

(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(下)

沈 君 玲*

肆、保護法益相異所產生之效果

特別背信罪所保護之法益，除與普通背信罪相同之個人整體財產法益外，尚包含「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」，就與普通背信罪相同之部分，對於是否違反財產照料義務而違背職務之判斷以及是否致生損害於本人財產係以整體財產之客觀經濟價值判斷，均一致可依普通背信罪之法理予以論斷（尤以金融法規所規範之行為人所為經營決策多為風險行為為然），惟就行為人所為背信行為，除了侵害個人整體財產法益外，是否亦侵害了特別背信罪之主要法益而該當該罪，亦即除了違反普通背信罪外，是否違反與普通背信罪具有特別關係之特別背信罪？則應視行為有無侵害特別背信罪與普通背信罪不同之主要社會法益而斷，尚不致僅以其職位、身分與普通行業不同即認應改適用特別背信罪之情形。因此，對於特別背信罪既未遂之涵射過程，自有深入探究之必要，以下分別說明之。

一、特別背信罪違背職務致生損害於保護法益之判斷

經濟刑法的切入點極為多樣化，行為非難的多樣性，包括對於公司資金之違反目的使用、冒險的資金投資與放款、藉由管理者的決策疏失使企業資產減失、同意對企業離職之經理人支付過高的補償金與紅利，均可被檢察官視為經濟刑法

* 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。

上背信犯罪而發動追訴。對於民法上的義務違反行為，若以刑法以外的制裁仍無法解決問題，而要動用刑罰加以制裁時，應特別重視其可罰性要件的檢視¹⁴⁹。由於股東及投資者很難對企業領導者所為之經濟上不利的交易加以反制，亦無法對於自身的財產法益及時有效的以非刑法手段加以維護，對於公司資產之風險尤其在於倘若公司之監控機關未盡其控制與監視之任務（甚至根本就與公司領導機關共同勾結時）¹⁵⁰，動用特別背信罪即可成為對於企業監控之手段。

（一）刑法禁止的對象係引起法益侵害或侵害危險的行為

刑法上財產保護正當化之基礎，在於行為對於社會之危害性達到須動用刑罰加以制裁，即有刑罰之應罰性與需罰性。由於將何種行為作為禁止的對象係由何為目的而禁止此行為所決定，故應該確認刑法的目的或任務，依刑法的任務為法益之保護。為避免過度介入自由主義原則，應以違反法益保護目的作為禁止的對象¹⁵¹。依結果無價值論（亦有稱為「法益侵害說」）認為，刑法禁止的對象係引起法益侵害或法益侵害危險的行為（此稱為「結果無價值」，亦有稱為「法益反價值」）。雖晚近亦有提出「行為無價值論」之主張，認為刑法的任務在於社會倫理的保護，惟對於違法性之評價，仍係基於法益保護的基礎，對於行為的社會非難性（稱為「行為無價值」）亦應予考慮，以限定處罰。法益之保護目的與達到這目的之手段並不相同，惟有與法益保護目的具備合理關聯性之情形，才能認定行為為無價值（此為折中的行為無價值論）¹⁵²。因此，刑事政策應考慮「與法益保護目的的合理關聯性」及與其他犯罪成立條件之間的整合，於立法中對於處罰加以限定。以下檢視經濟刑法特別背信罪之立法是否符合此項要求。

（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

實體的正當法律程序應包括刑罰的適當性與罪刑的均衡性¹⁵³，當刑法罰則對所規定之犯罪設定顯失均衡的法定刑，應認為此已超出了立法裁量的範圍而違憲無效¹⁵⁴，此為均衡刑法各罪刑為目的之罪刑相當原則。檢視金融法規針對金融機構或公開發行公司之負責人、具裁量權限之負責人、高階職員所為經濟活動決策而犯之特別背信罪，其可非難之重點，在於其違背所承擔受託義務之內容，不符

¹⁴⁹ Robert Esser，同註 48，頁 132-133。

¹⁵⁰ BGHSt 50, 331- Mannesmann.，轉引自 Robert Esser，同註 48，註 48，頁 133。

¹⁵¹ 山口厚，同註 101，頁 103。

¹⁵² 山口厚，同註 101，頁 104。

¹⁵³ 余振華，刑法總論，三民，2011 年 8 月，頁 43。

¹⁵⁴ 山口厚，同註 101，頁 21。

合財產所有人之利益，除損害本人(金融機構或公開發行股票公司)之財產利益外，更進而產生對外連鎖效應，侵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、存款戶之權益。若就肯定「構成要件違法行為類型性」理論來看，只要是構成要件該當行為原則上就是違法的（構成要件的「違法性推定機能」），不能違反罪刑法定主義於構成要件的框架外尋找奠定違法性基礎的法益侵害或危險¹⁵⁵。則從特別背信罪構成要件文義來看，具一定職位之行為人「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（或金融控股公司、保險業、票券金融公司、信用部或全國農業金庫、公開發行公司、信用合作社、證券投資信託基金資產、委託投資資產）之財產或其他利益」，除於證券交易法之特別背信罪有規定「致公司遭受損害達新臺幣五百萬元」為其構成要件之要素外，上開構成要件之文義上，並無法看出與特別背信罪所保護法益除本人之個人財產法益外，尚包括「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」，亦即，只要具有上開法規中職務之人所為背信行為，致生損害於本人之財產或其他利益，即該當特別背信罪之構成要件而成立特別背信罪，不問其造成之損害金額多寡，即使只有產生不到一萬元之損害亦同。此罰則之重刑化結果，是否變成只要是具備該職務之人所為背信犯行，即躍升為特別背信罪，而不顧是否侵害主要保護之社會法益？或是只要具備該等職務之人一為背信犯行，不論造成損害金額多寡，即推論會侵害社會法益？

比照金融法規對於「向金融機構施用詐術或以不正方法將虛偽資料或不正指令輸入電腦或其相關設備，製作財產權之得喪、變更紀錄而取得金融機構之財產」犯行，必須於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，始依金融法規(銀行法第 125 條之 3、金融控股公司法第 57 條之 1、票券金融管理法第 58 條之 1、農業金融法第 40 條、信用合作社法第 38 條之 3)予以處罰¹⁵⁶，依銀行法特

¹⁵⁵ 山口厚，同註 101，頁 105。

¹⁵⁶ 參照銀行法第 125 條之 3、金融控股公司法第 57 條之 1、票券金融管理法第 58 條之 1、農業金融法第 40 條、信用合作社法第 38 條之 3。

保險法則無此重刑化之規定，於第 166 條之 1 規定：詐術損害保險業、外國保險業之信用者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款：「有下列情事之一者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金：一、違反第二十條第一項、第二項、第一百五十五條第一項、第二項、第一百五十七條之一第一項或第二項規定。」

第 2 款：「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，致公司遭受重大損害。」致公司遭受重大損害則無規定損害金額。

別詐欺取財罪(第 125 條之 3)之立法理由:「詐欺犯罪依現行刑法第三百三十九條或第三百三十九條之三等規定已有相關規範。另使用偽造、變造信用卡、金融卡、儲值卡或其他相類作為簽帳、提款、轉帳或支付工具之電磁紀錄物,其犯罪亦有刑法第二百零一條之一之規範。惟對銀行詐欺犯罪所得愈高,對金融秩序及社會大眾通常危害愈大,為防範對銀行之詐欺行為,維持金融秩序,針對犯罪所得達新臺幣一億元以上者,增訂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之規定。」(其餘銀行法第 125 條之 3、金融控股公司法第 57 條之 1、票券金融管理法第 58 條之 1、農業金融法第 40 條、信用合作社法第 38 條之 3 之立法理由均完全一致)來看,於刑法普通詐欺罪、行使偽造變造有價證券供行使罪已有立法之情形下,針對犯罪造成銀行之損害達一億元以上之情形,始適用重型化之金融法規之特別詐欺罪予以處罰。

特別背信罪未如特別詐欺罪限制以犯罪造成銀行之損害達一億元以上之情形,始適用重型化之金融法規之特別詐欺罪予以處罰(反係以犯罪所得達 1 億元再作為加重處罰條件)。在普通刑法已有背信罪之情形下,特別背信罪未於構成要件載明致生損害至多少金額始應入罪之限制,就法條之如何適用,產生質疑。證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之修正雖依照當時於民國 96 年修正後之洗錢防制法之立法,以犯罪所得新台幣五百萬元視為重大犯罪(原於民國 95 年規定係以犯罪所得新台幣二千萬元以上視為重大犯罪)¹⁵⁷,於民國 93 年 4 月 28 日修正公布時增訂該條項第 3 款特別背信罪後,嗣於民國 101 年 1 月 4 日修正公布,增訂「致公司遭受損害達新臺幣 5 百萬元」之要件,行政院之提案理由為:證交法第 3 款未如同第 2 款之規定,以致公司遭受重大損害於要件,致公司之董監事、經理人凡有違背職務之行為,不論情節如何輕微,一律以重刑相繩,尚有未妥,參考背信罪之本質為實害結果犯及洗錢防制法規定其犯罪所得在 500 萬元以上者亦屬重大犯罪之規定,故增訂 500 萬元金額之要件,以符合以符合處罰衡平性及背信罪本質為實害結果之意涵,並於同條第 3 項增訂:「有第 1 項第 3 款之行為,致公司遭受

證券投資信託及顧問法第 105 條第 1 項規定:「經營證券投資信託業務或基金保管業務,對公眾或受益人違反第八條第一項規定者,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。」

¹⁵⁷ 洗錢防制法於民國 95 年 5 月 30 日原於第 3 條第 2 項規定,犯刑法第三百三十六條第二項之罪及政府採購法第八十七條至第九十一條之罪犯罪所得在新臺幣二千萬元以上者,亦屬重大犯罪。於民國 96 年 7 月 11 日修正第 3 條第 2 項規定,犯刑法第三百三十六條第二項、第三百三十九條、第三百四十四條之罪、政府採購法第八十七條第一項、第二項後段至第六項、第八十八條、第八十九條、第九十條第一項、第二項後段、第三項、第九十一條第一項、第二項後段、第三項之罪,其犯罪所得在新臺幣五百萬元以上者,亦屬重大犯罪。迄於民國 105 年 12 月 28 日修法始刪除犯罪所得金額之構成要件要素。

損害未達新臺幣 5 百萬元者，依刑法第 336 條及第 342 條規定處罰。」該立法理由以新台幣 500 萬元作為特別背信罪重刑化之構成要件要素之判斷，與該罪之保護法益是否相當，是否符合罪刑相當原則，亦有爭議¹⁵⁸。

有學者為解決此困境，提出基於特別背信罪保護法益尚包含「經濟秩序」之集體超個人法益或社會法益，以透過解釋論之方式，在現行構成要件下限縮特別背信罪之構成要件之見解，亦即，即使外觀上已符合金融機構本身財產上損害的變動狀態，仍有排除適用特別背信罪構成要件之必要¹⁵⁹。

就犯罪所得達新台幣一億元之情形，為各金融法規特別背信罪之加重處罰要件，然而，向金融機構詐得一億元以上金額始能以特別背信罪處以三年以上有期徒刑，於特別背信罪依此相同損害規模竟加重刑罰至七年以上有期徒刑起跳，則立法者究竟有無與其他犯罪成立條件之間予以權衡後，始於立法中對於處罰加以規定，實不得而知，此有無違反罪刑相當原則，實值得進一步為合憲性之討論。

（三）從解釋論之觀點檢視特別背信罪之構成要件

依「構成要件違法行為類型性」理論來看，構成要件該當行為只能依文義解釋，符合構成要件即推具有該罪之違法性¹⁶⁰。最高法院始終持此見解，就銀行職員背信造成銀行損害僅二百餘萬元之個案中，對於辯護人所提出：「從文義解釋、歷史解釋、目的解釋、體系解釋，認銀行法第 125 條之 2 係為嚇阻預防類似掏空資產之重大金融犯罪而制定，則所適用之行為態樣亦應限縮於類似掏空銀行資產或損及廣大存款人之權益，或造成金融秩序危害之違背職務行為，方與憲法上比例原則所導出之罪刑相當原則無違，故不成立銀行法之背信罪，僅成立普通刑法之罪刑」之主張，予以駁斥，最高法院認為¹⁶¹法律解釋方法應先依文義解釋，而後再繼以論理解釋；論理解釋及社會學解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義，故如法文之文義明確，無複數解釋之可能性時，僅能為文義解釋。而文義解釋，係依照法文用語之文義及通常使用方式而為解釋，據以確定法律之意義；體系解釋，係以法律條文在法律體系上之地位，即依其編章節條項款之前後關連位置，或相關法條之法意，闡明規範意旨；法意解釋（歷史解釋），乃探求立法者於制定法律時所作價值判斷及其所欲實踐目的，以推知立法者之意思；目的解釋，則係以法律規範目的，為闡釋法律疑義之方法。認為從銀行法第

¹⁵⁸ 戴銘昇，同註 27，頁 127。

¹⁵⁹ 謝煜偉，同註 43，頁 2046；曾淑瑜，同註 134，頁 60；王正嘉，同註 12，頁 55。張天一，背信罪中「違背任務行為」之判斷，台灣法學雜誌，第 257 期，2014 年 10 月，頁 201。

¹⁶⁰ 山口厚，同註 101，頁 105。

¹⁶¹ 最高法院 101 年度台上字第 5879 號判決。

125 條之 2 第 1 項前段之規定來看，苟行為主體之銀行負責人或職員，主觀上有為自己或第三人不法之利益，或損害銀行利益之犯意，客觀上有違背其職務之行為，並使該銀行發生財產或其他利益之損害結果，即構成上開特別背信罪。其「法條文字並無抽象晦澀或有複數解釋之可能性，而須以論理解釋或社會學解釋等方法加以闡釋，始得明確」之情形，要無捨文義解釋再以他法別事探求之必要。況：

①依該規定之立法理由所載：「為防範銀行、外國銀行及經營貨幣市場業務機構之負責人或職員藉職務牟取不法利益，爰參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度，而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任」，在刑法構成要件中，意圖犯除對基本客觀構成要件須具備故意之外，仍須具有特定之內在意向。多數財產犯罪類型中，其意圖即屬涉及所保護法益之侵害，有關本條之意圖亦屬之；其構成要件則包含特定之內在意向及故意，並有違背其職務之行為、以詐術或不正之方法致生損害於金融機構或其他利益，並未載明僅係基於避免銀行負責人或職員掏空銀行存款之破壞金融秩序行為等特定目的，始為上開規定之立法；②依歷史解釋係以立法史及立法過程中所參考之一切資料，作為解釋主要之依據。立法說明（理由）及立法院議案關係文書等立法資料，除後者修正時之財政部長林全於立法院聯席審查會議就銀行法、金融控股公司法、票券金融管理法、信託業法、信用合作社法、保險法及證券交易法等七項法案「提高刑度」之部分條文修正草案為「立法背景」報告時，曾提及「近年來國內金融市場陸續發生重大舞弊案件，不僅造成國家整體金融環境衝擊，影響金融體系安定，更直接損及廣大投資人及存款人權益，其所造成之損害或謀取不法之利益，動輒數以億元計，甚至達數十億、上百億元，對此類重大金融犯罪行為，實有衡酌其影響層面，適度提高其刑責，以嚇阻違法之必要」外，亦無該規定僅係為預防掏空或類似掏空銀行存款而立法或修法之理由記載，且既係為避免「損及廣大『投資人』及『存款人』權益」而為提高刑度之修正，依立法修正理由所示，如具不法利益之意圖，違背職務而施以詐術，致生損害於金融機構者，即該當特別背信罪之規定，實亦難遽認係在「為嚴懲銀行掏空事件」之單一背景因素下訂定，而行為人苟符合前述要件，依法條文義，本即應受其規範，自不生擴張適用之問題；③依體系解釋，特別背信罪之規定，文義明確，與銀行法其他規定或其他相關法律規定，尚無不完整，或彼此矛盾等體系違反之情形，自無以此解釋方法將特別背信罪限縮侷限於銀行掏空事件始得適用之必要；④依銀行法第 1 條規定，「健全銀行業務經營」、「保障存款人權益」、「適應產業發展」、「使銀行信用配合國家金融政策」均屬該法規範之

目的，則該法特別背信罪對銀行職員違背受託之職務要求，致損害銀行之財產或其他利益者，如課以該罪刑罰，自係符合「健全銀行業務經營」之整體立法規範目的，亦與目的解釋及法律之安定性無悖。

依我國屬大陸法系國家之法官多本於法律明文作文義解釋之保守立場來看，要在立法明確的法律構成要件架構中，找出符合法條框架外之保護法益來限縮法律構成要件之該當，實屬不易。依立法優位（legislative supremacy）制度下，法官辦案必須嚴格遵守立法機關制定的法律，不得擅自造法¹⁶²，尤其在大陸法系的法官，司法判決較少分歧，法官鮮少造法，許多普通法系(common law)由法官擔任的造法工作，僅能交由立法機關負責¹⁶³。此在採行大陸法系之我國，法官遵守文義的文本主義（textualism）¹⁶⁴，解釋法律受文本的拘束，而不敢擅自造法，自不難想像。

（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

有學者從特別背信罪之可罰性及應罰性認為，本規定非僅在於防範金融機構負責人或職員牟取不法利益，從預防主義的觀點，應包括防止金融機構負責人或職員違背職務之行為致「本人」受損，從銀行法第 1 條之立法目的為保障存款人權益及使銀行信用配合國家金融政策來看，此「本人」不僅指金融機構本身，還包括廣大的投資股東及存款戶在內，非單純「個人財產」法益，而應為「超個人法益」或「社會法益」，而解釋構成要件應限縮適用，或將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，則回復到刑法普通背信罪適用即可¹⁶⁵。然而，我國司法實務上以立法者所設定的經驗法則是「金融機構之負責及職員之行為違背職務，致生損害於銀行財產即致生金融秩序之危害」，不問區分其職位，認為：「特別背信罪之規定重點在於防範具有銀行負責人或職員身分者，因其違反職務之行為，造成金融秩序之重大損害，故對犯罪者處以較一般違背職務行為為重之刑甚明。於此類案件中，同為違背職務致生損害於銀行之行為，其犯罪情節

¹⁶² 賴英照，從司法判決看證交法的發展，月旦法學雜誌，第 300 期，2020 年 5 月，頁 105。

¹⁶³ RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK 133 (2008)，轉引自賴英照，同上註，註 35。

¹⁶⁴ 賴英照，犯罪所得的奇幻旅程，財金法學研究，第 2 卷第 4 期，2019 年 12 月，頁 467。法律之解釋，始於文義，終於文義，解釋法律應以法條文字為基礎，法律對於法條用語未有特別定義時，應依其通常意涵而為解釋，除非導致荒謬的結果，法官應遵守法條文義，適用法律，不應另依類推適用創造新法。Antonin Scalia, Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, in A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law, 29-36 (Amy Gutmann ed., Princeton Univ. Press, 1997)，轉引自賴英照前揭文，註 15，頁 467。

¹⁶⁵ 曾淑瑜，論金融犯罪「特別背信罪」之構成要件—臺灣高等法院九十九年度金上重訴字第三一號判決，月旦法學雜誌，第 193 期，2011 年 5 月，頁 196。

未必盡同，或有牽連諸多股東、客戶等投資人甚至一般社會大眾，造成金融秩序混亂者；或僅止於單一交易客戶之不實交易損失，其所造成危害之程度自屬有異。於此情形，倘依其情狀處以適當徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客觀犯罪情事與主觀惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，俾適用刑法第 59 條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則」¹⁶⁶，因而對於符合構成要件之違背職務背信犯行，即推論與侵害主要法益相同，而採「構成要件違法行為類型性」理論，符合採行大陸法系之我國法官遵守文義的文本主義¹⁶⁷之情形。惟由上述實務判決之論述可知，法官已意識到面對這種保護金融秩序為目的的法規，其構成要件之射程範圍，似乎有過廣之虞，惟因謹慎的遵守文義，不敢就犯罪構成要件作出限定解釋，而以量刑酌減之方式衡平個案無法直接適用普通背信罪之困境。由此可看出，立法之疏漏不應交由司法裁量來彌補，正本清源，實應採修法之方式始能徹底解決¹⁶⁸。

本文認為，依罪刑相當原則，特別背信罪之立法應限縮適用於「特別致生損害於主要保護法益」之情形，亦即必須行為已達侵害「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、存款戶之權益」之社會法益，否則應回歸適用刑法普通背信罪（此在證券交易法第 171 條規定之立法技術上同此意旨）。立法者曾試圖以新台幣 5 百萬元(證券交易法特別背信罪)、1 億元(金融法規特別詐欺罪)為標準，作為造成公開發行公司、金融機構重大損害來屏除普通背信罪及普通詐欺罪之適用，因此，在立法技術上可以「金融機構或公開發行公司財產利益之損害」這個外界可得確定之變動狀態，作為判斷主要保護法益（即「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」）陷入危險的中介，輔以客觀可得計算之「犯罪所得」作為加重構成要件（亦即與造成本人財產損害脫勾，因兩者間雖有連動關係但不一定為一致），描繪出更高的經濟秩序法益侵害的危險（以資金流向的規模，彰顯對於秩序的高度類型上危險性）¹⁶⁹，以符合立法意旨所述「金融犯罪行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大」之經驗判斷¹⁷⁰，並可解決犯罪所得是否即可認係本人（金融機構或

¹⁶⁶ 臺灣高等法院 103 年度金上訴字第 32 號、102 年度金上訴字第 55 號、103 年度金上訴字第 1 號、101 年度金上更(一)字第 2 號刑事判決均同此引用，迄今共計有 15 個判決都採此僅屬量刑上斟酌之意見。

¹⁶⁷ 賴英照，同註 164。

¹⁶⁸ 同此見解，曾淑瑜，同註 145，頁 158。

¹⁶⁹ 謝煜偉，同註 43，頁 23-26。

¹⁷⁰ 參閱謝煜偉，同註 43，頁 2045-2046。惟本文僅參考其部分意見，並不採納在現行法下，其認

公開發行公司)所受損害而成為加重處罰要件之爭議¹⁷¹。而在符合罪刑相當之原則下,5百萬元對於公開發行公司之經濟規模與金融機構之資本(尤以公開發行公司亦包括金融機構)來看,似不至於因造成5百萬元之損害(或僅止於單一交易客戶之損失)即推衍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、存款戶之權益已有發生危害之情形。

對於經濟刑法所要保護之經濟秩序、市場交易安全究竟要攻擊到何程度才能堪稱造成「實害」難以具體說明,學者提出以「抽象危害犯」之概念來適用本罪,以侵害主要保護法益即「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」來限縮刑罰射程範圍¹⁷²,避免必須舉證證明背信行為「事實上存在特定的經濟風險」,或證明「事實上的損害或具體風險」存在,認為符合構成要件(經定義限縮後之構成要件)即認定會引起一個足以產生終局法益侵害之狀態。本文並不採納以「抽象危害犯」之概念來適用本罪,此在法官個案適用上將造成判斷上之模糊,始得對於重刑化之法律適用更加謹慎無法確定,而且亦無法解決客觀上造成本人損害甚微仍因符合構成要件而成立特別背信罪之困境。雖然刑法之首要目標在於保護法益在經驗上可確定的危險及損害,但由判斷構成要件結果是否該當移至是否符合構成要件行為即成罪,將導致只要行為的違反義務即構成行為應罰性¹⁷³。

對於致生金融機構或公開發行公司至多少金額損害,才可致侵害「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、存款戶之權益」之法益,本文認為可比照行政主管機關基於風險管理限定銀行放款限額之行政規定,(例如:銀行法第33條第2項、第33條之3第1項規定就關係人授信之授信限額、授信總餘額、授信條件及同類授信對象,由中央主管機關洽商中央銀行定之。就同一人、同一關係人、同一關係企業之之授信或其他交易限額、其他交易之範圍及其他應遵行事項之辦法,由主管機

為特別背信罪為抽象危險犯之主張。

¹⁷¹ 最高法院 107 年度台上字第 1830 號判決認為:「證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之特別背信罪係以發生實害結果為必要,亦即行為人之背信行為須致生公司遭受損害達 5 百萬元以上,始足以成立犯罪。倘公司所遭受之損害未達 5 百萬元,縱行為人之犯罪所得逾 1 億元,仍不能論以證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之特別背信罪,依第 171 條第 3 項之規定,仍應依刑法第 342 條規定處罰。」背信行為使行為人獲得犯罪所得達 1 億元,與公司是否受到同一金額之損害,二者是否可以同視,有不同之意見。學者戴銘昇認此二者應為一致,參閱戴銘昇,同註 27,頁 127-128。

¹⁷² 謝煜偉,同註 43,頁 2047。曾淑瑜,同註 134,頁 60;王正嘉,同註 12,頁 55。張天一,同註 157,頁 201。

¹⁷³ Robert Esser,同註 48,頁 144。

關定之。）於法律規定授權由主管機關訂之，由各主管機關判斷對於各該行業之風險系數，基於風險管理，認定該行業受到損害超過多少金額將致生損害於國家整體經濟秩序及證券市場之穩定發展，於各該法律中訂定各行業致生損害於「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」之風險界線，而不是放任不限制損害金額作為構成要件，或由立法者在刑罰之構成要件中對於各行各業一味以同一標準視之（對於公開發行公司之資本額於 2000 年經濟部要求達 5 億元始強制公開發行¹⁷⁴來看，依會計法則上所謂「可容忍誤差」tolerable misstatement¹⁷⁵來判斷，以固定金額 5 百萬作為風險判斷之標準，顯然過低，自不待言）。故應加速立法修正各金融法規之特別背信罪之構成要件規定，以避免個案之罪刑不相當。

為達到考慮「與法益保護目的的合理關聯性」之刑事政策及與其他犯罪成立條件之間的整合，具體之修法方式，可於各個金融法規中特別背信罪的條文，最末增加一項：「第一項致生損害於銀行（或其他金融機構、公開發行公司，依該法規範之標的為準）之財產或其他利益之金額，由主管機關定之。未達主管機關所訂金額者，依刑法第三百三十六條規定處罰。」即可將致生損害於「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」之風險標準，由各主管機關依各行業之風險系數分別訂定。

二、保護法益所受損害之認定標準：既、未遂之認定

特別背信罪之主要保護法益，係無法具體說明實害之「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」，經濟秩序、市場交易安全是否受到侵害，如何找出一個成立犯罪之關卡，藉以表明規範秩序的具體動盪程度¹⁷⁶，可由次要法益被損害的程度達到足以撼動社會大眾對於主要法益的信賴感時，作為判斷發動刑事處罰之

¹⁷⁴ 2001 年 10 月公司法修正以前，公司法規定公司資本額達中央主管機關所定一定數額以上者，其股票應公開發行。故經濟部頒布股份有限公司實收資本額達 2 億元以上者，欲辦理增資、變更登記者，必須先補辦股票公開發行，否則不予受理，即所謂的「強制公開發行」。前述資本額於 2000 年經濟部提高為 5 億元，惟公司法於 90 年 10 月修正時，將前述強制公開發行之規定刪除，亦即公司股票是否公開發行，回歸企業自治事項（依董事會決議，向證券主管機關申請辦理）。現行法令亦未強制公司於公開發行之後，必需繼續進行股票上市（櫃）之申請。

¹⁷⁵ 依審計準則公報第 17 條規定：「可容忍誤差係指查核人員認為抽樣結果仍可達成其查核目的，而願意接受之母體最大誤差。」

¹⁷⁶ 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，頁 152。

標準¹⁷⁷。在立法技術上以「本人（金融機構或公開發行公司）財產利益之損害」作為判斷主要保護法益陷入危險的中介（惟此受到損害之金額，應依照各行業之風險系數予以評估而界定），藉由造成本人之整體財產法益（次要法益）之客觀損害，來推論已致生主要保護法益受到侵害或有受到侵害之危險。

是否侵害本人（金融機構或公開發行公司）財產法益即造成財產或其他利益之損害，應與普通背信罪一樣，需從整體財產法益觀察，對於財產損害之計算，應立於經濟損害概念以「客觀整體經濟價值」予以評估，只要在經濟價值上積極減少或消極不增加之情形，皆可認為具有財產損害。背信行為一完成，即造成客觀上整體經濟價值減損，其所失之利益，甚為明確，故縱依背信罪係結果犯性質，於背信行為完成時，所受損害即已確定，得於當下推衍出當時已致生損害於主要法益，背信罪為即成犯，故不可能因事後所受損害業經填補，而影響特別背信犯行之成立，變為未遂，更不可能因被告事後清償欠款即可免予究責。依特別背信罪所保護之法益，除了本人之整體財產法益外，尚包括「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，故不可能由股東會事後予以追認此非股東會所能處分之法益，而追認為人係本於本人之意思而未有違反任務之情形，自不待言。

特別背信罪與普通背信罪同為即成犯，造成損害發生之時點，為背信行為完成時，即為既遂，於行為時即應認定其已否造成法益之侵害，絕非等待借款人未予繳息無法清償時才來計算損害與否¹⁷⁸，更不能以事後無法清償視為情事變更。此由民事侵權行為損害賠償計算時效之起算點，自本人知悉時起算，且認定「損害係於核准貸款時發生，與該公司（借款人）何時未繳息無涉」¹⁷⁹可以對照而得。

¹⁸⁰至於未遂犯，僅能成立於違背任務行為尚未完成時即中止之情形，例如違法授

¹⁷⁷ 李茂生，刑法新修妨害電腦使用罪章芻議（上），台灣本土法學雜誌，第 54 期，2004 年月，頁 240。

¹⁷⁸ 我國實務對於損害發生時點，有採：（一）違背任務行為終了時，如臺灣高等法院 100 年度金上訴字第 39 號刑事判決，（二）資產再處分時，如臺灣臺北地方法院 98 年度金重訴字第 12 號刑事判決，（三）會計年度終了時，如臺灣臺北地方法院 96 矚重訴字第 3 號。本文認應採違背任務行為時，參閱黃種甲，同註 15，頁 246-255。

¹⁷⁹ 最高法院 102 年度台上字第 1804 號民事判決。因侵權行為請求權時效自知悉時起算，僅有二年，因此，對於侵權行為時點之認定，往往成為雙方攻防之焦點，最高法院判決認為：原告主張被告不應貸款與借款人致銀行受損，損害係於核准貸款時發生，與該公司何時未繳息無涉。最高法院判決認為：原告主張被告不應貸款與借款人致銀行受損，損害係於核准貸款時發生，與該公司何時未繳息無涉。

¹⁸⁰ 民事損害賠償之範圍，以超過依法核貸之部分予以計算，例如未有十足擔保之債權，以超過擔保品價值以外之部分認定為造成銀行債權受損之金額。臺灣高等法院 94 年度上更(一)字第 92 號民事確定判決，認「受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於

信尚未將致生銀行損失款項匯出之前即被查獲而未遂，實務上以事後清償款項而認定為未遂之見解，對於特別背信罪法益侵害之判斷，實有誤會，有待司法見解之更正。

伍、結語

藉由法益之保護，得以確認立法者於既有的刑法普通背信罪下再訂定金融法規之特別背信罪之目的，由普通背信罪之本質可知，其所規範者係因行為人對於他人的財產於法律上具有一定的處分權限，而得為法律上之處分行為，但行為人卻「違背信任」或「濫用此等權限」，因而造成本人之財產損害，當行為人所被授權處理之事務係具有風險性，則以是否違反財產照料義務行為作為是否構成背信罪之判斷，而此取決於受任人與本人間之共識而訂出風險政策範圍。行為人逾越此界線，不論其注意程度有多高，都應認為已違背職務。背信罪保護之財產法益概念為「整體財產」，應係以「客觀整體經濟價值」予以評估，財產損害之判斷，應透過「整體折算」確認財產是否有所減少（此得依鑑定予以確認），應兼就法律與經濟之觀點綜合判斷，而不是以法律觀點所有權有無喪失來評價。依客觀經濟價值會將不確定性反應在價值上，背信罪為即成犯，致生本人財產損害之評估係於違背任務行為完成當時，而非事後有無還款計算差價而得。

從普通背信罪躍升經濟刑法特別背信罪後，特別背信罪所保護法益之已與普通背信罪不完全相同，金融法規之特別背信罪，係以金融機構或公開發行公司負責人通常在經濟活動上，透過既定法律關係而取得職務地位，違法行使其職務權限，而侵害該罪之保護法益。依立法背景可知，金融法規特別背信罪所欲保護之法益，除了本人（金融機關、公開發行公司）之整體財產法益外，尚包括保護「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，係屬「重層性法益」，而且係以此為主要保護法益。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，以遂行其不法目的，

委任人應負賠償之責」，民法第 544 條定有明文。本案經理確違反其所應負之善良管理人注意義務，而有違反委任契約之情事，就高出依規定可貸放之款項部分屬其違反委任契約行為肇致銀行之損害，依民法第 544 條之規定請求被上訴人賠償之金額以此高出依規定可貸放之款項部分計算，其逾此範圍依民法第 544 條請求部分，與被上訴人之違法核貸無相當因果關係，於法自屬無據而不應准許。而侵權行為損害賠償時效期間為二年，銀行既已表明係因「造成銀行損失」而處分相關承辦人員，可認斯時上訴人即對被上訴人於本件系爭二案件對被告造成損害之情已有所認識，已逾前開二年之消滅時效期間，已罹於時效而消滅不應准許。

造成對於經濟制度的損害規模較鉅。「違背職務」應與普通背信罪之「違背任務」有所不同，違背職務之行為，除損害本人財產法益外，同時須達到對本人財產法益以外之社會法益有所危害始為該當。

「人民對於經濟制度的信賴」是制度運作的重要基礎，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，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以致經濟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由的擔保，法益可視為受到損害。動用經濟刑罰之重點，是因客觀上造成本人財產損害之結果已達到使人民對於經濟制度產生不信賴感之「閾值」（或稱「臨界值」），而不在個案中個人或組織體因此直接或間接遭受財產損害結果。特別背信罪保護之法益，在於將普通背信罪原僅保護本人（公司）財產法益轉為重層性法益之罪而產生質變。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，因此藉由外觀可得計算之本人財產損害作為推論無法具體說明實害之主要保護法益受到侵害。

特別背信罪保護法益與普通背信罪相異而產生質變，然而於構成要件並未限制以高額損害金額為要件（例如特別詐欺罪須達一億元以上），似已不符合罪刑相當原則，從解釋論之觀點檢視特別背信罪之構成要件，法官無法在文義解釋下推論出何種金額之本人財產侵害始達到造成國家經濟制度、投資市場發展危害之臨界值。為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，應予以修法，由法律授權主管機關就各行業訂定風險界線，於各該金融法規特別背信罪增設「第一項致生損害於銀行（或其他金融機構、公開發行公司，依該法規範之標的為準）之財產或其他利益之金額，由主管機關定之。未達主管機關所訂金額者，依刑法第三百三十六條規定處罰。」以符合「與法益保護目的的合理關聯性」之刑事政策及與其他犯罪成立條件之間的整合。

本文不採其他學者認特別背信罪為「抽象危險犯」之觀點，本文認為，經濟秩序、市場交易安全之社會法益是否受到侵害，可藉由次要法益被損害的程度達到足以撼動社會大眾對於主要法益的信賴感時，作為判斷。其金額之臨界值即風險之管理應由主管機關依各行業性質予以分別界定。背信罪為即成犯，特別背信罪亦同，造成損害發生之時點，為背信行為完成時，即屬既遂。未遂犯，僅能成立於違背任務行為尚未完成時即中止之情形，實務上以事後清償款項而認定為未遂之見解，與特別背信罪法益侵害之判斷，似不相符，此有待司法見解之更正。

附錄 金融八法特別背信罪之條文

修訂時間	法規	特別背信罪之條文內容	加重處罰條文內容
2000 年 11 月 1 日	銀行法增訂第 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。
2001 年 7 月 9 日	金融控股公司法第 57 條第 1 項	金融控股公司之負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害金融控股公司之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於公司財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。	（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。
2001 年 7 月 9 日	保險法增訂第 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	（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。

		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。	
2001 年 7 月 9 日	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。	(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。
2003 年 7 月 23 日	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。
2004 年 4 月 28 日	增訂證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款、第 2 項、第 3 項	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	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

		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。	金。 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。
2004 年 2 月 4 日	信用合作社法增訂第 38 條之 2 第 1 項	信用合作社負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害信用合作社之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於信用合作社之財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。	其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。
2018 年 1 月 31 日	證券投資信託及顧問法增訂第 105 條之 1	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。