

【論著】



證交法的犯罪所得

賴英照（司法院前院長）

壹、前言

依證券交易法規定，內線交易罪的法定刑為3年以上7年以下有期徒刑（第171條第1項）。2004年4月28日修正證交法時，創設加重內線交易罪，規定內線交易的「犯罪所得達新臺幣一億元以上者」，處7年以上15年以下有期徒刑（第171條第2項）。2018年1月31日證交法修正，將「犯罪所得」改為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，判決認為此一修正僅係文字更動，並未變動原有的意涵¹。

犯罪所得金額的決定，攸關刑度的輕重，對被告權益關係重大。惟由於證交法並未規定犯罪所得的定義，法院對於如何計算犯罪所得見解分歧。為解決爭議，最高法院大法庭今年5月19日做出裁定（109年度台上大字第4349號刑事裁定），宣示明確的計算方法。惟大法庭的裁定，限於案件的爭議問題，只處理內線交易的犯罪所得，第171條的其他犯罪，都有犯罪所得的計算問題，法院見解並未一致，尚待未來解決。

本文首先說明法院在內線交易案件使用的不同計算方法。其次討論大法庭的裁定內容及其解釋方法。然後以操縱市場及證券詐欺為例，說明法院對犯罪所得計算方法的分

1 台灣高等法院108年度金上訴字第10號刑事判決，最高法院108年度台上大字第4349號刑事裁定。

歧。最後提出立法政策的檢討與建議。

貳、內線交易的犯罪所得

實務上，法院使用的計算方法，主要有下列幾種。

一、實際所得法與擬制所得法

多數判決均依證交法第 171 條第 2 項「犯罪所得」的文義，認為「犯罪」是內線交易，「所得」就是因內線交易所獲得的利益。對於已實現的所得，採實際所得法，未實現的部分，則採擬制所得法²。

- 1、對於知悉內線消息後買進股票，並於事後再行賣出的部分，採實際所得法，以賣出價扣除買進成本之後的餘額，做為犯罪所得。
- 2、對於買入後未再賣出的部分，則採擬制所得法，以內線消息公開後，十個營業日的股票平均收盤價格，擬制為賣出價格，扣除買進成本後的餘額，做為犯罪所得。

二、關聯所得法

有少數判決，以立法理由為基礎，採用關聯所得法。

第 171 條第 2 項的立法理由指出，「第二項所稱犯罪所得，其確定金額之認定，宜有明確之標準，俾法院適用時不致產生疑義，故對其計算犯罪所得時點，依照刑法理論，應以犯罪行為既遂或結果發生時該股票之市場交易價格，或當時該公司資產之市值為準。至於計算方法，可依據相關交易情形或帳戶資金進出情形或其他證據資料加以計算。例如對於內線交易可以行為人買賣之股數與消息公開後價格漲跌之變化幅度差額計算之」³。

判決認為，「立法理由所載『消息公開後價格漲跌之變化幅度』，當指計算內線交易之犯罪所得時點，必須該股票價格之變動與該重大消息之公開，其間有相當之關聯者為必要，此為法理上之當然解釋」（最高法院 96 年度台上字第 7644 號刑事判決及同

2 這是大法庭採用的計算方法，也是兩位鑑定人劉連煜教授和陳彥良教授的鑑定意見。本文作者也採相同的看法，見賴英照，內線交易的所得計算，中原財經法學，第 31 期（2013 年 12 月），頁 1，55。有關法院的實務案例，參閱賴英照，誰怕內線交易，作者自版（2017 年 10 月初版），頁 475-488。

3 立法院議案關係文書，院總第 861 號，政府提案第 8974 號（2003 年 3 月 5 日），頁討 319。

院 98 年度台上字第 4800 號刑事判決)。「若該股票價格之漲跌變動係基於其他經濟上或非經濟上因素所導致，而與該重大消息之公開並無相當因果關聯者，即不能以該漲跌變動後之股票價格，作為計算內線交易犯罪所得之依據」(最高法院 101 年度台上字第 1857 號刑事判決)⁴。

因此，犯罪所得限於消息公開對股價的影響所產生的增益；如與消息的公開無關，不是犯罪所得。例如消息公開後，股價從 10 元漲到 20 元，法院必須確認，消息的公開促成多少錢的上漲？其他經濟上或非經濟上的因素，促成多少錢的上漲？由於法院對這些計算問題遭遇困難，乃發展出兩種修正的關聯所得法：「分割適用法」和「兩個交易日差額法」。

三、分割適用法

這種方法不計算內線消息的公開，對股價實際上產生多少影響，而是認定內線消息公開後，對股票價格的影響是十個營業日。因此，以賣出時間點是否在消息公開後十日之內，分別適用實際所得法與擬制所得法⁵：

- 1、對於買入後再行賣出部分，如賣出時間在消息公開後十個營業日之內，採實際所得法，依實際買賣價格計算犯罪所得。
- 2、如賣出時間在消息公開後十個營業日之後，依擬制所得法，以消息公開後十個營業日的收盤平均價格，擬制為賣出價格，計算犯罪所得。對於買入後未再賣出部分，也採擬制所得法。

四、兩個交易日差額法

這種方法同樣不計算消息公開對股價的實際影響，而是認定消息的公開，對股價的影響是 18 小時。因此判決認為，應以「『該重大消息公開前最近之交易日該公司股票每股成交均價，與該重大消息公開 18 小時後，最近之交易日該公司股票每股成交均價之差額』，推定為該重大消息對於該公司股票每股價格影響程度之具體表徵」(最高法院 107 年度台上字第 4438 號刑事判決)⁶。

4 實務案例的討論，見賴英照，註 2 書，頁 489-493；郭大維，論內線交易犯罪所得之計算，月旦裁判時報，第 24 期(2013 年 12 月)，頁 46-58。

5 參閱賴英照，犯罪所得的奇幻旅程，財金法學研究，第 2 卷第 4 期(2019 年 12 月)，頁 451，457-458。

6 相關討論，參閱江朝聖，走出犯罪所得計算的迷霧森林，台灣法學雜誌，第 402 期(2021 年 1 月)，頁 16-18；江朝聖，走出內線交易犯罪所得計算泥沼之嘗試，東海大學法學研究，第 48 期(2016 年 4 月)，頁 117，158，161-163；廖大穎，內線交易罪與計算犯罪所得爭議，台灣法學雜誌，

依照這個方法，如重大消息於 6 月 15 日公開，應以消息公開前最近交易日，即 6 月 14 日，公司的每股成交均價，與消息公開 18 小時後最近交易日，即 6 月 16 日，公司每股成交均價的差額，推定為重大消息對股價的影響，即為犯罪所得。與分割適用法不同的是，不論被告何時賣出股票，及是否賣出股票，一律以消息公開之前及之後的兩個交易日的股價差額，做為犯罪所得。

五、證交稅與手續費

被告買賣股票的手續費及證券交易稅，應否自犯罪所得中扣除？法院有不同見解。

- 1、扣除稅費：證交法第 171 條第 2 項於 2004 年 4 月增訂時，修法理由載明，「以行為人買賣之股數與消息公開後價格漲跌之變化幅度差額計算之」。有判決依據此一理由採差額說，扣除證交稅及手續費⁷。
- 2、不扣除稅費：2015 年 12 月 30 日刑法第 38 條之 1 修正，規定「犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息」（第 4 項）；其修正理由指出，犯罪所得不以因犯罪直接取得者為限，且「基於徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本利潤，均應沒收」⁸。有判決依據此一理由，不扣除證交稅及手續費⁹。

不同的計算方法，得出不同的犯罪所得，直接影響被告的刑期。這種不確定的計算方法，損害刑罰的明確性。

參、大法庭的裁定

為解決爭議，最高法院大法庭今年 5 月 19 日做出裁定，明確採取法院歷年來多數判決採行的實際所得法與擬制所得法，並扣除證交稅及手續費。裁定指出：

- 1、「證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款之內線交易罪，因犯罪獲取之財物或財產上利益之計算方法，應視行為人已實現或未實現利得而定。前者，以前後交易股價之差額乘以股數計算之（即『實際所得法』）；後者，以行為人買入（或賣出）股票之價格，與消息公開後 10 個營業日收盤平均價格之差額，乘以股數計算之第 289 期（2016 年 2 月），頁 169-174；賴英照，註 5 文，頁 461-463，470-476。

7 例如最高法院 106 年度台上字第 86 號、106 年度台上字第 1122 號、107 年度台上字第 1830 號及 107 年度台上字第 4438 號等刑事判決。

8 立法院公報第 104 卷第 98 期，頁 267，269-271。

9 例如最高法院 105 年度台上字第 1598 號、106 年度台上字第 1009 號、台灣高等法院 104 年度金上重更（四）字第 15 號及台灣高等法院 104 年度重上更（一）字第 3 號等刑事判決。

（即『擬制所得法』）」¹⁰。

2、「計算前項利得之範圍，應扣除證券交易稅及證券交易手續費等稅費成本」。

大法庭的裁定，說明採用這種方法的理由如下：

一、立法目的

大法庭依第 171 條 2004 年 4 月的修正理由，認為加重內線交易罪的目的，「係為使法益侵害與刑罰刑度間平衡，並避免犯罪者不當享有犯罪所得，以發揮嚇阻犯罪之效」¹¹。為實現立法目的，「苟行為人獲悉內線消息而買入（或賣出）股票，股價上漲（下跌）之增益（避損）也在犯罪既遂之後，如認應扣除消息公開之前及公開之後，因市場因素所產生之增益（避損），無異使行為人『不當享有犯罪利得』，豈非與立法目的背道而馳」。

因此不論消息公開之前或之後的漲價，亦不論股價上漲是否與消息的公開相關，都是犯罪所得，以實現不使「犯罪者不當享有犯罪所得」的立法目的。

二、法條文義

最高法院以第 171 條第 2 項的規定：「因犯罪獲取之財物或財產上利益」，做為解釋基礎。裁定指出：

「自一般通常文義來理解，可知內線交易罪所稱『因犯罪獲取之財物或財產上利益』，係指犯罪『獲取之財物』與『獲取之財產上利益』之總和，其中『獲取財物』之部分，為行為人實際買入（或賣出）再行賣出（或買入）之價差而已實現之利得；而『獲取財產上利益』部分，即為行為人未實現之利得」。

從解釋方法觀察，大法庭的裁定，是以第 171 條第 2 項的條文為基礎，並以法條文字的通常文義，決定條文的意涵。因此，犯罪所得包括被告因內線交易而「獲取之財物」及「財產上利益」。「犯罪」是內線交易，「獲取之財物」是買賣股票實際獲取的利得；「獲取之財產上利益」，則是買賣股票尚未實現的利益。

因此不論是否已實現的利得，均為犯罪所得；且已實現的利得應以被告實際獲取的

10 相關討論，參閱劉連煜，內線交易刑事責任犯罪所得如何計算，月旦法學教室，第 121 期（2012 年 10 月），頁 24-26；陳彥良，內線交易犯罪所得計算之再探討，月旦裁判時報，第 82 期（2019 年 4 月），頁 34-43；陳彥良，內線交易犯罪所得爭議研析，月旦法學雜誌，第 188 期（2011 年 1 月），頁 219-220。

11 立法院公報第 93 卷第 2 期，頁 193。

利得為計算基礎，亦即實際所得法。相對於大法庭以第 171 條第 2 項的條文為解釋基礎，關聯所得法則以該條立法理由為依據。大法庭認為，做為判決的依據，法條規定應優先於立法理由¹²。

三、類推適用

對於未實現的利得部分，第 171 條第 2 項雖將其列入所得¹³，但並未規定計算的方法。大法庭依法理類推適用內線交易民事賠償的計算公式。裁定指出：

- 1、「參之同法第 157 條之 1 第 3 項就內線交易所生民事損害賠償金額，明定以『消息公開後 10 個營業日收盤平均價格』為基準計算差額，係採取擬制性交易所得計算公式」。
- 2、「犯內線交易罪之擬制所得既無明文規定計算方法，上開計算民事損害賠償規定，經斟酌其立法政策、社會價值及法律體系精神，應係合乎事物本質及公平正義原則，為價值判斷上本然或應然之理，本院自可援用民事上處理類似情形之前揭規定，以消息公開後 10 個營業日收盤平均價格，作為擬制賣出（或買入）之價格，據以計算行為人獲取之財產上利益」。

犯罪所得做為加重處刑的要件，理應由法律明定。惟證交法增訂加重內線交易罪之時，未就犯罪所得的計算方法明文規定。關於已實現的部分，依「因犯罪獲取之財物」的通常文義，可依賣價減買價的方法，算出所得金額。但未實現的部分，只有買價沒有賣價（或僅有賣價沒有買價），無法計算「財產上利益」的確定金額，顯屬立法疏漏。

為填補疏漏，大法庭引用正義食品案有關法理的見解，類推適用第 157 條之 1 第 3 項有關民事賠償的計算方法，做為計算依據。最高法院在正義食品案的民事判決認為，民法第 1 條的法理，包括制定法內的法律續造，例如類推適用，及制定法外的法律續造，由法官在現行法的規定之外，自行造法。大法庭依民事賠償的規定做為計算方法，屬於制定法內的法律續造¹⁴。

12 大法庭在做出本裁定之前，已表達法條文義優於立法理由的見解：「文義解釋為法律解釋之基礎，立法者之意思僅屬對構成要件文義之眾多解釋方法之一，仍須就法條文字之規範目的及保護利益具體分析」（最高法院 109 年度台上大字第 1869 號刑事裁定）。

13 大法庭裁定說明未實現的利得，應列入計算的理由：「考量證交法第 157 條之 1 第 3 項內線交易民事損害賠償金額之計算、同法第 171 條第 2 項加重罪刑之目的等規範意旨，並審酌依通常情形，客觀上可得預期有增益或避損之財產上利益，不能僅因行為人嗣後並未賣出或買回，即認未獲得財產上利益」。

14 最高法院 101 年度台上字第 1695 號民事判決。

四、對立法理由的不同解讀

採取關聯所得法的判決，認為證交法第 171 條第 2 項的立法理由，表達犯罪所得必須與消息公開相關聯的見解。因此，與消息公開無關的漲價所產生的收益，必須扣除。但大法庭對立法理由有不同的解讀。裁定認為：

- 1、就解釋的原則而言，「立法理由終究非屬法律本文，僅能供為法院解釋、適用法律之參考，尚不具有絕對拘束力」；況且本案立法理由「並未揭示明確之內線交易犯罪利得計算方法」。
- 2、依第 171 條第 2 項的規定，「不論是法律文義或是立法理由，均未揭示股票『價格漲跌之變化幅度』，須與『重大消息』之公開，具有因果關係，故法院於計算內線交易犯罪利得時，自無需考量影響股價漲跌之經濟或非經濟因素」。
- 3、從可行性觀察，「縱使理論上可以計算『消息公開後價格漲跌之變化幅度差額』，實務上仍可能提出不同之計算模式，或由不同專家提供意見，導出分歧之結論，造成內線交易犯罪利得計算無法確定之困境，且係人為設算，難謂客觀，亦不利於司法安定性。故單以『消息公開後價格漲跌之變化幅度差額』計算所有內線交易犯罪利得，無異緣木求魚，殊不可行」。

裁定上開意旨認為，依第 171 條第 2 項的立法理由，導出關聯所得法的見解，有四個問題。

第一，法官依據法律審判。就本案而言，法律是證券交易法。如果捨第 171 條第 2 項的條文不用，而以其立法理由做為依據，不符依法律審判的憲法意旨。

第二，立法理由指出，犯罪所得金額的計算，應依照「犯罪行為既遂」（知悉內線消息後，買進股票）或「結果發生」（消息公開後，賣出股票）之時，以「股票市價」或「資產市值」做為計算基礎。立法理由提供兩個不同的計算時點：（1）犯罪行為既遂；（2）結果發生；及兩種不同的計算方法：（1）股票市價；（2）公司資產市值。不同的時點，不同的方法，得出不同的結論，究以何種方法為準，立法理由沒有明確的答案。

第三，立法理由表示，「例如對於內線交易可以行為人買賣之股數與消息公開後價格漲跌之變化幅度差額計算之」。這句話是不是表達關聯所得法的意思？法院多數判決認為不是。退一步而言，即使答案是肯定，立法理由不能凌駕法條的文義。第 171 條第 2 項並沒有規定，計算犯罪所得時，必須扣除非關消息公開所產生的利得。

第四，依關聯所得法計算犯罪所得，首先必須認定消息公開之後，市場吸收該項消息的合理時間是幾天？其次應明確區分股價的漲跌，多少是因為重大消息的公開所產生？多少是來自其他非關消息公開的影響？這種計算方法複雜而困難。因此法院迄今並未使用關聯所得法。退一步而言，即便可以克服技術困難，由財務分析師主導被告刑期的長短，因不同的分析師有不同的計算結果，仍難以達成罪刑相當的政策目的。

五、因果關聯與罪刑相當

採用關聯所得法的判決認為，犯罪所得必須與內線消息的公開之間，具有相當因果關聯。大法庭的裁定明確說明因果關聯的認定：

- 1、「行為人係因內線消息而買入（或賣出）股票，在其決定賣出（或買入）以前，得以享受期間內各種市場因素所促成之利益（增益或避損），因此其實現利得全部可謂係因內線交易行為所得」。換言之，行為人買進股票，是因為知道內線消息。買進股票之後的獲利，不論是否因消息的公開所產生，均與內線消息具有因果關聯。
- 2、「從罪刑相當原則立論，行為人於何時買入與賣出股票，既均出於自主之選擇與判斷，則其因自身決定之買賣行為產生利得，自當承受『利得越多、刑責越高』之結果，此並無違罪刑相當原則」¹⁵。因此，此種計算方法，「不僅合於法律之文義解釋、目的解釋，亦無違罪刑相當及法律明確性原則」。

六、扣除證交稅及手續費

關於證交稅及手續費的問題，大法庭認為，「實務上對於因內線交易罪獲取之財物或財產上利益之範圍，向來多採『差額說』（或稱『淨額說』），即應扣除證券交易稅與證券交易手續費，以貼近真實利得之計算方法」。

大法庭並指出，2018年1月31日修正第171條第2項，將「犯罪所得」改為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」時，其修正理由明白表示，「司法實務上亦認為計算時應扣除犯罪行為人之成本」。大法庭引用此一理由，佐證應扣除稅費的見解。

七、法律解釋方法

大法庭先確認第171條第2項的立法目的，在於「避免犯罪者不當享有犯罪所得，

¹⁵ 這段話也出現在綠點案非常上訴的判決（最高法院106年度台非字第21號刑事判決及最高法院106年度台非字第223號刑事判決）。相同的意見，見賴英照，註2文，頁53，及註2書，頁498。

以發揮嚇阻犯罪之效」。其次，在犯罪所得的計算方面，大法庭依同條項「因犯罪獲取之財物或財產上利益」的通常文義，認定不論已實現或未實現的利得，均應列入計算，以貫徹本條的立法目的。

已實現部分，依法條文義及立法目的，採行實際所得法；未實現部分，依法條文義，將其列入所得計算，並類推適用民事賠償的方法，以填補法律的疏漏。不論已實現或未實現的利得，均扣除證交稅及手續費，以反映被告的實際獲利。大法庭兼用文義解釋與類推適用，均以實現立法目的為依歸，係結合法條文義與立法目的的解釋方法。

肆、未來的課題

證交法第 171 條所規定的犯罪，除內線交易外，還有操縱市場、證券詐欺、資訊不實、非常規交易、侵占及特別背信罪等，都有加重處刑的規定，因此也有計算犯罪所得的問題。這些問題，大法庭並未處理¹⁶。法院關於操縱市場的犯罪所得計算方法，與大法庭裁定的意旨相同，但有關證券詐欺的部分，則有明顯的差異。茲說明如下。

一、操縱市場

證交法第 155 條明文禁止操縱市場的行為，違反規定者，依第 171 條第 1 項處刑，並適用同條第 2 項的加重處罰，與內線交易相同。

在計算犯罪所得方面，第 171 條第 2 項的立法理由明示，「可以炒作行為期間股價與同性質同類股或大盤漲跌幅度比較乘以操縱股數，計算其差額」。因此，是採取類股指數或大盤指數比較法。

實務上，法院認為上開立法理由並未提供「明確標準」，且其適用結果有違「事理之平」，因而不採立法理由所提示的方法。

以世鋒案為例，判決首先說明立法理由的方法不合理：「立法理由所示以同性質同類股或大盤漲跌幅度之比較基準，究係以與炒作標的同性質同類股全部予以比較漲跌？或係選擇部分同性質同類股予以比較漲跌？其比較之同性質同類股股數範圍為何？此在集中市場上並無法予以類型或量化，且縱係同性質同類股，亦會因各該股票之公司經營型態、獲利能力而有不同之標準，因之上開立法理由所例示之計算方式，既無明確標準，且其變化因素過大，如因大盤當時漲跌幅度較諸炒作所得更大，則可能造成無差額

¹⁶ 有關內線交易的犯罪所得，大法庭的裁定，也沒有處理共犯的犯罪所得，是否合併計算的問題。這個問題，法院見解仍然分歧，尚待未來處理。

可言，而就其違反不法炒作之犯罪所得，無法為發還或沒收之諭知，應非事理之平」。因此法院認為類股指數或大盤指數比較法不可採。

法院進而提出實際所得法與擬制所得法：被告在炒作期間，1、買進特定種類股票的數量，與賣出數量相同者，採實際所得法，以賣出股票所獲金額，減買進股票的成本，扣除證交稅和手續費之後的餘額，即為犯罪所得。2、買賣數量不同者，以買進大於賣出為例，未賣出部分，採擬制所得法，以查核期間末日的股票收盤價格擬制為賣出價格，據以計算出售金額及犯罪所得（台灣高等法院 99 年度重金上更（一）字第 9 號刑事判決）。雖然高院判決明白拒絕以立法理由的方法計算犯罪所得，最高法院仍然維持高院判決，並駁回上訴，本案因而確定（最高法院 102 年度台上字第 1177 號刑事判決）。

最高法院諸多判決均使用這種計算方法，並表明犯罪所得包括「犯罪所得財物」及「財產上利益」兩部分，前者為已實現的所得，適用實際所得法，後者為未實現的利益，適用擬制所得法¹⁷。這種方法，與大法庭有關內線交易犯罪所得的裁定，同其意旨。

二、證券詐欺

另一方面，關於證券詐欺的犯罪所得，法院則採取不同的計算方法。

證交法第 20 條規定，「有價證券之募集、發行、私募或買賣不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為」；違反規定者，其刑責及加重處罰，均與內線交易、操縱市場相同（第 171 條）。有關犯罪所得的認定，證交法亦未規定明確的計算方法。

全懋案，法院以被告的全部收入做為犯罪所得。判決指出，「李○及陳○未向主管機關申報生效」，竟「佯稱公司籌建中須要資金，向不特定人募集資金，並委由不知情之國泰世華銀行……於 89 年 7 月 6 日、90 年 6 月 22 日辦理全懋公司股票之簽證作業，繼而以每股 30 元或 35 元……即每張股票（1,000 股）3 萬元或 3 萬 5 千元之價額對外招募認股，致……林○等人……誤認有利可圖，……，出資認購……全懋公司股票，……及……記名式受益憑證』計 2,250 張」，「合計詐得……1 億 3,511 萬元」。法院認定這 1 億 3,511 萬元就是犯罪所得。

至於被告支出的費用，則不予扣除。判決指出其主要費用包括：1、「假臺北國際會議中心舉辦『全懋國際科技股份有限公司新夥伴研討會』」；2、「與潘○聯合建築師事務所及 臺朔公司接洽，佯稱欲委託設計辦公大樓及興建、安裝倉儲工程，致該等

17 例如最高法院 105 年度台上字第 663 號、105 年度台上字第 1596 號、105 年度台上字第 1288 號、106 年度台上字第 1729 號及 107 年度台上字第 3336 號等刑事判決）。

公司提供設計圖及冷凍自動倉儲設備規劃書」；3、承租土地，佯稱將建廠從事烏魚養殖事業。判決認為這些費用均無須扣除（台灣高等法院 98 年度上重訴字第 24 號刑事判決）。

最高法院撤銷高院判決，指示應扣除成本費用，包括承租土地租金及建築師設計廠房費用等（最高法院 101 年度台上字第 5111 號刑事判決）。但高院更一審仍認為無須扣除（台灣高等法院 101 年度金上重更（一）字第 19 號刑事判決）。最高法院予以維持，本案確定。最高法院判決指出：

- 1、第 171 條的立法理由「雖以內線交易、不法炒作股票為例，說明犯罪所得金額之計算應採取差額說，然對於該二類犯罪以外之同條第一項各款犯罪所得金額究應如何計算，並無具體說明，已難率認為均係採『差額說』」。
- 2、「縱係內線交易、不法炒作股票犯罪所得金額之計算，亦僅限於股票本身之價差，並非指其計算方法應扣除行為人承租或承買犯罪行為處所之租金、價金、業務人員之佣金、管銷費用等成本。原判決認 毋庸扣除施以詐偽過程中支出之承租土地租金、建築師設計費等成本，於法亦無不合」（最高法院 104 年度台上字第 2744 號刑事判決）。

最高法院對於應否扣除成本費用的問題，在同一案件，先後表達不同的見解。最後採取不扣除的見解，與內線交易及操縱市場的計算方法亦有不同。

三、技術問題與政策問題

以犯罪所得 1 億元做為加重處罰的標準，有技術問題，也有政策問題。技術問題是計算方法的分歧，已如前述。犯罪所得的計算問題，關係到被告的刑責，應以法律規定明確的計算方法，方為正辦。

立法政策上，則有方法與目的不相稱的問題。第 171 條加重處罰的立法理由指出，「對於嚴重危害企業經營及金融秩序者，以犯罪所得金額逾一億元為標準，因其侵害之法益及對社會經濟影響較嚴重，應有提高刑罰之必要」。準此，加重處罰的目的，是制裁「嚴重危害企業經營及金融市場秩序」的行為，但加重的門檻，則是「犯罪所得 1 億元以上」。這是把「危害金融秩序」與「犯罪所得」混為一談。事實上，「嚴重危害金融市場秩序」的行為，違法者未必有鉅額所得。

以操縱市場為例，炒作股票失利，爆發鉅額違約交割，投資人損失慘重，市場嚴重失序，但被告並無 1 億元犯罪所得，因此可免受加重刑責的處罰。又如公司發布不實財

務報告，造成投資人重大損害，但公司可能並無犯罪所得，因此亦無從加重處罰。可見以犯罪所得做為加重處罰的基礎，不能達到防止嚴重危害金融秩序的目的，凸顯方法與目的並不相稱。

依美國聯邦量刑準則（United States Sentencing Guidelines）規定，犯罪量刑原則上是以被害人的損失做為主要依據。只有在被害人的損失難以認定時，才改以行為人的犯罪所得做為量刑的標準¹⁸。聯邦量刑準則認為，內線交易的案件，被害人及其損失金額均難以認定，因而以犯罪所得取代被害人的損失，做為認定基準¹⁹。

因此刑度的加重，原則上是以被害人的損失為計算基礎。內線交易是例外。立法上，以損失為基礎，在操縱市場、財報造假的案件，如造成投資人重大損失，雖違法者未有鉅額收益，仍應加重刑罰，符合重懲「嚴重危害企業經營及金融秩序」的立法目的。在證券詐欺的案件，如投資人損失達1億元以上，即可適用加重處罰的規定，亦可避免是否扣除成本費用的爭議。

立法政策上，證交法第171條第2項應做修正，除內線交易的案件外，其餘犯罪，應將被害人的損失列為加重處罰的基礎²⁰。

18 “The court shall use the gain that resulted from the offense as an alternative measure of loss only if there is a loss but it reasonably cannot be determined.” U.S.S.G. § 2B1.1, cmt. n. 3(B). 參閱 United States v. Munoz, 430 F. 3d 1357, 1369-1371 (11th Cir. 2005)。

19 聯邦量刑準則的說明指出：“Insider trading is treated essentially as sophisticated fraud. Because the victims and their losses are difficult if not impossible to identify, the gain, i.e., the total increase in value realized through trading in securities by the defendant and persons acting in concert with the defendant or to whom the defendant provided inside information, is employed instead of the victims’ losses.” U.S.S.G. § 2B 1.4, cmt. 參閱 United States v. Mooney, 425 F. 3d 1093, 1099-1101 (8th Cir. 2005)。

20 犯罪所得達新台幣1億元以上者，應加重刑責，為金融法律共通的規定。類似證交法第171條的規範，尚有銀行法（第125條第1項、第125條之2第1項、第125條之3第1項）、金融控股公司法（第57條第1項、第57條之1第1項）、信託業法（第48條第1項、第48條之1第1項、第48條之2第1項）、信用合作社法（第38條之2第1項、第38條之3第1項）、票券金融管理法（第58條第1項、第58條之1第1項）、保險法（第167條第1項、第168條之2第1項）及農業金融法（第39條第1項、第40條第1項）。這些條文都沒有規定犯罪所得的計算方法。許多規定把犯罪所得與被害人的損失混為一談。以銀行法為例，第125條之2第1項規定：「銀行負責人或職員，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害銀行之利益，而為違背其職務之行為，致生損害於銀行之財產或其他利益者，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」。本條規定的前段，強調銀行財產或利益的損害，後段則以犯罪所得做為加重刑責的基準，二者適用不同的標準，可能產生手段與目的的不協調的結果。例如銀行經理甲收受A公司賄款2千萬元，因而違法貸款給A公司10億元。後來A公司惡性倒閉，負責人逃逸無蹤，導致銀行損失10億元。依銀行法上開規定，由於經理的犯罪所得僅2千萬元，雖其行為造成銀行重大損害，卻不符合加重刑責的要件。如以銀行所受損害做為加重刑責

伍、結論

內線交易的犯罪所得，在大法庭的裁定之後，應可統一見解。但犯罪所得的計算，攸關被告的刑責，應以法律明定計算方法為妥。事實上，第 171 條的各項犯罪，其犯罪所得如何計算，法院見解分歧，應一併修法解決。

證券詐欺、操縱市場、非常規交易、侵占及特別背信等罪，如依行為人的犯罪所得做為加重刑責的基礎，往往無法達成嚇阻「嚴重危害企業經營及金融秩序」的立法目的。立法政策上，如決定保留加重處罰的規定，證交法第 171 條應修法，將被害人的損失列為加重處罰的基礎，以避免方法與目的不相協調的問題。

的基準，更能貫徹立法目的。