

最高檢察署 107 年度上字第 3600 號

行言詞辯論聲請書
(追加理由書)

檢察官 游明仁

法律爭點

爭點：銀行法第 29 條之 1 所謂「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」之標準為何？行為人未經許可，以「保本保息」、「提供年利率 6%」為誘餌，向不特定多數人吸金投資外匯，是否構成銀行法第 125 條第 1 項前段、第 29 條第 1 項之非法經營收受存款業務罪？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實	1
貳、本案下級審對上開法律爭點之見解	3
一、臺灣臺北地方法院 104 年度金訴字第 20 號判決	3
二、臺灣高等法院 105 年度金上訴字第 31 號判決	5
三、小結	8
參、聲請行言詞辯論之理由	8
一、我國相關法律規定、修法及立法理由	8
二、與本金「顯不相當」報酬之學說	10
(一)參酌金融機構存款利率水準	10
(二)造成一般社會大眾財產損害之危險性	11
(三)適用證券交易法之相關規範及學理	11
(四)小結	12
三、外國立法例	12
(一)美國	12
(二)日本	16
(三)德國	17
四、我國實務見解	18
(一)臺灣高等法院暨所屬法院 99 年法律座談會	18
(二)應參酌當時金融機構之存款利率	21
(三)應參酌金融機構平均定期儲蓄存款利率或民間互助會之利率	24
(四)應與當時一般合法銀行存款、債券市場等債務之利率相比較	25
(五)小結	25
五、本署見解	26

(一)違法經營收受存款業務罪之重點在於有無「保護之需要性」	26
(二)是否「顯不相當」應參考國內金融機構之平均存款利率	27
(三)本件約定年利率百分之6符合「顯不相當」	28
(四)被告等行為亦該當銀行法第5條之1「收受存款」	29
(五)原判決認定事實違反論理法則	31
六、言詞辯論之必要性	33
肆、結論	33
伍、附件清冊	35

最高檢察署檢察官行言詞辯論聲請書(追加理由書)

107 年度上字第 3600 號

聲請人 最高檢察署檢察官游明仁
被告 英屬維京群島商協丞管理顧問有限公司
兼代表人 賴怡宏
被告 江建璋

上列被告因違反銀行法等案件，於中華民國 107 年 8 月 23 日經臺灣高等法院為第二審判決（[105 年度金上訴字第 31 號](#)），檢察官已於法定期間內提起上訴，本檢察官認為原判決所持法律見解有原則重要性及統一見解之必要，應行言詞辯論，茲將理由分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

賴怡宏、江建璋分別為「英屬維京群島商協丞管理顧問有限公司」（下稱協丞公司）之負責人及業務經理，均知悉非依銀行法組織登記之銀行，不得經營收受存款業務，亦不得藉收受投資或其他名義，向不特定多數人為收受、吸收款項或資金，並約定或給付與本金顯不相當之報酬；復知悉非經主管機關之許可並發給許可證照，不得經營期貨經理類服務事業，而所謂「外匯保證金交易」（即一方於客戶與其簽約並繳付外幣保證金後，得隨時應客戶之請求，於保證金之數倍範圍內以自己之名義為客戶之計算，在外匯市場從事不同幣別間之即期或遠期買賣交易，不需實際交割，於當日或到期前以反方向交易軋平而僅結算買賣差價），係屬期貨交易法所定「槓桿保證金交易」之期貨交易；又國內企業顧問或個人引介（或招攬）客戶至境外開立美金帳戶，進行外幣保證金交易，如以接受委託書並收取佣金或手續費等之方式代他人操作外幣保證金交易，係屬經營期貨經理事業，而招攬期貨交易人從事期貨交易、代理期貨商接受期貨交易人開戶、接受期貨交易人期貨交易之委託單並交付期貨商執行，則屬經營其他期貨服

務事業，該等事業均應經主管機關之許可始得為之。詎賴怡宏、江建璋與多名姓名年籍不詳之香港籍成年人士，為謀取佣金或介紹費，竟未經許可，共同基於違反上開規定之犯意聯絡，於民國 101 年 3 月間至 102 年 2 月間，利用在協丞公司營業處等場所，由賴怡宏負責制定公司營運方針、金融商品銷售方式及交易條件、僱用、督導、管理業務人員，江建璋則自稱業務經理，負責業務人員之訓練，共同以「保本保息」或「與投資本金顯不相當之高額報酬」為誘餌，對外招攬「外匯保證金」之期貨交易投資案。其投資案內容有二：一為由香港地區外匯經紀商「Power Capital Forex Management Ltd.」（下稱 PCFX 券商）操作，約定投資期限 1 年，期滿給付投資收益報酬 15%；二為由香港地區外匯經紀商「Golden Tangent Financial Group Ltd.」（下稱 GTF 券商）操作，約定投資期限 1 年、中途不可解約，每季固定配發投資金額（每單位 1 萬美元）之 1.5% 為投資收益報酬（每年固定配發投資本金之 6% 為投資報酬），投資期滿保證取回投資本金（即保本保息）。賴怡宏、江建璋即共同以此二「外匯保證金」投資案，由江建璋或其他協丞公司業務人員對外招攬不特定且多數投資客戶，因此使臺灣高等法院 [105 年度金上訴字第 31 號](#) 判決書附表一所示之高○慧等人參與投資。高○慧等投資人決意投資後，即於附表一所示之時間，將如附表一所示之投資金額匯至賴怡宏、江建璋指示之上開香港商 PCFX 或 GTF 券商之往來銀行帳戶，投資人並自行或在賴怡宏、江建璋或其他協丞公司業務人員協助下，於上開 2 家券商線上交易平臺註冊開戶，再將投資帳戶及其內款項交由與賴怡宏及江建璋有共同犯意聯絡之姓名年籍不詳之香港籍成年人士組成之操作團隊，於上開 2 家券商之線上交易平臺，以投資人匯入之投資金額全權操作外匯保證金交易，操作之交易標的包括美元、歐元等八大工業國貨幣，投資人則可自行登入 PCFX、GTF 券商網站查閱投資帳戶操作情形及投資損益。賴怡宏、江建璋等人則可每月自香港 PCFX 券商及 GTF 券商

賺取交易手續費佣金及一定成數之獲利，而共同未經許可經營收受存款業務及期貨經理事業。

案經臺灣臺北地方檢察署檢察官以 103 年度調偵字第 2303 號、2304 號、2305 號、104 年度偵字第 8055 號偵查起訴，臺灣臺北地方法院以 [104 年度金訴字第 20 號](#) 判決被告賴怡宏、江建璋共同犯銀行法第 125 條第 1 項前段之非法經營銀行業務罪，賴怡宏處有期徒刑參年拾月，江建璋處有期徒刑參年陸月。協丞公司因其負責人及受雇人執行業務犯銀行法第 125 條第 1 項前段之非法經營銀行業務罪，處罰金新臺幣壹仟伍佰萬元。上開被告均上訴，臺灣高等法院以 [105 年度金上訴字第 31 號](#) 判決撤銷原判決，認為被告賴怡宏共同犯期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之非法經營期貨經理事業罪，處有期徒刑玖月，併科罰金新臺幣參拾萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日；緩刑肆年，並應於判決確定日起壹年內向公庫支付新臺幣參拾萬元。江建璋共同犯期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之非法經營期貨經理事業罪，處有期徒刑肆月，併科罰金新臺幣拾萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日；緩刑貳年，並應於判決確定日起壹年內向公庫支付新臺幣拾萬元。協丞公司無罪。

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣臺北地方法院 [104 年度金訴字第 20 號](#) 判決

「四、所犯罪名：

(一)被告賴怡宏、江建璋及協丞公司，均未經主管機關特許經營收受存款業務，是不得在我國境內經營收受存款業務。然其 2 人自 101 年 3 月間起至同年 6 月間止，共同對外向不特定人以投資本件「PCFX」（約定給付與本金顯不相當之報酬，銀行法第 29 條之 1 之「視為收受存款」行為）或「GTF」（約定期滿返還本金及給付報酬，銀行法第 5 條之 1 之「收受存款」行為）為名義吸收資金，吸收資金總額尚

未達1億元。是核被告賴怡宏、江建璋2人所為，均係犯銀行法第125條第1項前段之非法經營銀行業務罪；其2人分別為協丞公司之負責人及受雇人，且均因執行業務違反銀行法第125條第1項前段之規定，是協丞公司應依銀行法第127條之4之規定，處以銀行法第125條第1項前段之罰金。

(二)按經營期貨經理事業，須經主管機關之許可並發給許可證照，始得營業，期貨交易法第82條第1項定有明文；違反上開規定者，應依同法第112條第5款處罰。所謂「期貨經理事業」，指經營接受特定人委任，對委任人之委託資產，就有關期貨交易、期貨相關現貨商品或其他經主管機關核准項目之交易或投資為分析、判斷，並基於該分析、判斷，為委任人執行交易或投資之業務者，亦即「接受特定人委任從事全權委託期貨交易業務」，此觀期貨經理事業設置標準第2條、期貨經理事業管理規則第2條分別規定甚明。查被告賴怡宏、江建璋2人，均未經主管機關行政院金融監督管理委員會許可得以經營期貨經理事業，卻與香港商PCFX及GTF券商共同接受附表所示投資人之委託，就各投資人之投資資金全權處理執行期貨交易，是核被告2人所為，均係犯期貨交易法第112條第5款之非法經營期貨經理事業罪。

(三)被告賴怡宏及江建璋就所犯之非法經營銀行業務罪及非法經營期貨經理事業罪，各均論以集合犯一罪：……

(五)刑法第55條從一重罪處斷：被告賴怡宏、江建璋非法吸收他人資金，其目的係為違法經營期貨經理事業而賺取利潤，客觀上固可分別為二個行為，然依社會生活經驗觀之，此二行為在此等交易脈絡下實難以分割，故可視為社會意義上之一行為。被告2人以單一行為同時違反共同非法經營銀行業務罪及共同非法經營期貨經理事業罪，均應依刑法第55條之規定從一重之共同非法經營銀行業務罪處斷。」

二、臺灣高等法院 [105 年度金上訴字第 31 號](#) 判決

「肆、三、……是銀行法第 125 條第 1 項所定違反同法第 29 條第 1 項規定之非法經營收受存款業務罪，重在遏阻違法吸收資金之行為禍及國家金融市場秩序，處罰對象係向多數人或不特定人收受存款之人，應以行為人未經特許經營銀行業務，而以同法第 5 條之 1 或第 29 條之 1 所定方式，以收受款項或吸收資金為目的經營前述業務者，為其規範對象。是銀行法第 29 條、第 29 條之 1 規定之違法吸金行為，係指提供資金者於提供資金後，無須提供勞務或履行其他義務，日後即能獲取與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬而言；倘涉及買賣商品、推廣服務或為一定條件成就始給付金錢，或投資人仍需承擔投資風險等情形，則無從逕認係違反前揭銀行法違法吸金之規定。此與期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款所定未經許可擅自受委託並收取佣金或手續費而代客操作進行外匯保證金交易者，屬未經許可擅自經營期貨經理事業，而犯期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之罪者不同。是期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之未經許可經營期貨經理事業罪與銀行法第 125 條第 1 項之非法經營收受存款業務罪二者之規範目的、行為態樣迥異，應就具體個案實際業務內容及目的，妥為區辨。

四、本件被告賴怡宏、江建璋基於前述犯意聯絡及行為分擔，以事實欄所示之方式招攬投資人而受委任全權代委託人從事期貨交易，除論以期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款之未經許可擅自經營期貨經理事業罪外，應否另論銀行法第 125 條第 1 項非法經營收受存款業務之罪，首應審究者為行為人是否單以經營期貨經理事業為目的，受委任全權代委託人從事期貨交易，而違反經營期貨經理事業應經許可之規定？抑或行為人僅圖以代客進行期貨交易之名為手段，經營收受款項或吸收資金目的之業務，而自始有意非法經營收受存款業務，實際上並無受委任而全權代委託人從事期貨交易者之真意？以下乃分述

之：

(一) 關於 GTF 金融商品部分：

1、公訴人認被告 2 人招攬投資上開 GTF 金融商品，涉犯吸收資金之犯行，無非係以(1)投資人高○慧、洪○君、楊○蓁所提出之 GTF「投資合約契約書」及協丞公司之「投資約定合約確認書(保本範例)」，其上載明：「六投資收益：乙方(即投資人)每季固定獲得確認書第二條所定投資金額的 1.5% 為投資收益」、「八合約期滿：…2. 投資期滿，乙方得無條件取回確認書第二條所定投資金額(亦即投資本金)，獲利部分歸甲方所有，若有虧損也將由甲方補足」等語；(2)卷附協丞公司之「GTF-A 約定合約商品簡介」、「GTF-B 約定合約商品簡介」，其上載明投資本金及報酬給付方式為：「【產品特色及優勢】風險低：波動率低，且合約到期 100% 保障本金。收益穩：年報酬率約 6%，與市場行情無關，為收益相對穩定之優質理財工具。…季分紅：每季配發紅利，收益穩定。…分紅配發：每季 1、4、7、10 月的 1 日配發(每季各配發 1.5%)」等語，而謂協丞公司係以每季固定投資金額(每單位 1 萬美元)之 1.5% 為投資收益報酬，投資期滿保證取回投資金額本金之投資合約契約書，對外向不特定多數投資人招攬加入所謂「GTF 期貨交易」之投資。惟查：……

5、再協丞公司就上開 GTF 金融商品縱有與投資人約定年利率 6% 之收益，然按銀行法第 29 條之 1 規定之立法意旨，鑑於以違法吸收資金之公司，所以能蔓延滋長，乃在於行為人與投資人約定或給付與本金顯不相當之紅利、股息、利息或其他報酬，爰參考刑法第 344 條重利罪之規定，併予規定為要件之一，以期適用明確。是銀行法第 29 條之 1 所定「以收受存款論」之行為，應以約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬為要件。(最高法院 [101 年度台上字第 4609 號](#) 判決)。然查市面上經許可販賣之固定收益基金，年利率均在 6% 左右，此有固定收益基金之配息查詢表 1 份在卷可稽，約與

本件協丞公司招攬 GTF 金融商品之利率相近，甚或亦有超過年利率 6 %之商品，顯見年利率 6%尚非可使社會大眾受吸引致投入金錢之優厚條件，自非可謂係「顯不相當之利息」，不應認該金融商品係違反銀行法第 29 條之 1 之規定。

6、據上，卷附 GTF「投資合約契約書」、協丞公司之「投資約定合約確認書（保本範例）」，及以電子郵件寄發之有關「(GTF) 投資配息方式」之函文，雖有載明「固定每季配息 1.5%」、「配息報酬無涉市場行情」、「到期完全 100%還本」等文字，然經比對上開投資人之交易經過，尚無從認定協丞公司招攬投資 GTF 金融商品時，確有以上開文件資料向各投資人保證獲利、還本之情形，且證人柯○豪已明白證述，其投資本件 GTF 金融商品，仍需自負盈虧，並未保證獲利等情。而證人高○慧、楊○綦、黃○飴於投資前既未曾看過相關資料或契約，其等專憑林○潔、林○緯之介紹而投資本件金融商品，縱林○潔、林○緯等人於招攬投資人之際，有強調操作績效、允諾一定比例獲利之事，亦係宣傳手法等手段不當之問題，不能執此遽謂被告賴怡宏、江建璋自始無受委任而全權代委託人從事期貨交易者之真意，僅意圖以期貨交易為宣傳吸金手段，專為收受款項或吸收資金目的而營業，率以違反銀行法第 125 條第 1 項前段之非法經營收受存款業務罪責相繩。

.....

(三).....是依卷存事證僅能證明被告賴怡宏、江建璋未經許可經營期貨經理事業之犯行，然尚無足證明渠等另有約定期滿返還本金及給付報酬或約定給付與本金顯不相當之報酬之「經營收受存款業務」行為及犯意。依檢察官起訴所憑之相關事證，尚無足使本院確信被告賴怡宏、江建璋確有檢察官所指違反銀行法第 29 條之 1 規定，應依同法第 125 條第 1 項論處之情事，自不能證明被告 2 人涉犯非法經營收受存款業務罪嫌，惟檢察官認此部分罪嫌與前開起訴論罪之非法經營期貨經理事業罪部分，有想像競合之裁判上一罪關係，爰均不另為無

罪之諭知。……」

三、小結

綜上，本案臺灣臺北地方法院 [104 年度金訴字第 20 號](#) 判決認為：被告賴怡宏、江建璋，均未經主管機關特許經營收受存款業務，共同對外向不特定多數人以投資本件「GTF」，約定期滿返還本金及給付報酬，屬於銀行法第 5 條之 1 之「收受存款」行為，核被告賴怡宏、江建璋 2 人所為，均係犯銀行法第 125 條第 1 項前段、第 29 條第 1 項之非法經營收受存款業務罪；被告 2 人以單一行為共犯非法經營收受存款業務罪及非法經營期貨經理事業罪，均應依刑法第 55 條之規定從一重之共同非法經營收受存款業務罪處斷。協丞公司應依銀行法第 127 條之 4 之規定，處以銀行法第 125 條第 1 項前段之罰金。

臺灣高等法院 [105 年金上訴字第 31 號](#) 判決則認為：約定年利率 6% 尚非可使社會大眾受吸引致投入金錢之優厚條件，非「顯不相當之利息」，不違反銀行法第 29 條之 1 之規定。被告賴怡宏、江建璋僅構成未經許可經營期貨經理事業之犯行，尚無足夠證據證明渠等另有約定期滿返還本金及給付報酬或約定給付與本金顯不相當之報酬之「經營收受存款業務」行為及犯意。

參、聲請行言詞辯論之理由

一、我國相關法律規定、修法及立法理由

78 年 7 月 11 日增訂、78 年 7 月 17 日公布之銀行法第 5 條之 1 規定：「本法稱收受存款，謂向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金之行為。」立法理由為：「本條係新增，對於收受存款予以定義，以資明確。」同時增訂之銀行法第 29 條之 1 規定：「以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯

不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論。」立法理由為：「一、本條新增。二、按除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款業務，本法第二十九條第一項及第一百二十五條定有明文。惟目前社會上有所謂地下投資公司等係利用借款、收受投資、使加入為股東等名義，大量吸收社會資金，以遂行其收受款之實，而經營其登記範圍以外之業務。依目前法院判決，對此種違法收受存款行為，往往只以違反公司法第十五條第三項經營登記範圍以外之業務，而予專科罰金，因此無法發揮有效之遏止作用。為保障社會投資大眾之權益，及有效維護經濟金融秩序，實有將此種脫法收受存款行為擬制規定為收受存款之必要。三、違法吸收資金之公司，吸收資金之名義不一，因此，除例示最常見之「借款」、「收受投資」、「使加入為股東」等名義之情形外，並以「其他名義」作概括規定，以期週全。四、違法吸收資金之公司，所以能蔓延滋長，乃在於行為人與投資人約定或給付與本金顯不相當之紅利、股息、利息或其他報酬，爰參考刑法第三百四十四條重利罪之規定，併予規定為要件之一，以期適用明確。」

86年3月4日制定、86年3月26日公布、86年6月1日施行之期貨交易法第112條第5款規定：「有下列情事之一者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金：……五、未經許可，擅自經營期貨信託事業、期貨經理事業、期貨顧問事業或其他期貨服務事業」。立法理由為：「明定下列情形應處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金，以懲處地下期貨交易與重大違法情事：……五、經營期貨信託事業、期貨經理事業，期貨顧問事業及其他期貨服務事業，依第八十二條第一項規定須經主管機關許可並發給許可證照，始得營業，以落實對各該事業之管理。故第五款規定，未經主管機關許可而擅自經營，則應依本條處罰。」105年10月21日修正，105年11月9日公布之期貨交易法，配合該條第1項至第4

項之增訂，將原條文移列第 5 項，上開規定現為第 112 條第 5 項第 5 款，該款文字並未修正。

二、與本金「顯不相當」報酬之學說

(一)參酌金融機構存款利率水準

學者王志誠引述實務見解，認為是否「顯不相當」，應參酌一般金融機構關於存款之利率水準，視其有無顯著超額，足使違法吸金行為滋長，作為判斷標準¹。李曜崇律師認為，銀行法第 29 條之 1 顯不相當條款的立法理由略謂以違法吸收資金之公司，所以能蔓延滋長，乃在於行為人與投資人約定或給付與本金顯不相當之紅利、股息、利息或其他報酬，因此乃參考刑法第 344 條重利罪之規定，併予規定為要件之一，以期適用明確，此一理由似是而非。銀行業務之本質在於收受存款，銀行法第 125 條第 1 項之立法目的亦在於保護存款人權益，因此只要行為人有違法吸金的事實而使大眾的存款置於無法控管的風險下，則銀行法第 125 條第 1 項即有介入處罰之必要，雖然實務上行為人確實大都是透過顯不相當條款的約定或給付來誘使一般大眾交付存款，但是在立法技術上似乎並無必要將行為方式予以明白界定出來。是以，銀行法第 29 條之 1 顯不相當條款的適用，應朝向弱化此一構成要件要素的方向思考，在判斷有無顯不相當時，應該跳脫刑法重利罪的觀念。由於本罪的行為主體為「非銀行」，因此是否顯不相當也應與「銀行」為比較基準，又本罪的實行行為為收受存款，因此銀行業的存款利率即為最值得參酌的標準，而建議以五大銀行²之平均存款利率或平均基準利率作為判斷標準，於實際案例中，若行為

¹ 王志誠，銀行法，新學林，一版 1 刷，2014 年 9 月，62-75 頁。

² 依中華民國中央銀行全球資訊網網頁資訊，五大銀行為台灣銀行、合作金庫銀行、第一銀行、華南銀行及台灣土地銀行。於 108 年 1 月 3 日，五大銀行平均存款利率，一年期為 1.04%；五大銀行平均基準利率為 2.63%。https://www.cbc.gov.tw/sp.asp?xdurl=banking/rates_04.asp&ctnode=371(最後瀏覽日：108 年 1 月 3 日)。

人約定或給付之報酬已經超過五大銀行平均存款利率或平均基準利率時，似乎已可認定其滿足了顯不相當條款的要求³。

(二)造成一般社會大眾財產損害之危險性

吳天雲調查官認為，銀行法第 29 條之 1 準收受存款罪屬抽象危險犯，應採取「抽象危險與構成要件規定的行為類型成為一體而判斷行為是否帶有抽象危險」之見解。從保護大眾財產的觀點，若有造成一般社會大眾財產損害之危險性，即為給付顯不相當報酬的吸金行為；若從個別案例觀察，投資行為與報酬率屬正常行為，實際上並未造成一般社會大眾財產損害之危險性時，可認為並未該當「顯不相當報酬」之要件而不成立犯罪⁴。

(三)適用證券交易法之相關規範及學理

江俊彥法官認為，銀行法第 29 條之 1 所規定以顯不相當報酬吸收資金的行為，相較於證券交易法第 22 條第 1 項、第 174 條第 2 項第 3 款所規定非法募集發行有價證券之行為，對整體經濟有更大的潛在危險，故其實質上為證券交易法非法募集發行有價證券之「加重抽象危險犯」，即行為危險性較高，是以刑責亦較重。且該條規定某程度彌補證券交易法關於有價證券採取列舉定義方式之漏洞，可視之為實質的證券交易法規範，在不違反罪刑法定主義之前提下，解釋適用時應配合證券交易法之相關規範及學理。惟江俊彥法官就「顯不相當報酬」之要件應如何具體解釋、認定，並未申論⁵。

³ 李曜崇，銀行法第 125 條違法吸金罪之問題探討，存款保險資訊季刊，18 卷 1 期，2005 年 3 月，55-56 頁。

⁴ 吳天雲，銀行法違法吸金罪實務問題之研究，月旦財經法雜誌，36 期，2015 年 5 月，119-120 頁。

⁵ 江俊彥，違法吸金案件刑事規範之研究—以銀行法與證交法間之體系違反為中心，法學叢刊，230 期，2013 年 4 月，158-160 頁。

(四)小結

綜上，有關與本金「顯不相當」報酬之學說，有援引實務見解，認應參酌金融機構存款利率，也有以是否造成一般社會大眾財產損害之危險性作為標準，亦有認為應配合證券交易法之相關規範及學理解釋適用。惟未發現任何學說主張應依市面上經許可販賣固定收益基金之年利率者。

三、外國立法例

(一)美國

關於銀行業務之定義，各國不同，有認為銀行業務的本質核心在於經營收受存款業務，保護存款人權益為銀行法主要的立法目的，所謂「經營收受存款業務」並不以有轉貸行為為必要，例如我國與英國⁶。有定義銀行業務係「同時辦理」收受存款與商業貸放兩種業務者，例如美國。

美國採聯邦與州並行之雙軌銀行系統，有向聯邦政府註冊之銀行，也有向州政府註冊之銀行。美國銀行分為「商業銀行」(commercial bank)及「投資銀行」(investment bank)，「商業銀行」提供社會大眾存款及債權融資服務；「投資銀行」相當於我國的證券公司，提供股權融資服務。美國銀行控股公司法(Bank Holding Company Act) 12 U.S.C. §1841(c)(1)有關商業銀行的定義，係「同時辦理」收受存款(Deposit Takings)與商業貸放(Commercial Loans)兩種業務，必須有兼營此兩種業務的事實始構成銀行之概念⁷；接受他人金錢或

⁶ 關於英國之未經許可經營收受存款業務罪之簡介，可參閱江俊彥，違法吸金案件刑事規範之研究—以銀行法與證交法間之體系違反為中心，法學叢刊，230期，2013年4月，133頁、149-150頁。

⁷ 12 U.S.C. §1841(c)(1) “BANK DEFINED. —For purposes of this chapter—
(1) IN GENERAL. —Except as provided in paragraph (2), the term “bank” means any of the following:
(A) An insured bank as defined in section 3(h) of the Federal Deposit Insurance Act [12 U.S.C. 1813(h)].
(B) An institution organized under the laws of the United States, any State of the United States, the District of Columbia, any territory of the United States, Puerto Rico, Guam, American Samoa, or the Virgin Islands which both—

相當物無論有無支付利息、紅利，均屬「收受存款」⁸。違法經營銀行業務者依 12 U.S.C. §1847(a)規定⁹，按日處每日一年以下有期徒刑、或科或併科 10 萬美元以下罰金；惡意詐欺而犯之者，每日處五年以下有期徒刑、或科或併科 100 萬美元以下罰金。

美國期貨及外幣交易管理係以商品交易法(Commodity Exchange Act)規範，主管機關為商品期貨交易委員會(Commodity Futures Trading Commission，簡稱 CFTC)。期貨經紀商(futures commission merchant)、外幣交易商(swap dealer)須辦理登記始能營業，於客戶開戶前，須簽署風險預告書，應記載期貨市場之槓桿個性與市場風險，仲介商(introducing broker)從事招攬或接受委託從事期貨交易，不收取保證金，其主要收入為服務費；業務員受雇於期貨經紀商或仲介商，以上人員均須登錄獲可才能營業。在美國，未經登記許可從事期貨¹⁰或外幣交易¹¹均為違法，凡未經登錄營業、使用不實資料申請登記、使用不正方法招攬客戶或其他違法交易行為，均可依聯邦法 7 U.S.C. § 13 (a)規定，處 10 年以下有期徒刑，或科或併科 100 萬美元以下

(i) accepts demand deposits or deposits that the depositor may withdraw by check or similar means for payment to third parties or others; and

(ii) is engaged in the business of making commercial loans.”

⁸ 12 U.S. Code § 1813 (1).

⁹ 12 U.S.C. §1847(a) “CRIMINAL PENALTY

(1) Whoever knowingly violates any provision of this chapter or, being a company, violates any regulation or order issued by the Board under this chapter, shall be imprisoned not more than 1 year, fined not more than \$100,000 per day for each day during which the violation continues, or both.

(2) Whoever, with the intent to deceive, defraud, or profit significantly, knowingly violates any provision of this chapter shall be imprisoned not more than 5 years, fined not more than \$1,000,000 per day for each day during which the violation continues, or both....”

¹⁰ 7 U.S.C. §6(a) “RESTRICTION ON FUTURES TRADING

Unless exempted by the Commission pursuant to subsection (c) or by subsection (e), it shall be unlawful for any person to offer to enter into, to enter into, to execute, to confirm the execution of, or to conduct any office or business anywhere in the United States, its territories or possessions, for the purpose of soliciting or accepting any order for, or otherwise dealing in, any transaction in, or in connection with, a contract for the purchase or sale of a commodity for future delivery ... “

¹¹ 7 U.S.C. § 6s(a)” (1) Swap dealers

It shall be unlawful for any person to act as a swap dealer unless the person is registered as a swap dealer with the Commission.

(2) Major swap participants

It shall be unlawful for any person to act as a major swap participant unless the person is registered as a major swap participant with the Commission.”

之罰金¹²。

依美國證券法 15U. S. C. A. §77b(a)1 規定¹³，投資契約與股票、公司債等均屬於證券(securities)，因此違法銷售「投資契約」，得以證券法處罰。美國證券交易委員會(Securities and Exchange Commission，簡稱 SEC)嚴格規範私募資金的對象以保護處於資訊弱勢之社會大眾，私募行為之合格投資人的範圍分為 2 部分，原則上凡是銀行 (bank)、儲貸協會 (savings and loan association)、證券商 (broker or dealer)、保險公司 (insurance company) 與投資公司 (Investment Company) 等機構法人皆屬之；在自然人方面，私募公司之董事、監事、經理人與合夥人等內部人為適格的私募對象；再者，任何自然人於購買有價證券之時點其淨資產 (net worth) 超過一百萬美金、或個人收入 (income) 在最近兩年中有任一年超過二十萬美金、或是與其配偶合計超過三十萬美金，而且有正當理由可確信在未來一段時間其同樣有能力達到此種收入水平者，才得對之為私募

¹²7 U.S. C. § 13 (a),” Felonies generally

It shall be a felony punishable by a fine of not more than \$1,000,000 or imprisonment for not more than 10 years, or both, together with the costs of prosecution, for:

(1) Any person registered or required to be registered under this chapter, or any employee or agent thereof, to embezzle, steal, purloin, or with criminal intent convert to such person’s use or to the use of another, any money, securities, or property having a value in excess of \$100, which was received by such person or any employee or agent thereof to margin, guarantee, or secure the trades or contracts of any customer or accruing to such customer as a result of such trades or contracts or which otherwise was received from any customer, client, or pool participant in connection with the business of such person...

(3) Any person knowingly to make, or cause to be made, any statement in any application, report, or document required to be filed under this chapter or any rule or regulation thereunder or any undertaking contained in a registration statement required under this chapter, or by any registered entity or registered futures association in connection with an application for membership or participation therein or to become associated with a member thereof, which statement was false or misleading with respect to any material fact, or knowingly to omit any material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading.

(5) Any person willfully to violate any other provision of this chapter, or any rule or regulation thereunder, the violation of which is made unlawful or the observance of which is required under the terms of this chapter. ...”

¹³ 15U. S. C. §77b,” (a)DEFINITIONS

When used in this subchapter, unless the context otherwise requires—

(1) The term “security” means any note, stock, treasury stock, security future, security-based swap, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement, ...”

SEC 禁止透過一般性勸誘或公開廣告之方式來私募有價證券；所謂一般性勸誘或公開廣告乃指下列二項情形之一者，但不以此列舉者為限：第一、借用任何報紙、雜誌或類似媒體、廣播、電視或電台等傳媒公開發表任何廣告、文章、通告或其他通訊；第二、任何研討會或會議之出席者是透過一般性勸誘或公開廣告之方式而被邀請者¹⁵。此規範的理由是基於，凡經由一般性勸誘或公開廣告之方式而前往應募之投資人，大體上多是資訊能力不足的散戶，因而法律有介入保護的必要。一旦使用一般性勸誘或公開廣告之方式而招募購買有價證券者，即不得主張適用私募的豁免規定。凡違反證券法交易相關規定者，依聯邦法 15 U.S. C. § 77x 規定¹⁶，得處 5 年以下有期徒刑，或科或併科 1 萬元以下美金。

以聯邦最高法院 SEC v. Edwards 案¹⁷為例，被告 Edwards 為 ETS 投幣公用電話公司董事長、執行長及唯一股東，其經由經銷商銷售投幣公用電話，每具公用電話及相關設施價格約為 7000 美元，依照買賣雙方 5 年期租賃經營協議，買方無需參與公司日常經營，每月可獲得 82 美元，亦即每年投資金額 14% 之固定利潤，ETS 公司並允諾於租賃終止時 180 日內買回、歸還購買之價金。嗣因 ETS 公司營收不足支付租回契約所約定之報酬，而以新投資人支付之資金給付。總計買方逾 1 萬人，金額逾 3 億美元。聯邦最高法院表示：此投資計畫承諾固定利潤，構成投資契約，屬於證券法上之有價證券，應適用證券法之

¹⁴ 李曜崇，銀行法第 125 條違法吸金罪之問題探討，存款保險資訊季刊，18 卷 1 期，2005 年 3 月，50-53 頁。

¹⁵ 李曜崇，銀行法第 125 條違法吸金罪之問題探討，存款保險資訊季刊，18 卷 1 期，2005 年 3 月，50-53 頁。

¹⁶ 15 U.S. C. § 77x, "Penalties

Any person who willfully violates any of the provisions of this subchapter, or the rules and regulations promulgated by the Commission under authority thereof, or any person who willfully, in a registration statement filed under this subchapter, makes any untrue statement of a material fact or omits to state any material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, shall upon conviction be fined not more than \$10,000 or imprisoned not more than five years, or both."

¹⁷ 540 U.S. 389 (2004).

規定。

相對的，雖我國證券交易法第22條第1項規定：「有價證券之募集及發行，除政府債券或經主管機關核定之其他有價證券外，非向主管機關申報生效後，不得為之。」同法第20條第1項規定：「有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。」違反者依同法第174條第2項第3款、第171條第1項第1款、第2項負有刑責。但因我國證券交易法第6條僅明文列舉數種證券，範圍有限，不包括「投資契約」，與美國有價證券範圍有顯著差異，因此上開SEC v. Edwards案例若發生於我國，顯需適用銀行法之規定，以彌補我國證券交易法規範密度不足之缺陷¹⁸。

(二)日本

日本於1954年訂定「有關取締收受出資、存款與利息等法律」(以下簡稱「出資法」)，出資法第1條規定不得對於不特定多數人，明示或默示事後給付相當於出資款項的全部出資金或者逾越出資金金額的金錢。同法第2條第1項規定除其他法律有特別規定者外，不得從事存款業務。同法第2條第2項規定所謂存款，係指下列自不特定多數人收受金錢的情形：一、收受存款、儲蓄或定期存款。二、不問公司債、借款或其他名義，與前款具有相同的經濟性質者。同法第8條第3項規定違反第1條、第2條第1項規定，或者不問何種名義、方法脫免禁止規定者，處3年以下有期徒刑或科或併科300萬日圓以下罰金。同法第9條第3款規定法人(含非法人社團或財團之代表人或管理人)之代表人、使用人或其他從業人員關於法人或自然人業務犯第8條第3項之違反行為時，科以該項的罰金。

吳天雲調查官說明：出資法之立法背景為1948年於日本發生的「保全經濟會」事件，該會以「每月2分利息，5年後複利200萬日

¹⁸ 請參閱江俊彥，違法吸金案件刑事規範之研究—以銀行法與證交法間之體系違反為中心，法學叢刊，230期，2013年4月，133頁、151-152頁、158頁。

圓」的廣告吸收資金，惟實際上無法支應，僅能繼續招募新客戶吸收資金以維持營運，嗣於 1954 年破產，造成日本民眾嚴重的財產損害。當時並無取締違法吸金行為之專法，日本檢察機關係以該會自 1953 年 7 月之財務狀況已陷入顯著破產狀態，卻仍隱匿事實宣稱經營狀況良好，繼續誘使人入會騙取資金，認定末期階段吸收資金為詐欺，以詐欺罪起訴獲得有罪判決。是以，出資法之立法目的為預先防止因為存款行為而受到財產上損害，其保護法益是維持、發展社會信用制度與經濟秩序。依前述日本出資法之規定，僅須有自不特定多數人收受存款為業即成立犯罪，沒有「顯不相當報酬」之要件，其性質屬於對一般大眾財產之抽象危險犯¹⁹。

(三)德國

德國金融事業管理法(Kreditwesengesetz, KWG)第 32 條第 1 項第 1 句規定，如欲經營銀行業務或提供金融服務，應取得聯邦監理機關之書面許可。同法第 54 條第 1 項第 2 款規定，如無第 32 條第 1 項第 1 句之許可，經營銀行業務或提供金融服務者，處 5 年以下有期徒刑或罰金刑。依同法第 1 條第 1 項第 2 句第 1 款，存款業務屬於銀行業務之一，係指收受他人資金做為存款或收受其他應無條件返還的大眾資金，且未以不記名債券或記名債券擔保該返還請求權，而無論有無支付利息。從而，該款規定之存款業務包含兩種類型，第一種為收受他人資金做為存款，第二種為收受其他應無條件返還的大眾資金。第二種類型係於 1998 年 1 月 1 日增訂生效，為截堵構成要件，係為攔截第一種類型之規定所遺漏，但依立法意旨應予規範之業務。在解釋適用是否為第一種類型之存款業務時，均參照第二種類型，是以，返還請求權未以不記名債券或記名債券為擔保之例外規定，於上開兩

¹⁹ 吳天雲，銀行法違法吸金罪實務問題之研究，月旦財經法雜誌，36 期，2015 年 5 月，109-111 頁，113，119 頁。

種類型均有適用，且上開兩種類型，無論有無支付利息，均為存款業務²⁰。

德國金融事業管理法第 54 條之保護法益包含確保金融市場之功能及金融監理，與大眾相關的保護法益是，對於國家金融監理有效性的公眾信賴。該條所謂未經許可經營銀行業務係指，沒有聲請許可或是聲請的許可無效或被撤銷。如果行為人有取得特定業務的許可，但其行為卻超出該特定業務的範圍，亦屬未經許可經營銀行業務。關鍵是在犯罪時間點有無經營銀行業務之書面許可²¹。是以，德國金融事業管理法第 1 條第 1 項第 2 句第 1 款關於存款業務之定義，並無與本金「顯不相當」報酬之要件，並且明文規定無論有無支付利息，均屬存款業務；且亦未規定收受資金後需為何種用途，如貸款、放款等。

四、我國實務見解

(一)臺灣高等法院暨所屬法院 99 年法律座談會

銀行法第 29 條之 1 規定：「……而約定或給付與本金『顯不相當』之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論。」然而，約定或給付之內容必須達到何種程度始謂「顯不相當」，司法實務對此之看法相當歧異，最高法院 [89 年度台上字第 4586 號](#) 判決甚至表示：「所約定之月息三分加上紅利，是否與本金顯不相當？饒有再事探求之餘地。」臺灣高等法院暨所屬法院 99 年法律座談會，乃開會討論該條所謂「與本金顯不相當」之標準為何？有無具體衡量標準？討論意見有下列四說²²：

²⁰ BaFin, Merkblatt Einlagengeschäft, 11.03.2014, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_140311_tatbestand_einlagengeschaeft.html (最後瀏覽日：2018 年 1 月 4 日)。

²¹ Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Lindemann, KWG, 5. Aufl. 2016, §54 Rn. 17-18.

²² 臺灣高等法院暨所屬法院 99 年法律座談會彙編，100 年 1 月，第 602-609 頁。

甲說：依民法第 205 條之規定為標準。

銀行法第 29 條之 1 之立法理由：違法吸收資金之公司，所以能蔓延滋長，乃在於行為人與投資人約定或給付與本金顯不相當之紅利、股息、利息或其他報酬，爰參考刑法第 344 條重利罪之規定，併予規定為要件之一，以期適用明確，即實務上有認為借款行為所取得之利息超過民法所規定年利率不得超過百分之二十最高限制，達 20 倍、36 倍之多，顯示借款人苟非出於急迫，當不致向被告借如此高利之貸款，是堪認被告顯係乘借款人急迫輕率之機會而取得與原本顯不相當之重利無訛，顯係以民法所規定之年利率上限為準（臺灣高等法院臺南分院 85 年度上訴字第 989 號判決參照）。

乙說：原本利率、時期核算及參酌當地之經濟狀況，依金融機構間平均定期儲蓄存款利率或民間互助會之利率，較之一般債務之利息，顯有特殊之超額者。

銀行法第 29 條之 1 和刑法第 344 條行為主體不同：銀行法第 29 條之 1 之行為主體為利息給付者，而刑法第 344 條之行為主體為利息收受者，利息給付者只需依民間借貸習慣及金融市場動態等客觀情況判斷，再調高 3% 以上，足以吸引許多不特定多數人投資；然刑法第 344 條之貸放者係收取利息，依民法第 205 條作為標準之一，尚無不可。重利罪與銀行法第 125 條第 1 項規範之行為不同：前者明知他人出於急迫、輕率或無經驗，而利用機會故為貸與，後者並未指出他人出自何種情狀，只要他人有給付款項即可。刑法第 344 條重利罪並非以民法第 205 條為具體標準：後者係指就原本利率、時期核算及參酌當地之經濟狀況，較之一般債務之利息，顯有特殊之超額者而言。前者則係明知社會上有因急迫而舉債濟急，及因輕率或無經驗而從事舉債之情形，預定苛刻條件，一俟他人告貸，藉以博取重利，其可罰性並不相同（最高法院 27 年上字第 520 號判例參照）。隨著社會的變遷及時代的演進，金

融機構間平均定期儲蓄存款利率亦越來越低，又銀行法第29條之1以收受存款論，非銀行經營收受存款之行為違反銀行法第29條之禁止規定，然銀行法第29條之1之構成要件之一「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」應與銀行間平均定期儲蓄存款利率為顯不相當足矣。民間互助會相對上比金融機關間平均定期儲蓄存款利率為高，亦會隨著社會經濟及大環境趨勢做浮動調整，又民間互助會不如銀行健全，資本也不如銀行雄厚，其投注資金也未受到中央存款保險公司之保障，仍有許多民眾冒著倒會的風險來賺取其間之差距利率，且許多民眾的觀念認為民間互助會不失為存款的方法之一，應足以做為考量標準之依據。

丙說：以民間借款習慣月息3分為基準。

非銀行而能吸收一般存款，想必以高於一般常見之利率標準為餌，否則無足夠之誘因，蓋因其風險高欠缺保障故也，因此可以月息3分或年利率百分之三十六為基準（實務上3分利並不構成重利罪），再參酌當時之經濟狀況（如銀行利率之高低）或吸金時有無附加價值（如以受僱名義另支報酬）等，判斷是否與本金顯不相當之紅利、利息、股息。

丁說：依具體個案審酌認定之，司法機關不宜自訂具體衡量標準。

銀行法第29條之1所定：「以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收受存款論。」其立法意旨：違法吸收資金之公司，所以能蔓延滋長，乃在於行為人與投資人約定或給付與本金顯不相當之紅利、股息、利息或其他報酬，爰參考刑法第344條重利罪之規定，併予規定為要件之一，以期適用

明確等語。而該條所謂「與本金顯不相當」之客體，其計算非僅紅利、利息、股息而已，尚包含「其他報酬」之約定或給付，易言之，銀行法第29條之1所謂「與本金顯不相當」之認定標準，非單純之原本、利率、時期之計算，尚應考量收受存款所約定之條件、負擔及受益之有無等情況，且經濟環境、條件瞬息萬變，法院為審判機關，欠缺專業，訂定所謂具體衡量標準誠非易事，容有造成不周全之弊，並有造法之譏，是非銀行而收受款項或吸收資金，與其所約定或給付之紅利、利息、股息或其他報酬，是否符合「與本金顯不相當」之要件，宜依具體個案審酌認定之，司法機關不宜自訂具體衡量標準。……

該法律座談會結論雖採乙說，但乙說主張「依金融機構間平均定期儲蓄存款利率或民間互助會之利率，較之一般債務之利息，顯有特殊之超額者。」因「金融機構間平均定期儲蓄存款利率」與「民間互助會之利率」差異甚大；且「民間互助會之利率」各互助會不同，難以依循，故此後實務仍爭議不斷，存有下列不同見解。

(二)應參酌當時金融機構之存款利率

最高法院 [101年台上字第2813號](#)判決認為：「違反銀行法第二十九條、第二十九條之一之非銀行經營存款業務規定而構成同法第一百二十五條第一項、第三項之罪，其處罰之對象係向多數人或不特定人收受存款之人，該罪重在遏阻違法吸收資金之公司蔓延及國家金融市場秩序之維護，與刑法重利罪係處罰放款之人，且為保護個人財產法益，並不相同，亦與民間借貸係著重於借貸雙方之信任關係，本質上亦有差異，是銀行法第二十九條之一所謂「顯不相當」如何，應參酌一般金融機構關於存款之利率水準，視其是否有顯著之超額，足使違法吸金行為滋長，以為判定；」

[103年台上字第3796號](#)判決：「銀行法第二十九條第一項「非銀

行不得經營收受存款業務」之規定，其處罰之對象係向多數人或不特定人收受存款之人，該罪重在遏阻違法吸收資金之行為禍及國家金融市場秩序之維護。與刑法重利罪係處罰放款之人，且為保護個人財產法益，並不相同，亦與民間借貸係著重於借貸雙方之信任關係，亦有差異。同法第二十九條之一所謂「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」，自應參酌當時之經濟、社會狀況及一般金融機構關於存款之利率水準，視其是否有顯著之超額，足使違法吸金行為滋長以為判定。」

[105 年台上字第 1371 號](#)判決認為：「銀行法第二十九條之一所稱與本金顯不相當，應參酌當時當地之經濟及社會狀況，如行為人向不特定人收受資金，並約定交付資金之人能取回本金，且約定或給付高於一般銀行定期存款之利率，即能使不特定人受該行為人提供之優厚利率所吸引，而容易交付資金予該非銀行之行為人，即與該條所定相符。此與重利罪係處罰放款之人，且為保護個人財產法益，並不相同，亦與民間借貸係著重於借貸雙方之信任關係，本質上亦有差異。非謂應以民法對於最高利率之限制，或以刑法上重利之觀念，作為認定銀行法上與本金顯不相當之標準，否則銀行法上開相關規範，勢必形同具文。本件依原判決之認定，成豐開發公司以「複合式不動產買賣契約」投資開發案為名義，巧立土地買賣之名目，實際係將土地買賣價金作為投資本金，信託收益作為利息，於一定期限屆至得依約定方式返還本金，而依其等之約定，投資人於投資期間可領取週年利率 7.7% 至 16.8% 之信託收益……。原判決並敘明經參酌同期間五大行庫三年定期存款固定利率平均為週年利率 1.87%，三年投資報酬率最高僅 5.61%，本件之投資報酬率與之差距達數倍至近十倍之遙，則上訴人等以相當年息 7.7% 至 16.8% 之信託收益吸收資金，較之顯有特殊超額，足見本件成豐開發公司向不特定之投資人以上開方式籌集相當於存款本金之開發事業資金，並與投資人約定或給付類似利息之信託收

益，已達「與本金顯不相當」程度之理由。此屬原審採證認事之職權合法行使，洵無違誤。」

[106年台上字第2775號](#)判決表示：「銀行法第29條之1「以收受存款論」之規定，屬於立法上之補充解釋，要在禁止個人或公司藉巧立各種名目之便，大量違法吸收社會資金，以規避同法第29條第1項「非銀行不得經營收受存款業務」之禁制，乃將該等脫法收受存款之行為，擬制為收受存款之規定，俾保障社會投資大眾權益及經濟金融秩序。而合會（即一般民間所稱「互助會」）則為民間經濟互助之組織，向來以習慣法之體態存在，對於民間資金流通，促進民間經濟活動之發展，多有助益。惟因其制度內容不盡明確周延，亦因型態參差而不無流弊，故民法債編斟酌其制度內容，於88年4月21日增訂合會專章，以為民間小型資金流通融通之適用規範。是以合會制度係銀行法第29條第1項之除外規定，然其不同於銀行法「收受存款」之特色有三：……故若僅具合會之名，卻不備上述合會之特色者，實係遂行非法吸金之行為，即無民法第709條之1以下合會規定之適用，而應以銀行法作為規範依據。……

六、銀行法第29條第1項規定，除法律另有規定外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務；其違反此項規定者，應依同法第125條規定論處。而所謂「收受存款」，依同法第5條之1規定，係指向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金之行為。銀行法關於非銀行不得經營收受存款業務之處罰規定，祇須行為人收受存款而合於上開要件且繼續反覆為之者，即足當之。而銀行法第29條之1所稱「與本金顯不相當」，則應參酌當時當地之經濟及社會狀況，如行為人向不特定人收受資金，並約定交付資金之人能取回本金，且約定或給付高於一般銀行定期存款之利率，即能使不特定人受該行為人提供之優厚利率所吸引，而容易交付資金予該非銀行之行為人，即與該條所定相符。

此與重利罪係處罰放款之人，且為保護個人財產法益，並不相同，亦與民間借貸係著重於借貸雙方之信任關係，本質上亦有差異。非謂應以民法對於最高利率之限制，或以刑法上重利之觀念，作為認定銀行法上與本金顯不相當之標準，否則銀行法上開相關規範，勢必形同具文。……(二)、本件上訴人等係藉經營互助會招攬會員方式吸收資金，所論「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」當係以當時之金融狀況以及相類似之金融商品作為比較。而民間借貸利率相當於金融機構之放款利率，與金融機構之存款利率有本質上差異，不能因均為利率即可混為一談而為比較，尤以借貸利率又因有無擔保品及個人信用狀況之不同，致使個案之利率水準常見極度之差異，顯然無法以之作為相較之基準，自應以存款利率為比較基準，否則銀行法相關規範，勢必形同具文。」

(三)應參酌金融機構平均定期儲蓄存款利率或民間互助會之利率

最高法院[101年台上字第4609號](#)判決表示：「銀行法第二十九條之一規定之立法意旨，鑑於以違法吸收資金之公司，所以能蔓延滋長，乃在於行為人與投資人約定或給付與本金顯不相當之紅利、股息、利息或其他報酬，爰參考刑法第三百四十四條重利罪之規定，併予規定為要件之一，以期適用明確。是銀行法第二十九條之一所定「以收受存款論」之行為，應以約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬為要件。惟銀行法前揭條文之立法目的，在於維護經濟金融秩序，避免社會投資大眾受地下金融之優厚條件吸引致投入金錢而受法所不允許之投資風險，其立法目的與刑法重利罪尚不相同；又銀行法該條規定處罰之對象為「收受存款之人」，並非「放款之人」，亦與刑法重利罪處罰之行為態樣不同，則上開條文立法理由所參考刑法第三百四十四條重利罪規定之意旨，應僅係參考其立法用語，而非認為應與刑法重利罪適用同一標準而為解釋。則是否「顯不相當」，

自應參酌當時之經濟及社會狀況，依金融機構間平均定期儲蓄存款利率或民間互助會之利率，較之一般債務之利息，顯有特殊之超額者，以決定之。」

(四)應與當時一般合法銀行存款、債券市場等債務之利率相比較

最高法院 [104 年台上字第 1 號](#) 則認為：「銀行法第二十九條之一所定「以收受存款論」之行為，應以約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬為要件，至是否「顯不相當」，自應參酌當時之經濟及社會狀況，在客觀上是否較之一般債務之利息顯有特殊之超額者，以決定之。而所謂「較之『一般債務』之利息，顯有特殊之超額者」，應參酌銀行法第二十九條之一的立法目的，在於禁止「大量吸收社會資金，以遂行其收受存款之實」之行為，故在認定時是否有「特殊之超額」情形時，即應與當時一般合法銀行存款、債券市場等債務之利率相比較，蓋此等利率之金融機構等亦係對「不特定多數人」收受款項，若行為人所約定或給付之報酬，與此等合法銀行存款、債券市場等利率顯不相當時，即足以使一般投資人為追求超額之高利，棄金融監理機構監管之合法募集資金方法於不顧，而發生「大量吸收社會資金」、「危害金融經濟秩序」之結果。是以，認定約定或給付之報酬是否有「特殊超額」情形時，應與當時一般合法銀行存款、債券市場等債務之利率相比較，方符合上揭銀行法之立法意旨。」

(五)小結

銀行法第 29 條之 1、第 125 條第 1 項與刑法重利罪是完全不同的觀念，二者間的差別至少表現在三方面：(一)保護法益不同，銀行法第 125 條第 1 項規定所保護之對象乃是國家金融市場之秩序，無論將之歸於社會法益或國家法益的範疇，其非屬個人法益之性質則至為明確；然而刑法第 344 條的重利罪不論其保護者係屬個別或總體的財

產價值，惟其乃居於保護個人法益之地位則無疑義。(二)所處罰的行為人態樣不同，刑法重利罪中所處罰的行為人乃是取得與原本顯不相當之重利的金主，換言之，是指貸與金錢予他人之一方；但銀行法第125條第1項規定所欲制裁的行為人乃是違法吸金者，亦即，是收受金錢的一方應受處罰。(三)犯罪的性質不同，銀行法第125條第1項規定既然著重於國家金融市場秩序的保護，則在本質上，該等犯罪屬於「經濟犯罪」；至於刑法重利罪則是標準的「財產犯罪」，二者是不相同的概念²³。

銀行法第29條之1乃是78年時為取締地下投資公司非法吸金行為而新增訂的條文，其中該條之顯不相當條款，考其立法理由可知，乃是借用刑法重利罪規定之觀念，但是如此張冠李戴的結果卻造成部分判決誤用重利罪的構成要件，產生重大混淆，而有釐清之必要。臺灣高等法院暨所屬法院99年法律座談會後，多數最高法院判決係以金融機構存款利率為比較基準，但仍有少數判決認為應參酌民間互助會之利率、債券市場等債務之利率等，本案臺灣高等法院105年金上訴字第31號判決則以固定收益基金之配息為比較，均與主流見解產生歧異，亟待貴院統一見解。

五、本署見解

(一)違法經營收受存款業務罪之重點在於有無「保護之需要性」

銀行法、期貨交易法及證券交易法等金融法規範目的均在保護市場弱勢投資人，防止系統性風險，規範標的雖不同但意旨相同。實務界於判斷各類型違法吸金罪，應著重被害人之屬性有否值得法律保護的必要而定，亦即應以「保護之需要性」作為判斷重點，禁止用一般性勸誘或公開廣告手法來私募資金。若行為人在報紙上刊登「徵金主」廣告、於公司簡介廣告吸收游資、以多層次傳銷方式集資等，皆應認

²³ 林東茂，「經濟犯罪的幾個現象面思考」，收錄於氏著「一個知識論上的刑法學思考」，五南，3版1刷，2007年10月，246-248頁。

定行為客體已經合乎「不特定多數人」或「多數人或不特定之人」的要求，此等情形應可認定一般人欠缺充分的資訊能力，法律應加以保護，此時銀行法第 125 條第 1 項等規定的介入乃有其必要²⁴。

(二)是否「顯不相當」應參考國內金融機構之平均存款利率

銀行與其他一般企業窳異之處乃在於其係以負債換取資產，此為銀行業務經營的最大特徵，而具有高度財務槓桿作用。若就銀行之負債來源而為觀察，大部份得自社會大眾所寄存之款項，從而保障存款人權益就成為制定銀行法而對銀行業者予以金融監理的最主要原因。金融服務業務之運作攸關國家金融市場秩序，為保護存款人(投資人)，特以法律將銀行設定為許可行業，未得許可不得營業，非銀行業者若違法經營銀行法第 29 條第 1 項之業務，依同法第 125 條規定處罰。銀行法第 29 條之 1「以收受存款論」之規定，屬於立法上之補充解釋，乃在禁止行為人另立名目規避銀行法第 29 條不得收受存款之禁止規定，而製造與收受存款相同之風險，是於解釋銀行法第 29 條之 1 之與本金「顯不相當」時，自不應逸脫上開法律規範之意旨。

因此，本署認為在判斷是否「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」時，應該跳脫刑法重利罪的觀念，不以民法對於最高利率之限制，或以刑法上重利之觀念，作為認定銀行法上與本金顯不相當之標準。由於銀行法第 29 條第 1 項本罪之行為主體已經明白揭示是「非銀行」，因此是否顯不相當應該與「銀行」作為比較之基準。且由於本罪之實行行為是收受存款，因此本署贊成前開多數最高法院判決之見解，認為銀行業的存款利率即為判斷是否「顯不相當」最值參酌的標準，實務可以國內五大銀行平均存款利率作為判準。如行為人向多數人或不特定人收受款項或資金，並約定交付款項或資金之人能取回本金，且約定或給付之紅利、利息、股息或報酬，高於銀行定

²⁴ 李曜崇銀行法第 125 條違法吸金罪之問題探討，存款保險資訊季刊，18 卷 1 期，2005 年 3 月，50-53 頁。

期存款之利率，即能使多數人或不特定人受該行為人提供之優厚紅利、利息、股息或報酬所吸引，而交付款項或資金予該非銀行之行為人，應可認定其該當「顯不相當」條款的要求²⁵。

(三)本件約定年利率百分之6符合「顯不相當」

承上，本案臺灣臺北地方法院 [104年度金訴字第20號](#) 判決已敘明：「國內金融機構於101年間公告1年期定存利率約在1.5%左右，此為公眾周知之事實（台灣銀行100年11月1日實施之一年未滿二年之一般定期存款利率為1.355%，郵局101年1月1日實施之一年定期定存利率則為1.37%）。」台灣金融機構於101年間公告1年期定存利率約1.5%左右，被告等人對外招攬本案GTF投資，約定給付年利率6%之利益，其承諾給付投資人之獲利為金融機構同期定存利率之4倍，顯為「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」。若被告等及其公司財務健全，並確實有特殊保證獲利之能力，為何不提出相關資料向金融機構辦理借款，降低資金成本，卻以一般性的勸誘廣告保本保息、高額報酬來吸收社會游資？

臺灣高等法院 [105年度金上訴字第31號](#) 判決卻以市面上經許可販賣之固定收益基金，年利率約在6%左右，與本件被告協丞公司招攬之GTF金融商品所提供之年利率相當，故認年利率6%尚非可使社會大眾受吸引力而因此投入金錢之優厚條件，自非可謂係「顯不相當之利益」。惟其所稱年利率約6%左右之固定收益基金，仍屬投資人須自負盈虧而具風險之投資，與本件GTF所強調到期百分之百還本之情況迥不相同，自不能以市面上有基金亦提供6%年利率之收益，即認被告等人招攬GTF金融商品不構成銀行法之上開罪責。

²⁵ 李曜崇，銀行法第125條違法吸金罪之問題探討，存款保險資訊季刊，18卷1期，2005年3月，53-55頁。

(四)被告等行為亦該當銀行法第 5 條之 1「收受存款」

參考上開美國、日本及德國之相關立法例，彼等規範非銀行不得收受存款，均無「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」之要件。我國銀行法第 29 條第 1 項原係規定：「除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款……業務」，若有違反即構成同法第 125 條第 1 項之罪。嗣 78 年間，為因應當時地下投資公司泛濫問題，增訂銀行法第 5 條之 1、第 29 條之 1，分別定義「收受存款」、及「以收受存款論」之要件。其中第 5 條之 1「收受存款」的定義較為概括，第 29 條之 1「以收受存款論」之要件係將第 5 條之 1「收受存款」原來的構成要件要素，再增加「以借款、收受投資、使加入股東或其他名義」、「約定或給付與本金顯不相當之報酬」2 個構成要件要素。因此，若該當第 29 條之 1「準收受存款」之構成要件，亦應該當第 5 條之 1「收受存款」之構成要件；反之，縱認本案行為沒有「約定或給付與本金顯不相當之報酬」，不該當第 29 條之 1「準收受存款」之構成要件，因僅欠缺此一構成要件要素，仍應該當第 5 條之 1「收受存款」，同樣構成銀行法第 125 條第 1 項之罪²⁶。至於第 5 條之 1 所稱「不特定多數人」，乃特定多數人之對稱，係指不具有特定對象，可得隨時增加者之謂。故銀行法第 125 條關於處罰非銀行不得經營收受存款業務之規定，祇須行為人係向不特定多數人收受款項或資金而合於上開要件且繼續反覆為之者，即足當之。

對此，最高法院 [97 年台上字第 5936 號](#) 判決亦認為：「所謂『收受存款』，係指向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金金額之行為；而以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金，而約定或給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬者，以收

²⁶ 請參閱江俊彥，違法吸金案件刑事規範之研究—以銀行法與證交法間之體系違反為中心，法學叢刊，230 期，2013 年 4 月，133 頁、142-145 頁；莊永丞，論我國銀行法第 29 條之 1 之規範妥適性，收錄於「財經法制新時代」，元照公司，2008 年 10 月，433 頁，450-451 頁。

受存款論，為七十八年七月十七日修正公布之銀行法第五條之一、第二十九條之一所明定。後者在性質上，應屬立法上之補充解釋，兩者只要符合其一，即足當之。」最高法院 [96 年台上字第 4806 號](#)、[93 年台上字第 5756 號](#) 等判決，均同此旨。

臺灣高等法院臺中分院 [97 年度重金上更\(四\)字第 89 號](#) 判決亦表示：「貳、二、(四)……無論其名目為投資或其他，然其實質為向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金之行為。故其利息之支付約定雖在法定最高利息以下，但因已符合收受存款之實質，當屬修正前銀行法第二十九條第一項之「收受存款」，而非屬同法第二十九條之一之「收受存款論」之罪，則所約定或給付利息是否與本金顯不相當，即非所問。」

臺灣高等法院臺南分院 [98 年度金上重更\(一\)字第 149 號](#) 判決亦採相同見解，更清楚解釋：「貳、二、(三)按所謂「收受存款」，依銀行法第五條之一之規定，係指「向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金之行為」。則行為人若向不特定多數人收受款項，並約定給付相當或高於本金之金額者，即屬銀行法所稱之收受存款，不因外觀上係以借款等名目為之，而認可規避銀行法之規範。……4. 末按，行為人若係向不特定多數人收受款項或吸收資金，並約定返還本金或給付相當或高於本金者，即係銀行法所稱之存款業務；惟若係以借款、收受投資、使加入為股東或其他名義，向「多數人」或「不特定之人」收受款項或吸收資金者，必以其約定或給付與本金「顯不相當」之紅利、利息、股息或其他報酬者，始得以收受存款論；二者構成要件不同（參照最高法院 [96 年度台上字第 4806 號](#) 判決意旨）。本件被告二人及盧啟煌，自始即係基於收受存款之意，收取不特定多數人寄存之款項，並約定給付高於本金之金額，而未以借款之名義向多數人或不特定人收受款項，業如前述。是本件被告等所為係屬銀行法第 29 條第 1 項之經營收受存款業務，

而非屬銀行法第 29 條之 1 所規範之範疇，即不受該條文所定「約定或給付與本金顯不相當之利息」此一要件之限制。是辯護人另辯稱本案並無顯不相當之紅利，與銀行法第 29 條之 1 之構成要件不符云云，與本案情節未符，併此敘明。」

(五)原判決認定事實違反論理法則

本案被告賴怡宏等人原經臺灣臺北地方法院以 [104 年度金訴字第 20 號](#) 判處共犯銀行法第 125 條第 1 項前段之非法經營收受存款業務罪，臺灣高等法院 [105 年度金上訴字第 31 號](#) 判決卻以高○慧、楊○蓁、黃○飴等投資人係因聽從林○潔、林○緯之介紹而投資被告協丞公司招攬之 GTF 金融商品，並非於投資前看過相關資料或契約，並認林○潔、林○緯等人於招攬投資人之際，縱有強調操作績效、允諾一定比例獲利之事，亦係宣傳手法不當之問題，且被告協丞公司招攬 GTF 金融商品之年利率為 6%，與市面上經許可販賣之固定收益基金相當，被告協丞公司並無提供顯不相當之利益給投資人。被告賴怡宏、江建璋共同違反期貨交易法第 112 條第 5 項第 5 款，但無違反銀行法第 125 條第 1 項前段之非法經營收受存款業務罪；被告協丞公司無罪。

本案依原判決採用之證據及認定之事實，卷附由被告協丞公司招攬之 GTF 金融商品，其相關之「投資合約契約書」、協丞公司之「投資約定合約確認書(保本範例)」，及以電子郵件寄發之有關「(GTF) 投資配息方式」之函文等，均有載明「固定每季配息 1.5%」、「配息報酬無涉市場行情」、「到期完全 100 % 還本」等文字，則被告等人透過被告協丞公司業務人員林○潔、林○緯，對不特定投資人以約定到期百分之百還本、給付高於一般銀行定期存款之年息；被告協丞公司業務人員林○潔、林○緯向高○慧等投資人推廣產品時，所介紹之內容均與前揭「投資合約契約書」、「投資約定合約確認書(保

本範例)」、以電子郵件寄發有關「(GTF)投資配息方式」之函文等內容一致，而該等「投資合約契約書」等文書並非林○潔、林○緯擅自印製或出具，而係被告協丞公司對外招攬客戶之制式文件或統一說詞，林○潔、林○緯僅係秉持被告協丞公司之立場對外招攬客戶而已。揆諸前開銀行法第 125 條之立法意旨，被告等人既係向不特定多數投資人收受資金，並約定交付資金之人能百分之百取回本金，且約定給付之利息，又遠高於一般銀行定期存款之利率，使本件多名投資人受被告等人提供之優厚利息所吸引，而參與投資被告協丞公司所招攬之 GTF 金融商品。

原審認高○慧、楊○蓁、黃○飴等人僅係因聽從林○潔、林○緯之介紹始投資本件金融商品，卻忽略林○潔、林○緯對高○慧等人招攬時提出之說詞，即係被告協丞公司對外招攬客戶之立場，且其等亦係代表被告協丞公司對外招攬客戶之事實。原判決未就卷內各項證據為全面觀察、整體評價，而以證人柯○豪一人之說詞，推翻證明力較強之 GTF「投資合約契約書」、協丞公司之「投資約定合約確認書(保本範例)」及以電子郵件寄發之有關「(GTF)投資配息方式」之函文載明「固定每季配息 1.5%」、「配息報酬無涉市場行情」、「到期完全 100%還本」等內容，且所為之認事用法，顯有未遵循論理法則與經驗法則之錯誤，難認適法。被告賴怡宏、江建璋所為應已構成銀行法第 125 條第 1 項前段之罪責，另被告協丞公司則應依銀行法第 127 條之 4 規定，處以同法第 125 條第 1 項前段之罰金。

況自由時報 2018 年 6 月 6 日報載：「雲澤數位科技公司負責人蘇○澤與賴怡宏等人，共同涉嫌於 2012 年至 2015 年間，對外宣稱發明一套「雲端財富交易軟體」，可替投資者代操外匯，每月可獲取 2.5%~15%的紅利，造成上千人受騙，分別「投資」數百萬元，吸金逾 30 億元，臺北地檢署偵查後起訴蘇某、賴某違反銀行法、期貨交

易法，但查扣的資金不足 1 億元，其餘均已被匯往海外。」引發輿論議論²⁷。

被告賴怡宏於本案發生後，是否再次重施故技，造成上千人再次受害，業經臺灣臺北地方檢察署以 106 年度偵字第 13808 號、第 22395 號、106 年度調偵字第 49 號、第 364 號提起公訴，固仍待法院判決確認，但本案司法更應慎重以對。

六、言詞辯論之必要性

本件爭點係屬原則上重要性之重大爭議，涉及層面廣泛，對日後諸多案件影響深遠，並非細節問題；且實務見解歧異，至今尚未統一見解。而本件法律爭點並非僅以書狀交換方式即足以釐清，若經由言詞辯論及法官提問，應可幫助貴院更進一步瞭解雙方論點，做出最妥適之決定。

肆、結論

綜上，本署認為違法經營收受存款業務罪之重點在於有無「保護之需要性」；判斷是否「與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬」，應參考國內金融機構之平均存款利率；本案被告等與投資人約定提供年利率百分之 6 屬於「顯不相當」；縱認被告等行為未達「顯不相當」，不該當銀行法第 29 條之 1「準收受存款」之構成要件，仍應該當銀行法第 5 條之 1「收受存款」，被告等仍構成銀行法第 125 條第 1 項前段之非法經營收受存款業務罪。本案所涉法律爭點因最高法院及部分下級審見解分歧，且具原則上重要性，宜由最高法院行言詞辯論，並一槌定音，爰依刑事訴訟法第 386 條第 1 項提出聲請。

此致

最高法院

²⁷ 請參閱吳巡龍，高院別再輕縱金融要犯，自由時報，自由廣場，2018 年 11 月 1 日；黃錦嵐，又是孫惠琳的輕縱判決惹爭議，上報，司法論衡，2018 年 11 月 12 日。

中 華 民 國 108 年 1 月 14 日
檢 察 官 游 明 仁

伍、附件清冊

附件 編號	附件名稱	頁碼
1	王志誠，銀行法，新學林，一版 1刷，2014年9月。	62-75 頁
2	李曜崇，銀行法第 125 條違法吸 金罪之問題探討，存款保險資訊 季刊，18 卷 1 期，2005 年 3 月。	50-56 頁
3	吳天雲，銀行法違法吸金罪實務 問題之研究，月旦財經法雜誌， 36 期，2015 年 5 月。	109-120 頁
4	江俊彥，違法吸金案件刑事規範 之研究—以銀行法與證交法間之 體系違反為中心，法學叢刊，230 期，2013 年 4 月。	133-160 頁
5	12 U.S.C. §1841(c)(1)	
6	12 U.S.C. § 1813 (1)	
7	12 U.S.C. §1847(a)	
8	7 U.S.C. §6(a)	
9	7 U.S.C. § 6s(a)	
10	7 U.S.C. § 13 (a)	
11	15 U.S.C. §77b	
12	15 U.S.C. § 77x	
13	540 U.S. 389 (2004)	
14	Boos/Fischer/Schulte-Mattler /Lindemann, KWG, 5. Aufl. 2016, §54	Rn. 17-18.

15	林東茂，「經濟犯罪的幾個現象面思考」，收錄於氏著「一個知識論上的刑法學思考」，五南，2版1刷，2001年7月。	246-248 頁
16	莊永丞，論我國銀行法第 29 條之 1 之規範妥適性，收錄於「財經法制新時代」，元照公司，2008年10月。	433 頁，450-451 頁
17	自由時報 2018 年 6 月 6 日報導「詎代操外匯吸金 30 億 雲澤科技負責人等 6 人被訴」	
18	吳巡龍，高院別再輕縱金融要犯，自由時報，自由廣場，2018年11月1日	
19	黃錦嵐，又是孫惠琳的輕縱判決惹爭議，上報，司法論衡，2018年11月12日。	