

最高法院刑事庭具參考價值裁判選輯

※108 年度台上大四字第 2261 號刑事裁定

【主文】

行為人以一行為該當證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款不合營業常規交易罪、第 3 款特別背信罪之構成要件時，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷。

【理由】

<本案基礎事實>

上訴人楊○○係依證券交易法（下稱證交法）發行有價證券之和鑫光電股份有限公司（下稱和鑫光電公司）之財務處處長（即該公司之經理人，提案裁定載為董事長，應予更正），明知百總工程股份有限公司（下稱百總工程公司）無施作和鑫光電公司南科廠「Aligner foundation 微振動改善工程」之能力，取得工程後，亦不實際施作，竟與百總工程公司董事長即上訴人陳○○共同基於意圖為自己及他人之利益，違背楊淑嬌之職務、不合營業常規交易之犯意聯絡，佯由陳○○以百總工程公司名義承包施作前揭工程，掏空和鑫光電公司資產，使該公司受有新臺幣（下同）5,082 萬元之重大損害。

<本案法律爭議>

上訴人等以一行為該當證交法第 171 條第 1 項第 2 款不合營業常規交易罪、第 3 款特別背信罪之構成要件時，應如何論罪？

<大法庭之見解>

(一)保護重層性法益之犯罪，究係想像競合或法條競合，應就個別刑罰法律之規範保護目的及立法精神，探究其保護法益之主要、次要關係，並依主要保護法益是否同一定其競合關係（註：原裁定並無小標題，此為編者為利讀者閱讀所加，以下同）

- 1.一行為觸犯數罪名之想像競合犯，係指行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害數相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數罪名之謂，乃處斷上之一罪（或稱科刑上一罪）。
- 2.至於法條競合（或稱法規競合），則法未有明文規定，係指同一犯罪構成要件之一個犯罪行為，侵害同一法益，而因法條之錯綜關係，同時有數法條可以適用，乃依一般法理擇一適用之謂，為單純一罪。
- 3.則關於保護重層性法益之犯罪，究係想像競合或法條競合，應就個別刑罰法律之規範保護目的及立法精神，探究其保護法益之主要、次要關係，並依主要保護法益是否同一定其競合關係。

(二)不合營業常規交易罪所保護之法益，主要著重在整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，屬重層性法益犯罪。

- 1.證交法第 1 條明白揭示「為發展國民經濟，並保障投資，特制定本法。」為其立法目的，可知「發展國民經濟」及「保障投資」為該法的核心精神。
- 2.民國 89 年 7 月 19 日修正公布增訂第 171 條第 1 項第 2 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。」之不合營業常規交易罪，立法理由說明：「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。」復於 93 年 4 月 28 日修正時，將「致公司遭受損害」，修正為「致公司遭受重大損害」，並說明：「本條所規定之證券犯罪均屬重大影響金融秩序，且常造成廣大投資人之重大損失，為使法益侵害與刑罰刑度間取得衡平，爰提高刑期三年以上十年以下有期徒刑。」

3.故前揭構成要件中所稱「致公司遭受重大損害」，通常雖指金錢等財物損失，並以損失金額與公司規模等衡量損害是否重大，但法無明文限於金錢等有形之財物損失，如對公司之商業信譽、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。

4.依此修法歷程，足見不合營業常規交易罪所保護之法益，並非僅止於發行有價證券公司之財產法益，反而主要著重在整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，屬重層性法益犯罪。

(三)證交法第 171 條第 1 項第 3 款之特別背信、特別侵占罪，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。

1.證交法於前揭 93 年修法時，增訂第 171 條第 1 項第 3 款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產。」之特別背信、特別侵占罪。

2.再於 101 年 1 月 4 日修正時，增列「致公司遭受損害達新臺幣五百萬元」之要件；同時增訂第 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。」以符合處罰衡平性及侵占、背信罪本質為實害結果之意涵，

3.明揭第 171 條第 1 項第 3 款為刑法侵占、背信罪之特別規定，參酌證交法之立法目的，顯將原僅保護公司財產法益之侵占罪及背信罪轉為重層性法益之罪，而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。

(四)特別侵占、特別背信罪與不合營業常規交易罪保護之法益，明顯有別。

1.以上二罪雖均屬重層性法益之罪，保護之法益不免互有重疊。

2.但特別侵占、特別背信罪係以行為人侵占或背信致發行有價證券公司遭受之損害，是否達 500 萬元的量性指標，作為適用證交法或刑法之依據，足見係側重於保護個別公司之整體財產法益。

3.此與不合營業常規交易罪主要在於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，明顯有別。

(五)不合營業常規交易罪與特別背信罪非屬法條競合關係，行為人以一行為該當此二罪之構成要件，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷。

1.綜合證交法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款之立法目的、構成要件之涵攝範圍及規範保護目的，不合營業常規交易罪與特別背信罪雖規定在同一條項，但二者主要保護法益並不具同一性，非屬法條競合關係，

2.行為人以一行為該當此二罪之構成要件，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷。