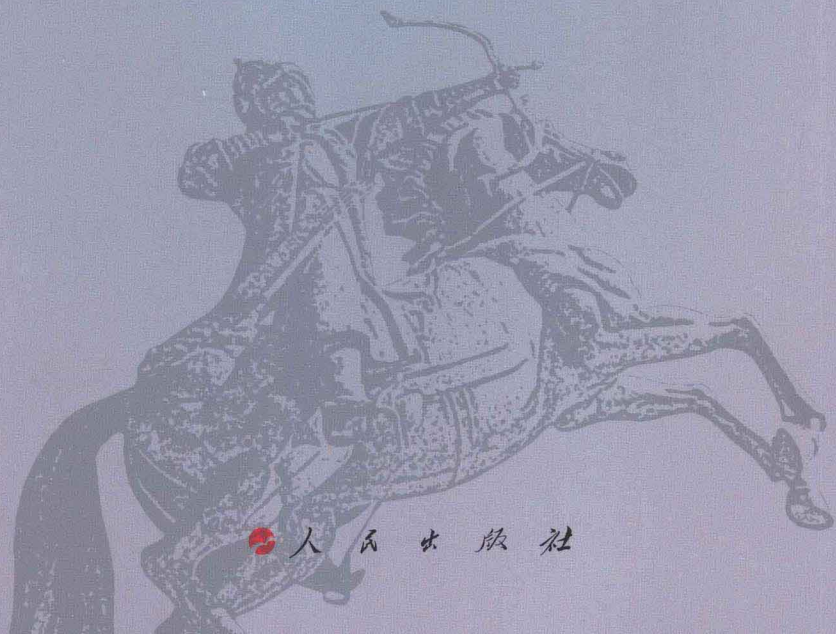


松原历史文化研究

阿汝汗 邵汉明 黄松筠 主编



人民出版社

金融犯罪與刑事審判

林孟皇 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

金融犯罪與刑事審判／林孟皇 著。 -- 初版。 -

臺北市：元照， 2010.01

面： 公分

ISBN 978-986-255-018-2（平裝）

1.金融犯罪 2.刑事審判

548.545

98021988

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

金融犯罪與刑事審判

1H045PA

2010 年 1 月 初版第 1 刷

作 者 林孟皇

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 480 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-018-2

自序

此書是這幾年來我實際從事金融犯罪審判與研究的法學文章成果結集，書中提出許多對司法實務見解的針砭與金融法制的建言。當本文提出：扁案分案爭議肇因於金融專庭籌設過程的不當、內線交易應以利用消息作為要件並應有豁免條款的設計、犯罪所得應採擬制性交易所得公式計算、共同正犯不應合併計算犯罪所得、沖洗買賣行為人主觀上必須具備故意及製造不真實或足以令人誤解其買賣達於活絡狀態的意圖、行為人未涉及洗錢或類似詐欺行為時檢察官不得逕行發函以禁止處分命令凍結整個金融帳戶、扣押或剝奪第三人財產時應踐行較為嚴格的正當法律程序等論點時，想必將成為案件當事人提出於法院訴訟攻防的理由或重點，甚至成為聲請釋憲的論據。

當同仁問我撰寫這些文章時，是否擔心日後當事人在法庭從事訴訟攻防時，拿這些論點希望自己採納，作為有利於他的判決理由論據這種問題的發生。我的回答則是：法院是論證說理的地方，法官必須透過判決說明其心證形成過程與判斷結果的理由，我依自己的學術良知研究所得，當然採納這些論點；即便日後學術研究更發達、法制更張，以致自己的論點落伍或不合時宜時，我也會在判決中詳述交代，說明為何不採納自己曾經主張過的論點的理由。因此，我提過的學術論述或主張，即便是對於當前最高法院判例或司法實務多數見解的批判，都不應成為自己發表這些文章的障礙。這也與我從事司法審判多年以來，一再強調希望結合理論與實務，在適當個案中作「法的發現」，引領社會思潮發展或改變司法實務見

解的主張不謀而合。

本書許多論點涉及尚在審判中的個案，在我國因「法官不語」的法官倫理命題仍舊模糊不清之際，法官倫理規範極為嚴謹、常實際操作於個案的美國法制，自足以作為我們的參考。美國法官行為守則（Code of Conduct for United States Judges）第三則 A（6）提到：「法官應避免公開評論審理中或即將審理的訴訟案情內容，法院內受該法官指揮監督的人員亦同。本禁止規定不及於法官職務上所為的公開陳述、法庭程序的解說或為法律教學目的而為的學術論述。」第四則 A 亦提到：「法官得演講、寫作、講學、教書及參與其他與法律、司法制度及審判有關的活動。」亦即，法官針對曾經審理過的案件，於裁判後發表意見，具有針對自己表示的判斷意見為補充說明、釋明或辯明的性質時，原則上應避免為之；但如脫離該案件為一般性法律問題的判斷、講學及寫作，以促進法律理論的發展，則可以容許。

看過本書後，相信多數人能認同本書純粹是基於促進法學理論、金融法制與司法制度的發展而撰寫。由於近十餘年來我國金融犯罪問題叢生，爆發許多重大掏空公司資產、內線交易、操縱股價的社會矚目案件，但因為其犯罪型態的錯綜複雜，加上司法人員專業能力的不足，審判的效率與裁判品質不如人民的期待，不僅引發法務部與司法院因審判遲延問題而針鋒相對，民間司法改革團體甚至以「金融犯罪坐大，司法成『幫兇』」為題，指控司法審判的怠惰與粗糙。以台開內線交易案為例，二審以自己函詢台灣證交所時點的股票價格，作為計算被告犯罪所得的依據，這意味犯罪所得是浮動的，檢察官、一審與二審法官可依自己函詢時的股價，各自作為計算的依據。如此粗糙、依一般常識即知不合理的論述，竟成為

二審的判決理由，更為後來的更審判決照抄不誤。如果其他法官就此議題檢討、批判，即謂影響司法的公信力，則我國的司法審判何時才能進步並贏得人民的信賴？

在法律學門學術研究方面，金融犯罪的法律問題與審判事宜，其實涉及憲法、法學方法論、犯罪學、法院組織法、財經法、刑事實體法、刑事程序法、證據法等跨領域議題，如無跨科際的思維與對司法實務問題的深入研究，實無法洞悉其問題解決的複雜性。而國內主要研究財經法律方面的學者或實務工作者（包括財經行政領域方面的人員，而非僅指司法人員），大都留學美國且研究的是民、商法，或許未能深思我國刑法體系是繼受自大陸法系，加上大學教育均是採取分科教學與研究的方式，缺乏科際整合的思維，未能全面關照提出整合的論點，以致所提出的不少法律論述，在司法實務操作上欠缺可執行性。

據此，本書結合理論與實務，依據科際整合的理念，首先，在第一章論述金融專庭的組織、人事任用與分案事宜；其次，在第二、三章說明金融犯罪的特性、刑事審判進行過程所可能面對的各項程序問題與證據法則，包括人犯羈押與否、證據能力的處理、爭點的整理、集中審理、專家鑑定、評議與判決書的製作等；接著，在第四、五章說明內線交易的構成要件與舉證責任，在第六章探討操縱股價犯行中沖洗買賣的構成要件、罪數與法律適用問題；最後，在第七章論及較少為人所關注，卻又問題叢生的犯罪所得扣押與剝奪問題。其中第三章的「新聞自由與媒體特權」一文，乍看雖與金融犯罪無關，其實該問題是衍生自著名的「股市禿鷹案」，且在我國當前「輿論審判」問題嚴重，更屢有新聞工作人員涉及金融犯罪的傳聞之際，對於這類問題的深究與瞭解，才能對金融犯罪問題有更全面的關照。

必須說明的是，關於「金融犯罪」，學界尚有使用「財經犯罪」、「經濟犯罪」、「白領犯罪」或「權貴犯罪」等概念者，不過均非實定法的用語。本書同意以「保護法益」的角度界定經濟犯罪概念，並將討論焦點放在經濟犯罪中「侵害或危及金融秩序」的「金融犯罪」上。因此，「金融犯罪」是指發生在金融職務活動領域中，違反金融管理法規，危害國家有關貨幣、銀行、外匯、票據、保險、證券期貨等金融管理制度，破壞金融管理秩序，情節嚴重，依照刑事法律應受刑罰處罰的行為。如此定義，則非金融犯罪（如逃漏稅犯罪或破產犯罪）的經濟犯罪，即被排除在外，也與我國甫於2008年成立的金融專業法庭審理範圍若合符節。對照之下，德國法制亦未曾對經濟犯罪有所定義，但因該國在普通法院設有經濟刑事庭，且其法院組織法第74條之3第1項明定經濟刑事庭審理的範圍，因此德國學界多以該條規定的罪名，作為討論經濟犯罪的基礎，即與本書以金融犯罪作為研究課題，有異曲同工之妙。

另外，本書的絕大多數文章，雖曾經陸續發表在學術期刊上。不過，基於追根究柢的研究精神，我在重新整理本書各篇文章之際，已在既有文章論點未有重大變更的前提下，大幅擴充原有的篇幅，總計增加近十萬字，這是讀者所應注意的。其中最主要的，包括第一章增加美國德拉瓦州、英格蘭與威爾斯商業法庭的組織與運作、法定法官在我國制度設計的原則與限制，以及審理專業訴訟案件可能的制度選擇等；第四章則增加歐盟與英國防制內線交易的法制、我國內線交易的保護法益與規範理論基礎、重大消息與資訊公開制度的資訊的異同、消息公開的正確性與利用容易性、內線交易的主觀要件、豁免條款與其舉證責任等。當然，自詡為結合理論與實務的本書，將各篇文章撰寫後有關法令的修訂、主管機關函釋的變更、新的司法實務判決意旨與學術文章論述，盡可能融入各篇文

章中，也是值得一提的。

我一向奉守：法官是良心事業，法官的主要職責在從事審判工作，任何再有意義的講學、演講、著作或法治教育，都不能成為懈怠審判工作的正當化理由。因此，我只能利用工作閒暇之餘，在有限時間內從事有關本書議題的研究與撰寫工作，加上個人才疏學淺，本書的許多論述與觀點或有謬誤之處，還請讀者惠予指正。而無論如何，本書是我基於對司法審判的使命、對法學研究的熱情，所為的肺腑之言與研究心得，並無刻意批評或指摘某人或某學術社群的意思，如有因此造成困擾或誤解，在此一併致歉。

最後，感謝元照出版公司惠予出版本書，而秀晴、珮蓓、雅蘋協助文章蒐集、整理、聯繫與校對等事宜，備極辛勞，一併致謝。至於家人無私的付出，尤其愛妻在工作之餘，負擔了大部分家務，辛勤撫育二位年幼可愛的女兒，使本人無後顧之憂，得以醉心悠游於審判與研究的法學殿堂，則非隻字片語所能言謝的。

林孟皇

謹誌於雲頂一隅
2009年10月1日清晨

目 錄

自 序

第一章 金融專庭與法定法官原則

壹、問題緣起	2
貳、我國設置金融專庭的法源、過程與衍生爭議	5
一、原有的法官事務分配與案件分配制度	5
二、原有的專業法庭設置	13
三、設置金融專庭的法制背景	15
四、設置金融專庭的過程	17
五、設置金融專庭所衍生的爭議	20
參、德國法的法定法官原則與經濟刑事庭	24
一、法定法官原則的理念與其規範基礎	24
二、法定法官原則的制度設計與其配套措施	28
三、經濟刑事庭的設置與運作	29
肆、美國德拉瓦州、英格蘭與威爾斯商業法庭 的設置與運作	31
一、美國德拉瓦州商業法庭的設置與運作	31
二、英格蘭與威爾斯商業法庭的設置與運作	35
三、小 結	38
伍、我國落實法定法官原則而設置金融專庭的 改革方向	41
一、法定法官原則的憲法基礎及其制度設計的原則與 限制	41
二、審理專業訴訟案件可能的制度選擇	47
三、設置各專業法庭必要性的重新省思與調整	50

四、金融專庭辦案類型、事務分配與管轄權限的 明確化	53
五、金融專業法官的培訓與遴選	55
陸、結 論	57

第二章 金融犯罪與刑事審判

——以第一審受命法官職務的行使 為中心

壹、前 言	60
貳、金融犯罪的特性與其刑事審判的困境.....	64
一、卷證資料的浩繁	64
二、法律規範的不明確	66
三、結構性、智力型與財產上的職業犯罪	68
四、案件的高度社會矚目	70
五、偵審人員專業能力的不足	73
六、公正專業鑑識機制有待建立	75
參、起訴前與移審程序	77
一、起訴前的準備	77
二、移審時人犯羈押與否的決定	80
肆、準備程序	85
一、審理規則的公開與共識的形成	85
二、卷證資料索引的製作	86
三、證據能力的處理	87
四、爭點的整理	88
五、證據調查順序的排定	89
六、證據資料的函調	89
七、法庭秩序的維護	90
伍、審理程序	92
一、審理計畫書或卷證資料的提供	92

二、程序爭執事項裁定的預擬	93
三、集中審理	93
四、詰問證人	94
五、專家鑑定或諮詢	95
六、調查證據與辯論程序期日的分離	97
陸、評議與裁判的製作及公開	97
一、評 議	97
二、裁判與新聞稿的製作及提供	100
柒、結 論	103
附件一：95年度矚重訴字第1號受命法官於 第一次準備程序曉諭事項	105
附件二：95年度矚重訴字第1號受命法官於 第二次準備程序曉諭事項	107

第三章 新聞自由與媒體特權

——以新聞記者的刑事訴訟上特權 為中心

壹、前 言	112
一、問題緣起	112
二、問題意識與研究範圍	113
貳、新聞自由與公平審判	114
一、新聞自由與保護消息來源	114
二、保護消息來源與公平審判間的衝突與調和	120
三、我國現行拒絕證言權相關規定的解釋與立法發展	124
參、比較法的觀察——美國、日本與德國的法制 與實務見解	134
一、美國法制與實務見解	134
二、日本、德國法制與實務見解	143
三、小 結	148

肆、我國相關實務案例的說明與檢討	149
一、關於保護消息來源的案例	149
二、關於搜索扣押新聞媒體的案例	156
三、小 結	161
伍、結 論	162

第四章 內線交易防制法律問題的研究

壹、前 言	167
一、問題緣起	167
二、問題意識與研究範圍	168
貳、外國立法模式	170
一、美國法制	170
二、歐盟法制	182
三、英國法制	188
四、德國法制	191
五、日本法制	194
六、小 結	199
參、我國內線交易法制的保護法益、規範理論 基礎與其性質	200
一、內線交易的保護法益與其規範理論基礎	200
二、內線交易的犯罪性質	204
肆、我國內線交易防制法制的立法沿革與其 衍生的爭議	207
一、1968年證交法制定初始，並未有相關規定	207
二、1988年增訂民、刑事責任的規定	208
三、2000年修正刑責的規定	211
四、2002年修正適用的標的	213
五、2004年修正刑責的規定	214

六、2006年1月修正構成要件	217
七、2006年5月修正刑責的規定	218
八、小 結	219
伍、我國內線交易防制法制問題的解釋方法	219
一、權力分立與依法審判	219
二、經濟刑法與罪刑法定原則	221
三、美國內線交易判例法與大陸法系刑法概念的 交錯適用	226
四、罪疑惟輕與毫無合理懷疑的確信	229
五、小 結	231
陸、正犯、共犯與消息受領人	232
一、正犯與共犯	232
二、消息受領人	236
柒、重大消息	239
一、重大消息與資訊公開	239
二、消息重大與否的認定	242
三、消息有無成立或確定的問題	246
捌、消息公開	250
一、消息公開的方式	250
二、消息公開的正確性與利用容易性	253
玖、故意、獲悉、利用、豁免條款與舉證責任	256
一、內線交易的主觀要件	256
二、重大消息的獲悉與利用	258
三、豁免條款與舉證責任	266
拾、犯罪所得金額的計算	268
一、扣除交易成本與否及其計算時點的問題	268
二、擬制性交易所得計算公式	271
三、共同被告犯罪金額是否合併計算的問題	275

拾壹、結 論	280
附表：證券交易法關於內線交易條文的增訂、 修正與其理由	282

第五章 內線交易的重大消息成立與 舉證責任

——評台灣高等法院95年度上訴字 第2706號刑事判決

壹、前 言	298
貳、案例事實摘要與爭點	299
一、事實摘要	299
二、本件爭點	301
三、判決要旨——消息重大與否及其成立時點部分	304
四、判決要旨——舉證責任及其滿足部分	306
參、消息重大與否及其成立時點的評釋	307
一、消息重大與否的認定	307
二、消息須待成立或確定？	313
三、本件消息重大與否的評釋	315
四、本件消息成立時點的評釋	318
肆、內線交易舉證責任的評釋	324
一、舉證責任	324
二、有罪的證明程度與其滿足	326
三、本件舉證責任及其滿足的評釋——被告吳○進 部分	331
四、本件舉證責任及其滿足的評釋——被告吳○雄 部分	334
伍、結 論	337

第六章 論沖洗買賣的構成要件、 法律適用與罪數問題

壹、前 言	340
一、問題緣起	340
二、問題意識	343
貳、證券交易法有關沖洗買賣的修正沿革.....	345
一、1968年證券交易法的制定	345
二、1988年證券交易法的修正	350
三、2000年證券交易法的修正	351
四、2004年證券交易法的修正	352
五、2006年證券交易法的修正	354
六、小 結	354
參、沖洗買賣的構成要件	355
一、反操縱條款的規範模式	355
二、沖洗買賣的主觀不法構成要件.....	356
三、沖洗買賣的客觀不法構成要件.....	358
肆、沖洗買賣的法律適用	362
一、反操縱條款概括規定的解釋與適用	362
二、反操縱條款的概括規定可作為沖洗買賣之處罰 依據	366
伍、沖洗買賣的罪數問題	369
一、沖洗買賣所涉法條競合問題	369
二、沖洗買賣所涉牽連犯、想像競合犯或單純一罪 問題	371
三、沖洗買賣所涉連續犯、接續犯問題	374
陸、結 論	376

第七章 論犯罪所得的扣押、追繳、沒收、追徵與抵償

——評最高法院97年台抗字第185號 刑事裁定

壹、前 言	380
一、案例事實摘要	380
二、裁定要旨	383
三、問題意識	384
貳、扣押、剝奪犯罪所得的意義、性質及相關問題	385
一、刑法有關扣押、剝奪犯罪所得的制度	385
二、扣押、剝奪犯罪所得所涉基本權及其應遵守的 基本原則	390
三、扣押、追繳、沒收、追徵與抵償的性質	393
四、現行法有關扣押、剝奪犯罪所得的相關規定與其 問題	397
五、犯罪所得的成本問題	403
六、本件裁定意旨評釋	406
參、扣押、剝奪犯罪所得的證明法則與心證門檻	411
一、扣押、剝奪犯罪所得的證明法則	411
二、扣押、剝奪犯罪所得的心證門檻	415
三、本件裁定意旨評釋	417
肆、扣押或剝奪屬於第三人犯罪所得的正當法律 程序	419
一、扣押、剝奪屬於第三人犯罪所得的正當法律程序	419
二、本件裁定意旨評釋	422
伍、結 論	425

第一章

金融專庭與法定法官原則

目 次

壹、問題緣起

貳、我國設置金融專庭的來源、過程與衍生爭議

一、原有的法官事務分配與案件分配制度

二、原有的專業法庭設置

三、設置金融專庭的法制背景

四、設置金融專庭的過程

五、設置金融專庭所衍生的爭議

參、德國法的法定法官原則與經濟刑事庭

一、法定法官原則的理念與其規範基礎

二、法定法官原則的制度設計與其配套措施

三、經濟刑事庭的設置與運作

肆、美國德拉瓦州、英格蘭與威爾斯商業法庭的設置與運作

一、美國德拉瓦州商業法庭的設置與運作

二、英格蘭與威爾斯商業法庭的設置與運作

三、小 結

伍、我國落實法定法官原則而設置金融專庭的改革方向

一、法定法官原則的憲法基礎及其制度設計的原則與限制

二、審理專業訴訟案件可能的制度選擇

三、設置各專業法庭必要性的重新省思與調整

四、金融專庭辦案類型、事務分配與管轄權限的明確化

五、金融專業法官的培訓與遴選

陸、結 論