

現代地政人地

蕭鍾
璣

2014 春季合訂本 現代地政 350

m.landagent.com.tw

本期精彩內容

- 有關新式戶籍謄本及戶口名簿樣式
- 檢送「平均地權條例、地政士法、不動產經紀業管理條例有關實價登錄修正條文」會議紀錄
- 對地政士法第五十一條之一修正條文，認屬窒礙難行移請覆議之看法
- 共有土地分割之限制與一部分維持共有問題之探討
- 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(二)
- 我國不動產證券化之現況與改進方向
- 大陸「限購令、國五條」VS台灣「奢侈稅、實價登錄」
- 對土地房屋買賣實價登錄探討與建言
- 檢送「研商有關地政機關配合農業用地興建農舍辦法規定辦理註記及執行事宜」會議紀錄
- 論都市更新之財產及人權保障—以土地徵收及房屋拆遷為中心(一)

ISSN 1025-1499



9 771025 149005

2014年4月16日 發行

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(二)

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

(續上期)

伍、侵占罪與背信罪之本質

一、侵占罪之本質

(一) 違背信託說(背任說)：

其特徵係不法取得由委託信賴關係而持有之他人之物，具有違背委託信賴之性質，此與背信罪之違背委任損害於他人之財產，實同屬一類。

(二) 不法取得說(所持財物不法取得說)：

本於日常生活上誠實信用之原則而生，諸如無因管理他人之物或拾得他人遺失物等即屬之。¹⁴ 未破壞持有而取得所有之行為皆可構成侵占行為：

¹⁴ 陳淞山，侵占罪與背信罪之區別，刑事法雜誌，34卷4期，1990.08.，頁65-67。

(一) 小幅改善解釋 (kleine berichtigende Auslegung) :

主張只要取得持有與侵占行為同時發生，即可成立侵占罪。

(二) 大幅改善解釋 (große berichtigende Auslegung) :

行為人是否對他人之物持有，根本不影響侵占罪之成立。大幅改善解釋只是主張侵占罪之持有係用來跟竊盜罪加以區別之標準，亦即所有未破壞持有而取得所有（侵占）之行為皆可成立侵占罪。

侵占罪與竊盜罪仍為兩種獨立之犯罪類型。然而在德國新法刪除掉持有之要件後，侵占罪已經成為所有取得犯罪之概括構成要件，除了竊盜罪以外，強盜罪、詐欺罪、恐嚇取財罪、背信罪或贓物罪都有可能同時再成立侵占罪。¹⁵

我國刑法第 337 條侵占脫離持有物罪之規定中，並不以行為人之持有為要件，亦即不要求行為人為侵占行為之前，已經對他人之物加以持有，故而只要是對遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物加以侵占，無論之前是否已經對該物有（法條中未規定之）持有，皆不影響侵占脫離持有物罪之成立。

二、背信罪之本質

(一) 背任說：

違背誠實義務及信任關係之財產侵害罪。

(二) 權限濫用說：

濫用代理權之財產侵害罪。

(三) 事務處理說：

違反保護他人財產之法律義務之財產侵害罪。

在侵占罪為特殊之背信罪中，於侵占罪定位構成要件行為之討論中，以「對行為人所持有之物為侵占」(Zueignung der im Besitz oder Gewahrsam des Täters befindlichen Sache) 之形式，由侵占罪特有關係所由生之契約，例如租賃、使用借貸即可發現，此等契約之當事人在契約關係中係為自己之利益，而非背信罪規定中「為他人處理事物之人」，係為他人之利益。故而「侵占並非背信之特別類型，背信亦非侵占之補充類型」。侵占

¹⁵ 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.，頁 232-233。

罪之本質並不在於「違反委託信任」，而是「對所持財務不法領得」。¹⁶

德國刑法第246條第2項「背託侵占罪」(veruntreuende Unterschlagung, Veruntreuung)之規定似有若合符節之處。由於Veruntreuung(背託侵占罪)與Untreue(背信罪)在字源上的類似性。德國刑法的背託侵占罪事實上為普通侵占罪之加重構成要件，亦即若物係交託於行為人(dem Täter anvertraut)而侵占者，處五年以下有期徒刑或罰金。根據德國學界通說，所謂物之「交託」(Anvertraut)，係指行為人由所有權人或第三人處取得持有該物，但負有義務依特定之目的而使用、保存或返還，例如租用、借用、受委任而取得持有，或根據所有權移轉保留之買賣(出賣人在買受人給付全部價金以前保留所有權)而交付之物等等。¹⁷

倘若行為人在此先行為不具不法所有之意圖，而只是無權使用(Gebrauchsanmaßung)，例如我國刑法所不處罰之使用竊盜，則將因為此取得持有之先行為雖為(民事)不法行為，但不構成犯罪；而行為人嗣後再對此已經取得持有之他人，卻又因為通說及實務堅持行為人之持有必須基於委託信任關係此不當限制，而也無法構成侵占罪。

將我國普通侵占罪之構成要件比照德國背託侵占罪加以解釋，則不但是做了法條未規定而不必要之限縮解事，恐亦將造成處罰之漏洞。實務上表示，行為人若係基於不法所有之原因，則可逕依竊盜、詐欺、強盜等罪論處¹⁸。我國刑法普通侵占罪完全參照德國刑法背託侵占罪加以解釋，不當地認為持有他人之物必須基於委託信任關係，則原來普通侵占罪欲規範之行為態樣將無法被完全涵蓋，此處將造成非因法條規定不當，而係因不當解釋所形成之處罰漏洞。

16 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.，頁230。

17 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.，頁231。

18 最高法院八十四年度台上字第一八七五號判決：「刑法上之侵占罪，以侵占自己持有他人之物為前提。換言之，必行為人基於法令、契約或法律行為以外之「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。故如行為人初並未適法持有該他人之物，其之取得持有，係基於不法所有之原因，如竊盜、詐欺、強盜等，即應逕依各該罪論處，無論以侵占罪之餘地。」

三、占有理論

首先，占為所有理論為了要區分侵占與無權使用，因而在主觀要件中必須加上剝奪所有之意思，故而使侵占罪成為「具有超出之內心傾向犯罪」。我國刑法侵占罪之規定形式乃意圖犯，故而將客觀不法構成要件所規定之「侵占」解釋為占為所有，但主觀之不法所有意圖仍然可以包含超出占為所有以外之剝奪所有意思。

構成要件行為係規定為「侵占」，而非不法所有意圖中的「取得所有」，因為侵占罪之構成要件行為及規定為與不法所有意圖中之取得所有完全相同之「取得所有」，故而必須為相同之解釋。

「侵占」中之「占」即可解釋為「占為所有」，而「侵」乃有不法之意思，故而根據文義解釋，侵占即「不法占為所有」之意。我國刑法普通侵占罪並非德國刑法所規定之背託侵占罪¹⁹，故而持有不應限於基於委託信任關係。故侵占脫離持有物罪，不以行為人已經持有為要件，其與普通侵占罪區分之關鍵應為對「脫離本人持有」之解釋。倘若行為人未經本人同意，但係因過失或不可歸責於自己而取得物之持有，則該物即屬「其他離本人持有之物」，行為加以侵占，應構成侵占脫離持有物罪。

陸、侵占罪與背信罪之區別

一侵占罪為特殊之背信行為，而背信罪則為一般之背信行為？

侵占罪被認為是一種背信罪之特別構成要件，背信罪既被通說認為是一種身分犯，侵占罪必然也是一種身分犯。行為主體通常是因為受到被害人之信賴及合法之原因，而取得物之支配關係。本罪之構成要件行為，多數文獻上將其理解為「易持有為所有」之行為，行為人經由特定之行為，足以顯現其主觀上易持有為所有之意，即足以成罪（即成犯）。這樣的理解，似有混淆主客觀構成要件之嫌。本罪應是一種不作為犯，即行為人違背物之返還、交付或特定之處分義務，其事後之否認或違背義務之處分行為，只是構成要件以外之表徵行為。²⁰

從刑法第三十一條所指之身分犯，兩者在本質上通常具有信賴關係之破壞而違背法律上所應盡之義務，可為下列之區別：

19 王敏文，論侵占罪之持有與侵占行為，月旦法學雜誌，第206期，2012.07.，頁243-244。

20 陳松山，侵占罪與背信罪之區別，刑事法雜誌，34卷4期，1990.08.，頁69-70。

一、背信罪：

背信行為必須其行為非基於持有他人所有物之關係，而侵占罪之背信行為，卻由於持有他人之物而發生。背信罪係屬於財產罪之圖利與損害混合罪，此罪係指行為人可能出於獲利之意圖，亦可能出於損害意圖而為犯之財產罪。

二、侵占罪：

是屬於財產罪之取得罪，指行為人出於取得意圖而違反之財產罪；侵占罪所得之物，亦即被害者所失之物，而背信罪所得之利益，則非即為本人所失之利益。

侵占罪和背信罪在客觀不法上以侵占自己持有他人之物或損害他人利益為要件²¹，茲以合會之會首、會員關係說明如下：

- (一) 會員把應交付之會款交付給會首，其性質是個別會員基於對於會首的債務關係所為的所有權移轉行為，而不是委託會首把會款轉交給得標的會員。
- (二) 會首把所收齊的會款交付給得標之會員，這是基於會首和得標會員之間的契約而來的債之關係，而不是因為其他會員的委託而轉交會款。
- (三) 背信罪在客觀不法上，首先以為他人處理事物為要件，行為人是在處理他人之事物的過程中而有違背任務的行為。會首應該交付會款給得標會員的事情，並不是會首為得標會員處理收受會款的事務。
- (四) 會員在收取最後一期會款的時候，對於各會員並沒有任何行使詐術可言。但是如果是在收取最後一期會款之前，那麼會首就有行使詐術的可能，因為存在於會首心理的事實是要捲款而逃，但是透過收取會款的行為語言，會首卻也同時對會員們傳達了將會把會款交付給得標會員的意願。因此，並不排除會首有行使詐術的可能。

柒、侵占罪與背信罪之構成要件要素

行為主體及行為而論，侵占罪構成要件涵攝之範圍較小，而且是被包含在背信罪構成要件涵攝範圍之內。²² 侵占罪行為人對他人之物所形

21 黃榮堅，倒會風波，月旦法學雜誌，第163期，1995.03.15，頁65-66。

22 高金柱，侵占罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，第163期，2008.12，頁19。

成之持有關係，與背信罪行為人之居於「為他人處理事務」之身分，均為特定關係之一種。「易持有為所有」之行為，亦即，對自己所持有他人之物，將持有狀態變更為所有狀態，基於不法所有之意圖，而將他人之物轉變為自己所有。²³變持有為不法所有之意思為其構成要件²⁴，究竟為客觀之構成要件行為？或為侵占罪之故意的內涵？似非明確。

侵占罪之行為人與被害人之間，與背信罪一樣，存有信託關係，實務上最高法院 92 年度台上字第 4651 號判決：「刑法上之背信罪，係指為他人處理事務之人，以侵占以外之方法，違背任務，損害本人利益之行為而言。而侵占罪則以侵占自己持有他人之物為其特質，至其持有之原因如何，可以不問，故就處理他人事務之持有物，以不法所有之意思，據為己有，係屬侵占，而非背信。據原判決上開事實所載，就上訴人受友人賴秀政之委託，代辦賴秀政及其夫林文賢向金融機關申請信用卡，將收受之信用卡侵占入己，而違背其任務之行為，應祇構成侵占罪。」侵占罪與背信罪，二者相當程度均涉及信託義務之違反，也危害到社會經濟交往關係之信賴需求與信賴利益。侵占行為乃「易持有為所有之行為」，客觀化之外顯行為（如對物之處分），如足以顯現行為人內部之「易持有為所有的意思」，即得以成立侵占罪。

侵占罪之主客觀構成要件的界限是否受混淆之虞？亦不無疑義。

實務上認為：（一）背信罪係「因身分而成立之罪」，其共同實施或教唆、幫助者雖無此項身分，依刑法第三一條第一項之規定，仍以（正犯或）共犯論；（二）為他人處理事物之人所為之侵占，為「特殊之背信行為」，故侵占罪成立時，雖其行為合於背信罪之構成要件，亦當論以侵占罪，而不應論以背信罪；（三）侵占罪之持有關係，為「特定關係」之一種，如持有他人之物，依刑法第 31 條第 1 項、28 條，均應論以同法第 335 條之罪。

副、占有行為既遂之認定

實務上所稱之「變持有為不法所有之意思」或「易持有為所有之意思」，似乎是在指稱主觀之構成要件，恐有以主觀構成要件替代客觀之構成要件之嫌。茲就犯罪實行之歷程，將占有行為既遂之判斷理論，呈現如下：²⁵

23 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.，頁 18-19。

24 最高法院七二台上一五七五判決。

25 王效文，侵占罪既遂之認定，月旦法學教室，第 120 期，2012.10.，頁 33-34。

(一) 廣義的顯示理論

任何可被認為係侵占故意對外顯示之行為，即屬客觀侵占行為。

(二) 狹義的顯示理論

倘若客觀第三人在事先對行為人之侵占意思並無所知之情況下，亦可由行為人之客觀行為明確地推導出侵占故意，則此行為即屬侵占行為。

(三) 剝奪所有理論

侵占係指引起一個對於物之喪失極為可能之結果，亦即行為人造成一個狀態，此時行為人單純改變意思已經無法排除所有權人喪失其物之危險，而實害結果之不發生，只是因為單純之偶然。

(四) 占為所有理論

侵占並非只是取得意思之顯示，而是客觀上占為所有，亦即對於他人之物完全有經濟亦易地開始使用，而單純取得所有意思之顯示。

(五) 取得所有理論

客觀上必須至少暫時占為所有以及長期剝奪所有，方得構成侵占。

玖、受託人忠實義務與善良管理人注意義務之保證人責任

本案監察人乙之行為，得否依刑法上客觀歸責理論之「自負責任原則」，而排除對行為人之客觀歸責？監察人得否因危險前行為而構成保證人地位，並因而應於何種程度內承擔保證人義務？監察人對被害人財產損失結果之發生，在客觀上是否有預見之可能性？又，對於結果之發生，在客觀上是否有防止之可能性？

由本案案例顯示，個人受託人處理信託事務時發生背信或利益衝突之行為仍不能免，影響信賴關係之處置不善，以致失敗者有之，其或存心不良，意圖侵佔，乘眾人無法隨時監督下，盡奸盜篡竊之能事。受託人除可能發生民法上之債務不履行責任或無權代理人責任外，刑法上之侵占罪或背信罪亦應一併論罪科責，負其保證人責任，臚列於下：

- (一) 侵占罪行為人無論是否因原持有人移轉持有而取得物之持有，皆負有返還該物使原持有人回復持有之義務，故而侵占罪行為人所侵害者，實為「原持有人回復持有該物之財產利益」。所有權之權能固然以對所有物加以持有並使用

為其核心，但持有使用本身並不能涵括所有權之全部內涵。²⁶單純以法定刑之輕重，並無法論證出侵占罪之保護法益除了所有權以外，尚包含所謂之信賴利益。

- (二) 背信罪所稱為他人處理事務，所稱之「事務」，應專指有關財產之事物而言；而違背其任務之行為，實務上認為，應包括財產處分權之濫用與信託義務之違背兩種情形²⁷。實務上另認為，所謂「違背其任務」，除指受任人違背委任關係之義務外，尚包括受託事務處分權限之濫用在內²⁸，如此，使符合本條規範受任人應誠實信用處理事務之本旨²⁹。學說上之見解亦甚為雷同，認為背信行為，應包括事務處分權限之濫用行為，及信託義務之違背行為，該兩種行為均可能包括積極的作為，也可以包括消極的不作為。是故，背信罪所保護之法益，除財產法益之外，似亦另有所指；即委任關係或信託關係中之誠實信用原則，也可以將其理解為法律、經濟或社會交往關係中誠信義務及忠實義務。

- (三) 就信賴利益而言，且應為一種想像法益、抽象之整體法益或社會法益。表現理論(Manifestationstheorie)³⁰之主張，侵占罪之行為人須經由特定之「表徵行為」，使一般的旁觀者(平均人)足以推知其主觀上已形成不法取得之意思(侵占決意)，方足以成立侵占罪。

26 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.，頁224。

27 最高法院八〇台上四七八九判決：「背信罪為財產犯罪之一種，故本罪所謂之事務，應專指有關財產之事務而言。本件上訴人陳宇、鄭瑞香縱有受託為范金水、張榮蓮向有關單位瞭解範圍醫所涉案情及尋求釋放之道，亦不能認係受任處理有關財產之事務，無成立該罪之餘地。」

28 最高法院八〇台上四七八九判決：「刑法上之背信罪，所稱為他人處理事務…而違背其任務之行為云云，兼指為他人處理事務時，圖為自己或第三人不法之利益或損害本人之利益，而為財產處分權之濫用與信託義務之違背二種情形。」

29 最高法院八六台上三六二九判決：「刑法第三百四十二條第一項之背信罪，係指為他人處理事務之受任人，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而違背其任務之行為而言。所謂「違背其任務」，除指受任人違背委任關係之義務外，尚包括受託事務處分權限之濫用在內，如此始符合本條規範受任人應誠實信用處理事務之本旨，從而受任人為本人與第三人訂立有償契約時，自應盡其應盡之注意義務，以維護本人之利益，如無其他特別情事，竟給予該第三人顯不相當之高額報酬時，即難謂無違背其任務之行為，以圖第三人不法之利益及損害本人之利益。」

30 高金柱，侵占罪之構成要件分析，月旦法學雜誌，第163期，2008.12.，頁28。

- (四) 侵占罪和背信罪表面上看似為作為犯概念，像是一種積極的作為，但本罪之構成要件行為，非常近似於刑法第 185 條之 4 的筆事逃逸罪。亦即，「侵占」自己所持有他人之物，與致人死傷而「逃逸」，表面上看是一種作為犯，實質上應該是一種不作為犯。故應將侵占行為，定位為「違背返還作為義務的不作為」³¹，方為妥洽。
- (五) 就侵占罪身分之形成而言，是受託為他人保管財物，此典型的寄託關係，所有權人暫時將物交付給行為人代為保管，保管期限屆滿，無論物之所有人是否有取回之意思表示，受寄託之人均應依約主動返還，未履行返還之義務，即足以成立本罪。從侵占罪的行為本質就是不作為犯，亦即，行為人通常係基於法律或契約，持有他人之物，而負有返還、交付或其他處分之義務，卻拒未履行此義務。
- (六) 所謂的即成犯，其實應該本質上就是不作為犯，且是一種純正不作為犯。對於意涵並非明確之即成犯此一概念，與其將其理解為行為犯或舉動犯，不如將其理解為「不作為犯」（純正不作為犯），更足以說明為何侵占罪無成立未遂犯之可能性。故有返還義務或交付義務行為人，於應履行義務之時點起，經由一定的表徵行為，驗證其不履行其作為義務，即已實現犯罪成要件，侵占罪即屬既遂。不純正不作為犯因為在理論上可能成立於所有作為犯之構成要件，因而，不純正不作為犯有成立未遂犯之可能性。
- (七) 由於不作為犯之隱匿性較高（犯罪之力道較不明顯），行為人於拒不履行作為之義務後，犯罪之判斷不易，通常需待所有人或第三人提出返還或交付之意思表示後，行為人加以拒絕或否認，或行為人有其他違背義務之物的處分行為，方足以確認其客觀上之不作為及主觀上之侵占故意³²。

拾、侵占罪與背信罪之競合關係

背信罪的本質應是背任說³³，侵占罪之本質應是不法取得說，但是，就委託物侵占罪而言實亦必含有背信的本質，若行為人一行為同時觸犯委託物侵占罪與背信罪，則委託物侵占罪已能全部涵蓋背信罪的構成要件，而且尚具有其他獨立的構成要件，此正如同特別關係。

31 鄭遠哲，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.，頁 227。

32 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 32。

33 陳淞山，侵占罪與背信罪之區別，刑事法雜誌，34 卷 4 期，1990.08.，頁 77-78。

有人會認為侵占罪與背信罪之關係是一行為觸犯數罪名的想像競合犯，二罪之關係應該是屬於法條競合之特別關係，而非屬於事實認定之擇一關係。但是，批評者認為，想像競合與法條競合最大之差異應該是法條競合限於侵害同一法益，而想像競合是限於數個同種或異種法益之侵害，侵占罪與背信罪所保護的法益是財產法益。因此，依行為觸犯侵占罪與背信罪是侵害同一法益而非數個同種法益，故應認為是法條競合而非想像競合。

法條競合乃指行為人出於一意思決定而為一行為，但因法律之規定錯綜複雜，致有數法條同時可以適用，僅適用其中一法條處斷該行為，即為已足，其它法條即可排斥而不適用。法條競合並不牽涉到刑罰裁量的問題，而只涉及到構成要件的排除，而且必須建立在被害法益同一的基礎上，才有可能產生法條競合的現象。

拾壹、本案評析與結論

本案管理人甲客觀上已變易祭祀公業之財物持有為自己所有，足證該管理人主觀上已有將上開業務上持有之款項據為己有之意圖，依其對他人之財物具有侵占據為己有之客觀支配力及主觀支配意思，該管理人所為之侵占罪構成要件該當，無阻卻違法事由，並具有罪責，係犯刑法第 336 條第 2 項之業務侵占罪。

委任關係或信託關係中之誠實信用原則，也可以將其理解為法律、經濟或社會交往關係中誠信義務及忠實義務。本案監察人乙客觀上就祭祀公業交付處理監督、管理之事務，該怠於監察之消極不作為，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，該監察人所為之背信罪構成要件該當，無阻卻違法事由，並具有罪責，係犯刑法第 342 條第 1 項之背信罪。

依據法條競合限於侵害同一法益，侵占罪與背信罪所保護的法益是財產法益；依行為觸犯侵占罪與背信罪是侵害同一法益而非數個同種法益，以及法條競合乃指行為人出於一意思決定而為一行為，但因法律之規定錯綜複雜，致有數法條同時可以適用，僅適用其中一法條處斷該行為，即為已足，其它法條即可排斥而不適用。法條競合並不牽涉到刑罰裁量的問題，而只涉及到構成要件的排除，而且必須建立在被害法益同一的基礎上，才有可能產生法條競合的現象。因此，本案應以法條競合論管理人業務侵占罪、監察人科背信罪，方為洽辦。（全文完）★