

(本文章之寫作與發表由財團法人中華法學研究院贊助)

## 金融法規「特別背信罪」之保護法益 -普通背信罪躍升特別背信罪之質變(上)

沈君玲<sup>1</sup>

### 【目次】

|                                  |  |
|----------------------------------|--|
| 壹、前言                             | 肆、保護法益相異所產生之效果   |
| 貳、背信罪之保護法益                       | 一、特別背信罪違背職務致生損害於保護法益之判斷                                  |
| 一、背信罪之本質                         | (一)刑法禁止的對象係引起法益侵害或侵害危險的行為                                |
| 二、風險交易中關於是否違反財產照料義務行為之判斷         | (二)特別背信罪與特別詐欺罪之比較-未限制以高額損害金額為要件(特別詐欺罪須達一億元以上),是否符合罪刑相當原則 |
| 三、背信罪保護之財產法益概念為「整體財產」            | (三)從解釋論之觀點檢視特別背信罪之構成要件                                   |
| 參、從普通背信罪躍升經濟刑法特別背信罪之質變:二者保護法益之異同 | (四)解決符合特別背信罪構成要件但造成本人財產損害不大之困境-由法律授權主管機關就各行業訂定風險界線       |
| 一、立法背景                           | 二、保護法益所受損害之認定標準:既、未遂之認定                                  |
| 二、經濟制度作為經濟刑法特別背信罪保護法益的內涵         | 伍、結語   |
| (一)白領犯罪之特殊意涵                     |  |
| (二)經濟制度作為刑法法益保護之正當性              |  |
| (三)經濟刑法特別背信罪之保護法益                |  |
| 三、普通背信罪與特別背信罪構成要件之區別             |  |

### 壹、前言

為有效規範經濟活動，我國於 2005 年金融改革將金融法規<sup>2</sup>中（銀行法、保險法、證券交易法、信託業法、金融控股公司法、信用合作社法、票券金融管理法，於 2008 年亦修正證券投資信託及顧問法）有關「特別背信罪」均予以重刑化，此立法政策使得在大型經濟活動中利用擔任法人負責人之職務所為私經濟行為，因違背職務犯罪，產生相當於一般刑法放火罪、強制性交罪之重刑懲罰<sup>3</sup>。違背職務

<sup>1</sup> 臺灣高等法院刑事庭法官，文化大學法律研究所兼任助理教授。

<sup>2</sup> 我國於 2005 年金融改革通過修正「金融七法」即銀行法、保險法、證券交易法、信託業法、金融控股公司法、信用合作社法、票券金融管理法，於 2008 年修正證券投資信託及顧問法，成為金融八法。

<sup>3</sup> 金融法規之特別背信罪之刑罰，均為三年以上十年以下有期徒刑，其因犯罪獲取之財物或財產上利益金額達新臺幣一億元以上者，則可處七年以上有期徒刑。

之背信行為原於普通刑法已有所規定<sup>4</sup>，對於經濟刑法中特別背信罪之重刑化立法，其立法目的及保護法益，與普通刑法背信罪有何相異，自有予以區辨之必要。

法益之保護為啟動立法者規定刑事規範之目的，實定法為呈現承載共同生活價值的法律規範，共同生活價值之法益保護，可由條文制定的歷史脈絡、政策考量以及構成要件行為的態樣加以詮釋。具體個案中的解釋與適用，應按照立法者原本的法益設定解釋構成要件<sup>5</sup>，而在法益的內容導向「去實質化」(Entmaterialisierung)<sup>6</sup>之發展趨勢下，回到法益的建構條件，始得以確立刑法保護法益的界線。

實務見解多有認定特別背信罪雖為刑法普通背信罪之特別規定，與刑法普通背信罪之保護法益相同，以財產法益是否實際致生損害為判斷標準（並認為應計算事後已否償還而得出差額之結果<sup>7</sup>）。2020 年最高法院大法庭首次就個案中行為人之犯行同時該當證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款不合營業常規交易罪及同條項第 3 款特別背信罪構成要件時，應如何論罪之爭議，提案予刑事大法庭，作出裁定統一見解<sup>8</sup>，雖對於此二罪之適用法條爭議究竟是法條競合亦或是想像競合，因均為同一條之不同款項，最後從一罪之適用結果，處罰條件並無相異，惟最高法院大法庭之裁定理由中，闡釋特別背信罪所保護之法益，不僅係保護公司之個人財產法益，亦兼及保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，與先前多數實務見解不同，明文認定特別背信罪所保護之法益係屬「重層性法益」，彰顯出最高法院對金融法規之特別背信罪之保護法益與普通刑法背信罪保護法益僅為委任人個人財產法益相異之認可。

面對商業活動中之背信行為，為了懲罰締約之某方違反對方之信賴，所為不

---

刑法第 174 條第 1 項規定：「放火燒燬現非供人使用之他人所有住宅或現未有人所在之他人所有建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者，處三年以上十年以下有期徒刑。」刑法第 221 條第 1 項規定：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」

<sup>4</sup> 刑法第 342 條規定：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。」

<sup>5</sup> 古承宗，經濟刑法的保護法益與抽象危險，刑事政策與犯罪防治研究，第 24 期，109 年 4 月，頁 22。

<sup>6</sup> 見 Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutbegriff, 2000, S. 104.,轉引自古承宗，同上註，頁 21。

<sup>7</sup> 參閱最高法院 100 年度台上字第 6444 號、6960 號、98 年度台上字第 6762 號判決。迄於近期 109 年 11 月 10 日宣判之臺灣高等法院 107 年金上重更三字第 16 號判決亦爰用上開判決理由作為判斷基礎。

<sup>8</sup> 最高法院刑事大法庭 108 年度台上大四字第 2261 號裁定。

見容於社會之不公平、惡性重大的違約行為，藉由刑法保護履約之道德底限，以易於監督接受任務之一方並避免受任方因掌握高於對方之資訊或智識而得以輕易嚴重傷害對方之期待與固有利益。惟進入經濟刑法層次，受任人因其職位不同，動輒以有期徒刑 3 年以上 10 年以下之刑罰予以處罰，與普通刑法背信罪僅為有期徒刑 5 年以下刑責，特別背信罪之保護法益與普通背信罪應不僅有量的不同，亦應有質的差異。本文將從我國金融改革增訂經濟刑法中特別背信罪之立法目的，比較外國立法例，依經濟刑法之論理，重新檢視違背職務犯罪之特別背信罪，其重刑化之保護法益究應為何，以闡明特別背信罪的「特別」之處。

## 貳、背信罪之保護法益

金融法規將經濟活動中之背信行為在已有普通背信罪之現狀，再予以重刑化立法，究竟特別背信罪重刑化所欲保護保護之法益與普通背信罪有何不同，由法條文義來看，保護法益在內容上並不確定。當客觀刑事政策認為適當予以重刑化立法時，對於應以法益確認處罰界限之想法，常為立法者所忽略。特別背信罪構成要件所存在之爭議與「背信罪之罪質」為何，有密切的關係。背信罪之「罪質」論述認為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<sup>9</sup>，惟從構成要件中認定為結果犯或行為犯、危險犯或實害犯等不過是形式上經分門別類後的結論，尚無法釐清類型化特別背信罪之本質，故應重新檢視背信罪之本質，再加以探究提高刑責之特別背信罪其刑罰射程範圍。

### 一、背信罪之本質

我國背信罪於刑法典起草時，係繼受日本刑法於 1907 年(明治 40 年)修正後第 247 條為藍本<sup>10</sup>，而日本於明治時代進行法治變革，又受德國法之影響。就背信罪之立法例以觀，依日本與德國立法沿革，背信罪係由竊盜、侵占或詐欺罪中分離出來的財產犯罪<sup>11</sup>，於法國與義大利，並沒有相類似犯罪之規定<sup>12</sup>。因此，將背信

<sup>9</sup> 甘天貴，刑法各論(上)，三民，2013 年 9 月，修訂三版一刷，頁 355。

<sup>10</sup> 張天一，背信罪之本質與定位，中原財經法學，26 期，2011 年 6 月，頁 186。

<sup>11</sup> 同上註，頁 198。

<sup>12</sup> 內田幸隆，背任罪之系譜，早稻田法學會誌，51 期，2001 年，頁 104-105，轉引自王正嘉，從經濟刑法觀點看特別背信罪，台灣法學雜誌，286 期，2015 年 12 月 28 日，註 3，頁 51。

罪列入財產犯罪課以刑罰，必須先確認背信罪之本質及在財產犯體系之定位。在背信罪本質之爭議，主要為「違背信任說」及「濫用權限說」，本質之爭論主要反應在構成要件中「處理事務」之行為態樣如何，因而牽涉到「違背任務」內容之認定。

### （一）德國學說上之討論

德國刑法典於 1933 年修正後，將「濫用權限」與「違背信任」理論均納入同時列入刑法第 266 條之不法構成要件類型中<sup>13</sup>，現行德國刑法第 266 條背信罪於第 1 項規定：「濫用依法律規定，行政機關委託或法律行為而有處分他人財產或使他人負有擔義務之權限，或違反依法律規定，行政機關委託，法律行為或信賴關係而對其課予之為他人實現財產利益的義務，致管領之財產利益受有有損害，處五年以下有期徒刑或罰金。」<sup>14</sup>，將背信罪之構成要件區分為前段之「濫權構成要件」與後段之「背託構成要件」，因此就背信罪本質之爭論，至此可說是告一段落<sup>15</sup>。於 1933 年修法前之舊法時期（1872 年訂定刑法典第 266 條背信罪），最高法院就背信罪之理解主要係採「違背信任說」（Treubruch Theorie），認為一般個人間之權利、義務關係，應透過民事法規來加以處理，但於當事人間存在特別信任關係時，從事職務者即具有忠實誠信義務，若一方破壞此一信任關係，導致另一方受有財產損害時，代表行為人違背了忠實誠信義務，而有刑法介入規範之必要性<sup>16</sup>，背信罪之核心在於導致財產侵害之法律上或事實上「對於他人財產照料義務之違反」<sup>17</sup>，即使代理人濫用權限而損害本人之財產利益，本質上也是破壞信任關係，即使在授與代理權無效之情形，由於當事人間仍存在事實上之信任關係，仍得成立背信罪。德國學者 Binding 等人則認為代理權之授與為一單獨行為，無從認定受任人所負之義務為何，故背信罪係因行為人對於他人的財產於法律上具有一定的處分

<sup>13</sup> 德國對於背信罪之規定最後一次修正時間為 1998 年 4 月 1 日。

<sup>14</sup> Strafgesetzbuch (StGB)§ 266 Untreue:

「(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.」德國刑法典（二版），譯者：何賴傑，林鈺雄，李聖傑，潘怡宏，王士帆，王玉全，王效文，古承宗，周漾沂，吳耀宗，徐育安，連孟琦，陳志輝，陳重言，許絲捷，許澤天，惲純良，蔡聖偉，元照，2019 年 7 月，頁 439（此部分為古承宗翻譯）。

<sup>15</sup> 黃種甲，公司負責人風險行為之背信評價，臺大法律學院傑出博碩士論文叢書—碩士論文，元照，2017 年 1 月，初版 1 刷，頁 12。

<sup>16</sup> RGSt 1, 329；17, 242；20, 264；26, 109；38, 366；45, 434，轉引自張天一，同註 10，註 34。

<sup>17</sup> Schünemann, a.a.O. (Fn. 20), §266 Rn 8. 轉引自黃種甲，同註 15，註 30。

權限，而得為法律上之處分行為，但行為人卻濫用此等權限，因而造成本人之財產損害，採取「濫用權限說」(Mißbrauchs Theorie)<sup>18</sup>。另有學者 Freudenthal 等人認為背信行為在本質上係指行為人基於法律之要求，而對於他人財產上之利益具有一定之「照料義務」(Sorgenpflicht)，若行為人未妥善為他人處理事務違反此照料義務進而損害本人之財產利益，即構成背信罪，而採取「事務處理說」(Geschäftsführung Theorie)<sup>19</sup>，與「違背信任說」之差異在於若代理權的授與因違反公序良俗而無效時，由於民法上並未保護本人之財產利益，不得認為行為人具有財產照料義務而不成立背信罪。於 1933 年修法後兼採「違背信任說」與「濫用權限說」，並將「事務處理說」的看法轉化為構成要件之一部分，以「濫用權限說」作為主要規範型態，作為前段之「濫權構成要件」，但考慮到因法律關係無效而使行為人實際上不具有處分他人財產權限，或逾越授權範圍，雖其法律行為無效，但事實上之行為仍損害本人之財產利益之情形，則以「違背信任說」規定於後段「背託構成要件」作為補充，屬於備位性的適用關係，不論在「濫用權限說」或「違背信任說」，行為人對於財產所有人之財產所承擔的財產照料義務在內容上均屬一致，故「對於他人財產照料義務之違反」為背信罪之不法構成要件，該義務的範圍與內容即須由形塑義務要求之法規範決定在何種條件下構成義務違反，惟行為人的財產照料義務源自於事實上之信任關係則不得抵觸法秩序之要求<sup>20</sup>。德國學者均一致認為「違背信任」為構成要件之行為態樣，「信賴關係」並非法益之內涵，對於背信罪之保護法益認為係以本人(委託人)之「整體財產法益」為主<sup>21</sup>。

## (二) 日本學說上之討論

日本於明治四十年(1907年)刑法修正後，始新增設背信罪之犯罪類型<sup>22</sup>，現行日本刑法於第 247 條規定：「為他人處理事務者，出於為自己或第三者謀取利益，或加損害本人之目的，而為違背其任務之行為，致本人受財產上損害者，處五年以下懲役或五十萬日圓以下罰金。」<sup>23</sup>就背信罪之本質，仍存在「濫用權限說」與

<sup>18</sup> Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil Band 1, 2. Aufl., 1902, S. 396, 轉引自張天一，同註 10，註 39。

<sup>19</sup> Freudenthal, Die Untreue (§ 266 StGB und Nebengesetze) 105 in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. VIII, 1906, S116f, 轉引自張天一，同註 10，註 45。

<sup>20</sup> Kleszczewski, BT 2, 2011, S. 111. 轉引自古承宗，刑法分則—財產犯罪篇，三民，2018年3月，頁 302。

<sup>21</sup> Lenckner, Schönke-Schröder, StGB, 266, 1. 轉引自吳志強，經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2011年6月，頁 142。

<sup>22</sup> 西田典之，日本刑法各論，王昭武、劉明祥譯，元照，2012年12月，初版1刷，頁 322。

<sup>23</sup> 日本刑法第 247 條規定：「他人のためにその事務を処理する者が、自己若しくは第三者の利

「背信說」(即「違背信任說」)之爭議<sup>24</sup>。「濫用權利說」之內涵與德國法之「濫用權利說」無太大差異，係指因濫用委託人所授予的法律處分權限(代理權)，致使委託人(本人)財產損失，將本罪主體之範圍限於具有法定代理權之人，如不具處分權限時，不得論以背信罪，明確界定本罪之成立範圍<sup>25</sup>。通說採「背信說」，凡違背信任關係的財產侵害都屬於背信行為<sup>26</sup>，「任務違背行為」係指違反法律上期待之誠實處理事務者之行為，不限於法律行為，亦包括事實行為，作為及不作為<sup>27</sup>。

行為人與本人之間存在事實上的信任或信賴關係時，行為人因而對本人負有誠實義務，故應本於誠實義務為他人處理事務，若行為人違反所負之誠實義務而造成本人之財產受有損害，即成立背信罪，信任關係不僅限於代理權授與，依法律上要求行為人在處理本人事務時，應為一定之注意，即可認為行為人與本人內部存在信任關係而負有誠實義務<sup>28</sup>。為避免「背信說」以違背誠實義務而破壞與他人間的信任之模糊說法，導致適用範圍沒有邊際之問題，又提出「限定的背信說」<sup>29</sup>而限縮「為他人處理事務者」之概念，須為行為人與本人間存在一定具體事實，足認行為人具有為他人處理財產事務之權限，始可認為行為人與本人存有高度信任關係，惟此判斷標準亦尚未一致<sup>30</sup>。另有主張以「背信說」為基礎，導入「權限濫用說」之概念，提出「背信的權限濫用說」(或稱「新權限濫用說」)<sup>31</sup>主張背信

---

益を図り又は本人に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えたときは、五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。」日本刑法典，法務部審訂，陳子平編譯，陳子平、謝煜偉、黃士軒譯，元照，2018年5月，二版一刷，頁172。

<sup>24</sup> 西田典之，同註22。

<sup>25</sup> 西田典之，同註22，頁323。

<sup>26</sup> 西田典之，同註22，頁323。

<sup>27</sup> 島田総一郎執筆，收錄於落合誠一編，会社法コンメンタル 第21卷 雜則(3) 罰則 商事法務，2011年9月，頁67-68，轉引自戴銘昇，證券交易法特別背信罪構成要件之建構，月旦法學雜誌，2020年2月，頁123。

<sup>28</sup> 齊藤豊治，背任罪の諸問題，現代刑事法，第十二期，頁63(2000)，轉引自張天一，同註10，註50，頁205。

<sup>29</sup> 林山田，刑法各罪論，2006年10月修訂五版，頁450。中森喜彦，刑法各論，頁173，有斐閣，二版(1996)；西田典之，刑法各論，頁235-237，弘文堂(1999)；川端博，財産犯論の点景，頁179，成文堂(2001)；山口厚，刑法各論，頁312-314，有斐閣，補訂版(2005)；佐久間修，刑法各論，頁218-219，成文堂(2006)；林幹人，刑法各論，頁266-269，東京大学出版会，二版(2007)；曾根威彦，刑法各論，頁173-175，弘文堂，四版(2008)；曾根威彦、松原芳博，重点課題刑法各論，頁172-175，成文堂(2008)；松宮孝明，刑法各論講義，頁275-277，成文堂，二版(2008)；松宮孝明，ハイブリッド刑法各論，頁211，法律文化社(2009)；轉引自張天一，同註10，註63，頁208。

<sup>30</sup> 齋藤信治，刑法各論，頁190，有斐閣，三版(2009)。轉引自張天一，同註10，註66，頁209。

<sup>31</sup> 陳子平，刑法各論(上)，三版，元照，2017年9月，頁622-623。団藤重光，刑法各論，頁374，有斐閣(1961)；植松正，再訂刑法概論Ⅱ(各論)，頁452-454，勁草書房(1975)；藤木英雄，刑法講義各論，頁343，弘文堂(1976)；大塚仁，刑法概說(各論)，頁317，

罪的本質在於違背了信賴的權限濫用，因而造成本人受到財產損害，若逾越權限則屬於侵占罪。近來，另有學者從防制經濟犯罪的角度，認為背信罪之功能，在於其規範的對象為組織經濟活動上之財產侵害行為，而提出「內部信任關係說」，行為人對於組織的財產具有運用權限，卻破壞其與組織間之信任關係，而為違背誠實義務之財產處分<sup>32</sup>。認為背信行為即是本人基於與組織的內部關係的債務不履行行為，委託者（組織）與受託者（行為人）形成一種結合體，受託人所為的財產管理行為，即可視為是組織的分身或手足，為一種高度的內部信賴關係，行為人對於內部信賴關係予以破壞的債務不履行行為，因具有高度的違法性，故應以刑法背信罪加以規範（亦有學者認此說可分類於「限定的背信說」<sup>33</sup>或「新權限濫用說」<sup>34</sup>），將「信賴關係之破壞」作為法益保護之理由。

### （三）我國關於背信罪本質之討論

我國關於背信罪「為他人處理事務」之本質，學說紛紜，援引自德國、日本法之學說予以討論者，約有下列三說<sup>35</sup>：（一）權限濫用說：認為背信罪的本質在於代理權的濫用，亦即在有本人賦予之代理（法律上的處分權限）關係下，始有成立背信罪之可能，對於依據事實行為而違背信賴關係的情形，不在背信罪的範圍。（二）違背信任說：不以法定代理權的存在為前提，凡違反與本人的信賴關係、誠實義務而侵害本人之財產，違背事務處理義務，無論其所實施者為代理行為抑或事實行為，均為背信罪中「為他人處理事務」，而成立背信罪。（三）事務處理說：認為背信罪乃對於他人財產負有法律上管理義務。若行為人對於他人之財產不負有法律上管理義務者，則無成立背信罪之可能。國內實務及先前學說通說採第二說，多認為法條文義解釋僅能得出「為違背其任務之行為」，應採取「背託理論」（違背信任說），認「濫用理論」（權限濫用說）於現行法欠缺法律依據<sup>36</sup>。此說亦是最廣義的見解，也就是行為人與本人間無需有代理關係或其他法律關係，只要行為人為本人處理事務，包括單純與本人間之內部事務，且不論是法律事務

有斐閣，增補三版（2005）；內田文昭，刑法各論，頁 345，青林書院，二版（1984）；前田雅英，刑法各論講義，頁 311，東京大學出版會，三版（1999）；大谷實，刑法講義各論，頁 314-316，成文堂，新版三版（2009），轉引自張天一，同註 10，註 67，頁 209。

<sup>32</sup> 平川宗信，刑法各論，頁 389，有斐閣（1995）；平川宗信，刑法各論 22—背任罪（上），法學セミナー，四七五號，頁 108（1994），轉引自張天一，同註 10，註 73，頁 211。

<sup>33</sup> 齊藤豐治，同註 21，頁 63，轉引自張天一，同註 10，註 75，頁 211。

<sup>34</sup> 曾根威彥，刑法各論，弘文堂，四版（2008），頁 175，轉引自張天一，同註 10，註 75，頁 211。

<sup>35</sup> 陳子平，同註 31。

<sup>36</sup> 蔡墩銘，最高法院刑事判決研究，巨浪，1975年初版，頁 233 以下。

或事實上之事務均包括在內。惟晚近學者亦漸採行「權限濫用說」及「違背信任說」二者併陳<sup>37</sup>，認為不宜僅以條文上「為違背其任務之行為」即忽略或否認背信罪所具濫用權限之本質。亦有直接採日本法的「背信之權限濫用說」<sup>38</sup>。在背信罪的釋義學討論上，我國的學說與判決常引用德國法上有關背信罪本質的爭議，依上述德國刑法第 266 條中的「濫權構成要件」與「背託構成要件」兩個構成要件在德國釋義學上的討論及兩者間的適用範圍差異，濫用權限要以權限被「合法有效使用」為前提要件，而與違背信任說不同，惟於我國實務及學說並未就背信罪之保護法益除本人之整體財產法益外，是否兼有「信賴關係」之破壞，有所區辨。

我國實務在處理背信罪在財產犯罪體系之定位，多認為背信罪與侵占罪，係同屬破壞信賴關係侵害財產之犯罪類型，而背信罪為一般性違背任務之犯罪，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<sup>39</sup>，故為他人處理事務之人，因處理他人事務，違背任務，將持有他人之物予以侵占，成立侵占罪，不另成立背信罪。但為他人處理事務之人，如以侵占以外之方法，違背任務，損害本人之利益，則應成立背信罪<sup>40</sup>，而採用違背信任說。學者亦認同從「違背信任說」來說明與他罪之關係為「一般、特別」之關係，於與其他法條處罰之構成要件相符時，端視其情節如何，僅能成立他罪而排斥背信罪之成立<sup>41</sup>。

然而，在金融法規所規範之特別背信罪，金融機構或公開發行公司負責人通常在經濟活動上，係透過既定法律關係而取得職務地位，金融機構之負責人與存款戶間是否具委任關係以及對於「國家整體經濟制度的健全」究係如何負有何受託義務之法學解釋難度，使得背信罪所採之違背信任說產生整合之困難<sup>42</sup>。特別背信罪乃因行為人帶有職權（裁量權限）行使色彩之職務類型，對外部產生公共利益侵害的特徵，才足以表徵與普通背信罪不同之不法內涵<sup>43</sup>。因此，採取「權限濫用說」作為理解特別背信罪，係較為妥適的作法。由於金融機構、公開發行公司

<sup>37</sup> 林山田，背信罪之研究，軍法專刊，第 24 卷第 9 期，1978 年 9 月，頁 8。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，頁 434-439。

<sup>38</sup> 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，頁 371-372。

<sup>39</sup> 參閱最高法院 87 年度台非字第 407 號、81 年度台上字第 6185 號判決。

<sup>40</sup> 參閱最高法院 81 年度台上字第 6310 號判決。

<sup>41</sup> 蔡墩銘，背信罪之主體，軍法專刊第 8 卷第 2 期，1962 年 2 月，頁 22。

<sup>42</sup> 山口厚編著，經濟刑法，商事法務，2012 年 11 月，頁 3，轉引自王正嘉，同註 12，註 12，頁 53。

<sup>43</sup> 謝煜偉，論金融機構特別背信罪，臺大法學論叢，第 45 卷第 4 期，2016 年 12 月，頁 2015。



之負責人或具有決策權限之職員除需對機構內部關係之金融機構、公司之穩健經營負責外，亦需對外部之存款戶（即債權人）、投資大眾負責，其等所為之背信行為，解釋為違法行使其職務權限（狹義之濫權），始能符合特別背信罪之本質。行為人濫用其所具有對本人造成法律上利益或不利益的財產裁量權限，破壞了組織內部的信賴關係（甚至違背身為金融機構或公開發行公司負責人之社會責任），為特別背信罪違背職務之內涵。

依實務及學說均認同背信罪是行為人與所有人間具有財產委託關係者之犯罪，係因行為人破壞信賴關係而侵害財產之財產犯罪，屬於「經濟交易內部之犯罪」<sup>44</sup>（與竊盜罪、強盜罪等並未以與他人間具有信賴關係為前提而屬「經濟交易外之犯罪」不同）。在信賴關係下，行為人被授與一定自主之「權限」而為本人處理事務，當行為人為本人處理事務時，為預防本人財產使用收益受到損害，藉由法令、契約、內規等規定出界限，行為人如違反此等權限的行使或不行使行為，因而造成損害，即構成背信罪，若未違反此權限，縱使造成損害，並非屬刑法規定之背信罪範圍<sup>45</sup>，此亦可作為受任人為風險行為決策之判斷準據（詳如下述）。因而宜參考德國法之立法例，於構成要件中採二者併列為宜，才可將「違背任務行為」之解釋，除了受任人違背委任關係之義務外，亦包括濫用受託事務處分權。

## 二、風險交易中關於是否違反財產照料義務行為之判斷

依德國與日本的立法沿革來看，背信罪是伴隨著資本主義市場經濟發達所產生的新犯罪類型<sup>46</sup>，經濟活動發展下，不可避免將事物委託他人以期更有效率執行經濟活動。背信罪之增訂從國家整體經濟發展來看，係國家為進行大規模經濟活動，為達到介入經濟活動程度較高要求之政策考量下，予以立法，將之從侵占罪分離出來成立新興犯罪類型<sup>47</sup>。由於本人將財產交付予受任人常附隨著對於受託財產的重大風險<sup>48</sup>，此種「具有風險的」託付關係，讓受託人從事一個伴隨經濟損失

<sup>44</sup> 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，頁 3。

<sup>45</sup> 內田幸隆，「背任罪の系譜、およびの本質」，早稻田法学会誌第 51 卷，2001 年，頁 141，轉引自吳志強，同註 21。

<sup>46</sup> 吳志強，同註 21，頁 132-158。

<sup>47</sup> 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」，日本評論社，2008 年，頁 236-239，轉引自吳志強，同註 21。

<sup>48</sup> Robert Esser 著，王效文譯，刑法對經濟活動自由之規制—以背信罪(德國刑法第 266 條)為例，成大法學，第 20 期，2010 年 12 月，頁 136。

危險的風險行為，最重要的問題即是如何區別一個行為究竟是對他人財產的合法經濟操作，還是可罰的背信行為。藉由風險交易之法律概念，建立特別規則，應探究風險行為之容許界線，唯有定出從風險交易轉換為損害等同之財產危險的界限，判斷何時才算逾越，始能對於行為人受託從事之風險行為作出背信評價。

風險行為之容許性內涵取決於本人與行為人約定，透過約定，由本人決定自己希望行為人如何管理財產，而賦予管理之裁量權限，當本人確立行為人之管理權限，本質上就已隱含本人同意承擔多大範圍的風險，以換取多少的預期報酬，因此，風險行為是否「違背職務」，應以其所為對於本人而言，是否合於商業或經濟秩序以及正直商人之標準<sup>49</sup>。由本人確立行為人管理權限，即代表本人願意承擔多少風險，行為人合於任務之風險行為即不構成「違背職務」。依照風險承擔理論，凡經被害人自願承擔風險，行為人所創造之風險行為，即屬容許風險，此即風險之容許界線範圍。故是否逾越容許風險之評價，取決於受任人與本人間之共識<sup>50</sup>。

當本人決定委任行為之風險政策後，一旦受任人跨越法定或意定的風險界線時，即不可能因行為人已善盡注意義務而改變該行為之風險程度，進而使該項行為回歸至風險界線內<sup>51</sup>。故受任人僅能於風險政策範圍內，盡其應注意義務，於風險政策外之決策，其責任應歸受任人負責。

風險政策範圍內之風險，尚應區分為：一、風險行為內含之風險及二、資訊不充分所蘊含之風險，前者無從透過注意而降低風險，後者，獲取充分資訊則可降低風險。由於受任人對於資訊之獲取比本人更具專業判斷能力，且行為人基於信賴受任人之專業或能力始委任行為人處理事務，自應由受任人蒐集資訊始符合效率，因此，行為人應負有蒐集資訊降低不確定性之義務<sup>52</sup>，使其管理本人財產有更充分的資訊降低決策基礎之不確定性。此外，尚應由「覆核」之過程以降低錯誤決策風險<sup>53</sup>。故受任人為本人之利益衡量應負有「資訊蒐集」及經「覆核」程序以進行風險分析之注意義務。由於受任人具有專業有效率之資訊判讀能力，因此，就風險政策範圍內關於資訊不足所生之不確定，應由受任人負擔加以排除，如行為人未能排除資訊不足之不確定性，導致實行不利本人之風險行為，亦可認受任

<sup>49</sup> Hillenkamp, Risikogeschaft und Untreue, NSrZ 1981, 161(164) 轉引自黃種甲，同註 15，註 390，頁 161。

<sup>50</sup> 周漾沂，風險承擔作為阻卻不法事由，中研院法學期刊第 14 期，2014 年，頁 195。

<sup>51</sup> 黃種甲，同註 15，頁 192。

<sup>52</sup> 黃種甲，同註 15，頁 199。德國聯邦最高法院在授信案例中提出，行為人必須在廣泛的資訊基礎上，進行授信風險與機會之衡量。BGHSt 46, 30;BGHSt 47, 148.

<sup>53</sup> 黃種甲，同註 15，頁 203。

人已屬違背任務<sup>54</sup>。

財產所有人同意行為人從事具有風險性的負擔或處分行為，即屬尚未逾越內部關係上法律允許的範圍。針對風險交易中的違背信任，義務違反的特徵在於行為人之行為逾越了法所容許的範圍，故風險政策之決定，除取決於本人與受任人間約定之「意定風險政策」外，尚有法規直接明定行為人權限之「法定風險政策」，行為人的專業性判斷、民法上的注意義務、公司法上負責人的忠實義務等，均為財產損害風險是否容許之判斷標準。例如銀行法對於關係人授信之限制、同一人之授信限額等規定，均決定銀行授信人員之法定風險政策界線，如銀行負責人及相關授信人員逾越此界線，不論其注意程度有多高，都應認為已違背職務。（惟應區別法規限制目的是否係基於保護本人之財產，作為是否違背職務之判斷依據，如非保護財產利益歸屬主體之權限制<sup>55</sup>或基於行政管理所設之限制<sup>56</sup>，則非屬於具背信罪重要性之權限範圍界線，而與背信罪無涉。）而在風險政策界線內之行為，雖係本人容許受任人自主裁量，其裁量過程中，受任人仍應盡忠實及善良管理人之注意義務<sup>57</sup>。對於注意義務應如何落實，則應依法律規範之法定注意義務之界線（例如：銀行法分別規定有程序規範：關係人授信應經董事會特別決議等及實體規範：關係人授信應有十足擔保等）。此外，注意程度亦可由當事人間透過契約或內部規則等予以約定。例如於銀行授信業務中，銀行內部均會訂定該行之辦理授信、徵信作業辦法或規則，如行為人未依照銀行規定之內部作業辦法及規則辦理，即屬違反注意義務。在風險政策範圍內，受任人雖享有裁量權，依法律規定及本人之約定，仍可規定受任人應盡一定之注意義務，限縮其裁量之範圍，以

<sup>54</sup> 沈君玲，銀行不法授信之刑事責任規範，檢察新論，第26期，2019年8月，頁50-52。

<sup>55</sup> 如銀行法第72條規定：「商業銀行辦理中期放款之總餘額，不得超過其所收定期存款總餘額。」

<sup>56</sup> 如銀行法第129條之1規定：「銀行或其他關係人之負責人或職員於主管機關依第四十五條規定，派員或委託適當機構，或令地方主管機關派員，或指定專門職業及技術人員，檢查業務、財務及其他有關事項，或令銀行或其他關係人於限期內據實提報財務報告、財產目錄或其他有關資料及報告時，有下列情形之一者，處新臺幣二百萬元以上一千萬元以下罰鍰：

- 一、拒絕檢查或拒絕開啟金庫或其他庫房者。
- 二、隱匿或毀損有關業務或財務狀況之帳冊文件者。
- 三、對檢查人員詢問無正當理由不為答復或答復不實者。
- 四、逾期提報財務報告、財產目錄或其他有關資料及報告，或提報不實、不全或未於規定期限內繳納查核費用者。

經營貨幣市場業務機構或外國銀行之負責人、職員或其他關係人於主管機關依第四十七條之二或第一百二十三條準用第四十五條規定，派員或委託適當機構，或指定專門職業及技術人員，檢查業務、財務及其他有關事項，或令其或其他關係人於限期內據實提報財務報告、財產目錄或其他有關資料及報告時，有前項所列各款情形之一者，依前項規定處罰。」

<sup>57</sup> 公司法第23條第1項、第2項規定：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。」

控制風險，確保裁量結果不會損及本人之利益。而當不存在財產所有人的同意及法律及內部規則未明確規範時，可以藉由容許風險與自願承擔風險的概念來劃定風險行為的容許界線，惟行為人於具體判斷時無從遵循時，仍應盡一定之注意，為本人進行利益權衡，作為判斷標準。依受任人負有為本人管理財產之「財產照料義務」，其決策流程自應受該義務具體誠命之約束，為本人謀取財產上之利益。如客觀上存有對本人顯著有利之措施而未採用，或採用顯著不利於本人之行為，其主觀上有無違背職務，依行為人對於其行為（包括作為及不作為）是否已有該行為不利於本人之認識，作為判斷標準。

實務上對於充滿風險且抽象地足以損害到應照顧財產的企業行為，多傾向界定為違反行為人所負有之財產受託義務，因此，此種具有風險之託付關係，在判斷受託者是否為「義務違反」時，當以風險交易之法律概念建立司法審查原則。尤其當金融機構所為具風險之授信行為、公開發行公司所為具風險之投資決策，事後造成本人財產之損失，尚不能遽認為行為人係違背其職務，仍應以上述之階層推論，作為判斷<sup>58</sup>。

### 三、背信罪保護之財產法益概念為「整體財產」

刑法上的財產犯罪區分為「所有權犯罪」（或稱「侵害個別財產犯罪」）與「整體財產犯罪」兩大系統<sup>59</sup>，關於竊盜罪、搶奪罪、強盜罪等，均屬於所有權犯罪的範疇，而詐欺罪、背信罪、恐嚇取財罪則被劃歸整體財產犯罪，所保護法益為「整體財產」<sup>60</sup>。

「所有權犯罪」是以各個特定財物或財產上利益的損失作為內容，而所保護之法益與民法上所有權（所有人對事物之處分權利）之概念並不相同，並非以物權法上之權利概念作為建構準據，因為所有物遭人竊取，所有人在民法上的所有權並不會因此喪失，故所有權之刑法保護法益意義，並非專指抽象的法律權利，而是強調所有權人得以任意處分所有物之地位，亦即所有人事實上可以積極利用處分特定物，亦可消極排除他人對該物的干預，保護法益係「所有人就其所有物

<sup>58</sup> 沈君玲，銀行授信所涉法律問題與規範之研究，自版，2019年3月，頁562-587。

<sup>59</sup> 陳子平，同註31，頁374。古承宗，同註20，頁182。

<sup>60</sup> Mitsch, BT II/1,2. Aufl., 2003, §7 Rn. 1.。另學者陳子平則持不同意見，認僅有背信罪屬整體財產犯罪，參閱陳子平，同註31，頁375。

於事實上的支配利益或任意行使所有權能的事實上地位」<sup>61</sup>，所保護者係物之所有權人或其他有使用權者對物之管理支配權<sup>62</sup>，即所有人對該物具實力支配之穩固持有權<sup>63</sup>。

「整體財產犯罪」所侵害之財產，係指整體財產狀態而言，基於收支計算整體之財產狀態的損失為內容，而非個別財產損失。背信罪是對於整體財產利益侵害之犯罪，因此是否損害本人的財產，應就本人之整體財產總額有無減少而定，其判斷標準應與詐欺罪的「財產損害」之標準相同，原則上應以純經濟的財產損害觀點來判斷。所謂「財產或其他利益之損害」，需從整體財產法益觀察，對於財產損害之計算，應係以「客觀整體經濟價值」加以評估。

我國實務歷年來均將背信罪與侵占罪之關係，認係一般規定與特別規定之關係，兩者競合時，應先優先適用特別規定之侵占罪處斷<sup>64</sup>。然而，背信罪與侵占罪不同，侵占罪係對於個別財產之犯罪，而背信罪係對於全體財產之犯罪，亦即，侵占罪所侵害之財產法益，為各個財物之持有利益，而背信罪所侵害之財產利益，則為一般財產法益，即被害人之全體財產或全盤之財產狀態，除了物之持有利益外，尚包含所有權及其他本權在內<sup>65</sup>，兩者自有不同。

財產損害之判斷，應透過「整體折算」<sup>66</sup>（kompensieren）以確認財產是否有所減少，此財產損害為「現實上無法再透過財產上相等價值予以平衡的財產減少狀態」<sup>67</sup>，是否造成財產損害，端視財產處分後有無出現經濟價值相當之對待給付，如有，則財產減少部分將被「衡平」（ausgleichen）<sup>68</sup>，具體的作法，應引入市價與交易概念，背信罪所稱財產或其他利益上之損害，係指減少現存財產上價值之意<sup>69</sup>，財產損害係「使得本人對利益的支配可能性發生危險」，例如：對於未經徵信或未依規定徵提足額擔保品或未評估還款來源之保障即核放貸款之行為，銀行財產有高度可能指向最終實際損害時，此項財產危險應否屬於損害之判斷，應兼就法律與經濟之觀點綜合判斷，不可僅從法律觀點加以認定。依經濟的財產理論，針

<sup>61</sup> 古承宗，同註 20，頁 3。

<sup>62</sup> 最高法院 80 年度台非字第 67 號判決。

<sup>63</sup> 最高法院 109 年度台上字第 1283 號判決：「竊盜罪所保護之法益，在於物之持有權人穩固之持有權」。

<sup>64</sup> 甘天貴，同註 9，頁 347。

<sup>65</sup> 甘天貴，同上註。

<sup>66</sup> 又稱為「整體折算原則」，Wessels/Hillenkamp, BT 2, 32. Aufl., 2009, §13 Rn. 538，轉引自古承宗，同註 20，註 133，頁 236。

<sup>67</sup> 古承宗，同註 20，頁 237。

<sup>68</sup> 李進榮，背信罪之財產損害，檢察新論，第 25 期，頁 238。

<sup>69</sup> 最高法院 105 年度台上字第 434 號判決。

對以交換模式為基礎的財產處分型態，依當時的金錢價額評價雙方之對待給付是否存在量的差距而產生財產減少之結果，亦即依「折算原則」(Saldierungsprinzip)<sup>70</sup>，將客觀上的收益與不利益進行整體折算，個人財產在經濟上的總額較財產處分前為少，即為損害，且所生損害之數額，並不須能明確計算，祇須事實上生有損害為已足，不以損害有確定之數額為要件<sup>71</sup>。例如：銀行貸款予明知無力清償者之背信行為，雖在法律觀點上銀行對於該借款者之債權仍然存在，銀行之財產尚未損失，但在經濟觀點上該筆貸款則因借款者無清償能力，將成為無法清償之呆帳，該筆債權客觀上經濟價值小於同額現金之價值，事實上即為銀行財產之損失，而應負背信罪責<sup>72</sup>。

德國實務界及學界認為背信行為所產生之「財產危險」如與損害相當，應被評價為損害，將具體的財產危險等同於（可量化的）財產損害，將與損害相同的「財產危險」，視為背信罪構成要件之「損失」，以避免實務中為證明「損害故意」之舉證責任困難<sup>73</sup>。聯邦憲法法院認為「在市場取向之經濟體系下，價格係透過供需機制決定，因此，當事人對於未來需求之預判會影響價格及客體之價值」<sup>74</sup>要求法院要以「經濟上能理解的方式」如會計法則之評價標準，以確認財產危險案件之損害額，必要時得傳喚鑑定人予以鑑定<sup>75</sup>。聯邦憲法法院並確認財產危險概念未超出德國刑法第 266 條背信罪之條文文義，與「構成要件明確性原則」並不違背，而確認合憲，學者通說認為造成財產危險即屬已造成真正財產損害，與終局的損害之間僅係量的差異<sup>76</sup>。德國法院判決再進一步認為，對於擔保不足的信貸案，貸款後所取得返還債權如依商業會計法則評價結果，其價值已低於原貸款之數額，即屬直接且實際的財產損害（而非僅造成「財產危險」）<sup>77</sup>。藉由將受託財產之危險情狀，直接依商業會計法評價結果，評定為損害，為既遂之背信行為（即使此危險情狀永遠不會轉化為終局可量化的損害），將導致財產危險之階段評定如同嗣後真正造成經濟上可量化的財產損害行為一樣，同為刑法背信罪所規範（只是以

<sup>70</sup> 古承宗，同註 20，頁 239。

<sup>71</sup> 最高法院 80 年度台上字第 2205 號判決。

<sup>72</sup> 最高法院 29 年上字第 1276 號判例意旨。

<sup>73</sup> Robert Esser，同註 48，頁 141-142。由於德國刑法不處罰背信罪未遂犯，實務被迫必須將行為人對於託付給他的財產造成應罰的危險時，即認定為背信罪構成要件之損失，即使嗣後並未發生終局損害，借助具體危險犯之概念，而為「危險損害」。

<sup>74</sup> BVerfG StV 2010, S. 571, Rn. 140，轉引自李進榮，同註 68，註 107，頁 248。

<sup>75</sup> BVerfG StV 2010, S. 573, Rn. 151，轉引自李進榮，同註 68，註 109，頁 248。

<sup>76</sup> BVerfG StV 2010, S. 572, Rn. 142，Kujus, Vermögensschaden bei schadensgleicher Vermögensgefährdung, 2009, S. 3，轉引自李進榮，同註 68，註 107，頁 248。

<sup>77</sup> BGH, NStZ 2008, S. 457，轉引自李進榮，同註 68，註 128，頁 250。

量刑作為犯罪結果之區別)。

依客觀經濟價值會將不確定性反應在價值上<sup>78</sup>，因利益實現的不確性不同，呈現出的價格即有不同，擔保不足額之債權市場上任何理性之第三人皆不會全額收購，而以有多大機率能受清償作價，將來價值喪失之危險會影響市價高低，危險越高，價值越低，<sup>79</sup>此由出售不良債權之價值可評估較原債權金額甚低之客觀經濟價值，即可印證。不確定性藉由客觀經濟價值衡量後，與背信行為前之財產狀態相較如有所減損，即有財產損害，此參考德國法院判決，可委託鑑定人予以鑑定，計算出實際財產損害金額。因此，如以現金放款予借款人換得高度風險之債權，自不能依會計學上認為財產並未發生變動而視為未有損害，亦不能以民法上委任人仍擁有所有物返還請求權、債務不履行之債權而得向受任人請求返還借款或履約，而認定是否受有財產上損害。此比照詐欺行為詐得實際財物而取得一返還債權是否可視為被害人之財產法益未受損害，即可清楚辨明。此外，背信罪可能構成之本人財產危險，還包括可預估背信行為所引發主管機關對於本人之裁罰，例如銀行負責人或職員有不法授信之情形，依銀行法第 127 條之 4 第 1 項規定：「法人之負責人、代理人、受雇人或其他職員，因執行業務違反第一百五十五條至第一百五十七條之二規定之一者，除依各該條規定處罰其行為負責人外，對該法人亦科以各該條之罰鍰或罰金。」對於主管機關因金融檢查查獲不法背信事實而移送檢察官偵辦之案件，往往主管機關於判決前皆已對移送金融機構作出裁罰之處分，故為背信行為時行為人自可預估其行為將來本人（金融機構）財產因主管機關裁罰而須繳納罰金或罰鍰所造成之損害，依最高法院之見解，對於此部分事實上所生之損害，並不須能明確計算，不以損害有確定之數額為要件。背信罪之行為人，在主觀上必須具有背信之故意，及為自己或第三人之利益或損壞本人利益之不法意圖，惟所謂背信故意，不以直接故意為限，即使出於間接故意亦同，除對於事務處理權限之濫用或信託義務之違背有所認識外，對於背信行為將造成本人之財產損失或財產危險有所認識，預見其發生而就其發生亦無所謂，仍執意為之，亦可構成本罪<sup>80</sup>。

財產損害包括使現存財產減少（積極損害）（指整體財產價值有所減少）妨害

<sup>78</sup> 有學者認為風險之增加即是損害。Ransiek, ZStW2004, 634( 670) 轉引自黃種甲，同註 15，註 556，頁 243。

<sup>79</sup> Rotsch, ZStW, 2005, S. 117, 577, 585，轉引自李進榮，同註 68，註 145，頁 252。

<sup>80</sup> 臺灣高等法院臺中分院刑事判決 105 年度上易字第 238 號判決參照。

財產之增加，或是應增加卻未增加之未來可期待利益喪失等（消極損害），皆不失為財產或利益之損害<sup>81</sup>。就後者而言，行為人承擔之財產照料義務尚需為財產所有人爭取潛在的獲利機會，促使財產總額有所增加，若行為人面對可以為財產所有人實現獲利之機會卻不作為而違反義務，使得財產總額應增加而未增加（例如：對於貸款之未足額擔保部分應以較高之信用貸款利率計算利息），亦屬背信犯行。另外，行為人造成委任人之信用下降、名譽受損之事實，亦應屬造成委任人之損害<sup>82</sup>。

背信罪性質上係結果犯，同時也是即成犯，於背信行為完成時，所受損害即已確定，背信行為完成時，即應予商業會計法則評價本人之整體經濟價值是否受損，（例如：銀行即將行為人貸得之款項匯出，減損現金，換回「無十足擔保甚至無擔保之債權」，客觀上整體經濟價值減損，致生損害於財行財產，甚為明確），縱事後所受損害業經填補（尤其以起訴後始尋求填補損失為然），亦不影響背信犯行之成立<sup>83</sup>，自不能因被告事後清償欠款即可免予究責<sup>84</sup>，亦不能認定事後已有返還即認定財產未受損害而未遂<sup>85</sup>。

在風險行為的損害評價上，判斷背信致生本人財產損害的折算時點就是違背任務當時，不能任意往後推移至確認風險是否轉為實質結果時。而損害的計算上，客觀經濟價值是唯一的判斷標準，所有人與財產間的支配關係，只是論斷一個經濟價值能否納入財產所有人整體財產中的步驟，並非刑法保護財產法益時的直接保護對象，整體財產犯罪中的財產損害，仍應以整體財產價值是否減損為依歸，而依商業會計法則以公允價值來鑑價。整體財產犯罪雖與所有權犯罪（或稱「侵害個別財產犯罪」）所保護者係物之所有權人或其他有使用權者對物之管理支配權並不相同，惟二者之犯罪行為致生財產損害，均應於行為時判斷，不能以事後行為人有無將財物返還作為致生損害與否之判斷（亦即不能以事後返還財物作為認

<sup>81</sup> 最高法院 105 年度台上字第 434 號刑事判決。Heinrich, in: A/W/H/H-BT, 3. Aufl., 2015, §22 Rn. 76, 轉引自古承宗, 同註 20, 註 44, 頁 307。

<sup>82</sup> 陽信銀行不法授信案第一審臺灣士林地方法院 96 金重訴字第 6 號刑事判決特別背信罪既遂之理由「使存款戶心生惶恐，爭相擠兌而破壞金融秩序，進而造成陽信銀行商譽之極大損害，迄今仍難以回復。」。

<sup>83</sup> 最高法院 105 年度台上字第 434 號刑事判決。最高法院 102 年度台上字第 3583 號判決同此意旨。

<sup>84</sup> 臺灣高等法院 103 年金上重訴字第 47 號萬泰銀行不法授信案判決認被告事後有還款之情形，推定其無背信之主觀犯意及無致生損害於銀行利益之客觀事實，而認定不成立特別背信罪，經最高法院 106 年台上字第 1504 號刑事判決維持原審判決上訴駁回確定。

<sup>85</sup> 最高法院 100 年度台上字第 6444 號、100 年度台上字第 6960 號、98 年度台上字第 6762 號、97 年度台非字第 548 號、96 年度台上字第 4546 號、94 年度台上字第 4485 號等判決要旨，認事後借款人已還款，不得以銀行撥款予借款人即謂已生實際損害於銀行，認所犯為背信未遂罪。惟上開判決中對於銀行法修法後是否仍得適用，詳如本文下述。



定既、未遂之判斷，詳如下述)。

### 參、從普通背信罪躍升經濟刑法特別背信罪之質變：二者保護法益之異同

我國於 2000 年立法者在各項金融改革法案中，仿造刑法普通背信罪要件陸續增訂金融法規的特別背信罪，並以重刑化，將違背任務之處罰規定，分散規範在金融八法的罰則之中，包括：

- (一) 2000 年 11 月 1 日增訂銀行法第 125 條之 2 第 1 項規定：「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。其因犯罪獲取之財物或財產上利益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。」
- (二) 2001 年 7 月 9 日公布之金融控股公司法第 57 條第 1 項規定：「金融控股公司之負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害金融控股公司之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於公司財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。」於 2004 年增訂「其因犯罪獲取之財物或財產上利益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。」
- (三) 2001 年 7 月 9 日於保險法增訂第 168 條之 2 第 1 項規定：「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。」於 2004 年再增訂：「其因犯罪獲取之財物或財產上利益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。」
- (四) 2001 年 7 月 9 日公布之票券金融管理法第 58 條第 1 項規定：「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。」於 2004 年增訂「其因犯罪獲取之財物或財產上利益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。」
- (五) 2003 年 7 月 23 日公布農業金融法第 39 條第 1 項規定：「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。其因犯罪獲取之財物或財產上利益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。」
- (六) 2004 年 4 月 28 日證券交易法增訂第 171 條第 1 項第 3 款規定：「有下列情事之一者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金：．．三、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受損害達新臺幣五百萬元。」於第 2 項規定：「因犯罪獲取之財物或財產上利益金額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。」第 3 項規定：「有第一項第三款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣五百萬元者，依刑法第三百三十六條及第三百四十二條規定處罰。」
- (七) 於 2004 年 2 月 4 日信用合作社法增訂第 38 條之 2 第 1 項規定：「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。其因犯罪獲取之財物或財產上利益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。」
- (八) 於 2018 年 1 月 31 日證券投資信託及顧問法增訂第 105 條之 1 規定：「證券投資信託事業、證券投資顧問事業之董事、監察人、經理人或受僱人，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害證券投資信託基金資產、委託投資資產之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於證券投資信託基金資產、委託投資資產或其他利益者，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。其因犯罪獲取之財物或財產上利益金額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。」

金融八法之特別背信罪規定與刑法第 342 條普通背信罪規定：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。」比較可知，在立法技術上只是稍微修改「行為主體之身分」及「刑度與罰金」，將普通刑法的構成要件直接過渡到經濟刑法的罰則，特別背信罪構成要件自似與普通刑法存在高度的雷同，則是否有必要僅為了提高刑度而於特別法規中獨立規定特別背信罪？令人產生質疑，惟分析特別背信罪的保護法益、行為主體、實行行為、主觀意圖後，即可知特別背信罪之犯罪構成要件，除行為主體外，實行行為、結果，皆與普通刑法背信罪，實有不同。故特別背信罪外觀上雖與背信罪類似，然而保護法益及相對應的構成要件解釋，皆應有別於普通背信罪。以下即從立法背景出發，檢視經濟刑法之特別背信罪保護法益與刑法普通背信罪之異同。

## 一、立法背景

考量人民對於「經濟秩序安定感」之需求，立法者制定經濟刑法，作為社會行為之控制手段。惟作為保障「個人整體財產」之背信罪與經濟刑法之立法目的保障「經濟秩序之安定」之間，仍存有一段空間。背信罪並非自古即有之財產犯罪類型，而增訂重刑化之特別背信罪自應探求其何以加重刑罰之立法背景。

亞洲 1997 年產生亞洲金融風暴後，政府提高對於逾期放款之重視，因而查獲內部人濫權行為導致金融機構倒閉之情形，在我國層出不窮，如 1985 年臺北市第十信用合作社及國泰信託投資公司公司相繼發生嚴重經營危機<sup>86</sup>，主要係肇因於對內部關係人及關係企業之授信過鉅，且授信浮濫、品質不良之故<sup>87</sup>，發生擠兌風潮，

<sup>86</sup> 沈中華，銀行與金控的成長、衰退與再崛起—台灣的故事，台灣金融研訓院，2014 年 9 月，頁 1-4。楊雅惠、許嘉棟，台灣金融體制之變遷綜觀，台灣金融研訓院，2015 年 4 月初版二刷，頁 9-4。

<sup>87</sup> 陳俊堅，財政部七十九年度研究發展專題報告「金融自由化與金融秩序之維持」，1990 年 6 月，頁 297 至 300。湯俊湘，從台北十信事件談城市信用合作社的前途，信用合作，第四期，1985 年 4 月，頁 9。張達，「台北十信」事件的教訓及省思，信用合作，第四期，1985 年 4 月，頁 6、7。沈中華，同註 86，頁 1-4。

引發國內金融風暴，由合作金庫融資墊付 106 億元，概括承受十信所有資產負債<sup>88</sup>。金融法規之修法歷程中，幾乎可見係因實務出現金融弊案，立法者始事後補救，增修立法。

以銀行法之修訂為例，我國銀行法之規定，一開始對關係人授信僅規範不得為信用放款，抵押貸款利率及條件不得優於其他貸款人，然而就違反規定之處罰僅係「得科以負責人一千銀元以下之罰鍰」（1947 年之立法），對於銀行內部關係人而言，此種行政懲處實無關痛癢，無法遏止關係人授信之濫用。1975 年將處罰提高為應處五千元以上一萬元以下罰鍰，亦僅達宣示作用，實質效果不彰。於是爆發了 1985 年十信、國信案件之金融風暴，立法者始立即增修條文，將有利害關係者之範圍擴大到配偶、三親等以內之血親或二親等以內之姻親，以防止內部關係人利用關係人名義辦理授信予以規避，並規定其等因經營關係而獨資、合夥之企業及負責人、職員因投資關係、擔任經營職務關係之企業納入規範。斯時始將違反關係人授信規定，明文以改處刑罰，懲處有期徒刑三年以下、拘役或科或併科十五萬元以下罰金，藉收懲儆之效<sup>89</sup>。於 1989 年，再將上開利害關係人因投資關係、擔任經營職務關係之企業，亦納入規範。並提高違反規定者刑事懲處之罰金從十五萬元以下提高為新臺幣一百八十萬元以下。於 1991 年新銀行設立，立法者於 1992 年修法，將關係人範圍擴大至銀行因投資關係之企業及主要股東，及對關係人擔保授信之程序規範應經董事會特別決議，並訂定同一人、同一關係人及關係人授信之授信限額、授信總餘額、授信條件及公平授信條件中同類授信對象之規定，及違反同一人、同一關係人授信限制之行政處罰新台幣十五萬元以上一百八十萬元以下罰鍰。另制定對於往來銀行交互授信之限制及違反法之刑罰規定。1995 年至 1996 年間台灣三家中小企銀高企、東企及花企及華僑銀行因政商外力利用不健全的委託書制度，由市場派人士以高價收購銀行股票及委託書，進駐董事會，掌握大權，開始進行關係人貸款，將其高價收購股票及委託書的成本收回，而引起銀行擠兌危機<sup>90</sup>。於 1999 年新銀行增加到了 54 家，新成立的銀行多由企業集團所擁有，導致對關係企業浮濫放款，銀行對企業的授信並未受到有效的內控與稽核，有關資本適足率、逾放比、蓋率等監管要求均低，產生本土金融風

<sup>88</sup> 陳俊堅，同註 74，頁 298。

<sup>89</sup> 參閱民國 74 年 5 月 10 日修法立法理由。

<sup>90</sup> 沈中華，同註 86，頁 3-6。

暴，促成我國第一次金融改革<sup>91</sup>。

於 2000 年修正銀行法，增訂特別背信罪，其立法理由為「為防範銀行、外國銀行及經營貨幣市場業務機構之負責人或職員藉職務牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度，而較刑法第 342 條之背信罪加重其刑事責任。」  
「為避免銀行負責人或職員二人以上共同實施第一項犯罪之行為，而嚴重損害銀行之財產或其他利益，爰明定得加重處罰，以收嚇阻之效。」2001 年增修金融控股公司法，同時期，我國全國之信用合作社由合作金庫、陽信銀行、玉山銀行概括承受及概括讓與萬泰、誠泰、日盛、復華、台新、板信、三信、稻江、大眾銀行，而全部走入歷史<sup>92</sup>。於 2004 年我國進行第二次金融改革，其目標為發展台灣成為區域金融服務中心，將金控公司及公股銀行予以整併，減少競爭，將公家銀行賣給民營銀行而有財團化擴大的趨勢，於銀行法特別背信罪之處罰，提高罰金刑度為新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。如犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。其立法理由<sup>93</sup>即鑒於銀行負責人或職員為背信行為，對銀行之財產或其他利益所侵害法益甚大，爰提高罰金刑度。就銀行負責人或職員背信之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大，故如犯罪所得達新臺幣一億元以上者，刑度提高處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。

證券交易法第 171 條之規定於 2000 年亦將原刑責由「七年以上有期徒刑、拘役或科或併科二十五萬元以下罰金」提高為「處七年以上有期徒刑」，其立法理由<sup>94</sup>載明原規範之刑責，其低刑度可處罰金，顯不足以嚇阻違法，爰參照銀行法第 125

<sup>91</sup> 沈中華，同註 86，頁 3-20-23。

<sup>92</sup> 沈中華，同註 86，頁 13-9。

<sup>93</sup> 於 2004 年修正第 125 條之 2 立法理由：

「鑒於銀行負責人或職員為背信行為，對銀行之財產或其他利益所侵害法益甚大，爰提高罰金刑度為新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其次，就銀行負責人或職員背信之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大。爰於第一項後段增訂，如犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」

<sup>94</sup> 於 2000 年修正之立法理由：

「一、本條原規範之刑責，其低刑度可處罰金，顯不足以嚇阻違法，爰參照銀行法第 125 條規定，提高其刑度，將罰金刑修正為新臺幣。另就違反第 157 條之 1 之刑事責任，依第 175 條規定，僅為二年以上有期徒刑，相形之下，顯然無從發揮嚇阻犯罪之功能。爰將違反第 157 條之 1 第一項禁止利用內部消息買賣公司股票圖利之規定之刑罰由第一百七十五條移列本條第一款，並提高其最高刑度為七年以上有期徒刑。二、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，使公司為不合營業常規或不利益交易行為，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，爰增列處罰。」

條規定，提高其刑度，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，使公司為不合營業常規或不利益交易行為，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，故增列處罰。並於 2004 年增列特別背信罪，提高刑度為「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」其犯罪所得金額達新臺幣一億元以上者，其刑度提高為「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」。

2001 年 7 月 9 日公布金融控股公司法、票券金融管理法並增訂保險法第 168 條之 2 特別背信罪，其中金融控股公司法第 57 條第 1 項規定之立法理由亦係鑒於金融控股公司之經營健全與否對金融秩序及社會公益影響頗大，為防範金融控股公司之負責人或職員藉職務謀取不當利益，參考銀行法第 125 條之 2 之規定，較刑法第 342 條之背信罪加重其刑事責任之規定，而予以規定。於 2004 年再增修「因犯罪獲取之財物或財產上利益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。」其立法理由係認金融控股公司負責人或職員為背信行為，對金融控股公司之財產或其他利益所侵害法益甚大，爰提高罰金刑度，其次，就金融控股公司負責人或職員背信之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大，就犯罪所得達新臺幣一億元以上者，再增訂七年以上有期徒刑之重刑處罰。票券金融管理法第 58 條第 1 項規定特別背信罪，其立法理由為參考銀行法第 125 條之 2 規定，為防範票券金融公司之負責人或職員藉職務牟取不法利益，妨礙票券金融公司健全經營，爰於第一項參考組織犯罪防治條例第 3 條第 1 項之制度，而較刑法第 342 條之背信罪加重其刑事責任。於 2004 年增訂「其因犯罪獲取之財物或財產上利益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。」其立法理由為鑒於票券金融公司負責人或職員為背信行為，對票券金融公司之財產或其他利益所侵害法益甚大，爰提高罰金刑度。其次，就票券金融公司負責人或職員背信之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大。如犯罪所得達新臺幣一億元以上者，再增訂七年以上有期徒刑之重刑處罰。2001 年增訂保險法第 168 條之 2 特別背信罪之規定，其立法理由為防範保險業之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、財務或業務經營者牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第 3 條及銀行法第 125 條之 2

規定，較刑法第 342 條之背信罪加重其刑事責任。於 2004 年增訂「其因犯罪獲取之財物或財產上利益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。」其立法理由為嚇阻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，或業務經營之人利用職務之便挪用公款或利用職權掏空公司資產，就犯罪所得達新臺幣一億元以上者，再增訂七年以上有期徒刑之重刑處罰。

2003 年 7 月 23 日公布農業金融法第 39 條第 1 項特別背信罪之立法理由為：參照「銀行法」修正條文第 125 條之 2，訂定本條罰則。鑒於信用部或全國農業金庫負責人或職員為背信行為，對信用部或全國農業金庫之財產或其他利益所侵害法益甚大，就其負責人或職員背信之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序危害通常愈大。爰規定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。

於 2004 年 2 月 4 日於信用合作社法第 38 條之 2 第 1 項增訂特別背信罪，其立法理由為：為防範信用合作社之負責人或職員藉職務牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之制度，而較刑法第 342 之背信罪加重其刑事責任。就金融機構負責人或職員背信之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序的危害通常愈大。爰增訂如犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。

由上開金融八法增訂重刑化特別背信罪之立法理由可知，多係比照銀行法之立法理由而為增訂或修法，綜合上開予以明文之立法理由（有些條文係基於黨團協商修訂，而未記載立法理由）可歸納如下：（一）行為人基於擔任銀行及經營貨幣市場業務機構之負責人或職員、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，金融控股公司之負責人或職員、票券金融公司之負責人或職員、保險業之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、財務或業務經營者、信用部或全國農業金庫負責人或職員、信用合作社之負責人或職員等職位；（二）藉職務謀取不當利益，挪用公款或利用職權掏空公司資產，或為背信之金融犯罪；（三）對本人（銀行、金融控股公司、信用部或全國農業金庫）之財產或其他利益所侵害法益甚大，或嚴重影響本人（公司）及投資人權益，受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，或妨礙本人（票券金融公司）健全經營，認金融機構（金融控股公司）之經營健全與否對金融秩序及

社會公益影響頗大；(四)就金融機構負責人或職員背信之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序的危害通常愈大，如犯罪所得達新臺幣一億元以上者，均提高刑罰為七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。除於證券交易法之規定限於致公司遭受損害達新臺幣五百萬元始依特別背信罪處斷，致公司遭受損害未達新臺幣五百萬元者，依刑法普通背信罪規定處罰外，其餘各法之特別背信罪之立法目的均認為行為人基於取得企業機構之負責人或特定身分，於企業機構之經濟活動為背信之金融犯罪，對本人（銀行、金融控股公司、信用部或全國農業金庫）之財產或其他利益所侵害法益甚大或妨礙本人（票券金融公司）健全經營，認金融機構之經營健全與否對金融秩序及社會公益影響頗大，或嚴重影響本人（公司）及投資人權益，受害對象包括廣大之社會投資大眾，並認為犯罪所得與罪責有連動關係。

由上開立法目的似可看出特別背信罪限制行為主體及違背職務之行為內容係利用其於企業機構內之職務地位而為，因而認定背信所致企業機構（本人）之財產或其他利益所侵害之法益甚大，以致危害金融秩序與社會公益或廣大之社會投資大眾之權益，此與普通背信罪僅造成本人個人財產法益受損，不可同視，故予以重刑化立法。

比較日本立法例，於昭和 13 年(1938 年)修法時增訂特別背信罪，其立法目的在於因公司董事等人之背信行為，對社會造成之毒害，比起一般之背信行為而言，明顯較廣且嚴重<sup>95</sup>。此立法係來自於昭和 8 年(1933 年)因臺灣銀行背信案使當時之內閣倒閣事件而為增訂<sup>96</sup>，將特別背信罪置於會社法第 960 條第 1 項<sup>97</sup>，對於在公

<sup>95</sup> 戴銘昇，同註 27，頁 120。

<sup>96</sup> 島田総一郎執筆，收錄於落合誠一編，會社法コンメンタール 第 21 卷 雜則 (3) 罰則 商事法務，2011 年 9 月，頁 60，轉引自戴銘昇，同註 27，註 49。

<sup>97</sup> 日本會社法第 960 條第 1 項規定：

「次に掲げる者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、当該株式会社に財産上の損害を加えたときは、十年以下の懲役若しくは千円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

一 発起人

二 設立時取締役又は設立時監査役

三 取締役、会計参与、監査役又は執行役

四 民事保全法第 56 条に規定する仮処分命令により選任された取締役、監査役又は執行役の職務を代行する者

五 第 346 条第 2 項、第 531 条第 2 項又は第 401 条第 3 項（第 403 条第 3 項及び第 420 条第 3 項において準用する場合を含む。）の規定により選任された一時取締役、会計参与、監査役、代表取締役、委員、執行役又は代表執行役の職務を行うべき者

六 支配人

七 事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人

八 検査役。」



司具有一定職位之人(發起人、監察人、董事、代行董事、臨時董事、會計參與、提名委員會、審計委員會、報酬委員會之委員、經理人、關於事業之某種特定事項受委任之使用人、檢查人)意圖為自己或第三人之利益、或使公司遭受損害為目的,而違背其任務者,於造成公司財產損害時,處 10 年以下有期徒刑或科或併科 1 千萬元以下罰金。除將行為主體之身分予以特定外,其餘構成要件均與日本刑法之普通背信罪相同<sup>98</sup>,係純然以身分為加重要件,並未有損害數額或程度為要件,認為只要在「公司」此種組織型態中發生背信行為,使足以造成社會秩序受影響,而足以加重其刑<sup>99</sup>

我國與日本法特別背信罪相同,將特別背信罪分於金融八法中,與刑法普通背信罪之差異,從文義上來看,係在於「行為主體之身分屬於特殊業務之職務地位」。特別背信罪之制定,源自於社會中「人民對於經濟秩序的不安全感」<sup>100</sup>。由於社會中一般人對於透過「企業組織體」架構所形塑經濟秩序,相較於透過「非組織體」的模式,較無法掌控,另一方面,資本主義市場經濟活動大規模發展下,日益複雜化的市民社會,為了減縮進行經濟活動的複雜性,不可避免要將事務委託他人,而透過「組織體」作為一般性的經濟交易媒介,以便更有效率執行經濟活動,已成常態。行為人藉由組織體之特殊地位,為謀私利而為不公正的背信手段造成他人損害,對於一個企業可能造成的損害,除了實質財產上的損害外,商譽形象受損等無形損害,可能數倍地高於經由背信犯罪直接引起的有形財產損害,並連鎖引發一般人民因而對於國家整體經濟秩序之信賴減損,進而影響國家經濟秩序的穩定及廣大不特定投資大眾之權益。國家政策為了活絡、促進經濟交易,於經濟交易活動關係複雜化、專門化以及技術化的同時,為促進正常之交易關係,基於維持公正交易秩序之目的,所為完善經濟制度所作成之規範,重心在:

會社法第 960 條

第 1 項:「下列之人意圖為自己或第三人之利益、或使公司遭受損害為目的,而違背其任務者,於造成公司財產上損害時,處 10 年以下有期徒刑、或科或併科 1 千萬元以下罰金:一、發起人。二、設立時董事或設立時監察人。三、董事、會計參與、監察人或執行役。四、依民事保全法第 56 條規定之假處分命令選任之代行董事、監察人或執行役職務之人。五、依第 346 條第 2 項、第 351 條第 2 項或第 401 條第 3 項(包括準用於第 403 條第 3 項及第 420 條第 2 項之情形)選任之臨時董事(於監察等委員會設置公司,係指擔任監查等委員之董事或其他董事)、會計參與、監察人、代表董事、委員(指提名委員會、審計委員會或報酬委員會之委員)、執行役或執行代表董事之職務者。六、經理人。七、關於事業之某種類或特定事項受委任之使用人。八、檢查人。」

<sup>98</sup> 島田總一郎執筆,同註 83,頁 59。

<sup>99</sup> 戴銘昇,同註 27,頁 128。

<sup>100</sup> 吳志強,同註 21,頁 261。

「於避免因為金融機構、公開發行之公司受到侵害造成社會一般人產生主觀不信任該金融機構或公開發行股票公司，以致不再信賴以金融機構作為媒介的交易模式及投資市場環境，造成國家經濟秩序的崩解並危害廣大之社會投資大眾之權益」。因此，特別背信罪之保護焦點不單是雙面關係之委任事務，更重要的因為行為人對於內部委託、委任關係之違背所引發外部對該金融媒介機構、公開發行股票投資市場之「不信賴」。

國家基於現實社會發展，對於經濟活動介入程度之政策判斷下，在採用最少成本之考量下（若改以全面行政監督、事後之民事求償之手段來避免不法情事，其成本遠高於刑罰制裁），於刑法已有普通背信罪之情形下，再制定經濟刑法之特別背信罪，藉由重刑化的立法政策，向市民社會宣示國家「捍衛金融場交易秩序、維持金融市場穩定」的決心，以符合民眾對經濟秩序穩定性之需求。惟如此仿造普通背信罪卻加重刑度至與一般刑法放火罪、強制性交罪之重刑懲罰之情形，應當檢視特別背信罪之實質要件與普通背信罪之不同。由立法理由可知，特別背信罪所保護之法益，與普通背信罪並不相同，不僅為本人之個人財產法益，使用重刑化之社會控制手段所欲保障者，為「國家整體經濟秩序之穩定與人民對於整體經濟制度、投資市場的信賴及廣大不特定投資大眾、存款戶之權益，以維護國家經濟秩序之持續穩健安定」之社會法益。

## 二、經濟制度作為經濟刑法特別背信罪保護法益的內涵

刑法的核心思想，在於法益保護，刑法中的所有處罰規定，其目的都應該是在保障其他國民的利益（即防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益等），對法益的擁護為刑法的任務<sup>101</sup>，犯罪應該限定於對法益的加害行為，即對法益予以現實的侵害行為，或產生法益侵害危險之行為，基於保護法益的目的，刑法才可以限制犯罪行為人的自由，此為通說之「法益保護主義」之共識<sup>102</sup>。但並非所有的法益均應動用刑罰作為保護或應對手段，基於刑罰謙抑性理論，只有當民事或行政等保護手段不足保護法益時，始可動用刑罰。此外，犯罪之成立，亦須確認行為人在實施該加害行為時是有責任的（即「責任主義」）<sup>103</sup>，

<sup>101</sup> 山口厚著，付立庆譯，刑法总论，第3版，中國人民大學出版社，2018年，頁4。

<sup>102</sup> 同上註，頁5。

<sup>103</sup> 同上註，頁6。

要想讓課處刑罰成為正當，對於行為人所實施的法益侵害行為，必須確認行為人是值得非難的(即「非難可能性」，因此，要肯定行為人「非難可能性」，就必須肯定行為人實際上是可能避免其所實施違法行為〈他行可能性〉)，即有責任<sup>104</sup>，科處刑罰始得以正當化。

面對當前社會所出現各種新式且難以預估的風險，如金融危機等，刑法的規範策略不再固守最後手段性的節制要求，轉而為更有效率地抗制風險，以此確保社會成員的生存自由。當現實社會發展產生動用刑法作為控制手段需求，立法者創造「經濟制度的順暢運作與秩序」之超個人法益，作為刑罰之依據<sup>105</sup>，技巧性地將利益侵害或危險聚焦在「個人利益隱沒於大規模的或整體性的利益結構」<sup>106</sup>。因犯罪行為受有危害的對象不再是傳統犯罪所預設的單一個體，反而轉向於抽象的社會系統本身。此未以明確之法益確認處罰界限之想法，將造成個案適用上判斷之困境。

#### (一) 白領犯罪之特殊意涵

背信罪本身乃是利用行為人職務侵害他人財產法益的刑事行為，而當其侵害擴大到經濟秩序時，才有經濟刑法發動必要。白領犯罪(white-collar crime)概念<sup>107</sup>之特徵為：行為人違反所授予或隱含的信賴(violation of delegated or implied trust)，區分兩大子類：一是公司或法人犯罪(corporate crime)，乃是由一群人共同犯罪下的有組織犯罪；另一種則是與職務有關的犯罪行為(occupational crime)，利用合法職業所生機會而犯下法律可懲罰行為，行為人利用其所處的社會高位，遂行謀取私利之犯罪行為。與一般背信罪委任人與受任人係基於平行關係不同，特別背信罪所處罰的重點，是在大規模經濟活動組織體下，行為人乃係居於特定位置，利用其權限，遂行其不法目的，造成對於經濟制度的損害規模較鉅<sup>108</sup>。故經濟刑法之特別背信罪之行為主體，應限定於關於財產上事務處理之決策權限之負責人或職員。因而，就實行行為而言，特別背信罪之「違背職務」與普通背信罪「違背任務」亦應加以區別(詳如下述三部分)，應考慮金融機構業務的特殊性

<sup>104</sup> 同上註，頁 6。

<sup>105</sup> 謝煜偉，財產犯、財產法益與財產上利益，收於：刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，2017 年 3 月，頁 693。

<sup>106</sup> 古承宗，同註 20，頁 7。

<sup>107</sup> 白領犯罪之概念為美國犯罪學者 E. H. Sutherland 於 1939 年提出，提倡犯罪並非地位低下者才會因金錢利益犯下財產犯罪行為，反而若干中上階層的專業人士也有可能犯各種犯罪行為。參閱許春金，犯罪學，2010 年 9 月修訂六版，頁 595。

<sup>108</sup> 王正嘉，同註 12，頁 57。

及公開發行有價證券公司之經營對於投資市場影響，從「執行業務之公正性」的侵害即權限濫用的角度，將特別背信行為限定在行為人濫用其所具有之「對本人造成法律上利益或不利益之財產裁量權限」，在風險行為的選擇中，因其可避免而未避免，致保護法益受到侵害，而產生非難可能性，故其具有之身分特徵產生之權限內容，為特別背信罪處罰之基本建構要件。

## （二）經濟制度作為刑法法益保護之正當性

法律所要保障的是生活在其中的個人人格之自由發展，社會制度可視為在社會中由各種法律所保障之人格發展條件<sup>109</sup>，其規則經長時間通過社會實踐的考驗，提供方向讓個人在人格、經濟與企業的面向，有機會能夠自由發展自我。因經濟之發展形成豐富之社會的生產，同時也呈現多樣而複雜化的風險。當難以控制的風險被實現時，所造成的損害常常會危及一國的社會甚至逾越國界（例如美國雷曼兄弟公司倒閉形成之世界金融危機），社會身為了自我防衛，有必要在危險（風險）剛萌芽之際即加以除去，以防止重大禍害<sup>110</sup>。刑法之功能在風險社會下，即將法益侵害原則提前至法益有受侵害危險時，即應予介入。經濟制度是屬於「為個人創造自由空間」的法益<sup>111</sup>，為彼此相關聯的規範體系，透過規範將人民在社會中所扮演的角色以及對此角色之行為期待予以定型化，使得各角色能各司其職，人民才可縮減複雜並使意外成為可得預測的，以順利生活<sup>112</sup>。對於經濟制度的信賴是制度運作的重要基礎，藉由將風險交由受託者去應付與決策，使人民減輕負擔，故對於制度的信賴為縮減複雜與意外的前提要件<sup>113</sup>。因此，對於為個人創造自由空間的制度而言，對於制度的信賴是制度被使用、發揮功能的必要條件<sup>114</sup>。經濟制度作為社會發展值得保護的制度，透過規範而能對外穩固自身的結構，並對內形塑自身的領域<sup>115</sup>，故經濟制度必須在法律上受到保護，以便能夠持續地發揮功能。而對於經濟制度的保護，係以「人民對於經濟制度的信賴」作為保護法益之內涵<sup>116</sup>。當制度的存續或功能性不穩固時，即無法作為人民信賴及個人自

<sup>109</sup> Michael Kubiciel 著，彭文茂自譯，自由、社會制度與抽象危險犯——經濟刑法的新典範？，檢察新論，第 23 期，2018 年 2 月，頁 273。

<sup>110</sup> 陳子平，刑法總論，2017 年 9 月，元照，頁 13。

<sup>111</sup> 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，公益信託春風煦日學術基金出版，2012 年 4 月，頁 260。

<sup>112</sup> 鍾宏彬，同註 111，頁 261。

<sup>113</sup> Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 127 f.，轉引自鍾宏彬，同註 111，註 151，頁 261。

<sup>114</sup> Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 124.，轉引自鍾宏彬，同註 111，註 159，頁 263。

<sup>115</sup> Michael Kubiciel 著，轉引自鍾宏彬，同註 111，註 80，參照 Lampe, FS Tiedemann, 2008, S. 97，其有必要透過規範在「法學上穩固」（juristisch zu verfestigen）各種制度。

<sup>116</sup> 鍾宏彬，同註 111，頁 261。集體法益的體系與構造，參閱該書頁 270。

由的擔保，換言之，如果法益的功能無法「毫無擔憂地加以維護」時，那麼也就無法完整地使用法益，此時即可認定法益受到損害<sup>117</sup>。

因此，當特定的行為方式對於經濟系統的運作產生一定程度的干擾，依上所述，法益可視為受到損害，在民事及行政制裁均無法產生阻斷之效果時，國家即應動用刑事制裁作為最後手段，以確保該系統本身的穩定。至於在個案中個人或組織體因此直接或間接遭受財產損害之結果，並非動用刑罰之重點，是因客觀上造成此財產損害之結果已達到使人民對於經濟制度產生不信任感之「閾值」(threshold/Schwelle)或稱「臨界值」<sup>118</sup>，才予以處罰。經濟刑法保護的對象可以兼及個人法益的整體財產與不特定多數存款戶、投資人或股東的超個人法益(或國家經濟秩序之社會法益)，立法係連結個人法益與超個人法益(社會法益)的保護需求，以超個人法益視為一種「附隨性質的中間法益(midiatisierte Zwischenrechtsgüter)」<sup>119</sup>，最終還是保護所有參與經濟活動者個人的財產利益<sup>120</sup>，故個人法益亦含括在經濟制度運作的效力範圍。藉由此超個人法益之設計概念，可以避免計算財產損害結果之解釋難題與行為與結果之間因果關係舉證之困難。另一方面，為有效防堵經濟犯罪所引發不特定人或大規模的財產損失，侵蝕經濟制度(或整體經濟的功能)的可信賴性，最終導致撼動國家經濟所依賴之運作基礎，故經濟制度應作為經濟刑法之保護法益。故除特定個人整體財產外，經濟刑法之主要保護法益為欠缺具體的輪廓形象之「經濟制度」的社會法益，此即為經濟刑法之應刑罰性的不法內涵。

然而，由於經濟制度法益並無具體內涵，客觀經驗亦難以說明不法行為對於經濟制度法益造成何種實害與危險，學者試圖以客觀上依不法行為形成「游引效果」(Sorgwirkung)，亦即引發其他人仿效犯罪，作為不法行為之可罰性基礎<sup>121</sup>。藉由刑罰之功能透過制裁規範，使個人內在心理形成一定的禁止或誡命規範，而產生行為拘束效果。

<sup>117</sup> Kindhäuser, Zur Legitimität der abstrakten Gefährungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Bernd Schünemann, Carlos Suárez González (Hrsg.), Bausteine eines europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid Colloquium, 1994, S. 125 ff., 轉引自 Michael Kubiciel 著, 同註 91, 註 53, 頁 274。

<sup>118</sup> 鍾宏彬, 同註 111, 頁 265。

<sup>119</sup> Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, , Strafrecht Besonderer Teil, in: AWHH-BT, 2. Aufl., 2009, § 21 Rn. 55, 轉引自古承宗, 同註 5, 註 17, 頁 11。

<sup>120</sup> Hefendehl, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 122., 轉引自古承宗, 同註 5, 註 18, 頁 11。

<sup>121</sup> Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, in: AWHH-BT, 2. Aufl., 2009, § 21 Rn. 68., 轉引自古承宗, 同註 5, 註 31, 頁 17。

法益理論提供立法者選擇及制定刑法各罪之不法構成要件描述的基準與界限，當法益內容「去實質化」(Entmaterialisierung)<sup>122</sup>時，應依據法益的建構條件，而確立刑法保護法益的界線，只有確立法益概念之範圍，才能發揮其區分刑事不法之效能<sup>123</sup>。以下就經濟刑法特別背信罪之保護法益，再予以闡釋說明。

### (三) 經濟刑法特別背信罪之保護法益

經濟刑法係以刑罰作為社會控制手段，以降低當代社會在運作複雜下所形成的系統壓力，金融機構之良好運作肩負了提供社會對於經濟秩序安全感的任務<sup>124</sup>。依經濟犯罪主要的保護法益為人民對於經濟交往功能條件的信賴，由於交易雙方對於資訊的不充足，顯現出信賴在經濟生活中的必要性，透過信賴，使人相信即使欠缺全盤的控制，也不會導致損害，進而可以降低情況的複雜性<sup>125</sup>。經濟犯罪的特徵在於行為人角色特殊性的行為模式，以及行為人應備的一定資格條件，惟此並非特別背信罪加重刑罰之焦點，日本學者反對傳統通說認為特別背信罪與普通背信罪之區別僅在於主體的不同所產生相同法益，特別背信罪僅為主體不同之加重處罰<sup>126</sup>，認為商法上規定特別背信罪之處罰的原因還包含了公司財產健全性之確保，乃至於社會經濟狀況安定與資本主義經濟秩序的社會法益，因為公司等事業體的負責人基於其職務上行為，同時造成公司的侵害，若無前開社會法益侵害，刑法一般背信罪來處罰即足。身居金融機構高位之負責人、高階主管所作所為造成整體經濟秩序之影響甚鉅，其所為任何干擾經濟制度運作，使經濟制度運作產生負向效應，且不排除由此接續產生一系列財損危險，進而對個人法益造成侵害或危險之違背職務行為，公開發行公司之負責人之背信犯罪，造成公司之個人財產法益損害，並影響整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之權益，因此，身為金融機構或公開發行股票公司之負責人或重要職務者之背信犯罪，所造成的影響，非僅僅是本人（即金融機構或公司）、不特定多數存款戶以及投資者之財產損害，更嚴重的是對外產生社會系統內多數主觀對於金融機構擔任中介機構的機能、對於投資市場環境不再信任，並造成整體金融秩序紊亂

<sup>122</sup> 見 Krüger, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 104.，轉引自古承宗，同註 5，註 43，頁 21。

<sup>123</sup> 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，台灣法學雜誌頁，第 160 期，頁 64。

<sup>124</sup> 吳志強，同註 21，頁 295。

<sup>125</sup> Hefendehl, Roland. (2002) Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht. S. 255，轉引自黃種甲，同註 15，註 254，頁 92。

<sup>126</sup> 伊東研祐，特別背任罪の解釈視座について，島大法学，56 卷 4 号，2013 年 3 月，頁 24，轉引自王正嘉，同註 12，註 30，頁 56。

之危險，此才是應予非難之焦點<sup>127</sup>。

依銀行法、證券交易法之規範目的為「健全銀行業務經營」<sup>128</sup>、「發展國民經濟，並保障投資」<sup>129</sup>可知，金融法規特別背信罪所保護的法益，係基於人民對經濟制度的信賴，為維護國家經濟秩序，政府不容許身居高位之特殊地位行為人，因違背職務謀取個人私益，且於市場之供需關係受到人為干預，價格機能勢必受到扭曲，影響市場之公正性與公平性，為保護國家經濟制度，刑罰應予介入，以消弭一般人民之疑慮，保護一般存款人及投資大眾，使國家經濟制度能夠持續穩健安定。故經濟刑法之目的，係使一般存款人之存款能基於法令保障之風險穩健運作，確保投資人公平且公正為證券交易之機會、排除妨礙投資人依其自由判斷及承擔責任為證券交易不當行為，保護法益為國家經濟秩序或整體經濟結構之安全，以及參與經濟活動者個人之財產法益，故係兼及特定個人之財產法益，及不特定多數存款戶、投資人或股東之財產法益之超個人法益(因影響國家經濟秩序，又可謂為社會法益)<sup>130</sup>，而屬重層性法益。我國最高法院已明文肯認特別背信罪所保護之法益，不僅限於普通背信罪之個人整體財產法益，依立法理由解釋，認為除了金錢等財物損失外，並以損失金額與公司規模等衡量損害是否重大，且不限於金錢等有形之財物損失，對公司之商業信譽、營運、智慧財產權等造成重大損害者，縱未能證明其具體金額，仍亦屬之。並從立法歷程推衍出，保護之法益，非僅止於本人(公司)之財產法益，顯將原僅保護本人(公司)財產法益轉為重層性法益之罪，使該罪亦兼及保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益<sup>131</sup>。因此，金融法規之特別背信罪所保護之法益，應可由昔日實務見解認為僅以保護本人(金融機構或公司)之個人整體財產利益為主，轉而以「國家整體經濟秩序之穩定、證券市場發展與人民對於整體經濟制度、投資市場的信賴及廣大不特定投資大眾、存款戶之權益」之社會法益，作為主要保護法益，個人整體財產法益轉而為次要法益<sup>132</sup>。

<sup>127</sup> 古承宗，同註 5，頁 22。

<sup>128</sup> 銀行法第 1 條規定：「為健全銀行業務經營，保障存款人權益，適應產業發展，並使銀行信用配合國家金融政策，特制定本法。」

<sup>129</sup> 證券交易法第 1 條規定：「為發展國民經濟，並保障投資，特制定本法。」

<sup>130</sup> 曾淑瑜，同註 123，頁 64-66。

<sup>131</sup> 最高法院 108 年度台上大四字第 2261 號裁定。

<sup>132</sup> 謝煜偉，同註 43，頁 2044。

### 三、普通背信罪與特別背信罪構成要件之區別

比照金融法規特別背信罪與刑法普通背信罪構成要件之異同，就行為主體，特別背信罪限縮於「負責人或職員」等一定職位之人，行為要件，普通背信罪之要件為「為違背其任務之行為」，特別背信罪之要件則為「為違背其職務之行為」，前者為「任務」，後者為「職務」一字之差，是否在解釋論上有所差異？有學者主張有差異，認為特別背信罪已不能從普通背信罪之違背信任來解釋，而必須將「職務」限縮解釋為在大型經濟活動組織體中之應有義務，且兼具刑法的嚴重性，才構成本條的違背職務<sup>133</sup>。亦有學者主張有差異，係以特別背信罪之保護法益為「國家整體經濟秩序之穩定、證券市場發展與人民對於整體經濟制度、投資市場的信賴及廣大不特定投資大眾、存款戶之權益」，則「違背職務」之要件即蘊含公共性及公共利益之侵害，而與普通背信罪之「違背任務」有別<sup>134</sup>。然而我國目前實務多認為二者之定義相同。對於違背職務之內涵與判斷標準的討論，乃係立於保護法益之認知不同，如認為金融法規特別背信罪僅係普通背信罪之加重規定，保護法益同為本人個人整體財產法益，「違背職務」即無需與「違背任務」作不同解釋，但經濟刑法之特別背信罪保護法益實兼及國家之經濟制度，「違背職務」自應與普通背信罪之「違背任務」有所不同，必須具備有別於本人財產法益之法益指向性，亦即違背職務之行為，同時對財產法益以外之社會法益有所危害，因此，違背職務之要件，即不必然與普通背信罪之違背任務完全等同<sup>135</sup>。

在實務上基於二者保護法益是否相同，將影響行為人違背之受託義務內涵，採取個人法益即銀行之財產法益說，認為從金融法規之特別背信罪處罰未遂犯以觀，本罪具有結果犯之性質，行為人主觀構成要件係為不法意圖，或損害本人之利益，所保護之法益與刑法普通背信罪相同，皆為財產法益<sup>136</sup>。二者保護法益只有量的不同，判斷標準並無二致。實務上亦有以其違背職務行為有無致生損害於本人財產法益，而為構成要件該當與否之認定<sup>137</sup>。甚有判決認定於銀行實際已受

<sup>133</sup> 王正嘉，同註 12，頁 30-31。

<sup>134</sup> 曾淑瑜，銀行法特背信罪適用爭議，台灣法學雜誌第 261 期，2014 年 12 月，頁 58。

<sup>135</sup> 黃種甲，同註 15，頁 116。

<sup>136</sup> 曾淑瑜，同註 134，頁 57。

<sup>137</sup> 臺灣高等法院 07 年度金上重更三字第 16 號判決引用最高法院 100 年度台上字第 6444 號 6960 號 98 年度台上字第 6762 號、97 年度台非字第 548 號、96 年度台上字第 4546 號、94 年度台上字第 4485 號判決意旨，認不得以銀行撥款予申貸人即謂已生實際損害於銀行。臺灣高等法院 103 年金上重訴字第 47 號萬泰銀行不法授信案判決理由亦同此見解，認定：「其既有還款之情形，推定其無背信之主觀犯意及無致生損害於銀行利益之客觀事實」而認定不成立特別背信



有損害，於事後償還借款即不構成特別背信罪之情形<sup>138</sup>（此實不應與掏空銀行資產情形相比<sup>139</sup>）。分析實務所引用之最高法院判決，多係引用最高法院 94 年度台上字第 4485 號刑事判決，惟此判決之犯罪事實係為銀行法增訂第 125 條之 2 規定前所為背信行為（犯罪事實為 80 年 11 起至 81 年 4 月止），斯時僅能適用刑法普通背信罪論處<sup>140</sup>，其餘現今法院仍引用持相同見解之最高法院判決（如：最高法院 96 年度台上字第 4546 號、97 年度台非字第 548 號、98 年度台上字第 6762 號判決）亦係於銀行法修法前所為<sup>141</sup>，於銀行法增訂特別背信罪後，自不能直接引用上開舊法時代之見解作為現今銀行法特別背信罪之法理。尤以有引用最高法院 100 年度台上字第 6960 號判決者，未查閱該判決理由早已被最高法院 102 年度台上字第 3583 號判決否定，改為認定：「因不當授信使銀行依不實文件致應允核撥貸款，因而受有損害，此與日後借款戶是否按期繳息，被告是否盡力賠償銀行損失均無涉，係屬特別背信既遂」<sup>142</sup><sup>143</sup>，自難再引為參考依據。

罪。經最高法院 106 年台上字第 1504 號刑事判決維持原審判決上訴駁回確定。

<sup>138</sup> 臺灣高等法院 103 年台上重訴字第 47 號萬泰銀行不法授信案，經最高法院 106 年台上字第 1504 號刑事判決維持原審判決上訴駁回確定。

<sup>139</sup> 最高法院 101 年度台上字第 5879 號刑事判決。

<sup>140</sup> 最高法院 94 年度台上字第 4485 號刑事判決理由：「按刑法第三百四十二條第一項之背信罪，係以為他人處理事務，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，致生損害本人之財產或其他利益者，為其構成要件。是該罪之成立，必須以受委託為他人處理一定之事務為前提；且該罪為具體結果犯，必須違背任務行為之結果，已致生損害於本人之財產或其他利益者，始為既遂。若其違背任務之行為僅對本人之財產或其他利益發生損害之具體危險，而尚未使本人之財產或其他利益發生實質之損害者，則應屬同條第二項未遂犯之範疇，尚不能遽依同條第一項之背信既遂犯論擬。」該案經發回更審，臺灣高等法院臺中分院 94 年度上更(一)字第 292 號刑事判決，事實認定被告為八信合作社民權分社襄理自 80 年 11 起至 81 年 4 月止，偽造借款人印文或盜蓋借款人交給共犯八信合作社之理事，偽造借款申請書，持向八信合作社借款，經共犯利用其理事之身分施壓予核貸人員而違背放款時應確實核對申請人印鑑章及依照該社放款分層授權核放辦法處理之規定，明知申請人與連帶保證人為虛，仍於審核時，在申請書上蓋章表示准予通過放貸，足生損害於八信全體之會員及人頭，嗣共犯已將所借款項全部還清，致損害未實際發生，而未遂其背信之犯行。該案經最高法院刑事判決 97 年度台上字第 3666 號判決上訴駁回確定。

<sup>141</sup> 最高法院 96 年度台上字第 4546 號之案例事實亦係自 80 年 8 月 27 日至 82 年 7 月 29 日間之不當授信致使該放款到期後未獲如期清償，最高法院 97 年度台非字第 548 號理由：「刑法第三百四十二條第一項之背信罪，乃侵害財產法益之犯罪，係屬結果犯性質，其致生損害於本人之財產或其他利益，亦以財產上利益為限。原判決事實四之抵押貸款部分，強制執行結果，是否已經悉數清償，攸關此部分有無符合背信罪之構成要件，或犯罪是否既遂問題」案例事實為 83 年至 84 年間之不當放款。最高法院 98 年度台上字第 6762 號判決之案例事實為 80 年至 82 年間之不當放款。

<sup>142</sup> 民國 100 年 12 月 14 日最高法院 100 年度台上字第 6960 號該案已適用銀行法第 125 條之 2 之規定，惟判決理由認：「申貸案亦均正常繳息，華僑銀行且已完全受償，則被告所為不當放款部分是否仍致生損害於華僑銀行，而華僑銀行之損害是否即係被告之犯罪所得及其犯罪所得是否達一億元以上？均有待釐清。」仍以事後銀行所收回款項如何來認定銀行是否受有損害，嗣後該案於最高法院 102 年度台上字第 3583 號判決認：「銀行之徵信作業在於確保貸款之信用、資力，以擔保債權，作為是否放款或放款額度之重要參考。被告以不實文件向華僑銀行申貸，使華僑銀行依不實文件致應允核撥貸款，因而受有損害，此與日後借款戶是否按期繳息，被告是否盡力賠償華僑銀行損失均無涉，上開貸款既為犯罪所得，自無依契約向華僑銀行收取之手續費應予扣除之問題」而肯定臺灣高等法院 100 年度金上重更(一)字第 21 號判決認定

現今學者及最高法院大法庭均認為刑法普通背信罪保護之法益為個人財產法益，而金融法規之特別背信罪，將原僅保護個人財產法益之背信罪，轉為重層性法益之罪，包括保護國家整體經濟秩序之穩定、證券市場發展與人民對於整體經濟制度、投資市場的信賴及廣大不特定投資大眾、存款戶之權益之超個人法益或社會法益<sup>144</sup>，而與普通背信罪相異。特別背信罪之保護法益，主要係國家整體經濟秩序之穩定、證券市場發展與人民對於整體經濟制度、投資市場的信賴及廣大不特定投資大眾、存款戶之權益的超個人法益（社會法益），其次才是本人（即金融機構及公開發公司）之整體財產法益<sup>145</sup>。

如僅以背信罪中所保護法益為本人的財產法益以觀，背信罪自得透過本人即銀行股東之同意，阻卻構成要件或阻卻不法，然而一般存款戶之利益即會在股東同意下被犧牲而不受保護，此與特別背信罪立法背景，係因當時中興銀行董事長、廣三集團總裁所涉金融弊案，不僅損及廣大投資人及存款人權益，更造成國家整體金融環境衝擊，影響金融體系的安定，始增定特別背信罪，且於銀行法第 125 條之 2 第 1 項特別規定「如損及金融市場穩定者，加重其刑至二分之一」，故特別背信罪之立法目的即係為嚇阻對金融機構有影響力之負責人及職員，不當利用其控制力量或職務上之機會，將資金套出，以保護金融秩序穩定，避免資訊不對稱之投資，存款大眾及投資人喪失對於金融及證券市場之信賴，影響國家金融秩序之發展。從刑事政策之觀點，金融秩序之穩定及人民對經濟制度的信賴較諸本人之財產利益，更具加重刑罰之保護性目的，因此，金融法規之特別背信罪主要保

---

被告之不實審查，使銀行誤以為借款人有足夠之資力繳納貸款，而予核撥貸款，足以生損害於銀行審核貸款之正確性，被告犯銀行法特別背信罪既遂確定。

<sup>143</sup> 另最高法院 100 年台上字第 6444 號判決亦同此情形，事後已再次（原一、二審均認定為特別背信罪既遂）認定被告犯特別背信既遂罪而確定。最高法院 100 年台上字第 6444 號刑事判決理由認為：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。又銀行法第一百二十五條之二第一項之銀行職員背信罪，以銀行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為其成立要件，同法條第三項並處罰未遂犯，是該法條係刑法背信罪之特別規定，自應同此法理。該銀行就申貸案件申請人之「教育程度」、「婚姻狀況」足以影響貸款之准駁，偽填為「專科」及「未婚」，再上傳予該銀行審核，並經核貸，事後已還所使用之金額，似未致台新銀行之財產或其他利益受有損害，渠等之背信行為是否已達既遂程度，即值研酌。」惟該案經發回更審，臺灣高等法院高雄分院 100 年重金上更(一)字第 2 號刑事判決認定被告「致台新銀行誤信借款人已通過被告之對保審查，並經行員照會屬實，具備清償較高額貸款之能力，因而陷於錯誤，據以核准貸款 56 萬元，並於同年 11 月 2 日核撥至借款人帳戶內，足以生損害於台新銀行徵信之正確性。」犯特別背信罪既遂確定。則該最高法院判決似亦無法再為引用作為參考。

<sup>144</sup> 最高法院 108 年台上大四字第 2261 號刑事裁定參照。

<sup>145</sup> 曾淑瑜，銀行法之特別背信罪哪裡「特別」，台灣法學雜誌第 228 期，2013 年 7 月，頁 154。黃種甲，同註 15，頁 84-96。

護的法益，為社會法益，其次始為本人整體的財產法益，而屬重層性法益。

由保護法益之目的可知，特別背信罪構成要件限縮於「銀行負責人或職員」及「違背其職務」之構成要件即應與刑法普通背信罪相異。特別背信罪捨棄「違背其任務」之字眼而使用「違背其職務」之文字，似乎有類比公務員職務犯罪之意味<sup>146</sup>，因為公務員所職掌之「職務權限」範圍分別會對內部及外部產生一定之意義，對內部側重依據法律執行事務之義務，對外部偏重其行使權力或裁量權限以處理事務。特別背信罪之行為主體所為之職務帶有對外部產生公共利益侵害的特徵，故構成要件中所謂之職務，應限定在帶有職權（即裁量權限）行使色彩之職務類型，才足以表徵足夠的行為不法內涵。此外，違背職務之行為，必須與普通背信罪「違背任務行為」有所差別，除了行為人與所屬服務機構或公司間內部信賴關係之破壞外，其行為還內蘊了公共性、公共利益的侵害或造成危險，否則即無法與普通背信罪予以區辨<sup>147</sup>。易言之，判斷行為人之行為是否不法，不僅從行為人有無違反依附於職位之忠實、公正、信賴義務，亦應從公益性、外部觀點（如事業法規）來考慮行為不法之意涵<sup>148</sup>。從立法者增訂特別背信罪之公共利益維護之立法目的來看，行為人濫用其職務上所具有對本人造成法律上利益或不利益的財產裁量權限，而為違背職務之內涵，在於具有金融機構專業經驗之負責人及高階職員其為職務決策時自應負較一般不具經驗及專業之善良管理人之注意義務為高，且其等之受託義務亦應包括使金融機構及公開發行股票之公司之穩健經營，應兼顧其職務上所為若不合法，是否將危害國家整體經濟秩序之穩定、證券市場發展與人民對於整體經濟制度、投資市場的信賴及廣大不特定投資大眾、存款戶權益之注意義務。現今實務見解認金融法規特別背信罪所保護法益僅為本人的財產法益，解釋與普通背信罪之構成要件區別除行為主體外，均為一致之看法，即與特別背信罪立法之初衷與本質相違。

<sup>146</sup> 謝煜偉，同註 43，頁 2051。

<sup>147</sup> 參照謝煜偉，同註 43，頁 2051。曾淑瑜，同註 123，頁 58。認為金融機構及公開發行公司經營者具有社會責任，及其等特定職位亦具有一定之公共屬性。

<sup>148</sup> 謝煜偉，同註 43，頁 2054