

論背信罪之本質及定位

張天一*

目次

- 壹、前言
 - 一、一個背信罪上難解的問題
 - 二、案例之提出
- 貳、外國立法例上背信罪之沿革
 - 一、德國法上背信罪之發展歷程
 - 二、日本法上背信罪之發展歷程
- 參、背信罪在本質與定位上之論爭
 - 一、背信罪本質問題之論爭
 - 二、背信罪定位問題之論爭
- 肆、對背信罪本質及定位問題之新思考
 - 一、背信罪與侵占罪的關連性
 - 二、重新架構背信罪之可能性
- 伍、結論

關鍵字：背信罪、侵占罪、背任行為、濫用權限說、違背信任說

投稿日期：九十九年十二月二日；接受刊登日期：一〇〇年六月十三日。

* 中原大學財經法律學系助理教授，輔仁大學法學博士。

壹、前言

一、一個背信罪上難解的問題

我國刑法第三四二條為背信罪之規定，其條文內容為：「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爲，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、拘役或科或併科一千元以下罰金。」對此，可知背信罪在成立上，必須具備「背任行爲」以及「財產損害」兩個要件。而對於這兩個要件之內涵，在學說上向來存有爭議，而其核心問題即在於背信罪本質為何之討論上，亦即「違背信任說」或「濫用權限說」兩者觀點之論爭。

我國背信罪之規定於起草時，主要係以日本在一九〇七年（明治四十年）刑法修正後的第 247 條規定作為藍本，故兩者在內容上極為近似。不過，日本與我國同屬繼受法國家，其法律制度受歐陸法系影響甚深，因此，欲瞭解背信罪的本質問題，則不得不去探究背信罪在歐陸法系中的發展歷程。對此，最早可追溯於羅馬法時代，不過，在羅馬法中，背信罪尚非屬於獨立之犯罪類型，對於受他人委託處理財產卻違背其信賴關係之行爲，有一部分是可以藉由竊盜罪（*furtum*）來加以處理¹，而無法以竊盜罪處理的部分，如果可認為行爲人之行爲已違反與他人之契約關係時，則應負起民事上之賠償責任，或是被

¹ Draheim, *Untreue und Unterschlagung*, 1901, S.1.

科以「破廉恥」而喪失其人格²。

至日耳曼法時代時，背信行爲之處罰仍然寄存於竊盜罪之中，而與現今的背信罪規定有著相當大的差異³。其後，在一五三二年「卡諾利納刑法典」(Constitutio Criminalis Carolina, CCC)制定時，背信行爲則成爲侵占罪的類型之一，在此同時，對於無法以侵占罪加以規範之背信行爲應如何處理，也開始受到廣泛的討論⁴。一直到一八一三年「巴伐利亞刑法典」(Bayrisches Strafgesetzbuch)的第398條規定中，背信罪首次有了個別的處罰規定，被認爲是獨立於竊盜與侵占外的財產侵害行爲類型⁵。在德意志帝國成立後，於一八七二年所開始施行的「帝國刑法典」(Das Reichsstrafgesetzbuch, RStGB)第266條中，則承襲了「普魯士刑法典」第246條與「薩克森刑法典」第287條之內容，以分成三項的方式來描述背信罪的成立要件⁶，而「基於法律關係所生的特別信任關係」的概念，也第一次在法典中被明確的呈現出來⁷，因此，「違背信任說」與「濫用權限說」的論爭也由此

² Draheim, a.a.O.(Fn.1), S.2 ; Hirschberg, Der Vermögensbegriff im Strafrecht, 1934, S.78, Anm. 189.

³ Draheim, a.a.O.(Fn.1), S.4f ; Dunkel, Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals 'Vermögensbetreuungspflicht' im Rahmen des Missbrauchstatbestandes der Untreue (Paragraph 266 I 1. Alternative StGB), 1976, S.87.

⁴ Wrede, Die Untreue von der Peinlichen Gerichtsordnung 1532 bis zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, 1939, S.40.

⁵ H. Mayer, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, 1926, S. 30f ; Wrede, a.a.O.(Fn.4), S.66.

⁶ H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.58ff.

⁷ H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.69.

時展開。

關於背信罪之本質與定位的問題，在經歷長時間的爭論後，至今在學說上仍存在著不同之見解，而這樣看法上的歧異，對於背信罪在解釋及適用上則有著根本性的影響。因此，本文由背信罪在德國及日本法制史上的沿革出發，介紹背信罪之發展歷程，進而分析我國及外國對於背信罪本質及地位問題之相關論述，期望能夠將這個背信罪中由來已久的問題清楚的呈現外，亦對問題重新進行檢討，而有助於澄清背信罪在解釋及適用上之適當方向。惟本文礙於篇幅，於文中僅針對背信罪之本質及定位問題予以探討，至於背信罪構成要件於解釋與適用上之相關問題，並非在本文之討論重心，有待另以專文探討，在此核先述明。

二、案例之提出

爲了能夠瞭解背信罪於本質及定位上之問題爲何，本文以臺灣澎湖地方法院九十六年度易字第二號判決爲例，藉此說明主要之問題點。

本案被告於九十二年二月起，受僱於某食品有限公司，擔任副總經理之職，並被公司派駐於中國深圳市，負責主持該公司於中國地區分公司之投資事項，爲從事業務之人。該食品有限公司爲挹注投資中國地區分公司之營業事項，自九十二年二月二十七日起至同年九月十七日止，分次匯款至被告於中國地區之銀行帳戶，或將公司負責人之銀行提款卡交付於被告，由被告自行提領現金，又或由公司員工代爲轉交現金給被告，其業務款項共計一〇五萬餘元。惟被告於同年九月間，僅將其中之六十三萬多元用以投資中國地區分公司，其餘之四十

一萬多元則悉數挪為己用。嗣後，公司負責人於同年十月間前往查核帳目，始查知上述情事，經公司人提起告訴後，檢察官依刑法第三三六條第二項「業務侵占罪」及第三四二條「背信罪」對被告提起公訴。

在本案判決中，法院認定被告之犯行屬實，就其犯行內容而言，係分別該當刑法第三三六條第二項「業務侵占罪」及第三四二條「背信罪」之構成要件，但法院認為若行為人之行為同時該當業務侵占罪及背信罪時，由於刑法第三三六條第二項及第三四二條規定係存在「法規競合關係」，故關於所犯背信罪之部分，應為業務侵占罪所吸收，不另論罪。從判決理由中，可得知法院認為背信罪與侵占罪在構成要件上應存有相同之處，因此，係有可能同時該當兩罪之構成要件，但由於侵占罪屬於背信罪之特別規定，故僅以侵占罪予以論處。

對此，由最高法院三十年上字第一七七八號判例、三十年上字第二六三三號判例、四十二年台上字第四〇二號判例、八十四年度台非字第一六一號判決及八十五年度台上字第一一八七號判決等意旨觀之，刑法上之背信罪，係指為他人處理事務之人，以「侵占以外」之方法違背任務，而損害本人利益之行為而言，至於侵占罪，則係以侵占自己持有他人之物為其特質，故行為人對因處理他人事務而持有之物，以不法所有之意思據為己有之行為，係屬侵占罪，而非背信罪。因此，依照最高法院所表述之見解，若行為人之行為已該當侵占罪之構成要件時，即無背信罪之適用。不過，對於為何不適用背信罪之原因，究竟是因為背信行為遭侵占行為所吸收，或是背信行為與侵占行為間是屬於互斥之關係，最高法院並未清楚的予以說明，但是，由最高法院所謂「以侵占以外之方法」、「而非背信罪」等說法觀察，似乎可認為侵占罪及背信罪在構成要件行為上並不相容。

不過，澎湖地方法院於九十六年度易字第二號判決中所採之看法，並非全然無據，最高法院於二十七年滬上字第七十二號判例中，亦曾表明「為他人處理事務之人所為之侵占，為特殊之背信行為，故侵占罪成立時，雖其行為合於背信罪之構成要件，亦當論以侵占罪，而不應論以背信罪」之看法，而認為侵占罪與背信罪是有同時該當之可能，僅是因為侵占行為是一種「特別性質」的背信行為，故在論罪上應優先適用侵占罪。對此，可認為爭議之核心在於背信罪於財產犯罪中本質與定位問題，亦即由於在本質及定位上之差異，而使得背信罪與侵占罪等財產犯罪間形成了不同關係。因此，關於背信罪與侵占罪在適用上之界限，亦為本文所要探討之問題之一。

貳、外國立法例上背信罪之沿革

由於我國刑法典在起草內容上，係繼受日本之法制度而來，背信罪之規定亦是如此。而日本於明治時代進行變革之近代刑法典，則受歐陸法系國家法制度之影響，其中又以受德國法之影響最深。因此，本文以下將介紹背信罪在德國法及日本法上之沿革，以呈現背信罪在外國立法例上之變遷過程。

一、德國法上背信罪之發展歷程

(一) 一八七二年之帝國刑法典

就德國刑法典的變遷歷程觀之，背信罪脫離竊盜罪及侵占罪之範疇，成為獨立之犯罪類型，且明確的以「違反特別信任關係」作為犯罪成立之要件，係始於一八七二年之帝國刑法典。帝國刑法典第 266

條為背信罪之規定，共分為兩項，其內容如下⁸：

第一項：下列之人為背信行為者，處以監禁，並得剝奪其公民權：

1. 法定代理人、監護人、財產保護人⁹、財產暫時保管人¹⁰、財產管理人¹¹、遺囑執行人及財團管理人意圖對在其監督下之受委託人或物加以損害。
2. 代理人對於委託人之債權或是其他財產部分意圖為損害之處分。
3. 土地測量人、拍賣人、仲介人、貨物認證人¹²、勞務給付人、秤量人、測量人、商品檢查人、卸貨人、裝貨人及基於公權力而具執行營業義務之人，於執行其所承擔之業務之際，意圖對業務為損害。

第二項：為謀取自己或第三人之財產利益，而為背信行為者，除處以監禁外，並得科以一千塔勒以下之罰金¹³。

⁸ 原文請參閱「Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871」。

⁹ 「財產保護人」為早期日耳曼邦法中之概念，現已不存在，係指對他人財產具有特定保護義務之人，但與「監護人」之概念有別。H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.131f.

¹⁰ 「財產暫時保管人」係指在民法上對於具用益物權之物或繼承財產具有管理權之人，或是依照強制拍賣法受命對拍賣物為管理之人。H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.131.

¹¹ 「財產管理人」主要係為破產財團管理人以及遺產管理人。H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.132.

¹² 「貨物認證人」係指對於貨品之數量或品質予以認定之人。H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.215.

¹³ 「塔勒」(Thaler) 為 15 至 19 世紀所通用之德國銀幣，約折合 3 馬克。

從該條文的架構而言，是將背信罪分為三種行為態樣，而學說上認為對於第1項中的三款規定，是可以將其區分為兩種類別：其一，關於第1款和第3款之規定，在本質上是基於特定職務上之行為所形成的特別信任關係，而在信任關係的形成基礎上，並不以民事上之私法關係為限，亦包含因公權力行使所形成之公法關係。其二，至於第2款之規定則具有補充性質，主要是對於侵占罪所無法掌握的侵害財產利益行為態樣予以規範。由於侵占罪係以「動產」作為其行為客體，若行為人因代理等原因而得對他人之財產具有處分權限，但其所濫行處分者為不具形體之財產權時，例如：債權或物權，此時，即無法以侵占罪來加以處罰此等行為，故特設第2款之規定以資因應¹⁴。因此，第2款之規定是針對行為人具有代理權之情形所設，而屬於侵占罪之補充規定，純粹是基於民事關係而來。

（二）一九三年後之德國刑法典

如前所述，帝國刑法典是於十九世紀末期所公布，而歐洲社會在十九世紀初期即已對面工業革命的巨變以及資本主義蓬勃發展的時代洪流，在經濟活動漸趨自由化的過程中，隨之而生的，即是財富遭到壟斷因而分配不均的問題，也使得社會上的犯罪問題急遽惡化。而帝國刑法典在施行不久後，即遭到不符時代需求及無法有效預防犯罪之質疑¹⁵，因此，帝國司法部於一九〇六年開始著手於刑法修正之準備工作，分別於一九〇九年及一九一三年草擬兩份刑法修正草案，但

¹⁴ Draheim, a.a.O.(Fn.1), S.32.

¹⁵ Schwinge / Siebert, Das neue Untreuestrafrecht : in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung für die Praxis dargestellt, 1933, S.12, 17 ; Schürer, Die Untreue nach dem Gesetz vom 26. Mai 1933, 1935, S.21.

均未公布，而一直到進入威瑪共和時期（Weimarer Republik）後，才將修正草案予以公布，也就是一般所稱的「一九一九年草案」(Entwurf 1919)。

而該份刑法修正草案直至一九二五年時才被送交至帝國議會審議，其中也涉及背信罪規定之修正，不過，相關的修正卻是到了一九三三年進入納粹德國時期（Nazi Deutschland）才完成的¹⁶。德國於一九三三年對背信罪所進行的修正，並未因為納粹色彩而受到太多影響，即使德國刑法後續仍歷經多次修正，但背信罪之規定在基本架構上並未有所改變，仍保留一九三三年時所為的修正內容¹⁷，而現行德國刑法第 266 條背信罪之規定內容如下¹⁸：

第一項：任何人濫用基於法律、官方之委託或法律行為所賦予處分他人財產或是使他人負擔義務之權限，或者違背根據法律、官方之委託、法律行為或忠誠關係所負維護他人財產利益之義務，而致委託其照料財產利益者受有損害，處五年以下自由刑或是罰金。

¹⁶ 而本次德國刑法修正，是納粹執政政府藉由帝國議會通過「避免人民與帝國危難法」(Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich)，也就是一般所稱的「授權法」(Ermächtigungsgesetz)，而由行政機關取得了立法權後，所進行的相關修正。而背信罪之條文則是於 1933 年 5 月 26 日修正通過，並於同年 6 月 1 日公告施行。

¹⁷ 將現行德國刑法與 1933 年時的背信罪規定相較之下，其主要差異處為：在 1933 年的條文中，有言明行為人在主觀上必須出於「故意」時 (Wer vorsätzlich die ihm durch ...)，始能成立背信罪，而現行法上則配合刑法總則之規定 (德國刑法第 15 條)，故不再於條文中特別述明「故意」此一要件。至於在其他部分，則幾乎無差異存在。

¹⁸ 德國對於背信罪之規定最後一次的修正時間為 1998 年 4 月 1 日。

第二項：第 243 條第 2 項、第 247 條、第 248 條a及第 263 條第 3 項之規定，準用之¹⁹。

與一八七二年帝國刑法典中的背信罪規定相較之下，現行德國刑法之背信罪並不採取原先「列舉式」之立法方式，亦即不以舉例之方式來表明何者可作為背信罪之行爲主體，而是以「基於（根據）法律、官方之委託、法律行爲或忠誠關係所生之權限或義務」之概括描述，較抽象且廣泛的來框劃本罪之行爲主體，以避免因爲個別列舉所可能產生的處罰漏洞。此外，基於在舊法時期所生「違背信任說」或「濫用權限說」之爭論，立法者則於一九三三年的修正中兼採兩說之看法，而將背信罪之構成要件區分爲前段的「濫權構成要件」與後段的「背託構成要件」²⁰。

二、日本法上背信罪之發展歷程

（一）明治十三年（一八八〇年）後之日本刑法典

日本刑法的近代化係始於明治十三年（一八八〇年）所公布之刑法典，係參考法國法制度所爲的修正，因此，一般認爲日本刑法是由此時開始繼受歐陸法系之制度²¹。而在明治十三年之刑法典中，並未

¹⁹ 即背信罪仍可適用竊盜及詐欺罪中「特別嚴重情形之加重處罰（原則例示）」（§263 III StGB）、「特別嚴重情形加重處罰之例外」（§243 II StGB）、「於同居者或親屬間之犯行應告訴乃論」（§247 StGB）以及「價值輕微之財產侵害應告訴乃論」（§248a StGB）之規定。

²⁰ Wessels / Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 31. Aufl., 2008, Rn. 749.

²¹ 江家義男，背任罪の研究，早稻田法學，第二十一卷，頁 29（1943）；上畠一高，背任罪理解の再構成，頁 116，成文堂（1997）；內田幸隆，背任罪の系譜、およびその本質，早稻田法學，第五十一卷，頁 106（2001）。

設有背信罪之獨立規定，對於背信行為除了以「官吏瀆職罪章」中的規定予以論處外，僅能以詐欺罪或侵占罪加以處罰²²。

其後，日本受到德國訂定帝國刑法典之影響，而欲引進德國之法制度。此外，日本發覺德國帝國刑法典中將背信罪分離成為獨立犯罪類型，而與詐欺罪及侵占罪相互區分的做法，認為頗有值得效法之處，欲放棄原先法國法所採之立法方式²³。因此，在明治二十三年（一八九〇年）時，日本的司法省（即現在「法務省」之前身）遂提出刑法修正草案，其中亦包括對背信罪之修正，而將背信行為加以類型化，區分為「行為人將他人因質貸、寄託、使用、貸借或其他原因而寄託之金穀及物品²⁴，予以隱匿或消費」、「行為人對於法院因扣押而交其保管之自己所有物，予以隱匿或消費」以及「行為人因寄託或代理原因，而對他人之印章、印文或署押為不正使用，而作成損害寄託者或委任者利益之證書」三種態樣²⁵。對此，有學者認為就該修正案之內容而言，在本質上仍未脫離侵占罪之範疇，而且也將偽造文書罪之行為包含在內，僅是在形式上出現背信罪之名稱而已²⁶。

而日本司法省於明治三十四年（一九〇一年）及三十五年（一九〇二年）時分別提出兩次刑法修正案，於「賊盜罪章」中設有竊盜、強盜、詐欺、恐嚇及背信等罪名。在明治三十四年的修正草案中，第282條為背信罪之規定，內容為：「為他人處理事務者，以加損害於

²² 江家義男，前揭註21，頁29；上畠一高，前揭註21，頁116。

²³ 內田幸隆，前揭註21，頁108。

²⁴ 所謂「金穀」，係指「金錢」與「穀物」。

²⁵ 江家義男，前揭註21，頁30。

²⁶ 江家義男，前揭註21，頁30；上畠一高，前揭註21，頁119。

本人或圖自己或第三人利益之目的，而為權限以外之行爲，而致生本人財產上之損害，處十年以下懲役。」而其立法理由認為，為他人處理事務者，為謀取私利而為超越委任或代理權限以外之行爲，因而使本人受有損害時，雖然在民事上有提供損害賠償之救濟管道，但現實上卻鮮少能達成民事救濟之目的。故對其行爲之弊害特設本條加以防止，以避免損害治安。在此次修正案中，背信罪之條文內容與先前之規定有了頗大的差異，且與現行日本刑法中背信罪之規定已頗為近似²⁷。

至於明治三十五年的修正草案，則將背信罪之規定移至第 281 條，而在立法過程中曾有過兩處爭議：其一，是否要將原條文中「加損害於本人」此一目的刪除；其二，原條文中「為權限以外之行爲」此一行爲方式，是否有修正之必要。在立法機關的討論過程中，對於第一個問題，有論者主張在番頭為店主代為買賣的例子中²⁸，亦有可能因對店主心有不滿，而該買入卻不買入，或該賣出卻不賣出，而使店主受有莫大的財產損失之情形，認為仍應保留「加損害於本人」此一主觀目的²⁹。而對於第二的問題，則有論者主張仲介人在處理商店轉賣事宜時，應立於買方之立場為其計算，但仲介人卻與賣方共謀，轉而站在賣方之地位，而與賣方一搭一唱，而使買方在買賣上陷入困境的情形中，該仲介人所為之行爲，並非是「權限以外之行爲」，

²⁷ 江家義男，前揭註 21，頁 30-31；上畠一高，前揭註 21，頁 119；內田幸隆，前揭註 21，頁 110-111。

²⁸ 所謂「番頭」，係指在日本江戶時代，在商家員工中職位最高者。

²⁹ 江家義男，前揭註 21，頁 31；上畠一高，前揭註 21，頁 120。

因此，建議改以「違背任務之行爲」作為背信罪之行爲方式³⁰。

對於明治三十四年及三十五年刑法修正案中之背信罪規定，有論者認為在起草過程中，應有受到歐陸國家法制之影響，包括德國、奧地利、挪威及芬蘭等國在內。不過，日本刑法修正草案中之背信罪仍與歐陸各國之規定有異，其中一個可能的主要原因，應在於當時日本正值刑法理論的舊派與新派之爭，因而並未全盤採納外國之法制。此外，由於刑法理論上之爭議被提升成為政治層面的問題，也導致日本司法省所提出的刑法修正草案多次遭到廢案³¹。

（二）明治四十年（一九〇七年）後之日本刑法典

其後，日本於明治三十九年（一九〇六年）時，於司法省中設置「法律調查委員會」，而重啓刑法修正之工作，並於同年十二月完成修改後之刑法修正草案送交議會審議。在本次修正案中，背信罪之條文係列於第 248 條，屬於第三十七章「詐欺與恐嚇罪」，其內容為：「爲他人處理事務者，爲圖自己或第三人利益或加損害於本人之目的，而爲違背其任務之行爲，而致生本人財產上之損害，處五年以下懲役或一千元以下罰金。」而此一刑法修正案於明治四十年時通過，背信罪之規定除被移至於第 247 條外，其餘部分均無變動³²。

明治四十年時所通過之刑法修正案，則成爲現行日本刑法之基

³⁰ 上畠一高，前揭註 21，頁 120；內田幸隆，前揭註 21，頁 121。

³¹ 關於明治 34 年及 35 年日本刑法修正案中背信罪之修正過程與外國法之間的關係，以及當時刑法理論上論爭之詳細介紹，請參閱內田幸隆，前揭註 21，頁 111 以下。

³² 上畠一高，前揭註 21，頁 120-121；內田幸隆，前揭註 21，頁 124。

礎，雖然日本於一九七四年時曾經再度提出刑法修正草案，但至今仍未修正通過。因此，現行日本刑法上背信罪之規定，則完全是延續明治四十年時之條文內容，並未有所更動³³，而現行日本刑法第 247 條背信罪之規定內容如下：

為他人處理事務者，為圖自己或第三人之利益或加損害於本人之目的，而為違背其任務之行為，而致生本人財產上之損害，處五年以下懲役或五十萬元以下罰金。

參、背信罪在本質與定位上之論爭

從前述對背信罪在外國法制上沿革的介紹中，可得知背信罪原本並非是獨立的犯罪類型，而是由竊盜、侵占或詐欺罪中分離出來的。雖然背信罪目前已屬獨立的犯罪類型，但是，其與其他財產犯罪之間的關連性為何，則有深入探討之必要。欲瞭解背信罪於財產犯罪中之定位，以及背信罪與其他財產犯罪間之關連性，則必須由背信罪之本質問題談起，由於對背信罪本質在詮釋上之差異，必然會對背信罪之定位產生影響，而出現截然不同的結果。因此，本文將由背信罪於財產犯罪上之本質問題出發，先釐清背信罪所欲規範之侵害型態，再進一步處理背信罪於定位上之爭論。

³³ 日本刑法之背信罪規定曾於平成 3 年（1991 年）及 7 年（1995 年）時有過修正，但僅是關於罰金額度之調整，以及配合法律文字平假名化，並未有本質上之修正。

一、背信罪本質問題之論爭

要解決背信罪在財產犯罪上之定位問題，則必須先處理背信罪之本質為何的問題，因為對背信罪在本質理解上的歧異，必然會對背信罪所要掌握的侵害型態之範圍產生影響，而背信罪在規範範圍上之差異，自然也會使背信罪與其他財產犯罪間的區分界線有所移動。在背信罪本質為何的問題討論上，主要為「違背信任說」或「濫用權限說」兩種理論的爭議，以下，本文將對兩種理論予以介紹及評論，藉以釐清背信罪之本質。

（一）德國學說上之討論

1. 「違背信任說」(Treubruchstheorie)

在德國於一八七二年訂定帝國刑法典第 266 條背信罪之規定後，帝國最高法院在背信罪本質的問題理解上，主要是採取「違背信任說」之看法，認為在一般個人間的權利、義務關係，應透過民事法規來加以處理，但如果在當事人之間存在著特別信任關係時，從事職務者即具有忠實誠信義務，若一方破壞此一信任關係，而導致另一方受有財產損害時，則代表行為人違背了忠實誠信義務，而有以刑法介入規範之必要性³⁴。因此，即使代理人濫用權限而損害本人之財產利益時，在本質上也是破壞信任關係，所以，即使在授與代理權無效的情形中，由於當事人間仍存在著事實上的信任關係，故仍得成立背信罪³⁵。對於帝國最高法院的見解，也獲得學界不少的支持，成為有力

³⁴ RGSt 1, 329 ; 17, 242 ; 20, 264 ; 26, 109 ; 38, 366 ; 45, 434.

³⁵ RGSt 41, 265.

的學說³⁶。

「違背信任說」之所以獲得強而有力的支持的主要原因，在於帝國刑法典第 266 條背信罪中第 1 項第 1 款及第 3 款的背信行為態樣，均可藉由「違背特別信任關係」的概念予以合理解釋。不過，對於第 2 款中代理人濫用代理權限的行為態樣，則難以妥善說明。對此，如學者 H. Mayer 則提出不同的看法，其認為背信罪之主體係為負有職務上或契約上之義務者，因此，民事法上之關係自然是刑法上的判斷依據。但是，即使是違反民事關係的行為，並非當然是違背刑法上背信罪所賦予之義務，必須由裁判者就個案加以判斷³⁷。同樣的，行為人是否具有代理人之身分，若是沒有民事法作為基礎的話，背信罪的規定對於裁判者而言就有如白紙，如果由此點思考，代理人所具有的特別信任關係到底為何，不無疑問³⁸。

2. 「濫用權限說」(Mißbrauchstheorie)

學者 Binding、Frank、Dieterich 及 Schwarz 等人，與 H. Mayer 同樣的對「違背信任說」提出質疑。首先，其認為在代理人與授權者之間，並不存在所謂的「特別信任關係」，因為就「代理權授與」的本質而言，並非如同一般契約存在著權利、義務關係，只要授權人一為授與代理權之意思表示，代理人即具有代理權，在性質上是一種單獨行為。所以，代理人只是單純的具有權利，但對於授權人並未負有任何

³⁶ H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.121f; Wrede, a.a.O.(Fn.4), S.87; Zoller, Ausdehnung und Einschränkung des Untreuebegriffs in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1940, S.11; Schwarz, Strafgesetzbuch: mit den wichtigsten Nebengesetzen des Reiches und Preußens, 1933, S.361.

³⁷ H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.181ff, 218ff.

³⁸ H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.230.

義務，如此一來，無法理解代理人到底負有何等義務，也無法認為其與授權人之間存在信任關係。既然代理權限係本人所授與，而法律上亦允許其行使權限，對於其加害本人財產利益之行爲，若僅以「違背義務」作為可罰性之基礎，顯然是不合理的³⁹。

其次，如果依據「違背信任說」的看法，即使授與代理權之行爲係屬無效，但仍可認為當事人間存在著事實上的信任關係。不過，就民事上的關係而言，仍須是有效的代理權授與，代理人才能夠在授權範圍內爲有效的法律行爲。如果代理權之授與爲無效時，行爲人所爲的行爲應該已屬「越權行爲」，因爲行爲人不具有處分權限，故其行爲並非在背信罪的處罰範圍內，而是應該論以侵占罪⁴⁰。如由第 266 條背信罪中第 1 項第 2 款的立法理由觀之，所要保護者應該是財物以外的其他財產上權利，如處分他人之債權，或是在他人的不動產上設定物權等，而此等法律行爲是否有效，係決定於行爲人是否具有有效之代理權。若以「違背信任」作為處罰其行爲之理由，將導致背信罪與侵占罪難以區分⁴¹。

³⁹ Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Band 1, 2. Aufl., 1902, S. 396; Leopold, Zum Tatbestande der strafbaren Untreue, 1908, S.12f; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, §266, S.602; Dieterich, Die Untreue de lege lata und de lege ferenda, 1933, S.15ff; Schwarz, a.a.O.(Fn.36) S.361.

⁴⁰ Binding, a.a.O.(Fn.39), S.400; H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.45ff, 167; v. Liszt / Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S.654.

⁴¹ Leopold, a.a.O.(Fn.39), S.15; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., 1932, S.649f; König, Die Untreue im geltenden deutschen Strafrecht (§ 266 StGB) und in den Entwürfen, 1928, S.29; Oberstadt, Die Untreue im geltenden

再者，如果承認「即使授與代理權之行爲係屬無效，但仍可認爲當事人間存在著事實上的信任關係」的說法，等於是行爲人不論是否具有代理權，皆可成立第2款的背信罪，那麼，第2款中要求行爲人要具有「代理人」身分的要件等於是多餘的。在這樣的情況下，要判斷行爲人是否成立背信罪，就必須回歸到行爲人是否有違背義務上來判斷，但是，由於代理人與本人之間並不存在類似契約關係所生之義務，所以，將難以適用第2款之規定⁴²。

因此，德國學說上對於背信罪之本質遂提出「濫用權限說」(Mißbrauchstheorie)之看法，認爲所謂的背任行爲，係指行爲人對於他人的財產具有一定的處分權限，而得爲法律上之處分行爲，但行爲人卻濫用此等權限，因而造成本人之財產利益受有損害⁴³。此外，帝國最高法院也有少數判決係採取「濫用權限說」之見解⁴⁴。

3. 「事務處理說」(Geschäftsführungstheorie)

對於「濫用權限說」之看法，學者Freudenthal及Pfeiffer等人認爲其論點雖然可採，但其理論過度侷限於第266條第1項第2款的代理人濫用權限的行爲態樣，無法一併作爲第1款及第3款的基礎。因此，Freudenthal及Pfeiffer提出所謂「事務處理說」，其認爲背信行爲在本質上係指行爲人基於法律之要求，而對於他人財產上之利益具有一定

Reichsstrafgesetzbuch und in den deutschen Strafgesetzentwürfen, 1930, S.27f ; Heimberger, Strafrecht, 1931, S.133.

⁴² Leopold, a.a.O.(Fn.39), S.13f, 16 ; H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S.339f.

⁴³ Binding, a.a.O.(Fn.39), S.396 ; H. Mayer, a.a.O.(Fn.5), S. 309ff, 313f ; Frank, a.a.O.(Fn.39), §266, S.602 ; Dieterich, a.a.O.(Fn.39), S.15ff ; Schwarz, a.a.O.(Fn.36) S.361.

⁴⁴ RGSt 14, 184 ; 65, 333.

之「維護（照料）義務」（Sorgenpflicht），此時，行為人則因此一義務而具有特定之地位，而必須要為一定之行為以履行其義務，以避免本人受有財產上之損害。而行為人在此地位下，將具有從事某些行為的事實上可能性，若行為人利用此等事實上之可能性來損害本人的財產利益時，即違反法律所賦予其對於他人財產上利益的維護義務，即是有害於本人之背信行為。換言之，行為人為他人處理財產事務，若法律賦予其維護他人財產之義務時，行為人即不得以其行為損害本人之財產利益，而應妥善為他人處理該事務，若違反此一義務時，即屬於背信行為⁴⁵。

而「事務處理說」基本上仍然是以「違背信任說」作為基礎，認為背信罪在本質上仍然是違反義務，不過，仍對於「違背信任說」做了小部分的修正，認為若在代理權的授與上因違反公序良俗等原因而無效時，由於在民法上並未保護本人之財產利益，不得認為行為人具有財產維護義務，而不成立背信罪⁴⁶。

不過，也有學者對「事務處理說」提出批評，認為該說只是以所謂的「財產維護義務」取代了原本的「特別信任關係」，但兩者在本質上均是義務的違反，只是巧妙的逃避了無法明確解釋何謂信任關係之問題。到底什麼是財產維護義務？以及何者才具有財產維護義務？「事務處理說」仍然無法給予一個明確的答案⁴⁷。

⁴⁵ Freudenthal, Die Untreue (§ 266 StGB und Nebengesetze) in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, BT, Bd. VIII, 1906, S. 116f; Pfeiffer, Die Untreue im zukünftigen Reichsstrafgesetzbuch, 1932, S.77ff.

⁴⁶ Pfeiffer, a.a.O.(Fn.45), S.84.

⁴⁷ Leopold, a.a.O.(Fn.39), S.61.

4. 綜合說

「違背信任說」與「濫用權限說」的爭論，在德國刑法典於一九三三年修正後，暫時得到了緩和。立法者在背信罪的修正上，兼採了兩個理論，並將「事務處理說」的看法轉化成構成要件之一部分。就德國現行刑法上之背信罪規定觀之，係以「濫用權限說」為基礎構成前段的「濫權構成要件」，而以「違背信任說」為基礎構成後段的「背託構成要件」⁴⁸。而學說上有見解認為，從背信罪的構成架構觀之，應是以「濫權構成要件」作為主要的規範型態，但考慮到因法律關係無效，而使得行為人實際上並不具有處分他人財產權限，或是行為人之行為已經逸脫權限範圍，雖然其法律行為無效，但事實上之行為仍損害本人之財產利益等情形，則以「背託構成要件」作為補充，以形成較完整之保護⁴⁹。

(二) 日本學說上之討論

日本於明治四十年刑法修正後，學界開始關注背信罪的本質問題，就相關討論之內容而言，主軸仍在於「違背信任說」與「濫用權限說」之爭論。而在爭論的過程中，也逐漸發展出修正理論，以下，則就日本對於背信罪本質之論述，分別介紹如下：

1. 背信說

對於「違背信任（託）說」，日本學界向來習慣以「背信說」稱

⁴⁸ Wessels / Hillenkamp, a.a.O.(Fn.20), Rn. 748ff.

⁴⁹ Klein, Die Untreue im deutschen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des neuen Strafgesetzes, 1934, S.27; Schwinge / Siebert, a.a.O.(Fn.15), S.37, 41f; Schürer, a.a.O.(Fn.15), S.18.

呼，此說的主要看法認為，由於行為人與本人之間存在著事實上的信任或信賴關係，行為人因而對本人負有誠實義務，故應本於誠實義務為他人處理事務，若行為人違反所負之誠實義務而造成本人之財產受有損害，即成立背信罪。而信任關係的發生原因，並不僅限於代理權之授與，只要由行為人與本人的內部關係觀之，如果法律上要求行為人在處理本人事務時，應為一定之注意，即可認為行為人與本人間存在信任關係，而負有誠實義務⁵⁰。此外，行為人的背信行為不論以法律行為或事實行為，均得為之，如行為人將虛偽之事實記載於帳冊內，此一事實行為亦得成立背信罪⁵¹。

「背信說」在早期日本學界居於強而有力的地位，如學者牧野英一、泉二新熊、小野清一郎、宮本英脩、江家義男及木村龜二等，均採取本說以解釋背信罪之本質⁵²。不過，背信說亦受到不少的批評，其中最大的問題點，在於無法妥善解釋信任關係的形成基礎，使得構成要件中的「事務處理者」的概念沒有明確的界限，雖然有學者意識到此一問題，卻未能提出有效的處理方式⁵³，就如單純之債務不履行是否屬於背信行為，背信說始終未能給予有力的回答，因而導致背信

⁵⁰ 齊藤豐治，背任罪の諸問題，現代刑事法，第十二期，頁 63（2000）。

⁵¹ 大判大 3・6・20 刑錄 20 卷 1289 頁。

⁵² 牧野英一，增訂日本刑法，頁 787，有斐閣，二三版（1926）；泉二新熊，日本刑法論（下卷），頁 831，有斐閣，增補四〇版（1929）；小野清一郎，刑法講義，頁 596，有斐閣（1932）；宮本英脩，刑法大綱，頁 391，弘文堂（1935）；江家義男，前揭註 21，頁 47 以下；木村龜二，刑法各論，頁 159 以下，法文社（1957）。

⁵³ 上畠一高，前揭註 21，頁 128。

罪的成立範圍過於廣泛且不確定⁵⁴。

2. 濫用權限說

日本學界所稱的「濫用權限說」，與先前所介紹德國法上的「濫用權限說」相較之下，兩者在內容上並無太大的差異性。本說認為背信行為在其本質上，係指在法律上對於他人財產具有處分權限之人，濫用其權限，導致他人受有財產利益之損害。換言之，必須行為人基於法律規定而對本人的財產具有處分權限，而為本人與第三人進行外部的法律行為時，該法律行為雖仍在權限範圍內，卻屬於權限的濫用，而造成本人發生財產損害。因此，如果行為人只是單純的輔助人，而對財產事務不具有處分權限時，是無法作為背信罪的主體，其所為事實上之行為，即使對本人造成財產損害，仍不得論以背信罪⁵⁵。

而日本學界倡議「濫用權限說」最力者，當屬學者瀧川幸辰，其認為從所謂「侵害信任關係」概念要將行為論以犯罪，在說法上並不明確，而認為行為人因為違反誠實義務而破壞與他人間的信義，僅是一種通俗的說法，並非屬於法律上的觀點，因此，在法律解釋上應該要予以避免。如果以「背信說」來解釋背信罪的本質，將導致背信罪與侵占罪的界限模糊，將會使得背信罪溶入侵占罪中，而喪失其獨立性⁵⁶。此外，若考慮到刑事立法上的目標，首先，犯罪構成要件在設計上應充分規範具有可罰價值之行為，避免有所遺漏；再者，在各個

⁵⁴ 齊藤豐治，前揭註 50，頁 63。

⁵⁵ 齊藤豐治，前揭註 50，頁 63。

⁵⁶ 瀧川幸辰，刑法講義，頁 466 以下，弘文堂（1929）；瀧川幸辰，刑法各論，頁 141，世界思想社（1933）。

犯罪構成要件之間必須避免有過度重疊之情形⁵⁷。以此一論點為基礎，背信罪所要保護的對象，應該是有形財物以外之財產權利，故應以「濫用權限說」來理解背信罪之本質，使其能與其他傳統之犯罪相區分，而保有其獨特性⁵⁸。

對於上述的論點，學者江家義男則提出質疑，其認為採取「濫用權限說」來解釋背信罪，的確可以明確的區分侵占罪及背信罪，符合「避免各個犯罪構成要件之間過度重疊」之目標⁵⁹。但相對的，由於採取「濫用權限說」將會限縮背信罪之成立範圍，例如：代理權授與行為無效、逾越代理權之行為、在代理權消滅後所為的行為或其他事實行為，將無法被處罰⁶⁰。如此一來，另一個「充分規範具有可罰價值之行為，避免有所遺漏」之目標卻相對的落空，因此，採取「濫用權限說」將會與此一目標背道而馳，而必須考慮以其他的方法來區分背信罪與侵占罪⁶¹。

而瀧川幸辰也對上述的質疑提出了回應，認為雖然要同時完全達成刑事立法上的兩個目標，可能是過於理想化，但是，這並不代表這兩個目標是無法相容的，應考慮讓刑法上保護的必要性與犯罪的明確性能夠具有平衡。如果不採取「濫用權限說」來理解背信罪，將會使得背信罪中「為他人處理事務者」的概念變得無邊無際，與侵占罪等

⁵⁷ 瀧川幸辰，前揭註，刑法講義，頁 466-468。

⁵⁸ 瀧川幸辰，前揭註 56，刑法講義，頁 469 以下。

⁵⁹ 江家義男，前揭註 21，頁 49-50。

⁶⁰ 江家義男，前揭註 21，頁 45-47。

⁶¹ 江家義男，前揭註 21，頁 50-51。

其他財產犯罪的界限也會變得極度不明確⁶²。

3. 限定的背信說

雖然「濫用權限說」在日本學界並未得到有力的支持，但卻呈現出以「背信說」解釋背信罪，將導致背信罪在適用範圍上沒有邊際的問題，如單純民事上債務不履行之行為，或是服務人員未依顧客之指示而為服務工作時，都可能被解釋成「違背信任關係」的背信行為。因此，日本學界有為數不少的學者，如中森喜彥、西田典之、川端博、山口厚、佐久間修、林幹人、曾根威彥、松宮孝明、木村裕三、山中敬一、萩原滋及三原憲三等，認為在背信罪的理解上，仍應以「背信說」作為基礎，但亦應對其中「誠實義務」的範圍予以限制，而限縮「為他人處理事務者」的概念內涵，提出所謂「限定的背信說」⁶³。

依據「限定的背信說」之看法，背信罪與侵占罪相較之下，應該

⁶² 瀧川幸辰，前揭註 56，刑法講義，頁 471。

⁶³ 中森喜彥，刑法各論，頁 173，有斐閣，二版（1996）；西田典之，刑法各論，頁 235-237，弘文堂（1999）；川端博，財產犯論の点景，頁 179，成文堂（2001）；山口厚，刑法各論，頁 312-314，有斐閣，補訂版（2005）；佐久間修，刑法各論，頁 218-219，成文堂（2006）；林幹人，刑法各論，頁 266-269，東京大学出版会，二版（2007）；曾根威彥，刑法各論，頁 173-175，弘文堂，四版（2008）；曾根威彥、松原芳博，重点課題刑法各論，頁 172-175，成文堂（2008）；松宮孝明，刑法各論講義，頁 275-277，成文堂，二版（2008）；松宮孝明，ハイブリッド刑法各論，頁 211，法律文化社（2009）；木村裕三、小林敬知，現代の刑法各論，頁 195-197，成文堂，三版（2008）；山中敬一，刑法各論，頁 189-191，成文堂，二版（2009）；萩原滋，刑法概要（各論），頁 114，成文堂，三版（2009）；三原憲三，刑法各論，頁 211-213，成文堂（2009）。

是具有較高度的信任關係，換言之，從社會意義上來看，行為人與本人之間已經存在一定之具體事實，讓人足以認為行為人具有為他人處理財產事務之權限，此時，始可認為行為人與本人在內部上存有此種高度信任關係⁶⁴。不過，對於「高度信任關係」要如何加以判斷，其實「限定的背信說」並沒有提出很明確的標準⁶⁵。此外，到底要如何去限縮「為他人處理事務者」的概念，學者間的看法也非常分歧，至今尚未有較為一致的標準⁶⁶。

4. 背信的權限濫用說

對於「背信說」的修正，日本學界除了提出「限定的背信說」外，另有一派見解是以「背信說」作為基礎，但導入「權限濫用說」的概念，提出所謂的「背信的權限濫用說」（學說上又稱之為「新權限濫用說」）如學者團藤重光、植松正、藤木英雄、大塚仁、內田文昭、前田雅英及大谷實等，均支持此一理論⁶⁷。其認為背信罪在本質上是違背了信賴的權限濫用行為，因而造成本人受到財產損害。因此，若行為人在法律上對他人的財產具有代理權或處分權，進而濫用其權限，自應論以背信罪。不過，即使行為人不具有法律上的權限，但與

⁶⁴ 齊藤豐治，前揭註 50，頁 63；曾根威彥，前揭註 63，頁 175。

⁶⁵ 齊藤豐治，前揭註 50，頁 63。

⁶⁶ 齋藤信治，刑法各論，頁 190，有斐閣，三版（2009）。

⁶⁷ 團藤重光，刑法各論，頁 374，有斐閣（1961）；植松正，再訂刑法概論 II（各論），頁 452-454，勁草書房（1975）；藤木英雄，刑法講義各論，頁 343，弘文堂（1976）；大塚仁，刑法概說（各論），頁 317，有斐閣，增補三版（2005）；內田文昭，刑法各論，頁 345，青林書院，二版（1984）；前田雅英，刑法各論講義，頁 311，東京大學出版會，三版（1999）；大谷實，刑法講義各論，頁 314-316，成文堂，新版三版（2009）。

本人之間存在事實上之信賴關係時，若行為人濫用在事實上具有之處分權時，亦應論以背信罪。因此，無論行為人在法律上或事實上對於他人財產事務存在處分權時，其所為違反信賴關係之權限濫用行為，即屬於背信行為⁶⁸。

主張此說的學者雖表明是以「背信說」為基礎，而引進「權限濫用說」之概念，不過，從另一個角度而言，其實也可以說是對「權限濫用說」的擴張，而將不具有法律上權限之行為人所為的事實行為，亦納入背信罪的處罰範圍內⁶⁹。此說雖然較清楚的區分了背信罪與侵占罪的界限，不過，到底在何種情況下，才能認為行為人具有「事實上的事務處理權限」，本說仍未給予明確的解答，在各個具體案例中不容易加以判斷⁷⁰。因此，仍必須藉由對「為他人處理事務者」概念解釋，例如：應將純粹事務性、肉體性的事務排除，或是行為人對於他人事務必須具有一定範圍的概括處理權限等，才有辦法限定背信罪的成立範圍⁷¹。

5. 意思內容決定說與內部信任關係說

近年來，日本學界出現對背信罪重新檢討與建構的聲音，如學者上嶋一高提出「意思內容決定說」，其以「權限濫用說」作為基礎，認為背信罪的主體，係指「被允許為內部之意思決定，而代替本人為財產處分之法律行為者」，因此，行為人必須是受本人委託，而有權限為財產處分之法律行為，始能實施背信行為。不過，「意思內容決

⁶⁸ 齊藤豐治，前揭註 50，頁 63。

⁶⁹ 齋藤信治，前揭註 66，頁 190-191。

⁷⁰ 齊藤豐治，前揭註 50，頁 63-34；齋藤信治，前揭註 66，頁 191。

⁷¹ 齋藤信治，前揭註 66，頁 190；大谷實，前揭註 67，頁 315。

定說」對於「有權為財產事務處理者」是採取較擴張的解釋，只要是屬於意思內容決定過程的參與者，均可包括在內。換言之，不論是有權直接做成意思內容決定者，或是在意思決定過程中之監督者，均屬具有一定意思決定權限之人⁷²。

此外，學者平川宗信認為從防制經濟犯罪的角度觀之，背信罪是具有其獨特的功能性，其所要規範之對象為組織經濟活動上之財產侵害行為，而提出所謂「內部信任關係說」。對此，所謂的背信行為，係指行為人對於組織的財產具有運用的權限，卻破壞其與組織間的信任關係，而在財產事務處理上違背了誠實義務。從本質上而言，背信行為即是本人基於與組織的內部關係的債務不履行行為，為了能夠對組織的財產予以運用，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，是具有高度的違法性，故有以背信罪加以規範的必要性⁷³。基於「內部信任關係說」對背信罪本質的詮釋，有學者認為可分類於「限定的背信說」中⁷⁴，亦有學者認為應該近似於「新權限濫用說」⁷⁵。

⁷² 上寫一高，前揭註 21，頁 238 以下。

⁷³ 平川宗信，刑法各論，頁 389，有斐閣（1995）；平川宗信，刑法各論 22—背任罪（上），法學セミナー，四七五号，頁 108（1994）

⁷⁴ 齊藤豐治，前揭註 50，頁 63。

⁷⁵ 曾根威彥，前揭註 63，頁 175。

二、背信罪定位問題之論爭

(一) 我國學說上之討論

我國實務界早期曾有判例指出，行為人為他人處理事務，其所為之侵占行為，性質上屬於「特殊之背信行為」。若其行為已成立侵占罪時，即使其行為亦合於背信罪之構成要件，仍當論以侵占罪，而不應論以背信罪⁷⁶。依此一實務見解的內容觀之，係認為行為人之行為若能同時該當侵占罪及背信罪之構成要件時，則應優先適用侵占罪。雖然實務界並未於判例中言明理由為何，但可由「侵占屬於特殊之背信行為」的陳述中，推知實務界認為侵占罪與背信罪在適用上是具有重合處，而兩者在性質上，背信罪是屬於概括性之規定，而侵占罪則屬於背信罪之特別類型。

對於上述實務界之見解，我國學界則有論者認為，若行為人之行為得同時符合侵占罪及背信罪時，由於侵占罪所保護者為個別財產利益，而背信罪所保護者則為整體的財產利益，雖然形式上似有不同，但仍具有法益同一性，應以法條競合處理。不過，由於侵占與背信二罪在構成要件上並不相同，並非具有補充或特殊之關係，僅係可能出現交叉重合關係。若行為人之行為處於交叉重合關係中時，則屬於擇一關係，應優先適用侵占罪論處⁷⁷。亦有論者認為若行為人之行為得同時符合侵占罪及背信罪時，則以刑法第五十五條之想像競合處理，

⁷⁶ 最高法院 27 年滬上字第 72 號判例。

⁷⁷ 甘添貴，刑法各論（上），頁 342-343，三民書局（2009）。學界亦有類似見解認為，由於兩罪之構成要件並不同，因此，將侵占罪解釋為係背信罪之特殊規定的做法，並非妥當。請參閱 許澤天，論侵占罪-德國法的啟發，法令月刊，第五十八卷第五期，頁 63（2007）。

而從一重處斷⁷⁸。

不過，我國實務界亦有不同見解指出，背信罪屬於一般的違背任務之犯罪，而侵占罪則指持有他人所有物，而以不法之意思，變更持有為所有侵占入己者。因此，即使行為人違背其任務，而將其持有之他人所有物不法據為己有，則應論以侵占罪，不能援用背信罪處斷⁷⁹。有相似的實務見解指出，如行為人違背任務之行為係圖為自己不法之所有，而已達於竊盜或侵占之程度，則應從竊盜或侵占罪處斷，不能以背信罪相繩⁸⁰。從上述的見解中可以發現，若行為人之行為已符合侵占罪之構成要件時，實務界認為即使行為人有違背任務之行為，亦不得論以背信罪⁸¹。雖然從結論上來看，對於行為人之行為均應論以侵占罪，似乎與前述二十七年滬上字第七十二號判例之看法並無衝突，但是，在實質內容上卻有所不同。此一實務見解係認為，一旦行為人之行為成立侵占等罪後，即無成立背信罪餘地之原因，在於行為人之行為自始至終均不符合背信罪之構成要件，而與二十七年滬上字第七十二號判例所謂「侵占屬於特殊之背信行為」之看法有別⁸²。

此外，最高法院在八十四年台非字第一六一號判例中，則明確指

⁷⁸ 林山田，刑法各罪論（上冊），頁 489，自版，修訂五版（2005）。

⁷⁹ 最高法院 42 年台上字第 402 號判例。

⁸⁰ 最高法院 51 年台上字第 58 號判例。

⁸¹ 相同看法的實務見解，請參閱最高法院 29 年上字第 1276 號判例；最高法院 30 年上字第 1778 號判例；最高法院 30 年上字第 2633 號判例；最高法院 50 年台上字第 158 號判例；最高法院 85 年度台上字第 1187 號判決。

⁸² 學界有論者認為在侵占罪與背信罪關係的問題上，其實我國實務界並未明確的加以處理。請參閱盧映潔，刑法分則新論，頁 683-684，新學林出版公司，二版（2009）。

出侵占罪係以意圖為自己或第三人不法之所有，而擅自處分因業務上所持有之物為構成要件，而背信罪則係指為他人處理事務之人，以「侵占以外之方法」違背任務，而損害本人利益之行為。因此，兩者之基本事實並不相同，而不具有案件之同一性，既然其犯罪事實不在同一範圍內，法院即不得依刑事訴訟法第三〇〇條之規定以變更檢察官所引應適用之法條。在本則判例中，最高法院認為侵占罪與背信罪應屬「互斥」之關係，因此，若行為人之行為已該當侵占罪之構成要件時，即無法該當於背信罪之構成要件。

由上述對我國學說的介紹中，可知我國對於背信罪在財產犯罪中的定位問題，尚未有十分明確的說明。以背信罪與侵占罪之關係為例，學說上有見解認為兩罪係屬於「重合關係」，亦即侵占罪屬於背信罪之特別規定；亦有見解認為兩罪屬於「交叉關係」，在某些情形中有可能同時該當兩罪之構成要件；或有見解認為兩罪屬於「互斥關係」，亦即兩罪之構成要件並不相容，而無同時該當兩罪構成要件之可能。

（二）德國學說上之討論

德國於一九九八年刑法第六次修正案中，對第 246 條侵占罪的第 1 項內容做了修正，依照現行德國刑法之規定，若行為人之行為符合侵占罪之構成要件時，則需視該行為是否有其他處罰較重之罪名可以適用，若可論以其他較重之罪時，則排除侵占罪規定之適用；若無法論以其他較重之罪時，則應適用侵占罪處罰⁸³，對於此一規定，學說

⁸³ Wessels / Hillenkamp, a.a.O.(Fn.20), Rn. 276f; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 11. Aufl., 2009, §5, Rn. 28ff.

上稱之為「備位條款」(Subsidiartät Klausel)⁸⁴。換言之，德國刑法上之侵占罪是具有補充之性質，如行為人侵害他人財產之行為得論以竊盜、強盜、恐嚇取財、詐欺或背信等罪時，即排除侵占罪之適用，因此，侵占罪即在補充其他財產犯罪處罰範圍的不足之處，由於此一性質，使得侵占罪被稱之為「截堵構成要件」(Auffangtatbestand)⁸⁵。

由於德國刑法上侵占罪設有備位條款之緣故，使得侵占罪與其他財產犯罪間的適用問題簡單許多，雖然學說上仍存在著當行為人之行為事實同時該當侵占罪與其他財產犯罪之構成要件時，應以「構成要件」或是「競合理論」予以處理之論爭⁸⁶，但是，無論採取哪一種處理模式，最後所獲得的結論並無二致，均是論以其他財產犯罪。不過，在德國刑法第 246 條第 2 項中設有「背託侵占罪」(Veruntreuende Unterschlagung)之規定，與第 1 項「普通侵占罪」三年以下有期徒刑之法定刑相較之下，就第 2 項「背託侵占罪」係為五年以下有期徒刑之法定刑，在性質上應屬加重處罰規定。此時，所遇到的問題是，由於德國刑法上之竊盜罪 (§ 242 StGB)、詐欺罪 (§ 263 StGB) 及背信罪 (§ 266 StGB) 之法定刑度均為五年以下有期徒刑，若行為人之行為事實同時該當背託侵占罪及上述各財產犯罪時，由於各罪之法定刑度相同，遂不符合「可論以其他較重之罪」之要件，此時，仍然會出現適用上的問題。

⁸⁴ Wessels / Hillenkamp, a.a.O.(Fn.20), Rn. 276, 300f; Rengier, a.a.O.(Fn.83), §5, Rn. 3, 28f.

⁸⁵ Wessels / Hillenkamp, a.a.O.(Fn.20), Rn. 277; Rengier, a.a.O.(Fn.83), §5, Rn. 3.

⁸⁶ 關於此一問題之說明，請參閱Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl., 2009, S.121ff.

對此，德國學說上多數看法認為，若行為人對於在自己保管、占有下的財物具有返還義務，進而透過背信行為據為己有時，行為人之行為可同時該當背信罪及背託侵占罪，應以法條競合予以處理。此外，考慮到侵占罪在立法上所明示的補充性質，故仍應論以其他財產犯罪，而非論以背託侵占罪⁸⁷。

（三）日本學說上之討論

日本與我國同樣存在背信罪與侵占罪間關連性的問題，對於應如何定位背信罪，在日本學說上主要有三種看法⁸⁸：

1. 認為侵占罪是屬於背信罪之特別規定，兩者是類似於「特別法」與「一般法」之關係，亦即兩罪間是屬於「重合」之關係。
2. 認為侵占罪與背信罪應該是獨立類型之犯罪，但在某些情形中仍存在同時適用之可能性，若出現可同時適用之狀況時，再以競合方式予以處理，故兩罪間是屬於「部分重疊（交叉）」之關係。
3. 認為侵占罪與背信罪在立法目的上有所差異，因而所規範之行為態樣也並不相同，應在構成要件上予以區分。所以，背信罪與侵占罪兩者是屬於完全獨立之犯罪類型，而屬於「互斥」之關係。

對於此一問題，日本早期曾有實務見解採取上述第一說，認為侵

⁸⁷ Eser / Bosch in: Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, §246, Rn. 32; Lackner / Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007, §246, Rn. 14; Hohmann in: Miebach / M. Sander, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3, 1. Aufl., 2003, §246, Rn. 60f.

⁸⁸ 齊藤豐治，前揭註 50，頁 60-62；內田幸隆，背任罪と横領罪との關係，早稻田法學，第五十二卷，頁 72-73（2002）。

占罪本質上即包含背信行為在內，因此，在行為人違背同一信任關係的情形中，應以法條競合處理，而僅論以侵占罪⁸⁹。不過，日本實務界亦曾提出下列四項標準，以作為背信罪與侵占罪之區分標準：

1. 以兩罪之行為客體作為區分標準，如在個案中受侵害之行為客體為「財物」時，應論以侵占罪；如為「財產上之利益」時，則應論以背信罪⁹⁰。

2. 如在個案中受侵害之行為客體為「財物」時，應視「行為人之主觀目的」加以區分，如行為人係「為自己之利益」而為處分行為時，應論以侵占罪；如係「為他人之利益」而為處分行為時，則應論以背信罪⁹¹。

3. 即使行為人係以「為自己之利益」作為主觀目的，而處分財物時，則應視行為人處分行為之權利、義務關係的歸屬對象而定，如係以自己（行為人）之名義而為計算時，應論以侵占罪；如係以本人（財物所有人）之名義而為計算時，則應論以背信罪⁹²。

4. 係延續上述第三個區分標準，另視行為人所為的處分行為「是否在其所具有之權限內」，如其處分行為已逸脫（超出）其權限時，應論以侵占罪；如其處分行為尚未逸脫其權限，僅屬權限之濫用時，

⁸⁹ 大判明 45・6・17 刑錄 18 輯 856 頁；大判昭 8・9・28 刑集 12 卷 1737 頁。

⁹⁰ 大判明 43・12・16 刑錄 16 輯 2214 頁；大判大 11・3・8 刑集 1 卷 124 頁；大判大 15・10・2 刑集 5 卷 435 頁。

⁹¹ 大判昭 8・3・16 刑集 12 卷 275 頁。

⁹² 大判大 3・6・13 刑錄 20 卷 1174 頁；大判昭 9・7・19 刑集 13 卷 983 頁；大判昭 10・7・3 刑集 14 卷 745 頁；最判昭 33・10・10 刑集 13 卷 14 号 3246 頁；最判昭 34・2・13 刑集 13 卷 2 号 101 頁。

則應論以背信罪⁹³。

對此，日本學界認為其實務界所採之主流判斷標準，係為前述之第三說，亦即以行為人處分行為之權利、義務關係的歸屬對象為自己或本人而定⁹⁴。

而就近期日本學界的見解動向觀之，逐漸有越來越多的學者支持上述第四說的判斷標準⁹⁵，認為應由背信罪與侵占罪的行為態樣本質加以考量，以行為究竟係屬「逸脫權限」或「濫用權限」作為區分標準。不過，日本學界仍有部分支持第三說標準之看法⁹⁶，亦有少數支持第一說之看法⁹⁷。除此之外，亦有論者認為應將上述的四個標準，綜合的予以應用，亦即在個案中依循著上述基準之順序，逐步進行四

⁹³ 最判昭 34・2・13 刑集 13 卷 2 号 101 頁；最決平 13・11・5 刑集 55 卷 6 号 546 頁。

⁹⁴ 大塚仁，刑法各論上卷，頁 653，青林書院，改訂版（1984）；大野真義，演習刑法各論，頁 178，晃洋書房（1998）；大越義久，刑法各論，頁 154，有斐閣（1999）；西田典之，前揭註 63，頁 248；山中敬一，前揭註 63，頁 408。

⁹⁵ 大塚仁，前揭註，頁 655；日高義博，刑法各論講義ノ一ト，頁 114，勁草書房，二版（1998）；野村稔，刑法各論，頁 230，青林書院（1998）；川端博，前揭註 63，頁 140；佐久間修，前揭註 63，頁 234；林幹人，前揭註 63，頁 270。

⁹⁶ 西田典之，前揭註 63，頁 247；山口厚，前揭註 63，頁 328；曾根威彥，前揭註 63，頁 177-178；山中敬一，前揭註 63，頁 408；內田幸隆，前揭註 88，頁 79 以下。

⁹⁷ 岡野光雄，刑法要說各論，頁 196，成文堂，五版（2009）；大谷實，前揭註 67，頁 325。

個階段的判斷⁹⁸。

暫且不論區分標準上之爭論，由前述的介紹中可以得知，日本實務界在處理背信罪與侵占罪的適用問題上，逐漸由早期以競合方式處理之做法，轉向以區分構成要件的方式來解決。不過，在相關的判決內容中，並未明確的表明以構成要件區分兩罪的做法下，背信罪與侵占罪之間是否即屬於互斥之關係。

對於此一問題，日本學界有看法認為，若由背信罪的立法過程觀之，背信罪是具有補充侵占罪之性質，亦即立法對於侵占罪在規範範圍上之不足處，而欲以背信罪來加以填補。但是，即使背信罪具有補充性質，在構成要件上仍是與侵占罪有所不同，尤其背信罪在成立上須以行為人與本人之間的特別信任關係作為基礎，而侵占罪則否。因此，應認為背信罪屬於獨立性質之犯罪，不能將侵占行為解釋為係屬背信行為之特別類型，亦即侵占罪並非當然含有背信罪之本質在內，兩罪應有所區別⁹⁹。

不過，由於日本學界存在「違背信任說」與「濫用權限說」的理論爭議，採取「違背信任說」的學者則認為，仍可能存在行為人之行為事實同時該當背信罪與侵占罪構成要件之情形，若屬此類情形時，則應該以競合方式加以解決¹⁰⁰。

⁹⁸ 刑事法令研究會，財產犯〈下卷〉（刑事法重点講座—理論と實際），頁198，立花書房；松宮孝明，前揭註63，刑法各論講義，頁284；松宮孝明，前揭註63，ハイブリッド刑法各論，頁218。

⁹⁹ 大塚仁，前揭註94，頁655；西田典之，前揭註63，頁246；林幹人，前揭註63，頁269-270；萩原滋，前揭註63，頁117。

¹⁰⁰ 野村稔，前揭註95，頁228-229；山口厚，前揭註63，頁325-326；松宮

肆、對背信罪本質及定位問題之新思考

一、背信罪與侵占罪的關連性

由前述對背信罪本質與定位的討論中可以得知，對於背信罪本質採取不同的解釋方式，自然會使得背信罪在財產犯罪中的定位產生變化。從背信罪的立法背景觀之，背信罪於立法之初，確實是肩負著填補其他財產犯罪在規範範圍上不足處之立法目的，不過，即使背信罪是具有補充其他財產犯罪之性質，但這並不代表背信罪不具有其獨立性，也並不代表背信罪當然會將侵占罪包含在內。因此，以下本文將就背信罪之本質及定位進行檢討，並嘗試重新建構其理論基礎。

（一）侵占罪適用上的兩個問題

由背信罪的沿革過程進行思考，背信罪獨立成爲一個財產犯罪類型的主要原因之一，在於立法者欲藉由背信罪之規定，以填補侵占罪在規範範圍上的不足之處。由於侵占罪所描述的不法行爲態樣，是行爲人持有他人之財物，而其對該財物所爲之支配行爲，已經逾越其所擁有之權限，例如：行爲人爲他人保管車輛，卻擅自使用該車輛；或是行爲人承租他人之車輛，卻擅自轉賣該車輛等。由於行爲人在法律上對於特定財物僅在一定範圍內具有支配權限，並非如同財物之所有權人享有完全之支配權限，但行爲人卻逾越權限範圍，立於與所有權人相同之地位而支配該財物，進而享受其財產利益，對於此等行爲，即爲侵占罪所要掌握之不法行爲態樣。且從侵占罪中所謂「易持有爲

孝明，前揭註 63，刑法各論講義，頁 283；松宮孝明，前揭註 63，ハイブリッド刑法各論，頁 217；齊藤豐治，前揭註 50，頁 62。

所有」之行爲方式，以及「爲自己或第三人不法所有」之主觀意圖上，均可得知侵占罪所要描述之侵害行爲，應屬於「逾越權限之財產支配行爲」。

不過，隨著時代的發展，由於財產權類型與交易型態的多樣化，使得侵占罪面臨兩個新的問題：其一，在債權等不以特定物體作爲財產權投射對象的財產權類型中，與侵占罪行爲客體所描述「物」的概念並不符合，若行爲人係逾越權限而支配他人之「無形財產利益」時，即使對他人之財產利益造成損害，則難以藉由侵占罪來處罰。其二，由於代理權概念的出現，使得個人得以在被授與的權限範圍內，爲他人從事一定的法律行爲。對此，由於行爲人被允許在一定權限範圍內支配他人的財產，若行爲人雖在權限範圍內處分他人之財產，但行爲人卻是以造成他人財產利益受到損害爲目的而從事處分行爲，此時，即使行爲人之行爲確實造成他人受到財產利益之損害，但因爲其所爲之處分行爲仍在授權範圍內，亦即行爲人是在權限範圍內做了一個不利於他人的財產處分行爲，從形式上來看，由於行爲人對他人財產之支配行爲尚未逾越其所擁有之權限範圍，因此，要論以侵占罪是有困難的。

（二）對「無形體財產利益」問題之討論

對於前述的第一個問題，可藉由以下的事例進一步予以說明：擔任公司的會計或其他財務管理人員之行爲人，若擅自將自己爲公司所保管的現金挪做私用，或是擅自由公司的銀行帳戶提領現金後，再挪做私用時，對於此種情形，可認爲行爲人係對於自己所持有之他人財物，逾越其對財物之支配權限（公司並無授權會計人員得將該款項做

為私人用途)，而支配該財物以享受其財產利益，對於此種行為，論以侵占罪並無問題。不過，若行為人並非是將現款等財物挪做己用，而是擅自由銀行帳戶中進行轉帳，將一定金額轉入自己或第三人帳戶中之行為，雖然行為人之支配行為同樣已經逾越其所具有之支配權限，但由於其並非「占有之財物」，換言之，行為人所支配的並非是有形的財物，而是無形的財產利益，則並不符合侵占罪的構成要件。

對於此一情形，即使對侵占罪之適用範圍為擴張解釋，認為行為人或第三人在取得財產利益後，進而由銀行帳戶提領現款的行為可視為「侵占動產」之行為，不過，現實上行為人或第三人要享受該財產利益，並非一定要以將無形財產利益轉換成有形財物的方式為之，例如：行為人為了清償債務，而擅自由公司銀行帳戶中轉帳一定金額至自己的帳戶，再由第三人從行為人的帳戶中扣除款項以償付債務，此時，行為人自始至終並未存在著「持有他人之動產」的行為，故難以對其行為以侵占罪相繩。而對於此一問題，另外可以嘗試的一個解套方式，是將行為人一開始利用公司之銀行存摺及印鑑或是銀行提款卡以進行轉帳之行為，視為「侵占他人動產」之行為，蓋行為人持有公司所有之銀行存摺及印鑑或是銀行提款卡，卻逾越其所具有之使用權限，擅自將公司的銀行存款款項轉入自己或第三人之帳戶，也是一種逾越權限的支配行為。此外，即使行為人沒有將銀行存摺及印鑑或是銀行提款卡據為已有的意思，但就其欲取得銀行存摺及印鑑或是銀行提款卡所彰顯之財產利益的主觀意思而言，仍可認為存在「為自己或第三人不法所有」之主觀意圖，應可以侵占罪論處其行為。

不過，隨著交易方式的多樣性發展，欲進行銀行轉帳交易行為，

也並非一定得使用銀行存摺及印鑑或是銀行提款卡等物，如目前各銀行均有推出所謂「電話銀行」或「網路銀行」等服務，只要透過電話或網路輸入銀行帳號及密碼，就可以進行轉帳等交易活動。在此類情形中，由於行為人只是單純使用帳號及密碼，並無將有形之物易持有為所有的侵占行為，因此，對於此種逾越權限而擅自支配他人財產利益之行為，即無法藉由侵占罪加以規範。再者，由於刑法第三三九條之三的「不正利用電腦設備製作財產權記錄罪」係已限定行為方式為「以不正方法將虛偽資料或不正指令輸入電腦或其相關設備」，此時，由於行為人所輸入者為真實的帳號及密碼，因此，所做成財產權之記錄，即使造成他人受有財產損害，亦無法藉由本罪加以規範。

（三）對「權限範圍內加害行為」問題之討論

對於前述的第二個問題，則可藉由以下的事例予以進一步說明：做擔任公司董事或經理人之行為人，依照民法及公司法之規定，其得以受任人之地位行使權利，對外為公司與第三人從事法律行為。當行為人受公司委任與第三人締結契約，在締結契約過程中，行為人基於使第三人獲利之目的，而簽訂對公司不利之契約內容，如以高於市價之價格為公司向廠商購入原物料等，而使得公司受有財產損害。在此一情形中，行為人受到公司之委任，基於受任人之地位而具有從事一定或概括法律行為之權限，而行為人在授權範圍內得自由裁量如何為法律行為。因此，若行為人基於損害公司財產之目的，利用行使權限之機會，進而造成公司的財產受有損害時，從形式上而言，由於其所為的相關行為仍在所擁有的權限範圍內，亦即行為人處分公司財產之行為仍是法律所允許的，如此一來，則將產生一個規範上的漏洞，亦即當某人基於法律或契約等原因，而對於他人之財產擁有一定之支配

權限時，行為人即得以行使權限之名，而行侵害他人財產之實。

對於濫用權限以侵害他人財產之行為，由於與「侵占行為」之概念有異，係無法以侵占罪來規範此一侵害行為，但對於此一侵害行為若不能有效予以規範的話，將使得從事交易活動者不敢輕易的將處分財產之權限授與他人。因為本人將處分財產權限授與給他人後，他人雖得在權限範圍內處分本人之財產，但若認為其亦得以損害本人為目的，而為損害本人之財產處分行為時，除有違本人授與權限之原先意義外，亦將導致民事法上之權限授與制度窒礙難行，使得以其為基礎的相關交易活動陷入困難。因此，在授與財產支配權限給他人的情形中，若他人違背授權範圍，而從事權限之外的財產支配行為時，對於此一侵害本人財產利益之行為態樣，可以藉由侵占罪來予以規範。倘若他人所為之財產支配行為仍在授權範圍內，卻是以損害本人財產利益為目的所從事者，此種在形式上屬於行使權限，但在實質上卻為濫用權限之行為態樣，由於不但對本人之財產利益造成侵害，亦會對民事法上所建構的交易制度產生運作上的妨害，而必須在侵占罪外另以其他犯罪規定予以規範，而從背信罪的沿革歷程來看，不難發覺背信罪確實是因應此一需求而生。

二、重新架構背信罪之可能性

本文認為學說上所謂「背信罪具有補充性及獨立性之性質」的說法是正確的，從對財產權人的周全保護而言，若他人對其財物或財產利益具有一定之支配權能，則侵占罪是在預防「逾越權限」之支配行為，而背信罪則是在預防「濫用權限」之支配行為。從兩罪的發展歷程而言，背信罪的確是在補充侵占罪於規範範圍上之不足處，但就兩罪的關係而言，其實應該是相互補充，使得在財產利益的保護範圍上

能夠不存在空隙。若從兩罪之本質而言，應該是各自具有其獨立之功能性，在理想的狀況下，兩罪應該是可以共同形成一個完整的保護範圍，而不致在處罰範圍上出現重疊或是漏洞之情形。不過，從前述的相關介紹中，可知在背信罪本質與定位的問題上，始終存在著爭議，對此，應有嘗試尋找出解決之道的必要。

從對背信罪本質的討論中，可以理解背信罪之本質是與其適用範圍間存在著緊密的關連性，對於背信罪本質的詮釋，國內同樣存有不同之見解，有論者採取「權限濫用說」¹⁰¹，亦有論者採取「違背信任說」¹⁰²，或有論者採取近似日本的「背信的權限濫用說」¹⁰³，此外，也有支持「綜合說」的論者¹⁰⁴。對此，本文認為在背信罪本質問題的處理上，應考慮到背信罪所具有之功能性，亦即能與其他財產犯罪共同架構出一個完整的財產利益保護制度，因此，在背信罪處罰範圍的界定上，就應該與侵占罪間有一個明確的界限，避免越俎代庖處理本

¹⁰¹ 黃榮堅，親愛的我把一萬元變大了，收錄於月旦法學教室別冊（刑事法學篇），頁 164-165，元照出版公司（2002）。

¹⁰² 甘添貴，前揭註 77，頁 341-342。但就甘添貴教授對於背信行為之詮釋而言，應較近似於日本學說上之「限定的背信說」。

¹⁰³ 曾淑瑜，刑法分則實例研習：個人法益之保護，頁 372，三民書局股份有限公司（2004）；陳靜芳，背信罪之研究，頁 68-70，東吳大學法律學系碩士論文（2008）。

¹⁰⁴ 林山田，前揭註 78，頁 450-451；蔡墩銘，刑法各論，頁 262，三民書局股份有限公司，修訂六版（2008）；盧映潔，前揭註 82，頁 681-682；張麗卿，毀損與背信的競合，收錄於月旦法學教室別冊（刑事法學篇），頁 171，元照出版股份有限公司（2002）。而值得注意的是，張麗卿教授雖採取「綜合說」之看法，但其在「違背信任」之部分，特別強調行為人在事務處理中所表彰之惡性，而對「違背任務行為」之意涵採取較寬之解釋。

來應是由侵占罪所掌握的侵害行為態樣。傳統的「違背信任說」是將背信罪的本質理解為「行為人違背了與本人間的忠實誠信關係」，亦即行為人與本人間由於存在一定的特別信任關係，使得本人得以信賴行為人能以忠實誠信的方式來處理彼此間或是本人與第三人間的財產事務，避免本人的財產利益遭受損害。不過，此一見解無法明確的描述出背信罪所要掌握的侵害行為態樣，因為在任何基於法律、契約或事實行為所產生的財產事務關係上，雙方當事人間都可能存在著信任關係，如此一來，在民事法上違背權利、義務關係之事，均有可能被解釋成屬於背信行為，導致背信罪在規範範圍上被過度擴張，甚至有可能對竊盜、侵占或毀損等財產犯罪產生侵蝕的狀況，而難以與其他的財產犯罪相區分。所以，學說上對傳統的「違背信任說」提出限縮或是修正的做法，也是意識到上述的問題而生，其道理不難被理解。

如本文先前所述，由背信罪之立法沿革觀之，其形成之主要原因係在於填補侵占罪之規範不足處，亦即侵占罪所無法處罰的「行為人於權限範圍外之處分他人財產利益行為」及「行為人於權限範圍內之侵害他人財產利益行為」兩種情形，因此，在背信罪本質此一問題處理上的關鍵，應在於如何對上述的兩種情形提出妥當的解決方案。

（一）「逾越權限之侵害行為」應回歸侵占罪規範

首先，侵占罪在其構成要件中所描述之違法行為態樣，係指行為人對於自己所持有的他人之「物」，進行權限範圍外的支配行為，亦即行為人逾越對財物所具有之支配權限，為權限以外之支配行為，因而對該財物之所有權人所享有之財產利益產生侵害。由於侵占罪中之行為客體為「行為人所持有的他人之物」，因此，若行為人係對他人之財產利益而為支配行為，例如：藉由轉帳之方式，將他人銀行帳戶

中的存款金額移轉到自己或第三人之帳戶中，或是對於他人所享有之債權，進行讓與或是設定權利質權等行爲，因爲行爲人所爲支配行爲的對象，係屬債權等「無形體財產權」，而非屬投射至有形物以產生作用之「有形體財產權」（如物權）¹⁰⁵，所以，即使行爲人所爲的支配行爲仍屬逾越支配權限之行爲，但由於其支配的對象並非爲「物」，故與侵占罪之構成要件有所不合。

而此一問題的發生原因，主要在於財產權類型及交易方式逐漸多樣化後，使得行爲人在財產利益的支配上，不但可對於「有體財物」予以支配，亦可對於「無體財產利益」加以支配，導致侵占罪無法應付後者的狀況。不過，如果從行爲的本質而言，不論行爲人之支配行爲之對象爲他人的財物或財產利益，只要是逾越其支配權限外所爲者，都應該予以相同之評價，例如：公司會計人員爲公司處理財務，其擅自由公司銀行帳戶內提出現金，或是其擅自對公司之銀行帳戶進行轉帳，以作爲清償自己的債務之用，就會計人員的行爲而言，其實都已經逾越公司對其所授與的處理財產權限範圍（公司並未授權會計人員以公司之財產來清償其私人之債務），因此，不論其所支配行爲的對象爲「現金」（有形之財物）或「存款債權」（無形之財產利益），只是在客體型態上有所差異，但不會改變「行爲人係逾越權限對他人財產予以支配」的行爲本質。即使由背信罪的立法沿革而言，立法者在背信罪立法之初，確實有以背信罪來處理此一問題的想法，但這樣的作法所帶來的另一個問題，即是背信罪與侵占罪區分界限不明，也

¹⁰⁵ 對於「有形體財產權」與「無形體財產權」之相關討論，請參閱 張天一，刑法上之財產概念-探索財產犯罪之體系架構，頁 52-55，輔仁大學法律學系博士論文（2007）。

導致兩罪在競合上存有爭議。對此，本文認為對於「逾越支配權限之侵害行為」之情形，應該回歸由侵占罪予以處罰，即使目前侵占罪的規定中並未對「逾越權限支配他人財產利益」之型態納入，但仍得透過修法來擴張侵占罪之處罰範圍，如此一來，即能夠以「行為人之財產支配行為是在權限範圍內或是權限範圍外所為」作為標準，清楚的將背信罪與侵占罪予以區分¹⁰⁶。

（二）「支配權限內之侵害行為」應藉由背信罪規範

如果以前述「行為人之財產支配行為是在權限範圍內或是權限範圍外所為」的標準，來區分背信罪與侵占罪的做法能夠被接受的話，接下來所要考慮的問題，即是行為人基於法律或契約等原因，而對他人財產具有一定之支配權限，但行為人係以損害本人之財產利益為目的，在權限範圍內對該財產從事支配行為，造成本人之財產利益受有侵害，而對於此一情形，是否有以刑法予以規範之必要性。首先，既然行為人對於財產之支配權限係由法律或契約等原因所授與，除了少部分因法律強制形成的授權關係外，本人在某種程度上對於權限之授與應該是可以自行決定的，因此，本人如果能夠依其自由意志來決定

¹⁰⁶ 如依照目前我國侵占罪之規定，自然無法將債權等無形體財產權納入侵占罪之保護範圍，因此，也不難理解為什麼侵占罪與背信罪之間會存在著「剪不斷、理還亂」的關係。或許在現行的刑法規定下，勢必得藉由背信罪來解決侵占罪所無法處理的問題，但可以思考的是，在目前我國財產犯罪的相關規定中，對於「行為客體」之設定是否正確？到底是應該由「行為客體」來決定「侵害方式」之描述？還是應該由「侵害方式」來決定「行為客體」之範圍？當然，是否應對侵占罪予以修正，並不是個很簡單就有答案的問題，本文無法在此立即提出一個具體的建議，也並非認為一定得透過修正的方式才能夠解決這個問題，但重新對侵占罪加以檢視，本文認為係有其必要性。

是否授與他人財產支配權限，那麼，應該可以在進行詳細的評估後，再為是否授與權限之決定，而能適當的降低所可能遭遇到的風險。再者，本人即使在授與權限給他人後，亦得於事後予以監督，若發現有風險過高之狀況時，亦可藉由撤回權限來確保自己財產之安全。從此點而言，對於授與他人處理財產之權限所可能要面對的侵害風險，本人應該可以予以評估與控制，似無一定要以刑法介入保護之必要性。

此外，本人將處理自己財產之權限授與行為人，所代表的即是本人允許行為人在權限範圍內對財產進行支配行為，而行為人對本人財產所為支配行為之結果，有可能使本人之財產因而增加，亦有可能使本人的財產因而減少，這是在財產支配過程中必然存在的可能性。換言之，要以刑法來確保本人的財產不會因行為人所從事的支配行為而減損，在現實上是難以達成目的，因此，即使行為人在主觀上有損害本人財產利益的意思，但其在客觀上所為之財產支配行為仍在本人所授與權限範圍內時，也無法直接對該行為予以負面評價，因為至少從形式上而言，此一行為仍是在本人的同意下所為之。

不過，若由另一個角度為思考，本人將財產處理權限授與他人，原則上應該係出於「為自己妥善處理財產」之目的，亦即能夠依照本人之意思對財產為有效之運用，因此，以「加損害於自己財產」作為授與財產處理權限之目的，在現實上是難以想像的。此外，從現今商業活動的發展而言，不論在交易活動的進行上，或是在企業組織的分工上，對於授權制度均有很高的依賴性，若授權制度在現實運作上遇有妨害時，將會影響商業活動的正常運作。所以，個人基於本人的權限授與，而對他人的財產具有支配權限時，若允許其以行使權限之名而行損害本人財產之實，將會使得社會大眾畏懼將財產處理權限授與

他人，商業活動的順暢性自然也會受到阻礙。對此，應認為即使本人將處理財產之權限授與他人，並非代表他人可以不受限制對本人的財產加以支配，若行為人係出於損害本人財產之目的，其對本人財產所為的支配行為，進而造成本人受有財產利益的損害時，對於此種已經彰顯出侵害他人利益之主觀惡性的行為，係難以單純藉由民事法律予以規範，故有以刑法介入之必要性，否則，除了個人的財產利益無法得以確保外，民事上的相關交易活動亦會因而窒礙難行。

當然，我們也可以要求本人將處理財產之權限授與他人時，即明確的去界定權限行使的範圍，只是要逾越權限範圍外的侵害行為，即可藉由侵占罪予以規範。不過，在現實上，權限的授與是存在著「特定授權」與「概括授權」之類型，而在「概括授權」的情形中，本人是難以在授權之際，就鉅細靡遺的界定出權限行使的範圍，若要求本人明確的予以界定，不但是不合理的要求，亦有違授權制度之本意。此外，本人授與他人處理財產權限之目的，應該並非是在允許他人侵害自己的財產，在解釋上，自然不可能授與他人從事「損害自身財產利益行為」之權限，如此一來，似乎只要是他人有權限的行使上，一旦造成本人的財產受有損害時，即可認為已經逾越本人授權範圍之行為，而會被侵占罪所掌握。不過，如本文先前所述，就背信罪的規範目的而言，並非是在保護本人的財產完全不受損害，因為在財產支配活動的過程中，財產利益的減損本來就是一個既存的風險，也是無法迴避的可能結果，想要藉由背信罪將這個風險給完全消除掉，在本質上就是一個「不可能的任務」。所以，背信罪存在的意義，並非是在確保本人的財產利益不會因他人的支配行為受到損害，而是對於具有處理他人財產權限之人，將其濫用權限以侵害本人財產利益的惡性行為予以控制，亦即將權限授與所可能帶來的損害風險，能夠控制在合

理的範圍內。

基於上述的論點，如果背信罪的規範目的在於確保個人的財產利益不會因他人濫用處理本人財產之權限而受到侵害的話，那麼，在背信罪本質的理解上，應該是採取「濫用權限說」會較為妥適。亦即行為人基於法律或契約等原因，而被授與處理他人財產之代理權限時，行為人在授權範圍內對本人財產所為的支配行為，若係出於損害本人之財產利益而為之，此等濫用權限之行為，即為背信罪所欲規範之行為態樣。而採取「濫用權限說」所需要處理的一個延伸問題，在於若本人對於行為人之授權行為係屬無效時，行為人基於「事實上之授權」所為的財產支配行為，可否認定該行為仍係屬於背信罪所要規範的「濫權行為」？對此，日本學說上所提出的「背信的權限濫用說」（新權限濫用說），也是基於對此一問題的解決而生，而欲將授權關係的認定範圍擴張至「無效的授權」，認為只要行為人基於事實上的關係而認為對他人的財產具有處理權限時，即使在法律上並未形成授權關係，亦能藉由背信罪予以規範。從該問題的發生緣由加以思考，主要在於行為人的主觀上之認知與客觀上之行為事實無法相符合，亦即行為人主觀上所認知的事實是「他人授與我處理其財產之權限，而我欲利用支配行為以損害他人之財產」，而客觀上的事實卻是「他人的授權行為由於無效的緣故，使得行為人並未取得處理他人財產之權限，故行為人所為的支配行為其實是一個『逾越權限』（無權）的行為」。因為如果行為人在主觀上已經知悉自己並未獲得有效之授權，在客觀上所為的行為亦屬逾越權限之支配行為時，此一行為即應屬侵占罪之評價範圍，在處理上應無問題。不過，如果出現上述行為人主觀認知與客觀事實不相符合的狀況時，要以何者財產犯罪予以評價，即存在

討論的空間。

對此，本文認為將授權關係的認定範圍予以擴張，使其將無效的授權一併包含在內的做法，或許可作為處理方式之一¹⁰⁷。不過，若採取此一做法，在背信罪的解釋及適用上將出現一些疑問處，首先，在背信罪的構成要件中納入「無效之授權」，而與因法律或契約等原因所生之「有效的授權」並列時，將令人不解行為人要如何在一個「無效授權」的情形中，進而從事所謂的「濫權行為」？既然行為人在現實上未能取得處理他人財產的權限，根本就沒有權限可供行使，那也不會存在「濫用權限」之狀況，因為行為人自始至終所從事的都是所謂的「越權行為」。其次，如果行為人在其主觀上已經認知到自己並未取得有效的授權，亦即不具有處理他人財產之合法權限時，所代表的即是行為人應認知到自己是無權支配他人財產，倘若行為人仍進而對他人之財產從事相關支配行為時，在性質上應該是一個逾越權限的支配行為，而應該以侵占行為予以評價，而非論以背信行為。再者，如果客觀上本人對行為人的授權雖屬無效，但行為人在其主觀上卻認為自己取得了處理他人財產的權限時，若行為人在「主觀上」認為自己是在權限範圍內進行財產支配行為，進而導致本人的財產利益受到損害時，雖然由客觀事實而言，行為人之行為是一個「逾越權限」的侵害行為，但由行為人的主觀意思觀之，行為人卻是存在一個「濫用權限」的侵害故意，換言之，行為人在其主觀上仍是具備背信行為之故意，只是在客觀上卻並非屬於背信行為。對於此種情形，由於行為人在主觀上具備了背信罪之故意，只是在客觀上並未完全實現背信罪之構成要件，可考慮論以背信罪之未遂犯，即使本人之財產利益確實

¹⁰⁷ 建議應採取此一立法方式之論者，請參閱 陳靜芳，前揭註 103，頁 109。

受有損害，也並不代表一定要將此一情形論以既遂犯才是合理的，且從我國對於未遂犯的處罰規定觀之，對於未遂行為是可以與既遂行為為相同之處罰，因此，即使將此一情形論以背信罪之未遂犯，在評價上應該也不致有不當之處。反之，若欲將此一情形強行歸納於背信罪之既遂犯或是侵占罪中，將造成說理上的矛盾，又陷入背信罪與侵占罪界限不明確的難題中，導致為了單一狀況的處理，而犧牲了整體理論建構上的妥適性。

伍、結論

時至今日，背信罪已非如立法之初般，僅在於填補其他財產犯罪處罰上之不足處，而是具有其規範目的上之獨立性，與其他財產犯罪共同形成一個保護個人財產利益之整體規範。在背信罪既有的本質與定位的問題爭議上，本文認為與侵占罪對照之下，背信罪所要處罰的侵害行為態樣，應是行為人基於法律或契約上之授權，而具有處理他人財產之權限，而得在權限範圍內為財產支配行為。若行為人在權限的行使上係以損害他人財產作為目的，其所為的支配行為即屬於一種「濫用權限」之行為，由於此一濫權行為有可能造成他人財產利益因而受到損害，故有以背信罪予以規範之必要性。至於行為人逾越權限範圍所從事之財產支配行為，並非背信罪所要掌握之行為態樣，應藉由侵占罪予以規範為當。

惟依照現行之侵占罪規定，由於僅能對於逾越權限支配他人「有形財物」之侵害行為予以規範，而有賴背信罪以填補規範上之不足處，對於此一現況雖不能無視，但不宜以此混淆了兩罪之本質與定

位，否則，將難以解決是適用界限模糊之問題。而一個可以嘗試的作法，即是將逾越權限支配無體財產利益之侵害行為，透過修法納入侵占罪之範疇內，不論是逾越權限支配有形財物或無形財產權之侵害行為，皆由侵占罪予以規範。至於要如何修正侵占罪，雖然仍須有詳細之探討，但將背信罪解釋成爲侵占罪之「補充規定」之做法，只是配合現行規定的「權宜之計」，無法根本性的解決問題，反而容易衍生出更多適用上之爭議，本文認爲並非妥當。

因此，對於背信罪與侵占罪比較適當之定位方式，應認兩罪在構成要件行為上是屬於互斥之關係，亦即兩罪之行為方式並不相互包含。所以，行為人對他人財產所爲的支配行為，不可能是既屬權限範圍內之行為，而又屬權限範圍外之行為。對此，我國最高法院自三十年上字第一七七八號判例做出後，變更了二十七年滬上字第七十二號判例中所表明「侵占罪與背信罪得同時該當，但由於侵占罪屬於特別規定，應優先予以適用」之看法，轉而認爲若行為人之行為已屬侵占罪時，則無背信罪適用之見解，在思考上應屬正確。在前述澎湖地方法院九十六年度易字第二號判決中，被告雖然屬於公司之經理人，而具有爲公司處理一定財產事務之權限，但由於其將公司投資款項挪爲己用之行為，已經逾越公司所授與其管理財產事務之範圍，若依本文之見解，此一逾越權限之財產支配行為，應論以侵占罪，自始則無背信罪之適用。

參考文獻

書籍

- 甘添貴，刑法各論（上），三民書局（2009）。
- 林山田，刑法各罪論（上冊），自版，修訂五版（2005）。
- 張天一，刑法上之財產概念-探索財產犯罪之體系架構，輔仁大學法律學系博士論文（2007）。
- 陳靜芳，背信罪之研究，東吳大學法律學系碩士論文（2008）。
- 曾淑瑜，刑法分則實例研習：個人法益之保護，三民書局（2004）。
- 蔡墩銘，刑法各論，三民書局，修訂六版（2008）。
- 盧映潔，刑法分則新論，新學林出版公司，二版（2009）。
- 三原憲三，刑法各論，成文堂（2009）。
- 上嶋一高，背任罪理解の再構成，成文堂（1997）。
- 大谷実，刑法講義各論，成文堂，新版三版（2009）。
- 大野真義，演習刑法各論，晃洋書房（1998）。
- 大越義久，刑法各論，有斐閣（1999）。
- 大塚仁，刑法各論（上卷），青林書院，改訂版（1984）。
- 大塚仁，刑法概說（各論），有斐閣，增補三版（2005）。
- 小野清一郎，刑法講義，有斐閣（1932）。
- 山口厚，刑法各論，有斐閣，補訂版（2005）。
- 山中敬一，刑法各論，成文堂，二版（2009）。
- 川端博，財產犯論の点景，成文堂（2001）。
- 中森喜彦，刑法各論，有斐閣，二版（1996）。

- 內田文昭，刑法各論，青林書院，二版（1984）。
- 日高義博，刑法各論講義ノート，勁草書房，二版（1998）。
- 木村裕三、小林敬知，現代の刑法各論，成文堂，三版（2008）。
- 木村龜二，刑法各論，法文社（1957）。
- 平川宗信，刑法各論，有斐閣（1995）。
- 刑事法令研究會，財産犯（下卷）（刑事法重点講座—理論と實際），立花書房（1992）。
- 西田典之，刑法各論，弘文堂（1999）。
- 佐久間修，刑法各論，成文堂（2006）。
- 岡野光雄，刑法要説各論，成文堂，五版（2009）。
- 林幹人，刑法各論，東京大学出版会，二版（2007）。
- 松宮孝明，ハイブリッド刑法各論，法律文化社（2009）。
- 松宮孝明，刑法各論講義，成文堂，二版（2008）。
- 牧野英一，増訂日本刑法，有斐閣，二三版（1926）。
- 前田雅英，刑法各論講義，東京大学出版会，三版（1999）。
- 泉二新熊，日本刑法論（下卷），有斐閣，増補四〇版（1929）。
- 宮本英脩，刑法大綱，弘文堂（1935）。
- 野村稔，刑法各論，青林書院（1998）。
- 曾根威彦，刑法各論，弘文堂，四版（2008）。
- 曾根威彦、松原芳博，重点課題刑法各論，成文堂（2008）。
- 植松正，再訂刑法概論Ⅱ（各論），勁草書房（1975）。
- 萩原滋，刑法概要（各論），成文堂，三版（2009）。
- 藤木英雄，刑法講義各論，弘文堂（1976）。
- 瀧川幸辰，刑法各論，世界思想社（1933）。
- 瀧川幸辰，刑法講義，弘文堂（1929）。

団藤重光，刑法各論，有斐閣（1961）。

齋藤信治，刑法各論，有斐閣，三版（2009）。

Binding, Karl: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Band 1, 2. Aufl., 1902.

Dieterich, Eugen: Die Untreue de lege lata und de lege ferenda, 1933.

Draheim, Otto: Untreue und Unterschlagung, 1901.

Dunkel, Wolfgang: Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals 'Vermögensbetreuungspflicht' im Rahmen des Missbrauchstatbestandes der Untreue (Paragraph 266 I 1. Alternative StGB), 1976.

Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich , 18. Aufl., 1931.

Freudenthal, Berthold: Die Untreue (§ 266 StGB und Nebengesetze) in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, BT, Bd. VIII, 1906.

Gerland, Heinrich Balthasar: Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., 1932.

Heimberger, Joseph: Strafrecht, 1931.

Hellmuth, Mayer: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, 1926.

Hillenkamp, Thomas: 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl., 2009.

Hirschberg, Rudolf: Der Vermögensbegriff im Strafrecht, 1934.

Klein, Werner: Die Untreue im deutschen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des neuen Strafgesetzes, 1934.

- König, Heinrich: Die Untreue im geltenden deutschen Strafrecht (§ 266 StG.B) und in den Entwürfen, 1928.
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007.
- Leopold, Hans: Zum Tatbestande der strafbaren Untreue, 1908.
- Miebach, Kaus / M. Sander, Günther: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3, 1. Aufl., 2003.
- Oberstadt, Fritz-Herbert: Die Untreue im geltenden Reichsstrafgesetzbuch und in den deutschen Strafgesetzentwürfen, 1930.
- Pfeiffer, Julius: Die Untreue im zukünftigen Reichsstrafgesetzbuch, 1932,
- Rengier, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil I , 11. Aufl., 2009.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010.
- Schürer, Günther: Die Untreue nach dem Gesetz vom 26. Mai 1933, 1935.
- Schwarz, Otto, Strafgesetzbuch : mit den wichtigsten Nebengesetzen des Reiches und Preußens, 1933.
- Schwinge, Erich / Siebert, Wolfgang: Das neue Untreuestrafrecht : in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung für die Praxis dargestellt, 1933.
- v. Liszt, Franz / Schmidt, Eberhard: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927.
- Wessels, Johannes / Hillenkamp, Thomas: Strafrecht Besonderer Teil 2, 31. Aufl., 2008.
- Wrede, Heinrich-Joachim: Die Untreue von der Peinlichen Gerichtsordnung 1532 bis zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, 1939

Zoller, Hans: Ausdehnung und Einschraenkung des Untreuebegriffs in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1940.

期刊

許澤天，論侵占罪－德國法的啓發，法令月刊，第五十八卷第五期，頁 55-65（2007）。

平川宗信 刑法各 22－背任罪(上)，法学セミナー 四七五号 頁 106-109（1994）。

江家義男，背任罪の研究，早稻田法学，第二十一卷，頁 1-79（1943）。

内田幸隆，背任罪と横領罪との關係，早稻田法学，第五十二卷，頁 49-92（2002）。

内田幸隆，背任罪の系譜、およびその本質，早稻田法学，第五十一卷，頁 103-152（2001）。

斉藤豊治，背任罪の諸問題，現代刑事法，第十二期，頁 60-67（2000）。

專書論文

黃榮堅，親愛的我把一萬元變大了，收錄於月旦法學教室別冊（刑事法學篇），頁 164-165，元照出版公司（2002）。

張麗卿，毀損與背信的競合，收錄於月旦法學教室別冊（刑事法學篇），頁 170-171，元照出版公司（2002）。

摘要

由財產犯罪的發展歷程觀之，背信罪是一個較晚期才出現的犯罪類型，一直到十九世紀末期時，才自其他的財產犯罪中脫離而出，成爲一個獨立的犯罪類型。而當初立法者將背信罪個別立法的重要考量之一，在於欲以背信罪填補其他財產犯罪的規範不足之處，因此，學說上對於背信罪之規範本質以及其在財產犯罪上之定位，存在著多種不同之看法，尤其在背信罪與侵占罪應如何區分的問題上，更是爭論的焦點所在。

爲能釐清背信罪本質及定位之問題，本文先就背信罪在德國法及日本法上的發展過程予以介紹，以明瞭其立法沿革。其次，藉由對學說見解的整理及分析，以確認背信罪之規範本質，而能掌握背信罪所欲掌握之侵害行爲態樣。再者，則就背信罪與侵占罪間的關連性加以探討，爲背信罪找到適當之定位，

本文認爲，以「濫用權限說」詮釋背信罪之本質，係爲較可採之看法，因背信罪在其規範目的上是具有獨立性，而與其他財產犯罪共同形成一個保護個人財產利益之整體規範。而背信罪所要處罰的侵害行爲，應是行爲人因具有處理他人財產之權限，而於一定範圍內得對他人之財產予以支配，若行爲人對此等權限予以濫用，進而導致他人之財產利益受到損害，即屬背信罪之規範範圍。至於行爲人在權限範圍外對他人財產所爲的越權行爲，並非是背信罪所要掌握之行爲態樣，應藉由侵占罪予以規範爲當。

On the Essence and Position of Crime of Breach of Trust

Tien-Yi Chang

Abstract

Based on the development of property crimes, crime of breach of trust is a type that appeared later than other types of property crimes. It was not separated from other property crimes, and thus became an independent criminal category, until the end of the 19th century. One of the reasons that the legislators singled it out is that it can complement the deficiencies of other property crimes. As a result, there are varied theories on the nature of its regulations and on the position it occupies in property crimes. Among the theories, there are especially many arguments on how to distinguish crime of breach of trust from embezzlement.

This thesis introduces the development of the law about crime of breach of trust in German laws and Japanese laws in order to clarify its legislative development, its nature, and its position. Then, it specifies the essence of the regulations of crime of breach of trust and grasps the scopes of the trespass by collecting and analyzing the theories. Finally, it locates the best position for crime of breach of trust by analyzing the connections between it and embezzlement.

This thesis regards the theory of abusing rights as the better one when it is used to explain the nature of crime of breach of trust. The law of crime of breach of trust is independent in its objective of the regulations, while it also forms a regulative system to protect one's property interests along with other laws of property crimes. The trespass that this law deals with should consist of the following conditions. First, the actor should have the right to handle another person's property and he/she dominates the property within a certain range. Then, the actor abuses the rights so as to damage another person's property interests. When the actor trespasses another person's property out of the range of his rights, it does not belong to what the law deals with. It should be tackled with the law about embezzlement.

Keywords : crime of breach of trust, embezzlement, act of perfidy theory of abuse rights, theory of violate obligations