

淺談非常規交易與假交易——以最高法院判決為例

黃超邦

(本文同時登載於證期月刊第三十二卷第一期)

壹、前言

為嚇阻掏空公司資產的行為，2000年7月19日修正證券交易法時，增訂第171條第1項第2款，規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受損害者」，處7年以下有期徒刑，得併科300萬元以下罰金。2004年4月28日，第171條再次修正，增訂第1項第3款，禁止「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」。惟證券交易法第171條第1項第2款與第3款之構成要件於具體個案適用時，似有重疊之情形。

最近最高法院101年度台上字第5291號判決，以真實或虛假之交易作為區分適用證券交易法第171條第1項第2款與第3款之標準，認為第171條第1項第2款，係規範真實交易但屬不合營業常規之態樣，而第171條第1項第3款，係規範非真實之虛假交易情形。

上開區分標準是否妥適，是否影響未來實務運作，另學說是否同意該標準，爰整理最高法院判決、學者見解，從法條構成要件、可能面臨問題，加以簡要分析，撰文供讀者參考。

貳、案例事實¹

某甲係台○公司董事長，其明知三○興公司(與台○公司屬關係

¹ 摘要自最高法院101年度台上字第5291號判決。

企業)自民國八十九年底負債比即已高達 99.74%，惟恐因三○興公司財務狀況不佳累及台○公司，竟自八十九年間起，指示與其有共同犯意聯絡之乙、丙，以台○公司「對三○興公司之貨源依賴甚殷，為協助暨鼓勵其業務拓展並穩定貨源」為由，明知台○公司實際上並無向三○興公司購入相對等貨源之必要，而三○興公司實際上亦無支付相對等貨源之能力，仍核准陸續將台○公司資金以「預付購料款」名義支付予三○興公司，使台○公司以此不合營業常規之行為，為不利益之交易，亦即以虛列高額之「預付購料款」之方式，遂行資金借貸予三○興公司之實，並陸續製作不實之會計傳票等會計憑證及將該等不實之金額記入公司帳冊，肇致台○公司嗣後就部分款項無法收回，不得不提列高額呆帳，已生損害於台○公司之財產及商譽。

參、非常規交易、背信與侵占之加重類型及假交易之定性

一、非常規交易

證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款禁止公司相關人員為非常規交易，本款係於 2000 年 7 月增訂，並於 2004 年 4 月修訂時，將「…致公司遭受損害者。」修正為「…致公司遭受重大損害者。」有學者認為，本款為刑法第 342 條背信罪之特別規定，應優先適用²。因此，本款保護之法益應同於刑法第 342 條背信罪，據目前通說，應係保護財產法益，即公開發行公司之財產法益。本款構成要件包括：1、須為公開發行公司董事、監察人、經理人或受僱人之行為；2、須以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規；3、系爭交易使公司遭受重大損害³。茲說

² 賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，2009 年 10 月再版，頁 747。

³ 相關討論，見林仁光，論公開發行公司取得處分資產之規範—由防範掏空資產與利益輸送出發，載現代公司法制之新課題，元照出版社（2005 年 8 月），頁 593 至 620。有關實務情形，

明如下：

(一)適用公司之範圍

適用範圍為證券交易法之公開發行公司，包含上市、上櫃、興櫃、未上市或未在證券商營業處所買賣之公司。此一規定，與內線交易(第 157 條之 1)、操縱市場(第 155 條)及歸入權(第 157 條)等，僅以上市、上櫃公司或興櫃公司為其適用對象相較，範圍顯然較廣。

(二)適用對象

規範對象限於董事、監察人、經理人或受僱人，如促使公司為違法交易者，非上開列舉之人，例如不兼公司職務的大股東，不在本款適用範圍，與內線交易及歸入權均涵蓋大股東者不同。按本款立法目的，係為防止對公司決策有影響力之人，不當使用其控制力量，以侵害公司及股東權益。因此，如有大股東實際操控公司經營，或影響重大決策者，雖不具董事、監察人或經理人名銜，仍應為本款適用對象較妥。依現行法，大股東依其情形可能為本款犯罪的教唆犯、幫助犯或共同正犯。

(三)規範行為

使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害。何謂不利益之交易，有研究以為，由於本款尚有「致公司遭受重大損害」之要件，故不利益之交易應以行為當時作為實體上之判斷標準，並非以行為後作為判斷標準。換言之，行為當時對於交易的風險性評估逾越一般人合理期待時，該項交易縱使日後將資金移轉回流公司，仍屬不利益之交易⁴。因若採行為後作

參閱證券暨期貨市場發展基金會，董監事非常規交易之防制問題研究（2001 年 1 月）。

⁴ 謝憲杰，證券交易法中非常規交易規範制度之研究－以證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款之探討為中心，國防管理學院法律研究所碩士論文，2007 年，頁 59。

為判斷標準，將導致本款規定之漏洞，恐有悖於立法目的，故本文贊同此見解。另所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，實務上常發生在公司與其關係人之間的不動產或未上市、櫃股票的交易（但不以此為限）。所謂「不合營業常規交易」（"non-arm's length transaction"），意指交易雙方因具有特殊關係，未經由正常商業談判達成契約，且其交易條件未反映市場的公平價格而言。此一用語，在我國法律中，首見於 1971 年修正所得稅法時所增訂的第 43 條之 1，「營利事業與國內外其他營利事業具有從屬關係，或直接間接為另一事業所有或控制，其相互間有關收益、成本、費用與損益之攤計，如有以『不合營業常規』之安排，規避或減少納稅義務者，稽徵機關為正確計算該事業之所得額，得報經財政部核准按營業常規予以調整。」⁵。1997 年 6 月公司法修正時，增訂第 369 條之 4，亦使用「不合營業常規」一語，其規範為「控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害者，應負賠償責任。」。又金融監督管理委員會所發布「發行人募集與發行有價證券處理準則」及「公開發行公司取得或處分資產處理準則」等均有「非常規交易」或「不合營業常規」的用語；不合營業常規交易雖為公司法與證券交易法上之文字，惟因係屬不確定法律概念，故迄今仍無法於法令中明文界定其範圍，僅能藉由司法判決、主管機關之函令解釋說明。此外，不合營業常規交易之判斷，也不一定即能斷定此交易違

⁵ 此外，所得稅法第 83 條之 1 亦規定，稽徵機關或財政部指定之調查人員進行調查時，如發現納稅義務人有重大逃漏稅嫌疑，得視案情需要，報經財政部核准，就納稅義務人資產淨值、資金流程及不合營業常規之營業資料進行調查。

法，損及公司、股東或債權人之權益，而要求參與決策之董事會成員負責。由於不合營業常規交易往往與關係人交易密不可分，因此，往往也須進一步判斷是否屬於關係人交易，有無利益輸送之情形存在⁶。至「致公司遭受重大損害」，通常係以損失金額與公司規模（資產、營業額等）為衡量的因素；惟如對公司商譽造成重大傷害，雖未證明其具體損失金額，仍應屬之⁷。

(四)刑法第 342 條背信罪之競合

通說將本款解釋為刑法背信罪（第 342 條）的特別規定，應優先適用，並認為刑法第 342 條第 2 項明定未遂犯的處罰，而本條則未處罰未遂犯，應予修正補足⁸。

二、背信與侵占之加重類型

證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款明定，公開發行公司「董事、監察人或經理人、意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產者，依第 171 條論處。本款構成要件包括：1.為公開發行公司董事、監察人或經理人的行為；2.意圖為自己或第三人之利益 3.為違背其職務的行為，或為侵占公司資產的行為。茲說明如下：

(一)適用公司之範圍

與第 171 條第 1 項第 2 款相同，僅適用於公開發行公司。

(二)適用對象

限於董事、監察人及經理人，而不包括受僱人，與第 2 款不

⁶ 林仁光，論以開發行公司取得處分資產之規範，現代以司法制之新課題-賴英照大法官六秩華誕祝賀論文集，元照出版社，2005 年 8 月，頁 618。

⁷ 賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，2011 年 2 月再版二刷，頁 749。

⁸ 賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，2011 年 2 月再版二刷，頁 749。

同；依立法理由說明：「未列入『受僱人』係因受僱人違背職務之執行或侵占公司資產已有刑法第 335 條、第 336 條第 2 項、第 342 條侵占罪、業務侵占或背信罪科加以規範，相較於受僱人可能違反之非常規交易罪，本款之罪情節不同，為避免可能發生情輕法重情事，爰不予規範」。換言之，董、監、經理人以外的公司受僱人，如有違背職務或侵占行為，刑法已有處罰，且本款與非常規交易罪不同，為避免情輕法重情事，特予排除。

(三)另該款於 2012 年 1 月 4 日修正公布增訂「致公司遭受損害達新臺幣五百萬元」之行為結果要件。實務適用損害之計算，是否產生爭議事項，頗值觀察。

三、第 171 條第 1 項第 2 款及第 3 款競合之情形

第 171 條第 3 款所禁止的行為，係意圖為自己或第三人之利益，「為違背其職務之行為」，或「侵占公司資產」之行為，前者性質上類似背信罪(刑法第 342 條)，後者則為侵占罪(刑法第 335 條、第 336 條第 2 項)。因此公開發行公司相關人員之非常規交易行為，亦可能構成背信，或產生侵占的結果，因此第 171 條第 1 項第 3 款涵蓋範圍與第 2 款有重疊之處，適用上可能發生競合。

四、假交易

「假交易」一詞並無正式之定義，實務上通常將假交易界定為「非真實交易」之統稱。傳統上所謂「假交易」，常指缺乏物流的移動，僅有帳務處理及金流，惟近來目前物流、金流、帳務處理均具備之交易，亦可能為假交易。經由安排之假交易，其代表的經濟實質(如營

收、應收帳款及存貨等)，常非操控者希望的主要結果，故假交易只是手段之一，操控者可能已具美化財報及窗飾報表的犯意，藉由假交易以達成其對外募集資金、銀行借款、股票炒作等其他目的。茲以博達案為例⁹，列舉實際案例如下：

(一)博達公司國內循環虛偽進銷貨

博達公司先將所生產之電腦週邊產品，虛銷予作為銷貨對象之泉盈公司、學鋒公司及凌創公司，復由泉盈公司、學鋒公司及凌創公司再以向博達公司虛購之商品，虛銷予科拓公司、訊泰公司，再由科拓公司、訊泰公司將上述商品虛銷回博達公司，完成虛偽銷貨循環。以上過程，僅係帳面上虛偽記載及資金匯入匯出，並無實際貨物進出，相關人員製作不實發票及進貨、銷貨等憑證。

(二)博達公司國外循環虛偽進銷貨

博達公司先在美國加州及香港地區虛設人頭公司作為銷貨對象及供應商，復由新竹廠及三芝廠分別將生產之砷化鎵磊晶片及電腦週邊商品，虛銷予作為銷貨對象之海外人頭公司，博達公司派駐專人於香港，負責收受銷售予人頭公司之貨物。上開人頭公司將自博達公司虛購之商品，虛銷予作為供應商之海外人頭公司或國內配合廠商，最後由上揭人頭公司及國內廠商將上述商品虛銷回博達公司，完成虛偽銷貨循環。博達公司人員將原貨物更換抬頭，由香港將貨物進口報關，由所委託貨運公司直接由機場運抵博達公司新竹廠及三芝廠存放。前開交易有帳務處理，並有金流及物流。

⁹ 參照臺灣士林地方法院 93 年度金重訴字第 3 號判決

肆、最高法院判決

部分最高法院判決，以真實或虛假之交易作為區分證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款與第 3 款之標準，惟部分未持該見解，茲整理如下：

(一)101 年度台上字第 5291 號判決：鑑於金融市場發生重大舞弊，不僅造成國家金融環境衝擊，更影響金融體系安定，為建構高紀律、公平正義之金融市場環境，並健全金融市場之紀律與秩序，對於發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，如利用職務之便挪用公款或掏空公司資產，將嚴重影響企業經營及金融秩序，並損及廣大投資人之權益，證券交易法第 171 條於 2004 年 4 月 28 日修正時，除適當提高其刑責，以收嚇阻違法之效外，特於第 1 項增訂第 3 款「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之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產。」之規定（按本條款於 2012 年 1 月 4 日又經修正為「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之利益，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台幣五百萬元。」）。相較於同條項第二款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害。」所指係真實交易但屬不合營業常規之情形，前揭第三款所禁止者，乃意圖為自己或第三人之利益，為違背職務或侵占公司資產之行為，其中若涉及交易情形，則應指非真實之虛假交易，且要件上不包括受僱人，兩者適

用上應有區別。

(二)102 年度台上字第 1353 號判決、100 年度台上字第 3945 號判決及 100 年度台上字第 3285 號判決，均持以下見解，略以：依證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之不合營業常規交易罪，其立法目的，在於已發行有價證券公司之董事、監察人、經理人及受僱人等相關人員，使公司為不利益交易行為且不合營業常規時，會嚴重影響公司及投資人權益，其受害對象包括廣大社會投資大眾，犯罪惡性重大，有必要嚴以懲處，以發揮嚇阻犯罪之效果。其適用上自應參酌立法目的，以探求法規範之真義，因而所謂「使公司為不利益之交易，且不合營業常規」，祇須形式上具有交易行為之外觀，實質上對公司不利益，而與一般常規交易顯不相當，其犯罪即屬成立。以交易行為為手段之利益輸送、掏空公司資產等行為，固屬之，如以行侵占或背信為目的，徒具交易形式，實質並無交易之虛假行為，其惡性尤甚於有實際交易而不合營業常規之行為，自亦屬不合營業常規之範疇。

伍、學者見解整理

一、再思考—證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款及第 3 款之保護法益

(一)第 3 款保護法益

證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款的違背職務或侵占公司資產行為，多數學者認為係刑法背信罪與侵占罪之加重類型¹⁰，可推論實務與通說認為本款之所保護之法益為個別之財產法益¹¹。

(二)第 2 款保護法益

¹⁰ 劉連煜，掏空公司資產之法律責任，月旦法學教室第 56 期，2007 年 6 月，頁 85；賴英照，股市遊戲規則—最新證券交易法解析，2011 年 2 月再版二刷，頁 751。

¹¹ 林志潔，非常規交易是否包括「假交易」？，台灣法學雜誌，第 219 期，2012 年 3 月，頁 216。

- 1、證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之保護法益，近來則出現不同觀點，有論者以為，參酌證券交易法之立法目的，第 171 條第 1 項第 2 款設立的保護法益，係以保護投資人與市場為導向，而非如同刑法背信罪僅以個別財產法益為保護對象。固然，行為人可能於構成非常規交易的同時，也構成刑法的背信罪，但此時兩者間保護法益既然不同，則不屬於刑法競合關係中的法條單一情況。實務通說將本款規定解釋為刑法背信罪之特別規定，似指兩條文間為一行為侵害保護法益同一的法條競合關係，與立法目的恐有不符。
- 2、承上，證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款及第 3 款，保護法益並不相同，一為大眾投資人權益及證券市場與金融秩序之安定，一為個別公司的整體財產法益。於具體案例，若行為人所犯，同時該當第 2 款非常規交易與第 3 款特別背信罪時，論以一行為觸犯數罪名之想像競合，較為適當¹²。

二、有關證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款適用範圍是否限於假交易

(一)贊成觀點

有學者主張，一般非真實之虛假交易應適用第 3 款相繩，而第 2 款應只適用於真實交易但屬不合營業常規性質之交易行為情形¹³，惟該觀點似未具體闡明其理由。

(二)反對觀點

- 1、有論者以為，細究證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款非常規交易條文，不論係以文義解釋，抑或是目的、體系解釋皆無法得出本

¹² 林志潔，非常規交易是否包括「假交易」？，台灣法學雜誌，第 219 期，2012 年 3 月，頁 215-216。

¹³ 劉連煜，掏空公司資產之法律責任，月旦法學教室第 56 期，2007 年 6 月，頁 93-94；劉連煜，新證券交易法實例研習增訂十一版，元照出版公司，2013 年 9 月，頁 407。

款限於真實交易始得適用；再者，若將非常規交易限於「不合營業常規」之「真實交易」，則「不合營業常規」之「虛假交易」、「合於營業常規」之「真實交易」、「合於營業常規」之「虛假交易」等情況，將皆由第 3 款處理，而適用第 3 款之前提亦須有為自己或第三人之利益之主觀意圖，然則，將不合於營業常規之真實交易獨立規範，並另加上主觀意圖要件之立法實益和緣由又何在？如此將導致第 2 款非常規交易適用範圍過度限縮，實難想像為立法本意¹⁴。

2、另有論者亦持類似見解，第 171 條第 1 項第 2 款應著重在行為人是否使公司為不利益且不合營業常規之交易，進而導致公司遭受重大損害，而非著重於該交易是否為假交易。因行為人掏空公司資產之行為，往往包含數個交易行為且假交易與真實交易常同時並存，如將本款非常規交易限於真實交易但屬不合營業常規之情形，而不合營業常規之假交易、符合營業常規之假交易、符合營業常規之真實交易皆由同項第 3 款處理，將會嚴重限縮第 2 款之適用範圍¹⁵。

三、有關已成立之非常規交易，再區分假交易是否有實益

有論者以為，在真實的具體個案中，常包含數個、甚至數十個交易行為，各交易行為中，更有假交易與真實交易並存的情形，實難針對所有交易行為，清楚劃分究竟屬真實的不利益交易或從頭到尾都是虛假的交易，從而個別論罪。何況，假交易與不利益交易所造成的損害似無不同，實質並無交易之虛假行為，其惡性亦可能尤甚於有實際交易而不合營業常規之行為，故認為區別不利益交易和假交易，並無

¹⁴ 林志潔，非常規交易是否包括「假交易」？，台灣法學雜誌，第 219 期，2012 年 3 月，頁 219。

¹⁵ 郭大維，非常規交易與假交易，月旦法學教室，第 133 期，2013 年 11 月，頁 25。

實益¹⁶。

陸、結論

本文主要係初步探討非常規交易與假交易，從最高法院判決之案例，嘗試討論非常規交易與假交易之定性，並整理相關學者見解後，彙整以下結論，供讀者參考。

- 一、從證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款及第 3 款之立法背景、文義解釋及保護法益等，尚無法推論第 2 款係適用於不合營業常規之真實交易，而其餘情況則適用第 3 款，果如此，將嚴重限縮第 2 款之適用範圍。目前雖有少數最高法院判決持該見解，惟建議持續關注學說及司法實務發展。
- 二、雖然假交易與不利益交易所造成的損害可能相同，惟不應據以認為區別不利益交易和假交易，並無實益。因為假交易除可能涉及違反證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款及第 3 款外，亦可能因財務報表內容虛偽或隱匿，影響財務報表公允表達，致另涉及違反證券交易法第 20 條第 2 項、第 20 條之 1 及第 37 條等之刑事、民事及行政責任。
- 三、綜上，建議討論掏空公司資產行為時，有關是否構成證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款及第 3 款所訂之非常規交易或加重背信與侵占，先就法條各構成要件檢驗，不須著重於該行為是否為假交易，倘發現另涉有假交易時，再討論是否違反財報不實等其他法規。

¹⁶ 林志潔，非常規交易是否包括「假交易」？，台灣法學雜誌，第 219 期，2012 年 3 月，頁 220。