

銀行法特別背信罪中違背職務之實證研究 —以臺灣臺北地方法院之裁判為中心

Violation of Duty in a Breach of Trust
under the Banking Act of the Republic of China:
An Empirical Research Centering on the Judgments
of the Taipei District Court

黃 鵬 達*

Peng-Da Huang

摘 要

學理對於解析銀行法第 125 條之 2 核心關鍵之一即「違背職務」要件，較少深入研究，尤其在闡釋實務運用之文獻，則更為少數，故本文希冀釐清與確認該「違背職務」之要件，在實務上是否已形成一套可操作之標準供其評判，俾作為日後研議該罪增修上之基礎。

本文在採取實證分析方法之立場下，透過觀察民國 89 年 1 月 1 日起至 108 年 6 月 6 日間，已作成之最高法院及臺灣臺北地方法院裁判，嘗試描繪出此條違背職務之要件應係被如何操作，以及當所蒐集之裁判

投稿日期：107.05.04 接受刊登日期：107.07.20 最後修訂日期：108.06.06

* 中國文化大學法律學系兼任講師，中華民國執業律師。

Adjunct Lecturer, Department of Law, Chinese Culture University. Attorney-at-Law, Taiwan.

本文承蒙匿名審查委員惠賜寶貴審查意見，獲益良多，謹此致謝。惟文責仍由本文自負。

具有一定質量時，致力使各裁判之見解類型化。

最後在本文觀察下，臺灣臺北地方法院首係先劃定出行為人所負責之職務內容，次再依不同種類之業務，審查不同要素，且目前似有將四種業務之判準類型化出來。

關鍵詞：特別背信；實證分析；違背職務；類型化

目 次

壹、前言

貳、現行法與最高法院觀點下銀行法特別背信罪之罪質構造

一、銀行法 125 條之 2 沿革脈動

二、最高法院對銀行法特別背信罪之闡釋

（一）本罪規範目的

（二）本罪要件之闡述

（三）行為主體

（四）違背職務之標準

（五）本罪損害之認定

（六）本罪為故意犯及意圖犯

（七）本條第 1 項後段及第 2 項之解釋

（八）本條與普通刑法背信罪之關係

三、現行法及最高法院裁判解釋銀行法特別背信罪違背職務之困境

參、臺北地院裁判對銀行法特別背信罪違背職務要件之判準要素

一、臺北地院裁判見解之巡歷

二、彙整臺北地院裁判見解後之初步研判

肆、以臺北地院裁判見解作為本罪違背職務判準類型化之初步嘗試

伍、結論

壹、前言

自民國（下同）90 年左右，全球金融市場之自由化、跨業經營之開放及金融監理一元化等趨勢，逐漸衝擊著我國當前金融監理機制，而政府便在放寬金融業務及高密度監理間，嘗試謀求平衡，因此所謂「立法院『金融六法』或『金融七法』¹終於一併修正通過」等語，即係當時社會氛圍之寫照。綜觀 90 年代以降所通過之金融法規，祇要立法者於該法中定有刑事處罰之條文，均有嚴刑峻罰之共通特點。

重刑並非不妥，只要在憲政程序之檢驗上，認該罪原本之刑猶認不足，立法者自有義務提高其法定刑以吻合罪刑相當原則，惟事物性質本係一體兩面，入罪化並以之重刑的結果，亦係人民權利遭到壓縮之表徵，是對此類金融法規之條文，學理上多半會採取批判或質疑之角度作出發，以檢視有無保護過密，甚或贊同修法等情²。而肩負國家經濟脈動之一的銀行，其管制法規，亦是如此。

觀諸銀行法第 125 條之 2 於 89 年制定至今，學理上便不約而同地分別從立法論上檢討立法之必要性，或從解釋論上採取個別評論之方式進行批判，如本條自第 1 項首句「『銀行負責人或職員』，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者…」，便有學者持相反觀點而主張修法或採取限縮解釋³等情即是。

1 學理上亦有受此名詞影響者，如李永瑞，特別背信罪實體與程序交錯之研究，東海大學法律系博士論文，頁 109，2014 年。惟此名詞一來非法律用語，二來所謂「六法」或「七法」眾說紛紜，故為本文所不採。

2 如廖治傑，從經濟犯罪論背信罪的規定與內涵，世新大學法律系碩士論文，頁 98，2009 年；吳元曜，金融犯罪重刑化趨勢之評析，軍法專刊，第 15 卷，第 9 期，頁 13 以下，2004 年 9 月。

3 如唐士淵，銀行法背信罪之研究，政治大學法律系研究所碩士論文，頁 150-151，2004 年；曾淑瑜，銀行法之特別背信罪哪裡「特別」，台灣法學雜誌，第 228 期，

本文對於銀行法第 125 條之 2 亦採取質疑立場，認為此罪之應刑性（Strafwürdigkeit）⁴容有檢討之必要，惟倘欲以此條進行整體性結構評判之前，必以熟稔各要件在實務上之解釋與運用為前提⁵，但現今學理對於實務上解釋此條之相關要件時，尤其本條核心關鍵之一即「違背職務」要件，大多採取一筆帶過⁶、臚列條文⁷、單純檢附最高法院判決見解⁸、單純點出問題⁹，甚或欲整體性介紹，但重心仍著重在行為主體¹⁰，較少人詳細研究其判斷標準¹¹。

且少數對此罪「違背職務」之概念提出觀點者，卻又均未附具理由，

頁 154-155，2013 年 7 月；吳志強，經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構，頁 254-256，自版，2014 年。

- 4 關於該名詞之精要說明，請參考陳友鋒，刑事不法行為的形式審查—構成要件的該當判斷（下），華岡法粹，第 36 期，頁 121 註 46，2006 年 11 月。併請參考依智麒，論犯罪行為應罰性—以刑法第一八五條之三為例，中國文化大學法律系研究所碩士論文，頁 110，2008 年；王明偉，賭博行為應刑性之研究，中國文化大學法律系研究所碩士論文，頁 115-116，2009 年。
- 5 例如曾淑瑜即在討論銀行法第 125 條之 2 違背職務之要件時，佐以最高法院 98 年度台上字第 7316 號判決為例，惟該判決僅在說明背信罪之行為，並未直接比附援引自銀行法第 125 條之 2，故只能解釋該段僅在簡介背信罪之行為，方較為妥適，見曾淑瑜，論金融犯罪「特別背信罪」之構成要件—臺灣高等法院九十九年度金上重訴字第三一號判決，月旦法學雜誌，第 193 期，頁 199，2011 年 5 月。
- 6 如鄭正中提出「違反其誠信義務之具體表現事實」之定義但未附理由，見氏著，銀行法，頁 407，書泉出版社，2013 年 7 版。
- 7 周伯翰，銀行法與金融控股公司法，頁 130，麗文文化，2013 年 3 版。
- 8 王志誠，銀行法，頁 35-36，新學林，2014 年。
- 9 曾淑瑜，同註 5，頁 157。
- 10 李永瑞，同註 1，頁 221-269。
- 11 少數開始深入討論，惟自立法論切入者，例如王正嘉，從經濟刑法觀點看特別背信罪，台灣法學雜誌，第 286 期，頁 27-32，2015 年 12 月；謝煜偉，論金融機構特別背信罪，國立臺灣大學法學論叢，第 45 卷，第 4 期，頁 2050，2016 年 12 月。另關於背信罪違背任務之部分，亦有學者開始提出判斷標準，見張天一，背信罪中「違背任務行為」之判斷／台高院 97 上易 2570 判決，台灣法學雜誌，第 257 期，頁 209，2014 年 10 月。

或僅介紹典型案例等，致較難作為評判基礎，例如唐士淵主張應以銀行負責人或職員之職務內容、範圍、法律規定、內部規章及社會上之一般通念等綜合判斷，須先判斷該行為是否屬於行為人職務權限之範圍內之行為，再認定該行為是否違反法令或銀行內部規章¹²等，又如廖治傑提出應從行為主體之職務內容、範圍與性質、行為當時之情境、法律規定、契約內容習慣及社會之一般通念為綜合判斷^{13、14}等均屬事例，至於分析違反授信、偽造盜蓋與使用他人金融卡提款、侵吞挪用保管收受金額、業務登載不實、不合常規交易、操縱市場等六大類違背職務案例之吳志強¹⁵，此些案例是否已足資代表實務見解或可供裁判上之操作，尚有討論空間，故激起本文欲嘗試將目前實務上針對銀行法特別背信罪中之違背職務要件，尤其以臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）之裁判為主，觀察是否已形成一套可能操作之標準可供其評判¹⁶，俾作為日後研究該罪研議增修上之基礎。

本文採取實證分析方法（empirical analysis）作為貫穿此篇之主軸。而實證分析方法之內含十分繁雜，囿於篇幅有限，本文僅採取透過經驗事實之觀察，描繪出法律系統之實際運作，藉以建立與驗證某一理論命題之觀點，作為本文操作之實證分析法。換言之，本文欲透過觀察臺北

12 唐士淵，同註 3，頁 150-151。

13 廖治傑，同註 2，頁 99。

14 前二位之見解，與早期日本學者伊藤榮樹及川崎友巳所提出日本商法特別背信罪之違背職務，應可從法令、章程、內規等為斷之觀點不謀而合，見伊藤榮樹，第二章商法，注釈特別刑法〔第五卷 I〕，頁 133，立花書房，昭和 61 年 1 月；川崎友巳，背任罪と合理的な経営判断，頁 430-431，三井誠先生古稀祝賀論文集，有斐閣，2012 年。

15 吳志強，同註 4，頁 114-119。

16 有學者在研究特別法中特別背信罪之違背職務概念時，採取類似方法者，見宗像紀夫，企業役職員による犯罪，現代刑罰法大系 2：經濟活動と刑罰，頁 317-325，日本評論社，1983 年；黃種甲，公司負責人風險行為之背信評價，台灣大學法律系研究所碩士論文，頁 82-83，2015 年。

地院已作成之裁判見解，嘗試描繪出銀行法第 125 條之 2 違背職務之要件，究係被如何之操作，並在符合一定質量之前提下，致力使各裁判之見解類型化。

既本文以實證分析法作為研究方法，故謹先敘明相關判決蒐集之依據與查詢條件等如下：

- 一、本文擇定以「司法院法學資料檢索系統¹⁷」所查找之裁判作為此篇分析資料之來源。至於其他依法不公開或未建構於該系統之裁判，則不在蒐集範圍。
- 二、本文僅蒐集臺北地院及最高法院之見解。蓋我國第一審法院固有 26 所之多，惟就受理此罪之地方法院中，臺北地院案量約有 200 餘筆位居首位，而居於次位者之臺灣臺中地方法院及臺灣高雄地方法院，僅約有 50 餘筆上下而已，加以臺北地區發展至今，已屬國內不可或缺之金融重鎮¹⁸，分析上較能形成一定質量，故此次忍痛割捨其他地方法院之裁判見解。
- 三、本文以 108 年 6 月 6 日為搜尋截止日，並回溯找尋至 89 年之最高法院裁判及臺北地院裁判，至於 108 年 6 月 7 日起於前揭網路上傳更新之部分，當不在蒐集範圍，且因法院判決後置到系統上傳，約有近 1 個月之作業期間，故本文雖蒐集自 108 年 6 月 6 日止，仍不表示可將該日前所宣判並送達之裁判全數網羅。
- 四、本文在前述檢索系統使用「銀行法&背信罪」為全文檢索語詞。經搜尋後，最高法院判決數量約莫 92 筆，臺北地院裁判數量約莫 223

17 司法院，<https://law.judicial.gov.tw/default.aspx>，最後瀏覽日期：2019 年 6 月 6 日。因本文接受刊登與實際刊登日期，有時間差距，爰在最後修訂期日內，更新所檢索之判決並予以分析。

18 目前內政部 106 年 10 月公告之全國國土計畫草案，可嗅出類似觀點，見 <http://www.cpami.gov.tw/filesys/file/chinese/dept/rp4/rp1061013-1.pdf>，尤其是第 173 頁，最後瀏覽日期：2018 年 5 月 4 日。

筆。嗣經檢視後扣除最高法院以不合上訴或抗告要件程序上駁回，以及將臺北地院中扣除強制處分等其他程序事項之裁定，並篩選出實際上有解釋、適用銀行法第 125 條之 2 之見解後，分別餘 26 筆判決與 37 筆裁判與本罪之解釋有實質關連。

貳、現行法及最高法院觀點下銀行法特別背信罪之罪質構造

罪之所以成罪亦即罪質¹⁹，必其來有自，而罪質對於該罪要件之解釋，具有一定之指引功能，銀行法特別背信罪，尤然。因本文對於罪質和構成要件之基本觀點是，由於當代人民針對某一社會有害事實感到畏懼，咸認應出手動刑時（即應刑性），立法者即應思考該有害事實，在憲政秩序暨國家資源有限性之合理安排上，是否應予以入罪化，倘評價後認該有害事實有動刑之必要，則基於目的性之思考下，立法者便須受應刑性同步所產生之保護對象（即法益）²⁰所拘束，並遵守法益所宣示之意旨，將該有害事實形塑出構成要件²¹，以作為統括全體犯罪類型之指導框架。

此時立法者所形塑出來之構成要件，本身並無所謂法律效果，是立法者須再進一步基於憲政秩序暨國家資源有限性之合理安排上，制定出同時具有法定要件與法律效果之完全性法條（即可刑性），除產生授權司法者對行為人危害特定法益時，應賦予其法律效果之裁判規範外，更

19 陳友鋒，罪的實體及犯罪成立要件，華岡法粹，第 34 期，頁 143-144，2006 年 12 月。

20 該段論述，涉及應刑性與法益之關係，亦即倘某一社會有害事實產生危懼共感，且立法者居於憲政秩序暨國家資源有限性之合理安排上，亦認有動刑之必要時，則先前危懼共感所產生之際，法益亦同步被人民所發現。

21 此所指之構成要件，指立法論上之觀點而言。關於構成要件於立法論及解釋論有不同觀點，見黃鵬達，論犯罪參與體系之檢討與重塑—以共同正犯之歸責法理為論述中心，頁 175-176，中國文化大學法律系研究所碩士論文，2012 年。

由此向全體國民宣示出特定之行為規範。

由上觀點，銀行法第 125 條之 2 違背職務之概念，應有先行溯源此條形成緣由之必要，之後再輔以最高法院對此條法律上之解釋，俾利檢視臺北地院如何在具體個案中操作此一概念。

一、銀行法 125 條之 2 沿革脈動

銀行法早於 20 年 3 月 28 日即已制定公布²²，而該法第 125 條之 2 規定：「Ⅰ 銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者，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。Ⅱ 銀行負責人或職員二人以上共同實施前項犯罪之行為者，得加重其刑至二分之一。Ⅲ 前二項之未遂犯罰之。Ⅳ 前三項規定，於外國銀行或經營貨幣市場業務機構之負責人或職員，適用之。」則係 89 年 11 月 1 日方制定出來。自當時立法院公刊之立法理由認為，除為防範銀行、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，並參考組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之制度，而較刑法第 342 條之背信罪加重其刑事責任外，更避免銀行負責人或職員二人以上共同實施第 1 項犯罪之行為，嚴重損害銀行之財產或其他利益，故明定得加重處罰，以收嚇阻之效²³等語可知，立法者或認為銀行負責人或其職員違反職務致生銀行損害時，若僅依刑法背信罪相繩，刑度有過輕之嫌而應加重處罰，故立法院院會均無異議地同意行政院所提出之草案²⁴。

22 <https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?0^98818198C0606C238181187960609C919198D860629899A998C0>，最後瀏覽日期：2018 年 5 月 4 日。

23 立法院法律系統，<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?0028212EB464000000000000000000001400000000400FFFFFD00^01531089101300^000F6001001>，最後瀏覽日期：2018 年 5 月 4 日。其中條文中之項次為本文所標註，以下均同。

24 立法院公報，第 88 卷，第 57 期，頁 127，1999 年 12 月；同公報，第 89 卷，第

嗣 92 年間，財政部鑒於當時金融犯罪案件頻傳，其犯罪金額動輒數十億或數百億，已影響金融市場之健全與穩定，非加重罰則不足以嚇阻犯罪，暨當時涉犯金融犯罪案件之行為人，經法院判處易科罰金而無力完納者，依刑法關於易科罰金之規定，只須改服六個月勞役即可免繳納罰金致刑罰客觀性與合理性迭生質疑下，遂提出草案請立法院審議²⁵。

在立法院第 5 屆第 3 會期中，立法委員對草案之重刑化雖有正反意見，即有部分委員採取支持立場，如陳志彬及楊瓊瓔委員認為，應同時加重刑責並課與主管機關之責任，以加強執行面²⁶，李顯榮委員則認為應額外增訂對於主管機關之處罰²⁷；另有部分委員針對加重刑責之方向提出若干質疑，如沈富雄委員認為，應朝監督行政監理之效率與要求司法機關速審速結、邱太三委員認為應檢討法院量刑制度，非一味提高刑責，及高育仁委員則認為應要求金融主管機關加強監督與司法機關嚴格追究方為解決金融犯罪之道²⁸等有著激烈討論，惟在委員會審查程序中，仍舊採取了財政部加重刑責之立場²⁹。

前述立法院在審查程序中之立場，一直維持至二讀及三讀程序³⁰，因此 92 年修正公布之條文，乃呈現出：「I 銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者，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

54 期，頁 163、207，2000 年 10 月。

25 立法院議案關係文書，院總第 861 號，政府提案第 8974 號，2003 年 03 月，頁 142（政 7）。

26 立法院公報，第 92 卷，第 15 期，頁 228、252-253，2003 年 09 月。

27 立法院公報，同前註，頁 248。

28 立法院公報，同註 26，頁 236、238、246。

29 立法院公報，同註 26，頁 274。

30 立法院公報，第 93 卷，第 6 期，頁 221、229，2004 年 01 月。其中二讀雖有經協商程序，惟經協商結果此條仍維持審查會委員意見。

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。II 銀行負責人或職員，二人以上共同實施前項犯罪之行為者，得加重其刑至二分之一。III 第一項之未遂犯罰之。IV 前三項規定，於外國銀行或經營貨幣市場業務機構之負責人或職員，適用之。」之重刑化規定。

嗣 106 年時，行政院為因應立法院第 8 屆第 8 會期第 14 次會議所通過之附帶決議：「現行刑事特別法中，諸多犯罪或以犯罪所得之有無為其成立之構成要件之一，或以之作為刑罰輕重不同之標準。為避免就『犯罪所得』之同一用語異其認定之標準，相關法規主管機關應配合本次刑法之施行日期，為相應之適當修正³¹。」，故針對該條第 2 項進行修訂。立法者認為，104 年 12 月 30 日修正公布之刑法第 38 條之 1 第 4 項所定沒收之犯罪所得範圍，與本條第 1 項後段所稱之犯罪所得有所不同。考諸本條第 1 項後段係考量犯罪所得達新臺幣一億元對金融交易秩序之危害較為嚴重而有加重處罰之必要，而應與前開刑法係因違法行為獲取利得不應由任何人坐享之考量有其本質區別，為免將來實務上認定滋生疑義，且認為修正前不包含嗣後所變得之物或財產上利益及其孳息之規定似過於狹隘，而擴大範圍包含犯罪取得之報酬，爰修正為「銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者，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。其因犯罪獲取之財物或財產上利益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。」³²。

31 立法院公報，第 104 卷，第 98 期，頁 258，2015 年 12 月。

32 立法院公報，第 107 卷，第 9 期，頁 92、97-101、107-108，2018 年 02 月。

二、最高法院對銀行法特別背信罪之闡釋

面對立法者採取重刑化思維修訂銀行法特別背信罪之刑度，如職司審判之司法機關，認應刑性與可刑性間有落差時³³，只得藉助個案判決中運用法學方法論上之解釋方法，審慎解釋本罪之要件，尤以身負統一法律見解之最高法院，更應盡可能統一法令見解，以避免下級審法院之見解產生歧異性致當事人對判決結果無預見，或防止被告案件纏訟多年無法定讞。

在此情況下，本文所歸納之 26 筆最高法院判決中，大致顯示出該院分別透過判決指出本罪規範目的、本罪要件之闡述、行為主體、提出違背職務之標準、說明損害之認定、重申此罪為故意犯及意圖犯、解釋本條第 1 項後段及第 2 項之意義，以及論述本罪與刑法背信罪之關係等八項觀點，以間接劃定出本罪構成要件最大效力範疇。

茲彙整該八項觀點之要旨如次：

（一）本罪規範目的

此類判決計有最高法院 105 年度台上字第 2206 號、104 年度台上字第 2302 號、103 年度台上字第 2792 號及 101 年度台上字第 5879 號等判決，其大抵上均係援引立法或修法理由說明本條之要件，並敘明本案審理之具體社會事實，下級審法院應予以查明並記載清楚，始足為適用法律之依據。

其中最值得注意者，乃同院 101 年度台上字第 5879 號判決，該判決係被告不服前審法院在解釋銀行法第 125 條之 2 行為之見解而提起上

33 學理上對於應刑與可刑是否吻合之比較，見陳凱翔，肇事逃逸行為之犯罪化依據—自「應罰性」角度出發，頁 106-109，中國文化大學法律系研究所碩士論文，2008 年。

訴，在最高法院收受此案後，罕見地在判決中依序地說明相關法學解釋方法論，並持之證立銀行法第 125 條之 2 行為與規範目的為何。依其判決要旨所示，無論以文義、歷史或體系解釋等方法，均無法推論出本罪僅係基於避免銀行負責人或職員掏空銀行存款之破壞金融秩序行為等特定目的為設，因此，當銀行職員違背受託辦理該行相關衍生性金融商品銷售之職務要求，故意詐取投資人財物，致損害銀行之財產或其他利益者，如課以該罪刑罰，自係符合銀行法第 1 條規定，健全銀行業務經營、保障存款人權益、適應產業發展、使銀行信用配合國家金融政策之整體立法規範目的，亦與法律之安定性無悖。

（二）本罪要件之闡述

最高法院在承前所闡釋本罪之規範目的後，旋認為本罪之要件，除主觀上需符合「意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益」外，客觀上更需具備「違背職務之行為」及「致生損害於銀行之財產或其他利益」，且行為人之「犯罪所得達新台幣一億元以上」者法定刑提高至有期徒刑七年以上，乃以犯罪所得多寡作為加重構成要件，故銀行負責人或職員主觀上有無上開不法意圖？是否違背其職務？以及犯罪所得若干？攸關法律之適用，自均應明白認定，並詳細說明其認定之證據及理由，始為適法。是類見解有同院 105 年度台上字第 2206 號、103 年度台上字第 2996 號、103 年度台上字第 2301 號、103 年度台上字第 724 號、102 年度台上字第 3924 號、101 年度台上字第 3392 號、101 年度台上字第 1067 號、100 年度台上字第 5495 號、98 年度台上字第 72 號及 97 年度台上字第 6805 號判決可參。

又由於該罪為結果犯，故最高法院 103 年度台上字第 2996 號判決在承審被害人遭銀行擔任理財專員，利用職務之便盜蓋印鑑章於取款憑條並盜領款項，或遭行為人利用被害人帳戶及密碼轉出款項之上訴案件中特別指出，銀行損害之發生，須直接由其負責人或職員之職務行為所

致，若銀行之發生損害，並非直接由銀行負責人或職員之職務行為所致，僅係該人利用職務上之便或機會而為不法之行為，縱使致生損害，因其並無違背職務之行為，即與本條之犯罪構成要件不合。

（三）行為主體

由於銀行法第 125 條之 2 第 1 項特別將主體資格限定在「銀行負責人或職員」，其解釋該範圍之大小，對行為人權益與得否發揮本罪規範目的至關重大，故最高法院 99 年度台上字第 3919 號判決遂指明，所謂銀行職員，指受僱於銀行之有償工作人員，不問其職務為何、位階高低、權限大小、固定或臨時員工等均包括在內，始符合銀行法第 1 條保障存款人權益之立法意旨，且同院 102 年度台上字第 3046 號判決復指出，本條職員指銀行所屬人員，無論職稱、層級、權限、編制內常任成員或編制外臨時員工等均屬之，採取了盡可能含括員工類型之觀點。

且最高法院 102 年度台上字第 3046 號判決更指出，銀行職員納入本罪適用之當否，學界容有批評立法不當之意見，惟司法因受法之拘束，充其量祇能依刑法第 59 條規定，加以緩衝、衡平，故實際上仍應視此具體情形之不同，為差別待遇，斯為等者等之、不等者不等之之真正平等原則精神所在，並因有前揭法定減刑、寬典處遇相配合，可濟立法上硬將銀行負責人和職員相提併論之窮。

（四）違背職務之標準

最高法院首次針對違背職務之要件表示意見者，乃 100 年度台上字第 5495 號判決。依該判決要旨可知，此罪所謂違背職務之行為，指銀行職員在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為者。嗣最高法院復在承審銀行貸款案件中之被告有無違背職務乙案更指出，銀行職員是否違背其職務行為，首應判斷者為其職務之內容及範圍，即同院 105 年度台上字第 1585 號判決要旨認為：「…針對銀行職員究有無銀行法第 125 條

³⁴第 1 項所稱『違背其職務』之行為，首應判斷者為其職務之內容及範圍，以貸款案件之申請、送件及審核而言，即應依該職員在整體業務流程中所擔任之職務為觀察，非謂就此貸款申請之准許與否，具有審查權者，始可能違背其職務而犯之，倘在此流程中負責其他部分業務之職員，就其職責部分有所違背者，亦得成立此罪。」，為本條適用提供了生命力。

（五）本罪損害之認定

首先最高法院 100 年度台上字第 6444 號判決認為，因本罪係刑法背信罪之特別規定，自得適用同一法理，認其與刑法背信罪為結果犯之犯罪類型相同，故同院 101 年度台上字第 4444 號判決再指出，倘行為人致生損害銀行之財產或其他利益，其犯罪即已完成，縱行為人事後回補其挪用之財物，均係犯罪完成後之彌補措施，僅為量刑時審酌之因素，非不成立此罪。

又為貫徹符合銀行法第 1 條健全銀行業務經營、保障存款人權益之立法意旨，同院 99 年度台上字第 6654 號及 102 年度台上字第 3250 號判決不約而同地說明，所謂「其他利益」，指其他財產上之利益，其涵義甚廣，有係財產上現存權利，亦有係權利以外之利益，其可能受害情形更不一致，如使現存財產減少（積極損害）妨害財產之增加，以及未來可期待利益之喪失（消極損害）等，皆不失為財產或利益之損害。且所生損害之數額，祇須事實上生有損害為已足，不以有確定之數額為必要。

（六）本罪為故意犯及意圖犯

因本條文已明確載有「意圖為自己或第三人不法之利益」等語，可認立法者對於本罪構成要件之設計，應屬意圖犯無疑，故最高法院 103

34 原判決似誤植條文或漏載「之 2」。

年度台上字第 2301 號判決即敘明，本罪須以行為人主觀上有為自己或第三人之不法利益或損害銀行之利益之意圖為必要，而行為人是否具有上開意圖，應於事實欄明白認定，並於理由內詳敘其憑以認定之證據及理由。

另本諸刑法第 11、12 條之旨，本條既未特別記載過失等語，應解為本罪乃故意犯於理論上方為一致，基此，最高法院 102 年度台上字第 3046 號、103 年度台上字第 724 號與 103 年度台上字第 2301 號等判決即強調，本罪以行為人故意為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或利益為其要件，檢察官並應就其所提出之各項證據，逐一說明被告有無背信故意之認定，而法院需依憑證據認定，並於判決內說明理由，不能僅因事後客觀上銀行發生損害，遽行倒推逕謂行為人於行為時，具有背信之主觀犯意。

另需留意最高法院在闡述本罪主觀要素時，有二則判決十分奇特，同院 103 年度台上字第 2792 號與 99 年度台上字第 2910 號判決要旨認為，因本罪為故意犯、意圖犯，若行為人無此意圖，即屬缺乏意思要件，因該罪不處罰過失犯，故客觀上縱有違背任務之行為，並致生損害於銀行之財產或其他利益，如欠缺故意即難律以本條之罪，或僅係因執行職務時怠於注意，致其處理之事務生損害於銀行之利益，仍與該罪之構成要件不符。由於此二判決並未建立「意圖」與「故意、過失」為不同之概念，如此解釋反更生困擾。

（七）本條第 1 項後段及第 2 項之解釋

針對本條第 1 項後段「其犯罪所得達新臺幣一億元以上者」等語之解釋，最高法院 100 年度台上字第 6960 號及 102 年度台上字第 3250 號判決一致認為，其係依犯罪所得多寡異其處罰，即以犯罪所得多寡作為加重之條件，故行為人涉犯背信罪嫌之犯罪所得若干，攸關法律之適用，自應明白認定，並詳加說明其證據與理由，始稱適法。

而同條第 2 項另規定「『二人以上』之銀行負責人或職員」等語，和刑法第 31 條間之關係亦迭生疑義，故同院 102 年度台上字第 1203 號判決即闡釋，同條第 1 項為犯罪成立之特別要素，屬學理上之純正身分犯，而第 2 項乃以行為人已具有銀行負責人或職員之身分，因人數達「二人以上」為量刑之加重規定，與「銀行負責人或職員」之身分無涉，自非學理上所稱不純正身分犯。

（八）本條與普通刑法背信罪之關係

最高法院為數甚多之判決均指出，本罪為普通刑法背信罪、侵占罪之特別規定，故條文要件之解釋與適用，原則上均可比附援引。至於理由部份，除同院 97 年度台上字第 6805 號判決在敘明同院 63 年台上字第 292 號判例³⁵能否一體適用於本條時，方稍有提出理由外，其餘如 98 年度台上字第 72 號、99 年度台上字第 877 號、99 年度台上字第 8245 號、100 年度台上字第 786 號、100 年度台上字第 5495 號、100 年度台上字第 6444 號、102 年度台上字第 3046 號、103 年度台上字第 2301 號及 103 年度台上字第 2996 號等判決，理由尚嫌不足，以致無從評判其見解之妥當性。

三、現行法及最高法院裁判解釋銀行法特別背信罪違背職務之困境

自 89 年立法理由及 92 年修正理由可知，銀行法第 125 條之 2 係為防範銀行、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，故將原屬刑法第 342 條背信罪之行為，以特別法加重其

35 要旨：「刑法上之背信罪為一般的違背任務之犯罪，若為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使他人交付財物者，應成立詐欺罪，不能論以背信罪。」

刑，復避免銀行負責人或職員二人以上共同犯銀行法第 125 條之 2 之行為，嚴重損害銀行之財產或其他利益，故另訂加重條件，以收嚇阻之效。簡之，現行法下檢視銀行法特別背信罪之罪質，應與刑法第 342 條背信罪相當，僅係加重其法律效果而已。

在此立法意旨下，最高法院表示，無論以文義、歷史或體系解釋等方法，均無法推論出本條僅係基於避免銀行負責人或職員掏空銀行存款之破壞金融秩序行為等特定目的所設，是所謂違背職務之行為，指銀行職員在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為而言。且提出行為人之「為」與「不為」，首應判斷者為其職務之內容及範圍，其中以貸款案件之申請、送件及審核而言，即應依該職員在整體業務流程中所擔任之職務為觀察，除就該貸款申請准許與否具有審查權者外，倘在此過程中負責其他部分業務之職員，就其職責部分者，亦可能成立此罪。易詞以言，最高法院認為本罪之罪質，乃在銀行法第 1 條所稱之健全銀行業務經營、保障存款人權益、適應產業發展、並使銀行信用配合國家金融政策之規範目的下，銀行職員不得在其職務範圍內，故意不應為而為或故意應為而不為，致損害銀行之財產或其他利益者。

觀察上述判決要旨，最高法院提出判斷是否違背職務之抽象性標準，姑不論此條違背職務之概念，是否與違背職務受賄罪中違背職務之抽象性標準³⁶相同，從職司統一法律見解之角度以觀，最高法院採取正面表述之方式，應給予肯定。惟問題在於，前述內容只是將違背職務換句話說而已，實際上並未提出操作標準，甚為可惜，且該院後續闡述之準則，特別以「『首』應判斷為其職務之內容及範圍」等語，卻使此問題治絲益棼，舉其瑩瑩大者有二：（一）此之字句，是否表示尚有其他準則仍須遵守？（二）如前答案為肯定，則其他判斷準則為何？以上疑

36 近例如最高法院 105 年度台上字第 458 號刑事判決認為，貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 5 款對於違背職務受賄罪之違背職務之行為，係指該公務員在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為者而言。

義，本文於第三章藉歸納臺北地院裁判之見解，嘗試加以釐清。

參、臺北地院裁判對銀行法特別背信罪違背職務要件之判準要素

一、臺北地院裁判見解之巡歷

經本文分析臺北地院 37 則裁判後認為，該院在判斷銀行負責人或職員有無違背職務時，明確採為審查之要素，似計有行為人於銀行所擔任之職務，包含經董事會決議通過或人事單位聘用時所訂之職務名稱（下稱「職稱」）、行為人職務中所應盡之義務（下稱「義務」）、行為人任職該銀行中對內發布之相關人事、規約、辦法或行為準則（下稱「銀行內部規定」）、監督銀行業務主管機關所發布行政函釋或命令（下稱「主管發布函令」），以及前述以外之其他原因（下稱「其他」）等五項要素，經核與吳志強歸納之案例不完全相同，且臺北地院審查標準，亦不完全採納唐士淵、廖治傑所提出之準則。

申言之，若裁判時序由近至遠觀察下，茲以形式觀察臺北地院裁判中判斷銀行負責人或職員有無違背職務之審查要素，彙整如下述表 1 所示：

《表 1：臺北地院判斷銀行負責人或職員有無違背職務之審查要素》

要素 標號與字號	職稱	義務	銀行內部規定	主管發布函令	其他
1. 106 金訴 46	√ (借用)		√		
2. 106 金訴 11	√				
3. 106 金重訴 3	√ (借用)		√	√	

要素 標號與字號	職稱	義務	銀行內部規定	主管發布函令	其他
4. 105 訴 433、 105 金 30	√		√		
5. 105 金簡 21	√	√			
6. 105 金訴 17	√	√	√		
7. 102 金訴 36	√	√	√		√ (被害人同意 或授權)
8. 103 金訴 44	√	√	√		
9. 102 金訴 38	√				√ (被害人同意 或授權)
10. 102 金訴 10	√				
11. 101 金重訴 14	√				
12. 101 訴 49	√ (借用)				
13. 101 訴 113	√				√ (被害人同意 或授權)
14. 100 易 232	√		√		
15. 100 金訴 36	√				
16. 100 金訴 17	√		√		
17. 98 訴 1582	√				
18. 98 簡 4243	√				√ (被害人同意 或授權)
19. 98 金重訴 25	√	√			√ (契約)
20. 99 易 1971	√		√		
21. 99 金訴 54	√				√

要素 標號與字號	職稱	義務	銀行內部規定	主管發布函令	其他
					(被害人同意 或授權)
22. 99 金重訴 7	√			√	
23. 98 金重訴 40	√				√ (道德)
24. 98 金重訴 35	√	√		√	√ (契約)
25. 99 聲判 130	√		√	√	
26. 99 金重訴 11	√		√		
27. 98 金訴 29	√		√		
28. 98 金重訴 26	√		√		
29. 98 金重訴 22	√	√	√	√	√ (被害人同意 或授權)
30. 98 金重訴 18	√				
31. 98 金訴 59	√	√	√		√ (契約)
32. 96 重訴 74	√	√			
33. 97 重訴緝 6	√		√		
34. 96 訴 280	√				√ (被害人同意 或授權)
35. 96 重訴 19	√		√		√ (公司決議)
36. 95 訴 1848	√				
37. 95 重易 3	√		√		

說明：1. 為使表格便於瀏覽，表格內之裁判字號採縮稱方式記載，例如標號 37 中所載之「95 重易 3」，為臺北地院 95 年度重易字第 3 號判決。

2. 標示「√」者，表示該臺北地院裁判中明確將之作為審查要素；反之，則指該裁判並無記載或審酌此要素。
3. 標示「(借用)」，表示該被告經臺北地院以刑法第 28 條及第 31 條第 1 項規定借用其他共同被告之身分論罪；標示「(被害人同意或授權)」，指行為人並未取得被害人同意或授權；標示「(道德)」，指行為人所應負之職業道德；標示「(公司決議)」者，指違反銀行內部主管決議如董事會議等；而標示「(契約)」，則係行為人違反其與銀行簽訂之契約，或違反銀行與第三人契約之謂。

二、彙整臺北地院裁判見解後之初步研判

若自裁判是否有罪之結果觀察，其有罪率竟之高令人有些詫異，即若扣除編號 25 係駁回交付審判之聲請案件後，就所餘之 36 則臺北地院裁判中，其有罪率高 9 成左右，而僅有編號 16³⁷、21³⁸與 28³⁹唯三裁判之被告獲得無罪諭知之判決，其原因為何，尚值關注與分析。

另表 1 中有部分裁判將「義務」作為審查之要素，如編號 5、6、7、

37 本案被訴事實為被告盜蓋約定書並與永豐商銀行員共同詐貸案。一審法院認為，非該企業社之員工杜清山有高度可能業已同意擔任連帶保證人，且依永豐銀行之作業規定，負責對保業務者較可能係訴外人而非被告，公訴意旨認被告盜蓋訴外人之印文於綜合授信約定書、借款撥貸書等情，尚有合理懷疑存在，故為無罪判決。

38 本案被訴事實為荷蘭銀行顧問未經同意投資基金買賣案。一審法院認為，告訴人之指述尚有瑕疵，亦不能排除有概括授權被告從事基金買賣之情況，基於罪證有疑、利於被告之法則，應作有利於被告之認定，故為無罪判決。

39 本案被訴事實為安泰銀行經理推動三貸同償專案貸款之徵信、授信等放款案。一審法院認為，相關作業流程與作業程序相符，且為該行爭取信用良好之客戶，設計出系爭自行還款切結書，由各申貸人於安泰銀行撥款後，自行提款清償前手債權銀行之欠款，並將還款收據繳回安泰銀行，以此種清償（代償）方式解決前揭各前手債權銀行不同意安泰銀行以直接匯款之方式代償之困難，故為無罪判決。

8、19、31 宣示之誠信義務，或編號 24 宣示之忠實義務及善良管理人注意義務，或編號 29 宣示之忠實告知義務，甚或編號 32 所宣示之應盡善良管理人之注意義務，忠實執行受託業務云云。對此，本文主張應將「義務」解為僅係說明要求行為人在承辦不同種類業務時，所應知且應遵循之規定的理由而已。蓋 1. 如稱行為人違背職務，其本身即表徵該行為已違反某種義務，故不可能以問答問；2. 無論銀行負責人或職員，應均屬為另一個體之受聘者⁴⁰，而之所以受聘，必係該人對聘用者有某程度之貢獻使然，相對而言，受聘者亦可要求在付出一定給付後，聘用者應支付相當對價作為回報。惟在社會分工趨於繁瑣細膩之下，對每一受聘者要求相同貢獻勢必不可能，故針對不同受聘者，要求不同之貢獻與支付不等之對價，當屬合理之情。若將上述以私法領域一言蔽之，即雙方間將因不同注意義務而受有不同報酬，且原則上互負權利義務。惟無論如何解釋上情，終究不可迴避所謂「注意義務」之詞，畢竟屬抽象性概念，最終仍應回到實際上受聘者在聘用者要求應盡之內容為斷⁴¹。

因此，自另一角度觀之，所有提及「義務」要素之臺北地院裁判中，均有著 1. 均未再行說明行為人如何違反該義務或論述其內含；2. 在提出該義務後，率皆緊接地提及行為人依據所負責之業務，所應遵循之規定等二特點，或係對於本文前述說法之一種印證吧。

在剔除「義務」之要素後，大抵可發現臺北地院均係先從被告之職務或身分出發，做為評判個案中被告有無違背職務之首要依據，此點確實有助劃定出其被告就具體個案中應負責之最大外延，復與前揭最高法院之意旨不謀而合，應值肯定。惟在國家期盼銀行能在穩健收受存款與

40 本文特別使用「受聘者」之詞，係不欲與民法僱傭、委任或承攬等詞相連結。內文所提「聘用者」之詞，亦同。

41 類似見解請參考最高法院 93 年度台上字第 851 號民事判決。該判決指出，行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同。

放貸同時，亦需能有效運用資金與國際市場競爭，而逐漸放寬銀行業務之政策⁴²，以及立法者對銀行負責人認定之範圍已擴至實質負責人⁴³概念之下，前述標準僅在行為人在銀行內部擔任基層人員時，認定上似較無困難，反在面對高階經理人或銀行負責人時，顯得有些捉襟見肘之感⁴⁴。

在此情形下，最高法院 105 年度台上字第 1585 號判決所言「『首』應判斷為其職務之內容及範圍」等語，恰巧無心插柳地提供了下級審法院彈性運用之空間。惟承前所提，面對銀行經營之業務之逐漸增多，且更需在個案中判斷該行為人對於該業務有無實質控制力，臺北地院勢必另闢蹊徑謀求解決，是本文即自第四章開始，嘗試對臺北地院之裁判做

-
- 42 對於銀行得經營之業務，銀行法第 3 條採取例示規定：「銀行經營之業務如左：一、收受支票存款。二、收受其他各種存款。三、受託經理信託資金。四、發行金融債券。五、辦理放款。六、辦理票據貼現。七、投資有價證券。八、直接投資生產事業。九、投資住宅建築及企業建築。十、辦理國內外匯兌。十一、辦理商業匯票承兌。十二、簽發信用狀。十三、辦理國內外保證業務。十四、代理收付款項。十五、承銷及自營買賣或代客買賣有價證券。十六、辦理債券發行之經理及顧問事項。十七、擔任股票及債券發行簽證人。十八、受託經理各種財產。十九、辦理證券投資信託有關業務。二十、買賣金塊、銀塊、金幣、銀幣及外國貨幣。二十一、辦理與前列各款業務有關之倉庫、保管及代理服務業務。二十二、經中央主管機關核准辦理之其他有關業務。」（104 年 6 月 24 日修訂後之條文）。
- 43 依銀行法第 18 條規定，銀行負責人判斷應回歸公司法，故公司法第 8 條第 3 項規定：「公開發行股票之公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。但政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益等情形，對政府指派之董事所為之指揮，不適用之。」（104 年 7 月 1 日修訂後之條文）亦在適用之列。且再以日前（107 年 7 月 6 日）立法院三讀通過之條文，因強化公司治理並保障股東權益，實質董事之規定，不再限公開發行股票之公司始有適用，爰將公司法第 8 條第 3 項刪除「公開發行股票之」之文字，擴大其適用範圍。
- 44 相同見解，見唐士淵，同註 3，頁 144。惟曾淑瑜則以銀行負責人均屬經登記其職位（可連結其職掌事務）或可得確定其職務，應較無問題，惟仍舊點出職員之職務行為亦難以界定，見氏著，同註 4，頁 156-157。

類型化思考，以判斷臺北地院面對相類似之案件，是否已提出一可供操作之標準。

肆、以臺北地院裁判見解作為本罪違背職務判準類型化之初步嘗試

乍視下，臺北地院在判斷行為人是否違背職務時，其審查之要素似乎毫無規則可循，例如編號 2 之裁判僅審查行為人之職務內容⁴⁵，編號 21 審查職務內容、銀行內部規定、是否獲被害人授權⁴⁶，而編號 24 卻審查職務內容、義務、主管所發布之函令、是否違反銀行與第三人簽定之契約⁴⁷等，似尚未形成相對穩定見解，從而類型化之事，宜採取觀望

45 該判決要旨略為：「…被告為告訴人彰化銀行台北分行職員，負責承辦收受存款等業務，係銀行法所稱之銀行職員，利用 86 年 12 月 8 日起至 93 年 12 月 1 日止，任職於告訴人銀行擔任辦事員，負責承辦收受存款等業務，密接於前揭時、地，變更被害人之帳戶，並以利用電話轉帳、無摺提款、臨櫃提款、申請台支、開立支票、ATM 領現、電匯、現金存入及轉帳等方式，將款項存入、轉入其掌控之帳戶，最後將該等款項整合存入其本人帳戶內，而挪為己用…」。

46 該判決要旨略為：「…本件被告在荷蘭銀行所擔任之職務為投資理財顧問，前有以親友名義開立如附表一所示之銀行帳戶，其目的係為達成荷蘭銀行之業績要求，後被告卻因自己投資外幣及基金買賣之資金需求，意圖為自己不法之所有，以操作基金之文書作業流程需要或代客戶操作基金為由，要求如附表三所示之客戶於空白之外幣取款條上先行蓋用印鑑章或簽名，交由其保管後，未經授權於如附表三所示之時間，自該等客戶之帳戶內領取如附表三所示之外幣款項，再將前揭提領之外幣轉帳至如附表一所示之人頭帳戶或其私人設於香港富邦商業銀行之帳戶內，輾轉用以投資外幣及基金買賣等情，並造成荷蘭銀行受有商譽之損害，卻非銀行法第 125 條之 2 所欲規範之授信、投資行為。…告訴人之指述尚有瑕疵，亦不能排除有概括授權被告從事基金買賣之情況，基於罪證有疑、利於被告之法則，應作有利於被告之認定…」。

47 該判決要旨略為：「…本案被告為東昇公司負責人，證人甲○○時任中華商銀經理人，負責督導中華商銀消費金融業務，屬公司法第八條第二項、銀行法第十八條所定之中華商銀負責人，基於公司法第二十三條第一項規定，基於其對公司負忠實義務及善良管理人之注意義務，在為處理公司事務之際，自應捨個人利益而使公司獲取最大利益為首要考慮，始無愧於其對公司所負之忠實義務及善良管

態度為佳。

惟細繹前述所指三則裁判，其中編號 2 之行為人係承辦收受存款等業務，編號 21 為投資理財業務，至於編號 24 則係與銀行負責人承接該銀行之現金卡行銷業務，此三種業務型態迥然不同，並無比較之基準，反係上述三則裁判應各自與同為承辦收受存款等業務之編號 5、投資理財業務之編號 7 與銀行負責人之編號 23 相互比較，亦即比較同一基準，方能顯示出其差異性，毋寧較為妥適。

基此，本文在彙整裁判中行為人之業務後，大抵計有 1 與銀行現金收支有關之收存提款、點收現金或結算業務；2 與貸放款有關之招攬、對保或鑑價業務；3 理財投資業務；4 外幣匯兌業務；5 信用卡帳務有關業務；6 電子金融處理業務；7 辦理提存取回擔保金等法律事務及 8 擔任與總經理相當之高階主管或董事（即實質負責人）等八項業務，而就各該業務中，似有 4 項業務（即第 1、2、3 類及第 8 類業務）已有軌跡可循。

為求前述 4 項業務與表 1 內容相互對造起見，本文以行為人行為時

理人注意義務。雖本案證人甲○○捨由各家行銷公司競爭比價不為而直接指定東昇公司承接中華商銀消費金融貸款、現金卡行銷業務，並於相關簽呈簽核同意後送不知情之王又曾等人批定，致使中華商銀因無法藉行銷公司競爭比價以降低推廣服務費用而增加支付與東昇公司推廣服務費用一千五百萬元，證人甲○○並因投資東昇公司承接中華商銀消費金融貸款、現金卡行銷業務獲得四百八十四萬二千零五十一元，顯屬違背職務之行為。……起訴書認被告背信行為為明知東昇公司無足夠人力而仍違反銀行規定及法令規定而指定東昇公司承接中華商銀消費金融貸款、現金卡行銷業務，且因而致中華商銀受有呆帳六十一億七千一百七十一萬七千二百九十元之損害，因東昇公司是否違反契約約定而複委外，係屬民事債務不履行之問題，且主管機關對於是否得複委外亦有前後不一之規定，而斯時業界較大之行銷公司均普遍存在複委外之情形，且其餘銀行相關消費金融貸款、現金卡業務，亦容有一定比例之呆帳，並無積極證據顯示中華商銀呆帳較其他銀行有明顯之差異，難認被告有明知東昇公司無足夠人力而仍違反銀行規定及法令規定而指定東昇公司承接中華商銀消費金融貸款、現金卡行銷業務之行為，致中華商銀受有呆帳六十一億七千一百七十一萬七千二百九十元之損害…」。

之業務為經，並以法院所審查之要素為緯，分別製成相關表格並臚列於下方，並說明其類型化之基礎⁴⁸：

一、與銀行現金收支有關之收存提款、點收現金或結算業務時：

主要審查有無違反銀行關於收放存款等內部規定及民法規定，若有受到客戶特別委託，再審查是否違反受託範圍。

例如編號 6 之判決要旨認為：「本案被告所為係以其擔任富邦銀行龍山分行大出納職務，負責每日營業終了後辦理現金結算及核對工作之便，竟未謹守誠信義務，僅因為支付離婚所需給付之贍養費及子女扶養費用，利用銀行於每日營業結束後清點款項有內控查核漏洞之機會，違反富邦銀行內部作業規定，陸續竊取款項達 2,000 萬元」等語，即屬事例。

《表 2：臺北地院判斷辦理與銀行現金收支有關之收存提款、點收現金或結算業務者有無違背職務之審查要素》

要素 標號與字號	職稱	銀行內部規定	主管發布函令	其他
2. 106 金訴 11	✓			
5. 105 金簡 21	✓			
6. 105 金訴 17	✓	✓		
9. 102 金訴 38	✓			✓ (被害人同意 或授權)
20. 99 易 1971	✓	✓		
26. 99 金重訴 11	✓	✓		

說明：請參考表 1 說明。

48 二位匿名審查人均不約而同地直接或間接提出，本節表格稍嫌過多而較無法理解分析之基礎，故本文在參酌其意見後，刪去無法類型化之表格，並增補類型化之基礎及類型化後與本罪罪質之關聯性。

二、與貸放款有關之招攬、對保或鑑價業務時：

主要審查有無違反有關授信等法規，次審查是否符合銀行關於授信之內部規定，後再審查有無違反與申貸人間之借貸契約。

對此，或有認為編號 11、12、17、19、30、32、36 並未針對銀行內規做審查，故前述結論未必妥當，有速斷之嫌云云。惟編號 11 之判決係以「…被告於案發之際，係在安泰銀行民權分行擔任襄理，負責放款案件之招攬、對保、徵信及擔保品之鑑價等業務，卻在衝高自身之業績之動機下，為訴外人等之利益，竟違背其職務，未確實查核借款人、連帶保證人之財力、工作情形及渠等提出之相關書面證明等資料是否屬實，更在明知上開借款人、連帶保證人均為訴外人等人所提供之人頭，自身毫無資力購屋及償債等情形下，卻在其製作之各個人戶授信新貸審核表中，均做出上揭借、保人工作、資力尚稱穩定等錯誤之說明，亦在不動產擔保物鑑估表中做出顯然高出當時合理之市價甚多之擔保品鑑價結果，導致銀行依憑上開被告所製作之不實書面資料，最終做出核准貸款之決定，並實際撥款，此舉對安泰銀行所生之財產損害…」等語，指出行為人於申貸之初，即不依銀行法第 34 條之 1 辦理，屬違反職務要求應遵循之法規，仍是對銀行內規進行審查（編號 12、30、36 之判決，亦同）。

而編號 17 之部分，則係利用內部漏洞，並無準則可供法院評判：「…翁灝翔…其於 94 年 7 月間進入聯邦商業銀行股份有限公司（下稱聯邦銀行）東門分行擔任房屋貸款業務人員，其因業務往來之機識，結識代書張祈祥（由檢察官另發布通緝）、陳世益（業已死亡）及真實姓名年籍不詳之成年男子綽號『小陳』（或稱陳文祥）之代書，於 95 年 7 月至 96 年 2 月間，竟意圖為自己及第三人不法利益、意圖為自己不法所有及基於行使偽造（變造）私文書之犯意聯絡，由代書持偽造或變造之不動產買賣合約書及利用貸款戶或人

頭戶，藉聯邦銀行所推出三大仲介專案貸款授權由分行自行辦理估價、無庸經總行進行鑑價之程序漏洞，以偽造買賣契約書，變更買方姓名、買賣價格（遠高於成交金額）及付款金額等不動產買賣合約書，其中部分貸款並偽造銀行貸款申請書，持以向聯邦銀行辦理明顯高於房屋市價之高額房屋貸款…」(相同問題者，見編號 32)。

至於編號 19 之判決：「…被告等人非由相關職員基於該批不良債權本身之價值予以客觀、合理評估，反基於共同刻意賤估花蓮企銀該批不良債權底價之犯意，『從上而下』指定花蓮企銀、勤業財務公司就底價之鑑估，使鍾國賢以不詳方式將瑞陞公司僅願意出價 7 億餘元之事告知被告等人，使無法經由市場機制呈現該批不良債權客觀、合理之價格，以致花蓮企銀損失 10 億元之不良債權出售價差利益。……又被告蔡志浩身為花蓮企銀之負責人，為花蓮企銀處理事務之人，即負有維護花蓮企銀之最大利益，誠實處理事務之義務，明知花蓮企銀與 NII 公司間就特別股認股事宜相關之權利義務均應依合約之約定，以維護花蓮企銀之利益，卻刻意曲解為金管會已同意花蓮企銀退還 NII 公司認股款，將 5 億元股款退還予 NII 公司，使花蓮企銀損失此 5 億元之股款…」，反係漏未審酌銀行內規，容有斟酌餘地。

《表 3：臺北地院判斷辦理與貸放款有關之招攬、對保或鑑價業務者有無違背職務之審查要素》

要素 標號與字號	職稱	銀行內部規定	主管發布函令	其他
1. 106 金訴 46	▽ (借用)	▽		
4. 105 訴 433、 105 金 30	▽	▽		
11. 101 金重訴	▽			

要素 標號與字號	職稱	銀行內部規定	主管發布函令	其他
14				
12. 101 訴 49	▼ (借用)			
14. 100 易 232	▼	▼		
16. 100 金訴 17	▼	▼		
17. 98 訴 1582	▼			
19. 98 金重訴 25	▼			▼ (契約)
25. 99 聲判 130	▼	▼	▼	
27. 98 金訴 29	▼	▼		
28. 98 金重訴 26	▼	▼		
30. 98 金重訴 18	▼			
32. 96 重訴 74	▼	▼		
33. 97 重訴緝 6	▼	▼		
36. 95 訴 1848	▼			

說明：請參考表 1 說明。

三、理財投資業務時：

除審查有無投資招攬之法規外，更應著重審查有無得客戶同意或逾越授權。

若將該標準檢視編號 7、15 後，上述歸納之結論似有誤解之嫌，對此，在深究此二判決之內容後可知，臺北地院在此類案件之審查要素上應屬相同。蓋編號 7 判決認為「…被告自 95 年 11 月 20 日起，在渣打銀行任職，擔任理財專員乙職，負責為渣打銀行之客戶提供理財諮詢、規劃，並受理客戶指示辦理轉帳匯款、國內外基金申購及贖回等業務，對於依渣打銀行『業務人員工作準則』及『絕不容忍行為清單』之規定，業務人員不得保存任何已有客戶簽章之空白取款條或交易文件，且無論是否得到客戶同意，都不得

為客戶或為自己操作客戶之帳戶知之甚詳，卻未謹守誠信義務，促使被害人預先在空白取款憑條或基金申購書上簽名或蓋章，而保存客戶空白取款憑條或交易文件，復未取得同意或授權下，持之向渣打銀行東臺北分行或敦北分行經辦人員辦理如附表所示之轉出或贖回、申購基金等交易，將被害人等人帳戶內款項轉至如附表所示帳戶，造成被害人帳戶內款項異動…」等語，雖額外審查要素銀行內規，諒係法院似將此類同意或授權解為非法所許（類如不得處分生命法益處分般），仍是認定行為人未經客戶同意或授權。

至於編號 15 判決，雖未正面審查有無取得客戶同意或授權，惟既行為人以偽造單據之行為取得形式上同意，法律評價上仍屬未取得客戶無瑕疵之同意，此觀該則判決理由自明：「…被告自民國九十三年八月三十日起至九十九年五月三十一日止，在兆豐國際商業銀行股份有限公司（下稱兆豐銀行）中山分行擔任專業理財專員，負責客戶理財諮詢、財務管理服務等業務，為從事業務之人，被告明知如附表一、二所示之金融商品均屬不保本之商品及如附表一編號一號所示投資人欲收取對帳單，為賺取銷售金融商品之業績獎金，竟基於為自己不法利益之意圖、行使變造私文書、將不實事項登載於業務上作成準私文書之犯意，偽造對帳單或將不保本之商品誣稱為保本商品，使被害人陷於錯誤而申購…」。

《表 4：臺北地院判斷理財投資業務者有無違背職務之審查要素》

要素 標號與字號	職稱	銀行內部規定	主管發布函令	其他
7. 102 金訴 36	▼	▼		▼ (被害人同意 或授權)
13. 101 訴 113	▼			▼ (被害人同意)

要素 標號與字號	職稱	銀行內部規定	主管發布函令	其他
				或授權)
15. 100 金訴 36	√			
18. 98 簡 4243	√			√ (被害人同意 或授權)
21. 99 金訴 54	√			√ (被害人同意 或授權)
29. 98 金重訴 22	√			√ (被害人同意 或授權)
34. 96 訴 280	√			√ (被害人同意 或授權)

說明：請參考表 1 說明。

四、擔任與總經理相當之高階主管或董事（即實質負責人）時：

此類情形因與總經理相當之高階主管及董事等，其所掌管之業務繁雜，致無從以職稱內容劃定職務範圍，且高階主管所為之業務，法令亦多無明確規範，加以公司法第 23 條要求公司負責人應盡忠實與善良管理人之高標準注意義務⁴⁹，是此類案件，臺北地院採取全面性審查，即先自個案中所經營之業務有無內部規定（如編號 35 出售結構債不符內規⁵⁰）或主管機關發布之函令（如編號 22

49 目前為數甚獲之學者認為，在行為人依法應負此等注意義務之下，應另行檢驗有無所謂「商業判斷法則」或「經營判斷原則」(The Business Judgement Rule) 適用。目前最高法院 105 年度台上字第 2206 號判決亦承此觀點，表示被告得援引該原則做本案抗辯。惟學理上對於最高法院闡述該原則之內含是否妥當，仍有爭論。

50 該判決要旨略為：「…被告乙○○自九十四年三月間起至九十五年七月間止，擔

不得維護大股東經營權而支付委託書費用⁵¹；編號 24 得否將信用卡行銷業務複委外），之後再審查公司內部決議（如編號 35 出售結構債未經董事會決議）或其他因素（如編號 19 違反與第三人簽訂之契約），或將前述要素做全面性審查（如編號 3 利用職務上機會從中以關係人出售房地產而獲取利益之犯罪事實中，臺北地院分別審斷各行為人所得接觸或影響之職務內容，有無違反主管及銀行內部公

任中信金控財務長，兼任中信銀行之財務總管理處總處長、資深副總經理職務，負責制訂中信金控公司及旗下子公司之財務管理政策，包括資金管理（增減資、盈餘分配、股利發放）、公司債發行、重大資本支出、重大資產取得與處分）、預算管理（年度預算及決算）、各項經營績效及財務管理報表，並負責督導子公司財務管理；被告丙〇〇自九十三年五月十日起，擔任中信金控遵法主管及中信銀行資深副總經理職務，為中信金控及中信銀行法務部門最高主管，負責督導中信金控及旗下子公司法令遵循、法令諮詢相關業務、遵法制度之規劃、管理及法令遵循事務之執行；被告甲〇〇自九十三年間起，擔任中信銀行金融投資處副處長、副總經理職務，負有依外部法令及行內各項規定，管理中信銀行既有之未上市長期股權投資部位，並妥適協辦各項投資專案之責任，同時亦擔任中信資產之主管職務；…被告乙〇〇、甲〇〇、丙〇〇、陳俊哲、辜仲諒、林孝平為掩人耳目，將結構債移轉予紅火公司時，契約擬定、簽署、修改、履行之過程草率、紅火公司原無支付頭期款能力猶同意售予，且同意紅火公司支付頭期款時便可取得系爭結構債所有權、中信商銀香港分行在欠缺相關文件之情形下，仍將系爭結構債所有權移轉予紅火公司、紅火公司未完成合約簽署時，中信商銀香港分行即率然交付公司資產，致生美金 3,047 萬 4,717.12 元損害，並使紅火獲利美金 3,047 萬 4,717.12 元…」。

- 51 該判決要旨略為：「…訴外人於前揭行為時，係擔任中華開發銀行董事長，受該行委託而負責綜理該行各項事務，亦負責資金調度、股務及相關帳冊整理等業務，自係從事業務之人，另被告既於前揭期間擔任中華開發銀行總經理，除承董事長之命綜理業務外，亦負責督管該行財務收支、會計憑證填報等業務，負有誠執行職務，戮力盡責以謀取中華開發銀行之最大利益義務，而被告等人則各於前揭期間，各擔任前揭副總經理等職務，各負責督導股東會召集及相關股務等業務，是其等於本案股務業務之範圍內，自亦各為中華開發銀行之公司負責人及商業負責人，並均係從事業務之人。訴外人為維持公司經營權，並明知主管基會函令要求不得以中華開發銀行所有之資金支付大股東徵求委託書所支出之費用下，要求被告持徵求費用向中華開發銀行報帳，使該行負擔前揭徵求委託書之費用，致使該行財產因而受有損害。…」。

布之取得或處分資產程序、與利害關係人授信以外交易之控管程序及 KYC 程序等⁵²) 等，原則上只有違反其一，即認有違背職務。

《表 5：臺北地院判斷擔任與總經理相當之高階主管或董事有無違背職務之審查要素》

要素 標號與字號	職稱	銀行內部規定	主管發布函令	其他
3.106 金重訴 3	▽ (借用)	▽	▽	
19.98 金重訴 25	▽			▽ (契約)
22.99 金重訴 7	▽		▽	
23.98 金重訴 40	▽			▽ (道德)
24.98 金重訴 35	▽		▽	▽ (契約)
35.96 重訴 19	▽	▽		▽ (公司決議)

說明：請參考表 1 說明。

至於外幣匯兌業務（表 1 編號 8、37 之判決）、信用卡帳務有關業務（表 1 編號 10 之判決）、電子金融處理業務（表 1 編號 27 之判決）及辦理提存取回擔保金等法律事務（表 1 編號 31 之判決），因目前臺北地院裁判數量過少，不足以形塑出可供評判之標準，較難有類型化之可

52 也因此，本件所涉諸多爭議之一，即在於該案部分被告辯稱，其職務尚無以利用其職務上之機會，從中以關係人出售房地而獲取利益等情。惟臺北地院經審理後，認為：「…綜合以上中信金控、中信商銀任職之人員證詞可知，被告張明田雖僅掛名董事長室之專門委員，故不論中信商銀內部職員均以『副總』稱之，但其實質職權可否決總務處行舍管理部關於房舍購置之提案，不讓其進入經決會或董事會接受審議討論，實乃如共同被告陳永□所言為『實質之行政長』，應屬中信金控、中信商銀實質執行經理人職務之人。…」，未採納被告之主張。

能性。

綜前以行為人辦理同種業務之個案審查要素觀察，可發覺，臺北地院裁判見解，似逐漸形成一套標準，亦即臺北地院之裁判，有意遵循最高法院 105 年度台上字第 1585 號判決要旨，先行劃定出行為人所負責之職務內容及範圍後，嗣再依不同種類之業務審查不同要素，藉以形塑出不同判斷準則，並為前揭最高法院判決補充待決難題，應值肯定。

至於臺北地院所提行為人有無違背本罪職務之判準要素，除唯一不同見解之標號 21 即 99 年度金訴字第 54 號判決，堅稱本罪僅係為嚇阻、預防銀行負責人或職員掏空銀行資產所制定為由，主張在採取歷史、目的及體系解釋下，應限縮在可能造成掏空銀行資產之違背職務行為，亦即從事授信、投資（如不動產投資、有價證券投資及企業投資）等固有銀行業務職務行為之見解外，多半採取較為全面性審查之解釋態度，俾與最高法院認定，本罪乃是為貫徹銀行法第 1 條所稱之健全銀行業務經營、保障存款人權益、適應產業發展、並使銀行信用配合國家金融政策之規範目而設之觀點相互呼應。

伍、結論

欲討論銀行法特別背信罪之要件，必須先確認該罪之罪質為何，因此違背職務概念之解釋，必須取決於該罪之規範目的為何。而居於解釋論及觀察最高法院裁判之觀點下，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，遂以刑法第 342 條之背信罪之刑為基礎加重其刑事責任，乃該罪之規範目的。

最高法院就承審涉及本罪之個案時，提出本罪規範目的、本罪要件之闡述、行為主體、提出違背職務之標準、指出損害之認定、重申此罪為故意犯及意圖犯、解釋本條第 1 項後段及第 2 項之意義，以及說明本罪與刑法背信罪之關係等八項觀點，以間接劃定出本罪最大效力範疇。其中針對違背職務之要件，多半指銀行職員在其職務範圍內不應為而

為，或應為而不為者，且首應判斷者，為其職務之內容及範圍。

接著在分析臺北地院 37 則裁判後可知，該院判斷銀行負責人或職員有無違背職務時，其審查要素有職稱、義務、銀行內部規定、主管發布函令或其他等五項要素，且均係先從被告之職務或身分出發，做為評判個案中被告有無違背職務之首要依據，似有意朝與最高法院見解靠攏，而與國內學理之見解不完全相同。其中特別說明者，乃審查要素中之「義務」概念，本文主張，應僅係在要求行為人在承辦不同種類業務所應知且應遵循之規定的理由而已，應非臺北地院所審查之要素。

另臺北地院似已體認到在社會發展與脈動之下，行為人之職務或身分已漸難定性，遂勢必需發展第二道判準依據。惟單從審查要素觀察，臺北地院裁判見解似乎毫無規則可循，但當以歸納個案承辦同種業務之角度觀察，臺北地院似已分別針對行為人承辦與銀行現金收支有關之收存提款、點收現金或結算業務；與貸放款有關之招攬、對保或鑑價業務；理財投資業務，以及行為人擔任與總經理相當之高階主管或董事（即實質負責人）等四項業務，逐漸形成一套標準並得以之為類型化。

總之，依本文之見，至 108 年 6 月 6 日所蒐集之臺北地院裁判中，對於判斷行為人有無符合銀行法第 125 條之 2 違背職務之要件，臺北地院首係先劃定出行為人所負責之職務內容，次再依不同種類之業務，審查不同要素，且臺北地院目前似有將四種業務之判準類型化出來。

參考文獻

中文

一、專書

王志誠，銀行法，新學林，2014年。

吳志強，經濟刑法之背信罪與特別背信罪的再建構，自版，2014年。

周伯翰，銀行法與金融控股公司法，麗文文化，2013年3版。

鄭正中，銀行法，書泉出版社，2013年7版。

二、期刊論文

王正嘉，從經濟刑法觀點看特別背信罪，台灣法學雜誌，第286期，2015年12月。

王明偉，賭博行為應刑性之研究，中國文化大學法律系研究所碩士論文，2009年6月。

吳元曜，金融犯罪重刑化趨勢之評析，軍法專刊，第15卷，第9期，2004年9月。

李永瑞，特別背信罪實體與程序交錯之研究，東海大學法律系博士論文，2014年6月。

依智麒，論犯罪行為應罰性—以刑法第一八五條之三為例，中國文化大學法律系研究所碩士論文，2008年7月。

唐士淵，銀行法背信罪之研究，政治大學法律系研究所碩士論文，2004年9月。

張天一，背信罪中「違背任務行為」之判斷／台高院97上易2570判決，台灣法學雜誌，第257期，2014年10月。

陳友鋒，刑事不法行為的形式審查—構成要件的該當判斷（下），華岡法粹，第 36 期，2006 年 11 月。

陳友鋒，罪的實體及犯罪成立要件，華岡法粹，第 34 期，2005 年 12 月。

陳凱翔，肇事逃逸行為之犯罪化依據—自「應罰性」角度出發，中國文化大學法律系研究所碩士論文，2008 年 6 月。

曾淑瑜，銀行法之特別背信罪哪裡「特別」，台灣法學雜誌，第 228 期，2013 年 7 月。

曾淑瑜，論金融犯罪「特別背信罪」之構成要件—臺灣高等法院九十九年度金上重訴字第三一號判決，月旦法學雜誌，第 193 期，2011 年 5 月。

黃種甲，公司負責人風險行為之背信評價，台灣大學法律系研究所碩士論文，2015 年 7 月。

黃鵬達，論犯罪參與體系之檢討與重塑—以共同正犯之歸責法理為論述中心，中國文化大學法律系研究所碩士論文，2012 年 6 月。

廖治傑，從經濟犯罪論背信罪的規定與內涵，世新大學法律系碩士論文，2009 年 11 月。

謝煜偉，論金融機構特別背信罪，國立臺灣大學法學論叢，第 45 卷，第 4 期，2016 年 12 月。

三、其他資料

司法院，<https://law.judicial.gov.tw/default.aspx>。

立法院法律系統，<http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>。

<http://www.cpami.gov.tw/filesys/file/chinese/dept/rp4/rp1061013-1.pdf>。

日文

一、專書

川崎友巳，背任罪と合理的な経営判断，三井誠先生古稀祝賀論文集，有斐閣，2012年1月4日。

伊藤栄樹，第二章商法，注釈特別刑法〔第五卷 I〕，立花書房，1986年1月。

宗像紀夫，企業役職員による犯罪，現代刑罰法大系 2：経済活動と刑罰，日本評論社，1983年2月。

Abstract

One of the key components of Article 125-2 of the Banking Act of the ROC is breach of fiduciary duty. However, there has been little academic inquiry into what constitutes one and even less literature on how it is determined in practice. Therefore, the aim of this thesis is to explore the elements of “breach of fiduciary duty” and to confirm whether an operable and referenceable standard has already been formed in courts. The results may serve as a reference for future amendments to the Banking Act regarding breach of fiduciary duty.

Based on observational analysis, the judgements made by the Supreme Court and the Taipei District Court of the ROC between Jan 1, 2000 and June 6, 2019 are examined. The purpose is to discern how the elements of breach of fiduciary duty pursuant to Article 125-2 had been operated and to carefully categorize the judgments.

Findings conclude that in trial, the Taipei District Court first decides the nature of the duty the party had been entrusted, and then looks into different elements accordingly. Currently, it seems that the judgements for the violations of four types of duty can already be characterized.

Keywords: Breach of Trust, empirical analysis, Violation of Duty, Categorization