

上 訴 人

即 被 告 楊淑嬌

選任辯護人 魏雯祈 律師

上 訴 人

即 被 告 陳燦堂

選任辯護人 陳守煌 律師

黃雅萍 律師

洪茂松 律師

下列法律問題，本庭（徵詢時之庭別為刑事第四庭）經評議後，
認擬採為裁判基礎之法律見解，與本院先前裁判存有消極歧異，
爰提案予刑事大法庭：

本案提案之法律問題

被告以一行為該當證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款不合營業常規
交易罪、同條項第 3 款特別背信罪之構成要件時，究應如何論罪
？

理 由

一、本案基礎事實

A 公司董事長楊淑嬌明知 B 公司無施作某工程之能力，取得工程後，亦不實際施作，竟與 B 公司負責人陳燦堂共同基於意圖為自己或他人之利益，違背楊淑嬌之職務、非常規交易之犯意聯絡，佯由陳燦堂以 B 公司名義承包施作某工程，將工程款扣除補貼稅額後，再退回予楊淑嬌之方式，掏空 A 公司資產新臺幣 5,082 萬元，使 A 公司受有重大損害。（原審判決認楊淑嬌與陳燦堂共同犯證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款之罪，依想像競合犯，從一重論以證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款之罪）。

二、法律見解：

甲、法規競合（或稱法條競合）說：認二罪間應屬狹義法與廣義法之關係，證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款為同條項第 2 款之補充性規定，依法規競合應優先適用第 171 條第 1 項第 2 款規定論罪。

理由：證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款所定：「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，致公司遭受重大損害。」其立法意旨，係鑒於已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人等相關人員，使公司為不利益交易行為且不合營業常規，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，乃設此一刑罰規定。因此，在適用上自應參酌其立法意旨，以求得法規範之真義。所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，只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，或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，均屬不合營業常規之範疇，且不以之為限。雖同法於民國 93 年 4 月 28 日修正公布時，增訂該條項第 3 款「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。」之刑罰規定（此即證券交易法所定之特別背信罪），然此款增訂條文之修正草案說明已載明：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，如利用職務之便挪用公款或利用職權掏空公司資產，將嚴重影響企業經營及金融秩序，並損及廣大投資人權益，實有必要加以懲處，以收嚇阻之效果，爰增訂第 1 項第 3 款，將該等人員違背職務之執行或侵占公司資產等涉及刑法侵占、背信等罪責加重其刑責。」該款特別背信罪，嗣於 101 年 1 月 4 日修正公布，增訂「致公司遭受損害達新臺幣 5 百萬元」之要件，以符合處罰衡平性及背信罪本質為實害結果之意涵；復以該罪屬刑法第 336 條侵占罪及第 342 條背信罪之特別規定等由，於同條第 3 項增訂：「有第 1 項第 3 款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣 5 百萬元者，依刑法第 336 條及第 342 條規定處罰。」是依上揭立法意旨、立法過程及上開 2 款規定之文義觀之，證券交易法第 171 條第 1 項第 2

款之使公司為不利益交易罪，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，且二者均同為刑法背信罪、侵占罪、詐欺罪等罪之特別規定。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，此乃因法規競合法理所使然。但特別背信罪既為使公司為不利益交易罪之補充規定，是縱行為人所為經評價不符合使公司為不利益交易罪之犯罪構成要件，亦仍有成立特別背信罪之可能，此端視行為人之行為是否符合該罪之犯罪構成要件而定，其間之關係，即類同於刑法第 304 條之強制罪，與刑法以強暴、脅迫使人行無義務之事，或妨害人行使權利為內容之其他特別刑罰規定（如強盜、強制性交、略誘、擄人勒贖等罪）間之關係（本院採此說見解者為 106 年度台上字第 205 號判決）。

乙、想像競合說：認二罪間具有想像競合之裁判上一罪關係，應從情節較重之一罪處斷。

說明：

（一）經搜尋本院判決，尚無針對此二罪間係屬想像競合之裁判上一罪關係，明確表示見解者，惟有維持第二審法院依想像競合犯，從一較重之證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款論處之判決。如：

- 1、本院 106 年度台上字第 261 號判決，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券交易法第 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，從一較重之證券交易法第 171 條第 2 項、第 1 項第 3 款董事背信，其犯罪所得達新臺幣 1 億元以上罪論處之判決。
- 2、本院 106 年度台上字第 461 號判決，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券交易法第 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，從一情節較重之證券交易

法第 171 條第 1 項第 3 款特別背信罪處斷之判決。

- (二) 關於證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款不合營業常規交易罪與同條項第 3 款特別背信罪間之關係，此一法律爭議，事實審法院已有依想像競合犯，從一重特別背信罪處斷之見解。本院雖尚無先前裁判明確表示採想像競合說見解，惟已有維持第二審所為依該見解裁判之判決。又本案原審判決，亦以：楊淑嬌、陳燦堂所犯證券交易法第 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 A 公司資產之階段行為，具有行為局部之同一性，參照本院 101 年度台上字第 2449 號判決見解，應認屬一行為同時觸犯數罪名之想像競合犯，故應依刑法第 55 條之規定，從一重之證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款特別背信罪處斷（臺灣高等法院臺南分院 106 年度金上重訴字第 329 號判決）。

三、本庭擬採想像競合說。

理由如下：

- (一) 刑法第 55 條前段所規定一行為觸犯數罪名，即學理上所謂想像競合犯，係基於一個意思決定，以一個實行行為，發生侵害數個法益結果，此犯罪形態與數罪併罰，係出於各別之犯意，實行數行為，獨立構成數犯罪之情形有別，是想像競合犯之成立，必須出於一行為為必要。此與刑法上所謂法規競合，係指同一行為侵害同一法益，同時符合數法條所規定之犯罪構成要件，而觸犯數罪名，因該數罪名所保護者為同一法益，禁止為雙重評價，故僅能選擇其中一法條論罪，而排除其他法條之適用，其本質屬單純一罪，亦有差異。
- (二) 證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之罪，係以「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害。」與同條項第 3 款之罪：係以「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，致公司遭受損害達新臺幣 5 百萬元。」二者之

犯罪主體、主觀意圖及客觀犯罪構成要件，均屬有別。此與證券交易法第 17 條第 1 項第 3 款之罪，本質上即含有公司董事、監察人及經理人背信、侵占之性質，為刑法第 342 條背信罪、第 336 條第 2 項業務侵占罪之特別法，無再論以刑法背信罪、業務侵占罪之必要，二者顯有不同。

(三) 證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款與第 3 款之罪，所欲保護的法益，也不相同，前者係為保護公司、股東、員工、債權人、一般投資大眾之權益，及證券市場之穩定、社會金融程序；後者所保護者為個別的財產法益。是行為人以一行為觸犯上開二罪名，應依想像競合犯論處，而非屬法規競合之擇一適用。

(四) 為使被告以一行為該當二犯罪構成要件之犯行，獲得充分之評價，認均應予論罪，而依想像競合犯之規定，從一重處斷為適當，擬採想像競合說之見解。

四、徵詢其他各庭之結果：

經徵詢其他各庭，除刑事第一庭不同意外，其餘各庭均同意本庭見解（即採想像競合說）。

五、本庭經評議後認本件法律問題，本院先前之裁判與本庭擬採之法律見解，存有消極歧異，又未能經由徵詢程序達成一致之見解，爰依法院組織法第 51 條之 2 規定，提案予刑事大法庭。

六、本庭指定庭員法官何信慶為刑事大法庭之庭員。

中 華 民 國 109 年 9 月 2 日

刑事第九庭審判長法 官 許 錦 印

法 官 何 信 慶

法 官 朱 瑞 娟

法 官 高 玉 舜

法 官 李 英 勇

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 109 年 9 月 4 日