

最高法院 108 年度台上大字第 3101 號案件

補充鑑定意見書

許恒達

（國立臺灣大學法律學院教授）

最高檢察署於收受本人鑑定意見後，又於 2020 年 11 月 12 日另提出言詞辯論補充意見書，其中有若干誤會本人見解與尚待商榷之處，爰提出補充鑑定意見書供 鈞院參考。

壹、本人見解的澄清

一、洗錢罪之成立是否以特定犯罪已發生或特定犯罪（下稱前置犯罪）已產生為必要

本人採取的見解為折衷意見，亦即若要在前置犯罪前發生，只能是間接正犯的利用行為，或是共同正犯的非構成要件行為之分擔，絕對不可能是洗錢罪直接正犯類型的構成要件行為，此點最高檢察署亦表認同，因此才認為提供帳戶者構成洗錢罪之共同正犯，而非直接正犯¹。

二、外國法參考功能

由於外國法洗錢罪有不同規範模式，提供帳戶者可能該當「持有洗錢」或「提供帳戶洗錢」，但這都是個別外國法制規範，必須依各該國家的規定及個案事實論處。在我國法上，洗錢防制法第 2 條第 3 款收受持有型洗錢罪構成要件中，已經排除前置犯罪行為人成立該類洗錢的可能性，因提供人頭帳戶者另外成立詐欺罪幫助犯，因此提供者不可能成立收受持有型洗錢罪名，而我國又無獨立的提供帳戶型洗錢罪，因此最高檢察署舉出的比較法參考例，對本案爭點釐清功能有限；若再考量外國法相關事實多是「提供帳戶後，同一行為人又擔任取款車手」，這與本案事實（行為人僅提供帳戶，而他人使用並領款）明顯不同。

如可接受上述看法，在法律規範不同、案例事實不同的前提下，最高檢察署認為有「帶給我們的啟發」²，即有待商榷。

¹ 參考最高檢察署，言詞辯論意旨書，頁 48；言詞辯論補充理由書，頁 7-8。

² 最高檢察署，言詞辯論補充理由書，頁 3。

貳、對本人鑑定意見質疑的回覆

一、提供帳戶者交出提款卡與密碼後，是否喪失對該帳戶的實質支配權限

最高檢察署認為本人採肯定說，筆者確實認為交出上述資料後，提供者已經喪失實質支配權限，不過必須說明兩點：

- 1、此項爭議無助於本案釐清，實務自始討論的議題即為，提供者是否成立掩飾隱匿型的洗錢行為。本案未曾討論提供者是否成立洗錢防制法第 2 條第 3 款的收受持有型洗錢罪，討論此項爭議的意義極度有限。
- 2、縱然不論上述爭議是否有意義，單就爭議本身而言，最高檢察署認為「提供者隨時可以辦理止付」，所以才能維持提供者的持有³。然此項見解不無誤會，「隨時可辦理止付」的意思即是「還沒辦止付，但有止付申請權」，既然還沒有辦理掛失止付，對於事實上帳戶內金額的處分權限，當然在提供一切相關必要資料與物件之後已經完全轉至取得帳戶之人，但若提供者事實上辦理止付後，就可以撤回原來已經喪失的持有權限。換言之，未辦止付前，即使有止付權限，仍因交付帳戶權限而喪失帳戶的實質支配權限，而辦妥止付之後，原來喪失的支配權限就取回。不可能因為「沒辦止付、但有權止付」而仍然有實質支配權限。
- 3、至於最高檢察署提及美國與英國成立「持有贓錢罪」的見解，縱然外國法如此，但這一點與我國法無關。而細究所謂「持有贓錢罪」，約略於我國法收受持有型洗錢，該類洗錢未曾於本案成為討論標的，而且，即使於本案解釋上考慮適用收受持有型洗錢，因其提供者在我國實務另行成立詐欺罪幫助犯，收受持有型的洗錢構成要件先行排除前置犯罪參與者的成罪可能性，故涉及前置犯罪不法行為的提供帳戶之人，不可能成立收受持有型的洗錢罪名。最高檢察署此項論點亦無助澄清本案爭議。

二、使用人頭帳戶收受被害人匯入款項本身是否構成洗錢

- 1、最高檢察署另行強調：「本署係主張使用人頭帳戶『收受匯款』時成立洗錢」⁴，並以本人提出之四階段犯罪實現過程為例：

(a)提供帳戶→(b)使用帳戶（告知被害人戶頭）→(c)收受匯款→(d)領取匯款

最高檢察署續而指出：「本件提案庭所審理之具體案件之犯罪事實，係已經到達(d)領取匯款之階段[...]故本次大法庭審理主軸並非如許教授所理解之限於

³ 最高檢察署，言詞辯論補充理由書，頁 5。

⁴ 最高檢察署，言詞辯論補充理由書，頁 6。

(a)階段的行為能否成立洗錢罪」。而就上述流程成立洗錢罪與否的疑義，最高檢察署始終強調「以人頭帳戶收款時是『掩飾真正權利人之身分』，而以人頭帳戶提款時則是『掩飾特定所得之去向或所在』，都構成洗錢行為」。

- 2、針對最高檢察署說法，本人認為恐已誤解鑑定意見。首先，筆者鑑定意見從曾僅單就犯罪只發展至(a)階段提出意見，而是犯罪事實已經包括(a)(b)(c)(d)四階段，但必須注意的是，提供帳戶之人自始至終的「犯罪行為」只有在(a)階段出現，未曾出現於(b)(c)(d)任一階段，因此提供者只就(a)階段所實行的「提供行為」本身，以及提供行為實行後，在(b)(c)(d)階段產生的「損害因果流程」負責，這一點是本人未曾變動的精確立場。有疑問的重點毋寧是：損害因果流程（掩飾隱匿所得的效果）如何歸責予(a)階段的提供行為，本人認為因為只有(a)階段出現的非構成要件參與行為，無法論以直接正犯，因此至多論為幫助犯。無論如何，最高檢察署意見混淆「犯罪行為之實行」與「實行後產生之因果關係」兩者的差別，故須予以指明。
- 3、再就上述引用文字來看，最高檢察署其實已經表達人頭帳戶的提供者無法獨立成立掩飾隱匿型洗錢的直接正犯，因此必須藉由參與他人行為（參與詐騙集團成員在(c)或(d)階段之行為）才能成立洗錢罪的立場，此點與本人見解相同。亦即，最高檢察署提出此項爭點予以澄清的刑法意義，不在於提供者本人行為是否成立洗錢罪直接正犯，而是提供者因未能實行洗錢構成要件行為，因此必須依附於使用帳戶者，除非使用帳戶者或提款者能成立洗錢罪正犯，提供者才有辦法成立洗錢罪共同正犯或幫助犯。
- 4、而就損害流程發展至(c)階段時，詐騙集團成員使用帳戶收受款項的事實，能否成立掩飾隱匿型洗錢罪？最高檢察署見解認為：「洗錢罪所要控制的並不僅限於『金流（財產變動資料）斷點』，還包括『真正權利人之身分』，此觀諸洗錢防制法第2條第2款[...]另外還有『所有權、處分權或其他權益者』自明。故使用人頭帳戶收受被害人之匯款，即已發生掩飾真正權利人之效果，並不只是『合法的法律風險』。」對於上述最高檢察署見解，本人回覆如下：
 - (a) 最高檢察署上述見解，其實已經寫明於原辯論意旨書⁵，本次補充意見並無提出更深入的論述。
 - (b) 上述見解問題在於：我國現行金融監理規範並不要求真正權利人一定要是帳戶持有人，兩者本來就可以分開，例如從事網路交易的商家甲，要求賣家乙將款項撥至商家父親丙的私人帳戶，其帳戶管理者仍是甲，但名義人卻是丙，上述交易過程中，固然存在金融秩序的若干干擾，但考量交易的方便性，我國金融監理法制仍被認為是可以存在的干擾，故無任何法律規範明文禁止。既然這種帳戶名義人與實質控制者的斷裂本來就被認可，法律上也認可帳戶名義人之外的他人管理帳戶，該項斷裂關係自屬金融系統使用者本來就必須承擔的風險，若要予以管制，不是透過洗錢犯罪，而是改變金融監理的立法內涵，直接訂明禁止使用他人帳戶交易，換言之，對

⁵ 參見最高檢察署，言詞辯論意旨書，頁47。

於上述風險的管制是金融監理法制任務，不是洗錢犯罪的功能，洗錢犯罪用以打擊前置犯罪的司法訴追效果，無論如何不可能擴張到管制這類合法且帶有交易方便邊際效應的金融風險。

- (c) 縱然認為洗錢防制法第 2 條第 2 款訂有「掩飾所有權」，但這種所有權的掩飾行為，必須等到前置犯罪的實行者已經事實上取得利得之所有權後，才有可能透過「後續實行的洗錢正犯行為」發生⁶，在「取得利得」的過程中，利得產生之前，任何利用合法金融風險的行為，絕不是洗錢犯罪所要打擊的對象，洗錢罪毋寧制裁前置犯罪產生利得之後，針對該利得創造掩飾隱匿效果的行動，主要以財產金融交易紀錄的斷點為重心，即使法條中有所謂「掩飾所有權」，其重點亦在強調透過所有權資料的偽、變造行為，讓財產交易紀錄無從考究追索。要求被害人轉帳至其他人帳戶，這個行為本來就是詐欺罪的一部分，其交易過程完全受金融監理，無法造成金流斷點，根本不足以讓財產所有權交易紀錄的連續性受到影響，不可能成立洗錢罪。

三、提供人頭帳戶者與詐欺集團之「不掛失止付」之約定本身有無刑法上之實質意義

- 1、最高檢察署認為：「本署認為掛失止付與一般之『撤回積極貢獻』並不能相並論，例如提供兇刀給主犯後，如要撤回，尚須主犯之配合才能取回兇刀，但掛失止付根本不用主犯之同意，只要一通電話申報掛失即可阻止該帳戶被使用，所以此種『不掛失止付』是典型的共同正犯間之『行為分擔』之一部，實難認係『欠缺任何刑法實質意義』」。
- 2、再次強調強調，最高檢察署在上述見解中，其實已經承認，提供人頭帳戶並非「主犯」（亦即實行構成要件行為的參與者），所以才要透過參與主犯的共同正犯結構論處提供者洗錢刑責。
- 3、不過，最高檢察署上述見解難贊同。參與者是否維持積極貢獻的不撤回狀態，均與主犯同意與否無關，重點在於該撤回效果是否事實上作用，這一點早見於最高法院 100 年度台上字第 5924 號刑事判決：「行為人參與共同之謀議後擬脫離犯罪者，如於著手前對其他共同正犯已提供物理上之助力，或強化心裡上之犯意，則須在客觀上明確解除前述對其他共同正犯之影響力，而切斷與其他共同正犯嗣後遂行犯罪結果之相當因果關係者，始得對該犯罪之結果免責，而不論以該罪之共同正犯」，換言之，重點在於參與者是否「事實

⁶ 再次強調，筆者認為前置犯罪既遂前的洗錢行為，僅限於間接正犯或共同正犯模式，亦即該先行發生的行為，不可能是典型意義的洗錢行為。也因此只有在前置犯罪既遂後，對於前置犯罪利得客體的掩飾或隱匿行為，才有辦法直接構成洗錢的構成要件行為。行為人若要在前置犯罪所得發生前實行犯罪，該犯罪手法至多是「利用不知情他人，使該他人於前置犯罪實行且產生利得後，不知情之他人實行洗錢行為」（間接正犯）或是「參與知情的他人，該他人於前置犯罪實行且產生利得後，再實行洗錢行為」（共同正犯）。

上撤回貢獻」，如果已經事實上撤回貢獻，則可考慮脫離於共同正犯的責任範圍，或者構成中止未遂，不論撤回貢獻是否得到主犯的同意，參與者成功撤回時，才有刑法評價意義。以最高檢察署舉出的兇刀為例，即使主犯不配合（不返還提供者交付之兇刀），該提供兇刀之人若能於夜間潛入主犯家中取回兇刀，再告知其他參與者無意續行犯罪，同樣可以發生脫離共同正犯的效果；相同情況，倘若提供者事後掛失止付，但因銀行作業疏失而未能成功止付，原交付之帳戶資料仍然有效，詐騙集團仍持該人頭帳戶取得被害人款項，該提供者若能符合共同正犯或幫助犯要件，因「掛失止付因意外無效」，仍然不會排除洗錢的共同正犯或共犯刑責。透過上述兩例，**顯見主犯有無配合，根本無關撤回積極貢獻的法律效果，最高檢察署見解實屬誤會。**

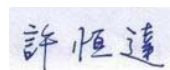
- 4、最高檢察署一再強調，提供者有「不掛失止付」的約定⁷。然而細究其主張，該「不撤回積極貢獻約定」根本是「提供帳戶之積極貢獻」必然存在的伴隨現象，任何提供主犯積極貢獻之人，在提供積極貢獻時，必然內涵「不撤回消極貢獻」的內在意思，既然本來是必然伴隨現象，那麼此項內在意思自無任何刑法意義。不過，倘若提供積極貢獻之人事後反悔，且事實上撤回貢獻，例如提供帳戶之人交付帳戶資料後，竟又向銀行掛失止付，致使帳戶無法再利用，則其參與效果已經事實上撤回，可考慮脫離共同正犯。換言之，提供帳戶之人的可罰性依據，始終是本於透過提供帳戶的積極貢獻而參與他人洗錢，不會轉移到「不掛失止付的約定」，除非提供者事後掛失，產生止付效果。由此可見，**「不掛失止付之約定」是「提供帳戶」必然的伴隨效果，實無獨立刑法意義，倘若提供者反悔而掛失止付，該嗣後出現的掛失止付行為必須考慮脫離或中止的法律效果，其刑法規範的關聯性才會出現。**
- 5、至於最高檢察署認為：「提款車手的提款行為有經過提供帳戶者之授權（否則所有使用人頭帳戶提款之詐欺集團豈不全部要另外論以刑法第 339-2 條之以不正方法由自動付款設備取財罪？）」，此項論點實難索解，析言之，提供帳戶者的確已經實質上授權帳戶支配者提款，因此提領他人款項的車手，既已取得本人（提供者）授權，自未符合刑法第 339 條之 2 的不正方法；倘若提供者事實上掛失止付後，車手仍以任何非法方式提領款項，車手當然另論刑法第 339 條之 2 犯罪。這是涉及付款設備詐欺罪的問題，其刑法意義涉及該條構成要件的「不正方法」認定標準，但與洗錢罪的成立無關。換言之，提供者有無「事實上掛失止付」，涉及刑法第 339 條之 2 的不正方法之認定，亦有關洗錢有無共同正犯或共犯的中止未遂或脫離；但**提供帳戶者與詐騙集團之間約定「未掛失止付前，保有掛失止付可能性，且暫不予掛失」，這種保有掛失止付可能性、卻未事實上掛失止付的狀態，根本無法影響刑法論斷罪名。**

四、提供人頭帳戶若成立洗錢罪，係應論以幫助犯或共同正犯？

⁷ 最高檢察署，言詞辯論補充理由書，頁 7。

- 1、最高檢察署引用最高法院向來見解認為，「『以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件之行為者，為正犯而非從犯』[...]提供人頭帳戶者縱認係基於幫助他人犯罪之意思，因其所參與者係構成要件以內之行為（即與詐欺集團、提款車手共同所為之收款時掩飾真正權利人與提款時切斷金流之洗錢行為），故仍應論以共同正犯」。
- 2、上述見解明顯誤解最高法院向來判決意旨，最高法院的見解係指，就「個別參與人」的「個別客觀參與行為」而言，如果已經達到「構成要件行為」的參與活動，即使該參與者主觀上只出於共犯意思，亦可成立共同正犯。換言之，成立共同正犯的客觀基準點之一在於，參與者本人已經實行構成要件行為，例如受上級指示殺人，卻無正犯意思的下級殺手，縱然其主觀上只有幫助犯意，但因其「個人行為」已達實行構成要件行為，故可直接論殺人罪之共同正犯；無論如何，適用最高法院見解時，個別參與者有無構成要件行為的實行，應就「參與者個人行為」論斷，絕對不可能計入「參與者本人以外的他人行為」。
- 3、詳究最高檢察署的看法似乎認為，提供者「本人行為（提供人頭帳號）不該當洗錢罪的構成要件行為，所以才在本補充理由中轉而強調「與詐欺集團、提款車手共同所為之收款／提款」是提供者的分擔行為內容，這種把「他人分擔行為」直接納入「本人行為」，進而認為本人分擔行為已經達到構成要件行為的論點，完全誤解最高法院向來意見；倘若可以這樣解釋，那麼根本不用細究個別行為人的分擔行為是什麼，直接把全部人打包論以「共同所為」即可。綜合上述分析，最高檢察署有關共同正犯之意見，明顯誤解最高法院向來判決意旨，歉難贊同。

許恒達
國立臺灣大學
法律學院教授



2020 年 11 月 15 日