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

下

文／朱清奇

（承接上期）

其次，若單看行為人違法匯兌的部分，依本次決議發布前之實務見解，會將須匯付受款人之款項扣除，因此主謀之犯罪所得範圍僅有管理費、手續費、匯率差額或其他名目之報酬，亦為行為人實際上所得支配使用之部分，結論上正好與 104 年度第 13 次刑事庭決議見解不謀而合。反觀本次決議不但無視行為人是否對於「犯罪所得」居於事實上處分地位，認定行為人經手之數額均為犯罪所得，適用結果將形成主謀與共犯之犯罪所得極大落差之不合理現象，益見最高法院此兩則決議有所疑義。

伍 比例原則

倘若改以比例原則角度切入觀察，或許能指引出一個解決問題的方向。按司法院大法官第 374 號解釋理由書「最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據，又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋。」是倘若最高法院 106 年度第 15 次刑事庭決議經法院判決內引用，即存有聲請大法官釋憲之可能性。

從而本文推論，系爭規範課予違法之人民刑事責任，且為限制人民人身自由之法律效果，按照歷來大法官解釋應採「嚴格審查基準」，規範之目的須為「重大迫切之利益」，依照銀行法之立法理由，其規範之目的係為充分反映非法經營銀行業務之真正規模，以適度給予違法人民相應之懲罰，目的尚屬正當。惟若進一步觀察刑法利得沒收部分，利得沒收之立法目的在於剝奪犯罪所得從而預防犯罪，審查結論應認為手段與目的間未達「完美吻合」之關聯性。

首先，承前所述在違法「辦理國內外匯兌業務」之類型，行為人實際上所獲取之利益僅有些微匯差以及少許手續費，以臺灣高等法院 105 年度金上訴字第 9 號刑事判決為例，該案被告，自民國 96 年 12 月 1 日起至 98 年 12 月 8 日止，利用在各地開設泰國商店之機會，向來店消費之不特定泰國籍客戶進行招攬，辦理新臺幣換泰銖之業務，並向客戶收取每筆新臺幣（下同）100 元或 50 元之手續費，急件每筆另加收 30 元費用。被告以此手法，非法經營國外匯兌業務 273,153 筆，總計匯兌金額 2,957,705,668 元，收取手續費 13,702,480 元。

系爭判決仍採舊見解「按銀行法第 125 條第 1 項所謂『犯罪所得』，包括因犯罪直接取得之財物或財產上利益、因犯罪取得之報酬、前述變得之物或財產上利益等。故行為人於實行犯罪行為過程中所收取之他人財物，如依法律規定或契約約定仍須返還者，即非本條項後段所謂之犯罪所得。非銀行而經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務者，其所取得他人之存款、信託資金、公眾財產或匯兌之款項，依其約定或業務之性質，均須返還或交付他人，自難逕認係其犯罪所得。僅在受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務時，所收取之管理費、手續費、匯率差額或其他名目之報酬，與前述變得之物或財產上之利益，方屬其犯罪所得（最高法院 98 年度台上字第 2685 號判決意旨參照）。」最終認定本案犯罪所得為 13,702,480 元，而非總匯兌金額 2,957,705,668 元。然而自從最高法院作出本次決議後，系爭判決之被告將被法院宣告沒收將近 30 億元之犯罪所得，相比被告實際攫取之利益，更凸顯本次決議違反比例原則，無非係以大砲打小鳥。

陸 爭議源頭

最高法院歷來對於銀行法第 125 條第 1 項規定中「犯罪所得」所作出之決議，皆認為規範目的在於違法吸金、違法辦理匯兌業務之犯罪所得愈高，對金融秩序之危害通常愈大，並認為影響金融秩序者係違法吸金、違法辦理匯兌業務所收取之款項，顯非僅指犯罪之實際報酬，因此在條文解釋上，「犯罪所得」應無庸扣除已返還被害人之本金或行為人依約給付相對人所欲兌換之貨幣種類金額。最高法院本次決議及 102 年度第 14 次刑事庭決議（二）立意固然良善，惟查其法條之規範定位應係一犯罪加重要件，無獨有偶，刑法在犯罪利得沒收層次，用語同樣係以「犯罪所得」規範之，導致實務操作上有此誤會。

解決之道無非是銀行法及刑法各自依照規範體系作不同解釋適用，然而實務上似未見將同樣條文用語割裂解釋的先例，本文以為治本之道僅能從立法論上，建議修改銀行法第 125 條，放棄「犯罪所得」之用語，改為「所收取之款項」或「吸收之資金」，即能避免與利得沒收層次混淆之窘境，同時亦能達到反映違法對外吸收資金之真正規模[9]。

柒 建議代結論

本次決議針對銀行法違法匯兌之「犯罪所得」之見解，原意在針對犯罪規模過大影響國家金融秩序者，有加重處罰之必要，立意固然良善，然而「犯罪所得」此一法條用語與刑法利得沒收相同，兩者交互影響下，將產生本文所述，行為人實際上並未獲得巨大利益卻將被法院義務宣告沒收之窘境，恐有違反比例原則之虞。再者，倘若再加入行為人人數之要素，亦可發現因本次決議忽略利得沒收之重點在於不法利益之支配性判斷，宣告利得沒收不以行為人或第三人對於系爭不法利益居於事實上的處分地位為前提之結果，將產生行為人並未支配之金額，即不存在的「犯罪所得」，法院仍應宣告沒收之現象。種種不合理之跡象皆導源於立法將兩種不同層次之概念內涵賦予相同之名稱「犯罪所得」，從而本文認為治標之道為作成新決議，修正此一見解，然而治本之道仍在於修法將銀行法第 125 條第 1 項之用語予以變更。

捌 後記

本文於 106 年 11 月底完稿後，保險法、信託業法、金融控股公司法、票券金融管理法、信用合作社法、證券交易法、銀行法（合稱金融七法）經立法院於 106 年 12 月 29 日修正通過，於 107 年 1 月 31 日經總統公布，將金融七法數個原先有一億條款之條文構成要件，均從「犯罪所得達新臺幣一億元」修正為「因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣一億元」[10]，正符合多數學者所建議將一億條款與刑法利得沒收之構成要件脫鉤設計之修法方向。觀察銀行法修法理由（其餘金融六法修法理由大略相同）即可發現，立法者亦注意到過往實務操作將「一億條款」與沒收新法合併解釋之情形，因此於本次修法理由中特別指明「一億條款」與前開刑法係因違法行為獲取利得不應由任何人坐享之考量，兩者立法目的有其本質上之不同。再者，犯罪所得之範圍依刑法第 38 條之 1 第 4 項包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息，其中「變得之物」或「財產上利益」之用語，摻入行為人交易能力、物價變動、經濟景氣等因素干擾，將此部分納入犯罪所得（此應係指加重構成要件）計算，恐有失公允，故宜以因犯罪行為時獲致之財物或財產上利益為計，不應因行為人交易能力、物價變動、經濟景氣等因素，而有所增減。

本次修法方向誠屬正確，實務亦可利用此次修法契機，於利得沒收範圍之認定，擺脫最高法院 102 年度第 14 次及 106 年度第 15 次刑事庭決議對於銀行法加重構成要件之解釋所形成之束縛，避免過去「一億條款」與刑法利得沒收合併解釋下，所生之行為人輕易達到「一億條款」加重門檻之不合理現象。然而，本次修法未竟之功在於，關於行為人違反銀行法第 125 條之規定時，其實際之犯罪所得應如何認定與沒收之難題並未解決，以行為人辦理地下匯兌為例，倘若實務在修法後仍承襲過去最高法院決議見解，而認為包括須匯付受款人之款項總額，亦屬犯罪所得，則超量沒收的危險仍將繼續存在。由於刑法沒收章係為一般犯罪而設計，未必能符合特殊金融犯罪之需求，建議可於各金融專法中，針對不同之犯罪型態，設計專屬之「犯罪所得」類型，雖然是一項大工程，修法之路仍待吾人繼續努力。

（作者為善論法律事務所律師）

註釋

9 同此見解，林鈺雄，同註 5，頁 12。

10 銀行法修正理由：

（一）一百零四年十二月三十日修正公布之刑法第三十八條之一第四項所定沒收之「犯罪所得」範圍，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息，與原第一項後段「犯罪所得」依立法說明之範圍包括因犯罪直接取得之財物或財產上利益、因犯罪取得之報酬、前述變得之物或財產上利益等，有所不同。

（二）查原第一項後段係考量犯罪所得達新臺幣一億元對金融交易秩序之危害較為嚴重而有加重處罰之必要，惟「犯罪所得金額達新臺幣一億元」之要件與行為人主觀之惡性無關，故是否具有故意或認識（即預見），並不影響犯罪成立，是以犯罪行為所發生之客觀結果，即「犯罪所得」達法律擬制之一定金額時，加重處罰，以資懲儆，與前開刑法係因違法行為獲取利得不應由任何人坐享之考量有其本質區別。鑑於該項規定涉及罪刑之認定，為避免混淆，造成未來司法實務上犯罪認定疑義，該「犯罪所得」之範圍宜具體明確。另考量變得之物或財產上利益，摻入行為人交易能力、物價變動、經濟景氣等因素干擾，將此納入犯罪所得計算，恐有失公允，故宜以因犯罪行為時獲致之財物或財產上利益為計，不應因行為人交易能力、物價變動、經濟景氣等因素，而有所增減，爰修正第一項，以資明確。

（三）又「因犯罪取得之報酬」本可為「因犯罪獲取之財物或財產上利益」所包含，併此敘明。