元照出版提供　請勿公開散布。

地下匯兌之沒收與刑事制裁
——從三則德國聯邦最高法院近期裁判的比較分析談起

惲　純　良*

要　目

壹、前　言
貳、BGH近期有關地下匯兌之裁判
一、裁判節選（重點節譯）
㈠【案例1】BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21
㈡【案例2】BGH Bschl. v. 28. 6. 2022 – 3 StR 403/20
㈢【案例3】BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22
二、三則裁判牽涉到的德國法相關規定
參、德國文獻的觀點與本文的觀察
一、地下匯兌構成未受允許提供支付服務罪
㈠地下匯兌的成因與現狀
㈡規範保護目的
㈢構成要件的結構分析與釋義
㈣本文的觀察
二、地下匯兌構成組織犯罪
㈠犯罪團體與結夥的區分
㈡對「超越個人的共同利益」的理解
㈢地下匯兌是違反ZAG監管的犯罪組織
㈣本文的觀察
三、地下匯兌的沒收範圍
㈠常業從事地下匯兌的沒收
㈡組織犯罪的沒收

DOI：10.53106/102398202025090182003

* 國立雲林科技大學科技法律研究所教授，德國福萊堡大學法學博士。

投稿日期：一一三年九月二十九日；接受刊登日期：一一四年六月十六日
責任校對：鍾淑婷

元照出版提供　請勿公開散布

四、中間結論
肆、與我國現況的比較及分析
一、地下匯兌構成銀行法第29條第1項、第125條第1項非法經營匯兌業務罪
㈠「匯兌」在我國的定義
㈡匯兌與代理收付的區別
二、地下匯兌構成組織犯罪
三、沒收的類型與範圍
㈠地下匯兌的「犯罪所得」
㈡組織犯罪的沒收
伍、結　語

元照出版提供　請勿公開散布。

摘　要

臺灣在制裁地下匯兌時，主要是根據銀行法第29條與第125條的規定處理。但是在銀行法中，對於匯兌業務並沒有法律定義，以致於我國實務上產生「代理收付」與「匯兌」如何區別的爭議。在地下匯兌沒收範圍的問題上，也有不同的見解。有鑑於德國是我國刑法的主要被繼受國，對我國或可生若干的借鑑之效，本文選錄了德國聯邦最高法院自2021年起，三則與制裁地下匯兌有關的裁判。地下匯兌在德國涉及的爭議，主要包括非法提供支付服務、組織犯罪以及沒收範圍三個部分。德國實務上則是認為地下匯兌網路可以構成組織犯罪。在沒收的問題上，也是循著上述兩罪不同的特性，除了犯罪所得的沒收之外，還同時並用了其他種類的沒收類型處理。德國法處理地下匯兌的方式，或可供我國實務未來處理類似問題時，發揮一定程度的參考效果。

關鍵詞：銀行法、地下匯兌、代理收付、組織犯罪、支付服務、犯罪工具、犯罪所得、關連客體、沒收

元照出版提供　請勿公開散布。

壹、前　言

放眼當代各國，制裁地下匯兌幾乎是一致性的趨勢。但是與此同時，卻也引發了不少的爭議問題。例如：地下匯兌的定義為何？或者到底哪一種型態的資金流動才是地下匯兌所要規制的對象？地下匯兌的犯罪所得如何認定？先就前兩個問題來講，我國最高法院111年度臺上第1327號判決曾經針對「地下匯兌」與「代理收付」之間的區辨，表達過若干的意見。就一億元以上犯罪所得的計算來講，最高法院106年第15次刑庭會議決議也做出了判斷。上述兩則實務見解都是針對地下匯兌的爭議核心問題做出說明，但無獨有偶，兩則實務見解一出，都引發我國學界若干的不同意見。

相同的問題在德國其實也不乏爭議。特別是德國在二戰後因為缺乏勞動力的關係，引進了大量的土耳其勞工，地下匯兌也頗為興盛。鑑於德國作為我國刑法的主要被繼受國，去瞭解德國法的處理方式，對於同為大陸法系的我國來講，自然有一定程度的參考價值。

尤其是近期以來，德國聯邦最高法院（Bundesgerichthof，下稱BGH）刑事第三庭針對地下匯兌的問題，做出了一系列的表態。如果我國有文獻能夠對德國實務與學說的立場做一些最起碼的介紹，則對於我國實務家未來在處理相關的議題時，興許也能夠發揮他山之石的功效。

基於以上的為文動機，並且為了避免說明過於複雜起見，本文以下選錄了三則BGH刑事第三庭自2021年起的相關裁判，希望透過具體案例，以容易讓討論聚焦的說明方式，對於德國實務界如何處理相關的議題，輔以德國學界對於實務觀點的評論，做粗淺的介紹；之後再從比較法的立場出發，看看德國在處理相關議題時，有無值得我國比附援引、借鑑之處，又或者在何種情況下，類似的問

元照出版提供　請勿公開散布。

題在我國可以有不同的考量。最後提出本文的結論。

在正式進入以下的說明之前，有必要附帶提醒的是：礙於篇幅的限制，本文以下並不討論地下匯兌與非法收受存款罪之間的區別。而是僅就德國制裁地下匯兌時，所直指的三個爭議熱點：非法匯兌的制裁規定、組織犯罪以及沒收範圍等主題，與我國目前的現況做粗淺的分析與比較說明，合先述明。

貳、BGH近期有關地下匯兌之裁判

一、裁判節選（重點節譯）

㈠【案例1】BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21

被告參與以私人信賴關係為基礎，不會留有任何匯款紀錄的地下匯兌組織，擔任收款者的角色。在德國的客戶可以透過支付佣金的方式，擺脫任何國家的監督，在德國負責的單位即聯邦金融監督總署（Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht，下稱BaFin），將款項透過地下匯兌網路交給人在敘利亞或土耳其的受款人。除了本案被告之外，還有其他不為法院所確知的行為人，尤其是若干在科隆的珠寶店店主以及伊斯坦堡的旅行社涉案。這個組織嚴謹的地下匯兌網路遍布於德國境內，使用通訊軟體WhatsApp作為聯絡工具。被告負責收取西南德範圍內的款項，組織內並有記帳士一併負責追蹤每一筆金流，由位在科隆的珠寶店負責資金或物品的運送工作[1]。

若干星期之後，被告晉升為高級收款人，他負責向大量的收款站收取金錢，並且將這些金錢導入地下匯兌的網路中。他將其他12

[1] BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 1f.

元照出版提供　請勿公開散布。

名成員整合到一個對話群組，並且從中得知哪些收款站有金錢等待收取。他規劃收款的路線，對於那些因為距離過遠，所以無利可圖的委託款項，往往拒絕去收款。他從收取的款項中扣取自己應得的佣金。在2019年9月23日到2020年5月11日這段期間內，被告一共收取了總額達8,638,696歐元的資金。許多單筆的金額他並沒有在收取之後馬上轉交出去，而是經常累積到一定的總額之後才交出，有時也以抵銷的方式處理，總計一共有124筆金流是出自被告之手。他所獲得的利益每月約在700歐元到1,500歐元之間。BGH刑事第三庭認為，被告的行為構成德國刑法第129條第1項第1句的「參與犯罪組織罪」，並且因為行為單數同時違反德國支付服務監督法（Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz，下稱ZAG）第63條第1項第4款的「未受允許提供支付服務罪」[2]。

刑事第三庭指出，在2017年德國刑法修正後，刑法第129條所謂的犯罪團體（Vereinigung）指的是一個長期的，有特定成員角色，成員身分具有持續性，由三人以上共同組成，以追求個人以外共同利益為目的的獨立組織結構。因此，必須具備組織性、成員性、時間性與利益關連性等四個要素[3]。

與舊法時期相同的是，經濟犯罪領域的組織犯罪以及勾結可以該當犯罪團體的概念。除了其他的條件外，還要有追求個人以外共同利益的要求。僅僅是成員個人的個別利益是不足夠的。這種共同利益尤其以超越具體犯罪行為的實行與個人實質利益的行為為必要。調查這種建構團體的、超越個人以外的共同利益時，可以將外在的行為情狀納入，整體考量[4]。

2　BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 4f.
3　BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 8.
4　BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 9.

元照出版提供　請勿公開散布。

本案中這個長期的、三人以上有組織性的勾結，所追求的是超越個人的共同利益，這該當了犯罪團體的概念。雖然僅僅是個別行為人參與地下匯兑的目的並不足夠，但是綜觀下級審的判決理由可以得知，數行為人間的共同行為還追求另外一個額外的目的，亦即在個人獲利之外，使得地下匯兑組織持續存在的獨立目的[5]。

這種跨境存在的組織結構，其範圍以及程度都已經說明了，這類的勾結所追求的，是一個超越個人的共同利益。更有甚者，人在科隆及伊斯坦堡的被告等作為核心人物，形成內部意思，做出組織的決策，並且進一步評估散布在德國全境內配合成員的人數。組織的存續顯然也不是取決於個別的參與者。個別收取的金額都流向一個大水庫中，並且由特設的記帳士追蹤這些款項。最後，該當犯罪團體這個概念最無可動搖的部分是，以擺脫一切形式的國家監控，特別是以迴避金融監管為目的。這種經營模式就是在建立地下金融，這不單只是違反一般性的國家利益，例如阻止非法的資金移轉而已，更與金融客戶的保護背道而馳。僅從被告等在三個季度即已收取超過800萬歐元的資金，就已經清楚地顯示出，該組織製造出來的風險程度，以及其所追求的是一種超越個人的利益[6]。不問這些資金移轉的目的合法與否，這都是一個以實行犯罪行為為目的的組織，因為違反支付監督的要求正代表著迴避一切國家監管的可能性，這對於公共安全造成了顯然的危險，並且具備一定程度的意義[7]。

地下匯兑的資金移轉，屬於ZAG第1條第1項第2句第6款的「資金移轉業務」（Finanztransfergeschäfte），這是指參與地下匯

5 BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 10.
6 BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 11.
7 BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 12.

元照出版提供　請勿公開散布。

兌之人在內國以常業並且在需要以商業方式安排業務活動的範圍之內（ZAG第10條第1項第1句），提供這一類的服務[8]。

被告在本案中為共同正犯。他為了他的報酬，從支付服務的履行中獲得自身的利益，以這種移轉資金的經營模式，履行核心的任務，利用與對話群組結合的方式參與附近的組織，並且可以隨意地決定或拒絕個別的收款路線，從事的是地下匯兌業務最核心的部分。此外，在這一類經濟活動中，行為人是否只具有董事或者經理人的支配形式並不重要，因為這並不是以公司法為規制基礎的業務經營[9]。

地方法院將被告各次的行為當成數罪來處理是不正確的。被告重複地提供支付服務，是法律上的一行為[10]。根據ZAG第63條第1項第4款的文義，構成要件指向的是多次的行為，因為處罰的是「提供支付服務者」。此外，根據ZAG第10條第1項第1句——依照銀行業法（Kreditwesengesetz，下稱KWG）第32條第1項第1句也是如此——只有以常業或者在需要以商業方式安排業務活動的範圍之內，才需要獲得許可。單次提供支付服務的行為並不需要獲得許可，並且也不是犯罪行為[11]。

而ZAG第63條採取的正是向KWG第54條看齊的立法方式，KWG第54條第1項第2款就已經將複數的自然意義一行為，當成只有實現一次構成要件[12]。總的來講，被告並非總是單獨，而是以組織整體一部分的方式提供支付服務。據此，對於構成要件的實現來

8 BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 16.
9 BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 19.
10 BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 20.
11 BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 21.
12 BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 22.

元照出版提供　請勿公開散布。

講，重點並不在於個人的行為，而是整體的組織活動[13]。

㈡【案例2】BGH Bschl. v. 28. 6. 2022 – 3 StR 403/20

出身敘利亞的被告等，於2018年3月至2019年9月間，參與在德國的地下匯兌組織，接受隱身於土耳其的幕後者指揮調度，多次以收取佣金的方式繞過金融監管機關的監督，將錢從德國送往敘利亞以及其他國家。他們之中有人負責收款，有人負責記帳，有人負責運鈔。本案被告之一在出境時為海關查獲，其他被告因犯行曝光，亦遭到警方的搜索。海關連同警方一共扣得現金930,150歐元以及美金26,544元。

地方法院認定被告等就多次非法匯兌行為的部分屬於行為單數，並認為地下匯兌系統屬於犯罪組織，因此被告等的行為應構成德國刑法第129條第1項第1句的「參與犯罪組織罪」以及ZAG第63條第1項第4款的「未受允許提供支付服務罪」。就被告等因進行地下匯兌所獲得的佣金部分，法院則是宣告了德國刑法第73條第1項、第73c條第1項犯罪所得的追徵，扣案的匯兌資金亦宣告同法第74條第1項（犯罪工具）的沒收，被告等不服提起上訴[14]。

刑事第三庭就沒收的部分，駁回被告的上訴。就犯罪所得的追徵部分，刑事第三庭指出，被告等因其收款等行為所獲得的報酬或佣金，是參與地下匯兌活動的犯罪所得，由於本案中並未扣得此一部分，因此地方法院依照德國刑法第73c條為追徵之宣告，並無違誤[15]。

至於在海關以及因為警方搜索所扣得現金（即客戶交付的款項）是被告等用以履行地下匯兌之用，與構成要件行為有所關連。

---

13 BGH Bschl. v. 2. 6. 2021 – 3 StR 61/21 Rn. 23.

14 BGH Bschl. v. 28. 6. 2022 – 3 StR 403/20 Rn. 1ff.

15 BGH Bschl. v. 28. 6. 2022 – 3 StR 403/20 Rn. 34.

元照出版提供　請勿公開散布。

這些客戶交託的款項是ZAG第63條第1項第4款「未受允許提供支付服務罪」的「關連客體」（Tatobjekt），因為構成要件處罰的正是這種金融活動，阻止這種行為正是此一構成要件的目的[16]。

概念上來講，雖然也可以將這些現金歸類到因為參與犯罪組織或者地下匯兌所獲得的財產，但是這種只考慮收款行為所得到的金錢，而不去對整個犯罪過程進行考察的觀點，會因為構成要件結構的關係，而受到排斥；因為金錢的收取只是整體地下匯兌行為的一部分而已。德國刑法第74條於此應該優先適用，並且排除同法第73條利得沒收的適用[17]。

如果將客戶交託的金額也當成犯罪所得，那麼就連被告曾經短暫占有並且已經交付的款項——即便未經扣案——也都會落在德國刑法第73c條的範圍，變成法院義務宣告追徵的對象。反之，由於這些錢被定性為關連客體，適用第74條以下的規定，就不會有必須對那些已經交付給客戶的款項宣告追徵的問題，也因為這種轉交款項的行為是ZAG第63條第1項第4款「未受允許提供支付服務罪」行為的一部分，不算「沒收無著」（Vereitelung der Einziehung），所以也沒有德國刑法第74c條第1項追徵替代價額的適用[18]。

在德國刑法第129條第1項第1句「參與犯罪組織罪」的範圍內，這些地下匯兌的客戶所交託的金錢，可以是同法第74條第1項類型2的「犯罪工具」（Tatmittel），因為本條的構成要件並沒有針對金融工具做特別的處理，所以這些蒐集與轉交的資金，可以是本條的「供犯罪使用之物」（Gegenstände, mit denen die Tat begangen wird.）。這種判斷方式與立法者的理解相符，因為對於

16 BGH Bschl. v. 28. 6. 2022 – 3 StR 403/20 Rn. 34, 38.
17 BGH Bschl. v. 28. 6. 2022 – 3 StR 403/20 Rn. 36.
18 BGH Bschl. v. 28. 6. 2022 – 3 StR 403/20 Rn. 37.

元照出版提供　請勿公開散布。

德國刑法第129條第1項第1句來講，看不出來這些金錢會是實現構成要件所必要的關連客體[19]。

據此，以違反ZAG第63條第1項第4款為由，把客戶交託的金錢當成關連客體加以沒收的作法，會因為ZAG對此沒有特別規定的關係，而受到排除。但這卻無礙於法院把扣案的現金當成「參與犯罪組織罪」的「犯罪工具」，依德國刑法第74條第1項類型2的規定加以沒收。如果某物一方面是一罪的關連客體，他方面同時也是另一罪的犯罪工具，對於犯罪工具的沒收不會受到影響，即便關連客體的部分欠缺授權沒收的規定亦同[20]。

剩下來的問題，就只是被告是否取得了現金的所有權，是否合乎德國刑法第74條第3項的沒收要件而已。不過不論如何，地下匯兌的客戶將匯兌金額交給地下匯兌業者作為犯罪工具，起碼具有重大過失，因為客戶實際上認識到資金移轉的過程，對於被告的所為不論如何也都有粗略的認識。本案因此得以德國刑法第74a條第1款的規定，以第三人因重大過失提供沒收物為犯罪工具使用，加以沒收[21]。

㈢【案例3】BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22

被告等在德國境內共同經營地下匯兌，以收取佣金的方式在德國與土耳其之間進行金錢的運送。原則上，收款站由被告K經營的珠寶店負責，被告B則以自己的辦公室為據點，與被告K共同接受其他共同行為人的款項，組織並安排金錢運送事宜。K連同佣金一共收款154,206,028歐元，佣金部分約為1,439,454歐元；B則收款

19 BGH Bschl. v. 28. 6. 2022 – 3 StR 403/20 Rn. 39
20 BGH Bschl. v. 28. 6. 2022 – 3 StR 403/20 Rn. 40.
21 BGH Bschl. v. 28. 6. 2022 – 3 StR 403/20 Rn. 41.

元照出版提供　請勿公開散布。

20,453,955歐元，佣金部分約為51,541歐元[22]。

地方法院認為，被告等構成德國刑法第129條第1項第1句的「參與犯罪組織罪」以及ZAG第63條第1項第4款的「未受允許提供支付服務罪」，為行為單數，並且對被告K做出（連同佣金在內的）收款全額154,206,028歐元的沒收宣告；對於被告B則宣告（連同佣金在內共）20,453,955歐元的沒收金額。被告等不服提起上訴，BGH刑事第三庭認為，被告就沒收部分的上訴為有理由[23]。

刑事第三庭指出，地方法院以德國刑法第73條第1項的規定，將被告收取（即客戶交付的）金額全額當成犯罪所得，並且以這些已經支付的金額無法扣案為由，宣告追徵的作法是錯誤的。因為地下匯兌的犯罪所得應該只限於行為人所收受的佣金部分而已，客戶委託交付的金額，性質上毋寧是德國刑法第74條第1項類型2的「犯罪工具」或者同法第74條第2項的「關連客體」才對[24]。

雖然純粹從概念上來講，這些金錢可以因為是「由」（durch）參與德國刑法第129條第1項第1句所稱犯罪組織的行為，或者違反ZAG第63條第1項第4款的行為所生，進而認為是刑法第73條第1項所稱的犯罪所得，但此時刑法第74條的規定應優先於同法第73條利得沒收的規定獲得適用。不存在將這些金錢同時認為是刑法第73條犯罪所得的可能性。因此，即便行為人在時間上曾經短暫地獲得這些金錢的所有權，但仍然沒有利得沒收規定的適用[25]。

先就違反ZAG第63條第1項第4款「未受允許提供支付服務

22　BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 2 = NStZ-RR 2023, 179.

23　BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 3 = NStZ-RR 2023, 179. 本案中被告K還另外非法持有槍械以供運送現金時防身之用，法院亦為沒收之宣告，但因為與本文討論地下匯兌的主題關連性較弱，故略而不論，併此敘明。

24　BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 15.

25　BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 16 = NStZ-RR 2023, 179, 180.

元照出版提供　請勿公開散布。

罪」的部分來講，如果客戶交付金錢的目的，僅在於將之交付給特定受款人的話，那麼這些金錢性質上應該屬於刑法第74條第2項的關連客體，因為它們是構成要件行為所指涉的對象。一旦被認定為關連客體，那麼此類的沒收——即便已經扣案——仍須以法律有明文授權為必要[26]，但是在ZAG中正好欠缺這樣子的授權規定[27]。

就涉犯刑法第129條第1項第1句參與犯罪組織的部分來講，依照金錢移轉的具體事態，在個案中也無法完全排除，客戶交付的金錢同時可能是刑法第74條第1項類型2所指的犯罪工具[28]。犯罪工具的沒收雖然不以法律明文授權為必要，但由於本案中並沒有扣案的金錢，所以最多也只能適用刑法第74c條第1項追徵的規定[29]。

不過問題在於，不論在「參與犯罪組織」或者「未受允許提供支付服務」的犯罪中，將取得的金錢轉交出去，正好都是其典型行為的一部分，這類行為並不符合刑法第74c條中「沒收無著」的要求[30]。

犯罪工具或者關連客體是透過犯罪行為才取得的客體，它們的沒收因此必須以實行犯罪行為為前提，這些客體必須在實行犯罪時受到利用，或者與犯罪構成要件相關，因為只有犯罪行為才能使這個客體與犯罪行為產生關連。刑法第74c條的前提因此是：因為一個犯罪行為產生了沒收的狀態，行為人或參與者在時序上，也就是在實行犯罪並且產生了這個沒收的狀態之後，以出售、消耗或者採取其他方法，使得犯罪工具或關連客體的沒收成為不可能時，才有適用。「實行構成要件行為的本身」並非刑法第74c條第1項所稱

---

26 BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 17 = NStZ-RR 2023, 179, 180.
27 BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 18 = NStZ-RR 2023, 179, 180.
28 BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 17 = NStZ-RR 2023, 179, 180.
29 BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 20 = NStZ-RR 2023, 179, 180.
30 BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 21 = NStZ-RR 2023, 179, 180.

元照出版提供　請勿公開散布。

「沒收無著」的行為[31]。

二、三則裁判牽涉到的德國法相關規定

在進入進一步的討論之前，為了有利於讀者的理解，稍微整理一下上開三則裁判所牽涉到的相關德國法規定，應該是必要的。從以上簡短的介紹可知，【案例1】主要牽涉到的是ZAG中未受允許提供支付服務的行為，以及德國刑法第129條參與組織犯罪。

ZAG第1條第1項第2句規定：支付服務指〔……〕*6.* 付款人或受款人未以其名義開設支付帳戶，付款人僅為移轉相當金額於受款人或第三人之目的，由以受款人名義而為其行為之支付服務業者受領款項，或由支付服務業者以受款人名義受領，並供其處分之服務（資金移轉業務）[32]。ZAG第10條第1句規定：非本法第1條第1項第1句第2款到第5款所稱之支付服務業者，在內國欲以常業或在需要以商業方式安排業務活動的範圍之內，提供支付服務者，需經聯邦監督署之書面或電子許可[33]。ZAG第63條第1項第4款規定：〔……〕*4.* 未有第10條第1項第1句之許可或依第34條第1項第1句登

31 BGH Bschl. v. 21. 2. 2023 – 3 StR 278/22, Rn. 22 = NStZ-RR 2023, 179, 180.

32 ZAG第1條第1項第2句第6款原文如下：Zahlungsdienste sind […] die Dienste, bei denen ohne Einrichtung eines Zahlungskontos auf den Namen des Zahlers oder des Zahlungsempfängers ein Geldbetrag des Zahlers nur zur eines entsprechenden Betrags an einen Zahlungsempfänger oder an einen anderen, im Namen des Zahlungsempfängers handelnden Zahlungsdienstleister entgegengenommen wird oder bei dem der Geldbetrag im Namen des Zahlungsempfängers entgegengenommen und diesem verfügbar gemacht wird (Finanztransfergeschäfte).

33 Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste erbringen will, ohne Zahlungsdienstleister im Sinne des § 1 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 bis 5 zu sein, bedarf der schriftlichen oder elektronischen Erlaubnis der Bundesanstalt.

元照出版提供　請勿公開散布。

記而提供支付服務者，處五年以下有期徒刑或併科罰金[34]。

德國刑法第129條規定：（第1項）建立或以成員身分參與以實行最重本刑兩年以上之犯罪行為為目的或活動之團體者，處五年以下有期徒刑或併科罰金。贊助此類團體或為其招募成員或贊助之人者，處三年以下有期徒刑或併科罰金。（第2項）稱團體者，謂三人以上，以追求超越個人的共同利益為目的，具有長期性、有特定成員角色、成員身分具有持續性，並且相互勾結組織而成的獨立結構[35]。

至於【案例2】與【案例3】所涉及的，除了德國刑法第129條以及ZAG的相關規定之外，更重要的毋寧是德國有關沒收的規定。主要包括：德國刑法第73條規定：（第1項）正犯或共犯由違法行為或因違法行為而有所得者，法院應為沒收之宣告[36]。第73c條規定：

---

34 ZAG第63條第1項第4款原文如下：(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer […] 4. ohne Erlaubnis nach § 10 Absatz 1 Satz 1 oder ohne Registrierung nach § 34 Absatz 1 Satz 1 Zahlungsdienste erbringt, […]. 值得提醒注意的是，本條第3項甚至罰及過失行為：(3) Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe in den Fällen des Absatzes 1 Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe und in den Fällen des Absatzes 2 Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

35 德國刑法第129條第1項、第2項原文如下：(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine Vereinigung gründet oder sich an einer Vereinigung als Mitglied beteiligt, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine solche Vereinigung unterstützt oder für sie um Mitglieder oder Unterstützer wirbt. (2) Eine Vereinigung ist ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses.

36 德國刑法第73條第1項原文如下：(1) Hat der Täter oder Teilnehmer durch eine

元照出版提供　請勿公開散布。

犯罪所得因性質或其他原因不能沒收，或未依第73條第3項或第73b條第3項沒收替代物者，法院應宣告沒收與犯罪所得價值相當之金額。沒收物之價值低於其原始取得之價值者，法院除宣告沒收外，亦應為上述之宣告[37]。第74條規定：（第1項）由故意犯罪行為所生（犯罪產物）或為實現或準備故意犯罪行為所使用或預定之物（犯罪工具），得沒收之。（第2項）與犯罪行為有關之物（關連客體），其沒收以有特別規定者為限。（第3項）沒收之物僅於判決時屬於正犯或共犯，或為其所有者，始得為之。除第1項之外，有明文或許可沒收之特別規定者，亦同[38]。第74a條規定：其他法律指向本條者，除依第74條第3項外，亦得依本條沒收，如沒收物於裁判時屬於該他人，或為其所有，而 *1.* 至少因重大過失將其供作犯罪工具或關連客體之用，或 *2.* 於知悉得沒收之情況下，以可責之方式取得

---

rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Einziehung an.

37 德國刑法第73c條原文如下：Ist die Einziehung eines Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grund nicht möglich oder wird von der Einziehung eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Absatz 3 oder nach § 73b Absatz 3 abgesehen, so ordnet das Gericht die Einziehung eines Geldbetrages an, der dem Wert des Erlangten entspricht. Eine solche Anordnung trifft das Gericht auch neben der Einziehung eines Gegenstandes, soweit dessen Wert hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt.

38 德國刑法第74條原文如下：(1) Gegenstände, die durch eine vorsätzliche Tat hervorgebracht (Tatprodukte) oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind (Tatmittel), können eingezogen werden. (2) Gegenstände, auf die sich eine Straftat bezieht (Tatobjekte), unterliegen der Einziehung nach der Maßgabe besonderer Vorschriften. (3) Die Einziehung ist nur zulässig, wenn die Gegenstände zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen. Das gilt auch für die Einziehung, die durch eine besondere Vorschrift über Absatz 1 hinaus vorgeschrieben oder zugelassen ist.

元照出版提供　請勿公開散布

者[39]。第74c條規定：（第1項）特定物之沒收因正犯或共犯將之出售、消耗或因其他方法沒收無著時，法院得命追徵與該特定物相當之價額[40]。

粗略觀察一下以上整理出來的相關規定，不難得知，德國實務在處理地下匯兌的問題時，主要是聚焦在未受允許提供支付服務罪、參與組織犯罪，以及沒收範圍等三個議題上。因此本文以下也分別順著這三個脈絡，進一步地評析德國學說對以上三則裁判的觀點。

參、德國文獻的觀點與本文的觀察

一、地下匯兌構成未受允許提供支付服務罪

㈠地下匯兌的成因與現狀

地下匯兌，在德國又稱之為「哈瓦拉銀行系統」（Hawala-Banking System）是一種長期存在於體制外的匯款系統。除了阿拉伯之外，古印度和中國，甚至在中古歐洲聖殿騎士團的年代，也都

39 德國刑法第74a條原文如下：Verweist ein Gesetz auf diese Vorschrift, können Gegenstände abweichend von § 74 Absatz 3 auch dann eingezogen werden, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen,

1. mindestens leichtfertig dazu beigetragen hat, dass sie als Tatmittel verwendet worden oder Tatobjekt gewesen sind, oder
2. sie in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben hat.

40 德國刑法第74c條第1項原文如下：(1) Ist die Einziehung eines bestimmten Gegenstandes nicht möglich, weil der Täter oder Teilnehmer diesen veräußert, verbraucht oder die Einziehung auf andere Weise vereitelt hat, so kann das Gericht gegen ihn die Einziehung eines Geldbetrages anordnen, der dem Wert des Gegenstandes entspricht.

元照出版提供　請勿公開散布。

曾經有過類似的系統出現，如今的義大利黑手黨也是地下匯兌的愛用者。早期來講，這種匯款系統往往是因為移民或因為對外經商，而有調度資金的需求，建立在宗教或私人信賴之上，以甲地付款、乙地取款的方式移動資金。地下匯兌的經營者經常是與現金流動較有關連的事業，例如珠寶商、古董店、旅行社等，他們會從甲地的付款人所支付的款項中，收取一定額度的報酬或佣金之後，再聯絡乙地的同業要求支付扣除報酬或佣金的金額，最後透過交互計算的方式，抵銷甲地與乙地之間的差額，或者偶爾也可能另外以運送現金或以物品抵償的方式，平衡兩地之間支出的差額[41]。

如果把眼光放到現代，由於地下匯兌不會留下任何官方記錄，具有匿名的特性，有著易於遭到濫用的高度風險，並且經常與詐欺、逃漏稅、洗錢、資恐，甚至人口販運等犯罪相伴而生[42]，故文獻上稱「地下匯兌禁止」為所謂的「伴隨規定」（flankierende Vorschrift），而具有截堵的性質[43]。不過另一方面也無法否認的是，若干使用地下匯兌之人，其實是將在國外辛苦工作的薪資匯回故鄉給親人的外籍移工，或者身在開發中國家的父母受銀行制度不發達之累，透過地下匯兌將生活費匯給離鄉背井的學子[44]。

儘管無法完全排除使用地下匯兌背後的正當目的，但是因為地下匯兌有高度受到犯罪者濫用的可能性，所以世界各國幾乎毫無例

41 *Brand*, NJW 2021, 2979, 2981; *Danwerth*, BKR 2021, 721, 723; *Huth*, Geldwäsche & Recht, Nr. 03/2021, 90ff.; *Schneider*, EuZW 2005, 513; *Saliger/Rüsse*, ZIS 2021, 326, 329; *Taheri*, BKR 2020, 133f.; *Türmer*, GSZ 2021, 265, 267.

42 *Huth*, aaO., S. 92; *Schneider*, aaO., S. 513; *Taheri*, aaO., S. 134; *Türmer*, aaO., S. 267.

43 *Kudlich/Oğlakcioğlu*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., 2020, Rn. 201e.

44 *Brand*, aaO. (Fn. 41), S. 2981; *Saliger/Rüsse*, aaO. (Fn. 41), S. 329; *Taheri*, aaO. (Fn. 41), S. 134.

元照出版提供　請勿公開散布。

外地都會對於匯兑行為加以列管；只不過，地下匯兑的偵辦難度較高，不僅涉及偵查人員的外語能力與跨境因素，資金來源與人別的追查也甚為困難。在德國，目前只能因為刑法第129條列於該國刑事訴訟法第100a條第2項的目錄犯行之故，可以用通訊監察的方式來偵辦此種組織犯罪[45]；文獻上認為，為了能夠有效打擊地下匯兑的行為，更妥當的方式，應該是直接將違反ZAG第63條第1項第4款的行為納入德國刑事訴訟法第100a條第2項的目錄犯行中，始為的論[46]。

㈡規範保護目的

ZAG這部法典的出現，最早是2009年時，為了轉化歐盟「第一次支付服務指令」的要求而制定，當時就一併把地下匯兑的刑事制裁列入其中；民事方面，也隨著此次指令的轉換，在德國民法典第675條以下，增定了稱為「支付服務契約」（Zahlungsdienstevertrag）的法定債之類型[47]。在2018年時，為了轉換歐盟「第二次支付服務指令」，德國立法者又再次對ZAG做出了若干的修正，儘管現行條文與指令在用字上有著細微的不同，但把指令與ZAG的規定兩相對照可知，二者間並沒有本質上的差異[48]。不過，這並不代表德國是從2009年起才開始制裁地下匯兑的，因為早在2009年之前，匯兑業務本來也就屬於KWG第1條第1a項第2句第6款的銀行業務，未經許可從事地下匯兑，本來也就有制裁的規定，只不過是隨著ZAG的制

---

45 *Brand*, aaO. (Fn. 41), S. 2981; *Huth*, aaO. (Fn. 41), S. 92; *Saliger/Rüsse*, aaO. (Fn. 41), S. 330; *Schröder*, WuB 2021, 560, 564.

46 *Brand*, aaO. (Fn. 41), S. 2981; *Huth*, aaO. (Fn. 41), S. 92.

47 BGBl. I. 2009, 2355.

48 *Danwerth*, in: *Casper/Terlau*, ZAG Kommentar, 3. Aufl., 2023, § 1 Rn. 107ff.; *Weiß*, in: *Schäfer/Omlor/Mimberg*, ZAG Kommentar, 2021, § 63 Rn. 1.

元照出版提供　請勿公開散布。

訂，而將原本列在KWG中的規定整併進來而已[49]。

文獻上指出，作為ZAG轉換基礎之一的「第二次支付服務指令」的目的在於：藉由競爭力的提高以及適當的消費者保護，為支付活動創造一個有效率、現代、連貫、穩定以及具有法安定性的內國市場，保護客戶免於支付系統的風險[50]。

於此有以下幾點宜請注意的是：第一、單就ZAG第63條課以刑事制裁的法律效果來講，其主要目的應該在於維繫行政管制的效力[51]。常業匯兌需要經法律許可的原因，不外在於國家監管的可能性以及對於支付服務使用者的保障，但是地下匯兌系統卻迴避了上述的所有可能[52]；這從刑事第三庭在【案例1】中「……建立地下金融，這不單只是違反一般性的國家利益，例如阻止非法的資金移轉而已，更與金融客戶的保護背道而馳……」的論述，也可以獲得印證。至於這一類違反行政管制的行為，到底是要科以刑事制裁，或者動用行政處罰即為已足，通常取決於立法者的決定，並且在違憲審查上，只會受到有限度的檢驗[53]。

第二、由於地下匯兌違反的是國家監管的利益，屬於經濟刑法中，規則違反的犯罪類型，因此就犯罪結構來講，違反ZAG第63條會以抽象危險犯的形式呈現，法益實害結果的發生是不需要的。

第三、儘管ZAG的立法者明確地將「消費者免於支付系統風險」納入保護範圍，但實際上到底有多少地下匯兌的使用者受到詐騙，至今為止仍然缺乏可靠的統計數字[54]。考其原因，不外是因為

---

49 *Mimberg*, in: *Schäfer/Omlor/Mimberg*, ZAG Kommentar, 2021, § 1 Rn. 122.

50 *Danwerth*, Finanztransfergeschäft als Zahlungsdienst, 2017, S. 11ff.

51 *Weiß*, aaO. (Fn. 48), § 63 Rn. 6.

52 *Schneider*, aaO. (Fn. 41), S. 513; *Türmer*, aaO. (Fn. 41), S. 267.

53 *Weiß*, aaO. (Fn. 48), § 63 Rn. 7.

54 *Brand*, aaO. (Fn. 41), S. 2982; *Danwerth*, aaO. (Fn. 41), S. 724; *Eggers/van Cleve*,

元照出版提供　請勿公開散布。

地下匯兌的使用者本身也知道利用地下匯兌網路匯款與法不容，以致於即便受到詐騙，大概也有苦難言。此外，既然地下匯兌的偵辦本來就因為匿名性與跨境因素而顯得困難，那麼如果說在這套地下金融系統中的詐騙行為難以發現，應該也算是情理之常。

第四、不同於德國立法者原本把制裁地下匯兌的規定設計在KWG時，明確指出此一規定是以防制洗錢為目標，第二次支付服務指令對於洗錢防制的問題隻字未提，部分文獻因此認為，這導致了在解釋ZAG地下匯兌的制裁規定時，受到了一定程度的限制[55]。不過依照本文主觀的理解，德國文獻在討論地下匯兌的問題時，其實並沒有忽略洗錢防制的要求，反而往往是一併將之納入考量的，地下匯兌與洗錢的制裁之間，其實是一體兩面的。例如Schneider就明確指出，如果贓款可以透過正規銀行以外的其他管道移轉，那麼所有金融機構的洗錢防制措施都會是徒勞的[56]。並且，如果說解釋ZAG時真的會因為第二次支付服務指令不重視洗錢防制而受到影響的話，那麼這表示ZAG的制裁範圍可以更為廣泛，因為考慮到防制洗錢而採取限縮解釋的要求並不存在[57]，這也和ZAG規定禁止地下匯兌具有截堵的性質相符。只不過這對行為人來講，卻不見得是更有利的。

㈢構成要件的結構分析與釋義

就地下匯兌違反ZAG的規定來講，必需將ZAG第1條第1項第2句第6款有關「支付服務／資金移轉業務」的定義，以及同法第10條第1項第1句，如「以常業或需要以商業方式安排業務活動」而提

NZWiSt 2020, 426, 427.

55 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 111.

56 *Schneider*, aaO. (Fn. 41), S. 513.

57 *Löffler*, Die Straftatbestände des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes, 2016, S. 109.

元照出版提供　請勿公開散布。

供支付服務，需得BaFin許可，併同第63條第1項第4款未經許可提供支付服務的刑罰規定，相互對照，一併觀察之後，才能完整地理解地下匯兌行為在德國法的處罰規定。儘管上開規定多重指引的結構看似略顯複雜，但是這種作法在德國經濟刑法的領域中其實屢見不鮮，文獻上稱此為「廣義空白構成要件」，亦即在同部法典中內部指引的立法技術，這是一種因為受規範事實複雜的關係，難以在某個單一的條文中羅列全部的構成要件要素，所以在某個條文以空白構成要件的方式，指向另外一個條文的立法方式[58]。只要這種合併觀察的方式不至於使受規範者無法預見制裁範圍的話，那麼基本上，這種立法方式仍然是符合明確性原則的。

1. ZAG第1條第1項第2句第6款的「資金移轉業務」

從結構上來看，ZAG第1條第1項第2句第6款其實可以拆成兩個部分，即「付款人或受款人未以其名義開設支付帳戶，付款人僅為移轉相當金額於受款人或第三人之目的，由以受款人名義而為其行為之支付服務業者受領款項」（類型1）的前段規定，以及後段「由支付服務業者以受款人名義受領，並供其處分之服務」（類型2）兩種構成要件類型。這兩種類型是以金流的發動與指向（initiativ-orientiert）作為區分標準，類型1是將觀察重點放在資金的發動，指的是在沒有開設任何支付帳戶的情況下，卻意在將款項移轉給受款人或為受款人行為之人，此稱之為「付款人資金移轉」（Zahlerfinanztransfer）；類型2則是將重點放在受款人方，受款人不會直接獲得，而是間接地自為其行為之人取得款項與供其處分，此稱之為「支付受款人資金移轉」（Zahlungsempfängerfinanztransfer）[59]。

---

58 Wittig著，惲純良、許絲捷譯，經濟刑法，繁體中文第一版，第6章，段碼16，2022年10月。

59 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 112; *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 126, 133.

元照出版提供　請勿公開散布。

⑴「付款人資金移轉」類型

先就類型1構成要件中所謂的「支付帳戶」來講，依照法條的定義，指的是「供進行支付之用」（dient der Ausführung von Zahlungsvorgängen）的帳戶[60]，德國的匯款帳戶（Girokonto）因為具備轉帳的功能，所以可以被認為具有支付帳戶的性質；PayPal這種第三方支付業者的帳戶就是典型的支付帳戶[61]。所稱「付款人」，指的是在沒有支付帳戶的情況下，做出支付委託之人；所稱「受款人」，指應該獲得款項之人，既稱「應該獲得」，表示這指的並不是「實際獲得」款項之人，而是依付款人主觀認定，應得款項之人[62]。當然，付款人跟受款人可以是同一人或不同人[63]，也可以是自然人或法人[64]。

所謂的「受領款項」（entgegengenommener Geldbetrag）不僅可以是現金支付，也可以是存款、電子貨幣、轉帳、匯款、信用卡簽帳，甚至是抵銷等，只要支付服務業者實際上對於款項有所管領，均無不可[65]，但不包括如比特幣等，數位或虛擬貨幣[66]。從款項可以包括到「存款」來看，可以進一步推知，本條所稱之資金移轉業務並非指「資金的移轉沒有使用支付帳戶」，而是指資金的移轉「沒有使用以『付款人』或『受款人』之名義所開設的支付帳

60 見Abs. 17 § 1 ZAG的法律定義。

61 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 115.

62 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 117f.

63 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 118; *Huth*, aaO. (Fn. 41), S. 91.

64 見Abs. 15, 16 § 1 ZAG的法律定義。

65 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 121; *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 134f., 140.

66 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 120; *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 128; *Omlor*, ZHR 183 (2019), 294, 308f.

元照出版提供　請勿公開散布。

戶」[67]。就「受領」的概念來講，略有爭議的是，在實現構成要件的過程中，「移轉」與「受領」間需不需要有時序先後的限制？對於這個問題，BaFin認為這種時序上先後的限制是不需要的，因為支付服務業者可能先就金額的部分向受款人支付後，再以核銷的方式事後抵償其先前的給付[68]；BaFin此處的立場受到了部分學說的支持，因為如果要求固定先後順序，將會提高支付服務者濫用或迴避規範的可能[69]。反對觀點則是認為，從條文中先有「……為移轉相當金額於……」才有「……支付服務業者受領款項」（即為了移轉才受領）的順序來看，自然應該是先有受領款項，之後才有移轉金額的動作，始為合理[70]。

其次，雖然條文中有「移轉相當金額」（entsprechender Betrag）的用字，但這指的並不是交付的全額，亦即並非與客戶交付的金額「分毫不差」的移轉，而是指「移轉的金額源自於客戶支付款項」的意思，因為通常來講，扣除佣金或報酬之後，剩下的餘額才是真正移轉到受款人手上的金額，重要的是付款的方向，而不是金額的多寡[71]。

此外，條文中「……付款人『僅』（nur）為移轉相當金額……」的規定如何解讀，也是頗有爭議。BaFin認為，解釋上不以「僅」為移轉金額的目的為限，除了匯款的目的之外，也可以同時有其他契約上的目的存在[72]。不過學界的多數見解則是持相反的

67 *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 132.

68 BaFin, Merkblatt – Hinweise zum ZAG v. 29. 11. 2017, sub 2e.

69 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 123; *Danwerth*, aaO. (Fn. 50), S. 199f.

70 *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 136.

71 *Danwerth*, aaO. (Fn. 41), S. 724; *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 127; *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 140.

72 BaFin, aaO. (Fn. 68), sub 2e.

元照出版提供　請勿公開散布。

立場，因為從「第二次支付服務指令」的英文版、西班牙文與法文版的規定（“for the sole purpose of transferring”, “con el único fin de transferir”, “à Ia seule fin de transférer”）來看，這裡的「僅」指的應該是「僅為移轉金額的目的」，從德語版的「第一次支付服務指令」第4條第13款的用字（“ausschließlich zum Transfer”）與「第二次支付服務指令」第4條第22款（“nur zum Transfer”）的用字出發，也可以得出相同的結論[73]。此處爭執的實益在於，有無去區分「僅為移轉金額目的之受領」與「除移轉金額外，也包含其他目的的受領」的必要，因為在後者的情形，資金移轉目的的背後如果包括一般履行契約的目的，那這筆資金的移轉可能就無法該當「資金移轉業務」的構成要件。

就此問題，學說上容有不同意見。部分的文獻認為，應該以資金的移轉到底是行為人的「主要給付或者附隨給付」（Haupt- oder Nebendienstleistung）而定，如果是附隨給付的話，就不算「僅為移轉金額的目的」[74]。也有觀點主張應視此項金額的移轉是否參與創造出「經濟價值」（Wertschöpfung）而定[75]。亦有部分學說認為應採取所謂的「個別・整體的觀察方法」（„Einzel-“ bzw. „Gesamtbetrachtung“ der Entgegennahme）來決定，亦即：就算受領的款項有為了履行支付以外的其他目的，「扣除佣金或報酬之後的金額」原則上仍然屬於「僅為移轉金額的目的」，仍是構成資金移

---

73 *Casper*, in: MK zum BGB, 8. Aufl., 2020, § 675c Rn. 15; *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 128; *Danwerth*, aaO. (Fn. 50), S. 201ff.; *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 143f.

74 *Dörner/Schenkel*, in: *Meyer zu Schwabedissen*, die Erbringung von Zahlungsdiensten, 2014, Rn. 167; *Danwerth*, aaO. (Fn. 50), S. 205.

75 *Hingst/Lösing*, Zahlungsdiensteaufsichtsrecht, 2015, § Rn. 49; *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 144.

元照出版提供　請勿公開散布。

轉業務；之所以稱為個別觀察法，是因為此時仍然是將匯款的目的與背後的基礎行為各自分離觀察；例外僅在從整體的觀察角度來看，在匯款背後目的的基礎行為與支付的履行無法分離、互為條件（sich gegenseitig bedingen），或者支付服務提供者想要藉由資金移轉（起碼部分地）履行他自己因匯款背後基礎行為所生的義務時，才會認為「受領的目的」並非「僅為移轉相當金額」[76]。

適用個別觀察法的典型案例，例如：經營線上媒合叫車平台的服務業者，一方面透過網路平台收取乘客使用平台的費用，另一方面同時為乘客媒合計程車司機，並且向司機支付扣除平台使用費用之後的金額；就使用平台費用的部分，支付服務業者的地位相當於受款人，轉支付給計程車司機的部分，仍然是「僅為移轉金額的目的」，屬於資金移轉業務，因為二者之間是可以個別分離觀察的[77]。

最後，支付服務業者不需從頭到尾參與完整的資金移轉流程，他只需要是參與付款方或受款方之一的服務就已經足夠[78]。匯兌的服務到底是透過物理的資金運送、集中到特定金融帳戶後再轉匯，或者交互計算來完成的，其實無關緊要，客觀上有沒有可見的金流存在也不是重點[79]。

⑵「支付受款人資金移轉」類型

ZAG第1條第1項第2句第6款後段「由支付服務業者以受款人名義受領，並供其處分之服務」的「支付受款人資金移轉」類型（類型2），並非只是類型1的鏡像（Spiegelbild）描述，而是一個

76 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 128.
77 *Danwerth*, aaO. (Fn. 50), S. 211f.
78 *Danwerth*, aaO. (Fn. 41), S. 724; *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 138f., Rn. 156.
79 BaFin, aaO. (Fn. 68), sub 2e.

元照出版提供　請勿公開散布。

具有獨立意義的構成要件，從文義上來觀察，類型2的構成要件範圍可以及於「託收業務」（Inkassotätigkeit）的類型[80]；更確切的來講，在一般「完整的」地下匯兌，固然會同時該當類型1與類型2的構成要件，但是在款項託收的情形，類型2仍有獨立存在的意義。

此外，本類型中的「供其處分」（Verfügbarmachen）是以純粹的事實狀態來認定，BaFin認為此並不需要「明示地」（ausdrücklich）以受款人的名義收受及移轉，決定性的毋寧在於支付業者是「為了他人」收取款項，並且在經濟面上建立了一個「付款的流程」（Bezahlverfahren），此一流程的最終目的在於使所指的受款人獲得款項即可[81]。在類型1中「僅為移轉金額的目的」的爭議，在類型2中也會遇到同樣的問題，基於條文結構的一致性，解釋上與類型1相同[82]；在時序的問題上，本類型則較不具爭議，因為一方面，BaFin只有在類型1中強調收款跟移轉的時序性，他方面則由於本類型在條文結構上很清楚的指出「……受款人名義受領，並供其處分之服務」的時間順序，因此先收款，再供受款人處分的順序較無疑問[83]。

僅從上述初步的條文結構分析與釋義觀察，就可以推知ZAG第1條第1項第2句第6款所稱的「資金移轉業務」，其構成要件範圍十分廣泛，若不賦予適度的限制，則不僅是本文所關心的地下匯兌，它甚至可以及於代理收付（包括律師受當事人委託代為受領或轉交金錢或物品）、金融清理結算、線上交易平台、信託業務、託

---

80 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 112, 131; *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 126, 160ff.

81 BaFin, Merkblatt – Hinweise zum ZAG v. 14. 02. 2023; *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 131; *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 157.

82 *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 158.

83 *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 159.

元照出版提供　請勿公開散布。

收業務、履約保證、代購託售、貨到付款等，日常生活中各種屢見不鮮而與資金移轉有關的金融相關服務。因此，構成要件的限縮解釋以及立法明示例外條款的需求，自然也就應運而生。為此，德國立法者在ZAG第2條第1項中，一共羅列了15款支付服務的例外規定，實務上BaFin也不斷的透過解釋的方式，將資金移轉業務限縮在合理的範圍[84]（與我國實務區分代理收付與地下匯兌的比較，見本文以下肆、一、㈡的部分）。

2. ZAG第10條第1項第1句「常業或以商業方式安排業務活動」的要求

既然上開的「資金移轉業務」屬於ZAG所指「支付服務」的一種，而根據ZAG第10條第1項第1句，在德國境內以常業或以商業方式安排業務活動的範圍內提供支付服務需得BaFin之許可，依照同法第63條第1項第4款的刑事制裁效果又以未得ZAG第10條第1項第1句之許可為必要，則沒有疑問的是，德國處罰地下匯兌是以常業為前提。刑事第三庭在【案例1】中也明確指出，私人之間從事單次匯兌的行為是合法的，只有在未經許可卻以此為「常業」或者「以商業方式安排業務活動」的情形，才是ZAG要處罰的對象。

此處所謂的常業，是指支付服務提供者以長期以及獲利的意圖而為的情形，地下匯兌業者一旦建立起地下匯兌的網路，一般來

84 依ZAG第2條第1項之規定，這些例外包括：付款人在無中間人的情況下，直接以現金支付給受款人的支付流程；僅以付款人或受款人之名，透過中央結算或商務代理人因合意授權，支付或締結物品或服務之買賣；常業運送紙幣或硬幣，連同其收受、加工、交付行爲業者；現金貨幣兌換業者……等，共計15款的例外情形，這15款例外彼此之間，偶爾也會有重疊因而需要解釋之處。若干款項下，又會再細分成二到五種次級類型。BaFin在其指引手冊中，也討論了許多例外的情形。礙於篇幅所限，本文無法對這些例外與BaFin的觀點一一列舉詳述，有興趣的讀者請自行參與上開規定與指引手冊。

元照出版提供　請勿公開散布。

講，就會符合持續性與獲利的特徵[85]，並且也不以主業為必要，以此為副業亦無不可[86]。所謂「以商業方式安排業務活動」係指客觀上有進行商業簿記以及帳務管理的活動，並且有保留商業書信往來以及定期提出會計帳目的事實[87]。

㈣本文的觀察

幸運的是，本文所挑選的三個案例，在「資金移轉」的要素上都沒有太大的爭議，因為三則案例中都是單純地透過地下匯兌的網路，將資金移轉到德國的境外，根據判決所確認的事實，也沒有去討論這些資金移轉背後額外的目的，因此刑事第三庭如果對於「僅為移轉金額的目的」的問題並沒有多做著墨，也算是情理之常。並且，儘管在ZAG第1條第1項第2句第6款的類型1中，有「移轉」與「受領」在時序上的爭議，但是在所收錄的三則案例中，都沒有針對這一部分的問題做出表態。由此應該可以推知，在此一問題上，刑事第三庭所採取的，毋寧是與BaFin相同的立場，亦即不對移轉與受領在時序先後上做嚴格的要求。

此外，由於制裁的發動以「常業或以商業方式安排業務活動」為必要，所以【案例1】中將數次的地下匯兌行為定義成法律上的一行為，當成只實現一次構成要件的作法，也是正確的。文獻上對於地下匯兌會構成「未受允許提供支付服務罪」的結論，基本上也都表達了肯定的立場[88]。綜上所述，本文認為，刑事第三庭認定上

---

85 *Walter*, in: *Casper/Terlau*, ZAG, 3. Aufl., 2023, § 10 Rn. 15; *Eggers/van Cleve*, aaO. (Fn. 54), S. 427.

86 *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 146; *Schröder*, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl., 2020, 9. Kap. Rn. 20.

87 *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 20; *Schröder*, aaO., 9. Kap. Rn. 21.

88 *Casper*, in: *Casper/Terlau*, ZAG, 3. Aufl., 2023, § 1 Rn. 71; *Casper*, aaO. (Fn. 73),

元照出版提供　請勿公開散布。

開三則案例中的被告構成ZAG的未受允許提供支付服務罪及其論罪方式，應該都是值得贊同的。

二、地下匯兌構成組織犯罪

㈠犯罪團體與結夥的區分

在2017年7月22日德國刑法第129條修正以前，文獻上經常提出的問題，即是結夥（Bande）與犯罪團體（Vereinigung）應該如何區分的問題。

結夥是德國刑法第242條、第244條加重竊盜罪的要素之一，是一種數人為了持續違犯在個案中可能尚未特定的竊盜或強盜行為，以明示或默示組合而成的團體。根據BGH在2001年3月22日做成的大法庭裁定，結夥必需是最少三人以上的共同勾結，結夥的成員不必是一種犯罪支配的正犯形式，正犯或共犯，或者甚至只有共犯的存在都可以是一種結夥，所以就算是針對未來（持續）的幫助行為做出承諾，在德國法上也可能該當結夥的概念[89]。由此粗略的說明

---

§ 675c Rn. 15; *Danwerth*, aaO. (Fn. 48), § 1 Rn. 134; *Danwerth*, aaO. (Fn. 50), S. 233ff.; *Dörner/Schenkel*, aaO. (Fn. 74), Rn. 60; *Eggers/van Cleve*, aaO. (Fn. 54), S. 427; *Figura*, in: *Herzog*, GwG, 4. Aufl., 2020, § 2 Rn. 87ff.; *Findeisen*, WM 2000, 2125, 2126f.; *Schmalenbach*, in: BeckOGK-BGB, 71. Aufl., Stand: 01. 08. 2024, § 675f Rn. 63; *Hingst/Lösing*, aaO. (Fn. 75), § 1 Rn. 95, § 17 Rn. 12ff.; *Mimberg*, aaO. (Fn. 49), § 1 Rn. 139, 146; *Schröder*, aaO. (Fn. 86), 9. Kap. Rn. 107; *Schröder*, aaO. (Fn. 45), S. 563f.; *Reimer*, Rechtsfragen zum Finanztransfergeschäft, 2007, S. 29f.; *Saliger/Rüsse*, aaO. (Fn. 41), S. 329; *Schwennicke*, in: *Schwennicke/Auerbach*, KWG, 4. Aufl., 2021, § 1 ZAG Rn. 60; *Taheri*, aaO. (Fn. 41), S. 134f.; *Terlau*, K&R 2011, 814, 815; *Tiemann*, in: *Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger*, Zahlungsverkehrsrecht, 3. Aufl., 2020, § 1 ZAG Rn. 437.

89 *Fischer*, StGB, 71. Aufl., 2024, § 244 Rn. 34.

元照出版提供　請勿公開散布。

可知，結夥跟犯罪團體其實有某程度上的類似性，例如二者都要求三人以上、都有一定的時間性、存續性，都以違犯（特定的）犯罪行為為目的。

為了和結夥的概念相區別，在2017年修正前，德國實務是以對「追求超越個人的共同利益」（zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses）的要素設定較高標準的方式，來充實犯罪團體的內涵；因此，如果僅僅是為了個人的利益而與他人共同決議實行犯罪行為的話，是不足夠的，正如刑事第三庭在【案例1】中強調的，這種利益必需超越具體犯罪行為的實行，並且是一種個人實質利益以外的行為。不過，由於這種解釋方式使得修正前德國刑法第129條的適用範圍過於限縮，所以才有了2017年的修正，亦即在不放棄「超越個人共同利益」的前提下，對犯罪團體的概念作較為寬鬆的理解。據此，修正之後犯罪團體不再以具有嚴格領導階層的組織結構，或者一定的任務分配為必要，結構上扁平的那種組織也能該當犯罪團體的概念[90]，一個建立在群體（Gruppenidentität）之上的犯罪決策是不需要的，只要是在分組的規劃之下，有成員接受領導者的安排，就已經足夠[91]。

不過對於這樣子的修正，德國指標性的文獻則是提出了批評，認為新規定在降低了對於「組織結構」與「犯罪決策」要求的同時，會使得「犯罪團體」與其他法律上數人共同參與犯罪的形式，尤其是結夥、共同正犯或武裝團體組織等概念，變得更加難以區分；如果要避免混淆上開各種概念的話，就只能從強化組織性、成員性、時間性與利益關連性等，犯罪團體的概念內涵著手[92]。當然

90 *Fischer*, aaO., § 129 Rn. 11f.; *Greier*, jurisRR-StrafR 19/2021 Anm. 1, S. 3.

91 *Huth*, aaO. (Fn. 41), S. 91.

92 *Krauß*, in: LK, 13. Aufl., 2021, § 129 Rn. 37.

元照出版提供　請勿公開散布。

也有文獻明確指出，即便在新法的規定之下，犯罪團體與結夥的概念之間，仍然有流動的空間[93]。

此外，儘管在修正之後，對於「能否將共同追求經濟利益的組織犯罪形式納入犯罪團體的概念」一事，學說上仍有些許不同的聲音，但是在實務見解方面，刑事第三庭則是一錘定音，肯定地下匯兌系統就是犯罪團體。從【案例1】判決理由的段碼9起到段碼12為止，對於地下匯兌如何該當組織性、成員性、時間性與利益關連性等要素，也都有一定程度的說明，這應該可以算得上是BGH這幾年以來的穩定見解[94]。

㈡對「超越個人的共同利益」的理解

結論上來講，文獻上對於【案例1】中，刑事第三庭為德國刑法第129條第2項的「犯罪團體」勾畫出組織性、成員性、時間性與利益關連性等四個要素，以及地下匯兌系統可以該當犯罪團體的概念，並沒有太多的反對意見，但細節上仍有一些微詞。這主要是在有關「追求超越個人的共同利益」的部分。

若干文獻認為，既然立法者在2017年的修正理由中曾經提到「……本罪所追求的共同利益或力量（in dem gemeinsam Gewinn- oder Machtstreben），要能顯現出類似常業或商業的結構，使用暴力或足以使人心生畏懼的其他方法，以及（嘗試）對於政治、媒體、公共行政司法或者經濟造成影響……」的要求[95]，那麼刑事第三庭在肯定地下匯兌構成組織犯罪時，理應說明地下匯兌的目的、匯兌金額的流向，亦即應該確認金錢是否只是單純地轉交到外籍移工在故鄉的親人手上，或者其實是真的拿去資助恐怖組織，而不是

93 *Fischer*, aaO. (Fn. 89), § 129 Rn. 25.

94 *Greier*, aaO. (Fn. 90), S. 1; *Türmer*, aaO. (Fn. 41), S. 267.

95 BT-Drucks. 18/11275 S. 11.

元照出版提供　請勿公開散布。

簡單地認為，地下匯兌的目的就是在建立地下金融、進行犯罪，刑事第三庭的論證方式顯然過於跳躍[96]；只是「計畫實行犯罪」這一件事情，也不合乎「超越個人的共同利益」的要求[97]。

支持刑事第三庭的文獻則是認為，地下匯兌系統單純「靜態的」存在並不足以該當「超越個人的共同利益」的要素，重要的毋寧是組織成員進行的活動才對，刑事第三庭沒有明確指出的是，從犯罪學的觀點來看，那種經濟、思想與政治目的的共同勾結，才會該當德國刑法第129條第2項「犯罪團體」的概念[98]。並且，修法之後，此類以經濟、政治、宗教或意識形態為目的設定的團體，應該都可以落入本條的範圍[99]。

當然，在刑事第三庭「納入外在情狀整體考量」的論述中，的確也切中了部分犯罪團體的特徵，例如典型的地下匯兌網路往往經過多年的發展，由自己的道德價值觀建立規則、管理組織等。此外，地下匯兌的特殊性也不僅止於它的匯兌功能而已，它是利用配合散布在世界各地的人員，透過大量的人際網路形成，以達成在不受國家監管的條件下，提供金錢移轉服務的目的，這樣的結構實際上與德國刑法第129條第2項所稱的犯罪團體相符[100]。

㈢地下匯兌是違反ZAG監管的犯罪組織

由於地下匯兌迴避了國家監管的關係，以地下匯兌為常業者，自然也就構成了ZAG第63條第1項第4款的違反，產生了刑事制裁的

---

96 *Bittmann*, NStZ 2023, 202, 205; *Brand*, aaO. (Fn. 41), S. 2979; *Türmer*, aaO. (Fn. 41), S. 267.

97 *Türmer*, aaO. (Fn. 41), S. 267.

98 *Nestler/Schiffner*, NStZ 2022, 35, 38.

99 *Fischer*, aaO. (Fn. 89), § 129 Rn. 7.

100 *Nestler/Schiffner*, aaO. (Fn. 98), S. 38; *Türmer*, aaO. (Fn. 41), S. 267.

元照出版提供　請勿公開散布。

法律效果，從而滿足了德國刑法第129條第1項以「實行犯罪行為為目的」的要求。地下匯兌業者的行為正是因為先該當了ZAG第63條第1項第4款的規定，才進一步開啟了刑法第129條第1項的可罰性；文獻上支持刑事第三庭的見解指出：ZAG第10條第1項第1句的「需經許可」清楚地畫出了合法與非法的界線，並且為德國刑法第129條第1項提供了一個反射性的處罰機制，不管是基於合法或非法的目的使用地下匯兌，無可爭議的是，以地下匯兌為常業本身就是一個非法的行為，落入德國刑法第129條第1項的處罰範圍並沒有問題[101]。

㈣本文的觀察

就德國刑法第129條的保護法益來講，文獻上多認為是「公共秩序與安全」或者「公共安全與國家秩序」，本條所稱的「犯罪團體」對於本罪的保護法益來講，正是一種固有的動態危險，本罪存在的目的並非只是對於分則各該罪名的提前保護而已[102]。由此可以進一步推知的是，本罪的結構會是抽象危險犯。也因為本罪不是依附在其他分則各罪的結構之下，而是有自己獨立保護的法益存在，所以在成罪與否的判斷或者構成要件的解釋上，自然不會受制於分則其他各罪。據此可知，就「ZAG第10條第1項第1句的『需經許可』清楚地畫出了合法與非法的界線，並且為德國刑法第129條第1項提供了一個反射性的處罰機制」的說法來講，如果其真意指的是「構成組織犯罪的前提，是因為違反ZAG的行為是德國刑法第129條所指的犯罪行為」，那麼這種觀點仍然是可以贊同的。不過如果認為行為人只是因為違反ZAG第63條第1項第4款之後，「反射

101 *Achenbach*, NStZ 2022, 656, 660; *Nestler/Schiffner*, aaO. (Fn. 98), S. 39.

102 *Fischer*, aaO. (Fn. 89), § 129 Rn. 2; *Krauß*, aaO. (Fn. 92), § 129 Rn. 1; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl., 2019, § 129 Rn. 1.

元照出版提供　請勿公開散布。

性地」構成本罪而已，非難的重心應該在違反ZAG的行為，而不是參與組織犯罪的話，那麼本文認為，這種說法並不值得贊同，因為此種論述方式顯然忽略了德國刑法第129條本身存在的意義，以及其所具有獨立保護法益的精神。

從刑事第三庭在【案例1】中強調「三人以上有組織性的勾結」、「跨境存在的組織結構」、「有特定成員擔任收帳、記帳」、「擺脫一切國家的監控」、「迴避金融監管」等因素，再由此推導出常業地下匯兌對於公共安全造成顯然的危險，團體成員間所追求的，正是「超越個人的共同利益」等的論證過程來看，說理雖然稱不上無懈可擊，但應該也屬勉強可以接受的結論。儘管結論上來講，本案中——如前所述——部分學說對於刑事第三庭仍然有論證跳躍的批評，但是不能忽略的現實狀況是：如果地下匯兌本身的查緝都會因為涉及到跨境因素、匿名性等的特徵，而有一定程度的困難，那麼要求檢察官或法院具體地去證明某一筆資金的去向，到底是不是拿去資助恐怖組織，亦或者只是到了外國移工遠在故鄉的親人手上，依本文之見，恐怕是有點陳義過高。畢竟，地下匯兌的網路複雜，人別的確定甚為困難，金流的追蹤往往出境之後就不知所蹤，有時甚至連實際的金流都不曾存在過，追查不到資金的最終去向，毋寧才是常態。

此外，先不論資金移轉的目的到底與資恐或洗錢有無關連，眼下無須爭辯的是，常業的地下匯兌就是ZAG的立法者要科以刑事制裁的行為，組織成員所進行的活動，也是違背管制的經濟勾結。匯兌網路「靜態的存在」固然不足以該當「超越個人的共同利益」的要素，但是當這個網路透過跨境成員「動起來」的時候，它對於公共安全與國家秩序所可能造成的影響，自然就不可同日而語。考慮到德國刑法第129條抽象危險犯的性格，再加上刑事第三庭「納入外在情狀整體考量」的方法，本文認為，在【案例1】中肯定被告

元照出版提供　請勿公開散布。

等因常業地下匯兌的行為構成組織犯罪的結論，應該是值得贊同的。

三、地下匯兌的沒收範圍

從【案例2】或【案例3】的內容來看，有關沒收範圍的問題，主要可以區分成「違反ZAG的地下匯兌禁止」以及「組織犯罪」，這兩個部分來談：

㈠常業從事地下匯兌的沒收

1. 地下匯兌收取的報酬或佣金：德國刑法第73條的利得沒收

不管是在【案例2】或【案例3】中，地下匯兌業者收取的報酬或佣金，都被刑事第三庭歸類為德國刑法第73條第1項的犯罪所得，而屬於利得沒收的範圍，這一部分應該是相對沒有爭議的。因為不論如何，這一部分的收入都算是行為人提供地下匯兌服務的對價，屬於在犯罪的任何一個階段「由」（durch）或「因」（für）違法行為而取得的利益，是法院義務沒收的對象，應無疑問。

對於刑事第三庭上述的立場，文獻上也有提出以下兩點補充的理由，以資贊同：第一、儘管刑事第三庭在利得沒收的範圍之內，並沒有就行為人對於客戶交付的金額，沒有對於「短期、一時的持有」做出詳細的說明，但是起碼就BGH在買賣毒品案件中的立場來看，短暫持有馬上就要轉交給上游毒品賣家的金額，並不足以作為利得沒收的對象[103]。基於相同的道理，對地下匯兌的行為人來講，客戶的交付金額應該也不脫「過水財」的性質，收款的行為人對於客戶所交付的金額只有短期、一時的持有，因為行為人也是轉瞬之間就要將客戶託付的金額交給受款人，這些金額正好不是地下

[103] BGH Beschl. v. 27. 10. 2009 – 5 StR 242/09, NStZ 2011, 87.

元照出版提供　請勿公開散布。

匯兌業者可以留存，而是必需交付出去的[104]。所以利得沒收的範圍不應該及於扣除佣金或報酬以外的部分。

第二、退步而言，就算認為可以將客戶交付的全部金額都當成犯罪所得，但此時仍應有兩階段總額原則的適用。因為德國刑法第73d條第1項規定：確定犯罪所得之價值時，得扣除正犯、共犯或第三人之支出，但為實行或預備犯罪之支出或花費，如與對犯罪被害人履行給付義務無關者，不在此限[105]。因此，即便地下匯兌是法律上所禁止的行為，但這是因為地下匯兌業者迴避政府監管所致，並不會因此使得匯款客戶和地下匯兌業者之間的契約，在民事上產生當然無效的效果。從而地下匯兌業者收款時，就負擔了為客戶向受款人給付款項的對待給付義務，收款行為與付款行為之間有實質的關連性，依照上開規定，應該屬於得扣除的支出[106]。據此，能夠沒收的利得範圍，當然也僅止於「收款金額－付款金額＝佣金」的部分而已。

本文認為，既然在德國法中，利得沒收的性質也是一種「準不當得利的衡平措施」，那麼上述這些觀點應該就是值得贊同的。畢竟犯罪所得的剝奪是以行為人因為犯罪行為獲有利益為前提，利得沒收制度的目的如果在於剝奪行為人因此所獲之利益，那麼就不宜把客戶交付的款項全額，當成是對於地下匯兌業者宣告利得沒收的

---

104 *Eggers/van Cleve*, aaO. (Fn. 54), S. 429f. 對於「過水財」概念中文的詳細說明及舉例，見林鈺雄，沒收新論，頁359，2023年5月，2版。

105 德國刑法第73d條第1項原文如下：(1) Bei der Bestimmung des Wertes des Erlangten sind die Aufwendungen des Täters, Teilnehmers oder des anderen abzuziehen. Außer Betracht bleibt jedoch das, was für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung aufgewendet oder eingesetzt worden ist, soweit es sich nicht um Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat handelt.

106 *Eggers/van Cleve*, aaO. (Fn. 54), S. 430f.

元照出版提供　請勿公開散布。

金額，因為在地下匯兌業者收取款項的同時，他也擔負了「將全額扣除報酬或佣金之後再轉交給受款人」的義務，這在地下匯兌業者以交互計算的方式相互抵銷的情形時，更是如此。

此外，在【案例2】中刑事第三庭還進一步指出，即便被告所獲得的報酬或佣金未經扣案，地方法院依照德國刑法第73c條對這一部分的金額為義務追徵之宣告，亦屬正確。畢竟，如果我們肯定任何人不能因為犯罪而保有利益，即便犯罪所得未經扣案，那麼以追徵的方式徹底剝奪犯罪所得，應該也是值得肯定的作法。

2. 扣除佣金或報酬的其他部分（＝匯兌金額）

比起把行為人的報酬或佣金歸類為犯罪所得加以沒收的作法來講，更為複雜的，毋寧是扣除犯罪所得之後，其他供匯兌部分的金額到底應該如何定性，或者如何沒收的問題。

⑴德國刑法第74條優先適用的特性

在【案例2】與【案例3】中，刑事第三庭都明確的指出，德國刑法第74條第1項（與本文較為無涉的犯罪產物，以及）犯罪工具，以及第2項關連客體的規定，應該優先於同法第73條犯罪所得的沒收，而關連客體的沒收，更是需要有法律明文的規定。粗略分析一下判決的內容可知，關連客體的沒收應該優先於利得沒收的理由，主要有二：第一、客戶交託的匯款金額符合德國刑法第74條第2項關連客體的概念，而關連客體的沒收以法律有明文規定者為限。第二、基於對「整體犯罪過程」的考量以及「構成要件結構」的關係，關連客體更符合ZAG第63條所描述的整體行為。只不過因為ZAG中欠缺對於關連客體沒收的規定，導致就匯兌金額的部分來講，無法以關連客體的方式加以沒收。

本文認為，上述的觀點應該是值得贊同的，因為相較於利得沒收只是「在犯罪行為的任何一個階段，曾經有財產流入被告方面」的要求，收取款項卻只是整個匯兌行為中的一部分而已，連同收

元照出版提供　請勿公開散布。

款、付款、資金的跨境流動或交互計算合併觀察，毋寧才更符合整個地下匯兌行為的構成要件結構。

此外，依照德國通說，不同於利得沒收是一種「準不當得利的衡平措施」，已經去刑罰化，德國刑法第74條的沒收仍然具備類似刑罰的特性，屬於量刑時應該考慮的範圍，本條沒收之宣告以行為人受有罪判決為前提，這表示除了構成要件該當與違法性之外，必須沒有其他阻卻罪責或解除刑罰事由存在[107]；並且，本條的沒收除了刑罰的目的之外，還兼有保全與預防的特性，此稱之為犯罪工具沒收的「雙重特質」[108]。因此——起碼就德國法來講——如【案例3】中BGH刑事第三庭所言，純粹從概念上觀之，不管是犯罪工具或者關連客體，都可以是一種犯罪所得的形式，但是除了在犯罪的任何一個階段流入行為人手中之外，不管是對關連客體或者犯罪工具，德國法對之都設定了比單純「由犯罪行為而取得」更為嚴格的要件。如果單從本條更多的目的設定與要件來看，認為本條的適用應優先於利得沒收，將會是一種可以接受的結論。

當然，另外一個在這裡或許可以繼續追問的問題是：為什麼關連客體的沒收需要特別規定？早期來講，關連客體的沒收不屬於德國刑法第74條第1項的沒收範圍，對於它的沒收需有法律的明文。現行法第74條第2項因此只是把這個要件明文化而已。因此，文獻上對於關連客體的定義是：只與犯罪行為有關，或者是構成犯罪行為所必須的客體，但卻不屬於德國刑法第74條第1項所指，實現或預定犯罪之用的工具或犯罪產物[109]。依照學說的看法，沒收關連

---

107 *Eser/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl., 2019, vor § § 73ff., Rn. 19ff.; § 74 Rn. 1f.; *Joecks/Meißner*, in: MüKo zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2020, § 74, Rn. 2f.; *Lohse*, in: LK, 13. Aufl., 2020, § 74 Rn. 4f.

108 *Joecks/Meißner*, aaO., vor § 73 Rn. 6f.; § 74 Rn. 3.

109 *Lohse*, aaO. (Fn. 107), § 74 Rn. 21. 對於「關連客體」概念中文的詳細說明及舉

元照出版提供　請勿公開散布。

客體之所以需要有特別規定的理由，約莫有以下兩點：第一、關連客體通常是行為中單純被使用的「被動客體」。相較於犯罪產物並非只是被使用，而是因為「犯罪所創造出來的」，以及犯罪工具已經超過了「單純被動地使用」，並且進一步對於犯罪目的達到促進、有所貢獻的程度，「關連客體」在沒收的需求上，其實是落後於犯罪工具及犯罪產物的[110]。

第二、儘管犯罪產物、犯罪工具，甚至利得沒收的犯罪所得，某種意義上都可以說具備了「廣義的行為關連性」（Tatbeziehung iwS.），但是對於關連客體來講，則必須有「特殊的犯罪關連」（spezieller Tatbezug）存在，關連客體與其他沒收客體的區分，也只能從「被動性」方面加以觀察，否則不管是德國刑法第73條犯罪所得、第74條第1項的犯罪工具、犯罪產物，以及將沒收擴張到關連客體的特別規定，都會是沒有意義且無法理解的[111]。

在【案例2】與【案例3】的情形中，文獻上也不認為ZAG對於沒收地下匯兌的資金沒有特別規定的作法，是一種立法的疏漏，因為這些金錢本身並沒有被污染，只是被置於行為應該受到處罰的情狀之下而已，所以這種作法在體系上反而是正確的[112]。由此可知，關連客體「本身」單純的存在，其實未必一定會具備不法的特性，先在個案中具體觀察關連客體與構成要件之間的關係後，再來決定是否要設立特別沒收規定的作法，就可以是合理的選項之一。

⑵德國刑法第74條的封鎖效果

儘管德國刑法第74條有優先適用的效果，但接下來的問題是，

例，見林鈺雄，同註104，頁77以下；許恒達，論犯罪客體之沒收，當代法律，24期，頁34以下，2023年12月。

110 *Eser/Schuster*, aaO. (Fn. 107), § 74 Rn. 12a.

111 *Eser/Schuster*, aaO. (Fn. 107), § 74 Rn. 12a.

112 *Bittmann*, aaO. (Fn. 96), S. 204.

元照出版提供　請勿公開散布。

在同一實體法的犯罪構成要件中，如果無法依照本條沒收時，可否回過頭去補充適用第73條利得沒收的規定？刑事第三庭在【案例2】與【案例3】中給了一個否定的答案，在【案例3】中甚至直接指明，地方法院將全部（連同報酬或佣金）的資金當成犯罪所得，因為扣案無著而宣布追徵的作法是錯誤的，此稱之為德國刑法第74條的封鎖效果（Sperrwirkung）[113]。

文獻上對於上開的「封鎖效果」有表達贊同者，例如Ladiges就認為：只要被認定為是關連客體，就不可以再回頭去適用德國刑法第73條以下有關利得沒收的規定，否則形同架空關連客體必須有特別規定的要求[114]。Brand/Zivanic則表示：相對於德國刑法第73條的利得沒收，關連客體與犯罪工具的沒收應該優先適用，並且利得沒收與關連客體或犯罪工具的沒收之間，不存在特別・補充的競合關係，因為兩者存在著本質上的不同，前者已經是準不當得利的衡平措施，後者則仍然具備刑罰、類似刑罰或者預防的特色[115]。

不過，也有文獻在贊同刑事第三庭提出的封鎖效果之餘，卻同時認為這種效果未必是唯一可能的結論。例如Bittmann就指出，這種封鎖效果主要肇因於刑事第三庭無法精確地切割不同沒收構成要件之故，並且到底是否能夠如此精確地定義，也是令人懷疑的。如果無法精準的去切割分類，當個案中同時具備德國刑法第74條與第73條的要件時，就會需要以競合的方式來處理。因此，這種封鎖效果在操作上雖然不盡理想，但卻可以推導出正確的結論[116]。

如果同一個沒收的客體或進程，可能因為不同參與主體，而可

113 *Bittmann*, aaO. (Fn. 96), S. 204.
114 *Ladiges*, WuB 11/2022, 497, 500.
115 *Brand/Zivanic*, NJW 2022, 3092, 3095.
116 *Bittmann*, aaO. (Fn. 96), S. 205.

元照出版提供　請勿公開散布。

以做不同的定性，那麼立法者在利得沒收時要求的「純粹事實觀察」（按：即單純觀察在犯罪行為階段中的任何一刻，是否有財產流入的事實）就會陷入瓶頸，因為不管是不同沒收構成要件之間競合的定義，或者彼此之間的關係，都以「法律上的觀察」為必要[117]。

對於此處的爭議，本文認為，如果單從德國法的規定來看，結論上來講，承認封鎖效果的確可以是「可能的選項之一」。畢竟，與德國刑法第73條以下利得沒收的規定相較，立法者對於第74條有關犯罪工具、犯罪產物與關連客體的要求其實都比「在犯罪行為的任何一個階段流入的財產」來的更多，在無法適用德國刑法第74條的情況下，回頭適用第73條的規定，不免有架空第74條規定意旨的嫌疑。

值得注意的是，依照刑事第三庭的看法，這種封鎖效果只存在於「同一實體法構成要件可以適用不同沒收規定」的情形。如果涉及的是不同的實體法上構成要件，例如同時該當「ZAG第63條第1項第4款的關連客體」以及「德國刑法第129條的犯罪工具」兩種不同的概念時，即不存在此種封鎖效果，此時即便無法以關連客體的方式沒收，仍無礙於法院以犯罪工具之名為沒收之宣告。本文認為這一點當然是值得贊同的，畢竟不同的構成要件會有不同的結構設計，某物在A構成要件中被認定是關連客體，並不代表它不能在B構成要件中扮演犯罪工具的角色。基於不同的犯罪有不同的沒收需求，刑事第三庭此處的結論應該是值得支持的。

⑶作為犯罪工具的沒收？

儘管刑事第三庭在【案例2】與【案例3】中，都沒有對客戶交付的金錢是否屬於ZAG第63條第1項第4款併同德國刑法第74條第1項類型2的「犯罪工具」做出表態，而是把「扣除報酬以後的匯兌

117 *Bittmann*, aaO. (Fn. 96), S. 205.

元照出版提供　請勿公開散布。

金額」當成關連客體的概念來處理，但仍有文獻在針對「客戶交付的整體金額」進行討論後，提出這些錢不屬於地下匯兌「犯罪工具」的主張。其主要的理由為：依照ZAG第1條第1項第2句第6款對於「支付服務」（資金移轉業務）的定義，如果支付服務是指「付款人或受款人未以其名義開設支付帳戶，付款人僅為移轉相當金額於受款人或第三人之目的，由以受款人名義而為其行為之支付服務業者受領款項，或由支付服務業者以受款人名義受領，並供其處分之服務」的話，那麼資金收受的目的，就只是為了「移轉」而已[118]。

根據德國刑法第74條第1項類型2的規定，所謂的犯罪工具是指「為實現或準備故意犯罪行為所使用或預定之物」。不過客戶交付的金錢既不是「為了實現」也不是「為了準備」故意犯罪行為的犯罪工具，因為：第一、對於犯罪工具的沒收來講，具體的連結點是「未受許可提供支付服務」的行為，那些客戶交付的金錢，儘管會使之後的資金運送或者交互計算成為可能，但是對照上開ZAG第1條第1項第2句第6款的定義，犯罪行為在「客戶基於移轉的目的而交付金錢時」或者「地下匯兌業者收受客戶金錢時」其實就已經「終了」了，交互計算或資金運送只是在時序上隨後出現，作為地下匯兌業者「履行其付款義務」，或者說是「滿足客戶付款請求權」的不可罰行為而已；如果行為在資金交付時就已經終了，那麼這筆客戶交付的資金，性質上自然無法被歸類為屬於實現犯罪行為的犯罪工具[119]。

第二、客戶交付的資金能否屬於「為了準備犯罪」的犯罪工具類型，恐怕也是有疑問的。因為客戶交付的資金是會被扣除佣金或

118 *Eggers/van Cleve*, aaO. (Fn. 54), S. 433.
119 *Eggers/van Cleve*, aaO. (Fn. 54), S. 433.

元照出版提供　請勿公開散布。

報酬的，這筆資金並不會完整的投入於接下來的匯兌活動中，並且，由於行為在地下匯兌業者收款時即已終了，所以客戶交託的金額也無法以「為了準備犯罪的犯罪工具類型」的方式，加以沒收[120]。

對於上述的學說觀點，本文則是持較為保留的立場。除了因為這種將行為終了的時點壓縮到「收款時」的看法，和刑事第三庭在【案例2】採取考察整體行為的立場並不相符，可能導致適用關連客體沒收規定的效果受到動搖之外，更是考慮到：第一、如果處罰地下匯兌的原因，是因為「欠缺國家的許可」或者「迴避國家監管」所致，那麼這種欠缺國家許可或者迴避國家監管的要素，並不是只存在於行為人收款的時點而已，而是從收款時起，到完成受託任務，將款項交付給受款人為止，始終持續存在。因此，即便依照學說見解，ZAG第1條第1項第2句第6款在結構上可以拆成類型1（即付款人資金移轉）與類型2（支付受款人資金移轉）這兩種鏡像的結構，但是在【案例2】這種類型1與類型2兼具的犯罪事實中，將行為終了的時點壓縮到「地下匯兌業者收取客戶資金時」，不但無法改變「之後的交互計算或者資金運送，還是沒有國家機關許可或者迴避國家監管」的事實，反而會讓人有一種客戶交付款項後，地下匯兌業者是否獲得國家許可，或者是否迴避國家監管「無關緊要」的一種錯覺，不過事實上顯非如此。資金交付後的交互計算或者運送未受國家許可，或者不在國家機關的監管之下，一直都是本罪不法的非難重點。

當然，對此可以想像得到的反對意見是：地下匯兌業者收款後，在大多數的情況下，並不會親自將現金送交給受款人，而是透過在異地合作的同業，履行其付款的義務，考慮到ZAG第1條第1項第2句第6款以「移轉為目的而交付」的立法定義，對於收款的地下

120 *Eggers/van Cleve*, aaO. (Fn. 54), S. 433.

元照出版提供　請勿公開散布。

匯兌業者來講，如果認為在收取客戶交付的款項時就已經完成了類型1的構成要件行為，行為就已經終了，似乎亦無不可。不過依本文之見，正是這種可能的反對意見，反而彰顯了刑事第三庭在此類案件中，將各個行為人定性為共同正犯的正確性，因為典型的地下匯兌行為正好不是單獨一人，而是透過數人之力，以共同行為支配的方式才可能完成。在ZAG第1條第1項第2句第6款類型1與類型2兼具的情形，行為終了的計算時點，因此應該以共同行為人中，完成整體行為的「最後一個部分時」為準，始為合理。在將款項交給指定的受款人之前，任何加入成為共同正犯的情形，都會是可能的。

第二、起碼就德國法來講，由於佣金或報酬可以適用利得沒收的規定，而有關（扣除佣金或報酬後的）匯兌金額的部分，以關連客體的方式沒收即為已足，再加上關連客體的沒收需有法律明文規定的關係，因此其實並沒有討論「客戶交託的金錢，是否屬於ZAG第63條第1項第4款的犯罪工具」的必要。因為關連客體的定義自始就已經排除在同一構成要件中，同時該當犯罪工具或犯罪產物的可能性。從德國法的角度來講，在同一構成要件中「關連客體」與「犯罪工具」或「犯罪產物」應該是互斥的概念。

㈡組織犯罪的沒收

1. 收取的金錢作為犯罪工具

不管是在【案例2】或【案例3】中，客戶交付的金額都被刑事第三庭當成是德國刑法第129條的犯罪工具，屬於依法得沒收的範圍。對此，文獻上除有「過於跳躍地將地下匯兌與組織犯罪等同視之」的批評之外（見本文以上參、二、㈡的部分），在沒收的問題上，學說見解也延續著相同的脈絡，認為刑事第三庭在這裡其實是先假設匯款的客戶既然知悉地下匯兌的違法情狀，就必然會知道地下匯兌團體是一種犯罪組織；若然，即可藉由德國刑法第129條的

元照出版提供　請勿公開散布。

規定開啟德國刑法第74a條第三人因重大過失提供犯罪工具的沒收程序；不過實際上顯然未必如此。因為地下匯兌往往是跨境的，雖然從德國法的立場來看，透過地下匯兌網路將個人合法取得的金錢交付給身在獨裁國家中的家人，可以是違反ZAG的犯罪行為，但是匯款人難道一定就知道這是組織犯罪的行為嗎？這種操作方式恐怕與德國刑法第74a條的要件未盡相符[121]。

尤其是刑事第三庭在【案例1】中還指出，禁止地下金融的目的不僅在於維護國家監管的一般性利益，還應該及於金融客戶的保護，這種論述方式顯然是將使用地下匯兌的匯款人當成了「客戶」，當成保護的對象，使用地下匯兌的客戶因此搖身一變成為了「被害人」。此際，如果同時又認為匯款的金額可以用德國刑法第74a條的規定加以沒收，不啻在向世人宣示，被害人因為重大過失而交付給詐騙集團的財產，可以用犯罪工具的方式加以沒收[122]？果若如此，被害人又如何可以求償？

對於上述的批評，本文認為仍有待斟酌。首先，除了重量級的文獻也支持刑事第三庭在【案例2】中適用德國刑法第74a條第1款的立場，畢竟地下匯兌的客戶對於「資金移轉的事實情狀」與「匯兌資金會成為犯罪團體成員核心活動的工具」一事，有所認識，對於犯罪行為有著初步的預見，不論如何，可以肯定至少具有重大過失[123]之外；更是因為——起碼本文主觀上如此認為——上述的批評觀點忽略了德國刑法第74a條的立法意旨。儘管不可否認的是，德國刑法第74條以下的沒收仍帶有刑罰的色彩，對於第三人做第74a

121 *Bittmann*, aaO. (Fn. 96), S. 205.
122 *Bittmann*, aaO. (Fn. 96), S. 205.
123 *Saliger*, in: NK StGB, 6. Aufl., 2023, § 74a Rn. 8.

元照出版提供　請勿公開散布。

條的沒收宣告，難免會有打破罪責原則的疑慮[124]，但是透過本條的規定，德國立法者想要傳達的概念是：德國基本法第14條對於財產權的保護並非毫無限制的，財產的保護範圍，僅及於其未以違反社會或刑法的方式投入之處！因此，在配合比例原則的適用下，德國刑法第74a條以標的物客觀上起碼間接地與犯罪實行有關，且第三人主觀上對此起碼有重大過失[125]的作法，仍然可以得出合憲的結論[126]。

其次，即便在【案例1】中提到了對地下匯兌「客戶」的保護，但是將因為重大過失受到詐欺的被害人與地下匯兌使用者相提並論的觀點，恐怕也非毫無疑問。兩者間最大的差別在於，詐欺罪的被害人——即便是因為再怎麼重大的過失而受到詐騙——他仍然穩妥妥的是被害人；而地下匯兌的使用者除了「被害人」的面向之外，與地下匯兌業者有著同方向的共同目標，亦即都希望移轉金錢給受款人這一點，在整個犯罪過程中，毋寧扮演著更為重要的角色。片面地將重點放在被害人對於詐欺的成因，或許具有重大過失的面向，過度地忽略地下匯兌業者與使用者在資金移轉上具有共同的目的，此種主張難昭信服。

第三、依照德國刑法第74條第1項的規定，犯罪工具為「得」沒收，而非「應」沒收，這表示法院對於扣案的犯罪工具本即有裁

---

124 *Eser/Schuster*, aaO. (Fn. 107), § 74a Rn. 2; *Joecks/Meißner*, aaO. (Fn. 107), § 74a Rn. 5; *Saliger*, aaO., § 74a Rn. 2.

125 於此需附帶說明的是，儘管本條條文的用字是「輕率」（Leichtfertig）但輕率與重大過失（grobe Fahrlässigkeit）在德國刑法中其實是同義字，德國文獻在論述本條時，也都直言，此處的輕率指的就是「重大過失」，爲免造成讀者理解上的負擔，本文乃直接將之譯爲重大過失。

126 *Joecks/Meißner*, aaO. (Fn. 107), § 74a Rn. 6; *Lohse*, aaO. (Fn. 107), § 74a Rn. 11f.; *Saliger*, aaO. (Fn. 123), § 74a Rn. 4.

元照出版提供　請勿公開散布。

量沒收與否的空間。再加上被害人遭到詐騙集團騙取的款項雖然可以是犯罪團體的犯罪工具，但同時也是詐騙者因為違犯德國刑法第263條第1項詐欺罪的犯罪所得，本來也就可以依照德國刑法第73條以下犯罪所得的規定沒收，發還被害人，並沒有所謂以犯罪工具的方式沒收以後，無法發還被害人的問題。

第四、根據德國多數見解，在沒收的問題上，德國刑法第74條第1項與第74a條之間是一種「選擇關係」，亦即一旦確定要以犯罪工具的方式沒收，那麼或者「得」依第74條第1項針對行為人，或者「得」依第74a條針對第三人，為沒收之宣告[127]。批評見解只針對第74a條的規定而來，卻忽略根據了第74條第1項對於犯罪工具本來也就「得」加以沒收，其論述欠缺一貫性。

2. 收取的金錢作為犯罪所得？

除了作為犯罪工具的沒收之外，對於「組織犯罪中地下匯兌業者所收取的金錢，可否作為犯罪所得加以沒收」的問題，在本文所選錄的三則判決中，刑事第三庭並沒有明確表態。可以確定的只有，該當地下匯兌關連客體的資金，仍然可以當成組織犯罪的犯罪工具加以沒收。

不過，儘管不是在本文討論的範圍，在另外一則行為人作為庫德族勞工黨成員，於德國境內收取活動資金後轉交給黨幹部成員，構成組織犯罪的案件中，刑事第三庭認為：「……一般性地在犯罪工具的沒收之外，又沒收犯罪所得的話，那麼只要行為人是因為參與組織成員身分的關係而獲得該物——例如巡邏時取得的槍枝、調製炸藥時取得的鐵鍋——都會造成沒收無著時，可以追徵其價額的結果。如此廣泛的沒收範圍，既無法從文義也無法從立法目

127 *Eser/Schuster*, aaO. (Fn. 107), § 74a Rn. 14; *Fischer*, aaO. (Fn. 89), § 74a Rn. 2a; *Joecks/Meißner*, aaO. (Fn. 107), § 74a Rn. 16; *Lohse*, aaO. (Fn. 107), § 74a Rn. 27.

元照出版提供　請勿公開散布。

的得出……。這種悖於事理的結果在法律中也未見有其他的限制方法，正好也是這一點，說明了鑑於同一構成要件之故，本案中財產價值的沒收只能認為是犯罪工具，不可以同時又認定為犯罪所得[128]……」。

對照【案例2】與【案例3】中檢驗違反ZAG的沒收時，德國刑法第74條應該優先於同法第73條適用的觀點，刑事第三庭此處的立場可謂一貫。因此，一旦金錢被定位成德國刑法第129條的犯罪工具，就無法再以同條之犯罪所得的方式，宣告沒收。

3. 匯兑金額扣案與否的差異

最後，在【案例3】中，匯款資金作為「犯罪工具」的效果除了是「得沒收」之外，還必須以扣押在案的金額為限，如果匯兑金額已經交付，則不得適用德國刑法第74c條的規定加以追徵。對此，刑事第三庭也提出了充分的說理。畢竟，「實行構成要件行為的本身」並非刑法第74c條第1項所稱「沒收無著」的行為。將匯兑金額轉交的行為本即屬於地下匯兑構成要件行為的一部分，此處欠缺一個因為實行犯罪並且產生沒收的狀態之後，行為人故意使得犯罪工具或關連客體的沒收成為不可能的動作。

四、中間結論

經過以上略顯龐雜的說明之後，為了使讀者能夠更容易掌握爭議的核心與來龍去脈，如果對於德國實務處理地下匯兑的現狀做出以下幾點簡短的中間結論，或許是適當的。

第一、常業地下匯兑行為在德國會構成ZAG第1條第1項第2句第6款、第10條第1句以及第63條第1項第4款的「未受允許提供支付服務罪」，本罪的處罰以常業為限，私人偶一為之的情形，不再處

[128] BGH Urteil v. 15. 6. 2022 – 3 StR 295/21 Rn. 22.

元照出版提供　請勿公開散布。

罰之列。

第二、常業從事地下匯兌的組織成員，會構成德國刑法第129條第1項的參與犯罪組織罪。

第三、地下匯兌組織成員收取的佣金或報酬，應該依德國刑法第73條以下犯罪所得的規定加以沒收，金額未扣案者，法院應為義務追徵之宣告。

第四、（扣除佣金、報酬）供匯兌的金額，是「未受允許提供支付服務罪」的關連客體，其沒收應以法律有特別規定者為限，但是ZAG當中並無此關連客體沒收之規定，因此不得依德國刑法第74條第2項的規定加以沒收。

第五、同一犯罪構成要件之中，如果無法以德國刑法第74條第1項犯罪工具，或者以第2項關連客體的規定加以沒收時，不得再回頭適用同法第73條以下利得沒收的規定。此是為德國刑法第74條的封鎖效果。

第六、即便如此，這些地下匯兌成員收取的資金，仍然屬於德國刑法第129條第1項參與犯罪組織罪的犯罪工具，依同法第74條第1項，「得」為沒收之宣告，但以經扣案者為限，未經扣案者不得為追徵之宣告。換言之，不同犯罪構成要件之間，無上開封鎖效果的適用。

第七、德國刑法第74條第1項與同法第74a條之間為「選擇關係」，或者得對於行為人為犯罪工具的沒收，或者得對於為參與犯罪的第三人——在符合特定的要件下，例如具備重大過失的情形——為犯罪工具之沒收宣告。

肆、與我國現況的比較及分析

把眼光放回我國的現況，如果與上述德國處理地下匯兌的方式

元照出版提供　請勿公開散布。

相互對照，本文認為，起碼有以下幾點，是值得我們參考與注意的。

一、地下匯兌構成銀行法第29條第1項、第125條第1項非法經營匯兌業務罪

銀行法第29條第1項規定：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。同法第125條第1項前段謂：違反第29條第1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。

上述條文為我國目前制裁地下匯兌行為的主要規定。與ZAG類似的是，我國銀行法同樣採用這種同部法典內部指引的立法技術，因此只要理解上不至於過度困難，理論上還是會在明確性原則的範圍之內。此外，如果銀行法第29條與第125條的保護法益和ZAG第1條第1項第2句第6款，併同ZAG第10條第1項第1句以及ZAG第63條第1項第4款沒有不同——都是國家金融監管的利益——的話[129]，那麼我國銀行法上開構成要件的結構，也會是抽象危險

[129] 值得注意的是，部分我國文獻在比較「地下匯兌」與「違法收受存款」之後，認爲如果僅將保護法益設定在國家監管的利益上，那麼制裁地下匯兌的理由並不充分，因爲地下匯兌與違法收受存款不同，對於一般大眾財產並無造成若何影響，也沒有影響銀行匯款之安全性，如果只是爲了防止犯罪所得的漂白，適用洗錢防制法即可，沒有必要用制裁地下匯兌的方式來處理。見張天一，地下匯兌行爲之可罰性與處罰範圍——對桃園地方法院105年度金簡字第1號刑事判決暨臺中地方法院106年度金重訴字第1923號刑事判決之檢視，裁判時報，92期，頁72、74，2020年2月。不過，依本文之見，此類觀點恐怕是有待斟酌的。因爲：第一、不管是在我國或德國，在立法者錯誤的期待之下，長期以來都把打擊投資詐欺當成違法收受存款罪的規範目的，忽視投資與存款之間應有的界線。單就違反金融監管這一點來講，違法收受存款

元照出版提供　請勿公開散布。

犯的類型，法益實害結果的發生同樣是不需要的，處罰的重點因此會是「未經許可而進行常業匯兌的行為」。

㈠「匯兌」在我國的定義

比較有疑問的是，翻遍銀行法，立法者並沒有如「存款業務」一般，對於「國內外匯兌業務」做出定義。實務上對此多是以1994年一則財政部的函釋為基礎[130]，將「匯兌」定義為：「行為人不經由現金之輸送，而藉由與在他地之分支機構或特定人間之資金清算，經常為其客戶辦理異地間款項之收付以清理客戶與第三人間債權債務關係或完成資金移轉之行為」。

暫且撇開這只是一個財政部的函釋，而不是法律明文規定的問題不談，如果拿上述定義與ZAG第1條第1項第2句第6款「付款人或受款人未以其名義開設支付帳戶，付款人僅為移轉相當金額於受款人或第三人之目的，由以受款人名義而為其行為之支付服務業者受

和地下匯兌其實沒有本質上的不同。事實上，違法收受存款本來也就不見得一定與投資詐欺有關，投入的資金也不見得一定就血本無歸，高風險、高獲利的情形也說不上是真得如此的「鳳毛麟角」。作者多年前仍在實務界濫竽時，就曾經碰過當事人的確眼光精準，善於操縱高風險、高槓桿的投資工具，許諾的報酬也不曾拖欠，最終之所以會無法付款，完全是因為遭檢調以非法收受存款為由，查扣資產所致。認為「非法收受存款造成社會大眾影響甚鉅，地下匯兌既不影響正規匯兌安全性，對一般大眾財產無甚影響」的類比，與真實世界上演的故事其實未盡相符。第二、如果「為了防止犯罪所得漂白，適用洗錢防制法即為已足，沒有必要用地下匯兌加以制裁」的講法說得通，那麼——基於相同的邏輯——「為了防止投資詐欺，適用詐欺罪就已經足夠，沒有必要用違法收受存款加以制裁」的推論，豈不就更為順理成章？若然，那有問題的，到底是用地下匯兌來截堵洗錢？還是用違法收受存款來制裁投資詐欺？這種觀點既無視制裁地下匯兌與洗錢防制往往是一體的兩面，也忽略了存款與投資在概念上應該清楚區分的需求。

130 財政部㈧年台融局㈠字第85249505號函。

元照出版提供　請勿公開散布。

領款項，或由支付服務業者以受款人名義受領，並供其處分之服務（資金移轉業務）」的規定相較，不難發現，我國的定義並不著重於「支付帳戶」的概念，沒有「僅為移轉」的概念，也沒有向ZAG一般可以在第1條第1項第2句第6款中拆成兩種類型，反而是強調「無現金輸送」、「經常」、「異地收付」、「資金清算」、「清理債權債務關係」與「完成資金移轉」等要素。

從本文以上對於德國文獻的分析來看，德國多數見解對於到底有無現金運送的事實發生，其實並不特別在意，因為從所舉的三個案例來看，現金的運送本來就時有時無，因此匯兌行為到底有無「現金運送」其實並不是重點，重點應該只是在於發生「資金移轉」的事實。

其次，是不是有必要特別強調「異地收付」的概念，其實也是令人感到疑惑的。因為匯兌行為的重點，應該只在於在付款人與受款人之間透過第三人代為領取、收受的方式，有移轉相當金額之事，即為已足（雖然常態上來講，付款人與受款人的確身處「異地」）。這一點從ZAG第1條第1項第2句第6款也沒有將「異地收付」設計成構成要件要素，或許也可以略見端倪。

真正具有決定性意義的，其實在於「經常」、「資金清算」、「清理客戶與第三人間債權債務關係」與「完成資金移轉」這四個要素。「經常」對應到的，應該是刑法上常業犯或者集合犯的概念，這表示與ZAG相同的是，在我國私人間偶一為之的匯兌行為，同樣不在處罰之列。這一點從銀行法第29條第1項有「非銀行不得『經營』……『匯兌業務』」的用字，也可以得出相同的結論；既曰「經營業務」，那自然不會是偶一為之，而是持續性、常態性的，或者是基於營利的意圖而從事該行為，在評價上成立法律上的一行為，也會是合理的結論。

依照我國文獻對於「資金清算」的理解，乃指由結算機構（財

元照出版提供　請勿公開散布。

金公司、票交所）就金融機構間債權債務先行進行抵銷（結算），再由央行以各金融機構帳戶餘額就結算後差額進行清償（清算）[131]。這一點的確切重了地下匯兌的重要特徵，因為地下匯兌往往是以抵銷結算、填補差額的方式，來進行資金移轉活動。反之，在ZAG第1條第1項第2句第6款並沒有將「資金清算」這個要素明文列舉出來，而是透過解釋的方式加以補強。就這一點來講，我國實務對於匯兌概念核心要素的掌握，其實並沒有遜於ZAG的立法者。

會造成問題的，反而是最後兩個要素。因為上開函釋中既然將「清理客戶與第三人間債權債務關係『或』完成資金移轉」並列，則表示「清理客戶與第三人間債權債務關係」或「完成資金移轉」都可以是匯兌的目的，這一點與ZAG第1條第1項第2句第6款「僅」為移轉相當金額的定義有著顯然的不同。

事實上，「清理客戶與第三人間債權債務關係」牽涉到的是資金移轉背後的動機或目的，並且正好是這個要素往往會和「代理收付」的概念有所重疊，因為代理收付背後的目的，通常也就是為了清理客戶與第三人間的債權債務關係，這一點正好是我國實務屢屢引發爭議之處，因為根據我國銀行法的規定，代理收付並不屬於銀行法第29條第1項的銀行專營業務，本不需得主管機關之同意。最後，「資金移轉」的要素在ZAG第1條第1項第2句第6款的定義中，其實是收受資金的目的，與我國上開函釋要求「完成」資金的移轉，也有顯然的不同。

---

131 廖崇宏，銀行法上匯兌業務法律概念與相關法制辯證——臺灣高等法院110年度金上訴字第36號刑事判決（櫻〇支付案）評析，裁判時報，131期，頁59，2023年5月；同作者，論電子支付的基礎法律關係——以PChome線上支付與PayPal支付服務爲例，興大法學，27期，頁212，2020年5月；王文宇、林育廷，票據法與支付工具規範，頁38，2008年3月。匯兌概念之下，有關區別「換匯」與「通匯」的說明，見張天一，同註129，頁67。

元照出版提供　請勿公開散布。

㈡匯兌與代理收付的區別

1. 以「支付背後有無實際商品或服務為交易基礎」作為區分標準？

上述「區別匯兌與代理收付」的問題，在我國電子支付機構管理條例（下稱「電支條例」）第3條第6款明定了「代理收付實質交易款項」以及同條第8款「辦理國內外小額匯兌」的立法定義後，聚訟尤烈。

最高法院刑事第四庭於2022年時，即以上開電支條例的相關規定為基礎，認為：「……所稱之『代理收付』，原則上係指有特定之交易目的，須基於一定之原因事實而發動，即買賣雙方係以實際商品或服務為交易基礎，由中介者本此基礎而為代收轉付之資金移轉，以與所謂『匯兌』行為，基本上係不問原因事實，具無因性為區別。……銀行法對於何謂『匯兌業務』既無同法第29條因實例的累積，衍生『視為收受存款』之相類定義，顯然對於相對單純何為『代理收付』或『匯兌業務』，應得區別，自得以前開關於電子支付之區分做為借鏡及基礎，不能一有代理收付行為即認屬銀行法或其他相關法律之匯兌行為……。……關於『匯兌業務』及『代理收付』之概念相關法律既已明確定義，適用於銀行法時，自應與時俱進，若再以財政部前揭過時函釋內容判定行為人是否經營匯兌業務，未免失之過寬，動輒得咎，與刑法上之罪刑法定及謙抑原則自相違背，不得不慎……」[132]。

對於最高法院上述的立場，我國文獻表達贊同者有之[133]，表

---

132 見最高法院111年度臺上第1327號判決，判決理由二、㈠之部分。

133 林育廷，銀行法匯兌定義之實務發展——與代理收付之區辨，當代法律，8期，頁116，2022年8月；該文於頁114引用金管會2010年金管銀票字第09900374990號函、2011年金管銀票字第10000043180號函為證，認定代理收付款項之第三方支付為一般商業交易，無違反銀行法之虞。

元照出版提供　請勿公開散布。

達質疑立場者亦有之[134]。對於此處的爭議，本文認同後者的立場。換言之，依本文之見，廣義來講，匯兌的確可以包括到代理收付的概念；並且，匯兌的概念需要一定程度的限縮，應該也是沒有疑問的，但是否可以用「資金移轉的背後有無實質交易」作為區分的標準，則是令人懷疑的。因為：

第一、從比較法觀之，德國文獻早已明確指出，ZAG第1條第1項第2句第6款在解釋上本即可以包含到託收業務，因此當然會有限縮解釋的需求（見本文上述參、一、㈢、*1.*、⑵之部分），儘管類似的問題也出現在我國，但不管是匯兌或者是代理收付，客觀上可見者，都只是一筆資金的移轉而已，恐怕無法單純以資金流動的目的是否是為了履行實質交易或服務，作為合理化的依據。否則比起背後有「實際商品或服務為交易基礎」的資金流動來講，外籍移工將辛苦賺來的薪水透過地下匯兌網路交給故鄉的親人，履行其扶養義務，恐怕更是理所當然、天經地義，但後者卻毫無疑問地被歸類到典型的地下匯兌行為，難到這可以被解釋成「為了履行故鄉親人扶養義務的代理收付款項」？

第二、如果ZAG管制匯兌的理由——亦即：國家對於金融體系的監管——在我國也沒有不同的理解，那麼一筆資金移轉背後的動機，到底是為了履行交易的義務、扶養故鄉的親人，甚或是為了漂白犯罪所得，其實無關緊要，重點只是在於這筆資金的流動脫離了國家的監控。有疑問的只在於，哪一種類型的資金流動才可以不受國家監控？

134 廖崇宏，銀行法上匯兌業務法律概念與相關法制辯證——臺灣高等法院110年度金上訴字第36號刑事判決（櫻〇支付案）評析，同註131，頁62；同作者，論電子支付的基礎法律關係——以PChome線上支付與PayPal支付服務爲例，同註131，頁223。

元照出版提供　請勿公開散布。

除此之外，根據ZAG第1條第1項第2句第6款的規定，託收業務本即可能屬於匯兌概念之下的一種行為，依照ZAG第10條第1項第1句，以提供此類支付服務為常業者，本來也就必需獲得主管機關之許可。反觀我國，除了實務見解不當地將「清理債權債務關係」及「完成資金移轉」並列為匯兌行為的目的之外，立法者在銀行法只將「國內外匯兌業務」設定為銀行的專營業務，對於「代理收付款項」這種本質上有可能被劃歸到匯兌概念下的行為，卻僅列舉於銀行法第3條第14款中。這不僅造成了解釋上的困難，從金融監理的角度來講，只在電支條例第4條要求代理收付實質交易款項或小額匯兌需得主管機關之許可，也難脫輕重失衡之嫌[135]。

2. 德國法的借鏡

比起我國的現狀來講，正好是在代理收付與匯兌的區分問題上，顯示出了德國立法者在定義「資金移轉業務」時，更為縝密的思考。因為從ZAG第1條第1項第2句第6款的資金移轉業務明文要求必須是「僅為移轉金額的目的」來看，「託收」並不該當「僅」為移轉資金目的的要素。理由在於：

第一、作為ZAG立法基礎之一的「第一次支付服務指令」，其制訂理由的第6點提到：特定的領域應自支付服務指令的範圍中排除，指令的適用應該有所限制，應以支付服務業者「主要」係為支付服務使用者，提供支付服務者為限[136]。這其實也是前文介紹德國學說時，部分學說（見本文以上參、一、㈢、*1.*、⑴的部分）之所以會認為，應該以資金的移轉是否為「行為人的主要給付或者

135 相同立場，已見廖崇宏，銀行法上匯兌業務法律概念與相關法制辯證——臺灣高等法院110年度金上訴字第36號刑事判決（櫻〇支付案）評析，同註131，頁59；同作者，論電子支付的基礎法律關係——以PChome線上支付與PayPal支付服務爲例，同註131，頁221。

136 ErwGr 6. ZDRL., 05. 12. 2007 Amtsblatt der EU, L/319, S. 2

元照出版提供　請勿公開散布。

附隨給付」的原因之一，因為這是一種符合指令的解釋方式。

第二、德國法上的「託收」（Inkasso）雖然沒有明確的法律定義，但它指的主要是「業者為其客戶收取付款債權」之意，債權人其實是將收款的進行以「外包」（ausgelagert）的方式處理，常態性地由託收業者承擔債權人的委託，為其收取款項，託收業者對於外包的收款也必須進行應收帳款的記載（Debitorenbuchhaltung）[137]。果若如此，那麼這種支付進行的目的，就不是單純為了移轉資金而已，因為託收業者承擔了收款的義務，不管是代收款項或者簿記義務，都已經成為了他與委託人之間業務活動的經濟重心，收款的目的包括了託收業者自己對於委託人的給付義務，資金移轉背後的基礎行為與資金移轉的本身已經互為條件，無法分離，託收業務因此成為上開「個別・整體的觀察方法」中，應該適用「整體觀察方法」的典型案例[138]。此外，既然支付服務業者收款的目的已經算不上是「僅」為移轉資金，自然也就不合乎ZAG第1條第1項第2句第6款「供其（受款人）處分」的要素，因為此時資金移轉的目的，其實是託收人為了履行自己的任務[139]。既非資金移轉業務，自然不需要受到ZAG的監督。

第三、考慮到歐盟第二次支付服務指令將保護消費者的目的納入，則應該要受到保護的消費者，指的當然就是使用「支付服務／資金移轉業務」的消費者。當資金的移轉背後已經說不上是「僅為移轉資金」，而是以資金移轉以外的其他原因為主要目的時，那理論上來講，這些人就算不上是使用支付服務的「消費者」[140]，如

137 *Danwerth*, aaO. (Fn. 50), S. 248.
138 *Danwerth*, aaO. (Fn. 50), S. 248f.
139 *Danwerth*, aaO. (Fn. 50), S. 249.
140 *Danwerth*, aaO. (Fn. 50), S. 209.

元照出版提供　請勿公開散布。

果不適用ZAG的規定，而是依照其他的法律關係處理，應該也算情理之常。

就上開三點理由中的第一點與第三點來講，依本文之見，雖然我國沒有支付服務指令作為法源依據，因此在「符合指令的解釋方式」與「消費者保護」這兩方面，並沒有比附援引的必要。但這並不會影響到，我國對於「匯兌」的概念同樣有限縮解釋的需求。

考慮到我國電支條例第3條第6款就「代理收付實質款項」的定義——指接受付款方基於實質交易所移轉之款項，並經一定條件成就、一定期間屆至或付款方指示後，將該實質交易之款項移轉予收款方之業務——那麼如果認為，我國法上的代理收付與德國託收的概念其實沒有太大的差異，或者最起碼，如果認為代理收付其實是託收之下的一種概念，應不為過。

至於上開理由的第二點，其實已經實質上指出了「代理收付」（或託收）應該自資金移轉業務中排除的理由，代理收付之所以不是「僅為移轉資金」，並不是因為如我國最高法院所稱，買賣雙方背後有實際商品或服務為交易基礎，而是代理收付業者常態性地承擔了收取債權的委託，對於受託人負有應收帳款的記載義務，而與資金移轉進行的本身已經互為條件所致。

嚴格說起來，我國最高法院的看法，其實和前文（見本文以上參、一、㈢、*1.*、⑴之部分）的第三種觀點，亦即以支付服務業者是否參與「創造經濟價值」作為判斷是否該當「僅為移轉資金」要素的作法，最為接近。不過德國文獻對此業已明確指出，這種判斷方式不僅極易受到濫用，進而架空法律禁止地下匯兌的規定，也和ZAG第1條第1項第2句第6款作為截堵構成要件的性質不符[141]。參考ZAG對於資金移轉業務的定義，本文建議，我國法上匯兌的概念

[141] *Danwerth*, aaO. (Fn. 50), S. 209.

元照出版提供　請勿公開散布。

亦應以「僅為移轉資金為目的」的行為為限，始為的論。我國實務認為匯兌可以具備多重目的設定的觀點，應該有補充或修正的必要。

二、地下匯兌構成組織犯罪

組織犯罪防制條例第2條規定：「第1項本條例所稱犯罪組織，指三人以上，以實施強暴、脅迫、詐術、恐嚇為手段或最重本刑逾五年有期徒刑之刑之罪，所組成具有持續性或牟利性之有結構性組織。第2項前項有結構性組織，指非為立即實施犯罪而隨意組成，不以具有名稱、規約、儀式、固定處所、成員持續參與或分工明確為必要。」同法第3條第1項規定：「發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金；參與者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。但參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。」

先就組織犯罪防制條例的保護法益來講，釋字第556號解釋開宗明義的指出：犯罪組織存在，法律所保護之法益，即有受侵害之危險，自有排除及預防之必要。組織犯罪防制條例乃以防制組織型態之犯罪活動為手段，達成維護社會秩序及保障個人法益之目的……。從以上的說明可以發現，在集體法益的部分來講，我國大法官認為組織犯罪防制條例保護的法益與德國文獻主張德國刑法第129條的保護法益，基本上並沒有太大的不同，都是以公共安全或者國家秩序為主。如果硬要說與德國文獻的觀點有何差異，大概就是上開解釋明確地將「維護社會秩序」和「保障個人法益」這兩個目的並列。至於這兩個目的彼此之間的關係，孰先孰後，或者組織犯罪對於分則各該罪名有著怎麼樣的意義，並沒有辦法從解釋文中探求出大法官的真意。

礙於篇幅所限，本文無法對文獻上眾多討論集體法益和個人法

元照出版提供　請勿公開散布。

益之間關連性的觀點，做詳細的論證[142]。不過不管是學說上哪一種詮釋集體法益的理論，基本上都肯定刑法有保護集體法益的必要，差別只是在於，集體法益與個人法益之間到底需不需要存在一定程度的依存或派生關係，或者是在弱化與個人法益間關連性的前提之下，集體法益可不可以有獨自保護的利益——並且如果有的話，應該如何建構其實質內涵——而已[143]。

在肯定集體法益有獨自存在意義的前提之下，那麼即便釋字第556號解釋將「維護社會秩序」和「保障個人法益」的目的並列，也不會影響到前者才是制裁組織犯罪的主要理由；個人法益的保護因此仍然是分則其他各罪名的任務，或者只會反射性地為組織犯罪防制條例的保護範圍所及。將組織犯罪防制條例的保護範圍「直接」及於個人利益，不僅會造成制裁結構上的疊床架屋，影響到處罰組織犯罪的正當性，也會因為制裁的效力範圍直接及於個人法益，而影響到構成要件的解釋方向。此種操作方式是否妥適，不無疑問。由此也不難理解，為何德國多數文獻會認為該國刑法第129條存在的目的，並非只是對於分則各該罪名的提前保護而已（見本文以上參、二、㈣的部分）。

從保護集體法益的目的出發，即便是在我國，也可以進一步推導出，組織犯罪防制條例第2條、第3條的構成要件應該是抽象危險犯的結論，侵害個人法益的實害結果因此是不需要的。

其次，既然地下匯兌的處罰在我國也以集合犯、常業犯為前提，則只要參與地下匯兌網路的成員達到三人以上，理論上就已經

142 近期詳盡介紹、整理集體法益的成立要件與實質內涵的我國文獻，見陳俊偉，食品刑法有無保護集體法益之可能？——一個立於法益理論而來的立法論思考，中研院法學期刊，30期，頁1以下，2022年3月。

143 陳俊偉，同前註，頁14以下。

元照出版提供　請勿公開散布。

該當了持續性的要素。依照2018年組織犯罪防制條例第2條修正理由三、的說明可知，立法者認為追求利潤之牟利性可以為組織犯罪的特徵之一，但非必要之特性，所以才將持續性與牟利性改為「或」的擇一要素。從第2項「結構性組織」的定義來看，三人以上共同參與常業地下匯兌的網路應該也不致於無法該當此一概念，因為地下匯兌網路本來就不見得一定有名稱、規約、儀式或者固定處所，匯兌行為雖然要能符合常業犯或集合犯的概念，但結構性組織本來也就不以成員有持續參與或有明確分工為必要。據此，成員三人以上的常業地下匯兌組織不論有無牟利性，應該都無礙於該當犯罪組織的概念。姑且不問是否要將德國法上「超越個人的共同利益」的概念引入，最起碼BGH刑事第三庭在【案例1】中提出的各種「外在情狀要素」，例如：三人以上有組織性的勾結、跨境的組織結構、特定成員製作帳目紀錄、擺脫國家監控、迴避金融監管等，對於組織犯罪來講的重要特徵，未來或可成為我國實務家在判斷地下匯兌是否構成組織犯罪時的參考依據。

最後，常業非法地下匯兌，違反銀行法第125條的法律效果，為三年以上十年以下之有期徒刑，也符合「最重本刑逾五年有期徒刑之刑之罪」的要素。準上所述，只要是發起、主持、操縱或指揮常業地下匯兌之人，應可構成組織犯罪防制條例第3條第1項前段的規定，對於常業參與從事地下匯兌行為者，則可以同法第3條第1項後段的規定相繩。

三、沒收的類型與範圍

既然常業地下匯兌在我國與德國類似，都可以構成銀行法第29條第1項、第125條第1項非法經營匯兌業務罪，以及組織犯罪防制條例第3條第1項的參與犯罪組織罪，那麼在沒收的問題上，分別以此二罪名為討論的重心，即屬合理的作法。只不過，一方面因為沒

元照出版提供　請勿公開散布。

收在我國與德國法上的定性不盡相同，他方面也由於我國刑法中並沒有關連客體的規定，因此在沒收的問題上，我國可以、也應該要有不同於德國的處理方式。

㈠地下匯兌的「犯罪所得」

1. 我國實務與學說的觀點

不管是我國的實務或學說見解，對於地下匯兌「犯罪所得」的問題，多僅圍繞著「加重構成要件」的面向討論。這一點或許和銀行法第125條第1項後段在2018年修正之前，以「犯罪所得達新臺幣一億元以上」作為加重處罰的規定有關。

實務上來講，在上開規定修正之前，在討論加重構成要件的脈絡下，針對地下匯兌「犯罪所得」金額的計算方式，最高法院第106年度第15次刑庭會議決議曾對此明確表態，認為應該採取「匯兌總額」作為計算犯罪所得的基礎。主要理由約莫有[144]：

第一、銀行法第29條既然將收受存款、受託經理信託資金、公共財產，以及辦理國內外匯兌等業務並列，於同法第125條第1項計算犯罪所得時，即無為不同解釋之必要。

第二、犯罪所得越高，對社會金融秩序危害越大，2018年修正前，銀行法第125條第1項之增修理由亦言明「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」，故非法經營匯兌業務之犯罪所得，應為收款總額，非僅指實際獲得利潤，亦不需扣抵行為人依約交付之金額。

第三、最高法院第102年第14次刑庭會議決議㈡曾就銀行法第125條第1項後段之吸金犯罪類型，採取總額說之見解，如此方足以

[144] 以下理由，整理自最高法院第106年度第15次刑庭會議決議。

元照出版提供　請勿公開散布。

反應非法經營銀行業務之真正規模。同屬該法第125條第1項處罰對象之違法匯兌自應為相同之解釋。

第四、違法經營匯兌業務的可罰性，在於違法辦理國內外匯兌業務，而非有無因該等匯兌業務而獲利。

至於學說見解方面，就此議題，約末有以下幾種立場。

第一種觀點認為，應以地下匯兌業者所收取的「手續費」，為沒收的犯罪所得。理由包括[145]：第一、行為人違法辦理匯兌業務的目的，在於賺取匯兌的手續費，自文義解釋出發，自應以因匯兌行為所收取之手續費為犯罪所得。第二、銀行法第29條列舉之業務包括收受存款、受託經理信託資金、公共財產，以及辦理國內外匯兌業務，各項業務性質不同，型態迥異，本無為同一解釋之必要。第三、即便（修正前）銀行法第125條第2項有犯罪所得達一億元以上的加重條款，但「加重處罰的犯罪所得」與「沒收的犯罪所得」目的不同，二者也未必非得做相同解釋不可。第四、吸金規模越大，越應加以制裁，並不當然可以導出應該採取總額說的見解。

第二種見解則是主張，應以「辦理銀行匯兌業務所得之管理費、手續費、匯率差額或其他名目之報酬、財產上利益」為犯罪所得。主要理由有[146]：第一、相較於違法吸金、內線交易等犯罪，地下匯兌對於金融秩序造成的影響較為輕微。第二、地下匯兌業者取得匯兌款項後，依其業務性質，必須於收款同時或短期內交付他人，並未於吸金後進行資本操作，非法匯兌業者僅能以賺取匯率差額、管理費、手續費等名目獲利。

---

145 江朝聖，論銀行法中違法辦理匯兌業務罪之犯罪所得計算，存款保險資訊季刊，31卷2期，頁68以下，2018年6月。

146 林志潔、蔡譽伊、蔡心雅、陳夢翔、孫永蔚，非法從事匯兌業務之犯罪所得計算，全國律師，2017年11月號，頁6以下，2017年11月。

元照出版提供　請勿公開散布。

此外，儘管是在討論「非法收受存款罪」的脈絡之下，我國學說對於「沒收犯罪所得」的計算方式，亦有不同的立場。部分學說輔以計算利得沒收的審查體系，依序檢驗後認為，應該以「原始吸金規模」為犯罪所得沒收的範圍。主要理由在於：違法吸金所得之資金，就是一種金錢利得，並且幾乎無例外地會和吸金者的自有資金或他人出資產生混同，因此實際上只能也只應宣告相當於吸收資金的沒收（追徵），除已實際發還給被害人外，不需扣除；並且認為，在立法論上應以廢除一億元之加重條款為宜[147]。

不過也有學說見解從保護法益的觀點出發，主張如果禁止非法經營銀行業務的保護法益在於「確保國家金融監理體系的有效性，其不法內涵在於違背申請設立銀行許可之義務」的話，那麼本罪之犯罪所得應是行為人「未踐行上述銀行設立程序所節省的勞力、時間及費用」[148]。

2. 本文的觀察

雖然在2018年時，銀行法第125條第1項已經將原本的「犯罪所得」以「因犯罪獲取之財物或財產上利益」代之，使得本罪「利得沒收」的判斷可以回歸到單純「犯罪所得」的認定，不再受到加重條款解釋的影響，但這並不代表犯罪所得的計算問題也一併獲得解決。如果單就沒收的部分來講，如何認定地下匯兌的犯罪所得，參酌BGH刑事第三庭的操作方式，在我國應該也可以大致區分為以下幾個部分加以討論。

---

147 林鈺雄，違法吸金罪之一億條款及犯罪所得沒收——評最高法案104年度台上字第1號判決，月旦刑事法評論，1期，頁12以下，2016年6月。

148 薛智仁，非法經營銀行業務罪之犯罪所得（下），月旦法學教室，150期，頁60以下，2015年4月。

元照出版提供　請勿公開散布。

⑴地下匯兌收取之佣金或報酬

從本文選錄的【案例2】與【案例3】可知，BGH刑事第三庭認為地下匯兌的犯罪所得，應該僅及於地下匯兌業者所收取的佣金或報酬。考慮到因為進行地下匯兌的過程中，「淨流入」行為人方面的資產數額，這樣的觀點在我國應該也是可以贊同的。因為：既然利得沒收的目的在於徹底剝奪行為人因犯罪所獲得的利益，那麼對於這一部分的沒收，在我國應該也是最沒有爭議的。

由於地下匯兌業者收款後，其收取的金額將會與自有的資金混同，而由地下匯兌業者取得所有權。因此，就地下匯兌業者所收取的佣金或報酬來講，應該依我國刑法第38條之1第1項之規定，為義務沒收之宣告。未經扣案的部分，則應該依同條第3項為義務追徵之宣告。本於此部分之金額更有所得者，應該依同條第4項之規定，一併沒收或追徵。

⑵（扣除佣金或報酬以外的）匯兌金額作為犯罪所得？

除了上開淨流入獲利的部分之外，是否可以連同（扣除佣金或報酬以外的）「匯兌金額」一併當成犯罪所得加以沒收，雖然迄今為止，在我國尚罕見有文獻著墨。不過對於此問題，本文則傾向採取否定的立場。畢竟（扣除佣金或報酬以外的）匯兌金額會因為行為人在收款同時或短期內即需交出，而具備「過水財」的性質，難以認為是犯罪所得。

此外，與德國相同的是，依照我國銀行法的規定，私人之間偶一為之的匯兌行為並不在處罰之列。既然銀行法並不禁止私人間偶一為之的匯兌契約，則表示處罰地下匯兌的重點，在於行為人常業性地違背國家監管的要求，而不是私人匯兌契約的可罰性。因此，即便我國刑法沒有如同德國刑法第73d條第1項一般，有「確定犯罪所得之價值時，得扣除正犯、共犯或第三人之支出，但為實行或預備犯罪之支出或花費，如與對犯罪被害人履行給付義務無關者，不

元照出版提供　請勿公開散布。

在此限」的明文規定，光從「單次」匯兌契約在私法上的合法性來講，肯定說就難以令人贊同。因為說到底，可罰的並不是「私人間偶一為之的匯兌」，而是「未受許可常業經營的地下匯兌」。肯定說有忽視「單次匯兌行為的合法性」，不分青紅皂白，一杆子全部打成非法行為的疑慮。

至於上述我國文獻中，將違反銀行法第125條第1項的犯罪所得，限縮在「未踐行上述銀行設立程序所節省的勞力、時間及費用」的立場，認為「不法之財產利益亦限於單次違反申請義務所節省的勞力、時間及費用，沒有必要依據經營行為之次數累計」的主張[149]，也是令人難以贊同的。因為：非法經營銀行業務固然是違反國家金融監理的要求，但這並不代表只要「完成一次性的銀行設立程序」之後，就可以不再受到監管；相反的，正是因為「成為銀行」以後，才會受到更多持續性的監管，要遵守的規定更多。非法經營地下匯兌既然是以之為業，當然也不會只有「未完成一次性的銀行設立程序」之後的「第一筆地下匯兌的金額」才是違背監管要求的，而是「每一筆」透過地下匯兌移轉的資金「都是違背監管要求」的。既然本罪具有集合犯、常業犯的性質，計算沒收的犯罪所得時，就理應將「每一筆資金移轉所『收取之佣金或報酬』『累計』」才是[150]。上述限縮處理的觀點有將實體法上罪數的計算與利得沒收的目的相互混淆的嫌疑。

⑶（扣除佣金或報酬以外的）匯兌金額作為犯罪工具

不能以犯罪所得的方式沒收匯兌金額，不代表不能以其他的方式加以沒收。這一點從BGH刑事第三庭在【案例2】與【案例3】中，將匯兌金額當成關連客體來沒收，就可以略見端倪。

---

149 類此觀點，見薛智仁，同前註，頁62。

150 結論上與本文立場相同者，見江朝聖，同註145，頁70。

元照出版提供　請勿公開散布。

到底要不要引進關連客體的規定，固然是一件見仁見智、值得討論的議題。只不過就現行法來講，關連客體在我國只是一個存在於學說上的概念，我國立法者並沒有在沒收新制當中，設計關連客體沒收的規定。更何況，即便是依照德國法，關連客體的沒收也以法律有明文規定者為限；如果我國刑法連關連客體的規定都沒有，又要如何依照所謂關連客體沒收的特別規定，為沒收之宣告？關連客體的概念在此妾身不明、法無明文的狀況下，如果經常為我國實務所混淆或誤用的話，自然也就不足為奇了[151]。

事實上，如果我們理解了德國法上關連客體沒收需要特別規定的原因（見本文上述參、三、㈠、*2.*、⑴的部分），就不難得知，關連客體本身其實也可以是一種「廣義的犯罪工具」；它與犯罪工具的區別，僅在於其「被動性」。關連客體雖然沒有像犯罪工具一樣，對於犯罪目的有所促進或者貢獻，但這並無礙於關連客體在整個犯罪流程中，確實受到了「使用」的事實。此外，既然依我國法的立場，犯罪工具的沒收，在性質上已經不是刑罰，那麼就我國法的現況來講，匯兌金額（關連客體）的確有可能透過採取寬鬆理解犯罪工具的方式，以「供犯罪所用之物」之名，加以沒收[152]。

---

151 林鈺雄，同註104，頁76以下。

152 不同意見，許恒達，參考德國文獻，主張嚴格地去理解犯罪工具必需具有推進、促成犯罪的「功能之事理關連性」，並且對於「供犯罪所用」做限縮的解釋，進而提出應該將關連客體排除於犯罪工具的觀點。見氏著，同註109，頁41以下。不過本文認爲，此一觀點如果站在德國刑法第74條至今爲止仍被通說認爲具備刑罰或類似刑罰的特性，本條的沒收宣告，必需作爲一種量刑事由加以考量的立場，固屬無可厚非，因爲刑的輕重對於當事人當然至關重要，嚴格地去認定犯罪工具，避免對於行爲人做過度的量刑，理所當然。不過考慮到我國的立法者在修訂刑法沒收的章節時，不管是在犯罪工具、犯罪產物或者犯罪所得的利得沒收上，都已經全面做出「去從刑化」的宣示，不論是哪一種型態的沒收，在我國都已經是「刑罰與保安處分以外獨立的法律

元照出版提供　請勿公開散布。

本文此處的立場，特別是在我國刑法沒有明文規定關連客體的前提下，更能彰顯刑法第38條第2項「供犯罪所用、犯罪預備之物『得』沒收之」的存在意義，以及本條修正理由三、所稱「……由法官審酌個案情節決定有無沒收必要」的精神。換句話說，那些在學說上被認為是「關連客體」的物品，站在我國法的立場，均應由法官在個案中考量這些物品與犯罪行為之間，所涉入的關連程度，來決定是否以「犯罪工具」的方式沒收。

也正是因為從我國法沒有關連客體明文規定的角度出發，所以本文不贊同部分學說認為「犯罪物裁量沒收」與「過苛條款」之間有「疊床架屋」之嫌的批評[153]。此種觀點忽略了前者考量的是各該物品與犯罪行為之間涉入的程度與關連性的高低，後者觀察的重點，則是針對宣告沒收之後，對於受宣告者在經濟上是否難以為繼；前者是發動沒收要件的問題，後者是發動沒收後效果的問題，

效果」，那麼嚴格要求認定犯罪工具的觀點，恐怕就已經失所附麗。事實上，許教授在上開大作刊登前，採取的正是與本文相同的立場。見氏著，同註109，頁45，註腳26；該文註腳25亦表示，如採取許教授變更後的見解，則因懲治走私條例之相關犯罪並無沒收規定，將出現無法沒收犯罪客體的窘境。平心而論，如果我國也能夠有德國一般的立法品質，那麼認爲法律沒有明文關連客體的沒收規定時，是立法者有意地留白，不予沒收，所以不應回歸到犯罪工具的方式處理，或許還比較能夠令人接受。不過以我國的現況來講，如果在特別法中沒有針對某些罪名設計關連客體的沒收規定，那麼立法者「思慮未及於此」的可能性，或許還更爲貼近真實。據此，基於：第一、將關連客體理解成犯罪工具，並沒有超過「供犯罪所用」的可能文義；第二、犯罪工具的沒收在我國欠缺刑罰的特性，其法律效果也只是「得」沒收，而不是「應」沒收，本文仍然選擇支持許教授變更見解之前的立場。

153 王皇玉，2015年刑事法發展回顧：刑法沒收制度之變革，國立臺灣大學法學論叢，45卷特刊，頁1631，2016年11月；薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015年沒收實體法之立法疑義，國立臺灣大學法學論叢，47卷3期，頁1093，2018年9月。

元照出版提供　請勿公開散布。

批評見解有將此二不同層次的問題混為一談的嫌疑。

⑷犯罪工具沒收的封鎖效果？

如果願意贊同本文上述「匯兌金額可以以犯罪工具之名沒收」的立場，那麼接下來還必須面對兩個隨之而來的問題：第一、相對於利得沒收來講，犯罪工具的沒收在我國是不是一樣具有優先性？在同一構成要件中，是否會產生如同德國刑法第74條一般的封鎖效果？第二、對於這類未扣案的匯兌金額，其追徵是否如德國刑法第74c條第1項所稱的「沒收無著」為限？

先就第一個問題來講，德國法因為「關連客體」在定義上與「犯罪工具」或「犯罪產物」互斥的關係，以致於在同一構成要件中，一旦被認為應適用該國刑法第74條第2項，其沒收就必須以有特別規定者為限，此時如果回頭去適用該國刑法第73條以下的利得沒收，將會使得關連客體需要沒收特別規定的要求成為具文。但是我國因為沒有關連客體沒收的規定，因此沒有討論關連客體沒收是否優先於利得沒收的必要。所餘者，僅犯罪工具與犯罪所得的競合問題而已。

至於在同一構成要件中，犯罪工具與犯罪所得競合的問題上，為免造成沒收的範圍過於廣泛，BGH刑事第三庭則是認為，該國刑法第74條第1項的規定相較於同法第73條以下的規定，也應該優先適用（見本文上述參、三、㈡、*2.*的部分）。並且，依照德國通說見解，德國刑法第74條以下的沒收仍然具備類似刑罰的特性，屬於量刑時必須考慮的範圍，從而該國刑法第74條之沒收，以行為人受到有罪判決為前提。從德國利得沒收只需要「構成要件該當＋行為具備違法性」的要求來講，如果認為犯罪工具的沒收應該優先於利得沒收，應該會是可以接受的一種結論。只不過，這樣的結論是否也當然適用於我國，本文則是認為有待斟酌。因為：

第一、如前所述，不同於德國刑法第74條以下的規定仍具備類

元照出版提供　請勿公開散布。

似刑罰的特徵，我國的立法者在修訂刑法沒收的章節時，不管是在犯罪工具、犯罪產物或者犯罪所得的利得沒收上，都已經大刀闊斧地全面做出「去從刑化」的宣示，不論是哪一種型態的沒收，在我國都已經是「刑罰與保安處分以外獨立的法律效果」[154]。據此以言，若要說犯罪工具的沒收對於利得沒收，會有如德國法一般的封鎖效果，恐怕未必。

第二、儘管犯罪工具和犯罪所得一樣，廣義上來講都可以是「在犯罪的任何一個階段流入行為人處的財產」，並且依照德國法，犯罪工具還必須與犯罪行為有更緊密的關連，對於犯罪要能夠有所促進或貢獻，那麼比起犯罪所得來講，犯罪工具的沒收的確是較為嚴格的。但是考慮到我國刑法並沒有關連客體的規定，如果願意支持本文「寬鬆理解犯罪工具」的觀點，將關連客體當成廣義犯罪工具的一種，那麼不僅關連客體那種「特殊犯罪關連」的特性會受到淡化；就連犯罪工具必須對於犯罪要有積極促進或貢獻的要求，恐怕都不甚鮮明。果若如此，相對於犯罪所得，犯罪工具的概念是否還能特別到「產生封鎖的效果」，似乎就有待商榷。

第三、就算認為德國立法者對於沒收犯罪工具的要件，設定了高於沒收犯罪所得的要求，所謂的「封鎖效果」也只是可能的選項之一，並不是非得如此不可的結論。畢竟，犯罪工具的沒收與犯罪所得的沒收有各自不同的考量基礎，並存適用並非毫無可能[155]。

第四、依照我國刑法第38條第2項，犯罪工具性質上是「得」沒收，同法第38條之2第2項過苛條款的規定也及於沒收犯罪工具的部分，BGH刑事第三庭認為沒收範圍過廣的疑慮，在我國並不是

154 林鈺雄，新刑法總則，12版，頁716，2024年9月。

155 許絲捷，沒收之競合——以煙毒犯爲例，載：沒收新制㈤沒收實例解析，頁155，2020年10月。

元照出版提供　請勿公開散布。

沒有控制的空間。

第五、特別是在地下匯兌的案件中，如果肯定匯兌金額具有「過水財」的特性，無法被認為屬於犯罪所得，那麼討論犯罪工具的沒收是否會對犯罪所得的沒收產生封鎖的效果其實意義不大，因為此時——除了收取的佣金或報酬外——根本沒有犯罪所得存在。

綜上所述，本文認為（扣除佣金或報酬後的）匯兌金額，在我國法的語境之下，應該以沒收犯罪工具的方法處理即可，由法院視其與犯罪行為間涉入關連性的高低，裁量決定是否沒收。至於封鎖效果的問題，則因為匯兌金額不屬於犯罪所得，所以在地下匯兌的案件中沒有討論的必要。

⑸犯罪工具沒收無著的追徵

其次，就「未扣案的匯兌金額，其追徵是否如德國刑法第74c條第1項所稱的沒收無著為限？」的問題來講，我國刑法第38條第3項雖然有「前二項之沒收，於全部或一部不能執行沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」的規定，但此處所謂的「全部或一部不能執行沒收或不宜執行沒收」是否等同於德國刑法第74c條第1項所稱的「沒收無著」，不無疑問。

就此而言，我國刑法第38條的修正理由「……五、考量供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物如價值昂貴，經變價獲利或轉讓予他人，而無法原物沒收，顯失公平，援增定第四項，就全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額……。」的說明，或許可以作為尋找答案的蛛絲馬跡。從上開的修正理由可知，我國立法者對於犯罪工具的追徵，也是以該客體因為犯罪行為而產生了得沒收的狀態後，行為人故意使沒收成為不可能，干擾沒收的執行，才會有進一步追徵其價額的必要。

據此可知，即便是在我國，BGH刑事第三庭認為「地下匯兌的行為人將匯兌金額交付給他人，屬於地下匯兌行為構成要件的一

元照出版提供　請勿公開散布。

部分」的觀點，應該也是值得支持的。因此，本文認為，「得」以經營地下匯兌為由而沒收的犯罪工具（＝扣除佣金或報酬後的匯兌金額），也應以經扣案者為限，始為妥當。

㈡組織犯罪的沒收

最後，由於不同構成要件之間，本來也就沒有沒收封鎖效果的問題。不能以違反銀行法的規定加以沒收，並不代表不能用參與犯罪組織的規定來沒收。因此地下匯兌成員收取的資金（包括收取的報酬與僅供匯兌的金額）都可以是組織犯罪防制條例第3條第1項「參與犯罪組織罪」的犯罪工具，依我國刑法第38條第2項之規定予以沒收。也由於在我國並行適用犯罪工具與犯罪所得之沒收並非不可能，所以在兩者競合的情形，除了犯罪工具的沒收之外，另外以宣告利得沒收的方式處理，也是可以接受的。

此外，與德國刑法第74a條第1款的規定類似，縱或認為上述的犯罪工具非屬於犯罪行為人所有，依我國刑法第38條第3項的規定，對於犯罪行為人以外之人，因為無正當理由而提供或取得前揭物品時，亦得為沒收之宣告。因此在以犯罪工具之名宣告沒收的問題上，應該不致於產生漏洞。

只不過，不管是上述哪一種的沒收宣告，法院都應謹記，在遇有對受宣告人造成經濟上無以為繼的情形時，宜善用過苛條款為適度之調節，方為妥適。

伍、結　語

在對於德國與我國處理地下匯兌的現狀，做出略顯複雜的說明之後，我們發現兩國在處理相關的議題時，雖有若干共通之處，但在部分的問題上，考慮到兩國立法者不同的目的設定，也可以有不

元照出版提供　請勿公開散布。

同的處理方式。

先就地下匯兌部分的制裁來講，兩國對於地下匯兌的處罰，都以符合常業或者集合的概念為限。不過在匯兌概念的定義上，比起我國銀行法對此毫無說明的作法，ZAG的立法者有著更周全的考慮，對於匯兌行為做出了「僅為移轉資金目的」的要求。相較我國實務傳統以來，認為匯兌行為可以有複數以上的目的，ZAG的規定方式的確可以相對有效的達到限縮處罰範圍的效果。對於「代理收付」與「匯兌行為」之間的區別，德國文獻也提供了我們值得參考的方向。

其次，BGH刑事第三庭在近年來一系列的裁判中，都肯定了地下匯兌系統可以該當德國刑法第129條第1項的參與犯罪組織罪，這一點在我國則是向來未曾受到重視的。未來我國實務家們或許可以參考BGH歸納地下匯兌網路可以構成組織犯罪的若干「外在情狀要素」，例如三人以上有組織性的勾結、跨境的組織結構、特定成員扮演的角色、擺脫國家監控、迴避金融監管等特性，對於我國從事常業地下匯兌之人，以組織犯罪防制條例相繩。

此外，在沒收的問題上，則是因為我國欠缺關連客體的規定，以及不同於德國刑法第74條以下的沒收仍然具備刑罰的特徵，我國立法者已經將所有的沒收類型完全地去「從刑化」，所以兩國間可以有部分相同，也應該有部分不同的處理方式。

具體而言，就犯罪所得的沒收來講，兩國不妨做相同的處理，均應將利得沒收限制在地下匯兌收取之「報酬或佣金」的部分。我國實務上採取匯兌總額說的觀點，宜有修正之必要。

就扣除報酬或佣金之後的匯兌金額來講，由於我國刑法並沒有「關連客體沒收」的規定，考量到德國法上關連客體沒收需要特別規定的原因，以及它與犯罪工具間某程度上的類似性，本文建議在我國以「寬鬆理解犯罪工具」的方式，對匯兌金額以犯罪工具之名

元照出版提供　請勿公開散布。

宣告沒收即可。

並且，相對於德國刑法第74條（犯罪工具、犯罪產物與關連客體的沒收）在適用上，有優先於同法第73條（利得沒收）的特性，在我國則是因為沒收的性質均已去從刑化，因此在操作上並沒有完全沿襲德國法的必要，並行適用數種沒收的手段，在我國仍然是可以接受的選項之一。在組織犯罪沒收的問題上亦復相同，只不過不管是採取哪一種沒收方式，法院均宜注意過苛條款的運用，避免對於相對人做出過度的沒收宣告。

總的來說，地下匯兌可以討論的問題其實還有很多，不管是匯兌行為的例外規定、地下匯兌與洗錢防制的關係、組織犯罪以及沒收類型等的問題，這些主題各自都值得以單獨一篇以上的論文，做更近一步的處理。本文選擇裁判分析的研究方式，絕對說不上是最好的，但是考量到以案例的說明方式可以使讀者相對快速地抓到爭議重點，避免在閱讀上因為過量資訊造成過度的負擔，以具體案例作為說明對象的作法，或許仍然是勉強可以接受的。不過也是因為這種研究方法無法全面性的深入個別議題，以致於在若干問題的論述上受到了限制。

作為一篇比較法上的拋磚引玉之作，如果可以因此吸引我國學界與實務先進們，共同針對地下匯兌相關的諸多問題，做出更為深化的在地研究，那麼這篇粗淺拙文的為文初衷，勉強也就算是達成了。

元照出版提供　請勿公開散布。

參考文獻

一、中　文

1. Wittig著，惲純良、許絲捷譯，經濟刑法，繁體中文第一版，2022年10月。
2. 王文宇、林育廷，票據法與支付工具規範，2008年3月。
3. 王皇玉，2015年刑事法發展回顧：刑法沒收制度之變革，國立臺灣大學法學論叢，45卷特刊，頁1615-1648，2016年11月。
4. 江朝聖，論銀行法中違法辦理匯兌業務罪之犯罪所得計算，存款保險資訊季刊，31卷2期，頁56-73，2018年6月。
5. 林志潔、蔡馨伊、蔡心雅、陳夢翔、孫永蔚，非法從事匯兌業務之犯罪所得計算，全國律師，2017年11月號，頁4-12，2017年11月。
6. 林育廷，銀行法匯兌定義之實務發展——與代理收付之區辨，當代法律，8期，頁112-119，2022年8月。
7. 林鈺雄，違法吸金罪之一億條款及犯罪所得沒收——評最高法案104年度台上字第1號判決，月旦刑事法評論，1期，頁5-18，2016年6月。
8. 林鈺雄，沒收新論，2版，2023年5月。
9. 林鈺雄，新刑法總則，12版，2024年9月。
10. 張天一，地下匯兌行為之可罰性與處罰範圍——對桃園地方法院105年度金簡字第1號刑事判決暨臺中地方法院106年度金重訴字第1923號刑事判決之檢視，裁判時報，92期，頁64-77，2020年2月。
11. 陳俊偉，食品刑法有無保護集體法益之可能？——一個立於法益理論而來的立法論思考，中研院法學期刊，30期，頁1-78，2022年3月。
12. 許絲捷，沒收之競合——以煙毒犯為例，載：沒收新制㈤沒收實例解析，頁149-158，2020年10月。
13. 許恒達，論犯罪客體之沒收，當代法律，24期，頁34-45，2023年12月。
14. 廖崇宏，論電子支付的基礎法律關係——以PChome線上支付與PayPal支付服務為例，興大法學，27期，頁157-251，2020年5月。
15. 廖崇宏，銀行法上匯兌業務法律概念與相關法制辯證——臺灣高等法院110年度金上訴字第36號刑事判決（櫻〇支付案）評析，裁判時報，131期，頁

元照出版提供　請勿公開散布。

56-63，2023年5月。

16. 薛智仁，非法經營銀行業務罪之犯罪所得（下），月旦法學教室，150期，頁58-67，2015年4月。

17. 薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015年沒收實體法之立法疑義，國立臺灣大學法學論叢，47卷3期，頁1053-1123，2018年9月。

二、外　文

1. *Achenbach*, *Hans*, Aus der 2021/2022 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht, NStZ 2022, S. 656ff.

2. *Bittmann*, *Folker*, Die Relativität der Einziehungstatbestände – und der „rein tatsächlichen Betrachtungsweise“, NStZ 2023, S. 202ff.

3. *Böger*, *Ole/Ellenberger*, *Jürgen* ua. (Hg.), Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 3. Aufl., 2020.

4. *Brand*, *Christian*, kriminelle Vereinigung zum Betrieb von Finanztransfergeschäften – Hawala-System, NJW 2021, S. 2979ff.

5. *Brand*, *Christian/Zivanic*, *Aleksandar*, Einziehung – Abgrenzung von Tatmitteln und Taterträgen, NJW 2022, S. 3092ff.

6. *Casper*, *Bürger/Terlau*, *Matthias* ua. (Hg.), Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG), 3. Aufl., 2023.

7. *Cirener*, *Gabriele/Hennig*, *Radtke* ua. (Hg.), Leipziger Kommentar, Bd. 6, 13. Aufl., 2020; Bd. 8, 13. Aufl., 2021.

8. *Danwerth*, *Christopher*, Finanztransfergeschäft als Zahlungsdienst, 2017.

9. *Danwerth*, *Christopher*, kriminelle Vereinigung zum Betrieb von Finanztransfergeschäften – Hawala-System, BKR 2021, S. 721ff.

10. *Eggers*, *Tobias/van Cleve*, *Fabian*, Einziehung in Hawala-Verfahren - §§73 ff. StGB bei Verstößen gegen das ZAG, NZWiSt 2020, S. 426ff.

11. *Eser*, *Alblin* ua., *Schönke*, *Adolf/Schröder*, *Horst*, StGB Kommentar, 30. Aufl., 2019.

12. *Findeisen*, *Michael*, „Underground Banking“ in Deutschland – Schnittstellen

元照出版提供　請勿公開散布。

zwischen illegalen „Remittance Services“ i. S. v. § 1 Abs. 1a Nr. 6 KWG und dem legalen Bankgeschäft. WM – Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2000, S. 2125ff.

13. *Fischer*, *Thomas*, StGB, 71. Aufl., 2024.

14. *Greier*, *Gunnar*, Voraussetzung einer „kriminelle Vereinigung“, jurisRR-StrafR 19/2021 Anm. 1ff.

15. *Hau*, *Wolfgang*/*Poseck*, *Roman* (Hg.), BeckOGK-BGB, 71. Aufl., Stand: 01. 08. 2024.

16. *Henssler*, *Martin* (Hg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 8. Aufl., 2020.

17. *Herzog*, *Felix*/Achtelik, *Olaf* (Hg.), Geldwäschegesetz (GwG), 4. Aufl., 2020.

18. *Hingst*, *Michael*/*Lösing*, *Carsten*, Zahlungsdiensteaufsichtsrecht, 2015.

19. *Huth*, *Oliver*, Hawala-Banking als Herausforderung für Polizei und Justiz, Geldwäsche & Recht, Nr. 03/2021, S. 90ff.

20. *Joecks*, *Wolfgang*/*Miebach*, *Klaus* (Hg.), Münchner Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2020.

21. *Kindhäuser*, *Urs*/*Neumann*, *Ulfrid*/*Paeffgen*, *Hans-Ulrich* (Hg.) Nomos-Kommentar StGB, 6. Aufl., 2023.

22. *Kudlich*, *Hans*/*Oğlakcioğlu*, *T. Mustafa*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., 2020.

23. *Ladiges*, *Manuel*, Keine Einziehung an den Täter zurückgeflossener Farlehensbeträge bei Darlehensgewährung im Rahmen unerlaubt betriebener Bankgeschäfte, WuB 11/2022, S. 497ff.

24. *Löffler*, *Christoph*, Die Straftatbestände des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes, 2016.

25. *Meyer zu Schwabedissen*, *Gustav* (Hg.), die Erlaubnis zur Erbringung von Zahlungsdienst, 2014.

26. *Nestler*, *Nina*/*Schiffner*, *Adrian*, Beteiligung am Hawala-System, NStZ 2022, S. 35ff.

27. *Omlor*, *Sebastian*, Kryptowährungen im Geldrecht, ZHR 183 (2019), S. 294ff.

28. *Reimer*, *Richard*, Rechtsfragen zum Finanztransfergeschäft, 2007.

29. *Saliger*, *Frank*/*Rüsse*, *Theresa*, Terrorismusfinanzierung in Deutschland –

元照出版提供　請勿公開散布

Ergebnisse der Forschungsstudie aus Anlass der ersten Nationalen Risikoanalyse, ZIS 2021, S. 326ff.

30. *Schäfer*, *Frank A./Omlor*, *Sebastian/Mimberg*, *Jörg* (Hg.), Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz Kommentar, 2021.

31. *Schneider*, *H. Uwe*, Hawala - Multikulti im Zahlungsverkehr, EuZW 2005, S. 513ff.

32. *Schröder*, *Christian*, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl., 2020.

33. *Schröder*, *Christian*, Hawala-Banking im Visier des Strafrechts: Strafbarer Verstoß gegen das Zag und Bildung einer kriminellen Vereinigung, WuB 2021, S. 560ff.

34. *Schwennicke*, *Andreas*/*Auerbach*, *Dirk*, Kreditwesengesetz (KWG) mit Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG) Kommentar, 4. Aufl., 2021.

35. *Taheri*, *Chorusch*, Das Hawala-System – eine zahlungsdiensterechtliche Variante im Fokus, BKR 2020, S. 133ff.

36. *Terlau*, *Matthias*, Zur Frage der Erlaubnispflichtigkeit der Entgegennahme und Weiterleitung von Entgelten für die Essensbestellung durch einen Vermittler, K&R 2011, S. 814ff.

37. *Türmer*, *Gabriele*, Kriminelle Vereinigung zum Betrieb von Finanztransfergeschäften – Hawala System, GSZ 2021, S. 265ff.

元照出版提供　請勿公開散布。

The Confiscation and Criminal Sanction of Illegal Remittance: Focus on Comparative Analysis of Three Judgments by the German Federal Court of Justice

Chun-Liang Yun*

Abstract

Sanctioning illegal remittance activities has become a global consensus. In Taiwan, sanctions on illegal remittances are primarily based on Articles 29 and 125 of the Banking Act. However, the Banking Act does not provide a legal definition of remittance services, leading to practical disputes in distinguishing between "collection and payment on behalf of another party" and "remittance" in legal practice. There are also differing opinions regarding the scope of confiscation in cases involving underground remittances. As Germany is the primary source of reference for Taiwan's criminal law, its legal framework may offer valuable insights. This article selects three judgments, issued since 2021, from the Federal Supreme Court of Germany, related to the

* Professor of Graduate School of Science and Technology Law, National Yunlin University of Science & Technology; Dr. Iur., Albert Ludwig University, Freiburg, Germany.

Received: September 29, 2024; accepted: June 16, 2025

元照出版提供　請勿公開散布

sanctioning of illegal remittances.

The controversies surrounding illegal remittances in Germany primarily concern three areas: the unlawful provision of payment services, organized crime, and the scope of confiscation. German legislators have narrowed the scope of punishment for remittance acts by legislating definitions for payment services (fund transfer business) and specifying exceptions. In practice, German courts consider underground remittance networks to constitute organized crime.

Regarding confiscation, German courts apply measures that reflect the distinct characteristics of the two aforementioned offenses. In addition to confiscating criminal proceeds, courts also impose other types of confiscatory measures. The German approach to handling illegal remittances may provide valuable guidance for Taiwan in addressing similar issues.

Keywords: Banking Act, Illegal Remittance, Collection and Payment on Behalf of Another Party, Organized Crime, Payment Services, Criminal Tools, Criminal Proceeds, Related Objects, Confiscation