

證券交易法上背信罪是否為刑法背信罪之特別規定？

—評台灣高等法院99年度金上重訴字第42號

編目：刑法

目次	一、本案事實 二、一審判決結果 三、二審判決結果 四、本案爭點 五、評析 (一)刑法背信罪的解釋 (二)證券交易法背信罪的增定及其與不合營業常規罪的競合關係 六、結論
摘要	本文認為，證券交易法背信罪的增訂是立法不嚴謹的結果，事實上在民國93年4月28日增訂此項規定時，實務對於不合營業常規罪的解釋即可涵蓋刑法上背信罪所可能構成的行為態樣，適用上並無疑義，此項增訂的結果，反倒使得證券交易法上背信罪的規定於解釋上產生困擾；惟實務似乎未意識此問題，仍直接將之視為刑法背信罪特別規定逕予適用。
關鍵詞	背信罪、不合營業常規、股東承損原則



<p>本案事實 (註 1)</p>	<p>1.甲為 B 證券公司創辦人兼精神領袖,由於斯時持有的 A 投信公司所發行之結構債可能會產生鉅額虧損,當時市場上對於結構債的買賣亦普遍不看好,金管會為避免金融市場發生系統性風險,對於當時所有發行結構債的投信公司提出以下 3 大處理原則: (1)出清結構式債券須符合法令 (2)不可讓基金投資人受損 (3)若有損失,由投信公司股東承擔</p> <p>2.甲為規避當時持有結構債所可能產生的損失,並符合當時金管會所提出的 3 大原則要求,先委託不知情的財顧公司對於 A 投信公司股價進行鑑價程序並且提出鑑價意見書,隨後藉由當時妻子乙所擔任董事長的 B 證券公司董事會,依據該份鑑價意見書所認定的合理收購股價範圍,提案並討論通過後增加對 A 投信公司之持股, B 證券公司因此由原先所持有 A 投信公司股權的 20.72%增至 83.19%。</p>
<p>本案事實</p>	<p>3.嗣後,因為金管會檢查局派員到 B 證券公司進行例行性業務金檢時,發現甲乙兩人此舉使得 B 證券公司將因為提高對於 A 投信公司之股權,形同間接導致 B 證券公司增加原先應分攤 A 投信公司因處理結構債損失之比例,且依當時金融環境的不利情勢及其認定處理結構債一事必然會有損失發生等理由,要求甲乙應將 B 證券公司所應協助分擔 A 投信公司結構債的股權比例仍依照原先所持有的 20.72%辦理分攤。</p> <p>4.由於金管會檢查局人員認為,甲乙先前經由 B 證券公司董事會決議增加 A 投信公司股權一案,可能涉嫌進行非常規債券買賣及股權移轉交易,因此金管會向台北地檢署告發並經起訴。</p>
<p>一審判決結果</p>	<p>1.依金管會對於結構債所指示的 3 大行政指導處理原則,理應由甲乙自行吸收系爭結構債因處理過後所可能產生的損失,但甲卻與其妻子乙意圖共同為自己之利益,避免自己之損失,先委託不知情的財顧公司對於 A 投信公司股價進行鑑價並且提出鑑價報告,甲乙並未於財顧公司進行鑑價報告時,明確告知金管會 3 大原則中結構債應由股東承損原則,雖然結構債處理損失由股東承損原則,與企業的客觀價值無關,但仍然會影響到出賣的價格,從而該份鑑價報告顯有對於當時 A 投信公司股價高估之情形,且未將 A 投信公司股東將可能因增加對於 A 投信公司持股而需增加分攤結構債處理之損失部分加以考慮,法院認定甲乙不得援引該份鑑價報告作為 B 證券公司收購 A 投信公司股價之合理依據;</p> <p>2.況且乙作為 B 證券公司的董事長,在 B 證券公司董事會決議增購 A 投信公司股權時,亦未提出因增購 A 投信公司股權,導致增加 B 證券公司必須分攤系爭結構債的可能損失金額,未盡其忠實誠信執行職務義務;</p> <p>3.因此甲乙共同基於違反有價證券之買賣不得有詐欺行為規定及具</p>



	<p>有意圖為自己之利益、損害 B 證券公司利益而為違背職務行為之犯罪聯絡及行為分擔，分別觸犯證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款、第 3 款、第 2 項之證券詐欺、董監背信而犯罪所得超過 1 億元之罪名，為想像競合犯，依修正後刑法第 55 條之規定從較重情節論以證券詐欺罪。</p>
<p>二審判決 結果</p>	<p>1.雖然甲乙兩人皆未於財顧公司進行鑑價報告時，明確告知金管會 3 大原則中應由股東承損原則此項行政指導，然而鑑價報告針對的是 A 投信公司整體的企業價值，與該 3 大原則並不相關，在肯認該份鑑價報告係真實可採之後，反駁如一審判決認定的，對於 A 投信公司收購股價有鑑價過高的情形；</p>
<p>二審判決 結果</p>	<p>2.由於甲乙對於鑑價報告所提出的合理收購股價與 B 證券公司董事會是否決議要收購 A 投信公司之間並不具有相當因果關係，則在財顧公司所提出的鑑價報告為可採情況下，甲乙兩人對於該份鑑價報告亦未有任何隱瞞足以影響該份鑑價報告書之客觀可信性的情形，甲乙兩人針對證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款之證券詐欺應不成罪；</p> <p>3.雖然甲乙兩人對於證券詐欺並不成罪，但由於乙身為 B 證券公司的董事長，甲又為 B 證券公司的創辦人兼精神領袖，對於 B 證券公司於董事會討論決議是否要增購 A 投信公司股權時，應當明確告知金管會當時於結構債處理所提出的 3 大原則，否則仍屬未盡告知義務，有違董事忠實誠信執行職務之要求，就此部分應屬違背證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款、第 2 項之董監背信而犯罪所得超過 1 億元之罪名。</p>



本案爭點	<ol style="list-style-type: none">1.對於背信罪，一二審法院皆認為甲乙有構成，因此本文將集中在討論背信罪構成要件的討論，至於證券詐欺罪則不再多加討論，以二審見解為主，合先敘明。2.本案論罪的依據為證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款背信罪規定，判決理由中多半以所謂證券交易法上的背信罪為刑法背信罪之特別規定，因此甲乙兩人於 B 證券公司董事會決議增購 A 投信公司股權時，未盡詳實告知義務，有違董事誠信執行職務之義務而構成背信罪，至於所謂告知義務的內容，依據判決理由，應係指甲乙負有告知 B 證券公司董事會於決議增購 A 投信公司股前一案時，有關金管會 3 大原則中的股東承損原則，主因 B 證券公司會因為金管會此項原則而於增購 A 投信公司股權時，同時增加其所應分攤之比例。3.承上所述，法院依特別法優先普通法，適用證券交易法背信罪規定；惟依據證券交易法第 171 條規定，該條文除了第 1 項第 3 款的背信罪外，尚有同條項第 2 款的不合營業常規交易，<u>對照前述法院所認定的事實，既然 B 證券公司會因為金管會此項原則而於增購 A 投信公司股權時，同時增加其所應分攤之比例，則甲乙就此部分的不作為應有不合營業常規討論的餘地；</u>4.此時產生問題在於，<u>證交法上的背信罪與不合營業常規交易罪應如何適用卻完全未見法院於判決理由中交代，二者之間是否有其各自適用的情形，所欲規範的行為態樣是否有所不同</u>，即為以下本文所欲分析探討的目的。
------	--



(一)刑法背信罪的解釋

1.我國刑法背信罪規定於刑法第 342 條，依據學說上對於背信罪的理解，其係以行為人故意破壞財產信託義務，致損害將事務委由其處理者財產的財產犯罪，因此本罪保護法益應僅以財產法益為限，不包括其他非財產上利益在內，實務原則上亦採相同見解(參最高法院 81 台上 3534 號判決)。此外，由於近年來經濟結構的改變，工商企業活動日益繁增，也使得背信罪在刑法實務上的地位日形重要，某程度上會反應到對於背信罪解釋上的擴張。

2.所謂對於背信罪解釋上的擴張，指的是背信罪構成的理論之爭，茲分述如下：

(1)權限濫用理論

①所謂的為他人處理事務必須是行為人基於法律原因對他人財產有處分權限，背信行為即是對於此等處分權限的濫用而造成他人損害；

②由此可知，背信行為須限於法律行為，且必須與第三人發生法律關係，換言之，僅單單兩人之間的法律行為或是事實行為是無法有背信罪成立之可能；

③此外，如果僅是屬機械性事務，由於行為人並無所謂權限行使可言，因此縱然關乎與第三者之間的法律關係亦無由成立背信罪才是。

(2)背託理論(違背信託理論)

①背信行為本質乃在於信託義務的違背，行為人基於法律原因或其他事實原因，而負有經營或管理他人財產的義務，背信行為即是這種信託義務的失信行為；

②我國實務目前多數採取此說，論理上之依據多半以背信行為之本質其涵義甚廣，濫用權限行為，亦屬違背信任關係行為，而為足以生損害本人財產之行為，故應均屬本罪之背信行為。

3.綜上可知，背信罪事實上適用之行為態樣以及範圍可能極為廣泛，行為人只要該當濫權或是背託兩個構成要件中之一，即可構成背信罪。因此濫用權限理論與背託理論的對立，事實上已轉化為濫用理論與背託理論的綜合，究其原因，不無與現代工商社會活動頻繁，委由他人代為行事應屬常見，為求此種商業上關係現象狀態的穩定，未免託付予第三人時可能遭受損害，故實務上遂不斷的擴張其處罰範圍並加以規制此種不符合商業交易上利益取得的背託行為或是權限濫用行為。

(二)證券交易法背信罪的增定及其與不合營業常規罪的競合關係

1.立法院於民國 89 年 7 月 19 日修正證交法時，增訂第 171 條第 1



評析

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者，處 7 年以下有期徒刑，得併科 300 萬元以下罰金。並於民國 93 年 4 月 28 日再次修正，增訂第 1 項第 3 款，明文禁止：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；此外，本條之刑度提升為 3 年以上 10 年以下有期徒刑，且犯罪所得如超過新台幣 1 億元以上時，處 7 年以上有期徒刑，處罰不可謂不重。因此，於民國 101 年 1 月再次修正第 3 款，修正為：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，致公司遭受損害達新台幣 500 萬元。且同條第 3 項規定：有第 1 項第 3 款之行為者，致公司遭受損害未達新台幣 500 萬元者，依刑法 336 條及 342 條規定處罰。

2. 前述證交法第 171 條有關背信罪之修法緣由，係實務上往往認為，第 3 款所謂禁止之行為係以違背職務之行為或侵占公司資產之行為，前者性質上類似刑法之背信罪，後者為刑法侵占罪之加重類型；但原來規定僅因公開發行公司即加以加重，而不問損害情節如何，法理上恐有未合，因此立法上始增加應致公司遭受損害達新台幣 500 萬元以上此一要件，以符合處罰衡平性，避免情輕法重。

3. 由此可知，不論是實務或是立法都幾乎一致的認定證券交易法上的背信罪係刑法背信罪之特別規定，因此解釋證交法背信罪的構成時，也應該有前述本文關於一般刑法上背信罪是否構成的討論餘地及相關爭議適用。

4. 至於實務上對於所謂的不合營業常規之行為態樣，實務見解多謂：

(1) 由於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



<p style="text-align: center;">評析</p>	<p>之構成要件該當（見最高法院 98 年度台上字第 6782 號判決要旨）。</p> <p>(2)如行為人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(見最高法院 100 年度台上字第 3285 號裁判)。</p> <p>5.由上述實務見解對於不合營業常規之見解可知，早在民國 93 年 4 月 28 日再次修正增訂證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款背信罪之前，實務對於背信罪的行為態樣是用所謂的不合營業常規來論罪；惟針對最高法院 100 年度 3258 號裁判之意旨，似乎認為證交法之背信罪僅適用於行為人與他人之間的虛假交易所導致的公司虧損，考其原因，可能在於證券交易法中的不合營業常規，在文義解釋上已可涵蓋刑法背信罪的行為態樣，則立法上增訂所謂證券交易法背信罪不免有重複且多餘之感，因此為區分彼此不同適用的行為態樣，才又刻意地做出此種解釋學上見解。當然學者也有認同實務的主張，但並未說明其論理依據(參閱劉連煜，《新證券交易法實例研習》，2012 年 9 月增訂 10 版，頁 391 以下)。</p>
<p style="text-align: center;">結論</p>	<p>1.綜上可知，實務有部分判決其實是將證券交易法上的背信罪行為態樣，限定在行為人必須是從事虛假交易，但此種區分是否有合理性仍有討論餘地，同時如果證券交易法上的背信罪，果真是限定在行為人進行虛假交易掏空公司情形時，是否仍為刑法上背信罪之特別規定，似有疑義，主因依據前述實務對於刑法背信罪規定的討論及相關文獻，並無所謂背信罪是否應僅適用於虛假交易的情形；</p> <p>2.反之，如果認為實際上證券交易法的背信罪的確僅是刑法背信罪特別加重規定，是為了規制商業活動上的交易行為，並且認為此種具有公司董事、監察人及經理人身份上的商業行為導致的背信罪會造成更大的侵害，故要特別立法加重其刑時，反倒是更突顯立法的不嚴謹，主因在立法增訂此項規定時，實務上其實早已透過解釋的方式，將背信罪的行為態樣納入了所謂不合營業常規交易中加以進行規制及處罰，因此此種疊床架屋的立法，事實上並無實益，反倒是增加實務在運用以及解釋上的難處而已。</p> <p>3.或因如此，目前多數實務判決在解釋所謂證券交易法上背信罪的規定時，事實上仍是依照刑法上背信罪構成要件的解釋，將其原先於不合營業常規中本可包括對於背信罪的解釋拉出，至於所謂的不合</p>



結論	<p>營業常規罪反倒較像是截堵式構成要件，幾乎可以吸納所有不合於刑法背信罪解釋的行為態樣。</p> <p>4.如果依此規定，回頭檢視本案的判決論理依據，由於甲乙兩人事實上並非使 B 證券公司與 A 投信公司進行虛假交易，因此不可論以證券交易法上背信罪規定，反而應該依不合營業常規入罪，但由於二審法院認定鑑價報告可信，且金管會 3 大原則亦有其正當性，要如何論述甲乙兩人的行為有何不合於營業常規有說理上的困難；或許如此，法院仍直接以所謂的背信罪論罪。</p> <p>5.由此可見，目前實務的確是將原先屬於不合營業常規罪當中的背信罪行為態樣拉出，而另以證券交易法背信罪論罪；惟立法上的粗糙不免使人有多此一舉之感。</p>
-----------	--

【注釋】

註 1：由於本案例被告眾多且事實認定上相當複雜，因此為行文方便以及聚焦討論，筆者乃將案例事實簡化。

