論銀行法第125條違法匯兌「犯罪所得」之計算
—以最高法院106年度第15次刑事庭決議為中心 上

文／朱清奇

壹 前言

最高法院於民國 106 年 10 月 17 日通過 106 年度第 15 次刑事庭決議（下稱本次決議），針對銀行法第 125 條第 1 項規定違反銀行法第 29 條第 1 項中「辦理國內外匯兌業務」之犯罪所得應如何計算問題，決議認為行為人所收受包括須匯付受款人之款項總額，均屬犯罪所得。此一犯罪所得之計算如超過新台幣 1 億元，被告刑事責任將由 3 年以上 10 年以下有期徒刑加重至 7 年以上有期徒刑，並得併科新臺幣 2500 萬元以上 5 億元以下罰金。

銀行法第 29 條第 1 項之行為態樣共有 3 種，分別是「收受存款」（一般俗稱違法吸金）、「受託經理信託資金、公眾財產」、「辦理國內外匯兌業務」（一般俗稱違法匯兌）。最高法院原先於 102 年度第 14 次刑事庭決議僅就「違法吸金」之犯罪類型作出解釋，認為違法吸金之「犯罪所得」應以行為人對外所吸收之全部資金為範圍；「受託經理信託資金、公眾財產」及「辦理國內外匯兌業務」的部分則未有解釋，而實務向來處理「辦理國內外匯兌業務」時，均認為所收取之管理費、手續費、匯率差額或其他名目之報酬，方屬於犯罪所得（98 年度台上字第 2685 號判決意旨參照），本次決議則一改過去實務見解，認定包括須匯付受款人之款項總額，亦屬犯罪所得。

本次決議得出此結論的基礎，無非是以銀行法第 29 條第 1 項之違法態樣包含違法經營「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」，從而就構成要件之解釋應採一致見解，而「違法吸金」之類型既經 102 年度第 14 次刑事庭決議作出解釋，認為違法吸金之「犯罪所得」應以行為人對外所吸收之全部資金、因犯罪取得之報酬及變得之物或財產上之利益為其範圍，倘若將行為人已返還被害人之本金予以扣除，則其餘額即非原先違法吸金之全部金額，顯然無法反映其違法對外吸金之真正規模[1]。再者，非銀行經營辦理國內外匯兌業務，其可責性在於違法辦理國內外匯兌之事實，而非有無利用該等匯兌業務獲利。銀行法第 125 條第 1 項後段以「犯罪所得超過一億元」作為加重要件，無非以其犯罪結果影響我國金融市場之紀律與秩序，以及社會大眾權益重大，而有嚴懲必要，自與行為人犯罪所得之利益無關。最高法院刑事庭以上開理由得出本次決議結論，固非無見，惟若適用在具體個案上再搭配沒收新制上路恐產生若干疑義。

貳 援引102年度第14次刑事庭會議決議之部分

最高法院於本次決議援引該院 102 年度第 14 次刑事庭會議決議，以「犯罪所得達新台幣一億元」為標準認定犯罪結果對我國金融市場影響重大，而有加重處罰必要，確實有理，惟此一見解若進一步觀察，即可發現箇中爭議。

刑法於民國 104 年 12 月 30 日修正，沒收成立專章，增訂刑法第 38 條之 1，將「犯罪所得」從舊法「裁量沒收」修正為「義務沒收」，且依修法理由可知，明確採取「總額原則」[2]。準此，犯罪一旦被認定為「犯罪所得」之部分，除已合法發還被害人者外（刑法第 38 條之 1 第 5 項[3]），法院即有義務宣告沒收。申言之，銀行法第 125 條具有刑罰效果，其條文用語「犯罪所得」解釋上理應與刑法沒收章一致，從而依本次決議所認定行為人經營違法匯兌業務經匯入行為人指示帳戶內之金額，將全數被認定為「犯罪所得」，依刑法第 38 條之 1 第 1 項之規定，法院即有宣告沒收義務。

惟本次決議顯然忽略了「違法吸金」與「辦理國內外匯兌業務」兩種犯罪類型具有本質上之差異。102 年度第 14 次刑事庭會議決議係針對「違法吸金」之犯罪類型，與本次決議所針對「辦理國內外匯兌業務」之類型，差異在於行為人「違法吸金」始有「被害人」（最高法院 105 年度台上字第 2687 號、第 1611 號刑事判決參照）；「辦理國內外匯兌業務」並不會有被害人（106 年度台上字第 1352 號、第 783 號刑事判決參照），此種犯罪模式係由行為人以較銀行業優惠之匯率招攬一般人匯兌，僅賺取微薄手續費，向行為人尋求兌換貨幣之人並非受害人，因此當行為人為他人匯兌的數額達到 1 億元，其實際獲利可能不到 100 萬元，然而依本決議之見解，犯罪所得即為 1 億元，且無從依刑法第 38 條之 1 第 5 項以合法發還被害人犯罪所得之方式削減沒收數額，造成行為人獲利不到 100 萬，卻須被宣告沒收 1 億元之犯罪所得，顯然不合情理；反之，「違法吸金」之類型，行為人除將少部分利息退還被害人外，大部分吸收之資金仍由行為人所支配，故此類行為人得以將所支配之「本金」發還被害人以削減沒收數額。本次決議未思及此，容有未洽。

參 規範目的之分析

本次決議於具體個案適用上有所爭議，如以規範目的角度切入，則更能凸顯問題的起源。

刑法第 38 條之 1 第 1 項以「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之，但有特別規定者，依其規定。」依本條項之立法理由指出：「為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪……」從而可知，本類型沒收目的包含將行為人因不法行為所獲致之違法財產狀態予以排除，並藉以達到預防犯罪的功能[4]。

而銀行法第 125 第 1 項則為「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。其犯罪所得達新台幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新台幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。」從而可知，銀行法第 125 條第 1 項後段之「犯罪所得」核為犯罪成立要件層次[5]。至於本條項之規範目的，依歷來實務見解可知，係著重於以行為人「犯罪所得」之多寡衡量犯罪規模以及對於我國金融秩序影響之程度，作為加重刑責事由。

準此，兩者體系並不相同，規範目的亦各別，在利得沒收層次著重剝奪不法財產流動與預防犯罪，因此理論上應係將行為人獲利部分均予以宣告沒收；而在銀行法第 125 條第 1 項部分，著重於衡量行為人犯罪規模、對整體金融秩序多深遠。原無誤解、混淆之可能，惟因兩者立法用語皆係「犯罪所得」，致使最高法院為求法條用語內涵之一致性，而導致現存之爭議。

近來已經有幾個判決提出規範目的不同的觀點，如臺灣臺北地方法院 106 年度金重訴字第 16 號刑事判決：「關於刑法第 38 條之 1 第 1 項作為『沒收標的』之『犯罪所得』，因係以『剝奪行為人不法利得』角度出發，而非基於『整體金融秩序危害程度』之立場，故與前述銀行法第 125 條第 1 項後段作為『加重處罰要件』之『犯罪所得』，係以『犯罪規模』即『各共同正犯非法招攬投資上繳集團之總吸金金額』為計算標準者，迥然不同。」（臺灣高等法院高雄分院 105 年度原金上訴字第 1 號刑事判決[6]，臺灣臺北地方法院 104 年度金重訴字第 23、25 號判決、104 年度金訴字第 13 號判決、105 年度金重訴字第 4、9 號刑事判決同此意旨）然而目前只是高雄高分院及臺北地院的幾個判決而已，未來高院或是最高法院是否有可能形成穩定見解仍有待觀察[7]。

此一爭議於「辦理國內外匯兌業務」範疇將更為明顯，蓋行為人非銀行業經營不法匯兌，所賺取之不法利益僅有少許匯差或手續費，相對於其所經手之數額，更有如蒼海之一粟，倘依本次決議見解，以行為人所經手之總體金額計算犯罪所得，則法院宣告沒收之「犯罪所得」明顯超出規範目的所預期之不法財產流動，且行為人將因被國家宣告利得沒收而陷入永久破產而無重生之可能，沉重債務壓力極可能迫使行為人重操舊業，以非法手段償還國家沒收債務，非但無法達到原先預防犯罪之規範目的，反而製造犯罪。

再者，銀行法第 125 條之 4 第 1、2 項分別設有「如有犯罪所得並自動繳交全部所得財物者」將獲有刑責減免

（文轉三版）

註釋

1 行為人違法吸收之資金是否即為違法吸金罪之「犯罪所得」，在學說上仍有爭議，惟此並非本文重點，故不贅言。可參考，薛智仁，非法經營銀行業務罪之犯罪所得（下）—兼論犯罪所得沒收之分析架構，月旦法學教室，第 150 期，頁 60-62，2015 年 4 月。

2 朱清奇，第三人參與刑事沒收程序－以德國法為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 33-34，2017 年 6 月。

3 刑法施行法於 105 年 6 月 22 日修正公布，並於同年 7 月 1 日生效施行，刑法施行法第 10 條之 3 第 2 項增訂：「施行日前制定之其他法律關於沒收、追徵、抵償之規定，不再適用」，故銀行法第 136 條之 1 關於沒收、追徵及抵償之規定，已失其效力，併予敘明。

4 陳信安，新修刑法第 2 條第 2 項規定之釋疑（二），法務通訊，第 2798 期，第 4 版，2016 年 5 月 6 日。王玉全，枉費心機一騙子 - 沒收新法之解釋與適用（一），法務通訊， 第 2804 期， 第 4 版，2016 年 6 月 17 日。薛智仁，評析減免沒收條款，載：沒收新制（二）經濟刑法的新紀元，頁 179，2016 年 9 月。

5 於體系上究應定位為客觀構成要件要素、客觀處罰條件、加重量刑條件仍有爭議。林鈺雄，違法吸金罪之一億條款及犯罪所得沒收—評最高法院 104 年度台上字第 1 號判決，月旦刑事法評論，第 1 期，頁 8-9，2016 年 6 月。

6 系爭判決於原審審理時，刑法沒收章尚未修訂，惟不影響其意旨，仍可參考。

7 事實上這幾則判決結論也沒有依循此段論述，相反的，結論與最高法院 102 年度第 14 次刑事庭決議相近：「具體言之，刑法第 38 條之 1 第 1 項『犯罪所得』之認定，應注意以下二點：一、此處所稱『犯罪所得』，係指行為人直接因犯罪而來之所有財產增值型態，包括動產及不動產、債權或物權、資金運用、使用利益、成本費用之節省、報酬或對價，均屬『犯罪所得』。在銀行法非法吸金罪之場合，吸金者自出資者獲得之資金，乃直接產自非法吸金罪之財產利益，即使吸金者依約應予返還，但吸金者亦已獲得靈活運用該

JUDICIAL 司法 徵稿啟事 四、文稿一律不退件，請自留底稿。 五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。 院網站 JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院 費用新

追憶紀俊乾庭長二、三事

文／花滿堂

司法界眾所景仰，最高法院之寶—紀俊乾庭長，不幸於 107 年 1 月 29 日清晨因意外車禍昏迷，於 2 月 26 日往生。審、檢、辯、學法曹各界同表哀悼！筆者追隨紀公二十餘載，受其教誨、指導，除無限不捨外，僅誌紀公對司法卓越貢獻之二、三事，以為追念。

緣臺灣高等法院臺中分院 76 年度聲字第 178 號刑事案件，就受刑人對檢察官執行指揮其犯賭博罪，所處有期徒刑 6 月，不准易科罰金之命令聲明異議，裁定撤銷該執行指揮命令，並准予易科罰金確定。檢察總長以該裁定有適用法則不當之違背法令，提起非常上訴。經紀庭長所承辦之最高法院 77 年度台非字第 158 號刑事判決以：刑事訴訟法並無明文法院不得變更檢察官執行指揮之規定，參酌同法第 416 條法院對於檢察官之處分所為之準抗告，得將檢察官之處分予以撤銷或變更之規定，故法院就性質上相同之對於檢察官之執行指揮所提異議之聲明，自得予以撤銷或變更檢察官之執行指揮。而駁回該非常上訴之聲請。嗣最高法院檢察署以此見解與司法院院解字第 2939 號解釋有違，且與該署就職權上適用同法第 486 條所持見解有異，報由法務部轉報行政院，依司法院大法官會議法第 7 條規定，聲請統一解釋。終經司法院釋字第 245 號解釋認：受刑人或其他有異議權人對於檢察官不准易科罰金執行之指揮認為不當，依刑事訴訟法第 484 條向諭知科刑裁判之法院聲明異議，法院認為有理由而為撤銷之裁定者，除依裁定意旨得由檢察官重行為適當之斟酌外，如有必要法院自非不得於裁定內同時諭知准予易科罰金，此與本院院解字第 2939 號及院字第 1387 號解釋所示情形不同。仍認同紀庭長之見解。此與庭長嗣後所著之 89 年台上字第 1877 號判例所指受命法官僭越職權，逕行辯論、判決，為法院組織不合法，及 93 年台上字第 2033 號判例認準備程序原則上不得為訊問證人、鑑定人為實質證據調查，致審判程序空洞化等兩則判例，皆為 91 年同法第 161 條、第 163 條修正所揭櫫三大立法目的之一，實現公平法院理想之最佳註腳。

83 年 4 月 15 日、16 日，國立政治大學主辦「中德西刑法學研討會」，為國內刑法學界之大事，德國慕尼黑大學教授，刑法學權威駱克信（Roxin）、許迺曼（Schünemann）等人均擔任論文發表人。紀庭長代表我國出席亦擔任發表人，與國際級大師同台，論文題目為「從實務觀點看結果加重犯的運用」，深受肯定。

92 年現行刑事訴訟法改採改良式當事人進行主義，於第 154 條第 1 項明定無罪推定原則，並與 91 年先行施行之第 161 條、第 163 條規定，要求檢察官負實質舉證責任，法院之調查證據責任退居補充地位，為刑事訴訟制度之重大變革。紀庭長首創之 92 年台上字第 128 號判例：「刑事訴訟法第 161 條已於民國 91 年 2 月 8 日修正公布，其第 1 項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。本件原審審判時，修正之刑事訴訟法關於舉證責任之規定，已經公布施行，檢察官仍未提出適合於證明犯罪事實之積極證據，並說明其證據方法與待證事實之關係；原審對於卷內訴訟資料，復已逐一剖析，參互審酌，仍無從獲得有罪之心證，因而維持第一審諭知無罪之判決，於法洵無違誤。」為經典之作，不僅為其後刑事妥速審判法第 6 條，將此判例明文化，且幾為所有各審級所為無罪判決，必引為據之內容，影響司法實務界至深且鉅。

紀公畢生貢獻司法，安貧樂道，德高望重，為法界清流。走的突然，留我後輩，無限追憶。相信其在天之靈，必佑我最高，佑我司法。

（作者為最高法院庭長）

（文接二版）

之優惠，然而如依最高法院決議之見解，辦理國內外匯兌業務之行為人，須匯付受款人之款項總額亦列為犯罪所得，然而行為人通常於行為當下即交付相對人依約兌換之貨幣，所收取之款項亦隨即匯往國外銀行做為下一筆匯付款項之基金，行為人並不會長期持有所收款項，因此絕無可能繳交「全部」犯罪所得財物，銀行法第 125 條之 4 減免刑責之規定將形同虛設。

肆 加入參與犯要素之觀察

本次決議除了前述與 102 年度第 14 次刑事庭決議犯罪類型不同之差異未做區隔外，兩則決議同時面臨另一最高法院見解變更之影響。在以往實務面對有參與犯之犯罪所得之沒收或追徵，傾向採取連帶沒收之見解，惟自 104 年第 13 次刑庭決議不再援用、參考先前採取共犯連帶說之判例、決議，改採沒收或追徵應就各人所分得者為限之見解後，已產生化學變化。

如 106 年度台上字第 539 號刑事判決：「（節錄）……而於二人以上共同實行犯罪之情形，固基於責任共同原則，共同正犯應就全部犯罪結果負其責任，然於集團性犯罪，其各成員有無不法所得，未必盡同，如因其組織分工，彼此間犯罪所得分配懸殊，而若分配較少甚或未受分配之人，仍應就全部犯罪所得負連帶沒收追繳之責，超過其個人所得之剝奪，無異代替其他參與者承擔刑罰，違反罪刑法定原則、個人責任原則以及罪責相當原則；故共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，應就各人所分得之數為之。又所謂各人『所分得』之數，係指各人『對犯罪所得有事實上之處分權限』而言……倘若共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人實際分配所得宣告沒收；若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收；然若共同正犯各成員對於不法利得享有共同處分權限時，則仍應負共同沒收之責。」（105 年度台上字第 3282 號、第 1984 號刑事判決同此意旨）

觀察幾則最高法院近期判決後，可以發現最高法院見解自 104 年度第 13 次刑事庭決議後，在參與犯犯罪所得沒收之見解已然改變，事實審法院須就各行為人「對犯罪所得有事實上之處分權限」之數額，依自由證明法則認定之，以各行為人實際所得支配之部分作為沒收範圍，此一見解頗值贊同。誠如學者對於利得沒收之觀察，沒收犯罪所得在於剝奪行為人或第三人之不法獲利，以避免保有不法獲利的事實削弱行為人受到刑罰制裁的預防效果。反之，如果犯罪行為之實行並未導致行為人或第三人獲利，就沒有宣告沒收之必要性。從而，在利得沒收層次「犯罪所得」之認定應係以行為人或第三人對於系爭不法利益是否居於事實上的處分地位[8]。

相比之下即可發現，本次決議及該院 102 年度第 14 次刑庭決議，將違反銀行法第 29 條之幾種金融犯罪類型之犯罪所得認定，採取不扣除說，只要行為人所吸收或收受之款項皆列入犯罪所得計算，然而若是加入複數被告之變數，再予以分開觀察：

一、違法吸金：

在 104 年度第 13 次刑事庭決議後，實務在「犯罪所得」之認定上，共犯即依照其實際可得支配數額認定，主謀仍以全部吸收款項為其「犯罪所得」（臺灣高等法院 105 年度金上重訴字第 41 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 106 年度金上訴字第 48 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 105 年度原金上訴字第 1 號刑事判決參照）。

二、違法匯兌：

在 104 年度第 13 次刑事庭決議之後，共犯「犯罪所得」同樣係以實際可得支配數額認定，主謀則以所收取之管理費、手續費、匯率差額或其他名目之報酬為「犯罪所得」（臺灣高等法院 103 年度金上訴字第 21 號刑事判決）。自本次決議發布後，截至本文撰寫時為止（106 年 11 月 27 日）尚未有依照本次決議之判決，然而依照本次決議意旨則可得推測，曾經入賬之全部金額將全數成為主謀之「犯罪所得」。

首先，可以發現實務見解在處理主謀與其餘共犯之犯罪所得之出發點有所矛盾。一方面 104 年度第 13 次刑事庭決議認為，宣告沒收範圍須以各行為人事實上有處分權限者為限，換言之，僅有違法吸金或違法匯兌從中獲利部分始有「事實上處分」之可能，而得宣告沒收。該決議已經正確點出犯罪所得之沒收，重點在於行為人或第三人是否居於事實上處分地位為標準，然而實務判決對於主謀「犯罪所得」之認定卻又摒棄此一看法。

（下期待續）

（作者為善論法律事務所律師）

註釋

資金之不法利得。換言之，只要吸金者對該資金已取得事實上之支配、處分權，即屬應沒收之犯罪所得。二、行為人取得犯罪所得後，倘將該犯罪所得移轉給其他共同正犯或共犯受領，則該犯罪所得之事實上支配、處分權既已移轉給該共同正犯或共犯，自應就該共同正犯或共犯宣告沒收該犯罪所得。亦即，以事實上取得對犯罪所得支配處分權之共同正犯或共犯，為宣告沒收之利得人。」

8 薛智仁，非法經營銀行業務罪之犯罪所得（上）—兼論犯罪所得沒收之分析架構，月旦法學教室，第 149 期，頁 66-68。