

# 不合營業常規交易罪與 特別背信罪競合之法律適用

——最高法院刑事大法庭108年度台上大四字  
第2261號裁定評析



吳 燦

東吳大學法學院講座教授、前最高法院院長

## 摘 要

證券交易法第171條第1項第2款（不合營業常規交易罪）及第3款（特別背信、特別侵占罪），第1項第1款所指違反第20條第1項（證券交易詐欺）、第2項（財報不實）、第155條第1項、第2項（操縱股價）等規定，具有強烈社會法益保護性質，兼及保護個人法益，乃同一犯罪客體有二以上之法益，均同受保護，屬於侵害社會法益及個人法益之重層性法益犯罪。行為人以一行為該當於二種以上不同之構成要件，均有刑法第55條想像競合犯規定之適用。

## 目 次

壹、案例事實

貳、法律爭議與大法庭裁定主文

參、系爭裁定理由

肆、評 析

DOI: 10.53106/27889866040705

關鍵詞：不合營業常規交易、特別背信、重層性法益、想像競合犯

## 壹、案例事實

上訴人A係依證券交易法（下稱「證交法」）發行有價證券之甲公司財務處處長（即該公司之經理人），明知乙公司無施作甲公司○○廠「△△微振動改善工程」之能力，取得工程後，亦不實際施作，與乙公司董事長即上訴人B共同基於意圖為自己及他人之利益，違背A之職務、不合營業常規交易之犯意聯絡，佯由B以乙公司名義承包施作前揭工程，掏空甲公司資產，使該公司受有新臺幣（下同）5,082萬元之重大損害。

## 貳、法律爭議與大法庭裁定主文

本件係因上訴人等違反證交法等罪案件，經受理之承辦庭評議後，認為擬採為裁判基礎之法律見解，涉及下列二項法律爭議：一、關於證交法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪（或稱非常規交易罪、使公司為不利益交易罪），是否以真實交易行為為限？（下稱「法律爭議一」）<sup>1</sup>。二、行為人以一行為該當證交法第171條第1項第2款不合營業常規交易罪、第3款特別背信罪之構成要件時，應如何論罪？（下稱「法律爭議二」）。

其中法律爭議一部分，徵詢庭與受徵詢之各刑事庭，均同意採否定說，即不以真實交易行為為限，承辦庭乃依徵詢結果為終局判決<sup>2</sup>，並依最高法院辦理大法庭案件應行注意事項第13點第1款規定，於判決理由中說明徵詢程序及過程。至於法律爭議二部分，經向其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之見解，因而裁定向刑事大法庭提案，經大法庭評議後予以受理，並於2020年10月29日作成108年度台上大四字第2261號裁定：行為人以一行為該當證交法第171條第1項第2款不合營業常規交易罪、第3款特別背信罪之構成要件時，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷（下稱「系爭裁定」）。

<sup>1</sup> 最高法院刑事判決有採肯定說之見解，認為本罪係指真實交易但屬不合營業常規之情形；有採否定說之見解，認為實質並無交易之虛假行為，亦屬不合營業常規交易之範疇。

<sup>2</sup> 即最高法院108年度台上字第2261號刑事判決：所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，祇要形式上具有交易行為之外觀，實質上對公司不利益，而與一般常規交易顯不相當，其犯罪即屬成立。以交易行為為手段之利益輸送、掏空公司資產等行為，固屬之，在以行詐欺及背信為目的，徒具交易形式，實質並無交易之虛假行為，因其惡性尤甚於有實際交易而不合營業常規之犯罪，自亦屬不合營業常規交易之範疇。不因2004年修法時，為期法律適用之明確，另增訂第3款之公司董事、監察人及經理人背信、侵占罪，即認虛假交易行為不構成前揭不合營業常規交易罪。

## 參、系爭裁定理由

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

二、證交法第1條明白揭示「為發展國民經濟，並保障投資，特制定本法。」為其立法目的，可知「發展國民經濟」及「保障投資」為該法的核心精神。2000年7月19日修正公布增訂第171條第1項第2款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損害者」之不合營業常規交易罪，立法理由說明：「使公司為不合營業常規或不利益交易行為，嚴重影響公司及投資人權益，有詐欺及背信之嫌，因受害對象包括廣大之社會投資大眾，犯罪惡性重大，實有必要嚴以懲處」。復於2004年4月28日修正時，將「致公司遭受損害」，修正為「致公司遭受重大損害」，並說明：「本條所規定之證券犯罪均屬重大影響金融秩序，且常造成廣大投資人之重大損失，為使法益侵害與刑罰刑度間取得衡平，爰提高刑期三年以上十年以下有期徒刑」。故前揭構成要件中所稱「致公司遭受重大損害」，通常雖指金錢等財物損失，並以損失金額與公司規模等衡量損害是否重大，但法無明文限於金錢等有形之財物損失，如對公司之商業信譽、營運、智慧財產權等造成重大損害者，縱未能證明其具體金額，仍亦屬之。依此修法歷程，足見不合營業常規交易罪所保護之法益，並非僅止於發行有價證券公司之財產法益，反而主要著重在整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，屬重層性法益犯罪。

三、證交法於前揭2004年修法時，增訂第171條第1項第3款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產」之特別背信、特別侵占罪。再於2012年1月4日修正時，增列「致公司遭受損害達新臺幣五百

萬元」之要件；同時增訂第3項規定：「有第一項第三款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣五百萬元者，依刑法第三百三十六條及第三百四十二條規定處罰」，以符合處罰衡平性及侵占、背信罪本質為實害結果之意涵。明揭第171條第1項第3款為刑法侵占、背信罪之特別規定，參酌證交法之立法目的，顯將原僅保護公司財產法益之侵占罪及背信罪轉為重層性法益之罪，而使該罪亦兼及保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益。

四、以上二罪雖均屬重層性法益之罪，保護之法益不免互有重疊，但特別侵占、特別背信罪係以行為人侵占或背信致發行有價證券公司遭受之損害，是否達500萬元的量性指標，作為適用證交法或刑法之依據，足見係側重於保護個別公司之整體財產法益，此與不合營業常規交易罪主要在於保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之社會法益，明顯有別。

五、綜合證交法第171條第1項第2款、第3款之立法目的、構成要件之涵攝範圍及規範保護目的，不合營業常規交易罪與特別背信罪雖規定在同一條項，但二者主要保護法益並不具同一性，非屬法條競合關係，行為人以一行為該當此二罪之構成要件，應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷。

## 肆、評 析

為嚇阻掏空公司資產之行為，證交法分別規定第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪，及第171條第1項第3款之特別背信、特別侵占罪，以為規範<sup>3</sup>。此兩款犯罪之競合關係，在系爭裁定作成之前，最高法院106年度台上字第205號刑事判決認為：證交法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪，與同條項第3款之特別背信罪間，應係狹義法與廣義法之關係，後者乃前者之補充性規定，若行為人所為成立使公司為不利益交易罪，縱其行為亦符合上開特別背信罪之犯罪構成要件，依狹義法優於廣義法之法規競合原則，即應擇一論以使公司為不利益交易罪，不能再論以特別背信罪，即採法規（法條）競合說之見解。

<sup>3</sup> 證交法第171條第1項第2款、第3款之罪，法定刑為3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1,000萬元以上2億元以下罰金；其因犯罪獲取之財物或財產上利益金額達新臺幣1億元以上者，法定刑提高為7年以上有期徒刑，得併科新臺幣2,500萬元以上5億元以下罰金。

惟事實審法院多採想像競合犯見解，即認二罪間具有想像競合之裁判上一罪關係，應從情節較重之證交法第171條第1項第3款特別背信罪處斷，並經最高法院判決維持者：例如（一）最高法院106年度台上字第261號刑事判決，維持臺灣高等法院102年度金上重訴字第20號，所為被告一行為觸犯證交法第171條第2項、第1項第2款、第3款、第179條第1項、第171條第1項第1款之罪，依想像競合犯，從一較重之證交法第171條第2項、第1項第3款董事背信，其犯罪所得達1億元以上罪論處之判決。（二）最高法院106年度台上字第461號刑事判決，維持臺灣高等法院103年度金上重訴字第32號，所為被告一行為觸犯證交法第171條第1項第2款、第3款、第179條第1項、第171條第1項第1款之罪，依想像競合犯，從一情節較重之證交法第171條第1項第3款特別背信罪處斷之判決。（三）即本件原審判決<sup>4</sup>，亦以：A、B所犯證交法第171條第1項第2款、第3款部分，皆以工程施工之機會，為掏空甲公司資產之階段行為，具有行為局部之同一性，應認屬一行為同時觸犯數罪名之想像競合犯，依刑法第55條之規定，從一重之證交法第171條第1項第3款特別背信罪處斷。

實務針對法律爭議二，就已致公司遭受損害達500萬元以上者，如採法規（條）競合說，認應擇一適用證交法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪論處；如採想像競合犯見解，則謂應從一重之證交法第171條第1項第3款特別背信罪處斷。系爭裁定從證交法第171條第1項第2款、第3款之規範意旨，所欲保護之法益屬性，定其想像競合時之法律適用。

### 一、不合營業常規交易罪

證交法第171條第1項第2款規定之「不合營業常規交易罪」，其構成要件為：（一）犯罪主體：須為已依證交法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人<sup>5</sup>或受僱人。規範之適用對象與內線交易、短線交易包含持股超過10%之大股東不同。（二）犯罪行為：係以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規。（三）犯罪結果：系爭交易致公司遭受

<sup>4</sup> 臺灣高等法院臺南分院106年度金上重訴字第329號刑事判決。

<sup>5</sup> 最高法院102年度台上字第3250號刑事判決：為達證交法之立法目的，依據證交法公開發行有價證券之公司經理人之認定，自應以實質上有無為公司管理事務及簽名之權限為據，不得拘泥於形式上有無經過董事會選任或登記等程序。否則公司管理階層為達違反證交法之犯罪目的，形式上故意不備人事選任經理人之正式決議，或不依規定辦理經理人登記，藉以脫免相關加重處罰之刑事制裁，即與保護投資人與市場交易秩序之立法本旨相違。且依公司法第8條第3項意旨，應為相同解釋而採實質認定標準，始稱適法。

重大損害。本罪常發生在公司之關係企業，或與公司董監、經理人有密切關係之人間的交易。

本款所稱之「公司」，固係指已依證交法發行有價證券之公司而言，實務<sup>6</sup>認為上市、上櫃公司之從屬公司，其營運及財務損益結果，與其上市櫃之控制公司，具實質一體性。如控制公司對從屬公司之營運、財務等決策，具實質控制權，且控制公司行為之負責人，故意使從屬公司為不利益交易，以達利益輸送或掏空公司目的，因該從屬公司獨立性薄弱，形同控制公司之內部單位，以從屬公司名義所為不利益交易，實與控制公司以自己名義為不利益交易者無異，自亦構成本款之罪，方足保護廣大投資人權益。但文獻上<sup>7</sup>有認為在控制公司與從屬公司之間的交易，本款之適用，應有適當的限制，否則將使關係企業之營運遭遇困難之見解。

所謂「不合營業常規交易」，係指交易雙方因具有特殊關係，未經由正常商業談判達成契約，且其交易條件未反映市場公平價格而言<sup>8</sup>。實務<sup>9</sup>因認本罪構成要件所稱之「不合營業常規」，為不確定法律概念，因利益輸送或掏空公司資產之手段不斷翻新，所謂「營業常規」之意涵，自應本於立法初衷，參酌時空環境變遷及社會發展情況而定，不能拘泥於立法前社會上已知之犯罪模式，或常見之利益輸送、掏空公司資產等行為態樣。該規範之目的既在保障已依法發行有價證券公司股東、債權人及社會金融秩序，則除有法令依據外，舉凡公司交易之目的、價格、條件，或交易之發生，交易之實質或形式，交易之處理程序等一切與交易有關之事項，從客觀上觀察，倘與一般正常交易顯不相當、顯欠合理、顯不符商業判斷者，即係不合營業常規，如因而致公司發生重大損害或致生不利益，自與本罪之構成要件該當<sup>10</sup>。

本罪係以「致公司遭受重大損害」，為其不法結果之要件，故其性質應屬實害結果犯，且無明文處罰未遂犯，必以公司已發生重大實害之結果，且公司財產減損與非常規交易行為間應具有關聯性，始足當之。是公

6 最高法院105年度台上字第2368號刑事判決。

7 賴英照，最新證券交易法解析，2020年4月，658頁。

8 同前註，654頁。

9 最高法院98年度台上字第6782號刑事判決。

10 此與所得稅法第43條之1規定之「不合營業常規」，目的在防堵關係企業逃漏應納稅捐，破壞租稅公平等流弊，稅捐機關得將交易價格調整，據以課稅；公司法第369條之4、第369條之7規定之「不合營業常規」，重在防止控制公司不當運用其控制力，損害從屬公司之利益，控制公司應補償從屬公司者，迥不相同，自毋庸為一致之解釋。請參同前註刑事判決。

司之董事等人，雖有為上開不合營業常規之交易，倘公司所遭受「損害」程度未達重大或不具關聯性者，自不能以該罪相繩。

關係人交易於實務上，實屬常見，現行法規並無禁止公司與關係人交易，僅是規範應遵循之程序，並要求以公平市價<sup>11</sup>進行交易。至於內規遵守與否，不必然與損害相關，許多內規縱使未遵守，亦不當然會造成公司損害，而交易對象（不論是關係人或非關係人）獲利，並不同於公司受損害。損害與否，應以與公平市價之差額認定，只要未偏離市價，即未造成公司損害。是否合於實質之交易公平，最終仍要考慮公司是否實際受害，而其公平性之判斷時點，基於刑法之謙抑性及最後手段性，應以最終之實質結果來判斷，始為公允，如此方符合「致公司遭受重大損害」之構成要件。

至於「重大」損害之認定標準，立法者委由司法機關依個案裁量認定。系爭裁定認為，損害是否重大之認定，通常雖指金錢等財物損失，並以損失金額與公司規模<sup>12</sup>等衡量損害是否重大<sup>13</sup>，但法無明文限於金錢等有形之財物損失，如對公司之商業信譽、營運、智慧財產權等造成重大損害者，縱未能證明其具體金額，仍亦屬之。但就計算公司遭受損害之金額而言，若涉及複雜風險交易行為之財產價值評價，則應以財務方法進行財產損益之計算，並詳加審認財產減損與非常規交易行為間之關聯性，始合於實害結果犯之本質<sup>14</sup>。

## 二、特別背信罪

證交法第171條第1項第3款規定之「特別背信或特別侵占罪」，其構成要件為：（一）犯罪主體：須為已依證交法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人；（二）犯罪行為：係意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產；（三）犯罪結果：致公司遭受損害達500萬元。

至若公司遭受之損害未達500萬元者，依本條第3項規定，依刑法第336

<sup>11</sup> 最高法院102年度台上字第3250號刑事判決即謂：故「交易價格」是否與市場之公平價格差異而顯不合理，為判斷交易是否不合常規之重要準據之一。

<sup>12</sup> 例如公司年營業額及公司資產。

<sup>13</sup> 例如造成公司營業或財務發生困難、重整或減資等情形。

<sup>14</sup> 最高法院107年度台上字第518號刑事判決。系爭判決並指出：有罪判決書，對於此項「致公司遭受重大損害」構成要件之具體事實及其金額，不僅須詳加認定記載明白，且須說明其憑以計算之依據及理由，方足資以論罪科刑。

條及第342條規定處罰。是以，本款所謂「違背其職務之行為」，性質上與刑法第342條之背信罪相仿；而「侵占公司資產」則該當於刑法第336條第2項之侵占罪。行為人之行為同時合於證交法第171條第1項第3款，及刑法第342條第1項或第336條第2項所規範之犯罪構成要件，應依法條競合之特別關係，優先擇用證交法第171條第1項第3款之特別背信罪或特別侵占罪<sup>15</sup>。至於行為人所為如同時競合證交法第171條第1項第3款之特別背信罪及特別侵占罪，應僅成立特別侵占罪，不另成立特別背信罪<sup>16</sup>。

系爭兩款之犯罪類型均適用於公開發行公司，不論是否上市、上櫃、興櫃，均包括在內<sup>17</sup>。但第3款之犯罪主體，則不及於第2款規定之受僱人。立法說明係以受僱人為違背其職務之行為或侵占公司資產，已有刑法第342條之背信罪或刑法第335條之侵占罪、或第336條第2項之業務侵占罪可資適用，相較於受僱人可能違反之非常規交易罪，本款之罪情節不同，為避免發生情輕法重情事，爰不予規範<sup>18</sup>。惟受僱人如與公開發行公司董事、監察人或經理人共犯本款之罪，仍有刑法第31條之適用。

### 三、重層性法益

犯罪之客體有二種意義：一為被害法益；一為被害人。刑法之所以明定一定之行為為犯罪，主要在於保護因其行為而被侵害之法益。因犯罪而直接受有損害之人，係指其法益直接被侵害之人，即因犯罪被害法益之主體。惟何種法益被侵害，以何人為直接被害人，本屬實體法上問題。刑法上所保護之法益，因犯罪類型之不同，而異其內容。依法益主體而分之法益三分說，即國家法益、社會法益與個人法益。如個人法益與國家法益或社會法益係由同一之犯罪行為所致，則生「同時被害」之情形。至於如何判斷該人屬於直接或間接被害人，於學說上針對國家法益及社會法益，則區分為單純性法益、關聯性法益及重層性法益三種法益概念<sup>19</sup>。

所謂單純性法益，係指此類犯罪，該法益僅單純保護國家或社會法

<sup>15</sup> 最高法院107年度台上字第518號刑事判決。

<sup>16</sup> 最高法院42年台上字第402號刑事判例：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，苟係其持有之他人所有物，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。

<sup>17</sup> 賴英照，同註7，653、659頁。

<sup>18</sup> 關於此一立法之批評，請參賴英照，同註7，659-660頁。

<sup>19</sup> 此三種法益之區分，請參陳樸生，刑事訴訟法實務（重訂版），1991年8月，296-298頁；林俊益，刑事訴訟法概論（下），2023年3月，19-21頁。

益，個人法益並不在保護範圍，如偽證罪<sup>20</sup>、湮滅證據罪<sup>21</sup>、枉法裁判罪<sup>22</sup>等。所謂關連性法益，係指此類犯罪行為，同時有數法益被侵害，且其中相互關連，雖個人仍不失為被害人，惟刑法僅擇國家、社會法益加以保護，如誣告罪<sup>23</sup>、放火罪<sup>24</sup>。所謂重層性法益，係指數種法益同時遭受侵害，不特在刑法上均受保護，在程序法上亦同時為被害人。例如偽造有價證券罪<sup>25</sup>、濫權羈押罪<sup>26</sup>、和誘、略誘罪等。

關於關聯性法益及重層性法益之區別實益，在於此類犯罪之行為，雖均有數法益同時被害，但在關聯性法益中，刑法對於個人法益及國家或社會法益二者，僅選擇國家法益或社會法益加以保護，因此行為人一個犯罪行為雖同時侵害二種以上的法益，仍僅成立單純一罪。例如，以一狀誣告數人，祇犯一個誣告罪，無適用刑法第55條從一重處斷之餘地<sup>27</sup>。又如，一個放火行為，若同時燒燬住宅與該住宅內所有其他物品，亦僅成立一個放火罪<sup>28</sup>。至於重層性法益中，刑法對於個人法益及國家或社會法益二者，均同受保護，不僅個人係直接被害人，得提起告訴或自訴，其被害之

<sup>20</sup> 最高法院28年上字第3321號刑事判例：「偽證罪係侵害國家法益之罪，因為證而間接受害之人請求究辦，僅可認為告發而非告訴。」

<sup>21</sup> 最高法院26年上字第1121號刑事判例：「湮滅證據為妨害國家之搜索權，私人並非因犯罪而直接被害之人，不得提起自訴。」

<sup>22</sup> 最高法院54年台上字第246號刑事判例：「刑法第一百二十四條之枉法裁判罪，係侵害國家法益之罪，縱裁判結果於個人權益不無影響，但該罪既為維護司法權之正當行使而設，是其直接受害者究為國家，並非個人，個人即非因犯罪而同時被害者，自不得提起自訴。」

<sup>23</sup> 最高法院26年渝上字第893號刑事判例：「刑法上之誣告罪，得由被誣告人提起自訴，係以誣告行為一經實施，既足使國家司法上之審判權或偵查權妄為開始，而同時又至少必使被誣告者受有名譽上之損害，縱使審判或偵查結果不能達到誣告者欲使其受懲戒處分或刑事處分之目的，而被誣告人在名義上已一度成為行政上或刑事上之被告，其所受名譽之損害，自係誣告行為直接且同時所加害。」

<sup>24</sup> 最高法院79年台上字第1471號刑事判例：「刑法第一百七十三條第一項放火燒燬現有人使用之住宅罪，其直接被害法益，為一般社會之公共安全，雖同時侵害私人之財產法益，但仍以保護社會公安法益為重，況放火行為原含有毀損性質，而放火燒燬現供人使用之住宅罪，自係指供人居住房屋之整體而言，應包括牆垣及該住宅內所有設備、傢俱、日常生活上之一切用品。故一個放火行為，若同時燒燬住宅與該住宅內所有其他物品，無論該其他物品為他人或自己所有，與同時燒燬數犯罪客體者之情形不同，均不另成立刑法第一百七十五條第一項或第二項放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪。」

<sup>25</sup> 最高法院96年度台上字第367號刑事判決：「偽造有價證券罪，屬重層性法益之犯罪，故除侵害公共信用之社會法益外，對於被偽造者及所行使之對象，亦均為被害人，上訴人既對未滿十八歲之人行使偽造之本票，該少年亦為被害人，原判決依兒童及少年福利法第七十條第一項前段規定，加重其刑，難謂不當。」

<sup>26</sup> 最高法院28年上字第3652號刑事判例。

<sup>27</sup> 最高法院49年台上字第883號刑事判例。司法院院字第2306號解釋：「某甲以一狀誣告乙丙丁三人，祇犯一個誣告罪。」

<sup>28</sup> 請參註24刑事判例。

個人法益二個以上者，並有刑法第55條想像競合犯從一重處斷之適用。最高法院28年上字第3652號刑事判例：「刑法第125條第1項第1款之濫權羈押罪，固係就公務員對於國家所賦與之羈押權力不為正當行使所設之處罰規定，但該條款對於被羈押人之私人法益，亦同在保護之列，觀於該條第2項就其致人死傷時特設加重處罰之明文，自無疑義。上訴人濫用職權於同時同地將某甲、某乙一併看管，已侵害兩個私人之自由法益，自係一行為而犯兩項同一之罪名，應依刑法第55條從一重處斷。」即屬適例。至於單純侵害國家法益或社會法益者，則僅成立單純一罪，無刑法第55條規定之適用<sup>29</sup>。

或有謂「依我國司法實務向來的見解，侵害重層性法益，基本上不會被認為構成想像競合犯，因為重層性法益犯罪，雖然事實上保護的不只純粹的一項法益，但其他兼及保護的法益被重層化後，隱藏在特定一項『罪名』內，對照刑法第55條之規定『一行為而觸犯數罪名者』，侵害重層性法益犯罪，只有觸犯單一罪名，自與想像競合犯『觸犯數罪名』之概念不相符合」者<sup>30</sup>，並援引最高法院49年台上字第883號刑事判例：「以一狀誣告數人，祇犯一個誣告罪，無適用刑法第55條從一重處斷之餘地」為之說明<sup>31</sup>。惟誣告罪所保護之法益，學說見解分歧。（一）有認為屬於個人法益，即在保障「個人私生活之平穩（安穩）」；（二）有認為屬於國家法益，所保護者乃「國家審判作用之公正的運作」；（三）有認為主要屬於侵害國家法益之犯罪，次為侵害個人法益之犯罪。我國學說多數採（三）之立場<sup>32</sup>，實務亦同此見解<sup>33</sup>。按誣告罪係屬於同時侵害國家法益與個人法益之關聯性法益類型，刑法僅選擇國家法益加以保護，此觀上開判例乃認「以一狀誣告數人，祇犯一個誣告罪，無適用刑法第55條從一重處斷之餘地」甚明。上開學說見解，似有誤解。

<sup>29</sup> 最高法院106年度台上字第1206號刑事判決：「藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪，毒品危害防制條例第8條第3項之轉讓第三級毒品罪，因所侵害者均係社會法益，行為人以一行為同時將禁藥或同時將第三級毒品轉讓予數人，僅成立單純一罪，不生想像競合犯之問題。」

<sup>30</sup> 曾昭愷，想像競合犯所謂「觸犯數罪名」——最高法院108年度台上大四字第2261號裁定之回顧，月旦律評，7期，2022年10月，44頁。

<sup>31</sup> 同前文之註8。

<sup>32</sup> 陳子平，刑法各論（下），元照，2020年1月，870頁。

<sup>33</sup> 最高法院107年度台上字第1853號刑事判決認：該罪主要保護法益，為國家審判權之正確行使，被誣告人利益之保護則為次要。最高法院104年度台上字第3174號刑事判決亦謂：重在保障國家審判權之適法行使，兼及受誣告人權益之保護。

#### 四、本文見解／代結論

證交法第1條明定以「為發展國民經濟，並保障投資，特制定本法」，考其立法目的，除具有強烈社會法益保護性質外，亦兼及保護個人法益<sup>34</sup>。違反證交法規定係侵害社會法益之罪，同時具有侵害個人（投資人）法益之情形，在程序法上其被害之個人仍不失為直接被害人，在刑法上乃屬於同一犯罪客體有二以上之法益，則均同受保護，屬於侵害社會法益及個人法益之重層性法益類型，而非關聯性法益。

證交法第171條第1項第2款之不合營業常規交易罪及第3款之特別背信、特別侵占罪，係關於「掏空資產」之處罰規定，從法益之保護言，在性質上本均各屬重層性法益之犯罪，其於造成投資人之多數個人法益受害之情形，本即有刑法第55條想像競合犯規定之適用。在牽連犯廢除之後，想像競合犯所謂「一行為」，應兼指所實行者為完全或局部同一之行為，或其行為著手實行階段可認為同一者，均得認為合於一行為觸犯數罪名之要件，而評價為想像競合犯。從而，以一行為為該當於證交法第171條第1項第2款、第3款此二罪之構成要件，自應依想像競合犯從一情節較重之罪處斷。

系爭裁定以特別背信罪係側重於保護「個別公司之整體財產法益」，與不合營業常規交易罪主要在於保護整體證券市場發展、金融秩序及廣大不特定投資大眾之「社會法益」有別。主要在說明系爭法律爭議，因二者「主要保護法益」不具有同一性，乃認不屬於法條競合關係之單純一罪，而應依刑法第55條想像競合犯規定從一重處斷。說理或尚待斟酌，但結論應值贊同，蓋此乃重層性法益犯罪之應然。

至於證交法第171條第1項第1款所指違反第20條第1項（證券交易詐欺）、第2項（財報不實）、第155條第1項、第2項（操縱股價）等規定，在於維護自由市場之機能，保障投資人權益，亦各屬重層性法益之犯罪。其中證交法第155條第1項第3款（相對委託）、第4款（炒作股價）或第5款（沖洗買賣或相對成交）係針對不同之操縱市場行為，設其禁止規範<sup>35</sup>，其各款之犯罪構成要件不同，違反其一者，即成立各該款之罪，並各依第171條第1項第1款或第2項規定處罰。行為人所犯違反第155條第1項第3款、第4款、第5款或第7款等以買賣行為直接左右市價之二種以上不同

<sup>34</sup> 最高法院93年度台上字第1063號、第3023號刑事判決。

<sup>35</sup> 第7款係概括規定，旨在彌補列舉規定之不足。

態樣之操縱行為，係一行為觸犯不同犯罪構成要件之數罪名，應依（異種）想像競合犯規定從一重處斷。最高法院判決有採想像競合犯者<sup>36</sup>，有認為僅成立包括的一罪者<sup>37</sup>，亦有謂認係侵害一個社會經濟法益，僅成立第171條第1項之單純一罪者<sup>38</sup>。此另一法律爭議，已見積極歧異，最高法院宜循大法庭機制達成統一見解。本乎法秩序一致性，應以與系爭裁定同採想像競合犯之見解為是。♣

 相關文獻 ◀ 月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)

### 作者著作



- 2023 年月旦〈刑事法〉實務評析精粹 | 張明偉、蔡聖偉、陳文貴、吳燦、許恒達、張天一、林鈺雄、李佳玟 等
- 刑事法裁判評析 | 吳燦
- 刑事證據法與救濟程序 | 吳燦
- 解讀國民法官法（上）（下） | 廖建瑜主編；尤伯祥、陳運財、曾昭愷、蕭奕弘、林臻嫻、文家倩、吳燦 等
- 最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5217 號裁定評釋（影音） | 吳燦、王效文、林臻嫻
- 民意代表於議場外對公務員斡旋行為之職務性探討（影音） | 吳燦、李聖傑、林俊言
- 刑事大法庭裁定案例分析（影音） | 吳燦
- 最高法院刑事大法庭經典裁定解析（影音） | 吳燦
- 向左走？向右走？以《第三人參與沒收》及《累犯前科事實之舉證》2 則裁定（影音） | 吳燦、謝煜偉

<sup>36</sup> 最高法院104年度台上字第1219號刑事判決。系爭判決係維持原審所持「被告……係以同一操縱、炒作行為而同時觸犯證交法第155條第1項第4款及同條項第5款規定等二罪，為一行為觸犯數罪名，應依刑法第55條想像競合犯之規定，從一重論以……之一罪。」而駁回上訴。

<sup>37</sup> 最高法院95年度台上字第1220號刑事判決。

<sup>38</sup> 最高法院105年度台上字第2173號刑事判決。