

第三章 構成要件之分析與檢討

第一節 背信罪

一、前言

地院認為，在台中商銀人員部分（1）關於台北分行人員：就 C1、C6、C7、C8 公司等授信案被告 Y12、Y13、Y14、Y10、Y11、Y15 均係犯刑法第三百四十二條第一項之背信罪。就 C2 案，除 Y15 外，其餘五人皆犯同法同條第二項背信未遂罪。就 C3、C4 公司等授信案被告 Y14、Y10、Y11、Y15 均犯刑法第三百四十二條第一項之背信罪；就 C5 案除 Y15 外，其餘三人皆犯同法同條第二項之背信未遂罪。（2）關於放審會人員：於八十七年十一月十三、十六日辦理 C1、C3、C4 公司之授信案時，被告 Y4、Y5、Y6、Y7、Y8、Y9 未能進行審查工作，即將 C1、C3、C4 案逕送常董會討議係犯刑法第三百四十二條第一項之背信罪。（3）關於常董會人員被告 Y1 明知 C1、C3、C4 三件貸款案，並未經總行放審會為審查之決議，竟於常董會中故不為反對之陳述，係犯刑法第三百四十二條第一項之背信罪。

在非台中商銀人員部分（1）關於貸款公司負責人：被告 d1 利用 C1 公司之名義，與 X、劉○○等人共謀向台中商銀非法攫取龐大之資金核其所為，係犯刑法第三百四十二條第一項之背信罪。被告 d5 以 C6 公司之名義向台中商銀貸取鉅款供 XA 集團之用核其所為，係犯刑法第三百四十二條第一項之背信罪。（2）關於 A 集團人員：被告王天送係 A 集團之副總裁負責 A 集團重要政策之決策、財務收支管理等重要事項之連繫，與被告 X 共同謀議以 C1 等六家公司貸款，顯有背信之犯意係犯刑法第三百四十二條第一項之背信罪。被告 Z2、Z3、Z4 就 C1、C3、C4、C7、C6 及元裕等六家公司貸款部分，係犯刑法第三百四十二條第一項之背信既遂罪；另就 C2、C5 公司貸款部分，係犯刑法第三百四十二條第二項之背信未遂罪。

上述所涉及之罪名為背信罪或背信未遂，而背信罪依刑法第三百四

十二條之規定，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，而違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者為背信罪。茲將背信罪之構成要件，說明如次。

二、構成要件

（一）客觀構成要件

1、行為主體

行為主體，以為他人處理事務之人為限，且行為主體須依據法律之規定、法律行為或因有事實之信託關係等，為他人處理事務，方有可能構成本罪，即本罪為純正身分犯。因此，在違法貸款之案例類型，行為人應具備為銀行或金融機構從事貸款業務之負責人或職員。

又行為主體何以具有為他人處理事務之身分？法無明文。此項信任來源或是基於法令規定，或是其於契約，惟不問信任關係究係為何，彼此間須因此產生以一般誠信原則為基礎之客觀的信賴關係，並處於得以左右他人財產上權利義務之地位，故行為主體並不具有獨立處理事務之權限為必要，縱處於輔助人地位而直接處理事務者，亦有可能成立本罪。

（1）他人

行為人以外之人，無論係自然人、法人或非法人之團體，均包括在內。行為人所處理者必須是他人事務而非自己事務，惟行為人所處理之事務，究為他人之事務，抑為自己之事務，有時其分辨不易，有認為應依社會通念以為決定。大體上，如該事務主要係為他人之計算者，縱同時亦為自己之利益，仍得認為係屬他人之事務。我國實務認為原則上似以有否受他人委任等原因為準，如有受他人之委任時，即為他人之事務，另有以是否為他人計算為準者亦即行為人之任務係為他人之利益計算。故背信罪之罪質，是以違背信任關係之犯罪，行為人與被害人間，須具有一定之委託信任關係存在。職是，學說上認為，他人事務必須具備行為人與被害人間是否具備委託信任關係¹；且該事務是否為他人之利益計算二個要件。

¹ 甘添貴，體系刑法各論（二），2000年，頁356。

(2) 事務之內涵

事務的內容不論是公務或私務，即使是公務亦不限於具有公務員身分之人。而行爲人爲他人處理事務之原因，不論是法律行爲、法律規定或事實行爲（例如無因管理）均包括在內。又處理事務，並不以具體特定之事務爲限，依法律或契約，概括於一定範圍內所應執行之事務，亦屬之。

至於事務是否以財產上之事務爲限？學說上，有認爲本罪僅規定爲他人處理事務，且只要致生損害於本人之財產或其他利益即具有財產罪之性質，故不以財產上之事務爲限者；亦有認爲違背任務處理非財產上之事務，致生損害於本人之財產或其他利益，大都屬於偶然且非定型，另在沿革上，背信罪爲侵占罪之補充規定或概括條款，侵占罪既限於財物保管之財產事務，則背信罪亦應以管理財產利益之財產事務爲限較妥。而在比較法上，德國刑法之背信罪明文規定，「管理他人財產利益之義務」；瑞士刑法也明文規定「依法令或契約負擔處理他人財產之義務」等²。

依本罪之立法理由謂，「事務之種類，有專關於財產者，有關於財產並財產以外一切事宜者，但本罪之成立，惟以財產爲限」。且本罪亦規定於財產法益侵害之犯罪即屬破壞財產法益之財產罪，且實務亦認爲如此³，因此所謂事務自應限於財產上之事務⁴爲妥。

又爲他人處理事務應否有某種程度之裁量權？有認爲背信罪之成立，其違背信任關係，不以行使職務裁量權爲限，縱從事純屬機械之勞務工作，亦得成爲本罪之主體⁵。另有認爲本罪違背任務行爲之要件及事務處理之用語綜合加以觀察，爲他人處理事務者，須有某種程度之裁量權，並不包括單純事項或機械性之事項⁶。

就本罪之構成要件僅規定「爲他人處理事務」，在解釋上，似不以有裁量權之事務爲限，機械性之勞務工作，應包含於內。但爲他人處理事務

² 甘添貴，前揭書，頁 358

³ 八十一年台上字第三五四號，刑法第三百四十二條第一項之背信罪，乃侵害財產法益之犯罪，故本罪所稱爲他人處理事務，應屬爲他人處理有關財產上之事務，其他非財產上之事務，自不在其內。且本罪爲結果犯，其致生損害於本人之財產或其他利益，亦以財產上之利益爲限，應不包括其他非財產上之利益在內。

⁴ 林山田，刑法各罪論（上），1999 年，頁 434-435；甘添貴，前揭書，頁 358；褚劍鴻，刑法分則釋論（下冊），1998 年 4 月，頁 1256。

⁵ 陳樸生，實用刑法，1991 年 9 月，頁 824。

⁶ 林山田，刑法各罪論（上），1999 年，頁 435。

之規定，語甚抽象，概念內涵廣泛，為使處罰範圍合理化，有必要加以適度之限縮。因此，為他人處理事務者，對於其所處理之事務，應以具有某種程度之裁量權者，若僅處理機械性之勞務工作，應不包括在內較為妥當。

換言之，行為人就他人事務所為之處理，並不以具有獨立裁決權限為必要，即使僅位居處理事務輔助性之角色者或是單純之事實上輔助者，亦無不可；但若行為人僅係擔任機械性的接受他人指令照辦而在某些程度上不具決定權者，解釋上應與背信罪之構成要件不符⁷。因此，構成背信罪之行為人縱不具獨立決定權，然而若對於處理貸款事務有概括之裁量權，仍可能構成背信罪。

(3) 為他人處理事務

關於為他人處理事務的範圍，是否限於法律行為或者是否必須與第三人發生關係？多數通說認為包括處理對於第三人的事務，亦包括單純與本人間之內部事務，且不論是法律事務（變動法律上權利義務關係之事務）或事實上之事務均包括在內⁸。

2、行為客體

本罪行為客體，指行為人基於委託信任關係而為他人所處理之事務。

3、行為

本罪之行為，為違背任務之行為。所謂違背任務之行為，乃處理事務時，違背其與本人間信任關係之行為，即所謂背任行為。

背信罪之本質應包括事務處分權限之濫用行為與信託義務之違背行為，而此兩類行為不問係以積極之作為，抑或以消極之不作為，均有該當本罪之背信行為之可能。

為他人處理事務，應依誠實信用原則，忠實地履行其信託義務，若濫用其事務處理權限，或違背其信託關係所應履行之義務，都是背信行為。

⁷ 團藤重光，刑法綱要各論（增補），頁 531。

⁸ 但有學者卻認為：背信罪所謂的為他人處理事務，應該限於為他人處理外部關係的財產上的法律事務。亦即其透過德國刑法背信罪的濫用權限構成要件來限縮我國法上背信罪的成立範圍，只有得到外部法律關係處理授權的行為人能夠當於背信罪的主體。請參見黃榮堅，親愛的我把一萬元變大了，收錄於月旦法學雜誌，第十二期，1996 年，頁 53。

換言之，背信行為之行為特質是屬「違背信賴關係」。至於是否違背任務，必須考慮到事務之性質、內容、相關之法令從一般社會通念，予以綜合判斷。

在一般金融實務上，公司組織之金融機構特別是如本案之銀行，在辦理授信業務時，關於融資之決定權，通常不能由一人單獨決定，而是由授信者與投資委員會或經由董事會決定，而由辦理貸款業務之重要幹部或職員，對於該件之貸款案提出消極意見及反對意見，是否得否阻卻刑法第三百四十二條背信罪之違法性？我國實務對此並無明確見解，然而日本學說及實務均不贊同可阻卻違法性。

依據日本最高裁昭和六十年四月三日決定認為，被告是信用組合部之事務理事，但關於遵從上司之違法命令與任務違背之關係，對於背信罪而言並無違法性欠缺之情形，因被告是掌理貸付事務之專務理事，由於其權責重大。而關於本件之貸付屬於典型之違法貸款，因此應特別重視其背信性，而肯定被告在本案具有任務違背，而該當背信罪⁹。由於構成背信罪之主要問題在於信任關係之破壞，而從事貸款業務之行為人之信任關係是存在於行為人與金融機構之間而非建在行為人與下職務命令之上司之間，因此，即使行為人係遵從上司之職務命令而為違法貸款並不能阻卻違法性，仍應論以背信罪之罪責¹⁰。

而日本學者有謂，由於上司有權對於該從業人員解雇、降級、調職，因此若行為人不遵從上司之職務命令可能會受到調職、降級或解雇等身分上之不利益，因此，對於行為人之責任可以從期待可能性之角度來減輕其刑事責任。故因遵從上司之職務命令而為違法貸款並不會對構成要件該當性或違法性之判斷有所影響，僅能從責任之角度來減輕其刑¹¹。

4、行為結果

本罪為結果犯。其行為結果須致生損害本人財產或其他利益，亦即行為人為違背任務之行為與財產損害之結果間須有因果關係。所謂財產，係指本人之全體財產，亦即全部財產狀態而言，不以本人委託之財產為限。而其他利益，乃指具體財產以外之其他上之利益而言即抽象財產之利益

⁹ 藤本英雄，綜合判例研究叢書刑法（十一），頁 122。

¹⁰ 藤永幸治，会社犯罪，東京法令出版，平成十年十一月初版，頁 129。

¹¹ 判例時報，第一一六七號，頁 208；川崎一夫，判例評論，第三二二號，頁 46。

（例如，收益、使用或處分權之喪失等），至於其他非財產上之利益，自非本條之其他利益。至於損害，無論係積極減少現有財產，抑或消極妨害財產增加均屬之。再者，損害應以實害為限，尚未生財產之實害，而僅有發生實害之危險，則不得論以本罪之既遂犯¹²，只能論以未遂犯¹³。

關於財產上之損害，應就本人整體財產之總值有無減少而論，而整體財產的損害包括積極損害與消極之損失。即減少現在財產總值或妨害現在財產之增加或喪失日後可得之期待利益¹⁴。惟日後可得期待之利益，須依管理事務之性質，具有相當蓋然性可以期待之利益，例如金錢存放銀行，可獲得相當之利息是。若單純希望之期待利益，則不包括在內。

至於對於整體財產利益總額有無減少而定，判斷標準應與詐欺罪的財產損害的標準一樣，因此原則上應以純經濟的財產損害的觀點來判斷¹⁵。例如：銀行經理貸款與明知無力清償者之背信行為，雖就法律觀點，銀行對於該貸款者之債權，在法律上仍舊存在，故銀行之財產尚未損失，但就經濟觀點，則該筆貸款因貸款者之無清償能力，將成無法清償之呆帳，事實上即為銀行財產之損失¹⁶。

（二）主觀構成要件

1、背信故意

本罪之故意包括直接故意與未必故意，行為人只要對於本罪之客觀要件的事實有所認識，而決意為之即屬之。

行為人對於違背任務內容之客觀事實之認識，性質上屬於事實之認識，惟對於自己行為任務違背性之認識，則有認其為違法之認識，有認其為事實之認識，就自己行為有否違背任務，主要以民事關係為斷，且性質上屬於刑法評價之對象，而與規範無關，故應認其為事實之認識較妥。

¹² 不過日本判例，大判昭 13.10.25 集 17.735 認為，所謂財產之損害，不限於實害之發生，即有實害發生之危險者，亦應包括在內。轉引自甘添貴，前揭書，頁 366 註 32。

¹³ 我國判例二十九年上字第八二〇號。

¹⁴ 林山田，刑法各罪論（上），1999 年，頁 439；八十七年台上三七〇四決。

¹⁵ 甘添貴，前揭書，頁 365；林山田，刑法各罪論（上），1999 年，頁 439。

¹⁶ 二十九年上字一二七六號

2、不法意圖

本罪為目的犯。行為人除了具有背信之故意外，尚須有為自己或第三人不法之利益或意圖損害本人的利益之意圖，亦即須具有得利意圖或損害意圖，方能成罪。

(1) 得利意圖

所謂得利意圖，即為自己或第三人不法利益之意圖。所謂自己，乃為他人處理事務之行為人。所謂第三人，係指除行為人及使其處理事務之本人以外之其他人，包括共犯。至於所謂的利益，學說上有認為不以財產利益為限，即身分上利益亦包括在內¹⁷，但有認為本罪既為財產罪，自應以財產上之利益為限。本文以為本罪係侵害財產法益之犯罪，且所處理之事務亦限於財產上之事務，解釋上似以財產上之利益為限較妥。

(2) 損害意圖

所謂損害意圖，即為損害本人利益之意圖。所謂本人係指使行為人處理事務之人即為他人處理事務之他人。若為本人之利益而為一定行為，並無損害本人利益之意圖，縱因違背任務致生損害於本人，仍不成立本罪。

三、背信罪與侵占罪

(一) 保護法益

背信罪與侵占罪，均同具有背信之本質，惟侵占罪，係以個個財物為其保護之對象；背信罪，則除個個財物外，尚包含權利或其他財產上之利益在內。而在法益之內容而言，侵占罪，在財產法益中，係以物之持有利益為其保護法益。背信罪，既為侵害一般財產法益之犯罪，在形態上雖亦可能為個個財物之處分，但並非著眼於財物持有利益侵害之角度，而係以其有害於被害人之全體財產或全盤經濟之財產狀態為其內容。因此，背信罪所保護之財產法益，除物之持有利益外，尚包含所有權及其他本權在內。

¹⁷ 日本通說及實務之見解，轉引自甘添貴，前揭書，頁 367。

（二）背信罪與業務侵占罪之關係

依刑法第三百三十六條第二項之規定，對於業務上所持有之物，犯前條第一項之罪者（即意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者），處六月以上五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。其處罰之原因在於行為人將其「易所有為持有」之心態表現於外部。至於其本質，亦有權利濫用之行為，因此其行為亦可能該當於刑法第三百四十二條之背信罪，而背信罪之背信行為屬概括規定，故須行為人不符合業務侵占罪時，始有背信罪之適用。

另實務上認為，是否為自己或第三人不法之所有之認定標準是以行為人於行為當時是否明知借戶無償還能力而為貸款行為。例如二十九年上字一二七六號謂，某銀行之主任甲，不遵總行之限制放款之辦法，與某錢莊之經理乙，勾串貸給某錢莊鉅款，某錢莊旋即倒閉，致某銀行受大量損失。如果甲貸款之初，係認某錢莊將來有力清償貸款，在銀行方面不過受償還遲延之損害，則其與乙串通而為違背任務之行為，固應論以背信罪名。假使當時明知某錢莊營業失敗，不能償還，特藉借貸之名，實行倒帳，抑或該項借款，即係由甲、乙私自瓜分，則某銀行貸出之款，本為甲業務上持有之物，其意圖為自己或第三人不法之所有，擅行處分，即屬業務上之侵占行為。簡言之，若行為人為貸款行為時，明知借戶無返還能力仍為授信行為，則行為人應論以刑法第三百三十六條業務上侵占罪；反之，則應論以刑法第三百四十二條背信罪。

四、與日本法制之比較

（一）日本法制

日本法制對於違法貸款行為人論以刑事責任之基礎，以刑法第二百四十七條背信罪、商法第四百八十六條特別背信罪規定為主。但有少數日本實務曾以日本刑法第二百五十三條業務上之侵占罪論處¹⁸。

日本刑法第二百四十七條規定，「為他人處理事務者，意圖為自己或第三人利益，違背其任務，加損害於本人財產，處五年以下有期徒刑或科

¹⁸ 袁曉君，違法授信的刑事責任，中原大學財經法律學系碩士學位論文，2000年7月，頁142。

或併科五十萬元以下罰金」。此與我國背信罪相似，不再贅述。

而日本商法第四百八十六條規定，「公司設立時發起人、公司的董事、監察人、董事及監察人之職務代行人、公司的支配人、其他受到關於營業種類事項的委任的使用人，意圖為自己或第三人利益或意圖損害公司，違背其任務，加損害於公司的財產者，處十年以下有期徒刑或科或科以一千萬日幣以下的罰金。另日本商法第四百八十八條之規定，處罰本罪之未遂犯¹⁹。

而日本商法之特別背信罪為日本刑法背信罪之特別規定。其不同點在於，特別背信罪之適用主體有特殊的限制，而特別背信罪之刑度亦高於背信罪。又背信罪之行爲主體限於「爲他人處理事務者」，因此本罪爲純正身分犯；而特別背信罪之行爲主體係對於公司發起人、公司的董事、監察人、董事及監察人之職務代行人、公司的支配人、其他受到關於營業種類事項的委任的使用人爲背信行爲之特別加重規定。因此特別背信罪之主體相對於刑法背信罪而言是不純正身分犯²⁰。

因此，日本實務認爲不具商法第四百八十六條規定主體之身分者如借戶與有身分者共同構成要件之加工行爲或爲教唆、幫助行爲，未具身分者，依據日本刑法第六十五條第二項規定，應適用刑法背信罪之刑責²¹。

（二）我國與日本法制之比較

我國法與日本法制不同點在於我國法對違法貸款之犯罪於銀行法亦有規定。若不屬銀行而爲其他金融機構者，則適用刑法背信罪之規定。而日本法制並未對違法貸款者，區分銀行或其他金融機構之適用。因此對違法貸款行爲之刑事責任，適用日本刑法第二百四十七條背信罪、商法第四百八十六條特別背信罪之規定。

至於刑度方面：依銀行法第一百二十七條之一規定，銀行違反第三十二條……規定者，其行爲負責人，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百八十萬元以下之罰金；刑法第二百四十二條規定，處行爲人五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰。而日本刑法第二百四十七條規定，處五年以下有期徒刑或科或併科五十萬元以下罰金；日本商法

¹⁹ 居林次雄，商法入門講義，稅務經理協會，平成十年，頁 173。

²⁰ 袁曉君，前揭論文，頁 144。

²¹ 中山研一·神山敏雄·齊藤豐治，經濟刑法入門，第二版，1992 年，頁 25。

第四百八十六條規定，處十年以下有期徒刑或科或科以一千萬日幣以下的罰金。因此可知，我國對違法貸款行為人之刑事責任顯較日本商法為輕。

而日本於商法第四百八十六條，曾於平成九年十二月三日修正，將原刑責由七年以下有期徒刑或科或併科三百萬日幣以下罰金，改為十年以下有期徒刑或科或科以一千萬日幣以下的罰金，其理由謂，因商法為刑法背信罪之特別規定，而在經濟社會之發展中常會有背任型態之犯罪，其所產生之被害影響非常大，故應對商法第四百八十六條加重刑責²²。

在我國對違法貸款行為之刑責，視為一般背信罪，因此所處之刑責顯然過輕，或可如日本設一特別背信罪，否則亦應對銀行或金融機構的違法貸款者處以較重之徒刑，作為嚇阻始為妥當。

五、評析

本案例之台中商銀人員（台北分行人員、放審會人員及常董會人員）及非台中商銀人員是否構成背信罪或背信罪未遂？視是否該當於上述之構成要件？

（一）被告 Y12、Y13、Y14（台北分行人員）

地方法院認為台北分行人員（Y10、Y11、Y12、Y13、Y14）客觀上，係受台中商銀雇用，為該公司及全體股東處理事務之人，其等知 C1 等八家公司皆財務結構不佳，貸款之資金用途及還款來源不詳，及應備申請文件頗多欠缺之情形下，卻一一蓋章表示同意，並將此其等授信案送至台中總行審查，有違背其等職務之虞，而除 C2、C5 二家公司，因被放審會退回，無法得款未遂外，其他六家皆貸得款既遂，後其貸得之金額流用於被告 X 之 A，致生損害於台中商銀之財產，其損害乃與該等人員之違背職務有因果關係；於主觀構成要件上，主觀之認識上述八家公司資料不全且資產不足以還貸之情況下仍決意將授信案送至總行審查之故意，並有損害台中商銀之不法意圖。

但高等法院認為，其等屬最基層之辦事員，並無實質決定權，其等之職務只是填寫貸款資料呈送上級做決定，既已照實填寫並不違背其職務，

²² 袁曉君，前揭論文，頁 149。

至台中商銀發生財產損失之結果，係因總行准予貸放之決定所致，亦即其等行爲與損害發生間，不具因果關係，自與背信罪客觀構成要件不符。而在主觀上，該等人員因貸款公司資料不完備即未予填寫並未因使貸款案能順利過關，而爲有利之填寫，仍將不利貸款案之徵信資料載入表格內，故無背信之故意。

本文以爲其等皆爲台中商銀最基層之辦事員，並無實質決定權，亦即對於其所處理之事務，並無某程度之裁量權，僅是程序上之填寫資料。況且其等填寫資料亦是照實填寫並無虛偽記載。另外台中商銀之損害是因放款行爲，並非其等之行爲，縱使其等爲填寫資料行爲仍須經上級主管等之審查，故台中商銀之損害與其等之行爲並無相當因果關係，因此其等並不該當背信罪之構成要件。

（二）被告 Y15（台北分行人員）

地方法院認爲在客觀上，被告 Y15 身爲台北分行存匯部門之襄理，負責督導存款、匯款之業務，而依正常放款程序之授信案，其放款須在總行批覆書到達後及就擔保物完成設定手續完成後始得撥貸，但被告並無先行撥款之正當、堅強之理由而違反上述之規定，有違背職務之虞，其先行撥款，造成台中商銀財物受損；主觀上，被告 Y15 顯係斟酌 Y10 轉達 X 關心此案，知悉被告 X 甚爲關切此案，有故意並爲他人之不法利益之意圖。

然而在高等法院依張○○之證詞知，台中商銀在作業慣例上，遇有「客戶急需用錢」之情形時，係可以先傳真批覆書據以撥款，事後再補寄批覆書。因此，客觀上，被告於基於主管職務上所批示之文件即 Y10 所批示之簽辦條，Y11 所簽具之授信批准登錄單，表示已完成相關之對保手續而後放款並無違背職務；主觀上，被告 Y15 事前未接觸過 C1 等六件授信案，無從了解授信案之徵信內容，基於分層負責之行政理念，被告 Y15 自應遵從簽辦條所批示之條件，故無背信之意圖。本文認爲既然台中商銀有作業上之慣例，而 Y15 亦有主管之允許並有文書可茲證明其並非任意撥貸，故其並無違背職務，並不該當背信罪之構成要件。

(三) 被告 Y4、Y5、Y6、Y7、Y8、Y9 (放審會人員)

地院以爲，被告 Y4、Y5、Y6 (三位爲台中商銀之副總經理)、與 Y7 (稽核室主任)、Y8 (國外部經理)、Y9 (審查部經理) 等爲放審會之人員及 Y3 (總經理) 均係受台中商銀聘雇，爲該行處理事務之專業經理人。倘其等於召開放審會後，對該案作出反對之結論，而非與被告 X 協議事後補正放審會審議結論，即轉往列席常董會，使放審會不了了之，被告 Y4 等人有違背職務之行爲，且其違背職務之行爲厥係致生台中商銀損害之原因，其間具有相當因果關係。

惟高等法院認爲，放審會並無核駁授信案件之權限，僅有審查授信案件及將審查意見提供授權層級參考之權責，縱令授案件資料不齊，參酌上開張瑞府之證詞，放審會亦無逕予駁回之權限，仍須呈交總經理作做後之裁奪，即使放審會決議「緩議」，送給總經理後，如總經理批示提報常董會，授信案件還是照樣須提報常董會討論。是放審委員只須於放審會召開時善盡「言責」，即已盡其職務上應遵守之義務。

但本文以爲，或許主觀上無證據可茲證明其有故意，但在客觀上，放審會之設，不僅一方面在求其專業，避免資源浪費，同時爲股東創造利潤；事實上亦係銀行內部加強控管之重要安全瓣，防止授信案遭銀行高層一、二人之左右，防患有非法或非專業判斷之情事產生。今放審會縱使無核駁授信案件之權限，但是否有善盡其職責？據高等法院之說法，其等之職務上應遵守之義務是善盡「言責」，那麼其等是否有善盡言責？

由地方法院之事實欄中得知，放審會會議就 C1、C3 及 C4 案之審查不了了之，未作成結論。而由張○○等之業務登載不實罪事實欄中得知，其於八十七年十一月十九日將八十七年十一月十三日、十六日放審會議事錄中，就 C1、C3 及 C4 公司授信案之放審會決議變更為「緩議」、「再議」之語觀之，而從放審會審議結論究竟是如被告 Y9 所言：將原先之同意受理，修改成緩議或再議；或如被告 Y4 所言：放審會審議結論為「依質押股票市價六成核貸」、「餘照案通過」，C4 及 C3 公司案審查部原始之意見均係「擬同意受理」，放審會審議結論與 C1 案同，均將「股票質押改為依市價六成核貸」、「餘照案通過」；或如被告 Y7 所述，原來放審會審議結論均係：同意受理，提會討議；或為被告 Y1 所稱：放審會則係：1、

貸放成數由七成改為六成，2、餘照案通過，放審會意見對於 C4、C3 公司授信案之意見為：1、貸放成數由七成改為六成。2、餘照案通過。（地方法院判決書頁六三二頁），等等皆很難看出放審會有反對意見。而對書面上一望即知有問題之貸款案未見任何疑問字句，能算善盡言責之職責了嗎？故高等法院就此之意見有待商榷。

（四）被告 Y1（常董會人員）

地方法院認為，被告 Y1 主觀上明知 C1 等六家公司之規模、營運狀況、財務結構，應不可能各申貸十億元之無擔保信用貸款，竟於常董會八十七年十一月十三日審查 C1 案、八十七年十一月十六日審查 C3 及 C4 案時，未發言反對貸放，使 C1、C3、C4 等三件授信案得以通過；八十七年十一月十九日常董會審查 C7、C6、元裕等三件授信案，雖曾發言表示：依照放審會之意見，但未反對貸放，致常董會仍通過 C7 等三件授信案，顯然違背其職務；其違背職務與台中商銀之損害有因果關係。

但高等法院認為，對於 C1 公司等六件授信案雖經常董會通過，但常董會對 C1 公司等六件授信案之決議及批覆書均有附加「應儘洽徵提貸放金額同額擔保品」之條件，故常董會並非毫無條件通過 C1 等六件授信案之無擔保放款。況被告 X 均於 C1 等六件授信案於常董會討論前，即與被告 Y3 違法指示台北分行放款，台中商銀就 C1 等六件授信案所受之損害，與常董會之召開顯無因果關係存在。

而本文以為，台中商銀之常董會乃該行之最高決定機構，負責決議逾總經理授權額度之授信案，且僅由三名常務董事所組成，顯見此項組織之設，不僅希望在最後猶能集思廣益，作出最適當之決定，亦在防免重大授信案遭到一、二人之把持，而有非法或非專業之因素摻雜，造成銀行受到損害，所擔負之責任自不亞於放審會委員或總經理。故對於任何送至常董會決議之授信案，各常務董事自應明確表示贊成或反對之意見，若不持反對意見，是否代表同意貸放？又董事會為最後決定機關，對授信案何須待放審會之結論再決定贊成與否之理？而至於附加之「應儘洽徵提貸放金額同額擔保品」，是否是條件？何種條件？應是停止條件始有實益，而停止條件在條件未成就前尚未發生效力，但本案於貸款公司尚未提供同額擔保品前，銀行即可放款，還能算條件嗎？

（五）被告 Z3、Z4（非台中商銀人員）

其等既非 A 團之核心人物，亦未參與 A 集團之資金調度及運作，其二人僅係單純之受薪階級，受被告 Z1、Z2 之指示從事職務內之工作，縱被告 Z3 曾持匯款資料至台北分行、於對保時在旁邊幫忙影印資料，被告 Z4 曾與被告 Y15 電話聯繫確認匯款帳戶、傳真匯款帳戶至台北分行，亦僅係在職務上執行被告 Z1、Z2 所指派之工作。此外，本院又查無其他積極證據足以證明被告 Z3、Z4 事先即與被告 X 有共謀背信之行爲，自不能單憑被告 Z3、Z4 單純執行事務性之工作，即認其二人有背信之犯意

（六）小結

高院於被告 Y12、Y13、Y14、Y15、Z3 及 Z4 之無罪判決部分，本文認爲此種見解，可茲贊同。蓋對處於弱勢之職員而言，足以使其不致承擔不公平之刑責，甚有意義。而在上位者利用權勢，似可論以間接正犯之刑責。

第三節 附屬刑法或特別刑法

一、銀行法之違反內部無擔保授信罪

（一）前言

對銀行內部授信限制之原因，在於一九八八年美國基層金融機構發生經營危機，事後發現該機構之龐大不良放款；一九九一年七月國際信用銀行所發生的金融醜聞，經會計師查帳亦發現其主要股東、董事等內部關係人，未經正常程序之借款極鉅，再次震驚國際金融界。而我國在經過一連串震驚社會之金融弊端，財金主管當局察覺銀行內部利益之衝突，正是促成部分銀行不斷違規之主因；部分銀行之董監事，利用職權上之方便，毫無顧忌大肆向銀行借款，有些甚至逾期不還，形成銀行經營上之困難，直接危害廣大存款人之權益²³。

²³ 金銅林，銀行法，增訂四版，2002 年，頁 100-101。

而本案例之三次超貸行爲中，在第二次之 C3、C4 兩家公司及第三次之 C8 公司與台中商銀董事長 X 有利害關係，卻爲無擔保之貸放。依銀行法三十二條謂，銀行不得對其持有實收資本總額百分之三以上之企業，或本行負責人、職員、或主要股東，或對與本行負責人或辦理授信之職員有利害關係者，爲無擔保授信。但消費者貸款及對政府貸款不在此限。否則，依銀行法第一百二十七條之一規定，銀行違反第三十二條……規定者，其行爲負責人，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百八十萬元以下之罰金。茲將其構成要件分述如下，

（二）客觀構成要件

1、 行為主體

本罪之行爲主體爲銀行。而銀行在學理上有廣義與狹義之解釋，若將銀行業務之重點著眼於貨幣之借貸，則所有經營貨幣借貸業務者，均可視爲銀行；若將銀行業務之重點著眼於貨幣之創造或消滅功能者，則所有經營貨幣借貸業中，只有能夠創造或消滅貨幣之商業銀行方可稱爲銀行。而美國學者謂，銀行乃是收受存款，創造信用，便利財產交易之機關，其爲狹義之說法；日本學者謂，銀行乃憑自身之信用，在社會之一方負擔債務，在社會之他方爲債權，藉此中介作用，以調劑資金供需爲業務之機關，其較偏向廣義之說法。

至於我國依銀行法第三條規定「本法稱銀行，謂依本法組織登記，經營銀行業務之機關。」就其條文分析，銀行法所謂之銀行，一、須依照銀行法之有關規定組織登記；二、須依照銀行法第三條所定之業務範圍內，經營中央主管機關所核定或經中央銀行特許之銀行業務；三、縱令辦理銀行業務，如未依銀行法組織登記，亦不能就此視爲銀行。故如依據合作社及農會法設立之信用合作社及農會信用部，雖經辦存款、放款等銀行業務，仍不能視同銀行，而僅能列爲廣義之金融機構。

又銀行法既言依銀行法組織登記，故依銀行法第五十四條規定，銀行經許可設立者，應依公司法規定設立公司；又依同法第五十二條之規定，銀行之設立以股份有限公司爲限；至於經營銀行業務之機構，乃鑒於前述學理上對銀行定義之廣、狹兩義在適用上之困境，故藉銀行業務賦予銀行

之定義，不失為妥當之立法²⁴。易言之，本罪之行爲主體僅限於依公司法設立許可，並屬股份有限公司類型之銀行。因惟有此種銀行始能違犯本罪，本罪應爲身分犯。又因其以一定之身分爲犯罪構成要件，故屬純正身分犯。

2、 行為客體

本罪之行爲客體係指持有實收資本總額百分之三以上之企業，或本行負責人、職員、或主要股東，或對與本行負責人或辦理授信之職員有利害關係者。

所謂之本行負責人應指銀行負責人，而所謂之銀行負責人依銀行法第十八條規定，銀行負責人是依公司法或其他法律或其組織章程所定應負責之人。又同法第五十二條第一項規定，**銀行爲法人，其組織除法律另有規定或本法修正施行前經專案核准者外，以股份有限公司爲限。**故依上述之條文分析，

(1) 股份有限公司組織之銀行，其負責人依公司法第八條第一項之規定應爲董事²⁵；又依同法第二項之規定，其經理人、清算人、監察人，在執行職務範圍內，亦爲負責人²⁶。

(2) 依其他法律設立或新銀行法修正施行前經專案核准之銀行，其負責人應依該銀行所核設立之特別法律或其組織章程所定應負責人。依銀行法施行細則第三條之規定，非屬公司組織型態之銀行及其他金融機構，應在其組織章程內載明負責人之範圍，包括董(理)事、監察人(監事)、總

²⁴ 日本銀行法第二條規定，「本法稱銀行，謂取得第四條第一項大藏大臣之許可經營銀行業者」；新加坡銀行法第二條規定，「銀行，謂持有依本法第七或七十二條授與之有效執照，並經營銀行業務之公司」。轉引自金銅林，前揭書，頁 26。

²⁵ 依公司法第二百零二條規定，公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。又依第二百零八條規定，董事會，設有常務董事者，董事長或副董事長由常務董事互選之。董事長對外代表公司。董事長請假或因故不能行使職權時，由副董事長代理之；無副董事長或副董事長亦請假或因故不能行使職權時，由董事長指定常務董事一人代理之；常務董事於董事會休會時，依法令、章程、股東會決議及董事會決議，以集會方式經常執行董事會職權，由董事長隨時召集。

²⁶ 例如銀行法第一百二十八條第一項，銀行之董事或監察人違反第六十四條第一項規定。……各處新臺幣二百萬元以上一千萬元以下罰鍰。又如第一百零七條第一項規定，信託投資公司違反法令或信託契約，或因其他可歸責於公司之事由，致信託人受有損害者，其應負責之董事及主管人員應與公司連帶負損害賠償之責。

經理（局長）、副總經理（副局長、協理）、經理、副經理。

（3）另銀行負責人並不以自然人為限，在法人為銀行股東時，依公司法第二十七條第一、二項之規定，除該法人外，並包括其當然負責人及依法指定代表執行職務的自然人與代表法人當選為董事、監察人等代表。

所謂主要股東依銀行法第三十二條第三項之規定，係指持有銀行已發行股份總數百分之一以上者；主要股東為自然人時，本人之配偶與其未成年子女之持股應計入本人之持股。

所謂有利害關係者，依同法第三十三之一條規定，包括（1）銀行負責人或辦理授信之職員之配偶、三親等以內之血親或二親等以內之姻親。（2）銀行負責人、辦理授信之職員或前款有利害關係者獨資、合夥經營之事業。（3）銀行負責人、辦理授信之職員或第一款有利害關係者單獨或合計持有超過公司已發行股份總數或資本總額百分之十之企業。（4）銀行負責人、辦理授信之職員或第一款有利害關係者為董事、監察人或經理人之企業。但其董事、監察人或經理人係因投資關係，經中央主管機關核准而兼任者，不在此限。五、銀行負責人、辦理授信之職員或第一款有利害關係者為代表人、管理人之法人或其他團體。

所稱之消費者貸款係指對於房屋修繕、耐久性消費品（包括汽車）、支付學費及其他個人之小額貸款，而消費者貸款之額度，每一消費者一般消費者貸款訂為新臺幣八十萬元，信用卡循環信用餘額以不超過二十萬元為限²⁷。

3、行為

本罪之行為為無擔保授信。所謂之授信，依銀行法第五條之二條規定，謂銀行辦理放款、透支、貼現、保證、承兌及其他經中央主管機關指定之業務項目，其除列舉之授信項目外，並爰授權中央主管機關予以指定項目，以應實際需要。另財政部六十八年十月有關單一客戶授信之限制規定中，曾提及所謂授信應包括各種放款、保證款項、透支、貼現、進口押匯、買入匯款、應收承兌票款等項，其除列舉各種臺幣授信，並有押匯、買匯等外幣授信。

²⁷ 金銅林，前揭書，頁 105。

至於無擔保授信，即指沒有擔保授信。而所謂擔保授信，依銀行法第十二條規定，本法稱擔保授信，謂對銀行之授信，提供左列之一為擔保者：（1）不動產或動產抵押權。（2）動產或權利質權。（3）借款人營業交易所發生之應收票據。（4）各級政府公庫主管機關、銀行或經政府核准設立之信用保證機構之保證。

第一、二兩款即為一般所稱之擔保。而第一款之為銀行最常用的擔保方式，借款人如提供不動產如土地、建物為擔保，係依民法規定設定抵押權或最高限額抵押權。第三款之應收票據，照財政部之解釋已排除支票，故借款人所提借者為匯票、本票時，始為合法之擔保，如提供遠期支票，則僅能作為副擔保，而以無擔保之放款處理為宜，即一般所稱之客票融資²⁸。第四款之銀行或有關機關之保證，其信用為具有代替信用之特質，由其等出具書面保證或信用狀有確實性與安全性。而各級政府公庫主管機關，係指財政部、財政局等機關。銀行則包括本國銀行、信託投資公司、在我國境內登記營業之外國銀行之分行，以及總資產在世界排名五百名以內信用卓著之外國銀行所簽發之擔保信用狀，但子銀行對母銀行授信客戶所提供之銀行保證，基於集團授信風險之考量，不宜認定為擔保授信。信用保證機構係指財團法人「中小企業信用保證基金」、「農業信用保證基金」、「華僑貸款信用保證基金」、「票券金融公司」以及「大貿易商」依照規定對中小出口工業所辦理之「進口融資保證」與「保險公司」對個人戶借款人所辦理之「保證保險或信用保險」等²⁹。

（三）主觀構成要件

按刑法總則第十二條規定：「行為非出於故意或過失者不罰。過失行為之處罰以有特別規定者為限。」同法第十一條規定：「本法總則於其他法令有刑罰之規定者亦通用之，但其他法律有特別規定者不在此限。」，足見刑法處罰犯罪行為以故意為原則，而以過失為例外，銀行法有關刑事責任之規定並未排除刑法之相關規定，解釋上應仍適用刑總之規定。因此，本款並未處罰過失，其處罰應以故意者為限。而此故意包括直接故意與未必故意。

²⁸ 財政部 64.10.9 臺財錢第 20329 號函，查支票係支付工具而非信用憑證，故遠期支票應非屬合於銀行法第十二條第三款所規定之擔保。

²⁹ 金銅林，前揭書，頁 54。

（四）檢討

銀行或金融機構違反銀行法第三十二條而構成同法第一百二十七條之一，其與刑法第三百四十二條之背信罪，適用關係如何？應優先適用刑法第三百四十二條背信罪或銀行法第一百二十七條之一，亦即應依刑法第五十五條優先適用刑法第三百四十二條背信罪之規定？還是依特別法（銀行法）優先適用普通法（刑法）之原則，而優先適用銀行法？這將對違法貸款者之論罪科刑有影響—銀行法第一百二十七條之一之最高刑度為三年，而刑法第三百四十二條之最高刑度卻有五年。學者有謂，銀行或金融機構為違法授信為利害關係人放款者，可能產生優先適用刑法第三百四十二條或銀行法第一百二十七條之一之問題，亦即究應適用刑法第五十五條想像競合犯之規定，而適用刑法之規定？或依特別法優先普通法，而優先適用銀行法之規定？僅能透過修正銀行法，將銀行法第一百二十七條之一刑度提高，或明文規定依刑法或特別刑法（即從重處罰）以解決爭論³⁰。

依據銀行法第一條規定，為健全銀行業務經營，保障存款人權益，適應產業發展，並使銀行信用配合國家金融政策，特制定本法。可知銀行法設立之目的，除保障銀行業之經營體質外，另重要目的即在保障存款人之權益。而銀行法第一百二十七條之一之制定，主要因當時十信弊案對於社會經濟造成重大影響，因此有本條之設立。由立法意旨，銀行法第一百二十七條之一規定，應是刑法背信罪之特別規定，因其主要目的是健全銀行體系之經營體質，而對於銀行之財產作前置性之保護，以避免銀行發生不良債而損害銀行業務經營。其或許有可能欲仿日本商法之特別背信罪，可是令人不解的是既然是特別的，其刑度理應重於普通背信罪，可是事實卻不然。因此，適用之結果，還是用普通刑法之刑度來處理。因此，本論文認為此條文之刑度應提高，否則即喪失其立法之本意。

二、證券交易法之違約交割罪

央行於八十七年十一月十九日對台中商銀台北分行專案檢查，至二十三日完畢，發現諸多重大缺失，並將檢查結果於二十四日函覆財政部，並

³⁰ 賴英照，農會信用部管理法治的探討（上），月旦法學第五十六期，2000年1月，頁103。

移送台灣台中地方法院檢察署偵辦。X 於八十七年十一月二十四日凌晨，在 A 集團內，召集 Z1、Z2、Z7 等人，全面抽換原於八十七年十一月二十三日晚間十時許所備妥欲供翌日交割之匯款單等資料，重新製作匯款單、取款條等資料，對以人頭帳戶所買賣之 B、台中商銀股票不為交割並不再履行自二十四日起之交割。因而自二十四日起至二十六日止，連續發生鉅額違約交割。而依證券交易法第一百五十五條第一項第一款違約交割罪之規定，在集中交易市場報價，業經有人承諾接受而不實際成交或不履行交割，足以影響市場秩序者。茲將其構成要件分析如次。

（一）客觀構成要件

1、行為主體

現行實務下證券經紀商與投資人之法律關係採行紀關係，證券商才是真正有價證券買賣契約之當事人，且違約交割之刑事責任又無如民事責任規定證交法第二十條第四項準用第一百五十五條第三項，肯認委託證券經紀商以行紀名義買入或賣出之人，視為取得人或出賣人，如果違反第一五五條第一項規定，即有民事損害賠償責任³¹，然而刑事責任處罰之主體究為證券商抑或是投資人，學說及實務有不同看法。

（1）學說

有學者是透過間接正犯之理論，肯認投資人亦為本款之行為主體，此說見解認為，刑法以行為人是否自己實施構成要件行為來分類，有直接正犯與間接正犯，投資人利用別人之行為去買賣成交，事實上不履行係其自己所決定，證券商只是作為一個工具，投資人並不會因為有「在集中交易市場交易」之字眼而將其排除在外³²。

但多數學者³³認為本款行為主體僅指證券自營商及證券經紀商。學者

³¹ 賴英照，證券交易法逐條釋義（四），1996年8月，頁500。

³² 劉連煜，違約不交割與間接正犯，月旦法學教室，第五期，頁25。

³³ 如賴英照，證券交易法逐條釋義（四），1996年8月，頁500。林國全，從日本法之規定檢視我國證交法第一百五十五條反操縱條款，收錄於氏著「證券交易法研究」，2000年9月，頁170；即政大法學評論，第四十九期，1993年12月，頁137。另實務人士沈揚仁，證券投資人與證券經紀商之法律關係，收錄於司法研究年報，第十五輯中冊

謂：「本款條稱在集中交易市場報價，其主體究係指證券自營商及證券經紀商？或指一般投資人？從現行規定觀察，應指自營商及經紀商而言。此點證交法第一百五十五條之規定甚為明白：『於有價證券集中交易市場為買賣者，在會員制證券交易所限於會員；在公司制證券交易所限於訂有使用證券集中市場契約之證券自營商或證券經紀商。』，實務運作上，投資人委託經紀商買賣有價證券，經紀商將委託以電腦輸入方式向交易所報價，並由交易所撮合成交，此種實務運作，與上開規定相符。且本款所稱：『不履行交割』，其情形究係指證券自營商與證券經紀商之不履行交割？或指一般投資人不履行交割？從現行規定及實務運作情形觀察，應指自營商及經紀商之不履行交割而言。依證交法第十五條第三款規定，經紀商受託買賣有價證券得為行紀或居間，現行實務上則採行紀。因此，買賣關係之主體為受託買賣之雙方證券經紀商，而非委託買賣之投資人。本條第四項規定『第二十條第四項之規定，於前項準用之。』明示準用之目的在於解決民事責任，而非刑事責任之問題。第二十條第四項使用『視為』一語，明示委託人並非買賣主體，其不負履行交割義務更為明顯。因此，在證券集中交易市場報價且負履行交割義務者，如為證券經紀商與證券自營商，則本條對於委託經紀商買賣有價證券之投資人似難有適用餘地³⁴」。

(2) 實務

A 早期實務

在最高法院七十八年台上字第三一七九號判決及台灣高等法院高雄分院八十年度上訴字第九〇三號判決曾透過證交法第一百五十五條第二項準用同條第一項之規定，直接肯認投資人亦為本款之行為主體。

最高法院七十八年度台上字第三一七九號判決認為「七十七年一月二十九日經修正公佈之證交法第一百五十五條第二項規定『前項之規定，於證券商營業處所買賣有價證券準用之。』，被告在證券商之鼎康公司委託其買賣上開股票成立不履行交割，首亦成立上開各款之罪。」，乃依證交法第一百五十五條第二項「準用」第一項第一款而成立第一項第一款之罪，判處被告之投資人有期徒刑一年確定。

，1995年6月，頁407-416。

³⁴ 賴英照，證券交易法逐條釋義（四），1996年8月，頁501。

惟證交法第一百五十五條第二項規定之「於證券商營業處所買賣有價證券」係指集中交易市場以外之店頭市場而言，所買賣之有價證券係上櫃證券，而證交法第一百五十五條第一項係上市證券之買賣，兩者規範對象截然不同。該條第二項之準用係指在集中交易市場禁止操縱行為之規定，亦準用於店頭市場，而非指在集中交易市場委託經紀商買賣之投資人準用於第二項之規而為買賣之當事人。有論者以為早期實務對於條文之解釋不當³⁵。

B 近期實務

最高法院八十年台上字第四五八〇號判決亦透過間接正犯之理論，肯認投資人亦為本款之行為主體。間接正犯的工具（被利用人）本身所為的行為可能是違法的，亦可能是合法的，證券商只是接受委託而從事買賣，本身並沒有操縱之故意，只是單純的工具而不會構成犯罪，應由投資人來對其行為負責³⁶。而司法院曾就本款處罰之對象是否包括投資人而提出討論，結論亦認應透過間接正犯之理論，將與證券經紀商訂立委託契約買進或賣出股票之投資人，包含在本款行為主體之內³⁷。

證券經紀商依民法行紀之法律規定，受投資人委託在證券集中交易市場以自己之名義締結買賣契約，為契約之直接當事人，負有「絕對」之交割義務；再者，當市場上有委託買賣之投資人拒不交割時，其受託之證券經紀商為避免本身遭受行政處分，皆會自行履行交割義務，因此所受之損失再向投資人求償³⁸。於此情形，證券商既無不履行交割之情形，證券交易市場上亦無本款違約不交割客觀行為之成立。又現行交割制度係採二段式之交割方式，縱在交割前段，投資人不履行與證券商間因委託買賣所應交付之款券，惟因證券商對交易所負

³⁵ 廖雅鳳，證券集中交易市場反操縱條款刑事責任之比較研究，中原大學財經法律學系碩士論文，1999年，頁41。

³⁶ 八十年六月五日（80）廳刑一字第六六七號函覆台灣高等法院。

³⁷ 民國八十四年三月十三日司法院第二十六期司法業務研究會內容，收錄於證券管理法令選錄，劉連煜主編，1999年9月，頁1033-1034。

³⁸ 台灣證券交易所股份有限公司營業細則第九十一條第一項：「委託人不如期履行交割義務，即為違約，證券經紀商除應於委託人違約當日下午六時前依本公司訂定之「證券經紀商申報委託人違約案件處理作業要點」規定申報違約，同時通知委託人外，並應立即代辦交割手續。」可知，縱投資人不履行對券商之義務，券商仍會在交易所辦妥一切交割義務，再向投資人依約求償。參見證券暨期貨管理法令摘錄，財政部證券管理委員會編印，2003年1月出版，頁638。

有絕對之交割義務，若發生有投資人違約之情形，皆由證券商代墊款券，嗣後再向投資人請求，此時在證券市場上，證券商既無不履行交割之情形存在，即無符合本款不履行交割之客觀犯罪行為之成立，從而亦無從以本款間接正犯之身分論處該不履行與證券商間買賣契約之投資人刑責³⁹。

2、行為

違約交割之行為有不實際成交及不履行交割兩種。一般而言，除以有價證券為帳簿劃撥辦理交割適用「有價證券集中保管帳簿劃撥作業辦法」辦理交割外，集中交易市場有價證券之買賣，於成交日後第二營業日辦理交割。依臺灣證券交易所股份有限公司營業細則第九十一條及證券經紀商申報委託人違約案件處理作業要點規定，委託人不如期履行交割，或其應付交割代價屆期未獲兌現者，即為違約。此時證券經紀商除應於委託人違約當日下午六時前向臺灣證券交易所申報違約外，並應立即代辦交割手續。因此，不實際成交之情況是否存在？又此等行為是否須足以影響市場秩序？本文將就不實際成交與足以影響市場秩序之問題探討如次。

(1) 不實際成交

此係沿用舊法之用語而來，在人工撮合市場或有可能，惟在民國七十七年底我國證券交易市場全面採取電腦化交易制度後，投資人委託經紀商買賣有價證券，證券經紀商將「委託」輸入電腦，送至交易所電腦主機，依時間優先、價格優先⁴⁰原則等待撮合。除在等待成交過程中，經紀商依台灣證券交易所股份有限公司營業細則第五十八條第六項之規定向交易所終端機撤銷⁴¹（即撤回其要約）其買賣申報，否則一經交易所電腦撮合，買賣契約即已成立於雙方受託之證券經紀商之間，即使事後委託人違約不履行其行紀契約義務，亦僅是委託人

³⁹ 莊勝榮，論證券集中交易市場操縱行為之刑事責任，證券金融雜誌，第二十七期，1990年10月，頁66。

⁴⁰ 台灣證券交易所股份有限公司營業細則第五十八條之二。參見證券暨期貨管理法令摘錄，財政部證券管理委員會編印，2003年1月出版，頁605-606。

⁴¹ 該條所謂「撤銷」，應係指「撤回」之意。參閱證券暨期貨管理法令摘錄，財政部證券管理委員會編印，2003年1月出版，頁605。

對經紀商之違約賠償問題，在電腦交易市場應無「業經有人承諾而不實際成交」的情況。亦即在實務上採行紀關係架構下，證券經紀商為買賣契約之主體，證券經紀商將委託單輸入電腦，送至集中交易市場等待撮合中，除非證券經紀商向證券交易所撤回其買賣申報，如未經撤回，而經證券交易所撮合，其買賣契約即成立於雙方受託買賣之證券經紀商間，即成交⁴²。故證券經紀商即負交割義務，如證券經紀商事後不辦理交割，是不履行交割的問題，至於不實際成交之情形尚難想像⁴³。

證管會八〇年台財證（二）第一〇二七六號函釋即指出，所謂「實際成交」，指有價證券之買賣契約經要約、承諾意思表示合致並完成交易程序，包括有價證券及款項之給付、交割等。惟如作此種解釋，則所謂「不實際成交」，將與同款「不履行交割」之意義重複；故此規定，似為贅語。

（2）足以影響市場秩序

所謂足以影響市場秩序者，係指市場秩序有因此受到影響之危險即可構成，至於市場秩序是否確實因而受到損害或影響，並非所問⁴⁴。然學者有謂⁴⁵，本款所稱足以影響市場之秩序，在刑法上係屬所謂之具體危險犯，換言之，必定要具體產生影響市場秩序者，始能構成本款之罪。惟目前實務對於影響市場秩序之認定，只要有不履行交割之行為，即認定足以影響市場秩序；因而，實務上似乎採取抽象危險犯之見解。

⁴² 學者認為證券買賣之契約成立係要約交錯，參閱邱聰智，民法債編通則，增訂六版，輔大法學論叢，1983年，頁36。

⁴³ 吳光明，證券交易法論，增訂五版，2002年，頁306。

⁴⁴ 吳光明，前揭書，頁307。

⁴⁵ 劉連煜，前揭文，頁24。

（二）主觀構成要素

1、構成要件故意之認定

本款處罰違約不交割之行爲是否包括交割義務人因自己之過失而未履行交割之情形？按刑法總則第十二條規定：「行爲非出於故意或過失者不罰。過失行爲之處罰以有特別規定者爲限。」同法第十一條規定：「本法總則於其他法令有刑罰之規定者亦通用之，但其他法律有特別規定者不在此限。」，足見刑法處罰犯罪行爲以故意爲原則，而以過失爲例外，證交法有關刑事責任之規定並未排除刑法之相關規定，解釋上應仍適用刑總之規定⁴⁶。因此，本款並未處罰過失，違約交割行爲之處罰應以故意者爲限⁴⁷。就本款而言，對「在集中交易市場報價，業經有人承諾接受而不實際成交或不履行交割，足以影響市場秩序」之客觀構成犯罪事實，均應全部加以認識始爲已足。簡言之，即行爲人在從報價到交割完畢之整個集中交易市場證券交易流程中，均須有故意存在⁴⁸。

2、是否應具備主觀不法意圖

本款罪名之成立，除行爲人主觀尚須具備違約之故意外，是否尚須具備操縱市場之不法意圖？由證交法之立法沿革來看，民國七十七年修正本款時，去除「無實際成交意思空報價格」之主觀要素，以免除檢察官之舉證責任，以致實務運用上，對本款犯罪之認定，只要一有違約交割行爲即構成犯罪，不以行爲人具備操縱市場之主觀犯意爲必要⁴⁹，以致本款素有證交法中嚴刑峻法之稱。但有學者認爲，此種修正之目的在於減輕檢察官之舉證責任負擔，不過單純違約不交割行爲其行爲人未必有惡性，如一律

⁴⁶ 賴源河，證券管理法規，增修訂版，1996年2月，頁378。

⁴⁷ 林國全，前揭文，頁189。

⁴⁸ 梁宏哲，證券集中交易市場操縱行爲刑事責任之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1993年6月，頁78。

⁴⁹ 實務判決請參閱台北地方法院士林分院八十年訴字第五三六號、台中地方法院八十年訴字第一七七二號、台灣高等法院八十年上訴字第三〇〇四號、台北地院八十年訴字第二五一九號、高雄地院八十三年訴字第三八八四號等刑事判決。

以本款規定予以處罰，似有不妥⁵⁰。

（三）檢討

綜上觀之，在實體法上，行為主體因證券經紀商與投資之行紀關係，導致本條款適用之爭議，有明文之必要，以避免適用上之困擾。而不實際成交在運用電腦之現代已不復存在，可將其刪除。

至於本案，被告 Z3、Z4 於八十七年十一月二十四日凌晨並未參與 A 集團之緊急會議等情，又據證人證稱，顯見渠等事先並不知被告 X 將違約交割之決定。且辦理抽換單之業務非其職掌，又據證人調查陳稱，辦理抽換單時，係由被告 Z2 負責指揮等語。而被告 Z4 於八十七年六、七月間因 B 公司辦理現金增資，曾認購 B 股票六十張，二十四日被告 Z4 亦未回贖賣出，致令自己蒙受巨額之損失。因此，本論文贊同高院對 Z3、Z4 無罪之判決。

三、證券交易法之違背連續高價買入或低價

賣出交易罪

A 集團買賣 B、台中商銀股票，除由被告 X 主導外，Z5 則承 X、Z1 之命，於 A 集團之「操盤室」，指揮 Z6、Z9、Z10，由 Z5 負責買盤部分，Z6 負責賣盤部分，以電話向券商下單買賣 B 及台中商銀股票，Z9、Z10 亦支援賣盤部分，但主要接聽券商回報之電話。在內部由被告 Z1、Z2 負責統籌資金之調度，X 則另與 Z1、Z2 及 Z7 共同要求員工、眷屬、往來之對象開立人頭帳戶供該集團買賣股票使用，人頭帳戶之印章歸 Z8 保管；且每日股市收盤後，由被告 Z3 之財務課承辦人依券商送來之交割憑單製成支出請准單，經 Z3 覆核後，交由 Z2 審核，Z2 審核完畢，即送至 Z4 之出納課，由出納課承辦人根據請准單製作取款條、匯款單，經 Z4 覆核後，最後由 Z1 核可支出交割款項，亦即由被告 Z1、Z2、Z3 及 Z4 四人共同完成買賣股票之交割手續。八十七年十一月二十一、二十三日被告 Z2 等非法拉抬 B 股票價格，係違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項四款

⁵⁰ 吳光明，前揭書，頁 307。

連續高價買入或低價賣出交易罪之規定，應依同法第一百七十一條論處。

按證交法第一百五十五條第一項第四款規定，意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，自行或以他人名義，對該有價證券，連續以高價買入或以低價賣出者。可稱其為連續交易之操縱行為或誘使他人買賣之操縱行為，此種行為有製造人為交易假象，使投資大眾誤信此種股票交易價格將會產生波動，乃競相搶高或殺低，結果產生股價發生巨大波動，操縱行為人於是趁機逢高出脫或逢低買進，從中獲取暴利。茲將其構成要件分析如下，

（一）客觀構成要件

1、行為主體

本罪行為主體為自行或以他人名義者，亦即投資人或買方抬高有價證券之交易價格、或為賣方壓低有價證券之交易價格、或為其買方或賣方所委託之證券商、或利用他人名義而買賣者，如有犯意之聯絡或行為之分擔，即構成本罪之行為主體。因此，本罪之行為主體並不發生因行紀關係所衍生之法律適用上問題⁵¹。換言之，本罪之行為主體無論買方或賣方，其委託證券商為買賣者，若符合本款構成要件者皆可成立；而除了行為人外，如利用他人名義買賣者亦可構成，行為主體並無身分之限制。

2、行為

本罪之行為乃對於某種有價證券連續以高價買入或以低價賣出之行為。而何謂連續？何謂高價買入或以低價賣出？茲說明並討論如次。

（1）連續

所謂連續之意義，實務上認為，只要基於概括故意，為二次以上之行為即為連續⁵²，似與刑法上連續犯對連續概念為相同之解釋⁵³，但本款既以

⁵¹ 張秉生，證券市場操縱行為規範之研究，東吳法研所碩士論文，1996年6月，頁97。

⁵² 參閱台北地院檢察署七十一年度偵字第一一九一二號有關「鴻運案」不起訴處分書。

⁵³ 溫耀源，證券交易法民刑法律問題之研究，證券暨期貨市場發展基金會，1991年7月，頁128。

連續以高價買入或以低價賣出，其犯罪行為本身即具有連續之性質，因此，最高法院認為，本款連續之意義與刑法第五十六條連續數行為而犯同一罪名之連續犯是不同的⁵⁴。換言之，本款既以「連續」以高價買入或以低價賣出為構成要件，犯罪本身即有連續多次買入或賣出股票之性質，自無庸再依刑法第五十六條規定論以連續犯⁵⁵。

(2) 高價買入或低價賣出

美國一九三四年證券交易法第九條第一項第二款與日本證券交易法第一五九條第二項第一款並無類似本款之用語，而係以行為人作連續買賣，以抬高或壓低證券價格或造成交易活絡之現象為要件，其重點在於連續買賣所造成抬高或壓低價格之結果，在認定標準上較我國為具體而客觀⁵⁶。

早期實務認為高價與低價為相對性之概念，必有客觀之比較始能知其高低，且股票市場為自由競價市場，漲跌應以供需為準，何價願買，何價願賣，繫於個人之判斷，故價格之高低，除依客觀標準評價外尚含有個人主觀之因素。近期最高法院認為，所謂「連續以高價買入」，係指於特定期間內，逐日以高於平均買價，接近最高買價之價格或以最高之價格買入而言⁵⁷。而證管會亦認為本款抬高或壓低之行為，即連續以高價買進或低價賣出。

然而所謂「連續以高價買入或以低價賣出」只不過是一連串之買入或賣出。因為一般雖是後買入價高於前買入價或後賣出價低於前賣出價，但是亦可能因他人之賣出或買入而中斷此上升或下降之趨勢，故只要有不惜以高價連續買入或以低價連續賣出之行為及期望即滿足本款之要件⁵⁸。亦即股價可以在不必提高買價之情形下炒高，增加買單，亦可促成價格上揚之一項工具。需求增求，供給亦相對吃緊，因而又逼使其他人提高價。因

⁵⁴ 最高法院七十五年度台上字第六三一五號刑事判決；八十四年度台上字第一五九六號：證券交易法第一百五十五條第一項第四款，係以有連續高價買入或以低價賣出之行為，為其構成要件，此與刑法第五十六條之連續犯有別。

⁵⁵ 台北地院七十九年訴字第二一九六號刑事判決，收錄於該院編印裁判書彙編，1991年第一期；梁宏哲，證券集中交易市場操縱行為刑事責任之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1993年6月，頁155。

⁵⁶ 賴英照，證券交易法逐條釋義（三），1996年8月，頁385、398。

⁵⁷ 最高法院七十四年度台上字第五八六一號刑事判決。

⁵⁸ 余雪明，證券管理，1983年9月，頁441-442。

此，除了在法律適用上，高價或低價之用語，無法明確表達操縱行為之含義，況且重點亦不是高價、低價之認定，其關鍵反在於是否意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，進而誘使他人購買或賣出⁵⁹。

（二）主觀構成要件

1、故意

本罪之行為人須對其連續以高價買入或以低價賣出之行為有故意，本罪之故意包括直接故意與未必故意，行為人只要對於本罪之客觀要件的事實有所認識，而決意為之即屬之。

2、不法意圖

行為人主觀上有影響市場行情之意圖⁶⁰，其不法意圖之內容為抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，亦即不以連續買賣行為影響集中交易市場行情變動之大小為本款犯罪構成要件，而係以行為人有無抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格之主觀不法意圖為其認定標準。但意圖的證明，很難從行為人之主觀意圖獲得證實，須從行為人的買賣交易事實及涉案時的市場客觀情況而決定⁶¹。另有學者認為除有連續交易之操縱行為之主觀要件外，尚須有影響集中交易市場行情及抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格等主觀不法意圖，還有誘使他人買賣之意圖始有本款之適用⁶²。

（三）檢討

在實體上，本款既以「連續」以高價買入或以低價賣出為構成要件，犯罪本身即有連續多次買入或賣出股票之性質，即本罪之行為本身即含有連續之性質。而高價及低價為不明確之概念且無法充分說明操縱行為之含

⁵⁹ 賴英照，證券交易法逐條釋義（四），1996年8月，頁503。

⁶⁰ 最高法院七十四年度台上字第五八六一號刑事判決。

⁶¹ 賴英照，證券交易法逐條釋義（三），1996年8月，頁385。

⁶² 吳光明，前揭書，頁311；賴英照，證券交易法逐條釋義（三），1996年8月，頁383；余雪明，證券交易法，1990年7月，頁182；賴源河，證券管理法規，增修訂版，1996年2月，頁382。

義，因股價可以在不必提高買價之情形下炒高，如增加買單，亦可促成價格上揚，即需求增求，供給亦相對吃緊，可逼使其他人提高價格。另觀美、日之證券交易法亦不用此語句，因此高價及低價應可刪除。

而關於本案，被告 Z3、Z4、Z7、Z8 僅為幫助犯，而 Z9 及 Z10 為無罪，茲將其理由分述如次。

1、被告 Z3、Z4、Z7、Z8：按「操縱、拉抬股票價格」之直接行為，必定來自於對股票之大量下單買賣，而買賣股票之價格、數量，則為直接影響之要素，此更賴下單人員隨時注意市場之變動，而機動應變，此觀被告 Z5 下單之地方置有五台電腦，可隨時觀測市場行情之變化，即可得明證，而買賣 B 股票係由被告 X、Z1、Z2 主導並負責資金調度是 B 股票之買賣決策與執行自與被告 Z3、Z4、Z7、Z8 無關。

被告 Z3 雖自承其財務處曾通知員工或眷屬開立人頭戶，然此亦僅係執行主管之指示，本身並無參與決策，自不能單憑被告 Z3 有通知開戶之行為，被告 Z4 有通知眷屬開戶之行為，即認其等有共同違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項第四款之規定。

被告 Z7 既無參與股票買賣之決策，縱使被告 Z7 曾轉告所屬員工或往來廠商依自由意願配合開立人頭戶，亦不能因此即認被告 Z7 有共犯修正前證券交易法第一百五十五條第一項第四款之犯行。

印章保管人員只是單純依主管之指示用印，並無參與任何決策可言，而存摺僅係為明瞭資金狀況，故縱使被告 Z3、Z8 有如被告 Z2 所言，分別保管人頭戶之存摺、印章，亦與操縱、拉抬股價無關。而被告 Z8 雖為被告 X 之秘書，然被告 X 有四位秘書，被告 Z8 之工作性質僅及於總裁對外電話聯絡、行程安排、私人信件處理、及處理辦公室其他雜物事項等，此外又無其他證據足以證明被告 Z8 有證券交易法第一百五十五條第一項第四款之犯行。

然因被告 Z3、Z4、Z7、Z8 等人提供帳戶供 A 集團於八十七年十一月四日至二十三日買賣 B 股票，Z7 更以千 O 公司之代表人開立千 O 公司之帳戶及要求葉淑慎開戶；被告 Z4 亦要求徐 O O 開戶供 A 團使用，渠等有應有幫助之犯意。

2、被告 Z9、Z10：雖偶而有掛單買進、賣出 B 股票，然究係於何時為之？本案發生迄今已逾多時，因時、日久遠，上開證人均已無法詳為供述

被告 Z10、Z9 究係於何時下單買賣 B 股票，僅證人證稱：該二位女性經理偶而下買單之時間，均係在八十七年十一月二十四日違約交割之前一個月等語，如依證詞推算，被告 Z9、Z10 下單買進 B 股票之時間，應係八十七年十月二十四日以前，但此時 A 集團尚未開始操縱、拉抬順大股票，縱被告 Z9、Z10 此時有下單買賣 B 股票，亦不構成犯罪。

B 股票之買單、賣單，係由被告 Z5、Z6 負責，被告 Z9、Z10 雖偶而代為下單買賣次數必不多、數量亦不大，於此情形下，被告 Z9、Z10 又如何能知悉被告 X、Z5 買賣 B 股票之意圖，足證其罪嫌不足。

四 證券交易法之其他不法操縱證券價格罪

被告 X、Z2、Z5、Z6 等人利用掏空 B 公司之資金、台中商銀背信貸款之資金及台中商銀可投資之資金，於八十七年十一月四日至二十日，護盤 B 股票價格之部分，自行並以他人之名義，對於 B 股票連續以高價買入，將股價拉抬在顯然不為當時證券市場投資大眾所認同之六 0 0 元附近高檔價位，係違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項第六款操縱股票價格之規定，應依同法第一百七十一條論處。

按證交法第一百五十五條第一項第六款規定，直接或間接從事其他影響集中易市場某種有價證券交易價格之操縱行為者。此可謂操縱行為之概括條款，立法目的在於避免掛一漏萬，以彌補前四款條款所規定行為之不足⁶³。此一概括條款僅屬於補充性，對於所發生之操縱行為不能適用前四個條款處罰時，始有本條款之適用。亦即若有其他條款可適用時，應優先適用其他條款而為處罰⁶⁴。現將本款條之構成要件分析如次。

（一）客觀構成要件

1、行為主體

本款與前五款相同，均為獨立之犯罪類型，故如能成立前五款之共

⁶³ 賴英照，證券交易法逐條釋義（三），1996年8月，頁387。

⁶⁴ 蔡墩銘、吳光明、陳春山，證券交易法第一百五十五條規定之檢討與建議，台北市證券商業同業公會研究計劃，1997年11月，頁90。

犯，自無庸再依本款處斷⁶⁵。蓋因本款為概括規定。

2、行為客體

本罪之行爲客體爲集中交易市場某種有價證券交易價格，亦即須針對某種特定有價證券爲之始構成本條款之犯罪。

3、行為

本罪之行爲爲直接或間接操縱證券價格行爲，即對行為人對於影響集中交易市場某種有價證券交易價格為直接或間接之操縱行爲。換言之，其須對於某種特定股票為之且所從事者為操縱行爲，又操縱行爲不限直接者，間接者亦屬之。其屬於智慧型之經濟犯罪，特徵在行為人意圖謀取不法利益，利用法令或證券交易活動允許之方式，濫用證券交易秩序賴以爲存之誠實信用原則，擾亂自由市場之運作，將自己之私益建立於市場價格之變動以損害投資人。其行爲態樣會隨時代之推移及交易方式改變等因素而繼續繁衍擴張，非立法者於立法當時所能預測或想像，除過去或現在市場上既有之操縱形態得以明文列舉加以規範外，礙於立法技術之困難實無法均予明確規定，爲避免形成法律上之漏洞，故有此一概括規定之存在。

於順應時代要求而採取彈性化之適用態度與講求架構嚴謹之法律安定性要求，有明顯地衝突。若偏重彈性化，則不但出現罪刑法定原則接受挑戰之現象，亦因規範對象無法預知違法所在而引起民怨；若偏重於安定性，則又無法符合規範操縱行爲之彈性需要而脫離時情⁶⁶。因此，於本款欲兼顧理論與實際需要，實有賴主管機關與司法機關對操縱行爲之概念建立共識，方得使證券交易法反操縱刑事責任規定得以確實運行。

⁶⁵ 梁宏哲，證券集中交易市場操縱行爲刑事責任之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1993年6月，頁191。

⁶⁶ 包國祥，論股票集中交易市場不法操縱行爲之民事責任，中興大學法律學研究所碩士論文，1991年6月，頁26。

（二）主觀構成要件

1、故意

行爲人須有故意而爲操縱行爲，而此故意不限直接故意，亦包括未必故意。

2、不法意圖

本條款雖無明定意圖之要件，但由其他款觀之，四款中有三款規定應有意圖，而三個要求意圖者，其中有二個限於影響某種有價證券之交易價格，而本條款亦與影響某種有價證券之交易價格有關，從而得知其意圖可能被省略⁶⁷。此雖涉及類推解釋，但似乎是有利於行爲人之類推，爲學說所接受。故本條款仍須有不法意圖始能構成本款之犯罪。

（三）檢討

X 與 Z2 另行起意，夥同 Z1、Z5、Z6 等人自八十七年十一月四日起至同月二十日止共同操縱 B 股價，但 X 等人此一波段期間之操縱行爲，究係基於概括犯意反覆所爲之數行爲？抑或僅以單一行爲接續進行？

證券交易法第一百五十五條第一項第六款所稱「從事其他影響集中交易市場某種有價證券交易價格之操縱行爲」者，如係以交易方式達其非法操縱某特定股一定股價之目的，因集中市場流通機制，股價操縱不易，常非單一買入或售出行爲所能操縱，而須接續一段時間以高比例大量交易始能完成，倘行爲人違反本法第一百五十五條第一項第六款規定，其主觀上以單一操縱行爲而接續以交易方式爲之，則在該波段期間內之所有交易行爲，皆在促成其非法操縱股價犯行之一部分，即與連續犯之各個獨立犯罪行爲有別，自無連續犯之適用。

又修正前證券交易法第一百五十五條第一項第六款之規定，直接或間接從事其他影響集中交易市場某種有價證券交易價格之操縱行爲者。此可謂操縱行爲之概括條款，立法目的在於避免掛一漏萬，以彌補前五款條款

⁶⁷ 林國全，政大法學評論，第四十九期，1993 年 12 月，頁 138-139。

所規定行爲之不足。此一概括條款僅屬於補充性，對於所發生之操縱行爲不能適用前五個條款處罰時，始有本條款之適用。亦即若有其他條款可適用時，應優先適用其他條款而爲處罰。亦即證券交易法第一百五十五條第一項第三款至第六款係對於操縱股價所爲之禁止規定，其中第三款至第五款係就相對委託型、連續交易型、散布流言或不實資料型之操縱股價爲列舉之特別規定，其第六款則就操縱股價爲概括之補充規定。操縱股價行爲如該當於第三款至第五款，自應優先適用各該款，即前三款列舉之規定優先於第六款之補充性規定。