

論違法集資行為相關刑事制裁規範之解釋及其適用

東吳大學法律學系兼任講師

靳宗立

摘要

當前台灣的經濟環境，雖面臨世界性金融危機而大受打擊，景氣呈現低迷之現象，惟台灣整體之經濟實力，依然堅強，民間游資尚稱充沛，此乃拜近數十年來台灣經濟奇蹟創造之結果。然就資金之需求面而論，惟倘資金需求者所需資金龐大，其所集資之對象復係不特定多數人或特定多數人時，則需求者若非具一定之條件、資格，或受一定之監督者，每易引起社會經濟秩序之危機，尤其是資金需求者以公司行號之名義所為之集資行為，故而各國對於此種資金供需關係，在資金需求者方面，每每規定須有一定條件或資格者，並在一定檢查、監督程序下，始得從事，違反者，多設有相關之刑事處罰規定。

按銀行等金融機構經營存款業務，亦含有消費寄託或借貸之性質，因有銀行法之規範，依法設立之銀行受其拘束，且易監督，存款人不易遭受損害。非銀行之公司行號經營存款業務，易生不履行債務之危險。不幸事件發生時，牽動金融市場，影響甚鉅，故為法之所禁。當前社會經濟現象中，屢屢發生行為人以個人名義或公司行號等名義，以及使用各種手段或管道，大量違法吸收社會資金，而投資於各種投機性經濟活動中，一旦失利，嚴重危害社會投資大眾權益及經濟金融秩序，故而我國現行法相關財經法規中，多設有相關刑事制裁之規定。惟因國內學理、實務對於處罰相關違法集資行為之刑事規範，鮮有較完整之論述與研究；且於適用相關刑事規範時，各刑事規範間之關係如何？又應如何處斷等問題，亦乏深入之探討。本文之目的，即在檢視我國現行立法上對於違法集資行為刑事規範之概況，以瞭解相關刑事規範應如何加以解釋與適用，並對於在適用相關刑事規範時所可能發生之競合問題嘗試加以探究。

壹、資金供需與刑法制裁之必要性

當前台灣的經濟環境，雖面臨世界性金融危機而大受打擊，景氣呈現低迷之現象，惟台灣整體之經濟實力，依然堅強，民間游資尚稱充沛，此乃拜近數十年來台灣經濟奇蹟創造之結果。數十年來，台灣的金融環境隨著經濟的發展，產生了大幅度的轉變，因長期的對外貿易出超，而使國內貨幣供給額不斷增加，民間擁有大量的資金，然傳統之金融機構卻因貨幣量之增加，而使存款利率不斷下降，且並未同時另行提出吸引資金的新金融商品，乃造成了民間游資無處可去，因此在國內缺乏適當之投資管道下，民間之大量資金乃走入地下，形成了一個龐大的地下金融體系〔註一〕。由於資金需求、供給環境的變遷，在現行金融中介機構無法充份發揮功能，以配合實際需要的情況下，因而促進民間金融的勃興。我國民間金融資金，雖在經濟發展過程中，彌補了金融體系的缺失與供給之不足，然而，民間金融資金雖有其正面的貢獻，但相對地，也產生了許多負面的影響，包括破壞金融秩序，以及影響資金運用效率等問題〔註二〕。

目前國內資金之供給管道，除了金融機構、貨幣市場及證券市場等管道外，在民間資金供給管道方面，常見的有融資性租賃公司、分期付款公司、儲蓄互助社、當舖、錢莊、互助會（合會）、三種經紀人、公司、行號及個人等〔註三〕。

就資金之供需面加以分析，在資金之供給面而言，供給者藉由資金之供給而收取一定之利率，倘未至暴利之程度，原則上，不論係由金融機構、公司法人所供給，或係經由民間資金管道所供給，並無需特別加以限制；惟非金融機構之公司法人，其既非以金融商品之服務為其主要營業項目，倘任其不當貸放款項，則恐有害於公司法人本身財務之安全，而侵害公司法人之股東或投資人，進而釀成社會經濟之失序，故法律有加以規制之必要（例如「證券交易法」第一百七十五條所定違反同法第六十條第一項之「證券商未經核准辦理放款罪」）。

然就資金之需求面而論，若需求者所需資金不多，或者僅需向一個或少數幾個資金供給者索求，則供需者二者間之法律關係乃為單純之借貸關係，除具體事案可能涉及刑法詐欺罪之成立外，自不應特別加以禁止；惟倘資金需求者所需資金龐大，其所集資之對象復係不特定多數人或特定多數人時，則需求者若非具一定之條件、資格，或受一定之監督者，每易引起社會經濟秩序之危機，尤其是資金需求者以公司行號之名義所為之集資行為，故而各國對於此種資金供需關係，

在資金需求者方面，每每規定須有一定條件或資格者，並在一定檢查、監督程序下，始得從事，違反者，多設有相關之刑事處罰規定，此乃因對大眾集資之行爲，倘集資者不具有一定之經濟條件，且在一定之監督、檢查之下，每易造成金融危害事件，除對於其所集資之特定供應者之個人財產法益造成侵害外，金融危害事件對於社會金融秩序所引暴之危機，乃侵害社會上不特定多數人之經濟法益，一旦事發，牽累至鉅，因是，故有動用刑事制裁手段之必要。

按銀行等金融機構經營存款業務，亦含有消費寄託或借貸之性質，因有銀行法之規範，依法設立之銀行受其拘束，且易監督，存款人不易遭受損害。非銀行之公司行號經營存款業務，易生不履行債務之危險。不幸事件發生時，牽動金融市場，影響甚鉅，故爲法之所禁〔註四〕。當前社會所謂之地下投資公司，每以借款、收受投資、使加入爲股東、或巧立各種名義等，不一而足，大量違法吸收社會資金，以遂其收受存款之實，而經營其公司登記範圍以外之收受存款業務，危害社會投資大眾權益及經濟金融秩序〔註五〕。惟因國內學理、實務對於處罰相關違法集資行爲之刑事規範，鮮有較完整之論述與研究；且於適用相關刑事規範時，各刑事規範間之關係如何？又應如何處斷等問題，亦乏深入之探討。本文之目的，即在檢視我國現行立法上對於違法集資行爲刑事規範之概況，以瞭解相關刑事規範應如何加以解釋與適用；進而對於在適用相關刑事規範時所可能發生之競合問題嘗試加以探究。

貳、我國對於違法集資行爲刑事制裁規範之概況

就違法集資行爲所可能違反之刑事制裁規範而論，其有因目的係爲違法集資，而其所行使之手段另行違反刑事制裁規範者；亦有其違法集資行爲本身直接違反刑事制裁規範者。前者之情形，例如未經設立登記之地下投資公司（即高利吸收民間資金存款，投資於各種營利及生產事業者），其以發行股票集資之行爲，乃違反公司法第一百六十一條第一項「公司非經設立登記或發行新股變更登記後，不得發行股票」之規定，違反上述規定而發行股票者，依同條第三項之規定科以一萬五千元以下罰金；同時，前述行爲亦違反證券交易法第二十二條第一項：「有價證券之募集與發行，除政府債券或經財政部核定之其他有價證券外，非經主管機關核准或向主管機關申報生效後，不得爲之。」依同法第一百七十五條之規定，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科十五萬元以下罰金。

後者之情形，我國現行法制對於直接制裁違法集資行為本身之相關刑事規範，平時法部分，最基本之刑事制裁規範，係銀行法第一百二十五條第一項所定違反銀行法第二十九條第一項之「非銀行經營收受存款業務罪」、「非銀行受託經理信託資金罪」。除此之外，尚有其他補充制裁規範，如證券交易法第一百七十五條所定違反同法第六十條第一項之「證券商未經核准收受存款等罪」、「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」。至於違法集資行為其他附隨違反之刑事制裁規範，主要有「公司法」第十五條第一項、第三項之「公司經營登記範圍以外業務罪」，同法第十九條第一項、第二項之「以未經登記公司名義營業罪」等。

在戰時法部分，對於違法集資行為之刑事規範，則有「妨害國家總動員懲罰暫行條例」第五條第一項第一款所定「違反政府依國家總動員法第十八條所發布之命令罪」。行政院曾於四十一年五月二十一日依國家總動員法第十八條規定公布施行「取締地下錢莊辦法」，該辦法雖於八十年二月八日經行政院公布廢止，惟依實務一般之見解認為，妨害國家總動員懲罰暫行條例第五條第一項第一款規定之處罰，必須行為人違反或妨害政府依國家總動員法第五條、第十七條、第十八條規定所發布之命令為構成要件，此為空白刑法理論所當然〔註六〕，「取締地下錢莊辦法」此種行政法令縱可認為具有法律同等之效力，但因其本身無刑罰之規定，故此種行政法令之變更，難認其係刑法第二條第一項所謂「法律變更」，蓋「法律變更」者，乃指刑罰法律而言。故而行政院依國家總動員法第十八條規定所發布之「取締地下錢莊辦法」，與「妨害國家總動員懲罰暫行條例」第五條第一項第一款之基本法文相結合，即使有補充法規之效力，惟「取締地下錢莊辦法」之變更，非屬法律變更，僅係事實變更〔註七〕。由於實務一般採行此種見解，是以「取締地下錢莊辦法」雖已於八十年廢止，惟前述「違反或妨害政府依國家總動員法第十八條所發布『取締地下錢莊辦法』之命令罪」其追訴權時效為十年，因是，現今司法實務上仍有適用之可能，故而本文對此相關規定亦一併加以討論。

綜上所述，對於違法集資行為之相關刑事制裁規範為數不少，本文則僅以違法集資行為本身所直接違反之刑事制裁為對象，探討前開相關刑事規範之規定應如何解釋；進而各刑事規範在具體適用時所發生之競合問題又應如何處理等問題。以下先就各刑事規範之要件應如何解釋加以闡明，並分析各相關刑事規範間之關係，而後再就具體案件在適用上所發生競合問題試行解析。

一、銀行法之「非銀行經營收受存款業務罪」、「非銀行受託經理信託資金罪」

除法律另有規定者外，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（銀行法第二十九條第一項）。違反者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金（銀行法第一百二十五條第一項）；法人犯之者，處罰其行為負責人（銀行法第一百二十五條第二項）。因是，銀行法第一百二十五條第一項所定違反銀行法第二十九條第一項之各種刑事不法行為類型中，關於違法集資行為之制裁規定，有「非銀行經營收受存款業務罪」與「非銀行受託經理信託資金罪」。前述二罪係破壞國家有關經營銀行業務應經特許之制度，而非直接侵害個人法益之犯罪〔註八〕。以下就上述二罪之成立要件稍加分析。

（一）行為主體及處罰對象

我實務認為，銀行法關於處罰非銀行經營收受存款或受託經理信託資金業務之犯罪主體，係將個人犯之者與法人犯之者，均規定其處罰，惟法人犯之者，法律規定「處罰其行為負責人」，倘非銀行而違反不得收受存款或受託經理信託資金業務規定之行為人係自然人者，自應以該行為人為犯罪主體；反之，如係法人犯之者，其犯罪主體應為該法人，但依轉嫁處罰法理而處罰其行為負責人〔註九〕。再者，非銀行之公司〔註十〕違法集資時，依其吸金行為態樣之不同，或為收受存款，或為經理信託資金，依銀行法第二十九條第一項規定，應成立同法第一百二十五條第一項之「非銀行經營收受存款業務罪」或「非銀行受託經理信託資金罪」，依銀行法第十八條及公司法第八條第一項規定，負責人倘有數人時，且均參與吸金決策，並為公司行為負責人，自應依銀行法第一百二十五條第二項處罰，並依刑法第二十八條論以共同正犯，而該公司之負責承辦吸金業務之職員雖非公司之負責人，但知情而參與執行吸金業務，與公司負責人等有犯意聯絡及行為分擔，依刑法第三十一條第一項規定，仍以共同正犯論〔註十一〕。至於非公司負責人或正式職員，倘知情而參與執行吸金業務，與該公司負責人及職員顯有犯意聯絡與行為之分擔，依刑法第三十一條第一項規定，仍應以共同正犯論〔註十二〕。

惟實際上，法人本身並無可能從事違反銀行法規定之行為，本罪之所以處罰行為之負責人，實因行為之負責人係以法人名義從事不法行為之真正犯罪主體〔註十三〕。因是，前開銀行法第一百二十五條第二項所謂「法人犯之者，處罰其行

為負責人」，其情形乃包括法人之負責人以法人之名義收受存款或經理信託資金，以及法人之業務人員經授權以法人之名義收受存款或經理信託資金。法人倘為公司，則所謂公司之負責人，依公司法第八條第一項之規定，在股份有限公司為董事〔註十四〕。再者，分公司係總公司分設之獨立機構，而分公司之經理，依公司法第八條第二項規定，在執行職務範圍內亦為公司負責人〔註十五〕。

職是，本罪之行爲主體雖規定為「非銀行」者，在解釋上仍以自然人為限，應係指不具銀行負責人之資格或未經銀行授權之業務人員之身分關係者；或雖具有銀行負責人之資格或經銀行授權之業務人員但非以銀行名義實施本罪構成要件之行爲者而言。因此，本罪之性質，應屬真正身分犯，其具有本罪之身分者，固得依其具體犯罪情節，分別依刑法第二十八條至第三十條之規定，成立本罪之共同正犯或狹義共犯；其不具本罪規定之身分者，倘加工於有身分之人，亦得依共犯與身分之法理，按刑法第三十一條第一項之規定加以處斷。

（二）行爲客體

按銀行法第三條之規定，銀行經營之業務包括：①收受支票存款。②收受其他各種存款。③受託經理信託資金。④發行金融債券。⑤辦理放款。⑥辦理票據貼現。⑦投資有價證券。⑧直接投資生產事業。⑨投資住宅建築及企業建築。⑩辦理國內外匯兌。⑪辦理商業匯票承兌。⑫簽發信用狀。⑬辦理國內外保證業務。⑭代理收付款項。⑮承銷及自營買賣或代客買賣有價證券。⑯辦理債券發行之經理及顧問事項。⑰擔任股票及債券發行簽證人。⑱受託經理各種財產。⑲辦理證券投資信託有關業務。⑳買賣金塊、銀塊、金幣、銀幣及外國貨幣。㉑辦理與前列各款業務有關之倉庫、保管及代理服務業務。㉒經中央主管機關核准辦理之其他有關業務。

而銀行法第二十九條第一項則規定：「除法律另有規定者外，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。」是以非銀行並非從事任何銀行經營業務均成立銀行法第一百二十五條第一項之罪，僅限於其從事經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務，方有成罪之可能。由於本文乃在探討違法集資行爲之刑事制裁問題，是以此處僅就與違法集資行爲有關之「收受存款」與「經理信託資金」加以分析。

銀行法所稱收受存款業務，係指從事收受支票存款、活期存款、定期存款、儲蓄存款等業務而言〔註十六〕。所謂支票存款，謂依約定憑存款人簽發支票，或利用自動化設備委託支付隨時提取不計利息之存款（銀行法第六條）。所謂活期存款，謂存款人憑存摺或依約定方式，隨時提取之存款（銀行法第七條）。所謂定期存款，謂有一定時期之限制，存款人憑存單或依約定方式提取之存款（銀

行法第八條)。儲蓄存款，謂個人或非營利法人，以積蓄資金為目的之活期或定期存款（銀行法第九條）。

再者，銀行法第二十九條第一項之「經理信託資金」，所謂「信託」，依信託法第一條規定：「稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。」關於「信託資金」，依銀行法第十條規定：「本法稱信託資金，謂銀行以受託人地位，收受信託款項，依照信託契約約定之條件，為信託人指定之受益人之利益而經營之資金。」

(三) 行為態樣與性質

銀行法所稱收受存款，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（銀行法第五條之一）。至所謂「經營收受存款業務」，並不限於單純之收受存款，舉凡與其相關之返還本金、提領存款、支付利息等業務，均應包括在內〔註十七〕；同理，所謂「受託經理信託資金業務」，亦不限於單純之收受信託款項，凡依信託契約約定條件所為一切管理、經營信託資金之相關行為，均包括在內。

惟以借款、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（銀行法第二十九條之一）。倘某公司以互助會公司名義，邀集會員繳交定額之入會費參加互助會，該公司則負責投、開標及收取、發給會款事宜，以類似民間互助會之方式，由各會員競標後，以利息最高者得標，其餘未得標之會員則按期將扣除得標金額後之會款交給該公司，並由該公司匯集後，轉交給得標之會員，則該公司以法人身份向各會員收取款項交予得標之會員，其利息係以競標結果決定，難認該公司有給付顯不相當利息之情形，且該公司係負責投開標及轉交行為，與銀行利用存款營利之情形亦有不同，是該公司之行為應屬類似合會之私法行為，而與銀行法第二十九條之規定無涉〔註十八〕。至於收受投資，而約明風險自負，並未約定給付與本金顯不相當之紅利、利息、股息或其他報酬，則與銀行法第二十九條之一規定不合，自不成立本罪〔註十九〕。

銀行法第一百二十五條第一項所定違反銀行法第二十九條第一項之「非銀行經營收受存款業務罪」與「非銀行受託經理信託資金」，在罪數判斷之性質上乃屬集合犯之一種，其收受存款行為與經理信託行為，在立法時本即預定其具有反覆實施之性質，因是，行為人以實施此種犯罪之單一犯意，實施一次犯行時，固僅成立一罪；惟行為人以實施此種犯罪之一個概括犯意，縱實施多次犯行，形式上多次成立本罪，因其所侵害之法益仍具有同一性，故亦僅包括地成立一罪〔註

二十〕，職是，在罪數判斷上，行為人基於概括犯意而反覆實施收受存款行為或經理信託行為者，形式上雖成立多次之「非銀行經營收受存款業務罪」或「非銀行受託經理信託資金或公眾財產罪」，惟在評價上，仍應只成立「非銀行經營收受存款業務罪」或「非銀行受託經理信託資金」之包括一罪。

我實務認為，銀行法第一百二十五條有關違反同法第二十九條第一項非銀行不得經營收受存款業務規定之刑罰，既係以多數人或不特定之人為吸取存款之犯罪行為為對象，其刑罰本身即含有犯罪行為繼續之特質；於一有收受存款業務時，固已發生構成要件該當行為而屬犯罪既遂，然於未結束營業前，一切收受存款等營業行為，仍屬犯罪行為之繼續進行，亦即同一行為而其不法之狀態持續至結束營業為止〔註二一〕，似認本罪之性質係屬繼續犯。惟刑法不法行為類型之法律性質（如繼續犯）與某行為事實在犯罪成立判斷與罪數處斷上究係「單純一罪」抑或係「評價上一罪」之「包括一罪」、「法條競合」，應屬不同之問題，實不應加以混淆。

二、證券交易法之「證券商未經核准收受存款等罪」與「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」

證券商除經主管機關核准從事有價證券買賣之融資或融券或有價證券買賣融資融券之代理者外，不得收受存款、辦理放款、借貸有價證券及為借貸款項或有價證券之代理或居間（證券交易法第六十條第一項），違反者，成立「證券商未經核准收受存款等罪」，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科十五萬元以下罰金（證券交易法第一百七十五條）。

再者，依證券交易法第五十四條第二項規定，對於有價證券營業行為直接有關之業務人員，其職稱由主管機關以命令定之；同法第七十條則規定：「證券商負責人與業務人員之管理事項，由主管機關以命令定之。」財政部政券管理委員會遂於七十四年九月二十四日依證券交易法上開規定，訂定「證券商負責人及業務人員管理規則」，並於八十七年十二月一日修正。依修正後之「證券商負責人及業務人員管理規則」第十六條第二項第九款之規定，證券商負責人及業務人員不得與客戶有借貸款項、有價證券或為借貸款項、有價證券之媒介情事，違反前開規定者，成立「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」，依證券交易法第一百七十七條第三款之規定，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。

以下僅就證券交易法之「證券商未經核准收受存款等罪」與「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」有關違法集資行為制裁之成立要件加以論述。

(一) 行為主體及處罰對象

首先，「證券商未經核准收受存款等罪」之犯罪主體，法文規定係「證券商」。所謂證券商，依證券交易法之規定，乃從事有價證券之承銷（證券商承銷商）、有價證券之自行買賣（證券商自營商）、或有價證券買賣之行紀或居間（證券商經紀商）等業務之一者（證券交易法第十五條、第十六條），且證券商依法須係股份有限公司（證券商設置標準第三條第一項），是故證券交易法第一百七十九條規定：「法人違反本法之規定者，依本章各條之規定處罰其為行為之負責人。」此一規定，似屬轉嫁刑之規定；惟實際上，證券商乃係法人，其本身並無可能從事違反證交法規定之行為，本條之所以處罰為行為之負責人，實因為行為之負責人係以證券商名義從事不法行為之真正犯罪主體。

再者，本罪所謂「為行為之負責人」，並非當然即指公司法第八條所稱公司負責人〔註二二〕，易言之，倘公司負責人以證券商名義從事本罪之行為者，固成立本罪；倘公司負責人對於其他負責人成立本罪之犯罪事實並不知情者，並不成立本罪；證券商之負責人以個人名義從事收取存款之行為，除成立銀行法第一百二十五條第一項之罪外，應不另行成立本罪（實務亦有相反之見解〔註二三〕）。至於證券商之業務人員經授權以證券商名義從事本罪行為者，仍得成立本罪；證券商之業務員以個人名義從事收取存款之行為者，除成立銀行法第一百二十五條第一項之罪外，應不另行成立本罪。職是，本罪之性質，應屬真正身分犯，其具有本罪之身分者，固得依其具體犯罪情節，分別按刑法第二十八條至第三十條之規定，成立本罪之共同正犯或狹義共犯；其不具本罪規定之身分者，倘加工於有身分之人，亦得依共犯與身分之法理，按刑法第三十一條第一項之規定加以處斷。惟實務之見解，有認證券交易法之「證券商未經核准收受存款等罪」，其處罰對象限於公司法第八條規定之證券商負責人運用公司之資金、或以公司負責人之身分代表公司向第三人借款，並將從事兩種融資所得之利潤歸屬於公司，始足當之〔註二四〕。

其次，違法集資而成立「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」者，其行為主體乃係證券商之負責人與其業務人員等自然人，且非以證券商之名義為之始可，否則，應係成立「證券商未經核准收受存款等罪」與否之問題，並非本罪〔註二五〕；惟證券商其他受僱人倘有違反「證券商負責人及業務人員管理規則」第十六條第二項第九

款之規定者，依同規則第十六條第四項，亦準用負責人與業務人員之處罰規定。所謂「證券商之負責人」，依「證券商負責人與業務人員管理規則」第二條第一項之規定，係依公司法第八條之規定；而公司法第八條則規定：「本法所稱公司負責人，在無限公司、兩合公司為執行業務或代表公司之股東；在有限公司、股份有限公司為董事。」「公司之經理人或清算人，股份有限公司之發起人、監察人、檢查人、重整人或重整監督人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人。」而此處「證券商之業務人員」，依「證券商負責人與業務人員管理規則」第二條第二項之規定，係指為證券商從事①有價證券投資分析、內部稽核或主辦會計；或②有價證券承銷、買賣之接洽或執行；或③有價證券自行買賣、結算交割或代辦股務；或④有價證券買賣之開戶、推介、受託、申報、結算、交割或為款券收付、保管；或⑤有價證券買賣之融資融券；或⑥證券衍生性商品之風險管理或操作等業務之人。

因違法集資而成立「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」者，其犯罪主體既係證券商之負責人或業務人員或證券商之其他受僱人，則本罪之性質係屬真正身分犯。其具有本罪之身分者，固得依其具體犯罪情節，分別按刑法第二十八條至第三十條之規定，成立本罪之共同正犯或狹義共犯；其不具本罪規定之身分者，倘加工於有身分之人，亦得依共犯與身分之法理，按刑法第三十一條第一項之規定加以處斷。

(二) 行為態樣與性質

就「證券商未經核准收受存款等罪」而言，其構成要件行為係未經核准而收受存款、辦理放款、借貸有價證券及為借貸款項或有價證券之代理或居間等。所謂收受存款，依銀行法第五條之一規定，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。倘係向特定之個人或多數人為金錢款項之借貸、收受投資、使加入為股東或其他名義，因證券交易法並未如銀行法第二十九條之一有「以收受存款論」之規定，因是不得認其即為收受存款之行為。

至證券商之負責人或業務人員或證券商之其他受僱人，因違反「證券商負責人及業務人員管理規則」第十六條第二項第九款「不得與客戶有借貸款項、有價證券或為借貸款項、有價證券之媒介情事」之規定，而成立之「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」，其不法構成要件行為乃係向證券商之客戶實施借貸款項、有價證券或為借貸款項、有價證券之媒介，因本罪之行為對象限定為證券商之客戶，故倘其實施借貸款項、有價證券或為借貸款項、有價證券之媒介情事之對象並非證券商之客

戶，則不成立本罪。

例如，證券經紀商之負責人或業務人員，倘係以證券商之名義接受其存戶現金或支票存入並生息；或與委託買賣股票之委託人約定，以電話（或其他電傳方式）委託買賣，並於賣出股票時，將應收款項存留公司，俾作為爾後委託買進時撥充價金之用，存款期間並由證券商按日給付一定之利息等行爲，即可能成立證券交易法之「證券商未經核准收受存款等罪」²⁶；倘前開行爲證券商之負責人或業務人員非以證券商名義爲之者，則可能成立證券交易法之「違反主管機關其他依本法所爲『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」。

再者，前開「證券商未經核准收受存款等罪」，在罪數判斷之性質上乃屬集合犯之一種，其收受存款行爲與經理信託行爲，在立法時本即預定其具有反覆實施之性質，因是，行爲人以實施此種犯罪之單一犯意，實施一次犯行時，固僅成立一罪；惟行爲人以實施此種犯罪之一個概括犯意，縱實施多次犯行，形式上多次成立本罪，因其所侵害之法益仍具有同一性，故亦僅包括地成立一罪。惟上述證券商之負責人或業務人員或證券商之其他受僱人，因違反「證券商負責人及業務人員管理規則」第十六條第二項第九款「不得與客戶有借貸款項、有價證券或爲借貸款項、有價證券之媒介情事」之規定，而成立之「違反主管機關其他依本法所爲『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」，在罪數判斷之性質上，非屬集合犯，因是，行爲人倘以概括犯意反覆多次向不同對象實施收受存款或向不同客戶借貸款項等行爲，因其所侵害之法益乃係證券商客戶之財產法益，故其所爲犯行並不具法益侵害之同一性，故在評價上應係成立數罪。因其係基於概括犯意，且係實施相同構成要件之犯行，應成立本罪之連續犯〔註二七〕。

三、公司法之「公司經營登記範圍以外業務罪」與「以未經登記公司名義營業罪」

公司不得經營登記範圍以外之業務（公司法第十五條第一項）。公司負責人違反時，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十五萬元以下罰金，並賠償公司因此所受之損害（公司法第十五條第三項）。

再者，未經設立登記，不得以公司名義經營業務或爲其他法律行爲（公司法第十九條第一項）。違反前項規定者，行爲人各處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十五萬元以下罰金，並自負其責；行爲人有二人以上者，連帶負責，

並由主管機關禁止其使用公司名稱（公司法第十九條第二項）。

（一）行為主體及處罰對象

首先就公司法第十五條第一項、第三項之「公司經營登記以外業務罪」而言，其行為主體係公司負責人，而所謂公司負責人，在有限公司、股份有限公司為董事；公司之經理人在執行職務範圍內亦為公司負責人，為公司法第八條所明定〔註二八〕。本罪之行為主體既限定為公司負責人，故而本罪之性質即屬真正身分犯，其具有本罪之身分者，固得依其具體犯罪情節，分別依刑法第二十八條至第三十條之規定，成立本罪之共同正犯或狹義共犯；其不具本罪規定之身分者，倘加工於有身分之人，亦得依共犯與身分之法理，按刑法第三十一條第一項之規定加以處斷。職是，非公司負責人而與公司負責人有共同犯罪意思之連絡而分擔實施公司法第十五條第一項之行為，則該非公司負責人即得與公司負責人按刑法第三十一條，依共犯與身分之法理，成立銀行法第十五條第三項之罪之共同正犯。

惟對上述問題，實務上見解呈現兩極：①有認公司法第十五條第三項規定，係直接以公司負責人為犯罪主體，故無此身分之人與公司負責人共同犯該條項之罪，依刑法第三十一條之規定，仍應以共同正犯論〔註二九〕。②亦有認公司法第十五條第三項所定，公司負責人應受處罰之規定，係自同條第一、二項規定禁止公司經營登記範圍以外之業務及將資金貸與股東或其他個人，違反該項禁止行為時所課予之責任轉嫁而來，並非因身分而成立之罪，自無刑法第三十一條之適用〔註三十〕。兩說相較，應以前者之理由較為可採。

再者，就公司法第十九條第一項、第二項之「以未經登記公司名義營業罪」而言，未經設立登記，而以公司名義經營業務或為其他法律行為之刑罰規定，乃係處罰行為人（即自然人），蓋法人（公司）尚未經設立登記，不得為權利、義務，以及犯罪主體故也〔註三一〕。

（二）行為態樣與性質

公司法第十五條第一項、第三項之「公司經營登記以外業務罪」所包含之行為態樣外延甚廣，其中包含自然人或非銀行之法人經營非銀行不得經營之收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務等業務（銀行法第二十九條第一項）之情形在內。

公司法第十九條第一項、第二項之「以未經登記公司名義營業罪」所包含之行為態樣外延亦廣，其中包含行為人以未經登記之銀行名義或非銀行之公司名義，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等業務之情形。

上述公司法之「公司經營登記以外業務罪」與「以未經登記公司名義營業

罪」，在罪數判斷之性質上乃屬集合犯之一種，其經營登記以外業務行為或以未經登記公司名義營業行為，在立法時本即預定其具有反覆實施之性質，因是，行為人以實施此種犯罪之單一犯意，實施一次犯行時，固僅成立一罪；惟行為人以實施此種犯罪之一個概括犯意，縱實施多次犯行，形式上多次成立本罪，因其所侵害之法益仍具有同一性，故亦僅包括地成立一罪。惟我實務，有認前開「公司經營登記以外業務罪」係屬繼續犯性質之單純一罪〔註三二〕。

四、妨害國家總動員懲罰暫行條例之「違反或妨害政府依國家總動員法第十八條所發布『取締地下錢莊辦法』之命令罪」

依三十一年五月五日公布之國家總動員法第十八條規定：「本法實施後，政府於必要時，得對銀行、公司、工廠、及其他團體行號之設立、合併、增加資本、變更目的、募集債款、分配紅利、履行債務及其資金運用，加以限制。」同法第三十一條規定：「本法實施後，政府對於違反或妨害國家總動員之法令或業務者，得加以懲罰。」「前項懲罰，以法律定之。」依此，國民政府乃於三十一年八月一日公布、四二年十二月二十五日修正公布「妨害國家總動員懲罰暫行條例」，其第五條第一項第一款規定，違反或妨害國家依總動員法第五條、第十七條、第十八條規定所發之命令者，處七年以下有期徒刑。同法第二條規定：「本條例公布前，已經頒行之經濟管制法令，有處罰較重之規定者，依其規定。」行政院乃於四十一年五月二十二日，依國家總動員法第十八條之規定，以行政命令公布「取締地下錢莊辦法」（該辦法業於八十年二月八日經行政院公布廢止）。

由於妨害國家總動員懲罰條例第五條第一項第一款之「違反或妨害政府依國家總動員法第十八條所發布『取締地下錢莊辦法』之命令罪」，其成立要件必須以政府依國家總動員法第十八條所發布之行政命令為之補充。依前開「取締地下錢莊辦法」第二條之規定：「本辦法所稱地下錢莊，係指非法經營銀行法第二條第一項第一款至第六款及第十八條規定業務之一者而言。」「經營生產事業或供應物資之工廠、公司及其他團體行號，向外借用週轉資金，用於其所經營之事業或因事業上資金之撥充運用，非以收存貨幣或款項為常業圖者，不視為本辦法所稱之地下錢莊。但上述工廠、公司及其他團體行號，借入款項用於其所經營業務範圍以外而轉存、轉放圖利者仍應視為地下錢莊，依照本辦法規定予以取締。」

（一）行為主體及處罰對象

關於妨害國家總動員懲罰暫行條例第五條第一項第一款之「違反或妨害政府依國家總動員法第十八條所發布『取締地下錢莊辦法』之命令罪」，其行為主體

及處罰對象為何？因國家總動員法第十八條係規定：「本法實施後，政府於必要時，得對銀行、公司、工廠、及其他團體行號之設立、合併、增加資本、變更目的、募集債款、分配紅利、履行債務及其資金運用，加以限制。」依此規定，其所限制者，僅以銀行、公司、工廠、及其他團體行號為對象，而「取締地下錢莊辦法」第一條，明定：「政府為取締地下錢莊，以維持經濟秩序起見，根據國家總動員法第十八條規定，制定本辦法。」是前開「取締地下錢莊辦法」係政府依國家總動員法第十八條規定所發布之命令，國家總動員法第十八條限制之對象既為銀行、公司、工廠及其他團體行號而不及一般之個人，依照取締地下錢莊辦法第二條第二項所取締之主體，亦以經營生產事業或供應物資之工廠、公司及其他團體行號為限（不包括銀行在內）。且因妨害國家總動員懲罰暫行條例第五條第一項第一款之「違反或妨害依國家總動員法第十八條所發取締地下錢莊辦法之命令罪」，其法定刑為七年以下有期徒刑之自由刑，其行為主體及處罰對象，自應以經營工廠、公司及其他團體行號之自然人為之。職是，妨害國家總動員懲罰暫行條例第五條第一項第一款之「違反或妨害依國家總動員法第十八條所發取締地下錢莊辦法之命令罪」，其適格負擔刑事責任者，應以經營工廠、公司及其他團體行號之自然人為限〔註三三〕，而不包含一般之個人。故本罪之性質為真正身分犯，其具有本罪之身分者，固得依其具體犯罪情節，分別依刑法第二十八條至第三十條之規定，成立本罪之共同正犯或狹義共犯；其不具本罪規定之身分者，倘加工於有身分之人，亦得依共犯與身分之法理，按刑法第三十一條第一項之規定加以處斷。

（二）行為態樣與性質

本罪之不法構成要件行為，乃係經營地下錢莊。所謂地下錢莊，依「取締地下錢莊辦法」第二條規定，係指非法經營銀行法第二條第一項第一款至第六款及第十八條規定業務之一，或經營生產事業或供應物質之工廠、公司及其他團體行號借入款項用於其所經營業務以外，而轉存放圖利者而言。在此須注意者，「取締地下錢莊辦法」發布當時有效之銀行法第二條第一項係規定：「本法稱銀行業務，為左列各款。一、收受各種存款。二、票據承兌。三、辦理各種放款或票據貼現。四、國內匯款。五、特許經營之國外匯兌。六、代理收付款項。七、倉庫及保管業務。八、買賣有價證券及投資。九、代募或承募公債、公司債及公司股份。十、特許買賣生金銀及外國貨幣。十一、受託經管財產。」「前項第一款至第六款為銀行主要業務。第七款至第十一款為銀行附屬業務。」同法第十八條係規定：「凡以收存貨幣或款項為常業者，不論其收存方式為給予支票或存單或收據或簿摺或期票或其他類似之證明文件，均視為銀行業務。但代理人收存委託人

寄託款項或買賣上繳存定金或保證金或業務機關收存之職工儲蓄，不在此限。」惟銀行法業經多次修改，在認定行為人是否經營地下錢莊，其標準仍應依「取締地下錢莊辦法」發布當時有效之銀行法之相關規定。

再者，妨害國家總動員懲罰暫行條例第五條第一項第一款之「違反或妨害依國家總動員法第十八條所發取締地下錢莊辦法之命令罪」，在罪數判斷之性質上乃屬集合犯之一種，其經營地下錢莊之行為，本即預定其具有反覆實施之性質，因而，行為人以實施此種犯罪之單一犯意，實施一次犯行時，固僅成立一罪；惟行為人以實施此種犯罪之一個概括犯意，縱實施多次，形式上多次成立本罪，因其所侵害之法益仍具有同一性，故亦僅包括地成立一罪。職是，在罪數判斷上，行為人基於概括犯意而反覆實施地下錢莊業務者，形式上雖成立多次之「違反或妨害依國家總動員法第十八條所發取締地下錢莊辦法之命令罪」，惟在評價上，仍應只成立本罪之包括一罪。

參、代結論——違法集資行為相關刑事 制裁規範之適用

就違法集資金行為而言，其最基本、最直接之刑事制裁規範，當屬銀行法第一百二十五條第一項所定違反銀行法第二十九條第一項之「非銀行經營收受存款業務罪」，至於其他刑事制裁規範，或居於補助地位，或係處於特別法之立場，關係甚為複雜。以下擬以銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」為主軸，依據前述對於相關刑事制裁規範之解釋素材，歸納、整理相關刑事制裁規範間之關係，以及在適用上所可能發生之競合問題應如何處理，此即本文目的之所在。

（一）銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」與「非銀行受託經理信託資金罪」之關係

銀行法第一百二十五條第一項所定違反銀行法第二十九條第一項之「非銀行經營收受存款業務罪」與「非銀行受託經理信託資金罪」二罪，係破壞國家有關經營銀行業務應經特許之制度，而非直接侵害個人法益之犯罪。非銀行之行為人倘分別起意，從事收受存款之業務與受託經理信託資金業務，應分別成立銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」與「非銀行受託經理信託資金罪」，其分別起意之犯行，數次侵害國家有關經營銀行業務應經特許之制度之法益，不能評價為一

罪，倘其符合數罪併罰之要件，則應成立實質競合。

至若非銀行之行為人倘基於概括之犯意，同時經營收受存款與受託經理信託資金業務，其所為犯行形式上雖分別成立銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」與「非銀行受託經理信託資金罪」，惟評價上，其所為犯行僅一次性地侵害國家有關經營銀行業務應經特許之制度此一法益，即屬法條競合之情形，只能成立一罪，應以最適當之罪名優先適用，排斥另罪之適用。因上述二罪之犯罪構成要件在形式邏輯上並無包含關係；且此二罪間並無基本規定與補充規定之關係；同時在規範之實質機能上，此二罪之保護法益相同，亦無何者之保護法益當然包含何者之關係，惟上述二罪之不法內涵相同，法定刑亦復一致，符合擇一關係之要件，應就上述二罪中選擇一罪適用，而排斥另一罪之適用。

(二) 銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」與妨害國家總動員懲罰暫行條例「違反或妨害政府依國家總動員法第十八條所發布『取締地下錢莊辦法』之命令罪」之關係

銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」係屬對於違法收受存款之基本規定，相對於妨害國家總動員懲罰暫行條例「違反或妨害政府依國家總動員法第十八條所發布『取締地下錢莊辦法』之命令罪」，後者係屬戰時法之特別法，且其規範對象係針對銀行、公司、工廠、及其他團體行號為限，其範圍亦較前者為狹。在適用上，此二罪之關係究屬如何？國內一般學者皆將法律競合之特別關係，認係特別法與普通法之關係，而將其分為不同法規與相同法規之競合。亦即在同一法規內固有法條競合之問題，即在不同法規間亦有法條競合之問題。此種見解，頗有商榷之餘地。蓋如所周知，普通法係針對全國一般之人、時、地、事所制定之法規，特別法則針對特殊之人、時、地、事所制定之法規。特別法之產生，或係適應特殊情形之需要而設計，或為維護法律之安定性，不宜朝令夕改，使國民無所適從，致使普通法之修改不易；但因時代與環境之變動，普通法部分規定已無法適應時代與環境之需要，遂制定特別法以為因應。因此，特別法之制定，其目的即在代替普通法之適用。如已制定特別法，不論其法定刑之輕重如何，均應優先適用特別法而排斥普通法之適用，始符特別法之立法意旨及立法精神〔註三四〕。惟我實務，將上述二罪在適用上之關係，逕認係法條競合之情形，其法理恐有疑義〔註三五〕。

妨害國家總動員懲罰暫行條例「違反或妨害政府依國家總動員法第十八條所發布『取締地下錢莊辦法』之命令罪」，既屬銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」之特別法，在適用上當應優先適用前者之規定。惟妨害國家總動員懲罰暫行條例第二條規定：「本條例公布前，已經頒行之經濟管制法令，有處罰較重之規

定者，依其規定。」因「取締地下錢莊管理辦法」發布當時有效之銀行法，並未針對非銀行經營收受存款業務設有刑事制裁之規定，其後銀行法修正，方始增列刑事制裁之處罰規定，現行銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」之法定刑較妨害國家總動員懲罰暫行條例「違反或妨害政府依國家總動員法第十八條所發布『取締地下錢莊辦法』之命令罪」為重，惟銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」之增訂係屬法律變更，不符合妨害國家總動員懲罰暫行條例第二條之規定，職是，倘非銀行之行為人所為之同一違法集資行為分別成立上述二罪時，仍應依特別法優於普通法之原理，優先適用妨害國家總動員懲罰暫行條例「違反或妨害政府依國家總動員法第十八條所發布『取締地下錢莊辦法』之命令罪」之規定。

(三) 銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」與證券交易法「證券商未經核准收受存款等罪」、「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」之關係

證券交易法之「證券商未經核准收受存款等罪」與「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」二罪之差異，主要在於：①二罪之犯罪行為主體身分不同；②二罪之行為對象範圍有別；③行為態樣有異。在行為主體方面，「證券商未經核准收受存款等罪」之行為主體，應係以證券商之名義從事違法集資之行為負責人；而「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」之犯罪主體，則係證券商之負責人、業務人員或其他受僱人非以證券商之名義從事違法集資之行為。在行為對象方面，前者之收受存款等行為之對象，並不限於特定之人；後者之行為對象，則限於客戶。在犯罪行為態樣上，前者主要係收受存款等；後者主要係借貸款項等。

而非銀行之行為人所為同一違法集資行為，倘分別成立銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」與證券交易法「證券商未經核准收受存款等罪」、或「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」，因銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」之保護法益與證券交易法「證券商未經核准收受存款等罪」或「違反主管機關其他依本法所為『證券商負責人及業務人員管理規則』第十六條第九款之禁止命令罪」之保護法益不同，應論以想像競合犯，從一重之銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」處斷。

(四) 銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」與公司法「公司經營登記範圍以外業務罪」、「以未經登記公司名義營業罪」之關係

公司負責人違法收取存款而經營登記以外之業務時，同時該當銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」及司法「公司經營登記範圍以外業務罪」，關此罪數論

上之問題，實務認為係屬法規競合，應從一重之銀行法第一百二十五條第一、二項處斷〔註三六〕。惟銀行法第一百二十五條第一、二項之保護法益與公司法第十五條第三項之保護法益尚非一致，應依想像競合從銀行法「非銀行經營收受存款業務罪」之重罪處斷為是。

公司法第十九條第一項、第二項之「以未經登記公司名義營業罪」，與銀行法第一百二十五條第二項條文中，法人犯同法第一百二十五條第一項所定違反銀行法第二十九條第一項之「非銀行經營收受存款業務罪」者處罰其行為負責人之規定，性質上亦屬不能併存。換言之，未經設立登記之所謂「公司」，縱以「公司」名義收受存款業務，僅其行為人應受銀行法第一百二十五條第一項之規範〔註三七〕。此時該行為人應同時成立公司法之「以未經登記公司名義營業罪」，應依想像競合從一重之銀行法之「非銀行經營收受存款業務罪」或「非銀行受託經理信託資金罪」處斷。惟實務有不同見解〔註三八〕。

註 釋

- 註一：參見黃玉垣，違法吸收資金之研究—以地下投資公司為中心—，東吳法研所碩士論文，民81年6月，頁1。
- 註二：參見彭百顯、鄭素卿、蔡培榮、張文隆著，我國資金疏導問題之研究〈金融研究叢書(017)〉，財政部金融司儲委會金融研究小組編印，民75年9月，頁1。
- 註三：參見彭百顯、鄭素卿、蔡培榮、張文隆著，前揭書，頁3。
- 註四：參見最高法院七九年台上字第4976號判決。
- 註五：參見最高法院八五年台上字第2558號判決。
- 註六：最高法院八一年台上字第3287判決參照。
- 註七：參見最高法院八二年台上字第719號判決。其他相同見解者，如八二年台上字第4524號判決。
- 註八：參見最高法院八〇台抗字第240號判決。
- 註九：參見最高法院八五年台上字第5431號、八四年台上字第2534號判決。
- 註十：銀行法第五十二條第一項規定：「銀行為法人，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，以股份有限公司為限。」

註十一：最高法院82年度第2次刑事庭會議(一)

提案：原刑一庭提案：

某公司並非銀行或信託公司，其登記業務項目亦未包括吸收存款，竟於民國八十年三月間，向社會大眾，以每股金額若干萬元，按期支付厚息，發給「認股金收據」方式，吸收資金，則該公司參與吸金決策，或知情而參與執行吸金之董事長甲、董事乙、丙及承辦吸金業務之吸金業務專員丁，是否均應依現行銀行法第一百二十五條第二項論處並有刑法第三十一條、第二十八條之適用？前述情形之吸金時間如係在七十八年六月以前，該公司是否犯七十八年七月十七日修正公布前銀行法(下稱舊銀行法)第一百二十五條第一項之罪？

決議：採甲說。

甲說：

(一)該公司於八十年三月之吸金行爲，依現行銀行法第二十九條之一規定，應成立同法第一百二十五條第一項之罪，依同法第十八條及公司法第八條第一項規定，甲、乙、丙均爲公司之負責人，且均參與吸金決策，並爲公司行爲負責人，自應依同法第一百二十五條第二項處罰，並依刑法第二十八條論以共同正犯，丁雖非公司之負責人，但知情而參與執行吸金業務，與甲、乙、丙有犯意聯絡及行爲分擔，依刑法第三十一條第一項規定，仍以共同正犯論，故甲、乙、丙、丁皆爲共同正犯。

(二)該公司吸金之時間雖在七十八年六月，但舊銀行法與現行銀行法第二十九條第一項均規定非銀行不得經營收受存款業務，違反者應依同法第一百二十五條第一項處罰，該公司向社會大眾以每股金額若干萬元，按期付息，發給「認股金收據」方式，吸收資金，顯係收受存款行爲，自應依舊銀行法第一百二十五條第一項處罰。

註十二：參見最高法院八二年台上字第2137號判決。註十三：可參照廖義男，公平交易法之釋論與實務〈第一冊 立法目的、事實、罰則〉，民83年2月印行，頁63。

註十四：參見最高法院八四年台上字第2007號判決。

註十五：參見最高法院八〇年台上字第2696號判決。

註十六：參見最高法院八〇年台上字第5590號判決。

註十七：前揭最高法院八二年台上字第719號判決參照。

註十八：參見刑事法律專題研究(八)，187—188頁。

註十九：座談機關：臺灣高雄地方法院

刑事法律專題研究(八)

法律問題：

某甲為某期貨商之負責人，該期貨商之業務部之業務員對外招攬客戶時，誇稱穩賺不賠，每月可領取固定之紅利或利息云云，惟所簽訂顧客契約書載明該期貨商係代辦國外期貨交易而由顧客自負盈虧。經營期間，實際上依客戶交易紀錄表所載，可知客戶並非個人每月收取固定獲利，乃有多有少，且有賺有賠。嗣受國外市場因素影響，遭受鉅額虧損，顧客繳交之保證金均血本無歸。問某甲是否違反銀行法第二十九條第一項規定，應依同法第一百二十五條處罰？

研討結論：採乙說。

司法院刑事廳研究意見：同意研討結論。

乙說：

依顧客契約書及客戶交易紀錄表所載，該公司確有從事期貨商品之交易買賣之事實，且每筆交易均依期貨買賣之實際價格結算盈虧，即實際由市場操作結果決定盈虧。則該公司之經營型態，顯與銀行法第五條之一所謂收受存款及同法第十條所謂以受託人地位收受信託資金之要件不合，亦與銀行法上受託經理公眾財產或辦理國內外匯兌業務之概念殊不相涉，則自無違反同法第二十九條第一項規定，應依同法第一百二十五條處罰之可言。縱業務員於招攬客戶之際，有右揭之誇詞，亦係手段不當，究不能執此論處違反銀行法罪責。

註二十：關於集合犯之概念，請參見甘添貴，罪數理論之研究——包括一罪，軍法專刊38卷11期，頁16—17。

註二一：參見最高法院八二年台上字第719號判決。

註二二：參見賴源河，證券經紀商之法律責任，輯於「現行證券交易制法律問題研究」，財團法人日盛文教基金會出版，民82年6月，頁24。

註二三：司法院(80)廳刑一字第667號函復臺灣高等法院法律問題座談法律問題：

證券商(依證券交易法第四十七條前段規定須為依法設立登記之公司)以個人名義收受存款、辦理放款、借貸有價證券及為借貸款項或有價證券之代理或居間，應否成立證券交易法第一百七十五條之罪？
(臺灣高等法院)

司法院第二廳研究意見：研討結論採乙說，尚無不合。

乙說：(肯定說)：

個人雖非證券交易法第一百七十五條之犯罪主體，但證券商以個人名義為同法第六十條第一項前段所規定之禁止行為，乃屬一種脫法行為，仍應認該證券商為犯罪主體，應成立證券交易法第一百七十五條之罪。

註二四：台灣高等法院八三年上訴字第6169號判決參照。

註二五：法務部(82)檢(二)字第1121號

法律問題：

A證券商之業務員某甲個人經營收受存款、辦理放款、借貸有價證券及為借貸款項或有價證券之代理或居間，應否成立證券交易法第一百七十七條三款之罪？(臺灣宜蘭地方法院檢察署)

法務部檢察司研究意見：

同意座談會研討結果，以肯定說為當。惟後段所稱『違反主管機關其他依本法所為禁止、停止或限制之命令』，應修正為『「違反主管機關其他依本法所為禁止、停止或限制之命令」罪』。

肯定說：

證交法第六十條第一項前段規定：「證券商不得收受存款、辦理放款、借貸有價證券及為借貸款項或有價證券之代理或居間」，違反該條項依證交法第一百七十五條規定處罰。某甲非證券商，非該罪之犯罪主體，然財政部證券管理委員會依證交法第五十四條第二項及第七十條規定所訂之證券商負責人與業務人員管理規則第十四條第九款規定：證券商之負責人及業務人員不得與客戶有借貸款項、有價證券或為借貸款項、有價證券之媒介情事，而甲為A證券公司之業務員，其個人違法經營融資融券業務，自應成立證交法第一百七十七條第三款「違反主管機關其他依本法所為禁止、停止或限制之命令」。

註二六：參見賴源河，前揭文，頁24。

註二七：臺灣高等法院八〇年易字第7624號、八三年上訴字第6169號判決參照。

註二八：參見最高法院八四年台上字第4055號判決。

註二九：最高法院八四年台上字第4055號判決參照。

註三十：最高法院八〇年台上字第9號判決參照。

註三一：參見最高法院八二年台上字第2923號判決。

註三二：參見最高法院八一年上易字第2058號判決。

註三三：最高法院七九年台上字第1287號判決參照。

註三四：甘添貴，罪數理論之研究(三)—法條競合(一)，軍法專刊第39卷5期，頁4以下參照。

註三五：例如司法院(80)廳刑一字第667號函

法律問題：

某公司非銀行或信託公司，擅自經營地下投資公司業務(即高利吸收民間資金存款，投資於各種營利及生產事業)，係犯何罪？(臺灣高等法院)

司法院第二廳研究意見：

按「取締地下錢莊辦法」已於八十年二月八日經行政院公布廢止，該項辦法之廢止乃屬事實變更，題示情形如係於該辦法廢止前所犯，同意研討結論採甲說，但犯罪時間如係在該辦法廢止以後，即無觸犯妨害國家總動員懲罰暫行條例第五條第一項第一款罪名可言。

甲說：

取締地下錢莊辦法第二條第一項規定：「本辦法所稱地下錢莊，係指非法經營銀行法第二條第一項第一款至第六款及第十八條規定之一者而言」。舊銀行法第二條第一款「收受各種存款」，相當於修正後銀行法第三條第二款「收受其他各種存款」。茲某公司違法吸收存款，自屬觸犯取締地下錢莊辦法第二條第一項規定，其負責人應成立妨害國家總動員懲罰暫行條例第五條第一項第一款、銀行法第一百二十五條第一、二項及公司法第十五條第二、三款之罪，因係法規競合，應從一重之銀行法第一百二十五條第一、二項處斷。

註三六：參見司法院(80)廳刑一字第667號函復臺灣高等法院刑事法律座談。

註三七：參見最高法院八二年台上字第2923號判決。

註三八：同前註。