

# 國立交通大學

## 科技法律研究所

### 碩士論文

從信任關係的變遷論企業集團負責人的背信行為  
——以紅火案為例

**Rethinking the Crime of Breach of Fiduciary Duty  
- From the Perspective of the Group Companies**

研究生：黃任顯

指導教授：林志潔 副教授

李貴敏 副教授

中華民國一〇〇年九月

從信任關係的變遷論企業集團負責人的背信行為

—以紅火案為例

**Rethinking the Crime of Breach of Fiduciary Duty - From  
the Perspective of the Group Companies**

研究生： 黃任顯

Student : Jen-Hsien Huang

指導教授： 林志潔

Advisor : Chih-Chieh Lin

李貴敏

Stacey Lee

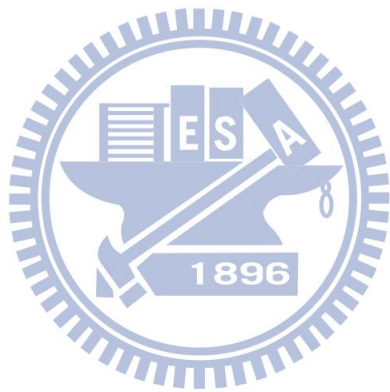


Submitted to Institute of Technology Law  
College of Management  
National Chiao Tung University  
in partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of  
Master  
in  
Law

September 2011

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國一〇〇年九月



# 從信任關係的變遷論企業集團負責人的背信行為

## —以紅火案為例

學生：黃任顯

指導教授：林志潔

李貴敏

國立交通大學科技法律研究所碩士班

### 摘 要

白領犯罪多具有破壞信任關係的特徵，而背信罪作為保護信任關係的規範，自然成為國家追訴白領犯罪時常被應用的罪名之一。本文的研究重點即為背信罪，不過關於背信罪的法律文義釋意以及比較法分析，至今已有多位法學者探究之，並累積相當的研究成果，對此本文原無意錦上添花。

本研究雖不免討論背信罪的釋意問題，但本文的研究核心為背信罪背後的信任結構，以及背信罪之於白領犯罪的運用。而背信罪一旦扯上白領犯罪，又多與公司法人的組織結構有關。在這些涉及公司企業組織的背信罪之中，白領犯罪者與投資人關係，乃是以公司企業組織作為中介，藉由投資人對企業經營者的信任而建立起來的。本文想問，這種間接式的信任結構與過去個人與個人之間的信任關係之間，究竟有何不同？此等變遷對於信任關係的本質會有什麼影響？此等變化，又是否影響背信罪的應用操作？尤其在當代的商業經營底下，單一的法人的結構已不再是主流，多數法人透過控制關係共組的法人群，因為具有資源分配、風險配置等商業經營上的優勢，儼然已成為當代商業的主流經營結構。在這樣的結構底下，個別法人的股東之於整個法人群的信任關係是非常複雜的，此於以背信罪論集團負責人行為責任時，究竟會有什麼影響？此即為本研究的主軸。

本文對法律制度的基本立場為：法律制度並非一成不變的，它會隨著社會成員對既有制度的不斷衝撞，而慢慢調整、轉變。基於前述研究主軸，以及本文對於法律制度的基本立場，本文將探討議題分為兩部分：第一部份為透過過去論

者對中古世紀的社會經濟發展的研究，比較英國法制史料中財產犯罪概念及犯罪類型的發展，探討在什麼樣的社會背景底下，國家須要制訂保護信任關係的犯罪類型。之後再進一步透過民事契約規範與刑事法下的背信概念的比較分析，以進一步掌握背信罪的規範意涵。

本文欲探討的第二個議題則為當代企業化的商業結構對於集團負責人的決策思考、社會對集團負責人的信任關係的影響。本文以民國 96 年發生的紅火案作為本研究深入探討此問題的起點，並從社會學家 Anthony Giddens 對社會信任關係發展的觀察，以及美國公司法學者 Adolf A. Berle 及 Gardiner C. Means 對公司組織經營與所有分離現象的觀察與分析研究作為分析紅火案的視角，分析一個商業組織結構的變遷，對信任關係的影響，並指出這種信任結構的變遷，如何反映在集團負責人的決策思考上。

綜整這些因為商業組織結構變異而帶來的新的信任關係及決策特徵後，本文再回頭比較背信罪原欲處罰的行為類型以及當代集團負責人的決策行為，試圖指出背信罪作為規範信任關係的犯罪，其實已不大足以規範因現代商業組織結構變異所帶來的信任關係轉變，對於集團負責人的決策思考的影響。不過，本文認為，這些背信罪原本無法處理的問題，某程度上可以透過法釋意的方式，藉由賦予現已存在的特別背信罪新的內涵而得到緩解。援此，本文將提出一些法規詮釋上的意見。

# **Rethinking the Crime of Breach of Fiduciary Duty - From the Perspective of the Group Companies**

**Student : Jen-Hsien Huang**

**Advisors : Chih-Chieh Lin**

**Stacey Lee**

**Institute of Technology Law  
National Chiao Tung University**

## **ABSTRACT**

A group of companies, operating as a single entity, is one of the features of modern commercial age. Within a group structure, entrepreneur-coordinators, or executive officers, are authorized to direct the operation of subsidiary companies. They also have to allocate the resources to pursue the largest profit for the group in the market competition.

Since the executive officers of the group companies shall take the whole group's interest into account, in some case, they have to sacrifice one subsidiary company's interest to benefit another one. However, according to the Taiwanese security law, such a conduct may constitute the crime of breach of fiduciary duty, especially when the Taiwanese courts usually only evaluate executive officers' judgments from the sight of a single company instead of from a group scale. This thesis believes that such an interpretation of the crime of breach of the fiduciary duty simplify the question.

This thesis argues that a reasonable investor should know and expect an executive officer of group companies to pursue the largest profit of the whole business group. In returns, those investors enjoy the advantages from the synergy of the group companies. An executive officer's allocation of the resources within a group should

not be seen as an illegal conduct unless such an executive officer has a specific criminal intent which means that he or she makes the allocation for personal interest purposely.

This thesis advocates that since running a group company is a trend in the commercial world, the Taiwanese courts should take such new concept into consideration when interpret and apply the crime of breach of the fiduciary duty , not only to respond the demands of the market, but also to review whether the government misuses the state penalty power.



## 誌謝

這幾年的碩士研究生涯，有幸獲得許多人的幫助與照顧。

這些要感謝的人之中，首先要感謝的，當然是我的指導老師，林志潔老師。我從大四下學期開始便擔任志潔老師的研究助理直至畢業的這天，這段時間老師所指派的每一個研究工作，均打開我的視野以及思考廣度，而老師對於每一項工作成果檢討與指正，更逐步深化我的思考深度。在這三年多的日子裡，感謝老師對我提出的很多不成熟的想法以及犯下的錯誤的包容，以及更感謝老師的耐心指導，相信這篇論文，應不會讓老師這幾年的心血付諸流水。除了研究指導之外，志潔老師更是我在科法所期間的生活以及心靈導師，老師無時無刻關懷著學生，就怕任何生活或經濟上的問題影響學業，讓我雖然在異地求學，卻仍然有家的感覺，更可以無所顧忌地完成這階段的學業。

除了志潔老師，也要感謝我的第二指導老師李貴敏老師以及口試老師邱忠義法官，兩位老師在關鍵時刻指出我的論文中思慮不周之處，讓我的論文能更臻成熟。尤其要感謝李貴敏老師，老師平日工作十分繁忙，卻還要在工作的空檔之中，擠出部分時間與我討論我在論文稿件中寫下的某些不成熟想法，讓我可以不斷思考、修正論文中的論點。

除了以上老師之外，我也要謝謝科法所的諸位老師，首先要感謝科法所各位老師共同建立了這一個舒適的求學環境；感謝劉尚志老師所提供的工作機會以及經濟上的幫忙；感謝陳鈺雄老師在碩一暑假時，找我擔任民法總則的助教，在當助教的期間，讓我有機會從作業批改及教學中學習，潛移默化中累積自身的法學實力，也感謝鈺雄老師平時給予的各種大小建議，尤其很多在平時忽略掉的細節，經老師提點，才讓我注意到自己有何須要再改進之處；感謝王敏銓老師的關懷、幫助，以及一些在生活或課業上的建議；也感謝倪貴榮老師及王立達老師在 ELSA WTO Moot Court Competition 的準備及比賽期間，犧牲研究以及睡眠時



間，不厭其煩的指導我們，這個難得的比賽經驗，大大地厚植我的說理、論述技巧及英文實力。

此外，感謝其達學長在某些關鍵時刻的建議與鼓勵；感謝奕君學姐、晨綺、小扈，與妳們一同準備比賽的過程真的很令人難忘，從妳們身上讓我學到很多；感謝卉晴學姐、欣頤學姐、立民學長、蔚奇學長、妍均、御恆、鈺琿、堃哲、宇真、夏禾、鵬元、韻蓉、愷致等科法所的大家，與你們共事真的是很愉快的經驗；也感謝所辦的珮瑜、玉佩、以欣等諸位助理姊姊，感謝這三年來妳們的照顧與鼓勵。

此外，我也要感謝庭妤過去六年多來給我的大小建議，對我的支持，指正我的缺點，還要忍受我偶爾因為焦慮而來的任性，謝謝妳的寬容與對我的照顧。如果沒有妳不時的鼓勵與鞭策，這個學位也許不會這麼快就取得。

最後，也要感謝我的家人，感謝伯父伯母、叔叔嬸嬸以及姊姊在經濟上的支持，也感謝媽媽這幾年的辛勞，以及所有我所愛的家人。這個碩士學位沒有你們的支持、鼓勵與包容，勢必無法成就。這個學位、這份榮耀，獻給我各位可愛可敬的家人，也獻給無法與我分享這份喜悅的父親。

在此，再次感謝所有幫助、鼓勵過我的各位。

黃任顯

2011.09 於電資大樓研究室

## 簡目

<b>第一章 緒論</b> .....	<b>1</b>
第一節 研究概述 .....	1
第二節 文獻回顧 .....	8
第三節 研究取徑與研究方法 .....	12
第四節 論文結構 .....	37
第五節 名詞定義 .....	41
<b>第二章 背信罪之源起及其釋意</b> .....	<b>45</b>
第一節 背信罪概說 .....	45
第二節 背信罪的緣起 .....	52
第三節 刑法背信罪的解釋與民法債篇的統合 .....	85
第四節 小結：背信罪面臨近代商業模式的挑戰 .....	116
<b>第三章 紅火案分析</b> .....	<b>119</b>
第一節 行為決策理論 .....	119
第二節 紅火案背景 .....	132
第三節 收購兆豐金股票 .....	136
第四節 以行為經濟學分析結構債交易操作目的 .....	145
第五節 相關法院判決 .....	163
<b>第四章 現代信任關係的轉換與背信罪</b> .....	<b>173</b>
第一節 現代社會的信任機制的轉換 .....	174
第二節 背信罪與商業經營 .....	187
第三節 企業集團的利益調度與成員公司股東對集團負責人的信任關係 .....	203
第四節 當前背信罪的無解難題 .....	211

<b>第五章 特別背信罪保護法益與集團負責人的決策行為</b> .....	<b>219</b>
第一節 抽象化的信任關係與背信罪的正當化基礎 .....	219
第二節 特別背信罪下不法意圖要件的詮釋 .....	225
第三節 紅火案二判決應處理而漏未處理的問題 .....	233
第四節 小結 .....	237
<b>第六章 結論</b> .....	<b>239</b>
<b>參考資料</b> .....	<b>i</b>



# 詳目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究概述.....	1
(一) 問題提出.....	1
(二) 研究目標.....	5
(三) 本研究的重要性.....	6
(四) 選擇以背信罪為研究核心的原因.....	7
第二節 文獻回顧.....	8
第三節 研究取徑與研究方法.....	12
(一) 研究取徑.....	13
1. 具有歷史思維的法學：法律作為依社會發展而成形的概念....	13
2. 因果機制論的認識論基礎：無法被觀察的因果機制.....	14
3. 研究流程.....	18
(二) 研究方法.....	19
1. 法律歷史脈絡的追尋：文獻分析與詮釋.....	19
(1) 中古世紀經濟發展研究與英美法相關文獻整理.....	20
(2) 民事契約法與刑法背信罪的綜合比較詮釋.....	22
2. 過程追蹤式個案研究法.....	23
(1) 因果機制論與法學實證研究方法.....	23
(2) 過程追蹤式個案研究方法及其方法論基礎.....	25
(3) 個案與通案的聯繫.....	28
(4) 本文應用過程追蹤式個案研究法的目的.....	30
(5) 個案研究資料選擇標準及資料來源.....	31
(三) 研究方法限制.....	34
1. 法律詮釋的資料來源限制.....	34

2. 過程追蹤式個案研究方法之侷限.....	34
3. 個案選擇之限制.....	36
第四節 論文結構.....	37
第五節 名詞定義.....	41
(一) 企業集團.....	41
(二) 公司與集團負責人.....	43
<b>第二章 背信罪之源起及其釋意.....</b>	<b>45</b>
第一節 背信罪概說.....	45
(一) 我國財產犯罪之架構與背信罪.....	45
(二) 特別背信罪與普通背信罪的關係.....	47
(三) 背信罪禁止之行為.....	50
(四) 背信罪保護法益爭議.....	52
第二節 背信罪的緣起.....	52
(一) 歐洲中古世紀財產概念的轉換.....	53
1. 封建時代的財產權概念.....	54
2. 人的解放到財產的解放.....	55
(二) 契約概念的調整.....	57
1. 交易對價：從客觀價格到主觀價格.....	57
2. 強制履約制度的成形.....	59
(三) 背信概念的建立—以英國、美國為例.....	62
1. 英國財產犯罪體系的轉變.....	62
(1) 傳統英國財產犯罪體系架構.....	62
(2) 背信概念的建立.....	64
2. 美國誠信服務詐欺 (Honest Services Fraud) 概念的發展.....	71
(1) 誠信服務詐欺發展背景.....	73

(2) 誠信服務詐欺理論的發展與充實 .....	75
(3) 合憲爭議.....	79
3. 小結.....	80
(四) 德國的背信罪發展，附論背信罪保護法益.....	81
第三節 刑法背信罪的解釋與民法債篇的統合 .....	85
(一) 背信罪所禁止行為的本質 .....	87
1. 學說關於背信行為本質之討論.....	87
2. 契約法—維護信任的第一道防線.....	91
(1) 契約法作為維護信任的工具 .....	91
(2) 財產契約與勞務契約下的危險配置.....	94
3. 背信罪作為維護信任關係的第二道防線 .....	98
4. 背信罪與契約義務違反之關係.....	100
(1) 背信罪不法意圖要件的特殊性 .....	100
(2) 背信罪不法意圖要件之機能 .....	102
(二) 不法結果要件詮釋.....	108
1. 學者對於「本人之財產或其他利益」的分析.....	108
2. 從債務不履行看「財產或其他利益」的損害.....	109
3. 以預期利益的損害作為背信罪不法結果要件的必要性 .....	114
第四節 小結：背信罪面臨近代商業模式的挑戰 .....	116
<b>第三章 紅火案分析 .....</b>	<b>119</b>
第一節 行為決策理論 .....	119
(一) 期望值理論 (Expected Value Theory) .....	119
(二) 期望效用理論(Expected Utility Theory).....	120
(三) 行為經濟學(Behavioral Economics).....	123
1. 經驗法則偏誤.....	124

2. 展望理論 .....	125
3. 原賦效應 .....	128
(四) 犯罪行為人完全理性假設的修正 .....	131
第二節 紅火案背景 .....	132
(一) 雙卡風暴 .....	132
(二) 第二次金融改革 .....	134
(三) 兆豐金控相對於中信金控的營業優勢 .....	135
第三節 收購兆豐金股票 .....	136
(一) 佈局 .....	136
(二) 出賣結構債 .....	139
1. 中信銀行出賣結構債與紅火公司 .....	139
2. 頭期款資金調度 .....	140
(三) 買進兆豐金股票 .....	141
1. 申請轉投資兆豐金控 .....	141
2. 資金調度與股價操作的兩手策略 .....	142
3. 移轉獲利 .....	145
第四節 以行為經濟學分析結構債交易操作目的 .....	145
(一) 佈局、鎖單階段 .....	146
1 原賦效應與公開重大資訊 .....	146
2. 定錨效應對評估決策內容的影響 .....	148
(1) 股票收購數量及收購預算的評估 .....	150
(2) 整體結構債交易操作成功率的預估 .....	151
3. 展望理論與主觀效益評估 .....	153
(1) 評估轉投資效益及成本的參考點 .....	153
(2) 參考點影響轉投資兆豐金的損益評估 .....	155

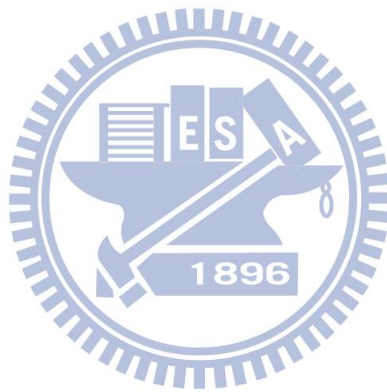
(3) 錯誤低估失敗的發生機率 .....	158
(二) 出賣結構債 .....	159
1. 出賣結構債的可能理由 .....	159
(1) 避免影響轉投資兆豐金控計畫 .....	159
(2) 提前移轉資金 .....	160
2. 以展望理論看出賣結構債的行為 .....	161
(三) 小結—集團負責人之決策特徵 .....	162
第五節 相關法院判決 .....	163
<b>第四章 現代信任關係的轉換與背信罪 .....</b>	<b>173</b>
第一節 現代社會的信任機制的轉換 .....	174
(一) 脫域與信任：一個擺脫時空限制的社會 .....	176
1. 脫域 (disembedding) .....	176
2. 信任 (trust) .....	178
3. 脫域、信任與公司制度 .....	179
(二) 現代公司的信任關係疏離 .....	180
1. 高度脫鉤的財產利益享有權與財產控制權 .....	180
2. 現代大型公司經營與有限的信任關係再嵌入機制 .....	183
(三) 小結 .....	184
第二節 背信罪與商業經營 .....	187
(一) 公司負責人對於公司義務類型與信任結構的變遷 .....	188
(二) 注意義務的違反與商業判斷法則 .....	190
(三) 忠實義務的違反與誠信服務詐欺 .....	194
(四) 尊重商業經營及節制背信罪的應用 .....	195
(五) 企業集團弊案與背信罪保護標的 .....	201
第三節 企業集團的利益調度與成員公司股東對集團負責人的信任關係 .....	203



(一) 複雜的控制結構與薄弱的信任關係 .....	203
(二) 集團負責人與集團利益 .....	206
(三) 因信任關係變化而調整的財產利益收取權限.....	207
(四) 被削弱的保護信任與保護財產間的連結 .....	210
第四節 當前背信罪的無解難題 .....	211
(一) 兩則紅火案一審判決的歧異.....	211
(二) 兩見解各自無法處理的難處.....	214
<b>第五章 特別背信罪保護法益與集團負責人的決策行為 .....</b>	<b>219</b>
第一節 抽象化的信任關係與背信罪的正當化基礎 .....	219
(一) 動輒得咎的集團負責人 .....	219
(二) 信任結構的變遷.....	220
(三) 特別背信罪保護法益的調整.....	222
第二節 特別背信罪下不法意圖要件的詮釋.....	225
(一) 立場選擇問題.....	225
(二) 公司法第 369 之 4 與背信罪不法意圖要件.....	227
1. 以補償、損賠方式彰顯的投資與報償關係.....	227
2. 機能有限的公司法第 369 條之 4.....	229
3. 背信罪不法意圖要件作為督促集團利益共享的機制 .....	231
(三) 舉證責任分配.....	232
第三節 紅火案二判決應處理而漏未處理的問題 .....	233
(一) 紅火案中應被評價卻被忽略的行為 .....	234
(二) 誤認應被評價的行為 .....	235
第四節 小結.....	237
<b>第六章 結論.....</b>	<b>239</b>
<b>參考資料 .....</b>	<b>i</b>

## 圖表目錄

圖表 1 因果機制論的思考邏輯示意圖.....	18
圖表 2 本研究的研究架構.....	19
圖表 3 我國財產犯罪體系簡圖.....	46
圖表 4 傳統英國法財產犯罪架構.....	64
圖表 5 產望理論的價值函數圖形.....	126
圖表 6 展望理論下，決策者對事件發生機率的權重的函數圖形.....	126
圖表 7 中信金與巴克萊銀行買、賣兆豐金股票明細.....	144
圖表 8 2005.01.03-2006.08.31 兆豐金控股票每日收盤價（元）.....	166
圖表 9 2005.01.03-2006.01.25 兆豐金控股票十日平均交易量（張）.....	166
圖表 10 2006.01.02-2006.08.31 兆豐金控股票當日成交量（張）.....	167
圖表 11 紅火案中主要關係人及相關法人之關係.....	167
圖表 12 紅火公司購買結構債第一期價金資金調度流程.....	168
圖表 13 紅火公司購買結構債第二、三期價金資金調度流程.....	168
圖表 14 佈局階段重要策略操作流程.....	169
圖表 15 出售結構債及資金調度流程.....	170
圖表 16 紅火出賣結構債利潤之流向.....	171
圖表 17 集團結構示意圖.....	202
圖表 18 紅火案台北地院二判決見解對照表.....	211
圖表 19 信任關係的變遷與類型化.....	220



## 第一章 緒論

### 第一節 研究概述

#### (一) 問題提出

白領犯罪是當代工商社會正面臨的棘手問題。美國聯邦調查局曾將白領犯罪定義為：「這些犯罪行為不使用武力或暴力威脅，而以欺騙、隱瞞或違反受託義務等方式為之。個人或組織藉由此等行為以獲取金錢、財物、服務等、避免或減少支出金錢或提供服務的損失，或藉此以獲取個人或商業上的利益。」

<sup>1</sup>此定義已點出白領犯罪的非暴力（欺詐性）及侵害財產法益的特質。

然而，本文認為，白領犯罪一詞似嫌籠統，無法精確地掌握犯罪主體的特性對犯罪行為的影響：以個人作為單一犯罪主體的犯行與以公司、企業集團等法人組織作為犯罪主體的犯行，兩者在複雜程度以及內涵上應有不同，前者行為人乃以自己作為犯罪主體，而後者作為一個法人組織，並無自己之意識，其行為乃是由其代表機關或其他具有職權之人所為，只不過我們在法制上，將這些內部機關所為的行為「擬制」為該法人的行為而已，真正的行為人透過法人的面紗隱身於幕後，被監控的程度較低，而且其行動常以集體性的決策方式呈現。故在討論白領犯罪的內涵及其防制時，對於具有不同的行為主體特徵的行為，應分別論之，方能精確處理個別的犯罪問題。尤其，我國向來不承認法人

---

<sup>1</sup> JEROLD H. ISRAEL ET AL., WHITE COLLAR CRIME: LAW AND PRACTICE 6(3rd ed. 2009), citing Federal Bureau of Investigation (Cynthia Barnett, The Measurement of White Collar Crime Using Uniform Crime Reporting(UCR) Data)(2002). (“...those illegal acts which are characterized by deceit, concealment, or violation of trust and which are not dependent upon the application or threat of physical force or violence. Individuals and organizations commit these acts to obtain money, property, or services; to avoid the payment or loss of money or service; or to secure personal or business advantage.”)

作為犯罪主體的適格，<sup>2</sup>如果僅籠統地探究各犯罪被告的行為，將可能無法掌握犯罪的真正緣由，故區分單一犯罪主體的個人的犯行，以及個人以公司、企業集團等法人組織作為犯罪主體的犯行，在我國實有其意義。

白領犯罪的主體，由個人走向法人，再由個別法人走向組織化，乃是當代白領犯罪的趨勢。這種犯罪組織化的變化，應與商業經營組織發展的趨勢有關，而且在商業經營已經走向組織化的當代，各個專經理人必須考量個別組織成員的利害，而且該經理人往往會面臨不同組織成員間的利益衝突問題，一旦有利益衝突，便很容易產生財產犯罪的疑義，在此同時，隨組織日趨複雜，利益衝突益發明顯，但是此時利益衝突是否一概不被允許？容有討論空間。因此，本文認為，縱使同為以法人作為行為主體的白領犯罪，其研究亦應依組織結構的差異而分別論之。本論文即以「企業集團組織作為犯罪主體的犯行」作為通篇論文的发展主軸，而個別公司法人作為犯罪主體的犯罪行為，在必要時將會附帶提及。

我國近二十年來，企業舞弊、財務危機、交易醜聞等引發市場失序的相關案件接續發生，嚴重影響我國投資人對市場的信心，同時弱化我國企業之競爭力。<sup>3</sup>對此，我國立法者不斷苛責集團負責人，威之以重刑，以圖緩解層出不窮的類似舞弊行為。<sup>4</sup>但，本文想問，何以這些企業舞弊案件層出不窮？是因為刑法不夠嚴苛？因為我國法制設計面出了問題？如果是法制設計面出了問題，那麼這問題究竟是因為法制設計之初就有問題？還是這問題是社會情境變遷快速，而法制卻來不及應變所致？

---

<sup>2</sup> 林山田，刑法通論（上），頁 177（2003）。

<sup>3</sup> 如廣三案（一審判決：台中地院 88 年度訴字 528 號刑事判決）、博達案（一審判決：台北地院 93 年金重訴字第 3 號刑事判決）、及近年沸沸湯湯的力霸案（一審判決：台北地院 96 年曠重訴字第 3 號刑事判決）等。

<sup>4</sup> 相關刑責的強化，詳見註腳 6。

本文認為，前述問題的解答，或許就隱藏在台灣當前層出不窮的企業弊案之中：觀察最近臺灣發生的重大金融或公司掏空弊案，可發現除了有政府高官、親信介入商業經營的問題之外，更重要的特徵是：近年的弊案往往整個企業集團牽涉其中，如廣三案、太電案、力霸案、和艦案、中信金併購開發金、轉投資兆豐金等案。這些案件無一不是由企業集團的最高決策者發動，而且整個集團的資源均投入特定決策的執行與隱匿活動之中。這種整個集團投入其中的案件，集團就像一個有組織的幫派，而其龐大的規模與資源，以及眾多的子公司或被控制公司，均以達到特定目的為目標而運作。在此同時，觀察台灣的法規制度，台灣的法律始終將企業集團旗下的各個公司當成獨立的法人，認為各個法人各有其獨立的法人格。而由於公司經營涉及股東對負責人的信任問題，為了保護各個公司的利益，我國立法者在規範設計上，乃各依不同的公司的特性，分別規定普通及特別背信罪的規定。<sup>5</sup>只要個別公司受到損害，便依受害公司的特性，使相關負責人受相應的刑事處罰。

但是，依涉及的公司法人特徵不同，設立相應的特殊背信罪來處理，並強化可能的犯行的刑責，<sup>6</sup>是否足以處理企業舞弊的問題？背信罪是否足以評價、

---

<sup>5</sup> 如，刑法第 342 條、證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款、銀行法第 125 條之 2、金融控股公司法第 57 條等等。

<sup>6</sup> 如證券交易法第 171 條於民國 93 年修正後，將原本相關罪名（內線交易、操縱股價、非常規交易、特別背信罪、特別業務侵占等等）的本刑，自七年以下有期徒刑調整為三年以上十年以下有期徒刑，若其犯罪所得金額達新臺幣一億元以上者，更將本刑調整為七年以上有期徒刑。而銀行法第 125 條（違反專業經營辦理，辦理存款、國內外匯兌等業務）所訂之罪，於 93 年亦將刑罰自原本處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金，修正為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。同法 125 條之 2 的銀行負責人或職員背信罪，亦將本刑自原本處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金，修正為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。而金融控股公司法第 57 條在民國 90 年初訂定時，

規範以企業組織為整體的企業舞弊行為？本文對此深表懷疑。本文對此最主要的質疑為：背信罪相較於其他犯罪，乃屬較新的犯罪，<sup>7</sup>此罪之成立，乃與西方社會於 18、19 世紀進入資本主義時代，交易興盛有關（詳本文第二章）。當代社會進入資本主義社會已進二百年後，交易與商業經營結構的複雜度與資本主義萌芽時代的狀態不可同日而語，此時，發芽於資本主義初期的背信罪，其規範結構是否足以涵蓋、規範當代以企業組織為主體的經營行為？若強將此罪適用於企業集團的經營行為之中，究竟可以有效地規範企業舞弊的行為？還是這反而會衍生更多原本不會存在問題？本文認為此實須進一步研究、檢討。

本文認為，面對這個以企業集團整體作為商業經營主體的時代，我們必須能理解我國目前所使用的背信罪成立之初的社會背景，才能理解此法規的機能及其極限，之後再重新思考企業集團舞弊案件的特徵所在，瞭解原使用的規範措施的不足處。只有在吾人可以先行理解企業集團結構底下，集團負責人對於其所處地位的認知，吾人才可以依此脈絡，找到國家解決企業集團舞弊問題的切入點。同時，只有在吾人能夠瞭解當前被廣泛運用的背信罪的設計結構，吾人才能瞭解如何調整、因應、為之注入新的時代意義，甚至另起爐灶，針對新的時代趨勢，設計新的規範架構。

---

針對金融控股公司的職員或負責人的背信行為的處罰規定為：「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，得併科新臺幣一億元以下罰金。」而在 93 年修法時，則強化刑責：「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。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。」

<sup>7</sup>蔡墩銘，背信罪之主體，軍法專刊，8 卷 2 期，頁 20（1962）。

## (二) 研究目標

本文為了挖掘企業集團舞弊案件的特點，同時檢討背信罪機能、架構，本文提出以下問題：

首先，第一個問題，如果吾人將背信罪定性為因商業時代興起之後，為保護交易主體間的信任關係而興起的一種新的犯罪的概念。那麼，當代的商業經營與商業活動初起的時代若有不同，則以舊有的法規，是否就足以因應新時代的挑戰？為回應此問題，本文認為實有必要先行深入瞭解背信罪的緣起及其如何發展。

其次，第二個問題，由於當代的商業結構其實是公司與企業集團並存的一個時代。一公司的負責人如何評估其面臨的情勢的風險，與其所處的環境有極大的關係。當公司規模尚小時，公司的負責人僅需衡量自身與所服務的公司的利害；然而當代有更多的公司已不再單打獨鬥，其等或自主地或被動地與其他公司集結成一個個法人組織體，採集團化的企業經營模式，在這樣的經營模式底下，統御整個集團的負責人須考量的是集團整體的局勢，而可供之操作運用的資源遠非商業發展初期的個別商人或是個別公司可以比擬，這是在組織體走向規模化與組織化後，帶來的交易決策方略的重大變遷。在這影響底下，股東、公司與企業集團之間的信任關係是否有所轉變？這是另一個觀察的重點。。

如果兩個問題均成立，則緊接著要處理的問題便是：既然集團負責人的決策考量與一般公司的負責人的考量因素不同，同時股東、公司與企業集團間的信任關係也跟著轉變，那麼背信罪的解釋與適用，是否也應納入此種商業經營模式變遷後所帶來的決策思考變遷的因素？

本文在結論上認為，我國政府以背信罪作為介入私經濟活動的工具，泛泛地以背信罪作為同時規範個別公司的負責人以及集團負責人的法規，實有其



不足。這是因為我國的立法者並未考慮企業集團架構下，集團負責人比一般公司的負責人的權力更大、可操縱的資源更多、經營手法也更為靈活的特點，也未體諒集團負責人須站在整個集團的制高點思考，每次決策前須考量的損益問題十分複雜的難處，更未慮及這些企業集團經營者周旋於大眾投資人、控制公司以及被控制公司所集結的企業集團、各法人的負責人之間，彼此交織構成一個所形成的複雜、多層次的信任關係結構。要處理企業帶來的舞弊問題，國家勢必得先調整整個法制政策的高度，立法者與執法者唯有站在與集團負責人相同的高度思考，同時體會集團結構下多層次信任關係結構帶來的信任關係質變現象，才有可能因之創造出相應且更靈活的法制策略。

### （三）本研究的重要性

本研究的基本信念為：在傳統的背信罪的概念底下，對於信任的結構的想像是一種一對一的概念。但是在當代的商業社會底下，人與人的信任關係已經變成一對多、多對一或是多對多的關係。在這種信任關係結構性的轉變下，背信罪原本的結構如何調整因應，將是未來法制發展的重點。當代法制把公司均是獨立的法人，公司負責人受公司的委託處理事務，是否足以評價其行為，吾人如何解構這樣的關係，即是本文要處理的重要問題之一。

其次，原本公司的商業活動與法律行為均是獨立運作互不歸屬的，但是由於業務拓展、發展規模經濟或其他經濟活動、資金調度、人才培養、產銷作業上互相關連，各公司間必須有所聯繫，關係企業概念由是而生。<sup>8</sup>這是商業經營日漸劇烈、複雜後所帶來的經營趨勢。

而我國近年常常發生企業集團的實質負責人藉由關係企業間，各公司具有獨立法人格且經濟法律行為各自獨立的特性，透過可控制的公司之間彼此交

---

<sup>8</sup> 洪貴參，關係企業法理論與實務，頁 3-4 (1999)。

易、提供擔保等方式，為各該被控制的公司營造營運績效良好的外觀，藉此向金融機構或投資大眾募集金錢。此等手法，在經濟活動的交易上，有時或有其必要，但有時候，卻會被濫用，而成為向金融機構或大眾訛詐金錢的手段。面對這樣的問題，吾人或許必須進一步檢討，誰受到了損害？背信又是否足以做為評價、規範的機制？

本文將重新檢討背信罪的成立背景，以探討其設計之初的社會背景，目的在於找出背信罪可能不足之處，同時探究集團負責人的思考特徵，並綜合整併前述研究成果，冀能提供立法者全新的視角，以探索可能的判斷問題與解決問題方式。

#### （四）選擇以背信罪為研究核心的原因

本文欲從實際發生的案件探討集團負責人決策的考慮因素，並以之反思政府的角色以及刑事政策擬定的問題。但是，由於集團負責人可能涉及的犯罪種類極多，舉凡內線交易、操縱股價、非常規交易、掏空公司、業務侵占等等均屬之，背信罪亦是集團負責人最常涉及的犯罪行為之一。如果研究範圍過於發散，除筆者力有未逮，未能一一整理、分析，也未能凸顯集團負責人的決策考量特殊之處。

本文認為，不論是掏空公司、非常規交易、業務侵占等問題，最終還是涉及行為人違背對公司以及股東所託付之的職務的背信問題。<sup>9</sup>而且，由於我國

---

<sup>9</sup> 業務侵占與背信又同涉負責人違背職務的議題，且侵占罪除了討論負責人「違背職務」的問題之外，尚須以「侵占自己持有他人之物/財產」作為不法構成要件，故於邏輯上，侵占罪適用上較背信罪為嚴格，與背信罪應屬子集合與宇集合的關係，故本文將之與背信罪定位為同一犯罪類型。30年上字第1778號判例，即認為侵占為特殊的背信行為。40年台上字402號判例則謂：「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。」

法制以個別公司的財產利益作為財產犯罪所欲保護的客體，只要行為人屬於一公司的負責人，卻違背其職務，便有可能被論以背信罪之罪責，並不論該公司是否屬於某一大集團底下的一員。在這樣的規範架構底下，當背信罪以個別公司為保護客體，而企業集團的負責人，卻願意為了某些集團的決策，而使其子公司負責人承擔背信罪的刑罰風險，而子公司竟然也願意配合時，這樣的行為結構背後可能就隱藏著某些值得研究的動機或想法。同時，內線交易、操縱股價等犯罪問題雖亦為集團負責人常涉犯的犯罪行為，但是這些罪名另外涉及證券市場保護問題，影響決策因素較背信罪單純以行為人違背任務或職務而使本人受到損害的法律關係複雜。準此，背信罪將是一個關係簡單，卻可藉以探討集團負責人決策思考的重要試金石。因此，為了簡化並集中問題討論的焦點，本文乃以集團負責人的決策行為以及背信罪的關連作為討論的核心，探討其是否足以評價站在集團決策頂點的集團負責人的行為。至於其他犯罪類型，則非本文研究範圍。

## 第二節 文獻回顧

依筆者目前所蒐集的文獻，我國專文討論背信罪的文獻不多，相關文獻多已發表 20 年以上，大多均將焦點置於背信罪性質及構成要件的詮釋上。<sup>10</sup>而近年最新的背信罪研究，則為一篇於 2008 年完成之東吳大學法律學院碩士論文以及 2011 年一位學者發表於期刊的文章，惟兩篇的內容乃是以比較法研究為中心的法律釋意。<sup>11</sup>法律釋意與比較法研究固然重要，惟相關文件多缺少對

<sup>10</sup> 如吳正順，財產犯罪之本質、保護法益，刑法分則論文選輯（下），頁 667（1984）；蔡墩銘，前揭註 7 文；陳淞山，侵占罪與背信罪之區別，刑事法雜誌，34 卷 4 期，63 頁（1990）；周治平，背信罪序說，軍法專刊，14 卷 9 期，頁 16（1968）；林山田，背信罪之研究，軍法專刊，24 卷 9 期，頁 14（1978）。

<sup>11</sup> 見陳靜芳，背信罪之研究，東吳大學法律學院碩士論文（2008）；張天一，論背信罪之本質及定位，中原財經法學，第 26 期，頁 185-242（2011）。

背信罪所規範的信任關係的性質及其緣起的分析。

陳前大法官樸生所著〈背信罪在財產犯罪上之體系的地位〉一文，為筆者所蒐集到，國內少數論及背信罪的歷史淵源的文獻。<sup>12</sup>在該文中，陳前大法官提到，在資本主義初期產業革命時期，基於所有權絕對性及以契約自由為商品交換基礎的社會背景，以自由放任主義為基礎的近代社會逐漸成形，財產犯罪類型亦隨之發展。<sup>13</sup>在採行資本制度，將勞動力以及生產物的過程商品化之後，財產利用型態不再限於自己持有利用而已，透過貸與、委託他人的方法，以及行為人與他人商品交換而實現物品價值等物品使用型態出現，不同的財產犯罪類型便隨之產生。<sup>14</sup>背信罪即是作為因應新的財產利用型態而發展的新的財產犯罪類型，其本質乃是被害人以財產委託，貸與他人等方式，使行為人為其處理財產事務，但行為人卻利用此機會而侵害被害人之財產的新類型財產侵害行為。<sup>15</sup>

在此文中，陳前大法官犀利地點出背信罪的發源背景及其所規範的行為態樣，但是陳前大法官對此僅是結論性的敘述，並未積極地說明、交代此發展歷程，也未說明何以財產利用型態轉變，相應的財產犯罪概念便應運而生，這兩者之間的關連為何？此二問題未交代，則文章念起來總有推論跳躍之感，此二問題在陳前大法官的文章中既無法得到解答，本文認為此即有進一步補充、交代的必要。

而在企業集團的商業經營結構，對於集團負責人的決策的影響，以及此等經營結構變遷與刑事規範交錯的議題部分，我國幾乎沒有專文探討之。大多僅於文章觸及相關議題時，再一併處理之。

<sup>12</sup> 見陳樸生，背信罪在財產犯罪上之體系的地位，刑法分則論文選輯（下），頁 844（1984）。

<sup>13</sup> 同上註，頁 844。

<sup>14</sup> 同上註，頁 845-846。

<sup>15</sup> 同上註，頁 846。

由於企業集團間最常發生的經營決策與刑事責任分界的問題，便是使互有關連之公司為特定交易，以使特定公司獲取一定利益的非常規交易議題。我國證交法第 171 條第 1 項第 2 款禁止公開發行公司之負責人等，使公司為非常規交易之行為，違者將課被以極重的刑事責任。而公司法第 369 條之 4 卻又允許關係企業間，控制公司使從屬公司為不合營業常規之交易。因此，論及企業集團結構、集團負責人經營決策、與刑事責任的交錯議題時，非常規交易問題是最容易被提出來探討的議題。

徐榮田在《論關係企業不合營業常規經營之法律制約—兼述關係企業合併書表之改造》一文，已整理負責人操作非常規交易時，各種可能的合法經營以及不法獲利動機，惟該文的主軸為建立合理嚴謹的會計準則，故對於負責人的合法或不法動機，對於其刑事責任的影響，並未深究。<sup>16</sup>

而潘彥洲的《證券交易法第一百七十一條第一項第二款非常規交易犯罪之研究》一文，將論文重心置於「不合營業常規」的不法構成要件的詮釋；其論及公司法第 369 條之 4 與證交法第 171 條 1 項 2 款之關係時，曾認為公司法所規範的非常規交易意義上應較證交法為廣，以減少使集團負責人負擔刑事責任之可能，且詮釋「不合營業常規」要件時，亦應避免過於擴張，以免阻礙商業負責人勇於決策及冒險獲利的精神。<sup>17</sup>從結論上看，作者似已意識到在企業集團結構底下，集團負責人所擔負的責任及其決策考量之複雜，刑法不應緊扼集團負責人之咽喉，方能鼓勵集團負責人之商業創新。但是作者在本文僅針對證券交易法的非常規交易罪提出詮釋及修法的建議，未能更進一步檢討我國當前的刑事規定是否過度限制集團負責人，而有礙商業發展之問題。

---

<sup>16</sup> 徐榮田，論關係企業不合營業常規經營之法律制約—兼述關係企業合併書表之改造，成功大學法律學研究所碩士論文，頁 28-33 (2006)。

<sup>17</sup> 潘彥洲，證券交易法第一百七十一條第一項第二款非常規交易犯罪之研究，臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 98-109 (2006)。

而學者廖大穎教授與林志潔教授合著之《「商業判斷原則」與董事刑事責任之阻卻—台北地院九十六年度重訴字第一一五號刑事判決》一文，曾由法益詮釋的角度，分析立法者在公司法關係企業章底下，承認控制公司使從屬公司非常規交易一事，對於證券交易法下的非常規交易罪的保護法益詮釋的影響；並進一步主張：基於公司法承認企業集團之經營現實，控制公司使從屬公司為非常規交易的態樣既可被允許，而不認為有侵害任何法益，那麼反向的操作，使控制公司為不利益且不合營業常規之操作，原則上亦應被允許。<sup>18</sup>此文從法律詮釋的角度，試圖在尊重企業集團的經營現實與股東權益保障中求取平衡。但是此文企圖進一步鬆綁法規對於集團負責人的規範的法律解釋，畢竟仍屬逸脫於法規文意之外，可預見必受相當之質疑。況且，當今企業集團之現狀，遠非目前公司法關係企業章的規定所能涵蓋，面對同屬一企業集團，卻非公司法所規範的關係企業間的交易操作，能否依上述解釋為行為人解套？尚有疑義。而最根本的問題，還是立法當時似仍掙扎於維持個別法人的立法結構，未全面處理企業走向結構化所帶來的新興法律問題。

林盛煌的《論金融控股公司法上的金融犯罪》，則將討論主軸聚焦於金融控股公司法上的特別刑法之規定，並以之與普通的刑法規定的構成要件相比較。<sup>19</sup>但是其在比較、檢討構成要件時，似已忽略一般的單一公司與金融控股公司（企業集團）的結構差異對於構成要件詮釋的影響，而雖然在法規結構的討論中，作者已意識到在金融控股公司的結構底下，集團負責人必須關注整體集團的利益，單純背信罪的規範結構，似不足已評價金融控股公司結構底下，複雜交易型態的問題，惟可惜作者僅以金融控股公司法第 57 條之對金融控股公司的背信罪為討論中心，未進一步討論集團負責人對個別子公司的背信問

<sup>18</sup> 廖大穎、林志潔，「商業判斷原則」與董事刑事責任之阻卻—台北地院九十六年度重訴字第一一五號刑事判決，月旦法學，第 183 期，頁 239（2010）。

<sup>19</sup> 林盛煌，論金融控股公司法上的金融犯罪，臺灣大學法律學研究所碩士論文（2006）。

題，也未提出具體的對策。<sup>20</sup>

而林盛煌在《論金控法之背信罪及其適用問題—以「中信金插旗兆豐金」乙案為例》一文，作者於檢討中信金插旗兆豐金一案後，認為對於中信金將結構債低價賣與紅火公司，相關人等是否構成對中信金控的背信罪的問題，法院應妥善運用經營判斷法則等作謹慎認定，以作適當評價。<sup>21</sup>該文做成於台北地院第一審判決出爐之前，因此未能預見台北地院最後是以相關人等對中信銀行背信的罪名論處。但是此文實已點出此案背後涉及的集團負責人經營決策自由與刑事責任間如何分野的重要議題。

綜上，簡述目前所蒐集到，曾討論到集團負責人身為企業集團最高決策者，將面臨的決策困難與相關刑罰評價的相關文獻。但是，本文發現，目前並無文獻專門探討集團負責人的決策特徵，也無文獻專門處理企業集團結構下，集團負責人可能面臨的對整體集團的背信罪以及對個別集團組成公司的背信問題。

本文認為，吾人可從研究集團負責人的決策特徵中，對照集團負責人的行為，與其所屬集團的各組公司的利益與各股東的期待，瞭解何等行為可被接受，而何等行為則需被苛責。而研究背信罪的源起及規範架構，並與前述研究集團負責人決策特徵及相關結論相對照，則可進一步判斷，對整體集團或對個別集團組成公司的背信罪規範，對集團負責人行為規制的合理性。由於以上問題尚無研究者鑽研討論，本文即以前述議題作為研究核心。

### 第三節 研究取徑與研究方法

---

<sup>20</sup> 同上註，頁 131-138。

<sup>21</sup> 林盛煌，論金控法之背信罪及其適用問題—以「中信金插旗兆豐金」乙案為例，月旦法學，144 期，頁 92（2007）。

## (一) 研究取徑

本文的研究重點乃是背信罪的規範結構是否足以應付當前的企業集團經營模式。因此，本文將有兩大研究主軸，一為背信罪的本相為何？此罪的概念是在何種社會脈絡下長成的？另一則為商業經營結構的轉變，尤其是當代集團化的企業集團經營模式下，對於商業的經營者的決策思考的影響。

本文探討重點在於，當代商業經營結構的變遷對企業集團經營者的決策思考的影響，是否會導致吾人必須重新界定自背信罪萌芽的時代，已被提出，並受背信罪保護的「信任關係」概念？因此在交代前述二主軸之後，本文將以「現代的信任概念」此一大框架，將前述兩大研究主軸的結論交織，以指出背信罪之於當代企業集團經營者的意義。

然而，要如何凸顯、研究前開二大研究主軸？本文將分化出兩個研究取徑，一為對法律發展歷史的觀點，一則為對社會現實現象的看法，之後再運用各自的研究方法以處理之。以下分別介紹本文所使用的二類研究取徑。

### 1. 具有歷史思維的法學<sup>22</sup>：法律作為依社會發展而成形的概念

本文認為，法規範乃是依時代的精神、社會發展而設立，在其成立的當下，便已經是「過去時代」的產物，新的時代固然可以賦予舊的法律新的意義，但新的意義卻是在舊的規範架構上長成，唯有充分瞭解各個時代階段的社會脈絡，方能掌握該規範的全貌，並進而在舊的時代脈絡中，抓住賦予新意義的契機。就如同論者所言，法律乃在體現國家數個世紀以來的發展，法律人所面對的最大困難在於，須將歷史與立法當時現有理論，結合成為各個時代新的產

---

<sup>22</sup> 此標題靈感取自王泰升教授於 2010 年出版的新書《具有歷史思維的法學》。惟在此必須說明，王泰升教授所謂的「具有歷史思維的法學」，乃期待台灣法學應自繼受法律的角色蛻變，在法學研究中引入台灣自身的在地法律經驗，發展出屬於台灣自己的法學，此點與本文此處的所指的意涵略有不同。



物。<sup>23</sup>為了達到此目的，本文認為吾人在詮釋一法律概念時，必須先走入該法律概念長成的歷史發展背景，如此方能充分掌握該概念的全貌，隨後再自法律概念長成的歷史中抽離，將舊的法律概念帶入現實的社會脈絡中，如此方能精確掌握舊的法律概念的過於不足，從而調整之，並賦予其因應新時代的新面貌。而由於背信罪乃是發源於西方社會，故對於背信罪發源的探所，乃是以西方社會的發展脈絡為探討核心，自不待言。

基於以上對於法律想法，本文想問「背信」的成立背景為何？是否是人們因社會發展、現實生活所需，而逐步成形的概念。而本文的主要工作之一，便是探討並回答前述問題。

## 2. 因果機制論的認識論基礎：無法被觀察的因果機制

研究社會現實狀況作為本文的第二個研究主軸，筆者在此必須先交代本文對社會狀況的認識論觀點，之後再交代本文如何在此認識論底下，運用相應的研究社會狀況的研究方法。

本文認為，欲瞭解社會的樣貌，現實生活中特定事件的研究，自然是極佳的入門途徑。社會科學研究者若想探討社會的事件的發展，並從中理出規律，甚至提出解釋的理論，首先必須先瞭解事件發展的始末及原因，為了解事件發展的始末及原因，掌握事件的各發展階段、情境與後續事件的因果關係，便是研究者必須釐清的首要目標。但是，如何認識因果關係？此問題在方法論上頗受爭議，而爭議的核心又涉及認識論上的問題。

一般的實證論者(positivist)對於因果法則的描述並不脫「若 A 則 B」的形式，它源自於對歸納法的運用。<sup>24</sup>所謂歸納法，係指從有限的事件觀察，並加

<sup>23</sup> 王泰升，具有歷史思維的法學，頁 31 (2010)。

<sup>24</sup> See ALEXANDER L. GEORGE & ANDREW BENNETT, CASE STUDIES AND THEORY DEVELOPMENT IN THE SOCIAL SCIENCES 132 (2005)

以類型化的方法，這方法為人類認識世界的主要運用方法之一，但是它在邏輯上確有兩個主要問題：一、吾人運用歸納法所得到的結論，並沒有辦法區分具因果關係的規律性及假性規律性兩者的差別，例如，從氣壓計看到水銀柱高度下降，吾人可以預測到天氣即將變化，但是我們無法透過歸納我們的觀察，排除「水銀柱下降是導致天氣變化的原因」這個結論存在的可能性；二、歸納法無法 100% 確定某現象或事件總是出現在另一現象或事件之後，因此歸納的結論在邏輯上仍有瑕疵。如，當吾人以歸納法提出「所有天鵝皆為白色」的命題時，在未窮盡觀察所有世上的天鵝之前，依有限的觀察所歸納而得的命題是不可信的。但是，要如何才可以窮盡觀察全天下的天鵝？換句話說，對於研究者而言，「若 A 則 B」往往只是初步的觀察，其結論是有疑的。再者，單純知道「若 A 則 B」的規律性是不夠的，究竟是什麼樣的歷程，使得 A 因素能夠產生 B 結論，才是研究的主要目的。<sup>25</sup> 如果不能瞭解這個過程，進而提出對外現象形成的理由做出解釋，歸納法得出的結論只不過單純是外在現象的表徵而已。

以上關於歸納法的問題，乃是源自於人的感官能力的極限。由於人類僅能觀察物理世界的外在現象，無法探知外在現象背後的機制操作，因此依有限的觀察方法所得到的結論，自然有其侷限。這些源自於人的感官能力極限所衍生的問題，首先挑戰科學研究的真實性即可信賴性，因此科學哲學領域對此等問題的討論極多。但此問題並非自然科學所獨有，同樣的問題也發生在社會科學研究之中，科學哲學的討論、研究應可資作為社會科學研究者的參考。有些研究科學哲學的學者曾嘗試以統計的方法解決前述問題，但是最後發現，統計的方法之於科學解釋的重要性，僅在於統計能夠發現因果上的相關性證據，<sup>26</sup> 但

<sup>25</sup> Andrew Bennett & Alexander L. George, *Process Tracing and Case Study Research*, Address at the meeting of MacArthur Foundation Workshop on Case Study Methods (Oct.17-19, 1997), available at <http://users.polisci.wisc.edu/kritzer/teaching/ps816/ProcessTracing.htm>.

<sup>26</sup> WESLEY SALMON, *FOUR DECADES OF SCIENTIFIC EXPLANATION* 166 (1990), cite from George,

是這對科學研究而言並不足夠，因為統計方法並無法完全擺脫歸納法所導致的困境。

為擺脫前述困境，有些研究者認為，科學研究必須轉求諸於對因果歷程及互動機制的瞭解。<sup>27</sup>這些研究者認為，科學研究乃是為了探求各現象間的因果機制(causal mechanism)。其等認為人可以藉由探求因果機制的過程，「使**解釋性的知識**能深入隱藏在自然運作機制底下的知識，超脫對現象描述的層次，並進入未曾在直接觀察的知識層次之中。解釋性知識將打開自然世界內在運作的黑盒子。<sup>28</sup>」

前開對科學研究認識論的想法，被稱為因果機制論，在此論底下，所謂的因果機制被認為是一形上學上的存在，它是終端(而暫時)不可被觀察的自然、社會或心理上的進程，舉凡物理化學變化的一連串反應機制(雖然現代的科學研究仍不斷窮極各種觀察方法，欲瞭解其間的變化)、個人的意圖、期待、資訊、官僚體系的決策結構、策略互動等均屬之。<sup>29</sup>它是目前無法(但未來可能因為科技發展或觀察技巧成熟而成為可能)被觀察的因果歷程(causal process)，但是無法被觀察並不代表它不存在。因果機制論者認為，因果機制是存在的。在這樣的前提底下，因果機制/歷程被定義為一種聯繫兩個可被觀察的事件的中介變因(intervening variables)，在其連結、運作之下，一個自變項(independent variables)的導入，必然產生一定的因果作用(causal effect)，

---

*supra* note 41, at 134.

<sup>27</sup> George, *supra* note24, at 134 n. 17.

<sup>28</sup> Salmon, *supra* note26, at 182-83, cite from George, *supra* note24, at 135. (“makes explanatory knowledge into knowledge of hidden mechanisms by which natural works. It goes beyond phenomenal descriptive knowledge into knowledge of things that are not open to immediate inspection. Explanatory knowledge opens up the black boxes of nature to reveal their inner workings.”)

<sup>29</sup> George, *supra* note24, at 137, and Bennett, *supra* note 25.

進而導出特定結果。<sup>30</sup>在此定義底下，如果研究者在時間或空間上，將作為研究標的的因果機制與其他因果機制隔離，此時測量此因果機制對一客體作用後產生的改變，那麼研究者就可主張該因果機制已對研究的主體造成可觀察的改變（即因果作用）。<sup>31</sup>。

因果機制論與傳統的歸納法在某程度上來說極為類似，因為兩者最終都無法證明自然或社會的終端機制如何運作，縱使是因果機制論，仍會遇到無法被觀察的因些因果機制存在，對這些無法被觀察的因果機制，研究者欲對一現象提出充分的解釋，仍然要依靠特定的因果歷程運作的假說，以資與已觀察到的現象相印證。<sup>32</sup>但是兩者的最大不同在於：因果機制論站在實在論的立場，認為因果歷程應該是連續性且具有一致性的歷程，而且，在此立論底下，任何研究的理論，均必須與所有已知的物理、化學、電磁、生物學及人類的大腦及身體運作機制或其他已知的知識一致，立論於因果機制論的研究分析不可僅在表面上與研究的外在現象一致，在細部分析，更要與目前所有可觀察到的情況一致，不許研究分析僅為假設為真（as if it's true）。<sup>33</sup>在這樣的論述底下，因歸納而提出的因果法則，與機制論底下的因果機制的差異，就變成是對統計上的相關性（static correlation）的描述，如「在多數情況下，若 A 現象成立，則 B 現象將隨之出現」的描述，以及對進程關係（process）的描述，如 A 變項經過 X、Y、Z 等步驟，會轉變為 B，這兩種不同的命題陳述方式之間的差別。<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> See Bennett, *supra* note 25.

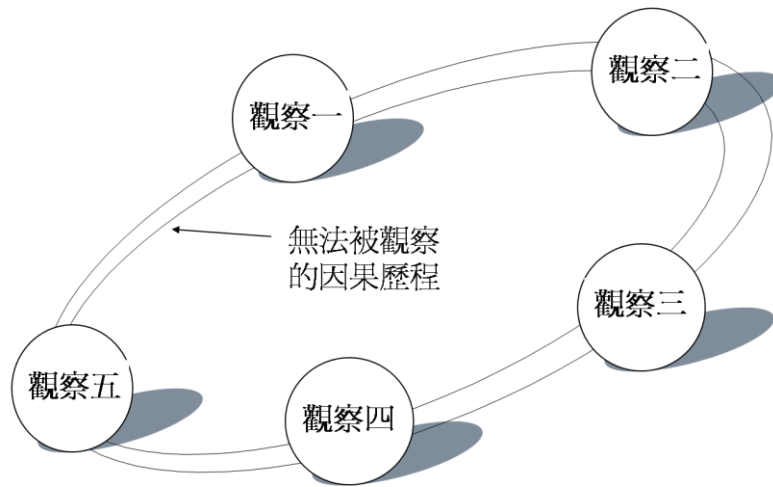
<sup>31</sup> George, *supra* note 24, at 137.

<sup>32</sup> *Id.* at 140, 143.

<sup>33</sup> *Id.* at 140-41.

<sup>34</sup> *Id.* at 141. 舉例來說，抽煙的人容易產生肺癌，這是歸納、統計上的結論，並不能解釋抽煙與肺癌的關聯性何在。站在因果機制論的立場，研究者必須瞭解其中的機制，隨著人的研究深入、觀察的儀器精進，研究者可發現，「抽煙的人之所以會產生肺癌，其實是香菸裡面的致癌物質，經過人吸入煙草及其他物質燃燒後的煙霧進入人體，這些物質再與人體產生化學作用，因而造成某些細胞突變，這些病變細胞肺部不正常增生，因而產生肺癌。」以上的描述

圖表 1 因果機制論的思考邏輯示意圖



### 3. 研究流程

首先本文將研究、分析背信罪的緣起及規範機能。此部分的最終目的是透過研究掌握背信罪的發展背景，理解背信罪的規範目的、機能、射程範圍及其結構。前已敘明，本文認為法規範的詮釋無法脫離歷史經驗而存在，唯有完整瞭解提出背信罪概念的歷史背景，及當時的社會脈絡，吾人方能有效地掌握背信罪的內容。因此，本文將從人的經濟生活歷史發展的角度，探討背信概念被提出之初的社會背景、起因及需求，再以之詮釋背信罪的內涵，以求能掌握背信罪在人類的經濟生活史上所扮演的機能。

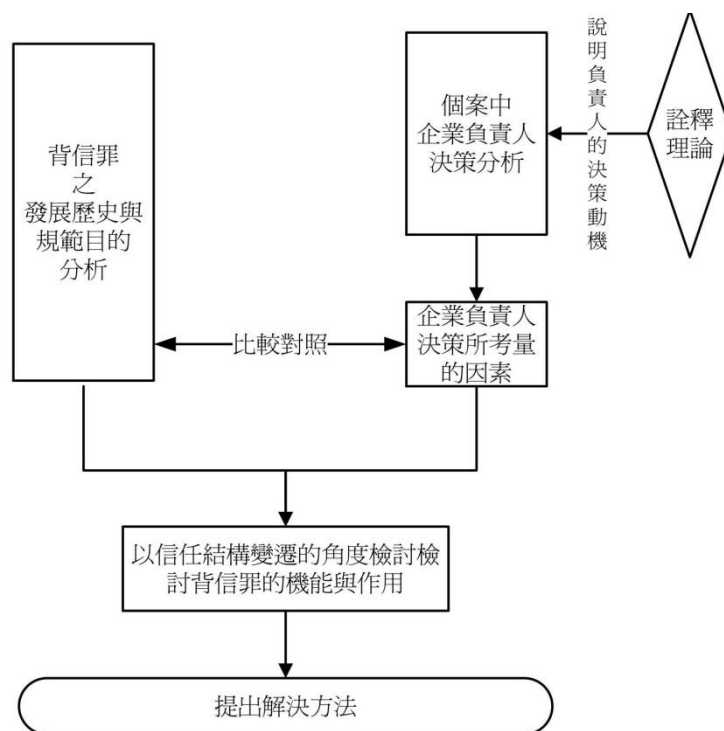
其次，本文擬從具體社會情境出發，實際個案出發，藉由特定研究方法，以修正以歸納邏輯作為個案研究架構的研究取徑可能帶來的問題，在確保個案的代表性及不喪失個案特殊性的前提下，以經濟學下的行為決策理論擴充個案的代表性，由理論詮釋分析個案特徵，觀察一具體的企業集團決策事件的發生背景及其發展，探求當代企業集團的經營方略及集團負責人的決策考量。

---

才是在因果機制論底下對於一則已發現現象的因果機制解釋。

之後，本文將分析研究後得出的集團負責人的決策考量，與背信罪的結構、機能交叉比對，從現代社會的信任結構轉變作為分析的切入點，探討集團負責人的決策思考與背信罪所預設的應然情狀間的落差，進而說明一直以來被沿用的背信概念，實已不足以因應企業集團結構下的集團負責人的犯罪問題。最後，考慮集團負責人決策、考量的特殊性，以分析瞭解這些我國立法者未曾考慮到的結構性因素對於集團負責人的行為評價、規範的影響，並提出本文的結論。本研究的大致流程如下圖表 2 本研究的研究架構：

圖表 2 本研究的研究架構



## (二) 研究方法

本研究在不同的研究階段，共將使用法律解釋以及過程追蹤式個案研究法 (Process-tracing Case Study)，詳細的研究方法內容詳下述。

### 1. 法律歷史脈絡的追尋：文獻分析與詮釋

本研究的最終目的是希望回頭檢討我國法制面對公司集團化經營的發展

下，因應集團負責人犯罪時，相關刑法機能是否得以彰顯？若機能不彰，緣由為何？再依之提出相應之建議。如同本文前述，背信罪為集團負責人最常觸犯的刑事法規。我國證券交易法、銀行法、金融控股公司法等，無一不依據背信罪的架構，訂定刑度不一的特別背信罪規定。

但是，本文懷疑，最開始乃以個人之間的信任以及財產保障作為規範基礎的背信罪，其框架並不足以規範站在整個企業集團頂端運籌帷幄的集團負責人。這個問題，實由企業集團的機能、背信罪的設計緣由、以及背信罪與民事責任違反的分野等議題交錯構成。本文認為，背信罪的緣由，或許是解開此盤根錯節的爭議的關鍵所在。

同時，本文認為，法律釋意以及比較法分析，固然可以提供吾人於適用法律時，明確的解釋依據及指引，但是脫離了原本歷史脈絡的法律研究，卻無法讓讀者一窺該法規的深意。<sup>35</sup>本文最終目的為探究面臨集團經營結構的企業舞弊案件挑戰的背信罪新的時代意義，為達此目的，本文就必須充分掌握背信罪的成立背景。

### (1) 中古世紀經濟發展研究與英美法相關文獻整理

在歐陸法系國家，最初的背信罪的訂定，應是在法國大革命前後的事。此罪名的成立，應與資本主義萌芽、所有權概念的確立、以及契約自由哲學的發展具有密切關連。<sup>36</sup>

在資本主義發展的過程，影響最烈的，當屬人民對於財產的概念的轉換。

<sup>37</sup>由於財產概念的轉變首先展現在人民的經濟活動之上，並進而衝擊民事契約

---

<sup>35</sup> 王泰升，前揭註 23，頁 31（2010）。

<sup>36</sup> 陳樸生，前揭註 12，頁 844。

<sup>37</sup> 見 Werner Sombart 著，季子譯，現代資本主義第一卷，頁 463-465（1991）。更詳細的財產概念轉變，及其與契約概念的交錯影響關係，將於第二章再作詳細說明。

法的發展。<sup>38</sup>因而從民事契約法的規範及發展，可以反窺人民對財產、財富概念的變化。這些概念的轉變，又將影響一國財產犯罪的規範體系。因此，欲探求背信的概念如何成形，以及何以認為背信是財產犯罪的一環，吾人必須先理解中世紀以降，財產概念以及契約法的變遷，這些研究觀察，均須仰賴中外各個研究者對於此等議題所著述的文獻資料整理。

理論上，在理解民事契約法下，財產及財產利益概念的變化之後，便可以此等概念的變化，觀察刑法背信概念如何相應成形。若可直接研讀歐陸法系國家的法學研究文獻，將是最直接有效的研究觀察，惟因筆者語言能力有限，實難以利用歐陸法系國家的法學文獻，探求背信概念的成形。

所幸，筆者發現英美法系的文獻或許可以補足前述的不足。英國法（在此不稱英美法，因為在 1776 年以前，美國尚未成立）與歐陸法系國家不同，後者直接繼受羅馬法的規範架構，而前者卻是在英國這塊土地上，逐步發展屬於該國的法制體系。在漫長的法制發展過程中，英國法多少受到羅馬法的影響，同時英國法有一極大的特色：在英國的普通法（common law）傳統底下，普通法法院得藉由判決創設（發現）一般性的法規範，<sup>39</sup>在普通法法院的法律創設過程中，可一步步帶入法官所觀察到的交易概念的轉變對社會發展的影響，以及從他國引進的法律概念。在這樣的法律體系底下，吾人容易從個別案件的紀錄中，觀察法制的發展歷程。再者，英國雖擁有不同於歐陸國家的法律系統，但是其與歐洲大陸卻有相似的歷史，自文藝復興時期以降，英吉利海峽兩岸的國家面臨相似的思潮衝擊以及社經情勢轉變。在這樣的歷史背景底下，歐陸國

---

<sup>38</sup> Michael E. Tigar 著，紀琨譯，法律與資本主義的興起，頁 203-218（1996）。

<sup>39</sup> 在英美法系的傳統底下，認為普通法法院的功能為發現在國家領域內，既有之共通法規範，故法官扮演者，乃是「法的發現者」的角色，而後再由後續的法院跟隨（follow）先前判例所確立的法律。而在英美法系的國家，除了普通法之外，議員亦可制訂法規，此等法律被稱為制訂法。王泰升，前揭註 23，頁 8-9，註 17。



家與英國的財產概念變化應該有相當的共通性才是。同時，本文在文獻蒐集的過程中，更發現英國在普通法法院的運作及國會的法規修訂下，在 19 世紀漸漸形成與歐陸法系國家相類似的財產犯罪體系。因此，基於前述因素，本文認為，分析記述英國的財產犯罪發展的過程的文獻，應能有效地觀察背信概念如何成形，並彌補本文無力分析歐陸文獻的不足。

而美國作為另一個英美法系國家，自 1776 年獨立以後，繼承了英國的法律體系以及普通法傳統，其同樣經過資本主義的洗禮，法制也不斷隨著時代而調整。在探討英國如何建構其財產犯罪體系後，本文將進一步把焦點置於美國的背信概念的發展，因為美國自 20 世紀以後，實務以及學界，均致力與發展攸關背信概念的理論及論述，這些論述，均與當代的社會經濟發展息息相關。近代美國的實務界以及學界，不斷地為背信概念注入新的時代的思考及想法，其所累積的討論、觀點，對於吾人詮釋、理解背信罪，並賦予其新的時代意義，必有相當助益，故一併整理、分析之。

## (2) 民事契約法與刑法背信罪的綜合比較詮釋

本文先前已初步說明，由資本主義思潮所引發的財產概念的發展與轉換首先展現於契約法的規範變遷，隨後再影響財產犯罪的建構。換句話說，當代的西方法制，不論民事法或刑事法，均統歸於同樣的歷史脈絡之下。而我國繼受自西方（主要直、間接來自於德國）的民事法及刑事法，亦無法逸脫於此等時代發展趨勢之外。

從而，本文認為在詮釋背信罪的法律構成要件意涵時，必須謹記此等法規發展脈絡。雖然論者或謂刑法乃獨立於民法的學門，故在研究上不必然受到另一學門的影響，然而既然財產犯罪概念的發展與契約法的發展，同受相同的時代思潮衝擊，故其必有相當的核心概念是一致的。兩法律學門雖各自發展相應的制度體系，但是此制度與彼規範間，應有相互輝映、彼此統合之處。因此，

本文認為詮釋背信罪時，勢必不能忽略民事法上相關的概念與制度設計。職是之故，本文於解釋、分析背信罪的概念時，將會有相當篇幅討論民事法的相關概念，並以之與背信罪的相關要件對照、呼應，力求民、刑法的制度、概念的一致。

## 2. 過程追蹤式個案研究法

### (1) 因果機制論與法學實證研究方法

過去臺灣關於企業犯罪的研究，論者多將既存法規當成當然的事實，同時將個別公司當成個別主體來處理，較少從法規的演進及整體集團的角度出發，來看待集團負責人的責任。

而在研究方法上，論者可從立法目的著手，以說明法規設計妥當與否；或詮釋法規，再引入實務判決加以分析、印證之；或引入外國文獻與我國立法比較，指出我國與他國立法之異同。這樣的研究取徑主要是以法釋義為主，輔以實務判決及他國法規比較，這有助於研究者從立法目的、邏輯或實務運用層面印證、瞭解所研究的法規，並從法規範可否達成立法目的的角度判斷立法技術之優劣。

但是這樣的研究方式卻無法從社會變遷面，掌握法制面的缺陷。為了突破前開的研究限制，有些研究者決定轉從具體案件著手，藉由分析一個個實際案件的事實與法院判決，指出應有問題但法院卻未處理之行為，或「以一個真實發生的案例為研究分析的客體，將無關枝節刪去並適度簡化與抽象化，並與實定法規交互搜尋涵攝，從中發現應罰性與可罰性的落差...<sup>40</sup>」此等研究方法，本質上屬歸納法的應用，研究者可從一則或數則案件中，藉由醇化，提煉出某

---

<sup>40</sup> 王虹文，經濟犯罪法制相關問題研究-以掏空上市櫃公司資產及洗錢防制為例，中央警察大學法律學研究所碩士論文，頁2（2007）。

些特徵，並將之歸納為社會的普遍問題。但是，這樣的方法將受到歸納邏輯的限制，且有過度簡化，而忽略一些個別事件特徵的缺點。縱使是從多數實際案件的事實，點出法院應處理而未處理的問題，在邏輯上，也很難說明這是實務上「普遍」存在的問題，還是特例。換句話說，此方法雖可點出具體社會現象與法制不一致的問題，但是此研究方法卻無法交代，此問題是否屬為「普遍性」的問題。

再者，由於每個案件均由獨特的事實所構成，如果以歸納個別案件相似的現象的方法挖掘問題，有時反而會忽略個案獨特的事實對於個別現象的影響。例如，台灣不論公司大小，均可能發生公司負責人以衍生性金融商品或交易操作，掏空、挪用公司資產的案件，「公司負責人」與「特殊的交易操作」為這些案件的共通現象，此時固然挖掘出共通的社會現象，但往往也忽略個別案件的獨特性，如大型公司集團與小型獨立公司的負責人的差別，或是這些案件發生的獨特社會脈絡。如果研究者為了滿足個案代表性的需求，而過度簡化事實，將失去該個案的獨特之處，此時依據此簡化後的事實所進行的研究，也可能因而失真。而縱使研究者將研究的案例限於一個個的企業弊案，吾人仍難以單從所選擇的案例樣本，便斷定研究者所診斷的問題，是「純」屬企業集團會面臨的問題？還是小型公司也會發生類似的問題？除非研究者能更進一步以其研究的初步結論，與個別的獨立公司的相關特徵相對照。但這樣的研究方式，又必須處理如何取樣對照的先決問題，故是否可以把相關問題理得清楚明白，仍有疑問。本文認為，研究者要作的，應該是去耙梳企業集團複雜的決策，從中理出在企業集團結構下的決策背後，複雜的組成結構的影響，及此等決策的成因及脈絡。但是，魔鬼就藏在細節裡，這些可能就藏在具體個案細節中的成因及脈絡，往往在研究者歸納、比對、整理的過程，便輕易地被忽略了。

因此，如何掌握個案事實的獨特性及細節，應是社會科學或法學的研究中，亟需關注的課題。而本文便是希望藉由透徹研究一個發生在台灣社會的實

際個案，從個案細節中，梳理該案件事實背後所隱藏的企業集團經營者的結構特徵，從中證明企業集團結構底下，集團負責人的行為確實有一般單一組織的公司經營結構所無的特徵存在。但是，或有質疑，本文只選定一個個案為研究標的，要如何處理研究結論的信度與效度問題？對此，下述研究方法的說明將交代本文如何解決此一質疑。

## (2) 過程追蹤式個案研究方法及其方法論基礎

過程追蹤式個案研究方法就是根源於因果機制論所發展出來的研究方法。主張此種研究方法的學者認為，社會科學與自然科學差別的關鍵在於：社會科學研究人的行為，而人會思考、預測，並嘗試改變其所處的社會及物質環境，同時，人擁有長期的傾向以及短期的慾望，<sup>41</sup>這些變因均是從事自然科學研究者所不曾處理的。此外，自然科學研究可以在實驗室中創造控制變因的環境，而觀察某一現象的因果機制；但是在社會科學中，人並無法重建歷史現場，也無法控制所有欲控制的變因，同時保留欲觀察的變項，觀察該變項對後續事件發展的影響。<sup>42</sup>雖然有論者試圖透過統計，藉由大規模的案件調查，以凸顯某特定變項對後續事件的影響，並突破前開社會科學研究的先天限制，但是統計方法並不能完全克服在認識論上對因果關係的挑戰。因此，學者認為，個案研究應是突破此等困境的重要研究方法，而過程追蹤式個案研究方法正是個案研究方法的類型之一。

在主張個案研究方法的學者中，有些學者希望透過比較個案的方式來達到釐析因果機制的目的，比較個案方法的基本邏輯便是「異中求同」或「同中求異」，前者指在具有不同的結果或應變項（dependent variables，為因果作用後的結果）的多數案件中，找出不同的自變項（這些不同的自變項可能就是影

---

<sup>41</sup> George, *supra* note 24, at 129.

<sup>42</sup> See Bennett *supra* note 25.

響最後結果的主因)，將這些不同的自變項剔除後，剩下的共同因素就是不會影響影響最後結果的因素；而後者則是在具有相同結果的多數個案中，找出所有相似或相同的自變項(這些相似或相同的自變項便可能是導致最後相似結果的因素)，將這些共同的因素排除之後，剩下的歧異因素就是不會影響結果的因素。<sup>43</sup>但是，主張過程追蹤式個案研究方法的學者認為，比較個案法的最大問題為：在一般情形底下，研究者很難找出只有單一變項有異同的完美比較案件，若求完美的觀察案件而不可得，研究者勢必僅能退而求其次，轉而研究具有多種歧異變項的多數案件。然而，一旦研究者因為研究個案來源問題而讓步，轉而投入研究具有多數歧異變相的案件時，研究者很有可能無法確定其是否真已找出所有可能影響結果的變項，也無法保證其研究的案件的變因多樣性問題是否已在多數案件的比較中被逐一排除，而找到足夠支撐其研究結論的基礎。<sup>44</sup>基於前述的難處，有論者認為單純的比較方法，並不足以作為釐析因果機制、提出詮釋、解釋自然或社會現象的理論的研究方法。

此外，比較個案的研究方法的另外一個重大問題便是自然及社會現象的同相異名、殊途同歸的現象 (equifinality)。所謂殊途同歸，係指不同的案件雖有同樣的結果 (相，即外觀)，但是該結果卻是由不同的變項 (名，即實質) 所導出。<sup>45</sup>殊途同歸的現象很難藉由個案的比較中突顯出來，雖有論者認為此可藉由交叉運用異中求同及同中求異的方式解決，但是可以讓研究者做如此完美比較分析的個案畢竟難尋，如果不能外求其他研究方法，此等個案比較的研究方法的釐析因果機制的效果可能有限。<sup>46</sup>

為了解決瞭解前述比較個案分析法的困境，主張過程追蹤式個案研究方

---

<sup>43</sup> George, *supra* note 24, at 153.

<sup>44</sup> *Id.* at 151-52, 156.

<sup>45</sup> *Id.* at 157.

<sup>46</sup> *See id.* at 158-59.

法的學者認為，研究者從追蹤個案發展進程的角度出發，應可妥適地處理前述的研究方法難題。主張此等研究方法的學者以骨牌遊戲來比喻一事件的大小環節：假設一哲學家在房間的桌上立了 50 個骨牌，所有骨牌印有點數的面均朝向同一方向，而且骨牌之前被一塊布幕遮住，僅露出第一塊以及最後一塊骨牌。今令觀察者進入房間後，當之看到第一塊骨牌及最後一塊骨牌朝同一方向倒下時，應可推斷這兩塊骨牌間發生共同作用（co-vary）。但是發生共同作用代表了什麼？房間裡的哲學家單純翻倒第一塊及第五十塊骨牌？還是這位哲學家震動桌子，使第一塊及第五十塊骨牌倒下？又或是因為桌子震動，使所有骨牌同時倒下？哲學家是否故意推倒某一塊骨牌，使所有骨牌依序倒下？在不能揭開這片布幕的時候，研究者必須探究骨牌倒下原因時，此時，現場的線索便是唯一的憑據，這些線索可能包括：骨牌倒下的方位是否過於平整？倒下的角度與相對位置如何？在現場的其他人是否有聽到不尋常的聲音？有無地震或風？是否有依序倒下的表徵？若依序倒下，有點數的面所朝向的方位為何？<sup>47</sup> 研究者儘量蒐集所有觀察到的現象後，再依據所有已知、可確知的知識推導，或許就可以找到極為逼近真實現象的結論。

倡議因果機制理論的學者利用前開示例強調：被遮住的骨牌就像是無法被觀察的因果機制，雖然無法被觀察，但是這些因果機制確實存在，只不過在具體的案例中，如何探查這些因果機制是否發生作用、如何發生作用、是什麼機制誘發其作用等問題，則是研究者須探求的問題。主張過程追蹤式個案研究方法的學者認為，若要探索這些問題，研究者必須從追蹤個案的各個線索出發。

在過程追蹤的個案研究方法中，研究者必須想辦法辨識、指認出介於自變項（起因）及應變項（結果）間的中介因果歷程。在此研究方法中，研究者可運用適當的理論，將複雜、彼此交互作用的變因以特定的方式鍊結，在整理、

---

<sup>47</sup> See Bennett, *supra* note 25.

詮釋的過程中，所有在個案發生的中間階段均可為該理論（或修正後的理論）所預見、解釋。<sup>48</sup>藉由與理論相互對照、印證，可確保研究者的所分析的因果機制有相當的存在可能性，<sup>49</sup>而其分析的強度則取決於所運用的理論的可信度。<sup>50</sup>

主張過程追蹤式的個案研究方法的學者認為，此研究方法將迫使研究者將所有可能導致殊途同歸的因素納入考慮，使研究者可在事件的最終結果與追蹤過程中發現的證據保持一致性的前提下，勾勒出（一條或多條）可能的因果歷程。<sup>51</sup>如果勾勒出許多可能的因果歷程，代表其中的因果機制組成可能極為複雜，而所有呈現出來的因果機制，均必須能夠在自變項及應變項中，呈現出一個不被干擾、介入的因果作用歷程。<sup>52</sup>

本文將以個案的發展過程追蹤分析的方式，作為開啟本文研究之基礎。而所謂的個案，可以是一個事件（event）、個人（individual）、實體（entity）或組織（unite）<sup>53</sup>。過程追蹤式的個案研究便是透過各種來源的證據調查現實生活中的一段現象，並賦予該現象一個連貫且具一致性的詮釋。個案研究藉深入探究每一個細節與資訊，而深入案件，扣緊、分析每一個變因，進而拓展我們對於一事件甚至整個社會或制度的認知。

### （3）個案與通案的聯繫

由於個案畢竟僅是一個社會的單一現象，如何將單一個案與社會普遍現狀連結，便成為許多社會科學研究者所關注的議題。有論者認為，以一理論作

---

<sup>48</sup> George, *supra* note24, at 206-07.

<sup>49</sup> *Id.* at 181.

<sup>50</sup> See Bennett, *supra* note25.

<sup>51</sup> *Id.*

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> Khairul Baharein Modd Noor, *Case Study: A Strategic Research Methodology*, 5(11) AM. J. APPLIED SCI. 1602, 1602 (2008).

為個案與外在世界的聯繫，透過個案事實及理論的邏輯關連以及理論的意義將個案內容外推，將使研究者可從個案中發現世界的概括的現象，這將使個案研究者可將其研究內容普遍化、與通案連結。<sup>54</sup>透過特定理論作為研究基礎，研究者可以發現特定事實（variables）的普遍化（universal）之間關係。<sup>55</sup>

而過程追蹤式個案研究方法，著眼於個案研究能呈現豐富個案內容的機能，同時基於認識論上對於因果機制的論述，認為透過追蹤個案的發展進程，以理論連結每個可觀察的現象，便可挖掘存在於各個可被觀察的現象間，但是卻無法被觀察的因果機制或因果作用。依照主張過程追蹤式個案研究法的學者的看法，這些無法被觀察的因果作用，不僅僅存在於個案之中，其更普遍存在於兩個相似條件底下的可觀察現象之間。

本文認為，由於集團負責人的考量因素乃存於負責人的內心，因此唯有透過理論(本文所使用的詮釋理論，將於第三章進一步介紹)的詮釋連結客觀事實以及集團負責人的決策內容，方能確認其考量的因素，進而推測在何等條件下，集團負責人將會做出違反法律規範或違反個別子公司利益的決策。因此，本文認為過程追蹤式的個案研究方法極適合作為本研究探討個案起因，及相關決策因素的研究方法。藉由個案的追蹤、分析，並引進行為決策理論，本研究或許可以瞭解是否存在特定的因果機制，會促使或誘發集團負責人為特定的決策態樣，甚至決意違反刑法，進而推測其他處於相似條件的集團負責人，是否也會落入類似的決策困境之中。

---

<sup>54</sup> 盧暉臨,李雪，如何走出個案—從個案研究到拓展個案研究，收錄於法律與人類學：中國讀本，頁 353-354（2008）。

<sup>55</sup> Roger Gomm, *Martyn Hammersley & Peter Foster, Case Study and Generalization*, in *CASE STUDY METHOD – KEY ISSUES, KEY TEXTS 103* (Roger Gomm, Martyn Hammersley & Peter Foster ed., 2000).



#### (4) 本文應用過程追蹤式個案研究法的目的

本研究以一則集團負責人之犯罪案例為研究標的。由於集團負責人的犯罪行為多與商業利益、經濟利益相關，「利益」是集團負責人的決策動機與目的，而集團負責人可能涉及的犯罪行為及刑罰則是該行為的風險。若集團負責人做出可能涉及犯罪行為的決策時，那麼在施行相關決策之前，集團負責人勢必得考慮所有的利益與弊害，同時進行風險控管，只有經過成本效益分析之後還認為有利，一個理性的行為人方願意投入成本以及風險而為此等行為。但是因為人的理性有其極限（相關說明見第三章），如果其決策結果，乃是受到集團負責人決策上可能面臨的非理性因素或其他結構性因素的影響，那麼刑法在評價這些人的行為時，便應將這些結構性因素考慮進去。同時慎重思量此等因素在防弊政策上所扮演的角色，以避免刑罰誤用、濫用，同時更有效、確實地處理企業舞弊問題。

為了深入檢討前述各個問題，本文實有必要深入探究，在具體個案中，集團負責人在有限理性的條件下，究竟考慮了些什麼。

當然，筆者也承認，由於影響集團負責人決策的緣由，往往是存乎一心的動念，或是不願留下黑紙白字的謀略，故欲探究集團負責人的決策考量有本質上的困難。幸好，在一個具體案件中，一事件的發展背景、集團負責人所處組織的內部情況、組織結構，均是集團負責人的決策時所須考量的客觀條件，同時，當負責人做出一決策，該決策的結果必反映在該事件的後續發展中，而且，當今法制下，企業集團往往是政府積極管理的目標，許多資訊均要求公開，而且企業集團經營狀況茲事體大，其經營狀況也多經媒體披露，因此，上述的發展背景、組織內部情況、發展狀況的時間點及其影響等等，均是可以被輕易觀察的。

在這些條件底下，集團負責人的決策思考，就像是一種無法被觀察，但

是確實存在的「因果歷程」，本研究所要達成的部分目標，就是藉由組織一個具體案件的相關資訊，透過特定理論，勾勒出這個原本無法被觀察的「因果歷程」。如果能勾勒出一條隱藏在複雜決策底下的決策心理歷程，應該就能進一步醇化出，企業集團結構下，集團負責人不同於單一公司個體的負責人的決策思考邏輯，從而吾人就能更清楚明白地檢討當前的背信罪的設計，是否適用於企業集團結構下的集團負責人的行為。換句話說，依過程追蹤式個案研究法所提煉出的集團負責人決策特徵，是之後本文進一步分析背信罪在集團結構下集團負責人決策行為的應用的重要基礎。<sup>56</sup>

### (5) 個案研究資料選擇標準及資料來源

前已說明，本文將以過程追蹤式個案研究方法，分析、瞭解一特定個案的集團負責人的決策特徵，透過追蹤該案例的發展過程，以探究在集團經營的結構底下，集團負責人如何作出決策，有限理性的限制究竟對其決策有何影響，以及身為企業集團的決策者，其如何平衡集團內部的經營需求，其考量因素與最後的決策結果間的因果機制。在此研究目的下，如何挑選合適的個案，實關涉整個研究的成敗，及其代表性及有效性。以下將交代本文挑選研究個案

---

<sup>56</sup> 也許看完本文第三章，以過程追蹤式個案研究法，並援引行為經濟學的行為決策理論，對選定個案—紅火柴—相關集團負責人的決策特徵的分析的結論後，讀者會認為分析後的結論，與一般單純去瞭解該案的前因後果，以及中信集團的經營結構後，便可直觀地得到的結論相同，而認為根本沒有必要繞這麼大一個圈子，以過程追蹤式個案研究法來分析這個案件，然後得到一個透過直觀式的觀察便可得到的結論。面對以上疑慮，本文的回應是：這是研究「信度 (reliability)」的問題。由於科學研究的前提是研究必須有具有可靠性與一致性，只有在這個前提下，才有辦法進一步討論該研究的效度 (validity)。本文認為，單純透過直觀的觀察、推論，這樣得出的結論的信度是有疑問的。縱使吾人透過直觀便得到一個貼近「事實」的結論，吾人也無法向其他人說明這個結論怎麼來的，換句話說，吾人無法向他人說明這個觀察結論具有一致性與可靠性。為了解決這個問題，本文認為唯有在一定的認識論及方法論底下，援引特定的研究方法，以支持研究的結論，如此才能確保，只要在同樣的認識論及方法論底下，由不同的研究者也可以得到類似的結論，而確認這是一個有「信度」的研究。

的標準：

## I. 個案選擇標準

本文認為，相較於集團負責人將其所服務的公司視為工作志業發展的場域時，其因決策失當而觸犯刑責對之造成的損害感，相較於僅將公司當成其實踐犯罪行為的工具的集團負責人，兩者在心態及對於風險的考慮上，應有極大的不同，後者（以犯罪為最終目的的負責人）應是以個人獲取經濟利益為最終考量，而公司、集團僅是其達成犯罪目的的工具，而其在企業集團組織中所處的地位僅是其獲取更多經濟利益的工具罷了，力霸案即屬此類型。而將所服務公司視為個人職業發展場所的負責人，其決策必須慎重考慮其行為對其職位、社會地位及所服務公司的影響，故而對此等集團負責人而言，投入犯罪的阻力應較前述以犯罪為目的的負責人面臨的阻力為高。因此，倘若無極高的利益（實際的經濟收益或是有助於其地位、工作發展的無形利益）、較低的刑罰風險或根本認為其行為並無不當，致力於事業經營的負責人應該不會願意投入犯罪行為之中才是。因此，若能瞭解致力於事業經營的集團負責人何以願意投入法所不許的活動，以及其如何評估其決策，應有助於瞭解將企業集團當成實踐犯罪行為工具的集團負責人惡意掏空公司時的心態。

基於以上原因，本文擬將討論標的聚焦於積極經營公司業務的負責人的犯罪行為。此外，由於本文欲討論企業的集團結構對於集團負責人的決策的影響，因此研究案件的選擇，將以牽涉整個企業集團，且是具有影響整體集團決策地位的集團負責人觸犯刑責的案件，作為本文研究標的挑選標準。

## II. 選定個案

基於前述研究個案挑選標準，本文認為紅火案應是極佳的研究標的。該案發生於 2006 年，該年中國信託金融控股公司（以下簡稱中信金控或中信金）

的主要負責人操作海外結構債交易，以中信銀行資金向海外銀行購入結構債，並鎖定兆豐金融控股公司（以下簡稱兆豐金控或兆豐金）股票；再利用海外一美元紙上公司紅火公司（Red Fire Developments Limited）自中信銀行處承接該筆結構債，達到鎖定、壓低兆豐金股票目的，同時將資產留在海外，由於操作動作過大，相關的中信金控負責人在相關交易後，立即被檢方鎖定、起訴。四、五年過後，截至 2011 年 4 月止，已有四位前中信金控的負責人在一審被判有罪，尚有一人在逃。由於中信金國內體質極佳的金融控股之一，旗下銀行（中信銀行）亦是台灣信譽極佳的銀行，而所有涉案的負責人均是中信金控長時間培養的負責人，這些負責人擁有相當的社經地位及事業版圖，應是積極經營其事業的負責人，但是本案中這些致力於事業的人，卻甘冒受到刑事處罰的風險，為此案的複雜交易操作，最終導致自己身陷囹圄。追蹤並研究分析紅火案的背景、發展歷程及導致此等複雜的交易決策的因果機制，應可瞭解這些事業有成的負責人為系爭交易操作的想法及動機，並探究何以我國法規無法嚇阻這些負責人投入犯罪行為。因此，本文認為，紅火案應可作為研究集團負責人的決策動機與背信行為之間的關連的起點。

### III. 個案研究資料來源

由於紅火案自案發迄今已逾三年，在這段期間，相關的案件事實不斷被揭露，這些已揭露的事實均為本文研究分析紅火案的素材：目前紅火案已有部分被告經台北地方法院為有罪判決。不論法院的判決書以及檢察官的起訴書對於紅火案的基本事實資料均已作相當的整理，應可作為本文整理紅火案的發展歷程的重要參考；而本案涉及策略性地買賣兆豐金股票，調查、分析兆豐金控於相關時間點前後的股價漲跌，將可反推中信金控的操作策略或反映其交易操作的效果；又因為本案件涉及台灣兩大金融控股公司的併購議題，而金融控股公司及其子公司的相關財務報告均須公開，因此亦有相當資訊可供參考；此

外，由於案發當時適逢當時政府推行頗受爭議的第二次金融改革，因此相關媒體報導極多。以上相關的資料文件交叉比對可以指出中信金控的決策的大概時間點，以及其決策對於中信金控還有兆豐金控的影響。由於紅火案涉及互相關連的綿密決策操作，分析這些決策時點及其影響，勢可做為研究、詮釋紅火案相關負責人決策背後的動機及其考量因素的重要依據。

### （三）研究方法限制

#### 1. 法律詮釋的資料來源限制

本文力圖從資本主義發展對社會的影響的角度，討論背信罪概念如何成形，但本文亦承認，這個研究過程最大問題還是在筆者個人語言能力的限制。前已說明，雖然背信罪乃是歐陸法系的概念，但是由於筆者個人語言能力有限，因此從事本研究時，無力以歐陸法系國家的文獻作為直接的研究根據。只能退而求其次，藉觀察由擁有相近歷史發展進程的英國法的發展，來探討背信罪概念演化的可能社會及歷史因素。

其次，在英國法的資料來源部分，由於早期的判決文獻乃屬古英文，或夾以相當的拉丁文，亦非筆者語言能力所及，故關於早期英國法院的研究資料，主要來自各學者所著，有關英國刑法發展的著作。故早期的英國判決資料，多為二手文獻，惟此為筆者在能力有限下，不得不然的選擇。

#### 2. 過程追蹤式個案研究方法之侷限

由於本研究的研究客體為集團負責人衡量面對相關刑罰的風險的思考，此並非客觀可觀察的事實，本文雖透過在認識論及方法論上自成一格的過程追蹤式個案研究法，企圖解決此問題，並提煉出隱藏在複雜的交易過程後的交易決策心理因素，但這樣的研究方式仍有其限制，主要的限制有二：

一、於詮釋負責人的行為及動機時，由於資料並不能保證完全還原當時

的歷史情境，且相關動機乃存乎集團負責人的內心，雖援引行為決策理論作為推敲行為動機、考量的取徑，但研究過程難免帶進筆者的主觀想像，因此筆者不一定能完整刻劃涉案的集團負責人的真正想法及考量的因素；

二、由於研究集團負責人的犯罪行為事涉敏感，難由相關的涉案人處瞭解其真實的想法，故雖然可蒐集、研究相關起訴書、判決書、股價漲跌、財務報表及媒體報導等，但資料的蒐集仍有其極限，相關事實及證據終非直接來自於涉案人的陳述。再者，縱使資訊來自起訴書或判決書中對於涉案人員的敘述的記載，但是涉案人員難免有其他策略或利害的考量，其所陳述的意見亦無法盡信。

關於第一項限制，本文雖然承認詮釋可能涉及筆者的個人主觀意見，但是透過引入行為經濟學底下相關決策偏誤的理論，以之詮釋集團負責人的行為，實屬對於其行為的另一種解讀角度。況且，法院於審判時，亦屬法官介入個人主觀意見挑選、詮釋個案事實。若本文能透過一理論仔細分析所能蒐集到，而且應屬可信的客觀細部資訊，從中發掘一集團負責人的可能考量及思考限制，又何嘗不是提供更多元的資訊與角度予未來審理相關案件的法院參考？

再者，雖然研究現實的集團負責人犯罪個案時，資料來源確有前述限制，但本文認為，縱然資訊有限，但若不能從現有的資訊詮釋、瞭解一集團負責人可能的想法，縱使研究者在理論上努力地探討公司治理、犯罪的矯治與防治策略，仍難以針對法律規範的真正病灶開立處方，相關犯罪問題依然存在。故此研究方法雖有前述限制，但本文認為仍有必要以過程追蹤個案研究方法，組織客觀事實並透過行為決策理論的詮釋、醇化，以逼近集團負責人的決策時的真正想法。

### 3. 個案選擇之限制

由於本文僅分析、研究紅火案的案件歷程，再從個案的始末探討、詮釋集團負責人的決策考量，因此研究的結論或許不具有全面性與通案性。本文承認，集團負責人可能會因為所涉及的產業有別、公司發展階段差異、企業文化的不同、及負責人本身的風險偏好屬性殊異而有迥異的思考。又因為本文所選案件的涉案公司為金融控股公司，金融業又是受到高度管制的產業，而該案件的發生時間點又適逢第二次金融改革時刻，這些特殊的特殊時空背景或將影響本研究的通案代表性。

然而，由於本文的目的在於瞭解集團負責人對於刑法風險的考量，雖然個別公司的企業文化、發展階段及負責人個別的風險趨避或風險愛好屬性會影響其對於法律風險大小的容忍值，但是此並不影響這些負責人對於法律風險的性質，亦即法律的規範架構、構成要件、執法成效等結構性因素的衡量。因此負責人對於受刑罰風險的「量」的估計雖有不同，但是對於該風險的「質」的判斷應有相似性。而且，透過引入行為經濟學的角度，詮釋紅火案個案的集團負責人的行為及考量，則分析後的結論，已從個案的事實轉換為在類似情況下，集團負責人可能會有的考量因素，此時，個案研究的結論不無參考價值。

再者，本案雖屬金融案件，且銀行法對於銀行的負責人的背信問題有其特殊規定，但是除了銀行法下特別背信罪的特殊要件之外，本案法院處理此問題時，最終仍是回歸負責人是否違反「背信」的問題的討論。背信罪普遍存於各種處理集團負責人犯罪的規範之中，雖然受罰主體、構成要件及刑罰程度因不同的法規而有差異，但是此些差異對背信罪的基本結構並無影響，雖然銀行法有其特別的身分構成要件，但是由於背信罪的基本結構相同，因此由紅火的犯罪手法的操作，將可觀察行為人如何規避可能的刑事追查，此對相關公司負責人背信問題的犯罪防制策略的檢討仍應有所助益。

## 第四節 論文結構

在說明研究取徑與方法時，本文已說明本文的研究主軸有二：第一個主軸為探討從過去到現在，因為社會變遷而造成的財產概念轉換，對人的經濟活動的影響，以及此等轉變對於「背信」概念的建立及影響；第二個研究基礎則為紅火案的案件事實及發展歷程，透過對紅火案的發展的觀察，本文以特定的研究方法，詮釋、離析現代企業集團經營的特徵，及集團負責人對自身地位、集團角色的想法。

但由於此二主軸一是對於過去現象及法制發展的回顧，一則為對當代社會現象的觀察，兩者僅是平行的研究結論，並沒有任何交集。欲交織兩研究主軸，本文必須將兩主軸的研究觀察放到更大的框架中討論。而在二十世紀，有兩位學者對當代社會提出的觀察，便提供本文綜合分析前述兩研究主軸所需要的框架。Anthony Giddens 為著名的社會學者，其曾著述說明為何當代社會在十八、九世紀後，有爆炸性的發展，Giddens 將此等發展歸功於人類可以成功的將時、空概念分離，並具體運用，此等過程，Giddens 將之稱為「脫域 (disembedding)」，並認為脫域機制的成功，乃是建立在信任關係之上。<sup>57</sup>而 Adolf A. Berle 則為當代著名的美國公司法學者，其與 Gardiner C. Means 首先於 1930 年代提出當代公司的經營與所有分離的概念，並認為乃是時代的趨勢與必然。<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> 更詳細的說明，詳見本文

第四章 現代信任關係的轉換與背信罪，第一節 現代社會的信任機制的轉換，(一) 脫域與信任：一個擺脫時空限制的社會。

<sup>58</sup> 更詳細的說明，詳見本文

第四章 現代信任關係的轉換與背信罪，第一節 現代社會的信任機制的轉換，(二) 現代公司的信任關係疏離，1. 高度脫鉤的財產利益享有權與財產控制權。



本文認為，Berle 所提出的近代公司的經營與所有分離概念，其實完全可以利用 Giddens 所提出的脫域概念來理解、詮釋，而股東對公司經營者的信任關係，正在公司制度發展的過程中不斷轉變。本文便以前述兩位學者的理論為根基，分析背信罪的概念之於當代企業經營的作用，將本文的兩大研究主軸縮合，使之產生交集。故，本文將花一個章節說明背信罪的發展緣起，及其構成要件應如何解釋，之後再花一個章節，完整介紹紅火案的發展始末，並詳細分析之。最後再以兩個章節，藉由前述兩位學者的理論，分析背信罪之於當代商業經營活動的意義，以及企業經營結構對於成員公司的股東、集團負責人間的信任關係的影響，並將本文對背信罪的研究成果，以及依紅火案所整理、發現的集團負責人的決策行為特徵交叉對照比較分析，以發現背信罪的不足，並思考應如何解決此問題。各章節研究主題如下：

本文第二章分為兩部分，本章的主要目的為釐清背信罪的規範結構，以利後續進一步分析企業集團結構下集團負責人的決策行為與背信罪之關連。由於背信罪的基本要件：行為人「違背任務」，在本質上與民事法下違背委任契約的行為極為相近。本文想問，在什麼條件下立法者須要將一個違背委任契約的行為定義為犯罪？這不僅是背信罪的適用範圍多廣的問題，背後更嚴肅的議題是：背信罪與民事契約的違反關係何在？

要完整回答此問題，本文認為必須從民事契約責任的發展談起。

緣此，本文第二章第一部份將仔細交代資本主義、自由主義的思考如何影響中古世紀歐洲人對於財產的概念，以及這樣的概念如何影響人民看待契約的機能，以及國家對於契約法制的調整與重視。隨後再從英國法的財產犯罪發展過程，觀察背信的概念如何在這個漫長的歷史發展過程中成形。此段研究的主要目的為掌握背信罪的緣起，以及瞭解此罪何以如此規範。此後，本章的第二部分則轉向探討背信罪的解釋問題，此部分將以民事契約法的規範精神、架

構與背信罪的構成要件相對照，指出兩者背後所隱含的共同社會背景及精神。藉此為背信罪的規範內容、保護法益及客體作詳細的說明與介紹。

接著，本文第三章共分三大部分：第一部份為交代、說明本文將以依行為經濟學所發展的行為決策理論，作為分析紅火案的相關負責人的決策思考。其次，本章將整理、介紹紅火案的案發背景、發展歷程及影響；而第三部分則由行為經濟學下的原賦效應、偏誤、以及展望理論出發，分析紅火案中，中信金控的負責人究竟想要什麼？其決策目標為何？考量點為何？在分析過程，為了簡化問題，本文原則上將紅火案涉案的負責人視為一個團隊。在分析、詮釋事件發展歷程時，本文將說明各個負責人團隊的成員及中信金控集團旗下的各個法人，在負責人的策略之中究竟扮演怎樣的角色，而其各階段的決策在其整體的策略中具有如何的機能，再從這些元素釐析中信金控的負責人團隊如何衡量、評估其行為的風險。

在第三章的最後，本文將從對紅火案的分析中，離析出集團負責人的決策的一些特點，及其如何看待集團與旗下公司的關係。之後再初步簡介至本篇論文完成為止，已出爐的紅火案的相關法院判決的見解。

本文第四章則欲進一步檢討討論企業集團結構下，集團負責人的決策的行為與背信責任。

依本文第二章的結論，背信罪乃是在個人做為契約主體，僅為自己行為負責的時代背景下發展、茁壯。然而，當代的商業發展已經進展到個人集結成一個法人，而法人又彼此集結成為一個集團，而藉由集團的資源分配機能，擴大整體法人群的競爭力，進而強化作為最基本組成分子的個別公司的利益。在這個以企業集團作為商業主體的時代，人與人之間的信任結構已不再向過去商業活動剛萌芽的階段一般單純，背信罪能否從容地因應調整之，便為本章欲探討的主體。

緣此，本章第一部份將援引社會學家 Giddens 及美國公司法之名學者 Berle 與 Means 對於當代社會中，人與人的信任關係的轉換，及公司制度發展到現代，經營與所有分離、個人與公司的關係的轉換的觀察，初步探討當代的社會的信任關係結構的變遷。

本章第二部分便將焦點移轉至當代的商業結構底下，對於股東與公司經營者信任關係的變遷，對於法制的影響以及轉變，再進一步討論在當代商業活動下，背信罪所應扮演的角色。而美國實務對於公司集團負責人的民事責任發展出「商業判斷法則（Business Judgment Rule）」，冀能在鼓勵公司集團負責人的追求利潤，並在專業的決策與投資人的權益間取得平衡的精神，以及其實務所發展出來的「誠信服務詐欺（Honest Services Fraud）理論」，便是本章用以觀察信任結構的轉換，對於法制變遷的影響的主要標的，隨後本文再回頭檢視我國的相關規範結構，探討我國背信罪在當代商業社會的應用可能。

第三部分則將焦點轉換至企業集團的興起對於股東、子公司及企業集團本身的信任關係、利益調配的影響。此部分的重點在於點出商業興起後，現代公司的機制已經轉變原本股東與公司負責人之間的信任關係，而企業集團興起之後，原子公司的股東、子公司的負責人以及企業集團之間，相關的利益關係又變得更加複雜。

本章第四部分則回歸紅火案，從兩則紅火案的台北地方法院判決（台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決，與台北地方法院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決）的歧異見解，綜合討論集團負責人的職責、企業集團化經營的目的與決策彈性、背信罪之結構以及第三章所分析得出的集團負責人決策特徵，說明以背信罪規範集團負責人的決策行為，實已忽略公司集團化經營的現況產生的問題因而造成兩法院對於同一犯罪事實，卻有截然不同的認定的狀況，此實不利法律威信的建立。本文將比較此二判決關於認定紅火案相關被告觸犯背

信罪的論理，以二則判決之間矛盾之處，用以印證、說明本章之論點。

之後，本文將於第五章更進一步延續、綜整各章節的初步結論：第二章點出的背信罪的機能、緣起及其規範結構，本研究在第三章所歸納的集團負責人的一些決策上的特點、並以第四章點出的當代信任結構已不如過去一般單純，吾人必須重新思考集團負責人的角色及定位，回頭反思我國面對企業集團結構型的經濟犯罪的刑事規範政策。

第五章的討論主軸為對已發生的集團結構型經濟犯罪的評價。本文認為，由於背信罪的先天構成結構上的問題，並無法充分評價企業集團結構下，集團負責人的背信行為，而且在某程度上，背信罪甚至有可能因為其結構本不足因應當代商業的發展，而國家卻忽略此問題，且過度仰賴此罪以節制集團負責人的經營行為，最終導致國家刑罰權過度介入，某些集團負責人因而裹足不前，進而損及我國的經濟發展。因此，我國法制似應在法規的實體面以及程序面，重新思考究應如何評價集團負責人有意或無意的損及投資人權益的決策行為。本文並非倡議修法，本文認為，透過法規範的詮釋，跳脫過往將背信罪定位於個人與個人之間的財產事務處理關係的框架，而將當代商業經營已進入組織化、結構化的經營模式的事實納入考量，並在實際運用時的程序面的務實操作，其實可以相當程度地解決當代商業結構變遷所帶來的評價集團負責人行為的問題。

最後，本文將針對本研究的所有結論做出總結。

## 第五節 名詞定義

### （一）企業集團

公司及企業兩詞普遍出現在我國之公司、證券、金融相關法律及行政規

則之中。關於公司的定義，我國公司法第 1 條即規定：「本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織、登記、成立之社團法人。」然而，雖然企業一詞普遍存在於相關法規中，但是並無任何條文明確對企業一詞下定義。

唯一相關者為公司法第 369 條之 1，該條規定：「本法所稱關係企業，指獨立存在而相互間具有下列關係之企業：一、有控制與從屬關係之公司。二、相互投資之公司。」從文意觀之，前開條文第二個「企業」一詞應與「公司」同義，而「關係企業」則是用以形容具有前開條文描述的關係的多數公司。

依公司法第 369 條之 1 的定義，公司法下的關係企業，係指獨立存在而有控制與從屬關係之公司，或相互投資之公司。有學者將之分為兄弟型、母子型、婚配型、及前述三者的混和搭配等多種型態。<sup>59</sup>

所謂兄弟型，係指由特定核心人物之投資共同或分別投資一系列公司企業，透過核心人物的關係，使各企業結合為一體；<sup>60</sup>母子型則係由核心人物之投資者共同投資於特定企業，再由該企業繼續轉投資於其他企業；<sup>61</sup>而婚配型則是由多數核心人物交互投資於不同的公司而形成的企業集團。<sup>62</sup>

以上三種類型或混合類型，原則上均可納入公司法關係企業章對關係企業的定義底下，但是本文認為，在現實的商業關係底下，仍可能存在各公司彼此在資金、人力或交易調度上互相搭配，但是卻非公司法所定義的關係企業的現象，<sup>63</sup>為了指涉具有此等關係的商業組織，並與「關係企業」及「公司」區

---

<sup>59</sup> 詳細分類定義及敘述，詳見洪貴參，前揭註 8，頁 75-79。本文僅簡述此書對各項分類所做的介紹。

<sup>60</sup> 同上註，頁 76。

<sup>61</sup> 同上註，頁 77。

<sup>62</sup> 同上註，頁 78。

<sup>63</sup> 例如，由公司的高階職員名義成立、或由其擔任控制股東或負責人的公司，而且該公司完全配合集團運作或資源調度的計畫，此時該公司與集團之間並不存在公司法所定義的關係企

隔，本文將以企業集團或集團一詞，泛指所有具有關係企業關係、屬於同一經營團隊，或表面上雖無前述關係，但是受同樣的負責人所控制、配合特定公司經營策略的公司所組成的經營集團。

## （二）公司與集團負責人

公司法第 8 條規定：「本法所稱公司負責人：在無限公司、兩合公司為執行業務或代表公司之股東；在有限公司、股份有限公司為董事。公司之經理人或清算人，股份有限公司之發起人、監察人、檢查人、重整人或重整監督人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人。」凡符合公司法第 8 條定義之人，即為本文所稱之公司負責人。<sup>64</sup>故雖無經理人之職稱，但是有為公司管理事務及簽名之權者（公司法第 31 條第二項），於本文一蓋認定為公司的負責人。惟須注意，在本文的分類下，公司負責人與集團負責人乃是兩個不同的概念，前者單純指單一公司的負責人而言，而後者則係指涉在一企業集團中，負責規劃、指揮該集團整體營運之人。

而在企業集團的結構底下，經營方式可分為兩種，一為由核心負責人指揮協調，或藉由設立共同的聯絡處，以為聯絡及協調；二為設置總管理處或類似機構，以為指揮及協調。<sup>65</sup>

在前者，各集團底下的成員的人事、財務、業務均保有獨立性，但是擁有共同或共通的核心負責人或決策高層，以聯繫集團內部的各公司、並使各公

---

業關係，至多可被界定為「關係人」，但是在實質上，此公司與集團卻具有實質上的主從與控制關係。

<sup>64</sup> 有學者認為，我國公司法已刪除經理人之法定職稱規定，打破形式經理人的概念，對經理人的認定改採實質之標準。王文宇，公司法論，頁 121（2006）。此意見勢必影響本文所說的公司負責人的範圍，但是此並非本文主要欲處理的問題。

<sup>65</sup> 洪貴參，前揭註 8，頁 81。

司得以互相支援。<sup>66</sup>而後者，涉有總管理處或類似機構者，如台塑，由該總管理處底下的各處室，負責統籌集團的經營策略、規劃。<sup>67</sup>此總管理處可能非法人組織，但是卻有相關的處室機能配置，且在集團內超越分子公司，長期制度性的指揮、支配各分子公司，此時各分子公司雖為獨立法人，但實質上卻僅為該機構下的部門。<sup>68</sup>而金控公司，則可被論為後者的經營結構，該金控公司本身變為整個金控集團的經營策略執行規劃的最高機構。

在前述兩種不同的經營結構底下，集團負責人自有不同。在前者，用以聯繫集團內部各公司、使之互相支援的核心的負責人或決策高層，本身便是企業集團的負責人（同時也是各集團內部的分子公司的負責人）；而在後者，總管理處負責統籌、規劃的各處室人員，縱使本身未兼任任何分子公司的負責人，仍可被論斷為本文所稱的集團負責人。並且，在企業集團底下，被支配公司的負責人，亦受集團負責人所支配。



---

<sup>66</sup> 同上註。

<sup>67</sup> 同上註，頁 82-85。

<sup>68</sup> 同上註，頁 85-86。

## 第二章 背信罪之源起及其釋意

### 第一節 背信罪概說

#### (一) 我國財產犯罪之架構<sup>69</sup>與背信罪

我國刑法所規定的典型財產犯罪，計有竊盜罪 (§320)、搶奪罪 (§325)、強盜罪 (§328)、侵占罪 (§335)、詐欺取財、得利罪 (§339)、背信罪 (§342)、恐嚇取財 (§346)、損毀罪 (§352)、詐術損害罪等 (§355)。<sup>70</sup>若以財產損害態樣區分，則可分為財產毀損罪與財產取得罪兩大類，前者為消滅或減少他人財產之犯罪，而後者則為行為人取得他人財產的犯罪，同時，後者又依財產取得之方式，區分為侵占、將他人財產移歸自己或第三人名下、繼受他人領得等三類。<sup>71</sup>

取得財產之犯罪中，以侵占方式取得者，並不侵害他人之持有，刑法第31章之侵占罪章的規定屬之。而將他人財產移歸自己或第三人名下之取得財產之罪，又分為違反持有人之意思奪取其持有，以及持有人基於有瑕疵之意思而移轉其持有兩大類，竊盜、搶奪、強盜等罪屬於前者，而詐欺取財、得利、恐嚇取財等罪則屬後者；而繼受他人領得之財產取得罪，則以贓物罪為其典型。<sup>72</sup>

若將上述分類加以整理，可得下圖表3 我國財產犯罪體系簡圖：

<sup>69</sup> 以下關於我國財產犯罪體系的分類，整理自吳正順，前揭註10文。

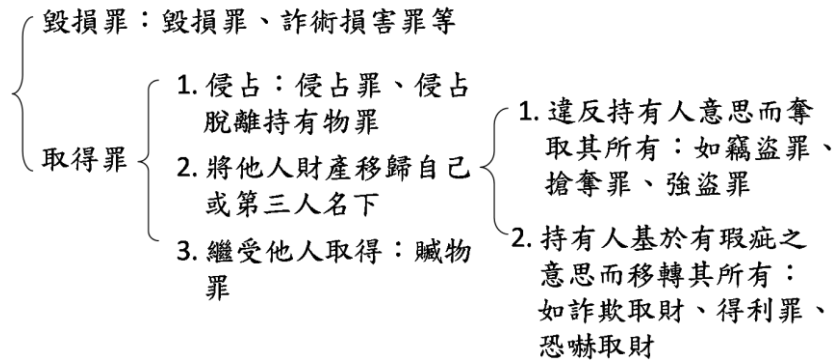
<sup>70</sup> 除內文提及者外，尚有一些依前述典型的財產犯罪而演繹、轉換的其他財產犯罪。唯此非本文論述重點，以下僅以前揭的典型財產犯罪作為本文的分類核心。

<sup>71</sup> 吳正順，前揭註10，頁671-672。

<sup>72</sup> 同上註。



圖表 3 我國財產犯罪體系簡圖



然而，若依前述分類基準來定位背信罪，將會發現背信罪很難被歸類為特定的犯罪類型之中：

刑法第 342 條背信罪對背信的客觀行為的描述為：「為他人處理事務...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...」從客觀的行為的描述看來，背信的行為具有毀損罪的特徵（致生損害於本人之財產或其他利益），若仔細思考，又會發現背信罪與毀損罪完全不同：毀損罪中，被害人的損害與被侵害之物的滅失緊緊扣在一起，但是在背信罪中，被害人的損害，依學者之見解，乃兼指現有財產的減少，以及妨害現有財產的增加，以及日後可能獲得利益的喪失等等。<sup>73</sup>換句話說，背信罪下，被害人的損害並不以單純的財物的減損為限，只要依管理事務之性質，被害人具有相當蓋然性可以期待的利益受到損害，即可該當為背信罪下的「損害」。<sup>74</sup>更重要的是，背信罪底下，被害人之財產損害，並不以被害人有任何財產被損害或處分為前提，然毀損罪反之。損害結果是否建立於某財產被損害或處分的前提上，乃背信罪與毀損罪的最大差別所在。<sup>75</sup>

<sup>73</sup> 林山田，刑法各罪論（上），頁 484（2005）。

<sup>74</sup> 甘添貴，體系刑法各論（第一卷），頁 365（2001）。

<sup>75</sup> 毀損罪章下，刑法第 355 條所規定的詐術損害財產罪，將被害人之損害擴大及於被害人現有財產的減少、妨害現有財產的增加、日後可能獲得利益的喪失等情（見林山田，前揭註 73 書，頁 544），與背信罪的保護範圍較為貼近。但是，詐術損害財產罪的成立，仍以特定財產

而背信罪在構成要件上，並不以行為人取得任何財產為要，故也難以歸類於財產取得犯罪。換句話說，從客觀構成要件上來看，背信罪無法被歸類為毀損罪的類型，更無法被歸類為取得罪的態樣，其特徵與其他財產犯罪的體系間存在著相當落差。

然而，何以如此？前述學者認為背信罪下的財產損害，兼指現有財產的減少以及妨礙現有財產的增加，以及日後可能獲得利益的喪失的見解，其根據為何？這些問題，或許必須從「為何會產生背信這個犯罪概念」的問題中找尋答案。

## （二）特別背信罪與普通背信罪的關係<sup>76</sup>

我國立法者大量運用背信罪作為控制企業或公司負責人的決策、保障大眾投資人權益的工具。背信罪的基本的規範為刑法第 342 條，該條規定：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法利益，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、拘役或科或並科一千元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」

除了刑法第 342 條之外，銀行法第 125 條之 2 第 1 項、金融控股公司法第 57 條第 1 項規定與證券交易法第 171 條第 1 項 3 款均為結構類似的背信罪規定，用以規範公司、銀行負責人的違背職務行為。這些背信罪的特別規定，除了在行為主體以及刑度與刑法 342 條不同之外，其餘的構成要件結構均十分

---

的處分為成立要件之一，但是背信罪卻不須要以行為人有任何特定財產被處分作為成立要件，就此點看來，詐術損害財產罪的結構仍與背信罪有間。

<sup>76</sup> 本章的重點為分析背信罪規範的基本結構，而為了行文上的方便，本文將刑法第 342 條之背信罪稱為「普通背信罪」；而其餘規定在下文敘及的銀行法第 125 條之 2 第 1 項、金融控股公司法第 57 條第 1 項規定與證券交易法第 171 條第 1 項 3 款等，結構、內容近似普通背信罪的條文，本文稱之為「特別背信罪」；而欲泛論所有有關背信的條文時，則以「背信罪」稱之。

雷同。<sup>77</sup>

我國立法者常在特定的法規底下，仿照普通背信罪之條文，增設與之類似特別規定，在金融產業領域，相關條文已如前述。關於特別背信罪與普通背信罪的關係，我國實務、學說向來認為前者僅為後者的特別規定，<sup>78</sup>在法條單一（法條競合）的見解下，凡觸犯前開特別背信罪之規定者，均屬一行為侵害一法益而該當數罪名，故在雙重評價禁止的原則下，特別背信之規定將優先適用。以下本文對於背信罪之討論，將以此見解作為全文的分析論述基礎，開展本文論點。

<sup>77</sup> 證交法第 171 條 1 項 3 款的文字並未規定行為人為被職務之行為須「致生損害於公司之財產或其他利益」的要件，但是我國實務依然仍將之認定為刑法 342 條之特別規定，且於適用本款之罪時，法院依然檢視行為人的行為是否「致生損害」於公司。見最高法院 96 年台上字 5055 號刑事判決：「現行證券交易法第一百七十一條第一項第三款（八十九年七月十九日之同條第二款，該條款為八十九年七月十九日所修正公布之證券交易法第一百七十一條第二款所明定）之背信罪，為刑法背信罪之特別規定，是依該法發行有價證券之公司之董事、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，自當依該特別法予以論處...甲○○並基於概括之犯意，與丙○○意圖為自己不法之利益及損害本人之利益，由甲○○將出售南港公司所有之上開土地所得之部分資金於八十九年二月二日向朱美容以每股十元，買進國強大公司股票二二〇〇千股...**致生損害**於南港公司，如上開犯罪事實屬實，則甲○○、丙○○之所為，應該當於行為時證券交易法第一百七十一條第二款（相當於現行證券交易法第一百七十一條第一項第三款）之罪...」（粗體字為筆者自行標示。）

<sup>78</sup> 見賴英照，最新證券交易法解析，頁 749（2009）、楊偉文等著，金融控股公司法，頁 187-88（2003）。而最高法院 99 年台上字 5427 號刑事判決中，法院亦謂：「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。」而相關立法理由亦謂「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...而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任。」（銀行法第 125 條之 2）、「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，參考銀行法第一百二十五條之二第一項至第三項，較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任之規定，爰為第一項規定。」（金融控股公司法第 57 條）。而證券交易法第 171 條 1 項 3 款乃依黨團協商結論通過，缺乏明確的立法理由說明，但是從前揭最高法院 96 年台上字 5055 號刑事判決的見解仍可發現，我國實務亦將之當成背信罪的特別規定處理。

但是，應注意者：前述關於特別、普通背信罪規定的關係的詮釋，並非唯一的詮釋可能。雖然我國特別背信罪的構成要件往往與普通背信罪的要件相同，但是，構成要件的完全包含關係基本上固然是法條單一的一種型態，其卻非判斷法條單一的標準。<sup>79</sup>準此，單以條文的構成要件類似，並不足以作為論特別背信罪與普通背信罪間具有法條單一的關係的依據。而諸特別背信罪的立法理由中，雖表明相關罪名的罪刑應較普通背信罪為重，但是這能否作為論斷特別背信罪與普通背信罪的法條單一關係依據？本文對此暫持保留意見，尤其，在普通刑法底下訂定背信罪，在特別的法規底下，又另行仿照背信罪之內容，訂定與之類似之規定，並非我國獨有之現象，日本亦有類似之立法，但是對於特別與普通背信罪之間是否採行法條單一的見解，日本學界則持肯否兩說：

日本刑法第 247 條規定：「為他人處理事務者，基於圖謀自己或第三人利益，或損害於本人之目的，違背其任務，造成本人財產上之損害，處五年以下有期徒刑，或千元以下罰金。」而商法第 486 條則規定：「發起人、董事、監察人、受委任於其他關於營業的特別事項的使用人，意圖為自己或第三人之利益，或損害公司之利益，違背其任務，而加諸公司財產上之損害，處十年以下有期徒刑及一千萬元以下罰金。」<sup>80</sup>

日本學說對於前開二條文之關係的討論，並非如我國般地一致，除有認為後者是前者的特別規定的見解外，有論者認為，商法第 486 條應為一獨立的規定。其理由略為：商法第 486 條之罪，「於市民刑法體系上，並非侵害個人法益的刑法被認罪之單單的身分加重犯，而應賦予作為白領犯罪時，獨自的社

<sup>79</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），頁 403，註 17（2004）。

<sup>80</sup> 兩條文之翻譯，引自林譽恆，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，頁 119（2006）。

會構造與規範意義。」<sup>81</sup>；「董事等因其地位、權限的優越性、排他的閉鎖性及獨自的固有性，（對其規制）須能和『關於權限、地位本身濫用的危險』相對處，其責任評價的程度，非同刑法背任罪係平均人的、個別的『信任或信任關係』，而是『優越的、繼續的、包括的制度上和法律上的信任關係』。」<sup>82</sup>

從而在前述學說的定位下，公司董事、經理人、使用人等等基於其特殊的地位及權限，其職務的違反所侵害的法益，與一般為他人處理事務而違背任務之人所侵害的法益之間，因為被授與的信任關係的本質實有不同，故雖然構成要件相似，仍應認為此二規定互為獨立之規定。

前開日本學者的見解，實已點出白領犯罪與一般犯罪評價上的重大差異，我國雖未採之，然其背後的思考或可供我國重新思索相關犯罪之防制的論述。本文在此先略為交代日本學者曾有不同我國之見解，至於對此等見解的分析，以及本文對此見解的意見，將一併於第五章處理，茲不贅，合先敘明。

### （三）背信罪禁止之行為

觀察前述之特別背信罪，對其所禁止之行為之描述均略為：在訂明機構或公司具有一定職務之人，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。<sup>83</sup>而普通背信罪的規範範圍較寬，其對禁止行為的描述則為：「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。」

若從這些條文的內容歸納，背信罪所禁止的行為，應是行為人與被害人

---

<sup>81</sup> 同上註，頁 120。

<sup>82</sup> 同上註。

<sup>83</sup> 證券交易法第 171 條 1 項 3 款的規定，不同於銀行法第 125 條之 2 第 1 項或金融控股公司法第 57 條 1 項，並未規定行為人主觀上是為了自己或第三人之「不法」利益，或「損害公司利益」，只要單純為了自己或第三人的利益即可。

間，因雙方之間的約定，而對被害人負有一定職務，但行為人卻基於特定不法動機（為了自己或第三人之利益、或損害本人之利益）而違背其職務之行為。本文認為，「雙方之間的約定」，是背信罪得以存立的極重要基礎。當然，在此有部分學說上的爭議，認為「雙方之間的約定」並非發動背信罪的唯一條件，惟對此本文將於本章第三節中討論之，在此先不贅述。

最後，應說明者，有刑法學者認為，依民法第 27 條第 2 項規定：「董事就法人一切事物，對外代表法人」，董事取得職權、對法人負有職務之原因，乃係因為法令之規定之故。<sup>84</sup>循此見解，董事與法人之間法律關係的建立，並非當事人之間的約定，而是來自法律的規範之故。但，此論述恐有問題，本文認為民法第 27 條第 2 項之規定，僅是一結論式的規定，並不足以說明董事與法人間的法律關係：

按公司法第 192 條第 4 項規定：「公司與董事之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。」換句話說，董事與公司間的關係，界定為委任關係毋寧比較適當，不過公司與董事間的委任關係與一般的委任關係稍有不同，舉凡公司董事之報酬、解任、公司之代理競業禁止等事項，優先適用公司法之規定，只有公司法未規定者，再回歸民法委任契約處理。<sup>85</sup>因此，委任契約才是使董事取得處理公司事務的真正法律上原因，論者認為董事乃因法令之規定而取得為他人處理事務之原因，<sup>86</sup>恐是誤會。

進而，本文為規範公司負責人的背信罪規定定性如下：背信罪所欲禁止者，乃是因民事契約而對他人有職責之人，卻因為某些特定的主觀不法意圖，而違背其依契約應行之義務的行為。至於此定性與民事契約義務的違反，債務

---

<sup>84</sup> 林山田，前揭註 73，頁 481。

<sup>85</sup> 王文宇，前揭註 64，頁 322（2006）。

<sup>86</sup> 林山田，前揭註 73，頁 481。

不履行責任之間的關連為何？本文將於本章下一小節交代背信罪的發展背景後，再進一步闡釋、說明之。

#### （四）背信罪保護法益爭議

我國學者有認為，受託人之委託信任關係之違反，乃背信罪之犯罪本質。<sup>87</sup>而亦有學者認為，背信罪乃是行為人出於故意，而破壞「財產信託義務」，致損害委託人財產之財產犯罪，財產法益乃為此罪之保護核心。<sup>88</sup>惟該學者亦承認，有國外學者認為，除財產法益的保護之外，背信罪尚保護「信託關係」。<sup>89</sup>究竟，背信罪是保護信任關係，還是保護財產法益？又或者是兩者兼而有之？對於背信罪所保護法益的認知不同，將影響對於背信罪的詮釋結果。究竟孰為有理？本文認為此絕非單純從法條文義便可探知，唯有深入瞭解此罪的設立背景，方可明確掌握此罪究竟保護了什麼，從而確立此保護法益。

#### 第二節 背信罪的緣起

我國向來將背信罪界定為財產犯罪的類型之一。但是，前文已說明，背信罪的規範結構，與其他背信罪的類型大不相同，而且另有學者爭議此罪的保護法益，如果保護法益非財產，又何以放在財產犯罪的罪章之中？前開爭議究竟從何而來？實值深究。

有論者將財產犯罪分為盜罪、背信罪與欺罔罪三種基本類型，其認為後二者是因為在產業革命時期，基於私有財產權絕對性以及契約自由為商品交換之基礎的背景下，隨之發展而來。<sup>90</sup>但是，為何在財產絕對性以及契約自由底

<sup>87</sup> 見吳正順，前揭註 10，頁 677。

<sup>88</sup> 林山田，前揭註 10，頁 8。

<sup>89</sup> 同上註

<sup>90</sup> 陳樸生，前揭註 12，頁 844。

下，便會發展出背信罪及欺罔罪的財產犯罪類型？第一章已曾提及，前大法官陳樸生老師在其著作中論道：此係因為在近代社會，因採資本制度，勞動力以及產品的生產過程均得以商品化，故財產的利用型態，不再限於自己持有之利用，而及於以貸與、委託他人之方法，或其依其與他人之商品交換而實現其價值的方法，加以利用財產的財產利用型態。基此，才有背信罪與欺罔罪的財產犯罪類型出現。<sup>91</sup>本文原則上接受此一觀點，但是陳前大法官對此僅是結論性的敘述，並未積極地說明、交代此發展歷程為何？亦未進一步說明何以財產利用型態轉變，便會衍生出此二種新的財產犯罪類型？更未說明何以財產利用型態轉變，相應的財產犯罪概念便應運而生，這兩者之間的關連何在？更重要的問題是，究竟是什麼因素，足以使得財產利用型態的轉變，會進一步影響一國刑事法制，進而產生新的犯罪概念？這些問題，本文認為均有進一步研究、說明的必要。

以下將以前述問題為主軸，探討國家為何必須另行成立背信罪的新型財產犯罪規範。

### （一）歐洲中古世紀財產概念的轉換

「財產與法律猶如雙面神耶奴斯的頭顱（Janus-head）一樣，對甲示其一面，對乙又示其另一面。<sup>92</sup>」德國法學大儒 Jhering 一席話，已具體而微地點出財產的概念與法律規範的一體兩面，無法分割的特性。而法律又作為人類的歷史、社會經驗的總結，循此，吾人可謂「財產」是一種隨著人類的歷史、社會經驗而演進，進而影響國家法制發展的浮動概念。

在現代，若問一般人何謂財產，相信大部分的人最直觀的想像應是自己對某就有價值之物或權利的排他享有的概念，然而，這些概念乃是依現代民法

<sup>91</sup> 同上註，頁 846。

<sup>92</sup> Rudof von Jhering 著，薩孟武譯，法律的鬥爭，收錄於王澤鑑，民法總則，頁 2（2004）。



對所有權的界定，進而影響人民對自身權利的思考而來。在現代民法下，所有權乃是物權的最終端形式，它是指一人對特定物的支配、排他地享受其利益的一種權利。我國民法第 765 條便規定：「所有人，於法律限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」然而，上述所有權的概念，並非理所當然，它是經過漫長歷史演化而來產物。

### 1. 封建時代的財產權概念

在歐洲尚處於中古時期的封建時代，其經濟制度乃採莊園制。莊園制的細節或將隨時代或地區差異而改變，但大體上乃是沿著「領主與農奴」的關係發展。在這的關係底下，並不存在現代意義的所有權概念。以莊園經濟底下的土地的所有權為例，與其說土地是一種財產，倒不如說是政治關係的具體反映：莊園領主擁有上級所有權，而真正耕種農地的農奴，擁有次級所有權。<sup>93</sup>而領主之上若還有更高層的領主時，更高層的領主又擁有更上一層次的土地所有權限，<sup>94</sup>而具體使用土地的農奴，被當成受領主之託而得保有土地並使用之人，其土地的次級所有權雖可繼承，但在農奴之子繼承土地時，須向領主繳納一筆費用；<sup>95</sup>而農奴使用土地的權限並非無償取得，其須為領主負擔軍役、勞役等工作，並繳納一部分收穫物與領主。<sup>96</sup>因此，一位近代的英國經濟及歷史學家 Richard Herxy Tawney (1880-1962) 如此描述農奴與莊園土地的利用關係：「...此非僅僅是各項經濟特權的結合，而是一樣負有責任的職權，其存在理由不僅在於收入，還在服務。它使它的擁有者獲得恰如其份的財資，足使他

---

<sup>93</sup> 程萍，財產所有權的保護與限制，頁 43-44 (2006)。而有論者直接將這兩種所有權的差異，直接理解為直接占有與用益占有。Gesetz und Geschichte 著，朱岩譯，法律與歷史，頁 239-240 (2003)。

<sup>94</sup> 同上註。

<sup>95</sup> Tigar，前揭註 38，頁 188。

<sup>96</sup> 同上註。

能履行其在體制中所佔地位的職責，不論是其在土地上勞動，還是其在政府中勞動的職責。<sup>97</sup>」換句話說，農奴所享有的使用土地權限，其實是一種負有義務的權限，是與現代的所有權的完全排他、自由使用收益概念完全不同的另一體制。

同時，在莊園體制下，農奴本身就是受領主支配的客體，<sup>98</sup>其勞動地位為雇主所有，其勞動力乃屬領主的利益來源，<sup>99</sup>在這樣的關係底下，就算是非土地的動產，也屬非農奴可任意支配。<sup>100</sup>只有非農奴的自由農，對於非不動產的其他財產，才有支配的可能。<sup>101</sup>但整體而言，其所受到的自由依然有限。封建社會的所有權概念與今日仍有相當差距，即便私人因法律或習慣而享有某些財產權利，但是這些權利的行使，卻會受到政治及社會制度的諸多限制。<sup>102</sup>

## 2. 人的解放到財產的解放

現代意義的財產權概念，是在商人階級崛起後，才逐漸形成的。

在中古世紀早期，商人的地位是低賤的，而且其意義也與現代不同，它被認為是一種勞力與技術行業，商人「負有將商品和生活品從一個地方運至另一個地方的義務」<sup>103</sup>，並且「在他所能達到的界限內，負有用自己名義，由主人負擔盈虧，經營商業的義務，並因此獲得...經營純收益之一部分（常是固定的薪水）。<sup>104</sup>」這個時期的商人，僅被視為受領主支配之人。但是隨著十字軍

---

<sup>97</sup> 同上註，頁 189。

<sup>98</sup> 程萍，前揭註 93，頁 46-47。

<sup>99</sup> Man Weber 著，鄭朴譯，社會經濟史（上），頁 15（1985）。

<sup>100</sup> 程萍，前揭註 93，頁 47-48。

<sup>101</sup> 同上註。

<sup>102</sup> 同上註，頁 67。


<sup>103</sup> Sombart，前揭註 37，頁 229-230。

<sup>104</sup> 同上註，頁 234。

東征、與東羅馬帝國貿易日漸繁盛等因素，商業活動日漸頻繁，許多原是領主轄下的手工藝匠以及貨物收購代理人，紛紛要求自己買賣賺錢，並自行組織同盟。<sup>105</sup>這些人或向國王爭取，或起義，或直接向領主購買特許狀，使其得以在一定地域，免除封建義務，而自行營業經商，市民（Bourgeois，或稱布爾喬亞。原意：城市居民）階級因而崛起。<sup>106</sup>

市民階級崛起後，其進一步向國王爭取以市鎮作為市鎮所在土地的「領主」，以市鎮為一個統治的法人，並成立自治的法庭。<sup>107</sup>在這個過程中，市民逐漸擺脫過去莊園體制下的各種義務，取而代之的是各種給皇室與給市鎮的稅款，<sup>108</sup>但其換得自由處置財產的利益，如此，他們終能自由行動，並享有營業以及銷售貨物的權利。<sup>109</sup>

一份在西元 1130 年，由英國國王頒發給倫敦市的特許狀中便記載了上述市民階級爭取而來的自由權：



「朕亨利承仰上帝恩寵受命為英格蘭國王...今特致意全英所有法裔與英裔忠誠臣民，諭示爾等知曉朕已允准朕之倫敦市民，以包租方式保有米爾德塞克思為農地，按年合共繳納二百英鎊...享有充分權力任命他們所願的本市之人為市長，並任命任何一人或他們所願的本市之人為法官，負責處理依朕王法而提出之申訴事項，...所有倫敦之人以及其所有貨物均得享有自

<sup>105</sup> Tigar，前揭註 38，頁 79-81。

<sup>106</sup> 同上註，頁 78-93。另見 Henri Pirenne 著，樂文譯，中世紀歐洲經濟社會史，頁 39-55(2001)。

<sup>107</sup> Tigar，同上註，頁 134-135。

<sup>108</sup> 同上註，頁 127-135。

<sup>109</sup> Pirenne，前揭註 106，頁 48-49。但是，在取得這些權利之時，市民階級尚無「天賦人權」的概念，他們依然認為教會、莊園領主、貴族的特權為理所當然，他們所爭取的就只是一個不受干涉的自由。此點仍與當前對於私有財產制的概念有些不同。

由，在英格蘭全境一切地方與港口一律免征任何過境捐稅...以及  
及所有其他費用...<sup>110</sup>」

私有財產制的概念，就在這個人民爭取自由權利的漫長過程中，逐步建立。<sup>111</sup>

## （二）契約概念的調整

私有財產概念的建立，使得市民階級得以進行貿易。但是在貿易的過程，市民們逐漸發現當時的法律制度並不敷商人使用，許多商人開始往過去羅馬時代的市民法及萬民法找尋可用的參考依據。<sup>112</sup>而羅馬法的原則，就逐漸透過法律專業人士的研究、引介、轉化，逐步走進市民的生活中。<sup>113</sup>在法律觀念轉化的過程中，契約逐漸走向自由化。

### 1. 交易對價：從客觀價格到主觀價格

在古代，契約關係通常依習俗及身分關係而決定。<sup>114</sup>在家族農業生活的關係中，家長就其家庭屬員、佣人，掌有支配與保護權，全家族之土地及生產資源均為家長所用，而社會經濟上，亦以自給自足為主；而對於他人勞動力之利用，往往是建立在支配的關係之上，家族與家族間剩餘生產物互相交換的活動，在自給自足的社會結構下，亦為罕見；而對於他人因食物或資源的匱乏的周轉借貸，在身分的支配關係下，更多少具有恩惠的性質。<sup>115</sup>縱使進入封建時

<sup>110</sup> 摘自 Tigar，同上註 38，頁 87。

<sup>111</sup> 關於市民階級對私有財產制的影響的更詳細描述，請見程萍，前揭註 93，頁 63-67。

<sup>112</sup> Tigar，前揭註 38，頁 56-72。

<sup>113</sup> 過程的詳細描述，見同上註，頁 139-157。

<sup>114</sup> 王澤鑑，債法原理（一）基本理論債之發生，頁 78（2003）。

<sup>115</sup> 蘇俊雄，契約原理及其實用，頁 3-5（1969）。在古代，收取利息的行為受到嚴格的限制，甚至被認為是非道德的行為。莎士比亞筆下名劇《威尼斯商人》中，對於放貸取息的猶太人的嘲諷，也可從此角度觀察。

代，家長的角色由仍由領主替代，社會結構變異不大，現代意義的契約實無由發展。進入城市萌發的時代後，商會、同業組織對城市的強力統治力，前開支配依然存在，人的生產活動產生的剩餘產物的交易依然不便。<sup>116</sup>當代的契約概念一直無法取得發展的契機，直至前述市民爭取到自由，同時財產自由支配的權利漸漸成為建構社會的基礎後，財產支配的自由成為現代意義的契約理論的發展先鋒，當事人意思的合致，方始漸受法律重視，<sup>117</sup>此發展對契約的機能與規範的影響重大：

在羅馬法時代，契約講求「公平」，用以保護出賣人與買受人雙方。<sup>118</sup>這個觀念延續到歐洲中古世紀，前曾說明在中古世紀早期，商人被視為一技術的勞動者，其所賺取的，只是一種「工資」。<sup>119</sup>在這個觀念底下，「價格」代表一種由習慣所形成的固定的、客觀的交換價值，人的一切主觀價值估計則被忽視。<sup>120</sup>但是在市民階級不斷發展並追求自由的過程中，個人對於商品的主觀價值估計在交易上的重要性逐漸被重視，「公平價格」逐漸退為一種道德的誠命，它退居於「誠信」以及「自由意志」之後。隨後，「公平價格」的概念重新以「市場價格」的姿態粉墨登場，人民主觀上對於商品的價格評估受到重視。<sup>121</sup>在人民主觀上對於商品價格的評估受當重視後，契約的內容反應的已不再是單純的客觀使用價值，交易雙方主觀上對於交易標的交換價值評估，反成為交易雙方討論的重心。此時，當他方違反契約時，法律要如何賦予人民主張賠償的權利以及範圍？便成為國家下一階段的法制調整課題。

---

<sup>116</sup> 同上註，頁 5。

<sup>117</sup> 見李清潭，資本主義下現代契約法的變遷：法社會學對契約自由的辯論，頁 64-69（1999）。

<sup>118</sup> Tigar，前揭註 38，頁 103。

<sup>119</sup> Sombart，前揭註 37，頁 228-229。

<sup>120</sup> Werner Sombart 著，季子譯，現代資本主義第二卷，頁 148（1991）。

<sup>121</sup> Tigar，前揭註 38，頁 103-104。

## 2. 強制履約制度的成形

前述交易價格概念的轉變在法制上的衝擊是十分巨大的，國家因此被迫重新調整其有關契約的法制。以英格蘭為例，在早期，人民因為契約糾紛，要尋求普通法法院的協助時，必須滿足一定的令狀（writ）格式要求。而早期只有滿足某些特定要式或曾在締約時舉行特定的繁複儀式的契約遭遇糾紛時，才得以違約令狀（*writ of covenant*）主張他方違約，因此如果遇有契約上的糾紛，而雙方又未訂有具一定要式的契約，是無法主張違約的。但是，要滿足前述的契約要式或儀式的要求，對於交易雙方而言，往往不切實際，而且會耗費相當的締約協商成本。為了擺脫這種僵化的令狀的限制，人民在交易時，雙方往往會以付款保證的方式書寫契約，使一方得以在日後發生糾紛時，得直接以債務令狀（*writ of debt*）的方式追索欠債。<sup>122</sup>但是採取前述方式過於迂迴，而且以債務追索的方式，所追索的乃以契約所記載的內容為限，並不能填補所有的損失。<sup>123</sup>例如，未能即時將食物送達，導致飢餓的小孩餓死；在市場行情看漲時，貨物出賣人卻不能及時送達貨物，使買受人無法即時轉賣等等損失，均非以債務令狀追索損害所能填補，以現代民法的概念來說，債務令狀能處理的，便是要求債務人依約履行債務，但是對於因為他方違約，所造成的「履行利益損害」，原告並無法透過債務令狀主張之。故商人只能轉求諸英王，由其所建立的「衡平法法院(King's Bench)」，或是轉求諸其他依據條約、王室特許狀或城市特權等因素而建立的商人專門法庭尋求解決。<sup>124</sup>

除了前面二種訴訟令狀之外，當時尚有另一訴訟令狀，稱為諾言令狀（*indebitatus assumpsit*），若依該令狀，當一行為人對他人許下諾言，卻未履

---

<sup>122</sup> 同上註，頁 212。

<sup>123</sup> See David Ibbetson, *Sixteenth Century Contract Law: Slade's Case in Context*, 4(3) OXFORD J. LEGAL STUD. 295, 306 n.58 (1984).

<sup>124</sup> Tigar, 前揭註 38, 頁 213。

行之，則行為人須為其未履行的行為，負擔因此對受允諾之人所造成的損害。<sup>125</sup>而依原本的普通法規範，欲以諾言令狀主張權利，則原告必須證明，其與被告成立契約之後，被告曾更進一步對之許下諾言，否則原告敗訴。<sup>126</sup>而衡平法院為了滿足商人的需求，使商人得以主張要求被告履行契約外，更可進一步主張因為他方不履行契約而對之造成的損害賠償，法院曾解釋道：只要契約存在即可，契約存在便可認定雙方間便存有**默示的諾言**（implied promise），因此不再需要其他契約後的諾言佐證。<sup>127</sup>此等見解完全可以滿足商人的需求，但是，當只有衡平法院或其他特殊法院採此見解的時候，對於商人而言終非正辦，商人最終目的還是希望能透過普通法法院來解決紛爭。

而普通法法院終於在 1602 年的 *Slade v. Morley* 案，第一次以諾言令狀處理契約違反的案件。該案的事實略為：原告 Slade 與被告約定，原告於田裡的穀物收成後，將所有收成賣給被告 Morley，被告允諾於特定日期給付價金與原告。<sup>128</sup>後因被告違約，原告因而以諾言令狀向普通法法院提起訴訟，而被告則主張，其與原告間沒有「諾言」存在。<sup>129</sup>而法院最終認定原告勝訴，並在判決中強調：「原告依諾言令狀起訴，除可請求所有特殊的損失（如果真有此損失）外，尚可請求被告履行其債務。<sup>130</sup>」至此，商人的「每份有效的契約均帶來一份諾言令狀<sup>131</sup>」，商人終於得以自由利用普通法院，尋求契約糾紛的解決

<sup>125</sup> Black's Law Dictionary 120 (7th ed. 1999).

<sup>126</sup> Ibbetson, *supra* note 123, 296-299.

<sup>127</sup> *Id.* at 297.

<sup>128</sup> *Id.* at 300.

<sup>129</sup> *Id.*

<sup>130</sup> *Slade's Case*. - Sir Edward Coke, Selected Writings of Sir Edward Coke, vol. I [1600], THE ONLINE LIBRARY OF LIBERTY,

[http://oll.libertyfund.org/?option=com\\_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=911&chapter=106321&layout=html&Itemid=27](http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=911&chapter=106321&layout=html&Itemid=27) (last visited Mar. 5, 2011).

<sup>131</sup> *Id.* (“[E]very contract executory importeth in it self an Assumpsit.”It means “An action to enforce a contract not under seal; the plaintiff alleges the defendant undertook an obligation that the

之道。

在前述英國的訴訟法制因為契約而轉變過程中，可以發現當時的法院已發現債務不履行的行為，可能產生債務以外的損害，而這些損害乃是當初地約時，原本期待原來可得的利益，後來因為他方債務不履行所造成。換句話說，對於債權人而言，其當初願意與債務人締訂契約，可能已不再單純著眼於物品的「使用價值」而已，而是對於收到貨物後，更進一步期待其對於該貨物的使用收益價值，換句話說，其所期待的，是該貨物的「交換價值」。也許「使用價值」、「交換價值」兩概念的差別，尚未明確呈現在在 *Slade* 案的判決中，但有研究者研究後發現，至少在十七世紀時，人們便已明確地將交易財產可帶來的價值，區分為「使用價值」與「交換價值」兩類。<sup>132</sup>

一旦交易雙方已不僅僅只關注於財產「使用」的價值，而以取得財產後，因為使用而產生的可期待的價值作為磋商契約內容的關注的核心時，人民已可以使用契約作為雙方調配「未來的」利益的協議工具。<sup>133</sup>從英國的訴訟規範的調整可發現，面對社會對交易機能的期待的轉變，司法也開始調整其角色，而隨著時代的發展，契約不再單單被理解為特定財產之權狀的移轉，它作為創造未來期待報酬的工具的機能終被法律所承認。<sup>134</sup>

以契約作為追求未來利益一事，是一極大的概念的轉變。因為，若是一般的現物交易契約，一旦締結契約，如貨品當場被出售、交付、付款，契約旋即履行，若契約內容受到破壞，國家僅需消極地復原遭受破壞的現狀即可（如

---

law should enforce.”)

<sup>132</sup> Sombart，前揭註 37，頁 39。

<sup>133</sup> 李清譚，前揭註 117，頁 98。

<sup>134</sup> 同上註，頁 99。而我國民法的契約債務不履行，以履行利益為損害賠償的標的，便充分顯示契約作為約定未來利益的工具的概念被接受、承認。更多討論詳見本章第三節。



瑕疵擔保的規定)；<sup>135</sup>但是在以未來利益為目的的交易中，交易並非在締約當下即可實踐，該交易須由締約的雙方在未來的約定時刻積極合作，才能實現雙方對於外來利益的規劃。此等利益的實踐，須建立在雙方均誠實履約的前提之上，然而，問題是，如果任一方可以隨意破毀約定，此等契約的機能無異是受到破毀，或締約人必須耗費更大成本搜尋毀約風險較小的交易相對人，方得以實現契約做為未來財產利益規劃工具的機能。不論何者，終非商人或國家所樂見，因為，正如前述，當初國王/國家在放棄封建制度的利益時，便是以對市民階級課稅作為對價交換，若商人無法利用契約追求未來利益，最終受到損害的仍是國王/國家。

為了預防此等問題發生，國家必須「積極地」介入違約的情況，迫使契約一方不按自己恣意而作為，並預先排除契約當事人於履行前改變心意的可能性。<sup>136</sup>否則契約作為調配、追求「未來」利益的機能將無法彰顯。從英國的衡平法院以及普通法法院擴大諾言令狀在涉及契約的訴訟的轉變來看，其作法已充分揭示此等傾向。而以下將更進一步說明，契約概念的轉變，除了影響契約法以外，更影響刑法對於財產犯罪的界定。

### (三) 背信概念的建立—以英國、美國為例

#### 1. 英國財產犯罪體系的轉變

##### (1) 傳統英國財產犯罪體系架構

在十九世紀末，英國的財產犯罪主要可分為欺詐性的財產犯罪(fraudulent offences)，以及惡意性的財產犯罪(mischievous offences)兩類，其中，後者乃是具有破壞性或傷害性的犯罪類型，縱火罪(arson)為其典型。<sup>137</sup>而詐欺

<sup>135</sup> 同上註。

<sup>136</sup> 同上註。

<sup>137</sup> JAMES FITZJAMES STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND VOL. III, 121(1883).

性的財產犯罪範圍便很多樣，可分為欺詐性的私取財產罪（fraudulent misappropriations of propriety）、偽造罪（forgery）、與貨幣相關犯罪（offences connected with coin）以及與交易相關犯罪（offences connected with trade）等四類。<sup>138</sup>其中，欺詐性的私取財產犯罪乃是最基本財產犯罪的類型。<sup>139</sup>

所謂欺詐性的私取財產犯罪可分為兩大類型，第一類為以物理性的方式，使一物脫離原所有人的掌有狀態（possession），其方法可為私下取走、使用武力或以詐欺的方式使原所有人陷入錯誤而首肯、交付（obtaining property by false pretences）等。<sup>140</sup>第二類則是其他人合法擁有或占有（custody or charge）他人之物，之後卻拒絕將該物交給原所有人，或逕轉交該物與第三人。<sup>141</sup>後者常被稱為違背信託之罪（criminal breach of trust）。<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> *Id.*

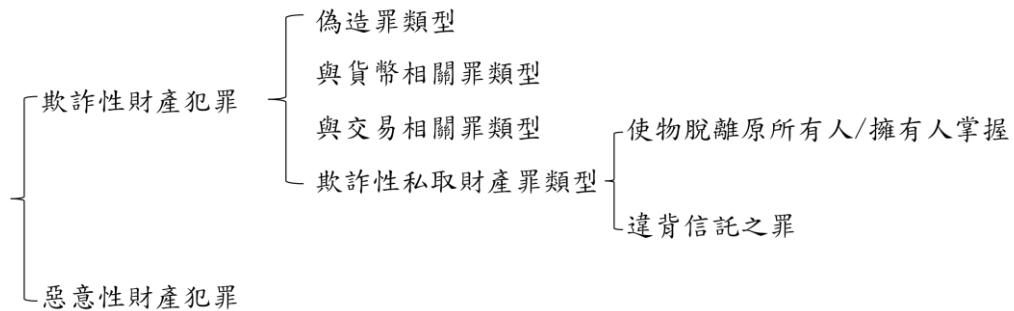
<sup>139</sup> *Id.*論者將此犯罪拆解為三種構成要件：1. 欺詐行為（fraud）、2. 得被私取的財產（property capable of being misappropriated）、以及 3. 各種私取的行為（misappropriation in its various forms）。其中，欺詐行為乃是一種有意的錯誤行為（intentionally and knowingly wrongful conduct），而得被私取的財產，其概念則是隨時代演進而逐漸擴大；至於私取行為，則有各種態樣，竊盜、強盜、侵占、詐欺等均屬之。*Id.* at 124-128.

<sup>140</sup> *Id.* at 127-28.

<sup>141</sup> *Id.* at 128. 在過去的英國法底下，所有（ownership）、擁有（possession）與占有（custody or charge）是三種不同的概念。（關於 possession 與 custody or charge，兩者又有程度上的差別，在後者的情況下，人與物的聯繫不若前者強烈，但是兩者並不易區分）當一人將一物交與他人，且允許該他人可在特定目的下使用該物，並在原所有人請求交還時，須將該物歸還，則該他人被認為是「占有」該物。「擁有」則是獨立於所有權以外的概念，而占有的成立，則以同時有他人為擁有人為前提。*See id.* at 123-24. 換句話說，當甲將 A 車交付與乙，並允許乙使用收益之。乙將該車出租與丙，此時甲為所有人，其擁有 A 車；而乙亦為擁有人；至於丙，其則為該車的占有人。若從我國民法的概念看，英國法的擁有的概念約略可同時該當於我國的間接占有（但不完全相同）與直接占有的概念，而英國法的占有則與我國民法的直接占有概念相若。

<sup>142</sup> *Id.* at 128.

圖表 4 傳統英國法財產犯罪架構



其實，上開的財產犯罪架構是逐漸演化而來的，尤其是前開的違背信託之罪，更是 18、19 世紀在普通法下的演化產物。這些犯罪的演化，與當時的社會及財產概念變遷具有相當大的關係。<sup>143</sup> 以下即以違背信託之罪的發展歷程為介紹核心。

## (2) 背信概念的建立

### I. 日益重要的信任關係

前文已交代自中古世紀起，因為市民階級不斷爭取人身及財產的自由，最後終於使得交易逐漸走向自由化，契約成為規劃未來財產收益配置的重要工具，而國家也走向積極介入契約違反的道路上。在契約以未來的財產利益配置為交易的目的時，因為(至少)其中一方在締約當時並未立即自契約得到滿足，

<sup>143</sup> See George Wilfred Stumberg, *Criminal Appropriation of Movables—a Need for Legislative Reform*, 19 TEX. L. REV. 117, at 122-23 (1941). 隨著時間演化的財產犯罪，並不惟出現新的財產犯罪類型而已，就連財產犯罪的客體，也是會隨著人民對於財產概念的轉化，而產生轉變的。例如，欺詐性的私取財產犯罪中，受到刑法所保護的「財產」，它的範圍便隨著時代演進而逐漸擴大：在過去，凡屬於自然之物(如動物的糞便)，並不可能成為刑法所欲保護的「財產」，但是在 1648 年的 *Carver v. Pierce* 案 (82 Eng. Rep. 534 (K.B. 1648))，衡平法院便表示，若是一般出現在路邊的動物糞，的確不會成為竊盜罪所保護的「財產」，但是如果經過人為所堆疊的動物糞堆，因為已經過他人投入勞力，而成為可利用的資源，此時這些糞堆自然就是竊盜罪欲保護的客體。See Michael E. Tigar, *The Right of Property and the Law of Theft*, 62 TEX. L. REV. 1443, 1456 (1984).

而須要他方在其他的時、地履行契約配合才得以滿足其締約當時的規劃，這時雙方的信任關係便變得非常重要。

尤其當商業發展已經到了脫離原始的由商人純粹出賣勞力，努力將貨物出售的階段，而進入商人積極拓展商業版圖，藉由貨物的買賣賺取利差的階段之後，商人開始想擺脫人身單一的限制，以擴大事業版圖。要如何人在甲地，卻可同時在乙地出賣貨品？有商人開始發現，他可以與他人結合，透過特定關係為中介，使兩方就算身處兩地，但彼此依然保持聯繫的關係。<sup>144</sup>藉由與他人建立聯繫關係，由他人為之使用、收益、處分財產，商人將可因此獲得更多的利益。在早期，這種的聯繫關係是透過單純的信任關係（如朋友之間的協助）來聯繫的。<sup>145</sup>之後，這樣的關係連結才漸漸由契約，以一定的交換價值為中介來取代。<sup>146</sup>代理制度於是生焉。

代理制度的運用，往往與某種勞力供給契約相結合，雖然此等約定並非單純的財產的使用收益規劃，但是究其本質，其乃是一種人為了自己的未來利益，而由他人代替自己執行某些財產規劃的業務，本質上仍屬以未來利益為規劃核心的契約，且締約雙方之間的信任關係亦相當重要。

關於規劃未來財產利益的契約，英國雖已經過法院的肯認，透過諾言令狀的方式，使得受損害之一方得以請求履行債務以及因為他方不履行約定對之造成的損害。但是，如果對方不能履行賠償或故意脫產，則對於債權人的保障仍有不足。尤其，當一人藉由代理、委任等制度，已追求未來的利益時，往往須要將自身的財產事務交由他人處理，此時對於委託人而言，其所承擔的受害風險可能是更劇烈、更沈重的，因此國家提供更進一步的保障，毋寧是對於交

---

<sup>144</sup> Sombart，前揭註 120，頁 428。

<sup>145</sup> 同上註，頁 430。

<sup>146</sup> 同上註，頁 428。

易的更進一步保障，此時刑罰的威嚇力量，將是一個可能的選項。

## II. 違背信託之罪的發展

原本，在普通法的傳統下，普通法法院堅守一個原則：「法律應保護人民，以對抗暴力的對待；但是對於背棄信任的行為，人民只要不再相信他人便可保護自己。<sup>147</sup>」但這樣的觀點在日益看重人與人之間的信任關係的時代，將注定被時代遺棄。

在 1863 年，英國高等法院（The High Court of Justice, Queen's Bench Division）法官 James Fitzjames Stephen 便主張：刑法的主要功能之一，便是保障生命中各種關係的穩定，當建立在信任關係上私人關係如此的普遍而重要，吾人實難以理解為什麼此等關係無法像其他關係一樣，受到法律的保障。<sup>148</sup> 基此，其主張刑法應積極介入背棄信託的行為。而這樣的主張，正是該法官總結其對普通法法院自 15 世紀以後，日益放寬財產犯罪要件的解釋，此一時代趨勢的觀察：

竊盜（theft）向來是普通法中，最基本的欺詐型財產犯罪類型，其禁止行為人基於永久剝奪他人財產的目的，將財產從被害人處帶走（taking）或取走（carrying away）的行為。<sup>149</sup> 但是，這樣狹義的財產犯罪概念，並無法處理一人將財產交付他人，而他人卻私自取走的行為。自 15、16 世紀歐洲脫離封建時代，民間活力日漸旺盛，交易也日漸興盛，在這個時代，歐洲人民發現，他們亟需藉助國家的力量，以保護其託付（entrusted）於他人之處的財產，在這樣的時代需求底下，法院開始在既存的竊盜罪的要件下，擴張構成要件的解

<sup>147</sup> Stephen, *supra* note 137, at 151.

<sup>148</sup> JAMES FITZJAMES STEPHEN, A GENERAL VIEW OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND, 131-32 (1863).

<sup>149</sup> Tigar, *supra* note 143, at 1445.

釋。<sup>150</sup>

例如：普通法法院過往對竊盜的見解，向來是以「自他人處取走財產，破壞他人的擁有」作為成立竊盜罪的基本構成要件。<sup>151</sup>換句話說，凡無「自他人處」取走財產，或破壞「他人擁有」者，即不可能構成竊盜罪，依此見解，如一人將物品寄放在他人之處，該他人卻擅自取用等，該他人並不成罪，這並不符合當時社會對正義的想像。因此，在 1473 年，普通法法院在 *Carrier's Case*<sup>152</sup>首度嘗試跨越此等構成要件的限制：該案被告為一運送人，受一位外國商人之託運送包裹，但被告最後卻私自將該包裹打開，並取走內容物。<sup>153</sup>本案的爭議在於，被告既然已被交付「包裹」，包裹既然在被告手中，那麼被告是否可能「取走」該外國商人置於系爭包裹之內的財產？

本案中，法院認為被害人雖交付系爭包裹與被告，但被害人未交付包裹內容物與被害人，故當被告基於特定犯意，破壞包裹取走內容物，自然該當竊盜的罪名。<sup>154</sup>細思此案法院之見解，此見解強行區分「包裹」與「包裹內容物」的差異，無異是咬文嚼字，結論上或許合理，但論理上總無法令人信服。但是，無論如何，此這個判決的見解，十分務實地處理當時社會所遇到的法律不足處理社會紛爭的困境。這個案件中，吾人可看到普通法法院的法官努力調和經濟現實以及法律現狀之間的衝突的努力。<sup>155</sup>

在 *Carrier's Case* 中，被告自被交付包裹起，自被害人處取得取得「擁有」該包裹的權利，故法院在解釋上，尚能在有限的範圍內，從被害人賦予被告被告權限的範圍有限作為切入點，解決前述案件所生的法律與現實衝突。但是，

---

<sup>150</sup> RICHARD G. SINGER, JOHN Q. LA FOND, CRIMINAL LAW, 204 (1997).

<sup>151</sup> Stephen, *supra* note 137, at 151.

<sup>152</sup> Y. B. Pasch. 13 Edw. 4, f. 9 pl. 5 (Ex. Ch. 1473).

<sup>153</sup> Tigar, *supra* note 143, at 1452.

<sup>154</sup> *Id.*

<sup>155</sup> *Id.* at 1453.

如果被害人不曾「擁有」係爭財產，更遑論「賦與」被告任何權限，此時若被告的行為，侵害原本應屬被害人所有的財產利益時，此時被告是否可以該當竊盜罪？此問題，實已逾越前開 *Carrier's Case* 所能處理的範圍，而普通法法院遲至 1799 年，才正式對此發表意見。<sup>156</sup>

在 1799 年的 *Rex v. Bazeley* 案<sup>157</sup>案，被告 Bazeley 為一銀行行員，某日收到客戶交付，欲存入其帳戶中的一張 100 英鎊的鈔票後，便將該張鈔票據為己有。<sup>158</sup>由於被告已經將該筆存款登錄，故其暗自將鈔票據為己有的行為，已造成所服務銀行受有損害。<sup>159</sup>由於被告是該張鈔票的「擁有」者，而被害人（銀行）從來就不曾「擁有」系爭 100 英鎊的鈔票，故依當時的法律，被告的行為並不能該當於竊盜。<sup>160</sup>由於此結論實有違當時英國人民的法律情感，英國國會旋於 1799 年通過一法案，該法案規定，若行員（clerk）、職員（servant）或類似身分者，基於職位而以主人名義而「擁有」一定財物，卻侵占（embezzle）之者，其行為將被視為偷竊。<sup>161</sup>自此，英國的財產犯罪裡，多了一項不同於竊盜的侵占罪名，而該罪名的本質，則為背棄信託的行為。<sup>162</sup>但是，至此為止，該罪的處罰對象僅限於銀行的行員或類似身分之人。

---

<sup>156</sup> 「擁有」特定財物，是竊盜罪的基本前提，英國的普通法將財產的持有狀態分為「擁有」與「占有」兩類。見前揭註腳 141 內的相關說明。如果行為人僅是「占有」財產，而財產卻是由他人所「擁有」時，此時行為人將所占有的財產據為己用，是否可構成竊盜？對此，英國國會在 1529 年後已針對已滿 18 歲的僕役，基於某些目的為主人占有特定財產，卻侵盜（purloin）其主人財產的行為處以刑罰，之後更通過某些法案，處理銀行或郵局的雇員基於「占有」，而破壞其雇主的「擁有」的行為。See Stephen, *supra* note 137, at 151-52.

<sup>157</sup> 168 Eng. Rep. 517 (Cr. Cas. /res, 1799).

<sup>158</sup> Tigar, *supra* note 143, at 1454.

<sup>159</sup> *Id.*

<sup>160</sup> *Id.* 而且，由於被告 Bazeley 必非係爭票據的「占有」者，故也不該當前開註腳 156 所述，英國國會所通過的罪名。

<sup>161</sup> Stephen, *supra* note 137, at 153.

<sup>162</sup> Tigar, *supra* note 145, at 1454.

由於 1799 年英國國會的立法，將侵占的罪名的主體限縮於行員、職員等特定身分之人，造成很多個案將重點放在討論行員、職員的定義問題。<sup>163</sup> 在 1812 年，*R. v. Walsh* 案的出現，終於再度推動英國國會立法，擴大相關罪名的應用範圍。<sup>164</sup> *Walsh* 案的案例事實略為：被告 Walsh 為證券經紀人，其客戶 Plumer 將一張面額 22,200 英鎊的支票交付給被告，請被告代之存入銀行。<sup>165</sup> 被告在將該支票存入銀行後，隨即以銀行券 (bank note) 的方式，將錢提領出來，並將大部分納為己用，被告因此被控偷竊銀行券以及被害人 Plumer 的支票。<sup>166</sup> 但是，最後陪審團審理後認為：一、被告非以詐欺的方式使被害人 Plumer 交付票據；<sup>167</sup> 二、由於票據並非貨物或財產，故在 Plumer 手中時並無價值；三、被害人 Plumer 從頭到尾並未「擁有」係爭銀行券；四、當銀行開出銀行券乃是履行債務，故也無法說被告「偷」了係爭銀行券。故被告並不成立任何罪名。<sup>168</sup> 此外，由於被告 Walsh 並非銀行行員或職員，其僅是為被害人 Plumer 將支票存入銀行而已，故前開 1799 年英國國會通過的罪名自然也無適用的空間。<sup>169</sup> 但是，這樣的判決在事理上完全無法令人信服，因此，英國國會在此案後，再

<sup>163</sup> Stephen, *supra* note 139, at 154.

<sup>164</sup> *R. v. Walsh*, 4 Taunton 258 (1812).

<sup>165</sup> Stephen, *supra* note 137, 154.

<sup>166</sup> *Id.*

<sup>167</sup> 此段文字指出被告 Walsh 也不該當令一種從竊盜罪演繹而來的犯罪類型——錯誤陳述取財罪 (obtaining of property by false pretences)。在比較早的時間之前，普通法法院便已確立，雖然不法取走他人對財物的持有狀態是竊盜罪的基本要素，但如果一人以詐欺 (fraud) 的方式取得某物的擁有，並私取 (misappropriate) 之，則其行為依然該當於竊盜。See *id.* at 160. 舉例而言，在一般情況下，某甲讓乙騎乘其馬，則隨後乙起意騎走該馬而不歸還與甲，此時乙將馬騎走的行為該當竊盜罪的「取走」行為；而如果乙以詐欺的方式使甲交付馬匹與乙，則乙已該當錯誤陳述取財的犯罪，其之後騎走甲之馬匹的行為，不再構成竊盜的「取走」的行為。See *id.*

<sup>168</sup> THOMAS D'OYLY, EDWARD VAUGHAN WILLIAMS, *THE JUSTICES OF THE PEACE AND PARISH OFFICER VOL. III*, 435 (1836).

<sup>169</sup> Stephen, *supra* note 139, 154.



度通過立法，針對銀行員、商人、經紀人或其他代理人，若其使用他人基於特定目的交付之的票據，或他人以一定要式交付之的金錢時，其行為將被處以刑罰。<sup>170</sup>第二個關於侵占的刑罰罪名因之而成立。之後，英國國會再通過一些關於侵占的法規，但是論者始終批評，國會只試圖在特殊案例類型上努力，並不處理此等規定與過去普通法所建立的原則之間的衝突問題。<sup>171</sup>

由於在當時不論是普通法法院所建立的法理，或是英國國會依個案所訂定的相應立法，均不夠全面，且未處理與普通法的衝突問題。而且關於侵占與竊盜之間的關連，論者更進一步批評，侵占罪的概念的出現，使得「擁有」概念的技術性詮釋變成適用法律的重要爭點，而法院也常常陷入這種技術性的爭點之中：假設行為人將為以本人之名擁有的財物交付給本人，再將之取走，便該當竊盜，相對的，若其非以本人名義擁有財物，又於交付與本人之前便已盜用之，將構成侵占，如果無法證明案件究竟屬於何種情狀，依罪疑為輕，法院必須判被告無罪。<sup>172</sup>

英國高等法院 James Fitzjames Stephen 法官不滿於英國國會採取列舉式的立法策略，導致法律無法處理多樣化的財產犯罪問題，同時因為侵占與竊盜定義上的技術性差異，導致法院在實際操作上，可能會造成的不符實質正義的結果，因而在 1863 年的著作中，主張擴大竊盜罪的定義，將竊盜罪定義為：

**「竊盜者，為行為人基於不正意圖，以取走、侵占、錯誤陳述而取得、或其他非適當使用他人持有或使用之動產或不動產的方法，致使他人依法或依衡平法則應獲得或即將獲得之利益受到減損之行為。」<sup>173</sup>**

<sup>170</sup> Stephen, *supra* note 137, 155.

<sup>171</sup> *Id.* at 156-60.

<sup>172</sup> *Id.* at 153.

<sup>173</sup> Stephen, *supra* note 148, at 129. ("To steal is unlawfully, and with intent to defraud, by taking,

在此定義底下，所謂的竊盜，毋寧是竊取他人之物、侵占他人之物，以及盜用他人之物、詐欺他人之物等行為的上位概念。Stephen 法官認為，關於竊盜，重點應在於誰該享有財產利益，以及財產利益是否被移轉了，誰「擁有」財產，並非竊盜罪要處理的重點。<sup>174</sup> Stephen 法官認為，前開對於竊盜的重新定義，將可除去過往因為法律要件解釋的技術性問題造成的法律適用障礙。<sup>175</sup> 此外，由於當代為他人處理事務之人可能未持有任何來自本人的財產，而是持有本人財產所衍生的收益或其他孳息，<sup>176</sup> 在前述擴大被害人受害客體的定義底下，依此修正的竊盜罪規定將可較為適切地處理現實的社會問題。

前開 Stephen 法官在 1863 年所提出的修法建議在當時雖未被接受，但是其洞悉過去普通法法院依個案累積的見解、國會通過的個別法規背後所代表的意義，以及以刑罰作為民事補償措施的補強的時代意義，<sup>177</sup> 使得該修法建議日後深深地 20 世紀的英美財產犯罪發展。<sup>178</sup>

## 2. 美國誠信服務詐欺 (Honest Services Fraud) 概念的發展

前文大略地勾勒財產概念的轉化，如何影響一國的法制，以及其刑罰的

---

by embezzlement, by obtaining by false pretences, or in any other manner whatever to appropriate to the use of any person any property whatever real or personal, in possession, or in action, so as to deprive any other person of the advantage of any beneficial interest at law, or in equity, which he may have therein.”)

<sup>174</sup> Stephen, *supra* note 150, at 136.

<sup>175</sup> *Id.* at 129-30.

<sup>176</sup> Stephen, *supra* note 137, at 164.

<sup>177</sup> Tigar, *supra* note 143, at 1461.

<sup>178</sup> *Id.* 例如，英國在 1916 年修正通過的盜竊罪法 (Larceny Act, 1916, 6 & 7 Geo. 5, c. 50 (Eng.)) 第 19 條到第 22 條的規定中，某程度上可以看到英國國會對於 Stephen 法官在 1863 年提到的英國財產犯罪規定的缺陷與不足的反省。另外，當代美國甚至已處罰受託人為法律所禁止的投資、背棄委託人，使之以高於市場公平的價格購買貨品等行為，跳脫原本普通法下認為竊盜罪應以侵奪或私取被害人財產為要的框架。見 JOEL SAMAHA, CRIMINAL LAW, 371 (9th ed. 2008) (Citing MODEL PENAL CODE §223.1, commentary at 129(1980)).

規範。當人們可以自由支配其財產開始，人對於財產利益的追求不再只限於當下當地，人們企圖在未來以及異地追求更大、更多的財產利益，以未來財產利益規劃的契約以及代理制度應運而生，而國家也積極介入以確保這些制度可以運作無礙，甚至調整財產犯罪規範，創造出一種以違背信託行為為核心的新興財產犯罪型態。

有論者認為，前述英國的契約與財產犯罪規範的發展歷程，背後代表的是一個社會對於財產的概念的轉變，影響國家調整其財產犯罪的範圍及規範內容。<sup>179</sup>在這個發展底下，國家的規範重心，逐漸從對一物的實際管領權限，移轉到對「財產權」概念及範圍的建構與保障。<sup>180</sup>但是，本文認為，前述法制的變化，與其說是因為財產權的建構以及保障而來，倒不如將它理解為：當人對於可支配財產的理解，不再侷限於自己持有之物之後，而擴張及於由他人為己持有之物以後，人與人的信任關係變得益發重要，因為信任關係的存在，是保護一人仍可藉由他人為己持有、支配財產，而實踐、創造自身的財產利益。進而，在這樣的財產運用模式的發展下，財產犯罪概念有必要跟著轉換，國家必須藉由刑事法的力量保護人與人之間的信任關係，如此方能實現人積極運用自身財產的可能。<sup>181</sup>

而觀察英國的欺詐型財產犯罪的發展確實也可以發現，在脫離封建時代的英國，當人與人的信任關係不斷被強調，且在此基礎上，一人將自身財物轉交給他人處置或直接由他人自始為自己處理財產事務已成為常態後，國家確實也跟著調整期固有的財產犯罪體系，使國家的刑事力量可以進入「因信任他人而造成財產損害」的案件。

在英國以侵占的形式建構違背信託罪的概念後，國家在信任關係與財產

---

<sup>179</sup> See generally Tigar, *supra* note 143, at 1443-75.

<sup>180</sup> *Id.*

<sup>181</sup> See Stephen, *supra* note 148.

利益之間建立了一條明確連結，並以之作為發動刑罰的基礎。但是隨著時代進一步發展，人對他人的信任變得更為重要，現代人往往將自己的財產直接交給他人保管或操作（如投資基金），而對該受託人全權信任，而且操作的結果好壞，完全須由本人自行承受。在這樣的信任關係底下，前述信任關係的破壞與財產利益被侵奪的連結是否依然是刑罰發動的必要條件？法律是否可能單以某一信任關係被破壞便發動刑罰？本文認為，美國實務界在 20 世紀下半葉致力於誠信服務詐欺的討論，背後所思考的，正是此一問題。此問題，毋寧是古代普通法傳統的古訓「對於背棄信任的行為，人民只要不再相信他人便可保護自己」的現代詮釋：人民因為相信他人所受的損害，在何等限度內，應由人民自行承擔，而在何等條件下內，則可使國家取得介入的基礎，以保護此等信任關係不受破壞？

### （1）誠信服務詐欺發展背景

美國屬於聯邦國家，故刑法基本上乃是交由各州自行規定，美國聯邦原則上並不介入，也無干預權限。依此，各州依其需要，在原本普通法的架構底下，發展其財產犯罪的架構。過去普通法在在欺詐型的財產犯罪的類別下，發展了多種不同的財產犯罪類型已如前述，而當代美國各州的刑法，大多數的州刑法均已打破原英國普通法下的財產犯罪類型分類，而擴大竊盜罪的犯罪定義及規範範圍，<sup>182</sup>就如同當初 Stephen 法官所建議的一般。同時，也有少數的州依然維持原本英國法對財產犯罪類型的分類，如維吉尼亞（Virginia）州。<sup>183</sup>當然，在聯邦的垂直分權體制下，各州擁有不同的規範內容、架構是稀鬆平常的事，聯邦當然不能過問。然而，當今以公司作為白領犯罪主體的案件十分普遍，而公司的經營、投資足跡往往遍及全美各州，在這樣的情況下，美國為了避免

<sup>182</sup> See John Wesley Bartram, *Pleading for Theft Consolidation in Virginia: Larceny, Embezzlement, False Pretenses and §19.2-284*, 56 WASH & LEE L. REV. 249, 251 n. 23 (1999).

<sup>183</sup> *Id.*

各州法制不一，實有建立某些統一的聯邦刑法的迫切需求。

美國聯邦憲法第一條第八項第三款便提供一個聯邦法制突圍的破口：聯邦憲法第一條第八項第三款即規定：美國國會有權規範美國各州間的通商行為。<sup>184</sup>根據聯邦憲法的授權，美國國會便於 1872 年，以保護聯邦郵政系統為由（因與州際通商有關），訂定刑罰以處罰利用聯邦郵政系統以遂行詐欺的行為，並獲得聯邦最高法院的支持。<sup>185</sup>此罪被稱為郵件詐欺罪（mail fraud），在 1909 年修正後，便已無重大變動。<sup>186</sup>之後，由於電子通訊發達，美國國再以郵件詐欺罪為原型，訂定電信詐欺罪（wire fraud）。<sup>187</sup>此二罪今分別規定於聯邦法典第 18 章第 1341 條（18 U.S.C. §1341，郵件詐欺罪）以及聯邦法典第 18 章 1343 條（18 U.S.C. 1843，電信詐欺罪）。<sup>188</sup>兩者構成要件雷同，其主要差別僅在於行為人所使用的工具不同而已。

在 20 世紀中葉開始，美國聯邦法院利用郵件詐欺罪以及電信詐欺罪，發展一套用以規範、處罰受他人之託處理事務之人違背受託義務（fiduciary duty）

---

<sup>184</sup> U.S. CONST. ART. I, §8.3, (“The Congress shall have power ... [t]o regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes.”)

<sup>185</sup> See Michael McDonough, *Mail Fraud and the Good Faith Defense*, 14 ST. JOHN’S LEGAL COMMENT. 279, 282 (1999).

<sup>186</sup> 相關說明，詳見下文及註腳 194。

<sup>187</sup> See Nick Wagoner, *Honest-Services Fraud: The Supreme Court Defuses the Government’s Weapon of Mass Discretion*, 51 S. TEX. L. REV. 1121, 1129 (2011).

<sup>188</sup> 18 U.S.C. §1341 (2006). (“Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses... for the purpose of executing such scheme or artifice or attempting so to do, places in any post office or authorized depository for mail matter, any matter or thing whatever to be sent or delivered by the Postal Service, ...shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both...” ) 18 U.S.C. §1343 (2006) (“Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses,... transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio, or television communication... shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both...”)

行為的誠信服務詐欺理論。<sup>189</sup>

## (2) 誠信服務詐欺理論的發展與充實

1941年一個發生在聯邦巡迴上訴第五法院的案件，是目前的紀錄中，第一次有聯邦巡迴上訴法院嘗試在具體案件中，擴大郵件詐欺罪的適用，而誠信服務詐欺理論自此發跡。<sup>190</sup>在說明1941年聯邦巡迴上訴法院所提出的見解之前，在此先簡述相關條文的發展背景。

在1872年，國會第一次通過郵件詐欺罪時，條文所描述的犯罪行為為：「任何人規劃或意圖規劃任何...利用郵局的...詐欺的詭計或密謀」。<sup>191</sup>而聯邦最高法院在1896年的 *Durland v. United States* 表示，本條所謂的「詐欺的詭計或密謀」並不以陳述當下或過去的事實為限，對於未來狀況的不實陳述，也可該當之。<sup>192</sup>而最高法院認為，對於未來狀況的不實陳述，毋寧是一種破毀諾言 (promise) 的行為，<sup>193</sup>因而得被認定為是一種「詐欺的詭計或密謀」。自從聯邦最高法院將郵件詐欺罪的適用範圍，擴張及於對於未來狀況的不實陳述以後，在郵件詐欺罪底下，聯邦政府取得以刑罰處罰破壞諾言的行為。之後，聯邦國會在1909年修正郵件詐欺罪的條文時，便將條文修正為：「任何人，規劃或意

<sup>189</sup> 由於誠實服務詐欺理論乃是以「詐欺 (fraud)」為基礎行為，因此此罪的適用，將涉及「詐欺」的意涵的問題。對於詐欺，有論者認為僅限於以欺詐性的方法 (eg. trick or false pretenses) 以獲取財產利益的行為，但是也有主張應擴張包含諸如侵占 (embezzlement) 或偽造 (forgery) 等行為。See Craig M. Bradley, *Foreword: Mail Fraud after McNally and Carpenter: the Essence of Fraud*, 79 J. CRIM. L & CRIMINOLOGY 573, 577 n. 100-104 (1988). 但是聯邦最高法院在1987年的某一案件中，明文肯認侵占行為應屬於詐欺的下位概念。See *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 27 (1987).

<sup>190</sup> *Skilling v. United States*, 130 S.Ct. 2896, 2926 (2010).

<sup>191</sup> Act of June 8, 1872 ch. 33, §301, 17 Stat. 283, 323. (“That if any person having devised or intending to devise *any scheme or artifice to defraud*... by means of the postoffice....”) (emphasis supplied).

<sup>192</sup> *Durland v. United States*, 161 U.S. 306, 313 (1896).

<sup>193</sup> See *id.* at 314.

圖規劃詐欺的詭計或密謀，或為了獲取金錢或財物而做出錯誤的、欺騙式的偽裝、陳述或諾言...<sup>194</sup>」目的在於納進聯邦最高法院在 1896 年 *Durland* 案的見解，並使得原本法條規定更為明確。<sup>195</sup>

但是，由於當初國會修法時，在郵件詐欺罪的法條文字中，使用轉折詞(or)將「詐欺的詭計或密謀」與「為了獲取金錢或財物而做出錯誤的、偽裝、陳述或諾言」兩者並立，使得法院在論斷郵件詐欺或電信詐欺的行為，若以「詐欺的詭計或密謀」為基礎時，似乎不需處理行為人是否從被害人處獲取利益的問題。<sup>196</sup>這種純粹法條釋意的解釋方法，使得法院得以嘗試拉遠信任關係（因諾言而來）與財產利益保護之間的關係。

聯邦第五巡迴上訴法院在 1941 年的 *Shushan v. United States* 案，第一次運用前述的文字解釋可能性，切斷對信任關係的保障，以及對財產利益的保護之間的連結關係：<sup>197</sup>

「美國聯邦法典第 18 章第 388 條 (18 U.S.C. §388，今聯邦法典第 18 章第 1341 條)處罰任何...利用將郵件送至特定住址...以遂行任何詐欺的詭計或密謀，或以之傳達錯誤陳述而取得金錢、財產的行為。而為了取得不正利益，而計畫背棄他人對自己的委託，或勾串原應為他人服務或提供建議的第三人等行為，縱使行為人不曾說謊，其行為仍可構成詐欺的詭計(a scheme to defraud)。計畫藉由賄賂政府官員，以取得條件較其他人更優渥的公共契約的行為，此計

<sup>194</sup> Act of March 4, 1909, ch. 321, §215, 35 Stat. 1088, 1130. (“Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises....”)

<sup>195</sup> Peter J. Henning, *Maybe It should just Be Called Federal Fraud: the Changing Nature of the Mail Fraud Statute*, 36 B.C.VL. REV. 435, 447 (1995).

<sup>196</sup> Skilling, 130 S.Ct. at 2926. See also Joshua A. Kobrin, Note, *Betraying Honest Services: Theories of Trust and Betrayal Applied to the Mail Fraud Statute and §1346*, 61 N. Y. U. ANN. SURV. AM. L. 779, 789 (2006).

<sup>197</sup> See *Shushan v. United States*, 117 F.2d 110, 115(5th Cir. 1941).

畫除了可能構成賄賂罪之外，也可構成一詐欺公眾的詭計...（因為）沒有任何受託人可以像政府官員一樣，背負這麼大的義務在身上，（故）一個藉由勾串政府官員以取得利益的計畫，自應被認為是聯邦法底下的詐欺詭計。」<sup>198</sup>自此案後，凡利用聯邦郵政系統，侵害他人原得享有的「享有誠信服務」權利者，即可該當郵件詐欺罪。從而，依據此誠信服務詐欺理論，只要公務員辜負大眾對之的信任，縱使未造成大眾的財產損害，仍足以構成郵政詐欺罪。

之後，自 1970 年代起，美國實務更進一步運用誠信服務詐欺理論處理私部門間，受僱人侵害僱用人應享有受僱人的誠信服務的違背契約行為。<sup>199</sup>同時，各法院雖遲遲未能對何謂「誠信服務」取得共識，但是美國聯邦各法院倒普遍認為，誠信服務詐欺所規範的，並非單純地違反契約的行為，使理論僅適用在有人（不一定是被告）對被害人提供誠信服務的受託義務的情況。<sup>200</sup>此種見解，使法院巧妙地迴避正面處理誠信服務定義的問題，也使誠信服務詐欺與契約義務的違反脫鉤，而將焦點放在行為人是否違反（或使他人違反）受託義務的問題<sup>201</sup>

之後隨著個案見解的累積，各法院也漸漸意識到：在私部門之間，人與人的關係範圍較為有限、關注的事情較為集中，且利益衝突的行為並不必然影響商業關係中的實質經濟關係，故違反受託義務的行為並不必然代表行為人應負刑事責任。<sup>202</sup>因此，漸有法院認為，政府不應過度處罰私人關係權利義務的

<sup>198</sup> Shushan, 117 F.2d at 115.

<sup>199</sup> See *United States v. Weiss*, 752 F.2d 777 (2d Cir.1985) (corporate officer); *United States v. Von Barta*, 635 F.2d 999 (2d Cir. 1980) (securities trader); *United States v. Bryza*, 522 F.2d 414 (7th Cir. 1975) (purchasing agent).

<sup>200</sup> Lisa L. Casey, *Twenty-Eight Words: Enforcing Corporate Fiduciary Duties through Criminal Prosecution of Honest Services Fraud*, 35 DEL. J. CORP. L. 1, 52(2010) (citing *United States v. Turner*, 465 F.3d 667, 675 (6th Cir. 2006)).

<sup>201</sup> *Id.*

<sup>202</sup> See *Jain*, 93 F.3d, 442; *United States v. Devegter*, 198 F.3d 1324, 1328(11th Cir. 1999).



違反，郵、電詐欺的適用範圍應該加以限制。<sup>203</sup>

第七巡迴法院在 *United States v. Bloom* 案主張：「並非所有違反受託義務的行為均構成刑法上的詐欺罪。<sup>204</sup>」並認為，判斷構成詐欺罪名的違反受託義務行為的判斷基準應在於：行為人是否藉由濫用職權以獲得個人利益(private gain) (藉此重新連結信任關係被破壞與財產損害二者)。<sup>205</sup>之後，法院再進一步補充：政府並不需要證明系爭詐欺的計謀已經成功，行為人最後是否取得獲利並非重點（再次拉遠信任關係的破毀與財產損害之間的關連，但不切割二者）。<sup>206</sup>之後，第七巡迴上訴法院更進一步認為，即使是不知情的第三人取得利益，亦無礙被告的誠信服務詐欺罪的成立。<sup>207</sup>

除了前開見解外，有些法院則認為：除非能證明有「合理可預見的經濟上損害 (reasonable foreseeable economic harm)」，否則單純證明僱用人不能享有受僱人的忠實與效忠，並不足以論受僱人有罪（另一連結破壞信任關係與財產損害的策略）。<sup>208</sup>

從前開簡短回顧美國誠信服務詐欺理論在實務的發展及限縮可以觀察到，美國在最高法院一開始在 *Durland* 案原本僅是欲擴大郵件詐欺罪的適用範圍，由於現代人對於利益個規劃早已不限於當下，對於未來的利益規劃，已成

<sup>203</sup> See *United States v. Sun-Diamond Growers of Cal.*, 138 F.3d 961, 973(D.C. Cir. 1998); *United States v. Frost*, 125 F.3d 346, 368(6th Cir. 1997); *United States v. Czubinski*, 106 F.3d 1069, 1077(1st Cir. 1997).

<sup>204</sup> *United States v. Bloom*, 149 F.3d 649, 654(1998); see also *United States v. George*, 477 F.2d 508, 512 (7th Cir.1973).

<sup>205</sup> *Bloom*, 149 F.3d, 655 (“Misuse of office (more broadly, misuse of position) for private gain is the line that separates run of the mill violations of state-law fiduciary duty”).

<sup>206</sup> See *United States v. Tadros*, 310 F.3d 999, 1006 (7th Cir. 2002) (“The fact that the defendant failed to elicit more money from the insurance agencies is irrelevant; the government need not prove that the scheme to defraud was successful to prove a violation of the mail or wire fraud statutes.”)

<sup>207</sup> See *United States v. Sorich*, 523 F.3d 702, 709-10(7th Cir. 2008).

<sup>208</sup> *United Staes v. Sun-Diamond Growers of California*, 138 F.3d 961, 973(C.A.D.C. 1998).

為一人的決策考量之一，因此提出「對未來的不實陳述」，也屬於所謂的「詐欺的詭計或密謀」的見解，以確保法規的詮釋與實際社會情狀可以相符。但是由於歷史的巧合，美國國會修法的時，文字上的多種詮釋可能性，反而使得美國實務取得嘗試將信任關係的破壞與財產利益的破壞分立的機會，並使前者單獨成為國家發動刑罰權的條件。然而，前開嘗試並未持續太久，美國實務旋即意識到，將信任關係的保障完全與財產利益損害脫鉤，在某些情況（對私部門的規範）可能不甚妥當，而又轉回將兩者重新鍊結在一起。

### (3) 合憲爭議

由於誠信服務詐欺理論是聯邦法院在一個個個案中逐漸填充內容，而漸次發展而來的。換句話說，它是藉由判例法所建立的一種刑罰。由於誠信服務詐欺理論使得郵件（或電信）詐欺罪不再單單只是財產犯罪的規定，其保護客體延伸到非財產的「享有誠信服務」的權益，這似有過度逸脫法條文意之嫌，因此聯邦最高法院在 *McNally v. United States* 認為，如果立法者並無特別表示，那麼對於刑法的構成要件解釋，便必須從嚴認定。<sup>209</sup>從 18 U.S.C. §1341 的文字觀之，聯邦最高法院認為，郵件詐欺罪的涵蓋範圍，應僅及於涉及金錢及財產利益的案件，而不及於任何與無形的利益(intangible right)有關的案件。<sup>210</sup>依此，誠信服務詐欺理論似乎不再有存續的空間。美國國會於 1988 迅速回應聯邦最高法院在 *McNally* 的要求，其以簡短的文字將誠信服務詐欺理論明文化：「依本章之規範目的，詐欺的詭計或密謀應包括剝奪他人享有誠信服務利益的詭計或密謀。<sup>211</sup>」使得誠信服務詐欺理論取得合法的依據。

而聯邦最高法院在 2010 年再度以法條文字過於抽象為由，限縮誠信服務

<sup>209</sup> *McNally v. United States*, 483 U.S. 350, at 359 (1987).

<sup>210</sup> *Id.* at 360.

<sup>211</sup> 18 U.S.C. §1346 (2006). (“For the purposes of this chapter, the term 'scheme or artifice to defraud' includes a scheme or artifice to deprive another of the intangible right of honest services.”)

詐欺理論的適用範圍於賄賂、收取回扣等涉及財產、利益交換的情形，但並未宣告美國國會於 1988 年通過的 18 U.S.C. §1346 無效。<sup>212</sup>唯須注意，聯邦最高法院並不是反對誠信服務詐欺理論，只是要求國會應該再規範得清楚，<sup>213</sup>以符法律明確性的要求。而美國國會又旋即於 2010 年 9 月提出修正草案，<sup>214</sup>惟尚未完成修法。這段關於誠信服務詐欺理論的合憲性爭議，毋寧也是凸顯美國嘗試單獨保障信任關係，而切斷此與財產利益保護的連結，但未盡全功，尤其聯邦最高法院對此的態度最為保留。

### 3. 小結

前文從財產概念的轉變引發人對契約作用以及人際關係的信任的態度轉變開始，記敘英美法的財產犯罪體系的變化。在這段觀察過程，吾人應可發現，國家對於人基於契約所生的信任關係的保護動機越來越強，侵占的概念因而從單純的竊盜罪中脫離，成為獨立的犯罪概念，而財產犯罪的保護客體，也跟著從對於一物的具體持有，延伸至行為人為他人持有財產時，該他人的未來財產收益之上。這個發展歷程，正是國家因應社會體制的轉變，而跟著調整刑法體制的明例。

而美國的誠信服務詐欺概念的發展，可謂前開刑法依社會發展而轉變的極致：美國聯邦先藉由聯邦最高法院的判決，將對他人許下諾言卻破毀之，造成他人財產損害的行為納入處罰（這個發展，不正與英國衡平法院透過諾言令狀，使得債務人得以對未實踐契約諾言之人，須為其債務不履行行為負擔損害賠償的歷程類似？！），之後各巡迴上訴法院又進一步嘗試將一人破毀對他人應遵守的諾言的行為特化成犯罪行為，而不再處理是否造成財產損害的問題。

---

<sup>212</sup> Skilling, 130 S.Ct. at 2896.

<sup>213</sup> *Id.* at 2933 n. 44.

<sup>214</sup> Honest Services Restoration Act, S. 3854, 111th Cong. §2(2010), available at <http://legaltimes.typepad.com/files/honest-services-restoration-act.pdf>.

惟可能此步跨得過大，聯邦各巡迴上訴法院旋即發展各種限縮理論，重新連結信任關係的破毀與財產利益損害間的關連，以控制聯邦刑法的適用範圍，但是這個發展背後所代表的國家積極地利用刑罰以因應新的時代，新的交易狀況的傾向，已不可言喻。

#### （四）德國的背信罪發展，附論背信罪保護法益

以上乃是從英國以及美國的財產犯罪體系發展，觀察「信任關係」如何在社會中取得重要地位，並使得國家為之調整法律。而本文認為，由於自中古時期起，整個歐洲社會勢必經歷相似的社會變遷過程，也許時間點互有先後，但是各國刑法對於社會變遷所帶來的觀念變化的因應策略應是相似的。<sup>215</sup>

例如，以我國刑法向來積極仿效的德國法制為例，前述英國逐步發展背信的概念時，乃嚴格限制觸犯相關罪名的主體，而同樣的趨勢也展現在德國早期的背信規範之上。<sup>216</sup> 早期德國（指日耳曼民族所形成，以普魯士為首的各邦）即採列舉式的立法例以處理背信的行為，而後有感於限縮罪名適用主體的列舉型立法模式或有掛一漏萬之虞，德國再進一步修法，改以概括方式規範背信主體。<sup>217</sup>

最早在羅馬法的時代，背信罪並非獨立的犯罪類型，對於受他人委託處理財產，卻違背其信賴關係的行為，有一部份是以竊盜罪的形式處理的，若無法以竊盜罪的方式處理，則是回歸民事契約賠償責任的方式處置，直至日耳曼

<sup>215</sup> See Stephen, *supra* note 137, at 173-76. (Comparing England's criminal law with French's and Germany's.)

<sup>216</sup> 蔡墩銘，前揭註 7，頁 20。

<sup>217</sup> 同上註。而英國在 1916 年通過盜竊罪法後，雖仍就各個主體作規範，但其規範的背信罪主體之廣，實已幾達概括規範的程度了。見 1916 年盜竊罪法第 20 至 22 條。See Larceny Act, 1916, 6 & 7 Geo. 5 c. 50, §20-§22 (Eng.).

法時代早期，處理方式依然相似。<sup>218</sup>

在 16 世紀，日耳曼法將背信列為侵占罪的類型之一，<sup>219</sup>在德意志帝國成立後，1872 年的帝國刑法典專設有背信罪的條文，以「不信」作為背信罪構成要件重心，且採列舉的立法模式，列舉監護人、財產管理人、測量土地人、運送人、代理人等為背信罪的犯罪主體。<sup>220</sup>而至 1933 年，德國將背信罪特化為獨立的犯罪概念，並確立了具有一般構造的背信罪構成要件。<sup>221</sup>現行的德國刑法第 266 條第 1 項背信罪之規定，即保留當時所定下的條文內容：「濫用基於法律、官署之委任或法律行為所生處分他人財產之權限或使他人負擔義務之權限；或違背基於法律、官署之委任、法律行為或因信託關係所負管理他人財產利益之義務，致損害於將財產利益託付於行為人之本人者，處五年以下自由刑或科罰金。」<sup>222</sup>

與 1872 年的帝國刑法典中的背信罪規定相較，現行德國刑法下的背信罪已不採取列舉式的立法模式，而以抽象、概括的方式界定背信罪的行為主體，以避免列舉式立法例可能產生的漏洞，同時消除當時因為列舉式立法例的設計模式，而衍生的背信行為本質爭執的爭議。<sup>223</sup>

至此，吾人或可謂，不論是英美等國或是德國，均已有針對背棄信任關係，而造成他人財產損害的背信罪規定，只是適用的範圍寬窄有別而已。

惟在此應要說明者，或許有些人會質疑，前揭所整理的英國法的「違背

<sup>218</sup> 張天一，前揭註 11，頁 186-187（2011）。

<sup>219</sup> 同上註，頁 187。

<sup>220</sup> 吳正順，前揭註 10，頁 679。

<sup>221</sup> 同上註。

<sup>222</sup> 林山田，前揭註 10，頁 15，註腳 4。

<sup>223</sup> 張天一，前揭註 11，頁 194。

信託罪」的概念，毋寧是「侵占罪」的概念，<sup>224</sup>並不能稱以之作為理解、詮釋背信概念的依據。惟本文認為，若仔細比較背信罪與侵占罪的規範結構將可發現，背信罪乃是「違背信任加上侵害抽象財產利益」的財產犯罪行為，而侵占罪則是「違背信任加上具體財產受害」的財產犯罪行為，兩者本質上同為具有信任關係之破壞而違背法律上應盡義務的特徵。<sup>225</sup>兩罪的差別僅在行為所侵害的客體的不同，侵占罪為保護具體財產之規定，而背信罪則為保護抽象財產利益的規定，兩者其實貌離而神合。<sup>226</sup>若從此觀點看，英國一開始發展背信的概念時，便是將背信的行為界定為：在特定關係下，違背信任而侵害他人的具體財產的行為態樣，隨後才有論者進一步倡議，應將保護客體延伸至「(被害人)依法或依衡平法則應獲得或即將獲得之利益受到減損之行為<sup>227</sup>」，以進一步保護人民的財產利益。而前述德國的背信罪的發展，亦是從保護具體財產走向保障抽象財產利益，兩者的發跡緣起及發展歷程是相近似的。故以英國的背信概念發展歷程來觀察德國背信罪的緣起，應非不恰當的作法。

行文至此，於檢視背信罪的發展緣起之後，本文應已找到足夠的基礎，回答本章第一部份最後所提的背信罪保護法益爭議的問題：

自前開分析中，吾人應足以為背信罪的發展下一註腳：背信概念的建立，乃是人民當初為了尋求未來財產規劃收益，而與他人基於信任建立一定關係，由他人為其處理財產事務，同時為了鞏固此等「信任」關係，以確保本人未來財產規劃收益的實踐，人民因而決意尋求國家的刑罰強制力保障，並循此建立了背信罪的犯罪類型，以作為保障此等信任關係不被破壞的保險措施。準此，

---

<sup>224</sup> 侵占罪規定於我國刑法第 335 條第一項：「意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」

<sup>225</sup> 陳淞山，前揭註 10，頁 70。

<sup>226</sup> 同上註。

<sup>227</sup> Stephen, *supra* note 148, at 129.

保障人與人之間的委託信任關係，乃是背信罪所使用之手段，其最終目的則為保護人民財產利益的實踐。後者之保障，乃以保障前者存在為前提，在法律未正式肯定單以信任關係作為刑事法的保護標的之前，兩者仍不可偏廢。<sup>228</sup>此毋寧是說，此二者均屬背信罪之保護法益。進而前文曾提到的，學說認為背信罪乃是保護委託信任關係，或認為背信罪乃是為保護人民的財產利益，兩說均僅見背信罪之一端，而未能窺盡背信罪之全貌。

以上見解為本文自背信罪的發展歷程觀察、歸納而來，而學說上亦不乏在結論上與本文持相同見解者。日本即有學者認為，為了運用組織的財產，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，從實質關係而言，就是一種高度的內部信賴關係，而行為人對於內部信賴關係予以破壞的債務不履行行為，便具有高度的違法性，故有以背信罪加以規範的必要性。<sup>229</sup>契約債務不履行的行為，本身便有破壞債權人財產利益的效果，該論者認為背信行為本質上行為人破壞內部信任關係而債務不履行的行為，則無異間接指陳背信罪乃是以保護因信任關係而來的財產利益為其宗旨，其結論實與本文相差無幾。只不過日本的學者的論述主要在於討論一個組織底下，受託人與組織間的關係，而本文認為，縱使非組織與受託人，而僅是個人與個人之間的信任關係受到破壞，此信任關係被破壞對債權人財產利益的影響，並不會此而減輕。

確認了背信罪保護法益兼及信任關係的維護以及財產利益的保障後，接下來的問題便是：當代的契約法，亦有保障人與人的信任關係，並保障未來財

---

<sup>228</sup> 但在此必須說明，刑法在評價上，並非完全將信任關係的保護與財產利益的保障完全緊繫在一起，在某些情況下，立法者還是側重於保護信任關係的。例如，我國刑法第 342 條背信罪的規定中，第 2 項處罰未遂犯的規定，由於未造成實質的財產損害，就某程度上來說，正是對於背棄信任關係，但未造成財產利益損害的行為，處以刑罰的規定。

<sup>229</sup> 張天一，前揭註 11，頁 27。

產收益規劃實現的機能，若從這角度看，背信罪的機能與契約法實有重疊之處，而且既然兩法乃是在同一法律秩序底下建立，應有共同的價值，則吾人要解釋背信罪時，實無法捨棄契約法不談，如何在詮釋法規時，使兩者在規範價值上保持一致，並使其能各自發揮民事法及刑事法的應有機能，便成為法律詮釋上的重要課題。

### 第三節 刑法背信罪的解釋與民法債篇的統合

藉由前文的整理，本文應已初步闡明背信罪作為國家因應社會變遷而生的刑罰的發展歷程。以下，本文將把論述重心移至國家在以信任關係以及契約作為當今財產運用、收益基礎的當代，要如何解釋背信罪的構成要件，以求解釋能與時代之精神與民事法制相符。吾人要如何在一定的時代需求的前提下，統和民事契約法以及刑事背信罪兩者之間的關係，即為下文所要處理、討論的核心。

台灣作為一個全面接受西式法制的社會，不論民事法規以及刑事法規，以及相關的學說依據，均直接承襲自西方歐洲諸國，尤其是德國，而德國的前身，普魯士王國為首的日耳曼邦聯，乃是歐洲後起之秀，又繼受其他歐洲國家的法制思維。故以上的法制發展，雖均與台灣的社會變遷無直接關係，但是台灣乃直接繼受西方國家經過時代粹練、轉化後的法制，故將台灣的民事契約法以及刑事的背信罪，均視為歐洲人民自中古世紀以來不斷追求自由後，所遺留的法制精粹，要無疑義。以下，本文將承前文的論述脈絡，以我國民事契約法規範以及刑法背信罪的關係為解釋、討論的核心。

惟，在此須先行交代背信罪規範核心的問題。本章第二節的說明與敘述中，可知人與人之間信任關係的維護，是背信罪設立的目的之一。但是，信任關係從何而來？國內的刑法學者認為，在普通背信罪中，行為人為他人處理事



務之原因，並不以民事契約為限，法律之規定或其他事實的信託關係，亦可能成為為他人處理事務之原因，如法定代理人為無行為能力人管理事務，及行為人因無因管理而管理他人之事務，關於法定代理人的職務，以及因事實上的信託關係而發生的無因管理關係，均可成為為他人處理事務之原因。<sup>230</sup>對此，本文必須說明，本文不否認前述法律規定或其他法律事實，得成為背信罪的成立基礎，但何者才是規範核心所在，仍必須先行釐清。

本文也認為，前開學者提出的以事實關係、法律規定等作為背信罪成立基礎的因素，之所以與當事人雙方的約定並列，乃是因為這些因素之間有重要的共通性存在：

本章在探索背信罪的緣起後，結論上認為信任關係的保護，是背信罪的重要成立基礎。<sup>231</sup>契約是自中古世紀起，人與人之間已建立信任關係的重要表徵，同時也是維繫信任的重要工具，人們並在此基礎上，利用契約以追求未來的財產利益。因此，吾人可謂契約法制乃是維繫人與人之間的信任關係，並調整信任關係受到破壞之後的權利義務調整法制。契約法的發展源遠流長，並隨著時代的需求、概念而轉換，其內部隱含的眾多概念，與背信概念建立之初的社會需求與信念，應是彼此互通的，因此本文乃以契約法作為背信罪的對照，冀能更明確地掌握背信罪的內涵。

但是本文也不否認，雙方之間的約定，雖然是當事人之間建立起信任關係的重要儀式，但信任關係的建立，卻不以當事人雙方約定為限，事實上的關係，如親子關係之間，也有信任關係存在；而諸如無因管理的事實行為，當事人雙方雖然沒有任何信任關係存在，但是為了簡化雙方間的法律關係以及基於社會政策的考量，立法者也可以「擬制」信任關係的存在，而設定相關的行為

<sup>230</sup> 見林山田，前揭註73，頁481（2005）。

<sup>231</sup> 詳見本章第二節 背信罪的緣起，（四）德國的背信罪發展，附論背信罪保護法益。

準則（如民法第 172 條規定：「未受委任，並無義務，而為他人管理事務者，其管理應依本人明示或可推知的意思，以有利於本人之方法為之。」）正是這些信任關係的存在，才使得背信罪得以存立。我國普通背信罪之所以僅以「為他人處理事務」作為背信罪適用的前提要件，應是希望藉由抽象的要件，使執法者可以透過解釋，將任何存有「信任關係」基礎的事實或法律關係，均納入背信罪的規範之下。但究其本質，仍以契約關係所建立的信任關係最為關鍵、重要，故本文認為仍須先行處理背信概念與契約法制的統合問題。

### （一）背信罪所禁止行為的本質

前曾說明，背信概念的由來，乃與人民希望國家藉由刑罰的力量，以補足契約法不足之處的需求相關。正如同英國 Stephen 法官在其著作所意識到的，雖然一人與他人締結一定關係，乃是個人的自主決定權，但是如果雙方在締結關係前，便知道刑法乃是維持其所締結的關係的第二層保障，則應可預見雙方當事人均會更有意願與他方交易。<sup>232</sup>據此，吾人可知，背信罪所欲禁止的行為本質，與維護契約關係之間，應有相當的關係。然而，契約義務的違反與背信行為的成立間，究竟處於何種關係？後者是否有其獨特的意涵或不同於前者的本質？此問題是吾人探求背信罪的適用範圍問題時，首先須解決的問題。

#### 1. 學說關於背信行為本質之討論

我國背信規定對於背信行為的描述略為：為他人處理事務，而違背其任務或職務的行為。但是，何謂背信罪底下的違背任務或職務行為？我國學者則有不同看法。

有學者援引德國刑法界對於何謂背信罪所欲禁止的行為的討論，作為其立論之基礎：在早期，德國學術界對於背信行為的本質，乃採「權利濫用理論」，

<sup>232</sup> See Stephen, *supra* note 148, at 131-132.

認為背信行為本質即是**權利濫用**，由於行為人因為法律上原因，對他人之財產取得處分權，但其濫用此等財產處分權，因而造成他人之財產損害。<sup>233</sup>而德國的實務界早期則採**信託義務違背**理論，在此理論下，行為人基於法律或其他事實原因，負有經營管理他人財產的義務，背信行為即是違背這種信託義務的失信行為。<sup>234</sup>然而，此二理論的爭論，與德意志帝國 1872 年刑法典下，採行列舉式立法例下，各條項規範內容的差異所引發的討論有關，<sup>235</sup>並非背信罪本質之必然。

而有論者認為，前開二則背信罪本質理論之爭執，僅是分別從權利面以及義務面描述，兩者實指涉同樣的行為內涵，自德國在 1933 年修正背信罪的條文，在條文中兼採權利濫用說與信託義務違背兩說後，在德國，背信行為包含濫用權利及違背信託二者要無疑義，只要該當其一行為人之行為即可構成背信罪。<sup>236</sup>而我國背信罪之規定，僅以「為他人處理事務」寥寥數字做為限定背信行為的規範，故我國學者原無需處理類似當初德國學者遭遇的背信罪本質的爭論，反而應該要面對如何界定我國背信罪規範下「為他人處理事務」的範圍的問題。

但也有研究者認為，背信罪下，所謂為他人處理事務，此之「事務」應以財產事務為限，但也有論者則認為不應添加法條所無之限制。<sup>237</sup>此外，更有

---

<sup>233</sup> 林山田，前揭註 73，頁 450。

<sup>234</sup> 同上註。

<sup>235</sup> 張天一，前揭註 11，頁 199-202。

<sup>236</sup> 現今德國刑法第 266 條第 1 項規定：「濫用基於法律、官署之委任或法律行為所生處分他人財產之權限或使他人負擔義務之權限；或違背基於法律、官署之委任、法律行為或因信託關係所負管理他人財產利益之義務，致損害於將財產利益託付於行為人之本人者，處五年以下自由刑或科罰金。」德國學說上稱前段為濫權構成要件，而後段則為背託構成要件。見林山田，前揭註 73，頁 450-451，480 註腳 66。

<sup>237</sup> 同上註，頁 480。

其他意見認為，為避免背信行為的界定漫無邊際，實不可採前述對背信罪所稱之「事務」不添加任何限制的見解，但是要如何限制「事務」的範圍，主張該意見之論者則認為，德國法以行為人處理權的濫用與信託義務的違背的見解，在我國應有適用的餘地。<sup>238</sup>

而有學者則認為，背信行為的本質，雖有權利濫用說與違背信任說二說，但由於濫用權利的行為，實屬違背信託關係的行為態樣之一，故應以違背信任說的理論較為妥適。<sup>239</sup>論者採此說法，推測應與日本對於日本刑法第 247 條背任罪的討論有關：<sup>240</sup>日本有學者認為，依權限濫用說，背任罪既屬濫用處分他人財產之法律權限而侵害財產之犯罪，在行為人與第三人的對外關係上，應係具有代理權之行為人，濫用其之於被害人的代理權而代表本人對第三人為法律行為或準法律行為。<sup>241</sup>從而，在權限濫用說底下，背任罪之行為主體限於有代理權者，且背任行為限於法律行為，事實行為並非法律所規範的對象，因而日本學者認為，權限濫用說的涵蓋範圍過狹，若此說法成立，將有相當的當罰行為將無法被論罪，且根據權限濫用說，一旦發生對超越權限之財物以外的財產上利益的侵害，行為人便無法被論為背信，故論者認為權限濫用說將造成處罰的漏洞，而主張違背信任說。<sup>242</sup>

以上德國、日本的學說均是從抽象的事務本質的層次，討論何為背信罪所規範的違背任務或職務行為。本文認為，前開學說在方法上，最令人不安的疑慮便是落入規範論式的思維，所謂規範論式的思維，便是將法律與規則絕對

---

<sup>238</sup> 同上註，頁 483。

<sup>239</sup> 甘添貴，前揭註 74，頁 362。另見陳淞山，前揭註 10，頁 68。

<sup>240</sup> 日本刑法第 247 條背任罪：「為他人處理事務者，基於圖謀自己或第三人利益，或損害於本人之目的，違背其任務，造成本人財產上之損害，處五年以下有期徒刑，或千元以下罰金。」

<sup>241</sup> 林譽恆，前揭註 80，頁 121。

<sup>242</sup> 同上註。

化，所有的秩序只是規則與法律的加總，<sup>243</sup>在此思維底下，人只服從於規範及規範所體現的內容，而法律學者的工作，便是從法條的規範內詮釋法律，但是，如果將法學的衡量評估自外於攸關世界觀、經濟性、社會性、倫理性及政治性的衡量之外，這樣的法學論證內容，究竟還剩下什麼？<sup>244</sup>換句話說，本文認為前述的各種背信行為本質的討論，均只討論抽象的規範內容，這樣的討論方式，並不能抓住背信罪的具體核心。

另外，有學者則從操作層次入手，認為背信行為，乃行為人「違背其任務」，違反應誠實處理事務之義務的行為，而是否違背任務，應綜合處理事務之性質、內容、行為時之一切具體條件，參照誠實信義之原則，就其是否逾越「通常執行業務」之範圍，而具體判斷之。<sup>245</sup>但是，這樣的論述方式，只是以另外一個不確定法律概念，來回答原本欲探究的問題，吾人還是不能從「通常執行業務」的內涵，便明瞭背信行為的本質。

最後，本文認為以上三種說法，不論是從抽象的事物本質或是從實際操作層次的角度切入，各論述均只從法條的文意出發，且未慮及背信罪濃厚的契約義務違反本質。前已說明，背信概念與當代契約法的建構，兩者共享了一段社會經濟結構變遷的歷史，在漫長的法制變遷過程中，兩者必有其共同面對，且須解決的問題。而前述各種對於背信罪本質的闡釋，均未考慮背信與契約法兩者間的共通歷史背景，更未考慮從契約法中，找尋背信罪下，「違背任務/職務」的解釋可能，更遑論進一步討論兩者究竟要如何區別的問題：民事契約的違反，很多時候也是因為債務人濫用其因為契約而取得之權限，或是違背債權人對之的信任，又或是逾越其通常執行業務所得進行的範圍，因此契約的違反究竟與前述三種論述何異？如果吾等最後認為背信罪所規範者，實質上乃是

<sup>243</sup> Carl Schmitt 著，蘇蕙婕譯，論法學思維的三種模式，頁 53 (2007)。

<sup>244</sup> 同上註，頁 79。

<sup>245</sup> 周治平，前揭註 10，頁 15。

民事契約的違反的一種態樣，那麼本文又想進一步問，究竟是什麼因素，會使得國家欲發動刑事機制來處罰民事契約義務違反的問題？本文認為，以上問題，單單自「濫用權利」、「違背任務」或「通常執行業務範圍」等文意內涵探求、推敲，必無法獲得令人滿意的答案。欲探求之，本文認為或許應從契約法的規範的詮釋著手。

## 2. 契約法—維護信任的第一道防線

### (1) 契約法作為維護信任的工具

民法侵權行為的相關規定，與契約法同具有劃定他人利益保護與個人行為自由的界線的機能，但二者機能有別，從民事法對於侵權責任與契約責任保護範圍的界定便可探知：

依民法 184 條 1 項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人權利者，負損害賠償責任。」此規定用以保護人民權利免於他人侵害，而純粹經濟上損失，並不在以民法第 184 條 1 項前段為請求權基礎的損害賠償範圍之內。<sup>246</sup>一般而言，論者多認為，在利益衡量上，純粹經濟上損失不能與人身或所有權同等並重，而且純粹經濟上損失的大小又具有不確定性，他人難以預見其範圍，故原則上不屬侵權行為法的保護範圍。<sup>247</sup>只有在侵權行為人別有惡意或違背保護他人之法律的情況，立法者才允許受侵害之人，向侵權行為人主張對於侵害他人純粹經濟上利益的行為。<sup>248</sup>惟此時擴張損害賠償的範圍的作法，毋寧帶有處罰

<sup>246</sup> 王澤鑑，侵權行為法（一）基本理論一般侵權行為，頁 109-110（2005）。

<sup>247</sup> 同上註，頁 110-111。但是國內其實有學者主張，權利與利益乃是流動的概念，因此法規其實不應如此嚴格區分權利與利益，而做不同的規範，否則將可能因為規範失衡而產生漏洞。見 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省，台大法學論叢，36 卷 3 期，頁 114-223（2007）。

<sup>248</sup> 林大洋，純粹經濟上損失實務之變遷與發展（下），司法週刊，1507 期，版 2（2010）。實際上，關於純粹經濟上損失的保護，我國最高法院為強化對之的保護，亦有將之權利化，而

侵權行為人的意味。

而契約責任則不然，由於契約責任的基本任務及功能，便是在當事人間基於信任關係以及自由的意思，計畫其利益分配及危險分擔。<sup>249</sup>由於締約雙方在締訂契約時，恆為達成一定目的，雙方彼此在一定的信任基礎之上，自行決定權利義務的分配與風險的承擔，<sup>250</sup>且雙方在締約的協商過程中，對於自己違約可能造成對方多大的經濟上損害，多有預見，或有預見可能。故純粹經濟上損失之填補，乃是契約法固有的（至少是確認契約法作為規劃未來利益的工具之後的）機能。

契約責任作為保護經濟上利益的機制，對於以未來的交換、取得未來期待報酬的契約尤為重要。因為這類型的契約目的之達成，須仰賴雙方彼此信任，並於未來特定為一定給付方能達成。但是，如果契約僅建立在對於對方的信任之上，則契約違反的可能性極高，十分不利商人拓展交易、商業活動。如果商人需要與他人交易，其將耗費大量的成本於調查與之交易之人的背景及信用等信息。此時政府若願意積極地介入，利用國家的強制力保障契約獲得履行，則國家將可建立一個值得商人信任的契約環境，確保締約當事人得在較小的交易成本（節省蒐尋交易機會以及蒐集與交易相對人信譽相關之資訊的成本）下，迅速達成交易，進而使雙方取得所預期的未來利益，促成市場效益的最大化。<sup>251</sup>準此，建立一個值得「信任」的交易平台，保護在此交易平台上所預期的利益，便成為政府的重要任務。

---

適用民法第 184 條 1 項前段予以保護的前例，見王澤鑑，前揭註 246，頁 115。惟，此終非常見的現象。

<sup>249</sup> 林大洋，前揭註 248。

<sup>250</sup> 同上註，版 3。

<sup>251</sup> 關於維護因「信任」而產生的合理期待利益，其在經濟上的意義的更詳細說明，請見葉金強，信賴原理的私法結構，頁 65-79（2006）。

從而，原本契約的訂定，乃是建立在雙方的彼此信任之上，但是在國家強制介入之後，此等信任關係受到國家保障，便從原本雙方主觀上的存在，轉變為一種受到國家保障的客觀上存在。這個客觀的存在，是由雙方所共同製造、維持、或能消除而未消除一定外觀事實，而其能預見他方會對此外觀事實產生合理的信任，並據以為行為的基礎。一旦他方因信任該外觀事實而為一定行為（如締訂契約），但因行為人破壞此等基礎，使之原有的利益受損或原本預期之利益喪失，則此等利益的損害或喪失，均屬行為人原可預防者，故行為人之行為應受到譴責。<sup>252</sup>而本文認為，此等譴責表現在民法上，便是民法關於給付不能、給付遲延，以及不完全給付等關於履行利益及固有利益的損害賠償規定，若表現在刑事法規定上，則為背信罪。背信罪應被理解為國家為保護被害人因行為人破壞雙方的「信任關係」，進而損及其財產利益的行為。<sup>253</sup>

然而，前面敘述並不能完全釐清背信行為的本質及其與契約義務的違反之間的分野。由於所有關涉未來財產規劃的契約，均是建立在一定的信任基礎上，而契約之一方違背契約，多會對他方造成所期待的履行利益受損，然而，何以背信罪獨處罰「為他人處理事務」，基於特定主觀意圖而違背契約的行為？而不將背信罪所規範的主體，擴張及於所有與他人地訂契約之人，同時取消背信罪下主觀不法意圖要件之規定？

此點，本文認為，此點須從契約類型之於危險配置的角度釐清之。

---

<sup>252</sup> 同上註，頁 95。

<sup>253</sup> 此點，可以從英國的違背信託罪發展過程窺其端倪：在最開始，英國法院擴張竊盜罪的規範範圍，使之及於侵占的行為（如銀行行員將客戶欲存入銀行鈔票據為己有的行為），之後 1916 年通過的盜竊法，則將其侵占的規範範圍擴張，凡非基於受託目的，而為自己或他人「使用」受託財產的行為，亦該當侵占的範圍，而不再規範是否造成本人的財物持有狀態的破壞。此等規範，毋寧是行為人使本人的履行利益受到損害的行為。See Larceny Act, 1916, 6 & 7 Geo. 5 c. 50, §20 (Eng.).



## (2) 財產契約與勞務契約下的危險配置

契約，若以交易客體為分類基準，契約可分為以財貨交換為核心的財產契約，以及以勞務給付為核心的勞務契約二類，<sup>254</sup>前者以買賣為典型；而勞務契約則可依契約目的之不同，分為僱傭契約、委任契約等典型。不同的契約類型，在風險配置上亦有所差異。

### I. 財產契約之危險配置

關於財產契約，以買賣契約為例，乃一方移轉財產權於他方，而他方支付價金之契約（民法第 345 條）。在此等契約底下，關於契約雙方的危險分配，可分別從標的物之危險負擔及價金之危險負擔兩角度觀察：

依民法之規定，出賣人須對出賣物之權利及物之瑕疵負擔保責任，此等責任為無過失責任，目的在於維持契約雙方間的等價均衡，藉以保護交易安全，<sup>255</sup>因此，凡為有償契約（勞務契約除外），莫不有瑕疵擔保的問題。<sup>256</sup>又，有關瑕疵擔保之規定，雖為任意規定，締約當事人得以特約免除、限制或加重之，但是民法 366 條規定：「以特約免除或限制出賣人關於權利或物之瑕疵擔保義務者，如出賣人故意不告知其瑕疵，其特約無效。」在前開規定底下，民法要求當事人若無特別約定，出賣人必須就給付可能及給付客體負擔保責任，惟買受人在出賣人負擔保責任之同時，仍負為對待給付之義務，藉此維持雙方

<sup>254</sup> 此分類歸納自我國民法債篇所規定之有名契約類型。實則，據學者鄭玉波先生之見解，我國有名契約依其內容分類，共可分為三大類：財產契約、勞務契約與信用契約。其中，信用契約主重當事人之人格信用，並常與其他法律關係配合，以特定法律關係存在為前提。見鄭玉波，民法債篇各論，頁 2-3（1970）。而本文此處所關注者，乃以交換為目的之契約，故僅列財產契約及勞務契約作為討論核心，非以交換為目的之信用契約，非本文關注所在。

<sup>255</sup> 同上註，頁 31。

<sup>256</sup> 同上註，頁 30。另外，民法 347 條 1 項規定亦可為佐證：「本節規定，於買賣契約以外之有償契約準用之。但為其契約性質所不許者，不在此限。」據此，民法債篇關於買賣（尤其是瑕疵擔保部分），於其他有償契約原則上均得準用。

就債之給付部分，維持雙方對標的物的危險負擔的平衡。<sup>257</sup>

而在價金危險的負擔部分，為求買賣雙方價金危險的負擔公平，民法 373 條特規定買賣標的物之利益及危險，自交付時起，由買受人承受負擔。因此，在標的物交付前，標的物的使用收益利益由出賣人享有，故危險應由出賣人負擔，<sup>258</sup>在其未給付之前，買受人可拒絕為對待給付（民法 264 條 1 項）；但是一旦買賣標的物已交付，則給付則價金給付危險移轉，此時縱使因標的物滅失，致使買受人無法享有受領給付之利益，其仍負給付價金之義務。<sup>259</sup>此外，當因為法律另有規定或當事人另有約定，使標的物之危險提前移轉者，只要標的物之危險在交付前已由買受人負擔時，則標的物之利益亦應同時歸買受人承受，此時出賣人縱仍占有標的物，亦僅係代為看管標的物，並不能取得標的物之利益。<sup>260</sup>為此，民法 375 條 1 項規定：「標的物之危險，於交付前已應由買受人負擔者，出賣人於危險移轉後，標的物之交付前，所支出之必要費用，買受人應依關於委任之規定，負償還責任。」從而，立法者藉由關於標的物危險之移轉的規定，調整雙方對於價金危險之負擔，力求買賣雙方之公平。

自民法關於給付標的物之危險及價金危險之規定，可探知立法者透過法律規定，在一般以財產交換為內容的財產契約底下，極力要求出賣人與買受人所承擔風險之公平。而在此等法規範的設計底下，不論買、賣雙方，對於風險一旦實踐，所須承受的損害的範圍，原則上是可以預見的。而且，在財產契約下，雖然雙方的信任是締約的基礎，然而此等契約的最終目的乃是財產的交換，由於財產多具有代換的性質，並不具屬人性，故締約雙方對於信任的仰賴並不重。但是，在勞務契約中，因為其具有不同於財產契約的本質，故其危險

<sup>257</sup> 黃茂榮，債法總論（第二冊），頁 235（2004）。

<sup>258</sup> 鄭玉波，前揭註 254，頁 70。

<sup>259</sup> 黃茂榮，前揭註 257，頁 235。

<sup>260</sup> 鄭玉波，前揭註 254，頁 73。

配置的狀況，遠較前述財產契約的狀況複雜。

## II. 勞務契約之類型及其危險配置

勞務契約，可分為有償以及無償二類。典型的有償勞務契約為僱傭契約，而典型的無償勞務契約則為委任契約。<sup>261</sup>但是委任並不以無償為限，從民法 535 條「受任人處理委任事物，應依委任人之指示，並與處理自己事物為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之」的規定觀之，委任契約顯然得為有償契約。勞務契約具有高度的屬人性，對於人的信任關係，是此等契約之基礎，故除不得隨意移轉或委請他人代替之外，連引用履行輔助人也可能受限。<sup>262</sup>僱傭契約與委任契約的差別，在於僱傭契約中，除服勞務之外，別無其他目的，而所謂服勞務者，乃提供勞務，以聽對方使用之謂；<sup>263</sup>而其他勞務契約，多透過勞務以達一定目的，其中委任契約乃是其他具有特定目的之勞務契約的典型。<sup>264</sup>在無特定目的的僱傭契約及具有一定目的的委任契約的差別下，兩者進一步衍生出提供勞務者是否具有裁量權的差異。我國最高法院即曾表示：「查委任係處理事物為目的之契約，非以勞務給付本身為目的。是受任人依委任人所委託事務之目的，依自己之裁量權處理事務。如以供給勞務本身

<sup>261</sup> 黃茂榮，僱傭契約，植根雜誌，19 卷 6 期，頁 200（2003）。

<sup>262</sup> 同上註，頁 202。

<sup>263</sup> 鄭玉波，前揭註 254，頁 334。

<sup>264</sup> 同上註，頁 333-334。而其他有關勞務給付之有名契約，再因勞務關係之交易的多樣性需求，再從委任契約分化出去。其中，承攬契約的分化程度最高，雖然承攬與委任均屬勞務契約，惟承攬契約乃是以一定工作之完成為其標的之有償勞務契約，其酬勞乃按工作完成之結果計算。從此觀點看，承攬具有一定之財物契約之性格，此亦可從民法對承攬人有關於瑕疵擔保之規定（民法 492-495 條）、承攬人因為不可抗力之因素，致承攬工作無法完成時，承攬契約終止、且承攬人在此情況下，原則上不得請求報酬，除非工作已完成部分對於定作人有用，定作人方有受領並給付相當報酬之義務（民法 512 條）等分配雙方風險承擔之規定。從此觀點看，承攬契約乃兼具勞務契約及財產契約特徵之契約。惟此等契約並非勞務契約之典型，非本文之討論標的，故本文將略而不論。

為目的，自己無任何裁量權，於他人指示下服勞務者，則為僱傭契約。」<sup>265</sup>

在僱傭契約底下，受僱人受僱用人指示而提供勞務，對於所提供的勞務內容，並無裁量權限。因此，僱用人對受僱人的控制程度較高，由於受僱人僅單純提供勞務，若違反契約，對僱用人而言，其所造成的風險較可控制，也較容易預見。然而，委任契約下則不然：因為委任契約為委任人請託他人為己管理事務之契約，故他人必然介入自己受法律保障之領域。<sup>266</sup>而且，欲請託他人代為處理事務，往往須授與受任人一定之處理權或代理權。處理權為受任人所固有，民法 532 條規定：「受任人之權限，依委任契約之訂定。未訂定者，依其委任事務之性質定之，委任人得指定一項或數項事務為特別委任。或就一切事務，而為概括之委任。」若為特別委任，受任人就委任事務之處理，得為委任人為一旦必要之行為（民法 533 條）；若為概括委任者，原則上得為委任人為一切行為（民法 534 條）。而代理權之授與，基於其無因性之特性，未必為委任契約之結果，惟委任人若希望受任人為其對外為一定之法律行為，則必定得授與受任人一定代理權。

從而，由於受任人享有為委任人處理事務之處理權，以及可能進一步被授與為委託人為意思表示並代受意思表示之代理權，一旦受任人濫用其處理權或代理權，隨時可能為委任人帶來其本身的財產利益的損害或加重其財產上的

---

<sup>265</sup> 最高法院 81 年台上字 230 號民事判決，引自黃茂榮，前揭註 261。而民法 535 條雖然規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示…」惟雖然委任事務之處理，須依委任人之處理，始能最大限度地符合其利益，惟若委任人之指示有不妥，委任人仍不得盲從之，而須思慮後而後從之。見黃茂榮，論委任，植根雜誌，19 卷 1 期，頁 3（2003）。因此，雖然法條並未明文規定委任人有裁量權限，惟實務仍肯認之，見最高法院 85 年台上字 2727 號民事判決：「委任之目的，在一定事務之處理，故受任人給付勞務，僅為其處理事務之手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。」

<sup>266</sup> 黃茂榮，前揭註 265，頁 1（2003）。

負擔。

換句話說，在委任契約底下，受任人違反契約而產生損害之風險，一概由委任人承擔。由於此風險的大小不一定可以預見，甚至可能大於委任人所能承受之程度，完全逸脫於契約能控制的範圍之外。因此，委任人請託受任人為之處理事務，必是奠基於較一般的僱傭契約更高的信任基礎之上，目的是為了以減少日後因為信任基礎被破壞後，可能帶來的龐大損失的風險。

### 3. 背信罪作為維護信任關係的第二道防線

由對信任關係的倚賴程度及對於風險的配置的角度，或可回答前文遺留未解的問題：凡涉及未來財產規劃的契約，均是建立在一定的信任基礎上，而契約之一方違背契約，多會對他方造成所期待的履行利益受損，然而，何以背信罪獨獨處罰『為他人處理事務』違背契約的行為？

由於財產契約下，財物的交換是契約的最終目的，標的具有替換性，契約的屬人性較弱，締約當事人對於信任關係的仰賴程度最低，且關於違約的可能風險，民法已從各種可能的角度作危險的分配，而違約的損害範圍也可預見，因此，刑法第 342 條普通背信罪的規定，已在此作價值的取捨，其構成要件規定：「為他人處理事務...而違背其任務之行為」，已明顯表明立法者的立場，認為破壞財產契約底下的信任關係，由於程度較輕微，且造成他人財產利益的損害的結果也較為有限，故排除於背信罪所欲處罰的範圍之外。而勞務契約，則因為其具有屬人性，且契約風險多由債權人承擔，可能造成的損害範圍又廣泛，因而成為背信罪所欲規範的客體。

有疑問者，為同屬為他人處理事務的僱傭契約及委任契約關係，若債務人違反此等契約，是否同屬背信罪「為他人處理事務...而違背其任務之行為」

的涵蓋範圍？<sup>267</sup>由於條文的內容極為抽象，似均可涵蓋之。惟前已敘明，僱傭契約之受僱人，為單純提供勞務之人，對所提供之勞務內容並無裁量權限，債務人所提供的勞務僅屬機械式的勞動，若因其違反契約便處以刑法，似嫌過苛。故有學者即認為，為使背信罪的處罰範圍合理化，應以具有某種程度之裁量權者，始足該當背信罪下「為他人處理事務」者，如僅係處理機械式之勞務工作，應不包括在背信罪之涵蓋範圍之內。<sup>268</sup>本文贊同前開見解，由於將自己事務交由他人處理，而賦予其相當的處分權及代理權，使之有相當的裁量權時，委託人等同將自己置於相當的風險之下，此風險的控制完全仰仗於委託人與受託人的信任關係，一旦受託人基於不當動機而決意破壞該信任基礎，委託人將承受的損害遠非其所能逆料，也非民事的權利調整機制所能完全填補，故本文認為，刑法在此應有介入的正當性。

從而，本文認為，所謂背信行為，在涉及勞務契約的情況，乃是指行為人基於契約等信任關係而為他人處理事務，而具有一定裁量權限，卻破壞該信任關係，而對本人造成財產利益上的損害的行為。

最後，有論者認為，如果行為人僅單純違背他人所委託的義務，應從內部民事契約關係解決，刑事背信所欲處罰者，應限於「為他人處理外部關係的財產上法律事務而造成財產或其他利益損害」之行為，亦即違背本人意思、造

---

<sup>267</sup> 此處亦可一併思考，承攬契約，同時具有財產契約與勞務契約性質，承攬人違反其職務，是否亦可該當於背信行為？本文認為，從風險配置的觀點來看，民法對承攬人的瑕疵擔保請求權及報酬請求權之限制，使得承攬契約下，定作人所承擔的風險毋寧與財產契約的買受人類似，故承攬人違反契約的行為，應不在背信罪的規範範圍之內。關於此，學者林山田亦認為：「(承攬乃屬承攬人)自己的工作行為，並非為他人處理事務，故若(因工作)有竊取或侵占行為，亦應分別情形，依各該罪名論處，而不構成背信罪。」林山田，前揭註 73230，頁 483。

<sup>268</sup> 甘添貴，前揭註 74，頁 360。

成外部關係的利益損失的行為，以免使得刑罰權不當擴大。<sup>269</sup>惟本文認為，當委託人將自己之財產事務因為強烈的信任而交由他人代為管理、處置，而他人卻因為其他不當之動機，而損害本人之財產，或其原交由行為人管理所欲達到之效益，甚至逾越權限，而使得本人承受無法控制的損害風險時，本文並不認為此無法構成刑法介入的理由。故，本文站在保護因信任關係而對財產的保持及增加之期待利益的立場，認為前開見解或將過度限縮背信罪之機能。

#### 4. 背信罪與契約義務違反之關係

前文說明，委任契約乃建立在締約雙方的高度信任基礎之上，故而委任契約等授予裁量權限的勞務契約義務的違反，方使得刑罰介入具有相當的正當性。但是，本文仍要問，委任契約的違反，究竟與背信罪下的「違背任務/職務」行為之間有何關係？

本文在結論上，認為兩者並無差別。但是此並非代表本文認為所有委任契約義務違背的行為均應該當於背信罪。本文認為，背信罪的「違背任務/職務」要件僅具有初步篩選背信行為的機能，而立法者在背信罪中，已設下第二層篩選標準：特殊的不法意圖要件：

##### (1) 背信罪不法意圖要件的特殊性

「意圖」在刑法構成要件的體系中，乃屬於故意、過失以外的另一種主觀構成要件。<sup>270</sup>而意圖犯的結構，乃是行為人主觀的意向，超出了客觀構成要件。

<sup>269</sup> 黃榮堅，親愛的我把一萬元變大了，月旦法學雜誌，12期，頁52-53（1996）。

<sup>270</sup> 柯耀程，「意圖犯」意圖實現於刑法之評價，變動中的刑法思想，頁281（1999）。然有論者認為：「目的犯之意圖...因其並非普遍出現於一切之故意犯，而僅出現極端注重行為人心理過程之犯罪，是以意圖應視為主觀之特別違法要素，以別於故意。」蔡墩銘，論我國刑法上之目的犯，法令月刊，34卷2期，頁7（1983）。

件所規定事實情狀外的一種犯罪類型，<sup>271</sup>其基本類型有：意圖涉及所保護法益之侵害本身、以及意圖的意向並非針對所預計保護的法益本身兩類。<sup>272</sup>第一類的意圖內涵所指向的標的與故意的對象相同，只是在犯罪成立的要求上，特別強化對於所計畫法益侵害的內意向。<sup>273</sup>而第二類型的意圖，則是針對法律所規定的法益本身以外，具有特別可責性及危險性動機的內意向。<sup>274</sup>

我國法底下，幾乎所有財產犯罪均規定有不法意圖要件。但是，若以前開的意圖類型分類，將可發現大多數的財產犯罪意圖，均屬涉及所保護法益侵害本身的意圖犯類型。例如，竊盜罪的「不法所有意圖」，詐術損害他人罪的「意圖損害他人」，條文所規定之意圖均與系爭條文所欲保護的個別財產法益或總體財產法益相緊扣，不法意圖要件指向所保護法益的侵害本身，其實踐乃直接建立在他人財產狀態移轉或財產利益受損等法益受損的前提之上。

但是，背信罪則不盡然。依刑法第 342 條背信罪規定，只要行為人客觀行為成立，又具有「為自己或第三人不法利益意圖（以下簡稱獲利意圖）」或「損害本人利益意圖（以下簡稱損人意圖）」其一，即可成立背信罪。背信罪之損人意圖要件，與該罪欲保護的法益的關係，同於其他財產犯罪下不法意圖與法益侵害的關係，亦即損人意圖之實踐直接建立在被害人財產利益受損的前提之上。但是，獲利意圖要件則不盡然：背信罪下的獲利意圖規定，使背信罪多了財產取得罪的影子，<sup>275</sup>但是行為人自己或第三人取得財產卻非犯罪之構成要件，而且此獲利意圖所指涉範圍可能溢出該法益之外，而不同於其他訂有不法意圖要件的財產犯罪。援以下例說明之：

---

<sup>271</sup> 柯耀程，同上註，頁 293。

<sup>272</sup> 同上註，頁 292。

<sup>273</sup> 同上註。

<sup>274</sup> 同上註。

<sup>275</sup> 周治平，前揭註 10，頁 16。



某甲為 A 公司之負責人，其妻乙為與 A 公司素無往來的 B 公司之股東。B 公司近日因財務周轉失靈，恐有跳票風險，甲為使乙得以安全出脫 B 公司股票，遂違反公司法第 15 條，並未經 A 公司內部之風險控制程序，逕批准 A 公司出借資金與 B 公司，使 B 公司暫時免於跳票風險，而乙得以趁機出脫 B 公司股票。而 B 公司最後仍因財務危機而申請重整，A 公司因而受到重大損害。

在前開假設案例中，甲身為 A 公司之負責人，乃為 A 公司處理事務之人，明知 B 公司有財務危機，卻意圖為乙之利益，而違反公司法及 A 公司內部程序與公司法第 15 條之規定，而貸與金錢與 B，致使 A 公司受到重大損害一事，某甲之行為應可該當為背信罪。然而，若比較甲之意圖與 A 之損害可發現：甲之意圖乃在於使乙順利出脫持股，避免受到投資上的損害，而 A 之損害卻來自於將資金貸與體質不佳的 B 公司。換句話說，甲之意圖與其所造成的法益侵害的方向並不一致，該意圖已溢出 A 公司財產法益的保護範圍之外。

在「獲利意圖」與「損害意圖」兩種不法意圖要件的規定底下，尚待解釋的問題是：在同一罪名的規定底下，為何立法者對於跳脫法益保護範圍之外，有特別可責性及危險性動機的內在意向的獲利意圖的評價，似與和法益保護同向的損人意圖相當？為什麼立法者不將行為人的意圖限定在與保護法益同向的範圍之內？立法者為何欲納入溢出財產法益保護範圍之不法意圖作為背信罪的構成要件，並使兩個涵蓋範圍不同的主觀不法意圖要件具有相當的評價與過濾犯罪行為的機能？

## (2) 背信罪不法意圖要件之機能

前曾說明，行為人為他人處理事務，兩人之間的法律關係，當屬勞務契約最為典型。而委任契約作為勞務契約的主要類型之一，乃是建立在極高的信任基礎之上，我國刑法第 342 條規定之背信罪，便是以委任契約的違反作為發動的基礎。

由於勞務契約給付之授與具有高度屬人性，<sup>276</sup>故其契約之成立，乃是建立在契約雙方的信任關係之上，而信任關係遭受破壞，往往是造成契約終止的原因。<sup>277</sup>而故意違反契約，某程度來說，已具有破壞信任關係的可能。因此，如果從前述背信罪的定性來看，信任關係被破壞既是背信罪之所以成立的主要理由，那麼，何以我國背信罪之規定，尚以行為人須具備獲利意圖或損人意圖，作為背信罪之犯罪構成要件？

本文認為，背信罪另外規定獲利意圖、損人意圖作為犯罪構成要件，應與立法者為避免人民因刑法過苛而不願意充當他人手足之延伸，為他人處理事務而影響社會之發展有關：

前已說明，意圖為故意與過失之外，另一種主觀不法構成要件。所謂意圖，乃是指行為人出於特定的犯罪目的，而努力謀求不法構成要件的實現，或冀求不法構成要件所預定結果的發生，以達其犯罪目的的主觀心態。<sup>278</sup>而所謂故意，則分為直接故意與間接故意（刑法§13），指行為人對客觀的構成犯罪事實有所認識或預見，而後卻基於這種主觀的認識或預見，進而決意，使其認識或遇見成為事實，或容任其認識或預見成為事實者之謂。<sup>279</sup>

而背信罪若對於任何「受託人出於對其行為將違背職務，並對本人造成財產或利益上的損害之認識或預見，卻仍為決意或容忍之行為」均處以刑罰，或將過度限制受託人處理事務之裁量空間。因為在現代社會，一人常因時間、經歷等限制，為謀求最大經濟效益，而必須委託他人代為執行財產事務，而建立委託契約關係。委託契約底下，受託人為他人處理之事務，乃具有一定特定目的，且為達該目的，受託人應有一定之裁量權，已如前述。關於受託人的執行

<sup>276</sup> 黃茂榮，前揭註 261，頁 202（2003）。

<sup>277</sup> 林誠二，民法債編各論（中），頁 4（2002）。

<sup>278</sup> 林山田，刑法通論（上），頁 281-282（2008）。

<sup>279</sup> 同上註，頁 285。

職務之行為標準，我國民法第 535 條則規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」受託人未受報酬，固然盡與處理自己事務同一之注意即可，惟受有報酬時，即應負善良管理人之注意義務。<sup>280</sup>

所謂善良管理人之注意義務，乃通常合理人之注意，行為人應具有其所屬職業、某社會活動成員或某年齡層通常所具的智識能力，並以此作為行為的標準。<sup>281</sup>此等行為標準，乃一客觀的標準。<sup>282</sup>在此標準底下，任何受有報酬之受託人，若其行為未能符合善良管理人應盡的注意標準，即構成可歸責於自己債務不履行行為。換句話說，行為人已違反其職務。

從而，當一受託人受本人之託處理事務，理所當然須為本人之利益行事。若本人授予受託人經營代理之權，為之處理經營事務，而受託人發現手邊有一可能可以獲得極高利益，但受損風險亦高，一般合理的經理人不會輕易嘗試的交易機會，受託人基於為本人爭取最大利益的目的，決意放手一搏，最後投資失敗，本人因而受到損害。依善良管理人之注意標準來看，該受託人之決策，已違反善良管理人之注意義務，而構成違反其職務之行為。而其明知其決策將使本人承受高度受損風險，一般的經理人不輕易嘗試，可謂對於違背職務一事有預見或認識，卻仍為該交易決策，該行為人在主觀上已具有違反職務之故意。若立法者未對背信罪之主觀構成要件作特別的限縮，則受託人故意為違背職務之行為，若最後確實因為該高風險的決策行為，致使本人受到財產或利益上的損害，除有民事上債務不履行責任的問題之外，其行為更可能該當背信罪。

此時，受託人若面臨的是民事求償的威脅，雖可以透過保險、與委託人

<sup>280</sup> 公司法第 23 條第一項亦規定：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務...」

<sup>281</sup> 王澤鑑，前揭註 246，頁 295-296。

<sup>282</sup> 同上註。

簽訂免責條款等方式，減輕可能的求償威脅，但是，在可能的刑事責任部分，卻將因為背信罪不屬於告訴乃論之罪，一旦檢察官指控採取冒險逐利策略的受託人觸犯背信罪，則受託人將受到來自於國家刑罰強制力的直接威脅，而無法以其他方式解套。最後，受託人於為他人處理事務之時，將可能囿於潛在的背信罪刑事責任威脅，而改以保守的策略為他人處理事務。一旦社會上普遍的受託人均因為可能的刑罰威脅，而於處理他人事務的作風趨於保守，這將對未來造成不利影響，人民及公司將無法積極地利用契約，引進具有專業能力之人，以冒險逐利、決策革新，甚至進行組織改組，社會發展將因此而趨緩。

回頭檢視背信罪的成立目的，背信罪乃是為了維護財產所有人基於信任關係，將財產委託他人以實踐、追求財產利益的財產利用狀態而存在。當委託人將財產事務委由他人處理時，乃是基於對受託人的充分信任，而受託人基於擴大委託人財產利益目的，明知其行為有違一般善良管理人的判斷，而選擇追求風險時，此等行為，雖最後造成委託人損害，但能否謂已嚴重破壞雙方的信任關係，導致刑法須要介入的程度？尤其是當委託人本身便已明白受託人的冒險逐利性格時，則受託人採取較極端的冒險策略，可說是經過委託人的默許，此時若國家動輒便利用背信罪介入受託人的決策判斷，豈非國家刑罰權的過度濫用？又，若受託人本身便具冒險性格，但委託人於委託之前不察，委託人豈可不負部分責任？斷然由國家以刑罰處罰之，又是否將使委託人過度仰賴國家的刑罰，而養成怠於在交易之前，審慎注意交易對象之性格，最後形成不必要的交易成本及國家司法資源浪費？

因此，基於避免背信罪被過度濫用，以及避免國家刑罰過度擴張，進而扼殺民間的經濟創造力，同時又須避免受託人濫用委託人對之的信任，而使得委託人無法藉由精義交易，追求進一步的財產利益，立法者唯有藉由設立主觀不法意圖要件，將背信罪之成立，限縮於行為人具有獲利意圖或損人意圖的前

提之下，透過增設不法意圖要件，在背信罪底下，框定一特別須要國家施以強制力調整的信任關係遭破壞，導致委託人財產利益受到損害的行為類型。由於行為人受人之託，本須忠人之事，若行為人為他人處理事務之時，卻存有損害該他人利益或圖利自己或第三人之目的，實已自陷自己於利益衝突的窘境，完全破壞自己與委託人的信任關係至難以修補的地步。此等信任關係破壞的態樣，顯然比為了委託人的利益目的，而故意追求高風險交易的行為更為嚴重，國家以刑罰的強制力，介入此等具有利益衝突特性的違背職務行為，較無濫用刑罰權的疑慮。

因而在立法政策上，我國立法者藉不法意圖要件限縮背信罪的適用範圍，以在鼓勵冒險逐利行為與以信任關係為前提的財產利用狀態的保護間取得平衡。<sup>283</sup> 本文認為，唯有此等詮釋角度，方能說明，何以獲利意圖與損人意圖，兩者的涵蓋範圍不同，卻同在背信罪下，立於相同的評價地位：由於獲利意圖與損人意圖，共同具有完全破壞信任關係的特徵，故造成法秩序破壞的嚴重性相當，立法者遂以兩種互異的不法意圖要件，作為篩選刑法介入的違背委託任務行為的另一二道防線。

而有論者認為：「行為人之故意違背任務行為，致生損害於本人之財產或其他利益之行結果...係由於行為人在事務處理上之無知或無能者，對於工業社會處處講求效能之精神以觀，仍應具有相當程度之可罰性...」從而認為背信罪不應另設主觀不法意圖要件，否則將不當限制背信罪之機能。<sup>284</sup>

<sup>283</sup> 關於我國以主觀構成要件限縮背信罪之範圍的立法，可與奧地利之背信罪相對照。奧地利之背信罪（奧地利刑法第 153 條 1 項）規定：「對法律、機關之委任或法律行為所生處分他人財產或使他人負擔義務之權限，加以明知濫用，且因此致生他人財產之損害者，處六月以下自由刑或科三百六十日之日額罰金。」在主觀構成要件上，立法者亦以「對濫權之明知」來限制背信罪之成立範圍，以避免背信罪之立法，過度箝制集團負責人之冒險、革新，而妨礙集團負責人之積極創造。見陳靜芳，前揭註 11，頁 35-37（2008）。

<sup>284</sup> 林山田，前揭註 11，頁 14。

然而，本文並不認同前開學者之見解。因為在前開學者所提出的範例中，若受託人在處理事務上無知、無能，若受託人受有報酬者，其實民法已課受託人以客觀之善良管理人注意義務，委託人就其損害，已可主張行為人的行為具有抽象輕過失而請求損害賠償，而且，委託人豈不需自問為何選任如此無能之人擔任其財產事務之管理人？對其自身之損害難道全然不必負責？在此觀點底下，本文實質疑刑法對於此等情形真有介入必要？

以上的背信罪主觀意圖的機能，在一般的民事的委託或代理權的授予的情況可能還不太明顯，因為一般的民事委託或代理權授予，本人對於受託人或代理人的授權往往較為具體明確，且範圍有限，故行為人違背受託的義務時，其行為是否具有可責性，應較容易判斷。但是基於商業經營而委託、授予代理權的時候，因為受託人往往需要更高的自主性及決策彈性空間，此時前述主觀意圖所設下的機能，便顯得十分重要了（關於更多關於商業上，受託人的權限及背信罪的解釋適用問題，詳見本文第四章討論）。

基於前述，本文認為，背信罪之不法意圖要件，實有節制國家刑罰權之機能。我國將受託人為他人處理事務，而違背職務的行為，以不法意圖要件作為劃定國家刑罰權介入的標準：若受託人單純違反職務應盡之義務，不論故意過失，尚不得謂已完全破壞其與委託人之間的信任關係，此等信任關係，或有修補的可能，故於此等違反職務而造成委託人財產或利益受損的情形，應以民事方式處理即可；但是若受託人基於損人意圖或獲利意圖，而違背其職務應盡之義務，則受託人所為之行為已與其職務產生利益衝突，並全然破壞委託人對之的信任，若因此造成委託人的損害，國家刑罰權便取得介入的正當依據，背信罪因而得以成立。而將不法意圖的要件與客觀上的違背任務/職務要件合併觀察，便能理解背信罪所規範的行為不同於民事契約之違反的行為的所在。

## (二) 不法結果要件詮釋

除了證券交易法第 171 條 1 項 3 款以外，其他本文曾敘及之背信罪條文，均訂有不法結果要件。普通背信罪要求行為人違反任務之行為必須「致生損害於本人之財產或其他利益」，而銀行法、金融控股公司法也分別要求涉案人為被職務之行為，必須「致生損害於銀行/公司之財產或其他利益」。而證券交易法既然在解釋上被認為是普通背信罪的特別規定，其亦應屬於結果犯之規定，而證券交易法對於不法結果之實現既無特別規定，則關於其行為之不法結果，自應回歸普通背信罪之「致生損害於本人之財產或其他利益」之結果要件處理。<sup>285</sup>換句話說，「本人之財產或其他利益」受損，是背信罪所要求的結果要件。

惟本曾說明，背信罪是契約法之外，國家保護人與人之間為了追求未來的財產收益而建立的信任關係的第二道防線。只要信任關係受到破壞，原本契約預期的目的即可能不達。但是，契約預期目的不達與損害賠償責任間的關係為何？又此與背信罪的結果要件「本人之財產或其他利益」的關係為何？吾人要如何理解「本人之財產或其他利益」之含意？詳細分析如下：

### 1. 學者對於「本人之財產或其他利益」的分析

有學者認為，所謂「本人之財產」的損害，包括積極之損害與消極的損害兩類；前者係指現有財產的減少，而後者則是妨礙現有財產的增加，或喪失日後可能獲得的利益。<sup>286</sup>此外，判斷是否真有財產上的損失時，應兼就法律與經濟的觀點，作綜合判斷，例如職員濫將公司資產貸與他人，雖然就法律上而言，債權依然存在，公司並無損失，但是就經濟上來說，該筆貸款因為貸款者

<sup>285</sup> 林志潔，論證券交易法第一百七十一條一項二款非常規交易罪，月旦法學雜誌，195 期，頁 85-86 (2011)。

<sup>286</sup> 林山田，前揭註 73，頁 484。

無清償能力，將變成呆帳，事實上即為公司之損失。<sup>287</sup>至於「其他利益」的損害，就背信罪為破壞財產法益之罪質而言，自是指財產上利益的損害而言。<sup>288</sup>此外，只要行為人造成「足以引致財產或財產利益減少的財產危險」，便已構成背信罪之著手，縱使無實害發生，仍構成背信罪之未遂。<sup>289</sup>

另有論者更進一步說明，所謂財產，係指本人之全體財產，不以本人委託之財產為限，而所謂其他利益，則是指具體財產以外之其他財產上利益而言。<sup>290</sup>此外，在消極妨害財產增加部分，固包含日後可得期待之利益在內，惟日後可得期待之利益，需依管理事務之性質，具有相當蓋然性可以期待的利益，倘若僅係單純希望之期望利益，則不應包括在內。<sup>291</sup>例如，銀行之利益為可期待的利益，而行為人違背任務或職務而出售一筆土地，本人認為該筆土地若未出售，則將來有朝一日附近鄉鎮開發後，地價必然上漲等，即不具相當蓋然性。<sup>292</sup>

## 2. 從債務不履行看「財產或其他利益」的損害

從前開學者對於背信罪不法結果實現要件的詮釋大致上可知，背信罪保護本人之具體財產及具體財產以外之財產利益免於受損，而損害又包含積極的財產（利益）損害及消極的財產（利益）不增加。另，學者又補充，消極的財產（利益）不增加，須以發生的「蓋然性」作為判斷評估的標準。

但是，前開關於背信罪下，不法結果損害的分析詮釋，除了是儘量擴張認定財產利益損害發生的範圍，並以「蓋然性」作初步的限縮之外，並未見較

<sup>287</sup> 同上註，頁 484-485。

<sup>288</sup> 同上註，頁 485。

<sup>289</sup> 同上註，頁 485-486。

<sup>290</sup> 甘添貴，前揭註 74，頁 365（2000）。

<sup>291</sup> 同上註。

<sup>292</sup> 同上註。



細緻的評析，並無助於吾人進一步瞭解背信罪的性質結構。遑論「蓋然性」更是一個令人明確瞭解其意涵的不確定法律概念，「蓋然」本身就是一個意涵飄忽的詞彙，以意涵飄忽的詞彙作為限縮條件，並無法使人進一步釐清背信罪的損害概念。

本文認為，背信罪既是以民事契約之違反為其基礎，從民事契約違反所生之損害的角度來詮釋背信罪底下「致生損害於本人之財產或其他利益」的不法結果要件，或許可使吾人對背信罪的損害概念有更進一步的認識。

### I. 民事契約違反後的損害賠償之填補標的

在民法，民事契約的違反，可分為因為債務人不履行債務而構成之「消極」侵害債權行為，以及因為債務人有不當履行行為而構成之「積極」侵害債權行為。<sup>293</sup>積極與消極的概念是相對於債之履行給付的描述，非謂積極侵害債權之行為必為作為，反之必為不作為。<sup>294</sup>事實上，關乎積極侵害債權之行為，在附隨義務或保護義務之違反的情形，常以疏於注意之不給付的型態表現出來。<sup>295</sup>

給付不能及給付遲延，均為消極侵害債權之態樣，而民法第 227 條 1 項：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其全力。」此之「不完全給付行為」，亦被論為消極侵害債權之行為；而民法第 227 條 2 項：「因不完全給付而生前向以外之損害者，債權人並得請求賠償。」則被歸類為積極侵害債權之行為。<sup>296</sup>不論是積極侵害

<sup>293</sup> 黃茂榮，前揭註 257，頁 201（2004）。

<sup>294</sup> 同上註，頁 400。

<sup>295</sup> 同上註。附隨義務是指為了確保給付利益存在而加諸於債務人身上的義務，而保護義務則是為了維護債權人固有利益的存在，而創立、加諸於債務人身上的義務。同上註，頁 401，註腳 5。

<sup>296</sup> 同上註，頁 202-203。

債權行為或消極侵害債權行為，只要可歸責於債務人，債權人均得請求損害賠償。<sup>297</sup>

關於損害賠償，我國民法第 216 條規定：「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他情事，可得預期之利益，視為所失利益。」

「民法第二百十六條第一項所謂所受損害，即現存財產因損害原因事實之發生而被減少，屬於積極的損害。所謂所失利益，即新財產之取得因損害原因事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。」<sup>298</sup>所受損害與所失利益乃分別從「現時」的財產利益與「未來」可得之財產利益的角度刻畫損害的態樣，其中，關於「未來」可得之財產利益，「不以有取得利益之絕對確實為必要。」<sup>299</sup>

前開民法第 216 條規定，乃屬損害賠償範圍之規定，至於損害賠償之方法，則以回復他方損害發生前之原狀為原則，或以金錢賠償、填補他方之損害。<sup>300</sup>惟須釐清者，以上僅就損害賠償的「填補範圍」論述，並未論及「填補標的」的內涵。亦即，所有待填補的損害，均有積極損害與消極損害的差別。

所謂損害填補的標的，在侵害債權行為已發生，而債權人未解除契約，則債權人對債務人之債權，將轉換為請求「履行利益」之損害賠償之債，惟債權人對債務人仍有為對待給付之義務；若債權人依法得解除契約而解約，則債權人除得免對待給付之義務外，並得請求「信賴利益」之賠償。<sup>301</sup>所謂履行利益的損害賠償，債務人須賠償契約履行後的狀態（假定狀態）與現狀之差額；而信賴利益的損害賠償，則是要求債務人賠償債權人信任其契約可以成立而付

<sup>297</sup> 見民法第 226 條、227 條及 231 條。

<sup>298</sup> 最高法院 48 年台上字 1934 號民事判決。

<sup>299</sup> 黃茂榮，前揭註 257，頁 107；最高法院 77 年台上字 2514 號民事判決。

<sup>300</sup> 民法第 213 條、215 條。

<sup>301</sup> 黃茂榮，前揭註 257，頁 222-225。

出成本，未料卻未能訂定，因此而生的損失。<sup>302</sup>不論信賴利益與履行利益的損害，均為損害賠償所要填補的標的。

但是，損害賠償的標的並不以此為限，在積極侵害債權之行為，債務人雖為給付，但是卻可能因為債務履行上並不完全，而對債權人另外造成其他損害，這些損害並非因為給付不能或給付遲延而造成，而是由給付本身引發（例如，給付機器，卻安裝不正確，導致機器受損）、給付的附隨情事引發（如機器受損，連帶影響原有機械，進而停工、客戶流失）、甚至是不良的給付行為直接加害（債務人未注意其給付之原料已變質仍為給付，造成買受人之其他產品受到污染而無法再行販售）而造成。<sup>303</sup>此時，關於積極侵害債權的損害賠償，賠償的標的除了履行利益的損害賠償以外，尚可包含固有利益（債權人之原有財產或利益）的損害賠償。<sup>304</sup>

綜合前述對民事契約義務之違反的損害賠償簡介，可知在民事法的規範下，契約義務之違反後的損害賠償，其賠償的填補標的共分三類：固有利益的損害、信賴利益的損害與履行利益的損害。

固有利益係指，在行為為違反其保護義務之事件發生之前，受害人所享有之利益。此利益不是基於加害人與被害人間進行的債務關係中，其並非因為債務履行而取得，而是在事件發生之前即已存在，其存在的型態可能是權利，也有可能是不具權利地位的財產利益。<sup>305</sup>此等損害的填補是針對債權人在損害發生原因發生之前的利益的保護，關於此等損害，侵權行為法亦有所規範，只是因為與債之履行給付有關，而另可構成積極侵害債權之行為。<sup>306</sup>

<sup>302</sup> 泐沐，民事法律行為理論之全部，頁 429（2002）。

<sup>303</sup> 黃茂榮，前揭註 257，頁 400。

<sup>304</sup> 同上註，頁 402。

<sup>305</sup> 同上註，頁 355-356，註腳 5。

<sup>306</sup> 同上註，頁 401。

信賴利益的損害的填補則是對於債務人使債權人誤信契約得以成立而支付的成本的補償，目的是為了在解除契約後，使雙方的財產狀態得以回復至如同未曾締訂系爭契約的狀態；而履行利益的填補則是為督促締約雙方實現其締約當時，雙方對於未來的財產規劃。兩種利益間具有成本與收益之關係，信賴利益先自受害人之固有利益中剝離，投入締約費用、準備履約及受領給付之費用之中，以期待日後取得履約而得之履行利益，故二者合稱為變動利益，共同具有之動態特徵，乃與具有靜態性格之固有利益相對照。<sup>307</sup>

## II. 民法的損害概念與背信罪之損害概念對照

前已敘明，在背信罪下，法律所禁止者，乃是因民事契約而對他人負有處理事務之責之人，卻因為某些特定的主觀不法意圖，而違背其依契約應行之義務，進而造成該他人的財產或其他利益受損之行為。若以前述民事契約義務違反後的損害賠償概念來看，本文認為背信罪所規範者，乃是惡意違反契約後，造成債權人固有利益及履行利益損害的行為，而信賴利益的損害，並非背信罪的保護客體。本文如此主張的理由如下：

由於信賴利益的損害賠償，為的是使在解除契約後，使雙方的財產狀態得以回復至如同未曾締訂契約的狀態，其本質具有積極地調整、維護雙方財產狀態公平的價值判斷意味。而刑法是對於行為人過去行為的評價，消極地藉由國家公權力對某既存行為的評價，以維護社會秩序及公平正義，而非積極地創設公平的秩序。且背信罪的規範標的，為「債務人惡意違反契約義務而造成債權人損害的行為」，信賴利益的損害並非由債務人的違約行為而產生，而是因為債務人過失而不能締約，或因其他行為使債權人誤信之而訂約，導致債權人於日後解除契約，為了調整契約雙方的財產狀態而生損害賠償標的。因為刑法本質並非調整人民的財產公平狀態，故本不應以信賴利益的損害作為背信罪介

<sup>307</sup> 同上註，頁 357，註腳 6。

入的根據。而固有利益的損害及履行利益的損害，則是債務人違約行為當時，對於被害人的財產狀態及未來財產規劃的破壞而產生，故得以作為啟動背信罪的依據。

在此角度下，吾人可說刑法學者對於背信罪的「致生損害於本人財產或其他利益」的不法結果要件的實現的詮釋，乃是以「本人之財產或利益的減少、現有財產的增加被妨礙，或本人喪失日後可能獲得的利益」等話語，從積極損害與消極損害的角度，將固有利益與履行利益的概念打散，再重新組織、描述。換句話說，背信罪所規範、處罰者，乃一債務人在特定主觀意圖下違反契約，而造成債權人本有之財產或利益的積極損失或消極地未能增加、或減損債權人原預計藉由契約規劃而於未來取得或繼續保有之財產或利益的行為。<sup>308</sup>

### 3. 以預期利益的損害作為背信罪不法結果要件的必要性

我國憲法第 15 條明文規定財產權，應予保障。我國刑法關乎竊盜、搶奪強盜、海盜、侵占、詐欺等罪的設立，可謂國家為了保護個人、法人之財產權，使之可免於他人之非法侵害，而藉由刑法之強制力所賦予之保障。<sup>309</sup>

然而，財產權，顧名思義，以權利作為保護的核心。而權利者，乃法律依個人主義原則，為社會上每一個人，劃分一利益範圍，在此範圍內，個人之意志高於一切，國家之任務僅為旁及地予以保障，使該利益不受他人侵擾之謂

<sup>308</sup> 因為違約造成履行利益的損害，套進所失利益的消極損害概念，應很容易理解，但是單純違反契約，也可能造成積極利益的損害。如放款不能回收時，此放貸出去的款項，即屬積極損害。見最高法院 54 年台上字 2526 號民事判決，轉引自黃茂榮，前揭註 293，註腳 17。而另一方面，固有利益的損害雖然多以積極損害的面貌呈現，但是其也可能以消極損害的面貌呈現，如因為焚燬他人房屋，致不堪使用時，除造成財產的積極損害之外，因為房屋被燒毀而無法利用時，被害人遭受相當於租金之損害，即屬消極之損害。見民事法律問題研究彙編（第六輯），頁 23，轉引自黃茂榮，前揭註 293，註腳 16。

<sup>309</sup> 林山田，刑法特論，頁 197（1991）。

也。<sup>310</sup>至於其他未被劃歸特定人「所有」，而具有財產或經濟上價值之利益，縱可為特定人所（期待）享有或持有，若受他人侵害，仍僅為純粹經濟上損失，尚不足構成法律所要避免之權利減損狀態。<sup>311</sup>此從侵權行為法原則上不以純粹經濟上利益（對未來財產利益的期待）作為「被侵害」客體的規範體系即可略窺一二。

而從前開關於背信罪的不法結果要件，與民事契約違反的損害賠償的比較對照可知，純粹經濟上損失，如消極的財產不增加，雖非屬權利的減損，但仍為契約法及刑法背信罪所保障。然而，既然此非屬法律所保障之「權利」，對於侵害此利益的行為，國家竟以刑罰規範之，則刑罰的範圍是否太寬？

惟本文已一再強調，在當代的契約概念底下，交易雙方得以互相磋商契約內容的「契約自由」，非僅是建立一項當下的交換的自由，更是建立一項有效的待履行之交換的自由。雙方在其所享有的契約自由底下，得自由訂定契約。一旦雙方針對契約的意思表示合致，雙方均受其意思表示的拘束，但是此等拘束須藉由國家的力量促成，並預先排除契約當事人於履行前改變心意的可能性。自此角度觀之，契約自由的實踐，並非政府全然不加管制，相反地，它需要「國家干預」的全力配合方可達成：

「與人們期待正好相反的是：使用機械不但沒有減少人力的使用，反而使之增加，同樣的，引用自由市場，不但沒有消除對控制、管制與干涉等方面的需要，反而擴大了它們的範圍。政府官員必須隨時保持警覺，以確保這個制度的自由運轉。因此，即使是那些最強烈主張除掉政府所承擔之不必要責任的人...也不得不將新的權力、機構、與制度委諸政府，以求建立自由放任體制。」

---

<sup>310</sup> 芮沐，前揭註 302，頁 1。

<sup>311</sup> 林大洋，前揭註 248。

從而，對未來財產利益的期待的保護，實為當代契約法所欲保護的核心之一，且我國契約法也確實將未來財產利益的期待（即純粹經濟上的利益）納入契約法的保障範疇。<sup>313</sup>從而，如果單純的民事法上財產的調整已不足以作為以未來的交換為目的的契約下，對未來財產利益的保障，刑事法確實有可能作為國家積極保障此期待報酬的第二道防線。

#### 第四節 小結：背信罪面臨近代商業模式的挑戰

本章從中古世紀開始人的財產自由解放開始，對照英國的違背信託罪概念的發展，以及當今的契約法的規範與背信罪的比較，確立了背信罪作為保護個人與個人之間，基於信任，而與他方建立關於財產的規劃關係的規範，其藉由保護這種信任關係，達到保護他人財產或（未來的）財產利益的機能。

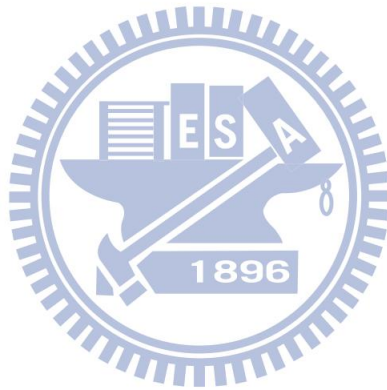
從過去英國相關法制的發展的觀察可以看到，背信罪在最初，乃與商業活動息息相關，背信罪本質上便帶有相當的白領犯罪色彩。此罪的機能，在過去商業活動乃是以一對一的信任關係為主軸的架構下可以充分發揮。但是，當今人與人的信任關係結構，尤其是商業的經營結構底下，多已不再是純粹的一對一信任關係，而可能是一對多、多對一或是多對多的信任結構，公司的股東與公司的董事、經理人間的信任結構即是適例。在這樣的信任結構底下，背信罪是否可以直接適用，或是須要進一步轉化？將不無疑問。除了前述的問題之外，在當代的公司經營從股東—公司的平面信任結構進入到母公司—子公司以及各自股東所構成的立體結構的時候，背信罪是否又可以適用無礙？將是關於

<sup>312</sup> Karl Polanyi 為二十世紀重要的政治經濟及社會學家。此段話引自李清潭，前揭註 117，頁 22。

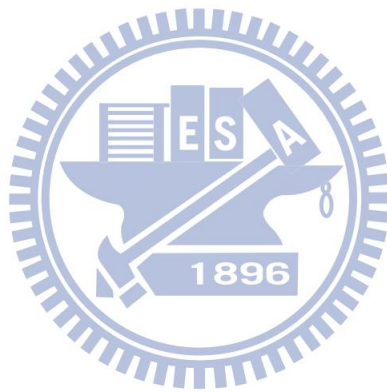
<sup>313</sup> 林大洋，前揭註 248；陳忠五，前揭註 247，頁 64-68。

背信罪的探討，須要進一步研究的問題。

背信罪因為商業發展而成形，在商業逐漸變遷的歷史過程中。背信罪終將面臨時代的挑戰，新型態商業經營結構的轉變，是否會再度調整背信罪的內涵，就像當初商業發展促使國家訂定背信罪的發展一般？本文將於接下來的討論中逐一討論上述問題。但在回應這些問題之前，本文將暫時跳開背信罪的討論，轉探討一個當代商業集團結構底下，集團負責人評估決策時，究竟有什麼獨屬於企業集團的負責人特有的決策特徵。探討集團負責人的行為特徵之後，本文再於第四章分析當代的公司結構對於執法者欲應用背信罪評價公司負責人的行為時的影響。隨後再進一步討論企業集團結構的特性，對於應用背信罪評價集團負責人的行為時，又會產生什麼影響。最後提出本文對背信罪的看法。







### 第三章 紅火案分析

#### 第一節 行為決策理論

本章的最終目的是希望從個案分析以瞭解為何集團負責人會投入犯罪行為。因此，本章希望可以藉由特定的行為決策理論與所蒐集到的個案資料相比對，以了解釋否有特定的因果機制，會誘使集團負責人做出特定的，尤其是涉嫌犯罪的經營決策，藉以凸顯企業集團經營結構的特徵。

犯罪學對於人為何會犯罪曾提出不同的解釋，有學者認為人的行為，包括犯罪行為，均是受到其遺傳、生理、心理、社會環境、教育、職業、氣候、疾病等因素的影響；<sup>314</sup>亦有認為，每一個人均是有理性思考能力的「經濟人」，每個人均是具有自由意志的個人，懂得對自己的行為舉止進行理性的計算，也知道如何在違法行為所得到的快感與懲罰的痛苦之間進行權衡輕重。<sup>315</sup>由於集團負責人多屬社會中堅份子，生活無虞，其多無投入犯罪的生理、心理動機，且此等人員多為其所處的社會系統的決策者，故亦無受到結構性壓迫的問題，故以經濟人的角度切入觀察集團負責人的犯罪行為應較為恰當。但本文認為經濟人的假設前提須要作些許修正。在說明應如何修正之前，本文欲先行介紹經濟學在風險決策理論中，對於經濟人的假設的理論發展：

#### (一) 期望值理論 (Expected Value Theory)

傳統經濟學預設人均為「經濟人」，一個理想中的經濟人擁有所有與身邊

<sup>314</sup> 王皇玉，論刑罰的目的，收錄於刑罰與社會規訓-臺灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁13 (2008)。

<sup>315</sup> 同上註，頁24。「經濟人」的概念，來自於經濟學對於人的行為決策的預設，但是對於「經濟人」的實際定義，其實經濟學者之間依然眾說紛紜，見林三元，法律經濟學之發展特別報導—從有效率的公平正義出發，科技法學評論，1卷2期，頁264-266 (2004)。

的環境條件相關的一切知識，縱非全知，其所知的知識亦十分豐富而清晰；理性經濟人的偏好相當穩定一致，而且擁有出色的計算能力，能評估其行為及可行的替代方案的得失；在上述條件底下，經濟人的決策是為了爭取最高程度地滿足自身偏好。<sup>316</sup>經濟學在前述完美的經濟人的基本預設下紮根，風險決策理論亦循此發展。

最早的風險決策理論為「期望值理論」，其基本概念便是人將依據風險決策的期望值大小作決定，在此理論底下，人的決策的依據為風險實現的可能性(p)及帶來的收益的大小(x)。<sup>317</sup>當兩者乘積越大，即代表該決策可能帶來的利益越大，該決策越佳。若以數學式表示，即為：

$$EV = \sum p_i x_i = p_1 x_1 + p_2 x_2 + p_3 x_3 \dots + p_n x_n$$

設今行為人面臨兩投資方案 A、B，投入成本皆為 100 元，A 投資方案成功機率 80%，一旦成功共可收回 150 元的收益，如果失敗則只收回 50 元；而 B 方案則成功率為 50%，但可獲得收益 400 元，而投資失敗將血本無歸。在期望值理論底下，決策 A 下，可收回資金的期望值( $EV_A$ )為：

$$EV_A = \sum p_i x_i = 80\% * 150 + 20\% * (-50) = 110$$

而決策 B 的期望值( $EV_B$ )則為：

$$EV_B = \sum p_i x_i = 50\% * 400 + 50\% * (-100) = 150$$

因此，決策方案 A 預期的收益（扣除投入成本）僅有 10 元，而方案 B 的預期收益卻有 50 元，故 B 方案雖然成功機率較低，但是較佳的方案。

## (二) 期望效用理論(Expected Utility Theory)

因為期望值理論假設風險是中立的，人對於風險沒有任何偏好，但是現

<sup>316</sup> Herbert A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, 69 Q. J. ECON. 99 (1955).

<sup>317</sup> 薛求知等著，行為經濟學理論與應用，頁 89 (2005)。

實的決策環境中，人非完全的對風險中立，不同的人對風險有不同的偏好取向。故有論者修正期望值理論，假設每個人對風險的評估各有不同，並提出期望效用理論。

在期望效用理論底下，「效用 (Utility)」與「收益 (income)」是兩個不同的概念，後者為客觀的數值，前者則是人對於後者的主觀評價 ( $u(x_n)$ )，而預期效用(EU)則是個人對於事件的發生機率、與該事件產生的收益的主觀評價 (效用) 的乘積。在期望效用理論底下，人在面臨風險的決策時，會自行評估事件的發生機率，同時對於可獲得的利益給予主觀上的評價 (即效用)，最後評估預期得到的效用值，並依此做出決策。<sup>318</sup>此理論以數學式表示如下：

$$EU = \sum p_i u(x_i) = p_1 u(x_1) + p_2 u(x_2) + p_3 u(x_3) + \dots + p_n u(x_n)$$

在期望效用理論底下，人可分為三類：風險偏好者、風險中立者與風險驅避者。對於風險驅避者而言，收益具有邊際效用遞減的作用，故風險驅避者願意負擔比較多的成本或是減少收益以規避風險 (亦即，此種人只要獲得一定的金錢或收益便已滿足，超過一定數額後，其對受益的主觀評價便會減少，因而可能不願意再冒損失的風險以爭取進一步收益。例如，某甲在賭桌上贏了大筆金錢後，縱使其認為手氣正好，贏錢機率大於輸錢的機率，但其依然選擇收手。若從期望效用理論來看，對此時的某甲便是風險驅避者，因為對他而言，再贏得賭資的主觀上愉悅感，也比不上他輸了相同金額的賭資的失落感，對某

---

<sup>318</sup> Richard H. McAdams & Thomas S. Ulen, *Behavioral Criminal Law and Economics*, 6 (U. Chi. L. Sch. Pub. Law & Legal Theory, Working Paper No. 244, 2008), available at <http://www.law.uchicago.edu/files/files/244-440.pdf>. 簡單來說，期望效用理論認為，完全不考慮人面對風險的考量是期望值理論最大的盲點。例如，假定一個行為人面臨兩個選擇，A 方案保證行為人 100% 可以贏得 100 元，而 B 方案則可以確保行為人可以在 50% 的機率下贏得 200 元，但是他也可能什麼都拿不到。在期望值理論底下，A 方案和 B 方案是等價的 ( $100\% * 100 = 50\% * 200 + 50\% * 0$ )，故作任何選擇均無不同。而期望效用理論則試圖指出，對於不同人而言，有人會偏好 A 方案，但也有些人願意選擇 B 方案，不可一概而論。

甲而言，收益的邊際效用是遞減的。)；而對風險中立者而言，效用與收益呈現直線關係不會遞增或遞減，故面對決策，風險中立者則單純以追求客觀上最大的利益期望值為目標；最後，而對風險偏好者而言，收益則具是邊際效用遞增的作用，對此類的人而言，收益的主觀效用評價是不斷上升的，累積越多收益，其主觀上對於新增加的收益的效益評價越高，此時越有強化此人冒險以逐利的動力，故其願意冒著不確定的風險以追求其所預期的效益。<sup>319</sup>

此理論雖修正期望值理論的一些假設，但是其基本預設仍然是人具有一致性，其對風險的偏好並不會改變(亦即計算每一個人的預期利益時，函數  $u(x)$  是一固定的曲線或直線，故決策時，會有相當高的理論一致性)。

犯罪學者 Becker 曾利用期望效用理論分析犯罪行為，其研究認為人判斷是否投入犯罪時，將考慮犯罪的成功可能性、利益、被捕機會及可能受到的處罰及其他犯罪成本等因素。由於在期望效用理論的基本預設下，影響行為人對於期望效用估計的幾個主要變因便是犯罪成功( $p_1$ )或失敗( $p_2$ )的機率(其中， $p_1 + p_2 = 1$ )，以及犯罪行為人可能面臨的損失(犯罪面臨的處罰及可能喪失的社會地位、收入、工作等)及可獲取的犯罪收益。因此，國家若要遏止犯罪，在考量社會成本的前提下，可視情形運用加強破案率、強化處罰強度、或是調整與犯罪相關的社會政策，以提高行為人的犯罪成本。<sup>320</sup>但是隨著行為經濟學的發展，其研究結果發現人其實在風險偏好上，並不具有高度的一致性，這研究成果使得某些研究者開始挑戰期望效用理論，並質疑 Becker 立基於期望效用理論的研究成果。<sup>321</sup>

---

<sup>319</sup> *Id.* at 6. and fn. 4.

<sup>320</sup> See Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968), available at <http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/becker-1968.pdf>.

<sup>321</sup> See generally Christine Jolls, Cass R. Sunstein, & Richard H. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 Stan. L. Rev 1471 (1998).

### (三) 行為經濟學(Behavioral Economics)

傳統經濟學以人的完全理性及自利作為基本假設，並透過數學演繹方法發展其理論。<sup>322</sup>而經濟學家 Simon 在相當早期便已意識到經濟學對於人的基本預設可能有問題，並對此假設提出有力的質疑。Simon 於 1955 年的著作中提出有限理性 (Bounded Rationality) 的概念，並利用賽局理論的演繹分析，認為人在決策上，將因為認知能力的侷限以及決策環境的複雜，而採取一個他可以接受(good enough)的決策。這個決策是身為有限理性之人，基於自身侷限所做的理性調整。<sup>323</sup>

但是 Simon 的論點仍屬於邏輯推演的理論性研究，人在現實社會中的行為如何，則有待進一步實證。在 Simon 後，行為經濟學進一步在傳統的經濟學框架中，引入心理學的研究成果，漸次發展對於人的行為模式的理論。相關理論的學者希望能在經濟學中引入心理學在嚴密的實驗下所發現的決策行為變數，並依此建立能更精準預測、揭示人的行為現象的理論。而事實上，行為經濟學者確實以心理學或神經醫學的實驗結果與數據為基礎，發現人類的經濟行為往往有系統地違反傳統經濟學的預設，基於此發現，行為經濟學者建立了不同於傳統經濟學的人類決策行為理論。<sup>324</sup>

最早開啟心理學與傳統經濟學對話的學者是心理學家 Daniel Kahneman 與 Amos Tversky。兩位學者首先發現，人類的決策思考時，會受到過去經驗

---

<sup>322</sup> 陳恭平，人非聖賢：簡介行為經濟學，人文與社會科學簡訊，10 卷 4 期，頁 16 (2009)。

<sup>323</sup> See Simon, *supra* note 316, at 118.

<sup>324</sup> 陳恭平，前揭註 322，頁 16。在研究方法上，傳統經濟學往往強調環境的普遍性，由貨幣激勵和重複嘗試構成；而心理學則試圖掌握人的內在激勵，以及具體決策環境中發揮作用的思維過程。一些心理學家透過調查和實驗蒐集大量的行為證據，並據此對經濟理性假設提出疑問，並發現人的決策行為與傳統理性經濟行為模型顯著偏離。行為經濟學便是在此認識上發跡。見薛求知等，前揭註 317，頁 65-66。

的影響而產生偏離最佳決策的偏誤<sup>325</sup> (Heuristic Bias, 譯者多翻譯為捷思偏誤或經驗法則偏誤)。之後,兩位學者又基於前開研究基礎,共同提出展望理論 (Prospect Theory)。<sup>326</sup>此後,越來越多經濟學家開始仿效心裡學研究,設計具體情境以資實驗,探討人做出偏離最佳條件的決策時,是否有跡可尋,並依此提出理論。

以下將介紹幾個本文認為與本文後續進行過程追蹤式個案研究法時,將援引參照的行為經濟學的研究理論,分別為經驗法則偏誤、展望理論及原賦效應 (Endowment Effect)。(行為經濟學派的發起人之一 Daniel Kahneman, 在 2002 年因為發現人的決策將會受到經驗法則偏誤的影響而偏離最佳策略,而獲得諾貝爾經濟學獎,但其合作伙伴 Amos Tversky 則因為早逝而未能同享榮耀。)

### 1. 經驗法則偏誤

在 Kahneman 與 Tversky 的研究中,他們發現人有三種典型的經驗法則偏誤: 代表性偏誤 (Representativeness)、易取性偏誤 (Availability) 及定錨效應 (Anchoring)。代表性偏誤指人往往以類比方式來簡化決策的複雜性,許多資訊因而被忽略;易取性偏誤是指人在作判斷時,往往會依靠最容易獲取(或想到)的資訊,而不仔細探究所有可能的因素;而定錨效應則是說明,當人須要作估計評量時,其評估結果會受到某些初始值的影響而不自覺,而這些初始值,可能是由他人給予暗示,也可能是自己主觀上的設定。<sup>327</sup>而且,縱使是專業人士,

---

<sup>325</sup> Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Bias*, 185 SCIENCE 1124 (1974).

<sup>326</sup> Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, 147(2) ECONOMETRICA, 263 (1979).

<sup>327</sup> See Kahneman & Tversky, *supra* note 325, at 1128.

當其未細思即下判斷時，亦會受到上述的經驗法則偏誤影響。<sup>328</sup>

## 2. 展望理論

展望理論是 Kahneman 與 Tversky 將大量的心理學實驗結果數據化，進而整理出人的行為決策的偏向，最後再加以理論化而成。此理論發現，人作決策評估未來收益時，共有下述三個特點：

1. 人在決策時，會由一固定之參考點（reference point）出發，評估其行為的結果( $w_i$ )與參考點之差距 ( $\Delta w_i$ )。換句話說，人決策當下，影響其決策的，是行為後，相對於參考點的利益（gains）或損失（losses）。而參考點可能由客觀條件決定，也可能受決策者的期望的影響。<sup>329</sup>由於相對於參考點的利益或損失僅是一個相對的概念，並不代表行為最終會獲利或受損，換句話說，行為的最終結果（final states of wealth or welfare）並非行為人關注的核心。

2. 人將相對於參考點的利益或損失（客觀數值）轉換為主觀上的價值（value）時，均有邊際效用遞減的效果，但是人對於損失的反應較面對利益時的反應劇烈。<sup>330</sup>若轉換為函數圖形，則略為下圖：

---

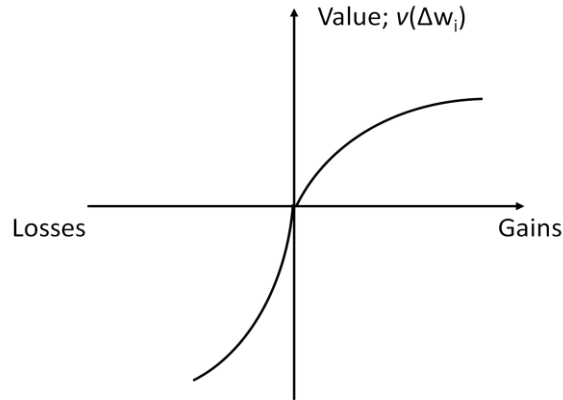
<sup>328</sup> *Id.* at 1130.

<sup>329</sup> Kahneman & Tversky, *supra* note 326, at 274.

<sup>330</sup> *Id.* at 279.

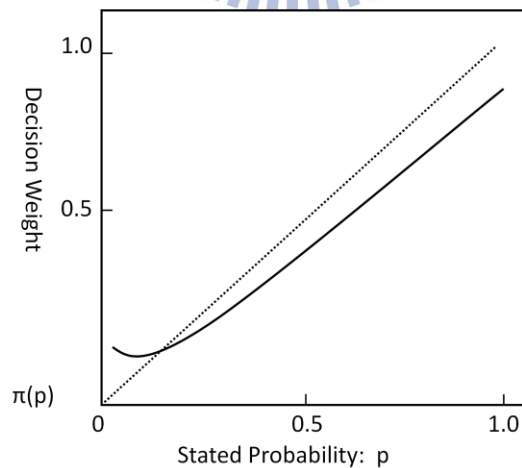


圖表 5 產望理論的價值函數圖形<sup>331</sup>



3. 最後，Kahneman 與 Tversky 在實驗時，提供一系列的問題與受試者，並說明各事件的發生機率 ( $p$ )，而實驗結果發現：受試者面臨機率的判斷時，普遍具有賦予機率不相稱的權重 ( $\pi(p)$ )，基本傾向則為：過小的機率不予計算，過大的機率亦被忽略或過度信任；同時對一般的小機率事件則較其應有機率為高的權重，而對於發生機率較高的事物，又給予較應有機率小的權重。<sup>332</sup> 其對於機率的權重結果與實際機率間的關係圖形大致如下：

圖表 6 展望理論下，決策者對事件發生機率的權重的函數圖形<sup>333</sup>



<sup>331</sup> *Id.*

<sup>332</sup> *Id.* at 282-83.

<sup>333</sup> *Id.* at 283

基於以上三點，展望理論再修正期望效用理論的公式，而得出下列公式：

$$EP = \sum \pi(p_i) v(\Delta w_i)$$

從而，如果分析展望理論的內容可以發現，決策帶來的效用以及成功失敗的機率並不是影響決策者決策的決定因素，決策者對於機率及利益或損害的主觀反應才是影響其評估的重點。此外，此理論亦點出了：基本，人對風險的偏好並無一致性，而且厭惡風險。**面對獲利時，人具有忍受減少獲利的損失，以規避風險的傾向**：因為邊際效應遞減，若無必要，人不會耗費額外的成本以及額外的損害風險，追求其主觀上認為不符成本效益的利益；而在**面對可能的損失時，人具有追逐風險以避免損失的傾向**：因為人主觀上往往給予較該損失的實質數字更為嚴重的評價，此時，若有避免損害的可能方式，縱使成功機會較低，在人的主觀評價上，仍可能認為值得一搏，而採取冒險的行動。

同時，過去的經濟學或風險決策理論一概認為理性的經濟人並不會將沈沒成本（sunk cost，即已經付出且無法回收的成本）<sup>334</sup>納入決策考量，因為既然無法回收，理性人便不應考慮之，而單純以自己未來可獲取的最大利益，做為決策的依歸。<sup>335</sup>但在展望理論提出參考點的概念後，論者發現，沈沒成本仍會被納入決策的考慮。<sup>336</sup>

<sup>334</sup> 張清溪等著，經濟學（上冊），頁 209（2004）。

<sup>335</sup> 假設，某場球賽的門票票價三百元，如果我們願意購買之，傳統的經濟學家會說，那是因為我們認為看該場球賽所帶來的滿足感大於該三百塊現金的價值的緣故。依此推論，如果我們把原本買到的門票弄丟了，基於「合理經濟人」的思考，我們並不會考慮之前已花了三百元購買門票的事實，會逕自再決定購買一張價值三百元的門票入場看球。但是行為經濟學者並不認同此結論。

<sup>336</sup> 例如，在一個原本設計來證明人並非完全自利的心理學實驗中，實驗者將參與者兩兩分組，每組又分為提議者與反應者。實驗規則如下：在十美元的額度之內，提議者可以向反應者提出一定金額，如果反應者接受的話，那麼反應者可以得到該金額的金錢，而剩餘的金錢全歸提議者所有；但是如果反應者對提議的金額不滿而不願意接受時，兩人均無法獲得金錢。

### 3. 原賦效應

原賦效應是指，人願意接受、支付而購買特定物品的價格，會明顯低於其得到該物品後，願意接受而割讓該物的價格。<sup>337</sup>此概念最早於 1984 年提出，當時有研究者操作以下實驗：實驗者發給所有受試者彩券或兩美元的現金，兩天後向得到彩券的受試者提議以兩美元交換其得到的彩券，或向得到兩美元的受試者提議以彩券交換之。實驗者發現，只有極少數的受試者願意交換，受試者似乎認為他們手中擁有的物品較另外的東西更有價值。<sup>338</sup>此特性又再次點出人並非完全的理性，他的行為決策確實可能偏離最佳決策。

有經濟學者不同意前述實驗的結論，並認為，只要將人放在充滿許多可近的交易機會的市場中，前述的行為特徵便會消失，買方和賣方無法就交易達成一致的意見，是因為某些因素導致議價過度保守之故。<sup>339</sup>換句話說，前開的實驗中，受試者之所以無法與實驗者達成交易，乃是交易機會太少或交易成本過高等因素的影響，只要除去這些因素，人的決策便會回到理性面，而依自己

---

實驗結果發現，如果提議者提議的金額過低，反應者會寧願不接受該金額，以報復貪心的提議者。而此實驗中，反應者願意接受的最低金額的平均為 1.94 美元。但是此時若修正實驗條件，要求受試的兩方均須繳交 5 美元的金錢方能參與實驗後，反應者願意接受的最低金額將大幅提高至 3.5 美元左右。對麻省理工學院 (MIT) MBA 學生、芝加哥大學 (University of Chicago) 的 MBA 及法學院學生實施此實驗，均得到相似的結果。這個實驗結果顯示了，當人已付出某些成本的時候，縱使其明知此成本再也沒有回收的可能，他仍會將之納入決策的考量因素之中，而非如傳統經濟學家所認為，人不會考慮無意義的事，而僅以眼前的最大利益為考慮對象。本實驗中，因為對參與實驗的人而言，此實驗其已投入 5 美元的成本了，多少要從實驗中掙回一點，因而調高其接受的標準。See Jolls et al., *supra* note 321, at 1491.

<sup>337</sup> Richard H. Thaler et.al, *The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, in *THE WINNER'S CURSE* 63, 63 (1992).

<sup>338</sup> *Id.* at 64.

<sup>339</sup> See *id.* 此見解基本上是寇斯定理的運用，寇斯 (Ronald H. Coase, 1937-) 認為，只要市場的交易成本為零，資源最初的配置完全不會影響最後的配置結果。See Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. L. & ECON.* 1 (1960).

對於物品的價值評估，而決定是否交易。但是這樣的見解是以「人會做出理性決策」的預設立場所做的推論，實際上是否如此？有待進一步驗證。為了瞭解原賦效應是否會因為人處於充滿交易機會的市場中而消失，前開提出經驗法則偏誤與展望理論的心理學家 Daniel Kahneman 與其他兩位經濟學家，Jack L. Knetsch、Richard H. Thaler，設計了以下實驗：<sup>340</sup>

受試者為康乃爾大學（Cornell University）的經濟學研究所學生，實驗者將實驗分成兩階段，在第一階段，實驗者欲證明當交易成本為零時，市場是否會達到最佳的資源配置情況；第二階段則欲瞭解，當在一開始便將資源授與某些受實驗者時，實驗結果會不會受到原賦效應的影響：

在第一階段，實驗的道具為一定數量的標識物，實驗者個別地告訴受試者其被賦予的標識物價值，並指定每人的需求數量，之後將半數的受試者指定為這批標識物的原始所有人，然後要求所有受試者開始交易，擁有標識物者可以賣出，而需要標識物者可以買入，同樣的交易市場實驗共重複四次。在這個實驗中，市場運作順暢，交易成本幾乎為零，且供給、需求等變數均可確定，實驗者因之先行推算供給及需求曲線，而最後的實驗結果發現，實驗到最後的均衡價格及交易數量，與推算的結果幾乎吻合。

確立市場的確可以順暢運作之後，實驗者將標識物改為馬克杯，並給半數的學生馬克杯的所有權，但是這次並未向學生指定馬克杯的價值。本次參與實驗學生共 44 名，在理論上，假設學生有一半喜歡馬克杯，另外一半不喜歡馬克杯，由於擁有馬克杯所有權的學生是隨機挑選，故應有一半的馬克杯會由厭惡馬克杯的學生取得，並與其他喜歡馬克杯卻未取得學生交易（即應有 11 個馬克杯會被交易）。但是四次的交易實驗的結果發現，在四次的交易實驗中，馬克杯的交易數分別為 4 個、1 個、2 個、2 個。而且，在馬克杯的擁有

---

<sup>340</sup> Detail description of this examination, please see Thaler, *supra* note 337, at 64-66.

者中，願意接受的最低出賣價格的中位數為\$ 5.25 美元，而在其他未被分配到馬克杯的受試者中，願意接受馬克杯最高售價的中位數僅在\$ 2.25-2.75 美元之間。之後實驗者將此實驗多次重複，每次均得到類似的結果：縱使交易成本幾近為零，但是在未指定馬克杯價值，而由受試者自行判斷的條件下，最後的交易數量僅有理論預期的交易數量一半不到，而且賣方願意接受的最低售價中位數，約兩倍於買方願意接受的最高售價的中位數。<sup>341</sup>

從前述實驗可知，交易數量之所以偏低，不願進行交易的阻力不是來自買方，就是來自賣方，亦即，不是買方低估標的物的價值，就是賣方高估手中標的物的價額。但是究竟誰才是真正不願交易的阻力來源？為瞭解之，研究者隨後又設計另外一套實驗：<sup>342</sup>

在另外一個大學中，實驗者將 77 位受試者隨機分為三組。首先，實驗者給予第一組成員一馬克杯，並要求第一組的受試者在\$ 0.25 美元至\$ 9.25 美元的區間之內，決定該馬克杯的售價；之後，實驗者要求第二組扮演買方，評估其願意以多少的價格購買該馬克杯；最後，實驗者在未給予第三組所有權的條件下，要求第三組評估一數額，之後受試者可以得到馬克杯，或與該數額相等的金錢（第三組決定金額後，其經濟條件應該與第一組的賣方相同，因為其可取得馬克杯的所有權，或是將該馬克杯賣掉換取金錢）。

實驗者認為，第三組的立場與賣方應較為相近，故所評估的價額因該會相近。但是實驗結果發現，第三組的行為反而與買方的角色類似，三組受試人提出的價額的中位數分別為：\$ 7.12 美元（賣方）、\$ 2.87 美元（買方）、\$ 3.12 美元（第三組）。這個實驗顯示，交易數量會不如預期，與賣方被賦予所有權

---

<sup>341</sup> *Id.* at 66.

<sup>342</sup> Detail description of this examination, please *see id.*, at 66.

後，發生原賦效應而不願參與交易有關。<sup>343</sup>

從前述關於原賦效應的一系列實驗，吾人可以觀察到，人對於所擁有的財物，如果沒有外在給定的價格，其所定義的價值評估可能會偏高，而造成不願意出讓該財物。這點，亦已背離完全理性假設下，人會追求客觀最大利益決策的推論。

#### （四）犯罪行為人完全理性假設的修正

綜合前述關於經濟學上風險決策理論的發展的介紹，以及行為經濟學派下的一些重要理論，已可發現在行為經濟學派不斷引進心裡學研究方法驗證傳統經濟學對於「人」的預設後，傳統上對於人的完全理性的基本假設已經動搖。行為經濟學底下，經驗法則偏誤及展望理論的研究成果，已指出雖然人是理性的，但為有限理性，決策時可能會受到自身理性的限制而做出偏離最大利益的決定，而原賦效應更進一步勾勒資源最初的配置如何影響日後的交易，以及資源擁有者對於該資源價值的評估如何造成交易的阻礙。

本文認為，前述行為經濟學的研究成果既已指出人的決策並非完全的理性，實際上會受到不少因素的限制，這樣的研究成果亦應引入犯罪決策的研究中。亦即，犯罪行為人雖然具有理性，但是其行為，亦有可能受到自身的經驗法則偏誤，人的決策普遍偏好，以及資源最初配置狀態的影響。<sup>344</sup>以下，本文

---

<sup>343</sup> *Id.*

<sup>344</sup> 在法律經濟分析的討論中，對於人是否為「理性」是重要的前提假設，由於早先經濟學者開始檢討人的理性概念是否正確，加上行為經濟學的發跡，故美國學界對於法律經濟分析是否要帶入人是「非完全理性」概念，曾有精彩的討論，法律經濟分析巨擘理查·波斯納法官對於學者將行為經濟學的概念帶入法律經濟學的分析中，曾為文辯駁，詳細論述請見 Richard A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 STAN. L. REV. 1551 (1998)，關於該文的中文介紹請見林三元，前揭註 315，頁 278-281。但是在此須要說明，本文引用行為經濟學欲說明者，乃是為了詮釋紅火案中，中信金控的負責人如何思考其情境及條件，而做出相關的交易決策。以下的分析並非法律經濟分析常使用的方法。行為經濟學引入心裡學的實驗，確實可以有效地挑戰

將以行為經濟學所建立的有限理性人的決策特徵，分析紅火案的相關決策，以瞭解相關集團負責人的思考決策細節，以利本文後續分析我國背信罪的架構是否適用於集團式企業結構下的決策行為。

## 第二節 紅火案背景

欲瞭解紅火案的起因，不得不先行瞭解該案的時空背景。紅火案於 2006 年爆發，而相關的交易操作，則是始於 2005 年下半年。2005 年前後，是台灣金融界最為動盪的時期之一，當時台灣金融界風波不斷，先是受到雙卡風暴的衝擊，又適逢當時的總統陳水扁先生丟出第二次金融改革議題，使各金融機構為之震盪。這樣的時空背景，為爭議不斷的紅火案拉開序幕。

### (一) 雙卡風暴

在 2005 年初，各家銀行正大力推行信用卡及現金卡等消費性金融業務，當時銀行莫不將消費金融業務視為生財的金雞母，而且在媒體的推波助瀾之下，<sup>345</sup>信用卡以及現金卡彷彿成為財務困難的民眾的救星，各銀行的信用卡及

---

「經濟人」的完美形象，但是其研究結果僅能指出「多數人」在某些情境下「可能」會做出不合理的選擇，並無法推論出「所有人」在特定情境下「一定」會做出特定決策，波斯納法官對此理論上的瑕疵，即曾提出質疑。See *id.* at 1558-61.但是，本文認為行為經濟學的研究結論或許不足以作為「預測」一法規決策下，「人民」會如何做決策的依據，而據以作為法律經濟分析的理論工具，但行為經濟學的研究結論卻可以指出，人的行為決策可能會受到何種不理性的因素的影響，也許不是在每個情境、每個人均會受到該因素的影響，但是行為經濟學卻指出，人的行為決策受到此等因素影響的「蓋然性」極高，因此縱使行為經濟學的研究結論不足以作為法律經濟分析的理論依據，但其吾人或許可以援引之以作為**評估、詮釋**何以「特定人」在特定情況下，會做出某種決策的理論基礎。

<sup>345</sup> 相關媒體報導如：「國泰世華銀好處卡多」，經濟日報 C1 版，2004 年 12 月 31 日；「信用卡借現金手續費跌破 4%」，經濟日報 B2 版，2005 年 1 月 4 日；「敗金女變理財達人她，用帳單寫日記十年刷逾千萬曾背卡債 300 萬現在善用刷卡理財」，經濟日報 B2 版，2005 年 1 月 4 日；「六信白金卡大佛伴隨彰縣第一張信合社白金卡在地購物折扣更多」，聯合報 C1 版，2005

現金卡的業務蒸蒸日上。但是同時，信用卡、現金卡此類的小額信貸過於浮濫的警訊也開始浮現。<sup>346</sup>產險公司首先發現小額貸款的還款率不佳，而著手調整銀行的保單內容；<sup>347</sup>而隨著被卡債問題越來越嚴重，金管會開始介入，2005年10月下旬，銀行界及政府共同推出「消費金融案件債務協商機制」，但仍無法止住嚴重的卡債問題。同年12月初，有立法委員著眼於之前銀行業浮濫的消費金融業務，導致國家的金融秩序大亂，公開表示欲推動銀行法修正法，「要求信用卡、現金卡利率，與存款利率之間的利差，不能超過10個百分點。」<sup>348</sup>一旦此法通過，消費金融放款獲利勢將大減，進而影響銀行放款的意願。消息一出，相關金融類股股價應聲鉅貶。<sup>349</sup>

中信銀行在這波因為消費金融業務氾濫引發的金融風暴中受傷慘重，依中信銀行所公布的財務報告書推算，從2004年至2006年其間，中信銀行對個人的授信金額，從2004年的4500億成長至2005年的5400億，至2006年則跌至5000億左右；而三年間個人授信佔中信銀行授信業務的比率約在53%至57%之間。<sup>350</sup>個人授信業務佔中信銀行業務的極大一部份，風險非常集中，因此，一旦雙卡風暴來襲，中信銀行隨即須面對個人授信業務縮減及隨之而來

---

年1月8日。

<sup>346</sup> 在2005年初，即有媒體報導：「根據銀行局統計資料，至去年十一月底，包括信用卡循環信用餘額（未償卡債）及現金卡放款餘額，共達六千七百多億元，占國民生產毛額（GNP）的百分之六。而以卡消費、以卡借債的人口及金額，仍在繼續升高。」見「去年底全台卡債6700億占GNP 6%」，聯合報A3版，2005年1月6日。

<sup>347</sup> 「逾放比太爛產險公司將拒保銀行信貸爛帳賠不完新保單將設起賠點、停損點最快下月開賣」，經濟日報B3版，2005年8月9日。

<sup>348</sup> 「立院共識大砍卡債利率」，經濟日報A2版，2005年12月7日。

<sup>349</sup> 「卡息空襲金融倒地 中信金天量跌停 解救卡奴法案若過萬泰銀、中華銀、聯邦銀、台新銀、遠東銀、大眾銀、寶華銀前三季獲利恐被吃光」，聯合報B11版，2005年12月9日。

<sup>350</sup> 中國信託商業銀行股份有限公司，財務報告民國九十四年及九十三年十二月三十一日，頁55（2006）；中國信託商業銀行股份有限公司，財務報告民國九十五年及九十四年十二月三十一日，頁61（2007）。



的呆帳問題。此外，雙卡風暴更危及中信銀行及其母公司（中信金控）的獲利。面臨前述危機，中信銀行調整業務體質的必要性已不可言喻，因此，中信金控在 2005 年年報中即隱喻地指出：「消費金融方面因為銀行信用卡政策緊縮，已造成『消金業務』為主的新銀行，營收明顯受到影響...市場上有越來越多銀行將業務重心轉向經營法人金融方面。」<sup>351</sup> 此段文字隱約透露中信金控及中信銀行在此波雙卡風暴中的受傷程度，以及其未來發展方向的調整。<sup>352</sup>

## （二）第二次金融改革

2004 年 10 月 20 日，前總統陳水扁先生召開總統經濟顧問小組會議，會後宣布啟動第二次金融改革，並提列四大目標：一、2005 年底促成三家金融機構市占率 10% 以上；二、2005 年底前公股金融機構數目至少減為六家；三、2006 年底前國內 14 家金控公司家數必須減半；四、2006 年底前至少促成一家金融機構由外資經營或在國外上市。<sup>353</sup> 此政策以限時、限量並限對象的方式，要求金融機構整併，莫不使當時的金融機構為之震盪。而 2005 年 7 月台新金控藉由彰化銀行增資私募的機會，取得彰化銀行的主導權，正式開啟金融機構整併的風潮。<sup>354</sup>

在當時的情境底下，各金融機構均有整併或被整併的壓力，同時政府又對出讓所謂的公股銀行股權一事採開放態度。在這樣的時空背景之下，中信金控也成立併購小組，負責搜尋可能的併購標的。<sup>355</sup>

---

<sup>351</sup> 中國信託金融控股股份有限公司，2005 年年報，頁 60（2006）。

<sup>352</sup> 在 2006 年，中信金控調整公司的治理結構，將信用金融業務（無擔保個人消費性金融業務，如信用卡、現金卡等）自個人金融事業辦公室切割出去，成立信用金融事業辦公室，以進一步整合控管信用風險，見中國信託金融控股公司，2006 年年報，頁 3-10（2007）。

<sup>353</sup> 「總統宣示 14 家金控後年減為七家」，經濟日報 A1 版，2004 年 10 月 21 日。

<sup>354</sup> 「台新金控高價標下彰銀」，聯合報 A9 版，2005 年 7 月 23 日。

<sup>355</sup> 台北地方法院 96 年重訴字第 19 號。

### （三）兆豐金控相對於中信金控的營業優勢

兆豐金控截至 2005 年底，其資產共約台幣 2 兆 2384 億，而旗下的交通銀行股份有限公司以及中國國際商業銀行股份有限公司的資產，即分別佔 6718 億及 1 兆 2280 億（交通銀行與中國國際商業銀行在 2006 年 8 月 21 日合併為兆豐國際商業銀行）。<sup>356</sup>兩銀行的授信業務均佔銀行業務的極大部分，2005 年交通銀行的授信業務營運量約 4738 億台幣，而中國國際商業銀行的授信業務約 7269 億，且消費金融業務的比重均不高，雙卡風暴對中信銀行的影響不大（詳後述）。

若將中信銀行的業務與中國國際商業銀行的業務比較：

中信銀行 2005 年的消費者貸款金額高達 4606 億（不含信用卡循環信用），<sup>357</sup>其對個人的授信金額，占該行總授信金額比率達 58.58%。<sup>358</sup>而同期中國國際商業銀行對個人的授信金額僅佔 1462 億，約佔總授信金額的 19.2%。<sup>359</sup>而在對於製造業及金融業的法人授信部分，2005 年底，中信金對此二行業的法人授信金額約佔總授信金額的 20%（約 1640 億）；<sup>360</sup>但是在中國國際商業銀行部分，其對製造業及金融業的授信總金額高達全行總授信金額的 44.7%（3401 億）。換句話說，中信銀行在個人的授信業務部分雖然業務量極大，但是風險過於集中，且在製造業及金融業等法人的授信業務部分，遠遜於中國國際商業銀行的亮眼表現。此外，兆豐金控旗下的另一銀行，交通銀行，則是創立於民國前五年，與中國銀行共同掌管國庫收支及辦理鈔券發行。至民國六十

<sup>356</sup> 兆豐金融控股公司，2005 年年報，頁 132（2006）。而同一時期，中信金控的集團總資產約 1 兆 7166 億，見中國信託金融控股股份有限公司，前揭註 351，頁 2。

<sup>357</sup> 中國信託商業銀行股份有限公司，前揭註 350，頁 100（2006）。

<sup>358</sup> 同上註，頁 55。

<sup>359</sup> 中國國際商業銀行，2005 年年報，頁 70（2006）。

<sup>360</sup> 中國信託商業銀行股份有限公司，前揭註 350，頁 55（2006）。

八年改制為開發銀行，並於民國八十八年轉為民營型態，辦理中長期開發授信、創導性投資與創業投資業務。<sup>361</sup>此部分業務亦屬於中信銀行較弱的一環。

綜合前述時空背景整理，可以發現，就當時的中信金控的負責人角度而言，對內其須面對因雙卡風暴對營收成績的負面影響，對外又有政府推動二次金改，金控數量減半政策造成的競爭壓力。在雙重壓迫底下，中信金控必須儘速調整業務體質，同時壯大自己規模厚植競爭力，避免成為二次金改政策下的受害者，此時，具有龐大經營規模，又與自己業務具互補性的兆豐金控，自然成為可能的併購標的。

### 第三節 收購兆豐金股票<sup>362</sup>

#### (一) 佈局

2005年中旬，辜仲諒時任中信銀行董事長，並為中信金控法人董事（寬和開發股份有限公司）之代表人，同時亦為中信金控的副董事長及副總執行長；陳俊哲時任中信金控法人董事（仲城投資股份有限公司）之代表人，兼任中信金控法人金融執行長、中信銀行董事等職務，於中信金控中負責制訂內部及旗下子公司之法人金融業務及投資業務之發展方針與管理政策；林孝平時任

<sup>361</sup> 銀行沿革，兆豐國際商業銀行網站，<https://www.megabank.com.tw/about/about01.asp> 最後瀏覽日：2010/09/09。另見蔡南芳、饒佩妮，「揭開結構債之神秘面紗—中信金插旗兆豐金控案」，貪婪夢醒—經典財經案例選粹，謝易宏編，頁394（2008）。

<sup>362</sup> 以下所有關於紅火案之案件事實，均整理自台北地方法院96年重訴字第19號刑事判決、98年金重訴字第40號刑事判決，及最高法院檢察署特別偵察組檢察官98年度偵緝字第1號起訴書。最高法院檢察署特別偵察組98年度偵緝字第1號起訴書下載自：<http://www.tps.moj.gov.tw/public/Data/91230173816486.pdf> 最後瀏覽日：2010/09/11。以下事實整理，原則上以台北地方法院96年重訴字第19號及98年金重訴字第40號刑事判決所整理之事實為主，再輔以最高法院檢察署特別偵察組檢察官98年度偵緝字第1號起訴書之內容及其他資料。

中信金控策略長，兼任中信銀行綜合企劃部資深副總經理，負責研擬中信金控及旗下子公司中長期發展方向與經營策略、策略目標及金控內部業務運作之協調；張明田時任中信金控財務長，並兼任中信銀行資深副總經理，負責制訂中信金控及旗下子公司之財務管理政策及督導財務管理。<sup>363</sup>以上四人均為中信金控為規劃執行併購策略所成立之併購小組決策人員。<sup>364</sup>

併購小組自 2005 年八月至十一月間，即指示中信集團旗下中信銀行名義購入兆豐金控股票 57 萬 2755 張、中信保經名義購入 8 萬 6648 張、中信保全及中信鯨育樂個別購入 800 張，總計購入 66 萬 1003 張，佔兆豐金控當時已發行股份之 5.92%。<sup>365</sup>

此外，併購小組自 2005 年 9 月起，指示下屬與外國銀行巴克萊銀行接觸，接洽購買結構債事宜。<sup>366</sup>在未依照中信銀行的內部控制流程規範的情況下，

<sup>363</sup> 整理自中國信託金融控股股份有限公司，前揭註 351，頁 11-17；台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決。

<sup>364</sup> 依 98 年金重訴字第 40 號刑事判決的審理結果，此併購小組成員乃中信金控各個負責事業的主管，決策成員則包括策略長（林孝平）、財務長（張明田）、法金總經理（陳俊哲）、個金總經理等，而有需要時，法務長（鄧彥敦）才會被邀請出席，若有共識，便會請辜仲諒決定。因此，姑不論僅偶爾出席，時任此中信金控資深副總經理，兼任中信銀行資深副總經理，為中信金控集團法務部門最高主管的鄧彥敦（台北地院 96 年重訴字第 19 號刑事判決中被判有罪），辜仲諒、陳俊哲、張明田、林孝平等四人，除為中信金控集團的決策高層，為本文所定義的集團負責人外，此四人在併購決策上，確實有舉足輕重的地位，由於本文欲探討這些集團負責人為何會下違反法律的決策，而此四人的職責均為與併購策略高度相關，理論上，所有相關併購兆豐金的計畫，此四人均十分明白。故為行文方便，本文將該四人視為一體，逕以併購小組稱之，而各人為執行整體計畫對下屬所為的個別決策，均視為該小組所為。

<sup>365</sup> 最高法院檢察署特別偵察組檢察官 98 年度偵緝字第 1 號起訴書，頁 8。

<sup>366</sup> 本案所涉及的結構債屬於保本連結股權型結構債，其基本上可視為由零息債券加上買權所構成的衍生性金融商品。此等結構債的設計由保本率（保障投資原始本金的比率）與參與率（投資人參與選擇權價值的比率）兩方面來調整，價值計算公式為：保本率×零息債券+參與率×選擇權價值。在此債券的設計結構底下，只要標的股票在期間內上漲，投資人便可獲得高於該商品面額的收益。見薛立言、劉亞秋，債券市場，頁 512-513（2007）。

2005年9月30日中信銀行經董事會議決議通過以中信銀行香港分行為承辦單位，向巴克萊銀行購買2.6億美元的結構債，連結香港匯豐銀行、日本瑞穗金融集團、韓國新韓金融集團、第一金控、國泰金控等五檔股票，但未向董事會說明之連結比例。<sup>367</sup>

同年11月，併購小組再循相同模式擬具1.3億美元結構債交易簽呈，此次交易納入兆豐金控、台新金控、建華金控（現永豐金控）股票作為連結標的，經香港分行提經董事會決議通過，中信銀行遂於同年12月6日買進結構債。總計中信銀行向巴克萊銀行購買3.9億美元結構債，並支付巴克萊銀行263餘萬美元的酬金。<sup>368</sup>

在中信銀行向巴克萊購買第一筆2.6億美元的結構債後不久，併購小組即向巴克萊銀行表示欲更改連結標的。巴克萊銀行表示須由顧問公司居間處理，併購小組由成員張明田代表中信銀行香港分行，與海外一人公司 Euclid Advisor Corporation（黃汝強為唯一股東，而有權簽章人為歐詠茵；關於歐詠茵、黃汝強與中信金控之關係，請見圖表11紅火案中主要關係人及相關法人之關係）簽約，授權 Euclid 公司為本件結構債之投資組合管理人，並指定中信銀行金融事業總管理處金融投資處協理劉國倫為 Euclid 公司建議之更改連結標的人員。自94年10月7日至95年1月12日止，中信金控透過巴克萊銀行需建立避險部位之名義，指示巴克萊銀行旗下證券公司在國內開立之外國機構投資帳戶，以結構債面額中，新台幣108億餘元，買進兆豐金控股票合計44萬3905張，共佔兆豐金控已發行股票的3.97%。<sup>369</sup>

兆豐金控在2005年的股價及成交量的變化請見圖表8

<sup>367</sup> 台北地方法院96年重訴字第19號刑事判決。

<sup>368</sup> 最高法院檢察署特別偵察組檢察官98年度偵緝字第1號起訴書，頁10-11。

<sup>369</sup> 台北地方法院96年重訴字第19號刑事判決。相關重要的策略操作的相對時間點，請見圖表圖表12紅火公司購買結構債第一期價金資金調度流程。

2005.01.03-2006.08.31 兆豐金控股票每日收盤價（元）及圖表 9  
2005.01.03-2006.01.25 兆豐金控股票十日平均交易量（張）。從兆豐金控在相關期日的股價及股票成交量的變化可觀察到，在中信金不斷透過旗下子公司及巴克萊銀行買進兆豐金控股票的這段期間，兆豐金的股價不斷上揚，墊高了中信金控日後買進兆豐金控股票的單位成本。<sup>370</sup>

## （二）出賣結構債

### 1. 中信銀行出賣結構債與紅火公司

紅火公司在 2005 年 12 月 6 日設立於英屬維京群島，為資本額一美元之紙上公司，公司的唯一股東為黃汝強，有權簽章人為歐詠茵（此外，黃、歐二人亦為擔任中信金控調整結構債連結比例之顧問公司 Euclid 公司之為一股東與有權簽章人，此外，歐詠茵又為日後調度資金與紅火公司的 CT Asia Investment 公司、Top Genius Service Limited 公司與 Noblehigh Management Limited 公司的出納，詳細關係請見圖表 11 紅火案中主要關係人及相關法人之關係）。在紅火公司成立當日，中信銀行董事會甫通過第二筆與巴克萊銀行之結構債交易，價額共 1.3 億美元。而這段期間中信銀行亦不斷調整第一筆 2.6 億美元之結構債的連結股票標的，大量連結至兆豐金控之股票。<sup>371</sup>

併購小組於 2005 年 12 月 8 日正式決議併購兆豐金控。而同年月 23 日，法務長鄧彥敦在銀行內的公文中表示：目前大量持有連結兆豐金控之股票，恐有礙未來之併購轉投資，為避免金管會退回轉投資兆豐金控之申請，宜將該筆

<sup>370</sup> 在中信金控大量買進兆豐金控股票的同時，國泰金控也不斷買進兆豐金控股票。國泰金控買進的股票張數，約佔兆豐金控已發行股票的 2%，見「國泰、中信金大買兆豐金」，聯合報 B2 版，2005.10.12。國泰金控買進兆豐金控股票的行為，也拉高了兆豐金控的股價及成交量。而自 2005 年 8 月開始，則有外資持續賣出兆豐金控股票，共約 19.3 萬張，見「兆豐金風險控管系統帶來營運利多」，聯合報 B6 版，2005.09.28。

<sup>371</sup> 台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決。

結構債贖回或賣出。<sup>372</sup>

中信金控於 2006 年初，由不知情的職員以香港分行名義擬定兩份簽呈，記載欲出售結構債與紅火公司。2006 年 1 月 10 日後某日，辜仲諒簽核（但簽核日倒填為 2006 年 1 月 10 日），以 4 億 108 萬 1349 美元的對價，出賣以 3.9 億美元購入之結構債與紅火公司。依約定，此結構債價金共分三期給付，並約定於紅火公司給付價金的 5% 作為頭期款後，中信銀行即交割結構債與紅火公司。而另一方面，紅火公司則於 2006 年 1 月 11 日轉賣給陳俊哲，並登記陳俊哲為有權簽章人。<sup>373</sup>

## 2. 頭期款資金調度

由於紅火公司僅為資本額一美元之紙上公司，因此若無外援，根本無力給付結構債的頭期款與中信銀行。因此，需要有人協助調度資金。

併購小組成員陳俊哲為英屬維京群島 CT Asia Investment Company 公司

<sup>372</sup> 台北地方法院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決，鄧彥敦於 2005 年 12 月 23 日，針對中信銀行持有結構債一事提出法律上意見，於相關的簽呈、公文簽辦單記載：「... 中信銀持有系爭結構債非屬持有兆豐金控股份，... 惟為免爭議仍應申報，另應考量如申報該結構債，雖非直接持股，但將促使主管機關審視該結構債是否有超過前開 5% 之限制之議題，建議應事先向主管機關詳加說明，惟如向主管機關說明，因本案較易受注目，取得核准之時效即難掌握，且主管機關極有可能因此不予核准。綜上，建議於申請持有同一金融控股公司已發行有表決權股份總數超過 10% 前，應處分或贖回中信銀持有之結構債，以免爭議。另請注意，依契約，中信銀如欲贖回該結構債，尚須取得巴克萊銀行之同意，並應確認贖回價格，本案因涉併購議題，較為敏感，中信銀如於短期內贖回結構債，致使巴克萊銀行於市場上大量出售避險部位兆豐金控股份，市場價格下跌後，如中信金控再於市場買入，恐遭壓低市場價格再買入之非議，亦應考慮如逕行贖回是否造成結構債投資之損失。更有甚者，中信金於取得轉投資自動核准後，因擬取得之股份高達 15% ，如於市場上取得股份時間與巴克萊銀行因中信銀贖回致出售股份時間相近，則有可能使中信金控取得之股份為巴克萊銀行所出售，法律上恐有疑義，為求審慎，建議於申請前逕行處分結構債，以免爭議。鑑於本案金額甚鉅，建議詳加考慮出售價格及授信控管，俾維公司權益。」

<sup>373</sup> 台北地方法院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決。

(以下簡稱 CTAI 公司，資本為一美元)之有權簽章人，該公司託中信證券代銷海外付買回債券。陳俊哲指示中信證券職員將 Hong Wei Investment Co. Ltd. 等債券買受人，原應支付與中信證券之債券款項，於 2006 年 1 月 27 日逕匯款至 CTAI 公司。再由出納歐詠茵於 2006 年 2 月 3 日輾轉透過 Nobelhigh Management Limited、Top Genius Service Limited 等海外公司(以陳俊哲為有權簽章人)之帳戶，匯款 1950 萬美元至紅火公司於中信銀行香港分行之帳戶。紅火公司旋以該款項作為結構債之頭期款，當天給付與中信銀行。中信銀行並交割結構債與紅火公司(另見圖表 12 紅火公司購買結構債第一期價金資金調度流程)。<sup>374</sup>

### (三) 買進兆豐金股票

#### 1. 申請轉投資兆豐金控

中信金控於 2005 年 12 月 29 日發行私募乙種特別股，以每股 40 元的價格，欲私募 7 億 5 千萬股，合新台幣 300 億元。<sup>375</sup>由於在當時，2005 年 6 月 23 日發佈之財務會計準則第 36 號公報尚未開始適用，尚容許公司負責人以發行特別股之方式募集資金轉為公司資本。<sup>376</sup>因此，此次私募後，依 2005 年 9 月 30 日中信金控自結數之資本適足狀況推估，資本適足率在中信金控私募特

<sup>374</sup> 台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決。如果從匯款日期觀察，所有債券的買受人均是趕在農曆年前自其他行庫匯款至中信銀行香港分行，而行庫間作業需要時間，無法當天即匯款進 CTAI 帳戶。而 2006 年 2 月 3 日已是紅火公司與中信銀行約定交付頭期款的日期，由於在同一行庫內匯款不需經過額外的作業程序，故當天由歐詠茵可將款項輾轉透過 Noblehigh Management Limited 與 Top Genius Service Limited 兩家公司在中信銀行香港分行的帳戶，輾轉匯款進紅火公司的帳戶。而從一筆資金要輾轉透過其他兩家海外公司的帳戶再匯進紅火公司帳戶，此等間接轉匯的手法中，亦顯見併購小組欲隱匿紅火公司與陳俊哲(或中信金控)間的關係的用意。

<sup>375</sup> 中國信託金融控股公司，前揭註 87，頁 39-40。

<sup>376</sup> 台北地方法院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決。



別股之後，將提升至 137%，而雙重槓桿比率(長期投資占股東權益之比率，DLR)將降至 95%以下。<sup>377</sup>而依金管會於 2005 年 6 月修正之金融控股公司依金融控股公司法申請轉投資審核原則，若加計申請之轉投資計畫後，金融控股公司的雙重槓桿比率未超過 125%，且未超過 115%時，該投資案自書件送達主管機關之次日起即自動核准。<sup>378</sup>依據此行政函釋，中信金控於 2006 年 1 月 27 日向金管會申請以二百七十五億的現金轉投資兆豐金控，目標購買兆豐金控百分之五至百分之十股權，金管會於 2006 年 2 月 3 日適用自動核准機制，核准中信金控之轉投資。<sup>379</sup>

## 2. 資金調度與股價操作的兩手策略

中信銀行已於 2006 年 2 月 3 日將原以 3.9 億美元購買之結構債交割與紅火公司，依契約約定，紅火公司在交割當日給付價金百分之五的金額做為頭期款(向 CTAI 公司調度)後，必須再於交割日後二星期支付原價金百分之二十五的第二期款，交割日後八星期支付價金百分之七十之第三期款。<sup>380</sup>由於紅火公司為資本額僅一美元的紙上公司，本身並無資產，在其自中信銀行處取得的結構債後，為了能使紅火公司及時支付結構債款項，操控紅火公司的相關人等自須妥善運用目前取得的結構債調度資金。

<sup>377</sup> 見中國信託金融控股公司 2005 年 12 月 27 日公佈之重大消息，公開資訊觀測站網站：<http://mops.twse.com.tw/mops/web/index> 最後瀏覽日：2010.09.12。雙重槓桿比率=長期投資/股東權益。雙重槓桿比率可用以觀察轉投資的金額是否過高(是否為借錢投資)，如果雙重槓桿比率過高，代表該公司的投資的資金來源有很大一部份並非自有資金，而是向外借貸而來。此時若發生虧損，公司將蒙受雙重損失(投資虧損加上該筆資金的利息)。而資本適足率=資本淨額/風險性資產總額。

<sup>378</sup> 見民國 94 年 6 月 14 日金管銀(六)字第 0946000399 號函，行政院公報，11 卷 111 期，頁 14031-14033(2005)。又依據行政院金融監督管理委員會 96.10.18 金管銀(六)字第 09660001390 號令，前開函示不再接用，見行政院公報，13 卷 198 期，頁 31500-31511(2007)。

<sup>379</sup> 台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決。

<sup>380</sup> 台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決。

而另一方面，中信金控於 2006 年 2 月 3 日經核准轉投資兆豐金控之申請後，於 2 月 9 日於公開資訊觀測站公告。自 2 月 10 日開始，兆豐金控的股票交易量大幅增長，自 9 日的 15,568 張飆升至 10 日的 199,905 張，自此開始，兆豐金控的股票交易量連續數日高居不下。<sup>381</sup>2 月 13 日，當日兆豐金控股票交易數量達到高峰，共 295,495 張，收盤價亦來到 24.35 元，兩數值均為自 2005 年以來的最高。<sup>382</sup>

2006 年 2 月 14 日，紅火公司之有權簽章人歐詠茵向巴克萊銀行表示贖回部分結構債，其他部分轉換為權利憑證。巴克萊銀行遂於 14 日及 15 日兩天在市場出售之前為避險而買進的兆豐金控股票共 6 萬 4 千張，並於 17 日將紅火公司贖回之結構債價金共 1 億 4697 餘萬美元匯至紅火公司於中信銀行香港分行之帳戶內。當日為第二期款交付日，紅火公司遂以之支應結構債之第二期款共 9750 萬美元。餘款再轉匯 1974 萬美元至 CTAI 公司於中信銀行香港分行之帳戶，以償還日前 CTAI 公司借予紅火公司給付頭期款之資金，而多出的部分應為利息（當初 CTAI 僅出借 1950 萬美元與紅火公司）。<sup>383</sup>

此後，歐詠茵又代紅火公司陸續向巴克萊銀行要求賣回前開權利憑證，巴克萊因行遂於 2006 年 2 月 20 日至同年 3 月 2 日間，共出售兆豐金控股票 37 萬 9905 張，並於 3 月 3 日將應付與紅火公司的款項共美金 2 億 8458 萬餘元匯至紅火公司帳戶，使紅火公司得以支應同月 31 日須給付與中信銀行之第三期結構債價款。<sup>384</sup>

<sup>381</sup> 見台灣經濟新報 TEJ+ 資料庫兆豐金控當日交易量的統計。另見下圖表 10 2006.01.02-2006.08.31 兆豐金控股票當日成交量（張）

<sup>382</sup> 見台灣經濟新報 TEJ+ 資料庫兆豐金控當日交易量及每日收盤價的統計。另見圖表 8 2005.01.03-2006.08.31 兆豐金控股票每日收盤價（元）。

<sup>383</sup> 台北地方法院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決。

<sup>384</sup> 台北地方法院 96 年金重訴字第 19 號刑事判決。

在巴克萊銀行不斷於國內出售兆豐金控股票的同時，中信金控趁機入場承接，藉由巴克萊銀行不斷向市場拋售兆豐金控股票的行爲，有效降低兆豐金控股票的漲幅，因而減低中信金控購入兆豐金控股票的成本壓力。自中信金控公布轉投資兆豐金控後，相關人等在市場上買進兆豐金控股票的明細如下表：

圖表 7 中信金與巴克萊銀行買、賣兆豐金股票明細<sup>385</sup>

日期 (2006年)	賣出		買進		當日收盤價 (台幣)
	出賣人	股票張數	買受人	股票張數	
2/10	--	--	中信金	114,617	22.08
2/13	--	--	中信金	211,941	24.35
2/14	巴克萊	58,000	中信金	99,096	24
2/15	巴克萊	6000	中信金	16579	23.8
2/16	中信銀	14000	中信金	28928	23.7
2/17	中信銀	2717	中信金	8000	23.6
2/20	巴克萊	41000	中信金	50000	24.35
2/21	巴克萊	42000	中信金	48493	24.2
2/22	巴克萊	50000	中信金	71694	24.4
2/23	巴克萊	42000	中信金	71301	24.55
2/24	巴克萊	42000	中信金	55580	24.55
2/27	巴克萊	55000	中信金	56124	24.7
			中信銀	15000	
3/1	巴克萊	58000	中信金	77141	24.8
3/2	巴克萊	49905	中信金	41408	24.65

<sup>385</sup> 整理自台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決之案件事實認定，及台灣經濟新報 TEJ+ 資料庫兆豐金控收盤價紀錄。

### 3. 移轉獲利

紅火公司將結構債全數贖回後，扣除給付給中信銀行之價款，獲利約 3000 萬美元。紅火公司透過十餘個海外公司在中信銀行香港分行的帳戶，將因出賣結構債取得的利潤全數匯出紅火公司的帳戶，而絕大部分的匯款均於 2006 年 6 月兆豐金控改選董監事之前完成。雖然相關款項分散於十餘個海外公司的帳戶之間，但是出賣結構債的利潤，經過層層轉匯後，絕大部分的資金，仍集中在特定海外公司在中信銀行香港分行的帳戶之內。<sup>386</sup>詳細的匯款流程，見圖表 16 紅火出賣結構債利潤之流向。

### 第四節 以行為經濟學分析結構債交易操作目的

前述中信金轉投資兆豐金事件，與集團負責人背信行為最為相關者，在於何以併購小組規劃以中信銀行買入大筆結構債之後，明知有獲利之可能，又將之出賣與紅火公司？而且，從整個結構債的交易歷程來看，中信銀行實已違反許多法規：中信銀行購買結構債的資金來自於中信銀行在 2005 年 1 月向金管會申請核准發行之 5 億元次順位金融債券，中信銀行申請時原定用途為用於授信業務，但實際用途與原訂計畫不符；<sup>387</sup>此外，中信銀行購買結構債及出賣結構債，均未遵守中信銀行內部分權及風險控制制度；<sup>388</sup>而且，由於中信銀行及中信金控的其他子公司，在 2005 年 8 月以後的事先佈局階段，已事先購買相當數量的兆豐金股票，而後中信銀行又以結構債鎖定兆豐金控股票，亦可能被認定為違反金融控股公司轉投資比例限制的規定。最後金管會便以前述理由

<sup>386</sup> 資金留在中信銀行的帳戶內，帶表該筆資金在會計上雖非中信銀行的資產，卻仍由中信銀行所占有，可由其運用的資產。換句話說，此筆資金的使用收益權限，依然留在中信金控集團手中。

<sup>387</sup> 行政院金融監督管理委員會裁處書，金管銀（六）字第 09560003934 號文。

<sup>388</sup> 見台北地院 96 年重訴字第 19 號、98 年金重訴字第 40 號刑事判決。

等，裁處中信銀行及中信金控行政罰鍰。<sup>389</sup>此外，所有相關集團負責人等，均面臨觸犯銀行負責人背信罪的指控。<sup>390</sup>

面臨這麼多法律風險，何以中信金控的併購小組仍願意冒險為系爭結構債的買賣交易？這些法律風險之於併購小組的影響為何？在回答這些問題之前，以下將以行為經濟學的概念檢視併購小組的決策，以瞭解這些併購小組的成員究竟如何看待系爭交易背後的商業損益的問題以及為何甘冒違法、被主管機關或公眾盯上的風險，而為相關的決策。

下文將紅火案的操作粗分為佈局鎖單以及出賣結構債兩階段，再分別探討兩階段中，其決策背後代表的意義及集團負責人的決策歷程。

## （一）佈局、鎖單階段

### 1 原賦效應與公開重大資訊

行為經濟學家發現原賦效應後，已指出人對於資源的價值評估會受到資源最初的配置狀態影響，因為高估手中持有的資源的價值，而影響其出讓該資源的意願。<sup>391</sup>在現代商業社會，資源已不限於有形財產，無形的消息資訊，亦具有相當的市場價值，且其價值可能更甚於一般的有形財產。此外，原賦效應的成形，與給定物品的並無或難以給定一定的價值數額有關，由於估量無形的

<sup>389</sup> 見行政院金融監督管理委員會裁處書，金管銀（六）字第 09560003934 號文、行政院金融監督管理委員會裁處書，金管銀（六）字第 09560003931 號文。

<sup>390</sup> 見台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決、98 年金重訴字第 40 號刑事判決。但值得注意的是，台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決乃以被告身為中信銀行之負責人，卻將預期可獲得利益之結構債出賣與紅火公司為由，認定被告等人觸犯銀行負責人背信罪；但是台北地方法院 98 年金重訴字第 40 號判決中，法院雖論辜仲諒以銀行負責人背信罪，但是已不以行為人「出售結構債與紅火公司」作為認定背信行為的基礎。本文認為，此認定犯罪基礎的微調，適足以彰顯背信罪基本架構的過與不足。關於前述兩判決的認定犯罪基礎的微調，本文將於第 4 章深入比較之。

<sup>391</sup> 有關原賦效應的詳細說明及實驗設計，請見前揭註 337 至註 343 及相關本文。

資訊的價值往往並無客觀、外在的標準，因此對資訊擁有者而言，原賦效應在其身上的影響可能更為顯著。

在商業活動中，若一行為人欲爭奪一公開發行公司的主導權，主要的方式之一便是在股票市場上購買該目標公司的股票，以取得多數股權。但是可預期的，行為人在市場上大量購買目標公司的股票的行為，將使該檔股票的需求量增加，而導致價格提高。同時，一旦此一消息曝光，必定引起其他投資人預期股票上漲而暫持觀望態度，由於對股票上漲有所期待，導致投資人必定暫時減少出脫手中持股，而進一步推升股票市價。同時，若再考慮這些擁有股票的投資人也會受到原賦效應的影響，且其見手中的股票在市場中炙手可熱，這些因素會共同進一步推高這些股票的股價，最後導致欲收購股票之人勢必以相當之高價購買之。因此，對於欲爭取目標公司主導權的公司而言，其「大量收購特定公司股票」的消息是具有市場價值的。而紅火案中，在公開中信金欲轉投資兆豐金的消息之前，中信金控的集團負責人手中，便是擁有具有市場價值的「大量收購兆豐金控股票」消息。

由於消息具有時效性，既然中信金手中持有一個極具市場價值的消息，對中信金的負責人而言，最佳處置該消息的方式自然是將消息轉化為實質資產而留在集團內部。

但是，若依「臺灣證券交易所股份有限公司對有價證券上市公司重大訊息之查證暨公開處理程序」第二條第十五款之規定，中信金必須將欲轉投資兆豐金的資訊公開，若不公開，依前開程序第九條之規定，臺灣證券交易所股份有限公司得對違反前開規定之公司處以違約金，嚴重者，甚至可以對其上市有價證券變更原有交易方法或停止其買賣。然而，從原賦效應來看，併購小組成員原對於中信金所擁有的「大量收購兆豐金股票」的消息的市場價值必有相當的評價，縱使此等消息可以交易，併購小組人等出售此消息的意願也想必不

高，在這樣的心理狀態底下，「臺灣證券交易所股份有限公司對有價證券上市公司重大訊息之查證暨公開處理程序」卻直接要求此類資訊必須公開，這對身為中信金控併購小組成員的集團負責人而言，無異是無償地雙手奉上集團的資產，而形成遭受相當損失的印象（下文在展望理論部分，會進一步討論此「感受到損失」的心理狀態，如何進一步影響後續決策）。

## 2. 定錨效應對評估決策內容的影響

除了原賦效應可能會影響後續的決策之外，定錨效應也可能影響後續的併購小組的決策。本文第一章已說明，所謂定錨效應係指：當人需要作估計評量時，其評估結果會受到某些初始值的影響而不自覺。這些初始值就像「錨」一樣，而行為人的估測值將會依「錨」的定點修正，而且，常會發生修正不足問題。<sup>392</sup>

除了修正不足的問題之外，定錨效應還會影響行為人對於最終機率的估計，因為單一事件的成功機率，會成為一只釘住人對事件操作成功機率評估的「錨」，如果不仔細思量連續性的事件與獨立性事件的差別，個別元素的成敗機率，將誤導行為人對整個事件操作的成功機率的判斷。以下實驗範例，適足以說明連續性事件與獨立性事件下，個別成功機率對決策的影響：

實驗者提供三種遊戲選項與受試者：

一、連續事件遊戲模式：實驗者在大袋中放入 500 顆彈珠，紅彈珠

---

<sup>392</sup> See Kahneman & Tversky, *supra* note 325, at 1128. 兩位作者在文中說明其實驗內容：實驗者把受試者分為兩組，實驗者要求受試者估計非洲國家佔參與聯合國國家數的百分比。在受試者回答問題前，實驗者會先提供其一個數值（10 與 65），再詢問受試者其認為非洲國家佔參與聯合國國家數的百分比數值高於或低於其所提供的數字，最後再回答其估計值。實驗結果發現，在回答問題前，曾被出示數字 10 的那一組，最後回答的數值的中位數為 25；而在回答問題前，曾被出示 65 這個數字的組別，最後回答的數值的中位數則為 45。顯然受試者在判斷非洲國家數的多寡時，已受到一開始看到的數字大小的影響。

450 顆，白彈珠佔 50 顆，受試者必須將手探入袋中取珠，如果受試者連續七次取出紅彈珠，則受試者獲勝。

二、簡單事件遊戲模式：實驗者在一個大袋中放進 500 顆彈珠，紅彈珠及白彈珠各一半，受試者只能玩一次，如果受試者取出紅彈珠，受試者便獲得勝利。

三、獨立事件遊戲模式：實驗者在大袋中放入 500 顆彈珠，其中紅彈珠 50 顆，而白彈珠為 450 顆，受試者可以嘗試七次，如果受試者拿到一次紅彈珠，受試者便獲勝。

研究者發現，相較於簡單事件模式的遊戲，絕大多數的受試者者偏好選擇連續事件的遊戲模式；而簡單事件遊戲模式與獨立事件遊戲模式比較，受試者又偏好選擇簡單事件的遊戲模式。<sup>393</sup>但是，事實上，就成功機率來看，獨立事件遊戲模式的成功機率是最高的(52.2%)，而連續事件遊戲模式的成功機率則是最低(47.8%)，但是絕大部分的受試者，卻都做出相反的判斷。Kahneman 與 Tverskey 以定錨效應的理論分析後認為，在連續事件模式與獨立事件中，兩者均由眾多小事件所聚合而成，人會受到個別單一小事件的成敗機率的影響，而錯誤評估整體事件的發生機率：它會誤導我們對於連續事件的發生機率的評估，使我們過於樂觀；同時。它也常導致我們低估獨立事件的發生機率。

394

以下，便以上述理論說明併購小組如何受到定錨效應的影響，而影響日後的決策方向：

---

<sup>393</sup> *Id.* at 1129.

<sup>394</sup> *Id.*



## (1) 股票收購數量及收購預算的評估

中信金的併購小組在評估是否轉投資兆豐金時，除了企業文化、市場接受度、資金來源、申請程序等因素須納入考量之外，最重要的，便是要買多少、花多少錢買的問題。但是在評估整個轉投資的資金成本以及購買數量時，併購小組極可能受到兩只「錨」的影響，而導致評估上出現誤差。

第一只錨將影響購買數量的評估：

作為中信金鎖定的目標，兆豐金控是十分龐大的金控公司，依 2005 年 6 月之統計，兆豐金控總資產二兆餘元，且共發行 113 億 6500 萬股，其中，臺灣的政府機構掌握 18.66% 的股權，而外資共持有 30.98% 的股權，其他股權則較為分散，由由本國金融機構、信託基金、公司法人等持有為多。<sup>395</sup> 先不論外資持股部分，若中信金欲爭取兆豐金的主導權，國內最大的競爭者便是政府，而政府所控制的股權粗估約 21 億股。而對中信金而言，雖然仍有其他方式可以爭取兆豐金的主導權，不一定要持股超越政府，比如說尋求其他人的支持，或徵求委託書等，但是，行使前述輔助方法，仍以取得一定數量的股票為前提，而在決策需收購多少兆豐金控股票時，政府的持股數量將成為一只錨，釘住併購小組的決策，導致併購小組縱使已考慮到以徵求委託書或其他的輔助方式，而修正欲取得的股權數量，但是因為定錨效應的緣故，其最後決策的數值仍可能偏高，從 2005 年 12 月底鄧彥敦其出的法律意見書中，確實也發現，中信金控的決策小組計畫取得兆豐金控 15% 的股權，<sup>396</sup> 而且，此尚未計入整個中信集團在 2005 年 8 月開始佈局，部分公司事先取得的兆豐金控股票數額。

定錨效應可能影響股權數之外，第二根「錨」則可能影響併購小組對收購預算的評估。在 2005 年 8 月至 10 月間，兆豐金控的股票收盤價格，一直都

<sup>395</sup> 台灣經濟新報 TEJ+ 資料庫，2005 年兆豐金控持股結構比例（以 2005 年 6 月 3 日為基準）。

<sup>396</sup> 見前揭註 372 所引之台北地方法院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決書之內容。

在新台幣 20 至 22 元之間波動。<sup>397</sup> 中信金控約在 2005 年 8 月開始透過集團內的各公司買入兆豐金控的股票，在向巴克萊購買結構債後，同年 10 月開始透過巴克萊大量鎖定兆豐金控股票。縱使中信金控一開始只是將轉投資兆豐金控當成「進可攻、退可守」的投資策略，<sup>398</sup> 尚未以「爭取經營權」的角度看待轉投資兆豐金一事，但是在這些佈局階段，20 至 22 的股票價位，將因為定錨效應的緣故，成為併購小組評估日後大舉轉投資兆豐金的成本的另一只錨，而影響併購小組實際估算收購兆豐金控股票的單位成本。

如上所述，併購小組在評估收購兆豐金控股票的總量及單位成本時，對於量的多寡多少將受到政府的總持股比例的影響，而有相當壓力，而又由於自 2005 年 8 月開始，兆豐金股價適逢低檔，日後雖然由於中信金以及國泰金控持續買進兆豐金控的股票導致價格微揚，但是這些相對而言尚屬低檔的價格，這將使併購小組在發動於市場中收購兆豐金股票的投資之前，對兆豐金控股價產生一絲不實際的期待。

## (2) 整體結構債交易操作成功率的預估

紅火案的整個操作事實上違反了許多行政上的規定。但是為什麼中信金的併購小組成員執意為這些違反規定的交易操作？或許與這些併購小組成員們對於其交易操作的成功率過度樂觀有關。

紅火案的相關交易操作，可粗分為六大階段，分別是：買進 2.6 億美元結構債、變更結構債連結標的、再買進 1.3 億美元結構債、隱匿間接持有兆豐金控股票並申請轉投資、中信銀行賣出結構債、紅火公司贖回結構債，同時中信金入場承接兆豐金股票等。每一個階段或違反內部的風險控制制度，使中信銀行承擔高度集中的投資風險，或違反金管會的管理規範、或被認為有損中信

<sup>397</sup> 見台灣經濟新報 TEJ+ 資料庫兆豐金控每日收盤價的統計。

<sup>398</sup> 見台北地方法院 98 年度金重訴字第 40 號刑事判決。

銀行利益。<sup>399</sup>只要任何一個環節出錯或走漏消息，整個紅火案的交易所操作便可能失敗，造成主管機關介入、輿論撻伐、中信銀行投入的成本無法全數回收，甚至幕後操作的併購小組將難逃被追訴法律責任的下場。既然有如此風險，何以併購小組成員還是願意冒險為此等交易所操作？

事實上，整個結構債的交易所操作，就像一個連續性的事件，每一個環節彼此緊扣，任何一個環節均不能失敗。但是，由於在幕後操作整個交易所的併購小組身為中信金控集團的最高領導階級，對內應具有操縱、迴避內部風險控制之能力，而對外有巴克萊銀行的配合，並利用設於國外的分行、及海外紙上公司，間接操作整個交易所，因此中信金控及併購小組容易隱身其中，事蹟不易敗露。而正是個別階段的操作事蹟均不易敗露的特性，可能導致併購小組低估整個操作的風險：

由於在整個規劃，尤其是前階段，僅涉及併購小組、中信銀行相關部門職員及巴克萊銀行，牽涉人數極少，相對地，風險容易控制，計畫的失敗的可能性不高（但是計畫的最後階段繼續保持隱密的可能性並不高，如在市場上公然操作「紅火公司贖回結構債，巴克萊賣出兆豐金股票，而中信金入場承」的行為，由於整個交易所極不尋常，極容易受到市場及主管機關的注意，而且巴克萊銀行畢竟非中信金控所能控制的主體，敗漏風聲的機率極高），那麼依據定錨效應的理論，併購小組的成員的確可能受到此交易所的大部分階段的成功率極高而且失敗率低的影响，而錯誤評估其整體交易所的成功率及低估失敗機率，最終導致於自己官司纏身。（關於定錨效應對於連續性事件的機率評估，與展望理論的交錯，如何影響併購小組的決策評估，下文將更進一步說明。）

---

<sup>399</sup> 見台北地方法院 96 年度重訴字第 19 號刑事判決。

### 3. 展望理論與主觀效益評估

依前文的說明，展望理論是用來說明人在做決策時，其主觀上對於決策的效益評價會受其主觀上對於可能收益以及機率大小的評價的影響（而非單純客觀上的收益以及發生機率）。展望理論結論上認為：相較於收益，人對於損害的反應普遍較為劇烈，而且損益的判斷，會受到「參考點」的影響（換句話說，縱使某一行為的最終結果是正向的，但是因為行為人會認為該行為的預期結果低於參考點，而認為該行為的結果是負面的），此外沈沒成本也會影響參考點的值。<sup>400</sup>而在風險評估部分，人面臨機率的判斷時，普遍會賦予與事件發生機率不相稱的權重：過小的機率不予計算，過大的機率亦被忽略或過度信任；同時對一般的小機率事件則較其應有機率為高的權重，而對於發生機率較高的事物，又給予較應有機率小的權重。<sup>401</sup>

本文將進一步說明，前述的原賦效應以及定錨效應，將與展望理論共同交互影響，而影響決策者的參考點及風險評估，進而影響其判斷，而導致其做出非完全理性的決策。

#### （1）評估轉投資效益及成本的參考點

前一小節已經說明，中信金決議收購兆豐金股票的決策，是具有市場價值的消息，而且依原賦效應的理論，中信金的集團負責人（併購小組）對該消息勢必有相當的價值評估，但是，在當前台灣證券交易所的規範底下，中信金控須要無償揭露此一消息，這會對併購小組造成相當的損失的感受。此外，併購小組在評估轉投資兆豐金控的總預算以及收購股數的比例時，或多或少將因為當時最大的控制股東—政府的持股，以及當時的兆豐金控持續處於低檔的股價影響，雖然理性上明白收購股數不必以政府的持股比例為目標，而收購成本

<sup>400</sup> 請參見前揭註 329 至註 336 之相關本文。

<sup>401</sup> Kahneman & Tversky, *supra* note 326, at 282-83.

大於評估當時的股價的可能性極高，但是在心理上仍多少受到定錨效應的影響。

本文進一步認為，前述定錨效應除了導致併購小組的判斷修正不足之外，更可能影響併購小組評估轉投資損益的參考點。而原賦效應以及強制揭露消息的規定，除了使併購小組產生遭受損害的感受之外，這感受也將影響併購小組評估決策損益的參考點：

從巨觀層面而論，中信金控評估轉投資兆豐金控的計畫時，主要應是考慮此轉投資案，對中信金控是否有利，以及是否有助於扭轉自 2005 年以後，中信金控面臨亟須調整投資風險配置的現況。而從執行層面看，一旦進入執行轉投資計畫的階段，在擬定相關收購計畫的時候，併購小組必須開始計算轉投資的成本，尤其是欲轉投資時，購買股票的單位成本。

因此，在評估整個轉投資計畫以及如何執行計畫時，中信金控會有兩個參考點：

首先，是中信金控的「現況」，亦即在規劃階段，中信金控的所有條件，包括所擁有的資產、信譽、及有形、無形的資源（包括「消息」的財產價值）。由於依規定，身為上市公司的中信金要開啟收購兆豐金控的計畫前，須先行對外公佈其計畫。換句話說，中信金控必須先放棄手中的「消息」，依前述原賦效應的說明，在這個遊戲規則等同是迫使中信金以「先行承受損失」的態度面對之後的轉投資計畫。

第二，大舉入場收購前，兆豐金控的「正常」股價：依前述定錨效應的說明，在整個轉投資計畫尚處於規劃的階段，兆豐金控的股價約在 20 至 22 元的價位間擺盪。這個價位可以說是無過多外力介入時，兆豐金控股價的「正常」價位，它除了成為一只「錨」，影響併購小組評估日後的收購兆豐金控股

票的單位成本，同時，本文認為，它更會是併購小組估計購入兆豐金控股票的損益的另外一個參考點：前文已說明，只要開始大舉買入兆豐金控股票，市場的狀態會瞬間轉為兆豐金控股票的需求大幅，導致價格上漲，而且一旦中信金轉投資兆豐金的消息一揭露，其他投資人開始有預期股價上漲的心理，最後會導致股價將更進一步上漲。這些飆漲的價位，是因為中信金大舉買入而造成的「不正常」價位。而這些「不正常」的波動幅度為何，將有賴與「正常」的價位點比較，這「正常」的價位點，便是中信金介入兆豐金的股票市場之前的價位點。

## (2) 參考點影響轉投資兆豐金的損益評估

以上關於參考點的說明，可以指出併購小組認定損、益的衡量基準，而併購小組進一步規劃轉投資計畫時，有三點須要注意：

一、轉投資計畫的目的是為了因應二次金改帶來的併購壓力，同時調整中信金的體質，分散營業的風險，因此是一旦確立了目標，便是非做不可。

二、在鎖定目標之後，進一步便是如何實行，以及實行成本的問題。但是，由前述可知，基於原賦效應，一旦公布轉投資的消息，立刻會對併購小組產生所造成的虧損感。

三、一旦進入大量購買兆豐金控股票的階段，由於股價在一般情形下，必然往上推升，使得中信金不能以「正常」的價位買進兆豐金控股票，而須付出額外的購買股票成本。

又依展望理論的研究，人傾向厭惡損害，一旦面臨可能的損害，人會願意承受較高的風險，以避免損害的發生。

從前述整理對參考點的分析可知，只要轉投資計畫一啟動，併購小組便是站在「承受損害」的角度來看待整個交易計畫。為了減少、消彌損害，併購

小組必須減少其因為揭露消息而造成的「損害感」，以及抑制因為購買兆豐金股票及其他投資人預期心理雙重交互作用下所造成的「不正常」漲幅。

要達成前述目的，併購小組在啟動整個轉投資計畫時，必須先達成兩個目標：1. 內化轉投資兆豐金控消息所形成的市場價值、2. 減少其他投資人預期心理所造成的影響。

所謂的內化轉投資兆豐金控消息所形成的市場價值，便是不與大眾分享該消息的利益，因為在一般情形，由於中信金宣布轉投資兆豐金，造成兆豐金股票上漲，這些上漲的成本是中信金的資金所墊高的，要內化轉投資兆豐金控消息所形成的市場價值，便是由中信金的內部集團成員，在市場上將這些中信金墊高的資金再轉回集團內部，轉回越多，中信金控內化該轉投資兆豐金控消息所形成的市場價值的程度越高。而減少其他投資人的預期心理所造成的股價上漲的影響，則需要中信金在其他投資人尚未察覺中信金欲轉投資兆豐金控之前，便先行購入兆豐金控股票，或是在其他投資人因為預期心理不願意將手中的兆豐金股票脫手的同時，想辦法增加市場上兆豐金控股票的供給，抑制因為中信金的需求增加，而投資人不願意轉手，所造成的兆豐金股票上漲的現象。

此外，前述討論定錨效應時曾提及，由於政府持股高達百分之十八有餘，這會影響中信金併購小組對於購買股票數量的估計，而欲收購的數量越大，則可預見收購成本將呈現邊際成本遞增，投資總成本必定增加。

同時，大量在市場上收購特定股票時，股價必定上揚，且上揚程度又受到是否有競爭者加入的影響，或目標公司是否有反制措施而定。因此，若無適當的事前預防措施，中信金控將面臨的收購成本大增的風險。綜合以上數點，中信金控轉投資兆豐金控的總成本極有可能高於併購小組原本設定的總成本。

假設併購小組設定了購買兆豐金控股票的總成本，又希望達成持有相當

數量、足以爭取兆豐金控主導權的股權數，若因為有其他競爭者或是兆豐金控的反制措施，導致欲達成目標所需耗費的成本高出原本設定的總成本，那麼，這又形成另一個與參考點（預設的總成本）有落差的「損失」。

承前開說明，併購小組為了壓低不得不揭露消息的損失感、避免因為其他投資人預期心理導致過度偏離正常單位股價的漲幅、以及預防最後達成目標需耗費的資金高於預定總成本的損失，併購小組勢必得提前佈局，在消息尚未對外揭露時，便掌控大局，採取所有可能作為以規避前開損失。因此，中信金控併購小組最後規劃：事前便鎖定一部分需要的兆豐金控股票，規劃架構如下：先由中信金或旗下公司，事先透過操作如保本型連結股權結構債等衍生性金融商品，透過金融商品的出賣人購入兆豐金控的股票，而自己透過該衍生性金融商品而間接持有兆豐金控股票。待中信金控可合法轉投資兆豐金控時，再向前開出賣人要求贖回手中的衍生性金融商品，這時衍生性商品的出賣人為籌措資金，必得賣出手中的兆豐金控持股（甚至是直接請求出賣人合作，一旦要求贖回，便出賣其為避險而購入的兆豐金控股票）。而且在此之前，先由中信金控先行宣布在市場上買進兆豐金控股票，帶起兆豐金股票的漲勢後，此時連結兆豐金股票的衍生性金融商品價值必然跟著上升，只要在兆豐金控股票上漲至一定程度後，再由擁有該筆衍生性金融商品的集團內部成員，向該衍生性金融商品的出賣人要求贖回該筆金融商品，此時將因為贖回時的股價較購買結構債連結兆豐金股票時為高，高出的部分便成為收益而回到出賣人手中。（本案紅火公司即於 2 月 13 日兆豐金控股票收盤價登上近年最高點 24.35 元後，開始向巴克萊銀行請求贖回結構債）。

此種交易操作就如同是中信金控透過第三人（即巴克萊銀行）的交易操作，將投入市場的資金再轉入中信金集團可操縱的口袋中，同時抑制購買兆豐金控股票的總成本，達到前述節約併購總成本、壓縮購買兆豐金股票的單位成



本，及內化轉投資消息的市場價值的目的。

若要實行前開節約併購成本計畫，勢必需要一筆龐大資金先行購買具有前開機能之衍生性金融商品。在整個中信集團之中，具有巨量可用資金者，自屬中信銀行。又此涉及龐大的資金及股權流動，若於國內操作，必引起主管機關的注意，故選擇以中信銀行香港分行名義購買，帳戶設立在具有高度金融自由度的香港，而出賣人則選定國外銀行，巴克萊銀行。

### (3) 錯誤低估失敗的發生機率

如果併購小組要執行前開在轉投資過程，降低並控制所有發生損失風險的計畫，那麼便有必要評估前開計畫的成功機率。

前述已說明定錨效應對於決策整評估連續性事件發生機率的影響，本文進一步認為，尚須注意展望理論底下，決策者對於事件發生機率的主觀評估對定錨效應下，連續性事件的發生機率評估的作用。

依據展望理論，除非是極端的高機率或低機率，在一般情形，行為人對於機率的主觀評價多會低於其實際的發生機率。在紅火案中，併購小組所在乎的，應該是操作失敗的可能性。假設紅火案的交易決策，各個環節子事件的失敗可能性為 10%，那麼依據展望理論，併購小組評估各個環節的失敗機率時，其主觀上對於失敗可能性的評估，應較實際的機率（10%）為低，在這樣的情形下，依定錨效應，其對於計畫的成功機率會更為高估（亦即，低估了他們所注意的失敗可能性）。但是，如果仔細計算，由於各個環節的失敗機率為 1 成，而整個操作共有六個環節，同時，只要任何一個環節的操作失敗，均有可能紅火案的整個交易計畫被揭露，而依據機率的計算，在六大交易操作階段中，一個以上的交易環節走漏風聲、失手的機率高達 47%。由此看來，併購小組的決策的失敗風險極高，但是併購小組因為展望理論下，主觀上低估失敗的可能

性，同時高估了成功可能，又因定錨效應的影響，導致低估高度的失敗可能性，但是併購小組本身對此卻不自知。而最後，併購小組確實是因為在最後在市場上待巴克萊銀行出售兆豐金控股票，而由中信金入場承接的動作過大，引起主管機關注意，最後導致整個事件爆發。

## （二）出賣結構債

### 1. 出賣結構債的可能理由

自圖表 13、14 所整理的時間點對照，紅火公司設立於 2005 年 12 月 6 日，若考慮設立時的行政作業時間，合理估計申請設立紅火公司的時間點在 11 月底至 12 月初之間。此時正值中信銀行第一筆 2.6 億結構債交易，大幅度更換連結標的的時刻，而第 2 筆 1.3 億美元的結構債交易尚未經中信銀行董事會同意通過。一個月後，中信銀行董事長辜仲諒旋即通過出賣兩筆結構債與紅火公司的簽呈。但何以中信銀行願意出賣結構債與紅火公司？本文認為有兩種可能：

#### （1）避免影響轉投資兆豐金控計畫

依金融控股公司法第十六條第二項，若同一人或同一關係人，單獨、共同或合計持有一金融控股公司股票逾 5% 者，應向金管會申報。故併購小組成員鄧彥敦曾於討論轉投資兆豐金控之會議中表示：「中信銀持有係爭結構債非屬持有兆豐金控股份，...惟為免爭議仍應申報，另應考量如申報該結構債，雖非直接持股，但將促使主管機關審視該結構債是否有超過前開百分之五之限制之議題，建議應事先向主管機關詳加說明，惟如向主管機關說明，因本案較易受注目，取得核准之時效即難掌握，且主管機關極有可能因此不予核准。綜上，建議於申請持有同一金融控股公司以發行有表決權股份總數超過百分之十

前，應處分或贖回中信銀行持有之結構債，以免爭議。<sup>402</sup>」

此記錄出現於 2005 年 12 月底，但紅火公司卻於 12 月 6 日便已設立；再者，併購兆豐金控一案，應可預見將是極受矚目的案件，中信金控身為台灣體質優良的金控公司之一，對於相關的法律問題應當已有研究。故應可合理懷疑併購小組早就意識到此一問題而著手準備出售結構債的事宜，該會議記錄，僅是為了讓中信銀行出售結構債一事有合理的依據而已。

## (2) 提前移轉資金

由於兆豐金控在國內最大股東便是政府，中信金控若欲取得兆豐金控的主導權，只有兩個辦法：直接與政府競爭，或爭取政府支持。若選擇直接與政府競爭，中信金控除了得面對龐大的輿論外，要取得壓倒性的持股比例，資金壓力自是不小。因此，較佳辦法應是取得一定優勢的持股比例的同時，更爭取政府要員支持。在我國官商糾結的政治情勢底下，若欲爭取政府要員支持，可能需要部分資金奧援以便遊說。基於考量資金流向可追蹤性的問題，如果因為遊說而需要支出資金，由於無法自中信金控的帳面支出。此時，若能將前開衍生性金融商品操作所得到的利益移轉海外，由海外公司的名義處理，或許是較為隱密、可行的方式。

循此，應可推論，併購小組自始便不打算在中信銀行名下出賣、贖回結構債，而將獲利留在中信銀行。併購小組原本便打算透過紅火公司承接這筆出賣結構債的獲利，以利後續的資金流動。

紅火公司取得兆豐金控股票上漲，所帶動的結構債價值上漲的獲利後，由於紅火公司為設立於英屬維京群島的一美元紙上公司，帳戶設於香港，其資金之運用、調度均非中華民國所得追查、過問，併購小組因而可以自由操作隱

---

<sup>402</sup> 台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決。

藏於紅火公司名下的資金。<sup>403</sup>

## 2. 以展望理論看出賣結構債的行為

前文一再說明，展望理論發現，人厭惡損失，發現有損失的可能時，將願意採取較高風險的行為，以規避可能的損害。同時，由於是否受到損害，看的是結果與參考點之間的差距。一旦已經實施特定行為，便已投入成本，這些成本會影響最後的結果及其與參考點的差距，因此就算是沈沒成本，仍會被計入決策的損益評估之中。

由於併購小組一旦開始指揮中信銀行購入結構債，龐大的結構債價金除了會影響中信銀行的資金調度之外，利息成本、併購小組之前違反中信銀行內部控制制度的作為等，均成為併購小組操作結構債交易的沈沒成本。由於沈沒成本將影響人對於最後結果與參考點的差距的計算。此時，對於中信金控的併購小組而言，沈沒成本使得原本的預估成本變得更重，這將強化併購小組繼續執行此計畫的動機。

由於併購小組在 2005 年 12 月左右已將集團的資金投入購買兆豐金控的股票，同時利用中信銀行購買結構債以連結兆豐金控股票，因此併購小組已經承擔很高的操作成本，縱使此時中信金控併購小組方發現透過結構債先行連結兆豐金控股票，可能不利於日後的轉投資申請，但是考慮已投入的成本的問題，最佳的決策自然是將該筆結構債轉手。由於將結構債轉手，當初設定利用的降低日後併購成本的機能，可能不復存在。因此，最佳的策略便是將該筆結

---

<sup>403</sup> 這筆資金可用於任何不方便出現在中信金控或中信銀行帳面資料的支出上。例如，在後續的資金調度中，有兩筆資金，共 217 萬美元，分別流向 Bein and Fushi Inc. 及 Carl Becker, Son and Company, Ltd.，兩家有相當歷史的提琴製作、販賣公司。（見圖表 16 紅火出賣結構債利潤之流向）但基本上，除非此二公司有任何金融上的業務需求，否則樂器買賣與中信金控或中信銀行的業務並無太大的關係，將 217 萬美金，逾 6000 萬台幣的資金匯入此二公司，不免令人起疑。

構債轉手給併購小組可控制的法人，亦即紅火公司（本案中，紅火公司在 2006 年 1 月 11 日由陳俊哲購入，成為有權簽章人，由於陳俊哲為中信金控董事長辜濂松的女婿，又為併購小組成員之一，由其掌控紅火公司，應該是屬於相對安全的作法）。

### （三）小結—集團負責人之決策特徵

本章利用以行為經濟學派在過去二三十年間發現的人決策行為的系統偏差特徵，描述、分析中信金的併購小組對於整個紅火案的交易規劃，目的希望藉由此理論的幫助，瞭解此案的各個外顯現象之間的內部關連、各現象間的因果機制（即這些外在現象如何影響併購小組的考量，進而又形成另一個決策，而成為另外一個外顯的現象）。由於一個外在現象與另外一個外在現象之間，可能存有殊途同歸性，故本文並不排除其他的詮釋可能。

但是，本文在一貫的理論結構下，分析、探究紅火案的各種交易現象，從中勾勒出這些現象之間的可能因果機制與脈絡，的確也發現了在特定的情況下，集團負責人的決策考量特徵（這些特徵，並非「必然」存在，而是在行為經濟學理論的分析下，這些特徵確實有「存在可能」）。

第一，在企業集團結構底下，集團負責人站在集團的頂點，縱使身兼各個集團的分子公司的負責人，但是決策的利害考量仍是以集團為中心，各個分子公司及其資源，皆為集團負責人為了達到企業集團的整體利益所用。例如，併購小組成員身兼中信金控及中信銀行的負責人，但是其所擬定的紅火案的交易計畫，卻將中信銀行當成有豐沛資金的棋子，中信銀行的資金調度，僅是為了中信金控轉投資的成本控制所安排的佈局。在決策中，中信銀行的利益並非這些集團負責人的首要考量。<sup>404</sup>

<sup>404</sup> 此外，中信證券協助併購小組調度資金與 CTAI 公司，以方便 CTAI 公司將資金借給紅火公司支付結構債的第一期款一事，亦可佐證中信集團底下的分子公司作為協助併購小組達成

第二，由於目前的法律、行政規則或台灣證券交易所的規範，為了投資大眾的利益而要求集團負責人公開揭露交易資訊，可能會使得集團負責人產生資源被剝奪的損失感；再加上其他可能的機制可能會增加集團負責人的決策執行成本，這些可能會使得集團負責人感受的損害。此時，基於人普遍厭惡損害的傾向，集團負責人將有相當的動機，動用企業集團內部的資源，以操作交易，並冒著違反法規的風險，以消彌這些可能的損害。

第三，動用企業集團內部資源，操作交易以消彌損害之時，需動用企業集團內部各分子公司的資源，同時可能需經歷多個交易操作階段，由於集團負責人身為集團的最高決策者，底下的人容易配合，因此個別操作的成功率高，但是這可能會使得負責人低估連續性的交易操作背後的真正風險大小。

第四、在連續性的交易操作中，一旦開始實行，由於已投入資源、成本，如果中途罷手，會無端加劇集團負責人的損失感。因此，投入的資源越多，越會強化集團負責人繼續執行該交易操作的動機，中途停手、終止計畫的可能性越低。

## 第五節 相關法院判決

台北地方法院已分別於 97 年 10 月 7 日以及 99 年 10 月 18 日，做出 96 年重訴字第 19 號刑事判決，以及 98 年金重訴字第 40 號刑事判決。在這些判決中，當時中信金控的負責人辜仲諒、張明田、鄧彥敦及林祥曦等，均被認定有罪。而另一負責人陳俊哲則尚在逃，未有判決出爐。

在前述四位被告中，張明田、鄧彥敦及林祥曦均被論以銀行法第 125 條

---

轉投資目的的被支配角色。見台北地方法院 96 年重訴字第 19 號、98 年金重訴字第 40 號刑事判決事實整理，關於陳俊哲如何指示中信證券協助調度資金與紅火公司，以協助紅火公司給付結構債第一期款資金部分。

之 2 銀行負責人背信罪（96 年重訴字第 19 號刑事判決），而辜仲諒除了被論以該罪之外，另被論以證券交易法 171 條 1 項 2 款操縱股價之罪（98 年金重訴字第 40 號刑事判決）。

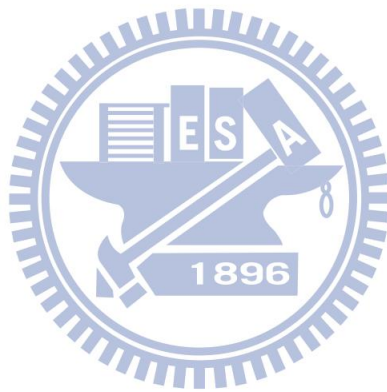
姑不論辜仲諒被論以操縱股價罪部分，台北地方法院所做成的兩個判決，雖均論相關人等以銀行負責人背信罪，但是對同樣的案件事實，卻做出不一樣的「背信行為」認定。

首先，在 96 年重訴字第 19 號刑事判決部分，台北地方法院法官認為，被告張明田、鄧彥敦以及林祥曦共同使中信銀行香港分行出售結構債與紅火公司一事，使中信銀行香港分行無法取得顯然可以取得的出賣結構債收益，故認定被告等人共同觸犯對中信銀行的背信罪。

然而，98 年金重訴字第 40 號刑事判決卻作了相反的認定，該審法官認為，中信金控負責人等使中信銀行香港分行出售結構債的行為，乃是為中信集團整體，故尚不能認定為對中信銀行的背信罪。但是，被告明知出售結構債之後的收益，仍屬中信集團所有，卻僅將部分款項匯回中信金控旗下的孫公司（回到中信金控體系內），但有部分款項，卻遲未匯回，反而挪作他用（回填辜仲諒之前支出的賄款），此行為構成對中信銀行的背信行為，故被論以銀行負責人之背信罪。

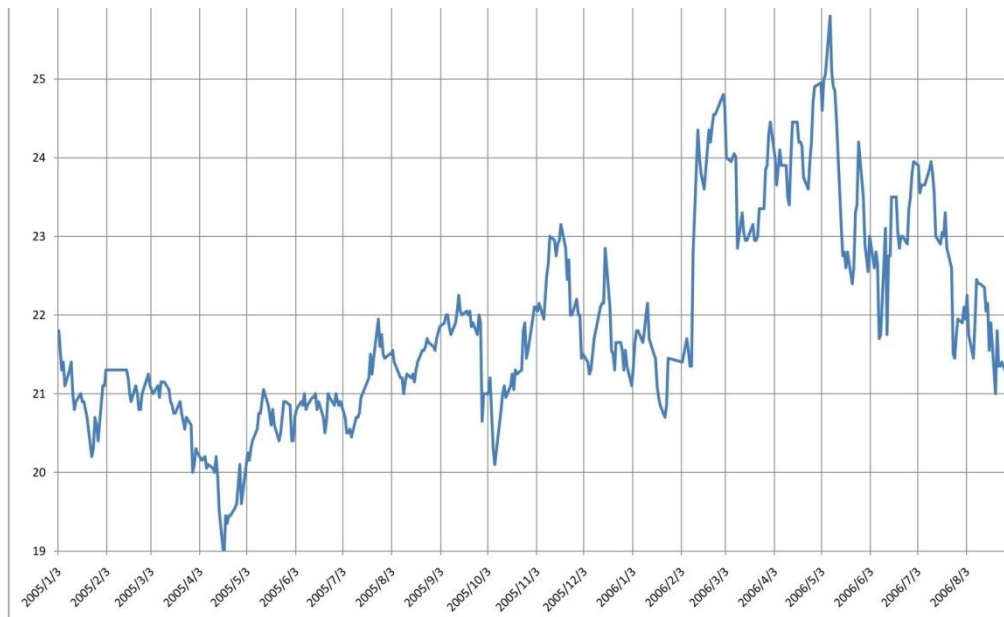
由前述兩判決對犯罪事實的認定，便可發現雖然兩判決的結論相似，但是兩法院對於背信的概念的認識卻是南轅北轍。本文認為，兩法院對同一事實卻做出不同認定，追根究底，乃是因為背信罪正面臨新型態的商業經營模式所致。前一法院固守原本背信罪的概念，而後者務實體認到新型態的商業經營模式，而希望在現有法規架構下，重新調整背信罪意涵，使其得以因應新時代、新的商業經營模式的挑戰。但是，後者在務實調整法規內涵的同時，卻仍有其盲點。

以下，第四章將綜合比較背信罪的規範結構以及集團式的商業經營結構所體現的經濟上及法律上意義之後，再回頭檢視法制與現實狀況間的落差，對於兩判決的法律見解的影響。





圖表 8 2005.01.03-2006.08.31 兆豐金控股票每日收盤價（元）<sup>405</sup>



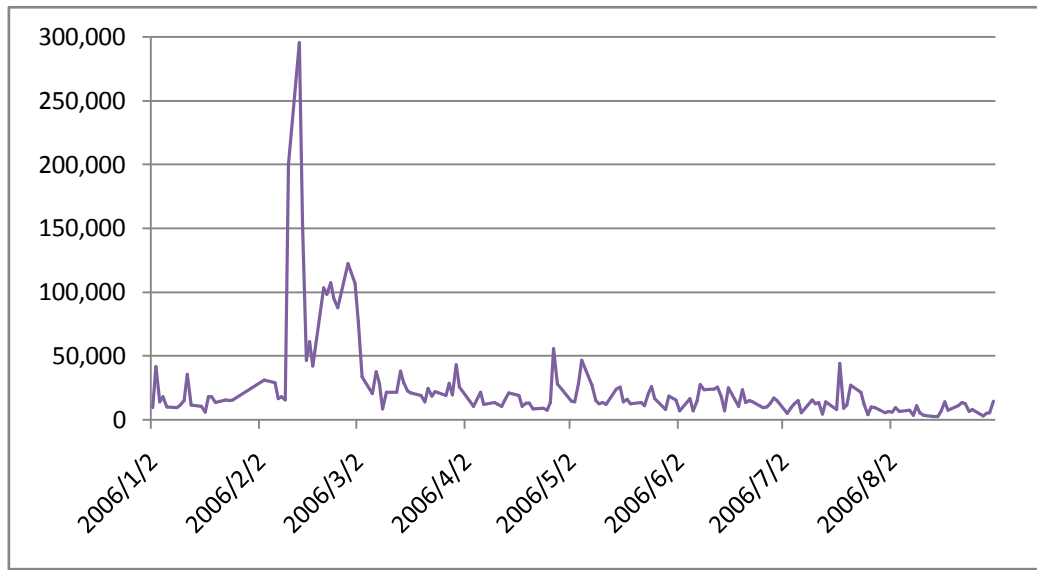
圖表 9 2005.01.03-2006.01.25 兆豐金控股票十日平均交易量（張）<sup>406</sup>



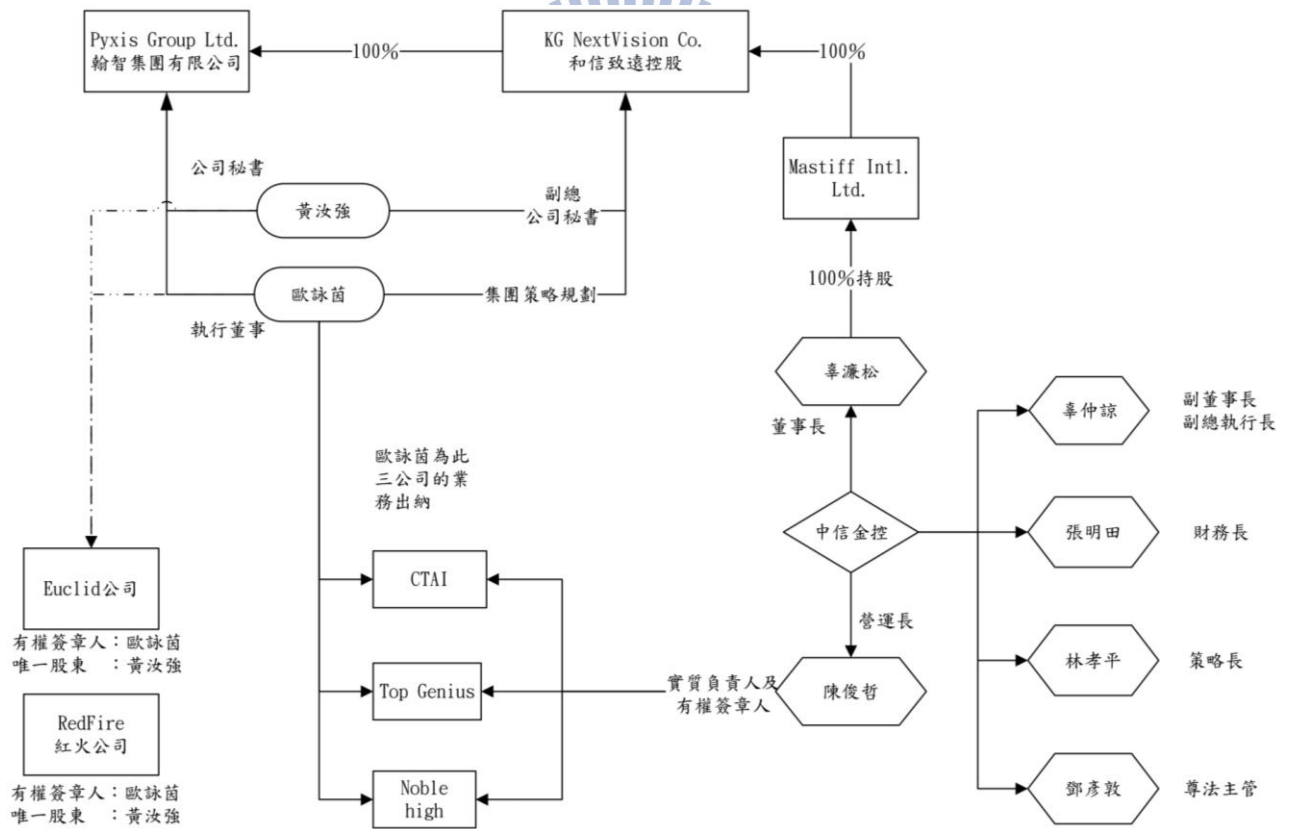
<sup>405</sup> 資料整理自台灣經濟新報 TEJ+資料庫，圖表為筆者自製。九月底十月初曾出現收盤價下跌的態勢，此乃因為當時外資連續幾日持續賣出台灣的金融類股，見「外資賣超前五名，都是金融股」，經濟日報 A47 版，2005.10.05。

<sup>406</sup> 資料整理自台灣經濟新報 TEJ+資料庫，圖表為筆者自製。十日平均交易量可以較平穩地觀察長時間的股票交易量變化，而不會受到每日交易量的急增或驟減而影響焦點。從圖中可發現，自 2005 年 9 月起的交易量一直維持在高點，至接近年底交易量方降低，合理推測，應是因為巴克萊銀行當時正不斷收購兆豐金股票所致。

圖表 10 2006.01.02-2006.08.31 兆豐金控股票當日成交量（張）<sup>407</sup>



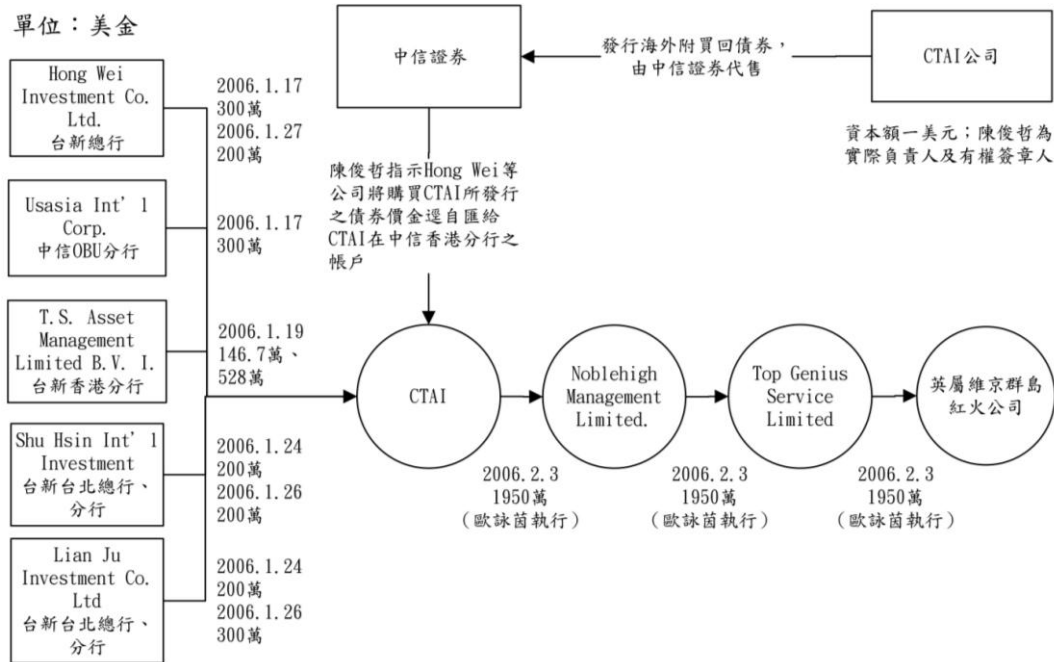
圖表 11 紅火案中主要關係人及相關法人之關係<sup>408</sup>



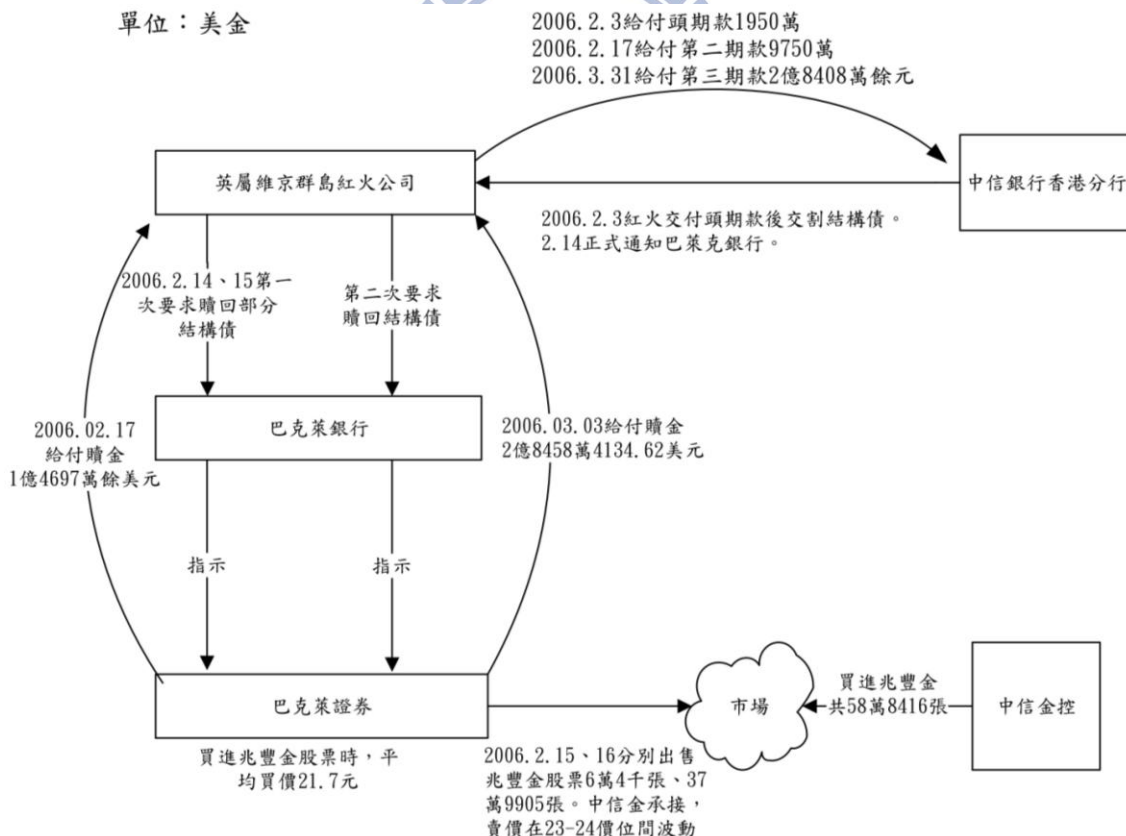
<sup>407</sup> 資料整理自台灣經濟新報 TEJ+資料庫，圖表為筆者自製。在 2006 年 2 至 3 月其間的交易高峰，正是中信金控與巴克萊銀行對作交易的期間。

<sup>408</sup> 所有海外公司均與決策小組有關，而且均為了這次的紅火案相關交易，彼此調度資源，共同為了這次交易決策的成功服務。

圖表 12 紅火公司購買結構債第一期價金資金調度流程<sup>409</sup>

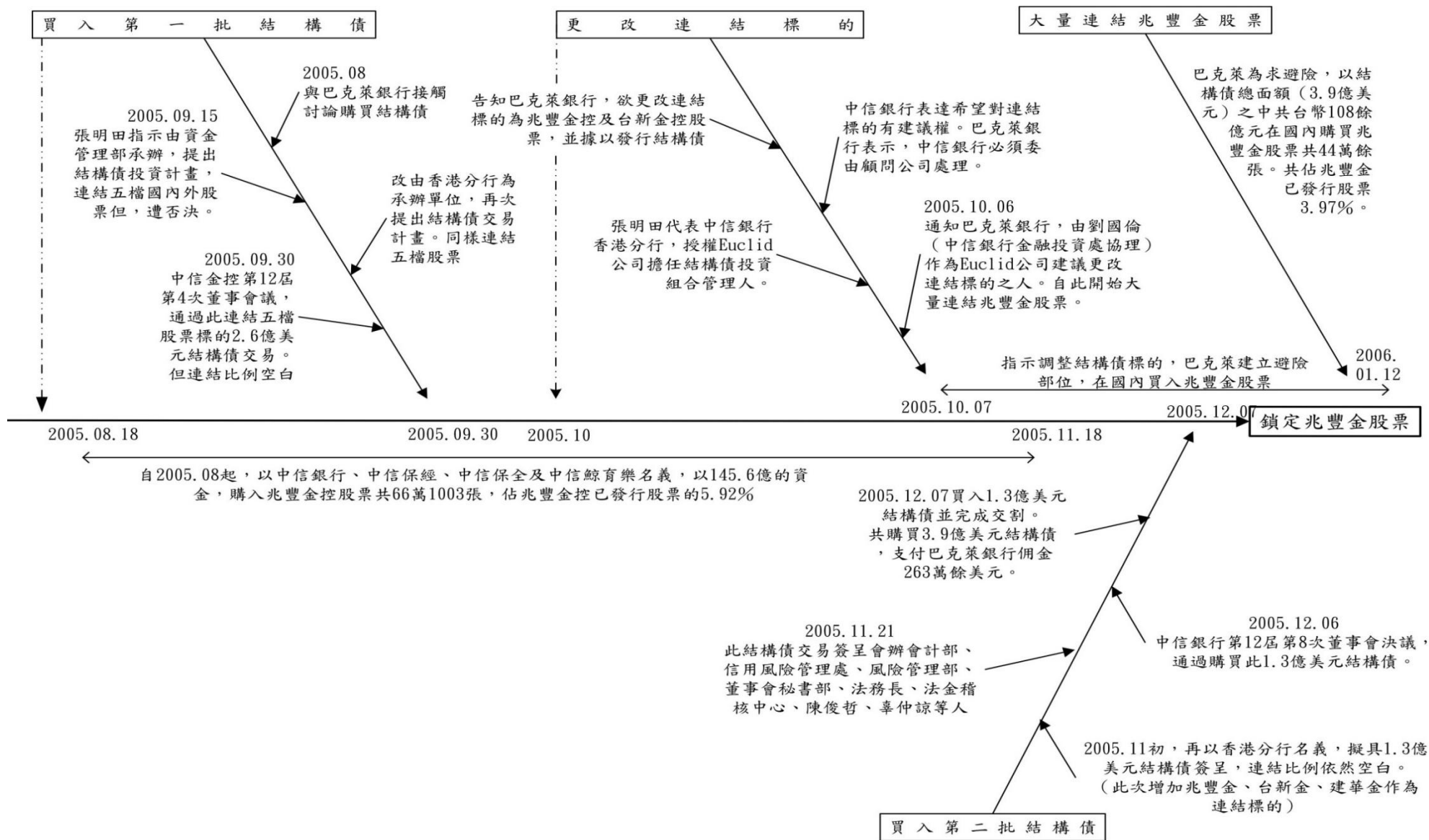


圖表 13 紅火公司購買結構債第二、三期價金資金調度流程

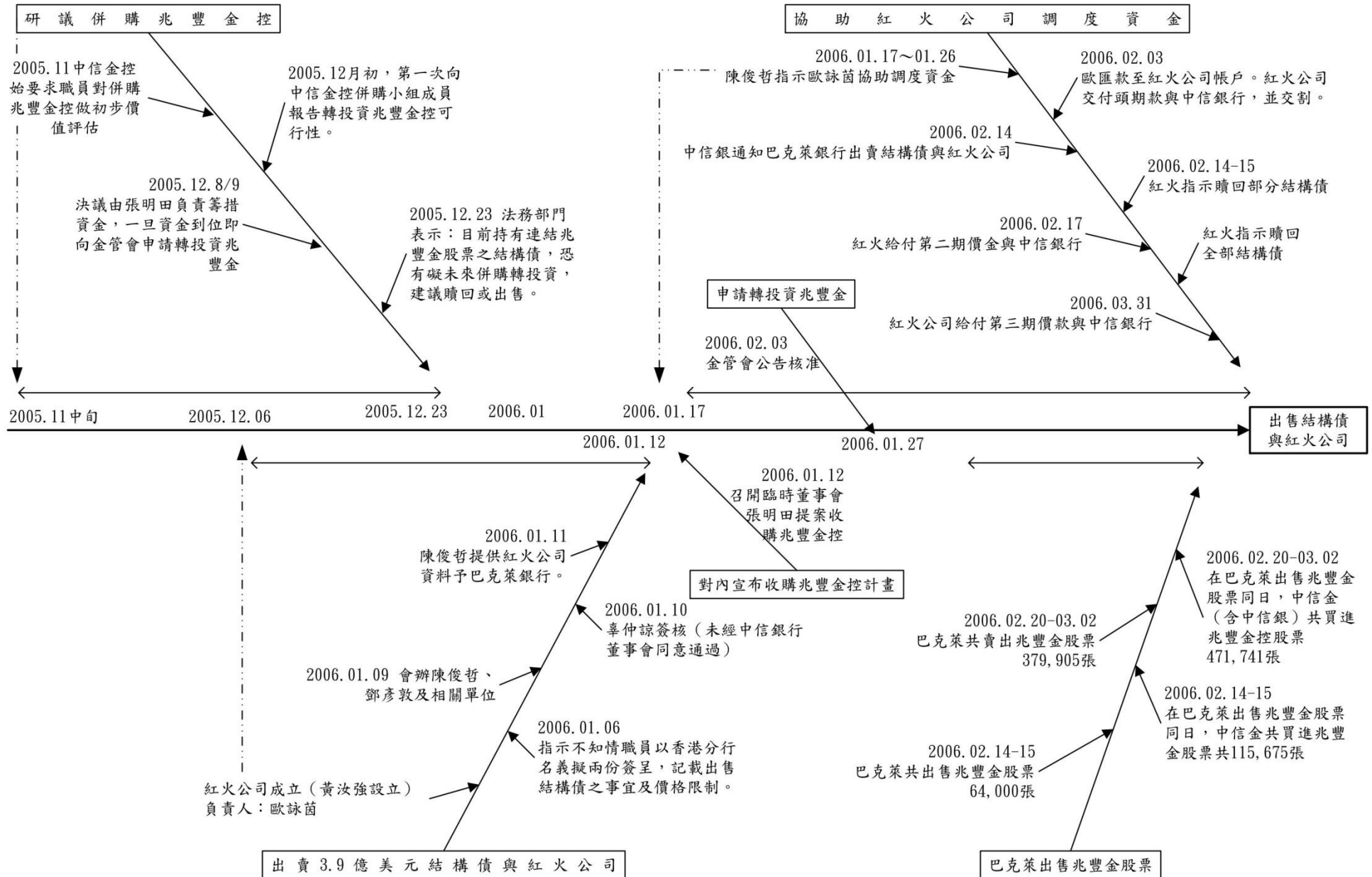


<sup>409</sup> CTAI 公司為海外紙上公司，為何有人願意購買其所發行的債券？從這點看，各個向中信證券購買 CTAI 公司所託售的債券的買受人，對紅火案應該多少之情，如果可以從這些帳戶進一步追查，應該可以發現更多案件的細節。惟從兩則紅火案的起訴書及一審判決中，均未見相關的討論。

圖表 14 佈局階段重要策略操作流程

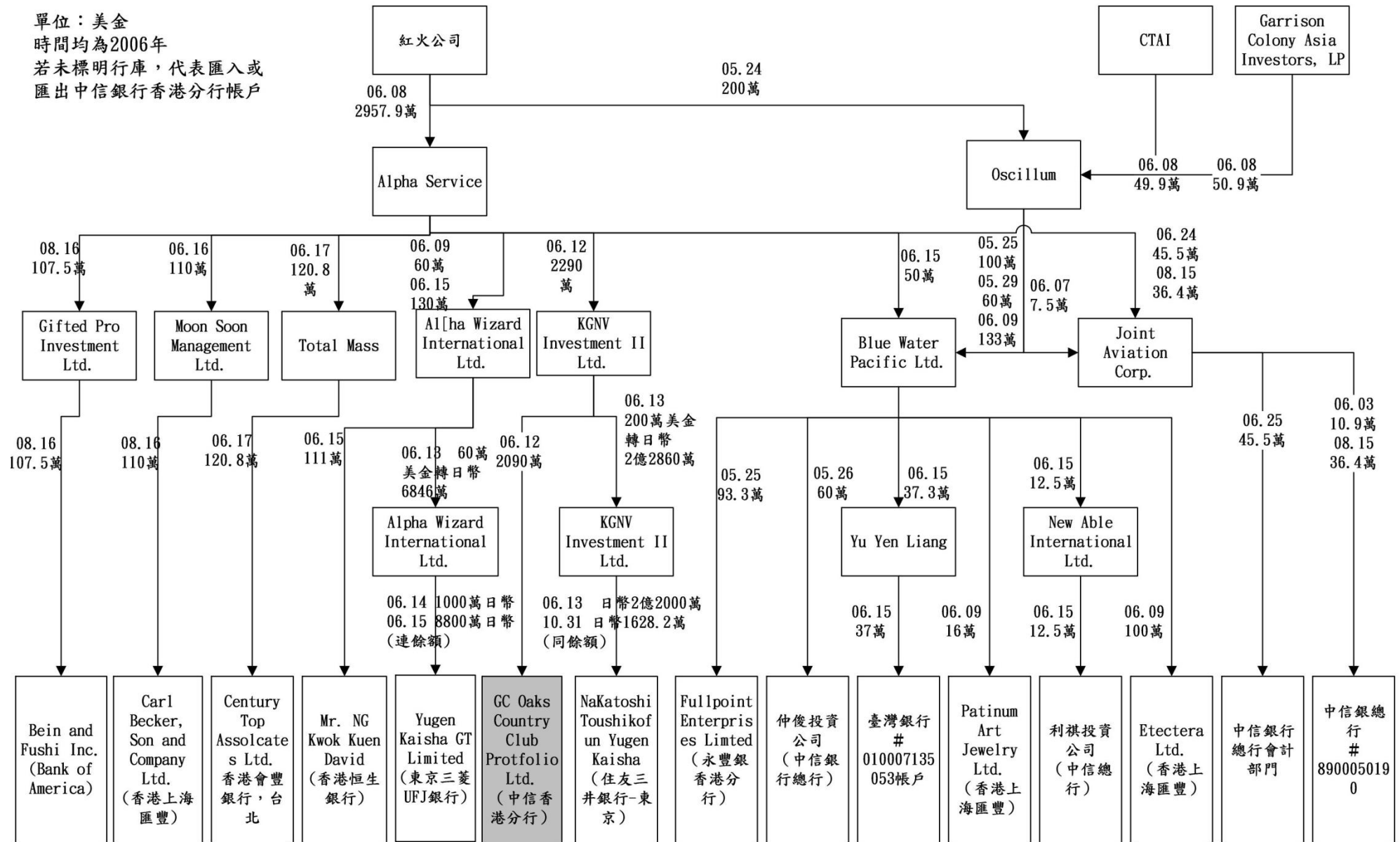


圖表 15 出售結構債及資金調度流程



圖表 16 紅火出賣結構債利潤之流向<sup>410</sup>

單位：美金  
 時間均為2006年  
 若未標明行庫，代表匯入或  
 匯出中信銀行香港分行帳戶



<sup>410</sup> 整理自最高法院檢察署特別偵察組檢察官 98 年度偵緝字第 1 號起訴書。在台北地方法院 98 年金重字第 40 號刑事判決中，法院指出紅火公司因結構債交易所取得的獲利，其中 2090 萬美元最後進入中信金控的孫公司(CTO 公司)名下，但相關明細並無法從司法院法學資料檢索系統(<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>)所公布的判決書全文得知，



## 第四章 現代信任關係的轉換與背信罪

本文第三章以行為經濟學為詮釋理論，從紅火案的整個案件事實背景，理出一個集團負責人，在決策時會有以集團為中心，而把子公司的資源當成集團可控制、支配的一部份；具有動用所有集團內可用資源與交易操作，以消彌「損害（相對於參考點而言）」的高度傾向；而且會高估其行動的成功率，並被沈沒成本套牢而無法抽身等特徵。這些特徵，均為現象面的描述，欲評價之，吾人須將其行為放在更高層次的社會脈絡底下觀察，方能評斷其行為之正、負面影響，進而再思考刑法在其中的機能。

同時，本文在第二章已經說明，由於社會發展，人對於他人的信任關係的仰賴日深，之後才發展出背信的概念。然而，一個法律概念既然會因為當時社會、經濟生活的變遷而逐步生成、轉變，它便也會因為未來的社會繼續發展而繼續變化、轉變、或再生成。而本文要問，在人類進入工業化社會以後，生產及商業經營方式變遷劇烈，在前商業時代逐步建構背信概念所本的信任機制，在人類進入高度商業化的時代之後，是否依然相同？或是其已再進一步隨著社會發展，而產生量變、甚至質變？又是否會進一步影響吾人對於一人「背信」行為的評價？

本章的目的在於綜合前二章對於法制的變遷及企業集團經營實況的觀察。為達此目的，本文將援引在本體論及認識論上與本文其他章節一致的社會學理論，以之說明背信罪演變背後的緣由，同時以該理論為中介，透過該理論理解企業集團經營特徵，並回頭比較其與背信概念發源的社會背景的差異。

基於前述思考，本章第一節乃將重心放在援引當代社會學家 Anthony Giddens 對現代社會的脈絡下，信任機制的轉變的觀察，並討論此等轉變對商業機制的變遷的影響。第二節則將重心移轉到現代商法，觀察現代商法如何在



現代社會的劇烈變遷下而調整規範架構；之後第三節再度回到背信罪，檢討背信罪如何因應因當代社會及商業結構變遷，所帶來的新型態挑戰；之後再以兩則紅火案判決為例，思考兩判決的法院如何看待背信罪以及新的商業經營型態帶來的新的挑戰。

## 第一節 現代社會的信任機制的轉換

以下本節將以當代社會學家 Anthony Giddens 所提出，用以詮釋、說明現代社會發展特徵的理論，作為分析信任結構的轉變對背信罪影響論述核心。但是在解釋、說明 Giddens 的理論之前，本文在此欲說明，為何本文選定 Giddens 的理論，作為以下闡述、分析當代的商業經營結構對背信規範的影響的依據。

本文選定 Giddens 的理論作為以下論述的核心，最主要的原因是 Giddens 對社會學的研究取徑與觀點，與本文對法制發展的研究取徑有若合符節處。本文對於法律的基本觀點為：法律乃是依時代的精神、社會發展而成立，它是歷史的產物，也是回應人類活動發展需求的機制，因此法律是會隨著社會時代的轉變而變遷的。而本文將另一研究焦點放在紅火案的研究，則是希望透過對紅火案的全盤瞭解與詮釋，離析出某些屬於企業集團的決策特徵，並以之與既有的背信概念對照，指出舊有的背信概念不足回應新的時代需求之處。而 Giddens 在其研究中所秉持的研究基本取徑，實能將本文對法律的基本觀點納入其理論的涵蓋範圍之下：

Giddens 指出，一直以來社會學研究，往往存在一種觀點，認為一個社會中，社會整體相對於其個體組成部分（即那些構成社會的人類主體行動者）而言，具有至高無上的地位。<sup>411</sup> 抱持此種見解的學者往往認為，相對於一個降生在一特定社會中的個體生命而言，制度乃是先在而且持久的存在；<sup>412</sup> 同時，相對於在自己

<sup>411</sup> Anthony Giddens 著，李康、李猛譯，社會的構成，頁 2（2002）。

<sup>412</sup> 同上註，頁 179。

活動中再生產出社會總體的個體生命而言，此總體不僅在時間上先在且更為持久，而且此總體更在時間與空間上不斷延展，超出任何可被單獨考慮的具體行動者；<sup>413</sup>最後，相對於每一個單一個體而言，「社會事實」所具有的特性是「客觀」的，限制著個體的行動範圍。<sup>414</sup>在此種說法下，研究者的研究主要目標應是社會總體，因為如果能夠掌握這種結構，應該就可以詮釋、瞭解行動者的行為。而 Giddens 反對這種見解。

Giddens 認為，社會科學中不存在某種獨特的「結構性解釋」的實體，所有對於社會的說明都至少牽涉到行動者有目的和運用理性的行為，以及這種行為與行動者所處社會情境及物質情境的相互關連。<sup>415</sup>其亦認為，社會科學研究的主要領域既不是個體行動者的經驗，也不是任何形式的社會總體存在，而是在時空向度上得到有序安排的各種社會實踐。<sup>416</sup>

所謂時空向度上有序安排的社會實踐，涉及了時、空交織的各種情境。Giddens 認為單獨的時間與空間都是沒有意義的，其認為研究人類的行為時，分析時空的組織安排是十分重要的。<sup>417</sup>同時，社會具有不斷循環往返的特徵，雖然社會不是全然由社會行動者所一手創造，但是卻在社會行動者的活動中不斷被重塑、創造。<sup>418</sup>同時，社會在其不斷循環往返的過程中，會因為受到環境因素、情境以及社會行動者的「反思 (reflexivity)」而逐步變遷<sup>419</sup>

「反思」是 Giddens 的社會理論中的重要元素，它與行動者的行為息息相關。個體會有行動，是因為個體有能力「改變」既定事態或事件的進程。<sup>420</sup>而且

---

<sup>413</sup> 同上註，頁 179-180。

<sup>414</sup> 同上註，頁 181。

<sup>415</sup> 同上註，頁 187。

<sup>416</sup> 同上註，頁 3。

<sup>417</sup> 同上註，頁 121-122。

<sup>418</sup> 同上註，頁 3。

<sup>419</sup> 同上註，頁 254。

<sup>420</sup> 同上註，頁 14。

行動是一種連續性的過程，<sup>421</sup>反思則是人的行動的內在要素，它是一種人們所展現、並期待他人也如此展現的對行動的持續監控過程，它是一種動態的內心作用。<sup>422</sup>在反思的作用下，人的行動會隨著具體情境而調整。

基於前述的社會循環往返的特徵，以及人對於自身行動反思監控等思考，Giddens 認為行動者與社會結構並不是彼此獨立的兩個既定現象，兩者彼此反覆交織，前者既是後者的中介，又是後者的結果，<sup>423</sup>同時，人雖然不斷對日常社會活動反思監控，但是由於人的認知能力有限，行動持續不斷地產生行動者意圖以外的後果，這些非意圖的後果又可能以某種反饋的方式，形成行動者未認識到的條件，在這個循環的過程中，人類透過行動，創造了歷史。<sup>424</sup>

本文認為，第二章對英國背信概念的發展的描述，應已體現商人基於現實需要，不斷衝撞社會法制，而國家回應商人的需求，而調整國家法制的過程，這個過程即與 Giddens 提出的理論的敘述相呼應。而本章以下，便試圖再進一步以 Giddens 所提出，關於現代社會發展的理論，觀察對照現代企業集團的活動，及其活動背後所體現的與當前社會制度的衝突，重新省思當代企業集團的經營結與背信罪的關連，並進一步思考企業集團結構背後所反應的信任結構的轉變，對背信罪概念的可能影響，或國家在面臨企業集團結構所造就的信任結構轉變時，應否重新考慮除了當前的背信規範外，其他可能的規範策略。

## （一）脫域與信任：一個擺脫時空限制的社會

### 1. 脫域 (disembedding)

「脫域」，是 Giddens 為描述現代社會的特徵及成長動力而提出的概念。Giddens 認為，由人所構成的社會關係，因為時空概念的重構，而從彼此互動的

---

<sup>421</sup> 同上註，頁 9。

<sup>422</sup> 同上註，頁 4。

<sup>423</sup> 同上註，頁 25。

<sup>424</sup> 同上註，頁 26。

地域性關連中「脫離出來」。<sup>425</sup>原本時間作為一種地方化的概念，對其的理解總是與特定地方相聯繫，<sup>426</sup>例如，單純「下午三點」這個敘述是沒有意義的，必須搭上某個特定地點，此段描述方為完整且具有特定意涵，如果脫離具體地點的時間描述，「某時某刻」的陳述將失去其意義。但是在時鐘出現，人類得以統一計算標準後，時間便從空間之中脫離而虛化，而空間(space)也開始從地點(place)的概念中分離，而成為一個抽象的存在。<sup>427</sup>舉例來說，火車時刻表便是現代時空脫域的最佳示例：火車時刻表作為一個對時空秩序的規劃，它精準地表明火車在什麼時間到達什麼地點，而使得火車、乘客、貨物得以穿越時間與空間的限制而再整合。<sup>428</sup>

本文第二章曾說明商人為了擺脫單一人身所造成的經營上的不便，開始透過契約，以一定代價作為連結本人與他人的中介，而以而使他人與自己產生連結，而建立起代理的概念。<sup>429</sup>這個過程，其實就是脫域機制的具體呈現：人透過某些機制的建立，擺脫空間對自己的限制，重新規劃空間與自己的關係，進而擴大自身的活動範圍。

此外，本文在第二章又說明，在人民建構起「交易價值」以及「使用價值」兩種截然二分的概念後，以契約作為對未來交易規劃的機制成為可能。<sup>430</sup>這個概念的發展，其實也是脫域的展現，人們透過契約的規劃，而在擺脫空間的限制後，再進一步擺脫時間的限制，而得以調配未來可掌控的財產資源。

只不過，在 Giddens 的論述中，其認為前述的發展，須歸功於貨幣，他認為貨幣是延伸時、空的工具，它連接當時與日後、在場與不在場的商人，使在時

---

<sup>425</sup> Anthony Giddens 著，田禾譯，現代性的後果，頁 18 (2007)。

<sup>426</sup> 同上註，頁 15。

<sup>427</sup> 同上註，頁 15-16。

<sup>428</sup> 同上註，頁 17。

<sup>429</sup> 見前揭註腳第 144 至註腳 146，及本文的相關內容。

<sup>430</sup> 見前揭註腳第 132 至註腳 136，及本文的相關內容。

間及空間中分隔開來的商人之間的交易成為現實。<sup>431</sup>但本文認為，除了貨幣的連結之外，脫域機制的成功，尚需要國家的強制力作為後盾，由國家的力量保障這種對於時、空的規劃得以獲得實踐，進而使脫域機制可順利運作，並帶領社會進入現代化的階段。換句話說，本文認為現代化的演進，國家實扮演非常重要的角色，但此點並未呈現在 Giddens 的著作之中。

## 2. 信任 (trust)

Giddens 雖然忽略國家強制力的作用，但是他精準地點出，信任乃是脫域機制運作的前提。<sup>432</sup>

所謂信任，乃是一人對他人或一個系統的可信任性所持有的信心，對之的誠信或正確性的認識。<sup>433</sup>其與風險的概念交織，信任的存在代表通常足以避免特殊的行動方式所可能遇到的危險，或把這些危險降到最低的程度。<sup>434</sup>Giddens 更指出，由於現代社會，人必須與大量的陌生人以及陌生的專業技術接觸，在過去，人只和彼此很熟悉的個人建立信任，但是現代，人卻必須和一個**抽象體系**（尤其是專業系統）建立起信任關係。<sup>435</sup>

但是，雖然當今的人們必須與一個抽象的系統建立起信任關係，但這不代表人與人的信任關係自此便永遠抽象化。Giddens 指出，因為脫域機制的的作用以及社會的發展，人們須要與一個抽象系統建立信任關係，但是當非專業人士與專業人士相遇時，而後者給予前者當面的承諾時，則原被抽離至抽象體系的信任關

---

<sup>431</sup> Giddens, 前揭註 425, 頁 21-22。

<sup>432</sup> 同上註, 頁 23。國家的力量除了是維護信任的重要機制外, 依本文第二章對英國契約及違背信託罪的概念的發展的觀察, 可知道國家對信任機制的維護, 同時也是作為社會行動者的人民不斷挑戰國家體制、要求國家法制改變而帶來的結果。

<sup>433</sup> 同上註, 頁 30。

<sup>434</sup> 同上註, 頁 31。

<sup>435</sup> 更詳細討論, 見同上註, 頁 69-87。

係將因為再嵌入（re-embedding）的機制作用，而再固定於特定的二人之間。<sup>436</sup>

### 3. 脫域、信任與公司制度

若從 Giddens 的理論來理解公司，我們可以發現公司制度就是一個脫域機制與信任機制交錯運用的現代商業經營體制：

公司，被理解為是一群股東各自投入部分資產所成立的社團法人，<sup>437</sup>其運作仰賴股東會所選任之董事以及依章程所設置的經理人來經營。而股東則仰賴公司的董事、經理人的經營績效以求報償。在這個體系底下，股東藉由公司這個經營機制，將公司交付給特定人經營，而成功地使自己從公司的經營勞務之中抽離（脫域），而單純預期於將來回收公司的營利。而股東從一群專業人士之中選任董事，則是一種信任的嵌入機制，藉由股東會的儀式，董事與股東群建立起一種特殊的信任關係。同時，在創立公司階段，創立會對章程內容的控制權限，以及選任董事的選任等等，也是建立特殊信任關係的機制。而股東與董事建立起特殊的信任關係後，又進一步自行選任經理人，或在此等信任基礎下，授權董事會選任經理人，而與經理人建立起間接但特殊的信任關係。這些信任關係的存在，正是股東得以抽離於公司經營事務之外的基本要件。

只不過，必須注意的是，當股東藉由賦予信任與特定人，而謀求自公司的經營管理事務抽離，並享有公司經營的獲利的同時，其必須付出代價：交出其財產（投資於公司的資產）的控制權，並將該控制權交與已與之建立起特殊信任關

---

<sup>436</sup> 同上註，頁 74-76。

<sup>437</sup> 公司法第 1 條：「本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織、登記、成立之社團法人。」同法第 2 條第 1 項：「公司分為左列四種：一、無限公司：指二人以上股東所組織，對公司債務負連帶無限清償責任之公司。二、有限公司：由一人以上股東所組織，就其出資額為限，對公司負其責任之公司。三、兩合公司：指一人以上無限責任股東，與一人以上有限責任股東所組織，其無限責任股東對公司債務負連帶無限清償責任；有限責任股東就其出資額為限，對公司負其責任之公司。四、股份有限公司：指二人以上股東或政府、法人股東一人所組織，全部資本分為股份；股東就其所認股份，對公司負其責任之公司。」

係的董事以及經理人。這點特徵，對於當代公司制度的發展，非常的重要。

## （二）現代公司的信任關係疏離

### 1. 高度脫鉤的財產利益享有權與財產控制權

前開關於公司機制與股東的脫域、授予信任等活動的描述，若放在小型、封閉型的公司的脈絡下，想必是相對符合實況的描述。但是，這段描述放在一個公開發行公司下，是否仍然能夠如實描述？本文深表懷疑。

一般認為，在公司制度底下，股東身為公司資產的投資者，即為公司的擁有者，其信任一群專業經理人，由之代替股東群為其利益經營公司，在固有的財產法邏輯底下，既然這群股東是公司的所有者，公司的經營是為了股東的利益，那麼任何公司的利潤自然都須要分配給各個股東。<sup>438</sup>同時，在傳統的利潤概念的邏輯底下，經濟學家認為，人會以追求獲得更多利潤的方式來運用其財產，同時，國家通過保護每個人所擁有的財產以及利用其財產所創造利潤的占有，社會將會更繁榮地發展，而整體社會獲得更多利益。<sup>439</sup>

前述的邏輯，在公司的股東人數有限，各個股東的利害與各個公司緊密連結在一起的時候，或許說得通。因為在這個範圍有限的公司體制底下，股東們雖然抽離於公司的經營事務之外，但是個人與公司之間，仍因為其與經營階層的高度信任關係而緊緊地與公司的經營成效繫在一起。在這樣的關係底下，自然會對公司負責人嚴加監督，而在選任董事、經理人的時候，必然會選擇與之具有更緊密、具體信任關係之人來擔任。但是，當公司成為公開發行公司，實質持有公司的股東高度分散的時候，情況將會丕變：

現代的公司經營，往往投資金額大（如大型投資計畫），投資週期長，需要投入大量的時間以及精力才得以取得日後的收益，這樣的經營條件下，投資人需

<sup>438</sup> Adolf A. Berle & Gardiner C. Means 著，甘華銘等譯，現代公司與私有財產，頁 341（2005）。

<sup>439</sup> 同上註，頁 347-348。

將大量的資本固定於一處，且等待收益的時間長，在取得收益之前，無法將投入的資產收回，這些條件使得資產流動性降低，並提高參與的風險，若不解決此問題，人們參與經營的慾望會降低，這些需要龐大資本的經營便無法成功。<sup>440</sup>而公司的股票制度可將投資生產的參與權限分割成由小規模而分散的參與權，欲參與者只需要將其財產的控制權交給公司的經營實體，便可換取該公司的經營參與權，這減低了投資的門檻，並提高了資產易手的可能性。<sup>441</sup>在這個機制底下，參與經營的權限被分裂成無數的「股票」。理論上，各個股票的持有者均以其原本對於某財產的控制權換取參與公司經營的權利，但是由於股票的漸漸普及及發行數的增加，每份參與權變得十分的渺小而無足輕重，而股票的意義，也逐漸從參與公司的經營，漸漸因為參與權分割得越來越細瑣，股票數量越來越多而質變，本身成為一種財產標的，而做為投資人的財產標的。<sup>442</sup>

這個現象可從幾個方面觀察：在正常情況下，股票對於股東而言，共有三種機能，作為收取股息及紅利的權利證明、代表公司經營的參與權、以及自身作為市場交易標的的財產自身。但是，在當代的公司經營底下，前二者的機能卻日漸削弱。

首先，對於股東而言，收取股息及紅利是除了出售所持有的股份以外，回收投資的主要管道之一。<sup>443</sup>在閉鎖型公司中，股東對公司的經營階層具有高度的影響力，故股息及紅利如何發放，股東的意見自有其影響力。但是在中、大型的公開發行公司中，股息及紅利發放代表公司的可動用資源的減少，這會造成公司的經營階層與股東的期待利益之間的落差。為了避免或減緩盈餘的分派，公司的經營階層可動用各種衍生性金融商品的發行、操作、會計帳目操作或與關係企業

---

<sup>440</sup> 同上註，頁 287-290。

<sup>441</sup> 同上註，頁 288。

<sup>442</sup> 李清譚，前揭註 117，頁 184。

<sup>443</sup> 王文宇，前揭註 64，頁 392。



間的移轉定價等方式，控制盈餘的分派。<sup>444</sup>這些操作，弱化了股息及紅利作為中、大型公開發行公司股東投資股票的收益之一的機能。

而在公司經營參與權部分，理論上，每個股東將資產交給公司，本身不再持有該資產（交出了該財產的控制權能），而換取對於公司經營的參與權，進而表現在股東會的投票權之上。但是就如同前述，由於在中、大型公開發行公司底下，股權越來越分散，各個股東對於經營的參與權能不斷被削弱，這會使得越來越多的股東對這些中、大型公司的經營變得不那麼在意，他們在意的，反而是在股票市場中的股價，只要經營階層可以維持股價不墜，這些股東並不介意經營階層如何管理公司，對經營階層而言，其也樂意與股東配合。

而另一方面，公司的負責人也不希望股東介入經營，而會想辦法阻止股東參與公司的經營決策。舉例來說，每年股東會召開的季節，均有公司負責人或有意角逐公司負責人地位之人致力於徵求委託書，肯將委託書交給這些徵求機構的股東，對於公司的經營並不是那麼的在意。而相對的，雖然有部分小股東十分在意，並積極參與公司的經營，但是各個公司為了快速而儀式性地完成股東會的程序，往往會「有默契」地將股東會的日期選在同一天，減低被持有多家公司股票的小股東「干擾」的機會，而迅速完成會議。<sup>445</sup>股票所表徵的公司參與權的機能因而不斷減弱。

在股票所表徵的收取股息及紅利以及公司經營參與的機能不斷削弱的同時，股票作為財產表徵，而獨立作為財產標的的機能，卻隨著市場機能的健全，

---

<sup>444</sup> Berle，前揭註 438，頁 171-215。

<sup>445</sup> 此為筆者與某位竹科公司高階法務人員聊天時，其告訴筆者的新竹科學園區內，股東會開會季節時，各個公司選擇股東會開會日期的默契。另見「今年起一天只准 200 家開股東會」，聯合報 AA2 版，2010 年 1 月 13 日；「證交所統計，16 家上市金融股集中在 6 月 18 日舉行股東會。金管會銀行局昨天道德勸說「改日子」，官方希望，每天最多 6 家金控（或銀行）開股東會...」，「金控開股東會每天最多 6 家」，聯合報 AA2 版，2010 年 3 月 11 日；「超級股東會周來了逾百公司改選 667 家上市櫃公司本周召開股東會 14 金控周五同天開會加上 ECFA 題材助衝金融股」，聯合報 AA2 版，2010 年 6 月 13 日。

而變得越來越強烈，而且市場價值的訂定，也漸獨立於公司資產價值之外。<sup>446</sup>

在前述的發展底下，原本的財產所有權概念被撕裂為財產利益的享有權（享有收取孳息、轉售表彰財產的標誌物—股票—的權益）以及財產的控制權（由公司的經營階層）所掌有。正如論者所觀察的，股東所擁有的股權，正逐漸失去對公司的控制作用，而退化為單純的法律上的存在；由於交易市場的發展，個別股東得以自由在市場上回收其資本，而與公司本身無關。<sup>447</sup>在這樣的發展底下，股權變得越來越像債權。而債權人只要夠強勢，其也可以取得類似股東的監督、干預公司經營的權限，兩種本質上應非常不相同的權利，因為商業制度的變遷，在某程度上變得越來越相似。<sup>448</sup>

## 2. 現代大型公司經營與有限的信任關係再嵌入機制

本章曾以 Giddens 的理論說明，現代社會的主要特徵便是建立在信任關係上的脫域機制，而信任從原本對於特定人的信任，逐漸變成對一個抽象體系的信任。但是，在公司董事及經理人的選任的過程中，信任關係將被「再嵌入」而重新固定於股東以及被選任人之間。

但是這樣的過程並無法在現代的公開發行公司落實，又或者是說，前述的再嵌入的機制，並無法完全體現於全體公開發行公司股東與該公司的經營階層之間。而前述財產控制權以及財產利益享有權的高度分離，便是導致此結果的主要因素之一。

首先，在小型或封閉的公司之中，股東雖然也以財產控制權交換財產利益享有權，但是兩者仍因為股東利益與公司經營狀況高度重合而仍維持相當的連

<sup>446</sup> Berle，前揭註 438，頁 290-292。

<sup>447</sup> 趙廉慧，財產權的概念—從契約的視角分析，頁 103-104（2005）。

<sup>448</sup> 同上註，頁 104。以上關於股票制度的發展對整個股份有限公司的經營與制度建立的深遠影響，可視為是社會行動者在不斷反思行為當下的社會情狀，而調整行動策略，發展特殊機制，因而帶來的可預見及不可預見的社會變遷的發展過程。

結。但是在中、大型的公開發行公司間，財產的兩種權限間的連結，因為參與權被高度稀釋而被切斷了。股東（或絕大多數未擁有足以影響公司經營的股權數的股東）在選任公司的董事、經理人的過程中，是使不上力的，股東對於被選任的董事、經理人並不具有任何「具體」的信任感，兩者充其量也不過是由信任專業的「抽象」的信任關係聯繫著。而在股票成為獨立的財產標的，而可以自由在市場上流通後，買受人僅自前手處取得一種由股票所表徵的財產標的，更未與公司的董事或經理人建立任何的具體的信任關係，而且，股票市場在當今，早已不再是過去所認定的「投資」特定公司的場所，其已不再以配置資本為其主要機能，在當今，股票市場的機能，反倒是作為實現這些股票的流通性的場所。投資人投入股市的資金，並不會通過股市而進入公司充作商業性或生產性的用途，這些資金僅在投資者間不斷流動。<sup>449</sup>若從這個角度看，更難說投資者究竟與公司的負責人之間，建立了什麼具體的信任關係。再嵌入機制的作用，並不存在於當今的公開發行公司的負責人與多數投資股票者之間。<sup>450</sup>抽象的信任關係，成為當代商業體制下，小股東與公司經營者之間的關係的主流。

### （三）小結

本節從社會學家對現代化社會的觀察開始，指出現代社會的建構特徵乃是信任，尤其是對一個抽象系統的信任。而現代公司隨著規模的擴大，進入公開發行的時代之後，持有公開發行股票的股東對於公司的經營者的信任關係，已經不再是像過去中古世紀開始萌芽的商業環境下，本人與代理人，或人數有限的股東群與商業實體（合夥、公司等均屬之）間的關係一般，信任關係單純、具體而明確。當代的公司小股東與公司經營者、負責人之間的信任關係，毋寧僅是一種對

<sup>449</sup> Berle，前揭註 438，頁 34-35。

<sup>450</sup> 此抽象的信任關係，乃是指無法主導選舉公司負責人的股東與公司負責人之間的關係。而就有能力主導公司負責人選舉之股東而言，其與公司負責人之間，仍應經歷過再嵌入的機制，而在兩者間建立起具體的信任關係。詳細論述，詳見下節（二）的分析。

於公司負責人的專業的抽象的信任。在具體的信任關係底下，授權事項、範圍均有一定限度，且授權人亦有相當的監督權能。但是在抽象的信任之下，授權人並無法對授權事項、範圍給予明確的界定。

這種信任關係的轉變，對於人的交易活動，實有相當影響：有論者即認為，在一般的民事活動中，代理權之授與，通常有特定範圍，本人對於交易相對人或有一定認知，始授與代理權予代理人為交易行為，但是在涉及企業經營的代理活動中，本人甚難預見所有的交易對象，亦無法掌握交易的種種細節，因而必須授與董事或經理人更廣泛的代理權，其與原本民法上所稱的代理，在本質及特性上均不相同。<sup>451</sup>而民法上經理權的相關規定(民法第 554 條第 1 項、第 555 條參照)，可謂是立法者對於商業代理的類型化的努力之一。<sup>452</sup>而越是概括的授予代理權，即代表授權人越是放棄其對自身財產的掌控權利，而交由被授權人代為行使。

而另有論者觀察民法關於經理人之規定，與公司法經理人制度之差異後，認為民法對於獨資或合夥商號，所有人乃直接授權經理人，此為二層次的授權架構(此外，在閉鎖型公司，如無限公司、有限公司、兩合公司下，其授權經理人的架構，實質上與民事的商號的差別不大)；<sup>453</sup>但是在中、大型企業中，只要是採取股份有限公司的架構，經理權的授予，則變成全體股東授權董事會，再由董事會轉授權經理人的三層次架構。<sup>454</sup>中、大型企業的董事轉授權經理人的權限，毋寧正是來自於股東將財產的控制權限交給董事後，無力再監控董事的行為監控，而由董事取得全面掌控公司財產的控制權人的地位所致。

在這種商業環境下所帶動的信任關係的變遷，除了直接反映在民事關於授權範圍及授權制度的規範上，也反映在處理事務之後的利益分配權限之上：

民事關於經理人及代辦商的規定，確實擴展了這些被授與處理事務之權之

<sup>451</sup> 王文宇，前揭註 64，頁 170。

<sup>452</sup> 同上註。

<sup>453</sup> 曾宛如，公司經理人之功能與權限，台大法學論叢，36 卷 4 期，頁 127-129 (2007)。

<sup>454</sup> 同上註，頁 127。

人的被授權範圍，但是在因處理事務所得到的金錢、物品或孳息的部分，依民法第 529 條<sup>455</sup>的規定，仍回到委任的相關規定，而依民法第 541 條第 1 項規定：「受任人因處理委任事務，所收取之金錢、物品及孳息，應交付於委任人。」在此，我們可以發現，立法者在授權的部分，已部分反映信任結構變遷所帶來的授權規範調整需求。但是在營利、孳息的分配權限劃分的問題上，立法者尚站在傳統的財產邏輯上，認為應全數交還給委任人。

但是進入公司結構底下，我們將可發現情形似有所不同：在公司的結構底下，原本投資人的收取受任人處理委任事務取得之金錢、物品及孳息的權利，轉換為股息及紅利的收取權。而公司法關於公司發放股息及紅利原則規定為該法第 232 條第 1 項：「公司非彌補虧損及依本法規定提出法定盈餘公積後，不得分派股息及紅利。」從該條已在某程度上限制股東取得股息及紅利的權利，而且並不像原本民法一般，無條件地規定受任人負有將處理事務取得的金錢、物品或孳息交付給委任人的義務。此規範與資本三原則之資本維持原則相呼應，目的在於保障債權人，<sup>456</sup>但是從這樣的權益配置可以發現，股東的股息及紅利收取權限，已不如民法的委任架構下的委任人的孳息收取權限般絕對。

更有甚者，股份有限公司股息及紅利的分派，程序上係由董事會於會計年度終了時，編造盈餘分派之議案表冊，送交監察人查核，再提出於股東常會請求承認，經股東常會通過後，分派給各個股東。<sup>457</sup>而分派方式，原則上以現金股利的方式最為普遍，但是亦可能以發行新股的方式為之，不過後者須經過股東會特別決議。<sup>458</sup>在這樣的制度設計下，董事會對於股息及紅利的分派，實具有高度的主導權限，而股東會雖有承認與否的權限，但是正如前述，大型公司的股東會中，

---

<sup>455</sup> 民法第 529 條：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所規定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」

<sup>456</sup> 王文宇，前揭註 64，頁 226。

<sup>457</sup> 最高法院 97 年台上字 626 號民事判決。

<sup>458</sup> 王文宇，前揭註 64，頁 381。

多數小股東的參與決策權限被高度稀釋，在這樣的結構下，只有少數擁有主導性股權數的股東（這些股東通常與董事會具有緊密連結），才能主導會議中，董事會的盈餘分派議案的通過與否。而且，在公司法第 240 條第四項，立法者更進一步規定，公開發行公司得於章程明訂授權董事會決議辦理股息及紅利之分派，股東的利益分配權限又被進一步限縮（而且，具有控制權限的少數股東，更可能可以進一步提案修改章程，將相關的權限直接授權與公司的經營階層）。

本文認為，前述關於信任結構變遷所帶動的民事法制調整，乃起因於信任關係不再是一對一的關係的轉變。同時，此一轉變除了反映在民事規範之上，理論上也應反映在刑事規範之上。縱使刑事法規仍依過往的一對一信任關係作為設計基礎，前開轉變並未完整地反映在當前的刑事規範上，執法者在具體操作規範時，仍應納入信任結構轉變的社會事實，而在刑事法規的解釋上，作相應的調整。

## 第二節 背信罪與商業經營

近年，台灣的公司或集團負責人面臨背信罪的指控時，往往會主張其行為並未違反職務，或想辦法援引各種抗辯以主張其行為並未構成背信，其中，「商業判斷」更是近年常見的企業集團、公司負責人所主張的抗辯。<sup>459</sup> 這個抗辯其實就是美國實務上所稱的商業判斷法則（Business Judgement Rule）。但是美國為什麼會發展出商業判斷法則，其內涵又是如何？這與與當代商業活動下，人與人的信任關係的轉變有無關係？而公司、集團負責人在面臨背信罪的指控時，主張商業判斷法則的意義又是如何？針對以上問題，以下將一一探討之。

---

<sup>459</sup> 如在紅火案中，相關被告即主張其乃基於商業判斷而為相關交易操作，見台北地方法院 96 年重訴字 19 號、98 年金重訴字 40 號刑事判決。另見林盛煌，前揭註 21，頁 79（2007）。但是，商業判斷法則不適用在刑事訴訟程序，已有學者著述說明之，詳見廖大穎、林志潔，前揭註 18 文。

## （一）公司負責人對於公司義務類型與信任結構的變遷

在美國，公司負責人負責處理公司事務，對股東或公司負有受託義務（fiduciary duty）。但是，為何有此義務？此義務的內涵為何？這些問題，終須回歸一基本問題：為何負責人須對股東或公司負此義務？

有論者將公司視為一持續存在的(關係)契約群，這個契約群存在於公司的組成員（股東）之間，以及組成員與負責人之間。<sup>460</sup>依常理，人與人締約時，必對契約內容字字協商、句句斟酌。而在公司這個組織底下，公司的資產，主要來自於股東（以及其他債權人），而由公司的負責人管理，在經營管理上，由於商業活動瞬息萬變，股東根本無法與負責人訂定鉅細靡遺的契約，因而須務實地給予公司負責人相當的管理裁量權限，而且，若要鉅細靡遺地協商契約內容，締約雙方須耗費的交易成本想必可觀。此外，由於公司的負責人並非公司資產的完全所有人，其對公司資產的管理，將有代理成本（agency cost）的問題，為了彌補之，股東必須監督之，然而若所有經理人、負責人的決策均須被監督，監督所耗費的成本甚鉅，而且，監督者也有代理成本的問題，又由誰監督監督者？為了解決這些問題，由國家法制訂定公司負責人對公司應負的受託義務的制度，便應運而生。<sup>461</sup>

受託義務作為公司股東與經理人、負責人之間的承諾與監督的替代，它具有節省締約雙方的協商成本，以及藉由國家之力，減少公司股東日後的監督成本的機能，而促使股東與公司的經理人或負責人，在大量節省交易成本的同時，儘速促成交易雙方達成交易，並促進整體的社會效益。<sup>462</sup>

本文認為，以上的論述雖然是立基於交易成本而闡發，但其內容其實已

<sup>460</sup> JANET DINE, THE GOVERNANCE OF CORPORATE GROUPS, 3 (2000).

<sup>461</sup> FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHEL, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW, 90-92 (1996).

<sup>462</sup> *Id.* at 92-93.

清楚闡明，當股東無力支付大量的成本而監督公司負責人的行為，無法再對其的權限作具體的授權的時候，其僅能仰賴對其專業的抽象信任。而國家的機能，便是建立一套義務群，明白規範公司負責人應盡的職責，從而將股東對公司的負責人的抽象信任關係具體化。<sup>463</sup>

但是，這些透過國家法制具象化的抽象信任關係（受託義務）的實質內涵如何？則是由美國實務藉判例法逐步累積、建立而來。

一般而言，論者認為受託義務可分為兩大類，分別為注意義務（duty of care）與忠實義務（duty of loyalty）。<sup>464</sup>而有學者認為，2006年德拉瓦州（Delaware）最高法院在2006年6月 *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation* 案的判決中，將誠信義務（duty of good faith）與前二義務並列，作為受託義務的類型之一。<sup>465</sup>但是，德拉瓦州最高法院在同年十一月的 *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter* 案的判決中，明白表示：公司經理人須為其未依善意而為的行為負責，因為依善意而為行為，是履行忠實義務的重要要件之

---

<sup>463</sup> 其實這裡隱藏一個公司法理上的重大問題：公司負責人所承擔的受託義務的保護對象，究竟是公司，還是股東？之所以會有此爭議，乃是因為股東集資成立的資產群被披上法人的外衣後，公司的董事、經理人等均受雇於該法人，而非全體股東。若依論者之研究，法人乃是資產實體化的結果，其根源乃是因為資產在商業化時代取得自我成長動能後（投入—產出—獲利—再投入—再產出—再獲利），為了鞏固其運作，並使得股東的投資得以自由流通、轉換，而由法律依社會需求所建構的概念，**法人化並非本質上的當然**。見李清譚，前揭註 117，頁 159-189。準此，關於公司負責人究竟為公司或股東負擔受託義務的問題，本文認為**公司負責人所負擔的受託義務的根源，仍應是以股東以其對於負責人的抽象信任而建構，不過為了鞏固資產的自我成長動能，其受託義務的負責對象毋寧仍是該資產群（即公司）。**

<sup>464</sup> Easterbrook, *supra* note 461, at 91.

<sup>465</sup> See *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 906 A.2d 27. 另見林國彬，董事忠誠義務與司法審查標準之研究—以美國德拉瓦州公司法為主要範圍，政大法學評論，100期，頁 157-174（2007）。（筆者註：林教授文中的「忠誠義務」，乃指 fiduciary duty 而言，亦即本文所稱之「受託義務」。）



一。<sup>466</sup>關於此處爭議，已非本文所欲討論範圍，故以下暫且僅以注意義務與忠實義務，來說明公司負責人對公司所負的受託義務的內涵。

所謂注意義務，係指公司的負責人於決策時，應合法、依充分的資訊並審慎為之。<sup>467</sup>但是，前開的「充分資訊」以及「審慎」為之，分別係指合理可得的資訊，以及合理的注意狀態而言。<sup>468</sup>

而所謂的忠實義務，要求公司的負責人必須以公司的利益為行為依歸，不得為自己代理（self-dealing）之行為，也不得剝奪公司之機會。<sup>469</sup>換句話說，在未得到公司的同意之前，負責人不得藉其職位，而為使自己獲利（self-interest）之行為。<sup>470</sup>利益衝突行為的禁止，是忠實義務的核心。<sup>471</sup>此外，前已敘明，依美國德拉瓦州最高法院的見解，公司負責人必須依善意而為公司治理之行為，否則亦構成忠實義務之違反。此外，當負責人明知有義務，卻不採取任何作為，則可以認定董事有意地忽略其職責，未盡其善意而構成忠實義務的違反。<sup>472</sup>

## （二）注意義務的違反與商業判斷法則

美國實務界以國家的力量，逐步以受託義務的概念，將股東對公司負責

---

<sup>466</sup> Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter, 911 A.2d 362, 39-70(De. 2006) (The court stated that “The failure to act in good faith may result in liability because the requirement to act in good faith ‘is a subsidiary element[,]’ i.e., a condition, ‘of the fundamental duty of loyalty.’” [citation omitted]).

<sup>467</sup> See Bayless Manning, *The Business Judgment Rule and the Director’s Duty of Attention: Time for Reality*, 39 BUS. LAW. 1477(1984).

<sup>468</sup> NANCY B. RAPOPORT & BALA G.. DHARAN, ENRON CORPORATE FIASCOS AND THEIR IMPLICATIONS, 899 (2004).

<sup>469</sup> *Id.*

<sup>470</sup> See Casey, *supra* note 200, 12-13(2010).

<sup>471</sup> 見林國彬，前揭註 465，頁 174。

<sup>472</sup> Ritter, 911 A. 2d 370.

人、經理人的專業的抽象信任具體化之後，下一步要面臨的問題便是：公司的負責人、經理人被授與廣泛的公司資產的控制權限，其行為是否應由國家全面監控，或者，在理論上享有少部分公司經營參與權限的股東，當其已交出財產控制權限，而交換財產利益（股票）在市場流通自由，並且在國家將其對公司負責人的抽象信任關係，轉化為負責人對公司的受託義務之後，<sup>473</sup>能否再透過民事訴訟方式，回頭再監控公司的負責人、經理人經營公司的行為？這是個別股東能否不透過事前授權限制，而轉透過事後的訴訟方式，具體限制公司負責人自由運作公司資產的問題。

為了能妥適認定股東的監控權能，以及認定公司負責人違反股東對其的抽象信任而產生的責任，同時避免過度扼殺商業的活性，美國實務界發展出一套商業判斷法則（business judgment rule）。

早在 1892 年，美國之實務見解便認為，由於所有股東在買進公司股票時，便已接受，公司的經營由多數股東，或由多數股東所選舉出來的負責人所主導，這些多數股東或負責人，對公司的經營控制，本具有裁量權，因此，縱使真有其他較佳的經營方略，法院仍不應介入公司的政策及經營手法議題。<sup>474</sup>因為有關公司經理人的民事責任爭訟，往往肇因於公司多數股東與少數股東之間的利益衝突，但是公司的負責人乃是經由股東選出，故美國實務均認為，負責人之決策應被推定是其基於善意，且為了促進公司的利益所為。<sup>475</sup>

本文認為，以上關於應尊重公司負責人決策的理論論述或許應該作些許修正：選出公司負責人的「多數股東」，在很多時候（尤其是在該公司為公開發行公司的時候），指由擁有一定數量股權的「少數」股東，藉由徵求委託書

---

<sup>473</sup> 參見前揭註 463。

<sup>474</sup> Wheeler v. Pullman Iron and Steel Company, 143 Ill. 197, 207, 32 N.E. 420, 423 (1892).

<sup>475</sup> Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 659 (1928).

的形式，而成為在投票上具有多數的優勢的股東。<sup>476</sup>這些股東，在絕對數值上，仍屬「少數」股東，但是由於「多數」而分散的股東放棄或讓渡行使權利的機會，因而使得這些「少數」的股東取得主導股東會的權限。因此，關於公司負責人選任，較精確的說法應該是：少數的股東因為多數股東放棄或讓渡行使股東的經營參與權限，而取得形式上的多數地位，並主導股東會中公司負責人的選任。而依股東會的遊戲規則，已放棄行使權利的股東，或在投票尚無法取得優勢的股東，必須聽任取得主導地位的少數股東選任負責人，此少數股東與公司的負責人之間，藉由選任的程序，與公司的負責人之間，已經由再嵌入的機制，而建立起具體化的信任關係。而其他不具主導地位的股東則與被選任的負責人之間維持一種抽象的信任關係。而所謂「推定」公司負責人的決策是為了公司的利益而為，便是國家要求未能取得主導地位的股東，其與公司負責人之間的抽象信任關係，原則上應退讓於取得主導地位的股東與其選任的公司負責人之間，所建立的具體信任關係。

而商業判斷法則便是在尊重已取得主導地位的股東以及其所選任的公司負責人的判斷、決定的想法下，由實務見解一步步建立起。由於法院「推定」公司負責人的決策乃是基於善意，為了公司之利益所做之決策，<sup>477</sup>除非原告能提出此決策嚴重錯誤，或負責人非基於惡意做出決策的證據，否則法院將不介入負責人的經營決策。<sup>478</sup>為了推翻前開推定，原告(股東)針對公司負責人某一造成公司受到重大損害的決策而向法院提起訴訟時，原告必須初步證明：依當

---

<sup>476</sup> 例如，在紅火案進行到最後，中信金控集團欲爭取兆豐金控董事席次的時候，所掌控的兆豐金控有投票權的股權約佔總數不過 15% 上下，而最大的股東——中華民國政府，擁有的有投票權的股權數也不過佔 18% 左右，均非百分比上的「多數」。

<sup>477</sup> “[It creates a] presumption that in making a business decision, the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company.” Aronson v. Lewis, Del.Supr., 473 A.2d 805, 812 (1984).

<sup>478</sup> Charles Hansen, *The ALI Corporate Governance Project: Of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule*, 41 BUS. LAW. 1237, 1238(1986).

時的條件，被告的決策過程中，已惡意或過度濫用其裁量權。<sup>479</sup>此外，若能證明負責人之決策未基於充分的資訊、或有重大過失(grossly negligent)、與該決策有利益衝突、或故意違反法律等情事，亦可推翻商業判斷法則之推定。<sup>480</sup>多數小股東與公司負責人之間的信任關係並不如大股東與公司負責人建立的信任關係亦強烈，故一般情形下，前者必須退讓於後者，但是不論是小股東或是大股東，均「期待」公司的負責人將為了公司的利益行事。前述推翻商業判斷法則推定的事由，具有破壞此等期待的高度可能性，因此如果股東已舉出此等事由為證，推翻商業判斷法則的推定，法律便進一步允許，縱使為僅和公司負責人建立抽象信任關係的小股東，亦得以再度取得主導、監督公司負責人行為的地位。

惟抽象的信任關係重新取得主導監督公司負責人的行為，仍不等於公司負責人已破壞其對公司的責任，也不等於抽象信任關係可以全然架空與原選任之的少數股東間的具體信任關係。故推翻商業判斷法則，不當然等於公司負責人必須為其行為負民事責任。當公司的負責人被選任之時，代表全體股東選任之的股東，乃期待該被選任之人為公司的利益而經營公司，此乃股東與公司負責人之間的具體信任關係的實質內涵之一，也是抽象信任關係對公司負責人的期待的主要內容。而當代表公司起訴的股東，能推翻商業判斷法則後，法院便須進一步審理公司負責人所為的商業決策是否公平，而由被告負起其決策在交易及價格上，均符合公平原則(fairness standard)的舉證責任。<sup>481</sup>判斷決策內容是否公平，便是判斷負責人的行為，是否已進一步破毀選任人對之的具體信任關係，以及大眾投資人對之的抽象的信任關係。

從前述分析可知，美國法制非常保護公司負責人之決策自由。本文認為，

---

<sup>479</sup> *Warshaw v. Calhoun*, 221 A.2d 487, 493 (Del. 1966)

<sup>480</sup> JAMES A. FANTO, *DIRECTORS' AND OFFICERS' LIABILITY*, 2-37 - 2-39 (2008).

<sup>481</sup> *Unitrin, Inc. v. American Gen. Corp.*, 651 A.2d 1361, at 1371.

對於公司負責人的決策自由的保障，所反映的正是具體的信任關係與抽象信任關係之間的重大差別。

### （三）忠實義務的違反與誠信服務詐欺

忠實義務禁止公司負責人為利益衝突的行為，亦屬國家將股東對公司負責人的抽象信任具體化的行為規範。一旦公司負責人為利益衝突的行為，如自我利益衝突的交易等，已顯見其行為除了違反抽象信賴關係，更是違反原選任該負責人的股東與之建立的具體信任關係。而當公司負責人為利益衝突的行為，是受到原選任該負責人的股東的支配所致，或是為了該股東的利益而為之，此時雖然不見得可說該負責人的行為已違反其與該選任股東之間的具體信任關係，但是此行為卻不利於其他未能取得主導選任公司負責人之權的其他股東。此時，忠實義務的規定，毋寧是一種國家要求具體信任關係退讓於抽象信任關係的特殊規定。因此，忠實義務毋寧是一種特別側重於保護「全體」股東的一種義務類型，此等義務的違反，乃是一種較為嚴重的抽象信任關係的違背的行為。

而本文第二章於簡述美國誠信服務詐欺理論的時候曾提到，聯邦各法院普遍認為，誠信服務詐欺所規範的，並非單純地違反契約的行為，使理論僅適用在有人（不一定是被告）對被害人提供誠信服務的受託義務的情況。<sup>482</sup>就誠信服務詐欺的本質而言，其所欲規範的應是行為人為了自己或他人利益，而違反自己對他人的信任意義的利益衝突行為。故雖然各法院未明確說明，但是各法院在處理誠信服務詐欺理論的適用範圍問題時，所稱的受託義務的違反，應該是指忠實義務的違反而言。<sup>483</sup>而美國司法部（Department of Justice）也同意，截至 2010 年為止，尚無以行為人違反注意義務為由，而以誠信服務詐欺

<sup>482</sup> Casey, *supra* note 200, at 52.

<sup>483</sup> *Id.* at 48.

論以郵件、電信詐欺，或其他刑事責任之例。<sup>484</sup>

因此，我們至少可以確認，在目前的美國法制底下，國家使公司的負責人對公司負有兩種類型的義務。第一種類型為注意義務，受到商業判斷法則保障，法院推定公司負責人已盡其責任，此規範側重於對具體信任關係的保障；第二種義務類型—忠實義務—若違反者，行為人除原本的民事責任之外，更可能被課以刑事責任，此規範則將規範的重點放在抽象信任關係的維護之上。將公司負責人的義務類型化，並對違反不同義務類型之公司負責人，施以程度不同的法效果，此乃美國當今規範公司負責人行為的一大特點。

#### （四）尊重商業經營及節制背信罪的應用

前述因為抽象的信任關係與具體信任關係的區別所帶來的法制上的區別，在我國雖然不明顯，但實際上仍然有之。

前曾說明，我國對於受有報酬的受託人課以善良管理人的注意義務。而善良管理人的注意義務又為客觀化的注意義務類型。所謂善良管理人注意義務，乃是指社會上一般誠實、勤勉而有相當經驗之人，所具備的注意，這是一種「程度」上的注意義務。<sup>485</sup>而由於在民事的委任關係底下，委任人對受任人的職務範圍、權限及監督，均可作具體而詳細的規定，故僅有「程度」的規定，已足以作受任人的行為指導規則。但是，在公司的經營部分，前已說明股東不可能對公司負責人的職務內容作鉅細靡遺的規定，而僅能概括地授予權限，若單從善良管理人的規定，實不足已作為公司負責人的行為準則。<sup>486</sup>

我國法界意識到此一問題後，在 2001 年修正公司法時，增訂公司法第 23 條第 1 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，

<sup>484</sup> *Id.* at 88-89.

<sup>485</sup> 王文字，前揭註 64，頁 118。

<sup>486</sup> 同上註。

如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。」而立法理由更將忠實義務與注意義務並列，究其意旨，應是希望使忠實義務成為公司負責人的行為義務的具體內涵。有論者認為，此之忠實義務，乃是引自英美法下的忠實義務概念。而我國雖已引進忠實義務，但因為未清楚交代其內涵及如何適用，故相關內容仍待未來立法或學說補充、闡釋。<sup>487</sup>雖然法制內容仍有待充實，但就其精神，已經可以發現我國已試圖建立公司負責人之於公司的具體行為準則。

若從抽象信任關係以及具體信任關係的區別的觀點看，善良管理人的注意義務其實就是一種國家基於保護抽象的信任關係而建立的公司負責人的行為準則，不過此準則的內涵並非具體實質的內容，而是要求行為人的行為，必須就如同一個合理、理性的公司負責人一般。而忠實義務部分，雖然立法者未詳細說明其內涵，但其設立意旨應同於美國法下的公司負責人的忠實義務，其代表對於抽象信任關係以及具體信任關係的保障，以及前者對後者的限制。

退萬步言之，縱認為公司法第 23 條增訂公司負責人的忠實義務後，其實質內涵尚不明確，而無操作的可能性。但是本文第二章說明背信罪的主觀構成要件時已曾說明，我國背信罪所規範的主觀不法意圖要件—損人意圖以及得利益圖，具有限縮背信罪適用範圍的機能。而一旦受託人具有圖利意圖或損人意圖，而不顧一般受託之人應盡的行為注意義務，受託人的行為將可被認為是具有利益衝突或不具善意，而成為背信罪所規範的客體。從此角度看，我國背信罪所規範的行為，其實也略同於於美國法下，公司負責人違反忠實義務的行為。<sup>488</sup>就這個觀點來看，背信罪的不法意圖要件，其實有填充受託人行為義務的實質內涵的作用。<sup>489</sup>

---

<sup>487</sup> 同上註，頁 119。

<sup>488</sup> 另參見邵慶平，商業判斷原則的角色與適用，科技法學評論，8 卷 1 期，頁 128（2011）。

<sup>489</sup> 但在此必須說明，並非所有國家的背信罪規定均訂有特定的不法意圖要件。例如，德國的背信罪規定便不要求行為人需具有特定的不法意圖。

從上述二點來看，我國就規範內容而言，雖然不盡確實，但是實具有與美國規範公司負責人行為時，依不同的信任關係而建立的不同規範的類似架構。

事實上，這樣的規範模式最大的問題並不在於法制本身，而在如何操作。美國的誠信服務詐欺以及我國的背信罪，重點放在公司負責人是否有違反忠實義務的行為。但是如何證明公司負責人違背其義務？以我國的背信罪為例，檢察官如何舉證證明不法意圖存在？而法官又要如何認定不法意圖存在？<sup>490</sup>

在此以紅火案的相關判決—96年重訴字第19號判決為例，該法院認定不法意圖的理由如下：「...結構債之出賣草率而未依正常、正當程序，全由中信銀行總行財務總處為之...其雜亂輕率之過程，益證辜仲諒、林孝平、及被告張明田、鄧彥敦、林祥曦均明知本件結構債交易對手紅火公司為陳俊哲所得操控公司，系爭結構債交易為一關係人交易...本件中信銀行香港分行與紅火公司間結構債買賣契約中價金分期付款之條件應為結構債買賣契約中之重要事項，惟觀...中國信託商業銀行公文簽辦單（含簽呈）中，均未有紅火公司就系爭結構債買賣價金得分期付款，並於支付頭期款後即取得系爭結構債所有權之相關內容記載，更未知會中信銀行內部信管單位，嚴重違反內控程序，顯示決策者僅有個人之意志，全無法令及內控之考量，僅係為特殊目的為之...被告張明田、林祥曦及陳俊哲何以同意將系爭結構債買賣價金由二期給付改為三期給付？對此契約重要之條款何以隨意變更？中信銀行何以一再退讓，唯有被告等

---

<sup>490</sup> 此問題在我國的法制之下方有討論可能，因為在美國的法制下，行為人是否具有意圖，乃是事實問題，應交由陪審團認定，且陪審團不須為其心證如何形成附理由說明之。在這樣的制度底下，本文實無法檢討美國的陪審團心證形成的過程及其理由。而台灣，行為人是否具有不法意圖，乃是由法官認定，且其認定理由須載明在判決理由書之中。在此制度底下，吾人自然得以利用判決書，檢視法官如何形成心證，以及法官認事用法的過程，是否符合法制設計。



欲圖利紅火公司，方自可不必斤斤計較始得為適當之解釋。<sup>491</sup>」

在前開論理過程中，法院認為由於中信銀行在整個契約締訂過程均違反內部控制程序，且在締約條件上一再退讓，故認為相關負責人均有圖利紅火公司之意圖。然而，前開認定不法意圖存在的方式，是一種幾近「想當然爾」，幾無論證的直覺式論理過程：遵行內部控制程序與圖利他人的關係何在？契約明文的條款不利於一方，是否便全然等於圖利他方？本文認為以上二問題應有進一步斟酌的空間，惟法院並未進一步說明，如果各法院一貫採取此種論理方式，則立法者所建立的信任關係保護體系將被破壞，只要公司負責人行為違反注意義務，即可能被認為忠實義務有瑕，而被論以背信罪，原本背信罪的不法意圖要件的過濾機能，將被掏空。

對此，本文認為美國的商業判斷法則，倒是建立了一套可供參考的檢視公司負責人決策的流程：

商業判斷法則的精神，乃是認知決策風險的存在，並限縮法律介入的空間，已顯示對於公司負責人與選任之的股東之間的具體信任關係的尊重，以鼓勵受委託之人（或公司負責人）冒險、創新，以及實踐委託人將財產事務委託他人之目的。而且，商業判斷法則基於對於風險的認識，瞭解損失並不一定直接來自於決策本身，高報酬背後乃以高風險做為代價等觀點，<sup>492</sup>要求法院縱使真的要介入審理系爭決策的良窳，也僅應將審理重點放在系爭交易決策程序及交易內容是否「公平(fair dealing and fair price)」，同時由被告負舉證責任。<sup>493</sup>此點認知，正可供我國法院及受到背信罪威脅的公司負責人參考。

首先，吾人必須認知到，在我國刑法下，若公司負責人被控違反背信罪，

<sup>491</sup> 台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決。

<sup>492</sup> Easterbrook, Fischel, *supra* note 461, 99-100.

<sup>493</sup> *Unitrin, Inc.*, 651 A. 2d at 1371 n. 7.

則法院欲審理的核心內容為公司負責人的決策行為是否真的違背其職務，並損及公司的財產利益。然因為在交易的過程中，影響公司財產利益的唯一因素乃是交易的內容，交易的程序不公，若最後交易內容合理，應不至於影響財產利益。

因而，在背信罪的刑事責任上，既然公司財產利益受到損害，是一必要的結果要件，那麼，法院在審酌行為人的行為時，理應以審酌將影響被害人財產利益的因素為限，否則將逾越刑法所扮演的角色。從而，我國法院在審理背信罪下，公司負責人之決策是否損及公司的利益時，自應以交易內容是否公平，作為評斷決策是否恰當的依據。若僅是決策過程不公，而決策內容妥適，尚不足以作為行為人觸犯背信罪的依據。惟，決策內容是否公平，有時並無法於決策時立即判斷，為了避免法院的後見之明，此時法院審理的重點應側重於決策過程是否公平，倘若決策過程公平，應推定決策內容妥適，而由指控被告背信的檢察官，再負舉證責任，證明在決策當時，依當時的相關條件，已足以判斷該決策的內容並不公平。

本文認為，「交易決策內容是否公平」之於背信罪的不法構成要件的意義，應在於阻絕圖利益圖以及損人意圖等不法意圖構成要件的成立。由於不法意圖之實踐，必須透過特定的外在行為為之，該外在行為必然須與該意圖有所連結。倘若被控背信之公司負責人可以證明，其於決策時，至少主觀上認為系爭決策之內容公平（已考慮過風險大小、未來報酬等因素而調整交易價格）等，或雖無法證明該決策已考慮上述因素，但是該決策曾由其他完全不具利害關係之人背書等，應可作為公司負責人並不意使公司受到損害，或藉以圖利自己或他人的佐證。因為既然其主觀上已認定交易內容公平，或交易決策是由曾由不具利害關係之人背書，則最後公司獲利或受到損害，應是受到一些被告或其他不具利害關係人所無法或未預見、控制或調整的因素（即交易風險）介入所致。

<sup>494</sup>此時，對於該負責人而言，其所為的「決策本身」與公司的「損害」之間的主觀上的關連，早已被這些因素所「截斷」，從而並沒有任何公司負責人基於不法意圖，而透過違背職務的行為，致使公司受到財產上的損害的行為存在。此時，縱檢方證明被告所擁有的資料不全、資料判讀有誤，致使該交易決策的內容在客觀上並不公平，亦無法作為認定被告具有不法意圖的證據。<sup>495</sup>這些瑕疵，至多可使被告負擔未盡其對公司之義務的民事責任而已。

援此，當公司負責人面臨背信罪的指控之時，實可提出其主觀上認為，系爭交易的內容公平合理、已考慮過當時競爭條件、未來獲利狀況、以及交易

---

<sup>494</sup> 至於一般的主觀要件「故意」的認定，本文認為應從行為人是否預見其已違背身為受託人的義務的角度來認定。就如本文在第二章第三節討論背信罪不法意圖要件之機能的時候所言，在民法下，對於受託人的義務，如果受託人受有報酬，乃採善良管理人的注意義務標準，此為客觀標準，因此只要行為人可以預見其行為已逾越一個善良管理人的可能判斷空間，應可認定其已違反其身為受託人應盡的義務。主觀上「故意」違反義務，並不代表其決策必然不公平合理。決策是否公平、合理，所考慮的是投資風險高低、收益大小及其他與交易相關條件，此為認定行為人是否具有有圖利或損人意圖的問題，與認定是否故意違反義務是兩種完全不同的概念。

<sup>495</sup> 台灣高等法院 92 年金上重訴字第 14 號刑事判決的判決理由表示：「因商業投資本有其風險以及事實上無從事前評估規劃之盲點，而商業投資是否成功，亦牽涉日後經營環境與市場之變遷之情形，復受經營方針之選擇、決策執行等等因素之影響，而此等因素均非於決定投資之時所得確定，況投資金額之決定，除有市場價格可以做為參考之情形外，因受上揭因素之影響，並無從依照特定或標準之計算方式確定適當之價格，另投資財務困難之企業固然與投資體質健全之企業不同而更須注意其經營上困難之處，然如能其將此經營困境之情形反映於投資之價格上時，則其交易亦難謂有何未妥之情形，此與投資體質健全之企業一般均屬可得投資之標的並無二致，故此項投資應與其投資之目的互相關照，以視其投資之商業判斷是否違背常理或偽做價格而定，非可因其所投資之企業事後有其財務困難，即得推論行為時即涉有不法。」台灣高等法院的前開見解實已表明我國實務也已意識到交易決策實具有不確定性，故在某程度上，實應尊重企業決策者的判斷。但是在判決理由中，前開判決並未詳細交代將該風險反映在交易的內容上時，在不法構成要件的意義為何，不過細觀其認定被告無罪的理由觀之，法院在陳述完對於商業經營風險的觀點後，之後在事實審酌的部分均將焦點至於被告是否有獲取不法利益或損害本人利益意圖等情事，該法院似乎亦認為公平的交易內容或程序之於背信罪的意義，乃在於不法意圖的有無。

價格，或決策曾由其他不具利害關係人背書等證據，作為反駁檢方指控其具有圖利自己或他人，或損害公司之意圖的反證。<sup>496</sup>

前開檢視流程，在相當程度上，應該仍然維持了抽象信任關係與具體信任關係之間的分界，以及法規的保護密度，但是此等檢證流程仍有其極限。而最關鍵的問題仍然回到了：在公司或企業集團舞弊的案件裡，是否有信任關係被破壞，此等信任關係的質、量又是如何？

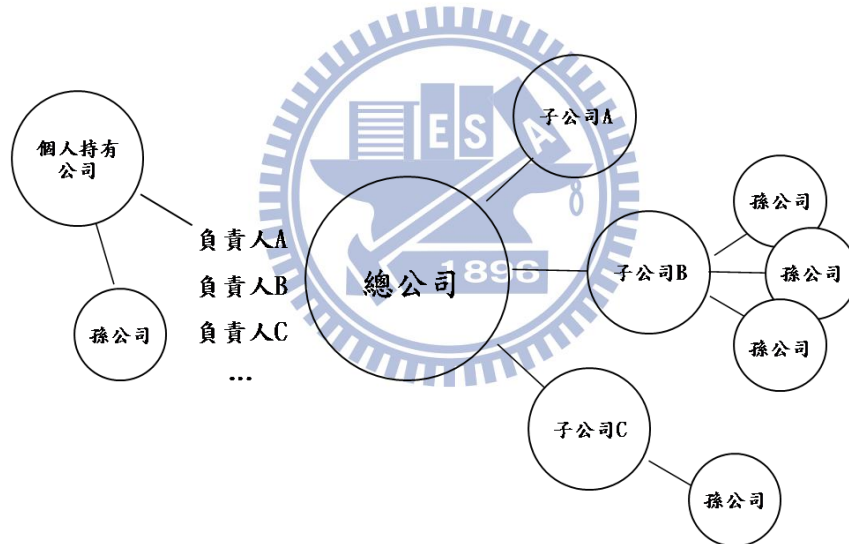
### （五）企業集團弊案與背信罪保護標的

本章致力於刻畫信任關係的變化對於背信罪的影響：背信罪在最初就是為了補強人與他人藉由契約所締結的關係的強度而設，其規範、保護的客體，其實是一種具體的信任關係，而在單一的大型公司結構底下，股東與公司負責人的關係，被切割成抽象的信任關係以及具體的信任關係兩種。而國家就公司負責人對公司而負擔的義務所設定的法制，乃是將股東對公司負責人的抽象信任關係具體化。其被切割為兩層次，第一層次為注意義務，其違反尚不足已作為刑事處罰的發動條件。而第二層次的具體化抽象信任關係——忠實義務，一旦違反，則法律上直接認定行為人違背信任關係的程度已達到與破毀具體信任關係相若的程度，進而維持國家取得以刑事規範介入的正當性。

<sup>496</sup> 有論者認為，行為人違反誠實處理事務之義務的行為，乃屬於「違背其任務」之範疇，而背信罪所規定的兩個主觀不法意圖的要件，是其他犯罪行為的構成要件問題，與行為人的誠信無關。見周治平，前揭註 10，頁 15-16。然本文認為，若受託人處理委託人委託之事務，其任務內容除依約定外，執行時應注意之程度則已規定於民法之中。前已說明，受託人處理委託人事務，若受有報酬，則須盡善良管理人之注意義務，此乃是一客觀之義務，凡違反「善良管理人之注意義務」之客觀要求者，除構成民法上受託義務之違反，亦等同背信罪上「違背其任務」行為，此時應無須再進一步檢視行為人是否已違反誠實處理事務之義務。關於行為人之誠信問題，其是否已達刑法欲介入規範的破壞信任關係的問題，本文認為，此已進入立法者藉由背信罪之主觀不法意圖要件加以規範、控制的範疇。唯有如此解釋，方不致使民法及刑法規定之內容產生落差。

前述關於不法意圖要件的檢視流程，應已足以在相當程度上，維繫背信罪作為保護信任關係，以及仰賴此等信任關係而可得期待的未來財產利益的工具，同時保持公司負責人的決策彈性。因為已由國家法制介入調整，故此時小股東與公司負責人之間的信任關係是否具體明確，已不那麼重要。但是當代的商業經營模式已不再是單純的平面式契約結構，而已進化為複雜的、立體的集團經營結構模式，信任關係的內容、質量將因為組織架構的不同，而可分為不同的層級。當信任關係的質量已隨著組織架構而階層化的同時，原本以單一質量的信任關係為規範核心的背信罪，其規範結構是否足以因應，便成為嚴重的問題。

圖表 17 集團結構示意圖



若以上圖表 17 集團結構示意圖所示的集團結構為例，各個公司均有其負責人，在集團結構底下，由於總公司對於子公司、孫公司有控制權，若總公司的負責人令子公司為不利益交易時，背信罪可否介入？事實上，我國實務有「實際負責人」的概念，<sup>497</sup>因此或許可以總公司的負責人乃是子公司「實際負責人」

<sup>497</sup> 如最高法院 86 年台上字 4462 號刑事判決：「按公司法第十五條第三項公司負責人之處罰規定，係直接以公司負責人為犯罪主體，而所謂公司負責人，在有限公司、股份有限公司為董事，公司之經理人在執行職務範圍內，亦為公司負責人...原判決竟以被告並非高崎公司登

為由，論之以背信罪。但是，當組織架構複雜化以後，信任關係的質量也會隨之變遷，逕以背信罪論之，是否妥當？不無深入研究的必要。

### 第三節 企業集團的利益調度與成員公司股東對集團負責人的信任關係

#### （一）複雜的控制結構與薄弱的信任關係

美國公司法學者 Adolf A. Berle 與 Gardiner C. Means 在其共同著作中將股東對公司的控制分為 1. 通過幾乎全部所有權所實施的控制（主要出現在閉鎖公司）、2. 多數所有權的控制（控制權集中在持有多數股票的持有者手中）、3. 少數所有權控制（持有有一定數量股票，再透過徵求委託書的方式達成控制目的）、4. 經營者控制（股權高度分散，沒有股東可以對經營者形成壓力）等情況。<sup>498</sup>此外，Berle 與 Means 認為尚有一種控制手段，是通過法律手段實施的控制（如 A 公司持有 B 公司的多數股權，而 B 又持有 C 的多數股權）<sup>499</sup>但是，本文認為最後一種方式所描述的，其實較貼近於綜合應用前述數種方式，而結合成一個企業集團的控制方式。

在前述四種股東控制公司的方式之中，通過幾乎全部所有權所實施的控制的方式將會使經營者與所有者高度重合，或（幾乎）全部所有者均與公司經營者間具有具體的信任關係；而經營者控制的方式，由於股權高度分散，故此時經營

---

記名義負責人，而謂其並非公司法第十五條第三項處罰之對象，其法則之適用即有違誤。」；板橋地方法院 92 年訴字 1414 號刑事判決：「刑法第二百五條業務上登載不實罪所規範之對象...以公司組織型態者，係以經營公司業務之人為準，原則上雖為公司登記之名義負責人，惟若公司之名義負責人與實際經營公司業務之人不同時，參酌犯罪之處罰，須具備構成要件相當性、行為之違法性及行為之有責性之法理，以處罰實際經營公司業務之人，方符公平正義原則及立法本意。」

<sup>498</sup> Berle，前揭註 438，頁 80-97。

<sup>499</sup> 同上註，頁 82-90。

者與股東乃是處於抽象的信任關係。除前述兩種方式之外，其餘的控制方式將會產生不同的股東與公司負責人產生有抽象的信任關係或及具體信任關係的差別。其中，與公司負責人具有具體信任關係之股東，通常與公司負責人具有強烈的連結，亦具有影響公司經營之可能。故美國將此等股東稱為控制股東，而認此等股東也對其他股東負有受託義務。<sup>500</sup>換句話說，此時控制股東與其他股東之間，也建立了一種抽象的信任關係。

在企業集團底下，母公司對子公司的控制，主要應為通過幾乎全部所有權所實施的控制、多數所有權的控制、以及少數所有權控制三種類型。就後二者而言，母公司之於子公司，其實正處於一種控制股東的地位。如果信任關係可以單純依前述方式處理，應無太大的問題。但是，由於企業集團的利益結構與單一公司結構的狀態並不相同，以前述單一公司的角度理解，可能不甚妥當。

在一般的單一公司的結構底下，縱使股東無法於公司的經營階層透過再嵌入的機制而締結具體的信任關係，但其至少可以期待，專業的公司經營階層應是為了公司的利益而運作公司，因此股東對公司經營階層的抽象信任關係，仍有一具體的核心。但是，這樣的具體核心—為公司的利益來運作公司，卻不存在於集團結構底下，子公司股東對總公司的決策階層的信任之中。

企業集團下，母公司與子公司之間的關係，最受爭議之處在於：企業集團是為了追由群體利益而存在，單一成員的利益並非集團負責人的最終考量。此

---

<sup>500</sup> Allied Chemical & Dye Corp. v. Steel & Tube Co., 120 A. 486 (Del. Ch. 1923)(“When, in the conduct of the corporate business, a majority of the voting power in the corporation join hands in imposing its policy upon all, it is beyond all reason and contrary, it seems to me, to the plainest dictates of what is just and right, to take any view other than that they are to be regarded as having placed upon themselves the same sort of fiduciary character which the law impress upon the directors in their relation to all the stockholders.”)但是，畢竟股東與公司的經營管理階層在身分上仍有不同，故美國法院認為控制股東的忠實義務的具體適用情形，目前乃以控制權出售（sale of control）、內部人交易（Insider Trading）以及關係企業間的交易等情形。見王泰銓，比較關係企業法之研究，頁32-38（2004）。故就範圍上，仍與一般的公司經營階層仍有不同。

外，企業集團的存在具有降低營運成本，而增加集團成員在市場上的競爭力的作用。諾貝爾經濟學獎得主 Ronald H. Coase 在 1937 年發表的廠商的本質（The Nature of the Firm）一文中，已明白表示，商人運用市場是有成本的，市場的價格機制固然可以配對供給者以及需求者，但是商人在市場中搜尋資訊以及與他人締約協商，均須耗費成本。<sup>501</sup> 如果可以組成一個組織，並授權某人支配資源，就可以省下一些利用市場的成本。<sup>502</sup> 其次，企業集團的存在，既方便集團內成員資金調度，且不會有資金向外流的風險，也可以利用移轉定價的方式，調整集團內成員的產品銷售，以調整利潤分配及經營風險。<sup>503</sup> 此外，對一公司而言，其欲拓展新的業務，除了增設新的部門以外，其實也可以透過以轉投資或企業合併的方式為之，<sup>504</sup> 此種方式或可降低公司拓展新的事業的成本。

從而，在企業集團的關係底下，母公司與子公司，或子公司與子公司之間，其利益是流動、分享的狀態，甚至連資源也是彼此調度、支用的。在這樣的關係底下，以原本看待股東與公司負責人之間的信任關係的概念來看企業集團內，各成員之間的關係，是有疑問的：

首先，就如同前述，在結構單一的公司下，股東與各公司負責人之間，股東縱使對公司負責人僅存有抽象的信任關係，其基本上仍然能夠期待，該公司的負責人是為了公司的利益而經營、運作公司的。而政府所規定的注意義務、忠實義務，也是從這個角度來理解的。但是當公司進入一個企業集團裡面，各個股東僅能期待公司作為一個企業集團的一份子，在資源調度及風險控制上，會變得更有餘裕，進而對公司的營運產生一定的安全感。但是這種安全感，卻是建立在公

---

<sup>501</sup> Ronald H. Coase 著，陳坤銘譯，廠商、市場與法律，頁 49-50（1995）。

<sup>502</sup> 同上註，頁 50。

<sup>503</sup> Note, Investor Liability: Financial Innovations in the Regulatory State and the Coming Revolution in Corporate Law, 107 HARV. L. REV. 1941 (1994).

<sup>504</sup> 王志誠，集團監理機制：關係企業治理機制支解與建構—兼論金融集團之內部監控，中正財經法學，1 期，頁 4（2010）。



公司的資產交給一個更高階層，且非自身所能介入、干預的管理集團，而且是以必要時須將自身公司的利益與他人分享作為代價所換取的。準此，一旦公司進入一個企業集團的關係底下，原公司的資產的控制權，與各公司的股東所享有的財產利益享有權之間，距離將被拉得更遠，而各子公司的股東，對企業集團的管理階層，只能抱持一種比原本對各該子公司的負責人的信任更為抽象的抽象信任關係。此種信任關係的削弱，甚至會因為母公司對子公司的操縱關係，而連帶影響原股東對子公司管理階層的信任關係。<sup>505</sup>

## （二）集團負責人與集團利益

本文在第三章藉由紅火案始末的分析，已經指出，一個集團負責人，在決策時會把子公司的資源當成集團可控制、支配的一部份；有動用所有集團內可用資源與交易操作，以消彌「損害（相對於參考點而言）」的高度傾向；而且會高估其行動的成功率，並被沈沒成本套牢而無法抽身等特徵。

如果從前述企業集團成立的利益的角度來看，以上幾點行為均是合理，且合乎企業集團利益的：首先，企業集團的負責人首要避免的，就是集團內部產生任何損害，而正如本文第三章所說的，一個被強迫揭露的轉投資訊息，就經營者的角度而言，其實是具有相當的市場價值的。要避免該價值無端被散佈到市場

---

<sup>505</sup> 也許有人會認為，如果母公司是百分之百持有子公司，則子公司的資產的財產利益享有權及財產控制權，均屬同一人所有，此時母、子公司僅是形式上的差別，但兩者事實上是一體的，故無股東對管理階層的信任關係轉變的問題。但是，本文認為尚須考慮債權人的信任問題。因為債權人（如債券買受人），在某程度上，與公開發行公司的股東是極為類似的，均是將自身財產的控制權交給他人，而將財產的利益享有權留下，此時其實是對公司的管理階層保有一種抽象的信任關係，只不過其對公司的經營管理幾無介入權限，故其對公司的管理階層是全然的（抽象）信任關係。當今日該公司進入一個企業集團關係底下，該公司的債權人所面臨的處境，與該公司的多數小股東其實是十分類似的。而若該公司為銀行（如中信銀行）時，則銀行的客戶，本身就是銀行的債權人，銀行將債權人的資產轉為自身可調度的資源，而由債權人收取固定或不定的孳息，此時當中信銀行進入中信金控的體系之後，中信銀的債權人僅能抽象地期待中信金控會為了中信銀行的利益，或至少不會損害中信銀行的利益的前提下，調度中信銀行的資源。

上，而由不相干的人接收，最有利的方式自然是由屬同一企業集團底下的成員承接此一利益，進而達到減少損害（或換個角度看，使集團內的其他公司得利）的目的。此時，對於集團的負責人而言，其目的乃是把利益留在集團內，而不是留在哪一個集團成員的口袋，只要哪個成員的資源可以調動，就從哪裡調動資源，同樣的，只要將資源留在特定成員，將可達到資源最有效利用、資源最大化的話，就使資源往該方向流動。

至於其對成功率的高估，則是對於自身所處的控制地位的自信，此等行為本身並應無道德的非難性可言。至於因為套牢成本的考量，而不願放棄原本的計畫，更可說是為了企業集團整體（或被調度資源的成員）的利益的考量，因為資源一旦調度，在會計帳上均應記上利息的成本，若不能回填成本，這對該成員或企業集團整體，均是一筆損失。若因此而堅持繼續進行計畫，實難單以此為由，認定企業集團的負責人有何不當的行為。

### （三）因信任關係變化而調整的財產利益收取權限

企業集團雖然有其經營上的優勢，但是凡是有其優勢，必有其缺點：由於企業集團的成立，乃是以控制與被控制關係作為各成員之間的連結，當被控制公司淪為控制公司的經營工具時，其資產很有可能因為被控制而逐漸空洞化，致使被控制公司的股東或債權人的權益無法受到充分保障的問題。<sup>506</sup>我國立法者在86年通過公司法關係企業章，便是希望積極處理企業集團經營結構的利弊問題。

姑不論關係企業章下，立法者是否過度限縮關係企業範圍的問題。在關係企業章下，立法者將企業集團的成員分為控制公司與被控制公司與相互投資公司，<sup>507</sup>並於公司法第369條之4規定：「控制公司直接或間接使從屬公司為不合

<sup>506</sup> 王泰銓，前揭註500，頁203-204。

<sup>507</sup> 公司法第369條之1規定：「本法所稱關係企業，指獨立存在而相互間具有下列關係之企業：一、有控制與從屬關係之公司。二、相互投資之公司。」同法第369條之2規定：「公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。除前項外，公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者

營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為**適當補償**，致從屬公司受有損害者，應負**賠償責任**。控制公司負責人使從屬公司為前項之經營者，應與控制公司就前項損害負連帶賠償責任。控制公司未為第一項之賠償，從屬公司之債權人或繼續一年以上持有從屬公司已發行有表決權股份總數或資本總額百分之一以上之股東，得以自己名義行使前二項從屬公司之權利，請求對從屬公司為給付。前項權利之行使，不因從屬公司就該請求賠償權利所為之和解或拋棄而受影響。」

前條規定下，必須注意下列幾項重點：

第一，此規定明文承認企業集團內操作交易分配利潤、風險等需要，而允許控制公司得操控從屬公司而使之為不利益之交易；第二，若使從屬公司為不利益交易，只要在會計年度終了前回填從屬公司所受之損害即可；第三，若遲未回填，從屬公司將取得請求損害賠償的請求權。<sup>508</sup>

雖然有論者認為，此允許控制公司使從屬公司為不合營業常規之經營的規定，「通常僅控制公司之董事或核心成員瞭解內容，從屬公司之少數股東及債權人僅能依賴公司法第 369 條之 12 關係企業書表及會計師查核簽證報告的內容獲知其內容，但企業集團的相關書表及會計師查核簽證報告之內容，往往避重就輕，根本無法披露關係企業交易的細節，更遑論對從屬公司提出補償或賠償。」

<sup>509</sup>另有論者認為，因為公司法第 369 條之 4 使用「不合營業常規」、「其他不利益

---

亦為控制公司，該他公司為從屬公司。」同法第 369 條之 9 規定：「公司與他公司相互投資各達對方有表決權之股份總數或資本總額三分之一以上者，為相互投資公司。相互投資公司各持有對方已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數者，或互可直接或間接控制對方之人事、財務或業務經營者，互為控制公司與從屬公司。」

<sup>508</sup> 此條與同法第 369 條之 5 受利益之其他從屬公司連帶賠償責任、369 條之 7 從屬公司債權人之保護等規定，同屬立法者承認公司間的支配關係後，所規定的財產權益調整配套規定。見 1997 年公司法部分條文修正草案總說明，立法院公報，86 卷 23 期，頁 117-127。

<sup>509</sup> 廖大穎、陳哲斐，論股東權之餘關係企業與代表訴訟法理的研究，興大法學，2 期，頁 99 (2007)。

經營」等高度不確定法律概念，將造成實行上的困難，且又涉及舉證責任及其他訴訟程序上的負擔問題，此規定根本就是一個「無牙老虎之年度補償與損害賠償制度」，能否達成當初立法之理念，實有待觀察。<sup>510</sup>

雖然規範設計上或有前述問題，但是本文認為此條文的規定，已明確含有隨信任結構轉換而調整法規範的意味：

在最原始為了脫離人身與時地限制所發展的「脫域」機制中，商人扮演供給勞力的角色，某程度上更可說是一種全然被支配的角色，故信任關係在此的機能並不顯著。隨後在中世紀，商人逐漸以契約、一定的代價作為連結商人自身與他人的機制，在前述的兩種關係底下，人與人的直接信任關係是連結不同個人的核心，委託、出資之人基於此等信任關係，對於獲得收益有十分具體的期待，而由其等取得收益的主導權，也是基於傳統財產的邏輯所推演出來的基本規則。我國民法第 541 條關於受任人交付及移轉權利的義務規定，可算是此等規則的現代化身。

但是當商業經營模式進入公司的結構後，人與人的信任關係逐漸削薄，對財產的收益的期待的具體性也跟著降低，法律以及實際操作上，原出資之人（股東）的收取利益的權利不斷被壓縮。而當商業經營結構進入企業集團的經營模式後，成員公司的股東與所出資的財產的終極控制人（集團負責人）之間的信任關係變得更加薄弱了，也幾乎完全喪失財產的控制權限，其對原出資財產的收益期待，幾乎變成一種抽象的「相信」。而公司法第 369 條之 4 制訂之後，企業集團成員公司的股東對於公司財產的控制權（但由該公司的經營階層行使）被轉化為對控制公司的損害賠償請求權。

因為產業結構變遷，人的信任關係被拉薄、抽象化之後，對於財產收益的期待與收取權限規範，就跟著這樣的產業變遷史而轉換其規範強度及面貌。

---

<sup>510</sup> 王泰銓，前揭註 500，頁 212-220。

#### (四) 被削弱的保護信任與保護財產間的連結

本文在第二章說明背信罪的緣起與其保護法益的時候曾說，背信罪是一種藉由保護人與人的信任關係，而達到保護人對於財產（預期）收益的機制。但是，這樣的機制在一個信任關係日漸削弱的現代商業社會，其存在的正當性是否依舊？

在原始個人與個人間存有具體的信任關係的階段，就如同民法第 541 條所規定的，委託人對於受託人交付、移轉處理委託事務取得的金錢、物品及孳息，是完全可以期待的。故為保護他人的財產利益，而處罰破壞此等信任關係之人，是可以理解的。而在公司制度興起，並且逐漸規模化、龐大化，而人與人的信任關係裂解為具體信任關係與抽象信任關係之後，後者與財產收益的連結變得較為薄弱，但是股東對公司經營者基本上仍可期待其行為是為了公司的利益，故透過解釋將某些較為嚴重的破壞信任關係（即忠實義務的違反）的行為與財產利益損害連結，而以之作為處罰破壞信任關係的條件，也尚可被理解、接受。

但是當信任關係已薄弱到一人對他人的行為是否必然對己有利均不可期待，而只存有一種對之的抽象且飄渺的信任關係時，是否仍可以此等信任關係被破壞，與財產利益被侵害相連結，而成為刑法發動的正當化事由？本文對此深表懷疑。尤其，當企業集團中，各個集團成員公司的投資人已可預見集團負責人調動各成員公司的資源時，凡資源由 A 成員公司調往 B 成員公司，幾乎必然產生 A 受損害、B 獲利益的結果，此時吾人是否可謂集團負責人必有損害意圖或是圖利意圖？若從此角度看，似乎任何調動集團資源的行為，幾乎都可以作為發動背信罪處罰的條件，此等情形是否合理？此時吾人如何看待集團結構底下，集團負責人使集團成員公司為不利益交易之行為，及其使成員公司的管理階層為違背其身為該公司管理階層之職務的行為？此將考驗立法者對現代商業社會的觀察與判斷。

## 第四節 當前背信罪的無解難題

### (一) 兩則紅火案一審判決的歧異

本文認為，紅火案的兩則結論相同，但是論理迥異的一審判決：台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決以及 98 年金重訴字第 40 號刑事判決，即是本章第三節文末所提出的問題的最佳註解。本文在第三章最後曾簡單介紹此兩則判決，兩判決上在結論上看似差別不大，但實質上兩者對同一案件事實的法律函攝、分析，所秉持的立場卻是十分不同的。以下將兩判決的見解差異整理成下表，以供後續分析整理參照：

圖表 18 紅火案台北地院二判決見解對照表

事實	96 重訴 19	98 金重訴 40
1. 中信銀行買入兩筆鉅額結構債。	(為求以有限的資金，有效購買兆豐金控股票，達到日後爭取董事、監察人席次，而以結構債事先鎖單。)	(為求以有限的資金，有效購買兆豐金控股票，達到日後爭取董事、監察人席次，而以結構債事先鎖單。)
2. 未遵守中信銀行內部控制程序，便將結構債出賣並交割予紅火公司	<p>1. (此結構債交易)係同一關係企業內部之交易，應論以關係人交易(以相關人等之經驗，對此應有警覺)。</p> <p>2. 苟非系爭結構債之買賣目的在避免金管會知悉中信金控子公司已利用結構債先行鎖單，控制一定數目之兆豐金控股票，何以如此草率決定結構債交易對象、交易金額？</p> <p>3. 被告等人為使中信金控取得預定之兆豐金控董事與監察人席次，明知陳俊哲所掌控之紅火公司與中信銀行香港分行間結構債買賣為關係人交易，...在未經中信銀行董事會決議，僅有相關簽呈撰寫下，辜仲諒即逕行批示...並在(相關人等)配合下，使紅火公司因與中信銀行香港分行簽訂不利於中信銀行香港分行的契約，因而獲有不法利</p>	<p>1. (雖然可能有法律上的疑義)惟被告等不僅未放棄轉投資兆豐金控之計畫，復為規避主管機關金管會之查核及避人耳目...由被告決定將系爭結構債於形式上出售並移轉與紅火公司，改為以紅火公司之名義為中信銀行繼續持有。</p> <p>2. 其等策略仍係企求達成...控制、減輕中信金控購入兆豐金控股份之成本，及中信金控得以轉投資兆豐金控之最初規劃目的，因而共同以前接方式，間接操縱兆豐金控股票交易價格...</p>

		益。	
3.	中信銀行香港分行將結構債出賣予紅火公司，並與之締訂表面看來完全不合中信銀行利益的結構債買賣契約的價金給付及交割條款	<p>1. (中信銀行相關內部簽呈均未有價金給付條款及交割條款之記載)更未知會中信銀行內部信管單位，嚴重違反內控程序，顯示決策者僅有個人之意志...僅係為特殊目的為之。</p> <p>2. (從事後的資金調度流程可知) 中信銀行相關人員對於紅火公司如何支付及將於何時之中信銀行結構債之價款已有妥善之安排...</p> <p>3. 應完全是配合陳俊哲之資金調度，是堪認中信銀行將系爭結構債出賣與紅火公司之前，應與巴克萊銀行達成協議同意由紅火公司贖回系爭結構債。</p>	(未評價)
4.	紅火公司贖回結構債而中信金控乘機從中承接	<p>1. 中信銀行出售結構債予紅火公司，應係以允許紅火公司贖回為前提，否則紅火公司可將結構債賣回給中信銀行。</p> <p>2. 堪認中信銀行...係將結構債權利移轉至陳俊哲所得操控之...紅火公司，隱含紅火公司配合中信金控轉投資兆豐金控...以便達到將結構債連結鎖單之兆豐金控股權，轉換至中信金控名下，以達成購買結構債之最初及最終目的。</p> <p>3. 中信金控得以在有限之預算下...購入較多數量之股票，完全達到原先預期結構債連結鎖單，並於預定之時機以較可控制及預期之價格購買(而減輕購入成本)...達到操縱股價之目的，堪認係以間接方法操縱股價而與法有違。</p>	<p>1. 其等當時應均係認為系爭結構債僅係在形式上出售並移轉與紅火公司，僅形式上改為以紅火公司名義為中信金繼續持有。</p> <p>2. 紅火公司...向巴克萊銀行贖回系爭結構債...巴克萊銀行則自同日...起出售...兆豐金控股票...所為之前揭計畫及行為均係基於中信銀行、中信金控之利益考量所為。</p>
5.	紅火公司因為出售結構債而獲得鉅額利潤	1. (被告人等)為掩人耳目，將結構債移轉與紅火公司，未依(金融控股公司法、銀行內控規定、侵犯董事會職權)，致使本應歸屬於中信銀行香港分行之利益他屬未能領取，致使中信銀行	<p>1. (被告等人之計畫、行為)難認其等有何為自己、紅火公司或其他第三人不法利益之意圖...</p> <p>2. 以紅火公司名義向巴克萊銀行贖回</p>

		受到...損害,均屬受任人違背任務之行為	系爭結構債而配合前揭計畫之進行... (紅火公司因贖回結構債而獲取 3047 萬 4717.12 美元之利益)僅係紅火公司之帳面獲利,該筆獲利實際上仍應歸屬並返還中信銀行。
6.	紅火公司獲利流向中信金控孫公司以及其他帳戶	(未評價)	<p>1. (被告與陳俊哲擔任中信銀行之負責人)就本件中信銀行將系爭結構債於形式上出售予紅火公司...而使紅火公司取得之帳面獲利...負有全數返還中信銀行,或至少應解還中信金控體系公司之義務。</p> <p>2. (紅火公司之帳面獲利中 2090 萬美元依規劃匯回中信金控之海外孫公司即 CTO 公司)此部分款項嗣後雖僅係匯予同屬中信金控體系之中信金控孫公司即 CTO 公司,而未直接匯回中信銀行,核應係其等主觀上認定中信銀行、CTO 公司均屬中信金控體系內之公司,而中信銀行係由中信金控百分之百持股,故將上開 2090 萬美元匯予 CTO 公司,與匯還中信銀行間,僅係中信金控體系內資金調度或會計帳目處理問題,尚難僅以...未直接匯還中信銀行,即遽就此部分為不利於被告之認定。</p> <p>3. (被告辜仲諒與陳俊者討論後,基於歸墊被告或其私人家族所付與前總統陳水扁或其夫人之 2 億 9000 萬元捐款考量),乃另行起意而共同基於意圖為自己不法利益,及損害中信銀行利益之犯意聯絡及行為分擔,擅自決定挪用前揭紅火公司帳面獲利中之 957 萬 4717.12 萬美元,供作前揭用途而予以侵占,而違背其等前揭職務之行為...致使中信銀行受有未能取回前揭紅火公</p>



		司帳面獲利...之鉅額損害。
<b>函攝結論</b>	1. 被告等人身為中信銀行之負責人，使中信銀行將結構債出賣與紅火公司，致使原本應由中信銀行取得之利益由紅火公司取得，致使中信銀行受到鉅額損害，被告等人該當銀行法第 125 條之二第 2 項、第 1 項後段規定之銀行負責人背信罪。	1. 被告與其他中信銀行負責人將結構債出售予中信銀行一事，乃係基於中信銀行、中信金控之利益考量，難認違法。 2. 被告與陳俊哲共同將紅火公司應全數歸還中信銀行或中信金控體系公司之紅火公司帳面獲利，私自挪用一部作為他用而予以侵占，構成銀行法第 125 條之二第 2 項、第 1 項後段規定之銀行負責人背信罪。
註：以上地院見解部分，括號內文字為筆者為求內容簡潔所加，其他則為判決書之內容		

## (二) 兩見解各自無法處理的難處

從前開兩判決見解的整理可以觀察到，兩判決的見解的歧異的根源，就是背信罪以信任關係與財產利益損害連結作為保護客體，卻無法因應企業集團結構下的集團操作行為，使得法律論理困難而造成的問題。

台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決固守背信罪的單一、具體的信任關係的結構，既然被告等人身為中信銀行負責人，自然須以中信銀行的利益為優先。法院因而認定，被告等人將中信銀行所出資購買的結構債轉賣予紅火公司，造成原本待中信金控開始轉投資兆豐金控時贖回，必能獲得的利益權轉由紅火公司享有的行為，本身便已違反被告等人身為中信銀行的負責人，須為中信銀行利益考量的職責，而認為其等構成銀行負責人的背信罪。

而相對的，台北地院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決，則務實地從企業集團結構看待整體事件。該法院理解中信金控欲事先透過結構債鎖定兆豐金控股票的動機，也明白中信銀行是為了這件事情而提供資源，同時也肯認中信金控為了避免日後轉投資不必要的麻煩，而將系爭結構債轉賣予紅火公司一事，

其實只是使紅火公司形式上為了中信金控而持有該筆結構債。因而法院認為將結構債贖回所獲得的利益，在當初被告等人的規劃下，本來就是歸屬中信銀行，或至少是中信金控集團，從而並不認為此行為構成任何背信罪的問題。而被告最後被論以銀行負責人的背信罪的行為，則是被告將部分原應歸還中信集團或中信銀行的資金挪用的行為。

事實上，兩判決各有其缺點：

就台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決而言，該法院的論理其實很簡單，就是被告等人身為中信銀行的負責人，卻未為中信銀行的利益行事，其等行為使得中信銀行喪失原本應可獲取之財產利益。姑不論前述關於圖利他人意圖的論證瑕疵，本判決最大的盲點就在於不顧企業集團的資源調度需求，以及企業集團結構下，信任關係本來就不同於單一結構公司的公司負責人與公司（或公司股東）之間的關係一般簡單。

首先，就複雜的信任關係部分：姑不論本案中中信銀行的負責人與中信金控的負責人其實是完全重疊的，縱使是完全不同的兩組人馬，中信銀行的負責人也因為其屬於中信金控所控制，該銀行負責人的決策也必受金控負責人的影響，換句話說，子公司的負責人本來就會因為控制公司的影響，導致逐漸喪失作為一公司負責人的主體性，更遑論中信銀行其實屬於中信金控的百分之百持有的子公司，其行為本來就完全受到中信金控的控制。<sup>511</sup>

第二，就財產利益受損部分：原判決以該收益原本應由中信銀行取得，如今卻由紅火公司取得，造成中信銀行的財產利益受到損害。但是，此實為不

---

<sup>511</sup> 但是在此必須說明，就算是一個被百分之百持有的子公司，母公司對子公司的財產的控制，也不是百分之百原生於自身的財產控制權，因為只要子公司有債權人，則子公司的資產便有一部份是來自於「信任」子公司經營階層的債權人，故此時亦有類似於眾多小股東與子公司經營階層之間的信任關係是否給予保障的問題。另見前揭註 505 之說明。

精確論斷，如果當初中信銀行持續持有此結構債，則中信金控申請轉投資時，要如何表明？是否可以順利取得金管會的轉投資許可？若取得許可，中信銀行又可否順利地出賣這些結構債？如果又從套牢成本的角度來看，一旦交易規劃進行到一半，其實很難要求集團負責人將交易終止。今法院認為，被告等人使中信銀行將結構債出賣予紅火公司，構成背信的行為。然本文要問，如果中信銀行是以類似的價額賣予與非中信金集團的第三人時，情況又如何？是否一樣要予以苛責？還是此時法院會認為這是因為為了整體集團的利益考量，而不得不的選擇，故不應予以責難？如果法院認為，因為被告等人出賣系爭結構債給紅火公司的價格實在過低，條件實在不合理，故認為應予責難，故縱使以同樣價錢賣給其他公司，亦應予以責難。那麼，本文想問，如果考量到中信銀行出賣結構債時，必須保證對方一定會依中信金控的指示贖回，以落實中信金控當初買入結構債的整個投資規劃的問題，那麼系爭結構債的價格應該要訂為多少，法院才會認為這是一樁合理的交易？又，如果法院認為只要將結構債賣予第三人而無圖利關係人的問題時，便無須予以責難的話，那麼舉重以明輕，中信金控透過一家可以控制的紅火公司，將資金留在泛中信金集團底下，又是否應予以責難呢？

利益如何看待，涉及整個企業集團組織體的利益配置及交易規劃是否可以完整執行的問題，台北地方法院 96 年重訴字第 19 號刑事判決並不應仍以單一公司的角度來作形式上的論斷。

而台北地院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決雖然務實地從集團利益的角度看整個決策，改進 96 年重訴字第 19 號判決忽略集團需求的缺失，但卻也留下幾個未解的問題：

第一，法院認為，由於中信銀行為中信金控的百分之百持有子公司，只要將資金調回中信金集團旗下，在經濟的實質意義是相同的，固無背信罪的問題。

題時。那麼，依此邏輯，企業集團只要百分之百持有某一公司，今透過交易操作將該公司的資產全數移轉至集團下的其他公司，便不生任何問題才是。但是，此時似乎忽略了一公司的資產除了來自股東投資以及自身營運所帶來的資產成長以外，債權人所提供的資金也是一大資產來源，此等論理似未慮及對公司債權人的權益的保障。

第二，本案判決法院以被告辜仲諒已將紅火公司的帳面收益部分移回中信金控體系之下，而不認為此部分的行為有何不法，但是就辜仲諒與陳俊哲合謀將部分收益移為他用的行為，法院卻認為辜仲諒的行為已構成銀行負責人之背信罪。但是，此見解下，法院只是從形式看一個行為是否構成犯罪，而不是看該行為的本質，因為被告等人將資產移至中信金控體系底下的孫公司，究其實質，仍非中信銀行所有，中信銀行並未因此而享有收益，但法院卻不認為此等資源配置的操作有任何不妥。那末只要行為人在交易安排妥當，便不會有刑事責任的問題。又，如果今日中信金控負責人一直將結構債的收益放在紅火公司名下而未移動、支用，則法院是否須認定中信銀行負責人背信？

第三，法院如何認定中信銀行以及中信金控之間的關係？本案將收益的流向分為流進中信金控體系以及挪作他用兩部分，但是不論何者，均與中信銀行無關，然而法院在認定被告是否構成背信罪時，無罪部分是從整體集團的角度看待中信金控在經濟實質上是否受到影響。但是於認定行為人有罪時，卻是以個別銀行受到損害的角度來認定被告的罪刑，兩者之間似乎隱含立場跳動，論理似沒有中心一貫的邏輯的問題。

第四，最重要的問題是，吾人是否應肯認集團間可以恣意地挪轉企業集團之間的資源。雖然公司法第 369 條之 4 允許控制公司得使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，承認控制公司之支配力，肯認企業集團的負責人在公司的經營上，可以考量整體集團的利益，以便運作整個企業團體，只要能

在會計年度終了前保護從屬公司的利益即可。<sup>512</sup>。但是這是否代表立法者完全肯認集團恣意挪轉企業集團的資源的行為？雖然有論者認為，既然公司法已如此規定，相關的刑罰規定亦應作相應調整，只有在控制公司未給予適當之補償，而從屬公司的負責人亦未積極向控制公司極其負責人或其他受有利益之從屬公司求償時，方得對之論以相關刑責。<sup>513</sup>但是，此見解是否又過於寬鬆？須待會計年度終了後，又待控制公司不願給予適當補償，被控制公司負責人也不積極索償時方課以責任，這將給予有心人士寬裕的操作時間，只要在一定時間之內脫產、逃至國外即可。這對防制企業集團舞弊的法制而言，無異是一大漏洞。如何解決此問題，以謀求企業集團調度資源之需求以及各個集團成員及成員之股東、債權人之利益？

以上四個問題，一樣可以簡化為兩個主要的核心問題：其一為利益如何認定的問題，當資產留在何處，吾人可認為中信銀行未受損害，又被挪至何處時，吾人將認為中信銀行受到損害？第二個問題則為中信銀行負責人的角色問題：中信銀行負責人究竟是為中信銀行服務？還是須為整個集團著想、配合？

以上兩判決彼此矛盾的見解背後隱存的各問題，追根究底均與背信罪的結構設計有關，下一章節將從整個法益及保護客體的角度，重新省思背信罪在當代的商業結構下，究竟應如何調整、因應，以避免前述理論不一貫、流於形式認定以及法律過於寬鬆認定的問題。

---

<sup>512</sup> 劉連煜，控制公司在關係企業中法律責任之研究，收錄於公司法理論與判決研究(一)，頁 61-63 (1995)。

<sup>513</sup> 劉連煜，掏空公司資產之法律責任，月大法學教室，56 期，頁 85 (2007)

## 第五章 特別背信罪保護法益與集團負責人的決策行為

「現代的社會，乃過去歷史的產物，故須先探究『是』經由怎樣的歷史過程而形成現在的法律條文、法學理論、實務見解、法律生活...再本於一定理論進行評價，以判斷現狀『應』否延續至未來。」<sup>514</sup>

### 第一節 抽象化的信任關係與背信罪的正當化基礎

本文最開始由歐洲自中古世紀開始的財產概念演變，指出背信罪乃是一種建立在個人與個人之間的信任關係之上的財產犯罪概念；並藉由社會學家 Giddens 與公司法學者 Adolf A. Berle 及 Gardiner C. Means 的理論，以及本文以紅火案分析集團負責人的決策特徵研究，指出當代社會的公司制度底下，人與人的信任關係不斷分化，逐漸由具體走向抽象。準此，本文認為，當人與人的信任關係已由具體走向抽象，背信罪的概念似也應隨之變遷，以因應新的時代特徵與需求。

#### （一）動輒得咎的集團負責人

集團負責人，作為企業集團的最高管理、決策人員，具有支配企業集團資源配置的最高權力，但是正因為集團負責人具有支配企業集團資源的地位，在其配置資源的同時，很容易自陷背信罪的威脅之中：因為在個別法人格獨立存在的規範結構底下，凡為了集團利益而（暫時）犧牲旗下公司的利益，對該公司而言，相關負責人便可滿足背信罪下「意圖為他人利益」之要件。而且由於我國實務向來有「實質負責人」的概念，集團負責人既然身為企業集團的最高決策者，自然可能被論斷為該當旗下子公司的「實質負責人」，因而被論以相關背信罪名。

<sup>514</sup> 王泰升，前揭註 23，頁 34。

縱使不引入實質負責人的概念，當集團負責人令旗下子公司之負責人為特定行為，則集團負責人的行為，實可構成「教唆」旗下子公司負責人為「背信」之行為，或與之「共同」為背信之行為，而依刑法第 29 條或第 28 條，論以相關罪名之「教唆」或「共同正犯」。但是，從前文第四章對於企業集團的分析討論已可知，企業集團集結乃有其經營現實之考量，如此廣泛地運用背信罪，將遏阻企業集團的靈活操作，絕非我國之福。而且，背信罪能否直接適用於集團負責人之行為？本文認為尚有討論餘地。

## (二) 信任結構的變遷

信任結構的變遷，絕對是公司制度不斷壯大、發展，並走向集團化經營之後，對於當代社會的重大影響之一。這種信任結構的變遷，對於以保護信任關係以及因信任而可期待的財產利益為標的的背信罪，應會產生相當的影響。此點，從紅火案的兩個地院判決歧異的事實認定結論便可察覺。關於信任結構的變遷，本文依第四章所作的分析，將信任關係的變化，初步以下表示之。

圖表 19 信任關係的變遷與類型化

單純一變遷後對一委任關係的委託人	委託結構變遷後受任人	公開發行公司負責人	企業集團的子公司負責人	企業集團的母公司負責人
	對受託人不具影響力之委託人	--	更抽象信任關係(註一)	更抽象信任關係(註二)
具體、單純的絕對信任關係	對受託人具有影響力之委託人	抽象信任關係	--	--
	對受託人具有影響力之委託人	具體信任關係	具體信任關係	具體信任關係

註一：當一公司被納入一個企業集團的旗下時，不論雙方的控制關係是由完全持股、多數持股、或少數持股或其他法律關係(如契約)而達成，子公司負責人的選任及監督，主要均由母公司來執行，故母公司或母公司的主導者，對該子公司的負責人當然有具體的信任關係，但對於原本子公司之投資人或債權人而言，該公司已納入一個企業集團，必須配合集團的資源配置，故其已無法期待

子公司的負責人的決策是為了該公司的利益而為之，故原本對之的抽象信任關係將更進一步轉變為更抽象的信任關係。

註二：對於企業集團母公司的投資者或債權人而言，其並無法當然地期待母公司的負責人僅為該公司的利益行事，因為母公司的負責人往往也是企業集團的負責人，或由該企業集團的負責人所支配，故其與子公司的一般投資人同，對母公司的負責人僅有抽象的信任關係。

在前開圖表 19 中，當受託人為個人或封閉型的公司之時，委託他人處理事務之人與為他人處理事務之人間，乃是以具體的信任關係相聯繫的（但是，在當時並不會有「具體」的信任關係的概念，因為當時那就是一種純粹，為雙方所仰賴的「信任關係」，所謂的「具體」、「抽象」的分別，是進入現代社會之後，才形成的概念）。而本文在第二章已說明，背信罪原本所欲處理的，便是信任關係的違背的行為。

而當委任人與受任人因為當代商業結構而產生變異之後，原本背信罪所立基的純粹、具體、單純的信任關係轉變了，它分化為具體的信任關係與抽象的信任關係兩類。當代對於人的信任，是建立在對專業、對他人、對法制的抽象信任之上，只有在某些情境，例如選任董事、經理人，才會由再嵌入的機制，在部分股東與被選任人之間，將抽象的信任關係再轉化為具體的信任關係。<sup>515</sup>

而抽象的信任關係，又非固定不變的內容，其內涵會隨受託情境的不同而變異，而當受託人的組織結構由單一公司轉變為一個企業組織集團的時候，相關的內容又隨之變異而變得更抽象化。

換句話說，當代的信任結構的變遷，就是一個信任關係不斷由具體走向抽象，不斷由強烈走向微弱的過程，這個過程中，信任關係必須透過國家法制補強、維繫、具體化才得以維持穩定的存在。

前文於分析美國公司法制下，公司負責人對公司負擔的受託義務的內涵時

<sup>515</sup> 見前文第四章現代信任關係的轉換與背信罪，第一節 現代社會的信任機制的轉換，（一）脫域與信任：一個擺脫時空限制的社會。另見前揭註 425 至 436 之相關參考文獻內容。



曾說明，受託義務本身應該就是一種將抽象信任關係具體化的制度，而此義務的注意義務、忠實義務的規範內涵不同，正是國家透過法制設計，巧妙控制抽象信任關係何時應退讓於具體信任關係之後，何時又優越於具體信任關係的一種規範控制體系。<sup>516</sup>而且，我國的亦設有相類似的規範體系，背信罪規範忠實義務的違反的行為，正是此種對信任關係控制體系的具體展現之一。

但是，這樣的信任關係控制體系的機能，並無法在企業集團的經營結構底下體現。因為正如本文於第四章的分析，在企業集團底下，一般的投資人對子公司或是母公司的負責人(受託人)並不具任何控制、影響能力，其對於受託人(不論是)的信任，乃是一種較原本的單一公司結構下，一般投資人對公司負責人的信任更不具體的一種抽象信任關係。而信任關係之所以會如此高度抽象化，其實是一種對相關負責人必須同時照應多種不同利益、資源需求的尊重。這種對企業集團的相關負責人的職責的高度尊重，已體現在公司法承認控制公司對從屬公司的操控行為之中，但是因為背信罪的依然將個別法人個別看待，也未在法條設計內，納入集團負責人須顧及不同面向利益的需求，導致集團負責人操控、調整、配置資源的行為，極可能落在背信罪的規範範圍之內。

### (三) 特別背信罪保護法益的調整

信任結構的變遷，將使吾人重新思考，背信罪作為維護信任關係的機制，其功能是否仍得以運作無虞。背信罪之所以可以在單一公司的結構底下，具體與抽象信任關係相對應的關係中運作良好，是因為立法技術上，吾人可以透過主觀不法意圖要件的限縮，便賦予公司負責人高度自由，使其得以在具體的信任關係與抽象信任關係間彈性調適。並藉由主觀不法意圖的控制，創造一種就連具體信任關係也必須退讓的抽象信任關係保障—忠實義務的保障。但是在企業集團的結構底下，企業集團的存在，必然存在使個別公司的負責人違背「忠實義務」的高

<sup>516</sup> 見前文第四章現代信任關係的轉換與背信罪，第二節 背信罪與商業經營，(二) 注意義務的違反與商業判斷法則、(三) 忠實義務的違反與誠信服務詐欺。

度傾向，而且這種傾向，已獲得公司法的明文承認。因此，如果要繼續使用原本的背信罪作為規範、控制集團負責人之行為，避免其過於濫用其地位，吾人便須要重新思考，要如何補強此種如此抽象的信任關係，使之得以取得刑罰上的正當性。

而本文認為，保護法益的內涵，或許是一個可行的思考方向：

本文在第二章已確立，背信罪作為保護信任關係，以達到保障財產利益目的的機制，信任關係與財產利益之間具有相當緊密的聯繫。但是在現代的公開發行公司體制底下，其實信任關係與財產關係的關連的緊密程度已不若以往，而在企業集團之中，兩者的聯繫更是薄弱。在此同時，吾人也發現，當投資人將資金置於企業集團之中，而使集團負責人取得高度的控制權，而自己取得股票以期待收益時，不論其希望透過證券市場或股息及紅利發放的方式取得收益，投資人對於市場的穩定及金融秩序的維持的仰賴程度越來越高，這時我們是否可以從保護市場或金融秩序的角度，重新思考背信罪？

前文在說明特別背信罪與普通背信罪的關連時，曾提及日本與我國有類似的背信罪體系，而彼國部分學者倡議：「董事等因其地位、權限的優越性、排他的閉鎖性及獨自的固有性，（對其規制）須能和『關於權限、地位本身濫用的危險』相對處，其責任評價的程度，非同刑法背任罪係平均人的、個別的『信任或信任關係』，而是『優越的、繼續的、包括的制度上和法律上的信任關係』。」<sup>517</sup>因而認為日本商法下的背任罪（似我國的特別背信罪）與市民刑法下的背任罪（同我國的一般背信罪），兩者保護法益應有不同。

本文認為，這段敘述所說明的，正是一對一的信任關係，以及公開發行公司，甚至企業集團結構底下，投資人將財產控制權完全授予公司或集團負責人的信任關係之間的差別。雖然前開日本學者所提出的見解，僅是針對股東與公司董事之間的信任關係，與本文想說明的集團個別成員的投資人與集團總體的集團負

<sup>517</sup> 林譽恆，前揭註 80，頁 120。

責人之間的信任關係的議題間，本質上有點不同，但本文依然認為，前揭日本學者的意見實值進一步仔細思量：

前開日本學者所謂投資人對董事的「優越的、繼續的、包括的制度上和法律上的信任關係」，其實就是一種對於法制所維護的秩序的仰賴，投資人因為信賴法制的穩定，故願意將其資產投資在一個歸屬於特定集團的公司內，以換取日後可能的報酬。這些秩序，自然也包括由國家所建制並維護的市場秩序以及金融秩序。既然立法者在特定的法規，如證券交易法、銀行法、金融控股公司法底下規範了特別的背信罪，吾人是否應將這些獨立法規所保障、規範的秩序，納入這些特別背信罪的保護法益考量之中。換言之，過去一般的背信結構底下，行為人因為與他人建立具體的信任關係，因而願意將財產託付他人，以追求財產利益，但是在特別背信罪的規範底下，吾人是否可謂，由於投資人信任國家依法建制的市場秩序，因而願意交出其財產控制權限，換取一張本來無任何價值的有價證券，同時藉由證券市場的交流機制或日後的股息紅利發放等機制，換取其財產的收益？如果這個想法可以確立，吾人其實可謂在當代的企業集團結構底下，投資人對未來財產收益的期待，已不再建立於與集團負責人之間的信任之上，而是建立在國家法制的保障之上。準此，執法者欲以這些特別背信罪追訴集團負責人或相關人等的行為時，其必須先證明其行為已損及這些獨立法規所保護的市場或金融秩序，並進而損害投資人的財產利益。如此，便等同是法制上同意集團負責人在不損及市場及金融秩序的條件下，進行企業集團內部的交易及資源配置操控，只要不損及市場及金融秩序，則國家便不介入企業集團內的資源調度行為。

當然，以上僅是一種思考方向，如果真要以此方向調整法規，則在立法技術層面仍有許多待思量的問題：因為市場、金融秩序僅是不確定的法律概念，若將之納入特別背信罪的保護法益之中，則在立法上，縱未能完全界定何謂市場秩序、金融秩序受到損害，立法者亦須做出相當的界定以及限制，使得執法者適用法律時得引為參考，否則此等特別法益的限制，可能會因為極廣義地解釋市場秩

序及金融秩序的含意，而成為具文。但是，在我國法制尚未修正前，此等詮釋無非是一種未跳脫法律文義下的可能解釋方向。

## 第二節 特別背信罪下不法意圖要件的詮釋

### （一）立場選擇問題

本文在第二章詮釋背信罪的各個要件時，曾指出背信罪設有兩種不法意圖要件，圖利意圖以及損人意圖，乃立法者為了避免刑罰過苛而消滅人民為他人處理財產事務的意願，進而影響社會的發展以及財貨的交流，因而設置的篩選犯罪之不法構成要件。而第四章則進一步指明，為了尊重商業經營及節制背信罪的應用，以鼓勵公司的負責人冒險逐利，只要負責人主觀上認為其經營決策內容公平，應可作為證明其並不具備背信罪的不法意圖要件的依據，依此，縱使該決策致使公司受有損害，國家亦不得以背信罪相繩，藉此等制度的設計，國家得以在保持公司負責人決策彈性以及投資人的權益保障間取得平衡。

然而，由於在集團結構下，集團負責人調動旗下公司的資源時，往往便存有使被調動者承受損失，而由其他旗下公司承受利益的目的，因此自本質上便可視為一種基於特定意圖而損害他人、甚至圖利自己或第三人的行為。準此，吾人要如何看待這種資源調動的行為？前文所述的以單一公司利益為核心的判斷方式，是否可以毫無疑問地適用於評價集團結構下，集團負責人調度企業集團內部資源的行為之上？又或者，吾人應該站在集團的角度看待這種資源調度的行為，從而無條件肯認集團負責人在集團內部調度資源的行為？

本文認為，兩則紅火案的地院判決即是分別站在前開兩種迥異的觀點，來看同一個操作交易的行為：台北地院 96 年重訴字第 19 號刑事判決固守背信罪的具體、單一信任關係結構，採取個別公司的利害作為判斷基準，在這個觀點之下，只要行為人有目的地使自己所服務的公司利益受損，或將公司的資源轉由自己或他人享有，即可能被認為具有損人意圖或是圖利意圖，而破壞其與公司股東之間

的信任關係；而台北地院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決採取另外一種觀點，認為只要是基於整體集團的考量，個別組成公司的股東在認知到公司納入一個企業集團旗下之時，便是與集團負責人建構一種極為抽象的信任關係，「相信」集團負責人會為了整體集團的利益行事，而所投資的公司會因為集團所營造的資源整併優勢而獲利，基此，個別組成公司的利益是否因調度資源的行為而受損，或其他集團成員是否因此獲利，均可不論。在後者的觀點下，既然被告是為了整體集團的利益而下決策，當然沒有圖利或損人意圖的問題。

本文認為，兩種見解其實各執一端，均未見企業集團機制的全貌：

本文在第四章第三節已指出，雖然市場是調控資源配置的場所，但是商人運用市場時，必須負擔成本，而藉由企業集團的建立，商人可以在集團內尋求資源，除有助於控制成本外，更有控制風險及增進競爭力的作用。而第三章綜整紅火案中，中信金負責人的決策，本文得出集團負責人其實具有為整體集團而調度各成員公司資源的傾向，而公司法第 369 條之 4 的設立，則意味著國家肯定企業集團的節省經營成本、彰顯資源整合綜效的機能，並承認、允許集團負責人調度企業集團內資源的行為。

但是，公司法第 369 條之 4 雖然肯定企業集團的機能，並允許企業集團內資源互調的行為，並不等於國家全然肯定集團負責人站在集團的觀點，可以任意調度資源，並任意由特定集團成員承受虧損的行為。依公司法第 369 條之 4 所規定的內容觀之，控制公司雖然可以藉由企業集團的支配力，犧牲從屬公司，造就企業集團整體的最大利益，但仍須對從屬公司為適當補償，甚至賠償從屬公司因此所受的損害。有論者因而認為，當前我國的公司法制，依然認為個別公司乃是追求本身的利益而個別存在的權利義務主體，此點不因現代企業集團的經營模式而有所轉變。<sup>518</sup>

本文同意前開論者認為個別公司並不因為現代企業集團的經營模式而喪失

---

<sup>518</sup> 廖大穎、陳哲斐，前揭註 509，頁 95。

作為個別存在的權利義務主體的見解，因此台北地院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決部分見解完全拋棄公司作為個別的權利地位主體的觀點，全然採取集團利益的立場，忽略集團中各個成員公司的股東、債權人組成均不相同，集團負責人恣意調度旗下公司資源的行為，將使各該旗下公司處於相當不利的地位，甚至導致部分集團成員公司的資產漸被掏空，進而危害該受害公司的股東或債權人從市場或所投資的公司換取財產利益的機會，此等見解與當前的公司法制並不契合；相對的台北地院 96 年重訴字第 19 號刑事判決所採取的立場毋寧較為可取，應以個別公司的利害作為認定行為人是否具有不法意圖的標準。

但是，台北地院 96 年重訴字第 19 號判決雖然在根本立場上，做了妥適的抉擇，但是該判決卻完全忽略調度公司法第 369 條之 4 亦明白肯定的個別公司資源對於企業集團的作用，以及集團利益對於個別公司的意義，因而做出完全不顧當代企業集團經營需求的判決。

## **(二) 公司法第 369 之 4 與背信罪不法意圖要件**

### **1. 以補償、損賠方式彰顯的投資與報償關係**

本文認為，因為集團所創造出來的利益，應由共同創造此等利益的集團成員共享，乃是公司法第 369 條之 4 的基本意義所在，以下說明之：

本文在第二章曾說明，財產利益分為當下的財產利益，以及未來可得的收益兩類，而在人可以藉由契約規劃未來的財產利益之後，未來財產利益逐漸成為法律所保護的對象。

而在企業集團底下，雖然投資人與集團負責人之間僅具有高度抽象化的信任關係，與一般可以期待的公司負責人會為了公司的利益行事的關係並不相同，且國家允許企業集團的負責人調度各個旗下公司的資產，亦與一般公司負責人須注意維護公司利益的義務有異，但是前開對集團負責人的優惠並非沒有節制，各公司投資人的投資收益，不論是股票股息紅利或股票在市場的價值本身，無一不

仰賴所投資公司的資產來維持，如果所投資公司的資產被調往集團內的其他公司，對被移轉資產的公司的投資人而言，除了代表其所擁有的有價證券的價值減損之外，亦代表公司能運用以賺取收益的資產也減少，這些均會影響投資人的未來收益，因此集團負責人調度資源的行為必須有所節度。

公司法第 369 條之 4 的規定，應已顧慮到上述情形。該條第 1 項規定：「控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害者，應負賠償責任。」

由於使從屬公司為不合營業常規之交易或不利益之經營，往往是為了從屬公司所屬的集團而打算，追求的是集團的利益，換句話說，集團的利益是因為個別公司的利益、資源受損、被犧牲而成就。因此，本條要求控制公司對從屬公司為「適當補償」，其補償的範圍並不能僅單純計算因為「不合營業常規或不利益之經營」等方式被調走的資源當時的價值，而應該進一步計入該資源對集團利益的貢獻度，或至少是該筆資源如果留在原公司，原公司運用之可期待應獲得的收益。若輔以同條項對控制公司未為補償，應向從屬公司負擔賠償責任的規定，可以更清楚認知立法者有意使控制公司賠償從屬公司原應可期待獲得的利益：

所謂損害賠償，民法第 216 條明文規定包括所受損害與所失利益，而所失利益，則包含「依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他情事，可得預期之利益」。因此，如果從屬公司的資源因控制公司使之為「不合營業常規或不利益之經營」等方式被調走，卻未獲得適當的補償時，那麼計算損害賠償的時候，應該假設，如果被調走的資源還留在從屬公司內，可預期從屬公司運用之，以取得之利益，亦應屬於損害賠償的範圍。

依前述的詮釋，將可相當程度地在肯定企業集團內，各成員公司彼此調度資源的需求的同時，兼顧從屬公司（及投資人）的利益。而這樣的規範，與其說是控制公司給予從屬公司補償，本文認為倒不如以下述方式看待公司法第 369 條之 4：立法者將集團內資源調度的行為，理解為被控制的從屬公司對集團內其

他公司的投資，當集團內其他公司因而獲利，自然要給予從屬公司相當報償（適當補償），以保障其營業之績效，若不給予相當的報償，當然要對之負擔賠償責任。公司法第 369 條之 5 要求因為從屬公司為不利益交易而受有利益的其他從屬公司，對該受害之從屬公司，應負連帶的損害賠償責任的規定，<sup>519</sup>無異也說明這種藉由「補償、賠償」機制所彰顯的投資與報償的關係。<sup>520</sup>這樣的規定，實有由各個集團成員公司共享集團利益的意味。

## 2. 機能有限的公司法第 369 條之 4

雖然公司法第 369 條之 4 的規定帶有控制公司與各從屬公司共享集團利益的意味，但是本條的規定的機能與作用其實有限：

首先，由於公司法對於關係企業的定義方式，使得本條規定的適用範圍有限：我國對於關係企業的規範乃以公司組織型態為限，其他獨資、合夥、合作社等商業經營型態，並未被納入關係企業章的規範範圍內；<sup>521</sup>此外，我國在認定是否具有控制與從屬關係時，單純以固定的持股比例作為認定標準，因此公司法關係企業章並不規範藉由契約、股東會上表決優勢、或立於統一領導底下的公司之間的關係；<sup>522</sup>最後，我國關係企業章雖然規定持股比例的計算需計入子公司的持股，但是對於孫公司或更下層公司的持股，並不納入計算，因而形成有心人士規

---

<sup>519</sup> 公司法第 369 條之 5 規定：「控制公司使從屬公司為前條第一項之經營，致他從屬公司受有利益，受有利益之該他從屬公司於其所受利益限度內，就控制公司依前條規定應負之賠償，負連帶責任。」

<sup>520</sup> 由於稅法領域中常需處理公司藉由不合營業常規的交易（移轉定價）的方式以調整盈餘數額，以規避稅賦的負擔，故稅法發展出各種計算方式，以計算納稅義務公司原本應有的收入價額，以符實質課稅原則。而有論者即主張，對於公司法第 369 條之 4 所規定的「適當報酬」的計算，或許可以參考稅法對於移轉定價的計算方式，以計算從屬公司原本應得的利益。見徐榮田，前揭註 16，頁 102-107。

<sup>521</sup> 王泰銓，前揭註 500，頁 209。

<sup>522</sup> 同上註，頁 210-211。



避法規範的漏洞。<sup>523、524</sup>由於關係企業章的規範範圍有限，連帶的自然使得可以共享因企業集團而創造的集團利益的範圍受限。

此外，由於企業集團內，資源調度的方向非常多元，不僅可能從從屬公司往控制公司或其他從屬公司的方向流動，也可能從控制公司流向從屬公司，亦可能未在集團內創造任何利益或損害，但是透過精巧的交易設計，使得利益自從屬公司或控制公司流向負責人或其他第三人，有學者即分析出 15 種可能的資源流動方向。<sup>525</sup>這些複雜的資源流動，遠非公司法第 369 條之 4、369 條之 5 所規定的範圍所能涵蓋。這將使得資源共享的規範設計機能大幅受限。

---

<sup>523</sup> 同上註，頁 211-212。

<sup>524</sup> 由於我國對於關係企業的判斷採取的標準極為形式化，因此造成法院在某些案件的認事用法上，理由並不那麼令人信服。台北地院 96 年重訴字第 19 號判決完全不考慮紅火公司在整個交易操作中的地位，或許便與我國關係企業章形式地判斷關係企業的規定有關。又例如，民國九十四年至九十五年間的中華開發金融控股股份有限公司（以下簡稱開發金控）併購金鼎綜合證券股份有限公司（以下簡稱金鼎證）案，開發金控高層決議併購金鼎證後，而金鼎證的經營團對為了反制開發金控的併購計畫，乃與環華證券金融股份有限公司（以下簡稱環華證金）等證券公司洽談合併及股票轉換的事宜，以增加開發金控併購金鼎證的困難度。隨後，開發金控所投資，持有 28.71% 股票的開發國際投資股份有限公司（以下簡稱開發國際）「似」為幫助開發金控，而與環華證金股東簽約，短期大量洽購環華證金的股票。法院因而認定開發國際的相關負責人共同基於開發金控不法利益意圖，罔顧開發國際資金運用獲取最大利益，及開發國際可能因為簽訂大量契約而面臨無法履約及法律訴訟的風險，而連續違背任務以開發國際名義簽訂大量買進環華證金股票之契約並交割，但是因為未造成開發國際之損害，因而認定其等該當刑法第 342 條第 2 項的背信未遂罪。法院在本案將開發國際與開發金控的利益分別看待的唯一理由為：「本案開發金控經開發工銀僅持有開發國際百分之二十八點七一之股份，開發國際並無配合開發金控併購金鼎證計畫而出名簽訂契約及出資買進環華證金股票之合法依據。」見台北地院 98 年金重訴字第 12 號刑事判決。但是，本文認為僅形式上認定開發國際與開發金控不具任何控制從屬關係，而不再深入探究兩者是否具有其他實質上的控制從屬關係，因而認定開發國際不得也不應為幫助開發金控的計畫而行事，本案法院此等論理實過於跳躍，也可歸咎於法條規定過於形式化所致。

<sup>525</sup> 王志誠，前揭註 504，頁 34-36。

### 3. 背信罪不法意圖要件作為督促集團利益共享的機制

由於個別公司乃是追求本身的利益而個別存在的權利義務主體，故理論上若集團負責人意圖為集團內的其他成員或全體的利益而調動其資源，其實便有可能被認定為具有損人或圖利之意圖。但是本文已說明，企業集團內資源互相調度乃是當代商業經營的常態與必要，也獲得國家法制的承認，那麼在詮釋背信罪構成時，自然要將此等事實納入，不應僅因為調度集團內特定公司的資源，即認為集團負責人具有損害該公司或以之圖利自己或他人的意圖，關於背信罪不法意圖要件的認定應該建立在其他的基礎之上。而且，我國最高法院 21 年上字 1574 號曾指出：背信罪，必須違背任務之行為係為圖取不法利益，或圖加不法損害之手段，始得成立。至該罪所謂意圖為自己或第三人得不法利益一語，原指自己或第三人在法律上不應取得之利益，意圖取得或使其取得者而言。如果在法律上可得主張之權利，即屬正當利益，雖以非法方法使其實現，僅屬於手段不法，無構成背信罪之餘地。依此見解，如果調控企業集團成員公司的資源以追求企業集團利益，乃是公司法所肯認，集團負責人所有之權限，那麼同一集團內因為集團負責人調控資源的行為而受有利益者，所獲得之利益即應屬於正當利益，因此吾人自不應以集團負責人調動企業集團公司的資源為由，即認定其行為具有不法意圖。

另一方面，既然公司法第 369 條之 4、369 條之 5 的規定，除了肯定企業集團資源互相調度的需求之外，更要求因資源調度所創造的集團利益必須共享，那麼資源是否共享，應該可以成為認定行為人是否具有不法意圖的基礎。換句話說，如果集團負責人基於集團利益而調度旗下個公司的資源時，卻在決策規劃之始便不意與被調度資源的旗下公司分享利用其資源所創造的集團利益的話，該負責人的決策，即可被認定具有損害資源被調度的公司的利益的意圖，或圖利集團及他公司或他人的意圖。

### （三）舉證責任分配

本文認為，在討論集團結構下，集團負責人的「背信行為」時，其實在本質上已脫離「信任關係」的保護的範疇外，而進入維護市場、金融秩序，以及投資人利益的範疇，要求集團的利益共享，本質上就是為了企業集團各公司的投資人的利益而設計的制度。而本文更進一步認為，背信罪在企業集團結構下的運用，或許可以促進公司法第 369 條之 4 調整企業集團內資源配置目的的實現，並作為肯認企業集團交易操作規範的輔助手段，亦即，如果可以藉由背信罪的刑罰威嚇手段，督促集團負責人於調控資源之前，便做好利益分配、分享的規劃，對於整體企業及個別組成公司的投資人而言，均屬有利。如果吾人可以妥善運用背信罪的不法意圖要件，在實務的操作上，透過舉證責任的配置，只要檢察官可以證明被控背信的相關集團負責人的決策，已涉嫌侵害市場、金融秩序的穩定，同時損害特定公司的利益之時，已盡初步的舉證責任。此時由被控背信之相關負責人等舉證，在其等使該集團旗下被控制的公司配合集團進行交易操作時，已先行經過一定保障程序（如已規劃如果獲得利益，該利益應該如何分配、如何補償被控制的旗下公司）等，以之作為反證，反駁檢察官認為其等具有損害旗下公司利益或圖利的意圖的指控。在這樣的舉證活動的安排底下，將可督促集團負責人在進行集團內交易操作之前，事前做好妥善的利益分配、補償規劃，此時法院便可靈活運用這些特別背信罪的規定，賦予公司法第 369 條之 4 一副真正可以保護受控制公司的「牙齒」，以洗脫公司法第 369 條之 4 為無牙老虎之譏。

此外，本文認為前述的舉證責任活動操作方式，雖然使得被控背信罪之人必須負擔部分的舉證責任，但是此等操作舉證責任的方式，就像刑法第 310 條誹謗罪的舉證責任操作規定一般，並未違反刑事訴訟法上無罪推定的原則。

刑法第 310 條第 1 項規定：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪...」而同條第 3 項規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」而我國司法院大法

官的見解認為：「刑法第三百十條第三項前段規定...係以指摘或傳述足以毀損他人名譽事項之行為人，其言論內容與事實相符者為不罰之條件，並非謂行為人必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。」

526

同樣的論理，應可放到前開背信罪的舉證責任調整上。由於企業集團內部之人員才是對其內部計畫知之甚詳之人，而其對旗下公司的資源調度，是否具有損害該公司意圖，亦有決策核心之人才明瞭。因此，如果一味要求檢察官舉證證明只有集團核心內部人才知悉規劃，並不合理也不切實際。如果吾人可以運用兼及保護市場、金融秩序及個別公司利益的背信規定，只要檢察官可以證明企業集團之負責人，基於特定目的使旗下具有金融機構或公開發行公司地位之集團成員公司為不利益交易，且已有撼動市場或金融秩序之疑慮時，便認定檢察官已盡其舉證責任，其餘則由被控特別背信之相關負責人舉證證明其等的決策乃是基於一定規劃，且已做好相關的避險、利益分配或補償的規劃，足以滿足公司法第 369 條之 4 之要求，並避免集團成員公司受到損害等，作為相關負責人證明其等並無犯相關特別背信罪的主觀犯罪意圖。

此等舉證責任分配的規劃，應可更適切地在尊重集團負責人的決策彈性的前提下，兼顧吾人對於公平以及大眾投資人利益的要求。

### 第三節 紅火案二判決應處理而漏未處理的問題

兩則紅火案的地院判決，分別以堅守背信罪基本概念的角度，以及務實體

---

<sup>526</sup> 司法院釋字第 509 號解釋，解釋理由書。

認企業集團經營現況的角度，詮釋中信金控負責人的決策行為。這兩判決各自的盲點以及缺失，已在第四章檢討兩判決見解時交代過。以下本文將進一步以紅火案的案例事實以及第三章曾剖析過的決策因素，佐以本章所提出（特別）背信罪之於集團負責人行為的特性與機能，分析紅火案中法院應處理卻疏漏未處理的問題。

本文認為紅火案最值得非議的行為有二：恣意動用中信銀行資金的行為，以及紅火公司出售結構債獲利後，該獲利的流向。其他的行為，由於涉及估算整體集團的沈沒成本、交易操作機率等因素，並非本質上即屬具可非難性的行為，雖然其行為目的可能是為了規避行政規範，但此屬行政規範是否應強化，或改採行政刑罰的問題。但是兩則紅火案的判決，卻將討論的重點錯置，造成兩則判決各自有所疏漏及不足。

#### （一）紅火案中應被評價卻被忽略的行為

首先，就恣意動用中信銀行資金行為的部分，雖然前文已說明，企業集團實有調動企業集團資源以遂行一定目的的需求，而且公司法也在第 369 條之 4 更明文肯定此需求，允許控制公司得操控從屬公司，使之為不利益且不合營業常規的交易行為。但是這些理由是否足以正當化中信金控恣意調度中信銀行資源，以遂行中信金控的交易目的？本文對此深表質疑。

本文認為，公司法第 369 條之 4 雖然承認控制公司操控從屬公司，使其為不利益且不合營業常規的交易行為，但是其規範的旨趣應在於給予控制公司一定操控的彈性，而打破各個法人獨立的基本原則，但同時在民事責任義務上調整，以合理分配控制公司、被操控公司或其他集團成員的利益。因此，此法條並不足以作為正當化中信金控恣意調度中信銀行資金的理由。吾人甚應認為，中信金控欲調度中信銀行的資金，以達某些企業集團的目的，應在公司法第 369 條之 4 的立法目的內為之。

若以此角度檢視紅火案中，中信金控調度中信銀行資源，使中信銀行香港

分行與巴克萊銀行訂定結構債交易的行為，可發現中信金控的最大問題便是：中信金控的決策小組在規劃整個交易內容的計畫時，並未給予中信銀行任何實質上的保障。紅火案的相關結構債交易，金額高達 3.9 億美元，若依當時匯率折合新台幣，金額將高達 120 億以上，實非一筆小數目。同時，雖然中信金控應可有相當的把握認為，將資金投入購買連結兆豐金股票的結構債，因為其轉投資規劃的利多消息之故，實為一筆日後獲取相當報酬可能性極高的交易。但是，吾人必須明白，任何交易均有相當風險，中信銀行將 3.9 億美元投入單一投資標的，又未經過相當的評估程序，是否妥當？本有疑問。再者，此資金並非中信銀行本有，而是透過債券的方式募得，運用此筆資金的同時，已使中信銀行必須承擔相當的利息成本，如果中信金控並未給予中信銀行任何保證，允諾一旦有所損害，將回填中信銀行損失等，中信金控負責人的行為無疑是使中信銀行處於風險自負，而利益卻由中信金控或集團共享的不利地位。但是，不論是站在個別公司利益角度的台北地院 96 年重訴字第 19 號刑事判決，或是秉持集團利益應一併看待的 98 年金重訴字第 40 號刑事判決，卻均未評價此使中信銀行陷入高度投資風險的行為。

本文認為，紅火公司作為中信金控遂行交易操作的工具，中信銀行以獲取部分利潤的條件，將結構債出賣與紅火公司的行為，從整體集團的利益來看，並非整體交易計畫的最大問題所在。真正須要被評價的，其實是恣意調動中信銀行資金，並使其處於高度交易風險，而可能損害銀行經營穩定的行為。此等行為，或已足以作為發動銀行法第 125 條之 2 銀行負責人之背信罪的基礎。

## （二）誤認應被評價的行為

本文認為第二個有疑義的行為，涉及紅火公司將結構債取得收益後，該收益的流向的問題。在台北地院 96 年重訴字第 19 號判決中，法院完全未處理此部分的問題，推測此與法院認為被告等人使中信銀行出售結構債的行為，本身便已構成背信有關，因為一旦該行為成立背信，後續收益便成為「犯罪收益」，此時

收益的流向與犯罪行為的認定之間，並無重要的關連。

而在台北地院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決中，相關被告如何操縱紅火公司收益的流向，則是法院認定被告辜仲諒的行為是否構成對中信銀行背信罪的重要依據。

依據該法院的判決理由，法院認定被告辜仲諒將紅火收益的大部分匯至中信金控的海外孫公司的部分，並不違反其身為中信銀行負責人之職責，不構成背信罪。但是其將其餘部分挪作他用一事，則違背其身為中信銀行負責人的職責，此部分構成背信罪無疑。

本文對此部分論點似有跳動立場的質疑，已在第四章末表明，在此不贅。本文認為，法院在此的立場跳動問題，應與法院混淆了被害的主體以及被操控客體的差別有關。

首先，中信銀行是被操控客體，此點要無疑義。有疑問者，乃中信銀行是否受害？如果受害，又是以何等身分受害？如果依前文所主張，中信金控負責人任意調動中信銀行資金的行為應被責難的觀點，中信銀行固為被害的主體，但是就紅火公司所取得的結構債收益的部分，操控此收益的流向與中信銀行並無任何關係，固然該收益是因為利用中信銀行的資金而取得，但是在中信銀行成為被操控的客體開始，該收益已與中信銀行無關，因為紅火公司乃是為了中信集團整體而「暫時」承接此收益，若法院認為此屬中信銀行的利益，應歸中信銀行所有，挪作他用構成對中信銀行的背信罪，似過度擴大被告等人對中信銀行所負的職責的範圍，以及錯誤認定中信銀行的利益範圍。如果法院認為此等利益應歸中信金控所有，則辜仲諒縱使擅自挪用該筆收益，也是挪用屬於「中信金控」的資金的問題，應非以「中信銀行」負責人的身分被論以背信罪才是。

由於台北地院 98 年金重訴字第 40 號形勢判決未如此細分中信金控所代表的集團整體，與中信銀行作為個別主體的差異，導致法院混淆了中信銀行作為被操控的客體，以及結構債收益的歸屬主體（中信金控）的不同，進而使得法院站

在企業集團的觀點看整體交易行為以及相關收益的流向的操作時，產生了本文第四章的最後分析本案法院認定犯罪行為時，時而站在企業集團觀點，時而退回中信銀行個別公司的觀點，造成法院進退失據而論理不能一貫。

本文認為，依本文第二章的分析，紅火公司贖回系爭結構債所取得的收益其實是中信金控轉投資計畫消息的價值的具體化，中信金控負責人基於避免此等利益外流，才想辦法調動中信銀行的資金，目的便是為了將此等資金留在集團內部。就此觀點看，此等收益其實是中信金控為了規避公開揭露轉投資消息的行政規範，不願與大眾投資人分享此消息背後所代表的經濟價值，而想辦法將其轉化為集團內部可以享有的具體利益。整個紅火案的交易操作，其實就是中信金控為了將其所擁有，但是國家政策上則要求與市場全體共享的資源具體化、內化，並分散於集團內部的一種交易規劃。因此，這些收益其實是中信金控所創造（是否合法，又是另外一回事），絕非歸屬中信銀行所有。

最後，中信銀行是否受害？本文認為在此的問題是，中信金控在大量利用中信銀行的資金，創造這麼一大筆收益之後，是否曾回過頭去給予中信銀行適度的補償？如果沒有，應可認定中信銀行受有喪失原本資金可以創造的收益的利益的損害。而 98 年金重訴字第 40 號刑事判決則錯認中信銀行受害的原因，進而導致其判決錯誤評價應評價的客體。

#### 第四節 小結

本文認為，企業集團結構底下，整體集團各個成員的投資人、債權人與企業集團的負責人之間，所建立的信任關係是極為薄弱抽象的，這與過往背信罪是建立在具體的信任關係之上的規範架構是極為不同的。過去當公司負責人與一般的大眾投資人之間所建立的抽象信任關係，尚可藉由國家法制的補強，而鞏固投資人對於公司負責人應該為公司利益而運作的決策的期待，但是集團負責人與一般投資人之間，由於企業集團結構特徵的因素，相較於單一公司與其投資人之間



的關係，其實更為微妙、複雜，當初利於單純個體與個體之間的關係建立的背信概念，不可能完整複製而妥適規範集團結構下的信任關係破毀的行為。國家必須將此等因為商業發展而新興的商業經營結構特徵納入考量，重新思考集團負責人濫用其地位、大眾投資人的託付、信任的行為的可責性，並重擬其規範策略才行。

本此思考，本文認為由於大眾投資人對於集團負責人的「更抽象信任關係」，其實是建立在國家對於整個市場秩序的維護之上，既然如此，這個便應該是一個規範的切入點才是，當集團負責人破壞大眾投資人的託付以及信任的時候，是否可以認為，該企業集團的負責人已破壞整體的市場秩序，而以此正當化國家對於集團負責人的行為發動刑事制裁的依據。此外，企業集團雖可彼此調度資源以追求集團的縱效，因此單獨資源被調動並不能認為是財產上的損失，但是由於所得的利益必須共享，如果集團負責人在交易操作規劃上，並未規劃利益共享的規劃，則可能作為認定其具有背信之不法意圖以及實質上財產損害之結果。

準此，於詮釋規範集團負責人背信行為的背信罪規定時，納入當代商業企業集團經營的特徵及必要性，以及因而演變的信任結構之後，吾人發現同樣的背信罪，在處理集團負責人的背信行為時，其規範結構及法規的詮釋方式，將迥異於過往一般的背信罪保護個人與個人之間，或單一公司之股東與負責人之間的信任關係以及財產利益的規範結構。

## 第六章 結論

本文從背信罪的緣起的探討出發，藉由中古世紀以來，歐洲商人積極爭取財產的自由，以及對於財產利益的規劃的行動對於國家法制的影響，發現背信罪其實是與商業社會發展息息相關的一種保護信任關係，以及仰賴信任關係而取得財產利益的一種機制。背信罪概念的興起，具有鞏固信任關係以及鼓勵、促進商業發展的作用。

隨著商業組織日漸繁複，在大型公司的結構下，信任關係的本質已非如同過往一般純粹、強烈，國家尚可以法制補強大眾投資人與單一公司的負責人之間的信任關係，透過主觀意圖要件的控制，穩妥地掌握尊重商業彈性以及保護投資人利益之間的分界，維持背信罪固有的鼓勵、鞏固信任關係，以及個人對未來財產利益規劃的期待的機能。

但是當商業組織集結成一個立體的企業集團結構以後，這套機制就不管用了。當商業組織已發展到由眾多法人組成龐大的集團體的時候，由於集團強調資源、利益的調度與流動性，大眾投資人對集團負責人的信任關係丕變，過去作為鞏固信任關係以及個人對未來財產利益期待機制的背信罪，卻因為信任關係隨著商業組織變化而質變後，反而可能變成商業發展的阻力。

本文追溯背信罪的緣起，期能掌握此套機制失靈的真正原因，並發現信任關係結構的轉變，乃是背信罪無法妥善因應企業集團結構底下，集團負責人背信行為的主因。而本文認為，一套機制失靈，並不一定得透過修法的方式解決，法律的修正固然可以使相關事態盡快明朗化，但是卻無法在當前個案上，滿足個案及社會的需求。法律的詮釋以及實務的操作，反而是掌握個案正義的重要關鍵。因此，本文在現行制度的基礎上，如果吾人可以妥善利用詮釋的技巧，引進新制度的新思維，在既有的法律結構底下，轉換的法律的內涵，並透過實務操作的可能性，某種程度上，亦可靈活的地調整現有的規範結構，以妥適地因應當代的商

業組織帶來的信任結構變遷，以及因之而來的不同規範需求。

因此，本文在背信罪的規範結構底下，從保護法益以及背信罪的兩種不法意圖要件的詮釋著手，在詮釋過程中，納入已當代的集團化商業經營模式的事實，從中思考集團負責人的可能想法與觀點，在法條不變的前提下，調整法規的適用範圍，冀能較為合理地評價集團負責人的行為。

此外，背信罪一直以來，便是與民事法同時發展，作為促進、保障商業活動雙重保險機制，本文認為縱使在商業已進入集團化經營的時代，相關法規的機能仍然不變，過往，背信罪的不法意圖機能作為篩選背信罪適用客體，避免過度限制受託人的職務行使自由，以實踐促進商業活動的立法目的，而在現今透過詮釋，背信罪的不法意圖的機能將重新轉換，進而作為督促集團負責人實踐其分配企業集團利益的重要工具。

以上，為本文試圖以詮釋法規的方式，在法條不變的情況下，納入社會變遷的事實，使法規能適應時代的變遷而調整，妥適地規範社會事實。但是，以上方式僅是治標的方法，因為現代社會，單一結構的公司經營體制與立體結構的企業集團體制並存，同一套法規因應不同的商業經營結構，卻要做不同的解釋，為免有解釋過於恣意的疑慮，因此，由立法者透過立法的方式釐清問題，並做為法庭實務操作的引導，仍是正本清源之道。

## 附論：企業集團經營者決策行為特徵與證人保護、免責制度

此段與背信罪的討論無關，但是本文想在此稍微延續本文第三章的研究結論，提出一些本文對於企業集團結構下的舞弊行為的事前防制措施的思考方向。

本文在第三章結論部分已提出部分集團負責人的決策特徵，並指出集團負責人的交易操作往往十分複雜，並藉由海外公司構築防火牆，而且多具有隱

密性，欲發現而展開調查往往十分困難。以紅火案為例，本案若非中信金控為了搶在兆豐金控股股東會召開前的停止過戶日即取得大量兆豐金控股權，導致操作市場股價波動的動作過大，引起主管機關注意，本案也許就不會爆發，中信金控將會安然地完成本次交易操作。<sup>527</sup>

本文第三章已依定錨效應說明，由於集團負責人的交易操作規劃有集團旗下公司配合，個別操作的成功率高，會使得集團負責人容易錯估整體操作規劃的執行成功率。舉例來說，如果一個交易計畫由六個交易階段共同完成，每一個交易計畫的成功率高達9成5，則總成功機率僅約7成4；若個別交易的成功率為9成，則整體的成功機會將降低為5成3；如果可以將個別交易的成功機會降為8成，則整個交易的成功機會僅剩2成6。如果立法者可以把握此等特性，在規範上有效降低個別事件的成功機率，那麼，整個非法的交易計畫失敗機率將巨幅下降。

由於此類交易操作往往具有隱密性，因此要達到降低個別事件的成功機率，便有賴內部人出面舉發、作證，使主管機關或檢察機關得以介入。

如果我國建構完整法制，使內部人意識到行為的不法性，並能夠建制完善的證人保護、刑事免責制度，提高內部人在疑有不法交易情勢時願意向檢調機關舉發的趨力及誘因，便能有效遏阻相關犯行。

首先，就提高內部人出面舉發、作證的趨力部分：立法者的首要目標應在於讓內部人瞭解其行為背後的不法性。

在企業集團結構下，集團負責人僅規劃操作的劇本，實際操作乃由集團

---

<sup>527</sup> 最高法院檢察署特別偵察組檢察官 98 年度偵緝字第 1 號起訴書。最高法院檢察署特別偵察組 98 年度偵緝字第 1 號起訴書，頁 59。在起訴書證據清單與待證事項編號第 55-3 中，證人洪幸元（2005 年 3 月 28 至 2007 年 1 月 2 日任銀行局第六組副組長，負責金控監理）表示，在中信金宣布轉投資兆豐金後，證期局調查有無內線交易情形時，發現有外資法人大量買賣，轉給銀行局進一步調查後才發現結構債交易一事。另見台北地方法院 98 年金重訴字第 40 號刑事判決。

下各公司的職員執行。對實際執行的職員而言，縱使其明白上級的指示實已違反公司內部的內控機制，亦可能以「這是上級的指示」、「上級有其規劃」等理由，減輕自己執行相關計畫時的罪惡感，<sup>528</sup>進而抵銷向主管機關通報可能的不法交易的動機。因此，立法者必須強化經手人員對於其行為的不法性的認知：如果立法者可引進前開的危險犯概念，將「使公開發行公司或金融機構承受不當的高風險交易的行為」論為犯罪，將促使實際執行上級計畫的職員瞭解，其執行上級指示乃是使公司承受刑法所不許的承受高度的損害風險，其屬於執行此行為的共同正犯或幫助犯，此時將可削弱職員減輕內心譴責的藉口的機能，進而而增強其向主管機關通報的動機。除了強化內部人決定向外通報公司或集團內的不法交易操作的趨力外，如果法規能給予適度的減輕或免於刑罰的保證，將可進一步鼓勵內部人主動揭發不為外人所知的不法交易操作。

然而，我國證人刑事免責的規定過於嚴格，主要規範於證人保護法第 14 條，但該規定的適用條件極為嚴格，以須「檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯」且「以經檢察官事先同意者為限」為條件，方可減輕或免除證人之刑責，根本不足成為內部人舉發企業集團內部不法犯行的誘因。而證券交易法第 171 條 3 項、4 項，雖然另針對公開發行公司的相關弊案，另設有鼓勵自首或自白的規定，且條件較證人保護法為寬，但仍以「因而查獲其他正犯或共犯」作為減輕或免除其刑的條件，仍嫌嚴格。

此外，除了構成要件過於嚴格之外，我國實務上對於共犯向來採取共犯連帶沒收的見解，也是阻礙內部人出面作證的阻力之一。<sup>529</sup>最高法院對於共同正犯沒收之宣告，向來認為：「共同正犯之犯罪所得，因係合併計算，故應就合併計算所得之全部予以追繳沒收，並於全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之，不以部分共同正犯實際分得者為限。」從而，在共犯

<sup>528</sup> 黃惠玲，白領犯罪人之中立化技巧，台北大學犯罪學研究所，頁 80（2007）。

<sup>529</sup> 最高法院 98 台上字 2525 號刑事判決。

連帶沒收的見解底下，如果內部人舉發後，其可能仍被論斷為共犯，基於沒收連帶的見解，縱使已減輕、免除其刑，仍然須與其他共犯負連帶沒收、追徵、追繳的責任，這無疑在經濟上加重內部人的負擔，進而成為內部人舉發所處的公司企業內部不法情事的阻力。<sup>530</sup>

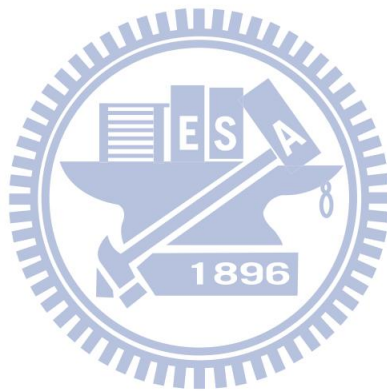
如果我國能建構完善的證人保護法制，提高內部人出面舉發的誘因，便能降低個別交易的成功機率，進而達到有效遏止不法的交易操作的目的。

舉例來說，假設其他交易操作計畫如同紅火案，共分六個階段，且每個階段的成功率均高達9成，若政府可將個別操作階段的成功率降為8成，便能將整體的計畫成功率壓低到2成6。平均壓低個別交易操作的效能，比單純灌注所有政府資源於偵防特定環節的效果來的好：如果政府僅致力於監控股市的可疑動向時，則政府必須藉監控股市，將集團負責人涉及股市操作的交易操作成功機率壓低到4成4，其成效方與政府藉由提高內部人舉發誘因，將所有交易的成功機率都藉由鼓勵、提高內部人出面舉發、作證，而微幅壓低各操作階段的成功率至8成的成效相當（ $0.8^6 \doteq 0.9^5 \times 0.44$ ）。

因此，若要從根本遏止集團負責人的不法交易操作，勢必得從證人刑事免責制度的修繕做起。建構完善的證人保護、刑事責任減輕豁免制度，實為我國處理、遏止日益嚴重的企業集團舞弊問題的首要課題。

---

<sup>530</sup> 林志潔，貪污犯罪共犯理論之再思考，第四屆學術與實務之對話，國際刑事法學會台灣分會，台北市/台南市（2009）。



## 參考資料

### 外文文獻：

#### 一、外文書籍與論文集

1. ALEXANDER L. GEORGE & ANDREW BENNETT, CASE STUDIES AND THEORY DEVELOPMENT IN THE SOCIAL SCIENCES (2005)
2. BLACK'S LAW DICTIONARY (7th ed. 1999).
3. FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHEL, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW(1996).
4. JAMES A. FANTO, DIRECTORS' AND OFFICERS' LIABILITY (2008).
5. JAMES FITZJAMES STEPHEN, A GENERAL VIEW OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND (1863).
6. JAMES FITZJAMES STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND VOL. III (1883).
7. JANET DINE, THE GOVERNANCE OF CORPORATE GROUPS(2000).
8. JEROLD H. ISRAEL ET AL., WHITE COLLAR CRIME: LAW AND PRACTICE (3rd ed. 2009).
9. JOEL SAMAHA, CRIMINAL LAW (9th ed. 2008)
10. NANCY B. RAPOPORT & BALA G. DHARAN, ENRON CORPORATE FIASCOS AND THEIR IMPLICATIONS (2004).
11. RICHARD G. SINGER, JOHN Q. LA FOND, CRIMINAL LAW (1997).
12. Richard H. Thaler et.al, *The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, in THE WINNER'S CURSE 63 (1992).
13. Roger Gomm, *Martyn Hammersley & Peter Foster, Case Study and Generalization*, in CASE STUDY METHOD – KEY ISSUES, KEY TEXTS (Roger Gomm, Martyn Hammersley & Peter Foster ed., 2000).
14. THOMAS D'OYLY, EDWARD VAUGHAN WILLIAMS, THE JUSTICES OF THE PEACE AND PARISH OFFICER VOL. III (1836).

#### 二、外文期刊、研討會與撰寫中論文



1. Andrew Bennett & Alexander L. George, *Process Tracing and Case Study Research*, Address at the meeting of MacArthur Foundation Workshop on Case Study Methods (Oct.17-19, 1997), available at <http://users.polisci.wisc.edu/kritzer/teaching/ps816/ProcessTracing.htm>.
2. Bayless Manning, *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality*, 39 BUS. LAW. 1477(1984).
3. Charles Hansen, *The ALI Corporate Governance Project: Of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule*, 41 BUS. LAW. 1237 (1986).
4. Christine Jolls, Cass R. Sunstein, & Richard H. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV 1471(1998).
5. Craig M. Bradley, *Foreword: Mail Fraud after McNally and Carpenter: the Essence of Fraud*, 79 J. CRIM. L & CRIMINOLOGY 573 (1988).
6. Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Bias*, 185 SCIENCE 1124 (1974).
7. Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, 147(2) ECONOMETRICA, 263 (1979).
8. David Ibbetson, *Sixteenth Century Contract Law: Slade's Case in Context*, 4(3) OXFORD J. LEGAL STUD. 295 (1984).
9. Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968), available at <http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/becker-1968.pdf>.
10. George Wilfred Stumberg, *Criminal Appropriation of Movable—a Need for Legislative Reform*, 19 Tex. L. Rev. 117 (1941).
11. Herbert A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, 69 Q. J. ECON. 99 (1955).
12. John Wesley Bartram, *Pleading for Theft Consolidation in Virginia: Larceny, Embezzlement, False Pretenses and §19.2-284*, 56 WASH & LEE L. REV. 249 (1999).
13. Joshua A. Kobrin, Note, *Betraying Honest Services: Theories of Trust and Betrayal Applied to the Mail Fraud Statute and §1346*, 61 N. Y. U. ANN. SURV. AM. L. 779 (2006).
14. Khairul Baharein Modd Noor, *Case Study: A Strategic Research Methodology*, 5(11) AM. J. APPLIED SCI. 1602 (2008).

15. Lisa L. Casey, *Twenty-Eight Words: Enforcing Corporate Fiduciary Duties through Criminal Prosecution of Honest Services Fraud*, 35 DEL. J. CORP. L. 1 (2010)
16. Michael E. Tigar, *The Right of Property and the Law of Theft*, 62 TEX. L. REV. 1443 (1984).
17. Michael McDonough, *Mail Fraud and the Good Faith Defense*, 14 ST. JOHN'S LEGAL COMMENT. 279 (1999).
18. Nick Wagoner, *Honest-Services Fraud: The Supreme Court Defuses the Government's Weapon of Mass Discretion*, 51 S. TEX. L. REV. 1121 (2011).
19. Note, *Investor Liability: Financial Innovations in the Regulatory State and the Coming Revolution in Corporate Law*, 107 HARV. L. REV. 1941 (1994).
20. Peter J. Henning, *Maybe It should just Be Called Federal Fraud: the Changing Nature of the Mail Fraud Statute*, 36 B.C.VL. REV. 435 (1995).
21. Richard A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 STAN. L. REV. 1551 (1998)
22. Richard H. McAdams & Thomas S. Ulen, *Behavioral Criminal Law and Economics* (U. Chi. L. Sch. Pub. Law & Legal Theory, Working Paper No. 244, 2008), available at <http://www.law.uchicago.edu/files/files/244-440.pdf>.
23. Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960).

## 中文文獻

### 一、中文書籍

1. Adolf A. Berle & Gardiner C. Means 著，甘華銘等譯，《現代公司與私有財產》，初版二刷，商務印書館，北京（2005）。
2. Anthony Giddens 著，李康、李猛譯，《社會的構成》，初版，左岸文化事業，台北（2002）。
3. Anthony Giddens 著，田禾譯，《現代性的後果》，初版一刷，譯林出版，南京（2007）。
4. Carl Schmitt 著，蘇蕙婕譯，《論法學思維的三種模式》，初版，左岸文化出版（2007）。

5. Gesetz und Geschichte 著，朱岩譯，《法律與歷史》，初版一刷，法律出版，北京（2003）。
6. Henri Pirenne 著，樂文譯，《中世紀歐洲經濟社會史》，初版二刷，上海人民出版社，上海（2001）。
7. Max Weber 著，鄭朴譯，《社會經濟史（上）》，二版，台灣商務書館，台北（1985）。
8. Michael E. Tigar 著，紀琨譯，《法律與資本主義的興起》，初版一刷，學林出版，上海（1996）。
9. Ronald H. Coase 著，陳坤銘譯，《廠商、市場與法律》，初版一刷，遠流出版，台北（1995）。
10. Rudolf von Jhering 著，薩孟武譯，《法律的鬥爭》，收錄於王澤鑑，《民法總則》，頁 1-11，王慕華出版，台北（2004）。
11. Werner Sombart 著，季子譯，《現代資本主義第一卷》，初版，上海商務印書館，台北重印（1991）。
12. Werner Sombart 著，季子譯，《現代資本主義第二卷》，初版，上海商務印書館，台北重印（1991）。
13. 王文宇，《公司法論》，三版，元照出版，台北（2006）。
14. 王泰升，《具有歷史思維的法學》，初版一刷，元照出版，台北（2010）。
15. 王泰銓，《比較關係企業法之研究》，初版，翰蘆圖書出版，台北（2004）。
16. 王澤鑑，《侵權行為法（一）基本理論一般侵權行為》，初版十刷，王慕華出版，台北（2005）。
17. 王澤鑑，《債法原理（一）基本理論債之發生》，增訂版七刷，王慕華出版，台北（2003）。
18. 甘添貴，《體系刑法各論（第一卷）》，初版，甘添貴初版，台北（2001）。
19. 李清潭，《資本主義下現代契約法的變遷：法社會學對契約自由的辯論》，新增版，尚書坊出版，高雄（1999）。
20. 林山田，《刑法各罪論（上）》，修訂五版，林山田出版，台北（2005）。
21. 林山田，《刑法特論》，再修三版，三民書局出版，台北（1991）。
22. 林山田，《刑法通論（上）》，增訂八版，林山田出版，台北（2003）。

23. 林山田,《刑法通論(上)》,增訂十版,林山田出版,台北(2008)。
24. 林誠二,《民法債編各論(中)》,初版,瑞興出版,台北(2002)。
25. 洪貴參,《關係企業法理論與實務》,初版,元照初版,台北(1999)。
26. 張清溪等著,《經濟學(上冊)》,五版,張清溪出版,台北(2004)。
27. 程萍,《財產所有權的保護與限制》,初版一刷,中國人民公安大學出版,北京(2006)。
28. 黃茂榮,《債法總論(第二冊)》,增訂版,黃茂榮出版,台北(2004)。
29. 黃榮堅,《基礎刑法學(下)》,二版一刷,元照出版,台北(2004)。
30. 楊偉文等著,《金融控股公司法》,初版,華泰出版,台北(2003)。
31. 葉金強,《信賴原理的私法結構》,初版一刷,元照出版,台北(2006)。
32. 趙廉慧,《財產權的概念—從契約的視角分析》,初版一刷,知識產權出版,北京(2005)。
33. 鄭玉波,《民法債篇各論》,初版,鄭玉波出版,台北(1970)。
34. 賴英照,《最新證券交易法解析》,再版,賴英照出版,台北(2009)。
35. 薛立言、劉亞秋,《債券市場》,二版,指南書局出版,台北(2007)。
36. 薛求知等著,《行為經濟學理論與應用》,初版,智勝文化出版,台北(2005)。
37. 蘇俊雄,《契約原理及其實用》,初版,台灣中華書局出版,台北(1969)。

## 二、論文集：

1. 王皇玉,〈論刑罰的目的〉,收錄於氏著《刑罰與社會規訓-臺灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》,元照出版,台北(2008)。
2. 吳正順,〈財產犯罪之本質、保護法益〉,收錄於《刑法分則論文選輯(下)》,法學論文選輯9:1,頁667-686,五南出版,台北(1984)。
3. 柯耀程,〈「意圖犯」意圖實現於刑法之評價〉,收錄於氏著《變動中的刑法思想》,增訂二版,頁277-303,瑞興,台北(1999)。
4. 陳樸生,〈背信罪在財產犯罪上之體系的地位〉,收錄於《刑法分則論文選輯(下)》,法學論文選輯9:1,頁667-686,五南出版,台北(1984)。
5. 劉連煜,〈控制公司在關係企業中法律責任之研究〉,收錄於《公司法理論

與判決研究(一)》，頁 55-90，劉連煜出版（1995）。

6. 蔡南芳、饒佩妮，〈揭開結構債之神秘面紗——中信金插旗兆豐金控案〉，收錄於謝易宏著《貪婪夢醒——經典財經案例選粹》，頁 381-424，五南出版，台北（2008）。
7. 盧暉臨、李雪，〈如何走出個案——從個案研究到拓展個案研究〉，收錄於朱曉陽、侯猛編《法律與人類學：中國讀本》，頁 342-362，北京大學出版，北京（2008）。

### 三、期刊論文

1. 王志誠，〈集團監理機制：關係企業治理機制支解與建構——兼論金融集團之內部監控〉，《中正財經法學》，第 1 期，頁 1-73（2010）。
2. 周治平，〈背信罪序說〉，《軍法專刊》，第 14 卷 9 期，頁 12-18（1968）。
3. 林大洋，〈純粹經濟上損失實務之變遷與發展(下)〉，《司法週刊》，第 1507 期，版 2（2010）。
4. 林三元，〈法律經濟學之發展特別報導——從有效率的公平正義出發〉，《科技法學評論》，第 1 卷 2 期，頁 249-293（2004）。
5. 林山田，〈背信罪之研究〉，《軍法專刊》，第 24 卷 9 期，頁 8-18（1978）。
6. 林志潔，〈論證券交易法第一百七十一條一項二款非常規交易罪〉，《月旦法學雜誌》，第 195 期，頁 79-100（2011）。
7. 林國彬，〈董事忠誠義務與司法審查標準之研究——以美國德拉瓦州公司法為主要範圍〉，《政大法學評論》，第 100 期，頁 135-214（2007）。
8. 林盛煌，〈論金控法之背信罪及其適用問題——以「中信金插旗兆豐金」乙案為例〉，《月旦法學》，第 144 期，頁 79-93（2007）。
9. 邵慶平，〈商業判斷原則的角色與適用〉，《科技法學評論》，第 8 卷 1 期，頁 103-139（2011）。
10. 陳忠五，〈論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，《台大法學論叢》，第 36 卷 3 期，頁 51-254（2007）。
11. 陳恭平，〈人非聖賢：簡介行為經濟學〉，《人文與社會科學簡訊》，第 10 卷 4 期，頁 16-28（2009）。

12. 陳淞山,〈侵占罪與背信罪之區別〉,《刑事法雜誌》,第 34 卷 4 期,頁 63-82 (1990)。
13. 張天一,〈論背信罪之本質及定位〉,《中原財經法學》,第 26 期,頁 185-242 (2011)。
14. 曾宛如,〈公司經理人之功能與權限〉,《台大法學論叢》,第 36 卷 4 期,頁 123-152 (2007)。
15. 黃茂榮,〈僱傭契約〉,《植根雜誌》,第 19 卷 6 期,頁 1-40 (2003)。
16. 黃茂榮,〈論委任〉,《植根雜誌》,第 19 卷 1 期,頁 1-36 (2003)。
17. 黃榮堅,〈親愛的我把一萬元變大了〉,《月旦法學雜誌》,第 12 期,頁 52-53 (1996)。
18. 廖大穎、林志潔,〈「商業判斷原則」與董事刑事責任之阻卻—台北地院九十六年度重訴字第一一五號刑事判決〉,《月旦法學》,第 183 期,頁 223-242 (2010)。
19. 廖大穎、陳哲斐,〈論股東權之餘關係企業與代表訴訟法理的研究〉,《興大法學》,第 2 期 (2007)。
20. 劉連煜,〈掏空公司資產之法律責任〉,《月大法學教室》,第 56 期,頁 83-95 (2007)。
21. 蔡墩銘,〈背信罪之主體〉,《軍法專刊》,第 8 卷 2 期,頁 20-22 (1962)。
22. 蔡墩銘,〈論我國刑法上之目的犯〉,《法令月刊》,第 34 卷 2 期,頁 6-8 (1983)。

#### 四、研討會論文

1. 林志潔,〈貪污犯罪共犯理論之再思考〉,發表於「第四屆學術與實務之對話」,國際刑事法學會台灣分會主辦,台北市/台南市 (2009)。

#### 五、碩士論文

1. 王虹文,《經濟犯罪法制相關問題研究-以掏空上市櫃公司資產及洗錢防制為例》,中央警察大學法律學研究所碩士論文 (2007)。
2. 林盛煌,《論金融控股公司法上的金融犯罪》,臺灣大學法律學研究所碩士

論文 (2006)。

3. 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)。
4. 徐榮田,《論關係企業不合營業常規經營之法律制約—兼述關係企業合併書表之改造》,成功大學法律學研究所碩士論文 (2006)。
5. 陳靜芳,《背信罪之研究》,東吳大學法律學院碩士論文 (2008)。
6. 黃惠玲,《白領犯罪人之中立化技巧》,台北大學犯罪學研究所 (2007)。
7. 潘彥洲,《證券交易法第一百七十一條第一項第二款非常規交易犯罪之研究》,臺灣大學法律學研究所碩士論文 (2006)。

## 六、其他文獻：

### (一) 報紙

1. 經濟日報 A1 版, 2004 年 10 月 21 日。
2. 經濟日報 C1 版, 2004 年 12 月 31 日。
3. 經濟日報 B2 版, 2005 年 1 月 4 日。
4. 經濟日報 B2 版, 2005 年 1 月 4 日。
5. 聯合報 A3 版, 2005 年 1 月 6 日。
6. 聯合報 C1, 2005 年 1 月 8 日。
7. 聯合報 A9 版, 2005 年 7 月 23 日。
8. 經濟日報 B3 版, 2005 年 8 月 9 日。
9. 聯合報 B6 版, 2005 年 9 月 28 日。
10. 經濟日報 A47 版, 2005.10.05。
11. 聯合報 B2 版, 2005 年 10 月 12 日。
12. 經濟日報 A2 版, 2005 年 12 月 7 日。
13. 聯合報 B11 版, 2005 年 12 月 9 日。
14. 聯合報 AA2 版, 2010 年 1 月 13 日。
15. 聯合報 AA2 版, 2010 年 3 月 11 日。
16. 聯合報 AA2 版, 2010 年 6 月 13 日。

## (二) 年報及財務報告

1. 中國信託金融控股公司，2006 年年報 (2007)。
2. 中國信託金融控股股份有限公司，2005 年年報 (2006)。
3. 中國信託商業銀行股份有限公司，財務報告民國九十五年及九十四年十二月三十一日 (2007)。
4. 中國信託商業銀行股份有限公司，財務報告民國九十四年及九十三年十二月三十一日 (2006)。
5. 中國國際商業銀行，2005 年年報 (2006)。
6. 兆豐金融控股公司，2005 年年報 (2006)。

## (三) 政府公報

1. 行政院金融監督管理委員會裁處書，金管銀(六)字第 09560003931 號函，檢索自行政院金融監督管理委員會網站，[http://www.fscey.gov.tw/Layout/main\\_ch/index.aspx?frame=1](http://www.fscey.gov.tw/Layout/main_ch/index.aspx?frame=1)。
2. 行政院金融監督管理委員會裁處書，金管銀(六)字第 09560003934 號函，檢索自行政院金融監督管理委員會網站，[http://www.fscey.gov.tw/Layout/main\\_ch/index.aspx?frame=1](http://www.fscey.gov.tw/Layout/main_ch/index.aspx?frame=1)。
3. 行政院金融監督管理委員會 94.06.14 金管銀(六)字第 0946000399 號函，行政院公報，11 卷 111 期，頁 14031-14033 (2005)。
4. 行政院金融監督管理委員會 96.10.18 金管銀(六)字第 09660001390 號令，行政院公報，13 卷 198 期，頁 31500-31511 (2007)。
5. 1997 年公司法部分條文修正草案總說明，立法院公報，86 卷 23 期。

## (四) 網路資料

1. 中國信託金融控股公司 2005 年 12 月 27 日公佈之重大消息，公開資訊觀測站網站：<http://mops.twse.com.tw/mops/web/index> 最後瀏覽日：2010.09.12。
2. 台灣經濟新報 TEJ+ 資料庫。
3. 銀行沿革，兆豐國際商業銀行網站，



<https://www.megabank.com.tw/about/about01.asp> 最後瀏覽日：2010/09/09。

