

從歷史發展與犯罪結構 論不法意圖在背信罪中的消長^{*} ——兼評特殊背信罪肥大化的立法趨勢

惲 純 良^{**}

要 目

- | | |
|---|--|
| 壹、前 言 | 五、各邦法時期：特別是巴伐利亞邦
刑法典與Feuerbach的影響——
實體法上不法意圖在背信罪中
的首次出現 |
| 貳、從歷史發展看不法意圖在背信罪中
的地位：背信罪的歷史翦影 | 六、普魯士刑法典時期 |
| 一、羅馬法時期 | 七、北德意志聯邦／帝國刑法典時期
(一)不法意圖在背信罪中的全面擴張
(二)濫權理論的誕生
(三)帝國刑法典第266條所引發的問題 |
| 二、古德國法時期 | |
| 三、卡洛林納法典時期 | |
| 四、普魯士一般法時期
(一)將背信與詐欺相連結
(二)自然法思想的影響 | |

DOI: 10.53106/102398202021090166001

^{*} 本文為科技部計畫109-2410-H-224-029-MY3之部分研究成果。感謝匿名審查人對於本文的詳盡審查與修正意見，惟文責當然仍由作者自負。

^{**} 雲林科技大學科技法律研究所專任副教授，德國福萊堡大學法學博士。

投稿日期：一〇九年七月八日；接受刊登日期：一一〇年二月三日

責任校對：林嘉瑛

八、帝國刑法典之後德國法上背信罪進一步的改革	三、背信罪的義務犯特性
(一)義務與法益概念的釐清	(一)不作為犯與義務犯不是全等關係
(二)不法意圖的銷聲匿跡	(二)背信罪不是獲利犯
(三)納粹政權的影響：特殊背信罪的遞延消失	肆、特殊背信罪肥大化的立法現象
九、小 結	一、立法背景
參、從犯罪結構看不法意圖在背信罪中的地位：與詐欺罪的結構相較	二、我國法的問題所在
一、過度限縮處罰範圍與證明的困難	(一)身分認定的不明與掛一漏萬
二、淘空義務違反的客觀要素	(二)違反平等原則的疑慮
	(三)義務違反的判斷方式
	三、小 結
	伍、結語：對我國法可能的啟發



元照出版提供 請勿公開散布

摘 要

背信罪中的不法意圖到底能夠發揮什麼樣的作用，一直以來都是一個有待澄清的問題。近期來講，儘管若干我國文獻對於在背信罪中設計不法意圖的作法採取肯定的立場，並且進一步地將上述觀點推及特殊背信罪的領域；但是如果進一步去追溯背信罪的發展歷史，我們不難發現：不管是不法意圖的設定或者特殊背信罪的立法方式，其實早在一百多年前的德國法中就曾經出現過，但卻因為種種的難以克服的問題，早已為德國立法者所放棄。

令人感到疑慮的是，如今我國雨後春筍般出現的特殊背信罪，除了若干本土的問題之外，與一百多年前德國文獻上的爭議都具有高度的近似性。面對這個亟待改正的現狀，在對於我國刑法典中背信罪做出一定程度的修正之前，德國帝國刑法典時代對於不法意圖的解釋標準，以及日本當代學說對於不法意圖採取寬鬆的理解方式，或可作為我國實務家在操作背信罪時的參考。

關鍵詞：不法意圖、特殊背信、框型結構、義務違反、財產法益、財產損害、濫權理論、背託理論

壹、前言

「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……」為我國刑法第342條第1項背信罪的規定。上開條文內容雖然言簡意賅，但是在經濟刑法領域中，卻是地位舉足輕重，然而與此同時——很不幸的——卻也往往是文獻的爭議與聚訟之處。

在背信罪中經常作為討論對象的，包括義務的類型、義務的違反與認定、財產損害的判斷標準、風險交易、商業或經營判斷法則對於背信罪的影響，或者——如果我們將特殊背信罪也納入討論的範圍的話——往往也包括特殊背信罪的保護法益或者犯罪所得等，在我國文獻中已經相對受到較多關注的問題。一個在我國看似沒有太多爭議、或者縱然有之，但是顯然還有進一步深入討論空間的，反而是不法意圖在背信罪應該具備什麼功能的問題。

或許是因為「立法者說了算！」的想法，以致於這個問題在我國文獻中似乎沒有引起太多的關注。但是如果我們將眼光放到其他也有背信罪立法例的國家來看，那麼「不法意圖在背信罪中的存在」似乎就不是那麼的理所當然。

眾所周知的是，我國背信罪的規定乃是直接繼受自日本刑法典第247條，而日本刑法上的背信罪又深受德國帝國刑法典的影響。雖然德國在一九三三年以前的帝國刑法典第266條當中，的確要求背信罪的行為人主觀上必須具備不法意圖；不過如果我們去查閱現行德國刑法典第266條背信罪的規定時，有點令人意外的是：不法意圖的要素已經消失了！如果我們還不死心，繼續查閱其他德語系國家的刑法規定，我們會發現奧地利刑法典第153條雖然也有背信

罪的規定，但是構成要件中同樣沒有不法意圖的主觀要素¹；瑞士刑法典第158條第1項的背信罪有的只是加重罪責意圖的規定，第2項在結構上看似不法意圖的規定，則被學說批評為不附理由²。

¹ 奧地利刑法典第153條規定：

- (1) Wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.
- (2) Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.
- (3) Wer durch die Tat einen 5 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 300 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

條文中並無不法意圖的要求。

² 瑞士刑法典第158條規定：

- (1) Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.
Wer als Geschäftsführer ohne Auftrag gleich handelt, wird mit der gleichen Strafe belegt.
Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden.
- (2) Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.
- (3) Die ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil eines Angehörigen oder

再去看看日本文獻的說明。儘管日本刑法第247條與我國刑法背信罪的規定幾乎如出一轍，但是日本學說的多數見解卻認為，背信罪的不法意圖（日本刑法條文用語為「圖利加害目的」）只需要做寬鬆的理解，也就是達到故意的水準，就已經足夠了³；部分日本學

Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt.

條文中也無不法意圖的要求，僅在第1項第3句有為「自己或第三人不法獲利」的「加重罪責意圖」；至於第2項的意圖，依照瑞士通說的看法，它是一個必須「始終存在」的、在性質上的確被認為是一種「不法意圖」類型，但通說見解卻被批評對此根本未附理由。以上說明，見Niggli, in: Basler Kommentar, Bd. II, Art. 185, Rn. 172.

- 3 西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法各論，頁331，2012年12月；尤其是註185。謝煜偉，論金融機構特別背信罪，國立臺灣大學法學論叢，45卷2期，頁2061，2016年12月，引述日本文獻上的「消極動機說」為證。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，193期，頁198，2011年6月，表明：「……依日本學說及實務見解，前開意圖至少須對圖利、加害有未必之認識及容認，或必須有確定之認識，而不必要有圖利、加害之意欲，或者積極地容認……」。此外，日本文獻亦明確指出，日本刑法第247條的背信罪中之所以出現「圖利加害目的」的要素，主要是因為受到了德國與奧地利刑法的影響。而日本法之所以會將「圖利目的」列在「加害目的」之前，則是因為當時的修正委員菊池武夫的提案所致，菊池原本主張只需要有「圖利目的」即可；因為「加害目的」一般來講會被包含在圖利目的之中。不過上開立場卻被其他修正委員反對，認為只規定圖利目的的作法可能無法捕捉到代理人因為對本人懷恨在心，故意加害的情形。最後菊池雖然不反對將圖利與加害目的並列，但仍要求圖利目的應該列在加害目的之前。文獻上認為，這樣子的主張其實是將背信罪與竊盜罪、詐欺罪等，以獲利動機為必要的犯罪做相同理解。這種將背信罪一般性地理解為獲利犯的立場，之後進一步為明治40年（1907）的日本刑法改正草案所接受。對此部分之說明，見松宮孝明「背任罪における『財産上の損害』，『任務違背』，『図利加害目的』の關係」立命館法学2017年5・6号（375・376号）425頁以下（2017年）。不同意見，內田幸隆「背任罪の系譜、およびその本質」早稲田法学会誌51卷113頁以下（2001年）主要以：(1)明治31年（1898）挪威刑法修正草案被翻譯成德文，而草案中對於背信罪有不法意圖的規定，並且(2)不若德國帝國刑法典對

說甚至直指，日本繼受德國背信罪之初，根本就是建立在對於當時不法意圖概念的誤解之上⁴。

於身分主體有明確限制，但卻有為他人處理事務與財產損害的要素，而與日本明治34年（1901）刑法改正案第282條背信罪的規定相近似為理由，進而「推測」日本刑法的背信罪之所以會出現「罔利加害目的」是因為受到挪威刑法草案的影響。不過內田並沒有舉出具體的證據說明，挪威刑法草案對於日本刑典中的背信罪到底是如何發生影響的。仔細審視內田在文章相關段落中標註的註37與38，指向的是德語文獻 *Entwurf eines Allgemeinen Bürgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen Motive. Ausgearbeitet von der durch königliche Entschliebung vom 14. November 1885 eingesetzten Kommission* 的第72頁與第111頁以下。進一步去確認上揭德語文獻對應頁的內容，第72頁有的只是挪威刑法背信罪草案的德語翻譯，既沒有修正理由，也沒有任何與日本刑法背信罪的「罔利加害目的」是繼受自挪威刑法草案的相關說明；而該草案中對照到日本法上「罔利加害目的」的德語對應用字，即為 *in der Absicht, jemandem einen unberechtigten Gewinn zu verschaffen oder zu schaden*。至於第111頁以下的內容根本就與背信罪的規定無關。事實上，內田上開的推測到底具有幾分真實性，多少是令人有些懷疑的。先撇開引註疏漏的部分不談，其實自帝國刑典施行於德意志帝國全境以降，德國文獻上對於帝國刑典關於區分身分的批評可以說是汗牛充棟。如果說日本受到挪威刑法草案的影響還需要透過德國人幫忙翻譯，而且翻譯的還只是草案的條文並且沒有附上理由的話，那麼對於繼受法國的學者來講，直接去看德國當時的草案以及學說見解對於帝國刑典羅列身分與設定不法意圖的討論，或許還更見實益。值得附帶一提的是，日本指標性的文獻也明確表示，從比較法的觀點來看，不法意圖這一類主觀處罰條件的設定在背信罪中毋寧是相對罕見的；並且即便是日本學界，對於「罔利加害目的」的設定也不乏質疑的聲浪。以上說明，見大塚 仁等『大コンメンタール刑法（第13卷）（第三版）』青林書院327頁段碼577以下（2018年6月）。

4 在帝國刑典的時代，德國立法者其實並沒有對於「意圖」與「故意」在內容上做出詳細的區別，二者在當時基本上是可以混用的概念（進一步的說明，見本文以下貳、七、(三)）。但是德語中的 *absichtlich* 在日語文獻中卻不僅是被理解成故意這麼單純，而是一種「目的」（*mokuteki*）；日本學者島田聡一郎因此認為，日本當初在繼受背信罪的時候，根本就誤解了意圖當時在德國法上的意義。以上說明，見 *Shimada, FS für Imme Roxin, S. 841f.* 於此必須

先不去深究背信罪中的不法意圖到底應如何解讀的問題，首先令人感到好奇的是：如果不法意圖在背信罪中真的這麼重要，那麼為什麼在上開這一連串作為我國刑法直接或者間接繼受來源的國家裡，對於不法意圖會採取逐漸放寬的定義或理解？甚或索性乾脆放棄？這背後的原因到底是什麼？殊值玩味。

不過不同於以上他國立法例的觀點，近期來講，我國文獻中若干強調不法意圖在背信罪具有特殊重要性的聲浪日趨高漲⁵。更有甚者，這種趨勢已經從原本固守在普通背信罪中的立場，日趨明顯地跨足到如雨後春筍般出現的特殊背信罪之中。例如銀行法中第125條之2第1項前段，就有「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……」的規定。若干我國文獻在對於實務見解做出歸納、整理之後，即明確地表示：背信罪中的主觀意圖不能推定，違背任務不等於有圖利的意圖；並引述日本學說為證，提出「……財產犯罪之所以設計為目的犯，乃因其客觀

特別強調的是，這種日本法「錯誤繼受」帝國刑法典時期不法意圖的觀點，如果只考慮到「日本繼受帝國刑法典當時的通說見解」固然是無可厚非。不過依作者主觀的認知來說，日本學說其實正確地理解了我們當代對於意圖與故意的區分，德國帝國刑法典時期不區分故意與意圖的作法，才是應該受到檢討的。並且從德國學說自帝國刑法典以降的發展來看，也證實了日本學說當初對於意圖的理解方式才是值得贊同的，只不過因為設定故意以外的其他主觀處罰條件可能造成與義務違反的客觀要素相衝突的結果，所以本文才建議刪除背信罪中不法意圖的要素（見本文參、以下的說明）而已。此外，依照作者主觀的推測，日本學說在背信罪不法意圖採取寬鬆認定的作法，某程度上可能也是因為認知到意圖與義務之間可能潛在的衝突性格所致，在我國法刪除不法意圖的要素之前，日本學說對於意圖要素採取寬鬆認定的立場，因此也值得贊同。

⁵ 黃顯任、林志潔，背信罪不法意圖要件之機能及其反證，萬國法律，175期，頁14以下，2011年2月。

行為表現無法明確界定合法及非法之界線，違背任務之行為與正常事務處理互為表裡，無法截然區分……。」的觀點⁶。

面對這種特殊背信罪如雨後春筍般出現、以及著重強調不法意圖的觀點，又進一步地引發了第二個啟人疑竇的問題：姑且不去深究銀行法特殊背信罪中不法意圖的判斷方式，與刑法裡普通背信罪判斷不法意圖的標準有無不同，光就這種特殊背信罪不斷增生的現象來講，令人感到好奇的是：難道德國立法者不曾想過用相同的制裁手段來處理銀行或金融業的背信問題嗎？為什麼翻遍德國當代的刑法或特別刑法的文獻，幾乎找不到這種特殊背信罪的立法方式？德國的法制發展過程中到底發生了什麼事？從繼受國比較法研究的觀點來講，這也是一個值得我們去尋找答案的有趣問題。

為了替以上的問題找出解答，本文以下以回顧背信罪歷史的方式，找尋不法意圖以及特殊背信罪在德國刑法的歷史中到底曾經出現在哪裡？後來又是因為什麼緣故從刑法的舞臺上銷聲匿跡（下文貳、）？在澄清了歷史的發展之後，再從犯罪結構的角度出發，檢視不法意圖與背信罪的犯罪結構之間可能存在的齟齬之處（下文參、），並且進一步對照、比較特殊背信罪在德國的歷史與我國當代文獻討論的趨勢（下文肆、）。最後在本文的結論中，說明對我國法可能的啟發與作用（下文伍、）；管窺蠡測之議，以供學界先進與實務家們卓參、指正。希望透過回顧一小段背信罪起源的時光之旅，以史為鏡；對於我國將來不管是在背信罪不法意圖設定的問題上，或者是整體的修正方向上，能夠略盡棉薄之力。

⁶ 曾淑瑜，銀行法特別背信罪適用爭議，台灣法學雜誌，261期，頁60，2014年12月1日。

貳、從歷史發展看不法意圖在背信罪中的地位： 背信罪的歷史剪影

翻開背信罪的歷史，我們不難發現：背信罪的整個發展過程其實是十分活潑而多元的，並且帶有很多現代不同犯罪類型的色彩。關於背信罪的發展史，一般來講，文獻上最早多是回溯到羅馬法以及古德國法時期的規定。

一、羅馬法時期

首先可以確定的是，羅馬法中不存在獨立處罰相當於現代侵占罪或背信罪的處罰規定，對於侵占或背信的行為，當時主要是以 *furtum* 或者 *peculatus* 的概念加以處理⁷。*furtum* 這個概念起源於羅馬法學家 Paulus，他將 *furtum* 定義為：以欺騙（不正直）的方式碰觸（抓取）物品，以便取得物品本身或者其使用或占有的利益；嚴格說起來，這是一種可以包括現代我們所理解的竊盜、使用竊盜、占有侵奪、侵占、強盜、準強盜等行為類型的原型或者上位概念⁸。至於 *peculatus* 則是專指一種無權取用國家動產行為；或者換一種講法，是一種對於國家財產的 *furtum*（*das furtum am beweglichen*

⁷ Kindhäuser認為羅馬法時期背信罪主要是以 *furtum* 「與」 *peculatus* 兩種罪名來處理，*ders.*, *Abhandlung zum Vermögensstrafrecht*, S. 317 = *ders.*, in: NK, 5. Aufl., § 266 Rn. 4. Schönemann則認為是 *furtum* 「或」 *peculatus*，見 *ders.*, in: LK, 12. Aufl., § 266 S. 663. 不過仔細查閱 Kindhäuser 及 Schönemann 所指引的文獻（指向 Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899, S. 764ff.），*peculatus* 似乎只是一種 *furtum* 的下位概念，在概念上其實比較接近我們當代所理解的侵占行為。

⁸ Vogel, in: LK, 12. Aufl., vor §§ 242ff. Rn. 14; Mayer 則認為最起碼可以包括我們當代的竊盜、詐欺、侵占與背信四種類型，見 *ders.*, *Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen*, 1926, S. 15.

Staatgut)。除此之外，由於羅馬法時期是一個民事法律比刑事法律更為發達的年代，因此對於故意違反契約或義務的背信行為，當時主要也只是以民事上的損害賠償加以處理⁹。

不過即便如此，我們仍然能夠從當時的規定中發現一些近似於現代背信罪的蛛絲馬跡。例如：在某些強制的契約關係受到違反的場合，除了民事賠償的效果之外，還可能額外以具有刑罰色彩的 *Infamie*、也就是以近似於現代褫奪公權的形式加以處罰；並且，如果是對於寄存、代理、社群、協會、保護、忠誠等關係的違反，也有可能受到 *Infamie* 的宣告¹⁰。與此相關的還有訴訟代理人對於當事人的背信行為（*praevaricatio*），這也是在羅馬法時期就已經承

⁹ *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. 5; *Draheim*, Untreue und Unterschlagung, 1901, S. 2; *Kindhäuser*, Abhandlung zum Vermögensstrafrecht, S. 317f. = *ders.*, in: NK, 5. Aufl., § 266 Rn. 4; *Rentrop*, Untreue und Unterschlagung: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, 2007, S. 10. 另有部分文獻認為可能與當代背信罪相關的，還應該包括羅馬法時期的 *crimen stellionatus*，這是一種當行為人以違法且惡意欺騙的方式造成被害人財產損害時，以法律明文之外（*crimen extraordinarium*）、用一種備位（*subsidiär*）的形式加以處罰的犯罪概念，見 *Leiner*, Das Delikt der Untreue des § 266 StGB. alter und neuer Fassung, 1934, S. 3. 嚴格說起來 *crimen stellionatus* 其實比較接近詐欺罪在羅馬法中的前身，*Rentrop* 就認為這個概念在背信罪的發展歷史中不甚重要，見 *ders.*, Untreue und Unterschlagung, S. 11. 不過就背信罪在普魯士一般法時期的發展來講，確實曾經出現與詐欺罪合流的現象，見本文以下貳、四、(一)的說明。

¹⁰ *Leiner*, aaO., S. 3. 羅馬法上宣告 *Infamie* 的原因，並不僅限於違背強制契約義務的情形，被宣告 *Infamie* 之人將因其不正直（*nicht unbescholten*）的性格，產生無法獨立提起訴訟、沒有選舉或被選舉權、無法擔任需要宣示的公職、無法成為證人、無法參與市民慶典等的效果。以上說明見 *Mommsen*, aaO. (Fn. 7), S. 993f.; *Rentrop*, aaO., S. 10. 我國文獻則有將 *Infamie* 翻譯成「破廉恥」，見張天一，論背信罪之本質及定位，中原財經法學，26期，頁186，2011年6月。

認的一種近似當代背信的次級類型¹¹，這一支系統的背信行為演化迄今，仍然在德國刑法典第356條「對於當事人之背託罪」的處罰規定中，被保留了下來。

羅馬法上另外一個與當代背信罪可能有親戚關係的制度，是所謂的*actio de distrahendis rationibus*¹²，這是指監護人侵吞的財產，或物品的時候，可以對之提起雙倍損害賠償的一種訴訟型態¹³，不過這並不是刑事處罰的規定，因此也無法被當成具有刑罰效果的制度。總的來講，我們在羅馬法中找不到完整的、與我們當代背信罪完全相當的犯罪類型，有的只是片段的、破碎的部分，以及若干與現代背信罪相關的雛形或前身而已。

二、古德國法時期

至於古德國法與羅馬法則大致相同，對於背信的行為多以民事法上回復原狀義務作為主要的處理方式¹⁴；只有當民事回復原狀不可能時，才會對背信的行為額外地施加刑事制裁¹⁵。嚴格說起來，這不能被認為是背信罪的刑事處罰規定，最多只能當成一種債務不履行時，附隨的刑事效果而已。

除上述那種附隨的刑事效果之外，如果說古羅馬法時期對於背信的行為有若何的「刑事制裁」的話，通常也只是以竊盜，或者是

¹¹ *Dieterich*, aaO. (Fn. 9), S. 5; *Leiner*, aaO., S. 4.

¹² *Draheim*, aaO. (Fn. 9), S. 4; *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 11.

¹³ 概念說明，見 *Weiske*, *Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten: enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft*, Bd. 3, 1844, S. 182. 羅馬法上因為 *crimien stellionatus* 行為所提起的民事訴訟稱之為 *actio doli* 或者 *actio de dolo*，文獻上亦有將此二者與 *actio de distrahendis rationibus* 並列，認為同屬與當代背信罪有親戚關係的制度，見 *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 11.

¹⁴ *Mayer*, aaO. (Fn. 8), S. 5ff.; *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 12.

¹⁵ *Löning*, *Der Vertragsbruch und sein Rechtsfolgen*, 1900, S. 406ff.

將之歸入與竊盜具有親族關係的行為類型、由現今的觀點來看或多或少帶有些侵占色彩的方式來處理¹⁶。例如文獻上經常會提到的「持贓」(diebliches Behalten)行為即屬一例；這是一種泛指「一切物體非因所有權人的意願脫離其持有，而使現持有人陷於竊盜嫌疑」的概念；歷史上，這個概念曾經出現在「薩克森寶鑑」(Sachsenspiegel)中，寶鑑的編撰者雖然一方面強調這種對於物品的持有方式具有類似於竊盜行為的特性，但是卻也同時說明此處的持有者並不等於竊盜罪的行為人¹⁷。不過若要因此就認為寶鑑的編撰者在創造這個概念的時候，有意地以侵占行為作為原型，或者認為可以將之與現代的侵占罪相提並論——依照Mayer的看法——都不免有些言過其實¹⁸。

相對於以上將背信或侵占的行為與「持贓」的概念相提並論的觀點，也有部分的文獻對此一問題持不同的看法。主要的理由在於：既然furtum的概念可能包括到我們現代所理解的背信行為，那麼薩克森寶鑑對於這種行為就不能說沒有刑事處罰的規定，因為寶鑑的編撰者對於furtum這一類「既可以包括到現代背信罪、又可以及於現代竊盜罪」的行為，其實已經賦予了絞刑的法律效果¹⁹；但是對於這種僅僅因為飢寒交迫而竊盜的furtum行為，就對行為人處以絞刑的嚴刑峻罰，即便是在中古世紀那種法制不完備的情況下，也令人感到難以接受²⁰。

¹⁶ Kindhäuser, Abhandlung zum Vermögensstrafrecht, S. 317f. = ders., in: NK, 5. Aufl., § 266 Rn. 4; Mayer, aaO. (Fn. 8), S. 5ff.; Rentrop, aaO. (Fn. 9), S. 7.

¹⁷ Mayer, aaO. (Fn. 8), S. 9; Rentrop, aaO. (Fn. 9), S. 12f.

¹⁸ Mayer, aaO. (Fn. 8), S. 9f.

¹⁹ Sachsenspiegel II, 13, 28, 39.

²⁰ Wrede, Die Untreue von der Peinlichen Gerichtsordnung 1532 bis zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, 1939, S. 43.

為了緩和竊盜這種顯然過苛的法律效果，著名的薩克森刑法學者Benedict Carpzow，乃借鑑了當時義大利刑法實務——把行為人原本就具備使用權限的情形當成furtum的減輕規定——的作法，在行為人現實上已經「碰觸」（contrectatio/Berührung）到客體的情形，以其獨創的「擬制碰觸」（ficta contrectatio）的概念，建立起三種furtum的次級減輕類型，包括：行為人為自己使用之目的，秘密地侵奪（Entziehung）託付給自己管理（Verwaltung）的物品（第一型）；行為人秘密地侵奪非因管理、僅因為保管（Verwahrung）而託付給自己的物品（第二型）；以及將發現的非自己所有之物據為己有（第三型）²¹。

Carpzow指出，不管是第一型或第二型的減輕類型，之所以不應該與竊盜罪意義的furtum科以相同刑度，其主要的原因有二：第一、在於這兩種類型其實都沒有「真實的碰觸」行為，它們毋寧都只是一種違反契約的不忠實（treulos）行為；第二、在個案中，這些行為人往往由於因託付管理或保管的關係而被視為所有權人（或者說：具有所有權人的表徵）並且必須自負管理或保管的風險²²。如果用我們當代的觀念來理解，Carpzow的意思或許可以被理解成：第一、客觀上沒有一個破壞持有關係的狀態，行為人在法律上就是處於推定適法、有權占有的狀態，而現實上行為人也沒有自所有權人處取走東西；第二、客體滅失的風險本來就必須由占有人承擔。

不過Carpzow同時也表示，在上揭第一型與第二型的減輕類型中，如果行為人是公務員的話，仍然應該維持死刑的法律效果，因為此時行為人不僅僅是「背信」而已、更是「違背了誓言」（Eidbruch）

²¹ AaO., S. 44f.

²² AaO., S. 45.

而具有雙重犯罪（Doppeldelikt）的特性²³。部分的文獻因此認為，背信罪從furtum的概念中分離出來，最早應該追溯到Carpzow的年代才對²⁴。

在這個階段最後還有必要附帶一提的是，古德語中的背信（Untrüw）這個字所指涉的概念內涵和如今我們所理解的「背信罪」其實沒有直接的關連，它主要指的是「背叛」（Verrat）的意思，例如行為人殺害或傷害自己對之有特別義務的被害人的情形²⁵。

三、卡洛林納法典時期

背信罪有了進一步的發展，則是到了一五三二年的卡洛林納法典（Constitutio Criminalis Carolina）時期，該法第170條規定：物之保管人，以惡意且危險的方式損害債權人者，與竊盜同²⁶。文獻上指出，本條其實是繼受自一五〇七年的龐貝刑事規則（Bambergische Halsgerichtsordnung）第196條的規定²⁷，類似的規定也出現在提洛刑法典（Tiroler Strafrecht）之中，二者間的主要差異僅在於法律效果——提洛刑法典的法律效果為溺死——的部分而已²⁸。

²³ AaO., S. 45f.

²⁴ AaO., S. 46f.

²⁵ Dieterich, aaO. (Fn. 9), S. 5; Klein, Die Untreue im deutschen Strafrecht: unter besonderer Berücksichtigung des neuen Strafgesetzes (Novell vom 26. Mai 1933), 1934, S. 2; Rentrop, aaO. (Fn. 9), S. 12.

²⁶ 該條原文如下：Item welcher mit eyns andern güttern, die jm inn guttem glauben zu behalten vnd verwaren gegeben sein, williger und geuerlicher weiss dem glaubiger zu schaden handelt, solch missethatt, ist eynem diebstall gelich zu straffen. 條文全文引自Wrede, aaO. (Fn. 20), S. 21. 轉譯為現代德語之說明，見Krause, Die Untreue unter besonderer Berücksichtigung der deutschen und schweizerischen Entwürfe, 1925, S. 2.

²⁷ Mayer, aaO. (Fn. 8), S. 13.

²⁸ Strahlenheim, Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung im vergangenem,

回顧背信罪研究的歷史，卡洛林納法典第170條主要的爭議有二²⁹：第一、該條處罰的客體包括置於行為人處的「寄存物」（*depositum*）——依照我們當代的標準來看，即相當於侵占罪保護的對象——固無疑問，但是它的處罰的範圍是否及於「利益」（*commodum*）？第二、除了我們當代所理解的侵占行為之外，是不是任何違反信賴、因而導致債權人受到損害的結果，都可以為本條所及？對於上述這兩個問題，多數的學者採取的是肯定的見解，因此文獻上多數的觀點均認為，本條是侵占罪與背信罪處罰的共同源頭³⁰。

在相當時期、另一個在文獻上被認為是現代背信罪處罰前身之一的規定，則是一五七七年的帝國警察規則（*Reichspolizeiordnung von 1577*）。在該法標題32的第3條（*Titel XXXII § 3*）中，有處罰監護人背信行為的規定，它的處罰範圍及於所有監護人違背義務的行為³¹，這種規定方式雖然與當代背信罪僅以財產法益為保護對象的立場並不完全一致，但是Binding仍然認為，除了卡洛林納法典第170條之外，帝國警察規則中的規定應該也算得上是另外一支當代背信行為處罰的前身³²。

總的來說，包括卡洛林納法典時期處罰背信行為——如果認為該法第170條的處罰範圍的確及於利益的話——的規定，以及背信

geltenden und kommenden Recht, 1935, S. 5; *Wrede*, aaO. (Fn. 20), S. 21.

²⁹ *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 14; *Wrede*, aaO. (Fn. 20), S. 38f.

³⁰ *Dieterich*, aaO. (Fn. 9), S. 6f.; *Draheim*, aaO. (Fn. 9), S. 6f.; *Leiner*, aaO. (Fn. 9), S. 4; *Mayer*, aaO. (Fn. 8), S. 14; *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 14; *Wrede*, aaO. (Fn. 20), S. 40.

³¹ *Dieterich*, aaO. (Fn. 9), S. 7; *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 8; *Wrede*, aaO. (Fn. 20), S. 32.

³² *Binding*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, BT 2. Aufl., 1902, Bd. 1, S. 396.

罪在整個十六、十七世紀的發展，仍然受羅馬法上 *furtum* 的影響甚深，甚至一直到一七六九年的泰瑞西亞法典（*constitutio criminalis thesiana*）時期，立法者仍然將我們現代理解的背信罪規定在該法的第94條中，並且與竊盜罪相提並論³³。這種以 *furtum* 作為支持背信罪處罰的思想，或者將之比照竊盜的處理方式，一直到了文獻上不再將竊盜罪理解成是一種「干擾占有」（*Besitzstörung*）、而是一種「據為己有」（*Aneignung*）的犯罪之後才漸漸式微³⁴（見本文以下貳、四、(二)、1. 部分的說明）。

至於另外一支在羅馬法時期就已經存在、被認為跟當代背信行為有親戚關係的系統，也就是訴訟代理人的背信行為，在卡洛林納法典時期也繼續存活了下來。卡洛林納法典第115條禁止訴訟代理人以「對於己方當事人危險的方式」而為有利於對造之行為，並且於日後逐漸擴張適用到所謂「準訴訟代理人」（*Quasiprokurator*）

³³ 泰瑞西亞法典第94條規定：Eines Diebstahls machen sich auch diejenigen schuldig, denen der Eigenthümer oder Innhaber beweglichen Guts dasselbe zum Gebrauch geliehen, oder in verwahrliche Aufbewahrung, oder in getreue Verwaltung, oder sonst zu einem bestimmten Endzweck übergehen, und welche sodann das zum Gebrauch geliehene, das hinterlegte, oder sonst anvertraute Geld, oder in wem immer bestehende Fahrnis gefährlich, und treulos verthun, verzehren, verhandeln, sich selbst zueignen, oder wie immer wider Willen, und zu Schaden des die Sache anvertrauenden Eigenthümers, oder Innhabers unterschlagen. Was aber die Misshandlung der untreuen Beamten, welche mit Unseren Landesfürstlichen, oder andern Gemeingeldern betrüglich, und treulos umgehen, anbelangt, da wird unten Art. 97 besonders hievon gehandelt. 條文全文引自 *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 15, u. Fn. 62; 亦見於 *Wrede*, aaO. (Fn. 20), S. 49f. 儘管我們無法從文獻中得知泰瑞西亞法典的立法者對於「侵占」（*Unterschlagen*）與「背信」（*Untreue*）的概念是否做與我們當代相同的詮釋，但是條文中已經明確可見立法者使用「侵占」與「背信」的用字，則是不爭的事實。

³⁴ *Kindhäuser*, Abhandlung zum Vermögensstrafrecht, S. 319 = *ders.*, in: NK, 5. Aufl., § 266 Rn. 5; *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 8, 15.

的範圍，例如財產管理人（*Kurator*）、羅馬法上的監護人（*Tutor*）、土地測量員（*Feldmesser*）與估價師（*Schätzer*）等的身分關係。但是一個明確的處罰界線在當時仍然是不可得的³⁵。

四、普魯士一般法時期

（一）將背信與詐欺相連結

背信罪更進一步的進化，則是到了一七九四年的普魯士一般法（*Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*）時期。該法將背信當成一種詐欺的加重型態，並且在第1329條首次出現了對於背信行為的法律定義；據此，如行為人在不得違反法律的一般義務（*allgemeine Verbindlichkeit*）之外，對於他人還負有忠實與誠實行為之義務，但卻對之加以欺瞞者，將因加重詐欺而受到處罰³⁶。該法的第1330條到第1376條並且針對各種不同的身分類別做出更細緻的規定³⁷。

背信罪的發展之所以會出現以上的轉變，主要是因為學說開始將「受託物的侵占」（*Unterschlagung anvertrauten Gutes*）³⁸這種原本被認為有可能劃歸到我們現代所理解的背信罪中處理的案例，從竊盜罪的處罰範圍中獨立出來，背信因此在*furtum*的範圍中逐漸受到排擠。如果用Feuerbach話來講就是：竊盜罪的處罰排除了使用竊盜（*furtum usus*）以及占有侵害（*furtum possessionis*）而以得利的意圖（*in der Absicht des Gewinns*），且以故意、違法且擅自地

³⁵ *Dieterich*, aaO. (Fn. 9), S. 7; *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 8.

³⁶ *Dieterich*, aaO. (Fn. 9), S. 7; *Leiner*, aaO. (Fn. 9), S. 5; *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 8.

³⁷ *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 16f., u. Fn. 72-82.

³⁸ 這種侵占類型稱之為「受託侵占罪」，它至今仍然存在於德國刑法典第246條第2項之中。

將非自己所有之動產據為己有為必要³⁹。由此可知，竊盜罪的客體無法包括行為人已經占有該物的情形，侵占罪的規定才因此被獨立出來，德國法從此才開始逐漸地擺脫了furtum這個模糊的概念。影響所及，也間接地使得背信罪順勢從furtum的概念中被切割出來。

Mayer則是更進一步的指出：背信罪在furtum當中受到排擠的結果，導致了人們必須在furtum的概念之外，為背信罪尋找另外一個棲身之所；羅馬法上的falsum因此成為furtum之後，可以順利接替其地位、並且與背信罪相連結的概念⁴⁰。或者換一種講法：支持處罰背信行為的論者必須去尋找另外一個概念，以充作處罰背信行為的實質理由。而falsum字面的理解就是偽造，正好是詐欺罪在羅馬法中的前身。

普魯士一般法的立法者這種將詐欺與背信相連結的作法，概念上是完全可以理解的。畢竟在背信的情形，經常也是被害人因為受到欺瞞，才將處分財產的權限交給行為人；再加上furtum本來就是一個內涵並不特別清晰的概念，如果將之理解為「被害人是因為行為人的詐術而陷於錯誤」而認為與falsum有親戚關係，其實並不為過。並且在比較法上，本來就不是所有的國家都有獨立處罰背信行為的規定，以詐欺的形式來處理背信的作法，立法例上也在所多有。

事實上，不管是竊盜罪中不法意圖的誕生、受託侵占罪的出現，或者是背信與詐欺靠攏的發展，其實都與自然法的發展有著或多或少的關連（見本文以下貳、四、(二)的部分）。不過即便如此，

³⁹ Vogel, in: LK, 12. Aufl., vor § 242, Rn. 16; Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847, § 314, S. 504f.

⁴⁰ Mayer, aaO. (Fn. 8), S. 39.

這種將背信連結詐欺、侵占的處理方式，還是被Köstlin批評為是一種「錯誤、恣意且不合邏輯」（*leiden an Schiefheit, Willkür und Inkonsequenz*）的立法⁴¹。

(二)自然法思想的影響

自然法對於背信罪在普魯士一般法時期發展過程的影響，主要可以分成以下兩方面加以說明：

1. 竊盜罪不法意圖與受託侵占罪的出現

竊盜罪的不法意圖與受託侵占罪之所以會出現，主要仍是因為自然法思想的崛起所致。因為自然法將「支配」（*dominium*）理解成一種合乎自然法則（*lex naturae/Naturgesetz*）的概念，竊盜罪與侵占罪因此被認為是一種對於所有權的侵害。據此，無主物以及那種「他人於其上雖有一定之權利、但現為行為人所持有之物」都無法成為竊盜行為的客體，竊盜行為逐漸被理解成一種「所有」（*Zueignung*）的犯罪；或者換一種說法來講，由於這種「所有化的意思」通常未必能夠單純地藉由客觀上的行為體現出來，因此竊盜罪才逐漸被理解成一種必須具備「所有意圖」（*Zueignungsabsicht*）的犯罪；這也導致了羅馬法上「製造利益的意圖」（*animus lucri faciendi*）逐漸被理解為「據為已有的意圖」（*anmius rem sibi habendi*），並進一步地將單純的損害意圖排除於竊盜罪範圍之外的結果⁴²。

上述自然法思想崛起的結果，使得中古世紀的德國法原本對於竊盜採取較為廣泛——也就是原本可能包括到侵占或者竊占（*Landraub*）——的理解方式，日漸受到限縮，真正的竊盜（*Der*

⁴¹ Köstlin, *Abhandlung aus dem Strafrecht*, 1858, S. 188.

⁴² Vögel, in: LK, 12. Aufl., vor § 242 Rn. 16.

eigentliche Diebstahl) 因此必須以「因據為已有的意圖 (in der Absicht der Aneignung)、明知違法且秘密地取走非自己所有而置於他人持有 (Gewahrsam/gewere) 之下的可移動物 (bewegliche Sache)」為前提，「無人持有之物」或者「已經為行為人所持有之物」因此都不具備竊盜客體的適格，「受託侵占罪」 (Unterschlagung anvertrauten Guts) 也才因此逐漸獨立出來⁴³，背信罪因此也才順勢地一併跟著被切割出來。

2. 搭起背信與詐欺之間連結的橋樑

儘管背信罪隨著受託侵占罪的出現，附帶地從furtum的概念中出走，但是處罰背信行為的基礎並沒有因此消失，或者被完全地侵占罪所吸收；起碼在自然法的學者眼中，透過與竊盜罪相互比較的結果，背信罪反而獲得了更為獨立、甚至應該較一般竊盜更為堅實的可罰基礎。

例如自然法學派著名的學者Soden即認為，與單純竊盜的行為相較，背信的行為在道德層面上，不管是在質或量方面，毋寧都具備更高的可非難性。因為在Soden的認知中，竊盜只是為得利之故，故意違反所有權人的意願而為侵奪他人動產的行為⁴⁴，竊盜罪的行為人損害了必須注意他人財產的一般法定義務 (Verbindlichkeit) 固無疑問；然而與之相較，背信的行為人不僅是侵奪了他人託付的財產，同時還帶有欺騙的特質，這裡違反的除了必須注意他人財產的一般法定義務之外，還破壞了受託物無損返還的良善義務 (heilige Pflicht)⁴⁵。畢竟對於一般的竊盜來講，人們還可以以「不信賴」來對抗陌生人，但對於道德上的偽善者卻是防不勝防；

⁴³ Vögel, in: LK, 12. Aufl., vor § 242 Rn. 15.

⁴⁴ Soden, Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands, Bd. I, 1792, § 307, S. 346.

⁴⁵ AaO., S. 347.

因為門栓可以拿來對付宵小，但卻無法拿來對付背託的行為⁴⁶。

因此，如果要問「為什麼背信罪在普魯士一般法時期，會出現向詐欺罪靠攏的現象？」那麼背後的理由，或許正是自然法學者將背信與欺騙的概念相連結，某程度上起了橫跨到背信與詐欺行為的作用所致⁴⁷。

五、各邦法時期：特別是巴伐利亞邦刑法典與Feuerbach的影響 ——實體法上不法意圖在背信罪中的首次出現

近代來講，背信罪真正開始逐漸脫離竊盜、詐欺等思想，而有獨立規定的原因，主要還是受到一八一〇年法國刑法典（Code pénal von 1810）的影響。一八一〇年版的法國刑法典第408條以下開始出現了在詐欺及竊盜之外，以「濫用信賴」（abus de confiance）為章節名稱、並且將現代我們所理解的侵占與背信合併起來、獨立處罰的新規定⁴⁸；也因為此時背信與侵占被混在一個條文裡，所以當時的法國學說並沒有討論兩罪競合時應該如何處理的問題，只有當行為客體是檔案或金錢的時候，在第408條第2項有額外的規定⁴⁹。

不過「橘逾淮為枳」這種現象在繼受法國家似乎總是屢見不鮮，深受法國刑法典啟發的德國個別邦國的立法者，抓住了「濫用信賴」的關鍵字之後，開始把這個概念無限上綱，以致於各邦法（Partikulargesetz）時期背信罪的處罰範圍開始無邊無際，並且混雜了許多不相關的概念。就以深受Feuerbach影響的一八一三年巴

⁴⁶ Wrede, aaO. (Fn. 20), S. 54.

⁴⁷ Wrede, aaO. (Fn. 20), S. 55f.

⁴⁸ Leiner, aaO. (Fn. 9), S. 5; Rentrop, aaO. (Fn. 9), S. 9, 17f.

⁴⁹ Rentrop, aaO. (Fn. 9), S. 18. 不過也有文獻指出，相關的規定其實早在1791年版的法國刑法典中就已經出現，見Strahlenheim, aaO. (Fn. 28), S. 6f.

伐利亞邦刑法典（*das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813*）為例，背信罪的處罰範圍除了及於在法國法中原本已經與之分家的詐欺罪及竊盜罪之外，尚且還有侵占、妨害秘密、訴訟代理人的背信以及通姦等，數種特殊的背信型態⁵⁰，畢竟這些犯罪或多或少也都帶有一點濫用信賴的色彩。而這種將各種濫用信賴都當成背信行為加以處罰的觀點，除了與前述自然法的影響有關之外，更與Feuerbach的思想有著難以分離的密切關連。

Feuerbach在他的著作中表示：一般來講，如果只是為了保護因契約所生的權利，違背契約的民事效果原則上固然已經足夠，但是當遇有法律關係要求特別的信賴，例如代理（*Vollmacht*）、保管及合夥契約（*Verwahrungs- und Gesellschaftsvertrag*）與監護關係（*Vormundschaftsverhältnis*）等情形時，刑法的保護即有其必要；在受到一七九一年版法國刑法典的影響之下，Feuerbach建議對於此等行為科以*Infamie*的刑事制裁⁵¹。此外，關於背信罪與其他犯罪類型之間的關係Feuerbach也在他的教科書第372段（*§ 372*）以下，做出了以下的說明：如果在未受契約關係約束的情況下，相同的行為本即會構成侵占、偽造或詐欺等犯罪的話，那麼當此類受到契約關係約束之人違背義務時，即應以背信加以處罰⁵²。文獻上因此認為，依照Feuerbach的觀點，相對於侵占罪，背信罪毋寧是更為嚴格的構成要件，因為背信罪的成立以具備特定的法律關係為必要；但是由於背信罪也可以透過侵占的行為來構成，因此相對於侵占罪來講，背信罪在概念上同時卻也是更廣義的構成要件；Feuerbach因此也排除了背信罪與侵占罪想像競合的可能，因為他

⁵⁰ *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 9.

⁵¹ *Feuerbach*, aaO. (Fn. 39), S. 595.

⁵² *Feuerbach*, aaO. (Fn. 39), S. 596f.

認為背信罪相對於侵占罪是補充（*subsidiär*）的規定⁵³。

在上述一八一三年版巴伐利亞邦刑法典裡的各種類型的背信罪中，特別引起吾人注意的，為該法第399條的「管理人背信罪」與第400條的「訴訟代理人背信罪」的規定。因為相較於其他類型的背信行為，只有這兩種背信罪在條文中明確出現了「損害意圖」（*absichtlich dem anderen zum Nachteil*）、「提供己方當事人損害建議之意圖」（*absichtlich ihrer Partei nachtheilige Ratschläge ertheilt*）以及「獲利意圖」（*in gewinnsüchtiger Absicht*）的用字。這是自從背信獨立成罪以來——起碼就作者目前所接觸到的有限文獻來講——首次明確地在實體法的構成要件中出現意圖的要素。

不過即便如此，一八一三年版巴伐利亞邦刑法典的立法者是不是如同我們當代一樣，對於故意與不法意圖有做出明確的區別，仍然是令人懷疑的。這一點由該法第39條將故意定義為「為其行為之目的或意圖而實行由其行為所生之犯罪，並且確知其決定之違法性及可罰性者，為故意違法實行犯罪⁵⁴。」的立場，即可略見端倪。畢竟從這個條文的內容來看，與其說意圖是一種特殊的主觀構成要件要素，還不如認為意圖應該屬於故意的一部分才對。如果我們進一步地去查閱Feuerbach的著作，那麼上述「意圖作為故意的一部分」的觀點將會更加鮮明⁵⁵。總的來說，儘管上開背信罪的條文中

⁵³ *Strahlenheim*, aaO. (Fn. 28), S. 7f.

⁵⁴ 本條原文規定如下：Mit rechtswidrigem Vorsatz (dolus) wird ein Verbrechen begangen, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat, und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewusst gewesen ist.

⁵⁵ 例如Feuerbach在其教科書中討論犯罪主觀要素的部分（該書§ 54標題「Verschiedenheit nach dem intellectuellen Grund der Uebertretung」以下），儘管多次提到了意圖，並且將故意界定為：決意違犯以刑罰處罰的行為，或者

已經出現了主觀意圖的要素，但是此處的意圖與我們當代學說所指的「不法意圖」，也就是作為「過剩的內心傾向」、性質上是一種「特殊的主觀構成要件要素」、是一種「行為的動機或目的」的理解顯然並不相同，應無疑問。

六、普魯士刑法典時期

背信罪在各邦法時期中紛亂的現象，到了一八五一年的普魯士刑法典終於有了比較明確的改善。迫於統治實效性的需求⁵⁶，普魯

一個行為可罰的不作為，並且認識到建構作為或不作為的可罰性要素，或者決意違犯刑法的作為或不作為。在介紹若干其他當時刑法典的規定之後，Feuerbach雖然也對於這種現象究竟應該名之為故意（Vorsatz）或意圖（Absicht）提出疑問，見Feuerbach, aaO. (Fn. 39), S. 99f. 但是卻看不出有如同我們現代學說明確區分故意和意圖的立場。反而是在論述過失的時候，多次以行為人不具備犯罪的意圖的方式來肯定過失的存在，例如在該書 § 57以下提到：「間接的過失」（mittelbare Fahrlässigkeit）可以透過「行為人（欠缺犯罪的意圖 ohne verbrecherische Absicht）而將自己陷於依其意願根本無法確認刑罰的情況」加以認定；見ders., aaO. (Fn. 39), S. 107；或者認為：因為錯誤、混淆或者其他偶然的因素，而使行為的結果及於行為人意圖以外的其他人或物時，只有當個案中受到損害的人或物與行為人的意圖所指向的客體之間，沒有產生更嚴重刑罰的情形，才可以對行為人以故意歸責；見ders., aaO. (Fn. 39), S. 109. 又例如該書 § 60以下提到：故意（Dolus）是行為人考慮到其真實所欲的目的；過失（culpa）則是行為人在「欠缺意圖」（ohne die Absicht）的情況下，考慮到因指向其他違法目的的行為所生的效果；見ders., aaO. (Fn. 39), S. 116. 至於在討論動機（Triebfeder）的部分（該書 § 116-§ 125），甚至根本沒有任何與意圖相關的隻字片語，見ders., aaO. (Fn. 39), S. 208ff. 據此——如果本文理解無誤的話——對於Feuerbach來講，他所理解的意圖可能具備兩種功能：正面作為一種確認故意方法的積極功能，以及反面作為一種排除故意方法、認定過失的消極功能。但是不論如何，它的內容都與我們當代所理解的不法意圖並不相同，應無疑問。

⁵⁶ 為什麼剛好到了1851年的普魯士刑法典時期，背信罪就產生了比較明確的改善，背後的原因其實並不僅僅與法學研究的進步有關；更為深層的，毋寧是

士王國在一八五一年之前曾經提出過若干次的刑法修正草案。不過如果稍微仔細一點觀察修正草案的規定，我們不難發現，在草案提出的初期，背信罪與侵占罪雖然往往呈現糾纏不清的現象，而普魯士一般法時期將背信理解成詐欺的一種次級類型，以及Feuerbach將背信罪定位成「備位犯罪」的思想也持續影響著歷次的草案；但是隨著修正草案的持續提出，侵占與背信之間的輪廓變得逐漸清晰。

就本文所關心的不法意圖來講，歷次修正草案中，背信罪首次出現意圖要素的要求，當屬一八四五年的修正草案第285條第2項，該項規定：以貪婪之意圖從事背信行為者，除有期徒刑外，亦處最高一千塔勒（Thaler）之罰金⁵⁷。接下來一八四七年的草案除了接受了一八四五年草案的立場，更進一步地賦予背信罪獨立的章節（草案的第19章），規定在第299條到第301條，內容上則將行為主體擴張到非具備國家高權的特殊身分之人⁵⁸。但是在一八五〇年、

政治性的因素。其實在當時許多普魯士新取得的領地中，普魯士刑律典不具備實際上的拘束力。例如在Koblenz與Hechingen地區，實際施行的是「普通德意志刑法」（*Gemeines Deutsches Strafrecht*）、在Sigmaringen地區有效施行的是「巴登刑律典」（*das Badische StGB*）、在普魯士擊敗拿破崙之後，重新取得控制權的萊茵河左岸地區，實際有效施行的仍然是1810年版的法國刑律典。普魯士國王斐得烈三世（*Friedrich Wilhelm III*）為了實際統治的有效性，被迫必須想辦法處理這個問題，國家的統治需要一部能夠頒行全國共同遵守的刑律典。因此1817年11月起由v. Beyme出任「新省分立法與司法組織改革部」的部長，開始一連串的修法工作，直到1851年始通過了普魯士刑律典。該法許多的重要規定，均為後來的帝國刑律典所繼承。以上政治、歷史因素的詳細說明，見*Rentrop, aaO. (Fn. 9), S. 24ff.*

⁵⁷ 本條原文規定如下：Wird Untreue in gewinnsüchtiger Absicht verübt, so soll neben der Freiheitsstrafe zugleich auch auf Geldbuße von höchstens Eintausend Thalern erkannt werden. 引自*Rentrop, aaO. (Fn. 9), S. 34.*

⁵⁸ *Rentrop, aaO. (Fn. 9), S. 35.*

一八五一年版的草案裡又轉變了態度，草案中原本沒有背信罪的規定，因為草案的制訂者認為憑藉著侵占罪和詐欺罪的規定，應該就足夠處理背信的問題⁵⁹；是後來在第二議會委員會的堅持之下，才將背信罪的規定重新加進來⁶⁰。最後在一八五一年通過生效的普魯士刑法典中，立法者決定將背信罪獨立規定在第246條，限制行為人必須具備一定的身分，並且將行為主體擴及到具有公眾信賴關係的地位；因為如果只是單純將規範的對象擴張到超過「公共義務」（*öffentliche Verpflichtung*）以外的範圍，將可能導致規範效力過於模糊，因此——起碼當時普魯士的立法者如此認為——只有將主體範圍限制在帶有公共色彩的關係之上，客觀上才可能擔保一定的處罰界線⁶¹。至於那些在「公共高權」（*öffentliche Autorität*）之下發揮作用，並且受國家註記而為一般大眾辦理特定事務之人，從一開始就展現出更為重要且值得保護的信賴⁶²。如果行為人有為自己或第三人獲利之意圖時，則會更進一步地構成本條第2項的加重背信罪⁶³。普魯士刑法典第225條則是將各邦法時期以判例處理的各

⁵⁹ *Goldammer*, Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, Bd. 2, 1852, S. 559.

⁶⁰ *Mayer*, aaO. (Fn. 8), S. 58.

⁶¹ *Beseler*, Kommentar über das StGB für Preußischen Staaten und Einführungsgesetz vom 14. April 1851 nach amtlichen Quellen, 1851, S. 469f.; *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 36.

⁶² *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 37, Fn. 203.

⁶³ 普魯士刑法典第246條德語原文規定如下：

(1) Wegen Untreue werden mit Gefängnis nicht unter drei Monaten, sowie mit zeitiger Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft:

1. Vormünder, Kurator, Sequester, Testaments-Exekutoren und Verwalter von Stiftungen, wenn sie vorsätzlich zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;

2. Makler, Güterbestätiger, Schaffner und andere Gewerbetreibende, welche zur

種案例類型統整為獨立的侵占罪的規定⁶⁴。自此時起，背信罪與侵占罪在犯罪系統中「形式上」開始正式分道揚鑣。

儘管自一八四五年版的草案已降，立法者對於背信罪中意圖作何種的定性或理解，難以明確得知；但是當時的文獻認為「意圖不會存在於間接故意之中」這一點，則是沒有疑問的。因為在一八五〇年版的草案中，草案的制訂者接納了萊茵邦代表的建議，廢棄了侵占罪中的不法意圖（*in rechtswidriger Absicht*）的規定，並且改以「對於業主、占有人或所有人造成損害」（*zum Nachtheil des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers*）的描述方式代之⁶⁵。對於這種

Betreibung ihres Gewebes von der Obrigkeit besonders verpflichtet sind, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften vorsätzlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

(2) Wird die Untreue in der Absicht verübt, sich oder Anderen Gewinn zu verschaffen, so soll neben Freiheitsstrafe zugleich auf Geldbuße von fünfzig bis zu Eintausend Thalern erkannt werden.

(3) Ist durch die Handlung eine härtere Strafe begründet, so tritt nach den Grundsätzen des § 55 diese härtere Strafe ein. 見*Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 37.

中文試譯如下：

^{第1項} 有下列行為者，為背信罪，處3個月以上有期徒刑，並褫奪公民榮譽權之行使：

1. 監護人、慈善機構監護人、財產暫行保管人、遺囑執行人及基金管理人，故意造成託付其監督之人或物之損害者；
2. 經紀人、財產管理人、莊園管理人以及其他受當局聘僱之人，於執行業務時故意就其辦理事務造成當事人損害者。

^{第2項} 意圖為自己或他人之利益而違犯背信罪者，除有期徒刑外，並科五十到一千塔勒之罰金。

^{第3項} 因其行為而有加重刑罰者，依本法第55條之原則，有加重刑罰之適用。

姑且不問意圖規定的項次、定位與效果的問題，本條與後來帝國刑法典第266條的結構之間已經頗為近似，殆無疑問。

⁶⁴ *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 9.

⁶⁵ *Goldammer*, aaO. (Fn. 59), S. 501.

改採客觀描述的方式，第一議會委員會提出了不同的意見，認為侵占罪中仍然應該要有不法意圖的設計才對，否則損害這個要素的意義，就只不過說明了客觀上有一個造成損害的行為而已⁶⁶。但是第一議會委員會上開的不同意見並沒有被接受，因為草案的制訂者認為，造成損害的不法意圖只會存在於直接故意的情形，而大多數侵占的行為中存在的反而是不能確定的間接故意，以「造成損害」的客觀方式描述取代不法意圖的作法，反而更為貼近真實⁶⁷。

從以上的說明可知，如果認為當時的立法者已經隱約理解到「並不是所有財產犯罪的處罰都以行為人具備不法意圖為必要」的話，某程度上來說或許是可以接受的觀點。

七、北德意志聯邦／帝國刑法典時期

(一)不法意圖在背信罪中的全面擴張

一八六六年普魯士打敗奧地利，並且在以普魯士為主體的情況下成立了北德意志聯邦。帝國議會議員Wagner與Plank要求當時的首相Bismarck向國會提出完整的刑法、刑事訴訟法與法院組織法的草案；提出法律草案的任務很自然地落到了當時的司法部長Leonhardt身上，最後刑法典部分的修正任務則是由當時普魯士司法部的講座Friedberg負責，並且於一八六九年七月提出第一次的修正草案，因此這一次的草案一般又稱之為Friedberg草案⁶⁸。

就背信罪的部分來講，Friedberg草案的內容基本上與普魯士刑法典第246條沒有太大的不同，因為該草案的目的並不在於創新，

⁶⁶ Goldammer, aaO. (Fn. 59), S. 502.

⁶⁷ Goldammer, aaO. (Fn. 59), S. 503.

⁶⁸ Rentrop, aaO. (Fn. 9), S. 39.

而是在既有的基礎上提出第一次的刑法典修正草案⁶⁹。因此在第1項行為主體的身分方面，仍然採取列舉式的規定方式，主觀面上也跟普魯士刑法典第246條相同，只以行為人具備故意（*vorsätzlich*）為已足；草案的第2項同樣也有「為自己或第三人獲利之意圖」而加重處罰的規定。

不過，不持久候的北德意志聯邦議會等不及政府版本的草案，以修正委員會的名義，自行委託了當時七位知名的法律專家學者⁷⁰，於一八六九年十月提出了修正委員會版本的草案。這一份草案在一八六九年十一月十三日一讀會第二十一一次會議時，部分參酌了Friedberg的建議，在草案的第261條將原本第1項主觀故意的要求全部修改為意圖（*absichtlich*），並且將第2項加重規定的主觀要件部分修改成「為……」（*um...zu*）的形式⁷¹，同時在修正委員Donandt

⁶⁹ Schubert (Hg.), Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund: Entwurf vom 14. 2. 1870, S. 120.

⁷⁰ 聯邦議會委員會的成員是以當時普魯士的司法部長Leonhardt為主席，成員包括知名法學家Friedberg、Bürgers、Dorn、Schwarze、Budden與Donandt，見Vormbaum/Jürgen (Hg.), Das Strafgesetzbuch – Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen Bd. 1: 1870 bis 1953, 1992, S. 20ff. 由於Leonhardt和Friedberg同樣在列，因此可以想見的是，Friedberg修正案中的若干想法也會在委員會版的修正案中持續發生影響。

⁷¹ 委員會版草案第261條背信罪之德語原文規定如下：

- (1) Wegen Untreue werden mit Gefängnis, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:
1. Vormünder, Güterpfleger (Kurator, Sequester) Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftung, wenn sie absichtlich zum Nachtheil der ihrer Aufsicht (Obhut) anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
 2. Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen

的建議之下，將意圖所指涉的對象由原本的為自己或第三人獲得「利益」（Gewinn）修改為自己或第三人獲得「財產上的利益」（Vermögensvorteil）⁷²。而正是委員會版的修正草案奠定了後來帝國刑法典第266條背信罪主觀結構的基礎。

（二）濫權理論的誕生

除了上述損害意圖與獲利意圖規定的全面擴張之外，對於之後背信罪的發展來講，更為重要毋寧是帝國刑法典第266條第1項第2款的雛形首次出現，而本款的規定正是後來背信罪中「濫權理論」（Missbrauchstheorie）的基礎，並進一步在學說上形成後來與帝國法院所代表的、由第1項第1款與第3款導出的「背託理論」（Treubruchtheorie）分庭抗禮的局面。

本款的規定之所以出現，主要是因為薩克森邦的修正代表

Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, derer Geschäft sie besorgen.

- (2) Wird die Untreue begangen, um sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, kann neben der Freiheitsstrafe auf Geldstrafe bis zu eintausend Thalern erkannt werden. 見*Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 49, Fn. 45.

中文試譯如下：

^{第1項}有下列行為者，為背信罪，有期徒刑，並得褫奪公民榮譽權之行使：

1. 監護人、財產照管人（慈善機構監護人、財產暫行保管人）、破產管理人、遺囑執行人及基金管理人，意圖損害委託監督（或保護）之人或物而行為者；
2. 土地丈量員、拍賣員、經紀人、物品鑑定人、莊園管理人、過磅員、測量員、商品檢查員、碼頭裝卸員及其他受當局聘僱之人，於執行業務時意圖就其辦理事務造成當事人損害者。

^{第2項}為自己或他人獲取之財產上利益而違犯背信罪者，除有期徒刑外，並科一千塔勒以下之罰金。

⁷² *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 49f.

Schwarz在一八六九年十二月十五日第九次的修正會議中，提出增設草案第261條第1項第2款「被授權者意圖損害委託者，而處分其債權或其他財產」的討論案；理由在於：經理人如對於自己未占有的業主債權或其他財產以貪婪的意圖（*in gewinnsüchtiger Absicht*）造成業主的損害，應與侵占相同⁷³。在一八六九年十二月十八日第十次的修正委員會中，以四票同意、兩票反對的表決結果，決議增設上開的規定，因為委員會認為，對於委託人債權的違法處分行為有科以刑罰的必要；草案第261條第1項第2款的立法理由則是指向了草案第241條的立法說明，並且強調新規定是鑑於法院判決中「詳細說明與侵占罪相近似犯罪行為的需求」所致⁷⁴。而在草案第241條以下，則具體說明了這個需求是因為：

在實務上，侵占罪的構成要件是否能夠適用於「違法處分他人財產權（*fremde Vermögensrechte*）而造成委託人受到損害」的情形，經常需要解釋。儘管條文只有提及他人財產權的客體，且需為有形、可以移動的物品，但必須承認的是，單純的債權仍然是可以被侵占的（*die Unterschlagung an einem bloßen Forderungsrechte*）。修正草案認為，這種情況應該屬於「背信」的概念，因此增設了草案第261條第1項第2款的規定，據此應可為實務上與學術上亟待解釋的需求提供幫助⁷⁵。

⁷³ Schubert, in: Vormbaum/Jürgen (Hg.), Das Strafgesetzbuch – Sammlung der Änderungsgesetz und Neubekanntmachungen, Bd. I: 1870 bis 1953, S. 344.

⁷⁴ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, Bd. 3, 1870; Motiv zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Aktenstück Nr. 5 des Reichstages des Norddeutschen Bundes, S. 78.

⁷⁵ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, aaO.; Motiv zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, aaO., S. 76.

姑且不問上述立法理由是否經得起檢驗，起碼從歷史探源的角度來看，如果認為濫權理論最早其實是源自於對「債權的侵占」其實並不為過。

其後在沒有再做出重要變動的情況下，上開草案在一八七〇年五月二十五日由聯邦議會三讀通過，一八七〇年五月三十一日公布，於北德意志聯邦全境生效；一八七一年五月十五日公布於德意志帝國全境，成為帝國刑法典第266條，一八七二年一月一日生效。帝國刑法典第266條規定如下⁷⁶：

^{第1項} 有下列行為者，為背信罪，處有期徒刑並褫奪公權：

1. 監護人、慈善機構監護人、物品管理人、財產暫行保管人、破產管理人、遺囑執行人及基金管理人，意圖損害委託者或受委託之物而行為；

2. 受託人意圖損害委託者，而處分其債權或其他財產；

⁷⁶ 帝國刑法典第266條原文規定如下：

- (1) Wegen Untreue werden mit Gefängniß, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:
1. Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
 2. Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachtheile desselben verfügen;
 3. Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachtheiligen, deren Geschäfte sie besorgen.
- (2) Wird die Untreue begangen, um sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, so kann neben der Gefängnißstrafe auf Geldstrafe bis zu Eintausend Thalern erkannt werden.

3. 土地丈量員、拍賣員、經紀人、物品鑑定人、莊園管理人、過磅員、測量員、商品檢查員、碼頭裝卸員及其他受當局聘僱之人，於執行業務時意圖就其辦理事務造成當事人損害者。

^{第2項} 為使自己或他人獲得財產上利益，而違犯背信罪者，除監禁外，得併科一千塔勒以下之罰金。

(三) 帝國刑法典第266條所引發的問題

持平來講，帝國刑法典第266條制訂之後，製造的問題或許比解決的問題還多，文獻上幾乎一面倒地咸認為它是一個「不幸的」(unglücklich) 規定。具體而言，經常被提到的缺陷包括有：

1. 保護法益結構的不明

儘管當代的通說對於背信罪的保護法益並無太大的爭議，皆認為本罪的保護法益為整體財產，背信罪因此是一種純粹的財產犯罪 (reines Vermögensverbrechen)，不過這種立場在帝國刑法典時期卻不是沒有爭議的。這個爭議主要肇因於帝國刑法典第266條的條文用字模糊的空間，以致於存在著不同解讀可能性的空間，保護法益的範圍往往被延伸到財產以外的領域。例如Rubo就將第1項第1款到第3款條文中的「損害」(Nachtheil/Benachteiligung) 做一般性的詮釋，依其所見，所謂的「損害」不應該只侷限在財產法上的損害⁷⁷。不過這樣子的觀點與帝國刑法典第266條第1項與第2款要求限於「對於債權或者其他財物為損害性的處分」；以及第1項第3款以行為人於執行業務時意圖就其辦理事務「造成當事人損害」的要求其實未盡相符。

Oppenheim則是主張，從「背信」的意義出發，只能導出具有

⁷⁷ Rubo, Kommentar über das StGB für das deutsche Reich, 1879, S. 879.

特定身分之人的「義務」才是本罪的保護客體⁷⁸。但是他完全忽略了「Untreue」這個字在帝國刑法典中，作為專業術語也同時為其他的犯罪構成要件所使用，因此無法直接從字義範圍立即推導保護客體的結論；此外，在其他許多的財產犯罪中，儘管同時存在著義務違反的特徵（例如侵占受託物罪），但是學說也沒有因此就將「義務」當成保護客體，並且就因此認為該罪不再是一種財產犯罪⁷⁹。

又或者如Meyer則更進一步地認為，帝國刑法典第266條所謂的「損害」也可以是「教育或道德發展上的輕忽」（Vernachlässigung der Erziehung und sittlichen Entwicklung）⁸⁰。

依照Ammon的看法，將「損害」侷限在財產事項上過於狹隘，相較於帝國刑法典第266條第2項，明確地以為自己或他人的「財產利益」作為加重處罰的原因，他認為該條第1項顯然是指包括財產以外，其他一般性的損害；因為第1項第1款既然有「意圖造成對於託付監督之人或物的損害」的規定，則表示此處所指涉的對象當然不會只是財產上的損害，否則的話沒有必要在「物的損害」之外另外增列對於「託付監督之人的損害」的規定⁸¹。不過這種理解帝國刑法典第266條第1項的方式，顯然是將背信的概念內涵連結到財產以外的其他法益之上，例如監護人為被監護人媒介性交、監護人與被監護人為猥褻行為，或者惡意將被監護人安置於惡質的寄養家庭，以便在道德上摧毀被監護人等的情形；相較於同項第2款及第3款起碼還是以財產上的利益為限的規定，這種解釋方式將使得第1項第1款的規定欠缺任何可得確認的處罰界線⁸²。

⁷⁸ Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens, 1894, S. 190.

⁷⁹ Dieterich, aaO. (Fn. 9), S. 23.

⁸⁰ Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl., 1907, S. 632.

⁸¹ Ammon, Die Untreue, 1894, S. 44ff.

⁸² Dieterich, aaO. (Fn. 9), S. 24.

Binding對於上開這些漫無邊際的解釋方式就毫不客氣的提出批評，稱此根本就是「難以置信」（*einfach ungeheuerlich!*）⁸³；而這種將對於道德與經濟價值的攻擊「等量齊觀」並且放在同一個構成要件中一併解釋的作法，在當時帝國刑法典的立法例中也是絕無僅有的⁸⁴。

2. 主體的掛一漏萬與構成要件的空洞化

雖然帝國法典第266條在第1項的第1款與第3款盡可能地羅列了許多行為主體的身分類型，但是由於這些身分類型大多是繼受自普魯士刑法典以及其他更早期的法律規定，採用的是判例式（*Kasuistik*）的方式歸納而來，而不是採取抽象性的規範方式，並且有其一定的歷史因素。例如第1款的身分多具有「行政關係的公法特質」⁸⁵；而第3款所營的雖然是私人事業，但卻往往享有一定程度公眾的信賴⁸⁶，但是這些列舉主體的規定往往會出現掛一漏萬的問題。就以「監護人」這個主體要素為例，請問此處的監護人是否包括依德國民法規定，因為無適當自然人可為監護人時，接受指定的「機關監護人」（*Amtsvormundschaft*）？是否應該包括監督監護人的「監護監督人」（*Gegenvormund*）⁸⁷？如果不算的話要如何處理？如果算的話，這難道不是一種類推⁸⁸？

⁸³ Binding, aaO. (Fn. 32), S. 396.

⁸⁴ Dieterich, aaO. (Fn. 9), S. 25.

⁸⁵ Mayer, aaO. (Fn. 8), S. 127; Nelles, *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften: Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, 1990, S. 94.

⁸⁶ Mayer, aaO. (Fn. 8), S. 68; Nelles, aaO., S. 94.

⁸⁷ Kingsley, *Das Untreurecht Deutschlands; Österreichs und der Schweiz, in rechtsgeschichtlicher, rechtsgodogmatischer und rechtspolitischer Darstellung*, 1945, S. 52.

⁸⁸ Leiner, aaO. (Fn. 9), S. 20f.; Mayer, aaO. (Fn. 8), S. 127.

其次，第1款與第3款這種判例法式的立法方式，其實稱不上是一種進步的立法⁸⁹，並且與第2款著重於私人法律關係⁹⁰、採取抽象性的立法規範方式格格不入，從體系上來看就是一種無法解釋的怪異⁹¹。

此外，嚴格說起來，帝國刑法典第266條第1項第1款與第3款對於構成要件的描述是很空洞的。誠然，立法者雖然以列舉身分的方式限定了行為主體的適格性，但是構成要件上卻又不要求實害結果的要素，只要求出現損害的行為，即為已足；如此操作的結果，將使得「任何事實上可能導致損害結果的行為」都可能是第1款或第3款的背信行為。可是如果對照第2款要求「對於債權或財產的處分行為」的規定，同樣是背信，那第1款跟第3款到底要不要具備財產損害的要素⁹²？

3. 不法意圖的錯置

就本文所關心的不法意圖來講，儘管就以上所耙梳立法史料以觀，看不出來帝國刑法典的立法者是否確知故意與意圖在意義上的不同；不過字面上來講，第266條第1項三種行為類型都要求主觀上必須具備損害意圖（*absichtlich...zum Nachtheil*）的確也是不爭的事實。然而此處的「損害意圖」到底應該如何解讀，在當時引起了不小的爭議：是否這個「意圖」在實際上與「故意」其實無異？抑或者這個意圖代表「行為的最終目的」必須是為了「造成損害」？

儘管以Merkel為首的少數見解認為，此處的意圖在內容上不應該與故意做相同的詮釋，而是應該有近似於我們當代對於不法意圖

⁸⁹ Kiefner, FS für Stree und Wessels, S. 1206. (1205-1225) (Rentrop S. 60 Fn. 89)

⁹⁰ Leiner, aaO. (Fn. 9), S. 20.

⁹¹ Kiefner, aaO. (Fn. 89), S. 1207. (Rentrop S. 60 Fn. 90)

⁹² Dieterich, aaO. (Fn. 9), S. 35f.

理解的獨立內涵，因為在我們同意把意圖理解為一種「行為的最終目的」的前提下，那麼：第一、如果法律已經明文要求「意圖」，在沒有特殊理由的情況下，以一般日常用語「故意＝意圖」的方式，把二者當成同義字來詮釋，將導致行為的最終目的性受到忽略。第二、帝國刑法典第266條的前身是一八五一年版的普魯士刑法典第246條，而該條構成要件明確要求，行為人主觀上只需要「故意」（*vorsätzlich*）造成損害即為已足，但是帝國刑法典卻已經從「故意」進化成「意圖」，這代表二者當然是不一樣的⁹³。第三、如果將意圖與故意等同視之，可能引發恐慌並且對於經濟生活造成影響，因為在商業活動中，行為人對於可能的損害和獲利的實現經常是同時有所認識的⁹⁴。

但是從當時的判決與文獻記載來看，不同於以Merkel為首的區分觀點，實務與通說見解咸認為此處的「意圖」在實質上其實與「故意」無異；在背信罪的規定中，意圖與故意在當時被理解為「同義並且可以相互混用的概念」一事，應無疑問。通說主要的論據包括有：

第一、沒有明確的證據可以證明，如果我們將條文中「故意」與「意圖」做相同的詮釋，會和一般慣用的理解方式相衝突；因為如果某人預見了結果的發生卻仍然行為，就一般的理解來講，行為人仍不失為「意圖造成結果」（*in der Absicht, den Erfolg herbeizuführen*）⁹⁵。

第二、如果我們將此處的意圖以「行為動機」的方式加以理

⁹³ Leiner, aaO. (Fn. 9), S. 47.

⁹⁴ Zoller, *Ausdehnung und Einschränkung des Untreuebegriffs in Rspr. Des RG*, 1940, S. 61f.

⁹⁵ Leiner, aaO. (Fn. 9), S. 47f.

解，那麼整個背信罪的規定將是沒有意義的。因為一般的情形來講，損害本人的結果並不是行為人的動機，更為常見的情形，毋寧是以「獲利」作為行為發動的驅力⁹⁶。

第三、就算考慮到普魯士刑法典第246條的規定，也沒有證據顯示立法者客觀上有要變動此處的主觀要件，以意圖取代故意的意思，因為在立法理由當中對此沒有任何明確或詳細的說明⁹⁷。

第四、儘管帝國刑法典第266條在第1項各款中要求的是「損害意圖」，但是該條第2項的「加重背信罪」卻只要求行為人有為自己或第三人利益而行為的意欲、也就是只要求到故意的水準即為已足；如果要嚴格貫徹同條第1項「損害意圖」及第2項「獲利故意」的規定，那麼在行為人只有「獲利意圖」但是卻欠缺「損害意圖」，也就是對於損害只有達到故意的水準，但是對於獲利的狀態卻已經達到成為「行為的最終目的」而具備意圖水準的情形，將形成既無法該當第1項、也不該當第2項的結論，如此形同造成不可處罰的制裁漏洞⁹⁸。

第五、從帝國刑法典第46條「此類未遂不罰，如行為人：1. 已經放棄意圖行為之實行（wenn der Täter 1. die Ausführung der beabsichtigen Handlung aufgegeben hat）……」（中止犯）的規定以觀，不難發現其實帝國刑法典的立法者沒有明確區分故意和意圖的概念，因為條文中「意圖」的用字與行為的最終目的根本沒有關連；換言之，對於帝國刑法典的立法者來說，意圖和故意是一組可以混用的概念⁹⁹。

⁹⁶ Zoller, aaO. (Fn. 94), S. 61.

⁹⁷ Leiner, aaO. (Fn. 9), S. 47f.

⁹⁸ Leiner, aaO. (Fn. 9), S. 47f.

⁹⁹ Leiner, aaO. (Fn. 9), S. 47f.

第六、特別是針對區分見解的第三點，也就是認為將此處的意圖與故意等同視之，可能會造成經濟生活恐慌的觀點，也並非毫無疑問。因為「單純預見到損害」或者「認為損害可能發生」並不足以滿足故意的要求，間接故意最起碼還必須達到「發生不違背其本意」或者「同意結果發生」（*Einwilligung*）的程度；換言之，單純「預見結果可能發生」仍然是不足夠的，文獻上因此認為，在背信罪不罰過失的情況下，這個反對意見的基礎並不堅實¹⁰⁰。

第七、帝國法院從第一個關於背信罪的判決起¹⁰¹就已經明白宣示，背信罪中「意圖」的內涵實質上與故意並無二致，並且在其後的相關判決中不斷重申¹⁰²。

據此，我們應該可以相對確定的說，起碼在帝國刑法典的年代，當行為人認知到損害雖不必然會發生，但可能會發生、且發生不違背其本意、也就是達到間接故意的程度時，背信罪的主觀構成要件就已經滿足。不法意圖在背信罪中江河日下、明日黃花的命運，也幾乎就此抵定。

4. 雨後春筍般出現的特殊背信罪以及隨之產生的問題

在帝國刑法典第266條第1項各款的規定中，除了第1款與第3款列舉身分產生掛一漏萬的問題外，更為傷腦筋的，毋寧是第2款的規定。因為第2款除了體系上與其他兩款格格不入，更因為立法者將處罰的限定在「對於債權或者財產所為損害性處分」（*absichtlich zum Nachtheile/schädigende Verfügungen über Forderungen oder Vermögensstücke*）的要素上，而造成不小的困擾。

雖然不管是從立法理由，或者從「對於債權或者財產所為損害

¹⁰⁰ Zoller, aaO. (Fn. 94), S. 61.

¹⁰¹ RG 1, 172.

¹⁰² RGSt. 1, 329; 7, 283; 15, 211; 16, 82; 26, 137; 53, 194; 61, 214.

性處分」的要求，我們都可以推知第2款與侵占罪的「親戚關係」，因為即便構成要件中不再要求「據為己有」（*Aneignung*）的要素，「排斥他有」（*Enteignung*）仍然是肯定「損害性處分」時所必須具備的要素；據此，第1項第2款在性質上應該是一種「實害犯」才對。但是由於帝國刑法典第266條第1項第2款將客體限制在「債權或財產」，卻使得「違背義務使公司背負債務、造成公司整體財產受到損害」的行為無法落在本款的處罰範圍之內¹⁰³。

鑑於上述背信罪中種種難以克服的瑕疵以及當時特殊的經濟狀況¹⁰⁴，自一八七六年起，各種附屬刑法中的特殊背信罪在德國如雨後春筍般的出現¹⁰⁵。這些特殊背信罪通常具有兩個共通特色：

¹⁰³ *Boerger, Zur Schutzfunktion des Wirtschaftsstrafrechts*, 2018, S. 120.

¹⁰⁴ 就法律的面向來講，特殊背信罪在德國的崛起，帝國刑法典殘缺不足的規定，固然是重要的原因，但是另外一個同樣舉足輕重，在法律文獻中卻比較少被提及的，其實與德國當時特殊的社會背景有關。1870年普法戰爭爆發，法國慘敗，普魯士對於法國定下了極為嚴苛賠償條件，除了割讓土地之外，法國還必須額外支付50億法朗的賠償金額。普魯士王國當時正享受著戰勝後一片欣欣向榮、無比樂觀的氣氛，整個社會充斥工業化生產、鋪設鐵路、建軍強國的美好前景。隨著帝國的成立與法國賠款的支付，大筆熱錢流入湧入德國，設立新創公司、上市上櫃成為當時社會的主流經濟活動。為了簡化公司設立的程序，新增特殊背信罪的立法方式被認為有替代「公司設立強制許可」（*Konzessionszwang*）制度的效果：見 *Nelles, aaO. (Fn. 85), S. 57*。怎奈熱錢需要出口，因此除了德國本地之外，包括奧地利與瑞士在內的德意志關稅同盟區都有資金不斷湧入。但是這種以「事後制裁替代事前審查」的作法，卻使得投資詐欺、董事背信等問題層出不窮，股市投機交易盛行，更在自由放任主義的主流思想之下，泡沫越吹越大，最終進一步導致1873年由奧地利維也納股市崩盤所引爆的經濟大蕭條（*Gründerkrise*），許多投資人損失慘重。而德國立法者當時對此的反應，竟然是認為特殊背信罪處罰不夠嚴峻，此種亂世用重典的想法，進一步地助長了在各種領域出現的特殊背信罪以及其他許多經濟刑法上的特殊規定。以上說明，見 *Selgert, in: Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, S. 276, 279f.

¹⁰⁵ *Boerger, aaO. (Fn. 103), S. 120f.; Nelles, aaO. (Fn. 85), S. 40ff.*

第一、行為主體的身分類型持續擴增，它們處罰的範圍都已經超過了帝國刑法典第266條第1項第1款以及第3款的列舉規定；第二、放棄原本帝國刑法典第266條第1項第2款「處分債權或財產」的要求，構成要件單薄化到只要求行為人主觀上具有「對於公司造成損害的意圖」即為已足¹⁰⁶。

如果特殊背信罪的誕生真得能夠解決問題，其實倒也無可厚非。但現實的情況卻是事與願違，問題的處理往往因此更加捉襟見肘、雪上加霜。這些以燎原之勢入侵各種領域的特殊背信罪最常令人詬病之處，通常有以下幾點：

第一、行為主體身分擴張的矛盾與不明，立法的決策根本毫無章法可言。例如一八九九年版的抵押銀行法（*Hypothekbanksgesetz*）第29條規定，資產受託人（*Treuhänder*）係受監督單位聘僱之特殊控制機構；依該法第30條，資產受託人有義務注意支付抵押債券的

¹⁰⁶ 例如1884年7月18日通過之「普通德國商法典」（*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*為德國股份法及商法典的前身）第249條第1項規定：兩合股份公司之人合責任之股東、監察人、清算人、以及股份有限公司之董事、監察人與清算人意圖損害公司者，處徒刑同時併科2萬馬克罰金。該條文原封不動地繼續出現在1897年5月10日通過之德國商法典第312條第1項。1937年1月30日立法者將條文用字略微修正之後，於股份法第294條第1項規定：董事或監察人為清算人時，故意損害公司者，處徒刑。此一規定直到1965年9月6日股份法施行法生效後，始遭到廢除。或者如1889年5月1日通過的合作社法第140條第1項規定：董事、監察人及清算人意圖損害合作社者，處徒刑同時併科3千馬克以下之罰金；此一規定於1898年5月20日起改列為同法第146條第1項，最後於1969年6月25日因第1次刑法改革法生效而刪除。又或者例如因應1933年5月26日通過之「刑事條例修正法施行」（*Gesetz zur Änderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933*），舊有限公司法第81a條第1項第1句規定：有限公司之經理人、清算人、監察人或其他類似機構成員，故意損害公司者，處徒刑併科處罰金。此規定同樣於1969年6月25日施行的第1次刑法改革法生效後被刪除。凡此種種、不勝枚舉。

回贖金額隨時存在¹⁰⁷；根據此二規定可知，資產受託人對於抵押銀行的財產負有照管義務，應無疑問，但是抵押銀行法中卻沒有特殊背信罪的規定。不過同樣是以資產受託人作為行為主體，在一九三一年版的保險監督法（*Versicherungsaufsichtsgesetz*）第138條裡，立法者卻將之列入特殊背信罪的處罰主體；到底是基於什麼樣的價值判斷，使得當時的立法者對於「同樣身分之人、同樣的行為」做出如此不同的差別待遇，不得而知¹⁰⁸，不過這種「頭痛醫頭、腳痛醫腳」的立法方式，似乎算不上是什麼高明的作法就是了。

第二、就算立法者在個別領域創設了特殊背信罪，並且為了避免處罰範圍的無邊無際，在構成要件中設計出若干限制的要素，但是這些限制要素在解釋上通常卻仍然必須回歸到主刑法的基本模式中加以判斷。例如依一八九六年版的交易所法（*Börsengesetz*）第95條第1項第2款之規定，「股票經紀人（*Kommissionär*）於履行委託或執行交易時，意圖損害委託人而行為者……」為該法特殊背信罪所處罰的類型之一；立法理由中也明確地指出，本款的目的就是為了去彌補帝國刑法典第266條第1項第2款受託背信罪的過度限制，將客體嚴格限於處分委託人財產的情形¹⁰⁹。文獻上認為，儘管立法者試圖以「履行委託或執行交易」的要素來將合法的交易行為排除在處罰的範圍之外；但是當時帝國法院卻明白的表示：「執行交易是否合乎委託」是無關緊要的，因為「沒有客戶的委託」以及「違反任何一種形式委託人利益之行為」正好就是「不忠實履行

¹⁰⁷ *Nelles*, aaO. (Fn. 85), S. 50.

¹⁰⁸ *Nelles*, aaO. (Fn. 85), S. 51.

¹⁰⁹ Begr. Zu § 74 des Entwurfs eines Börsengesetz, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, Bd. 151, Anl. 14, S. 33.

委託交易」的必要條件¹¹⁰；十分顯然地，帝國法院是以背託理論作為支撐本則判決背後的論述基礎¹¹¹。

第三、對於那些不受特殊背信規範的組織，例如有限公司、兩合公司或其他人合團體來說，它們的董事、有代表權的股東或經理人，如果有任何違反義務的行為的話，只能在他們符合「受託人」的要件之下，透過帝國刑法典第266條第1項第2款的規定加以處罰；儘管這些行為人所負擔的義務和那些特殊背信罪的行為主體基本上並無二致，但是當這些行為人因為濫用權限，使得自己所代表的人合團體負擔債務的時候，卻因為帝國刑法典第266條第1項第2款將客體明文限制在「債權或財產」的客體之上，而變得無法加以處罰，這種結果顯然有違背平等原則的嫌疑¹¹²。

第四、特殊背信罪的出現，很重要的原因之一，是因為帝國刑法典第266條第1項第1款主體列舉身分的特性所致，因此才有必要在特別法中新增特殊背信罪，以補其主體上不足的必要。依照當時的通說見解，這些特別法上的、同樣以背託理論為基礎的特殊背信罪，與代表濫權理論的帝國刑法典第266條第1項第2款之間，成立的應該是法條競合的特別關係，後者是前者的截堵構成要件¹¹³。但是問題在於：比起那些以抽象危險的結構來設計的特殊背信罪來講，帝國刑法典第266條第1項第2款要求財產損害的限制，其實是更為嚴格的，那到底誰才應該是誰的特別規定？到底誰才應該截堵誰？

¹¹⁰ RG 34, 375.

¹¹¹ Nelles, aaO. (Fn. 85), S. 73.

¹¹² Nelles, aaO. (Fn. 85), S. 108; Zoller, aaO. (Fn. 94), S. 27.

¹¹³ RGSt 37, 25, 26; 47, 38, 45; 61, 341, 345; 62, 31, 33; Dieterich, aaO. (Fn. 9), S. 64f.; Mayer, aaO. (Fn. 8), S. 308; Oberstadt, Die Untreue im geltenden Reichsstrafgesetzbuch und in den deutschen Strafgesetzentwürfen, 1930, S. 65; Brodmann, Aktienrecht Kommentar, 1928, § 312 HGB, Anm., 29.

第五個更嚴重的問題，則是背信罪的犯罪結構被嚴重的「危險犯化」，財產損害的要求已經無關緊要，刑罰發動的門檻被大幅的降低。用我們現代的觀點來看，這種將背信罪危險犯化的作法，顯然已經違反了背信罪中「構成要件禁止磨損」（*Verschleifungsverbot*）的要求。

八、帝國刑法典之後德國法上背信罪進一步的改革

鑑於帝國刑法典中背信罪的諸多缺陷，以及因此而生的特殊背信罪所造成的處罰界線過於寬泛等問題，德國學界開始重新檢討背信罪的結構¹¹⁴。檢討背信罪結構的首要之處，不外就是從掛一漏萬的身分開始處理。隨著行為人的身分到底應該怎麼認定的問題逐漸釐清，保護法益的內涵、不法意圖與特殊背信罪存在的必要性也因此隨之產生了變化。

(一) 義務與法益概念的釐清

在探討如何認定行為人身分問題上，第一個映入眼簾的，就是以Binding為首的、處罰範圍相對限縮的濫權理論。此說由帝國刑法典第226條第1項第2款的文義出發：因為條文既然稱「行為主體」為「受託人」（*Bevollmächtigte*），表示行為人與本人之間必然存在一個「具有法律上效力的信賴關係」，從而背信的行為只可

¹¹⁴ 德國法上濫權理論與背託理論的介紹，以及該等理論於1933年之後的發展，因與本文檢討不法意圖以及特殊背信罪歷史的撰文目的較無直接關連，且我國文獻中對此議題已有詳盡的分析與說明；見李進榮，背信罪之違背任務，檢察新論，23期，頁151以下，2018年2月；張天一，同註10，頁199以下；彭美英，背信罪之探討——台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80以下，2011年6月。故本文以下對此部分僅於必要之範圍內擇要簡述，合先敘明。

能因為違背這種法律關係的內容才可能存在¹¹⁵。依此，在行為人身為公司董事卻為自己與公司簽訂過高的董事薪酬契約時，並不會構成背信，因為此時行為人並不是作為公司的機關（Organ）、不是受託付而行為（Handeln in Ausübung der Befugnisse），而是以私人的身分出現在公司的面前¹¹⁶。以「具有法律效力的信賴關係」為基礎，可以進一步得出¹¹⁷：

第一、僅是事實上具有處分權限之人無法成為背信罪的行為主體。

第二、被授權者所為的必須是法律行為，單純的事實行為（例如侵吞財產）不會構成背信，只能用侵占罪處理。

第三、僅具有監督、控制關係之人，例如公司的監察人，由於不會對外代表公司為法律行為，也不會是背信罪的主體。

第四、濫權理論並不排除不作為的可能性，只不過只有在依其授權基礎的法律關係，行為人有作為義務時，才能該當不作為型態的背信行為¹¹⁸。

相對於濫權理論的擲節自持，以帝國法院為首的背託理論則是站在帝國刑法典第266條第1項第1款與第3款的基礎之上，對於背信的行為採取較為寬鬆的認定標準。從做出第一則關於背信罪的裁判時起，帝國法院就已經宣示背信罪的本質就是破壞信賴（Vertrauensbruch），是一種對於特殊忠誠義務的違反¹¹⁹；背信罪

¹¹⁵ Binding, aaO. (Fn. 32), S. 369ff.; Leopold, Zum Tatbestande der strafbaren Untreue, 1908, S. 58.

¹¹⁶ Nelles, aaO. (Fn. 85), S. 61.

¹¹⁷ Nelles, aaO. (Fn. 85), S. 62f.

¹¹⁸ 不同意見，Mayer, aaO. (Fn. 8), S. 113f. 則認為，濫權理論無法涵蓋不作為的類型，因為授權無法透過「不作為」而「濫用」。

¹¹⁹ RGSt 1, 172, 329.

因此是違背忠誠地（*treuwidrig*）、在一個義務關連的內在地地位關係之中，純粹事實上（*rein tatsächlich*）的義務違反¹²⁰，據此可以進一步推知¹²¹：

第一、背託理論不追問授與權限的法律行為有無效力，只需要問有無事實上的信賴關係存在。

第二、行為人因其身分關係之故，所為的任何行為都可以對於本人造成構成要件意義上的損害；背信的行為只以事實上破壞其信賴關係為必要。

第三、進一步來講，也因為強調這種身分要素無法分離的特色，形同放棄了法律行為的要求，只需要信賴事實上受到破壞，因此任何構成侵吞財物的侵占行為都可能產生與背信罪競合的效果。

第四、背信罪的存在既然以義務違反為前提，因此不作為犯形式的背信行為基本上是可能的，有爭議的只是這裡構成的到底是「純正不作為」或者「不純正不作為」的型態？部分見解認為兩種俱有可能，當我們將帝國刑法典第266條第1項第1款當成一種法律要求的「純粹誠命」（*echtes Gebot*）時，這種誠命的違反就是一種純正不作為；反之，如果將忠誠關係當作建構保證人地位的基礎，那麼保證人地位的違反就是一種不純正不作為的不法型態。

在檢討背信罪結構的討論中，背託理論與濫權理論一直相持不下。學界的多數見解為濫權理論；背託理論則是在帝國法院的加持之下，在實務界具有絕對的影響力，不過不管兩說如何爭執，背信罪整體朝向「義務違反」的方向發展，已經是一個不爭的事實。

最後在一九三三年修正通過的版本中，德國立法者以將這兩種

¹²⁰ RGSt 20, 262.

¹²¹ *Nelles*, aaO. (Fn. 85), S. 64ff.

不同的理論加以結合的方式來迴避處罰的漏洞¹²²。一方面在形式上廢棄了原本帝國刑法典第266條第1項第1款與第3款的列舉規定，改用抽象性義務的規範方式來描述；他方面也不再堅持原本第266條第1項第2款中「處分行為」的要素，處罰的重點因此轉變成「違背義務」而「造成損害」的結果。與此同時，既然是否構成背信罪與處分行為的要素無涉，背信罪自然也就喪失了「財產移轉犯」的特徵，此舉又導致了損害的概念不再僅侷限於「近似於客體損害」的理解方式（*gegenstandsähnliches Nachteilsverständnis*）之上，並且進一步地導致背信罪的保護法益逐漸朝詐欺罪靠攏，也就是整體財產的概念¹²³。

(二)不法意圖的銷聲匿跡

隨著義務要素的逐漸釐清，對於背信罪是否應該具備不法意圖的問題，也有越來越多的學者做出了明確的表態。例如Freudenthal就認為：帝國刑法典第266條中的意圖是一種誤解，不法獲利意圖在背信罪中只是一種「行為的一般伴隨現象」¹²⁴；Binding則表示：意圖將使得背信罪在主觀構成要件方面受到過高的限制¹²⁵；Koffka也指出：無法理解的是，為什麼「忠實義務的要素」（*pflichttreue Elemente*）可以因為設定不法意圖的關係去阻止信賴地位的承擔¹²⁶。學界對於不法意圖的反對立場，也漸次展現在一

¹²² *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 136f.; *Schäfer*, DJZ 1933, 789, 794; *Schünemann*, in: LK, 12. Aufl., § 266 Rn. 4.

¹²³ *Boerger*, aaO. (Fn. 103), S. 127.

¹²⁴ *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 70 Fn. 41, 42.

¹²⁵ *Binding*, GerS 76 (1910), 1, 52. *Rentrop*, S. 77, Fn. 18.

¹²⁶ *Koffka*, in: *Ashcott/v. Liszt*, Reform, Bd. 2, S. 404ff.

九三三年之前所提出的修正草案中¹²⁷。德國立法者在一九三三年修正背信罪的時候，索性將不法意圖的要素直接刪除。最終通過刑法典第266條之規定如下¹²⁸：

^{第1項} 故意濫用基於法律、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受有損害者，因背信罪而處監禁及罰金。除此之外，另可剝奪公民權。

^{第2項} 情節特別重大者處十年以下重刑監禁。所稱情節特別重大，係指犯行損害民族福祉，或造成重大損害，或行為人惡性特深。

上開規定與現行德國刑法典第266條基本上已經沒有太大的差異，唯二的區別僅在於，第1項中故意的要素被刪去，因為這本來就是不待多言的自明之理；以及刪除第2項充滿納粹國家社會主義色彩的加重規定，改為分別準用竊盜的減輕規定與詐欺的加重規定而已。

在這個階段值得提醒注意的是，在行為不法內涵的判斷以及處罰界線控制的問題上，「客觀義務的違反與否」逐漸發揮取代意圖的效果，這也進一步促成了日後德國學說將研究的重心放在客觀義

¹²⁷ 例如1911年修正草案的制訂者認為：獲利或者損害的意圖是與財產損害的意識相連的。1913年草案的制訂者基於：1. 背信行為的最終目的往往不是損害、2. 損害意圖的設定，將造成客觀上損害雖然發生，但卻因為行為人不是以損害被害人財產為目的，造成無法處罰的漏洞；兩點理由，否定不法意圖在背信罪中的必要性。1919年草案的制訂者則認為，不同於詐欺罪及恐嚇取財罪，不法意圖在背信罪中沒有實質的意義。以上說明，見*Rentrop, aaO. (Fn. 9), S. 83, 90, 97.*

¹²⁸ 條文翻譯參考李進榮，同註114，頁150。

務界線與內容的詮釋之上。換句話說，放棄不法意圖的要素之後，控制刑罰發動的功能並沒有因此喪失，反而是因為義務違反檢驗標準的客觀化，將原本存在於主觀層面的判斷方式轉化到客觀層面加以檢驗，變得更為穩定。

（三）納粹政權的影響：特殊背信罪的遞延消失

儘管德國立法者在一九三三年對於背信罪做出——雖不完美、但可接受的——大幅修正，使得統一認定身分要素與明確處罰範圍的要求不再遙不可及。但是值得注意的是，特別法上的特殊背信罪並沒有隨著刑法典中背信罪的修正，立即從舞臺上消失，反而是又多撐了二、三十年才漸漸受到廢除。之所以會產生如此的現象，或多或少與納粹的執政有關。

其實從上述一九三三年修正通過的刑法典第266條第2項的加重規定中，我們可以很清楚地看出國家社會主義的色彩。事實上，從納粹建政之初，忠誠義務的概念就開始不斷地持續入侵到各種法律領域¹²⁹。這個概念當然不是納粹政權所獨創，而是早就濫觴於十六世紀人文主義者的思想之中¹³⁰，只不過被納粹政權的宣傳部長Goebbels相中，拿來濫用成向代表國家的元首宣示效忠的工具而已，並且據此開啟了忠誠義務與集體利益之間的連結，背信罪的不法因此進一步地延伸到個人義務以外的領域去¹³¹。於是忠誠義務開始與國家民族有關，刑罰的發動可以動輒訴諸「民族福祉、健全國民感情」等，摸不著邊際的概念。而這一波思想當然也連帶擴及

¹²⁹ Kroeschell, Studien zum frühen und mittelalterlichen deutschen Recht, 1995, S. 157, 179.

¹³⁰ AaO., S. 183f.

¹³¹ Asholt, (Un-)Treue. Schutz der Unternehmenskultur durch § 266 StGB?, S. 312f., 314f.

到了特殊背信罪的領域，例如德國立法者在一九三七年修正股份法時，就將一九三三年修正通過的帝國刑法典第266條第2項「加重背信罪」原封不動地移植到股份法第249條第3項。據此而言，一個比較中肯的說法或許是：直到納粹倒臺之前，與抽象集體利益相連結的特殊背信罪在德國法上其實是俯拾皆是的。

之後隨著德國的戰敗，儘管基於管制的需要，同盟國在一九四五年以「緊急狀態管理法」（*Bewirtschaftungsnotrecht*）並且配合若干例外的方式，維持納粹時期部分法律的效力¹³²；但是管制委員會同時也做出「任何法院不得以類推或者基於健康國民感情的理由，宣判罪刑」的公告¹³³，類似於一九三三年通過的刑法典第266條第2項這種充滿納粹色彩的規定，也因此失去了實質的效力。及至一九五三年八月四日，德國立法者以：第一、情節是否特別重大不應該是個別犯罪的問題；第二、本項規定違反罪責原則；兩點理由，而廢棄了當時刑法典第266條第2項的加重規定¹³⁴。至於那些充斥在各種特別法中、不但本來就無法發揮預期功能、甚至或多或少還帶有一些納粹色彩的特殊背信罪，也從一九六〇年代起，漸次地淡出了德國刑法的舞臺¹³⁵，這也就是為什麼我們在當代的德國刑法文獻中，幾乎找不太到特殊背信罪相關論述的主要原因，因為這在德國已經屬於法制史的研究主題了。

總的來講，儘管部分的德語文獻認為：以現行德國刑法典第266條的規定來看，與其認為背信罪的改革是納粹思想所致，還不

¹³² *Achenbach*, Jura 2007, 342, 344.

¹³³ *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 166, Fn. 1.

¹³⁴ *Schünemann*, in: LK, 12. Aufl., § 266 Rn. 6; *Rentrop*, aaO. (Fn. 9), S. 167 Fn. 7.

¹³⁵ *Schilling*, Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts, 2009, S. 20f.; *Nelles*, aaO. (Fn. 85), S. 137ff.

如認為和從二十世紀初期起開始的一連串刑法改革較為有關¹³⁶。然而不可諱言的是，如果認為「背信罪在第三帝國時期沒有被迫放棄義務違反的討論方向」與「納粹政體重視忠貞義務思想」之間毫無關連，恐怕也與事實有著些許的差距。

九、小 結

行文至此，對於德國法上背信罪的發展——特別是就本文所關心的不法意圖以及特殊背信罪的立法方式來講——如果做出以下兩點的中間結論，應該算是相對中肯的。

第一、儘管背信罪在德國法上曾經有過許多不同的面貌，但是這個從一八一三年版巴伐利亞邦刑法典起開始存在於背信罪中的「不法意圖」，與我們現在所認知的不法意圖在內容上顯然不盡相同；當時的不法意圖並沒有被理解成一種行為的動機或目的；而是一種可以與故意混用、不相區分的概念。

第二、由於帝國刑法典荒腔走板的立法方式，使得背信罪的效果不彰，進而促成德國法上一系列特殊背信罪的誕生，並且在納粹主政時期，進一步地連結到了「國家民族」這種抽象的集體利益領域。只不過這種頭痛醫頭、腳痛醫腳的立法方式沒有辦法真正解決問題，在德國刑法將背信罪的結構大幅修正以後，自上世紀五、六〇年代起開始逐漸廢除。

參、從犯罪結構看不法意圖在背信罪中的地位： 與詐欺罪的結構相較

經過了一小段歷史的巡禮，我們已經瞭解不法意圖與特殊背信

¹³⁶ Asholt, aaO. (Fn. 131), S. 300.

罪逐漸消失的歷史原因。回到本文所關心第一個主題，也就是不法意圖設定的問題來講，儘管憑著這些歷史的借鏡，理論上我們就已經不難得出「不法意圖不應該存在於背信罪之中」的結論。不過就算我們忽視過往的歷史，只以現代背信罪的犯罪結構作為出發點，對於「不法意圖在背信罪中能發揮什麼樣的功能」一事，也是令人十分懷疑的。

姑且不論背信罪在歷史上曾經出現與詐欺罪合流的現象，就僅以當代通說見解認為「詐欺罪與背信罪保護的都是整體財產法益」的觀點為基礎，在犯罪結構的分析上¹³⁷，如果選擇以詐欺罪作為比較的對象，應該算得上是相對合理的。

一、過度限縮處罰範圍與證明的困難

如果對照詐欺罪的犯罪結構來看，當被害人的整體財產減損時，也就是財產損害出現的時候，法益就已經受到了侵害；至於事後的財產分配方式，也就是到底是行為人自己或第三人取得財產，對於詐欺罪的成立與否則是無關緊要的。被害人的法律地位不會因為行為人的不法獲利意圖而更加惡化。詐欺罪因此被認為是一種「截斷的結果犯」（Kupierungsdelikt），不法意圖在詐欺罪是一種「過剩的內心傾向」，這種內心傾向有彰顯特定犯罪動機的特色，立法者藉由不法意圖的設定，對於被害人的財產法益做出有限度保護的宣示¹³⁸，刑罰的發動因此也受到一定程度的限制。

然而，不同於詐欺罪必須依靠不法獲利意圖作為制約處罰的手

¹³⁷ 背信罪與詐欺罪結構上的區別，德語文獻的比較說明，見Seier/Lindemann, in: Achenbach ua. (Hg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Teil, 2. Kap. S. 827 Rn. 29f.; Maurach/Schroeder/Maiwald, StrafR BT/1, § 45 Rn. 3ff.

¹³⁸ Hantschel, Untreuevorsatz: Eine Untersuchung zu Begriff und Beweis des Vorsatzes bei § 266 StGB, 2010, S. 61.

段，背信罪對於刑罰的發動本來就已經有所限制了。因為背信罪有信賴地位的要求，並不是任何處分財產的行為都會構成背信，只有那些違背財產照管義務之人的處分行為才可能是背信的行為。因此，如果我們在既有的限制之上還額外附加不法獲利意圖的要求，則對於那些因為事實上或法律上的理由，被迫必須將財產託付給他人管理的本人來講，保護顯然不夠周延；本人必須時時刻刻擔心行為人可能以極為輕率的方式或者故意造成損害的方式管理財產，在這種情況下，本人唯一的救濟途徑，往往就只是民事上的損害賠償請求權而已，尤其在那種金額十分龐大，行為人在經濟上根本無力償還的財產管理行為，這種民事上的求償權利其實不具備什麼實質上的意義¹³⁹。

當然，另外一種形式的不法意圖，亦即「損害本人財產的不法意圖」也是可以納入考慮的，只不過這種不法意圖不僅不存在於詐欺罪的結構之中，就算我們願意將它放在背信罪中，除了造成義務要素實際上遭到架空的結果¹⁴⁰之外（見本文以下參、二、的部分），證明困難的問題更是難以避免。

首先可以確定的是：不法意圖作為一種過剩的內心傾向、一種行為發動時的內在「動機或目的」、一種行為的趨力或者行為人內心「極度想要」的一種主觀心態，是一種只需要行為時存在於行為人主觀面向的「主觀處罰條件」，至於客觀上意圖內容的實現與否，理論上應該是無關緊要的。但是問題在於造成「本人財產上的損害」同時也是客觀構成要件要素，這個客觀構成要件要素是故意必須認識的對象；因此背信罪的構成，當然以行為人主觀上「認識」並且「想要」自己的行為會造成本人財產上的損害為前提。先

¹³⁹ AaO., S. 62.

¹⁴⁰ Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 267.

不去過問我們到底應該如何去理解「行為之際主觀上並沒有造成本人財產損害的動機或目的，但是行為人卻又同時認識（知）並且想要（欲）造成本人財產損害的結果」的現象；或者什麼才是「我不是為了造成你的損害而違反義務、但是我知道並且也想要違反義務來造成你的損害」這種令人費解的說明方式¹⁴¹，就算我們願意肯定意圖與故意之間主要的差別，在於意欲要素的強弱；用白話一點的說法來講，就是行為人主觀上對於損害的發生不可以是「普通想要（＝故意的意欲）」、必須是「非常想要（＝意圖的意欲）」而認為立法者將背信罪設定為「專以損害本人為目的」的行為為限，那麼我們又要如何以一般來講是用來證明故意的客觀事實，去證明那個在主觀面上「意欲要素」比故意強度更高的「損害意圖」？在據以判斷意圖與故意的客觀事實仍為同一的情況之下，這恐怕會是一個無解的問題。更何況由於損害的結果同時也是客觀構成要件要素，將損害設定為意圖內容的結果，勢必會進一步產生主觀與客觀不一致的錯誤問題，把錯誤理論的適用領域擴及於主觀意圖的部分，顯然只是治絲益棼，使得問題越發的難以處理而已。

二、淘空義務違反的客觀要素

更進一步來說，即便假設主觀意圖不存在證明困難的問題，不管是不法的獲利意圖或者損害的意圖，其實都是一種客觀要素以外的主觀處罰條件，這種主觀處罰條件，在結構上本來也就會造成義

¹⁴¹ 當然，在某些特定的情形之下，概念上我們的確可以想像行為人對於財產損害的結果具備認識跟意欲，但是主觀上卻是基於其他的動機而行為，例如行為人雖然知道違背義務會造成損害，但是為了救助他人，在不得已地情況下犧牲本人的財產。不過這涉及的其實已經是阻卻違法事由是否存在的問題，改在阻卻違法事由的客觀面向來判斷，顯然比設定不法意圖的方式更有說服力。

務要素受到淘空的效果。因為：義務的違反與否是客觀判斷的，然而不管是損害意圖或者獲利意圖，都會造成「客觀上違背義務、造成損害以後尚不足夠，還必須具備主觀上的損害或獲利意圖始能加以處罰」的效果，客觀上的義務是否違反也就因此不再重要，主觀上是否具備意圖才是決定性的標準。但是問題在於：比起客觀義務的違反與否來講，主觀意圖的判斷與調查一直都是更為困難的，這種繫諸於行為人主觀內心狀態的要素，只能用客觀上的間接證據加以推斷。實務上操作的結果，反而更容易造成處罰範圍的不穩定、減損規範的指導效果。

或者換一種說法來講，客觀的義務要素與主觀的不法意圖雖然都有限制處罰的效果，但是彼此之間同時也具有互斥的特性。以不法意圖這種主觀的處罰條件來限制客觀構成要件的範圍過廣，從來就不會是一種成功的作法¹⁴²。想要解決客觀面上處罰過廣的問題，更為有效的處理方式，一直都應該是在客觀構成要件中直接做出限制才對。

更有甚者，如果我們在其他義務犯的類型要求行為人主觀上只需要達到間接故意的水準，卻獨獨在背信罪要求要有不法意圖，則顯然難以合理說明這種不平等待遇的理由¹⁴³。在此脈絡之下，我們也可以理解，我國文獻中認為「背信罪的不法意圖具有反證機能」¹⁴⁴的觀點，結論上來講固然是正確的，但是卻無法成為在結構上支撐背信罪中設定不法意圖的有效論證。這種觀點之所以在結論上是正確的，是因為依照通說見解，「財產利益的不法性」在性質上屬於客觀構成要件要素，從而「不法」本來就應該是故意所要

¹⁴² Hillenkamp, FS für Maiwald, S. 340.

¹⁴³ Schramm, aaO. (Fn. 140), S. 267.

¹⁴⁴ 黃顯任、林志潔，同註5，頁18以下。

認識的對象¹⁴⁵，對於財產利益的「不法性」欠缺認識時，效果原本就是阻卻故意。不過行為人不法獲利意圖的對象卻是「財產利益」，而不是財產利益的「不法性」，意圖的內容本身——也就是獲利的狀態或結果——並沒有辦法提供任何證明上的機能或意義。

簡單來說，畢竟不同於詐欺罪的犯罪結構，從詐術行為的發動開始，到被害人方面發生財產損害為止，我們可以藉由其他許多的要素加以檢驗和控制；背信罪並沒有這麼多的要素可以用來充實它的犯罪結構，因此必須將「違背義務」與「財產損害」當成前、後兩道雙重控制的閘門。少了違背義務的要素，則背信不成其為背信；少了財產損害的要素，將使背信罪危險犯化，違反構成要件禁止磨損的要求。「義務違反」與「財產損害」因此都是背信罪中不應該被架空的要素，是一種前後包夾的「框型結構」，二者缺一不可。文獻上認為「財產管理人主觀上過剩的惡意目的設定，不應該是背信罪構成要件的核心部分」的觀點¹⁴⁶，因此應該是值得贊同的。

三、背信罪的義務犯特性

(一)不作為犯與義務犯不是全等關係

當然，反對立場可能進一步提出的質疑是：不作為犯也是一種義務犯，難道不作為的詐欺就不會面臨「因為設定不法意圖而架空義務要素」的問題嗎？

¹⁴⁵ Hefendehl, in: MK, Bd. 5, 3. Aufl., § 263 Rn. 921; Kindhäuser, aaO. (Fn. 7), § 263 Rn. 371; Tiedemann, in: LK, 12. Aufl., § 263 Rn. 268; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 263 Rn. 176; Krey/Hellmann/Heinrich, StrafR BT/2, Rn. 696; Maurach/Schroeder/Maiwald, aaO. (Fn. 137), § 41 Rn. 143; Otto, StrafR BT, § 51 Rn. 99; Wessels/Hillenkamp, StrafR BT/2, Rn. 583.

¹⁴⁶ Kargel, ZStW 113 (2001), S. 565, 596.

對於這個質疑首先必須加以澄清的是：根據義務犯概念的創始人Roxin的看法，義務犯與不作為犯之間無法單純地劃上等號。因為：

第一、不作為的義務無法始終正確評價義務犯的特性，不作為的義務或者是對於特定危險來源、或者是對於法益客體的無助性有所支配；但是義務犯牽涉到的往往是行為主體的特殊身分，通常是以作為的型態為主，例如我們很難說收受賄賂的公務員和危險來源或法益客體的無助性有任何直接的關連¹⁴⁷。

第二、儘管義務的思考在不作為犯有其獨特的意義，其目的主要在於建構作為與不作為之間的等價性；但是義務犯所涉及的，毋寧是正犯與共犯的區別¹⁴⁸。

第三、義務犯是「對於危險源或者保護關係的控制要求」沒有做出足夠正確行為的評價，行為人的地位肇因於違反一個「由控制支配所生的」特別義務，屬於建構構成要件的要素；而不作為犯「對於結果的原因有支配」只是實現構成要件的條件，它本身不是建構構成要件的要素¹⁴⁹。

(二)背信罪不是獲利犯

退步而言，就算我們對於「義務犯和不作為犯的義務無法劃上等號」的重量級觀點充耳不聞，上開將不作為詐欺與背信並列為義務犯的質疑，也正好凸顯了詐欺罪與背信罪在不法結構上的根本差異；並且，這種根本上的差異可以從以下幾點加以說明。

¹⁴⁷ Roxin, FS für Schünemann, S. 519.

¹⁴⁸ AaO., S. 519; 與我國刑法第31條之間的解釋問題，中文的詳細說明，見許恆達，身分要素與背信罪的共同正犯（下），萬國法律，124期，頁106以下，2002年8月。

¹⁴⁹ Roxin, aaO. (Fn. 147), S. 520.

第一、從設定不法意圖的目的來講：在詐欺作為犯的情形，立法者本來就有意藉由設定不法獲利意圖的方式，來彰顯詐欺行為是一種具備「財產移轉」、「獲利」、「損害與獲利之間的同質性」以及「截斷的結果」等特質的犯罪型態。從而即便行為人是以作為的方式施用詐術，並進而導致被害人處分財產、造成損害的結果，但只要在欠缺不法獲利意圖的情況下，本來也就不會構成詐欺罪。換句話說，立法者設定不法獲利意圖的目的，本來就是為了限縮詐欺罪的處罰範圍，跟作為或不作為沒有關係。因此，就算我們把不作為犯與義務犯的概念直接劃上等號，但是不作為的詐欺並沒有因其客觀上所展現的是「不作為的型態」之故，或者因為要求「保證人地位」的關係，而較作為型態的詐欺有著更多額外的限制。由此可知，不作為犯的保證人義務與主觀不法意圖的設定沒有直接的關連。從而一個相對具有說服力的觀點應該是：與作為詐欺相同的是，不作為詐欺的不法也是透過主觀上的不法意圖加以彰顯的，只不過它的行為在客觀上是以不作為的方式展現出來的而已。

第二、從現象上來觀察：不同於詐欺罪具有財產移轉犯的特性，被害人將財產移轉給行為人不是背信罪的構成要件，毋寧只是構成背信罪的前提條件。也正是因為如此，背信罪的不法不是透過「不法獲利」，反而是藉由「義務違反」與「財產損害」這兩個要素來彰顯的，這也造就了背信罪「義務犯」與「損害犯」的特質。在背信罪設定不法獲利意圖的結果，既無法彰顯「截斷的結果犯」的特性，因為這裡不存在可以被截斷的獲利結果；也由於獲利不是背信罪成立的必要條件，因此損害與獲利之間有無同質性的問題，也就跟著無關緊要了。

最後，從義務產生的原因來說：詐欺罪性質上不是一種義務犯，在不作為詐欺的情形，保證人地位不是因為立法者設定了不法獲利意圖才產生的；不作為詐欺的行為人之所以居於保證人地位，

毋寧是因為我們認為他有避免被害人受到財產損害的義務所致。因此，即便我們把不作為犯與義務犯單純地劃上等號，但是這也不代表「不作為的詐欺」是一種透過「義務違反」來彰顯其不法特色的犯罪類型，因為違反保證人義務的射程範圍，最多只及於「被害人客觀上受有財產損害」的部分而已。然而——如前所述——對於詐欺罪來講，僅僅是「被害人客觀上受有財產損害」這一點正好是不夠的。詐欺罪從頭到尾，都是一種透過「主觀不法獲利意圖」才能凸顯其不法特質的犯罪。既然作為詐欺都會因為設定不法意圖之故，而產生限縮犯罪成立的效果，在不作為詐欺的情形理論上不會有所不同。據此，我們當然無法得出「不作為詐欺的保證人義務會因為立法者要求不法獲利意圖的關係而受到架空」的結論，因為保證人義務的射程範圍無法及於行為人主觀上的獲利意圖。

但是不同於詐欺罪那種「在故意之外額外設定不法意圖」、以「特殊主觀要素彰顯不法」的結構，既然背信罪中「違背義務」是不可或缺的，這表示這種犯罪的不法特徵是透過「違背義務」的「客觀要素」來彰顯的，性質上是一種義務犯，「義務的違反與否」因此必須從客觀層面上加以判斷。如果我們在違反義務的要素之外，額外增加「故意以外的特殊主觀處罰條件」，則「客觀面上的義務違反與否」將會淪為一場兒戲而已。

或者換一種更簡單的說法來講：詐欺罪或者竊盜罪這一類具有「財產移轉」特色的犯罪，之所以需要透過不法意圖來凸顯它們的不法特色，是因為它們都不是義務犯¹⁵⁰，無法用義務違反的要素來達到限縮處罰的效果；取得他人財物的客觀事實，不見得一定具備不法的特色，因此才必須在行為之外，另外設定一個「故意以外

¹⁵⁰ 這裡指的義務犯，當然是指Roxin筆下的義務犯概念，而不是Schünemann所指的，以義務取代犯罪支配的義務犯概念。

的主觀要素」來彰顯其不法特徵。相對於此，背信罪在結構上是一種義務犯，用「義務違反的本身」就足以彰顯其不法的特徵，因為對於被害的本人來講，重點在於行為人違背義務，並且造成損害；至於行為人究竟是出於哪一種動機或意圖而造成本人受到損害的結果，其實是無關緊要的，自然就沒有必要、甚至不應該再用不法意圖來破壞它架構不法的特徵要素與結構¹⁵¹。據此，我們應該可以相對確定的說，不法意圖跟財產犯罪之間沒有必然的伴隨關係，不是一定要以不法意圖才能彰顯財產犯罪的不法特性，在背信罪中設定不法意圖的結果，不過只是一種「畫蛇添足」罷了；而這一點從日本文獻中對於背信罪中的「圖利加害目的」做寬鬆理解、只需要達到故意水準的立場來看，亦可見端倪¹⁵²。某程度上來講，如果我們推測日本學界可能也已經注意到背信罪中不法意圖與客觀義務之間不相容的特性，應不為過。

肆、特殊背信罪肥大化的立法現象

早在上世紀的八〇年代，刑法學界耆宿林山田教授就已經明確指出，我國長期以來存在著「特別刑法肥大化」的症狀，這當中固然牽涉到許多複雜的主客觀因素，只不過不管是林教授撰文的當時，或者是我們身處的「特殊背信罪不斷肥大增生」的當代，立法者對於「治亂世·用重典」的信仰，迄今為止似乎仍然是堅定不移。

¹⁵¹ 結論與本文相同者，林山田，刑法特論（上），頁374，1987年11月，修訂2版；林山田，背信罪之研究，軍法專刊，24卷9期，頁14，1978年9月；許澤天，刑法分則（上）：財產法益篇，頁198，2021年2月，3版。

¹⁵² 松宮孝明，同註3，433頁以下指出：日本實務其實早就透過寬鬆解釋的方式，將「圖利加害目的」的要件淘空了；山口厚『問題探究——刑法各論』有斐閣204頁（1999年）則認為：結論上來講，「圖利加害目的」是一個沒有必要的要求。

特別刑法肥大化所造成問題是顯而易見的¹⁵³：它會造成刑法規範指導效力的減損，當社會充斥著特別刑法的規定時，容易進一步產生法律錯誤的問題；並且造成規範結構的疊床架屋，浪費立法資源。它同時也顯示出立法機構的專業能力不佳，無法有效統合相關問題規定於主刑法之中，頭痛醫頭、腳痛醫腳。最後，肥大的特別刑法尤其顯示出立法者對於重刑化刑事政策的堅定信仰，這代表著立法者對於有效抑制犯罪現象的要求束手無策，只好以重刑化的特別規定加以處理。

一、立法背景

回到特殊背信的立法問題。自二〇〇〇年以降，金融七法中陸續出現了特殊背信罪的立法方式，真要說得出這種立法思維之後真有什麼高深的法理基礎，恐怕是令人懷疑的；以重刑化的刑事政策來發揮預防與嚇阻效果，大概是立法之際唯一說的上理由¹⁵⁴。僅此一點，文獻上的批評聲浪就已經不絕於耳¹⁵⁵，此種立法方式

¹⁵³ 對此問題的詳細分析，見林山田，論特別刑法肥大症之病因，法令月刊，39卷1期，頁8以下，1988年1月。

¹⁵⁴ 例如2000年銀行法增定特殊背信罪時，立法理由稱：「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，爰參考組織犯罪防制條例第三條第一項之制度，而較刑法第三百四十二條之背信罪加重其刑事責任……」；2004年銀行法第125條之2的修正理由又謂：「鑒於銀行負責人或職員為背信行為，對銀行之財產或其他利益所侵害法益甚大，爰提高罰金刑度為……。其次，就銀行負責人或職員背信之金融犯罪而言，行為人犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大。爰於第一項後段增訂……」。看不出來除了重刑威嚇以外的其他想法。關於金融七法中特殊背信罪出現背景的詳細考察與分析，見謝煜偉，同註3，頁2033以下。

¹⁵⁵ 曾淑瑜，同註6，頁56；曾淑瑜，銀行法之特別背信罪哪裡「特別」，台灣法學雜誌，228期，頁158，2013年7月15日；王正嘉，從經濟刑法觀點看特別背信罪，台灣法學雜誌，286期，頁51，2015年12月28日；吳景欽，監理沙盒下

是否合乎罪刑相當原則與最後手段性的要求，令人懷疑。

二、我國法的問題所在

其次，儘管特殊背信罪在我國出現的原因與德國不盡相同——畢竟在我國並沒有因為「列舉身分的立法方式」或者「對於債權或財產所為損害性處分」的要素，而導致普通背信罪處罰範圍受到限制的現象——但是特殊背信罪在我國出現以後，特別是在「行為主體身分擴張的矛盾與不明」、「違反平等原則」與「處罰範圍延伸到集體法益」等若干問題上，卻也是與德國法廢除特殊背信罪之前的狀況，具有高度的近似性。

(一)身分認定的不明與掛一漏萬

德國法上特殊背信罪受到廢棄之前，最常被人詬病的問題之一，就是不知道為什麼立法者要針對某些具有特定身分或義務之人加重處罰。例如在德國放棄特殊背信罪的立法方式之前，同樣是資產受託人的身分，在抵押銀行法設有特殊背信罪的規定，但是在保險監督法卻無此規定。不可諱言的是，類似的情形在我國也已經開始出現。

例如銀行負責人或職員依照銀行法第125條之2會受到特殊背信罪的處罰，但同樣是金融機構，同樣動輒掌握龐大資金，對於農、漁會的職員顯然就沒有類似的規定。到底是基於什麼樣的理由使得立法者對於只針對銀行的負責人或職員做出加重處罰的規定，對於農、漁會職員卻特別優待的原因不得而知；掛一漏萬的問題卻已經浮上檯面。想要迴避這種掛一漏萬的問題，如果執著於重刑化刑事

的特別背信罪：以金融科技創新實驗條例草案的刑事免責為例，台灣法學雜誌，320期，頁30，2017年5月28日。

政策的迷思，持續以特殊背信罪的立法方式處理，其結果，不外乎就是特別刑法的更進一步肥大，刑法規範的行為指導效果因為越來越多的特別刑法持續衰減。

(二)違反平等原則的疑慮

掛一漏萬的結果，自然就會引起違背平等原則的懷疑。特殊背信罪的立法方式如果沒有辦法合理說明其存在基礎，那麼對於「性質相當的事務不附理由地為不同處理」恐怕都是難以迴避的質疑。除此之外，這種違反平等原則的疑慮在我國更是因為不法意圖的設定以及規範結構的設計之故，而使得問題更加難以處理。

例如刑法背信罪中不法意圖的規定方式，是將「損害意圖」與「獲利意圖」並列。如果我們先暫時擱置不法意圖與客觀義務可能發生衝突的潛在問題，理論上來講，這兩種意圖既然並列於普通背信罪的構成要件之中，我們應該可以合理的推論，立法者對於這兩種意圖的類型在不法水準的評價上應該是相當的。但是證交法第171條第1項第3款卻僅限於「為自己或第三人之利益的意圖」，如果行為人主觀上具備的是損害意圖時，就只能回歸普通背信罪處理；同樣被歸類為特殊背信的型態，當我們把眼光放到銀行法第125條之2第1項時，立法者忽然又變回將獲利意圖與損害意圖並列，一律適用特殊背信罪處理。

同樣令人難以理解的，還包括證交法第171條第1項第3款的行為主體，僅以公司之「董事、監察人或經理人」三種為限，這三種行為主體一般來講都是在民事法上具有委任關係、處理他人事務時有獨立判斷權限之人；但是在銀行法第125條之2第1項卻將身分主體擴張到不具備獨立判斷權限的職員類型，以致於在判斷銀行法第125條之2的「職務」與我國刑法第342條第1項的「任務」到底有何

不同¹⁵⁶，或者「職員」到底應不應該是特殊背信罪行為主體等¹⁵⁷問題上，產生了不小的爭議；就連實務見解對此種「忽而擴張、忽而緊縮」的立法方式也明確地表達了疑慮¹⁵⁸。到底是基於什麼樣的理由使立法者對此做出以上如此的差別待遇，令人費解。

(三)義務違反的判斷方式

為了緩和違反平等原則的批評，並且支撐特殊背信罪的高度刑罰效果，去深化行為人的義務要素，找出特殊背信罪與普通背信罪在不法結構、尤其是義務內容部分的區別，就成為一種合理化特殊背信罪存在的必要方法。這其實也是我國多數文獻目前所採取的操作方式。只不過就我國的現況來講，不管是實務判決或學說見解在這方面的努力，都很難說的上已經取得了突破性的進展。

1. 義務違反的判斷標準沒有跳脫背託理論與濫權理論的範疇

先就實務判決來講，我國實務普遍認為相對於刑法上普通背信罪的規定，金融七法中的特殊背信罪係屬於特別規定¹⁵⁹，從而在

¹⁵⁶ 曾淑瑜，同前註，頁154以下；謝煜偉，同註3，頁2050；陳志輝，從刑法背信罪分析銀行法第125條之2——特別背信罪的適用爭議，台灣法學雜誌，268期，頁68，2015年12月28日；證交法中特別背信罪的類似爭議，見戴銘昇，證券交易法特別背信罪構成要件之建構，月旦法學雜誌，297期，頁126，2020年2月。

¹⁵⁷ 謝煜偉，同註3，頁2048；曾淑瑜，同註155，頁154以下；陳志輝，同前註，頁67。

¹⁵⁸ 例如最高法院102年度臺上字第3046號判決即稱：「……復依其法條文義，所稱職員，固指銀行所屬人員，無論職稱、層級、權限、編制內常任成員或編制外臨時員工，均涵攝在內，然而實際上仍應視此具體情形之不同，為差別待遇，斯為等則等之、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……」即已明白指出銀行法上的特殊背信罪可能違反平等原則之問題。

¹⁵⁹ 此應為我國實務目前為止的穩定多數見解，見最高法院96年度臺上字第2453

「違背職務」的認定上，自然也就很難跳脫出「背託理論」與「濫權理論」的範疇¹⁶⁰；而這一點與上述德國背信罪的歷史所展現出來的傾向也幾乎如出一轍。

究其實際，這種無法跳脫「背託理論」與「濫權理論」的現狀並不令人感到意外。因為背託理論與濫權理論的誕生，其實是德國學說歸納了早期以羅列各種身分的立法方式之後，為了迴避掛一漏萬的缺陷，而將各種身分抽象化以後所得出來的實質判斷標準。從規範的發展進程來看，將各種不同種類的事實歸納分析以後，以抽象的概念加以規範，當要適用此一抽象概念的時候，再還原到具體的事實當中，其實一直都是我們在設計規範結構的時候所採取的方法。無法否認的是，當我們繼受了背託理論與濫權理論之後，想要反其道而行，創造出一個在這兩種理論之外的特殊身分，本來就是相對困難的。

值得注意的是，為了合理化特殊背信罪的存在，我國部分學說提出了特殊背信罪的不法必須以「背託理論+濫權理論」才能夠加以凸顯的主張¹⁶¹。此種立場當然是頗富創意，只不過在我們對於

號，判決理由一、(三)之部分、最高法院104年度臺上字第3010號，判決理由甲、二、(一)之部分以及最高法院105年度臺上字第2206號，判決理由伍、三、(三)之部分。

¹⁶⁰ 例如最高法院109年度臺上字第3514號判決謂：「……又銀行職員究有無銀行法第125條之2第1項所稱『違背其職務』之行爲，首應判斷者爲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爲觀察……」（見判決理由二、之部分）。又如最高法院103年度臺上字第2301號判決所指：「……銀行法第一百五十五條之二第一項之銀行職員違背職務罪，係指銀行職員在其職務範圍內不應爲而爲，或應爲而不爲而言」（見判決理由六、之部分）。持平而論，所謂的「職務內容或範圍」或者所謂「在其職務範圍內不應爲而爲，或應爲而不爲」的實質判斷標準，其實都無法跳脫「背託」或「濫權」的概念。

¹⁶¹ 曾淑瑜，同註3，頁197；曾淑瑜，同註155，頁155。

兩種理論的產生背景與文獻討論有了些許的掌握以後，比較中肯的說法似乎是：背託理論與濫權理論不是「兩個可以相加起來，然後得出應該加重處罰的結論」的概念。因為：第一、從歷史來觀察，背託理論與濫權理論各自有其基礎，反應出來的應該是不同理論對於「背信」這個概念的不同解讀方式。前者重在公法事實，著眼於事實上的地位；後者強調私法關係，著重於有效授權的基礎法律行為，兩者很難說得上是「相加以後可以加重不法」的概念。第二、從結構上看，背託理論不只是帝國刑法典第266條第1項第1款與第3款的存在基礎，特別法中眾多特殊背信罪也是建立在背託理論之上。如果特殊背信罪——不管是在我國法現在的狀況或者是在德國帝國刑法典的年代——都被認為是普通背信罪的特別規定的話；那麼一般性的來講，法條競合的特別關係跟普通關係並不是一個相加之後，可以得出更高度不法評價的概念。

2. 將保護法益延伸到「金融市場穩定」的有效性？

或許是因為固守在財產法益的範圍之內難以為特殊背信罪的存在找到合理的論證，多數的我國文獻——姑且不問類似的作法在帝國刑法典時期與納粹時期早就已經出現過——開始將論證的腳步走向集體法益的方向¹⁶²，並且更因為刑事大法庭的裁定之故，而進一步地成為最高法院目前的主流見解¹⁶³。在這一類的觀點中，通常有兩個共通的特色：第一、將特殊背信罪的保護範圍延伸到所謂「金融市場的穩定」這一類的集體法益；第二、透過將特殊背信與義務脫勾處理，加入經濟刑法保護集體法益的特色，想辦法去淡化

¹⁶² 王正嘉，同註155，頁51以下；王志誠，證券交易法上「特別背信罪」之構成要件，台灣法學雜誌，208期，頁110，2012年9月15日；謝煜偉，同註3，頁2039以下；曾淑瑜，同註6，頁58；曾淑瑜，同註155，頁154；陳志輝，同註156，頁65以下。

¹⁶³ 見最高法院108年度臺上大字第2261號裁定。

特殊背信是普通背信罪的特別規定的色彩。

不管是多數見解或最高法院從集體法益建構不法內涵的角度出發，為特殊背信罪尋找合理存在依據的努力與嘗試當然都值得肯定。只不過基於以下的理由，本文對於「將特殊背信罪的保護法益延伸到金融市場穩定」的作法，仍然持保留的立場，因為：

第一、經濟刑法之所以會大量出現以保護集體法益為主，或者以抽象危險犯作為主要的規制方式，主要是因為「實害結果的是否以及如何出現」往往難以預測、證明困難所致¹⁶⁴；對於這一類抽象危險犯的制裁結構能否因為保護法益的模糊性而取得其正當化的基礎，文獻上一直有著懷疑的聲浪¹⁶⁵。據此不難推論得知的是：當實害結果明顯可見，是否還有必要動輒訴諸集體法益或者抽象危險的犯罪結構，應該還有再行思考的餘地；畢竟在實害結果可以明確檢驗（例如多數情況下背信行為造成明顯可見的損害時）的情形，以實害犯的結構作為處罰基礎，顯然比抽象危險犯來的更具有說服力。動輒訴諸集體法益或抽象危險恐怕不是一種值得鼓勵的作法。更何況，抽象危險犯中「行為危險性」的判斷其實從來都沒有比實害結果的檢驗來得更為容易（否則抽象危險犯的運用就不會屢遭學說質疑了）！

簡單的說，基於刑法的最後手段性，抽象危險犯的處罰結構應該具有備位的特性，多數見解在這裡顯然忽略了最後手段性以及刑法謙抑思想的要求；當實害結果的檢測沒有困難時，動輒就以集體法益或者抽象危險的結構作為制裁規範的設計方式，不值得贊同。

第二、仔細觀察我國特殊背信罪的立法，其實在銀行法第125條之4第4項後段，立法者已經做出「……如損及金融市場穩定者，

¹⁶⁴ Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 2020, § 6 Rn. 9.

¹⁶⁵ Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl., § 2 Rn. 69; Wittig, aaO., § 6 Rn. 11.

加重其刑至二分之一」的規定；類似的規定也都出現在信用合作社法第38條之4第3項後段、信託業法第48條之3第3項後段、票券金融管理辦法第58條之2第2項後段、金融控股公司法第57條之2第2項後段、證交法第171條第6項後段（用語為：損及證券市場穩定）、保險法第168條之3第3項後段（用語為：如損及保險市場穩定者）。如果特殊背信罪真如論者所稱，保護的法益已經將所謂的「金融／保險／證券市場穩定」包括在內的話，為什麼可以再因為「損及金融市場穩定」而加重其刑？這難道沒有違反雙重評價禁止的嫌疑嗎？反之，如果用體系解釋的方式來理解，既然此處的「加重特殊背信罪」明確要求以達到「損及金融市場穩定」為前提，這自然也就表示特殊背信罪的處罰範圍應該不及於金融市場穩定才是；據此以言，多數見解將特殊背信罪的保護法益延伸至金融市場穩定的作法，顯然不值得支持。

當然，對於本文此處的懷疑可以想像得到的反駁是：「損及金融市場穩定」性質上是一種「特殊的加重結果」¹⁶⁶、一種「危險結果」¹⁶⁷；因此特殊背信處罰的是對於金融市場穩定的抽象危險，而「損及金融市場穩定」的加重，代表的是一種具體危險結果，如此或可迴避違反雙重評價禁止的批評。不過上述的反駁卻可能進一步引發一連串難以解釋的問題，因為：(1)先不論金融市場穩定這一類集體法益通常也只能用抽象危險的結構來設計制裁結構一事，就算這裡指的是一個具體危險結果，那麼我們該怎麼去判斷何時已經出現「損及金融市場穩定的具體危險加重結果」？根據規範性具體危險的概念¹⁶⁸，具體危險犯作為一種結果犯的類型，「實

¹⁶⁶ 類此觀點，見謝煜偉，同註3，頁2035。

¹⁶⁷ 類此觀點，見謝煜偉，同註3，頁2037。

¹⁶⁸ 關於規範性具體危險概念的介紹，中文的詳細說明，見陳俊偉，從危險故意

害結果的不發生」必須達到「取決於偶然」的高度危險狀態，並且行為與這種「具體危險結果」之間的因果關係是必須要受到檢驗的。對金融市場穩定這種極度抽象的集體法益來講，要怎麼檢驗具體危險結果？對於集體法益來說，什麼樣的情況才算得上是「實害的發生與否取決於偶然」？又要怎麼檢驗具體危險結果與行為之間的因果關係？⁽²⁾起碼依照我國目前的通說見解來講，加重結果犯是一種「故意+過失」的雙主觀結構型態，行為人對於後面的加重結果必須要「能夠預見」並且起碼有過失。不過問題在於：立法者要處罰「損及金融市場穩定」的過失行為嗎？個案中如果行為人抗辯對於損及金融市場穩定無法預見，難道真的毫無道理？還是其實「損及金融市場穩定」根本就是一個「具體危險結果性質的客觀處罰條件」？果若如此，除了回答「具體危險結果」難以測定的問題之外，還必須額外面對客觀處罰條件與罪責原則相衝突的問題。這種「損及金融市場穩定」的加重條款究竟要如何有效的操作，令人懷疑。

平心而論，從立法者以「損及金融市場穩定」作為「特殊背信罪加重處罰以後再加重其刑至二分之一」的規定來看，與其牽強附會地將金融市場穩定解釋為特殊背信罪的保護法益，還不如坦率的承認：起碼就我國創立特殊背信罪之初，立法者心中除了重刑化的思維之外，恐怕沒有更多仔細的考量。

第三、即便忽略本文以上的質疑，而直接將「保護金融市場穩定」當成特殊背信罪的立法目的，但是這種解釋方式在不法意圖的要素相結合之後，可能會產生更為棘手的問題。就以證交法第171條第1項第3款的規定為例，先不問條文中為何將原本刑法背信

理論省思放火故意之實質內涵——以最高法院105年度台上字第2179號判決及其歷審判決爭點為出發點，興大法學，26期，頁197以下，2019年11月。

罪中「損害本人利益的意圖」棄之不顧，改成只要求「意圖為自己或第三人利益」；單就後面的獲利意圖來講，啟人疑竇的是：獲利意圖的設定與作為保護法益的「金融市場穩定」之間有何關連性？難道當行為人在欠缺不法獲利意圖的情況下而違背職務時，金融市場的穩定就不會受到影響嗎？

其次，如果對照不法意圖的兩種典型，即「截斷的結果」（例如詐欺罪將不法獲利的結果截斷，只要求被害人方面受到財產損害，獲利意圖只是法益損害結果的加深，且不要求客觀上實現）與「不完全的雙行為」（例如偽造貨幣需有供行使之用的意圖，客觀上尚未發生的「行使行為」一旦出現，會使得法益直接受到危害）來看，完全看不出來此處不法意圖的設定與保護法益之間存在著任何的關連性，無法發揮目的解釋指導構成要件適用的效果。畢竟意圖作為行為的動機或目的、作為一種只需行為時存在的特殊主觀心態，難以想像這種只存在於行為人心中、客觀上不需要實現的主觀心態對於金融市場穩定能夠產生若何的影響。如果立法的目的無法作為發揮構成要件解釋的作用，那麼在不法內涵的充實上，自然也就很難看出任何具體的效果。

第四、值得注意的是，我國文獻中雖有論者認為特殊背信罪的保護法益不同於普通背信，應該以保護金融市場穩定之類的集體法益類型為目的，也就是認為特殊背信罪應該與普通背信罪脫勾；但是在認定銀行法特殊背信罪的「職員」身分時，卻又基於所謂的「目的解釋」的要求，提出應將「職員」限縮在「根據其職務分工，具有本人財產上事務之決策權限者」、所謂的「職務」應該採取背信罪中「濫用權限說」的主張¹⁶⁹、並且認為：基於金融事業帶有公共性、公共利益維護的性格來看，應將違背職務的行為限定

¹⁶⁹ 謝煜偉，同註3，頁2050。

在「行為人濫用其所具有對本人造成法律上利益或不利益之財產裁量權限」¹⁷⁰的觀點；或者主張特殊背信罪中的違背職務應該從實質上的職務內涵作限縮，採取偏向「濫用權限說」的立場，認為違背職務必須是因為行為人濫用地位與權限的特殊優越性，並且實質侵害到「金融經濟秩序」的觀點¹⁷¹。只不過仔細審視上述這兩種主張不難發現，第一種見解所稱的「目的」顯然不是「保護金融市場穩定」這種集體法益，反而是基於背信罪「保護財產法益的目的」才有得出如此限縮解釋的可能；第二種觀點雖然將解釋的方向指向了金融經濟秩序，但同樣沒有辦法提出判斷「到底何時金融經濟秩序才受到了實質侵害」的具體標準。這樣的結果某程度這也是暗示了：只要在「背信」的大概念之下，違背職務的概念恐怕很難脫離在普通背信罪中居於支配地位的濫權理論與背託理論；將保護法益延伸到集體利益的作法，沒有辦法為特殊背信罪加重處罰的效果提出更合理的說明。

第五、法律的解釋「始於文義、但不能超過可能文義」。從單純的字義出發對於「背信」概念內涵最直接的理解，指的就是「行為人違『背』某人對於自己的『信』賴」的情形。從歷史的發展上看，背信罪作為一種義務犯，它的義務應該是一種先於刑法規定即已存在的義務，是一種「對人」的義務，背信罪的處罰因此必須以「違反先於刑法存在的義務」以及「財產損害」的「框型結構」來加以限制，始為合理。當我們將保護法益連結到金融市場的穩定時，那麼構成要件描述的將會是一種「違背金融市場對於行為人信賴」的行為，問題是金融市場要怎麼信賴行為人？行為人又要怎麼違背金融市場對於他的信賴？還是說這裡指的是「所有金融市場參

¹⁷⁰ 謝煜偉，同註3，頁2054。

¹⁷¹ 王正嘉，同註155，頁58以下。

與者」對於行為人的信賴？或者是金融法規中隱含對於行為人的信賴？如果是前者，那為什麼行為人必須背負整體市場參與者的信賴？一個在期貨市場以短線進出為業的機構投資人，為什麼會對於銀行的職員產生信賴？這難道沒有超過可能文義的嫌疑？如果是後者，那麼對於這種信賴的違背不就等同於違背「對於法規效力信賴」？問題是對於法規效力信賴跟保護法益有何關係？對於法規效力信賴可以被當成一種法益嗎？將特殊背信罪保護法益延伸至集體法益的作法，恐怕都已經逸脫了歷史解釋或文義解釋的範圍。

第六、從背信罪作為義務犯的角度出發，將特殊背信罪的保護法益延伸到金融市場的穩定，會使得行為人所擔負的，不再是「對於個人的財產照管義務」，而是「不去破壞金融市場穩定的義務」。但是問題在於：「不去破壞金融市場的穩定」是任何國民都應該盡的義務；這種義務說穿了，其實就是「必須遵守法律的義務」而已，這與「對於法規效力信賴」其實無異，遵守法律的義務無法成為義務犯保護法益的內容。

或者換一種說法來講，義務犯的保護法益雖然不以個人法益為限，以保護集體法益作為義務內容亦無不可（典型的例子如公務員收受賄賂罪，保護的法益就是對於國家公務的廉潔性與不可收買性，是一種集體法益），只不過這種義務同樣必須是先於法律而存在的義務，不可以是不去破壞金融市場的穩定、必須遵守法律的義務¹⁷²；更何況，金融市場或者社會生活的穩定因為犯罪行為受到破壞，其實只不過是任何犯罪行為出現以後都會產生的附帶效果而已。

第七、不管特殊背信罪要不要與財產法益的概念脫勾，違背職

¹⁷² Roxin, aaO. (Fn. 147), S. 522.

務的行為要不要和背信行為做不同的詮釋，要不要被當成一個以保護金融市場穩定為目的的獨立處罰規定，去具體充實集體法益的內容，並且據此設計構成要件，都是支持將「金融市場穩定」當成保護法益的論者所必須面對的問題。不過從目前我國——起碼就作者所接觸到的有限——文獻上的討論狀況來說，將特殊背信罪的保護法益延伸到集體法益的作法，似乎還沒有跳脫出「不去破壞金融市場的穩定、必須遵守法律」的義務範疇。因此，就算我們同意將特殊背信罪與財產法益的概念脫勾處理，保護法益的內容顯然仍有待充實；並且，為什麼在能夠確定實害結果的情況下，卻仍然有必要將法益延伸到「影響金融市場穩定」這種因為「違反規範而造成的反射狀態」；並進而以抽象危險的結構去詮釋這種破壞規範反射狀態而加重刑罰規定的理由，也仍然有待說明。

第八、即便我們並沒有捨棄實害結果的要素，在特殊背信罪中將「金融市場穩定」與原本的「整體財產」並列，以「主、副法益」或「雙重法益」的結構來理解特殊背信罪，但是這種作法能夠發揮多少建構特殊背信罪不法內涵的效果，也是令人存疑的。這種雙重法益的概念其實普遍存在於德國學說，尤其是處罰環境犯罪等的論述之中，這是一種將「行為客體」與「保護法益」分離，把行為客體客觀上是否發生外界變動的「中間結果」當作副法益（或第一重法益），作為判斷行為對於主法益（或第二重法益）是否已經產生抽象危險的標準。這種判斷抽象危險的方式其實是一種「實在找不到辦法的辦法」，是一種藉由中間結果來「擬制」抽象危險的操作方式。畢竟對於主法益或第二重法益來講，中間結果的發生是否毫無例外地當然會造成抽象危險，其實仍然是有疑問的；因為我們沒有辦法完全排除現實上可能出現「中間結果雖然發生，但是對於保護法益卻沒有造成任何危險」的情形存在。

或許是為了解決這種中間結果（＝個人損害）與抽象危險（＝

影響金融市場穩定)無法當然劃上等號的問題,近期來講,部分我國文獻與實務見解,提出了「以受到犯罪行為實際影響的究竟是單一客戶,或者是牽連到其他多數存款戶乃至於其他金融機構之資金運作與交易」的觀點,作為判斷「對於金融市場穩定是否已經造成抽象危險」的標準¹⁷³。此種操作方式看似對於「行為的危險性」提出了具體的判斷標準,但實際上究竟能夠發揮多少限縮處罰的效果,基本上是令人懷疑的。因為根本的問題在於「金融市場的穩定」是一個極為抽象的概念,大凡經濟刑法的研究者均知,金融市場的穩定牽涉到許多難以檢測的複雜系統及非系統因素,而系統風險與非系統風險之間往往又有可能相互流動、對於整體風險的評估呈現一種「此消彼長」的關係,這也是為何這一類法益通常只能以抽象危險犯的結構加以保護的重要原因之一。

先就行為人主觀的面向來講,如果特殊背信罪的保護法益是金融市場穩定這種極為抽象的概念,那麼「金融市場穩定受到影響」這件事就必須被行為人的故意範圍所及才是。問題是一個特殊背信的行為所造成的損害,到底會不會在單一存款戶之外,進一步對於數個存款戶或者金融機構之間的資金調度造成影響,恐怕不見得是行為人一開始就必然可以明確認識的,在行為人無法當然認識抽象危險的情況之下,就對行為人予以加重處罰,難脫與罪責原則相衝突的疑慮。更何況金融市場的穩定也不見得會因為單次的背信行為就受到多麼重大的影響¹⁷⁴;行為影響到數個存款戶或者造成一、兩間銀行資金的調度發生問題,也不當然就等於整個金融市場的穩定已經受到破壞。

要之,在特殊背信罪仍然要求財產損害的要素之下,就算我們

¹⁷³ 謝煜偉,同註3,頁2048。

¹⁷⁴ 陳志輝,同註156,頁66。

將金融市場穩定拉進來作為加重刑法的理由，一方面在不法建構的層面難脫過於空泛之嫌，他方面也與刑法最後手段性的思考未盡相符；這種作法恐怕只是為了加重處罰而增加了一個沒有什麼說服力的說詞而已。

第九、其實犯罪造成的損害多寡，本即為量刑時應該考量的因素，特殊背信罪如果以犯罪所造成的損害達到特定數額以上作為加重刑罰的理由，本來就無可厚非；相較於犯罪所生損害甚輕的情形，對於造成嚴重損害的犯罪行為予以加重處罰乃理所當然之事。仔細觀察我國特殊背信罪的立法，其實都不脫損害達到一定金額（例如新臺幣一億元）以上的要求；邏輯上來講「犯罪損害金額越是龐大、對於金融市場的穩定越容易造成影響」也是言之成理。因此如果以：(1)犯罪所生損害重大、與(2)特殊背信罪的行為人因其職務之故，特別容易造成這種重大損害，作為特殊背信罪加重處罰的理由，應無任何可資非議之處。但是比起普通背信罪來講，這只不過是因為損害金額龐大所做出的加重，要說有多麼「特殊」則顯然未必。

事實上，我國立法者在加重特殊背信罪的處罰時，的確也有意識到鉅額的損害更容易影響金融市場的穩定。只不過如果以犯罪所造成的鉅額損害就可以做出加重處罰的理由，那麼是否還有必要進一步地以「因為鉅額損害而影響金融市場穩定」這種假設出來的反射狀態為基礎，並且穿鑿附會地去擬制出以一個比起鉅額損害來講更加難以證明、內容更為抽象的集體利益作為加重處罰的理由，顯然就有待斟酌。畢竟比起金融市場穩定這種抽象的集體利益來講，「損害的多寡或有無」毋寧是更為具體而且相對容易檢驗的，在刑罰的發動上也更具有說服力。因此本文認為，與其畫蛇添足地將保護法益延伸至「金融市場穩定」這種抽象而難以明確操作的概念，不如以「鉅額損害」作為背信罪加重處罰的基礎，還來的更為實質

正當。

三、小 結

從以上對於特殊背信罪在我國——包括實務見解與學界立場——的初步分析可知，除了特別刑法持續肥大化的現象令人詬病之外，諸多在德國立法者廢棄特殊背信罪之前的亂象，在我國也都已經陸陸續續的浮上檯面。諸如身分創設的不明與掛一漏萬、違反平等原則的疑慮、以及義務範圍無法跳脫背託理論與濫權理論等問題，都讓人有一種似曾相識之感。

值得注意的是，我國多數學說雖然努力嘗試將特殊背信罪的保護範圍與集體法益相互連結，不過起碼就迄今為止發展狀況來講，這些嘗試都沒能取得具有說服力的結論。將保護範圍延伸到集體法益的作法，忽略了在經濟刑法的領域之所以會出現以集體法益或抽象危險為主軸的發展，主要是因為實害結果的難以確認所致；在實害結果明確可測的情況之下，動輒訴諸集體法益或抽象危險，並不值得鼓勵，更何況「抽象危險的判斷」其實從來就沒有比「實害結果的檢驗」來得較為容易。其次，將金融市場穩定納入背信罪保護範圍的作法，不管是從文義解釋、歷史解釋或者目的解釋的角度出發，都說不上是一種有說服力的論證；在行為人未必能夠確實認識抽象危險的情況下就對之加重處罰，也與罪責原則的要求不符。此外，將「損及金融市場穩定」作為加重其刑至二分之一的規定，除了難脫違反雙重評價禁止的嫌疑之外，如果從體系解釋的角度出發，反而會得出「在未損及金融市場穩定」的情況下，特殊背信罪的保護法益不應該包括到「金融市場穩定」的結論。最後，我國文獻對於金融市場穩定或者經濟秩序這一類集體法益的詮釋內容過於空泛，既無法據此得出有效的操作標準，也難以充實特殊背信罪加重處罰的理由。

伍、結語：對我國法可能的啟發

經過了以上這一小段德國法上背信罪的歷史探源之旅，我們發現：背信罪從最早在羅馬法時期被歸類為 *furtum* 的一種次級類型開始，一直到如今以「義務違反+財產損害」的「框型結構」作為凸顯其不法內涵的犯罪類型為止，它的屬性在時間的長流中經歷過許多次不同的轉變。

就本文所關心的第一個重點：不法意圖來說，不管從歷史的觀點，或是從現代背信罪犯罪結構的分析來講，都不足以支撐在背信罪中設定不法意圖的結論。於此同時，我們也可以合理的推論，我國刑法第342條第1項的「不法獲利或損害的意圖」之所以會出現，極有可能只是因為日本在繼受德國之初，參考當時在德國仍屬於少數的學說見解，採取了不同於帝國刑法典「不對意圖與故意做出詳細區分」的立場，所間接受到的影響而已。然而不法意圖和保護財產法益的犯罪之間不存在必然的關連性，只有在那些必須透過主觀意圖來凸顯犯罪不法特質的地方，不法意圖的存在才有其價值與必要。因此，本文的建議是：為了避免架空義務要素的有效性，在正式對於我國刑法第342條的規定做出修正之前，德國帝國刑法典時代的通說見解，以及當代日本學說對於背信罪的不法意圖採取「寬鬆理解」的詮釋方式，或可供作我國實務家們操作背信罪時的參考之用。

至於本文所關注的第二個重點，也就是特殊背信罪肥大化的現象，在對於背信罪的歷史做出簡短的梳理之後，我們發現：德國人並不是不曾試圖以制訂特殊背信罪的方式來處理相同的問題，只不過結果顯然不盡如人意；精明如德國人，因此早就草草收攤、另做他想了。然而令人感到疑慮的是：現在的我們，不但已經重現若干與德國歷史中高度近似的問題之外，更因為某些我國特有的規定，

而使得問題顯得更加棘手、難以處理。

事實上，不管是不法意圖的廢棄，或是特殊背信罪在刑法體系中的無用性，都是德國立法者在釐清背信罪的不法結構以後，所做出的重大變革。相對於此，我國刑法第342條有待完善的地方仍然很多，例如：看似要用違反義務來控制處罰的範圍，卻又用不法意圖來架空義務違反的要素；看似要用財產損害來箝制刑罰的發動，卻又用處罰未遂來架空財產損害的要求¹⁷⁵。或許——如果我們還願意認為背信罪有存在必要的話，那麼——真正的正本清源之道，其實在於：第一、釐清作為背信罪不法要素的義務內容，將背信罪的適用個案具體化及類型化；第二、揚棄背信罪中設定不法意圖與處罰未遂的作法，增設因為造成重大財產損害（例如新臺幣一億元以上）而加重處罰的規定，對於主刑法中的背信罪做出更完善的修正；第三、在完善刑法典中的背信罪以後，將持續肥大化的特殊背信罪，逐一刪除；始為良策。

平心而論，學者的任務不是替未經深思熟慮的立法者收拾善後，而是憑著學術的良知，協助立法者創造出更合乎理性的制裁規範，這才是作者主觀上認知的「理性學者責任」；同時，不去恣意創造內容不明的集體法益，也應該是刑法學者必須謹記在心的。我國立法者在制訂一連串特殊背信罪之前，如果曾經試圖認真地去瞭解背信罪形成的歷史，相信今天特殊背信罪在解釋與適用上所造成的許多問題，都是可以避免的，背信罪的整體規定興許能呈現出完全不一樣的風貌。

¹⁷⁵ 無獨有偶的是，除了德國刑法以外，奧地利與瑞士刑法同樣也不處罰背信的未遂，請見本文同註1及同註2之條文。德國法背信罪不處罰未遂的理由，中文的簡短說明，見憚純良，商業賄賂行為可罰性簡析——以德國2015年刑法典第299條商業賄賂罪之修正為鑑，月旦刑事法評論，4期，頁82以下，2017年3月。

誠然，德國的月亮並不當然比較圓，但是德國人犯過的錯誤我們其實可以避免。在瞭解了特殊背信罪在德國興衰的歷史，以及它在我國現狀之下各種難以合理解釋的問題之後，有必要提出的疑問是：我們還要在創造特殊背信罪的這條道路上，繼續「義無反顧、勇往直前」嗎？



元照出版提供 請勿公開散布

參考文獻

一、中 文

1. 王正嘉，從經濟刑法觀點看特別背信罪，台灣法學雜誌，286期，頁50-60，2015年12月。(Jiang-Jia Wang, *On the Special Breach of Trust from the Viewpoint of Economic Criminal Law*, 286 TAIWAN LAW JOURNAL, 50-60 (2015).)
2. 王志誠，證券交易法上「特別背信罪」之構成要件，台灣法學雜誌，208期，頁109-119，2012年9月。(Chih-Cheng Wang, *On the Elements of "Special Breach of Trust" Under the Securities and Exchange Act*, 208 TAIWAN LAW JOURNAL, 109-119 (2012).)
3. 西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法各論，2012年12月。(Noriyuki Nishida [auth.], Zhao-Wu Wang & Ming-Xiang Liu [trans.], *Special Part of Japanese Criminal Law* (2012).)
4. 吳景欽，監理沙盒下的特別背信罪：以金融科技創新實驗條例草案的刑事免責為例，台灣法學雜誌，320期，頁27-34，2017年5月。(Jing-Jin Wu, *Special Breach of Trust in the Regulatory Sandbox: A Case Study of the Criminal Immunity Nature of the Draft to Financial Technology Development and Innovative Experimentation Act*, 320 TAIWAN LAW JOURNAL, 27-34 (2017).)
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。(Jin-Rong Li, *On the Actions Contrary to Duties Under the Breach of Trust*, 23 TAIWAN PROSECUTOR REVIEW, 146-169 (2018).)
6. 林山田，背信罪之研究，軍法專刊，24卷9期，頁8-18，1978年9月。(Shan-Tien Lin, *The Study of Breach of Trust*, 24(9) THE MILITARY LAW JOURNAL, 8-18 (1978).)
7. 林山田，刑法特論（上），修訂2版，1987年11月。(Shan-Tien Lin, *On Criminal Law (I)*, 2d ed. (1987).)
8. 林山田，論特別刑法肥大症之病因，法令月刊，39卷1期，頁8-9，1988年1月。(Shan-Tien Lin, *On the Pathology for Over-Criminalization of Specialized Criminal Law*, 39(1) THE LAW MONTHLY, 8-9 (1988).)

9. 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。(Tien-Yi Chang, *On the Essence and Position of Crime of Breach of Trust*, 26 CHUNG YUAN FINANCIAL & ECONOMIC LAW REVIEW, 185-242 (2011).)
10. 許恒達，身分要素與背信罪的共同正犯（下），萬國法律，124期，頁104-107，2002年8月。(Heng-Da Hsu, *Identity Element and Co-Principal on Breach of Trust-Discussion on Roxin's Theory of Elements Under Criminal Law (II)*, 124 FT LAW REVIEW, 104-107 (2002).)
11. 許澤天，刑法分則（上）：財產法益篇，3版，2021年2月。(Tze-Tien Hsu, *Criminal Law Special Part (I): Crimes Against Property Rights*, 3d ed. (2021).)
12. 陳志輝，從刑法背信罪分析銀行法第125條之2——特別背信罪的適用爭議，台灣法學雜誌，268期，頁61-73，2015年12月。(Jyh-Huei Chen, *Analysis of Article 125-2 of the Banking Act of the Republic of China from the Perspective of Breach of Trust Under the Criminal Code of the Republic of China—Disputes Regarding Applying the Special Breach of Trust*, 268 TAIWAN LAW JOURNAL, 61-73 (2015).)
13. 陳俊偉，從危險故意理論省思放火故意之實質內涵——以最高法院105年度台上字第2179號判決及其歷審判決爭點為出發點，興大法學，26期，頁153-266，2019年11月。(Chun-Wei Chen, *Rethinking the Content of Intention of Arson on the Basis of the Theory of the Intention to Endanger from No. 2179 Judgement of the Supreme Court in 2016 and Its Previous Decisions*, 26 CHUNG-HSING UNIVERSITY LAW REVIEW, 153-266 (2015).)
14. 彭美英，背信罪之探討——台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。(Mei-Ying Pong, *On the Breach of Trust—Comments on the 2010 Taiwan Kaohsiung District Court Criminal Decision Zhu-Chong-Su-Zi No. 1*, 9 COURT CASE TIMES, 78-84 (2011).)
15. 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，193期，頁194-204，2011年6月。(Shu-Yu Tseng, *On the Elements of "Special Breach of Trust" as a Financial Crime—2010 Taiwan High Court Decision Jin-Shang-Chong-Su-Zi No. 31*, 193 THE TAIWAN LAW REVIEW, 194-204 (2011).)

16. 曾淑瑜，銀行法之特別背信罪哪裡「特別」，台灣法學雜誌，228期，頁153-160，2013年7月。(Shu-Yu Tseng, *What's So "Special" About the Special Breach of Trust Under the Banking Act of the Republic of China*, 228 TAIWAN LAW JOURNAL, 153-160 (2013).)
17. 曾淑瑜，銀行法特別背信罪適用爭議，台灣法學雜誌，261期，頁55-66，2014年12月。(Shu-Yu Tseng, *Disputes Regarding Applying the Special Breach of Trust Under the Banking Act of the Republic of China*, 261 TAIWAN LAW JOURNAL, 55-66 (2014).)
18. 黃任顯、林志潔，背信罪不法意圖要件之機能及其反證，萬國法律，175期，頁14-26，2011年2月。(Jen-Hsien Huang & Chih-Chieh Lin, *Mens Rea and the Crime of Breaching the Fiduciary Duty*, 175 FT LAW REVIEW, 14-26 (2011).)
19. 惲純良，商業賄賂行為可罰性簡析——以德國2015年刑法典第299條商業賄賂罪之修正為鑑，月旦刑事法評論，4期，頁72-94，2017年3月。(Chun-Liang Yun, *Analysis of the Criminal Liability of Business Corruption, Focus on the Amendment to § 299 of the German Criminal Code in 2015*, 4 ANGLE CRIMINAL LAW REVIEW, 72-94 (2017).)
20. 戴銘昇，證券交易法特別背信罪構成要件之建構，月旦法學雜誌，297期，頁115-129，2020年2月。(Mean-Sun Dai, *The Construction of the Elements of Special Breach of Trust Under the Securities and Exchange Act*, 297 THE TAIWAN LAW REVIEW, 115-129 (2020).)
21. 謝煜偉，論金融機構特別背信罪，國立臺灣大學法學論叢，45卷2期，頁2031-2092，2016年12月。(Yu-Wei Hsieh, *On Breach of Trust by Managers and Employees of Financial Institutes in Taiwan*, 45(2) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 2031-2092 (2016).)

二、日 文

1. 大塚 仁等『大コンメンタール刑法〈第13巻〉（第三版）』青林書院（2018年6月）。
2. 山口厚『問題探究——刑法各論』有斐閣（1999年）。

3. 内田幸隆「背任罪の系譜、およびその本質」早稲田法学会誌51巻（2001年）。
4. 松宮孝明「背任罪における『財産上の損害』，『任務違背』，『図利加害目的』の関係」立命館法学2017年5・6号（375・376号）（2017年）。

三、外 文

1. *Achenbach, Hans*, Zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland seit dem späten 19. Jahrhundert, Jura 2007, S. 342ff.
2. *Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas/Rönnau, Thomas* (Hg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 2019.
3. *Ammon, Hermann*, Die Untreue, 1894.
4. *Ashcroft, Paul Felix/v. Liszt, Franz*, Die Reform des Strafgesetzbuchs: Kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich unter vergleichender Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs, BT Bd. 2, 1910.
5. *Asholt, Martin*, (Un-)Treue. Schutz der Unternehmenskultur durch § 266 StGB?, in: *Kretschmer, Bernhard/Zabel, Benno* (Hg.), Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, S. 297ff.
6. *Beseler, Georg*, Kommentar über das StGB für Preußischen Staaten und Einführungsgesetz vom 14. April 1851 nach amtlichen Quellen, 1851.
7. *Binding, Karl*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, BT Bd. 1, 2. Aufl., 1902.
8. *Binding, Karl*, Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung, GerS 76 (1910), S. 1ff.
9. *Boerger, Björn Bastian*, Zur Schutzfunktion des Wirtschaftsstrafrechts, 2018.
10. *Brodmann, Erich*, Aktienrecht Kommentar, 1928.
11. *Dieterich, 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.

12. *Draheim, Otto*, Untreue und Unterschlagung, 1901.
13. *Feuerbach, Paul Johann Anselm*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847.
14. *Goldammer, Theodor*, Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, Bd. 2, 1852.
15. *Hantschel, Ulrike*, Untreuevorsatz: Eine Untersuchung zu Begriff und Beweis des Vorsatzes bei § 266 StGB, 2010.
16. *Hillenkamp, Thomas*, Zur Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand der Untreue, in: Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, S. 323ff.
17. *Kargel, Walter*, Die Mißbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB), ZStW 113 (2001), S. 565ff.
18. *Kiefner, Hans*, Zur zivilrechtlichen Genealogie des Mißbrauchstatbestands (§ 266 StGB), in: Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, S. 1205ff.
19. *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hnas-Ullrich* (Hg.), Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl., Bd. 3, 2017.
20. *Kindhäuser, Urs*, Abhandlung zum Vermögensstrafrecht, 2018.
21. *Kingsley, Ralph E.*, Das Untreuerecht Deutschlands; Österreichs und der Schweiz, in rechtsgeschichtlicher, rechtdogmatischer und rechtspolitischer Darstellung, 1945.
22. *Klein, Werner*, Die Untreue im deutschen Strafrecht: unter besonderer Berücksichtigung des neuen Strafgesetzes (Novell vom 26. Mai 1933), 1934.
23. *Köstlin, Christian Reinhold*, Abhandlung aus dem Strafrecht, 1858.
24. *Krause, Hans*, Die Untreue unter besonderer Berücksichtigung der deutschen und schweizerischen Entwürfe, 1925.
25. *Kretschmer, Bernhard/Zabel, Benno* (Hg.), Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018.
26. *Krey, Volker/Hellmann, Uwe/Heinrich, Manfred*, Strafrecht BT/2, 17. Aufl., 2015.
27. *Kroeschell, Karl*, Studien zum frühen und mittelalterlichen deutschen Recht, 1995.
28. *Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus* (Hg.),

- Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Bd. 8, 2009; Bd. 9, 2012.
29. *Leiner, Ernst*, Das Delikt der Untreue des § 266 StGB. alter und neuer Fassung, 1934.
30. *Leopold, Hans*, Zum Tatbestande der strafbaren Untreue, 1908.
31. *Löning, Richard*, Der Vertragsbruch und sein Rechtsfolgen, 1900.
32. *Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred*, Strafrecht BT/1, 10. Aufl., 2009.
33. *Mayer, Hellmuth*, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, 1926.
34. *Meyer, Hugo*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl., 1907.
35. *Mommsen, Theodor*, Römisches Strafrecht, 1899.
36. *Nelles, Ursula*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften: Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff, 1990.
37. *Niggli, Marcel Alexander*, Basler Kommentar, 3. Aufl., Bd. II, 2013.
38. *Oberstadt, Fritz-Herbert*, Die Untreue im geltenden Reichsstrafgesetzbuch und in den deutschen Strafgesetzentwürfen, 1930.
39. *Oppenheim, Lassa*, Die Objekte des Verbrechens, 1894.
40. *Otto, Harro*, Strafrecht BT, 7. Aufl., 2011.
41. *Rentrop, Kathrin*, Untreue und Unterschlagung: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, 2007.
42. *Roxin, Claus*, Pflichtdelikte und Tatherrschaft, in: Festschrift für Bernd Schünemann, 2014, S. 509ff.
43. *Roxin, Claus/Greco, Luís*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2020.
44. *Rubo, Ernst-Traugott*, Kommentar über das StGB für das deutsche Reich, 1879.
45. *Schäfer, Ernst*, Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933, DJZ 1933, S. 788ff.
46. *Schilling, Daniel*, Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts, 2009.
47. *Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (Hg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl.,

2019.

48. *Schramm, Edward*, Untreue und Konsens, 2005.

49. *Schubert, Werner* (Hg.), Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund: Entwurf vom 14. 2. 1870.

50. *Shimada, Soichiro*, Der subjektive Tatbestand der Untreue im japanischen Recht, in: Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 837ff.

51. *Soden, Julius*, Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands, Bd. I, 1792.

52. *Strahlenheim, Hennig Freiherr v.*, Das Verhältnis der Untreue zur Unterschlagung im vergangenen, geltenden und kommenden Recht, 1935.

53. *Vormbaum, Thomas/Jürgen, Welp* (Hg.), Das Strafgesetzbuch – Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen Bd. 1: 1870 bis 1953, 1992.

54. *Weiske, Julius*, Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten: enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 3, 1844.

55. *Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas*, Strafrecht BT/2, 2017.

56. *Wittig, Petra*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 2020.

57. *Wolfgang Joecks/Klaus Miebach* (Hg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 3. Aufl., 2019.

58. *Wrede, Heinrich-Joachim*, Die Untreue von der Peinlichen Gerichtsordnung 1532 bis zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, 1939.

59. *Zoller, Hans*, Ausdehnung und Einschränkung des Untreuebegriffs in Rspr. Des RG, 1940.

On the Illegal Intent in Criminal Breach of Trust from the Perspectives of Historical Development and Criminal Structure: A Note Concerning Trending Legislative Hypertrophy Towards Special Breach of Trust Crimes



Abstract

The specific role of illegal intent in breach of trust crimes has long been a challenging question. The new thinking in the literature from Taiwan takes a positive view on the inclusion of illegal intent into criminal fraud statutes, and further extended the above views to the territory of special breach of trust crimes. However, if we retrace the historical development of fraud and outline the criminal structure of breach of trust crimes, it would become doubtful whether illegal intent

* Associate Professor of Graduate School of Science and Technology Law, National Yunlin University of Science & Technology; Dr. Iur., Albert Ludwig University Freiburg, Germany.

Received: July 8, 2020; accepted: February 3, 2021

has any specific function.

Once we return to the historical context of breach of trust crimes, we would find that legislative approaches toward special breach of trust crimes have already taken place in German law more than a century ago. Such legislation runs the risk of narrowing the statutory scope, and may even create conflicts structurally between breach of trust and special breach of trust crimes, among other unresolvable problems. German legislators have long abandoned attempts to define special breach of trust crimes in statutory terms and returned to the criminal code's general breach of trust crime statutes for prosecution.

The problem is that Taiwan is moving on a similar trajectory as Germany's failed attempt a century ago. The special breach of trust prosecutions springing up in our courts are generally speaking duplicating the controversies that appeared in century-old German juridical literature and displaying the same limitations on the criminal structure of special breach of trust crimes in German law at the time. The current state of affairs needs urgent redress. Before committing to the modification of breach of trust statutes in our criminal code, it is perhaps necessary to consult interpretations of illegal intent in modern Japanese jurisprudence (which takes a less rigid view) and compare with the standard definitions of illegal intent under the penal code of the German empire, to draw up a more informed approach in operating breach of trust statutes for pragmatists in our country.

Keywords: Illegal Intent, Special Breach of Trust, Frame Structure, Breach of Duty, Legal Interest in Property, Abuse of Authority Theory, Trust Violation Theory