



元照出版提供

請勿公開散布

# 背信罪立法體例之初探與比較分析<sup>\*</sup>

## ——以收受回扣為例評測法國系統、英美系統與德國系統的立法模式

惲 純 良<sup>\*\*</sup>

### 要 目

- |                        |                           |
|------------------------|---------------------------|
| 壹、前 言                  | 二、英美系統：英國法部分              |
| 一、比較不同背信行為制裁系統的<br>必要性 | (一)2006年詐欺法案通過前           |
| 二、研究限制                 | (二)2006年詐欺法案通過後           |
| (一)案例導向式的研究方法          | (三)小結：對於英國法的簡評            |
| (二)選擇比較法系的理由           | 三、英美系統：美國法部分              |
| 貳、背信罪的制裁體例             | (一)英國的影響：普通法竊盜概念的<br>持續發展 |
| 一、法國系統                 | (二)郵電詐欺法                  |
| (一)客觀構成要件              | (三)小結：對於美國法的簡評            |
| (二)主觀構成要件              | 四、德國系統                    |
| (三)小結：對於法國法的簡評         | (一)客觀構成要件                 |

DOI : 10.53106/102398202024030176003

<sup>\*</sup> 本文為國科會計畫109-2410-H-224-029-MY3之部分研究成果。感謝匿名審查人對本文的詳盡審查及修正意見，惟文責當然由作者自負。

<sup>\*\*</sup> 國立雲林科技大學科技法律研究所教授，德國福萊堡大學法學博士。

投稿日期：一一二年一月十四日；接受刊登日期：一一二年七月十四日

責任校對：張碧霞



(二)主觀構成要件	(二)法益之外進一步的限制
(三)小結：對於德國法的簡評	二、對於我國法的啟發以及未來深化研究的建議
參、綜合比較：本文的觀察	(一)客觀構成要件部分
一、德國法與其他法系差異的成因分析	(二)主觀構成要件部分
(一)法益概念的落實	肆、結語



## 摘 要

許多國家其實都有制裁背信行為的刑事規定。在這些以刑罰制裁背信罪的國家中，隨著不同的制裁方式，大致可以區分為法國系統、英美系統以及德國系統三大類型。傳統上，法國僅在少數的商業領域中處罰背信行為。英美早期則是將背信放在竊盜的大概念之下處理。近期來講，英國通過了新的詐欺法案用來處罰背信行為；美國則是以聯邦層級的郵電詐欺法來制裁背信行為。至於德國則有一般性處罰背信行為的規定。對於繼受德國法的臺灣來講，在對背信罪做更進一步的研究之前，對於德國系統的優劣之處，自然有必要詳加檢視。透過與法國及英美系統的比較，我們發現了德國系統的制裁穩定性的確較高，但是在判斷財產損害時，卻也有著較為模糊的缺陷。這些承襲自德國法的弱點，將會是未來我國深化背信罪研究時的首要課題。

**關鍵詞：**背信、竊盜、詐欺、不法意圖、義務違反、財產損害、財產法益



## 壹、前言

### 一、比較不同背信行為制裁系統的必要性

我國刑法第342條第1項規定：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，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。這是我國制裁背信行為的主要規定。不過眾所周知，我國刑法主要是透過日本而間接繼受德國刑法的規定。因此我國文獻中對於背信罪的解釋，不管是財產照管義務的認定與違反，或者是財產損害等概念，也多取徑於德國的實務或學說見解，作為適用上開條文的依據。

不過於此同時，我們卻也發現，不管是義務違反或者是財產損害的要素，即便是在德國文獻中，聚訟之處也在所多有。除了義務違反與財產損害在判斷上的百家爭鳴之外，更為繁瑣的毋寧是實務上各種不同的背信類型。初次接觸德語背信罪文獻者，往往因此有如墜入五哩霧中一般，搞不清楚是否違反任何民法上的義務都可以是背信罪財產照管義務的違反？濫權理論與背託理論之間的關係又是如何？義務違反與財產損害的關係？財產損害應該怎麼計算？等諸多極為複雜又不易解釋的問題。甚至時至今日，德國文獻上對於背信罪在適用上不明確的疑慮依然處處可見<sup>1</sup>；反映在我國，介紹這些諸多爭議問題的文獻，因此也顯得複雜而不易理解。再加上我國同時還受到了日本法的影響，對背信罪的主觀面額外要求不法意

<sup>1</sup> 例如Mayer表示：一旦不是典型的背信罪案件，就沒有法院和追訴機關知道構不構成德國刑法第266條，Mayer, Die Untreue, 1954, S. 333, 337; Ransiek稱：背信罪永遠好用，Ransiek, ZStW 2004, S. 634. Rönnau認為：處在危機之人應該呼救，或至少應該去尋求建議，德國的背信罪構成要件現在似乎就處在這種危急的情況，Rönnau, ZStW 2010, S. 300.



圖，並且還有處罰未遂的規定，還有若干以英美法系類似規定為主臬的我國文獻所提出的觀點，以及特別法上諸多特殊背信罪與刑法上普通背信之間到底應該如何適用等爭議，使得問題的處理顯得更加治絲益棼。

僅僅是面對繼受自德國法而來的紊亂現象，就不僅讓人興起一絲懷疑：德國法把背信罪處理得如此的複雜繁瑣又爭議不斷，難道其他法系的國家不處罰背信罪嗎？有沒有可能存在一種可以兼顧公平正義，又不會太過於複雜的方式來處理背信行為？其實，產生上述懷疑的，不只是本文而已。德國學界對於該國迄今為止操作背信罪的結果也不甚滿意，為數不少的德國學人因此產生了去比較其他國家法律規定的想法。

參考其他法系處理背信行為的作法，對於採用德國系統的國家來講，或多或少可以提供一些不同的觀點，也許能夠有助於更全面的思考；或者退步而言，最最不濟，起碼也可以藉由比較的結果評析採取德國系統的優劣，以及問題討論方向的正確性。因此，這個比較法分析的工作，對於主要採取德國系統的我國刑法來講，應該算得上是進一步深化背信罪的研究之前，有必要處理的基本議題之一。

## 二、研究限制

### (一) 案例導向式的研究方法

儘管比較不同法系的規定有其必要性，但是如果只是空泛地介紹條文規定與概念釋義，沒有具體的案例說明，不僅容易使篇幅顯得過於冗長，往往又令人有不知具體應該如何操作，無法彰顯比較意義之感。為了避免只是為比較而比較，使比較的工作淪為一場清談，選擇一個較為具體、相對容易理解，且經常發生的事例作為案



例導向的檢驗基礎，並且據以評論，就不失為方法上值得考慮的研究方式。

我們不妨設想一個世界各地屢見不鮮的例子：A有限公司（下稱A公司）向供貨商B採購零件一批，市價100萬元。負責採購的A公司經理人C私下對B表示，如不給自己10萬元「回饋」，將轉向其他公司採購同款零件。供貨商B為求成交，乃同意C之要求，並在收取100萬的貨款之後交付10萬元給C。

就私領域的部分來講，上揭案例中10萬元的「回饋」應該如何定性，往往有不少的爭議，這其實也就是回扣與賄賂是否有區別必要的問題。我國實務與文獻對此一直以來都有著不同的聲音。認為回扣與賄賂沒有區別必要者，多持「羊毛出在羊身上」的觀點，認為反正最終經濟上的結果並無差異，因此也沒有特意區分的必要<sup>2</sup>。不過也有從背信罪是一種源自內部的破壞行為，與來自外部的犯罪明顯不同，因此有區分回扣與賄賂的主張<sup>3</sup>。

對於上述的問題，本文贊同區分說的立場。主要的理由，除了從行為發動攻擊的方向是「源自於內部或外部」的不同之外，更具有決定性的，毋寧是：就算從法益的角度、也就是通說採取的「法律·經濟財產概念」出發，我們也不難得到相同的結論。因為：

第一、背信罪保護的是整體財產法益。依照法律·經濟財產概念的觀點，財產除了必須具備經濟利益之外，還必須具備法律上的

<sup>2</sup> 張天一，論商業賄賂之可罰性基礎及入罪化必要性，月旦法學雜誌，242期，頁26以下，2015年7月；許恒達，商業賄賂立法方向評析，檢察新論，24期，頁48以下，2018年8月；洪培根、林鈺雄等，商業賄賂罪，月旦刑事法評論，7期，頁82以下，2017年12月；紀凱峰，公司經理人收取回扣、收受賄賂之法律責任（發言記錄），檢察新論，29期，頁78以下，2021年5月。

<sup>3</sup> 許恒達，同註2，頁54以下；李進榮，公司經理人收取回扣與收受賄賂之法律責任，檢察新論，29期，頁61以下，2021年12月。



可實現性，或者最起碼是不為法律所禁止的經濟利益，始足當之。在回扣的情形，本人（A公司）雖然將採購的任務託付給行為人（經理人C），但由於行為人對於本人的財產有照管義務，回扣的部分既然源自於本人的財產，那麼這筆回扣理論上自然應該屬於背信罪的保護範圍。因此，如果我們還願意承認法益具有指導構成要件解釋的功能，那麼背信罪的處罰就應該僅以本人的財產，也就是回扣的部分為限。

第二、背信罪再怎麼保護財產，它所能保護的也僅限於「本人的財產」，而不是他人的財產。以上述的例子來講，如果將該筆10萬元定性為「賄賂」，也就是10萬元其實是源自交易相對人的財產的話，那麼背信罪的構成要件如何能保護到這筆10萬元，就令人感到十分疑惑。因為一般來講，相對人要如何使用法律上屬於他的10萬元，理論上應該是他自己的事情，A公司對於相對人所有的10萬既沒有法律上的請求權，現實上也沒有支配的可能性。所以法律上來講，這筆賄賂的10萬元終究不可能被認為是A公司的財產，即便這筆10萬元可以因為「羊毛出在羊身上」的關係，以不同於收取回扣的行為方式造成資金流動，而最終在經濟上產生相當於收取回扣的效果一般，將經濟利益歸屬於相同的主體，亦無不同。

第三、依照德國多數見解，本案中回扣的10萬元性質上屬於「期待地位」的財產損害。因為該批零件的公平價格就是100萬元，價值100萬元的零件賣100萬元，合情合理。此時唯有當A公司原本可以以90萬元的代價購買此批零件，卻因為經理人的關係，從自己的整體財產中多支出了本來不需要支出的10萬元時，A公司才可能主張有期待地位形式的財產損害存在。但是構成期待地位的條件其實相當嚴格，用最簡單的方式來講，主張期待地位之人對於「未實現的財產利益」的支配程度必須達到「相當接近於現存財產





的狀態」時，才有可能<sup>4</sup>。「財產危險」與「期待地位」都是財產概念範圍最外緣的邊界，是一種支配的質化變動，必須謹慎認定，並非任何客觀利益的失落都可以是期待地位的喪失。如果我們堅持要將期待地位的範圍擴張到供貨商B支付賄賂的10萬元上，那麼首先必須回答的問題便是：憑什麼本來屬於供貨商的10萬元可以是A公司的期待對象？為什麼A公司對於供貨商支付的賄賂金額已經具備高度的支配？如果僅是以「因為此時經理人將自己的利益置於A公司的利益之前」作為答案，則是顯然不夠的。因為在本案中A公司所買到的零件的確價值100萬，供貨商也沒有打算以低於100萬的價錢賣出，經理人如果收受資金來源屬於B的10萬元賄賂，那麼嚴格說起來，這是一個本人與代理人雙贏的局面。唯有當這10萬元是從原本A公司的財產回流到經理人的手上時，A公司對於這筆資金屬於自己財產的主張才會合理（因為在沒有收取回扣的情況之下，A公司原本是不需要支付這10萬元的！）。用最白話的方式來講：「你的就是你的，我的就是我的，你的不會只因為我的期待就變成我的！」將相對人的財產（＝支付賄賂的金額）當成A公司期待地位的作法，形同是先將不屬於本人的財產「假定成本人的財產」之後，「再假定」這個「沒有實現的財產利益」對於本人是一種「損失」，這種雙重假設的操作方式顯然過度擴張了財產和支配的概念。

第四、就算經理人與A公司間有「不得收受賄賂，違反者應賠償與所收賄賂相當之金額」的特殊約定，但此一約定的違反也只代表經理人對於A公司違背了「不得收受賄賂的義務」，這個義務的違反不當然就一定等於財產照管義務的違反，也不能當然就由此直接推論得出A公司必然受有財產損害的結論。並且，基於債之關係

<sup>4</sup> 對於背信罪中期待地位的進一步說明，見本文以下貳、四、(一)、2。





的相對性，此時A公司求償的對象也僅是針對其經理人C而已，而不是支付賄賂的相對人。因此，就算經理人收受相對人10萬元的賄賂，但這筆10萬元在法律的歸屬上，如果無法被認定為屬於A公司的財產的話，自然就與背信罪無甚關連。用背信罪來處罰私人收受賄賂的行為已經超過了背信罪構成要件的最大可能射程範圍，會造成「把他人的財產當成本人的財產」的怪異現象。這也是何以文獻上會有「我國立法者有必要針對商業賄賂行為另設制裁規定」的主要原因之一<sup>5</sup>。不區分回扣和賄賂的觀點因此只是在結論上觀察到經濟利益流動的面向，忽略了「財產」同時是一個法律的概念，因為法律上不存在一種無端把供貨商B的10萬元變成本人A的10萬元的機制。

第五、如果只是從純粹經濟利益的角度出發，不需要區分的，或許不僅是回扣與賄賂而已，就連詐欺與背信的區分可能都是沒有必要的。因為既然同樣都是保護整體財產，本人最終同樣都受有財產損害，那麼許多背信罪的被害人其實也都是受到欺騙之後，才將處分財產的權利交付給行為人，這種處理方式往常見於不重視法益概念的國家之中。更進一步來講，這種不對賄賂與回扣詳細區分的作法，背後反應的，其實是對於「損害」和「獲利」不做嚴格區分的觀點，這種觀點忽略了獲利與損害並不必然有關，因為本人受有損害並不當然等於行為人就一定獲有利益<sup>6</sup>。不過在以法益作為指導構成要件解釋的前提下，受到損害的到底是「你的（財產）法益」或是「我的（財產）法益」其實仍有先透過財產法的規定加以

<sup>5</sup> 李進榮，同註3，頁60以下。

<sup>6</sup> 事實上，沒有明確的法益概念、不詳細區分詐欺與背信，甚或不嚴格區別損害犯與獲利犯的觀點，其實正是英美法系的主要立場，見本文以下貳、二、部分的說明。



定性的必要，之後才能相應地選擇所應正確適用的構成要件。本文因此認為，不區分賄賂與回扣的觀點有待商榷。

基於上述的理由，既然本文是以收受回扣作為檢驗背信制裁結構的基礎，那麼被定性在賄賂的部分，原則上也就不是本文以下主要所要處理的議題，僅在做不同國家法系比較分析時，遇有在私領域中不對賄賂與回扣詳細區分的觀點，於相關之處略做說明而已。這是進入主題之前第一個必須澄清之處。

### (二) 選擇比較法系的理由

除了案例導向式的分析之外，另外一個在研究方法上有必要於此提出說明的問題，則是選擇比較國家的標準。根據文獻上的記載，處罰背信行為的國家在所多有，在有資料可稽的國家中，共計有85個國家都有處罰背信，或者類似背信的行為<sup>7</sup>。

從制裁結構的特性來看，儘管各國在細部規定上（例如是否處罰未遂或者主觀上是否要求意圖等）或多或少會有一些不盡相同的作法，但文獻上認為，這85個國家仍然可以大致歸納成：只在特殊領域處罰背信行為的法國系統、沒有獨立處罰背信罪的規定，而是將背信行為當成一種詐欺罪的次級類型來處理的英美系統，以及一般性地將背信行為獨立成罪加以處罰的德國系統等，三種主要的類型<sup>8</sup>。如果就比例來看的話，這85個國家中約有21%（即18國）採取法國系統，48%（即41國）可以被歸類到英美系統，繼受德國系統的國家則約占31%（即26國）<sup>9</sup>。

從以上的分類及所占比例可知，如果將比較的對象具體限縮在法國法、英國法與德國法的規定上，或許會是一種相對合理的作

<sup>7</sup> Lüthge, Das Delikt der Untreue im internationalen Rechtsvergleich, 2017, S. 9.

<sup>8</sup> Lüthge, aaO., S. 12.

<sup>9</sup> Lüthge, aaO., S. 290ff.



法。不過考量到：第一、美國法近年來對於我國法制的影響，尤其是在經濟刑法領域中，美國學說見解在我國法律的修正與改革方面，扮演著日趨重要的角色，以及第二、美國在擺脫英國殖民地的地位之後，獨立發展出來具有自身特色的若干規定，因此在英美法系中將英國法與美國法並列的討論方式，除了能夠有助於問題的釐清之外，對於在利用比較法所得的結論，來協助引導我國背信罪未來走向的問題上，或許會更見實益。

準上所述，本文以下將以私領域收受回扣為基礎，逐一檢討法國系統（下文貳、一、）、英、美系統（下文貳、二、與三、），以及德國系統（下文貳、四、）的相關規定，繼之比較各國系統之下背信罪制裁結構的設計重點，並且提出本文的觀察所得，檢討不同法系中的結構設計或解釋方式在我國有無比附援引，參考援用的可能性，期能減少我國作為繼受法國家在概念解釋上，因為不同法系的影響所產生的問題，對於我國背信罪的適用或修正提出優化的建議（下文參、），最後提出結語（下文肆、）。

## 貳、背信罪的制裁體例

### 一、法國系統

一般來講，背信罪在法國的討論，通常會回溯到1810年版法國刑法典（Code Pénal von 1810）的規定。在該法「濫用信賴」（abus de confiance）的章節名稱之下，第408條<sup>10</sup>有著一條近似於

<sup>10</sup> Art. 408 Code pénal von 1810轉譯為德語後之內容如下：Wer Effekten, Gelder, Waren, Scheine, Quittungen, oder andere eine Verpflichtung oder eine Befreiung enthaltende oder bewirkende Schriften, die ihm nur als Depositum oder zum Behuf einer gegen Bezahlung zu verrichtenden Arbeit, mit der Verpflichtung übergeben worden sind, sie zurückzugeben oder vorzulegen, oder sie zu einem bestimmten



處罰背信行為的規定，並且類似的規定在經歷過對於行為客體做出若干限縮的修正<sup>11</sup>之後，迄今為止仍然存在於法國刑法典的第314條之1。不過文獻上認為，與其說上開條文是法國刑法典中一般性處罰背信行為的規定，還不如認為這只是法國刑法典中帶有背信色彩、處罰侵占罪的規定而已。因為法國刑法第314條之1中「L'abus de confiance」的用字雖然可以對應到德語中的「背信」（Untreue），並且也有類似於德國刑法典第266條要求的財產照管義務的要素，但條文中卻也同時要求行為人需將特定的受託財產「據為己有」（Aneignung），正好在這一點上，展現出了該條與德國刑法對於背信罪不作客體限制、只要求財產損害，以及保護整體財產法益的最大不同之處；文獻上因此認為，法國刑法第314條之1並不是純粹的損害犯<sup>12</sup>。

---

Zwecke zu gebrauchen oder zu verwenden, zum Nachtheile des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers bei Seite schafft oder verschleudert, wird mit den in dem Artikel 406 verhängten Strafen belegt.—Alles unbeschadet dessen, was in den Artikeln 254, 255 und 256 von Unterschlagungen und Entwendungen der Gelder, Effekten oder Stücke gesagt worden ist, die in öffentlichen Verwahrungsorten begangen werden. 以上譯文，見 *Schubert* ua. (Hg.), *Der Code pénal des Königreichs Westphalen von 1813 mit dem Code pénal von 1810 im Original und in deutscher Übersetzung*, 2001, S. 187, 221. 中文試譯如下：收受單純寄存之物或供支付處理事務費用之財物、金錢、物品、收據或其他含有或發生免除或負擔義務之文書，而負有返還、提出或供特定目的利用或使用之義務，卻為損害所有人、占有人或業主之利益而隱匿或拋售者，處以第406條之刑罰——前揭情形無礙於第254條、第255條及第256條所指，對於存放在官方處所之金錢、財物或犯罪檔案所為之侵占或竊盜。上揭條文後半段的Stücke對應到同法第254條，指的即是Kriminalaktenstücke。

<sup>11</sup> 與1810年版的法國刑法典第408條相較，法國現行規定主要是在行為客體方面有所限縮，以他人的金錢、財物或任何的財產利益為限；德語譯文見 *Schramm*, *Untreue und Konsens*, 2005, S. 259, Fn. 76.

<sup>12</sup> *Cappel*, *Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht*, 2009,



與德國系統不同的是，法國法並沒有如同德國刑法典第266條一般、對於背信行為做出一般性制裁的規定。只有在公司、銀行或金融等特殊的領域，法國法才有背信罪的設計；或者換一種說法來講：法國系統沒有所謂的普通背信，而是只有「特殊背信」<sup>13</sup>。文獻上指出，傳統上來講，法國這種只在特殊領域制訂背信罪，並且將之當成特別犯（*Sonderdelikt*）的作法，在繼受羅馬法系統的國家中，才算是主流的立場<sup>14</sup>。

據此，在當代的法國如果提到背信罪的話，指的通常是法國商法（*Code de commerce*）的第L. 241-3條第4款、第5款，對於有限公司（*Société à responsabilité limitée*），以及該法第L. 242-6條第3款、第4款，對於股份有限公司（*Société anonyme*）<sup>15</sup>的濫用公司財產罪（*Abus de biens sociaux*；以下簡稱背信罪）<sup>16</sup>。儘管上開條文是在2000年法國商法改革以後才列進法典中的，不過這並不代表在2000年之前法國法上沒有相關的規定。事實上，早在1867年時，制裁濫用公司財產的行為就已經是法國商法中核心的規定，在經歷過1935年及1966年兩次對於內容沒有重大變更的修正之後，直到

---

S. 198; *Schünemann*, in: LK, 12. Aufl., § 266 Rn. 275明確指出，法國刑法典第314條之1性質上只能說是「類似背信」。嚴格說起來，法國刑法第314條之1的結構跟我國刑法的侵占罪還來得更為近似一些。

<sup>13</sup> *Foffani*, ZStW 2010, S. 374; *Foffani*, Tiedemann-FS, S. 776; *Lüthge*, aaO. (Fn. 7), S. 101; *Rönnau*, aaO. (Fn. 1), S. 299, 313.

<sup>14</sup> *Foffani*, ZStW 2010, aaO., S. 374; *Foffani*, Tiedemann-FS, aaO., S. 776; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 2017, Rn. 562.

<sup>15</sup> 法文 *anonyme* 的字義是隱名、匿名的意思。因此如果字面直翻的話 *Société anonyme* 應該可以翻譯為隱名公司。法國法上之所以稱股份有限公司為「隱名公司」，是因為公司股東都隱身在交給公司處分的資本後面。以上說明，見 *Yves Guyon* 著，羅結珍、趙海峰譯，法國商法第1卷，頁281，2004年12月。

<sup>16</sup> *Cappel*, aaO. (Fn. 12), S. 198; *Lüthge*, aaO. (Fn. 7), S. 111f.



2000年被現行的法國商法典繼承了下來<sup>17</sup>。文獻上因此認為，在對抗背信行為的問題上，本罪在法國具有實務上的重要意義<sup>18</sup>。

依照法國商法典第L. 242-6條第3款、第4款的規定，股份有限公司的董事長、執行董事或經理人（Präsident, die Mitglieder des Verwaltungsrates und die Generaldirektoren der AG/Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme）；以及同法第L. 241-3條第4款、第5款所指，有限公司的經理人（Geschäftsführer/les gérants）明知與公司之利益相違，為個人之目的或有利於其他公司或其他企業之直接或間接利益，而惡意地（im bösen Glauben/de mauvaise foi）使用公司之信用、財產，或者因其在公司內之角色所支配之權限或表決權者，為法國商法中的背信罪<sup>19</sup>。

#### （一）客觀構成要件

上開規定中，值得注意的有以下幾點：第一、就行為主體的部分來講，不同於德國法對於行為人身分採取概括規定的設計方式，法國法對於背信罪的主體採取的是明文列舉的作法，以具備「股份有限公司的董事長、執行董事或經理人，以及有限公司的經理人」的身分者為限。因此起碼就條文的字義來看，比起德國法不對於身分作列舉規定的作法，法國立法者對於行為主體的部分，顯然採取了更為限縮的立場。

其次，就行為客體的部分來講，法國背信罪的行為客體，除了

<sup>17</sup> Foffani, ZStW 2010, aaO. (Fn. 13), S. 374, Fn. 3.

<sup>18</sup> Ebneroth/Reiner, BB 1992, Beilage 13, S. 14.

<sup>19</sup> 上開條文的德語翻譯，綜合參見Anders, ZStW 2002, S. 470, Fn. 15; Cappel, aaO. (Fn. 12), S. 199f.; Foffani, ZStW 2010, aaO. (Fn. 13), S. 375; Lüthge, aaO. (Fn. 7), S. 112.





使用公司的財產（Güter/biens），也就是一切屬於公司整體財產部分的動產及不動產之外，還包括了公司的信用（Kreditwürdigkeit des Unternehmens/credit de la société）、經理人或董事的權限（Befugnisse/pouvoirs）與表決權（Stimmrechte/voix）等，無形的權利或利益<sup>20</sup>。就「公司的財產」來講，法國實務認為，公司的家具<sup>21</sup>、原物料<sup>22</sup>、債權<sup>23</sup>、商標權、專利權<sup>24</sup>、甚至因為犯罪行為所取得的財產——如果已經在會計上被列入公司的資產的話——都可以包括在內<sup>25</sup>。而「公司的信用」以及「權限」與「表決權」同樣被解釋的相對寬鬆，前者泛指一切建立在公司得以順利營運、運作資本，以及業務的種類和範圍之上的商業名譽與信用<sup>26</sup>，實務上典型的例子如：經理人為了自己的利益，而以公司為私人或其他公司的債務作保<sup>27</sup>。「權限」則包括法律與章程中明訂，與領導公司的功能有關的權限<sup>28</sup>。法國實務上認為，如果經理人為了自己的利益，在收取仲介費後，穿針引線，為其他公司與自己的公司簽訂契約，而未同時直接造成公司損害的情形，也可以落在「使用權限」

<sup>20</sup> Anders, aaO. (Fn. 19), S. 475; Cappel, aaO. (Fn. 12), S. 199; Foffani, ZStW 2010, aaO. (Fn. 13), S. 375; Lüthge, aaO. (Fn. 7), S. 112.

<sup>21</sup> Cass. crim. 30.01.1974, Urteil Nr. 73-91.521. 轉引自Krafft, Die Rozenblum-Doktrin, ihre Fortschreibung bis zur Gegenwart und ihr Vergleich zur Treuepflicht im faktischen GmbH-Konzern, 2020, S. 47.

<sup>22</sup> Cass. crim. 24.09.2008, Urteil Nr. 08-80.872. 轉引自Krafft, aaO., S. 47.

<sup>23</sup> Cass. Crim. 15.03.1972, Urteil Nr. 71-91.378. 轉引自Krafft, aaO., S. 47.

<sup>24</sup> Cass. crim. 14.11.1973, Urteil Nr. 72-93.925. 轉引自Krafft, aaO., S. 47.

<sup>25</sup> Cass. crim. 03.10.2007, Urteil Nr. 07-81.603. 轉引自Krafft, aaO., S. 47.

<sup>26</sup> Krafft, aaO., S. 48.

<sup>27</sup> Cass. crim. 31.01.2007, Urteil Nr. 02-85.089; 05-82.671. 轉引自Krafft, aaO., S. 48.

<sup>28</sup> Krafft, aaO., S. 48.



的範圍之內<sup>29</sup>。「表決權」則是指經理人或董事因為股東的授權而在股東大會上代表股東表決的權利，不過此一類型在法國實務上的重要性相對較低，因為大多數代理行使表決權的情形，都會被上開「權限」的概念所及<sup>30</sup>。從以上對於客體的說明可以進一步推知的是：在財產損害的問題上，法國背信罪的處罰範圍是比德國法更廣的，可以達到抽象危險的程度，不以整體財產出現實害結果為必要<sup>31</sup>；這也就表示了「以結算確認損害」的步驟在法國法中是不需要的。

第三、從行為客觀上的態樣來看，條文中「使用」(Verwendung/usage)的要素，文獻上一般將之理解為「把公司財產據為己有，或者對之加以浪費」的行為，財產客體占有的移轉是不必要的，客觀上出現單純的管理或使用行為就已經足夠，這導致了經理人任何的行為幾乎都可以該當使用這個要素的結果<sup>32</sup>。法國實務更是認為，使用的行為不以單次的個別行為為限，因此背信罪在法國可以是一種繼續犯<sup>33</sup>。至於行為形態的部分，法國實務——在若干少數個案中——雖然認為可以用不作為的方式滿足使用的要素<sup>34</sup>，不過起碼就文獻上的記載來看，多數見解似乎還是認為只能以積極作為的方式滿足使用的要素，將使用的概念擴張到不作為的領域，有類推的嫌疑<sup>35</sup>。

<sup>29</sup> Cass. crim. 23.01.1963, Urteil Nr. 62-91.069. 轉引自 *Krafft*, aaO., S. 49.

<sup>30</sup> *Krafft*, aaO., S. 49f.

<sup>31</sup> *Anders*, aaO. (Fn. 19), S. 473; *Foffani*, ZStW 2010, aaO. (Fn. 13), S. 376; *Rönnau*, aaO. (Fn. 1), S. 319.

<sup>32</sup> *Cappel*, aaO. (Fn. 12), S. 200; *Krafft*, aaO. (Fn. 21), S. 50.

<sup>33</sup> Cass. crim. 08.10.2003, Urteil Nr. 02-81.471; Cass. crim. 28.05.2003, Urteil Nr. 02-83.544. 轉引自 *Krafft*, aaO. (Fn. 21), S. 50.

<sup>34</sup> Cass. crim. 15.03.1972, Urteil Nr. 71-91.378. 轉引自 *Krafft*, aaO. (Fn. 21), S. 51.

<sup>35</sup> *Anders*, aaO. (Fn. 19), S. 467; *Lüthge*, aaO. (Fn. 7), S. 113; *Krafft*, aaO. (Fn. 21),



此外，不同於德國法以保護本人的財產法益作為背信罪主要的規範目的，法國刑法是以保護公共利益（*öffentliche Interesse/intérêt général*）為主，商法典中具有刑事制裁效果的背信罪同樣必須服膺於此種保護公共利益的目的，這使得公司的債權人（包含公司員工）的利益也可以被解釋在背信罪所保護的範圍之內，並且進一步導致了，就算有了全體股東事前或事後的同意，也不會影響違背公司（或公司債權人）利益的行為該當背信罪的結果<sup>36</sup>。因為公司的財產不是只為股東的利益而存在，股東會決議的重要性因此無法與公司財產的利益相提並論。

### （二）主觀構成要件

至於主觀要件方面，不同於德國法以間接故意為已足的作法，法國法要求行為人除了一般的故意之外，還必須具備明知使用與公司的利益相違背（*das Wissen der gesellschaftsinteressenwidrigen Verwendung/un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société*）的要素，以及使自己或其他企業獲得利益的意圖（*die Absicht, sich selbst oder andere Gesellschafter bzw. Unternehmen, an denen der Täter interessiert ist, zu bevorzugen/à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement*）<sup>37</sup>。一般來講，只要此類行為超過「一般的風險水準」時，就算是與公司的利益相違背的情

S. 51.

<sup>36</sup> *Anders*, aaO. (Fn. 19), S. 477f., 487; *Cappel*, aaO. (Fn. 12), S. 200; *Ebneroth/Reiner*, aaO. (Fn. 18), Beilage 13, S. 15; *Krafft*, aaO. (Fn. 21), S. 55f.

<sup>37</sup> *Foffani*, ZStW 2010, aaO. (Fn. 13), S. 376; *Foffani*, Tiedemann-FS, aaO. (Fn. 13), S. 777. 亦有德語文獻將此稱之為：內容與意圖近似的「特殊故意（*Spezialvorsatz/dol spécial*）」，見*Anders*, aaO. (Fn. 19), S. 490; *Lüthge*, aaO. (Fn. 7), S. 115.



形<sup>38</sup>。就違背公司利益，使自己或其他企業獲利的意圖來講，經理人以公司的財產償還私人債務的情形固屬無待贅言，法國實務上承認的例子還包括：在關係企業中將某間子公司的財產無償地移轉於其他母／子公司<sup>39</sup>、關係企業彼此交易時對於商品或服務索價過高<sup>40</sup>、將公司資金支付給現實上不存在的空頭公司<sup>41</sup>等情形。並且，此處所指涉的利益可以是有形或無形的利益，例如他人的名譽或者友好的關照也都可以包括在內<sup>42</sup>。

至於行為「是否違反公司利益」的判斷時點，法國法是在行為當下，基於理性、客觀的評價基礎，以向未來預測的方式去決定行為是否具備造成損害的可能性，一旦被認定為是合乎公司利益的行為，那麼就不會因為事後出現意外的損害反過來否定行為之初的合法性；反之，行為的當下如果被認為是「違反公司利益的」，也不會因為後來單純好運沒有造成損害，就反過來認為行為是合乎公司利益的<sup>43</sup>。換句話說，這是一種無法以「沒有發生損害的結果」來舉證推翻的抽象危險。

值得注意的是：由於上述獲利意圖的設定，使得法國法的背信罪並不如德國法一般具有損害犯的性質，而是被（起碼部分）理解為一種獲利犯、一種單純的行為犯<sup>44</sup>。並且，藉由獲利意圖要素的設定，理論上雖然要能發揮與民事制裁分離、達到限制處罰的效果，只不過實務上運作的結果，卻幾乎完全無法達到立法者當初設

<sup>38</sup> Cappel, aaO. (Fn. 12), S. 200; Krafft, aaO. (Fn. 21), S. 52.

<sup>39</sup> Cass. crim. 29.09.1999, Urteil Nr. 98-82.835. 轉引自Krafft, aaO. (Fn. 21), S. 52.

<sup>40</sup> Cass. crim. 09.01.1996, Urteil Nr. 95-81.596. 轉引自Krafft, aaO. (Fn. 21), S. 52.

<sup>41</sup> Cass. crim. 19.10.1987, Urteil Nr. 85-94.605. 轉引自Krafft, aaO. (Fn. 21), S. 52.

<sup>42</sup> Anders, aaO. (Fn. 19), S. 491; Lüthge, aaO. (Fn. 7), S. 115.

<sup>43</sup> Krafft, aaO. (Fn. 21), S. 53.

<sup>44</sup> Cappel, aaO. (Fn. 12), S. 201.



定獲利意圖的目的。主要的原因在於：第一、此處利益指涉的對象過於廣泛，使得幾乎任何形式的動機都可以滿足此處的意圖要求<sup>45</sup>；第二、董事或經理人個人的獲利不必是唯一的行為目的，實務上甚至容許倒置舉證責任，只要公司的資產不是「只」為公司的利益而使用，就必須假設董事或經理人的行為是為了追求私人的利益<sup>46</sup>。結論上來講，法國立法者原本想要透過設定意圖來限縮處罰的作法，可以說是被完全的架空了。

如果用本文一開始所舉的回扣案作為檢驗基礎的話，那麼經理人C因為：第一、任職於有限公司，所以合乎法國商法典第L. 241-3條第4款、第5款的身分要素。第二、收取10萬元的回扣顯然違反A公司的利益，因為如果經理人不索取這10萬元的回扣，A公司以90萬元的價格即可購得該批零件，故此應屬於違反公司利益使用公司財產之行為。再加上法國實務對於意圖的認定標準本即十分寬鬆，因此如無意外，行為人的故意與獲利意圖應該都是可以肯定的。準此，本例中經理人C應構成法國商法典中的背信罪；不過值得提醒注意的是，如果這筆金額被定性成「賄賂」，亦即供應商本即無降價的打算，從自己的財產中提供10萬的目的，只是為了與A公司的經理人建立良好關係的話，則由於A公司未受有不利益，因此並不會構成法國商法典中的背信罪<sup>47</sup>。因此法國法的獲利意圖是必須建立在公司損害之上的。

### (三)小結：對於法國法的簡評

對於上述法國背信罪的設計方式，文獻上有著頗為深刻的評

<sup>45</sup> Cappel, aaO. (Fn. 12), S. 201; Lüthge, aaO. (Fn. 7), S. 115; Rönnau, aaO. (Fn. 1), S. 319.

<sup>46</sup> Cass. crim. 09.07.1998, Urteil Nr. 97-80.511. 轉引自Krafft, aaO. (Fn. 21), S. 60f.

<sup>47</sup> Lüthge, aaO. (Fn. 7), S. 230f.



析。總的來說，這種針對特定身分量身定做、設計制裁規範的作法——起碼從若干德國學說的立場來看——很難說得上是特別的成功。

先就客觀構成要件來講，法國法對於行為主體的身分做出較為嚴格的限制，因此表面上看起來，列舉身分或特定規範對象的方式在法安定性的要求方面，似乎是比較值得肯定的<sup>48</sup>，但是這種作法卻往往必須面對掛一漏萬的問題。因為事實上我們並無法合理的說明，為什麼只有具備「董事長、執行董事或經理人」這種法定列舉身分之人才能構成背信罪，但是在類似身分或與公司之間有相類似財產管理關係之人，例如清算人、監察人等，在違反公司利益使用公司財產時，就不會構成背信<sup>49</sup>。

其次，即便我們肯定特別專業領域之人有義務依照特別規定，去遵守他們應遵守的行為規則，但是這種與核心刑法分離的立法方式，必然會伴隨著制裁與保護的漏洞、減損主刑法規範指導效果的副作用<sup>50</sup>。在這種情況下，如果要避免掛一漏萬的制裁結果，持續的創設新增的特別規定，擴張解釋其他與背信罪類似的構成要件，或者以法官造法的方式來彌補制裁的漏洞，就會是屢見不鮮的作法<sup>51</sup>。

此外，儘管背信罪中財產損害的認定標準在德國一直都是文獻的聚訟之處，但是比起完全拋棄財產損害要素的法國法來講，背信罪在德國的入罪門檻還是相對較高的。完全拋棄損害要素的作法可能會造成處罰過於提前的問題，這也是吾人在設計制裁規範時必須

<sup>48</sup> 單方面從明確性的角度強調列舉規定的優越性者，如 *Cappel*, aaO. (Fn. 12), S. 211ff.

<sup>49</sup> *Rönnau*, aaO. (Fn. 1), S. 315.

<sup>50</sup> *Rönnau*, aaO. (Fn. 1), S. 314.

<sup>51</sup> *Foffani*, Tiedemann-FS, aaO. (Fn. 13), S. 776; *Rönnau*, aaO. (Fn. 1), S. 316.





特別注意的。

當然，法國立法者在拋棄了財產損害要素的同時，並沒有同時放棄了限縮處罰背信行為的嘗試，所以法國在背信罪中還是有從主觀面去做出不法意圖的限制。只不過這種限制方式同樣很難說的上是成功的作法。因為：

第一、在背信罪中設定不法意圖的國家雖然不能說罕見<sup>52</sup>，但是適用的時候卻不斷的放寬認定標準，或者認為意圖只需要達到一般故意的水準即為已足，或者將意圖的內容擴張到非實體的利益，例如名譽或信用等<sup>53</sup>，這造成了意圖設定的目的受到了架空。第二、司法實務上，意圖本來就一直面臨難以證明的問題，將之設定為可罰性條件的結果，從無罪推定、罪疑唯輕的觀點來看，難免有淘空構成要件的嫌疑<sup>54</sup>。第三、特別是為自己或第三人獲利的意圖類型，會使得背信罪從「財產損害犯」變成「財產獲利犯」，形成令人難以接受的處罰漏洞<sup>55</sup>，因為這會使得被害人受有財產損失的結果無關緊要，只要行為人主觀上沒有獲利的意圖，就不會構成背信罪。

結論上來講，如果認為法國制裁背信的不穩定性更甚於德國系統的話，應該是一個相對中肯的評價。畢竟明文列舉、限縮處罰主體以及排除處罰不作為的作法，固然有著節制刑法發動、符合刑法謙抑思想的優點，但是這種作法卻也同時付出了違反平等原則、擴

<sup>52</sup> 除了法國之外，西班牙、義大利、丹麥、挪威、瑞士、日本，見Rönnau, aaO. (Fn. 1), S. 320. 甚至我國都採取類似的作法。

<sup>53</sup> Anders, aaO. (Fn. 19), S. 491; Rönnau, aaO. (Fn. 1), S. 320.

<sup>54</sup> Rönnau, aaO. (Fn. 1), S. 321.

<sup>55</sup> Bacigalupo, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, S. 201, 208; Haas, Die Untreue, 1997, S. 55; Schramm, aaO. (Fn. 11), S. 266; Rönnau, aaO. (Fn. 1), S. 321.



張解釋以及法官造法的代價<sup>56</sup>。

## 二、英美系統：英國法部分

傳統上來講，英美法對於背信行為並沒有獨立的制裁規定，而是以把背信當成詐欺的一種次級類型的方式來處理。至於英國則是直到2006年才有一部專門針對詐欺行為量身定做的詐欺法案（*Fraud Act 2006*）。此外，除了下文（貳、二、(一)）即將介紹的規定之外，若干本文礙於篇幅，無法詳盡介紹的詐騙類型也散見在許多特別法中<sup>57</sup>，它們與以下介紹的詐欺法案（貳、二、(二)）之間往往會有重疊的可能；並且，這一類違反誠信的犯罪行為通常也會被普通法（*Common Law*）之下「共謀詐欺」（*conspiracy to defraud*）的概念所舍括。

一般來講，共謀詐欺主要運用在兩種案件類型中：第一、二人或數人間，以違反誠信（*dishonesty*）的方式，合意使他人喪失為他人所有或可能為該他人享有權利之某物（*something*）；以及二人或數人間，以違反誠信的方式損害（被害人之）財產權者，為共

<sup>56</sup> *Rönnau*, aaO. (Fn. 1), S. 322.

<sup>57</sup> 這類犯罪例如：最早規定於1929年公司法中主要針對公司負責人，現規定於2006年公司法第993條的詐欺交易罪（*Fraudulent Trading*）；原規定於1986年的金融服務法以及1993年刑事司法法案中，自2000年改列於金融服務與市場法第397條的投資詐欺罪（*Investment Fraud*）；針對公司內部人員非為公司利益或者為第三人利益而濫用權限地位，規定於2006年公司法第735條的公司詐欺罪（*Company Fraud*）；現規定於1986年破產法第89條的破產詐欺罪（*Insolvency Fraud*）；以及2010年的賄賂法案（*Bribery Act*）等相關的規定。礙於篇幅的限制，本文只能針對詐欺法案的歷史沿革做較為詳盡的介紹。這些特別法中的相關犯罪，除行文之處有提及的必要之外，原則上不做深入的討論，合先敘明。



謀詐欺<sup>58</sup>。對於被害人權利造成可能的危險即為已足<sup>59</sup>。第二、合意以詐術使公職人員為一定之作為或不作為，若該公職人員未受欺騙，將不會為此作為或不作為者，亦為共謀詐欺<sup>60</sup>。由此處對於共謀詐欺的描述來看，不難推知，本罪會因其構成要件的彈性，使得打擊範圍十分廣泛，文獻上自然不乏有明確性原則方面的質疑<sup>61</sup>。

因此，2006年詐欺法案立法之初的其中一個目的，就是希望以更精確的構成要件來取代共謀詐欺的概念<sup>62</sup>。不過從法案通過後的文獻記載來看，共謀詐欺的概念在英國並沒有完全地被放棄，起碼在兩種情況之下，共謀詐欺的概念會受到補充性的適用，當<sup>63</sup>：

第一、如果不以共謀或者連續性犯罪行為的方式起訴，無法對法院說明完整的犯罪情況，國家的司法利益無法落實；第二、那些只能用共謀詐欺來追訴的案件類型。英國實務不願意全面拋棄共謀詐欺的原因其實不難理解，畢竟寬鬆的構成要件既可以簡化起訴書的記載，也能發揮填補處罰漏洞的功能<sup>64</sup>。此外，「違反誠信」的概念除了在共謀的部分之外，更是貫穿了接下來的竊盜法案與詐欺法案；違反誠信在詐欺、背信、竊盜、侵占等財產犯罪中，幾乎都成為英國法上不可或缺的概念，當然也因為這個概念在解釋上的彈性，引發了不小的問題。

<sup>58</sup> Scott v. Metropolitan Police Commissioner [1975] AC 819 at 840F per Viscount Dilhorne.

<sup>59</sup> SIMON FARRELL, NICHOLAS YEO & GUY LADENBUGE, THE FRAUD ACT 2006, para. 3.31 (2007).

<sup>60</sup> Welham [1961] AC 103.

<sup>61</sup> JACQUES PARRY & ANTHONY ARLIDGE, ARLIDGE AND PARRY ON FRAUD, para. 7-003 (3d ed. 2007); FARRELL, YEO & LADENBUGE, *supra* note 59, paras. 3.47-3.52.

<sup>62</sup> FARRELL, YEO & LADENBUGE, *id.* paras. 1.03, 3.36.

<sup>63</sup> *Id.* para. 1.04.

<sup>64</sup> *Id.* paras. 3.40-3.41.



### (一)2006年詐欺法案通過前

#### 1. 傳統作法擴張或補充Larceny的概念以填補漏洞

除了以上「共謀詐欺」的概念之外，從法治史的角度觀察，英國法歷史上主要是以Larceny這個普通法上的概念來處罰一切「意圖從占有人處取走物品」的行為<sup>65</sup>。不過文獻上指出：與其說Larceny是以保護財產為目的，還不如認為是用來制裁因為犯罪行為造成的和平破壞<sup>66</sup>。所以早期來講，Larceny的概念並不包括行為人已經占有標的物，或者以詐術使本人交（託）付財物的情形，因為這一類的行為客觀上都沒有造成即時可見的紛亂<sup>67</sup>，想要用Larceny的概念來全面性地處理我們當代所理解的背信或侵占行為，顯然是力有未逮的。

英國立法者為了彌補這種制裁上的漏洞，在1757年的時候創設了「不實陳述取得」（obtain by false pretense）的構成要件<sup>68</sup>，並且隨著工商業的發達，以持續擴張Larceny的方式填補漏洞，處罰的範圍因此逐漸擴張到本人對於標的物只具備間接占有的情形<sup>69</sup>；透過實際上去區分侵害他人直接占有與因為信賴地位而侵吞他人財產的情形，我們當代理解的意圖為自己所有的侵占罪（embezzlement）才約莫在相當的時期逐漸成形<sup>70</sup>，這應該算得上是英國法中與背信行為有關的一支發展方向。

另外一支在英國法上與侵占近似，並且同樣可以和德國法上所理解的背信行為牽上關係的，則是一個稱之為「詐欺式轉換」

<sup>65</sup> Du Bois-Pedain, ZStW 2010, S. 325, 326.

<sup>66</sup> WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL LAW 968 (5th ed. 2010).

<sup>67</sup> FARRELL, YEO & LADENBUGE, *supra* note 59, para. 1.11.

<sup>68</sup> Du Bois-Pedain, aaO. (Fn. 65), S. 326.

<sup>69</sup> LAFAVE, *supra* note 66, at 969.

<sup>70</sup> Du Bois-Pedain, aaO. (Fn. 65), S. 326.



(*fraudulent conversion*) 的構成要件<sup>71</sup>。文獻上認為：如果對於侵占的行為必須加以制裁的話，那麼將「『詐欺式轉換』這種原本用於處罰任何人因為占有他人之物卻加以侵吞的構成要件，一般性地運用在竊取雇主財產的員工上，並且對之科以特殊責任」的作法，毋寧是更為重要的。因為：在竊盜的情形，行為人對於所竊取的客體根本沒有任何權利可言，竊盜的行為可以透過秘密為之，或者現實上取得的特徵，很輕易地被辨識出來，竊盜罪的行為人與被害人之間沒有任何關係；在侵占的情形，行為合法與否的界線往往取決於權限的問題，但這卻可能是不清楚的<sup>72</sup>。德語中甚至有文獻將「*embezzlement*」和「*fraudulent conversion*」這兩個概念當成同義字來理解，認為它們都是在「未破壞持有的狀態之下取走財產」(*Wegnahme von Vermögen ohne Gewahrsamsbruch*)，並且無法為 *Larceny* 所涵蓋的行為類型<sup>73</sup>。

## 2. 1968／1978年的竊盜法案

直到1968／1978年的竊盜法案 (*Theft Act 1968/1978*) 公布後，上述這種英國傳統上處理財產犯罪的作法才算逐漸受到取代。這部法案算得上是英國針對財產犯罪第一部較為現代的法案。當中除了規定了最基礎的竊盜行為之外，還將我們一般所理解的侵占、詐欺以及背信等各種財產犯罪當成廣義竊盜 (*Theft*) 概念的下位類型，羅列其中。

竊盜法案第1條第1項前段開宗明義地規定：意圖持續剝奪他人所有，違反誠信地以任何詐術獲取屬於他人之財產者，為竊盜罪；

<sup>71</sup> *Du Bois-Pedain*, aaO. (Fn. 65), S. 326.

<sup>72</sup> SANFORD H. KADISH & MONRAD G. PAULSEN, *CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES* 633-34 (3d ed. 1975).

<sup>73</sup> *Boerger*, *Zur Schutzfunktion des Wirtschaftsstrafrechts*, 2018, S. 127.



同條第3項規定：本法案以下五條規定之效力，及於本條之解釋及適用（並且，除本法案別有規定外，應以本條之規範目的為限）<sup>74</sup>。法案的第2條第1項對於「違反誠信」的概念是以負面排除的方式，加以描述。亦即當行為人有(a). 相信自己在法律上有權或為自己或第三人剝奪他人之財產；或者(b). 將財產據為己有，並相信該他人知悉相關情狀時會予以同意；或(c).（除為財產受託人或他人之代理人外）將財產據為己有係因財產之所有人無法以合理之方式調查得知，等三種情形時，才不算是違反誠信；並且在第2項指出是否願意為該財產支付對價與是否違反誠信無關的立場<sup>75</sup>。

法案的第4條第1項<sup>76</sup>對於財產的定義，是除了金錢之外，還包

<sup>74</sup> 1968年竊盜法案第1條第1項前段與第3項原文如下：(1) A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it; (3) The five following sections of this Act shall have effect as regards the interpretation and operation of this section (and, except as otherwise provided by this Act, shall apply only for purposes of this section).

<sup>75</sup> 1968年竊盜法案第2條原文規定如下：

(1) A person's appropriation of property belonging to another is not to be regarded as dishonest—

(a) if he appropriates the property in the belief that he has in law the right to deprive the other of it, on behalf of himself or of a third person; or

(b) if he appropriates the property in the belief that he would have the other's consent if the other knew of the appropriation and the circumstances of it; or

(c) (except where the property came to him as trustee or personal representative) if he appropriates the property in the belief that the person to whom the property belongs cannot be discovered by taking reasonable steps.

(2) A person's appropriation of property belonging to another may be dishonest notwithstanding that he is willing to pay for the property.

<sup>76</sup> 1968年竊盜法案第4條第1項原文如下：“Property” includes money and all other property, real or personal, including things in action and other intangible property.





括一切不動產、個人財產、得以訴訟請求之物或其他無形資產；由此定義可以推知，英國法並沒有像德國法一般，嚴格區分整體財產（Vermögen）或個別財產（Eigentum）的概念。法案的第3、5、6條，則是分別對據為己有、他人所有，以及意圖持續剝奪等概念，做出立法定義，這些定義性的規定亦適用於法案中的其他犯罪。

與背信罪較為有關的，當屬法案的第15條「詐術取財」（Obtaining property by deception）、第15a條「詐術匯款」（Obtaining a money transfer by deception）以及第16條「詐術得利」（Obtaining pecuniary advantage by deception）等相關規定。竊盜法案第15條第1項規定<sup>77</sup>：意圖持續剝奪他人所有，違反誠信地將屬於他人之財產據為己有者，處十年以下有期徒刑。同條第4項規定<sup>78</sup>：本條所稱詐術，指任何（故意或輕率）就關於事實或法律，包括施用詐術者以及任何他人當下之目的，以文字或行為所為之詐術。同法第15a條第1項規定<sup>79</sup>：為自己或他人以任何詐術違反誠信地取得匯款者，構成刑事犯罪。同法第16條第1項規定<sup>80</sup>：為自己或他人

<sup>77</sup> 1968年竊盜法案第15條第1項原文如下：A person who by any deception dishonestly obtains property belonging to another, with the intention of permanently depriving the other of it, shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding ten years. 不過竊盜法案第15、15a以及16條均已為2006年詐欺法案所取代。

<sup>78</sup> 1968年竊盜法案第15條第4項原文如下：For purposes of this section “deception” means any deception (whether deliberate or reckless) by words or conduct as to fact or as to law, including a deception as to the present intentions of the person using the deception or any other person.

<sup>79</sup> 1968年竊盜法案第15a條第1項原文如下：A person is guilty of an offence if by any deception he dishonestly obtains a money transfer for himself or another.

<sup>80</sup> 1968年竊盜法案第16條第1項原文如下：A person who by any deception dishonestly obtains for himself or another any pecuniary advantage shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding five



以任何詐術違反誠信地取得財產上利益者，處五年以下有期徒刑。

文獻上指出，儘管上開這些新設計的構成要件部分地填補了長期以來的制裁漏洞，但是卻也同時製造了新的問題。主要原因在於：第一、就我國或德國所理解的詐欺或背信的部分來講，英國立法者為了處理Larceny原本所無法包括的情形，因此將構成要件設計的重心擺在施用詐術（operative deception）的部分，但是當時的少數見解在第八次法律修正案的報告中就已經指出，這種作法會使得施用詐術的解釋變得極為複雜，並且偏離了非難的重心，因此建議詐欺行為非難的重點應該設定在「基於獲利的意圖而施用詐術」才對<sup>81</sup>，損害與獲利之間的關連性不應該是觀察詐欺行為的重點，只不過這項建議並沒有為當時竊盜法案的立法者所採納<sup>82</sup>。第二、從竊盜法案第15條、第15a條以及第16條的結構來看，這些犯罪彼此之間雖然有所區別，但往往卻又相互重疊，經常造成檢察官在選用條文時發生錯誤<sup>83</sup>。第三、不論是竊盜法案第1條第1項對於竊盜的規定，或者是第15條以下各種施用詐術的犯罪類型，「違反誠信」的要素在英國財產犯罪中，一直都扮演著限縮構成要件的重要角色。但是竊盜法案第2條以列舉負面要素排除違反誠信概念的作法，其實沒有辦法有效建構違反誠信的概念內涵。因此在指標性的Ghosh案中，英國法院對於違反誠信的要素分別從客觀與主觀方面提出了兩階段的檢驗方法<sup>84</sup>：客觀面來說，依照一般的標準，一個理性與正直之人是否會認為被告之所為是違反誠信的；如果答案為肯定，那麼必須進一步檢驗：行為人主觀上是否知悉，理性或正直

---

years.

81 FARRELL, YEO & LADENBUGE, *supra* note 59, para. 1.14.

82 *Id.* para. 1.15.

83 *Id.* para. 1.17.

84 [1982] QB 1053.



之人會認為他的所為是違反誠信的。不過，光是從以上的檢驗步驟就不難推知，如果這種限縮的嘗試難以發揮效果的話，並不令人意外<sup>85</sup>。文獻上就明確指出，這種主客觀共生（hybrid）的檢驗模式，反而容易得出當被告自己的標準越是偏離社會一般期望時，越不會該當違反誠信要素的奇怪結果<sup>86</sup>。

此外，在「行為客觀上是否違反誠信」的問題上，英國實務也不是完全以民法上財產劃歸的標準為基礎。例如Hinks案即是如此的情形<sup>87</sup>：女性被告Hinks故意接近不諳世故、涉世未深的被害男子，並與之交好，在接下來的數月內以話術使被害人逐次將存款贈與給自己，直到被害人一文不名時，雙方的友誼就隨之煙消雲散，被告旋即也就人間蒸發。本案中，法院對於男子的行為能力並沒有提出質疑，肯定被害人有贈與的意願且此贈與不得撤銷，但仍然認為被告構成竊盜罪，因為被告是利用自己對於判斷力較為薄弱之人引發錯誤希望的方式，來取得他人的財產，所受的贈與因此仍然該當於竊盜罪中「違反誠信」的要素。

## （二）2006年詐欺法案通過後

鑑於竊盜法案的不足之處，英國立法者在2006年又制訂了詐欺法案（Fraud Act 2006，於2007年1月15日生效）用以專門處理詐欺（以及我國和德國系統之下所理解的背信）的問題。詐欺法案第1條第1項規定：違犯第2項所稱之任一規定者，為詐欺罪；同條第2項則是列舉了第2條的「不實陳述詐欺」（Fraud by false representation）、第3條的「未揭露訊息詐欺」（Fraud by failing to disclose

<sup>85</sup> *Du Bois-Pedain*, aaO. (Fn. 65), S. 331.

<sup>86</sup> C. MONAGHAN & N. MONAGHAN, FINANCIAL CRIME AND CORPORATE MISCONDUCT, Para. 1.4.2. (2020).

<sup>87</sup> [2000] 4 All ER 833 (HL).



information) 以及第4條的「濫用地位詐欺」(Fraud by abuse of position) 等三種英國立法者所定義的詐欺形態。與背信罪較為相關的，當非第4條的濫用地位詐欺莫屬。該條第1項規定：(a) 具備受有期待保護或不侵害他人財產利益之地位之人，(b) 違反誠信地濫用地位，並且(c) 意圖以濫用地位之方式(i) 為自己或他人獲利，或者(ii) 造成他人損失或使他人暴露於損失的風險之中者，違反本條之規定；第2項則是將不作為的形態一併納入處罰<sup>88</sup>。法案的第5條雖然有對於獲利與損失的定義做出說明，但還是延續著竊盜法案的立場，主要還是以金錢或其他財產為限，而後者及於智慧財產的範圍，儘管智慧財產較少有獲得或損失的問題<sup>89</sup>。

<sup>88</sup> 詐欺法案第4條原文規定如下：

(1) A person is in breach of this section if he—

(a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person,

(b) dishonestly abuses that position, and

(c) intends, by means of the abuse of that position—

(i) to make a gain for himself or another, or

(ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

(2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act.

<sup>89</sup> 詐欺法案第5條原文規定如下：

Section 5 defines the meaning of “gain” and “loss” for the purposes of sections 2 to 4. The definitions are essentially the same as those in section 34(2)(a) of the Theft Act 1968 and section 32(2)(b) of the Theft Act (Northern Ireland) 1969. Under these definitions, “gain” and “loss” are limited to gain and loss in money or other property. The definition of “property” which applies in this context is based on section 4(1) of the Theft Act 1968 (read with section 34(1) of that Act) and section 4(1) of the Theft Act (Northern Ireland) 1969 (read with section 32(1) of that Act). The definition of “property” covers all forms of property, including intellectual property, although in practice intellectual property is rarely “gained” or “lost”.



### 1. 客觀構成要件

先就地位的要素來講，英國立法者認為：這種保護財產或者不侵害他人財產利益的地位，可能存在於受託人與受益人、主管與公司、專業人士與客戶、代理人與本人、受僱人與僱傭人或者合夥人、甚至家庭成員等其他無償的關係中，並且幾乎在所有的案例中，這種特殊地位都會受到民事法的承認；對於本罪的構成來講，任何此類的地位都已經足夠。只不過英國立法者也同時強調，雖然看不出來此類地位的重要性，但這並不代表進一步的去探究事實是不需要的，某項事實是否能夠彰顯或者作為此種特殊地位的原因，必須委由法官或陪審團定之<sup>90</sup>。文獻上指出，英國立法者似乎認為，此種民事上承認的特殊地位其實就相當於一種對於他人利益的受託義務（fiduciary duty），但此種形式上的法律地位卻不一定是必須的，因為這種特殊地位並非只會來自於契約關係，也可能源自於人與人之間純粹事實上的信賴關係，例如在民法上沒有特殊地位之人，卻仍然可能因為特殊的義務關係而成為濫用地位詐欺罪的行為人<sup>91</sup>。

其次，所謂的「濫用」並不取決於行為人的行為是否逾越內在授權的民事範圍，它可以是任何一種利用會惡化被害人地位的單純事實上風險的行為<sup>92</sup>，主要的理由在於：與同法第3條「未揭露訊息詐欺」的規定相較，第4條的規定中並沒有違反義務（which he is under a legal duty）的明文規定，如此將會使得濫用的概念也不

<sup>90</sup> Law Commission of England and Wales, Report No. 276, Cm 5560, 2002, § 7.38. 見 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/notes/division/5/4>，最後瀏覽日：2022年5月25日。

<sup>91</sup> *Du Bois-Pedain*, aaO. (Fn. 65), S. 343.

<sup>92</sup> *Du Bois-Pedain*, aaO. (Fn. 65), S. 344.



取決於行為是否違反民事上的義務<sup>93</sup>。文獻上因此認為，在第4條第1項b段中，濫用要素的概念是不清楚的，它指的毋寧是以違反誠信的方式，不去履行保護他人財產的期待或者不去侵害他人財產利益的行為<sup>94</sup>。因此，幾乎任何違反誠信的行為都會該當濫用的要件；只要行為人有將自己的利益置於本人的利益之前的意圖，而以違反誠信的方式，去製造與忠誠義務相違背的個人利益<sup>95</sup>，例如受僱於啤酒廠的經理人為了獲取私人的利益，在經營場所出售私人供貨的啤酒，就已經足以構成本條第1項之罪<sup>96</sup>。

果若如此，那麼能夠在客觀面上發揮限制構成要件功能的，大概只剩下「違反誠信」的概念了。然而，詐欺法案中對於違反誠信的解釋基本上是沿襲著竊盜法案的立場<sup>97</sup>。依照以上在Ghosh案中對於違反誠信的兩階段檢驗方式來看，如果期待用違反誠信的要素去限縮本罪的打擊範圍，恐怕是有點不切實際的，因為法院既沒有對「違反誠信」提出明確的客觀標準，也沒有就實質內涵做出具體的說明。文獻上也明確指出，在特定的情況下，違反誠信甚至不需要與保護或者不去侵害本人的財產有關，只需要有「一般誠信之人不會如此行為」的印象就已經足夠，此類違反誠信的行為通常也就是濫用信賴地位的行為<sup>98</sup>。如果把竊盜罪中相同的邏輯轉用到濫用地位詐欺罪來看，那麼更不難理解，為何英國文獻會有「本罪的成立與否與民事義務的違反無關」的立場。據此，受僱人如果有要求或收受賄賂的行為時，即可能構成詐欺法案第4條第1項的濫用地位

<sup>93</sup> PARRY & ARLIDGE, *supra* note 61, para. 2-061.

<sup>94</sup> *Id.* para. 6-044.

<sup>95</sup> *Id.* para. 6-045.

<sup>96</sup> FARRELL, YEO & LADENBUGE, *supra* note 59, para. 2.77.

<sup>97</sup> PARRY & ARLIDGE, *supra* note 61, para. 2-061.

<sup>98</sup> *Id.* para. 2-046.





詐欺罪<sup>99</sup>，應無疑問<sup>100</sup>。

此外，儘管在條文中「獲利」、「損失」以及「使他人暴露於損失的風險」等要素看似能夠在限縮處罰的方面上提供若干的助益，但是如果我們仔細觀察條文的結構不難發現，不管是獲利、損失或者使他人暴露於損失的風險，其實都是意圖的對象（...intends, ... (i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss...）。這些要素是意圖的內容，意圖是一種過剩的內心傾向，它的內容是客觀上不需要實現的要素<sup>101</sup>，因此從構成要件的客觀層面來講，本罪的構成並不要求我們一般所理解的「實害結果」。也就是說，不僅行為的客觀面是否產生損害結果無關緊要，就連客觀上是否確實出現「使他人暴露於損失風險」的情狀，都與成罪與否無甚關連，因為這些要素都只需要存在於行為人的內心，作為一種行為的動機就已經足夠了。這也就表示，以結算來確認損害的作法，在英國法上是不存在的。

<sup>99</sup> *Id.* para. 6-044.

<sup>100</sup> 值得提醒注意的是，於2017年，在Ivey v. Genting Casinos這一則牽涉到2006年賭博法案的民事判決中，英國最高法院把Ghosh案中二階段判斷違反誠信的標準做出了若干的修正，判決指出：……法律沒有理由為那些對於當代誠信標準發生錯誤的人開脫，因此在確認行為是否違反誠信時，事實審法院首應調查行為人就犯罪事實認知的真實狀況，一旦確定之後，就應該以一般正直之人的標準來決定是否違反誠信的要素，行為人本身不需要認識到自己的所做所為依照一般客觀標準是為反誠信的……。以上說明，見Ivey v. Genting Casinos UK Ltd. [2017] UKSC 67 at paras. 58, 74. 原本在第二階段取決於行為人主觀認識的標準已經被改變。不過本案畢竟是民事判決，在刑事法方面的認定標準是否會隨之變動，仍有待觀察，見Zach Leggett, *The New Test for Dishonesty in Criminal Law – Lessons from the Courts of Equity?*, 84(1) THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW 44 (2020).

<sup>101</sup> *Du Bois-Pedain*, aaO. (Fn. 65), S. 345.



值得注意的是，由於法案的第4條第2項還規定了不作為的形態，所以濫用地位的要素也可能以不作為的方式展現，除了單純不為保護本人財產的行為或者沒有為本人訂立重要的契約之外<sup>102</sup>，就連違反自我交易或者公平交易的規則時，沒有對於本人完整揭露此等事實的行為，都可能包括在內<sup>103</sup>。只不過，後者嚴格說起來並不是一種受託義務，而是一種「防止不忠實積極行為的義務」（The duty to refrain from positive acts of disloyalty）、是一種源自於信賴本質的「受託人的忠實義務」（The trustee's duty of Loyalty），這種義務禁止受託人從信賴關係中獲取任何秘密的利益，並且與受託人的主要義務並不相同，兩種義務是可以分離觀察的<sup>104</sup>。

最後，在得被害人承諾的問題上，儘管英國法沒有明確的法益概念，但是緊扣著違反誠信的要素，仍然可以得出和德國法類似的結論，因為：如果被害人有同意或承諾的行為（informed consent），那麼義務違反的要素理論上就會受到排除，行為也就算

---

<sup>102</sup> Law Commission of England and Wales, Report No. 276, Cm 5560, 2002, § 7.39. 見 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/notes/division/5/4>，最後瀏覽日：2022年5月25日。

<sup>103</sup> FARRELL, YEO & LADENBUGE, *supra* note 59, para. 6-050.

<sup>104</sup> *Id.* para. 6-051. 不過這種違反揭露義務可以構成本條第2項不作為的觀點，其實在英國文獻中仍存有若干爭議。主要理由有二：第一、詐欺法案的第3條已經處罰的未揭露訊息的詐欺行為，如果將第4條第2項的不作為形態解釋到包括未揭露訊息的情形，將造成第3條與第4條第2項的範圍重疊，使得第3條成為多餘。第二、起碼從英格蘭與威爾斯的實務判決觀察，受託義務的違反不見得一定需要一個積極的作為，而揭露或通知卻是一個積極的動作；對於違反受託義務來講，如果公司董事只是做出在「未來某一時點準備併購的決定」卻沒有立即通知公司此項決定的話，仍然是不足夠的。以上說明，見 *Id.* paras. 6-055-6-059.



不上是「違反誠信」的<sup>105</sup>。

## 2. 主觀構成要件

傳統上，英國法也將意圖理解成一種行為的目的。一般來講，如果結果是行為有意引起的，或者，如果結果通常是行為的當然後果，並且為行為人主觀上所明知的話，此時行為人對於結果就算是有意圖的<sup>106</sup>。由此處的描述可知，英國法上對於意圖的要求並沒有特別嚴格，它只需要達到一般故意的水準即可，如果行為人有意造成損失，或者幾乎可得確信行為會造成損失或者造成損失的風險的話<sup>107</sup>；換句話說，在英國法中，雖然條文中的用字為意圖（*intend*），但是如果法律沒有特別要求的話，對於這種主觀要件用一般故意的證明水準來處理，就已經足夠<sup>108</sup>。

當然，行為人主觀上必須具備故意，亦即對於濫用地位與違背誠信等客觀構成要件要素必須有所認識，也就是知道「正直之人」會認為其所做所為是違反誠信的。

回到本文一開始所舉的例子，因為：第一、行為人C作為A公司的經理人，屬於詐欺法案第4條第1項a段所指，具備受有期待保護或不侵害A公司財產利益地位之人。第二、同法第4條第1項b段所指的濫用，幾乎可以和違反誠信劃上等號，並且一般誠信的受僱人不會向契約的他方私下要求「回饋」，考慮到違反誠信在英國法中與財產所有權的劃分之間沒有必然的關連，因此不管這筆「回饋」的性質，是由A公司給付之後再經供應商回流到經理人手上的「回扣」，或是由供應商B以自己的財產所提供的「賄賂」，此種

<sup>105</sup> PARRY & ARLIDGE, *supra* note 61, para. 6-060

<sup>106</sup> FARRELL, YEO & LADENBUGE, *supra* note 59, para. 2.24.

<sup>107</sup> PARRY & ARLIDGE, *supra* note 61, paras. 3-018-3-020.

<sup>108</sup> *Du Bois-Pedain*, aaO. (Fn. 65), S. 345.



「索賄」的行為都是違反誠信的。第三、經理人基於自己承辦採購的地位，為自己向供貨商要求10萬元的回饋，通常也會該當本條第1項c段(i)目的「以濫用地位的方式為自己獲利的意圖／故意」的要素。再加上如果行為人認知到自己的行為將會被正直之人評價為違反誠信的話，一旦經理人提出回饋的要求，就已經構成英國詐欺法案第4條第1項的濫用地位詐欺罪。至於A公司實際上是否出現財產損害，則是在所不問。

### (三)小結：對於英國法的簡評

從以上的簡短介紹不難得知，其實英國並非不處罰（類似）背信的行為，只不過並沒有把它稱為「背信罪」，而是當成一種詐欺的次級類型，以「濫用地位詐欺罪」名之罷了。傳統上來講，英國法上對於背信行為的處罰範圍其實不甚清楚，早期通常用挖東牆補西牆的擴張解釋（例如擴張Larceny）或者用相當概括（例如共謀）的概念來處理。對此，德語文獻就明白指出：事實上，幾乎所有的法律系統都處罰侵害財產的行為。在那些傳統上沒有將背信罪獨立出來的國家，為了達到有效保護財產的需求，勢必得採取擴張解釋其他財產犯罪構成要件的方式，來填補因為沒有獨立處罰背信這種「由內部侵害財產」（白話版：養老鼠、咬布袋）的規定所產生的漏洞<sup>109</sup>。畢竟刑法不可能只去處罰竊盜之類的小奸小惡，但是對那種握有管理他人龐大財產權利的大人物由內部侵害他人財產的行為，卻選擇視而不見<sup>110</sup>。果若如此，那麼這種讓背信行為寄生在其他財產犯罪概念之下的作法，往往就會伴隨著犧牲構成要件

<sup>109</sup> Rönna, aaO. (Fn. 1), S. 309.

<sup>110</sup> Schünemann, in: Kühne/Miyazawa (Hg.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 17; Schünemann, *StraFo* 2010, S. 1.



明確性要求的結果<sup>111</sup>。

除了處罰範圍可能不明確的問題之外，如果我們進一步將重點放在2006年的詐欺法案，不難發現濫用地位詐欺罪在客觀面上，起碼就不明文列舉身分的規定方式來講，它雖然比較接近德國系統的背信罪（見本文以下貳、肆、）；但是就客觀上不要求財產損害的要素來講，卻又更接近法國系統。因此，相較於德國背信罪甚至連未遂都不處罰的立場，英國的處罰門檻是相對提前的。其次，根據英國1981年的犯罪著手法案（*Criminal Attempts Act 1981*）第1條的規定，一切在英格蘭及威爾斯的未遂犯罪本來也就可能透過正式提起公訴的方式加以追訴、處罰，如果再搭配前述共謀詐欺的概念，英國法的處罰範圍甚至可能比法國法要求對於財產的抽象危險還更為前置，可以達到著手之前預備的階段。

此外，在解釋構成要件時，源自於普通法、幾乎貫串了整個英國財產犯罪法制發展的「違反誠信」要素，也製造了不小的問題，因為是否違反誠信其實缺乏一個精確的標準，最多只能稱得上是一種「法感情」。不過，更大的問題毋寧在於，這種法感情的判斷方式可能已經脫離了保護財產的觀點，並且架空英國立法者在詐欺法案第4條第1項a段中所要求「具備受有期待保護或不侵害他人財產利益之地位」的要素，損害與獲利之間的關連性變得無關緊要；這一點不管是從前述英國學說在詐欺罪中不重視損害與獲利之間關連性的立場，或者是從英國法不區分回扣與賄賂的觀點，都已經可見端倪。違反誠信已經變成濫用地位詐欺罪中最核心的概念，並且進一步導致本罪與「財產保護」的概念之間發生脫勾的現象，可能罰及雖然違反誠信，但卻與財產保護無關的行為。再加上英國法對於意圖證明的要求其實與故意的程度無異，因此結論上來講，比起法

<sup>111</sup> Rönna, aaO. (Fn. 1), S. 309.





國法，英國法的制裁範圍可以說是有過之而無不及。

### 三、英美系統：美國法部分

美國作為英國的殖民地，早期對於制裁背信行為的發展，幾乎與英國完全相同，同樣都受到英國普通法概念的深遠影響<sup>112</sup>。因此與英國相同的是，美國聯邦法典中同樣有共謀罪的規定；我們一般所理解的竊盜（*larceny*）、侵占（*embezzlement*）、詐欺／不實陳述（*False Pretenses*）等，同樣也都被認為屬於普通法中不同形式的竊盜（*Theft*）概念<sup>113</sup>，並且被理解為一種「以持續剝奪所有人財產的意圖而非法取走他人財產」的行為<sup>114</sup>。在普通法中竊盜的大概念之下，其中不實陳述的類型被理解為和德語中的詐欺（*Betrug*）相對應的概念，並且具有綜合截堵的性質，因此不實陳述的打擊範圍除了傳統上我們理解的詐欺行為之外，也會包括到我們所理解的背信行為<sup>115</sup>。從而與英國法相同的是，美國法在概念上也沒有精確地去區分我們所理解的詐欺與背信。

不過與英國法不同之處在於，美國沒有一部全國統一的刑法典。美國各洲對於刑事制裁都有獨立的立法權限，所以這個源自於普通法的竊盜概念並沒有像英國一般，因為詐欺法案的出現而受到了部分的取代。普通法上的竊盜概念因此在美國仍然持續生根、茁壯<sup>116</sup>。

<sup>112</sup> *Darby*, ZStW 1996, S. 548, 554.

<sup>113</sup> LAFAVE, *supra* note 66, at 966.

<sup>114</sup> Stuart P. Green, *Property Offenses*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW 773 (Markus D. Dubber & Tatjana Hörnle eds., 2014).

<sup>115</sup> *Boerger*, aaO. (Fn. 73), S. 274; *Darby*, aaO. (Fn. 112), S. 548.

<sup>116</sup> 與英國法類似的是，如果以經理人收取回扣的案例作為檢驗基礎的話，在美國涉及到的除了本文以下介紹的普通法上的竊盜概念以及郵電詐欺法的規定之外，還可能涉及到美國聯邦法典第18編第641條的竊盜公共財產罪、第664條的受僱人的竊盜或侵占罪、第666條與聯邦資金計畫有關的竊盜或賄賂罪、





### (一)英國的影響：普通法竊盜概念的持續發展

承前，儘管美國各洲有自己的刑法典，但是為了更有效率的統合刑事立法之故，美國法律學會在1962年公布了模範刑法典（Model Penal Code, MPC），並且在1985年發布了模範刑法典註釋。這部法典雖然沒有強制力，但卻是許多洲刑法修正時的重要參考依據（或者換一種說法，模範刑法典其實是美國各洲刑事法律的最低共識），從而對此應有略加說明的必要。

MPC第223條以下繼承了普通法上竊盜罪的概念，處罰各種「非自願財產移轉」的行為。所謂的「非自願」是包括完全沒有獲得被害人同意，或者受到詐欺或脅迫的情形<sup>117</sup>。因此本條的制裁範圍其實可以及於我們一般理解的侵占、竊盜、詐欺、背信、恐嚇取財等，任何非自願性移轉財產的行為。MPC第223.0條第6款對於財產（property）的定義，則是包括：任何具有價值之物，包括不動產、有形和無形的動產、契約權利、可得訴訟或執行的財產權利，以及其他對於財產的利益或主張、門票或運送票券、捕獲或養育的動物、食物和飲品、電能或其他能量<sup>118</sup>。這顯然是受到英國法傳統上對於財產定義的影響，並且是一種比英國竊盜法案第4條第1項還要寬廣的定義，這也就表示了美國法跟英國法一樣，不

---

第2314條運送贓物、證券、金錢、偽造的國家印花稅票或用於偽造罪，以及第1952條的旅行法案，賄賂法案等，散見於各處的諸多規定。作為一篇以收取回扣檢驗背信罪比較結構的短文來講，不可能將上揭規定一網打盡。為免討論失焦，上開規定原則上不在本文以下的說明範圍之內，合先敘明。

<sup>117</sup> MPC and Commentaries (Part II – Vol. 1), § 223.1, at 127.

<sup>118</sup> 本項原文規定如下：

“property” means anything of value, including real estate, tangible and intangible personal property, contract rights, choses-in-action and other interests in or claims to wealth, admission or transportation tickets, captured or domestic animals, food and drink, electric or other power.



嚴格區分整體財產和個別財產的概念，並且財產損害的概念也不以結算以後發生的「實際損害」為必要。

與本文主題較為有關的，主要有：

1. MPC第223.2條的非法取走或處分竊盜罪（Theft by Unlawful Taking or Disposition）。處罰的範圍包括本條第1項的意圖剝奪他人動產而非法取走、控制他人動產的行為<sup>119</sup>。此種類型以行為人以持續剝奪或起碼一段期間內具有消耗動產大部分經濟價值的意圖為必要<sup>120</sup>。如果只是單純一時據為已有的意圖，則仍不構成本項<sup>121</sup>。本條第2項處罰意圖使自己或其他無權之人受有利益，而非法轉讓人不動產或任何其中之利益的行為<sup>122</sup>。由於牽涉到「利益」的關係，所以本項處罰的範圍可能及於德國法上所理解的整體財產，並且意圖也同樣必須超過一定時間，短暫的意圖並不包括在內；如果行為人錯誤的以為權利人會同意自己處分或取走財產的話，也不會構成本條之罪<sup>123</sup>。

2. MPC第223.3條的詐術竊盜罪（Theft by Deception）。本條第1項第3款規定：意圖以詐術獲得他人財產者，為竊盜罪。欺騙係指意圖……(3)對於欺騙者先前製造或強化的錯誤印象不予更正，或對於欺騙者明知與自己有受託或信賴關係（stands in a fiduciary or

<sup>119</sup> MPC第223.2條第1項原文規定如下：

A person is guilty of theft if he unlawfully takes, or exercises unlawful control over, movable property of another with purpose to deprive him thereof.

<sup>120</sup> MPC and Commentaries (Part II – Vol. 1), § 223.2, at 174.

<sup>121</sup> *Id.*

<sup>122</sup> MPC第223.2條第1項原文規定如下：

A person is guilty of theft if he unlawfully transfers immovable property of another or any interest therein with purpose to benefit himself or another not entitled thereto.

<sup>123</sup> MPC and Commentaries (Part II – Vol. 1), § 223.2, at 178.



confidential relationship) 之人將受影響的錯誤印象不予更正……<sup>124</sup>。本條第2項同時也要求欺騙 (deceive) 必須具備財產上的意義<sup>125</sup>。

仔細觀察MPC上開的規定不難發現，其實第223.3條第1項前段對於竊盜罪定義的部分，與英國竊盜法案第15條第1項「意圖持續剝奪他人所有，違反誠信地將屬於他人之財產據為己有者……」的規定基本上如出一轍，唯一的差別在於英國竊盜法案將重點放在「違反誠信」，而MPC則是將重點放在「詐術」(Deception)。考量本條第3款對於欺騙的定義明確要求「與自己有受託或信賴關係」的要素，以及第2項將欺騙限制在與財產相關的事項上，讓人有一種與英國詐欺法案第4條「濫用地位詐欺」頗為相似之感，因為兩者同樣都強調行為人的受託地位以及財產受到影響的要素。因此如果說MPC其實還是帶有許多英國普通法的色彩，應不為過。再加上英美法沒有明確區別故意與意圖的立場，我們所理解的背信行為可以很容易地落入上述規定的射程範圍之內。

所以，在MPC中，我們所理解的背信行為可以是詐術竊盜之下的一種次級類型。並且，這種MPC中繼受自普通法上包山包海的竊盜概念，長久以來存在於美國各州的刑法典中。例如加州刑法

<sup>124</sup> MPC § 223.3第1項第3款原文規定如下：

A person is guilty of theft if he purposely obtains property of another by deception.

A person deceives if he purposely:

[...] (3) fails to correct a false impression which the deceiver previously created or reinforced, or which the deceiver knows to be influencing another to whom he stands in a fiduciary or confidential relationship; [...].

<sup>125</sup> MPC § 223.3第2項原文規定如下：

The term “deceive” does not, however, include falsity as to matters having no pecuniary significance, or puffing by statements unlikely to deceive ordinary persons in the group addressed.



第484條a項前段即規定<sup>126</sup>：任何人以犯罪的方式竊取、移動、攜帶、誘導或駛離他人之動產，或以詐術將他人託付於己之財產據為己有，或明知且故意地以任何錯誤或詐欺陳述或藉口騙取任何他人之金錢、勞務、不動產或動產，或引起或使他人就其財產或商業特徵為虛偽之說明加諸於任何人而獲得信用，並且詐取金錢或財產的占有或取得他人之勞務或服務者，為竊盜罪。

回到本文一開始所舉的回饋案例，如果不對整體財產與個別財產做出嚴格區分的話，那麼當A公司經理人C在採購時故意收取回扣，並且沒有向A公司告知時，可能會構成MPC第223.2條第1項的「非法控制他人財產竊盜罪」、MPC第223.3條第1項第3款的「詐術竊盜罪」。在加州的話，則可能該當加州刑法第484條a項前段中「以詐術將他人託付於己之財產據為己有」，或者該當「明知且故意地以任何錯誤或詐欺陳述或藉口騙取任何他人之金錢」的竊盜行為。

在結束MPC部分的簡短說明之前，最後有必要附帶一提的，是MPC第224.8條其實有「商業賄賂罪」，第224.13條則是有「濫用委託財產及政府或金融機構財產罪」的規定。就前者來講，直到2012年為止，雖然不是全部，但起碼已經有38個州接受了MPC的建議，增設了制裁私領域商業賄賂罪的規定<sup>127</sup>；而後者更少，約

<sup>126</sup> 加州刑法典第484條a項前段原文規定如下：

Every person who shall feloniously steal, take, carry, lead, or drive away the personal property of another, or who shall fraudulently appropriate property which has been entrusted to him or her, or who shall knowingly and designedly, by any false or fraudulent representation or pretense, defraud any other person of money, labor or real or personal property, or who causes or procures others to report falsely of his or her wealth or mercantile character and by thus imposing upon any person, obtains credit and thereby fraudulently gets or obtains possession of money, or property or obtains the labor or service of another, is guilty of theft.

<sup>127</sup> Ryan J. Rohlfen, *Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal*



僅15州有相關規定而已<sup>128</sup>。MPC第224.13條有著與德國法濫權類型的背信罪極為相似的要素，條文明文要求行為人必須「以明知為違法的方式」（in a manner which he knows is unlawful）「使用或處分」（apply or dispose）因「委託而託付於己之財產」（property that has been entrusted to him as a fiduciary）。並且在損害的部分也只要求對於財產或者委託人的利益造成「嚴重的危險或損失」（substantial risk of loss or detriment to the owner of the property or to a person for whose benefit the property was entrusted）即為已足。特別是這種對於損害只要求危險的看法，與德國文獻上「財產危險」的概念堪稱若合符節，只不過由於繼受自普通法上的竊盜概念十分具有彈性，在美國仍然具備支配地位的關係，所以不管是商業賄賂罪或者濫用委託財產罪的規定都只是聊備一格而已，實務上幾乎找不到單獨以商業賄賂或者濫用委託財產罪的判決<sup>129</sup>。

## （二）郵電詐欺法

除了普通法的竊盜概念之外，另外一個文獻上經常提到，可與背信行為相提並論的，則是美國聯邦法典第18編制裁郵電詐欺行為的規定<sup>130</sup>。繼承英國法不對詐欺與背信做詳細區分的立場，美國的郵電詐欺罪同樣可以罰及我國或德國法所理解的背信行為。

---

*Commercial Bribery Laws*, 1 U. CHI LEGAL F. 151, 165-93 (2012).

<sup>128</sup> MPC and Commentaries (Part II – Vol. 1), § 223.2 at 361 note 5.

<sup>129</sup> Boerger, aaO. (Fn. 73), S. 316f., 319ff.

<sup>130</sup> 近似立場，認為美國法上的郵電詐欺罪可以包含到我國背信罪的立場者，中文的說明，見林志潔，未積極揭露利益衝突資訊與受託義務違反之刑事責任（上）——論 *Skilling v. US* 案與美國誠信服務詐欺罪新發展之啟示，月旦法學雜誌，239期，頁137，2015年4月，註腳3；吳盈德，證券交易法特別背信罪「違背職務行為」要件的疑義與解釋，台灣法學雜誌，412期，頁113，2021年3月。



郵電詐欺罪主要可以區分為第1341條的郵件詐欺與第1343條的電信詐欺兩個部分，前者早在1872年就已經出現，創始之初的規範目的，主要在於禁止濫用郵政系統的犯罪行為<sup>131</sup>；後者則是為了因應時代的變遷，而在1952年將制裁的範圍擴增到使用電信設備的部分，同時與前者被Burger大法官合稱為對抗各種詐欺行為的「第一道防線」<sup>132</sup>。時至今日，郵電詐欺的規定幾乎已經是美國制裁經濟犯罪的截堵（catch all）條款<sup>133</sup>。

#### 1. 客觀構成要件

美國聯邦法典第18編第1341條前段規定：任何人策劃或意圖策劃任何詐欺的計畫或詭計，或為取得金錢或財產而以不實或詐欺的陳述、表述或承諾，或為不法使用任何虛偽或偽造之硬幣、合約、證券或其他物品，或任何被指述、暗指或堅稱為虛假之物，而出售、處分、出借、交換、變造、贈與、分配、提供、配置或取得，或為故意實施此類詭計或詐術或著手實施，而在任何郵局或授權保管郵件之處，寄送任何將為郵政服務遞送或派送之物品或東西……處二十年以下有期徒刑，或科或併科罰金<sup>134</sup>。

<sup>131</sup> Peter J. Henning, *Maybe It Should Just Be Called Federal Fraud: The Changing Nature of the Mail Fraud Statute*, 36 B.C.L. REV. 435, 437 (1995); *McNally v. United States*, 483 U.S. 350 at 356 Note 5 (B. S. 339 Fn. 339).

<sup>132</sup> C. J. Burger, *United States v. Maze*, 414 U.S. 395 at 405.

<sup>133</sup> John C. Coffee Jr. & Charles K. Whitehead, *The Federalization of Fraud: Mail and Wire Fraud Statutes*, in *WHITE COLLAR CRIME: BUSINESS AND REGULATORY OFFENSES*, § 9.01 (Otto G. Obermaier & Robert G. Morvillo eds., 2002).

<sup>134</sup> 美國聯邦法典第18編第1341條前段原文如下：

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, or to sell, dispose of, loan, exchange, alter, give away, distribute, supply, or furnish or procure for unlawful use any counterfeit or spurious coin, obligation, security, or other article, or anything represented to be or





就本條的規定來講，迄今為止，其適用範圍其實隨著美國實務的判決與法律的修正，經歷了數個階段的擴張與限縮，從最早將重點放在維護郵政系統的完整性，一直到當代的保護範圍及於「誠信服務」的提供，它在概念——特別是在解釋「任何詐欺的計畫或詭計」的要素上——顯得頗富彈性，因此以下幾個階段的重點變化，值得我們做進一步的瞭解。

(1)對於「詐欺的計畫或詭計」的補強：與保護財產相連結

文獻上認為，原意僅在禁止濫用郵政設施的聯邦法典第18編第1341條第一次的擴張，始於1896年的Durland v. United State案<sup>135</sup>。本案中被告將許諾高額獲利的投資說明書郵寄給被害人，但卻根本不曾有落實投資承諾的意思<sup>136</sup>。當時受到英國普通法的影響，施用詐術的客體以既存的事實為限，未來的承諾不是既存事實，這表示它無法成為「任何詐欺的計畫或詭計」的客體<sup>137</sup>。不過美國聯邦最高法院在判決中仍然表示：「……任何詐欺的計畫或詭計應該做廣泛的理解，單憑對於未來的表述或承諾，就可能促成某些計

---

intimated or held out to be such counterfeit or spurious article, 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.

同編第1343條電信詐欺罪之結構基本上與本條相同，礙於篇幅所限，不再贅述。

<sup>135</sup> Darby, aaO. (Fn. 112), S. 564; JOHN KAPLAN, ROBERT WEISBERG & GUYORA BINDER, CRIMINAL LAW: CASES & MATERIALS 959 (7th ed. 2012); Brette M. Tannenbaum, *Reframing the Right: Using Theories of Intangible Property to Target Honest Services Fraud After Skilling*, 112 COLUM. L. REV. 359, 367 (2012).

<sup>136</sup> Durland v. United State, 161 U.S. 306 at 312 (B.S. 339 Fn. 345).

<sup>137</sup> Aruthur R. Pearce, *Theft by False Promises*, 101 U. PA. L. REV. 967, 967-68 (1953); Tannenbaum, *supra* note 135, at 367.



畫，此與詐欺的計畫或詭計其實無異……法律的目的在於保護公眾對抗所有這類掠奪的企圖，並且避免郵局成為被利用的對象，將適用的範圍侷限於對某些既存事實而有即時誤導陳述的案件，以及將那些誘發金玉其外、華而不實的承諾加以排除的作法，將會喪失法律的價值……<sup>138</sup>」。

美國聯邦最高法院上述的立場，體現在本條於1909年的修正案中。美國立法者在條文中「任何詐欺的計畫或詭計」的要素之後，另外加上了「或為取得金錢或財產而以不實或詐欺的陳述、表述或承諾」(…or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises…)的要素，明確地將保護的範圍擴張到了以「對於未來的事實加以承諾」而「取得金錢或財產」的範圍<sup>139</sup>；並且刪除了條文中原本的「因開啟或意圖去開啟信件而影響」(be effected by opening or intending to open correspondence)的要素<sup>140</sup>。特別是這次新增的要素「取得金錢或財產」，正式開啟了本條規定跨足到保護財產法益的可能性。

(2) 郵政系統弱化成為聯邦管轄的聯繫因素

美國聯邦層級之所以能夠制訂郵電詐欺的刑事制裁規定，是因

<sup>138</sup> Durland v. United States, 161 U.S. 306, at 313-14.

<sup>139</sup> 郵件詐欺罪立法之初（即1872年時）的規定如下：

any person having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or be effected by either opening or intending to open correspondence or communication with any other person..., by means of the postoffice establishment of the United States ... 見Act of June 8, 1872, ch. 335 § 301, 17 Stat. 283, 323. 條文中既無取得金錢或財產的要素，亦無與承諾有關的規定。

<sup>140</sup> Jed S. Rakoff, *The Federal Mail Fraud Statute (Part I)*, 18 DUQ. L. REV. 771, 816 (1980); Brian C. Behrens, *18 U.S. C. § 1341 and § 1346: Deciphering the Confusing Letters of the Mail Fraud Statute*, 13 ST. LOUIS U. PUB. L. REV. 489, 495 (1993).



為根據美國聯邦憲法第1條第8項第3款的規定，這種與跨州境通商行為有關的事項屬於聯邦的立法權限。因此，利用郵政系統的行為，就變成案件落入聯邦管轄範圍的前提條件。不過這個利用郵政系統的前提條件卻在歷來的判決中逐漸弱化，慢慢地變成了只是如同聯繫因素一般的要求而已。例如在 *Perreira v. United States* 案中，聯邦最高法院就認為：「……行為人不必故意去利用聯邦郵政設施，只要能夠合理地預見（*should have reasonably foreseen*）其行為在一般的狀況下，將會造成聯邦郵政設施受到運用的結果，單純在因果上去引發以郵政設備遂行詐欺計畫的事實，就已經足夠……<sup>141</sup>」。在 *Schmuck v. United States* 案中，則是更進一步地不再區分，對於詐欺的計畫而言，跨州間的郵件寄送或電信通連是否是實現構成要件所必要的行為，或者只是詐欺計畫實現後因果上附帶的行為（例如盜刷信用卡購物後寄送的帳單），一旦行為人在實施詐欺計畫的當下，可以一般性的理解到郵政系統的使用可以歸屬於實行詐欺行為的任何一個部分，就已經足夠<sup>142</sup>。

上述的立場與郵電詐欺罪原本以防杜濫用郵電設備為主的立法宗旨，已經有顯然的不同，濫用郵電設備已經被弱化成一個與聯邦管轄有關的聯繫因素。文獻上指出，以現在美國的實務來講，只要能夠證明利用郵政或電信設備的要素與詐欺的計畫有任何一點的關連性，不至於太過無關的話，就可以開啟適用郵電詐欺法的管轄空間<sup>143</sup>。

<sup>141</sup> *Perreira v. United States*, 347 U.S. 1 (1954).

<sup>142</sup> *Schmuck v. United States*, 489 U.S. 705, 715 (1989).

<sup>143</sup> Matthew J. Effken, *The Mailing Element of the Federal Mail Fraud Statute: Schmuck v. United States*, 23 CREIGHTON L. REV. 97, 127 (1989); Henning, *supra* note 131, at 437.



(3)擴張到「誠信服務」：聯邦法典第18編第1346條的誕生

值得特別提醒注意的是，雖然不是美國聯邦最高法院的判決，但是從1941年第5巡迴上訴法院的Shushan v. United States案起，法院開始將「詐欺的計畫或詭計」的範圍進一步擴張到無形的利益（intangible right），也就是被害人方面喪失獲得「誠信服務」（honest services）這種無形利益<sup>144</sup>。本則判決算是誠信服務在美國實務判決中的先河。這種最初的誠信服務概念，其實可以包括到任何依公法規定對於大眾負擔義務，或者任何依私法規定對於他人（特別是企業）負有義務之人，如果因其行為剝奪他人依法獲得誠信服務的話<sup>145</sup>。及至1970年代因為水門案的爆發，以及一連串政界醜聞的關係，使得美國國民對於政府誠信大大動搖，上述這種最原始的、同時及於公、私部門的誠信服務概念遂大量地在下級法院受到承認與運用，誠信服務的違反既不需要金錢、也不需要財產上的損害<sup>146</sup>。

儘管上開這種廣泛理解誠信服務的概念已經為許多美國下級審法院所接受，但是美國最高法院則是遲到1980年代以後，才透過McNally v. United States以及Carpenter v. United States這兩則判決——在一收一放之間——表達了立場。

在McNally v. United States中，聯邦最高法院指出：受到

<sup>144</sup> Shushan v. United States, 117 F.2d 115 (5th Cir. 1941), 本案中文的詳細說明，見林志潔，同註130，頁141。

<sup>145</sup> Darby, aaO. (Fn. 112), S. 56; Michael J. Hostetler, *Intangible Property Under the Federal Mail Fraud Statute and the Takings Clause: A Case Study*, 50 DUKE L.J. 589, 616-17 (2000); Tannenbaum, *supra* note 135, at 368-69.

<sup>146</sup> Geraldine Szott Moohr, *Playing with the Rules: An Effort to Strengthen the Mens Rea Standards of Federal Criminal Laws*, 7 J. OF L., ECON. & POLICY 685, 691 (2011).



*Durland v. United State* 案的影響，國會雖然將未來的指述和財產權納入了保護的範圍，但是這和「任何詐欺的計畫或詭計」仍然是相互分離的要素，這導致了後者可能不需要受到金錢或財產利益限制的結果。這種解釋方式雖然也為上訴法院所採用，但是聯邦最高法院不認為國會在1909年修正本條規定時，有暗示要脫離傳統上對於詐欺的概念所做的一般性理解，亦即「在行為人於其財產權限範圍內，以違反誠信的方式或計畫所為的不法行為，並且通常是利用詭計、詐術或欺騙等方式剝奪具有財產價值之物」的立場，因此郵件詐欺罪應僅及於涉及金錢及財產利益的範圍內，才有所適用；並且排除任何與無形的利益有關的情形<sup>147</sup>。並且，如果國會想要規範的不止於此，那麼它就應該說的更清楚些<sup>148</sup>。

反之，在 *Carpenter v. United States* 案中，聯邦最高法院則是認為：即將刊登的專欄內容是一種財產權，它的無形性並不會使它少於任何財產的保護<sup>149</sup>。金融專欄記者將機密的商業訊息洩漏與股市捐客用於股票交易，仍然是詐欺的行為，報社雖然沒有受到經濟上的損失，但仍然剝奪了報社排除他人使用重要商業訊息的權利，而屬於郵電詐欺罪規範的對象<sup>150</sup>。聯邦最高法院同時也強調：上述的立場與 *McNally v. United States* 案中的觀點並不相互衝突，此處同樣是對於詐欺的概念作一般性的理解，這個概念可以及於以詐術將他人託付於己的物品或金錢，以據為己有使用之目的所為的侵占行為<sup>151</sup>。相較於 *McNally v. United States* 案來講，或許因為本則

<sup>147</sup> *McNally v. United States*, 483 U.S. 350, 358-59.

<sup>148</sup> *McNally v. United States*, 483 U.S. 350, 360.

<sup>149</sup> *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 25.

<sup>150</sup> *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 26.

<sup>151</sup> 判決原文為：...As we observed last Term in *McNally*, the words “to defraud” in the mail fraud statute have the “common understanding” of “wronging one in his



判決主要處理的是內線交易的問題，因此在討論郵電詐欺時，較鮮為我國介紹郵電詐欺罪的文獻所提及；但是實際上，從本案的判決理由以觀，聯邦最高法院明確同意將財產的概念延伸到無形的利益，並且將商業訊息當成一種財產，應該是沒有疑問的。

姑且先不管聯邦最高法院在同一年內兩則相關的判決中，先將無形利益排除在保護範圍之外，沒多久卻又將訊息使用的權利當成財產，兩者之間有沒有自相矛盾的問題，美國的立法者倒是在隔年很快的做出了回應，1988年就在聯邦法典第18編中新增了第1346條，明文將「剝奪他人受有誠信服務的無形利益」納入「詐欺的計畫或詭計」的保護範圍之內，以杜爭議；本條也因此被稱之為「誠信服務詐欺」條款。

(4) 將誠信服務限縮在收取「賄賂」或「回扣」的情形

就在誠信服務詐欺條款通過之後，為數不少的下級法院認為，國會有意回應聯邦最高法院的要求，因此實務上的操作方式，基本上也都回覆到本條增修之前的狀態，朝著擴張解釋誠信服務的方向靠攏<sup>152</sup>。不過也因為在立法理由中欠缺足夠的說明，以至於修法之後仍然爭議不斷，巡迴上訴法院相互之間矛盾的觀點也時有所聞<sup>153</sup>。

---

property rights by dishonest methods or schemes,' and 'usually signify the deprivation of something of value by trick, deceit, chicane or overreaching.'" The concept of "fraud" includes the act of embezzlement, which is "the fraudulent appropriation to one's own use of the money or goods entrusted to one's care by another." 見 *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 27.

<sup>152</sup> Peter J. Henning, *A New Crime for Corporate Misconduct?*, 84 MISS. L.J. 43, 49, 72 (2014); KAPLAN, WEISBERG & BINDER, *supra* note 135, at 966; Edward J. Loya Jr., *Upholding "Honest Services" While Abandoning Interpretive Principles: United States v. Rybicki*, 10 STAN. J.L., BUS. & FIN. 138, 141-42 (2004).

<sup>153</sup> Loya, *id.* at 139; John C. Coffee Jr., *Modern Mail Fraud: The Restoration of the Public/Private Distinction*, 35 AM. CRIM. L. REV. 427, 430 (1998).





直到2010年第一次安隆案（Enron I）時，美國聯邦最高法院才對上述問題表達了立場。本案的背景事實略為：被告Skilling於2001年2月到同年8月之間為安隆公司的執行長，為了達到公司預期的財測營收目標以及提高公司股票價值，竟然與公司中數名經理人謀議，在財報中虛增營收，同時也陸續因此獲得了為數不少的紅利、選擇權等利益；就在Skilling離職之後的四個月安隆公司旋即宣告破產，除了內線交易、證券詐欺以及財報不實等其他犯罪外，Skilling與其他兩名高階主管也被控違反誠信服務詐欺罪<sup>154</sup>。

美國聯邦最高法院認為：被告Skilling主張誠信詐欺條款違反明確性原則（void-for-vagueness doctrine/Bestimmtheitsgebot）為有理由，因為「詐欺的計畫或詭計」僅以在負有義務的行為人於「未公開自己收受賄賂或回扣的範圍」之內才是足夠明確的，並且這也是從誠信服務詐欺條款通過後、迄2010年為止巡迴上訴法院的判決中所能明確知悉的<sup>155</sup>。但是誠信服務詐欺的射程範圍，不應及於那些負有義務之人未公開的自我交易，或者與公司之間有經濟利益上的衝突，卻保持緘默的情形，因為這類行為無法毫無疑問地被認為是國會以本條所欲規範的核心案件（core cases）<sup>156</sup>；畢竟，起碼從McNally v. United States案的立場來講，重點不是對於經濟利益上的衝突未予揭露，而是有無涉及到典型詐欺詭計的問題<sup>157</sup>。據此可知的是，判決在概念上雖然有賄賂與回扣的區分，但是在法律效果方面，依然沒有異其處理。

值得特別注意的是，本則判決雖然採取限縮解釋的方式，認定

<sup>154</sup> Skilling v. United States, 561 U.S. 358, 368 (2010).

<sup>155</sup> *Id.* at 407-09.

<sup>156</sup> *Id.* at 410.

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



美國聯邦法典第18編第1346條在收取賄賂或回扣的範圍之內為合憲，但多數意見同時也在判決的一個註腳中表示，如果立法者未來想要在違背義務收取賄賂或回扣之外，將公、私部門的自我交易行為納入處罰的話，尤其必須考慮到明確性原則的要求；對於那種員工基於表面上是為了公司的利益，但實際上卻是為了自身利益的詐欺意圖，一旦公開將會使被害人改變其行為的情形，如果也想要加以制裁的話，那麼仍然必須回答許多問題。這尤其包括：第一、必須存在著多麼直接或多麼重要的經濟利益衝突？第二、為了完成詐欺的行為，行為人必須在多大的範圍之內去促進他的個人利益？以及第三、個人利益的公開對象為何人？哪些訊息又應該要保密<sup>158</sup>？此外，我國亦有文獻針對本案判決及相關文獻做出細緻的分析以後，指出美國法對於受任義務的法源基礎何在，其實多所爭議，可能是州法、聯邦法、一般性原理原則、僱傭關係下的忠誠義務、代理法制等，不一而足<sup>159</sup>。

總的來講，為了避免處罰的範圍漫無邊際，美國的誠信服務詐欺條款在最高法院的明確宣示下，雖然採取限縮解釋的方式，只限於賄賂與回扣的情形，但也因為處罰的對象及於無形的財產利益，所以本罪的成立不以客觀上確實發生財產損害為必要。換言之，如果將討論的對象限縮在回扣的案例上，只要行為人客觀上對於本人有使用詐欺的計畫或詭計的行為，並且與相對人達成收取回扣的協議時，就已經足以成罪，客觀上確實的損害，或者像德國法一般，以結算來確定損害的步驟都是不需要的<sup>160</sup>。並且，如果保護的也

<sup>158</sup> *Id.* at 410-11, note 44.

<sup>159</sup> 吳盈德，同註130，頁117。

<sup>160</sup> 此類觀點已見 *United State v. Welch*, 327 F.3d 1081, 1108 (10th Cir. 2003)。本案被告負責申辦鹽湖城2002年冬季奧運會事項，卻隱瞞籌備委員會向國際奧委會的委員支付賄賂，以求鹽湖城能取得辦理冬季奧運會的權利。第10巡迴上



是被害人的財產利益，那麼合理的推論是，在得被害人同意的情況之下，應該也會發生阻卻犯罪成立的效果。

## 2. 主觀構成要件

至於行為的主觀方面，行為人除了必須認識到詐欺的計畫或詭計之外，也必須要有詐欺或欺騙的特殊意圖（*specific intent to deceive or cheat/specific intent to fraud*）<sup>161</sup>。但是——與英國法相同的是——美國實務長期以來對於不法意圖採取允許以情況證據加以推定的立場，意圖的證明程度基本上與故意沒有什麼差別<sup>162</sup>。只不過實務上卻仍然允許以善意（*good faith*）去排除不法意圖，例如行為人為了爭取申辦奧運，對於奧運籌辦委員會隱瞞支付賄賂給國際奧委會委員之事，但卻算是為了爭取主辦權的善意之舉，因此排除不法意圖的存在<sup>163</sup>。

### （三）小結：對於美國法的簡評

由以上簡短的說明可知，美國處理背信行為的方式，可以說是處處充滿繼受英國法色彩的影子。從各洲刑法典將背信當成一種竊盜行為的次級類型來講，這和英國早期竊盜法案的處理方式幾乎如出一轍。此外，隨著聯邦層級的郵電詐欺與誠信服務詐欺罪的出

---

訴法院認為，單是違背法律、給付賄賂給奧委會的委員，並且對於鹽湖城奧運籌備委員會隱瞞支付賄賂一事，就已經使籌備委員會陷於重大的損失風險，舉凡未來贊助金的喪失、免稅的例外，以及委員會控制預算支出的權利等，都包括在內。

<sup>161</sup> *Darby*, aaO. (Fn. 112), S. 564; Henning, *supra* note 152, at 46.

<sup>162</sup> *United States v. D'Amato*, 39 F.3d 1249, 1257 (2nd Cir. 1994); Daniel C. Cleveland, *Once Again, It Is Time to "Speak More Clearly" about § 1346 and the Intangible Rights of Honest Services Doctrine in Mail and Wire Fraud*, 34 N. KY. L. REV. 117, 119 (2007).

<sup>163</sup> *United State v. Welch*, 327 F.3d 1081 (10th Cir. 2003).



現，制裁背信行為的基礎雖然逐漸擺脫了普通法上竊盜罪的概念，但是與英國詐欺法案相同的是，兩國最後都將重點放在「誠信」二字，不是強調「誠信服務」的概念，就是要求「違反誠信」的要素。英國法上那種過於將重點側重於「誠信」二字，以至於處罰的範圍可能脫離財產保護的觀點，在安隆案出現之前，也不時可見於美國的實務或文獻之中。所幸美國聯邦最高法院及時框正這種偏離財產保護的發展，隨著安隆案的判決出現之後，誠信服務詐欺的處罰範圍已經明確地被限制在與賄賂或回扣有關的情形<sup>164</sup>。就郵電詐欺罪的發展歷史來看，這種以保護財產為目的而限縮的解釋，應該是值得肯定的。因此比起英國的濫用地位詐欺罪來講，誠信服務詐欺罪的處罰範圍毋寧是較為限縮的。

不過，與英國法相同的是，美國對於賄賂與回扣的概念也沒有做進一步的區分。並且，雖然從第5巡迴上訴法院提出誠信服務的概念時起，這個概念基本上就和義務脫不了關係，只不過由於這個義務是建立在「任何依公法規定對於大眾負擔義務，或者任何依私法規定對於他人（特別是企業）負有義務之人，如果因其行為剝奪他人依法獲得誠信服務」的基礎之上。僅僅從此項義務出發，其實難以斷定誠信服務詐欺或者郵電詐欺罪是否具備身分犯的特性。考量到美國法同樣不對背信與詐欺做出詳細區別的立場，本文認為比較中肯的說法似乎是：對應到我國或德國系統所指的背信罪部分，美國的郵電詐欺或誠信服務詐欺罪可以是具備特定身分義務之人的身分犯，但它同時也可以是不需具特定身分的一般犯罪，也就是相

<sup>164</sup> 安隆案做成以後，美國學界正反意見的討論與詳細的介紹，中文的說明，見林志潔，未積極揭露利益衝突資訊與受託義務違反之刑事責任（下）——論 *Skilling v. US* 案與美國誠信服務詐欺罪新發展之啟示，月旦法學雜誌，240期，頁188以下，2015年5月。



當於我國或德國系統之下所理解的詐欺行為。

回到本文一開始提出的例子來看：經理人C向B表示，如不給予10萬元回饋將轉向其他公司採購同款零件，供貨商B同意C的要求之後，在收取貨款後也確實交付10萬元給C，此時C剝奪了A公司依法應獲得誠信服務的權利，並且與財產的保護有關（甚至C是否確實已經從B處取得10萬元，其實是無關緊要的）。因此，不管是將這筆10萬元的回饋定性成回扣或者賄賂，C的行為都已經構成美國聯邦法典第18編的第1341條、第1346條的誠信服務詐欺罪。

#### 四、德國系統

德國處罰背信罪的歷史，最早可以回溯到羅馬法時期 *furtum* 的概念，這是一個可以包括我們現代所理解的竊盜、使用竊盜、占有侵奪、侵占、強盜與準強盜等，非常抽象的財產犯罪的概念；其後一方面受到自然法的影響，另一方面也因為受到法國刑法典開始處罰「濫用信賴行為」的啟發，經過不斷的流變，約莫在普魯士刑法典時期出現了獨立處罰背信行為的規定，至於較為現代的背信罪結構，則是到了1933年版的帝國刑法典才加以確立的；同時，德國立法者在一連串荒腔走板的立法方式之後，最終也放棄了制訂特殊背信罪的作法<sup>165</sup>。

當今的德國刑法典第266條第1項規定：濫用基於法律、公家機關之委託或法律行為所生處分他人財產或使他人負擔義務之權限，或違背基於法律、公家機關之委託、法律行為或因信賴關係所負管理他人財產利益之義務，致將財產利益託付之人因而受有損害者，處

<sup>165</sup> 關於德國法上背信罪的歷史發展，中文的初步說明，見惲純良，經濟刑法問題學思筆記(二)，頁251以下，2022年7月。





5年以下有期徒刑或罰金<sup>166</sup>。一般而言，本條前段「濫用基於……之權限」的部分稱之為「濫權構成要件」(Missbrauchstatbestand)或濫權理論，後段「違背基於……之義務」的部分，稱之為「背託構成要件」(Treubruchstatbestand)或背託理論。並且從上開條文的規定可知，背信行為在德國以造成財產損害為前提，據此不難推知的是，德國背信罪的處罰爭議，主要會聚焦在「義務違反」與「財產損害」這兩個要素之上，背信罪處罰的前提因此是「違背義務」+「財產損害」。也因為背信罪保護的是本人的財產法益之故，義務的違反因此必須與本人的財產有關，所以只有義務違反而無財產損害時，不會構成背信；只有財產損害卻沒有違反義務時，也不會構成背信。

上開這兩個要素中，更因為德國背信不罰未遂的關係，使得文獻上對於財產損害這個要素的認定，聚訟尤烈。

### (一)客觀構成要件

#### 1.義務違反的標準

##### (1)不採列舉式的身分設定

儘管比起法國商法將行為人限制在「股份有限公司的董事長、執行董事或經理人，以及有限公司的經理人」等，具有特定身分要

<sup>166</sup> 德國刑法典第266條第1項原文規定如下：Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. 條文中譯參考李進榮，背信罪之違背任務行為，檢察新論，23期，頁150，2018年2月。





素的作法來講，德國法以抽象的濫權及背託構成要件來設定義務的處理方式，看似較沒有掛一漏萬的問題，但是這種抽象的立法方式所帶來的副作用，必然是在身分的認定上比較會有浮動的空間。不過——依本文之見——這並不能說是立法方式上的缺陷，反而比較像是因為反映出背信罪現實狀況的一種妥協作法。

如果我們堅持要逐一檢視社會生活事實中可能構成背信罪的身分地位，那麼僅德語文獻中所羅列、有必要納入分析的身分或職業，就已經高達一百九十幾種之多<sup>167</sup>。這種作法除了有掛一漏萬的問題之外，也會產生違反平等原則的疑慮，顯然不是一種多麼高明的作法。並且，就算是將眼光放到英美法系，對於背信罪行為人，不以羅列身分的方式處理，毋寧也是一種常見的作法。事實上，德國法制上的確也曾經採取列舉身分的方式來處理背信罪行為人身分的問題，只不過顯然效果不彰，所以最後德國立法者才揚棄羅列行為人身分的立法方式罷了<sup>168</sup>。

因此，與其批評不羅列身分可能造成處罰範圍的浮動，不如以提取共同抽象要素的方式，去限定可能的身分範圍。也正是在這種思考背景之下，德國法才會產生「濫權構成要件」與「背託構成要件」的分類，支撐前者的論述稱之為「濫權理論」，「背託理論」則在背託構成要件中作為判斷行為人是否違反義務的主要標準。

#### (2) 違背財產照管義務

以目前德國的多數見解來講，濫權理論被認為是背託理論之下的一種次級形態<sup>169</sup>，二者間主要的差別，在於前者需有法律上授

<sup>167</sup> Schünemann, in: LK, überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe, 2017, § 266 Rn. 146ff.

<sup>168</sup> 對德國法此部分的歷史發展，中文的簡短說明，見譚純良，同註165，頁280以下。

<sup>169</sup> Fischer, StGB, 69. Aufl., 2022 § 266 Rn. 6a; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl.,



權的基礎，行為人必須在對外法律關係所能的範圍之內，做出了超過了對內法律關係所許可的行為，也就是必須有一個「濫用權限」的行為，並且必須是一種會對外發生法律上效果的，或者是「處分本人財產」、或者是「使本人負擔義務」的行為存在<sup>170</sup>。背託理論則是以事實上的信賴關係為基礎，著重於因為此種信賴關係所生義務的違反<sup>171</sup>，特別是在行為人因為無法在法律上為本人做出有效的財產處分行為，或者欠缺使本人負擔義務的權限，因而無法該當於濫權構成要件時，背託構成要件可以發揮截堵的效果<sup>172</sup>。

同時，也由於背信罪保護的法益是本人的財產之故，所以多數見解認為，不管是在濫權構成要件或是在背託構成要件，行為人都必須違背了自己對於本人的「財產照管義務」<sup>173</sup>。這種義務的違

---

2020, § 20 Rn. 11. 濫權理論是背託理論之下的一種次級類型，算是目前德國學界的多數立場，此種立場亦稱之為單一理論。自BGH做出付款卡判決BGHSt 24, 386 (387)時起，單一理論在德國逐漸取得優勢的地位。不過這樣子的觀點並非是毫無爭議的，這主要涉及到德國背信罪的發展過程中，單一理論與二元理論之間的爭議其實頗為複雜，考量到本文主要是以比較法為撰文目的以及篇幅的限制，無法對於這兩種理論的發展歷程做詳盡的說明，只能留待日後另行為文處理。因此，本文以下的說明仍以德國目前多數見解所支持的單一理論為基礎，合先述明。我國文獻目前為止對單一理論與二元理論發展的說明，見李進榮，同註166，頁149以下。

<sup>170</sup> Dierlamm, in: Müko-StGB, 4. Aufl., § 266 Rn. 33; Kindhäuser, in: NK-StGB, 5. Aufl., § 266 Rn. 86; Fischer, aaO. (Fn. 169), Rn. 28; Wittig, aaO. (Fn. 169), Rn. 34.

<sup>171</sup> Kindhäuser, aaO., Rn. 38; Fischer, aaO. (Fn. 169), Rn. 33; Wittig, aaO. (Fn. 169), Rn. 95.

<sup>172</sup> Dierlamm, aaO. (Fn. 170), Rn. 167; Wittig, aaO. (Fn. 169), Rn. 98.

<sup>173</sup> Wittig, aaO. (Fn. 169), Rn. 13. 德國聯邦最高法院則是依照構成要件類型的不同，認為濫權構成要件中違反的是「財產的照管義務」（Vermögensbetreuungspflicht），在背託構成要件中則是「相當於財產照管義務的『財產的照料義務』」（Vermögensfürsorgepflicht），名稱雖然有別，但整體內容大同小異，見BGH NStZ 2006, 221 (222).



反與本人的財產之間，必須具備「背信的功能性關連」，或者起碼具備「間接保護財產」的特徵時，才可能構成背信罪；因此並非任何一種義務的違反都可以該當背信罪的義務違反<sup>174</sup>，義務的違反毋寧必須具備「重大性」始足當之<sup>175</sup>；德國聯邦憲法法院（*Bundesverfassungsgericht*）就認為，重大（明確）義務違反的要素，具有限縮構成要件與精確化的功能<sup>176</sup>。此外，多數見解認為，不管是濫權型或背託型的構成要件原則上都以行為人違背刑法以外、前置於刑法的民、公法上的規定為前提，如果依照刑法以外的規範來看，行為並沒有違反義務的話，那麼原則上也不會構成背信罪的義務違反，此稱之為背信罪的「負面從屬性」（*negative Akzessorietät*）<sup>177</sup>；不過就算違反了刑法以外的、前置的法律上義務，也不代表行為必然就會違反刑法上的義務，刑法仍然必須獨立地檢驗此處的義務違反是否具備刑法上的應罰性，此稱之為背信罪的「不對稱的從屬」（*asymmetrische Akzessorietät*）<sup>178</sup>。尤其是對於背託構成要件的類型來講，文獻上認為立法者無意將單純不履行給付義務或者一般性以忠實或信賴為基礎的債務人義務，當成背信罪的義務加以處罰，所以一般性因為雙務契約的履行，而有注意他

<sup>174</sup> Wittig, aaO. (Fn. 169), Rn. 42.

<sup>175</sup> Wittig, aaO. (Fn. 169), Rn. 45. 不同意見，Schünemann認為重大性的要求其實無法從條文字義中導出並且是沒有必要的，Schünemann, aaO. (Fn. 167), Rn. 111.

<sup>176</sup> BVerfGE 126, 170 (210f.).

<sup>177</sup> Saliger, in: SSW-StGB, 5. Aufl., § 266 Rn. 33; Wittig, aaO. (Fn. 169), Rn. 40. 不同意見，Schünemann認為核心的判斷標準在於保證人地位的有無，民法或公法上的義務違反與否只是違反刑法上義務的反射現象，不具備重要性。詳細的說明見Schünemann, aaO. (Fn. 167), Rn. 43, 109.

<sup>178</sup> Lüderssen, FS für Lampe, S. 729; Saliger, aaO. Rn. 33; Wittig, aaO. (Fn. 169), Rn. 147.



造利益或者有不損害他造財產義務的情形，都不會落在背信罪的處罰範圍<sup>179</sup>。

最後，由於財產法益是一個本人可以自由處分的法益，因此通說見解認為，一旦本人對於財產損害有明示或默示的同意時，將會發生阻卻構成要件的效果，因為此時已經沒有所謂的違背義務可言了<sup>180</sup>。

所以回到本文一開始所假設的收取回扣案來看：C作為A公司的經理人，獲有A公司的授權，因此就採購事項來講，他對於A公司的財產當然負有照管義務，並且有在最有利的條件之下為A簽訂採購契約的義務。然而，雖然C簽訂的零件採購契約是一種會發生對外效果的法律行為，但是不將當成回饋接受的10萬元交出來，並不是一種法律行為，因為這種行為並不會替本人產生對外的法律效果，所以無法該當濫權構成要件<sup>181</sup>；若說C真的有交出這10萬元的義務的話，那麼這種義務充其量，也只是能和因處理委任事務所生的交付義務或報告義務（德國民法第681條第2句、第687條第2項；相當於我國民法第540條、第541條）相提並論的附隨義務罷了，這種義務的違反無法被認為是濫權構成要件中財產照管義務的重大違反<sup>182</sup>。

不過，即便如此C仍然與B簽訂了一個不利於A公司的契約，並且因為約定回扣之故，使得該契約成為一個以損害本人之利益為目的、違背公序良俗的契約，除了其法律效果為無效（德國民法第

<sup>179</sup> BGHSt 1, 186 (188); *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 170), Rn. 33; *Wittig*, aaO. (Fn. 169), Rn. 116.

<sup>180</sup> *Wittig*, aaO. (Fn. 169), Rn. 68f.

<sup>181</sup> 不同意見，*Schünemann*認為濫權構成要件不以法律關係對外產生效力為必要，*Schünemann*, aaO. (Fn. 167), Rn. 53.

<sup>182</sup> BGHSt 47, 295 (298); 49, 317 (335); *Wittig*, aaO. (Fn. 169), S. 116f.



138條、我國民法第72條)之外，C同時也違反應為A公司最佳利益而行為的義務，C因此應該構成的，是背託構成要件中義務違反的要素<sup>183</sup>。

## 2. 收取回扣的財產損害：期待地位的喪失

相對於義務違反的要素來講，背信罪中更為複雜的，毋寧是財產損害的認定標準。與詐欺罪相同的是，這個問題之所以會成為問題，主要還是因為通說採取「實質損害」的概念，也就是「行為前後被害人（本人）的整體財產水準必須下降」、亦即要求「以結算來確認損害」的作法所致；只不過因為背信罪的犯罪結構——尤其是因為德國刑法不處罰背信未遂，所涉及的因此不僅僅是既遂或未遂之間那種處罰減輕與否、而是罰或不罰——之故，使得這個問題比起詐欺罪來講顯得更為棘手。事實上，德國聯邦憲法法院提出損害數額必須明確的要求，其實就代表了「實質損害」的概念是不可廢棄的，這也就等於肯定結算原則（＝一定要具體計算出損害的數額）；只要損害的確認必須結算，那麼對那些非一手交錢、一手交貨，時間上涉及到未來、結算時無法眼見為憑的事項，在計算的時候就一定會做出預測性、假設性的評價，由此勢必會得出財產危險與期待地位這一組財產犯罪中最邊緣的概念。

如果將焦點放在前文所舉收受10萬元回扣的例子來看，由於該批零件的市價就是100萬，A公司的確也花100萬來購買零件，因此表面上看起來A公司是沒有受到損害的。但是問題在於經理人C從供貨商那裡收取了10萬元的回扣，使得這批零件本來是可以以低於市價10萬元（即90萬）的金額購得，卻因為C收取回扣的行為，使

<sup>183</sup> BGHSt 50, 299 (313f.); *Kindhäuser*, aaO. (Fn. 170), Rn. 90; *Rönnau*, FS für Kohlmann, S. 248; *Thalhofer*, Kick-Back, Exspektanzen und Vermögensnachteil nach § 266 StGB, 2007, S. 51.





得A多出了10萬元的支出，因此通說見解將此種類型的損害稱之為喪失「期待地位」（*Exspektanz; Anwartschaft*）或稱之為「財產增長的失落」（*Ausbleiben einer Vermögensvermehrung*）類型的財產損害；這是指一種行為人在具體、幾乎可得確定的情況下，不為本人簽訂更為有利的契約，或者使之落空，並且如果行為人合乎義務而行為的話，本人幾乎可以確定必然會獲得利益的情形<sup>184</sup>。由此可知，期待地位的認定其實是相對嚴格的，並非任何可能的獲利或者減少財產支出的機會，都可以是期待地位的保護對象。

所以如果我們翻開德語文獻，儘管對於期待地位的判斷，細節上存在著若干不同之處，例如認為：期待地位不可以是不特定的指望或期待，它必須是事實上或法律上已經可以確定的期待，並且因而屬於受到照管的財產<sup>185</sup>；或者主張：只有當所涉及的不是一般、不確定的期待或希望，而是具有足夠可能性可以去期待的一個財產增長或者獲利機會的實現時，才可能是刑法上所要保護的期待地位<sup>186</sup>；又或者認為：期待地位的存在，以財產的所有者占有了一個「法律上可以實現、經濟上可以評價，並且在與行為人的關係中具備一個法律上被保護的地位」為前提<sup>187</sup>等，不一而足的標準。但是這些標準都有一個共通之處，亦即從結算的當下向未來觀察，期待地位客觀上必須具備「高度的實現可能性」，它不可以是

<sup>184</sup> Saliger, aaO. (Fn. 177), Rn. 80. 近似的說明亦見 Fischer, aaO. (Fn. 169), Rn. 116ff.; Krey/Hellman/Heinrich, Strafrecht BT II, 18. Aufl., 2021, § 18 Rn. 927; Hoyer, in: SK, 8. Aufl., § 266 Rn. 99; Kindhäuser, aaO. (Fn. 170), Rn. 114; Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, 11. Aufl., 2020, § 35 Rn. 44; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 266 Rn. 46; Schünemann, aaO. (Fn. 167), Rn. 215; Wittig, aaO. (Fn. 169), Rn. 166ff.

<sup>185</sup> Perron, aaO., Rn. 46.

<sup>186</sup> Tiedemann in: LK, 12. Aufl., § 263 Rn. 135.

<sup>187</sup> Schünemann, aaO. (Fn. 167), Rn. 215.





一個隨隨便便、或者只是模擬兩可的機會。正如同文獻上所正確指出的，期待地位與財產危險是一組財產概念的試金石<sup>188</sup>，它們代表支配的「質化」改變，是財產概念最邊緣的範圍，必須小心認定。

如果從Hefendehl為財產危險與期待地位這一組概念設定的條件出發，二者在財產概念最邊緣的位子上，作為一組對稱概念的觀點，會顯得更加鮮明。因為依照Hefendehl的主張，財產危險的存在必須符合<sup>189</sup>：(1)特定的財產已經具體地受到威脅，也就是必須已經達到「實害的發生與否取決於偶然」的高度危險狀態；(2)被害人面對（即將出現的）財產損害已經欠缺「迴避能力」，也就是相當於「坐以待斃」的程度時。至於刑法上期待利益的保護，則必須具備以下三個要件<sup>190</sup>：(1)具有財產價值期待地位的擁有人必須能夠藉由法律上承認的可能性，去阻止一切對於期待地位發展成熟的外在干擾；(2)給付的對造不再能無責地與其義務分離；(3)期待地位的擁有人必須向外界展現出他的計畫。

在檢驗財產危險的概念時，要求「危險達到實害的發生與否取決與偶然的高度危險狀態」的水準，代表著客觀上必須符合「對於特定財產的既存危險程度已經極高」的要求，亦即從客觀的角度來看，被害人對於財產的支配已經達到「質化衰減」的程度；在檢驗期待地位時，要求「能夠藉由法律上承認的可能性，去阻止一切對於期待地位發展成熟的外在干擾」以及「對造不再能無責地與其義務分離」這兩個條件，則是代表主張期待地位之人對於財產的「增

<sup>188</sup> Schünemann, aaO. (Fn. 12), Rn. 166.

<sup>189</sup> Hefendehl, in: MK StGB, 4. Aufl., § 263 Rn. 899ff.; Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 55.

<sup>190</sup> Hefendehl, in: Strafrechtssystem und Betrug, S. 121; Hefendehl, in: MK StGB, 4. Aufl., § 263 Rn. 538ff.



加」或「不喪失」客觀上已經達到「質化增強」的水準。至於財產危險的條件(2)要求被害人「坐以待斃」和期待地位的條件(3)要求被害人向外公開具備期待地位的計畫，則都是從被害人的角度來觀察，對於特定財產的支配程度是否已經達到「質化衰減」或「質化增強」的水準。

回到前文收取10萬元回扣的例子來看，經理人C受A公司的委託處理零件採購事項，雖然C與B合意簽訂了一個收取回扣、損害A公司的契約，導致契約整體因為違背公序良俗而無效，但是因為：(1)C仍然有為A的最佳利益行動的財產照管義務，A仍然可依此義務主張C不得故意使自己多支出10萬元的地位；(2)C因為擔負對於A的財產照管義務，具有保證人地位，已經無法在無責的與財產照管義務分離，並且(3)A公司已經委託C採購零件，透過C向外表示零件採購的計畫，交易的雙方均知C是為A的利益計算；所以A公司可以合理期待C不會為了自身利益的關係，故意使A多支出原本沒有必要支出的10萬元。結論上來講，應可肯定A公司因為C收受回扣的關係，受有（起碼）10萬元（以上）的期待地位財產損害。嚴格說起來，由於現實上B確實有降價10萬元出售零件的意願，只是因為C要求10萬元的回扣之故，才將這10萬元加到由A來負擔的買賣價金之中，這也合乎背信罪由內部關係侵害法益的特性。

### 3. 損害證明的問題：背信罪不是獲利犯

於此必須附帶提醒的是，其實站在背信罪是損害犯的立場，只要C在零件品質相同的情況下，明明可以以90萬簽約，卻因為想造成A公司多付10萬元的損害，故意和B以100萬的價格簽約，就算這10萬元不是以回扣的方式回到C的口袋裡，而是確確實實交付給供貨商，C也難脫構成背信罪的嫌疑。因為依照通說見解，背信罪不是獲利犯，重點在於行為人造成了本人「在獲得可以相同給付品質的條件之下，多支出了『現實上原本不用支出』的10萬元」的損



害，C是否因而獲有利益其實是無關緊要的，回扣與特定供貨品質之間的對待給付關係在個案中，也不應該會是判斷本人是否受有損害的決定性標準，收取回扣只不過是本人發生損害的結果時，經常伴隨出現的典型現象而已。

所以依本文之見，此處的10萬元不算是「推論損害」，沒有用「回扣來推定損害」的問題；也因為可以減少支出的10萬最後究竟流到誰的手上根本不是重點，所以當然也就沒有因為「難以證明回扣與給付品質之間的因果關係」而與無罪推定原則相衝突的問題<sup>191</sup>；重點一直都只在「客觀上是不是極有可能出現本人可以少支出10萬元的機會」而已。不過這樣的結論當然是建立在「客觀上確實有高度的可能，存在著比100萬更為實惠的締約機會」的前提之上。這某程度上也回應了通說的立場：期待地位不可以是隨隨便便、模擬兩可的機會，財產增長或者不喪失的機會在客觀上必須具

<sup>191</sup> 不同意見，許恒達，收受回扣的背信刑責？評最高法院110年度台上字第4250號刑事判決及其歷審見解，當代法律，3期，頁106，2022年3月認為：「……質言之，訴訟活動中務須進一步要求，個案中必須有以下事項的充分證據，才可認定財產損害：第三人支付回扣，正是從本人交付的價金中扣減，且因該扣減，第三人不提供本人特定品質的對待給付，從而可得認定回扣與本人未能取得特定價額對待給付的關係。要能有具體證據證明上述要件，恐怕是非常極端的案例，但無論如何，不能採取模糊見解認為，因為行為人與第三人約定且支付了回扣，本人一定發生推論意義的財產損害……」。由此論述觀之，許教授似乎認為「回扣的收取」與「本人獲得較低品質給付的結果」之間，也應該具備因果（或對價？）關係，並且認為證明十分困難。果若如此，那這似乎是一種忽視「背信罪並非獲利犯」的立場。因為如果我們肯定背信罪是一種損害犯，那麼行為人只要故意違背義務、造成本人的損害就可以構成背信罪，至於行為人是否因本人的損害而獲有利益，亦即本人受到的損害與行為人的獲利之間因果關係或者同質性的有無，其實無關緊要。損害與獲利之間的「同質與否」是詐欺罪要處理的問題，卻不是背信罪關心的重點。



備極高度的可能性，用Hefendehl的話來講，就是已經達到「支配的質化增強」的水準，始足當之。對於A公司來講，這10萬元回扣的給付，正好「直接證明了」客觀上「確實存在」著一個比100萬元更為有利的締約機會。

### (二)主觀構成要件

不同於法國系統及英美系統對於背信罪設定不法意圖的要求，不僅在德國刑法典第266條中沒有意圖的明文規定，依照德國通說見解，也認為行為人主觀上只要達到故意的水準即可，直接故意或間接故意均無不可<sup>192</sup>。

因此在前文所舉之回扣案例中，在假設沒有其他阻卻刑事責任的條件下，如果經理人C主觀上對於義務（＝知道自己對A有財產照管義務）的違反、損害的發生（＝知道A會因此多支出不應該支出的10萬元），以及兩者之間的因果關係都有所認識、意欲或容任的話，就足以該當德國刑法典第266條中，背託類型的背信罪。

### (三)小結：對於德國法的簡評

表面上看起來，德國法在主觀上不要求不法意圖，因此相較於法國系統與英美系統來講，德國法的入罪門檻似乎是比較寬鬆的。不過由於對實質損害原則的堅持，也就是要求財產損害必須有確實數額，再加上肯定背信罪是實害犯與損害犯的立場，以致於背信罪的成立在德國必須經過結算的步驟。因此總的來講，比起法國與英

<sup>192</sup> 1933年之前德國帝國刑法典第266條背信罪的條文中，固然可以看到意圖的用字，但實際上對於當時帝國刑法的立法者來講，意圖與故意是一組可以相互混用的概念。因此即便在1933年之前帝國刑法典的年代，當時的通說見解就已經認為不法意圖的要素是不必要的。背信罪中意圖要素在德國的發展歷史，中文的粗淺說明，見俾純良，同註165，頁284以下。



美法系，德國法的處罰範圍其實是更窄的。何況法國法上雖然對於行為主體與行為客體的種類做出列舉的限制，主觀上還額外要求不法意圖，但實務上操作的結果，對於不法意圖的認定往往出現稀薄化或者甚至架空的现象（見本文以上貳、一、(三)的部分）；更遑論英美法就故意跟意圖在證明上其實本來就沒有十分明確的區分標準（見本文以上貳、二、(二)2.以及貳、三、(二)2.的部分），若要說法國與英美系統這種操作意圖的方式，到底能夠發揮多少限制處罰的效果，基本上是令人懷疑的。

不過即便如此，背信罪在德國仍然是學說聚訟的焦點。因為一方面——和英美系統一樣——德國法並沒有對於行為人的身分做像法國法一樣的列舉限制，只有用濫權構成要件與背託構成要件兩種抽象的構成要件類型加以限制，這導致在行為人身分的認定上，可能存在著不明確的問題。

另一方面——尤其與法國和英美系統相較——德國法的規定往往會因為損害認定的問題變得特別棘手，爭議叢生。對於這個問題，本文的看法是：儘管德國系統在財產損害認定的問題上極度複雜，但是如果我們還願意堅持刑法的最後手段性，願意貫徹實質損害原則，願意將背信罪設定成損害犯與實害犯的話，那麼以結算來確認損害就是不應該放棄的作法（見本文以下參、一、(二)的說明）。

### 參、綜合比較：本文的觀察

為了有助於簡化理解以上比較各種法系所得的觀察結論，在進一步分析造成三個法系制裁範圍現狀的具體成因之前，藉由以下的表格做一個概觀性的說明或許是適當的。



法系	比較項目	列舉行為主體	列舉行為客體	要求不法意圖	要求財產損害	處罰範圍
法國		是	是	是，但要求寬鬆	否	窄
英國		否	否	是，但證明程度與故意無異	否	廣
美國	MPC第223.2條非法取走或處分竊盜罪	否	否	是，但證明程度與故意無異	是，但不需以結算確認損害	廣
	MPC第223.3條詐術竊盜罪					
	郵電詐欺法	否	否	是，但證明程度與故意無異	否	窄
德國		否	否	否	是，且必須以結算確認損害	最窄

圖表來源：作者自製

由上述的表格可知，制裁範圍最廣的應該屬於英國法，因為英國法既不在主體身分的部分做限制，也不在結果的部分要求損害，儘管英國法主觀上要求不法意圖，但是由於對於意圖認定寬鬆，並且過度將探討的重心放在違反誠信的概念上，以致於甚至在與財產保護欠缺關連性的情況下，仍然可能構成濫用地位詐欺罪。

美國法就模範刑法典的部分來講，受到英國普通法上竊盜概念的影響，儘管在沒有像德國法一般有個別財產跟整體財產的明確區別，但是由於傳統上來講，竊盜是一個結果犯，因此仍然會有損害的要求，只不過不需要結算，不過這種繼受自英國普通法的竊盜概





念因為各洲立法未盡相同，並且因為郵電詐欺法適用於美國全境的關係，就比較顯得聊備一格。而美國在郵電詐欺法的部分，雖然同樣受到英國法違反誠信的影響，但美國聯邦最高法院已經將誠信服務限縮在賄賂或回扣的範圍之內，儘管同樣沒有結算確認損害的要求，但適用的範圍已經大幅縮減。

同樣不需要以結算來確認損害的還有法國法。公司利益的概念甚至可以及於他人的名譽或友好的關照等，十分抽象的因素，但是由於法國法對於主體身分的限制十分嚴格，因此結論上來講，法國法的制裁範圍應該還是要比英國法為緊縮的。法國法與德國法之間，剛好是一道光譜上兩種極端的立場：法國人用主體身分來控制處罰範圍，等於是從成罪的第一道門檻就加以限制，但卻必須面對掛一漏萬、違反平等原則的問題；德國法在身分的部分做比較寬鬆的設定，但是卻用「實質損害原則、以結算來確定損害」的方式，來控制處罰的範圍，這種作法雖然迴避了違反平等原則的疑慮，但卻必須面對確認損害時種種不確定的因素所帶來的副作用。

## 一、德國法與其他法系差異的成因分析

### (一)法益概念的落實

與法國系統和英美系統相較，德國法之所以會出現以上這種處罰範圍最為狹窄的現象，本文認為最主要的原因，還是與堅持法益的概念，以及對此概念的進一步深化有關。詳言之，法益雖然不是萬能的，有時候我們甚至可以說它是一個沒什麼具體作用的概念，但是從前述的分析可知，法國法正是因為沒有明確的法益概念，因此法國背信罪的保護範圍甚至可以及於公司的債權人。英美法也是因為沒有明確法益的概念，所以違反誠信的概念因此也可以不時地脫離財產保護的要求。



反之，德國不僅因為對於法益概念的堅持，所以要求背信罪保護的必須是財產，所以比較不會出現保護範圍「脫靶」，也就是脫離保護財產法益的結果。這可以說是德國系統相較於其他法系來講，第一個最重要的區別；法益概念的存在有效地建立了初步的制裁穩定性。

## (二)法益之外進一步的限制

### 1. 區分詐欺與背信

以法益劃定了初步的制裁範圍之後，在同樣是保護財產法益的犯罪中，德國法還對於法益侵害的方向作更細緻的分別，區分對於財產侵害是「由內而外」或者「由外而內」，而做出了詐欺與背信的區別，（背信）損害犯與（詐欺）獲利犯的概念也就更為清晰。這一點正好是英美法上所欠缺的，也因為英美法上欠缺明確區分損害與獲利的要求，所以如果將觀察的重點放在主觀上（不論是損害或是獲利）的不法意圖，以及詐欺與背信共通的要素——違反誠信——上，就會是一種相對合理的作法。違反誠信或者誠信服務因此是在「不嚴格區分詐欺與背信、不嚴格區分損害與獲利」的觀點之下，所誕生的產物。

其實在德國法發展的歷史中，這種不嚴格區分詐欺與背信的作法也不是不曾出現過。早在1794年的普魯士一般法<sup>193</sup>以及1813年的巴伐利亞邦刑法典<sup>194</sup>中，背信罪就被當時的立法者規定成詐欺

<sup>193</sup> *Dieterich*, Die Untreue de lege lata und de lege ferenda, unter besonderer Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Bevollmächtigtenuntreue des § 266 Abs. 1, Ziffer 2 StGB, 1933, S. 7; *Leiner*, Das Delikt der Untreue des § 266 StGB alter und neuer Fassung, 1934, S. 5; *Rentrop*, Untreue und Unterschlagung: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, 2007 S. 8.

<sup>194</sup> *Rentrop*, aaO., S. 9.



罪之下的一種次級類型；扣著「濫用信賴」的概念，當時的處罰範圍甚至可以及於竊盜、侵占、妨害秘密、通姦等行為。只不過這在德國已經是法制史的研究範圍了。

行文至此，可以想像得到的反對意見是：反正保護的都是整體財產法益，就算不對詐欺與背信做出嚴格的區分，只要能用一個足夠廣泛的詐欺構成要件來處理背信的問題，結論上亦無不可。這樣子的論點當然不能說錯，但卻可能忽略了分類本身所代表的意義以及它所帶來的正向功能。

確實，在做概念分類的時候，經常被提出的第一個問題，便是區分的實益何在。如果某一種分類看不出區分實益的話，那麼這種分類方式往往會被認為是沒有意義的。就此而言，如果只是從「保護的法益相同」以及「都是違反誠信的行為」這兩點出發，那麼表面上來看，就算不去區分詐欺與背信似乎也未嘗不可。

不過如果我們願意在保護法益相同的犯罪中，進一步以侵害法益的方向為標準，去區分詐欺與背信的話，這代表的是一種進步的立法方式。因為分類越細緻通常就代表著概念越精準，可以剔除非必要的干擾因素。從德國法上背信罪發展的過程來看，正好展現了分類精緻化的優點，正是因為學說從侵害法益的方向作進一步的區分，德國法才會將背信罪定性成損害犯，也才會進一步發現，原本在詐欺罪中舉足輕重的不法獲利意圖，其實無法抓住背信罪的非難重點，對背信罪的成立來講，它最多只能算得上是典型的附帶現象而已。

此外，分類代表著多樣性，多樣性是進步的象徵。多樣性雖然不等於進步，但是它起碼提供了進步的可能性。儘管不可諱言的是，多樣性的結果也會帶來使系統變為複雜的副作用，但是在複雜的同時卻又擔保了再次進步的可能性，這種不斷分類、不斷複雜、卻又同時不斷進步的過程，其實一直都是人類文明與科學發展



的寫照<sup>195</sup>。

## 2. 區分賄賂與回扣

除了對於詐欺及背信做出嚴格的區分之外，也正好是因為對於法益概念的堅持，使得德國法進一步區分出回扣與賄賂的不同。因為法益的概念有其極限，法益概念的最大射程範圍就是刑法的最大保護範圍。背信罪制裁的雖然是由內而外侵害本人財產法益的行為，但是能被保護的也僅以本人的財產法益為限。由此最大制裁範圍的限制，可以進一步推論出區分回扣與賄賂的必要性。從區分獲利與損害的觀點，我們也不難得出相同的結論。正如前文（見本文以上壹、二、(一)的部分）所述，當經理人C辦理採購事項收受賄賂而獲有利益之際，並不當然代表A公司就一定受有財產損害。這算是德國法和英美法第二個重要的區別。

至於法國法雖然區分了回扣與賄賂，除了要求背信行為必須違反公司的利益之外，更要求背信罪必須具備不法獲利意圖，背信罪在形式上因此成為一種「損害犯+獲利犯」的形態。看起來獲利與損害之間的關連性在法國法上應該是重要的，但是法國卻又沒有以結算來確認實際損害的要求，以至於這樣的區分在法國法上會具有多大的意義，基本上是令人懷疑的。不過總的來講，在區分回扣與賄賂的問題上，法國法採取的應該可以算得上是介於德國系統與英美系統之間的折衷作法。

## 3. 財產損害的範圍必須確定

德國法在行為客觀面上最後一個與英美及法國系統的重要區別，就是確認損害的要求。這一點同樣是——起碼本文如此認為——在做出詐欺與背信的區分之後，因為法益概念的進一步開展所得到

<sup>195</sup> 這其實也是民主社會的價值所在，民主社會允許每個人都可以與他人不同，也正是因為人人都可以不同，才會具有多樣性，也才使社會有進步的可能。



的結論。詐欺罪的構成以被害人做出「財產處分行為」為必要。在詐欺罪中，處分行為是結算損害的參考時點。德國立法者在1933年修正帝國刑法典第266條的背信罪時，考慮到當時背託理論與濫權理論之間的相持不下，並且為了迴避處罰的漏洞，因此在背託類型的案件中不再堅持處分行為的要素，採取直接將兩種理論分列於條文前後段的方式，結合在一個構成要件之中。這種作法除了使背信罪喪失財產移轉犯的特色之外，更使得1933年以前對於背信罪保護法益多所爭執的立場逐漸趨向一致，進一步地向詐欺罪的保護法益——整體財產——靠攏<sup>196</sup>。既然依照德國通說見解，詐欺罪是必須結算的犯罪，向詐欺靠攏的背信，也就順理成章地一併承襲了「以結算來確認損害」的操作方式。反之，對於像法國或英美法系那一類沒有嚴格區分個別財產或整體財產概念的國家來講，以結算來確認損害的過程當然就不見得是必要的。

不過問題在於：背信罪到底有沒有「非以結算來確認損害不可」的必要？從本文以上的說明來看，法國法和英美法都沒有結算的要求，難道不結算就無法認定背信嗎？尤其是在我們看了德國法上因為結算原則所衍生出來的種種爭議，我們難道不能採取不結算就認定背信的作法嗎？對於這個問題，本文的答案是：結算的步驟是不應該廢棄的。主要的理由有二：

第一、在一個區分個別財產與整體財產的法系中，在一個區別詐欺與背信的國度裡，如果我們還願意承認背信罪是一種財產損害犯的話，那麼除非財產損害的要素已經「常態性地達到幾乎難以證明」的程度，否則這個要素仍然具備彰顯背信罪不法特質的功用，不宜輕言放棄；財產損害認定的複雜因素也不應該改變背信罪是一

<sup>196</sup> Rentrop, aaO. (Fn. 193), S. 136f.; Schäfer, DJZ 1933, S. 789, 794; Schönemann, aaO. (Fn. 12), Rn. 4.





個保護財產法益的犯罪<sup>197</sup>。拋棄了結算的步驟，將使得背信罪從實害犯萎縮成抽象危險犯，實質損害的內涵將會被淘空，這會嚴重侵蝕到背信罪作為損害犯的特質。

第二、不經結算就制裁背信行為的作法，往往帶有脫離保護法益的範圍而制裁的風險，背信罪會變成一種單純處罰「欺騙或背叛」的犯罪，這一點在英美法的發展過程中，已經為我們做出了最真實的示範。結算的步驟能有效將背信罪限縮在保護財產的立法目的之中，發揮避免處罰範圍過度擴張的效果。

#### 4. 揚棄不法意圖的設定

承上，既然背信罪喪失了財產移轉犯的特性，財產移轉之後到底流向何方或者是到底何人因而獲有利益，對於德國法的背信罪來講，其實是不重要的。損害與獲利之間的同質性也就沒有再行確認的必要，不法獲利意圖的設定當然也就隨之失去了存在的基礎。事實上，所謂的不法意圖，說穿了，不過就是一種立法者明文要求的行為動機。但是對於本人來講，行為人到底是基於獲利的動機或者是損害本人的動機而做出違背任務的行為，基本上是不重要的，重點只在於本人因為行為人違反義務的行為而受到了財產損害。這一點算是德國法與法國和英美系統在主觀面上的重要不同。

對於法國或英美法系這種客觀上不要求以結算來確定損害的國家來講，由於無法以實質損害的要求來限制刑罰的發動，在主觀層面上設計一個像不法意圖這一類的控制機制，就顯得十分有其必要。不過問題在於，從上文的分析來看，在法國系統與英美系統中，不法意圖到底能夠發揮多少限制處罰的效果，基本上也是令人懷疑的。本文因此認為，就限制刑法的發動來講，實質損害的要求應該是比不法意圖更為有效的作法。雖然損害的認定可能會因為若

<sup>197</sup> Rönna, aaO. (Fn. 1), S. 319.





干預測性的因素而顯得頗為棘手，但是比起不法意圖完全取決於行為人的主觀心態來講，財產損害的要求起碼還是客觀的要素，是一種相對較容易檢驗的標準。行文至此，我們應該可以相對確定的說，比起法國法或英美法來講，德國法的規定方式的確是較為嚴謹、較為妥適的。

## 二、對於我國法的啟發以及未來深化研究的建議

經過以上略顯龐雜的討論以後，對於同樣身為大陸法系成員、繼受德國系統的我國法來講，最重要的問題應該是：我們能夠從上開比較所得的結論得到什麼？

### (一)客觀構成要件部分

先來看我國刑法第342條的規定：「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，致生損害於本人之財產或其他利益者……。」從條文的結構來看，儘管我國法並沒有像德國法一般，明確將「濫用權限」與「違背信賴」的用字明文規定在構成要件之中，但是我國多數學說見解仍然繼受了濫權理論與背託理論作為解釋我國背信罪的主要依據<sup>198</sup>。從「為他人處理事務」和「違背其任務之行為」這兩個要素來看，多數學說見解的立場應該是可以支持的，因為「處理他人

<sup>198</sup> 古承宗，刑法分則，財產犯罪篇，頁403以下，2020年9月，修訂2版；李進榮，同註166，頁156以下；甘添貴，刑法各論（上），頁341以下，2019年9月，修訂5版；陳子平，刑法各論（上），頁666以下，2019年8月，4版；張天一，論背信罪之本質及定位，中原財經法學，26期，頁225以下，2011年6月；許澤天，刑法分則（上冊），頁213以下，2022年2月，4版；彭美英，背信罪之探討——臺灣高雄地方法院九十九年矚重訴字第一號刑事判決評析，裁判時報，9期，頁82以下，2011年6月；盧映潔，刑法分則新論，頁775，2020年9月，修訂16版。



事務」和「違背任務」正好是背信罪的核心要素，這兩個要素在文義上都可以無困難地將濫權理論與背託理論包含進來。也就是說，在我國法的立場來講，沒有必要在濫權理論和背託理論之間做非揚即墨的選擇，兼採濫權理論與背託理論應屬無妨<sup>199</sup>。也正是因為如此，在我國未來研究背信罪的道路，本文認為以下的幾點是特別值得關注的。

第一、必須堅持法益的概念。從以上對於法國法或英美法的介紹，甚至是從德國法的發展歷史來看，背信罪的解釋如果不緊扣著財產法益的概念，隨時有難以掌握處罰範圍，甚至處罰到和財產保護根本風馬牛不相及之事的風險，這會嚴重減損規範的指導效果。背信罪不應該是單純地處罰背叛或欺騙，緊扣著財產法益的概念是背信罪合理存在的前提。

第二、不採列舉主體身分的立法方式，必然會伴隨著一定程度的不確定性。為了避免這種不明確的問題，去具體化財產照管義務的內容就顯得十分重要。背信罪義務犯的特性也不應該放棄，否則背信和詐欺就沒有區別了。在具體化財產照管義務時，不管是基於背託理論或濫權理論，德國法上已經逐漸發展成熟的若干標準，例如「背信行為的功能性關連」、背信罪的「負面從屬性」以及「不對稱從屬性」等標準，都是值得我們參考，並且繼續深化研究的。換言之，真正的重點其實不在於到底適用的是背託或是濫權理論，而是財產照管義務的內涵。如果要在解釋構成要件的時候將源自於英美法系的「違反誠信」的概念納入考量，那麼對於違反誠信的解釋當然也必須受到財產照管義務，以及法益侵害方向「由內而外」

<sup>199</sup> 近似觀點，古承宗，同前註，頁404；李進榮，同註166，頁151；許恒達，析論背信罪之違背任務行為及財產損害，台灣法律人，3期，頁145，2021年9月。



的限制。

第三、從條文要求「致生損害於本人之財產或其他利益者」的要素可知，我國立法者同樣認為背信罪是實害犯，因此損害的多寡必須用結算原則來確定，實質損害原則是不應放棄的。也因為法益的概念在我國同樣有指導構成要件解釋的功能，所以所謂的「其他利益」當然也必須以「財產上的利益」為限，並且以能夠指出損害範圍者為必要，那種過度抽象而無法明確指出損害範圍的利益（如商譽等），不應包括在內。不過因為肯定實質損害原則與結算原則的關係，隨之而來的、也就是因為結算時無法完全確定或者帶有預測性因素所導致的不明確性，尤其是期待地位與財產危險這一組概念的認定，將是我國必須因應的挑戰，也應該是我國背信罪的研究者未來不宜忽視的重點之一。

第四、特別是因為我國刑法第342條第2項有處罰背信未遂的規定，使得我們對於財產危險與期待地位的認定必須更加謹慎。一般來講，刑法之所以會處罰未遂，多半是因為保護法益具有重大性，立法者不願意坐等實害發生而提前介入。如果我們比較詐欺與背信的法定刑度來看，在背信罪中設定未遂犯的處罰規定看似是合理的。但是問題在於背信罪的既、未遂其實認定起來比詐欺困難得多。因為在多數的情形下，背信罪的行為人要不是已經握有處分本人財產的權限，要不就是財產其實已經在行為人的支配領域之下，犯罪的既遂與否，往往只在一念之間，這和詐欺罪具有財產移轉犯的特性是截然不同的。再加上財產危險與期待地位在認定上的不易，會使得既、未遂的界線更加模糊<sup>200</sup>。面對現行法仍然處罰背

<sup>200</sup> 如果將眼光放到同樣處罰背信未遂的日本法，儘管日本學說早期對背信罪是否要處罰未遂的問題也有所爭論，但是根據日本法務省法制審議會改正刑法草案的說明，背信罪與侵占罪不盡相同，在行為與實害結果發生之間間隔相



信未遂的現況，本文認為，儘管「背信罪有無處罰未遂的必要」一事的确很有討論的空間，但是除非未來修法廢除處罰背信未遂的規定，否則比起德國法來講，既遂與未遂之間的分界必須更為小心的認定，如何細膩地劃出既遂與未遂之間的界線，將來勢必也會是研究的重點之一。

第五、類型化的去研究各種背信形態，因為背信行為態樣繁複，各種不同類型的背信行為觀察的重點可能不同。例如在銀行授信的情形，是否違反財產照管義務的觀察重點，會是在審查的經理人是否遵循徵信的規則，對無風險的調查是否徹底。而風險交易的情形，重點則是會落在本人對於風險的狀況是否知悉，是否存在有效的同意。又或者是黑帳戶的情形，重點在於帳戶內的資金是否被以違反財產照管義務的方式使用。類型化各種不同的背信行為之後，才有可能找出各種類型中決定性的關鍵因素。

## (二)主觀構成要件部分

從法國法跟英美法的分析可知，在控制處罰範圍的問題上，意圖的設定其實無法發揮什麼作用。此外，法國用不法獲利意圖來限縮背信罪的作法，也容易造成處罰的漏洞。尤其是考慮到背信罪義務

---

當一段時間的情形，仍然有處罰未遂犯的必要。日本指標性的文獻則是認為：在發生財產損害的具體危險時，可以認為成立未遂犯；在實害（即經濟觀點上的損害）發生時，行為即為既遂。不過日本早期的實務見解（大審院昭和13年10月25日判決）的確也曾認為，背信罪的財產損害不僅只限於發生實害的情形，也應該包括引起實害的危險在內，所以很難說明背信未遂的概念，因為在採取經濟財產概念的前提下，當本人的財產在經濟上受到危害時，就可以認為財產損害已經發生，在此範圍之內，沒有什麼成立未遂犯的空間。以上說明，見大塚仁等『大コンメンタール（第十三卷）』三版，第37章（背任），青林書院段碼729、857到860（2018年6月）。本文礙於篇幅所限，關於背信罪應該如何認定未遂的問題，將留待日後另行為文處理。



犯的特性，不法意圖的存在只會發揮架空義務違反要素的效果而已，因此本文認為背信罪不法意圖的內容沒有深究的必要。在對我國背信罪做出修正之前，對於不法意圖只需要做寬鬆的理解即可<sup>201</sup>。

## 肆、結語

從本文以上粗淺的分析可知，其實在大多數的國家中，背信罪作為經濟刑法的核心制裁規定之一，在防堵經濟犯罪的問題上都扮演者舉足輕重的角色，差別只是在到底有沒有以「背信」名之而已。從我們以收受回扣為例，對於法國、英美和德國這三種主要的制裁系統所做出的初步分析來看，德國系統的制裁穩定性的確是最高的。德國法因為對於法益概念的堅持，嚴格區分了詐欺與背信、損害與獲利，以及回扣和賄賂等概念。這造就了德國法在制裁範圍上相對狹窄，並且提高了制裁的可預見性。這一點對於師從德國系統的我國法來說，勉強算得上是一件差堪告慰的事情。

不過這當然不代表德國系統是毫無問題的。儘管制裁的範圍比起法國和英美系統來講，德國系統的規定確實較為穩定，但是因為不對主體身分採取列舉的規定方式，以及堅持實質損害與結算原則之故，仍然造成了若干不明確的問題。而這些問題都是不採結算原則的英美、或法國系統所不需面對的困境。如果以收受回扣為例來觀察，我們不難發現，在不以結算來確定損害的情況下，那種將自身利益置於本人利益之前的動機，隨時有可能發生取代客觀義務違反要素，造成義務要素受到架空的效果，並且形成不對損害與獲利嚴格區分的副作用。這對於以客觀義務違反作為背信罪不法核心的

<sup>201</sup> 背信罪中不法意圖與義務犯結構衝突的簡短說明，以及建議寬鬆理解不法意圖的基礎，見憚純良，同註165，頁298以下。





系統來講，並不是一種值得肯定的處理方式，因為這會造成詐欺與背信、損害與獲利、回扣與賄賂等，重要概念的模糊化。再加上我國法在主觀面要求不法意圖，客觀上處罰背信未遂的作法，會使得問題顯得更為複雜。

為了處理上揭的問題，本文建議在背信罪的客觀面上，我國有必要繼續堅持法益的概念、具體化財產照管義務、持續深化財產損害，尤其是財產危險與期待地位的認定。在修正背信罪處罰未遂的規定之前，也必須更為細緻地區分既、未遂的界線，以及對於背信行為作類型化分析等，值得關注的事項。在行為的主觀面上，則不宜對於不法意圖做過於嚴苛的要求，也就是達到故意的水準即可，以免架空財產照管義務的功能等，若干具體的建議。

平心而論，比起詐欺罪來講——起碼本文主觀上如此認為——背信罪毋寧是更為複雜且棘手的，如果想要用一篇比較法的文章去解決我國目前背信罪解釋與適用上的所有問題，無疑是欠缺期待可能性的事情。只希望透過本文初步的分析，能夠在研究背信罪的道路，做出杯水車薪的貢獻，吸引我國其他學界先進與實務家們一同加入背信罪研究的行列，一起往正確的方向共同努力，使背信罪在我國能夠更適切地發揮它的規範效力。果若如此，那麼這一篇比較背信罪的拙文，或許就還有那麼一點存在的價值。





## 參考文獻

### 一、中文

1. Yves Guyon著，羅結珍、趙海峰譯，法國商法第1卷，2004年12月。
2. 古承宗，刑法分則，財產犯罪篇，修訂2版，2020年9月。
3. 甘添貴，刑法各論（上），修訂5版，2019年9月。
4. 吳盈德，證券交易法特別背信罪「違背職務行為」要件的疑義與解釋，台灣法學雜誌，412期，頁111-125，2021年3月。
5. 李進榮，背信罪之違背任務行為，檢察新論，23期，頁146-169，2018年2月。
6. 李進榮，公司經理人收取回扣與收受賄賂之法律責任，檢察新論，29期，頁56-71，2021年12月。
7. 林志潔，未積極揭露利益衝突資訊與受託義務違反之刑事責任（上）——論 Skilling v. US案與美國誠信服務詐欺罪新發展之啟示，月旦法學雜誌，239期，頁135-155，2015年4月。
8. 林志潔，未積極揭露利益衝突資訊與受託義務違反之刑事責任（下）——論 Skilling v. US案與美國誠信服務詐欺罪新發展之啟示，月旦法學雜誌，240期，頁185-220，2015年5月。
9. 洪培根、林鈺雄等，商業賄賂罪，月旦刑事法評論，7期，頁82-98，2017年12月。
10. 紀凱峰，公司經理人收取回扣、收受賄賂之法律責任（發言記錄），檢察新論，29期，頁76-82，2021年5月。
11. 張天一，論背信罪之本質及定位，中原財經法學，26期，頁185-242，2011年6月。
12. 張天一，論商業賄賂之可罰性基礎及入罪化必要性，月旦法學雜誌，242期，頁26-40，2015年7月。
13. 許恒達，商業賄賂立法方向評析，檢察新論，24期，頁48-73，2018年8月。
14. 許恒達，析論背信罪之違背任務行為及財產損害，台灣法律人，3期，頁141-157，2021年9月。



15. 許恒達，收受回扣的背信刑責？評最高法院110年度台上字第4250號刑事判決及其歷審見解，*當代法律*，3期，頁100-110，2022年3月。
16. 許澤天，*刑法分則（上冊）*，4版，2022年2月。
17. 陳子平，*刑法各論（上）*，4版，2019年8月。
18. 彭美英，背信罪之探討——臺灣高雄地方法院九十九年囑重訴字第一號刑事判決評析，*裁判時報*，9期，頁78-84，2011年6月。
19. 憚純良，*經濟刑法問題學思筆記（二）*，2022年7月。
20. 盧映潔，*刑法分則新論*，修訂16版，2020年9月。

## 二、日 文

- 大塚仁等『大コンメンタール（第十三卷）』三版，青林書院（2018年6月）。

## 三、外 文

1. Anders, R. Peter, Das französische Recht der Untreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften insbesondere im Konzern, *ZStW* 2002, S. 467ff.
2. Bacigalupo, Silvina, Pflichtdelikte und Akzessorietät der Teilnehme, in: Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, S. 201 ff.
3. Behrens, Brian C., *18 U. S. C. § 1341 and § 1346: Deciphering the Confusing Letters of the Mail Fraud Statute*, 13 ST. LOUIS U. PUB. L. REV. 489 (1993).
4. Boerger, B. Bastian, *Zur Schutzfunktion des Wirtschaftsstrafrechts*, 2018.
5. Cappel, Alexander, *Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht*, 2009.
6. Cleveland, Daniel C., *Once Again, It Is Time to “Speak More Clearly” about § 1346 and the Intangible Rights of Honest Services Doctrine in Mail and Wire Fraud*, 34 N. KY. L. REV. 117 (2007).
7. Coffee, John C. Jr., *Modern Mail Fraud: The Restoration of the Public/Private Distinction*, 35 AM. CRIM. L. REV. 427 (1998).
8. Coffee, John C. Jr. & Whitehead, Charles K. (2002), *The Federalization of Fraud:*



- Mail and Wire Fraud Statutes*, in Otto G. Obermaier & Robert G. Morvillo eds., WHITE COLLAR CRIME: BUSINESS AND REGULATORY OFFENSES, § 9.01.
9. Darby, Joseph J., der Schutz des Vermögens gegen Täuschung, ZStW 1996, S. 548ff.
10. Diereich, Eugen, Die Untreue de lege lata und de lege ferenda, unter besonderer Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Bevollmächtigtenuntreue des § 266 Abs. 1, Ziffer 2 StGB, 1933.
11. Du Bois-Pedain, Antje, Die Strafbarkeit untreueartigen Verhaltens im englischen Recht: „Fraud by abuse of position“ und andere einschlägige Strafvorschriften, ZStW 2010, S. 325ff.
12. Ebneroth, Carsten T./Reiner, Günter, Der Schutz der abhängigen Kapitalgesellschaft vor nachteiligen Vermögensverlagerungen in Frankreich Ein rechtsvergleichender Beitrag zur aktuellen Konzernrechtsdiskussion, BB 1992, Beilage 13, S. 1ff.
13. Effken, Matthew J., *The Mailing Element of the Federal Mail Fraud Statute: Schmuck v. United States*, 23 CREIGHTON L. REV. 97 (1989).
14. Eser, Albin (ua.), *Schönke/Schröder*, StGB Kommentar, 30. Aufl., 2019.
15. Farrel, Simon, Yeo, Nicholas & Ladenburg, Guy (2007), THE FRAUD ACT 2006, Oxford, New York, Oxford University Press.
16. Fischer, Thomas, StGB, 69. Aufl., 2022.
17. Foffani, Luigi, die untreue in rechtsvergleichenden Überblick, in: Tiedemann-FS, 2008, S. 767ff.
18. Foffani, Luigi, Untreuestrafbarkeit im französischen und italienischen Strafrecht, ZStW 2010, S. 374ff.
19. Green, Stuart P. (2014), *Property Offenses*, in Markus D. Dubber & Tatjana Hörnle eds., THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINAL LAW. (MA: Oxford University Press).
20. Haas, Günter, Die Untreue ( § 266 StGB) – Vorschläge de lege ferenda und geltendes Recht, 1997.
21. Hefendehl, Roland, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994.
22. Henning, Peter J., *Maybe It Should Just Be Called Federal Fraud: The Changing*



- Nature of the Mail Fraud Statute*, 36 B.C.L. REV. 435 (1995).
23. Henning, Peter J., *A New Crime for Corporate Misconduct?*, 84 MISS. L.J. 43 (2014).
24. Hostetler, Michael J., *Intangible Property Under the Federal Mail Fraud Statute and the Takings Clause: A Case Study*, 50 DUKE L.J. 589 (2000).
25. Kadish, Sanford H. & Paulsen Monrad G. (1975), *CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES* (3d ed.), Boston: Little, Brown.
26. Kaplan, John, Weisberg, Robert & Binder, Guyora (2012), *CRIMINAL LAW: CASES & MATERIALS* (7th ed.), New York: Wolters Kluwer Law & Business.
27. Kindhäuser, Urs/Böse, Martin, *Strafrecht BT II*, 11. Aufl., 2020.
28. Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hg.), *Nomos-Kommenatr StGB*, 5. Aufl., 2017.
29. Krafft, A. Kristin, *Die Rozenblum-Doktrin, ihre Fortschreibung bis zur Gegenwart und ihr Vergleich zur Treuepflicht im faktischen GmbH-Konzern*, 2020.
30. Krey, Volker/Hellman, Uwe/Heinrich, Manfred, *Strafrecht BT II*, 18. Aufl., 2021.
31. Kühne, Hans-Heiner/Miyazawa, Koichi (Hg.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000.
32. Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., Bd. 9, 2012.
33. Leggett, Zach, *The New Test for Dishonesty in Criminal Law – Lessons from the Courts of Equity?*, 84(1) THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW 37 (2020).
34. Leiner, Ernst, *Das Delikt der Untreue des § 266 StGB alter und neuer Fassung*, 1934.
35. Loya, Edward J. Jr., *Upholding “Honest Services” While Abandoning Interpretive Principles: United States v. Rybicki*, 10 STAN. J.L., BUS. & FIN. 138 (2004).
36. Lüderssen, Klaus, *Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats*, in: FS Lampe, 2003, S. 709ff.
37. Lüthge, Benedikt, *Das Delikt der Untreue im internationalen Rechtsvergleich*, 2017.
38. Mayer, Hellmuth, *Die Untreue*, in: Bundesminister der Justiz, *Materialien zur*



- Strafrechtsreform, Bd. 1, 1954, S. 333 ff.
39. Monaghan, C. & Monaghan, N. (2020), *FINANCIAL CRIME AND CORPORATE MISCONDUCT*, New York: Taylor and Francis.
40. Parry, Jacques & Arlidge, Anthony (2007), *ARLIDGE AND PARRY ON FRAUD* (3d ed.), London: Sweet & Maxwell
41. Pearce, Arthur R., *Theft by False Promises*, 101 U. PA. L. REV. 967 (1953).
42. LaFare, Wayne (2010), *CRIMINAL LAW* (5th ed.), USA: West Academic Publishing.
43. Rakoff, Jed S., *The Federal Mail Fraud Statute (Part I)*, 18 DUQ. L. REV. 771 (1980).
44. Ransiek, Andreas, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 2004, S. 634ff.
45. Rentrop, Kathrin, Untreue und Unterschlagung: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, 2007.
46. Rohlfen, Ryan J., *Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws*, 1 U. CHI. LEGAL F. 151 (2012).
47. Rönnau, Thmoas, „kick-backs“: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue – Eine kritische Bestandsaufnahme –, in: FS für Günter Kohlmann, 2003, S. 239ff.
48. Rönnau, Thomas, (Rechts-) Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue, ZStW 2010, S. 299ff.
49. Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard (ua.), *Systematischer Kommentar zum StGB*, 8. Aufl., 2013.
50. Satzger, Helmut (ua.), *Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB Kommentar*, 5. Aufl., 2021.
51. Schäfer, Ernst, Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften, DJZ 1933, S. 789ff.
52. Schramm, Edward, *Untreue und Konsens*, 2005.
53. Schubert, Werner (Hg.), *Der Code pénal des Königreichs Westphalen von 1813 mit dem Code pénal von 1810 im Original und in deutscher Übersetzung*, 2001.
54. Schünemann, Bernd (Hg.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002.



55. *Schünemann, Bernd*, in: Leipziger Kommentar, überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe, 2017.
56. *Schünemann, Bernd*, Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreuetatbestandes (Teil 1), *StraFo* 2010, S. 1.
57. *Szott Moohr, Geraldine*, *Playing with the Rules: An Effort to Strengthen the Mens Rea Standards of Federal Criminal Laws*, 7 J. OF L., ECON. & POLICY 685 (2011).
58. *Tannenbaum, Brette M.*, *Reframing the Right: Using Theories of Intangible Property to Target Honest Services Fraud After Skilling*, 112 COLUM. L. REV. 359 (2012).
59. *Thalhofer, Thomas*, Kick-Back, Exspektanzen und Vermögensnachteil nach § 266 StGB, 2007.
60. *Tiedemann, Klaus*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl., 2017.
61. *Wittig, Petra*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl., 2020.
62. *Wolfgang Joecks/Klaus Miebach* (Hg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 5, 4. Aufl., 2022.





# **Comparison of the Criminal Sanction System of Breach of Fiduciary Duty: Evaluation of French, Anglo- American and German Systems with an Example of Kickback**

Chun-Liang Yun<sup>\*</sup>

## **Abstract**

Most countries deem breach of Trust as a criminal offense. Such countries where breach of Trust is criminalized can be broadly divided into three different systems, namely, French, Anglo-American, and German systems. In France, breach of Trust is traditionally only punishable in a few commercial fields. Earlier in England and America, breach of Trust was considered a subset of theft. Now the new Fraud Act 2006 comes into force in England. In America, breach of Trust is sanctioned under the Mail and Wire Fraud Statute as federal fraud laws. A general sanction rule of breach of Trust is prescribed in German criminal law. Since Taiwan has adopted German law, it is necessary to

---

<sup>\*</sup> Professor of Graduate School of Science and Technology Law, National Yunlin University of Science & Technology; Dr. Iur., Albert Ludwig University, Freiburg, Germany.

Received: January 14, 2023; accepted: July 14, 2023



examine the advantages and disadvantages of the German system in more detail. Compared to French and Anglo-American systems, the German system is more stable. However, in determining the property damage, vagueness appears as a weak point of the German system. In Taiwan, the weak points originating from German law are regarded as the main tasks in future research.

**Keywords:** Breach of Trust, Theft, Fraud, Illegal Intent, Breach of Duty, Property Damage, Legal Interest in Property