特別背信罪的共同正犯成否問題 ——以關於對向交易之我國學說與 最高法院實務為素材*

黃士軒**

要 目

壹、前 言	三、應進一步探討的問題
貳、我國學說關於對向交易 類型中背信罪共同正犯成 否之實務的一般理解	參、關於特別背信罪共同正犯 成否的最高法院實務考察
一、關於實務理論發展的一 般理解	一、實質立場同一型
二、我國刑法學界對於實 務理論的檢討與批判	二、水平雙方往來型
	三、最高法院實務見解的 特徵
	肆、分析與檢討

DOI: 10.6460/CPCP.202104_(27).02

* 本篇文章經匿名雙向審查通過。
本文初稿曾發表於國立高雄大學法學院比較刑法研究中心主辦之第二屆研討會「經濟刑法的在地實踐」（2020年8月28至29日，於臺中市國立中興大學），感謝當日參與研討會的各界先進對本文提出的評論與提問，讓筆者有機會再次思考本文內容；同時也感謝兩位匿名審查人提出的寶貴建議，使本文具有更高的完整性與可讀性，惟文責由筆者自負，乃屬當然。

** 國立中正大學法律學系副教授，日本東京大學法學博士。

一、特別背信罪共同正犯
成否與必要共犯相關
理論有無關連	三、目前實務上肯定共同正
犯成立的主要範圍
二、對於實務理解的修正	伍、結語

摘 要

本文以金融領域之特別背信罪的共同正犯成否問題為主題，以我國主要之學說及實務為素材進行檢討。本文先對我國主要的學說對於我國實務的理解，以及在這樣的理解上所提出的理論進行掌握，並檢討這樣的學說現況所呈現的疑問，其後再進一步以我國最高法院的實務為對象，就有關背信罪共同正犯成否問題的金融領域刑事案件加以觀察，歸納我國實務的特徵。最後再基於這樣的理解，對我國學說進一步檢討，並提出本文的主張。

關鍵詞：背信罪、共同正犯、必要共犯、對向犯、增幅不法

On Co-Principal Liability in Offense of Breach of Trust

Shih-Hsuan Huang**

Abstract

This article focuses on problems concerning the principal liability in the offense of breach of trust. In the first part, this article scrutinizes the theories concerning the history and development of Taiwanese judicial practice and the interpretation of the offense of breach of trust, and points out the problems worth further study. In the second part, this article scrutinizes the legal practice in the supreme court of Taiwan and tries to characterize the legal theory. Based on the first two parts, this article exams the interpretation theories and tries clarifies the argument of this article.

Keywords: Offense of Breach of Trust, Co-Principal, Necessary Accomplice Encounter Offense, Necessary Involvement of a Partial Corresponding Culprit, Amplified Illegality

* This article has been double-blind peer reviewed.

** Associate Professor, Department of Law, National Chung Cheng University; Doctor of Laws, The University of Tokyo, Japan.

壹、前 言

如同眾所周知地，自從2000年以來，為確保金融秩序，作為金融制度改革的一環，我國主要金融法律均出現所謂「特別背信罪」的刑事立法¹。其主要的規定，例如：銀行法第125條之2第1項規定「銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」證券交易法第171條第1項第3款規定「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受損害達新臺幣五百萬元」處「三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金」；保險法第168條之2第1項規定「保險業負責人或職員或以他人名義投資而直接或間接控制該保險業之人事、財務或業務經營之人，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害保險業之利益，而為違背保險業經營之行為，致生損害於保險業之財產或利益者，處三年以

¹ 關於此部分立法的詳細說明，可參照：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4期，2016年12月，頁2034-2036。

上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」等即是。

這些特別背信罪的條文在運用上，因為涉及的公司或機構事務經常需數人參與才能完成，所以這些情形中共同正犯乃至共犯成立與否，自然成為論斷刑事責任時必需檢驗的重點。其中，特別受到我國學說關注的，是當對向的交易結構存在時，交易之一方為具有處理事務身分之人，他方則為無此身分之人，而此時這兩方面的行為人是否可能成立共同正犯的問題。

關於此問題，一、一方面涉及到無身分之人可否透過我國刑法（以下簡稱刑法）第31條第1項的規定與有身分之人一起成立共同正犯的問題；二、另一方面則涉及到無身分之人本身是否應成立共同正犯的問題。

此二問題不論在理論或實務均有重要的意義。但是，考慮到(一)上述一、的問題主要涉及到對於身分屬性的解釋，以及刑法第31條規定的理論問題，而本文之主要問題意識在於共同正犯的成立與否問題；(二)上述二、的問題如後所述，涉及在具體的經濟交易中，共犯理論中的必要共犯概念與其對共同正犯成否之影響之問題，與本文的問題意識較為契合，因此本文在以下內容中，將以上述二、的問題作為探討的核心²。

² 關於一、的背信罪乃至特別背信罪中的共犯與身分問題，可參照：許

如後所述，我國刑法學經常將對向交易，例如買賣或借款等行為時，交易雙方當中無事務處理者身分之人可否成立背信罪共同正犯？的問題，與必要共犯的概念相連結加以探討。這樣的理論傾向之背景，固然有可能是因為考慮交易雙方立場相對的特徵，另一方面也極為可能是因為我國學說一般而言認為實務是在必要共犯的脈絡下，透過對向犯概念處理此一問題的緣故。最近，我國學界更進一步出現援用必要共犯的刑法學理，嘗試限縮背信罪乃至特別背信罪中共同正犯成立的動向。對於這樣的學說現況，在以下各點，仍有進一步探討的必要：

第一，倘若我國實務是在必要共犯的脈絡中進行共同正犯成否的檢驗，那麼我國實務應會頻繁地在各個事例中運用必要共犯的概念。但是，如後所述，基本上關於特別背信罪的共同正犯成否問題，在對向交易的結構存在時，我國實務未必有這樣的傾向。倘若如此，那麼究竟在對向交易結構存在時，我國背信罪共同正犯成否的實務實際狀況為何？即有再重新檢討的必要。

第二，倘若我國實務實際的狀況，未必與學說對於

恒達，身分要素與背信罪的共同正犯——Roxin構成要件理論的檢討（上），萬國法律，123期，2002年6月，頁109-116；許恒達，身分要素與背信罪的共同正犯——Roxin構成要件理論的檢討（下），萬國法律，124期，2002年8月，頁104-107；許恒達，背信罪的財產損害與共犯——評臺灣高等法院97年度矚上易字第1號刑事判決，台灣法學雜誌，238期，2013年12月，頁83-92。

實務的一般理解相同，則在背信罪領域以限縮共同正犯成立為目標的學說，究竟有無在實務的實踐中達成其目標？也同樣需要檢驗。倘若在此一目標達成上效果有限，則需更進一步在理論上檢討其成效有限的可能原因為何？等問題。

第三，倘若我國實務的狀態與學說對實務的認識未盡一致，且學說所提出的限縮處罰目標在實務上的反映也有限，則究竟在背信罪的領域中限縮共同正犯成立的意義為何？其理論上根據否充分？等問題，也同樣需要加以檢討。

基於以上的問題意識，本文在以下內容中，將先掌握我國學說的現況，說明我國學說對於實務的一般理解、嘗試限縮背信罪乃至特別背信罪共同正犯成立的學說動向，以及學說對於實務的評價（貳），再就筆者所蒐集，具有對向交易構造的特別背信罪事例加以觀察實務的現況，並分析實務的特徵（參），接著再就學說與實務的關係，探討學說的問題，以及檢討學說嘗試在背信罪領域限縮共同正犯成立的理論根據（肆），最後再就本文考察所得加以歸納（伍）。

貳、我國學說關於對向交易類型中背信罪共同正犯成否之實務的一般理解

一、關於實務理論發展的一般理解

在透過借款、買賣等對向交易方式違背職務上之義

務，導致本人（通常為公司）因此受到財產上損害的情形中，除了公司內部具有法定身分的職員可能作為行為人而成立背信罪之外，交易相對人可否與公司內部職員一起成立特別背信罪的共同正犯，不僅在實務上有重要性，同時也受到我國學說的關注。

就此一問題的我國實務理論發展脈絡，我國學說大致上有以下的理解：

第一，我國學說一般認為，實務上，對於此一問題是使用必要共犯中的對向犯概念加以處理。至於實務中使用必要共犯乃至對向犯概念之起源，是我國最高法院在1992年的同院81年度台非字第233號刑事判例³中，使用了相對於任意共犯的必要共犯概念，並且指出在必要共犯的「聚合犯」與「對向犯」兩種類型⁴有如下的區別：

³ 本文所引用之我國實務見解，均係透過司法院法學資料檢索系統檢索而得。因為本文所引用之實務見解均為刑事判決，且案號中的紀年均為民國，所以為免重複，以下引用實務判決時，即不再於案號中加註「民國」與「刑事」字樣。

⁴ 對於實務做如此理解的我國文獻，參照：許澤天，對向犯之研究，成大法學，19期，2010年6月，頁63-64；張天一，背信罪之共同正犯，收於：時代變動下的財產犯罪，2015年10月，頁299；謝煜偉，同前註1，頁2069。另外，此處實務對於必要共犯的說明，也與我國通說的理解大致相同。通說關於必要共犯之理解，可參照：林山田，刑法通論（下冊），10版，2008年1月，頁152-155；林鈺雄，新刑法總則，8版，2020年9月，頁488-490；王皇玉，刑法總則，6版，2020年8月，頁414-415；陳子平，刑法總論，4版，2017年9月，頁481-485。

(一)「聚合犯」是指二人以上朝向同一目標共同參與犯罪實施的情況。例如公然聚眾實施強暴罪、脅迫罪、參與犯罪結社罪或輪姦罪⁵等情形。因為這種情形本質上屬於共同正犯，所以除法律依照首謀、下手實施或在場助勢等參與程度不同設有刑罰輕重不同的處罰規定，以致不能適用刑法總則的共犯規定外，其他情形均應有刑法第28條共同正犯規定之適用。

(二)「對向犯」是指二人或二人以上之行為人，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪。例如賄賂罪、賭博罪、重婚罪等均屬此種類型。因為這種類型中的行為者各有目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，所以當法律上僅處罰其中部分行為人，其餘對向行為人之行為縱然可能認為帶有教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆犯、幫助犯或共同正犯。並且，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰明文時，也無刑法第28條共同正犯規定適用之餘地⁶。

第二，我國學說一般認為，實務除了在上述1992年的判例中提到的賭博、重婚或賄賂罪等犯罪中，使用了對向犯概念進行共同正犯成否的判斷外，也進一步將此一概念引進背信罪的領域。受我國學說引用的案例，是

⁵ 當時的我國刑法仍有輪姦罪的規定，不過在1999年的刑法性犯罪規定修正中，輪姦罪已經刪除，則為眾所周知的事實。目前能涵蓋舊法中輪姦罪的現行規定，應為我國刑法現行第222條第1項第1款的「二人以上共同犯」強制性交罪的規定。

⁶ 參照：最高法院81年度台非字第233號判例。

最高法院97年度台上字第533號判決，以及同院99年度台上字第1294號判決⁷。

最高法院97年度台上字第533號判決中，針對被告與原為國營之中國農民銀行經理及職員基於共謀，由銀行經理與職員透過不實徵信而超貸款項給無資力償還之被告，使銀行受損的情形，舉出與上述1992年判例相同的文字，先說明必要共犯、聚合犯與對向犯概念後，再指出原審並未認定本件各行為人是否均朝向同一目的等事實，且未判斷有無背信罪適用，即認為因上述銀行在刑法第10條之公務員定義修正後，銀行職員不成立圖利罪而判決被告等人免訴，有所不當，因此將原判決撤銷，並將案件發回高等法院更為審判⁸。

最高法院99年度台上字第1294號判決中，即針對不具備農會職員身分之被告與農會職員基於共謀，使農會職員透過高估土地價值、不實徵信等方式，貸款給無充分清償資力之被告的情形，雖未在判決中詳細闡述必要共犯概念，但是仍舉出對向犯概念，並認為原判決未論述本案被告與農會職員間是否屬於背信罪之共同正犯或對向犯，並且也未確認本案被告與農會職員間是否有共同犯背信罪之意思聯絡，即認定被告成立背信罪之共同正犯，有所不當，而將原判決撤銷，並將案件發回高等

⁷ 參照：張天一，同前註4，頁296-297；謝煜偉，同前註1，頁2081。

⁸ 參照：最高法院97年度台上字第533號判決。

法院更為審判⁹。

二、我國刑法學界對於實務理論的檢討與批判

對於上述實務的一般理解，我國刑法學界主要基於以下的三種見解，提出檢討與批判。考慮到這三種見解均是在背信罪與必要共犯概念的關係上檢討上述我國的實務理論，以下關於各說的說明，即依照：(一)各種見解對於必要共犯概念乃至對向犯概念的立場、(二)各種見解認為背信罪是否為必要共犯的犯罪類型？對向交易的構造在背信罪共同正犯成否是否有理論上的意義？(三)對於上述的我國實務理論是否贊成？之順序進行說明。

(一)從「增幅不法」說的立場提出的檢討與批判

第一種見解的主要主張內容如下：

1.必要共犯分為聚合犯與對向犯，且以往的學說有採取立法者意思說，以立法者是否有意處罰為標準，說明對向犯中的相對人可否依據共犯規定處罰的問題。不過，此一標準並無實質的根據，因此在解釋上，不能僅採取立法者意思作為標準判斷相對人有無適用共犯規定之問題，而應在採取因果共犯論的前提下，更為實質地參照犯罪論上的根據與刑事政策上的處罰必要性來分析¹⁰。

⁹ 參照：最高法院99年度台上字第1294號判決。

¹⁰ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2075。

關於本文主題的對向犯，此說認為從刑法分則或特別刑法的犯罪規定分析各種犯罪類型後，應可發現有些犯罪類型中，具有身分的行為主體，具有反覆與不特定第三人共同協力造成法益侵害的可能性。此說將這種屬性稱為「增幅不法」，並認為以有無這種「增幅不法」為判斷標準，即可以在這些犯罪類型中判斷犯罪參與者有無適用刑法總則正犯與共犯章規定之餘地¹¹。

此說以我國刑法第235條第1項的販賣猥褻物品罪為例，主張因為出賣人才有反覆將印有猥褻圖片的出版品賣給不特定第三人之可能性，所以在本罪的實現上，僅有出賣人有「增幅不法」，而購買猥褻出版品的顧客，不論其購買時是否表現積極的態度，均不可能成為販賣猥褻物品罪的共同正犯¹²。

2.此說認為必要共犯乃至對向犯的形式本身並不足以成為否定共同正犯的理由¹³，並且背信罪本身並非對向犯，也未必以二人以上的參與為必要¹⁴。但是，在背信罪乃至特別背信罪的共同正犯成否的判斷上，在有背信罪或特別背信罪身分的行為主體與無此身分的行為人處於交易上相對的立場時，這樣的對立構造仍可能影響

¹¹ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2075-2076。此一見解在日本學界是由豐田兼彥教授所主張。關於豐田教授的論述，可參照：豐田兼彥，共犯の処罰根拠と客觀的帰屬，2009年3月，頁100-108。

¹² 參照：謝煜偉，同前註1，頁2076。

¹³ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2071。

¹⁴ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2081。

共同正犯的成立¹⁵。亦即，此說認為，特別背信罪的本質在於保護不特定多數的存款戶、投資人乃至金融秩序，而在這種犯罪類型中，有身分之正犯可以反覆透過與不特定第三人交易而侵害法益。在此意義下，在對向交易的情形，交易相對人若與有身分之正犯一起實現增幅不法，則可成立共同正犯，若僅是進行邊緣性的參與行為，而非實現增幅不法，則不成立共同正犯乃至共犯¹⁶。在是否具備增幅不法可影響是否具備正犯性的意義上，此一標準即是一種在正共犯區別上的「質的」判斷標準。

3.對於上述我國實務的狀態，此說認為最高法院99年度台上字第1294號判決中雖未提及必要共犯概念，而僅提及對向犯概念，應是因為法院認為只要有對向關係，就可以排除總則之共同正犯乃至共犯規定的適用，並且此說基於這樣的理解，對此一法院見解表示肯定¹⁷。

4.最後，此說指出，即使不採取增幅不法概念，考慮到背信罪的內容中處理他人事物的核心，也應認為這種對向構造中，若要肯定無身分之人可成立共同正犯，則需以(1)該行為人有保護本人財產利益之立場；(2)違背任務之方式與內容是由行為人主導（或創造）；(3)對有身

¹⁵ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2081。

¹⁶ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2078。

¹⁷ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2082。

分的事務處理者之遊說，顯然逾越相當的程度為理由¹⁸。

(二)從實質理解對向犯說的立場提出的檢討與批判

第二種見解的主要主張內容如下：

1.我國學說向來將必要共犯區分為聚合犯與對向犯兩種，而與本文主題相關的對向犯，則是在實施犯罪時，行為人之間存在主觀目的或意思方向對立的情形。向來，這種對向犯的實益在於：立法者可能預定就對立的各參與者給予不同的刑事處罰；以及對立的參與者間無法形成共同正犯所需的犯意聯絡，因此無法成立共同正犯，且在立法者僅預定處罰一方時，他方即無法成立正犯也無法成立共犯¹⁹。

不過，此說認為行為人行為時的主觀目的與共同正犯成立所需的犯意聯絡並無必然的關連，因此上述聚合犯與對向犯的分類也僅有犯罪型態的常態觀察意義，並不能以此區分作為解釋論上是否應適用正犯與共犯規定的準則²⁰。從而，此說認為若是實質理解必要共犯乃至對向犯的概念，則應認為即使處於對向關係，也未必不可能形成共同正犯成立所需的主觀要件即共同行為

¹⁸ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2081、2083。我國學說中，對於有對向構造中的情形，也舉出此處之(1)(2)(3)要件作為無身分之人成立共同正犯之要件者，亦可參照：陳子平，刑法各論（上），4版，2019年9月，頁678。這樣的見解，在日本學界已可見於中森喜彥，背任罪の共同正犯，研修，609号，1999年3月，頁7。

¹⁹ 參照：張天一，同前註4，頁298-299。

²⁰ 參照：張天一，同前註4，頁303。

決意²¹。

2.此說認為嚴格而言，背信罪在性質上並非當然屬於對向犯，僅是在某些情形中，才有對向結構存在。因此無法直接以對向犯為理由，形式地否定行為人之間存在共同正犯的關係²²。

但是，在對向交易的情形中，因為從事商業活動而立場相對的交易行為人之間，經常為各自之利益打算，所以若將無身分之相對人輕易地認為成立背信罪的共同正犯，那麼將有可能導致過度限縮經濟活動的疑慮，也因此有限縮背信罪成立範圍的必要²³。至於限縮的方式，此說則主張以有身分人之相對人，亦即無身分之人是否有「積極推動」行為為準。亦即，(1)當有身分之人具備圖利加害意圖；(2)對無身分之人要求在A.主觀上認識事務處理者即相對人的交易行為逾越交易常態；B.客

²¹ 參照：張天一，同前註4，頁301。

²² 參照：張天一，同前註4，頁300。

²³ 參照：張天一，同前註4，頁323-325。這樣的思考，至少於：1990年代即已經可見於日本刑法學界。例如：中森喜彥，同前註18，頁6即指出，若將背信行為的相對人也是獨立的經濟利益主體作為出發點，那麼在能將其行為視為是不超出追求自己利益範圍之行為的限度內，原則上該行為即不應與刑事責任相連結。與此同旨的見解，另可參照：林幹人，背任罪の共同正犯——共犯構成要件について，判例時報，1854号，2004年6月，頁7-8；朝山芳史，住宅金融専門会社の融資担当者の特別背任行為につき同社から融資を受けていた会社の代表者が共同正犯とされた事例，法曹時報，57卷8号，2005年8月，頁2566；內田幸隆，背任罪の共犯——不良融資における借り手の刑事責任，企業と法創造，2卷1号，2005年9月，頁42；設樂裕文，特別背任罪の共同正犯，日本法學，82卷2号，2016年10月，頁358。

觀上利用優勢地位，且逸脫通常的社會交易容許範圍而推促處理事務之人即相對人實現背信行為時，則可認為行為人是「積極推動」背信罪構成要件的實現，而可成立共同正犯²⁴。

3.對於我國上述實務，此說指出最高法院99年度台上字第1294號判決的意義在於指出：對向關係中的行為人雙方，因為主觀目的並不相同，即有可能因為不存在共同正犯成立所需的主觀要件即犯意聯絡，而不成立共同正犯。此說認為在此限度內，此一判決有其意義。不過，此說認為，在此判決中被援用的必要共犯概念則無需要²⁵。

(三)從「離心、向心犯」說的立場提出的檢討與批判

第三種見解的主張是認為：

1.此說不採取通說對於必要共犯的聚合犯、對向犯分類，而是認為必要共犯的類型分為離心犯和向心犯兩種。離心犯是指危險物品由居於中心的正犯向外傳送的類型；向心犯則是居於中心的正犯吸引第三人加入的類型。在離心犯的情形中，居於邊緣地位的相對人之所以不處罰，是因為立法者採取比例原則的立場，亦即比起

²⁴ 參照：張天一，同前註4，頁326-327。將行為人是否積極推動發揮影響力作為背信罪共同正犯標準的學說，已可見於日本學界，例如：垣口克彥，不正融資と特別背任罪，阪南論集・社会科学編，44卷2号，2009年3月，頁127-128；上駕一高，背任罪の広義の共犯，收於：三井誠先生古稀祝賀論文集，2012年1月，頁405-409參照。

²⁵ 參照：張天一，同前註4，頁325-326。

將居於核心與邊緣者均處罰，立法者選擇僅處罰居於核心之人以達到保護法益的目的。在向心犯的情形中，居於邊緣之人之所以不處罰，是因為這種邊緣的參與行為人與正犯之間有危險性落差，而使其參與和居於核心的正犯在性質上無法相提並論²⁶。

2.但是，此說並未認為背信罪是必要共犯的犯罪類型。此說毋寧是指出，背信罪的性質是一種義務犯，亦即純正的特別犯（純正身分犯），若無為他人處理事務之資格，即無法成為正犯。不過，在現行法下有可能透過刑法第31條第1項規定使無身分之交易相對人與有身分之人成立共同正犯或教唆犯乃至幫助犯²⁷。

此說也指出，在背信罪的共同正犯成立問題上，重要的並非背信罪是對向犯或聚合犯的問題，而是背信罪的行為人之間究竟有無可能朝同一目標進行犯罪的問題²⁸。

3.在這樣的立場下，此說對於本文前述貳、一、所提到2008年的最高法院判決，認為此一判決援用聚合犯與對向犯之意義不明，從理論的觀點難以理解²⁹。

26 參照：許澤天，同前註4，頁58-62。

27 參照：許澤天，同前註4，頁71。

28 參照：許澤天，同前註4，頁71。

29 參照：許澤天，同前註4，頁71。

三、應進一步探討的問題

(一)前述考察所得

在考察上述我國學說對於實務理論發展脈絡的理解，以及對於實務理論的檢討、批判之後，大致可以得到以下的考察所得：

第一，我國學說對於實務的理解，是認為實務在1990年代初期即透過較為形式的必要共犯概念，在有對向關係的情況，就認為相對人不適用刑法總則共犯規定，而不構成共同正犯。並且，實務在其後也將這樣的思考引進背信罪的領域，認為對向交易的相對人有因為符合對向犯的概念而不構成共同正犯的解釋論上餘地。

第二，對於必要共犯的概念，我國學說中已經可見不同於通說的有力見解，亦即不將必要共犯區分成聚合犯與對向犯，而從數種不同立場實質地理解有對向結構的犯罪類型。

第三，我國上述各種較為有力的見解，均未認為背信罪是一種必要共犯的類型。但是，採取「增幅不法」概念的見解，以及採取實質理解對向犯概念立場的見解，則認為對向交易的情形中，對向的結構對於共同正犯的成立與否仍有意義。並且從此二說的主張觀察，兩說均認為這樣的結構可能在解釋上開啟援用原本以對向犯為對象形成之理論的可能性，並均將其運用於限縮背信罪中共同正犯處罰的方向。這種解釋論的背景，應可認為是基於避免經濟活動過度受限而萎縮的考慮。

另一方面，我國學說中，採取「離心、向心犯」概念的見解除了並未認為背信罪是一種必要共犯外，同時也不認為背信罪的共同正犯成否問題與必要共犯概念有關。

第四，對於我國的實務見解，採取「增幅不法」概念的見解與採取實質理解對向犯立場的見解認為在解釋上有其意義，但是採取「離心、向心犯」概念的見解，則根本地質疑實務見解將必要共犯運用於背信罪的理論上關連性。

(二)應進一步探討的問題

然而，基於上述的考察所得，在以下各點應認為還有必須進一步探討的問題：

第一，關於我國背信罪實務理論發展脈絡的理解問題。

倘若依照上述我國學說的一般理解，對向犯的概念既然已經引進我國背信罪實務，則在刑法的背信罪領域，乃至本文主要關心的問題亦即附屬於金融法領域的特別背信罪事例中，當法院對於對向交易結構的當事人雙方是否可能成立共同正犯的問題作出判斷時，即應頻繁援用對向犯的概念。然而，如後所述，根據筆者的考察，至少在特別背信罪的領域中，最高法院對於存在對向交易結構的事實關係，在判斷當事人雙方是否可能成立共同正犯的問題時，大多數未見特別援用前述關於必要共犯的同院實務見解。如此一來，我國學說的主張是否是基於對法院實務的正確理解，即有疑問。

第二，與此相關的問題是，倘若實務上的主流未必

是採取援用必要共犯乃至對向犯的理論判斷共同正犯的成否，那麼究竟在對向交易構造存在的情況中，特別背信罪共同正犯成否的實務實際狀態為何？是否有哪些類型上的特徵？等問題，即需進一步檢討。

第三，倘若依照上述我國有力學說的見解，對向的構造有可能影響共同正犯的成立。然而，從共同正犯的基本理論觀點來看，這種在背信罪乃至特別背信罪領域對共同正犯的成否所做的限縮，是否可能從共犯理論上合理說明（或還原至共犯理論）？應是上述各見解的重要前提，然而關於此點，從上述二說的論述來看，則非自明，而仍有進一步探討的需要。

第四，值得注意的是，上述我國有力的學說中，也有質疑將必要共犯乃至對向犯概念援引至背信罪實務領域的見解者。這樣的學說存在的理論上的意義則是在提示了：背信罪共同正犯的問題，與必要共犯的問題事實上無關，也因此援用必要共犯脈絡下的理論對背信罪共同正犯成否所做的解釋，不具理論上的必然性與必要性。倘若將上述第一點的問題一併納入考慮，則在此，對於本文作為主題的特別背信罪共同正犯成否而言，需要進一步探討、確認的問題，即是究竟實務是否真的有將必要共犯理論引進特別背信罪的共同正犯判斷領域？並且，在完成此部分的釐清之後，即可進一步探討究竟在特別背信罪的共同正犯成否的判斷中，理論上是否真的有援用必要共犯中的對向犯概念或其精神，藉以限縮

共同正犯成立的必要之問題。

考慮到上述的各個問題，均需以第一點所提到的，釐清我國實務現況為前提，因此本文在以下的內容中，即以我國最高法院特別背信罪實務中，存在對向交易的事例為對象³⁰，考察這種情形中最高法院如何處理共同正犯成否的問題。

參、關於特別背信罪共同正犯成否的 最高法院實務考察

關於特別背信罪的我國最高法院實務中，就存在對向交易（可能是虛偽的買賣或不正融資貸款）的情形判斷是否交易雙方成立共同正犯的事例，主要有以下的兩種類型：

第一種類型，是形式上雖然有兩個公司之間相互交易的外觀，但是基於以下的事實要素特徵，可認為實質上交易雙方在立場上有同一性的情形：一、交易的複數

³⁰ 作為本文研究對象的最高法院判決，是筆者使用司法院法學資料檢索系統的裁判書查詢功能，以「特別背信罪」與「共同正犯」為關鍵字查詢後，再選擇事實關係存在對向交易的結構且法院有就共同正犯的成否加以判斷者挑選而出。司法院法學資料檢索系統，<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/default.aspx>（最後瀏覽日：2020年8月25日）。另外，雖然特別背信罪相關的判決通常均會有相當多數的行為人涉案，同時涉及的行為也未必僅包含背信行為為部分，而通常也還會涉及複數個其他金融法律所定的犯罪條款，但是考慮到本文主題是特別背信罪，且以共同正犯的成否為主要的討論重心，因此本文在以下內容介紹各事例時，均會依照本文主題，對於事實關係作必要的簡化，以免造成讀者閱讀上的混亂，合先敘明。

公司實際上均屬於同一財團，且交易相對人係受財團實質經營者指示的情形；二、交易雙方雖非屬於同一財團，但是其中一方係完全配合他方進行交易的情形。本文在此先將其稱為「實質立場同一型」。

第二種類型，則是主要涉及銀行與私人之間，由銀行的信貸業務職員與借款人間所生的不正融資行為。這種情況中，與上述的實質立場同一型不同，作為交易雙方並無屬於同一財團或上下關係亦無一方配合他方的關係，因此本文先將其稱為「水平雙方往來型」。

以下即先就此二種類型的事例，加以考察。

一、實質立場同一型

關於實質立場同一型的事例，可以舉【事例1】最高法院105年度台上字第2206號判決、【事例2】最高法院106年台上字第248號判決、【事例3】最高法院107年台上字第4571號判決為例。

【事例1】最高法院105年度台上字第2206號判決的事實關係如下：

A為公開發行有價證券之上市公司甲商業銀行（以下稱甲商銀）創辦人兼董事長，且同為乙、丙兩公司之董事，其後A又為甲銀行常務董事兼實際負責人，B自2000年3月起陸續擔任甲商銀太原路分行、三重分行經理。乙、丙兩公司為甲商銀之利害關係人，亟需資金，但無足夠資產可供擔保，因此甲商銀本不得在無擔保情況下對乙、丙公司授信，且授信時需徵得十足擔保品。

A遂透過知情之B、C等人尋覓急需資金週轉之公司，最後取得丁1印刷股份有限公司（下稱丁1公司）、丁2科技股份有限公司（下稱丁2公司）、丁3工業股份有限公司（下稱丁3公司）、丁4電子股份有限公司（下稱丁4公司）、丁5建設股份有限公司（下稱丁5公司）、丁6科技股份有限公司（下稱丁6公司）、丁7系統公司（下稱丁7公司）、丁8科技電子股份有限公司（下稱丁8公司）、丁9股份有限公司（下稱丁9公司）、丁10資產管理股份有限公司（下稱丁10公司）等十家公司之同意，並以該等公司購買乙、丙公司之公司債為授信條件之方式，由甲商銀同意貸予該等公司實際所需週轉金額加計購買乙、丙公司債之金額，實質上即係借用該等公司名義為乙、丙公司向甲商銀借款。與特別背信罪的成否有關而值得參考者，可舉其中丁3、丁5、丁10公司部分為例：

（一）丁3公司、丁5公司營運狀況不佳，未具償債能力，亦未提供足額擔保品，本不宜放款，A、B等人竟共同基於意圖為自己及第三人不法利益並損害甲商銀利益之犯意聯絡，由B要求丁3公司需將貸款新臺幣³¹3,000萬元中1,200萬元購買公司債，始得動撥，丁3公司應允後，竟未徵提任何擔保品，將授信案呈送總行審查通過，於2005年4月21日撥款3,000萬元與丁3公司，丁3公司到期無法依約償還本金3,000萬元，足生損害於甲商銀及全體股東權益。

³¹ 本文以下內容中，如無特別說明，則貨幣單位為新臺幣。

(二)另B要求丁5公司需將貸款金額3億元中之9,000萬元購買公司債，始同意核貸，丁5公司應允後，未提供足額擔保品，即將授信案簽報由總行審查通過，於2005年12月16日撥款，惟丁5公司到期尚餘2億5,900萬元未償還，足生損害於甲商銀及全體股東權益。

(三)丁10公司於2006年下半年間向招商公司購入座落基隆市之大樓，從事商場大樓開發而有資金需求，遂透過B向甲商銀太原路分行申請7年之中長期借款8億6,000萬元，惟丁10公司甫於2005年間成立，2005年營收542萬9,000元，稅前獲利2萬1,000元，2006年上半年營收316萬7,000元，稅前獲利34萬元，且迄2006年10月止，向各銀行借款總餘額為1億9,500萬元，償債能力顯有疑慮，徵信報告中亦已載明「中長期償債能力（還款財源）於屆期時似需另籌」，亦未提供足額擔保品，本不宜放款，A、B竟共同基於意圖為自己及第三人不法利益並損害甲商銀利益之犯意聯絡，由B受理該等授信案呈報總行，經甲商銀常董會決議以附條件方式，准予太原路分行先動撥6億3,000萬元，B及C隨即與丁10公司於2006年12月26日簽署載有「甲銀行同意丁10公司基隆案6.3億元於2006年12月27日撥貸，其中8,000萬元向乙公司購買公司債」之承諾書，甲商銀太原路分行旋於2006年12月27日撥款，足生損害於甲商銀及全體股東權益³²。

³² 本件事實是摘要自原判決即臺灣高等法院105年度金上重更(二)字第14號判決的事實欄記載。

對於此一事實關係，原判決認為A與B成立銀行法第125條之2第1項前段特別背信罪的共同正犯³³。對於原判決，被告提起上訴，最高法院則是以：1.B已於原審抗辯有對丁3公司的財務狀況為負面評價，但是原判決未注意是否可因此認為A已經盡善良管理人注意義務而有商業判斷原則之適用？2.原審雖有認定丁3公司財務狀況不佳，清償能力有疑問而不宜貸款與該公司之情形，但是並未說明究竟本件放款是違反甲銀行的何項授信核貸規定、3.對於B的犯罪所得究竟是否超過1億元並未明確認定即認為無銀行法第125條之2第2項之適用等理由，認為原判決有應撤銷之不法，乃將原判決撤銷，並將案件發回原審更為審判³⁴。

【事例2】最高法院106年度台上字第248號判決的事實關係如下：

A為甲光電股份有限公司（係依證券交易法在公開市場發行有價證券之興櫃公司，下稱甲公司）負責綜理甲公司所有事務之決策及調度，亦為甲公司董事，受甲公司全體股東委任，代表全體股東實際經營與執行甲公司事務。B為乙科技股份有限公司（下稱乙公司）登記及實際負責人。A曾經因經營甲公司所需，向C借貸大筆金錢，遂於2010年7月間，向乙公司負責人B稱其有資金需求，要求B以乙公司名義配合其為虛偽交易，以此方

³³ 參照：臺灣高等法院105年度金上重更(二)字第14號判決。

³⁴ 參照：最高法院105年度台上字第2206號判決。

式套取甲公司資金，以償還積欠C之債務。B明知甲公司係依證券交易法在公開市場發行有價證券之興櫃公司，A為該公司之負責人及董事，不得以此不法方式取得公司財物，但因與甲公司有業務往來，竟應允A之要求，二人共同基於意圖，為A之利益，雖明知甲公司並未向乙公司採購「機臺設備維修工程」，乙公司亦未到場實際對機臺設備進行任何維修，仍於2010年7月間，A代表甲公司、B代表乙公司，雙方簽訂由甲公司向乙公司採購金額為：未稅價格新臺幣（下同）1,941萬3,654元、含稅價格2,038萬4,337元，名稱為「設備機臺維修工程」之虛偽契約。契約簽訂後，A再指示不知情之財務部出納人員自甲公司於丙銀行平鎮分行之帳戶取款，匯入乙公司指定帳戶，致甲公司無端支付2,038萬4,337元而受損害。A、B二人均再度指示不知情之公司會計部門職員製作內容不實之統一發票、轉帳傳票（均未扣案）等不實會計憑證。然後B扣除乙公司應負擔之費用（含作業成本及稅額等項目），依A指示，於2010年7月22日直接存入現金800萬元至指定之數個銀行帳戶，使A藉此清償對C之借款³⁵。

對於此事實關係，原判決認為被告A就甲公司所受損害成立證券交易法第171條第1項第3款特別背信罪，B則與A成立同罪之共同正犯。A對於原判決提起上訴，最

³⁵ 此一事實關係是摘要自本件原判決即臺灣高等法院104年度金上重訴字第10號判決事實欄之記載。

高法院則基於以下理由將上訴駁回：(一)原審已經詳細認定A所進行者為使甲公司受損害之墊高價格的虛偽交易；(二)原審已經認定B明知A所進行者為使甲公司無端支付工程款項的虛偽交易，仍配合A將資金回流至A指定帳戶，使A能清償債務，且敘明「B雖非甲公司負責人，竟與被告A所為有犯意聯絡、行為分擔，其與被告A間自有共犯關係」³⁶，因此被告上訴之主張並無理由³⁷。

【事例3】最高法院107年度台上字第4571號判決的事實關係如下：

A因透過違反證券交易法之方法拉抬甲公司股價後，為能順利出脫其持股獲利，乃與在乙產物保險股份有限公司（以下稱乙產險公司）擔任投資部經理之B約定，以買進甲公司股票總金額7%之報酬，由B以所經管之乙產險公司之資金買進甲公司股票。B明知以保險業資金購買公開發行公司股票係屬保險業經營之行為，應以追求公司投資最大報酬為目標，不得將公司買賣股票決策等職務上所知悉之消息洩漏他人，亦不得利用職務關係圖謀私利，竟與A及其他三名中間人共同意圖為自己、第三人不法之利益，基於違背保險業經營行為之犯意聯絡，應允以上開約定報酬為對價，配合購入甲公司

³⁶ 本文所引用的實務見解中的楷體字與底線均為筆者所加，以下均同。

³⁷ 參照：最高法院106年度台上字第248號判決。這種訂立虛偽的契約導致公司受損的例子，另可參照：最高法院106年度台上字第461號判決。

股票。其後A即將欲出售甲公司股票之日期、數量於交易前一日透過三名中間人層層轉知B，並於約定交易日（2011年9月19日、20日）掛賣甲公司股票後，隨即再以相同方式通知B買進，B即依約定數量掛買單承接甲公司股票，A因而得以確保賣出其持股套現獲利，B並於交易日收盤後，提供該公司買進甲公司股票之交易資料再透過中間人層層轉交A，A確認買進數量後，將佣金、報酬透過三名中間人層層轉交，上開中間人並各自從中扣下佣金後，將約定之報酬轉交B收受。嗣因甲公司股價持續下跌，B遂出清甲公司股票，乙產險公司因而虧損442萬5,400元，致生損害於保險業之財產³⁸。

對此事實關係，原判決認為A與B成立保險法第168條之2第1項特別背信罪的共同正犯。被告對原判決提起上訴，最高法院則基於以下理由將被告上訴駁回：

原審已經說明(一)因為保險業資金的運用除存款外，亦可用於有價證券、不動產、放款、辦理經主管機關核准之專案運用、公共及社會福利事業投資、國外投資、投資保險相關事業、從事衍生性商品交易、其他經主管機關核准之資金運用等用途，所以保險法特別背信罪的保護法益應包含個別保險業或股東之財產，以及不特定多數投保人財產，以維護保險市場經營及社會金融秩序的穩定；(二)本件B為求取不法利益即不正報酬，進

³⁸ 參照：最高法院107年度台上字第4571號判決。

行違反保險業經營的承接股票行為，可認為具有為自己及A不法利益及損害保險業利益之意圖；(三)基於本件之事實認定，可認為A與B之間有共同正犯的犯意聯絡與行為分擔；(四)A與B在本件中彼此朝向同一目的，因此其對於B的背信行為並非居於相對立之立場，仍得成立共同正犯；(五)A對B的利誘與遊說使得居於核心地位的正犯B與其反覆協力，經由對向交易或利益輸送之手段，侵害上述(一)所提到的保險法特別背信罪保護法益，A與B之間的參與行為，已經不是邊緣性的參與，而是達到實現「增幅不法」的參與行為，應成立上述保險法特別背信罪之共同正犯³⁹。

二、水平雙方往來型

屬於往來相對人間水平型的事例，則可舉出【事例4】最高法院107年度台上字第276號判決為例。

【事例4】最高法院107年度台上字第276號判決的事實關係如下：

A為臺灣銀行大甲分行經理，綜理大甲分行業務，並就貸款授信業務擔任核定人員，負責審核初審及覆審人員所簽具之意見。B為同分行副理，就貸款授信業務擔任覆審人員，負責審核初審意見，並擬具具體意見供核定人員核定；C為同分行初級襄理，就貸款授信業務擔任主辦之初審人員，負責就授信案件附隨之資料予以

³⁹ 參照：最高法院107年度台上字第4571號判決。

審核，簽具應否准駁意見，並擬具核貸條件；D為同分行徵信人員，負責提供授信對象及其保證人、票據關係人之徵信資料並加以分析，且應勘估擔保品之價值，俾作為核貸之依據。因E承做位於新竹縣之「甲山莊」修繕工程，遭遇泰半住戶不願意繳納後續工程款之情況，乃透過友人F及親友輾轉介紹，聯絡上任職銀行之A，此時A因剛調任大甲分行，亟需放款業績，乃於2004年1、2月間，至上述甲山莊察看，並與E及「甲山莊」興建委員會成員等人晤談、評估，雙方初步達成共識，惟仍需待大甲分行報臺灣銀行總行核可後方可承貸。其後臺灣銀行總行同意大甲分行進行「甲專案」以優惠利率辦理本件貸款。此時E也欲藉此機會入住甲山莊，於是乃向當時為該山莊住戶X以2,100萬元購買其房地。此時X之房地已經透過甲專案貸款且設定2,400萬元最高限額抵押權貸款1,900萬元，但E仍向A要求由大甲分行貸款2,700萬元。此時A明知E所買之房地並無2,700萬元之貸款價值，且明知臺灣銀行內部規定，類此申貸金額超過2,000萬元之案件，業已超過分行經理權限，須報請臺灣銀行總行審核，竟與B、C、D商量，並採納D之提議，指示C透過D向E表達可採取墊高買賣契約價格，再找一人共同買受房屋之方式貸款。其後，E即由不知情之其子Y分別擔任上述房屋、土地之買受人，且由D在鑑價時表示該房地價值為4,077.6千萬元，A、B、C再於審核時核定授信意見，C復於「個人小額貸款及准駁情形表」上擬具

核貸條件並蓋印表示認可後，由覆審B出具「擬照初審意見及擬貸條件辦理」之審查意見後，將相關文書轉呈A，A復在上開准駁情形表上批示如數貸2,700萬元與E，使E得以超貸1,272.63萬元，除此之外，A、B、C、D等人也透過上述手法另超貸7次，總額共計超過5億元⁴⁰。

對此事實關係，原判決認為A、B、C、D共同實行對臺灣銀行之背信行為，應成立銀行法第125條之2第1項、第2項的特別背信罪，而E與A等人也有共同正犯的關係⁴¹。對於原判決，A與B提起上訴，最高法院則基於以下理由將被告上訴駁回：原判決(一)已經認定且說明A、B、C、D等人因開辦上述甲山莊之貸款專案而與E等人相熟，且明知違反臺灣銀行規定，但為業績而將該等規定視而不見，明知有墊高買賣契約價格情事及進行不實徵信後准予貸款，有違背職務之行為；(二)E取得貸款後因無力繳納本息，導致其所貸之款項成為呆帳；(三)原判決對上訴人等間的犯意聯絡及行為分擔，以及其等為共同正犯等部分，均已經詳細認定論斷，因此被告A

⁴⁰ 此一事實關係是摘要自原判決即臺灣高等法院104年度重上更(二)字第21號判決之事實欄記載。

⁴¹ 不過，本件判決之前的第一次第二審程序中，法院認為被告A、B、C、D、E之行為應適用的法條為刑法第342條背信罪，並且E因另有行使偽造文書等行為，所以最終對E適用的條文為行使偽造文書罪。其後E部分的判決即因第一次第三審上訴程序受最高法院駁回而確定。也因此其後的更審程序僅針對A、B、C、D進行。另外可附帶說明的是，被告C也因死亡，而於2016年12月5日由法院判決不受理。

等之上訴並無理由，應予駁回⁴²。

三、最高法院實務見解的特徵

根據以上的考察，大致可以歸納出我國最高法院在存在對向交易關係的情形中，對於特別背信罪共同正犯成否的問題所採取的立場，有以下的特徵：

第一，從上述【事例2】【事例3】【事例4】均肯定共同正犯成立可知，在我國實務的解釋論中，基本上應是認為在特別背信罪的解釋上，在有對向交易結構存在時，無事務處理者身分的交易相對人，也可以與有身分的背信行為人成立共同正犯。

至於上述參、一、所舉【事例1】的事實關係中，涉及到處於同一財團內部的兩個公司之間的對向交易行為，對於此，法院則是將原判決撤銷。不過，倘若考慮到(一)最高法院撤銷原判決時，並非認為原判決對共同正犯存否的問題判斷有違誤；(二)最高法院指出的是原判決並未明確認定在本件究竟B所任職的銀行中，關於貸款有如何的具體規定被違反的問題，則應可推認，法院所著重者在於如何認定背信行為內容的事實認定問題，而在此種類型中，法院並未排除特別背信罪共同正犯的成立餘地。

第二，在對向交易的結構中，處理特別背信罪共同正犯成否的問題時，【事例1】【事例2】【事例4】均未

⁴² 參照：最高法院107年度台上字第276號判決。

提及一般被我國學說認為出現於1990年代開始並被引進背信罪領域的必要共犯概念。而【事例3】雖有提及與必要共犯有關的學理，但也並未引用前述關於必要共犯的實務裁判先例。從實務理論發展的觀點來看，這應是表示即使上述的實務判決有使用必要共犯的概念，這樣的觀念也非目前我國實務判斷特別背信罪共同正犯成否時的主流立場。

第三，從共同正犯如何實現特別背信罪，亦即透過如何的方式實現特別背信罪之保護法益的觀點來看，在【事例2】之中，是①透過由有處理事務身分之人A主動向②無身分之人B要求進行虛偽交易，B再基於與A之共謀配合A進行虛偽交易導致A之公司受損；【事例3】之中，是③透過無處理事務身分之人A，對於④有處理事務身分的B，以報酬約定使B同意配合A，而違背保險法規定使B之保險公司承接A之股票受損害；【事例4】之中，是透過⑤無處理事務身分之人E，對於想要儘量爭取業績的A，透過申請貸款之的方式，使⑥A、B、C、D違背銀行內部關於貸放款項的規定，對無清償能力之借款人貸款。

以這樣的分析為基礎，應可知道在我國最高法院實務上，特別背信罪的共同正犯成立與否成為問題的「實質立場同一型」與「水平雙方往來型」事例中，其各自有如下的結構：

（甲）在「實質立場同一型」的情形，主要可見由

企業內部之有事務處理身分的行為主體（**Ⓐ**）主動發起背信行為，向外使無身分之人（**Ⓑ**）配合完成背信行為的類型（**Ⓐ**→**Ⓑ**）。

（乙）在「水平雙方往來型」的情形，則主要可見由企業外部之無事務處理身分之人（**Ⓑ**）發出邀約或申請，使企業內部之有事務處理身分之行為主體（**Ⓐ**）違反企業內部的規定，而完成背信行為的類型（**Ⓑ**→**Ⓐ**）。

第四，在肯定共同正犯成立時，【事例2】【事例4】中，法院並未特別提及對向犯的問題，而是指出原審已經詳細認定共同正犯的成立要件，同時肯定了原審的判斷。這樣的實務判決在理論上的意義，即在於其可能顯示，特別背信罪的解釋上，即使有對向交易的事實存在，也與共同正犯成否是否要考慮關於對向犯（或援用源自對向犯領域）的理論並無必然的關連。

另一方面，在肯定共同正犯成立時，【事例3】中，法院不僅提及被告等人朝向同一目的而無對向關係⁴³，也提到本件中不論是有事務處理者身分的**B**，以及無事務處理者身分的交易相對人**A**的參與行為，已經達到具有「增幅不法」的程度⁴⁴。考慮到對向與否的思考，以及「增幅不法」的概念，均為前述我國最近的學說所主張之見解，當本件原判決提及此等見解，且最高法院也在判決中加以肯定，則這樣的判決在理論上的意義，即

⁴³ 參照上述【事例3】判決理由第(四)點。

⁴⁴ 參照上述【事例3】判決理由第(五)點。

在於其可能表示，最高法院看似在特別背信罪的解釋上，也認為當有對向交易的事實存在時，可能需考慮此種結構的特性，以及此種結構在必要共犯乃至共同正犯的基本理論上之意義，再進行共同正犯的判斷。

從學說與實務的關係而言，值得注意的是上述【事例3】的最高法院維持原判決時，提及原判決所提及，源自必要共犯領域的理論。從法院引述學說的理論這點觀察，這樣的判決外觀上看起來似可認為是實務接受了學說的見解。

然而，倘若考慮(一)上述學說之所以主張實質的對向犯理解，以及「增幅不法」概念的相關理論，主要的目的是希望透過這樣的解釋論途徑，限縮共同正犯的成立；(二)上述【事例3】之中，在對向交易關係下，無事務處理身分之交易相對人仍然被法院認為成立共同正犯；(三)從本文所考察的法院整體的立場來看，肯定共同正犯成立的結論與同一類型的最高法院實務本身並無不同等各點，即應該認為上述【事例3】判決的真正意涵，應該是在於：法院是對基於向來的實務見解可認為成立共同正犯的事實關係，繼續採取肯定共同正犯的結論之餘，並且透過引述我國學說中可見的理論，說明即使採取這些理論，仍然可以肯定共同正犯的成立。

倘若對於【事例3】的意義，可能如此理解，那麼一方面即可知我國學說與實務有著相當的差距，另一方面，在上述我國實務的操作下，即使採取本文上述貳、二、所舉的我國有力學說，對於限定共同正犯的成立，

亦僅能發揮有限的功能，則在此即不得不重新思考：特別背信罪共同正犯成否的問題，與必要共犯的理論是否真的有必要加以連結？並且，從背信罪的解釋出發的上述學說，是否忽略從共犯理論的觀點來看此一問題時，究竟在理論上有無根據支持限定的必要性？等根本的問題。

肆、分析與檢討

基於上述對於我國學說與實務的觀察，應可知我國實務事實上未必將特別背信罪的共同正犯成否問題與必要共犯的相關理論加以連結；而另一方面，我國學說的有力見解則有嘗試運用源於必要共犯領域的理論，在有對向交易結構時，限縮特別背信罪共同正犯成立範圍的動向。

從這樣學說與實務狀況來看，應可認為究竟特別背信罪的共同正犯成否，與必要共犯的相關理論有無關連？的問題，學說與實務仍有著根本的分歧。因此在本文以下內容中，即進一步就此問題加以檢討。

一、特別背信罪共同正犯成否與必要共犯相關理論有無關連

(一)必要共犯相關的學說難以發揮限定功能

從上述的考察可知，我國最高法院雖然在最近判決中引述了源自於必要共犯領域的理論，但是卻未如學說所預定地用於限定共同正犯的用途。如此一來，以目前

的實務狀況來看，應可認為學說想達到的限定處罰目的，並未達成。問題在於，為何我國的學說無法對於上述實務發揮限定共同正犯成立範圍的影響？關於此一問題，本文以下的內容即從理論的觀點，一邊參照本文前述對於學說的觀察，一邊進行檢討。

1. 「增幅不法」說的問題

關於上述採取「增幅不法」概念的見解，倘若無法發揮限定實務的功能，其可能的理論上原因，應是在以下的幾點：

(1) 增幅不法概念的定位問題

上述採取「增幅不法」概念的見解下，當對向構造存在時，因為考慮行為人是否具備反覆與不特定第三人共同協力實現構成要件的能力，且將有這種能力的行為人當成是具有較高程度的核心人物，藉此將僅有較低度的邊緣參與行為的行為人排除於共同正犯乃至共犯的處罰範圍外⁴⁵。從這樣的理論構成來看，此說是嘗試透過客觀上行為人之行為引起法益侵害的機會大小，在對向關係中區分可罰的正犯與不可罰的行為人⁴⁶。

另一方面，此說也指出，即使不採取增幅不法概念，也可以透過對於背信罪處理事務本質的理解，在「A.該行為人有保護本人財產利益之立場；B.違背任務之方式與內容是由行為人主導（或創造）；C.對有身分

⁴⁵ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2075-2076。

⁴⁶ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2076。

的事務處理者之遊說，顯然逾越相當的程度」時，才有理由將行為人作為共犯處罰⁴⁷。

以上述採取「增幅不法」概念的學說主張來看，首先可提出的問題即是，關於在對向關係中，作為正犯處罰基礎的「增幅不法」的理論本身，定位似不夠清楚的問題。這樣的問題有以下幾個面向：

第一，倘若在對向關係中，正犯的處罰基礎在於其有「增幅不法」能力而居於核心地位，那麼在設定相對人作為共同正犯處罰的要件時，即應該將此等的要件與「增幅不法」的概念相對應。同時，因為在我國現行法下即使是特別背信罪，在共同正犯成立的問題外，也有共同正犯與共犯區別的解釋上需求，所以增幅不法的概念本身在理論上，如能具備區別正犯與共犯的功能，似較符合解釋論上的期待。然而，從此一概念的內涵來看，應如何區分正犯與共犯，即非清楚，而有待進一步的發展。

第二，即使在不採取增幅不法概念時，此說也指出可考慮採取上述A.B.C.要件，作為共同正犯乃至共犯成立的要件。不過，不採取增幅不法概念時，是否即會回歸共同正犯的基本理論？若是回歸共同正犯的基本理論，為何能推導出上述A.B.C.的要件？以及這些要件中，究竟需要同時具備三者或僅具備其一即可？等問題理論上也還有待進一步發展。此部分問題的意義在於，

⁴⁷ 參照：謝煜偉，同前註1，頁2081。

若能建立理論基礎與要件設定的關連性，學說的主張才不易發生被實務恣意選取其中一部運用的危險。這樣的危險，從上述【事例3】中僅見最高法院提及「增幅不法」的刑法學專業術語，卻未見法院完整援用增幅不法說的全部內容，亦即未提及即使未採取增幅不法概念時亦可能採取上述A.B.C.要件加以涵攝時，便可窺知。

(2)將共犯處罰根據與共犯成立要件混同的可能疑問

其次，若要從共犯理論的觀點來看此說的主張，則此說透過「增幅不法」概念，藉以賦予對向交易構造中的行為人作為共同正犯乃至共犯的處罰基礎，同時將不具「增幅不法」之行為人排除於共犯處罰範圍外之點⁴⁸，也有理論上的疑問。

此說之所以採取這種見解的共犯理論上理由，是因為此說在共犯的處罰根據上也採取因果共犯論（亦即所謂的惹起說）⁴⁹，且認為「增幅不法」概念「從法益侵害的惹起程度」而言較為可採⁵⁰。

以共同正犯及共犯對於法益侵害的實現有心理上或物理上的因果貢獻（即學說上稱的「因果性」），作為此等參與行為人依共同正犯乃至共犯處罰之理由，確實是目前我國學界較為主流的見解⁵¹。

48 參照：謝煜偉，同前註1，頁2076。

49 參照：謝煜偉，同前註1，頁2075。

50 參照：謝煜偉，同前註1，頁2076。

51 我國學界採取此種見解者，例如：黃榮堅，基礎刑法學（下），4版，2012年3月，頁740；林書楷，刑法總則，4版，2018年9月，頁

然而，對於法益侵害實現的心理上或物理上貢獻，本質上應該是「有」與「無」的問題，透過此一概念，理論上僅能解決行為人的行為是否具有作為共犯之可罰性的基礎亦即「可罰」或「不可罰」的問題，而無法處理反映參與程度的共犯處罰輕重問題。換言之，共犯的處罰根據與共同正犯及共犯的分類乃至個別共犯的成立要件應是不同層次的問題，僅探討處罰根據，理論上應無法解決正犯要件設定的問題⁵²。

問題是，從上述採取「增幅不法」概念的學說見解來看，其是重視因果歷程中，何人有較高的機會與能力實現不法的問題。則在此限度內，即有可能被認為有「增幅不法」的行為人因此被定性為引起法益侵害的程度較高之人，同時將其認為是「核心」的行為人，再以此認為其是正犯；另一方面，認為無這種「增幅不法」的行為人是引起法益侵害的程度上較低之人，同時認為其是「邊緣」的行為人，再將其排除於共同正犯與共犯的處罰範圍外。一旦此說被如此理解，且考慮到「核心—邊緣」這組對立概念，是採取犯罪行為支配說的我國主流學說用於正、共犯區分標準的論述中的概念⁵³，此

362-363；王皇玉，同前註4，頁468；陳子平，同前註4，頁517-518等參照。關於共犯處罰根據深入而經典的重要研究，可參照：大越義久，共犯の処罰根拠，1981年2月，頁1-261。

⁵² 參照：町野朔，惹起説の整備・点検——共犯における違法從屬と因果性，收於：刑事法學の現代的狀況（內藤謙先生古稀祝賀論文集），1994年11月，頁116。

⁵³ 參照：林山田，同前註4，頁42；張麗卿，刑法總則理論與運用，8

說即可能被理解為，在上述採取「增幅不法」概念的理論論證當中，原本應該屬於正、共犯區分標準之問題的概念，即被帶入共同正犯乃至共犯的處罰根據的問題之中⁵⁴。倘若如此，從共犯理論的觀點，「增幅不法」說即可能有被認為隱含混淆共犯處罰根據與正、共犯區分乃至共犯成立要件這兩個層次不同的問題的可能性。

當然，理論上若欲避免上述的疑問，固然可從是否具備增幅不法的判斷結果將影響及於是否具備正犯性的觀點出發，並將增幅不法的標準理解為是一種「質的」正犯性區別標準。但是，倘若如此，則進一步需探討的問題是，此一以增幅不法為內容的正犯性標準，即會與目前刑法學上的正犯與共犯的區別標準有所差異。同時，是否能主張增幅不法也可能受到構成要件規定形式的影響，導致此種增幅不法概念僅在符合其構造的構成要件下始能使用。也因此，究竟增幅不法的概念是否需與現有的正共犯區別標準加以整合？以及若欲以此作為

版，2020年9月，頁406-407；林書楷，同前註51，頁305；林鈺雄，同前註4，頁413。同旨之說明，可參照：王皇玉，同前註4，頁421-422。

⁵⁴ 正犯與共犯的區分雖非本文的主題，但是在此可附帶補充說明的是，倘若採取因果共犯論作為基礎，將共犯可罰與不可罰的問題求諸於對於法益侵害的因果上貢獻後，若要儘量貫徹此一立場，確實有可能將正犯與共犯區別的標準求諸於引起法益侵害的因果上貢獻之程度高（核心）低（邊緣）。但是，在這樣的理論下，為了判斷對法益侵害之因果上貢獻程度高低，事實上仍然需要一個足供區分（為何可認為貢獻程度高或低）的標準，而非直接將貢獻程度高（核心）者認為是正犯，將貢獻程度低（邊緣）者認為是共犯。

獨立的正共犯區別標準，其是否僅在特定的構成要件解釋上才能發揮功能，或能推而及於所有的共同正犯與共犯的區別問題？等課題，也有待進一步的發展。

最後可補充的是，理論上，若在「增幅不法」說的脈絡下，固然也可能將「增幅不法」的概念在共犯的成立上做以下的運用：亦即無「增幅不法」者無法成立共同正犯，仍可能轉論共犯，也因此此種概念似乎並非全無理論上之價值⁵⁵。但是，若是考慮到：A.依照本文上述應區分共犯處罰根據與共犯處罰要件的不同層次的立場，則即使認為無「增幅不法」者仍可轉論共犯，也仍需檢驗行為人是否具有得作為共犯處罰之根據，與是否符合刑法就個別的共犯所定之要件，無法僅以「無增幅不法」為理由即直接成立共犯；B.從因果共犯論的立場出發，只要行為人能對背信罪的構成要件實現在物理上或心理上有所貢獻，本來即可認為已經具備成為共犯的處罰根據；C.是否成立教唆犯或幫助犯的檢驗上，重要的仍是應回歸行為人的行為是否能該當刑法第29條與第30條所規定之要件等各點，筆者初步認為從理論的觀點來看，即使在共犯的成立上，不使用「增幅不法」概念，應該也無特別的影響。

(3)具體適用上可能產生的問題

最後，適用此說時，在其主張，即使不採取增幅不

⁵⁵ 此為匿名審查人所提出的寶貴建議之一。

法概念時，透過對背信罪本質的理解可採用的A.該行為人有保護本人財產利益之立場；B.違背任務之方式與內容是由行為人主導（或創造）；C.對有身分的事務處理者之遊說，顯然逾越相當的程度等標準，判斷對向交易結構中，無事務處理身分之相對人是否可能成立共同正犯的問題時，可否充分掌握對向交易結構的背信罪共同正犯，也可能產生以下的疑問：

第一，若依照上述A.的要件，考慮到事實上交易的相對人彼此間在刑法上對他方的財產一般而言並無保護義務，則一旦要求此一要件，例如本文上述我國最高法院實務中的【事例2】【事例3】【事例4】的情形，因為不具備事務處理身分的相對人無這樣的保護義務，從而不居於保護另一方之交易者所屬公司即本人財產之立場，也因此無法成立共同正犯。

第二，若依照上述B.C.的要件，則在這些要件存在時，有事務處理者身分的交易之一方，將會處於事實上較難拒絕無此身分的行為人所為請求的狀態，也因此特別背信罪的要件即有較高的實現可能性⁵⁶。但是，倘若如此，則儘管在此說的理論下，有身分之人一般而言較有與不特定第三人反覆共同實現背信罪構成要件的機會，然而在具體的背信行為實行時，在B.C.的要件存在時反而是無此身分的行為人才是處於較為優勢的地位。

⁵⁶ 參照：島田聰一郎，對向的取引行為と背任罪の共同正犯，收於：クローズアップ刑法各論，2008年1月，頁336。

在這種情形中，採取增幅不法概念時應如何解決？以及與不採取增幅不法概念時成立「共同正犯」的處罰範圍相比，兩者的處罰範圍是否一致？倘若不一致，則應如何進行理論選擇或整合等問題，也有待進一步研討。

2. 實質理解對向犯說的問題

(1) 「積極推動」概念的疑問

在實質理解對向犯的見解下，在對向交易構造存在時，倘若無身分之一方有「積極推動」背信罪構成要件的實現，亦即A.主觀上認識事務處理者即相對人的交易行為逾越通常交易常態；B.客觀上利用優勢地位且逸脫通常的社會交易容許範圍，推促處理事務即相對人實現背信行為時，即可認為其亦可成立背信罪之共同正犯⁵⁷。在這樣的見解下，B.部分即客觀上交易行為的通常性乃至社會相當性，即成為是否可以將交易的相對人作為共同正犯處罰的基礎。

但是，從理論的觀點而言，除了社會相當與否的判斷標準本身並不明確的問題以外，從本文上述所舉的實務事例中亦可知，基本上在特別背信罪的領域，當對向交易構造存在時，這種交易通常會以虛偽買賣、承攬或超額的不正融資等行為之型態出現。倘若如此，則具有這種性質的交易，卻仍具有通常性或社會相當性的情形，究竟實際上有無可能出現？即有疑問⁵⁸。倘若無出

⁵⁷ 參照：張天一，同前註4，頁317。

⁵⁸ 同旨趣的批判，可參照：橋爪隆，背任罪の成立要件について(1)，

現的可能性，則依照此說，究竟能限縮背信罪乃至特別背信罪之共同正犯的成立至何程度？也同樣將發生疑問。

(2)主觀面限定要件的問題

在實質理解對向犯的見解下，無身分之一方是否有「積極推動」背信罪構成要件實現的判斷上，除了上述客觀面的交易行為通常性或社會相當性的部分外，也需從主觀面判斷無事務處理者身分的行為人是否「主觀上認識事務處理者即相對人的交易行為逾越通常交易常態」。

然而，考慮到逾越交易常態的行為，通常就是背信行為本身，則要求行為人認識客觀上逾越交易常態的行為，本質上即是要求行為人認識背信行為，倘若如此，則被此說用於背信罪共同正犯成立要件的這種主觀認識，與背信罪的故意有何不同？即難以區別。考慮到共同正犯乃至共犯的成立上，當然也以行為人具有特定犯罪之故意为必要，則在這樣的見解下，上述「主觀上認識事務處理者即相對人的交易行為逾越通常交易常態」的主觀面限定要件，究竟是否還能發揮更限定共同正犯成立的功能，自然也將成為問題。

(二)共同正犯論觀點下欠缺額外附加限定要件之直接 根據

從上述對於我國學說中，嘗試透過援用關於必要共犯之理論，限縮實務上背信罪乃至特別背信罪之共同正犯處罰範圍的見解之檢討，應可大致掌握個別見解的理論上問題。另一方面，值得注意的是，如前所述，之所以這些見解均以限縮共同正犯成立範圍作為解釋論的主要方針，是因為這些見解均認為成立共同正犯的範圍若過大，將造成對於經濟活動的過度干預。

然而，一方面，從背信罪乃至特別背信罪的各論立場來看，為何在我國的經濟金融環境下，例如本文上述實務事例中的不正交易的處罰將造成對於經濟活動的過度干預？本身並不清楚以外；另一方面，因為限縮的是共同正犯的成立，所以究竟從共犯論的觀點來看，有無限縮處罰之根據的根本問題，自然也需檢討。

從共同正犯的成立要件來看，一般而言要求主觀面要有共同的行為決意或共謀，客觀面要有基於該決意或共謀的犯罪實行，除此之外並無其他的要件。倘若如此，那麼為何在背信罪的情形，即需特別就對向交易的結構，設置共同正犯的成立或處罰要件，在理論上即不清楚⁵⁹。在此意義上，以在背信罪乃至特別背信罪領域限縮共同正犯成立範圍為目的的上述學說，即有將原本

⁵⁹ 參照：山口厚等，〔座談會〕現代刑事法研究会第6回 背任罪，ジュリスト，1408号，2010年10月，頁145-146（橋爪隆發言）。

應屬於共同正犯的成立要件是否具備的事實認定問題，與構成要件的解釋問題混同的疑問⁶⁰。在此限度內，本文前述認為背信罪乃至特別背信罪的共同正犯問題，與包含向心犯與離心犯的必要共犯概念在理論上並無關連的學說見解⁶¹，在背信罪並非對向犯的限度內，可以認為——就特別背信罪共同正犯成否的解釋論問題——在理論上有較為妥當的出發點⁶²。

二、對於實務理解的修正

基於本文上述的考察，若有可能認為一方面我國實務在背信罪乃至特別背信罪的處罰上未必以必要共犯乃至對向犯概念的運用為主流，另一方面在理論上也未必有援用源自必要共犯概念的理論上必然性，則在這樣的

⁶⁰ 同旨趣的批判，可參照：山口厚等，同前註，頁96（渡辺咲子發言）。

⁶¹ 參照：本文貳、二、(三)之介紹。

⁶² 不過，需補充說明的是，此處僅是就是否成立背信罪共同正犯的問題而言，並非表示筆者贊成此說所採取的必要共犯概念與類型。除此之外，對於是否需如同上述「增幅不法」說或實質理解對向犯說的解釋論一般，再進一步將向心犯、離心犯概念納入對向交易的結構中，嘗試限縮共同正犯乃至共犯的成立範圍的問題，本文基於以下的理由，認為並無理論上的必要性。亦即：(1)在離心犯的情形中，是否作為共犯處罰繫於立法者的意思，但是究竟我國立法者於背信罪乃至特別背信罪是否有此種區別共同正犯乃至共犯可罰範圍的意思，從條文上並無明顯的根據；(2)在向心犯的情形中，排除邊緣的參與者是因為其危險性與核心的參與者有落差，倘若如此，則這樣的理論核心還是在透過「核心—邊緣」的概念嘗試劃定共犯的處罰範圍，也因此，如本文前述，在此也可能產生混淆共同正犯乃至共犯的處罰根據與處罰要件的理論上疑問。

本文立場下，應如何理解前述被我國學說認為是實務於背信罪乃至特別背信罪領域引進必要共犯或對向犯概念的事例，亦即最高法院97年度台上字第533號判決，以及最高法院99年度台上字第1294號判決，即成為需說明的下一個問題。在此本文即就此二判決的事實關係與法院判斷略做回顧，並提出本文的理解如下：

(一)最高法院97年度台上字第533號判決之理解

首先是最高法院97年度台上字第533號判決的部分，從本文前述貳、一、的說明可知，本件的事實關係是因檢察官起訴被告與原為國營之中國農民銀行經理及職員基於共謀，由銀行經理與職員透過不徵信而超貸款項給無資力償還之被告，使銀行受損的情形。對此一事實，檢察官在原審上訴時指出被告等人可能成立公務員對主管監督事務圖利罪，不過法院認為於刑法總則修正後，對於放款這種純粹私經濟行為，並無刑法公務員概念之適用，自非貪污治罪條例的圖利罪所欲掌握的對象，也因此雖撤銷第一審之無罪判決，但仍判決被告等人均免訴⁶³。

此一判決經檢察官上訴第三審後，最高法院以1.本件縱無貪污治罪條例的圖利罪之適用，也應檢驗是否可能成立背信罪；2.必要共犯的情形有聚合犯與對向犯二種，而在對向犯之情形，因彼此行為各有目的，各就彼

⁶³ 參照：臺灣高等法院93年度上訴字第2376號判決。

此行為負責，而彼此間既然無犯意聯絡即無成立共同正犯之餘地，而本件被告是否有朝同一目標參與犯罪，而有行為之合致等關於共同正犯之成否重要的事實認定問題，原審並未加以調查，而有所不當，乃將本件原審的免訴判決撤銷，並將案件發回原審更為審判⁶⁴。

在上述最高法院的判斷中，與本文主題有關並值得注意的是上述2.的部分。關於此部分，考慮到(1)在此部分中，法院雖然提出了必要共犯、對向犯等概念，但從法院最終仍指出原審並未認定被告等人是否有朝同一目標參與犯罪的行為合致，亦即是否有主觀的犯意聯絡或行為分擔等問題；(2)此處的對向犯概念，毋寧僅是透過在對向犯中有可能因立場相對，而出現「無犯意聯絡即無成立共同正犯之餘地」的情形，而提醒本件原審應注意慎重認定被告等人是否有犯意聯絡的問題等各點，則應認為：

本件最高法院縱然使用對向犯概念，也僅為透過對向犯概念提示下級審，在被告等人之間可能有因為外觀上看似有——如同對向犯一般——相對立的不同動機而共同進行犯罪行為時，必須詳細而實質地認定犯意聯絡等共同正犯的成立要件，未必有認為背信罪是一種對向犯，也未必有要求下級審形式地適用對向犯概念排除背信罪共同正犯成立的意涵。

⁶⁴ 參照：最高法院97年度台上字第533號判決。

這點，從本件發回更審後的臺灣高等法院97年度上更(一)字第140號判決中，法院一方面並未於判決中援用上述最高法院97年度台上字第533號判決關於必要共犯乃至對向犯的說明，一方面就背信罪的成否在調查事實與證據後，認為被告等人雖未能及時發現本件交易上的瑕疵，但是檢察官並未證明被告等人主觀上有故意違背任務的行為，且無法證明被告等人間有共同正犯成立所需的犯意聯絡，加上亦無其他積極證據可證明被告等人有背信行為，而認定被告等人未犯背信罪等判決內容，亦可窺知⁶⁵。

(二)最高法院99年度台上字第1294號判決之理解

其次是關於最高法院99年度台上字第1294號判決的部分。本件是不具備農會職員身分之被告與農會職員基於共謀，使農會職員透過高估土地價值、不實徵信等方式，貸款給無充分清償資力之被告的事例。在本件中，原審經調查證據與事實後，肯定被告等人具有關於背信罪之犯意聯絡與行為分擔，均為共同正犯⁶⁶。本件判決經檢察官上訴後，最高法院將原判決撤銷，將案件發回原審更為審判。關於背信罪共同正犯成否的爭點，法院指出：1.背信罪屬於刑法第31條的身分犯，依照同條第1項規定，無此身分之人與有此身分者在具有關於背信罪

⁶⁵ 參照：臺灣高等法院97年度上更(一)字第140號判決。

⁶⁶ 參照：臺灣高等法院臺中分院95年度上訴字第2858號判決。

之共同犯意聯絡及行為分擔下，亦可成立；2.「無此身分者與有此身分者行為雖有合致，但雙方各有其目的，彼此係居於相互對立之『對向關係』，而無共同犯意聯絡與行為分擔者（即「對向犯」），除另有處罰該無此身分者之他項罪名外，尚難論以背信罪之共同正犯」，而本件原審並未認定被告等人間是否具有共同犯罪目的，有無犯背信罪之意思聯絡，以及究竟屬於背信罪之共同正犯或對向犯等問題並未加以認定，有所不當，因此將原判決撤銷而將案件發回原審更為審判⁶⁷。

上述的2.固然提及對向犯概念，且最高法院甚至指出原審需認定被告等人之關係究竟是「共同正犯」或「對向犯」，從這樣的判決看起來，確實並非不可能如本文前述貳、一、內容所提及的我國學說理解一般，認為本件判決於背信罪領域採用必要共犯中的對向犯概念。但是，考慮到：(1)本件判決中法院強調的特徵是對向犯不具備共同正犯所需的犯意聯絡，並非直接將對向犯與否作為共同正犯的判斷標準；(2)法院在本件仍要求原審認定被告等人是否有犯意聯絡或共同犯罪目的；(3)在上述1.的部分，關於背信罪共同正犯的成立要件上，也僅指出無身分之人與有身分之人，在刑法第31條第1項規定下，只要具備共同犯意聯絡與行為分擔，也可成立背信罪之共同正犯等各點，應可認為本件判決對於對向

⁶⁷ 參照：最高法院99年度台上字第1294號判決。

犯概念的使用方式，與上述最高法院97年度台上字第533號判決並無不同。

亦即，本件僅是在強調被告等人如就犯罪之實行，在外觀上有——如對向犯一般——相對立之動機時，即須注意詳細認定其間是否仍有共同正犯成立所需的共謀乃至意思聯絡，並非直接認為背信罪是一種對向犯，也未必有要求下級審形式地適用對向犯概念排除背信罪共同正犯成立的意涵。

這點，從本件發回後，更審的臺灣高等法院臺中分院99年度重上更(一)字第30號判決一方面指出被告等人並非各有目的的對向關係，且在肯定被告等人具有同一的犯罪計畫，朝向同一的圖利目的，並基於謀議之犯意聯絡進行背信行為後，仍認定被告等人成立共同正犯⁶⁸，而後最高法院亦以同院100年度台上字第3872號判決維持此一更審判決使本件確定⁶⁹，亦可窺知。

三、目前實務上肯定共同正犯成立的主要範圍

若可接受本文上述的理解，亦即實務上即使在特別背信罪的領域，形式地適用對向犯概念的立場也非主流，則若回歸到非必要共犯，亦即任意共犯的領域，應如何理解我國實務現況，即成為下一個需探討的問題。關於此一問題，應可從以下幾點探討上述本文所考察的

⁶⁸ 參照：臺灣高等法院臺中分院99年度重上更(一)字第30號判決。

⁶⁹ 參照：最高法院100年度台上字第3872號判決。

我國實務現況的意義：

第一，我國實務事實上大多數並未在特別背信罪共同正犯成否的問題上，援用——不論是來自1990年代的實務或最近有力學說的——必要共犯相關理論。最高法院毋寧是在大多數維持肯定共同正犯成立的原審判決時，僅指出原審已經就共同正犯的成立要件（共同的意思聯絡與行為分擔）詳細認定與說明。即使有提及有力學說援用必要共犯相關理論的概念，事實上也還是肯定共同正犯的成立。這樣的實務現況顯示，我國最高法院的實務也未將特別背信罪共同正犯成否的問題與必要共犯相關理論加以連結。

第二，至於目前我國最高法院實務中，在存在對向交易的結構時，特別背信罪共同正犯在成立範圍上涵蓋如何的行為態樣，則可分為以下幾個層面加以探討：

（一）在【事例1】中，考慮到事實上交易的雙方相對人，均屬於同一財團，且該等交易的進行也是為了財團高層要從財團套取資金；在【事例2】中，交易雙方的公司在交易前已經有往來，且有處理事務之身分的一方也與無身分之相對人形成了一起進行虛偽締約的合意；在【事例3】中，有事務處理身分之人因為同意約定報酬，所以答應配合無身分之人操作，並承接無身分之行為人的股票，等事實要素，則可認為在這種情況中，交易雙方的相對人已經並非處於相對的立場，毋寧是處於一致立場。

由上述的事例可知，在本文前述參、的事實上立場同一型之中，如探討數名行為人之間為何能有同一立場的原因，則可區分為1.自始立場同一或接近的類型（【事例1】【事例2】），以及2.藉由約定報酬等行為所形成的積極影響之類型（【事例3】）。在這兩種類型中，較為重要的意義是即使外觀上數名行為人是交易相對人，但是實質上行為人均係處於相同的立場，也因此相對地容易認定具備共同正犯所需的共謀等主觀要件。

（二）另一方面，在【事例4】中，無事務處理身分的相對人即借款人，之所以能輕易借到款項，是因為有事務處理身分的銀行主管A有儘速取得業績的狀態。這種特徵意味著，儘管行為人僅是申請貸款，但是當銀行的職員或主管有儘量實現貸款爭取業績的情形時，利用這種情狀申請貸款的行為也有可能成立特別背信罪之共同正犯。

在這種類型中，因為有身分之人基於其個別的動機（例如取得較高的業績等），而對進行背信行為有高度的配合可能性，也因此，在這種情況中，同樣地也相對容易認定行為人等具備共同正犯成立所需的共謀等主觀要件。

透過以上分析可知，目前特別背信罪的共同正犯成立範圍，在我國實務上至少有1.自始立場同一或接近的類型；2.透過約定報酬等方式利用積極影響使立場同一的類型，以及3.利用高度配合可能性的類型。不過，考

慮到理論上，共同正犯的成立上，只要滿足其成立要件，基本上即應認為成立，也因此理論上未必僅限於上述三種類型始可成立共同正犯。從而，究竟今後實務上是否還可能再進一步擴張及於其他類型，還需今後進一步加以觀察⁷⁰。

伍、結語

最後將本文考察所得的成果說明如下：

第一，儘管我國的實務有將必要共犯中的對向犯概念較為形式地運用在背信罪的解釋之例，以及我國的學說有運用與必要共犯中的對向犯有關的理論，嘗試在背信罪乃至金融背信罪的領域，對於有對向交易構造的情形，排除無事務處理者身分之人成立共同正犯或共犯的動向，然而從本文的考察可知，我國最高法院的特別背信罪的共同正犯實務中，這種透過有關必要共犯的理論

⁷⁰ 至於從理論的觀點，是否還要進一步將這三種類型加以限定，或者說明成立範圍僅限這三種類型，固然也是需檢討的問題。不過，如同前述，本文基本上認為不需因為背信罪而對共同正犯在其成立要件外另設要件加以限縮，因此就此問題採否定見解。至於學理上，以特別背信罪實務的類型作為出發點，嘗試在理論上說明者，可參照：島田聰一郎，同前註56，頁341-343，主張在(1)對向交易的雙方利害關係一致的情形；或(2)無事務處理者身分的交易相對人對有此身分的相對人以脅迫、欺罔等方法積極加工，導致公司內部的審查機制失靈時，交易的雙方可以成立共同正犯，但是在通常的情形下，則因為可以期待公司內部的審查機能有所作用，所以單純對金融機構申請超額貸款等行為並不生處罰共犯所需的法所不容許的危險，也因此不成立犯罪。

限制共同正犯成立的立場未必是主流的見解。也因此，是否應繼續以本文貳、所舉的學說對於實務的一般理解，作為理解我國實務的基礎，即應慎重地重新檢討。

第二，從我國實務的現況來看，我國學說試圖達成的解釋論上限縮的目標，並沒有已經達成的跡象，因為前述理論上的原因，學說對於實務的限縮功能發揮有限。

第三，關於任意共犯的一般理論中，除了共同正犯的共同行為決意或共謀，以及基於共同行為決意或共謀的共同實行等要件以外，難以再找到更進一步僅在背信罪或特別背信罪的情形中限縮共同正犯成立的理論上根據。

第四，基於本文的上述考察與分析，可知即使是一般而言被我國學說舉出，且被我國一般學說認為可代表最高法院實務將必要共犯乃至對向犯概念引進至背信罪領域的最高法院97年度台上字第533號判決與同院99年度台上字第1294號判決，應僅能認為其意義主要在於提醒下級審法院，若行為人之間在外觀上有——如對向犯一般——看似立場相對的不同動機時，應注意認定其間是否具備共同正犯成立所需的共謀或犯意聯絡等要件，並無將背信罪直接理解成是一種對向犯，亦無形式地運用對向犯概念排除背信罪共同正犯成立的意涵。上述的學說對於我國實務的理解，應加以修正。

第五，在有對向交易的情形時，我國背信罪共同正

犯實務中，共同正犯的成立範圍上，可歸納出至少有一、自始立場同一或接近的類型；二、利用積極影響使立場同一的類型，以及三、利用高度配合可能性的類型。究竟實務今後會如何發展，值得繼續注意觀察。

參考文獻

一、中文文獻

- 王皇玉（2020）。*刑法總則*（六版）。新學林。
- 林山田（2008）。*刑法通論（下冊）*（十版）。自版。
- 林書楷（2018）。*刑法總則*（四版）。五南。
- 林鈺雄（2020）。*新刑法總則*（八版）。自版。
- 張天一（2015）。背信罪之共同正犯。載於氏著，*時代變動下的財產犯罪*（頁293-328）。元照。
- 張麗卿（2020）。*刑法總則理論與運用*（八版）。五南。
- 許恒達（2002）。身分要素與背信罪的共同正犯——Roxin構成要件理論的檢討（上）。*萬國法律*，123，109-116。
- 許恒達（2002）。身分要素與背信罪的共同正犯——Roxin構成要件理論的檢討（下）。*萬國法律*，124，104-107。
- 許恒達（2013）。背信罪的財產損害與共犯——評臺灣高等法院97年度囑上易字第1號刑事判決。*台灣法學雜誌*，238，83-92。
- 許澤天（2010）。對向犯之研究。*成大法學*，19，45-77。
- 陳子平（2017）。*刑法總論*（四版）。自版。
- 陳子平（2019）。*刑法各論（上）*（四版）。自版。
- 黃榮堅（2012）。*基礎刑法學（下）*（四版）。自版。
- 謝煜偉（2016）。論金融機構特別背信罪。*國立臺灣大學法學論叢*，45（4），2031-2092。

二、日文文獻

- 上寫一高（2012）。背任罪の広義の共犯。載於井上正仁等編，*三井誠先生古稀祝賀論文集*（頁381-412）。有斐閣。
- 大越義久（1981）。*共犯の処罰根拠*。青林書院。
- 山口厚等（2010）。〔座談会〕現代刑事法研究会第6回 背任

- 罪。ジュリスト，1408，125-151。
- ▶中森喜彦（1999）。背任罪の共同正犯。研修，609，3-8。
 - ▶内田幸隆（2005）。背任罪の共犯——不良融資における借り手の刑事責任。企業と法創造，2（1），27-44。
 - ▶町野朔（1994）。惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性。載於松尾浩也等編，刑事法学の現代的状況（内藤謙先生古稀祝賀論文集）（頁113-146）。有斐閣。
 - ▶林幹人（2004）。背任罪の共同正犯——共犯構成要件について。判例時報，1854，3-8。
 - ▶垣口克彦（2009）。不正融資と特別背任罪。阪南論集・社会科学編，44（2），117-131。
 - ▶島田聡一郎（2008）。対向的取引行為と背任罪の共同正犯。載於山口厚編著，クローズアップ刑法各論（頁312-349）。成文堂。
 - ▶設楽裕文（2016）。特別背任罪の共同正犯。日本法学，82（2），33-367。
 - ▶朝山芳史（2005）。住宅金融専門会社の融資担当者の特別背任行為につき同社から融資を受けていた会社の代表者が共同正犯とされた事例。法曹時報，57（8），2561-2589。
 - ▶豊田兼彦（2009）。共犯の処罰根拠と客観的帰属。成文堂。
 - ▶橋爪隆（2017）。背任罪の成立要件について(1)，法学教室，441，77-87。