銀行法一億條款之計算
—以正共犯投資為中心

文／朱清奇

壹 前言

銀行法第 125 條第 1 項於 107 年 1 月 31 日修正「一億加重條款」，立法者將用語從「犯罪所得」調整為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，於修法一年後，正好提供一個檢視實務見解的契機。

貳 問題意識

於舊法時期，銀行法第 125 條第 1 項後段規定吸收之資金，其犯罪所得達新臺幣 1 億元以上者，法定刑從 3 年以上 10 年以下有期徒刑，大幅提高為 7 年以上有期徒刑，顯然對被告而言，此一加重要件之計算範圍至關重要，則共同正犯所投入之資金究竟會否列入計算？

就此爭議，最高法院作成 102 年第 13 次刑事庭決議（下稱本決議），於討論過程中曾有肯否兩說，其中主張「應扣除說」者認為，依照文義解釋，銀行法第 29 條之 1 規定，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，行為客體只限於「多數人或不特定之人」，未涵蓋吸收資金者本人之金額，故行為人自行投資之部分應從犯罪所得中扣除。再者，共同正犯亦為受害人，具有加害者和受害者雙重身分，若該投資金額計入犯罪所得中，其投資金額不僅無法回收，亦有加重其刑責之可能性，故其金額不計入較合情理，亦符合人民法感，以免輕重失衡。

最高法院本次決議最終採「不扣除說」，理由在於「我國金融法規中關於處罰犯罪之規定，雖旨均在促進交易市場整體之健全與發展，維持金融秩序之穩定，然因對社會肩負不同之引導任務，而異其規範目的。其或為達成市場資訊公開，避免少數壟斷之要求，使投資大眾享有均等獲取資訊之機會，以維護交易公平者，例如：內線交易之禁止；或為落實金融監理，有效控管資金供需中介者金融機構，以彌補市場機制自我修復功能之不足，防止系統性風險所肇致之市場失序，保護投資大眾者，例如：禁止非依組織登記而經營銀行業務。前者，共同參與犯罪之行為人，因無資訊不對稱可言，自非受規範保護之人；後者，無關乎資訊公開之問題，舉凡提供資金而為非法聚資之來源者，不論是否共同參與犯罪之人，均屬市場投資者之一員，其地位應屬相同。從而，共同正犯被吸收之資金，既係該共同正犯以市場投資者即存款人之地位所存入之資金，而享有與其他存款人相同之權利與義務，則其被吸收之資金，與其他存款人被吸收之資金，在法律上自應作相同之評價……」。換言之，最高法院認為違法吸金罪規範目的在於「落實金融監理，有效控管金融機構，以彌補市場機制自我修復功能之不足，並保護投資大眾」，此段推論誠屬正確，然而後半段關於資訊公開之說明委實令人難以理解。

最高法院的思考邏輯過程如下，首先以禁止內線交易為例，其規範目的在於維護投資大眾平等獲取資訊之機會，因此行為人自身沒有保障的必要而不納入，更進一步反推出規範目的不在維護投資大眾平等獲取資訊者，例如銀行法違法吸金罪，既然行為人地位等同於投資市場的大眾，則行為人理應受到保護，其投入資金之行為即無須與一般投資大眾作區分，最後得出行為人所投入之資金無須從犯罪所得中扣除之結論。

如此令人匪夷所思的結論，導源於錯誤的邏輯思考過程，從論證過程而言，最高法院首先提出規範目的是否包含「資訊平等」作為區分標準，然而最高法院始終沒有說明此一區分標準與「一億條款」加重要件有何關聯？接續此一莫名之標準，將銀行法違法吸金罪套入後得出「因為行為人地位等同投資大眾」之心得，然後就直接跳出行為人所投入之資金無須從犯罪所得中扣除之結論。

此外，單就結論上來說，最高法院依照自己的邏輯「因為行為人地位等同投資大眾」以及「一般投資大眾有保護必要」，應該也會得出「因為行為人地位等同投資大眾所以也有保護必要」的想法，然而依照其邏輯操作的結果，卻只有增加行為人法定刑加重的可能，有何保護可言？此一決議無論從論證過程或結論切入，均顯然存有疑義。

參 現行實務適用情形

觀察本決議作成後，多數判決直接引用決議內容：「共同正犯被吸收之資金，既係該共同正犯以市場投資者即存款人之地位所存入之資金，而享有與其他存款人相同之權利與義務，則其被吸收之資金，與其他存款人被吸收之資金，在法律上自應作相同之評價。雖然該項資金來源係共同正犯之一，原屬於該共同正犯個人所有，但該資金一旦被吸收以後，其性質已經轉變為該共同正犯與其他正犯共同違法經營銀行存款業務所得之財物，應屬於該共同正犯與其他正犯共同犯罪所得之一部分，而不再屬於該被吸收資金之共同正犯所有，該共同正犯僅能以存款人之身分主張其權利（例如本金償還請求權及利息支付請求權），而不能以該資金原係其所有，而認為非其犯罪所得。故銀行法第 125 條第 1 項後段所處罰非法經營銀行業務之行為，共同正犯被吸收之資金，自應列入其犯罪所得，不應扣除。」例如：臺灣高等法院 105 年度金上重訴字第 41 號刑事判決、104 年度金上重訴字第 25 號刑事判決、103 年度金上重訴字第 37 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度金上訴字第 661 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 105 年度金上重訴字第 3 號刑事判決等。

其餘判決雖然未引用本決議，結論則相同，例如最高法院 106 年度台上字第 58 號刑事判決：「又銀行法第 125 條第 1 項後段之違法吸金之犯罪所得達 1 億元以上加重其刑之規定，依其立法意旨，係在處罰行為人（包括單獨正犯及共同正犯）違法吸金之規模，則其所稱『犯罪所得』，在解釋上自應以行為人對外所吸收之全部資金（包括共同正犯被吸收之資金）、因犯罪取得之報酬及變得之物或財產上之利益為其範圍，且於計算該條項所稱之『犯罪所得』，無所謂應扣除已返還或將來應返還予被害人之本金或成本之問題。亦為本院統一之見解。蓋違法吸金足以侵害人民財產法益、破壞社會安定及金融秩序，須以刑罰手段遏止之，其行為之可責性在於違法吸金之事實，銀行法第 125 條第 1 項後段以『犯罪所得』超過 1 億元加重法定本刑，乃係鑒於行為人（包括單獨正犯及共同正犯）違法吸金之規模及影響社會金融秩序重大，而認有加重刑罰之必要，是在計算該條項後段所定之『犯罪所得』時，仍應依共同正犯責任共同之原則，合併計算之。」臺灣高等法院 105 年度金上重訴字第 15 號刑事判決亦同，這類的判決顯然是受到最高法院 102 年度第 14 次刑事庭決議（二）之影響[1]，暫且稱之「規模說」，本文認為「規模說」相較於本決議還比較具有說服力，直接針對銀行法第 125 條第 1 項後段加重規定為切入點，思考過程較不迂迴，其透過闡釋違法吸金的規模越大，侵害法益程度越高，所以更有加重必要。

然而當談到法益這個概念的時候，如果以學說較常用的標準，區分為「個人法益」以及「超個人法益」（國家法益、社會法益、個人法益的 3 分說尚待商榷）[2]，最高法院顯然忽略了超個人法益與個人法益間具有「推論的關係」，唯有超個人法益係為了個人的人格發展，且具有保護個人法益的可能性時，才有資格成為「超個人法益」[3]。例如銀行法規範目的在於保護金融市場秩序，核為一超個人法益，若將這樣的規範目的往後延伸就會發現，保護金融市場秩序的真正目的是要避免「每個」「具體」的投資人在投資市場承受不應承受的風險（投資市場本來就會承擔一定程度的風險），造成財產法益損害。反過來說，如果任何一個超個人法益沒有辦法延伸到具體的個人法益，則將失去作為法益的資格。

再重新聚焦回「規模說」，「違法吸金的規模越大，法益受害程度越高」這樣的想法理論上沒有錯，然而被忽

（文轉三版）

註釋

1 最高法院 102 年度第 14 次刑事庭決議（二）：「銀行法第 125 條第 1 項後段規定之立法意旨，既在處罰行為人（包括單獨正犯及共同正犯）違法吸金之規模，則其所稱『犯罪所得』，在解釋上自應以行為人對外所吸收之全部資金、因犯罪取得之報酬及變得之物或財產上之利益為其範圍。而違法經營銀行業務所吸收之資金或存款，依法律及契約約定均須返還予被害人，甚至尚應支付相當高額之利息。若計算犯罪所得時，將已返還被害人之本金予以扣除，則其餘額即非原先違法吸金之全部金額，顯然無法反映其違法對外吸金之真正規模。況已返還被害人之本金若予扣除，而將來應返還被害人之本金則不予扣除，理論上亦有矛盾。且若將已返還或將來應返還被害人之本金均予以扣除，有可能發生無犯罪所得之情形，自與上揭立法意旨有悖。從而被害人所投資之本金，不論事後已返還或將來應返還，既均屬行為人違法對外所吸收之資金，於計算犯罪所得時，自應計入，而無扣除之餘地。」

2 陳志龍，刑法的法益概念（下），臺大法學論叢，第 18 卷第 1 期，1988 年 12 月，第 169-171 頁。

3 陳志龍，同前註，第 171-172 頁。

4 相關用語相同所導致混淆之說明可參考：林鈺雄，違法吸金罪之一億條款及犯罪所得沒收－評最高法院 104 年度台

法源法律網 www.lawbase.com.tw 創造最高典藏與行銷價值 JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每週 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

德國聯邦最高法院刑事裁判BGHSt 42, 15
—協助被告聯繫辯護人 下

文／王士帆、林萱恩

（文接上期）

BGHSt 38, 214 關於訊問被告時告知義務之案情，與本案認為應從告知義務推導出之權利行使（辯護人諮詢權）義務類似，以致於同樣要求異議必要性。本庭1995年12月20日之提案裁定（5 StR 680/94）採取的過渡見解，其涉及者乃類似訊問之情況，惟本案案情卻為正式訊問，兩者僅於一定條件下具有可比較性。

b) 於本案，被告 G 未及時就警詢自白之使用提出異議。（以下略）

5. 另 2 名上訴人 L 與 S 亦不得主張證據使用禁止。他們── 只要應由他們決定證據禁止者 ── 同樣未提出異議。（以下略）

由於兩名被告於原審審判期日未就證據使用聲明異議，其法律審上訴並無理由，本院因此沒有機會審查以下問題：於本案之程序瑕疵，上訴人得否主張其他共同被告之律師接觸權（參見德國刑事訴訟法第 136 條第 1 項第 2 句）受到妨礙，而非以自己之律師接觸權被妨礙作為上訴理由（僅見 BGHR StPO § 136 Belehrung 5，關此 Dencker StV 1995, 232）。

III.（……）

IV. 對於原判決之實體法指摘，僅被告 L 之主張乃部分有理由。

事實審法官形成被告 L 是謀殺 Be 之共同正犯（德國刑法第 25 條第 2 項）的確信依據之一，乃 L「為了真正的任務委託人而實施犯罪」。於此，與事實認定有關者為，被告 L 自願或受託自西西里島招聘殺手前往漢堡殺害 Be。此一認定，僅以警察 Fi 之證詞為憑據。證人Fi作證表示：「他從一名臥底線民得知，L 在賭場有一定權勢，而後拜託合夥人和朋友 F 與 O 讓他解決問題，因為他在西西里有非常好的關係；為了『實施犯罪』，L 從 F 與 O 處拿了錢」。然而，此名臥底線民卻從未出現於法庭，原判決理由亦未提到臥底線民身分、其與被告們之關係，以及何時、從誰、以何種方式得知這些透露給 Fi 之資訊。此外，原審判決理由亦未提到可充分證實臥底線民資訊之其他證據。

a) 原審如此之證據評價，並未符合評價傳聞證人所必須具備之法律上要求。若 1 名證人援用線民之說法，而法院對線民身分並不知情，則線民之說法僅於有其他重要證據加以佐證時，始可列入心證考量（BGHSt 17, 382, 385 f.; 33, 83, 88; 33, 178, 181; 36, 159, 166; 39, 141, 145 f.; BGHR StPO § 261 Zeuge 13, 15, 17; § 250 Satz 1 Unmittelbarkeit 3; BGH Beschl. vom 31. Oktober 1995 – 5 StR 479/95；亦參見德國聯邦憲法法院，NStZ 1995, 600）。本案中，證人 Fi 援用臥底線民之陳述，然而臥底線民之陳述卻未獲得證實。

b) 根據上述情況，應認定如下：即便沒有證人 Fi 之證詞，亦有充分可靠之理由認為乃被告 L 促使另兩名共同被告 G、S 前來德國漢堡，L 到法蘭克福接人，安排兩人在他家過夜，並且一早讓別人從他家接走他們 2 人。再者，就算不考慮 Fi 證詞，當事實審法官基於證人 A. Be（被害人侄子）與 Ar. 之證詞，而確信被告是賭場領導人物，以及 Be 曾因賭債重傷另 1 名賭客時，此心證仍有相當根據。因此，縱使沒有證人 Fi 之證詞，綜合已調查認定之整體外在情況，尤其關於犯罪過程與被告 L 在案發前晚、當晚之涉入關係，仍可得出被告 L 於被害人 Be 被謀殺之前，已知悉兩名共同被告計畫案發當晚進行謀殺；

若無證人 Fi 援用臥底線民之陳述，本庭不排除事實審法官可能會對被告 L 之調查認定有所懷疑。

儘管如此，事實審法官認定 L 為了賭場「真正的任務委託人」而「實施犯罪」，此一認定僅以證人 Fi 轉述 1 名臥底線民之未經證實的資訊為證據，因此根據上述法律原則，此證據並非充分可靠。由於事實審以此證據認定被告 L 為共同正犯，原審以共同謀殺判決被告有罪之判決，無法維持。據此，本庭必須撤銷被告 L 之有罪判決。本庭並不排除更審之事實審法官也許對該名臥底線民進行證人訊問，或基於進一步之證據方法後，調查確信被告 L 實際上具有共同正犯地位。因此，鑒於經本庭維持的原審無法律瑕疵之事實認定部分，被告 L 雖然可能成立幫助謀殺罪，但本庭並不限制原審僅可依此改判。

（作者王士帆為臺北大學法律系助理教授、林萱恩為成功大學法律研究所碩士生）

（文接二版）

略的關鍵在於，當行為人同時也是投資人的情況下，行為人個人也將會是「金融秩序」此一超個人法益中之一環，則行為人本身投入之資金越多是否真的造成越高的法益侵害程度？如果我們把案例代換成竊盜罪可能會更容易理解，倘若行為人竊取自己的財物，是否仍會成立竊盜罪呢？多數人的看法可能都會是否定的，然則為何行為人違法吸取自己投資的金額，有加重處罰的必要呢？

肆 爭議剖析

為何會有共同正犯投資之資金無須扣除之見解形成？撇開計算正犯及共犯投資金額將增加實務操作難度的想法，舊法條文用語為「犯罪所得」，與刑法沒收章利得沒收用語相同，最高法院顯然是受到舊法條文用語的混淆[4]。在本決議討論過程中也可以明顯看出最高法院是以「沒收」的角度在作思考，如本決議討論中的乙說「共同正犯之投資金額不失為成本費用，若連被告都不肯投入資金或購買其投資產品，如何說服多數人或不特定之人購買呢？共同正犯之投資行為具有成本報酬效應，足以使多數人或不特定之人卸下戒心，故其投資金額亦應為犯罪所得之一部，無須扣除。如販毒者所購入毒品，其成本亦未從犯罪所得中扣除……」，或決議最終修正文字「雖然該項資金來源係共同正犯之一，原屬於該共同正犯個人所有，但該資金一旦被吸收以後，其性質已經轉變為該共同正犯與其他正犯共同違法經營銀行存款業務所得之財物，應屬於該共同正犯與其他正犯共同犯罪所得之一部分，而不再屬於該被吸收資金之共同正犯所有，該共同正犯僅能以存款人之身分主張其權利（例如本金償還請求權及利息支付請求權），而不能以該資金原係其所有，而認為非其犯罪所得。」

所幸，「一億加重條款」已於107年1月31日修正，將用語從「犯罪所得」調整為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，修法理由亦明白表示藉由修法達到與沒收章區別用語之目的[5]。

然而觀察最高法院修法後之見解，以最高法院 107 年度台上字第 613 號刑事判決為例，竟沿用舊法「犯罪所得」之用語以及本決議內容，甚至指摘原審判決扣除共同正犯繳納之金額為適用法則不當之違背法令！

若將新法以文義解釋角度切入觀察，條文用語為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，行為人所投資之金額顯然是原本就屬於行為人的財產，而不是因犯罪所獲取，故依照文義解釋，實務操作上亦應採取「扣除說」。

伍 建議代結論

就本文觀察到的實務現況，不少原本單純的投資人收到前幾期利息後，基於「好康道相報」以及順便賺一點傭金的心態介紹自己親朋好友加入，其本身根本沒有違犯銀行法的犯意，然而在現行實務對於共同正犯之成立採取極為寬鬆認定之趨勢下[6]，多數銀行法案件都存在被告同時是受害人的情況，即便是受害大戶亦同，也因此產生了自己受害金額越高，刑度越重的不合理現象。

其實本決議討論過程中「應扣除說」的理由非常值得參考，其提出包含行為人或共同正犯自身，就不是銀行法規範之「多數人或不特定人」，其投資行為當然也不會是銀行法違法吸金罪要處罰的對象，更遑論成為加重要件的基礎。再者，「應扣除說」對於加害者和受害者雙重身分的觀察也很正確。反之，「不扣除說」見解操作下將使得共同正犯受害越深的同時，刑責越重，顯然不合情理。

除了目的解釋的觀點外，依照新法文義解釋亦應採取「應扣除說」。然而從過往實務見解變革之經驗來看，倘要等下級審勇於挑戰勢將耗時良久，期許最高法院勇敢揮別過往，主動作成不再參考最高法院 102 年第 13 次刑事庭決議之新決議，將金融七法之「一億條款加重要件」從沒收的糾纏中解放出來。

（作者為竑德法律事務所律師）

註釋

上字第 1 號判決，月旦刑事法評論，第 1 期，2016 年 6 月，第 12 頁。朱清奇，論銀行法第 125 條違法匯兌「犯罪所得」之計算－以最高法院 106 年度第 15 次刑庭決議為中心，司法周刊，第 1892 期，2018 年 3 月，第 2 版。

5 立法理由「……『犯罪所得金額達新臺幣一億元』之要件與行為人主觀之惡性無關，故是否具有故意或認識（即預見），並不影響犯罪成立，是以犯罪行為所發生之客觀結果，即『犯罪所得』達法律擬制之一定金額時，加重處罰，以資懲儆，與前開刑法係因違法行為獲取利得不應由任何人坐享之考量有其本質區別……」。

6 非本文重點，暫不討論。