087, 1130 (2010).

<sup>396</sup> Iris E. Bennett et al., *Honest Services after Skilling: Judicial, Prosecutorial, and Legislative Responses*, 11 CRIM. LITIGATION 1, 3 (2010).

注意的是，對於行為人涉及賄賂和回扣的案件，不論是在州或在聯邦，事實上都有法律可以處理，例如上述的沙賓法案。<sup>397</sup>

事實上，這樣的觀點也揭示了另一個法律適用上的潛在問題：聯邦刑法中的誠信服務郵電詐欺罪，和州或地方的刑事法律系統有所重疊甚至扞格的可能性。學者 Beale 批評，雖然期待法院在 *Skilling* 案等三判決中，解決這個複雜的問題是沒有可能性的，但令人非常訝異的是，聯邦最高法院不但沒有討論甚至沒有提到這個問題，而這個問題其實會涉及第 1346 條是否有違反憲法第五及十四修正案。<sup>398</sup>

另外，誠信服務詐欺法條規定的不明確，表面上會產生適用法律標準不一的疑慮，但其實也隱含著長久以來美國實務上各種更嚴重的問題，包括檢察官起訴裁量權是否過大、<sup>399</sup>刑罰的界線及過度刑罰化（overcriminalization）等等更嚴重的問題，<sup>400</sup>在 *Skilling* 案等三判決中也都沒有得到解決。

在實體上，本案多數意見將誠信服務詐欺的成立，限縮於行為人涉及收受賄賂及回扣之情形的依據，備受學說和實務的質疑。大法官 Scalia 在本案不同意見書中即指出，從來沒有法院認為誠信服務詐欺的範圍，必須限縮於行為涉及收受賄賂或回扣的情形，<sup>401</sup>聯邦最高法院多數意見的推論欠缺普通律上的依據。學者 Beale 亦認為，法律條文的解釋，必須自歷史解釋的角度切入予以觀察，但也應從文義解釋開始，而本案判決中甚至幾乎找不到任何對於誠信服務詐欺條文之文義解釋。從歷史解釋的角度而言，本案多數意見認為誠信服務詐欺的實定法，是對 *McNally* 案判決之回應，因此採取 *McNally* 案以前的實務見解，作為本案判決之依據，但事實上，*McNally* 案以前的實務見解認定誠信服

#####

<sup>397</sup> See *McMillan*, *supra* note 239, at 168.

<sup>398</sup> Sara Sun Beale, *An Honest Services Debate*, 8 OHIO ST. J. CRIM. L. 251, 271 (2010).

<sup>399</sup> 大法官 Scalia 在 *Sorich* 案不同意見書中即表示：「沒有統一的限制原則定義什麼是『誠信服務的無形權利』，也沒有定義如何才會違反，這個詞語，讓那些汲汲營營追名逐利的檢察官起訴涉及任何令人質疑的或有道德瑕疵的行為之地方公職人員、州議員、公司執行長」。See *Sorich*, 129 S.Ct. 1308, 1310. (“Without some coherent limiting principle to define what ‘the intangible right of honest service’ is, whence it derives, and how it is violated, this expensive phrase invites headline-grabbing prosecutors in pursuit of local officials, state legislators, and corporate CEOs who engaged in any manner of unappealing or ethically questionable conduct.”).

<sup>400</sup> See Beale, *supra* note 398, at 271.

<sup>401</sup> *Skilling*, 130 S.Ct. 2896, 2939 (Scalia, J., dissenting).

務詐欺的範圍，尚包括自我交易和未揭露利益衝突的情形，司法部甚至對此簡要整理出巡迴法院曾判決之十三種態樣，皆為國會制定第 1346 條誠信服務詐欺之重要部分。而聯邦最高法院於本案判決中，對誠信服務詐欺所作出的定義，有違反權力分立原則之虞。<sup>402</sup>

### 第三目 立法論上的建議

在刑罰化的論辯上，雖然實務以誠信服務詐欺，追究公司負責人違背受託義務行為的刑事責任，已然成為常態，但無論是 *Skilling* 案判決作成之前或之後，違背受託義務的行為，究竟應不應當用刑事法律加以處罰，一直是刑事法學界所關注和討論的核心議題。<sup>403</sup> 學者 Moohr 認為，在聯邦刑法典第 1346 條規定下，違反受託義務的行為會成立犯罪，但其實在誠信服務詐欺或其他涉及侵害無形權利的犯罪中，行為人的行為常常都並不是明確的犯罪行為。<sup>404</sup> 學者 McMillan 也認為，現行美國法上對於公司負責人責任的規定，在民事責任的發動上困難重重，而在 *Skilling* 案等三判決之後，在刑事責任的認定上與以往也大相逕庭。姑且不論聯邦最高法院對於誠信服務詐欺的認定如何改變，在其他實定法規定中，違反誠信服務的行為也會被認為是有罪的。但回頭想想，用刑事法制裁所謂違背受託義務的行為真的好嗎？如果理由只是因為人民對少數違法的公司負責人已經感到厭煩，對於大部分行規蹈矩的公司負責人而言又該如何？強化公司負責人民事責任的規定及作用，不但更能反應公司和公司負責人間存在的私法關係，毋寧也是更加適當的作法。<sup>405</sup>

由於第 1346 條也沒有明文定義何謂「誠信服務」，只能夠透過實務案例的累積，勾勒出誠信服務的樣貌，但也增加了許多認事用法上的困難以及不確定性。學者 Casey 認為，在 *Skilling* 案判決作成前，雖然第 1346 條規定並未提到受託義務，但法院一般都認為單純契約義務的違反並不會構成誠信服務詐欺，而將誠信服務詐欺成立的範圍，限縮於對他人負有提供誠信服務的受託義務之情形。然而，也有法院見解強調，並非所有受託義務的違反都會構成誠信服務詐

#####

<sup>402</sup> See Beale, *supra* note 398, at 253-54.

<sup>403</sup> See Beale, *supra* note 398, at 271.

<sup>404</sup> Geraldine Szott Moohr, *Mail Fraud Meets Criminal Theory*, 67 U. CIN. L. REV. 1, 15 (1998).

<sup>405</sup> See McMillan, *supra* note 239, at 181.

欺。這也就是說，對於什麼是會構成聯邦重罪的誠信服務的受託義務，什麼是一般契約的受託義務，實務上並沒有共識，而將被告的有罪與否，繫諸於地理位置的變化及檢察官的自由裁量權（prosecutorial discretion），是相當不合理的。<sup>406</sup> *Skilling* 案判決，將誠信服務詐欺的範圍限縮於涉及收受賄賂或回扣的行為上，表面上看似相當程度地解決明確性和預見可能性的問題，但實際上聯邦最高法院如此結論卻是欠缺論理基礎的。學者 Buell 即建議將以受託義務為基礎的關係明確化：在被詐欺的一方有獲得相關資訊的期待，而所謂的期待必須是大部分的人民都會有的相同合理期待，則未揭露資訊的行為就會構成誠信服務詐欺。

407

在財產損害的認定上，有論者認為，對於違反受託義務行為的民事責任和刑事責任，更直接清楚的劃分方式，是將上述開展的概念回歸到普通法中詐欺罪的核心——透過詐欺行為獲得金錢或財產的意圖（an attempt to obtain money or property through false pretenses）。<sup>408</sup> 學者 Coffee 則認為，這種描述方式以歷史解釋的角度而言似乎是有疑問的，理由在於現代商業社會中，人們可以透過詐欺資訊的方式，侵占被害人的金錢或有形財產，但是這種資訊財產權在傳統的普通法底下，並不會被認為是財產權。例如在 *Barta* 案中，由於被告正式借錢而且被假設有能力會還款，所以本案被害人受詐騙的並非金錢，而是避免巨大風險和信用不足借貸的機會。<sup>409</sup>

但由於郵電詐欺罪或是誠信服務詐欺都不要求被害人實際上的損害，因此行為和預期上的損害間之假設因果關係就更形重要。實務見解在 *Bronston* 案後也認為違反受託義務的行為與被害人的損害結果間不需具備因果關係。許多經典的違反受託義務的行為，例如自我交易、侵吞公司的機會、收受回扣等行為，難與侵占罪截然二分。兩者間最重要的不同，在於違反受託義務的行為並非結

#####

<sup>406</sup> See Casey, *supra* note 310, at 52.

<sup>407</sup> Samuel W. Buell, *The Court's Fraud Dud*, 6 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 31, 39 (2010) (“(1) the deceived party had an expectation of receiving the relevant information; and (2) the law should deem that expectation (a) reasonable, because most of us would have had the same expectation, and (b) worthy of remedy, because it will be useful to encourage disclosure in this setting or the failure to have provided it is blameworthy for imposing or risking undue harm.”).

<sup>408</sup> W. Robert Gray, Comment, *The Intangibel-Rights Doctrine and Political-Corruption Prosecutions Under the Federal Mail Fraud Statue*, 47 U. CHI. L. REV. 562, 578 (1980).

<sup>409</sup> See Coffee, *supra* note 155, at 123-124.

果，而是指向結果的方法。相反地，如果單純剝奪被害人受誠信及善意服務權利的行為，必然將會成立刑事上的詐欺罪，那麼受託義務之違反和刑事責任之成立間，所謂方法與結果間的關係則也會消失。<sup>410</sup>

就此，學者 Coffee 認為，確定性和可能性就像水和油般互斥。要求檢察官就違反受託義務行為會造成預期的「實際損害」舉證超越合理懷疑是矛盾的。最圓滿的解決方式是讓最近因果關係（proximate causation）成為被告積極抗辯事項（affirmative defense）。如果被告可以證明其特定之行為，並不會對於假定的被害人造成損害，或是損害在傳統認定因果關係的概念範圍內並不是可合理預見的，即可否定其刑事責任。<sup>411</sup>然而毫無疑問的，「最近因果關係」是個不明確的概念，但也正是因為這一個特性，使最近因果關係成為能夠作為不將違反受託義務之行為入罪化的調和原則。<sup>412</sup>

#### 第四項 小結

承襲英國法而來，美國法上的財產犯罪與英國法在類型的區分上大同小異，但在細節上有非常大的不同。在郵電詐欺罪的要件上，聯邦最高法院一般認為必須證明郵電詐欺罪的被告符合以下三要件已達超越合理懷疑的程度：一、導致重大虛假陳述的詐欺計畫；二、利用郵件或電信促進詐欺計畫；三、詐欺的特定意圖及知，而是否造成他人財產或金錢的損失或侵害，以及行為人對於詐欺計畫是否實際知悉則在所不問。

透過實務見解的累積，郵電詐欺罪所保護的利益擴張到受誠信服務之無形權利，亦即信託人獲得受託人依據其受託義務所提供之服務的權利，而類似於我國背信罪的規定。傳統上，郵電詐欺罪雖不以詐欺計畫或手段成功騙取被害人的金錢或財產為要件，但仍以他人之金錢或財產等有形的財產權為保護利益。不同於此，誠信服務詐欺規定所欲保護者為他人受誠信服務之無形權利。誠信服務詐欺所保護的利益，和傳統郵電詐欺罪所保護的利益自始脫鉤。

#####

<sup>410</sup> See Coffee, *supra* note 155, at 167.

<sup>411</sup> See Coffee, *supra* note 155, at 168.

<sup>412</sup> See Coffee, *supra* note 155, at 169.

但實務上對於誠信服務詐欺理論的肯認，在 1987 年的 *McNally* 案中短暫地受到挑戰，而後為回應 *McNally* 案判決的質疑，國會在 1988 年將誠信服務詐欺理論明文化為美國聯邦刑法典第 1346 條，即大量被運用在追訴違反受託義務之行為的刑事責任上。然而，何謂受誠信服務之無形權利，第 1346 條並沒有具體說明。學說和實務上關於誠信服務詐欺的爭議，也並未隨著誠信服務詐欺成為實定法上的規定而告一段落。

於是，實務上對於誠信服務無形權利的見解，陷於各說各話的情形，並持續了二十餘年，直到 2010 年的 *Skilling* 案判決作成之後才有了改變。聯邦最高法院於 *Skilling* 案判決指出，誠信服務詐欺的無形權利僅限於行為人涉及收受賄賂或回扣而違反受託義務的情形，理由在於：一、依據目的性解釋，誠信服務詐欺實定法規定，係國會對於 *McNally* 案判決的回應，而 *McNally* 案之事實即為涉及收受賄賂或回扣的情形；二、將誠信服務詐欺的範圍，限縮於收受賄賂或回扣的情形，將更符合憲法第五修正案所要求的明確性原則；三、上訴法院間對於收受賄賂或回扣等違反受託義務的情形，成立誠信服務詐欺並無異議，因此不會產生違反公平告知的問題。本案判決使得受託義務的違反不再等同於誠信服務詐欺，傳統上被認為違反受託義務的自我交易或利益衝突行為，都不再足以成立誠信服務詐欺，限於行為人收受賄賂或回扣等，利用職務關係獲取利益而違反受託義務的行為，才會成立誠信服務詐欺。

與英國法具有相似的發展，美國法上的誠信服務詐欺也幾度面臨過度刑罰化的質疑，曾試圖自客觀上結果要件的角度限縮誠信服務詐欺的範圍。來回擺盪在財產損害與否之間的誠信服務詐欺，聯邦最高法院最後卻選擇從客觀上行為要件的角度回應這些質疑的聲浪。在郵電詐欺罪下的誠信服務詐欺，在客觀要件上，也可從行為主體、行為、結果等三方面予以觀察。在行為主體方面，實務見解認為限於公部門或私部門中基於以法律為依據之信託關係而負有受託義務的人。在行為方面，在 *Skilling* 案以後，誠信服務詐欺的行為只限於收受賄賂或回扣的行為。在結果方面，一如郵電詐欺罪的解釋，誠信服務詐欺的成立不需要有實際上的利益或損害，只需要證明行為與結果間有假設因果關係即可。在主觀要件上，行為人需有詐欺意圖和知悉。此外，為了維護交易市場有效運

作，並打擊相關的金融機構犯罪，在行為客體是金融機構的情形下，包括銀行、農會合作社、信用合作社等，對於行為人的處罰加重為30年以下有期徒刑，科或併科100萬元以下罰金。



美國實定法上，關於受託義務規定得十分詳細，分散在整部聯邦法典之中，至少332個條文都出現過受託義務一詞，<sup>413</sup>其規範密度，已是我國法所遠不能及，復以美國特殊的實定法和案例法雙軌之法律系統，關於受託義務的規定，相較於我國可謂精確許多。即便如此，學說和實務上，對於違反受託義務行為之刑事責任的範圍如何認定，甚或是違反受託義務的行為應否以刑事責任相繩，乃至於誠信服務詐欺規定是否符合憲法第五修正案所要求之明確性原則等問題，始終爭論不休。

#####

<sup>413</sup> 例如：聯邦法典第 7 編第 50 章第 209 條中之規定，「任何主管、董事、僱用人、代理人，或者其他參與農村商業投資公司事務的管理及實施之人，不得從事或不從事違反其受託義務的任何行為或實行，導致農村商業投資公司遭受財務損失或其他損害，或有遭受之迫切危險。」

(7 U.S.C. section 209cc-14(b) provides: It shall be unlawful for any officer, director, employee, agent, or other participant in the management or conduct of the affairs of a rural business investment company to engage in any act or practice, or to omit any act or practice, in breach of the fiduciary duty of the officer, director, employee, agent, or participant if, as a result of the act or practice, the rural business investment company suffers or is in imminent danger of suffering financial loss or other damage.)



## 第四章 我國法上董事違反受託義務之刑事責任

### 第一節 概說

我國法上董事違反受託義務的犯罪，依其行為態樣也可以被歸類到各種普通刑法以及特別刑法的罪名中。在普通刑法上，例如：刑法第 320 條竊盜罪、第 336 條第 2 項業務侵占罪、<sup>414</sup>第 339 條詐欺罪、第 342 條背信罪等。在特別刑法上，例如：證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款證券詐欺罪、操縱市場罪、內線交易罪等、同條項第 2 款非常規交易罪、<sup>415</sup>同條項第 3 款公開發行公司董監經侵占背信罪、銀行法第 125 條之 2 銀行負責人職員背信罪、金融控股公司法第 57 條金融控股公司負責人職員背信罪、信用合作社法第 38 條之 2 信用合作社負責人職員背信罪等。<sup>416</sup>

#####

<sup>414</sup> 最高法院98年度台上字第7118號刑事判決：「刑法上之背信與侵占罪，同屬破壞信賴關係侵害財產之犯罪類型，而第三百四十二條之背信罪，乃一般性違背任務之犯罪，同法第三百三十六條第二項之業務侵占罪，則為特殊之背信行為。」

<sup>415</sup> 最高法院99年度台上字第6731號刑事判決：「公司經營者應本於善良管理人注意義務及忠實義務，為公司及股東謀取最大利益，然時有公司經營者或有決策權人，藉由形式上合法，實質上不法或不正當之手段，將公司資產或利益移轉、輸送給特定人，或為損害公司利益之交易行為，損害公司、股東、員工、債權人、一般投資大眾之權益，甚至掏空公司資產，影響證券市場之穩定或社會金融秩序。有鑑於此，立法院於八十九年修正之證券交易法第一百七十一條第二款規定：『已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損害者，處七年以上有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金。』」

<sup>416</sup> 另參見92年7月10日制定之農業金融法第39條第1項：「信用部或全國農業金庫負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害信用部或全國農業金庫之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於信用部或全國農業金庫之財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新台幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新台幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新台幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」、93年1月13日增訂之信託業法第48條之1：「信託業負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害信託業之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於信託業之自有財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新台幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新台幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新台幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」、90年6月27日制定並於93年1月13日修正之票券金融管理法第58條第1項：「票券金融公司負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害公司之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於公司之財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新台幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新台幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新台幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」、90年6月26日增訂並於93年1月13日修正之保險法第168條之2第1項：「保險業負責人或職員或以他人名義投資而直接或間接控制該保險業之人事、財務或業務經營之人，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害保險業之利益，而為違背保險業經營之行為，致生損害於保險業之財產或利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得

其中刑法第 342 條背信罪，是處罰一般性違背任務行為的罪名，在應成立其他罪名時，即不能論以刑法上的背信罪，<sup>417</sup>凸顯背信罪在產犯罪中所扮演的「截賭機能」。<sup>418</sup>證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款、銀行法第 125 條之第 1 項、<sup>419</sup>金融控股公司法第 57 條第 1 項、<sup>420</sup>信用合作社法第 38 條之 2 第 1 項等規定，<sup>421</sup>係規定於特別刑法中，而與刑法第 342 條背信罪之架構大同小異，因此學說及實務上一般皆稱之為特別背信罪。<sup>422</sup>

#####

併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」等。

<sup>417</sup> 最高法院63年台上字第292號刑事判例：「刑法上之背信罪為一般的違背任務之犯罪，若為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使他人交付財物者，應成立詐欺罪，不能論以背信罪。」

<sup>418</sup> 吳志強，前揭註 147，頁 125。

<sup>419</sup> 銀行法第 125 條之 2 第 1 項：「銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」

<sup>420</sup> 金融控股公司法第57條第1項：「金融控股公司之負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害金融控股公司之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於公司財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」

<sup>421</sup> 信用合作社法第38條之2 第1項：「信用合作社負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害信用合作社之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於信用合作社之財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」

<sup>422</sup> 最高法院103年度台上字第2996號刑事判決：「銀行法第一百五十五條之二第一項之銀行職員背信罪……為結果犯，係特別規範銀行職員損害銀行之財產或其他利益之背信行為，為背信罪、侵占罪之特別規定。」；最高法院104年度台上字第1067號刑事判決：「證券交易法第一百七十一條第一項第三款規定：『已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受損害達新台幣五百萬元。』係屬刑法侵占及背信罪之特別規定，並以致公司遭受損害達五百萬元為其特別要件。」另參見曾淑瑜（2011），〈論金融犯罪「特別背信罪」之構成要件—台灣高等法院九十九年度金上重訴字第三一號判決〉，《月旦法學雜誌》，193期，頁196。為求語述行文之便，本文在提及背信罪時係指刑法第342條背信罪，在提及特別背信罪時係指銀行法第125條之2第1項、金融控股公司法第57條第1項、信用合作社法第38條之2 第1項、證券交易法第171條第1項第3款等背信罪，而銀行法、金融控股公司法、信用合作社法、證券交易法之特別背信罪，行為客體雖有不同，但由各該條文的立法理由可知其規範目的相同，故本文乃統一以「公司」稱之。

## 第二節 背信罪與特別背信罪之保護法益

刑法第 342 條背信罪規定，「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。（第一項）前項之未遂犯罰之。（第二項）」由此可知，背信罪以「為他人處理事務而違背任務」之行為、「致生損害於本人之財產或其他利益」之結果、「為自己或第三人之利益或損害本人之利益」之意圖等為構成要件。

相較於銀行法第 125 條之 2 第 1 項規定、金融控股公司法第 57 條第 1 項、信用合作社法第 38 條之 2 第 1 項等特別背信罪規定，除行為主體不同之外，皆以「違背職務」之行為、「致生損害於公司財產或其他利益」之結果、「為自己或第三人之利益或損害本人之利益」之意圖等為構成要件。而證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款特別背信罪，<sup>423</sup>在主為主體部分，排除上述特別背信罪所規定之公司職員，而僅限於公司之董事、監察人、經理人，並規定以公司損害達 500 萬元以上為要件以外，也以「違背職務」之行為、「致生損害於公司財產或其他利益」之結果、「為自己或第三人之利益或損害本人之利益」之意圖等為構成要件。而特別背信罪之刑度則皆為 3 年以上 10 年以下有期徒刑，得併科新台幣（下同）1000 萬元以上 2 億元以下罰金，如其犯罪所得達 1 億元以上者，處 7 年以上有期徒刑，得併科 2500 萬元以上 5 億元以下罰金。

證券交易法上的特別背信罪比起背信罪或是其他特別背信罪，以公司財產損害需達 500 萬元為特別要件，<sup>424</sup>但是刑度仍與其他特別背信罪一樣，都比背信罪高出 5 年有期徒刑，足見特別背信罪中構成要件結果之財產損害的多寡並

#####

<sup>423</sup> 證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款：「有下列情事之一者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金：三、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受損害達新臺幣五百萬元。」

<sup>424</sup> 最高法院 104 年度台上字第 1067 號刑事判決：「證券交易法第一百七十一條第一項第三款規定：『已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受損害達新臺幣五百萬元。』係屬刑法侵占及背信罪之特別規定，並以致公司遭受損害達五百萬元為其特別要件。除其特別規定外，其犯罪之構成要件，仍與刑法侵占、背信罪之要件相同。」

非造成與背信罪刑度不同的因素。簡言之，背信罪與特別背信罪主要的差異，即在於「行為客體」、「行為主體」。

特別背信罪的行為客體限定為銀行、金融控股公司、信用合作社、公開發行公司等，須和各該特別背信罪的行為主體合併觀察才有意義。背信罪係因身分關係而成立之犯罪，行為主體限定為基於委任關係為他人處理事務的人，屬於純正身分犯的立法，<sup>425</sup>亦即對行為主體設定一定的範圍，例如：特定資格、身分或其他特定關係之人，為構成要件行為才會成立的犯罪。在此等犯罪中，行為主體資格或身分是創設行為不法內涵的要素，<sup>426</sup>也就是說只有因委任關係為他人處理事務的人才可能造成背信罪的法益侵害。

證券交易法特別背信罪的行為主體限定為公開發行公司董事、監察人、經理人以外，其他特別背信罪的行為主體也皆限定為公司負責人或職員，學說實務上一般也都認為是純正身分犯的立法，<sup>427</sup>換句話說，也就是認為只有特別背信罪法條所規定具有公司負責人或職員身分的人，才能造成特別背信罪的法益侵害。

#####

<sup>425</sup> 最高法院99年台上字第1294號刑事判決：「行為人原則上必須具有『受委任為他人處理事務』之身分，始得以成立背信罪；而無此身分之人，依同法第三十一條第一項規定，雖亦得與其他具有此身分之人成立本罪之共同正犯。」；最高法院89年台上字第7973號刑事判決：「背信係因身分關係而成立之犯罪，原判決雖說明乙○○與丙○○訂立互易契約，乙○○就公用電話之生產係為丙○○處理事務；但丁○○、戊○○、甲○○並非該契約之當事人，亦未受丙○○委任處理事務，依何法律關係得論以共同正犯，原判決未予說明，亦有疏漏。」

<sup>426</sup> 王皇玉，前揭註 172，頁 169。

<sup>427</sup> 最高法院102年度台上字第3250號刑事判決：「查證券交易法第一百七十一條第一項第三款特別背信罪係因身分而成立之犯罪，以行為人具有已依證券交易法發行有價證券之公司之董事、監察人或經理人身分為成立要件」。王志誠（2012），〈證券交易法上「特別背信罪」之構成要件〉，《台灣法學》，208期，頁114；林盛煌（2007），〈論金控法之背信罪及其適用問題一以「中信金插旗兆豐金」乙案為例〉，《月旦法學雜誌》，144期，頁81。「純正身分犯」又稱「純正特別犯」，學說上亦有稱為「純正特別關係犯」者，詳見劉幸義（2011），〈由法律用語理論觀察—身分犯？特別犯？或特別關係犯？〉，《台灣法學》，169期，頁62-63。

		刑法第 342 條第 1 項	銀行法第 125 條之 2 第 1 項 (89.10.13)	金融控股公司法第 57 條第 1 項 (90.6.27)	信用合作法第 38 條之 2 第 1 項 (93.1.13)	證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款 (93.1.13)
行為主體		無限制	銀行負責人、職員	金融控股股公司負責人、職員	信用合作社負責人、職員	公開發行公司董事、監察人、經理人
行為		為他人處理事務而違背任務	違背職務	違背職務	違背職務	違背職務
結果		致生損害於本人之財產或其他利益	致生損害於銀行之財產或其他利益	致生損害於公司財產或其他利益	致生損害於信用合作社之財產或其他利益	致公司遭受損害達 500 萬元 (100.12.12)
意圖		為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益	為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益	為自己或第三人不法之利益，或損害金融控股公司之利益	為自己或第三人不法之利益，或損害信用合作社之利益	為自己或第三人之利益
刑度	有期徒刑	5 年以下	3 年以上 10 年以下	3 年以上 10 年以下	3 年以上 10 年以下	3 年以上 10 年以下
	罰金	科或併科 50 萬元以下	併科 1000 萬元以上 2 億元以下	併科 1000 萬元以上 2 億元以下	併科 1000 萬元以上 2 億元以下	併科 1000 萬元以上 2 億元以下
加重處罰		無	犯罪所得金額達 1 億元以上 (93.1.13)	犯罪所得金額達 1 億元以上 (93.1.13)	犯罪所得金額達 1 億元以上 (93.1.13)	犯罪所得金額達 1 億元以上 (第 2 項) (93.1.13)

【表二】：背信罪與特別背信罪構成要件與刑度之比較

### 第一項 法益概念之流變與簡介

法益是西方世界在啟蒙時代以後才開展出來的概念，最初受到啟蒙思潮和社會契約論的影響，<sup>428</sup>以自由主義、個人主義國家觀為基礎，開展出基於個人的法益一元論觀點，認為國家不是自我目的，而是必須促進人類生存之發展與安全，以個人為起點，將超個人法益「功能化」，認為超個人法益只有在可以被證明為個人的間接利益時，才具有正當性。法蘭克福學派擴展詮釋這個命題，認為公眾或國家與個人處於推導關係，因此個人法益和超個人法益也必然處於推導關係，超個人法益是個人法益保護可能性之條件，若超個人法益對個人法益的保護沒有功能，則不具有正當性。<sup>429</sup>

另一種一元論觀點，以國家為起點，認為法益是全體或國家的財，個人法益是由法律所指派或由國家功能推導建構出來的。在此觀點下，法益可以被理解為法所保護的社會秩序抽象價值，而該價值的維護對社會有利，且可能以被指派的個人或整體作為法益主體，但法益不屬於個人，而是屬於所有個人的集合，也就是社會或是國家。<sup>430</sup>

無論是個人觀點的法益一元論或是國家觀點的法益一元論，都認為法益是人的法益。相較於此，二元論者則認為，許多公眾法益最終是在追求個人利益，但不表示這種法益是由個人法益所推導出來，或者必須完全還原到個人法益的。所謂的推導關係並不存在，超個人法益的存在是基於「獨立的自我目的」，但不是與個人的利益完全無關，而是所有個人的共同利益，只是不能被完全還原個人法益而已。<sup>431</sup>

關於經濟刑法的法益問題，法益一元論者認為，因為人類是社會性的存在，只有在與他人共處的共同體當中，也就是在社會與國家的制度中，個人的利益才能被確保與實現，而對制度的保護，就是生活、行動在制度中的人類的間接

#####

<sup>428</sup> 王皇玉，前揭註 172，頁 27。

<sup>429</sup> 鍾宏彬（2012），《法益理論的憲法基礎》，頁 230-231，台北：春風煦日學術基金。

<sup>430</sup> 鍾宏彬，同前註，頁 236-238。

<sup>431</sup> 鍾宏彬，同前註，頁 244-245。

利益而進行的法益保護。<sup>432</sup>法益二元論者則認為，特別是對於經濟刑法而言，許多規範都呈現出抽象的法益，此等法益帶著濃厚的法秩序與經濟秩序的社會性，國家對於經濟秩序之存續與運作的整體利益中，只有武斷且基於特定意識形態，才能直接並唯與個別人類之基本需求與利益扯上關係。經濟利益與社會利益的地位是獨立的自我目的，並非僅是為了別的直接目的才作的技術性安排。

433

簡言之，一元論者認為經濟刑法所保護的制度或秩序，是為了保護人類而存在的間接利益，二元論者則認為經濟刑法所保護的制度或秩序，本身即是目的而非手段。但是在此，兩者也都認為該制度或秩序都與人類的利益有關，因此在結論上，無論是一元論或是二元論，都肯認經濟制度或經濟秩序成為刑法保護的超個人法益的可能性。

法益的基本概念是「利益」，所謂利益是「使人感受到愉悅的狀態」，而所謂狀態並非具體的某一個人事物時空的特定物理場景，而是「全部人在全部可以感受到愉悅的時間點之狀態的總集合」。<sup>434</sup>因此，以法律的方式保護法益的實質正當性，建立於人類在社會生活中所能共同認知的利益。基本的個人法益，例如：生命、身體、財產、自由、名譽等，因為在一般人高度同質性的社會生活感受中，都能夠意識到這些利益的存在所帶來的愉悅狀態，所以被認為是刑法所要保護的法益。超個人法益是侵害社會上不確定範圍多數人的利益亦即社會法益，或是特別涉及國家統治權作用的利益亦即國家法益，但仍然不能脫逸於保護人的基本意旨，否則就會根本欠缺立法的正當性基礎。<sup>435</sup>

法益概念在刑事法領域中的作用有三：一、作為不法構成要件目的解釋的依歸；二、侵害法益乃實質違法性概念的核心；三、法益具有批判刑事立法的作用。<sup>436</sup>法益的內容既是人類共同生活的基本倫理價值及其賴以運作的總體利益，必然也會隨著社會、文化、環境的變遷而更迭，<sup>437</sup>而立法者既然將抽象的

#####

<sup>432</sup> 鍾宏彬，同前註，頁 246-247。

<sup>433</sup> 鍾宏彬，同前註，頁 244-245。

<sup>434</sup> 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4版，頁 21-22，台北：元照。

<sup>435</sup> 黃榮堅，同前註，頁 23-25。

<sup>436</sup> 王皇玉，前揭註 172，頁 25。

<sup>437</sup> 王皇玉，前揭註 172，頁 32。

法益概念，具體化成為法律規定，在分析各該規定所保護之法益為何時，自然應以法律依據為基礎，以實質犯罪內涵為核心，依據符合社會、文化、環境等因素的方式，作為法益概念的解釋。



## 第二項 背信罪的法益

英國法上的濫用身分詐欺，是與被害人具有特殊信賴關係的人，為一切一般人會認為是不誠實的行為的犯罪，雖然行為人必須具有指向財產利益的不法意圖，但是卻不以造成財產損害結果為要件，而可以說是為了保護人們對於特殊信賴關係所可能帶來的經濟上利益，<sup>438</sup>而處罰不合乎一般理性誠實人標準的行為而存在的罪名。

美國法上郵電詐欺罪保護的利益雖然是個人財產，但在結果要件上並不以導致被害人實際上的損害為必要。而類似於我國背信罪規定的誠信服務詐欺，將受誠信服務的無形權利同列為郵電詐欺罪的保護利益。雖然與英國法的濫用身分詐欺相同，不以導致被害人實際上的損害為必要，但誠信服務詐欺更進一步將財產利益和誠信服務脫鉤處理，對於行為人單純違反信託關係中所負之義務的行為，也用刑法加以處罰。但是來自於民事法律關係的誠信服務的範圍過於廣泛，因此誠信服務詐欺透過「導致經濟上損失之不法意圖」及「可合理預見經濟上損失之結果」的限縮，也只有與被害人財產侵害有假設因果關係的行為才能成立本罪。簡言之，美國法上的誠信服務詐欺，係以基於信託關係而應享有的誠信服務為保護利益，財產是否實際上受到損害並非重點，只是以財產受到損害的可能性，作為將違反民事法之行為的不法內涵提升至刑事法領域予以處罰的正當化基礎。

與英美法相反，我國背信罪以財產利益受到損害為要件。學說實務一般都認為刑法上的背信罪在型態上雖亦可能侵害個別財產法益，但並非著眼於侵害財物持有利益的角度，相對於竊盜罪等係以個人特定財產為保護法益，背信罪

#####

<sup>438</sup> 不同於我國以「法益」為解釋各該犯罪構成要件之依歸，英美刑事法較重視具體個案的適用，而非抽象理論的探討，學說或實務在闡述相關的概念時，也多以「保護客體」或「利益」等詞語取代法益。因此，本文仍使用利益作為探討相關概念時之用語。詳見本文第三章英美法上董事違反受託義務之犯罪。

係以個人整體財產為其保護法益。<sup>439</sup>將以信賴關係為基礎的委任關係作為背信罪的保護法益，學說上基本都採取否定的見解，但實務上則曾有認為背信罪屬破壞信賴關係侵害財產之犯罪類型。<sup>440</sup>

以個人整體財產為保護法益的觀點出發，所謂個人整體財產法益就是個人具有整體性之財產價值利益。對於整體財產利益的內涵，可以理解為將個人所具有的權利、地位或是狀態等折算為經濟上的金錢價值之總和，因此所謂個人整體財產法益，也可以理解為個人具有的經濟上整體金錢價值。由於所保護的對象，並非對於個別財產或財產利益的「支配利益」，也包括對整體經濟上金錢價值的「交換利益」，因此即使行為實現了侵害個別財產的犯罪構成要件之行為，也不得即認為成立了侵害個人整體財產法益的犯罪，必須就行為人與相對人之間的關係來判斷相對人是否在整體財產價值上受有損害。<sup>441</sup>

侵害整體財產法益的犯罪類型中，行為人和被害人間的未必具有一定的身分關係，不過背信罪的設計卻完全不同，這點可以由行為主體的角度切入予以觀察。由於背信罪是純正身分犯的立法，所以只有基於委任關係的受任人才有可能造成本罪的法益侵害。如果認為本罪的保護法益是單純的個人財產法益，並不能完全說明本罪存在的目的，因為一般人都可以造成對於他人整體財產的侵害，例如：詐欺罪的行為人。因此更精確地說，背信罪行為人在個案中所侵害的是基於以信賴為基礎的委任關係而得以影響或控制的委任人的財產。

以宏觀的角度來看，信賴可能來自於規範，也可能來自於制度本身，或是兩者相互作用下的產物，<sup>442</sup>而信賴是作用在規範或制度被破壞的不安全感上，而不安全感正好彰顯規範或制度順利運作的重要性。在背信罪的情形，就是涉及為他人管理財物的委任關係。現代社會生活中，人們利用委任制度所形成的

#####

<sup>439</sup> 甘添貴（2008），《體系刑法各論（第二卷）》，修訂再版，頁 353，台北：瑞興；林山田（2006），《刑法各罪論（上）》，5 版 2 修，頁 450，台北：元照；林盛煌，前揭註 427，頁 81。

<sup>440</sup> 吳志強，前揭註 147，頁 213。另參見最高法院 98 年度台上字第 7316 號刑事判決、最高法院 98 年度台上字第 7118 號刑事判決、最高法院 87 年度台非字第 407 號刑事判決。

<sup>441</sup> 張天一（2009），〈對財產犯罪中「財產概念」之在建構（上）〉，《月旦法學雜誌》，164 期，頁 265-266。

<sup>442</sup> 對於制度信賴與對規範效力信賴的區別，詳見鍾宏彬，前揭註 429，頁 266-268。

個別委任關係，擴張自己行動範圍到各種受公共政策所鼓勵的經濟活動上，企圖獲得經濟上最大化的利益和最小化的成本。對於制度的不安全感將會增加委任關係的成本，例如：對受任人服務品質的監督成本。因此，不安全感的消除或降低，將使透過委任關係而進行的經濟活動更加活絡，相反地，不安全感的浮現或增加，亦將使透過委任關係而進行的經濟活動相對衰靡。活絡的經濟活動可以帶動個人財產的增加，而成為一般人能夠意識到利益存在所帶來的愉悅狀態。在此脈絡下，社會經濟的發展已無從迴避以他人代替本人為經濟活動的委任關係之存在，<sup>443</sup>對於委任關係的破壞或是對於委任關係信賴的破壞，都會降低人類總體基於委任關係而存在經濟上利益所帶來的愉悅狀態。換句話說，以獲得經濟利益為目的之委任關係、或是對該委任關係的信賴，都有可能成為背信罪所保護的法益。

事物與對事物的信賴往往難以二分。不過信賴感是人類心靈的現象，所謂的不安全感也是人類主觀上的心理感受，而這些負面的心理情緒事實上是來自於對過去負面經驗的聯結，並非是一種理性的情緒反應，其發生與否、發生強度及在群體中擴散的範圍，在經驗上都不能確定更無法預見。<sup>444</sup>例如：甲委任乙為其購買房屋，但乙卻捲款潛逃，或許甲不會因為這樣單一旦偶然的紕漏，而立即放棄未來所有因為委任關係所可能帶來的經濟上利益，但並不知道甲什麼時候會失去對委任關係的信賴，也不知道同樣的情形如果發生在丙身上時，丙是否會或是什麼時候會失去對委任關係的信賴。退步言之，以一般人對於事物的信賴感作為刑事規範保護的對象，也可能使得毫無侵害的前置行為被認為具有實質違法性，而帶來刑罰前置化的後果。與其說信賴使得制度能夠運作，倒不如說認為信賴有被保護的可能也是因為認為制度需要被保護。既然如此，以制度本身作為法律所保護的利益毋寧是更加的選擇，而應避免將信賴感作為刑法的保護法益，而是將其作為在解釋法益的時候所使用的工具。

如此一來，傳統上所認為背信罪保護個人整體財產法益的說法就有跡可循。因為背信罪是身分犯，行為主體是受他人委託為他人處理事務之受任人，行為

#####

<sup>443</sup> 吳志強，前揭註 147，頁 48。

<sup>444</sup> 周漾沂（2008），〈論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由〉，《臺大法學論叢》，37 卷 4 期，頁 363。

主體身犯與財產法益相互聯結後，所謂的個人整體財產法益，精確地說其實是委任人整體財產法益。行為人侵害委任人的整體財產法益時，也侵害了其與委任人之間的信賴進而影響委任關係的順利運作，而行為人破壞委任關係的行為必須指向被害人的財產損害，也可以說背信罪是以對「個人整體財產法益」之侵害，破壞經濟利益導向的「委任關係」之犯罪。基此，委任關係在背信罪中具有雙重意義：作為法益侵害的途徑以及行為主體範圍的特定。在背信罪仍然存在於刑法第 32 章中的法規範現狀下，認為背信罪之保護法益為個人整體財產法益的主張，在判斷行為人是否該當背信罪時，至少必須把對關係的破壞反應在背信罪構成要件該當性的認定上。

### 第三項 特別背信罪的法益

英國法上的濫用身分詐欺雖然遲至 2006 年才加以制定，則並未區分行為主體，也未依行為客體之不同或受損害程度之不同，而給予不同程度的刑罰，廣受學說批評。而濫用身分詐欺也是詐欺罪的一種行為態樣，其核心概念仍然為模糊不清的不誠實行為，對於建基於一般信賴關係上的財產利益給予廣泛的保護，但對於建基於經濟制度上涉及多數人的財產利益的公司，卻未予差異化地處理，而與一般信賴關係等而視之。

相較於此，受到大環境的影響，美國於 1988 年訂定金融機構改革回復實施法，而對於任何人涉及社會一般人財產的存款、保險機構的詐欺行為進行管制並處以重刑，包括聯邦刑法典第 1341、1343 條郵電詐欺罪，當然也包括 1987 年所訂定的第 1346 條誠信服務詐欺。但無論是郵電詐欺罪或是誠信服務詐欺，美國法上的詐欺罪都不以造成實際的財產損害為必要，因此加重處罰的規定更彰顯出國家以刑罰的方式強力介入市場經濟秩序的管制。

我國則也將背信罪和特別背信罪予以不同規定。學說通說認為刑法上背信罪之保護法益是個人整體財產法益，因此以行為造成被害人財產上的損害結果為必要。而對於特別背信罪之法益則有不同見解。有自特別背信罪是結果犯的性質，而仍認為是以公司個人整體財產為保護法益者，<sup>445</sup>有自特別背信罪的立法目的及修正理由而認為本罪保護法益包括涉及公益性或公眾性的社會經濟秩序，<sup>446</sup>或國家經濟秩序，<sup>447</sup>或國家社會整體經濟秩序者。<sup>448</sup>

從特別背信罪的立法理由及修正理由也可窺知一二。銀行法於 89 年增訂第 125 條之 2 特別背信罪規定時，其立法理由謂：「二、為防範銀行、外國銀行及經營貨幣市場業務機構之負責人或職員藉職務牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度，而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任。」金融控股公司法於 90 年制定第 57 條規定時，其立法理由亦謂：

#####

<sup>445</sup> 曾淑瑜（2013），〈銀行法之特別背信罪哪裡「特別」〉，《台灣法學》，228 期，頁 154。

<sup>446</sup> 王志誠，前揭註 427，頁 110。

<sup>447</sup> 曾淑瑜，前揭註 445，頁 154。

<sup>448</sup> 林盛煌，前揭註 427，頁 81。

「一、鑒於金融控股公司之經營健全與否對金融秩序及社會公益影響頗大，為防範金融控股公司之負責人或職員藉職務謀取不當利益，參考銀行法第一百二十五條之二第一項至第三項，較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任之規定，爰為第一項規定。」信用合作社法、證券交易法等於 93 年也增訂相同規定，足見特別背信罪有保護公司內部關係，或對於內部關係的信賴感的意思。

而銀行法於 93 年修正時，將罰金提高為 1000 萬元以上 2 億元以下，並新增犯罪所得達 1 億元以上者，處 7 年以上有期徒刑，得併科 2500 萬元以上 5 億元以下罰金之加重處罰規定，其修正理由謂：「一、鑒於銀行負責人或職員為背信行為，對銀行之財產或其他利益所侵害法益甚大，爰提高罰金刑度為新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其次，就銀行負責人或職員背信之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大。爰於第一項後段增訂，如犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」證券交易法、金融控股公司法、信用合作社法也於 93 年時基於相同理由新增相同規定，也足見特別背信罪有保護公司個人財產利益和金融秩序的意思。以下，本文將依序討論公司整體財產法益、公司內部關係或對內部關係的信賴、金融秩序等作為特別背信罪保護法益的可能性。

## 壹、公司整體財產法益

特別背信罪的法條規定，行為人以意圖為自己或第三人不法之利益，或損害公司之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於公司之財產或其他利益為要件，屬於實害結果犯的立法。在修正理由中，也都提到公司內部成員，包括負責人和職員，違背職務的行為將對公司之財產或其他利益侵害甚大，因此對公司負責人和職員課與比背信罪更高的刑事責任。

如同背信罪，特別背信罪也是純正身分犯的立法。如果將特別信罪保護法益限縮在公司整體財產法益，將行為主體身分和公司整體財產法益相聯結後，也會面臨無法解釋特別背信罪為何不處罰一般人對公司整體財產法益造成侵害的困境。因此，特別背信罪的保護法益應該不只是公司整體財產法益。

## 貳、公司內部關係或對內部關係的信賴感

銀行法等特別背信罪之增訂或修訂理由指出，為防範公司之負責人或職員藉職務牟取不法利益，而增訂較刑法第 342 條之背信罪更重的刑事責任，即涵有保護公司內部關係，或基於內部關係而來的信賴感的意思。所謂的公司內部關係，在個案中是指公司與其負責人或職員間的關係，可能是委任、僱傭或其他勞動契約。

在委任關係的情形下，以公司內部關係或對內部關係的信賴感為保護法益的特別背信罪將受到存在必要性的質疑。背信行為人所侵害委任人的財產，是基於以信賴為基礎的委任關係而得以影響或是控制者，本即含有行為人與被害人間內部關係或對內部關係信賴感的意思，如果將特別背信罪之保護法益也解釋為公司內部關係或對內部關係的信賴感，則特別背信罪與背信罪的不法內涵只有量上的差異而沒有質上的差異，則在刑法之外廣設特別背信罪的必要性即可能受到質疑。<sup>449</sup>

以內部關係作為特別背信罪的保護法益也會產生正當性的問題。在背信罪的情形，由於委任關係的順利運作，為人類社會提供可以被共同生活的多數一般人所感受到經濟上利益，因此被認為具有保護的正當性。但在特別背信罪的情形，縱使是所有的公司內部成員之總和，也不能被認為是社會上多數人，自然也不難以從這個角度歸納出所謂人類共同社會生活的總體利益。而以內部關係的信賴感作為特別背信罪的保護法益，同樣會有信賴發生與否、發生強度及在群體中擴散的範圍，在經驗上都不能確定更無法預見的問題。

英美上受託義務的原型，來自於受託人和信託人之間的信託關係，在任何公共政策所鼓勵的情形下，對信託人決策具有任何控制力與影響力的人，都被視為是受託人。因此，無論是董事或職員都可以受託人，無論是基於委任、僱

#####

<sup>449</sup> 背信罪與特別背信罪間只有量上的差異的說法，在現行證券交易法之特別背信罪條文中，也可探得一些端倪。證券交易法於 93 年增訂第 171 條第 1 項第 3 款的特別背信罪時，並沒有「致公開發行公司損害達 500 萬元」之要件規定。100 年修正理由指出，有鑒於特別背信罪並未如同條項第 2 款設有致公司遭受重大損害的要件，無論行為人背信情節如何輕微，一律以第 1 項重刑相繩，有違反罪刑衡平性之虞，故明定將公司損害未達 500 萬元的情形歸由刑法第 342 條背信罪予以處罰。

備或其他勞動契約都可以成為受託義務的來源。而依據我國公司法第 23 條規定，只有公司負責人對公司負有忠實義務及善良管理人之注意義務。相較於此，公司職員與公司間如果是基於有裁量權的委任關係，依據民法第 535 條規定對公司僅負有善良管理人之注意義務，而沒有忠實義務，<sup>450</sup>如果是基於沒有裁量權的僱傭關係或其他勞動契約，則甚至沒有善良管理人注意義務的問題。因此，就現行特別背信罪的結構而言，對於特別背信罪行為人課與比背信罪更重的刑罰，顯然不是基於對內部關係或對內部關係的信賴而來。

### 參、社會經濟秩序—兼論特別背信罪之行為主體

就立法技術的角度而言，特別背信罪的存在如果不是為了保護有別於公司整體財產法益、以經濟活動為基礎的公司內部關係或對公司內部關係的信賴等的利益，則特別背信罪與背信罪罪質完全重疊，在背信罪為加重刑事責任的規定即可。因此，現行特別背信罪存在的可能解釋途徑有二：一、特別背信罪沒有獨立於背信罪而存在的必要；二、特別背信罪有不同於背信罪的法益。

在日益複雜化的市民社會，若要使經濟交易能夠圓滑運作，為減縮社會中進行經濟活動的複雜性達到專業分工的效果，以公司組織作為經濟活動的一般性媒介，已然成為社會上多數人普遍使用的常態。<sup>451</sup>與傳統基於雙方當事人間委任關係而進行的非組織之經濟活動不同的地方在於，人們選擇與之進行經濟活動的組織對象之考量重點，通常不是對該對象的信賴感，而是更為直觀地選擇能夠帶來更多經濟上利益的組織。

依據金融控股公司法第 2 條、信用合作社法第 2 條適用銀行法第 3 條之規定，金融控股公司、信用合作社、銀行等所經營之業務包括：收受各種存款、受託經理信託資金、發行金融債券、投資有價證券、直接投資生產事業、投資住宅建築及企業建築、辦理證券投資信託有關業務等，證券交易法第 1 條規定甚至明白指出其立法目的即為：為發展國民經濟，並保障投資。足見特別背信罪的行為客體，無論是銀行、金融控股公司、信用合作社、公開發行公司，都

#####

<sup>450</sup> 曾淑瑜，前揭註 422，頁 197。

<sup>451</sup> 吳志強，前揭註 147，頁 261。

具有「集合眾人之財產於高度流動性、連動性投資市場」的特色。<sup>452</sup>無論是存款戶或是投資人，人們都是企圖以這類公司型態的組織體為發展經濟活動而獲取經濟上利益的中心，也期待利益的取得可以建構在一個正常合理的經濟秩序上。正常合理的經濟秩序，應能使該秩序的參與者能夠期待透過公平合理、等價有償、誠實信用的原則運作的市場，而獲取與自己投注之成本相應的經濟上利益於個人。因此，消除有礙市場交易之異常阻力，使得制度參與者能夠透過該制度創造利益，即為維持正常合理的經濟秩序的目標。

公司負責人或職員對於公司的財產上損害，並非僅僅是公司個人財產法益的侵害或公司內部委任關係的破壞，更嚴重地是涉及社會上一般人對於特別背信罪所規範的這類公司型態組織體所進行的經濟活動的不安全感。由於公司負責人或職員與社會上一般人之間，並沒有直接委任關係或其他任何類似的關聯，因此實際上也不會對公司負責人或職員產生信賴感或由此而來的不安全感。人類在黑暗中的本能性恐懼，是因為對於資訊量的減少而增加。無法控制組織的事實，成為市民社會對這類公司型態組織所進行的經濟活動之不安全感的來源，公司負責人或職員等對於組織掌握度相對較高的人，則被預設為正常合理經濟制度中可能的異常因素。<sup>453</sup>對於特別背信罪保護法益的解釋如果停在這裡，那麼就會傾向英美法上的處罰不誠實行為的核心思想。但現行我國法的特別背信罪為財產侵害的結果犯，使用類似於實際上不會造成被害人財產侵害的瀆職的概念予以解釋，將會造成論理上的矛盾，除非將財產損害結果從構成要件中拿掉，否則即必須更進一步討論特別背信罪的法益。

對於組織的不安全感所增加的交易成本，降低人們對這類公司型態組織為媒介的經濟活動的使用，也降低因為使用這類公司型態的組織而帶來的經濟上利益，進而造成現代化經濟秩序的崩解。職此，特別背信罪的存在即是為了保護現代市民社會透過公司型態組織體發展現代化經濟活動而獲取個人經濟上利益的秩序。換句話說，特別背信罪的保護法益，除了法條文義上的「公司整體

#####

<sup>452</sup> 參見曾淑瑜，前揭註 422，頁 196。

<sup>453</sup> 在此脈絡下，以特別背信罪處罰公司職員違背職務的行為之正當性，來自於市民社會對公司職員在組織體中的控制程度。學者曾淑瑜認為，基於現行銀行分層負責和專業分工，公司職員難以濫用職務權限，故應限縮銀行法特別背信罪的行為主體為公司負責人，職員如有違背職務的情形，則應回歸適用刑法第 342 條背信罪。詳見曾淑瑜，前揭註 445，頁 154-156。

財產」，更重要的是涉及「社會經濟秩序」，而特別背信罪也可以被理解為以對公司整體財產的侵害，破壞社會經濟秩序之犯罪。而由於以社會經濟秩序為保護法益的基本理由，正是為了保護市民社會能夠利用該秩序而有效地獲取經濟上利益，從而更精確地說，特別背信罪所保護的是以參與者和潛在參與者為基礎的社會經濟秩序，例如：證券交易法上特別背信罪之保護法益，即為以投資市場之參與者和潛在參與者為基礎的社會經濟秩序，具體而言也就是投資市場秩序，而銀行法上特別背信罪之保護法益，則為以銀行所營業務之參與者與潛在參與者為基礎的社會經濟秩序，具體而言應包括投資市場秩序、金融借貸秩序等。

而關於特別背信罪中經濟秩序的保護，我國學說上有認為係超社會的國家經濟秩序或國家社會整體經濟秩序。<sup>454</sup>然而所謂國家法益，主要是國家主權安全、公權力運作的純粹性與不可收買性，以及國家公權力機關與司法審判追溯機關的順暢運作與實踐。<sup>455</sup>然而特別背信罪的行為客體一般而言都不涉及公權力的行使，經濟制度的破壞也不致於影響國家主權的解體或滅亡，因此所謂經濟秩序仍應指社會上經濟活動運行的狀況，屬於社會法益。

有鑑於刑法條文的用語與概念，通常不使單純口語或是描述語句，而隱含了某些法律意義或價值，因此對於刑法條文的用語與概念之理解，必須藉由解釋的方法，才能了解法律條文的意義。<sup>456</sup>刑法的任務在於保護法益，亦即保護人類社會共同生活中之基本倫理價值，及這些基本價值與利益賴以運作的總體利益。刑法中所出現之各種犯罪類型與行為態樣的規定，背後都有相應的特定法益，因此在解釋不法構成要件時，應以法益作為目的性解釋的依歸。<sup>457</sup>以下本文將從上述探討的背信罪個人整體財產法益，與特別背信罪的社會經濟秩序法益出發，依序檢驗背信罪與特別背信罪的行為、結果、意圖等構成要件。

#####

<sup>454</sup> 曾淑瑜，前揭註 445，頁 154；林盛煌，前揭註 427，頁 81。

<sup>455</sup> 王皇玉，前揭註 172，頁 28。

<sup>456</sup> 王皇玉，前揭註 172，頁 89。

<sup>457</sup> 王皇玉，前揭註 172，頁 24-25。

### 第三節 行為



#### 第一項 為他人處理事務

背信罪以基於委任關係為他人處理事務者為行為主體要件，從而為他人處理事務的要件，出現在背信罪的法條規定上之規範重點是以委任關係特定行為主體的範圍。而由於特別背信罪是破壞社會經濟秩序的犯罪，因此行為人是否為公司處理事務而違背職務上的義務就不再那麼重要。

我國實務見解認為，「為他人處理事務」要件係指受他人委任，而為其處理事務而言，亦即背信罪之成立以存在委任關係為前提。<sup>458</sup>而其事務處理的原因，不論是基於法令所規定、當事人間契約所約定，或是本於善意之無因管理，均非不可。<sup>459</sup>自法條文義觀察，為他人處理事務可以指涉財產事務或是非財產事務，然而背信罪以個人整體財產為保護法益，行為人為他人處理事務的行為如果並不與他人財產事務相關，則行為人應僅具有違反民事關係之債務不履行或侵權責任，而不能夠認為是背信罪所要處罰的行為。詳言之，違反私法領域委任關係的行為，卻以刑事領域背信罪處罰的原因即在於，背信罪以對個人整體財產的保護，禁止對具有經濟利益導向的委任關係的破壞，如果行為人沒有造成財產利益的侵害則不能認為構成背信罪。是以，所謂為他人處理事務，專指對於他人「財產關係事務」之處理。<sup>460</sup>

#####

<sup>458</sup> 最高法院49年度台上字第1530號刑事判例：「背信罪，須以為他人處理事務為前提，所謂為他人云者，係指受他人委任，而為其處理事務而言。」；最高法院91年度台上字第2656號刑事判決：「刑法第三百四十二條背信罪之所謂『違背其任務』，係指違背他人委任其處理事務應盡之義務（民法第五百三十五條），內涵誠實信用之原則，積極之作為與消極之不作為，均包括在內，是否違背其任務，應依法律之規定或契約之內容，依客觀事實，本於誠實信用原則，就個案之具體情形認定之。」；最高法院88年度台上字第7624號刑事判決：「刑法第三百四十二條之背信罪，須以為他人處理事務為前提，所謂為他人云者，係指受他人委任，而為其處理事務而言。原判決除認定上訴人受告訴人之委託，將農地之應有部分，信託登記在上訴人名下外，亦受告訴人之委託，種植荔枝等果樹。但依卷內資料，告訴人並未主張亦委託上訴人為其種植荔枝等果樹，原判決認定此部分亦受委任，並未敘明所憑之證據及認定之理由，自屬理由不備。」

<sup>459</sup> 甘添貴，前揭註 439，頁 359。

<sup>460</sup> 許恆達（2013），〈背信罪的財產損害與共犯－評台灣高等法院 97 年度矚上易字第 1 號刑事判決〉，《台灣法學》，238 期，頁 86；盧映潔（2015），《刑法分則新論》，修訂 10 版，頁 741，台北：新學林。

## 第二項 違背任務／職務

### 第一款 違背任務／職務之再定義

#### 第一目 違背任務／職務的類似性



背信罪以行為人違背任務為構成要件，特別背信罪以行為人違背職務為構成要件，而學者有認為，所謂違背職務係指行為人違背他人委任其處理事務應盡之義務而言。<sup>461</sup>

在背信罪的部分，學說實務對於違背任務要件的認定素有爭議。實務見解曾認為，所謂違背任務係指受任人為委任人處理事務，而違背因委任關係所應負之義務，<sup>462</sup>也包括受託事務處分權限之濫用。<sup>463</sup>學說上有基於文義解釋對背信罪的本質採取「背託理論」者，而認為限於違背信託義務的行為才是違背任務，<sup>464</sup>近期則多數基於比較法觀點對於背信罪的本質兼採取「濫用理論」者，而認為濫用處分權限的行為也是違背任務，<sup>465</sup>亦有認為背信罪的可罰性基礎必須限縮於對委任人與第三人間外部事務的處理而造成外部的財產損害，因此傾向採取濫用理論者。<sup>466</sup>

在特別背信罪的部分，學說上也有援引實務對於背信罪違背任務的解釋，作為特別背信罪違背職務的認定，因而認為除包括違背受任人義務外，尚包括受任人受託事務處分權限之濫用在內。<sup>467</sup>

對此，英國法上類於背信罪的濫用身分詐欺被認為詐欺罪的一種，且也以傳統上詐欺罪所處罰的「不誠實」之行為為要件。英國法院認為所謂不誠實，

#####

<sup>461</sup> 王志誠，前揭註 427，頁 115。曾淑瑜，422，頁 199。

<sup>462</sup> 吳志強，前揭註 147，頁 176。

<sup>463</sup> 最高法院98年度台上字第7316號刑事判決：「按刑法第三百四十二條第一項之背信罪為結果犯，以行為人所為違背其任務之行為，「致生損害於本人之財產或其他利益」為要件，而所謂「違背其任務」，除指受任人違背委任關係之義務外，尚包括受託事務處分權限之濫用在內。」

<sup>464</sup> 甘添貴，前揭註 439，頁 364；蔡墩銘（1975），《最高法院刑事判決研究》，頁 233，台北：巨浪。

<sup>465</sup> 林山田（1978），〈背信罪之研究〉，《軍法專刊》，24卷9期，頁8；張麗卿（2000），〈毀損與背信的競合〉，《月旦法學雜誌》，63期，頁14-15。

<sup>466</sup> 黃榮堅（1996），〈親愛的我把一萬元變大了〉，《月旦法學雜誌》，12期，頁52-53。

<sup>467</sup> 王志誠，前揭註 427，頁 115。

係指「一般理性誠實之人之標準」會認為不誠實，但對行為要件除不誠實外並沒有多加限制，而是從行為人基於特殊信賴關係而來的特定身分和不法意圖限縮濫用身分詐欺的成立範圍。但是所謂基於信賴關係的特定身分，包括受託人或其他任何具有親密關係的人，而不以法律、契約有明定者為限，因此也造成不誠實行為的範圍，根本不能有效的受到限縮。過於廣泛的行為被入罪化，更加模糊原本就呈現線性關係的民事與刑事規範的界線，而受到學說普遍地抨擊。

美國法上類似於背信罪的誠信服務詐欺也被認為是詐欺罪的下位概念，以詐欺計畫或手段為犯罪之行為態樣，傳統實務見解向來認為誠信服務詐欺行為是違反受託義務，且具有使相對人產生信賴進而影響其決定之重要性之行為，同時也以行為人的受託人特定身分和不法意圖作為誠信服務詐欺成立的界線，顯然已經大幅收攏英國法對於行為主體及行為要件的廣泛認定，但仍就面臨要件不明確而欠缺預見可能性的批評聲浪，於是近期美國聯邦最高法院將誠信服務詐欺的行為態樣限定為不誠實詐欺行為中的核心態樣：賄賂和回扣。

簡言之，英美法上的背信行為，就是基於信賴關係而具有特定身分的行為人之不誠實行為。所謂的信賴關係，在英國是信託關係和任何其他親密關係，在美國則僅限於信託關係。因為對信賴關係的保護，行為人所有的特定身分，使得行為人負有不能作出任何不誠實行為的義務。在過去，無論是英國法或是美國法，因為犯罪要件過於模糊，造成過於廣泛的行為被認為背信行為，也是導致學說批評的主要原因。透過「不誠實行為—濫用經濟利益身分—不法意圖」或是「不誠實行為—違反受託義務—不法意圖」的要件層升，建構出英美法上背信行為的實質違法性。

本文認為，我國學說實務關於背託理論和濫用理論之爭議，無非是為了在民事不法與刑事不法間畫出一條可資區別的界線，但其實行為是否具有可罰性／實質違法性的判斷重點在於是否造成法益的侵害。背信罪行為人違反基於委任關係，或特別背信罪行為人基於公司負責人或職員的特殊身分關係，而造成個人／公司財產法益的侵害，無論是否涉及第三人，也無論是內部或是外部的侵害，都可能造成社會上一般人對於委任關係或社會經濟制度的不信任進而破

壞這些制度的運作，自然可能被認為構成違背任務／職務。而真正使社會上一般人對於委任關係或經濟制度不信賴的原因，也就是行為的侵害性並非只是來自於造成被害人財產損害的結果，而是來自於行為人並未盡到基於特殊關係應盡的本份，這個在關係中應盡的本份也就是義務。相反地，如果已經盡到應盡的本份，但還是發生財產損害的結果，也不會被認為是違背任務／職務的行為。因此，判斷行為是否該當違背任務／職務之重點，毋寧都在於行為是否違反義務。

## 第二目 違背任務／職務的差異性

背信罪與特別背信罪的差異，表現於背信罪或特別背信罪構成要件行為的解釋上，除了包含行為主體不同的意義以外，應該也含有保護法益不同的意義。詳言之，背信罪行為人係基於委任關係對本人負有一定義務，其行為的可罰性來自於違反該等義務而破壞委任關係使本人財產受到損害，而特別背信罪行為人卻未必基於委任關係而對公司負有一定義務，且其行為的可罰性是來自於對社會經濟秩序的破壞，二者顯然有所不同。

詳言之，現行法下的背信罪保護法益應解為：破壞內部委任關係、侵害個人整體財產法益，因此行為必須是違反因委任所負有之義務，並與處理他人財產事務相關。職此，董事於與公司之委任關係中，依民法委任之規定對公司所負有的受任人義務，以及依據公司法第 23 條之規定對公司所負有的忠實義務和善良管理人注意義務，當然成為董事執行委任事務之義務。<sup>468</sup>因此，在董事執行與公司財產相關的業務而違反該等義務時，即可能構成背信罪的違背任務要件。但是承前所述，由於特別背信罪之保護法益為：破壞外部社會經濟制度、侵害公司整體財產法益，而非內部之委任關係，是以董事無論是違反受任人義務或是受託義務，只要是與社會經濟制度之破壞無關者，仍然不能被認為構成特別背信罪的違背職務要件。

#####

<sup>468</sup> 此部分詳細論述，參見第二款具體化之「義務」。

### 第三目 違背任務／職務的判準

關於行為違反任務／職務的判斷標準，學者張天一整理日本學說和實務見解後，歸納為如下三說：<sup>469</sup>



#### 壹、形式說

所謂形式說係指是否違背任務之判斷上，應依據各種明文化的規範而為形式上判斷，例如民法上受任人之善良管理人注意義務。法令、內部規定或契約等形式規範，本即違背任務實質基準的準化，而為提供受任人行為依據而形成之界限基礎。行為人違反此等規範時，即可認為其行為違背任務。相反地，如果行為人並未違反此等規範，但卻造成本人財產損害之結果，亦不能認為構成違背任務。

#### 貳、實質說

實質說認為形式說的缺點在於：第一，並非所有事務都會存在形式上法令依據或契約約定；第二，即便形式規範存在，也可能只是一種概括性的規範，無法由規定中直接理解規範關係為何，終究還是必須依個案中之個別實質基準來判斷是否違背任務。從而行為是否違背任務的判斷，應建基於行為是否在實質上違反誠實信用原則。行為人與本人委託處理事務時，與本人間所產生之信賴關係，行為人必須依誠實信用原則為本人處理事務，且在事務的處理上有受法所期待應履行之義務。從而行為是否違背任務，應與是否違背形式規範分開觀察，而應從實質上就處理事務之性質與具體狀況相互對照，參考相關法令或契約，以認定在個案中行為人是否有違反誠信，或是業務執行有無脫離常態之情形，以此作為違背任務行為之判斷基準。在誠信和常態的解釋上，仍不得逾越違背任務的範圍予以解釋。簡言之，在違背任務的背信行為判斷上，可以透過行為人是否未依誠實信用原則，或是否違反依法令、契約等所期待之義務而為判斷。

#####

<sup>469</sup> 張天一（2014），〈背信罪中「違背任務行為之判斷」〉／台高院 97 上易 2570 判決〉，《台灣法學》，257 期，頁 205-206。

### 參、不利益說

不利益說認為行為違背形式上程序或規範，僅為實質上違背任務的表徵，因此在行為是否違背任務的判斷上，應觀察行為人之行為是否對本人造成實質上不利益，而違反本人委託其處理事務之本旨，並非僅由形式上判斷是否違反法令或契約約定，而必須審查該行為於實質上是否有造成本人的不利益。而所謂的不利益，應就個案加以觀察，審酌行為人於處理或使用本人財產之際，是否能在最小之必要範圍內避免本人財產遭受損害，亦即在通常事務的處理範圍內，其行為所可能導致之財產損害危險是否能被允許，而就其對本人財產或非財產上之利益及不利益綜合考量，如果財產損害之發生係**不可避免**時，不應認為行為構成違背任務。

英國法上的濫用身分詐欺，即採取類似於實質說的立法方式，將不誠實行為作為濫用身分詐欺的核心概念，而交由法院在個案中予以實質判斷。實質說對於形式說的第一點批評雖擲地有聲，但關於第二點批評則可以透過將法益概念融入形式規範中的方式予以解決，且不可否認地誠實信用是一個不確定法律概念，如果凡事都必須從個案上判斷行為是否違反誠實信用，不但會造成判斷上的困難，更嚴重地是可能會使個案有罪與否的判斷流於審判者的恣意。不利益說則是修正實質說對誠實信用的運用，而認為應以是否造成本人不可避免的不利益為行為實質上違反誠信原則的認定，實際上即為合理性的判斷。

從而本文認為，基於法之明確性和預見可能性的要求，使一般人有可資區辨的行為義務準則，應建構出以保護法益為核心的背信罪和特別背信罪行為人義務之明文依據，在背信罪的情形即為與個人整體財產法益相關，在特別背信罪的情形即為與社會經濟制度相關，而在判斷是否違反義務時也須融入合理性的考量。在**完全**欠缺相關明文化的規定時，才能實質上判斷行為是否違反背信罪與特別背信罪的法益。

### 第三目 小結

背信罪和特別背信罪的行為類似性來自於行為人的義務違反，而差異性來自於法益保護。在背信罪和特別背信罪行為構成要件的探討中，順序應為先判斷董事行為是否違反明文化之義務，再判斷違反義務的行為是否構成違背任務／職務。在義務違反的判斷上，基於明確性和預建可能性的考量，應建立使一般人有可資區辨的行為義務準則。在法益保護的判斷上，應以法益的保護作為出發點予以考量，董事執行與公司財產相關的業務而違反該等義務時，即可被認為是背信罪的違背任務行為，而無論董事違反何種義務，只要是與社會經濟制度之破壞無關者，仍然不能被認為構成特別背信罪的違背職務要件。

而為了確認義務是否被違反，必須先確認義務是否存在。由於刑事法中關於董事義務之規定付之闕如，因此必須仰賴民法或公司法為董事義務之依據。然而刑事法比起民事或商事法，更重視明確性和預見可能性，以受任人義務或受託義務，作為刑事法上違背任務或違背職務之判斷標準，仍必須有法律之「具體明文規定」作為依據，不可單純以公司法第 23 條之規定，作為判斷董事違背任務的標準。同時嚴格禁止類推適用，例如依據公司法第 192 條第 4 項、民法第 540 條規定，董事負有將業務進行狀況報告予公司之義務，此為董事之一般性義務，與忠實義務尚屬有間，自不可類推適用認為董事具有揭露或坦承之義務。

## 第二款 類型化之「義務」

正式進入董事義務的討論之前，必須先釐清我國法上董事之定位。依據公司法第 192 條第 4 項適用民法關於委任之規定，董事和公司間應為一種委任關係，故董事為公司之受任人應無疑義。<sup>470</sup>2001年公司法第23條修正以後，雖然明文規定公司負責人亦應負忠實義務及善良管理人之注意義務，似乎有引進英美法上受託義務的用意，以彌補民法上委任關係用於董事與公司間、甚至董事與股東或其他人間可能產生之不足之處，<sup>471</sup>但在本質上，董事與公司間仍為委任關係。

雖有學說曾認為，董事係受公司實質所有人即股東之託付，為了公司利益而進行管理或監督事項之人，即為代理理論中所稱之「agent」，而將董事與公司之關係，視為代理人與本人之關係。<sup>472</sup>惟依據民法第 531 條規定，縱使認為董事和公司間是委任關係，董事與公司間也並非不能是代理關係，且由於 2001 年公司法第 23 條修正以後，明文規定公司負責人亦應負忠實義務及善良管理人之注意義務，使得我國董事之定位在現行公司法下，似乎又帶有信賴關係中受託人的色彩。此外關於董事定位的爭議，無非是為釐清董事之責任與義務，惟無論董事在名稱上，為公司之受信託人或代理人，對於公司而言皆為受託人，故其所應負之受託義務應無不同。

縱上，董事既為公司之受任人亦為受託人，對公司負有受任人義務和受託義務。不過必須再次強調的是，無論是受任人義務或是受託義務，都是董事基於與公司之內部關係所形成，違反這些義務的行為至多只能被認為背信罪的「違背任務」，而不能直接等同於特別背信罪的「違背職務」。

#####

<sup>470</sup> 劉連煜（2014），《現代公司法》，增訂 10 版，頁 427，台北：新學林。

<sup>471</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 52。

<sup>472</sup> 王文宇，前揭註 11，頁 28，註 19。

## 第一目 董事之受任人義務

### 壹、定義與內涵

依據民法第 528 條規定，當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約委任契約。受委任之一方除依該契約約定，而對他方負有一定之契約義務外，也負有民法第 535 條以下之法定義務。我國公司法第 192 條第 4 項準用民法關於委任之規定，足見上開受任人義務，於我國法上董事（即受任人）與公司（即委任人）的情形亦有適用，除委任契約另有訂定而負有之契約義務外，董事對公司也負有民法第 535 條以下之法定受任人義務。

### 貳、具體化的受任人義務

#### 一、民法第 535 條（遵從委任人指示）

依據民法第 535 條規定，受任人處理委任事務，應依委任人之指示，套用在董事與公司間，即為董事執行業務應依照公司之指示，也就是公司章程、股東會決議、董事會決議。但董事此一義務僅為受任人的「一般性義務」，而非受託義務。<sup>473</sup>

#### 二、民法第 535 條（善良管理人注意義務）

所謂善良管理人之注意義務，係指依一般社會觀念，認為具有相當知識及經驗並誠意忠於職守之人，對於一定事件所應注意且能注意者，客觀的決定其標準，<sup>474</sup>採抽象輕過失責任。<sup>475</sup>與英美法上的受託人注意義務在注意範圍和程

#####

<sup>473</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 60。

<sup>474</sup> 最高法院 103 年度台上字第 583 號刑事判決：「所謂善良管理人之注意義務，係指交易上一般觀念，有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意」；最高法院 102 年度台上字第 798 號刑事判決：「所謂善良管理人注意義務之欠缺，係指具有相當知識經驗且忠於職守之受任人，依交易上一般觀念應注意能注意而不注意而言。」

<sup>475</sup> 最高法院 100 年度台上字第 328 號刑事判決：「過失依其所欠缺之程度為標準，雖可分為抽象輕過失（欠缺善良管理人注意義務）、具體輕過失（欠缺應與處理自己事務同一注意義務）及重大過失（顯然欠缺普通人之注意義務），然在侵權行為方面，過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意義務為斷（本院十九年上字第二七四六號判例參照），亦即行為人僅須有抽象輕過失，即可成立。而善良管理人之注意義務，乃指有一般具有相當知識經驗且勤勉負責之人，在相同之情況下是否能預見並避免或防止損害結果之發生為準，如行為人不為謹慎理性之

度上皆有不同，不過依據民法之明文規定，善良管理人之注意義務亦成為我國董事義務之一。<sup>476</sup>



### 三、民法第 537 條（勤勉義務）

民法第 537 條規定，除經委任人之同意或另有習慣或有不得已之情形而使第三人代為處理以外，受任人應自己處理委任事務。在董事與公司之間，即為董事應自己處理業務範圍內的事項，與注意義務中的勤勉義務、善意義務中的不拘束裁量權義務相關，具有「受託義務」的色彩。<sup>477</sup>

### 四、民法第 540 條（報告義務）

依民法第 540 條規定，受任人應將委任事務進行狀況報告委任人，公司董事屬於公司受任人，自有將委任事務報告公司之義務。<sup>478</sup>但此報告義務屬於受任人的「一般性義務」，<sup>479</sup>與忠實義務中產生利益衝突的揭露義務，或善意義務中的坦承義務均有不同，故不可以此認為董事具有積極揭露或坦誠之作為義務。

### 五、民法第 541 條（交付金錢物品孳息及移轉權利之義務）

依據民法第 541 條第 1、2 項規定，受任人負有交付委任契約處理事務所收取金錢，以及移轉為委任人取得之權利的義務。此部分帶有信託人之「受託義務」的色彩。<sup>480</sup>

#####

人在相同情況下，所應為之行為，即構成注意義務之違反而有過失，其注意之程度應視行為人之職業性質、社會交易習慣及法令規定等情形而定。」。另參見王文宇，前揭註 11，頁 118。

<sup>476</sup> 就此部分義務而言，董事的受任人義務和受託義務在現行公司法第 23 條的規定下，將有所重疊，故而本文在提及善良管理人之注意義務時，除了指稱董事依據民法關於委任之規定所負之義務外，也包括董事依據公司法第 23 條之規定所負之注意義務。

<sup>477</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 60。

<sup>478</sup> 參見最高法院 21 年度上字第 1992 號民事判例：「依民法第五百四十條之規定，受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人，商號經理人對於商號所有人係居受任人之地位，自有將委任事務進行狀況，報告商號所有人之義務。依民法第五百四十條之規定，受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人，商號經理人對於商號所有人係居受任人之地位，自有將委任事務進行狀況，報告商號所有人之義務。」

<sup>479</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 60。

<sup>480</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 61。

## 六、民法第 542 條（支付利息及損害賠償費用）

依據民法第 542 條規定，受任人為自己之利益，使用應交付於委任人之金錢或使用應為委任人利益而使用之金錢者，應支付自使用之日起之利息。此與忠實義務中禁止為自利而利用屬於公司之財產相同。雖未包括資訊或機會，但仍具有「受託義務」的色彩。<sup>481</sup>



### 第二目 董事之受託義務

#### 壹、定義與內涵

我國法上關於董事受託義務之規定，散見在民法、公司法、營業秘密法、證券交易法等中，因此時常會出現規定或概念上重疊的現象。董事受託義務主要來自於以委任關係為基礎特定之信賴關係。<sup>482</sup>2001 年公司法第 23 條修正新增第 1 項規定：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。」其修正理由為：「為明確規定公司負責人對於公司應踐行之忠實義務與注意義務，並對公司負責違反致公司受有損害，應負損害賠償責任，爰增訂第一項。」在公司法 2001 年修正後，針對該次修法之解說書，於有關新增第 23 條第 1 項之註釋說明指出：「本次修法係參考英美法之規定，增訂公司負責人之『忠實義務』及『注意義務』，明確規定公司負責人對於公司應踐行忠實義務和注意義務，以及違反義務時之損害賠償責任，以補充現行法之缺漏，具體規範公司負責人忠實義務及注意義務之要件和效果。」<sup>483</sup>2011 年公司法第 23 條再次修正，新增第三項歸入權之規定時，修正理由亦指出：「原公司法第二十三條『負責人忠實義務』之規定，係延續自英美法及日本商法『公司與董事間之委任關係』而來。」

#####

<sup>481</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 61。營業秘密法中，有類似於基於忠實義務不可侵吞公司資訊或機會的義務之規定，詳見下述第二目董事之受託義務。

<sup>482</sup> 曾宛如（2010），〈董事忠實義務於台灣實務上之實踐－相關判決之觀察〉，《月旦民商法》，29 期，頁 152。

<sup>483</sup> 立法院公報處（2001），〈立法院第四屆第六會期第五次會議（二）〉，《立法院公報》，90 卷 51 期，頁 159。

詳見立法院議事及發言整合系統，<http://lis.ly.gov.tw/tscgi/lgimg?@905101;0116;0496>（最後瀏覽日：07/29/2105）

基此，公司法第23條規定之法條用語，雖與英美法上的「忠實義務」和「注意義務」不同，而係課與公司負責人「忠實執行業務」及「善良管理人之注意義務」，但學者一般皆認為所謂忠實執行業務，相當於英美法上的忠實義務。<sup>484</sup>比較有問題的是，所謂善良管理人的注意義務，是否等於英美法上的受託人的注意義務。

公司法第 192 條第 4 項明定，董事與公司間之法律關係為委任關係，又民法第 535 條規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應依善良管理人之注意為之。」公司法第 23 條第 1 項關於董事應盡善良管理人注意義務之規定，似僅單純重複民法第 535 條規定。<sup>485</sup>而我國法善良管理人注意義務和英美法注意義務，在定義上相去無幾，<sup>486</sup>皆以社會上一般理性謹慎之人之注意程度為準。但是我國實務見解對於善良管理人之注意義務採取「絕對客觀」的標準：行為人主觀上有無盡此注意義務之知識或經驗在所不問，且採「抽象輕過失責任」。而在英美法上對於受託人之注意義務則採取「相對客觀」的標準：個人知識、經驗、能力超越一般人之水準時將被要求較高之注意義務。<sup>487</sup>同時，美國法上受託人之注意義務受到商業判斷法則的影響，過失責任亦不同於我國善良管理人之注意義務，而採「重大過失責任」。是以，公司法第 23 條所謂善良管理人之注意義務，應與英美法上所謂受託人的注意義務應有所不同。

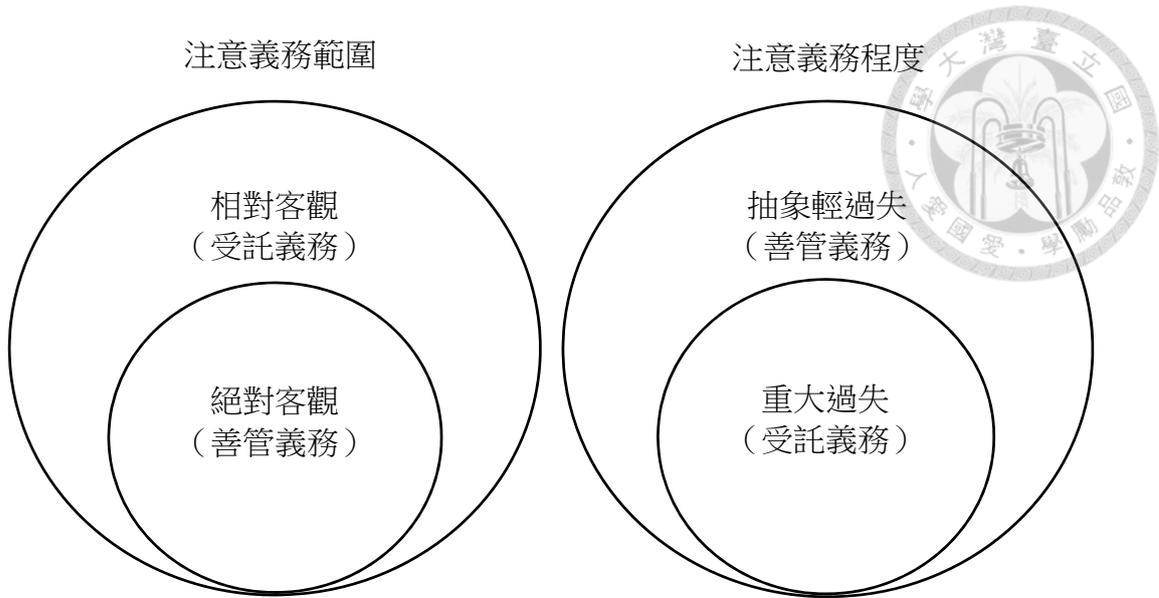
#####

<sup>484</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 15。

<sup>485</sup> 劉連煜，前揭註 470，頁 119。

<sup>486</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 60。

<sup>487</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 60。



但是所謂善良管理人的注意義務之定義和內涵，我國法亦無明文具體說明，欠缺細緻化之操作標準。<sup>488</sup>繼之而來的問題是，2001 年公司法第 23 條的修正究竟有無將英美法上注意義務的概念引進，或是說，善良管理人之注意義務是否以英美法上之注意義務作為其內涵，強化我國董事之義務架構。<sup>489</sup>多數學說應能贊同的是，2001 年公司法第 23 條修正後，董事受託義務的概念，已在我國獲得明確的肯認，<sup>490</sup>立法者有意將英美法上的受託義務，引進於我國法制之中，使關於董事義務之規範更加完善。而既然受託義務乃源自於英美法，受託義務概念的闡釋，也勢必得藉助英美法之受託義務概念加以闡釋，以充實我國條文的內涵。<sup>491</sup>

不過，公司法第23條規定的修正理由在於透過將公司負責人受託義務明文化，使公司或股東會對於負責人的損害賠償和歸入權之請求具有法律上的依據。我國法上董事之受託義務的內涵為忠實義務和善良管理人之注意義務，亦為董事基於委任關係對公司所負有之義務，以董事與公司的內部關係而言，受託義務在本質上與民法上的受任人義務並無不同。因此董事如果違反此等受託義務

#####

<sup>488</sup> 王文宇，前揭註 11，頁 118。

<sup>489</sup> 曾宛如（2002），〈民法研究會第三十次學術研討會記錄：董事忠實義務之內涵及適用疑義－評析新修正公司法地二十三條第一項〉，《法學叢刊》，190 期，頁 96。

<sup>490</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 1。

<sup>491</sup> 王文宇，前揭註 11，頁 119；邵慶平，前揭註 116，頁 6。

且與公司財務相關，即可被認為構成背信罪之違背任務。但是承前所述，由於特別背信罪的成立，必須涉及社會經濟制度的破壞，因此董事違反受託義務的行為未必即為特別背信罪之違背職務。



## 貳、具體化的受託義務

在董事和公司間為委任關係的基礎上，本文認為除了上述民法中受任人義務的明文規定外，既然公司法第 23 條將英美法上的受託義務引進，作為董事義務的一環，受託義務即應被認為是董事在與公司委任關係中所負之義務。而有鑑於我國法上受託義務之規定係承繼英美法而來，以英美法上受託義務的概念加以詮釋亦屬其來有自。而我國公司法第 23 條將受託義務區分為忠實義務和善良管理人注意義務，因此將我國董事受託義務的內涵應以二元說較為適當。<sup>492</sup>除了將受託義務的內涵明文化為特殊犯罪態樣而加以處罰外，<sup>493</sup>我國現行法上董事忠實義務和注意義務的依據，可歸納如下：

### 一、忠實義務

#### (一) 公司法第 206 條第 3 項、第 178 條（利益衝突迴避）

依據公司法第 206 條第 3 項準用第 178 條之規定，董事對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權，要求有利益衝突之董事應迴避表決。<sup>494</sup>所謂自身利害關係事項，一般認為是董事因該事項之決議，取得權利或免除義務，甚至喪失權利或

#####

<sup>492</sup> 邵慶平（2011），〈商業判斷原則的角色與適用〉，《科技法學評論》，8 卷 1 期，頁 11；黃銘傑（2005），〈公司致理與董監民事責任之現狀與課題－以外部董事制度及忠實、注意義務為中心〉，《律師雜誌》，305 期，頁 25。

<sup>493</sup> 例如證券交易法第 157 條之 1 內線交易罪規定，公司內部人活消息持有人實際知悉重大消息，於消息明確後，未公開前或公開後十八小時內，不得買進或賣出該公司之上市股票或其他有價證券。在行為主體範圍上，已較傳統內部人為廣而擴及公司外部人獲悉消息的情形，對應到美國實務則較與私取理論類似，學說上有認為我國條文文義亦足以涵蓋私取理論，而未逾越文義可能之射程，進而指出我國法關於內線交易罪的規定，是美國法內線交易罪中之受託義務與私取理論的綜合版。詳見劉連煜（2013），《新證券交易法實例研習》，增訂 11 版，頁 487-489，台北：元照。

<sup>494</sup> 王文宇，前揭註 11，頁 120。

負擔義務，亦即會導致董事發生權利義務之變動之事項，立法意旨在於避免董事因私忘公行使表決權而侵害公司之利益。<sup>495</sup>



## (二) 公司法第 206 條第 2 項 (利益衝突揭露)

過去，不同於英美上董事與公司產生利益衝突時的揭露義務，本條只要求有自身利害關係事項的董事有迴避義務，並無揭露相關資訊之義務，其他董事不易得知利益衝突是否存在，造成董事會無法在充分資訊下做成對公司最佳的決策。但也正由於無法知悉利益衝突，縱使該交易事後發生爭議，其他董事也可抗辯不知道利益衝突的情形而主張無需負擔責任，造成公司治理上的一大漏洞。<sup>496</sup>

為此，100年12月14日公司法修正時，「為健全公司治理，促使董事之行為更透明化，以保護投資人權益，董事對於會議之事項，有自身利害關係時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容」，增訂第 206 條第 2 項規定，董事對於會議之事項，有自身利害關係時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容，成為我國法上董事與公司產生利益衝突情形下的揭露義務之依據。

而在揭露程度上，英美法上對於揭露義務的討論主要集中在公司負責人的忠實義務或善意義務之中，因此核心的判斷標準即為負責人是否誠實善意。公司法第 206 條第 2 項雖未明文規定，但自「應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容」的用語觀察，似亦課與董事積極之說明義務。就此，美國法上坦承義務應可作為參考，亦即董事不僅負有真實陳述的義務，在某些情形下，董事也負有應為陳述的義務。在揭露範圍上，由於本項規定之增訂係為健全公司治理，促使董事之行為更透明化，以保護投資人權益，因此與董事會進行「商業決策」或「履行職務」相關之事項，都在董事的揭露義務範圍內。

#####

<sup>495</sup> 王文字，前揭註 11，頁 291；柯芳枝（2015），《公司法論（上）》，修訂 9 版 3 刷，頁 227，台北：三民。

<sup>496</sup> 楊志文（2009），〈從公司治理論董事利益迴避制度（上）〉，《證交資料》，563 期，頁 8。

### (三) 公司法第 209 條（競業禁止）

公司法第 209 條第 1 項規定，基於利益衝突禁止，董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可，否則不得為之，類似於英美法上的與公司競爭禁止原則。<sup>497</sup>所謂公司營業範圍內的事項，係指章程所載公司所營事業中公司實際上所進行之業務而言。<sup>498</sup>惟此項董事的說明義務，只有在董事競業的情形下，也就是在董事從事公司營業範圍內的事項時才會發生，且只限於對股東會才有說明義務。

### (四) 公司法第 223 條（自我交易禁止）

公司法第 223 條規定，董事為自己或他人與公司有交涉而涉及利益衝突時，應由監察人為公司之代表，類似英美法上的自我交易禁止原則。<sup>499</sup>

### (五) 公司法第 196 條第 2 項、第 178 條（禁止表決報酬）

依據公司法第 196 條第 2 項規定，董事之報酬，未經章程訂明者，應由股東會議定，不得事後追認。又依據同法第 178 條規定，董事之報酬屬於自身有利害關係事項，故而董事縱為股東，亦不得就其自身報酬事項加入股東會表決。

### (六) 公司法第 192 條第 4 項、民法第 531 條、第 106 條（雙方代理禁止）

董事與公司間的關係為委任關係，依據公司法第 192 條第 4 項規定適用關於民法委任之規定。為避免利益衝突的情形，公司依民法第 531 條授與代理權與董事，董事即依民法第 106 條規定，不得代理公司與自己為法律行為，也不得同時代理公司與第三人為法律行為。

### (七) 營業秘密法第 13 條之 1（禁止竊用、挪用營業秘密）

董事為公司的業務執行者，對於公司之營業秘密理應有相當程度的知悉。但在忠實義務的要求下，董事不得未經公司許可而擅自竊用或挪用屬於公司的

#####

<sup>497</sup> 王文宇，前揭註 11，頁 120。

<sup>498</sup> 參見經濟部 79 年 12 月 17 日商字第 234690 號函釋。

<sup>499</sup> 王文宇，前揭註 11，頁 120。

資訊或機會。營業秘密法第 13 條之 1 第 1 項第 2 款即規定，知悉或持有公司營業秘密的董事，不得為圖自己或第三人不法之利益，或損害公司之利益，未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏該營業秘密。不過營業秘密法對於上開違反義務之行為已有處罰規定，是以董事如果成立本條罪名，與背信罪或特別背信罪應成立法條競合或想像競合，仍須以營業秘密法之保護法益為斷。

#### (八) 公司法第 192 條第 4 項、民法第 541 條（禁止藉由職務獲取私利）？

英美法將董事不得藉由職務關係獲取私利，視為忠實義務下的具體類型，違反此等義務即可能被認為是濫用身分詐欺或誠信服務詐欺的犯罪行為。不同於我國法背信罪與特別背信罪結果犯的設計，英國法上濫用身分詐欺及美國法上誠信服務詐欺很明確地把關注焦點放在不誠實行為本身，核心的思想是具有特定信賴關係的人之公正性，因此更接近我國法上的「瀆職」的概念，而美國法上的誠信服務詐欺發展至今，更進一步將私人收受賄賂或回扣之行為視為違反忠實義務的核心而加以禁止，其實也可以說是針對私人貪腐行為的刑罰規範。是以，對董事藉由職務關係獲取私利而違反忠實義務的情形，處以刑罰自然沒有強加解釋的疑慮。

依據公司法第 192 條第 4 項、民法第 541 條規定，董事就處理受公司委任之事務所收取之金錢應交付於委任人之義務，係指董事因內部委任關係為公司處理事務而取得第三人所交付之金錢，與英美法上董事忠實義務下交付金錢之義務十分相似，<sup>500</sup>但是否可以此為據並認為董事有不得藉由職務關係獲取私利之義務則不無疑義。

基於嚴格的類推適用禁止，本文認為民法第 541 條不得成為董事負有不得藉由職務關係獲取個人私利的義務之依據。忠實義務下，董事不得藉由職務關係獲取私人利益可能之現行法依據，應為銀行法第 35 條、第 127 條銀行、經營貨幣市場業務之機構、外國銀行負責人職員收受不正報酬罪、<sup>501</sup>金融控股公司

#####

<sup>500</sup> 曾宛如，前揭註 10，頁 61。

<sup>501</sup> 銀行法第 35 條：「銀行負責人及職員不得以任何名義，向存戶、借款人或其他顧客收受佣金、酬金或其他不當利益。」第 127 條：「違反第三十五條規定者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五萬元以下罰金。但其他法律有較重之處罰規定者，依其規定。（第一項）違反第四十七條之二或第一百二十三條準用第三十五條規定者，依前項規定處罰。（第二項）」

法第 17 條第 4 項、第 59 條金融控股公司負責人職員收受不正報酬罪，<sup>502</sup>以及證券交易法第 172 條第 1 項證交所董監事、受僱人不違背職務受賄罪、<sup>503</sup>同條第 2 項證交所董監事、受僱人違背職務受賄罪、<sup>504</sup>期貨交易法第 113 條第 1 項期貨交易所、期貨結算機構及期貨信託事業負責人、受任人、受僱人不違背職務受賄罪、同條第 2 項違背職務受賄罪等。<sup>505</sup>

上述各該收受不正報酬罪行為人不以違背職務為必要，著眼點並非在於特定身分的廉潔義務，職務內涵也未必具有公共性，較傾向保護公司的財產利益或內部信賴關係。而上述各該不違背職務受賄罪、違背職務受賄罪，著眼點即為職務公正的需求，職務內涵具有一定的公共性與公益性。舉例而言，台灣證券交易所雖為民營之公司組織，設有董事 15 人、監察人 3 人，其中各至少三分之一由金融管理委員會指派，<sup>506</sup>官股成分濃厚，與民營金融機構在性質上自無法類比。不過，無論是不正報酬或是賄賂，都可能使董事與公司產生利益衝突的情形，因此在忠實義務的要求下，上述各該董事都應被禁止收受不正報酬或賄賂。

最後，由於上述收受不正報酬罪與收受賄賂罪，都已定有刑罰，因此會產生與背信罪或特別背信罪競合的問題。誠如上述，收受不正報酬罪和背信罪著眼點都在保護公司的財產利益或內部信賴關係，行為人收受不正報酬的一行為如同時觸犯收受不正報酬罪和背信罪，應依法條競合關係從其一處斷，而收受不正報酬罪和特別背信罪的保護法益不同，行為人收受不正報酬的一行為如同

#####

<sup>502</sup> 金融控股公司法第 17 條第 4 項：「金融控股公司負責人及職員不得以任何名義，向該公司或其子公司之交易對象或客戶收受佣金、酬金或其他不當利益。」第 59 條：「金融控股公司之負責人或職員違反第十七條第四項規定，收受佣金、酬金或其他不當利益者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五百萬元以下罰金。」

<sup>503</sup> 證券交易法第 172 條第 1 項：「證券交易所之董事、監察人或受僱人，對於職務上之行為，要求期約或收受不正利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二百四十萬元以下罰金。」

<sup>504</sup> 證券交易法第 172 條第 2 項：「前項人員對於違背職務之行為，要求期約或收受不正利益者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」

<sup>505</sup> 期貨交易法第 113 條：「期貨交易所、期貨結算機構及期貨信託事業之董事、監事、監察人、經理人、受任人或受僱人，對於職務上之行為，要求期約或收受不正利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或併科新臺幣二百四十萬元以下罰金。（第 1 項）前項人員對於違背職務之行為，要求期約或收受不正利益者，處七年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三百萬元以下罰金。（第 2 項）」

<sup>506</sup> 參見台灣證交所網站，<http://www.twse.com.tw/ch/about/company/board.php>（最後瀏覽日：07/20/2015）

時觸犯收受不正報酬罪和特別背信罪，應依刑法第 55 條想像競合從一重處斷。違背職務或不違背職務收受賄賂罪和背信罪或特別背信罪之保護法益皆不相同，行為人一行為同時觸犯違背職務或不違背職務收受賄賂罪和背信罪或特別背信罪時，應依刑法第 55 條想像競合從一重處斷。



## 二、注意義務

### (一) 公司法第 205 條第 1 項（親自出席董事會）

依據公司法第 205 條第 1 項規定，董事應親自出席董事會，為民法第 537 條規定之重申，與董事之勤勉義務、不拘束裁量權義務或獨立判斷義務相關。依據公司法第 202 條規定，除法令或章程規定應由股東會決議之事項以外，以董事會為公司業務執行的決議機關，而董事會的決議模式依據公司法第 206 條第 1 項規定由過半數董事之出席，出席董事過半數之同意行之，從而董事必須親自出席行使表決權，或至少委託並授權他人行使表決權。

惟董事委託並授權其他董事出席董事會行使表決權，與表決權拘束契約應有不同。前者依據公司法第 205 條第 3 項規定，應由委任之董事每次出具委託書並列舉授權範圍，而不得由概括授權的方式為之，否則不生委託出席之效力，<sup>507</sup>從而董事依法委託並授權其他董事行使表決權的行為，應不違反注意義務的要求。而後者是董事與其他董事事先約定於董事會，就自己之表決權為一定方向之行使所締結之契約，<sup>508</sup>而如果該表決權的行使未經董事的獨立判斷，則可能會被認為違反注意義務。<sup>509</sup>

#####

<sup>507</sup> 最高法院70年台上字第3410號民事判例：「公司法第二百零五條第二項規定：『董事委託其他董事出席董事會，應於每次出具委託書，並列舉召集事由之授權範圍』，旨在限制董事為概括之委任，以杜絕少數董事操縱董事會之弊，故董事委託其他董事出席董事會時，課其『每次』出具委託書，並於該委託書列舉『召集事由之授權範圍』之義務，違反此項規定而為委任者，不生委託出席之效力。」

<sup>508</sup> 最高法院96年台上字第134號民事判決：「所謂表決權拘束契約，係指股東與他股東約定，於一般的或特定的場合，就自己持有股份之表決權，為一定方向之行使所締結之契約而言。此項契約乃股東基於支配公司之目的，自忖僅以持有之表決權無濟於事，而以契約結合多數股東之表決權，冀能透過股東會或董事會之決議，以達成支配公司所運用之策略。若股東間得於事前訂立表決權拘束契約，則公司易為少數大股東所把持，對於小股東甚不公平，更易使有野心之股東，以不正當手段締結此種契約，達其操縱公司之目的，不特與公司法有關股東會或董事會決議規定之原意相左，且與公序良俗有違，自應解為無效。」

<sup>509</sup> 表決權拘束契約無異於董事放棄獨立判斷之能力，從而被認為違反注意義務。不過，如果董事已經由獨立判斷達到與他人簽訂長期契約關係之決定，則董事彼此間有關將來履行契約義務

## (二) 民法第 188 條第 1 項 (監督義務) ?

英美法上，董事應善盡調查和監督決策相關事項之責，負有董事的監督義務。監督義務可自兩方面予以觀察：監督範圍、監督程度。在監督範圍上，其參與之合法行為或其未參與不法行為，皆負有知悉和了解的監督義務。在監督程度上，董事有義務建立持續性、系統性的資訊蒐集和通報內部機制。

依據公司法第 218 條第 1 項規定，監察人有監督公司業務執行的義務，但對於董事並為有類似的規定。我國法上最接近董事監督義務的是民法第 188 條第 1 項。不過民法第 188 條第 1 項規定之存在，係源於僱用人使用受僱人執行職務，謀求營業上之利益，同時增加他人權利受侵害的可能，因此要求僱用人應承擔較大的責任風險，以保護潛在的受害人。但董事受公司委任處理公司事務，係屬公司分層負責的一環，且董事和公司之僱用人間並不具有僱傭關係。如果公司於其所應負之僱用人侵權責任的範圍內，向董事主張其怠於監督之賠償，則公司之僱用人責任將不當地移轉到董事身上。<sup>510</sup>

在現行法並無董事監督義務的明文依據的情形下，公司內部控制制度被認為是監督義務的重要內涵。依據證券交易法第 14 條之 1 第 1 項規定，公開發行公司、證券交易所、證券商、經營證券金融事業、證券集中保管事業或其他證券服務事業應建立財務、業務之內部控制制度。而基於同條第 2 項授權由主管機關訂定之「公開發行公司建立內部控制制度處理準則」第 3 條規定，內部控制制度的目的在於合理確保公司營運之效果及效率、財務報導之可靠性、相關法定之遵循，且於第 10 至 20 條規定，公司應於董事會下設置內部稽核單位。此外，銀行、金融控股公司、信用合作社、保險業、票券業等內部控制及稽核制度實施辦法，都有相關設置法令遵循制度、主管的規定。<sup>511</sup>一旦董事依法建置相關制度，即有可能認為董事已盡其全部或至少是大部分的監督義務。就此

#####

一事作出表決協議，在英國法上仍被認為符合注意義務的要求。詳見前述第二章、第二節、第三項、第三款善意義務。

<sup>510</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 16。

<sup>511</sup> 參見「金融控股公司及銀行業內部控制及稽核制度實施辦法」、「信用合作社內部控制及稽核制度實施辦法」、「保險業內部控制及稽核制度實施辦法」、「票券商內部控制及稽核制度實施辦法」等。

而言，監督義務及內部控制義務的明文化，將有助於降低現代化分層負責型態的公司之董事責任風險。<sup>512</sup>

不過，如果董事未能建立內部控制制度，是否即可認為董事未盡注意義務，則不無可疑。首先，在我國法下對於公司業務執行之監督屬於監察人之責任，而監督義務並為明文化成為董事注意義務的內涵，驟然移植英美法上董事之監督義務，可能造成董監事定位的混淆進而影響責任的認定。退步言之，縱然肯認董事具有監督義務，建立內部控制制度也應被視為是董事行使監督義務的方式之一，而不能認為董事若未建置、運作相關制度，即屬怠於監督而違反注意義務。<sup>513</sup>

### （三）公司法第 193 條（董事執行業務應依照法令或章程）

依據公司法第 193 條第 1 項規定，董事會執行業務應依照法令章程及股東會之決議。學說實務皆認為，公司法第 193 條之規範的主體不僅止於董事會，也包括董事在內。<sup>514</sup>所謂法令，解釋應該包括所有法律和命令，不依不同法律命令之性質而有差異，<sup>515</sup>惟當然須與董事執行業務相關者為限。依據中央法規標準法第 2 條、第 3 條之規定，法令的名稱包括法、律、條例或通則，以及各機關發布之規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。在執行業務應依照股東會決議的部分，實際上為民法第 535 條規定之重申，而應為董事的一般性義務。而在執行業務應依照法令或章程的部分，可以認為本條規定是我國董事的守法義務之明文化，在概念上也可以涵蓋善意義務下的故意違反法令、違反可接受之基本公司規範而使公司為特定之行為、嚴重漠視職務上義務等行為。

英美法上，董事的守法義務乃屬絕對，亦即如果董事為追求公司之利益而違背法令之規定，則被認為違反守法義務。本文認為公司存在的目的，在於透過經營行為而獲取長期的最大利益，而為了獲取長期的最大利益，公司除了追

#####

<sup>512</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 17-18。

<sup>513</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 18。

<sup>514</sup> 最高法院 80 年度台上字第 1127 號民事判決。王文宇，前揭註 11，頁 345-346；邵慶平，前揭註 116，頁 25；柯芳枝（2014），《公司法論（下）》，修訂 9 版 2 刷，頁 65-66，台北：三民。

<sup>515</sup> 邵慶平，前揭註 116，頁 28。

求盈餘等有形的資產以外，也必須維護商譽等無形的資產。如果董事為追求短期的盈餘而造成商譽的傷害，必然將影響公司未來的經營而不利於追求最大利益。因此，將違背法令之後果對公司無形資產的傷害納入成本效益的考量後，也能夠得出董事有絕對守法義務的結論。

繼之而來的問題是，董事在並非全知全能的情形下，如何盡其絕對的守法義務，這個也涉及公司法第 193 條所謂法令的定義。我國學說多認為本條規定所稱之法令，包括公司法第 23 條之規定在內，是以董事應依忠實義務、善良管理人注意義務等受託義務的要求執行業務。<sup>516</sup>對此本文認為公司法第 193 條所謂的法令，應不包括公司法第 23 條之規定，理由有三：第一，公司法第 23 條本即規定，董事應忠實執行業務，並盡善良管理人的注意義務，不需透過同法第 193 條之規定，才能要求董事盡該等義務；第二，英美法上董事絕對的守法義務為注意義務中之一環，若然又將注意義務解釋為守法義務所謂的法令之內涵，則將難免於陷入循環論證之泥淖；第三，所謂依照法令，係指執行業務的行為依照法令，而並不一定是執行業務的結果依照法令。理由在於，董事如依據法令規定執行業務，但會受到合理性的保護，在英國法上為主客觀雙重標準審查模式，在美國法中為商業判斷法則，在我國法中則為善良管理人注意義務。如果把公司法第 23 條規定視為公司法第 193 條規定所謂的法令，則會使董事的守法義務完全無法受到任何合理性的調和，而無限上綱董事守法義務的後果，則可能使得具有董事身分之人。因此，本文認為公司法第 193 條所謂的法令，係指與董事執行業務相關之法令，且不包括公司法第 23 條之規定。董事依據公司法第 193 條所負有的絕對守法義務，僅要求董事不能從事為了追求盈餘而違背法令的行為，但該行為仍然會受到合理性判斷的保護。

#####

<sup>516</sup> 王文宇，前揭註 11，頁 346；邵慶平，前揭註 116，頁 25。

#### 第四目 小結

由於我國刑事法上並沒有對董事義務之規定，因此必須仰賴民事法律或商事法律關係為斷。依據公司法第 192 條第 4 項之明文規定，我國法上的董事與公司間是一種委任關係，故董事依其職位對公司所負有之義務，都可以被認為是董事因委任關係所負之義務。2001 年公司法第 23 條修正後，引進英美法上的受託義務作為董事因職務關係對公司所負之義務，雖然不代表我國法上董事和公司間的關係轉變為傳統意義下的信賴關係，但也彰顯出立法者將英美法上的受託義務引入我國法中作為公司負責人義務的意志，自可援引英美法上受託義務的概念，充實公司法第 23 條的內涵。基此，我國董事對公司所負之義務，除民法上的受任人義務外，也包括公司法上的受託人義務，而受託人之注意義務的部分，受到公司法第 23 條所明定的受任人之善良管理人注意義務的影響，因此董事注意義務在範圍上，應僅以社會一般人之絕對客觀標準為斷。

基於法秩序一致性和刑法最後手段性的考量，刑法所形成的保護規範，不應超越其他法領域所形成之規範範圍。相反地，違反民事或商事法律關係的行為，未必會被認為是刑法上的構成要件行為。在保護委任關係的背信罪中，由於董事和公司間具有委任關係，因此董事違反民法上不具有受託義務色彩的受任人義務，即會被認為是違背任務行為。而在保護社會經濟制度的特別背信罪中，董事即使違反民法上具有受託義務色彩的受任人義務，或是商法上之受託義務，也不能直接被認為是違背職務行為，因為行為必須具有刑法上的實質違法性，也就是與社會經濟制度的破壞相關。但也由於社會經濟制度，所涉及的個人法益即為財產利益，因此這樣的相關性也可以展現在個人財產法益的侵害上。

### 第三款 合理化之「違背」

背信罪所規定之違背任務要件和特別背信罪所規定之違背職務要件，核心概念皆為義務的違反，已如上述。該義務如果規定於刑事法律中，則不致於產生太大的問題，但由於我國刑事法上並沒有對董事義務之明文規定，因此必須仰賴其他法律關係為斷，例如：依據民法所形成的民事法律關係、依據公司法所形成的商事法律關係。

刑法是法益保護法，侵害法益而具有實質違法性的行為才會被認為是犯罪行為，從而董事違反民法或公司法上義務的行為，是否即能驟然地完全轉換為背信罪或特別背信罪的構成要件行為則不無疑義。學說一般肯定違反義務可以被認為是違背任務或職務行為，但有認為必須以公司受到損害為必要，<sup>517</sup>亦有認為應從個案中依據行為主體之職務內容、範圍與性質、行為當時之情境、法律規定、契約內容習慣及社會上之一般通念等面相為綜合判斷。<sup>518</sup>亦有參考德國學說實務見解，採取兩階段之審查基準，第一階段審查案件是否具備義務違反，第二階段審查是否具備刑法上之嚴重義務違反。<sup>519</sup>

背信罪和特別背信罪確實都有保護個人整體財產法益的意旨，但是公司是否因董事違反義務而遭受損害，是結果構成要件層面的問題，應非在行為構成要件層面要處理的問題。而基於「法秩序一致性」和「刑法最後手段性」的考量，刑事法領域所形成的保護規範，不應超越其他法領域所形成之規範的範圍。換句話說，在民法、公司法等私法領域被容許的行為，在刑法上也不應被認為是違法行為。<sup>520</sup>相反地，在私法領域不被容許的行為，在刑法上也不見得會被認為是違法行為，因為在實質違法性的要求下，行為縱然違反私法領域的義務，如果沒有造成刑法上法益之侵害，也不應被評價為是犯罪行為。職此，公司董事之行為因為在私法領域受到「合理性」的調整，而不被認為是違反受人義

#####

<sup>517</sup> 王志誠，前揭註 427，頁 115。

<sup>518</sup> 林盛煌，前揭註 427，頁 83。

<sup>519</sup> 伍開遠（2011），〈公司負責人違反忠實義務之背信行為：台灣高等法院九十九年度上易字第六七九號刑事判決之研究〉，《財產法暨經濟法》，27 期，頁 158。

<sup>520</sup> 張天一，前揭註 469，頁 207-208。

務或受託義務的行為，則在刑事法領域也不應被認為是違背任務或違背職務的行為。

英美法上董事違反受託義務的行為，即指違反忠實義務、注意義務或善意義務的行為。詳言之，在涉及董事主觀面向的忠實義務和善意義務，英美法要求董事絕對盡其忠實、善意之受託義務。在同時也涉及客觀面向的注意義務，英國法採取主客觀雙重標準審查模式判斷董事行為是否合理，而美國法則以商業判斷法則中的重大過失責任予以調和，也都可以說是要求董事相對盡其注意之受託義務。換句話說，在涉及注意義務的情形下，董事的行為如果通過合理性的判斷，縱使最後造成公司的損害結果，也不會被認為是違反受託義務。這樣的合理性，在英國法上展現在主客觀雙重標準審查模式中，在美國法上展現在商業判斷法則中。

在我國法上，董事被要求負有受任人義務和受託義務。以義務內涵作為區分，即為忠實義務和善良管理人注意義務。在忠實義務方面，以我國法中具體化的忠實義務類型而言，包括公司法第 209 條董事競業禁止、公司法第 223 條自我交易禁止、公司法第 192 條第 4 項、民法第 531 條、第 106 條雙方代理禁止、營業秘密法第 13 條之 1 竊用、挪用營業秘密禁止、公司法第 196 條第 2 項、第 178 條表決報酬禁止、銀行法第 35 條、第 127 條以及金融控股公司法第 17 條第 4 項、第 59 條收受不正報酬禁止、證券交易法第 172 條第 1 項、第 2 項以及期貨交易法第 113 條第 1 項、第 2 項違背職務、不違背職務收受賄賂禁止等。董事在與公司間產生利益衝突時，董事必須以公司之利益為優先，而不得有任何與公司競利的行為，解釋上自然是以董事必須對利益衝突的情形有所知悉為前提。<sup>521</sup>此外，除了義務違反本身就有刑責的竊用挪用營業秘密禁止、收受不正報酬禁止、違背職務及不違背職務收受賄賂禁止等，以及涉及自身利害關係等忠實義務本質的事項，例如：董事報酬之表決以外，其他忠實義務的情形都

#####

<sup>521</sup> 最高法院99年度台上字第385號民事判決：「按公司法第二百零六條準用第一百七十八條規定，股份有限公司董事會於表決會議事項時，董事對於會議之事項有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，該董事應不得加入表決。董事會違背上揭規定而為決議者，該部分之決議為無效。系爭股票屬上訴人所有，已如前述，甲○○明知上訴人並未向乙○○借款，竟於系爭董事會議提案將系爭股票轉讓予乙○○以抵償借款，乙○○為上訴人公司之董事，當時在場且知悉該情，依法不得參與表決，竟仍參與表決同意，嗣後復收受系爭股票，自係與甲○○共同不法侵害上訴人之權利，應依民法第一百八十五條規定負連帶損害賠償責任。」

可以經本人亦即公司的許諾使董事之行為不會被認為是違反忠實義務的行為，例如：董事得股東會許可而競業、<sup>522</sup>董事得股東會許可而與自己交易、<sup>523</sup>董事得股東會許可同時代表公司與第三人交易。<sup>524</sup>從而，董事如果知悉利益衝突的情形，在未獲得公司之允許下，即為上開各種行為時，即可被認為是忠實義務的違反。

而在注意義務方面，無論是受任人義務或是受託義務，例如：民法第537條勤勉義務、公司法第205條第1項親自出席董事會、第193條絕對守法義務，對於董事行為的合理性判斷則展現在善良管理人的抽象輕過失中。善良管理人的注意義務並非刑事法上的用語，因此在判斷上必然需借用民事上的概念予以解釋。詳言之，善良管理人的注意義務，採取比與處理自己事務同一注意之具體輕過失更高的抽象輕過失責任，借用刑法上「應注意能注意而不注意」的概念，「依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價」，判斷行為人已否盡善良管理人之注意義務。<sup>525</sup>

#####

<sup>522</sup> 參見公司法第 209 條第 1 項規定。

<sup>523</sup> 參見最高法院87年度台上字第1524號民事判決：「查公司法第二百二十三條係規定『董事為自己或他人與公司有交涉時，由監察人為公司之代表』，故董事倘無為自己或他人與公司有交涉情事，即毋庸由監察人為公司之代表。又首揭條文之規定，旨在禁止雙方代表，以保護公司（本人）之利益，非為保護公益而設，自非強行規定，如有違反，其法律行為並非無效，倘公司（本人）事前許諾或事後承認，即對於公司（本人）發生效力。此觀民法第一百零六條及第一百七十條第一項之規定自明。」

<sup>524</sup> 參見民法第 106 條規定。

<sup>525</sup> 參見最高法院104年度台上字第782號民事判決：「所謂過失，乃應注意能注意而不注意即欠缺注意義務之謂。又構成侵權行為之過失，係指抽象輕過失即欠缺善良管理人之注意義務而言。至行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同。」、最高法院93年度台上字第851號民事判決：「所謂過失，乃應注意能注意而不注意即欠缺注意義務之謂。構成侵權行為之過失，係指抽象輕過失即欠缺善良管理人之注意義務而言。行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同。新聞自由攸關公共利益，國家應給予最大限度之保障，俾新聞媒體工作者提供資訊、監督各種政治及社會活動之功能得以發揮；倘嚴格要求其報導之內容必須絕對正確，則將限縮其報導空間，造成箝制新聞自由之效果，影響民主多元社會之正常發展。故新聞媒體工作者所負善良管理人之注意義務，應從輕酌定之。倘其在報導前業經合理查證，而依查證所得資料，有相當理由確信其為真實者，應認其已盡善良管理人之注意義務而無過失，縱事後證明其報導與事實不符，亦不能令負侵權行為之損害賠償責任。惟為兼顧個人名譽法益之保護，倘其未加合理查證率予報導，或有明顯理由，足以懷疑消息之真實性或報導之正確性，而仍予報導，致其報導與事實不符，則難謂其無過失，如因而不法侵害他人之名譽，即應負侵權行為之損害賠償責任。公眾人物之言行事關公益，其固應以最大之容忍，接受新聞媒體之監督，然新聞媒體就其言行之報導，仍負查證之注意義務，僅其所負注意程度較為減輕而已。」

最後是商業判斷法則是否需要引進的問題。經濟部曾委託民間萬國法律事務所進行「公司法制全盤修訂計畫」研究案，並於 2003 年 2 月提出建議我國可參考美國模範公司法第 8.30 條及美國法學會公司治理原則第 4.01 條規定，明訂董事注意義務及其範圍，並引進商業判斷法則作為董事是否已盡其注意義務的合理認定。<sup>526</sup>有認為為使受任人或公司負責人、職員能為委任人或公司及其股東追求經濟利益的最大化，享有獨立的判斷餘地，而不會因恐受到刑事背信罪之訴追而使行為受到束縛，主張採用商業判斷法則為是否違背任務或違背職務的依據。<sup>527</sup>然亦有認為，商業判斷法則為美國法制所採行，在美國判決實務上僅適用於民事訴訟程序，刑事訴訟程序無此法則之適用，而由於商業判斷法則所謂商業性決定範圍不明確、應定性為實體規則或程序規則等問題，因此不應直接移植至我國法中。<sup>528</sup>有鑑於英美法上受託人之注意義務和我國法上受任人之善良管理人注意義務仍有不同，本文亦認為商業判斷法則的引進仍有待商榷。

因此，在涉及注意義務的情形，仍應以行為是否具有抽象輕過失判斷董事是否違反善良管理人之注意義務，而抽象輕過失的嚴格標準造成刑罰過度介入當事人間民事關係的問題，可以透過行為人主觀上的特殊不法意圖的嚴格認定予以控制、限縮違反受託義務行為的刑事責任，因此董事違反善良管理人注意義務的行為也未必會成立背信罪或特別背信罪。

#####

<sup>526</sup> 李維心，前揭註 61，頁 180-181。

<sup>527</sup> 林盛煌，前揭註 427，頁 86。

<sup>528</sup> 李維心，前揭註 61，頁 181-190。

## 第四節 結果



### 第一項 背信罪

一般認為背信罪「致生損害於本人財產或其他利益」，係指對本人之整體財產造成損害的結果或危險。財產損害雖不限於委任財產，也不需有具體確切的數額，但仍須與基於委任關係所保護的財產利益具有一致性的關係。<sup>529</sup>這與背信罪本質上處罰的是行為人破壞與財產事務相關的委任關係有關。問題在於「致生」和「損害」應如何解釋。

在致生的部分，因為背信罪有處罰未遂犯，因此可以理解為背信既遂罪是財產法益實害犯，而背信未遂罪則是財產法益實害的危險犯。在損害的部分，基於背信罪是侵害個人整體財產法益的觀點，財產損害原則上應依「結算原則」予以計算，亦即比較行為前與行為後被害人的財產總值，視其有無價額減損以判斷財產損害是否發生。<sup>530</sup>

而損害的計算原則上應以「純粹經濟觀點」<sup>531</sup>或「法律經濟綜合觀點」<sup>532</sup>來判斷。舉例而言，在違法授信的情形，核准信用貸款與明知無力清償者之行為，雖就法律觀點，銀行對於借貸人之債權在法律上仍舊存在，故銀行之財產難謂已有損失，但就經濟觀點，該筆貸款因借貸人之無還款能力將成無法清償之呆帳，事實上即為銀行財產之損害。<sup>533</sup>

損害包括積極損害和消極損害，亦即積極侵害現有財產和消極妨害現有財產之增加或喪失日後可得之期待利益。<sup>534</sup>在積極損害方面，比較容易產生的是

#####

<sup>529</sup> 林山田，前揭註 439，頁 485-486。

<sup>530</sup> 許恒達，前揭註 460，頁 86；盧映潔，前揭註 460，頁 743。

<sup>531</sup> 甘添貴，前揭註 439，頁 366。

<sup>532</sup> 林山田，前揭註 439，頁 484。

<sup>533</sup> 最高法院98年度台上字3501號刑事判決：「原判決既認定其附表一編號五、十五至十八、二十四、二十五所示之申貸案，催收人員已簽具各該案之申貸人、保證人之貸款繳息不正常；保證人貸款、保證他人之貸款、申貸人、保證人於他行庫貸款有逾期紀錄或申貸人之年度所得與借款金額顯不相稱，具債信不良情形（見原判決第二十二、三十四至四十、四十八、四十九頁），乃各該承辦人員無視該情形，仍予審查通過貸款。能否謂無違背職務？均饒有研求餘地。」

<sup>534</sup> 林山田，前揭註 439，頁 484；盧映潔，前揭註 460，頁 743-744。

結算原則的問題。在消極損害方面，因為期待利益視尚未實現的財產利得，在未來能否成就還必須視後續條件是否成就，因此必須具有相當具體的可能性和確定性者，或是當事人間法律關係具有極強的保障效力，期待利益才能被納入結算中。如果期待利益的來源，僅為當事人間初步的合意，對於細節或具體交易條款都尚未完成磋商，縱使已經形諸於文字，仍然只是被害人主觀上期盼的未來利益，不能被認為是期待利益而納入財產結算。<sup>535</sup>

#####  
<sup>535</sup> 許恒達，前揭註 460，頁 87-88。

## 第二項 特別背信罪

特別背信罪以會經濟制度為保護法益，因此成立特別背信罪之行為的可罰性，即來自於對社會經濟制度的破壞。在立法技術上，侵害制度法益的罪名存在行為犯或結果犯兩種可能的選擇。事實上，證券交易法特別背信罪在 100 年修正以前即被認為是行為犯的立法。不過行為犯是基於多數人共同的社會經驗認為行為的實行必然造成法益侵害的結果，也就是構成要件該當性即能表徵法益侵害的立法，例如：刑法第 238 條重婚罪。在特別背信罪的情形，就必須是假設某種行為的實行對於社會經濟制度的順利運作必然造成侵害。除非將特別背信罪預設為只處罰某種行為，否則在法律明確性的要求下，實際上很難想像有某一種表達方式可以涵蓋所有公司負責人或職員破壞社會經濟制度的行為。現行法下的特別背信罪也全部都是結果犯的立法，也印證了此一說法。

接下來的問題是，所謂公司整體財產損害結果應如何解釋。誠如上述，特別背信罪的行為客體都有集合眾人之財產的特色，行為人所侵害的不只是這類公司的財產，更可能擴張到不確定範圍的廣大投資人或存款戶等制度參與者的財產。<sup>536</sup>單就法條而言，規定特別背信罪須有損害結果，似乎是屬於實害犯的立法，不過如此一來對於社會經濟制度的實害又該如何認定即為問題。

雖然超個人制度法益仍然與個人法益有所關聯，但對社會制度的破壞根本上難以具體呈現，故對於制度的實害往往也只能寄託於其他具體可見的實害結果上，<sup>537</sup>而個別的具體實害結果反倒只能形成對於制度的危險。同時，社會制度的整體法益通常具有不可替代性、不可再生性、或無法迅速復原等特徵，以危險犯作為保護社會制度法益的立法技術，具有以刑罰前置化保護嚴重的法益侵害的重大意義，也可以被理解為「以個人法益的實害作為超個人社會制度法益的危險」，不過對於個別的個人法益的實害，不當然能夠直接等同於這類型超個人社會制度法益的危險，所以應容許行為人舉反證證明危險的不存在，亦

#####

<sup>536</sup> 曾淑瑜，前揭註 422，頁 194。

<sup>537</sup> 關於整體法益受到實害的認定，學者 Roxin 認為，並不需要整體機能喪失才叫做實害，個別行為作成時，超個人法益已經受到受到「點狀的」實害。這種說法的問題是混淆「義務違反」和「法益侵害」，且在此脈絡下個人法益和超個人法益的實害在判斷上無法區分。詳見鍾宏彬，前揭註 429，頁 273，註 207。

即具體危險犯。因此套用在特別背信罪中，也就是以對於公司整體財產的損害結果，作為認定社會經濟制度破壞的「具體危險」。從而在個案中，仍然需要判斷公司整體財產是否受到損害，也應容許行為人舉反證證明社會經濟制度並未受到破壞。

回到特別背信罪保護社會經濟制度的觀點，基於刑法的法益保護性和最後手段性，如果行為所造成的危害之量極微小時，特別是涉及在環境法益、經濟或金融法益時，經常並不將其視為符合構成要件該當性，從而否定其法益侵害的特性。<sup>538</sup>在特別背信罪的情形，如果行為沒有造成公司損害達相當的量，則是否仍能認為成立特別背信罪不無可疑。因為如果損害是可以被公司自己吸收或處理，未必會影響存款戶或投資人的財產利益，進而也不會對社會經濟制度造成影響。這樣的觀點，從證券交易法特別背信罪的修正也可以看出一些端倪。

證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之規定，基於「凡有違背職務或侵占公司資產的行為，不論背信、侵占之情節如何輕微，一律以第一項之重刑相繩，尚有未妥。爰參考德國刑法第二百六十六條規定及日商法第四百八十四條規定等立法例，與學者對於背信罪本質為實害結果犯之看法，以及參酌洗錢防制法第三條第二項序文規定該項各款所定之罪，其犯罪所得在新臺幣五百萬元以上者亦屬重大犯罪之規定，於第一項第三款增訂致公司遭受損害達新臺幣五百萬元之要件，以符合處罰衡平性及背信罪本質為實害結果之意涵的理由<sup>539</sup>，於 100 年 12 月 12 日修正為與其他特別背信罪相同的結果犯之規定，更進一步以「致公司遭受損害達新臺幣 500 萬元」為要件，始適用證券交易法第 171 條第 1 項之 3 年以上 10 年以下有期徒刑，得併科 1000 萬元以上 2 億元以下罰金之重刑。若董事、監察人或經理人違背其職務之行為或侵占公司資產之行為未致公司遭受損害未達新臺幣 500 萬元者，則回歸刑法第 336 條侵占罪及第 342 條背信罪之規定處罰。基於本文上述法益侵害之量的觀點，證券交易法特別背信罪的修正說明，雖混淆背信罪與特別背信罪的本質，但對於新增致公司損害達

#####

<sup>538</sup> 熊琦（2009），《德國刑法問題研究》，頁 27-30，台北：自刊。

<sup>539</sup> 參見本條修正說明。

500 萬元之要件在結論上應屬有據，並且揭示了一個法益保護的概念—財產損害未達「定量」時，行為並不具有特別背信罪的實質違法性。

本文認為以公司財產損害額達定量，作為社會經濟制度遭破壞的危險確有其必要性，而該 500 萬元的設定固然是立法者的選擇，但其合理性仍有待檢驗。依據 93 年 8 月 26 日發布施行之檢察機關辦理重大經濟犯罪案件注意事項第 2 點規定：「下列案件為重大經濟犯罪案件，適用本注意事項之規定：（一）犯下列各目之罪，犯罪所得或被害金額達新臺幣五千萬元以上，或被害人數達五十人以上，足以危害社會經濟秩序者：……證券交易法第一百七十一條、第一百七十四條之罪。……銀行法第一百二十五條、第一百二十五條之二、第一百二十五條之三、第一百二十七條之二第二項之罪。……金融控股公司法第五十七條至第五十八條之罪。…信用合作社法第三十八條之二、第三十八條之三、第四十條之罪。……農業金融法第三十九條、第四十條之罪。（下略）」，<sup>540</sup>似乎認為需符合犯罪所得或被害金額 5,000 萬以上、被害人數 50 人以上之一，才能被認為是足以危害社會經濟秩序者。不過就現代金融機構之規模而言，5,000 萬元相對來說僅為公司資產的一小部分，該注意事項未將公司規模、資本、償債能力等真正可能涉及社會經濟秩序破壞的選項納入考量，似有不周。就此，我國現行對金融機構吸收各類存款及其他各種負債法定準備金制度，或許可以作為特別背信罪中公司財產損害達定量的參考。不過現行法定準備金制度係依各金融機構以當月的存款與負債為計算基礎，固然更能反映機構承擔或吸收損失的能力，但如果直接運用到刑法上將會產生不明確的問題，也可能使大型金融機構反而成為行為人鎖定的目標。損害額究竟應如何設計，涉及經濟、金融、財會等多項專業，有待進一步釐清。

最後是法院判決實務上常見的僱用人連帶賠償責任的問題。由於特別背信罪之行為主體包括公司職員，而職員和公司間除了委任關係外，亦可能為僱傭關係，且實際上後者較前者更為常見。因此，產生職員違背職務而成立侵權行

#####

<sup>540</sup> 值得注意的是，本注意事項第 2 點第 1 項第 5 目規定，將犯罪所得或被害金額達新臺幣 5,000 萬元以上，或被害人數達 50 人以上之刑法第 342 條亦列為重大經濟犯罪，使得一般的受任人也成為「足以危害社會經濟秩序者」，與本文所主張背信罪是破壞委任關係侵害個人整體財產法益之犯罪，似有不同。

為時，公司依據民法第188條僱用人連帶賠償責任之規定，給付給該侵權行為被害人之賠償是否可算入公司損害中的問題，而現行實務的作法都是將公司依法所負之連帶賠償責任算入公司損害當中。<sup>541</sup>

但究其實質，僱用人連帶賠償責任的來源是僱用人藉使用受僱人而擴張其活動範圍並享受其利益，且受僱人執行職務之範圍，或其適法與否要非交易第三人所能分辨。為保護交易之安全，受僱人之行為在客觀上具備執行職務之外觀，而侵害第三人之權利時僱用人即應負連帶賠償責任。民法第188條第1項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，而不法侵害他人之權利者而言，即受僱人之行為在客觀上足認為與其執行職務有關，而不法侵害他人之權利，其為自己利益所為者亦應包括在內。<sup>542</sup>其要件有四：一、需具僱用人與受僱人關係；二、受僱人行為該當於一般侵權行為；三、受僱人係執行職務；四、僱用人選認受僱人及監督其職務之執行具有過失，且其過失與損害發生具有因果關係。<sup>543</sup>是以，公司職員違背職務行為，已未必使公司負有僱用人之連帶賠償責任，除非經公正法院之裁判不能認為公司一定負有連帶賠償責任。如果認為僱用人負有連帶賠償責任，也是基於社會經濟交易風險合理分配，<sup>544</sup>目的在於保護侵權行為被害人求償權，在此合理分配原則下，僱用人因受僱人之侵權行為所應負之賠償責任，是因自己選任、監督有過失而負有過失責任，<sup>545</sup>或推

#####

<sup>541</sup> 最高法院104年度台上字第1863號刑事判決：「農業金融法第三十九條第一項規定之信用部或全國農業金庫負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害信用部或全國農業金庫之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於信用部或全國農業金庫之財產或其他利益之背信罪，以信用部或全國農業金庫之財產或其他利益已否受有損害，為區別既遂、未遂之標準。原判決已據證人即澎湖縣澎湖區漁會信用部白沙分部（下稱白沙分部）主任莊秀瑾之證述，說明上訴人未依規定將如原判決所載之發票日均為民國一〇一年八月三十一日之呂鄭素卿二紙支票登記於待交換票據明細表，迨同年九月三日呂鄭素卿至白沙分部查對支票有無兌現時，上訴人始於翌日以現金存入呂鄭素卿帳戶，而侵占呂鄭素卿之支票，除於行為時侵害呂鄭素卿之票據上權利外，白沙分部因而亦負民法上僱用人之侵權行為連帶賠償責任，受有財產上之不利利益，上訴人應構成農業金融法第三十九條第一項之信用部職員背信罪既遂罪之理由。」

<sup>542</sup> 參見最高法院 101 年台上字第 2073 號 民事判決。

<sup>543</sup> 王澤鑑（2015），《侵權行為法》，增訂新版，頁 558，台北：自版；邱聰智等（2013），〈證券、期貨及投信顧業 為其業務人員負擔民法第 188 條 連帶賠償責任之合理性研究〉，《中華民國證券商業同業公會委託研究計畫》，頁 14。

<sup>544</sup> 王澤鑑（2004），〈特殊侵權行為（四）—僱用人侵權責任（上）〉，《台灣本土法學雜誌》，64 期，頁 57。

<sup>545</sup> 黃淳鈺（2013），〈不動產仲介業總店之僱用人責任〉，《月旦法學雜誌》，219 期，頁 150。

定過失責任，<sup>546</sup>並非代負受僱人侵權責任，不能算入特別背信罪財產損害中。



## 第五節 故意與意圖

### 第一項 背信罪的故意與不法意圖

背信罪之故意，包括直接故意與間接（未必）故意，行為人須對於本罪之客觀要件的事實有所認識而意欲為之。就認識的部分，行為人對於違背任務內容之客觀事實之認識，性質上屬於事實之認識。而對於自己行為任務違背性之認識，則有認其為違法性之認識，有認其為事實之認識。就自己行為有否違背任務，主要以民事關係為斷，且性質上屬於刑法評價之對象，而與規範本身無關，故應認其為事實之認識。就意欲的部分，如僅因處理事務怠於注意，致其事務生不良之影響，則為處理事務之過失問題，既非故意為違背任務之行為。

547

絕大多數的財產犯罪，均以行為人特定不法意圖為構成要件，也可以說是行為人的主觀構成要件超出客觀構成要件所規定事實情狀的犯罪類型。<sup>548</sup>不法意圖要件在董事違反善良管理人注意義務的情形下，格外具有意義。受任人被委託處理委任人的財產事務，為謀求委任人經濟上的最大利益，往往需從事具有一定風險的行為。如果最後風險實現而造成委任人的損失，以善良管理人注意義務的角度而言，客觀上一般的理性受任人不會採取同樣的風險行為，因此行為人可能已經具有抽象輕過失。同時因為受任人對於該風險行為的實施具有認知和意欲，所以在主觀上也可能已經具有違反任務的故意。若不以特殊不法

#####

<sup>546</sup> 民法第 188 條規定採僱用人推定過失責任，或稱為中間責任，為目前我國學說上之通說。參見王澤鑑，前揭註 543，頁 556；孫森焱（2014），《民法債編總論（上）》，修訂版，頁 295-299，台北：三民；鄭玉波（2014），《民法概要》，修訂 14 版，頁 130，台北：東大。

<sup>547</sup> 最高法院 22 年度上字第 3537 號刑事判例：「背信罪之成立，以處理他人事務之人，有圖自己或第三人得不法利益，或圖加損害於本人之意思，而故為違背其任務之行為為要件，如僅因處理事務怠於注意，致其事務生不良之影響，則為處理事務之過失問題，既非故意為違背任務之行為。」

<sup>548</sup> 黃任顯、林志潔（2011），〈背信罪不法意圖要件之機能及其反證〉，《萬國法律》，175 期，頁 16。

意圖限縮背信罪的成立，行為人民事債務不履行或侵權的行為將被視為刑事犯罪行為。<sup>549</sup>

背信罪行為人的不法意圖，是指在故意以外，尚須有為自己或第三人不法之利益或意圖損害本人的利益之意圖，亦即須具有獲利意圖或損害意圖。所謂獲利意圖，即為自己或第三人不法利益之意圖，第三人係指除行為人及使其處理事務之本人以外之其他人。背信罪擇一處罰行為人主觀上的獲利意圖，其實已經超出背信罪客觀構成要件的範圍，因為行為人的獲利並不必然導致被害人的損害，因此背信罪在罪質上其實具有圖利罪和毀損罪的「雙重性質」。<sup>550</sup>這也印證本文前述背信罪是以破壞基於信賴的委任關係侵害被害人財產利益的主張。

至於所謂的利益，學說上曾有認為不以財產利益為限，即身分上利益亦包括在內。<sup>551</sup>但背信罪是侵害財產法益的犯罪，是以行為人的意圖自應以財產上之利益為限。所謂損害意圖，即為損害本人利益之意圖。本人係指使行為人為其處理事務之人。若本人利益之受損害乃基於正當原因，例如：為本人利益為一定行為，縱然在結果上造成本人之損害，行為人因缺乏犯罪的不法意圖要件而不成立背信罪，<sup>552</sup>這也是背信罪存在不法意圖的意義之一——避免國家以刑罰的方式過度限制受任人處理事務的裁量空間。<sup>553</sup>

最後的問題是，不法意圖的認定。英國法上濫用身分詐欺及美國法上誠信服務詐欺及其加重處罰，都不以財產侵害結果為要件的設計，事實上受到許多批評，主要是刑罰範圍過於廣泛、民刑事責任界線模糊等。若欲在其現行法條規定上尋求解決之道，那麼大概就是行為人的主觀要件：指向財產侵害的故意

#####

<sup>549</sup> 黃任顯、林志潔，同前註，頁 19。

<sup>550</sup> 林山田，前揭註 439，頁 487。

<sup>551</sup> 甘添貴，前揭註 439，頁 367。

<sup>552</sup> 最高法院 30 年度上字第 1210 號刑事判例：「刑法第三百四十二條之背信罪，以有取得不法利益或損害本人利益之意圖為必要，若無此意圖，即屬缺乏意思要件，縱有違背任務之行為，並致生損害於本人之財產或其他利益，亦難律以本條之罪。」；最高法院 53 年度台上字第 2429 號刑事判例：「刑法第三百四十二條第一項之背信罪，必須違背任務之行為，具有為圖取不法利益，或圖加不法損害之意思，為構成要件，若本人利益之受損害，乃基於正當原因，並非不法，則因缺乏犯罪意思要件之故，即難律以本罪。」

<sup>553</sup> 黃任顯、林志潔，前揭註 548，頁 18。

與不法意圖。所謂的不法意圖，在英國法和美國法上都是指獲取利益或導致損害的意圖，利益和損害都比必須與財產有關，而所謂財產則包括有形財產和無形財產，而判斷的標準在於行為人是否出於善意。然而由於行為人主觀要件必須以客觀上存在的證據證明，且往往不存在直接證據，所以法院也常以間接證據證明行為人的不法意圖，例如：不實陳述。然而這些用以證明行為不法意圖的間接證據，通常都是不法行為本身，使得主觀上的意圖要件無法發揮預設中的限定處罰範圍的功能。

以違背任務行為認定行為人不法意圖的情形，也經常發生在我國的審判實務中。例如：以農會辦理貸款業務的職員，違反農會內部貸款規定，規避放款總額限制，違反善良管理人注意義務，意圖為第三人不法利益，成立背信罪。

554

為了避免這種循環論證式的構成要件判斷，本文認為，除非違背任務之行為本身即可顯示行為人有圖自己或第三人利益或損害本人之意圖，否則除了違背任務行為本身以外，行為人在客觀還必須有「與財產法益為目的之不法意圖相關」的行為，才能證立行為人背信罪的不法意圖。舉例而言，縱使受任人未依委任人之指示，將委任人的錢存放在甲銀行，卻放在存款利率較低的乙銀行，造成委任人受有不能獲取較高利息的期待利益的損害，也不能即認為受任人成

#####

<sup>554</sup> 最高法院98年度台上字第6819號刑事判決：「甲○○、乙○○與歐章錦、林明珠（二人均經原審判刑確定）依序原為觀音鄉農會之總幹事、信用部主任、調查員及放款經辦人。甲○○受該農會之委託，依農會法第三十一條規定秉持理事會決議執行職務，向理事會負責。乙○○職司借款人、保證人之徵信及擔保品估價之覆核。歐章錦職司借款人之信用調查及擔保品之估價。林明珠職司放款資料之彙整及初核意見之簽擬、呈核，均為為他人處理事務之人。其等四人於承辦貸款時，除依法令及該農會之相關規定詳為審核外，並應盡善良管理人之注意義務，竟共同意圖為第三人不法利益之概括犯意，明知附表一所示三十三位借款人，有分戶設於同址，且有設籍未久即以同一擔保品、相同保證人之情，顯係陳良現、陳良發、陳良欲、胡冠林及「闕姓」成年男子等為首之「羅斯國際開發有限公司」（下稱羅斯公司）所借用，以規避放款總額限制之人頭戶；又依觀音鄉農會信用部管理辦法第十一條規定，「對每一會員及其同戶家屬」放款總額，不得超過農會信用部前一年度決算淨值百分之二十五；該農會自七十九年度起三年度對同一會員及其同戶家屬放款總額各不得超過新台幣（下同）一千五百萬元、二千八百萬元及三千萬元。竟自八十年八月二十七日至八十二年七月二十九日止，竟未依該農會之相關規定詳為審核，即由歐章錦就擔保品為徵信、估價後，交由林明珠簽稱「申請人符合貸款條件、保證人提供擔保物價值足夠，是否准以貸放？呈請核示」等詞，呈由乙○○轉呈甲○○定奪，乙○○、甲○○明知上情，亦加核定，致各該借款迄九十六年十二月三十一日止，尚有六億四千三百二十一萬九千二百零一元之本金未獲清償（詳如附表二所示），而生損害於觀音鄉農會。」

立背信罪，受任人必須有將委任人的錢存進自己在乙銀行的帳戶中等足以展現其不法意圖的行為，才能認為具有背信罪之獲利意圖。



## 第二項 特別背信罪的故意與不法意圖

特別背信罪的保護法益雖與背信罪不同，但行為人主觀要件的財產指向性卻相同，因此特別背信罪行為人主觀上的故意與意圖和背信罪一致，亦即行為人主觀上需有背信故意和獲利或損害的不法意圖，在解釋上也無不同。<sup>555</sup>

由於公司具有冒險逐利的性質，以違背職務行為作為行為具對財產利益的不法意圖的問題，往往更容易發生在涉及特別背信罪的情形。又在特別背信罪行為主體包括職員的現行法狀態下，如因職員違反職務而使公司富有僱用人連帶賠償責任也都算入公司的財產損害之中。例如：農業信用部職員殆於將存戶之支票存入帳戶中，違反善良管理人之注意義務，使農會信用部負有民法上僱用人之侵權行為連帶賠償責任，而受有財產上的不利益，成立特別背信罪；<sup>556</sup> 銀行理財專員未據實推薦銀行銷售之投資商品，亦未依照客戶購買意向代為填寫申購書，違反職務，造成銀行受有僱用人連帶賠償責任，成立特別背信罪等。

557

依據現行公司負責人進行商業決策時應盡的善良管理人之注意義務，公司

#####

<sup>555</sup> 參見林盛煌，前揭註 427，頁 84。曾淑瑜，前揭註 445，頁 158-159。

<sup>556</sup> 參見最高法院 104 年度台上字第 1863 號刑事判決：「查：（一）農業金融法第三十九條第一項規定之信用部或全國農業金庫負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害信用部或全國農業金庫之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於信用部或全國農業金庫之財產或其他利益之背信罪，以信用部或全國農業金庫之財產或其他利益已否受有損害，為區別既遂、未遂之標準。原判決已據證人即澎湖縣澎湖區漁會信用部白沙分部（下稱白沙分部）主任莊秀瑾之證述，說明上訴人未依規定將如原判決所載之發票日均為民國一〇一年八月三十一日之呂鄭素卿二紙支票登記於待交換票據明細表，迨同年九月三日呂鄭素卿至白沙分部查對支票有無兌現時，上訴人始於翌日以現金存入呂鄭素卿帳戶，而侵占呂鄭素卿之支票，除於行為時侵害呂鄭素卿之票據上權利外，白沙分部因而亦負民法上僱用人之侵權行為連帶賠償責任，受有財產上之不利益，上訴人應構成農業金融法第三十九條第一項之信用部職員背信罪既遂罪之理由。」

<sup>557</sup> 最高法院 101 年度台上字第 5879 號刑事判決：「上訴人為板信銀行華江分行理財專員，負責銷售銀行相關基金、債權及衍生性金融商品等職務，確有意圖為自己不法之利益，在執行職務時，交付板信銀行名義之文件，先後各向蔡翠蓮佯稱可申購「匯息雙動 13 連動債」（下稱匯息連動債）、「金蟬脫殼 3 連動債券」（下稱金蟬脫殼債券）等，而分別詐得一百萬元及美金九萬元（兌換成新台幣二百五十四萬八千五百六十元）之犯行。因而撤銷第一審之判決，依想像競合犯從一重改判論處上訴人銀行職員，意圖為自己不法之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產（二罪）罪刑，已詳細說明其採證認事之理由。」

負責人其實非常容易成立抽象輕過失而可能被認為行為違背職務，同時因為公司負責人對該商業決策都具有認知和意欲，因此也被認為在主觀上具有違背職務的故意，復以將公司所負擔之連帶損害賠償責任之風險納入特別背信罪保護範圍，使得公司負責人和職員本應屬於民事上債務不履行或侵權之行為成為刑事上的犯罪行為，實則過度保護公司求償權而踰越刑罰必要性。

在特別背信罪的情形，本文仍認為，除非違背職務之行為本身即可顯示行為人有圖自己或第三人利益或損害本人之意圖，否則除了違背職務行為本身以外，行為人在客觀亦必須有「與財產法益為目的不法意圖相關」的行為，才能證立行為人特別背信罪的不法意圖，特別是在違反善良管理人注意義務的情形更應如此。舉例而言，銀行經理違反銀行內部規定，授與超額的信用貸款予不符合相應資格的人，客觀上因為冒險融資之決定可能造成銀行無法回收貸款而形成呆帳造成銀行損害，行為違反善良管理人注意義務而可能被認為違背職務，且行為人行為時對於該冒險融資決定均有知悉和意欲，而被認為行為具有違背職務的故意，但除非行為人有建立虛偽的人頭帳戶等與不法意圖有關連的行為，否則也不宜直接認定行為人成立特別背信罪。

## 第六節 小結

背信罪破壞委任關係侵害個人整體財產法益的犯罪，而特別背信罪是侵害公司整體財產法益和社會經濟制度的犯罪。這是在現行背信罪於刑法第 32 章存在，而特別背信罪又獨立於背信罪而存在下的合理解釋。基於上述法益概念的認識，犯罪構成要件的釋義必須依據法益為之。

在行為方面，背信罪的違背任務和特別背信罪的違背職務，同樣存有義務違反的類似性，但也有存有破壞內部關係與破壞外部關係的差異性。透過義務的類型化，可以提供董事和實務在判斷行為人是否合於法規範之初步判準。在公司董事的情形，違反與財產事務相關的受任人義務或受託義務都可能被認為是背信罪的違背任務。但是除非董事的行為侵害量足以達到破壞社會經濟制度的程度，否則不應認為是特別背信罪的違背職務。

英美法上的濫用身分詐欺和誠信服務詐欺，關注的焦點在於行為人不誠實行為的處罰，而不是經濟利益上的此消彼長，因此都不以對被害人造成財產損害為要件。現行我國法上的背信罪及特別背信罪則都為結果犯的立法，在結果要件的討論上自不能相提並論。但是如果從行為人主觀構成要件的角度予以觀察，也可以發現背信罪或特別背信罪其實並非完全如傳統財產犯罪一般把重心放在財產利益的消長之上。這與背信罪和特別背信罪不僅僅是為了保護個別整體財產利益而存在有關。

## 第五章 判決評析

### 第一節 元大案



#### 第一項 事實摘要

本案被告馬志玲、杜麗莊、林明義、吳麗敏等人，經臺灣臺北地方法院98年度金重訴第6號刑事判決成立證券交易法第171條第1項第1款共同證券詐欺罪，臺灣高等法院99年度金上重訴字第42號刑事判決撤銷一審判決，認為被告等人應成立證券交易法第171條第1項第3款共同特別背信罪，經最高法院103年度台上字第2194號刑事判決駁回被告等人之上訴，有罪確定。

#### 第一款 案例背景

93年7月間，因聯合投資信託股份有限公司（下稱聯合投信）處分其所募集之可轉換公司債基金造成虧損，聯合投信復決定由基金投資人承擔上開虧損，導致基金淨值大幅下跌，且引發基金投資人大舉贖回之類似銀行擠兌情況。聯合投信為因應上開基金投資人之贖回而立即低價變賣資產復導致基金淨值繼續下跌，而在流動準備不足之情況下，聯合投信經報請金融監督管理委員會（下稱金管會）核准後暫停贖回，然而此次聯合投信事件引發之大舉贖回效應並未因暫停贖回而停止，反擴及其他投信公司之債券型基金。當時國內各投信公司募集之債券型基金已達2兆4千億元之規模，極有可能因而引發國內金融市場之系統性風險，金管會隨即於民國（下同）93年11月3日成立「改善債券型基金流動性專案小組」，並於94年2月20日透過中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會（下稱投信公會）之管道，要求各投信公司於出清處理結構債時，須符合法令、不可讓基金投資人受損、若有損失由投信公司股東承擔等原則，稱為三大處理原則。嗣因中央銀行自93年底起至94年上半年止，陸續公告調升貼放利率，導致前開結構債之本金價值下跌，亦可能導致投資人大量贖回、系統性風險危機之情況發生，金管會乃於94年8月間要求各投信公司所募集之債券型基金須於94年12月底前將持有之結構債全數移出。

## 第二款 本案事實

元大證券投資信託股份有限公司（下稱元大投信）旗下之元大多利、元大多利二號與元大萬泰等 3 檔債券型基金，於 93 年底、94 年初持有面額 276.9 億元之結構債。元大投信董事長馬維欣於 94 年年初得知三大處理原則後，對旗下債券行基金進行出清設算，並得悉上開結構債若即時出清將有 10 餘億元之虧損，馬維欣乃將三大處理原則及設算結果轉告被告馬志玲、杜麗莊。被告馬志玲、杜麗莊聞訊後，認為須由投信公司股東承擔龐大虧損並不合理，惟仍決定配合遵行金管會之相關**行政指導**，遂分頭委請被告即元大京華證券股份有限公司（下稱元京證券）董事林明義、財務副總吳麗敏協助處理上開結構債，先將元大投信所持有結構債全數按元大投信帳列成本價移出至馬家實質控制之投資公司、人頭帳戶，後於 94 年 5 月 4 日至 11 日，因處理其中面額 48 億元之結構債，元大投信產生 7.76 億之損失。

被告杜麗莊係公開發行之元京證券董事長，與被告即其配偶馬志玲元京證券創辦人及精神領袖及當時元大投信之董事，2 人共同持有元京證券 8.68% 之股權。被告林明義為元京證券董事，並代為管理馬家私人及其家族實質掌控之多家投資股份有限公司，以從事相關金融商品之交易、資金調度往來或分散持有由馬家實質持有元大投信 55.60% 股數。被告吳麗敏則為元京證券債券部副總經理。

元京證券原本持有元大投信 20.72% 股份。被告杜麗莊向元京證券副總李雅彬透漏有意出售元大投信公司股權，李雅彬乃指示經理張清棟撰寫並於 94 年 5 月 25 日提出評估報告交李雅彬轉呈財務副總經理陳麒漳進行後續委託鑑價事宜。陳麒漳乃委任致遠國際財務顧問股份有限公司（下稱致遠財顧）對於元大投信進行鑑價。

致遠財顧提出鑑價區間為每股 60.35 元至 72.71 元之評價報告，陳麒漳乃據鑑價報告鑑價區間之下限 60.35 元為基礎，扣除 93 年度應發放之每股股利 3.35 元後，建議每股購價為 57 元，並完成相關程序檢附文件資料提送元京證券董事會討論。吳麗敏、林明義於 94 年 7 月 28 日元京證券之董事會出席時，未揭露金管

會三大處理原則，元京證券公司董事會資訊未臻充分情況下達成決議在每股股價57元、增購總價額不超過23億元之範圍內購入元大投信公司股權，增購股權之各事項授權董事長全權處理。金管會於94年8月間，要求各投信公司之結構債，須於當年12月底之前全數移出。

嗣吳麗敏於94年8月22日簽具簽呈，元大投信48億元結構債處理之損失7.76億元，由元京證券按原持股比例20.72%分攤其中損失1.6億元，轉呈杜麗莊核准。元京證券於94年9月5日交割購入元大投信公司股權合計3868萬8481股，使元京證券對於元大投信之股權自20.72%提高至83.19%，共計增加62.47%。

在元京證券受有損失的部分，94年9月29日、30日，由元大投信以「帳面成本價」賣斷87.5億結構債給馬家實質控制之騰達投資公司（下稱騰達投資），再由元京證券和騰達投資約定為債券附賣回交易（RS），由元京證券代騰達投資付給元大投信上開價金。嗣於同年12月5日至8日，騰達投資再將之以市價賣斷給元京證券，騰達投資共支付元京證券券公司6.22億餘元。

94年12月，元大投信無法如願以發行債權擔保受益憑證（CBO）方式消化旗下剩下約面額87.5億元結構債，經吳麗敏以口頭向杜麗莊請示，杜麗莊向其指示可由元京證券券依83.19%之持股比例負責攤損6.22億元。95年2月13日起至同年3月7日止，金管會檢查局派員前往元京證券公司進行業務檢查時，元京證券公司上開於94年9月5日增購元大投信公司股權以致元京證券公司就系爭87.5億元結構債分攤損失比例提高等情，涉嫌違法，幾經交涉，並經杜麗莊同意，吳麗敏始上簽將元大投信87.5億元結構債損失分攤比例，由調降回20.72%，使元京證券分攤約2.36億元。

另元大投信於94年10月間，將旗下基金持有之面額18億元結構債賣斷，產生1.14億元之損失，元大投信以特別盈餘公積彌補；另將面額28億元之結構債債券分割，產生1.54億元之損失，元大投信公司並以自有資金吸收，合計產生2.68億元，元京證券查核會計師於查核94年度財務報表時，係採元京證券加權

平均持股比例41.54%計算認列元京證券轉投資元大投信之投資損益，<sup>558</sup>元京證券因增購本案股權而增加此部分之分攤損失計5577萬7287元。

縱上，元大投信旗下基金持有面額共計133.5億元之結構債經處理結果，果均發生損失，元京證券即以增購股權後之83.19%持股比例，分攤此部分處理結構債所生之損失，造成元京證券4.45億元損失。案經行政院金融監督管理委員會告發，臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查後起訴。

## 第二項 判決摘要

最高法院103年度台上字第2194號刑事判決除肯定上開事實以外，並認為：

一、金管會發布之三大處理原則，係為避免引起金融危機之措施，具有正當性、適法性。

二、被告杜麗莊、林明義及吳麗敏分任元京證券董事長、董事與債券部副總經理，皆屬於公司法所稱之公司負責人，就該公司業務之處理，負有忠實義務，應盡善良管理人責任。明知金管會當時對於結構債之處理，有所謂「三大鐵律」之指令，且元大投信因處理四十八億元結構債結果，已經虧損7.76億餘元，其餘結構債之處理，當然亦會產生損失，一旦向元大投信公司購買股權，自會隨之按比例增加損失額之分攤，乃竟於不知內情之陳麒漳，在元京證券之審計委員會及董事會開會時，漏未報告此情之際，明知自己有加以補充、更正之義務，以避免與會人員錯下決議，致損害於元京證券公司權益，卻毫不作為，足見存心為私、違背任務，無可狡展。

三、衡諸元京證券增購元大投信公司股權之事，無非落實被告馬志玲指示方針，可見被告等四人間，就此計畫之執行，具有犯意聯絡、行為分擔，應成

#####

<sup>558</sup>加權平均持股算法，是以年度為基準，依照不同股數貢獻時間長短，來計算整年度的加權平均股數，並以此認列投資損益。舉例而言，甲公司有 200,000 股普通股流通在外，乙公司於 4 月 1 日購入甲公司普通股 50,000 股，同年 9 月 1 日增購 45,000 股甲公司普通股。甲公司本年度淨利為 800,000 萬元。則乙公司對甲公司之加權平均持股比例為： $50,000 \times 9/12$ （4 月 1 日至 12 月 31 日共計 9 個月）+  $45,000 \times (4/12)$ （9 月 1 日至 12 月 31 日共計 4 個月）=52,500（或是  $50,000 \times 5/12$ （4 月 1 日至 8 月 31 日共計 5 個月）+  $(50,000+45,000) \times (4/12)$ （9 月 1 日至 12 月 31 日）=52,500）/200,000= 26.25%。投資損益則為  $800,000 \times 26.25\% = 210,000$  萬元。

立共同正犯。

### 第三項 判決評析

關於被告馬志玲是否成立特別背信罪共同正犯的部分，涉及特別背信罪行為人的純正身分，但由於並非本文討論重點，故以下僅就被告杜麗莊、林明義、吳麗敏等人之行為和不法意圖加以評析。

#### 第一款 行為—揭露義務的檢驗

本案法院判決被告等人成立證券交易法特別背信罪，在行為部分法院認定被告杜麗莊、林明義、吳麗敏等未揭露其所知悉足以影響元京證券公司董事會判斷增購股權必要性及時機急迫性之重要事項，即金管會三大處理原則中關於移出結構債之損失需由投信公司股東承擔的部份，因此元京證券在元大投信將旗下結構債移出前辦理增購元大投信股權將增加元京證券的分攤損失之比例造成元京證券損失，似乎認為被告杜麗莊、林明義、吳麗敏負有揭露金管會三大原則之義務而未揭露，因認被告等人違背職務。惟法院並未明白指出被告等人究竟是違背職務的具體依據，有進一步釐清的必要。

依據公司法第 193 條第 1 項規定，董事會執行業務應依照法令章程及股東會之決議。所謂法令，包括與董事執行業務相關之各機關發布之規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。學說實務皆認為，公司法第 193 條之規範的主體不僅止於董事會，也包括董事在內，是以本條規定實為我國董事守法義務之明文化，皆已如前述。

姑且不論金管會三大處理原則之法位階或法律效力，其並未排除由各投信公司旗下基金或投信公司自行承擔結構債之損失，如何實際由投信公司股東分攤損失係屬選項之一，元大投信董事會及董事處理結構債之方式，並未違背金管會之指令。也因此本案中，被告馬志玲並非因為擔任元大投信之董事長，卻違反遵守金管會指令之義務，而被法院認為構成特別背信罪之違背職務。重點在於，如果元大投信董事會及董事有義務遵守金管會三大原則，也將會影響被告即元京證券董事杜麗莊、林明義等人的揭露義務範圍。



金管會透過投信公會所發布，對各投信公司要求關於結構債的三大處理原則之**指令**，是否可以成為董事應遵守之法令不無可疑。該三大處理原則的訂定與發布並未作成行政程序法第 154 條、第 155 條所規定的法規命令訂定程序，在性質上也非行政程序法第 159 條所規定的上級機關對下級機關對內之一般抽象規定，因此在定位上應非屬法規命令或行政規則，而可能是行政機關所發布之職權命令或行政指導。依據實務見解，職權命令之合法要件為：一、發布機關依據組織法規定，必須有管轄權限；二、必未為了執行某一特定法律所必要；三、其命令內容必須侷限於細節性和事務性的事項，<sup>559</sup>而行政指導依據行政程序法第 165 條規定，不具有法律上的強制力。因此所謂的三大處理原則是否該當公司法第 193 條之法令即有疑義。

本案判決將金管會三大處理原則定性為行政指導，按上開解釋該三大處理原則對於元大投信並沒有強制力，亦即元大投信之股東未必需要分擔元大投信處理結構債造成的損失，則該三大處理原則是否成為被告杜麗莊、林明義、吳麗敏於元京證券董事會上必須揭露的內容，似有再詳加討論的空間。

100 年 12 月 14 日公司法修正時增訂第 206 條第 2 項規定，董事對於董事會會議之事項，有自身利害關係時，亦即涉及發生權利義務之變動時，應於當次董事會說明其自身利害關係之重要內容，成為我國董事揭露義務的來源。再者，依據公司法第 206 條第 2 項法條之用語觀察，似亦課與董事積極之說明義務。此外，由於本項規定之增訂係為健全公司治理，促使董事之行為更透明化，以保護投資人權益，因此與董事會進行商業決策或履行職務相關之事項，都在董事的揭露義務範圍內。

最後是涉及法律變更的問題。100 年公司法第 206 條第 2 項修正之前，董事僅有依據民法第 540 條報告委任事務進度義務、公司法第 206 條第 3 項、第 178 條規定之利益衝突迴避義務、公司法第 209 條競業說明義務，100 年公司法第 206 條第 2 項增訂後，董事才負有利益衝突揭露義務。董事義務的內涵雖藉由民事法或商事法中的規定，但是背信罪之違背任務與特別背信罪之違背職務，

#####

<sup>559</sup> 吳庚（2015），《行政法之理論與實用》，增訂 13 版，頁 267-275，台北：三民。

既以義務之違反為核心，對於行為人義務的成立時點自當嚴格認定。基於法律不溯及既往原則，100年公司法第206條第2項增訂前，利益衝突揭露自不能認為是董事忠實義務之具體內涵。

縱上，本案中被告杜麗莊、林明義分別為元京證券之董事長和董事，依據對於自身有利害關係之事項，有於董事會揭露之義務。不過被告林明義雖為元京證券之董事，但該次元京證券董事會決議增購元大投信股份是否為被告林明義有利害關係事項，應視被告林明義是否持有元大投信之股份而定。此外，依據本條規定之揭露義務主體限於董事而不及於經理人，因此被告即元京證券財務副總吳麗敏依法並未具有在元京證券董事會上揭露金管會三大處理原則之義務，則當然沒有違反受託義務可言。<sup>560</sup>本案法院判決泛言被告林明義、吳麗敏應揭露而未揭露金管會三大處理原則違背職務，未明確指出被告等人所違背之義務來源，且在認定被告即元京證券董事長杜麗莊具有揭露義務的部分，也未考量公司法第206條第2項增訂前，董事依法並未負有利益衝突之揭露義務，似有再檢討之空間。退步言之，縱然認為被告杜麗莊、林明義、吳麗敏等人依法對元京證券皆負有揭露義務，其揭露之範圍是否及於金管會透過投信公會所發布之三大處理原則，仍須視該三大處理原則之定性為何，亦即元京證券或元大投信之董事會及董事是否有遵守該三大處理原則之義務。

## 第二款 不法意圖

為避免循環論證式的構成要件認定，特別背信罪的不法意圖要件，除非違背職務之行為本身即可顯示行為人有圖自己或第三人利益或損害本人之意圖，除了違背職務行為本身以外，行為人在客觀還必須有與財產法益為目的不法意圖相關的行為。

#####

<sup>560</sup> 被告吳麗敏是否與其他被告成立共同特別背信罪，關鍵除了其他被告是否具有揭露義務以外，還涉及刑法第31條第1項的規定。依據刑法第31條第1項規定，無特定身分或關係，仍以正犯或共犯論。不過我國學說一般將此項規定理解為「純正身分犯」的立法，其所規定之特定身分亦為「構成要件身分」，從而不具有此身分之人是否仍得成立純正身分犯之正犯，似乎並不如法條文義所展現地如此理所當然。參見許恒達（2002），〈身分要素與背信罪的共同正犯—Roxin構成要件理論的檢討（上）〉，《萬國法律》，123期，頁109-116；許恒達（2002），〈身分要素與背信罪的共同正犯—Roxin構成要件理論的檢討（下）〉，《萬國法律》，124期，頁104-107。

本案法院認定被告杜麗莊為元大投信之大股東，但意圖減少因為元大投信處理結構債所分攤之損失，乃在元京證券董事會開會時，漏未報告金管會三大處理原則，明知自己有加以補充、更正之義務，致損害於元京證券權益卻毫不作為，存心為私，目的在於分擔元大投信之結構債損失，足見法院似認為被告杜麗莊係違反董事忠實義務中之揭露義務。單就行為本身而言，的確似乎可以顯示行為人有圖自己利益之意圖，不過依據被告杜麗莊二審之刑事辯護理由指出，當時業界普遍認為在專業協助下，以發行CBO之方式處理結構債即不會造成公司損失，<sup>561</sup>則最高法院判決認定被告具有圖謀自己分擔額減少之利益的意思，似有再詳加說明的餘地。

#####

<sup>561</sup> 台灣高等法院99年度金上重訴字第42號刑事判決：「被告杜麗莊辯稱：……又當時業界普遍認為以發行CBO處理結構債，不會有損失，此有證人李賢源、馬維欣、林超驊、麥煦書證述可稽，益證被告杜麗莊主觀上認為被告吳麗敏既告知剩餘未處理之結構債，若發行CBO將不會造成損害且有其專業協助下，結構債之損失應大幅減少，甚至可能沒有損失。」

## 第二節 和艦案



### 第一項 事實摘要

本案被告曹興誠、宣明智經臺灣新竹地方法院 95 年度囑訴字第 1 號判決無罪，臺灣新竹地方法院檢察署上訴二審，經臺灣高等法院 96 年度上重訴字第 104 號刑事判決駁回檢察署上訴，臺灣新竹地方法院檢察署再上訴三審，經最高法院 98 年度台上字第 7301 號刑事判決撤銷發回臺灣高等法院更審，臺灣高等法院 98 年度上重更（一）字第 60 號仍判決被告等人無罪，全案終告確定。

### 第一款 案例背景

聯華電子股份有限公司（下稱聯電公司）係專業晶圓製造廠商，主要營業項目係晶圓專工業，並依客戶個別需求提供矽智財、嵌入式積體電路設計、設計驗證、光罩製作、晶圓製造及測試等服務，並為依證券交易法上的公開發行公司。當時台灣政府對高科技產業投資大陸政策為「積極開放、有效管理」，並未全面禁止赴大陸投資，又 8 吋以下晶圓鑄造，為政府重點發展產業，特予各項租稅優惠及投資抵免。

被告曹興誠原為聯電公司董事長，民國（下同）89 年 5 月 3 日卸任後，由被告宣明智接任聯電公司董事長，綜理公司業務，對外代表該公司，被告曹興誠仍以聯電集團董事長之職銜繼續提供聯電公司策略指導，並於 90 年 6 月 6 日重新接任聯電公司董事長職務，被告宣明智則回任副董事長。一審被告鄭敦謙於 92 年 8 月間擔任聯電百分之百轉投資之宏誠創業投資股份有限公司（下稱宏誠創投）總經理。

### 第二款 本案事實

被告曹興誠、宣明智亟思積極搶攻全球半導體市場，在中國競爭激烈之晶圓代工市場取得領先優勢地位，於 90 年 8 月間，與美籍華人 Frank Yu 所掌握近 1 億美元資金集團，謀議策略合作計畫、策略聯盟，先由 Frank Yu 資金集團出面，透過第 3 地至中國江蘇省投資設立一座 8 吋晶圓廠，取名和艦科技有限公

司（下稱和艦公司），聯電公司出售 8 吋晶圓舊線生產設備，將相關 8 吋晶圓生產設備轉運予和艦公司，並與和艦公司簽立 8 吋晶圓代工合約，雙方口頭、書信約定：1、和艦承諾以其所購自聯電 8 吋晶圓舊線來優先滿足聯電訂單的量；聯電則計劃填滿和艦該線月產能一半以上的量。2、和艦承諾對聯電訂單的代工價格，以當時市價一定折扣或最優惠市價計算。3、為確保該線對聯電訂單如期交貨，聯電同意對和艦提供下述支援：(1)和艦構建之廠房及設施須合乎所購自聯電 8 吋舊線規格，聯電將派遣建廠人員配合和艦建廠人員工作，以便廠房、設施迅速竣工。(2)上述 8 吋舊線設備運抵和艦廠房後，聯電將派遣工作人員配合和艦工作，以便該線迅速投產、接單。(3)聯電所派遣人員薪資、福利等均由和艦支付，納入和艦體制運作。另外和艦單方面承諾：「因聯電對和艦出售舊線只收帳面成本價之故，將另對聯電增發與該成本價之 25%等值的特別技術股，由聯電決定其分配方式。但被告曹興誠、宣明智並未在董事會正式提案討論聯電公司和和艦公司間之約定。

被告宣明智於 90 年 9 月、10 月間召開主管會議，指示並授權聯電公司各部門配合提供和艦公司相關支援，俾執行聯電公司佈局中國，並自聯電公司眾多部門中，徵詢有意願赴中國工作之團隊成員。聯電公司廠務暨擴建工程部副總倪敏鷗於 90 年 10 月 30 日，即以聯電公司代表之名義出面與蘇州工業園區管理委員會洽談並簽署和艦公司用地投資協議書。Frank Yu 則於 90 年 11 月間透過在英屬維京群島設立之 BE 控股公司轉投資橡木聯合公司（Oakwood Associates Limited），再由橡木聯合公司轉投資之 Invest League 公司至蘇州工業園區登記設立和艦公司。

經被告曹興誠及宣明智之規劃，原聯電公司具有 8 吋晶圓廠經驗之徐建華於 90 年 12 月 31 日自聯電公司離職並率領原聯電公司 38 名員工赴和艦公司從事建廠工作。嗣後聯電公司為持續吸引有意願赴和艦公司工作之工程師，提出以「原薪 1.23 倍給薪」、「自服務日起算，任滿 3 年得依職等領取所約定之技術股及股票選擇權」、「為補償因轉赴和艦工作而未能於聯電公司獲配之員工分紅股票，由和艦公司另予一筆獎金」等誘因，並指示將充任和艦公司主管之人員依此條件，分層自聯電公司現有員工向下洽尋所需要之部屬，並以擁有成

熟製程技術經驗之工程師為主，等百餘人轉赴和艦公司任職。聯電公司則形式上配合同意前揭相關業務工程師及行政人員辦理離職手續，以支緩和艦公司建廠及初期行政業務；惟聯電公司仍於其等離職後給付總計 632 萬 6,242 元。

和艦公司完成建廠後，於92年5月間即開始進行0.25及0.35微米晶圓產品試產、6月間少量生產，為使和艦公司生產線 得以迅速投產、接單，符合聯電公司客戶訂單需求，被告曹興誠、宣明智不顧聯電公司「聘僱合約書」善良管理人之注意執行業務及保守秘密等義務，囑命聯電公司職員，依和艦公司工程部門所提需求，在聯電公司與和艦公司之間建構一個資訊平台，使和艦公司職員得以透過和艦公司品保部門主管轉向聯電公司申請方式，憑帳號及密碼登入該資訊平台，閱覽及下載聯電公司包括程式工具、產品資料庫、分析資料等營業及客戶資料，藉以生產8吋晶圓。和艦公司於92年6月開始生產晶圓後，其對外晶圓報價亦由被告曹興誠派遣聯電公司人員主導。93年間，和艦公司因支援聯電公司客戶Solomon、Novatek、Realtek等之產能需求，獲利約美金5,500萬元。聯電公司則於94年3月董事會及同年6月股東會追認前述之整體性協助，和艦公司並提供該公司15%股權（帳面價值約1.1億美元）與聯電公司。

新竹地方法院檢察署以被告曹興誠、宣明智等人擅以聯電公司之人力、管理技術、客源、營業秘密技術等資產提供和艦公司，並協助和艦公司資金之籌募、建廠、營運與客服管理等所有事宜，均已生損害於聯電公司與股東之利益。因認被告曹興誠、宣明智等人均涉有刑法第 342 條第 1 項背信罪嫌等起訴。

經濟部95年2月15日經審字第09509003500號行政處分，對聯電公司對於前未經許可投資在大陸地區之和艦公司之行為所受之500萬元罰鍰。聯電公司不服提起，循序提起行政訴訟，臺北高等行政法院95年度訴字第4266號判決將訴願決定及原處分均撤銷。經濟部不服，提起上訴，經最高行政法院98年度判字第1485號判決將前審判決廢棄，發回臺北高等行政法院更審，並以臺北高等行政法院99年度訴更(一)字第3號判決駁回聯電公司之上訴。聯電公司再上訴，經最高行政法院100年度判字第2207號判決駁回確定。

## 第二項 判決摘要

### 壹、最高法院 98 年度台上字第 7301 號刑事判決

最高法院判決認為，辦理本案之檢察官於二審聲請傳喚證人、調查證據，欲證明被告等與 Frank Yu 掌握近一億美元資金集團謀議策略合作計畫、策略聯盟，先由 Frank Yu 資金集團出面，透過第三地前往大陸設立和艦公司，而未依法公開揭露資訊予投資大眾等事實。此攸關被告等與檢察官所指與 Frank Yu 謀議於大陸投資設立和艦公司，而未依法公開揭露資訊等情，客觀上自有調查之必要。原二審未予查明，遽為被告等有利之認定，難認無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

### 貳、臺灣高等法院 98 年度上重更（一）字第 60 號刑事判決

經最高法院發回更審，台灣高等法院仍然判決被告等二人無罪，理由如下：

#### 一、聯電公司與和艦公司間關係的部分：

和艦公司員工雖可申請利用平台閱覽聯電公司之資料，但限於聯電公司放置於網咖上之客戶資料，且和艦公司對於該資料之取得及提供均已得客戶同意，且並無證據顯示和艦公司使用聯電公司所有之專利。除此之外，協助和艦公司處理雜項支出及一般事務之情，並於員工表示要離職轉赴和艦公司時為積極慰留外，舉凡和艦公司資金、土地、廠房設備、員工招攬、內部管理、外部銷售事項，聯電公司均未有過渡涉入設立與經營的情形。

#### 二、聯電公司就與和艦公司間之策略聯盟、合作計畫及提供人力、管理技術、客源與營業秘密等應揭露而未揭露於財報的部分：

（一）和艦公司於口頭約定時，並無指出明確之報酬，可知尚難認聯電公司與和艦公司之口頭約定，係屬於財務會計準則公報第9號點所定「很有可能產生利得」或「有可能產生利得」之情形。

（二）依據證券發行人財務報告編製準則、發行人編製財務報告相關補充規定

第8條至第22條，有就個別資產負債表、損益表、股東權益變動表與現金流量表，分別有「應加註明事項」或「應於附註中說明」或「應附註揭露」之規定，顯見聯電公司協助和艦公司之事實，依法並無應予揭露之規定。

(三) 證券交易法施行細則第7條規訂「對股東權益或證券價格有重大影響之事項」、第8款規定「重要備忘錄、策略聯盟或其他業務合作計畫或重要契約的簽訂、變更、終止或解除、改變業務計畫的重要內容、完成新產品開發、試驗的產品已開發成功且正式進入量產階段、收購他人企業、取得或出讓專利權、商標專用權、著作權或其他智慧財產權的交易，對公司財務或業務有重大影響者。」或第9款規定「其他足以影響公司繼續營運的重大情事者」之應揭露事項，旨乃透過資訊公開以確保投資人之權益，是其「重大與否」之判斷，自與公司之董事會決議「公司重要經營策略」之概念不同。

(四) 聯電公司雖經經濟部認定違法投資和艦公司並處罰鍰，聯電公司提起行政訴訟並經法院駁回在案，行政訴訟之判決結果並無當然拘束刑事判決之效力，自不足據此認定被告2人確有投資和艦公司之行為。

**三、被告曹興誠、宣明智上開以聯電公司之人力、管理技術、客源及營業秘密等資產提供予和艦公司，並協助和艦公司資金之籌募、建廠、營運與客服管理等事宜，並不成立背信罪：**

首先，依據證人即聯電公司董事張崇德、胡國強、溫清章、劉富臺、吳宏仁、柯彼得等人證述其等均已知悉和艦公司係聯電公司之友廠，聯電公司對之並有協助之事，惟均未聽聞公司內部有人反對等情，被告曹興誠、宣明智對此均未故意隱瞞。再者，聯電公司之股東會並未認定聯電公司協助和艦公司一事，已損害聯電公司或股東之利益，且聯電公司8AB廠自2003年6、7月起即產能吃緊，從而聯電公司為使讓客戶取得更多產能且不會流失到競爭者處，聯電公司會建議客戶去和艦公司，請和艦公司支援生產而使和艦公司獲利美金5,500萬元，不能因此認對聯電公司有造成損失之情。

### 第三項 判決評析

#### 第一款 行為—守法義務的檢驗

本案法院判決雖以聯電公司對經濟部認定違法投資處以罰鍰部分提起行政訴訟遭駁回，但行政法院判決對於刑事法院並無拘束力，且無證據顯示聯電公司有投資和艦公司之情形，因認被告曹興誠、宣明智並無應揭露投資而未揭露之情形，但此部份在背信罪也有值得討論的空間。被告曹興誠、宣明智涉嫌背信罪的行為，主要為未事先將聯電公司以人力、技術、客源等公司資產，提供予和艦公司的情形報告董事會決議，以及未經主管機關許可在中國投資，造成聯電公司受有美金5,500萬元之營業損失和500萬元之罰鍰，都涉及董事之守法義務。依據公司法第193條第1項規定，對於所有的法律和命令，董事皆有絕對的守法義務。但所謂「依法令」，係指執行業務的行為依照法令，而並不一定是執行業務的結果依照法令，董事是否盡此義務，須以善良管理人的抽象輕過失予以判斷。

#### 壹、未事先將聯電公司資產提供予和艦公司的情形報告董事會決議

依據公司法第 202 條規定，公司業務之執行，除依公司法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議。依公司法規定應由股東會決議的事項，包括第 13 條轉投資、第 168 條減資、第 185 條讓與公司重要資產、第 277



條變更章程等。其中第 185 條公司是否讓與重要資產的判斷，我國實務有認為公司所營事業不能成就、<sup>562</sup>主要財產目錄、<sup>563</sup>量的分析、<sup>564</sup>質量分析等。<sup>565</sup>

本案聯電公司如有將公司主要人力、技術、設備、客源等公司資產讓與和鑑公司之計畫，依法自須經股東會特別決議許可。不過相較於聯電公司本身的規模，無論是依何實務見解，都應不能算是公司之主要部分，因此依據公司法第 202 條規定應屬董事會決議事項。而董事會係以會議方式為之，且以董事彼此換意見並討論為必要，但實務運作上也常見應經董事會決議之事項，由董事會事後追取得完全之效力者，雖此作法之合理性仍有待釐清，<sup>566</sup>然本案中聯電

#####

<sup>562</sup> 最高法院103年度台上字第712號民事判決：「查仕欽公司一〇一年三月十四日函既已載明該公司於九十七年六月間即發生跳票、超貸、虛增營收等經營惡化、財務困難情形，廠房、辦公室經銀行團查封拍賣，並遭債權人搶搬機器、原料（見上更(一)卷一第一〇六、一〇七頁），證人曾建璋亦證述仕欽公司當時確陷財務危機，空無資金，廠房亦被拍賣等語（見同上卷第一二九頁）。則原審認系爭貨款債權就仕欽公司當時經營狀況而言，已屬主要部分之財產，其讓與足以影響公司所營事業不能成就，應按公司法第一百八十五條規定行之。」

<sup>563</sup> 最高法院87年度台上字第1998號民事判決：「按公司讓與全部或主要部分之營業或財產……如未依前開規定為之，自不生效力。……又依公司法第二十條規定，公司每屆營業年度終了，應將營業報告書、資產負債表、主要財產之財產目錄、損益表、股東權益變動表、現金流量表及盈餘分配或虧損撥補之議案，提請股東同意或股東會承認。其目的均在保障投資人權益。如公司之主要財產目錄經股東會承認，該財產之讓與處分，即應依上開程序處理。」

<sup>564</sup> 最高法院95年度台上字第997號民事判決：「公司法第一百八十五條第一項第二款規定，係以股份有限公司讓與全部或主要部分之營業或財產時，始有適用。查莆陽公司之實收資本額為二千五百萬元。而系爭房屋之價值，如依系爭預定房屋買賣契約書所載，為一百三十一萬元而已（依系爭房屋移轉登記之評定價值，僅為三十三萬零四百元），顯非公司主要部分之財產，處分自毋庸經股東特別決議通過始可。」

<sup>565</sup> 最高法院90年度台上字第2462號民事判決：「友聯公司負欠被上訴人債務一億零三百二十二萬二千三百六十八元，而友聯公司設定最高限額抵押權擔保之金額為八千零八十一萬二千元，是被上訴人對友聯公司有二千二百四十一萬零三百六十八點七元普通債權；或認定友聯公司負欠被上訴人九千六百零四萬二千五百九十點七元，亦超過系爭最高限額抵押權擔保金額之普通債權有八百二十一萬三千五百四十五點七元，關於友聯公司負欠被上訴人債務之數額，前後認定不一，已非無可議。又系爭土地面積二〇五二四平方公尺，友聯公司出售系爭土地於天宇公司之單價係每平方公尺八千元，而友聯公司其餘土地面積一〇四二平方公尺，以上訴人間系爭土地買賣之單價計算，值八百三十三萬六千零四十四元，加計友聯公司可得之補償金二百九十七萬五千三百二十六元，共一千一百三十一萬一千三百七十元，亦為原審確定之事實，而友聯公司出售系爭土地予天宇公司之總價為一億六千四百十九萬二千元，有不動產買賣契約書可稽（見一審卷(二)第四〇五頁），準此而言，友聯公司之資產至少尚值一億七千五百五十萬三千三百七十元，遠逾原審所認定友聯公司對被上訴人之負債。果爾，扣除系爭土地等之交易規費、土地增值稅等稅賦及其他負擔，友聯公司除有資力清償最高限額抵押債務外，似仍有資力清償被上訴人及其他債務，似此情形，可否謂被上訴人在私法上之地位有受侵害之危險？抑或友聯公司陷於無資力或資力不足？自非無疑。」

<sup>566</sup> 學者認為實務上，常董會於決議後，常將該決定彙整，待董事會召開時再提請「同意備查」加以追認，取得完全之效力。此模式表面上運作順暢，實際上卻隱藏了某些問題，如常董會決議之範圍、效力等，帶來實務運作之困擾。詳見王文宇（2004），〈常務董事會決議之效力〉，《月旦法學教室》，21期，頁28-29。

公司董事對於公司提供協助予和艦公司一事均已知悉，被告曹興誠、宣明智對此亦未刻意隱瞞，因認並未違反董事之守法義務。



## 貳、未經主管機關許可在中國投資

依據89年12月20日修正公布，並自90年2月22日起施行之臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸條例）第35條第1項規定：「臺灣地區人民、法人、團體或其他機構，非經主管機關許可，不得在大陸地區從事投資或技術合作，或與大陸地區人民、法人、團體或其他機構從事商業行為。」、同條第3項規定：「前2項許可辦法，由有關主管機關擬訂，報請行政院核定後發布之。」及第86條第1項規定：「違反第三十五條第一項規定從事投資、技術合作或商業行為者，處新臺幣一百萬元以上五百萬元以下罰鍰，並限期命其停止投資、技術合作或商業行為；逾期不停止者，得連續處罰。」又依經濟部82年3月1日經濟部（82）經投審字第006817號令訂定發布「在大陸地區從事投資或技術合作許可辦法」（下稱投資許可辦法）第1條規定：「本辦法依臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱本條例）第三十五條第四項規定訂定之。」同時第4條、第5條、第6條規定，從事投資行為、技術合作之態樣、定義及投資之種類。該投資許可辦法第4條、第5條規定，並未將投資和技術合作事項區分為「禁止類」及「一般類」，乃因當時的兩岸條例第35條規定採禁止對大陸地區投資為原則。

91年4月2日修正之兩岸條例第35條第1項規定：「臺灣地區人民、法人、團體或其他機構，非經主管機關許可，不得在大陸地區從事投資或技術合作，或與大陸地區人民、法人、團體或其他機構從事商業行為。」同條第2項規定：「臺灣地區與大陸地區貿易，非經主管機關許可，不得為之。」同條第3項：「前二項許可辦法，由有關主管機關擬訂，報請行政院核定後發布之。」又依據經濟部91年7月31日經濟部經審字第09104618630號令修正發布之投資許可辦法第4條規定，始有條件開放以直接方式赴大陸地區投資；惟不論是修法前後，赴中國投資均須事先經主管機關許可或申報。<sup>567</sup>

#####

<sup>567</sup> 參見最高行政法院100年度判字第2207號判決、臺北高等行政法院99年度訴更(一)字第3號判決。

縱上，經濟部發布之投資許可辦法在性質上應為行政程序法第150條之法規命令，而聯電公司於90年間起給予和鑑公司的技術協助，或於94年經董事會、股東會追認後才取得和鑑公司之股權，都會產生是否符合經濟部發布之投資許可辦法所謂「從事技術合作」或「從事投資」的認定問題。但無論如何，被告曹興誠、宣明智都有遵守上開兩岸條例和投資許可辦法的義務。因此，假使聯電公司確實對和鑑公司有資金挹注或技術移轉的情形，被告曹興誠、宣明智即有可能違反董事之守法義務。不過本案中聯電公司對和鑑公司所提供之協助，涉及善良管理人的注意義務，客觀上依據一般理性之人的觀點，未必會構成經濟部所認定的從事投資或從事技術合作，因認被告曹興誠、宣明智未違反董事之守法義務。

## 第二款 不法意圖

背信罪行為人之不法意圖，除非違背任務之行為本身即可顯示行為人有圖自己或第三人利益或損害本人之意圖，否則除了違背職務行為本身以外，行為人在客觀上還必須有與財產法益為目的不法意圖相關的行為，以發揮不法意圖要件在背信罪中之限定機能，已如前述。

是以，縱認本案被告曹興誠、宣明智有將聯電公司資產讓與和鑑公司等違反董事義務之行為，由於被告二人於90年間未購入和鑑公司之股份，故不能據以認定被告二人有圖自己利益不法意圖，且聯電公司亦未因此遭受何損害，故亦不能據以認定被告二人有損害公司之不法意圖。因此，本案法院判決在結果上殊值認同。

## 第六章 結論



以法律方式規定某些公共政策所鼓勵的服務項目中，具有特定身分的人負有受託義務的目的即在於降低信託風險、降低監督成本、保證服務品質，以激勵公司善加利用信託關係，達到追求最大利益的效用。英美法上受託義務的內涵，包括忠實義務、注意義務、善意義務。所謂忠實義務，係指董事不能與公司產生利益衝突。所謂注意義務，係指董事應盡合理的注意追求公司之最大利益。所謂善意義務，係指董事應以誠信善意為職務之執行。在涉及主觀面向的忠實義務和善意義務，英美法要求董事絕對地盡其忠實、善意之受託義務。在涉及客觀面向的注意義務，英國法採取主客觀混合模式判斷董事行為是否合理，而美國法則以商業判斷法則的重大過失責任予以調和，也都可以說是要求董事合理而相對地盡其注意之受託義務。

英國法上對於違反受託義務行為之處罰，主要是 2006 年詐欺法第 4 條濫用身分詐欺。在行為主體方面，包括一切依據法律、契約、事實而具有信賴關係身分之人；在行為方面，包括一切作為和不作為的不誠實行為；而在結果方面，並不以一定的發生財產損害結果為必要，預期中的結果只要與行為間具有假設因果關係也可以構成本罪。在主觀要件上，行為人必須符合不誠實、詐欺意圖、知悉等要件。涉及過於廣泛的範圍且欠缺明確定義的要件，使得行為人是否成立濫用身分詐欺也必須仰賴法官在個案中的判斷，而降低本罪的明確性和預見可能性。

承襲英國法而來，美國法上的財產犯罪與英國法在類型的區分上大同小異，但在細節上有非常大的不同。對於違反受託義務行為之處罰，主要是聯邦刑法典第 1346 條誠信服務詐欺。在歷經 20 餘年的爭論後，也幾度面臨過度刑罰化的質疑，聯邦最高法院終於透過 *Skilling* 案判決明確指出，所謂誠信服務詐欺的無形權利，僅限於行為人涉及收受賄賂或回扣而違反忠實義務的情形。受託人如果違反其傳統上被要求絕對遵守的忠實義務、善意義務，例如：自我交易或利益衝突行為，自此都不再足以成立誠信服務詐欺。在行為主體方面，限於公部門或私部門中基於以法律為依據之信託關係而負有受託義務的人；在行為方面，

限於收受賄賂或回扣等違反忠實義務的行為；在結果方面，一如郵電詐欺罪的解釋，誠信服務詐欺的成立不需要有實際上的利益或損害，只需要證明行為與結果間有假設因果關係即可。在主觀要件上，行為人需有詐欺意圖和知悉。此外，為了維護交易市場有效運作，並打擊相關的金融機構犯罪，在行為客體是金融機構的情形下，包括銀行、農會合作社、信用合作社等，對於行為人的處罰加重為30年以下有期徒刑，科或併科100萬元以下罰金。

回到我國法上的背信罪和特別背信罪。在現行背信罪於刑法第 32 章存在，而特別背信罪又獨立於背信罪而存在的現狀下，對於背信罪和特別背信罪保護法益的合理解釋即為，背信罪是破壞委任關係侵害個人整體財產法益的犯罪，而特別背信罪是侵害公司整體財產法益和社會經濟制度的犯罪。在行為方面，背信罪的違背任務和特別背信罪的違背職務，同樣存有義務違反的類似性，但也有存有破壞內部關係與破壞外部關係的差異性。透過義務的類型化，可以提供董事和實務在判斷行為是否合於法規範之初步判準。在公司董事的情形，違反與財產事務相關的受任人義務或受託義務都可能被認為是背信罪的違背任務。但是除非董事的行為侵害量足以達到破壞社會經濟制度的程度，否則不應認為是特別背信罪的違背職務。

濫用身分詐欺和誠信服務詐欺，關注的焦點在於行為人不誠實行為的處罰，而不是行為人和被害人經濟利益上的此消彼長，因此都不以對被害人造成財產損害為要件。現行我國法上的背信罪及特別背信罪則都為結果犯的立法，在結果要件的討論上自不能與英美法相提並論，但是如果從行為人主觀構成要件的角度予以觀察，也可以發現背信罪或特別背信罪其實並非完全如傳統財產犯罪一般把重心放在財產利益的消長之上，似乎也不僅僅純粹是為了保護財產利益而存在。

近年國內爆發數起知名企業集團主管、員工集體「收賄」事件，影響企業商譽也影響投資人信心，<sup>568</sup>背信罪或特別背信罪成為檢調偵辦各該嫌疑人不法行為的方向之一。不過，我國似無全面化的明文法上依據禁止一切受託人藉由

#####

<sup>568</sup> 中央通訊社網站，<http://www.cna.com.tw/news/afe/201507270069-1.aspx>（最後瀏覽日：07/20/2015）。

職務關係獲取私人利益，故受託人收取賄賂或是回扣的行為，是否可以被認為是違背任務或違背職務的行為不無可疑；再者，受託人收取賄賂或回扣的行為並無造成財產損害的對稱性，與背信罪和特別背信罪違結果犯的性質亦未盡相符。就此，於立法院審議中的「企業賄賂防制法草案」，或許可以以提供解決之道。然而，私部門畢竟不同於公部門，企業從業人員也不如公務員般對國家或人民負有某程度的服從或保護義務，處罰受託人藉由職務關係獲取私利的行為不能藉由現有的背信罪或特別背信罪予以解釋，而在犯罪性質、保護法益、構成要件等層面都必須有更細緻化的論述。

## 參考文獻



### 一、中文文獻

#### (一) 專書

1. 王文字 (2003)。《新公司與企業法》，台北：元照。
2. 王文字 (2008)。《公司法論》，4版，台北：元照。
3. 王皇玉 (2014)。《刑法總則》，台北：新學林。
4. 王澤鑑 (2015)。《侵權行為法》，增訂新版，台北：自版。
5. 甘添貴 (2008)。《體系刑法各論 (第二卷)》，修訂再版，台北：瑞興。
6. 吳庚 (2015)。《行政法之理論與實用》，增訂13版，台北：三民。
7. 林山田 (2006)。《刑法各罪論 (上)》，5版2修，台北：元照。
8. 柯芳枝 (2015)。《公司法論 (上)》，修訂9版3刷，台北：三民。
9. 柯芳枝 (2014)。《公司法論 (下)》，修訂9版2刷，台北：三民。
10. 孫森焱 (2014)。《民法債編總論 (上)》，修訂版，台北：三民。
11. 曾宛如 (2012)。《公司法制基礎理論之再建構》，台北：承法數位文化。
12. 黃榮堅 (2012)。《基礎刑法學 (上)》，4版，台北：元照。
13. 熊琦 (2009)。《德國刑法問題研究》，台北：自刊。
14. 劉連煜 (1995)。《公司監控與公司社會責任》，台北：五南。
15. 劉連煜 (2014)。《現代公司法》，增訂10版，台北：新學林。
16. 劉連煜 (2013)。《新證券交易法實例研習》，增訂11版，台北：

元照。

17. 鄭玉波（2014）。《民法概要》，修訂 14 版，台北：東大。
18. 盧映潔（2015）。《刑法分則新論》，修訂 10 版，台北：新學林。
19. 蔡墩銘（1975）。《最高法院刑事判決研究》，台北：巨浪。
20. 鍾宏彬（2012）。《法益理論的憲法基礎》，台北：春風煦日學術基金。

## （二）翻譯文獻

1. Joshua Dressler 著，魏曉娜譯（2009）。《美國刑事訴訟法精解第二卷刑事審判》。
2. 劉連焜譯（1994）。《美國模範商業公司法》，台北：五南。

## （三）期刊論文

1. 王文宇（2004）。〈常務董事會決議之效力〉，《月旦法學教室》，21 期，頁 28-29。
2. 王志誠（2012）。〈證券交易法上「特別背信罪」之構成要件〉，《台灣法學》，208 期，頁 109-119。
3. 王泰銓（2001）。〈新修正公司法解析：總則、無限公司〉，《月旦法學雜誌》，80 期，頁 94-100。
4. 王澤鑑（2004）。〈特殊侵權行為（四）—僱用人侵權責任（上）〉，《台灣本土法學雜誌》，64 期，頁 57-69。
5. 方元沂（2011）。〈法人屬人法適用範圍之研究—以內部事務原則為中心〉，《華岡法萃》，51 期，頁 175-197。
6. 伍開遠（2011）。〈公司負責人違反忠實義務之背信行為：台灣高等法院九十九年度上易字第六七九號刑事判決之研究〉，《財產法

- 暨經濟法》，27期，頁141-161。
7. 李維心（2009）。〈從實務觀點談商業判斷法則之引進〉，《中原財經法學》，22期，頁129-211。
  8. 林山田（1978）。〈背信罪之研究〉，《軍法專刊》，24卷9期，頁8-18。
  9. 林志潔（2015）。〈未積極揭露利益衝突資訊與受拖義務違反之刑事責任（上）—論 *Skilling v. US* 案與美國誠信服務詐欺罪新發展之啟示〉，《月旦法學雜誌》，239期，頁135-155。
  10. 林志潔（2015）。〈未積極揭露利益衝突資訊與受拖義務違反之刑事責任（下）—論 *Skilling v. US* 案與美國誠信服務詐欺罪新發展之啟示〉，《月旦法學雜誌》，240期，頁185-220。
  11. 林盛煌（2007）。〈論金控法之背信罪及其適用問題—以「中信金插旗兆豐金」乙案為例〉，《月旦法學雜誌》，144期，頁79-93。
  12. 周漾沂（2008）。〈論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由〉，《臺大法學論叢》，37卷4期，頁347-389。
  13. 邵慶平（2008）。〈董事受託義務內涵與類型的再思考—從監督義務與守法義務的比較研究出發〉，《臺北大學法學論叢》，66期，頁1-43。
  14. 邵慶平（2011）。〈商業判斷原則的角色與適用—聯電案的延伸思考〉，《科技法學評論》，8卷1期，頁103-139。
  15. 陳錦隆（2002）。〈新修正公司法董事之忠實義務解析（二）〉，《會計研究月刊》，201期，頁116-125。
  16. 陳錦隆（2002）。〈新修正公司法董事之忠實義務解析（三）〉，《會計研究月刊》，202期，頁128-136。
  17. 陳俊仁（2005）。〈由企業併購法第5條與第6條論我國忠實義務規範的缺失〉，《華岡法粹》，33期，頁203-237。

18. 張麗卿（2000）。〈毀損與背信的競合〉，《月旦法學雜誌》，63期，頁 14-15。
19. 張天一（2014）。〈背信罪中「違背任務行為之判斷」／台高院 97 上易 2570 判決〉，《台灣法學》，257 期，頁 201-209。
20. 張天一（2009）。〈對財產犯罪中「財產概念」之在建構（上）—以「支配關係」所形成之財產概念〉，《月旦法學雜誌》，164 期，頁 263-279。
21. 張天一（2009）。〈對財產犯罪中「財產概念」之在建構（下）—以「支配關係」所形成之財產概念〉，《月旦法學雜誌》，165 期，頁 202-217。
22. 許恒達（2002）。〈身分要素與背信罪的共同正犯—Roxin 構成要件理論的檢討（上）〉，《萬國法律》，123 期，頁 109-116。
23. 許恒達（2002）。〈身分要素與背信罪的共同正犯—Roxin 構成要件理論的檢討（下）〉，《萬國法律》，124 期，頁 104-107。
24. 許恒達（2013）。〈背信罪的財產損害與共犯—評台灣高等法院 97 年度矚上易字第 1 號刑事判決〉，《台灣法學》，238 期，頁 83-92。
25. 曾宛如（2002）。〈董事忠實義務之內涵及適用疑義—評析新修正公司法第二十三條第一項〉，《台灣本土法學雜誌》，38 期，頁 51-66。
26. 曾宛如（2003）。〈董事忠實義務之內涵及適用疑義—評析新修正公司法地二十三條第一項（民法研究會第三十次學術研討會記錄）〉，《法學叢刊》，48 卷 2 期，頁 95-117。
27. 曾宛如（2010）。〈董事忠實義務於台灣實務上之實踐—相關判決之觀察〉，《月旦民商法》，29 期，頁 145-156。
28. 曾淑瑜（2011）。〈論金融犯罪「特別背信罪」之構成要件—台灣高等法院九十九年度金上重訴字第三一號判決〉，《月旦法學雜

- 誌》，193期，頁194-204。
29. 曾淑瑜（2013）。〈銀行法之特別背信罪哪裡「特別」〉，《台灣法學》，228期，頁153-160。
30. 黃榮堅（1996）。〈親愛的我把一萬元變大了〉，《月旦法學雜誌》，12期，頁52-53。
31. 黃銘傑（2005）。〈公司致理與董監民事責任之現狀與課題—以外部董事制度及忠實、注意義務為中心〉，《律師雜誌》，305期，頁15-29。
32. 黃朝琮（2013）。〈美國案例法中詐欺市場理論之脈絡與發展—從*Basic*到*Amgen*〉，《證券期貨月刊》，31卷5期，頁29-48。
33. 黃淳鈺（2013）。〈不動產仲介業總店之僱用人責任—以加盟店受僱人侵權行為為中心〉，《月旦法學雜誌》，219期，頁143-161。
34. 黃任顯、林志潔（2011）。〈背信罪不法意圖要件之機能及其反證〉，《萬國法律》，175期，頁14-26。
35. 楊竹生（2004）。〈論董事注意義務中監督公司業務執行之義務〉，《中原財經法學》，13期，頁147-210。
36. 楊志文（2009）。〈從公司治理論董事利益迴避制度（上）〉，《證交資料》，563期，頁8-65。
37. 楊崇森（2011）。〈美國刑法之原理與運用〉，《軍法專刊》，57卷3期，頁39-89。
38. 劉幸義（2011）。〈由法律用語理論觀察—身分犯？特別犯？或特別關係犯？〉，《台灣法學》，169期，頁59-64。
39. 蕭巧玲（2006）。〈法令遵循制度介紹〉，《證券暨期貨月刊》，24卷9期，頁36-50。

#### （四）學位論文

1. 吳志強（2011）。《經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構》，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。
2. 林育生（2006）。《論我國股份有限公司董事與公司間自己交易規範之研究》，國立政治大學法律學研究所碩士論文。
3. 陳子操（2009）。《董事義務之類型化探討—以善意義務為核心》，頁 16，國立成功大學法律學研究所碩士論文。
4. 陳介山（2004）。《董事之忠實義務—以企業併購法制為中心》，國立中正大學法律學研究所博士論文。
5. 魏仰宏（2004）。《論我國刑法上之財產保護—以美國法為比較對象》，輔仁大學法律學研究所碩士論文。

#### （五）政府出版品

1. 立法院公報處（2001）。〈立法院第四屆第六會期第五次會議（二）〉，《立法院公報》，90 卷 51 期。
2. 於知慶（2009）。〈美國司法部打擊公司貪汙（犯罪）的策略與方式〉，《赴美國紐約大學法學院研習進修報告—企業貪汙之研究》。
3. 於知慶（2009）。〈以刑事訴追作為企業改革的契機—以美國司法部在恩隆案後的訴追策略為例〉，《赴美國紐約大學法學院研習進修報告—企業貪汙之研究》。
4. 邱聰智等（2013）。〈證券、期貨及投信顧業為其業務人員負擔民法第 188 條連帶賠償責任之合理性研究〉，《中華民國證券商業同業公會委託研究計畫》。

## (六) 網路資料



1. 元照英美法詞典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/>（最後瀏覽日：07/20/2015）。
2. 中央通訊社網站，<http://www.cna.com.tw/news/afe/201507270069-1.aspx>（最後瀏覽日：07/20/2015）。
3. 台灣國際法學會網站，  
<http://www.tsil.org.tw/download.php?f=55935b788046e.pdf&id=151>  
（最後瀏覽日：07/20/2015）
4. 台灣證交所網站，  
<http://www.twse.com.tw/ch/about/company/board.php>（最後瀏覽日：07/20/2015）。
5. Cheers 雜誌網站，  
<http://www.cheers.com.tw/article/article.action?id=5025444>（最後瀏覽日：07/26/2015）。

## 二、英文文獻

### (一) 專書

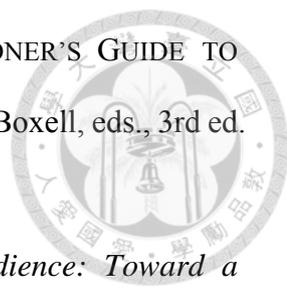
1. A.P. SIMESTER & G.R. SULLIAN, CRIMINAL LAW THEORY AND DOCTRINE (4th ed. 2007).
2. BLACK'S LAW DICTIONARY (Bryan A. Garner, eds., 7th ed., West 1999).
3. CLARE MONTGOMERY QC ET AL., MONTGOMERY AND ORMEROD ON FRAUD: CRIMINAL LAW AND PROCEDURE (release 8 2012).
4. DAVID COWAN BAYNE, THE PHILOSOPHY OF CORPORATE CONTROL: A TREATISE ON THE LAW OF FIDUCIARY DUTY (Loyola U. Press 1986).

5. DAVID ORMEOD QC (HON) ET AL., *CRIMINAL PRACTICE* (2015).
6. DENNIS J. BAKER, *TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW* (3th ed. 2012).
7. HANS JULIUS WOLFF, *ROMAN LAW: AN HISTORICAL INTRODUCTION* (U. of Okla. Press 1951).
8. JOSHUA DRESSLER, *UNDERSTANDING CRIMINAL LAW* (3d ed. 2001).
9. JOSHUA DRESSLER & STEPHEN P. GARVEY, *CASES AND MATERIALS ON CRIMINAL LAW* (6th ed. 2012)
10. STEPEHEN GRIFFIN, *PERSONAL LIABILITY AND DISQUALIFICATION OF COMPANY DIRECTORS* (1999).
11. TAMAR FRANKEL, *FIDUCIARY LAW* (2011).

## (二) 期刊論文

1. Alan R. Palmiter, *Reshaping the Corporate Fiduciary Model: A Director's Duty of Independence*, 67 *TEX. L. REV.* 1351 (1989).
2. Andrew S. Gold, *A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty*, 66 *MD. L. REV.* 398 (2007).
3. Elizabeth Wagner Pittman, *Mail and Wire Fraud*, 47 *AM. CRIM. L. REV.* 797 (2010).
4. Frank C. Razzano & Kristin H. Jones, *Prosecution of Private Corporate Conduct: The Uncertainty Surrounding Honest Service Fraud*, 18 *BUS. L. TODAY* 37 (2009).
5. Geraldine Szott Moohr, *Mail Fraud Meets Criminal Theory*, 67 *U. CIN. L. REV.* 1 (1998).

6. Iris E. Bennett et al., *Honest Services after Skilling: Judicial, Prosecutorial, and Legislative Responses*, 11 CRIM. LITIGATION 1 (2010).
7. Joshua A. Kobrin, Comment, *Betraying Honest Service: Theories of Trust and Betrayal Applied to the Mail Fraud Statute and §1346*, 61 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 779 (2006).
8. John C. Coffee, Jr., *From Tort to Crime*, 19 AM. CRIM. L. REV. 117 (1981).
9. Klaus J. Hopt, *Directors' Duties to Share-holders, Employees, and Other Creditors: A View from the Continent*, in COMMERCIAL ASPECTS OF TRUSTS AND FIDUCIARY OBLIGATIONS 115 (Ewan Mckendrick, eds., 1992).
10. Lisa S. Casey, *Twenty-Eight Words: Enforcing Corporate Fiduciary Duties Through Criminal Prosecution of Honest Service Fraud*, 35 DEL. J. CORP. L. 1 (2010).
11. Lori A. McMillan, *Honest Service Update: Directors' Liability Concerns after Skilling and Black*, 18 TEX. WESLEYAN L. REV. 149 (2011).
12. Marjorie Fine Knowles and Colin Flannery, *The All Principles of Corporate Governance Compared with Georgia Law*, 47 MERCER L. REV. 1 (1995).
13. Melvin A. Eisenberg, *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 DEL. J. CORP. L. 1 (2006).
14. Nicholas J. Wagoner, Comment, *Honest-Service Fraud: The Supreme Court Defuses the Government's Weapon of Mass Discretion in Skilling v. United States*, 51 S. TEX. L. REV. 1087 (2010).
15. Paul H. Robinson, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, 154 U. PA. L. REV. 335 (2005).

- 
16. Richard Slynn, *Directors' Duties*, in A PRACTITIONER'S GUIDE TO DIRECTORS' DUTIES AND RESPONSIBILITIES 73 (Tim Boxell, eds., 3rd ed. 2007).
17. Rob Atkinson Jr., *Rediscovering the Duty of Obedience: Toward a Trinitarian Theory of Fiduciary Duty*, in COMPARATIVE GOVERNANCE OF NON-PROFIT ORGANIZATIONS 564 (Klaus J. Hopt and Thomas Von Hippel, eds., 2010).
18. Robert Cooter & Bradley J. Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 N.Y.U. L. REV. 1045 (1991).
19. Sara Sun Beale, *Comparing the Scope of the Federal Government's Authority to Prosecute Federal Corruption and State and Local Corruption: Some Surprising Conclusions and a Proposal*, 51 HASTINGS L. J. 699 (2000).
20. Sara Sun Beale, *An Honest Services Debate*, 8 OHIO ST. J. CRIM. L. 251 (2010).
21. Samuel W. Buell, *The Court's Fraud Dud*, 6 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 31 (2010).
22. Tim Boxell, *Introduction*, in A PRACTITIONER'S GUIDE TO DIRECTORS' DUTIES AND RESPONSIBILITIES 1 (3rd ed. 2007).
23. W. Robert Gray, Comment, *The Intangibel-Rights Doctrine and Political-Corruption Prosecutions Under the Federal Mail Fraud Statue*, 47 U. CHI. L. REV. 562 (1980).

### (三) 政府出版品

1. Modern Company Law for a Competitive Economy: Final Report, Volume I, Annex C, Schedule 2, Section 17.



#### (四) 網路資料

1. Alan J. Digman and John P. Lowry, Corporate Finance and Management Issues in Company Law, *available at*:  
[http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/corporate\\_finance\\_management\\_issues.pdf](http://www.londoninternational.ac.uk/sites/default/files/corporate_finance_management_issues.pdf) (last visited: 07/20/2015).
2. Criminal Resource Manual 958: Fraud Affecting a Financial Institution. From the website of United States Department of Justice, *available at*:  
<http://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-958-fraud-affecting-financial-institution> (last visited: 07/20/15).
3. David Cabrelli, *The Reform of the Law of Directors' Duties in UK Company Law*, from the website of The University of Edinburgh, *available at*: [http://www.research.ed.ac.uk/portal/en/publications/the-reform-of-the-law-of-directors-duties-in-uk-company-law\(4b418e09-6de0-4fc6-ab7f-8e16329a163b\).html](http://www.research.ed.ac.uk/portal/en/publications/the-reform-of-the-law-of-directors-duties-in-uk-company-law(4b418e09-6de0-4fc6-ab7f-8e16329a163b).html) (last visited: 07/20/2015)
4. Law Commission Report of Fraud, Law Com. No. 276 (Cm 5560, 2002), para. 7.38, *available at*: <http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc276.pdf> (last visited: 07/20/2015).
5. The website of CONGRESS.GOV,  
<https://www.opencongress.org/bill/s3854-111/show> (last visited: 07/20/2015).

6. The website of Cornell University Law School,  
[https://www.law.cornell.edu/wex/caveat\\_emptor](https://www.law.cornell.edu/wex/caveat_emptor) (last visited:  
07/20/2015).

