

祭祀公業之受託人忠實與注意義務 —以侵占罪與背信罪為中心（一）

彭忠義

（新竹市地政研究學會 理事長）
（新竹市地政士公會 理事）

- 壹、案例事實
- 貳、法院判斷
- 參、財物和利益概念
- 肆、客觀支配力及主觀支配意思
- 伍、侵占罪與背信罪之本質
- 陸、侵占罪與背信罪之區別
- 柒、侵占罪與背信罪之構成要件要素
- 捌、占有行為既遂之認定
- 玖、受託人忠實義務與善良管理人注意義務之保證人責任
- 拾、侵占罪與背信罪之競合關係
- 拾壹、本案評析與結論

壹、案例事實

刑事被告甲（即管理人）自民國 87 年間起至 95 年 12 月 31 日止，擔任吳○○祭祀公業之第二、三屆管理人乙職，負責掌管吳○○祭祀公業及其派下所有共同共有人所有財產之收入及支出，並製作財務收支結算表等事務，為從事業務之人，被告因業務而持有該祭祀公業之第一商銀）帳號 0000000000 號 GS 綜合存款帳戶存摺內活期存款、定期存款、祭祀公業所有之不動產收取之押租金、逐次收取之租金等款項，詎被告竟接續自 88 年 6 月 10 日起至 96 年 4 月 31 日止，將其業務上所持有上開款項，予以侵占入己，挪為己用。

另案民事訴訟程序之被上訴人乙（即監察人）於擔任常務監察委員、監察委員違背職務事由：

1. 擔任上訴人之常務監察、監察委員時，皆未對甲不法行為有任何監督；於擔任監察職務時，對財務運作是否異常，並未為任何查帳或監督行為。

2. 被上訴人受上訴人所託，擔任上訴人之監察委員，即有義務依上訴人章程監督上訴人之財物處分及事務運作、行使監察人權責。長期以來上訴人事務、財務均有運作，況且銀行定存到期續約換約也應用印，然長期竟不須使用祭祀公業印章，於一般常理而言，豈非異常？監察人保管印章目的何在？即在藉此監督上訴人財務運作，絕非係單純保管未遭盜用即可！
3. 如被上訴人能稍予留意，僅須履行上開方法之任何一種，即可防止甲恣意不法，被上訴人如有與處理自己事務相同之注意，為何對上訴人財務狀況任由甲處理不予查核？被上訴人何以多年未經動用祭祀公業大小章，已生疑義下，仍輕率審核通過？
4. 被上訴人乙稱民國 90 年以前均未保管祭祀公業大章，亦妥善保管其私章，及其 90 年以後所受交之大章，且對於聯席會議中所提報之資料、表冊均盡其查閱、審核之責，上訴人未就其尚有何疏失具體指明，僅空言被上訴人就印章被盜蓋一事未予懷疑。然查被上訴人本人承認其擔任常務監察委員及監察委員期間，未做過任何事，且從祭祀公業清理開始到現在均未召開過監察會議，被上訴人怠忽職守，至為明顯。

貳、法院判斷

一、管理人刑事判決部分：

被告甲主觀上已有將上開業務上持有之款項據為己有之意圖，客觀上並已變易持有為所有，係犯刑法第 336 條第 2 項之業務侵占罪。查被告於偵查中供承：伊因股票投資失利週轉不靈，開始挪用帳戶內之公款，可見被告所為上揭侵占犯行，因投資股票失利，欠缺資金，主觀上基於單一侵占之犯意，利用擔任祭祀公業管理人期間持有上揭財物之機會，密接反覆挪用祭祀公業帳戶內所有活期存款、定期存款、押租金、租金之收入，而變更持有為所有，侵占入己，即係基於單一犯罪決意接續為之，各次侵占行為時間、地點極為密接，侵害同一財產法益，因各舉動之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，為接續犯，應論以業務侵占一罪。…審酌被告身為祭祀公業之管理人，枉顧眾派下員之信任，因股票投資

失利欠缺資金，竟將祭祀公業之財產視為個人財產，經常性多次恣意提領挪用，侵占金額達4千餘萬，所生危害非輕。¹

二、監察人民事判決部分：

甲於被上訴人乙未保管該大章時即趁機變更、偽造祭祀公業吳○○大章，被上訴人乙自無從認識甲取款須經由被上訴人乙核可之行為，且被上訴人乙於保管祭祀公業吳○○大章期間皆盡注意義務，未曾任由他人隨意動用，顯已具與處理自己事務同一之注意義務。又各項帳務，主任委員不得藉故拒查。第13條規定，監察委員會職權為一監察本公業財務收支狀況、二監察本公業之業務經營，財產處分事項、三其他重要業務會同事項。被上訴人擔任常務監察委員及監察委員期間，確實未受有報酬，其不必負善良管理人之注意義務，但就具體的過失仍應負責。

按「連帶債務之成立，須數人負同一債務，而明示對於債權人各負全部給付之責任，或法律有規定者為限。上訴人並未舉證證明其與被上訴人間有成立連帶債務之明示，法律復未規定兩造間應成立連帶債務。兩造係基於法律規定之不同原因，對於薄中南等人各負全部給付之責任，雖其給付具有同一之目的，其中一人給付，他造即同免其責任，但其性質應為不真正連帶債務。而不真正連帶債務人相互間並無分擔部分，民法第291條第1項關於連帶債務人求償權之規定，於不真正連帶債務人間並無適用之餘地」（最高法院86年台上字第2656號判決要旨參照）。如被上訴人乙能於其第1次侵占之後即查帳，找出其侵占之事實，或為監察行為²，甲定不敢再為第2次至第7次之侵占行為，甚至在第1次侵占之後，將查帳結果向會員大會報告，罷免甲管理人之職務，則不會有第2到7次之侵占行為。

三、相關法條

刑法第342條：

為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。

¹ 臺灣桃園地方法院98年度易字第551號刑事判決，臺灣高等法院99年度上易字第2855號刑事判決。

² 臺灣高等法院101年度重上字第22號民事判決，最高法院一〇一年度台上第一三一六號民事裁定。

前項之未遂犯罰之。

刑法第 335 條：

意圖為自己或第三人³不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。

前項之未遂犯⁴罰之。

刑法第 336 條：

對於公務上或因公益所持有之物，犯前條第一項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。

對於業務上所持有之物，犯前條第一項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。

前二項之未遂犯罰之。

刑法第 337 條：

意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物者，處五百元以下罰金。

參、財物和利益概念

一、客觀上權利

侵占罪之客體限於有形體之動產與不動產，單純之權利不得為侵占之客體。因而，實務上認為股份或股權乃權利之一種，權益為抽象之法律關係，侵占其他合夥人之股權，不成立侵占罪。⁵ 以被侵占之物先有法律或契約上之原因而在其持有中者為限，否則不能成立侵占罪。法律行為以外人之適法行為，如無因管理、不當得利等原因而持有他人之物，於持有狀態繼續中，易持有為所有之意思始可：

(一) 所有權乃法律概念，其權利移轉之表徵在動產為交付，在不動產為登記，若未經合法交付或登記，即使他人已持有其動產或不動產，所有權亦不至於消滅，而將附隨在標的物上；其內容為使用、收益、處分；其權利之延伸，有所

³ 委託關係仍有區別普通侵占罪與侵占遺失物罪之作用，故不如將之視為次要保護法益可能較妥。

⁴ 將侵占罪之既未遂，求諸於「變持有為所有之心理狀態」，毋寧過度傾向主觀主義。侵占罪之侵害法益為所有權或追索權，而非持有，則若未達到使所有權人無法使用、收益、處分之程度，應尚非既遂。換言之，「變合法持有為非法所有」，似不宜僅以主觀意思為斷，而宜以客觀行為判斷。

⁵ 最高法院七二台上六二〇四判例。

謂所有物返還請求權（追索權）等。持有則為事實概念，其表徵為對物之事實支配，故喪失事實支配即喪失持有；其內容之表徵亦為使用、收益，但處分只能有事實上之處分（如毀損或贈與），不能有法律上之處分（如合法買賣）；其權利之延伸，因持有在民法上亦受保護（在民法稱為占有），故亦有所謂持有（物）之返還請求權等。⁶

（二）所有權之事實上利益，與持有概念相同，兩概念之不同處，唯法律上合法處分利益之有無而已。有問題的反而是，「刑法為何可以一方面處罰盜賊者，他方面卻又保護盜賊物」？

1. 從兩個層次來看，刑法最後保護盜賊物之持有，反而凸顯刑法保護現有秩序之功能。竊盜罪之保護法益為「持有」（搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒索、贓物罪、毀損罪等，亦同），但侵占罪之保護法益則為「所有權或追索權」。

2. 由所謂支配之意思，並非具體個別之意思，而為抽象包括之意思，支配之意思只有站在對物之物理的支配作補充的觀點才有意義，是故，只要是對物無積極的表示放棄的意思，即為支配的意思，從而，兒童或精神病患仍有支配的意思。⁷因此，刑法有其不保護「黑吃黑」之社會規範。

因不法原因持有他人之物的德國見解⁸：

二、主觀上權利

侵占罪與竊盜、詐欺及強盜等各罪成立之主觀要件，均同須具備「意圖不法所有」之主觀不法意圖，因而，該主觀構成要件，應無區分各該罪名之效度：⁹

（一）法律的財產概念（der juristische Vermögensbegriff），刑法之財產概念與民法形成緊密的聯結關係，將所有的個

6 鄭善印，刑法財產罪之保護法益—以竊盜罪及侵占罪為例，月旦法學雜誌，第163期，2008.12.，頁38。

7 學說見解乃團藤重光與大塚 仁之見解，參照鄭善印，刑法財產罪之保護法益—以竊盜罪及侵占罪為例，月旦法學雜誌，第163期，2008.12.，頁40。

8 高金桂，侵占罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，第163期，2008.12.，頁23-24。

9 高金桂，侵占罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，第163期，2008.12.，頁21。

人主觀權利，無論其是否具備經濟上之價值，均視為財產之核心部分。具有感情利益之物，即或其無經濟上之價值，仍得為詐欺之客體。

(二) 純經濟的財產概念 (der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff) 與民法脫鉤，認為任何地位或物，只要其具備經濟上之價值者，無論其是否強化為主觀權利，均為刑法所保護之財產法益

(三) 法律經濟的財產概念 (der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff)，有經濟價值之地位或事物，於具備下列要件時，即屬刑法保護之範圍：1. 已強化為主觀權利者；2. 受到法秩序之保障或容許者；3. 未因法秩序所不容許而被排除者。

因此，具有經濟價值之地位或事物，即或尚未成為主觀權利，但如屬「法秩序保護之範圍」(unter dem Schutz der Rechtsordnung)，為法秩序所容許，或未為法秩序所不容許，均得為刑法財產法益保護之範圍。

肆、客觀支配力及主觀支配意思

支配意思的存在，可以補充事實支配之不足。以日本一九一三年三月十七日大審院判例及一九一八年十一月十九日大審院判例為例，郵局從業人員取走封裝郵袋內的物品，屬於竊盜罪，蓋因郵局人員無從對封裝郵袋內之物自由取捨之故；但郵局人員若將整個郵袋取走，則構成侵占罪，蓋因此時封裝之郵袋整體，為郵局人員所持有之故。¹⁰ 有批評者以為，若先侵占後竊取，則將使後竊取行為成為不可罰的後行為。

過度傾向處罰反規範之行為，若認為盜贓物或換得之金錢不可能屬於原竊盜人所有，則在「無法益侵害及無犯罪亦無處罰」之前提下，侵占盜贓物或其變得之財物者，只能成立贓物罪而不能成立侵占罪¹¹。

¹⁰ 以上判例，參照江藤 孝，刑法之爭點，有斐閣，1977年，210頁，參照鄭善印，刑法財產罪之保護法益—以竊盜罪及侵占罪為例，月旦法學雜誌，第163期，2008.12.，頁41。

¹¹ 以上批評，參照江藤 孝，刑法之爭點，有斐閣，1977年，210頁，參照鄭善印，刑法財產罪之保護法益—以竊盜罪及侵占罪為例，月旦法學雜誌，第163期，2008.12.，頁41。

日本刑法文獻中關於侵占罪之性質，素有兩派對立之觀點¹²：第一派觀點以為，侵占罪乃違背委託契約之犯罪，故稱為「越權行為說」。因暫時使用目的而處分持有物，或以毀損之意思而處分持有物，因均屬違背委託契約之行為，故均成立侵占罪；惟若因不法原因成立之委託關係，如為委託轉交賄款而寄託金錢一筆，該賄款卻遭受託人侵吞時，因「該委託關係難謂有保護之必要」，故容易認為不成立侵占罪。另一派認為，即使不法，該委託契約仍屬基於當事人間信賴關係而成立之契約，應有保護之必要，故贊同侵占罪仍然成立。另一觀點以為，侵占乃不法處分他人委託之物，只要是能實現不法所有意思之任何行為，均構成侵占罪，故此說乃稱為「不法所有說」。

共同之持有支配關係：¹³

就居於從屬支配關係者，其支配管領地位較低，或只是對物居於管理輔佐人之地位，違背他方之意思將物據為己有，係對他人對物之持有關係的破壞，應成立竊盜罪。是以，去「教訓」或「反制」實施輕度不法行為之他人，即明顯違背利益衡量之法理，否則人人也都可以發動不法行為，明顯違背法秩序保護之期待，形同鼓勵或放任人民動用私刑，而違背刑罰權國家獨占原則，為刑法之整體的規範保護目所不容許。

（待續）★

參考文獻

1. 鄭善印，刑法財產罪之保護法益—以竊盜罪及侵占罪為例，月旦法學雜誌，第163期，2008.12。
2. 高金桂，侵占罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，第163期，2008.12。
3. 陳淞山，侵占罪與背信罪之區別，刑事法雜誌，34卷4期，1990.08。
4. 王效文，論侵占罪之持有與侵占行為，月旦法學雜誌，第206期，2012.07。
5. 黃榮堅，倒會風波，月旦法學雜誌，第163期，1995.03.15。
6. 高金桂，未依約還書得否成利侵占罪，月旦法學教室，第101期，2011.03。
7. 王效文，侵占罪既遂之認定，月旦法學教室，第120期，2012.10。
8. 鄭逸哲，侵占構成要件乃純正不作為身分犯構成要件—評台灣高等法院九十二年度上易字第二七〇號判決，月旦法學雜誌，第112期，2004.09。

12 鄭善印，刑法財產罪之保護法益—以竊盜罪及侵占罪為例，月旦法學雜誌，第163期，2008.12.，頁47-48。

13 高金桂，侵占罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，第163期，2008.12.，頁24。