

刑事言詞辯論意旨狀

案 號 108 年度台上大字第 4349 號
案 由 違反證券交易法刑事大法庭案件
上 訴 人
即 被 告 王格瑞 詳卷
選任辯護人 李傳侯律師 詳卷

1 為被告王格瑞被訴違反證券交易法刑事大法庭案件，謹就
2 鈞院提案裁定之法律問題陳述意見事：

3 壹、提案裁定之法律問題

4 一、證券交易法（下稱證交法）第 171 條第 1 項第 1 款
5 之內線交易罪，因犯罪獲取之財物或財產上利益
6 （下稱直接利得），應如何計算？（下稱法律問題
7 一）。

8 二、計算內線交易直接利得範圍，應否扣除證券交易稅
9 及證券商手續費等稅費成本？（下稱法律問題二）。

10 貳、選任辯護人之意見

11 一、本件法律問題應先釐清證交法第 2 項及第 6 項之
12 「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，與第 4 項、
13 第 5 項及第 7 項之「犯罪所得」，兩者之意義及範
14 圍是否相同，始足為本件提案法律問題之討論基
15 礎。

16 按證交法第 171 條規定：「

17 有下列情事之一者，處三年以上十年以下有期徒
18 刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金：

1 一、違反第二十條第一項、第二項、第一百五十五
2 條第一項、第二項、第一百五十七條之一第一
3 項或第二項規定。

4 二、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、
5 經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司
6 為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭
7 受重大損害。

8 三、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或
9 經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違
10 背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受
11 損害達新臺幣五百萬元。

12 犯前項之罪，其因犯罪獲取之財物或財產上利益金
13 額達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，
14 得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。
15 有第一項第三款之行為，致公司遭受損害未達新臺
16 幣五百萬元者，依刑法第三百三十六條及第三百四
17 十二條規定處罰。

18 犯前三項之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯
19 罪所得者，減輕或免除其刑；並因而查獲其他正犯
20 或共犯者，免除其刑。

21 犯第一項至第三項之罪，在偵查中自白，如自動繳
22 交全部犯罪所得者，減輕其刑；並因而查獲其他正
23 犯或共犯者，減輕其刑至二分之一。

24 犯第一項或第二項之罪，其因犯罪獲取之財物或財
25 產上利益超過罰金最高額時，得於犯罪獲取之財物

1 或財產上利益之範圍內加重罰金；如損及證券市場
2 穩定者，加重其刑至二分之一。

3 犯第一項至第三項之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或
4 其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第三十八
5 條之一第二項所列情形取得者，除應發還被害人、
6 第三人或得請求損害賠償之人外，沒收之。

7 違反第一百六十五條之一或第一百六十五條之二
8 準用第二十條第一項、第二項、第一百五十五條第
9 一項、第二項、第一百五十七條之一第一項或第二
10 項規定者，依第一項第一款及第二項至前項規定處
11 罰。

12 第一項第二款、第三款及第二項至第七項規定，於
13 外國公司之董事、監察人、經理人或受僱人適用
14 之。」

15 上揭條文中，就行為人因犯罪所取得之標的，使用
16 了兩個不同的名詞。其中，第2項及第6項使用「因
17 犯罪獲取之財物或財產上利益」一詞，第4項、第
18 5項及第7項則使用「犯罪所得」一詞。兩者範圍
19 是否相同，非無疑義。

20 而本件裁定之法律問題中雖使用「因犯罪獲取之財
21 物或財產上利益」一詞，然由裁定理由「參、一」
22 之說明(二)及「參、二」之說明，都可以看得出來，
23 本件法律問題所涉及的，不只是本條第2項及第6
24 項中的「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，也同
25 時想要就第4項、第5項及第7項中的「犯罪所得」

1 做出決定。因此本件裁定提案之法律問題只有提到
2 「因犯罪獲取之財物或財產上利益」一詞，似乎並
3 不周全。

4 二、證交法第 171 條第 2 項及第 6 項之「因犯罪獲取之
5 財物或財產上利益」，與第 4 項、第 5 項及第 7 項
6 之「犯罪所得」，兩者之意義及範圍均不相同。

7 證交法第 171 條於 106 年 12 月 29 日修正時，修正
8 理由「二、(三)」說明：「參照前述立法說明，原第
9 二項之『犯罪所得』，指因犯罪該股票之市場交易
10 價格，或當時該公司資產之市值為認定基準，而不
11 擴及之後其變得之物或財產上利益及其孳息。其中
12 關於內線交易之犯罪所得，司法實務上亦認為計算
13 時應扣除犯罪行為人之成本(最高法院九十六年度
14 台上字第七六四四號刑事裁判參照)，均與一百零
15 四年十二月三十日修正公布之刑法第三十八條之
16 一第四項所定沒收之『犯罪所得』範圍，包含違法
17 行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息，且
18 犯罪所得不得扣除成本，有所不同。為避免混淆，
19 造成未來司法實務犯罪認定疑義，爰將第二項『犯
20 罪所得』修正為『因犯罪獲取之財物或財產上利
21 益』，以資明確。」；理由三說明：「原第四項及第
22 五項所定『如有犯罪所得並自動繳交全部所得財
23 物』之減輕或免除刑罰規定，無涉構成犯罪事實，
24 非屬不法構成要件，性質上為『刑罰裁量規則』。
25 基於刑事立法政策一貫性，其『犯罪所得』之範圍，

1 為與刑法第三十八條之一第四項所定沒收之『犯罪
2 所得』範圍一致，以達所宣示『任何人都不得保有
3 犯罪所得』之立法目的，爰配合刑法沒收新制之犯
4 罪所得範圍酌作文字修正。」；理由「五、(一)」說
5 明：「依刑法第三十八條之一第四項規定，犯罪所
6 得包括『違法行為所得，其變得之物或財產上利益
7 及其孳息』，其範圍較原規定完整，爰將『因犯罪
8 所得財物或財產上利益』修正為『犯罪所得』。」
9 由上述立法理由之說明，可知立法者係有意區隔
10 「因犯罪獲取之財物或財產上利益」及「犯罪所得」
11 之概念，並依其範圍及規範目的之不同，分別於 2
12 項及第 6 項使用「因犯罪獲取之財物或財產上利益」
13 一詞，於第 4 項、第 5 項及第 7 項則使用「犯罪所
14 得」一詞。其中，第 4 項、第 5 項及第 7 項所稱之
15 「犯罪所得」一詞，其意義及範圍均與刑法「犯罪
16 所得」一詞相同。

17 三、依證交法第 171 條第 2 項之規範目的，於計算該項
18 所稱之「因犯罪獲取之財物或財產上利益」時，無
19 需扣除證券交易稅及手續費。

20 (一)證交法第 171 條第 2 項係以損害規模之擴大做
21 為加重刑罰事由。

22 刑罰的目的是在避免法益侵害，而不是在處罰賺
23 錢，刑罰的加重，也只會因為損害規模比較大
24 的原因，不會因為是錢賺得比較多的原因。行
25 為人是不是能賺到比較多的錢，牽涉到的只是

1 刑法第 57 條所規定量刑審酌事由中第 1 款的
2 「犯罪之動機、目的。」這在刑法裏是不同層
3 次的問題。證交法於 93 年 1 月 13 日增訂第 171
4 條第 2 項¹之規定時，其立法背景乃係因「近年
5 來國內金融市場陸續發生重大舞弊案件，不僅
6 造成國家整體金融環境衝擊，影響金融體系安
7 定，更直接損及廣大投資人及存款人權益，其
8 所造成之損害或謀取之不法利益，動輒數以億
9 元計，甚至達數十億、上百億，對此類重大金
10 融犯罪行為，實有衡酌其影響層面，適度提高
11 其刑責，以阻違法之必要。」，其立法理由則說
12 明「各種金融犯罪之危害程度有所不同，對於
13 嚴重危害企業經營及金融秩序者，以犯罪所得
14 金額逾一億元為標準，因其侵害之法益及對社
15 會經濟影響較嚴重應有提高刑罰之必要，並參
16 考前述美國法例，爰增訂第二項對嚴重金融犯
17 罪者提高刑度，處七年以上有期徒刑，得併科
18 新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」。
19 嗣於 106 年 12 月 29 日修正時，其修正理由「二、
20 (一)」分別說明：「查原第二項係考量犯罪所得
21 達新臺幣一億元對金融交易秩序之危害較為嚴
22 重而有加重處罰之必要，惟「犯罪所得金額達
23 新臺幣一億元」之要件與行為人主觀之惡性無
24 關，故是否具有故意或認識(即預見)，並不影響

¹ 當時係將包括銀行法、金融控股公司法、票券金融管理法、信託業法、信用合作社法、保險法及證券交易法在內之金融七法一併修正新增。

1 犯罪成立，是以犯罪行為所發生之客觀結果，
2 即『犯罪所得』達法律擬制之一定金額時，即
3 加重處罰，以資懲儆；且鑑於該項規定涉及罪
4 刑之認定，該『犯罪所得』之範圍宜具體明確。」
5 由上述立法背景及立法理由可知，證交法第 171
6 條第 2 項係以損害之規模作為判斷法益侵害嚴
7 重程度的標準，並以之為加重刑罰之依據，符
8 合上揭刑法理論。

9 (二)證交法第 171 條第 2 項所稱「因犯罪獲取之財
10 物或財產上利益」係損害規模之擬制方式。

11 其實在 93 年 1 月 13 日金融七法修正時，因損
12 害規模擴大而加重刑罰的犯罪很多，大致上可
13 以分為兩大類型。一種是普通刑法財產犯罪的
14 加重類型犯罪，例如：金融七法中都有特殊背
15 信罪的加重規定²；除了保險法及證交法之外，
16 都有詐術取財³規定。另一種，則是違反專法禁
17 止規定類型的犯罪，例如：銀行法第 125 條非
18 法經營銀行業務罪、信託業法第 33 條非法經營
19 信託業務罪、保險法第 167 條非法經營保險業
20 務罪及證交法第 171 條第 1 項內線交易等罪。
21 不同類型犯罪對法益侵害嚴重程度判斷方式的
22 影響，分述如下：

² 銀行法第 125 條之 2、金融控股公司法第 57 條、票券金融管理法第 58 條、信託業法第 48 條之 1、信用合作社法第 38 條之 2、保險法第 168 條之 2 及證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款、第 3 款。

³ 銀行法第 125 條之 3、金融控股公司法第 57 條之 1、票券金融管理法第 58 條之 1、信託業法第 48 條之 2、信用合作社法第 38 條之 3。

1 1.在普通刑法財產犯罪的加重類型犯罪中，因
2 為都有特定的被害人(各事業法人)，因此法益
3 侵害的嚴重性，都可以從特定被害人所受到的
4 的財產損害中加以特定。在這種類型中，以
5 被害人受到侵害之財產上利益的嚴重程度做
6 為加重刑度的判斷標準，可以完全反應出法
7 益受侵害的程度，完全符合犯罪特性及刑法
8 理論的作法，在操作上也沒有困難。倘若用
9 行為人的犯罪所得做為加重刑度的判斷標準
10 的話，在特定類型犯罪，例如：損害本人型
11 的背信罪，反而會因為行為人沒有因為犯罪
12 而獲有財物或財產上利益，無法反映出被害
13 人法益受侵害的程度。不過這種類型並非本
14 案討論的重點，在此不多贅述。

15 2.在違反專法禁止規定類型的犯罪中，共同的
16 特徵就是這些對於金融秩序破壞的犯罪，無
17 法或難以將法益受侵害的結果，還原成特定
18 的個人法益，例如：在銀行法的非法經營匯
19 兌業務罪中，我們通常找得到「客戶」，但是
20 卻找不到被害人；在內線交易罪中，很難說
21 因為不知道重大訊息以致沒有參與市場交易
22 的投資人是「被害人」，而為相對反向交易的
23 投資人也不見得會因為知道了重大訊息就不
24 為相對反向交易，更何況，當為反向交易的
25 數量遠大於內線交易行為人的交易數量時，

1 在電腦搓合的交易制度下，到底誰才是所謂的
2 「被害人」，也難以特定；在炒作股票罪中，
3 每個人對於市場所揭露交易資訊的解讀與判
4 斷都不同，也很難說誰是「被害人」。在立法
5 技術上，基於損、益常為一體兩面的論理上
6 假設，將行為人因犯罪所取得的財物或財產
7 上利益擬制為金融秩序或不特定被害人財物
8 或財產上利益所受損害，不失為一種可行的
9 方式。證交法第 171 條第 2 項於 106 年 12 月
10 29 日修正時之立法理由參考實務見解將原
11 「犯罪所得」一詞修正為「因犯罪獲取之財
12 物或財產上利益」，立法理由「二、(三)」說
13 明「參照前述立法說明，原第二項之『犯罪
14 所得』，指因犯罪該股票之市場交易價格，或
15 當時該公司資產之市值為認定基準，而不擴
16 及之後其變得之物或財產上利益及其孳息。
17 其中關於內線交易之犯罪所得，司法實務上
18 亦認為計算時應扣除犯罪行為人之成本(最
19 高法院九十六年度台上字第七六四四號刑事
20 裁判參照)，均與一百零四年十二月三十日修
21 正公布之刑法第三十八條之一第四項所定沒
22 收之『犯罪所得』範圍，包含違法行為所得、
23 其變得之物或財產上利益及其孳息，且犯罪
24 所得不得扣除成本，有所不同。為避免混淆，
25 造成未來司法實務犯罪認定疑義，爰將第二

1 項『犯罪所得』修正為『因犯罪獲取之財物
2 或財產上利益』，以資明確。」，也是為了反
3 映此一規定所想要擬制為「損害」的面向。
4 但是這樣「基於損、益常為一體兩面的論理
5 上假設，將行為人因犯罪所取得的財物或財
6 產上利益擬制為金融秩序或不特定被害人財
7 物或財產上利益所受損害」的立法模式，不
8 免仍有漏網之魚。例如：上面所提到損害本
9 人型的背信罪或是證交法第171條第1項第1
10 款的財報不實罪、證交法第171條第1項第2
11 款的不合營業常規罪，在犯罪的結構上，行
12 為人通常不會有利得，損害本身也不必然會
13 連結到利得，不具有「損、益常為一體兩面」
14 的特性，以致於實務上常常發生實際上損害
15 非常重大，卻因為行為人沒有利得而無法適
16 用到加重刑罰規定的情形。

17 3. 回到內線交易罪，如果不考慮內部人與股票
18 發行公司的內部關係，只考慮對交易市場資
19 訊取得公平性的因素的話，其實可以擬制內
20 線交易對法益侵害程度的方法有很多，除了
21 用交易差價的方式擬制外，也可以用交易的
22 總金額來擬制、用交易的股數來擬制、用交
23 易占市場或各股的成交比例來擬制，這些都
24 不失為可以擬制內線交易法益侵害程度的方
25 式，只不過所連結到損害輕重判斷標準的類

1 型及數量，也要隨之而變動。然而，考量到
2 股票市場中各股的權值、股價、已發行股數、
3 市場流通股數、成交量的差異極大，採取交
4 易差價的擬制方式，可以避免上述各股差異
5 因素的影響，較為容易訂出一個可以適用於
6 不同股票而具有一般性的判斷標準，毋寧為
7 較妥適的方式。也就是說，這裏之所以採取
8 交易差價的標準，並不是基於「扣除成本」
9 的概念，而是在立法技術上擬制損害計算方
10 式時較為妥適的選擇。

11 (三)證交法第 171 條第 2 項的規定既然是立法技術
12 上擬制損害的計算方式，本來就與行為人的成
13 本無關，在技術上能還原為損害時，沒有再牽
14 就行為人成本支出的理由。而在買賣交易時出
15 賣人的損失就是交易價格，因此，在計算證交
16 法第 171 條第 2 項規定的「因犯罪所得財物或
17 財產上利益」時，並不需要扣除行為人自己本
18 身就應該要負擔的交易手續費及證券交易稅。

19 (四)106 年 12 月 29 日修正時之立法理由「二、(四)」
20 說明「另『因犯罪獲取之財物或財產上利益』
21 包含因犯罪取得之報酬，併此敘明。」乙節，
22 與證交法第 171 條第 2 項採取「將行為人因犯
23 罪所取得的財物或財產上利益擬制為金融秩序
24 或不特定被害人財物或財產上利益所受損害」
25 之立法技術相違背，應係與「犯罪所得」概念

1 混淆所產生的誤解，附此敘明。

2 四、依證交法第 171 條第 4、5、7 項之規範目的，各該
3 項所稱「犯罪所得」之意義與範圍與刑法之「犯罪
4 所得」相同，證券交易稅及手續費等中性支出，不
5 在直接利得之範圍，論理上不生應否扣除的問題。

6 (一)證交法於 93 年 1 月 13 日增訂第 171 條第 5 項
7 之規定時，其立法理由七說明「為避免犯罪者
8 享有犯罪所得，降低從事金融犯罪之誘因，參
9 考洗錢防制法第十二條第一項、貪污治罪條例
10 第十條，爰於第五項規定因犯罪所得財物或財
11 產上利益，除應發還被害人或第三人者外，或
12 依本法第一百五十五條第三項、第一百五十七
13 條之一第二項，應賠償善意或正當投資人之責
14 任金額者外，以屬於犯人者為限，一律沒收，
15 且不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償。」
16 嗣於 106 年 12 月 29 日修正時，其修正理由三
17 說明：「原第四項及第五項所定『如有犯罪所得
18 並自動繳交全部所得財物』之減輕或免除刑罰
19 規定，無涉構成犯罪事實，非屬不法構成要件，
20 性質上為『刑罰裁量規則』。基於刑事立法政策
21 一貫性，其『犯罪所得』之範圍，為與刑法第
22 三十八條之一第四項所定沒收之『犯罪所得』
23 範圍一致，以達所宣示『任何人都不得保有犯
24 罪所得』之立法目的，爰配合刑法沒收新制之
25 犯罪所得範圍酌作文字修正。」；理由「五、(一)」

1 說明：「依刑法第三十八條之一第四項規定，犯
2 罪所得包括『違法行為所得，其變得之物或財
3 產上利益及其孳息』，其範圍較原規定完整，爰
4 將『因犯罪所得財物或財產上利益』修正為『犯
5 罪所得』。」由上述立法背景及立法理由可知，
6 證交法第 171 條第 4、5、7 項所稱之犯罪所得，
7 其意義及範圍與刑法所規定之「犯罪所得」相
8 同。

9 (二)刑法上沒收新制對於犯罪直接利得，採相對總
10 額原則或稱兩階段計算法，於前階段有無利得
11 之審查時，只要與行為人犯罪有因果關聯性
12 者，無論是為了犯罪而獲取之報酬、對價或經
13 由犯罪而獲得之利潤、利益，皆為此階段所稱
14 直接利得，而直接利得的數額判斷標準在於沾
15 染不法的範圍，若其交易自身就是法所禁止的
16 行為，沾染不法範圍已及於全部所得，反之若
17 是交易本身並非法所禁止，僅其取得的方式違
18 法，沾染不法的部分則僅止於因其不法取得方
19 式所產生的獲利部分，而非全部的利益；嗣於
20 後階段利得範圍之審查時，始依總額原則的立
21 法規定及出於不法原因給付不得請求返還之不
22 當得利法理，不予扣除犯罪支出之成本，兼顧
23 理論與個案情節，緩和絕對總額原則不分情節
24 一律沒收而有侵害財產權之虞。

25 (三)在公開股票市場買賣股票以賺取差價，並非法

1 律所禁止之投資或投機行為，法律之所以禁止
2 內線交易，係因內線交易之行為人以其對於重
3 大消息未公開前之資訊優勢買賣股票，與不知
4 該消息之一般投資人為對等交易，而獲取不法
5 利益或避損，嚴重破壞證券市場交易制度之公
6 平性，足以影響一般投資人對證券市場之公正
7 性、健全性之信賴。故內線交易罪沾染不法的
8 範圍，不在於單純中性的買進或賣出行為，而
9 在於以其所獲悉的優勢資訊進行交易，藉此賺
10 取產生之不法利益或規避損失。因此在前階段
11 評價時，直接利得之數額乃其因而實際獲得之
12 利益或所規避的損失，交易所產生的證券交易
13 稅及證券商手續費等中性稅費支出，因屬於未
14 沾染不法亦為法之所許之買賣行為本身，本即
15 不應屬於直接利得之範圍。

16 (四)依現行股票交易市場之款券交割機制，手續費
17 及證券交易稅都是由券商結算後，直接將扣除
18 手續費及證券交易稅之後的餘額匯給股票投資
19 人，所以股票投資人自始至終就沒有實際持有
20 或管領過手續費及證券交易稅的金錢。這種狀
21 態與某些稅、費是由交易人於交易前先行支付
22 或交易後再行支付，交易人至少於一定期間曾
23 經持有或管領過全部交易金額的情形不同。行
24 為人既然從來就未曾持有或管領這部分的金
25 錢，更不可能享有這部分的財產上利益。倘若

1 仍然將這部分的金錢計入利得的範圍，非但與
2 客觀上的事實狀態不符，亦無異於增加行為人
3 的負擔，形同使行為人受到財產上的雙重剝
4 奪，其不合理至明。

5 (五)至於提案說明中提到「以擬制所得法計算直接
6 利得部分，如行為人並無再行交易之事實，實
7 際上並無支出稅費等成本，若於直接利得計算
8 中扣除並未支出的成本，使行為人坐享不法利
9 得的利益，亦不符合事理之平及國民之法律感
10 情。」乙節，其實當稅費等支出不計入直接利
11 得的範圍時，就沒有所謂公平不公平或坐享不
12 法利得的情形。只不過在以擬制性交易價格計
13 算犯罪所得時，要先把把不屬於直接利得犯範
14 圍的費稅先行排除。

15 五、就提案裁定法律問題一部分，暫無補充意見。

16 謹 狀

17 最高法院刑事大法庭 公鑒

18 中華民國 110 年 3 月 18 日

19 具 狀 人：李傳侯律師

