

從日本出資法試論我國銀行法 第29條之1之「多數人或不特定之人」

林臻嫻*

壹、前言

我國於1989年修正銀行法，增訂第29條之1，禁止向「多數人『或』不特定之人」吸收資金之行為，違反者依銀行法第125條規定，處3年以上10年以下有期徒刑，若其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣1億元以上者，則處7年以上有期徒刑，較諸於刑法第339條普通詐欺罪、第339條之4加重詐欺罪之法定刑，分別僅為5年以下有期徒刑、及1年以上7年以下有期徒刑，不可謂不重。

參考該條之立法意旨乃為保障社會投資大眾之權益，及有效維護經濟金融秩序，故將地下投資公司等利用借款、收受投資、使加入為股東等名義，大量吸收社會資金之脫法行為，亦「擬制」規定為收受存款，併予處罰¹。然此與純粹私人之間自由調度資金周轉

等之私經濟行為，法律上之分界並不十分清楚。即若是個人私下藉由介紹投資等名義，向親友、近鄰吸收資金等行為，是否亦屬於銀行法第29條之1向「多數人或不特定之人」吸收資金之行為？即此條開放性構成要件中所謂之「多數人」，具體而言究竟是指「多少人」以上？所謂「不特定之人」又應如何認定？始符罪刑法定主義，均非無爭議，實務見解亦未必一致，本文即先從亦有處罰非法吸金罪之日本法制為粗淺之介紹，再與我國法制進行比較法上之探討。

貳、日本出資法非法吸金罪之處罰

一、歷史背景

日本二戰後發生「保全經濟會」事件，即1948年伊藤斗福在東京成立保全經濟會，該

* 本文作者係臺灣高等法院臺南分院法官，維也納大學法律與經濟碩士。

註1：銀行法第29條之1立法意旨全文如下：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

罰，國會另尚制訂有關之商法，如《特定商品等の預託等取引契約に関する法律》、《有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律》、《無限連鎖講の防止に関する法律》，則屬「出資法」之特別法，但從保護法益均為消費者之財產而言，上開特別法與出資法，應屬法條競合之關係⁹。

二、出資法就違法吸金之處罰

出資法依第8條第3項規定：該當下列各款行為之一者，處3年以下有期徒刑或科或併科300萬圓以下罰金：一、違反第1條、第2條第1項、第3條、第4條第1項或第2項規定者。二、不問以何名義、方法規避前款之禁止規定者。同法第2條第1項復規定：除其他法律就收受存款有特別規定者¹⁰外，任何人不得以收受存款「為業」¹¹。

所謂收受存款，係指自「不特定且多數」

之人收受下列金錢者：收受存款金、儲值金或定期儲金。不問以公司債、借款或其他各種名義，而具有前款所列相同經濟性質之金錢者¹²。同法第9條第3款則規定：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項的違反行為時，科以該項的罰金。

三、何為不特定且多數之人

出資法第2條第1項所規定自「不特定且多數之人」（不特定かつ多数の者）所指為何？於立法制訂之初即有爭議，如在眾議院大藏委員會即有人表達擔憂看法，認為出資法第2條第2項所指之不特定且多數人，如何運用，應在「避免不當檢察權發動下，十分慎重為之」始可¹³。另外，參與此立法之田宮重男檢事亦認為，在非法勸誘出資的場

註9：兵庫縣辯護士會，《出資法解説》，第10頁。

<https://www.hyogoben.or.jp/hanrei/pdf/120723.pdf>（最後瀏覽日：2023年8月30日）

註10：此指日本銀行法第10條第1項規定：銀行為接受存款及定期基金，即為此出資法第2條第1項之除外規定。日本之銀行法，為維持信用秩序，確保存款者之保護，以及圖金融圓滑進行等觀點，為確保金融機關業務健全及適切之運營，故管制他業禁止、自己資本比率等財務規範，並為確保金融規範之時效性確保，並賦予金融廳為實質檢查、監督之權限。

註11：所謂以之為業（業として）之意思，依東京高判昭和35年11月21日裁判意旨，乃指基於反覆繼續之意思，為收受存款之行為（反復継続の意思をもって預り金をすること）。且不以具有營利意圖為限。

註12：第2条業として預り金をするにつき他の法律に特別の規定のある者を除く外、何人も業として預り金をしてはならない。前項の「預り金」とは、不特定かつ多数の者からの金銭の受入れであつて、次に掲げるものをいう。一、預金、貯金又は定期積金の受入れ。二、社債、借入金その他いかなる名義をもつてするかを問わず、前号に掲げるものと同様の経済的性質を有するもの。中文翻譯，王志誠（2017），〈違法吸收存款罪之適用爭議：銀行法第125條與刑法339條之競合關係〉，《存款保險資訊季刊》，第30卷4期，第6頁。

註13：內藤智明發言，眾議院大藏委員會，昭和29年5月20日。

<https://kokkai.ndl.go.jp/simple/detail?minId=101904629X05819540520&spkNum=27#s27>（最後瀏覽日：2023年8月30日）

合，若與接受勸誘者，並無個人之特殊關係，則無法認為是屬「特定之人」¹⁴。

即多數學者認為國會當初制訂出資法之旨趣，即是為要保護「一般大眾」（出資法趣旨からしますと一般大衆を指し）¹⁵，故所謂「不特定之人」，乃指與集資者個人無任何關聯之人（集金者と個人的なつながりはない），所謂無任何關聯，即指非具有親屬友人等特定關係之人，而所謂「多數人」則屬一定程度以上複數之人（ある程度以上の複数の者）而言¹⁶。法條構成要件既為「不特定『且』多數之人」，故必須兩要件同時均具備，始會構成非法吸金處罰之對象，若僅是對於少數、或與自己有特定親屬、友人關係之人，收受資金，乃屬合法之集資行為，並不會構成出資法非法吸金罪之處罰¹⁷。

於1954年立法後，1961年即昭和36年間，即有以此挑戰出資法之合憲性案件，該案中行為人A・B共謀不法收受資金，期間長達1年11月，總金額為2101万4400円。約定利率則為月利3-10%，其中所收受資金之對象113人中，尚包含B弟弟的妻子、妹妹、外甥、母親等與B行為人有特定之親屬、友人關係者共7人，依日本最高裁判所昭和36年4月26日判例

意旨，認為出資法第2條第2項所謂不特定且多數之人，乃指「一般大眾」而言，但不得以一般大眾中含有少數的親族家屬，即得構成除外之解釋¹⁸。即若是收受資金者之人數，已達一定程度而屬多數之人，且多數是與收受資金者並無個人之親屬、友人關係時，縱使其中剛好亦包含少數之親屬、友人，仍不能排除構成出資法第2條第1項所示向「不特定且多數之人」吸收資金之行為。

又如吸收資金之對象，為特定之團體所屬成員或會員者，是否仍該當於不特定之人？依日本最高裁判所昭和37年12月18日之佐賀県退職公務員連盟事件一案中之見解，因提供資金者雖多以該聯盟之內部會員為主體，並混有會員的親屬、友人，但因該聯盟所屬會員人數多達800人，已構成多數之人，且個別會員間，可能也互相不認識、亦無相關聯結，則仍可認為是不特定之人，即仍會構成出資法第2條所謂「不特定且多數之人」之要件¹⁹。

日本於出資法施行後，多數以高利率勸誘他人投資之案件，被害者之人數均在數百、甚或上千、萬人以上²⁰，如於2001年之大和都市管財事件，則有1萬7千人受害，共集資

註14：田宮重男（1954），〈利殖機関の取締法立案の経緯〉，《金融法務事情》，28号，第5頁。

註15：兵庫縣辯護士會，前掲註9，第7頁。

註16：田宮重男，前掲註14，第5頁。

註17：栗田哲男，前掲註2，第108頁。

註18：右法律第2条第2項にいわゆる「不特定且つ多数の者」とは、一般大衆を指称するものであり、たまたまその中に少数の親族を含んでいたからといって、これを除外すべきものではない。刑集15巻4号732頁。田中永司（最高裁調査官）（1961），〈出資の受入、預り金及び金利等の取締等に関する法律第2条第11条と憲法第29条、右法律第2条第2項にいわゆる「不特定且つ多数の者」の意義（最高裁の新金融判例）〉，《金融法務事情》，277号，第10頁。

註19：栗田哲男，前掲註2，第103頁。

註20：日本曾發生被害人數最多、金額最大之非法吸金案件，可參見維基百科，利殖商法網頁之介紹，

1112億円，故均會符合「不特定且多數之人」之要件，並無疑問。但究竟該法所謂「多數人」，即所謂「一定程度以上複數之人」，至少要多少人以上，始足資認定？日本實務似亦無固定之數字，如2009年即平成21年1月28日松山地方裁判所平成19（わ）367，466案²¹，被告是以珍珠養殖事業之投資為名義，非法向²²人吸收資金，分36次，共收受7020萬円之資金，經法院認定構成改正前出資法第8條第2項1号，出資法第2條第1項之非法吸收資金罪，及刑法第246條第1項之詐欺罪，判處被告有期徒刑4年。

但若是純粹是由具特殊個人關係，即單純由親屬、友人組成之特定團體者，且人數相對為小範圍規模者，則可能會被認為是不符合「不特定人」之要件，而判處無罪²²。亦即，依私法自治等原則，此法並不禁止以自己之資金或特定少數人之資金以為營業之行為²³。

此外，另一個判斷是否為出資法第2條所謂「不特定且多數之人」之基準，為是否有以公開之新聞、廣告或以說明會、演講，廣為對一般大眾宣傳或招募，若有，仍會被認為是屬於對於「不特定且多數之人」即一般大

眾吸收資金之行為，此如1980年即昭和55年9月11日東京高裁昭和55（う）256案²⁴（スペース・スリーナイン渋谷店テナント事件），該案中被告吸收資金之對象，雖僅限定於商品展示用櫃之租借客（対象者を商品展示用ケースの賃借客テナントに限定した），然因確有利用新聞廣告對一般之家庭主婦或上班小資族公開對外勸募之行為，且最後吸金對象共有51人，吸收資金額則達8798萬円，法院仍認為構成出資法第2條所謂「不特定且多數之人」。

四、最高裁判所認定出資法規定合憲

另上開日本最高裁判所昭和36年4月26日判例意旨，也同時肯認若有接受一般大眾委託保管財產的行為，因具有極強的公共色彩，故應確保此種契約能夠確切的履行，如果此種業務一旦發生破綻，不但會造成參與契約之一般大眾難以預測的損害，進而大眾與交易關係的相對人接連遭受損害，恐有攪亂社會信用制度與經濟秩序的危險，故《出資法》第2條係維持公共福祉必要且合理的措施，並不違反日本憲法第14條平等原則、第29條財產權保護的規定，乃屬合憲²⁵。

<https://ja.wikipedia.org/wiki/%E5%88%A9%E6%AE%96%E5%95%86%E6%B3%95>（最後瀏覽日：2023年8月30日）

註21：此判決全文，可參見日本松山地方裁判所之網站：<https://thoz.org/hanrei/%E6%84%9B%E5%AA%9B%E7%9C%8C/%E6%9D%BE%E5%B1%B1%E5%9C%B0%E6%96%B9%E8%A3%81%E5%88%A4%E6%89%80%E5%88%91%E4%BA%8B%E9%83%A8/%E5%B9%B3%E6%88%9019%28%E3%82%8F%29367%EF%BC%8C466/?page=0>（最後瀏覽日：2023年8月30日）

註22：齊藤正和（1998），《出資法》，青林書院，第52頁。

註23：芝原邦爾（1998），〈經濟刑法の保護法益〉，《法学協會雜誌》，115卷4号，第444頁。

註24：此判決全文可參照日本裁判所官

網https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail3?id=20418（最後瀏覽日：2023年8月30日）

註25：真島信英（2009），〈出資法第2条における預り金の禁止〉，《亜細亞法学》，43卷2号，第75頁以下。吳天雲，前揭註7，第78頁。

五、非法吸金罪保護之法益

故依上開判例意旨，出資法第2條第2項之規定，乃只須有自不特定多數人收受存款為業，即成立非法吸金罪，檢方並無須證明有發生具體財產損害的危險，多數論者認為，日本「出資法」在立法設計之初，即將違法吸金罪視為是**刑法詐欺罪之前階段犯罪行為**，本罪之構成要件是不含對人之欺罔（施用詐術）²⁶，且採「事前規範型」²⁷且為「抽象危險犯」之立法政策性質，以茲與刑法第246條詐欺罪乃屬實害犯，互相區別。亦即，將非法吸金罪予以嚴厲之刑事處罰，其所保護之法益，乃是社會全體即一般大眾之財產法益（並非個人之財產法益），再加上維持社會信用及經濟秩序之法益，二者皆有²⁸。但日本亦有學者認為，經濟秩序等法益，實屬非常抽象，因原本違反秩序、制度、規則等行為，應僅為行政處罰之範疇，除非確有侵害到具體的財產或利益時才有刑罰介入之可能，但現今卻將違反秩序之行為大量予以犯罪化，且學理上處罰之依據亦未明確，容易招來警察國家之危險²⁹。

此外，出資法尚寓有禁止以「還本之保證」，或以「虛偽之吹噓說明」，使出資者

為錯誤之判斷而投入交付財物，是一種為避免一般大眾遭到不測的財產損害，而為之早期防制規範，亦有稱為「禁止誇大不實廣告」之規定³⁰。

六、屬抽象危險犯

故日本實務相關判決認為，非法吸金行為若要同時構成詐欺罪，在吸金行為之外，尚要證明吸金之行為人尚有欺罔之行為存在（施以詐術）、被害人陷於錯誤、且必須能夠具體確定損害額度及範圍等等，舉證程度較高，故非法吸金罪往往未必能夠同時與詐欺罪併立，但若檢警機關無法舉證證明有實際重大被害發生，即尚未到達實害犯之詐欺罪時，仍得單獨論以非法吸金罪，故屬抽象危險犯，惟若吸收資金後，本金之返還或配當已屬不可能，卻隱匿此情，繼續接受一般大眾之資金，則「自該時點後」，仍有可能成立詐欺罪³¹。

此從違反日本出資法第2條之規定構成非法吸金罪，再依同法第8條規定，因屬事前規範型之「抽象危險犯」，其法定刑僅為3年以下有期徒刑，而屬實害犯之刑法詐欺罪，依日本刑法第246條之規定，其法定刑則為10年以

註26：神山敏雄（1998），〈企業活動に伴う犯罪の形態、特徴および問題点〉，《季刊刑事弁護》，16号，第24頁。芝原邦爾，前揭註23，第444頁。吳天雲（2015），〈銀行法違法吸金罪實務問題之研究〉，《月旦財經法雜誌》，第36期，第126頁。王志誠，前揭註12，第7頁。

註27：王志誠，前揭註12，第7頁。

註28：芝原邦爾，前揭註23，第444-445頁。

註29：神山敏雄，前揭註26，第24-25頁。

註30：栗田哲男，前揭註2，第113頁。芝原邦爾，前揭註6，第92頁。張天一（2021），〈對銀行法上「準違法收受存款罪」之再檢視——兼評最高法院108年度台上字第2403號判決及其歷審判決〉，《裁判時報》，第110期，第55頁。

註31：芝原邦爾，前揭註23，第444-445頁。王志誠，前揭註12，第6-7頁。

下有期徒刑，依日本於1999年增訂之「組織犯罪處罰法」（組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律）第3條第1項第13款，若是以組成「犯罪組織」方式，多人共同觸犯詐欺犯罪，其最低法定刑度則提高到1年以上有期徒刑，兩者相較，不難理解其針對危險犯與實害犯予以不同輕、重法定刑之法理基礎所在³²。

七、非法吸金罪與詐欺罪之關係

然因出資法第8條第4項規定³³，若同時違反出資法「第1條」、「第3條」及詐欺罪，則應直接論處詐欺罪，即當然排除出資法罰則之適用。然因此條規定似漏未提到若同時違反出資法「第2條」及詐欺罪時，應如何論處之部分，致若有同時違反出資法第2條之非法吸金罪與詐欺罪，究應如何論罪，在日本學界有不同之看法。

有認為違反出資法第2條之罪，既是為保護社會法益亦即一般大眾的財產集合法益，是屬抽象危險犯。而刑法保護的是個人的財產法益，是實害犯，因此是屬一行為觸犯數罪名，為觀念的競合（即想像競合犯）。另有認為，因違法吸金罪的保護法益雖係社會法益，

然因終究可以還原為侵害個人財產的危險，因此若已該當詐欺罪時，則因個人財產損害之實害，已經發生，應屬實害犯之詐欺罪，吸收抽象危險犯之違法吸收資金罪之關係，故兩者應論以法條競合中之吸收關係、或僅直接論以詐欺罪，排除出資法之適用³⁴。

亦有認為，應區分不同情形，若是行為人在吸收資金時，並沒有使用詐術，是中途因經營發生破綻等困難，始轉為以詐術吸收資金時，則兩者應為競合關係，但若是吸收資金之始，即是使用詐術之手段，則應僅論以詐欺罪，無庸再論以出資法第2條之罪³⁵。

參、我國銀行法非法吸金罪之處罰

一、歷史背景

我國以特別立法方式，對非法吸金之行為予以刑事處罰，亦是因為發生轟動一時之鴻源機構案³⁶。該機構是於1990年倒閉，導致無數民眾受害，各界開始關注違法吸金行為，但在鴻源機構案爆發前，1989年7月17日修正銀行法時，即已增訂第29條之1規定，禁止非屬銀行業者，對外非法吸金，違反者，則依銀行法第125條規定處罰³⁷。

註32：王志誠，前揭註12，第7頁。

註33：第八條4 前項の規定中第一條及び第三條に係る部分は、刑法（明治四十年法律第四十五号）に正条がある場合には、適用しない。

註34：真島信英，前揭註25，第106-107頁。吳天雲，前揭註7，第78-79頁。

註35：木村光江（2000），〈出資法と消費者の保護——預り金の禁止〉，《法学教室》，第240号，第18-19頁。

註36：1980年代初期，沈長聲成立鴻源投資公司，以月息4分的高利吸金近千億元，投資人高達20萬人，成為當時台灣最大的地下投資公司。2年後，沈長聲因利上滾利，加上資金大挪移、不明的海外投資，突然宣布停止出金、停發獲利，引爆台灣經濟大風暴。鴻源公司後來被法院宣告破產。參閱蘇位榮，當年鴻源案 經濟大風暴，聯合報，2009年11月1日，第A8版。

註37：王志誠，前揭註12，第1-2頁。

二、處罰規定

《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」，《銀行法》第29條規定：「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」。另《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**」。

違反者則均是依《銀行法》第125條第1項規定：「違反第29條第1項規定者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1,000萬元以上2億元以下罰金。其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣1億元以上者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣2,500萬元以上5億元以下罰金」。同條第3項復規定：「法人犯前二項之罪者，處罰其行為負責人」。此較諸於刑法第339條法定刑僅為5年以下有期徒刑，甚至，若為三人以上共同犯詐欺罪之加重要件時，依刑法第339條之4第1項第2款，法定刑亦僅為1年以上7年以下有期徒刑之罪，故違反銀行法之刑責，可說遠較違反刑法詐欺罪之刑責更重。

另一值得注意的是，我國《銀行法》第29條之1禁止非銀行業者為「擬制收受存款」行為之對象，是規定為「多數人『或』不特定之人」，乃不同於《銀行法》第5條之1所禁

止非銀行業者為「一般收受存款」行為之對象，是規定為「不特定多數人」，兩者法條用語不僅順序不同，且前者明文規定為「或」，後者應解釋為「且」，但違反上開2規定者，又均是依《銀行法》第125條第1項處罰，體系及文義上是否應為相同解釋？自有爭議³⁸。

三、銀行法第29條之1「多數人『或』不特定之人」

最高法院109年度台上字第4788號判決意旨認為，銀行法第29條第1項規定旨在遏止行為人巧立名目，大量吸收社會資金，而經營其登記範圍以外之業務，以保障社會投資大眾之權益及有效維護經濟金融秩序。是銀行法第125條第1項之非法經營銀行業務（擬制收受存款業務）罪，係以行為人經營擬制收受存款業務為要件。而所謂經營擬制收受存款業務，係指行為人以反覆向多數人或不特定之人收受款項或吸收資金為目的而執行其事務。所稱「多數人」，係指具有特定對象之多數人。至於人數應達多少，始能稱為「多數人」，應視上開立法意旨及個案實際情形而定。…故原審判決認定被告僅係向所認識並特定的許○○收受款項，而陸續透過許○○介紹，向小範圍之友人、鄰居等（共11）人吸收資金，尚非對多數人或不特定人吸收資金，而經營（擬制）收受存款業務，與非法經營銀行業務罪之要件不合，並無違法。

此在最高法院87年度台上字第658號判決

註38：江俊彥（2013），〈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》，第58卷，第2期，第142-143頁。

中，亦是認為該案被告向11人且具特定關係之親友吸收資金之行為，並不構成銀行法第29條之1之多數或不特定之人。另在最高法院94年度台上字第4709號判決意旨則以：我國銀行法雖未就該法第29條之1所定向多數人收受存款之「多數人」，加以具體規定，但依一般觀念而言，吸收資金之對象如果僅有6個人，尚難認係多數人。

故依上開實務見解，我國銀行法雖未就該法第29條之1所謂經營擬制收受存款業務所稱之「多數人」，加以具體規定，但依一般觀念以及銀行業務之性質，應具一定人數之規模以上，始屬之，故參照過往最高法院就實務上曾發生之具體案例，是否應認行為人吸收資金（擬制存款）之對象人數，至少在12人以上者，始足認定為「多數人」？

或應參採德國法制，認為收受存款對象在25人以上，始足認為該當非法執行銀行業務之罪名³⁹，或採瑞士銀行令規定其禁止違法吸收存款並「以之為（常）業」，乃指至少

對20人以上之公眾繼續性收受資金行為，且是以公開方式為之者⁴⁰，則似並無定見，仍有疑問。

另依我國實務見解，似認為銀行法第29條之所稱「不特定之人」，係指不特定對象，可得隨時增加者之謂⁴¹，但此概念顯然無限擴張「不特定之人」，因若集資之對象，全部僅限於與集資者個人具有特定關係、且彼此間具有互相信賴基礎之親屬友人，應難認即是屬於銀行法保護法益對象之一般社會大眾，而有課予重刑之正當性基礎，故集資之人數，縱屬可得隨時增加，然仍應視是否與集資者具有特殊親屬友人關係而定，而非以是否得隨時增加而定，若以是否可得隨時增加，來認定是否會構成「不特定之人」，似有過度擴張該構成要件之嫌疑，而違反罪疑惟輕及罪刑法定主義原則，論者亦認為若對此認定之標準，失之過寬，不當擴張存款概念，使存款與投資界限不分，恐將扼殺一般合法借貸之商業活動⁴²。

註39：依德國金融監理機關即聯邦金融監管局（Bundesanstalt für Finanzdienstleistung，以下簡稱BaFin）之看法，認為25人以上，始足認為該當違法執行銀行業務之罪名，即當行為符合：一、不限金額收受個別存款25筆以上，或二、收受5筆以上的存款且其總額超過12500歐元以上，構成其中之一條件者，才可能成立德國銀行業法（Kreditwesengesetz，以下簡稱KwG）第54條第1項第2款之違法收受存款罪。惲純良（2021），〈違法收受存款行為之刑事制裁與比較分析—從德國聯邦最高法院2020年的一則裁判談起〉，《月旦法學雜誌》，第128頁。李曜崇（2005），〈銀行法第125條違法吸金罪之問題探討〉，《存款保險資訊季刊》，第18卷1期，第48頁。曾淑瑜（2019），〈開放性構成要件於我國經濟刑法之特別背信、吸金的特別問題〉，《台灣法學雜誌》，第362期，第143頁。

註40：2014年瑞士銀行令修正，其禁止違法吸收存款，並「以之為（常）業」之要求，是至少對20人以上之公眾繼續性行為以收受資金，且是以公開方式為之。2017年修正，尚導入例外之規定關口健太（2019），〈金融規制法における「預金受入れ」の位置付けについての一考察—スイスにおける改正銀行法を手掛かりとして—〉，《日本銀行金融研究所》，第19-21頁。

註41：最高法院105年度台上字第721號、108年度台上字第2403號、109年度台上字第403號、109年度台上字第4214號、111年度台上字第1778號刑事判決意旨參見。

註42：李曜崇，前揭註39，第47-48頁。惲純良，前揭註39，第142頁。

即上開「不特定之人」之構成要件，應以交付資金者與收受資金者本身，有無具有特定信賴關係或親友情誼而定，即如同臺灣最高法院110年度金上訴字第29號判決意旨所稱：行為人必須以不限定對象、來者不拒、多多益善之行為模式招攬吸金，方成立本罪。倘事證顯示行為人僅向甚為親近且具相當信賴關係之特定親友，分享投資經驗或招攬勸誘投資，而未以諸如親友再介紹親友或公開廣告等一般性勸誘手段，不斷擴張且不設限之系統性、反覆性方式招攬他人加入，則根本不會對社會投資大眾之權益或國家金融秩序產生危害，自非本罪所稱「向不特定多數人」，不能論以本罪，此方能符合本罪係在保障社會不特定投資大眾權益及有效維護國家金融經濟秩序之立法本旨，**亦免過度處罰**。

四、保護法益

此可參考我國銀行法增訂第29條之1之立法意旨：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。亦即是欲以此打擊非法之地下投資公司，避免以佯裝投資或其他巧立名目吸收資金之脫法收受存款行為，以避免嚴重影響社會金融交易秩序。故我國銀行法第29條之1之非法吸金罪，所保護的法益應屬社會法益，是抽象的「社

會投資大眾之權益」及「經濟金融秩序」，但應亦兼及於保護個人財產法益，故本質上屬所謂「經濟犯罪」⁴³。

五、屬抽象危險犯

有學者認為我國於1989年銀行法增訂第29條之1，乃是為呼應近來行政刑法即特別刑法之三項特徵，即處罰早期化、嚴厲化、擴大化，並是為減輕具體個案中檢方需負「犯罪具體危險」之舉證責任，故多採「抽象危險犯」之立法模式⁴⁴，此與日本出資法，亦屬相同。

六、非法吸金罪與詐欺罪之關係

在銀行法非法吸金罪與詐欺罪之關係上，實務過去見解不一⁴⁵，但現行實務見解則肯認：行為人所為既同時符合非法吸金罪構成要件與詐欺罪構成要件，自應認是屬一行為觸犯數罪名的想像競合犯，從一重之違反銀行法非法吸金罪處斷，否則即有評價不足之情形存在（最高法院105年8月16日105年度第13次刑事庭會議（一）決議參照）。亦即，若行為人非法吸金，且同時具有為自己或第三人不法所有之意圖、且有施用詐術，如僅成立詐欺之輕罪，自有評價不足之情形存在。但何以實害犯之詐欺罪與抽象危險犯之非法吸金罪想像競合時，是從重之抽象危

註43：王志誠，前揭註12，第3頁。惲純良，前揭註39，第318頁。

註44：王志誠，前揭註12，第3頁。同此抽象危險犯之看法者，尚有惲純良，前揭註39，第318頁。但亦有認為是屬於具體危險犯或抽象危險犯，仍應視我國銀行法第29條之1「約定或給付與本金顯不相當之報酬」之要件，是要採實質判斷，或形式上判斷而有差別，吳天雲，前揭註26，第112-128頁。

註45：王志誠，前揭註12，第1-6頁。

險犯論罪？有論者則認為，比較合理的想像，是從立法理由觀察，銀行法準收受存款罪原有「常業」詐欺犯罪的性質，且因法定刑遠高於詐欺罪，故可以吸收詐欺罪⁴⁶。

七、合憲性尚未受到挑戰

過去已有論者認為銀行法第29條之1所謂「多數人或不特定之人」為開放性構成要件，悖離法律明確性原則，且違反刑事之罪刑法定主義⁴⁷，亦有認為該條其他如「顯不相當」等構成要件，亦有侵害財產權之虞等違憲疑義，屬不當之立法，多有呼籲應儘速檢討、甚或有要求廢除之呼聲⁴⁸，過去最高法院大法官會議時期，並未正式實質審理過。

而憲法訴訟法（下稱憲訴法）甫於2022年1月4日正式施行後，已查有多件案件是以銀行法案由向憲法法庭聲請為裁判憲法審查，亦有針對銀行法第29條之1、第125條第1項後段等規定，認為有違反憲法第8條、第15條及

第22條之疑義，而聲請法規範憲法審查之案件（如111年度審裁字第1345號、112年度審裁字第1419號），但依目前查詢之結果，均係經裁定不受理⁴⁹。是以，銀行法第29條之1規定是否合憲，尚未有機會經憲法法庭為實質之審查。

肆、結論

我國於1989年修正銀行法時增訂第29條之1，禁止非銀行業者任意向多數人『或』不特定之人吸收資金，論者認為雖從刑法謙抑性、補充性觀點而言，確不無爭議，但因我國在消費者保護的領域，如同日本，並沒有特別的行政制裁制度，故處罰早期化、重刑化也成為預防違法吸金行為的主要對策，因此認為目前無法否定銀行法第29條之1將以各種名目吸收資金之行為，視為是準收受存款行為，並予刑事處罰之必要性⁵⁰。然縱使非

註46：吳天雲，前揭註26，第128頁。同此見解者，尚有惲純良，前揭註39，第137-138頁。但仍有認為，從兩罪保護之法益觀之，應論以法條競合之吸收關係，較為妥當，王志誠，前揭註12，第9-11頁。

註47：曾淑瑜，前揭註39，第142-144頁。

註48：戴銘昇（2020），〈當代銀行經營收受存款業務的本質及趨勢—兼論私法自治創新空間〉，《台灣法學雜誌》，第391期，第13頁。莊永丞（2020），〈從實質構成要件之明確性檢視銀行法第29條之1之合憲性〉，《台灣法學雜誌》，第391期，第5頁。惲純良，前揭註39，第142頁。楊皓清（2019），〈銀行法第29條之1的適用困境與違憲疑義——以「與本金顯不相當」之司法合憲性解釋為中心〉，《台灣法學雜誌》，第371期，第53-74頁。

註49：見司法院網站：

<https://legal.law.intraj/FINT/qryresult.aspx?q=e7e270680de27849325f840e7572539e&akw=%E9%8A%80%E8%A1%8C%E6%B3%95%E7%AC%AC29%E6%A2%9D%E4%B9%8B1>（最後瀏覽日：2023年8月30日）

註50：吳天雲，前揭註7，第126-127頁。認同有管制必要者，尚有周慶東（2020），〈銀行法第29條之1有關收受存款之論證〉，《台灣法學雜誌》，第388期，第125頁。張明偉（2017），〈淺談金融秩序管理思維〉，《台灣法學雜誌》，第320期，第40頁以下。王紀軒（2017），〈違法收受存款犯罪的檢討—以虛假金融商品案為例〉，《月旦法學雜誌》，第267期，第121頁以下。

法吸金之刑事處罰，有其必要性，但仍應避免過度介入干預人民之私經濟領域行為，且應避免因信奉刑罰萬能主義而有重刑化之傾向，並進而使經濟刑法處罰之規範與刑事法之基本原理原則產生難以合致之弊端⁵¹。

如以我國之立法與日本法相較，在立法歷史背景成因及所欲保護之法益上，均屬十分相近，且均是採在詐欺實害犯前階段之抽象危險犯立法模式，然不同於日本是實害犯之詐欺罪刑責明顯高於抽象危險犯之出資法非法吸金罪，我國則是採行完全相反之立法選擇，且難以為合理之解釋。此外，在構成要件上，日本出資法第2條與我國銀行法第29條之1，就何為「多數人」之定義上，固均尚難找出一致之明確見解，然日本出資法第2條是透過「不特定『且』多數」之「必須雙重合致」要件，並透過實務上採行「與行為人間有無具有特定之親友關係」來判斷是否為不特定人之標準，以此適度節制此一不確定構

成要件之適用範圍，但我國銀行法第29條之1卻是明文規範為「擇一即可」之「多數人『或』不特定之人」要件，再加上我國實務係採「是否可得隨時增加」作為判斷是否為不特定人之基準，更可能不當擴張此一不確定構成要件之適用範圍，進而違背刑法謙抑性、補充性之基本原則。

更況，日本早在出資法施行後未久，最高裁判所即進行實質之違憲審查，確認該法第2條之規定為合憲，但我國在銀行法施行這麼多年後，仍未曾就該法第29條之1進行實質之違憲審查，在憲訴法施行後，有關銀行法第29條之1之規定是否合憲，既仍有諸多之質疑，也已有案件提出聲請，且此問題確具有法律上之重要性，若憲法法庭能早日為實質之受理及審查，透過法律及政策上之辯論，使此一規定有重新被檢視討論之機會，實屬甚幸。

（投稿日期：2022年8月27日）

註51：神山敏雄，前揭註26，第26-27頁。