

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構

The Reconstruction of The Common and Special Breach
of Trustfulness in Economically Criminal Law

吳志強

Chih-Chiang Wu

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D.

中華民國 100 年 6 月

June, 2011

國立臺灣大學碩士學位論文

口試委員會審定書

經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構

The Reconstruction of The Common and Special Breach of
Trustfulness in Economically Criminal Law

本論文係吳志強君 (R94A21051) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國 100 年 6 月 17 日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

李若生

口試委員：

李聖傑

王皇玉

李若生

謝辭

提筆撰寫謝詞之際，也代表漫長的碩士生涯，總算是要告一段落的時候。回首數載光陰，一路上給予幫助、指點的老師、學長姊、朋友及學弟妹們多矣，在暫時終結學生生涯，轉身進入下一個人生階段前，區區僅先於此以此許文字聊表感激之意。

在開始感謝碩士生涯當中給予幫助、指點的老師、學長姊、朋友及學弟妹們之前，要先謝謝家人的包容和支持，因為依照社會通念中一般人的想法，都會認為碩士學位越早唸完越好，三年唸完便去當律師、司法官或者出國唸書。然而，在我的純粹主觀當中，總是以為這樣規律、線性、大家都差不多的人生顯得有些索然無趣，所以如果不是在這段漫長的時光，爹與娘親給予最大的自由空間，包容我的任性和脾氣，讓我自律自主決定的權限能夠發揮到極致，則在此些有限的時間我沒辦法完成此一階段所想要完成的事情。當然，既然是過著非線性的時光，很多時候其實是沒有規劃清楚的，所以當要回頭面對最後莫名的語言檢定門檻的時候，真的多虧在貓空大學¹日文所研讀的舍妹，多得舍妹小奇的協助，不然面對改制後的日檢，真的是獨學而寡聞，每逢想起自己要捨棄一年二次的日檢轉戰一月數次的TOEFL時，卻收到日文檢定合格證書此一意外且驚心的場景，內心總是由衷地感謝。所以正式在謝詞開始之前，先向平時相處最久、但卻總是在言語上羞赧於表露感謝之情的家人們，誠摯地說聲謝謝。

能夠完成這本論文，最要感謝的便是恩師 *Professor Mau-Sheng Lee*，人稱PD師的李茂生老師，如果沒有遇到老師，今天我可能還是在不是那麼喜歡的法律當中隨波逐流。但若從言及何以對刑事法有濃厚的興趣，按照歷史的敘事脈

¹ 「貓空大學」之別名甚多，像是「山邊大學」、「指南山城」、「亞洲哈佛」盡皆屬之。

絡，除了恩師的因素外，還有因為黃榮堅老師的緣故。遙想大學時期，當時因為 Matthew McConaughey 所演的「A Time to Kill」選擇進入法律系就讀，其實在求學過程當中逐漸地體認到電影和現實上的落差時，唸起法律教科書來總是索然無味，不過在修習黃榮堅老師的刑總、刑分之後，卻是意外地覺得刑事法領域相較其他領域有趣許多，所以嚴格地來說，要謝謝黃榮堅老師在學生刑法學習上的啟蒙，沒有黃老師的導引，學生大概會轉向研習民商事法²，只不過人生的際遇是很微妙地，當我還在思索著如何探求行為人主觀的時後，大概是旁聽少事法和監獄學之後，學生的心境便從光明的刑罰之極限移轉到闇黑的拎北拎鄙罵的刑事學。

猶記得大學家聚的時候，常聽玉樹臨風的劉政大學長講些老師的軼聞趣事，這大概是我對恩師的第一個印象，而後在少事法、監獄學以及刑法總則、分則課堂上才一一驗證，不過老師上課的有趣實在是難以用言語加以形容，還是要親身上過課才能意會，感謝能在法學院遇到老師，否則在法律的學習可能會滯步於法條表面文義，難脫法匠的桎梏，在研究所期間有幸擔任老師的教學助理和計畫助理，才真正體會到老師學術上的犀利之外，最令人欽佩的是老師以燃燒生命的方式來傳遞教學的熱忱，以及在做人處事上率真不虛矯的一面。



雖然老師總是調侃學生不遺餘力，但是真的很謝謝老師在學生撰寫論文之初始階段到完工口試的這段期間，不厭其煩地提點論文的寫作方針與建議，並且從

² 雖然我在往後「平行世界中的研究生生涯」後段還是唸了西(勿ㄨㄥ)有(ㄨㄥ)大學的民商法組。

來不認為研究生打工便會失去靈魂，體察到對於研究生而言麵包應與學術同樣重要之理，包容學生以半工半讀地方式完成學業。總之，於論文之最前端，衷心地感謝這位我心目中的台日國際刑法大師！！

在論文的完成上，除了恩師之外，還要謝謝王皇玉老師和李聖傑老師在百忙之中願意撥冗擔任學生的口試委員。

記得研一的時候，和海綿哥鈞翔、甘檢座若蘋、愛真姐一同參與王皇玉老師、黃榮堅老師所主持的研究計畫的過程，王皇玉老師在研究、教學上的認真以及態度之親切令學生印象深刻，也很謝謝老師口試時給予的提點及建議，令學生知曉研究學問上的缺失之處，以至於在知過改之後，能損有餘而補不足。不過最令學生感念的是，一般人都喜歡錦上添花，但老師則有別於一般人，多虧老師雪中送炭之舉，此一給予及時雨般的幫助，學生定會永遠銘記在心。

而在口試之前都只拜讀李聖傑老師在月旦、本土的文章，雖未曾見過老師，但覺得老師的文章除言之有物之外，文章的篇名也多饒富趣味，令學生記憶猶新。因為學生粗心忘記提醒老師時間和場地，口試前一天晚上老師打電話來詢問場地，大概是口試前一天還滿緊張的，乍聽老師的名字之際，腦海中一邊響起「痴心絕對」的背景音樂，一邊狐疑了兩、三秒，現在回想起來當時好像有些失禮。不過，謝謝老師不拘泥於小節，也真的很感謝老師細心地給予學生論文的提點，點出了學生論文的盲點以及相關的論文修正的建議，著實令學生獲益良多。

而回溯到大四準備研究所的階段，之所以能順利進入研究所就讀，很感謝學長師父撲馬學長當時在完全不認識我的情況之下，仍然是很熱心地願意帶我讀書會，多虧學長師父的幫忙才能在短時間內把自己胡唸一氣得來的內力融會貫通，每次經過舊法學院的法律服務社的辦公室，都會回想到當年在這邊開讀書會的時光，雖然在快要畢業的前夕，還是常常被問到怎麼還在帶讀書會，我想或許是因為感念於學長當初無私地傳授唸書、作筆記訣竅的熱血，令我在後來的研究生

涯當中，歷經幾許春秋、寒暑，在能帶讀書會的時候也絕不推辭。除了準備研究所的考試之外，在引薦到保成志光教書以及論文的提點上，都一直仰賴學長的幫忙，真的是非常謝謝學長師父，也希望學長到美國深造一切順利！！。

而在準備研究所和國考的期間，要感謝一直陪在我身邊的瑋芝，從大一到今日，想是妳的聲音最明白我，在我最低潮的時候也沒放低我，感謝妳帶給我的一切，在妳的身上才能體會到「因為怕浪費天賦或教育，勉強將短短人生全花在做不快樂的事上，才是真正的浪費」這句話的意涵，能和妳一起成長仍是最令人感到快樂的事；也要謝謝在天國的綿羊毛、易怒的小皮蛋、瘋狂的米果和莽撞的大笨蛋肉肉，讓平淡的生活，增添了許多無心便能快意的事。

在研究所的期間，必須先感謝在同屆認識的許多朋友，像是必昇、育璇、文君、騏驎一起準備研究所的考試；研一同我最好的甘檢座若蘋，這邊要謝謝若蘋、柏翔學長和裕民學長，因為若蘋才有幸得到柏翔學長提點刑訴的寫作方式，而裕民學長則是不辭辛勞地帶當時完全不會民法的我，減輕不少面對刑訴、民法考試的壓力。此外，要謝謝在學業上互相幫忙的海綿哥鈞翔、劭燁哥、苦行哥、芙蓉姊姊、凱平、心吟、北大林熙雷，一起去忠孝日語的愛真姊和凱駿。

特別感謝甘檢座和一見如故的海綿哥總是在人生的道路前面提點我，以及在準備司法官口試的時候，多謝最講義氣的劭燁哥幫我蒐集資料，也很感謝愛真姐和芙蓉姊姊幫我們模擬口試。而有些朋友則是從大學時代便一直延續下來，但是對於在研究所和國考期間，給予我助力，一直作為引路之燈塔的雲師兄³、郁婷、顏帥⁴、乖女兒小芬、小貝，以及一同為了考試奮戰的金筆常威、依蓉姐、鮪魚

³ 蛋糕補習班的雲台大，有台大 Jake Gyllenhaal 之稱，從高中到研究所一路上都拿 Ace 的王者。

⁴ 咳咳...這個只能說是有補教界「千面人」之稱的詹門王者-財法朱孝天-，「姜浩、陳杉、鄭蔚、祁德、周磊、顏律師、霍台大」都具同一性。（真的很謝謝佑紘，每次都在我需要幫助的時候伸

姐、苦行哥，以及事務繁忙仍撥冗帶我們國考讀書會的黎昊季偉學長，和在論文寫作的前贈書與我的長成學長，論文發表給予建議的宗旻學姐、口試前提點我準備的至宏學長、顏帥和教導我商法的馬神柏文，都非常謝謝你們。

由於區區求學路程漫長，研究室的生活輾轉歷經公衛 301、舊法 108、109 以及萬才 2416、2409，要謝謝在這過程當中提點小的日檢準備方式的奕逸、欣怡、書郁姐的倫倫、神學、牛肉姐，一直帶給大家歡樂的約翰，2416 大家的妹妹波比、提點我托福、雅思準備方法的書郁姐、詠捷、佩瑜。令區區印象最深刻的是在 109 和 2409 的時光，在 109 那間小小的研究室中，小白、勤博哥、規規小叮嚀學長和金筆常威都扮演區區的人生導師，處於亦師亦友的關係，每每慮及他們所開示的道理，就會讓我明瞭以及預見到將來：小白如何從南霸天杜白變成大老闆、秦波哥、小叮嚀學長和金筆常威如何包攬兩岸訴訟業務成為大律師，以及路台大規規如何成為讓女學生為之瘋狂的補教名師暨留法學者，特別感謝諸位在 109 室一同患難與共的日子。

而在 2409，多得主人阿梅、倫倫、摸摸的開示，（尤其是能追隨主人阿梅當城市遊俠真的是區區的榮幸）和小瑜姐、二哥、永鴻哥和從美帝學成歸國的石宇哥的提點，才讓往往在程序上丟三落四的我，免去了許多可避免的困擾，尤其是在我蠢笨地把書弄丟時，多謝小瑜姐和 Pecco 姐從日本直接幫忙買書寄回國內。

在接近謝辭尾聲之際，要花一點篇幅寫一下謝辭的番外篇，藉以感謝在辛（去𠃉）亥（乂𠃉）大學法研所以外的平行世界中，於律師訓練、補教生涯以及西（勿乂厶）有（乂𠃉）大學民商法組過程中所認識且給我各式各樣經歷的老師、同學、朋友以及夥伴。

出援手，尤其是中級游泳事件，佑紘仗義相助也真的是令我感念在心，雖然謝辭的用語有些許不正經，但是內心真的是非常感謝！）

謝謝在律師訓練所認識的好朋友，蔣台大超哥、學神承學、程國、約翰、花哥、安傑哥、可愛哥、剛剛、佳彥、班代峻亦、組長逸鴻、聖晏、子操哥、家齊哥、漳俊、夏毅、儉華、巧琦、于軒、怡珊、宛怡、雅琪、波比、芳瑜、亭禎、景琇、小自、雍甯、靜淳、詩薇、欣瑜、牛肉姐、曉薇、衍如。因為有幸認識你們，讓我的研究生生涯中能有這一段歡樂且難以忘記的插曲。

而在保成志光認識的夥伴，要感謝一開始承蒙不棄的承勳、元鳳、賴經理、彩華姐，以及推薦推薦區區去試教、寫書的顏帥和宜縈口，而後則是要謝謝學長師父撲馬學長和主任孝敏哥，才讓我有登版暫圓教學的夢想，而一直在課程上麻煩的梅琴姐、凱貞姐、小瑞姐，怡如、欣晨、威育、燕秋、九百姐以及一直大力相助的保成出版社的彩華姐、欽峻、錯洺、嘉偉、偉珊、國軒等同仁，謝謝你們的幫忙協助，才讓每次課程能夠順利完成。

保成志光是個很有人情味的地方，多謝千尋學姐、李澤哥、玄羽哥、有台灣黎明之稱的情聖柳震、齊麟、陳旭、伊藤老師、高晉老師、許願老師和程譯老師等，不管是在學業的準備、時間的分配以及人生啟發的道理上都給予我很多的建議，總之，謝謝你們。

除此之外，要謝謝我所教過的同學們以及從研一到研四帶過讀書會的學弟妹，謝謝你們包容我常常上課和開讀書會遲到以及調課所造成之不便，雖然常常被說教得太難，但是因為每次在備課的時候，想起在學校王兆鵬老師、林鈺雄老師都竭盡心力地將外國學說引進國內，傳授新一代學生新的訴訟法思維和觀念，自己在教學上就不敢怠慢。

也要謝謝在新學林擔任企劃主編時，認識的毛總、靜妙姐、協奇、秉錡、光倫、小梁、王蘋，和你們一起開會、腦力激盪的過程也是很難忘的回憶，多得你們讓我的人生有不同面相的體悟。

當然，我不曾忘記在東吳大學所認識的老師們和一眾好朋友們，謝謝鄭冠宇

老師在東吳大學的照顧，和老師一起作司法院的計畫真的是學生的榮幸，並且謝謝宛浩森老師和謝定亞老師在銀行法和仲裁法學問上和為人處世上的指點，令學生獲益甚多；此外謝謝在東吳大學認識的立邕、協旻、冠中、亦成、信毅、財生、映彤、千惠、靜誼、雅文、心雅、建佑、懿君、恩慈、雍甯、克譽、孟緯、文園、董哥、慧盈、元慈、麥曲、弘捷、鵬年、小剛、小朱、亞儒、宣棠、潔非、協成、孟哲、道樞、文欣、雅綺、俊男、峻嘉，多得你們幫忙，讓原本對東吳很陌生的我，卻感覺到很溫暖，如果沒有東吳大學所額外賦予的時間，這篇論文也沒有可能完成，在東吳大學所給予我的感受是和台灣大學不相同的，也因為有機會於東吳大學修習民商法組的課程，在求學、唸書的過程中，才能讓我重新體認到「和」的真意。

最後也謝謝參考文獻當中所列的每一位國內、外學者，因為你們的文章、書籍所傳遞的知識，得以讓我增長見聞之餘，完成這本論文。

謝辭的最後，回顧自己人生的目標，從最初考聯考時想當的律師，到考研究所時想當的學者，再經過補習班，到最後選擇以司法官作為人生的下一個階段，因何如此選擇，每每思量也不能有個明確的答案，歷經闇黑刑事法的鍛鍊，自然是不可能使用呆板且令人作嘔地「為了公平正義」等字眼作結，但區區亦非隨波逐流之輩，大概僅是盡力在善養浩然氣之餘，為了「追尋自己純粹主觀當中所認識的正義」所做出的選擇吧！

總之，在這個百轉千迴、迂迂迴迴的過程當中，暫時要在這邊劃下一個句點，提醒自己在這段時間所曾擁有的熱血和感動，並且讓往後的自己知道，毋忘初衷雖然容易，但是堅持到最後或許才是真正的困難。

2011.8. 夏夜

中文摘要

背信罪向來被認為是用來維護個人整體財產法益之犯罪，而為了保障經濟、金融秩序的特別背信罪，則多半被認為係用來保護社會法益的類型化犯罪。然而，若從刑法學中的法益論和規範論的角度，配合歷史脈絡、政策與資本主義發展的背景加以觀察，所謂整體財產法益的「整體」則耐人尋味。本文從法益論和規範論的角度以及梳理、分析實務和學說見解，重新詮釋背信罪在刑法體系中所扮演的角色其實係為了避免經濟秩序受到侵害所創設的前置預防規範，適用背信罪之情形，在歷史脈絡與政策考量的情況下，必須係三面關係的經濟交易模式才能夠作為啟動背信罪之契機，背信罪罪質之部份則必須採取限定觀點的背信說。

並且由於背信罪所彰顯的機能，在現今社會當中可以由特別背信罪加以取代，其他事案也可以回歸適用侵占、詐欺等犯罪類型，在背信罪形骸化的情況下，為了避免動輒成為經濟交易活動之事後爭訟工具，立法論上建議將其刪除之，藉以舒緩刑法規範肥大化的現狀。

特別背信罪之部份，本文重申其所賦予之規範性，並以銀行法第 125 條之 2 的特別背信罪為例，重新檢視銀行法特別背信罪之適用方式，以及對於商事法中的經營判斷法則可否適用於刑法特別背信罪當中，本文認為並不能強要將作為民商事案件之舉證責任的直接作為特別背信罪中有無違背任務之判斷，蓋將會使得行政不法完全等同刑事不法，特別背信罪之案件審理時亦會欠缺實質判斷。但考量原本應依照行政規則、要點從事授信業務之銀行負責人或職員，恐因擔心所貸付之款項無法收回而遭受刑責，所有涉及冒險融資的決定盡皆不為，以至於減損企業商業活動所需融通之資金以及企業再造的可能性，經營判斷法則之要素或許可以透過概念上的異化，套用到主觀意圖中，由法院實質判斷有無對於本人造成實質上之不利益。

關鍵詞：法益論、規範論、背信罪、特別背信罪、經營判斷法則、違背任務、圖利目的、加害目的、後進資本主義、整體財產法益、經濟犯罪、金融犯罪。

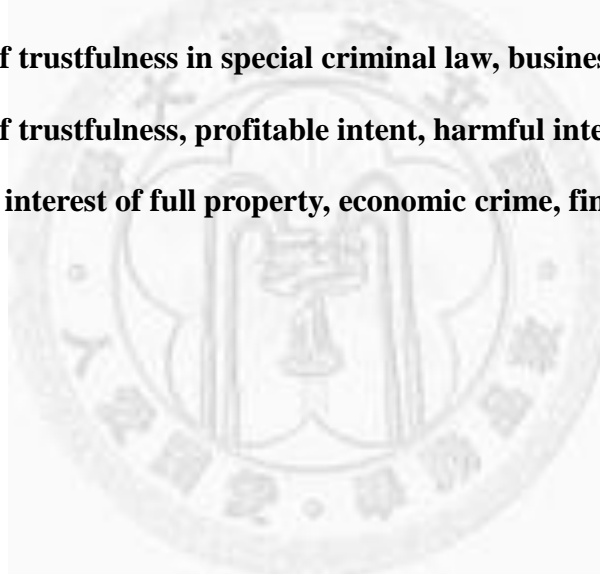
ABSTRACT

It is considered that the purpose of punishing the common breach of trustfulness is different from the special breach of trustfulness. The former is in order to protect the personal property and the latter is in order to maintain the order of economic and finance. Nevertheless, observing the clause with the theory of legal interest or norm, history, policy and capitalism could find that the “full” of the legal interest of full property has another meaning. This article renews the meaning of the common breach of trustfulness in criminal law and explanation that the common breach of trustfulness in criminal law actually acts as the front and defensive norm of the order of economic and finance. The precondition of applying to the clause is that the principal requires the trustee to handle the propertied affairs with others. The intrinsic quality of the clause must apply the limited range of breaching trustfulness.

Because the function of special breach of trustfulness in special criminal law could replace the common breach of trustfulness in common criminal law and other crimes could be returned to embezzlement and fraud or other types of crime, this article suggests that the legislators should abolish the common breach of trustfulness in common criminal law to prevent the clause only becomes the tool of litigation and ease the situation of hypertrophy in criminal law.

In the special breach of trustfulness in special criminal law, this article give an example about section 125-2 of Bank Act to investigate that the application of subject, illegal behavior and the function of business judgment rule in criminal law. This article considers that although the judge could not properly apply the BJR in criminal case, the judge probably could extract elements of BJR and place these into the intent of the actor to accomplish the alienation of BJR.

Keypoint: the theory of legal interest (Harm Principle) , the theory of norm, the common breach of trustfulness in common criminal law, the special breach of trustfulness in special criminal law, business judgment rule, breach of trustfulness, profitable intent, harmful intent, late capitalism, the legal interest of full property, economic crime, financial crime.



目錄

簡目

第一章 序論	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究範圍與順序、方法	6
第二章 構築於「規範論」之上的經濟刑法	8
第一節 法益保護機能與主要、側防規範	8
第二節 以「規範論」為藍圖所開展之現代犯罪	36
第三節 「特別背信」與「背信」行為入罪化之類似性	44
第三章 「背信」與「特別背信」案例之德、日與我國實務歸納及分析	63
第一節 概說	63
第二節 德、日與我國實務之操作模式	65
第二節 「背信罪」存在於刑法規範的機能性	116
第四章 刑法「背信罪」之解析與重構	131
第一節 概述	131
第二節 背信罪「罪質」與「法益」之再探	132
第三節 為「他人」處理「事務」-本人經濟活動之手足延伸	166
第四節 「違背任務」之行為	176
第五節 整體財產上之損失	179
第六節 圖利目的、損害目的	193
第七節 本文見解	204
第五章 特別背信罪之建構、分析與限縮	261
第一節 概述-規範論需求的特別背信罪	261
第二節 特別背信罪之要件分析與限縮-以「銀行違法授信」為中心	263
第三節 小結	294
第六章 結論	297
參考文獻	299
(一) 中文期刊論文	299
(二) 外文期刊論文	301
(三) 中文書目	303
(四) 外文書目	305
(五) 網路資料	307

附註-國內背信罪與特別背信罪之部份實務見解整理.....	309
(一) 特別背信罪之實務見解部份：	309
(二) 背信罪之實務見解部份：	322



詳目

第一章 序論	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究範圍與順序、方法	6
第二章 構築於「規範論」之上的經濟刑法	8
第一節 法益保護機能與主要、側防規範	8
第一項 法益論之發展脈絡	8
第一款 「法益」概念的開展	8
第二款 「規範」與「法益」之同一性	17
第二項 「風險社會」-法益內涵轉向之契機	22
第一款、「風險」與「危險」融合後的社會結構	24
第二款、德摩克里斯之劍的「不安感」	28
第三項 強化規範意識覺醒之主要、側防規範	30
第一款 無可避免的「法益早期化」、「處罰前置化」	30
第二款 「規範信賴與意識覺醒」的主要、側防規範	32
第二節 以「規範論」為藍圖所開展之現代犯罪	36
第一項 非烏托邦式的防禦藍圖—以「經濟刑法」為主軸	36
第二項 經濟刑法之性質與射程範圍	40
第三節 「特別背信」與「背信」行為入罪化之類似性	44
第一項 背信罪之濫觴—背信行為入罪化的時空背景	47
第二項 先進與後進資本主義之經濟發展	49
第三項 大操縱社會-控制下的反思與對策	53
第一款、提倡「刑法/刑罰規範」的任務性	55
第二款、重返「刑法謙抑性、補充性」之鄉愁	57
第三款、小結—「規範」與「法益」融合後之對策	59
第三章 「背信」與「特別背信」案例之德、日與我國實務歸納及分析	63
第一節 概說	63
第二節 德、日與我國實務之操作模式	65
第一項 德國實務相關案例	65
第一款 背信罪成立之判準—「裁量餘地」與「法律關係的本質內容」	65
第一目 繼續性、獨立性、非單方面性之給付義務	65
第二目 為他人利益之財產照料義務	70
第三目 類型化整理（一）-監督、管理、處分及命負義務之權限者	73
第四目 類型化整理（二）-被賦予為法律行為之權限與被委託因為他	

人之利益而指定金錢的使用用途者	74
第五目 類型化整理(三)-對直接性管理財產之行為具有任務性者	76
第六目 對抗經濟犯罪策略提出前之特殊類型	77
第二款 德國特別法上之規制-廢除特別背信的立法模式	78
第一目 經濟犯罪對策之發展	78
第二目 回歸普通刑法中之背信罪	80
第二項 日本實務典型案例	81
第一款 背信罪之典型事案	81
第一目 債權之二重讓與及二重抵押	81
第二目 財產管理上之不正行為	82
第三目 違法授信(放漫貸付)	84
第四目 偽造有價證券與票據貼現	85
第二款 特別背任罪之典型案例	86
第一目 違法授信(不良貸付)	88
第二目 粉飾決算	90
第三目 董事的自己交易、利益相反之交易	91
第四目 收受回扣	92
第五目 營業外支出	93
第三項 我國實務操作模式	94
第一款 背信行為之類型化	94
第一目 違法授信-以「台銀新莊分行超貸案」為例	94
第二目、風險買賣行為	97
第三目 「洩露營業祕密」與「未登載會計事項」-以「聯發晨星案」 與「和艦聯電洩密案」為例	98
第四目 大量簽訂股權買賣契約-以「開發金併金鼎證案」為例	101
第五目 不合常規交易之挪用公司資金、過低(高)價格交易-以「甲上 大上挪用資金案」和「英倫協和虛偽交易案」為例	102
第六目 行使偽、變造或登載不實之文書-以「華隆公司購地案」和「彰 化一信違背任務案」為例	104
第七目 奪取締約機會-以「清潔公司締約機會案」為例	107
第二款 特別背信罪之典型案例	108
第一目 違法授信-以「泛亞銀行違法授信案」為例	108
第二目 偽刻、盜蓋與使用他人金融卡提領-以「國泰世華分行盜領案」 為例	109
第三目 侵吞、挪用保管、收受之金額-以「中信紅火案」為例	110
第四目 業務登載不實	111

第五目 不合常規交易-以「博達案」和「太電集團案」為例.....	111
第六目 操縱市場-以「大信證券炒股案」為例.....	114
第二節 「背信罪」存在於刑法規範的機能性.....	116
第一項 「背信罪」與「其他犯罪」關連性之分析-以我國實務為重心.....	116
第一款 背信罪與特別背信罪.....	117
第一目 「特別法優先普通法」或「法條競合特別之關係」.....	117
第二目 何以「特別」優先之疑慮.....	118
第二款 背信罪與其他財產犯罪.....	119
第一目 背信與侵占、詐欺.....	119
第二目 「重疊、交錯」或「擇一、互斥」？.....	121
第三款 背信罪與其他犯罪-舊法牽連犯之回歸.....	123
第四款 小結-「流刺網式之截堵關係」的背信罪.....	124
第二項 罪刑失衡與過度評價的截堵模式.....	126
第四章 刑法「背信罪」之解析與重構.....	131
第一節 概述.....	131
第二節 背信罪「罪質」與「法益」之再探.....	132
第一項 德國-背信罪發軔之脈絡.....	134
第一款 帝國法院時期的「違背信任說」.....	136
第二款 舊刑法第266條第1項第2款所開展的「濫用權限說」.....	137
第三款 「濫用」與「背信」合一之現行刑法第266條規定.....	139
第四款 小結.....	141
第二項 日本-背信罪罪質之變遷.....	143
第一款 「背信說」的奠定與「權限濫用說」的崛起.....	147
第一目 傳統通說之「背信說」.....	147
第二目 與「背信說」對立之「權限濫用說」.....	150
第二款 晚近學說的開展.....	152
第一目 「背信的權限濫用說」與「新權限濫用說」.....	152
第二目 「限定背信說」、「意思內容決定說」與「內部信任關係說」.....	155
第三款 小結.....	158
第三項 國內學說見解之梳理.....	159
第一款 學說見解之演變.....	159
第二款 小結.....	165
第三節 為「他人」處理「事務」-本人經濟活動之手足延伸.....	166
第一項 「事務範疇」與「自、他義務」之區辨.....	166
第一款 「非財產」與「財產」事務.....	166

第二款	「對己義務」與「對他義務」	169
第四節	「違背任務」之行為	176
第一項	國內、外學說實務見解	176
第二項	違背任務實行行為性之判定	178
第五節	整體財產上之損失	179
第一項	「財產損失」之認定標準	179
第一款	依循民法規範之從屬性-「法律的財產說」與「本權說」	180
第二款	刑法規範認定之獨立性-「純粹經濟的財產說」與「占有說(所持說)」	182
第三款	調和後之判斷標準-「法律、經濟財產說」與「限定持有說」	185
第二項	小結-背信罪之「致生損害」	188
第六節	圖利目的、損害目的	193
第一項	背信罪-主觀目的之「意涵」與「內容」	193
第一款	國內學說之追溯	193
第二款	外國學說之借鏡-以日本為主	195
第一目	重疊性之故意要素	195
第二目	內在動機要素說	197
第三目	特殊要素說-對本人欠缺實質上不利益	198
第二項	小結-主觀目的之分析	200
第七節	本文見解	204
第一項	法益或規範?-「信賴關係」的功能性分析	204
第一款	「信賴關係」與背信罪「法益」內涵的形塑	204
第一目	背信罪制定之因素-財產交易模式轉變	204
第二目	作為保障內涵之「信賴關係」	205
第三目	不得不採的「限定」背信說	209
第四目	「確保信賴關係」之內涵係法益抑或規範?	212
第二款	疊床架屋的多層次信賴關係之確保	217
第二項	順流、逆流-背信罪與他罪間的諸面相	220
第一款	背信與特別背信-第一次合流	220
第二款	背信與侵占之界分	223
第一目	德國實務、學說見解之歸納	223
第二目	日本實務、學說見解之彙整	227
第三目	小結-背信與侵占之第二次合流	234
第三款	背信與詐欺之區辨	242
第一目	歐陸(德、日)法系之「詐欺行為」模式	242

第二目 英、美法系之「詐欺行為」態樣	244
第三目 小結-背信與詐欺之第三次合流	247
第四款 背信與其他犯罪之論斷	254
第一目 虛偽登記、偽造文書與背信	254
第二目 洩漏營業秘密與背信	257
第三項 小結 背信罪之形骸化-立法論上之建議	260
第五章 特別背信罪之建構、分析與限縮	261
第一節 概述-規範論需求的特別背信罪	261
第二節 特別背信罪之要件分析與限縮-以「銀行違法授信」為中心	263
第一項 「為他人處理事務」之身分要素之強化	263
第一款 背信罪之違法身分	263
第一目 歐陸早期之列舉模式	263
第二目 日本法之例示模式	264
第三目 我國學說與實務見解之認定	264
第二款 特別背信罪之責任身分	266
第一目 日本學說、實務之介紹	269
第二目 本文見解-近似列舉之責任身分	275
第二項 違背任務、致生損害與主觀意圖	278
第一款 違背任務與致生損害之標準	278
第一目 「致生損害」之經濟性判準的疑慮	278
第二目 違背任務與經營判斷法則	281
第三目 權力與責任之競爭-法院是否實質介入審查?	286
第二款 主觀意圖與經營判斷概念之異化	290
第三節 小結	294
第六章 結論	297
參考文獻	299
(一) 中文期刊論文	299
(二) 外文期刊論文	301
(三) 中文書目	303
(四) 外文書目	305
(五) 網路資料	307
附註-國內背信罪與特別背信罪之部份實務見解整理	309
(一) 特別背信罪之實務見解部份:	309
1、特別背信罪與背信罪之關係:	309
2、非常規交易之認定:	314
3、特別背信罪之違背任務與財產損害之認定:	316

4、特別背信罪之既未遂之認定：.....	320
5、特別背信罪中主觀犯意與意圖之認定.....	321
(二) 背信罪之實務見解部份：.....	322
1、貪污治罪條例、圖利罪與背信罪之關係：.....	322
2、違背任務與致生財產損害之認定：.....	323
3、背信罪之既未遂之認定：.....	338
4、主觀犯意與意圖之認定：.....	339
5、侵占與背信兩罪間的關係：.....	342
6、詐欺與背信兩罪間的關係：.....	344
7、洩露營業秘密行為與背信罪：.....	349
8、經營（商業）判斷法則於背信罪之適用：.....	350
9、民事債務不履行與背信罪：.....	351



第一章 序論

第一節 研究動機

市民社會中的「經濟交易秩序之穩健與安定」，一直以來被稱為「利維坦」的國家機器視為是在遂行統制所轄場域內不能忽視的一個環節，因此當在國家機器所轄的場域內出現破壞經濟交易秩序的情形時，國家機器則會利用法的純粹暴力介入，將破壞經濟交易秩序的行為類型化為犯罪行為，並且對於違反規定的行為人展現純粹暴力的力道給共同主觀中的行為人以外之人觀看，恢復場域內的遵法意識以及令行為人以外之人重拾對於經濟秩序圓滑運作的信賴感。

然而，當經濟秩序中的生產模式從封建社會更迭至資本主義的生產模式，再從前期資本主義的「工業資本」演化成今日晚期資本主義的「金融資本」，生產模式不間斷地的複雜化以及金融資本型態日新月異的演進，使得置身於經濟秩序背後的國家機器察覺到現階段的統制力道難以駕馭持續複雜化的經濟現狀時，將會重新編制、強化管控的力道。

我國於 2004 年初(民國 93 年 1 月 13 日)通過所謂「金融七法」的修正案，所謂「金融七法」所涵蓋的法令包含銀行法、證券交易法、金融控股公司法、保險法、票券金融管理法、信託業法、信用合作社法，觀察此次修正的態勢除了在現行金融七法的架構下增加新型態的金融犯罪⁵之外，乃係大幅提升既存犯罪態

⁵ 證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款針對「依據證券交易法發行有價證券的董事、監察人、經理人」增訂「違背任務(背信)及侵占」的行為態樣，法定刑度未加重或減輕時，則依據同項規定「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」、同法第 174 條第 1 項第 6 款針對「於第 5 款之財務報告上簽章之經理人或主辦會計人員」為「財務報告內容之虛偽記載」、第 8 款針對「發行人之董事、經理人或受僱人」就「違反法令、章程或逾越董事會授權之範圍，將公司資金貸與他人、或為他人以公司資產提供擔保、保證或為票據之背書，致公司遭受重大損害者」部分、第 9 款「意圖妨礙主管機關檢查或司法機關調查，偽造、變造、湮滅、隱匿、掩飾工作底稿或有關紀錄、文件者。」妨礙調查之行為以及同條第 2 項關於「律師」對公司有關證券募集、發行或買賣之契約、報告書或文件「出具虛偽或不實意見書」以及「會計師」對公司申報或公告之財務報告、文件或資料有重大虛偽不實或錯誤情事，未善盡查核責任而出

樣的刑度，包括有期徒刑、罰金刑刑度的加重⁶、沒收追徵犯罪所得之財物或利益⁷、以及延長易服勞務之期間⁸證券交易。此次傾向重刑化的修正，從法條文字所彰顯出的意涵不外乎是透過「金融犯罪重刑化」的修正，向市民社會宣示國家機器「捍衛金融市場交易秩序、維持金融市場穩定」的決心，然而，相較於商事法規中的公司法，於 2000 年所力主之「去刑化」的浪潮則是完全背道而馳。

何以立法者會費盡心思地鋪設如此龐雜的法令藉以防止經濟犯罪，國內學說見解有認為：「在自由經濟體制下，經濟交易的多元化，促成經濟的發展，同時也帶動經濟犯罪之增加。尤其是隨著經濟活動質的變化與擴大，無形中也衍生為數眾多的新型態經濟犯罪。…各該行為內容若過於特殊與複雜，卻也無法為傳統的犯罪概念與以詮釋與解決…國家亦因此而捨棄傳統的不干涉原則，對私人之各

具虛偽不實報告或意見；或會計師對於內容存有重大虛偽不實或錯誤情事之公司財務報告，未依有關法規規定、一般公認審計準則查核，致未予敘明者。」規範之增訂；信用合作社第 38 條之 1、第 38 條之 2，前者參照刑法第 313 條、後者則是參照刑法第 342 條加以增訂；銀行法第 125 條之 3 與金融控股公司法第 57 條之 1、信用合作社法第 38 條之 3、票券金融管理法第 58 條之 1、信託業法第 48 條之 2 參照刑法第 339 條之 3 的構成要件增設規定。

⁶ 針對「犯罪所得超過罰金最高額時在所得利益範圍內加重罰金」與「損及金融市場穩定的加重其刑二分之一」分別規定於證券交易法第 171 條第 5 項、第 174 條第 3 項、保險法第 168 條之 3 第 3 項、信用合作社法第 38 條之 4 第 3 項、銀行法第 125 條之 4 第 3 項、金融控股公司法第 57 條之 2 第 3 項及票券金融管理法第 58 條之 2 第 3 項；另外銀行法第 125 條、第 125 條之 2、金融控股公司法第 57 條、信託業法第 48 條、票券金融管理法第 58 條均將刑罰提高至「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。」；信用合作社第 38 條至第 40 條、保險法第 167、168 條與第 172 條之 1、證券交易法第 171、174 條雖然提高之程度有別，但均係大幅提高原先規定的刑罰效果。

⁷ 於證券交易法第 171 條第 6 項、金融控股公司法第 67 條之 1、銀行法第 136 條之 1、保險法第 168 條之 4、信用合作社法第 48 條之 1、信託業法第 58 條之 1、票券金融管理法第 71 條之 1 加以規定。

⁸ 於證券交易法第 180 條之 1、銀行法第 136 條之 1、金融控股公司法第 67 條之 3、保險法第 168 條之 5、信用合作社法第 48 條之 2、信託業法第 58 條之 2、票券金融管理法第 71 條之 2 中加以規定。

種經濟交易活動，依據法之管制手段積極地介入。」⁹然而，經濟活動之發展倘若沒有國家制定命令、禁止規範介入，此些行為並不會被評價為毫無價值之犯罪行為，從而，所謂經濟交易的活躍定然會衍生更多的經濟犯罪導致國家要積極介入的觀點似存有倒果為因之虞，換句話說，經濟犯罪形成之流程應該先是因為市民社會存在複雜化的經濟交易行為，國家機關制定法令規範而界定出各式各樣的經濟犯罪類型。

而國內學說針對經濟犯罪生成的原因之探究，亦有認為法實證犯罪學無法解釋經濟犯罪的原因，僅能基於「景氣上的好壞、國家管制與營業上管制的強弱、經濟活動的匿名性與複雜性、經濟制度、公司形態與經濟犯罪的傳染性」等經濟條件檢視經濟犯罪發生的原因，例如：「景氣好時易有詐騙投資、虛設行號詐欺、違約交割；景氣不好時易有破產犯罪、信用詐欺；國家對進口商品課徵高關稅將刺激走私犯罪；公司組織龐雜難以控制亦遭不法操縱…等」¹⁰。但是，此種經濟制度現象的觀察雖然能夠從事後發生的案件進行歸納，並且設法整理出客觀事實上與經濟犯罪有關聯的條件，但是對於國家機關何以大幅度地將增加與金融機構有關的犯罪類型和重型化之趨勢，仍無法直接地做出確切的說明。

本文認為對照金融七法於相關法令規範之修正，立法者彷彿為了確保金融市場交易秩序的穩固鋪設天羅地網，對於每一種可能影響到交易秩序的行為均先行納入科處刑罰之範疇，立法模式完全與「刑法的斷片性與補充性」的概念背道而馳，蓋相對於刑法是維持社會倫理之論述，以「保護法益」做為刑法之任務，限定僅有侵害法益之行為或者是造成具有法益侵害的危險之行為始能被當作是犯

⁹ 黃朝義，「論經濟犯罪及其對策」，頁 42，法學叢刊第 169 期，1998 年 1 月。

¹⁰ 林東茂，「經濟犯罪的幾個現象面思考」，收錄於「一個知識論上的刑法思考」，頁 19-20，五南，1999 年 9 月第 1 版初刷。

罪行為的看法，不論國內外¹¹均應屬於現行刑法學說主流之見解，而相較於國內學說多數概括地將法益保護涵蓋在「刑法的功能」，簡要地言及「保護法益是刑法的五大或四大功能之一」的論述¹²，部份國內學說與國外學說¹³針對「法益保護機能」的內涵進一步地去開展，其論及所謂「法益保護機能」係指「依照規定對於一定的犯罪行為科以刑罰，於犯罪行為實際上被發生時科以刑罰，防止一定犯罪行為的進行，於依法被保護的『階段之生活利益』下，將因為犯罪行為被侵害或暴露於危險中的生活利益做為法益而加以保護。倘若從所謂「規範的論理構造」觀察，對於一定的犯罪行為科處刑罰，乃係基於「評價規範」認為該犯罪行為是反於價值或者是否定該行為之價值；而對於此些行為宣示是無價值、反價值的命令或禁止，則屬於基於「決定規範」的命令、禁止機能，「評價規範」和「決定規範」則屬於「刑法的規制機能」。¹⁴然而，將「生活利益(物理上或精神上之利益)」作為法益加以保護的方式，倘若不斷地將生活利益納入法益的內涵，擴充保護法益的範疇，則定然會有更多的情形被視為犯罪，壓擠到作為另一個刑法機能的「人權保障機能」，也因此刑法規範之方針多半會本於「刑法的斷片性」，而非將刑法的保護網鋪設於市民社會中的每一個角落，並且由於以科處刑罰作為保護法益之手段是最為嚴峻的方式，如果能夠藉由其他的方式便能夠達到維護法益之目的，基於「刑法的補充性」不應該以科處刑罰的方式為之，此二性質則在

¹¹ 山口厚，「刑法總論」，頁4，有斐閣，平成19年(2007年)第2版第1刷。

¹² 林山田，刑法通論(上)，頁57，作者自版，2003年11月增訂八版二刷；張麗卿，「刑法總則理論與運用」，頁32，一品文化，2006年6月修定二版二刷。

¹³ 山口厚，「刑法總論」，頁4-6，有斐閣，平成19年(2007年)第2版第1刷。

¹⁴ 內藤謙，「刑法講義總論(上)」，頁45，有斐閣，1991年1月30日初版五刷。

某種程度上節制了法益保護機能的擴張¹⁵。令人感到矛盾的是，這樣嚴重侵害刑法的「人權保障機能」的立法模式，卻透過金融七法之修正完全具體展現於我國之法規範中，此種立法模式可能會令更多的金融交易行為被認為是金融犯罪，但此種大張旗鼓的立法態勢很顯然地並不會因為與人權保障有所衝突而被多數主觀非難、進而廢止適用，相反地，市民社會中會接觸到此些金融中介機構的人們大多是欣然接受這種天羅地網式的刑法規範。

爰此，要找出「金融犯罪重刑化」的原因，必須檢視此種「全面性、包括性」的刑法規範何以會被市民社會中的多數主觀所接受，姑且不論多數主觀接受此種刑法規範的全面性鋪設是好是壞，但從立法者大刀闊斧的立法態勢應該可以觀察到如果不是符合市民社會之期待，金融犯罪重刑化的程度不會如此有效、迅速。透過觀察立法態勢可以發現市民社會應該存在某種「需求」，而這種「需求」被立法者察覺後適時地加以援用、展現立法的實效性。從而對於此種「需求」的探尋，透過延續「法益保護機能」、「人權保障機能」之脈絡，先觀察法益理論的發展，再檢視位處於法系統內的法益內涵是否受到所處環境之外在刺激產生變化，以及如果產生變化其之後的開展為何。

本論文希望能藉由分析此些設立在金融七法中的附屬刑法之規定，「構成要件的增設與刑度的大幅加重，國家機器之所以能夠大刀闊斧的架設處罰規定的根源為何？是否使得普通刑法所強調的「法益保護機能」產生微妙的變化？以及由於此些特別刑法的犯罪之構成要件與普通刑法的犯罪之構成要件之間大多雷同，其中的關連性為何？」作為基礎背景；進而聚焦本論文所想要探討的部份，

¹⁵ 關於刑法的「斷片性」與「補充性」的詳細論述以及「法益保護機能」與「人權保障機能」之間的矛盾，請參照內藤謙，「刑法講義總論(上)」，頁 55-57，有斐閣，1991 年 1 月 30 日初版五刷；山口厚，「刑法總論」，頁 4，有斐閣，平成 19 年(2007 年)第 2 版第 1 刷；李茂生，刑法總則講義綱要，頁 25-30，http://140.112.158.1/chinese/03/professor/Mau_sheng_Lee.html (最後瀏覽時間：2011 年 7 月 10 日)。

亦即「特別背信罪與背信罪」之間的關連性、背信罪於刑法規範中所扮演之功能，並且言及背信罪與諸罪間的面向，檢討背信罪在現今社會中之意義，最後以銀行法中之特別背信罪為例說明應如何限縮適用。

第二節 研究範圍與順序、方法

本論文針對上述之研究動機所要處理之問題，首先於第二章，透過「法益」概念之回溯其發展過程，並且從實質層面檢視其與「規範論」所主張的概念是否具有異曲同工之處，進而對於「現行刑事立法所呈現肥大化現象」，藉由「規範」與「法益」同一之概念提出解決、抑制肥大化之對策，並且以第二章之概念回溯與對策之提出為基礎背景，約略地檢討「背信罪與特別背信罪」之關聯性後，再行進入第三章實務見解之分析。

第三章實務見解之分析，先說明外國立法例（以德國、日本為主）對於背信罪和特別背信罪的事案為如同之處理，稍微釐清外國立法例之判斷標準與作為「違背任務」類型化之行為態樣後，回頭檢視我國司法實務見解釋如何處理背信罪與特別背信罪之問題，並且透過我國實務見解來觀察「背信罪」於財產犯罪中的「機能性質」為何，以及與其他犯罪類型間，實務見解釋採取如何之處理標準，在競合部份是否存在評價不足或雙重評價之問題，於此附帶言之競合形態採取牽連犯的犯罪類型，在牽連犯被廢除之後可能所造成之問題。

確認我國實務見解對於「背信罪與特別背信罪」、「背信罪與其他諸罪」之處理模式後，於第四章部份，先行介紹背信罪之發軔的歷史進程，再說明背信罪要件之適用。蓋本文認為解釋學之解釋方針，並非僅限於表面文字之文義解釋，相關歷史發展背景以及社會結構制度，對於刑法規範之解釋均應有所影響，從而，

檢討完要件之適用後，重新解釋背信罪之罪質、法益，並且參酌第三章實務見解之分析，提出本文之見解。

最後，於文末第五章之部份，以銀行法之特別背信罪為例，說明本文對於特別背信罪應如何解釋與適用之看法，對於學說見解間曾提及之經營判斷法則（商業判斷法則）一併加以檢討其有無適用，或者是透過轉化的方式加以納入刑事法系統中，而令刑事法系統本來要件解釋之內容產生自我再製的效果；而後於第六章提出本文之結論。

整體研究方法之適用上，除了採用向來國內、外文獻分析法、立法例之比較之外，由於法律之釋義不能獨善於社會系統之外，法律系統內部之條文解釋，必須考量歷史背景、政策走向以及對應於其所身處之環境所接受到之刺激。是以，本文利用社會學家 Niklas Luhmann 所主張之「功能系統理論」，藉由社會領域之「功能系統論」的概念處理法律領域當中關於背信罪的規範要件解釋。

第二章 構築於「規範論」之上的經濟刑法

第一節 法益保護機能與主要、側防規範

第一項 法益論之發展脈絡

第一款 「法益」概念的開展

「法益」概念形成的前史源自於 P.J. Anselm Feuerbach 認為所謂犯罪應以「權利侵害」加以理解的概念¹⁶，而後於西元 1834 年 Michael Birnbaum 所提出犯罪是對「rechtliches Gut」的侵害，其將「Gut」導入犯罪的實質概念之中，並認為所謂「侵害」應該是「他人的行為奪取、減少對於我們而言屬於『Gut』的東西」，亦即犯罪的實質概念應該是「從事物的本質觀察應該被視為是犯罪，或者依照理性應該於國家中處罰者」，此些是「對於應該依照國家權力同樣受到保障的所有人之利益，具有應可歸責於人之意思的侵害或危險」¹⁷。

Michael Birnbaum 所提出的「Gut」的看法被認為是「法益」概念的基礎，從西元 1820 年到 1840 年，德國刑法學存在以強調實證、經驗要素之「穩健的實證主義」為背景下，「Gut」概念的導入使得「侵害」是以「對於主體資格或地位

¹⁶ 18 世紀後半德國刑事司法，一方面受到 16 世紀前半的制約，繼續沿用向來普通法的理論和實務，另一方面受到啓蒙主義和啓蒙時期的自然法思想的影響，對於 Carolina 刑法典中關於宗教的基礎產生動搖，明顯地處於不安定的狀態，此一階段刑法領域則以從宗教的拘束和苛酷刑罰之解放為主要課題。請參照內藤謙，「法益概念の形成過程」收錄於「刑法理論の史的展開」，頁 69-71，有斐閣，2007 年 10 月 30 日，初版一刷。Feuerbach 認為「侵害權利」係「狹義的犯罪」，除此之外尚具有未侵害國家或人民之權利，但對於法秩序或法安全有危險的類型，此類型屬於「違警罪」，此種類型基本上至多是侵害「國家的服從請求權」。請參照伊東研祐，「法益概念史研究」，頁 19 以下，成文堂，1984 年 6 月 15 日初版一刷。

¹⁷ 內藤謙，前註(16)書，頁 79-84。

所持有之有形具體事物的破壞」，也因此被認為是承繼啟蒙後期受自然法思想影響的 Feuerbach 所主張之「權利侵害」中「實質限定犯罪客體」，避免犯罪概念的擴張與混亂，並且自從 Birnbaum 所提出法益侵害之概念後，法益因而成為德國刑法理論之思考重點¹⁸。

對於 Michael Birnbaum 所提出的理論加以檢討者是身處於穩健的實證主義傾向的思想背景的 Hegel 學派，Hegel 學派所採取的辯證法下認為犯罪是「侵害作為法的法」，作為 Hegel 學派代表的 Köstlin 認為犯罪與其他不法不同，並非對於法之一定現象的侵害，而是對於「法的本質」的侵害¹⁹。Hegel 學派對於刑法理論的影響在於將犯罪理解為「侵害個人普遍意志的反人倫行為」，因此對於 Hegel 學派的 Köstlin、Berner 而言，「rechtliches Gut」的概念作為犯罪理論的構成上不再重要，雖然 Hegel 學派中 Hälschner 有使用「rechtliches Gut」的概念，但是已然與先前 Michael Birnbaum 所主張有別²⁰，其所認為作為犯罪本來實體要素的是「侵害作為法的法」，「特殊的法」和「rechtliches Gut」只不過是必然的現

¹⁸ 內藤謙，「法益概念の一考察」，收錄於「刑法理論の史的展開」，頁 140-141，有斐閣，2007 年 10 月 30 日，初版一刷；李聖傑，「『家族相似性』探尋刑法典範之應用-以法益為核心」，頁 143，收錄於政大法學院刑事法中心編，「刑事法學的新視野」，元照，2011 年 5 月初版第 1 刷。

¹⁹ 日本學者內藤謙認為 Köstlin 所認為「犯罪是現象的必然要素」，只不過是「特別化和個別化」的意涵，所謂「特別的法」係形式上存有法規之依據，在這個「特別化、個別化」中都是討論犯罪本質上的侵害對象，正確地說應為「法的實體」；而關於 Feuerbach 的權利侵害，Köstlin 一直著重於「特別化、個別化」的區分，則忽略犯罪本質、普遍性法之侵害。請參照內藤謙，前註(16)書，頁 96-97。

²⁰ Hegel 學派在關於特殊化的法的種種表現上與 Birnbaum 的「rechtliches Gut」概念存有類似的面向的在於「犯罪的直接的客體」，然而 Birnbaum 的「rechtliches Gut」概念是承繼 Feuerbach 所主張「權利侵害」的自由主義之性格並加以修正，具有阻止國家權力恣意行使和確立實質的犯罪概念，然而 Hegel 學派中透過辯證法否定固有的重要性，已不存在上述的意涵。請參照內藤謙，前註(16)書，頁 98-99。

象，依照這樣的看法「特殊的法」和「rechtliches Gut」在 Hegel 學派中必然失去作為限定作為實質的犯罪要素之犯罪客體的機能²¹。

西元 1871 年 Otto Eduard Leopold von Bismarck 統一德國後，制定統一的刑法典，由於此時受到實證主義的影響，Karl Binding 所提出作為違反「規範」為中心的刑法理論，則認為所謂「法益」是「法的支配對象」，亦即「法共同體的健全生活條件」，透過立法者的價值判斷怎樣的人、事物與狀態能作為所謂「法共同體的健全生活條件」。Karl Binding 所提出的法益的看法，多半也反映了當時統一後的德國之權威、階層的社會型態，此種社會型態基本上是以於易北河以東的 Junker 地主貴族持續經營大農場和易北河以西則是以機械為主的工業，兩種異質對立的社會構造所形成，其法益概念的特色在於「法共同體」與「立法者的價值判斷」，不過這樣的看法也彰顯了以法共同體的法益概念屬於權威主義的側面，以致於法益概念流於形式化²²。

然而，雖然均在實證主義的影響下，Liszt 所採取的觀點則與 Karl Binding 完全不同，所謂「法益」係以「以法律所保護之利益」，將「利益(Interesse)」和「Gut」合一，認為法益的內涵並非是法或者是法秩序的利益，而是「人類的生

²¹ 內藤 謙，前註(16)書，頁 99-100。然而亦有日本學者伊東研祐認為 Hegel 學派對於「犯罪直接客體」的探討，在法益論上仍然提供了之後區分「行為客體」和「保護客體(法益)」之契機。請參照伊東研祐，前註(16)書，頁 47 以下。

²² 內藤 謙，前註(16)書，頁 102-109。關於 Binding 關於「規範」的論述：「法益本身並非權利，而是在立法者眼中認為成為法共同體之健全的生活條件，就法共同體而言是有價值者，法共同體係以立法者之角度觀察，其不受變更或侵擾而維持該狀態是有利益者，立法者應以實定法來防範其不受到侵害或危殆化的一切事物。」請參照伊東研祐，前註(16)書，頁 80 以下。日本學者內藤 謙則認為在 Binding 的「規範」中，存在「上、下的秩序關係」，而在規範背後亦存有國家權力，立法者在作何種人、事物、狀態可以被當作是「法共同體的健全生活條件」的價值判斷時，將變成在為法共同體(國家)做價值判斷，判斷何種是對國家有價值、何種無價值，此時法益的概念已然形式化，喪失作為犯罪概念的實質要素之機能。請參照內藤 謙，前註(16)書，頁 108。

活利益」。²³ Liszt 之所以如此認為在於法律學不僅是體系的學問，而是實際的在抽象的概念中把握人民的法生活，蓋於慣行或者是法規中的法命題係從人民法生活中的經驗轉化成抽象概念，Liszt 此種強調法律學從經驗事實中產生、以和事實有關係者作為研究對象的出發點，自然對於 Karl Binding 的主張會認為係一種流於「形式」的主張²⁴。Liszt 對於法益概念詮釋的影響除了實質違法論之外，其將法益概念與其他領域加以連結所提出「法益係抽象化法律論理之界限」的概念，認為法益係犯罪之客體，亦即是確保法律理論(固有領域)與受因果法則支配之自然經驗科學(其他領域)間的關聯性，與作為依照因果關係所認識之行為客體有所不同。此一論點使得其法益的概念開始脫離實體的精神化的路徑，也被認為法益係一種「前實定的人類生活利益」。Kessler、Hertz、Bünger、Merkel 則是開展以人類生活利益作為法益內涵的看法，刑法的保護客體可以由「利益」作統一的說明，Kessler 則是進一步認為「利益」必須是屬於具有生命之人(具有肉體之人格)的個人利益，並且本於心理學的角度認為「利益」係應是保護具有生命之人的感覺，亦即利益之存在與保護必須不會違背利益歸屬主體之意思²⁵。對此，

²³ 內藤 謙，前註(16)書，頁 112-119。Liszt 的研究方法，一方面受到 Jhering 影響，將「盲目的應報刑罰徹底轉換為具有目的意識的法益保護」；另一方面基於當時德國資本主義社會發展所激增的常習累犯以及少年犯的背景，試圖將刑法與社會學、生物學加以結合，強調實質內容的刑法理論，也因此法益的概念迥異於 Binding。請參照內藤 謙，前註(16)書，頁 113。關於 Jhering 的看法，主要是認為法之共通目的在於「保障社會生活條件，而社會生活條件除了物質外，應包含名譽、情感、教育、宗教、藝術和科學等精神層次上給人快樂之事物」。請參照伊東研祐，前註(16)書，頁 70 以下。

²⁴ Liszt 對於 Karl Binding 的批判在於，其認為 Karl Binding 單純地將規範違反當作是犯罪，卻忽略了規範和規範之違反僅不過是人們思維中的抽象產物，此概念不論如何都應該要對應到現實存在的事物，亦即會伴隨有意義的事件、發生於人或物間的事實、支配自然的因果法則加以變化。請參照內藤 謙，前註(16)書，頁 113-114。惟 Liszt 的看法應該是認為「法益」的概念是一種「先於實定法的概念」，法益屬於「保護客體」係一種價值考察之概念，與「行為客體」有別，從而對於 Karl Binding 從實定法出發的規範說論點加以批評，然而 Liszt 與後來延續利益說論點的精神化法益的論點，本文認為其實亦與規範說的論點無異。

²⁵ 伊東研祐，前註(16)書，頁 94-95。採取心理主義的利益說論者試圖從政策上去展開自由主義的刑法理論，而對於採取「心理主義之利益」的 Hertz，日本學者伊東研祐認為：「倘若特定之

西南德意志價值哲學方法論者則重視此種「精神化、非物質化的法益」，學者 Heinrich Rickert 認為所謂認知必須從多義的現實事物加以觀察，法律本身則是介於自然科學(藉由反覆經驗之事物將其包攝於合法則脈絡之下)與歷史文化科學(針對個別性、特殊性的事物加以記述)間的混合型態²⁶；延續 Rickert 的看法，Honig 認為保護客體係從刑罰法規之目的中加以認識，而非從規範之中，從而保護客體(法益)係「法共同體所承認對於法生活有價值的客體」，從而成為法益內涵的共同體價值係法對於行為態樣的價值判斷，至於是否被立法者制定於法律之中，則係端視國民共同的意識是否認為該行為屬於無價值而定²⁷；至於 Schwinge 將與價值有關的認識過程改為「目的論性、個別性記述的方法」，刑罰法規之目的在於「共同體之價值」，若要正確地表示則應該將各該構成要件要素與法益加以連結，亦即透過實定法去認識法益，而使用目的論之考察，如果在詮釋刑罰法規可能有各種相異的法益概念時，在不確定該刑罰法規保障為何時，再採取對於社會是有益且合理之解釋方針進行選擇²⁸。關於「精神化、非物質化的法益」概念的發展與德國當時納粹時期的社會環境有很大的關係，後期新康德學者對於

主體沒有感覺到其受到侵害，以已經沒有感情的夫妻為例，若其中配偶之一方與人通姦，則依照心理主義的利益觀點，對於他方之配偶應該沒有受到侵害，惟對於這樣的例子 Hertz 卻依然認為會成立犯罪，這樣的說法對於實質之利益說而言，已經朝完全相反、形式性的方向前進；並且甚至倘若不法係侵害利益的話，Hertz 的結論則表示『不法』並非『犯罪』。」；而所謂「平均的利益」的概念則是從 Jhering 主張「縱然法所保障之利益對於主體而言並無任何利益，仍然可以存在」而來，而「平均的利益」係指一般被假設的利益，此種一般被假設的利益則被強調共同體的納粹借用而轉向。請參照伊東研祐，前註(16)書，頁 91-92。

²⁶ 伊東研祐，前註(16)書，頁 110-117。

²⁷ 伊東研祐，前註(16)書，頁 122。

²⁸ 伊東研祐，前註(16)書，頁 129。Schwinge 後來將其法益理論逐步擴張成為刑法全體之解釋以及概念的指導原理，其背景在於為了回應作為納粹御用學者，主要強調國民對於國家具有終成義務，義務侵害方為違法的基爾學派攻擊，然而日本學者伊東研祐認為，後來納粹通說所採取「共同體」的法益概念則是以變質後的目的論之法益。請參照伊東研祐，前註(12)書，頁 150。

非物質法益的發展影響德國戰後的刑法理論，例如 Erik Wolf 排除法益侵害的觀點，進而主張人格不法，藉由共同體的法益概念與法益人格化，先將不法與責任共同包含在情操頹廢的概念下，再將情操頹廢導入不法論當中²⁹；Mittasch 則是將法益侵害視為文化性存在事實中的事件，屬於一種純粹的價值，然而一樣經過納粹的影響，則認為法益與義務違反之間的差異僅在於「**義務違反**」係以全體國家價值秩序加以調整，而「法益侵害」則是狹義之價值秩序，此時期法益概念則與義務侵害幾無差異，而有刑法倫理化之傾向³⁰；Jescheck 對於法益之概念純粹以非物質的概念來加以理解，法益是社會秩序中的理念性價值，並支撐共同體中現實存在之安全、福祉與尊嚴，與作為價值的法益相對則係構成要件該當之行為所侵害的具體對象，區分行為客體與攻擊客體，此處的行為客體已然抽象化；Schmidhäuser 認為法益是一種「事態價值」，其將法益與法益客體加以區別，認為法益侵害係一種精神現象，但法益客體、行為客體之侵害則是存在於自然科學之因果關係之中，並且法益客體與行為客體亦可再加以區分，以妨害公務為例，法益侵害本身是對於「觀念上的尊重請求」加以違反，此時法益客體則是「公務可否圓滑進行之事態」、「行為客體」則是執行之官吏³¹。從此處可以察覺到，法益的概念並非完全等同行為客體之認定，反而像是夾雜了其他情勢態樣的考量所抽象出來的價值。

²⁹ 伊東研祐，前註(16)書，頁 201。

³⁰ 伊東研祐，前註(16)書，頁 185-186。

³¹ 伊東研祐，前註(16)書，頁 295-299。

惟除了對於法益保護論的討論³²，於二戰之後的 1950 年代後半開始之外，對於此種「法益概念精神化」的擴張傾向，有別於將「利益」作為法益內涵的看法，部份學說則展開批評。相對於以「利益」定義法益的看法，採取「狀態說」的學者 Oppenheim 認為刑法的保護客體可以包含「權利」、「義務」、「狀態」以及「感情」，並且必須要侵害行為客體才會到達侵害保護客體(法益)；Herrich Gerland 則係認為「Gut」係「具體性、事實性的存在」的犯罪客體，所謂「狀態」為法益統一之性質，行為人所為之侵害行為應該是對於現存狀態加以變更，讓其更加惡化成新的狀態，從而犯罪的概念係侵害事實上的法律狀態(法律制度)，此種法律狀態的看法基本上則是將現實生活中有形存在的生活狀態提升到法律規範的層次；Max Hirschberg 所謂保護客體(法益)應係指「被認為具有社會上價值，從而以法律加以保護之狀態」，法益是可能被侵害或造成危險的實在狀態，行為客體與保護客體只是觀察的觀點不同所致，如果將侵害的對象置於規範的包攝之下，則為保護客體，如果排除規範只是單純地觀察外界現象，則為行為客體，惟 Hirschberg 又認為保護客體(法益)只能由抽象化的倫理加以認識，與規範直接相關連，並非外界有形對象³³。

³² Jäger 認為以法益保護為刑法規範，對於性風俗、性道德之保護法益加以質疑而主張風俗犯的非犯罪化；Sina 則是包括性地敘述法益概念的學說史，論述法益概念歷史的自由主義的內容；Roxin 則認為作為刑法重要任務之法益保護與憲法間的關係；Rudolphi 則為了以實定法拘束立法者，試圖以憲法為媒介將解釋學的機能與法政策機能結合，以明確法益概念的內容；Marx 則是主張個人主義的法益論；Hassemer 則是同時討論法益論的「體系內在的構想」與「體系超越的構想」，依照社會學與心理學的知識充實法益論的內容。請參照內藤 謙，前註(16)書，頁 152。

³³ 對於 Hirschberg 此種前後不一致的論述，日本學者伊東研祐批評：Hirschberg 前後論述難以調和，並且狀態說的看法對於法益概念的建構並無貢獻，頂多只是在區別行為客體與保護客體。請參照伊東研祐，前註(16)書，頁 95。

除了以狀態說回應以利益作為法益內涵的看法之外，受到主張「道德意識現象學」學者 Hartmann 影響的 Welzel 則是對於這種不明確性亦加以提出批判。Welzel 認為所謂的利益可以包含一切的事態，國家機關也可能藉由刑罰透過禁止或命令規範去達到其所要保護之利益；從而 Welzel 則將法益概念內容應限定於「結果事態、保護客體」，亦即 Welzel 認為法益只能是藉由命令或禁止之行為態樣所連結至具有「物質性或觀念性的行為客體」。對於 Welzel 早期的看法而言³⁴，所謂「保護客體(法益)」應係物質性或觀念性的行為客體，與新康德學派則是將價值做為保護客體(法益)，有別於由構成要件所導出的因果流程的連接點之行為客體，並且行為客體之限定只要求其必須具有由行為人目的性地加以掌握，作為目的性之行為客體而相關的對象。Welzel 認為康德學派所主張之法益侵害說已經將法益置於無機能的世界加以理解，然而法益的存在必須是機能性的存在，亦即與社會連結中交互影響，惟此機能性存在之法益概念其後則發展成社會相當性的概念³⁵。

對於法益保護論加以批評的學者尚有 Amelung，其所主張的「社會有害性理論」係以「系統論」作為基礎來取代法益保護論，其認為「刑法係以保障人類共同生活為其任務」，所謂社會有害性係一種「逆機能的現象」，亦即對於社會系統本身克服自我存續問題加以妨礙或困難化的社會現象，而犯罪只不過是逆機能現象的特殊事例 Amelung 的「社會有害性理論」主張是以社會學方法去詮釋法益

³⁴ 蓋 Welzel 晚期還是承認行為客體和保護客體(法益)概念須加以區分，例如：偽造文書罪係以「將交易之安全性」作為法益、「文書」當作行為客體。

³⁵ 伊東研祐，前註(16)書，頁 254-258。Welzel 以區分「結果事態」與「規範性妥當狀態」限制了精神化法益概念中不當擴張法益內涵的疑慮。請參照伊東研祐，前註(16)書，頁 264。然而本文認為如果刑法對於規範性妥當狀態也會加以處罰的情況下(例如：近親相姦罪)，則到底是法益或者是規範已無區分的重要性，刑法的本質根本在於保障規範。

的概念，並且在「社會有害性理論」的前提設立了兩個前提制約，亦即道德規範不能作為國家限制自由的一般性正當化根據，以及純粹的不道德行為並不加以處罰³⁶。而學說見解認為 Welzel 和 Amelung 對於法益保護論所提出的批判並不相同，Welzel 則是認為法益應只係「被命令或禁止之行為態樣所連接的物質性或觀念性的行為客體，而非行為態樣本身」，因此「法益」應該是和「行為客體」的概念重疊，亦即「法益」必須具備一定事實上的基礎，但 Welzel 仍肯認沒有危險之犯罪類型，亦即針對違反倫理之行為態樣雖然沒有法益侵害但仍然得以加以禁止，例如近親相姦罪³⁷。

是以，德國學說對於法益之內涵其實呈現著不一樣面相的解釋，例如：Maurach 和 Zipf 認為「刑法保護的利益」方為法益、Freund 則認為「必須用法律保護的利益」才能屬於法益；而 Köhler 認為法益係指「經由行為規範所連結之人類自由與生存條件的體現（或）可受侵擾與保護的狀態」、Calliess 則認為法益所指的是「社會的參與機制（機會）」、H. Mayer 認為「體現生活的價值狀態」、Baumann 和 Weber、Mitsch 則認為「實現精神生活的理想價值」才係法益之內涵、Jescheck 與 Weigend 則以「社會秩序中，法律所保護之抽象價值」作為法益，Rudolphi 則將法益定義為「維繫國家社會存續之不可或缺的作用元素」³⁸。

³⁶ 內藤 謙，前註(16)書，頁 158-159。如果將上述 Amelung 對於法益的概念發展至極致，不得不認為在高度複雜化的社會結構，從為了社會系統內諸種制度能夠圓滑運作的視角加以觀察，對於社會系統機能造成妨礙的現象則可能會被排除於系統之外，甚或社會系統中對於社會系統機能發展並無危害但亦無益處的人類，則有可能被容許加以剔除來讓整個社會系統機能運作的更為流暢的疑慮存在；並且將依據當時德國基本法第 1、2 條所設定之前提限制本身納入「系統論」本身則是難以調和，之所以難以調和應該在於基本法的要求要避免道德規範進入法律規範之中，但以系統論為基礎的觀點又不能無視道德規範對於社會系統的影響。

³⁷ 內藤 謙，前註(16)書，頁 159-160。

³⁸ 李聖傑，「『家族相似性』探尋刑法典範之應用-以法益為核心」，頁 147，收錄於政大法學院刑事法中心編，「刑事法學的新視野」，元照，2011 年 5 月初版第 1 刷。

儘管學說上對於法益概念的開展百家爭鳴，但關於法益內涵的爭論從上述之發展脈絡觀察足認自 Karl Binding 和 Liszt 以降，法益之論述已然確定在德國刑法之核心地位³⁹，之後的論述者在論述上均依附、延續「狀態」與「利益」此二種看法加以開展。然而，首先本文對此所存疑的是，Liszt 所提出「法益先於實定法」的看法，與 Liszt 本身論述上係將法律領域與其他不同領域加以連繫的方法論是否存在一定程度的矛盾？並且本文認為從上述學說針對法益內涵的展開，「法益概念精神化」的傾向可以預見的是「法益概念內容的虛無化」，國家機關的任何利益都可能假借法益之名，遁入其中遂行維護其自身利益之實⁴⁰，為了避免此種情形出現，應該重新確認「法益」本身性質，此一部分涉及本文所探尋現代社會中，立法者何以能大幅地擴張刑法規範的保護網之原因的第一個關鍵樞紐。

第二款 「規範」與「法益」之同一性

首先，自 Liszt 對於法益概念之主張採取屬於一種結合經驗科學和刑法解釋學的方法論以來，明確地便無法讓刑法解釋學自身於其他領域之外，此種觀察方式與「系統論⁴¹」的觀點不謀而合，則是「法律系統」與將其視為自身「環境」

³⁹ 伊東研祐，前註(16)書，頁 69。

⁴⁰ 日本學者內藤 謙亦認為如果急劇地擴張和抽象化包括性、形式性的法益概念，將會使得所謂國家理念本身的政府利益被包含在內，如此一來則對於國家與政府不利的言論或者是人民集會結社都有可能變成處罰之對象。請參照內藤 謙，前註(16)書，頁 153。

⁴¹ 此處所謂「系統論」係指「功能結構系統論」，並非早期動物生理學家 von Bertalanffy 所提出的一般系統理論，亦非 Parsons 所言之「結構功能系統論」，「功能結構系統論」不再強調社會系統始終具有一個約束性、集體共有的規範與價值範式。請參照 Georg Kneer、Armin Nassehi 著，魯顯貴 譯，盧曼社會系統理論導引，頁 46，巨流，1998 年，第一版。

的「社會系統」之間，是如何將人類社會的現實生活關係加以轉化、提升使其與法律產生關聯性。一般對於法學與社會學上的理解，不外乎是法系統係在處理規範性秩序、而社會系統則會依照不同之理論去探究社會行為與社會制度，而當要採用 Liszt 將其他領域與法律系統加以連結時，亦即使用社會系統中之經驗方法與法律系統連結時，則無庸置疑地是「社會系統」本身連同其環境會被當作「法律系統」之環境，進入「法律系統」的觀察視野，而基於法律系統之「自我指涉」與「異己指涉」，可以發現法律本身使用了社會系統中許多結構中的概念，並且對於此些概念加以轉化其意涵，令其再度使用於結構當中。此種遞迴性地讓法律系統本身產生「自我再製」的效用其實與 Liszt 本身的方法論不謀而合，蓋 Liszt 是使用「現實人類之生活利益」作為法益概念的內涵，何種屬於被 Liszt 認為係具有有價值的生活利益，則勢必要經過此種「二階觀察」的方式將社會系統中被認為係有價值的生活利益納入法律系統之中，轉化成一種新的概念再加以運用。

惟當在判斷何種生活之利益是有價值的時候，如果在 Liszt 的「利益」概念下開展的話，出現所謂「平均、一般地利益」的論述並不足為奇，蓋「利益」如果明白地僅是歸屬於特定階級的話，刑法規範則將係毫不掩飾地披上「階級刑法」之外衣。問題是此種「平均、一般地利益」雖然被 Liszt 與其後繼者認為是一種存於實定法外或者是先於實定法之「價值」，但此種「價值」根本的判斷事實基礎可以預期的是必須以社會系統中「經驗上歸屬於多數人的生活利益」作為基準，蓋雖然法律系統本身可以基於一些道德或者是其他源自社會系統的刺激，接受一些規範性的先在準則，但是必須透過明確地轉化才會發生，若將其適用於所有被當作是知識來處理之事物，唯有透過自然科學的經驗法則上充分地檢視，亦即法律系統此時必須仰賴統計上之計算結果或者是經驗研究之方法，當然在法律系統與社會系統互為「環境」的交流下，規範結構逐漸變得複雜的法律系統，可

能會在溝通交流的過程中遭遇到自然科學方法可以肯認而經驗法則上仍不確定之情形，此時具有「開放性」的法律系統受到這種刺激之後，可能的方式或策略則是自行選擇使用法律系統本身的道具，亦即所謂政策性的決定加以處理⁴²。然而一旦將該「抽象價值」的認定基礎定位在「經驗上歸屬於多數人的生活利益」，就不得不懷疑這樣的論述與 Karl Binding 所提出以「規範」作為法益內涵的論述脈絡以及其後進的狀態論者有何區別之處。姑且不論在法益論述開展過程中的學說孰優孰劣，Karl Binding 所強調的「規範」係指「法共同體的健全生活條件」，如何探究何者屬於「法共同體的健全生活條件」，對於「法律系統」而言仍然是必須借助自然科學的統計學與經驗法則的操作，如此一來 Liszt 所謂「法益」的「價值」則在根本上並無法優先於經過考量過後所制定的實定法，因為在實定法的創設之際，立法者對於實定法條文背後則賦予之經過選擇後的「行為規範」。職此，作為上位位階的法益價值內涵，其所考量之內容不可能是憑空想像，定然必須衡諸相關客觀上的情事、態樣，而法條之設定定然是以民意為後盾、代表人民法感情的立法者而為，從而詮釋法條背後所保護之法益內涵時，即便不考慮感情、道德層面的因素，相關行為客體、主體身份以及行為態樣之設定，亦應該在考慮之列。

「法益」與「規範」逐漸地無差別化，從後來對於法益保護論批判之論者亦可看出端倪。Amelung 和 Welzel 後來對於法益概念的解釋，與其說是法益概念的發展，毋寧是已經逐漸將「規範」的概念替代「法益」的概念，蓋 Welzel 在法益內涵的處理上原是希冀以區分「結果事態」與「規範性妥當狀態」企圖限制了精神化法益概念中不當擴張法益內涵的疑慮，然而如果刑法對於「規範性妥當

⁴² Niklas Luhmann 著，國立編譯館主譯、李君韜譯，「社會中的法」(Das Recht der Gesellschaft)，頁 100-104，五南圖書，2009 年 12 月初版一刷。

狀態」也會加以處罰的情況下，則某種程度上也在說明刑法之目的，除了法益保護之外本質亦存在保障「規範」的層面，並且根本上 Welzel 認為的「法益」其實應該是以「規範」加以保護，蓋 Welzel 的「規範」被認為是一種「純粹規範」，並不存在具有以刑罰威嚇之動機的禁止或命令規範(例如：現代社會之各種行政刑罰的處罰規定可能都只是一種純粹規範，並無法找到其與作為生命身體或財物等之對象間直接的關連性)，附加「法之構成機能」(評價機能)的秩序狀態係以此種「純粹的規範」(法之當為規範)加以保護之場合，此種場合則被認為係「法益」；此種看法與 Amelung 不同，Amelung 所主張的是為了確保人類共同生活條件的「系統規範」，並且道德規範不能作為國家限制自由的一般性正當化根據，但 Welzel 則明顯地是一種「社會倫理規範」⁴³。

從而「系統論」的角度來說，以「社會系統」作為其「環境」之「法律系統」，其本身內部的規範其實亦可視為一種「社會規範」，然而，「法律規範」與「社會規範」之差別，並非僅是將法律視為主權者之強制命令的簡易模型，以具有刑罰效力的刑法規範為例，刑法規範並非僅適用於於接受命令之人，其亦同樣地適用於那些制定刑法規範之人⁴⁴，從此點加以切入，應該可以察覺到所謂**主權者之「權力」與「規範」本身之力道**應該要加以區辨。Binding 在「規範」的論述問題點在於其論證脈絡係以存在背後的「主權者」作為其背景，亦即 Binding「規範」本身存在一種「上對下的秩序關係」，係一種以 19 世紀觀念論的國家觀所建立起來的具「命令性質的規範」，所謂「規範」係以國民為接收者，具有命令性質之

⁴³ 內藤 謙，前註(16)書，頁 161。

⁴⁴ H.L.A. Hart，許家馨、李冠宜 譯，「法律的概念 (*The Concept of Law*)」，頁 104，商周，2010 年 1 月 26 日二版。

國家主權者對於人民行動之統制機制⁴⁵，但是無論是從「規範」脈絡下的「法共同體的健全生活條件」或者堅持「法益保護機能」的「人類的生活利益」、「平均一般人利益」以及「心理主義之利益」，立法者將此些制定在條文的過程中，必然有思慮過「社會系統」中所存在的「共同價值、主流價值」，無論立法者的觀點是從國家利益或者是人民利益的面向出發，必然係將「社會系統」中具體生活事件抽象化出來做為普遍性的價值，再制定到條文之中。是以「規範」對於「適用規範之人」便不僅是具直接統制性的受動、接收與服從之關係，某種程度上仍是「具有自由意思的能動性之共生關係」⁴⁶。如果能夠肯認此種「法律規範」並非單純地內心理性之法則，亦非單向性的主權者命令，而是以「實定法」形式呈現承載共同生活價值的「法律規範」，此些「共同生活價值」以必須要透過「實定法」來加以考察始能得知，以此概念再返回「規範論」與「法益論」對立爭議，針對 Liszt 與其後進以「利益」作為「法益內涵」，並且將「法益」（攻擊客體）視為抽象價值的看法，則再度證立只是一種「人為想像的創設」，真正的內涵仍然必須從條文中的要件加以探求。

但本文這樣的看法並非認為上開「法益論」或者是「規範論」之論者當然地孰優孰劣，而是認為在「法益」與「規範」並非互相排斥之概念，在現代化社會當中諸多法律規範，均難認其所保障之法益為何，反而以符合規範論的形象出現者甚多。爰此，法律規範中的「法益」只是事後創設出來的價值，其內涵之開展雖多為附著在行為客體之上，但條文制定的歷史脈絡、政策考量以及構成要件行為的態樣均為詮釋「何以不得作此一行為」或者「此一行為會造成何種實害結果

⁴⁵ 宗岡嗣郎，「犯罪論と法哲学」，頁 167-169，成文堂，2007 年 6 月 10 日初版一刷。

⁴⁶ 宗岡嗣郎，前註(45)書，頁 173-175。

或危險」均為不可或缺的參考因素。因此，本文也認為無須針對在「表面文義」上爭執何者較好，從實際內涵層面來看，「法益」與「規範」其實已逐漸地趨向同一⁴⁷。

本文雖然認為「規範論」與「法益論」的同一性，並且將「攻擊客體」與「行為客體」後的「攻擊客體(法益)」是一種「人為想像的創設」，但並不否認此種被創設出來的概念本身被賦予的機能性，亦即「法益保護機能」，亦即從結果反價值的思考觀點，以「法益」作為媒介，仍然必須要具備「法益侵害」或「法益危殆化(危險)」的情形，才會啟動立法者規定在實定法上的刑法規範。此種檢視「規範論」等同「法益論」的結果，則更有助於探尋此種原本被賦予「法益保護機能」限制刑法規範發動的機制，何以失去原來限制的功效，並且逐漸轉變為「促進犯罪化機能」之態勢的原因。

第二項 「風險社會」-法益內涵轉向之契機

然而，「規範」等同「法益」的相類似之處在於「涵括社會多數主觀之利益、價值」，是以觀察與之相映的社會結構，或許也可以看出一些「促進犯罪化」之端倪，亦即從外國立法例幾個事件之發展中應可看出一些訊息，例如：從日本江戶時代所頒布「生類憐憫之命令」、1920 生效的美國禁酒令此些被認為「無法益

⁴⁷ 按學者許玉秀亦認為「...『法益論』所以成為整個 20 世紀的刑法思想主流，正因為自然法運動所帶來的實質化思潮的緣故，『存在論』的興起也是基於相同的理由，認為在一個有實定法的社會秩序中，可以找到一個檢驗實質合法性的自然法秩序，那是先於法律的社會現實中已隱含的秩序...『法益論』其實也是『規範論』...法益本身也是一定規範目的下的產物，社會的同一性可以隨不同時空而變異...」。請參照許玉秀，「當代刑法思潮-刑事法學諸子論叢(1)」，頁 26-27，中國民主法制，2005 年 11 月初版 1 刷。

侵害但由國家加以犯罪化」過度侵害私領域的規範，過渡到 1970 年代初期德國針對「近親相姦」、「人獸交」除罪化，認為「無法益侵害之行為就除罪化」的時期，而一直到 1970 年代中期有整個大幅地翻轉，變成只要是對於「社會有害」之行為則進一步加以入罪化，開始大幅度地擴張經濟刑法、環境刑法以及多數支持動物虐待行為犯罪化的看法蔚為時代潮流⁴⁸，此種「刑罰積極主義」的立法與司法趨勢，一般來說被認為與「社會系統」中的社會結構、社會意識之變遷所帶給「法律系統」的刺激有所關聯。

惟在社會結構、社會意識出現何種變遷所造成上述「促進犯罪化」的趨勢，一般透過觀察可以發現在現代社會當中 關於刑事政策之形成結構產生了巨大的變化，國家機關對於刑事政策的決定逐漸不再依照專家所提供的知識，而以一般市民和一般人的意見動向(民眾主義)作為主要決定做成之依據⁴⁹，而專家知識在社會結構中影響力趨於沒落的轉變，有可能被歸結到刑事政策之制定開始泛政治化，專家結構無法抵擋民意的影響力，因而失去了一定的地位，以及社會結構中的中產階級逐漸地不再支持「刑罰-福利主義」。從 1970 年代起市場、個人責任與自助替代了福利國家的集體主義，並且社會結構強調會計或管理技術之需求，但明顯地從 1970 年代中期開始立法者已逐漸取回原先交由專家處罰之權力，取而代之的是「刑事政策政治化」⁵⁰，此種與一般強調「自然科學經驗法則」要求

⁴⁸ <http://Orz.com/uGPH7R> (最後瀏覽時間 2011 年 1 月 17 日)。<http://Orz.com/TbvMvV> (最後瀏覽時間 2011 年 1 月 17 日)。請參照松宮孝明，「法益論の意義と限界を論ずる意味」，頁 6-7，刑法雜誌第 47 卷第 1 号，2007 年。二戰後的日本亦處於刑法之機能化的萌芽期，針對刑法是否作為社會統制的手段進行討論。請參照金 尚均，「現代社会における刑法の機能」，頁 168，刑法雜誌第 40 卷第 2 号。

⁴⁹ 井田 良，「社会の変化と刑法」，收錄於「鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(上卷)」，頁 10-11，成文堂，2007 年。

⁵⁰ David Garland 著，周盈成譯，「控制的文化-當代社會的犯罪與社會秩序」，頁 202-205，巨流圖書出版，2006 年 5 月初版。

背道而馳的立法、司法態勢展現了社會「共同主觀」對於刑法學專家之高度不信賴。之所以能夠逆於科學化之要求，乃在於社會結構的變遷讓一般市民無法透過自身的經驗去掌控一切日常生活的不確定性，亦即高度先進的工業國家，於依照科學技術發達而發展的文明生活之近代化的過程，生產力指數增加的同時，其結果規模不明，使得可能威脅人類之未知危險的潛在可能性加以顯在化，例如：利用龐大科技分工的社會屬於機能化、複雜化之社會存在環境汙染、藥物犯罪、經濟犯罪、恐怖活動、醫療事故、電腦犯罪等問題，而作為社會問題之關鍵則在於「不安」的增大與「安全性的確保」⁵¹，進而造成立法與司法必須採取嚴峻的刑罰去維持整體秩序的結構。爰此，社會結構變遷成一個怎樣的形態則是應該要進一步確認。

第一款、「風險」與「危險」融合後的社會結構

按自從 Beck 提出現今蔚為潮流之「風險社會」理論後，「風險社會」之概念運用便深植地影響著社會當中之各該領域，然而，若考察「風險」和「危險」之概念發展，「風險」(risk)與「危險」(danger)的概念在前期社會中其實並不相同。「風險」最早的使用方式在西元 16、17 世紀中，西方探險家所開啟的大航海時代創造的詞彙，其意涵在於「於地圖上未標明的水域航行」，而後商業與貿易當中也逐漸使用「風險」的概念用以指涉「不確定的情勢」，從此一角度觀察，與「風險」有關的概念在於「機會」(chance)、「或然率」(probability)、「未來可能之結果」(eventuality)等概念，因此「風險」是在強調造成某種結果的

⁵¹ 金 尚均，前註(48)文，頁 165-166。

可能性⁵²；而「危險」則是通常與疾病、戰爭、作物歉收相關，而在 19 世紀「危險」的概念則被聚焦在「危險階級」，例如犯罪學中將犯罪的原因歸咎於行為人生理上之性質，認為此些類型的人類具有潛在的危險性等。

從而，「風險」與「危險」的區別在於「風險」本身並非外在之現實，而是「依據客觀現象的形式與本質，環繞於實體現象周圍之意義、邏輯與信仰的集合概念」⁵³；而「危險」則是實存於現實中的現象，然而此種實存於現實中的現象亦非理所當然地一開始出現就被界定成「危險」，定然是人們在有經驗之後才將該種現象定位為「危險」或者是「非危險」，倘若進一步觀察社會結構之變化，兩個原本不同的概念趨於融合，甚至逐漸地以「風險」替代「危險」的意涵，蓋社會結構從中古時代莊園制度，歷經工業革命的產業社會而至現代科技發展高度複雜化的社會，社會結構所呈現的態樣則是因為「科學技術」急速發展所帶來交通制度、經濟制度、物品流通等高度發展之生活範圍擴大、生活水準提升，但也因為對於此種「科學技術」急速發展所帶來社會高度化、複雜化的趨勢，生活於社會結構中的人們必須時時刻刻面對接踵而來的新事物，無法如同前期社會的生活模式每件事物可以藉由足夠的時間去經驗而評價存在空間中的客觀現象屬於危險或者非危險，職此，顯而易見地則是在可以預期人們在心態上會慢慢地修正為「凡事應該提前準備」。

⁵² David Denney 著，國立編譯館主譯、呂奕欣、鄭佩嵐譯，「面對風險社會」，頁 9-12，韋伯文化國際出版，2009 年 2 月初版一刷。

⁵³ Deborah Lupton *Risk*. London : Routledge. 30.(1999a).

而以現在社會對於「危險」概念的角度去理解「風險」，外國學說在論證上的用語亦不再區分「風險」與「危險」⁵⁴，從時空的發展依照社會結構與「風險」、「危險」間之關係對「風險(危險)之型態」加以分類的話，則可分為「傳統類型的風險」、「產業福利國家之風險」與「新型態之風險」。所謂「傳統類型的風險」係指初期資本主義社會中企業家、醫師、航海家(船員與船長)等此些因為特殊職業關係所存在的風險，此種關於個人自發的風險，即使在現代亦可能於特有的社會化過程中歸責於特定的集團；而「產業福利國家之風險」則是必須存有「計算的可能性」，並且以「比較可能」為前提，此類型的風險雖然對個人或特定人之集團的傳統類型之風險並無不同，但是此類型的風險創出不僅是個人要加以承擔，亦會趨於社會化，亦即社會結構下的保險制度應運而生，被保險人之共同體以金錢作為手段合併分配風險，此一手段亦是計算個人、產業與國家應該如何承擔風險的因素，是故，「產業福利國家之風險」並非歸屬於一定身分之人，而是作為「經濟利益團體間紛爭交涉之對象」，呈現「風險之平均化」；但最後之「新型態之風險」則與前兩種類型不同，而與「一般日常生活之風險」之混和型態加以呈現，雖然係基於「發生的蓋然率」，經濟的負擔與利益上具有計算的可能，但針對其類型的態樣、範圍、損害與原因則遠高於「產業福利國家之風險」，蓋此類型之「風險」涵蓋人類對於環境的破壞(例如：土壤的流失、大氣與水質之汙染、臭氧層之破壞等)，並且並非單純地因為個人自由意志所造成，因果關係的認定亦有困難，從而無法透過保險制度由個人來以損害補償之方式處理，其本質上屬於許多個人的非具意圖之行為所產生之集合效果，而在社會系統中由於新類型的

⁵⁴ 此處係指「風險」與「危險」的概念於現代使用之意涵上已經開始混用，同樣係 Ulrich Beck 的「RISIKOGESELLSCHAFT」一書，台灣則譯為「風險社會」、日本則譯為「危險社會」；於刑法理論的相關概念，國內多稱為「容許風險」、日本則是稱為「被容許之危險」。本文以為雖然日本之用語較為貼近「風險」與「危險」融合之後的概念，但是「風險」仍具有強調一定的機率、發生可能性的概念，從而本文於行文過程當中還是將其加以區隔。

風險類型眾多，從而「風險的惹起」與「危險的侵襲」則處於交錯互相作用的狀態。⁵⁵「風險」種類的轉型與多樣化所造成社會系統生活之人們心態上的轉變，將其投射在刑法規範的領域中時，則會發現刑罰規定之目的與刑法規範的機能則再難截然二分。一般而言，刑罰之目的在於「應報刑」與「目的刑」理論之間的拉鋸，而刑法之任務、機能則係本於刑法規範的補充性、謙抑性、斷片性而展開法益保護機能與人權維護機能的論述⁵⁶，惟一旦兩者逐漸結合，刑法規範本身的任務性質將逐漸淡化，蓋從「刑罰消極主義」的立場，自然地會認為國家權力不要過度介入市民之私領域，避免市民個人之基本權利受到侵害，但是這樣的說法一來相對地變成市民之安全必須要自己承擔，上層階級有足夠財力的市民能夠借由聘請保全、警衛來確保安全，下層階級的市民在無法負擔保全、警衛的費用的情況下，則有高度可能要自行承擔遭受犯罪之風險，這樣一來市民之安全則會因為各自的經濟實力、社會的階級而處於不平等的狀態；二來是在強調「刑法的補充性」之原則下，在其他法領域(例如：民事法、行政法)無法十分處理的情況下，

⁵⁵ 金 尚均，「危險社会と刑法-現代社会における刑法の機能と限界」，頁 6-8，成文堂，2001 年 1 月 10 日初版一刷。此部分所提到之「新型態的風險」其實與 Beck 所提到之風險社會中的「風險」相同，蓋 Beck 認為：「開啓社會富有之泉的關鍵在於科學技術之發展，然而科學技術之發展所伴隨的問題在於也創造出危險，近代化的過程中人類之生產力指數大幅增加，原本對於人類之潛在性危險也逐漸顯在化；就社會之歷史脈絡來看危險的概念，大航海時代之風險其包含了勇氣和冒險的意思，屬於個人的風險；但是核分裂和核廢棄物、對於高度發展的工業所造成之有毒物質則會造成大規模的生命遭到抹滅。」請參照 Ulrich Beck 著，東廉、伊藤美登里譯，「危險社会-新しい近代の道」，頁 23-28，法政大學出版，2008 年 9 月 20 日初版第 8 刷。

⁵⁶ 佐伯仁志，「刑法の基礎理論」，法學教室第 283 期，頁 43-50，2004 年 4 月。日本學者閔哲夫的觀點似將刑法規範與刑罰規範的機能合一，亦即其認為「刑法的機能廣義上來說包含『犯罪報復機能』與『犯罪預防機能』；狹義的來說則係『法益保護、自由保護與行動規制』機能…」。

轉引自金尚均，前註(48)文，頁 166-167。然而，本文認為「刑法系統」與「刑罰系統」兩者之機能應該加以區分，此乃本於此二系統內的「綱要」與所使用之「二階符碼」並不相同。關於「刑法機能與刑罰機能的區辨」，請參照李茂生，「論刑法部份條文修正草案中保安處分相關規定」，頁 102 以下，月旦法學雜誌第 93 期，2003 年 2 月；「刑事政策與刑罰制度」，刑事法雜誌第 24 卷第 6 期，頁 27-29，1971 年。不過一旦刑法規範與刑罰機能結合後，則刑法規範則不僅是單純地事後應報回復違法秩序，而是作為社會統制之一部，用以解決社會問題之手段，在立法上則會傾向以「普遍性法益」為保護對象，並且多設定「抽象危險犯」之規範模式。

刑法才應該加以介入，對於極欲得到保護的市民而言，將市民的安全之保護交由其他法領域處理是一種協力保障之拒絕，也因此在一般市民的心態也會趨向認為：「所謂刑法學的專家根本只是在推卸責任，刑法規範不能作為維護市民安全之處分箋的話，則根本未盡到其應該盡到的責任」⁵⁷。職此，刑法任務與刑罰之目的結合後，刑法規範將被導向作為處理社會問題的道具，此點國外學說亦針對「機能主義的刑法學」開始轉變論述，亦即此時刑法不再只是停留在做為應報之事後處理系統的位置，而為了社會問題的解決進行調整，從原先偏向自由主義用以限定刑罰之態樣，轉變成為了社會系統之圓滑運作而應該具備一定之任務，並且為了達到統制社會之目的，刑法規範所被賦予的任務亦隨之擴大⁵⁸，而「刑法規範任務之擴大化」所體現於社會系統結構中的最明顯的即是現代社會「促進犯罪化」的立法現象。

第二款、德摩克里斯之劍的「不安感」

現代化所伴隨的「危險」與以往的危險有顯著地不同，現代化的「危險」猶如希臘神話中所稱之「德摩克里斯之劍（*The Sword of Damocles.*）」，所指的是「心中時時刻刻擔心危險發生，因而存在的『危機感』」，而過往的危險可以透過

⁵⁷ 井田 良，前註(49)文，頁 13-15。

⁵⁸ 西元 1970 年代左右，日本學者平野龍一則主張：刑法之目的在於為求市民生活之保護；由於社會型態逐漸都市化，市民生活水準提升，但對於區域社會之統制力出現弱化的現象，市民對於生活安定之需求所造成被害感受性逐漸增強，在調和刑法謙抑性的情況下，為了保護市民社會的安全，應該積極地域運用刑法；相同地在該時期社會上之公害問題，日本學者藤木英雄則認為：刑法將對於環境之公害規範為犯罪行為，能夠使的受規範者了解到公害污染對於生命、健康所造成之威脅屬於一種犯罪，刑法規範的機能也存在「規範意識的形成與創造」，此一概念對於「過失犯」而言，則展現在於「新、新過失犯」的概念。請參照金 尙均，前註(48)文，頁 168-169。

感官來加以感受知覺，例如：19世紀乘船於泰晤士河，不小心跌落泰晤士河中並非溺死，而是因為倫敦地下水道的臭氣和有害蒸氣導致其窒息而死；而現今文明生活的「危險」則對於一般的市民多半是難以察覺，例如：有害食品、臭氧層之破壞等⁵⁹。從而市民生活環境面對現代化所帶來的兩面刃效果，對於無法知覺、未知的風險則勢必擴張對於之危機意識，而對於「安全性」的需求感將大幅提高。所謂「對於安全性需求的危機意識」細部地加以區分的話，「安全性」係針對「外部風險是否實現」之問題、而「不安」係指「市民內在的安全感」⁶⁰，多元化、高度化的現代社會，在發展、競爭的過程中亦可能利用不當之方式擴張此種不安感，造成市民不安感的蔓延，同時國家機關則因為政治上為規制反體制之活動而主動地或為了民意支持、福利國家形象被動地將國家權力加以介入這些造成市民不安的社會問題，並且就一般市民而言，多半會認為「事前預防」的有效性會遠高於事後處罰，刑法規範的機能性便於此開始轉變。

以「近代社會系統分化」所伴隨之「社會複雜性與不確實性」為背景建構刑法規範的 Jakobs 認為生存於系統中的「個人」並非孤立地活存，必須與系統中的其他個人、甚至是社會或國家進行溝通，從而為了系統內部之安定，不僅是對於自己本身行為的期待，自己與他人之間應該存在相互期待的「雙重預期性」⁶¹。從而為了減縮社會複雜性、提升社會安定性需求的任務，被賦予在刑法規範之中，刑法規範之機能被認為以「社會安全性之保護與以安定化做為目標」，則整

⁵⁹ 乘船掉落於泰晤士河中因為臭氣、有害蒸氣所造成之窒息死的「風險」係因為當時衛生技術不足所致，但現今的「風險」則是因為過度的產業生產所致。請參照 Ulrich Beck 著，東廉、伊藤美登里譯，前註(55)書，頁 27

⁶⁰ 金 尚均，前註(55)書，頁 10。

⁶¹ 金 尚均，前註(55)書，頁 37。

體機能的特徵將不著重於「責任的非難」，換句話說「責任非難的稀薄化」的另外一面則在於強調「預防」之特徵，例如：對於「環境破壞」原本被認為係在道德上予以非難之行為，由於此種目的之導向，加上既存的法律無法充分處理的情況下，立法者鑒於刑罰嚴峻的威嚇性質，勢必將創設新的犯罪構成要件⁶²。此種情形可能是因為市民基於「內心不安感」之需求，或者係降低社會系統中潛在危險的發生機率、避免危險發生的社會安定性，但無論如何在這些為了追求國家本身之安全、社會系統內秩序的平穩、市民心理層面的安全感，則是刑法規範機能化擴大其肩負任務的主要原因，立法者利用刑法規範背後的嚴峻刑罰效果作為暫時治療、慰藉市民不安感的手段，但這樣飲鴆止渴的副作用將是突破刑法規範的固有界線所展現的「刑法規範肥大化」以及「法益保護之早期化」⁶³。

第三項 強化規範意識覺醒之主要、側防規範

第一款 無可避免的「法益早期化」、「處罰前置化」

「法益保護之早期化」的問題並非僅存在於現代社會，然而與前期社會的「法益保護之早期化」現象不同的是前期社會中之此一現象體現於構成要件之中，主要係於構成要件中制定「違反國家意思的行為人意圖」，多半在於「目的犯」的構造去處罰行為人的「預備行為」；惟現代社會中的「法益保護之早期化」則主

⁶² 金 尚均，前註(55)書，頁 13。

⁶³ 關於社會系統內之諸多利益，都將仰賴設立新的刑法規範，特別是財產刑法、經濟刑法、國家保護刑法、交通刑法與環境刑法等層面，可罰性都將隨之提前。請參照 Naucke, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, KritV, Heft 2, 1993, S.145. 轉引自金 尚均，前註(55)書，頁 17。

要以「將來的危險性」為考量(例如：環境刑法與經濟刑法皆是如此)，其特徵在於責任論階層不再重視行為人的「非難可能性」，取而代之的是「預防指向」，直接對於行為人加以歸責⁶⁴。而此種「預防指向」的「法益保護之早期化」中的法益類型則係以增大保護範圍之「普遍性法益」為主，所謂「普遍性法益」則係以「系統保護」與「對於系統之信賴保護」為基調，從而相較於個別個人的人身或財產之保護，更著重於像是避免「國民健康」之危險與避免「資本市場被擾亂」，從而在個人法益被侵害之前提前加以介入，對於「社會系統之利益」加以維護，亦即自由主義國家的古典模式，法益內涵的基礎係從市民社會中加以創設，然而與其相反的在以「預防」為目的的國家，其保護法益則擴及對於設置於國家與公制度的社會設備、組織複合體其機能⁶⁵。

此種「法益早期化」、「處罰前置化」的規範擴張根本上係為了防範未然所採取事前規制的預防手段，但誠如前述，此種「預防勝於處罰」的論述用於彰顯國家機關所關注「安全性」與市民的「內心不安感」極具成效，尤其係在解消「市民內在不安全感」部分扮演著很重要的角色，此部分不僅是藉由刑法規範背後的刑罰去告誡潛在的犯罪被害人藉以達到威嚇效果的「消極一般預防」，亦即規範的重心不再於停留在個人身上，從「個人」轉向到以「社會一般市民」為其導向，論述重心在於社會系統中各該領域的存續與秩序的維持，外國立法例⁶⁶對於為了「法秩序的持續與貫徹之信賴維持與強化」，以處罰行為人之不法來貫徹之作法則認為係一種「積極一般預防」的預防手段，職此，此階段賦予刑法規範機能的

⁶⁴ 金 尚均，前註(55)書，頁 18。

⁶⁵ 金 尚均，前註(55)書，頁 17。

⁶⁶ Vgl. BGHSt.24,40[46].,BGHSt.24,64[66]。轉引自金 尚均，前註(55)書，頁 25。

預防策略除了消極一般預防和對於行為人個人的特別預防外，尚具有「積極性」的一面，也正因「積極的一般預防理論」使得刑法規範背後刑罰的規制的本質產生微妙的變化⁶⁷。

第二款 「規範信賴與意識覺醒」的主要、側防規範

以「社會整體系統」為導向的「積極的一般預防理論」，在刑罰的賦予本質上重點在於「規範妥當性之確認」、亦即作為社會系統中的一般市民的「規範意識之強化、覺醒」所進行的「規範信賴的訓練」⁶⁸。此「積極一般預防理論」乃係將刑法規範運用在對於社會統制的領域，希冀透過刑法規範解決社會問題的策略，基本上係以「共同體的規範意識」為核心對象，透過對於「違反規範行為之否定」而使得社會系統內的一般市民對於規範本身得以確認，進而以科處刑罰對社會一般市民進行信賴規範的訓練，藉以達到原先所預期的安定性，以穩固、維持社會系統。相對於過去刑法規範對於社會系統內共同主觀之遵法意識著重於事後處理機制，刑罰的賦予在於回復社會系統內動盪不安的法秩序，以「積極的一般預防理論」所展開的「規範妥當性之確認」，則不僅只是表面上對於何種行為係合法或違法進行確認以及市民規範意識的覺醒與強化，更進一步在針對「系統保護與對於系統之信賴之維持」時，為了防範巨大的危險擾亂系統的安定性於未

⁶⁷ 本文於此認為「積極一般預防」理論的導入，在刑法「法益內涵」之部分，雖然本文在前述以論證「規範與法益的同一性」，但於此可凸顯「此處的規範」已經與 Binding 所談論的「存在上、下秩序的規範」有別，「此處的規範」則係著重「市民規範意識的自我覺醒」，亦可呼應前述規範係「具有自由意思的能動性之共生關係」。

⁶⁸ 金 尚均，前註(55)書，頁 20-21。

然，新的規範意識有必要加以創設，尤其是以對於「普遍性法益」的「抽象危險犯」的構成要件模式設定新的刑法規範⁶⁹。

Jakobs 以行為人態度角度觀察，認為所謂「規範妥當受到侵害」係存在於行為人欠缺適當思慮情形，此種「規範違反之行為」不論是實行著手之確定或預備行為，首要觀察的前提則係以「行為人表現於外的行為」，但 Jakobs 本身亦是借用「系統論」的理論加以展開，從而社會系統內存在「事實的規範妥當」之確認需求，而「規範的妥當性」之條件係屬必要的前提在於「規範對於潛在被害人事前安全之認識可能為必要。」，所謂「規範妥當性」並非僅是規範與潛在的行為人，亦即並非僅是規範與規範的接受者之間的關係，尚且存在其與潛在被害人之間的關係，行為人和被害人相同，在「規範妥當性」之下其行為固有的組織領域均受到規範保障，從而當「規範妥當性」受到侵害時，第一次被侵害時點則在於行為人以不適當的行為干涉系統內的規範⁷⁰，惟依照 Jakobs 的看法，規範不僅是單向性地存在於「規範」和「潛在行為人」之間，「規範」與「潛在被害人」之間重要的關係則在於「規範信賴」的層面，刑罰是對於共同體構成員法之信賴的恢復與法之承認機能的訓練，從而「規範妥當性」受到侵害則亦不僅是對於系

⁶⁹ 金 尚均，前註(55)文，頁 172。日本學者伊東研祐亦認為不僅是「以刑罰作為對於規範得確認」，更是以刑法形成人倫規範的要求，換句話說係一種「規範創造機能」。伊東研祐，「『環境保護』の手段として刑法の機能」，頁 282，收錄於「團藤重光先生古稀祝賀論文集」(第三卷)，1984 年。轉引自金 尚均，前註(48)文，頁 171、179。惟考量保衛社會之必要性的「普遍性法益」概念並未有任何之限定，自然可能會過度侵害市民原有的自由與權利，並且擴大刑法管轄的範圍，謀種程度上刑法規範的違法性可能會被理解為係對於社會倫理規範的違反，如此一來；然而，微妙之處便在於「市民本身的不安感」會讓其自願地釋出原本屬於其領域的自由與權利。

⁷⁰ Jakobs 認為例如：在巴黎大主教或國民中的任何一人面前表明犯罪意思之行為人，雖然僅僅表明犯罪意思確實不是可罰的預備行為，但是對於此種展露於外的攻擊規範妥當性基礎的態度，不去加以排除的話，則規範妥當性的認知基礎就會幻滅。請參照金 尚均，前註(55)書，頁 38-40。

統內的「規範」以違反規範之方式加以毀壞，而勢必同時發生對於「規範信賴」層面的毀壞。

此種對於潛在被害人之「規範信賴」加以威嚇之行為，基本上即是行為人逸脫自己原先受保障的固有組織領域之不法行為，行為人關於犯罪並非是侵害受害者與法益間所形成的關係，而是對於受害者與主要規範的關係加以干涉、破壞。也因此，Jakobs 認為除了向來以保障法益為主的「主要規範」外，在其前端外圍部分尚有所謂「側防規範」，而「側防規範」的形成乃因刑罰之目的在於「規範妥當」之追求，並且加以確認，相較於「法益」或「Gut」，制度本身對於規範性的需求則應該於「前階段」加以保護所產生，例如為了生命與健康之保護，將其可能涉及生命、健康之前階段「道路交通安全」或者是「食品衛生保護」之維護亦加以規範的產物，從而即使行為人之行為於客觀上沒有產生外部侵害、對於「主要規範」亦無所破壞，對於「側防規範」的侵害可能已經存在⁷¹。並且此種「側防規範」與「法益前傾化」之現象相同，但對於市民之私領域，刑法規範原則上並不能恣意地介入，從而如何證立此種並非法益侵害亦非危殆化的前置保護傾向具有正當性，亦即對於「法益的預備侵害是否要加以犯罪化？」，即對於「前傾化的規範」或者是「側防之法益」的侵害是否必須要加以犯罪化？Jakobs 則是從「法益的分解」加以闡述，亦即「侵害階段部分的不法行為，基本上各該階段分解後的每個部分都是不法，所以無須待所有的不法都累積完全後再加以處罰。」單純部分的不法行為並不會違犯主要規範，亦不會成立侵害犯，而是違反「以保護主要規範的妥當條件為任務」的「側防規範」，換句話說 Jakobs 認為關於前置的法益，亦即對於「側防規範所保障之法益」的侵害加以處罰是有可能的，對於部分不法的行為態樣(違反側防規範之行為)加以處罰的目的在於確保「主要規

⁷¹ 金 尚均，前註(55)書，頁 41-43。

範」之存立，必且此些「側防規範」的處罰必須符合社會一般市民之要請，才能發揮規範安定化之效果⁷²。

依照 Jakobs 所提出「側防規範」的概念，如果用行軍列陣的攻城與防禦工事加以比喻，「主要規範」的概念便如同利用城牆圍繞所維護的領地，而「側防規範」則是在城牆外的遠處所建蓋的邊防要塞，行為人對於邊防要塞開始進犯時，城牆內的領地安全則已然受到動盪、影響，也因此不待行為人侵入城池內，在前哨之部分便開始進行領土保衛戰。然而，在主要規範的外圍所架設側防規範，前提是「將原先被認定之不法行為」加以分解後，認定「各該部分行為亦屬於不法行為」來正當化側防規範的形成，姑且不論被拆解後的部分是否仍然有被認定作為刑事不法行為的能量，所拆解後零星部分的行為原先多半係屬於行政不法的領域範疇，Jakobs 的論述不僅違反其原先所欲限定刑罰發動之預期⁷³，亦必然造成「違法多元論」的崩解，刑事不法與行政不法的界線亦勢必趨向模糊，具有轉變為「違法一元論」，而現代的犯罪類型，亦多存在此種難以區分的模糊特質。

⁷² 金 尚均，前註(55)書，頁 39-43。

⁷³ Jakobs 先以當時德國刑法第 129 條與第 129 條之 1 側重於行為人主觀的側面，主張此種規範將變為處罰思想，是一種對於犯罪氛圍的蔓延加以處罰，亦即此類犯罪屬於「保護氛圍之犯罪」，但 Jakobs 先前對於「氣氛/氛圍保護性質」的構成要件並沒有要求廢除，而是以「法的平穩性」加以取代；再者，解釋論的角度而言，Jakobs 站在潛在被害人的角度所提出來的論述，是否能夠限縮構成要件也是有所疑問；最後此種「側防規範」將會造成刑法謙抑性原則之輕視，擴大國家干涉的領域。請參照新谷一幸，「法益保護の早期化傾向について—ヤコブスの所説に關して」，頁 73 以下，修道法學 11 卷 1 号，1989 年。

第二節 以「規範論」為藍圖所開展之現代犯罪

第一項 非烏托邦式的防禦藍圖—以「經濟刑法」為主軸

依照 Jakobs 認為「側防規範」的主要任務在於確保主要規範，從解釋論的角度觀之，側防規範係以保護主要規範加以保護，側防規範的不法則係主要規範的部分不法，針對主要規範的保護客體以側防規範加以保護之其功能在於促進或助成主要規範的法益，以側防規範加以達到「雙重保護」之效果，亦即以保護主要規範之主要法益為意圖，對於侵害以前置的危險階段以及預備階段之行為加以處罰⁷⁴。職此，結合前述的原因加以觀察，在追求、滿足人民渴望安全感的欲求同時，背後一般市民社會則是以「非烏托邦式的不安定感」作為驅動力直接或間接地影響國家立法機關制定作為防禦用途的刑法規範，縱然立基於社會系統複雜化、脆弱化的基石上，用以解消社會一般市民「內心不安感」所進行架設防禦規範的藍圖在現代社會中卻是如火如荼地展開。針對個人生命與健康方面是展現在「道路交通安全」的交通犯罪和「國民健康維護」的「環境犯罪」；而對於採取「資本主義」作為經濟體制的現代型國家，「人民對經濟秩序穩定與信賴」對其而言亦是不可忽視的環節，則是展現在「經濟犯罪」的規範。

「經濟犯罪」或者是「經濟刑法」的概念，並非屬於新的現象，從歷史的脈絡來看法秩序對於經濟之事項亦多有以刑罰加以威嚇的規範事例，例如：羅馬法

⁷⁴ Herzog 與 Jakobs 在看法上仍有不同，Herzog 從國家刑罰權的界限去思考國家刑罰權的界限，其雖有提及「作為刑法有效性之事實的規範性，並非由國家加以決定，而是必須要確立活動於規範上的意思係屬於正當」，但其論述係以限縮國家刑罰權加以討論，但 Jakobs 則是一邊論述刑法的機軸、一邊藉由規範妥當、規範意識之覺醒與強化社會的安定化加以構思限定，並且 Jakobs 主張關於危險的判斷並非以行為人自身的主觀作為判斷基準。請參照金 尚均，前註(55)書，頁 44。

時代為了確保穀物之供給，對於以投機性質的買賣占有亦有刑罰之處罰，或者像是對鐵或武器等特定之商品的輸出行為科處死刑，以及偽造食品、嗜好品之行為亦屬於為刑法規範之構成要件。而開啟「法益早期化、前置化」傾向的德國，雖然目前經濟法所處理之經濟犯罪與行政法以分離處理，並且在裁判上的管轄權則是透過該國法院組織法第 74 條 C 對經濟犯罪案件特別經濟法庭處理，但依照其通說認為「經濟刑法」亦是發軔於為了規制、監督國家經濟而透過刑罰的威嚇效果來加以保障，從而與其他歐陸國家相同，在第一次世界大戰的時期，對於經濟管制事項廣泛地規制於經濟行政法上始於 1914 年的授權法後一連串的經濟統制法，為了遂行戰爭所為「生產、物資的流通、價格與輸出入等經濟活動的統制」。

而於 1933 年納粹的經濟政策中擴大經濟刑法之機能，造成刑罰權濫行介入經濟行政領域，由於威瑪時代對於經濟犯罪之關注在於「全體經濟、機能性重要經濟部門」、「全體經濟制度」的超個人法益，將其與傳統財產犯截然二分，而此一概念亦影響二戰後德國對於經濟刑法之研究；直至 1945 年二戰後，才逐漸除去肥大化經濟行政領域的刑罰權力，而 1950 年代德國於經濟領域為了該國經濟狀態之正常化，依照「社會的市場經濟」取代強制經濟或計畫經濟，但早先經濟刑法之概念延續二戰後第一次經濟犯罪對策之概念，對於依據國家計畫的措置有所違反而加以處罰，1970 年代提出第一次經濟犯罪對策法、1980 年代則提出第二次經濟犯罪對策法，而將經濟犯罪導入刑法典；而今經濟刑法的範圍外延至銀行制度、儲蓄制度、證券交易制度等先關的法令，並且以具有超個人法益之普遍性法益的性質為規範，例如：為了確保資本市場之圓滑運作之機能，關於資本公司經營狀態的正確情報亦被作為前階段獨立保護之利益，以及自從 1930 年來德國發生銀行危機以來，對於「信用制度」國家機關創設集中的監督機制，對於企

業活動所要求的信用買賣而言，監督制度之必要性急遽性地上升⁷⁵，從而「信用經濟」則被承認做為需要保障的超個人法益。

而就鄰國日本以言，經濟刑法之領域從二戰期間至二戰後就已存在，1937年由於中日戰爭爆發時制定臨時措置法與國家總動員法以降一連串經濟統治法，與德國相同對於違反經濟統制之行為以刑罰加以處罰，然而日本學說則有認為「經濟犯罪」本質上係存在於經濟社會結構中矛盾的產物，過去曾經統制經濟的時代，在軍事需求至上的命令下，施行了多數以維持國家的權威秩序為目的的經濟行政立法。為了實行戰爭，市民的經濟生活受到強烈的壓抑，典型的立法像是於昭和 13 年成立的國家總動員法，在授權法中政府具有所謂以統制為目的之必要命令係抽象、一般的權限，此將具權威性的國家秩序作為前提進而遮蔽了市民社會的秩序，此將原本應該自由的經濟秩序，從市民經濟秩序的國民手中吸收進國家之中，只要違反國家命令則會發動刑罰。為了要維持具權威性的國家秩序，將違反經濟行政命令之行為稱之為「經濟犯罪」，在「具權威性的國家秩序」等同「統制經濟體制」等同「軍需生產體制」的類型，作為擔保軍事權威國家的經濟秩序之經濟刑法便已存在，而日本敗戰之後的經濟政策大幅度地轉變，則採取將以軍事需求為優先轉換為以市民需求為優先的經濟政策，依照美軍佔領下的經濟管理政策，於昭和 22 年制定獨占禁止法，指向以自由、公正競爭基調的經濟政策。此時由於經濟物資不足，面對極為嚴重的通貨膨脹下混亂的經濟秩序，與戰前統制經濟不同形式之個別經濟統制的規定，昭和 40~50 年代日本高度經濟成長政策的矛盾逐漸表面化，以石油卡特爾事件為契機，從市民生活保護之觀點

⁷⁵ Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，「ドイツおよび EC における經濟犯罪と經濟刑法」，頁 2-14，成文堂，1990 年 11 月 1 日初版第 1 刷；神山敏雄，「經濟刑法の概念」，收錄於「新經濟刑法入門」，頁 3-4，成文堂，2008 年 12 月 20 日初版第 1 刷。

而開始主張「維護自由競爭經濟秩序」，而為了追求自由競爭經濟秩序進而強調具有抑制效果之刑罰介入，國家機關也被認為係為了維護此一經濟秩序而存在⁷⁶。

姑且先從經濟體制的角度來思考國家機關何以會形成對於經濟秩序干預的措施。蓋存在經濟體制光譜之兩端點者為對於經濟秩序「完全不干預」與「完全干預」的情形，「完全不干預」的情況，如何進行生產、消費與交換均交由市民個人決定，但完全自己意思決定的反面便是國家機關不提供防衛、維持社會秩序的義務，從而國家機關亦不擔保貨幣制度與信用制度；相反地，「完全干預」的情況則是任何消費、生產活動均無視於個人自由意思。只不過現實世界的國家經濟體制不可能存在此二種極端的類型，從而國家干預必然有之，僅在於干預少或干預多，前者為「市場經濟的資本主義」，後者則屬於「計畫經濟的社會主義經濟」，對於有效地分配資源的經濟問題，前者交給市場機制、後者則是透過計畫經濟，「計畫經濟」的缺點在於囿於人治，如果負責分配的權利者不是聖德仁君，資源分配必然不均，但市場經濟亦非完美無瑕，要利用有限的資源去滿足系統內的一般市民，則是必須要考量「需要與供給」的適正分配，但因為市場本身並非完全競爭的市場、為了規模經濟必會出現獨占現象、情報不完全性與不確定性等原因，市場經濟模式無法達到最適狀態，因此縱然是市場經濟模式，國家亦會於「資源分配」、「所得分配」與「市場經濟秩序維持」等層面加以介入⁷⁷。而針對「市場經濟秩序維持」層面，由於近代的市民法著重於「契約自由」、「私有財產權之保護」以規範市民間相互的基礎法律關係，而不論是替換成企業活動或產業

⁷⁶ 西山富夫編，「現代の經濟犯罪と經濟刑法」，頁 147-148，啓文社，1994 年 5 月 18 日，第 1 版第 1 刷；芝原邦爾，「經濟刑法研究(上)」，頁 7，有斐閣，2005 年 10 月 20 日初版第一刷；神山敏雄，「經濟刑法の概念」，收錄於前註(75)書，頁 5。

⁷⁷ 西山富夫編，前註(76)書，頁 149-161。

與個人間的關係，仍是在「維護交易雙方的關係」，而國家機關對於市民社會「經濟秩序」的干預所設立的「經濟干預規範」所希冀維繫的法秩序，本質上應與民法所規制的秩序相同。

然而，由於高度複雜化的社會系統以「安定、穩固經濟秩序」的共同體利益作為指標，僅以行政規範無法達成安定人民對於平穩經濟秩序之需求，從而，作為國家刑罰權之刑法規範則以此一目的，不待財產發生實際受到損害，一旦出現違反經濟規制之行為便提前介入，或許在民商法規範與行政規範的「雙重」防護，甚至在其外圍輔以刑法規範的「三重」保護網的層層保障之下，市民「內在不安」的危懼感才能得到一絲消解。

第二項 經濟刑法之性質與射程範圍

「經濟刑法」所規範的「經濟犯罪」與「白領犯罪」或者是「金融犯罪」的概念時常受到混淆。「白領犯罪」界定之方式與「經濟犯罪」有別，其使用始於美國犯罪學家 Sutherland，將「白領犯罪」界定於「受人尊敬及社會高階層人士，在其職業活動過程中所從事的犯罪行為。」兩者概念上雖有重疊之處，但基本上仍為不同⁷⁸；而所謂「金融犯罪」(finance crime)係指發生於金融界以及金融機構的大規模違法活動，由於各國經濟發展之全球化趨勢，亦屬於一種白領犯罪類型的「金融犯罪」，可以視為公司犯罪與職業上犯罪之結合，蓋其多以利用金融機構來取得某人之財產⁷⁹，但由於係在經濟體系中扮演核心角色的金融機構

⁷⁸ 神山敏雄，「經濟刑法の概念」，收錄於前註(75)書，頁2。

⁷⁹ 孟維德，「白領犯罪」，頁261-262，五南圖書出版，2008年2月初版1刷。

從事違法行為，則會造成社會系統內之多數主觀對於該金融機構喪失信任，並且對於經濟秩序產生不安感，從而「經濟犯罪」與「金融犯罪」之間，「金融犯罪」應屬於「經濟犯罪」中一種以金融機構為媒介的特殊犯罪類型。

一般來說，「經濟犯罪行為」必須與「經濟秩序違反行為」加以區別，刑罰之限定對象必須是實質的經濟犯罪行為，廣義之經濟刑法範圍包含「以個人和企業之財產保護為目的」和「一定經濟秩序自體之保護」，亦即對於「與買賣有關之消費者、存款人、投資家等之財產的利益」以及所謂的「經濟秩序」係為了買賣公正之確保和社會之信用制度之維持，但在適用上縱然從經濟秩序此類型一般、抽象的法益內容觀察被認為係違法，若對於個人財產利益無侵害危險性之行為，亦應該認為沒有經濟刑法之適用，從而係以第二個保護法益作為構成要件的界限⁸⁰；但德國學說則多認為「經濟犯罪」無須待該違反規範的行為對於個人財產發生損害為基準，以抽象危險犯的規範類型，在立法者做成規範之際，已然預設「違反規範」便是屬於典型對於經濟秩序之危險行為，從而單純地違反規範便是犯罪⁸¹。

於此暫且不論經濟犯罪或經濟刑法在對於造成「經濟秩序之危險」的行為是否要搭配個人財產損害加以實質考量，對於「經濟犯罪」之意涵與特性，國內學說見解有認為：「經濟犯罪係指濫用經濟秩序賴以為存的誠實信用原則，違犯所有直接或間接規範經濟活動有關之法令，而產生足以危害正常之經濟活動與干擾

⁸⁰ 芝原邦爾，前註(76)書，頁9-12。惟日本學者芝原邦爾並非所有經濟犯罪的類型都可以套用此一原則，有些類型屬於保護「經濟秩序與個人財產利益」但無此限制適用(例如：違反訪問販賣法、證券買賣法、銀行浮貸金額等)、有些雖然法益具有重疊性，但是必須使用此一限制(例如：出資法之預金之罪)、除此之外亦有法益僅在於保障「經濟秩序而不包含個人財產利益之類型」(證券交易法中的損失填補之罪)。請參照，芝原邦爾，前註(76)書，頁12-32。

⁸¹ Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，前註(75)書，頁19。

經濟生活秩序，甚至破壞整個經濟結構的財產犯罪或圖利犯罪。」⁸²，亦有認為：「經濟犯罪係攻擊經濟秩序之犯罪行為」⁸³，並且判斷是否成立經濟犯罪的要件就行為手段上須符合「信任之濫用」，並且「違反經濟法規」而對於「整體經濟秩序此一超個人法益造成危險或侵害」⁸⁴；外國學說則認為德國學者 Klaus Tiedemann 將經濟犯罪的概念區分成兩個部分，第一個部分係以「法益為中心」的概念，包含：以「自由市場經濟秩序」為法益、以「對於經濟秩序之信賴」違法益和以「經濟秩序、私經濟生活與國家經濟利益」為法益等情形，第二個部分則是以「行為態樣為中心」的概念所構成之經濟犯罪類型，此亦可因為行為人「身分」之不同而包含以「全體關係者」，如：對於全體納稅人、債權人與公司的損害，以及作為「商人、生產業、工商業、私經濟員工」的典型犯罪和「違反經濟規定」之行為⁸⁵。鄰國日本於二戰前的學者美濃部達吉以「經濟刑法」係行政刑法之一部加以理解，而小野清一郎則認為係為了維持國民經濟秩序所規定的刑罰法規；二戰後昭和 20 年代的經濟混亂期，為了安定國民經濟生活與物資之確保制定經濟統制法，此時期的經濟統制法所針對的對象是一般民眾違反經濟統制之行為；昭和 30 年代以降由於受到美國關於白領犯罪研究之影響，研究重心則側重於「企業家、公司職員以及高級官僚」的犯罪，學者藤木英雄認為經濟犯罪係指於自由市場經濟體制下，破壞必須遵守作為自由經濟競爭尊重他人財產權、交易自由、公平自由競爭等基本道德標準的行為，屬於自由經濟機構內側之犯罪類型，從而「詐欺、侵占、背信與收賄」等行為則包含在內，自此之後經濟刑法之

⁸² 林山田，「經濟犯罪與經濟刑法」，頁 13，1987 年 5 月。

⁸³ 林東茂，「危險犯與經濟刑法」，頁 64，1999 年 10 月初版二刷。

⁸⁴ 林東茂，「經濟犯罪的界定及統計問題」，頁 2，刑事法雜誌，第 29 卷第 6 期。

⁸⁵ 神山敏雄，「經濟刑法の概念」，收錄於前註(71)書，頁 3-4。

討論逐漸重視濫用經濟交易之自由的情形；而 1970 年代從石油卡特爾事件以降，關於經濟犯罪之研究主流則是以「法益」為中心，學者神山敏雄認為作為實定法上形式的經濟犯罪包含「侵害一般消費者利益」、「侵害作為經濟主體之企業、公家機關、商人的財產或經濟利益」以及「侵害國家經濟制度、行政作用、交易規則」等行為類型，但實質上從強調可能造成法益侵害的立場實質的經濟犯罪先現於前兩種類型，學者芝原邦爾則認為廣義的經濟犯罪包含違反「以個人和企業之財產保護為目的」、「以一定經濟秩序保護為目的」和其他「用以規制一定事業和經濟交易擔保實效性」的經濟法規，狹義的經濟刑法則僅限於後兩種；學者京藤哲久則狹義的經濟犯罪應該係以保護超個人法益為中心，而以保護經濟制度之機能作為該法益；學者林 幹人則以經濟犯罪之被害會擴散到消費者全體，從而以「消費者之財產法益」⁸⁶為中心理解經濟刑法。

從此部分觀察足認「經濟刑法」或者是「經濟犯罪」之概念都必須要以「干擾經濟秩序」為其判斷基準，將「經濟犯罪」定位係侵害「經濟秩序」的犯罪類型並不為過，但其差別則在於從「干擾經濟秩序」向外放射出去的射程範圍到底為何⁸⁷，多數見解則以關於是否保護「個人或企業財產」為界線區別廣義經濟刑

⁸⁶ 神山敏雄，「經濟刑法の概念」，收錄於前註(75)書，頁 6-7；至於國內關於經濟犯罪政策面之討論與介紹，可參照陳志龍，「集團化公司之鉅型經濟犯罪」，頁 64-78，月旦法學雜誌第 195 期，2011 年 8 月。

⁸⁷ 德國刑法學者對於經濟犯罪之射程範圍亦有不同界定方式，有以與「國家財政經濟、營業經濟、國民經濟、社會大眾及消費者」有關的經濟犯罪(學者 Lampe)，或者有以是否與經濟制度的相關性認定，認為經濟犯罪包含與經濟制度「無關(如電腦犯罪)」、「有關(利用經濟交易工具的犯罪，如票據詐欺、濫用信用卡)」、和「絕對有關(與國家所決定的經濟制度有關，採取計畫性經濟的國家著重於『黑市交易』、『對於經濟管理官員之賄賂』，但採取自由經濟制度的國家則著重於『濫用經濟自由之行爲』，如企業間以合意限制競爭的卡特爾 Kartell、托拉斯 Trust)」的三種類型(學者 Tidemann)；惟國內學者林東茂論述上以西德學者 Lampe 的分類為主。請參照林東茂，「經濟犯罪之研究」，頁 15-17；惟德國實務則是依照法院組織法將需要交由經濟法庭管轄之犯罪列為「經濟犯罪」，其包含「違反不正競爭法、股份法、特定企業以及關係企業財務報告法、有限公司法以及合作社法之行爲；違反銀行法、倉庫法、證券交易法、金融制度法以及保險監督法之行爲……詐欺、背信、重利、賄賂等行爲，凡於案情之判斷需要經濟生活的專門

法和狹義經濟刑法，但大多數的看法並不能不加檢驗地認為係理所當然，蓋「經濟刑法」的規範形成與擴張在「風險社會」脈絡下似乎係必然的現象，此並非單純地屬於國家機關以上對下的姿態所傳遞的規範訊息，而是一種社會系統內「市民與國家機關」雙向性的互動關係，以「不安感」作為驅動力，逐步地擴張對於搗亂經濟秩序之行為所作成的處罰規定。但誠如本文前述，過度地架設對於「經濟秩序」的側防規範，提前預防個人私有財產受到侵害的思維模式，必然會架空刑法規範原則上關於「謙抑性、補充性、斷片性」之要求。

職此，為了避免過度地強調刑法規範的機能性、無限擴充刑法規範的任務、濫用刑法規範介入原屬於市民私領域的活動場域以作為處理安定社會系統運作之道具，國家機關一方面擴張經濟秩序的外延防禦網時，應該一面回顧是否產生與現行刑法規範疊床架屋之情形，並適時地做出調整。

第三節 「特別背信」與「背信」行為入罪化之類似性

本文一開始所欲檢視的經濟刑法的規範，主要聚焦於「違背任務」的「特別背信罪」之部分，我國立法者將此些違背任務之處罰規定分散地規範在特別法規的罰則中，例如：**證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款**：「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。」、**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

知識者。」請參照林東茂，前註(83)書，頁 14；神山敏雄，「經濟刑法の概念」，收錄於前註(75)書，頁 4。

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。」、**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。」、**信用合作社法第 38 條之 1 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。」、**信託業法第 48 條之 1 第 1 項**：「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。」、**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。」、**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。」以及**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。」，倘若將此些規範對照於**刑法第 342 條關於背信罪**之規定：「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、拘役或科或併科一千元以下罰金。」，則將足認我國對於此些特別法的規範在立法技術上亦不過是稍微修改「**行為主體之身分**」以及「**罰金與刑度**」後便將普通刑法的的要件直接過渡到特別法的罰則部分，在構成要件部分存在高度的雷同性，要面臨的問題是「有無必要僅為了提高刑度於特別法規中獨立制定」，當然，在特別背信罪的規範與原本刑法背信罪兩者間之區分必要性的探求上，雖然不論國內外學說見解均多認為特別法罰則中的背信罪係處理「超個人法益」之問題，而刑法第 342 條背信罪所處理則為「個人財產法益」，而認為有區分為不同法規加以制定之必要⁸⁸；然而特別法關於罰則之規範以超個人法益、普遍性法益為主，考量社會系統內市民對於「**經濟秩序安定感**」之需求進而加以制定，依照本文上述之分析可以理解，惟作為保障

⁸⁸ 例如：德國學者 Tiedemann 認為「經濟犯罪」類型屬於新的犯罪體系，與以往竊盜罪、背信罪、詐欺罪有別，應獨立加以規範。請參照 Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，前註(75)書，頁 13。

「個人整體財產」的背信罪與「經濟秩序之安定」間仍然存有一定的曖昧性，蓋從歷史的發展脈絡觀察，不同時期之社會系統內的經濟秩序亦大相逕庭⁸⁹，在財產犯罪的發展脈絡上，「背信罪」並非是自古以來便被確認的財產犯罪類型，換句話說，單純地以現今法釋義學理解背信罪的角度去說明背信罪的性質，囿於「既存之先驗」框架遮蔽下，並無法釐清背信罪被制定時所代表之意義，從而應將檢驗的視角拉到背信罪出現的時代，探尋背信罪何以被獨立出來加以制定。

第一項 背信罪之濫觴－背信行為入罪化的時空背景

我國背信罪之立法乃係參照日本法之規定，而日本多數學說亦認為該國之背信罪則源自德國法的規定，從而關於近代背信罪制定的時空背景，則先以日、德兩國為主進行考察⁹⁰，由於財產犯罪與經濟社會構造有密切之關聯性，從而先就鄰國日本近代社會、經濟構造之變革加以說明，再闡述德國資本主義之發展。

從明治時期「脫亞入歐」的歷史時點以觀，西元 1872 年(明治 5 年)依照當時有職業之人的職業比例，從事農業者占 72.6%，而 1874 年(明治 7 年)的生產品則以農產品占 61%，明治初期的日本社會應該仍是以農業為主的產業結構，而依照當時資料統計於 1902 年(大正 9 年)時的就業結構則是農林業占 55.2%、礦

⁸⁹ 國內學者林東茂對此亦有相同看法：「...在農業社會以牛、馬作為耕種工具，大量竊取牛馬則會導致農業社會產品生產與分配之困難，造成農業經濟秩序發生混亂，從而竊盜罪在農業社會可能被認為係一種經濟犯罪；但由於經濟結構改變，產品生產分配與交易大別於農業社會，竊盜行為通常與經濟秩序無關，從而竊盜罪則不能視為經濟犯罪。...」。請參照林東茂，前註(83)書，頁 9。惟本文以為「背信罪」在該公司、商行已經興起的時代，與現今「特別背信罪」所制定的時代，所彰顯、代表的意義其實存在一定程度的相似性。

⁹⁰ 本文於此先僅粗略勾勒「日本」與「德國」制定背信罪之時空背景，兩國法制變革以及該國學者之不同意見則於第四章、背信罪之解析與重構部分在為詳盡地介紹。

工業占 21.5%、服務產業占 23.3%；至於 1885 年(明治 18 年)至 1914 年(大正 3 年)的 30 年間生產活動的規模自實質的 GNP 觀之為 2.2 倍、礦工業生產達到 4 倍以上棉業成為輸出產業、重化學工業和電力事業也開始發展，從而脫離「黑船事件」開港時期的低開發國型貿易結構，轉換為以加工貿易中心的工業國型貿易結構⁹¹，由此可知，日本此一時期的社會、經濟結構急遽的變化，於現代化之前係以農業為中心的社會結構，由於資本主義經濟的滲透，社會結構逐漸地從「農業」朝以「商業」、「工業」中心變遷，在變遷的發展階段則「個人之經濟活動規模」亦逐漸擴大，由於僅憑藉自身經濟活動模式不能滿足當時的需求，於是「對於他人財產之運用」上，不得不轉變為需要委任管理的型態，具體而言，於公司的組織體部分，對於他人財產之運用則必須交由「代理人」處理，而背信罪本身則是針對關於「公司等組織內部或代理人之不正行為」，由於無法透過民事方式加以解決，而為了處罰進而嚇阻此類不正行為的出現所制定的刑法規範，而於德國亦是針對「他人財產之運用」而設立背信罪，只不過從原先「委託法定代理人管理」等情形轉向、擴張至「公司與代理人」之場合⁹²。職此，原本因屬於私法自治的領域，因為社會經濟的發展無從迴避「以他人代替本人之經濟活動」，為了避免他人之行為對本人造成重大財產損害，而考量以背信罪作為保護私法自治所未能擴及之範圍。

⁹¹ 內田幸隆，「背任罪の系譜、およびの本質」，頁 128，早稻田法学会誌第 51 卷(2001)。日本學者內田幸隆認為更進一步觀察背信罪於明治 34 年制訂前的日本時空背景，1895 年(明治 28 年)於日清戰爭(中日甲午戰爭)後所取得伴隨勝利的鉅額賠償金，日本興起以鐵路、銀行、紡織為中心的企業熱潮，而至 1900 年的五年間，日本國內的公司數達到 4665 家公司，此時日本的產業結構與金融制度產生轉變並奠定之後的基礎，而為促使資本主義經濟發達，代理制度和公司制度等民商事等制度亦於明治 30 年前後加以確立，亦即 1893 年(明治 26 年)施行舊商法中關於「公司、票據、破產」的規定、1898 年(明治 31 年)民法施行、1899 年(明治 32 年)商法施行。請參照內田幸隆，前註(91)文，頁 127-128。

⁹² 平川宗信，「背任罪」收錄於芝原邦爾、堀內捷三、西田典之編，「刑法理論の現代的展開各論」，頁 234-235，日本評論社，2008 年。

而為處於歐洲大陸的德國，受到英國工業革命、資本主義發達之影響，19世紀後半的德國整體社會、經濟環境的產業結構亦產生變化，以國內易北河以西部分先開始進行工業化，但東部仍是佃農地主以生產穀物為主的農業結構⁹³，此有別於英國的資本主義發展模式，並且考量舊法型態的財產犯罪無法處理此一結構改變所滋生的問題，現實上有處罰之必要性，針對「違反他人任務」之行為類型逐步地於刑法草案中加以討論，此乃係因為針對德國當時的社會、經濟狀況，為了將此些行為給予不道德、墮落等負面評價認定此一類型的行為屬於不合法之行為，於1909年至1930年間的草案修正雖然草案本身的規定有所不同，但均針對此種行為入罪化加以研議，並且於1933年確立德國現行刑法第266條的背信罪。

第二項 先進與後進資本主義之經濟發展

國內學說對於經濟刑法射程範圍的類型化犯罪進行研究時，多半將原因歸咎於「資本主義」發展，所以國家才不得不透過立法機關制定相關犯罪類型以茲因應。然而，針對「以他人代替本人之經濟活動」之部分，「該他人違反任務」時，立法政策上是否定然採取新型態財產犯罪「背信罪」或「特別背信罪」，倘細觀奉行資本主義的世界各國之刑法規範，應該並且能夠發現世界各國對於「背信罪」或「特別背信罪」其實並非一概均有規定，例如：法國與義大利現行刑法典並無關於背信罪之規定，英、美兩國亦無將背信作為獨立的犯罪型態，但是德國與鄰

⁹³ 大塚久雄，「後進資本主義とその諸類型」，收錄於「後進資本主義の展開過程」，頁24，アジア經濟研究所發行，1973年12月14日。

國日本則有之⁹⁴，早期學說以及晚近研究者均多聚焦於有規定之德、日二國，從而在思考上似乎將背信罪之存在當作是一個理所當然的「先驗」概念，以至於不論是在法釋義學或者是立法論之展望上均多主張我國刑法典現有背信罪之規定應該要採取德國法或者是日本法之路徑，此種思考方式雖然呈現繼受國之刑法解釋學慣常的解釋慣習，但是究竟何以要跟德國法或者是日本法有相同之解釋取向往往在理由上並未明確，姑且不論其他歐陸國家是否採取將「背信行為」入罪化的模式，但可以很清楚地認知到「背信行為之入罪化」絕非僅以「資本主義」此四個字眼便能解釋輕描淡寫地含混過去，否則同樣屬於「資本主義」國家的英國、美國何以未有相同的規定。因此，對於此些「資本主義」的國家，包含先進資本主義或者是後進資本主義國家之發展模式與其脈絡應該加以分析則應能從中察其端睨。

近代國家社會之構造最重要的便是「資本主義」的發展，英美德日等諸國的資本主義類型在發展的過程當中亦展現其獨特的國民經濟構造，彼此間存在發展階段之關係，從階段層面區分的話，大致上可以區別為「先進」與「後進」資本主義架構，所謂「後進資本主義」是相對於「先進資本主義」的概念，後進資本主義的國家除了國家內部之情事外，尚必須面對先進資本主義國家所給予的外部壓力，從而兩概念間基本上發展的時序先後以及質與量均有明顯地不同。先進資本主義國家以英國為例，13、14世紀仍是採行封建制度，一直到15、16世紀封建制度瓦解，英國的近代化社會經濟構造才開始醞釀，由於封建的土地所有制度之解體使得舊有的商人階層和得以進行商業之特權城市隨之沒落，取而代之的則是農業地區獨立自營的農民和半農半工的職人，於14世紀後半形成以毛織物的

⁹⁴ 平川宗信，「刑法各論」，頁387，有斐閣，1995年12月5日，初版一刷；內田幸隆，前註(91)文，頁104。

製造的「農村工業」逐漸向外擴展，也因為各地農村情況有別，農民、職人與商人混住，形成社會分業、商品交換的新型態商業現象「局部市場圈」，並以農村工業為基礎，自生且內發地開始近代化，於 18 世紀末進入工業革命的過程，其近代化、工業化的發展並不拘限在某一產業部門，而是全體部門均受到工業化之影響，而於 19 世紀半確立其「世界工廠」之地位。英國從近代初期歷經工業革命而至第二次世界大戰約莫 4 個半世紀，英國在 18 世紀中期尚未開始工業革命前的產業構造雖能自給自足，但欠缺原物料僅能從海外加以取得，此種物資的輸出與輸入，讓英國的毛製物工業、纖維工業以及金屬工業成為其國民主要產業，但對於部分過於肥大化的產業，在自然條件不佳的情況則唯有透過「貿易」來加以補足，然而此種貿易的模式基本上是將外國產業作為自身產業構造的一部，藉由社會分工系統，使英國自身經濟得以一直維持平衡，在經濟的發展上形成所謂「重商主義帝國」，但相對地來說，對於與英國進行貿易的他國基本上國內產業則一直處於不平衡之情況。惟相對地，若從歐洲大陸的位置為中心加以思考，英國則屬於邊境的區域，當時歐陸的主要商人則以北義大利和德國以北為主，與英國不同的是其資本主義的發展並非自生的性格，同時期的德國、俄國與日本，此些欠缺殖民地的國家受到先進資本主義的外部刺激而牽引發展，其產業構造則與先進資本主義諸國迥異，蓋其內部產業發展與近代化之前、傳統產業有利害關係，從而在構造上屬於「恆常內包式的國民經濟」，針對主要的後進資本主義國家的型態大致上包含「跛行構造型」、「欠缺國民經濟型」以及「單一經營型」，而 19 世紀後半的帝國時期德國、明治末期的日本、帝俄以及二次世界大戰前的義大利均屬於「跛行構造型」，一方面國內經濟必須和傳統產業進行整合，另一方面受到先進資本主義國家的壓力，為圖工業化的發展不斷地從先進諸國引進資

金與機械等產業化所需之物資⁹⁵。在這樣的時空背景下，西元 1876 年德國的帝國刑法承繼 1851 年的普魯士刑法以列舉的方式制定背信罪，以及日本刑法承繼明治末期 1907 年改正案制定此種新型態的財產犯罪，主要是伴隨此種「後進資本主義國家」其資本市場的發達，分業型態的組織性經濟活動的一般化，為了此些經濟活動事務之委託的安全所生成的犯罪類型，亦即因為經濟發展，為了追求效率的經濟活動產生大規模、高度的財產利用模式，公司組織的代理、代行機關則是作為他人手足之延伸，以擴展經濟活動。只不過一旦將諸種資本主義國家發展的時空背景一併延展出來觀察，對照英、美、法、義等國沒有將背信行為當作是獨立類型化的犯罪，德、日兩國的背信行為之類型化規範更加凸顯「後進資本主義國家」在警察國家的思想之下，對於其經濟構造的自律性機能欠缺信賴⁹⁶，從而國家機關欲透過刑法規範來管制國民經濟活動，對於違背信任之行為進行處罰以確保經濟秩序的安定與經濟發展的平穩。職此，若將「背信行為入罪化」隱藏於其後，此種「後進資本主義國家對於國民自律性的經濟活動缺乏信賴」，為了「伴隨經濟發展所需要經濟秩序的安定性」而制定刑法規範的視角觀察，與現今特別背信法規中「背信行為入罪化」乃因市民社會中人民對於「經濟秩序安定性」的需求相比較，應能察覺在「經濟秩序之安定性的需求」此點上則是存在一定的

⁹⁵ 大塚久雄，前註(93)書，頁 6-24。後進資本主義國家的「欠缺國民經濟型」係指荷蘭(阿姆斯特丹)、香港等以上層都市貴族所為之「中繼貿易」為主的型態，工業的部分則係以「加工貿易工業」為主；「單一經營型」包含中南美洲的砂糖、可可豆，舊印度的甘蔗、帝德時期東部的農場與礦山經營、美國早期南部的棉花等。帝國時期的德國於東部的穀物生產以及舊日本時期的養蠶製絲的特定產業部門與 18 世紀的英國一樣歷經部門肥大化的現象，但英、美兩國所形成的經濟圈，透過國際分業的方式來加以平衡，而二戰之後西德逐漸朝英國型態靠攏，而日本則逐漸朝荷蘭型態發展。請參照大塚久雄，前註(93)書，頁 24-30；Fernand Braudel 著 施康強、顧良譯，「15 至 18 世紀的物質文明、經濟和資本主義（貳）」，頁 279-328、536-568，左岸文化，2006 年 6 月。

⁹⁶ 平川宗信，前註(94)書，頁 389。

類似性。從而，一味地認為「背信罪係個人全體財產法益、特別背信罪係社會法益」的論述模式，並非絕對被當作是「先驗」般地不可撼動。

第三項 大操縱社會-控制下的反思與對策

從 Beck 揭示「風險社會」的概念之後，「刑法與『危險/風險』」之間便產生更為緊密的關連性，依照前述「風險社會」之意涵，因為現代社會中科學技術不斷地發展，因而造成「被視為危險的風險」亦不斷地在現代社會中加以蔓延。但是如果從客觀的角度來視察現代市民社會所存在的環境，縱然部分領域-以住居平穩性為例，家家戶戶將監獄實驗後的電子卡片門鎖技術轉化利用於市民社會中-整體評估上與過往(舊式的門鎖設備)相較可能更為平穩安全，但是現代市民社會中的個人其主觀層面的不安感並不會因為設備更新而收到減少，仍然處於高漲的階段。

以德國刑法典為例，1871 年和 1991 年相較，被作為現代犯罪類型的「道路交通、經濟生活與環境」等領域產生重大的轉變，並且在新型態的犯罪類型上以行為人之「不注意」為犯罪之特徵，犯罪結果逐漸地朝「危險/危殆化」前置，各式各樣因為蓄積後可能造成的侵害，在其最初之行為均會被視為危險，從消極預防轉向為一般積極預防理論，對於未來可能造成實害之危險均事先加以規制。因此，德國除了環境刑法、麻藥刑法、戰爭武器管制法外，本文所聚焦之「經濟刑法」的範疇，基本上亦是立法因應社會一時性的要求，為了處理社會所浮現的問題，以刑法做為道具採取以積極預防為導向所制定之規範，誠如德國學者

Prittiz 所言「『預防刑法』和『象徵刑法』係現代刑法不可分的特徵⁹⁷。」，刑法規範儼然成為社會控制的道具、市民不安感的百憂解。

然而，對此應該檢討的是，現代社會中經濟刑法的諸多規定多是為了回應社會現象，可以想見其中「特別背信罪」的設立亦是肩負起市民對於「平穩、安定的經濟秩序」的期待，但伴隨層出不窮的社會問題，企圖解消市民的不安全感而逐步呈現肥大化現象的刑法規範，是否真的能達到原先設立該規範之目的，其所帶來的規範效果是否只是不斷地在既存規範便能夠處理之基礎上疊架新的規範類型來達到宣示的效力，更確切地來說，在上述所理解後進資本主義國家刑法規範對於「背信罪」入罪化的基點上，其與「特別背信罪」間所重疊之處，有無必要額外地在設立「特別背信罪」？對此一問題，國內商法學者⁹⁸或許多認為應該設立特別背信罪，但是本文反於國內商法學者之多數看法，亦即本文認為如果僅是基於「不安感」而將刑法規範作為操縱社會的工具，所帶來一連串刑罰前置化、必須時時刻刻提心吊膽的積極預防傾向，為了防微杜漸而對於最前端毫無侵害的行為賦予空洞的實行行為性，並不妥適，事實上也並無明顯的必要性，因為從歷史的脈絡來看，「背信罪」之出現本來就可能即是為了處理「經濟秩序之安定性」，亦即不管是因為資本主義經濟發展之需求，國家對於市民經濟活動的不信任，所制定的管控經濟秩序之規範，或者是基於市民社會之不安需求而對於經濟秩序之維護，在構成要件要素中行為態樣沒有更易的情況之下，實在難以察覺到縱然沒有「特別背信罪」的規範，經濟秩序定然便會崩壞而失序的現象。可是，即便如同本文認為「特別背信罪」之設立係沒有必要的話，緊接著的疑問便是能否對於

⁹⁷ 金 尚均，前註(55)書，頁 74。

⁹⁸ 賴英照，「股市遊戲規則-最新證券交易法解析」，頁 484-495，作者自版，2006 年 8 月初版 3 刷。

此些造成刑法尾大而不掉的規範加以廢除？對此，國內晚近研究者對於與特別背信罪此種經濟刑法相似的「內線交易」之規範，則有認為欠缺具體法益保護應該將其廢除，但是本文同樣反於上述晚近研究者之看法⁹⁹，本文認為按照刑事法制定的脈絡，倘若應嚴守刑法之謙抑性、斷片性，的確不應該不斷地擴張特別規定，但是在經濟刑法領域於普通刑法之外所外延出去的規範，背後則是由市民「不安感」加以支撐，以民意為後盾的立法機關定然會以增設貌似解決社會問題的法律規範來尋求、換取民意支持。

從而，即便具有法律專門知識的學者扮演起解蔽者的角色曉諭立法者應當廢除擴張出去的相較於普通刑法之特別規範，亦無異於緣木求魚，僅屬於一種自瀆式的論調。職此，沒有必要性卻又無法立竿見影地廢除的情況下，本文以為應該探詢現行法規整體適用上有無適當的對策以茲因應。

第一款、提倡「刑法/刑罰規範」的任務性

對於相同問題之處理卻充斥著多重刑事法規範，第一種可能回應的對策則是正面肯認多重規範的存在必要性，並且以具備存在必要性為基礎，德國學者 **Kuhlen** 認為於社會經濟結構工業化之同時，新型態的不安感則會創造出侵害之潛在效力，雖然科技技術的進步使得市民社會得以發展，但「危險/危殆化之構成要件」則是在一定程度上試圖阻止可能伴隨發生不相應的危險¹⁰⁰。因此，於德

⁹⁹ 吳元曜，「美國、日本、德國及我國內線交易刑法規制之比較以及內線交易除罪化之研究」，頁 193，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2003 年 6 月；林山田，刑法通論（上），頁 55。

¹⁰⁰ 金 尙均，前註(55)書，頁 99。

國刑事法學者，除了 **Jakobs** 外，亦多有試圖以結合社會學理論而詮釋刑法理論以及刑事政策的方向，例如：**Kratzsch** 試圖以「控制系統論」(cybernetics) 來正當化刑法規範演變的正當性，亦即刑法理論本身係以「行為」刑法為目的出發，所謂「不法」的概念則係指刑法應該防止之狀態，由於刑法規範得以操縱市民態度，使用刑法來避免不法之發生，就此一目標來說，市民社會中的整體市民則屬於被操縱之組合，此一組合內包含了「犯罪行為人、立法者、法院、被害者以及其他一般人」，透過此一組合所產生的共同作用達到終極最善的規範目標¹⁰¹；同樣地 **Müssig** 在面對「法律」與「社會」接觸後所衍生之議題時，欲以「溝通(Communication)」系統加以處理，認為刑法係透過「行為規範」來確保作為社會構造的基本骨架、社會間相互作用的基本條件，因此基於「具體社會性事實之安定性」需求，「溝通系統」本身是為了保障社會的諸種構成要件而要求「規範之安定化」，因此刑罰規範伴隨了對於他者的期待、預期產生抵抗規範安定化的特徵，並延續 **Jakobs** 的主張，「規範」包含「保護法益之規範」以及「為了創出法益而保護平穩性」之規範，未必全部的規範類型都是在保障法益，從而當然具有為了溝通系統之形成和維持的規範類型；而 **Kratzsch** 也是以融入社會學之觀點，認為構成要件要素係特殊的規範複合體，鑑於該行為是否在將來發生之不可視，無法去支配各式各樣的因果關聯，對於上述之社會控制理論其實不外乎是著重一種「偶然性之支配」，為了避免偶然支配的情形所造成結果，刑法規範中的構成要件則可能逐漸地提前，此種見解的看法則多會銜接上「抽象危險犯」¹⁰²的討論。除了德國學者開展刑法規範之任務性外，日本學者齋野彥弥等分別對於「刑法學之解釋機能」試圖在傳統的「法益保護論」外，開展新的刑法機能，亦

¹⁰¹ 金 尙均，前註(55)書，頁 102。

¹⁰² 金 尙均，前註(55)書，頁 105。

即有鑑於社會生活和制度組織關係的複雜化、技術化、密接化，為了保障多樣化的利益，應該具有附加新的解釋倫理之必要性，亦即現代社會所存在的危險社會之性格，基於預防而對於利益侵害之前的處罰，雖然會造成「法益保護前置化」，但是從避免再發生的預防觀點以及社會系統之成本、效率的考量，則刑法機能勢必會從原本全面性認為「處罰是為了發生後的紛爭處理、再犯預防」的路徑轉向到「不處罰而社會構成員之自律性的再犯預測、預防和迴避」，此種意涵是「自己責任」的強調，期待能夠藉由「規範意識之覺醒」，形成、遵守自律性社會規範的積極預防效果¹⁰³，亦即齋野彥弥的看法認為「積極一般預防理論」與「刑法謙抑性」原則並沒有矛盾。不過本文以為此種採取法律有明文規定，符合法律保留原則的情形便沒有與刑法謙抑性違反的觀點，可能存在混淆立法論上是否應該擴張刑法規制之網絡，與解釋論上是否應該如何限縮刑法規範上之要件的層次之疑慮。

第二款、重返「刑法謙抑性、補充性」之鄉愁

除了上述極力強調「刑法規範」之任務以及機能外，德國學者Pritt Wiz認為在「刑事政策層面」，於風險社會中約定刑法規範作為處理社會問題的手段已然成為出發點，但必須重視而非積極主動地由刑法規範處理，需限於一定的重大任務則應該補充性地分派給刑法處理；而於刑事政策對於刑法領域之影響，則必須是能夠正當地將作成危險之決定歸責於個人才有實益，對於刑法僅具有限制性

¹⁰³ 此部分為日本學者伊東研祐介紹報告者之看法。請參照伊東研祐，「現代社会における刑法解釈論の機能と視座」，頁181、185-187，刑法雜誌第40卷第2号。

的操縱能力應該謹記在心；而於風險社會中的「刑法理論」，首先必須縮小「容許風險之範圍」，蓋「被容許的風險」係對於常態性認定的破壞，其次，對於客觀性歸責和主觀性歸責應該嚴格地劃分，依照法律文義，作為可罰性的前提條件之結果犯，危險沒有增加，則不認為結果惹起的非難可能之態度¹⁰⁴。

日本學者金尚均亦認為縱然經歷過時代的脈絡，刑法規範的管轄領域擴張包含至欠缺對人之直接實害的現象，例如轉變為以保障「對於現行經濟系統之信賴」為其典型，但仍應該時時謹記刑法規範是全部法律領域中最後手段，係最嚴格的制裁手段，必須限定規制的對象，從而實在不應該輕易為了擔保行政上之措施而使用，並且刑事責任應該是對於行為者之非難，如果是從外面去賦予行為者性格則不應該屬於此一類型，至於若對刑法之效果以及能力過度之信賴，反過來說，其實就是對於市民可能造成過度之不信任，對於市民不信任的話，於社會系統中相互的主體關係之基礎的「溝通」構造全面崩壞，市民社會的生機則有喪失的可能性¹⁰⁵；並且從賦予刑法的任務加以觀察，「法益」的概念在內容可能是異常地空虛，結論上採取積極一般預防理論，只是以超個人的方式將刑法視為宣傳工具對社會一般人進行威嚇，加速了「刑法理論政策化」，如此一來，以原本「結果無價值」與「行為無價值」相比較，即使原本「結果反價值」之主張其違法性判斷的客觀性，個別刑罰規定的法益相當地抽象化、精神化，兩者之間內容之差異性已逐漸稀薄，將會變得毫無差異¹⁰⁶。上述之見解可以察覺到雖然倫理秩序之維

¹⁰⁴ 金 尚均，前註(55)書，頁 77-78。

¹⁰⁵ 金 尚均，前註(55)書，頁 79。

¹⁰⁶ 金 尚均，前註(55)書，頁 93-96。蓋於討論「刑法之任務」中言及「刑法規範與道德規範之保護」和「結果無價值與行為無價值」的關係，雖然不能否認刑法規範與道德之間的關係，例如殺人之行為係主要的犯罪類型，也同時是重大違反道德之行為，但是「道德之保護」是否係刑法的任務則有疑問，而日本學說於二戰後的「結果無價值」和「行為無價值」之爭論，其中之一的相異點便是「法益之外的『道德』是否要以刑法加以保護？」，採取「結果無價值」的看法，違

繫亦可能屬於刑法的目的、任務，但其強調刑法的機能，刑法之保障（人權保障）、規制（法益保護）與社會倫理秩序之機能，最後一種（倫理秩序之維繫）不能稱其沒有，但是僅只是副次之效果¹⁰⁷，而非刑法本來之任務與目的，因而此種過度仰賴刑法規範的威能的作法並不妥適。

第三款、小結-「規範」與「法益」融合後之對策

西元 1991 年於德國黑森州(Hessen)討論關於刑事草案之刑事政策委員會針對關於「交通刑法、麻藥刑法以及財產經濟刑法」領域的規範加以研議，基本上此些犯罪領域的共同特徵便是以「面對將來社會之危險」加以預防性規制¹⁰⁸，可以理解違反正常預期之經濟性活動，造成一定程度的遵法意識的動盪，破壞、煽動、挑起及增加了市民的不滿與不安，國家機關則是繼續地強化這種「市民不安感」，強調不正常的經濟活動是對於社會安定化的重大威脅，如此雙向性的互動，的確對於經濟刑法規範的周邊範圍行程外延的效果，但實際上這樣的做法，實質上則是將刑法規範工具化，以之做為達成行政目的之道具，用以擔保行政措施。

法之判斷只要考量法益之侵害與危險，道德不應該以刑法來加以保障；反之，持「行為無價值」的論者則認為刑法規範則亦有保障道德之空間。請參照佐伯仁志，前註(56)文，頁 47。國內學說亦有認為「作為規範目的之法益，在規範制定時不能夠明確，那刑法在法律秩序的建立終將失焦」。請參照陳志龍，法益與刑事立法，頁 29，作者自版，1997 年。

¹⁰⁷ 平川宗信，「刑事法の基礎」，頁 11，有斐閣，2008 年 12 月 25 日初版一刷。

¹⁰⁸ 金 尚均，前註(55)書，頁 82。我國晚近學說見解亦有認為證券交易法中關於刑事法規範呈現肥大化的現象，部份證券交易法所規範的犯罪類型（特別背信罪、特別侵占罪、非常規交易）欠缺保護法益的正當性，並且基於刑法謙抑性之思想，像是證交法第 155 條第 1 項第 5 款與第 171 條第 1 項第 1 款（意圖造成有價證券交易活絡表象連續買賣成交罪）則是欠缺立法之必要性，有價證券詐欺罪則是欠缺立法之明確性。請參照靳宗立，「證券交易法之刑事規制與解釋方法-以特別背信罪為例」，頁 17-20，台灣法學第 166 期，2010 年 12 月 15 日。

上述德國學者 Kratzsch 的看法明顯地以至於刑事法領域之規範當作為操控人心的遙控器，從而強調為避免實害之發生，對於行為之規範的一切運作流程應當如同交通規則、食品生產一般地符合標準化作業，然而此種以「人類智能工程學」去提倡刑法規範應該做為操縱系統的學說，希冀以刑法一肩扛下對於市民態度加以操縱的任務，來達成最終操縱社會之目的，顯然刻意忽視了「人」與「機械/工具」在實質層面的不同，以系統論的角度觀察，若以「人」作為系統，對於其所接受來自環境的各式各樣的刺激，是否在自我再製後仍能夠符合原本操縱所欲達成的目的誠非無疑。

或許立法者欲以「制定法律規範」作為展現、回應其對於處理社會問題的決心，但是這樣僅能夠一時性地能夠滿足一般市民之要求，填補其不安感，並無法轉化成原先希望刑法規範恆久地科賦刑罰之效力，蓋「不安感」是被可被操作後的產物，縱然如 Jakobs 認為透過刑罰機能之強調或可作為喚醒、強化市民之規範意識，希望規範意識之覺醒和強化，能夠產生積極性、能動性的效果，但是這些機能和效果與刑罰之目的互相混同時，可能事實上並無法得到原先預期的效果。依據「不安感」的立法，充其量不過係一種「象徵性的立法」，其後若要延續這種利用象徵性立法所暫時帶來的秩序感，面對可能會因為諸種因素而蔓延的不安感，只能在刑罰規範的制定上不斷地加碼，如此一來刑法規範則與市民規範意識、道德意識將再無區別，面對近代社會層出不窮地社會問題，剝奪市民相互協力解決問題之可能性，伴隨而來地則是過往刑罰萬能主義之舊夢，因而學說間開始回顧奠定刑法規範的基石，希望藉由「罪刑法定主義、謙抑性、補充性」的重申遏止象徵性立法的現象。

然而，雖然可以理解重新歸結到刑法規範「罪刑法定主義」、「刑法謙抑性、補充性」的想法，蓋刑法規範係最為嚴峻的制裁手段，刑法規範的使用從抵抗國

權的角度來看，可能對於市民人權的保障其實是有害的，對於社會侵害性低微的現象之規制，應該使用手段較輕的方式，而不是直接以刑法加以介入，刑法學者¹⁰⁹與晚近研究者均認為應該刪除特別刑法或附屬刑法之規定，回歸普通刑法。但是，即便學說間反對現象立法，並且多認為強調規範意識的說法將造成「法益限定犯罪之機能」之忽視，「風險」概念提出於架構分歧、多元的現代社會，各式各樣可能出現的風險，造成市民感受到不法掌控的危懼感，進而顯露出其對於安全感的需求性已屬於一種「不可逆」的反應，只要「科技技術之進步」仍被需要，「不安 / 安全」的二元符碼便會運作下去，寄望立法者反躬自省地止步無疑是緣木求魚，只要立法者肩負民意之壓力，刑法規範便可能依舊不斷地膨脹，肥大化的問題並未能得到疏緩。

職此，本文認為在對策上或許採取正視「法益」與「規範」融合後之現象，將規範論融入法益論之中，則從解釋學之層面不會過渡地膨脹規範論之需求，造成傳統法益論論述之破壞¹¹⁰，亦即不採取語言文字上表象之界分，而是選擇將「『法益』與『規範』結合」，限縮一味地採取規範論而導致不斷地前置化之刑法規範的產生，避免刑法規範的持續肥大化。不過，雖然按照後現代理論之多樣可能性，未來對於現今呈現刑法肥大化之問題可能會有所轉變，但是如果這個現代到未來的過程當中，任何事都不加以涉入，在未來轉變到來之前，刑法規範可能已經肥大化到令人窒息、難以忍受的程度。從而，就像是對於 HIV 的患者在特效藥問世之前，仍須使用雞尾酒療法將病灶局限在特定部位一般，對於現今肥大化的刑法規範也應該在等待轉變的過程當中給予類似投藥抑制作用的刺激，而依照

¹⁰⁹ 曾淑瑜，「建構符合我國刑事實體法及程序法之財經犯罪體系」，頁 72，台灣法學第 160 期，2010 年 9 月 15 日。

¹¹⁰ 李茂生，「風險社會與規範論的世界」，頁 152-153，月旦法學雜誌第 173 期，2009 年 10 月。

本文之見解，對於刑法規範肥大化現象之抑制，無法完全乞靈於行政系統或者是立法系統，無法要求其不准再增加刑法規範，或者是要求其將新設立的刑法規範刪除，蓋其背後均承受廣泛民意輿論之壓力，對此二系統而言，新增的刑法規範正好係其宣泄輿論、民意壓力之出口，因而，唯有透過具有「抗多數決」性質之司法系統，才存在抑制肥大化現象的可能性，在面對相同問題能夠適用數個刑法規範時，個案解釋法律適用時，應如何妥當地適用解釋論上方法，則為司法系統所肩負之任務，必須對於個案檢視既存之刑法規範與新設之刑法規範，在法律問題之處理上是否呈現疊床架屋之現象，倘若使用其中一個規範便能夠滿足系爭法律問題之處理，則似乎沒有存在數個法律規範之必要，確認沒有並行適用之必要後，依照個案解釋適用上不會也無須動用之刑法規範，或許建議刪除之，則可以避免刑法規範疊床架屋、過度肥大。是以，本文於「背信罪」與「特別背信」、「其他犯罪類型」，於第三章之部份先以司法系統之實務見解為主軸，先釐清實務見解如何運作，再進入解釋論之部份。

第三章 「背信」與「特別背信」案例之德、日與我國實務歸納及分析

第一節 概說

承前第二章本文見解部分，從立法者設定之初的立法技術加以觀察，我國特別背信罪之條文，除了行為主體，依照不同領域的身分加以設計，以及大幅調高刑度注入重刑化的思維之外，基本上均是擷取刑法第 342 條背信罪的行為態樣，以及其他構成要件加以組裝成新的條文，從而，若單純只觀察法條的話，除了立法理由認為由於具有特別身分之人所造成侵害之範圍包含廣大之社會投資大眾、犯罪惡性重大並須嚴加懲處之外，對於背信罪與特別背信罪，很難僅從法條表面文義察覺其於現實運作的法秩序中所承載之功能。

從而，於考察制定「背信罪」之際的社會經濟環境與探尋「特別背信罪」大幅制定之原因後，能夠理解的是背信罪與特別背信罪之間，應當存在某種微妙而不易察覺之關連性，亦即「特別背信罪」部分係為了社會系統中「**市民對於經濟秩序之安全感**」的需求，被做為解決市民內在不安感的工具所加以制定，而「背信罪」部分，雖然表面上在刑法類型化犯罪之篇章屬於個人財產法益，但藉由「個人整體財產」為起點，考察當時歷史脈絡與社會、經濟背景，發現隱藏在「個人整體財產法益」背後的意涵則是「**後進資本主義國家對於市民從事經濟交易活動可能造成經濟秩序混亂、窒礙經濟發展的不信任感**」所為的刑法規範，兩者所存在的共通點乃係「**經濟秩序安定性**」之追求，而此一共通的關連性則將涉及到「背信罪」與「特別背信罪」的定位，並且，實務見解之重心均多聚焦在如何認定「是否違背任務」、「有無主觀意圖」等要件之釋義，從實務判解案例之類型化來加以觀察。

我國學說對於「背信罪」與「特別背信罪」之定位，基本上在論罪科刑之部分定然尚會涉及「罪數」間的認定問題，亦即「背信罪」與「特別背信罪」兩者間應該會存有競合之關係¹¹¹。然而，由於「背信罪」與「特別背信罪」於類型化的行為態樣上均為「違背任務」，在實務案例中背信行為之成立，通常係伴隨於其他類型化犯罪，從而「違背任務之類型化行為」與「不同類型化犯罪」之間所存在的關係是否為「一行為」，若為「一行為」則應如何論罪；以及在「背信罪」與「特別背信罪」交錯之部分，論罪或競合之方式是究竟係處於屬於一行為侵害數法益成立數罪名的「想像競合」，抑或是向來學說、實務見解所認為之「一般、特別」關係，或者是具有其他意涵之定位，均為本章所欲探究之部分，惟本文對於背信罪與其他諸種犯罪之見解，則於第四章說明之。

職此，本章則先以歸納國內、外背信與特別背信之相關案例¹¹²，試圖藉由案例歸納、分析違背任務之類型化行為與「不同類型化犯罪」間和「背信罪」與「特別背信罪」間的互動關係之方式，勾勒彼此間關聯性、機能性之神髓。

¹¹¹ 學者林東茂教授認為：「...金融機構負責人違反常規授信自己的關係企業(例如：高估抵押品而放款)，必然形成呆帳，所以也形成背信罪。違規授信，可能與銀行法第 32 條、第 127 條之 1 發生競合。...」，請參照林東茂，刑法綜覽，頁 2-170，一品文化，2006 年 2 月，修訂四版。

¹¹² 此部份所選擇之案例並不限於判決成立背信或特別背信之情形，為了能夠探求背信和特別背信間的關連性，即便是檢方或自訴人認為係背信之情形，法院認為不成罪，或者是原審法院認定是背信，但上級審法院認為不是背信(反之亦然)等情形，均先分門別類地一併歸納。

第二節 德、日與我國實務之操作模式

第一項 德國實務相關案例

歐陸法系以德國為例，於德國現行刑法第 266 條規定：「濫用基於法律或國家機關委託或法律行為賦予處分他人財產或使他人負擔義務之權限者，或者是負有維護他人財產之義務而違背依據法律、國家機關委託、法律行為或忠實義務者，造成委託其照料財產利益受到損害，應處五年有期徒刑或者是罰金。」，而德國帝國法院在適用德國現行背信罪之規定時，由於比舊法背信罪之規定為重，認識到不能將背信罪適用的範圍無限制地擴張，則藉由在「維持」、「照料」和「財產上之利益」等要件的解釋上限縮，從而對於實務所認定符合構成要件的客觀事實則有一定的重要性。

第一款 背信罪成立之判準-「裁量餘地」與「法律關係的本質內容」

第一目 繼續性、獨立性、非單方面性之給付義務

針對現行第 266 條規定之解釋，德國實務見解認為為了限定此種規範的不明確性，則勢必須考慮欲透過刑法對於擴大以及強化商業活動中「不道德」或「墮落」交易的處罰來加以保護信義誠實，而此一作為經濟交易活動中相互信賴之保障的背信罪，其規定變更的目的何在。

因此，對於該當背信罪之「事務」在解釋上，德國實務見解認為：「…行為人與財產所有者間的關係，行為人對於他人的財產上之利益的保護之義務置於信任關係中，倘若如果只是單方面的債務給付義務的話則不屬之，具備保護行為之

人的基礎所從事的活動係擁護他人的財產上的利益，由於結合保護和擁護的表現，**必須繼續性一定時間以上**或者範圍單純地是從以上之義務或義務領域加以思考，這樣的範圍不包含法定代理人和遺囑執行人和其他財產管理人的義務，當然，即使是民法上近似個別事務處理，義務負擔人之履行**具有一定裁量餘地、一定活動自由或獨特性**。因此，單純地普通、純粹地機械性的活動，亦即單純使者之活動或者從屬性質的個別委任事項的處理不屬之。…」¹¹³。除了此種思考模式外，德國實務見解亦有認為「…單純地履行債務給付之義務，例如：租賃支付借金之義務、借貸關係終了後則返還租借物之義務，並不充分屬於財產擁護義務，必須符合擁護他人財產上利益之義務才符合此一要件。」亦即締結契約之雙方當事人彼此之間顧慮雙方當事人的情形，只是一般性義務並不屬於背信構成要件，財產維持義務以經濟上或法律關係的客體為其本質要件，藉此劃定此一要件的範圍¹¹⁴。

兩種判例所呈現不同的思考模式，前者係以「**財產維持（擁護）之義務**」須以存在一定的信任關係為前提，以「**義務重要性**」作為基準；後者則是針對「**本人與行為者間的法律關係**」，必須以當事人間的法律關係的本質去判斷，以「**本質內容與財產擁護義務的判斷基準**」，行為人之義務係存在兩者之間內部關係本質內容或者是附隨義務¹¹⁵。而利用上開判準涵攝到個案當中，首先可以觀察到的

¹¹³ RGSt.69,58(61 f.)。轉引自上寫一高，「背任罪理解の再建構」，頁 80，成文堂，1997 年 12 月 10 日，初版第一刷。

¹¹⁴ RGSt.71, 90(91)、71,333(335)、73,299(300)、77,150；BGHSt.1,186(188f.)、4,170(172)。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 81-82、91。

¹¹⁵ 若以後者的思考觀點觀察，「買賣契約出賣人的標的物交付義務」、「租賃契約或有償消費借貸契約借貸人其價金給付之義務」仍有可能成為背信構成要件中的財產擁護義務，並且如何判定財產擁護義務知性格其實亦不明確。德國學說有認為從此些判例觀察，第一種判例應該屬於第二個判例的下位概念，亦即必須符合此二判斷標準後才有符合背信的構成要件。請參照

例子：「於委任契約的受任者、締結勞動契約的勞動者，承攬建築工事契約的承攬人」，從契約締結者本身來說被認為並不屬於背信構成要件的財產維持義務¹¹⁶；再者，「被告有限公司的董事，受到他商事公司委任取得燈油之工作，自己卻以自己目的加以使用」的情形，由於實務見解揭示成立背信罪須以存在一定重要性的義務為前提，則於義務負擔人必須要具備一定的裁量餘地或一定之獨立性，被告僅是取得搬運、交付此些處分權限則不歸屬於此一義務，從而不屬於背信罪之「財產維持義務」¹¹⁷。

雖然對於「負責收集資金之人」，實務見解¹¹⁸有認為：縱然係機械性之活動，但「負責收集資金之人」因為係直接收取本人之金錢的財產維持義務，藉由「直接的管理性之義務」則可符合裁量餘地的要素，亦應該認為例外地成立背信罪；此外，「被告係於市建設局中執行勤務之受僱人關係的職工長 S，從事水路建設，基於勞務計畫於其之下投入勞務者與水路乘用物，被賦予具有決定工作方法之權限，被允許對於該市的倉庫和私人公司請求必要的材料。另外，於勞務關係為職長、職工長的被告 R 雖然受到 S 之委任，依照其指示肩負於工事現場配置勞務者和水路乘用物、監督勞動者之義務，但於讓渡該市的砂利、使用該市之乘用物搬運之部分於第三人，並未有獲得對價」，聯邦普通法院認為其職務於投入勞動者之配置和乘用物，於一定範圍處理市的財產，但是「市的財產之保護並非係被告人之勞動契約的本質之行爲客體，義務之履行必須有一定的裁量餘地以及一定的獨立性活動自由才符合之」，因而並未被認為可以適用背信構成要件¹¹⁹；其次，

¹¹⁶ 學者 Lenckner 之見解，請參照上寫一高，前註(113)書，頁 82。

¹¹⁷ BGH NSz 1982, S201。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 82、92。

¹¹⁸ RGSt.69,58(62)。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 82-83。

¹¹⁹ BGHSt. 4, 170(171f.)。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 84、93。

實務見解關於「工廠的受雇人任意地取得工廠內的鐵原物料加以對外販賣」一案，地方法院認為由於被告人具有「重要性的義務領域，從而對於該社團具有特殊的信任關係，因而被課予財產維持義務。」，惟相對於地方法院，聯邦普通法院更進一步地認為：「所謂維持他人的財產上之利益的義務，必須作為基礎之信任關係作為其本質上的內容。」因此被告作為工廠之受僱人其所從事的事項雖然係「作成精鐵壓延設計項目」，但是只不過是依照販售部的通知，因此其職務只是作為「技術性作業工程的組織化」，抑或不論其對於其上司負責，其均只不過係依照販賣部門之訂單而製作設計，從而與背信構成要件不符合¹²⁰。

從上述兩則判例加以觀察，德國實務見解並非僅認為有「裁量餘地」則符合財產擁護義務，尚須思考與本人之間的法律關係的「本質內容」，亦即基本上雖然維持以「一定之重要性、一定之意義的事項」作為前提，但於另一方面，也肯認「義務者之獨立性、活動自由和責任的程度，或者此活動之繼續性和範圍與性質。」只是「裁量餘地之要素」若要具有一定之意義的話，必須「規定財產擁護義務之性質的要素」和「裁量餘地」共同地被充足之時，才能夠肯認該當「背信構成要件」¹²¹。

同樣地著眼於前開之標準，關於「承攬人因國防軍之乘用物修理的承攬契約」所生之義務，實務見解認為：「既然並未有依照信義誠實原則而行為之一般性義務，修理乘用物之部分只不過是一般的委任狀況，契約關係中維持他人利益之義務並沒有升高至如同法律行為之本質內容的信任關係。」¹²²由此可見，在此一標準下，買賣契約、使用借貸、消費借貸等場合，也不會產生背信構成要件中的必

¹²⁰ BGHSt. 5, 187(188f.)。轉引自，上寫一高，前註(113)書，頁 84-85、93。

¹²¹ RGSt. 69, 279(280 f.)。轉引自，上寫一高，前註(113)書，頁 85。

¹²² RGSt. 77,150。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 86。

要的信任關係，縱然雙方存有民事法上的契約關係，亦未必對其中一方當然產生背信罪的財產維持義務。

除此之外，「所有權保留」中於被延長的所有權保留之條件下的買賣契約和讓與擔保，或者是為了擔保之債權讓與契約，亦未必符合背信構成要件。亦即，針對「對於出賣人之買受人商品加入條件，保留所有權直到買賣價金支付予出賣人，雖然允許買受人對該物加工後再加以讓與，但出賣人已取得已發生價金請求權，而更甚者於買主取得該債權之場合，買受人再讓渡時而自己使用該價金」的案例，上級地方法院認為「價金債權」之取得係作為被當作是背信構成要件之前提的信任關係，蓋此種「買受人先行給付」的契約存在與「批發商」類似的信任關係¹²³；但是，聯邦通常法院則是否定信任關係，蓋所謂「背信構成要件」必須以「他人的財產上之利益的維持為其法律關係的本質內容，僅僅是單純地買賣契約之義務的不履行並非背信行為。」，從而本案事例只不過是支付買賣價金的義務，關於移轉售貨款之契約締結，只不過是規定應該履行契約主給付義務之方式¹²⁴。

而關於「被告係 F 有限公司的董事，因為擔保而將 F 對於 B 的債權讓與給 D 銀行，此時若債權如果沒有被支付的話須馬上通知，雖然負有移轉支付價金的義務，但使用從 B 締結取得之金錢去清償 F 的其他債務」，此一因為擔保之債權讓與之案例，德國實務見解則是認為「背信構成要件係以他人之財產上的利益加以擁護，於契約上的義務之場合，當事人間的法律關係主要客體、典型的本質內容，雖然不只是附隨地契約義務，但 F 的典型本質義務係清償價金，僅不過是移轉締

¹²³ BGHSt.1, 186。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 86、94。

¹²⁴ BGHSt.22,190(191)、BGH MDR 1967,S. 173、BGH wistra 1987, S.136。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 86、95。

結契約而償還的金錢」，與前開「所有權保留」之判例相同的思考方式，否定背信罪之成立¹²⁵。在大多數德國實務見解的看法下¹²⁶，這些雙方當事人間所存在的義務，不過是為了「契約的圓滑運行」所生之義務，基本上因為並非具有財產擁護之性質，這些情形不應該被認為具有財產維持義務的可能¹²⁷。

第二目 為他人利益之財產照料義務

而後的德國實務見解則有產生微妙的變化，有引用德國學者 Hübner 所主張「因為他人之利益無法被類型化，他人的利益係與自己相反方向之利益，雙方當事人間的債務關係是以對於他人追求自己利益為特徵。」¹²⁸例如：消費借貸契約則並非係為了他人利益的事務處理為目的之法律行為，則應該置於可罰的背信之外；此外，「背信罪之基礎係以為了他人利益的財產照料（配慮）作為標誌。」、「行為者於義務範圍內部並不重要…而是以為了他人利益之財產照料作為法之

¹²⁵ BGH wistra 1984, S.143。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 87、96。

¹²⁶ 相對於這些實務見解，亦有採取相反的看法認為「使用借貸」、「寄託關係」、「債權讓與」，債權人與債務人間具有一定持續性的依賴，從而被認定存在信任關係。請參照轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 97。

¹²⁷ 惟同樣一邊要求以「財產維持義務」作為本質義務，卻有可能達到不同之結論，蓋「被告依中央稅務機關之代理，對於國庫為了擔保菸稅債務，而占有讓渡之物。卻沒有通知稅務機關而讓與第三人，為了自己之目的而花費該售價款。」的案件，聯邦通常法院則以所有的「讓與擔保契約」可以做為債務人之「財產維持義務」的基礎，中央稅務機關鑑於被告人之經濟狀況，支付包含長期間之消費稅的高額稅，被告人則是被允許對於擔保物之占有，具有慎重保管之義務，被告人係得到稅務機關承認具有於支付售價款之情形下出賣擔保物權限，中央稅務機關則約三週後能夠自行利用占有的擔保物。德國實務見解此時卻認為被告被委託占有該物，此與該契約相關聯之情況下，則產生契約對造的財產上之利益維護之義務，此一義務並非僅是附隨義務，而是被視為契約之主要義務。請參照 BGHSt. 5,61(63f)。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 88、97。日本學者上寫一高認為該則實務的判斷標準應係直接以「財產維持義務」為依據，只是如果有「重要之義務」的話，則可做為當事人間法之關係的本質義務，則「財產維持義務」係行為人所負擔之義務的全體性質，則係一種依照規定而定的標準，則應該認為根本上失其意義。請參照上寫一高，前註(113)書，頁 88-89。

¹²⁸ BGH GA 1977,S. 18(19)。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 89。

關係的前提」¹²⁹，因此判斷標準逐漸往「為了他人之利益處理事務」和「為了他人利益之財產照料」的方向¹³⁰作為基準，契約關係中為了他人利益的財產照料之義務則為契約關係的本質。

只不過也並非所有為他人利益的財產照料（配慮）義務之違反均會被當作成背信罪，例如：「律師依照其委任之事務處理收取金錢而沒有交付給本人（委任人）」，實務認為「於刑法第 266 條中，整體契約上信任關係之違反，並非屬於依照背信構成要件所要被保護之義務」從中區別「適時交付金錢之義務」和「不包含通常信任之其他債務關係的交付義務和清償義務」，藉此否定背信罪之成立，以及「股份有限公司的董事之財產維持義務，即使對於董事之公司的關係是作為全體之信任關係，也不包含因為競業禁止違反所產生之公司歸入權的部份」，基於這樣的關係，或者是因此一關連所產生的所有義務，並不屬於為了他人義務此一實現背信構成要件的範圍¹³¹。

而學者 Holzmann 則是一方面要求「作為背信構成要件之基礎的重要性」和「本質內容的財產維持義務」兩個基準，一方面認為契約關係是事務處理之要素的時候，儘管是契約上的主要義務、附隨義務，於背信構成要件中亦有可能會產生財產維持義務。

於此觀察德國學說之見解，在判斷「應該如何理解財產維持義務」部份很難說有獨立之判斷標準，蓋德國學說的想法也是以追尋判解之基準的傾向較多。或

¹²⁹ BGH NJW 1983, S 461、BGH wistra 1987, S 136(137)、BGH NJW 1991, S.2574。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 89。

¹³⁰ BGH NStZ 1989, S. 72(73)。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 89。

¹³¹ BGH NStZ 1986,S.361(362)[=StV 1986,S.204]；BGH NStZ 1995,S. 233(234)；BGH NJW 1988,S. 2483(2485)[=NStZ 1988,S. 217]、BGH NStZ 1986,S. 361。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 100。

有以 RGSt. 69, 58 的基準為依據認為：「行為人為此一活動之際，必須有一定之決定自由，獨立性之活動自由¹³²，並且該義務必須是據有一定的重要性¹³³」，以及依照 RGSt. 71, 90 的標準，財產擁護義務必須是「當事者間關係典型的本質內容」，而被認為應該是屬於「主要義務」才可以¹³⁴。從此一判準可以得知，前者之標準，則是要排除「單純地『下位從屬』或者是『機械性活動』之義務」，而後者之標準，則是要排除「因為契約所產生附隨之義務」，例如：出賣人之情報通知義務、使用借貸之租借人的通知義務、所有權留保和讓與擔保契約之場合、買賣契約全體或者消費借貸契約全體範圍中，買受人和借貸人之標的物保管義務。

但是，是否只要是契約關係中的「主契約義務」則能夠被認為係「財產維持義務」？可能學說見解亦非一致，蓋學說亦有認為，即使是「主契約義務」，「維持、增加自己的財產」此乃契約當事人自己的問題，關於他人之財產的自己給付是為了取得他人反對給付的給付交換契約之場合，也從刑法第 266 條適用領域被加以排除，例如：買賣契約中出賣人的標的物之移轉義務、出賣人的支付價金義務、租賃契約中出租人的租賃物交付義務、租賃契約承租人支付租金義務，於勞動關係使用人和使用者單純地給付交換義務¹³⁵；德國學者 Hübner 則有類似見解認為「濫用構成要件」和「背信構成要件」共通地在於「必要財產保護關係之事務處理」，亦即「本來應該係本人為之的情形，而交由他人加以承擔，獨立地必

¹³² 相類似之看法學者 Lenckner 認為於「背信構成要件」中，行為人被委任之活動不應係被指定詳細的細目，即使有給予一定之方針或目標的框架，應該仍有以自己承擔責任為決定的空間。請參照上寫一高，前註(113)書，頁 102-103。

¹³³ 學者 Lackner 也肯認「對他人財產上之維持義務」之形成，必須以當事人間所伴隨的一定之重要義務作為本質內容。請參照上寫一高，前註(113)書，頁 102-103。

¹³⁴ Kohlrausch-Lange 之見解，請參照上寫一高，前註(113)書，頁 102。

¹³⁵ Maurach/Schroeder/Maiwald、Weber 之見解，請參照上寫一高，前註(113)書，頁 102。

要為了他人處理之經濟活動」，因此針對為了本人之行為的問題，如果只是「契約相對人之給付義務」，「為了他人之利益卻無法被類型化者」則不應適用背信罪¹³⁶。爰此，依照德國學說之見解亦有認為不能直接將民法契約關係中的主契約義務直接視為背信罪所要保障之「財產維持義務」。

第三目 類型化整理（一）-監督、管理、處分及命負義務之權限者

若將學說間依循實務見解所肯認成立背信罪之案例加以分類，大致上可以區分為三類：(1) 行為人具有「包括性監督或管理他人財產」之義務，或者「處分他人財產」或者「具有令其對他人負擔義務的權限」，例如：股份有限公司的董事¹³⁷、有限公司的董事¹³⁸、股份合資公司負擔人之責任的社員¹³⁹、業務執行組合員¹⁴⁰、儲蓄銀行的支店長¹⁴¹、關於儲蓄銀行職員¹⁴²、市長¹⁴³、運動協會的理事長¹⁴⁴、

¹³⁶ Hübner,之見解，請參照上寫一高，前註(113)書，頁 102-103。相反地，如果是「為了他人之利益而能夠被類型化」的情形，則多半會被視為具有「財產維持義務」。只不過學者 Labsch 認為以此種財產維持義務之存否去判斷有無事務關係，基本上未必明確，蓋除了無償的委任契約之外，通常受有報酬的契約，存在行為人為了自己利益的場合，結論上雖然是為了他人之利益，但是也存在為了自己了利益，無法從「為了他人之利益」此點而明確之區分。請參照上寫一高，前註(113)書，頁 103。

¹³⁷ RGSt. 71,344。

¹³⁸ BGH NSTZ 1984,S. 118。

¹³⁹ BGH wistra 1986, S 69。

¹⁴⁰ RG HRR 1939 Nr. 670。

¹⁴¹ BGH NJW 1955,S. 508。

¹⁴² BGH MDR 1979,S.636。

¹⁴³ BGH GA 1956,S121。

¹⁴⁴ BGH NJW 1975,S 1234。

破產管財人¹⁴⁵、遺囑執行人¹⁴⁶。

第四目 類型化整理（二）-被賦予為法律行為之權限與被委託因為他人之利益而指定金錢的使用用途者

（2）行為人因為他人而被賦予為法律行為之權限：例如：德國商法規定必須致力於「媒介」或「締結」交易之人，必須以「維持本人利益」為主，像是代理商、批發商、受託人、律師、作為專門被委任處理契約締結的經紀人、作為具有強制收取債權權限之旅行業者、運送人、執行官等，並且如果是其所為之法律行為係屬無效的情形或者是單純地是事實上之行為，則雖然不會成立濫用構成要件，但是可以以背信構成要件加以處罰。從而，此一類型下，除了單純地被允許作為媒介之行為（使者）之外，行為人所為之行為如果該行為被賦予得以處分「本人之財產」或者是「實質上歸屬於本人之財產」的權限，則該行為人得為行為主體。

並且，如果行為人被委託因為他人之利益而指定金錢的使用用途的情況，其實也可以劃歸到第（2）種類型，例如：「被告雖然為了他人利益購入商品而收取金錢，但是被告非但沒有購入商品，也沒有返還所收取的金錢，而為了自己的目的加以消費」¹⁴⁷，因而被論處背信罪、另外「被告與訂購人間之法律關係是民法上的買賣關係，被告的主要義務係交付該商品，雖然前項所述之義務並非被告唯一的主要義務，但是係本質性事務處理之『非常重要的義務』，被告所肩負的義

¹⁴⁵ BGHSt.15,342 m.Anm.。

¹⁴⁶ RGSt. 75,242. 按上述註（120）至（129）部份，請參照上寫一高，前註(113)書，頁 105-106。

¹⁴⁷ BGHSt. 1,186. 轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 108

務並不只是保有自己的資本，利用訂購人預付之金額來調度所訂購之物是很重要的，而其所伴隨的資金援助納入商品的使用義務則是『信任關係』，此一具有委任關係的內容，則與進口批發商的委託相近。」¹⁴⁸，從而如果有所違反也成立背信罪、而所謂「建築費用分擔金」的案例，判例認為使用租賃之人為了得到自己的住居，對於出租人提供建築資金的場合，出租人因為其收取該資金而有整理該住居的義務，此一義務則有類似委任契約，並不完全以自己資金為之，而是必須以承租人先前所給付的資金加以調度為建築資金，此時則被認為具有「財產擁護義務」¹⁴⁹。

其他因為該金錢具有特定的使用目的，從而被認定具有特別信任關係之例子，包含「被告A想向X租借飲食店，但其租借的資金不夠，批發商人B則雖然在口頭合意下願意提供資金給A，而A必須將X飲食店的菸類物品購入，但A對於該資金是為了向Y承租別的飲食店，因此沒有為了B將X飲食店的菸類物品購入的消費借貸的案例。」¹⁵⁰以及「契約一方的當事人在通常債務關係的範圍內，全部或一部先行之給付，對於相對人之通報即使是一種信賴，然而並不是一種刑法上重要的信賴關係」¹⁵¹換言之，一定要是以資助先行給付者的利益為目的，利用這種先行給付的情形，在限定的條件下有所違反時，此種利用情形才會該當背信的構成要件。

¹⁴⁸ BayObLG wistra 1989, S.113。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁108

¹⁴⁹ BGHSt. 8,271(272)；BGH MDR 1954,S. 495. 請參照上寫一高，前註(113)書，頁113。

¹⁵⁰ BGH MDR 1969,S. 534。請參照上寫一高，前註(113)書，頁115。

¹⁵¹ BGHSt. 28,24。請參照上寫一高，前註(113)書，頁115。

第五目 類型化整理（三）-對直接性管理財產之行為具有任務性者

（3）行為人為他人，對於金錢的出納等直接性管理財產之行為，具有任務之人：第（3）類之類型則是「從第三人處收取金錢」或「支付金錢予第三人」，但是反過來說的話，本人之債權債務之消滅或者是現金的增加或減少，至少事實上對本人之財產的處分具有一定的權限。例如：「作為薪資主任擔當官、因為以電腦計算薪資，評價個別勞動者的薪資卡，負有登錄勞動時間於薪資表上的被告，於薪資台帳上為虛偽內容之記入，從中央窗口終將原本應該作為勞動者之薪資，為了自己之用而加以消費」的事案，聯邦通常法院認為要以**一定重要性之事項作為要求**，從而「被告對於薪資卡之評價與薪資表之作成負有義務、應該準備相關書類、薪資是被正當計算、支付是重要考慮任務，為勞動者以現金支付薪資是行為人對於該帳戶具有請求之權限和處分之可能性，被告具有重大信賴關係以及保護企業之財產利益的義務，是勞動契約的典型本質內容」¹⁵²。惟單純但是依照此一標準，會產生問題的是將使得則「地位沒有很高者」也有可能被認為具有財產擁護義務¹⁵³，因此聯邦通常法院認為為了委任人而為金錢上之管理、收受、以及交付在實務上經常被認定為財產上之利益，因而為了委任人之管理收受以及交付的活動不僅是一般之情形，必須為了交付與收受的監理而製作帳簿，必要的話要提出收據，更進一步必須要把錢加以交付，從而必須是以「**一定的獨立性和活動自由**」為前提的活動始屬之¹⁵⁴。

¹⁵² RGSt,69,279；BGH GA 1979, S. 143。請參照上寫一高，前註(113)書，頁 112。

¹⁵³ 例如：負責徵收收音機收聽費用的郵局人員(RGSt.69,58)；關於火車站負責收取售票口之人員，對於支付價金者販售乘車券，其保管收取而得到之金錢，於售票職務終了後應該將取得之金錢移轉給集合金庫，負有對於維護鐵路上財產利益的義務，此義務係售票口管理的本質內容，而成立背信罪（BGHSt.13,315）。請參照上寫一高，前註(113)書，頁 105-106。

¹⁵⁴ 上寫一高，前註(113)書，頁 107-108。

第六目 對抗經濟犯罪策略提出前之特殊類型

除上述三種類型之外，德國實務見解論處背信罪之行為，早期尚包含與「資料不正輸入階段、處理階段以及輸出階段」有關之「不正操作」行為¹⁵⁵，例如：

「被告擔任巴伐利亞州內的職業安定所兒童治療部門的負責人員，其偽造代替其他負責人員之簽名之記號，不法地將 5000 馬克到 10000 馬克的兒童治療追加支付金額匯入自己數個帳戶以及家族成員其中一人之帳戶，10 個月間不正操作 29 件，使自己和超過 80 歲的祖父母取得相當於 25 萬馬克的兒童治療費用…被告於 1973 年被論處背信罪、偽造文書罪與職務上偽造文書罪，科處 3 年有期徒刑。」

¹⁵⁶，以及屬於「輸入不正操作」之實例；「不正操作指令」之案例則是例如：「被告於一家位在西德的大型股份有限公司擔任電腦程式設計師，其利用特別為該公司製作的指令，植入一個虛構人員的工資資料於電子資料記憶裝置中，因此當該公司匯款進入該虛構人員的帳戶時，則等同匯進自己所開設的帳戶，雖然行為人以這樣的犯罪手段在數家公司都有得手，但是如果此些公司仔細地依照電腦做成工資明細表、核對用之清單、出納一覽表以及貸借對照表的話，應該便能察覺。該行為人為了支票記號不被察覺，對於工資支付指令加以變更，使得關於該名虛構人員之支付不會被印刷在工資明細表上，因此也不會出現在依照電腦指令所製作的核對清單上…因為在稅務署比對工資所得稅之差額時，偶然地發現此一不正操作時，行為人已經不當地取得 19 萬 3000 馬克，最後成立詐欺罪與背信罪，科

¹⁵⁵ 於此包括「處理階段的偽造」、「不正操作指令」、「控制台之不正操作」等受重視的部份，後來於德國此多被歸納於關於「電腦犯罪」之刑事學的範圍。請參照 Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，前註(75)書，頁 169。

¹⁵⁶ *Siber, Computerkriminalität*, S.47 ff.; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht* S.151 f.。轉引自 Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，前註(75)書，頁 169、188。

處 2 年有期徒刑」¹⁵⁷。不過此二特殊案例，於後來德國提出對抗經濟犯罪之策略時則有制定電腦詐欺罪加以處理，其後則不被劃歸到背信罪之範疇。

第二款 德國特別法上之規制-廢除特別背信的立法模式

第一目 經濟犯罪對策之發展

德國經濟刑法之構成要件設計與國際、國內之經濟均有相關，後者則是以刑法針對「國內經濟秩序」加以保障，而此一經濟秩序之規制範疇包含正當自由的競爭制度、國家監督或認可之型態加以保障，其範疇包含能源、交通、保險以及信用經濟，基於整體經濟上和個別經濟上的各種理由，使得此一範疇具有特殊的地位，國家機關對於企業經濟交易之許可、契約締結之活動同樣地予以刑罰(設立詐欺、銀行破產、背信、信用與投資詐欺等)加以規制，從而作為經濟交易的手段和道具(帳簿和借貸對照表、背書、支票、電子式情報處理設施或者其他替代現金支付之方法等)被認定具備刑法上之重要性¹⁵⁸。並且「電腦犯罪、轉帳款、營業秘密、專業技術或者是其他情報」所呈現之各式各樣無形的行為客體，德國立法者於 1986 年 5 月 15 日的第二次經濟犯罪對策法中導入新的刑罰規定(尤其是德國關於「電腦的不正操作、電腦間諜、電腦破壞行為、電腦資料之無權取得」於此時成形)，除了為了因應竊盜、侵占之行為客體限於「財物」之構成要件而無法處理「銀行帳戶轉帳匯款」所創設之「債權(利益)」情形，考慮增設銀行自動交易機之濫用之外，原本刑法中存在的「詐欺罪」、「偽造文書罪」亦被提出加

¹⁵⁷ *Siber, Computerkriminalität und Strafrecht*, 2. Auflage 1980, S. 58f.。轉引自 Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，前註(75)書，頁 169-170、188。

¹⁵⁸ Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，前註(75)書，頁 110 以下。

以重新檢視，而「背信罪」亦不例外。德國刑法第 266 條之背信罪也和詐欺罪一樣產生「可罰性空白」之疑慮，由於依照當時德國(西德)之判例，以「**一定的行為裁量**」、「**一定之獨立性**」和「**自己責任**」為成立背信罪之必要要件，從而對於欠缺上述之要件「**鍵盤穿孔器操縱員(Keypuncher)**」、「**程式(指令)設計員(programmer)**」、「**操作員(operator)**」以及企業外之人無法適用¹⁵⁹，因而在詐欺罪的部分增設「**電腦詐欺(德刑法第 263 條 a)**」，涵蓋了上述原本以背信罪為依據與無法以背信、詐欺加以處理的案例類型(雖然，持卡人濫用所持卡片額度此一契約侵害的當罰性存在討論之餘地)；而對於從從事該職業，於雇用關係中或有效的實習期間，將「**營業上秘密或企業秘密**」洩漏給第三人，則是對於造成刑事偵查可能提早介入的不正競爭法第 17 條加以補充修正。

而德國之「**資產負債表(貸借對照表)刑法**」所處理的行為態樣係指「**粉飾不正或者是不完全的資產負債表**」，或者是「**對於製作資產負債表之製作有所懈怠**」，關於「**資產負債表**」的犯罪類型，通常必須搭配先行或者是後行之犯罪行為(例如：逃漏稅捐、詐欺、侵占、背信或破產犯罪)，像是「**資產項目之捏造**」(如盤點資產，由於無法掌握各式各樣的在庫管理資產，造成管理上的困難)、「**信用詐欺(德刑法第 265 條 b)**」、「**公司設立時的虛偽記載(股份法第 400 條第 1 項第 1 款、有限公司法第 82 條第 1 項第 1 款)**」等情形，只不過雖然「**資產負債表刑法**」對於普通刑法典而言係特別刑法，但規定上則是與 1985 年 12 月 19 日 EC 資產負債表指令法相同，然而如今「**不正計入帳簿**」、「**不正盤點**」、「**不正資產負債表之作成**」並不處罰。當然，一定的經濟狀況或企業型態只是個別的刑罰構成

¹⁵⁹ 其中關於 DV 裝置的指令雖然涉及專門知識，但是其處理之結果，通常都是基於沒有裁量餘地的正確指令，因此無法適用背信罪，關於「**輸入指令**」部分，反而是負責檢查者有適用的可能性，而對於「**輔助負責者**」而言，德國實務下級法院則是只要符合「**一定裁量餘地**」的場合，則肯定背信罪之適用。請參照 *Siber, Computerkriminalität und Strafrecht*, 2. Auflage 1980, S. 247ff.。轉引自 Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，前註(75)書，頁 177、188。

要件，稅務資產負債表之偽造在德國法上並不加以處罰，以逃漏稅捐為目的而偽造資產負債表則是屬於租稅基本法第 370 條規定的犯罪行為，而聯邦通常法院判決(BGH, MDR 1983, 422)強調：「做成資產負債表」此一行為尚未達逃漏稅捐的未遂程度。而無例外的是關於「商法的資產負債表」，首先是刑法第 283 條第 1、5、7 款、第 283 條 b(雖然未必是帳簿上的瑕疵為理由)的支付停止，破產程序開始或者是因為欠缺財產破產開始程序被駁回；其次則是關於全部資本公司，於股份法第 400 條第 1 項第 1 款、有限公司法第 82 條第 2 項第 2 款之外，增加商法第 331 條第 4 項對於「檢查人虛偽報告」、商法第 332 條「檢查人不正承認」，而增加有限公司內部的嚴格性¹⁶⁰

第二目 回歸普通刑法中之背信罪

而對抗經濟犯罪之策略是否有於其他商事法規當中規定類似德國刑法第 266 條之背信罪，從結論上是沒有的。德國之商事公司中最重要的形態就是「有限公司」，有限公司之經濟犯罪被認為十分顯著的在於該公司型態之設立，因為只要 5 萬馬克的資產，設立時僅僅先支付 2 萬 5 千馬克，從而鑑於有限公司特別地容易出現犯罪情形，立法者則特別在有限公司法中制定一連串的獨立的刑罰規範。例如：82「虛偽報告」、84 條「損害、支付無能力或於債務超過時的義務違反」、第 85 條「守密義務之違反」。而原本公司法上的特別背信罪之構成要件(舊有限公司第 81 條 a)於 1970 年代則加以刪除；關於背信則於現今一般都依照刑法第 266 條的一般構成要件加以適用¹⁶¹。

¹⁶⁰ Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，前註(75)書，頁 214-225。

¹⁶¹ Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，前註(71)書，頁 227-229；Thomas Rönnau，甲斐克則、岡部雅人、辻本淳史 譯，「經濟犯罪としての背任」，頁 92。參考網址：

第二項 日本實務典型案例

第一款 背信罪之典型事案

關於背任罪之討論，通常聚焦在有特定身分之人，亦即為本人而被賦予管理本人之財產的權限之人，像是公司其他法人之僱員、公務員、無行為能力者之法定代理人、信託財產的受託者等等，而典型案例則例如：為本人購入業務執行上必要之物品，然而行為人(業者)為圖自己之利益而以不當的高價購入；或以不當之低廉價格為本人出賣財產，適當價格與低廉價格間之差額造成本人之損害；或是雖然可以估計債權回收不完全，但仍未採取保全債權之適當手段的不良授信的行為；或者是為他人於本人計算下所為債務保證、發出融通票據或背書等負擔債務之行為造成本人資產狀況惡化之情事；以及雙重抵押與監督工事之懈怠等¹⁶²，是故，下列則先行統整、說明日本實務見解認為成立背任罪之案例。

第一目 債權之二重讓與及二重抵押

此部分之案例涉及「礦業權」、「電話加入權¹⁶³」與「指名債權¹⁶⁴」之二重讓與情形，亦即行為人針對此些權限與他人締結契約之後，復與第三人締結相同內容之契約，因而行為人與第三人締結契約讓與被認定對於該他人係違背任務之行

<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/activity/pdf/18/12.pdf> (最後瀏覽時間：2011年5月2日)。

¹⁶² 藤木英雄，「經濟取引と犯罪-詐欺、横領、背任を中心として」，頁68-69，有斐閣，昭和42年7月20日，初版第3刷。

¹⁶³ 大判昭和7.10.31 刑集11.1541。

¹⁶⁴ 名古屋高判昭和28.2.26 判特33.9。

為，並且造成該他人財產上之損害；以及所謂「二重抵押」係指在設定抵押權、完成抵押權登記之前，為了抵押人(甲)與抵押權人(乙)以外之第三人(丙)，先設定新抵押權並抵押權之登記，而接受融資之行為，亦即，因為「抵押權之優先順序」並非依照抵押權設定之時，而是依據「抵押權登記之先後」而定，由於對於後來的抵押權人(第三人丙)先為抵押權之登記，取得第一順位的抵押權，使得原先設定抵押權之人(乙)僅能取得第二順位之抵押權，喪失原先所預期之擔保價格¹⁶⁵。對於「原先預期擔保價格之喪失」是否造成原先設定抵押權之人(乙)的財產上之損害，雖然早期日本實務見解¹⁶⁶有認為係成立詐欺罪，但後來近期之日本實務見解¹⁶⁷認為應該成立背信罪。

第二目 財產管理上之不正行為

關於「財產管理上之不正行為」係指國家機關、公司或相關團體之職員，對於其業務營運上之必要的不動產或物品進行採購時，給予特定業者便宜之價格或購入不良品，並且收領金額的行為態樣，雖然收領金額之部分會由收賄罪加以處理，但給予特定業者便宜之價格則是否成立背信罪則有爭議¹⁶⁸。日本實務見解¹⁶⁹

¹⁶⁵ 藤木英雄，前註(162)書，頁 122。

¹⁶⁶ 大判大正 1 年 11 月 28 日刑錄 18 輯 1431 頁。轉引自藤木英雄，前註(162)書，頁 122。

¹⁶⁷ 最判昭和 31 年 12 月 7 日刑集 10 卷 12 号 1592 頁。轉引自西田典之、山口厚、佐伯仁志，「判例刑法各論」，頁 290，有斐閣，2006 年 3 月 25 日第 4 版。

¹⁶⁸ 藤木英雄，前註(162)書，頁 186。

¹⁶⁹ 大判大正 5 年 6 月 3 日刑錄 22 輯 873 頁(關於承攬工事之部分，由於對於承攬人的專業倚賴性高，明知有瑕疵的物品卻仍購入之情形，則是違背承攬人之工事監督的任務)。轉引自藤木英雄，前註(162)書，頁 188-189。

於「所採購之物品存有品質不良」之情形下，較易認定成立背信罪，蓋由於負責採購之人在見過物品之情況下，知道其品質不良卻仍加以購入屬於「任務之違背」無疑，而所支付的對價則會變相地造成本人之財產上損失，從而此種情況下會成立日本刑法第 247 條之背信罪。

再者，關於「以不當低廉的價格處分財產」之部分，尤其是針對「土地、山林」等不動產以及「貴重金屬」與「文化財」之財產處分，例如日本實務見解有認為「需經過上司裁決的縣有林木之販賣，具有提出報價職務之職員為圖特定業者之利益，原本適用於建築用材總價 500 日圓的木材，卻以不適用於建築土木之用，而以出賣國有林木之價格 51 日圓由其上司建築課長為裁決，而向業者稱其提出 60 日圓的報價單的事件，該出售國有林木之實際價格與一般適當之價格間的差額應屬於對於該縣所在成之財產上損害，從而成立背信罪¹⁷⁰。」此外，像是質物之保管人將質物返還給債務人¹⁷¹、因為股份之目的而設定質權者，即使於其後交付質權人股票，到清償融資金前，應該負擔該保全該股票擔保價值的義務，則違背質權設定人之義務，以虛偽的理由得到除權判決使其股票失效¹⁷²、替木材所有人物色買家的斡旋者原本得以 6200 日圓出售，卻為了 800 日圓的回扣，而與買受人通謀向出賣人表示以 7000 日圓的價格出售，浮報 800 日圓的價額¹⁷³等均會成立背信罪。

¹⁷⁰ 大判昭和 9 年 5 月 28 日刑集 13 卷 769 頁。轉引自藤木英雄，前註(162)書，頁 191-192。

¹⁷¹ 大判明治 44 年 10 月 30 日刑錄 17 輯頁 1698。

¹⁷² 最決平成 15 年 3 月 18 日刑集 57 輯第 3 卷頁 356。

¹⁷³ 大判大正 12 年 3 月 21 日刑集 2 輯頁 242。

第三目 違法授信（放漫貸付）

所謂「違法授信（放漫貸付）」係指由於銀行作為收集大眾之金資、存款而貸予企業資金以融資的金融機關，為了保障存款戶之存款債權或者是其他團體或股東的利益，在該資金的運用上必須格外謹慎小心，從而以此觀點觀察，則不只是「銀行」，其他具有收集資金的「信用合作社」、「農會」等金融機關的職員，在決定提供貸付業務時，為了不讓所貸予之金額無法回收，則必須要求該申請貸付資金的企業提供足夠的人保或物保¹⁷⁴，倘若負責之職員怠於其應盡之義務，尤其是「無擔保的貸付」在違背「保全債權之任務」此點上多會被認定成立背信罪，具體案例上則在「主觀要件的圖利目的」、「擔保權之喪失有無造成損害之發生¹⁷⁵」、「財產損害額之認定¹⁷⁶」等議題上有所爭執，而依照該國實務判解所整理出的類型包含「票據貸款」、「證書貸款」以及「透支貸款」等情形¹⁷⁷。並且，日本實務見解¹⁷⁸認為違法授信的貸方縱然行為時具有清償的能力，也不會影響損害額之認定。

¹⁷⁴ 藤木英雄，前註(162)書，頁 233-234。

¹⁷⁵ 關於「擔保權之喪失有無造成損害之發生」是否屬於財產損害之討論，日本實務見解並不一致，早期實務見解有認為擔保權雖僅為可能取得之債權，但若使其滅失仍會造成財產上之損害（大判大正 13 年 11 月 11 日刑集 3 卷 788 頁），從而像是「未屆清償期而除去抵押權」或者是「返還為本人之質權或讓與擔保權而占有之有價證券」等行為均被認定成立背信罪。

¹⁷⁶ 關於「損害數額之認定」，日本實務見解認為「出現現實不能回收債權之情形時，『原本貸付之金額』（現實的損害）與『利息』（將來可取得之利益）均屬於財產的損害範圍。」請參照大判大正 15 年 9 月 23 日刑集 5 卷 427 頁、大判昭和 9 年 6 月 29 日刑集 13 卷 895 頁。轉引自藤木英雄，前註(162)書，頁 236。

¹⁷⁷ 上寫一高，前註（113）書，頁 289。

¹⁷⁸ 大判大正 8.1.23 刑錄 25 輯 49 頁、福岡高判昭和 26.11.13 高刑判特 19 号 38 頁、東京高判昭和 29.7.1 東高刑時報 5 卷 7 号 277 頁

第四目 偽造有價證券與票據貼現

涉及有價證券與背信行為間的議題，則聚焦在「負擔票據債務」、「偽造有價證券」以及「融通票據之簽發」是否可能成立背信罪。所謂「負擔票據債務與背信」係指與本人間具有委任或事務管理關係，而具有簽發票據或背書、保證權限之人，為了自己或第三人之個人花費用途或對於第三人，利用本人之信用而給予金融的利益，超過其權限地濫行為票據簽發、背書或支票簽發、保證之行為；而所謂「融通票據」本身係一種既沒有原因債務也沒有對價的授受，專門為取得金錢的融通而發出的票據。它不是以商品交易為基礎發生的票據，而是為了資金融通簽發的一種特殊票據，例如：甲企業因為某種原因出現了資金暫時短缺的現象，急需一筆周轉資金。但是由於甲企業規模小，經營狀況不穩定，銀行認為其信用程度不高，不肯貸款給甲，於是甲企業打算向關係很好的乙企業借錢。於是開出一張兩個月後到期的匯票交由乙企業承兌，乙承兌後就負有了對該票據的支付責任。顯然甲企業對乙企業未給付任何對價，換言之，甲、乙兩企業之間沒有真實的貿易背景，匯票的開立只是建立在雙方的信用之上。此時，甲企業可拿此匯票籌措資金，譬如到銀行貼現。從而甲企業就得到了短期資金的融通¹⁷⁹，此時如果甲企業後來無法償還乙企業價金並且銀行向乙企業要求承兌的話，則當初乙企業簽發融通票據給甲的負責人對於乙企業所受之財產損害是否成立背信罪之爭議。

其中關於「偽造有價證券與背信行為」之部分，日本實務見解則有認為：「銀行內規嚴禁為票據保證行為，銀行分行經理因為顧客事業資金的調度，而為支付票據之保證行為…此時為圖自己或該顧客之利益的目的…由於該行為係超出其

¹⁷⁹ <http://ppt.cc/TJxB> (最後瀏覽時間 100 年 2 月 7 日)

原有權限而冒用本人名義所作成…由於分行經理屬於代理人或表見代理人，該內規之限制效果無法對善意第三人產生作用，造成作為本人的銀行必須承擔票據債務，從而除了有價證券虛偽記載罪外，同時應成立背信罪。」¹⁸⁰從而由於行為人欠缺簽發票據行為的具體權限，卻偽造有價證券並且為虛偽記載，該行為本身屬於偽造有價證券之類型化犯罪無疑，但倘若於外觀上形成「表見代理」使得本人必須承擔責任時，則會成立背信罪。

第二款 特別背任罪之典型案例

日本之特別背任罪一開始係規定在該國商法第二篇第七章的罰則第 486 條，從第 486 條到 499 條是該國商法的罰則部份，於明治 32 年制定商法之初，雖然多為行政罰之規定，但於明治第 44 年改正時開始設立關於股份有限公司與兩合公司之發起人、董事、經理等之股東會詐欺罪、自己股份取得禁止之違反、非法股利分配、營業之範圍外的投機買賣行為等具有期徒刑和罰金的罰則。

主要理由在於依照日俄戰爭後的經濟發展，公司的員工之不法行為對於社會影響力增大，因而股東和公司債權人之權益也會大受影響，為了加以遏止此些不法行為，依照德國商法來加以立法；並且因為社會經濟活動力之增大，所涉及利益關係人之範圍亦隨之擴張，公益的保障被認為是具有絕對的必要性，在昭和

¹⁸⁰ 東京高判昭和30年10月11日高集8卷7号934頁。轉引自藤木英雄，前註(158)書，頁296。類似案例「銀行的支店長，對於沒有清償能力、經營狀態惡化的公司所開出的本票，以銀行名義為票據保證之同時，將該票據向金融業者貼現以籌措款項，將與該帳面金額同額之資金匯入該公司在該銀行之活期存款的帳戶當中」，實務見解認為該存款減少了該公司當其透支結餘額度，創造出該公司具有清償能力外觀，然而該存款當作是過去債務的清償，該存款不得被認為係歸屬於銀行，但是如果財產上的損害要以經濟的觀點來評價的話，「反對給付」的認定也應該以經濟的觀點來加以評價，如果是這樣的話，該事實關係中的反對給付，仍然不應該被認為係能夠屬於銀行，從而無法被評斷是抵銷該損害。請參照最決平成 8.2.6 刑集 50 卷 2 号 129 頁；川琦友巳，「背任罪における財産上の損害の意義」，頁 210-211，收錄於西田典之、山口 厚、佐伯仁志，刑法の争点，有斐閣，2007 年 10 月 30 日。

52年、56年與平成9年幾次改正案均大幅追加、強化處罰之罰則。比較特別的是，私人企業的員工被要求與公務員一樣要具有廉潔性，從而於第494條增加「收受不正請託」之要件；此外也因為「職業股東(總會屋)」事件無法被杜絕，仍存有大規模的利益提供，平成9年提高第497條之法定刑度與增加要求利益罪¹⁸¹。而於日本商法原先是將公司、保險、海商與票據冶煉於同一部商法典中，惟於平成17年(2005年)成立並公布「公司法」，並於平成19年(2007年)完全施行，關於公司法罰則之部分則係於該國公司法第960條(發起人、董事)、第961條(代表公司債權人等)規定規範特別背信罪，並且與第962條規定未遂行為之處罰。除了公司法中存在關於特別背信罪之類型以外，日本的保險業法第321、322條有與公司法相同之規定，中間法人法第157條(理事等之特別背信罪)、破產法第267條(破產管理人之特別背信罪)、公司更生法第268條(智財人等的特別背信罪)均有類似之規定¹⁸²。而以下所討論日本的「特別背任罪」，主要是以「行為態樣」做為分類基礎，亦即日本學說討論大多都鎖定於「不良貸付」、「粉飾決算」、「董事的自己買賣、利益相反之買賣」、「收受回扣」以及「營業外支出」等事件，本文則先就此些案例介紹日本實務見解之看法。

¹⁸¹ 佐々木史朗編，「判例經濟刑法大系(第一卷)」，頁1-2，日本評論社，2000年7月5日初版第一刷。

¹⁸² 北村雅史、柴田和史、山田純子，「現代会社法入門」，頁350，有斐閣，2010年4月5日第3版第1刷；齊藤豐治，「刑法各則の犯罪類型と經濟刑法」收錄在前註(75)書，頁22；刑事法令研究会編著，警察庁刑事局刑事企画課監修，「刑事法重点講座-財産犯(下卷)」，頁77，立花書房，平成4年3月1日初版一刷。

第一目 違法授信（不良貸付）

所謂「不良貸付」其實與前述之「放漫貸付」是同一類型，係指銀行的員工雖然可以預見到借貸出去的資金有回售上的困難，但仍然在沒有十分充足的擔保措置下，將資金貸出的情形，在行為態樣的認定上與我國背信罪與特別背信罪當中的「違法授信」較為類似，大多係銀行負責授信之人員未遵守一般正常授信的程序，將銀行資金貸出，在我國實務見解亦多認為銀行負責授信之人員如果主觀上是明知客觀上未遵守正常授信的流程貸出銀行資金，基本上會被認定係「違背任務」之類型，依照違背任務之時間點在民國 89 年 11 月 1 日之前或者是之後，分別適用刑法第 342 條的背信罪或者是銀行法第 125 條之 2 的背信罪。

惟日本實務見解則係認為銀行人員若為圖借款人之利益，在沒有十足充分的貸款之情況下仍將資金貸出，自然符合背任罪「違背任務」之構成要件以及所要求行為人主觀上之圖利加害目的，客觀上之違背任務與造成銀行財產上的損害等要件，而有問題的應該在於「借款人更進一步地追加貸款，銀行人員仍繼續授信之行為」之情形是否成立特別背任罪。對此，日本實務見解有認為：「…作為銀行高級職員(董事)…，對於此些公司應該停止貸款之增加，關於既存的貸付款項，應該適時地處分擔保物件加以回收債權，即使在擔保物件的適時處分之必要的情形，為了避免此些公司倒閉而多少需要資金的話，再增加資金的部份也應該係以必要最小限度的額度，並且對於債權的保全要有萬全的對策。」¹⁸³從而，由

¹⁸³ 東京地判昭和 36 年 4 月 27 日，下刑集 3 卷 3=4 号，346 頁(千葉銀行事件)。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 289-290。關於「千葉銀行事件第二審判決」內容針對接受融資方有罪與否做出與第一審不同之認定：「千葉銀行董事 A 對於經營商事公司的 B 為不正融資，成立特別背任罪，第一審對 B 雖然認定其為背任罪之共同正犯，但第二審認為無罪。」，該判決主旨「欠缺身分之人關於具備身份之人所為之違背任務之行為，以具有等同具備身份之人的認識程度為必要。」從而 B 欠缺等同 A 之認識程度應為無罪之理由，請參照東京高判昭和 38 年 11 月 11 日。轉引自芝原邦爾、西田典之、佐伯仁志，「ケースブック經濟刑法」，頁 141，有斐閣，2005 年 4 月 15 日，第二版；相同的實務看法認為：「對於新的融資，雖然確實會讓該次買賣的相對人業績恢復，但如果關於債權保全沒有萬全的措置，正當的救濟融資是不被允許的。」請參

於千葉銀行高級職員於存在多額的不良債權的情況下，仍追加貸款四億日圓，被認定成立特別背任罪。

同樣是「追加融資」的案例，涉及日本海上火災保險股份有限公司的董事長甲為了北陸鋌螺股份有限公司，在未有任何擔保以及利息與返還期間均未明確的情況下，貸付 300 萬日圓，日本實務見解則認為「由於當時該公司的財政狀態、經營狀態已經相當地惡化，陷入慢性地經營不振…並且在沒有將來償還的確保措施，並且日本海上火災保險股份公司於昭和 27 年的貸付中並未有任何無擔保貸付之情形，從而應認定本件追加貸付之不當性。」¹⁸⁴

然而，並非所有在具備不良債權之情況下，再多支付金額就會被認定成立特別背任罪，倘若僅是貸款人方面為了確保借款人於其所有之不動產上設定給銀行的最高限額抵押權，而由銀行(貸款人)支付該不動產的稅金時不屬於任務違背¹⁸⁵。此種「不良貸付」的特別背任罪類型相關構成要件的具備亦是被要求的，尤其是上述之例子往往會涉及到特別背任罪主觀要件的認定，例如：是否係銀行借出資金時是否「圖借款人之利益」的目的，或者是「為了維持銀行自身的信用、地位進而防止不良貸付被發現」之目的¹⁸⁶。

照新瀉地判昭和 59 年 5 月 17 日，判時 1123 号，頁 3(大光相互銀行事件第一審判決)。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 289-290、298。

¹⁸⁴ 東京地判昭和 34 年 4 月 9 日，判時 190 号，頁 11。轉引自佐々木史朗編，前註(181)書，頁 5-9。

¹⁸⁵ 東京地判昭和 40 年 4 月 10 日，判時 4115 号，頁 35。轉引自上寫一高，前註(113)書，頁 290。

¹⁸⁶ 日本學者上寫一高認為在具有「確保既存債權的回收、維持銀行對外之信用以及圖該借款公司之利益」時，如果是判例的思考模式的話，將以**主要動機為何**決定是否成立特別背任罪。請參照上寫一高，前註(113)書，頁 290。

第二目 粉飾決算

按所謂「粉飾決算」係指違反法令與會計原則、規定所為之會計事務之處理，亦即在紀錄上為「虛偽的決算狀況」，包含於收益的增額表和費用的減額表上表示誇大的獲利，或者是相反地「逆粉飾」的狀況，收益的增額表和費用的減額表上為獲利過少的表示，「逆粉飾」的狀況多出現於為了逃漏稅捐或者是為了設定秘密準備金，而一般所認為之特別背信的行為多半在於前者之誇大獲利之情形。在欠缺分配可能之利益情況下，利用虛偽決算之方式而仍然為利益分配，早期日本學說有認為應該成立「違法分派罪」（日本舊商法第489條-蛸配当），但如果成立特別背信罪的話，則不成立違法分派罪，但日本實務見解則有認為成立「違法分派罪」，而不論處特別背信；另一方面若是基於「虛偽的決算」而給予違法的職員獎金的話，則會被認定成立特別背信罪。之所以日本實務會有這樣的見解在於職員所為之「虛偽決算」的行為，因為所展現在外觀上係對於該公司信用之維持，對於該公司係屬於有利的情形，從而並無任務違背之情況，但是因為虛偽決算而取得之職員獎金，則屬於會造成公司財產流失的違背任務之行為¹⁸⁷。

但是，從事商業活動的公司之財務運作，本來為了適度地避險或者是以長期規畫考量，在獲利狀況的記載本身便與一般人記帳的情形有所不同，從而日本學者藤木英雄認為公司的業績會受到經濟景氣好壞之影響，為了股價的安定、公司之信用於各該決算期的獲利狀況加以平準化，於景氣好的時候為獲利過小之計載，將盈餘保留於公司之中，於景氣不好之際雖為誇大的獲利表示並加以分派股利，如果將前後決算期合併觀察，實質上公司是否受有損害誠非無疑¹⁸⁸。不過，

¹⁸⁷ 上寫一高，前註（113）書，頁291；岡勝年、齊藤信幸，「演習經濟刑法」，頁159-180，成文堂，1994年6月1日初版第1刷。

¹⁸⁸ 藤木英雄，「注釈会社法（8）のII」，頁394，1969年。

若延續「合併前後決算期實質判斷有無財產損害」的情形，則在景氣不好時，超過原先公司所保留之預備金而加以為利益分配的話，則多半會被認為存在財產上之損害。日本實務見解則是認為「如果一時性的違法分配會造成公司業績恢復困難的話，則沒有處分該財產之必要性」也因此會被認定屬於造成公司財產上損害的「違背任務」¹⁸⁹。至於「因為虛偽決算而取得之職員獎金」之部分，日本實務見解則是聚焦在特別背信罪中主觀上有無「圖利或損害目的」，亦即有認為相較於「為了維持公司信用、公司股價以及公司資金調度之容易」，職員為了獎金而為虛偽決算則明顯地是為了自己的利益，從而多被認定成立特別背信罪¹⁹⁰；惟亦有認為雖然「粉飾決算」之行為係為了避免公司面臨龐大的赤字負債之下直接倒閉的危險，但是職員行為當時並無從得知是否真的是為了公司的利益，從而在認定其會惡化公司經營狀況使其無法回復的情況下，認定該違法分派股利之行為成立背信罪¹⁹¹。

第三目 董事的自己交易、利益相反之交易

日本實務見解認為依照舊商法第 265 條規定限制董事自己買賣等限制，若董事在未得到董事會同意之下而為了自己或第三人與公司進行交易，一般會被論處以特別背信罪，縱然事後得到監察人之同意，對於背信罪之成立亦無影響¹⁹²。但

¹⁸⁹ 請參照日本熱學工業事件(大阪地判昭和 60.1.30)、山陽特殊製鋼事件(神戶地判昭和 53.12.26)、リッカー事件(東京地判昭和 62.3.12)。

¹⁹⁰ 東京地判昭和 62 年 3 月 13 日。

¹⁹¹ 東京地判昭和 57 年 2 月 25 日，刑月 14 卷 1=2 号，頁 194 以下。

¹⁹² 大判大正 5 年 9 月 19 日刑錄 22 輯頁 1380；大判大正 14 年 6 月 19 日刑集第 4 卷頁 422 以下。

這樣的交易在相同的條件之下，如果公司通常也會和第三人為之，則難認定對於公司存在實質上的損害，日本實務見解有認為：「董事在未得到監察人之同意的情況下，從公司借出的金錢之行為，此交易行為依法律規定是屬無效，公司因為未取得該金錢債權，而認定造成財產上之損失，成立背信罪¹⁹³。」對於此點，相類似之日本實務見解有認為：「甲公司的代表董事，在未得到董事會的同意之下，自行代表董事會向乙公司的丙為債務之擔保，對於甲公司的丙於定期存款債權上設定質權的行為被認定為背信之行為。」¹⁹⁴。然而，學說見解則認為董事如果有償還能力，或者是有提供充足的擔保的話，應該不成立背信，相反地，如果欠缺償還能力，或者是沒有提供充足的擔保，縱然得到董事會之同意，也因為會實質上對於公司造成損害，應當成立背信罪。

第四目 收受回扣

所謂「收受回扣」則係應該在原本正當之交易價格締結契約，但給予一定的比例額度作為回扣，通常行為人為了自己得到回扣之目的，價金之支付者會與該公司締結與市價不相當地過高價格，由於多出來的部分肇因於行為人違背其任務造成公司的損失，從而被認定成立特別背信罪¹⁹⁵。

關於收受回扣之著名案件，「三越事件」，代表董事和甲共謀為了圖甲之利益為目的，從海外購買商品，雖然第一審法院認為欠缺應該支付理由的手續費相當

¹⁹³ 大判大正 14 年 6 月 19 日刑集第 4 卷頁 422 以下。

¹⁹⁴ 大阪高裁昭和 45 年 6 月 12 日。

¹⁹⁵ 神戶地判昭和 34 年 5 月 6 日。

額度係對於該公司造成損害，而認定成立背信罪¹⁹⁶，但上級審則認為甲的手續費之取得係作為甲之活動有效性的對價，因而不能斷定該行為之違法，從而不成立背信罪¹⁹⁷。日本學說認為對於此些不能公開的機要費用使用，如果不當地使用此些機要費用或者當作是回扣加以收受則會成立背信罪或侵占罪，但是如果是為了公司而加以使用的話，則不會成立此些罪名。以及「山下汽船造船疑獄」¹⁹⁸事件，董事和造船所締結船舶建造承攬契約，約定將船價之一部分作為回扣，返還由該董事加以受領，雖然回扣之部分對於公司造成損害可被論處特別背信罪，但不能遽認因為回扣之約定所以契約上所要求的船價定然較為便宜，若考量船價決定之方式未有違背任務、回扣之約定、受領之動機與目的此些要點，則雖然回扣係內部私下決定，但是做為公司的金額而加以保管、受領係為了公司的用途而加以支出的話，則對於公司並未有所損害，應該否定特別背信罪之成立¹⁹⁹。

第五目 營業外支出

此外，董事基於股東大會之決議，關於為達贈與賄賂之目的消費自己所佔有的金額，關於不屬於公司營業範圍事項加以使用，則非運用在公司的營業上，成立侵占罪²⁰⁰。但是這是對於公司的權利能力的規定之項目為目的嚴格之限制，若是現在寬鬆的解釋的話，基本上不會成立侵占罪。以「八幡製鐵政治獻金事件」

¹⁹⁶ 東京地判昭和 62 年 6 月 29 日。

¹⁹⁷ 東京高判平成 5 年 11 月 29 日。

¹⁹⁸ 東京地判昭和 34 年 9 月 21 日。

¹⁹⁹ 上寫一高，前註（113）書，頁 294-295。

²⁰⁰ 大判明治 45 年 7 月 4 日刑錄第 18 輯頁 1009 以下。

為例，代表董事乙公司之名義為政治獻金，於公司目的之範圍外之行為，違反規定之款項以及違反忠實義務等有理由，追究該董事對於該公司的損害賠償責任²⁰¹，但最高法院認為此在合理的範圍內，從而並未違反忠實義務，因此此一場合並未成立特別背信罪²⁰²。此外，關於常務董事借入作為候補眾議院議員公司社長之選舉運動資金，而返還被使用借款之支出公司資金的行為，實務見解認為²⁰³社長當選的話對於該公司的宣傳效果極大，為了公司而參加選舉之信念應該係被認為專門係為了公司的意思，從而欠缺刑法第 247 條之圖利加害目的。

第三項 我國實務操作模式²⁰⁴

第一款 背信行為之類型化

第一目 違法授信-以「台銀新莊分行超貸案」為例

我國銀行之類型依照銀行法第 20 條規定，可分為商業銀行、專業銀行與信託投資銀行，然而現今仍繼續營業之類型僅剩商業銀行、專業銀行兩種類型²⁰⁵，

²⁰¹ 最判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号頁 625。

²⁰² 上寫一高，前註（113）書，頁 296。

²⁰³ 大阪高裁昭和 29 年 8 月 25 日判決。

²⁰⁴ 此部分我國案例之初步歸納，依實務見解所最後適用之條文是特別背信罪或背信罪之部分加以區分；除此之外，為能釐清最高法院認定成罪之類型與高院、地院；檢方及一般民眾法感情在認定上的差別，均先一併整理。

²⁰⁵ 信託投資銀行或因改制為商業銀行、專業銀行，或者因為主管機關命令接管或讓與其營業或財產，此類型現已無繼續營業。請參照王志誠，「現代金融法」，頁 326，新學林，2009 年 10 月初版一刷。

而依同法第 70 條及第 88 條、第 3 條足認商業銀行與專業銀行業務重心均在於「存款業務」以及「授信業務」，前者業務類型涉及銀行對外吸收社會資金，為避免銀行巧立名目違法吸金影響經濟秩序，銀行法第 125 條第 1、3 項針對非銀行經營存款業務或法人違法吸金的情形有所規範；後者業務則涉及銀行授信人員與銀行內部之間的委任或僱傭關係之破壞，此類型之案例，基本上多集中於「**銀行擔任經理、領組，主管該分行放款授信業務之核放及初審工作，對於貸款核撥業務負有權責**」，為該銀行處理事務之人，對於一般民眾申請貸款部分，為不合乎銀行正常之授信程序。惟內部委任或僱傭關係之破壞，可能涉及到「違背任務」之背信或「易持有為所有」之侵占，就「違背任務」之背信部分，由於民國 89 年 11 月 1 日前並未增訂銀行法第 125 條之 2 背信的犯罪類型，從而本文於此部份違法授信之超貸的類型，茲先就 89 年 11 月 1 日前相關實務案例梳理如下：

首先，銀行授信人員與申請貸款民眾具有「**違法超貸**」之共同正犯關係的情形，例如：民眾甲 1 向銀行負責授信人員乙 1、乙 2 申請房屋貸款，但其要求之貸款金額遠超過其購買該房地之成交價，於是該銀行處理事務之人乙 1 建議甲 1 另行提出貸款標的物之不動產鑑定報告，則可依該鑑定總價百分之六十五額度內貸放，從而甲則先將房地所有權登記於甲 1~甲 12，再用甲 1~甲 12 分散借貸令每筆貸款均在 1000 萬以下，規避該銀行總行之審查，並將所代得款項集中使用，除此之外，甲 1 亦取得不動產鑑定報告書，所鑑估價額土地部分已達公告現值之八倍，房屋部分亦超過當時市價接近一倍，藉此提高擔保品估值，並盜刻印章偽造在職證明後申請貸款，乙 2 於明知上開情事為前提下，未查該鑑定報告未有估價師具名，**為不實信用評估而超額貸款**²⁰⁶。

²⁰⁶ 最高法院 99 年台上字第 1159 號判決。本件「**台銀新莊分行超貸案**」，高等法院更審判決認為乙於民國 78、79 年間所為之行爲成立業務上登載不實與背信之牽連犯，惟最高法院認為由於證人證稱「台灣銀行之 79 年 3 月 14 日銀融乙字第 0 三 0 四九號函，規定數人共有之建物申請抵

此外，「無擔保放款」、「未為授信風險之評估」亦屬於違背任務之行為。例如：授信過度集中，且無擔保放款占該行對該集團之比率明顯過高²⁰⁷；明知其公司財務狀況惡化，且有積欠利息之情形，卻仍同意予以核貸；或者是被告甲自85年9月20日起至87年10月23日止，與乙等人共同意圖為A集團、B集團、C集團等企業旗下公司不法利益之概括犯意聯絡，由乙本人違背其擔任D票券公司經理人，本應對於授信業務審慎核貸，為全體D票券公司股東利益考量及誠實處理事務之任務，詎仍指示不知情之D票券公司員工全力配合A、B、C等集團旗下公司之申貸案件，均未就申請公司之資產、負債、資本、淨值、營收、資金需求、還款財源等授信風險條件作綜合評估，一概配合各該集團予以通過等行為，而認被告涉有刑法第342條第1項之背信罪²⁰⁸。並且，此一類型所包括的範圍不限於銀行業或票券業者本身，若是其他業者與銀行業者存在策略聯盟關係，協助推展貸款業務時，負責擔任該業務之人，則對於債務人之徵信負有實際調查其債信紀錄，若為公司則應實際了解其營業狀況之義務，從而實務見解²⁰⁹有認為此種情形屬於該負責人員未盡善良管理之注意義務，則可成立背信罪。

押貸款之最高金額為新台幣一千萬元，在此之前並無規定」，從而原判決違背法令以至於影響事實認定，撤銷原判發回更審。

²⁰⁷ 台北地方法院 89 年度訴字第 892 號判決。

²⁰⁸ 台北地方法院 99 年度金重易字第 2 號判決。本件由於認為被告在本案貸款過程中所為背信罪嫌，與前案之背信、侵占、操縱股價等行為，係在該期間內交錯進行，且有方法結果之牽連關係；被告就兩案之犯行，應有連續犯、牽連犯之裁判上一罪關係，本案自為前案之起訴效力所及與先前之確定判決為裁判上一罪，從而為免訴判決。

²⁰⁹ 台灣高等法院 98 年度上易字第 1694 號判決。

第二目、風險買賣行為

由於經濟發展，金融商品之交易形態變化慎大，在金融交易的投資上，往往涉及高度的風險決策，必須仰賴專業人士進行分析評估，然而專業人士倘若判斷失當，例如該進場時未進場，或者是該退場時卻為退場，則是否成立違背任務之背信罪，國內實務見解擇友不同的看法。例如：被告甲 1 成立 A 公司後，因外匯或黃金現貨保證金契約交易風險高，投資人雖均同意由甲 1 代為操作，但均以口頭或簽訂風險協定設定書之方式，要求設定停損比例，詎甲 1 為前揭投資人處理操作上開外匯或黃金現貨保證金契約交易之事務時，並未善盡其操作風險評估及設定停損點機制之義務，致其代前揭投資人操作後發生虧損，且於發現有前揭虧損情形時，竟意圖為自己不法之利益（甲 1 每下一口，得收取美金 20 元佣金，經折算為新臺幣後，共取得佣金約 300 萬元）及損害前揭投資人本人之利益而另行起意，不僅未依約停損，反未經各該投資人之同意而增加購買合約口數，使投資風險部位變大，且於前揭投資人向其詢問投資情形時，均未清楚告知實情，而為違背其任務之行為，使各該投資人均因無法知悉而制止或避免風險，其等所投資之本金及先前操作現貨保證金契約之交易利益均全數為甲 1 虧空，而各受有損害，我國實務見解認為應成立背信罪²¹⁰。

惟同樣是風險買賣行為，被告甲係 A 投顧公司之業務員，負責電話行銷招攬會員及會員詢問服務等業務，明知未經主管機關許可不得經營證券投資顧問業務，且於民國 94 年 9 月 20 日證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則修正公布後，其尚未取得證券投資顧問之證照，竟自 96 年 7 月起，利用任職於華○

²¹⁰ 台灣高等法院 99 年度金上訴字第 36 號判決。本件高等法院認為背信罪與被告所犯所犯期貨交易法第 112 條第 4 款之非法經營期貨槓桿交易商罪，及刑法第 336 條第 2 項之業務侵占罪，犯意有別，因而數罪併罰之。

投顧公司期間所接觸之電話訪客乙之機會，向乙推薦購買 B 股票，乙因此獲利新台幣（下同）120 萬元後，遂給付甲 16 萬元之報酬。甲復陸續推薦乙購買 C 股、D 股、E 股等股票，惟乙其後聽從甲推薦購買上開股票，均因股價下跌而慘賠，經向 A 投顧公司主管丙反應後，始知甲未具有推薦股票之資格及權限的情形。地方法院認為應同時犯期貨交易法第 112 條第 5 款及刑法第 342 條；但高等法院認為²¹¹被告推薦選擇權交易之行為，既尚不足證明係屬有報酬之經營期貨顧問業務行為，亦無證據足認被告上開推薦股票、選擇權交易之行為，係違背與告訴人間約定之任務，或因而造成告訴人之損失，從而此部份撤銷改判。

第三目 「洩露營業秘密」與「未登載會計事項」-以「聯發晨星案」與「和艦聯電洩密案」為例

在工商業為主的經濟架構下，如何在競爭社會中嶄露頭角，「營業秘密」的情報獲取通常被視為極為重要的部分，從而組織體中的職員若扮演「產業間諜」的角色，將組織體內部的營業秘密洩漏給其他人或組織的話，職員「洩漏營業秘密之行為」對於原本位處的組織體是否該當違背任務之實行行為，我國檢察、司法實務亦有針對此種行為態樣以背信罪加以起訴、論處之情形，例如：實務見解有認為：「公司總經理負責綜理公司內部人事、業務、財務等事務，惟陸續將公司內部文件如與廠商間之訂單、客戶資料、出貨明細等文件，攜至其他公司，以供他人業務上使用參考；且其利用總經理職位，指使員工發送郵件與傳真，使客

²¹¹ 台灣高等法院 99 年金上訴字第 25 號判決。高等法院撤銷改判之原因在於：告訴人乙並未指稱有支付報酬給甲，從而無法符合期貨交易法第 82 條與證券交易法第 18 條第 1 項規定，被告之行為並非經營期貨顧問事業；再者，以先前被告甲為乙所獲利之 120 萬元跟被告乙能夠證明之損失部份加以總體比較，告訴人乙尚有利得以及無法證明被告甲主觀上有圖利或損害意圖。

戶產生混淆進而與他人合作，顯已有違其忠誠為公司利益保守客戶資料，並積極為公司牟取利益之任務」²¹²，已有構成刑法第342條之背信罪。

惟同樣是以洩漏秘密遭檢方以背信罪加以起訴，但亦有法院判決則認為不成立之情形，例如：「…被告因擔任聯發科公司MT82系列、MT53系列晶片之專案負責人，確實電子檔案資料之收信人…應認被告並非無權取得如附件一所示之電磁紀錄，則被告平時基於工作之需而將如附件一所示之電磁紀錄複製儲存於家中，並於離職前將如該電子檔案資料轉寄至私人信箱，參照前述規定及說明所示，固有違反聯發科公司資訊安全保密之作業規範，惟公訴意旨並未證明被告有為自己或第三人之利益或損壞本人利益之不法意圖，且無證據證明被告前往聯發科公司任職係擔任產業間諜之角色，則被告在取得及寄送如附件一、附表一所示電磁紀錄檔案時，即無洩漏之動機或目的，即不該當刑法第342條之背信罪，亦不適宜使用刑法第359條去保護屬於民事訴訟範圍之營業秘密爭執。…本件被告以該電子郵件向劉權德告知有關晶片量產之時間，證人劉權德於該電子郵件中已表明：「i will not go to MST, so just relax!」，亦即劉權德不會前往聯發科公司之競爭廠商即晨星公司任職；且劉權德於本院審理時已結證稱：伊在聯發科公司離職之前負責這個MT8201ALE量產之案子，伊發這封電子郵件係詢問一下進度，伊任職之宇亨公司與聯發科公司係不同領域、產業性質之公司等語。綜此，顯見劉權德僅係基於滿足成就感而關心MT8201ALE之量產時程，被告洩漏該工商秘密，即非意圖為自己或第三人之利益或損害聯發科公司之利益而為，而本院亦無積極證據足認被告有此意圖，被告此部分所為即不該當刑法第342條之背信罪。…公訴意旨雖謂：『被告於離職前未將該等檔案交還聯發科公司，嗣後將其存入晨星公司所提供之筆記型電腦內，已逾越聯發科公司授權使用之目的及範

²¹² 台灣屏東地方法院 97 年度易字第 757 號判決。

圍，核屬無故取得聯發科公司電磁紀錄之背信行為』云云。惟查，我國就營業秘密保護之刑事立法規範密度有所不足，尤其係針對「合法取得營業秘密後之不法使用」、「不法取得營業秘密後之不法洩漏」、「不法取得營業秘密後之不法使用」等行為態樣，缺乏完整之處罰依據，…本件被告既係合法有權取得如附件一、如附表一所示之電磁紀錄檔案，即與刑法第359條…之構成要件有異；又被告自聯發科公司離職後，已無為該公司處理事務之權限與義務，即無所謂「事務處分權限之濫用與信託義務之違背」等情況，被告將該等電磁紀錄檔案儲存並複製於晨星公司所配發之筆記型電腦內之行為，亦與刑法第342條背信罪之構成要件不符。」²¹³

除了洩露營業秘密之外，涉及公司企業違反商業會計法之規範之情形，亦層被實務見解認定係背信罪之範疇，亦即依照商業會計法第71條第4、5款規定：「商業負責人、主辦及經辦會計人員或依法受託代他人處理會計事務之人員，若有(4)故意遺漏會計事項不為記錄，致使財務報表發生不實之結果；(5)其他利用不正當方法，致使會計事項或財務報表發生不實之結果。處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六十萬元以下罰金。」檢方認定台灣甲公司董事長甲1與副董事長甲2欲赴中國大陸投資晶圓代工，為佈局大陸透過乙於大陸先行設立乙公司，並且將甲公司之營業秘密、專利、管理技術及派員前往大陸乙公司支援，甲1與甲2均為商業負責人，明知對於將甲公司之營業秘密、專利、管理技術與專業人員提供給大陸之乙公司，應該收取相當之權利金並於財務報表入帳，但卻不為

²¹³ 台北地方法院 97 年易字第 500 號判決。系爭「聯發晨星案」，台北地院雖然認為不成立背信罪與無故破壞電磁紀錄罪，但判決結論認為：「行為人與原任職公司間所簽訂之保守所知悉工商秘密之約定，既無違反公序良俗或相關憲法原理原則，行為人即有遵守契約之義務，行為人利用電腦於電子郵件中洩漏應保密之工商秘密，除違背契約義務外，亦構成刑法第 317 條、第 318 條之 2 等規定之利用電腦洩漏他人之工商秘密罪；就無故洩漏因利用電腦或其他相關設備知悉或持有他人秘密之行為，則構成刑法第 318 條之 1 規定之洩漏電腦秘密罪。」

記載造成財報不實之結果，致生損害於甲公司與甲公司之股東利益，從而以背信罪、違反商業會計法加以起訴；惟高等法院²¹⁴認為無從證明其因果關係，因而改判無罪。

第四目 大量簽訂股權買賣契約-以「開發金併金鼎證案」為例

由於證券交易法第 43 條之 1 第 3 項以及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條第 1 項等規定，任何人單獨或與他人共同預定於五十日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上股份者，應採公開收購方式為之，所謂預定短期大量取得行為應包括預定短期大量簽訂買賣股票契約或達成買賣合意在內，從而，實務見解認為：「本件行為人等在預定短期大量簽定股票買賣契約已違反證券交易法第 175 條規定；又行為人等係受法人委任而處理任務，基於對他法人之不當利益，以大量簽訂股權買賣契約之方式違背其任務，因違背任務行為尚未對委託人發生損害，故論以刑法第 342 條第 2 項規定之背信未遂罪²¹⁵」。

²¹⁴ 台灣高等法院 96 年度上重訴字第 104 號判決。系爭「和艦聯電洩密案」高等法院最後認為檢方並無積極證據證明甲 1、甲 2 違犯背信罪與商業會計法至毫無合理懷疑之程度，從而駁回檢方上訴。更審法院(台灣高等法院 98 年上重更(1)字第 60 號判決)則是認為：「…部分員工(聯電)離職後至第三地公司(和艦)任職，然觀諸離職原因，亦難推論係受行為人之授意所為，渠等所領受由行為人經營公司發放之金額，亦屬前往第三地公司任職前之工作所得。又第三地公司員工申請利用網咖平台閱覽行為人所經營公司之資料，範圍限於該公司放置於網咖上之客戶資料，且第三地公司對於該資料之取得及提供均已得客戶同意，亦無法證明第三地公司之獲利與行為人間構成因果關係。」

²¹⁵ 台北地方法院 98 年度金重訴字第 12 號判決。本件係「開發金併金鼎證案」，檢方所起訴之金控法背信之部分，地方法院認為無罪，惟違反強制公開收購之部分，應成立連續背信未遂、連續行使偽造私文書部分，由於未據起訴，應由檢察官另為適法之處理。

第五目 不合常規交易之挪用公司資金、過低(高)價格交易-以「甲上大上挪用資金案」和「英倫協和虛偽交易案」為例

按國內學說見解認為公司負責人與相關人員對於公司依照公司法第 23 條、第 192 條第 4 項、第 216 條第 3 項以及民法第 528、535 條規定負有「受任人之義務」，如公司負責人與相關人員本於主觀上之故意而為違背該義務之行為，造成公司利益受損可成立刑法第 342 條之背信罪，並且如果係侵占公司財物則依照刑法第 335 條侵占罪處罰²¹⁶。而依照修正前公司法第 15 條第 2 項（79 年 11 月 10 日修正）之規定：「公司之資金，除因公司間業務交易行為有融通資金之必要者外，不得貸與股東或任何他人，公司負責人違反前二項規定時，各處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科五萬元以下罰金，並賠償公司因此所受之損害。」由於甲公司負責人甲 1 與乙公司負責人乙 1「連續挪用甲公司與乙公司資金」，以內部往來之名義將該資金貸與乙個人使用，造成甲、乙二公司受到利息支出之損害，此一行為態樣亦屬於背信罪所要規制的犯罪類型²¹⁷。除此之外，「挪用公司資金」的情形尚有數種情形，例如：行為人甲 1 是甲公司的負責人，利用擔任甲公司負責人，為甲公司處理營業事務之機會，明知公司資金除業務交易有融通之必要外，不得貸予股東或其他人，竟違背甲公司之利益，基於圖為自己不法所有之概括犯意，以甲公司為貸款人，提供案外人名下之不動產作為擔保，向台企彰

²¹⁶ 賴英照，「股市遊戲規則-最新證券交易法解析」，頁 484，作者自版，2006 年 8 月初版 3 刷。

²¹⁷ 最高法院 98 年台上字第 7316 號判決。系爭「甲上大上挪用資金案」，最高法院認為其中所謂「違背其任務」，除指受任人違背委任關係之義務外，尚包括濫用受託事務處分權限在內，並且雖修正前公司法第 15 條第 2 項於修正後已廢止刑罰規定，而刑法第 342 條第 1 項之背信罪與修正前公司法第 15 條第 2 項之罪，同屬破壞信賴關係侵害財產之犯罪類型，而條之背信罪，乃一般性違背任務之犯罪，公司法第 15 條第 2 項，則為特殊之背信行為，背信罪之概念，隱含在公司法第 15 條第 2 項之罪之內，二者之基本社會事實同一，法院於公司法第 15 條第 2 項修正後廢止其刑罰時，自仍得就起訴背信之犯罪事實，予以論罪科刑。

化分行辦理短期擔保放款全數挪用轉入甲 1 個人帳戶及使用之暗外人等人頭帳戶中供操作買賣股票牟利，總計挪用甲公司資金達八千萬元，且利息皆由甲公司於乙銀行活存帳戶以自動扣款方式代為支付並指示乙銀行行員協處理帳務，將前揭金額分別轉入其個人帳戶或其指定用以供其買賣股票之人頭帳戶即案外人。然而，此種再以借新還舊方式續貸迄今，造成甲公司至今仍背負鉅額債款及利息損失²¹⁸；而我國相關實務案例亦有認為甲 1 為甲公司之負責人，與乙公司負責人乙 1、乙 2 進行不合常規之國內外假交易，偽造六家外國公司之著作財產權授權契約，且明知為不實之事項，而填製發票、傳票等會計憑證並記入帳冊，使甲、乙二公司受有財產及商譽上損害之行為²¹⁹，成立背信罪，與證交法之犯罪屬於想像競合；或者是以「轉投資」之方式掏空公司資金²²⁰均屬之。

惟上開數種「掏空公司資金」的類型化犯罪行為，其實均可歸結於「不合常規」的交易模式，而為有效嚇阻以不合常規交易模式來掏空公司資金，2000年7月19日修正證券交易法時，增訂證券交易法第171條第1項第2款「禁止公司相關人員從事非常規交易」，而實務見解對於此種以不合常規的交易方式來掏空公司資金的行為於2000年7月前以背信罪或侵占罪加以論處，修法後則以證券交易法

²¹⁸ 台灣彰化地方法院 91 年訴字第 1021 號判決、台灣高等法院 95 年上訴字第 2407 號判決。惟地方法院與高等法院均認為甲 1 早已將甲公司轉讓給丙經營，從而不屬於為他人處理事務，自然不成立背信罪。此外，另有實務見解認為：「...倘若所謂『公司帳戶』，以其帳戶匯款頻繁紀錄觀，足認該帳戶內款項並非俱屬公司所有，資金來源包含公司營業收入以及有負責人以個人挹注公司營運之資金，確有公私混用，如未能將該筆款項證明確屬公司所有，難憑上述轉存行為，遽謂其有損害公司利益之意圖。」請參照台北地方法院 97 年度易字第 1008 號判決。

²¹⁹ 最高法院 98 年台上字第 5289 號判決。本件(英倫協和虛偽交易案)此案其實犯罪類型上包含「行使偽造私文書、業務上侵占以及商業會計法」，由於高等法院因為被告有認罪協商，並認為背信與修正前證交法第 171 條第 2 款為一行為侵害數法益，故先在分類目次中獨立出來；惟最高法院認為認罪之部分有所疑慮，並且刑法上之背信罪為一般的違背任務之犯罪，其與同法之業務上侵占罪，具有概括性與特殊性犯罪之關係，故違背任務行為，苟係將其業務上持有之他人所有物，意圖不法領得，而據為己有者，自應直接論以業務上侵占罪，不能援用背信之法條處斷。

²²⁰ 最高法院 100 年台非字第 2 號判決。

第171條第1項第2款處罰。

此外，「**過低(高)價格**」交易行為部分，主要係「以過低的價格出售」以及「**過高價格購入**」；關於前者之部分，我國實務上經常出現的例子：「**買賣未上市、未上櫃股票**」²²¹、「**不動產交易**」²²²，而雙方締結交易契約的過程中，是否僅因為價格上高出市價則定然認定違背任務或者是過程中有於對於公開發行公司而言，涉及實質上關係人交易時，取得或處分資產處理準則有要求要履行一定之程序(例如經過股東會、董事會同意)，但是對於部分公司的董事、監察人可能均會受到交易人掌控，其監督程序流於形式的情況下，是否能僅因為有此些程序便認定買賣行為無違背任務之虞，亦非無疑。

第六目 行使偽、變造或登載不實之文書-以「華隆公司購地案」和「彰化一信違背任務案」為例

²²¹ 例如：檢察實務有認為「甲公司所持有未上市、上櫃之股票，其市價每股在 1044.5 元以上的 A 公司股票，以及每股 227.5 元的 B 公司股票以 14.91 元出售予甲公司的前任監察人乙，該行為侵害甲公司之權益，設有背信罪之嫌」提起公訴，惟司法實務案經最高法院撤銷發回後仍認為應屬於無罪，蓋未上市、櫃公司的買賣價格應由買賣雙方加以議價決定，從而並不適用計算股票之承銷價格；B 公司股票同時期的 5 筆交易價格有高有低，無法證明有背信之情形。請參照**最高法院 93 年台上字第 1603 號判決**。

²²² 系爭「**華隆公司土地買賣案件**」公司負責人涉嫌違背任務之案件有二，其中「**台中購地案**」，檢察實務認為已過高價格購入該土地則有背信罪之嫌提起公訴，雖然最高法院曾認為短短 11 個月間因為自 1990 年起房市已趨於保守，土地飛漲之看法無事實根據；但最後仍是無罪，理由則不外乎不動產價格行情上漲、委託他人鑑價。另外「**竹南購地案**」雖然地方法院以「系爭土地拍賣三次均告流標，該公司不參與競價應買，卻以大約三配的價錢購買、期間並未詳細規劃、評估及倉促決策顯有失職、三家鑑價公司是買賣簽約後所為以及資金被告無力提供，而由該公司提供價款存進帳戶裡」，惟最高法院與高等法院均認為「系爭交易曾經股東會通過，足證被告無背信行為、買賣契約訂定後經三家公司鑑價並經土地代書證實應屬合理以及系爭土地」判決無罪確定。此外，「**駿○公司購地案**」與前開兩則購地案的情形類似，但法院卻採取嚴格的標準認定該公司負責人以「過高的價格(高於市價 3.8 億至 4.5 億)」購買該土地，顯係違背任務。請參照賴英照，前註(216)書，頁 493-495。

行為人著手行使偽、變造或登載不實之文書時，我國實務見解絕大多數案件會被檢方或自訴人認定此乃係作為達成某一目的之手段，其後伴隨之行為應符合背信罪中「違背任務」的情況，檢察實務之部分或有「因行使變造私文書而變更土地持分」被提起自訴者²²³、或有因「行使偽造私文書而私吞學校經費」²²⁴、「有因行使偽造私文書而盜領客戶存款」²²⁵提起公訴，以及「被告甲、乙、丙等人均為放款審議委員會委員、紀錄或負責辦理放款之業務員，均係受彰化一信委託處理該社放款事務之人…竟於職務上製作之「徵信報告表」上填寫不實「獲利能力佳」及「淨值成長良好」等字樣，且依該公司九十二年財務報表顯示應收票據、應收帳款業已提供復華商業銀行彰化分行質押在案，將影響債權確保，竟在「徵信報告表」上簽核准予「墊付國內票款」貸款」…被告丙無視於該公司貸款風險及臺灣漂白水公司徵信報告表顯示「營收成長率」、「純益成長率」、「淨值成長率」均為負數，公司展望不佳，竟仍於授信申請暨批覆書內填寫不實「應收帳款增加」、「損益減少」及「財務狀況穩定」等評語，並簽核同意貸放，並呈送該分社經理被告丁、總社業務部經理被告戊、身兼授信審議委員會召集人暨副總經理被

²²³ 「我國實務案例被告甲(受託人)利用委任人乙委任其辦理 A 案申報稅捐辦理土地持分過戶之機會，於 88 年 1 月 18 日向苗栗縣稅捐稽徵處竹南分處申報土地增值稅時，擅自將土地增值稅(土地現值)申報書申報人欄之內委任人乙之名義移轉持分及申報土地增值稅所附之土地買賣所有權移轉契約書上委任人乙之持分由十六分之五變造為十六分之二，同時將第三人丙之名義移轉持分由十六分之三變造為十六分之六，並偽刻乙之印章，以侵害乙取得土地應有持分之權利，因而乙認為甲涉犯刑法第 210 條、第 216 條及第 342 條之行使變造私文書及背信罪提起自訴。」系爭本案苗栗地方法院 88 年自字第 18 號判決認為無法認定甲具有圖利意圖與損害意圖，從而不成立背信；惟台中高等法院 90 年上訴字第 1062 號判決認為甲與乙之間欠缺委任關係，從而不適用背信罪(其後更(一)、(二)審法院之見解同高等法院)。

²²⁴ 最高法院 98 年台上字第 5135 號判決。本件(延平中學資金信託案)高等法院認為該中學負責人甲 1 變造不實之字樣的董事會紀錄，欲將該中學未指定用途之託管基金，納入甲 1 自己的基金會籌備帳戶，因為欠缺證明犯罪之證據，應不成立行使偽造文書與背信兩罪；最高法院認為高等法院未調查董事會紀錄係由何人擔任紀錄？所謂留校存查版之會議紀錄內容是否屬於職司紀錄之人所填載？等事實部分均未釐清、說明，從而撤銷發回。

²²⁵ 台中地方法院 99 年度金訴字第 1 號判決。

告已審核。... 逾期放款金額高達一億二百十萬元，造成彰化一信之不良債權，致嚴重損害彰化一信社員之權益。」²²⁶ 提起公訴。

司法實務之部分則有認定：「...被告許老有、陳世榮身為萬有紙廠股份有限公司（下稱萬有公司）職工福利委員會委員、主任委員，為萬有公司員工處理有關職工福利事務，竟與蘇俊哲互為犯意聯絡，基於概括犯意，於萬有公司欠缺資金時，意圖為第三人萬有公司不法之利益，而違背任務，多次指示不知情之會計盧淑芬等人...利用所持有之「萬有紙廠股份有限公司職工福利委員會主任委員之章」（下稱「職委會主任委員章」），...總計前後挪用職工福利金共九百六十一萬三千九百四十七元，供萬有公司使用，致生損害於萬有公司所有員工之利益等情...係犯刑法第三百四十二條第一項之背信罪。然職工福利金之保管動用，應由依法組織之工會及各工廠、礦場或其他企業組織共同設置職工福利委員會負責辦理，職工福利金不得移作別用，職工福利金條例第五條第一項、第七條前段定有明文，...該職工福利委員會委員、主任委員，而為萬有公司員工處理有關職工福利事務之人，則除須經過上開會議程序，且為辦理職工福利事項，方能動用職工福利金，否則擅自動用，即屬逾越授權委託之範圍...上訴人等三人逾越職工福利委員會授權委託之範圍，擅自蓋用「職委會主任委員章」於設定質權同意書及取款憑條上，是否另牽連涉犯刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪，而為檢察官起訴效力所及，原審就此部分未予詳查，自有調查未盡之違法...」

²²⁷，而此種被認定為「牽連犯」類型之情形，卻因為牽連犯被廢除之後，再不存

²²⁶ 高等法院臺中分院 99 年度金上訴字第 804 號判決。系爭「彰化一信違背任務案」，法院認為行使業務上登載不實之文書無法證明，從而此部分無罪；而背信罪之部分因為係「誤算經營年數及誤看變更登記事項卡之增資日期，致於建葺公司之企業信用評等表上就「近三年增資項目」部分係誤載...縱其處理建葺公司徵信事務確有怠於注意之情事，亦僅屬處理事務之過失，尙難逕以背信罪相繩。」亦為無罪。

²²⁷ 最高法院 99 年台上字第 8070 號判決。

在比較新舊法適用時，則可能一律被論為數罪併罰。

第七目 奪取締約機會-以「清潔公司締約機會案」為例

由於背信罪係以「整體財產損害」來判斷財產損失，向來實務見解均認為減少「期待利益」亦能夠作為「財產損失」之認定，例如：被告甲既擔任 A 清潔公司負責人並受其委託負責處理公司之營運及管理，自屬 A 清潔公司委託之人，詎其竟未顧及 A 清潔公司之經營利益，以另外出資成立之 B 清潔公司名義，與 A 清潔公司有清潔契約關係之原有客戶，就相同清潔服務之提供為報價並爭取訂約機會，顯已違背對 A 清潔公司所負之任務，並使 A 清潔公司因而受有減少交易利益之財產損害²²⁸。依照實務見解之看法，並未對於期待利益設定何種限制，似乎只要是期待利益均可認作財產損失。

²²⁸ 台灣高等法院 99 年度上易字第 679 號判決。本件(清潔公司締約機會案)高等法院認為被告甲所為，係犯刑法第 342 條第 1 項背信罪。被告甲先後與 A 清潔公司之原有客戶訂約，係於密切接近之時間及同地實施，侵害 A 清潔公司之同一法益，各行為之獨立性極為薄弱，在時間差距尚難以強行分開，依一般社會健全觀念，應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，屬接續犯，而應論以一罪；並且認為背信罪所指之「其他利益」，固亦指財產利益而言，但財產權益，則涵義甚廣，有係財產上現存權利，亦有係權利以外之利益，其可能受害情形更不一致，如使現存財產減少（積極損害），妨害財產之增加，以及未來可期待利益之喪失等（消極損害），皆為財產或利益之損害。關於「其他利益」之認定的相同見解請參照最高法院 49 年上字第 1530 號判例、90 年度台上字第 6082 號判決、90 年度台上字第 3977 號判決及 87 年度台上字第 3704 號判決。除此之外，同樣被認為因為侵害締約之機會(違反善良管理注意義務)而成立背信罪之案件尚有：台灣高等法院台中分院 98 年度上訴字第 1605 號判決(未經同意擅自向其他同為販售火鍋相關食品之商行進貨後，分別銷售貨品予客戶之行爲，顯令商行喪失販售該些商品賺取利潤之機會)、

第二款 特別背信罪之典型案例

特別背信罪之規定散見在金融法規中，包含銀行法第 125 條之 2、證券交易法第 171 條、金融控股公司法第 57 條、農業金融法第 39 條、信用合作社法第 38 條之 2、票券金融管理法第 58 條、信託業法第 48 條之 1、保險法第 168 條之 2。其典型案例之射程範圍，大多是會與背信罪典型案例重疊，蓋特別背信罪之架構源自背信罪，而鑑於對於金融秩序可能危害甚大的行為，針對行為主體、被害客體、法定刑度有所調整，從而亦僅這三處有所不同，因此例如：涉及銀行之部分，「違法授信」類型化之行為則與背信罪部份一樣；於證券市場之部分，上市公司中之職員所為之違背任務之行為，通常均屬證券市場舞弊之行為，例如掏空公司資金，在案例中則常見到「與子公司為虛偽交易以製造營業盈餘」、「借子公司或人頭戶名義炒作股票」、「將鉅額資金借貸給子公司或關係企業，以套取資金」、「與子公司或關係人從事非常規交易」²²⁹等金融交易所產生不正之行為，通常亦會被認定為上述特別背信罪中之「違背任務」行為。

第一目 違法授信-以「泛亞銀行違法授信案」為例

同樣是關於銀行違法授信的案件，由於行為時點於民國 89 年 11 月 1 日之後，檢察官所適用之法條依據則改以銀行法第 125 條之 2 的規定，就行為態樣以言，相關案例有認為乙公司申請貸款時，提供老舊機器設備，但負責授信人員甲若明知為老舊機器設備不能符合銀行所要求之擔保品，不能符合銀行所規定之授信程序，確仍指示作成動產抵押權報告表，向銀行內部進行審核後將該金額撥付

²²⁹ 賴英照，前註(216)書，頁 490。

給申請人乙公司，則該負責授信人員甲將被論處本罪²³⁰；另外，「…被告擔任台
○商業銀行南台中分行之襄理、二等襄理等職務，為公司法第 8 條第 2 項及銀行
法第 125 條之 2 第 1 項所稱之銀行負責人…所為上開犯罪事實所示犯行(盜刻該
銀行存款客戶之印章並偽造如附表所示存摺存款取款憑條，並將之交予不知情之
該銀行南台中分行承辦人員而行使之，以此方式盜領如附表三所示該銀行存款客
戶之存款)，均係犯銀行法第 125 條之 2 第 1 項前段之銀行負責人背信罪，及刑
法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪，至其盜刻印章、偽造印文等行為，
均係偽造私文書之部分行為，且其偽造私文書後持以行使，其偽造之低度行為，
為其行使之高度行為所吸收…」²³¹也會存在利用行使偽造文書之方式達成違背任
務行為之類型。

第二目 偽刻、盜蓋與使用他人金融卡提領-以「國泰世華分行 盜領案」為例

同樣地，被告甲為 A 銀行職員，就分別填寫取款條加蓋偽刻之被害人乙 1、
乙 2、乙 3 之印章印文持至 A 銀行竹北分行臨櫃分別領取金額及以乙 1 金融卡置
自動提款機提領金額不同時點共計十餘次之犯行，係意圖為自己不法之利益，違
背職務之行為，致生損害於該銀行之財產，另犯銀行法第 125 條之 2 第 1 項前

²³⁰ 最高法院 99 年台上字第 2910 號判決。本件(泛亞銀行違法授信案)高等法院與最高法院爭執點在於認為該銀行人員甲究竟是否明知為老舊機器設備或者僅是因過失而未察，高等法院認為機器上既然貼有註明該機器是屬於乙公司何年資產的鐵牌，從而甲主觀上應屬明知，故論處甲連續犯(基於概括犯意之數次違反銀行法的背信行為)與牽連犯(業務上登載不實與銀行法之背信罪)；但最高法院則認為該鐵牌訂在機器的底座不易察覺，況外觀上樣式很新，從而認為甲僅是怠於注意而非明知，故將原判決撤銷發回。

²³¹ 台中地方法院 99 年金訴字第 1 號判決。

段之銀行職員違背職務罪²³²。

第三目 侵吞、挪用保管、收受之金額-以「中信紅火案」為例

按行為人「侵吞、挪用」其受到委託或者是委任所持有之財產，向來屬於背信罪違背任務之典型行為，因而，例如：行為人挪用公司款項給前總統與夫人之行為，實務見解援引銀行法第 125 條之 2 第 1 項、第 2 項等規定認為：「…行為人及其他決策小組成員固均係為金控公司利益，為避免公司因二次金改政策遭受不利益，而配合前總統指示進行併購他金控公司之準備，就此部分自難認定有背信之故意，惟就行為人私人及其家族所墊付予前總統與其夫人之捐款部分，其等明知金控公司並無支付上開墊付款之義務，而不應自應全數返還與金控公司旗下銀行之紙上公司帳面獲利外扣除，然卻基於歸墊及備供日後再行支付前總統與其夫人索款要求等非正當理由，而共同決定挪用公司款項，此部分即屬構成共同背信行為。…」²³³；其次，被告甲擔任 A 銀行大出納的職務，負責金庫內現金、各式硬幣之進出、保管及收受客戶存款等工作，因個人投資股票失利，為圖彌補損失，利用從事大出納職務之機會連續多次在金庫內將袋裝內之各式硬幣互換位置，以 1 元混充 5 元及 10 元、10 元混充 50 元；或於收取客戶存入之硬幣後，再從其中取走部分之方式，違背職務而侵吞所保管之各式硬幣，造成帳面金額及實際庫存金額不符而短少。對此實務見解²³⁴基於銀行法第 125 條之 2 第 1 項前

²³² 台灣新竹地方法院 97 年度訴更字第 5 號判決。本件(國泰世華分行盜領案)地方法院認為銀行法第 125 條之 2 第 1 項之規定，乃對銀行相關人員犯特定背信罪、侵占罪之特定規定，自不另論刑法背信或侵占罪。相同見解請參照最高法院 98 年台上字第 72 號判決、最高法院 99 年台上字第 877 號判決。

²³³ 台北地方法院 98 年金重訴字第 40 號判決(中信紅火案)。

²³⁴ 台灣高等法院高雄分院 97 年上易字第 885 號判決。

段之立法理由在於防範銀行之負責人或職員，藉職務牟取不法利益，不能論處刑度較輕之侵占罪，而應直接論處銀行法之特別背信罪。此外，公司董事長利用人頭，持公司債票以及公司資金向銀行購買的可轉讓定期存單，向銀行質借鉅額資金，用以供給周轉償還私人債務而侵占之的情形²³⁵亦屬於「挪用公司資金」的類型。

第四目 業務登載不實

關於業務載不實部份例如：甲係 A 印刷公司之副董事長與總經理，乙則為 A 印刷公司之董事與 B 物流公司的董事長，兩人於 95 年 6 月 23 日所召開之第 11 屆第 15 次董事會議中，並未討論該公司資金貸與 B 物流公司之事，惟為掩飾 A 印刷公司於 95 年 7 月至 9 月間接將 5650 萬元之資金貸與 B 物流公司之事實，於 95 年 10 月下旬之後某日，於該次董事會議事錄上，登載不實之文字於業務上作成之議事錄上，並提供給不知情之會計師製作財報而行使之。針對此種類型，實務見解²³⁶認為此種情形除成立刑法第 216、215 條之行使業務登載不實罪外，尚成立證交法第 171 條第 1 項第 3 款之背信罪。

第五目 不合常規交易-以「博達案」和「太電集團案」為例

此部分於前述「不合常規」的交易模式相同，均以公司經營者必須本於善良管理人注意義務和忠實義務為公司追求、謀取公司最大利益，而公司經營者卻以

²³⁵ 最高法院 93 年度台上字第 2443 號判決。

²³⁶ 台中地方法院 96 年度金重訴字第 4623 號判決。

不法或不當手段，將公司資產或利益輸送給特定人，不單是對於股東、債權人、員工以及利害關係人之權益受到影響，對於公司本身之能否正常營運也有重大影響，並造成公司受到損害。「不合常規交易」於實務上常出現「利用海外人頭公司從事非常規交易或侵占行為」的類型，對此種類型國內實務見解有認為：「…被告甲1與甲2~甲6等為A公司董事、經理人、受僱人，與該公司其他知情之乙等多人，為使A公司相關帳冊所載獲利能力達到股票上市標準，期股票能在證券市場上市，乃與國內多家知情廠商之負責人共同基於製作內容不實之業務文書、會計憑證、帳冊、財務報告及為不利且不合營業常規交易之概括犯意聯絡，與配合廠商於國內從事「假」交易，以虛增公司營業額及獲利能力，待股票獲准上市後，為繼續虛增公司營業額與盈餘、使財務報告合理化、虛增博○公司帳面資產、減少因「假」交易產生之鉅額應收帳款，復與國外人頭公司或國內配合廠商，繼續從事國內、國外「假」交易，或操作衍生性金融商品之買賣，使A公司為不利益且不合營業常規之交易，即在美國加州、香港、英屬維京群島、英屬開曼群島等地先後設立或購買B1公司~B7公司等家人頭公司，以其員工甲7或甲8等任負責人，自八十八年初起至九十三年五、六月間止，將A公司生產之電腦周邊商品賣給國內配合之C1~C6公司，再輾轉賣回A公司，或將A公司生產之矽化鎵磊晶片、電腦周邊商品，或將瑕疵品偽裝為正常品，賣給B1等人頭公司，貨物實際上運至香港存放，更換包裝後，賣回國內配合之D1~D6公司買入後，再賣回給A公司，歷次買賣形式上皆製作相關文書、帳載、資金流向，而將同批貨物於國內、國外眾多人頭公司或配合公司間，反覆進行不利益且不合營業常規之循環交易，使A公司受有支付大量關稅、運費、匯款手續費、匯兌損失、營業稅等之損害，各配合廠商亦開立銀行帳戶交給甲等指定之A公司受僱人保管、使用。B1~B7等人頭公司，再透過新加坡籍之乙、丙律師居中牽線，與E銀行之丁及F銀行之戊勾串，藉由衍生性金融商品之操作，偽稱A公司已收到對B1~B7等

公司應收帳款八千五百萬美元，並將此款存入 A 公司在 E 銀行帳戶內，指定 E 銀行購買 F 銀行發行連結 B2 公司信用之信用聯結債券（下稱 CLN），以形式上減少 A 公司對 B4 等公司之應收帳款，虛增 A 公司在 E 銀行有八千五百萬美元存款，甲 1 等並將 A 公司之資金三百九十萬美元輾轉匯給丁之 B3 公司，作為此項操作之佣金，使甲公司受有重大損害，與證券交易法第 171 條第 2 款規定相符。」²³⁷

屬於不合常規交易的「循環性假銷貨買賣」；而「太○集團案」，公司負責人先共同設立由太電集團公司 100% 持股的中○公司以及數家英屬維京群島之子公司（BVI 公司），於 82 年-84 年間，利用子公司名義向銀行借款，由太電公司保證所借資金透過香港子公司所在英屬維京群島（BVI）所設立的人頭公司在香港購買不動產，隨後即將該等 BVI 人頭與太電公司切斷，將不動產隱藏在子公司所控制的 BVI 人頭名下，或是用以購買香港公司股票，嗣後再將出售不動產及股票所得資金，利用海外銀行帳戶輾轉匯入其等掌握的另一批人頭公司，並且該公司負責人在萬那杜成立四家紙上作業銀行，製作鉅額美金假定存單（certificate of deposit），送至太電公司在香港轉投資的公司或直接送回台灣母公司，掛列於帳上以沖銷匯出國外的墊付款之科目，按季沖帳避免公司內部會計師察覺，並持前揭不實帳簿報表，製作不實之財務報告，再經由不知情的會計師查核簽證做成財務報表對外公告或申報，從中掏空近 195 億元²³⁸。此案例亦屬於違反證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 174 條第 1 項第 5 款的情形。

²³⁷ 最高法院 98 年台上字第 6782 號判決（博達案）。

²³⁸ 賴英照，前註(216)書，頁 496-497。（太電集團案）。

第六目 操縱市場-以「大信證券炒股案」為例

證券市場之主要功能之一在於「形成公平價格」，而自由市場經濟體制則是交由買方與賣方基於證券價值之認知，形成一定的供需關係，並據以決定買賣價格，但「操縱市場」之行為係製造證券供需與價格變動之假象、扭曲價格機能，並且減損證券市場籌集資本及導引資源有效配置之功能²³⁹。

此一類型的犯罪則涉及證券交易法(下稱證交法)第155條第1項第4款:「意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，自行或以他人名義，對該有價證券，連續以高價買入或以低價賣出。」所規範之「禁止操縱市場」規定。相關案例中實務見解認為：甲1、甲2、甲3以甲公司資金，意圖抬高集中交易市場某種有價證券之交易價格，以他人名義，對該有價證券，連續以高價買入，違法炒作股票，除成立證交法之罪外，尚成立背信罪。較具有代表意義的是，本案之實務見解指出幾處論據：首先，證交法該條款之規定旨在防止人為操控股價，導致集中交易市場行情發生異常變動，影響市場秩序，如行為人主觀上有拉抬或壓抑交易市場上特定有價證券之意圖，且客觀上，於一定期間內，就該特定之有價證券有連續以高價買進或以低價賣出之行為，不論是否已致使交易市場之該特定有價證券價格發生異常變化之結果即成立本罪；再者，所謂「連續」，係指於一定期間內連續多次之謂，不以逐日而毫無間斷為必要；所指「以高價買入」，亦不限於以漲停價買入，其以高於平均買價、接近最高買價，或以當日之最高價格買入等情形固均屬之，甚至基於各種特定目的，舉如避免供擔保之股票價格滑落致遭斷頭，或為締造公司經營榮景以招徠投資等，而以各種交易手段操縱，不論其買入價格是否高於平均買價，既足使特定有價證券價格維持於一定價

²³⁹ 賴英照，前註(216)書，頁427。

位，以非法誘使他人買賣該特定有價證券之所謂護盤，其人為操縱使有價證券價格維持不墜，即具抬高價格之實質效果，且其雖與其他一般違法炒作，意在拉高倒貨、殺低進貨之目的有異，但破壞決定價格之市場自由機制，則無二致，應亦屬上開規定所禁止之高買證券違法炒作行為²⁴⁰。而認定「操縱股價」之證券犯罪類型，實務見解經常會同時認定成立背信行為，不過因為背信行為受到操縱股價之行為類型吸收，從而僅論處操縱股價之罪²⁴¹。

²⁴⁰ 本件(大信證券炒股票案)最高法院與高等法院在違法炒作股票與背信之間的爭執在於「連續」之認定，**高等法院認為**：所謂「護盤」股價之認定，係指「連續以高於平均買價買入而言」，證券交易所並無逐日計算及公布『平均買價』或『平均賣價』，故除買入或賣出之個人，得依其購入或賣出股票之張數及價位，計算其個別買入或賣出之股票均價成本外，對於該股票每日成交張數之總均價因無法計算出，從而依證期會(現今之行政院金融監督管理委員會證券期貨局)記載甲公司當日買入乙公司股票每股之平均價位及各該當日乙公司股票盤面交易之最高價，認定甲公司該買入之平均價位，趨近當日該股之最高價，屬高買證券之違法炒作行為；惟最高法院認為：此種見解將維持有價證券於一定價位之護盤行為，誤解為必以「高於平均買價」買入始足當之，況且甲公司其實亦有以低於當日「平均日均價」、「當日最低成交價」的方式購入乙公司的股票，職此，高等法院適用法條不當並且理由矛盾。請參照**最高法院98年台上字第6816號判決**。

²⁴¹ 例如：系爭「國○公司」86-87年間連續利用業務上機會以反覆挪用之方式，將資金匯入共計17家公司以及161個人頭帳戶中，再投入股市，前後挪出資金283億元，僅墊還222億元，其中未墊還的61億元，檢察實務與台北地方法院認為系成立「侵占罪」；但高等法院則是認為被告自國○公司取得資金的行為係「預付股款」，只在護盤，尚無侵占不法所有意圖，並非侵占該公司之資產，而是未盡善良管理人之背信使用行為，並且此一操縱股價之行為吸收此違背任務之行為，從而僅論處證券交易法第155條第1項第4款。請參照**台北地院88年訴字第164號判決**、**高等法院89年度上訴字第3878號判決**、**最高法院93年度台上字第692號判決**。其它相同情形(成立背信罪，但因為操縱股價而僅論證交法第171條規定)包含：**最高法院93年台上字第2885號判決**。

第二節 「背信罪」存在於刑法規範的機能性

第一項 「背信罪」與「其他犯罪」關連性之分析-以我國實務為重心

綜上所述，刑法規範中的「背信罪」與商事法規中的「特別背信罪」所處理之案件類型具有一定程度的重疊性，蓋「特別背信罪」則是針對金融中介機構的具有相關業務身分的從業人員，其所為違背任務之行為提高刑罰的規定。然而，如果兩者所重疊性過高，大部分的案件均會分流適用「特別背信罪」之部分，何以在刑法規範中仍然必須保留背信罪的適用可能性？不僅如此，在實務見解的論述模式之下，亦可察覺到即便是一般財產犯罪之類型，我國實務見解在處理「背信罪」與「其他財產犯罪」競合之際，例如行為人違背任務之行為同時成立「侵占罪」與「背信罪」時，實務見解多傾向僅論處「侵占罪」；同樣地如果行為人成立「詐欺」與「背信」，或者「竊盜」與「背信」則都以成立「非背信的其他財產犯罪」為優先，而將「背信罪」劣後處理，則此種背信罪劣後處理模式所表徵的意涵為何，亦屬本文所欲檢視之重心。從而，本文於此希望透過歸納我國實務見解對於「背信罪與特別背信罪」的論罪科刑，以及對於「背信罪與其他財產犯罪類型」的論罪科刑之處理模式加以分析，來探求背信罪在我國刑法規範下的存在意義，並且檢視實務見解在論罪科刑中有無過度評價或者是評價不足之情形。

第一款 背信罪與特別背信罪

第一目 「特別法優先普通法」或「法條競合特別之關係」

實務見解在處理「特別背信罪」與「背信罪」之競合時，有認為「…按證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之背信罪係刑法第 342 條背信罪之特別規定，依特別法優於普通法適用之原則，應優先適用證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之規定。」²⁴²、亦有認為「銀行法第 125 條之 2 第 1 項規定…係屬刑法第 342 條第 1 項規定之背信罪之特別規定…」²⁴³、「刑法第 342 條第 1 項規定之背信罪…而信用合作法第 38 條之 2 第 1 項前段規定之信用合作社負責人或職員背信罪，係刑法背信罪之特別規定…」²⁴⁴；國內學說見解²⁴⁵、晚近研究者²⁴⁶與少數實務見解²⁴⁷則多著眼於背信罪規定在刑法中而認為所保障之法益為個人法益，與特別背信罪所欲保障之法益係金融秩序與資本市場之秩序截然不同，從而依照刑法第 55 條一行為侵害數法益成立數罪名之想像競合。

²⁴² 台中地方法院 96 年度金重訴字第 4623 號判決；台北地方法院 96 年度重訴字第 19 號判決；台北地方法院 96 年度矚重訴字第 3 號裁定；高等法院 96 年度金重上更(一)字第 2 號刑事判決。惟本案之公訴檢察官起訴時則係主張「想像競合」。

²⁴³ 台中地方法院 99 年金訴字第 1 號判決。相類似判決請參照最高法院 98 年度台上字第 72 號判決：「…按銀行法第 125 條之 2 第 1 項之罪…為結果犯，係特別規範銀行負責人及職員損害銀行之財產或其他利益之背信行為，屬背信罪、侵占罪之特別規定…」；最高法院 96 年度台上字第 2453 號判決、高等法院 98 年度金上重訴字第 25 號刑事判決。

²⁴⁴ 高等法院臺中分院 99 年度金上訴字第 804 號判決。

²⁴⁵ 王志誠，「銀行業關係人交易之監控」，頁 225，月旦法學雜誌第 178 期，2010 年 3 月；林志潔，「論證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪」，頁 81，月旦法學雜誌第 195 期，2011 年 8 月。

²⁴⁶ 林譽恆，「經濟犯罪與金融機構違法授信之研究」，頁 199-200，台灣大學法律學研究所碩士論文，2006 年 1 月。

²⁴⁷ 高等法院 98 年度金上重更(一)字第 50 號刑事判決。

第二目 何以「特別」優先之疑慮

惟晚近實務見解所言及特別背信罪係屬於「特別規定」，其所指之「特別規定」究竟係「法條競合之特別關係」的「特別」或者是「普通法與特別法」之間的「特別」，綜合觀察實務見解其實並不一致，僅於判決書中提及「特別規定」者以無法明確地認定為何種關係。當然，可以先依循所謂「特別法優於普通法」的看法，可以想見係依照中央法規標準法第 16 條明示之原則，但是一般而言，「普通法」係就全國一般之人、事、時、地加以制定的法規範，「特別法」則係因為特定人、事、時、地所制定具有特殊性與短暫性的例外刑法，換言之，「普通法」與「特別法」係屬於「法典與法典」的適用關係，若是依照「特別法優於普通法」則普通法將產生具一般效力之凍結效應，在所有個案間均應停止適用²⁴⁸，但刑法第 342 條的背信罪並不會因為特別背信罪之規定而在實務上全面停止適用，從而晚近實務見解對於「背信罪與特別背信罪」間競合處理所採取「特別法優於普通法」之論述模式是否妥適，誠非無疑；再者，若先不視其為特別法與普通法之關係，而將其他實務見解所言及的「特別規定」所指之「背信與特別背信」間的「一般、特別」關係假設係屬於「罪與罪」之間的關係，由於係「罪與罪」間的關係，在一行為之下，勢必會涉及如何論處「法條競合」或者是「想像競合」，應如何釐清法條競合與想像競合的類型，學說上則有以形式關係或者是實質內涵不同觀點加以區分，前者包含以「類型關係」、「概念關係」或者「構成要件型態關係」

²⁴⁸ 甘添貴，「罪數理論之研究」，頁 85，元照，2006 年 4 月，初版 1 刷。國內實務見解曾對於辯護人上訴理由(對於高等法院 97 年重上更字第 165 號判決之上訴理由)中指稱「『舊公司法第 15 條所規範的貸予資金』和『背信罪』間的關係，亦屬於『特別法/普通法』，從而舊公司法第 15 條既已廢止則背信罪亦無法使用的看法」加以否認，而說明「...刑法上之背信罪與公司法第十五條第二項之罪，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，公司法第十五條第二項，則為特殊之背信行為，背信罪之概念，隱含在公司法第十五條第二項之罪之內，二者之基本社會事實同一，法院於公司法第十五條第二項修正後廢止其刑罰時，自仍得就起訴背信之犯罪事實予以論罪」。請參照最高法院 98 年台上字第 7316 號判決。

三種區分方式；後者則包含「刑罰權單一」、「不法、責任內涵包含」、「構成要件二重評價」以及「法益同一性」等不同看法²⁴⁹。但此些不同說法並非採取其一後則必須排除其他，蓋例如兩罪間若依照形式關係判斷後認定具有「概念關係」中的包攝關係，仍必須探究實質內涵始能決定是否其中之一的刑罰規範不能成立，也因此多數學說則考量犯罪係對於法益侵害或造成法益危殆化而認為犯罪是否須多重評價應以「法益是否同一」作為評斷「法條競合」或者是「想像競合」之核心要件，而前開學說見解也必定係基於「法益」類型之不同而認為應該成立「想像競合」。然而，一行為侵害一法益屬於法條競合、一行為侵害數法益則為想像競合的區分方式雖然明確，但透過「法益」類型作為評價基礎應該是認為「法益種類」之界定已然化約該類型犯罪的本質，因而如果該類型犯罪之「法益內涵」或其「罪質」部分有所爭議時，則僅近似套用公式性地認為法條競合或者是想像競合則並無法適當地呈現兩罪間的關係，從而是否應依照學說見解與晚近研究者所肯認之「想像競合」也並非完全毫無疑問。

第二款 背信罪與其他財產犯罪

第一目 背信與侵占、詐欺

實務見解在處理背信罪與其他類型的財產犯罪競合之際，多半會涉及像是「背信與侵占」、「背信與詐欺」等罪之區辨，在行為人「一行為」之前提之下，多認為一旦成立其他財產犯罪時，則不再論處背信罪²⁵⁰，而之所以不再論處背信

²⁴⁹ 甘添貴，前註(248)書，頁 97-108。

²⁵⁰ 最高法院 51 年台上字第 58 號判例：「刑法上之背信罪，為一般的違背任務之犯罪，如果其違背任務係圖為自己不法之所有，已達於竊盜或侵占之程度，縱另有以舊抵新之彌縫行為、仍

罪之理由，以「背信與侵占」為例，實務見解早期則多以「侵占係特殊的背信行為」為由認定侵占罪成立時，不再論處背信罪²⁵¹。實務見解雖未明白說明一行為成立「侵占罪與背信罪」數罪名究竟是屬於何種競合模式，但從「背信罪係一般的違背任務犯罪」以及「侵占是特殊的背信」的說法以觀，實務見解應係肯認「背信與侵占」具有某種程度的共通性，基於「一般、特殊」的考量所做出的評價，隱約地透露出「背信與侵占」間的關係似乎是「法條競合中的特別關係」，然而，國內學說見解則有不同看法。國內學說見解當中，對於「背信與侵占」間的關係，或有認為為他人處理財產事務之行為人，以竊盜、侵占等方法為背信行為時，屬於行為單數的純正競合，並且應為一行為觸犯數罪名的「想像競合」²⁵²；而亦有認為由於兩罪之法益具有同一性，在一行為侵害一法益的情況應成立「法條競合」，只是當中學說有分為由於普通侵占罪的持有原因並不以為他人處理事務為必要，縱然普通侵占罪之罪質具有背信性，亦不屬於特別、補充、吸收等關係，而是一種法條競合中的「擇一關係」²⁵³以及認為受委託而侵占之行為應當也含有背信之性質，背信罪係對於違背任務之行為作一般性之處罰規定，背信罪之違背任務之行為係一般構成要件，若有其他特別構成要件存在時，則依照法條競合的

應從竊盜或侵占罪處斷，不能援用背信之法條相繩。」；相同實務判解 30 年上字第 1778 號判例、30 年上字第 2633 號判例、42 年台上字第 402 號判例。

²⁵¹ 最高法院 27 年滬上字第 72 號判例：「為他人處理事務之人所為之侵占，為特殊之背信行為，故侵占罪成立時，雖其行為合於背信罪之構成要件，亦當論以侵占罪，而不應論以背信罪。」

²⁵² 林山田，刑法各罪論(上)，頁 484，作者自版，2004 年 1 月，增訂 4 版。

²⁵³ 甘添貴，體系刑法各論(第二卷)，頁 373，作者自版，2004 年 2 月，再版。國內其他早期採取法條競合之「擇一關係」之學者，請參照蘇俊雄，刑法推理方法及案例研究，頁 38-39、186-187，台大法學叢書(15)，1985 年 8 月增訂版；韓忠謨，刑法原理，頁 348，1982 年 4 月增訂 15 版；陳樸生，刑法分則論文選輯(下)，頁 487，1984 年 7 月初版；高仰止，刑法總則之理論與實用，頁 348，1986 年 8 月三版；洪福增，刑法判解研究，頁 142，刑事法雜誌社，1985 年 4 月三版。

「特別關係」適用特別之構成要件加以處斷，而不適用一般的構成要件²⁵⁴。同樣地，在「詐欺與背信」間的競合論述之脈絡，早期實務見解認為行為人之一行為成立詐欺和背信之情形，由於背信罪已然被包含於詐欺罪中，從而不得於詐欺之外再論背信²⁵⁵；但晚近實務見解則係僅重申背信罪為一般違背任務之犯罪，而認為行使詐術之行為成立詐欺罪外，不得論處背信²⁵⁶，何以不能論處亦未詳述其理由。而學說見解間則係如同「侵占與背信」的競合論述模式，前者²⁵⁷認為係「想像競合」、後者²⁵⁸則認為係「法條競合的擇一關係」。

第二目 「重疊、交錯」或「擇一、互斥」？

姑且不論「背信與侵占」、「背信與詐欺」應該如何界分方屬正確，而暫從上開實務與學說見解以觀，或有認為我國實務見解對於「背信與侵占」之認定，亦存在微妙地變化，早期實務見解所強調的「侵占係特殊背信行為，侵占罪成立時，雖其行為合於背信罪之構成要件，亦當論以侵占罪…」與後來實務見解所主張「若違背任務到侵占之程度則不屬於背信」以及「…背信是以侵占以外之方法違背任

²⁵⁴ 陳淞山，「侵占罪與背信罪之區別」，頁 75-77，刑事法雜誌。學者林山田教授在其早期的著作中則是認為「背信與侵占」則為法條競合的特別關係。請參照林山田，刑法特論(上)，頁 356-359，三民，1985 年 7 月。其他認為係法條競合之「特別關係」的早期學說，請參照李永然，「論侵占罪與背信罪」，頁 21-24(轉述周治平、蔡墩銘教授之見解)，法律評論第 47 卷第 11-12 期合刊。

²⁵⁵ 最高法院 25 年上字第 6518 號判例。

²⁵⁶ 最高法院 63 年台上字第 292 號判例。

²⁵⁷ 林山田，前註(252)書，頁 486。

²⁵⁸ 甘添貴，前註(253)書，頁 374。

務…」兩者間隱約地透漏實務認為兩罪從「重疊」或「交錯」關係²⁵⁹到「互斥/擇一」關係²⁶⁰的態勢，但是單純就實務論述內容來說，其實由於並無明白表示係採何種看法，解讀上則亦未必定然是從「重疊或交錯」過渡至「擇一」的發展脈絡²⁶¹；而同樣地「背信與詐欺」，我國學說實務在詐欺罪之「法益內涵」解釋上多沿襲德國之見解，而認定詐欺罪的法益係保障「整體財產法益」，而背信罪之法益內涵，我國學說亦多認為係屬於「整體財產法益」，因此一行為侵害一法益的情況下，將「詐欺與背信」兩罪之競合處理論以「想像競合」的看法恐有疑慮，反而，理當考慮一行為所侵害的「法益相同」的情況下應當符合「法條競合」的何種關係；然而，是否屬於法條競合中的「擇一關係」其實亦有所疑慮，蓋「擇一關係」本身概念的解釋定位於我國學說便有所爭議，有認為「擇一關係」係指兩法條間各自含有對立排斥的構成要件要素，只要適用其中之一，則勢必不會該當另外一條規定²⁶²，但另外一種看法則是認為一行為若不屬於法條競合中其他類

²⁵⁹ 最高法院 27 年滬上字第 72 號判例。

²⁶⁰ 最高法院 51 年台上字第 58 號判例、30 年上字第 1778 號判例、30 年上字第 2633 號判例、42 年台上字第 402 號判例；最高法院 84 年度台上字第 161 號判決：「而刑法第三百三十六條第二項之侵占罪，以意圖為自己或第三人不法之所有，而擅自處分因業務上所持有之物為構成要件，至背信罪，則係指為他人處理事務之人，以侵占以外之方法，違背任務，損害本人利益之行為而言。兩者基本事實並不相同。」

²⁶¹ 蓋學說見解中林山田教授則認為實務見解並非係依照法條競合之特別關係所得之結論；蔡墩銘教授則係認為實務見解則是採取法條競合的特別關係說，大部分贊成擇一關係說的早期學說亦是從上述所指之實務見解加以立論。請參照陳淞山，前註()文，頁 77。並且實務見解雖然最高法院 84 年台非字第 161 號判決認為「業務侵占與背信二罪基本事實不同」，但直至最高法院 87 年台非字第 407 號判決仍有認為：「...刑法上之背信罪與侵占罪，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，侵占罪之概念，隱含在背信罪之觀念之內，二者之基本社會事實同一...」，從而無法逕自論斷實務見解係從重疊交錯關係過度到「互斥」之擇一關係，並且以 86 年易字第 6378 號判決為例，實務見解雖有認為「背信罪係以侵占以外之方式」，但於該案卻仍認為「兩罪屬於犯罪事實具同一性，因而能變更起訴法條」，職此，縱然以背信罪為侵占以外之方式加以論述，亦並不代表兩罪屬於截然二分各自有其固有領域之犯罪類型。同樣認為兩罪具有事實同一性之判決，請參照高等法院 86 年上易字第 611 號判決。

²⁶² 林山田，刑法通論(下)，頁 327。

型，而同時有數個法益可以適用時，應就其中擇一最為適當地法條加以處斷²⁶³。不過，一樣去觀察實務見解對於「背信與詐欺」間關係的脈動，不難發現學說見解對於實務見解的說法與上述之「背信與侵占」的態勢雷同，亦即有認為從「重疊」或「交錯」關係到「互斥/擇一」關係，但亦有持反對見解認為端視實務見解之論述並無法探究採去何種看法，從而此部份之看法亦不一致。

第三款 背信罪與其他犯罪-舊法牽連犯之回歸

於行使偽造私文書與背信罪之部分關係為何，則屬於較為一致之見解，舊法時期，司法實務見解對於「背信與行使偽、變造文書」之情形則多認為：「若以檢察官認行為人之連續背信犯行與其餘被訴之連續業務侵占、連續不實填製會計憑證、連續虛偽記載財務報表、偽造私文書與違反證券交易法等行為，因有牽連關係，而從一重以修正前證券交易法第 171 條違反公司法第 155 條第 1 項第 4 款規定處斷」²⁶⁴，認定兩罪屬於裁判上一罪之「牽連犯」，縱然因為證據不充分無法認定背信罪之部分，但實務上關於行使業務登載不實文書與背信行為兩罪之

²⁶³ 韓忠謨，刑法原理，頁 374 以下。

²⁶⁴ 台灣高等法院 99 年度上易字第 1721 號判決要旨。不過本案判決結論則係認為「...惟原判決僅泛言：被告為在集中市場買進「國○公司」、「廣○公司」、「福○公司」等上市公司股票，自須籌措資金，旗下「三○投資公司」等公司向「中○票券公司」貸款，以此作為購入「國○公司」等公司股票之資金，「兩者」間顯有方法結果之牽連犯關係（或謂：被告在本案貸款過程中所為背信罪嫌，與前案之背信、侵占、操縱股價等行為，係在該期間內交錯進行，且有方法結果之牽連關係）云云，未指明被告本件起訴之背信犯行與前案被訴之何犯行，具何種牽連關係（犯一罪之方法行為犯他罪，或犯一罪之結果行為犯他罪）？即認被告本件起訴之背信犯行與前案被訴之犯行間具有牽連犯之裁判上一罪關係，亦嫌率斷。」；其他認定「背信罪」與「業務上登載不實文書及其行使之罪」為牽連犯的判決，請參照最高法院 99 年度台上字第 1294 號判決、高等法院 99 年上易字第 1721 號判決。

間仍多認為係「牽連犯」²⁶⁵的結構。但是增訂特別背信罪以及刪除牽連犯之後，原本應該使用數罪併罰，但是耐人尋味的是，實務見解有認為：「…被告於上開犯罪事實所示時、地，行使偽造存摺存款取款憑條而盜領台○商業銀行存款客戶之存款，均係行使偽造私文書之際，亦同時違背其身為台○商業銀行負責人之職務，俱屬以一行為觸犯行使偽造私文書罪、銀行負責人背信罪等 2 罪名，屬想像競合，應分別依刑法第 55 條規定，各從一重之銀行負責人背信罪處斷。」²⁶⁶將此一類型論處想像競合，而非數罪併罰。

第四款 小結-「流刺網式之截堵關係」的背信罪

綜合上開實務與學說所闡述之見解，可以發現到學說實務見解呈現人言言殊之現象，因此，暫時先撇開學說見解對於「背信罪與其他犯罪諸面向」間的不同解讀方式，單純地從我國實務見解所使用的論述意涵，應不難從側面觀察到「背信罪」相對於「其他犯罪類型」，其實都處於一種「備位模式」，例如：「能成立詐欺罪者，不能論以背信罪」、「能成立侵占，則不能以一般違背任務之背信罪相繩」等情形²⁶⁷，因此，如果能以其他財產犯罪處理的情形，則優先成立其他財產

²⁶⁵ 台灣高等法院高雄分院 98 年度上訴字第 1774 號判決：「…公訴意旨雖認被告不遵守土○銀行之規定即有違背任務…惟…客觀上尚難認有圖自己之利益…另公訴人亦未舉證被告有何取得不法利益或損害本人利益之意圖，自難僅憑被告有未據實對保之違背任務之行為，即遽認被告有背信罪之意圖不法利益或損害本人利益之意思…被告此部分之犯罪(銀行法之特別背信罪)尚屬不能證明，惟檢察官起訴認被告此部分犯嫌，與本院認定之上開罪行間，有修正前刑法第 55 條牽連犯之裁判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知」。

²⁶⁶ 台中地方法院 99 年金訴字第 1 號判決。

²⁶⁷ 能成立詐欺罪者，不能論以背信罪(最高法院 90 年台上字第 7028 號判決、63 年台上字第 692 號判例)；若已論侵占者，不能論一般違背任務之背信(89 年自字第 47 號判決)；背信係以侵占以外之方式，挪用資金屬於業務侵占(88 年上易字第 1856 號)；能成立詐欺或侵占，則不能以一般違背任務之背信罪相繩(最高法院 85 年台上字第 6239 號判決)；

犯罪，僅有在無法成立其他財產犯罪之類型，才會論處背信罪。

這樣一來，背信罪在財產犯罪的體系中，彷彿如同一張準備在其他犯罪之後的巨網，當行為人之犯罪類型能夠符合、容納在懸置於巨網前的其他面小網之中，則不會輕易地動用置身於小網後的大網，唯有無法落袋於小網中，但是被認為係要處罰之行為才會動用背信罪，也因而實務見解多半在論述上在成立其他犯罪後，便不再論處背信罪，也因此凸顯了「背信罪」在財產犯罪中所扮演的「**截堵機能**」。

有別於以「**侵占罪**」作為截堵式構成要件的德國，外國立法例中與我國背信罪之規範相近的鄰國日本，其學說亦有認為「**背信罪**」係詐欺罪和侵占罪的補充規定，因此被認為係詐欺罪之場合，則僅論以詐欺罪為已足²⁶⁸，並且學說見解有推論依照此說之看法，背信罪對於其他財產犯罪來說，可以從正面肯定其具有如同「**承接水滴用的器皿**」之功能²⁶⁹。

很明顯地，實務欲利用背信罪作為財產犯罪的最後一道防線，其截堵之原因大致上可以推敲實務見解是為了避免違犯財產犯罪之行為人成為漏網之魚，所以不僅在刑法規範上張設數面小網，而在小網的後邊再交織以大網，以對於財產犯罪之行為人絕無網開一面得以喘息的空隙的態勢，彰顯資本主義的社會結構中，對於私人財產保障之重視。但是，對於私有財產之保障，法律規範並非僅存在刑法規範，民、商事法與行政法規其實亦多有規定，設置此種滴水不漏的保護網，以諸多規範作為財產法益多層次的保障，是否會侵蝕私法上講求的私法自治原

²⁶⁸ 中森喜彥，刑法各論，頁 176，有斐閣，2006 年第 2 版；井上正治、江藤孝，新訂刑法學(各論)，頁 198，法律文化社，1994 年。

²⁶⁹ 內田幸隆，「背任罪と詐欺罪との關係」，頁 103，早稻田法学会誌第 53 卷(2003)。惟日本學者內田幸隆本身則不贊同此種看法，並且認為此種說法毫無依據，此乃因學說見解如果傾向採取「擇一關係」看法的學者，則將會否認此種備位、截堵之性質，本文於此僅是先就實務見解的論述加以分析，學說見解的孰是孰非，則置於第四章、第七節本文見解的部分加以說明。

則？多層次保障會否造成財產犯罪之過渡評價？以及會否過度地介入私法上之交易，以致於原本不應該成立犯罪的行為都有可能被加以歸納到背信罪的範疇？或者從實務見解之歸納過程會發現到，有大多數之案件雖然經檢方以背信罪加以起訴，但司法實務所呈現之態勢似乎竭盡所能地拒絕使用背信罪²⁷⁰，使得檢方義正辭嚴的論告最終多以無罪判決收場，讓人不禁懷疑背信罪是否可能僅淪為刑事訴訟上嚇阻被告之道具而已？這些則是實務見解於判決書中未有說明，但卻是攸關背信罪之定位以及存在必要性的疑慮。

第二項 罪刑失衡與過度評價的截堵模式

從實務見解對於背信罪採取截堵性之作用，其與其他諸罪間的論罪科刑上，

²⁷⁰ 有以「欠缺委任關係或並非為他人處理事務」（高等法院 92 年上易字第 2194 號、92 年訴字第 709 號判決、90 年自字第 19 號判決、90 年上易字第 1218 號判決、89 年易字第 1445 號、最高法院 52 台上字第 551 號判例、89 年易字第 375 號判決、89 年台上字第 3785 號判決、87 年上易字第 6613 號判決、87 年上更（二）字第 32 號判決、86 年台上字第 4109 號判決、86 年台上字第 3156 號「此判決特殊之處在於強調之所以未具委任關係，乃因其屬於居間行為」、85 年上易字第 1527 號判決「蓋其係為自己處理事務」、85 年上易字第 1984 號「蓋承攬係為自己處理事務，與委託有異」、85 年自字第 422 號判決、84 年訴字第 247 號判決）；「雖然提領款項程序不正當，但僅為便宜行事」（澎湖地方法院 91 年訴字第 62 號判決）；「刑事程序證據上不充分」（高等法院臺中分院 90 年上易字第 932 號判決、90 年自字第 87 號判決、88 年易字第 57 號判決、86 年上易字第 517 號判決、85 年上易字第 1843 號判決、85 年自字第 64 號判決）；「主觀上無意圖為自己或第三人之利益，或加損害於本人」（高等法院 90 年上易字第 3662 號判決、89 年易字第 2753 號判決、87 年台上字第 1055 號判決、85 年易字第 4984 號判決、84 年自字第 157 號判決）；「單純基於消費借貸（使用借貸）關係或民事債務關係之糾葛，與背信有間」（89 年自字第 47 號判決、88 年訴字第 83 號判決、89 年自緝字第 28 號判決、86 自字第 358 號判決、85 年易字第 1663 號判決、86 年台上字第 1481 號判決、85 年自字第 1 號判決、85 年自字第 2 號判決「本於契約自由，不得以事後出價過高，令第三人承擔刑責」、最高法院 85 年台上字第 2104 號判決）等為由，認定不成立背信罪。

由於大部份被認為會優先成立特別背信罪、侵占罪、詐欺罪時，而不論一般違背任務之背信罪時，似乎較不會有論罪科刑時評價過度之疑慮，但若就其與行使偽造文書、洩漏祕密等罪時，究竟應該被認定係屬於一行為或者是數行為，則有可能得到不同之刑度評價，倘若客觀上僅具有一個犯罪事實，卻以兩罪論處時，訴訟法上違反一罪二罰原則，實體法上則有過度評價之可能性，蓋倘若行為人於客觀上所為之犯罪，就客觀事實之部分已經充分評價，卻再用其他罪名去評斷此一行為時，多重評價之部分，違法性與責任之部分由於欠缺客觀上評價的對象，已經欠缺評價的實益；並且倘若本來應屬於刑事政策上以及立法目的認定為一個行為，卻因為實體法之修正造成可能被當作是兩個行為時，則有罪刑失衡之虞。

一般而言，規範上被類型化犯罪的兩罪之間如果在構成要件中「完全重合」或者「部分交錯」的情況之下，如何去釐清其間的競合或者是論罪科刑之關係，通常可以藉由立法者在兩罪間的「刑度輕重」上察覺出一些端倪。方法論上有所謂以兩罪主刑全體加以比較的「全體對照主義」，以及以併科刑或者選科刑中較重的來加以對照的「重點對照主義」²⁷¹，但若依照「重點對照主義」，由於判斷上僅先就併科或選科較重的部分來加以比較，從而如果刑度當中具有有期徒刑和拘役、罰金，僅依照有期徒刑的刑度高低來加以判斷，然而如此一來會產生縱然罰金的部分提高、有期徒刑部分不變的情況下，因為只比較有期徒刑之部分，從而無法反映提高罰金的規定比原先未提高的舊規定來得重，在評價的操作上有欠妥適，因此一般來說方法論上多採取「全體對照主義」。從「全體對照主義」觀察，依照刑法第 35 條規定，首先依「刑罰種類的性質」之層面判斷，亦即主刑之輕重按照「死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金」由重至輕的順序加以判斷，相同主刑的情況再比較「刑期之上限」，若刑期上限相同再視「刑期下限」，

²⁷¹ 內田幸隆，「背任罪と詐欺罪との關係」，頁 96-98，早稻田法学会誌第 53 卷(2003)。

假使刑期下限相同才再看有無選科和併科之情形。如果上開對照方式，我國特別背信罪的法定刑度係「…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。」、業務侵占罪的法定刑度為「處六月以上五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」、普通侵占罪的法定刑度係「五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」、背信罪的法定刑度係「五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」，此些罪名的輕重順序應係「特別背信」較重於「業務侵占」，「業務侵占」較重於「普通侵占」，而「侵占罪」的刑度輕重則等同「背信罪」；同樣地若將背信罪與詐欺罪一併加以比較，我國普通詐欺罪的法定刑度亦同於背信罪²⁷²，則在競合階段的評價上「背信與詐欺」將與「背信與侵占」一樣，無論最後結論上成立一罪中的侵占、詐欺或者是背信，並不至於存在評價不足之疑慮，反而如果論處侵占罪之後，再論背信罪則會有過度評價之虞。

惟承上所述，在遇到「偽造文書」與「背信」之情形，依照實務見解原論處之「牽連犯」的形態，因為現已廢除，從而產生應該如何回歸適用之問題。牽連犯之定義與要件，國內學說也存在不同看法，有認為雖然外國立法例（德國）沒有牽連犯之規定，但其實務見解將牽連犯視作想像競合下的次類型概念，因而認為既然牽連關係是想像競合之一種類型，從而應遵守想像競合之界限²⁷³；但是這樣的看法與國內修法刪除牽連犯之理由與其他國內學說迥異，蓋修法理由認為牽連犯必然是數個構成要件行為、侵害數法益、觸犯數罪名、主觀上有概括犯意、

²⁷² 從「侵占與背信」、「詐欺與背信」的刑度輕重觀察，我國與鄰國日本則並不相同，蓋日本刑法之「侵占與背信」的刑度輕重，「委託物侵占罪」仍係重於「背信罪」；而日本的「詐欺罪」的法定刑度則較「背信罪」為高。

²⁷³ 林山田，刑法通論（下），頁 623。

客觀上數行為間有方法、目的，只不過修法理由前後似有矛盾，蓋既然認定其為數個行為，但又何以要求其刪除後之回歸適用須考慮想像競合，並且修法理由直指日本改正刑法草案欲將牽連犯刪除，但實際上日本刑法當中仍存在牽連犯之規定²⁷⁴；而其他學說見解認為牽連關係之本質具有先後構成要件實現關係，有先、後兩個行為²⁷⁵，難認屬於想像競合之次類型，並且其乃係數行為間具有手段、目的或原因、結果之情形，才為之整體性評價，難以想像將其認定屬於想像競合之「一行為」²⁷⁶；並且依照國內實務見解其實亦多認為牽連犯屬於「二個以上之行為」²⁷⁷。

然而，將原本因為立法政策之考量將數個犯罪行為之「牽連犯」當作是「一行為」，基本上的考量可能在於雖然客觀上違反兩個行為規範，但是行為違法性之評價，僅需給予「兩個行為規範」當中較重者，其刑度之一次評價便以充足，而現行刑法將其刪除，除了訴訟法上造成法院所認定犯罪事實之次數或者是被告防禦權行使之範圍會受到影響之外，**在實體法層面所反映的現象則是一種嚴罰之趨勢**²⁷⁸，其中流漏出違犯數行為若僅論處一罪則似乎是對於犯罪行為人的優待，現行法整體所呈現的重刑化、轉向和外國立法例(美國)一樣之併罰主義的趨向，

²⁷⁴ 許玉秀，「一罪與數罪的理論與實踐（一）」，頁 147-152，台灣本土法學雜誌第 78 期，2006 年 1 月。

²⁷⁵ 甘添貴，罪數理論之研究，頁 207-214，元照，2006 年 4 月，初版 1 刷。

²⁷⁶ 柯耀程，刑法競合論，頁 238-239，元照，2000 年 12 月。

²⁷⁷ 張淳淙，「從刑法修正論行為之罪數」，頁 335-336，收錄於「新修正刑法論文集」，司法院，2006 年 12 月。

²⁷⁸ 除了牽連犯之外，其他實務決議，例如：**最高法院 96 年第 9 次刑事庭決議**對於施用毒品之行為人改採一罪一罰之評價模式，本文以為該實務見解完全忽視施用毒品之人可能因為戒斷狀態，造成其欠缺與一般人相同程度的自律自我決定的能力，實務見解不考慮此點而改採集合犯之概念，反而逕自地認定一罪一罰，對於行為人而言明顯地呈現過於嚴苛的處罰態勢。

整體來說已展現了一種不可逆之反應，而在「偽造文書」與「背信行為」，本文以為現行法將原先適用之牽連犯加以廢除之後，應該如何回歸，則可能是要重新界定「犯罪一行為」之概念，或者必須在該類型化犯罪之解釋上尋求其他解釋上之路徑。



第四章 刑法「背信罪」之解析與重構

第一節 概述

本文於此篇章進行對於「背信罪」之重構與修法建議之提出。首先，就論述的順序，於「重新勾勒背信罪之前置程序」中，本文先對於**既存之論述加以梳理**，藉由國內、外學說見解的介紹與說明，分析學說論述的核心概念作為提供進一步對於背信罪重構的背景知識，並且針對我國學說見解加以梳理後，始提出本文對於「背信罪」的看法。

其次，有鑑於背信罪之構成要件所存在之諸多爭議均與「**背信罪之罪質**」為何有密切的關係，從而本文論述脈絡主要先針對背信罪「罪質」重新探索，而國內學說²⁷⁹就背信罪之「罪質」的論述上有言及背信罪性質上屬於結果犯、實害犯，並且同時係既成犯又是狀態犯，惟從構成要件中認定為結果犯或行為犯、危險犯或實害犯等情形不過僅是形式上經分門別類後的結論，並無助於類型化犯罪之本質的釐清。

職此，本文認為背信罪罪質之說明，向來主要聚焦在國內、外學說「**違背信任**」與「**濫用權限**」等諸說的研究，然而，由於我國屬於繼受法之國家，相較於英、美等先進資本主義國家的立法例，我國刑事實體法的規範之制定主要係依循同樣屬於後進資本主義國家的德、日兩國，從而對於立法例上同樣具有背信罪的德、日兩國，何以會在該國刑法會制定背信罪，就其背信罪之發展脈絡先行釐清，應該能夠有助於探究背信罪的罪質；而於罪質之釐清之後，再就背信罪之法益加以定位，蓋國內學說均認為背信罪所保障之法益係「**個人整體財產法益**」，但此種幾近先驗式地看法有無其他解釋之可能性，本文希冀透過「**功能系統論**」的解

²⁷⁹ 甘添貴，前註(253)書，頁 272-273。

釋路徑，重新對於背信罪之罪質部分加以釐清而辨明該罪所保障之法益射程範圍，並以此為基點審視 19 世紀所制定用來保障整體財產法益的背信罪，於現今的法律系統中有無存在的必要性。

第二節 背信罪「罪質」與「法益」之再探

國家機關的立法、修法，必然會受到「時空背景」、「社會經濟現狀」之影響，方法論上若以系統論而言，社會系統中的「法律系統」本身係同時具有開放性與閉鎖性條件的系統，對於「法律系統」以外的部分則屬於其環境，「法律系統」正常地運作之下，定然係接受來自自身系統之外的環境所給予的諸多刺激，透過與環境的接觸而令「法律系統」自身開始轉化、重新自我再製；然而，在少數的例外情形，國與國之間彼此的「法律系統」則可能因為政治考量的因素下，未經過一定刺激、轉化而產生完全複製另外一個國家的「法律系統」，而作為繼受國的我國則時常存在這樣的例外狀態。

從而，若要追溯最早背信罪，僅依照我國「法律系統」之變遷則似乎有所不足，蓋由於我國刑法第 342 條之背信罪其現行條文之規定與民國 24 年 1 月 1 日同，當初將背信行為類型化為犯罪行為的時空背景正處於南京國民政府成立之初，然而民國初期兵馬倥傯、戰鼓頻仍，原則上南京國民政府於民國 24 年 1 月 1 日所公佈「民國 23 年 10 月所制定的刑法總則、分則規定」係調整於北洋政府的「暫行新刑律」，而民國元年 3 月 10 日所公佈的「暫行新刑律」亦由於臨時大總統命令，前朝施行之法律與新刑律於摒除與民國國體抵觸的條文後暫行援用，從而「暫行新刑律」的原型亦是依據清朝末年頒布的「大清新刑律」，兩者間的差別僅在於「暫行新刑律」刪除侵犯皇室罪章以及相關特別保護皇權的條文，將帶有帝制色彩之文字加以刪除，實質內容並無其他變化。但「大清新刑律」乃

是清末光緒變法圖強之產物，當時立法原則多本於「參酌各國刑法，折衷歷代舊制，求事固有之國情，又應當代之需要」，乃由清末新律派延聘日本岡田朝太郎、松剛義正和小河滋次郎等學者為新刑律編撰整理委員，而岡田朝太郎本身則曾參與日本法編撰整理委員，由其起草的新刑律內容與篇章體例大多係沿襲日本改正刑法，分則部份計有 36 章，而其中財產犯罪之部份包含竊盜、強盜、詐欺取財、侵占、贓物以及毀損罪等罪章。新刑律的修訂雖未能力挽頹危的清政府於狂瀾之中，但當時制定的規定卻輾轉沿用至今，若從當時時空背景所形塑出法系統的環境，足認立法者制定新刑律有無參考各國刑法雖不可考，但確實多為參考日本改正刑法，在法系統的變遷中，作為繼受國的我國，在貫注法系統的力道時，不難察覺立法者所展現之意志其實係「觀察日本集數國之長，明治維新變法後國事日盛」，於是美其名參酌各國刑法，實則不加思所地採用日本改正新刑法，承繼日本改正新刑法立法者的意志，本身是否對於新刑律的內容存有特殊的主觀看法，從時空背景的脈絡中實難一窺堂奧。爰此，對於「我國法律系統」中的背信罪之變遷，若要了解一心變法圖強的立法者其所承繼的意志為何，則必須檢視「日本法律系統」中改正新刑法對於背信罪的修訂的來龍去脈；並且，亦由於向來多數日本學說認為影響日本制定背信罪的原因乃因明治時期參考歐陸法系的德國立法例，從而關於「德國法律系統」對於背信罪沿革則亦須一併加以介紹。

第一項 德國—背信罪發軔之脈絡

西元 1871 年德國舊刑法第 266 條制定前，其實並無現今背信罪之規定，早期財產犯罪以竊盜罪、侵占罪與詐欺罪三種基本類型為中心而形成，尤其在中世紀除了竊盜罪之外，原不可罰²⁸⁰。而關於德國背信罪發展之討論，則有回溯至中世紀 1532 年的卡諾林納法典中第 170 條之規定，認為該規定是對於接受委託之財產加以侵害時的行為加以處罰作為背信罪發軔之源頭，但該規定是後來德國刑法第 246 條的侵占罪或者是侵占以外的背信的事例為對象有所爭議；而後來亦有以從 1577 年帝國警察法第 32 章第 3 條規定違反法定代理人義務之規範。暫且對於法制史的發展不加以深入探究到底是前者為侵占罪的基礎，而後者則為背信罪的基礎，或者前者為侵占和背信的共通基礎等看法，從學說的介紹可得知此二規定均有被指出係背信罪的基礎²⁸¹。

若依照時序發展，歐陸對於「違背信任」之行為加以類型化為犯罪的情形，於西元 1794 年的普魯士一般土地法也可見到「加重詐欺的背信」，當時普魯士的土地法雖然並未規定背信的一般構成要件，但於該法第 1330 條以下則列舉個別的構成要件，該條規定乃係普魯士土地法第 1329 條之前賦予背信定義特徵之規定，而該法第 1329 條規定針對具有「對於他人具有維護信義和誠實處理的特別義務」之人對他人所為之欺騙行為，學說有認為所謂「具有維護信義和誠實處理

²⁸⁰ 陳樸生，「背信罪在財產犯罪上之體系的地位」，頁 3，法令月刊第 25 卷第 1 期，1974 年 1 月。早期國內學者陳樸生係在其文章分別對於英國、法國、德國財產犯罪的基本三種類型之發展略為介紹，例如：英國普通法的「Larceny」初期概念是限於物理的侵害他人之占有繼而現實上變更動產之支配狀態的行為，逐漸地擴張處罰經受託人、使用人委託財物之領得行為、委託物侵占、違背信任及欺罔行為；法國於 1810 年刑法典後始就此基本的三種犯罪類型加以規定；德國亦是以這三種基本類型為中心。

²⁸¹ 上寫一高，「背任罪理解の再建構」，頁 11-12，成文堂，1997 年 12 月 10 日，初版第一刷；平川宗信，前註(94)書，頁 233。按德國學者 H.Mayer 則有表示背信罪的基礎應是對於公務員違反職務之處罰。H.Mayer 之見解，請參照上寫一高，前註(281)書，頁 16 註 11。

的特別義務者」應該係規範「公務員、監護人或經紀人」等的背信行為，而本法第 1372 條：「遂行承擔委任事務之際，故意以欺騙授與權限之人造成其損害。」則是處罰私法上代理人背信的規定，而該規定包含委託物侵占的部份。而後於西元 1813 年巴伐利亞刑法第 398 條受當時法蘭西刑法第 408 條以下的信賴濫用罪的影響，對於因對於所有權的背信犯罪類型有獨立的規定。

但學者一般認為作為德國舊刑法第 266 條第 1 項第 1、3 款之基礎的是西元 1851 年於地方特別法中，具有背信罪之獨立構成要件的普魯士刑法第 246 條規定，蓋兩者均採取列舉方式加以制定，亦即德國舊刑法第 266 條第 1 項規定：「一、法定代理人、監護人、財產保護人、系爭物件管理人、財產管理人、遺囑執行人、和財團管理人，意圖對於委託其監督之人或物加以侵害時；二、代理人意圖侵害，而對於委任人之債權或其他的財產權部分處分；三、土地測量人、拍賣人、仲介人、貨物認證人、勞務給付人、秤量人、測量人、商品檢查人、卸貨人、裝貨人以及依照公權力遂行其營業的義務之人，於受委託業務之時意圖對於賦予該業務之人加以侵害²⁸²。」，而德舊刑法第 266 條第 2 項則係針對「為謀自己或第三人之利益而為違背任務者」科處有期徒刑和罰金的規定。從德國舊刑法規制之脈絡觀察，不難發現係將立法者認為「從事特定職業而具備特定身分之人」在社會分工的經濟活動中具有一定程度的重要性，同時在社會中亦容易取得被認定可受信賴之地位，並且德舊刑法第 266 條第 1 項規定明顯地包含兩個不同的性格的類型：一來是第 1、3 款所規範的係關於「公關係」具有特別職務上的信任義務的

²⁸² 所謂「法定代理人」包含(1)未成年之人的法定代理人（德國民法第 1773 條）、(2)成年人的法定代理人；(3)數人之法定代理人選任的情形，但不包含「負責對於精神障礙者為成年監護之人」；「財產保護人」係源自普通法的古老概念，保護人與監護人的特別樣態；「系爭物件保管人」係指德國強制拍賣法第 150 條規定之情形；「財產管理人」包含破產管理人、遺產管理人，但不包含債權人委員會之委員；「財團管理人」，該財團包含民法和公法上的財團。RGSt.38,190.；H.Mayer、Dieterich,之見解，請參照上寫一高，前註(281)書，頁 31。

背信，二來則是第 2 款適用於「私法關係」作為侵占罪的補充規定²⁸³。

第一款 帝國法院時期的「違背信任說」

從舊刑法第 266 條第 1 項第 1、3 款以觀，帝國法院所認為此一新制定的背信罪所欲規範的行為類型不外乎是「違背任務」，其本質上係採取「背信說」之角度認為雖然無論是否該當民事上之責任，「違背任務」之行為通常所涉及的是私人間的權利義務關係，但是此一關係若是基於當事人間「特別信賴關係」的場合，且對此加以毀損或者是增加財產上的損害的話，則須以刑法加以介入；該時期的學說亦多採取帝國法院之看法，從而即使是代理權之授與是無效的話，由於「事實上之信任關係」仍然可以加以肯定，代理人對於授與代理權之本人而言仍負有「信任義務」，從而違背任務之情況下仍會成立背信罪²⁸⁴。若依照上述背信罪發軔之脈絡來看，帝國法院採取以「違背信任」之見解並不意外，蓋 1577 年的帝國警察法第 32 章第 3 條文義上包含法定代理人違反其應盡的義務，此種繼承訴訟之刑事化，該應刑罰性亦被認為係以存在「特別信賴關係」為前提，並且

²⁸³ 上寫一高，前註(281)書，頁 12-14。按普魯士刑法第 246 條的第 1 項乃是採取列舉方式之規定，對於「遺產管理人、未成年人之監護人、系爭物品的保管人、遺囑執行人和財團管理人，以故意對於委託監督之人或物加以損害時之行為」，第 2 項則是「經紀人、貨物認證人、給付勞務人以及依據公權力從事他人的營業而負有為特別營業之義務者，於為受託業務時故意造成賦予業務者之損害。」；此乃係背信罪制定初期的草案，和普魯士一般土地法一樣單純地以限定列舉的方式為之，於西元 1847 年的草案規定「因私法關係所產生的特別信任義務」，但學說有認為於此將加以擴大處罰範圍並且亦不明確，從而為了限定在制定上所伴隨的公法性格，規範明確地犯罪成立的界線，依據公法所生的特別信任職務之人則可能成立背信罪之主體，此時對於代理人並未存在背信罪的規定；而學說間有認為**德國舊刑法第 266 條第 1 項第 2 款**起源是**薩克森刑法第 287 條第 2 項**：「業務執行之人，對於不屬於其而占有之業務主之債權或其他財產之部分具有得利之意圖而加損害於業務主之時，以侵占罪論處。」，聯邦國會草案與實務見解均有言及**舊刑法第 266 條第 1 項第 2 款**作為侵占罪的補充性質，蓋當時普魯士刑法第 255 條侵占罪僅以「動產」作為行為客體，行為人係有處分權限之代理人而侵害債權等非物理上可見的財產上利益，則不適用侵占罪，從而增訂**舊刑法第 266 條第 1 項第 2 款**。請參照上寫一高，前註(281)書，頁 13。

²⁸⁴ 上寫一高，前註(281)書，頁 18、24。RGSt. 3,284；1,329；17,242；20,264；29,109；38,366；45,434。轉引自上寫一高，前註(281)書，頁 18、24。

1749年普魯士一般土地法亦規定私法代理人的背信罪，亦是以違反信任關係作為背信罪之本質，人與人之間的「信任關係之破壞」逐漸地被認為須由刑法介入，當然並非僅是單純地破壞信任關係便能以刑法加以處罰，刑法介入的著眼點應係「行為客體的重要性」、「此一類型化行為的易為性」衡酌「發現侵害之困難」以及考量到存在「可能無法獲得損害賠償之危險」，因而針對此些「違反信義誠實之契約義務」與「喪失信任之行為」加以處罰²⁸⁵。

第二款 舊刑法第 266 條第 1 項第 2 款所開展的「濫用權限說」

德國學者 H. Mayer 認為對於背信罪之行為主體要求遵守一定之職務上的義務或者契約上之義務，「是否違反刑法上的義務」，必須於個案中交由法官為理性的判斷，並且「何人為代理人」，針對是否具備行為主體之身分，如果不是以民事法作為基準，則背信罪的規定對於法官來說則為有待充足的白紙一般，並且依照「違背信任說」的脈絡，何謂「特別信任關係」或者是「刑法規範上之義務」其實並不明確²⁸⁶。因此，當時德國學者 Binding 則在「違背信任說」之後，提倡所謂的「權限濫用說」，採取「權限濫用說」的學者認為代理人與授權人之間被認為並無一般或特別的信任關係，代理權之概念於本人和代理人之特別信任關係不應該是固有的東西，與其說是關於代理人之背信本質上並非信任關係的違背，毋寧是背信罪是民法上的代理權的濫用所為之財產侵害行為，亦即 Binding 認為背信罪係「濫用自己於法律上被承認之權力地位，進而造成他人財產上之損害」，

²⁸⁵ 上寫一高，前註(281)書，頁 18-19。從而早期對於哪些契約關係的違反係造成「特別信賴關係」的違背，立法例上多以列舉的方式加以表列。

²⁸⁶ 上寫一高，前註(281)書，頁 20。

並且「濫用絕對的權力，是給予他人財產損害之特有手段」，但是這個「代理權限」並不能被侵占或者是毀棄²⁸⁷。

德國舊刑法第 266 條第 1 項第 2 款，關於他人之動產只是侵占罪的補充類型，以資保障原本侵占罪可能無法保護到的其他財產上之權利，並且除了以法律上處分不動產時將其委託與他人，賦予代理權對於有效的登記是必要的之外，對於限定物權、債權要為有效之處分也只能基於「有效的代理權」為法律上的處分，從而，所謂「違背任務之行為」必須要在代理權的範圍內且必須為有效的法律行為，若僅是作為「沒有逾越權限的行為」、「無效的法律行為」、給與事實上影響力之行為，均不會成立背信罪²⁸⁸。惟德國學說上除了與違背信任說對立的「濫用權限說」外，尚有採取「事務處理說」的看法，從「對於他人一定財產上利益的維護義務」出發，認定是否係具有可罰性的違背任務之行為²⁸⁹。

²⁸⁷ Binding, Lehrbuch 之見解，請參照內田幸隆，前註(91)文，頁 119-120。Dieterich、Cartier、Leopold 之見解，請參照上寫一高，前註(281)書，頁 20、28。按權限濫用說之「背信罪」，應該以「在『法的可能性（Können）』之範圍內逾越『法之容許（Dürfen）』」加以掌握。請參照 H.Jagusch, Leipziger Kommentar, 8. Aufl.1958, S.471。轉引自內田文昭，「橫領と背任」，頁 100，收錄於「刑法講座-財產犯の諸問題」，有斐閣，昭和 38-39。

²⁸⁸ 按「權限濫用說」之本質在強調代理人對於該工作欠缺行使之權限的情況下，則被認定濫用，重點在於限定背信罪之成立，確切的說則事實行為則會加以排除。但是，欠缺代理權限的監督機關之行為、欠缺民法上代理之間接代理人、信託受託者之行為、逾越權限造成欠缺法之效力的法律行為、私法上無效的法律行為等，可能無法以背信罪加以處罰，同時也無法採取侵占罪（例如沒有不法取得而是財產之藏匿或者是虛偽記帳）、以侵占或毀損加以處罰，此一結果並不適當。請參照內田文昭，前註（287）文，頁 99。

²⁸⁹ 德國學者 Freudenthal、Preiffer 則有認為「濫用權限說」雖為有理，但僅從舊刑法第 266 條第 1 項第 2 款出發，無視同條項之第 1、3 款，從而應該採取「事務處理說」，此說係指依照法律，行為人伴隨地應該考慮他人財產之分配之義務時，雖然有一定應為之行為，但是於此一地位具有無法滿足這個法律上的義務而為其他行為之事實上可能性，因為這個事實上之可能性被利用的話可能會侵害他人，所以背信罪的典型態樣是行為人違反關於財產維護的「法之義務」，此說於背信罪之本質是義務違反，從當事人間正面的內部關係來看雖然是和背信說相同，但是此一義務是「法之義務」此點則與背信說不同。但 Binding 認為無論是被稱為「濫用說」、「事務處理說」，最為困難的便在於無法以舊刑法第 266 條的背信罪為其特徵，蓋以舊刑法第 266 條第 1 項第 3 款為例，至少因為拍賣人和仲介人以外並無賦予代理權，從而依照「權限濫用說」的立場觀察，第 3 款應該從違背任務之行為中切割出去。請參照上寫一高，前註(281)書，頁 21、29。

第三款 「濫用」與「背信」合一之現行刑法第 266 條規定

德國刑法修正草案原本仍係維持依據「濫用權限說」的型態，於 1909 年的預備草案第 277 條規定仍限於「法律或法律行為」、1913 年的第 367 條與 1919 年的第 377 條的草案亦僅作初步地文字部分變更，因為德國舊法第 266 條之規定將行為主體加以列舉之，可能造成可罰性漏洞，為了填補漏洞將會變成需要更多附屬性的背信規定，並且舊刑法第 266 條規定第 1 項各款不一樣的行為規定，以及第 1、3 款與第 2 款間亦產生爭議，從而草案開始轉向於「背信罪」則設立「一般性的構成要件」，1925 年的草案第 314 條「濫用依據法律或法律行為而處分他人財產之權限，造成他人之損害。」、1927、1930 年草案的第 348 條第 1 項亦為相同之規定。只不過草案是否基於「濫用權限說」或者是「違背信用說」亦未必明確，蓋草案理由書中有提及因為背信行為而加害於財產、1909 年的理由書係依照德國學者 Preiffer 的想法，背信罪的特徵在於「行為人對於被害人所賦予財產維護之義務加以違反」、1919 年的理由書「可罰之行為係處分權之濫用，包含行為者其義務之違反，雖然必須係使用其權限，但須形式上係權限之範圍內，不論是否超越權限範疇。」、1925 年的理由書：「於給予他人之代理權授予者之一般性指示內的範圍，不論是否超越該權限，關於該行為則必須係對外性代理權之付與。」基本上是與 Binding 所主張之「濫用權限說」一致。仔細觀察的話，「1925 年、1927 年、1930 年的草案」與「1909、1913、1919 年的草案」實質上內容與形式上的規定均大不相同，有鑑於舊法法規適用上具有處罰的困難性，1925 年草案以作為侵占罪之一部份制定第 300 條第 2 項「以同樣的意圖消費或支出受委託的 Gut，特別是金錢者」加以處罰；另外一方面，1927、1930 年草案則是作為背信罪一部之規定制定第 348 條第 2 項規定：「受委託或為他人收取金錢、其他

財產，於為了自己或第三人而使用之，造成權利人之損害應同樣被處罰²⁹⁰。」從而 1927、1930 年的草案第 348 條第 2 項規定，不得被認為係基於「背信說和事務處理說」，而 1927 年草案則有從條文外觀上觀察被認為則係將「濫用說」「背信說」或「事務處理說」加以結合規定²⁹¹。

現行德國刑法第 266 條規定與 1933 年之提案相同，於 1933 年的刑法一部改正法，立法者將「背信構成要件」增訂在「濫用構成要件」之後，此乃係相較於「列舉行為者」之規定所可能產生的爭議，則應該以「統一的形式」加以制定，因此對於當時的經濟狀況，作為針對評價為惡德和墮落的對策，因應具有當罰性的事例所做成新的規定。不能否認的是，後段則基於背信說制定為「背信的構成要件」，由於後者的構成要件本身係對於前者之補充，前者所無法該當的行為，則交由後者捕捉，從而此種規範模式則係想要全面性的捕捉被認為違背任務之背信行為，但基於受到當時德國納粹政權的「共同體」思想影響，為了強制地規制當時混亂的經濟交易，強調「違背信賴」之可罰性，在條文文義用語上則係「違背契約應該加以處罰」。背信罪前段「權限濫用構成要件」中「處分權限」與「財產擁護義務」的基礎係針對依照「法律、國家機關委任、法律行為」而對他人財產有處分權限，相對與此，舊法中個別之列舉則可能造成可罰的空隙，因為法律「為妻子管理財產的丈夫」、「作為子女財產管理人的父親」、「基於公法的職務上權力的公務員、債權委員會委員」因為國家機關委任等有爭議的例子，依照此一規定明確地均為背信罪的行為主體；至於「背信的構成要件」，由於作為財產維

²⁹⁰ 按此條理由乃因民法上的規定，例如：服務人、駕馭借貸馬車之人、家屋管理人、取得客人或租賃人所支付的金錢所有權，對於此種「受任人為了自己而利用經濟上不歸屬於其的金錢」因為造成是否可罰之疑問此點凸顯規定的不妥適，所以不論所有權所在的位置，列舉此些場合加以處罰之。請參照上寫一高，前註(281)書，頁 65。

²⁹¹ 上寫一高，前註(281)書，頁 63-68。

護義務之**基礎的「信任關係」**被直接地提出，則「處分權限」與「財產擁護義務」的基礎於民法上是無效時，或者關係消滅的場合，由於「**事實上的信任關係**」仍然存在的話，仍然可以成立背信罪。於1933年後的幾次草案修正，於1936年被稱為「Gürtner」草案則係採取違背信任說，此乃根據立法者欲單純地從正面考量國民的觀點，而將「背信罪」與「侵占罪」一併加以規定在「**信賴違反**」之章節，該章節a的部份則是規定「信賴違反罪(Treuburch)」，包含一部分的委託物侵占，b的部份則是在排除強盜、竊盜以及信賴違反之場合，則設立對於「侵占罪(Untereschlagung)」之處罰，但最終並未依照此草案修正法律，二戰之後仍是維持1933年修正後的規定²⁹²。

第四款 小結

從而，德國背信罪制定之脈絡加以觀察，現今德國背信罪的規範應當係綜合「違背信任說」與「權限濫用說」，因而就德國背信罪之「罪質」上來說應當是包含「違背信任與權限濫用」兩種意涵，戰後的學說鑑於條文文義上仍存有「違背信任」的用語，由於以1933年的修正草案加以規定「一般、包括性之背信罪規定」，其「背信構成要件」的內容則係「基於信賴關係而違反對於他人財產之利益管理義務」，擴大了處罰之範圍，所以多半係為了避免處罰範圍過廣，而極力地透過解釋去限制此一要件的該當，強調背信罪則是高度信賴關係之違反，如

²⁹² 平野龍一，「刑事法研究-最終卷」，頁74-76，有斐閣，2005年7月15日初版一刷；上寫一高，前註(281)書，頁69-70。德國二戰後1962年的草案一方面對於「違背信任」要素加以稀薄化的同時，他方面欲從形式上加以明確化，放棄「廣義背信(weitee)」，而採取「狹義背信說(engere)」，限定的方式則係從「行為主體」分成兩個部份來加以限定，一個是「管理他人財產者」，以包括地管理財產為對象，限定「法人之機關」與「監督人」；另一個是「處理他人財產上之事務者」，此一場合則限於「為他人計算之人」。請參照平野龍一，前註(292)書，頁77。

果未達到「依照背信罪所要求的『信賴關係違反』之程度」，則被認為是侵占²⁹³，而從「信賴關係的定型性與本質性」，必須符合「財產管理義務」、「財產維持義務」，單純地財產上之租賃、借貸與買賣，此種因為契約履行所產生之一般義務，並非屬於「他人財產管理義務」²⁹⁴；其次則是產生信賴關係之事務，需以具備『時間繼續性、範圍之包括性』以及給予事務處理者之『活動之自由』與『獨立性』作為認定信賴關係之基準，因此使者、運送人則與委託者之間的關係則以「自己財產管理義務」為其本質內容。此些場合對於其保管的財產故意地加以侵害，則會成立侵占或者是毀損以及民事法上之責任。

而在背信罪「法益」的確認上，德國學者則在見解上大多都是一致的，亦即其認為所謂「違背信任」只是一種構成要件之行為態樣，「信賴關係」不可能係法益之一種，背信罪的「法益」則專以「整體財產法益」²⁹⁵為主。然而，如果從固守既存刑法中財產犯罪保障法益之結構，的確不可能將「信賴關係」作為法益的內涵，蓋向來「信用性」之保障只存在社會法益或國家法益之中；但若從正面採取「規範與法益內容同一性」的角度，何以「在經濟交易形態轉變後要採用『整體財產法益』之『整體』此一概念」來加以觀察，「信賴關係」是否真的無法重要到作為一種法益的核心概念，可能並非理所當然地加以排拒。

²⁹³ G. Dahm, Untreue (Das kommende deutsche Strafrecht, Beson. T.2. Aufl. 1936)S. 452 ff.。轉引自內田文昭，「橫領と背任」，頁 95-96，收錄於「刑法講座-財産犯の諸問題」，有斐閣，昭和 38-39[1963-64]

²⁹⁴ H.Jagusch, Leipziger Kommentar, 8. Aufl.1958, S.476；Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 9. Aufl., 1959, S.994 ff. 轉引自內田文昭，前註（293）文，頁 102 以下。

²⁹⁵ 「背信罪保護之法益與詐欺罪相同，只含財產法益，並未包含附加的法益侵害，而構成要件中信賴違反之行為係背信罪獨特的攻擊財產之型態。」。請參照 Lenckner, Schönke-Schröder, StGB, 266, 1.轉引自平野龍一，前註(292)書，頁 76、78。

第二項 日本—背信罪罪質之變遷

我國文獻上多指師法日本「改正新刑法」，從法制史的角度觀察，若把兩個國家「法系統」變遷在時間軸上排出先後順序，則可發現岡田朝太郎等人於1906年起草的新刑律所參考日本改正新刑法的版本應為明治35年刑法改正案(1902年)。惟日本明治年間所提出的改正新刑法草案有數種版本，尤其明治35年改正案之後，於明治40年亦提出刑法改正案(1907年)，從而，於此處理「日本法系統」關於背信罪的發展，以「日本法系統」與其所位處之「環境」按照不同的時段進行考察明治年間頻仍的改正案、後來現行新刑法的規定以及日本學者對於背信罪沿革的看法，以釐清「日本法系統」係因受到何種「環境」所滲入之刺激而制定背信罪，以及如何更迭背信行為的內涵之詮釋。

日本近代刑法典的體例是沿襲明治13年(1880年)所公佈的舊刑法典，當時並無如同現在背信罪之規定²⁹⁶，不過當時在對於財產之犯罪中關於詐欺取財罪以及受寄財物之罪的章節中，第393條第1項：「對於冒認他人動產不動產而買賣交換或將其作為抵押典當之物者，以詐欺取財罪論之。」第2項：「隱瞞自己已經作為抵押典當物之不動產而買賣或典當者，亦同。」第2項的規定是以侵害被設定在自己不動產上的他人抵押權，例如：所謂雙重抵押的案件則有第2項適用。但該規定於明治23年改正案(1890年)該規定則被刪除，而在同節的第395、396條則存在所謂委託物消費罪，一直到舊法的草案的時候，此時才有背信之罪的規定。相對於舊刑法，明治23年的改正案於第三篇第六章於對財產之犯罪的第四節存在「詐欺取財以及背信之罪」，此第377、378條與舊刑法第395、396

²⁹⁶ 西田典之，「刑法各論」，頁222，弘文堂，2005年(平成17年)5月30日，第三版第二刷；江家義男，「背任罪の研究」，頁104以下，早稻田法學21卷(1943年)，轉引自上寫一高，前註(281)書，頁116。

條相當，與現在的委託物侵占罪相關。不過，第 379 條規定「以寄託或代理之名義於不法預以他人的印章或指印或署名，製作侵害寄託人或委任人之利益的證書以背信罪論處。」雖然該規定限定行為態樣，但特別值得注意的是在於其包含利用代理人的權限之不正行為。

針對直到明治 34 年改正案(1901 年)所規定的背信罪則較接近現今的規定，第 2 篇第 14 章對於財產犯罪的第一節於「賊盜之罪」中與竊盜強盜詐欺恐嚇一起規定，規定於第 282 條的背信罪：「為他人處理事務者使本人有損害（達到必要之範圍的程度），為了謀自己或第三人之利益而有權限對外的行為，造成本人財產上之損害時，處 10 年以下懲役。」，其立法理由：「為他人的處理事務人謀取私利或者所為之行為超越委任或代理之權限，因而造成本人受到損害的場合，雖然用民事上之損害賠償能夠達到民事救濟之目的，然而此些行為亦有害於治安，由於和其他罪有別，所以置於本節與次節之中。」，另一方面，委託物侵占罪亦被規定於同章第二節「占有物侵占之罪」的第 289、290 條。明治 35 年改正案(1902 年)，雖然於第二篇的第 35 章「賊盜之罪」的第 281 條規定背信罪，但明治 34 年改正案(1901 年)所規定於第 282 條的背信罪係「為權限外之行為」，而明治 35 年改正案第 281 條規定背信罪則變更為「違背任務之行為」²⁹⁷，而「委託物侵占罪」規定於第 36 章「占有物侵占之罪」的第 288、289 條。直至明治 40 年改正案(1907 年)，於第 2 篇第 36 章規定「竊盜以及強盜之罪」而背信罪規定於第 37 章「詐欺以及恐嚇之罪」中，委託物侵占罪則規定第 38 章「占有物侵占之罪」。第 248 條規定：「為他人處理事務之人圖謀自己或第三人利益，或者為

²⁹⁷ 之所以為如此之規定乃因第 16 回於貴族院特別委員會的政府委員，舉出下列違背任務之例子，行為人與他人共謀對為了本人之占有而買不能販賣之物加以販賣，或者價格低落而欲造成本人受到財產上的損害。這些事例，是因為濫用不能販賣的權限而為販賣，揭示使本人喪失應得到的利益。請參照上寫一高，前註(281)書，頁 116-119。

了加損害於本人之目的，而為違背其任務之行為，造成財產上的損害，論處五年以下的自由刑或 8000 日圓以下的罰金。」這條規定的立法理由與明治 35 年改正案(1902 年)相同。是以，現行日本刑法典之成立，背信罪則被規定於第 2 篇第 37 章「詐欺與恐嚇之罪」的第 247 條，就這樣地承繼明治 40 年改正案(1907 年)，並且「委託物侵占罪」、「業務上侵占罪」的法定刑加以修正規定於第 38 章「侵占之罪」，並且刪除舊刑法第 393 條冒認罪²⁹⁸。由於近代各國刑法典對於財產犯之規定，大概都以竊盜、詐欺、強盜以及恐嚇、毀棄、隱匿以及關於贓物之罪為結構，就日本而言，背信罪之規定是為了因應社會、經濟產業結構變遷而制定之較新型的犯罪類型，蓋日本財產犯是以竊盜、詐欺與侵占為其基本結構，從而相對於西元 1880 年(明治 13 年)的舊刑法之階段，一般多數日本學說均認為「背信罪」之初始規定應該是出現在西元 1901 年(明治 34 年)的刑法改正案。

惟法制史上的考察仍存在不同之看法，日本學者內田幸隆則認為雖然現今對於日本背任罪之研究多依照德國法之規定，採取西元 1933 年德國刑法修正案之規定，然而對於日本法初次思考背信罪之規定應該回溯到日本舊刑法之時代。日本近代採取脫亞入歐的政策，日本舊刑法典(1880 年)之制定基本上以西歐近代刑法典為主，舊刑法編撰中最初參考的是西元 1810 年的法蘭西舊刑法典，然而法蘭西舊刑法典係以「侵占委託物」為主之背信罪，日本舊刑法中並非不加思索地全盤照樣加以繼受，在西元 1875 年到 1877 年編撰過程中，日本刑法草案第一稿將法蘭西舊刑法第 406 條關於「對於幼年人之背信罪」，亦即「行為人乘幼年人思慮淺薄或者是人陷於精神錯亂時，取得其證書造成其動產上之損害」納入「詐欺取財之罪」中加以處罰；而法蘭西舊刑法第 407 條「濫用空白委任狀之背信罪」，於日本刑法草案第二稿成立後加以刪除；最後將法蘭西舊刑法第 408 條「關

²⁹⁸ 上寫一高，前註(281)書，頁 119-127。

於侵占委託物之背信罪²⁹⁹」簡化後加以繼受，亦即日本舊刑法(1880年)除將罪名改為「關於受託財物」之罪外，構成要件結構亦大幅簡化為「對於受託的財務借用物或者是受其他委任之典物，消費其金額物件。」³⁰⁰從而，日本學者內田幸隆則係從背信罪之制定過程中認為對於日本舊刑法第395條「關於受託財物」之罪應該係繼受法國舊刑法典中的背信罪，並且觀察制定當時的學說討論多從法國舊刑法典著手，並於西元1886年(明治19年)所提出的刑法草案於「通常的背信罪章」架構中，規範「通常的背信」以及「洩露秘密的背信」，但是甚少從德國刑法典加以理解，一直到後來支持德國立法例之學者參與1901年(明治34年)的刑法改正案才產生轉變。

但即便是針對明治34年刑法改正案第282條規定，雖然學界多認為此係受到德國法之影響，然而學說有認為從行為主體之設定係採取包括的例示模式足認與當時德國法採取列舉模式不同，與其說是受到德國法之影響，不如認為是最新的奧地利刑法修正草案以及挪威舊刑法，蓋從法律改正草案之意見觀察，除了芬蘭之立法例、奧地利刑法草案、義大利刑法和荷蘭刑法等歐陸諸國均有參照，從而當時奧地利第七次刑法草案(1897年)第302條規定可以發現最重要的三個場合，亦即「法定代理」、「監護」和「代理」外，尚有一般性之「其他受委託財產事務處理之人」規定做為其背信罪之行為主體；並且挪威舊刑法第275條規定：「基於得到不當利益之目的或者損害他人之目的，於自己管理或監督之下的他人

²⁹⁹ 法蘭西舊刑法第408條之規定：「爲了借受、附托、質入、借用或者是爲了達到使用而無論有無雇質關係，違背其所爲之動產、金額、商品、手形、算還的證書或者其他借受或算還之證書應該受取後返還的約定，或者違背依這所指定之方法加以使用的約定，竊取或消費此等緒件造成其所有人之損害者」。請參照內田幸隆，前註(91)文，頁104-106。

³⁰⁰ 內田幸隆，前註(91)文，頁106-107。其後法蘭西現行刑法(西元1994年)則是將其舊刑法第406條對幼年人之背信罪納入詐欺罪之範圍，舊刑法第408條之規定亦大幅簡化為現行第314條之1，而編置於法蘭西現行刑法典第三部第一篇「不法領得」第四章「侵占」中之第一節「背信」。請參照內田幸隆，前註(91)文，頁107。

事務有所懈怠或者為違反他人利益之行為，論處罰金刑或者是三年以下的自由刑。」亦是對於背信罪之行為主體採取包括例示的規定，並且關於圖利加害目的作為構成要件要素等，與明治 34 年刑法改正案第 282 條主要之點共通，蓋在當時的時空背景之下並未有以目的犯作為構成要件之例。除此之外，日本舊刑法所存在之刑度設計上過窄的問題，改正案之起草者立基於歐陸新派刑法理論之社會防衛的觀點，廢止重罪與輕罪之區別，以及有於個別犯罪之情節不同，應該放寬法定刑之幅度等等觀點亦應該貫入背信罪的修正，使得背信罪當時之法定刑度為 10 年以下的有期徒刑，以當時背信罪之法定刑度(10 年以下有期徒刑)和侵占委託物之罪競合時，則會跟德國一樣優先成立背信罪，而起草者迴避德國法列舉式的規定³⁰¹。但若從規定的架構觀察，因為「包括式例示的行為主體」之規定必然會有不明確之問題，從而將圖利加害目的、是否為事務處理、權限外之行為以及財產上之損害等概念導入，某種程度上弛緩了背信罪適用範圍的擴張。

第一款 「背信說」的奠定與「權限濫用說」的崛起

第一目 傳統通說之「背信說」

暫且不論考察日本法制史的結論孰是孰非，該國「背信罪」之發軔可以確定的是參考歐陸法系之立法例，而雖然日本刑法典被制定之時，關於當初制定的背信罪的罪質，並不存在一定或明確的理解方式，有認為背信罪是侵害信用之犯罪，亦有認為以背信罪所設立的章節位置解釋其性質，從而日本學說有認為背信罪本身的存在是否直接能和「背信說」聯結並非無疑³⁰²。惟觀察制定「背信罪」

³⁰¹ 內田幸隆，前註(91)文，頁 109-116。

³⁰² 上寫一高，前註(281)書，頁 123。

之時期，背信罪的主體是以具有為他人處理事務的代表權之人加以理解，例如：主體必須背負委任之事務，「本條係關於代理人對被代理人造成損害之規定」，背信罪的主體係「代理人」、「具有法人或自然人代表之事務」，刑法第 247 條是達到除去「為他人的處理事務者圖謀私利或者是逾越委任或代理的權限造成本人之損害」此一弊害的目的，與前述明治 34 年改正草案採取相同的理由，從而「本條係作為廣泛為他人處理其事務者，預定其代理或委任民法上的事務管理。」並且「事務處理者」必須解為「其任務乃係受本人委任，而為違背自己權限範圍內之事或行為。」職是，背信罪於日本刑法典制定當初大多是已作為代理人之事務處理者、委任契約的受任者加以理解，也因此向來日本學說通說見解，主要係以事務處理者對於本人而言，在具備關於事務處理的一定信任關係³⁰³之下，違背其與本人間之任務進而造成本人財產損失之行為，將其解釋為係一種「背信之行為」，亦即從時間點(制定時與 1950 年代以前)觀察當時的學說見解，日本學者宮本英脩認為背信罪是「負擔公法上或私法上廣義債權之人，因為不履行而侵害債權者之罪」，並且「…債權的關係與本來物權不同，如果沒有專門義務者使以好意協力的話，要收到效果有其困難。在這個債權關係中特別地重視所謂信義誠實的原則(Treu und Glauben)，債務即是信義誠實義務。」，其強調「背信即是對於信義誠實之違反」；此外，日本學者木村龜二亦點明「…以背信說作為背信罪之中心，僅僅只要發現有義務違反之情形，則存在信任關係的侵害。」³⁰⁴。職是，

³⁰³ 按學說與此討論所言及之「信任關係」、「信賴關係」、「誠實義務」，雖然文字表面有別，但應屬於相同之概念，從而本文行文論述時，此些名稱之運用除非特別說解釋外，基本上均為相同之概念，於此先行說明之。

³⁰⁴ 日本早期學說見解多以「背信說」為主流意見，例如：日本學者泉二新熊、牧野英一認為「事務處理者」，不問是因法律的規定或者是因委任而處理他人之事務均屬之，亦即，作為事務處理之原因，依其列舉可係法律、委任契約、事務管理等原因，作為背信罪的原型，被指摘的應是受委任之人為違背任務，蓋受任人對於處理本人事務時，需負擔一定程度的注意義務，亦即所謂「誠實信義之義務」；只不過何種狀況是「違背任務」，日本學者大場茂馬將「財產犯罪」中，對於「財產法益直接侵害之罪」分類為侵害物權之犯罪、侵害債權之犯罪、以及對其它財產上的

背信罪之本質，是以「誠實義務違反」或者是「違反信任關係」而侵害財產來加以理解，於此一時空環境中，「背信說」儼然形成為通說。此一「背信說」之看法，顧名思義係指行為人與本人間具有信任關係，但行為人實行破壞該信任關係之行為造成本人之損害。此說特色在於由於事務處理者（行為人）「違背他人（本人）之任務」的構成要件過於不明確，解釋上則係援用行為人與本人間具有「信任關係」的任務，只要是「事實上的信賴關係」，無論對內或者是對外均得成立，如此一來的話，在認定是否該當「事務處理者」的行為主體上很容易地廣泛地被當作是「背信罪的行為主體」³⁰⁵。然而，也因為被認定為係背信罪之行為主體的成立範圍太廣，可能會伴隨擴大處罰之危險，蓋採取「背信說」的角度不加以限定，則想要將「惡質的債務不履行」從背信罪之「違背任務」的範疇排除出去，其實有一定的難度，甚至是不可能的任務。因此，相對於向來日本通說與實務見解³⁰⁶所採取的「背信說」，日本學者瀧川幸辰提出「權限濫用說」的見解。

犯罪，而「侵害債權之犯罪」則被認為係成立背信罪，蓋背信罪係為了他人的事務加以處理者，違反處理事務時的忠實履行義務，依照法律或契約本旨對於本人事務要求應該適當處理者對於本人之權利加以侵害；日本學者宮本英脩並指出「侵占罪應解為通常背信之犯罪」。上寫一高，前註(281)書，頁119-128。其他相關論述請參照齊藤豐治，「背任罪の諸問題」，頁63，現代刑事法第12期，2000年；木村龜二，「背任罪の基本問題」，法學志林37卷8號，1935年，頁9以下、「刑法各論」，頁159以下，法文社，1957年；泉二新熊，「日本刑法論(下卷)」，頁831，有斐閣，1929年；宮本英脩，「刑法大綱」，頁391，1935年、「刑法學粹第四分冊」，1930年，頁659以下；江家義男，前註(292)文，頁47以下；牧野英一，「增訂日本刑法」，頁787，有斐閣，1926年。

³⁰⁵ 山中敬一，「刑法各論I」，頁408，成文堂，2005年3月30日，初版第二刷；松宮孝明，「ハイブリッド刑法各論」，頁210，法律文化社，2009年1月15日，初版第1刷；伊藤涉、小林憲太郎、齊藤彰子、鎮目征樹、島田聰一郎、成瀬幸典、安田拓人等著，「アクチュアル刑法各論」，頁231，弘文堂，2007年4月30日，初版一刷。

³⁰⁶ 大判明治44年10月13日「質物保管者返還質物於債務人之案例」，刑錄第17輯第1698頁，轉引自山口厚，「刑法各論」，頁312，有斐閣，2003年（平成15年）11月30日，初版第1刷。

第二目 與「背信說」對立之「權限濫用說」

相較前期(制定時與 1950 年代以前)是以「背信說」為主要之看法，1960 年代時期以降則開始有不同的變化。關於背信罪的本質為何，日本學者瀧川幸辰其實原亦認為：「背信罪的本質，是破壞誠實義務而給予本人損害。」，惟其認為刑事立法之目標，一來是犯罪構成要件展現出可罰價值的行為、其次則為各該犯罪的概念必須明確，各該構成要件間不應有交錯之情形，因此其試圖著眼於背信說中誠實義務違反之基礎，對於「事務處理者」給予明確的限定，其認為「…背信的名稱具有違反誠實義務之意涵，因而，這表示是侵害信任關係的犯罪之名稱，在法律解釋的技術上必須避免單純地通俗的表現方式…」，而欲以別的觀點重新認定背信罪之本質，主張「權限濫用說」，亦即「…背信罪的本質係據有法律上的處分權者，處理事務是濫用其權限，所謂誠實義務之違反具有權限濫用之意味，『權限濫用』與『誠實義務違反』係互為表裡之關係，…侵占罪無疑地包含此種誠實義務違反，不過此種誠實義務之違反若混合於不法取得他人財物之行為中，而失去了獨自的意義；與之相反的是，背信罪的誠實義務違反的另一面向則係背信罪本身權限濫用之性質，於此則有本質的意義。」，並且考量相較於透過刑法來加以保護的財物，以「對於權利之犯罪」為其特色。「財產」的概念係逐漸地從有形財物轉化為無形的紙上之權利，並且財產犯罪除了財物的傳統形態之外，逐年地以權利侵害的形態增加³⁰⁷。職此，主張權限濫用說的日本學者瀧川幸辰則是認為所謂的背信行為必須限於「濫用本人所賦予之代理權限，且因濫用此

³⁰⁷ 按照日本學者瀧川幸辰的想法，背信罪係以法律上的處分權限者之權限濫用的情形，背信罪與侵占罪的區分則非常明確，與背信罪不同的是，侵占罪並非權限的濫用，只不過是對於特定物或特定的利益的侵害；或者相對於背信是法律行為，侵占則為事實行為。請參照上寫一高，前註(281)書，頁 130-134；瀧川幸辰，「刑法講義」，頁 466-469，弘文堂，1929 年、「刑法各論」，頁 140 以下，世界思想社，1933 年。

一法律上的處分權限造成本人財產上的損害³⁰⁸」。此說的特色在於必須係限於行為人與本人間具有「法律上的代理權」，並且係「對外關係」，亦即限於行為人本於本人所賦予之法律上的代理權限與第三人為法律行為³⁰⁹。

然而，學說見解多認為雖然此說的優點在於背信罪所成立的範圍能有明確之範圍，但是僅以「法律行為」作為適用之對象，而排除「事實行為」，在代理權限內的權限逸脫行為可能亦被排除而未加以處罰，而存有過於限定成立範圍之疑慮³¹⁰；並且採取權限濫用說的脈絡下，往往在區分侵占與背信時，會利用「行為客體」加以區分，但是在日本實務案例「二重抵押」當中，卻因為行為客體（具優先順位性質之抵押權）並非有形之「財物」，因而學說則有出現縱然明明是「權限逸脫」的情形，也將其納入「權限濫用」之情形，如此一來，則原本依照「權限濫用」與「權限逸脫」之標準，則又顯得並未如同原先期待地那樣明確。

³⁰⁸ 瀧川幸辰，前註(307)書，頁 173，。

³⁰⁹ 晚近日本學者山本輝之亦認為如果以「代理權濫用」作為背信罪本質的話，應該採取「權限濫用說」，蓋採取背信說之立場，因為無法對於信賴違背之程度加以限定，從而不能夠採取限定的論理方式，並且像是受到委託保管財物之人，對於所保管的財物加以毀損，則應該成立毀損器物罪，而不適用背信罪。請參照山本輝之，「背任罪における事務処理者の意義」，頁 206-207，收錄於西田典之、山口 厚、佐伯仁志，「刑法の争点」，有斐閣，2007 年 10 月 30 日。

³¹⁰ 山口 厚，「刑法各論」，頁 312，有斐閣，2003 年（平成 15 年）11 月 30 日，初版第 1 刷。早期日本學者江家義男亦指雖然使用「權限濫用說」可以明確化侵占與背信之差別，但此一第二目標的達成，將使得與使用「權限濫用說」的第一目標完全背道而馳，蓋限於「法律上的代理權」，並且係「對外關係」，會造成代理權消滅後的行為、代理權逾越之行為、代理權授與無效之行為、事實行為、以不作為的行為均不可罰，相較於對於背信說過廣的批評，權限濫用說則必須承受不當地極度限縮背信罪之成立範圍的批評。請參照江家義男，前註(296)文，頁 45-51；上寫一高，前註(281)書，頁 131。惟日本學者瀧川幸辰則針對上述之批評表示，之所以採取「權限濫用說」乃因「為他人處理事務者」此一要件的解釋範圍過度廣泛，並且造成背信與侵占的界限不明確；而刑事立法所揭示的目標是一種理想，同時要讓第一個目標和第二個目標相互融合確實有其困難之處，只能夠在「刑法保護的必要性」與「犯罪概念的明確性」上適度地調和以求取兩者間的平衡。請參照瀧川幸辰，前註(307)書，頁 471 以下；上寫一高，前註(281)書，頁 131。

第二款 晚近學說的開展

第一目 「背信的權限濫用說」與「新權限濫用說」

鑒於「背信說」以「信任關係違反」或者是「信任義務之違背」作為成立背信罪之要件，總是會令背信罪成立之範圍不明確以及有可能過於擴張處罰。因此，學說見解認為背信罪強調廣義濫用財產處分權限，調和「背信說」與「權限濫用說」的優缺點，能夠不要過於擴張或者減縮處罰之範疇，而提出下列「背信的權限濫用說」與「新權限濫用說」兩種出發點、論證模式大同小異³¹¹的看法。

首先，日本學者間所提出的「背信的權限濫用說」，此說係認為「權限濫用說」的適用範圍過於狹隘，有欠妥適，而「背信說」的認定範圍亦過於廣泛而不明確，從而基於使背信罪之適用範圍明確的原則，擴大「代理權的濫用」，包含事實上之權限，亦即所謂「處分行為」係以「是否超過一般性、抽象性的權限範圍」為判斷標準，並且限定行為人和本人之間的關係須被認為財產上的權限之場合，進而違背任務濫用該權限之行為方為背信罪之本質³¹²。

³¹¹ 按國內學說見解(曾淑瑜)多認為「背信的權限濫用說」等同「新權限濫用說」。從結論上確實是如此，惟此兩種見解在論證上仍有些許之不同，蓋兩說相同之處在於皆以批評背信說出發，但「背信的權限濫用說」係以限縮信任關係為方向，要求「事務處理」必須是「權限濫用」；而「新權限濫用說」則是主張權限不限於法之代理權，事實上之事務處理之濫用亦屬權限濫用。請參照內田幸隆，前註(91)文，頁134。

³¹² 川端 博，「疑問からはじまる刑法 II(各論)」，頁166，成文堂，2007年(平成19年)12月10日、「レクチャ刑法各論」，頁129-130，法學書院，2004年8月10日初版第1刷；大塚仁，「刑法概說(各論)」，頁317以下，有斐閣，2005年增訂3版；大谷實，「刑法講義各論」，頁311、321以下，2007年7月1日，新版第2版第2刷；藤木英雄，「刑法講義各論」，頁353-354，弘文堂，1976年。按照日本學者大谷實的說法，「背信的權限濫用說」認為有些違背任務之行為雖然不是基於法律代理權的行為，而是事實行為，但是對於本人之財產上亦會造成重大損害，因而若用「權限濫用說」的代理權之濫用去限定背信說的話是有欠妥適，從而以是否濫用權限而造成本人財產上受損為限定標準，例如：承擔監視行李任務之人，由於怠於監視造成行李被人竊取之情形，因為濫用權限並沒有造成財產之損害，所以不應該成立背信。請參照大谷實，前註(312)書，頁311。

再者，同樣地在調和背信說與權限濫用說的看法則係所謂「**新權限濫用說**」，此說與「**背信的權限濫用說**」相同的是鑒於背信說的定義過於抽象，具有不能成為特定具體可罰性的行為態樣的面向，甚至過於強調信義誠實原則，造成之所以處罰背信行為並非其是財產犯，而是因為其違反信義誠實原則，因此從背信說中，將值得處罰之違背任務之行為挑選出來作為指標，借此重新評價權限濫用說，亦即，**權限濫用說**中的「**權限**」未必是限於法律的代理權，應包含被賦予之**事實上權限**，至於是否濫用則應該基於行為人與本人之間的信任關係加以具體判斷³¹³。採取「**新權限濫用說**」的學說見解其實係透過侵占罪與背信罪的區分來釐清背信罪的罪質，從而其認為「**權限濫用**」者始屬背信罪、「**權限逸脫**」則為侵占罪，前者縱然是在權限內之行為，因為濫用行為之效果會及於本人，即使認定有不法取得之意思，亦不成立侵占，蓋權限濫用之旨趣應係背信罪；但是外觀上若具有一般、抽象的權限，而為因為委託本旨絕對不允許之行為則是侵占，蓋此不得被認為屬於實質上之逸脫行為的擅自處分，例如：當舖店的職員與顧客共同謀議就該設立質權之物，以超過相當價格之金額貸出，早期日本實務見解³¹⁴有認為：「此係職員本於自己的計算而貸出，應屬於侵占」。

然而，該早期日本實務見解後因不確定該店員是否基於自己之計算而該判決被發回，該學說後亦提及關於權限逸脫的事例，例如：分店長與參加股份有限公司關於業務執行之意思決定之人或者是有限公司具有代表權限之人，將私人投資的金額完全流用於賭博的話，因為是依照委託本旨絕對不可以從事的行為，應該

³¹³ 前田雅英，「刑法各論講義」，頁 323 以下，東京大學出版會，2007 年 1 月 17 日，第 4 版第 2 刷。

³¹⁴ 大判大正 3 年 6 月 13 日（刑錄第 20 輯頁 1174）。

成立權限逸脫的侵占罪，而銀行的分行經理在完全未踐行應該踐行的程序，明顯地超過貸付限額的貸付行為，亦是屬於權限逸脫之行為而成立侵占罪³¹⁵。

職此，此一學說對此認為用權限逸脫和濫用這樣的區分侵占和背信係適切的，並且在客觀上之行為如果是為了本人之利益不成立任何犯罪³¹⁶、若以本人名義並且以為本人計算之方式違背任務則屬於權限濫用之背信罪、以本人名義而為了自己計算的違背任務或者是已自己名益則屬於權限逸脫的侵占罪³¹⁷。

綜上所述，「背信的權限濫用說」與「新權限濫用說」之重點論述在於區分所謂「權限濫用」與「權限逸脫」，雖然這樣的區分係指「權限濫用」者始屬背信罪、「權限逸脫」則為和背信罪同屬侵害委託關係的委託物侵占罪，但是同樣在行為客體的認定部份會如同上述產生相同之問題，亦即若是行為客體是「利益」而非「物」時，則因為即使是「權限逸脫」之場合亦不得不成立背信罪，尤其是針對所謂「權限逸脫的雙重抵押事件」，採取「背信的權限濫用說」與「新權限濫用說」之學說亦肯認成立背信罪³¹⁸，從而亦被學者³¹⁹批評其無法將「權限濫用」

³¹⁵ 東京地判昭和 58 年 10 月 6 日(判時第 1096 輯頁 151)。

³¹⁶ 東京地判平成 6 年 6 月 7 日(判時第 1536 輯頁 122)。

³¹⁷ 前田雅英，前註(313)書，頁 338-339。按照「新權限濫用說」的分類方式，對於究竟是以「本人名義或者是自己名義」的區分標準上又會有所爭議，日本實務則是近來傾向「實質認定模式」而非形式認定，請參照最判昭和 33 年 10 月 10 日(刑集第 12 卷第 14 號頁 3246)：「關於信用合作社的分社社長為了偽裝分社的存款業績向上提高，將超過常規之利息的款項當作是酬金支付或者是借貸給沒有融資資格之人之行為，從合作社支出偽裝的傳票使被告等人得以自由處分之狀態，此些行為係基於『自己計算』之行為」、最判昭和 34 年 2 月 3 日(刑集第 13 卷第 2 號頁 101)：「關於森林合作社的社長將被指定用途作為貸給社員之造林資金，貸給作為第三者的鎮公所之行為，該造林資金雖然形式上是以森林合作社之名義貸出，似乎是本人名義為之的權限濫用行為，然而縱然是以合作社名義，倘若是將不許挪用之資金悉數帶給第三者的話，完全不是基於正當權限，而是其擅自在被告等人之『個人計算』中所為之行為，具有不法取得之意思，應成立業務上侵占罪。」，轉引自前田雅英，前揭書，頁 339。

³¹⁸ 至於為何以「權限濫用說」為立論基礎之學說會認為此時亦可成立背信，學者內田文昭則是認為「以大範圍(侵占)包含小範圍(背信)之情形下，『權限逸脫』之情形仍有可能屬於背信」。請參照內田幸隆，前註(91)文，頁 135。因此，學者山口雅高認為侵占和背信之區別，基本上只是「被賦予一定權限之行為人」，其所為背離權限之處分行為，在程度上之「量的區別」而已。

作為背信罪一般化的特徵。

第二目 「限定背信說」、「意思內容決定說」與「內部信任關係說」

除了前述兩種調和背信說與權限濫用說的想法，日本學說尚有「限定背信說」、「意思內容決定說」以及「內部、對向信任關係說」三種看法。首先，按照日本學者曾根威彥所提出的「限定背信說」，基本上係以限定信任關係的角度加以詮釋背信罪，其以「特定高度的信任關係」之違背作為適用背信罪之門檻，既然採用「限定背信說」，則自然須探求該限定基準，而日本學說有認為該限定之基準應依照背信罪的行為主體加以認定³²⁰，亦即學者林幹人認為財產犯罪之行為客體不是他人之物，也不是權限逸脫之情形，對於背信罪之成立，亦應該解釋為背信罪之「行為主體」與「信賴關係」應該比侵占罪來得狹小，蓋如果不這樣解釋的話，背信罪成立的範圍則有可能會過於廣泛，並且日本法上規定「為他人處理事務者」則應該是「背信罪之主體和信賴關係之獨立性」的表現，不將背信說理解成「違背信賴」，而是「違背信任關係」則有此種意涵³²¹。

請參照木村光江，「橫領と背任の區別」，頁 212，收錄於西田典之、山口 厚、佐伯仁志，刑法の争点，有斐閣，2007 年 10 月 30 日；小林充、植村立郎編，「刑事事實認定重要判決 50 選（下）」，頁 81，立花書房，2007 年。

³¹⁹ 山口厚，「刑法各論」，頁 313，有斐閣，2003 年（平成 15 年）11 月 30 日，初版第 1 刷；「問題探究-刑法各論」，頁 194，1999 年 12 月 30 日，第 1 版第 1 刷。

³²⁰ 曾根威彥，「刑法の重要問題〔各論〕」，頁 233 以下，成文堂，2006 年 3 月 10 日，第 2 版第 1 刷、「刑法各論」，頁 175，弘文堂，2008 年（平成 20 年）9 月 30 日第 4 版第 1 刷；林 幹人，「刑法各論」，頁 267-269，東京大學出版會，2007 年 10 月 1 日，第 2 版第 1 刷。

³²¹ 林幹人，前註（320）書，頁 270。

，並且在「限定背信說」的情況下，並不能否定背信罪對於侵占罪具有補充性的性格。惟學說見解則有認為雖然一定程度上限定信任關係，但如何界定何者屬於特定高度的信任關係並無明確的標準，並且其與通常的背信說之區別亦不明確³²²。

其次，日本學者上寫一高所主張的「**意思內容決定說**」則係著眼於背信罪所在之刑法分則的章節位置，以及行為人和本人之間的關係。首先，背信罪置於刑法典中「**詐欺與恐嚇之罪章**」，而詐欺罪、恐嚇罪則是以「**詐術**」、「**脅迫**」的手段，使得對方在自由意志存在瑕疵的情況之下為財產的處分行為，以至於受到財產上損害，此二罪均是為了「**保障對於自己財產處分之自由**」的類型化犯罪，與其規範在同一章節的背信罪，與詐欺、恐嚇兩罪之目的應為一致，均係以經濟活動中，不可欠缺的適當財產交易為目的，**保障本人能夠自由地處分自己的財產**，從而屬於關於**被害人之財產處分存有瑕疵之意思的財產犯**；其次，關於本人之財產處分，(1)行為人必須具有可以代替本人決定法律上意思內容之權限，及有決定事實上意思內容之機能的情形；或者是(2)雖然不能依照行為人自己之意思內容加以決定，但是具有決定法律上意思內容的權限之人，或是能夠實質上左右前開第(1)類型者而被視為**事務處理者之要件之行為人**。再者，此些行為人直接決定不利益於本人之意思決定，而對於本人進行不利益之財產處分，或者是因為不利於本人之意思決定而為不法的處置，因而造成本人財產上之損害方認為係成立背信罪³²³。從而，對於學者上寫一高而言，會成立背信罪之行為主體則可能包含：與本人財產之處分的意思內容決定過程有關之人；以及雖然與決定意思內容過程無關，但是對於決定過程有監督權限者。

³²² 山口 厚，前註(319)書，頁 313。

³²³ 上寫一高，前註(281)書，頁 243-248。

最後，日本學者平川宗信所認為的「**內部信任關係說**」，其觀察的視角係從**刑法所擔綱財產保護的任務與歷史發展**加以切入，蓋背信罪係於資本主義市場經濟作為背景的社會、經濟結構，伴隨經濟活動逐步地大規模化，將事務委任他人加以處理是不可避免之情形，而背信罪成立之前提則在於「委任人與被委任人之信任關係」，此一「信任」係對於「**組織性財產運用**」場合中的信任關係，必須受託人係作為委託人的分身、手足來為實質性的財產管理和處分，亦即該信任關係必須限於「**內部性、實質性信任關係**」，並且若為「內部的信賴關係」則為背信罪，「對向的信賴關係」則為詐欺罪；學者山口厚亦認為因為**本人之事務的委託必要性**係作為背信罪規定的基本任務，蓋其認為背信罪之刑度與委託物侵占罪以及業務上侵占罪來得輕，並且不限於客體，而且包含毀損之性質，此外，背信罪之法益應包含「**委託關係(事務處理者與行為人之間)與財產(委託人之財產)**」，背信罪之構成要件解釋必須跟其法益相關，所謂「委託關係(事務處理者與行為人之間)」之侵害，基本上不僅是「違反委託關係之義務」尚必須「關於事務處理之委託者的委託有利益之侵害」³²⁴。因此其支持以與「對向性信任關係」作為區別的「**內部性信任關係**」作為背信罪之罪質的看法，只不過學說間均認為從歷史的發展脈絡觀察，有規定背信罪之國家乃係對於經濟組織之經營活動的圓滑性加以格外重視，但對於違背任務之行為是否必然需要刑事罰介入加以處理誠非無疑，因此在解釋背信罪的範圍時，為了避免處罰範圍過度地寬廣，必須要加以限定之³²⁵。

³²⁴ 山口厚，前註(319)書，頁311-312。

³²⁵ 平川宗信，前註(92)書，頁238-240；山口厚，「問題探究-刑法各論」，頁201，1999年12月30日，第1版第1刷；齋藤信治，刑法各論，頁190，有斐閣，2009年3月10日第3版。

第三款 小結

按採取「背信說」之角度因為處罰範疇過於寬廣，而後學者瀧川幸辰提出「權限濫用說」之見解，但學說間對於「權限濫用說」亦多半認為過於狹隘，蓋「從本人事務之委託的必要性」來理解背信罪之基本任務，受到本人事務管理權限之委託的場合，濫用其權限侵害本人之財產，應該成立背信罪，從而隨後提出「背信的權限濫用說」、「新權限濫用說」基本上都是為了放寬「權限濫用說」過度狹隘之標準；而「限定信任說（特別高度信任關係）」、「意思決定內容說」以及「內部信任關係說」，則是從「背信說」出發，為避免過度寬鬆而採取各種限縮信任關係的方式，或以從「行為主體」之類型界定何謂「特別高度之信任」、或以行為人主觀之意思決定內容是否不利益於本人，或者是從「內部、對向信任關係」加以界定，此些晚近學說見解的開展並非沒有受到批評，但有趣的是從文獻回顧知過程當中觀察學說間都互相指摘對方的看法不明確³²⁶。惟本文以為解釋法律概念時所使用之文字，為了能夠數種具體案例被包含於其中，一定會具有「抽象概念的運用空間」，因此「特別與普通」、「高度與低度」、「內部與對向」或者是「逸脫或濫用」都存在一定的模糊地帶，如果只是互指對方不明確，而未附具體理由，則此種批評則流於空泛。職此，本文認為應該配合該類型化犯罪生成的時代背景，考察社會系統內部之社會制度與經濟結構，給予法律系統中的刑法規範何種刺激，再行擇定要採取何種看法應該較為妥適。

³²⁶ 舉例而言，採取「特別高度信任關係之限定信任說」的學者林幹人以及採取「權限說」的內田幸隆則指摘學者平川宗信、山口厚的「內部對向信任關係」不明確；相反地，學者山口厚則指摘「高度/低度信任關係」標準不明確難以判斷。

第三項 國內學說見解之梳理

第一款 學說見解之演變

國內學說見解早期在開展背信罪的論述時，大多先以介紹外國立法例的方式，進而藉由先前的介紹或有沿用其介紹的說法加以解釋我國關於背信罪應如何適用，亦有從背信罪在犯罪上的體系架構說明其性質為何，亦即早期國內學說有於介紹外國立法之看法後，試圖從背信罪在財產犯罪的體系位置檢視其性質，該學說認為從法律學觀點係以財產所有人與犯人關係之不同而決定犯罪類型，例如：竊盜、強盜等罪並未以與他人間具有信賴關係為前提，乃經濟交易外之犯罪，然而背信罪與詐欺罪則是以與他人間據具有信賴關係為前提，屬於經濟交易內部之犯罪³²⁷。爰此，背信罪既是與所有人據有財產委託關係者之犯罪，處於經濟交易上之委託關係之立場，既具有委託關係，復有違背財產所有人（本人）內部關係的信任之行爲，即屬破壞其與本人已存在之信賴關係的犯罪³²⁸。

以其他犯罪類型與背信罪相較後，繼而推敲背信罪之罪質的思考模式，早期學說亦有認為「…夫背信罪乃較新之犯罪觀念，其理論基礎，乃至與詐欺罪同具之社會相當行為受容許之界限，皆有爭議，如失之廣泛，不但妨害經濟活動之自由；且有左袒怠於自爲警戒之疏慢者之弊，蓋過於依賴刑法之干涉，而怠於自己應爲周密注意者，轉為社會交易中之障礙，故被害者知過分輕率，不受保護。從而除第 341 條準詐欺罪，是否詐欺應依客觀判斷之。則本罪如以物為侵害客體，即具有達於侵占罪或損壞罪程度之違法性，兩者性質雖異，而其意圖亦得併存，

³²⁷ 陳樸生，「背信罪在財產犯罪上之體系的地位」，頁 3，法令月刊第 25 卷第 1 期，1974 年 1 月。

³²⁸ 陳樸生，前註(327)文，頁 3、22。

且在違反信任關係而予本人以財產上損害之點，仍有共通性，故以背信說較為妥適。…」³²⁹、「…侵占罪與背信罪本質上有上述爭議，導致就我國現行刑法有關侵占罪與背信罪法條編列之妥當與否亦有紛歧之意見…」³³⁰，此外亦有從法條文義解釋切入認為由於法條文義僅言「為違背其任務之行爲」，而關於背信罪的性質應採取「背託理論」，並且由於「濫用理論」於現行法上委實欠缺法律依據³³¹。足見早期國內學說以採取「背信說」的見解為多，而從「背信說」進而說明背信罪與他罪之關係為「一般、特別」之關係，亦不在少數，亦即多認為背信罪是所處罰者為一般違背任務之行爲，若與其他法條所處罰之行爲相符者，端視其情節如何，僅能成立他罪而排斥背信罪之成立³³²。

此外，國內學說較慣常的論述模式可能基於繼受國本身的因素，多以先行介紹外國學說的看法之後則就其介紹的學說擇一適用。例如有學說藉由參酌德國學說與實務之見解而認為：「討論背信行為的性質為何，涉及背信罪構成要件的註釋態度，在早期德國刑法學界與實務界，對於背信罪的本質有不同之看法…」³³³、「…

³²⁹ 周治平，「背信罪序說」，頁 13，軍法專刊第 14 卷第 9 期，1968 年 9 月。

³³⁰ 陳淞山，「侵占罪與背信罪之區別」，頁 68 以下，刑事法雜誌第 34 卷第 4 期，1990 年 8 月。惟學者陳淞山的論述模式亦是先介紹關於背信罪性質之諸說的看法，而其後隨即言及背信罪與侵占罪的立法體系之別，其結論上認為「…就我國刑法所規定之背信罪而言，其『為違背其任務之行爲』，文意上係採取背任說，況且，其意義已足夠包括權限濫用說，並能夠補足權限濫用說所造成之不可罰之範圍擴大之缺失，故實質上亦以背任說為當…」。相同見解請參照吳正順，「財產犯罪之本質、保護法益」，頁 183 以下，刑事法雜誌第 13 卷第 5 期，1969 年 10 月。按參照學者陳淞山該文之註 8 應足認其結論上係沿續學者吳正順之看法。

³³¹ 蔡墩銘，「最高法院刑事判決研究」，頁 233 以下，巨浪，1975 年初版。

³³² 學者蔡墩銘於此則是明確指出「一般、特別」之關係。請參照蔡墩銘，「背信罪之主體」，頁 22，軍法專刊第 8 卷第 2 期，1962 年 2 月。相較於學者蔡墩銘明示背信罪與他罪之關係屬於「一般/特別」之關係，早期國內學者周治平關於背信罪與他罪間是否具一般、特別之關係，雖未明確表示，但其於該段論述「惟是…」後援用最高法院 51 年台上字第 58 號判例、30 年上字第 1778 號判例、30 年上字第 2633 號判例作結，似可窺見其認為背信罪為一般的違背任務之犯罪類型，其他犯罪則為特別之犯罪類型，從而，倘若已達於竊盜或侵占的程度，則不再援用背信罪。請參照 周治平，「背信罪序說」，頁 13，軍法專刊第 14 卷第 9 期，1968 年 9 月。

為能進一步了解此兩理論，現就比較刑法之觀點，介紹西德現行背信條款中之濫用構成要件與背託構成要件…」³³³、「…我國現行刑法所規定之背信罪其本質為何？當也涉及對於背信構成要件之解釋態度，故也應在此加以討論。…惟綜觀背信條款『為他人處理事務…而違背其任務之行為』之句，則背信罪之本質應是兼含財產處分權之濫用與信託義務之違背，因為為他人處理事務，而濫用其事務處理權，當然亦可解為違背任務之行為。故不宜僅以條文上『為違背其任務之行為』之句，而忽略或否認背信罪所具濫用權限之本質。」³³⁴、同樣傾向上開說法者有認為「…背信罪的可罰基礎在於濫用處理權限或違背任務之行為，故該當本罪的背信行為，包括濫用事物處分權限與信託義務之違背兩種」³³⁵。除了參酌德國學說實務見解之外，亦有學說認為「…至背信罪之本質，向有濫用權限說與違背信任說之對立…德國刑法，初始傾向於違背信任說，繼則提倡濫用權限說，而於一九三三年一部修正時，兼採兩說，重新制定背信罪。日本刑法，則以違背信任說，為其學界通說。…因此，就本法背信罪之構成要件而為解釋，背信罪之本質，應以違背信任說為妥。如採濫用權限說，恐有解釋論與立法論混同之嫌。」³³⁶、「…

³³³ 林山田，「背信罪之研究」，頁 8，軍法專刊第 24 卷第 9 期，1978 年 9 月。

³³⁴ 林山田，前註(333)文，頁 9。

³³⁵ 張麗卿，「毀損與背信的競合」，頁 171，月旦法學雜誌別冊(4)刑事法學篇 1995-2002，元照，2002 年 9 月初版第 2 刷、亦收錄於「新刑法探索-第五章-故意曝光大峽谷照片」，頁 434-439，元照，2008 年 9 月。按不過學者張麗卿在該文論述背信罪的大前提之後，所涵攝到的事實是「照相館的老闆沖洗相片時因不爽顧客的態度而故意讓相片曝光」的情形，此種極端行為反價值的看法在延續德國權限濫用說的脈絡下委實獨樹一幟，蓋其於該文註(5)處言及：「…惟本文認為沖洗照片的過程中具有決定事務之性質，故意曝光具有行為反應之行為人惡性存在，不宜僅以單純機械性的操作視之。」；同為參照德國學說的學者林山田，對於此種單純機械性的工作，則不屬於背信罪的事務。請參照林山田，「刑法各論(上)」，頁 476-474，作者自版，2004 年第 4 版。

³³⁶ 甘添貴，「體系刑法各論(第二卷)」，頁 273，作者自版，2004 年 2 月修訂再版。按之所以認為學者甘添貴係以日本學說為主，乃因其於該書之頁 363 說明「背任行為之性質，與背信罪本質息息相關…如前所述，本法對於背信罪之本質係採違背信任說…」，並於頁 273 關於背信罪罪質部分以文義解釋加以解釋，於所得出之結論後面援引「大コンメンタ刑法(10)」，頁 159」。並且自結論上觀察，國內學者甘添貴應同日本學者川端博之見解，認為背信罪在歷史的發展上在

關此，有此下列四項學說對立：…因此，刑法之保護有其必要性，背信罪之本質自以前揭『背信之權限濫用說』較能解析本罪之適用要件，亦能與其他財產法益之犯罪區別。」³³⁷職是，援用德、日兩國之看法進行比較解釋後，隨即植入我國法系統的作法，足認係我國多數學說常見的論述模式。

當然，亦有從**背信罪應否發動必須端視其可刑罰性為何**，學說見解認為：「…對於背信罪最好的預防之道，應該是慎選受任人，而不是以刑罰加諸違背任務之受任人。基於此，背信罪的可刑罰性必須建立在相當嚴格的條件上。所謂為他人處理事務而違背其任務，也不能依字面做解釋，而必須有相當的限縮…如果不是行為人違背本人意思的行為同時造成本人對於第三人的財產關係上的損失，那麼任何受任人違背任務的行為所造成本人的損害，都只能基於內部的契約關係去尋求民事上的解決，而不必進一步動用刑罰，…因此，背信罪所謂的為他人處理事務應該限於為他人處理外部關係的財產上的法律事務(變動法律上權利義務關係之事務)，而所謂造成財產或其他利益的損害，也是專指外部關係(本人與第三人之間)的(違背本人意思的)利益損失，換句話說，是違背本人意思的損及本人利益的利益輸送。…」³³⁸此乃係從刑法的預防目的切入，認為廣泛地擴張背信罪的適用並非最佳的預防方式，並於論述中以兩面關係或三面關係的區分畫出民法與刑法區隔適用的界線，對於背信罪之適用進行限縮地解釋。

於填補侵占罪之不足，而擴張其成立之範圍，且認為侵占與背信因為前者是侵害個人對於財產之持有利益，後者則是以侵害所有人之全體財產或者是全盤經濟之財產狀態為其內容，所以**具有一般跟特別之關係**。

³³⁷ 曾淑瑜，「刑法分則實例研習-個人法益之保護」，頁 371-372，三民，2004 年 10 月初版一刷。

³³⁸ 黃榮堅，「親愛的我把一萬元變大了」，頁 165，月旦法學雜誌別冊(4)刑事法學篇 1995-2002，元照，2002 年 9 月初版第 2 刷。按學者黃榮堅所採取的「外部關係」的看法，包含「事務」與「損害」認定的兩個部份，換言之，如果「損害」不是外部的財產關係上的損害，只是內部關係的財產損害則仍然不成立背信罪。

以及亦有重新檢視背信罪的隱藏之意涵認為「…背信罪是一個很奇妙的規定，此罪之所以被置於財產犯罪之範疇中其實是有特殊的立法緣由。在資本主義不發達的國家，政府對於人民自律自主地從事商業能力不是非常地信任，所以才會利用國家刑罰權力介入事實上的民事糾紛中，以確保人民對於脆弱的經濟秩序的信賴。反之，在深信自由放任的資本主義原則的國度，則是不會有背信罪的規定的。不過正也是因為國家對於國民於經濟活動上自律能力不信任，所以在利用刑法來確保人民間的商業上信賴關係時，真正欲確保的卻是更為基礎的『對於以委任關係所建設起來的經濟秩序的國民信賴』³³⁹…」此種透過觀察社會結構制度後再進入法律系統中進行解釋之特殊見解。

除了學說間對於背信罪之罪質加以探究之外，晚近國內對於背信罪之研究者對於背信罪的罪質之解釋，但多有沿襲向來國內學說的論述模式，簡介基礎理論後認為：「…結論是，筆者認為背信罪之保護範圍僅及於涉及三面關係之違背任務之行為，兩面關係之情形以民事制度之保護即為已足。參考前揭國外學說，較接近為日本的『新濫用權限說』。…日本『新濫用權限說』符合濫用權限涉及第三人的三面關係，且擴張『濫用權限說』之權限賦予範圍及於事實上的事務處理權限，筆者同意之。」³⁴⁰結論上採用「新權限濫用說」之看法者；更有強調文義解釋而認為「…按背信罪之本質，在吾國現行刑法解釋上應以背信說為是，抑應以權限濫用說為妥，不可不從條文上求之，第綜觀刑法所規定之背信罪，僅言違

³³⁹ 李茂生，「刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）」，頁 235 以下，台灣本土法學雜誌第 54 期，2004 年。

³⁴⁰ 陳靜芳，「背信罪之研究」，頁 70，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文，2008 年 7 月。按此部份該論文之架構是置於「我國背信罪法益保護範圍」之下論述，其「背信罪之性質」則是關於身分犯、結果犯之論述；惟本文以為所謂「法益保護的範圍或內涵」應是處理、分析究為超個人法益或個人法益，並且其法益內涵之詮釋係經濟秩序或者是個人財產法益，從而所謂背信說、權限濫用說等說法應置於「背信罪罪質或性質」的脈絡下討論。

背任務之行為，至若其人是否須具有處理他人事務之資格，要否曾有權濫用，皆未嘗提及，由是可知，權濫用說在吾國現行法上，實缺乏其法律根據，而不能不認亦採背信說為合理。…」³⁴¹採用最原初之「背信說」的論者。不過，兩者所附之理由部份並不清楚，後者僅以狹隘的文義解釋作為思考路徑，而前者雖然言及「單純地兩面關係當中…，應以民事法律關係解決，刑法不必也不應介入，因為這種情形與其他違反委任契約等債務不履行之情形也相同，並無特別刑法非難性存在」但何以沒有特別刑法非難性存在的原因，以及是否所有兩面關係的財產權變動刑法規範無須加以介入，該晚近研究者並未說明，並且前者所提出三面關係與兩面關係之別在於「…民法除了保護財產權之外，尚有保護保護動態交易安全的功能，所以與刑法純粹著眼於財產權保障的立法機制不同，其為了維護交易安全，在某些情形下財產權的保障必需適度退讓，例如：善意受讓制度，因此為了補充民事上對財產權的保護不足，加上典型三面關係的法律行為往往肩負著經濟發展的功能，所以為了避免癱瘓這項功能而具有刑事保護的必要…」如果因為三面關係肩負著經濟發展的功能所以才需要背信罪，則某種程度上晚近研究者論述中隱約地似乎也透露出贊成背信罪的罪質、法益與經濟秩序有一定度之關連，不過這樣的論述卻與該研究者所設定背信罪係個人財產法益的前提自相矛盾。

³⁴¹ 廖治傑，「從經濟犯罪論背信罪的規定與內涵」，頁 21-23，私立世新大學法律研究所碩士論文，2009 年 6 月。按於此首先須說明的是該論文之架構此部分亦係先討論背信罪的本質再行論證背信罪之保護法益，然而，較令人匪夷所思的是該論文於頁 19 之「背信罪的型態」的註 18 參照「高點出版的刑法分則講義」，姑且不論補習班的講義有無學術性質，此種將背信罪區分為「圖利型、損害型」之分類方式並非國內學說均未提及而獨樹一格，以致於該論文之著者非得援用該補習班講義兄弟獨創之見解不可的程度，該論文之著者如非對於國內學說見解棄如敝履、視而不見，定然是其撰寫學術論文之餘，體諒及思量後人撰寫論文之苦悶，欲搏後人見之而莞爾，其用心良苦，實乃古今中外學術論文所罕見。

第二款 小結

國內學說見解早期均沿襲外國立法例的看法以及上述晚近研究者之論述模式，就前者以言，本文認為此種論述模式雖然在身為「法律系統」繼受國的我國來說本來是無可厚非之事，但若僅因為外國學說實務如此認為，便進而解釋我國的「法律系統」之運作亦是如此，在論證脈絡上似嫌跳躍，並且除了外國月亮比較圓之譏外，何以採取該國之見解而無視於其他國家的看法³⁴²，亦未附有任何說明；而就晚近研究者採取最廣義之背信說的後者，本文認為如果法律條文之解釋僅侷限於法條文字的文義射程範圍，將使得法律之研究如僅侷限於「表面文字」之釋義學範疇的話，使用「文字符號」的概念存在「符徵 (signifier)」與「符指 (signified)」的層面，並且依照 Roland Barthes 對於「符號意義」存在明示意義與隱含意義，而明示之部份包含「文字符號」所符號意義與其所指涉之外在事物的關係，屬於一般常識下顯而易見的意義，但是隱含之意義則包含使用符

³⁴² 國內學說以及晚近研究者多認為我國背信罪之修訂可參考德國、瑞士、奧地利之立法例。請參照林山田，*刑法各罪論*（上），頁 487；陳靜芳，前註（340）文，頁 108。然而，何以我國立法之規定應以德、瑞、奧立法例馬首是瞻，國內學說與晚近研究者亦未有說明，可以想見的是在「釋義學」的解釋方法上，參考外國立法例亦可作為解釋的方針之一。但是，這樣的作法其實仍是存在將特定國之法律規範作為牢不可破之先驗模式的盲點，蓋法規範修正之前提在於有存在之必要，然而實際上並非所有外國立法例都具有背信罪之規範。例如：義大利刑法典中第 13 章關於「侵犯財產罪」之部份，第 631 條至第 647 條亦僅規範侵占、詐欺、毀損等犯罪，未有如同我國背信罪之規定；西班牙刑法典第 234 條至 285 條之規定，雖有竊盜、侵占、詐欺等罪，仍未見背信罪之規範；芬蘭刑法典第 28 章至第 30 章雖有竊盜、加重竊盜、侵占、加重侵占、輕侵占、商業犯罪類型，卻未有背信罪之規定，荷蘭刑法典僅於第 24 章、第 25 章規範侵占和詐欺；反之，像是挪威刑法典第 275、276 條則分別規定普通背信罪和重大背信罪，丹麥刑法典第 280 條則有背信罪之規定，瑞典刑法典第 10 章第 1 條至第 10 條有規定侵占和背信罪，俄羅斯聯邦刑法典第 165 條規範以詐欺或濫用信任之手段造成財產損害的犯罪。請參照黃風譯，「最新意大利刑法典」，頁 228-235，法律出版社，2007 年 1 月第 1 版；李傳敢譯，「西班牙刑法典」，頁 89-107，中國政法大學出版社，2004 年 6 月第 1 版；馬松建譯，「挪威一般公民刑法典」，頁 54-55，北京大學出版社，2005 年 1 月第 1 版；謝望原譯，「丹麥刑法典與丹麥刑事執行法」，頁 70-72，北京大學出版社，2005 年 1 月第 1 版；陳琴譯，「瑞典刑法典」，頁 16-18，北京大學出版社，2005 年 3 月第 1 版；于志剛譯，「芬蘭刑法典」，頁 114-125，中國方正出版社，2005 年 4 月第 1 版；黃道秀譯，「俄羅斯聯邦刑法典」，頁 83-84，中國法制出版社，2004 年 9 月第 1 版；王相國、姜寧譯，「荷蘭刑法典」，頁 200 以下，中國方正出版社，2007 年 6 月第 1 版。

號者與文化價值觀層面³⁴³，從而即便是採取**文義解釋**時，亦應該顧及其「**內在、隱藏意涵**」層面，倘若釋義學均以「**表面文字**」為的論，則任何人都能夠望文生義的前提下，便根本不需要法律專門家，並且單一向度地接受表面文字之意涵，遇到爭議問題時，也喪失了解釋上之空間。因而，本文在後述之本文見解部份，對於外國學說之看法進行分析，試圖採取之不同解釋路徑加以分析其罪質與法益。

第三節 為「他人」處理「事務」-本人經濟活動之手足延伸

第一項 「事務範疇」與「自、他義務」之區辨

第一款 「非財產」與「財產」事務

對於「為他人處理事務之人」中「他人事務」之界定方式，一般而言，國內學說認為由於「事務」處理之依據，學說實務多指包含法令規定或是契約³⁴⁴，日本實務則有認基於「慣習」³⁴⁵或者是「事務管理」³⁴⁶的情形，應該都係事務處理之依據。

只不過從字面上的文義所指之範圍相當廣泛，從而文義解釋上可以採取廣義或者狹義的解釋路徑，所謂廣義的解釋路徑係包含非財產上之事務；而狹義的解

³⁴³ 高宣揚，當代法國思想五十年（上），頁 223，中國人民大學，2005 年 11 月。

³⁴⁴ 最高法院 81 年台上字第 3015 號判決：「…其原因固包括法令所規定、當事人之契約或無因管理等」。

³⁴⁵ 大判大正 3 年 4 月 10 日，刑錄 20 輯，頁 480(法院的僱員)。

³⁴⁶ 大判大正 3 年 9 月 22 日，刑錄 20 輯，頁 1620(收入役代理)。

釋路徑是透過認為本罪係保障財產法益的類型化犯罪，而解釋以「財產上事務」為限，並且認為採取廣義解釋路徑將會造成背信罪適用範圍幾近濫用之程度，顯有違背背信罪之罪質，而外國立法例規範上明確限定必須是「財產上事務」，理應加以參考³⁴⁷，除此之外我國立法理由與實務見解亦如此認為³⁴⁸。其實不僅是國內學說如斯認為，國外學說對於「事務範疇」之認定亦多採取包含「非財產事務」³⁴⁹與限於「財產事務」³⁵⁰之區分，例如學者前田雅英則認為：從背信罪條文文義觀察並未有限於何種事務，只要是為他人處理事務之案例發生時，則應該認為符合構成要件該當性³⁵¹；若從日本法之歷史與體系解釋，學者內田幸隆則以對於日本刑法修正具有影響性的奧地利刑法草案觀察，該草案係規定限於「財產事務」，而日本學說在解釋行為主體所進行「事務管理」多認為雖然明治 34 年改正案第 282 條僅規範「事務」，但因為日本之背信罪亦是規定於「財產犯」之中，加上損害必須是「財產上之損害」，從而該事務之理解自然係必須伴隨著財產性。而其中區別實益似在於「醫師基於損害財產之目的，從事不適當治療行為或者懈怠其任務、洩露秘密」、「律師受託處理身分法之訴訟案件」等事務可否成為背信罪之「事務」；而由於日本學說在採取「財產上事務」的脈絡下，何謂「財產」在

³⁴⁷ 林山田，刑法各罪論(上)，頁 476，2004 年 1 月增訂 4 版。

³⁴⁸ 甘添貴，「體系刑法各論(第二卷)」，頁 358，作者自版，2004 年 2 月修訂再版；最高法院 81 年台上字第 3534 號判決。

³⁴⁹ 前田雅英，前註(313)書，頁 327。按日本學者前田雅英係基於條文文義並未對於事務增加任何限制，從而認為事務包含非財產上之事務；而伊東研祐雖是認為不僅財產上利害關係的工作，但其強調只要效果上會對於財產產生總體影響者亦屬之，例如：醫生的治療行為，本人高額之治療費之支出等事例也會被納入其中。請參照伊東研祐，「橫領と背任の區別」，頁 278，收錄於現代社会と刑法各論，成文堂，2004 年 3 月 10 日第 2 版第 2 刷。

³⁵⁰ 山口厚，前註(319)書，頁 319；平川宗信，前註(88)書，頁 246。

³⁵¹ 前田雅英，前註(313)書，頁 327。

涉及「營業秘密」部份亦有些許爭議，亦即學者林陽一對於「企業秘密之管理」則不將其視為財產上之事務，而林幹人則認為「企業秘密」之情報在現代社會中具有重要之價質，從而認定「企業之秘密」具有財產之價值，針對「秘密管理之義務」又具備裁量性、繼續性，因此「管理秘密事務之人」應該能夠符合背信罪之主體³⁵²，日本實務亦肯認屬於財產事務之看法，通說見解³⁵³則是因為背信罪係依據經濟活動之擴張必須委託他人之情形，所以從這點的立場應該解為財產上事務。

雖然依照文義觀察似不限於財產上之事務，但從體系解釋而言，從財產犯罪架構下規範「事務」之要件，將其解釋為「財產上之事務」宜認為較為妥適，只不過在「財產上事務的處理」之性質上是否限於「行為人有履行具裁量性、繼續性之財產上義務」則有所爭議，日本實務見解對於「財產事務之性質」，向來採取「背信說（最廣義）」的脈絡下認為「以自己單獨之意思左右其事務之權限者，亦即關於事務具有所謂決濟權的背信行為並非為必要之要件³⁵⁴」，並且「不僅包含單純地以固有的權限處理事務者，也包含作為補助機關而承擔之直接的事務處理³⁵⁵」，因而「被委託之事務權限」，並非限於具有「獨立行使之權限」，亦包含「補助者、代行者」去充分背信罪之行為主體³⁵⁶，亦即事務處理者不以具備獨立

³⁵² 林幹人，前註（320）書，頁 270 以下。

³⁵³ 曾根威彥，前註（320）書，頁 181；西田典之，前註（296）書，頁 246。

³⁵⁴ 大判大正 4.2.20 刑錄 21.130。

³⁵⁵ 大判大正 11.10.9 刑集 1.534；大判大正 5 年 6 月 3 日，刑錄 22 輯，頁 874；最決昭和 60 年 4 月 3 日刑集 39 卷 3 号，頁 131。

³⁵⁶ 大判大正 4 年 2 月 20 日，刑錄 21 輯，頁 130；大判大正 5 年 6 月 3 日，刑錄 22 輯，頁 874；最決昭和 60 年 4 月 3 日刑集 39 卷 3 号，頁 131。轉引自山口厚，前註(319)書，頁 315；國內相同見解請參照林山田，刑法各論（上），頁 478。

之裁量權限為必要³⁵⁷；但這樣的看法多被批評將會使得背信罪的成立過於廣泛，為了避免處罰範圍溢散之情況下，宜認為「為他人處理事務者」必須具備對於該事務具有一定「繼續性或者是裁量性³⁵⁸」，單純地只是對於「個別性、機械性之事務」進行處理的話，應該排拒在背信罪行為主體的範圍之內。

第二款 「對己義務」與「對他義務」

按所謂「他人」係指事務的委託人；「本人」則包含「自然人、法人以及具有法人格之社團」，國內學說見解多以實務判例、判決之結論為依歸，進而說明「他人事務」之界限，例如：學說見解多認為所謂「他人事務」像是受委任代為向債務人索取債務則屬之，然而若是將因繼承所得到之土地加以處分出售與他人³⁵⁹、或者是依照民法上之承攬契約為他人製作證章或拆除舊房建築新屋等行為³⁶⁰，仍屬於行為人自己之工作行為，從而並不符合背信罪中所要求之「他人事務」³⁶¹，並且按照國內學說與實務見解的看法：「…一般而言，如係基於買賣、承攬

³⁵⁷ 大判昭和 17 年 11 月 30 日新聞頁 4824，7 輯。

³⁵⁸ 日本學者林幹人則以此點區分「侵占罪」與「背信罪」，其認為前者之事務係「以被委託占有他人之物的話，全部均是個別性、機械性」，後者之事務則是具「繼續性或裁量性」。請參照林幹人，前註(320)書，頁 271-272。採取「新權限濫用說」看法之學者伊東研祐亦認為背信罪係「一般、抽象的權限內」之權限濫用，如果是「具體、個別之權限或者是說係機械性特定之事務」，則屬於侵占罪（權限逸脫）的守備範圍。請參照伊東研祐，「橫領と背任の區別」，頁 278，收錄於「現代社會と刑法各論」，成文堂，2004 年 3 月 10 日第 2 版第 2 刷。

³⁵⁹ 最高法院 69 台上字第 4963 號判決：「刑法背信罪之犯罪主體，限於為他人處理事之人，如屬於自己之事務，即與背信罪犯主體之要件不符。本件被告將其繼承所得之上述土地，予以處分出售與人，乃係處理其自己之事務，殊無成立背信罪之可言。」。

³⁶⁰ 最高法院 29 年上字第 674 號判例、50 年台上字第 158 號判例。

³⁶¹ 甘添貴，前註(336)書，頁 355-356。最高法院 90 年自字第 19 號判決：「…縱然被告負有分割、移轉土地之責，但其移轉、分割係為履行其自身之契約責任，並非為自訴人處理事務。」。

或借貸等雙務契約，互相負有給付義務時，其所履行者仍係自己之事務，而非他人之事務。倘若是違反誠實義務而不為給付，僅係民事債務不履行之問題，不成立背信罪。」³⁶²，從而在劃定區隔「自、他」之間的界限的部份，國內學說仍有以實務見解先行之看法，亦即以行為人與本人間「是否具備委託信任關係³⁶³」以及「該事務是否主要以他人計算³⁶⁴」為判斷標準³⁶⁵。

國外學說以日本為例，針對「他人(本人)之事務」之認定亦多以實務見解為導向，日本學說則有認為，首先，被委託事務之處理範圍必須限於自己直接承擔之部分，倘若作為公司的從業人員「直接承擔之部分」與「就業規則」上負擔義務之範圍不一致，因此雖然違反就業規則之義務並造成公司損害時，仍然不會成立背信罪³⁶⁶；再者，作為背信罪之前提的「他人(本人)之事務」，雖然是代理本人為該事務，但是必須以具有「事務處理之委任關係」為必要³⁶⁷，從而如果是針對「契約當事人自己所承擔之義務」，例如：買賣契約中，物品之出賣人具有交付標之物之義務、買受人則有給付價金的義務、物品之借用人具有返還標之物之義務，學說見解則有認為應該不屬於他人之事務，只不過是民事上的債務不履行，從而不會成立背信罪³⁶⁸。

³⁶² 甘添貴，前註(336)書，頁 356；最高法院 71 年台上字第 1159 號判例。

³⁶³ 最高法院 71 年台上字第 2296 號判例。

³⁶⁴ 最高法院 79 年台上字第 4757 號判決。

³⁶⁵ 甘添貴，「體系刑法各論(第二卷)」，頁 358，作者自版，2004 年 2 月修訂再版。

³⁶⁶ 神戶地判昭和 56 年 3 月 27 日，判時 1012 号，頁 35(東洋レーヨン事件)。該案事實為「公司的職員將公司的資料取走複製後返還，然後將該複製後之資料加以，但由於其所洩漏之資料並非直接承擔之事務，從而不成立背信罪。」

³⁶⁷ 大判大正 3 年 10 月 12 日，新聞 974 号，頁 30。

³⁶⁸ 山口厚，前註(319)書，頁 316；前田雅英，前註(313)書，頁 324。

但這樣的看法並非係多數的看法，蓋針對「他人(本人)之事務」之認定，日本實務見解則並不一致，亦即在「礦業權之二重讓渡」之案例，因為作為登錄義務者應該要為權利移轉之申請係完成買賣最重要的程序，在該案例中因為被認為是「自己之義務」不該當事務處理者之要件，所以不成立背信罪³⁶⁹；但是在「電話加入權的二重讓渡」案例³⁷⁰中被認為被告是基於第一讓渡人之委託所以具有背信罪之主體要件，雖然二重讓渡之讓渡人不是背信罪之主體，但被告有兩個身份，第一個身分是第一讓渡人的受任人；第二個是第二次讓渡的讓渡人，因為後者是自己義務所以不會是背信罪之主體，但前者之部分實務還是認為成立背信罪，並進而影響關於『指名債權的二重讓渡』之事例，亦是成立背信罪³⁷¹；此外，持有縣長許可，締結有效之農地所有權移轉契約後，將該農地設定抵押權的案件³⁷²、『讓與擔保權者於債務清償期屆滿前，就該不動產為不法處分之案例』³⁷³與『股份質權的設定者將股份交付股份的質權者之後，對於法院欺騙取得使得股份失效之除權判決』的案例，質權設定者因為附有應該保全股票之擔保價值，從而被認為是為了質權者事務處理之他人，均成立背信罪，蓋其認為債權者應該負擔保全擔保不動產之義務，以及設定質權之人應該符合具備到融資清償前，不讓質權人利益受到侵害的任務³⁷⁴；而在日本實務見解所認背信罪之典型案件「二重抵押」，

³⁶⁹ 大判大正 8 年 7 月 15 日，新聞 1605 号，頁 21。

³⁷⁰ 大判昭和 7 年 10 月 31 日，刑集 11 卷，頁 1541。

³⁷¹ 名古屋高判昭和 28 年 2 月 26 日，判特 33 号，頁 9。

³⁷² 最判昭和 38 年 7 月 9 日，刑集 17 卷 6 号，頁 608。

³⁷³ 大阪高判昭和 55 年 7 月 29 日，刑月 12 卷 7 号，頁 525；相同見解前田雅英，前註(313)書，頁 326。

³⁷⁴ 最決平成 15 年 3 月 18 日，刑集 57 卷 3 号，頁 356。

抵押權設定人「對於抵押權人的協力任務」是「主要是以他人之身分為了抵押權人而負擔的事務」³⁷⁵亦是成立背信罪。以「二重抵押」為例，日本學說亦多認為應當成立背信罪³⁷⁶，並且採取贊成見解的理由不外乎考量必須跟二重買賣成立委託物侵占罪加以均衡³⁷⁷。

以「擔保權侵害」為例，日本實務當中「A公司之代表董事(被告)，和B公司締結3億日圓之最高限額質權設定契約，以兩回收取一億一千八百萬日圓之融資，並交付由C公司等所發行的股票合計45張給B公司。」而後以「各該股票喪失」的虛偽理由向法院聲請除權判決，使得B公司喪失對於該股票之債權，A公司再賣掉此些再發行之新股被認為圖謀A公司之利益目的，被認為造成對B公司一億一千八百萬日圓的損害。」³⁷⁸之事案，雖然被告主張：「其將股票交付給B公司後則非B公司之事務處理者。」，惟第一審以質權設定者對於質權人之質權的擔保價值應該有保全之義務，此非質權設定者之固有義務，而應該是為了質權人處理之事務為由，認定成立背信罪，而第二審認為被告上訴無理由，蓋即便得到除權判決，亦未消滅該為他人處理事務之義務，該案上訴至最高法院，最高法院仍是贊同第二審判決認為該為他人處理事務之義務仍然存在，而聲請除權

³⁷⁵ 最判昭和31年12月7日，刑集10卷12号，頁1592。

³⁷⁶ 日本早期之判例（大判大正1.11.28刑錄18.1431）則有不同之見解：「認為設定抵押之人對於『原為第二順位之抵押權人』先為抵押權之設定，屬於不作為之詐欺罪，蓋如果原本第二順位之抵押權人知道的話，則不會答應設立抵押權」；惟學者前田雅英認為詐欺罪係對於個別財產之犯罪，『原為第二順位之抵押權人』既然係被設立第一順位之抵押權，則應該沒有經濟上損失，所謂詐欺罪之財產上損失必須具備一定程度實質化。請參照前田雅英，前註(313)書，頁325。

³⁷⁷ 按關於「二重買賣」，實務見解多討論是否成立侵占罪，但是曾有實務見解認為『於出賣人至移轉所有權之間，其具有所有權移轉登記之協力義務，因而成立背信罪』。請參照最判昭和38年7月9日刑集17.6.608。

³⁷⁸ 最決平成15年3月18日刑集57卷3号356頁。

判決時則造成 B 公司之損害³⁷⁹。

從而，在日本實務見解之立場觀察，侵害所有權之立場成立侵占罪、侵害擔保權（擔保價值），則可以成立背信罪，但法定刑度比委託物侵占罪輕的背信罪，適用其所規定之主體範圍，其實並沒有必要比委託物侵占罪狹窄，從而此一成立侵占罪之主體，卻不為背信罪之主體，學說有認為並不合理³⁸⁰，而日本實務見解之看法主要則是認為「設定擔保質權者」可以作為侵害擔保權之主體出發，是以多半會承認二重抵押的可罰性。

不過，採取「特別高度信用關係」看法的學者林幹人對日本實務見解認為「設定抵押之人具有繼續性的義務，亦即『交付必要的書類』之義務，進而認定此種違背義務之情形會成立背信罪」，以及德國實務（BGHSt 5, 61）亦認為「讓與擔保之設定的案件提出質疑，蓋其認為債務並未有履行，債權人實行擔保具有高度的可能性，因此認定成立背信罪」，雖然均是利用其具有「一段且高度和特別的信任關係」的論述，但由於此些事案並非係「特別之事項」，從而這樣解讀看法是有欠妥適；並且日本實務見解之看法在區分「對己」或「對他」之義務在判斷上也有不一致之處，例如：對於不動產公司的代表董事，和建築商之間締結公寓大廈的建築承攬契約，該公司受領公寓大廈的購入者之融資金，雖然其中按照契約本旨應該支付價金給承攬價金，不過卻未加以支付，日本實務見解³⁸¹認為即便因此對於建築業者造成財產上損害，代表董事也並非「為他人處理事務之人」。

本文認為日本實務之判斷方式欠缺一定的標準，並且最大的問題則在於可能

³⁷⁹ 堀田周吾，「擔保權侵害と背任罪の成否」，都法第 45 卷第 2 期，頁 457 以下。

³⁸⁰ 香城敏磨，「背任罪の成立要件」，收錄於「刑法基本講座(5)-財產犯」，頁 263。

³⁸¹ 広島地判平成 14 年 3 月 20 日判夕 1116.297。

會將原本屬於債務不履行之情形納入背信罪加以處罰³⁸²，以「雙方締結買賣契約，而買受方以給付一定部份價金，出賣人卻將標的物出賣給第三人」與上述之「將經許可後取得之農地設定抵押」為例：前者部份日本實務見解有認為「給付標的物」該當「為他人處理事務」此一要件³⁸³；有些則認為不該當³⁸⁴。

本文以為在「買受人已經給付一定價金」的情況下，而先出售給第三人，不只是破壞信任關係，最初的買受人所應享有實質的財產上利益也會受到侵害，因而可能被「採用特別高度信任關係說」之學者認定為「如果價金已經給付一部份的話，則會產生『高度、特別』的信任關係」³⁸⁵，但是配合前開「為他人處理事務」，該「事務處理」必須具備「繼續性與裁量性」，該案出賣人於此際的必要義務只是「將標的物交付給買受人」，應該不具有「繼續性、裁量性」，從而此一地位與債務人相同，縱然是「民法買賣契約之主給付義務」亦不應該當然視為是「為他人處理事務之義務」，仍須是不同情形為斷；後者之部份由於日本實務判例當中所提到的縣知事之許可農地出售的案件³⁸⁶，於許可前將該農地加以出售卻被認為是背信罪，可是於該案關於標的物之「管理」與「許可」，是否能夠認為具有充足的繼續性與裁量性並非沒有疑問。而之所以排除債務不履行之理由在於「單

³⁸² 學者山口厚亦認為「對於『債務人對於履行債務有所懈怠，因為會左右債權人之財產，從而必須考量是否限於契約對造之財產，是否有左右之地位』這樣的看法有所疑問，蓋以借貸關係為例，物品的借用人(甲)的使用方式惡劣，對於所有人(乙)的財產損害，成立背信罪。從而應該所以從而應該要迴避處罰債務不履行使得處罰的範圍能夠適當化」。請參照山口厚，前註(319)書，頁199。

³⁸³ 大判昭和7.10.31 刑集11.1541。

³⁸⁴ 大判大正8.7.15 新聞1605.21。

³⁸⁵ 按事實上縱然是採取「特別高度信任關係」之學者，遇到此一問題，結論上也會透過「裁量性、繼續性」的事務特徵加以排除於背信罪之外。請參照林幹人，前註(320)書，頁271-272。

³⁸⁶ 最判昭和38年7月9日，刑集17卷6号，頁608。

純地雙面關係之債權債務關係中，債務者往往並非是為了他人，至少最主要之目的是為了自己的利益，而不是為了債權人」，縱然是認為「履行債務多少對於債權人有利」，一旦「履行期間屆滿」時，則很難認為「履行期間屆滿後」還有多少「為了他人」之成份。

而依照國內學說所採取「實務先行」的標準去區分「自/他」義務，其實亦非一旦本人與行為人之間具備「委託信任關係」或者「為他人計算」則係屬於他人之事務，反而在論證上似乎係必須兼具「委託信任關係」和「為他人計算」的要件才會屬於「他人之事務」，兩者間缺一不可³⁸⁷。此一區分模式乍看之下似覺面面俱到，對於「信賴關係」以及「計算利益之方式」均有所考量，然而細查其論述過程似認為「…債權原因行為多屬於雙務契約，事涉雙方之權義關係，非主要為他人計算，因此應認為屬於自己之事務…」，這樣一來只要是涉及民法債篇各論中的雙務契約，其實多半會被解釋為自己之事務，變相地將切割信任關係之的界線調整成與「須具外部性之三面關係說」相近，如此一來在背信說之定性上，則應該直接限定於具有三面關係的情況下，才能適用背信罪，而非如同學說先採用最廣義的背信說，再用每個構成要件來逐步地限縮，徒增畫蛇添足之虞。

爰此，本文認為「單純地雙面關係下之權義關係」，債務者係「處理自己事務之人」，而「為他人（即本人）處理之事務」必須限於「原本該『他人』所不能為之事務，由行為人加以替代為之的行為」，此種創造出三面關係之情形者始屬之。

³⁸⁷ 學者甘添貴對於「設定抵押權之登記」和「表見代理」之情形，前者認為雖然就協助完成登記行為，本人與行為人間具有委託信任關係，但是由於債權原因行為多屬於雙務契約，事涉雙方之權義關係，非主要為他人計算，因此應認為屬於自己之事務；而對於後者則認為行為人縱以被害人名義為之，其利害關係屬於被害人(本人)，但是行為人與本人間不具有委託信任關係，從而不成立背信罪。請參照甘添貴，前註(336)書，頁358。

第四節 「違背任務」之行為

第一項 國內、外學說實務見解

向來國內學說見解對於「違背任務」之背信行為多半認為所謂「違背其任務」，除指受任人違背委任關係之義務外，尚包括濫用受託事務處分權限在內；在性質上，則包含法律行為和事實行為，以及不限於作為，不作為³⁸⁸之情形亦可，因此在類型上除了本文第三章所介紹之外，其他類型尚有包含：受託稽核抵押貨物之進出，卻放任抵押人陸續變賣抵押物³⁸⁹、公司之經理與他人訂立顯然不利於公司的契約或者是公司經理人放棄有利於公司的訴訟³⁹⁰、汽車業務員未謹慎處理所應負責之汽車分期付款買賣及汽車貸款之業務，猶輕率處理對於向自己公司貸款債務人之徵信調查³⁹¹。

但就判斷「違背任務」之標準而言，國內學說實務則較少言及，日本學說有認為此一般是認為作為誠實的事務處理者，違反應該符合法之期待的行為³⁹²、採取社會相當性觀點之學者則係主張應該依照一般社會通念去加以判斷以及「是否逸脫於事務處理之通常性(事務通常處理之範圍)³⁹³」，而學者山口厚則是認為

³⁸⁸ 關於不作為之情形，日本學者大塚仁認為像是「不行使債權而令其時效消滅」、或者是「鐵道員工一方面知悉無付錢之乘車、另外一方面卻裝作不知道」等均屬之。請參照大塚仁，刑法各論，頁 325。

³⁸⁹ 最高法院 25 年上字第 367 號判例。

³⁹⁰ 林山田，刑法各論（上），頁 479。

³⁹¹ 高等法院 98 年上易字第 1694 號判決。

³⁹² 西田典之，前註（296）書，頁 248。

³⁹³ 大塚仁，前註（312）書，頁 323；大谷實，前註（312）書，頁 328；齊藤信幸，刑法講義(各論)，頁 314，成文堂，2007 年 4 月 1 日，新版一刷。

尚必須考慮「有無實質上不利益」，亦即於主觀目的中加以檢視³⁹⁴，以具體日本實務所言及之例子觀察：「行為人為了商人（本人）而對他人收取賒帳欠款，如果沒有支付欠款的話則解除買賣契約，應該返還商品，行為人卻與債務人共謀為圖債務人之利益，於帳簿上登載虛偽已經返還商品之事實」，此例參照日本實務³⁹⁵和多數學說³⁹⁶採取背信說的看法，自然是肯認背信罪之成立；同樣地，「管理本人之債權者，任意地對於債務人為債務之免除行為，而於帳簿上記載已經回收債權的情況³⁹⁷」也是如此。惟學說則有認為應該從「行為人有為本人向債務人要求返還之『權限』，如果應該行使但是不行使的情況下，成立背信」加以理解，蓋雖然行為人本來就是必須接受商品的返還，就這點來說並未有懈怠；但是對於「此一虛偽記載於帳簿之行為」，應是對本人隱瞞自己事務處理上之懈怠所為證據湮滅之行為，就算是沒有計入帳簿，將帳簿一直放置在事物處理人處，也會對於本人造成財產上之損害，成立背信罪；相反地，如果有接受返還之商品，縱然沒有計入帳簿則不會成立背信罪³⁹⁸。

³⁹⁴ 山口厚，前註(319)書，頁 320。

³⁹⁵ 大判大正 3 年 6 月 20 日刑錄 20 輯，頁 1313。

³⁹⁶ 曾根威彥，前註(320)書，頁 222；林 幹人，前註(320)文，頁 266；大谷實，前註(312)書，頁 323。

³⁹⁷ 大阪控判大正 14 年 4 月 30 日法律新聞 2416 號，頁 15。

³⁹⁸ 內田幸隆，前註(91)文，頁 142。

第二項 違背任務實行行為性之判定

本文認為上述見解以及本文第三章所歸納的實務案例，對於「任務是否違背」一事，判斷上似乎係「只要做了不應該做的事便是任務違背」，此種判斷方式似乎過於輕易之認定，之所以輕易地加以認定，可能是在一開始針對背信罪之性質所採取的標準過於寬廣所致，例如採取「最廣義之背信說」的看法，或者是認為背信罪包含「違背信任與濫用權限」，從而像是公司業務經理A負責甲地區之事務，另有業務經理B負責乙地區之業務，結果A經理以公司之名在乙地區，實施違背公司意旨之任務，則造成財產上損害，國內學說則認為不能因為該行為在其所處理事務範圍之外，就免卻背信罪之刑責³⁹⁹。然而，這樣的見解會無法原本該學說所要限縮背信罪適用之原意，反而正好印證背信罪具有截堵性之性質，若考量「為他人事務之處理」的「為他人」，則原本「本人所交付處理之事務」應該會具有一定範疇，例如受託人被寄託人要求保管財物，受託人所可以違反之範疇則應該在於「有無好好保管財物」之部份，超過此一範圍之部份則必須如果該當其他犯罪類型，例如上例公司業務經理A到乙地區處理業務，為了能夠取信該地區與之接觸的員工或者是顧客，勢必會創造出「可以相信其據有負責該地區之職權」的外觀，姑且不管民事法關係是否會依照表見代理確認其民事法律關係，該公司業務經理A該創出之外觀則通常會涉及偽造、行使文書以及詐欺罪之部份，是否仍須納入背信罪中之「違背任務」，以背信罪加以處理，其實誠非無疑。

從而，本文以為此部份在認定上或許可以參照部份日本實務見解為了避免過度放寬背信罪之看法，認為「如果其所為之行為與其任務無關，即便是造成本人之損失，也不會成立背信罪。」⁴⁰⁰，或者是依照本文前述所肯認之判斷標準「該

³⁹⁹ 林山田，刑法各論（上），頁480。

⁴⁰⁰ 東京高判昭和30.5.30 裁特2.11.538。

事務必須具備一定之裁量性、繼續性」，該公司業務經理 A 對於乙地區之事務處理不具有裁量性的情況下，也不應該將此一行為納入背信罪所要處理之範疇。

第五節 整體財產上之損失

第一項 「財產損失」之認定標準

以刑法規範對於「財產」加以保障，可以從幾個角度來觀察，從實現個人人格之發展與自由的角度來看，支配財產之權限的確保則為其重要的基礎，雖然學說上有認為對於財產之侵害被納入「自然犯」的範疇⁴⁰¹，認為從古至今此一侵害行為都被認為嚴重破壞法秩序之侵害行為，但本文以為從經濟制度發展的層面來看，「私有財產制」的概念逐步被確立時，考量私人對於財產之利用性、權利主體對於財產之支配權限，在民商事法、行政法規多會先行制定規範形成其制度，而於此是否仍須設立刑法規範加以確保，依照刑法謙抑性、補充性此一最淺顯易懂的性質，多半會認為通常刑法所能介入的部份則是在於此些前置規範的機制有所欠缺，對於財產保護不足時，始行介入，只不過刑法保護「財產」之意涵是否完全依附在民事法的權利義務關係或者是刑事法規具有獨立之看法則可能會影響刑法財產犯罪規範中關於「財產之認定」，因此本文先行說明財產損失概念之認定發展，再於小結處說明本文看法。

⁴⁰¹ 林 幹人，財產犯の保護法益，頁 16，東京大學出版會，1984 年 6 月 11 日初版。

第一款 依循民法規範之從屬性-「法律的財產說」與「本權說」

所謂「法律的財產說」，亦被稱為「法律的財產概念」，德國學者 Binding 所認為私人間的財產關係係屬於民事法之規律的部分，「民事法上的權利」則屬於刑事法上所要保障之財產利益，刑法上的財產犯罪則係為了保障「民事法上的權利」，刑法上的財產犯即是民事法上權利之總和，此係個別一種混合化、抽象化無型態價質總和，至於在事實上所具有之經濟上金錢價值，則非屬於刑法上財產。依照 Binding 之看法，其實與「對於個別財產之犯罪」的概念相同，並且財產所要保障其實係「權利」，甚至在某些情況下，則可以包含公法上權利(例如：社會福利金、社會保險金、教育補助金)。若貫徹此種看法的學者 Bockelmann、Cramer，由於只著眼在「有無權利之侵害」，而不考慮「有無經濟上之價值減損」，從而行為人對於毫無價值之物侵害其所有權，則仍屬於財產犯罪，亦即「沒有經濟上價值的權利也必須加以保障」。然而，同樣是採取「法律的財產說」的學者 A. MerKel 則在「刑法財產上損失」之認定，卻認為必須採取「交付後之被害者財產與交互前相比較，客觀上價值有所減損」的判斷標準，但若行為客體是「事實上的利益」尚未到權利之程度，則不是財產⁴⁰²，因此被侵害的權利也具有經濟上之價值，從而對於 A. MerKel 而言，如果不屬於權利或者是屬於權利但欠缺經濟上價值者，均非刑法上之財產，因而，對於採取「法律的財產說」學者來說，「民事法上無效之債權」⁴⁰³並非財產。

日本法對於財產犯之討論所強調本權說(所有權說)的看法，可能一部份是受到「法律的財產說」之影響，亦即持傳統之「本權說」之看法亦多認為刑法所要

⁴⁰² 林 幹人，前註(401)書，頁 24-27。

⁴⁰³ 對於賣春之媒介者，未給付仲介費用、對於賣春的性工作者未給付報酬、僱用他人犯罪卻不給報酬，按照 Binding 的見解均不成立詐欺罪。

保護之財產利益必須係「民事法之所有權或其他權利」，而「本權說、持有說」的爭論在日本之區分可再細分為「狹義本權說、持有說」、「形式保護法益論之本權說、持有說」以及「實質保護法益論之本權說、持有說」，差別在於「財產犯罪之討論範圍是否限於『竊盜罪』和『侵占罪』，或者『兼及其他財產犯罪』」以及「是否限於『所有權、占有權』或者是是否限於『民法上之權利』」⁴⁰⁴。

最早採取「本權說」之依據乃因舊刑法中之竊盜罪的要件係規定「以他人之所有物」，從而最一開始的解釋則認為限於「所有權之保護」，而後至明治 41 年間，刑法關於竊盜罪做出修正改成「以他人之財物」，因此雖然早期學者泉二新熊、大場茂馬仍堅持「仍是著眼於所有權之保障」，但是學者牧野英一、岡田朝太郎等則開始轉向認為他人係基於民法上之權利而持有財產時，此種法秩序亦應以刑法加以保障，從而刑法保護之行為客體，「除了所有權之外，而對於民法上其他權利之保護」。一直到二戰前，「本權說」都具有舉足輕重的地位，縱然是現今的學說見解，仍有學說採取此種判斷標準⁴⁰⁵，只不過現已沒有採取最初限縮於所有權的看法，但重點均在於刑法規範之財產犯罪是否成立，端視前置之民法規範中「行為人是否具有合法之權利」，從而判斷上若像是債權人於債務藉清償期屆滿之後，自行於債務人處取得相當財物之行為，或者所有權人自竊賊處取回自己遭竊之物，由於債權人對於債務人具有民法上之權利，以及竊盜罪之行為人不具有任何合法之權利，因此債權人、所有權人不會成立財產犯罪。此說之核心概念在於強調刑法的「補充性、謙抑性或者是最後手段性 (ultima ratio)」，亦即民事法上違法，刑法就不應該保障，刑法上保護之財產基本上民法上必須適法，

⁴⁰⁴ 木村光江，財產犯論の研究，頁 20 以下、270、275。

⁴⁰⁵ 木村光江，前註（404）書，頁 29-41、75-76。

刑法規範係為了補強民事法秩序所為之更強規範⁴⁰⁶。因而在判斷上從屬於民事法之見解，其依據在於「民事法秩序與刑事法秩序同一」的情形。

第二款 刑法規範認定之獨立性-「純粹經濟的財產說」與「占有說（所持說）」

所謂「經濟上之價值」，一般來說係以金錢上的價值計算，從而以全體金錢上之價值考量其利益，法律的觀點則不加以介入，因而不具有金錢上價值之物，縱然有權利也不屬於財產，並且即使對於金錢上利益之侵害，有給予相當之對價，全體金錢上價值沒有減少則沒有財產上之損害⁴⁰⁷，有別 Binding 所採取之「法律的財產說」。或有認為係受到學者 A. Merkel 之影響⁴⁰⁸，於 1887 年後，德帝國法院開始轉向，針對「詐欺罪」之「財產」認為應該依照「金錢上的全體價值」，從而財產損害則是以「該對價之提供是否造成全體金錢價值之減少」為標準，以「不具有墮胎效用、價值 30-40 分尼的藥物，偽裝成墮胎藥，而後以 10 馬克的價格賣給孕婦。」為例，原本德帝國法院採取「法律的財產說⁴⁰⁹」，否定詐欺罪，但 1910 年德帝國法院則採取「純粹經濟性財產說」之見解，成立詐欺罪。從而，「純粹經濟性財產說」之見解，德國實務見解從 1910 年開始採用⁴¹⁰，學說則係

⁴⁰⁶ 林 幹人，現代の經濟犯罪，頁 83 以下、100 以下，弘文堂，平成元年 4 月 10 日，初版 1 刷。

⁴⁰⁷ 因此，「可以金錢加以計算的均為刑法上所要保護之財產，例如：賣春之勞動力、竊盜者對於贓物之占有均屬於『財產』」。請參照林幹人，前註(401)書，頁 43。

⁴⁰⁸ 林幹人，前註(401)書，頁 49。

⁴⁰⁹ 學者林幹人認為正確來說應該係「法律的、經濟的財產說」。請參照林幹人，前註(397)書，頁 30。

到 1930 年才加以主張，現今已成為德國通說與實務之見解。

以德帝國法院對於處理「保險費事件」為例，「被害者原欲以締結『給付固定保費之保險契約』，但儘管雙方對此達成合意，事實上保險公司屬於『相互保險公司』，加入保險時必須給付『追加費用』，但被害者之契約相對人並未告知，導致保險事故發生時，雖然可以請求保險金，但仍需支付該『追加費用』。」⁴¹¹，帝國法院之見解有以被害人是否受到欺騙、陷於錯誤來認定有無財產損害、有認為必須客觀上受到不利益始屬之，前者之看法被認為將財產之構成要件的變更當作是損害，惟財產之變更在財產之交換行為當中存在必然性，因此仍必須考量「客觀上金錢之價值有無減少或增加」，單純係主觀上的利益⁴¹²、經濟上無價值的東西或者是財產處分之自由，均不屬於財產損失。結論上帝國法院強調仍有造成被害人利益之處，則被認為係以「金錢上之價值」來認定「客觀、個別之損害」⁴¹³，雖然尚未稱其為「純粹經濟的財產說」，但已呈現「法律的財產說」崩解的先兆。

而於日本自明治以來財產犯理論之變遷，如同 19 世紀末德國學者 Binding 所採取之法律的財產概念往 20 世紀經濟性財產概念移動之趨勢，大體上可以說

⁴¹⁰ 帝國法院實務見解的過渡期，相同「販賣不具墮胎效用之墮胎藥」的案例認為沒有財產之損害因而不成立詐欺罪之見解，請參照 RGSSt 36,330。

⁴¹¹ RGSSt 16,1。轉引自林幹人，前註(401)書，頁 49。

⁴¹² Binding 所舉之例子：「現今完全沒有金錢價值的紙張，十年之後可能相反地具有鉅額的金錢價值；以 20 馬克買回亡父的遺髮，雖然在金錢上的全體價值或許有所減少，但是法律上並沒有損害，反之若是被欺騙而購買到非亡父的他人頭髮，則法律上受有損害，此處的財產損害則非金錢上之損害。」；此外，Binding 對於詐欺罪所舉之例子：「原本欲購買英國製的刀子，但是卻得到相同經濟價值的蘇聯製的刀子，在這樣的情形，應該認為被侵害的是『權利』，而非依交付意思所給付之價金。」此種不採取「經濟性損害」觀點的立場，被德帝國法院稱之為「主觀說」，對於所交付之利益則多依照被害者主觀上的利益認定財產；反之，採用經濟性損害之觀點，則於 1887 年的判例表明為「客觀說」。請參照林幹人，前註(401)書，頁 26-29、48-49。

⁴¹³ RGSSt 16,2-5f、9f、13f。轉引自林幹人，前註(401)書，頁 49-51。

是「從本權說往持有說移動」，學者芝原邦爾認為「現代社會伴隨資本主義的高
度化，近代社會的根基私有財產制的私人所有權之絕對性和契約自由原則並無法
被加以貫徹」，從而逐漸被要求「保護物之利用本身」，以「對於財物之利用關係」
作為刑法保護的重要對象，從而主要就是針對財產、經濟關係的發展使得財產保
護變得擴張⁴¹⁴。從而，刑法規範獨自判斷其所要保護的財產利益，則成為依附在
民法規範下的另一種解釋方法，當時的實務見解也有轉向認定「財物取得罪之規
定係…因為維持社會的法秩序為必要，對物之持有此一事實上狀態的本身，則是
被作為法益加以保護，…」⁴¹⁵，因而以強調「法秩序之維護」為前提，認為刑
法對於此種「持有利用關係」亦應該加以確保，而此種財產犯是否成立有別於依
附在民法規範的看法，學說有稱其為「秩序維持模式」，例如日本晚近之實務見
解有認為「因為受到地下金融業者催促其償還借貸債務之被告，為了希望免除償
還之責任，而將該業者加以殺害，該免除債務之利益是否屬於強盜得利罪之客
體」，被告之辯護人主張被害人對於被告所為之高利借貸行為，違反公序良俗而
無效，加以否認，但實務見解認為「即使民事法上被害人欠缺值得被保障之利益，
但是容認此種以不法之手段擾亂財產法秩序的結果，會造成私人之財產上正當的

⁴¹⁴ 木村光江，前註（404）書，頁 87-88。

⁴¹⁵ 最判昭和 24 年 2 月 15 日刑集 3 卷 2 号頁 175。最決昭和 61 年 7 月 18 日刑集 40 卷 5 号 438
頁之實務見解亦是採取獨立判斷說，其認為縱使兩者所欲保障之秩序最終係相同，但是於秩序保
護之側面、型態，仍然具有差異。而日本學者伊東研祐亦認為：「民事法規範上之財產權關係並
非被預定成為實定法規範之直接定律，其只不過是因部份強行規定而被認為係私法自治，現今對
於私法自治的概念係要加以尊重以及為前提，則關於財產則係基於市民之自由意志，縱然係補
充、從屬，也無法視其定然要以民事法上之財產關係作為直接前提，應該要排斥從屬說。…為了
市民能夠基於自由意思去支配財產，並且為了此種是事實的狀態基盤，此亦為刑罰規範之機能。
因此以私法的自治作為評價規範的內涵，以此為法益概念的輪廓概略的看法，即是為了確保意思
自由決定側面對於財產的一定支配權限，對於此種現實化的事實基盤的支配可能性有所連結，所
以占有的部份也應該有所保障。」。請參照伊東研祐，「窃盜罪（財產犯）の保護法益」，頁
189 以下、191-194，收錄於「現代社会と刑法各論」，成文堂，2004 年 3 月 10 日第 2 版第 2 刷。

權力、利益實現之障礙」，因而肯認仍能夠作為強盜得利罪之客體⁴¹⁶。惟其出發點否定民事實體法權利關係的從屬性，所衍生的問題在於「侵害民法所不保障之經濟利益，是否均可能成立財產犯」，並且為了維持財產秩序之保護而發動刑法規範加以處罰，雖然可能是為了抑制違法之行為，但是處罰之根據為何，則會反映出所謂維持秩序此一概念的抽象化與稀薄化⁴¹⁷。

第三款 調和後之判斷標準-「法律、經濟財產說」與「限定持有說」

對於「經濟的財產說」，Binding 傳神地揶揄德帝國法院轉向後的見解創造了「全體價值怪物」⁴¹⁸，其認為「財產」與「金錢上價值」不同，所謂「財產金錢上的價值」只不過是單純地用金錢的去衡量財產所得到的價值，將財產附加上法的性質時則有所不同，並且帝國法院在對於竊盜罪與詐欺罪的財產損失上所採取之認定相互矛盾，並且「個別性」是權利的必然屬性，如果不是權利，例如顧客的暫時性占有，也不屬於財產。而 A. Merkel 雖然在權利的性質上與 Binding 分歧，但對於財產之侵害上認定與 Binding 相同，對於財產上之權利必須是**現實上之侵害**，如果只不過是發生危險的情形，即使有造成經濟上價值的侵害，也不是刑法上的損害。從上述德帝國法院所討論之「無效墮胎藥案」中，Binding 認為不能從「當罰性/需罰性」當中推論出「可罰性/應罰性」，並且德帝國法院之

⁴¹⁶ 大津地判平成 15.1.31 判夕 1134 号 311 頁。

⁴¹⁷ 井田良，「刑法と民法の關係」收錄於「理論刑法學の最前線 II」，頁 60，岩波書店，2006 年。

⁴¹⁸ Binding 之見解，請參照林 幹人，前註(401)書，頁 29。

所以認為有經濟性損失，主要是認為對孕婦來說用「10 馬克減去 30-40 分尼」看似有經濟性損失，但是如果貫徹「純粹性經濟財產說」，並未提供有效的墮胎藥，從而即便是原價 30 分尼用 10 馬克購之，仍然不能有所損害，從而德帝國法院認為存在財產損害之看法，其實係課予被告提供真正的墮胎藥的義務，對於孕婦來說具有獲得真正墮胎藥權利之事實上期待⁴¹⁹，因此採取「刑法從屬於民法」看法之 **Binding** 則是認為財產關係之規制應以民法決定，德帝國法院的看法基本上是以刑法的角度創造權利，造成論證上的矛盾⁴²⁰。而德國學說於「純粹經濟的財產說」和「法律的財產說」間折衷的看法，則是採取「法律、經濟財產說」，認為「財產」係「依照法秩序應該受保護，排除違法之利益後作為全體經濟性價值之利益」，主要係自 1940 年代起，學界認為應該以「單一法秩序」之觀點來討論刑法財產上之概念，蓋刑法規範亦是法規範中之一環，價值上應該與其他法規範一致。

因此，西元 1941 年學者 Nagler 開始對於「純粹經濟財產理論」進行檢討，其認為採取「純粹財產理論」之判準會造成財產損害的認定上之「無界限性 (Unbestimmbarkeit)」與「不確定性 (Uferlosigkeit)」，若將法律的觀點排除，單純以事實的判斷上則會造成極度主觀化的假設與錯誤的結論⁴²¹；與 Nagler 相同反對「純粹財產理論」立場之 Franz Hein 則是以「賣春的娼妓事案」為例，如果貫徹「純粹經濟性財產理論」，性工作者對於買春者所享有之債權，應可屬於性工作者之財產，但是德國實務之見解卻又對該行為認為違反道德風俗為由，

⁴¹⁹ Binding 之見解，請參照林幹人，前註(401)書，頁 31。

⁴²⁰ Binding 認為基於不法目的而給付之人，即便是契約之目的無法實現，亦不能主張法律上之損害，此一案例或可用重利罪加以處理，但不得使用詐欺罪。轉引自林幹人，前註(401)書，頁 31。

⁴²¹ 林幹人，前註(401)書，頁 143。

否定其使用財產犯罪保護之必要性，此種觀點前後矛盾；並且 Franz Hein 對於 Bruns 所主張財產犯罪係維護社會倫理（社會共同主觀一般人情感之感受）加以駁斥，其認為財產犯罪仍須以法益侵害為主，如果一個行為根本上沒有侵害法益，則基本上係欠缺可罰性基礎的，法益必須係在法共同體中被承認，其中該利益是否屬於法益則會影響到刑法保護之必要性的有無，而之所以德國實務見解仍有認為性工作者對於買春者所享有之債權並非財產犯罪之保護對象，乃因一個違反公序良俗之契約，被認為係無效之債權，除了法律外，也同時係社會倫理共同判斷所認為無價值之結果，從而即使係採取經濟性的財產理論，對於欠缺處罰根據的情形，則無須用刑法加以處罰⁴²²。除此之外，Cramer 認為「純粹性財產理論」只著重在「事實實證主義（Tatsachenpositivism）」，忽視了「利益」之中所包含的「法律之成份（juristische Komponente）」，「利益」應該係「依照法律所交織而成的事實（von Recht durchwobene Wirklichkeit）」，因而 Cramer 提出「實質財產概念」，其意涵為「個人於法秩序中所具有經濟價值的全體利益」⁴²³。

而日本「本權說與占有說（持有說）」之發展，歷經變遷後大致上均多採取「修正」的看法，亦即從本權說的發展脈絡，原本採取本權說之學者小野清一郎認為因為在資本主義高度的發展之下，金融交易上所產生的大量財產流通勢必然的現象，因此修正了其原先的見解，而認為刑法規範中之「占有」無須以民法上之權利為必要，即使是無效的法律行為所取得之占有，亦得作為保護對象，不過至少係社會交易觀念中所形成之占有狀態，亦即「具有理由之占有」⁴²⁴；學者平野龍一則係占有說的角度出發，主張並非所有占有狀態都是刑法所要保護之法

⁴²² 林幹人，前註(401)書，頁 146-148。

⁴²³ 林幹人，前註(401)書，頁 149-150。

⁴²⁴ 木村光江，前註（404）書，頁 73-76。

益，而係限於「平穩性占有」，所謂「平穩性占有」之情形，例如基於以民事法律關係作為基礎的財產管理人之占有，或者是占有受到法令所禁止違禁品之情形均屬之，具體事案中，所有權人因為其所出租的房屋租借期間已經屆滿，並不能逕自取回租借物，蓋對於租賃人對於該財物之平穩占有會造成侵害，但若是從竊賊手中取回自己之財物，由於行為人本就不需要藉由民事程序回復其對於財物之支配權限，則不會對於平穩之占有產生侵害⁴²⁵；學者林幹人則係以「本權說」為基礎，結合「平穩性占有」，提出其所認為之「修正後的本權說」，首先在民事法上是否屬於被保護之合法占有，會影響是否成立財產犯罪之判斷，例如雙方當事人締結買賣契約，買受人先支付價金，但約定仍由出賣人決定何時交付標的物時，由於日本民事財產關係是採取「意思主義」，因而此時買受人在具有意思表示時則以取得該標的物之所有權，從而若買受人自行取走標的物，則雖然形式上對於出賣人之占有造成侵害，但是雙方當事人所作成之約定並無刑法上特別值得保護之必要性，出賣人亦無對抗事由，從而買受人不成立財產犯罪，相反地例如雙方當事人締結買賣契約，買受人未依約先支付價金，就從出賣人處逕自取得標的物，則此時出賣人則仍存有民法上收受價金給付之合法請求權利，因此買受人仍會成立財產犯罪。

第二項 小結-背信罪之「致生損害」

首先，一般學說上均認為背信罪屬於「整體財產法益」，亦即以全部財產狀態，不限於本人委託之財產，亦包含其他財產上之利益，而損害之部份則無論

⁴²⁵ 鈴木享子，「財產犯の保護法益」收錄於「刑法基本講座（第5卷）-財產犯論」，頁15，1993年。

是「積極減少現有財產」或者是「消極妨害財產者」，而關於「期待利益」之部份，必須具有相當蓋然性可以期待之利益，例如：存放銀行之中然後可以期待的利息，反之欠缺蓋然性之期待利益，例如能否轉賣或者是地價房價有無大漲等期待利益則不屬之。

從此觀點解釋本文第三章所言及之國內實務見解，國內實務見解的問題在於考量期待利益時，根本未考慮所謂「相當蓋然性」之情況，便大幅度地承認期待利益亦是一種損害⁴²⁶，忽略刑法之謙抑性以及可能根本不具可罰性，毋需必然發動的刑法獨特性質情形。

再者，「致生損害」的性質是實害犯或者也包含危險犯，由於本罪係「對於全體財產之犯罪」，從而如果違背任務造成財產之損失同時也造成財產之增加的時候，整體上可能便沒有財產上的損害，但是因為背信罪有未遂，所以仍可能成

⁴²⁶ 高等法院臺中分院 98 年度上訴字第 1605 號判決：「勞工受僱於告訴人並於告訴人所經營之商行任職業務員，負責火鍋料等食品之銷售與收款之工作，為從事業務並為告訴人處理事務之人。未取得告訴人之同意，即擅自向其他同為販售火鍋相關食品之商行進貨後，分別銷售貨品予客戶之行爲，顯令商行喪失販售該些商品賺取利潤之機會，致生損害甚明。」，蓋本文以為商品銷售不銷售得出去，未必一定，與銀行依照年月所分配之利息的期待利益有別，若民事法規對於不確定之「期待權」（例如：將來得為繼承之期待利益）並非當然保障情況下，何以刑法規範此處需要先加以介入；換言之，本文對於「火鍋店之員工」擅自向其他進貨分別銷售給客戶之情形，除非說明某年某月某次的進貨已經有確定的銷售對象，該報酬價金已經具體化的情況下，才能認為屬於背信罪的抽象期待利益，否則欠缺確定之銷售對象，即便向告訴人進貨也未必能夠或去該次之利益，如此不確定的情況下，卻要以背信罪加以責難，實屬過苛；被告所違反之事務係未向告訴人購買火鍋料，其為他人處理之事務係指「向告訴人購買火鍋料進而銷售、收款」，但若以「三面關係」之要求來看，被告所為「向他人所購買火鍋料之行爲」，僅為被告與告訴人之間契約內容之違反，此並非屬於為他人處理事務之範疇；契約內容之違反，若依照德國學說、實務之見解亦未必當然視為「財產維持義務」，尚須視契約本質內容而定；況且，倘若被告只能向告訴人購買火鍋料，在事務之處理上亦欠缺裁量權限，只能貨物賣完之後，機械性地向告訴人補貨，就此點觀察，被告之行爲亦非需以背信罪加以論處。

立未遂罪⁴²⁷。但是，國內學說與部份實務見解與日本部份學說與實務見解類似，亦即「只有發生實害的危險亦屬於財產之損害⁴²⁸」、「實害上的危險也是實害，並且採取經濟的觀點，縱然取得法律上的權利，但是不能回收的債權應該也是一種損害」⁴²⁹，不論是否法律（私法關係）上有效無效，均不影響經濟觀點之判斷，例如：「漁業信用基金協會的專務理事，為了填補欠款，而以個人名義所借金額內，以協會之銀行內之定期存款設定擔保的案件」，實務見解認為：「即便該設定質權並且將定存債權證書交給質權者，屬於協會業務外之範圍而在法律上無效，因為會造成協會之定期存款債權有回收不能之危險，不能不認為沒有財產上之損害。」⁴³⁰亦即，日本實務見解的看法則是「未徵得擔保前，貸付金錢的情況，貸付金錢本人雖然取得債權，但該債權被判斷回收有困難或不能時，則依照經濟的評價應該認為發生財產上的損害，並非僅是財產上損害發生的危險。」⁴³¹，然而，若去揣測何以實務見解會認為「造成回收不能之危險時便屬於一種損害？」的背

⁴²⁷ 山口厚，前註（319）書，頁 311-312；大判昭和 9.4.21 刑集 13 卷頁 490：「即使違背任務，沒有造成本人財產上之損害，也會成立未遂罪。」；林山田，刑法各論（上），頁 481。

⁴²⁸ 大判昭和 13.10.25 刑集 17.735；大判昭和 8.12.4 刑集 12 卷 2196 頁；最判昭和 37.2.13 刑集 16.2.68；最決昭和 38.3.28 刑集 17.2.166。對於此些實務見解之批評的反對見解 請參照林幹人，「背任罪における『財産上ノ損害』の意義」，收錄於「刑法の争点」，新版，頁 293 以下。

⁴²⁹ 齊藤信幸，前註（393）書，頁 318。

⁴³⁰ 川端博、西田典之、原田國男、三浦守編，裁判例コンメンタール刑法（第 3 卷），頁 348-349，立花書房，2006 年（平成 18 年）12 月 1 日第 1 刷。

⁴³¹ 最判昭和 37 年 2 月 13 日刑集 16 卷 2 号 68 頁。此一相類似的案例，日本實務見解：「信用保證協會的分所所長，雖然一方面知道企業主身上背負了多額的債務，知道具有清償不能之狀態，分所長沒有為信用保證之權限，卻仍專擅地決定保證該金額。」從經濟的看法所為之評價來看，多數學說認為以經濟觀點所得出的評價，針對複雜、多樣化的經濟活動，能夠確切地認定背信罪的既遂時期，並且也能夠符合「財產上損害」的文義解釋；只不過如果從經濟上的角度上來看，倘若「該違背任務之行爲」在法律上是無效的話，本人的財產狀態在事實上無惡化的情況下，成立背信罪之必要性甚低。從而，以經濟觀點評價財產上之損害時，其對象應該要以「法的觀點」來加以保障、限定。請參照最決昭和 58.5.24 刑集 37 卷 4 号 437 頁、最決昭和 58.5.24 谷口正孝法官補充意見；平川宗信，前註（92）文，頁 249 以下；岡本勝，「背任罪における『財産上ノ損害』について」收錄在莊子邦雄先生古稀祝賀『刑事法の思想と理論』，頁 409，1991 年。

後之想法，綜合上述「財產損害認定標準之發展」，可以發現其實係考量「經濟性之財產價值」所致，從而雖然在「無擔保情形下之授信行為」，負責放款授信之銀行在法律上取得對應的債權，但是由於該債權在經濟上之價值與銀行所授信之金額相較時無法相等，因而認定產生財產上損害。不過誠如上開本文之看法此種原本依照債權之法律性格來說，其實與具備清償意思或能力相較並無不同，蓋法律上之價值並未降低，從權利的角度來看，並未發生損害的情事，若悉數從實質、經濟性的角度來看、徹底地貫徹「經濟損害的概念」，若行為人欠缺清償之意思或能力，則該債權能否實現則會陷入危險當中，這樣一來，既遂將會在「放款、貸付時」就發生，背信罪之成立根本就不是判斷有無損害，縱然係以「不正當的票據保證行為」為例，也會如同前述「違法授信」一般，只要是不正的保證，不管實際狀況是否存在相對之給付，都有可能被認定具有財產上損害，危險之票據保證行為的損害發生，將只不過是背信罪既遂後的情狀而已。

本文認為從背信罪有處罰未遂犯的角度來看，作為既遂犯的致生損害應該限於實害，未達實害程度而只是足以引起財產危險時，應該是構成未遂罪，前開實務見解單從文義解釋上便有所疑慮⁴³²，並且本文認為若將致生財產上之危險當作是既遂犯中的「致生損害」，則關於處罰非難時點之判斷，以「違法授信」之行為為例，實行行為的時點則會提前到根本還沒有造成具體財產損害之「決定放款的時間點」，如此一來，作為背信罪未遂犯之著手時點認定則可能會更加大幅地前置，但這樣的結果其實是悖於背信罪存在「既遂犯與未遂犯」之體系解釋，造成刑法規制之前置化，不宜如同上述實務見解之認定。

除了解釋上不宜採取跟上述實務見解之看法外，在進到主觀目的之討論前，本文暫把焦點拉回到「經濟性財產理論」與「法律與經濟性財產理論」，依照「經

⁴³² 山口厚，前註（319）書，頁；前田雅英，前註（313）書，頁332。

濟性財產理論判斷的趨勢」，除了德、日之外，其實其他國家之立法例也有呈現相同之面貌，例如：法國刑法之發展也曾呈現自從屬於民法之判斷轉向採取「刑法之自律性」的看法⁴³³，而於 19 世紀末對於「沒收物侵占罪」，當沒收物之無效或者是委託關係是無效時，則成立舊刑法 400 條之背信罪⁴³⁴；義大利 19 世紀數次修法一樣遺留的問題在於「刑法財產犯之認定是否要依循民法」；英美法部份也是一樣，只不過英美法財產犯之認定則與民事法緊密地結合，因此從英美法整體的特色來說，一方面是其民事法和刑事法之機能、效果並沒有相對性之區別，因此，英美法的民法領域和刑事法領域與德國、日本相較，刑法領域具獨立性的法律概念，其形成可能性較小，從而「財產關係的諸種概念」和「同意」、「過失」等相關概念，則不是明顯地能夠區分⁴³⁵。但是，一旦採取「經濟性財產理論的判斷標準」，從「純粹經濟性財產理論」或者是 1940 年代以後「法律與經濟性財產理論」，將會發現「有無造成財產上損害」這件要件，便逐漸地不再係那麼具體、明確，亦即關於「全體財產減少」之狀況，而且「經濟角度觀察」的判斷方式，國內外學說實務見解均有認為背信罪之成立不需要損害額確定⁴³⁶，只要經濟上的損害該當即屬之，事後有無填補損害之一部，並不影響犯罪之成立。但是，「經濟上之財產損害內容」為何，若參照德國學者 Cramer 所提出的概念為「個人於法秩序中所具有經濟價值的全體利益」，而 Franz Hein 雖然認為以「法益論」角度反駁 Bruns 所主張財產犯罪係維護社會倫理的看法之部份，本文也贊同不能夠將全部財產犯罪均視為保護社會秩序之產物，但在「整體財產法益」之部份，若

⁴³³ 木村光江，前註（404）書，頁 270。

⁴³⁴ 木村光江，前註（404）書，頁 270。

⁴³⁵ 木村光江，前註（404）書，頁 272。

⁴³⁶ 大判大正 11.5.11 刑集 1.270。

延續 Franz Hein 所認為「『法益』必須係在『法共同體中被承認之利益』，其中該利益是否屬於法益則會影響到刑法保護之必要性的有無」，則「**整體財產**」此一概念所承載的內容則可能超過文字意涵上財產的概念，亦即誠如本文第二章所認，只要係「法共同體所肯認之利益」透過立法者加以制定，那其實本於「『法益』與『規範』同一性」之概念，「**整體財產法益**」的隱藏之意涵則可能除了財產之外，更多了「**規範**」之導向。只不過與其他個人生命法益、身體法益、自由法益甚至是個別財產法益等有別的是，採取「**整體財產法益**」之犯罪類型，多不要求計算具體、確切之結果，從而其規範意識所欲強調者不在於「侵害結果之發生」，反而應該在於構成要件中之「**實行行為**」部份，亦即著眼於「**不能夠違背任務**」此一誡命，也因此在不重視具體結果損害之前提下，「何以不能違背任務」此點，則似乎無法僅單就因為違背任務會造成財產法益之侵害來說明，而在其背後應該有著其他形塑該規範的成因。

第六節 圖利目的、損害目的

第一項 背信罪-主觀目的之「意涵」與「內容」

第一款 國內學說之追溯

國內學說對於背信罪之「圖利與損害意圖」概念，有具體描述者甚少，一般學說論述上多係指行為人只要具備此二意圖之一則可成立本罪，而此二意圖使得背信罪之罪質兼具圖利性與損害性，有別於其他犯罪⁴³⁷，或者僅陳稱「**得利益圖**」

⁴³⁷ 林山田，刑法各論（上），頁 483。

係指為自己或第三人之不法利益之意圖、「損害意圖」則是損害本人之意圖，單作文義上的描述⁴³⁸，而未言及此二「意圖」之內涵所指為何。

而此種對於背信罪之不法意圖鮮有介紹的情形，可能是因為學說多僅在總則部份聚焦討論「意圖」與「故意」間的關係，從而自「意圖」概念之論述，可分為採取「**故意類型之論述**」以及「**故意以外之類型**」，前者有認為由於「故意」之意涵具有三個層次，亦即「意圖故意」、「直接故意」與「間接故意」，而「意圖故意」係最強烈之故意形態，「欲」的要素較「知」的要素強烈，而「直接故意」則是「知」的要素較「欲」的要素強烈，「知」與「欲」俱弱者則屬「間接故意」⁴³⁹；亦有認為「意圖」要素乃具結果之意思，屬於「**直接故意**」的層昇形態，至少必須達到「直接故意」的程度⁴⁴⁰，而採取「意圖犯因為懷有特定之犯罪目的…行為人必須出於『**直接故意**』，始能構成犯罪…倘若只有間接故意，則不能構成意圖犯」⁴⁴¹相類似的說法，以及有學說認為「意圖犯」係除了認知與決意之外，尚包含**特殊心理之願望**；後者則係將意圖視為故意以外的主觀目的，亦即意圖犯係「行為人主觀之意向，超出了客觀構成要件所規定事實情狀外的一種**犯罪類型**」，採取此種看法則多認為「意圖」係獨立於故意以外的主觀不法要素，「故意」之認識對象在該當客觀構成要件之犯罪事實內尋求，而「意圖」則是在犯罪事實之外，涉及犯罪後將來可能發生之事項⁴⁴²。前者的論述脈絡則係將「意圖」

⁴³⁸ 甘添貴，刑法各論（上），頁 351，三民，2009 年 6 月初版 1 刷。

⁴³⁹ 張麗卿，刑法總則理論與運用，頁 149-150，2007 年。

⁴⁴⁰ 黃常仁，刑法總論-邏輯分析與體系論證，頁 31，2000 年。

⁴⁴¹ 林山田，刑法通論(上)，頁 281，2008 年增訂八版。

⁴⁴² 柯耀程，變動中的刑法思想，頁 336，2001 年，第二版；黃仲夫，刑法精義，頁 75，2005 年，修訂一版。

置於故意的附庸概念，有的認為意圖之層次、程度高於故意，但按照前者之類型，意圖其實不具有獨立之意義；後者之論述則將意圖視為獨立之主觀構成要件要素，從而有將其進行概念上之區分，亦即將意圖從故意概念獨立出來的學說有認為意圖可分為「法益侵害傾向之意圖/與本罪保護法益有關之意圖」，此係一種「類型化的動機」，其內涵所指之標的與故意之對象相同，只不過在犯罪成立上，特別強化行為人所計畫侵害法益之內在意向，例如財產犯罪之意圖多屬此類，而「超出法益侵害傾向之意圖/溢出本罪保護法益之意圖」，則是指法益侵害以外，行為人具有特別可責性與危險性之內在傾向，其侵害方向與目的則與法益範圍不一致⁴⁴³。

第二款 外國學說之借鏡-以日本為主

第一目 重疊性之故意要素

日本實務見解⁴⁴⁴認為「圖利目的」所指之「利益」，並不限於財產上之利益，還包含了「身份上之利益」，加害目的之「損害」也是相同的，並不限於「財產上之損害」。雖然學說見解多半認為基於「財產犯」的特性，在構成要件當中之「事務」必須限於「財產之事務」，其他因為行為人犯罪所得之利益和造成之損害，都以「財產」為限，但是，通說與實務見解認為「主觀目的」與「財產上損害」不同，對於「主觀目的」部份不必限於具有財產性⁴⁴⁵。

⁴⁴³ 柯耀程，前註（442）書，頁 297-335。

⁴⁴⁴ 大判大正 3 年 10 月 16 日刑錄 20 輯頁 1867。

⁴⁴⁵ 田中利幸，「背任罪における図利加害目的の意義」，頁 208-209 收錄於西田典之、山口 厚、佐伯仁志，「刑法の争点」，有斐閣，2007 年 10 月 30 日。

不過，此一爭執其實實益不大，因為如果行為人試圖謀第三人利益的場合，讓與、交付或保證，其實都會產生財產上利益；即便係較為多數圖自己的利益之目的，其行為多會造成本人財產上之損害或者是第三人得利；日本實務上所言及行為人考量「信用、面目之維持和地位之保全」⁴⁴⁶，從經濟的觀點來評價的話，實際上也是以違背任務造成財產損害。所以重點還是在於「圖利、加害目的」此一要件本身之性質。

日本學說上亦有將「意圖」作為「故意類型」之論述，亦即在所謂「認識說」之看法係採取**最廣義**的定義依循故意的認定方式，只要行為人主觀上有**認識**到圖利、加害之客觀構成要件，只要能認識到為了自己或者是第三人所造成公司、本人財產之損害⁴⁴⁷，則認為符合圖利、加害意圖；此外，在同樣將意圖視為故意之類型中，採取「**認識容認說**」則是認為行為人除了主觀上要**認識**到圖利、加害之事實之外，主觀上尚需符合「**容認**」之要求⁴⁴⁸，亦即行為人主觀上不只是要能達到**未必故意（間接故意）認識之程度**，並且認識到為了自己或者是第三人所造成公司、本人財產之損害，**至少須具備「容認」之程度**。

既然置於「故意類型」當中，自然有學說採取「**確定故意說**」認為對於「圖

⁴⁴⁶ 津地裁平成 12 年 5 月 2 日判決（三重県信用組合案件）：「理事長 A 對不動產租賃事業為 2 億 3 千 5 百萬的融資事案，主張基於自己保身與第三人之目的，考慮到如果拒絕融資邀請的話，擔心自己失去理事長的地位。」、東京地裁平成 14 年 8 月 30 日判決（國民銀行事件）：「基於自己保身之目的，亦即為了免於被追究其於銀行總經理地位實做造成銀行破綻的責任。」、神戶地裁平成 16 年 9 月 27 日（北兵庫信用組合事件）：「對於以不動產業以及自動車整備販售業者為目的之公司以及代表者個人 1 億 800 萬日圓。基於自己保身目的第三人目的，為了避免不正融資的被發現，以及被追及責任。」、大阪地裁平成 13 年 3 月 28 日判決（福德銀行/なみはや銀行）：「行為人為了福德銀行之存續，判斷必須為特定之合併，即使融資金之一部可能無法回收，但是公資金的導入能夠使得福德銀行以新的銀行之型態加以存續。不能夠斷然地認為欠缺實現可能性，不能認為只不過是被告之期待與願望。」否定圖利加害目的而對行為人所為之無罪判決。請參照北村隆，「背任罪における自己保身目的を内容とする図利加害目的を捉え方」，頁 36-47，<http://www.dic.go.jp/kenkyu/200904-11/11-2.pdf>（最後瀏覽時間 2011 年 8 月 1 日）

⁴⁴⁷ 牧野英一，「刑法各論(下卷)」，頁 750 以下，1952 年(昭和 30 年)。

⁴⁴⁸ 小野清一郎，「新訂刑法講義各論」，頁 273 以下，1949 年(昭和 27 年)。

利、加害目的」並不僅以達到未必故意為已足，尚必須達到確定故意之程度⁴⁴⁹，亦即要能認識到為了自己或者是第三人所造成公司、本人財產之損害已達到確定認識之程度。最後從故意要件來認定之「意欲說」認為「圖利、加害目的」不只是對於自己、他人之利益或者是造成本人之損害要有所認識與容認，尚須具備積極的意欲⁴⁵⁰，而意欲說下又有認應該係「意欲」加上確定或者是蓋然性認識的看法⁴⁵¹與「意欲」加上未必認識⁴⁵²。然而，此類形下之諸說最大的問題點就是「意圖」將喪失其獨立之特性。

第二目 內在動機要素說

除了將意圖視為故意之類型之外，為了有別於故意之意涵，學說上則有將圖利或加害之意圖則以「動機」的意涵加以詮釋，但是部分學說間則存在不同之看法，例如採取「加害目的動機說」的學說有認為雖然「圖利目的」係屬於狹義之目的意涵，作為主觀之違法要件，但於主觀要件增加「加害目的」，則是有別於故意的特殊要件，對於「加害目的」的認定並不能僅限於對於結果單純的表象有所認識與容認為已足⁴⁵³。此一見解則反面加以觀察，對於「圖利目的」則以單純的表象有所認識與容認為已足。

⁴⁴⁹ 此說乃日本通說，請參照大塚仁，「刑法概說各論」，頁 327；藤木英雄，前註(158)書，頁 67；伊東研祐，「橫領と背任の區別」，頁 279，收錄於「現代社会と刑法各論」，成文堂，2004 年 3 月 10 日第 2 版第 2 刷。

⁴⁵⁰ 內藤謙，注釈刑法(6)，頁 332，有斐閣，昭和 41 年；瀧川幸辰，刑法各論，頁 171，1951 年；內田文昭，刑法各論，頁 349，青林書院，平成 8 年三版。

⁴⁵¹ 內藤謙，注釈刑法(6)，頁 332；瀧川幸辰，刑法各論，頁 171，1951 年。

⁴⁵² 日比幹夫，大コンメタ第 10 卷，頁 177；內田文昭，刑法各論，頁 348-349，1996 年。

⁴⁵³ 團藤重光，刑法綱要各論，頁 656 以下，創文社，(平成 2 年)三版。

而日本近期之有力說對於「圖利、加害目的」之有力見解係所謂的「消極動機說」，此係指以欠缺對於本人謀取利益之動機⁴⁵⁴，亦即依照日本實務見解認為⁴⁵⁵，行為人客觀上雖然屬於違背任務造成本人之損害，但只要主觀上係為本人謀取利益，亦即存在為本人圖謀利益之目的，則不會成立背信罪；相反地論述模式，沒有對本人利益的意圖，欠缺為本人利益之動機，則具有可罰性。與消極動機說正好相反的是採取「積極動機說⁴⁵⁶」之看法，其認為圖利意圖部份，若是圖謀他人之利益的動機，則不成立；若是同時具備圖自己或第三人之利益和圖謀本人之利益存在時，看孰優孰劣、主從關係為何而定；至於加害意圖僅能認識到為了自己或者是第三人所造成公司、本人財產之損害仍不夠，尚需具備加害動機為必要。

第三目 特殊要素說-對本人欠缺實質上不利益

所謂「欠缺認識對本人實質上不利益」，係指關於「圖利、侵害目的」之判斷，應該考慮違背任務與本人圖利加害目的之客觀面，對於本人有利益之部分。亦即，從現今的角度上來看，「違背任務」自然不應該僅是「形式上違反規則」就被認定說成立，而應該要考量「對本人造成實質上不利益之行為」，依照「整體判斷」是否對於本人造成實質上不利益⁴⁵⁷，蓋如果是欠缺實質上不利益，即便是財產上有損失的場合，應該解釋為欠缺處罰之依據。

⁴⁵⁴ 前田雅英、香城敏磨、平野龍一、西田典之等學者所主張。

⁴⁵⁵ 大判大正3年10月16日刑錄20輯28号，頁1876、大判大正15年4月20日刑集5卷3号，頁136。

⁴⁵⁶ 芝原邦爾，「特別背任罪-2」，頁83，法時61卷12号，1989年。

⁴⁵⁷ 山口厚，前註(319)書，頁203-205。

從而學者山口厚主張：「圖利、加害目的」在考量上必須將「任務之違背性」與「本人圖利目的」之客觀面的關聯性加以思考，針對「任務違背之要件的實質內容」，必須從「財產處分行為」本身，判斷有無對本人造成實質上不利益；至於作為否定處罰之依據在於，首先客觀上對於本人必須是**有利之情況**，儘管行為屬於違背任務，但是因為能夠否定對於本人之不利益，則可以否定其信任關係有侵害；甚至是即便客觀上對於本人並無不利，但是具有對於本人有**利益性的認識與意圖**，則因為欠缺對於本人實質上不利益質認識，欠缺侵害信任關係的故意，犯罪加以否認，可以從對於違法性阻卻事由之錯誤否認故意。此外，所謂圖利加害目的之意涵曖昧，不應該將其解釋為動機蓋若採取「動機理論」，「圖利意圖」所對應到客觀層面圖利之內容，雖然其具備實質利益，亦即目的對於本人是**有利益的時候**，但同時為了圖謀自己的利益是**主要動機**，也會被認為成立犯罪，被肯認為具有可罰性之程度⁴⁵⁸。

採取特殊要素說之原則，如果實質上對於本人有利之部份現實上有所認識，則應該不成立背信罪，至於不成立之理由，學者平川宗信則是從主觀層面的責任部份加以阻卻其故意，或者是以行為人被要求要認識到「實質上對於本人是不利益之情形」，從而如果有認為從事這樣的事情係「被容許的範圍」，則行為人或許可以主張「違法性之錯誤」來解釋為不可罰⁴⁵⁹；而山口厚則是認為應是從圖利加害目的之客觀層面，對於其違法性加以阻卻。總之，「圖利與加害意圖」則可能是在違法性要素或者是責任要素加以判斷。

⁴⁵⁸ 山口厚，「問題探究刑法各論」，頁 204 以下，有斐閣，平成 11 年。

⁴⁵⁹ 上寫一高，前註(281)書，頁 263。

第二項 小結-主觀目的之分析

除了日本之外，德國學說對於「意圖」之討論，而具體內涵為何？雖然德國於1962年之修正草案試圖將「意圖」界定為「蓄意實現法律所定意圖行為所涵蓋之情狀者」，不過由於此一定義仍不明確，最後只好委諸學說與實務加以開展⁴⁶⁰。

學說間處理此一伴隨 Mezger 發現主觀構成要件而進入構成要件體系中的「意圖」要素，其實也存在不一樣的看法，尤其是在與「故意」的關係如何定位一直無法形成共識，像是（1）早期學說將「意圖與故意」視為相同之概念，將「意圖」界定於「直接致力於構成要件之實現」，犯罪之主觀要件並非僅是行為人對於犯罪之結果確定實現或可能實現可以加以預見，並且需有意、具目的性地促進其發生。主張此一看法的學者包括了 Feuerbach、Liepmann 以及認為「所有刑法上評價之有意識行為均係具有目的導向之行為」之目的論者 Welzel，不過，此部份學說所提出的看法，基本上使得在主觀要件區分意圖和故意顯得毫無意義。而（2）Haft、Otto、Baumann 則將故意與意圖之討論聚焦在「認知與決意」的程度需求上，「意圖」係故意當中程度最高的第一級直接故意（*dolus directus 1. Grades*），而「直接故意」則係第二急得直接故意（*dolus directus 2. Grades*），按 Baumann 與 Weber 則認為「意圖」係一種「以目的為導向之行為」（*zielgerichtetes Handeln*），行為人對於期所期待之結果，竭盡所能加以追求，其所追求之結果是否必然會發生則非所問，並且即使該追求之結果並非終極目的（*Endzzweck*），而只是一種中間目的（*Zwischenzweck*），也能夠成立意圖犯；（3）

⁴⁶⁰ 柯耀程，「『意圖犯』意圖實現於刑法之評價」，頁308，東海法學研究第9期，1995年9月。

至於 Engisch 則是將意圖視為「致力於使一個業已存在於意識中，但尚未實現的狀態或事件之發生」，依其見解所有的內在意向，例如：意圖、動機、內在驅力以及目的均屬於相同的概念。其他看法像是 Schroder 則係將此種對於結果的努力追求，認為是「行為人與結果間的『強烈內在關係 (intensive innere Bieziehung)』」，其作用在於「限縮法益保護之範圍」；Jescheck 認為於意圖中，故意之決意要素扮演支配之地位；Otto 則是認為行為目的之實現取決於法益侵害風險之實現，行為人因為具有意識之情形下，決意實現法益侵害之直接、具體之風險，則屬於有意圖之行為；Cramer 則是認為行為人之決意若是針對法律所規定之行為結果為其目的，則具備意圖⁴⁶¹。

但學說中採取不同類型看法之 Jakobs 則是將意圖犯視為「分割之結果犯 (kupierte Erfolgsdelikte)」，認為意圖並非係客觀構成要件與主觀構成要件合致性之狀態，意圖所涵攝之對象並非是客觀構成之犯罪事實，而是一種「主觀上之溢出 (subjektiver Überschuß)」，屬於故意外之額外的意向或目的⁴⁶²。不過將「意圖之概念」具體套用在刑法分則的要件解釋時，德國學說上之分類亦存在不同之分類方式，例如 Klaus Gehrig 將「意圖」區分為「可罰性要件之額外的內在傾向」和「調整刑度之意圖」；Jecheck 則區分為「排除不確定故意之意圖」與「逾越客觀構成要件之意圖」；而 Roxin 則是採取 Lenckner 之看法將意圖區分為「強化法益保護之意圖」與「限縮法益保護之意圖」⁴⁶³。從學說之介紹觀察，其實德國學說對於意圖之認定於具體犯罪類型上之應如何適用的看法並不一致。

⁴⁶¹ 高金桂，「意圖犯」，頁 7-11，刑事法雜誌第 52 卷第 2 期；柯耀程，「『意圖犯』意圖實現於刑法之評價」，頁 310-312，東海法學研究第 9 期，1995 年 9 月。

⁴⁶² 高金桂，前註 (461) 文，頁 7-8。

⁴⁶³ 高金桂，前註 (461) 文，頁 20-21。

而我國實務見解對此部份其實亦無具體之區分，並且亦無清楚之說明，例如「被告二人受僱於告訴人均為執行販售商品業務之人。緣告訴人因經營不善，二人因恐告訴人不給付薪資，而將所占有之商品加以出售」實務見解認為「被告販售商品，主觀認知乃解決告訴人積欠薪資問題，且商品係在高於成本而不虧損之價格販售」⁴⁶⁴，此種看法似乎認為以高於成本不虧損之價格出售，對於本人並無不利益，但是其所言及之「…主觀認知…」並未有明白區分「故意」和「意圖」之概念，並且在中信金紅火案關於「金控公司挪用公司資金」⁴⁶⁵中，實務一方面認為難認背信之故意，另一方面又認為其明知行無義務之事，對違背任務有所認知，到底有無背信故意，前後論證矛盾，亦乃因未明確區分「意圖」與故意所致；此外，「…被告在取得及寄送如附件一、附表一所示電磁紀錄檔案時，即無洩漏之動機或目的，即不該當刑法第 342 條之背信罪…」⁴⁶⁶，到底「圖利意圖」或「損害意圖」是「動機或者是特殊要素之目的」亦含混帶過，從而實務見解對於背信罪之圖利意圖與損害意圖之認定，難以從判決理由察覺其標準為何。

綜上所述，本文以為無論是採取日本早期「認識說」或「認識容認說」⁴⁶⁷或者是德國與我國部份學說將意圖視為故意之類型，明顯地可以察覺到一旦行為人

⁴⁶⁴ 臺東地方法院 96 年易字第 397 號判決。

⁴⁶⁵ 台北地方法院 98 年金重訴字第 40 號判決。

⁴⁶⁶ 台北地方法院 97 年易字第 500 號判決；台灣高等法院 55 年度法律座談會法律問題刑事類第 8 號。

⁴⁶⁷ 按回顧上述日本早期學說見解所採之「認識說」與「認識容認說」之所以不同，可以察覺到學說認為乃因關於「故意」之本質意涵為何係採取「認識說」和「意思說」所衍生之爭議。而日本立法例在諸種犯罪類型當中也有關於「目的犯」的規範，學說間對於不同犯罪類型的目的犯之解釋，呈現多樣性，例如：不正競爭防止法第 21 條第 2 項營業不正取得之行爲，爲了實現該目的，行爲人必須爲構成要件行爲以外之行爲；「詐欺破產罪」則是被認為與故意之認知內容重疊，而部份學說對於背信罪之目的亦採相同之見解。請參照川崎友已，「經濟犯罪に対する個人の責任、企業の責任」，頁 275-276，刑法雜誌第 47 卷第 2 号；佐伯仁志，「倒産犯罪」，頁 100，ジュリスト 1237 号（2004）。

被認定主觀上具有背信之故意，則同時成立圖利或加害目的，如此一來何須於法條文義上制定故意之外的主觀目的要件，圖利或加害目的則毫無存在之實益。此外，就我國刑法規範的設定觀察，本文認為採取「內在動機要素」的看法亦不妥適，蓋雖然「意圖」和「動機」均屬於一種內在主觀心態，但是「動機」已然被明文化（刑法第 57 條）界定成量刑時的斟酌情狀，其本身並不會對於，與犯罪是否成立並無關連性，從而不應該將會影響犯罪成立與否的「意圖」概念理解成動機。

爰此，本文認為學說間雖然將「意圖」界定成「故意之次類型」或者是「故意以外之類型」，但是其多認為「意圖」係一種「特殊目的或傾向」，此一定義對於多數學說基本上係共通的看法，只不過既然我國背信罪特別針對意圖之部份特別加以規定，將其視為故意之次類型則將喪失獨立制定於條文中的意義，應該認為「意圖」係「有別於故意類型之要素」；再者，由於「圖利意圖」與「加害意圖」設定在財產法益之中，與主觀對於造成本人之財產損害之結果的認知與預見相同，行為人主觀上之意圖其內涵所指之標的與故意所認知之對象為相同方向，應該屬於「與財產法益有關連之目的」，因而具體個案在判斷上如果在客觀構成要件階層以外的事實中，能夠證明對於「欠缺對於本人造成實質上之不利益」的情況下，行為人則能夠主張不成立背信罪。

第七節 本文見解

第一項 法益或規範？-「信賴關係」的功能性分析

第一款 「信賴關係」與背信罪「法益」內涵的形塑

第一目 背信罪制定之因素-財產交易模式轉變

綜合前面第二章至此之討論，作為財產犯罪中具有流刺網式功能的背信罪，所要保障的內涵究竟為何，其實並未能如同向來通說想當然爾、很直觀地認為是個人整體財產法益，從整個背信罪的發展脈絡來看，則可找到重新思考架構之契機。

從歷史的軌跡來看，背信罪之所以被稱之為「新型態」的財產犯罪，則意謂著當時的時空背景環境所發展出的交易模式，已經無法由傳統的財產犯罪類型加以支應，而觀察 16 世紀以降的時空背景，正是資本主義蓬勃發展的時期，當然不能將所有的原因化約地歸咎到「資本主義」四個字，蓋從資本主義的發展觀察的話，則可以發現到其實資本主義具有一定的可塑性和變化的能力，當出現嚴重危機或者是獲利能力大幅減少時，則會從原本的型態開始進行轉變，因此必須對於該背信罪所誕生之時代所出現的特殊事件來加以對應。

從 13 世紀便在歐洲發展的合夥、大商行，逐漸朝「公司」的型態發展，而公司型態之發展又從由家族合作模式的無限責任公司進化到為了處理區分有限責任和無限責任的兩合公司，當然最後進入到配合得以轉讓的股票、股份的股份有限公司，交易模式已然迥異於過往，「公司」為發展的前提，交易不再只是親力親為的雙面交易，「公司」要遍及各地，必須要仰賴代理人或委任人來和第三人進行交易，從而為了讓此種新型態的交易能夠順利進行，「信賴關係的確保」

則為一大關鍵，也因此「信賴關係」能否作為背信罪保護的內容則應該加以討論。

第二目 作為保障內涵之「信賴關係」

不能否認的是，「信賴」此一概念的用法充斥在各種領域之中，若先將其意涵範圍放到最廣，則係指自己懷抱著對於他人或是社會之期待，如果未有懷抱著此一信賴的話，隨之而來得便是無秩序的不安全感、危懼感，所以德國社會學家 Niklas Luhmann 認為「信賴係以『人類的本性』作為出發點，信賴之存在必然性則是為了引導出正確的行為規則，作為真實的基礎」⁴⁶⁸，並且「信賴係於一定之相互行為中之領域形成，此一領域則係受到『心理系統』與『社會系統』的影響」⁴⁶⁹，從心理學的觀點來看，信賴是一種社會關係，必須在互動的框架中產生，不可能單一向度或排他地相互聯繫。信賴的本身也表示了對於時間軸上未來性的預期，但不能僅將信賴理解成克服時間層次的問題，任何一種時間的觀點，現在性的未來或者是未來性的現在，都不能排除信賴的存在，而對於具有現在性之「存續中關係」的確保，也必須仰仗「信賴」。

按照「功能-結構系統論」的想法，「世界」的形成極具複雜性，世界在「系統」一方面維持自己另一方面為反應的情況下存在諸種可能性，而對於人類來說則是在意識到「世界的複雜性」之同時，也體認到「環境」係選擇性地構成，學說對於「複雜性」之問題，則應將其視為「…在不斷地提高的社會複雜性之條件下，人們能夠而且也必須發展出比較有效的簡化複雜性的方式…」，在此種伴隨

⁴⁶⁸ Niklas.Luhmann 著，大庭 健、正村俊之譯，「信賴-社会的な複雑性の縮減メカニズム」，頁2，勁草書房，2007年6月15日第1版第9刷。

⁴⁶⁹ Niklas.Luhmann 著，大庭 健、正村俊之譯，前註(468)書，頁5-6。

世界複雜性之未來的現在以及以經驗實在性作為媒介的過程中，則是所謂人們必須「減縮複雜性」的現象，透過此一現象，可以觀察到的是「信賴強化了對於不確定性的承受力/多義性的容許度」⁴⁷⁰，在「複雜性減縮」的過程中，「經驗」扮演了將世界的複雜性簡化成有意義的行動指令之前提，如果一切行為模式都以既存的「世界」為範疇的話，則勢必無從超越，從而「經驗」則負責接納世界的界限並且改變世界的界限⁴⁷¹。所以「信賴」不僅是對於來自過往經驗的論斷，透過信賴則能夠超越其所接收的訊息，利用「冒險/承擔風險」的方式定義未來。

既然信賴是一種社會系統中人們無從迴避的關係，要在市民社會中進行任何行為都需要信賴的話，在多元選擇性的分化與聯結中則會使用「溝通媒介」與「系統機制」來達成「系統性之信賴」。為了強化這些「溝通媒介」或者是「系統機制」之效能，「法律系統」則會在接納一定程度的刺激後，選擇一定程度重要的符碼，用法律自己的語言自我再製為具有一定程度的強制力的規範要求。隱身在此些「溝通媒介」和「系統機制」之後，對於「系統性之信賴」賦予第一層次(初級階層)的強制力來保障的則是「民、商事法律系統」，全面性鋪設行動之規則，以便於「溝通媒介」和「系統機制」的運作與「系統性信賴」之確保；然而，法律系統自我再製的過程中，以其他系統為環境所接收的符碼，如果受到破壞，則將會逐步瓦解「系統性信賴」，並且可能造成「系統性信賴」崩壞的話，法律系統則會在其系統內部所延異出質、量有別，不同程度強制力的次級系統，在第一層次之上再行鋪設第二層次(次級階層)的更具強制性、制裁性的法律規範，受到具備雙重保障的制度，最明顯的便是「財產」、「貨幣」、「文書」等制度。就「財產」、「貨幣」制度而言，涉及經濟系統與法律系統的耦合，之所以備受重視，在

⁴⁷⁰ Niklas.Luhmann 著，大庭 健、正村俊之譯，前註(468)書，頁 21。

⁴⁷¹ 亦即過往經驗的「熟悉」和「信賴」係吸納複雜性的互補模式。

於其能夠運用「擁有 / 不擁有」、「支付 / 不支付」的符碼⁴⁷²，也因此在法律規範的設置上，違背一定「擁有財產」之方式、違背「支付貨幣」之方式、除了在民事或商事規範中制定之規範(例如：民法侵權行為與債務不履行之損害賠償)外，刑法規範亦會將此些行為加以類型化成為需要適用刑罰的犯罪行為(例如：財產犯罪篇章)。

時至 19 世紀後進資本主義國家制定背信罪之期間，「擁有」、「支付」財產的行為仍是以「擁有、支付財物」為主，將「擁有、支付財物之行為模式」納入刑法規範之中，可以認識到的類型則像是「在原財物所有人未同意支付財物予他人的情況下，該他人以破壞原財物所有人對於財物持有、支配進而暫時、永久性穩固自己對於財物之持有支配而據為己有」的關係，一般來說會認定為具有實行行為性的類形化「竊取」行為，進而可能成立「竊盜罪」；「原本財物之所有人自願性地將特定有形財物交付給他人，該他人據為己有之情形下」，則會被成立「侵占罪」；「他人以行使詐術之方式令原財物所有人基於有瑕疵的同意將財物處分給他人，他人取得對該財物之所有或持有關係」，則會被認定「詐欺罪」。而如同第二章所述，社會、經濟結構之變遷，工業化所促成「組織型態的經濟活動」，當時之立法者認為上述三種類型化財產犯罪未能涵蓋新型態的經濟不法行為，而增設「背信罪」之規定，就他人於前階段取得原所有人的財物之先行行為，「支付財物之行為態樣」，客觀上未必有別於「侵占罪」、「詐欺罪」之前階段的取得財物之方式，從而被立法者所強調具備實行行為性的則應是後階段的「違背任務」，而何以違背任務具有實行行為性，則在於本人與受委託之該他人原本雙方達成對於未來預期結果之合意，卻因為該他人故意的不達成而造成本人之損害，如果該

⁴⁷² Niklas.Luhmann 著，湯志傑、魯顯貴譯，「社會之經濟」，頁 159-160、216 以下、284-285，聯經出版，2009 年 9 月初版。

他人故意的不達成原先與本人對於未來一致之預期，此一狀況具備常態性，則從兩個視角加以觀察此種「三面關係的組織型經濟活動」，一方面無從讓市民社會中的人們對其形成「系統性之信賴」，另外一方面對於國家之主權者而言，組織型態的經濟活動倘若不能圓滑運作，後進資本主義國家則在發展資本主義的架構下，將會被遠遠地被甩在其他競爭國家之後。

職是，若依照本文所認為「三面關係的組織型經濟活動」之受委託的「該他人」係「本人經濟活動手足之延伸」此點觀察，背信罪之制定主要的目的則是將「三面關係」中「本人-受委任之他人」兩者間的「信賴關係」凸顯出來，在德國納粹政府期間所討論的草案中，更是明確地將「背信罪」稱之為「信賴罪」，但在當時的時空背景，立法機關之權限、國家經濟結構之走向仍多由國家主權者所掌控之情況下，與其說此一「信賴」之要求是「市民對於組織性經濟活動的不信任」，更多的成分與更貼切的說法應該是「國家機關為了促進、加速經濟活動，避免經濟活動因為無法預期之行為受到影響」此種「對於國內人民經濟活動之自律性的不信任」，而制定背信罪，但是立法者又不能名目張膽地承認此一類型化犯罪之制定源自於上述「國家對於人民自律性之經濟活動的不信任」，國家機關一方面對於人民不信任、另外一方面卻又強調借由「本人與他人間」之信賴關係來強調信賴的重要性，於是在「信賴 / 不信任」的「弔詭」⁴⁷³中，為了讓該規定能夠被制定，立法者只好回到「經濟系統」與「法律系統」耦合時，被「法律系統」納入系統中，於「刑法系統」中自我再置之後所制定「第二層次/次級階層」刑法規範的「財產」，將背信罪的法益內涵設定為對於「財產法益」之侵害的類型化犯罪。

⁴⁷³ Niklas Luhmann，前註（472）書，頁 18。

第三目 不得不採的「限定」背信說

從上述之分析來看，本文認為背信罪之罪質的部份，應該與「**本人與處理事務之人間的信賴關係**」有一定程度之關連性，從而應當採取以「背信說」之見解為發軔的看法，然而僅單純地採用違背信任或者是違反信賴關係，概念上則勢必會逸散出去，如此一來則不只是會放寬到民商事法關係間的「誠實信用」，甚至有可能會放寬到最廣義的「日常生活中人與人互動的一般信賴關係」，如此一來誠非妥適，蓋如果將刑法所保障之法益內涵極度擴張到「一般日常生活人與人之間的互動」這樣情形的話，無疑是另一種強調刑法任務性的形態，因此必須加以限縮此種信賴關係之擴張。

如此看來，似乎勢必採取前述所言及之「**限定之信賴關係**」或者是「**限定之信任關係**」的看法，惟本文以為上揭關於背信罪罪質之諸說見解，除了原初的背信說之外，**其他無論是「權限濫用說」、「新權限濫用說」、「背信的權限濫用說」**或者是「**限定信用說」、「內部信任關係」、「意思內容限定說**」等看法，基本上均是從某個角度，可能是「**權限範圍**」、「**是否程度上特別高**」、「**內部或者是對向**」去切入，用以「**限縮**」信任關係，其實屬於不同類型的「**限定信任關係**」理論，換句話說，應該在此些「**限定信任關係**」之種類中尋求最為適當的一種。

首先，採取「**權限範圍**」作為限定信任關係的時候，當委託之一方沒有清楚地說明受託人的權限範疇時，例如：委託人請受託人向第三人購買房屋，只要求在**一定價位、有落地窗住起來舒適的房屋**，但是受託人所買之房屋符合價格條件，可是卻是凶宅、有落地窗卻離工作地點甚遠，從符合購屋價格、設備條件來看，似乎是在權限內的濫用，但是從住起來舒不舒適的角度來看，住在凶宅以及上下班車程過長的情況，似乎又超出了權限的範圍，所以到底有無逸脫權限範圍或者是只是在權限內恣意地濫用其權限，難以明瞭，從而先將以「**權限範圍**」為

基礎的看法加以排除。

再者，以「意思決定內容」來限縮的看法，受事務委託進行處理之人為違背任務行為之際，若因其並未發現到其與本人之意思有齟齬之處，從而認知上沒有瑕疵意思時，則縱然從本人之角度觀察，事務處理者之財產處分也並未額外添加自己之意思時，則無從認定係對於本人為不利之決策，況且過於注重「違背任務之行為人的意思決定內容」，在訴訟法上則可能會過度地仰賴「行為人自白」的部份，從訴訟法一方面強調減弱自白之證據地位的思考取向，實體法部份的判斷標準或許不要採用「意思決定內容」此種過分重視主觀的看法較為妥適。

排除掉「權限濫用」和「意思決定」的看法後，則剩下「特別高度信任關係」與「內部信任關係」，就前者來說，為了要限縮信任關係，而將信任關係鎖定在「特別高度」其實用意上是正確的，但是如何認定「特別高度」一事，則必須套用到具體交易情況加以觀察，在套用到具體交易關係中時，若以「收集資金能力之強弱」去區分「何種交易關係當中『信賴關係』的需求較高、較特別」，則或許可以認為「特別背信罪所事涉之交易形態」與「背信罪之所涉及之交易形態」，由於前者的交易形態多與本質上以收集資金為主要目的之一的「金融機構」有關，從而前者係「特別高度之信任關係」，而後者屬於「普通一般信任關係」，或許能夠理解何謂特別高度，但是若只談「背信罪」之情形，在單純雙向的交易關係，例如：買賣關係間出賣人與買受人的信賴關係，與委任關係中委託人與受託人間的信賴關係孰高孰低，則難以區辨；又或者早先背信罪所適用之「幼年的法定代理人」或者是「成年的法定代理人」情形，與本人間之信賴關係，是一種依照法律所「擬制之信賴關係」，是去強調「對於本人之誠實義務」，如何論定高度或低度的信賴關係，也存在一定的困難性。

而而晚近「內部信任關係」的見解，日本學說上也並非沒有批評，像是學者內田幸隆則認為：「…代理人代替本人之經濟活動未必一定是具有組織性的經濟

活動」⁴⁷⁴認為如果限於「組織性的經濟活動」則存在是否過於限縮之疑慮，蓋並非以「公司」形態之「非組織體之一般人」則無法以背信罪加以處罰，並且指摘採取內部信任關係之「運送業、保管業」於社會經濟系統，受到本人委託此一組織性的事務，則該業者可以做為背信罪之主體，「區分內部、對向信任並無實益，此些業者也只是對向信任關係而已…」，使用「內部」、「對向」的信任關係用語，只不過是一種比喻性的用法⁴⁷⁵。

但本文以為學者內田幸隆之批評所存在的問題在於忽視並非所有保管、運送業務之類型均屬於對向信任關係，例如：出賣人與買受人締結契約，由出賣人自己將貨物運送至買受人處時、或者是寄託人將貴重物品交付給受寄人保管，以便日後取回的情形⁴⁷⁶，則在沒有透過第三人對外部進行經濟活動時，則不存在背信罪中所要求三面關係下之內部信任關係，只是單純地源自於契約締結後所生之對向信任關係，必須要具有透過第三人對外部進行交易活動時，有外部性出現，才會衍生出內部之信任關係。

從而本文認為上述對於內部信任關係之批評混淆兩種問題之層次，第一種層

⁴⁷⁴ 內田幸隆，前註（91）文，頁 138。

⁴⁷⁵ 學者內田幸隆其所採取的看法與「權限濫用」或「新權限濫用」的看法有些微之差別，其認為背信罪本質上應該用「權限說」加以理解，並且此一權限無須區分逸脫和濫用，蓋但本於日本刑法起草之想法，「權限」的範圍並未限於代理權，應該包含事實上的處分權限，而無須區分權限濫用或權限逸脫，蓋使用權限濫用和權限逸脫之區分在財物和利益之部分則會產生首尾不一貫的情形，因此背信罪既然是為了本人經濟活動的一環，則應該以「是否為了本人計算」來做區別，亦即應該以「為自己計算」或者是「為本人計算」來區分侵占、背信、詐欺等罪。請參照內田幸隆，前註（91）文，頁 139-141。

⁴⁷⁶ 本文則認為只要是擴張本人經濟活動，作為本人手足之延伸者，都可以本罪之行爲主體，像是甲要求運送人乙將貨物運送至丙處，使用運送契約則甲無須親自送達，建構出「甲-乙-丙-甲」的三面關係，此時則屬之，所以運送契約多涉及三面關係；保管契約則不一定，一般來說單純地消費寄託「存款」則係雙面之對向信任關係，但是如果有委託財務操作則屬於轉換成三面關係，此時則會產生「內部/外部」之情形。

次是「怎樣的情況可能涉及背信罪」；第二種層次則是「非組織體的三面關係之情形」以及「只有雙面關係的情形」是否有用背信罪之必要。並且學者內田幸隆主張，若依照背信說，蓋「受公寓大廈委託經營、防火管理之人，在對公寓大廈放火之情形，除了成立現住建造物等放火罪外，還會成立背信罪；「於公司當任販售車輛的人員」侵吞預訂繳納的新車，任意地棄置該車，則除了竊盜或侵占之外，尚會成立背信罪，因而認定要採取能夠明確區分的「權限說」；惟上例之事實所採取最原初的背信說觀點的確會有疑慮，但是採取權限說是否定然能夠較明確也存在一定程度上的質疑，並且如果「能夠對於背信說加以限定」則或許不會產生此種浮濫成立背信罪之疑慮。

因此，本文以為判斷「如何限定」的標準時，運用功能系統理論，進入社會系統之中在回到法律系統內部，因而必須考慮客觀層面「社會制度」與「經濟結構」之發展，從背信罪的歷史脈絡之下，交易形態係發展到「本人為了擴張經濟活動之規模」的「本人-受託人-第三人」此種「三面關係」情況下，而著眼於「本人-受託人」間此段關係的信賴關係，當然依照本文前述，此段信賴關係的背後，則隱藏了「國家機關對於市民經濟自律性活動的不信賴」的意涵，為了讓國家機關能夠信賴，所因而從正面透過規範的方式強調受託人不能夠違背任務。職此，本文以為背信罪之罪質從違背信任加以出發，採取限定模式應該以「呈現三面關係的內部信任關係」為限。

第四目 「確保信賴關係」之內涵係法益抑或規範？

既然背信罪之罪質主要係「違背信任」，並且係一種「呈現三面關係的內部信任關係」，可能首當其衝會面臨到的問題是「那到底經過限定之『信賴關係』可否作為『背信罪』的法益內涵？」或者「從背信罪之本質可以察覺根本是一種

規範論的產物？」。對於「信賴關係可否為法益的內涵？」此一命題，國內外學說之多數的看法基本上均係採取否定的態度⁴⁷⁷，而國內實務見解則有認為「…刑法上之背信罪與公司法第十五條第二項之罪，同屬破壞信賴關係侵害財產之犯罪類型…」⁴⁷⁸，似隱約認為信賴關係，亦屬於背信罪之保護客體。

然而，若採取否定的看法是否妥適，誠非無疑，蓋刑法規範當中並非所有的類型化犯罪均不以「信賴關係」作為保護法益，以偽造文書罪章為例，此時多數的看法則會認為「偽造文書罪章」的法益即是「確保文書在法律交往的過程當中的安全性與可靠性」，換句話說則是「確保文書之公共信用性」，並且晚近研究者⁴⁷⁹亦有認為在瀆職罪章由於立法者透過立法之方式形成公務員職務執行之法令依據和根源，並且透過公務員執行職務深化了社會共同主觀對於公務員職務執行的一種一般性信賴，此種共同主觀信賴之積累應該予以「對職務公正執行之信賴」型態納入法益範疇加以保護。

從而，如果以「信賴關係模糊難認為由」認定此一概念自始不可能成為法益內涵，則有疑問，蓋雖然可以理解國內外多數學說之所以認為「背信罪之法益」不包涵「信賴關係」的理由應該在於「背信罪係個人整體財產法益的犯罪類型」，因此認定所謂「信賴關係」其實與民事法上的「誠實信用」無疑，此種關係應該由民商事法規範，倘若侵害「信賴關係」便要處罰，刑法可能會過於前置，應該待有財產損害才加以發動刑法處罰。

⁴⁷⁷ Thomas Rönau，甲斐克則、岡部雅人、辻本淳史 譯，「經濟犯罪としての背任」，頁 92。參考網址：<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/activity/pdf/18/12.pdf> (最後瀏覽時間：2011 年 5 月 2 日)；林山田，刑法各論（上），頁 476 以下。

⁴⁷⁸ 最高法院 98 年台上字第 7316 號判決。

⁴⁷⁹ 黃士軒，「公務員賄賂罪之構成-以對於其保護法益之探索為核心」，頁 139-142，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2005 年 6 月。

這樣的說法看似言之成理，但是銜接到背信罪上則分外地令人感到詭異，蓋畢竟一方面此處的信賴關係已經為初步的限定，限縮可能擴張的範圍，並非所有交易模式都有可能成立背信罪，單純的雙面交易關係基本上係民事債務不履行之範圍，無須啟動背信罪之處罰機制。

另一方面，如果不要固守「信賴關係不能納入財產犯罪之法益」的前提命題，重新檢視背信罪的罪質與特性，也會發現到背信罪其實與其他財產犯罪類型迥異，屬於「侵害整體財產之犯罪」而非以往的個別財產之犯罪，如果從「整體財產」，從前述實務見解對於「整體財產損失」之解釋模式，並不要求具有「確切的財產損失額度」，縱然係「抽象的財產上損失」本於「純粹經濟性財產理論」或者是「法律、經濟性財產理論」，只要是能夠用金錢價值換算的都會被當作是已經造成財產損失之侵害結果，這樣一來，背信罪處罰之重心則並非在於「結果」之發生，而係在於「行為人實行違背任務之行為」，亦即背信罪以整體財產法益的姿態被創設出來，但其非以結果無價值、法益侵害作為中心，而是著重於「行為反價值」、課予「不得違背任務之規範意識」。

在「無效墮胎藥案」當中，Binding 也提及到德意志帝國法院之判決係除了表面上經濟價值之計算外，反而是要求課予給付真正墮胎藥義務，只不過當時 Binding 仍是著重於法律財產理論，並且當時的學說氛圍對於「背信罪」的設立並不會認為係一種「規範論」的產物，蓋當時早期主張規範論的學者 Binding 所主張的理論逐漸地節節敗退，以「法益」為主的學派則是蔚為當時的潮流、趨勢，在這樣的情形之下，被創出的背信罪自然不會被認為係一種「要求人民遵守立法者意旨的規範」，反而置放到有別於「個別財產法益」的「整體財產法益」之中，但無法否認的是，以「整體性財產法益」的概念所外延出去的範圍與「具體、個別化財產法益」相較，其範圍定然是相對地廣泛，除了外觀上被列入刑法分則財產犯罪篇章之中外，內在多出的成份從實務見解的論述與適用模式，則可

察覺其實帶有「不允許為本人管理事務之人違背任務」的規範意識甚為濃厚，也因此一規範意識的背後所要確保的則是「本人與受委予任務之行為人間的信賴關係」，一種確保「本人對於受委予任務之行為人能夠信賴」的規範，更精確地說其實係「當時國家機關本身不信賴私人能夠適切進行受到資本主義影響而轉變的經濟性交易活動，藉由強化『本人與行為人間的信賴感』達到使國家機關能夠信賴之要求」。

更何況，本文以為「作為流刺網式的背信罪」在當下的社會制度結構中之氛圍環境，後進資本主義國家為了能夠刺激經濟發展進步以追上先進資本主義國家，確保「此種作為本人手足延伸之三面關係的交易模式」的程度，可能業已達到維繫「制度性信賴/系統性信賴」之程度，如果要用法益來評價的話，或許背信罪的法益認定內容之中，不僅僅是「個人之整體財產法益」，而從其本質的內涵觀察，此一「制度性之信賴」根本是屬於一種「社會法益」，亦即維持「當時社會制度中經濟秩序之穩定以及快速發展」，為了避免作為主要法益的經濟秩序受到破壞，從而創設「整體財產法益」此一提前預防的側防規範，只要有能夠被金錢計算的財產被受到侵害，為了避免侵害之擴大變成其他多數人不再信賴此種交易模式，殃及原本圓滑進行的經濟模式，造成經濟秩序的崩解。

當然這樣的看法或許會招致的問題是「每個時代的社會經濟秩序有都不相同，農業社會時代以『牛馬』牲畜耕種，竊盜或者是侵占也存在國家機關不允許人民破壞他人持有支配關係的方式來建立自己的持有支配，或者是不允許易持有為所有的制度，那難道竊盜、侵占也是保護當時的經濟秩序？」之疑慮，但是本文以為不論是「竊盜、侵占」或者是「背信」，在當時制定的年代都具有一定「上對下」誡命之規範性質，只是財產犯罪之行為客體從「有形之財物」發展到「無形之財產利益」的過程，「無形之利益」與「有形之財物」相較，通常相對地較難以具體化、客觀化，並且在「保障有形財物」之年代，經濟秩序的變化幅度相

較於工業革命之後來的小，反而是長期平穩地處於莊園制度、封建制度下制式化的經濟活動，莊園、封建制度下，透過「竊取」、「侵占」有體物來破壞他人所擁有之財產支配權利，在行為的當下也明顯地產生了客觀物理上之財產支配變化的結果，從而在考量到財產損害的時候，會認為係對於「『個別』財產」之侵害，較易傾向以「財產損害結果之發生」為重心，而不會直截地連接到經濟秩序的層次；但是對於「無形利益」的侵害，則較難從客觀物理上加以認定，所以一般以言，若採取「整體財產法益」的犯罪類型，往往在損害難以明確認定的前提下，結果發生之前的「行為非價性」則會增高，並且該「行為類型化」如果與國家經濟制度變化、走向相牽連時，「該犯罪類型」則與經濟秩序之確保存在高度的相關性，從而即便損害不明確亦無妨礙犯罪之成立。

並且，退一步地觀察國外學說與國內實務見解的看法，前者，例如日本學者藤木英雄從「財產犯罪與交易關係」中之分析亦曾提及，與交易關係中最为無關的則是「毀損財物罪」，「毀棄財物罪」位於經濟交易秩序關係之邊緣，與經濟秩序較無直接的關係，而「贓物罪」並非存在於正常的經濟交易關係中，而是在「暗黑的交易關係」中之黑市交易行為有關，竊盜、強盜除去民事財產權救濟之行為外，也與交易秩序較為無關，而主要跟「經濟交易秩序」有關的則是「侵占、詐欺、背信」三罪⁴⁸⁰，提到認為「背信行為」與交易秩序有關；後者對於「整體財產法益之背信罪」在何種情況下會產生「致生損害」之情形，必須加以處罰之案例，74年4月24日法檢（二）字第556號函針對「受託代養優良種雞，伺機抽取該種雞體內精液，而施打於他人所寄養的雞隻體內謀利」之案例，高檢署認為：「此種行為足使優良種雞，因繁衍過多而影響市場需求，致使原有種雞失去其價值，此種違背任務之行為應該成立背信罪；法務部檢察司則亦肯認會成立背信

⁴⁸⁰ 藤木英雄，前註（162），頁1-3。

罪，補充認為「所謂『致生損害』係指抽取精液的方法失當或次數過多，影響雞隻健康，減少受精率或縮短收益期間，以及該品種來源短缺，國內既有隻數亦少，因行為人之大量配種，造成改變其供需關係，減低其交易價格。」（相同類似見解請參照司法院（81）廳刑一字第 13529 號函、臺灣高等法院暨所屬法院八十年法律座談會提案刑事類第二十五號），其認為違背任務之行為所造成之損害程度必須達到「影響市場需求、改變交易關係」，其實也是要求要到破壞經濟秩序的程度，從而將其認定屬於一種為了提前防衛、保障經濟秩序之「社會法益」的類型化犯罪，亦非不可能。

綜上所述，由於社會、經濟制度之發展，以及結構變遷等因素下，本文對於背信罪之保障內涵認定傾向係對於「經濟秩序之確保」的前置側防規範，屬於一種「三面關係經濟交易形態的制度性信賴之確保」，只不過因為透過「整體財產法益」概念加以體現，在條文文義結構中存在「致生損害於本人之財產或其他利益」的情況下，因此從解釋論的角度觀察，必須客觀上有具體財產損害之情事「造成他人財產或利益」之侵害，以此作為開啓刑法第 342 條第 1 項背信罪適用之安全閥，在程度的判別上必須達到動搖「此一三面關係經濟交易形態的制度性信賴」時，始須藉由背信罪加以處罰；倘若並未存在財產損害時，僅具有對於「財產損害之危險」時，至多僅能夠使用同條第 2 項未遂犯之規定加以論處。

第二款 疊床架屋的多層次信賴關係之確保

既然「三面關係經濟交易形態的制度性信賴關係」能夠納入背信罪中，背信罪之保護客體或者是其法益的內涵，必然存在一定程度的信賴關係，此時對於同樣存在法律系統內部的刑事法系統與民商事法系統中，按照我國法之思考脈絡，向來沿襲歐陸法系的區分方式，兩者之特性應該存在本質之差異，而非如同英美

法系多僅是程度上之區別。因此，刑法本身謙抑、補充、斷片之特性與民事財產法的體系全面保障財產的機制迥異，在對於財產保護領域理，刑法的任務應當是對於人民自主性自行保衛財產和使用民事法手段後的一種補充性措施。雖然並非完全依附、位居在民事法規範之下，但原則應該只能於於前開手段保障不充分之際始能加以介入。並且，資本主義市場需有效率去運用、高度利用大規模財產之情況下，以他人作為自己手足之延伸而從事組織性質的經濟活動是必然的現象。由於，背信罪成立的前提定然係存在「委任者與被委任者間的有機連帶關係」，蓋本人必須透過他人才能擴展自己的經濟活動範圍，具有一定的制度場域所形成的信賴感，如果一旦對於違反與本人之間信賴關係的不正行為，則可能會造成財產損害之行為都廣泛地交由刑法加以保護，則有可能將例如民事債務不履行、信義誠實原則之違反則都有可能用刑法來加以處罰，此與刑法謙抑、斷片以及限定的性格有所違背。

爰此，考量本於「私法自治之自律性」的問題，卻由刑法加以介入處理社會經濟發展之問題是否妥適則有所疑慮。姑且可以想見到刑法規範介入私法自治之理由在於「無法交由私法自治之自律性機制處理」的場合，可能可以刑法加以介入，並且倘若從社會經濟發展的觀點來觀察的話，以「代替本人之他人來從事經濟活動的場合」係屬於擴大經濟活動下不可避免的情況，而「該他人之不正行為則會對本人造成重大的財產上損害」，從而對於「私有財產」設立多重防護網。只是，本文以為依照上述看法，**首先須將民事債務不履行便能夠處理之事案，加以排除在背信罪之外**，蓋此些情形係民事法上之規範本來就已有處理之機制，從而在篩選標準考量背信罪所保護之法益內涵與民事法上財產交易行為的誠實信用原則不同，並且背信罪之成立前提必須要係存在「三面關係的經濟交易秩序」，因此，**首先必須將「僅具有雙面關係的交易情形」加以排除在背信罪之適用範圍之外**。這樣的解釋亦應當能夠符合實務見解之脈絡，蓋我國見解所肯認成立背信

罪之範圍其實與日本相較，其實可能成立之範圍更為狹窄，例如 89 年自字第 47 號判決認為：「…益見此部分應屬被告曾○愛與自訴人間基於消費借貸關係所生之民事債務不履行問題。本件係單純之民事糾紛，與刑法上之侵占、背信及詐欺等犯行均屬有間。」、最高法院 86 年台上字第 1481 號判決認為：「…背信罪之主體須為他人處理事務者，即其為他人處理事務，本其對他人（本人）之內部關係，負有基於一定之注意而處理事務之法的任務。因之，其為他人處理事務，係基於對內關係，並非對向關係。例如使用借貸契約之當事人乃單純之對向關係，借用人並非為他人處理事務，如其未依約定方法，或借用物之性質，使用借用物，僅生是否違反借用契約之問題，既非為他人處理事務之人，即與背信罪之成立要件不合。」可以避免掉刑法背信罪之適用過度地介入民事法債務不履行便能夠處理之問題⁴⁸¹。

再者需要考量的是，如果「三面關係的經濟交易活動」當中，能夠藉由其他對於財產與信賴加以保障之犯罪類型進行處理之情況，搭配民事法規範中之規定似乎可以認為業已由其他刑法條文加以保障私有財產的情況下，對於財產安全的確保來說其實已然形成雙重保障，如此一來，立法論上有無架設「背信罪」此一第三重保障之必要，則有討論之空間，蓋如此嚴密地多層性刑法規範保障是否能夠使得人民更加信賴交易秩序，委實令人懷疑，抑或只是避免無類型化犯罪可以

⁴⁸¹ 依照「三面關係」之區分，其他兩面關係之案例，例如「某甲飼有名犬一隻，因將出國旅遊，為期一年，乃託某乙代為照料，某乙見該名犬為稀有名種，乃攜之與他人之母犬交配，以收取費用入己。」實務見解認為若係「委任契約內容」規定不得使他犬進行交配，則可認乙該行為「除本身獲利外，另因之而使該稀有品種之名犬繁衍過廣，破壞市場之稀有性，所謂物以稀為貴，因此市場供應一多，則其價值必將減低，有損害某甲之利益」；契約若未規定，則因「…即該名犬之精子雖是稀品，惟若未使之有正常之疏洩，則將因自然代謝而消失，且有違物之自然性，某乙之舉，有助該名犬身心發育之平衡，至獲取利益，乃邊際效益，雖歸於乙，亦難認違法，應認不違甲之付託。故應見合社會相當性。」宜認為否則僅生受人因處理委任事務所收取之金錢應交付於委任人之民事問題自不成立犯罪。請參照司法院（81）廳刑一字第 13529 號函、臺灣高等法院暨所屬法院八十年法律座談會提案刑事類第二十五號。

處罰時，所以以背信罪後置於其他諸罪，以防患於未然的具截堵性功能之處罰規定。依照本文第三章之部份認為背信罪肩負相當程度之「截堵性功能」，只不過，此些看似理所應是如此的適用方式，則可能隱藏著造成疊床架屋之疑慮。從而，本文下述第二項部份，則針對背信罪與其他諸罪之間的關連性進一步處理第三章僅是介紹，但尚未處理的問題，並於釐清背信罪與他犯罪之關係後，本來已經能夠使用其他犯罪加以規制，並且評價上並不會因為欠缺背信罪而有疏漏或評價不足之情況者，則予以回流適用。

第二項 順流、逆流-背信罪與他罪間的諸面相

第一款 背信與特別背信-第一次合流

一般處理背信罪與特別背信罪之問題時，如同本文第三章所述，學說見解多認為前者屬於個人整體財產法益，而後者為維持經濟秩序之社會法益，因此，多數見解均認為一行為同時成立背信罪與特別背信罪時，多會認為此乃係一行為侵害數法益之「想像競合」。然而，依照實務見解之看法背信罪與特別背信罪兩者之間存在某種形式之「一般與特別」關係，而非單純地想像競合；並且依照本文對於背信罪之解釋則係傾向認為在於以「侵害財產或其他利益」造成「三面關係之經濟交易活動制度性信賴」的破壞，從著重在於「經濟交易秩序」此點來說，其實與特別背信罪相近，而且雖然兩者對於「維護經濟交易秩序」之出發點可能不同，但是在法益的認定上應該屬於同一，因而評價上本文與學說見解之看法有別，認為並不應採取所謂想像競合，而是在一行為侵害相同法益。

然而，問題在於背信罪與特別背信罪所存在某種形式之「一般與特別關係」，究竟屬於「法條競合」之「一般 / 特別」關係，或者是部份實務見解所採取之

「特別法優於普通法」之概念，單純從實務見解之論述中並無法一窺全貌，蓋實務見解亦存在不採取特別法優於普通法之論述，而是僅言及兩者具有一般與特別之性質，但倘若是前者之看法，背信罪之截堵作用在特別背信罪則難以發揮，若是法條競合之一般特別關係，該截堵機能則能夠涵括特別背信罪。職此，由於實務見解本身之論述並不一致，無從直斥採取特別法優於普通法或者是法條競合之一般特別關係的實務見解何者為非，本文認為或許從論述時針對「特別法優於普通法」此一命題本身正確與否著眼，較能夠釐清此處的一般特別關係所指為何。

蓋國內學說對於「特別關係」之定為其實亦是綜說紛紜，有將「特別關係」理解為一行為觸犯普通法之罪名⁴⁸²，同時又觸犯特別法之罪名者，亦有認為所謂特別關係僅存於同一法典內之法條間，不同法典間的法條之間只有原則法與例外法之關係，只要存在例外法之情況，則原則法便無適用之餘地⁴⁸³。若採取後者之解釋路徑，則由於特別背信罪多半位處於商事法規當中，則此些特別背信罪均屬於例外法之性質，應如同部份實務見解所認之特別法，進而透過例外法優先原則法適用（亦即特別法優於普通法）加以處理，如此看來似乎採取「特別法優於普通法」之實務見解好像符合學說後者之見解。然而，所謂「特別法排斥普通法」（*Lex specialis derogat legigenerali*）的原則，此一句子本身只肯認了特別法排斥普通法此一法律效果，並沒有說明何以特別法就可以排斥普通法⁴⁸⁴，亦即此一規範命題並沒有提供充足的理由讓人信服，並且縱然是處理「普通刑法與附屬刑法」的問題，也應該是處「罪名」與「罪名」之間的關係，並不是在概念上

⁴⁸² 韓忠謨，刑法原理，頁 347。

⁴⁸³ 甘添貴，罪數理論之研究，頁 85；林山田，刑法通論(上)，頁 54。

⁴⁸⁴ 黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，收錄於「刑法問題與利益思考」，頁 345，元照，初版 2 刷，2001 年 4 月。

想當然地就把一個法律的有效性排除在外，迴避構成要件解釋或者是競合層面的問題，再者，上開學說所言及之一行為與特別法及普通法所規定的犯罪構成要件相當時，應該適用特別法之命題，如果所謂犯罪構成要件相當係指構成要件完全相當的話，也應該屬於法條競合之情形；倘若所謂犯罪構成要件相當係指犯罪構成要件之特別關係，則顯示了保護法益之同一性，也應該係法條競合，所謂「特別法優於普通法」之意思應該屬於「全部法優於一部法」，學說見解認為不能為了遷就種種畸形之立法而強硬扭曲「特別法優於普通法」之意涵，總而言之仍然係必須使用「個別條文」與「個別條文」之間的關係，須回到競合層面加以處理，刑法與附屬刑法所規定的法條之間當然也存在法條競合之概念⁴⁸⁵。爰此，本文認為採取「特別法優於普通法」此一命題之概念，將會助長立法者遭遇社會問題時，不斷地提高刑度制定新的法律，並用重刑化後之新法，配合特別法優於普通法之論述，直接毫不考慮地使用新法之重刑規範，如此一來則無從抑制刑法擴張的程度，無法清楚釐清重刑化的原因以及避免重刑化所造成之後果。

本文認為背信罪與特別背信罪間實務見解所謂之「一般 / 特別」關係，並且將普通背信罪之條文與特別背信罪之條文加以比較，則可發現其仍然應該是「法條競合」當中的一般特別關係，亦即包含（特別）關係，例如：殺人罪與殺害直系血親尊親屬罪，同樣都是殺人，但是在行為客體部份「一般人 / 直系血親尊親屬」間，立法者作成價值判斷，以立法之方式增設加重處罰之規定，因而適用在犯罪構成要件結構中屬於「特別 / 全部 / 包含」部份之條文，亦即殺害直系血親尊親屬罪；而於背信罪與特別背信罪也是一樣，以銀行法第 125 條之 2 為例，其於「行為主體」之部份「為他人處理事務之人 / 銀行之負責人或職員」，此時也應該適用犯罪構成要件結構中能夠涵括全部之規定（銀行法第 125 條之 2）

⁴⁸⁵ 黃榮堅，前註（484）書，頁 381-384。

優先適用，因此，當刑法第 342 條背信罪遭遇到商事法規（附屬刑法）中之特別背信罪，則應該優先適用特別背信罪，如此一來，只要涉及金融機關之職員或負責人違背任務之情形，此類之案件在（金控公司、銀行、信託機構、信用合作社等）基本上都會盡數合流至特別背信罪當中。

第二款 背信與侵占之界分

第一目 德國實務、學說見解之歸納

西元 1998 年德國第六次刑法修正，學說通說普遍認為刑法第 246 條「普通侵占罪」之刑度較第 266 條之背信罪來得輕，蓋前者法定刑為「三年以下之有期徒刑或罰金」，而後者之法定刑則為「五年以下的有期徒刑或罰金」，從而在兩罪之競合上多認為僅成立較重的背信罪，普通侵占罪則不成立⁴⁸⁶，然而從 1959 年德國聯邦普通法院大刑庭之決定歷經 1998 年刑法修正解釋至今，基本上並非毫無爭議，解釋的方式亦係相當曲折，從而以下針對德國實務學說見解先行加以歸納。

從時間軸座標上加以區分的話，大致上可以區別為「大刑庭之判決」、「大刑庭判決後至第六次修正案」以及「第六次刑法修正後至今」，就**第一階段「大刑庭判決」見解之時期**，並非如同上開第六次刑法修正後的學說通說見解於兩罪競合時以較重的背信罪為主，反而認為背信罪與普通侵占罪屬於一種「想像競合」⁴⁸⁷，蓋大刑庭的看法認為「侵占罪」係針對「所有權」侵害之「不法取得」財產

⁴⁸⁶ 內田幸隆，「背任罪と横領罪との關係」，頁 50-51，早稻田法学会誌第 51 卷(2002)。

⁴⁸⁷ RGS169, 58.64、BGHSt13, 315。轉引自內田幸隆，前註(486)文，頁 52、85。

之犯罪類型，而「背信罪」係有別於侵占罪而針對「財產」侵害的犯罪類型，類型上可區分為兩種情形，一種為「自己保管、占有他人之財物時，加以不法取得」的違背任務之行為態樣；另外一種則為「關於他人財物取得保管、占有之權利，之後基於保管、占有取得時的不法取得之意思加以取得該財物」，而第二個類型之態樣德國實務見解認為：「事後不法取得行為係基於先行的背信行為，從而屬於不可罰之事後行為」⁴⁸⁸。當時德國學說對於「侵占罪」中對於行為客體之「取得占有、保管要件」部分有所爭執，此一爭議在刑法典中存在「侵占脫離物罪」的我國(第 337 條)與日本(第 254 條)亦有可能發生，亦即部分學說認為行為人是否占有、保管標的物之部分並不重要，甚至並未占有、保管標的物的情況下，違法取得財物時則成立侵占罪，然而放寬侵占行為的類型則與背信罪競合上必然會造成問題；因此另外一種看法則係嚴格解釋侵占行為的類型，所謂不法取得財物之侵占行為必須先行取得「標的物之保管、占有」⁴⁸⁹。

第二階段「大刑庭判決後至第六次修正案」時期，針對上述第二類型的公務侵占罪的案件⁴⁹⁰並不認為事後的不法取得行為屬於不可罰的事後行為，提出與第一段時期不一樣的看法，亦即大刑庭認為公務侵占罪不過是普通侵占罪的加重類型，並未有改變「不法取得」之概念，從而得以將行為人將該不法取得之意思展現於外時當作是不法取得之時點，而後為了自己消費之意思，利用徵收權限而詐取金額應該亦屬於「不法取得」，惟此種看法則招致德國學說之批評，批評理由

⁴⁸⁸ BGHSt 8, 254, 260、BGHSt 6, 314, 316、BGH GA 1955, 271。轉引自內田幸隆，前註(486)文，頁 52。

⁴⁸⁹ 內田幸隆，前註(486)文，頁 53-54。

⁴⁹⁰ 德國實務見解原審法院認為「事後的不法取得行為」作為被告之公務員對於商人並無告知義務，從而不成立詐欺罪而成立公務侵占罪；惟聯邦普通法院刑事庭第五庭則認為應該成立詐欺罪與公務侵占罪，由於侵占罪是否成立有爭議，而後則交由大刑庭判斷。請參照內田幸隆，前註(486)文，頁 55。

之一乃係採取嚴格解釋侵占行為的論述模式認為該行為既不成立普通侵占罪，則亦不成立公務侵占罪；另一批評則在於事後的不法取得行為該當於先行財產犯之不可罰的事後態樣。大刑庭對於學說批判則是先針對「可罰性消滅」之論述部分加以回應，大刑庭認為在前、後行為侵害的「法益」態樣有別時，不得主張不可罰的事後行為，從而雖然詐欺罪係「侵害財產」之行為，即便認為普通侵占罪係不可罰的事後行為，法益層面包含具有「對於公務純正執行之信賴」的公務侵占罪不能作為不可罰的事後行為類型，之所以雖然係「不法取得」之行為，但不成立公務侵占罪乃是因為先行財產犯罪是屬於「竊盜、強盜、恐嚇與詐欺」等定型化的情形下，第一次的處分之際已然破壞原持有人對於行為客體之支配力道，進而確立行為人對於該目標物的支配性，從而之後的不法取得行為只不過是利用該支配性，從而對於「不法取得行為」無須再為評價，若推敲德國第二段時期大刑庭的見解，可以發現其實大刑庭欲將「構成要件」層面和「競合」層面的問題於「構成要件層面」中以「僅是利用已評價過之先行財產犯罪」為由一併加以解決⁴⁹¹，採取嚴格解釋侵占行為的德國學者 Schröder 對之則產生疑問，亦即其認為此種行為人不尊重目標物屬於他人之物的背信行為，將其作為自己固有財產時，則係一行為成立背信罪與侵占罪，縱然是前開第二類型的情形是屬於同時背信罪與侵占罪，並且 Schröder 認為侵占罪與背信罪於競合層面屬於補充關係，但應優先成立背信罪，不過於公務侵占罪則非背信罪之補充關係，蓋公務侵占罪的法益內涵上包含「對於僱用官署的特別保護義務與誠實義務」，並非背信罪所能涵

⁴⁹¹ 此外德國實務見解針對行為人第一次的行為係收受來自正規費用後置入自己管理的窗口金庫，之後就超過部分再加以據為己有、第二次的行為則是收受正規費用後在簿冊上記載較低的數額，再就差額部分加以據為己有之案例，則依照前開支配性確立的標準認為第一次的行為已經成立德國刑法第 353 條強制催收課罪，無須再評價侵占，從而僅認為後者成立侵占罪的處理方式。請參照內田幸隆，前註(486)文，頁 56-59。

蓋，從而兩者屬於想像競合⁴⁹²。除了 Schröder 外，同樣係對於侵占行為採取嚴格解釋的學者 Bockelmann 則是認為由於「不法取得」與「剝奪、破壞」對於本人對於目標務事實上之支配或法律意義的所有權係屬於一體兩面的關係，從而在第二類型之「事後不法取得之行為」因為反覆地會造成惡化破壞後的狀態，所以在構成要件層面得以符合「不法取得」此一構成要件，然而在競合層面 Bockelmann 一方承認侵占罪與其他財產犯罪的補充性，並且肯認事後不法取得之情形，除非係不同法益、先行行為被害人之其他財產或者是對於第三人的財產加以侵害需另為評價，否則仍應該評價為不可罰之事後行為⁴⁹³。

第三階段「第六次刑法修正至今」之時期，學說通說之見解認為背信罪係以「財產保護義務之違反」作為其不法內容，而公務侵占罪則係以「公務上的保護義務與誠實義務之違反」為內容，從而公務侵占罪相對於背信罪應該屬於特別關係，依照法條競合關係僅成立公務侵占罪。「公務侵占與背信」間之關係和「侵占和背信」間之關係，似乎存在矛盾的關係，惟於 1974 年廢止公務侵占罪，則使得此一矛盾得以解消，並且 1998 年第六次刑法修正基本上對於普通侵占罪義加以修正為，亦即刪除德國舊刑法第 246 條第 1 項前段「保管、占有」之要件、增加補充條項之規定與追加增訂「第三人不法取得」，加以規定為「為了自己或第三人之目的，不法取得他人動產，該行為未有其他較重的規定的情況下，論處三年以下之自由刑或罰金。」從新修正的普通侵占罪之要件加以觀察，刪除「保管、占有」之要件此點，將會使得破壞他人占有而取得物品之情形變成也成立侵占罪，與竊盜罪應如何區分則會產生問題；而從增加補充條項之規定觀察，背信罪與普通侵占罪競合時，應論處較重之背信罪、竊盜罪與普通侵占罪競合時，應

⁴⁹² 內田幸隆，前註(486)文，頁 56-60。

⁴⁹³ 內田幸隆，前註(486)文，頁 61。

論處竊盜罪。然而，依然會有問題在於德國刑法第 246 條第 2 項的委託物侵占罪的法定刑度與背信罪相同，德國學說存在兩種看法，一則為強調侵占罪的補充性而僅成立背信罪，另一則為將兩罪成立想像競合，而由於德國學界在論斷普通侵占與背信罪時因為補充條項之規定的增訂，並不會認為兩者屬於擇一關係，也因此在此委託物侵占罪與背信罪之關係很難提出擇一關係的看法⁴⁹⁴，惟修法至今的解釋上可以觀察到「普通侵占罪」並非不法取得財物犯罪的基本規定，而是不斷地被強調其居於「補充性」之定位。

第二目 日本實務、學說見解之彙整

如果針對日本刑法規範中特別背信罪、背信罪、業務侵占罪與委託物侵占罪加以考察，與德國正好相反地是日本強調「背信罪之補充性」，而非侵占罪之補充性，並且從特別背信罪於金融、經濟犯罪位居重要位置此點觀察，日本學者多認為不能夠直接將德國對於侵占罪之立法作為日本背信與其他財產犯罪間之關係的解決方針。然而，日本實務學說對於「背信與侵占」之間的問題處理，亦得以區分為於「競合層面處理」或者是於「構成要件層面處理」等兩種模式。首先，以「競合層面處理」模式，日本通說實務見解對於背信罪認為採行「背信說」之前提下，學說見解有認為侵占罪主要著重在於對於受委託而占有之物加以「不法取得行為」的要求，從而與背信罪與侵占罪屬於「特別關係」⁴⁹⁵；或者有認為日本改正刑法在制定背信罪的過程中，日本民法學者對於明治 34 年改正案中採取「權限外之行為」的要件加以批評，一來是就「權限外之行為」的文義，可能包

⁴⁹⁴ 內田幸隆，前註(486)文，頁 63-65。

⁴⁹⁵ 大谷實，新版刑法講義各論，頁 330 以下，成文堂，2000 年。

含權限逸脫之情形，則將無法與權限濫用加以區辨，二來則是其認為所謂之「權限」對照於當時日本民法第 103 條規定之「代理權」，有代理權則有權限，但是無代理權和事務管理之場合，或者依照委任或雇傭、請負、組合等契約管理他人事務的場合將無法適用，委實過於狹隘，並未能充分保障被管理者之利益⁴⁹⁶。從而明治 35 年的改正案則將背信罪之實行行為從「權限外之行為」更改成「違背任務之行為」（改正案第 281 條）。最後明治 40 年改正案則將背信罪置於「詐欺罪章」的第 247 條，並且調降背信罪之法定刑度⁴⁹⁷，使得背信罪有成為侵占委託物罪之補充類型的可能性。惟無論是「特別關係」或者是「補充關係」，其實均處於「包攝」之狀況，從而兩罪則會產生應該如何競合的問題。日本 1997 年商法改正時增訂「特別背信罪」，當時該罪類型的法定刑較「業務侵占罪」為輕，從而侵占罪屬於特別關係，惟之後商法中的特別背信罪刑度修正較侵占罪為重，而背信罪之法定刑卻較委託物侵占罪的法定刑為輕，則產生解釋上的困難性⁴⁹⁸。亦即在「包攝關係」的範圍中，由背信罪將委託物侵占罪包含在內、委託物侵占罪又將業務侵占罪包攝在內、而特別背信罪又被業務侵占罪包攝在內，此種包攝關係重點將聚焦在行為主體是否具備「特別背信罪」中對於「事務處理者」之要求，具有該身分則成立特別背信罪。同樣是使用「競合層面處理」模式，但認為背信與侵占屬於「交錯關係」的學說則認為兩種犯罪類型並非一方完全將他方包攝於範圍內，而是兩罪間部分重疊，兩罪交錯之部分才會產生競合之問題，例如：日本學者山口厚認為於兩罪重合之部分，若能肯認「不法領得」行為的話，則將

⁴⁹⁶ 岡松參太郎，「刑法改正案批判刑法ノ私法觀」，頁 87 以下，有斐閣(1901)。轉引自內田幸隆，前註(486)文，頁 122。

⁴⁹⁷ 內田幸隆，前註(486)文，頁 120-125。

⁴⁹⁸ 內田幸隆，前註(486)文，頁 67。日本舊商法第 492 條於 1938 年(昭和 13 年)制定特別背信罪，並於 1997 年(平成 9 年)改正時調高法定刑度為 10 年以下以及併科 1000 萬日圓，從而特別背信罪應該相較於業務上侵占為重。請參照內田幸隆，前註(486)文，頁 126-127。

背信罪加以排除，然而，觀察「特別背信罪與侵占罪」競合之具體的案例情形，依照成立法定刑較重為判準的話，則應該會變成成立特別背信罪。

雖然背信罪對於侵占罪係補充關係，但特別背信罪與侵占罪競合實則會論處特別背信罪，日本學者內田幸隆則認為若將侵占和背信作為「補充關係」，則法定刑上則會產生自相矛盾的情況，其實不僅是「補充關係」，即便認為係「特別關係」，亦即就「競合層面之包攝關係」的部分均有問題，按學者內田幸隆對於此種同樣的行為態樣卻僅因為身分不同而成立相異的犯罪類型之狀況是否妥適提出質疑，尤其是在「共犯」之場合，將會變成具有特別背信罪「事務處理者」身分之人，與業務侵占罪競合時成立特別背信罪，未具有該身分之人則成立背信罪，則與業務侵占罪競合時成立業務侵占罪，就共犯關係中的「行為共同說」觀察則為「特別背信罪與業務侵占罪之共同正犯」，若以「犯罪共同說」的角度來看，則是成立業務侵占罪之共同正犯，就具有身分者來說則會變成特別背信罪與業務侵占罪之想像競合，然而此一結論將會與原先背信與侵占諸罪係法條競合的「包攝關係」有所矛盾；而若依照「競合層面之交錯關係」，從解論上可以發現則背信罪與侵占罪之區別在於有無「不法取得行為」，而特別背信罪與侵占罪之區分則似乎僅在於「信賴關係有無受到破壞」，但「特別背信罪」只是屬於「背信罪」的加重類型，如此一來將造成於特別背信、背信與侵占三者間的關聯性產生矛盾，因此若認為兩者並非包攝，並且亦非交錯，而只是屬於兩種犯罪類型邊界相接的「擇一關係」則可以找到解決的路徑。但既然「競合層面處理模式」困難重重，實際上的處理應該選擇在「構成要件層面」便將兩者一分為二，將其解釋為兩種不重合、具排他性的一種犯罪類型罪為明確，也不會僅因為身分不同而造成不同犯罪之類型之疑慮，因為特別背信罪僅是背信罪之加重類型，與侵占

罪並不會有所重疊⁴⁹⁹。從而若依照「構成要件層面處理模式」，由於背信罪係對於全體財產之犯罪類型，侵占罪僅為對於個別財產之犯罪類型，在具體的被害人產生時，使用其中之一則能將其充分評價；並且面段在「特別背信與業務侵占」之關係中何以特別背信罪較重的疑慮時，亦可從先現今金融、經濟犯罪層出不窮之情勢加以觀察，由於被害金額以及對於社會影響甚深此點思考，特別背信是對於具有身分之人嚴格地加以非難所致⁵⁰⁰。

延續「構成要件層面處理模式」之思維，於構成要件層面「背信罪與侵占罪」之區別判準則十分重要。日本學說有認為以兩罪中之「行為客體」加以為區分，如果行為客體係「財物」則為侵占罪，反之，行為客體若是「財物之利益」則為背信罪⁵⁰¹。然而，採取此種看法的學者基本上是認為背信與侵占是屬於「一項、二項犯罪」之特別關係的類型，惟由於背信罪本身並不限於「利益」，對於財物亦包含之，從而以「行為客體」界分的看法經常受到學者間之批評⁵⁰²；除了以「行為客體」加以區分的場合外，另外一種看法則是以「是否屬於不法取得行為」作為區分之判準，如果是不法取得之行為則屬於侵占罪，反之則屬於背信，此種看法之學說基本上多認為兩罪類型所有重疊之處⁵⁰³，一樣以強調「不法取得行為」之區辨標準之學說尚有認為在「一般、抽象的權限範圍內」為不法取得之行為才

⁴⁹⁹ 內田幸隆，前註(486)文，頁 62、68、70。

⁵⁰⁰ 內田幸隆，前註(486)文，頁 71。

⁵⁰¹ 小野清一郎，「新訂刑法講義各論」，頁 274，有斐閣(1949 年)；牧野英一，「刑法各論(下)」，頁 760，有斐閣(1951 年)；團藤。日本實務見解請參照大判明治 43 年 12 月 16 日刑錄 16 輯，頁 2214；大判大正 15 年 10 月 2 日刑集 5 卷，頁 435；大判大正 11 年 3 月 8 日刑集第 1 卷，頁 124。

⁵⁰² 此部份所指之學者，例如：西田典之、林 幹人、平川宗信。

⁵⁰³ 學者平野龍一與山口厚多持此種看法。惟學說採取擇一關係的見解則有批判此說看法認為其實背信、侵占兩罪應該均有其固有領域。請參照內田幸隆，前註(486)文，頁 73。

是「侵占罪」⁵⁰⁴。在背信罪之罪質上採取「權限濫用說」之看法的學者則對於兩罪之區分標準認為「對於個別財物不法取得之情形」則屬於侵占罪、若是「對於法律上權限加以濫用」則屬於背信罪⁵⁰⁵；於背信罪之罪質採取「背信的濫用權限說」或者是「新權限濫用說」之看法，從權限濫用為出發點，認為以處分權限是否逾越一般抽象權限作為區別標準：權限逸脫屬於侵占；尚在權限範圍內，則為背信，亦即「權限濫用」則屬於背信罪、「權限逸脫」則屬於侵占罪⁵⁰⁶，而學者前田雅英也認為這樣以「權限逸脫或濫用」區分之方式其實是適當的，具體之判準則為是先以「形式、實質權限」作劃分，「實質權限內」，則應該屬於受任人能夠為的行為，從而無罪；再以「形式權限內/外」區辨，「形式權限外」則屬於侵占；「形式權限內」則會再看「是否絕對不允許」，若是絕對不允許，縱然是在權限內，則仍然係侵占⁵⁰⁷。但具體案例「權限逸脫而侵害利益」的部分，採取「背信的濫用權限說」或者是「新權限濫用說」之學者於判斷上卻又認為應該成立背信罪，結果上違背區辨標準，並且以「權限逸脫」來加以界定背信罪，縱然可以暫時針對背信與侵占加以區分，但侵占罪與同屬權限逸脫的毀損器物罪之部分則

⁵⁰⁴ 例如：具有年度百萬日圓交際費使用權限的公司幹部甲，將其中 50 萬日圓花費在自己的飲食費用上，在百萬日圓的限額內則屬於一般抽象的權限範圍。請參照西田典之，頁 247，。

⁵⁰⁵ 學者瀧川幸辰則採此一見解。同樣地學者內田幸隆則認為雖然肯認瀧川幸辰之見解應該受到高度評價，不過在採取背信與侵占兩罪應該備有固有領域，其區別應該壁壘分明的看法之下，認為若採取瀧川的看法於關於「依照法律上之處分的不法取得行為」仍會造成兩罪有重疊的可能性。請參照內田幸隆，前註(486)文，頁 74。

⁵⁰⁶ 伊東研祐，「現代社會と刑法各論」，頁 283，成文堂，2002 年第 2 版。日本實務見解請參照最判昭和 34 年 2 月 13 日刑集 13 卷 2 号，頁 101；最決平成 13 年 11 月 5 日刑集 55 卷第 6 号，頁 546。

⁵⁰⁷ 前田雅英，前註(313)書，頁 336-340。贊同前田雅英之區別看法者，請參照能勢弘之，「刑法の重要問題 50 選 II(各論)」，頁 204，信山社，1999 年 7 月 20 日第 1 版第 1 刷。

會造成重疊不明確的部分⁵⁰⁸。

於日本實務見解中所認「…如果銀行支店長沒有踐行一定的手續明顯地超過貸付額度的貸付行為，作為權限逸脫，其實或許應該要成立侵占罪。」⁵⁰⁹亦有採取類似「權限逸脫或濫用」之區分方法，不過，日本實務見解⁵¹⁰並不完全採取這樣的區分方式，較常見的判斷模式則是從「**主觀上之目的**」加以檢視：亦即須端視是否為本人利益，如果是為了本人之利益的目的的話，則不會成立侵占或背信；如果明顯地是為了自己利益目的的話，則會成立侵占罪，反之，如果是此些以外的場合，則以「本人名義、計算或自己名義、計算」去區別背信和侵占，以自己名義則是侵占（以自己名義已然被認定是為自己計算）；以本人名義則尚須觀察是否為自己計算，是自己計算的話則係侵占，不是自己計算而是為本人計算方為背信。

因而類似上開日本實務之判斷標準，學說見解亦有從「**主觀上之意圖內涵**」

⁵⁰⁸ 內田幸隆，前註(486)文，頁 75。因為在「權限逸脫而侵害利益」之結論上與判斷基準的矛盾，學者山口厚認為「背信的濫用權限說」或者是「新權限濫用說」其實係從「權限濫用」的角度著眼，在區分權限濫用的背信以及權限逸脫的侵占，則是從「行為客體」加以區分，亦即若是「財物」則是委託物侵占罪、若是「利益」則是背信罪。請參照西田典之，前註(296)書，頁 244；山口厚，「問題探究-刑法各論」，頁 194。

⁵⁰⁹ 東京地判昭和 58.10.6 判時 1096.151。

⁵¹⁰ 大判大正 3.6.13 刑錄 20.1174。學者前田雅英認為，從判例之走向脈絡，採取「**本人名義或者是自己名義**」為標準，則是從**形式標準**（最判昭和 33.10.10 刑集 12.14.324）往**實質標準**加以移動，例如：「森林組合之組合長將特定使用用途之政府資金貸與作為第三人的町役場」因為該投資組合是以「本人名義」，依照判例的基準雖然是背信（本判決之少數意見如果以本人名義貸付的話，本人對於相對人則亦有債權，則不成立侵占），但是最高法院則是認為即使是以「本人名義」，則此種完全不允許流用的情形，應該成立業務侵占罪（最判昭和 34.2.13 刑集 13.2.101）；總而言之，使用「為了何人之名義或計算」，以「本人名義」的場合為「背信」，「自己的名義」則為「侵占」；而「自己的計算與否」，例如：支店長不能夠超額貸付，卻為超額之貸款時的情形，實務見解則有認為應該成立業務侵占（大阪地判昭和 55.10.13 刑月 12.10.1129、東京地判昭和 58.10.6 判時 1096.151）則是以「是否該所有權人能夠處分」來加以區分。

加以區辨，則有認為以自己計算或名義為之者，則屬侵占；若以本人計算或者是名義為之，則為背信⁵¹¹；另外，日本學者大谷實則認為從「侵占罪之主觀層面」出發，認為不法取得之意思係超越主觀之要件，而非主觀構成要件之故意，惟何以該「不法取得之意思」不能還原為故意，而必須至於超越主觀之要件則在日本學說上亦受爭議。然而，於「構成要件層面處理模式」欲將背信罪與侵占罪截然二分，並且劃定其本身歸屬之領域，學者內田幸隆認為主觀構成要件上「以自己或本人計算」的思考方式亦非絕對不可行，但之所以採用此一判斷標準乃係一併考量「背信罪制定之時空背景」，蓋當時背信罪之規定係因為經濟結構之改變而補充私法自治無法處理之部分，所以針對「為了本人之經濟活動卻為不正之財產處分行為」加以處罰，如果是與經濟活動有關、屬於「經濟活動之一環」時則論以背信罪，但若與本人經濟活動無關的時候則屬於侵占罪，與本人之經濟活動無關時，則係將財物作為「自己之物」加以處理，因此「以何人之名義加以計算」則變成重要的判準，若具體地去考察如何認定「以本人名義或者是自己名義計算」的歸屬，則應該依照該處分有效地產生經濟性之對價，實質上該經濟性對價所移轉的對象為何人來加以判斷，例如：「銀行不良融資」之案例，由於「融資債權」歸屬於「銀行」，從而應該該處分行為屬於「為本人之計算」，相反地如果係「將受公司委託之商品在未得到公司允許之下加以借貸出去」，行為人收取價金的行為則係「為自己計算」，從而應該論處侵占罪；但若是沒有對價的贈與或無償使

⁵¹¹ 學說亦有認為以「為本人計算/為自己計算」並非必定能對應到「背信/侵占」的類型；並且採取此一區辨標準的學說在背信罪與侵占罪的罪質區辨上多認為有重疊之部分，但是，如果貫徹「為本人計算/為自己計算」兩罪應該是屬於截然二分的情形，並不會有重疊的現象。請參照內田幸隆，前註(486)文，頁78。日本實務見解亦有採取此種判斷標準，請參照大判大正3年6月13日刑錄第20輯，頁1174。相關案例：「銀行融資負責人對於快要破產、無法回復其業績的公司，以銀行名義為該融資案時，則應該討論背信；但若是該融資是被當作是負責人之物而為，縱然有銀行融資的外形，則應該論處侵占罪或者是詐欺罪。」請參照島田聰一郎等，「事例から刑法を考える」，頁374，有斐閣，2009年。

用的情形，則無法從對價之歸屬來判定是為何人計算，此時應該依照客觀上開「目標物被作為何人之物」來加以判定，例如：行為人將受委託之物以自己名義贈與第三人，則行為人在行為時乃係將該物一時性地作為自己之物，從而此種情況亦應該論以侵占罪，反之如果以本人名義加以贈與，則應該視為「為本人經濟活動之一環」，從而應該論以背信罪⁵¹²。

第三目 小結-背信與侵占之第二次合流

針對「背信與侵占」之區別，德國法上的處理模式以「侵占罪」作為「截堵式構成要件」，於「侵占罪」上規定「行為人成立侵占罪之行為，如果可以成立其他處罰較重之罪名時，則不適用侵占罪；若無法論以其他較重之罪時，始論處侵占罪」，此種備位條款的規定，似乎是以侵占罪作為財產犯罪的最後一道防線。雖然，若將「背信與侵占」從法制史上之制定脈絡來展開，著重「信賴關係」而視兩罪為類似犯罪而存在「一般/特別」關係，而制定於後的背信罪應該被視為特別規定，但是，此一看法應無法直接套用在「立法模式不同」的日本與我國。

嚴格來說，依照日本學說之看法背信罪並非完全被侵占罪之類型包含在內，蓋就其所保障之行為客體來說，「財產上之利益」則是將侵占罪所保障，只能從背信罪之方向加以討論；除了行為客體所包含之範圍不同外，行為人主觀上只有「加害意思」時，也僅能討論背信罪，行為主體部分背信罪所規定「事務處理者」較廣，侵占罪則是限於「受他人委託而占有」⁵¹³，從而學者平野龍一則認為「兩

⁵¹² 內田幸隆，前註(486)文，頁 79-84、「橫領罪と背任罪との區別」，頁 39-42，法学教室第 359 号，2010 年 8 月。

⁵¹³ 木村光江，「橫領と背任の區別」，頁 212，收錄於「刑法の爭點」，2007 年。

罪係兩圓部分交錯之關係」⁵¹⁴。依照前述日本法上對於「背信與侵占」的看法，相較於兩罪是一般、特別的「包攝 / 重合」、兩罪是完全獨立、截然二分類型的「擇一 / 互斥」關係，學者平野龍一認為雖係兩個獨立的犯罪類型但會產生「部分重合/交錯」的見解。

而上述德、日兩國學說與實務見解對於「背信與侵占」存有許多區分的見解，針對採取以「權限濫用、權限逸脫」為區分判準之學說看法，本文認為並無從明確化「背信與侵占兩罪」之劃分，蓋不論是將權限的意涵鎖定為「具體、實質的權限」或者是「抽象、形式的權限」，在具體個案上均非常難判斷到底屬於背信或者是侵占。以「違法授信」之案件為例，蓋「對於欠缺足夠擔保品的授信案件，職司出納的銀行負責人員基本上不能對其授信」，若將此一案件認定該銀行人員欠缺「對於無充足擔保授信之具體權限」的話，該授信行為將會變成逸脫權限的侵占行為，或者在「被害人將自己所有之車輛借予行為人使用，並要求要按照交通規則好好地駕駛，結果行為人允諾後就在道路上蛇行、跨越雙黃線、超速闖紅燈」之案例，「行為人並沒有違反交通規則駕駛的權限」，但將此種超越其具體駕車權限而僅認定行政不法的行為，若被論處為侵占之類型化犯罪行為則為異常弔詭之現象；反之，如果不要用具體權限的概念，只要具備「抽象、形式之權限」的情形就認為符合「權限」的內涵，則在所有具備「委託」意旨之關係的情況下，則根本沒有成立侵占罪之可能，結果原本想要藉由「權限內/權限外」作為區分「背信/侵占」類型的判斷標準根本無從作為標準，反而令概念的使用上更加模糊不清。

再者，依照系統論的思考方式，從「社會、經濟結構」之變遷檢視背信罪之制定時的時空背景，無論是德國或者日本，基本上並未存有權限逸脫與濫用的區

⁵¹⁴ 平野龍一，「刑事法研究-最終卷」，頁 35，有斐閣，2005 年。

分意涵，反而透過當時「法律系統」與作為「法律系統之環境」的社會系統的關係，可以察覺當時立法者所在乎的是「在借由他人來擴張自己之經濟活動範圍時，不會因為他人之不正行為加以破壞」，也因此重心應在於避免藉由「信賴關係」之破壞而造成之財產或利益上之侵害。職此，究竟應該如何劃定界分的判準，**本文以為仍須回到背信罪之罪質來加以思考**，雖然依照「內部信任關係」的學說區分方式的話，其亦認為「內部信任關係」屬於「背信罪」、「對向信任關係」則屬於「侵占罪」，但本文以為背信罪制定時立法者則側重於將「**本人與須履行任務之該他人間的信賴關係**」，雖然從社會制度與經濟發展的脈動，上述本文認為「三面關係中的『內部信任關係』」較能夠採納，能夠使其與「單純雙面關係僅用民事法之債務不履行或者損害賠償」便足以保障的部份加以區分，維持住刑法之謙抑性質，避免過度干涉私法自律領域，不過縱然是在「三面關係組織性經濟活動」的架構下，由於規範所欲非難的是應該履行任務之人「**違背任務**」之行為，並且被立法者賦予實行行為性加以入罪化，「**本人與須履行任務之該他人**」這段**的關係很明確地被凸顯出來**。從而，以此與原本便存在的侵占罪所著眼「易持有為所有」的部分，亦即「委託他人加以保管、持有之物」遭「該他人據為己有」之部分，**是屬於相同部分的信賴關係**，也因此堅持要在背信行為入罪化的時點上強調「背信與侵占」自始便屬於截然二分的互斥關係，實質上的理論並不充分，倘若堅持兩罪屬於完全不同的犯罪類型，亦僅能夠是事後依照解釋論的角度去將兩罪分離。

不難想像何以學說和部分實務見解會有認為應該要將兩罪截然二分，蓋背信罪與侵占罪之適用委實錯綜複雜，若能歸類為「互斥」關係，則似乎能讓糾纏已久的兩罪重新在財產犯罪中找到定位。然而，**事後採取「互斥」關係的解釋論**，其所隱藏的前提則係在於「**背信罪有存在之價值**」，從而以此一方向展開的學說竭盡所能地為其劃定處罰的固有領域。惟誠如本文第二章所言，在 19 世紀時期

之所以制定背信罪乃因「國家機關對於人民自律性之經濟活動的不信任」，藉由納入財產法益而轉化強調「本人與事務處理人之間的信賴關係」，當時為求「經濟能夠迅速發展」之現象而加以入罪化，但時至今日，回顧「背信與侵占」之爭議，我國刑法典在刑度上均為「五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金」，此與德、日刑法典有別，無論選擇論處背信罪或者是侵占罪，最後的評價均為相同，並沒有孰輕孰重的問題，也因此在此「重合(完全或者是部分)」之區域的論罪科刑的方式，外國立法例上由於侵占罪始為德國財產犯罪之最後一道防線，兩罪競合時則應是論以特別規定的背信罪；日本多數學說與實務見解看法認為兩罪屬於類似之關係，兩罪在「背信行為」此點上係為同一，侵占行為基本上係被含括在廣義違背任務行為當中，因此，若是從此點所展開的論述，則即便是兩罪均成立之場合，由於同一人之財產法益僅被侵害一次，評價上只要成立其中一罪即為已足，從而並非是想像競合，而是法條競合⁵¹⁵，成立較重之侵占罪；我國實務見解也傾向將「背信罪」當作係一截堵構成要件，以之作為財產犯罪的最後一道防線。是以，背信罪雖非為侵占罪所涵括，但侵占罪之行為主體與背信罪之行為主體部份重疊，侵占罪之實行行為、行為客體均為「背信罪」所包含在內，蓋普通侵占罪或公務侵占、業務侵占罪之行為主體多是「持有他人之物者」，而之所以會持有他人之物則多係基於契約或法律上之關係⁵¹⁶，因而與背信罪之三面關係下的行為主體應屬係相同⁵¹⁷；並且多半關於背信罪主體之檢討，依照通

⁵¹⁵ 大判明治 45 年 6 月 17 日刑錄 18 輯，頁 856、大判昭和 8 年 9 月 28 日刑集 12 卷，頁 1737。

⁵¹⁶ 最高法院 52 年台上字第 1418 號判例；黃榮堅，「侵占罪之基本概念」，頁 26-31，日新第 4 期，2005 年 1 月。

⁵¹⁷ 學者香城敏磨結論上亦認為侵占罪與背信罪之主體相同，其依據乃因「背信罪係較侵占罪為輕的犯罪，因為係補充的規定，從而作為背信罪之主體、信賴關係不能比侵占罪來得狹隘」，只不過香城隨即認為兩罪區分則可透過「實行行為」與「行為客體」加以區分。請參照香城敏磨，刑法の基本判例，頁 157。就結論上與本文相同，但部份論理方式由於我國與日本兩罪之刑度，兩國設定不一致，理由部份則與本文有出入。

說、實務見解，在不設任何限制之下，則只要是事務處理者，其所為之不法處分均可能被解釋為屬於背信罪之「違背任務」的實行行為⁵¹⁸，如此一來侵占罪之「亦持有為所有」亦被涵括在內；而對於「行為客體」部份，背信罪所規範的「財產」單就文義的射程範圍，也包含了「有形之財物」與「無形之財產利益」，從而背信罪的行為客體則也包含侵占罪之部份。從而，在背信罪從「主體、客體及實行行為」三方面都囊括侵占罪之部份時，其實侵占罪應該與背信罪呈現部份交錯之情形，當兩罪均成立之後，最後都僅論處侵占罪時，「背信罪」與「侵占罪」重疊之部分則無用武之餘地，從而「背信罪之存在必要性」並非理所當然。

實務見解所言及「挪用公司資金」之類型，基本上資金有因代表公司對外進行交易之特地負責人取得，再由該具有公司特定之負責人加以保管，進而加以「對自己保管之資金挪為己用」或「將資金從公司所存放於銀行之帳戶提領出來」挪為己用；或者是「指定所交付金額之特定用途」的類型，委託人交付一定金額給受託人購買特定之產品、保單，但是受託人沒有依照指示購買將該資金據為己有等例，其實與「受委託出售某物，就出售後所得之價金據為己有」之案例相近。

首先，從「委託品所有權之歸屬」以及「所有與持有緊密結合」的觀點來看，「受委託出售某物，就出售後所得之價金據為己有」之案例部份，例如：甲委託乙賣 A 物，賣得之價金所有權應該歸屬於委託人甲；受任人乙如果自行消費掉的話，自然成立侵占罪⁵¹⁹；若是「以較高的金額加以處分財產」，例如：委託人甲委託乙出賣 A 物，甲若有指定價額（如要賣 100 圓），但是乙將其以 150 圓賣出，依照日本實務見解認為，乙就取得之價金符合指定價額的部份，受託人乙應該負

⁵¹⁸ 相同見解請參照山口厚，前註（319）書，頁 199。

⁵¹⁹ 按外國立法例之日本實務見解亦是如此之看法。請參照最決昭和 28 年 4 月 16 日刑集 7 卷 5.915。受任人將取得之支票加以貼現後再將所得之金額消費，亦成立業務上侵占。広島高判昭和 27 年 5 月 7 日刑判特 20.69。

擔保管之義務，在未受到委託人甲許可之情形，不得加以使用⁵²⁰。亦即，甲委託乙賣A物，賣得之價金所有權應該歸屬於委託人甲，沒有變更指定價額權限者乙，調高價額加以售出之情形，倘若就超過金額加以據為己有，雖然買受人可以對公司請求不當得利，但在還沒解約返還前，該超過部份應該與正當指定價額部份相同，其所有權歸屬於該公司，從而若受任人加以據為己有地消費，則成立業務上侵占罪⁵²¹。而對於「指定所交付金額之特定用途」或者「對自己保管之資金挪為己用」或「將資金從公司所存放於銀行之帳戶提領出來」挪為己用之情形，由於「具有取得公司資金權限者」基本上對於「公司之資金」具有一定的持有關係，也因而如果「具有取得公司資金權限者」取得公司資金後，利用該筆資金作為滿足自身需求的用途的話，其實亦屬於「易持有為所有」的侵占行為，在具有「業務身分」的情況下應能夠成立業務上侵占罪⁵²²。

再者，此些案例雖然外觀上具有「三面關係的經濟交易活動」，但是針對「本

⁵²⁰ 仙台高判昭和29年6月17日刑判特36.79。

⁵²¹ 福岡高判昭和31年4月18日速報頁576。日本學者藤木英雄則有不同看法認為：「生產者和零售業者間有『委託販賣契約』，出賣之價金不要求每次都要移轉給生產者，而是在一定的期間內，每月末的其他所定期間內，交易的總額扣除手續費後再交付給生產者，而於所定期日附有同額金錢轉讓的義務，此種屬於一般的消費寄託關係，如果在該期日前加以消費的話，只不過是單純地債務不履行，不成立侵占罪。」請參照藤木英雄，「經濟取引と犯罪-詐欺、橫領、背任を中心として」，頁133，有斐閣，昭和42年7月20日，初版第3刷。

⁵²² 關於代表董事對於自己掌管的金額（公司資金之一部），用以作為接待費，但其加以挪用部份作為自己遊興之價金，是否成立業務侵占罪或者是背信罪？日本學者伊東研祐認為依照通說的想法，此種情形兩罪均該當；並且如果是完全不屬於為了公司資金管理使用之範圍，即使不以一般包括性的誠實信用原則加以捕捉的話，也會該當任務違背，只不過此時若以「新權限濫用說」為基點的話，此種行為由於完全係該管理使用權限以外之目的的行為，也應該是成立侵占而非背信。請參照伊東研祐，「橫領と背任の區別」，頁272-280，現代社会と刑法各論，成文堂，2004年3月10日第2版第2刷。本文以為用「權限」來展開侵占與背信的區別，採取具體權限和抽象的權限基本上涉及到範圍之不同，前者之權限狹隘而後者之權限較寬廣，而學者伊東研祐則是採取「一般抽象的權限」加以區分。不過，從此例當中套用我國法定刑度相同的侵占與背信二罪亦可以發現，其實未必是需要使用背信罪，適用侵占罪或者是業務侵占罪即可，縱然係公司董事甲（代表人）要求公司掌管會計之人員乙（有權限調動資金者）將公司資金提領或移轉予甲，乙會成立業務上侵占罪，而甲則是業務上侵占罪之共同正犯或教唆犯。

人-委託人」此段關係中的信賴關係，基本上係重疊的，雖然從解釋論的角度會將「本人-為他人處理事務之人」此段的信任關係，區分為「對向信任關係」和「內部信任關係」，但其實重疊之部份評價一次即為已足，因此，當委託人將其手上所持有之資金，亦持有為所有之時，則其實同時會成立侵占罪與背信罪，而實務見解通常對於同時該當二罪之情形，都認為應先該當侵占罪，而依照其是否屬於普通侵占或者是業務侵占，但不論為何者其法定刑度均能涵蓋背信之部份，從而當一犯罪事實受到一罪之評價充分後，則無須再以他罪處罰之，基於雙重評價之禁止，從而此一部份將能夠悉數回歸侵占罪之類型。

不過，由於現今科技設備之發達，資金之流用未必如同往昔必須透過實體金錢之交付，反而多透過電腦設備加以進行轉帳、匯款，從而如果行為人係負責公司財務管理之人，由於其是負責之人，「其將一定之金額從公司帳戶轉入自己之帳戶時」，則此種作為「無形利益」之財產，可否也回歸到侵占罪則可能有所疑問。本文認為，對於此一因為科技設備進步所衍生出之類型，**第一種解釋論之方式**：或可依照現行實務見解的處理方法，將侵占罪類型當中「持有他人之『物』」的概念，擴張文義之射程範圍，將其解釋為包含「有形之財物」與「無形之利益」，如此一來則可以處理上述之問題；不過這樣解釋的方式，或許在財產犯罪之體系上會出現制定模式上的矛盾，蓋相關之財產犯罪多以「二項犯罪」所針對的行為客體係「利益」，一項犯罪則係「有形之財物」，第一種解釋論之方式雖然能夠直接呼應現行實務的運用態勢，但是，不符合財產犯罪之體系，因此，**第二種方式則係屬於立法論之方式**，有鑒於「無形利益」之流通遠超過有形金額之交換，應該具有獨立規定侵占他人無形利益的二項犯罪立法之可能⁵²³。

⁵²³ 對此，國內學說亦有與本文所採之第二種方式相同的見解，像是國內學者張天一亦有提及：「...應該回歸侵占罪予以處理，即使侵占罪目前的規定並未對『逾越權限支配他人財產利益』之型態納入，但仍得透過修法來擴張侵占罪處罰之範圍。」只不過學者張天一的看法仍是以「『權限濫用』與『權限逸脫』」來區分「背信罪」與「侵占罪」，請參照張天一，「論背信罪之本質

然而，倘若不依照實務見解擴張對於「物」之認定，包含有形物和無體物，又未有採取立法論之處理方式，**第三種解釋論上之方式**或許可以使用刑法第 339 條之 3 輸入不正資料、指令之詐欺罪，不過由於該公司之負責財務管理之人手上所具有公司帳戶之正確密碼，並非虛假之指令，在「不正指令」的解釋上必須稍加留意，亦即「不正指令」之「不正」應當如何解釋，參考外國立法例（德國）關於此種「無權限使用密碼」之類型，雖然不屬於「不實或者是不完全的資料使用」，而是該國電腦詐欺罪的第三種態樣，處罰「資料無權限使用」，亦即對於自動付款機輸入正確的密碼，但是屬於此種無權限使用，雖然和存款餘額並未存在以不實的資料造成存款餘額不對的事實關聯性，但是仍然存在「規範的關連性」，亦即應該有多少的存款則是依據存款契約所約定的內容加以決定，並且針對所謂之「暗號密碼」而言，「使用密碼之人」和「權利人」非屬同一性，雖然不具備事實上的關連性，但是該暗號密碼仍具有「鑰匙」的機能⁵²⁴，任意為之則仍然會侵害「規範上之關連性」的要求，破壞財產移轉上之法律關係，從而此種「無權限使用該密碼」之類型，亦應可解釋為屬於「不正指令」中之「不正」。

職是，本文認為「背信罪」在我國財產犯罪中扮演「流刺網式的截堵性構成要件」，相關犯罪類型，倘若已然能在落在最後防衛線上的大網之前，便被「侵

及定位」，頁 43-44，<http://cycu.lawbank.com.tw/Download/26/01560003.pdf>（最後瀏覽時間：2011 年 7 月 11 日）。本文以為用「權限內/外」去區分「背信/侵占」基本上在「權限內涵」的認定、判斷就會產生模糊地帶，並且縱然採取「權限濫用說」的觀點，也無法否認背信、侵占兩罪於「信賴關係」的共通性，充其量從 Binding、瀧川幸辰所認為之「權限濫用說」只是另外一種「信任關係」的限定方式；更何況縱然最高法院 84 年台非字第 161 號判決所認為「背信是以侵占以外的方式」，亦無法就此一葉知秋地認為背信與侵占便是「互斥」的概念，蓋一來此涉及到刑事訴訟法在財產犯罪之「案件同一性」的雜亂分歧的判斷，二來則是更多的事實務見解至今仍是認定被背信罪與侵占罪、詐欺罪有一定程度的共通性，強調「唯有在無法使用詐欺或侵占罪時，才回過頭來適用一般的背信罪」，而非一開始便分門別類地適用背信或侵占、背信或詐欺，現行法上所呈現的現狀則是「部份重疊」的狀況。請參照本文附註中晚近實務見解對於背信罪與侵占、詐欺罪間的關係認定。

⁵²⁴ 內田幸隆，前註（486）文，頁 125。

占罪」之小網加以捕捉，則無需動用位於侵占罪(小網)之後的背信罪(大網)；而上述所言及之新形態的挪用資金的類型，倘若採取第一種解釋論的方式(持有他人之「物」包含無形物)，以及第二種立法論之方式(立法政策上直接在侵佔罪章部份增設以「利益」為行為客體之「二項犯罪」)，則可無礙地回流至侵占罪中，但若採取第三種解釋方式，則此種特殊類型則會回流到「輸入不正指令、虛偽資料的電腦詐欺罪」中。從而，此一部分原本會成立「背信罪」而與「侵占罪」重疊之部分，應該與「侵占罪」合流，匯流到侵占罪之領域或者電腦詐欺罪之領域加以論罪科刑，並且由於此二領域之法定刑度均與背信罪相等或者是較背信罪為高，則委實已然充分評價，不會存在評價不足之虞。

第三款 背信與詐欺之區辨

第一目 歐陸(德、日)法系之「詐欺行為」模式

德國刑法第 263 條詐欺罪和日本刑法第條詐欺罪之構成要件基本上都須符合「行使詐術」與「使人陷於錯誤」為前提⁵²⁵，但就法益內涵的判斷上德、日則有不同。德國多認為詐欺罪和背信罪均是「對於整體財產之犯罪」，日本學說見解雖有採取與德國相同之見解⁵²⁶，或者像是學者川端博則有認為詐欺罪對於「個別財產」以及「整體財產」均有所保障，但通說見解則是認為詐欺罪應該是保障「個別財產法益」，背信罪則係保障「整體財產法益」。詐欺罪之認定不同，乃因德國法在「詐欺罪」的規定上，文義上係以「財產」(Vermögen)，但日本之規定

⁵²⁵ 相對於此，法國刑法的詐欺罪只要求具有「行使詐術的陰謀」即可。請參照 Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，前註(75)書，頁 176。

⁵²⁶ 宮本英脩，刑法大綱，頁 370；瀧川幸辰，刑法各論，頁 156。

則係以「財物」及「財產上利益」⁵²⁷，從此點加以觀察，我國之規定與日本相同，而與德國有異。

日本學說對於「背信與詐欺」兩罪間的論罪科刑不外乎「論以背信罪」、「論以詐欺罪」以及「依照想像競合處理」三種，採取第一種看法的早期日本學者小野清一郎認為「...在委託他人處理事務的『事務』範圍內，就算是使用詐術的手段取得不法利益，仍然應該論處背信罪」⁵²⁸，然而何以在構成要件重合之部分，最後競合階段論處背信罪，日本學說則多有批評理由並不明確，但從側面觀察的理由可能是因為其對於「侵占與詐欺」的處理方式最終係論處侵占罪，若將**侵占視為背信之一種**，則同樣地「背信與詐欺」最後則會論處背信罪⁵²⁹；惟同樣基於「背信與侵占」相同的罪質出發，早期學者牧野英一則得出相反的結論，亦即「以詐欺之方式為侵占行為時，對於該利益之取得應該論處詐欺罪...而背信行為以詐欺方式應該論處詐欺罪」，一樣理由不明確的情況下推測論處詐欺罪的理由可能係因為侵占行為被認為係財物騙取之場合，不能論處比一般行使詐術騙取財物刑度較輕的詐欺罪，或者可能是實務上存在違背任務之構成要件要素包含詐欺行為的判例，從而認定詐欺罪吸收背信罪⁵³⁰。但是如果單純地從肯定詐欺行為吸收背信行為之角度來看，當詐欺罪之行使詐術的行為遇到特別背信罪的背信行為，因為「刑度輕重的關係」，要貫徹詐欺行為吸收背信行為的判斷並不可能。

⁵²⁷ 林幹人，「財產犯の保護法益」，頁 8，東京大學出版會，1984 年 6 月 11 日初版。關於二項犯罪以「財產之利益」為行為客體與實行行為間之討論，請參照伊東研祐，「二項犯罪における『財産的利益』と『処分行為』の意義、内実」，頁 224，現代社会と刑法各論，成文堂，2004 年 3 月 10 日第 2 版第 2 刷。

⁵²⁸ 小野清一郎，「新訂刑法講義各論」，頁 275

⁵²⁹ 內田幸隆，「背任罪と詐欺罪との關係」，頁 100-101，早稻田法学会誌第 53 卷(2003)。

⁵³⁰ 內田幸隆，「背任罪と詐欺罪との關係」，頁 102。

最後，關於背信罪與詐欺罪係想像競合的見解⁵³¹，簡單地來說，其根據在於背信罪的背信行為與詐欺罪的行使詐術之行為性質有別，使用背信罪並無法充分評價詐欺行為，相反地使用詐欺罪也沒辦法對於違背任務之行為充分評價。第三種想像競合的說法最大的問題便在於可能造成雙重評價之疑慮，過度追究行為人之罪責，儘管一個犯罪事實由一個犯罪成立可能會有評價不充足的情形，但是由於他犯罪之成立，現實上則欠缺對應之基礎，此乃因客觀上的事實既然已經被他罪加以評價，從而以他罪加以評價時，違法與責任所要對應到的客觀事實則以不存在，因而欠缺足以作為評價的實質內容。

第二目 英、美法系之「詐欺行為」態樣

按英美法上之詐欺罪至今的形成、發展受到多數犯罪類型加以相互影響，亦即英美法上詐欺罪之形成過程是透過數條脈絡，例如：普通法（common law）上『Larceny』財產犯罪的來源，雖然 Larceny 多被譯為竊盜罪，但是其實係另外一個概念，必須與 Theft 區分；從 Larceny 區分出來的 Embezzlement『侵占罪』和 Conversion『轉用罪』等類型加以匯集而成，與德國、承襲歐陸法系的日本與我國基本上均以單一的犯罪類型存在的規範模式有著很大的不同⁵³²。

從而，因為經濟發展所伴隨之不正方式取得財產的背德行為，英美法則多是透過「詐欺罪」的方式加以處理，像是 1985 年公司法等制定法（Companines Act 1985）第 458 條規定：詐欺的交易（Fraudulent Trading）：「公司經營具有騙取公司債權人或其他債權人之意圖，**基於不誠實之目的**…」蓋美國法 Theft Act

⁵³¹ 日本學者江家義男、大谷實、大塚仁、川崎友已、齊藤信幸均採此種看法。

⁵³² 木村光江，詐欺罪の研究，頁 66，東京都立大學出版，2000 年。。

上的詐欺罪係針對小規模的詐欺，但是公司法第 458 條則是針對大規模詐欺犯罪，從而後者向來僅處罰公司而不處罰個人，從「Murray-Watson」案⁵³³要求並非個別交易，而是以「經營」為必要，例如：即使偽造中古車之年代與性能加以販售，雖然確實是個別出售之行為係詐欺行為，但不會被認為係基於不誠實之目的來經營公司⁵³⁴。從而，以「經營」為必要之要件，1992 年 Miles 案則解釋「公司經營」之意義，被告同時也是共犯，利用 F 公司出售毫無價值的人頭公司的股票，原審雖然認為係有罪，但是上訴審卻認為**被告並非共同經營者**，單純係作為營業部職員被控訴，從而廢棄原判改判無罪；更進一步地說，同條係具有「**欺騙公司債權人之意圖**」，被行使詐術之相對人（被害人）如果不是債權人而單純地只是顧客的話，早期亦認為不適用本條規定；但是關於該條規定的判例，有認為消費者係「潛在的債權人」並將其擴張到「消費者」⁵³⁵。而公司法對於「公司職員不正行為」之處罰規定除了第 458 條之外還有很多，例如：禁止公司職員自己買賣公司股票、禁止公司職員為虛偽表示、禁止公司職員毀損文書；另外，Theft Act 第 19 條加以補充：公司和團體之職員，具有欺騙會員和債務人之意圖，而作成虛偽之文書，應該加以處罰。該文書包含「公司年次報告、決算報告、新股發行趣意書」；而後為了處理「投資詐欺」之相關問題，1986 年金融服務法（Financial Service Act 1986）此係改正 1958 年的詐欺防止法（Prevention of Fraud(Investment) Act 1958），原本僅針對契約型投資信託加以處罰，後來修正為投資之際，行為人故意或對結果無深入思考，而告知重大錯誤之訊息（第 47 條第 1 項），處罰「投資勸誘行為」；第 2 項同樣是投資勸誘行為，但是係對

⁵³³ Re Murray-Watson Ltd, 6 April 1977, unreported.

⁵³⁴ ARLIDE & PARRY, supra note 3, para. 2-60.

⁵³⁵ R.v. Kemp (1988) 87 Cr. App. R. 95.

於市場上的投資人造成投資價值的錯誤印象。同法第 133 條則是針對保限契約照之錯誤之認知行為加以處罰。於 1987 年銀行法 (Banking Act 1987) 第 35 條針對勸誘存款之行為，行為人故意或對結果無深入思考，使相對人產生誤解，有期徒刑 7 年以下；第 70 條第 1 項處罰對於企業說明書中虛偽記載，處有期徒刑 2 年。更甚者，為了消費者保護，首先在 1986 年交易表示法 (Trade Descriptions Act 1968) 不限於詐欺犯罪，關於商品和服務為虛偽描述的行為規定各式各樣的規定⁵³⁶。

若從英美法之案例加以觀察，早期其典型 Landy⁵³⁷ 案：「銀行董事等對於外國企業，並未考慮對其有利的經營狀態，實行過度並且沒有充分擔保的融資，結果造成對於銀行 3800 萬英鎊的損害」之案件，英國則是以「詐欺共謀罪 (conspiracy to defraud)」認定銀行董事成立犯罪⁵³⁸；以及「被告是香港銀行之主任會計師，與其他共犯，隱蔽銀行而購買無法兌現的支票共計 1 億 2 千萬美元」，行為人被認為對於銀行、現在與將來之股東、債權人以及投資人為詐欺行為，檢方以詐欺共謀罪加以起訴，後被判處有罪⁵³⁹。相對於此種案件，我國與日本對於此種事案多半是依照背信罪或特別背信罪來加以處罰，但是英國現行法，針對行為人 (銀行董事) 對於銀行之存款者和投資加造成損害的行為，理解此種盜取非常大量金額之行為，亦屬於詐欺之不正行為之本質。

⁵³⁶ 木村光江，前註 (528) 書，頁 30-35。

⁵³⁷ R.v.Landy[1981]1 All ER 1172,CA.

⁵³⁸ Sullivan, supra notel, at 618.

⁵³⁹ Way Yu-Tsang v. R.(1992)94 Cr.App.R.264.[1992]Crim.L.R.425.

第三目 小結-背信與詐欺之第三次合流

雖然英美法系對於類似歐陸法系關於背信罪之行為態樣之案例，多以詐欺罪加以處理，但是兩法系之間對於詐欺罪的要件迥異，因而並無法單純僅因英國法如此處理便認為我國在背信罪之事案亦理所當然能夠以詐欺罪加以處理，**若要回歸合流必須具備其他的因素**。從「背信罪」之制定時期開始，當其與古老犯罪概念銜接時，學說見解多半會令其以完美的類型化適用方式加以理解，例如此一新形態的背信罪，依照 Binding 的看法並未造成疊床架屋之情形，亦即竊盜、詐欺、侵占以及背信均有其固有領域，背信罪絕非是特殊的侵占型態⁵⁴⁰。但是，如同本文第三章所述，各該犯罪具有固有領域之想法基本上是理想狀態，**實際的狀況仍會產生罪與罪之間的重疊交錯之問題**，例如：「保險外務員明知到保險人身體健康不符合承保條件時，卻答應其承保，此種對保險公司行使詐術之方式用以受取保險公司對保險外務員獎金之支付時」，除了詐欺罪之外，會否成立背信罪？此部份日本學說見解所著眼處不同進而有所爭議，本文先行分述之。

日本學說對於詐欺罪之法益認定大多係以「侵害個別財產法益」為解釋導向，因此相較於背信罪之「整體財產法益」，其學說見解多認為此二罪評價結果有別，加上其對於學說對於該國刑法之想像競合（觀念性競合）之論者所採取之見解不同，則結論上亦常有不同之看法，例如：有基於從「**違法評價之回數性**」加以觀察，以「行為規範之違反」和肯認「違法評價的重複性」的角度來看，背信與詐欺仍然是有可能論處想像競合，像是學者中野次雄從「**行為的不可分性**」去理解想像競合，亦即其所採取之想像競合係「一行為」的類型，其違法的個數也應該只有一個；但亦有認為如果認為背信罪係對於全體財產之侵害，詐欺罪則

⁵⁴⁰ Binding、Lehrbuch 之見解，請參照內田幸隆，前註(525)文，頁 119-120。

是對於個別財產之侵害，進而認定兩罪屬於想像競合可能有誤，蓋同樣分屬個別財產法益之侵占罪與整體財產法益之背信罪，依照這樣的論述脈絡，背信與侵占則應該也是想像競合，但是背信與侵占的關係則並非定然是想像競合，從而從這樣的角度加以觀察，則背信罪與詐欺罪論處想像競合則有所疑問；亦有認為背信罪的法益保障除了財產之外，還包含對於本人之信賴關係，由於其與詐欺罪所保障的法益不同，從而尚有成立想像競合的可能⁵⁴¹；而學者內田幸隆則認為單純從刑法謙抑性的角度來看，單純地信賴關係之破壞，只不過是民事私法自治的領域，財產的損害才是背信罪介入的契機，蓋其背後的想法乃係背信罪的法益不是信賴而是財產，信賴關係只不過是一種反射利益，也因此背信罪與詐欺罪間法益並無不同，必須認為兩罪以想像競合加以處理的話則沒有任何依據；而由於內田幸隆認為兩罪均有其固有領域，因而行為類型也無法同時該當，從而就「背信罪與侵占罪」之區辨來觀察「背信罪與詐欺罪」，背信罪係針對屬於本人經濟活動一環的部份，而對占有之物不正處分，而侵占罪則是不屬於本人經濟活動一環，將占有物當作是自己之物，而「詐欺罪」則亦是以欺罔的手法將他人之物當作是自己之物，亦即，侵占罪與詐欺罪相近，而侵占罪與背信罪之間係以「**本人名義或者是自己名義來計算**」加以區別，所以可能存在有處分名義性偽造的問題；而背信罪與詐欺罪之間則必然係基於「**本人之名義**」，從而背信和詐欺並無法以「處分名義性」加以區辨，因此必須以「**本人名義和行為者有無行使權限**」⁵⁴²，如果行為者有權限的話，則是背信罪的範疇，如果沒有權限的話，則是詐欺罪的問題。是以，不同學說會依其所關注之角度不同，像是有的從「背信與詐欺的『保護法益』之性質」所出發，於該『性質』是否均為財產法益（是個別與整體或者是

⁵⁴¹ 內田幸隆，前註（529）文，頁109-110。

⁵⁴² 內田幸隆，前註（529）文，頁111。

均為整體)、或者是背信罪有包含信賴關係，抑或背信罪與詐欺罪則均有包互信賴關係，以及是否以權限作為區分，將得到不一樣之看法。

對此，本文認為日本學說間此部份不同之看法過於繁複，兩罪該如何競合的問題，應回歸兩罪僅論一罪能否充足評價，我國國內學說對於亦存在類似日本學說見解之爭議，亦即詐欺罪之法益究竟為何，多數學說認為參照德國見解認為係「整體財產法益」、但我國詐欺罪之法條文義規範與德國不同，得否直接套用，誠非無疑；除此之外，亦有採取「個別財產法益」以及「第一項是『個別財產法益』、第二項是『整體財產法益』」之看法。本文以為依照一般所認詐欺罪與背信罪制定時，均屬於新型態的犯罪類型，就制定的脈絡上應該具有一定程度的相近性⁵⁴³，從而，德國立法例才會將其一併至於「整體財產法益」，倘若我國對於詐欺罪之解釋沿續德國學說中「整體財產法益」之看法，在不變動我國想像競合與法條競合之定義，若以「行使詐術使人限於錯誤，因而令他人處分財產造成損害」的模式來「違背任務」之情形，則在此部份之行為態樣相同時，並且法益類型一樣之際，應該論處「法條競合」，實務見解中有類似之看法認為「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，或將處理他人事務之持有物，侵占入己，即應從詐欺或侵占罪處斷，不能以背信罪相繩。」⁵⁴⁴、「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

⁵⁴³ 早期學者周治平，其文章中言及「…1871 年的背信罪係『大詐欺罪構成要件背後之投影』(ein Schattendasein Hinter dem groben Betrugstatbestand)」。請參照周治平，「背信罪序說」，軍法專刊，第 14 卷第 9 期，頁 12。惟由於該文對此部分未有引註，本文欲查其出處，卻無從得知。

⁵⁴⁴ 最高法院 85 年台上字第 6239 號判決。

人交付財物者，應成立詐欺罪，不能論以背信罪。」⁵⁴⁵，該見解的論述模式雖然未言及法益評價部份，但約略地表現出只要援引其中詐欺罪一罪加以論處即可充分評價。而若採取個別財產法益之見解，由於不能僅因文字表現上一則屬「個別」、一則屬「整體」，則逕自地認定屬於一行為侵害數法益之想像競合，從「整體財產法益」其中亦有涵括確保「個別化財產」之性質，只要該個別財產損害之部份能夠受到充分之評價即為已足，因此在法益評價層次仍應該認為具有法益同一性，評價一次即為已足，因此仍能使用法條競合。

本文認為，若採取「整體財產法益」之路徑，雖然德國通說見解仍是立基於以『財產』為法益的看法⁵⁴⁶，詐欺罪的法益只能夠是「財產」，「交易上的真實、信義誠實」之違反，只不過是財產侵害的態樣⁵⁴⁷。但並非所有德國學說皆異口同聲地認為只有個人財產作為其內涵，像是德國學者 Mezger 則認為「關於財產法交易的『真實性、誠實性、信用性』則作為詐欺罪之第二次法益」、Hafer 則是將「財產法交易的『真實性、誠實性、信用性』」當然視為詐欺罪的第一次法益，Mezger 採取這樣的看法理由在於：如果只將「詐欺罪之保護法益作為『財產』，則詐欺罪則難以與其他財產犯罪加以區分，尤其是不可能和『恐嚇罪』加以區分。⁵⁴⁸。惟從本文第二章所言及以「法益」為中心所開展之論述檢視 Mezger、Hafer

⁵⁴⁵ 最高法院 63 年台上字第 292 號判例。

⁵⁴⁶ Bockelman, Unrechtsgehalt des Betruges, in: Probleme der Strafrechtserneuerung (Festschrift für Kohlrausch, 1944); Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., 1956, S.267; Gallas, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1940, S. 246; BGH St 3,99。轉引自井上正治，「財產罪の財産法益」，頁 11-12，收錄於「刑法講座-財産犯の諸問題」，有斐閣，昭和 38-39(1963-64)。

⁵⁴⁷ Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl., 1961, S.1011。轉引自福田平，「詐欺罪の問題点」，頁 77，收錄於「刑法講座-財産犯の諸問題」，有斐閣，昭和 38-39(1963-64)。

⁵⁴⁸ Mezger, Strafrecht(Ein Studienbuch), II. Besonderer Teil, 6. Aufl., 1958, S.164; Hafer, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, II 2. Besonderer Teil, 1943, S. 258 Anm.1。轉引自福田平，前註(547)文，頁 77-78。

的看法則能夠進一步地發現，Mezger、Hafter 其實係有「法益概念之精神化」(Vergeistigung des Rechtsgutsbegriffs) 之傾向，將法益概念擴張到「行為之手段、態樣、人之關係」都包涵到法益當中，所以除了「財產」之外，把「財產法之交易關係的真實信義誠實義務」納入法益。這樣的作法日本學者福田平認為「法益概念之精神化」是一件很危險的作法，「財產」作為法益，而詐欺罪不法內容，不僅是作為「財產侵害」(結果無價值)，侵害的態樣也被包涵在不法內容(交易上之信義誠實違反，行為無價值)，並且詐欺罪之本質有侵害信義誠實的部份是受到納粹法思想之影響，雖然是當時有力之見解，但是這樣的看法將造成詐欺罪「失去財產罪之性格」⁵⁴⁹。

對於 Mezger、Hafter 這樣的批評部份之內容，本文以為還是有欠妥適，蓋詐欺罪從早期的偽造文書中分化出來獨立創設，並且賦予保障「整體財產法益」之性質，本質上是否僅具有財產犯罪之性格其實有討論的空間，通說之所以將詐欺罪之法益界定成「財產」，乃是因為通說限於將「行為客體」作為「法益」，而將「行為態樣」排除在法益之外，但一來是法益論的論述脈絡下「保護客體」與「行為客體」有別，此處卻將「行為客體」和「保護客體」劃上等號，將行為客體作為法益的實質內涵，不外乎係為了承認「法益」的確認必須要有一定的事實基礎。然而，如果要有一定之事實作為判定法益內涵為何之基礎，應將認定犯罪之全部事實一併加以考量，而非僅侷限於「行為客體」之一隅，因而相關之行為態樣、歷史背景應該能作為思考起點，故而「信賴關係」如果可以透過「構成要件之實行行為」來加以彰顯的話，亦得作為確認法益內涵的事實基礎，只不過所有「信賴關係之保護」的法益生成，於歷經納粹統治之想法當中，都可能傾向認為是受到納粹所提倡的法共同體的影響，所以本文揣測德國通說乃是為了避免共

⁵⁴⁹ 福田平，前註(547)文，頁78-79。

同體之想法甦醒，所以盡量於解釋上將可能導向社會法益之結果過渡到個人法益當中。

只是縱然學說間相約成俗地認定該犯罪為侵害個人財產之犯罪類型，共同體之想法並不會當然銷聲匿跡，以日本為例，日本學說對於詐欺罪之法益認定雖有個別、整體財產之爭，不過仍多認為屬於「個人財產法益」之犯罪，惟其實務見解則有認為「之所以以詐欺罪處罰侵害他人財產權之行為，其本質除了保護被害人之財產權之外，也是因為該行為對於社會秩序有所危險。」⁵⁵⁰，縱然日本學界多批判「此以違反社會秩序（詐欺恐嚇罪係保護交易的誠實義務、財產秩序的正常性運作）作為處罰之依據」，不過該國實務見解反映出有別於學說的想法。再加上「整體財產法益」之行為客體在損害的程度認定上也不需要特別明確，不禁讓人感覺到被歸類為「整體財產法益」之犯罪類型是否重點應該在於「行為/實行行為之態樣」而非「結果/行為客體」。因此，依照本文前述對於「整體財產法益」性質中「整體」之看法，詐欺罪亦具有一定之「規範意識」存在，亦即強調「不得以欺騙他人之方式進行交易活動」。

不過，詐欺罪應該沒有達到支撐「制度性信賴」之程度，蓋沿襲歐陸法系之詐欺罪模式著實與英美法系有別，若是英美法系對於詐欺罪之強調「不誠實性（dishonesty）」之使用，其範圍之廣則可能令詐欺罪肩負起維護制度性信賴之需求，但歐陸法系對於詐欺罪的適用要件上較英美法系來得限縮，也或許因為詐欺罪創設之後無法完全當時交易的亂象，後進資本主義國家才會於創設屬於整體財產法益之詐欺罪之後，再設立所謂的背信罪。因此，若是把詐欺罪視為「整體財產法益」，本文亦不認為其內涵上完全等同本文所認之背信罪之法益內涵；再者，從法條文義之射程範圍內，我國條文對於詐欺罪之規範與日本相近，並且行

⁵⁵⁰ 最判昭和 25.4.2 刑集 4 卷 4 号頁 528；最判昭和 25.7.4 刑集 4 卷 7 号 1168 頁。

為態樣限於「交付」、「以前項方法得…或使第三人得之」，亦無類似「…致生損害於本人財產或其他利益」之規範，宜認為詐欺罪所保障之法益應該屬於「個別財產法益」，與背信罪有別，並且由於一個行為造成兩個行為規範之違反，倘若此二個規範違反只不過是於「不可分的一個行為」中表彰具有兩個具體禁止的理由，只不過係表示行為的違法性程度，當以違背任務之從背信罪與詐欺罪的外觀上來看，以「浮報價額」為例，委任人委任他人（受任人）為其訂購商品，該他人屬於三面關係之交易活動中本人經濟活動手足之延伸，因此屬於為他人處理事務之人，該受任人以 100 圓購入該商品後，向委任人報價時，謊稱以 1000 圓購入使受任人信以為真，交付 1000 圓之價款給受任人，姑且不論有無其他偽造收據等行為，此時「行使詐術」之時點則以同時「違背任務」，此際，在委任人所交付之 1000 圓應能特定化、個別化之情況下，該次的財產損失僅論 900 圓，並且未達到啟動背信罪加以處罰之程度，因此僅論處詐欺罪，其評價上即為已足，此部份亦得回流至詐欺罪加以處理。

爰此，回到上述之「保險外務員之案例」，保險外務員與保險人所為保險契約之締結，屬於三面關係之下的交易活動類型，其先前對於明知道不符合承保條件、不應該締結卻加以締結之行為屬於「任務之違背」，但是其後向保險公司申請承接案件之績效獎金而從保險公司處取得績效獎金時，則屬於詐欺取財或得利之行為，此種狀況則前行為之部份，將會透過「背信罪與保險法第 168 條之 2 的特別背信罪」的第一次回流，而是用特別背信罪，與其後之詐欺罪，數罪併罰之或有可能認為其基於一個意思決定所作的數個因果歷程，當作係一行為侵害數法益之想像競合。

第四款 背信與其他犯罪之論斷

第一目 虛偽登記、偽造文書與背信

「商業會計法」與「背信罪」之部份，其依照亦即依照商業會計法第 71 條第 4、5 款所規定之法定刑度，「處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六十萬元以下罰金。」，若與背信罪「處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」相較，則其依照商業會計法第 71 條第 4、5 款對行為人科處刑責，則已然能夠涵蓋背信罪之部份，從而當行為人（商業負責人、主辦及經辦會計人員或依法受託代他人處理會計事務之人員），若有「故意遺漏會計事項不為記錄，致使財務報表發生不實之結果」以及「其他利用不正當方法，致使會計事項或財務報表發生不實之結果」時，單就文義上則同時符合「違背任務」，從此一角度來觀察，同時該當背信罪與商業會計法之罪時，論處商業會計法之部份評價即為已足。

縱然，依照本文對於背信罪之適用必須限於「三面關係之交易形態」，從實質層面來觀察，會計人員為該公司所作成之會計紀錄、財務報表，亦屬於現代經濟活動不可或缺之一環，並且此為本人所不能為之需要他人代替之事務，因此基本上能夠對外發生一定之效力，亦即與公司外部之第三人雖然沒有客觀物理上交易之經濟活動，但是具有促使、吸引外部之第三人與本人進行交易，從而亦應該會同時該當商業會計法與背信罪，此處一樣論處商業會計法之罪為已足。退步言之，縱然認為因為形式上會計人員並未對外進行經濟活動，只是單純製作會計紀錄、財務報表，則此部份縱然無須動用背信罪，只需要使用商業會計法則宜認為評價行為規範之違反與違法性之程度已然充足。

本文認為較有問題的是在「偽造文書」與「背信罪」之間，蓋按依照本文第三章之實務案例所示，多係以「偽造文書」為手段，而後進行「違背任務」之行

為，從而在舊法脈絡下，實務見解多認為屬於「牽連犯」之類型，然而在牽連犯廢除之後，此一類型該如何適用則產生疑問。誠如本文第三章所言及之牽連犯的適用前提，若係逕自地回歸數罪併罰，則可能產生過度評價之疑慮。因此，國內有學說認為在回歸何種競合類型之適用上可以採取「一行為具有局部重疊之原理」，當客觀上兩個行為具有局部或者是全部重疊（實行行為局部的同一性）之情形，則可將其視為一個複合的因果流程，亦即人的一個意思決定所啟動之一個複合的因果流程，一個複合之因果流程透過數個彼此相互連結而具有方法目的、原因結果或持續複製關係的因果事實所構成，此一行為屬於「社會經驗上之一行為」，並且所謂「人的一個意思決定」與「故意」分屬二事係指「『一個意思決定』便如同『一個概括犯意』，當中包含多數互相連結的構成要件故意」⁵⁵¹。本文以為此一看法確實能導正、避免牽連犯廢除之後回歸數罪併罰而造成除罰過重的態勢，依照此一見解則能夠壓縮數個故意為一個意思決定，使得像是「偽造文書」與「違背任務之背信行為」，依照國內學說對於此二罪之法益評價，則結論上應係一行為（一個意思決定）侵害數法益（文書公共信用性之社會法益與個人整體財產法益），此一類型應該回歸想像競合，前述本文第三章實務見解中亦有於採取「想像競合」之見解。但是，依照該學說所評析之實務案例以觀，在「行使偽造文書與詐欺罪」部份，學說見解認為行使行為本身即是施行詐術使人限於錯誤的行為，即是行為全部都同一的情形，也屬於行為之間方法目的關係的一行為，應該成立想像競合⁵⁵²；然而，在「偷車後搶奪或強盜」，學說則認為除非竊取車輛在搶奪或強盜之後，否則先前的偷車行為與事後的搶奪或強盜行為應該屬於各

⁵⁵¹ 許玉秀，「一罪與數罪的理論與實踐（二）、（四）」，頁191-196、141-145，台灣本土法學雜誌第79、81期，2006年2月、4月。

⁵⁵² 許玉秀，前註（551）文，頁146。

自分離的兩個行為，應該成立數罪⁵⁵³；又或者是在「和誘而強制性交」，則認為縱或是出於一個意思決定，但因為妨害家庭與強制性交兩個因果流程在時空上是可以清楚分隔，並非只有一個因果流程，並非只有一個因果流程，不能認為是一個行為，應論以數行為數罪⁵⁵⁴。本文以為「一個意思決定所開啓一個複合的因果流程」確實有其論證上之益處，然而何以在上述後二案例當中，「偷車後搶奪或強盜」、「和誘而強制性交」在社會評價上也可以是具有手段目的、方法結果之關係，亦應該套用一個意思決定所涵括數個故意、行為所組成的複合式因果關係，何以未貫徹一個意思決定的概念，反而認為縱或一個意思決定也要當作是數罪？本文從側面揣測學者之想法，雖然「一個意思決定」所指之「一行為」，必須係社會經驗上之一行為，然而在個案論證上，每個人所體認之經驗可能有別，也因此適用「一個意思決定」的概念時，仍然會產生浮動性之判斷，從而縱或是指「一個意思決定」有別於「一個故意」，但是何時屬於一個意思決定，或者數個意思決定，則仍繫於裁判者主觀上之經驗，當裁判者認為此些行為極為惡劣時，則可能解釋為數個意思決定，或者是縱或一個意思決定但是認為兩個因果流程明顯分離，反之，經驗上認為不是那麼惡劣的情況，則能夠使用一個意思決定壓縮行為人數個故意、行為，如此一來，則判斷標準亦不明確，最大的疑慮並非理論不好，而是此一判準將囿於裁判者主觀之心態。

從而，本文認為對於「偽造文書」與「背信」，或許可以採取另外一條路徑—「共罰之後行為 / 與罰之後行為」，亦即先、後數行為具有手段、目的與原因、結果關係時，兩行為間具有相同之法益時，後行為之法益所侵害之法益如果可以

⁵⁵³ 許玉秀，前註（551）文，頁147。

⁵⁵⁴ 許玉秀，前註（551）文，頁143。

包攝到前行為所侵害的法益時，則對於後行為之犯罪不加以究責⁵⁵⁵。從而，客觀上著眼於「偽造文書」與「背信罪」之法益，依照本文見解所推演背信罪之法益內涵，其重心應在於「三面關係之經濟交易活動的『制度性信賴』」，與偽造文書罪章當中「文書」在法律系統中所具備之「公共信用性」，此亦屬於「制度性信賴」，在此點上兩者之法益基本上是同一的，從而舊法中以「偽造文書」為手段達到「違背任務造成財產或其他利益損害」之目的，雖然已經啟動背信罪之安全閥，如果其程度足以動搖此一「制度性信賴」時，本來應該發動背信罪加以處罰，不過由於此一類型尚必須先行破壞文書之公共信用性，因此「文書」與「三面關係之經濟交易活動」緊密結合時，只論處前行為之部份即可，而由於行使偽造公文書或私文書之刑度，以偽造之規定刑度加以處斷，從而法定刑之部份亦應能充足評價該次之犯罪。

第二目 洩漏營業秘密與背信

「營業秘密」長久以來均在討論其是否具備財物性，因而學說上對此多有爭議⁵⁵⁶，但現行刑法中以增設洩密罪，而依照秘密之種類性質規定於不同之條文，此處「營業秘密」應係指刑法第 317 條之洩露業務上所知悉之工商秘密罪，依照實務見解之處理模式，基本上成立背信罪之判準均在於「其是否洩密時仍具備該

⁵⁵⁵ 李茂生，「墮胎罪的法益與罪數—以早產說與殺胎說的爭議為議題（法律思維導引）」，頁 7 以下，請參照 <http://lms.posterous.com/30168405> (最後瀏覽時間 2011 年 5 月 1 日)；山口厚，「不可罰的事後行為と共罰的事後行為」，頁 229 以下，收錄於「理論刑法の最前線 II」，岩波書店，2006 年。

⁵⁵⁶ 林幹人，現代の經濟犯罪，頁 57 以下，弘文堂，平成元年 4 月 10 日，初版 1 刷；伊東研祐，「企業秘密の漏洩と窃盜罪の成否-機密の『財物性』、一時ち出してと『不法領得の意思』」，頁 198 以下，現代社会と刑法各論，成文堂，2004 年 3 月 10 日第 2 版第 2 刷。

處理事務之身份」，如果欠缺該身分，則由於不再具有為他人處理事務之身份；反之如果具備則會再針對行為人之主觀意圖加以判定。本文認為此部份針對仍然具備該業務身分、為他人處理事務之人，是否能作為背信罪之行為主體有所疑問，蓋依照本文之見解，背信罪所要處理的是「三面關係之經濟交易秩序」，行為人之職務如果向來處理之事務均以對外關係無涉，其所為之行為態樣基本上並非係背信罪所要討論者；縱然例如公司之總經理掌握客戶之訂單，將其洩露給競爭對手之行為該當洩漏祕密，不過從行為規範之違反上而言，其實所謂「洩密行為」與「違背任務」是同一行為時點，本來只要評價一次即為已足，不過由於刑法第 317 條所規範之洩漏祕密罪之刑度僅處「一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金」，對於現代競爭社會中被視為競爭資本的工商業祕密之侵害，或許是因為被認為僅用洩密罪章處罰有評價不足之虞，從而配合背信罪之使用，學說與實務見解多半會基於此屬於一行為侵害數法益（個人工商祕密安全法益與個人整體財產法益）之類型；惟本文以為此時「祕密具有財物性」之爭議則具有重要意義。

蓋在現代社會高度信息化之現狀，無從否認「工商業之祕密」具有一定之經濟價值，從而若將「業務上所知悉工商祕密」洩露出去，依照社會通念而言都會被認為係不被允許之行為，從而同時該當違背任務；但是，若將其行為態樣之精緻化，可以想像到並不只是抽象、欠缺構成要件明確性⁵⁵⁷之違背任務，而是行為人以「怎樣的行為」來違背任務，例如：行為人可能係將該機密資料文件直接攜出或影印備份攜出、用隨身碟或硬碟將檔案備份或者是直接將檔案傳送等，將「文件直接攜出」之行為，可視其阻斷了原權利人對於該機密文件的持有、支配權限，

⁵⁵⁷ 相同見解認為「違背任務之行為」欠缺構成要件明確性之看法，請參照林山田，刑法各罪論（上），頁 487。

建立自己對於該機密文件之持有支配關係的「竊取」行為⁵⁵⁸，通常基於行為客體之特殊性質，縱然行為人將該機密文件攜出後在原封不動地帶回，亦難認此屬於使用竊盜而不加以處罰；再者，影印後將原來機密文件交回公司，卻將影本攜出給他公司，仍可認定該行為屬於易持有（正本）為所有（影本），自行將該影本攜出給他公司，除了洩密之外，屬於侵占之不法行為⁵⁵⁹；而用隨身碟或硬碟將檔案備份後攜出，則應該端視其取得之方式是否該當刑法第 359 條之電腦犯罪，若是無故取得電磁紀錄則屬之，相反地，若非無故取得，而是原本之備份取得乃為避免硬碟壞軌所以先行備份，但其所備份之資料由於屬於無形之財產利益，仍應該視為係原權利人所有狀態，只是因為契約之關係允許負責持有該份機密檔案之人在為了確保公司之利益下，加以先行備份，倘若加以攜出或販售，則應屬於易持有所為有之侵占行為，只不過此處侵占利益，若依照上述實務見解所採取之方式，持有他人之『物』擴張到『無形之財產利益』，亦能加以適用侵占罪，若認為不妥適，則應該立法論增加侵占利益之二項犯罪。

職此，本文認為洩秘之行為雖然未能夠充分評價，但是緊隨在後之侵占、竊盜、無故取得電磁紀錄等行為，其法定刑度均高於或與背信罪相等，並且其行為態樣亦較違背任務更加具體，何況依照實務見解如果能夠先行適用竊盜罪、侵占罪之行為，則不會使用作為一般違背任務之背信罪；而若係該當無故取得電磁紀錄罪，則由於此一妨害電腦使用罪章之法益侵害，依照學說見解認為所採取之主法益、副次法益之看法，則與本文所處理認定背信罪之法益內涵部份相近，在同樣屬於以「財產損害」作為門檻，而前者要侵害要達到致生損害於公眾或他人之程度，始屬之；後者必須要達到動搖「三面關係經濟交易活動之秩序」，兩者程

⁵⁵⁸ 東京地判昭和 59.6.28.判時 1126.6。

⁵⁵⁹ 東京地判昭和 55.2.14.判時 534.85。

度上異相近，此時依據上述之「與罰之後行為」理論，論處先行無故取得電磁紀錄之行為為已足。

第三項 小結 背信罪之形骸化-立法論上之建議

綜上所述，本文見解從背信罪之歷史發展以及其所經歷社會結構、經濟制度之變遷中，探究背信罪其本身之罪質以及法益，而透過 Luhmann 所主張之「減縮複雜性」之「信賴」關係之檢討，本文認為背信罪之罪質必須以「背信說」為起點，然而為了避免過度擴張信賴之保護，而將此一信賴關係界定為保護「三面關係中經濟交易活動之秩序」的『制度性信賴』。並且在檢視其與他罪之間的關係後發現背信罪之現實適用上，有鑒於特別背信罪之廣泛制定，加上我國實務見解之以背信罪為備位之適用模式，背信罪使用之機會在現今社會當中，業已不復當初於西元 19 世紀制定之時那般地具有一定之實質上的意義。

職是，本文見解認為在足以將原本可能廣泛適用背信罪之事案，逐一地解消進入其他諸種犯罪當中，並且不會造成評價不充足之虞，為符合本文於第二章所採行之策略，則無須在普通刑法當中殘留此一時代之遺跡。即便解釋論上，本文認為能盡力地加以限縮其可能處罰之範圍，但最根本地釜底抽薪之計，應該考量為避免背信罪淪為爭訟技巧之道具，使得原本欲借由背信罪來確保之「信賴」，反而因為檢方、民眾濫行地基於政策上之目的來以背信罪提起公訴或自訴，造成人民對於經濟交易活動更多之不信賴，本文於立法論上之建議加以刪除之。

第五章 特別背信罪之建構、分析與限縮

第一節 概述-規範論需求的特別背信罪

特別背信罪章分散式地制定於各該重要的經濟與商事法規當中，綜上所述，是否應當成立特別背信罪在構成要件階層的設定上，與刑法中背信罪的差異僅在於「行為主體之身份是否屬於特殊業務」，如果符合的話，在法條的適用上，則會從背信罪轉向到特別背信罪。

而我國特別背信罪制定的規定展現在「銀行法、證券交易法、金融控股公司法、保險法、票券金融管理法、信託業法、信用合作社法」之中，延續本文前述對於特別背信罪之生成的見解，亦即特別背信罪之制定源自於「市民社會對於經濟秩序的不安全感」，一方面市民社會中的一般人對於透過「組織體」架構所形塑經濟秩序，相較於透過「非組織體」的模式，應該更加感受到無法掌控的感覺；另一方面，日益複雜化的市民社會，若要使得經濟交易能夠圓滑運作，以「組織體」作為一般性的媒介已然成為常態模式，用以減縮於社會中進行經濟活動的複雜性，此些處罰規定的設立，大體是在政策上為了活絡、促進經濟交易的背後，考量到行為人可能會因為不公正的手段去損害他人，為了追求利益而使用種種背德的方法，從而經濟交易活動關係複雜化、專門化以及技術化的同時，為了促進正常之交易關係，以維持公正交易秩序為其目的，完善其設備與制度所作成之規範，規範架設之重心在於避免因為金融機構受到侵害以致於社會共同主觀不信任該金融機構，甚至於不在信賴以金融機構作為媒介的交易模式，造成經濟、金融秩序的崩解。因此，不單是雙面關係之委託、委任事務，更要緊地是因為內部委託、委任之違背所引發外部對該金融媒介機構的不信賴。

然而，回顧資本主義自由競爭的結構，私人創造的意欲則是經濟活動程度之原動力，因此，某些情形利用現存制度所進行之經濟交易關係，雖然於道德規範

層次被非難，但是在未造成他人嚴重損害的情況下，一定程度內是必須被允許的，反之，若因為私人利己之欲求而造成別人重大損害之情況下，並且如果交易之方式造成經濟交易機關健全營運的侵襲，則為法律規範不允許之情事，必須使用抑制之措施。只是刑法規範向來被認為是最後的手段，民事、商事法規範對於交易秩序的健全運作本來就設有規範，利用法律規範作為私人利益確保的保全手段之外，各種民間之自主規制措施或者是行政法規所為直接公權力的監督，均是為了抑制不正交易手段所為之規定，從而刑法規範則是居於補充的性質。

職此，應該如何劃分「被允許之商業行為」以及屬於違背任務被視為「不被允許之行為」，涉及金融專業領域的專業判斷上，應該如何界定成非易事，國外學說與晚近研究者則有以「經營判斷法則（Business Judgment Rule）」來認定行為人沒有違背任務，國內學說見解對於刑事法領域是否可使用經營判斷法則，亦有。是以，本文以銀行法第 125 條之 2 所規定之特別背信罪為中心，重新建構「違法授信」此一類型化之特別背信罪的適用範籌，並從釋義論角度說明應該如何限縮其處罰之範圍，避免影響正常經濟活動，以及說明學說上所討論之經營判斷法何以有認為能夠適用於刑事法領域，以及何以不能之理由後，再提出本文之結論。

第二節 特別背信罪之要件分析與限縮-以「銀行違法授信」為中心

第一項 「為他人處理事務」之身分要素之強化

第一款 背信罪之違法身分

第一目 歐陸早期之列舉模式

針對「背信罪」行為主體之規範，其主體身分性之認定很重要，會左右背信罪成立之範圍⁵⁶⁰，在立法例上係採取「例示或者是列舉」，刑法規範當中有制定背信罪的國家的規範模式亦並非全然相同，例如：德國早期以列舉之方式而後更改為以統一、例示之方式加以規定，惟其例示亦並非沒有做任何限制，仍是必須符合「有無管理他人財產之處分或使他人負擔義務之權限」之人，以及「負有維護他人財產之義務」之人；早先挪威刑法第 275 條規定亦是例示模式，對於「管理事務以及監督事務之人」均有適用，例如：監護人、遺產保護人、公司經理人、支配人、訴訟代理人以及其他類似之人均被包含在內，以典型的代理人為例，基於他人之名義為具有拘束力效果之行為時，本於偽裝後的目的去濫用他人之權利，此些行為人必須具有一定統括財產事務之立場，從而不包含位於地位屬於下位階層之人⁵⁶¹。

⁵⁶⁰ 平野龍一，「橫領と背任，再論」，判時 1680 号，頁 3、判時 1686 号，頁 11、判時 1689 号，頁 23。轉引自山口厚，刑法各論，頁 315。

⁵⁶¹ 內田幸隆，前註(91)文，頁 117-118。

第二目 日本法之例示模式

而就日本而言，從法制史的脈絡加以考察，早期明治 34 年改正案第 282 條規定之方式與當時所參照歐陸法系之挪威刑法相同者在於「**事務處理者**」部份，其所規定之「**事務處理者**」必須是具有一定財產事務之統括權限者⁵⁶²，例如：在分行經理指揮之下，實際上於銀行分行具有權限負責融資事務處理之人，然而，條文文義並未如同挪威刑法明文規定「下位者不適用背信罪」，學說間則有認為藉由歷史解釋之方式，對於日本刑法上背信罪之行為主體的認定上，仍須將就該事務處理僅處於補助地位之人加以排除，其並以日本法僅用「事務之管理」為由，認為無從包含負責「監督之人」，像是公司的監察人或者是法定監護者之監督人等，對於依據法律行為代替本人所為之財產處分之意思內容的決定過程加以監督者，均不可能為本罪之行為主體⁵⁶³，至於現今日本刑法第 242 條所規定之背信罪，行為主體之規定方式仍是採取「為他人處理事務者」之「例示」規定模式。

第三目 我國學說與實務見解之認定

我國刑法第 342 條之背信罪於行為主體之規定，與日本法相近，同樣是規定以「為他人處理事務」為限，從而在行為主體之身分性質的認定上，國內學說則認為背信罪之行為主體，屬於「真正身分犯 / 純正身分犯 / 純正特別犯」⁵⁶⁴，

⁵⁶² 向來日本實務認為能夠成立背信罪之行為主體者，除了本文上述言及之類型外，由於範圍很廣，尚包涵「信用組合事務員」（大判昭和 8 年 7 月 20 日刑集 12 輯頁 1360）、「電鐵公司總務課長以及倉庫管理長官」（大判大正 4 年 2 月 20 日刑錄 21 輯頁 131）、「不具有最終裁決權限的信用組合專務理事」（最決昭和 60 年 4 月 3 日刑集 39 輯頁 131）。

⁵⁶³ 內田幸隆，前註(91)文，頁 118-119。惟日本學者亦有不同之看法，認為「公司的監察人或者是後見監督人」應該可以作為行為主體。請參照上寫一高，前註(284)文，頁 248。

⁵⁶⁴ 甘添貴，刑法各論（上），頁 344。

認為係依照刑法第 31 條第 1 項所規定的特定關係，從而共同實施或教唆、幫助之人，雖然不具有此一身分，仍得擬制為正犯或者是共犯，少數晚近國內學者⁵⁶⁵則主張背信罪既然係義務犯之性質，則無從適用刑法第 31 條第 1 項有關共同正犯之規定。

日本學說也有認為其背信罪中行為主體之身份屬於日本刑法第 65 條第 1 項擬制正犯或共犯的規定。我國實務見解對此一行為主體之身份定性，亦是多認為「刑法第 342 條第 1 項規定…被告就上開犯行，有犯意聯絡及行為分擔，應為共同正犯。被告固均非…處理事務之人員，惟其等與被告共同實行犯罪，依刑法第 31 條第 1 項，雖無特定關係，仍以共犯論。…」⁵⁶⁶，從而在此一議題上似乎見解均屬一致。

本文對此亦肯認上述學說與實務之見解，認為「無身分之人」自己雖然因為不具有身分因而不能成立背信罪之行為主體，但能夠透過「為他人處理事務者」此一具身分之人成立背信罪之共同正犯、教唆犯或幫助犯，不過理由尚有些微差異，蓋學說通說均多以刑法第 31 條第 1 項所規定之身分犯係指具有一定身分始能作為可罰性基礎之「純正身分犯」，無此一身分之人無法獨自完成該犯罪為由，認為僅能藉由具有身分者共同犯罪之方式加以非難，然而，其可罰性之基礎為何，或許認為在於僅具有該身分之人始能夠侵害該類型化犯罪所與保護之法益，

⁵⁶⁵ 許恆達，「身份要素與背信罪的共同正犯-Roxin 構成要件理論的檢討（下）」，頁 105-107，萬國法律第 124 期，2002 年 8 月。

⁵⁶⁶ 台南地方法院 95 年度易更(一)字第 4 號判決。相同見解之判決請參照最高法院 28 年上字第 3067 號判例、高等法院 93 年上易字第 1575 號判決、花蓮地方法院 90 年自字第 40 號、宜蘭地方法院 92 年易字第 224 號判決、臺東地方法院 90 年簡字第 3 號判決、87 年訴字第 103 號判決、86 年易字第 4307 號判決、86 年上易字第 444 號判決、85 年訴字第 1109 號判決、85 年訴字第 1138 號判決、84 年訴字第 872 號判決、84 年訴字第 77 號判決。

強調具有該身分之人其自身的實行行為對於法益之侵害性，無身分之人無法自行侵害背信罪之法益，僅能夠透過具有該身分之人加以侵害，結論上與純正身分犯並無不同。

再者，本文雖然認為背信罪與特別背信罪在時代背景的意義上均有維護經濟秩序之相似之處，並且與其解釋為個人財產法益，毋寧更趨近規範觀點的超個人法益，就身份是否具備義務性質此點觀察，原本應該肯認其屬於責任身份或不純正身份犯，但在此種超個人法益的規範性要求，加上背信罪之身份並未有特定限縮之情況下，宜認為仍趨近違法身分。

職此，背信罪之行為主體的身分性質，與其認為係純正身分犯，毋寧將其理解為違法身分或者是不法意義之身份或許更為貼切。

第二款 特別背信罪之責任身分

惟背信罪之行為主體之身分性質屬於「違法身分」，而後所制定之特別背信罪的行為主體身分性質為何，依照銀行法第 125 條之 2 第 1 項之規定：「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。」所採取之規定模式則以「近似列舉」之模式，對於行為主體之射程範圍進行限縮，並須係「銀行之負責人或者是職員」才有可能係此一特別背信罪所要規範的對象。從而，歸於此一特別背信罪之行為主體的身分性質為何，或許可以從為何要針對「銀行之負責人或者是職員」大幅地提高處罰之法定刑度之原因加以探究。

外國立法例中除了日本⁵⁶⁷和我國之外，有些於刑法典中沒有背信罪規定的國家，例如：法國、美國，則反而卻有特別背信罪之規定，像是法國刑法典並未有存在背信罪，但是該國立法例中並非完全沒有類似背信罪之概念，德國學者 Tiedemann 則指出德國刑法第 266 條之規定則和法國商事公司法第 425 條第 4 款、第 437 條第 3 款實體刑法上的構成要件應該被評價為本質上為同一⁵⁶⁸，同時觀察法國商事公司法之規定，其第 425 條第 4 款關於「有限公司」的犯罪：「基於惡意地為了個人之目的或為了與自身有直接或間接利害關係的其他公司或企業之利益，關於公司的財產或信用，明知違反公司之利益的管理者。」加以處罰、第 431 條則將行為主體加以擴張至「直接或仲介他人之法定管理人的庇護之下或者是替代而事實上對於有限公司有管理權限之人」、第 437 條第 3 款關於「股份有限公司之支配和管理」的犯罪：「基於惡意為了個人之目的或為了與自身有直接或間接利害關係的其他公司或企業之利益，關於『公司的財產』或『信用』，明知違反公司之利益的股份有限公司之總經理或總支配人。」加以處罰；依照同法第 463 條的主體「直接或仲介之人」則擴張到事實上為「庇護或取代此些公司的支配、管理」之人⁵⁶⁹，結論上，法國商法有特別背信之規定，而該特別背信罪規定則是針對「對於本人具有高度信賴關係之人」或者是「取代本人實際上為事務執行者」；此外，美國法之部份如同本文第四章所述，由於向來處理此類問

⁵⁶⁷ 按日本改正前的商法第 489 條第 1 項則是「關於營業或者是受種類或特定事項之使用人」，以「例示」之方式為之，商法修正之後特別背信罪之主體，公司法第 960 條-第 961 條列舉之情形，發起人、董事、參與會計、監察人和執行役、支配人；關於接受事業種類或特定的事項之委任，使用人、檢查人、代表社債權人與決議執行人。請參照最決平成 17.10.7.判タ 1195.117。

⁵⁶⁸ Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，「ドイツおよび EC における經濟犯罪と經濟刑法」，頁 352。

⁵⁶⁹ 山本桂一，「1966 年フランス商社会社法」，頁 105、110、118 以下，法務資料第 398 号，1967 年。轉引自內田幸隆，前註(91)文，頁 131、151。

題多透過「詐欺」或者是「侵占」⁵⁷⁰來加以處理，亦即美國模範刑法典中雖未存在類似我國與日本、德國的背信罪之明文規定，惟如果從犯罪類型來看，在模範刑法典中則並非以包括式的行為主體加以規定，而是針對「受託財產」、「政府財產」或者是「金融機關的財產」之情形，亦即在此些場合，在自己支配之下關於管理財產之決定方式，存在嚴格的限制規則，並且由於英美法系「民、刑法」之認定並未如同歐陸法系在標準上區別「民事法」與「刑事法」規範，而是多半要達到重大（gross）的程度時，才會認定具有刑事上的責任⁵⁷¹，因而逸脫此些規則之行為必須造成重大之財產損害結果，始視為刑法上之犯罪加以處理；其他的情形則委用民事法上加以處理，亦即第 224 章「偽造文書與不正交易之罪」中的第 224、13 條財產不正使用罪之類型：「不法使用或處分受託財產或政府或金融機關的財產，造成該財產的喪失或有損害得相當危險之人」依照被害額度論處輕罪或微輕罪。若從具體的案例探求何謂「不法使用或處分」之行為類型，例如：「儘管被要求以證書投資利率較低的公債，受託人則是將受託財產投資利率較高的股票的情形」，以及「陸軍的支出負責官將為了建造基地游泳池的資金部分流用到建造網球場的情形」⁵⁷²，則可發現關於模範刑法典中「財產不正使用罪」其實可被評價為「處罰受託人或者是在政府或金融機關工作之人的違背任務之行為」的類似歐陸法系中的特別背信罪規範。

從上述之立法例中觀察，與外國立法例中之背信罪相同的特徵在於此些行為

⁵⁷⁰ 學者木村光江則有認為日本與德國中關於背信的例子在英美則是作為侵占(Embezzlement)加以處罰(3The American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries, PartII,129(1980))。請參照木村光江，「詐欺罪の研究」，頁 146，東京都立大學出版，2000 年。

⁵⁷¹ ヨシユア・ドレスラー著 星周一郎 譯，アメリカ刑法 (LexisNexis アメリカ法概説 (3))，頁 190，2008 年。

⁵⁷² The American Law Institute，*supra*，note 99，at 358-359。轉引自內田幸隆，前註，頁 133。

主體所服務之機關，均具有「金融機構」之外觀，而在職能上多半都具有「大量收集資金」之功能，可以想見的是「金融機構」與整體社會經濟秩序具有極微密切的關聯性，依照本文於第二章之看法，此些金融機構的運作還肩負了「市民社會對於經濟秩序之安定感」的任務，倘若任由此些金融機關之負責人或其受僱之職員違背其所應盡之任務，違背本來應該處理之事務，則勢必會造成不安感，影響、延滯經濟秩序之發展。因此，立法者有鑒於此從而將行為主體之身分，於「銀行」之部份聚焦在「其負責人或職員」身上，欲藉此以收嚇阻之效。

惟討論銀行法上之「特別背信罪」中「行為主體」之身分性質，究竟為何種身分，主要的討論之實益乃係處理欠缺身分之人是否應該論處特別背信罪之共同正犯或教唆犯、幫助犯的問題。在「銀行機構」當中，除了銀行內部之職員彼此間具有犯意聯絡、行為分擔之外，有特別值得探討者則在於「向銀行貸款之人」是否因為銀行人員違法授信之情形，也具有被論處共同正犯或教唆犯、幫助犯的可能性。此一問題我國實務案例上較少出現，但整體對於經濟刑法之規制隨著社會結構之變遷，刑法之任務性不斷地被強調的情況下所呈現的嚴罰狀態，將來是否可能擴張特別背信罪之適用範圍，抑或應該先行釐清特別背信罪之行為主體的身分性質，藉此限縮刑法保護網的持續擴大，本文欲藉以鄰國日本立法例上對於此一問題之討論，先行加以介紹，再說明本文之見解。

第一目 日本學說、實務之介紹

日本實務見解對於「向銀行貸款之人」是否因為銀行人員在放款上具有違法授信之性質而有成立特別背信罪之共同正犯或者教唆犯、幫助犯的可能性，有採取肯定與否定之看法，在理由基礎上則有不同之論述。

以「千葉銀行事件」⁵⁷³之實務見解為例，該案實務見解肯認「向銀行貸款之被融資方」成立共同正犯之結論，該案原審與最高法院則是認為「被融資方」必須具有與融資方相同程度的主觀認識，但是所謂的相同程度之主觀認識，由於多半只要具備間接故意，從而該案實務見解認為「被融資方」基本上並不要求其應該充分地能夠達到確定認識之程度，具有主觀上的未必故意（間接故意）之程度即可。但是，同樣係日本實務上所討論到之案例，在「旧住專不動産公司」之案例中，針對「旧住專會社 A 社與高爾夫球場開發公司 C 社不良貸付」之爭議，實務見解認為向銀行貸款之被融資方，只不過是申請融資，對於決定放款之融資方而言，並未有重要的影響，因而從主觀要件之層次判決認為「被融資方」欠缺背信罪之確定認識，從而透過否定共謀關係，進而否定其共犯性⁵⁷⁴。若將「千葉銀行事件」與「旧住專會社 A 社與高爾夫球場開發公司 C 社不良貸付」兩案加以比對，不難發現到日本實務見解的看法，大致上會考慮兩方面，一方面則係「融資方(銀行內部具有決定放款權限之人)權限行使之自律性」，另一方面則是「被融資方(向銀行貸款之人)對於權限行使之影響程度」，透過兩者間的關聯性去判斷欠缺身分之人是否具有共同正犯性。

相較於實務見解之看法，日本學說見解對於此一爭議的開展，則是延續對於本來背信罪之行為主體的討論脈絡，解釋其對於此一問題之看法，亦即較早的學說看法則係基於一般共犯理論認為欠缺身分之人必須「認識到此些行為對作為為了金融機關本人之利益應該誠實地處理事務之人是不允許之行為」以及「欠缺身分之人的犯罪行為屬於整體犯罪過程中的核心地位」則可成立共同正犯⁵⁷⁵。然

⁵⁷³ 最判昭和 40 年 3 月 16 日裁判集刑事 155 号頁 67。

⁵⁷⁴ 內田幸隆，「背任罪の共犯-不良融資における借り手の刑事責任」，頁 29-30。

⁵⁷⁵ 中森喜彦，「背任罪の共同正犯」，頁 5，1999 年，研修 609 号；另外佐々木正輝、柴田牧子、星周一郎等學者之看法，轉引自內田幸隆，前註(574)文，頁 33。

而，所謂「認識」是否兩者之間只要具有一定的犯意聯絡就足以說明共犯性，惟學者藤木英雄則認為共同正犯之加工意思不能僅單憑意思聯絡隨即認定，欠缺身分之行為人必須存在「**教示、告知具體方法**」之場合⁵⁷⁶，才有可能該當共同正犯。但是此種決定應不應該放款之行為，似乎某種程度上存在高度專業的判斷需求，一般人與銀行負責決定放款之專業人員似乎程度上有別，況且向銀行借錢之一方自然係為了自己或者是自己之公司盡力地想辦法得到銀行之貸款，因此學者林幹人則是藉由「**被容許危險的法理（容許風險之法理）**」，解釋欠缺身分之行為人如果對於不良貸付之情形，強調具有**故意以及共犯之因果性**則並非不能成立共犯，只不過該行為如果某種程度上被認為係屬於對於「**企業再造具有用性**」的情形，則屬於被容許的危險，不應該加以處罰。從而，所謂「**企業再造之有用性**」，仍必須考量對融資方所造成財產損害之風險，被融資方之融資應該對於融資方有**獲取新的利益的可能性**，至少既存之債務要能夠加以回收⁵⁷⁷。上述以主觀故意和共犯因果性加以判斷的標準，基本上均係肯認「向銀行貸款之人」在符合一定的條件之下，有成立該罪之可能，從此一角度來看，上述之學說則是將該身分之性質界定與傳統背信罪之行為主體的身分性質相同，均屬於「**違法身分**」之性質，基於「**違法身分之連帶性**」而具有與具有身分之人成立該罪的共同正犯或教唆犯、幫助犯。

只是，並非所有學說見解都傾向此一行為主體的身分具有違法連鎖之性質，像是學者閔哲夫則是認為融資方（銀行負責人員）與被融資方（向銀行貸款之

⁵⁷⁶ 藤木英雄，「經濟取引と犯罪-詐欺、横領、背任を中心として」，頁 242。

⁵⁷⁷ 林 幹人，「背任罪の共同正犯-共犯構成要件について」，頁 4-7，判例時報 1854 号，2004 年。相反地，未達一定共同加功之程度時，則不應加以處罰，其他日本實務與學說見解之介紹請參照上寫一高，「金融犯罪の問題点」，頁 36，現代刑事法 No.30(第 3 卷第 10 号)，2001 年 10 月。

人)係為處於利害相反的對向關係，由於是「事實上之對向犯」，從而不應該加以處罰被融資方(欠缺身分之人的借方)，蓋由於被融資方為了避免自身破產、為圖經營狀況之回復、改善，努力地說服融資方加以融資，從此點觀察該行為則應屬於被容許之行為，違法性低微，而此種努力、策畫希望能夠獲得融資之行為，期待可能性亦屬於極低，並且處罰背信行為係因為本人與事務處理之人的「內部信任關係」，對向之交易行為則係「對向的信任關係」，並不屬於該罪之處罰基礎，因此欠缺身分之人應該否定成立共同正犯、教唆幫助的可能性⁵⁷⁸。此種看法則是著眼於「被融資方」身上，藉由其身分的特性闡述其所為之說服行為的違法性低弱，並且可能無從期待被融資方不盡力對於融資方加以進行遊說。另外，同樣屬於採取「被容許危險的法理(容許風險之法理)」之學者長井圓則亦從「被容許之危險」的角度認為此種類型屬於「融資方本身自律性」的問題，亦即此屬於「日常生活交易內部必然會產生之危險」，基於社會相當性或是被容許之危險的概念以及背信罪行為主體之身分係屬於客觀要件之加重，從而對欠缺身份之人論處背信罪之共犯其實並無客觀要件之加重根據⁵⁷⁹，藉此否定此一行為的不法性。而學者伊東研祐則是從「社會構成員本身之義務與機能」之角度切入，主張由於社會生活中每個社會構成員所肩負的不同的機能與義務，如果沒有肩負該種類的義務、機能，則不應該加以處罰，從而具有事物處理身份之人才具有此種自律性的任務，未具有身份之交易相對人則無法用此罪來加以處罰⁵⁸⁰。從「個別行為人之

⁵⁷⁸ 関哲夫，「背任罪の共同正犯についての一考察」收錄於「佐々木史朗先生喜寿祝賀-刑事法理論と実践」，頁 361 以下，2002 年。

⁵⁷⁹ 長井圓，「背任罪における自己答責原理と取引相手に対する共犯の成否-北国銀行事件控訴審判決をめぐって」，頁 135 以下，神奈川法学 35 号，2002 年。

⁵⁸⁰ 伊東研祐，「特別背任罪における正犯性-非身分者による共犯の成否」收錄於板倉宏博士古稀祝賀論文編輯委員会編，「現代社会型犯罪の諸問題」，頁 286 以下，勁草書房，2005 年 3 月第 1 版第 2 刷。

義務」的觀點切入，與學者伊東研祐相近的主張則有像是學者照沼亮介從「**規範違反性**」的角度，認為由於欠缺身分之人本來就無法符合該構成要件之適格性，從而不可能以行為分擔一部分之構成要件⁵⁸¹，因而不能認定該非具身分之行為人具有作為背信罪共同正犯之違法性。

對於反對具有共犯性之見解所提出來之理由，學者內田幸隆則持反對意見對於否定處罰依據者所提出的看法一一駁斥，其認為所謂的「內部」和「對向」的關係只不過是一種比喻的方法，只要係通常交易的關係都是對向關係，不能因此認定其違法性低微，而且以「一方之損失作為自己的利益」亦不被法所允許；此外，若採用「被容許之危險」的看法，一般而言會得到「風險低者則會被容許、風險高則不被允許」，但是實際上是可能全面禁止高風險之行為，蓋風險程度高的行為往往也會獲得高度的報酬，所以應該是針對具有經營回復可能者，方才被容許、如果無法衡量判斷的話，則無法加以容許；並且超過日常性一般危險者則應該屬於可罰，所謂「社會相當性」的看法，在屬於對向交易之中，不僅對於背信罪之正犯加以要求，對於共犯之部份也要所有要求，如此才能保障交易之自由的目的，並且所謂「自律性」的考量忽視縱然本人賦予同意權限給事務處理者，但不能認定本人將對於事務處理者之所有決定均加以全面性之同意，蓋權限逸脫之決定則本人並不會加以同意；而既然考慮到「社會制度與任務」的話，亦應該能夠察覺到即便是未具身份之人亦應該負有一定的社會義務⁵⁸²。學者內田幸隆則

⁵⁸¹ 照沼亮介，「不正融資と特別背任罪の共犯」收錄於伊東研祐編，「はじめて刑法」，成文堂，頁 136 以下，2004 年。相較於藉由「社會個別構成員之義務性質」此種否定處罰依據的看法，學者平山幹子從義務犯的角度闡釋雖然欠缺身份之人不具有該身份所科賦之義務，而不成立背信罪之共同正犯、間接正犯，但是仍然會成立教唆或者是幫助之可能。請參照平山幹子，「『義務犯』について（一）、（二）」，頁 500、2079 以下，立命館法学 270 号、273 号，2000 年。

⁵⁸² 內田幸隆，「背任罪の共犯-不良融資における借り手の刑事責任」，頁 35-39。相同見解學者上田正和認為考量「特別背信罪」有別於一般財產犯，而是針對經濟社會當中股份公司等公共利益之維護，宜認為「特別背信罪」行為主體之身份與業務侵占罪一樣，屬於「複合身份犯」，

是與關於此點學者前田雅英也採取相同之看法⁵⁸³，亦即「如果經過受理融資的申請，接受融資的該方其清償能力、擔保價值均有加以審查之前提，決定融資額、利息、清償期間、擔保等融資條件，於最終融資被實行的過程，並不能認為其屬於背信罪之共同正犯」，並且「從具有身份者其違背任務之程度事實上的關聯性，通常融資交易明顯地逸脫的情況下，收受融資之該方才有可能成為背信罪之共同正犯。」，只是緊接而來的問題則是何謂通常交易之逸脫？內田幸隆認為雖然確實地被融資方並未具有決定融資與否之權限，但從事實評價層面來看，非身分者（被融資方）仍然可能存有行為分擔，但是如果行無分擔的程度未達「造成逸脫之情形」，只是對於被融資方作該決斷時，促進或強化該決斷，則有成立教唆幫助之餘地，此則為「被融資方的問題，亦即被融資方於融資的實行過程當中之介入，是否造成一定的重要程度，使得『被融資方與融資擔當者一體化』的情形，進而對於本人必須負擔一方的損害與風險」，如果具有造成融資擔當者之權限行使之影響，從「為了迴避財產損害的規則」中逸脫，雙方共同決定不當的融資條件與方法，則自然可能成立背信罪之共同正犯；並且其認為上述之實務見解對於背信罪共犯之否定，但都忽略主觀層面的問題，所謂背信罪共犯之故意則係指「對於貸付擔當人會為違法之行為時點可以被預測」則可認為對於該事實有所認識，必須考慮「是否認識到藉由融資方自律性的決定判斷的影響而造成本人財產上之損害」，只是對於通常融資交易之逸脫在事實上之故意難以證明罷了⁵⁸⁴。總而言之，依照學者內田幸隆與前田雅英的看法，如果考慮「事務處理者之社會責任」以及

仍具有共犯性。請參照上田正和，「對向的取引と特別背任罪の共犯」，頁 21-23，大宮ローレビュ第 3 号。

⁵⁸³ 前田雅英，「商法 486 條と共同正犯」，頁 46，東京都立大学法学会雜誌第 44 卷第 2 号，2004 年。

⁵⁸⁴ 內田幸隆，前註(582)文，頁 41-42。

「交易自由」，認為不處罰欠缺身份之人並不適當。

第二目 本文見解-近似列舉之責任身分

以上述日本學說實務見解作為借鏡，可以發現到肯定此一爭議日本學說實務見解採取可以成立共犯性的看法，多半係延續了原本學說間在背信罪之行為主體身分性質的討論。但是，能否直接沿用至我國作為特別背信罪之行為主體的身分性質的判準，本文認為加以沿用的理由並不充足。雖然我國實務見解有以近似日本學者関哲夫所提出之看法，亦即我國**實務見解有認為**：「…依最高法院 91 年度台上字第 3929 號判決意旨，『貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款之圖利罪，係屬身分犯，以依據法令從事公務之人員為犯罪主體，無此身分者，依同條例第 3 條之規定，固亦得成立本罪之共同正犯，然必無此身分者與有此身分者，並非互相對立之「對向犯」，而係彼此有犯意聯絡及行為分擔，朝同一目的，共同對於有此身分者所主管或監督之事務，直接或間接圖得該有此身分者本人或圖得其他第三人不法之利益，始足當之；若該有此身分者所圖利之對象，即係該無此身分者，則二人係居於彼此相互對立之對向關係，行為縱有合致，並使該無此身分者因而得不法之利益，但二人之行為既各有其目的，分別就各該行為負責，彼此間無所謂犯意聯絡與行為分擔，除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難以上開圖利罪之共同正犯論處』。上揭最高法院之判決，雖係針對圖利罪所持見解，然其法理於刑法背信罪亦應有適用餘地。從而「為他人處理事務之人」與無此身分之人，違背任務之目的，如係在圖「為他人處理事務之人」及「其他第三人」不法之利益，該「為他人處理事務之人」與無此身分之人間，顯係具有合同平行一致性之犯意聯絡，彼此分擔利用相互之行為，以達成同一之犯罪目的，固非不得成立背信罪共同正犯；然若該為他人處理事務之人所圖利之對象，

即係該無此身分者，則二人係居於『彼此相互對立之對向關係』，行為縱有合致，並使該無此身分者因而得不法之利益，但二人之行為既各有其目的，分別就各該行為負責，彼此間無所謂犯意聯絡與行為分擔，自難以背信罪之共同正犯論處。」⁵⁸⁵，惟本文以為從必要共犯之結構去理解雖然並非沒有道理，但是如此一來仍然不能釐清到底「特別背信罪」之行為主體身分性質，我國上述之實務見解，或可作為在現行刑法第 342 條尚未廢除之前，用來限縮背信罪處罰範圍的論證依據，然而，本文以為適當的理由應該仍在於特別背信罪之「身分犯」性質，並且具有該「身分」之人才應該存在、肩負特殊之義務。

因此，從本文所言及之外國立法例來看，回顧背信罪之行為主體要件之設定，可以發現到或有採取「例示」之規定方式，抑或有採用「列舉」之規定方式，立法者從行為主體的規制中特別地從市民社會中挑選、臚列各種可能成為背信罪之行為主體時，例如德國舊刑法第 266 條之背信罪規定，應該能夠認定雖然同樣係違背任務之行為，卻並非係每個為他人處理事務而違背任務之人都會受到處罰，只有符合該身分之人才有可能應該受到刑罰非難，此種針對具有特定身分的行為人之高度非難，對於該身分具有個別化之效用；然而，一旦採取「例示」之制定模式時，像是我國與日本背信罪之規定，此種身分的個別化效用便無從彰顯。因而，在「為他人處理事務之人」的例示規定部份，無從觀察到為了避免「因為具有特殊限定身分之人可能會破壞信賴關係與財產」之高度責任上非難，反而依照本文見解，是在維繫「此種經濟活動交易制度的制度性信賴」時，唯有進行「三面關係之交易活動的處理事務之人」才有可能破壞此種經濟交易秩序下之「制度性信賴」，從而，採取「例示」性身分之規範方式應該係屬於「違法身分」。

但相對地，我國銀行法第 125 條之 2 特別將「銀行負責人或職員」以限定之

⁵⁸⁵ 福建金門地方法院 93 年度易字第 7 號判決。

方式制定作為特別背信罪之行為主體，此種制定之方針並非採取刑法第 342 條之背信罪的「例示模式」，雖然未達到如同德國舊刑法之逐一系列的方式，但本文認為此種「近似列舉模式」，則亦凸顯銀行法之規定係去強化「該身分之非難可能性」，尤其是將「背信罪」與「特別背信罪」加以對照之下，更易顯得銀行法第 125 條之 2 的特別背信罪所規定之「銀行負責人或職員」，因為在「決定是否貸款給被融資方」時，其心理上具有進行風險判斷的冒險決策，此種特殊之心理狀態如果並非置於「負責決定授信與否」地位之人，基本上無從具備，亦即「欠缺該身分而向銀行融資之人」，誠如上開學說所述，無論是否與決策者共謀，最後要做出風險決斷⁵⁸⁶之人仍在「融資方」，被融資方的心理層面上僅會想盡辦法地去讓融資方決定放款授信，從而在欠缺此一特殊心理狀態之前提下，本文認為銀行法上之特別背信罪之行為主體的身分性質應該屬於「責任身分」，基於「違法連帶、責任個別」之性質，欠缺責任身分之人無從成立該犯罪；並且，若因為要維繫「經濟秩序之安定感」，便輕易地要求所有進入該場域之人均需肩負維繫該場域秩序之義務，除了有違「社會分工、各司其職」之現實狀況外，亦會助長刑法保護網的蔓延，持續刑法規範肥大化之現象。

職此，本文為了抑制刑法規範之肥大化現象，並且認為特別背信罪之身分制定模式與背信罪相較，應屬於「近似列舉模式」之制定方式，因而宜認為「欠缺身分之向銀行融資貸款者」，應不會與融資方成立特別背信罪之共同正犯或者是教唆犯、幫助犯。

⁵⁸⁶ Niklas Luhmann，魯顯貴譯，「對現代的觀察」，頁 150-152，左岸，2005 年 9 月。

第二項 違背任務、致生損害與主觀意圖

第一款 違背任務與致生損害之標準

第一目 「致生損害」之經濟性判準的疑慮

按銀行法之特別背信罪所保護之法益，依照本文第二章之見解，基本上從「規範與法益合一」的角度下認為應該屬於「市民社會中對於經濟秩序之不安感」。因此，在判定是否造成「法益侵害」或者是「危險」時，由於條文規定「…致生銀行財產或其他利益」之要件，從而必須是藉由「銀行財產或其他利益」受到損害，作為認定「此一金融秩序」或者「此一經濟秩序」受到侵襲之判斷門檻，倘若未有任何財產或利益之損害，金融或經濟秩序仍能承載市民之信賴持續運作時，則沒有受到法益侵害；反之，受到財產或利益之損害時，則絕大多數之情況下，由於「銀行本身仰賴信用資本」運作之特性，當其因為財產或利益之損害造成其與外部之信賴關係受到侵蝕時，連帶地會造成社會經濟秩序紊亂。

然而，因該如何界定「財產損害」之標準，日本實務見解⁵⁸⁷於其「特別背信罪」部分延續背信罪部分之認定，認為不必已發生實害為必要，只要是產生實害發生的危險即為已足，例如：「漁業信用協會的專務理事甲為了自己或者第三人，以協會之名義負擔債務，亦即以協會所有的定期存款證書『設定質權』作為擔保。」⁵⁸⁸，此時「設定擔保」之行為則會被認定造成損害；惟本文延續於前章討論背信罪之損害時的看法，縱然係特別背信罪之部份，日本實務與我國實務見解應該一

⁵⁸⁷ 東京地判昭和 34 年 4 月 9 日，判時 190 号，頁 11；大判昭和 13 年 10 月 25 日刑集 17 卷，頁 735。

⁵⁸⁸ 最判昭和 37 年 2 月 13 日刑集 16 卷 2 号，頁 68。

樣地會採取「經濟性之財產觀點」去判斷是否造成財產損害，如此一來，實務常以為此的看法⁵⁸⁹則會變成因從經濟的觀點來評價本人的財產狀態，本人財產之價值積極地減少或者消極地應增加而未增加的情況，也多傾向認為不應該限於法律觀點去評價財產上損失，應該是經濟的觀點，除了不能回收之外，只要所為之貸付具有發生回收不可能之高度蓋然性的話，經濟性全體財產之減少，則屬財產上損害，從這樣的觀點來看，行為人事後填補或者是償還所借款項回復其損害，即使實際上損害結果並未發生，亦不影響特別背信罪之成立，只不過是量刑的事項。

但是，本文認為這樣的認定標準，其實是將「違背任務」實行行為之時點提前到「實施該次貸付」之時點，則特別背信罪將不可能存在未遂犯的情形，然而，此種看法與銀行法第 125 條之 2 第 2 項規定制定模式相左，蓋銀行法之特別背信罪在複製刑法第 342 條規定時，一併地將未遂犯之部份加以規定，因此，此種看法著實地架空現行特別背信罪中未遂犯之認定基準，迫使未遂犯之認定基準必須再為前置化，如此一來，更為嚴重的是，將會使得作為可罰性基礎之著手時點認定不斷地提前，造成特別背信罪未遂犯之部份認定等同預備犯。再者，上開日本實務見解對於「財產上損害」包含「實害發生的危險」的看法，其實根本上是把日本法之背信罪當作是一個危險犯，而非實害犯⁵⁹⁰。

雖然依照本文之見解，此種當成「危險犯」的看法反而亦能驗證本文所主張「整體財產法益」其實隱藏蘊涵了一定程度之「規範意識」，亦即透過規範去宣示不得違背任務，但是，在我國之特別背信罪之制定，除了行為主體、被害客體

⁵⁸⁹ 最判昭和 58 年 5 月 24 日刑集 37 卷 4 号，頁 437。

⁵⁹⁰ 晚近國內學說亦有類似日本實務見解的看法，其認為應檢討特別背信罪採取結果犯之立法設計，以避免架空特別背信罪。請參照曾淑瑜，「論金融犯罪『特別背信罪』之構成要件-台灣高等法院 99 年度金上重訴字第 31 號判決」，頁 204，月旦法學雜誌第 193 期，2011 年 6 月。

以及法定刑度有稍微調整之外，其樣貌形態均與背信罪相同，雖然屬於「社會法益（經濟秩序之安定）」之規定，但由於條文中仍有要求「致生財產或其他利益損害」，此係專指對於「銀行」造成財產或其他利益損害，與一般社會法益之犯罪當中「…致生公共危險」或者「…足以生損害於公眾或他人」相較，亦存在些許之不同。本文以為此處之對於銀行「致生財產或其他利益損害」，應當如上述本文所認將其作為造成「市民社會對於經濟秩序織不安感」的前提門檻，必須現實中存在對於銀行「財產或利益之損害」，才能夠開啓銀行法上特別背信罪之適用，而其侵害之程度必須達到對於多數主觀或者是不確定多數人感到對於經濟秩序不信任之程度。

因此，在嚴守必須造成一定之「實害」概念的情況下，對於「財產或利益損害」的要件必須嚴格地加以認定，亦即定然要達到「現實之損失」，透過實害之發生作為媒介，在因而造成經濟秩序不安定之程度，才能夠認定已然達到既遂之程度，蓋結合偵查實務的看法，從經濟的角度去判斷尚未到達破產程度的公司，如何去判斷「融資回收不可能」基本上有一定的困難度，從而應該藉由一定客觀上的標準去認定。以銀行事務之領域中「無擔保貸付」或者「未充足擔保貸付」情形為例，於一定的清償期期間內，若能受到貸款之返還，貸付出去之資金得以回收的情況下，則由於並沒有存在現實之損失，並不能直接發動銀行法上之特別背信罪，必須在應該支付利息的首次期間經過之後，被融資方卻沒有償還利息時，才會具有「現實之損失」，亦即於「經過一定期間之後所形成未償還的狀態」才會成立特別背信罪之既遂，至於「一定期間」究竟係一期利息未償還即屬之或者是須達數期利息未償還為標準，則應屬於立法政策上自由形成之空間；倘若均沒有損害之情形，而該次「無擔保貸付」或者「未充足擔保貸付」之行為至多只是視其能否成立未遂犯，而非一旦為之則屬於既遂。

第二目 違背任務與經營判斷法則

針對違法授信（不良貸付）之情形，銀行負責人或其職員應該如何認定其是否違背任務，相關處理放款授信之法令、內規、契約都是重要的判斷標準。一般而言，若是對於授信與否具有權限，負責授信之銀行人員，對於關係人為無擔保授信（違反銀行法第 32 條至第 33 條之 4）、逾越授信額度、個人徵信不實、擔保品估價不實之情況，較容易去認定其所為之授信行為屬於違背任務之範圍，但若是符合銀行內部授信之規定，所為「無擔保貸付」或者「未充足擔保貸付」之行為是否仍然會被認為屬於「違背任務」，則有所疑問。蓋一般授信機構處理授信業務時，均按照期內部規則進行，舉例而言，被融資方到銀行分行申請貸款，與被融資方第一線接觸之行員自己並不能做任何之決定，此時與被融資方為第一限接觸之行員，會向其主管通報，由「銀行之經理、副理、襄理、監督人以及該行員」一同組成「授信小組」，對於該次授信案進行評估，通常於遇到「無任何擔保」或者是「擔保不充足」的情形，授信小組會先對於被融資方進行初步徵信，當無任何擔保或者是擔保不足時，則會詢問財團法人信用保證基金（含中小企業信用保證基金或者是農業信用保證基金等），視其是否願意為被融資方保證其貸款，倘若信用保證基金不願意保證的情況下，依照正常之授信流程，授信小組亦多半會拒絕貸款；相反地，如果信用保證基金願意分擔該授信之風險，則此時授信小組則會對於被融資方之申請，在風險已然降低知情狀下加以核准，此一「無擔保授信」或「未充足擔保授信」，銀行負責人或職員是否須負擔特別背信之刑事責任則有不同之看法。依照本文前述第四章對於為他人處理事務之認定，行為人對於該事務必須具有「必須具備一定裁量性、繼續性」之決定權限，從而，基本上雖然負責與被融資方為第一限接觸之行員雖亦參加授信小組之組成，但是在授信小組當中實際上係欠缺此種裁量性權限的行員，其僅從事徵信資訊傳遞、說

明等機械性事務，其所表示之意見，仍須依附銀行襄理、副理或者是經理贊同其意見之下才有可能落實，宜認為無法被認定為銀行法之特別背信罪所要非難之對象，在沒有其他不法情事之前提下，宜先行將其排除於須歸責之範圍；從而，授信小組中所剩下之「銀行經理、副理、襄理以及監督人」，此些身分原本其職務上對於部份銀行事務都應具有具體之決策權限，將其集中於授信小組當中，亦應係希望避免決策擅斷的情況出現。

原則上放款貸付之決定多半係認為由「授信小組」所作成，而於「授信小組」當中依照徵信資料，小組成員得以表達其意見後做出之決定，雖然從職位上之影響力來看，銀行經理應該是最具有裁量權限之人，但決策過程亦可能是由銀行副理所出具之意見或者是襄理所表示之意見加以主導，從而透過此一「授信小組」之組成協力所作出的決策，本來銀行法特別背信罪中行為主體之個別非難性的責任身分，因為「授信小組」之組成本具有要求共同承擔責任之性質，宜認為該事後造成侵害之非難性涵括整個授信小組中的「銀行經理、副理、襄理」，由於銀行放款之業務欠缺此些負責人員或職員時，無從進行，因此其具有該身分性質，至於「監督人」，本文以為若「決策小組」中欠缺「監督人」之情形，則授信小組無法組成也無從進行評估決策，因此「監督人」亦應該被納入銀行法之特別背信罪行為主體之中。

惟「銀行經理、副理、襄理以及監督人」明知其屬於「無擔保或未擔保充足」時，是否因為錯誤之決策而必須承擔特別背信罪之責任，日本學者松宮孝明則有認為或許可以援用所謂「經營判斷法則、商業判斷法則」加以認定此些決策人員所從事之風險決斷並沒有違背任務⁵⁹¹，並且日本學者內田幸隆則認為可過渡一般適用於商事案件之「經驗判斷法則」，與之適用於「特別背信罪」當中「是否

⁵⁹¹ 松宮孝明，「經營判断と背任罪」，頁 108-109，立命館法学 307 号，2006 年 3 号。

違背任務」之認定，亦即對於企業上層決策者的經營上判斷之錯誤，進而造成決算赤字的場合，雖然結果對本人來說是不利益，只要為財產處分時沒有違反內規、法令的規則，其實便無處罰之必要，應該是私法自治之自律性的問題⁵⁹²。

日本實務見解對於認定特別背信罪之「違背任務」此一構成要件是否可能適用商事案件之「經驗判斷法則」，於北海道拓銀事件中有所論述，該案例事實：「被告 A 從平成元年 4 月 1 日到平成 6 年 6 月 28 日間、被告 B 從同月 29 日到平成 9 年 11 月 20 日間，擔任北海道拓殖銀行(下稱拓銀)的代表董事，被告 C 於札幌市經營理美容業、不動產貸貸業的 D 股份公司，以及從同公司租用於經營於土地上興建綜合健康休閒設施的 E 公司，拓銀則於昭和 58 年對 D 公司進行真正的融資，雖然是將 D 公司當作是新興育成之企業加以積極的援助，但是拓銀與其他銀行調度約 107 億日圓對於上開建設的設施(昭和 63 年 4 月開業)加以融資，與當初預期相反，營業額減少…並且被告 A 於平成 5 年 7 月對於 D 集團經營會議上雖然知悉 D 集團已陷於實質破產的情況，但仍於平成 6 年 4 月 8 日至 6 月 30 日間，前後約 10 次地對 D 和 E 共計融資 8 億 4000 萬日圓，被告 B 承繼 A 的路線，於平成 6 年 7 月 8 日到平成 9 年 10 月 13 日間，前後共計 88 次地對 D 和 E 共計融資 77 億 3150 萬日圓…而被告 A 和 B 則是主張是為了防止拓銀自身信用不安之發生、避免融資中斷造成地域社會之混亂所為之綜合判斷，並且主張此一判斷具有高度地政策性、預測性，屬於專門經營判斷之事項，其應該具較寬廣的裁量空間，倘若沒有明顯地不當的判斷的話，法院應該加以尊重其所為之決定，從而沒有任務違背之情形。」，日本最高法院廢棄高等法院之看法(最決平成 21 年 11 月 9 日第三小法廷，棄卻平成 18 年 8 月 31 日札幌高等裁判所之判決)進而認為：「銀行的代表董事對於實質上破產的企業集團(融資相對人)，該集團於平成 6 年 3

⁵⁹² 內田幸隆，前註(582)文，頁 135-136。

月瀕於實質破產的情況後，集團各公司經營部分也沒有改善，既存的貸付金取回的唯一方式-G地區的開發事業-亦欠缺可能性，正是因為假設此一實現的收支相抵後的核算性有疑問，不能夠期待既存代付金額之清償，追加融資可能會造成新的損害之危險，被告A和B對於此些情勢應該有所認識，在沒有考慮根除原因的方策上，在沒有任何客觀上重整計畫、實質上沒有擔保的情況下，並未存在其所謂為了損失極小化的明確性，總體的綜合判斷上欠缺合理性，銀行董事所為之追加融資違反其所應盡之義務，從而應該當特別背信罪的作為董事的任務違背。」

⁵⁹³亦即，實務見解從銀行董事負有的注意義務出發認為，銀行董事負有的注意義務和一般的股份公司的董事相同，依照日本民法第644條的受任人的善良管理人注意義務和日本公司法第355條(或舊商法第254條之3)，而有所謂的「經營判斷法則之適用」。但是，銀行業是從存款者處收集資金，作為此些企業家原始資本的免許事業，銀行的董事係金融交易的專頁人員，期待此些專頁人員進行融資時能夠活用此些知識。若考慮到萬一破壞銀行經營或者是對於一開始存款人和融資相對人就造成危機的情況可能會造成社會上一般廣泛且深刻地混亂的話，於融資業務之際應該會要求銀行的董事的注意義務必須要比一般股份有限公司的董事來得較高的水準。因此，所謂的經營判斷法則必須僅在限定的情況下才能適用，銀行的董事在實施融資業務之際，沒有產生本金利息回收不能之情況，為了確保債權而有調查融資相對人之經營狀況、資產狀況等情形，確認其安全的情況下決定貸付，作為原則而有徵求確實之擔保，銀行的董事應該具有此些義務。例外的情況下，對於實質上破產的企業所為無擔保或者是欠缺充分擔保的支援策略，而為了其再建的目的所為的追加融資，如要合法則必須銀行本身健全的經營體制，客觀上必須具有重整計畫而確實實行之，此乃必須具備融資判斷的合理

⁵⁹³ 最決平成21年11月9日第三小法廷，判例タイムスNO.1317，頁142-148。

性，以及不能欠缺銀行內部程序上有明確計畫的政策決定，有限度地承認經營判斷法則之適用。

而我國實務見解在判定其他類型之特別背信罪時所為之論述，亦逐漸出現採用商業判斷法則之傾向，例如「…公司經營者基於「於善良管理人注意義務及忠實義務」，應為公司及股東謀取最大利益，但若有公司經營者或有決策權之人，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，對於『違反營業常規之行為』，除法令依據外，應綜合考量公司交易之目的、價格、條件，或交易之發生，交易之實質或形式，交易之處理程序等一切與交易有關之事項，從客觀上觀察，倘與一般正常交易顯不相當、顯欠合理、顯不符商業判斷者，即係不合營業常規，如因而致公司發生損害或致生不利益，自與本罪之構成要件該當…」⁵⁹⁴但是，同樣於特別背信罪中是否能夠引進「經營判斷法則」，國內學說⁵⁹⁵則有認為由於經營判斷法則向來均適用在商事法中的舉證責任判斷，不

⁵⁹⁴ 最高法院 98 年台上字第 6782 號判決（本案涉及證券交易法第 171 條第 2 款「不合營業常規」之判斷，認為「不合營業常規」，為不確定法律概念，自應本於立法初衷，參酌時空環境變遷及社會發展情況而定，不能拘泥於立法前社會上已知之犯罪模式，或常見之利益輸送、掏空公司資產等行為態樣。）。同樣肯認「經營判斷法則(商業判斷法則)」於刑事案件適用之實務見解，請參照台北地方法院 96 年度重訴字第 115 號判決、高等法院高雄分院 95 年上易字第 233 號判決。

⁵⁹⁵ 廖大穎、林志潔，「『商業判斷法則』與董事刑事責任之阻卻-台北地院 96 年重訴字第 115 號刑事判決」，頁 230-241，月旦法學雜誌第 183 期，2010 年 8 月。不過國內晚近學者林志潔教授其後則為文一改前篇所主張「…因在刑事訴訟之下，似無商業判斷原則適用之餘地。」之見解，認為「商業判斷法則…雖然此原則僅應用於民事訴訟程序…然而這並不代表商業判斷原則之精神在非常規交易案件、尤其是在客觀要件的判斷上，毫無適用之餘地。…本文認為，刑事程序中如主張商業判斷原則，僅是主張此等行為並不適由法院介入審查，而作為法院審理的重要參考而已，並不會因此導致不法的董事經理人免除責任。」請參照林志潔，「論證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪」，頁 96、98，月旦法學雜誌第 195 期，2011 年 8 月。不過，本文認為經營判斷法則之精神雖有概念上異化適用的可能，但不應適用於客觀要件之判斷，並且雖然僅是作為法院是否介入審查之參考，但是倘若法院參考後不採納此一原則的情況下，與本來刑事案

宜認為直接過渡進入刑事法領域加以適用，惟亦有肯認「經營判斷法則（商業判斷法則）」於刑事法領域適用之學說見解⁵⁹⁶，認為得以作為行為人是否違背任務之參考。

第三目 權力與責任之競爭-法院是否實質介入審查？

本文認為，上述學說後者之見解從刑事法系統以及商事法系統分屬於法律系統中分屬不同領域之看法，因而認為不得加以逕自援引似乎是理所當然之見解，但是何以日本學說會有主張得以援用則具耐人尋味之處。

蓋一般「經營判斷法則」於英美法系之適用，我國所言及者多以美國法為主，亦即「經營判斷法則」乃是兩種價值—權力(authority)、責任(accountability)互相競爭而得到之妥協，由於經營判斷法則承認商業決策經常伴隨風險與不確定性，以及避免法院陷入在錯綜複雜的公司決策之困境當中，一方面必須確保董事會作成商業決策的裁量權，而一方面也必須要求董事會為其決策負應有之責任，而為了能使公司決策具有效率，必須避免董事決策的權限遭受司法審查不當的侵

件之審查，法院基於自身之澄清義務本應實質介入判斷無異；反之，如果法院參考後採納此一原則，則會變成法院對於該案不介入審查，於辦理刑事案件如此強行採用以美國商法之處理方式，委實有悖於我國刑事案件處理之模式，並且所謂「不法之董事經理人」的「不法」或「合法」之認定，如果不是完全委諸於形式上之判斷，甚難想像法院如何在未介入審查之際而得以知悉該董事或經理人合法或不法，但若完全委諸於形式上之判斷，則易流於行政不法、刑事不法難以區辨之虞。從而，若要將「經營判斷法則」原封不動地從商事法領域挪移到刑事法領域，本文以為誠非妥適，除非對於經營判斷法則之運用方式，採取類似日本立法例上法院仍然一律會介入審查的模式，或者是本文後述將此一概念異化後的適用於主觀意圖之方式，否則不應直接、完全套用經營判斷法則(商業判斷法則)。相同見解認為「不應將商業判斷法則直接適用於背信罪」，請參照蔡昌憲、溫祖德，「論商業判斷法則於背信罪之適用妥當性-評高雄高分院 96 年度金上重訴字第 1 號判決」，頁 177-203，月旦法學雜誌第 195 期，2011 年 8 月。

⁵⁹⁶ 曾淑瑜，「論金融犯罪『特別背信罪』之構成要件-台灣高等法院 99 年度金上重訴字第 31 號判決」，頁 201，月旦法學雜誌第 193 期，2011 年 6 月。

奪，而經營判斷法則乃為解決權力與責任兩者拉扯的主要機制⁵⁹⁷。並且，依照美國法上 Black' s Law Dictionary⁵⁹⁸對 Business Judgment Rule 的定義，經營判斷法則係一種推定(presumption)，推定公司董事在作成與自己無利益關係(self-interest)或自我交易(self-dealing)之經營決策時，如係在取得充分資訊基礎(on an informed basis)之下、善意(in good faith)且誠實地相信(in the honest belief)該行為符合公司最大利益。該法則保護董事和經理人在其權限範圍內以善意且適當之注意(due care)而為之無利益(unprofitable)或有害(harmful)於公司的交易行為，得免除其法律上之責任。從而，經營判斷法則除了具有一定的要件之外，其本身係「舉證責任的轉換」在符合經營判斷法則後，公司的經營決策則會被法院所尊重，除非原告(公司股東)據證推翻此一推定，始由被告舉證證明自己行為合法，換句話說，原告必須舉證被告董事違反其所應負之善意(good faith)、忠誠(loyalty)與應盡之正當注意(due care)之忠實義務，當原告舉證推翻該推定後，則舉證責任將轉移至被告，被告董事須舉證證明其所為之決策係屬完全公平⁵⁹⁹，否則法院對於原告無從舉證推翻之案件，在符合經營判斷法則之前提下，基本上採取不干涉、不採取實質介入審查之立場。

但日本法院在審查董事是否違反注意義務之司法審查上，雖亦發展出所類似美國的商業判斷法則，法院認為企業經營之判斷係以不明確且流動性高、複雜多樣之諸要素為對象，而需要專門性、預測性與政策性之判斷能力之綜合判斷，而

⁵⁹⁷ See Stephen Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 Vand. L. REV. 83, 84-87 (2004). ; 劉連煜，「董事責任與經營判斷法則」，頁 178-196，月旦民商法雜誌第 17 期，2007 年 9 月。

⁵⁹⁸ Black's Law Dictionary, West Group, 8th ed(2004).

⁵⁹⁹ See *id.* at 94-95.; 陳碩甫，「英美法商業判斷法則概述」，頁 41-45，萬國法律第 158 期，2008 年 4 月。

企業活動因以營利為目標，當然伴隨一定之風險，為使董事於企業活動中得以不退縮地專心經營，在其權限範圍內應肯認其具有裁量權。因此，關於董事業務是否違反善良管理人之注意義務或忠誠義務之判斷上，應以董事進行系爭行為之當時公司狀況或影響公司之社會、經濟、文化等情勢下，該公司所屬業界中之通常經營者應有之知識與經驗為基準。然而，因為日本企業型態與社會期待與美國不盡相同，為避免出現美國實務上因商業判斷法則之適用，導致注意義務原先規範功能降低之情形發生，日本之經營判斷法則，定位在緩和董事注意義務責任之抽象輕過失責任，而減輕董事注意義務，因此被認為僅為判斷董事是否違反注意義務及其規範要件之判斷基準，而非作為司法判斷排除董事責任之結果，法院於滿足一定之要件之下，採取對於經營者判斷予以尊重之態度，惟不宜全面排除司法審查⁶⁰⁰。

本文揣測或許是在「司法機關會不會介入實質審查」此點，日本所發展之經營判斷法則有異於美國法上之商業判斷法則，因此日本學說有認為能夠援引進入刑事法領域當中，因為法院終究需要加以進行實質上之審查是否該當背信罪之要件。若採取美國法上之標準，則將會造成法院遇到是否成立銀行法上之特別背信罪的案件，有均不介入進行實質判斷的可能，此種現象在我國法中仍強調專業人士與法官在訴訟法上具有不同之任務時，法院不介入進行實質判斷銀行負責人或職員有無違背任務，實難認同，不過，縱或事採用日本之判斷標準，經營判斷法則所聚焦點在於緩和「抽象輕過失」之責任，姑且不論民事法系統之過失與刑事法系統之過失認定標準有別，由特別背信罪當中所規範的是「故意」之部份，對於過失並不加以處罰，從而逕自將經營判斷法則作為認定客觀上有無違背任務亦

⁶⁰⁰ 黃百立，「董事注意義務之研究—以日本董事注意義務為中心—」，中原大學財經法律學系碩士論文，頁 151，2007 年 6 月。

顯得有些突兀，若將其置於主觀要件判斷亦存有扞格之處。

職此，本文以為無論是美國法上之經營判斷法則，抑或日本法上之經營判斷法則，均不能逕自援用作為「是否違背任務」之判準；但本文對此並非主張其對於依照銀行內部規定進行「授信與否」之決定的銀行負責人或職員，刑法上之判斷得本於獨立性之角度，不考慮行政規則、內部規定，逕自地認定銀行負責人或職員會該當特別背信罪中的「任務違背」，而是考量標準直接逕用有齟齬之處從而否定逕用可能性。原則上雖然對於一般人而言，只有「違法 / 合法」之別，但本於法律系統中應當採取違法多元論的角度，民商法系統、行政法系統與刑事法系統其系統內部之運作在本質上有所差異，以刑事法系統而言，基於罪刑法定主義而具備之謙抑性與補充性，應為刑事法系統之特徵。

爰此，當銀行負責人或職員民商事、行政程序上均符合規則、內規以及相關命令之情況下，原則上民商事、行政程序此些初級前置規範不認為係違法之情況下，刑事法領域也不會大幅度地採取於此些初級前置程序迥然有別之判斷標準，蓋此些情形大部份經過風險評估後，風險得以自行吸收的情況下，並不會對於銀行採生產生過大之損害，亦不會造成經濟秩序之不安（例如：在無擔保或未充足擔保之情況下，銀行授信小組會詢問信用保證基金，此時信用保證基金評估後，若決定予以保證，則會依照銀行之體制，給予被融資方所貸款項數額之一定比率之保證，從而假設信用保證基金願意就『被融資方無擔保』之情形，保證 80% 之數額，則該銀行只需吸收、承擔 20% 無法回收之風險，此『20% 之貸款數額無法回收之風險』則係依照常規所可能造成不會過大的損害），但是若非常態性之例外狀況，按照民商事、行政此些初級前置程序進行，在「無擔保」之情況下，銀行亦組成授信小組，也有詢問信用保證基金，過程當中並無使用不正之方式（例如：偽造不實的信用資料），但是信用保證基金不願意保證時，銀行授信小組仍然作成給予融資之決策時，便是一種非常態性之冒險融資行為，此時如果所貸付

之資金無法回收，則對於銀行在現實上會造成損失，可能嚴重影響、瓦解該銀行原本對於社會多數主觀所建立起之制度性信賴，此時，因為侵害結果甚為嚴重，刑事法規範始會因為結果之發生，回溯去介入檢視該次決定融資之行為是否屬於違背任務。

第二款 主觀意圖與經營判斷概念之異化

經濟活動之發展活絡與否罪直接的反應在實務見解當中，以外國立法例（日本）之實務見解加以觀察，對於「圖利加害目的之解釋」，昭和 40 年代，日本為了經濟活動圓滑進行，學界間壓倒性的說法係「刑事罰」應該具有謙抑性的主張⁶⁰¹，認為實行多額度之融資，雖然沒有任何擔保，但是對於陷入營業不善之融資相對人，如果不為追加融資的話，則將造成破產，因為會產生巨額的回收不能，以及為了避免此一結果的發生，為了融資相對人之企業再造，不得不對其為追加融資，從而，即使有些許私人情感，但是主要是為了本人之目的，從而應該不成立犯罪。

而相對於日本學者藤木英雄之看法，平和相互銀行事件⁶⁰²，則有廣泛地認定圖利加害目的之傾向，如果對於融資相對人必須先作充分的調查，不具有客觀、合理之融資的情況，即便是具有圖利銀行之動機，也會被認為欠缺此一決定性之動機，而認定其具有圖利加害目的，所謂「消極動機說」的思考方式，該判例則認為欠缺圖利本人之動機，因而認定成立背信罪。並且北海道拓銀事件的高等法

⁶⁰¹ 藤木英雄，前註（158）書，頁 319。

⁶⁰² 最決平成 10 年 11 月 25 日刑集 52 卷 8 号 570 頁。

院判決⁶⁰³，對於原審法院否定其總經理的圖利加害目的，主張作為「銀行經營者」應該考量公共性、融資之安全原則或者是不尋常之判斷。

因此可以發現，以前為了融資相對人之企業再造，則可以主張不符合圖利加害目的，但是在泡沫經濟之後，對於企業活動開始嚴密地進行社會批判。對於人民來說，銀行之不良債權化對於稅金加以投入，不得被認為是伴隨政策判斷下所作成之決定，因此從 1970 年代對於企業活動之保護以經濟活動優先，企業的自主性優先的思考方式，逐漸轉向為了追求企業活動社會責任之明確化，而具有「不依照規則的話，就不加以保護」的傾向⁶⁰⁴。這樣高度強調企業社會責任之政策趨向，於全球化的現代社會當中，我國刑事法亦難置身事外，不過令人擔憂的是，現代社會對於特別背信罪未來的走向，可能不再強調個人之主觀意圖的具備與否，在「規範論」之驅策下，轉而向積極認定非自然人但具有法人人格之公司主觀責任之美國法⁶⁰⁵靠攏。

⁶⁰³ 札幌高判平成 18 年 8 月 31 日判夕 1229 号 116 頁。

⁶⁰⁴ 本村光江，「經濟活動と刑事の規制」，頁 239，刑法雜誌 47 卷 2 号。

⁶⁰⁵ 按通常美國法中要求成立「經濟犯罪」仍必須具有「特定之意圖（specific intent）」，藉以限定處罰範圍，但美國因為社會的關係，積極地對適用經濟犯罪，實際的判例中，如果不重視「主觀意圖」，則其實會是很容易成立犯罪，無法發揮以「意圖」要件其原先限定處罰之功能。在處罰「無責任經營者的刑事責任」的立法政策上有採取「嚴格責任制（strict liability）」的犯罪制定方式，美國所謂「公共福祉犯（public welfare offence）」被稱為一種行政犯，以刑事規制對於公共福祉犯加以處罰，而無須具備主觀的犯罪成立要件，因而被認為具備嚴格責任，從而即便根本對於經濟犯罪知情是沒有認知，也有可能被認定具備刑事責任。相較於「嚴格責任制（strict liability）」，因為具有一定程度上之限制，從而會有殘留的犯罪；所以判例則採用相反地法理「有責任的企業經營者（responsible corporate officer）」和「故意失明/視而不見之原理（willful blindness）」。前者的法理係指對於「企業經營者」，即便其不認識到犯罪成立要件，也應該視其為認知道該構成要件，因為此些人應該要積極地避免犯罪之發生，因為其怠惰從而應該承擔起刑事責任；後者則係指行為人「如果具有意圖，迴避對於犯罪事實之認知，即使沒有認識到具體的犯罪事實，則應該認為其需肩負刑事責任」，以企業犯罪作為追究經營者之刑事責任通常符合此二要件則為成立犯罪：亦即被告主觀上應該能夠注意到有為法行為存在的高度可能性以及具有意圖加以迴避對於該違法行為之認識。而其他「部份相關人之責任」則是採取「集合之認識（collective knowledge）」，如果對於職員只有部份認知的話，企業中之複數的人的斷片之認識組合則可能組合成刑事責任。請參照川崎友已，「經濟犯罪に対する個人の責任、企業の責任」，頁 272-275，刑法雜誌第 47 卷第 2 号；林志潔，「公司犯罪與刑事責任-美國刑法之

然而，對於依照銀行內部規定進行「授信與否」之決定的銀行負責人或職員，客觀上可能因為冒險融資之決定造成嚴重之侵害，在公共利益之考量或者是社會輿論之壓力下，從現今我國法院實務現狀，其可能會忘卻其所具有抗多數決之特性，而在判決時亦較容易傾向社會輿論之看法⁶⁰⁶，進而認定該決策屬於違背任務，此時，對於銀行負責人或者是職員是否有其他認定方式排除其成立犯罪之可能性。

本文認為銀行負責人或職員，客觀上雖然被認定係違背任務造成銀行財產或利益之損害，主觀上雖然有認知該次授信「無擔保或未擔保之貸款」，但由於依照本文前述第四章所認為圖利意圖以及損害意圖之「意圖」係一種「特殊目的或傾向」，並且行為人主觀上之意圖其內涵所指之標的與故意所認知之對象為相同方向，應該屬於「與財產法益有關連之目的」，因此，於具體個案判斷上仍須於客觀構成要件階層以外的事實中，觀察有無「欠缺對於本人造成實質上之不利益」的情形。而銀行負責人或職員決定進行冒險融資之行為時，主觀目的上應該係必然存在「圖謀被融資方（第三人）之利益」，但由於「意圖」要件之性質存有限縮犯罪成立之特性，此時則仍須檢視主觀目的上是否亦存在「欠缺對於本人造成實質上之不利益」部份，例如：該被融資方信用評等紀錄一直以來均為良好、沒有積欠其他銀行款項或者是所開立之票據並未有跳票之紀錄，以及被融資方所欲貸款從事之投資屬於可期待之事業、或者具有未來前瞻性之事業，將來回收資金

觀察與評析」頁 49 以下 律師雜誌第 333 期，2007 年 6 月；United States v. Evans, 42 F. 3d 586(10th Cir. 1994).；ELLEN S. PODGER & JEROLD H. ISREAL, WHITE COLLAR CRIME IN A NUTSHELL 32-36 (2nd ed. 1997).；United States v. Dotterweich 320 U.S. 277(1943)；United States v. Park 421 U.S. 658(1975).；JULIE R.O' SULLIVAN, FEDERAL WHITE COLLAR CRIME 100-105(2001)；United States v. Bank of New England, 821 F. 2d 844(1st Cir. 1987)。

⁶⁰⁶ 此部份之傾向可以從最高法院 97 年第 5 次刑事庭決議、99 年第 4 次決議中，實務所選擇之解釋方式則可得知。

(本金與利息部份)的可能性甚高等此些因素，借以衡量銀行負責人或職員在主觀意圖上是否對於欠缺對於本人造成實質上之不利益亦有所考量，並且此二目的間兩者何者為重，依照主從關係，以兩者間之主要目的為準認定之。

此時，上述所言及之經營判斷法則當中的判斷要件，似乎能夠進行「**概念上之異化**」，將其納入銀行負責人或職員主觀意圖內涵上之判斷，亦即原本經營判斷法則均被刑事法學者言及、受到關注時，多著眼於「**任務違背**」之部份，然而，本文基於上述之理由則認為不應該輕易地逕用經營判斷法則，惟以美國法為例，該法則之判斷要件，在概念上應該是認為如果公司董事符合此些要件，**則認定並非對於該公司造成不利益**，而同樣類似地，由於特別背信罪當中仍有規範「**主觀意圖**」之部份，而本文認為所謂特別背信罪之主觀意圖，其內涵上也是**必須考慮是否「欠缺對於本人實質上之不利益**」，兩者之間似乎可將取其判斷之要件，將其轉化作為「**主觀意圖**」之內涵。本文之所以如此主張乃因在「**冒險融資**」之行為態樣上，行為人主觀上對於客觀上之一切情事有所認知和意欲，應該是極微容易地被肯認；並且「**圖利第三人之目的**」在「**冒險融資**」當中亦是必然會成立之要件，倘若不加以考量有無欠缺對於本人造成實質上不利益的層面，此種冒險融資成立特別背信罪的機會極高的情況下所造成之不良影響則在於，銀行負責人或職員往後在判斷「**無擔保或未充足擔保**」是否融資貸付時，則會變成制式化依賴「**到底有無其他信用保證基金願意一併分擔**」作為其判斷之標準，而在此一趨於保守心態之下，將使得經濟交易活動難以活絡、受到刺激，並且原本具有一定裁量性、繼續性之銀行負責人或職員均將在變成從事機械性事務人者，只需遂行去函詢問有無願意保證即可，此一概念亦不符合現行授信小組之性質與運作模式；另一方面，想要銀行負責人或職員在民營化之後捨棄公務員之心態，為經濟活動交易秩序之活躍而投入心力，卻以嚴罰之重罪隨伺在後嚴陣以待，無疑是緣木求魚之策略。

職此，本文認為倘若該次冒險融資，銀行負責人或職員能夠說明該次融資決定與銀行負責人或職員自己欠缺利益關係(並非為圖謀自己之利益)、並非銀行負責人或職員與銀行自我交易、並且如係在銀行負責人或職員事前是否在取得充分資訊基礎之下、其本身基於善意且誠實地相信該融資行為符合銀行最大利益時，應該認定該次「冒險融資」之情形，行為人主觀上欠缺對於本人造成實質上不利利益的意圖，藉以限縮其成罪之空間，避免過度寬認導致此一行為類型具有高度成立特別背信罪之機會。

第三節 小結

特別背信罪與背信罪處理之爭議問題，由於在法律規範僅存在行為主體之身分、行為客體以及法定刑度上之不一致時，大部份所要處理之事實則會有所重疊。誠如本文第四章對於「背信罪」與「特別背信罪」之第一次合流模式，在原本交由背信罪加以處理之「違法授信」或者是日本法所稱之「不良貸付」的案例中，則銀行機構負責人員所作的授信、放款之行為，大都會直接討論是否違反銀行法上的特別背信罪，而不再需要背信罪加以處理。然而，由於特別背信罪之法定刑度都異常地高，在適用上則必須嚴守刑法謙抑性原則。因此，在特別背信罪之「行為主體」部份、「違背任務」與否、是否「致生損害」以及主觀上有無「圖利目的或加害目的」，解釋上不應從寬認定其適用標準，並且由於特別背信罪之制定模式均是參照原來刑法第 342 條背信罪之規定，原本刑法第 342 條背信罪之要件相關解釋，亦應該能夠加以援引。

關於「行為主體」之部份，本文主要針對現行銀行法第 125 條之 2 進行解釋論上的處理，若從立法論上的觀點來看，晚近國內學者曾淑瑜教授對於行為主體

部份認為：「…銀行法特別背信罪之行為主體應僅限縮為『銀行負責人』，而職員如有違背任務之情節，則回歸刑法第 342 普通背信罪之適用，成立刑法第 31 條第 2 項不純正身份犯。」⁶⁰⁷惟本文雖亦認為職員位居授信小組之裁量、決策之功能性較小，但本文以為此種看法之前提在於「背信罪存在之必然性」，依照本文前述各章分析認為背信罪所具備的實質意義與特別背信罪相同，只不過在現今金融、經濟秩序安定高度的需求之下才衍生此些特別背信罪，背信罪在與特別背信罪、其他財產犯罪、其他犯罪進行合流後，已無存在之必要，況且「銀行之職員」若客觀上違背任務造成銀行財產上之損害，主觀上符合故意與意圖等要件，其所造成之影響恐非僅僅是「銀行之財產損害」，更嚴重的是社會系統內多數主觀對於該銀行擔任金融中介機構的機能之不信任，進而造成金融秩序的不安定，因此，學說若先認為背信罪是保護個人財產法益、特別背信罪是保障社會法益⁶⁰⁸，再強行將造成金融秩序紊亂之行為導回若依照學說所認定保障個人財產法益之背信罪加以處理，除有自相矛盾之虞外，委實有欠妥適。

從而，由於「銀行」此一金融中介機構的特殊性，受雇之職員所為的不法行為亦可能造成規範意義上之金融秩序的破壞，在具備可罰性與應罰性之前提下，

⁶⁰⁷ 曾淑瑜，「論金融犯罪『特別背信罪』之構成要件-台灣高等法院 99 年度金上重訴字第 31 號判決」，頁 197，月旦法學雜誌第 193 期，2011 年 6 月。

⁶⁰⁸ 國內學說見解對於特別背信罪多認為屬於保障經濟、金融秩序的「社會法益」，惟晚近學說見解則別出心裁地認為銀行法所規範的特別背信罪是為了保障「超社會法益或國家法益」，蓋銀行法第 1 條立法目的在於保障存款人權益及使銀行信用配合國家金融政策。請參照曾淑瑜，「論金融犯罪『特別背信罪』之構成要件-台灣高等法院 99 年度金上重訴字第 31 號判決」，頁 196。但銀行法中特別背信罪之法益內涵是否已被歸類到「國家法益」當中，誠非無疑，蓋國家法益大致上可分類為「國家存在與安全」、「國家執行職務公正性」以及「國家行政權、司法權圓滑運作」，行為人違犯銀行法特別背信罪之行為，一來在大多數銀行民營化的情況下，難認是國家執行職務，二來無涉國家行政權、司法權之運作，至於是否因為行為人違犯之行為造成國家存在與安全之侵害，前者應該是否定的，縱然一國之金融體制敗壞、經濟秩序紊亂，只要國家沒有解體或滅亡，基本上都還是存在，而國家安全之部份亦多指外交、國防秘密部份，仍無法包含因為破壞金融秩序所造成國家安全之侵害。

本文認為立法論上無須為了將職員回歸適用背信罪所以在特別背信之部份刪除「職員」之要件，蓋縱然回歸適用背信罪，亦難想像肯認背信罪存在之學說會對於「行為主體」之要件則不要求具有一定裁量權限，蓋特別背信罪之要件解釋，向來學說實務均是沿用背信罪之要件解釋，從而，現行法之下，宜於解釋論上嚴格地檢視「職員於授信小組有無裁量權限」來限定其適用之可能性；縱然立法論上建議刪除特別背信罪中的「職員」，亦必須是立基於「職員欠缺裁量、決策」之獨立性與裁量性。

對於銀行進行授信評估時所成立之「授信小組」，雖然成員不只一人，但由於作為銀行法第 125 條之 2 特別背信罪之行為主體「銀行負責人或職員」，必須在處理相關銀行事務上得以享有一定裁量性、繼續性之權限，如果實際上欠缺此一權限之人，縱然屬於授信小組的成員之一，亦不應該認為其屬於本罪索要規範之主體；再者，該行為主體之身分性質若與原本刑法第 342 條加以對照，本文認為其所採取之「近似列舉」模式，與採取「例示」模式的背信罪有別，因而應該屬於「責任身分」，從而「向銀行為貸款之被融資方」若與該銀行職員共謀之情況下，除了有可能成立其他偽造文書外，應無從透過成立特別背信罪之共同正犯、教唆犯或者是幫助犯加以處罰。其次，對於「冒險性融資」之部份，本文雖然認為不能直接援用經營判斷法則作為「違背任務」之判斷標準，但是或許透過「概念之異化」模式，將經營判斷法則中的判斷因素納入行為人主觀目的之意涵，重新彰顯意圖要素在刑事政策上用來限縮處罰之機能。

第六章 結論

從本文對於背信罪與特別背信罪之檢討，大致上可以察覺「特別背信罪」制定背後社會制度之變遷因素占了極為重要的地位，亦即若是社會系統處於高度經濟發展的階段，政策上自然會對於企業採取盡可能的自由放任，從而相關法律規範要件在解釋上是盡量寬容，蓋從金融機關擴大業務的層面來觀察，為了振興企業為目的之必要限度內，無擔保之貸付符合此一目的的情況下，也是可以為之；相反地，如果是景氣不好之情形，為了使得人民信賴經濟、金融秩序，則國家機關則會擴張處罰之規定，利用刑法規範作為達到解決社會問題之工具，其中形成、增設刑法規範很大的因素則在於「市民社會對於經濟秩序之不安感」。可是，國家機關長期以來慣常地將刑法規範作為其政策之宣示性道具，新設立之特別背信罪也是在這樣的期待之下所誕生，法益概念可能係抽象且稀薄，取而代之的更多係「規範」層面的要求，相應的要件解釋方式，也可能因為不安感存在處罰過於前置之疑慮。

依照本文分析，背信罪對於經濟秩序之信賴維護，依照歷史發展脈絡與社會制度的考察之下，「背信罪」本來也具有此一功能性，並且在原本普通刑法之財產犯罪篇章中，「背信罪」之創設其本身具有「截堵機能」之性質，刑法對於私有財產之維護所架設之保護網並非不綿密。只不過，誠如本文前述，一切肇因刑法理論之政策化，現代社會中近期所增設的特別背信罪，除非嚴重違反憲法基本人權，否則在「不安感」的驅動下，幾近不可能要求其廢除。

從而，對於國家機關無視於刑法規範肥大之現狀而持續地採取如此飲鴆止渴的決策方式，本文以前述將「規範」和「法益」結合之對策作為基礎背景，檢視司法系統對於「背信罪」之適用模式，當背信罪於現代社會當中已無獨立存在之實質意涵時，立法論上建議將其刪除之，以避免動輒作為經濟交易活動之事後的

爭訟工具，並且舒緩刑法規範肥大化的現狀；而於「特別背信罪」之部份，由於法定刑度均非常高，因此在解釋適用上應該加以限縮適用，限制其可能擴大處罰之範圍，藉以維繫住刑法之謙抑與補充之性質。

然而，本文於結論最後附帶一提的是，晚近社會之發展，即便是為了社會之發展，因為認為對於國民所為之危險行為或者是一般股東之危險行為應該加以制裁的想法逐漸浮上抬面，企業之社會責任（corporate social responsibility =CSR）的意識也不斷地被強化，如果以處理社會問題作為制定刑法規範為導向的立法方式，並且對於市民社會中廣大的一般市民而言，此些用來處罰受雇人犯罪的特別背信罪，雖然刑度大幅提高，將來也有可能會有無法滿足之時候，如果國家機關依然故我地仰賴刑罰萬能理論，在無考慮是否有制定之必要時，逕自不斷地增設新的刑法規範，那麼基於「市民社會對於經濟秩序安定」的需求之下，或許下一個所開闢、廝殺的戰場，便會從特別背信罪、相關附屬於商事法規的刑法規範，延燒到法人犯罪。

參考文獻

(一) 中文期刊論文

- 王志誠，「銀行業關係人交易之監控」，月旦法學雜誌第 178 期，2010 年 3 月。
- 李茂生，「風險社會與規範論的世界」，月旦法學雜誌第 173 期，2009 年 10 月。
- 李茂生，「刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上）」，頁，台灣本土法學雜誌第 54 期，2004 年。
- 李茂生，「論刑法部份條文修正草案中保安處分相關規定」，月旦法學雜誌第 93 期，2003 年 2 月。
- 李茂生，「刑事政策與刑罰制度」，刑事法雜誌第 24 卷第 6 期。
- 李聖傑，「『家族相似性』探尋刑法定範之應用-以法益為核心」，收錄於政大法學院刑事法中心編，「刑事法學的新視野」，元照，2011 年 5 月初版第 1 刷。
- 李永然，「論侵占罪與背信罪」，法律評論第 47 卷第 11-12 期合刊。
- 周治平，「背信罪序說」，軍法專刊第 14 卷第 9 期，1968 年 9 月。
- 林山田，「背信罪之研究」，軍法專刊第 24 卷第 9 期，1978 年 9 月。
- 林東茂，「經濟犯罪的幾個現象面思考」，收錄於「一個知識論上的刑法思考」，1999 年 9 月第 1 版初刷。
- 林東茂，「經濟犯罪的界定及統計問題」，刑事法雜誌第 29 卷第 6 期。
- 林志潔，「論證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易罪」，月旦法學雜誌第 195 期，2011 年 8 月。
- 林志潔，「公司犯罪與刑事責任-美國刑法之觀察與評析」，律師雜誌第 333 期，2007 年 6 月。
- 吳正順，「財產犯罪之本質、保護法益」，刑事法雜誌第 13 卷第 5 期，1969 年 10 月。
- 柯耀程，「『意圖犯』意圖實現於刑法之評價」，頁 308，東海法學研究第 9 期，1995 年 9 月。
- 許玉秀，「一罪與數罪的理論與實踐（一）」，台灣本土法學雜誌第 78 期，2006 年 1 月。
- 許玉秀，「一罪與數罪的理論與實踐（二）、（四）」，台灣本土法學雜誌第 79、81 期，2006 年 2 月、4 月。
- 許恆達，「身份要素與背信罪的共同正犯-Roxin 構成要件理論的檢討（下）」，萬國法律第 124 期，2002 年 8 月。
- 黃榮堅，「親愛的我把一萬元變大了」，月旦法學雜誌別冊(4)刑事法學篇 1995-2002，元照，2002 年 9 月初版第 2 刷。

- 黃榮堅，「雙重評價禁止與法條競合」，收錄於「刑法問題與利益思考」，元照，初版2刷，2001年4月。
- 黃榮堅，「侵占罪之基本概念」，頁26-31，日新第4期，2005年1月。
- 黃朝義，「論經濟犯罪及其對策」，法學叢刊第169期，1998年1月。
- 陳淞山，「侵占罪與背信罪之區別」，刑事法雜誌第34卷第4期，1990年8月。
- 陳樸生，「背信罪在財產犯罪上之體系的地位」，法令月刊第25卷第1期，1974年1月。
- 陳志龍，「集團化公司之鉅型經濟犯罪」，月旦法學雜誌第195期，2011年8月。
- 陳碩甫，「英美法商業判斷法則概述」，萬國法律第158期，2008年4月。
- 張淳淙，「從刑法修正論行為之罪數」，收錄於「新修正刑法論文集」，司法院，2006年12月。
- 張麗卿，「毀損與背信的競合」，月旦法學雜誌別冊(4)刑事法學篇1995-2002，元照，2002年9月初版第2刷。
- 曾淑瑜，「建構符合我國刑事實體法及程序法之財經犯罪體系」，台灣法學第160期，2010年9月15日。
- 曾淑瑜，「論金融犯罪『特別背信罪』之構成要件-台灣高等法院99年度金上重訴字第31號判決」，月旦法學雜誌第193期，2011年6月。
- 靳宗立，「證券交易法之刑事規制與解釋方法-以特別背信罪為例」，台灣法學第166期，2010年12月15日。
- 蔡墩銘，「背信罪之主體」，軍法專刊第8卷第2期，1962年2月。
- 蔡昌憲、溫祖德，「論商業判斷法則於背信罪之適用妥當性-評高雄高分院96年度金上重訴字第1號判決」，月旦法學雜誌第195期，2011年8月。
- 劉連煜，「董事責任與經營判斷法則」，月旦民商法雜誌第17期，2007年9月。
- 廖大穎、林志潔，「『商業判斷法則』與董事刑事責任之阻卻-台北地院96年重訴字第115號刑事判決」，月旦法學雜誌第183期，2010年8月。
- 林譽恆，「經濟犯罪與金融機構違法授信之研究」，台灣大學法律學研究所碩士論文，2006年1月。
- 吳元曜，「美國、日本、德國及我國內線交易刑法規制之比較以及內線交易除罪化之研究」，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2003年6月。
- 黃士軒，「公務員賄賂罪之構成-以對於其保護法益之探索為核心」，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2005年6月。
- 黃百立，「董事注意義務之研究-以日本董事注意義務為中心-」，中原大學財經法律學系碩士論文，頁151，2007年6月。
- 陳靜芳，「背信罪之研究」，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文，2008年7月。

廖治傑，「從經濟犯罪論背信罪的規定與內涵」，私立世新大學法律研究所碩士論文，2009年6月。

(二) 外文期刊論文

- 井田 良，「社会の変化と刑法」，收錄於「鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(上卷)」，成文堂，2007年。
- 井田 良，「刑法と民法の關係」，收錄於「理論刑法學の最前線 II」，岩波書店，2006年。
- 內藤 謙，「法益概念の形成過程」，收錄於「刑法理論の史的展開」，有斐閣，2007年10月30日，初版一刷。
- 內藤 謙，「法益概念の一考察」，收錄於「刑法理論の史的展開」，有斐閣，2007年10月30日，初版一刷。
- 山口厚，「不可罰的事後行為と共罰的事後行為」，收錄於「理論刑法の最前線 II」，岩波書店，2006年。
- 金 尚均，「現代社会における刑法の機能」，刑法雜誌第40卷第2号。
- 林 幹人，「背任罪の共同正犯-共犯構成要件について」，判例時報1854号，2004年。
- 林 幹人，「背任罪における『財産上ノ損害』の意義」，收錄於「刑法の争点」，新版。
- 福田 平，「詐欺罪の問題点」，收錄於「刑法講座-財産犯の諸問題」，有斐閣，昭和38-39(1963-64)。
- 関 哲夫，「背任罪の共同正犯についての一考察」，收錄於「佐々木史朗先生喜寿祝賀-刑事法理論と実践」，2002年。
- 岡本 勝，「背任罪における『財産上ノ損害』について」，收錄在莊子邦雄先生古稀祝賀『刑事法の思想と理論』，1991年。
- 長井 圓，「背任罪における自己答責原理と取引相手に対する共犯の成否-北国銀行事件控訴審判決をめぐって」，神奈川法学35号，2002年。
- 上 嶋一高，「金融犯罪の問題点」，現代刑事法 No. 30(第3卷第10号)，2001年10月。
- 上田正和，「対向的取引と特別背任罪の共犯」，大宮ローレヴィュ第3号。
- 松宮孝明，「法益論の意義と限界を論ずる意味」，刑法雜誌第47卷第1号。
- 松宮孝明，「経営判断と背任罪」，立命館法学307号，2006年3号。
- 佐伯仁志，「刑法の基礎理論」，法学教室第283期，2004年4月。
- 佐伯仁志，「倒産犯罪」，頁100，ジュリスト1237号，2004。

- 新谷一幸、「法益保護の早期化傾向について—ヤコブスの所説に関して」、*修道法学* 11 卷 1 号，1989 年。
- 神山敏雄、「経済刑法の概念」，収録於「新経済刑法入門」，成文堂，2008 年 12 月 20 日初版第 1 刷。
- 齊藤豊治、「刑法各則の犯罪類型と経済刑法」，収録於「新経済刑法入門」，成文堂，2008 年 12 月 20 日初版第 1 刷。
- 井上正治「財産罪の財産法益」，収録於「刑法講座—財産犯の諸問題」，有斐閣，昭和 38-39 (1963-64)。
- 内田文昭、「横領と背任」，頁 100，収録於「刑法講座—財産犯の諸問題」，有斐閣，昭和 38-39。
- 内田幸隆、「背任罪の系譜、およびの本質」，*早稲田法学会誌* 第 51 卷(2001)。
- 内田幸隆、「背任罪と詐欺罪との関係」，*早稲田法学会誌* 第 53 卷(2003)。
- 内田幸隆、「背任罪と横領罪との関係」，*早稲田法学会誌* 第 51 卷(2002)。
- 内田幸隆、「横領罪と背任罪との区別」，*法学教室* 第 359 号，2010 年 8 月。
- 平川宗信、「背任罪」収録於芝原邦爾、堀内捷三、西田典之編，「刑法理論の現代的展開各論」，日本評論社，2008 年。
- 大塚久雄「後進資本主義とその諸類型」，収録於「後進資本主義の展開過程」，アジア経済研究所発行，1973 年 12 月 14 日。
- 山本輝之、「背任罪における事務処理者の意義」，収録於西田典之、山口 厚、佐伯仁志，「刑法の争点」，有斐閣，2007 年 10 月 30 日。
- 川崎友己「背任罪における財産上の損害の意義」，収録於西田典之、山口 厚、佐伯仁志，*刑法の争点*，有斐閣，2007 年 10 月 30 日。
- 川崎友己，「経済犯罪に対する個人の責任、企業の責任」，*刑法雑誌* 第 47 卷第 2 号。
- 田中利幸「背任罪における図利加害目的の意義」，収録於西田典之、山口 厚、佐伯仁志，「刑法の争点」，有斐閣，2007 年 10 月 30 日。
- 齊藤豊治，「背任罪の諸問題」，*現代刑事法* 第 12 期，2000 年
- 木村龜二，「背任罪の基本問題」，*法学志林* 37 卷 8 号，1935 年。
- 木村光江，「横領と背任の区別」，収録於西田典之、山口 厚、佐伯仁志，*刑法の争点*，有斐閣，2007 年 10 月 30 日。
- 木村光江，「横領と背任の区別」，収録於「刑法の争点」，2007 年。
- 木村光江，「経済活動と刑事的規制」，*刑法雑誌* 47 卷 2 号。
- 香城敏磨「背任罪の成立要件」，収録於「刑法基本講座(第 5 卷)—財産犯論」，1993 年。
- 鈴木享子，「財産犯の保護法益」収録於「刑法基本講座(第 5 卷)—財産犯論」，1993 年。

- 芝原邦爾，「特別背任罪-2」，法時 61 卷 12 号，1989 年。
- 堀田周吾，「担保権侵害と背任罪の成否」，都法第 45 卷第 2 期。
- 伊東研祐，「現代社会における刑法解釈論の機能と視座」，刑法雜誌第 40 卷第 2 号。
- 伊東研祐，「窃盜罪（財産犯）の保護法益」，收錄於「現代社会と刑法各論」，成文堂，2004 年 3 月 10 日第 2 版第 2 刷。
- 伊東研祐，「特別背任罪における正犯性-非身分者による共犯の成否」收錄於板倉宏博士古稀祝賀論文編輯委員會編，「現代社会型犯罪の諸問題」，勁草書房，2005 年 3 月第 1 版第 2 刷。
- 伊東研祐，「二項犯罪における『財産的利益』と『処分行為』の意義、内実」，現代社会と刑法各論，成文堂，2004 年 3 月 10 日第 2 版第 2 刷。
- 伊東研祐，「横領と背任の區別」，收錄於現代社会と刑法各論，成文堂，2004 年 3 月 10 日第 2 版第 2 刷。
- 伊東研祐，「企業秘密の漏洩と窃盜罪の成否-機密の『財物性』、一時ち出してと『不法領得の意思』」，現代社会と刑法各論，成文堂，2004 年 3 月 10 日第 2 版第 2 刷。
- 照沼亮介「不正融資と特別背任罪の共犯」收錄於伊東研祐編「はじめて刑法」，成文堂，2004 年
- 平山幹子，「『義務犯』について（一）、（二）」，立命館法学 270 号、273 号，2000 年。
- 前田雅英「商法 486 條と共同正犯」，東京都立大学法学会雜誌第 44 卷第 2 号，2004 年。

（三）中文書目

- 王志誠，「現代金融法」，新學林，2009 年 10 月初版一刷。
- 甘添貴，「罪數理論之研究」，元照，2006 年 4 月，初版 1 刷。
- 甘添貴，體系刑法各論(第二卷)，作者自版，2004 年 2 月，再版。
- 甘添貴，刑法各論(上)，頁 351，三民，2009 年 6 月初版 1 刷。
- 林山田，刑法通論(上)，作者自版，增訂八版。
- 林山田，刑法通論(下)，作者自版，增訂八版。
- 林山田，刑法特論(上)，三民，1985 年 7 月。
- 林山田，刑法各罪論(上)，作者自版，2004 年 1 月，增訂 4 版。
- 林山田，「經濟犯罪與經濟刑法」，1987 年 5 月。
- 林東茂，「危險犯與經濟刑法」，1999 年 10 月初版二刷。

- 林東茂，「經濟犯罪之研究」，1987年9月二版。
- 林東茂，刑法綜覽，一品文化，2006年2月，修訂四版。
- 洪福增，刑法判解研究，刑事法雜誌社，1985年4月三版。
- 許玉秀，「當代刑法思潮-刑事法學諸子論叢(1)」，中國民主法制，2005年11月初版1刷。
- 柯耀程，刑法競合論，元照，2000年12月。
- 柯耀程，變動中的刑法思想，2001年，第二版。
- 高仰止，刑法總則之理論與實用，1986年8月三版。
- 高宣揚，當代法國思想五十年(上)，中國人民大學，2005年11月。
- 黃仲夫，刑法精義，2005年，修訂一版。
- 黃常仁，刑法總論-邏輯分析與體系論證，2000年。
- 張麗卿，刑法總則理論與運用，一品文化，2006年6月修定二版二刷。
- 張麗卿，「新刑法探索-第五章-故意曝光大峽谷照片」，元照，2008年9月。
- 曾淑瑜，「刑法分則實例研習-個人法益之保護」，三民，2004年10月初版一刷。
- 孟維德，白領犯罪，頁261-262，五南圖書出版，2008年2月初版1刷。
- 蘇俊雄，刑法推理方法及案例研究，台大法學叢書(15)，1985年8月增訂版。
- 陳樸生，刑法分則論文選輯(下)，1984年7月初版。
- 陳志龍，法益與刑事立法，作者自版，1997年。
- 蔡墩銘，「最高法院刑事判決研究」，頁233以下，巨浪，1975年初版。
- 韓忠謨，刑法原理，1982年4月增訂15版。
- 賴英照，「股市遊戲規則-最新證券交易法解析」，作者自版，2006年8月初版3刷。
- David Garland 著，周盈成譯，「控制的文化-當代社會的犯罪與社會秩序」，巨流圖書出版，2006年5月初版。
- David Denney 著，國立編譯館主譯、呂奕欣、鄭佩嵐譯，「面對風險社會」，韋伯文化國際出版，2009年2月初版一刷。
- Fernand Braudel 著 施康強、顧良譯，「15至18世紀的物質文明、經濟和資本主義(貳)」，左岸文化，2006年6月。
- H. L. A. Hart，許家馨、李冠宜譯，「法律的概念(The Concept of Law)」，商周，2010年1月26日二版。
- Niklas Luhmann 著，國立編譯館主譯、李君韜譯，「社會中的法」(Das Recht der Gesellschaft)，五南圖書，2009年12月初版一刷。
- Niklas. Luhmann 著，湯志傑、魯顯貴譯，「社會之經濟」，聯經出版，2009年9月初版。
- Niklas Luhmann，魯顯貴譯，「對現代的觀察」，左岸，2005年9月。
- Georg Kneer、Armin Nassehi 著，魯顯貴譯，盧曼社會系統理論導引，巨流，

1998年，第一版。

黃風 譯，「最新意大利刑法典」，法律出版社，2007年1月第1版。

李傳敢 譯，「西班牙刑法典」，中國政法大學出版社，2004年6月第1版。

馬松建 譯，「挪威一般公民刑法典」，北京大學出版社，2005年1月第1版。

謝望原 譯，「丹麥刑法典與丹麥刑事執行法」，北京大學出版社，2005年1月第1版。

陳琴 譯，「瑞典刑法典」，北京大學出版社，2005年3月第1版。

于志剛 譯，「芬蘭刑法典」，中國方正出版社，2005年4月第1版。

黃道秀 譯，「俄羅斯聯邦刑法典」，中國法制出版社，2004年9月第1版。

王相國、姜寧 譯，「荷蘭刑法典」，中國方正出版社，2007年6月第1版。

(四) 外文書目

川端 博，「疑問からはじまる刑法 II(各論)」，成文堂，2007年(平成19年)12月10日。

川端 博，「レクチャ刑法各論」，法学書院，2004年8月10日初版第1刷。

大塚仁，「刑法概説(各論)」，有斐閣，2005年增訂3版。

大谷實，「刑法講義各論」，2007年7月1日，新版第2版第2刷。

大谷實，「新版刑法講義各論」，成文堂，2000年。

上 嶋一高，「背任罪理解の再建構」，成文堂，1997年12月10日，初版第一刷。

山口厚，「刑法總論」，有斐閣，平成19年(2007年)第2版第1刷。

山口厚，「刑法各論」，有斐閣，平成15年(2003年)11月30日，初版第1刷。

山口厚，「問題探究-刑法各論」，1999年12月30日，第1版第1刷。

內藤謙，「刑法講義總論(上)」，有斐閣，1991年1月30日初版五刷。

內藤謙，「注釈刑法(6)」，有斐閣，昭和41年

林 幹人，「刑法各論」，東京大學出版會，2007年10月1日，第2版第1刷。

林 幹人，「財産犯の保護法益」，東京大學出版會，1984年6月11日初版。

林 幹人，「現代の經濟犯罪」，弘文堂・1989年。

金 尚均，「危険社会と刑法-現代社会における刑法の機能と限界」，成文堂，2001年1月10日初版一刷。

小野清一郎，「新訂刑法講義各論」，1949年(昭和27年)。

山中敬一，「刑法各論 I」，成文堂，2005年3月30日，初版第二刷。

- 井上正治、江藤孝，「新訂刑法學(各論)」，法律文化社，1994年。
- 木村龜二，「刑法各論」，法文社，1957年。
- 木村光江，「財産犯論の研究」，日本評論社，1988年12月。
- 木村光江，「詐欺罪の研究」，東京都立大學出版，2000年。
- 中森喜彦，刑法各論，有斐閣，2006年第2版。
- 平野龍一，「刑事法研究-最終卷」，有斐閣，2005年7月15日初版一刷。
- 平川宗信，「刑法各論」，有斐閣，1995年12月5日，初版一刷。
- 平川宗信，「刑事法の基礎」，有斐閣，2008年12月25日初版一刷。
- 西田典之，「刑法各論」，弘文堂，2005年(平成17年)5月30日，第三版第二刷。
- 西山富夫編，「現代の經濟犯罪と經濟刑法」，啓文社，1994年5月18日，第1版第1刷。
- 北村雅史、柴田和史、山田純子，「現代会社法入門」，有斐閣，2010年4月5日第3版第1刷。
- 伊東研祐，「法益概念史研究」，成文堂，1984年6月15日初版一刷。
- 宗岡嗣郎，「犯罪論と法哲学」，成文堂，2007年6月10日初版一刷。
- 内田文昭，「刑法各論」，青林書院，平成8年三版。
- 牧野英一，「増訂日本刑法」，有斐閣，1926年。
- 牧野英一，「刑法各論(下卷)」，1952年(昭和30年)。
- 松宮孝明，「ハイブリッド刑法各論」，法律文化社，2009年1月15日，初版第1刷。
- 藤木英雄，「經濟取引と犯罪-詐欺、横領、背任を中心として」，有斐閣，昭和42年7月20日，初版第3刷。
- 藤木英雄，「注釈会社法(8)のII」，1969年。
- 藤木英雄，「刑法講義各論」，弘文堂，1976年。
- 芝原邦爾、西田典之、佐伯仁志，「ケースブック經濟刑法」，有斐閣，2005年4月15日，第二版。
- 芝原邦爾，「經濟刑法研究(上)」，有斐閣，2005年10月20日初版第一刷。
- 宮本英脩，「刑法大綱」，1935年。
- 宮本英脩，「刑法学粹第四分冊」，1930年。
- 泉二新熊，「日本刑法論(下卷)」，有斐閣，1929年。
- 団藤重光，刑法綱要各論，創文社，(平成2年)三版。
- 伊藤 涉、小林憲太郎、齊藤彰子、鎮目征樹、島田聰一郎、成瀬幸典、安田拓人等著，「アクチュアル刑法各論」，弘文堂，2007年4月30日，初版一刷。
- 瀧川幸辰，「刑法講義」，弘文堂，1929年。
- 瀧川幸辰，「刑法各論」，世界思想社，1933年。
- 前田雅英，「刑法各論講義」，頁323以下，東京大學出版會，2007年1月17日，

第4版第2刷。

曾根威彥，「刑法の重要問題〔各論〕」，成文堂，2006年3月10日，第2版第1刷。

曾根威彥，「刑法各論」，弘文堂，2008年(平成20年)9月30日第4版第1刷。

齋藤信治，「刑法各論」，有斐閣，2009年3月10日第3版。

齊藤信宰，「刑法講義(各論)」，成文堂，2007年4月1日，新版一刷。

能勢弘之，「刑法の重要問題50選II(各論)」，信山社，1999年7月20日第1版第1刷。

岡勝年、齊藤信宰，「演習經濟刑法」，成文堂，1994年6月1日初版第1刷。

小林充、植村立郎編，「刑事事實認定重要判決50選(下)」，立花書房，2007年。

島田聰一郎等，「事例から刑法を考える」，有斐閣，2009年。

佐々木史朗編，「判例經濟刑法大系(第一卷)」，日本評論社，2000年7月5日初版第一刷。

川端博、西田典之、原田國男、三浦守編，裁判例コンメンタール刑法(第3卷)，立花書房，2006年(平成18年)12月1日第1刷。

刑事法令研究会編著，警察庁刑事局刑事企画課監修，「刑事法重点講座-財産犯(下卷)」，立花書房，平成4年3月1日初版一刷。

Ulrich Beck 著，東廉、伊藤美登里譯，「危險社会-新しい近代の道」，法政大學出版，2008年9月20日初版第8刷。

Klaus Tiedemann 著，西原春夫、宮澤浩一譯，「ドイツおよびECにおける經濟犯罪と經濟刑法」，成文堂，1990年11月1日初版第1刷。

Deborah Lupton Risk. London: Routledge. (1999a).

Niklas Luhmann 著，大庭健、正村俊之譯，「信賴-社会的な複雑性の縮減メカニズム」，勁草書房，2007年6月15日第1版第9刷。

Black's Law Dictionary, West Group, 8th ed(2004).

(五) 網路資料

李茂生，刑法總則、分則講義綱要：

http://140.112.158.1/chinese/03/professor/Mau_sheng_Lee.html

(最後瀏覽時間：2011年6月10日)。

李茂生，「墮胎罪的法益與罪數—以早產說與殺胎說的爭議為議題(法律思維導引)」：

<http://lms.posterous.com/30168405>

(最後瀏覽時間 2011 年 5 月 1 日)

張天一，「論背信罪之本質與定位」：

<http://cycu.lawbank.com.tw/Download/26/01560003.pdf>

(最後瀏覽時間：2011 年 8 月 9 日)。

北村隆，「背任罪における自己保身目的を内容とする図利加害目的を捉え方」：

<http://www.dic.go.jp/kenkyu/200904-11/11-2.pdf>

(最後瀏覽時間 2011 年 8 月 1 日)

内田幸隆，「背任罪の共犯-不良融資における借り手の刑事責任」：

<http://www.2lcoe-win-cls.org/english/activity/pdf/5/04.pdf>

(最後瀏覽時間：2011 年 6 月 6 日)。

Thomas Rönnau，甲斐克則、岡部雅人、辻本淳史 譯，「經濟犯罪としての背任」：

<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/activity/pdf/18/12.pdf>

(最後瀏覽時間：2011 年 5 月 2 日)。



附註-國內背信罪與特別背信罪之部份實務見解整理

(一) 特別背信罪之實務見解部份：

1、特別背信罪與背信罪之關係：

判解字號：	案例事實&判決理由	相似判決
<p>最高法院 98 年度臺上字第 72 號：</p>	<p>※銀行法之特別背信罪與背信罪： 判決意旨： 按銀行法第 125 條之 2 第 1 項之銀行職員背信罪，以銀行負責人或職員，主觀上有為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益之犯意，客觀上有為違背其職務之行為，並使該銀行發生財產或其他利益之損害為成立要件。該罪為結果犯，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。以銀行職員之不法行為，基於其銀行職員之職務為之，且其行為結果致生銀行財產或其他利益之損害為要件。</p>	<p>最高法院刑事判決 100 年度台上字第 786 號： 「銀行法第一百二十五條之二第一項之銀行職員違背職務罪，以銀行負責人或職員，主觀上有為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益之犯意，客觀上有為違背其職務之行為，並使該銀行發生財產或其他利益之損害為成立要件。該罪為結果犯，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。…」</p> <p>最高法院刑事判決 99 年度台上字第 877 號： 「…<u>銀行法第一百二十五條之二第一項</u>之銀行負責人或職員，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</p>

		<p>產或其他利益罪，乃對銀行相關人員犯特定背信罪加重處罰之特別規定。…」</p>
<p>最高法院刑事判決 100 年度台上字第 775 號：</p>	<p>※證券交易法之特別背信罪與背信罪： 判決意旨： 「<u>原判決認定黃宗宏為台鳳公司處理事務，意圖為自己不法之利益，與駿達公司實際負責人范芳魁基於共同之犯意，明知駿達公司並無資力向台鳳公司購買上開土地四筆，且該四筆土地經鑑價，約有新台幣（下同）十八億餘元之市值。黃宗宏、范芳魁虛偽以台鳳公司以二十二億元將該四筆土地出售與駿達公司，訂立假買賣契約，……而駿達公司無力付款，由黃宗宏違背其任務，提供台鳳公司保證票向中興商業銀行中山分行擔保，借款十四億元，供駿達公司作為買地之價金，足以生損害於台鳳公司等情，因而</u></p>	<p>最高法院刑事判決 99 年度台上字第 8226 號： 「<u>證券交易法第一百七十一條第一項第二款之使公司為不利益交易罪，係該法對董事、監察人、經理人或受僱人之背信行為而規定之特別犯罪類型，行為若同時合於前述證券交易法及刑法規定，固僅應以證券交易法之規定論罪。惟若行為與證券交易法之規定不該當，然合於刑法背信罪之構成要件者，仍應依刑法之背信罪處斷。上訴人等之上開交易是否合於營業常規？是否已致營</u></p>

論以刑法第三百四十二條之背信罪。惟黃宗宏行為後，證券交易法第一百七十一條已於九十三年四月二十八日修正增列第一項第三款規定「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利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產」，為刑法背信罪之特別規定，原判決未予比較說明，判決亦有瑕疵。」



實公司受有損害，或更達重大損害之程度？均攸關上訴人等應成立前述證券交易法第一百七十一條規定之罪抑僅成立刑法背信罪。原判決未究明白，逕以修正前證券交易法第一百七十一條第一項第二款論罪，即屬率斷。」

最高法院刑事判決 99 年度台上字第 5427 號：
「…證券交易法第一百七十一條第一項第三款、銀行法第一百二十五條之二之背信罪，均為刑法第三百四十二條之背信罪之特別規定，應優先適用。本件原判決事實欄、一、二所載犯行，係認甲○○成立刑法之背信罪；事實欄、四所載犯行，則認甲○○與戊○○共犯刑法之背信罪。而原判決既認定甲○○係台中商銀董事長即負責人，甲○○、戊○○與台中商銀董事、依證券交易法發行有價證券之順大裕公司之董事共同犯罪，本均該當於上開背信罪之特別規定之犯罪構成要件。原判決未為說明上開法律修正之比較適用，即逕認甲○○、戊

		○○均係犯刑法之背信罪，有欠妥適。」
<p>最高法院刑事判決 100 年度台上字第 570 號：</p>	<p>※農業金融法之特別背信罪與背信罪：</p> <p>(1) 案例事實：</p> <p>上訴意旨略以：原判決既認蕭明揚為蕭汝漢、陳昌興二人（均經原審判處罪刑確定）背信行為所圖利之對象，其等間已然居於相互對立之對向關係，行為縱有合致，然彼此行為各有目的，應分別就各該行為負責，原判決遽認蕭明揚與蕭汝漢、陳昌興成立農業金融法背信罪之共同正犯，顯有判決適用法則不當之違法。</p> <p>(2) 判決理由：</p> <p>農業金融法第三十九條第一項：「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。」之規定，係刑法背信罪之特別法，其成立以具有農會信用部或漁會信用部或全國農業金庫負責人或職員之身分為前提要件。</p> <p>則原判決理由以：貸款申貸人提出申貸，農會承辦人員核貸，就貸款</p>	<p>※申貸人可否成立特別背信罪之共同正犯，涉及特別背信罪的行為主體之身分與是否為對向犯認定：</p> <p>(i) 銀行法實務見解之肯認對向犯之見解：</p> <p>高雄地方法院刑事判決 99 年度金訴緝字第 1 號</p> <p>「…而參以銀行行員收取佣金罪之行員，對承辦客戶係以收取佣金等不當利益為目的，而其所相對應之客戶，則係以交付佣金後，達成向銀行申辦貸款、現金卡等銀行業務之目的，<u>彼此間係以對立之意思經合致而成立之犯罪，為對向犯</u>，承前判例意旨，則該罪僅處罰銀行行員前揭收取佣金等部分行為，<u>其餘客戶雖有交付佣金等不當利益之對向行為，縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯。</u>」</p> <p>(ii) 向來背信罪肯認對向犯之見解：</p> <p>福建金門地方法院刑事判決 93 年度易字第 7</p>

案而言，彼等雖立於相對立之位置，有不同的考量，惟貸款申貸人並非背信罪之對立共犯，果貸款申貸人與農會信用部承辦人員有共同背信之犯意聯絡及行為分擔，仍得成立共同正犯。上訴人二人雖非社頭鄉農會信用部職員，然其等與有該項身分條件之蕭芳遠等人，共同為上揭背信行為，上訴人二人依刑法第三十一條第一項規定，仍應以共同正犯論等旨，核無不合。上訴意旨全憑己見，指摘原判決適用法則不當云云，並非上訴第三審之適法理由。

號：「…『對向犯』因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間並無犯意之聯絡，當然無適用刑法第 28 條共同正犯之餘地…上揭最高法院之判決，雖係針對圖利罪所持見解，然其法理於刑法背信罪亦應有適用餘地。從而「為他人處理事務之人」與無此身分之人，違背任務之目的，如係在圖「為他人處理事務之人」及「其他第三人」不法之利益，該「為他人處理事務之人」與無此身分之人間，顯係具有合同平行一致性之犯意聯絡，彼此分擔利用相互之行為，以達成同一之犯罪目的，固非不得成立背信罪共同正犯；然若該「為他人處理事務之人」所圖利之對象，即係該無此身分者，則二人係居於彼此相互對立之對向關係，行為縱有合致，並使該無此身分者因而得不法之利益，但二人之行為既各有其目的，分別就各該行為負責，彼此間無所謂犯意聯絡與行為分擔，自難以背信罪之共同正犯論處。

2、非常規交易之認定：

判解字號	案例事實 & 判決理由	相似或相異判決
<p>最高法院 100 年度台上字第 3285 號刑事判決：</p>	<p>(1) 案例事實： 上訴人等以修正前商業會計法第七十一條第一款之商業負責人，以明知為不實之事項而填製會計憑證罪。然其事實欄僅籠統記載上訴人等均明知日本 ABROAD 公司僅是空殼紙上公司，在日本登記之資本額僅日幣八百萬圓，並無「液晶顯示器用超輕量型導光板」、「液晶顯示器用免印刷導光板」、「液晶顯示器用 V-CUT 導光板技術」等技術之移轉能力，竟共同基於為自己不法之所有之概括犯意聯絡，而為違背職務之行為，夥同張大方及諏訪部良彥以假技術移轉名義，利用國外帳戶迂迴套取科橋電子股份有限公司（下稱科橋公司）資金一億五千二百萬日圓，且其等為掩飾前開掏空行為，並指示不知情之會計、財務人員於科橋公司「相關業務帳冊」為不實登載等情。</p> <p>(2) 判決理由 關於背信罪之部份：刑法上背信罪之成立，以有意圖「為自己或第三人不法之利益」，或「損害本人之利益」為構成要件，此項構成犯罪之意思要件，必須於判決內明確認定，詳細記載，始足為論處罪刑之根據。原判決事實認定上訴人等係共同基於「意圖為自己不法所有」之概括犯意，而為違背其職務之行為，夥同張大方及諏訪部良彥以假</p>	<p>最高法院刑事判決 98 年度台上字第 6782 號： 「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之人，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，處七年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金」。本罪構成要件所稱之「不合營業常規」，為不確定法律概念，因利益輸送或掏空公</p>

技術移轉名義，利用國外帳戶迂迴套取科橋公司資金一億五千二百萬日圓，所載犯罪之意思要件，明顯與背信罪構成要件不合，難謂允洽。修正前證券交易法第一百七十一條第一項第二款之不合營業常規交易罪，其立法目的，係以已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不利益交易行為且不合營業常規，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處，以發揮嚇阻犯罪之效果。因此，在適用上自應參酌其立法目的，以求得法規範之真義。所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，只要形式上具有交易行為之外觀，實質上對公司不利益，而與一般常規交易顯不相當，其犯罪即屬成立。以交易行為為手段之利益輸送、掏空公司資產等行為，固屬之，在以行詐欺及背信為目的，徒具交易形式，實質並無交易之虛假行為，因其惡性尤甚於有實際交易而不合營業常規之犯罪，自亦屬不合營業常規之範疇。不因行為後立法者為期法律適用之明確，另明文增訂本條項第三款之公司董事、監察人及經理人背信、侵占罪，而認虛假交易行為非屬本條款之不合營業常規交易罪。原判決既認定上訴人等確與日本 ABROAD 公司虛簽契約，以「假技轉、真掏空」方式詐取公司財產，造成科橋公司重大損害。卻認為雙

司資產之手段不斷翻新，所謂「營業常規」之意涵，自應本於立法初衷，參酌時空環境變遷及社會發展情況而定，不能拘泥於立法前社會上已知之犯罪模式，或常見之利益輸送、掏空公司資產等行為態樣。該規範之目的既在保障已依法發行有價證券公司股東、債權人及社會金融秩序，則除有法令依據外，舉凡公司交易之目的、價格、條件，或交易之發生，交易之實質或形式，交易之處理程序等一切與交易有關之事項，從客觀上觀察，倘與一般正常交易顯不相當、顯欠合理、顯不符商業判斷者，即係不合營業常規，如因而致公司發生損害或致生不利益，自與本罪之構成要件該當。此與所得稅法第四十三條之一規定之「不合營業常規」，目的在防堵關係企業逃漏應納稅捐，破壞租稅公平等流弊，稅捐機關得將交易價格調整，據以課稅；公司法第三百六十九條之四、第三百六十九條之七規定之「不合營業常規」，重在防止控制公司不當運用其控制力，損害

	<p>方並無實際之交易行為，認不構成上開條款之規定，而不另為無罪之諭知，自有適用法則不當之違誤。</p>	<p>從屬公司之利益，控制公司應補償從屬公司者，迥不相同，自毋庸為一致之解釋。」</p>
--	--	--

3、特別背信罪之違背任務與財產損害之認定：

判解字號：	案例事實 & 判決理由	相似判決
<p>最高法院刑事判決 99 年度台上字第 7417 號：</p>	<p>(1) 案例事實： 被告張財旺自民國八十二間起，擔任桃園縣大溪鎮農會總幹事。被告蕭財木自八十七年起至九十年五月間，擔任大溪農會秘書；被告黃教浪則接任蕭財木之秘書職。被告黃朝欽自八十七年間起至九十一年三月間止，擔任大溪農會信用部主任；被告藍倍敏則接黃朝欽擔任該信用部主任職，至九十二年十月間止。被告陸敬德自八十八年間起至九十二年十二月間，擔任大溪農會信用部放款人員；被告郭金調自九十年間起至九十一年間，擔任該信用部徵信人員；被告蕭騰舜自八十五年間起至九十二年十月間，亦擔任該信用部徵信人員。張財旺、蕭財木、黃教浪、黃朝欽、藍倍敏、陸敬德、郭金調、蕭騰舜與徐慶發〔另經第一審法院通緝；於八十六年三月至九十年三月間，擔任大溪農會常務監事，並自九十年三月起至九十一年四月間，轉任該農會理事長〕，在渠等任職期間內，均係為大溪農會處理事務之人。乃被告等竟與徐慶發基於背信之概括犯意聯</p>	<p>台中地方法院 99 年金訴字第 1 號判決： 「…被告擔任台○商業銀行南台中分行之襄理、二等襄理等職務，為公司法第 8 條第 2 項及銀行法第 125 條之 2 第 1 項所稱之銀行負責人…所為上開犯罪事實所示犯行(盜刻該銀行存款客戶之印章並偽造如附表所示存摺存款取款憑條，並將之交予不知情之該銀行南台中分行承辦人員而行使之，以此方式盜領如附表三所示該銀行存款客戶之存款)，均係犯銀行法第 125 條之 2 第 1 項前段之銀行負責人背信罪，及刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪，至其盜刻印章、偽造印文等行為，均係偽造私文書之部分行為，且其偽造私文書後持以行使，其偽造之低度行為，</p>

	<p>絡，自八十八年四月間某日起至九十年三月間某日止，由徐慶發以其關聯戶之名義，向大溪農會申請如原判決附表一及附表三所示之貸款，被告等則未落實徵信工作，違反大溪農會之放款限制，貸放各該筆貸款，致使各該筆貸款事後均轉列為催收款，總計金額為新台幣（下同）二億三千九百三十三萬六千元，使大溪農會放款品質變劣，足以生損害於該農會之資產淨值等情。</p> <p>2、判決理由</p> <p>按公訴意旨因認被告等所為，均係犯八十九年十一月一日公布施行之銀行法第一百二十五條之二第一項之背信罪嫌，原判認為無罪而經檢察官上訴。但最高法院認為：「桃園縣大溪鎮農會放款擔保品估價辦法第二條第一項第一至五款，對於建物放款總值之估價設有一定之計算公式；同項第六款並規定：「對繁華地區之店舖住宅，依最高建物加成率評定之估價與時價仍有大幅差距者，業務單位得考量該建物確實時值，審慎評估，惟該建物與土地之擔保放款總值，不得超過買賣成交價之六成，且應於不動產調查報告表內詳敘具體理由簽核」。又該估價辦法第二條第二項、第三項亦分別針對基地（建地）、土地（田、旱、 、原、林等地目）設有放款總值之計算公式；第三項備註欄 並定有「依公告現值估價時，其公告現值高於時價者，其貸</p>	<p>為其行使之高度行為所吸收…」</p>
--	---	-----------------------

款總值不得超過時價八成」。原判決對於上開申貸案之擔保品係建物者，是否為繁華地區之店舖住宅？依最高建物加成率評定之估價與時價是否有大幅差距？業務單位有無考量該建物確實時值，審慎評估，且於上開申貸案之不動產調查報告表內詳敘具體理由？擔保品係土地者，其公告現值與時價是否有差距？俱未載述明確。依原判決理由欄之說明，郭金調對於原判決附申貸案，依該擔保品買賣成交價計算，可貸金額為三千六百三十五萬二千一百四十元；而其前手蘇淑惠實地鑑估價值僅有二千七百十四萬二千六百三十二元等情（見原判決正本第五八頁），其間價差高達九百二十萬餘元。益見被告等遽以買賣成交價或公告現值六成，認定上開申貸案之可貸金額，能否謂未違背職務？尚非無疑最高法院加以撤銷發回。

<p>最高法院刑事 判決 99 年度 台上字第 6645 號:</p>	<p>(1) 案例事實: 上訴意旨以：依民法第六百零二條第一項前段規定，銀行與活期存款戶間之存、提款等事項係為典型之消費寄託關係，自受寄人受領該寄託之金錢時起，該金錢之所有權已移轉於受寄人即該金融機構所有，其利益與危險，當然移轉於受寄人，是銀行客戶吳永發、蔡憲吉等人對於一銀前鎮分行之存款債權應未因上訴人之本件犯行而受有損害，指摘原判決未說明上揭客戶等人之財產受有損害，有理由不備之違法。</p> <p>(2) 判決理由: 惟查銀行法第一百二十五條之二第一項之罪，僅須銀行負責人或職員，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，即為已足。至損害之內容，不以積極損害為限，即消極的減少銀行之財產價值，均包括在內，始符合銀行法第一條「健全銀行業務經營、保障存款人權益」之立法意旨。依原判決所認定之事實，上訴人為本件背信犯行時，<u>係利用其職務之便，連續偽造存款戶吳永發、蔡憲吉等人之印章並偽造印文於第一商業銀行之取款憑條，使第一銀行前鎮分行誤以為係客戶吳永發、蔡憲吉等本人親自提領現金或轉帳，而陸續詐領如原判決附表所示客戶之活期儲蓄存款、定期儲蓄存款，致生損害於銀行客戶等</u></p>	
---	---	--

	人及第一銀行前鎮分行之財產。	
--	----------------	--

4、特別背信罪之既未遂之認定：

判解字號：	案例事實 & 判決理由	相似判決
最高法院刑事判決九十九年度台上字第八二四五號：	<p>判決理由：</p> <p>刑法上之背信罪，以為他人處理事務，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，為構成要件。<u>所謂「致生損害於本人之財產或其他利益」，屬於結果犯。並以本人之財產或其他利益已否受有損害，為區別既遂、未遂之標準。</u>蓋因本罪之構成，以損害本人之財產或其他利益為要件。銀行法第一百二十五條之二第一項之規定係刑法背信罪之特別規定，自應同此法理。上訴人於原判決附表一所示之時間，透過金融 EDI 線上交易，<u>連續自邦聯公司上開帳戶，分別匯出</u>如原判決附表一所示之金額至其個人分別於台新銀行城東分行、中國信託銀行高雄分行、台灣銀行松江分行所設如原判決附表一</p>	

	<p>所示之各帳戶內，<u>此時財產權之得喪變更紀錄已製作完成，台灣銀行因此已受有損害，其背信之行為即屬既遂</u>，則其犯罪所得合計達一億五千九百九十九萬九千二百元（扣除七百九十元手續費），原判決因而據以論處銀行法第一百二十五條之二第一項後段之背信罪尚無違誤。</p>	
--	---	--

5、特別背信罪中主觀犯意與意圖之認定

判解字號：	案例事實 & 判決理由	相似判決
<p>最高法院 99 年台上字第 2910 號判決（泛亞銀行違法授信案）：</p>	<p>事實與判決摘要： 高等法院與最高法院爭執點在於認為該銀行人員甲究竟是否明知為老舊機器設備或者僅是因過失而未察，高等法院認為機器上既然貼有註明該機器是屬於乙公司何年資產的鐵牌，從而甲主觀上應屬明知，故論處甲連續犯（基於概括犯意之數次違反銀行法的背信行為）與牽連犯（業務上登載不實與銀行法之背信罪）；<u>但最高法院則認為該鐵牌訂在機器的底座不易察覺，況外觀上樣式很新，從而認為甲僅是怠於注意而非明知</u>，故將原判決撤銷發回。</p>	

(二) 背信罪之實務見解部份：

1、貪污治罪條例、圖利罪與背信罪之關係：

判解字號：	案例事實&判決理由	相似判決
<p>最高法院刑事判決 100 年度台上字第 2755 號、高等法院花蓮分院刑事判決 98 年度上訴字第 219 號</p>	<p>(1) 案例事實： 已擔任花蓮縣壽豐鄉公所秘書，丁擔任壽豐鄉公所建設課技士，彼等於下列工程前期作業、招標、工程發包及施作，均為其等主管之事務。庚係蓮花營造有限公司之實際負責人。壽豐鄉公所於收受花蓮縣政府上開同意函後，丁因認本件工程已取得興建經費，並無須委託廠商承辦規劃與可行性研究之技術服務，即於 93 年 11 月 9 日簽擬招標文件及預估之各項工程費用，並於 93 年 11 月 10 日、11 日分別經建設課長吳勝連、主計鐘苗銘、秘書己○○、鄉長戊○○簽核通過。但己因已同意庚本件工程採專案管理，如此庚○可自行找廠商配合參與專案管理標之投標，得標後，除可取得先期規劃費用外，並因專案管理範圍包括協辦招標、決標及監造，故亦可較順利標得本件工程，工程施作時，監造廠商亦會較配合，故指示丁○本件工程須為專案管理。</p> <p>(2) 判決理由： 最高法院雖以無法證明被告等人之圖利之犯罪故意以及犯意聯絡，以及背信罪屬於不得上訴第三審之犯罪類型駁回檢方上訴，但值得注意的是高等法院認為：「…又圖</p>	<p>最高法院刑事判決 100 年度台上字第 540 號： <u>「公務員對於主管之事務，如有意圖為自己或第三人不法之利益，或損害其服務機關之利益而為違背其職務之行為，致生損害於服務機關之財產或其他利益者，原屬特殊類型之背信行為，縱因刑法修正關於公務員概念之範圍有所限縮，不符合貪污治罪條例或其他瀆職罪特別規定之身分構成要件，而不成立貪污或瀆職罪名，仍非不可以刑法背信罪相繩。」</u></p>

	<p>利罪為對向犯。檢察官既認被告庚○為被圖利之廠商，自不可與被告己○○、丁○○成立共同正犯關係。而政府採購法第 87 條第 3 項係以詐術或其他非法方法使廠商無法投標或開標發生不正確結果為要件，而被告庚○係以向 3 家廠商借牌方式投標，所為構成該法第 87 條第 5 項之罪，非不構成同條第 3 項之罪。再按<u>貪污治罪條例第 6 條條刑法背信罪之特別規定</u>，被告己○○、丁○○所為甲、<u>有罪部分既已構成圖利罪，自無庸再論以背信罪</u>。故檢察官認被告庚○亦須與被告己○○、丁○○共負圖利罪責，並構成政府採購法第 87 條第 3 項之罪；被告己○○、丁○○就甲、有罪部分之事實尚有涉犯背信罪，均有未洽。」將<u>貪污治罪條例與圖利罪當作是背信罪之特別規定的看法</u>。</p>	
--	---	--

2、違背任務與致生財產損害之認定：

判解字號：	案例事實&判決理由	相似或相異判決
高等法院臺南分院刑事判決 97 年度上訴字第 1347 號	(1) 案例事實： 緣座落雲林縣臺西鄉之土地，係丁萬頓與他人共有，丁萬頓於卅四年一月廿六日（即日據時代昭和廿年一月廿六日），將其共有部分出賣與丁揭、丁額，但因故未辦理土地移轉登記。 <u>丁萬頓死後，上開土地登</u>	※違背任務之認定： 高等法院高雄分院刑事判決 97 年度金上重訴字第 4 號（ <u>遵循行政要點規定則非違背任務</u> ）： 「查財政部證期會依證券交易法第 36 條及第 38 條授權所制定之「上市上櫃公司

記在其子被告乙○名下(乙○名下就324之9地號有44分之5、668之3地號有42分之14,以下合稱系爭土地)。於八十六年間,被告乙○、被告丙○○、被告己○分別擔任辛○○之常務監事、總幹事、出納組長,均係為他人處理事務之人。被告乙○見系爭土地尚以其之名義登記,認為有機可趁,竟與被告丙○○、被告己○意圖為自己不法之所有之犯意聯絡,未經信徒代表大會議決,於八十六年八月十五日,由被告丙○○代表辛○○,向被告乙○購買系爭土地,並簽訂買賣契約,約定買賣價金為新臺幣(下同)8,013,600元,且由辛○○支付土地增值稅,被告己○則利用其保管辛○○主任委員丁行印章之機會,盜蓋丁行之印章,以匯款之方式,將2,500,000元訂金交付與被告乙○,而違背渠等任務,並致生損害於辛○○。嗣辛○○管理委員會接獲土地增值稅稅單,發覺上情,乃拒絕支付尾款迄今,因認被告乙○、被告丙○○及被告己○涉犯刑法第三百四十二條第一項背信罪嫌。

(2) 判決理由：

本案關於背信罪之部份,高等法院認為無罪:「…本件購買系爭土地等事項,依上開規定需

背書保證處理要點」(嗣已於91年12月18日廢止),上揭「處理要點」係財政部證期會依證券交易法授權訂定之法規命令,自屬公司法第16條第1項所稱公司例外得為保證之法律規定。從而,寶成建設公司依上開「處理要點」第肆點第一款之規定,而頂尖、高傑、堯順、立鑫、柏森、布林、欣怡及傑安等公司,又均係寶成建設公司持股達50%以上之子公司乙節,為當事人所不爭執,則寶成建設公司以定存單或商業本票提供子公司作為向銀行貸款擔保之行為,並無違反上市上櫃公司背書保證處理要點,另觀諸上開公訴意旨所述資金流向,寶成建設公司提供定存單或商業本票供其子公司據為向銀行貸款之擔保,銀行撥款進入子公司帳戶後,均轉匯至上開由寶成建設公司使用之帳戶內,則寶成建設集團復因參與子公司現金增資而匯入股款予子公司供其清償貸款,殊難認有何損害寶成建設公司利益可言,蓋子公司向銀行貸款所得款項既轉匯至寶成建設公司使用之上開帳戶,堪認該等貸得款項應係歸由寶成建設公司運用,而非歸屬私人使

經辛○○信徒代表大會議決，再由主任委員出面代表簽約，倘被告丙○○並未經授權或委託處理上開事務，即與背信罪「為他人處理事務」需有委託之身份關係之構成要件不符。故縱未經辛○○信徒代表大會議決，或沒有經過主任委員丁行出面，而由被告丙○○出名代表或代理辛○○和被告乙○○訂定契約，並由辛○○帳戶內支付現金，應亦屬被告丙○○有無受辛○○委任代理，係有權或無權代理，而應否由辛○○負買受人之責的問題，或僅應由被告丙○○自負買受人責任，而償還辛○○已遭提領之定金 2,500,000 元，乃民事糾紛，而尚非屬刑事犯罪之領域。

更何況不動產之價格難以鑑定，時有漲跌，在同一年間依當時之景氣、地段、出賣人及買受人之需求、甚至各自談判之能力，也都會影響到最後各該出賣人和買受人間所談成之買賣條件，難以一概而論。而上開公告地價查詢為八十九年間、土地登記謄本為八十七年間，都和案發時之八十六年間有時間差，且「公告地價」及「公告土地現值」和市價有相當差距亦為常態。是尚難僅憑此即認定就系爭土地以每坪 70,000 元價購必遠高於行情價，且必生損害於實際之買受人。


用，自難遽認有何取得非法利益或損害寶成建設公司利益之情事。

惟寶成建設公司並非以現金增資所得，而係以到期之定存單、商業本票解約後所得資金匯入子公司業如前述，復按股份有限公司發行新股時，除依法保留特定股份由公司員工承購外，應公告及通知原有股東，按原有股份比例儘先分認，公司法第 267 條第 3 項前段定有明文。寶成建設公司原係對頂尖、高傑、堯順、立鑫、柏森、布林、欣怡及傑安等公司持有股權超過 50% 之原始股東，依上開公司法規定，就上開子公司增資發行新股時，本即享有優先認股權，難認林勝源、林常榮、林翠芸以寶成建設公司資金對其子公司增資發行新股予以認購股份，有何違背任務之處。況寶成建設公司以到期定存單、商業本票所得之資金匯入上開子公司，既屬承購上開子公司股份之股款，寶成建設公司並因而取得上開子公司股份作為對價，亦難認林勝源、林常榮、林翠芸就該等資金移轉有何違背任務。而王美紅係一受薪人員而非參與決策之人，則更無有何違背任務之可言。」

※高等法院臺南分院刑事判決 97 年度上訴字第 799 號（未受委任則無違背任務）：

「按刑法第 342 條之背信罪，須以為他人處理事務為前提，所謂他人之者，係指受他人委任，而為其處理事務而言。經查，依上開調查證據結果，難認告訴人所稱委託被告向寶島銀行申辦支票開戶，嗣被告未經告訴人委任而為其領取支票一節為真，則被告自無背信之犯嫌。」相同判解：基隆地方法院刑事判決 98 年度易字第 711 號：「…茲被告與告訴人彼此之間，就攸關告訴人「個人」「財產上」利益之「股份讓售」乙事，客觀上既無委任關係之存在，則被告之上揭作為，當非基於「為告訴人事務之處理」，此尤不待言。是就令被告此舉果使告訴人受有損害並應依法負擔民事賠償責任，然此究非刑法第三百四十二條背信罪名所能譴責之範疇，而不在得繩之以背信罪名之列。」

※福建金門地方法院刑事判決九十二年度易字第四八號（合夥後之清算並無違

		<p>背任務): 被告甲○○與乙○○合夥投資養殖場，並約定各提供土地設定抵押借款，事後亦借得五十餘萬元。其中以乙○○所有土地抵押設定借款取得借款十五萬元為乙○○之出資，餘為甲○○之出資。<u>此筆借款既本係合夥人共同共有之財產，合夥解散後，經清算結果，被告甲○○返還乙○○十五萬元，並自行負擔十五萬元部分之利息，核並無違背任務或損害於乙○○本人財產或利益之行為，主觀上更無不法所有之意圖。</u></p> <p>※福建金門地方法院金城簡易庭刑事簡易判決 90 年度城簡字第 107 號(高估擔保品之違背任務): …<u>反算擔保放款總值</u>，在其業務上作成的「金門縣農會不動產調查表」上，<u>填載高估</u>為二千一百十六萬三千四百九十八元的不實金額，<u>並忽略</u>前述房地已分別設定最高限額一千零二萬元、一百三十二萬元之抵押權予台北區中小企業銀行、郭洪金鳳之事實，再由李仲立及被告虛偽審核後撥款，曹運財取得款項後自八十三年十月十日起即未繳利息，使農會受有一千</p>
--	--	---

		五百萬元及利息之呆帳損害。
<p>福建金門地方法院刑事判決九十四年度易字第三號(違背出貨流程、未經授權逾越權限):</p>	<p>(1) 案例事實： 丁受僱於金門酒廠實業股份有限公司，擔任營業組組員，職司金酒公司與亞洲酒品事業股份有限公司、統一南聯股份有限公司、公賣局間之酒品銷售及監督倉運出貨等業務，<u>係受金酒公司委託，為金酒公司處理事務之人</u>。丙為亞酒公司之總經理，<u>實際負責、綜理亞酒公司與金酒公司間經銷「合作生產三十八度高粱酒採購合約」</u>(於八十九年八月間簽定)之業務，此為二年期繼續供應合約，相關訂貨及匯款之次數與金額甚為頻繁且鉅，丙因而經常前往金酒公司洽辦業務而與丁相識往來。 緣亞酒公司於九十一年一月初向金酒公司訂購，貨款合計新台幣(下同)四千二百八十五萬六千三百七十三元(以下稱：轉換酒品)，已由金酒公司於接受訂單時向亞酒公司收訖，惟亞酒公司旋於同年月七日以「業務通報單」傳真予金酒公司，請求將該筆貨款悉數轉換購買等值之三十八度高粱酒十三萬二千一百五十瓶(每瓶三百二十四點三元)，金酒公司則以編號「A0000-000」訂購單(以下稱：050訂購單)審查。<u>丙見有機可趁，欲利用金酒公司之酒品出貨控管之疏</u></p>	<p>※最高法院刑事判決九十九年度台上字第八070號(未經授權仍會成立背信罪):</p> <p>「最高法院雖認原判決部份起訴之事實均未審理，亦有已受請求之事項未予判決之違法、相關犯罪證據不足無法證明，從而發回更審。惟相關內容言及：<u>按職工福利金之保管動用，應由依法組織之工會及各工廠、礦場或其他企業組織共同設置職工福利委員會負責辦理，職工福利金不得移作別用</u>，職工福利金條例第五條第一項、第七條前段定有明文。另依萬有公司職工福利委員會於七十二年三月二十七日修正通過之職工福利委員會組織章程第十條、第十一條、第十三條規定：「依法提撥之福利金，應由本會存入公營銀行保管，非經本會委員會議決通過，不得動用。」足見職工福利金並非屬於萬有公司之資產，且僅限辦理職工福利事項，並經職工福利委員會議決通過後始得動用。是許老有、陳世榮若如原判決所認定係該職工福利委員會委員、主任委員，而為萬有公司員工處理有</p>

漏，與丁○○共同基於意圖為亞酒公司之不法利益、及損害金酒公司利益之犯意聯絡，先由丙○○告知丁○○關於該筆編號050訂購單之轉換交易，再請不知情之亞酒公司承辦人員甲○○向丁○○聯繫出貨，甲○○隨即通知不知情之王清坤安排船期準備接運、分送等事宜。繼由丁○○違反金酒公司對亞酒公司出貨之正常程序（需由營業組承辦人庚○○簽擬，經營業組長己○○，逐級陳核經總經理辛寬得批核，再由庚○○通知訂貨單號碼及數量後，始得出貨；另例外因配合船期等因素，欲在跑單完成前，提前出貨時，則須經總經理辛寬得核准。本件庚○○於九十一年一月十一日簽擬，辛寬得於同年月十四日批核），違背其任務（未經辛寬得批核之正常出貨或核准提前出貨）而於同年月十日，以口頭指示不知情之金酒公司倉庫管理員戊○○於翌（十一）日以履行編號050訂購單之名義，出貨「零點七五公升—三十八度高粱酒」共計二萬八千八百瓶（二千四百箱，每箱十二瓶，以下稱：系爭酒品）予亞酒公司。同年月十一日，丁○○以出差之名，刻意迴避該批酒品出貨事宜，戊○○則依丁○○之口頭指示開立運輸單，將系爭酒品於金酒公司廠

關職工福利事務之人，則除須經過上開會議程序，且為辦理職工福利事項，方能動用職工福利金，否則擅自動用，即屬逾越授權委託之範圍。本件原判決事實欄三既認定上訴人等三人係因萬有公司欠缺資金，而利用不知情之盧淑芬等人使用「職委會主任委員章」，蓋於上開職工福利委員整存整付存款存單為設質背書，及提領職工福利委員會上開帳戶內之金錢。則上訴人等三人似已逾越職工福利委員會授權委託之範圍，而擅自動用職工福利委員會之款項。」

※高等法院刑事判決 97 年度上訴字第 640 號(未經授權仍會成立背信罪):

「…乙○○原係京華證券股份有限公司（「元大京華公司」）之營業員，丙○○於民國 85 年 5 月 7 日前往京華證券敦化分公司開立股票帳戶，並留存通訊住址且以中華商業銀行營業部帳戶為股票出金帳戶，該公司則指派乙○○為丙○○之營業員，初始一切交易正常。詎乙○○利用其長期為丙○○處理證券事務，對丙○○之股票交易情形瞭若指掌，且兩人長期互有資金

區內交付與乙○○，運至金門料羅港託運於大益輪載往高雄港，戊○○於出貨後，匯整運輸單上所载數量開具送貨單，交予會計組人員作帳，會計組人員再開立發票，併同送貨單寄交亞酒公司，該送貨單則未見寄回。丁○○復刻意在其自行掌管之出貨紀錄簿中，隱匿未載「九十一年一月十一日有系爭酒品出貨」。嗣金酒公司於同年月十六日、十七日、十八日、二月六日，分別出貨二萬三千零四十瓶、五萬七千六百瓶、五萬零二百三十六瓶、一千二百七十四瓶（合計十三萬二千一百五十瓶）予亞酒公司而履行該筆編號0五0訂購單之轉換交易完竣，致使金酒公司營業組承辦人庚○○、會計組相互間一時無從核對系爭酒品於九十一年一月十一日出貨予亞酒公司之事實，亞酒公司因而獲有不法利益計九百三十三萬九千八百四十元，金酒公司則受有同額之財產損失。

(2) 判決理由：

系爭酒品之出貨違背正常及提前出貨之流程，繼由被告丁○○違背前開出貨程序，未經總經理辛寬得之核准，擅以口頭指示戊○○於九十一年一月十一日以履行編號0五0訂購單之名義，出貨予亞酒公司，復刻意在其自行掌管之出貨紀錄

往來，已具有一定信賴關係之情形，竟意圖為自己不法之利益，並基於意圖為自己不法所有及偽造文書之概括犯意，為違背其任務之行為，先於不詳時地，未經丙○○之授權，偽刻丙○○之印章1枚，先後持上開偽造之丙○○印章偽造丙○○之印文各1枚，而偽造該等文書，並持向京華證券用以表示(1)丙○○欲領回聯華電子股份有限公司股票、(2)欲出售鴻海精密工業股份有限公司，使京華證券陷於錯誤，將丙○○交付集保之聯電公司股票、鴻海公司股票轉交予乙○○領回，乙○○再全數存入其不知情者之股票帳戶內，再於同日全數賣出將得款加以花用。…」

※福建金門地方法院刑事簡易判決 98 年度城簡字第 1 號（未經授權仍會成立背信罪）：

甲○○自民國 89 年 11 月間起至 96 年 11 月 31 日止，任職於址設台北市○○區○○道路 111 號之永勝自動控制股份有限公司（下稱永勝公司），負責電梯保養維修、與客戶簽約及代收電梯保養維修費等工作，並受交付用印完成之空白合約

簿中，隱匿未載「九十一年一月十一日有系爭酒品出貨」，致使金酒公司營業組承辦人庚○○、會計組相互間無從核對，亞酒公司因而獲有不法利益計九百三十三萬九千八百四十元，金酒公司則受有同額之財產損失等情，均堪認定。是系爭酒品之出貨，係假借訂購單名義為之，而該「A0000-000」編號，被告丁○○於總經理辛寬得批核前無從得知，顯係由被告丙○○告知該編號，再由被告丁○○假借050訂購單名義，利用戊○○出貨。分批出貨履行完畢，系爭酒品則於事後方查知溢領，是被告二人確係共同基於意圖為亞酒公司之不法利益、及損害金酒公司利益之犯意聯絡，由被告丁○○為違背其任務之行為，致生損害於金酒公司之財產利益，洵堪認定。

書，以便經永勝公司同意後，得用以逕與客戶簽約，係為永勝公司處理事務之人，竟基於意圖為自己不法利益，未得永勝公司同意，即以該公司名義，私自承攬違背其任務收取保養費用後供己使用，致永勝公司之財產利益受損害。

澎湖地方法院刑事判決 99 年度易字第 70 號：

「…被告明知將特別費以獎勵金明目支付予陳超卓，違反行政院主計處 95 年 12 月 29 日函示之規定，且又無積極明確之證據證明陳超卓確有替被告從事選民服務之工作，故被告支付陳超卓獎勵金難以認定與公務有關，則被告違反應依規定因公使用特別費之任務，應堪認定。」

屏東地方法院刑事判決 98 年度易字第 1212 號：

「…乙○○原為臻承不動產經紀有限公司，為上開土地之登記名義人，係為甲○○處理事務之人，詎乙○○因財務狀況不佳而需錢孔急，竟意圖為自己不法之利益，未經甲○○之同意，擅自將登記在其名下之土地共 2 筆出售予不知情之人，而為違背其任務之行

為，致生損害於甲○○之財產。」相同判解：屏東地方法院刑事判決 97 年度易字第 678 號：「…被告**違背受託擔任**系爭 137 之 11 號土地登記名義人之任務，**擅自將之轉售他人**…」

屏東地方法院刑事判決 96 年度易緝字第 21 號：
「…按汽車運輸業所稱之「**靠行**」，係指汽車所有人為達營業之目的，將汽車所有權移轉於車行，便成為權利人而為管理行為之謂，應屬**信託行為一種**，車行即為其受託人。…被告以告訴人甲○○為連帶保證人向中租迪和公司貸得 350 萬元，而為違背其任務之行為，致生損害於告訴人甲○○之利益犯行。」相同判解：桃園地方法院刑事簡易判決 99 年度壩簡字第 1381 號：「被告蔡松美為設於桃園縣龍潭鄉○○路 34 號「億泰交通有限公司」之負責人，明知車牌號碼 NM-458 號之營業大貨車為告訴人黃孝武所有，並靠行信託登記於億泰公司名下，蔡松美為受黃孝武委託處理財產權事務之人。嗣因億泰公司需要資金週轉，竟意圖為自己不法之利益，違背其任務，於民國 94 年 6 月 28

日，以上開營業大貨車供作擔保，向不知情之中租迪和股份有限公司借貸金錢，且事後亦未償還中租迪和公司上開借款，致前開車輛遭中租迪和公司取償，黃孝武無法繼續使用上開車輛，始知上情。...」

臺南地方法院刑事判決 98 年度易字第 1327 號：

「按信託行為之受託人在法律上雖為受託財產之所有權人，其就受託財產所為之一切處分完全有效，但此係為維護交易之安全及保護善意之第三人，就信託行為之外部關係而言；若就信託行為之內部關係言，受託人與信託人之間，仍應受信託契約之拘束，受託人當然不得違背信託契約，更不得意圖為自己或第三人不法之利益或損害信託人之利益而為違背其任務之行為（最高法院 90 年度臺上字第 4143 號判決意旨）。又按汽車運輸業所稱之「靠行」，係指汽車所有人為達營業之目的，將汽車所有權移轉於車行，便成為權利人而為管理行為之謂，應屬信託行為一種，車行即為其受託人，為汽車之名義上所有權人被告未經告訴人陳昆祥、廖素珠、黃百東同意，

		<p><u>私自將渠等靠行在順益公司之車輛，向南科當舖以設定動產抵押之方式貸款供已用等情，顯已違背原始之信託行為。」</u></p>
<p>高等法院刑事判決 95 年度矚上重訴字第 4 號判決：</p>	<p>(1) 案例事實 亥○○係中國農民銀行副總經理，並於 86 年 12 月 6 日升任總經理。馬乃林係傑廣建設股份有限公司董事長；午○○係傑廣公司關係企業傑名建設股份有限公司董事長，自 86 年 1 月 23 日起任知本大飯店股份有限公司董事長。未○○係中央票券金融股份有限公司總經理，負責綜理公司業務，為受委任處理事務之人。癸○○係第 3、4 屆立法委員，於 84 年 12 月至 85 年 1 月間，得知馬乃林及午○○計劃以傑廣公司與知本公司為起造人，在知本公司所有之臺東縣太麻里鄉○○段 659、659 之 3 地號等土地上興建「知本飯店渡假村」，全部對外銷售，總共資金需求…向多家行庫申請融資均遭拒絕後，即由癸○○、癸○○之子子○○與馬乃林、午○○達成合意，約定由癸○○以其立法委員之知名度，以傑廣公司與知本公司名義向銀行團及其他金融業者申洽貸款，若事情成功，則由洪家以低價購買股權，並由子○○以常務董事身分參與該新建飯店之經營。嗣 85 年 2、3 月間，癸○○與子○○</p>	<p>屏東地方法院刑事判決 95 年度金重訴字第 1 號： 按金融業者為因應房地產不景氣下修訂擔保品處理要點，旨在規範不動產估價品質及加減幅度等導向務實合理，故對「正常時價」、「成交價」及「加減調整率」之採認應能落實查證 審核授信 5P 原則【擔保品 (PROTECTION)、借款戶條件 (PEOPLE)、資金用途 (PURPOSE)、還款來源 (PAYMENT)、授信展望 (PERPECTIVE)】之評估，尤其借款用途合理性，償還財源之充足性及擔保品處分難易之可能性等作綜合判斷，據以核定允當放款值，以確保銀行債權，並對潛力及價值之良好擔保品或客戶亦期能有較具競爭力之適切彈性可資運用。</p> <p><u>被告等於利害關係人申貸時，未依法迴避，仍參與審查，且擔保品之鑑估金額價明顯過高，卻未附相關事證足佐有時價上漲之情事，且就申貸人或連帶保證人之資力、償債能力亦未詳實調查，於審核時未予否決</u></p>

○向當時仍為公營之農銀之董事長戊○○、總經理已○○、副總經理亥○○等人，請求農銀貸款並請求農銀擔任主辦行，聯合其他行庫貸款。因聯貸銀行之建築融資，仍無法滿足其資金需求，癸○○即以立法委員身份，先後多次帶同子○○、馬乃林、午○○或林景仁等人向未○○請託，未○○因癸○○係立委之身分，加之癸○○之妻黃幸、傑廣公司之關係企業佑聯投資股份有限公司，俱為央票公司法人發起人股東，佑聯公司更為法人董事，為保總經理職位，乃與癸○○、子○○、午○○、馬乃林，以及央票公司副總經理、協理、業務部經理等人，共同基於為傑廣集團不法利益之概括犯意，癸○○、子○○並圖本人之利益（洪家可以低價購買前所述之知本公司股權、凱迪拉克轎車使用利益），以傑廣集團各公司名義分散貸款，集中使用之方式申貸款項，未○○利用其位居總經理之職權，介紹業務部經理與癸○○等人認識，並指示業務部經理全力配合，日後即由林景仁代表傑廣集團與蘇金龍接洽辦理貸款事宜。

2、判決理由

按銀行（票券金融公司辦理商業本票之保證業務亦然）評估

而予核放，以致土銀受有損害，是其等之背信行為，堪以認定。

嘉義地方法院刑事判決 98 年度易字第 277 號：

「…按刑法第 342 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 535 條），內含誠實信用之原則，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 91 年度台上字第 2656 號判決意旨參照）。」

臺東地方法院刑事判決 96 年度易字第 309 號（協商判決）：

「…乙○○係臺東縣鹿野地區農會總幹事，為受該農會委託處理事務之人，竟因其私人於民國 93 年 9 月及 11 月向該農會已退休之前任秘書丙○○所借款項中尚有新臺幣（下同）50 萬元尚未清償，竟基於意圖為自己不法利益之犯意，假藉發放年終獎金之名義，以該農會之財產為潘某清償私人債務，乙○○即於 96 年

	<p>貸款人之信用，向須遵守 5 項原則，通稱五 P 原則「借款戶 (PEOPLE)、資金用途 (PURPOSE)、還款來源 (PAYMENT)、債權保障 (PROTECTION)、授信風險 (PERSPECTIVE))，確實評估借款人之信用，為健全授信業務，提高放款品質之主要憑藉，為確保銀行債權，同時滿足借款人合理之資金需求，使授信風險減至最低。非謂公司違反授信五 P 原則其中一原則即不得貸款，然本案傑廣公司等 10 家公司全部均屬負債比過高，甚至有多家空頭公司，還款來源即非常有問題，遑論借款戶之信用與經營成效，又傑廣公司等 10 家公司短期性周轉貸款均係為建築台東知本飯店之融資，已非央票公司設立以票據作為短期性周轉資金而為貸款之目的。再者，參照上開證人林景仁等人之證述，可知被告未○○、癸○○、子○○均明知傑廣公司等 10 家公司均屬傑廣集團之同一集團企業，且亦均明知單一客戶向央票公司無擔保借款不能超過央票公司淨值的 5%，竟以「分散貸款、集中使用」之方式向央票公司借款，傑廣集團之額度已過度膨脹，顯有超額貸款之事。按依法律或契約有為他人處理事務者，若違背法律契約之本旨，而不忠實履行義務，即該</p>	<p>2 月 15 日前某日，違背其任務而指示該農會承辦人員李玉清編列 65 萬元之年終獎金予丙○○，乙○○並於 96 年 2 月 15 日下午至丙○○住處告知丙○○，其年終獎金為 15 萬元，另潘某清償首揭債務之 50 萬元亦將由農會以「年終金」名義一併匯入陳某帳戶內，而農會之承辦人員徐瑞玟嗣果於 96 年 2 月 26 日將 611,000 元之所謂「年終金」(即 65 萬元預先扣除 6% 所得稅後之餘額)匯入丙○○在臺東縣鹿野地區農會所開設之活期存款帳戶內，清償潘某私人積欠之 50 萬元債務，致生損害於臺東縣鹿野地區農會之財產利益。」</p>
--	--	---

當於刑法第 342 條所定「違背其任務之行為」之要件，換言之，違背基於一般誠信原則所產生之客觀信任關係，所為之法律行為或事實行為，致生損害於本人之財產或利益者均構成背信行為，亦即違反誠實處理事務之義務之行為，即為刑法第 342 條所稱之背信行為。經查，被告未○○身為央票公司總經理，負有授信業務審核之權，自當為公司及全體央票公司股東利益考量誠實處理事務，於審核客戶之申貸案時，應注意客戶所提營運計劃及還款財源是否穩妥，所提擔保品是否適足，對甫經核准設立登記收足股款尚未營運之公司，或發生虧損之公司，或雖已設立登記並無業績之公司，或以買賣股票為專業之公司均應詳加審核有無授信必要，且票券公司以提供短期信用為主，對一再續約之客戶復應注意有無以短支長，嗣後難以為繼情形，更應注意避免對有關聯之企業授信過高而使風險集中。然被告未○○主導傑廣公司等 10 家公司申請案，違背上開授信審核之原則而准予借款，顯已違背誠實處理事務之義務，其行為自該當於刑法上背信罪之構成要件。被告癸○○、子○○有極力勸說與收受回扣：1. 得以低價購買股份參與知本飯店渡假村之

	<p>經營分紅部分；2. 凱迪拉克轎車使用利益。被告未○○同係因本身持有央票公司股份不多，為避免渠在央票公司常務董事兼總經理之職位遭撤換，遂與被告癸○○、子○○達成違法貸款之協議，全力配合傑廣集團旗下公司申貸案件，儘可能予以通融便利，此益證被告癸○○、子○○與被告未○○之背信犯行間，<u>確有犯意聯絡及行為分擔而成立與被告未○○共同背信</u>之事實。</p>	
--	---	--

3、背信罪之既未遂之認定：

判解字號：	案例事實&判決理由	相似或相異判決
<p>福建金門地方法院刑事判決 90 年度易字第 19 號：</p>	<p>判決要旨： 被告係受乙○○之委任，為乙○○處理丙○○委託其提款一萬元之事務，故委任被告處理事務之本人應係乙○○，而非丙○○。 被告多提領四千元，將導致乙○○因此有受丙○○追償四千元之危險。被告所為，應係犯刑法刑法第三百四十二條第二項背信未遂罪。</p>	<p>最高法院 86 年度台上字第 2974 號判決： 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，如本人之財產或其他利益尚未致生損害，僅係有受損害之危險者，尚不得論以該罪之既遂犯。</p> <p>屏東地方法院刑事判決 99 年度易字第 501 號： 「…然被告之背信犯行成立與否，應以其等辦理</p>

		<p>各期估驗審核之行為時作為判斷犯罪成立與否之時點，只要其等背信行為已使國工局因而受有損害，即成立犯罪，縱於國工局受有損害後，嗣再返還利益而未保有利得，於已成立之犯罪並不生影響。…」</p>
--	--	--

4、主觀犯意與意圖之認定：

判解字號：	案例事實&判決理由	相似或相異判決
<p>福建金門地方法院刑事判決 91 年度易字第 10 號：</p>	<p>(1) 案例事實： <u>甲○○</u>（本院另為判決）於八十二年五月二十日向<u>丁○○</u>（本院另為判決）購得其所有位於歐厝段等五筆農地，面積共六千零二點三五平方公尺，售價為新台幣（下同）八百九十萬元，於同日再向<u>丙○○</u>購得其所有坐落於毗鄰上述地號等三筆農地，面積共二千七百零四點八平方公尺，售價為四百一十餘萬元，三人明知每平方公尺實際價格約為新台幣（下同）一千五百元，<u>丁○○</u>、<u>丙○○</u>竟基於幫助<u>甲○○</u>非法取得超額貸款之犯意聯絡，共同在上述八筆土地買賣契約書上，虛偽記載為每平方公尺售</p>	<p>基隆地方法院刑事判決 99 年度易字第 515 號： 「…告訴人原為丈夫即證人李文宗處理漁貨事宜，惟兩人感情不睦已經分居，證人李文宗拒為告訴人支付金錢款項，告訴人已失主要經濟來源，且證人李文宗要求證人鄧華榮將上開事宜轉告被告，從而被告得知告訴人經濟狀況發生變故，因恐無法繼續繳交會款，始拒將其他活會會員繳交之款項交與告訴人等情，<u>被告等係意在避免代告訴人支付會款之風險，所為雖有違反合會契約之義務，然其意在維護自身及其他活會會員</u></p>

價三千五百元，交由甲○○於八十二年七月十七日持向金門農會，以該八筆土地作為申請抵押借款五百萬元之用。事由吳明星、張奇才、李仲立、乙○○（均經判決確定）等人承辦，於辦理上開貸款期間，甲○○曾帶領吳明星、張奇才、李仲立、乙○○等人前往上開八筆土地現場勘查，渠等皆明知該八筆土地位於金門縣泗湖海邊防風林旁，無道路可通，地處偏僻，且坐落於海岸軍事管制區內，屬禁建區，無發展可能，依上開金門縣政府之貸款辦法規定，根本不得作為貸款之抵押標的，詎渠等竟共同意圖使甲○○違法取得超貸鉅款，且基於概括之犯意聯絡，於同月二十日農會進行本件土地抵押貸款評鑒審查會議時，明知上開八筆土地，並實際上未進行徵信鑑價，即一致同意由乙○○按甲○○所言土地售價，在其業務上所作成之「金門縣農會不動產放款值調查表」及「借款申請書」上，虛偽登載審定該八筆土地每平方公尺之市價為二千五百元，總市價為二千五百萬元，並同意設定本金最高限額二千三百四十萬元抵押貸款予甲○○，再由乙○○將上開虛偽不實之貸款評鑒審查報告書，逐級呈請李仲立核轉張奇才、吳明星核定貸款五百萬元。嗣於同年八

之權益，尚難謂係出於「意圖為自己不法之利益或損害本人之利益」而為。…」

雲林地方法院刑事判決 98 年度易字第 459 號：

「…被告蔡清良雖擅自允諾光勵公司減少本案 3 組 MOV，致臺塑石化公司溢付 1,728,000 元之損害，而有違背其任務之行為，然被告蔡清良、余能樞係因誤認本案工程以進料之電纜完全施作完畢即認工程完工，而核准付款，程序上縱認失當之處，惟被告蔡清良、余能樞主觀上因無為自己或第三人不法利益，或損害臺塑石化公司利益之意圖，故本件被告蔡清良、余能樞被訴之背信罪尚屬不能成立。」

嘉義地方法院刑事判決 99 年度易字第 640 號：

「…按刑法第 342 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難律以本罪（最高法院 87 年度臺上字第 1055 號判決要旨參照）。由系爭本票上發票人欄分別記載「財團法人中華福音道路德會」及「林中

月十日，甲○○經徵得具有幫助犯意之戊○○（本院另為判決）同意出任抵押貸款債務人，由其為連帶保證人之方式，再以該八筆土地向農會貸得一千五百萬元，乙○○仍未依規定辦理實際徵信，即依七月二十日之不實徵信調查表，且未呈報經其主管李仲立、張奇才、吳明星等核准，逕於八月十七日如數放款予戊○○，惟實際全部貸款金額皆由甲○○取走，其中五百萬元甲○○即用以清償其先前向農會借貸之五百萬元。繼於同年九月二日，甲○○再徵得戊○○同意為抵押債務人，其為連帶保證人方式，以上開八筆土地再向農會增貸三百萬元。乙○○於負責辦理本件增貸之徵信業務時，實際仍未經徵信，即依照甲○○所提土地買賣契約書內所載之土地售價，將其於「八十二年七月十七日」業務上所製作之「不動產放款值調查報告表」上日期塗改變造為「八十二年九月十九日」、每平方公尺時價由「二千五百元」塗改變造為「三千五百元」及將調查人意見欄中「擬准先借新台幣五百萬元」塗改變造為「一千八百萬元」，事於辦理增貸案期間，乙○○因故改由同具犯意聯絡之黃銘雄繼續代為徵信，詎黃銘雄亦同樣未加審核，逕依照乙○○所註之放款

一」，其旁並蓋有路德會及林中一之印章，由形式上觀之，林中一並未載明係路德會之法定代理人，則系爭本票之發票人應有二人即路德會與被告林中一，而被告林中一既同時填載為發票人，與路德會同負系爭本票之票據責任，苟被告6人有損害路德會之利益，或圖得蔡佳莉之不法利益，被告林中一要無可能在系爭本票上自任為發票人，故由系爭本票發票之記載，足證被告6人並無背信之主觀犯意。」

嘉義地方法院刑事判決 98 年度易字第 277 號：

「…參以當時被告既已知悉嘉義縣民雄鄉農會業已對其採取法律行動，取得執行名義，其名下財產當有被查封之危險，揆諸前揭說明，本於誠信原則，被告自有通知告訴人丙○○及其他共同出資人俾採取因應之道，以避免上開 926 地號土地遭查封，然被告卻未為之，是被告之不作為，業已違背其係上開 926 地號土地登記名義人之任務。然被告上開不作為是否該當於背信罪之構成要件，仍應審酌被告是否有藉由上開 926 地號土地之強

	<p>意見，逐級呈報李仲立、張奇才及吳明星核准後，如數放款予戊○○，再由甲○○全部領走。嗣該筆一千八百萬元貸款，迄於八十五年四月起即未再繳息，<u>金門縣農會亦因渠等未依法辦理抵押標的查估，及貸款徵信審查不實，無法回收上開貸款，形成呆帳，致生損害於農會之財產，因認被告丙○○涉犯幫助背信罪嫌。</u></p> <p>(2) 判決理由： <u>…被告丙○○因不識字而無法朗讀，並表示只會寫自己名字，足認被告甲○○利用被告丙○○目不識丁，將契約上買賣金額以少報多，以遂其超額貸款之目的，被告丙○○主觀並無幫助被告甲○○之犯意無訛，佐以檢察官亦當庭表示被告丙○○部分無法證明其犯罪，應依法諭知無罪判決。</u></p>	<p>制執行執行而取得不法利益或損害告訴人及其他共同出資人利益之意圖（下稱背信意圖）及故意。…足徵證人甲○○、乙○○於前揭合約書未約定被告於上開 926 地號土地有遭強制執行危險時須通知其他共同出資人之情形下，渠等 2 人尚均無法確認被告是否負通知之義務，故被告未將其陷於無資力，上開 926 地號土地有遭查封之危險通知其他共同出資人，縱有疏失，亦難遽認有何背信意圖及故意。」</p>
--	--	--

5、侵占與背信兩罪間的關係：

判解字號：	案例事實&判決理由	相似或相異判決
福建連江地方法院刑事簡易判決 95 年度簡字第 2 號：	<p>(1) 案例事實： 甲○○於民國九十四年九月二十四日下午二時四十分許，在連江縣南竿鄉南竿機場，駕駛車牌號碼 V Y - 四八 0 號營業用小客車，搭載遊客林榮竹及丁金英前往福澳港碼頭，於同日下午二時</p>	雲林地方法院刑事判決 98 年度易緝字第 20 號：「…惟按「刑法上之背信罪，為一般的違背任務之犯罪，如果其違背任務係圖為自己不法之所有，已達於竊盜或侵占之程

五十分許抵達碼頭後，便向二人表示願受委託代為購買南北竿交通船船票，而持有二人分別交付之船資共新臺幣（下同）二百元，即獨自前往交通船售票處購票，因見該處櫃檯上置有二張他人已使用作廢之南北竿交通船船票票根，竟意圖為自己不法之所有，將原應用以購買船票之二百元，易持有為所有悉數入己，並將該二張票根充作船票持交二人後，隨即離去。嗣於同日下午三時許，二人持票根搭船遭拒後，使悉上情。

(2) 判決理由：

按刑法上之背信罪，為一般的違背任務之犯罪，而同法之侵占罪，則專指持有他人所有物以不法之意思，變更持有為所有侵占入己者而言。故違背任務行為，苟係其持有之他人所有物，意圖不法據為己有，即應論以侵占罪，不能援用背信之法條處斷，最高法院四十二年台上字第四〇二號判例可資參照。查被告受林榮竹及丁金英委託，持有二人交付之船資，卻未將船資用以購票，而悉數入己所有，核其所為，係犯刑法第三百三十五條第一項之侵占罪。聲請人認被告涉犯同法第三百四十二條第一項背信罪，尚有未洽，惟因二者基本社會事實同一，爰依刑事訴訟法第三百條規定變更起訴法條。次查以被告侵占之二百元係分屬林榮

度，縱另有以舊抵新之彌縫行為，仍應從竊盜或侵占罪處斷，不能援用背信之法條相繩。」，最高法院51年臺上字第58號判例可資參照。本件被告於取得上開借款820萬元後，自應用於支付三森建設公司之業務或用於興建上開工程所需之資金，然被告除支付三森建設公司股東葉大榮、林享卿讓與股份之金額各100萬元外，竟將餘款620萬元挪為己用，用以清償個人債務，難謂此屬被告對公司資金調度之權限，其有業務侵占之犯意及犯行自明。是其既已構成業務侵占罪，自無再論以刑法背信罪之餘地，併此敘明。」

	<p>竹及丁金英所有，有林榮竹消費爭議申訴表一紙可證，被告以一行為於同時地侵占二人現金各一百元，乃一行為觸犯二侵占罪名之想像競合犯，應從一重之侵占罪處斷。</p>	
--	---	--

6、詐欺與背信兩罪間的關係：

判解字號：	案例事實&判決理由	相似或相異判決
<p>最高法院刑事判決 100 年度台上字第 2501 號(違反銀行法)、高等法院臺南分院刑事判決 98 年度上訴字第 1275 號：</p>	<p>(1)案例事實： 上訴人(即被告)甲○○為臺中商業銀行虎尾分行之職員，工作內容：自 95 年 11 月 28 日起至 96 年 8 月 30 日止，<u>擔任業務特勤小組、總務之職務</u>；自 96 年 9 月 1 日起至 97 年 3 月 16 日止，則擔任「<u>櫃員</u>」、<u>支存等工作</u>，負責辦理<u>現金之收付及帳戶間轉帳事務</u>；自 97 年 3 月 17 日起至 97 年 6 月 25 日止，<u>則為整理、金融專員</u>，為從事業務之人。 因其與己○○、丁○○、丙○○為親戚，基於情誼，<u>亦受委任為己○○、丁○○、嘉興製材工廠(負責人戊○○，會計丁○○)及松鼎實業股份有限公司(負責人丙○○，會計林玉端)等客戶處理帳戶存(匯)款往來之事宜</u>。 甲○○因簽賭職棒、投資失利，對外積欠龐大債務，竟意圖為自己不法之所有(利益)，並基於偽造私文書、行使偽造私文書、登載不實事項於業務上準文書、違</p>	<p>屏東地方法院刑事判決 99 年度易字第 230 號： 「…本件被告向告訴人趙梓穎佯稱統一證券公司於 97 年 2 月要發行新股，可以低價買入獲利，致使趙梓穎陷於錯誤，而交付 395,000 元，係以「<u>謊稱為他人處理事務</u>」作為詐術實施之手段，依前揭判例意旨，<u>自應論以詐欺取財罪，是核被告所為，係犯刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪</u>。 <u>起訴書以被告係涉犯背信罪嫌，尚有未洽。惟起訴書事實欄已就被告詐欺犯行敘明，且基本社會事實同一，應依刑事訴訟法第 300 條之規定，變更起訴法條而逕為審究。</u> 」 ※最高法院 25 年上字第</p>

背職務及銀行職員背信等犯意，利用其銀行職員之身分及上開客戶對其之信賴，而未經戊○○或丁○○之授權，蓋用嘉興工廠及戊○○之印章各1枚於預先準備之29張臺中商銀空白存摺存款取款憑條【存戶簽章】欄位處；並趁丁○○將存摺交其帶回臺中商銀補辦登摺手續時，數次未經戊○○或丁○○之授權，於其中1張存款取款憑條上【金額】欄位內填載新臺幣(下同)15萬元，而偽造存摺存款取款憑條，且於同日至臺中商銀櫃臺交由不知情之職員而行使，致職員誤認嘉興工廠有提領之需求而陷於錯誤，交付現金與甲○○；以及數次未經授權，偽造存摺存款取款憑條，至臺中商銀櫃臺內，將「嘉興工廠提領00萬元」等虛偽不實電磁交易紀錄輸入電腦帳戶系統內，並將該取款憑條置入電腦設備中，由該電腦設備在該取款憑條【認證】欄列印提款00萬元之紀錄，而以製作不實財產權變更紀錄之不正方法，並於電腦操作完成後，將偽造之存款取款憑條交付不知情之主管審核以行使等行為，致嘉興工廠受有財產損失，並足生損害於嘉興工廠和臺中商銀金融帳戶管理之正確性。

(2)判決理由：

「…又刑法上之背信罪，乃一般之違背任務犯罪，必不成立詐欺、侵占、竊盜等特別犯罪，始

6518號判例、97年度台上字第2227號判決意旨：「按為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使該他人交付財物者，縱令具備背信罪之要件，亦已包含於詐欺罪之觀念中，不得於詐欺罪外，更論以背信罪。次按刑法第339條第1項之詐欺罪，凡以不法所有意圖，施詐術使人陷於錯誤，而移轉物之所有者，即構成本罪，至於在物之移轉所有過程中，縱令移轉物之占有，先呈暫時持有狀態，爾後始變異持有為所有，亦不因其不法移轉物之所有過程有此暫時持有狀態，及易持有為所有之情形，即論以侵占罪。」

	<p><u>有該背信罪之適用</u>。若為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之所有，或圖得財產上不法之利益，施用詐術，使他人交付財物，或因而得財產上不法之利益，縱令具備背信罪之要件，亦已包含於詐欺罪中，應成立詐欺罪，不能論以背信罪（最高法院84年度臺上字第4286號判決意旨參照）。被告身為臺中商銀之職員，<u>則其持偽造之存摺存款取款憑條詐領臺中商銀客戶存款帳戶之現金或將之轉匯使用</u>，均分別成立詐欺取財、非法以電腦製作不實財產權變更紀錄得利或侵占等罪名，依最高法院裁判要旨，各該行為無由再論以刑法背信罪之餘地。」</p>	
<p>士林地方法院刑事判決97年度訴字第510號：</p>	<p>(1) 案例事實： 緣甲○○於民國77年11月24日經法院宣告為禁治產人，於91年4月19日經法院撤銷禁治產宣告後，擬以其所有系爭土地辦理銀行抵押貸款，經由丙○○、辛○○介紹結識大盈國際股份有限公司負責人子○○，甲○○乃於91年12月5日於大盈公司，在丁○○、丙○○、辛○○見證下，與子○○簽立「過戶貸款協議書」，約定由甲○○先將系爭土地信託登記予子○○名下，由子○○向銀行申辦新臺幣（下同）1,500萬元抵押貸款，甲○○、子○○各分得750萬元，子○○並應同時將系爭土地所有權移轉登記回復甲○○名下所需之印鑑</p>	<p>※福建金門地方法院刑事判決92年度易字第1號(詐欺自動付款設備與背信符合案件同一性)：核被告乙○○意圖為自己不法之所有，以不正法由自動付款設備取得他人之物，所為係犯刑法第三百三十九條之二第一項之罪。公訴人認被告係犯刑法第三百四十二條之背信罪，尚有未洽，起訴法條應予變更。</p> <p>彰化地方法院刑事判決100年度易緝字第14號：…縱認有違背其任務，按刑法上之背信罪為一般</p>

及相關文件交付見證人丁○○保管，於上開貸款完成時由甲○○自行辦理過戶歸還手續。甲○○遂提供系爭土地所有權狀、身分證件、印鑑證明等交予子○○辦理系爭土地信託登記，子○○明知其與甲○○間就系爭土地並無買賣關係存在，基於使公務員登載不實之概括犯意，於91年12月9日持前揭證件委託不知情之代書邱輝吉，至臺北市士林地政事務所，以虛偽不實之「買賣」登記原因，辦理系爭土地所有權移轉登記於子○○名下，子○○取得系爭土地所有權後，分別於91年12月間、92年1月間向中國國際商業銀行股份有限公司內湖分行、中華商業銀行臺北分行申辦抵押貸款，均遭駁回，子○○遂轉向尋民試（業於95年12月17日死亡）借貸1,200萬元，並以不知情之尋民試之配偶宋鳳芹為抵押權人，於92年7月8日將系爭土地設定抵押權1,500萬元予宋鳳芹（權利存續期間為92年7月8日至同年10月8日止）以擔保上開債務。詎子○○意圖為自己不法之利益，基於背信之概括犯意，未將上開貸得金額中之6百萬元交予甲○○，復明知系爭土地僅係信託登記於其名義，實質上並非其所有，竟未取得甲○○同意，擅自於93年7月21日與宋鳳芹（由尋民試代理）簽訂「土地信託登記過戶協議書」，約定將系爭土地產權信託登

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。

記予宋鳳芹指定之人，登記期限至 94 年 7 月 20 日止，屆期未清償或未按期繳納上開債務利息，宋鳳芹即有權處分系爭土地。子○○明知其與尋民試之子不知情之庚○○間就系爭土地並無買賣關係存在，承前使公務員登載不實之概括犯意，於 93 年 7 月 26 日委由不知情之代書戊○○以不實之「買賣」登記原因，將系爭土地過戶予庚○○，致甲○○無法向庚○○追索回喪失系爭土地所有權，損害甲○○之利益。

(2) 判決理由：

惟查甲○○既無任何投資計畫，自無因被告子○○佯稱貸得款項作為投資款而陷於錯誤之可能，並依鑑定結果，堪認證人丁○○、丙○○證稱甲○○與被告子○○簽訂「過戶貸款協議書」時，並無心神喪失或精神耗弱之情形，被告子○○辯稱並未利用甲○○之精神病症施詐騙使甲○○簽署上開協議，尚非不可採信。又依被告子○○供稱其將向尋民試貸得之 1,200 萬元用於籌組公司等語，縱被告子○○係以投資需款為由，使甲○○同意簽訂「過戶貸款協議書」並將系爭土地過戶於被告子○○名下，以子○○名義辦理貸款，亦無施用詐術可言，起訴書認被告子○○此部分係犯刑法第 339 條第 2 項詐欺得利罪，尚有未洽，惟此部分與前開論罪部分之基本社會事實同

	一， <u>本院自得變更起訴法條，逕論以刑法第 342 條第 1 項之背信罪。</u>	
--	---	--

7、洩露營業秘密行為與背信罪：

判解字號：	案例事實&判決理由	相似或相異判決
屏東地方法院刑事判決 97 年度易字第 757 號：	<p>事實與有罪判決摘要：</p> <p>戊○○受僱鼎昌精密股份有限公司，擔任總經理一職，負責綜理鼎昌公司所有內部人事、業務、財務等事宜，明知其友人甲○○之益群精密有限公司，與鼎昌公司之營業項目相同，兩公司具競爭關係，依公司法第 32 條、第 209 條第 1 項及民法第 562 條規定，其依法負有競業禁止之義務。詎其竟基於意圖為自己及益群公司之不法利益，未經鼎昌公司股東會許可，先於 96 年 5 月間陸續將鼎昌公司之內部機密文件，諸如：<u>與廠商間之訂單、客戶資料、生產設備履歷表、出貨明細、電話簿、出貨明細、月報表、委外加工明細</u>等攜至益群公司，提供予益群公司業務上使用，更複製鼎昌公司內部之訂單及委外加工明細至益群公司內部之電腦，使益群公司受有將來無形客戶來源之利益，鼎昌公司因而受有喪失客源之損害。</p>	

8、經營（商業）判斷法則於背信罪之適用：

判解字號：	案例事實&判決理由	相似或相異判決
<p>屏東地方法院刑事判決 96 年度易字第 1137 號：</p>	<p>按所謂「商業判斷法則」(The Business Judgement Rule)，係英美法上為緩和董事之忠實義務與注意義務而發展出來之理論，以避免董事動輒因商業交易失利而應對公司負賠償責任，經多年理論與實務之發展，在實務運作上適用範圍已逐漸擴及經理人及從業人員。且金融機構從事授信放款業務之相關人員，於執行業務之過程中，就借款人提供擔保品之價值多寡、授信金額是否應為擔保品之一定成數、以及決定是否授信貸款等問題，均屬專業判斷事項，相同借款人、相同擔保品，對不同金融機構而言，或因對景氣之判斷不同，或因對借款人之信用優劣之認定有異，或因市場競爭強弱，當因金融市場上各種財務性或非財務性因素，而產生不同之估價、授信標準及結論。<u>金融業相關授信人員在商場上隨時須作商事判斷，其判斷之優劣，反映出市場競爭之一面，有競爭必有成敗風險，法院祇問是否在規則內競爭，其所為商事判斷是否符合公司內部控制制度之規定，法院不應也不宜以市場結果之後見之明，論斷相關授信人員原先所為商事判斷</u></p>	<p>屏東地方法院刑事判決 96 年度易字第 562 號： …在此情形下，即有上開「商業判斷法則」之適用…依上開說明，實難認為高雄企銀倘逕自拍賣仍受有損失，況且，<u>經濟是否繁榮景氣等大環境之風險，本就難以預測，並不能將環境變動的因素造成債權無法十足收回之風險，且商業活動之所以能創造利得，均係依憑有風險活動之經營、投資，在從業人員評估當時客觀情狀所能獲取之資訊均考慮在內後，實不能將此種未知風險俱由從業人員承擔。從而，被告於審核當時，並未有高估擔保品價值而不予查明之情事，且不得以事後擔保品低於放款金額而以 5,225 萬元拍定，即認被告於審核當時即有損害高雄企銀之背信犯行。</u></p>

	<p>是否錯誤，甚而認失敗之商業判斷係故意或過失侵害公司，即論經營者或經理人以背信罪責。在此情形下，即有上開「商業判斷法則」之適用，倘無積極證據證明授信人員於授信過程中故意違背其任務及公司內部控制之規定，且有為自己或第三人不法利益之意圖，尚不得僅以該授信案件成為呆帳無法收回，即謂金融人員有何違背信託義務之行為，亦不能以背信罪責論處。是以三門建設雖未依約償還借款，且其所提供之擔保品經拍賣後仍不足清償欠款，惟被告是否涉犯背信罪，仍須審查其與另案被告宋明政、賴姚秀玉、陳慶隆等人主觀上有無為自己或第三人不法利益或損害潮州鎮農會利益之意圖。</p>	
--	--	--

9、民事債務不履行與背信罪：

判解字號：	案例事實&判決理由	相似或相異判決
福建金門地方法院刑事判決 89 年度自字第 6 號	<p>(1) 案例事實： 自訴人甲○○於民國（下同）八十四年九月至八十五年九月期間，委任被告乙○○在金門華爾街 K T V 錄用女歌手，積欠經紀費加上交通、住食費總計新台幣（下同）二百八十九萬一千五百元整，被告遂於八十五年十月十四日開具同額本票一張，言明八十六年十二月三十一日償還借款。然被告借款迄今已近三年，</p>	基隆地方法院刑事判決 99 年度易字第 515 號： 「…本件被告縱有未依合會契約履行給付會款義務之情事，告訴人理應依民法相關規定請求被告給付，並非刑法背信罪名所能譴責之範疇。綜上，公訴人所舉之證據不足以證明被告等涉有背信罪，此外又查無其他積

仍分文未還，且避不見面，爰依法向被告乙○○提出自訴等語

(2) 判決理由：


按刑事法上之背信，係指為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，為刑法第三百四十二條所明文規定。訊據被告雖坦認有積欠借款一事，為否認有背信犯行，且已與自訴人達成和解，約明自九十年一月六日起每月六日償還二萬六千元，直至全部清償為止，並經自訴人提出和解書一份為憑。揆諸前開判決意旨，本件應屬民事上債務不履行之問題，尚難認定被告有何背信之不法意圖，本件自訴應予駁回。

極之證據，足認被告等確有公訴人所指之背信罪，依法應諭知無罪之判決。」

彰化地方法院刑事判決
99 年度易字第 660 號：

「…按刑法第 342 條背信罪之成立，須以為他人處理事務為前提，所謂為他人云者，係指受他人之委任，為他人處理事務而言；又背信罪所指為他人處理事務，在性質上應限於具有相當責任性之事務，而且行為人在處理上有權作成決定，或是行為人在處理上需要作成決定之事務，若他人對於行為人並無相當之授權，兩者之間並不存在所謂之信託關係，行為人所從事者只是轉達之工作，無需也無權作成任何決定

者，則非背信罪所指之事務（最高法院 90 年度臺上字第 6082 號判決、85 年度臺上字第 660 號判決意旨參照）。其次，告訴人買受上開土地之目的即在於興建廠房使用，是以依契約約定內容，上開土地買賣與建物工廠登記證及所有權移轉須併同處理，土地及建物之所有權移轉亦

		<p>約定在建廠完成後同時為之，震名公司本於該不動產買賣契約之出賣人身分，固負有辦理上開土地及建物所有權移轉登記予和協公司之責，但該移轉登記係為履行自身依上開雙務契約所負擔之義務，告訴人及震名公司依契約對上開土地及建物所享有之權利及負擔之義務既同時存在，則震名公司履行契約義務，自係處理自己之事務，並非為和協公司處理事務，震名公司於移轉該土地及建物所有權予和協公司時，<u>縱有違約或未能交付無任何負擔瑕疵之土地，亦屬民事糾葛，尚與背信罪之構成要件有間。</u></p> <p>花蓮地方法院刑事判決 98 年度易字第 292 號：「…又承攬乃為自己工作，非屬為他人處理事務，承攬契約當事人間乃各為自己之利害為計算而相互對立之交易關係，與委任契約之受任人立於與委任人同一立場處理事務而為委任人之利害為計算，有所不同，故承攬與委任關係難以並立。…<u>上開說明義務之</u></p>
--	--	--

		<p><u>違反，僅生承攬工作之不完全給付之問題，要無成立背信罪可言。」</u></p>
--	--	--

