

淺談金融秩序的管制思維

目次

壹、前言

貳、管制背景之比較

參、管制手段之盲點

肆、管制必要之檢討

伍、結論

壹、前言

隨著網際網路無遠弗屆的發展，全球早已邁入網路時代，為能便利與促進網路交易，利用 IT 科技應運而生的金融服務與商品，亦已成為新時代的主流商業型態。此種利用新興通訊科技手段所催生的金融服務發展，一般稱為金融科技（Financial Technology，簡稱 FinTech），由於原與金融無涉的其他行業得以其資通訊技術優勢，涉足傳統金融領域並提供過往未曾想像的嶄新金融服務，諸如第三方支付、網路群眾募資等新興發展模式¹，則我國現行金融監理法制是否足以因應金融科技日新月異的發展，即成為我國經濟發展上重要的課題，蓋如相關監理法規食古不化、墨守成規，不僅讓新創業者錯失市場先機，更將成為臺灣 Fintech 發展的絆腳石。至於應否參考英國監理沙盒（Regulatory Sandbox；金融科技創新實驗）法制，針對金融相關業務、或遊走在法規模糊地帶的新創業者，在主管機關監理之下的一個實驗場所，可供新金融產品的開發測試，並暫時享有法規的豁免與指導²，甚至政府應否在促進金融普惠（Financial Inclusion），也就是確保所有人都有平等接受金融服務機會與途徑之目的下，填補傳統金融

¹ 郭戎晉，從國際趨勢談金融科技（FinTech）與 Bank 4.0 推動策略，頁 1，2015 年 11 月，http://www.tfsr.org.tw/Uploads/files/201511%20從國際趨勢談金融科技（FinTech）與 Bank%204_0 推動策略_郭戎晉組長.pdf（最後造訪日：2025 年 4 月 14 日）。

² 按由於金融科技對於金融業帶來全面化破壞式發展，監理的法規也有必要加強規範，但仍須能讓金融科技創新能彈性發展，且須使協助監理機關了解掌握金融科技業的發展，並建立與金融科技業的夥伴關係。英國金融科技業發展在全球居於領先的地位，英國國家科技辦公室就金融科技發展，建議英國金融業務監理局（Financial Conduct Authority, FCA）對金融科技業採行監理沙盒（Sandbox）制度。所謂的監理沙盒，是指創建一個「安全空間」（safe space）協助金融機構或金融科技新創事業推動測試它們的創新產品、商業模式及產品散布模式，針對特定用戶用特定場域試行而不會立即受到現存法規的制約，暫時享有法規的豁免和指導，並與監理者密切合作，共同解決在測試過程中所發現的監理與法律問題。劉安桓，「台灣金融監理沙盒趨勢與最新發展」，資安人，2017 年 4 月 3 日，http://www.informationsecurity.com.tw/article/article_detail.aspx?aid=8419（最後造訪日：2025 年 4 月 14 日）。

服務所無法滿足的需求³，同是值得進一步思考的課題。

由於金融科技之相關發展涉及政府對新創產業的監理態度，甚至是對金融機構的管制思維，因此，如果無法澄清現行管制架構的保守癥結所在，相關倡議難免無法搔到癢處，以致於事無補。關於臺灣金融科技會遭遇巨大發展阻力的原因，有認為是因為衝擊到中心化的權威思想，蓋依銀行法第 29 條第 1 項：「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。」之規定，銀行向來是特許行業，當有新的商業模式出現衝擊此類傳統特許行業時，本質上就會面對來自權力結構非常穩固的舊權威挑戰⁴，此觀銀行法第 125 條第 1 項：「違反第二十九條第一項規定者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。其犯罪所得達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」之規定，不難明瞭。固然在銀行法第 1 條：「為健全銀行業務經營，保障存款人權益，適應產業發展，並使銀行信用配合國家金融政策，特制定本法。」所揭櫫之管制目的下，對於破壞金融秩序者予以刑事處罰並無可議之處，然而在目前的金融環境下，相關管制規範是否恰當、是否存在過度管制的疑義，鑑於已有銀行法相關規定修正之倡議⁵，為免治

³ 沈庭安，「Fintech 新創受困金融法規模糊，各界呼籲儘速推動監理沙盒」，2016 年 9 月 18 日，<http://www.ithome.com.tw/news/108459>（最後造訪日：2025 年 4 月 14 日）。

⁴ 其並進一步指出：「為何中國沒有這樣的權力結構？因為從中國的經濟發展，一跨即跨越到整個數位金融，中間的結構沒有那麼地緊密；當新的經濟模式出現後再去規範它。和中國相比，台灣相對更加保守，結果造成我們的金融科技落後中國五到八年以上。」許毓仁，台灣發展金融科技的挑戰與機會/附銀行法修正案，2016 年 10 月 31 日，<https://rocket.cafe/talks/80183>（最後造訪日：2025 年 4 月 14 日）。

⁵ 按在行政院會議通過金融科技創新實驗條例草案前，除立法委員許毓仁所提出的前述版本外，立法委員余宛如亦有提出相關修法草案。余宛如，「破除 Fintech 8 迷思，余宛如推監理沙盒 8 法」，2016 年 10 月 31 日，<http://yuwanju.cc/?p=670>（最後造訪日：2025 年 4 月 14 日）。

標不治本，自應在相關修法前釐清類此疑義。

貳、管制背景之比較

我國銀行法制定於 1931 年 2 月 28 日，並於次月 28 日公布施行，由於中華民國訓政時期約法係於 1931 年 5 月 12 日制定，並於次月 1 日公布施行，因此，1931 年制定銀行法之立法目的，應僅在訓政綱領之基礎上，便利與促進政府推行訓政而已，此觀現行銀行法第 1 條所定健全營行業務經營之立法目的，始見於 1975 年 6 月 24 日全文修正，並於次月 4 日公布施行之規範沿革⁶可知。雖然釋字第 573 號解釋：「憲法施行前之訓政初期法制，已寓有法律優越及法律保留原則之要求，但有關人民之權利義務關係事項，亦得以未具法律位階之條例等規範形式，予以規定，且當時之立法院並非由人民直接選舉之成員組成。是以當時法律保留原則之涵義及其適用之範圍，均與行憲後者未盡相同。本案系爭之監督寺廟條例，雖依前法規制定標準法所制定，但特由立法院逐條討論通過，由國民政府於十八年十二月七日公布施行，嗣依三十六年一月一日公布之憲法實施之準備程序，亦未加以修改或廢止，而仍持續沿用，並經行憲後立法院認其為有效之法律，且迭經本院作為審查對象在案，應認其為現行有效規範人民權利義務之法律。」肯認國民政府於行憲前所制定之法律於行憲後亦為有效之法律，或因在動員戡亂時期尚未以全面落實民主憲政為政府首要施政目標，則「以訓政管制思維為主要內涵之行憲前（銀行法）立法」作為動員戡亂時期之金融秩序管制規範基礎或依據，尚屬行有餘裕；然於國家經濟模型從管制經濟逐步轉向市場經濟之際，訓政時期所制定之銀行法，其背後之管制思維應已不適用於開放後自由化與國際化之經濟發展，則 1975 年之銀行法修正，或即在此一社經情勢轉變

⁶ 參照 1975 年 7 月 4 日公布施行之銀行法第 1 條：「為健全銀行業務經營，適應產業發展，並使銀行信用配合國家金融政策，特制定本法。」

基礎上所生。

然而，在 1975 年全盤修正銀行法之際，臺灣經濟發展尚未完全轉型為自由開放的市場經濟型態，故該次修正的管制思維，雖已較諸訓政時期為進步，卻仍未完全擺脫動員戡亂與計劃經濟的調整或干預，換句話說，由於在市場尚未進入一定程度自由開放之前，政府擬定的經建計畫在國家整體經濟發展中占有重要的地位，故當時就銀行法所進行的調整，自然地帶有促進計劃經濟的目的與任務，而其所採取的管制措施，也自然地以推動經濟建設計畫施行、配合經濟發展需要與便利政府對金融業之督導與管理為管制目的⁷。從而，於 1975 年銀行法全面修正時所新增銀行法第 125 條以下有關刑事罰則的部分，應係在動員戡亂時期達成前述管制目的所採之管制手段，其目的應不在維護自由與開放之市場經濟。而如肯認當前臺灣之經濟發展程度與需求已迥異於過去計劃經濟的那個年代，則以過去正面表列許可的管制思維，繼續拘束並網綁當前的經濟社會發展，亦即用舊有的法制思維規制新興的（金融）交易型態，恐怕已屬「用明朝的劍斬清朝的官」，其不當之處，實不言可喻⁸。

參、管制手段之盲點

除了前述管制背景的差異外，以現行刑罰手段管制銀行業務，就比較法的角度來說，似乎亦存在過度管制的盲點。按雖 1975 年制定之銀行法第 125 條立法理由，並未明確指出其法制繼受來源為何，惟自該條處罰非銀行經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理

⁷ 相關理由可參照該次銀行法全面修正時，央行總裁俞國華之說明。立法院，立法院公報，第 61 卷第 41 期，頁 14-18，1975 年 5 月。

⁸ 按以違法吸金的處罰來說，目前銀行法第 125 條與第 29 條之構成要件不夠明確，存在類似空白構成要件之疑慮；又因當初立法時空背景，我國銀行法立法邏輯思維，乃是在非民主時期以計劃經濟管制思維作為立法的基礎，沒有顧慮到現今民主市場機制的情況，就此而論，銀行法之處罰規範，似有重新檢視的必要。

國內外匯兌業務等內容而論，本質上實與美國聯邦刑事法典第 1005 章：「未依法製作、開立、簽發、轉讓任何存款證明、票據、銀行債券、承兌、證券、抵押、債務等，得處三十年以下有期徒刑，科或併科一百萬美元以下罰金⁹。」處罰未經授權非法從事銀行業務行為之規定十分雷同。鑑於美國對非法從事銀行業務之處罰早已見諸於 1948 年間，我國於 1975 年間之修法或已受美國法制影響所致，因此，為避免出現過度管制的疑慮，我國法與美國法在相關刑事處罰法制間的差異，便應為我國在採取美國式刑罰管制手段時，首應釐清的議題。

美國刑事司法制度與我國法制最大的差別，大概就在於檢察官就起訴與否享有絕對的裁量權，雖然我國法制已採緩起訴制度以緩和起訴勵行主義之嚴厲，然因檢察官於處分緩起訴時仍需附理由，相較於美國法允許檢察官不附理由逕為不起訴處分以避免過度處罰來說，我國法制僅有限度地承認檢察官有緩起訴裁量權。而如美國聯邦最高法院所述，美國聯邦刑事司法制度乃奠基在檢察官謹慎行使起訴裁量權之上¹⁰，縱使裁量權行使之結果迥異於實體刑法的明文¹¹。從而，在非法經營銀行業務的案件類型中，如果被告能提出誠實與理性的違法性錯誤抗辯，檢察官自得逕對政治性¹²或非難性較低的案件為不起訴決定¹³。然而，我國自始卻未採行此一避免過度處罰之美國重要法制特徵，以至於實體處罰規定之過於嚴厲，反而無法有效地予以緩和。

此外，美國刑事法中有關主觀構成要件與我國法制的差異，亦是

⁹ 18 U.S.C. § 1005: “Whoever, without such authority, makes, draws, issues, puts forth, or assigns any certificate of deposit, draft, order, bill of exchange, acceptance, note, debenture, bond, or other obligation, or mortgage, judgment or decree... Shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.”

¹⁰ Nash v. United States, 229 U. S. 373, 378 (1913).

¹¹ United States v. Dotterweich, 320 U.S. 277, 285 (1943).

¹² United States v. Charnay, 537 F.2d 341 (9th Cir. 1976), cert. denied, Davis v. United States, 429 U.S. 1000 (1976).

¹³ Laurie L. Levenson, Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes, 78 Cornell L. Rev. 401, 433 (1993).

另一個值得注意的焦點。按依我國刑法第 12 條第 1 項：「行為非出於故意或過失者，不罰。」之規定，我國刑事犯罪之主觀構成要件主要是以故意或過失為前提。然而，美國刑事處罰所需具備的主觀構成要件（mens rea; state of mind; culpable mental state），卻不限於此二種類型，蓋除模範刑法典所建議的意圖（purpose）、知悉（knowledge）、疏忽（recklessness）與過失（negligence）等四類主觀構成要件外¹⁴，早在二戰前，學說就已開始承認源自中世紀之英國嚴格責任（strict liability）亦為主觀構成要件類型之一，其範圍包括非法販售酒精性飲料、非法販售偽藥及假貨、違反麻醉藥品管制法律、違反交通法規與警察法規¹⁵。時至今日，此類嚴格責任類型犯罪已擴張至包含美國聯邦刑法典第 2251 章之青少年猥褻物罪（child pornography）與第 1005 章之銀行詐偽罪（bank fraud）¹⁶。

從而，究應如何處理源自法系衝突之矛盾，亦即在引進英美法系中主觀構成要件帶有嚴格責任色彩的犯罪之際，是否亦應一併移植其所沿革出的除罪判斷，向來似乎未為我國法制所檢討¹⁷。本文認為，如果肯認銀行法第 125 條之刑事處罰帶有擴張主觀構成要件至嚴格責任之功能與色彩，則在罪責層次上，似應同時在我國刑法第 16 條：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」之基礎上，亦即在立法未明文刑事不法管制類型（對新興事業管制模式不明確¹⁸）之前，承認英美嚴格責任

¹⁴ American Law Institute, Model Penal Code Official Draft and Explanatory Notes, 27 (ALI, 1985).

¹⁵ Francis B. Sayre, Public Welfare Offenses, 33 Colum. L. Rev. 55, 73 (1933).

¹⁶ Laurie L. Levenson, Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes, 78 Cornell L. Rev. 401, 407, 436 (1993).

¹⁷ 按在主觀構成要件上承認嚴格責任犯罪類型之目的，主要在於降低檢察官舉證責任負擔。Wayne R. LaFave, 1 SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW § 5.5 (2d ed. 2003); Laurie L. Levenson, Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes, 78 Cornell L. Rev. 401, 438 (1993).

¹⁸ 按在金融管制重刑化趨勢下，面對商業經營多元性、多變性和高風險性的商業市場上難以預測，立法者既以嚴密管制監理甚至以刑法規範予以管制，則相關刑事

法制之善意抗辯（Good Faith Defense）¹⁹，作為該類型犯罪之阻卻責任事由²⁰；否則即不免存在只將入罪要件放寬，但除罪事由卻闕如之過度管制弊端。

肆、管制必要之檢討

相較於其他國家與地區，我國在金融科技領域之發展，並非先進，主要原因之一，就在於類似前述銀行法之管制過於嚴格，蓋就電子支付機構管理條例第 46 條：「（第 1 項）非電子支付機構經營第四條第一項第二款業務者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣二千萬元以上五億元以下罰金。（第 2 項）未依第五條第三項規定向主管機關申請許可，或已依規定申請許可，經主管機關不予許可後，仍經營第四條第一項第一款業務者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金。」之規定來說，其內容與銀行法第 125 條第 1 項規範，幾乎有異曲同工之妙。雖然銀行業健全與否攸關金融秩序之良窳，惟前述管制模式之必要性是否仍然存在，卻非無置喙餘地。

按就銀行法第 125 條之處罰來說，依最高法院 95 年度台上字第 4271 號刑事判決：「被告甲○○等十一人與風○財所推行之前揭 A 方案吸金行為，係以加入天量會員名義，向不特定之多數人收受入會費，而約定加入會員並介紹其他會員加入會員並繳交會費者，可領取福利回饋金等情，倘該認定之事實無訛，此種吸收資金方式，似已符合銀行法第二十九條之一所規定『以借款、收受投資，使加入為股

法制的形式及實質要件自應完整明確，以符罪刑法定原則。蓋不如此，將或多或少產生寒蟬效應，影響商業之勃發和基礎，非但無以有效遏止金融犯罪，亦不當扼止商業發展之機會。

¹⁹ Commonwealth v. Mash, 48 Mass. (7 Met.) 472 (1844); The Queen v. Tolson, 23 Q.B. 168, 183(1889) (Eng.).

²⁰ 關於英美法制嚴格責任中善意抗辯之發展，可參閱 Laurie L. Levenson, Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes, 78 Cornell L. Rev. 401, 435-451 (1993).

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、利息或其他報酬者，以收受存款論』之『以收受存款論』之行為，原審未予詳查勾稽，或向銀行法之主管機關函詢此種 A 方案之吸收資金行為，是否亦應屬銀行法第二十九條之一所指之『以收受存款論』之行為，遽認該行為非屬收受存款之行為，而認甲○○等十一人該部分吸金行為，不能以銀行法第一百二十五條第一項之罪相繩，其論斷尚嫌速斷，併有查證未盡及理由不備之違誤。」所見，目前司法實務似乎認為只要有大量金錢收付流動，就足以該當該條論罪²¹。

然而，倘司法實務另一方面亦肯認出於詐欺犯意收取款項²²，或獎金發放非僅繫於存款本身與招募會員²³，或簽訂民法上之合會契約

²¹ 相類似見解，參照最高法院 88 年度台上字第 5873 號刑事判決：「銀行法第二十九條之一規定：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。查原判決認定上訴人以投資之名義向邱○田等人吸收游資，約定每投資一百萬元，每月可得三分利另有紅利等語，則紅利究為若干，此項約定數額加上支付利息之總額是否與本金顯不相當，攸關犯罪之成立與否，自應詳加調查，明白認定。」

²² 參照最高法院 99 年度台上字第 4128 號刑事判決：「況收受存款，依銀行法第五條之一規定，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而言。換言之，必其取得款項、吸收資金，係出於合法之方法，但因經營收受存款業務未經依法核准、許可者，始足成立非銀行不得經營收受存款業務罪，如果行為人之取得款項，係基於不法原因如詐欺行為，因其並無『返還本金或給付相當或高於本金』之意思，縱有給付利息之約定，亦僅為詐取財物之手段而已，即非所謂之『收受存款』或『以收受存款論』之行為，而屬於刑法第三百三十九條第一項詐欺取財或修正前刑法第三百四十條以犯詐欺罪為常業之範圍，要非銀行法第一百二十五條第一項之罪，兩者規範之行為不同。」

²³ 參照臺灣高等法院 101 年度上易字第 2604 號刑事判決：「再銀行法第 29 條之文義意旨，可知所謂以『收受存款論』，係指收受款項、吸收資金者，於收受、吸收資金後，於存續期間內，有給付與本金不相當之紅利、利息、股息或其他報酬之約定，始克相當，即其約定或給付之紅利、利息、股息或其他報酬，乃收受者使用所收受資金之存續期間依本金一定比例當然發生，具有類似利息之法定孳息性質者，始為該條項所指『以收取存款論』。依上開『純資本運作計畫』之運作方式，其對外招募下線，是否核發介紹會員入會之『獎金』，係取自於『有否招攬新會員之行為』而發給，具不特定性，即被告所發給之獎金須取決於未來時間會員本身招攬新會員入會之一定條件成就，方能取得，若整個組織網不能持續招募新會