

國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所



碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies
College of Law
National Taiwan University
Master Thesis

洗錢防制的一般理論、實踐與批評

A General theory of Anti-Money Laundering, Practice and
Criticism

研究生：伍泰璋

Tai-Chang Wu

指導教授：王文宇 博士

Advisor: Wen-Yeu Wang, Ph. D.

中華民國 107 年 11 月

November 2018

謝辭

我又聽見主的聲音說：「我可以差遣誰呢？誰肯為我們去呢？」我說：「我在這裡，請差遣我！」（以賽亞書 6:8）

本論文實為向凱因斯的傑作致敬，蓋標題與其大作有雷同之處，也期待其能夠趕在台灣迎接反洗錢的浪潮之時，在中文世界能有一份可靠的作品，雖然只是一份碩士論文，但也足以在席捲全球的洪流之中，能夠據以依靠，站穩腳步。

本文使用大量英文文獻，某種程度上反映國內研究尚在起步之餘。在研究過程中，臺大圖書館群驚人的藏書給予非常大的協助，親切的圖書館員同時給予相當多的支持。遠在香港的楊良宜教授無償提供其著作，在此致與謝意。

其次，感謝 恩師 王文字教授，給予我相當的指導和自由空間，而能夠揮灑，惜著作品質不佳，期待未來仍有更加精進空間，對於本文所犯之任何錯誤，本人負起全部責任。

洗錢的研究是一段精彩的旅程，在這條長路的這個階段，我認識了女友念伊，謝謝妳所給我的幸福和支持，讓我能夠抬頭挺胸地走出臺灣大學。

更甚者，則必定須感謝我的父母，作為我一生中的模範，養育我、照顧我，並且支持我在學術之路上，任性的跌跌撞撞，從鄉間學塾到第一學府，如果我有任何一點的貢獻，我願意把它獻給我的父母，伍慶成先生和麥幸桂女士。

最後，願將榮耀皆歸給我的主，願你保守我的路，照亮我的眼前，使我不致跌倒，因為認識祢，而得智慧和聰明。

中文摘要

洗錢作為一種國家的懲罰，其表面立意在於避免鼓勵犯罪和使不法所得可以被滌淨，並且因為其有強烈的跨國性質，而成為當代少見的跨國共同罪名。

惟針對反洗錢所建立之機制，皆含有國家課稅性質，不但不公平地壓迫金融機構而強迫其轉嫁於普通人民，且容易使國家皆由反洗錢之名，將實為監控的手伸入，使其是否合乎憲法，大有疑問。

本文透過分析各國文獻，摘錄各種洗錢典型態樣，發現反洗錢有兩種主流模式：英格蘭模式和紐約州模式，惟二者皆難免和商業運作有緊張關係，因此需要額外的調和機制，以期尊重憲法，保衛人權。

As a criminal liability, money laundering is a kind of crime that can be used to prevent the criminal behaviour and deprive the dirty money. Due to its transnational element, the anti-money laundering regulation spread to globe quickly.

Nevertheless, the anti-money mechanism is nothing but a kind of tax and unfairly suppressed the financial institutions which forced to move the burden to ordinary citizens. It also allows the government to monitor people legally which may be unconstitutional.

By analysing articles from countries the conclusion that there are two kinds of models of anti-money laundering system in the world though conflict with modern business activities.

目錄

	Page
壹、前言.....	10
貳、第一種模式：事前通報與風險評估.....	12
一、洗錢的樣態.....	12
(一) 何謂洗錢與髒錢.....	12
1. 法律上的定義.....	12
(1) 比較法上的定義.....	13
(2) 臺灣反洗錢法定義.....	15
(3) 批評.....	15
2. 應對避稅天堂.....	17
(1) 避稅天堂：罪惡的淵藪？.....	17
(2) 應對避稅天堂.....	17
(3) 難以避免，或無法可管？.....	19
(二) 常見的洗錢模式.....	20

1. 洗錢三程序與理論.....	20
(1) 非貿易洗錢模式.....	21
(2) 貿易洗錢模式.....	25
(3) 虛擬貨幣：新的挑戰或機會？.....	27
二、世界反洗錢架構的建立.....	33
(一) 國際間立法.....	33
(二) 特殊工作小組.....	35
1. 四十點建議與實踐.....	35
(三) 規範的客體.....	36
(四) 懲罰？.....	37
(五) 區域組織行動模式.....	37
1. 報告.....	37
2. 交互評鑑.....	37
3. 不合作國家防堵.....	38
(六) 國際法上的要求.....	38
1. 對於金融機構的要求.....	38
2. 對於非金融機構的要求.....	40

三、通報機制的的建立.....	40
(一) 對於銀行業的監管.....	40
(二) 其他產業與專業人士的納入監管.....	43
(三) 批評：令人詬病的立法方向.....	45
四、財經刑法上非常規交易的定義.....	46
(一)「營業常規」的意義－學說與實務之歧異.....	47
1. 客觀構成要件.....	47
2. 主觀構成要件.....	51
3. 結論與建議.....	52
五、稅與反洗錢的關係.....	53
(一) 避稅與全球防堵避稅.....	53
1. 全球資金流向與避稅.....	53
2. 我國對於稅法上非常規交易認定.....	55
(二) 反洗錢與兩種非常規交易之區辨.....	67
(三) 背後的國際競爭.....	68
參、第二種模式：事後追訴與重刑嚇阻.....	72
一、紐約州模式：重刑與重罰.....	72

二、臺灣反洗錢新制：紐約州模式的翻版？.....	74
(一) 刑法典的配套修正.....	74
1. 分析方式.....	75
(1) 新刑法的事後追訴與嚇阻.....	75
(2) 擴大沒收：違反憲法的修正模式.....	77
(3) 來自憲法的律令.....	79
(4) 我國因應國際壓力的修正.....	88
(5) 對於臺灣公司法制的修正建議.....	89
三、英格蘭立法例.....	91
(一) 以沒收為中心的 POCA 2000：主要手段.....	91
1. 成文法上的手段.....	91
1. 刑法典上的結構.....	92
四、批評.....	92
肆、改良模式：公司治理作為增強評估手段.....	93
一、六個分析原則.....	93
(一) 充分揭露義務.....	93
1. 英國公司治理的基本原則.....	94

2. 廣義公司治理與法人.....	97
(二) 追獵與辨識空殼公司的標準.....	101
1. 空殼公司的本質.....	101
2. 如何對待空殼公司？.....	103
(三) 加強透明度與彈性.....	103
(四) 影子董事與實質受益所有人的責任.....	107
(五) 對於法人的報告檢驗機制與揭開公司面紗原則.....	108
1. 財務報告檢驗.....	108
2. 外部機構的介入.....	109
(六) 法人財產的投資、監控與可問責性.....	110
二、優點與建議.....	111
伍、掩耳盜鈴：對於兩種主流模式的批判.....	113
一、對於事前通報模式的建議.....	113
二、全球防堵與國際法的興起.....	114
(一) 緣起與法律結構.....	115
(二) 國際組織.....	117
1. 世界組織.....	117

2. 亞洲組織.....	119
2. 殊途同歸：美國肥咖法案和國際稅務準則（CRS）.....	120
三、對於事後追訴模式的批判.....	121
（一）財經刑罰背後的思維.....	122
（二）財經刑罰的權力結構.....	123
（三）程序法上的另一種可能.....	128
（四）程序法上的變相懲罰.....	130
（二）從商法出發：適當的解決方案.....	132
陸、結論：以商法破刑法.....	134
參考文獻.....	140

壹、前言

作為經濟發展的關鍵角色，法人與其附屬機制(如合夥)已經成為了當代全球與內國貿易的主角¹。法人提供了切割風險、凝聚資本等機制，使鉅額的投資得以實現，或者履行高成本、高難度，極複雜的工程與計畫案。除此之外，法人本身即能成為投資或轉手的標的，法人亦得再投資他法人或他事業體，使得法人容易成為風險的最終承擔者，甚而被利用作為犯罪工具的一環。

洗錢等金融犯罪即為其一。管理鬆散或基於惡意成立的公司，在精確的操縱下，可以遂行令人髮指的金融犯罪，往往波及數千人、甚至動搖國家經濟。違反倫理的法律諮詢、避稅天堂、全球化以及員工動輒萬人，營業範圍橫跨全球的跨國公司，都使得避免企業淪為犯罪工具的努力變得更加艱難。換句話說，這些「大到不能關」的超級企業往往用各種手法來規避刑事制裁，而且手法推陳出新，使偵察機構疲於奔命，難以為繼。

另一方面，建立小型法人等「空殼公司」(shell company)往往是洗錢犯罪者的最愛。這些公司存續時間不一，空有公司的法律外觀，卻非用以發展經濟，反而可能用以洗錢，將大筆髒錢隱藏、出口再轉手，使犯罪者得以終局保有而不被發現。然後，這些小公司可能立即倒閉、虧損或用其他模式消失不見，或者乾脆設立於遠在天邊的小島上，而根本不可能被發現。

因此，無論是大型企業或是隨意成立的小公司都難以被追訴。在法律上，收集證據資料、偵查往往會被層層包裝的國際互相投資打斷，洗錢防制幾乎必然與國家隱私侵犯、罪刑法定等重要原則衝突。更困難的是，國際上與國內外論文，幾乎都將目光放在銀行內控與加強刑法控制上，因而在這場永無休止的貓抓老鼠競賽中，漸居下風。

本文即著眼於此，提出以公司法制為中心之公司治理為主的另一種「修正式洗錢防制模式」（即修正式的英格蘭式反洗錢模式，詳後述），在民商法

¹ 王文宇（2016），公司法論，五版，台北：元照，頁7。

上，藉由要求各種公司達成公司治理與公司文化的改革，來從根源阻止法人被用以洗錢。

本文將以研究英格蘭與威爾士法、美國紐約州州法、美國聯邦法律、瑞士聯邦法律、國際公約與臺灣法為主，基於洗錢犯罪的跨國界複雜性與國際競爭，以及其作為金融海嘯後全球金融監理的下位概念之一，綜合來自全球的資料，包括香港、日本、美國、澳大利亞、加拿大、瑞士，荷蘭等國資訊，試圖7 公司法制，同時以一條基準提供兩個向度：指引 (guideline) 及紅線 (red line)。一則為金融體系通報的明確基準或公司可參考的自我修正目標，二則為檢察官追訴法人及負責人時不得逾越，勿枉勿縱的重要依據。

本文的核心論點在於，一個體質與結構良好，力行健全公司治理 (corporate governance) 的公司或自然人，其基於該健全體系所做出的決策，不應在盡職調查後被通報。如被錯誤通報，其仍不得被國家以洗錢罪追訴，應以不起訴作結，以降低對商譽與效率的衝擊。

本文將以比較法為主，研究在英國行之有年的公司治理模式，並指出其中與洗錢防制連結之部分，力求在以刑事法為主的全球洗錢防制研究中，尋找出第二種可能的道路，不但能事前除弊、亦准許事後追究，提供嚇阻洗錢犯罪的另一種模式。

反洗錢必須從經濟學或民商思維出發，方能克其全功。既然防堵洗錢的目的在於截堵犯罪者的利益，那麼以去除利益來達成反洗錢的手段，無疑是最理想的手法。一筆髒錢若永遠無法被追訴，那麼它將造成社會的整體損失；反之，髒錢若最終被投入作為正常的經濟用途進入經濟循環，那就等於為社會創造了正面貢獻，但同時鼓勵犯罪的另一面又必然抵銷掉這種利益。這種追訴模式之效率低落可見一斑。因此，如何在反洗錢同時，避免妨礙價值的創造，是本文主要考慮的部分。

同時，這種不同的思維鼓勵所有的反洗錢機制參與者，不應也不需要把所有的客戶當成潛在的犯人，而當前這種將列管機構視為「免費警察」的模式，沒有考慮到商業與金融業投機與冒險的本質，一味逆勢操作的後果，成效可想而知。

本文力求於傳達一種截然不同的思維，一種從基本人性和行為經濟學判斷出發，而可以適用於全球的做法，類似於法律的經濟面分析。本文雖脫胎於臺灣法，但可視為是開發中國家與已開發國家在全球反洗錢與稅務競逐與互動中，適合參考的通用法律指南。

貳、第一種模式：事前通報與風險評估

一、洗錢的樣態

(一) 何謂洗錢(money-laundering)與髒錢(dirty money)

1. 法律上的定義

二零零八年的金融海嘯永遠改變了人們對於銀行業的印象。作為一個多元產業的俗稱，金融業——正確來說包含著投資銀行、商業銀行、保險公司和影子銀行等機構和運營者（甚至是信評機構），承擔著前所未有的道德責難。他們無一不被描述成被金錢沖昏頭的富裕鉅子，揮舞著來自底層民眾的房貸和存款來為自己謀更多的好處，並靠著編出複雜的字眼——如衍生性金融商品

（Derivatives）、信用違約交換（Credit Default Swap）或者惡名昭彰的打包式債務擔保債券（Collateralized Debt Obligation）等來吸收更多金錢。而在一切爆發之後，仍然輕鬆地因為大到不能倒（Too big to fall）而接受政府的紓困方案（bail-out）逃過一劫。金融業者開始變成一個相當負面而需要被嚴格盯梢的存在。

有趣的是，持著真正大棒的監管者（Regulators）似乎也是這麼想。新的巴塞爾協定（Basel III）大大增加了銀行業的負擔，美國國會通過的 Dodd-Frank 法案更是 2319 頁的監理巨獸，有如人類的貪婪和錯誤存在著一個最後的始作俑者，而這個始作俑者可以透過沈重的鎖鏈加以規制。

事實並非如此。銀行業——一個較為狹義的字眼，作為經濟潤滑和信用給

予的機器，在經濟發展中佔有無法替代的地位²。幾乎沒有任何商業活動不直接或間接經過銀行，或者使用銀行所創造的服務。這個無可取代的中介機構，早就已經受到了大量的監管和控制，以避免它走上歪路或者成為犯罪者的中保。

反洗錢機制即是一例。透過對於銀行的大量要求，國際立法者似乎期待依靠銀行來清除所有的髒錢。立法者透過大量的國際條約、內國立法和同行準則建構了一個阻止犯罪所得流動的反洗錢模型。

問題是，此種來自法律上的要求，皆忽略了最基本的經濟學定律和人類行為。換言之，「人力有限」（資源有限）、「依賴直覺判斷」（人類不理性行為）和「利益衝突」三點，將導致該模型缺乏效率，增加金融摩擦和降低投資渴望，但卻缺乏一有力的機制來填補該缺口。世界顯然走向一個高度監管的時代，但這並不意味著要放棄經濟成長，因噎廢食式的反洗錢機制對於各國經濟模式而言，都必然是弊大於利。本文即試圖整理出銀行如何遵循眾多監管要求之一的反洗錢機制及其弊病，並期待促成法律人和經濟人的溝通，而能使法律真正發揮為民服務的利益最大化效果。

（1）比較法上的定義

在評估或檢討反洗錢機制良窳之前，首先必須被理解的乃「洗錢」是什麼，以及防堵洗錢的目的。洗錢（Money-Laundering）向來並非我國法律字眼，其顯然是從英文文義直接翻譯而來。但既使從原文意旨來看，該描述也只解釋了一半，而使人容易混淆。

在國際立法上，聯合國之公約對於洗錢的犯罪定義，相當程度地反映了上開說法。在聯合國打擊跨國有組織犯罪公約（United Nations Convention against Transnational Organized Crime）第六條第一項 a 款即明示：

- （一）明知財產為犯罪所得，為隱瞞或掩飾該財產的非法來源，或為協助任何參與實施上游犯罪者逃避其行為的法律後果而轉換或轉讓財產；
- （二）明知財產為犯罪所得而隱瞞或掩飾該財產的真實性質、來源、所在地、處置、轉移、所有權或有關的權利³；

² Frederic S. Mishkin (2017), 《貨幣銀行學》，11 版，臺北：培生 (PEARSON)，頁 3。

³ United Nations (2001), 《United Nations Convention against Transnational Organized Crime》，頁 6。

同條 b 款則陳明，在符合本國法律的情況下，以下行為應屬同類刑事不法行為（換言之，其和洗錢行為有所出入）：

- (一) 在得到財產時，明知其為犯罪所得而仍獲取、佔有或使用；
- (二) 參與、合夥或共謀實施，實施未遂，以及協助、教唆、便利和參謀實施本條所確立的任何犯罪⁴。

換言之，洗錢真正的意思乃指犯罪者（尤其是經濟犯罪者）為了終局保有其不法所得（髒錢，Dirty money），而利用各種管道的過程⁵。因此，洗錢並不僅止於包含藏匿髒錢，舉凡漂白、混淆、混同或改變形式等等，其不一定有藏匿而不為人所知的手法也包含在內。

另一個值得注意的部分是，國際立法者顯然注意到了金融機構特別容易成為洗錢者藏匿犯罪所得或逃避追訴的方式，因此在聯合國反腐敗公約（United Nations Convention against Corruption）第 14 條，其明文要求各締約國應當對於所有銀行和非銀行機構，或者任何可能涉及洗錢的機構建立反洗錢機制。這種機制並應該達到足以追蹤現金和流通票據的功能⁶。

另外一個問題是國際立法對犯罪所得（髒錢）的定義。從文義解釋，似乎所有的犯罪若有所得，皆為犯罪所得，但此顯然打擊過廣。而為解決此問題，基於打擊洗錢犯罪成立的 FATF（Financial Action Task Force），對於這個問題採取間接的立法模式。第一，其要求將前述的跨國有組織犯罪公約（文獻稱為帕勒莫公約）以及聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約（United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances，文獻稱之為維也納公約），以刑事制裁處理⁷。在此一公約的第三條第一項 b 款，中文本以「明知財產得自」特定之犯罪，並以犯罪之特定性質作為界定該後續明知所得是否已遭犯罪污染之依據，來限縮並特定洗錢罪所欲追訴的犯罪所得⁸。

⁴ United Nations（2001），前揭註 26。

⁵ 李傑清（2010），《沒收犯罪所得之程序法制與國際刑事司法互助》，臺北：元照，頁 9。

⁶ United Nations（1988），《United Nations Convention against Corruption》，頁 10。

⁷ FATF/OECD（2012），《The FATF Recommendations》，頁 12。

⁸ United Nations（1988），《United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances》，頁 3-5。

第二，FATF 2012 四十項建議則進一步主張，所有嚴重之犯罪（all serious offences），其所得，皆應列為洗錢罪下之犯罪所得（髒錢）而受反洗錢機制之管制和追蹤。故而，目前國際間對於髒錢的定義，應至少包含三要件：（一）須為故意犯罪（二）須至少包含已立法如毒品、人口販運、有組織行動、恐怖行動等犯罪及（三）所有嚴重之犯罪 所得⁹。

（2）臺灣反洗錢法定義

基於國際現實，我國並未加入簽署上開公約，但為其他反洗錢組織之會員國，故自有遵守其規定之國際公民義務。於我國於 2016 年增修通過之洗錢防制法，在第二條及第三條分別規定了洗錢之定義與特定犯罪所得。於第 2 條其明示「掩飾、隱匿、收受、移轉、變更、持有，使用」七種態樣，且須以該犯罪罪名符合第 3 條為限。

於第三條，洗錢防制法規範十三款「特定犯罪」罪名，並以第一款（最輕本刑為徒刑六月以上之罪）為概括規定，違反本罪之所得即屬我國洗錢罪所應規範之「犯罪所得」。比較特別的是某些典型白領犯罪，如銀行法第 125 條以下之吸金罪，或保險（業）法第 168 條以下之罪，則另行以銀行法和保險法規定為洗錢防制法本條之重大犯罪。

（3）批評

兩相對照之下，可以注意到我國雖稱洗錢法為因應國際之趨勢而修正完成，事實上仍顯然有未充分立法之部分。如我國基於國情，目前仍未有一部完整的反恐怖主義融資專法；其次，第二條第三款所規定之態樣，在文義上似未限縮於故意明知使用的情形，在實務運作上，似應以搭配國際公約限縮解釋為要，以免過度擴張本罪之適用空間，徒增金融業之法律風險（legal risk）。

但較大之問題應是出在本法之第 3 條。其將吸金犯罪分別規範於銀行法和保險法固無問題，惟 FATF 2012 四十項建議所要求之所有嚴重之犯罪（all serious offences）¹⁰，此種立法模式並未充分落實於本條。按 offence 一字，應解

⁹ FATF/OECD (2012)，前揭註 7，頁 12。

¹⁰ FATF/OECD (2012)，前揭註 7，頁 12。

釋為不合法律之行為（an illegal act）¹¹，而未必需排除過失犯罪或脫法行為（如情節重大之稅捐規避）情形，此立法值得商榷。

再者，即使認為其為符合罪刑法定主義，而採取此種窮盡式的立法，其立法技術也有可資改進空間。如保險法第 167-1 條為外國保險業招攬業務者，考其獲利亦可能相當巨大而課以高額罰金，卻並非本處之「特定犯罪」，刑度也不會落入第一款之概括規定，顯屬漏網之魚。

如此疊床架屋式的規範方式，除並未完全合致我國立法者念茲在茲的國際化之外，也顯然會增加銀行的法律遵循成本。蓋在當前的反洗錢機制下，銀行需擔當第一線的警示角色。惟洗錢本屬於模糊難辨之經濟犯罪行為，故國際間立法已改為採行概括式的立法方式，惟我國當前做法仍有背道而馳之感。為求自保，則不難想像銀行或受監理機構於需要判斷時，會採取「寧可錯誤通報」而非「謹慎看待」的自保方式，如此將使不當通報量過於龐大而癱瘓主管機關（Financial Intelligence Unit, FIU），也會導致銀行和客戶間的互相不信任感上升。

為避免此一窘境，本文建議在進一步修法前，金融及受監理之非金融機關（Designated Non-Financial Business and Professionals, DNFBPs）仍應先以洗錢防制法母法及其他下位辦法作為通報之惟二要求。若前開機關已履行至此程度仍發生洗錢案件，該不利益無論如何不應歸於該金融或非金融機關承擔之。

顯然地，洗錢行為可能模糊難辨，而有上下其手的空間，精確描述相當重要，而本文立場是，如最終仍無法辨識，應依法則推定其並非洗錢，詳後述。

2. 應對避稅天堂

（1）避稅天堂：罪惡的淵藪？

以上所討論之主題，皆屬圍繞著境內（on-shore）銀行進行的控管和規範，而避稅天堂（Tax haven）則顯然是另一個極端。基於避稅天堂在國際貿易上有其重要地位和影響力，和我國金融機構之連結亦甚強，當然也成為洗錢者最

¹¹ 《劍橋英語辭典》網路版本，
<https://dictionary.cambridge.org/zht/%E8%A9%9E%E5%85%B8/%E8%8B%B1%E8%AA%9E/offence>，
瀏覽日：2017/12/4。

「鍾愛」的犯罪地點之一。

避稅天堂之精確說法為，境外（off-shore）金融機構所在地區¹²，藉由稅務和其他貿易上的優勢（如免稅、快速或簡化的法人登記、保持秘密、不要求資訊、更佳的流動性或提供特別服務）以吸引資金進駐的有完整主權或部分主權國家。最有名者為英屬維京群島（British Virgin Islands）、澤西島（Jersey Islands）、開曼群島（Cayman Islands）等等，但同時也包括一些「大國」，如巴拿馬或瑞士。

避稅天堂的名聲向來非佳。有文獻指出，避稅天堂提供了富人或犯罪者藏匿資金的地點，因此需要加強管控¹³，但此一說法誠屬誤解。第一，所謂的境外（Off-shore）機構涵蓋範圍其實相當廣泛，凡是未設立於本國（境內）之法人及其資金，無論是設立在英國倫敦（London, UK）或開曼群島，皆可視為是來自境外之資金，將其全部混為一談顯然不妥；第二，在西發利亞主權體系（Westphalian system）下，國家，或者有主權（Sovereignty）之實體（Entity）本有決定自己向外課稅之權力，如愛爾蘭和荷蘭的稅務政策就相當有競爭力而能吸引大量外資¹⁴。就此兩點言之，避稅天堂並不適合和罪惡同視。

更須澄清者，有些避稅天堂對於國際法規之遵循程度，甚至不低於向來被認為先進和法治嚴明的國家，或即使無法完全遵守，但也已被列入國際大監管之行列。如澤西島（亦為英國皇家屬地）雖為歐洲著名之稅務天堂與文件放置中心，但其對於各種法律皆能夠遵守之，並且嚴格執行。這種遵法程度甚至使其被列為最穩定跟可靠的國家之一¹⁵。此外，如開曼群島、英屬維京群島等著名避稅天堂，皆已經列名於艾格蒙聯盟（Egmont Group）下，並參與其資訊交換。如只因其提供了對於商人或資金較友善的環境，即認為其為洪水猛獸，則頗有過猶不及之憾。

（2）應對避稅天堂

¹² Stephen Platt（2015），《Criminal Capital》，London: Palgrave Macmillan，頁 53

¹³ 楊進興（2017），《台灣反洗錢國際合作研究》，臺北：元照，頁 53。

¹⁴

<http://synergytek.com.tw/blog/2013/11/04/%E6%99%BA%E8%B2%A1%E6%AC%8A%E8%88%87%E7%A8%85%E5%8B%99%E8%A6%8F%E5%8A%83%EF%BC%8D%E6%83%B3%E5%90%83%E9%9B%99%E6%84%9B%E7%88%BE%E8%98%AD%E5%A4%BE%E8%8D%B7%E8%98%AD%E4%B8%89%E6%98%8E%E6%B2%BB%E5%97%8E/?variant=zh-tw>，瀏覽日：2017/12/4。

¹⁵ Financial Stability Board（2014），《Global adherence to regulatory and supervisory standards on international cooperation and information exchange》，頁 3。

即使如此，因避稅天堂對於貿易和金錢的特殊優惠，使其成為對洗錢者之特別重要存在，恐難否定。而透過位於美國紐約的銀行分行進行洗錢和透過百慕達群島的紙上公司進行洗錢，其風險差異，也難以相提並論，故將避稅天堂或來往避稅天堂之資金（此處包含設立於避稅天堂之分支機構、法人或信託）作為特殊一類進行特別管制，在現實上有其必要性。

基於此種現實上的考量，國際公約（主要是 FATF 2012 四十點建議）對於「榜上有名」的避稅天堂，設有一些特殊的規範。除此之外，針對某些法治不彰或貪腐嚴重的區域，如辛巴威等高風險國家（Higher-risk country），其洗錢之風險程度必須和避稅天堂同視，甚至更須重視¹⁶。在 FATF 2012 之第十九項建議與其說明中，對於來自這些國家或政經實體（Entity）之資金流動，建議採取增強盡職調查模式（Enhanced Due Diligence, EDD），並舉例（Example）銀行業在進行調查時應該符合九大原則¹⁷：

1. 對於來自高風險地區資金有特定（Specific）的調查要求
2. 建立一套專屬的向上通報機制
3. 如果該地區未建立有效反洗錢措施，應拒絕其開戶或往來
4. 慎重考慮或根本避免在該地區開設分行
5. 盡量減少與該已被確認為高風險地區之交易
6. 禁止以該地區出具之盡職調查程序作為交易合法之依據
7. 銀行應多加檢查、訂正或必要時停止與該地區之客戶往來
8. 添加額外的審查（Audit）機制
9. 對於在該地區有分行（Branch）之金融機構應有外部審查機制

另外，銀行同時也被建議以風險因子（Risk Factor）作為判斷客戶之依據，而非僅僅依賴行員的直覺。風險因子機制可以因時或因地制宜的對各地區或甚至特定客戶，依照不同的時間點量身打造¹⁸。如該國已在最近通過反洗錢之檢驗（如台灣於今年脫離洗錢高風險須追蹤國家名單），該國之客戶之風險因子模型，就可以隨之變動。舉例為之，風險因子模型可以由數個不同因素組成，如該資金轉手超過五次以上，則加上五點；資金或最終受益人（Beneficial Owner）主要位于高風險國家，再加上五點，超過十點後則必須對該客戶進行增

¹⁶ FATF/OECD（2012），前揭註 7，頁 19。

¹⁷ FATF/OECD（2012），前揭註 7，頁 81。

¹⁸ FATF/OECD（2012），前揭註 7，頁 33。

強盡職調查，或者進行訪談。如果客戶在過程中，無正當理由拒絕、拖延或甚至繳交虛偽資料，銀行則有權揭露該訊息並向主管機關呈報，並依照 FATF 2012 之規範，不受到該國銀行保密法之制裁¹⁹。

值得一提的是，該「風險因子」機制，和巴塞爾委員會（Basel Committee of Banking Supervision, BCBS）在金融危機後提出之巴塞爾第三協定（Basel III）對於銀行業的風險評估方式如出一轍²⁰。本文認為這種巧合相當適合銀行業對於位在他國的同業（對手）以相同標準進行分析，並且可以判斷違約（Default）可能以及違法風險，其立法模式相當精緻²¹。

至於我國實踐上，目前各銀行主由財政部金管會、行政院洗錢防制辦公室和銀行公會發佈的各項辦法來規範，如下述。

（3）難以避免，或無法可管？

如前所述，避稅天堂或所謂的「高風險國家」，其往往因為在貿易上提供堅強之優勢，而廣受商人之歡迎，其中正派經營之部分，絕非少數²²。事實上，由於當前對於賦稅的複雜化、資本管制強化和各種來自於政府間的壓力，以及在國際間資金運作的需求，在避稅天堂開戶或成立法人已經不失為是一種最有效率的做生意方式。

簡言之，避稅天堂在某種程度上，可說是跨國稅務或法制競爭下的產物，如台商即有透過避稅天堂間接投資中國大陸，搶得先機並發展出雄厚產業基礎之案例存在²³。從此點而言，避稅天堂並非一無是處的邪惡中介。

然另一無可否認者，避稅天堂提供的服務（或不服務），也成為藏污納垢的理想所在。每年經手避稅天堂流動的黑錢屢遭點名，國內即有著名政治人物（Politically Exposed Persons, PEPs）常被爆出涉及避稅天堂財務之情形。囿於主權難以延伸，避稅天堂儼然成為一個反洗錢機制上的漏洞，而需要透過其他機

¹⁹ FATF/OECD（2012），前揭註 7，頁 19。

²⁰ Basel Committee of Banking Supervision（2011），《Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems》，頁 30。

²¹ 劉春航（2015），《解密巴塞爾：簡錫國際銀行監管框架》，北京：中國金融出版社，頁 99。

²² 如台灣太古可口可樂公司註冊在英屬維京群島（BVI）。

²³ <http://twbusiness.nat.gov.tw/page.do?id=181>，瀏覽日：2017/12/4。

制來控制其風險。

根據國際法令，管控避稅天堂、高風險國家和其他洗錢的機制，最主要者乃在於對於銀行業及其他受管制產業的要求（此稱為 risk-based approach，即以民間機關為主力，而非採取一集中式的追訴機關經手²⁴）。此種要求亦可大別於兩種行動：事前通報，持續監控。以下論述之。

（二）常見的洗錢模式

基於任何人不應保有自己不義所得之理由，後續對於系爭財產的藏匿（即為習稱的洗錢）應被視為刑事犯罪，國際間已有共識，在此不再贅述。對於如何判斷何謂洗錢，洗錢的罰則等等，我國與各國立法例皆已有相關立法，亦非本節欲深入討論者。

惟值得討論者，國際間立法及我國對於洗錢之定義，是否為顛撲不破之真理？或者，此種立法方式，是否已適當考慮商業投機之本質？在貿易與經濟全球化的現代，反洗錢儼然已不只是金融機構需考慮之要素，而是任何重大投資皆可能牽涉者，其影響則不可謂不大。

本文即著眼此點，在認同洗錢為刑事犯罪為前提下，試圖釐清洗錢罪之本質與一般模式。其中最困難者在於理解並精確判斷洗錢行為本身。同時，國內因起步較晚而有文獻缺乏之憾，且洗錢行為往往不欲人知，而使得辨識方式極其困難。但透過對於國際實務家文獻之分析，本文整理出常見且行之有年之洗錢模式，並期待能在篇幅內，對於洗錢行為有一清晰之梳理。

1. 洗錢三程序與理論

「洗錢」如國際公約所述，一般指涉將髒錢漂白或者隱匿的過程。然而這樣的過程往往有非常多種可能樣態，甚至可以說，有幾種藏錢的模式，就會有幾種洗錢的模式，換句話說，洗錢的可能方法應無法窮盡。

然因資產流動的必然性及為方便執法故，洗錢的手法在經歷長期的資訊累積後，逐漸可以被簡化為幾個必然會出現的程序，而有各個擊破的可能。此為

²⁴ FATF/OECD (2012)，前揭註 7，頁 11。

美國財政部金融犯罪執行中心（Financial Crimes Enforcement Network, the FinCEN）所主張的「洗錢三程序」。根據該中心之描述，髒錢的漂白必然會經歷三個步驟（step）：放置階段（placement）、分層與混淆階段（layering）與整合階段（integration）²⁵。第一階段泛指髒錢被置入合法金融機構，第二階段則指透過各種分層架構、複雜控股或者轉手等程序使金錢擁有合法來源，並在第三階段以遊艇、貴金屬或現金等方式回到犯罪者手中的過程。

英國方的文獻則指稱此種說法不切實際。其指出，所謂的髒錢（dirty money）只是一種方便說法，犯罪所得可能根本不是錢，而沒有置入金融機構（legitimate financial institution）的必要性²⁶。同時，因為犯罪所得可能是各種形式（如珠寶），在移轉的同時可能就同時完成了三程序中的兩個程序，因此這種分類方式僅在學理上說得通。從該實務角度認為，洗錢手段只有兩個程序需要注意以及防堵：隱匿和中斷和犯罪者連結。然基於執法機構主要採取第一種說法²⁷，故本文亦暫時沿用前開第一種美國式的構成要件描述方式，也沿用洗錢此法律術語，但將髒錢代換為犯罪所得，以求精確。

透過對於犯罪所得的置換，犯罪者終局可以達成保有和享受不法所得的利益，且本文透過對於比較法上實務文獻之整理，常見的洗錢態樣和符合三層次的手法得以被發現。由於我國對於洗錢罪在商業上之立法，主要採取先有前置犯罪一洗錢方有處罰的模式，故以下對於洗錢手法之總說明，也會以抽象敘述，但排除輕罪之洗錢模式。

(1) 非貿易洗錢模式

首先須解釋者，在於實務上的洗錢態樣，並無法完全相符於艾格蒙聯盟（Egmont group）成員國（如紐西蘭）年度報告所發佈的各種洗錢犯罪分類²⁸，故本文改採以貿易與非貿易兩種模式敘述，合先敘明。

a. 法人洗錢模式

²⁵ <https://www.fincen.gov/history-anti-money-laundering-laws>，瀏覽日：2017/12/11。

²⁶ Stephen Platt（2015）《Criminal Capital: How the Finance Industry Facilitates Crime》，London: Palgrave Macmillan，頁15。

²⁷ <http://www.amlo.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=478142&ctNode=46267&mp=8004>，瀏覽日：2017/12/11。

²⁸ <http://www.police.govt.nz/about-us/publication/fiu-assessments-reports>，瀏覽日：2017/12/11。

1. 掏空

掏空是最常見的洗錢方式之一。最為簡單的做法是，先成立一家紙上公司（shell company），利用對於該公司成立一虛假債權方式並支付，就能夠轉移大筆現金到難以被追蹤的紙上公司戶頭中²⁹。為求保密性，此種紙上公司往往設立在境外避稅天堂（tax haven）中。該公司可以透過持股來控制目標公司，或者成為該目標公司的最終受益人（beneficial owner）。

掏空的第二種形式是由公司開立票據，並且花費大筆通貨購買物品，同樣也能達成挖空公司的目標³⁰。由於我國公司法不允許公司為保證，也有可能以公司重要資產為抵押，然後創造資不抵債（如加速折舊³¹）之狀況以取得該重要資產。但在較為極端或者犯罪所得已經存在的情況時，連原本預計會被掏空的目標公司也可能是虛設的。透過公司權責分離的方式，洗錢者可以輕易的在公司管制鬆散的地區完成交易。或者當前常見的天使投資人（Angel Investor）也可能被認定為是一種掏空。

2. 不合常規交易

基於「常規交易」的模糊性，此分類態樣繁多。但透過金融手段完成的方式，可大別為數種：

a. 信託

信託是洗錢者的最愛之一。信託往往由某基金經理或銀行操盤，控制一筆不需交代來源的財富，但最終受益人（享受者）是否揭露，以及是否需要註冊，都因為該管轄區有不同規定。因此成立於他國的信託可以管理本國之資產，而達成匿名移轉或無法扣押的目的³²。

其次，信託有移轉性。信託實質上只是一群人員在辦公室中利用網路操作資產，因此可以在一夜之間移動到世界各個角落。如在英屬維京群島的 VISTA

²⁹ Stephen Platt (2015), 前揭註 26, 頁 33-35。

³⁰ John A. Cassara (2016), 《Trade-Based money Laundering》, New jersey: Wiley, 頁 15。

³¹ 吳琮璠 (2017), 《新會計學：實務應用與法律觀點》, 台北：智勝, 頁 202。

³² Stephen Platt (2015), 前揭註 26, 頁 36-37。

信託即為全世界最有名之信託基金，掌管著非常驚人的財富。透過利用前開紙上公司來操控信託，可以達成最佳的匿名性。

b. 基金會 (foundations)

世界上最有名的基金會多為慈善性質，但基金會完全可以僅為商業服務。最特別之處在於，在盧森堡 (Luxemburg) 等地成立的基金會³³，並不需要登記或註冊，因此和信託享有一樣的便利性。

其次，基金會可以假慈善之名，將資金匯入或先轉成糧食再進入紛爭地區 (如盛產鑽石之區域)，此又成為其購買非法資產或逆向將非法資產移轉進入第一世界的掩護方式。在有些管轄區 (jurisdiction) 基金會甚至免稅或享有低稅負，使其更有吸引力。

c. 借貸³⁴

借貸和掏空不同之處在於，借貸可以以個人方式完成。例如犯罪者可以向某房仲購買所費不貲的房產，並且以現金將該房貸繳清。這種模式比較容易出現在極高價值，但流通性良好的標的，例如位置好的商辦或房屋。

另外一種借貸洗錢模式則是透過賭場 (casinos)，犯罪者透過和賭場經理的約定，如在瑞士領出資金，在蒙地卡羅賭場輸光一百萬英鎊後在晚上贏回九十萬英鎊，並申報所得為「賭金」。十萬英鎊則成為經理的手續費用。

d. 投資基金

投資基金或者退休基金本質上是金錢的集合。犯罪者將犯罪所得投入投資基金，就往往難以辨識，而這樣的投資基金數量相當多。投資基金由於其組成結構為股份，允許無記名股票發行的投資基金足以用來掩護犯罪所得的去留³⁵。

第二，投資基金可以參與新股發行，或創立公司。此處犯罪者可以指揮經

³³ Stephen Platt (2015)，前揭註 26，頁 38。

³⁴ Stephen Platt (2015)，前揭註 26，頁 42。

³⁵ Stephen Platt (2015)，前揭註 26，頁 43-45。

理將所得投回所設立的空殼公司、創造虧損等等，以達成再一次的掩護和截斷。投資基金也可以因為股份的轉讓而達成第三次的掩護和截斷。

e. 律師／專業人員

律師和其他專業人員扮演著關鍵角色。律師，特別是跨國商務律師擁有起草契約和設立公司的能力，甚至會擔任政府重要職位³⁶。同時，律師在辯護過程中，擁有保護當事人的保密特權。有些律師甚至擁有自己的公司以提供更佳的服務或借貸。律師的專業能力常常是洗錢是否成功的關鍵³⁷。

f. 有價證券

有價證券的洗錢方式較為複雜，但關鍵在於其是否有匿名性³⁸。第一種可能的洗錢模式是購買保險契約，並且在猶豫期間內解除該契約，就能拿到一筆足以合法申報的財富。

第二種方式是購買無記名公債或債券，如美國無記名公債。其流動性和保密性都極為良好。

第三種模式則牽涉到其他犯罪，如故意以真實或不實資訊製造內線交易以賺取暴利，並在過程中使犯罪所得變多且匿名化³⁹。

3. 持有與移轉匿名資產

a. 藝術品與拍賣

藝術品可能是最優雅的洗錢方式⁴⁰。藝術品的漲跌幅非常驚人，且國際上藝術品買賣有匿名之傳統⁴¹。第二，藝術品可以以現金結清，等待大漲後（如

³⁶ Herve Falciani、Angelo Mincuzzi (2016)，《La Cassaforte degli Evasori》，《逃稅者的金庫》，吳若楠（譯），台北：商周，頁 116。

³⁷ Stephen Platt (2015)，前揭註 26，頁 46。

³⁸ Stephen Platt (2015)，前揭註 26，頁 48-49。

³⁹ Stephen Platt (2015)，前揭註 26，頁 49。

⁴⁰ <https://udn.com/news/story/7238/2208458>，瀏覽日：2017/12/11。

⁴¹ 國際大型拍賣公司往往有此傳統，如佳士得公司。<http://www.christies.com.tw/zh/about-us/contact/privacy/>，瀏覽日：2017/12/11。

藝術家死亡)後再行拍賣。此時可以同時達到匿名和再獲利的目標。從此點言之，藝術品拍賣市場逐漸有從西方轉向東方的趨勢，即相當值得有關單位注意。

b. 高價物品持有

此和前開藝術品如出一撤，但顯然較無吸引力。如持有鑽石、珠寶等等，其變現性和流通性並不如房屋或知名畫作等，但仍然不失為一種掩飾不法所得的可能⁴²。值得注意的是，黃金是其中的例外，如下述。

(2) 貿易洗錢模式

a. 跨國資產轉移

1. 既存金融利用

a. 匿名轉帳

這是一種越來越不受青睞的洗錢模式。瑞士等國銀行一般提供僅顯示數據或代號的銀行帳戶，犯罪者可以透過 ATM，網路提款等方式進行交易。但是這種交易往往需要在一開始與行員面對面接觸，某些區域的行員也可能對帳戶起疑，因此直接的大筆銀行匯款已經非常少見⁴³。然而，臺灣的兆豐銀行 (Mega Bank) 卻發生過類似事件，而造成臺灣國庫嚴重的損失⁴⁴。

b. 代理帳戶

代理帳戶是一種比較能為犯罪者接受的匿名帳戶。其使用 SWIFT 系統，客戶 0 向 A 銀行下達指令，A 銀行再以電報 (如 MT103) 要求美國 B 銀行向美國 C 銀行匯出美元，和 C 美國銀行合作的 D 銀行計入客戶 1 的款項，如此兩位客戶都不需要進入美國境內，卻能夠完成美元匯款⁴⁵。

⁴² Stephen Platt (2015)，前揭註 26，頁 72。

⁴³ Stephen Platt (2015)，前揭註 26，頁 60。

⁴⁴ <http://news.ltn.com.tw/news/business/paper/1037575>，瀏覽日：2017/12/11。

⁴⁵ Stephen Platt (2015)，前揭註 26，頁 41。此部分原作有清楚之圖解。

c. 電子貨幣⁴⁶

電子貨幣，如比特幣（BitCoin）由於分散計算的區塊鏈帳本模式，其根本沒有中介，移轉上只需要一個透過人頭戶持有的錢包（Wallet）即可收受，匿名性絕佳。但問題在於電子貨幣漲跌驚人，其流通性仍受質疑。

d. 信用狀

信用狀可能是最典型的洗錢模式⁴⁷。透過對於信用狀中貨物的高報或低報，公司雙方所以隨意創造出虧損或是獲利，甚至根本偽造出不存在的信用狀，如同幽靈船隻，使其能夠掩飾犯罪所得的移轉。

2. 地下金融模式：哈瓦拉、飛錢與其他

哈瓦拉體系（Hawala System）是一種非常古老的價值移轉系統，起源於中東，但普遍存在於金融體系崩潰的國家。哈瓦拉系統透過兩名哈瓦拉經紀人（hawaladar）來完成，匯款者將資金交給 A 國的 B 經紀人，B 經紀人聯絡位於 C 國的 D 經紀人已收款，D 經紀人將資金付給 C 國等待的受款人。這種體系完全合法，且在失敗國家其往往是唯一可行的匯款方式⁴⁸。

哈瓦拉體系當然存在容易被濫用的風險，因為其根本不審核資金來源。論者可以注意到哈瓦拉體系主要依賴對於該體系和經紀人的信用。因此，是否應該將這種體系列入監管，即成為值得討論的話題。

3. 新的挑戰：貨物進出口

實體貿易當前已經成為最新的洗錢管道。由於沒有比實體物品更容易藏匿所有人個性的存在，現金或非法貨物的移轉因為國際貿易的盛行變得更簡單⁴⁹。其中最特別的就是黃金。調查人員經常可以在各種地方或角落發現黃金，由於其延展性和在各地都有相同價值，金屬和金塊容易攜帶，因此黃金取代很多

⁴⁶ Stephen Platt (2015), 前揭註 26, 頁 49-51。

⁴⁷ Stephen Platt (2015), 前揭註 26, 頁 45。

⁴⁸ John A. Cassara (2016), 前揭註 30, 頁 66-69。

⁴⁹ John A. Cassara (2016), 前揭註 30, 頁 14-15。

介質成為恐怖份子等人之最愛⁵⁰。如哥倫比亞之黃金出口量就非常驚人，但該國本身並不盛產黃金⁵¹。

惟貨物洗錢（Trade-Based Money-Laundering, TBML）等於要求海關人員判斷貨物性質，除黃金等物可以用金屬探測器發現外，其他破獲仍然相當困難。如何阻止此種新興洗錢模式，仍然有待發展。

4. 捕風捉影或者扼殺投資？

從洗錢常見手法的整理可以看出洗錢容易和貿易掛鉤的特徵。而洗錢防制之副作用，如妨礙新創，降低投資意願等等，都可能是基於洗錢防制之名，而過度延伸刑事追訴所可能產生的效應。

我國今年透過修法，順利擺脫洗錢黑名單追蹤，值得慶幸。但最重要者，應該還是在於法律如何拿捏界線，以求在遏止犯罪之餘，也能夠保障善良商業發展。此應為商業刑法設計時，應慎重考慮之部分。

(3) 虛擬貨幣：新的挑戰或機會？

FinTech 可能是這一兩年內，在金融監理議題上最常被提及的關鍵字。但實際言之，Fintech 的範圍相當廣闊，任何在金融操作上的非傳統人力，而改由電腦技術介入者都可以稱之。包括現在最引起注目的虛擬貨幣（cryptocurrency）亦可稱之。

惟此種定義似過於模糊而不合理。蓋因為電腦技術的進步，高頻交易⁵²，自動報價軟體等等在於金融業中之應用，早就極為廣泛。故本文在此將捨棄對於 FinTech 的多餘定性問題，直接在此討論廣受矚目，充滿爭議但少從反洗錢法視角充分檢視的最知名虛擬貨幣：比特幣（BitCoin）進行討論。

⁵⁰ John A. Cassara (2016), 前揭註 30, 頁 99。

⁵¹ John A. Cassara (2016), 前揭註 30, 頁 98。該國 2013 年僅生產了 15 噸黃金，但出口 75 噸。

⁵² Peter Gomber, Björn Arndt, Marco Lutat, Tim Uhle (2011), 〈High-Frequency Trading〉,

EFL Digitaler Newsletter, March 2011, <http://safe->

frankfurt.de/uploads/media/Gomber_et_al_High_Frequency_Trading.pdf

比特幣被認為是由一名名為中本聰之程式開發者，在 2009 年發布之論文⁵³，內容是藉由所謂的區塊鏈（Blockchain）技術，以所謂去中介化的方式進行財富的移轉，其中透過密碼學的架構與進步、帳本的分散而能夠確保該虛擬貨幣財富的移轉難以被察覺（假名性）和穩定性（可確認移轉，如下述）。

比特幣的運作原理原始起於一數學公式。由於創始者本意似希望其能成為如同黃金一般的價值，因此在數學上為其設定為最高只能挖掘出 2100 萬枚比特幣。本文作者所自行操作的錢包（wallet）電磁程式，則可用以容納、收藏和支付比特幣，最小則可以切割至 10 的 -8 次方，即小數點後八位。一枚比特幣單位或最小比特幣單位之移轉，其運算必須透過加密和解密才能夠由原使用者移轉至另一使用者，但原使用者失去一枚比特幣單位或最小比特幣單位之移轉之如同現金移轉效果，而此運算則是有賴於在網路上貢獻運算能力的其他社群（community）參與者。由於這些參與者使電腦運轉時，該區塊鏈系統透過數學公式會給予其一定比例的比特幣作為獎勵，故這些參與者，被稱為比特幣礦工（miner），而該運轉則稱為挖礦（mining）。

比特幣另外一個特色在於其安全性。如果使用者願意等待，比特幣的移轉從一錢包到另一錢包，可以經過更多帳本（block，意思即為「區塊」）的驗證，當然也會消耗更多時間，但由於所有帳本都有全世界所有使用者共同擁有以及更大質數的發現，因此比特幣幾乎沒有被偽造的可能性。該驗證的運算能力與成本同樣由礦工提供，因此該礦工一樣也可以得到比特幣的獎勵。這幾個特質掀起了一陣世界級的旋風⁵⁴。

從當時大型的網路交易比特幣平台（Mt. Gox）觀察，英國《金融時報》記者則從當時 Mt.Gox⁵⁵之數據，標示出該比特幣在 2017 年的瘋狂走勢，如圖：

⁵³ <https://www.economist.com/blogs/economist-explains/2015/11/economist-explains-1>，瀏覽日：2018/1/2。

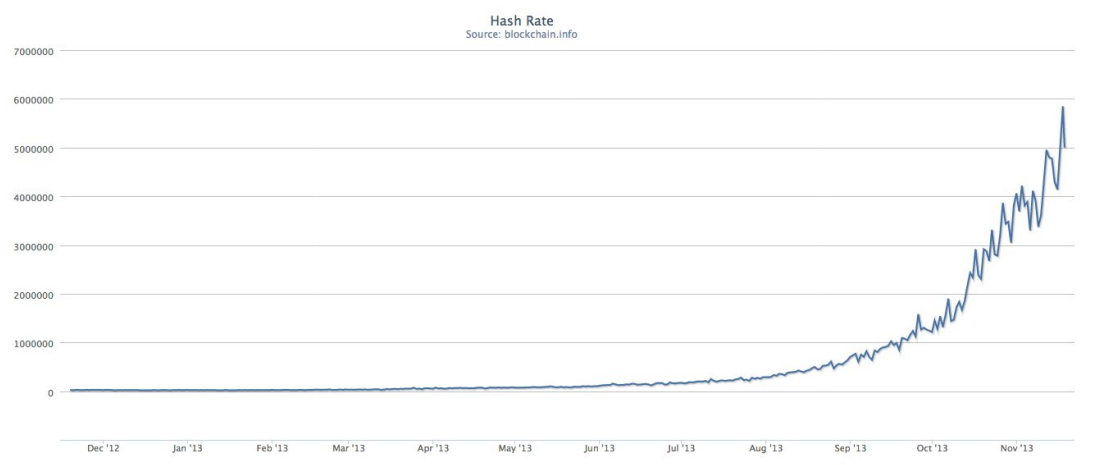
⁵⁴ <https://ftalphaville.ft.com/2013/11/18/1696832/a-crypto-crisis-or-a-crypto-triumph/>，瀏覽日：2018/1/2。

⁵⁵ 該平台已經破產。<https://www.mtgox.com/>，瀏覽日：2018/1/2。



如該走勢圖可以看出，其在前數個月有不少交易，但價格並未上升。而在十月開始即飆升到非常驚人的價格。由於其極迅速的上漲速度，至台灣時間 2013 年 1 月 2 日下午 4:22 分時，由 CoinDesk 報價平台已報出一枚比特幣兌換 13481.92 美元的天價⁵⁶。（但據 Coingecko 報價於 2 月 6 日已跌至 6097 美元。）

同時，由於比特幣的風潮，至 2013 年初，目前已經非常難挖出新的比特幣。如下圖。



57

如圖所示，哈希率（hash rate）標示著「挖」到新比特幣的難度，蓋系統會因比例給予更少的報酬。而目前已經到了極其難挖的程度，而使得想要購買比特幣的投資者，必須大量依賴網路上的比特幣平台。

⁵⁶ <https://www.coindesk.com/price/>，瀏覽日：2018/1/2。

⁵⁷ <https://ftalphaville.ft.com/2013/11/18/1696832/a-crypto-crisis-or-a-crypto-triumph/>，瀏覽日：2018/1/2。

這種能快速移轉且有匿名性的「貨幣」，相當有為洗錢者所利用之可能。蓋比特幣之設計原則，其中一個目的即是在於「去中心化」，也就是不透過銀行、銀錢業或者影子銀行等等架構，直接由密碼學作為中間的確認，兩人進行環球交易。由於比特幣的交易方式是以輸入系統生成的密碼於錢包而取得，使用者甚至可以將該密碼組抄下，脫離網路世界並輕鬆攜帶，而使得現有的可疑交易表徵與判斷方式，對其完全失效。因此種虛擬貨幣之運作方式，完全繞過了目前 FATF 反洗錢架構的要求。

然而，在作者自行於 2017 年 12 月 15 日自行操作 eToro 平台後，發現在本文撰寫時期，比特幣市場已經因為大量礦工與投機者的介入，開始發生有意義上的變化。最明顯之變化在於，目前一般人（即非大舉投資架設電腦以大規模挖礦者）已經難以自行取得比特幣⁵⁸，而比較便捷的方式反而是透過網路交易平台如 eToro 等等，直接以信用卡以美元購買。原本被鼓勵來參與的礦工風潮已經因為人數過多而將一般人排擠出區塊鏈的參與中。

這種質量上的變化，如同前述，使得洗錢者可能更偏向以比特幣進行交易甚至是贖金，因其有追蹤上的困難度，但卻極有價值。而從市場的觀察而言，直至 2018 年 1 月 2 日止，僅有期貨（future）於芝加哥期貨交易所上市⁵⁹，除此之外比特幣並無和國家所發行之法定貨幣或金融市場有直接的連動，而可能形成洗錢防制上的巨大漏洞。

此外，本文認為該市場已經分裂成兩個主要的族群：真正使用者（或稱為洗錢者）以及投機者。投機者顯然是基於比特幣的瘋狂上漲速度，基於有利可圖的目的而投入，導致比特幣追高；然而，比特幣可能出現的泡沫化（bubble）現象，長期而言會導致比特幣價格巨幅修正，但會因為真正使用者（洗錢者，或希望能匿名交易者）的使用，而保持基本價值。但真正使用者仍然需要投機者的介入，否則該交易將相當無效率，而難以移轉可能的犯罪所得。兩者之間互相需要的效果相當特別。

值得討論的是，反洗錢架構應如何應對可能帶來的風險？在大型平台上如前述的 eToro，已經開始引進類似 KYC 的架構，要求上傳國家發行的駕照、身分證掃描檔案，試圖避免本身淪為洗錢的平台。另一方面，如果是不透過中介

⁵⁸ 本文作者以 nVidia 540m 顯示卡進行「挖礦」八小時整，但並無所得。

⁵⁹ <http://www.bbc.com/news/business-42304657>，

平台的點對點交易，那幾乎不可能在不完全監控網路的情況下，發現真正使用者的比特幣交易。

對於比特幣或他種基於區塊鏈技術的虛擬貨幣交易，各國在實務上已經有一定程度的掌控。截至 2018 年 2 月 1 日為止，目前一些主要的國家已經宣示了其對於比特幣或者他種虛擬貨幣的態度，如下：

美國聯邦法院至 2018 年 2 月 1 日前，尚未對於比特幣，或他種虛擬貨幣的法律定性有明確的表達⁶⁰。但是，美國證券交易委員會（U.S. Securities And Exchange Commission, SEC）則曾表示過，像比特幣此種虛擬貨幣，屬於「商品」（commodities），因此也可以作為期貨或其他有價證券的適格客體⁶¹。

德國則有著完全不同的態度。根據《衛報》報導，德國早在 2013 年前，就已經宣佈比特幣是一種外國貨幣（foreign currency）⁶²，這種定性對於虛擬貨幣的發展極其友善，蓋如果是貨幣的單純持有，則沒有貨物稅的問題。因此網路社群經常用虛擬貨幣天堂（digital-currency haven）的態度來看待德國。

英國作為對於金融服務業最友善的國家之一，在目前仍然對於比特幣等虛擬貨幣，抱持著搖擺不定但自由放任的態度。其目前還沒有對於比特幣有明確的官方定性或者明確的課稅要求，但同時也不阻止民間利用或操作比特幣。有趣的是，在 2017 年英國倫敦出現了世界第一棟僅收受比特幣購買的豪宅⁶³。

瑞典的動作則更大，有鑑於該國的現金交易比率已經不高，瑞典央行已經打算發行所謂的國家級虛擬貨幣，稱為 e-krona⁶⁴，但這和比特幣等以去中心化為核心的虛擬貨幣完全不同，而是有國家擔保且僅作為金融機構間清算之用的虛擬貨幣，此應該只能稱之為是一種區塊鏈的另類應用。

日本的動作也非常積極。日本國目前在通過金融創新監理沙盒（regulatory

⁶⁰ P. Carl Mullan (2014), 《The digital currency challenge: Shaping online payment systems through US financial regulations》, London: Palgrave Macmillan, 頁 126。

⁶¹ P. Carl Mullan (2014), 前揭註 60, 頁 128。澳洲和加拿大則沒有特別表態，僅表示有可稅性 (taxable), 同書, 頁 133。

⁶² <https://www.theguardian.com/technology/2013/aug/19/bitcoin-unit-of-account-germany>, 瀏覽日：2018/2/4。

⁶³ <https://www.cnn.com/2017/10/13/london-mansion-on-sale-bitcoin.html>, 瀏覽日：2018/2/4。

⁶⁴ <http://uk.businessinsider.com/swedish-central-bank-considers-digital-national-currency-ekrona-2016-11>, 瀏覽日：2018/2/4。

sandbox) 法案下，虛擬貨幣的實施已經有條件地被解套⁶⁵。同時，一些大型日本連鎖電子廠商開始收受比特幣，如 BigCamera 等廠商⁶⁶。受惠於中國和韓國的強力打壓，日本現在也是許多「礦工」逃難和樂意停留的地點。

然而對於開發中國家，比特幣的合法性和發展幾乎是完全相反地受到強力打壓。以中國為例，中國互聯網金融風險專項整治工作領導小組辦公室已經宣佈境內比特幣交易所非法，禁止挖礦和交易⁶⁷；韓國在 2017 年九月也跟進，南韓金融服務委員會 (Financial Service Commission, FSC) 禁止首次代幣發行交易 (ICO)。同年十二月，該國司法部長甚至暗示可能考慮禁止所有虛擬貨幣交易⁶⁸。

為什麼會有如此大的差別？答案相當可能和洗錢有關聯，蓋價格高昂且流動性良好的比特幣，有相當的移轉性，且其偽名性⁶⁹相當良好，能夠輕易突破開發中國家的資本管制，順利將資金移轉至財產權保障較為良好的已開發國家（這可能也是已開發國家為何採取比較鬆散的態度）。因此對於開發中國家而言，虛擬貨幣之監管議題相當重要而難以忽視。

本文認為，基於比特幣等虛擬貨幣的洗錢功能，其有列入監管的必要。然而，答案可能是「無法管制」而是必須以「排擠」的手段，利用新造的國家級虛擬貨幣來取代比特幣，透過電腦通訊位置之監控或者仲介（如同證券交易法上之券商）代為操作該新貨幣，才有可能控制之。否則以目前之技術，禁止比特幣跟限制比特幣，在技術上都有困難，遑論進行管制。蓋使用比特幣交易者目的即在於避免被知悉，也難以期待其有自行申報的可能在。而這種逕行取代的手段，目前已經有國家（如愛沙尼亞）投入⁷⁰，後續狀況如何，值得再行觀察。

⁶⁵ <https://asia.nikkei.com/Politics-Economy/Policy-Politics/Japan-s-first-regulatory-sandboxes-could-open-next-spring>，瀏覽日：2018/2/4。

⁶⁶ <http://www.biccamera.co.jp/e.lj.hp.transer.com/shopguide/campaign/bitcoin/index.html>，瀏覽日：2018/2/4。

⁶⁷ <http://www.bbc.com/zhongwen/trad/business-42660591>，瀏覽日：2018/2/4。

⁶⁸ <https://www.bnext.com.tw/article/47776/south-korea-ban-bitcoin-cryptocurrency-trading-2018>，瀏覽日：2018/2/4。

⁶⁹ 比特幣具有「匿名性」是一個重大的誤解，透過 IP 位置的搜尋，每一次比特幣的移轉都會留下紀錄，雖難以辨認但並不代表無法辨認，稱之為「偽名性」可能更妥。見 Hanna Halaburda and Miklos Sarvary (2016)，《Beyond Bitcoin》，London: Palgrave Macmillan，頁 109。

⁷⁰ <https://www.cnbc.com/2017/08/23/estonia-cryptocurrency-called-estcoin.html>，瀏覽日：2018/1/2。

一、世界反洗錢架構的建立

（一）國際間立法

1. 成員

如前述，兩大反洗錢架構與稅務準則都認可 FATF 2012 之四十點建議為所謂的「通用反洗錢規定」，該建議也因此而成為其 180 個參與成員所共同遵守的規則，前述參與成員在進行國際期貨、證券、通貨、貨物（goods）等交易皆須遵從之。FATF 2012 四十點建議顯然成為國際經濟法之重要一部份，發揮重要的指導和限制作用。

根據 FATF 2012 四十點建議，其成員（member）主要為具有主權，能夠遂行維持金融秩序能力的國家。這和其在前言所揭示的幾項目標不謀而合，包括（一）促進國內的政經合作（二）避免恐怖組織進入金融體系（三）加強金融監管機關實力（四）促進公司等法人透明化和（六）加強國際合作⁷¹。可以看出 FATF 之要求也只有主權國家能夠達成。

但若仔細分析該建議之內涵，其實不難發現國家僅是作為被規範的客體，真正被期待去執行建議內涵的其實是個主權國家內部的各金融主管機關（在 FATF 之文獻內稱之為 FIU）和各國之公私人金融／非金融部門。其打擊範圍並不如其表面所述是一個跨國際的國家間協議，而在文義上顯然包含了跨國銀行業或其他有跨國資金流動需求的公私人實體。

除此之外，FATF 亦要求成員必須保持和遵循 FATF 體制的其他實體（FATF-Style Regional Bodies, FSRBs）保持良好互動及必要合作，包含如 IMF、世界銀行或聯合國等組織等，以達成該反洗錢要求為最高目的。其要求和層級不可謂不高。

但從文義觀之，此是否表示母國之跨國機構或主管機關，有義務向其他超國家實體交換資訊？在文獻內又採取否定說法⁷²。資訊交換或合作之最小單位，仍然明文為「國家」。換言之，各國之券商、銀行，其他法人等遵守 FATF

⁷¹ FATF（2012），International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation，頁 4。

⁷² FATF（2012），前揭註 7，頁 6。

的方式仍是以遵守母國法令為主。

2. 行動方式：交互評鑑

在 2017 年 11 月提出的最新報告書（Procedures For The FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual Evaluations）中，FATF 與其體系要求成員必須進行所謂的「交互評鑑」，目前已經進行到第四輪。

此行動類似於 Basel III 體系所提及的「壓力測試」，但不盡然相同，其比較接近必須被強行遵守的國際間義務。在所要求的交互評鑑制度內，執行國最主要的任務在於產出報告（mutual evaluation reports (MERs)）並保持各成員國評鑑機制的透明度和高標準⁷³。

交互評鑑制度有一個固定的規則可循。首先，成員國必須在當地評鑑（on-site visit）的六個月前，自行提供當地的反洗錢機制和措施，第二，該國必須按照該規則所附的附錄三（Appendix 3）提供相關的技術上資訊，包括該國目前正在執行的反洗錢法、刑事訴訟法令、相關的國家安全法和金融管制規則。在附錄一（Appendix 1）則有一個表格強制受評鑑成員填寫⁷⁴。對於加入該體制但法制不健全的國家而言，無異有極大的壓力。該表格甚至包含生效日以及重要政治人物（politically exposed persons, PEPs）的申報，且這些資訊被強迫以英語或法語填寫，對於沒有官方翻譯法律且非使用英法語的國家如中國等，可能就會形成極大的揭露壓力。

在上述資料提供的六個月後，評鑑小組就會以小組評鑑（peer review）的方式，由秘書處從 FATF、FSRBs 獲世界銀行中挑選自然人專家前往該國進行評鑑。但特別的是，評鑑員只被允許審查該國法律或即將生效之法律是否符合規範，這等於提供了受評鑑國輕易逃離「不及格」的後門⁷⁵。為何有此規定，而此規定之目的何在，可能是在於減輕評鑑專家的壓力，但也同時導致了該機制的效率不彰。同時，受評鑑國有提供相關的文件給予專家之權，但這是否也是

⁷³ FATF (2017), Procedures For The FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual Evaluations, 頁 31。

⁷⁴ FATF (2017), 前揭註 73, 頁 31。

⁷⁵ 原文為 should only take into account relevant laws, regulations or other AML/CFT measures that are in force and effect at that time, or will be in force and effect by the end of the on-site visit.

變相再增加專家的壓力，導致評鑑出現不當結果，本文認為其規範前後矛盾，似有可議之處。

該當地評鑑將持續至少 27 週，其中將產出至少一份以上的草案，以及進行對於該國金融主管機關和其他機關的面談（Face-to-Face Meeting），並產出最後的評鑑報告（Executive Summary）交付大會（plenary）審核並且公佈。在評鑑結束後，受評鑑國、成員國仍然需要進行後續自我審查制度（follow-up process），以確保其仍然遵循 FATF 的程序和透明度。特別的是，在《程序》中，金融主管機關也被要求進行特別的評鑑程序（Financial Sector Assessment Programme, FSAP）。

（二）特殊工作小組

1. 四十點建議與實踐

四十點建議主要被切分為七大要素：架構、定義、對金融體系的要求、手段、公司治理與透明度、職權和國際合作方式。

第一，FATF 建議採行風險偏好型的模型（Risk-based Approach）⁷⁶。相較於採取重刑嚇阻和主管機關集權的美國模式，另一種模式是由銀行業或金融業自行申報的英國模式。基於銀行每日處理業務量巨大，此種模式顯然有著抓大放小的問題，但是其顯然可大大降低配置大量公務員的需求，對於小國而言較有可行性，而獲得 FATF 推廣。但銀行業可能會面對的利益衝突問題，則是這種機制的缺陷。

第二部分則是目前較具爭議的部分。FATF 明文要求所有國家必須將洗錢視為重罪⁷⁷，並且要求各國須對洗錢罪立有沒收的法律規定（但 FATF 本身，並沒有在此清楚界定何謂洗錢，致使各國實踐眾說紛紜。此立法模式是否妥當，不言而喻）。

第三，任何金融機關，包括可能和恐怖組織有所掛鉤的金融業，以及非營利機構，均需要接受最嚴格的檢驗，避免其淪為犯罪者藏匿贓錢的溫床。

⁷⁶ FATF（2012），前揭註 7，頁 9。

⁷⁷ FATF（2012），前揭註 7，頁 10。

第四部分則為 FATF 規範密度最高之部分。FATF 在此一分為二，對於金融業和主管機關提出兩種不同的要求⁷⁸。對於金融業，其：（一）必須執行有意義的顧客盡職調查（Customer Due Diligence, CDD），包括完整地了解顧客、帳戶持有人和最終受益人的資訊。由特別者，必須針對如重要政治人物（politically exposed persons, PEPs）進行更高強度的盡職調查；（二）必須儲存所有資料。匯款服務供應商（money or value transfer services, MVTs），亦同。

本段對於主管機關的要求，事實上是變相要求由前開金融機構承擔盡職調查的壓力。除主管機關自行調查外，FATF 允許金融機構由第三人進行盡職調查，並且皆有申報義務。特別的是，在本段 FATF 特別要求各成員國應該（should be）⁷⁹豁免揭發不正行為的金融從業人員任何刑事或民事責任。若與該協議對於銀行機密維護不得妨礙反洗錢機制同視，FATF 對於銀行保密法可說懷有相當的敵意。

（三）規範的客體

FATF 2012 的規範客體極廣，幾乎已經到了包山包海的程度。從該建議的 D 和 E 選項來看，反洗錢機制應該包括（一）廣義金融業（如券商、銀行和通匯服務）、（二）內部從業人員、（三）非金融業和專業人士（Designated Non-Financial Businesses And Professions），如賭場、房仲業者、會計師、信託業者甚至律師⁸⁰。

其中最特別之處在於其將執行交易任務的律師一概列入管制範圍，這似乎會產生最直接的利益衝突問題。律師如何一邊保護當事人一邊申報當事人的可疑行為？但若對於 FATF 22、23 項進行系統性的觀察，就會發現其規範範圍，僅限於為當事人購置房地產或建構公司、稅務體系的律師，其應是指涉英美法體系的事務律師（solicitor）而和我國不分制略有不同。或者在解釋上，應嚴格區分律師執行列舉事務和不執行列舉事務加以區別。

⁷⁸ FATF（2012），前揭註 7，頁 12-19。

⁷⁹ FATF（2012），前揭註 7，頁 18。

⁸⁰ FATF（2012），前揭註 7，頁 18。

FATF 對於公司（法人）的透明度略有著墨，但僅止於要求不使其成為洗錢之道具或主體即足⁸¹，其要求密度相較於英國的公司治理守則可謂相當的低。

（四）懲罰？

奇特的是，雖然 FATF 已經成為國際打擊反洗錢行動的基礎，FATF 本身卻沒有界定對成員國的罰則或對於國家的制裁措施。其仍然在《建議》中使用 sanction 一詞，但卻是界定為國家對於內國自然人或者法人的刑事、民事或行政懲罰，如允許或應該沒收⁸²。其可能是基於對國家主權的尊重而在此部分略有保守，而沒有特別要求。

（五）區域組織行動模式

1. 報告

同前所述，反洗錢組織之架構主要為全球／區域架構，而所有成員國皆屬於一個或一個以上的區域組織，並由後者執行 FATF 的要求。由於我國隸屬於亞太反洗錢組織（APG），本文即以該組織作為說明之依據，以下以 APG 簡稱之。

如年報所述，組織最重要任務之一，即是產出年報（Annual report）供世界各成員國參考，並更新訊息。隨同年報發布者，尚有該年度所採行的方法論（Typologies），程序（Procedures）以及執行計畫（Business Plan）等。

2. 交互評鑑

然而對我國最具影響者，則是在 2016-2017 年執行的第三輪交互評鑑。我國以 Chinese Taipei 名義參與該組織並接受評鑑，各成員國則負有相互協助提升反洗錢能力以及完善反洗錢架構的任務。同時，根據該年報第 8 頁⁸³，我國則須接受包括美國、泰國在內五個國家的五輪評鑑，其機制主要是依照 APG 同時公布的新 APG 類型方法（Typologies）來進行，內容則主要依照 FATF 2012 之要求。成員國亦須負擔費用，如 2017 年的 APG 年會費用，在年報中即是由中國

⁸¹ FATF（2012），前揭註 7，頁 20。

⁸² FATF（2012），前揭註 7，頁 10。

⁸³ APG（2016），《Annual Report 2016-2017》，頁 8。

(China) 和中華臺北 (Chinese Taipei) 共同出資。

3. 不合作國家防堵

不過，APG 本身並未規範對於不合作國家的罰則。不合作國家的懲罰機制，則疊床架屋地規範在 Egmont Group 中的遵循準則中 (The Support and Compliance Process)⁸⁴。在該準則中，其敘明不遵守艾格蒙聯盟準則和 FATF 之「不合作國家」⁸⁵，在規範的五種機制 (Trigger，如被其他成員國檢舉) 下，可能會受到該機制制裁。制裁的內容包括停止其和聯盟的合作，拒絕該成員國參與大會，停止和其進行資訊交換以及向其寄發警告函 (Warning)，甚至委員會有權，在經秘書處建議下，採取進一步適當的行動 (the Secretariat will refer the matter to the Egmont Committee for appropriate action)⁸⁶。

從文件以觀，其對於該成員國地位的剝奪，猶如被貼上協助洗錢國家之標記，同時失去所有來自該聯盟的資訊和對該國際組織可能的影響力，對於該國金融業之發展，可能有極負面之聲譽及資訊落後的不良影響，在這個國際化的時代，此種柔性但影響深遠的國際經濟法制，特別值得重視。

此外，FATF 本身亦會發布有嚴重缺失之國家或地區 (Jurisdictions with strategic deficits)⁸⁷，此對於國家聲譽和金融產業興衰，亦屬於嚴重打擊。

在實務上，當銀行業 (實際上，是前台行員) 發現有非常規交易 (或稱可疑交易) 的情事時，依照洗錢防制法即有行特定行為的需求。這些要求可大別分為向交易對手之請求、銀行業內部機制，以及銀行業對政府之公法上義務。

(一) 國際法上的要求

1. 對於金融機構的要求

⁸⁴ Egmont Group (2015), Egmont Group of Financial Intelligence Units Support and Compliance Process, 頁 7-11。

⁸⁵ 此字眼經常被調查局等官方機構引用，但本文並未於該文件中找到適合的對應字眼，暫且引用以為解釋。

⁸⁶ Egmont Group (2015), 前揭註 84, 頁 18。

⁸⁷ FATF (2017), Improving Global AML/CFT Compliance: On-going Process -24 Feb 2017, 頁 1-5。

基於艾格蒙聯盟（Egmont Group）和亞太反洗錢組織（APG）之要求，目前國際上對於反洗錢的主要憲章是 FATF 2012 的四十點建議⁸⁸。同時，該建議對於銀行業的規範也最為詳細。其主要規範在建議的第四點到建議的第十四點，規範密度為所有建議之最⁸⁹（相較之下，公司治理僅佔兩點）。其要求各成員國主要須承擔之任務，主要在於界定何謂洗錢，恐怖份子融資以及需特別注意之人物（如特殊政治人物，PEPs），以及銀行業應該採取的三種方式：有強度之分的盡職調查（Customer Due Diligence）、記錄保存（Record Keeping）和通報義務（Reporting of Suspicious Transactions）。除此之外，該建議並於第十四點明確告知成員國之銀行保密法應不得妨害洗錢防制，亦不得以銀行保密為由，拒絕向主管機關（Financial Intelligence unit, FIU）提示或迴避通報。

巴塞爾銀行監理委員會（Basel Committee of Banking Supervision, BCBS）同時也頒布了關於銀行如何應對反洗錢機制及如何遵循的守則，稱之為「對於洗錢和恐怖主義融資風險的健全管理指南」（Guidelines: Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism）。在該指南第四頁，其較為詳細的指示銀行應該建立所謂的「三道防線」⁹⁰，亦即健全而有概念的前台人員，專門負責的反洗錢人員（本文稱後台人員），以及內部管控審查機制。在這份相對冗長的文件中⁹¹，其要求銀行應該建構一套風險監控系統，視來訪客戶情況，來判斷期待銀行評估的洗錢／恐怖主義融資風險。其機制則非常類似於 FATF 2012 四十項建議，同樣也是要求盡職調查、紀錄保存和通報義務。但其對於凍結資產（Asset Freezing）的部分較有著墨⁹²。

同時，在比較法上有兩個例子可以列舉並作為參考。日本對於本國銀行業頒行了可疑交易判斷基礎⁹³。作為國際貿易與金融重鎮，香港亦有相關的可疑交易表徵供銀行業參考，其評析如下述。

但是如前面所述的，此種可疑交易及申報的模式，很明顯的仍高度依賴直覺進行，其中完全沒有任何排除人為錯誤的機制。其次，可疑交易列舉的越詳細，對於商業的投機空間箝制就越大，這點無論是在國際立法上，或者在比較

⁸⁸ Egmont Group（2013），《Egmont Group of Financial Intelligence Units Charter》，頁 11。

⁸⁹ FATF/OECD（2012），前揭註 7，頁 12-18。

⁹⁰ Basel Committee of Banking Supervision（2016），《Guidelines: Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism》，頁 4。

⁹¹ Basel Committee of Banking Supervision（2016），前揭註 90，頁 6。

⁹² Basel Committee of Banking Supervision（2016），前揭註 90，頁 11。

⁹³ 行政院洗錢防制辦公室（2016），日本可疑交易之參考事例，頁 1-7。

法上（如日本）⁹⁴都沒有看到比較理想的解決方式，此點則值得吾人注意。

2. 對於非金融機構的要求

FATF 2012 四十點建議也要求將非金融產業列入監管。在 FATF 2012 四十項建議中，受指定的非金融機構產業與專業人員（Designated non-financial businesses and professions (DNFBPs)），包括律師、公證人、會計師，賭場等等，即使和金融機構有關或無關聯，也需要受到監管或者進行盡職調查⁹⁵，此部分詳下述。

三、通報機制的建立

（一）對於銀行業的監管

根據銀行公會、金融監督管理委員會、中央銀行，洗錢防制辦公室等頒布之四份最重要的函令及文件（主要為金管會函令），可以整理出幾項在銀行業建立內控制度時，須遵守之基本原則。這四份文件主要為「銀行評估洗錢及資恐風險及訂定相關防制計畫指引」，「附錄：疑似洗錢或資恐交易態樣」，「銀行防制洗錢及打擊資恐注意事項範本」⁹⁶（由中華民國銀行公會發布）以及「銀行防制洗錢及打擊資助恐怖主義注意事項範本及相關規定問答集—金融機構篇」。

這四份文件之發布日期頗新，在體例上大致遵循國際條約，其規範方式主要以「對象」為主，其次輔以次要的要求，如資料的保存和公法上義務。如從最基本的銀行評估洗錢及資恐風險及訂定相關防制計畫指引中，其將需要被控制跟調查的對象分成地域、客戶、產品及服務、交易或支付管道。在分類時，至少必須要分出高風險和一般風險兩種層級。同時，對於敏感政治人物（PEPs）以及被歸類為高風險的客戶或資金流向，必須製作風險評估報告，且須送金管會備查。

第二份文獻則比較有問題。在《附錄：疑似洗錢或資恐交易態樣中》，金管

⁹⁴ 行政院洗錢防制辦公室（2016），前揭註 93，頁 1-7。

⁹⁵ FATF/OECD（2012），前揭註 7，頁 19。

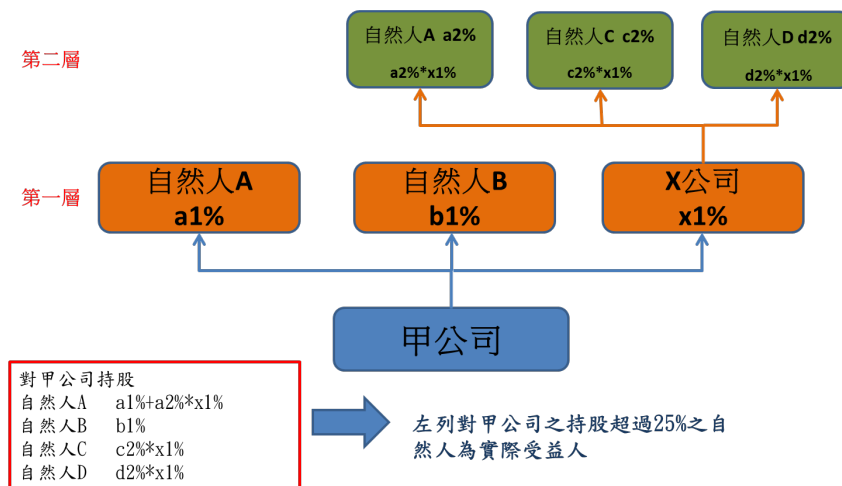
⁹⁶ 中華民國銀行公會（2017），《銀行防制洗錢及打擊資恐注意事項範本》。

會要求銀行強制至少將風險「歸類」為十一種態樣，如存款、OBU、通匯或跨境交易時應注意之部分，並仔細寫明內涵如經常兌換小額鈔票時應予注意等等，以方便銀行作業。但此份原本應該是最為詳細的指示中，反而填充大量的不確定法律概念，如第十一項一款所示之「客戶經常匯款至國外達特定金額以上者」，即一次出現四個不確定法律概念，如為第三方友行承作匯款時，誰算是客戶？匯款是否包含三～七項所列之所有通貨移轉方式？國外是否包含所有國家或是僅指高風險國家？特定金額又是指多少？則令人費解。

第三份文獻《銀行防制洗錢及打擊資恐注意事項範本》中，可能是因為由更接近實務之銀行公會所制定，對於前述的問題皆有一定的處理。如特定金額即直接了當設定為新台幣五十萬元整，也包含等值之外幣。客戶之部分也有明確之定義，如通匯之接受方並不被視為承作行之客戶等。

其次，該範本採取一相當有彈性之作法，如於第四條確認客戶身份措施時，其要求需一次辨明客戶本人及實質受益人，並列出多選項要求銀行應挑選一項以上作為判斷基準，整體立法技術較佳，且對於持續追蹤、資料留存與加強審查之項目，皆有非常詳細的規定，符合國際上規範。但較為可惜之處於，其在於法人之透明度要求，實在過於嚴苛。如未適時補件時，銀行甚至可以拒絕代為匯款，此舉除了容易導致客戶違約風險暴增外，也等於變相逼迫正當客戶尋找管制較鬆之銀行，或者根本利用舊帳戶進行交易，即根本不會受到檢查，或容易被略過。在此一部份，範本顯然沒有尊重商業瞬息萬變以及時間寶貴的概念，而顯然有過度立法之情事。

惟即使該範本立法嚴謹，仍有一些值得補充之部分，本文亦打算在此一併討論。《銀行防制洗錢及打擊資助恐怖主義注意事項範本及相關規定問答集—金融機構篇》闡明在該範本中之少數不確定法律概念，如「客戶」之意涵以及重申在何時需要重新要求新的客戶資料等。其中比較特別的是對於股權架構的計算方式：



（摘自《銀行防制洗錢及打擊資助恐怖主義注意事項範本及相關規定問答集—金融機構篇》 Q3⁹⁷）

此種計算方式符合公司法理，本文贊同之。然而範本與答問集本身，似乎忽略了公司之所以建構多層架構，其目的往往在於加強控制權，互相制衡或者避免不必要稅捐，此種要求揭露形式，是否會導致銀行過度介入公司管理與公司哲學，而造成客戶之怨言，不言而喻。再者，該範本並未考慮「人頭」（真實存在但並不任職之自然人）的問題，是其瑕疵。

但大體而言，我國目前對於洗錢防制所為的努力，已經大體符合如前所述之比較法規範，問題可能仍是在於對公司營運和投資技術的過度干涉。就除弊而言，強力介入固然可取⁹⁸，甚至可以拒絕匯款（變相扣押存款）或拒絕往來要脅之，但一方面而言是否也會增加公司和銀行本身之法遵成本，且對於行員之「直覺」要求仍高，是其整體缺點。

相較之下，香港的「可疑交易表徵」其立法就高明許多，其多以客戶「以完成」之行為判斷其是否有介入之必要，而介入之項目，也僅於最終受益人於貸款之來源，其餘並不判定為可疑交易⁹⁹。此種立法模式雖已明示為我國所效

⁹⁷ 中華民國銀行公會（2016），《銀行防制洗錢及打擊資助恐怖主義注意事項範本及相關規定問答集—金融機構篇》，頁 2。

⁹⁸ Simon Gleeson（1995），〈The Involuntary launderer: the Banker's Liability for Deposits of the Proceeds of Crime〉，收錄於 Peter Birks, QC（1995），《Laundering and Tracing》，Clarendon Press: Oxford，頁 120。

⁹⁹ 行政院洗錢防制辦公室（2016），香港可疑交易表徵，頁 5。

法，但其未注意到「事前」和「事後」介入對於公司資產流動性的影響，顯有忽略經濟學上效應的缺點¹⁰⁰。

（二）其他產業與專業人士的納入監管

銀錢業、寶石商、會計師、律師等，從洗錢防制新法上路後亦須納入監管，成為大監管下的一環。在該行業或專業人士職業時若發現有可疑交易狀況，則需要向上申報，否則將違反法定義務。

該規定顯然是基於前開國際公約之要求，而進行之「擴大監管」¹⁰¹，透過將經常協助或有能力協助洗錢者之專業人員列入監管和賦予法定義務，來加強對於洗錢的控制。其主要法源則是新洗錢防制法第 5 條，在除了銀行業外，對非金融機構，一口氣列管了銀樓業（應包括當舖）、地政士或房仲、從事特定行為之律師、會計師、公證人和信託業。

其中最值得推敲的，莫過於將律師也列入監管之範圍，其曾經引發律師界的嚴重反彈而見報，認為其直接瓦解客戶尋求法律救濟之可能，並違反律師的保密義務¹⁰²。本文也持相同立場，但立論較為不同。

在 FATF 於 2008 年所頒布的一份較早期的文件（RBA¹⁰³ Guidance For Legal Professionals）中，其對於法律執業人員（無論其是否在銀行體系中）有特別的要求。其陳明在五種情況下，該法律職業人員（包括律師）必須在注意到洗錢風險時，向主管機關通報：

1. 買賣不動產。
2. 管理委託人資金、證券或其他資產。
3. 管理銀行、儲蓄或證券帳戶。
4. 創建、營運或管理公司的營運資金。
5. 創建、營運或管理法人或法律協議，以及買賣企業體¹⁰⁴。

¹⁰⁰ 日本的可疑交易檢查方式似乎也有一樣的問題。

¹⁰¹ FATF/OECD（2012），前揭註 7，頁 19。

¹⁰² <http://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1060481>，瀏覽日：2017/12/3。

¹⁰³ 指 risk-based approach。

¹⁰⁴ FATF/OECD（2008），《RBA Guidance For Legal Professionals》，頁 6-7。

然而，企業律師或受委託銀行長期合作進行上述五種交易，本屬司空見慣之事，但當律師一旦注意到其有可能有涉訟風險時，依洗錢防制法母法第 5 條和第 10 條規定就必須向主管機關（法務部）申報，此舉豈不等於代當事人自證己罪？有文獻則認為，此時應嚴格限縮解釋而使律師不需通報¹⁰⁵，但此種規定仍然使企業無法充分信任自己長期委任之律師，且該律師或受委任銀行可能也必須因為「有洗錢的風險」而必須進行利害迴避，不然即必須通報，仍然非常麻煩。此亦可能為前開律師界激烈反彈之原因。

惟本文參考 FATF 兩文件，認為其規範模式可能有參考英格蘭體系之背景。蓋在英格蘭之刑事訴訟系統中，有所謂事務律師（solicitor）和訴訟律師（barrister）之分，由前事務律師主掌接觸當事人、雇用後者為當事人進行辯護。在此種體系中，兩種律師涇渭分明，不得互相接掌職務，而 FATF 兩文件所規範之五種行為，皆屬事務律師方能行使之職權，在法庭中訴訟律師根本不必憂慮有需要主動「出賣」自己當事人之可能性和必要。FATF 在規定上，也有將律師進行二分之舉動而賦予其不同義務之規定¹⁰⁶。

從本點出發，洗錢防制法第五條和第十條之規範，就很有違反國際要求和違憲的可能。第一，FATF 2012 第 22 點指準備進行或進行（prepare for or carry out transactions）上開行為（特定交易）之律師需受監管，此點雖然在文義上完全合致國際法律上之要求，但在解釋論上，由於我國律師並不採二分制，因此必須採行非常限縮的合憲性解釋方式，在考慮當事人有受律師辯護權下，所謂的「準備進行」必須是指已經完全涉入並實質開始協助當事人進行系爭交易之律師，方有通報義務。若是當事人於一開始即以事涉洗錢或者交易不動產有洗錢疑慮而求助時，此名律師或受託之銀行（或信託），即沒有向主管機關通報或告知其已知內容之需要。

換言之，即是在解釋律師時，依照當事人之行為將律師進行二分為有如英格蘭律師之方式，才能真正避免洗錢防制法第 5 條和第 10 條解釋上的混淆或者法律上的寒蟬效應。在 RBA Guidance For Legal Professionals 的第十二點和第十四點中，也明確支持此種二分的解釋方式，並提及需尊重成員國憲法¹⁰⁷。

¹⁰⁵ 謝憲杰（2017），〈修正後洗錢防制法實務上應遵循事項〉，收錄於楊雲驊、王文杰等，《新洗錢防制法法令遵循實務分析》，臺北：元照，頁 463。

¹⁰⁶ FATF/OECD（2012），前揭註 7，頁 20。

¹⁰⁷ 該部分相當重要，我國亦有翻譯。但為避免中間解釋問題，茲附上段落於此：This Guidance has been prepared to assist legal professionals in those situations. Unless legal advice and

(三) 批評：令人詬病的立法方向

作為授予信用，潤滑經濟和創造貨幣的機關，銀行已經成為社會中最重要の中堅存在，其本身和同業所構成的整體金融行業，興衰榮枯皆足以左右一個經濟體的健康狀況，發生於本世紀初的全球性金融海嘯，即是一例。

但對於金融產業的管制，囿於產業進入的門檻、政治影響等因素，主管機關的作為總是難以令人滿意。當疏於管制時，金融行業的投機習性，往往拖著社會進入危機，而不得不期待政治挽救經濟；但當過度管制時，如 Dodd-Frank 法案的巨大體積，又使其難以發揮創造信用的功能，結果就是總體經濟的衰退和社會無效率。

反洗錢即是一例。作為嚴重的刑事犯罪，洗錢罪與洗錢者的確應當被追蹤和制裁，相對地，保障銀行與金融產業免於受洗錢者操縱，也顯有必要。但其手段之適合性、妥當性，合比例性，以及最重要的，對於銀行位在經濟體系中心的正確認知，對於貨幣銀行學的了解，以及對於人性和利害衝突的了然於心，往往都被忽視，此種情況並不只發生於我國，甚至於國際立法中都能注意到這種情形。

就這點而言，「遵循國際立法」實在不能說是絕佳的立法理由。本文認為，最重要者，應還是重新理解銀行和總體經濟的關係，妥善處理銀行和客戶間利害衝突可能導致的法律風險，以及合理降低對於銀行的沉重期許和負擔，另行在不違反國際立法上，重新建構一種適合經濟和商業運作的金融反犯罪模式，才是正道。如此，才能達成銀行、主管機關和商業世界三贏的局勢，鼓勵冒險，推動投資，重新找回成長的動能。

依照前開規定及銀行法規，銀行必須申報「異常交易」，該概念在我國財經刑法定義和稅捐罰中則稱「非常規交易」，復按洗錢防制法則兩者皆有需要通報之義務，故精確按上述要求而言，銀行或列管之機構須通報之前提，即在

representation consists of preparing for or carrying out transactions relating to these specified activities, it is not subject to the FATF Recommendations. The Recommendations would thus not cover, for example, an initial meeting before any preparatory work is carried out, or the usual level of advice given at legal aid or other “walk up” clinics.

於分析所面對系爭交易，是否為「非常規交易」。以下兩段則從財經刑法和稅法上定義，分析需通報之基準。

如前述所提及，「非常規交易」本身即為一亟待定義之不確定法律概念。由於我國洗錢防制法之前置犯罪，同時包含稅法上逃稅罪與財經刑法上不合交易常規之罪，故判斷是否有非常規交易出現之情形，即成為是否需要通報的前提。

四、財經刑法上非常規交易的定義

歷經數十年的變革與國際情勢變更，我國已從過去的農業國家，轉型成主要以工業生產和商業、服務業為主的國家。一如其他先進國家之發展史，我國同樣地也有公司、股票交易及有價證券、衍生性金融商品等買賣之需求，於焉，證券交易法等財經刑法，隨呼應而生。

然而，如同光芒照射之處必伴隨黑暗故，有利可圖之處及往往伴隨著犯罪和不法行為。在其中知名者，尤屬內線交易、掏空、不法吸金等名詞，常隨著新聞媒體的不斷報導，變得人盡皆知，惟對於此種特殊犯罪的性質與要件，常非為國人所知悉，即使如法律專家等，對於如證券交易法（下稱證交法）中對此種金融犯罪的定義與追訴，也往往感到棘手，而難以為繼。

實則，商業世界變化多端，股票與有價證券之轉手與進出場時機，往往皆在一瞬間之間。抽象法條所能規範者，實則有限，甚或可能成為商業發展的絆腳石頭，而使人人避之唯恐不及。若從除弊大於興利之角度為之，則往往和實務不符。故我國繼受於英美之立法例，其對於如何分析、明確其要件，使券商、交易人得以遵守、自保，即成為一重要議題。

此處即著眼於此，希求從分析證券交易法 171 條第 1 項第 2 款之「不合營業常規」致公司遭受重大損害為題，來分析何謂不合營業常規，我國法院如何看待營業常規此一不確定法律概念，來偕同辨識營業常規之要件，是否在實務上已被明確化與否。

此處將以文獻分析為主，以證券交易法實務上三大案件：博達案、國華人壽案及太電案為出發點，分析我國各級法院對於營業常規構成要件之概念，或提及後續之處理方式。

（一）「營業常規」的意義---學說與實務之歧異

按證交法 171 條第 1 項規定，指以下法文：

「有下列情事之一者，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：

一、違反第二十條第一項、第二項、第一百五十五條第一項、第二項、第一百五十七條之一第一項或第二項規定。

二、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害。

三、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受損害達新臺幣五百萬元。」

其中，可被視為我國實質上規範防範掏空公司的法條，應指上開法條的第二款和第三款。第三款之董事、監察人或經理人責任，按本文見解，應屬於英美法上之董事義務之部分(Duties of fiduciary)¹⁰⁸，因而不在于本文欲討論之範圍內，合先敘明。

故本文欲討論者，應指第 2 款之規定。考其本質為刑事制裁，本文意從客觀和主觀構成要件，分別討論之：

1. 客觀構成要件

對於何謂營業常規，我國權威學者與實務間有不同之解釋。但大體而言，皆以反面解釋之，以不合營業常規來判斷行為人是否已該當本罪，而非以符合營業常規來排除行為人的可能罪責。此種解釋方式，確實符合文義解釋，但同時也模糊了此不確定法律概念，使其變得有彈性，但也容易誤觸之。

在著名的最高法院 98 台上 6782 號判決 (即博達案) 中，法院對於其不合常規交易的因果關係，有精彩而詳細的描述，且依本文觀察，似有避免刑事訴訟

¹⁰⁸ 或者可能以民法角度討論之，詳見最高法院 57 年台上字 1663 號判決、42 台上字 1224 號判決。

法法理介入之傾向¹⁰⁹。由於此段足以表明我國實務上對於非常規交易的判斷機制，試摘錄如下：

「……證券交易法有關「非常規交易」之立法目的，在禁止董監事之利益輸送行為導致公司受重大損害，不包括原判決事實欄六至八所載之虛偽交易……」

「……犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院自由判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。且經驗與論理法則等證據法則，俱屬客觀存在之法則，非當事人主觀之推測……」

……為使博達公司相關帳冊所載獲利能力達到股票上市標準，期股票能在證券市場上市，乃與國內多家知情廠商之負責人共同基於製作內容不實之業務文書、會計憑證、帳冊、財務報告及為不利且不合營業常規交易之概括犯意聯絡，與配合廠商於國內從事「假」交易，以虛增公司營業額及獲利能力……」

其掏空手段，如該判決書所述，主要以衍生性金融商品虛設博達公司之負債，進行掏空。因此，法院得出以下結論：

「……將博達公司之資金六十萬美元、一千二百萬美元匯給謝喜銘之 DUNMORE 公司及 MARSHALL 所屬之 CBA ASIA LIMITED，作為此項操作之佣金，使博達公司實質上遭受重大損害。以上不利益且不合常規之交易，均導致博達公司遭受重大損失，且財務報表、報告等嚴重失真，無法真實呈現博達公司之資產狀況，終致博達公司發生財務危機，無法繼續經營等情，已說明本於調查所得心證，分別定其取捨而為事實判斷之理由。所為論斷，核無違背客觀存在之經驗法則與論理法則，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指為違法。」

故罕見的¹¹⁰，在本號判決中，最高法院給予營業常規彈性的定義，列舉許多反面的定義以界定營業常規：

¹⁰⁹ 一般而言，最高法院在此必有引用，但本判決例外僅以經驗法則一筆帶過。參註 108。

¹¹⁰ 司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

『所謂「營業常規」之意涵，自應本於立法初衷，參酌時空環境變遷及社會發展情況而定，不能拘泥於立法前社會上已知之犯罪模式，或常見之利益輸送、掏空公司資產等行為態樣。該規範之目的既在保障已依法發行有價證券公司股東、債權人及社會金融秩序，則除有法令依據外，舉凡公司交易之目的、價格、條件，或交易之發生，交易之實質或形式，交易之處理程序等一切與交易有關之事項，從客觀上觀察，倘與一般正常交易顯不相當、顯欠合理、顯不符商業判斷者，即係不合營業常規，如因而致公司發生損害或致生不利益，自與本罪之構成要件該當。』

對於所謂損害，最高法院同時亦抱持「彈性認定」的角度：

『再本罪所稱之「公司重大損害」，通常雖指金錢等財物損失，且以損失金額與公司規模等衡量損失是否重大，然法無明文限於金錢等有形之財物損失，如對公司之商業信譽、營運、智慧財產等造成重大傷業者，雖未能證明其具體金額，仍應屬對公司之損害。』

換言之，最高法院於知名知博達案中，將非常規交易進行二分，除常規交易之定義不應有固定看法，而得與時俱進外，虛假交易應採納經驗法則，而德認為非法，並非常規交易。

學者間則不乏相同之聲。學說有力說¹¹¹指出，法院對不合營業常規之解釋頗具彈性。按學說推論，可能意在兩種目的：(1)避免正面定義營業常規構成要件，而使商業運作綁手綁腳 (2)正面定義營業常規，在理論上無法窮盡。本文則認為，反面定義營業常規，使構成要件模糊化，反能給予商業界彈性，並且嚇阻不法之徒藉由法律漏洞脫免刑責，實為可採。

從地方法院之角度觀之，則略有不同。台北地方法院 93 矚重訴 2 號為大名鼎鼎之太電掏空案。被告利用不知情之會計人員，將光電公司帳務上列為應收帳款，並實質轉移到外處，致使公司損失慘重。內容簡約介紹如下：

「……超隆公司未付款，光電公司帳務上做成應收帳款：超隆公司『製品業務部帳款-PC 業務』。(三)為隱藏虛偽交易所產生帳務上之應收帳款，癸○○決定以將應收帳款轉換為股權投資（應收帳款收現期間多為一年以下，若未能期間

¹¹¹ 余雪明（2015），《證券交易法-比較證券法》，五版，臺北：證基會，頁 818。

內收回，必須提列備抵呆帳損失；但長期投資之境外子公司或孫公司，若其財務報表僅有自結財務報表，未經會計師查核簽證時，母公司將依境外子公司自結之財務報表認列投資價值，亦即若境外子公司或孫公司未於財務報表揭露損失，母公司之財務報表將不會立即提列投資損失），於是先由庚○○擬具虛偽增資 Tarran 公司美金 840 萬元之簽呈……

□「……之後由超隆公司將實際上不存在之五艘廢船，以作價美金 900 餘萬元虛偽出售給宏昌拆船鋼鐵公司（以下簡稱宏昌公司），再約定該筆價款由嘉怡公司代墊。但因嘉怡公司並無現金可以支付以做成金流記錄，於是子○安排於 90 年 7 月 14 日由嘉怡公司向高隆田村公司借款，於 90 年 7 月 24 日自高隆田村公司撥款美金 2,999,993.58 元至嘉怡公司於香港上海匯豐銀行之銀行帳戶。」

「因此，光電公司原本對超隆公司之應收帳款：超隆公司『製品業務部帳款-PC 業務』，變成光電公司對 Tarran 公司之增資款項，並有形式上符合之金流記錄及會計憑證可以入帳。換言之，就光電公司而言，其購買及出售螢幕顯示器與購買及出售廢船之虛偽不實文件交易，共支付美金 10,361,775.6 元向金庫公司及格瑞公司購買顯示器（以不實文件向銀行申請信用狀 L/C 方式借款後付款……

……依照上揭虛偽交易，光電公司將對超隆公司之應收帳款轉換為對 Tarran 公司之股權投資……另 L/C 係由太電公司所擔保，因光電公司無力支付，實際上乃由太電支付……」

同最高法院前開見解，在此判決中，地院似認為「詐欺」等虛假交易行為，必為不合營業常規之行徑：

「……其次，光電公司從購買螢幕顯示器及廢船到出售之期間甚為短暫（詳如附表六、十之對照表），而且該交易對象之金庫公司、格瑞公司、嘉博公司、Multiflying、PTA 公司、超隆公司均為證人癸○○、子○所掌控之公司，如果真有交易之必要，大可直接由持有螢幕顯示器、廢船之公司出售即可，並無先出售予光電公司，再由光電公司提高售價後，出售給癸○○、子○所掌控之其他公司之必要。且進行該不必要之交易，光電公司尚須額外負擔營業稅、營利事業所得稅以及其他費用，由此可見該交易並非真實交易甚明……」

學者則有不同之看法。有力說¹¹²似乎反對限縮非常規交易之範圍，而主張擴大或保持彈性認定。因此，給予一明確構成要件，雖能符合罪刑法定原則之要求，但可能導致入罪困難或扼殺商業進行之可能性，實為難題。

2. 主觀構成要件

在另一個我國重要之財經裁判，台灣高等法院 95 上重訴 72 號判決，即國華人壽案中，法院對於該罪之主觀構成要件有著隱晦、間接的論述。首先，法院即指摘該公司未善盡其責任：

「該公司不僅財務報表未依一般公認會計原則編制，已嚴重影響財務狀況之真實表達，且營運損失持續擴大，財務狀況惡化，而要求國華人壽公司應限期改善財務狀況、提報應增資八十九億五千九百餘萬元之增資時程計畫報部，並應積極依限完成增資……

……致使自八十八年度起，簽證會計師對於該公司財務查核，年年出具「無法表示意見」之查核報告，致公司頻繁更換簽證會計師，嚴重影響市場對於國華人壽公司股票承接之意願。」

在裁判書中，法院隱晦地指出該罪之主觀構成要件，乃利用間接方式¹¹³，如明確的違反行政命令或進行不合理的虧損行徑來間接證明：

「……被告甲○○也瞭解國華人壽公司亟需辦理現金增資卻苦無資金來源之問題，二人遂基於共同意圖為自己不法所有之意思，均明知國華人壽公司的股票價值僅約每股五元至十二元之間，而系爭不動產即便完工後，不論依上述美麗華大飯店公司與德安公司合作興建契約或世華銀行新店分行評估，系爭不動產總價值亦僅約五十五億許。其中系爭土地價值以上揭說明，均不超過三十二億，然渠竟利用被告翁一銘擔任國華人壽董事長之便，欲以買賣系爭不動產，向國華人壽公司套取資金供被告翁一銘個人及美麗華大飯店公司、德安公司使用，以解決雙方缺乏資金之窘境。

二人遂約定先由被告翁一銘主導國華人壽公司以遠超過系爭不動產實際價格之七十三點五億元（土地部分為四十五億元，建物部分為二十八點五億元）向被告甲○○代表之美麗華大飯店公司、德安公司購買系爭不動產，再由被告甲○○以美麗華大飯店公司名義將所取得高於系爭不動產市價之部分價差，以每股

¹¹² 同註 111，頁 819 註腳處。

¹¹³ 民事訴訟法 222 條 3 項參照。

一百三十元之顯不合理高價，向被告翁一銘個人購買其名下之國華人壽公司股票，以共同套取國華人壽公司資金……

……被告翁一銘身為國華人壽公司董事長，本應善盡職責為公司爭取最大利益，竟為達成向國華人壽公司攫取資金供己使用之目的，竟違背其任務，無視財政部禁止國華人壽公司任意進行三千萬元以上不動產交易之規定，渠為了製造系爭不動產具有七十三點五億元之交易價格……」

於本案，法院似乎認為外部專家的評估結果可以劃定上開所指虧損與損害的界線，如下述：

「……以前揭戴德梁行、中華不動產、高力國際等三家公司以「資產評估」所鑑高價及戴德梁行所為之「美麗華金融證券總部投資財務可行性分析報告」作為七十三點五億元買賣價金之依據……」

「……國華人壽並隨即依約付款，因而造成國華人壽公司重大損失。」

「……本件戴德梁 114公司、高力公司、中華不動產公司鑑價報告，送請台北市估價師公會為覆核，該台北市估價師公會表示：「不動產估價技術規則等相關法令，未提及資產評估價值與市場買賣價值之名詞，無法從法令面區別兩者之不同；依三家鑑定公司之報告書，雖其估價之目的陳述略有不同，但未提及估價條件之差異，對於價格種類均為正常價格之陳述，則前述之資產價值評估、資產鑑價評估、資產評估，依其報告書文義推估，其結果均應為正常價格；鑑定公司以時值作為估價結果之用詞，應不影響其代表市場價格之意義；評估之時值，即為市場價格，亦為市場可能價格。」云云」

此一段落，更可以窺見外部專家意見對於法院心證之影響：

「證人盧依莉（戴德梁行鑑價報告部分）、楊登淵（高力公司鑑價報告部分），既係在九十一年間作成其鑑價報告，依上開不動產估價師法第四十四條規定，均為合法有效，無論證人盧依莉、楊登淵是否具備不動產估價師資格，均不影響各該鑑價報告之合法性。」

是故，法院作出對被告有利之判決，認定被告已盡其查核責任。此外，股價的波動似乎不會影響法院的判斷，法院傾向以當時之實際價格，來判定被告

¹¹⁴ 此處應有漏寫，實為戴德梁行，當事人仍為同一。

是否有故意或惡意進行不當投資，如下述：

「國華人壽公司每股為一百八十三元左右，則被告甲○○辯稱採更保守估計方式，遂代表德安公司以每股一百三十元向被告翁一銘購買國華人壽公司股票，即屬有據，尚難遽認有何不法之處……」

3. 結論與建議

從三則廣受矚目之案件中，可得出各級法院對於本罪構成要件之意見：

- (1) 各級法院皆以反面彈性定義營業常規，而非正面定義
- (2) 地方法院較嚴格，以明確的詐欺事實來佐證之；最高法院反彈性認定；
- (3) 在主觀要件部分，以間接方式佐證之
- (4) 外部專家意見，特別是經驗豐富之專家，對於法院影響重大

是故，就判決之觀察而言，最高法院較偏向學說見解，而地方法院較限縮其要件。唯依本文自英國法¹¹⁵之觀察，誠信乃為商業之本，而誠信而生之「公司治理」原則，應可適當引入我國，而收治本之效。在較後的章節中有更詳細的解釋。

同樣，法院在博達案中，亦有相同見解，值得贊同。如以下文字：

「公司經營者應本於善良管理人注意義務及忠實義務，為公司及股東謀取最大利益，然時有公司經營者或有決策權之人，藉由形式上合法，實質上不法或不正當之手段，將公司資產或利益移轉、輸送給特定人，或為損害公司利益之交易行為，損害公司、股東、員工、債權人、一般投資大眾之權益，甚至掏空公司資產，影響證券市場之穩定或社會金融秩序。」

本次公司法修正，即大有引進英式公司治理之態度，對於未來我國公司管理之影響，是否能發揮效果，使犯罪消弭於無形，促進國家投資，經濟繁榮，則值得期待。

如同前開所述，洗錢防制法制責成銀行業或列管機構需通報的另一種非常

¹¹⁵ Financial Reporting Council (2016)，《UK Corporate Governance Code 2016》，April 2016，頁2。

規交易形式，乃指逃稅（tax evasion）手續中之不法所得隱匿，此種隱匿亦不能被認定為是常規交易，而其犯罪所得若經過金融系統或列管系統，亦有通報義務。考量洗錢法與稅法之高度相關性，本文即在此從理論和法院實務，探討從稅法上，不合營業常規的判斷為何。

五、稅與反洗錢的關係

（一）避稅與全球防堵避稅

1. 全球資金流向與避稅

首先，所有鉅額資金流動都有洗錢的風險。在跨國公司常用的兩種節稅模式中，即隱藏這樣的可能，由於其牽涉到稅捐規避的構成要件，但其也可能在我國被認定為逃稅，而合致洗錢罪要件。

跨國節稅最知名之模式為「雙愛爾蘭模式」（Double Irish），因其透過兩家在愛爾蘭的公司操作故得名。運作方式為，透過美國母公司授權（license）智慧財產權，販售至位於愛爾蘭的 B 紙上公司，總部位於某避稅天堂（如 BVI），而不需繳稅，另設一家也位於愛爾蘭的 C 公司實際負責銷售。B 公司授權 C 公司實際執行雇用、行銷，銷售，同時創造在美國（或母國）境內的虧損，並因 B、C 兩家公司都位於愛爾蘭而得名。

但在 B 公司和 C 公司之間進行資產移轉需要課稅，故後來興起了所謂的「雙愛爾蘭夾荷蘭三明治模式」（Double Irish with a Dutch Sandwich），前開 B 公司將智慧財產權移轉至設立於荷蘭的 E 公司再移轉回 C 公司，由於荷蘭稅法規定成員國公司間交易免繳所得稅，因此得以免稅。最後再透過所謂的「倫巴德融通」讓資金完整回到母國公司手中¹¹⁶。此種跨國節稅模式也能泛用至新加坡、深圳，盧森堡等區，因此極受歡迎，如下圖所示：

¹¹⁶ Gabriel Zucman（2015），《富稅時代》，詹文碩（譯），臺北：寫樂文化，頁 35。

政機關對於「非常規交易」之判斷。尤其後者向被視為「避稅」的一種形式，而以「實質課稅原則」處理之，擬制其為稅法上構成要件該當之正常交易後予以核課稅額，已成為學理和實務上的慣行做法。

其特別之處在於，「非常規交易」之概念，非僅出現於稅法領域，其在金融與商事法領域所佔之重要性，毫不遜於在稅法上地位，甚至有過之而無不及。然而，兩者之間的競合和模糊定義，往往使其同時落入多部法律之管轄，而對商人徒生困擾。故而，如何正確判斷其為非常規交易，明辨政府在過程中應扮演之角色，以及區分稅法／行政法上非常規交易與其他法律（如財經刑法，含洗錢防制法等）上非常規交易之區別，並加以正確認事用法，正確課徵稅收，保障納稅者權利，乃本部分希望達成之目標。本部分將以台北高等行政法院 103 年 1153 號判決為例討論之，蓋該判決過程簡單，但涉及實質課稅原則、避稅和逃稅爭議與行政指導之介入性質，實有探討價值。以下簡述之。

（1）避稅與逃稅的雙方攻防：

按台北高等行政法院 103 年 1153 裁判書之事實，大約為一父子經臺灣北區國稅局指示，分割以 220 萬最高贈與稅額贈與土地，另 144 萬元以買賣為之。惟北區國稅局認其並未為任何行政指導或說明，且該原告其目的實為買賣，應依特種稅法（當時為奢侈稅）課稅、補稅。原告窮盡救濟途徑後，提起上訴。

依本件及原被告雙方之攻防，至少有五爭點需要說明之：

以本件，就是屬於稅法上難以分辨的常規交易／非常規交易之地帶，在稅法上即屬合法避稅或逃稅之分別。而若落入後者，則需進一步分辨其是否為逃稅。若為稅捐稽徵法上之「逃稅」，即有刑事責任，後續所生之不法所得之隱匿，即牽扯到洗錢議題。

其次，實質課稅原則在本件之運用問題。法律漏洞之彌補方式應對原告有利，惟被告認為此屬貨物稅條例規範，已有法可循，無彌補法律漏洞之空間，當不需參酌稅捐稽徵法的立法理由及意義。此於本件需要處理。

其三，本件應繳納之稅捐債務為何？究應是用特種貨物稅或遺產及贈與稅法？則牽涉到事實面的問題。

其四，在本件論爭激烈之處在於，稅捐繳納之方式及行政指導所扮演之地位？而納稅者對於稅法被期待了解到什麼程度？而在此一事實的判斷上是否輔導申報（行政指導）之舉證責任，由誰負擔？如何負擔？

其五，行政機關有沒有禁反言¹¹⁸之問題？

準此以觀，本件爭點多端，且同時牽涉到法律面和事實面的爭議。

(2) 避稅與逃稅的雙方攻防：雙方主張

a. 原告主張

於本件，原告為應繳稅款人，因交易而對於國家負一不明之稅捐債務。其對於應繳納之稅捐與罰款不服，提起訴訟。其提出四主張：

一、原告之行為並非買賣，而是贈與行為。縱使為買賣，也是受國稅局（行政機關）之行政指導所致，不應該被認定為非常規交易。故其不應繳納系爭稅捐。

「……原計畫採分年贈與方式辦理，但經洽詢國稅局有關人員建議，可採用遺產及贈與稅法第 5 條第 6 款但書規定辦理，以資金證明方式免課徵贈與稅，亦可免隔年再辦理贈與手續之麻煩。原告本意就是贈與行為，為一般合理正常之移轉，絕無炒作之嫌……」

除此之外，原告另主張，稅捐稽徵法及其他稅捐有關法律，於本部分有法律漏洞。因此應嚴守保障納稅人之觀點進行解釋¹¹⁹。故稅捐機關之行政處分，實有障礙。

其三，原告主張其徹底信賴行政機關，並依照行政機關之建議行事。但被告並不考慮此一部分，堅依形式判斷，致使原告之交易，從常規交易被打為非常規交易，致被認為逃稅。其完全不考慮實質經濟內容與原告之自願揭露，實有違實質課稅原則與行政機關所應遵循之客觀性原則。節判決書中簡要二段說

¹¹⁸ 此即著名普通法法官 Lord Denning 所做出的 High Trees 案，向為普通法學生所必讀。見 Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd., (1947)K.B. 130.

¹¹⁹ 陳清秀(2014)，《稅法總論》，八版，臺北：元照，頁 167。

明：

「……被告不以實質內容認定只以契約形式作認定並課以重稅，原告亦無逃稅行為，又處以罰鍰，實有違實質課稅原則……」

「……地政機關在贈與或買賣移轉不動產土地時，規定契約價格不得低於公告現值，原告遂以土地公告現值移轉系爭土地。系爭土地乃祖傳土地，本於世代傳承之意移轉予兒子，契約形式雖為買賣，實質內涵為贈與……」

故而，系爭案件內容，因行政機關出爾反爾，已陷不明。基於原告未諳法律，苦於法律風險與行政機關之不對等強大地位，而不欲進行爭訟，望被告考法律保障人民之意旨，與原告和解，以平糾紛。如該判決中原告之主張：

「……握有絕對裁量權之行政機關，在課稅公平原則下，稅捐的課徵應以實質內涵認定，不應只以契約形式作認定。原告移轉系爭土地之實質內涵為贈與，若有奢侈稅之適用，也應就實際收取之代價 144 萬元課稅，方不違納稅義務人權利保護之立法意旨……」

b. 被告機關主張

於本訴訟中，被告則提出四抗辯，以為反擊。首先，被告認其所查獲者乃虛假交易，屬非常規交易。其適用特種貨物及勞務稅條例相關規定，尚無不妥，亦無法律漏洞填補之必要性。如判決書中段之摘要：

「……租稅法律主義、具政策目的之租稅優惠應明定實施年限並符合比例原則、落實稅捐調查正當程序、故意以不正當方法取得之自白不具證據力及暢通徵納雙方溝通管道等。」準此，上開條款立法意旨，係為適切保護納稅義務人，並確保依法公平納稅及實現法治國家之課稅程序，以增進徵納雙方之互信及和諧，爰衡酌我國現行稅法、稅制及稽徵實務情況，並參考韓國國稅基本法第 7 章之 2 「納稅者權利」專章之立法例而增訂，針對租稅法律主義、公開解釋函令及財政資料、租稅優惠不得過度及課稅調查之正當程序等事項予以規範。」

其次，被告抗辯原告自被告發函調查後，始匆匆補稅，其逃漏稅捐之心昭然若揭，應負相關責任。如判決書中段所示：

基於上述證據，被告抗辯依其所發現之事實，原告之行為顯為虛假之交易，而非常規交易，亦未提供其他可供重新評價可罰性之基礎，故尚無和原告輕易進行和解之必要：

最後，被告抗辯，被告機關是否有與原告資訊與指導事宜，已難以知悉。要無依此卸除原告全部責任之理由。如判決書中後段所提及：

「……惟是否告知使用「部分贈與」或「部分買賣」可適用遺產及贈與稅法第 5 條第 1 款及第 6 款但書方式辦理，可省卻隔年需再辦理 1 次贈與手續等相關稅務問題乙節，因年代久遠人員更迭已不可查……」

「……次查原告申報該贈與稅案時，申報書內容已填載主張「部分買賣」「部分贈與」，且未詢問承辦人員相關稅務問題。況該案申報時距今時間久遠，稅務人員亦無法逐一記住曾輔導過納稅義務人，故尚查無旨揭輔導申報情事……」

c. 本件實務見解

本件進入法院後，採納後實施之納稅者權利保護法第 7 條之相同精神，依稅捐稽徵法，認為其並非意圖避稅之「非常規行為」，因此並無避稅問題，無庸另援引特種貨物稅法另行課稅之要。

同上開見解，法院因此亦不認為其屬於非常規交易，而僅能稱為「租稅規避」，有援引實質課稅原則之必要。但其仍然盡責地闡述實質課稅原則之內涵，諭示行政機關於執法時，需考量經濟行為之內涵，而非僅以形式外觀進行課稅。觀判決書後段三部分可稽：

「因此雖然名稱為買賣契約，但仍應實際探究當事人真意、契約內容，方能確認是否為單純買賣契約或併有贈與契約性質或部分，應先敘明。」

「因此親子間之買賣除能提出上開確實證明，仍視為贈與。」

「經原告審核後，以屬親子間之贈與，而以買賣認定（詳本院卷第 108 頁至 119 頁）。」

於同份判決書中，法院似相當重視行政機關曾給予意見之部分，綜合考量

原告之善意配合情事，認衡諸現實，卻難以依此歸責於不諳法律原告，而認行政機關應承擔此部分之不利益，其主張不可採。如判決書最後段所述：

「……國稅人員稱系爭土地可以一次辦理，220 萬元部分使用免稅額贈與，144 萬元部分是買賣，國稅人員稱這是一個節稅合理方式，只是需要經過國稅局核稅，原告乃依據國稅局建議以一個買賣契約為之……」

「……次查，本件原告對上開土地價值在年度免稅額 220 萬元範圍內贈與其子之事實，並未隱匿，反而積極以各種方式於向被告申報時，明確載明及揭露……」

「……經查，本件被告上開辯解固非全然無據；然查有關土地登記實務及系爭土地應有部分如利用每年 220 萬元免稅額逐年贈與，比例該如何計算、如何記載面積等，及如何向被告等稅務機關申報，確非一般人所能知悉，恐亦非專業之地政人員或會計人員能明確告知，故原告經詢問地政及國稅局人員後，依其建議以「一個買賣契約」為之，本難認可以歸責……」

因此，原處分按所漏稅額裁罰0.25倍罰鍰亦因特種貨物稅本稅部分違法而失所附麗，均有違誤。訴願決定未予糾正，亦有未合，原告訴請撤銷，為有理由，應由本院將訴願決定及原處分均撤銷如主文所示，並由被告另為適法之處分。

d. 非常規交易於本判決內之評析

i. 稅法與憲法

憲法為我國之根本法律，故有關人民之權利義務限制，均不得逾越憲法之範疇¹²⁰，無論財經刑法和稅法亦然。如憲法第 19 條即為憲法稅捐法定主義之濫觴，未經法律規定者，人民並無納稅之義務，但反面解釋，若經正當法律規定之稅捐義務，國家對於人民即有稅捐債權，此亦當然。

同時，依司法院釋字第 640 號規定，稅捐之課徵亦須受平等原則之拘束

¹²⁰ 黃茂榮(2012)，《稅法總論（第一冊）》，增訂三版，臺北：植根，頁 132。

¹²¹，並要求「徵納兩便」，而不得因為國家有稅捐債權，即得任意干涉人民之經濟生產，此亦可解釋為國家在干預人民生活時，仍有以「納稅公平」和「有效率之方式」課徵稅收之義務。

其次，國家向人民課徵稅捐，意在建立租稅國家，而有其法律正當性方得為之¹²²。其和打擊犯罪，維護社會治安和生產穩定，民生經濟安全用意，並無多大區別。其干涉並不得逾越憲法層次之比例原則之要求（見憲法 23 條）：同時稅法仍為公法，稅務機關之行政處分仍為公法上行為，當然須受一般行政法原則之拘束，如隱私權保障和人性尊嚴之維護，亦為司法院第 640 號解釋所支持。基於進一步保障納稅者權利，在納稅者權利保護法第 1 條特別明定，關於納稅者保障須優先適用該法，使該法實質成為除憲法外所有稅法之總則。

雖在該判決作成時，該法尚未通過，但後有最高法院判決應溯及適用該法，實在值得大聲贊同。故在解釋稅法上非常規交易時，此點即值得注意。基此，稅捐機關於本件，雖有課稅之基礎和請求權，惟前提在於其是否符合稅法、行政法和憲法上之原則，並須依照納稅者權利保護法之意旨行之¹²³。以下即以該法開展對於本件之討論和分析。

ii. 量能課稅原則之實踐

按量能課稅原則，其指國家課徵稅收，應依人民之經濟上得負擔之程度予以核課，而不得超過¹²⁴。惟如何判斷人民之經濟能力，實需要人民之協助方能正確判定，故於司法院釋字第 218 號，其明示納稅義務人亦應自行申報，並提示各種得以證明所得之帳戶文據，以便稽核機關查核。

依本文見解，所謂我國憲法所規定之依法納稅之稅法原則，其目的仍在擁護量能課稅原則¹²⁵和稅捐法定主義¹²⁶。故其仍不得有詐欺、不正情事，需力求客觀和合理課稅，以維護租稅公平原則（司法院釋字第 218 號、第 357 號參照）。

¹²¹ 黃茂榮(2012)，前揭註 120，頁 134。

¹²² 黃茂榮(2012)，前揭註 120，頁 12。

¹²³ 葛克昌(2012)，《行政程序與納稅人基本權：稅捐稽徵法之新思維》，三版，台北：翰蘆，頁 7-8。

¹²⁴ 黃茂榮(2012)，前揭註 120，頁 163。

¹²⁵ 葛克昌(2010)，《避稅案件與行政法院判決》，臺北：翰蘆，頁 166。

¹²⁶ 黃茂榮(2012)，前揭註 120，頁 321。

從而，依本件，原告兩人確實較接近經濟行為發生之事實，而屬最為了解事實之人。其本應有依照法律，向國稅局等行政機關，主動申報文件以誠實納稅之法定義務。

但從另一方面言之，原告二人並不負為稅務機關精確核定應付稅額之責任，此部分仍應由行政機關負擔¹²⁷，僅應負適當協力義務即足。參照納稅者權利保護法第 14 條之解釋，原告已經向被告誠實報告交易過程，應屬於已盡協力義務，稅捐機關自不得依照推計結果處罰。法院於此一部分之判斷，雖做成於 103 年，但其已充分考慮此一公平部分，衡屬正確。

iii. 稅法上非常規交易的判斷---避稅或是逃稅？

同前述，人民有誠實納稅之義務。但是否有熟悉稅法之義務，本文則不敢貿然同意之。蓋法律之複雜，有時連專業人士都可能處理失誤¹²⁸，遑論一般人民¹²⁹。同理，納稅者權利保護法 16 條在此有降低人民在稅法上之負擔，其明定非出於故意或過失不罰，或即使受罰，仍應考其資力，而非機械認定。

故依該法 16 條之解釋，本件被告僅依形式與實際不符，即立刻予以裁罰，並未考慮原告二人之資力、以為協力之事實和交易內涵，其作法顯有瑕疵。

於本件的另一問題是，行政機關判斷原告規避稅捐之方式，顯然非常草率。依照納稅者權利保護法第 7 條第 3 項之規定，稽徵機關依法律必須先認定其為「非常規交易」，才能認定其為「租稅規避」¹³⁰，取得其租稅上請求權，之後才能作成課稅處分。惟此處之「非常規交易」，所指為何？

此爭議在納稅者權利保護法立法後，應可劃下句點。依同法第 7 條，納稅者基於獲得租稅利益，違背稅法之立法目的，濫用法律形式，以非常規交易規避租稅構成要件之該當，以達成與交易常規相當之經濟效果，為租稅規避。以文義解釋，本文認本項應可拆分出六主觀與客觀構成要件：

¹²⁷ 葛克昌(2012)，前揭註 123，頁 396。

¹²⁸ 葛克昌(2010)，前揭註 125，頁 245。

¹²⁹ 葛克昌(2012)，前揭註 123，頁 387。

¹³⁰ 陳清秀(2014)，前揭註 119，頁 215-227。

- (一) 表面上為無異狀之一般常規交易
- (二) 有獲得租稅利益之意圖
- (三) 行為違反該稅法之目的
- (四) 以非正當之方式利用合法之行為
- (五) 達成規避租稅構成要件之該當性
- (六) 仍達成與常規交易相當之經濟效果

若符合此六項要件之經濟行為，即屬「避稅」(租稅規避)，其法律效果則規定在本項之後段：行政機關得根據與實質上經濟利益相當之法律形式¹³¹，成立租稅上請求權，並加徵滯納金及利息。此種依照原本經濟模式進行觀察，並回復原形式而進行課稅之方式，有稱為「實質課稅原則」。

反面言之，若不符合此六要件，卻以詐欺或虛偽方式脫免稅捐，即屬稅捐稽徵法 41 條所欲責難的「逃稅」。

依本件，原告確實在表面上，採取以買賣方式移轉土地，但其本意實在於親子間祖產之贈與，其向被告詢問租稅法律內容，可知其有獲得租稅利益之意圖。惟原告因稅務機關教導，以假買賣真贈與方式移轉土地所有權，該當規避租稅構成要件，並使系爭土地移轉於另一原告名下。故將其定性為納稅者權利保護法第 7 條規範之租稅規避，並無不妥。

另一與本文相關之爭點在於，原告之非常規交易，是否會因稅務機關之告知，並協力為之¹³²，而轉為常規交易，而無援用實質課稅原則之必要？此為本判決之重要爭點，待下述之。

iv. 稅務機關之判斷

如判決書所載，本件被告認原告避稅，而對其以實質課稅原則，予以追繳。被告似認原告在受函後，始匆匆補稅，顯為逃稅。故其即牽涉到實質課稅原則之概念問題。

實質課稅原則，有學說稱其為「經濟觀察法」¹³³，乃指其行為在形式上與

¹³¹ 陳清秀(2014)，前揭註 119，頁 228。

¹³² 葛克昌(2010)，前揭註 125，頁 503-505。

¹³³ 黃茂榮(2012)，前揭註 120，頁 458。

實質不符之逃避稅捐行為，應依實質觀察，擬制回原本經濟行為而課徵正確稅負，以維持租稅公平。論者有認為實質課稅原則在實務上存在已久，基於人民與國家資訊之不對等，若依人民自行申報之形式徵稅，反而會導致租稅上不公平，因此有保留必要，本文可以認同。

惟此原則若利用不當，容易流於稅務機關苛徵稅收之藉口，形成國家對於人民之嚴重剝削，破壞租稅法定主義精神和比例原則。基於此二原因，本原則於納稅者權利保護法通過後，正式立法於第 7 條第 3 項部分，而從原本的習慣轉變為正式立法。參考其安排位置，本文依系統解釋，認其仍須受同條第 1 項之「租稅公平原則」和「各該法律之立法目的」之限制。

此解釋之結果和本件之被告舉動，即有分歧之處。若原告乃從被告之指示行動，將原本的贈與行為改採買賣，被告是否仍得依實質課稅原則，對該當避稅要件之原告要求補稅及開罰？誠有疑問。此為前述之第二重要爭點。

有趣的是，此二爭點僅是解釋上不同，在實質上皆為同一問題：信賴保護原則及行政法上一般法律原則（誠信原則）是否「應」適用於此處。考納稅者權利保護法第 7 條第 1 項，此答案，應為肯定。

由行政程序法 119 條反面推論，援引信賴保護原則，應符合三要件：（一）信賴基礎¹³⁴、（二）信賴表現¹³⁵、（三）人民行為無不值得保護。蓋信賴保護之目的，參酌司法院釋字 525 號，目的在於使人民得正當信賴政府之施政，並妥善安排可預見之未來，是屬重要行政法上一般原則，而應受到稅法援用。

於本件，國稅局人員指示原告二人得以買賣方式免除以贈與形式需繳納之稅捐，其行為是否正當合法，並不在信賴保護原則之要件內；惟其人員以國稅局公務員身份，就稅捐事項予以答覆指導，應可以構成信賴基礎而由原告正當信賴，使原告得以買賣取代贈與來免稅之信賴表現，其過程亦無掩飾或造假之情事，應當受本原則之保障，納稅者權利保護法第 7 條同旨。國稅局（被告）於此處若復行爭執，實有違此原則而應負國家賠償責任。

考法院見解，被告所為之指導行為，應屬於行政指導，而有滌淨非常規交

¹³⁴ 最高行政法院 98 年判字 828 號判決，最高行政法院 94 年判字 160 號判決。

¹³⁵ 最高行政法院 104 年判字 343 號判決，最高行政法院 92 年第 5 次決議，76 年第 5 次決議。

易之效果。蓋行政機關（於本案為國稅局）即為法律之執行和解釋者，若將人民依國稅局之指示而為之行為解釋為非常規交易，將使行政權威蕩然無存，也會導致行政機關帶頭違法之窘境。是故，於本件原告之行為，僅能限縮解釋為符合常規之合法交易，且因其信任被告，亦無逃漏稅捐意圖而不該當逃漏稅捐之構成要件。而此種解釋方式，亦較符合納稅者權利保護法之立法意旨。

v. 舉證之問題

於本件，原告為形式上之買賣，而實質上為兩人之贈與，皆為雙方所不爭執。其爭執之部分，在於原告是否受國稅局之指導而為之。此部分事實之存否，則決定前開爭點之結果及實質課稅、信賴保護原則是否適用，為訴訟法上舉證責任問題。

按稅法可大別為稅捐稽徵程序及稅捐處罰程序，惟不論任一程序，其皆為公法之一部分，於涉訟時應適用行政訴訟法，觀行政訴訟法第 2 條可知。

復按同法，為維護人民權益，維護訴訟上之武器平等，其第 125 條之部分，乃採職權進行主義，法院於訴訟時並不受當事人聲明之完全拘束，而得自由調查證據。惟此並非指當事人雙方皆不需要負擔任何舉證責任，其仍可依照自身之需求，自行提出對自身有利之主張及抗辯，供法院參酌之¹³⁶。如本法第 136 條準用民事訴訟法 277 條，即有此一意義¹³⁷。

於本件訴訟，在原告是否真向國稅局諮詢部分，宥於真偽不明，其如何分配舉證責任，考民事訴訟法之學說，向來有規範說和行為責任說之爭¹³⁸，多數學說向採客觀分配舉證責任說（規範說），而應分配於原告端。

惟此一作法，顯然不符合行政訴訟法第 1 條揭示之「保障人民權益」功能，亦有違訴訟法上之武器平等原則¹³⁹。蓋依本件，原告二人本為普通納稅人，其蒐證與財力皆遠遠不及於財產與人力豐沛之國稅局；再者，本件訴訟顯有事證偏在之狀況，國稅局作為被告，對於人事調動應較為清楚，其是否有「告知」人民之事實上慣行，僅需一紙公文便可從下屬機構得知。原告前往國

¹³⁶ 陳敏(2016)，《行政法總論》，九版，臺北：新學林，頁 1494-1499。

¹³⁷ 葛克昌(2010)，前揭註 125，頁 500。

¹³⁸ 邱聯恭(2015)，《口述民事訴訟法講義（三）》，臺北：元照，頁 188-189。

¹³⁹ 邱聯恭，前揭註 138，頁 81。

稅局之時間地點若能符合，國稅局（被告）亦有足夠可能性確認其是否有協助原告辦理稅捐之行為，要難謂其得因「人力調動頻繁」而得任意推卸，認其事實不存在。

其次，因爭執年代已十分久遠，行政法院依職權主義，分配客觀舉證責任予經驗和資料皆較齊全之國稅局負擔¹⁴⁰，其作法亦符合納稅者權利保護法之精神，並有警惕行政機關依法行政之效果，此判斷亦值肯定。

是於本件，法院得依行政訴訟法第 135 條，因國稅局拒絕或拖延提供人事調動可能，綜合考量原告對於法律認知困難之全辯論意旨及稅法保障人民權利之精神，在判斷上可以降低證明度，而足已認定原告於此部分之主張為真實，原告之行為並非「非常規交易」。

既為常規交易，法院即以原告之行為不該當避稅之構成要件，被告不得援引實質課稅原則為由，判決國稅局敗訴。此判決理由正當，擲地有聲，本文甚感贊同。

此外，基於事實認定錯誤而生之行政漏稅罰，亦因事實不存在而失所附麗，本於行政法實務亦有不自證己罪原則之適用¹⁴¹，國稅局在此亦失去向原告課予行政漏稅罰之基礎¹⁴²，併此敘明。

從前開分析，可見稅法上「非常規交易」之規定，主要用以區分避稅和逃稅，並施以不同之手段。而其規範和其他財經刑法，或反洗錢機制上對於「非常規交易」的內涵，有不小差距。惟其在第一部分完全重疊，而在外觀上，對於非當事人者，皆難以區分。

惟稅法上非常規交易之定義，在判斷其他財經刑法之構成與否上，甚有助益。蓋其足以定義何謂逃稅，而其第一要件也可能構成其它財經刑法（如洗錢罪）之前置構成要件（稅捐稽徵法第 41-43 條）。同時，也難以想像已觸犯前開罪行之行為人，不會再進行後續的洗錢行為，或在逃稅既遂時，即同時完成洗

¹⁴⁰ 林柏霖、麥雅潔、戴衣姍，〈營業稅稅捐主體之認識與實質課稅之落實-以台中高等行政法院 98 年度訴字 352 號判決為中心〉，葛克昌(2013)，《實質課稅與行政法院判決》，台北：翰蘆，頁 659。

¹⁴¹ 行政法院 39 年 2 號判例。

¹⁴²¹⁴² 葛克昌(2010)，前揭註 125，頁 245。

錢（隱匿）行為¹⁴³。因此，如何判斷稅法上的非常規交易行為，等於有三重意義：第一，判斷稅捐債權是否存在；第二，刑事追訴機關是否應介入；第三，判斷後續之洗錢罪與處罰機制是否應發動。

須注意者，在於人民進行各種日常經濟交易時，其目的往往在於避稅¹⁴⁴，而非洗錢，雖洗錢和逃稅罪名在構成要件上完全不同，惟若被認定為逃稅，其並非不可能受反洗錢機制通報、追訴，甚至懲罰，成本甚巨。

如前所述，在判斷系爭交易是否有通報洗錢（隱匿不法所得）可能時，前提要件乃在於判斷其是否屬於非常規交易，才能進一步檢驗是否該當洗錢防制法第 2 條之文義規定。蓋若屬於常規交易，則根本不得認定其有隱匿之故意，而不得動輒以洗錢罪名通報或追訴，而僅能依照稅法上之量能課稅、實質課稅等正當法律原則，將爭議限縮於稅法範疇，方符合法律明確性之要求。

同時，以上開稅務判決為例，吾人得發見，在實務上，KYC（了解你的客戶）在我國執行面和法律面上皆有疑點。第一，KYC（無論由銀行或銀錢業執行）得被區分為三層次：（一）發現可疑交易（二）確認為非常規交易（三）通報，但在系爭金錢或物件經由銀行端或銀錢業，如當舖移轉所有權（俗稱流當）時，在稅法上原分配應由行政機關負擔之責任（一）和責任（二），此時變相由前者負擔，例外甚需負擔責任（三）。此作法長久下來，造成了巨量的資訊擁塞，癱瘓金融業把關機制。第二，此作法使行政機關得以脫免其在公法上之舉證責任，變相架空行政訴訟法與法治國原則，是否妥當，值得思考。

無論如何，由於有實質課稅原則的存在，以及稅務債權僅存在於個人與國家之間，稅務機關對於判斷非常規交易採取比較鬆散的態度，衡諸租稅乃國家公共施政之命脈，本文也認同之。但相對來說，財經刑法對於商業界的寒蟬效應和刑罰的強度都完全不同，應該採取比較高的判斷密度，以及對於稅法領域的非常規交易負起應有的舉證責任，方符合憲法上之正當法律程序。

（二）反洗錢與兩種非常規交易之區辨

從上開數判決中，本文即可從數重要判決中抽取出我國法院，對於在兩種

¹⁴³ 黃士洲，吳承學，《跨國逃稅、避稅與洗錢防制》，收錄於楊雲驊，王文杰，《新洗錢防制法令遵循實務分析》，臺北：元照，頁 228。

¹⁴⁴ 葛克昌(2010)，前揭註 125，頁 233。

法律上「非常規交易」的判斷要件為何。簡言之，我國法院實務上認為在財經刑法上往往以彈性認定手段，綜合各範圍為之；在稅法部分，由於已經有成文法和法院在實務上提早採行保護納稅人的明確方式，在納稅人權利保護法施行後，納稅人明確合致前開六要件方能認定為避稅，若不符合必須認為是合法節稅手段。但兩者有一相同部分，即一旦有虛偽和詐欺行為從中出現，必定認定為不合常規交易，而各自認為合致財經刑法上的「不合常規交易」和稅法上的「逃稅」要件。

質言之，從實務觀察，法院在事後考慮何謂不合常規交易時，對於稅法和財經刑法，有二分觀點，即真實交易和虛偽／詐欺交易。若為後者，直接認定為非常規交易；若為前者，則必須再另行綜合考慮。

作為被列管的「把關者」，中台或後台業務在判斷系爭交易是否有通報洗錢（隱匿非法所得）可能時，如前所敘述者，本文認為可以「提前」沿用該二分基準，在發現為虛假交易時立刻認定其為異常交易而通報；其次，在判斷該可能為真實交易判斷上，應再引進一種新的快速分析方式：公司治理模式。本文第六章將有詳細討論。

換言之，把關者必須先明確了解該交易之目的，依該交易者之要求區分為純粹與稅務有關之業務或者其他業務。

再者，確認該交易是否為異常交易，才能進一步檢驗是否該當洗錢防制法第 2 條之文義規定嫌疑，而決定必須通報。蓋若屬於常規交易，則根本不得即不須認定其有隱匿之故意，而不得動輒以洗錢罪名通報或追訴。詳細討論，亦請參見本文第六章。

（三）背後的國際競爭

銀行保密（Bank Secrecy）往往和反洗錢架構有著緊張關係。而在 2017 年到 2018 年，基於國際局勢變動，稅務和銀行秘密、反洗錢等架構，都呈現國家與國家間的合作和競逐狀況¹⁴⁵，最明顯者，即為美國長期對於瑞士發起的法律

¹⁴⁵ David Skeel (2011), 《The New financial Deal: Understanding the Dodd-Frank Act and Its (Unintended) Consequences》, 丁志杰、張紅地(等)(譯), 北京: 中國金融出版社, 頁 156。

戰。從這點而言，反洗錢與反洗錢所欲駕馭的銀行保密機制，似乎略有偏離正義的軸線，而非常類似於兩個經濟體間發起的金流競爭。

最明顯的例子為瑞士之狀況。瑞士素被稱為有洗錢天堂或者最安全的髒錢集散地，似乎瑞士法律非常優厚於不法行為，但本文認為此為相當偏離現實之說法。瑞士作為世界上法治最為健全國家，其法制難以容忍不法行為，若該不法行為被置於銀行保密（Bank Secrecy）下，瑞士法系統多有管道可以進行突破，要求其交出。

諷刺的是，瑞士之所以成為如此的黑錢集散地，原因正是在於瑞士對於法治的堅持，而值得善人與罪人的信賴。瑞士的銀行保密制度（應稱為對於客戶的保密，confidentiality）脫胎於四個部分：瑞士刑法對於銀行洩漏客戶訊息，有刑事處罰；瑞士商業法認銀行與客戶間成立委任關係，其中包含保密的責任；瑞士民法認為人民在銀行體系內一樣享有隱私權保障，而瑞士銀行法第 47 條則明定瑞士銀行有保密的義務。但該體系並無憲法位階¹⁴⁶，此需要注意。

瑞士銀行業受到瑞士法律、巴塞爾協定和外國法（特別是美國法，如 Dodd-Frank 法案）的限制，但瑞士兩大（too big to fail）巨頭銀行及眾多私人銀行在金融海嘯中並沒有遭遇到致命的打擊，其得力於堅強的高資本水位¹⁴⁷，或者非常謹慎的投資方式以及重重限制。其控制銀行業和洗錢的關聯如下述。

在形式上，瑞士銀行保密機制總共受到五道內國法律限制：1848 年瑞士聯邦憲法、1881 年商法典債編（Commercial Code of obligations）、1907 年民法（Civil Code）、1934 年銀行法（Banking Act）以及最強力的 1938 年刑法典（Criminal Code）。

容易被誤導者，瑞士憲法雖然保障人民有隱私權，但該權利於第 13 條，雖然保障秘密通訊，但並不直接保障（guarantee）銀行保密的權力。銀行保密機制並不保護銀行秘密，而是保護銀行之客戶資料，但該憲法提供了後續商法和民法典對於銀行保密的理論基礎¹⁴⁸。

¹⁴⁶ 不同意見。見 Bradley C. Brinkenfeld (2016), Austin, Texas: Greenleaf book Group Press, 頁 48。

¹⁴⁷ Henri B. Meier, John E. Marthinsen and Pascal A. Gantenbein (2013), Wiley: Hoboken, New Jersey, 頁 43-45。

¹⁴⁸ Henri B. Meier, John E. Marthinsen and Pascal A. Gantenbein (2013), 前揭註 147, 頁 97。

下位的法律規範更精確。在瑞士商法典債編第 398 條中，其闡明契約中之人，面對第三方時應負有適當跟正確的義務。如同此契約法的立法，瑞士民法典第 2 條及第 28 條也明確指出，人應當對於家庭、財產等享有隱私權¹⁴⁹。

但最為有力者還是瑞士刑法典在第 162 條的規定：瑞士刑法禁止交易雙方透露以契約約定¹⁵⁰或法定有保密義務之資訊。同法第 158 條禁止擁有該資訊者不當或濫用該交易對手之資訊。大名鼎鼎的瑞士銀行法第 47 條則可以視為是該刑法的直接延伸，該法直接要求瑞士銀行從業者、審計者、職員或主管機關，在該資訊可以被信賴（entrusted）由銀行保守時，不得洩漏之，違反者將直接導致瑞幣 250000 元或者面臨至高三年的有期徒刑¹⁵¹。

但值得注意者，除下述來自於外國（主要是美國）的壓力外，瑞士法本身也有很多對銀行保密的例外限制。如利用瑞士銀行系統進行不法行為，或是在離婚、破產等等民法上情形，銀行例外可以揭露客戶訊息。在刑事法上，在違反該瑞士刑法時，會被視為是在瑞士犯下刑事犯罪而必須服從引渡等國際協議¹⁵²。1977 年瑞士銀行家協會（Swiss Bankers' Association）頒布的瑞士收取資金與銀行秘密實務協議（Agreement on the Observance of care in accepting funds and practice of banking secrecy）中也要求必須履行對於客戶的盡職調查，可以視為是瑞士銀行家的自律 KYC 程序。整體而言，遵守法律的瑞士聯邦並無任何容忍罪惡的空間¹⁵³。

相對的，在實務上瑞士銀行家的保密手段也相當知名，但其也是在完全合法的框架下進行，而非如外界想像的非法。惟代碼帳戶或密碼帳戶，則沒有外界想像的保密，銀行內部仍有經手的少數人，完全知悉該帳戶之訊息。而瑞士基於主權原則，僅在該銀行帳戶之所有人觸犯瑞士法律時，才有依照國際協議交出資訊的義務，仍使得瑞士廣受世界富人歡迎，如瑞士內部對於避稅（Tax

¹⁴⁹ Henri B. Meier, John E. Marthinsen and Pascal A. Gantenbein (2013), 前揭註 147, 頁 100。

¹⁵⁰ 普通法上也允許用契約成立該保密關係，如委任。楊楨 (2006), 《東吳大學法學叢書 (一): 英美契約法論》，四版，台北：文笙書局，頁 441。

¹⁵¹ Henri B. Meier, John E. Marthinsen and Pascal A. Gantenbein (2013), 前揭註 147, 頁 101-103。

¹⁵² Henri B. Meier, John E. Marthinsen and Pascal A. Gantenbein (2013), 前揭註 147, 頁 112。

¹⁵³ Mark Pieth (2007), 〈The Wolfsberg Process〉, 收錄於 Wouter H. Muller, Christan H. Kalin and John G. Goldsworth, 《Anti-Money Laundering: International Law and Practice》, Wiley: West Sussex, England, 頁 96。

Avoidance) 和逃稅 (Tax Evasion) 的細微差異 (gap)¹⁵⁴，就使得瑞士當局 (FINMA) 經常不需要要求銀行業交出資訊。

逃稅往往是故意行為下的產物，因此便賦予了在瑞士進行境外 (off-shore) 利用前開係為法律差異的監管套利 (arbitrage)¹⁵⁵ 空間。如同美國公民在進行海外財產與稅申報時，需要自行填寫 W-9 表格向美國政府申報，但在實務上，瑞士銀行並沒有監督該客戶是否真實填寫和申報的義務¹⁵⁶。在這個時候，放置在瑞士的海外美國公民帳戶與資金，常常是落在避稅或過失的範圍，而非惡意逃稅。因此瑞士銀行也沒有向美國主動申報的必要，而若揭露客戶身份，更是屬於瑞士法律處罰的違法行為。

瑞士銀行在實務上常有的運作模式，根據已公佈的資訊，可以有簡單的整理。其中三種最為有趣的手法，即在於自我借貸和保險箱 (safe-deposit box，因此和一般的保險箱業務略有不同)。自我借貸是指，在保密帳戶中所停留的財富，原本只有約 1.3% 的利息或甚至更少¹⁵⁷，甚至瑞士銀行有知名地向全球富人收取保管費用，而使得財產停留於瑞士帳戶中，實質上會縮水。

在此一情形下，瑞士銀行往往可以向客戶以該帳戶中的存款 (如 200 萬美金，低於此水位的資金通常不值得移動至瑞士銀行) 作為擔保，在告知可適當提高該客戶之利息下，讓客戶願意不領出資金，而貸與客戶一筆更高的「借款」，由於是負債的關係而不用繳稅 (tax-free)¹⁵⁸。同時客戶坐收其帳戶資金中更高的極低風險利息。

第二種自我借貸是為了提高利息，將從較低利息的銀行帳戶中，移轉至瑞士銀行帳戶但避開稅收。首先先將該資金 (六百萬美元) 的大部分 (如五百萬美元) 轉帳至已申報 (declared) 的帳戶，一百萬美元則「放」 (因可能以現金交易) 入受瑞士保密法保障的數字帳戶。如此狀況下，該五百萬美元可能會被課予極高的稅收。接下來手段類似，以該五百萬元為擔保 (消除風險)，借貸四百萬美元放入瑞士銀行，使該數字帳戶回到五百萬美元的水位。同時銀行家

¹⁵⁴ Henri B. Meier, John E. Marthinsen and Pascal A. Gantenbein (2013), 前揭註 147, 頁 116。

¹⁵⁵ A. Joanne Kellermann, Jakob de Haan and Femke de Vries (2016), 張曉樸 (譯), 《21 世紀金融監管》, 頁 55。

¹⁵⁶ Bradley C. Brikenfeld (2016), 前揭註 146, 頁 57。

¹⁵⁷ Bradley C. Brikenfeld (2016), 前揭註 146, 頁 74。

¹⁵⁸ Bradley C. Brikenfeld (2016), 前揭註 146, 頁 71。

操作該五百萬美元購買高增值商品，將回報連本帶利結清借款和匯入數字帳戶，使全部六百萬美元進入未申報之數字帳戶¹⁵⁹。

第三種方式，本文稱之為瑞士保險箱（safe-deposit box），其容易理解許多：客戶直接將大額現金放入瑞士銀行保險箱。該保險箱最低費用為每年五百瑞士法郎（換言之，該資金仍然會縮水）。只有持卡人與其代碼可以表彰和開啟該保險箱¹⁶⁰，因此提供了不可思議的保密性質¹⁶¹。

此舉引起美國的不滿。在上個世紀後期，美國國稅局（IRS）即希望透過與瑞士簽署雙方協議（Qi Agreement）要求其交換美國公民藏匿於瑞士銀行之資訊。其次，於 2009 年，在歐巴馬政府執政時期立法，針對全世界發佈的美國海外稅務遵循法（FATCA），若未切實遵循，則可以對於其在美國的分行或財產採取 30% 的懲罰性稅金。其對於瑞士銀行業，形成非常巨大的壓力。

除立法政策外，美國也經常發起對於瑞士銀行業的訴訟¹⁶²。如瑞士銀行業的兩大巨頭：UBS 和 Credit Suisse，都有被美國政府控告協助逃稅的紀錄¹⁶³；甚至連在美國並無分行，歷史悠久（創立於 1741 年）的瑞士私人銀行韋格納銀行（Wegelin & Co）都曾經被美國控訴過，並處以高額罰金¹⁶⁴。

而特別之處在於，雖然美國以 FATCA 法案要求包括瑞士在內的國家，利用本身的經濟體積而必須向其申報資訊，同時達到反洗錢、反恐怖主義和避免逃稅的三種目標，但在最後的稅務部分，後期可視為全球版 FATCA 的國際追稅準則（CRS），美國卻沒有參加。再加上於 2017 年底由美國共和黨政權通過的稅務改革（俗稱 Tax Cut and Jobs Act），將企業稅一口氣降至 21%，將可能導致資金，特別是製造業，大舉從歐洲回流美國。此種基於追稅、避免髒錢藏匿的手段，但同時能夠達成國際經濟發展的效果，似乎不是在打擊避稅天堂，而是鞏固美國本身避稅天堂的資格，頗值得吾人玩味。

六、批評

¹⁵⁹ Bradley C. brikenfeld（2016），前揭註 146，頁 74-75。

¹⁶⁰ 但透過前述的倫巴德融通手段，該保險箱仍非不得作為一種擔保使用。

¹⁶¹ Bradley C. brikenfeld（2016），前揭註 146 頁 77。

¹⁶² 如瑞銀（UBS）就至少被美國控告與罰款十次。Bradley C. brikenfeld（2016），前揭註 146 錄 1。

¹⁶³ 張亞非（2015），《瑞士銀行秘密》，北京：人民郵電出版社，頁 154。

¹⁶⁴ 張亞非（2015），前揭註 163

在國際標準下的要求，希望銀行在內部監理與反洗錢上，能夠做到「越多的風險，越多的治理」，這也是以風險為基準機制（risk-based approach）的核心意義，其目的不僅在於正確的著力，更在於效率的兼顧。然而目前的模式變相鼓吹銀行和其他非金融機構擔當起吹哨者的角色，除了讓各家銀行可疑交易手冊變得厚之又厚以外，卻無暇顧及所添加的成本、人力的極限以及最重要的利害衝突問題¹⁶⁵。本文解決此一部分之手段，將於第六章詳敘之。

參、第二種模式：事後追訴與重刑嚇阻

一、紐約州模式：重刑與重罰

刑與罰是對於洗錢犯罪以及各種犯罪最傳統的反制手段。在各國，皆有採行刑與罰的模式，以嚇阻不法和恐怖主義¹⁶⁶。尤其以世界首強美國而言，其不僅在聯邦層次對於洗錢犯罪有明確的入罪¹⁶⁷，其在各州，尤其是商業發達的紐約州，洗錢也被作為是一種重罪看待，其並且賦予主管機關相當的權限，揮舞法律的大棒。

美利堅合眾國在洗錢犯罪的立法模式可以區分為聯邦層級與州層級。在聯邦層級，主管的法案主要規範在愛國者法案（USA Patriot Act）中，對於銀行業的管制則在於份量驚人的多德弗蘭克法案（Dodd-Frank Act）；各州同樣也保有立法權，如紐約州法同樣也將洗錢規範為刑事犯罪，主管機關並有權限對於銀行或者外國銀行等開罰的權限。

聯邦層級的刑事處罰架構略顯複雜¹⁶⁸，但力道沈重。依前開所列的 USA Patriot Act Sec. 301 以下詳細地規範了美國聯邦對於反洗錢的目的在於避免金融

¹⁶⁵ A. Joanne Kellermann, Jakob de Haan and Femke de Vries (2016), 前揭註 155, 頁 28。

¹⁶⁶ Clive Walker (2011), 《Terrorism and the Law》, Oxford University Press: Oxford, 頁 34。

¹⁶⁷ Donna P. Richards (2011), 《Dirty Money: Cross-Border Money Laundering》, Nova Science Publishers: New York, 頁 110。

¹⁶⁸ 美國聯邦法規上也有一部獨立的 Money Laundering Control Act of 1986。

機構成為洗錢者或恐怖主義者利用的溫床。透過對於巴塞爾委員會建議和本國 Money Laundering Control Act of 1986 的遵循，行政機關至少擁有以下數項權力：

- 一、要求設於美國的內國或外國金融機構遵循一種或多種的特殊監督程序
- 二、財政部（Secretary）有權力施加行政不利益（imposition of any particular specialmeasure would create a significant competitive disadvantage）
- 三、有權延長這種不利益或程序¹⁶⁹

這種特殊監督程序，則包括紀錄與回報，且該回報必須是一份完整的書面報告，包含行為人的描述，法律上的地位，最終受益人及交易紀錄¹⁷⁰。在後段更明確指出，若美國政府懷疑該國與設於美國的內國金融機構（包含外國金融機構）有不法金流交易，則該金融機構有必須辨識（identify）出該行為方的義務。在同法 Sec 312. 以下，更明確指出其需要遵守盡職調查（Due Diligence）的義務，包括一般盡職調查義務及增強（Enhanced）盡職調查義務。其法規遵守成本相當地高。

其次，Sec 313. 原則上禁止設於美國金融機構（covered financial institutions in the United States）直接和間接和空殼銀行（shell bank）交易。但最可怕者，還在於該法 Sec. 317 規定的長臂原則（long-arm jurisdiction over foreign money launder），法院（court authority）有權沒收該人在於美國之所有財產¹⁷¹。Sec. 319 甚至規範了一個 120 小時的緊急時間，要求金融機構在聯邦銀行主管機關提出質疑（request）120 小時內，必須提出報告書澄清。Sec. 351 則直接否定了銀行保密法在此處的適用。

而違反之任何人（any person），包括聯邦僱員在內，依 Sec. 329 條，若有該法列舉之不當行為，則最高可以處以不超過其收受額 3 倍罰金，不超過 15 年的監禁，或者兩者同時進行。其刑事上處罰可說是相對重而且複雜。

在州的層級，以我國銀行業集中的紐約州（New York State）刑法（Penal Law）為例，其在 Penal Law Sec. 470 6.(r) 對於所謂的金融機構設有概括條款，打擊範圍相當廣；而根據同法的 Sec 470.10，針對違反程度的高低和嚴重程度，設有四種不同的分級，一級洗錢罪（1st Degree Money Laundering）該當於 Class B

¹⁶⁹ USA Patriot Act 2011 Sec. 311.

¹⁷⁰ 31 US Code 5318A.

¹⁷¹ 但此處仍受令狀原則之限制，需要 warrant 方能行使該權力。見同法 Sec 319.

的重罪（felony），最高會面臨 25 年的刑期以及超過一百萬美元的罰金。其打擊範圍跟懲罰力道均相當大。

在州行政部分，紐約州金融服務署（New York State Department of Financial Services, DFS），基於紐約銀行法（New York Banking Law）第 39 條和第 44 條，在銀行知情或有重大過失時（knowingly or recklessly），可以處以最高不超過該銀行 1% 的高額行政罰，如臺灣之兆豐銀行（Mega Bank）就因為沒有妥善遵循紐約州金融服務署之命令，而被處以 57 億的天價罰款。其威嚇程度與手段均可稱非常激烈。

一、臺灣反洗錢新制：紐約州模式的翻版？

（一）刑法典的配套修正

於近百年前頒布的中華民國刑法，於最近迎來了她最大的一次變革。不同於往日的細部修正，或是因應社會現實而新增條文但保留原結構，本次對於「沒收」的修正，徹底改變了我國刑事法與國家追訴和人民（尤其是被告）財產權的關係。亦即，沒收新制從此脫胎於「從刑」的範疇，從附屬於主刑罰的附庸一躍而成為刑事追訴和懲罰的主角¹⁷²。

除本刑法之外，我國一貫的附屬刑法模式，也配合修正。其中尤以洗錢防制法為甚，在主刑法之外更設立了我國前所未見的「擴大沒收」模式，得以在符合條件下，對於有嫌疑的被告或第三人財產，以國家暴力進行追徵和扣押，剝奪所有權。然而，洗錢防制法本身即為相當影響商業運作之法律，將影響力最大之擴大沒收制度置於法前防制法中，其防堵洗錢的決心，可說相當明確。

而這樣的立法模式，在立法理由中乃交代其為「因應國際之潮流與要求」，包含學術¹⁷³與實務界皆有相同的聲音，也使得本次修正進展相當快速而激烈。然而，其是否屬於「處罰」？配套措施是否已經全盤到位？此番修正是否完全符合我國法律體例？更重要者，此種對於財產權保障的有條件式下降，是否能

¹⁷² 林鈺雄，2016，〈綜覽沒收新舊法〉，林鈺雄（等著），《沒收新制（一）刑法的百年變革》，頁 2，臺北：元照。

¹⁷³ 李聖傑，2016，〈犯罪物沒收〉，林鈺雄（等著），《沒收新制（一）刑法的百年變革》，頁 47，臺北：元照。

夠通過憲法的考驗？在學術界中仍有不少質疑之聲。

1. 分析方式

基於此等爭議，本文即著重於此點，以我國憲法綱要和外國比較法實踐為例，探討本次刑法「百年變革」的合憲性，及其對於我國政治、經濟體系的可能影響。

(1) 新刑法的事後追訴與嚇阻

在主刑法與其他附屬刑法中，對於洗錢犯罪和後續贓物的變賣、移轉等等已有刑罰規定，暫不贅述。

如題，作為各附屬刑法及主刑法的礎石，刑法總則廢除數條已沿用近百年之對主要針對違禁物之沒收，改為在一定情況下，得對於第三人進行沒收，但採取對第三人優先發還制度。此種對於第三人財產權的國家權力延伸，在贓物罪的規範之外，亦兼顧民法上善意受讓的要求，整體目標顯在於使犯罪者不得保有不當取得之財產。

在立法理由中，此種修正模式被稱為是「刑法上」（此為本文作者所增加）「準不當得利」的衡平和取除。在毫無利潤的情況下，犯罪者自然不願意進行犯罪行為，如同台灣俗諺所謂「殺頭生意有人做，賠錢生意沒人做」云云，這種徹底的犯罪所得清除，顯然被賦予截斷犯罪者動機的崇高目的。

其次，此種沒收的發動，主要是在於（犯罪）事後為之。亦即，在檢察官及司法警察官、警察依刑事訴訟法第 228、231 條發動偵查、調查並起訴後，才有發動的可能性。並且依刑法規定，於裁判確定時，系爭不法財產歸為國家所有（新刑法 38-3 條）。犯罪者將徹底失去對於不法財產的所有權。

第三個特徵是救濟與法律程序，亦在事後為之，但是採二分模式。按刑事訴訟法 457 條，沒收亦應屬於執行的一環，而應該由檢察官進行之。然而，若人民對於前開程序有不服或異議，其依刑事訴訟法第 455-12 條，必須向法院聲請參與之，但法院似乎又保有駁回和不准其進入救濟程序的可能性（刑事訴訟法第 455-16 條參照）。此種作法在表面上，似乎相當符合我國在刑事追訴上所採取的「改良式當事人主義」模式，法院從積極的追訴者退縮成為公正衡

平，待兩造攻防和說服，才下最後裁判，以確保其不偏不倚的中立和公正性。

可能是考慮到避免對於不知情善意第三人產生突襲，刑事訴訟法第 455-13 條特別規定：

檢察官有相當理由認應沒收第三人財產者，於提起公訴前應通知該第三人，予其陳述意見之機會。

檢察官提起公訴時認應沒收第三人財產者，應於起訴書記載該意旨，並即通知該第三人下列事項：

- 一、本案案由及其管轄法院。
- 二、被告之姓名、性別、出生年月日、身分證明文件編號或其他足資辨別之特徵。
- 三、應沒收財產之名稱、種類、數量及其他足以特定之事項。
- 四、構成沒收理由之事實要旨及其證據。
- 五、得向管轄法院聲請參與沒收程序之意旨。

檢察官於審理中認應沒收第三人財產者，得以言詞或書面向法院聲請。

此部分則又透露出檢察官於我國有兼具行政官和司法官的雙重性格。檢察官於涉及被告以外之財產沒收下，並無裁量權力，而必須與其陳述意見之機會，而能夠使該第三人有最基本的受通知機會，並且能夠向法院陳述其意見。

然而，檢察官的司法官性格，在本條顯然是高於其行政官性格的。於本條之最後一項，檢察官握有向法院聲請發動沒收之權力。立法者顯然於此認為，檢察官之「客觀性義務」和檢察官之素質學養，足以催促其同時為對造著想，而能夠身兼追訴者和保護者的工作。

再者，雖法院決定是否予以沒收（刑事訴訟法第 455-26 條），但其是否代表著檢察官取得了「不沒收」的絕對權柄，以致於掌握了除開啟追訴外，開啟沒收的第二把鑰匙？衡諸文義，其答案似為肯定。然而此種立法模式，似乎又和原先的改良式當事人主義，有所差異，而使檢察官和第三人有訴訟法上的武器不平等之嫌。單獨宣告沒收程序，亦同（刑事訴訟法第 455-37 條）。

（2）擴大沒收：違反憲法的修正模式

以上為「沒收」之一般規定。然而更大的問題和爭議，則存在於新洗錢防

制法中的「擴大沒收」項目。但在探討擴大沒收之前，必須先行研討新洗錢防制法的內部結構。

在 2015 年，以反洗錢為宗旨的艾格蒙聯盟（Egmont Group）和下屬之亞太反洗錢國際組織（APG）宣示¹⁷⁴，基於台灣的洗錢防制不力，宣示台灣為十個待觀察國家之一。若無法脫離洗錢高風險觀察國家，我國將遭遇來自海外的強力制裁和可能的貿易壁壘，形成台灣需要認真面對的重大國安問題。

其次，基於美國的海外反逃稅與追稅條款（FATCA）上路，由於美國國力的影響，我國亦在涵蓋範圍之內，而必須因應建置資訊交換、反恐怖資金、反洗錢和合適的刑罰規定，並配合之後的跨國稅務資訊交換準則（CRS），我國上路十年之洗錢防制法，已經到了必須修正不可之地步。

故自 2016 年起，我國籍因應前開所敘述要求，開啟洗錢防制法的修正作業，並於民國 105 年 12 月 28 日通過。其修正大量參考來自外國之意見以及反洗錢工作小組（FATF）之要求，堪稱能趕上國際潮流。但其中，最有爭議之部分，即為所謂的「擴大沒收」。其部分則體現在新法的第十八條第一項和第二項：

「犯第十四條之罪，其所移轉、變更、掩飾、隱匿、收受、取得、持有、使用之財物或財產上利益，沒收之；犯第十五條之罪，其所收受、持有、使用之財物或財產上利益，亦同。

以集團性或常習性方式犯第十四條或第十五條之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前項規定以外之財物或財產上利益，係取自其他違法行為所得者，沒收之。」

值得注意者為，第二項之「集團性」和「常習性」，則是因為立法者擔憂擴大沒收將導致民眾之重大疑慮而加入，原先版本甚至沒有此二限縮的構成要件，而對於被告更加嚴苛。

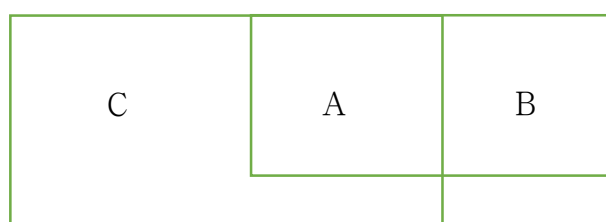
而財政部對於本條之立法，其立法理由，說明如下：

¹⁷⁴ 楊進興 (2017)，《台灣反洗錢國際合作研究》，頁 30-39，台北：元照。

「該條立法意旨係因應近來司法實務常見吸金、跨境詐欺集團、跨國盜領集團案件等，對國內金融秩序造成相當大之衝擊，因其具有集團性或常習性等特性，細膩分工，造成追訴不易。擴大沒收係指就查獲被告本案違法行為時，亦發現被告有其他來源不明而可能來自其他不明違法行為之不法所得，雖無法確定來自特定之違法行為，仍可沒收。」

從立法理由分析，吾人可獲致兩種主要方向：一、此一擴大沒收，乃針對「特定族群」之特別立法；二、此種擴大沒收之舉措，將導致舉證責任導致的結果，使被告在面對強勢國家追訴時，反而需要擔負自證清白之責任，否則將面臨固有財產（因有混同情形，故稱之）遭到沒收的情形。

擴大沒收之本質，依立法理由及洗錢防制法十八條之文義，其意義或可描述為下列圖形：



若整個框線為刑事被告所持有之帳戶，而A和B為經刑事訴訟程序中嚴格證明並有相當證據可稽之得沒收之不法利得，則C部分由於和A、B於同一帳戶中，且於同一或相當於時空上同一之時間匯入，則此時難以想像檢調不引用A、B和經驗法則作為「事實」以追認C部亦有問題。此時則發生實質上的舉證責任倒置效果，變成刑事程序中之被告者，必須舉反證抗辯系爭C財產或金錢有正當來源，而非不法之所得。如被告無力證明其來源為何或其證明不受採納，則檢察官即得依洗錢防制法第十八條，沒收該C部分之財產。

此舉可能會在極端案例中，導致輕重失衡之情形。舉例而言，若上開A部分為一百萬元，B部分為三百萬元，而C部分卻高達一千一百萬元，則只因為C部分和A B部分混同，而能在「有事實足以證明」之情形下，因經驗法則的引用，即能發動對於人民侵害極重之沒收，不免予人有立場錯置和嚴重缺乏可預見性的疑慮。

更嚴重的，此立法完全打破了「不自證己罪」或「任何人不需協助國家追訴自己」的原則，而使得原本已經面對強大國家的被告，更顯其武器不平等的窘困處境，其情事則有如古代糾問原則之還魂。

猶有甚者，此舉似乎暗示國家可以「先拿了再說」，即使日後發見沒收有誤，也不缺乏返還之途徑。（這似乎和羈押得扣抵刑期，有異曲同工之妙）是否可能鼓勵檢察官勇於任事自不待言，但其對於檢察官之客觀性義務（刑事訴訟法第 2 條參照），有無其他影響，讓檢察官可能有僥倖之侵犯人權心態，似不無可能性。

（2）來自憲法的律令

a. 罪刑法定主義

在司法院釋字第 443 號中，大法官於理由書中正式提及有關於罪刑法定主義的概念，僅摘要如下：

「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之……」（標記為本文添加）。

釋憲文書，解釋文效力位階為何？按有力學說見解，其和憲法有同一位階，全體國家機關皆須遵守。而理由書向為解釋解釋文所必須者，自當與解釋文同視之（但其既判力為何，非本文重點，暫且不論之）。

罪刑法定主義，按學說，其本意在於對人民所施行之刑罰，必須以行為當時法律有規定者為限。在另一層面，亦應可解釋出刑罰之規定，必須具體而符合足以理解之要求，此亦為他釋憲實務所支持（司法院釋字第 432 號參照）。

然而，我國的洗錢防制新法，是否遵守上開憲法之要求？按洗錢防制法第十四條準用第二條，其後者法文如下：

本法所稱洗錢，指下列行為：

- 一、意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得。
- 二、掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、所在、所有權、處分權或其他權益者。
- 三、收受、持有或使用他人之特定犯罪所得。

第十四條，法文如下：

有第二條各款所列洗錢行為者，處七年以下有期徒刑，併科新臺幣五百萬元以下罰金。

前項之未遂犯罰之。

前二項情形，不得科以超過其特定犯罪所定最重本刑之刑。

衡諸兩新條文，其想要將犯罪者所得一網打盡的目的非常明顯。然而其亦透過對於犯罪的特定，盡量避免擴張本條的不當性，其立法用心良苦，本文仍然認為值得肯定。

但是，吾人得以注意到其在法文上似有模糊空間，如何謂「使用」？拋棄所有權，而由他人先占的「脫法行為」是否屬於移轉的一種？此外並有留下概括條款的餘地，使無論犯罪所得以何種方式存在，皆得被兩條文所涵蓋和處罰，其大大便利國家追訴，自不待言。但其是否完全符合前開敘述的明確性原則？考量到洗錢防制法的極重刑度和對於個人商業信譽的打擊，本文則認為可能有可爭論的餘地。

b. 無罪推定原則

在新修正之擴大沒收制度中最引人注目者，恐怕是其對於無罪推定制度的侵蝕。無罪推定原則向來為我國釋憲實務所非常重視，特別是接連針對受羈押之人民，接連作成司法院釋字第 653、654 號解釋。如前者之理由書所述：

「……刑事被告受羈押後，為達成羈押之目的及維持羈押處所秩序之必要，其人身自由及因人身自由受限制而影響之其他憲法所保障之權利，固然因而依法受有限制，惟於此範圍之外，基於無罪推定原則，受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者，原則上並無不同。」（標記為本文添加）

如前所述，無罪推定原則之概念，即是在於「任何人於被證明為有罪之前，推定其為無罪」（刑事訴訟法第 154 條 1 項），且從憲法之脈絡，本原則至少上能夠拆分為兩個部分。但在此二部分，擴大沒收之規定都無法滿足憲法之要求。

第一，基於憲法對於人民自由權之保障、正當法律程序之明文要求，其「證明」方式必須是以謹慎之方式為之，有稱為「嚴格證明」，而體現於刑事訴訟法上：無證據不得認定犯罪事實（刑事訴訟法第 154 條第 2 項）。

第二，司法院釋字第 653、654 號解釋，其著重討論者都是在特別法律關係下受羈押者之權利保障，並明示即使於經自由證明，高度有合理懷疑之情事下，國家仍不得剝奪受羈押人於其他部分，受無罪推定原則保障之可能。如摘錄之司法院釋字 654 號理由書所述：

「……受羈押之被告，其人身自由及因人身自由受限制而影響之其他憲法所保障之權利，固然因而依法受有限制，惟於此範圍之外，基於無罪推定原則，受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者，原則上並無不同……」

是故，依等則等之，不等者不等之法理（司法院釋字第 485 號解釋參照），在同樣皆是「有事實足以證明」之情事下，洗錢防制法卻允許國家追訴機關沒收被告之財產，顯然有極不平等之狀況，而有違憲之可能性。難道因為只是財產，而非生命或身體自由，國家對人民的權力壓制，就比較能被寬鬆對待嗎
175？

惟於洗錢防制法及刑法之立法理由中，其註明沒收已非「刑罰」，而根本不應適用刑罰之法理。此即所謂刑法上「準不當得利」衡平制度的引進。

¹⁷⁵ 英國立法例上甚至會考慮到被告的尊嚴問題。見彭勃（2014），《英國警察與刑事證據法規精要》，廈門：廈門大學出版社，頁 270。

c. 準不當得利：去刑罰化或者逃避責任？

在洗錢防制法與擴大沒收之立法理由中，其展現了非常強烈的應報性質，而值得祭出強力的責難或是給予刑事追訴機關更佳的武器優勢：

我國近來司法實務常見吸金案件、跨境詐欺集團案件、跨國盜領集團案件等，對國內金融秩序造成相當大之衝擊，因其具有集團性或常習性等特性，因集團性細膩分工，造成追訴不易，另常習性犯罪模式，影響民生甚鉅，共通點均係藉由洗錢行為獲取不法利得，戕害我國之資金金流秩序。

在相同立法理由第二段，則重申與前述類似的立場：

惟司法實務上，縱於查獲時發現與本案無關，但與其他違法行為有關聯，且無合理來源之財產，如不能沒收，將使洗錢防制成效難盡其功，且縱耗盡司法資源仍未能調查得悉可能來源，而無法沒收，產生犯罪誘因，而難以杜絕犯罪行為。**為彰顯我國對於金流秩序公平正義之重視**，而有引進擴大沒收之必要。所謂擴大沒收，係指就查獲被告本案違法行為時，亦發現被告有其他來源不明而可能來自其他不明違法行為之不法所得，雖無法確定來自特定之違法行為，仍可沒收之。（標記為本文添加）

其是否違反有憲法上依據之比例原則（司法院釋字第 544 號理由書參照），不無疑慮。然而，對於此種雷厲風行的嚇阻犯罪方式，立法理由卻僅指出，其乃因為「有比較法上之適當依據」，而適合於我國，其說理似乎不甚堅強。然而，在其他部分亦同樣重申其立場，如下述：

因此，為杜絕不法金流橫行，如查獲以集團性或常習性方式之洗錢行為時，又查獲其他來源不明之不法財產時，參考二〇一四歐盟沒收指令第五條、德國刑法第七十三 d 條、第二百六十一條、奧地利刑法第二十 b 條第二項、第一百六十五條，增訂擴大沒收違法行為所得規定，爰增列第二項。

在給予比較低的保障（即本文於前開所提之意見）部分，立法理由亦有所回應。其說理仍然是以「有比較法之依據」作為立論：

關於有事實足以證明被告財產違法來源之心證要求，參諸 2014/42/EU 歐盟沒收指令第五條及立法理由第二十一點指出，法院在具體個案上綜合檢察官所提出

之直接證據、間接證據或情況證據，依個案權衡判斷（balance of probabilities; Wahrscheinlichkeitsabwägung）判斷，系爭財產實質上較可能源於其他違法行為。而法院在認定財產係源於其他不明違法行為時，所得參考之相關事實情況，例如行為人所得支配之財產價值與其合法的收入不成比例，亦可作為源於其他違法行為之認定基礎。（歐盟指令第五條）

這樣的理論基礎和說理方式，令人不禁質疑於我國，究竟是憲法位階最高，抑或是德國聯邦憲法和歐盟指令最高。尤其在降低合理懷疑而適足以對人民給予責難之部分，似乎並未考慮我國固有之憲政和刑事追訴體系，而輕易地以「此非刑罰」而「不受對於刑罰之要求」輕輕帶過。此處即生擴大沒收，乃至於沒收本身是否為「刑罰」的問題。

依刑法學者之意見，具有下列四種特質，則為刑法上之刑罰：

- （一）刑罰以罪責原則為基礎，著眼於過去已違犯之「犯罪行為」，並予以對應
- （二）刑法的本質具有痛苦性，且其痛苦可以衡平惡害
- （三）刑罰是一種社會的譴責和非難
- （四）必須適用罪刑法定原則

而探究擴大沒收制度，其對於因洗錢罪或其他重大犯罪之被告，對於過去之牟利，給予責難和財產上的剝奪，難以認為不具痛苦性，並使其在社會上失去信譽，完全具備刑罰的所有特質。準此以觀，此種披著準不當得利衡平外在的「非刑罰」，內在卻對人民有著完全的刑罰效果，是否還能夠認為不是刑罰，因此不適用罪刑法定和無罪推定原則？在意見紛陳而大有爭議的狀態（如本文認為其法益應在於保障金融秩序）下，立法理由對此的交代，僅僅以比較法上有其先例作為依據，是否又過於薄弱，有無視憲法保障人權的委託之嫌呢？上揭問題在在值得思考。

d. 財產權保障：憲法觀點

如英國自由主義哲學家 John Locke 所言，人民最重要之三權利，分別為自由，財產，然最後一項財產者最為重要。蓋無恆產者，則必然淪為有財產者之奴僕，終日為溫飽而努力，而使自由和生命皆無從存在。基於前開自由主義之理念，國家對於財產權的保障必須完整，而對於財產權的侵犯或者限制，也必須有正當且重大之理由，方能為之。

此種對於財產權的重視，亦體現於我國憲法之結構中。誠如憲法學者所言，財產權乃古典權利之一種，可稱為是最古老的權利之一，並且為典型的「防禦權」。此外，人民以合法方式取得之財產，就應受到保護，此種形式上的保護，向來有稱為「制度性保障」者。較詳細的說明，如司法院釋字第 748 號黃虹霞大法官部分不同意見書中所提及，早於國家所存在之維繫社會存續之制度，可受我國法律予以制度性保障，而不得以不當之方式侵犯之。

我國釋憲實務上，是否有承認財產權受此等崇高保障者？答案應為肯定。見司法院釋字第 400 號解釋文，首開先例：

憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。

此後，在司法院釋字第 440 號解釋文，又重申相同之意旨：

人民之財產權應予保障，憲法第十五條設有明文。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。

在較新的部分，大法官則第三次申明其對於財產權的保障範疇，並且開始釐清財產權的界限。如下段摘要司法院釋字第 747 號理由書所云：

憲法上財產權保障之範圍，不限於人民對財產之所有權遭國家剝奪之情形。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失（諸如所有權喪失、價值或使用效益減損等），若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予以合理補償，方符憲法第 15 條規定人民財產權應予保障之意旨（本院釋字第 440 號解釋參照）。

參照三解釋，我國釋憲實務對於財產權之抵抗公權力性質、憲法層級高度以及對於憲法上財產權的限制，顯然已形成一穩定共識：私有財產所承擔責任逾越社會責任要求者，人民無忍受之義務，而得請求補償，以回復財產權。此

處之社會責任，依權威學者¹⁷⁶之見解，可大別分為兩種態樣：

第一、法定限制：如稅捐、沒收、徵收。第二、社會義務之限制，如任何人不得因車輛性能卓越，而任意以全速橫行街頭，速限的部分為對人民財產權上的社會義務限制。但此二種限制，皆受到憲法上一般規定的限制，即憲法本文第 23 條之比例原則：必須適當、必要而且符合狹義之比例利益性。

綜合學說¹⁷⁷與前揭憲法實務意見，本文似可得出結論：對於私有財產權之侵害或限制，必須也只能以合理之形式為之。而擴大沒收對於不明確之財產部分，降低合理懷疑門檻、舉證責任導置是否可以稱為是「合理」之私有財產權限制？本文頗持懷疑態度。茲舉一假設案例為之：

甲丙丁為被告，被控從泰國不法製造毒品並銷回台灣，可能盈利總共為一億零二十萬元，並全數置放於同一帳戶內，並著手在日後利用該金融機構分頭匯出。由於該二十萬元因乙車手之自首而得證明為毒品相關犯罪所得，其餘一億元部分，依洗錢防法第 18 條規定，則必須由甲丙丁努力證明之。否則，甲丙丁將因為檢察機關證明其五十萬元部分違反洗錢罪（洗錢防制法第 2 條）而導致該一億元被擴大沒收之結果。

其中不合理之處非常明顯。因為二十萬元部分被證明有罪且為不法所得，故其餘一億元（二十萬之五百倍），檢察官並不見得需要再行蒐集證據以嚴格證明，只要以前開二十萬元之證明結果，即能依經驗法則之援引，先行沒收高達五百倍之現金。對於檢察機關或國家而言，可謂一本萬利，省時省力。但對於甲丙丁而言，則不異為相當沈重之負擔。

此有輕重失衡之嫌。從此一假設案例觀之，甲丙丁和其所持有之一億元現金，不能援引無罪推定原則，而承受高於他人之社會責任；而觀前開司法院釋字第 653、654 號解釋對於受羈押人仍必須予以無罪推定保障，依舉輕以明重之法理，有極高犯罪和逃亡可能而須受拘禁之人，尚受該原則保障，以相同立法模式（皆以「有事實足認」為構成要件）立法之洗錢防制法，卻允許剝奪被告在財產權上，主張無罪推定原則的空間。難道因為只是關於身外之物，所以就不需要保障，或者可以一定程度地無視憲法的要求？本文對此持懷疑之態度。

¹⁷⁶ 陳新民，(2008)，《憲法導論》，臺北：新學林，頁 121-130。

¹⁷⁷ 陳新民，前揭註 176，頁 121-130。

茲有附言者，洗錢防制法第一條之立法理由明示，其目的不僅在遏阻犯罪，徹底剝奪犯罪動機，亦在於健全我國之金融秩序，此似乎和我國憲法第145條第三項所稱國民生產事業及對外貿易，應受國家之獎勵、指導及保護，看似不謀而合。惟如前開追訴行為，檢察官得輕易以追訴一部份之財產之名，行大肆沒收之實，對於平凡人民之私有財產，有如夢魘，則欲避免國家追訴即已如驚弓之鳥，若稱其得以健全金融貿易秩序，則恐怕不建立成本高昂的法遵體系，無法達成。而自古以來，對於人民財產侵害最甚的，往往都是政府。此次「百年變革」，究竟是達成了憲法基本國策所委託的保護國民貿易，或者是滿足了國家的追訴需求，而已經付出的代價，是私有財產制的大大讓步，此次修法是否得稱妥適、合憲，本文相當期待讀者進一步思考之。

e. 多數對少數的無限侵犯？

擴大沒收制度所發源之洗錢防制法，原意在於清除髒錢 (dirty money)，並且使財富無法被使用於不法用途，或使不法所得無法被保存。雖然立意甚佳，但其所欲管制和面對者，乃是自二戰以來最繁榮之全球貿易體系，巨量金錢、資訊與資本流動之國際金融社會與市場，故若要達成其立法之目標，則非理解金融與商業之本質不可。

雖脫胎於近百年前，憲法起草者卻早已對此一部份，有所認識，於憲法委託國家應大力支援、保障國民貿易和對外發展，以求民生富裕和社會經濟繁榮。其著重者，無非就是國家之管制，必須合理為之，並且鞏固人民對於國家和彼此之信任，而能盡量降低交易成本，滌除法律風險，使交易平順和頻繁，提高貨幣與資本的整體流通性，達到最終促進經濟成長，擺脫貧窮的目的。

然而本次立法，如同前述，賦予了檢察機關伸入人民私有財產權的良好藉口。依照新法之邏輯，即使無法「成功地」擴大沒收該不明財產，至少也足以得知該財產何來，持有者如何賺得該財產，或者是該持有者的獲利模式。這樣一來，即使持有者坦白交代換來全身而退，結果卻是被迫公開自己的營業秘密、誠信和付出進出法院的法律成本，這種嚇阻犯罪的作法，是否太多，而有無導致人心惶惶的可能，似不應為吾人可以忽略者。

再者，衡諸商業本質，我國並非超級大國，雖內國資金可稱雄厚，惟若能吸引外資挹注，對我國而言可說相當有利。然投資必然包含有投機，才有後續

獲利的空間，資本灌注於有風險之產業部分，雖有虧損可能，但也因此冒險，才有可能賺錢。換句話說，商業本質雖在冒險，但能降低不必要風險，而專注於正確的部位持有，幾乎是所有生意人的共同作風。

此次立法卻完全反其道而行。在當今經濟低迷的狀態下，銀行一方面有鉅額存款壓力，難以尋找適合標的投資，卻又需要因應新法而大量添設法遵去應付多如牛毛的資訊流量；再者，外資考慮新法上路，若誤觸法網，除須付出原本法律成本外，可能還需要賠上自己之不公開營運模式，或許會考慮乾脆不投資台灣；本國居民則不堪其擾，在與銀行進行交易或對外投資時，如僅因合法之途徑（如合法節稅）而遭檢調機關盯上，其在法律程序中已難受無罪推定原則之保障，在後又有如同「先拿了再說」的新法，允許國家機關進一步跨越原本私有財產保障的雷池，導致交易成本節節上升。對此三者的影響，幾乎可說是對於我國憲法保護財產，發展經濟委託的無情踐踏。

是以，本文認為，洗錢防制新法立意極佳，且由優秀學者領軍，在官學兩方合作下順利達成使台灣脫離待觀察之高洗錢風險國家名單，其成就不可抹滅。然而，在新制下，仍然有許多罣礙難行之部分，尤與憲法私有財產制之直接衝突最為明顯，而亟待改良。望之後此部份，能漸次修正，符合商業本質，此乃國家之幸也。

（4）我國因應國際壓力的修正

我國早在 1996 年即通過公布《洗錢防制法》，在亞洲國家算是較早開始重視防制洗錢之國家。惟因時代變遷，原本之條文（僅 15 條）漸不敷使用，加上評鑑在即以及重大弊案暴露出財經刑法上對於沒收制度的忽略¹⁷⁸，因此於 2016 年展開了該法的大幅修正，並於同年底火速完成公布，效率斐然。

同時，為配合《洗錢防制法》母法和《刑法》之修正，金管會（我國之主管機關）亦同時修正和公布如《金融機構防制洗錢辦法》、《銀行業及電子支付機構電子票證發行機構防制洗錢及打擊資恐內部控制要點》等 11 條行政規則。在說明中，皆註明其法源為 FATF 之規定，並大幅擴增列管之範疇，如新興之電子支付，或者是專業人士如律師之限制等，其強度和要求甚至遠超過 FATF 所要求之範圍。

¹⁷⁸ <http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201707215007-1.aspx>，瀏覽日：2017/11/26。

a. 組織上的修正

從組織角度觀之，我國在實踐上相當注重本次的交互評鑑。以行政院為直接上級單位，我國成立了行政院洗錢防制辦公室，並由政務委員為督導，下分為政策組和實務組¹⁷⁹，目的旨在於協助提升我國打擊資恐效能，並且協助國家通過亞太區第三輪評鑑。且依據「行政院洗錢防制辦公室設置要點」第2條規定，該辦公室為統籌我國洗錢防制、打擊資恐及執行策略之最高機關，並兼具評估我國洗錢風險之任務，總體而言，其位階和執行業務範圍，皆高於我國向來主管金融事務的金管會，可以看出本次政府亟於使我國脫離有洗錢疑慮國家之列。

b. 修法簡評

在一連串的努力及火速修法後，我國於2017年之APG年會中，從十個被追蹤之國家中除名，此舉對於我國與金融產業而言，誠屬幸事。從一方面言之，我國於美國之重要銀行因洗錢疑慮而遭重罰，國人對於金融體系健全已有懷疑，此舉正好證明政府之決心；從另一方面言之，脫離被追蹤名單亦更能增強他國金融機構對於我國金融對口之信任度，並有鼓勵外資和促進貿易的正面形象和功​​能。其意義不可謂不大。

然而，在快速修法背後，一些結構性的問題仍然未得到改善。如我國銀行、金融投資業之公司治理，整體而言並未隨本次大修法而跟著進步，整體企業文化和怯於投資的狀況仍然持續；其次，如此強力的修法力道大幅增加了金融業與對外貿易產業的法律成本，但似乎並未受到主管機關的重視，而和FATF的立法精神，似有背道而馳之感。

但影響最大的，可能還是因為時間緊促，在比較法的引進上，並未充分考慮其和我國憲政體系如何契合。除《刑法》和《刑事訴訟法》新增修正沒收專章外，在《洗錢防制法》中關於擴大沒收之規範和對於律師等專業人士的強力箝制¹⁸⁰，都和我國當前的憲政體系略有出入，而值得吾人重視之。畢竟我國若

¹⁷⁹ <http://www.amlo.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=467410&CtNode=45707&mp=8004>，瀏覽日：2017/11/26

¹⁸⁰ 律師辦理防制洗錢確認身分保存交易紀錄及申報可疑交易作業辦法參照。

自詡為先進國家，當須以尊重人權作為立國宗旨。若僅為防止犯罪，而大大增加國家監控能力，且未賦予人民適當對抗之能力，此究竟會促進經濟，或者嚇跑投資，恐怕也是立法者未來必須考慮者。畢竟，若金融業立基於消費者之信任，國家又何嘗不是呢？金融業若有衰敗之疑慮，國家又何嘗沒有呢？

(5) 對於臺灣公司法制的修正建議

a. 公司法制

綜上以觀，我國的公司法亦應該依照我國之國情，特別是我國的經濟狀況進行因地制宜的修正，但也應該把促進商業發展作為重點，而非一味除弊，卻忘興利。就一方面，本文認為可以適當引進英式公司治理守則，蓋該文件非常簡短（僅 25 頁）且極富彈性，對於既有公司，無論大小，都容易找到屬於自己的定位，增加我國公司治理程度。且我國亦有全民健保制度，接近英國狀況。

同時，依照此種較國際化的公司治理守則進行操作，也容易提升我國公司在國際上的信用評等，增加國際貿易上我國公司的被信賴程度。相較於 Companies Act 2006，我國對於公司的規範仍有不足之處，但對於更多職位的引進（如公司秘書），其仍然應該參考是否適合我國國情，來決定是否引進。

b. 其他部分

在公司法相關法律領域，如刑法典或洗錢防制法，我國更應該考慮其是否符合既有的憲法架構，而在引進外國制度，如擴大沒收等等雖然符合國際公約規範，但亦應注意「興利」因素，避免過度拉高我國公司與商業運作上的法律風險（legal risk），重視罪刑法定主義和無罪推定原則，尤其必須注意刑事追訴程序本身對於公司聲譽的影響。

其次，我國對於錯誤追訴的補償仍然不足夠。如在前述 POCA 2002 法案的第 72 和第 73 條，皆直接明定若錯誤追訴必須有所賠償。但在我國法上，對於此部分的規定，仍然付之闕如，但在保險法上，依照保險法不保障不法行為之原則，不能夠購買法律或訴訟保險，這就使得我國外資或本國投資者的法律風險無法被移轉。作為一個以貿易立國的中等國家，此部分也應該被一併考慮進去。

c. 一種新的思考方式

如同前言所述，一個身心健全的自然人其行為應被認為合法，而一個體質健全的公司也應受如此優惠推定，即使其行為有明顯的投機或冒險性質；反之，一個缺乏健全公司治理管制的公司，若亦無法通過不遵循即解釋（comply or explain）的要求，其法人之行為，在偵查過程或法庭攻防過程中即難被視為合於商業常理，符合交易常規。

換言之，冒險或者投機甚至是中長期的虧損交易，在瞬息萬變且充滿機密的商業世界中，都有可能是符合常理的。甚至所謂「交易常規」很有可能根本不存在，而任何意圖正面去界定何謂交易常規的努力，都會因為直接違反資本主義由市場主導價格的邏輯，而必然導致失敗。結果無非都是過度干預市場或是阻撓投資，而使得管制因素（Government, G）在經濟學中過度擴張，扭曲交易市場和導致市場無效率（inefficient）。

惟常規交易既已為法定構成要件，法院或主管機關即有義務明確化該構成要件，以使政府行為容易預測。本文即主張完全不從該法文之正面或負面進行列舉，而是乾脆模仿大陸法系民法之思考模式，以海洋法系判斷公司體質方式為準，來判斷系爭法人行為是否符合交易常規。如此之判斷雖必然會有「漏網之魚」，然此卻足以保全商人運作彈性，鼓勵公司健全公司治理，並且提供主管機關或銀行一個明確易懂的標準。長久下來，必定能夠達成整體市場運作的有效率性。具體描述，則列於肆、改良模式之部分討論。

三、英格蘭立法例

（一）以沒收為中心的 POCA 2000：主要手段

1. 成文法上的手段

創立法人的目的主要在於營利，而濫用法人格的犯罪者目的也相同，故對於犯罪所得的沒收，即是一種非常有效的手段。在英國普通法和衡平法上，最常用也最有效的手段，即為沒收。

2002 年英國通過了犯罪收益追繳法（Proceed of Crime Act 2002, POCA），其立法架構極為縝密而有創意，長達 447 條，幾等於我國刑事訴訟法之長度。在

該法的第 75 條其主張若該行為人有「犯罪生活方式」(The Criminal lifestyle, 記載於附錄, Table A), 即可進行足以沒收的法律上推定(第 10 條)¹⁸¹, 對於該行為人的向前推進之一定時間內財產進行沒收, 並放置於有利息的帳戶中。且該手段為獨立的刑事追訴手段, 並由法院令狀及獨立機關(National Crime Agency)進行沒收。

而所謂的犯罪生活方式, 依英格蘭及威爾士法及本法 75 條指稱的附錄 2 明定必須為明定犯罪的有罪判決(An offence under any of the following provisions of), 從此也繞過了無罪推定的問題而沒有違憲的疑慮, 因前提仍在於必須有確定判決為據¹⁸²。因此此程序甚至可以在本案開啟前發動或是在本案在刑事法院(Crown Court)終結後, 移至民事法院(High Court)繼續審理¹⁸³, 其手段不可謂不激烈¹⁸⁴。

顯然地, 從該法第 10 條結構, 其目標在於沒收自然人的財產。但同考量前開揭穿公司面紗的結構, 若能具體在刑事或民事程序中判斷該公司行為有不法嫌疑, 該公司實際操縱者(包含影子董事)之財產不能被主張為是公司之財產而不受到沒收。

2. 刑法典上的結構

但整體而言, 英國仍然非常尊重法人格的獨立性, 僅在特定的嚴重犯罪中才有突破法人格的可能。有關於突破公司法人格的刑事追訴, 僅見於 UK Money Laundering Regulations 2017 或者在前開 POCA 2002 法案中附錄 2 所列的十種重罪(felony)如洗錢、運送毒品等, 才會招致沒收法上對法人管理者(或股東)財產的追訴¹⁸⁵。

四、批評

¹⁸¹ Keith Stanton (2017), 收錄於《Can Bank Still Keep a Secret?—Bank Secrecy in financial Centres Around the World》, Edited by Sandra Booyesen and Dora Neo, Cambridge: Cambridge University Press, 頁 351-353。

¹⁸² 張磊、梁文鈞、羅海珊(2010)(譯),《英國 2002 年犯罪收益追繳法》,北京:中國政法大學出版社,頁 9。Proceed of Crime Act 2002 s.6(2)。

¹⁸³ Steve Wilson, Rebecca Mitchell, Tony Storey and Natalie Wortley (2009),《English Legal System》, Oxford University Press: Oxford, 頁 210。

¹⁸⁴ 見 Proceed of Crime Act 2002 第 21 條有關英格蘭及威爾士的規定。

¹⁸⁵ 此十種犯罪為明定, 包括毒品、洗錢、恐怖主義、人口販運、武器販運、贓物、智財犯罪、戀童性交、恐嚇或上開犯罪之未遂犯。

（一）刑事機關應晚於金融監督機關介入

從三國立法論之，本文肯認沒收確實是最有效率之阻止洗錢手段，不僅能夠事前阻止，也有事後救濟功能。但是必須注意者，其並沒有注意到兩個問題：刑事機構的介入時間（如英國法上，是否正式展開起訴甚至是有彈性的¹⁸⁶）和金融監督機構的順序，以及錯誤沒收可能會造成的不良結果。

（二）弊病

我國立法模式的弊病相較很明顯。首先，其顯然會有資訊量過於巨大的問題，而可能在銀行為了保護自己的情況下，選擇大量申報；但若予以申報，又必定會嚴重影響和客戶的關係，最後的結果就是銀行成為夾心餅乾的窘境。

第二，洗錢手法推陳出新，然而立法者似乎打算將該責任移轉由金融機構或受列管機構端承受。其成本增加是否合理，問題和前述其實相同。

第三，人民原本應受辯護權，在不正確的立法模式下，莫名其妙的被剝奪掉。此種違反憲法架構的立法模式，是否妥當，不言而喻。

肆、改良模式：公司治理作為增強評估手段

一、六個分析原則

（一）充分揭露義務(duty to disclosure)

¹⁸⁶ John Sprack (2009), 《Emmins on Criminal Procedure》, 9th Edition, 徐美君、楊立濤(譯), 北京: 中國人民大學出版社, 頁 87。

從 1990 年的 Cadbury 報告問世起¹⁸⁷，英國（United Kingdom）公司治理法則（corporate governance code）歷經了商業、工業、學界與政府的漫長磋商和實踐，最終成為了一種幾乎外於公司法律的法人評價基準，由一套基本準則（code）出發，圍繞著數量龐大的報告和研究，信用評等機構廣泛的運用公司治理指標判斷公司的好壞，公司與經營者也開始以執行良好的公司治理為榮。而身為其中最早發展的英國法制，在公司治理上更有其獨到之處，先進且影響廣泛。

公司治理由一連串的行為準則，包含適當的分權制衡、股權架構或者採購方式、薪酬決策等規定組成。它在英國並非強行法而僅具軟法（soft law）的性質，因此不遵守或不符合公司治理並無相應懲罰¹⁸⁸。

然而，無法合致公司治理法則的公司，除特殊目的外，幾象徵自己為不健全的公司，或者在組織管理上顯有不足。在商業中，猶如未執行正當法律程序（due process of law）的國家機關，其組織行為難免會有瑕疵，而需要多加留意。英國上市規則（listing rules）因此也採納了一部份的公司治理守則來把關願意或值得上市交易的公司¹⁸⁹。

本文即著眼於此，意圖從構成英國公司治理的五大報告書、守則、2006 年英國公司成文法和上市規則等，去分析英國法如何進行法人管制以及判斷法人行為是否合法、合理。本文認為，基於商業的彈性及投機性質，法人行為並不適宜以僵化基準進行判斷，而是應該如同民法肯認人之健全行為能力時，即原則上合理化人之所有行為，而符合公司治理法則之公司行為也應被如此從優認定。以免過度立法箝制商業，壓縮投資動能和影響正當公司營運。

1. 英國公司治理的基本原則

英國公司治理（UK Corporate Governance）主要是圍繞著由財政報告機構所發行的英國公司治理準則（UK Corporate governance code）出發。此份文獻是由

¹⁸⁷ Sir Adrian Cadbury（1990），《Report of the committee on the financial aspect of corporate governance》，The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd.，頁 10。

¹⁸⁸ David Kershaw（2012），《Company Law in Context》，2nd edition，頁 254。

¹⁸⁹ Listing Rules 1.1.1。

最原始的五大報告所支撐¹⁹⁰，並不停根據現行商業狀況，進行修正。五份文獻分別為 Cadbury、Greenbury、Hampel、Myner 及 Higgs 五份報告（依年份排列）分別討論英國及在英國成立的新、舊公司，其企業文化、內部管理以及應對外負的企業責任等等，提出一公認的準則以供遵循。同時，這樣的準則也可以被投資者利用來判斷，其所打算投資的標的是否可靠和判斷其風險高低，從而促進英國公司在國際上的競爭力和企業體質。

公司治理的概念在大西洋另一端的美國甚早被提及，在英國普通法系統內也有判例支持，但一直到 Sir Adrian Cadbury 領導的該委員會（並以其為名）在 1990 年正式將其概念化後，公司治理才開始成為一個獨立於公司法律外的概念，並且開始被管理學、經濟學等等學門討論，而成為一門相當繽紛的學科¹⁹¹。

英國公司治理，基於 Cadbury 委員會的提議，其基本原則是「沒有強制力」而應該「給予商業自由的空間」，因此其提出的核心概念是「遵守，否則解釋為什麼不遵守」（comply or explain），此為英式公司治理的最大特點。畢竟，對於許多小型公司或者目的取向（目的達成即解散）的法人而言，其實在沒有必要遵守嚴格的分權制衡機制或者揭露（disclosure）¹⁹²。但相反言之，一些大型且歷史悠久，牽涉大量股東的公司，如英國石油公司（BP）或者家族企業（Sainsbury's）就有必要「為自己」打造一套令人信服的治理規則，並且足以支持其所做出的，無論盈虧的決策。

Comply or Explain 規則為英國公司治理的核心，並內化為 2016 年英國公司治理守則的第一條。任何法人在面對問責性（accountability）的挑戰時，都可以以該規則責難之。但相對而言，即使完全不遵守該守則，除了 Companies Act 2006 或者 Listing Rules 可能會給予一些懲罰外¹⁹³，英國政府並不進行干預¹⁹⁴，因此其具有所謂軟法（soft law）的性質。換言之，此為極端自由放任主義的展現，完全交由市場去判斷該公司是否具有繼續打交道或者給予授信，購買公司

¹⁹⁰ Richard Smerdon (2004), 《A Practical Guide to Corporate Governance》, 2nd Edition, Sweet & Maxwell: London, 頁 68。

¹⁹¹ Brian R. Cheffins (2013), 〈The history of corporate governance〉, 收錄於《The Oxford Handbook of Corporate Governance》, 3rd edition, Oxford: Oxford University Press, 頁 58。

¹⁹² Financial Reporting Council (2016), 《The UK Corporate Governance code》, London: HM Treasury, 頁 4。

¹⁹³ 在英國刑法典上對於法人一向有嚴苛的要求。見 Dennis J. Baker (2012), 《Textbook of Criminal Law》, 3rd edition, Sweet & Maxwell: London, 頁 1334。

¹⁹⁴ David Kershaw (2012), 前揭註 188, 頁 55。

債等等的價值，而政府本身並不作為裁判或者是球員。

從 Comply or Explain 規則中，可以注意到英國主要是以揭露（disclosure）和降低市場上的資訊不對稱作為手段，並讓市場（投資人）成為最後的管理者。有鑒於英國的機構投資人體質非常雄厚¹⁹⁵，此種機制可說運作良好，並且漸漸被其他大英國協國家或其他國家所效法（如我國也有上市公司公司治理守則）。

在該守則的第一條，其提及最重要者，乃在於董事會必須隨時準備好向股東報告，而且股東必須有隨時挑戰公司的權力。英式公司治理的揭露範圍，主要是在於股東和董事會（board）之間。如果董事會選擇不遵守該原則或者是不揭露一些事實（fact），其應解釋的對象也是股東（shareholder）而非所有的利害關係人（stakeholder），換言之，英國式公司治理守則要求的揭露範圍有限，而非無窮無盡，此點應予注意。

英國式公司治理的第二個特色是，其股東中心主義的性質非常強烈，董事作為公司業務日常執行者和負責的對象主要為股東，其考慮獲利的對象也是股東，在 Hampel 報告中同樣提及此點，公司董事和公司存在的唯一目的就是為股東謀福利¹⁹⁶，並且以股東的利益為第一考量。在併購法制中，英國法對於對抗敵意併購（hostile takeover）的管制模式，即表現出以股東作為中心導向的概念，並且強調董事在此應該提出對於股東的良好意見，以供股東參考。

英國式公司治理在此，即和大西洋另一端的美國有著極大的差異。以德拉瓦州公司法為例（美國尚未有統一且有強制性的公司法典，但德拉瓦州公司法影響力極大），其對於對抗敵意併購的模式就比較寬鬆，論者有稱其為董事會中心的公司治理模式¹⁹⁷。

此一特色甚至強烈到，英國公司治理並不去鼓勵公司重視公司以外的責任。如對於環境或者弱勢的保障等等。例如在併購（Merger & Acquisition）的情形下，英國公司治政法制並不介意新走馬上任的管理者或控制股東（controlling shareholder）解僱員工或進行改組，一切以股東利益為上。但在美國以及深受德

¹⁹⁵ Christopher M. Bruner (2014)，林少偉譯，《普通法世界的公司治理－股東權利的政治基礎》，北京：劍橋大學出版社，法律出版社，頁 29。

¹⁹⁶ 同說。Amanda Pinto, Martin Evans (2003)，《Corporate Criminal Liability》，Sweet & Maxwell: London，頁 73，77。

¹⁹⁷ Christopher M. Bruner (2014)，前揭註 195，頁 35。

拉瓦州公司法影響的日本公司法制¹⁹⁸，對於此點就採取完全不同的態度，如其解雇員工必須有一定的限制等等。此種立法制極具特色但常為我國文獻所忽略，以下將再談論之。

這樣的價值觀也反映在獨立董事的選拔和制衡上：內部制衡和內部控制的存在，應當是為了股東的利益考慮。在最新的一份 Higgs Report 中，即提到非內部董事（non-executive director）的角色應該是在促進公司的利益，而公司的利益根據 Cadbury Report 又是反映股東的利益，從此才有審計¹⁹⁹、獨立性的必要，猶如股東的耳目，為股東監督公司²⁰⁰。

因此，公司之董事和非執行董事作為一個整體（board），依照守則必須要準備好一套內控制度，適當風險控制和報告，確認公司的定位以及未來，以及和股東保持良好的關係。此種良好的關係，即是透過公開可靠且能夠被挑戰的具展望性的財務報告（prospects）來維持²⁰¹。此種對於股東的揭露和透明公開構成了英式公司治理的基石。

2. 廣義公司治理與法人

惟值得注意者，公司治理並不只存在於公司治理守則之中，而是如前開所敘述早已散見於各種法律中，如判例（precedent）或較早期的公司法（statute）中。同時，公司治理後來也開始被各種學術領域如管理學等引用於解釋經濟現象，因此也有學者將其稱為「廣義的公司治理」²⁰²。本文認為此種認知較為合理，蓋法人在商業世界內運作原本就要遵守各式各樣的規則，其同時形成對於公司的指引和限制，故本文認為該思考模式較為合理，並以該思考模式繼續說明之。

在比較大型的公司，如在倫敦證券交易所（London Stock Exchange, LSE）得以掛牌上市之公司，由於牽涉股東眾多，故廣義公司治理在此，即將公司治理

¹⁹⁸ Christopher M. Bruner (2014), 前揭註 195, 頁 9。

¹⁹⁹ Tommie W. Singleton, Aaron J. Singleton, G. Jack Bologna, Robert J. Linquist (2006), 《Fraud Auditing and forensic Accounting》, Wiley: Hoboken, New Jersey, 頁 181。

²⁰⁰ The Department of Trade and Industry (2003), 《Review of the role and effectiveness of non-executive directors》, London: The Department of Trade and Industry, 頁 5。

²⁰¹ 葛偉軍 (2017), 《英國 2006 年公司法》, 北京: 法律出版社, 頁 130。

²⁰² Christopher M. Bruner (2014), 前揭註 195, 頁 3。

的要求收得較緊，如在 Listing Rules 9.8.4 以下即對於公司揭露財務報告有相當嚴格的要求²⁰³。

按照該規定，公司之董事為負責財務報告之人，其必須公布的事項繁多，包括股份，不受股東控制的股份（equity shares which has not been authorised by shareholders），公司所控制的從屬公司狀況，股東權益，目前公司所進行的契約與項目，得判斷或難以判斷的風險等等²⁰⁴。比較特別的是，受 Listing Rules 限制的公司，同時必須要根據財務報告機構（FRC）在 2014 年公布的公司風險與內控準則（Guidance on Risk Management, Internal Control and Related Financial and Business Reporting），發表一份風險評估報告，同時要求該報告必須有讓股東足以理解和判斷風險的能力，因此若董事會發布一份冗長、難讀或者非一般會計準則（IFRS）的報告書，同樣會被認為沒有符合公司治理守則²⁰⁵。

在 Listing Rules 內，其施加了對於上市公司董事的高標準，其中有一些標準已經被我國法採納。如公司董事必須要依照一般可行的審計和審查準則發布年度報告，必須和股東保持良好的接觸，同時必須在獨立董事反對議案的時候保留紀錄以供存查等等。此點則和我國法並無特別差異。換言之，對於體積已經大到足以上市的公司，英國法採取比較強力的介入態度，但仍以揭露為主。

同時，如較小型的公司，則可以不受到 Listing Rules 的強力綑綁，只要遵守 Companies Act 2006 和前述的公司治理守則，或者因應特殊商業環境而根本不遵守守則，但是詳細向其股東報告原因來達成高效率的公司治理。其背後的精神仍然在於充分而可靠的向股東揭露。

比較特別的是，英國公司治理守則明確拒絕分別金融機構和一般公司，而應該遵守同一套原則取向的公司治理²⁰⁶。將其整理的話，則可以得出以下五項大原則：

原則一，領導能力：公司管理者應該要以公司長期利益為依歸，且制衡者（獨立董事）要有能夠挑戰其意見的證據。

²⁰³ Listing Rules 9.8.4。

²⁰⁴ Listing Rules 9.8.4。

²⁰⁵ Financial Reporting Council (2014)，《Guidance on Risk Management, Internal Control and Related Financial and Business Reporting》，HM Treasury，頁 8。

²⁰⁶ Alan Dignam (2011)，《Hicks & Goo's Cases & Materials on Company Law》，7th Edition，Oxford: Oxford University Press，頁 251-264。

原則二，效率：公司管理者應該要有證據證明其有管理能力和對公司有正確的了解，且必須保證決策的過程有一定的透明度。

原則三，可問責性：董事會或董事應該要有風險管理或內控系統。這套內控系統應該要和公司的制衡者有良好連結。

原則四，提名：公司管理者的提名應該以能夠讓公司達成長期的成功（long-term success）為標準。

原則五，關係：公司管理者必須和股東保持良好聯繫²⁰⁷。

但論者可能會有疑惑者，應是在於英國此種完全以股東為中心的治理態度，是否會導致企業完全不顧企業社會責任，而導致經濟學上所謂的外部性（externalities）？惟此種公司治理的形成，在事實上有其歷史脈絡可循。

二次世界大戰後，在工黨和保守黨的輪流執政下，開始向福利國家（The Welfare State）靠攏。而英國雖然終究沒有形成像北歐等從搖籃到墳墓（From cradle of grave）的超級福利國（但也有譏為奶媽國家，Nanny State），但其仍然通過了一連串的福利法案，其中最為知名的，即為世界上第一個全民健康保險制度（National Health Service, NHS），其雖然效率不彰，但完全免費，不降低醫療品質和無條件全面涵蓋所有英國公民的特性，提供了一張強而有力的社會防護網²⁰⁸。

其次，英國的稅率亦高於開發中國家，但低於前開所述的福利國家，此舉使英國有能力發放社會福利金或者興建社會住宅等等，一定程度上保障了失業勞工的生存權利，而使企業能夠專注於獲利的「本業」²⁰⁹。

其三，英國的股東（特別是大公司）有許多都是財力人力雄厚的機構投資人（如退休基金、保險公司等）。在 Myner Report 中即提及英國公司治理的下一層次，應在於提升這些機構投資人的能力和對於企業的了解，蓋其為英國公司治理的重要環節。而由於機構投資人的雄厚資產，其傾向長期持有公司股票，

²⁰⁷ 此散見於前開各項公司治理守則，筆者自行整理。

²⁰⁸ Christopher M. Bruner（2014），前揭註 195，頁 137。

²⁰⁹ Christopher M. Bruner（2014），前揭註 195，頁 140。

而非短期炒作的機率就比較低²¹⁰。

英國的大型機構投資人於世紀初的持股數量：

Trust Name	Manager	Assets (£m)
Foreign & Colonial	Foreign and Colonial	3126
Witan	Henderson Global Investors	2051
Alliance	Alliance	2020
Scottish Mortgage Baillie	Gifford	1918
Edinburgh Investment	Edinburgh	1797
Scottish Investment Trust	Scottish Investment Trust	1569
Fleming Mercantile Chase	Fleming	1157
Monks	Baillie Gifford	923
RIT Capital Partners	Rothschild J	840
Merrill Lynch European	Merrill Lynch	835
Fleming Japanese	Chase Fleming	823
Murray International	Murray Johnstone	770
Fleming Overseas Chase	Fleming	749
Govett Strategic	Govett	722
TR European Growth	Henderson Global Investors	710

(Source: Fundamental Data.)²¹¹

相較之下，美國的公司治理制度就比較需要考慮到公司治理的外部性。美國長期以來並沒有對於國民健康保險有濃厚的興趣，其小政府的特性較為強烈，同時機構投資人的持有狀況，也和英國有所不同。因此，美國德拉瓦州公司法在公司受併購時或其他狀況下，就比較需要要求公司新入主者考慮勞工的利益和社會責任。此舉後來也影響到日本，蓋日本同樣也缺乏此種鋪天蓋地的社會防護網路，因此此種要求公司「自掏腰包」的法制，顯然是比較適合日本，而受其引入²¹²。

²¹⁰ HM Treasury (2001), 《Institutional Investment in the United Kingdom: A Review》, London: HM Treasury, 頁 37。

²¹¹ HM Treasury (2001), 前揭註 210, 頁 37。

²¹² Christopher M. Bruner (2014), 前揭註 195, 頁 9。

然而，這種立法體制有一個很明確的問題：不合法人的根本邏輯。法人的存在目的只有一個，就是「營利」。舉例為之，當一個鐵道勞工購買屬於其他鐵道公司的股份，基於理性假設，該勞工身為股東，自然希望該鐵道公司能夠達到最大的效率，壓低工資和提高出車率來發出更多的股利。如果期待該勞工去期待他手上的股票不值錢或者不發股利，那根本不切實際。但在上開的美國和後續的日本立法例，這種情形可能發生。蓋美國和日本公司必須承擔所謂的社會責任或者勞工利益等，以致於公司在運作上必須考慮其身為社會上的一份子，而對於該社會有所付出，此舉就降低了公司的競爭力和增加公司管理者需要考量的部分。

此種立法模式看似合理，公司怎麼能夠自外於社會而存在？然而從稅法的角度來看，此舉無異於「雙重課稅」。蓋若要求企業必須對於社會有所付出，應該是要透過法律的限制（如勞動基準法）、稅（如對於環境污染的特別公課，釋字 426 號參照）、健康保險的繳納（如我國的勞保）來完成。如果在企業完成了以上事項後，又再要求公司必須履行該義務，甚至是建立所謂完全不營利的「社會企業」等等，這等於要求法人必須對同一個社會，履行兩次社會責任，其在說理上並不合適。

第二，此種立法模式，等於賦予公司管理者上下其手的空間。蓋為鼓勵公司履行此種社會責任，可以想像的模式可能就是透過稅務減免、特許等等方式來鼓勵之，但其就必然會落入和股東的利益衝突中，而有「慷股東之慨」的嫌疑，而其名聲最後也未必全為公司取得，必然會均霑於管理者，使得股東徒步負負，但也莫可奈何。而其所會導致的稅務上複雜性和公司法制上的混亂，更是完全可以想像的狀況，其激勵措施所導致的稅收短少和稅基流失，不僅來自於公司蓄意避稅逃稅的空間，更削弱了國家提供社會服務的能力，其本末倒置之情況，可見一斑。

第三，英國公司治理守則、Cadbury Report 和 Greenbury Report 都提及公司可以提供董事（管理者）適當的法律保護，資金奧援甚至是為其購買保險²¹³，相對於採行有意增強股東訴訟能力的法制來說可謂不可思議。然而值得思考的是，對於公司董事進行訴訟，其效率是否良好？還是必須要綁手綁腳的「微調」其提起訴訟的門檻？相較之下，前開兩份報告和守則都提及董事應該可以

²¹³ Study Group on Director's Remuneration (1995), GEE, London: GEE, 頁 21, 頁 53。
Christopher M. Bruner (2014), 前揭註 195, 頁 99。澳洲和加拿大也採取相同的立法例。

無條件的因為不符合股東利益被撤換，藉由無形的恐嚇來控制董事為其利益而心無旁騖的努力。澳大利亞普通法甚至有規範只要超過 100 名股東（即以人數作為門檻）即可發起撤換董事²¹⁴，其是否較有效率，亦相當明顯。

經過近四分之一世紀的實踐，英國公司治理與時俱進，提供國協相當程度的示範²¹⁵，理由如上，對於英國公司競爭力和英國在世界上經濟能力的維持，也有明顯的貢獻。故本文即認為，英式公司治理比較適合用以判斷公司之好壞，或者作為未來公司自我修正的指南。

(二)追獵與辨識空殼公司(shell company)的標準

1. 空殼公司的本質

空殼公司（shell company）有許多不同的名稱，在洗錢防制法上或牽涉到避稅天堂（tax haven）時，其常常被稱為紙上公司（paper company）或信箱公司（mailbox company），蓋其常常註冊地為一個信箱或只存在於紙張上，但不一定沒有財產。其主要性質都是利用對於法人格獨立的特質，利用公司註冊機制上的容易性所成立的無實體法人型態²¹⁶。

空殼公司和特殊目的實體（Special Purpose Vehicle, SPV）在財務上應嚴予區分。特殊目的實體通常有重要任務，例如銜接金流，或者提供控股的一致和方便性。但是在公司法制上，則很難說此二者有何區別。

問題在於，公司法是否應該允許空殼公司的存在？要回答此一問題，前提則在於去檢討空殼公司的優點和缺點。

空殼公司的優點已如上述，其在財產法上，特別是在跨國貿易上幾乎可以扮演如同自然人的角色，而大受商人青睞。舉例而言，作為比較不那麼聲名狼藉的特殊目的實體，空殼公司可以註冊在法制健全的管轄區（jurisdiction），如

²¹⁴ also *Bell Group Ltd (in liq) v. Westpac Banking Corp. (no.9) (2008) 70 ACSR 1, 4370-83 (Sup. Ct. WA) (Austl.)*

²¹⁵ Commonwealth Secretariat (2006), 《Combating money laundering and Terrorist Financing: A Model of Best practice for the financial Sector, the Professions and Other Designated Businesses》, 2nd Edition, 頁 5。

²¹⁶ John Madinger (2006), 《Money laundering—A Guide for Criminal Investigators》, 2nd Edition, NW: CRS Press, 頁 340。

香港，中國資本可以透過該特殊目的實體來回頭投資中國以享受稅賦優惠，外國公司也可以透過特殊目的實體的創設來以全資（WFOE）方式進入中國市場，達成分割風險的目標，也能夠維持匿名性。

其次，空殼公司也可以作為企業集團的龍頭，如控股公司，來進行金融企業集團的統整，達成所謂一站式的服務²¹⁷。消費者或對手（counterpart）只要直接和該公司打交道，就能夠直接和所有的子公司交易，可說經濟實惠。

但空殼公司的優點同樣也可能是缺點。空殼公司的匿名性讓課稅變得異常困難。透過層層架構，稅務單位經常無法確認實際應該課稅者為誰而造成可能重複課稅或無法課稅的情形。

再者，空殼公司若建立於所謂的境外，成為所謂的境外公司（off-shore company），那麼其更容易淪為罪惡的載體。黑錢或所謂的髒錢非常容易透過層層架構的空殼公司移轉，經由無體財產權（如智慧財產權或債權）的左手賣右手模式創造出虧損，而將盈利或利益留在不被課稅或不被調查的空殼公司中²¹⁸，再透過信託²¹⁹等其他轉投資方式，讓髒錢漂白順利回到經濟循環中，由犯罪者享受。其弊端已經相當明顯而到了無法不重視的地步。

因此，參考 Financial Action Task Force 2012 Recommendations 的意見，空殼公司基於其可能是洗錢的重要甚至是最重要載具，必需被非常慎重的辨識出來和對待。

2. 如何對待空殼公司？

然而這樣的討論可能是無意義的。基於公司的本質，只要由法人作為發起人設立且資本額極低的公司，都有可能落入空殼公司的範疇。但若去要求公司的最低資本額，等於妨礙商業的彈性，而在公司法制上走回頭路。

²¹⁷ http://www.yuanta.com.tw/file-repository/content/20168_10news/notice105_8_10news/notice105_0816.htm，瀏覽日：2017/12/24。

²¹⁸ Stephen Platt（2015），前揭註 26，頁 185-187。

²¹⁹ 石俊志主編（2017），葛偉軍（等）（譯），《歷史的經典與現代的典範：英國信託成文法編譯》，北京：法律出版社，頁 2，頁 69，頁 79。

明顯的事實是，空殼公司幾乎必然會存在。因此去考慮空殼公司的存在妥當與否，不如考慮如何辨認空殼公司，以及該空殼公司的目的，特別是其是否在進行所謂的非常規交易等，應該是比較適合管理空殼公司的方式。然而，如何管理跟辨識一般公司以及所謂的空殼公司和「非常規交易」，或許可以從前開的公司治理守則，以有創意的推定法來解決問題。

（三）加強透明度(transparency)與彈性(flexibility)

在 2008 的金融海嘯之後，各國不約而同地都對於金融市場中的許多角色加強了管制力道和進行法制上的反省。作為風暴中心的英國和美國，由於其金融國際化的程度相當高，連帶地其金融秩序的崩塌也蔓延到各國，形成一股世界等級的重要衝擊。

國際化的法律和國際一體化的要求因此成為各國呼籲的主軸。在這樣的要求之下，巴塞爾委員會推出了所謂的巴塞爾第三協定，要求金融市場中主要的造幣者：銀行和金融機構必須受到更強力的監管，如更高的資本適足率、更嚴格的槓桿使用比例等等。

然而，身為廣義金融機構的另外一側：所謂的影子銀行、債務人或所謂的金融消費者，其因為在危機中展現出的恐懼心理、快速去槓桿化以及違約等等，也引起了修法委員會的注意。同時，作為最終端的購買者，金融消費者的保護開始從不重要的議題，移動到議題的中心。但除了國際機構的要求外，先進國家也早有開始加強內部控制機制者²²⁰。

圍繞著金融機構與市場法（FSMA 2000）所展開的英國公司治理系統正是其典範。作為世界最先進的金融體系之一，英國極早就注意到了公司體系的健全，和金融市場的健全有著決定性的關聯。相對地，對於金融市場秩序的大監管，若是遺漏了對於一般公司治理的著力，則顯有不足。

本文即著重於此，討論在英國法上，金融市場的主要消費者之一：法人的管制、治理要求和次級管制，特別是去年新通過修正的英國內國反洗錢機制對於法人產生的影響。本文的結論是，英國仍然沒有放棄以揭露來表達對於市場的信心，但同時開始加強了監管的力道。

²²⁰ 吳國培，楊少芬，趙曉斐（2015），《英國金融制度》，北京：中國金融出版社，頁 81-91。

作為自由經濟資本主義的奉行者，英國一直有拒絕國有化和相信市場的傾向，而這種傾向則如前述，表現在其對於揭露（disclosure）的執著，並具體展現在公司治理守則上。特別的是，英國公司治理守則並不區分金融機構和非金融機構。財政報告機構（Financial Reporting Council, FRC）一直堅持著一套合理的公司治理守則，應該要一體適用在金融和非金融機構²²¹。因此，在大原則上，一般法人和廣義金融機構，必須在英國遵守同一套公司治理守則（Corporate Governance Code, CGC）²²²。這可說是英國法上的特別之處，但其對於狹義金融機構（如銀行）又另有要求以符合巴塞爾協定等機制，本文則不擬在此敘述。

如前所述，作為金融市場的參與者和消費者，英國公司治理守則對法人的要求，主要在於要求公開透明（transparency）、可問責性（accountability）以及後續的責任追究，尤其是針對具有份量、資本雄厚的大型法人。其中對於透明度的要求，主要記載在治理守則 Section C 的部分。其註明董事應有充分了解公司的能力，並且能夠提出一份使股東合理的理解的報告。在此種提出報告的義務中，董事同時需要有能夠被質疑的能力，以及表達出對於公司長遠利益的重視和準備²²³。

在另一份重要的法律文件：揭露與透明度規則（Disclosure Guidance and Transparency Rules, DTR）²²⁴中，對於法人內部運作有著更仔細的要求。在該法案的 1B.1.5 中，其敘明只要是發行可移轉之有價證券（securities）或者是如在 Companies Act 2006 第一條²²⁵所列符合法人要件之實體，就應受本文件所指公司治理守則的規範，因此，其採取「原則列入，例外不需採行」的方式，英國對於國內所有公司實體的要求，可說涵蓋相當廣。

而在同法案 2.1.3G 部分，其闡明本意在於「向市場提供足夠的訊息」，並同時不排除其他法案的介入，如 Market Abuse Regulation。而在 2.2.4 第二項，其註明應揭露的訊息為「對於市場可能有重大影響的訊息」，而這樣的訊息定

²²¹ Sir Adrian Cadbury (1990), 《Report of the committee on the financial aspect of corporate governance》, The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd., 頁 14-15。

²²² Financial Reporting Council (2016), 前揭註 192, 頁 5。

²²³ Financial Reporting Council (2016), 前揭註 192, 頁 16。

²²⁴ Disclosure Guidance and Transparency Rules 1B.1.5。

²²⁵ Companies Act 2006 s.1。

義，則是指一個理性的投資人（reasonable investor）可能會因為最大化自己利益，而做出的決定（to maximise his economic self interest）²²⁶。

然而，問題在於何者需要公布，何者不需要公布。在同法的 2.2.6 部分，從其文義觀察，似乎也不認為公司（特別是有對外發行有價證券者）有能力去考量其金融工具（前開有價證券）或者重大訊息對於市場的影響²²⁷。因此，在該法條其建議行為人（發行者，issuer）可以考慮六個變項，以決定公司是否公布該重大訊息。包括：公司的資產負債、公司的表現、公司財務狀況、公司營運狀況、重要的商業上發展和考慮公司過去已經揭露過的訊息。同時，其再次註明董事（board）應該要對於該揭露負最終的責任（DTR 2.2.8）²²⁸。

另一個問題在於何時需要公布此種訊息。在 DTR 的 2.2.9 條中，其第二項明定公司有相當的彈性去確認是否應該立刻公開重大訊息，在真偽不明的狀況下，一定時間的延遲（delay）可以被接受。然而，在該發行人（issuer）相信（believes）這樣的訊息可能會在事實確認前就有洩漏的風險時，就必須依照以下的事項，強行揭露²²⁹。

此部分的強行揭露建議，包括三大原則（一）必須盡可能的確實和詳細（二）解釋為何無法來得及給予仔細的揭露聲明（三）注意是否有需要進一步發布更詳細的聲明。如果該行為人不願意揭露訊息，該法案則建議行為人必須停止交易其所發行的金融工具（financial instrument），如公司債、其他有價證券等等。在必要時或者狀況不明時，該公司可以諮詢 FCA 的意見（同條第三項）²³⁰。

惟值得注意者，此處有部分和內線交易或操縱市場犯罪的構成要件重疊之處。在此 DTR 則採取了一個比較含糊的規範：其認為公司本身和第三方對於該重大消息的通訊或聯絡，並不因為其未公布或者印刷出來就成為內線消息，但若符合內線消息（即內線交易之客體），僅能依照英國 Market Abuse Regulation 所規定的方式揭露，否則將有不公平的情事發生。

²²⁶ Disclosure Guidance and Transparency Rule 2.2.4(2)。

²²⁷ Disclosure Guidance and Transparency Rule 2.2.6。

²²⁸ Disclosure Guidance and Transparency Rule 2.2.8。

²²⁹ Disclosure Guidance and Transparency Rule 2.2.9。

²³⁰ Disclosure Guidance and Transparency Rule 2.2.9，前揭註 11。

在 DTR 2.6.3 到 2.6.4，其規範了違反上開揭露要求情事的公司應負什麼責任，但其主要是要求公司應遵守 Market Abuse Regulation（英國主管內線交易或其他不正利用金融市場的強行法令），而若公司決定遵守規定揭露，應該要依照前述的三大原則進行揭露。但同時，從其文義也可注意到 DTR 本身並不是一份有強行性質的文件²³¹，其強行性主要由 Market Abuse Regulation 賦予，故雖然 DTR 的涵蓋範圍相當廣，但並不會過分加重英國公司需要負的責任。

同時，依照 Cadbury Report 和公司治理守則所明示的 Comply or Explain 規則，若公司不願意進行嚴格的公司治理，其就必須（向股東）解釋為什麼。因此，仍保留有一定的彈性，但盡量加強公司作為金融主要供應者和消費者，在金融市場上的透明度和主動性。

準此以觀，若公司願意，並且嚴格遵照 DTR 的要求進行主動揭露，如登載在指定的網頁上，其應該被認為在透明度部分，遵守英國公司治理法則，而能被視為是結構健全的良好法人。

（四）影子董事與實際受益所有人的責任

影子董事（shadow director）是英國公司法獨特的產物，但目前已為許多國家所廣為接受，包括我國法在內，影響深遠。其最明確的條文規範在英國公司法（Companies Act 2006）第 187 條中²³²，直接明文規定影子董事的存在。在公司治理上，影子董事有其重要地位，並散見於大型或小型法人之中，故本文在此一併討論。

根據英國權威學說²³³，英國的董事可分為三類：名義上的董事（de jure director）、實質上董事（de facto director）以及影子董事（shadow director）。名義上董事即公司依照 Companies Act 2006 第 161 條以下進行登記的董事名冊上之人；實質董事則指沒有董事頭銜，但是實際上履行董事義務之人。影子董事則是指其並非名義董事，也不執行董事業務，卻有實質影響力，能夠在背後或公開操縱公司業務，影響力等同董事存在之人。在成文法上（statute），英國法並

²³¹ 不同意見，《Can Bank Still Keep a Secret? – Bank Secrecy in financial Centres Around the World》，Edited by Sandra Booyesen and Dora Neo，Cambridge: Cambridge University Press，頁 351-353。

²³² Companies Act 2006 s.187。

²³³ Derek French（2014），《Mayson, French & Ryan on Company Law》，34th Edition，Oxford: Oxford University Press，頁

不限制該影子董事必須為自然人（natural person，見同法 155 條）²³⁴，故影子董事也有可能是控股公司或其他法人。

這樣的立法例有一個相當的優點：彈性認定董事，可以避免借名登記或者在業務執行完後立刻辭職，影響力仍因其行為存續但無法究責的狀況。故而，在此三種立法規範下，在英國法人內部實際進行行為之人，只要行為在事後認定上，對於公司有相當的影響力，其即可以被認定為董事，而進一步適用 Companies Act 2006 從第 170 條到第 187 條對於董事的所有規定，以及普通法和衡平法之規定，而避免掛一漏萬的可能性。

惟值得討論者，公司治理的涵蓋範圍有多廣？如公司的實質受益人是不是應該視為影子董事？進一步言之，如公司並非信託（trust），但公司財產或收益歸於某人所享有，如販賣有價證券或參與金融市場操作之收益等，鑑於其該公司等於實質為其所存在，是否應該將其視為影子董事，而將其納入公司治理體系之中？

此一問題必須考慮該實質受益人的身份。在英國公司治理守則 B.3 中，其要求公司董事作為股東的被授權者，確立了股東中心主義。同時，在公司治理守則的 B.1，其要求必須為股東的利益，以良好的能力（skill）運作公司。故在英國公司治理上，最終收取公司利益之人（不一定是英國信託法上的 beneficial owner），必須視其是否為股東而定²³⁵。如果該最終利益歸屬之人並非股東，則必須被視為是公司和股東以外的第三人，如其身份又非政府或債權人，則應該例外視為是影子董事，納入公司治理體系。

然而這樣的判斷應該要有再例外的運用。在可以想像的合理情況下，可以享有公司利益之人，通常是對於該公司有相當投資之人，故在有形或無形情況下，對於該公司都有左右的能力，如有家族血緣的影響等。若不以影子董事的身份將其納入公司治理體系考慮，將有失公平而能以滿足透明度的需求。但在極端情形下，該人若對於公司沒有任何影響力，則應該回到學說所論述的原則²³⁶，以其是否對於公司有決定性的影響來判斷之，而不能認為有受益者就必然能夠控制公司。如該受益人年紀極小，不可能執行公務等。

²³⁴ Companies Act 2006, s.155。

²³⁵ Financial Reporting Council (2016)，前揭註 192，頁 12。

²³⁶ Derek French (2014)，前揭註 15，頁 300。

因此，在普通法上對於董事（director）的要求，如忠誠義務（fiduciary duties, 包含 duty of care 和 duty of loyalty 以及不侵吞公司機會之要求）等等，作為成文法上廣義公司治理的一環，其必然涵蓋董事、獨立董事以及學說所肯認的三種董事²³⁷，但若該受益人被證明根本沒有左右公司事務能力時，應例外排除於公司治理體系之外，而由其他董事來承擔該責任，如將該受益人與其資金流向合併於年度財務報表之內，以滿足公司治理法則對其的要求。

（五）對於法人的報告檢驗機制與揭開公司面紗原則（piercing the corporate veil）

1. 財務報告檢驗

第一種手段是去檢驗該公司提出的財報以及該公司的結構。這是最簡單也最機械化的手段，因此本文列為第一種手段且應該優先適用。基於考慮商業的彈性和前開公司治理法則，如果完全符合該公司治理法則之公司，其必然能夠提出內容豐富且符合規範的財務報表，那麼就不應該認定其為空殼公司。其次，在一家結構健全，符合英式公司治理守則的公司所做出的投機決策，如要求匯款至國際黑名單地區（如巴拿馬）²³⁸，而其決策顯然和其健全的治理結構下所作成，那麼該公司及該決策不應該受到反洗錢法或其他公司法上的責難。此可以被認定為是一般盡職調查（due diligence）的內涵。

相對地，如果形式上該公司在治理結構上有明顯瑕疵，則必須遵守 Comply or Explain 機制，向要求匯款的銀行行員或者主管機關解釋其決策。基於趨利避害的本性，公司若決議進行此種投機舉動，應有充分理由。如無法交代，則應進入下一手段檢驗。

2. 外部機構的介入

第二種手段是要求外部機構介入。此手段的存在有兩大原因。第一，有許多的商業投機交易必須有隱密性，或需要搶得先機。在此情況下若要求公司行號向銀行端或者主管機關解釋，等於要求其自毀機會。在此情形下，若公司能夠出具與其無直接、間接關聯的外部第三人機構作為擔保，如歷時長久、重複

²³⁷ Mark Stamp (2011), 《Practical Company Law and Corporate Transactions》, 3rd Edition, Thomson Reuters: London, 頁 258-261。

²³⁸ <http://news.ltn.com.tw/news/business/breakingnews/2274698>, 瀏覽日：2017/12/24。

的會計師對財務報表之無保留意見書，或者可靠的交易端²³⁹出具證明，證明該公司有長久可被信任的紀錄，此時銀行端或主管機關亦應該接受該解釋。

第二，針對新設立的公司，並無此長久的紀錄可稽，此時銀行端或主管機關，基於新設或新創公司本質即為高風險和高報酬相隨，應有資格大方要求其解釋為何該公司治理結構不健全，以及基於該不健全結構所做出之決定內容為何，或者目的何在。故顯然地，第二種手段已略有彈性認定的性質，而可以視為是增強盡職調查（enhanced due diligence）的內涵。

第三種手段是由法院透過揭開公司面紗原則（lifting the corporate veil）的方式來思考。在 1897 年的 *Saloman v Saloman* 案中，英國普通法確認了公司法人格的獨立性，可謂是公司法的里程碑²⁴⁰。但隨著此種獨立性不斷被濫用，打破這種法人格獨立而直接要求股東負責的機制開始出現。在 2013 年的 *Prest v. Petrodel* 案中²⁴¹，Lord Sumption 認定此種原則是存在的，並且認定其有兩種次原則的存在：

第一，交易雙方顯然是利用公司的外殼來隱瞞事實。法院在此並不否認 *Saloman v Saloman* 案所建立的法人格外觀，但是要揭開利用公司外殼所隱瞞的事實。

第二，在公司的設立者是為了規避某種法律權利時，法院可以例外否認該法人格的存在，使該法律可以適用於該人。

若盡皆符合，該公司的資產，在公司法上，應該被當成該個人的資產。

因此，當一家空殼公司、新創公司或者一般公司在未符合公司治理架構，也在未符合該架構情況下做出該有風險的決議，而未通過前開兩種手段（形式和實質）檢驗時候，銀行端或主管機關就要認真考慮是否有濫用法人格的可能。此時銀行端或主管機關並不需要無頭蒼蠅式的判斷，而是可以考慮運用上開 Lord Sumption 提出的兩種方式，去判斷該公司目的是否在真正交易、避稅，甚至犯罪。但在這三種手段皆通過的情況下，基於尊重商業運作，本文認為不

²³⁹ 如四大會計師事務所等。

²⁴⁰ *Saloman v A Saloman & Co Ltd* [1896] UKHL 1.

²⁴¹ *Prest v Petrodel* [2013] UKSC 34

應貿然認為其行為為非常規交易。

換言之，非常規交易和公司治理有其邏輯關係，而該關係相當適合用以判斷該困難的構成要件內容。

（六）法人財產的投資、監控與可問責性 (accountability)

公司乃財產之集合，無論是公開公司 (public company) 或是非公開公司，皆以其財產對外負無限責任，其差別僅在於是否由股東連帶負責。故對於公司之管理最重要之部分，主要在於其財產之運用，以及對於該運用人的可問責性 (accountability)。此一特點，無論是在資產結構以負債為主的銀行 (bank) 或者一般公司 (company) 皆同，因此在巴塞爾協定²⁴²及英國公司治理守則中皆有重要著墨。惟宥於篇幅，本文此處僅討論英國之治理機制，蓋其規範密度高於巴塞爾協定對於各國之要求。

在英國公司治理守則中，Section C 全部用以闡述可問責性，可見英式公司治理對於可問責性的重視。在其「原則」(principle) 中，要求董事必須完成三個部分：

第一，董事必須完成對於公司財務和商業發展上的評估。董事必須有足夠的證據去證明本身有能力、對於公司業務有著充分的理解 (understandable)，且該資訊必須展現在年報或半年報中。

第二，董事必須對於現在公司的處境有了解，而且知悉目前可能的風險 (risk) 和建立理想的內控系統來應對這樣的狀況。

第三，公司被期待建構一個有能力的審計委員會 (audit committee)，且其中至少一人必須擁有財經或者會計專長。對於比較小型的公司，董事長或主席 (chairman) 則被期待擔當該責任，以確保該公司的決策正確²⁴³。

在大型的公司如上市公司 (listed company)，依照該守則，則必須例外遵守上市規則 (Listing Rules) 的規範，如必須額外再申報和董事有其他利益

²⁴² Bank for International Settlements (2010)，《Principles for Enhancing corporate governance》，頁 11。

²⁴³ Financial Reporting Council (2016)，前揭註 192，頁 16-19。

(interest) 關聯的利害關係人名單，在該規則 9.8.7 以下，對於常見的海外赴英上市公司 (overseas companies) 另有更嚴格的申報要求。如違背者可能會遭到 Market Abuse Regulation 的制裁²⁴⁴。

綜上，可見英國對於公司治理的可問責性要求，主要是建構在「明確的揭露」概念上，而不在涵蓋廣泛的治理守則內設置強行規範或者介入，政府保持和公司的一定距離，盡量由市場在充足資訊下進行交易或者判斷。

二、優點與建議

作為世界上最早發軔的資本主義市場，英國（尤其是倫敦）是世界上許多重要金融交易和概念的發源地，包括股票、外匯、債券或者貴金屬等，其影響範圍極廣，效率良好，是世界上最重要的金融市場之一。

然而，這樣卓越的金融地位與體格，除來自於數百年的積累之外，吾人不能忽視者，乃在於其對於市場的信任，自由主義的擁護，股東權益的良好保障和對於法治的堅持。而法律的健全和與時俱進，更是英國足以維持前所述幾種優勢的重要原因。

在金融市場中，同時作為供應者和消費者的公司，其身份可以是銀行、保險人或者金融消費者，即使影子銀行體系者，也多有以公司體系作為建構以切割風險，故研究英國法律如何達成公司體系的健全化，即是研究其如何管制及健全金融市場的關鍵，其重要性並不亞於直接由國家介入的法律，如 FSMA 2000 或者 Banking Act 2009 等等。

如前所述，一個體系健全的公司，在有對於風險的良好認知以及可靠的判斷機制下，雖仍不一定能總是做出正確的決策，但其作出正確決策、低風險決策或者有獲利可能決策的機會，在邏輯上仍應會高於規範缺乏章法、結構混亂或者人謀不臧的公司。而正是後者這種公司體系，創造了使不良投機者賴以躲藏的空間，錯誤投資和運用資本的結果，導致了一次次的金融危機，並且置大眾的投資（股東）於不顧，使世界經濟陷入混亂之中。

正本之前，必須清源。金融監理之研究，其必然和公司的治理，有相當關

²⁴⁴ Listing rules, 9.8.7.

係，其作為金融監理的上位概念，和監理本身有著互相輔助的關係²⁴⁵。而在此一領域，英國一次次因應危機所提出的政策，和前瞻的管理思維，都相當值得我國思考和檢視。其創意、彈性和眼光的長遠，都相當值得吾人思考。

以上這些英式公司治理原則，可以彙整出一條在洗錢法上的遵循之線。本文仍然主張應遵循第一種模式，以符合國際要求，但提出最佳的改良方式：正確且迅速地判斷該法人進行的交易，是否值得花費司法資源追訴，改善利害衝突問題和效率問題。相對地，不符合此機制就進行投機交易的公司，就等於自陷風險，風險應自行承擔。同時台灣公司法對於揭露的部分，也應該相對地改進。

在英式公司治理上，董事揭露（Comply or Explain）事實上是需要對於股東為之，但考慮董事決策必然對於股東有利之假設，將該法則運用於銀行對於法人的檢驗²⁴⁶，並無論理上的困難。蓋如果投資失敗或無轉帳而導致跳票或倒帳則必然為對於股東不利，此應無難理解之處。

如同「以商法破刑法」，努力符合公司治理原則的法人，就應該免於法律追訴風險。既然該交易決策是由符合公司治理之健全公司所提出，該交易無論風險或槓桿程度，都應當被推定為常規交易，因此無論如何不能受洗錢法制通報。若其被錯誤通報而進入偵查程序，檢察官應給予不起訴之寬典。蓋其本應該依正當法律程序（due process of law）概念被排除在刑事追訴體系之外，卻意外落入偵查之中，檢察官即應在一望即有嫌疑之極端案例外，在偵查不公開下迅速予以不起訴處分，以快速終止爭議和維護人民商譽。

在商業上，不負任何風險和負很大的風險不會有多大區別。法律人的工作是確保合法，而非去定義商業。法律人的任務不是阻礙生產，而是維護自由與公平，避免制度遭不正的濫用，或者不正的怠惰。遵循並非創意的阻礙，而是應當相輔相成的契機。在資金與資訊全球化的時代，台灣正站在一個轉型的十字路口上面，而我們的時間還有多久呢？

²⁴⁵ 荷蘭央行（DNB）也採取一樣的看法。A. Joanne Kellermann, Jakob de Haan and Femke de Vries（2016），張曉樸（譯），前揭註 155，頁 8。

²⁴⁶ Demetra Arsalidou（2016），《Rethinking Corporate governance in Financial Institutions》，Routledge: Oxon (Oxford)，頁 19。

伍、掩耳盜鈴：對於兩種主流模式的批判

一、對於事前通報模式的建議

通報的前提在於辨識出異常交易，在法律上則以非常規交易稱之。稅法上「非常規交易」，為避稅或逃稅，和洗錢差別在於原始財產是否為髒錢。但在不清楚原始財產是否為髒錢情狀下，目前銀行準則是否足以協助行員前瞻判斷其為避稅、逃稅或其他非常規交易，或是逼迫其為求謹慎而通報。原則上，此舉違反稅法，蓋國家應自行承擔對於課稅之證明。

其次，目前基於反洗錢而設的認識你的客戶機制（KYC），和稅法對於「非常規交易」的定義部份重疊，但處理方式因商法和公法性質迥不相同，本應割裂看待，而此部分和實務及有所衝突，導致了所有意圖節稅或避稅但不甚高明的行為，也會落入須通報的範疇。但依納稅者權利保護法，此一部份，應由行政機關（國稅局）於處分或訴訟中舉證，銀行等於免費承擔政府工作，顯有公法上不當得利之嫌。

主要的問題還是對於後台行員，我國並未有一全盤的洗錢法上非常規交易的統一判斷模式。本文主張以涵蓋實務和理論的雙軌模式為主：先區分真／假交易，落入後者則為異常交易，落入前者則需檢驗該交易是否符合刑事上公司治理規則。其餘部分應由行政機關自行舉證，由前開論述可知悉，其為稅法範疇。

惟現行作業不採上開方式，其手段就會導致幾種必然結果，包括銀行疲於奔命或者投資者屈居他處等等。如下所述。

二、全球防堵與國際法的興起

隨著國際間貨物與貿易、通貨等經濟活動的蓬勃發展，國際經濟法在世界法律領域上逐漸佔據了重要的位置，並最終站上了如同王冠上寶石的地位。隨著世界各國或私人、大型金融業者因習慣或公約等開始形塑各種議定和既定交易方式，國際經濟法律有效的扮演降低成本，增加信任和促進經濟等重要目標，對於世界經濟的戰後復興有著不小的貢獻。

此種法制包羅萬象，內容複雜萬端，其部分由國際公法建構，亦另有相當部分由私人（private sector）約定俗成。因此，國際經濟法並不適合被強行置入國際公法或私法領域，而比較類似於一種獨立的法律體系。這種多元性和參與者的複雜性註定了國際經濟法的與眾不同與執法上的困難²⁴⁷。

然而，如同合法的手段容易被濫用而逃避內國法制裁（如脫法行為），國際經濟法律（或制度）也難免不成為有心人士利用為犯罪掩護的依據。近年來，因為國際經濟和貿易越來越普遍和容易，如貪污、洗錢²⁴⁸和跨國逃稅等行徑益發猖獗，已經到了世界各國主管機關和私部門需要正視的地步，並開始對國際經濟法領域造成衝擊。

本部分即著眼於此，從國際主權國家之視野出發，試圖探討一連串反洗錢國際協定與強行手段對於國際經濟法和國際經濟、金融事業的衝擊。透過爬梳國際協定和分析背後的經濟模型與假定（assumption），論者將可輕易發現，主權國家似基於「有獲利者承擔風險」（who enjoys the profit bears the risk）或「證據偏在」（risk-based approach）之理由，把私部門當成反洗錢機制的「免費警察」，從而導致其必然的成本上升。

（一）緣起與法律結構

國際間對於在經濟法上防堵犯罪的努力，幾乎都集中於這三十年內。特別之處是，基於犯罪者往往是基於經濟上利益而為之，這些國際公約和法律在規範犯罪時，往往連同犯罪所得之處理一併規定，此處即生對於經濟法律上的影響。

第一個被明確提出跟立法的是 1988 年的聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約（United Nations Convention Against Illicit Traffic In Narcotic Drugs And Psychotropic Substances），從其引言²⁴⁹可知，有鑒於毒品犯罪對於人類（尤其兒童）造成無以復加的巨大損害，而必須徹底阻絕其非法販運的可能性。但由於

²⁴⁷ Colin Paul, Gerald Montagu (2014), 《Banking and Capital Markets Companion》, 6th edition, Bloomsbury: London, 頁 58。

²⁴⁸ E.P. Ellinger, E. Iomnicka and R.J.A. Hooley (2006), 《Ellinger's Modern Banking Law》, Oxford: Oxford, 頁 95。

²⁴⁹ United Nations (1988), United Nations Convention Against Illicit Traffic In Narcotic Drugs And Psychotropic Substances, 頁 3。

各國執法機關管轄權（jurisdiction）基於主權不及於他國之原則，有必要透過國際合作和將其定義為國際共通之犯罪，來避免其非法生產、販運和藏匿的可能性。

首開先河的是，其在第 3 條規範了處罰，並在第 5 條規範了這種不法所得（經濟利益）如何被主管機關沒收或剝奪。若較詳細地研究前條之規範，則不難發現其主要是要求銀行業必須負起保管商業紀錄，以及剝奪銀行業或個人（在本公約特定情境下）對抗主管機關的權利²⁵⁰。

另外，本公約的第 15 條²⁵¹則間接地透過主管機關施壓私部門，要求商業承運人以及運輸工具不被犯罪者利用，其途徑同時包括要求私人識別可疑人士、物資以及提升私人（此處指商業承運人）之品德操守。從此一公約可以發現兩種機制的雙重運用：（管轄區域內的）重罰及對於私人的資訊要求。此一公約四所立下的此種機制似乎成為後續一連串跨國和區域打擊洗錢公約或協定的共通作法。

第二個在經濟法上重要的公約是在 2000 年初通過並開放加入的制止向恐怖主義提供資助的國際公約（International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism）。其特別之處則在於考量恐怖份子的多變性，擴大了對於「資金」的範疇，及於有形或無形資產、是動產還是不動產、不論以何種方式取得，和以任何形式，包括電子或數位形式證明這種資產的產權或權益的法律檔案或證書，包括但不限於銀行紀錄、旅行支票、銀行支票、郵政匯票、股票、證券、債券、匯票和信用狀等等²⁵²。

同樣地，在本公約的第 5 條，其允許各國可以對違反者處以刑罰，並且在第 18 條的部分極其詳細地規範各國金融機構必須要謹慎地檢驗、確認、儲存以及其他可行措施來確保可以人士和帳戶可以處在被主管機關檢視的狀態。結合前開第 1 條，該公約對於跨國金融機構可謂施加了相當大的壓力²⁵³。

聯合國快馬加鞭地在同年底通過了聯合國打擊跨國有組織犯罪公約

²⁵⁰ United Nations (1988), 前揭註 249, 頁 5-9。

²⁵¹ United Nations (1988), 前揭註 249, 頁 17。

²⁵² United Nations (2000), United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 頁 3。

²⁵³ United Nations (2000), 前揭註 252, 頁 15。

(United Nations Convention against Transnational Organized Crime)。在本公約，「洗錢」(money-laundering) 這個字眼第一次被國際公約明確的規定為犯罪。透過第 7 條，原本的雙重要求機制再次出現，各主權國被要求對銀行和非銀行金融機構及在適當情況下，建立對其他特別易被用於洗錢的機構的綜合性國內管理和監督制度。在第 11 條的部分，懲罰也可以被適用於不遵守的行為人。

第四個對於經濟法有重大影響的國際公約是 2003 年通過的聯合國反腐敗公約 (United Nations Convention against Corruption)。基於貪污與賄賂經常透過國際經濟網路傳遞，國際公約也將其列入管制的範疇內，並且鼓勵區域組織加入這種跨國打擊犯罪的行動 (如下述)。其在第 12 條和第 14 條²⁵⁴直接要求各國公部門外的私營機關也必須間接遵守公約要求，包括存留帳本等以及適當的揭露、通報措施。其對於國際經濟，尤其是跨國銀行的影響不可謂不大。在本公約的第三章，其所規範的罰則和處罰對象相對地更廣。

此種處罰／私人資訊提供的模式也外溢 (over-split) 到區域組織的行動中。2005 年通過的歐洲理事會關於洗錢、搜查、扣押、沒收犯罪收益和資助恐怖主義公約 (Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism) 也採取完全相同的模式²⁵⁵。

除了共通的處罰／私人資訊提供模式外，國際間主管機關也意識到，光是定性其為犯罪，並予以施壓可能予以協助的行為人並不足夠，而迫切需要更強烈的跨國連結，甚至是一單一的主管機關來協調各國事務，以加強其對於國際經濟的管控和效率。而體質巨大，笨重的聯合國本身，或 OECD 等機構，似乎已經過於龐大而不足以勝任這個任務。因此，針對剝奪犯罪收益 (即反洗錢) 來徹底消除犯罪誘因，以及建立一個跨國際的剝奪犯罪收益組織，想當然地成為了當代國家的共識，也不可避免地成為了研究國際經濟法時，難以忽略的一部份。

(二) 國際組織

1. 世界組織

²⁵⁴ United Nations (2003), United Nations Convention against Corruption, 頁 10。

²⁵⁵ Council of Europe (2005), Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, 頁 2。

從以上各公約中，吾人除了可注意到一貫的處罰／私人資訊提供模式外，更重要的在於國際間已經注意到財經犯罪的「跨國性質」和「利用金融體系」以進行財產掩蔽和提高追訴難度的共通性，也就是所謂的「洗錢」(money-laundering)。為因應此種犯罪，一個跨國的反洗錢組織歲應運而生。

在一開始，洗錢的追訴囿於情報的交換²⁵⁶上。在 1995 年各國的金融主管機關 (Financial Intelligence Unit, FIU) 首次舉辦了一個集會，並且就各國所掌握的情資進行交換，成效良好。在承認反洗錢對於國家利益、對抗恐怖主義有所幫助之前提下，各國成員 (主要為金融主管機關) 在 Egmont 宮成立了一個跨國的反洗錢組織，即現在的艾格蒙聯盟 (Egmont Group)，在 2007 年其通過了第一個主要的行動綱領 (governing structure)，所有成員國不僅得以共享資訊，同時也要遵循相同的行動架構。

在 2012 年，艾格蒙聯盟之金融行動特別工作小組 (Financial Action Task Force (FATF))，提出了所謂的四十點建議 (FATF Recommendation and Interpretative Note)，實質上因為成員必須受艾格蒙聯盟的綱領拘束²⁵⁷，此一在 2012 年通過的「建議」比較像是必須遵循的「法律」。但從其表面的用字而言，仍然可以注意其並無法律上的拘束力，違反的成員國也不會受到 FATF 或聯盟的直接制裁。

值得注意的是，艾格蒙聯盟本身的情報交換機制 (Egmont Secure Web (ESW)，一種電子交換機制) 仍然存在，但明示沒有任何拘束力²⁵⁸，雖然其有助於該國際公約的成立，但也難免會為其組織的效率打上折扣。同時，也導致避稅天堂 (tax haven) 仍然可以繼續存在，即使在被迫加入艾格蒙聯盟的情況下也是如此。

除最基礎的電子資訊交換系統外，艾格蒙聯盟主要結構為艾格蒙委員會 (Egmont Committee)，於綱領之中另有規範主席、副主席和任務相對吃重的「工作小組」(working group)。其主要由前述委員會推薦，目的在於向成員 (國) 提供可行的商業計劃 (Business Plan)，任務指派以及繳交報告。同時，

²⁵⁶ 本文於此認為，其應該是基於刑事追訴乃一國之主權延伸，而必須採取比較保守的做法。

²⁵⁷ Egmont Group (2013)，Egmont Group of Financial Intelligence Units Charter，頁 4。

²⁵⁸ Egmont Group (2013)，前揭註 257，頁 6。

在最新的艾格蒙聯盟綱領（Charter 2013）5.4 條，其規定所有成員同時為各該區域分組織的成員，並有參與該區域組織會議之義務²⁵⁹。而對於各國公私部門的限制和管理，主要由這些下屬的區域機構，依照 FATF 的四十點建議執行之。

因此，就大體而言，艾格蒙聯盟本身並不是國際公約的一部份，比較像是和前開四個國際公約（對歐盟成員國而言為五個）平行的行動架構，提供了各成員（國）一個平台來互相溝通和進一步發布國際公約的單位，如 FATF Recommendation 2012。基於因地制宜和發揮專業，艾格蒙聯盟將主要的反洗錢架構力道，施加在區域組織上，如下述的亞洲反洗錢組織（APG）。

2. 亞洲組織

在艾格蒙聯盟之下，我國主要受其管轄者，主要為 APG，因此本文將著重於介紹和分析 APG 的功能、任務目標及其對於亞洲經濟的影響。

APG 全稱為 The Asia/Pacific Group on Money Laundering，其於 1997 年，在 41 個會員國和觀察員同意下於曼谷成立。其最主要的任務，根據其最新發布的 2017 年報，在於支援、協助 UN、OECD、IMF 和艾格蒙聯盟在當地之任務，並且同意遵守 FATF 所提出的四十點建議²⁶⁰。可以注意到，在年報的部分略有語焉不詳之處，APG 在原本的聯盟架構中似為下屬單位，但在年報中看起來又如同和聯盟地位相同或互不隸屬之機構。惟雙方機能上並不完全重疊，且皆以 FATF 2012 四十點建議為其行動綱領，因此此一問題並不嚴重。

對於 APG 最基礎的規定可在艾格蒙聯盟之架構中找到。架構 6.5 明確規定了所有聯盟成員必須是該區域組織成員²⁶¹，而該組織通則上必須有九個任務，但其中最重要者莫過於發佈分類細則（typologies，本文譯為細則）供各成員參考。如 2016 年由斐濟和萬那杜所發布之報告即將詐欺（Fraud）細分為 27 種類型，並且對於紐西蘭等國所發生之詐欺案件，進行詳細之分析予各成員國得以共享²⁶²。

²⁵⁹ Egmont Group（2013），前揭註 257，頁 11。

²⁶⁰ APG（2017），《Annual Report 2016-2017》，頁 2。

²⁶¹ Egmont Group（2013），前揭註 257，頁 23。

²⁶² APG（2016），《APG Typologies Report on Fraud & Money Laundering in the Pacific》，頁 14-17。

該年報往往以個案（質化）分析法呈現案例事實，並向各國提示該管轄區法院之判決，以供參考。如 2016 年的 APG 分類細則所示，澳盛銀行（ANZ）紐西蘭分行於 2013 年因行員 Mr. Vikash Prakash Mehta 竊領銀行之資金，但因該銀行之內部機制而遭揭露，及時阻止該行員將髒錢（dirty money）轉出。APG 有時也會以匿名方式「示範」可能的洗錢模式，基於洗錢手法的多樣性和難以追蹤性質，在某些被認為無罪但有高度嫌疑，如脫法行為，或是正在追訴中的案件，就相當適合以這種形式向各國揭露。

除年報外，APG 主要有三個任務：建構一個國際間交流的平台，交互評鑑和報告，以及協助低度發展國家發展其反洗錢架構²⁶³。然而，扣除兩大組織之要求，國際間仍有其他法律架構和內國法對我國生實質影響，並使我國金融產業和個人不得不配合者。目前有這種實質拘束力者，主要為美國海外帳戶稅收遵從法（Foreign Account Tax Compliance Act, FATCA）以及 OECD 所推出如同國際版 FATCA 的一般稅務準則（CRS）。此二者的不同之處在於，前開二大組織是透過對於主管機關的約束來間接管制金融產業，此二者則是直接要求金融產業（特別是跨國銀行業）遵從之。

3. 殊途同歸：美國肥咖法案和國際稅務準則（CRS）

FATCA 和 CRS 的主要目標，與前述兩組織不同在於，其目標並不在於「反洗錢」而是在於「金融資訊的正確性」²⁶⁴。惟因洗錢者和避稅者皆以通貨作為中介，故兩者之行動有相當之重疊性。

若進一步解釋，即可發現此種重疊性，對於前者的行動有著另外的助益，甚至可以說是一體兩面的。基於美國之國力與我國對於美國經貿的互賴性質，我國與美國在簽署 FATCA 的協定中，即有明確的規定我國將和美國以「相互」（即平等）的形式，進行除特定排除清單外²⁶⁵所有金融帳戶（financial account）的資訊交換，此舉將幫助我國國稅局以及美國財政部（the U.S. Department of the Treasury）了解各銀行中帳戶之持有人、最終受益人之財務狀況，並當然能掌握其一定程度上資金流向和資金來源，並確認其稅基和稅務所在地（Tax

²⁶³ APG（2017），《APG Business Plan 2017-2018》，頁 6。

²⁶⁴ OECD（2014），《Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters》，頁 12。

²⁶⁵ 其列於附錄處。

Residence)。不合作之機關或金融機構，將依照該協定之內容，向有關機關，即美國在臺協會（AIT）或美國財政部通報，並依照 FATCA 規定予其不利益，如直接課以 30% 的擬制稅金²⁶⁶。故其相較於前開艾格蒙聯盟之要求，其強制性質遠遠高上許多。

或許是受到該法案之鼓舞，在基於美國與法、德、義、西、英五國所建構的政府間 FATCA 架構上（稱為 Model 1 IGA），由 G20 之各國財政部官員和央行亦推出了非常類似於國際版本的 FATCA 條款，稱之為一般稅務準則（Common Reporting Standard, CRS），並且有多達 44 個 OECD 和非 OECD 的會員國或管轄區（Jurisdiction）加入。我國順應國際情勢，亦已經宣佈將修正稅捐稽徵法²⁶⁷，以國內立法之方式加入 CRS 之架構。

在 CRS 之報告書中，就比較明確地提及了 FATF 和其在全球反洗錢架構中所能夠扮演的角色²⁶⁸。雖然其要求的盡職調查（Due Diligence）主要仍指涉確認該金融帳戶或受益人所擁有之金錢，但其在 39 頁及 60 頁均指明²⁶⁹，此種盡職調查（DD）可以包括 FATF 所要求對於有洗錢疑慮之盡職調查，等於是認可了 CRS 和全球反洗錢架構間，存在著一定的合作關係。但相同地，此種揭露和直接資訊交換，由於受各國自願執行（如我國是以內國法化來因應）之故，其對於高資產人士和有洗錢疑慮的帳戶持有人而言，其具有更實際的強制力，甚至因此而掀起了一陣商業界的討論浪潮，甚至連跨國會計師事務所（KPMG）都發佈特別的告知以協助客戶遵循²⁷⁰。

以「洗錢」而言，其目的即在於「藏匿和移轉髒錢」，而 FATCA 和 CRS 所辦到的「揭露」自然也能達到一定程度的反藏匿目標，甚至因為其牽涉政治因素而更為有力。整體而言，其已經內化成為國際經濟法上行為人必須遵循的一部份，並且發揮其和反洗錢架構相輔相成的目標。

三、對於事後追訴模式的批判

²⁶⁶ http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&job_id=178476&article_category_id=2049&article_id=101863，瀏覽日：2017/11/27。

²⁶⁷ <https://udn.com/news/story/7243/2631191>，瀏覽日：2017/11/24。

²⁶⁸ OECD（2014），前揭註 264，頁 31。

²⁶⁹ OECD（2014），前揭註 264，頁 39，60。

²⁷⁰ <https://home.kpmg.com/tw/zh/home/insights/2017/08/family-tax-office.html>，瀏覽日：2017/11/24。

商業世界經緯萬端，在社會中每日皆有大量的交易在進行，於資本流通與轉手之際，同時也增加了貨幣的流通性與選擇增加，回饋到日常社會即導致經濟的成長和人民生活水準的提升。在中多商品中，股票、期貨或其他金融商品，屬無形資產，其雖有購買而能由個人所獲得，但其實際價值為何，往往需要依賴他人的辛勤努力²⁷¹來決定，此即有不肖之徒上下其手之空間。

內線交易與後續的洗錢即是其中最知名犯罪態樣之一。透過權勢關係和對於消息來源的近距離優勢，內部人往往可以提早於市場得知訊息，進而操縱有價證券，其行為彷彿詐騙市場人民，而有嚴重影響市場運作機制，破壞人和人間互信之可能。

為求防堵內線交易等財經犯罪的存在，我國之附屬財經刑法，近年皆有大幅提高刑責的走向，期待能夠依照重刑來嚇阻不法，避免損害擴大或者發生，以保障人民財產安全。然而，在我國刑事追訴程序中的緩起訴程序，又賦予檢察官裁量空間，而使重刑並不施行於被告。其行為一出，往往社會譁然。

本文即欲著眼於此，試圖以近代西哲路徑，檢視我國財經刑法（包含洗錢防制法）背後的權力關係軸線，探討我國法目前的趨向，及真正的權力結構和刑罰適當性。本文試圖解釋和理解檢察官在此種財經犯罪中，是否適合高舉其起訴猶豫之寬典，而使有權勢者免於國家之刑罰。

（一）財經刑罰背後的思維

我國之財經刑罰是否有統一思維？光欲解答此一問題，恐怕需另一宏幅巨論，方能達成。但在其修正方式上，則不難發現其有兩種既定的修正方向：重刑化、模糊化。吾人可舉洗錢防制法和證券交易法為例（粗體為本文添加）：

按新修正之洗錢防制法第 18 條（即有名之擴大沒收）

犯第十四條之罪，其所移轉、變更、掩飾、隱匿、收受、取得、持有、使用之財物或財產上利益，沒收之；犯第十五條之罪，其所收受、持有、使用之財物或財產上利益，亦同。

以集團性或常習性方式犯第十四條或第十五條之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前項規定以外之財物或財產上利益，係取自其他違法行為所得者，沒收之。

對於外國政府、機構或國際組織依第二十一條所簽訂之條約或協定或基於互惠原則，請求我國協助執行扣押或沒收之案件，如所涉之犯罪行為符合

²⁷¹ 曾宛如（2012），《證券交易法原理》，臺北：元照，頁 4。

第三條所列之罪，不以在我國偵查或審判中者為限。

復按證券交易法第 157 條之 1（內線交易罪）：

下列各款之人，實際知悉發行股票公司有重大影響其股票價格之消息時，在該消息明確後，未公開前或公開後十八小時內，不得對該公司之上市或在證券商營業處所買賣之股票或其他具有股權性質之有價證券，自行或以他人名義買入或賣出：

- 一、該公司之董事、監察人、經理人及依公司法第二十七條第一項規定受指定代表行使職務之自然人。
- 二、持有該公司之股份超過百分之十之股東。
- 三、基於職業或控制關係獲悉消息之人。
- 四、喪失前三款身分後，未滿六個月者。
- 五、從前四款所列之人獲悉消息之人。

前項各款所定之人，實際知悉發行股票公司有重大影響其支付本息能力之消息時，在該消息明確後，未公開前或公開後十八小時內，不得對該公司之上市或在證券商營業處所買賣之非股權性質之公司債，自行或以他人名義賣出。

違反第一項或前項規定者，對於當日善意從事相反買賣之人買入或賣出該證券之價格，與消息公開後十個營業日收盤平均價格之差額，負損害賠償責任；其情節重大者，法院得依善意從事相反買賣之人之請求，將賠償額提高至三倍；其情節輕微者，法院得減輕賠償金額。

第一項第五款之人，對於前項損害賠償，應與第一項第一款至第四款提供消息之人，負連帶賠償責任。但第一項第一款至第四款提供消息之人有正當理由相信消息已公開者，不負賠償責任。

第一項所稱有重大影響其股票價格之消息，指涉及公司之財務、業務或該證券之市場供求、公開收購，其具體內容對其股票價格有重大影響，或對正當投資人之投資決定有重要影響之消息；其範圍及公開方式等相關事項之辦法，由主管機關定之。

第二項所定有重大影響其支付本息能力之消息，其範圍及公開方式等相關事項之辦法，由主管機關定之。

第二十二條之二第三項規定，於第一項第一款、第二款，準用之；其於身分喪失後未滿六個月者，亦同。第二十條第四項規定，於第三項從事相反買賣之人準用之。

其內容可謂長之又長，並不難想見當時立法時極力避免違反罪刑法定及法律明確性原則之苦心。但透過兩重要條文之立法模式，吾人卻仍可看出，為剋制經濟犯罪的多變和迅速性，立法者在條文中所留下的模糊空間，以及接續而來的強力懲罰（證券交易法 171 條為三年以上十年以下有期徒刑），在在表現出立法者志在扼殺犯罪的目標。

然而，按照刑事訴訟法第 253-1 條以下，檢察官握有對於犯三年以下法定刑之被告，有給予緩起訴之空間。參照前開證券交易法 171 條之最低法定刑剛好是三年，因自首和適用舊法之故，檢察官即因為日勝生公司董事長之自白、道歉和允諾社會捐助，給予緩起訴²⁷²。

論者可謂此為典型的功利主義²⁷³思維。如 Mill 所言，若一個行為能夠創造對社會最大的福利，那就是善的²⁷⁴。有鑒於內線交易的難以調查、資訊不明朗和株連甚廣，在被告自白認罪下，要求一定程度的社會回饋而給予恩典，得求取追訴成本和發現真實的平衡，似在正義論述上，站得住腳。

但如前所述，我國的財經刑有向應報模式靠攏的傾象，如內線交易，刑度至高可達十年，合併一億元罰金，隱含著以重罪來化解社會的不平和嚇阻犯罪的目標。但兩目標即因緩起訴而落空，也使被告（日勝生公司董事長）得以逃過監禁之災。「有錢判生，無錢判死」的譏諷，似乎再次得到應證。

因此，以緩起訴方式換取白領犯罪被告認罪、額外付出、不法利得返還，道歉，此在前開說明下，似有相互矛盾的情事，而為社會所相當反感²⁷⁵。但是這樣的反感，若先擱置立法技術，其所為何來？是否有其道理？則非從刑罰之本質談起不可。

（三）財經刑罰的權力結構

刑罰，依 Michel Foucault 之看法，與其說衡量正義與否，並給予痛苦之形

²⁷² <https://tw.appledaily.com/headline/daily/20091029/32052183/>，瀏覽日：2017/11/4。

²⁷³ 後引用之文獻認為此部分譯為效益主義較妥，本文則維持學術界一貫之用語。

²⁷⁴ John Stuart Mill (2017)，《效益主義》，邱振訓譯，臺北：暖暖書屋，頁 35-36。

²⁷⁵ <http://www.chinatimes.com/newspapers/20161201000350-260118>，瀏覽日：2017/11/7。

式²⁷⁶，其更像是一種多數人對於少數人的權力打壓、修正或放逐²⁷⁷。所謂的刑罰，作為一種分離、標籤的手段，適足以強迫不同者必須屈服於一種共識，而維持社會的穩定，不致崩壞。

而所謂的社會，指的即是以保障私有財產，承認締約自由為主的資本主義社會，以及在上層所建構的資本市場和金融市場。在《懲罰的社會》中，氏提及從 18 世紀演進而來的經濟群體，為迎接這種經濟發展的時期，發展出一種避免財富被侵佔的模式。這種自發監管活動最終演變成一種階級對另一種階級的監管和規訓²⁷⁸。

此種規訓的目的，是為了保障既有利益者的利益。已經握有權力的階級不能再容忍自己財產被非法侵吞的風險，而這種對法律的侵犯，就是一種道德上的缺失²⁷⁹。在此，Foucault 避免以唯心的角度，論述何者為正義或道德，而是從反面去解釋，如其在演講錄中言明：

社會因此疾呼著要趕快糾正這些不道德的言行，而這種恐慌並非幻覺，而是完全可以跟私有財產連在一起的……在用道德去分裂工人階級之前，這個階級是相當危險的。他們必須被區分為是正直的和愚昧，懶惰（本文按：指逃避勞動），骯髒的……資本主義想要控制的就是這種不道德²⁸⁰。

由此可以大致看出，Foucault 的看法較偏向唯物主義，重視人和物質的關係，道德和道德觀不過是一種可變的概念。建構在這種可變的概念上，由資產階級建立起的刑法典，表面上是為了懲罰不道德，實際上是以追擊這種不道德，來維護其利益²⁸¹。

如果再進一步推論，所謂的利益，事實上是生產關係和個人利益的維持。舉例言之，如契約作為所有權的入口，正是人們需要的。（原文為農民），但同時契約也會創造出一些不利益。當非法活動進入到契約內部，試圖扭轉契

²⁷⁶ 王皇玉，《刑法總則》，臺北：元照，頁 616。

²⁷⁷ 于奇智，《傳科》，臺北：東大，頁 153-159。

²⁷⁸ Michel Foucault (1973), translated by Graham Burchell, 《The Punitive Society: Lectures at the College de France》, Palgrave Macmillan: UK, 頁 64。

²⁷⁹ Michel Foucault (1973), 前揭註 278, 頁。

²⁸⁰ Michel Foucault (1973), 《懲罰的社會：法蘭西學院演講系列，1972-1973》，陳雪杰譯，：上海：上海人民出版社，頁 153。

²⁸¹ Michel Foucault (1973), 前揭註 280, 頁 154。

約，導致的反擊和抗議就形成了吾人今日的訴訟體系²⁸²。

訴訟體系則進一步用來維持前述的利益。在生產關係中，懶惰會導致擾亂，或者可稱其和整個生產關係，形成敵對狀態，因此值得處罰。而司法體系和追訴系統，本質上就是一種統治者作為秩序的維護者，因為秩序遭受破壞而親自下來和被告面對面的過程²⁸³。並且在認定被告有罪後，施予懲罰。

值得注意的是，Foucault 認為四種懲罰模式存在於社會：羞辱、報復、公開勞動（本文按：如奴隸），監禁。而羞辱最好，是一種理想的公眾審判，完全不需要經過司法的公正程序²⁸⁴。純就此點而言，白領犯罪者往往被逼迫道歉以及公開承認其有詐欺的行徑，使其失去未來在商業上的信譽，本質上就是一種懲罰。

除此之外，資產階級如何孤立犯罪並保護自己的最好方法，就是監禁，以及透過累犯的紀錄，順利地把累犯跟民眾隔離開來²⁸⁵。

因此，以緩起訴作為結束的懲罰仍然沒有回應另外一個問題：此種懲罰是否合適？或者更精確地問，相對於難以被看見的受損（受騙）股民，以自由刑懲罰白領犯罪者，是否更為妥適？

沿 Foucault 的脈絡，或可注意到一個關鍵：當代的監禁，乃是利用監獄吸收社會想要清理掉的個體。從對於監獄的研究中，氏認為權力會在某些地方中斷、再次集中並且加強，而最明顯的例子就是監獄²⁸⁶。甚至可以說監獄即是這種權力關係最強的所在。

而監禁的目的又是為何？如其所論述者，這些非法活動者開始從對封建制度，變成是一種對於社會財富的威脅。而司法體系下的矯正實踐與其說是把他們當作社會公敵，不如說是當成實踐客體，可以拿來改造跟矯正，再次成為對社會（或這個生產關係）有用的存在。

²⁸² Michel Foucault (1973)，前揭註 278，頁 35。

²⁸³ Michel Foucault (1973)，前揭註 280，頁 31。

²⁸⁴ Michel Foucault (1973)，前揭註 278，頁 68。

²⁸⁵ Michel Foucault (1973)，前揭註 280，頁 134。

²⁸⁶ Michel Foucault (1973)，前揭註 280，頁 184。

因此，人就形成了一個權力系統下的物品，因為其在權力系統中的位置而被彎曲和改變。一旦一個人被刑事理論定義的敵人，其往往被描述成不成熟的狀態，而懲罰則被描述成是讓受罰者重新適應跟融入的過程²⁸⁷。這顯然在白領犯罪中，對於法律知之甚詳，且擁有良好背景知識的犯罪者不符。白領犯罪者普遍對於法律的懲罰有充分的理解，甚至常有將其視之為成本的舉措，長期自由刑對於這種「有備而來」的犯罪者，效益為何，可想而知。

另外一個問題可能是如何回應社會對於正義遭到踐踏的不悅之感。作為司法和執行機關，或許其必然有抗多數決的宿命，而長久以來，司法機關往往以「公平正義」作為其準則和抵抗外在壓力的理由。

但 Foucault 批判這種見解。在《懲罰的社會》中其指出，權力用社會的名義運轉（3月28日之演講），且權力是一種可以被佔有的東西。社會中的一部份人有權力，另一部份人則沒有權力（同日之演講）²⁸⁸。這種權力的高低和不對等界定了社會，分開了人群，且透過司法系統來完成²⁸⁹。若進一步推論，從而就動搖了所謂懲罰的體系。這個號稱為了維持公平正義而存在的刑事體系，事實上在為一個虛幻的概念服務，而本身是權力關係的魁儡。

重點在於，這樣的無孔不入的權力關係，如托管所、工廠等等，（也包括監獄）有沒有能力使個人的時間服從於整個生產關係。犯罪作為一種投影，籠罩了生產體系下的所有人，特別是那些不事生產的懶惰者（見1月17日之演講）。而刑法典和執法者如何掌控這種不合法性，則依賴著將刑法道德化，把這種價值觀伸入整個社會。

或許，這種應報性質的重刑施用，如同公開獵巫和處刑一樣，可以滿足了社會的要求。但是目的何在，或意義為何，都很難說和公平正義有關。傳統的拘禁是把個人拋出規範之外，現代的規範則是製造出正常的人（見3月28日之演講）²⁹⁰。而像是白領或重大經濟犯罪的被告，並非無所事事的「無產階級」，反而往往是兢兢業業的「資產階級」，是這種生產關係下的最高端。對於這樣的被告或犯罪者施予自由刑，將其關入監獄，就能夠確保「道德」和「社會正義」的回復嗎？而拘禁這種資力充實的被告，又何能撼動這種權力系

²⁸⁷ Michel Foucault (1973)，前揭註 278，頁 162。

²⁸⁸ Michel Foucault (1973)，前揭註 278，頁 228。

²⁸⁹ Michel Foucault (1973)，前揭註 280，頁 151。

²⁹⁰ Michel Foucault (1973)，前揭註 280，頁 99。

統或者修正？

令人尷尬的是，在一個社會中，發揮主要的矯正作用的單位是國家司法機關。而這種機制的起源，主要是來自於因應資本主義社會的建立與私有財產制的興起。人對財產的權利作為一種神聖不可侵犯的價值，人本身卻作為一種主體消失於法律之中，而比較像是法律的客體，排隊等著受到法律的改造和潔淨²⁹¹。就某種程度而言，Foucault 早期所高呼的「人之死」²⁹²，可能也呼應了社會和經濟刑法在此處的冷酷和無情。

準此以觀，檢察官給予內線交易等白領犯罪者緩起訴，並要求其付出額外負擔和回復損害，其因為沒有滿足社會的期待，而遭受到不小的壓力。但吾人足以理解到，在 Foucault 的看法下，這並非一種罪惡或嚴重的錯誤，因為懲罰從來不是如此簡單而直觀的事情：權力化身為懲罰體系，本身就是瞄準著邊陲的人們，以及那些被貶為邊陲的人們（如被孤立的白領犯罪者），以回頭鞏固自己的存在。所有人都是權力的一部份，也都不過是這個不可逆的生產關係中的一部份。

（三）程序法上的另一種可能

檢察官有控制案件進入法院的能力，但並不能稱這是使富人逃過一劫的結構。因在此一部分，權力早就已經展開運作。主張一個富人並因為獲得緩起訴的「恩典」而沒有受到任何的侵害和規訓，在 Foucault 的看法下，甚難站得住腳。而不論富人和窮人都是在這個權力體系下運作跟被運作著，主張起訴、重判並且利用自由刑和監獄來回歸對於「多數人」²⁹³的正義，很難說不是空泛之言，而缺乏意義。

透過對於歷史和考古學的研究，Foucault 重新將哲學拉回到人的維度。在他的凝視之下，財經刑法的結構就是一場赤裸的權力鬥爭。但這樣以歷史方式遽下結論，雖甚有論據，但是否足以應付不停改變的商業世界，本文則持開放態度²⁹⁴。或許就如同《二十一世紀資本論》的法籍作者 Thomas Piketty 所言，他的目的是試著從過去幾世紀的經驗當中，找出幾把未來可用的鑰匙，並且對這

²⁹¹ Michel Foucault (1973)，前揭註 278，頁 214-215。

²⁹² 于奇智，前揭註 277，頁 200。

²⁹³ 誰是所謂的多數人？

²⁹⁴ 維繫資本主義社會正常運作這件事情是正義的嗎？

幾把鑰匙的真正用處不抱有過多妄想，因為歷史總是會發明自己的路²⁹⁵。

另一值得討論者，除問題中對於證據能力和經驗法則之運用外，更重要的議題在於：若在不討論法律之情形下，檢察官的介入意義為何？或者說，檢察官在此一混雜難辨，而非法律專業內之狀態下，何時可以為緩起訴或不起訴，而非起訴？又何者為佳？

從功利主義的角度思考，所謂的善即指對於社會上最大多數人，有最大效益之行為，故也有稱其為效益主義者²⁹⁶。換言之，效率以及有價值的創造，是功利主義所強調的內涵，其重視並且鼓勵對於人類有益的行為，進而達成社會的幸福²⁹⁷。

若以該開思維參考本問題或類似問題，其原因相當明顯：獲利甚佳，遑論多數情形下其可以稱為暴利。若行為人明確知悉其行為違反法律，但考量其被懲罰的風險和可預期的獲利，而仍決定為之，用監禁作為處罰的手段，就明顯不能通過功利主義的檢驗，蓋其預防效果顯然不彰，而只剩應報（對於該行為人）的作用，並無達到對社會最大的效益和幸福。

但從後現代主義論述中又可以注意到，以監禁作為一種手段，使行為人感受到其不法行為所帶來的痛苦，而完成應報的「使命」²⁹⁸，這樣的痛苦同樣地沒有辦法直接回饋正面的價值到社會和被害人身上。監禁等同於放逐，目的在於排除社會上不服膺於資本主義邏輯的個人，這種排除終究徒勞無功。既不能阻止被告重返社會後終止繼續犯罪的可能，這種權力關係的運作對於社會而言又無多大意義。結果就是，檢察官的起訴，並將其帶入刑事審判程序和施予自由刑，對於被害人，以及社會上的潛在被害人而言，很難說能創造出除了「正義得以伸張的快感」之外的任何價值。

但反面言之，如此種明確知悉自己進行犯罪行為，獲利豐厚且期待其獲利足以彌補被追訴風險之人，我國現行的緩起訴、認罪協商制度，即非無適用之空間。蓋依刑事訴訟法第 253 條至第 253-3 條，新設立之第 455-1 條以下，檢察官雖依同法第 228 條，有法定之偵查義務，但卻因法律授權而保有相當之迴旋

²⁹⁵ Thomas Piketty (2013),《二十一世紀資本論》，詹文碩，陳以禮譯，臺北：衛城，頁 40。

²⁹⁶ John Straut Mill (2017),《效益主義》，邱振訓譯，臺北：暖暖書屋，頁。

²⁹⁷ John Straut Mill (2017), 前揭註 1，頁

²⁹⁸ 王皇玉 (2017),《刑法總則》，三版，台北：新學林，頁 17。

空間。檢察官大可在釐清案情之後，於判斷其有相當可能犯罪情事下予以告知，並要求加害者進行有名譽回復效果的公開道歉和高額賠償金，或者將其附卷建議被害人轉開啟民事訴訟，以獲取足以盡量回復損失的金錢²⁹⁹。

更有甚者，考量本罪之行為人目的往往在於其高昂的不法利益，新修之刑法和洗錢防制法律中皆有設立關於沒收之部分，亦可以供檢察官作為談判之另一項武器。當沒收發動，可能之犯罪利益將全部或大部分遭剝奪之情況下，反而可以合理期待行為人避免或停止犯罪，因為無利可圖。從另一角度言之，犯罪所得的剝奪和回復，也能夠通過前開功利主義命題的要求，蓋該犯罪所得適足以填補（或部分填補）被害人之損害³⁰⁰。

以本文之白領犯罪行為為例，如僅是將被告以自由刑處置，則損害須由告訴人自行承擔，不合理之處至為明顯。但若由前開犯罪所得之沒收或是由被告自行承擔，使損害降低，或至少將損害填補之成本盡量移至創造不當風險之行為人身上，或許較能稱作公平，也能大大降低國家與追訴機構之負擔。

商業上的投機和逐利行為本有一定風險，但不當提高風險之人，應負與該所提高風險相當之責任，亦應屬合理。在此一過程中，檢察官所扮演者，未必一定是追訴和施加刑罰之人，同時也可以扮演平衡社會風險之角色。蓋刑法之本質，本不在禁止人民為一切行為，而在於管制風險³⁰¹。在此一領域賦予檢察官此種新的任務，也適足以和前開意旨遙相呼應。

（四）程序法上的變相懲罰

另外，值得討論的議題在於刑事訴訟過程與結果，對於財經體系和被告的影響。以下分為兩點析述。

第一點是在於刑事訴訟程序的過程。此對於法律人而言或為常態，但對於人民或者重視信譽的商業人士而言，已經是不可承受之重。被要求至警局或檢察署進行偵訊、筆錄或者具結等，在在都是前開人士不熟悉之領域，而環境亦容易造成該嫌疑人的緊張感，此一過程就已經非常煎熬，而幾乎可以視為是一種懲罰。

²⁹⁹ 張麗卿（2013），《刑事訴訟法理論與運用》，十二版，臺北：五南，頁 755。

³⁰⁰ 盧映潔（2015），《刑法分則新論》，十版，臺北：新學林，頁 504。

³⁰¹ 王皇玉（2017），前揭註 298，頁 22-31。

其次，我國雖於刑事訴訟法第 245 條明定：偵查，不公開之。但卻在後增訂的項次後開啟「必要」的例外條款，甚至有所謂的偵查不公開作業辦法，指導檢調機構「如何遵守偵查不公開」，似和所謂無罪推定原則及偵查不公開原則，有前後矛盾之嫌。蓋偵查不公開之後門已開，而我國實務上公開之例亦為不少，其若對於有罪被告如此，或許還可勉強接受，但若對於最後被宣布無罪之被告而言，則無異已經接受極為殘酷之懲罰，社會已經接受到該人被起訴的訊息，而從此以「無風不起浪」的態度看待該被告，也非不可想像之事。關於此點，我國刑事訴訟法僅在偵查不公開作業辦法第 10 條，設有對於違反偵查不公開規定者之處罰條款。但其已和國家賠償法第 13 條意旨，有相當程度競合，就整體而言可說刑事訴訟法並未針對這種特殊的偵查行為侵害人民權利（名譽或商譽）之類型，建立起獨立和妥當的配套。

其三，由於檢察官兼具司法官和行政官之性格³⁰²，檢察官之追訴行為適用國家賠償法，已如前述，從外觀而言國家似無逃避賠償或補償之責任。然若觀察國家賠償法第 13 條和第 2 條，即會發現國家賠償法相當偏厚於「有審判或追訴職務之公務員」，蓋其僅就侵犯人民自由與權利，就其追訴案件所犯之罪為有罪確定者，才適用國家賠償法之規定。簡言之，其比起第 2 條之規定嚴格不少，或許有鼓勵檢察官勇於任事之目的，但同時也等於鼓勵檢察官將追訴的便利置於偵查不公開制度和客觀性義務之前（刑事訴訟法第 2 條參照），同時並不保護人民（如醫師）現在或未來可得之利益，考量我國偵查例外公開情事不少，或者搜索扣押經常驚動各界情形³⁰³，此種立法是否妥當，不無疑問。

然而，在刑事補償法中，國家對於此種特殊行為進行追訴致損害情事，也沒有比較令人滿意的規範。在刑事補償法第 1 條，其明定僅有受羈押、鑑定留置或收容情事者，而後受不起訴、駁回起訴，無罪方可請求補償。因此，因偵查不公開之違反或合法搜索扣押，導致之可預期利益受損，受損害之人民（投資者）幾可說難以申訴。

第二，無論是於疑似洗錢行為或是常見之白領犯罪如內線交易行為，刑事追訴幾乎都必然地會損及被告（或犯罪嫌疑人）的社會地位及名譽，或者根本性地瓦解在該行為中必要的信任。如特殊交易行為（如本文之白領犯罪）相當

³⁰² 林鈺雄（1998），〈談檢察官之雙重定位——行政官？（司）法官？〉，收錄於林鈺雄（1999），《檢察官論》，臺北：學林，頁 14。

³⁰³ 如今年年初所發生檢調以國安法為由，向新黨黨員發起的搜索，引起社會注意。

重要的基礎，莫過於行為人間的協力合作關係。在沒有充分信任彼此或者坦誠為之的情形下，很難想像行為能夠順利完成。行為人（在本例中為檢察官或銀行）可能會認為，所有不盡其意之結果，都是因為對手（即被告，或者洗錢者）欠缺必要的遵法意識，忽略此種特殊交易行為（如投資行為）本身就帶有一定的風險，而要求刑事程序發動（如告訴，刑事訴訟法第 232 條以下參照）。此種刑事訴訟程序的發動又會進一步地再增強對手（被告或外資）的不安全感，進而導致司法成為該行為人（本件中為前者）的打手，這種套套邏輯式的運作，使得在該特殊交易行為中必要的信任因素，全盤崩潰。

然而動輒促使刑事程序的發動，可以預測的是，其必然會對整體社會產生必然的不良示範效應。蓋該特殊交易行為（如本件為疑似洗錢但可能實為風險或槓桿投資行為）本有一定之風險，而該風險又是該行為所必然伴隨者，如果該風險之發生可以全盤因為行為人（如本件為銀行）觸發了對於對手的刑事追訴，並期待將風險轉嫁給對手（應為投資者，或者稱存款戶或意圖匯款者），那麼必然地將觸發後續嚴重的寒蟬效應，此種特殊行為（如商業投資行為）將因為面臨此種巨大的法律風險（legal risk）而不得不調整步伐，如採取比較保守的投資方式或者風險規避等等，或者乾脆大幅提高其所取的費用來因應後續可能面對的法律追訴。此二者在經濟學上都極為不經濟，而會導致整個社會陷於無效率以及法院癱瘓的雙輸情形。

（五）從商法出發：適當的解決方案

從前開討論中，可以發現在此種「必然包含著風險」的「必要」特殊行為（於本件，為投機行為）中，刑事追訴會造成兩個問題。第一，在論理上其懲罰形式不理想；第二，刑事追訴程序無效率。故本文即期待能在此提出符合我國現有法律體系框架下的解決方式。

第一，如同功利主義和後現代主義在法哲學上進行的分析，以事後的監禁作為此種行為（在本例為疑似洗錢行為）的懲罰，並非最理想的做法（畢竟把洗錢者送進大牢，已經被奪走的財富也不會自動修補回去）。比較理想的做法，應該是以事後的沒收手段來達成懲罰的目的，同時利用剝奪全部不法所得的目的，來達成消滅犯罪人犯罪動機之目的。

此種做法有兩個好處。第一，由於沒收制度已經在我國完成立法，且國際

上亦認同沒收制度的可行性³⁰⁴，發動事後的沒收顯然比較符合我國目前的法律秩序，同時可以達成發還被害人，而達成以刑事法填補損害的效果。

第二個好處是，沒收在論理上，對於犯罪人的打擊並不亞於自由刑，特別是在於本件的洗錢行為。蓋其甘冒重刑，不惜各種手段鋌而走險原因，無非就是為了高額的利潤。即使是以沒收或罰金而非以監禁的形式對被告施以刑罰，在理論上或教化可能性上，反而是比較有效率的。畢竟若根本無利可圖，甚至需要倒賠，那麼將促使其將精力投注於合法的行為上。

第二，在刑事訴訟法或刑事訴訟程序上，此種沒收或針對金錢執行的行為，甚至可以再提前至緩起訴或職權不起訴時運用，而進一步提升效率或避免冤獄。但為達成此種理想目標，就有兩點值得吾人注意：

其一，偵查不公開的貫徹。在特殊行為（如本件為觸犯洗錢防制法或銀行法之行為），由於該行為必定伴隨風險，而相當可能有無法偵知之情事或者機率成份在內，因此對於無罪推定原則的堅守，就顯得更加重要³⁰⁵。而無罪推定原則在於刑事訴訟法的展現，無非在於偵查不公開的貫徹。蓋在此種特殊行為（如本文為疑似洗錢行為）中，涉案關係人可能享有良好的社會地位，且其社會地位常常為其生意或者後續投資之必要，此種在財產權上的利益，應該也受到憲法的保障，而由偵查不公開對於國家暴力的限制來完成。此種偵查不公開的落實，適足以避免打亂社會上對於彼此普通或特殊交易上的互信基礎，避免寒蟬效應，也能前後呼應刑事訴訟法第 2 條所賦予檢察官之客觀性義務。

其二，檢察官對於本身職權的彈性運用以及界限。如前所述，我國刑事訴訟法已經賦予檢察官相當的不起訴、緩起訴和認罪協商等權限³⁰⁶。考量我國檢察官同受司法官之訓練，對於法律之嫻熟了解並無需要擔憂之處，其角色或可以從單純把關案件進入法院，進一步推進至回復正義的執行人。蓋於如此種特殊行為，其目的仍然在於金錢流向和出資賠償的爭議，以求回復³⁰⁷。檢察官在案情釐清後，是否可以以被告同意下，以賠償金方式先行要求被告給付，換取

³⁰⁴ 如英國的 *Proceeds of Crime Act 2002*，即以長達 447 條的篇幅詳細規定沒收的方式與手段。

³⁰⁵ 林俊益（2016），《刑事訴訟法概論（上）》，臺北：新學林，頁 390。

³⁰⁶ 林鈺雄（1998），〈檢察官在訴訟法上任務與義務〉，收錄於林鈺雄（1999），《檢察官論》，臺北：學林，頁 12。

³⁰⁷ 這種法律應當積極介入已達成經濟上有效率的觀點，亦不乏重量級學者之支持。見王文宇（2000），〈從經濟觀點論保障財產權的方式〉，收錄於王文宇（2000），《民商法理論與經濟分析》，臺北：元照，頁 81。

不進入法院和不公開的結果，本文認為可以肯定。反之，若案情符合商業邏輯，或經專家意見後，可認該行為仍在商業邏輯或公司治理法則可容許範疇內，使案情顯然有利於被告時，檢察官「應」給予不起訴之恩典，以避免進一步的錯誤追訴或者名譽損害³⁰⁸。

但本文認為，最重要者或許還是後續補償跟賠償制度的建構。蓋刑事追訴制度原本就難以完美，冤獄或者錯誤追訴所在多有³⁰⁹，雖隨著科技進步和資訊流通，而使得誤判機率漸次下降，但仍無法完全排除此種特殊行為（如本文中的疑似洗錢行為）所可能帶來的風險。除了思考如何勿枉勿縱外，如何妥善管理此種風險，或者將其建構成保險制度足以涵蓋的範疇，也應該可以是吾人所思索者。

可惜者是，如前述，我國對於錯誤的刑事追訴過程所可能造成人民的痛苦和損害，其規定可謂聊備一格。其不僅沒有注意到合法刑事追訴過程可能就是一種懲罰，而可以有特別犧牲制度的適用空間，也沒有注意到在事後沒收的過程中，如何處理錯誤沒收所可能帶給人民的痛苦和損失。再者，人民的利益並非毫無價值，但在我國現行的成文法底下，僅就受侵害的權利和自由，予以補償和賠償。姑且不論自由為何需要獨立於權利之外特別強調的立法技術，此種涵蓋範圍過窄的補償和賠償模式，並不足以滿足「有權利即有救濟」的概念，而使得人民必須自救，被迫採行如同防衛式醫療等比較保守的途徑來保護自己，此種經濟上無效率的運作模式，可說是不盡理想的刑事行政立法所造成者，難稱為國家之福。

刑事法之目的本不在消滅風險，而在於管制風險，使其達到社會運作可以接受的程度。社會特殊交易行為，如金融投資和風險投資，其既是社會所必須，又是必然伴隨風險，且立意良善，若動輒以刑事追訴，又不於後續補償，則難服其平。如何拿捏其介入時間與強度，達成社會最大的效率、公平和信任，發揮刑法管制風險和指導社會的目的，顯然是值得吾人深入思考之議題。

故值得重申並作為本文全論結者為，若確實符合上開治理原則，檢察官應以不起訴結束偵查，反之則繼續偵查，即「以商法破刑法」。

³⁰⁸ 許澤天（2017），《刑法各論（二）人格法益篇》，台北：新學林，頁 250。

³⁰⁹ 林俊益（2016），前揭註 305，頁 4-5。

陸、結論：以商法破刑法

反洗錢法是一部真正的全球化法律³¹⁰，基於牽扯民法、商法、公法（特別是稅法）和刑法等特質，使原本已經非常複雜的反洗錢研究變得更困難，而使研究者或實務工作者容易產生觀念上的盲點，導致錯誤決策。

本文作為洗錢防制機制的研究專文，主要目的即在於找出此種可能的盲點，並提出改進模式。在論理上，由分析兩種不同方向的手段：由下（經手者和洗錢者）而上（監理者）的模式，和由上（監理者）而下（經手者和洗錢者）的模式，雖在邏輯上應該還有洗錢者自首和無人洗錢的兩種可能性存在，惟其機率實在過低而不需要特別考慮。故論理上，本文應已經窮盡各國與各種洗錢防制機制的所有可能性與實踐模式。故本文之標題前段乃設定為「洗錢防制之一般理論與實踐」。

在本文標題後段所提及之批評，本文乃透過對於反洗錢機制，從商業法視角進行分析的結果，發現現有的體制並不尊重商業之本質，甚至可說是倒行逆施，不利於商業運作的結果除了阻礙經濟發展外，更會迫使商業參與者另覓出路，結果就是整體洗錢防制機制的「不經濟、管制肥大化以及無效率」。

這樣的無效率將導致人們開始質疑洗錢防制的意義何在，特別是對於尋求避免稅捐上損失的高資產擁有者（富人、資本家）或者基金、銀行等，或者急於尋求安全資產保障的一般中產階級。當添購高價或可能獲利的高收益資產，即需要受到一次或數次洗錢監控時，長期而言將為社會添加相當高的作業成本，在本質上這樣的勞動付出，無異於一種新的稅負。

本文認同前開擔憂，但也認同洗錢為一種需要遏止的犯罪，蓋不義之財確不應由惡人終局保有，以維持正義。因此，在合理範疇之內，本文即致力於改良前開兩種途徑（本文將第一種模式和第二種模式，因施行地點，將其稱之為「紐約州模式」³¹¹和「英格蘭模式」³¹²），使其更能符合當代商業和金融之運作

³¹⁰ Heba Shams (2004), 《Legal Globalization: Money Laundering and Other Cases》, British Institute of International and Comparative Law: London, 頁 60-66。

³¹¹ 美國模式一詞，考慮美國司法體系較為不妥，故本文以紐約州模式稱之。

³¹² 但此一名稱並不代表該國或該州僅使用一種手段。英國與紐約州皆有混用情形，但紐約州法

邏輯，降低成本並使其更加可行。

然而，本文認為「紐約州模式」（重罰嚇阻）是比較不妥適的作法。從後現代主義分析脈絡出發，可以知悉所謂的重刑嚇阻和應報模式，在重大經濟犯罪（如內線交易罪與洗錢）中，運作上有其瑕疵。蓋重大經濟罪犯在犯罪之前，往往對可能遭遇的罪刑有所認識，並傾向將其視為一種成本。在不法獲利遠高於可能付出的代價時，白領犯罪行為人將難以被這種模式嚇阻。

即使是因應這種可能的思維而相應再次提高罪刑，也只是會陷入另一種螺旋式的上升假設，而使刑法從預防和促進犯罪人重返社會的意義，轉變成為純粹的暴力恐嚇，但在巨大利益面前卻仍未必有效，反而使本身輕重失衡。故本文無論從後現代主義論述或功利主義論述出發，皆不認為其為最適合處理洗錢問題的最佳手段。有附言者，在反洗錢法中，其懲罰對象並不限於被告，甚可能及於被告之律師或與其交易之銀行，如此作法容易使人人自危於重刑的威嚇之下，對於經濟的發展有多大阻礙，可想而知。

其次，這種由上而下式的追訴過程，本身即是一種名譽上的懲罰。特別是對於以信用（credit）作為謀生工具的資本家或投資者而言，更是無以名狀的重創，而未必能以後續的無罪判決加以洗刷。蓋對手往往有其他未受追訴之人可以選擇交易。

相較之下，另一種由下而上的自主通報加沒收模式（本文稱英格蘭模式）則有明顯的優點。蓋其將「是否有洗錢初始嫌疑」的責任轉由銀行端或銀錢業負擔，其不論在執法成本上或者在效率上都遠高於前者，在論理上由最接近疑似洗錢者的銀錢業來負責把關，似乎也是比較合理的舉動。此外不著重在重罰而是著重在剝奪動機，也較符合人性。故本文基於以上論點，認為此種模式比較適合用以作為防制洗錢的主要手段。國際協定與實踐亦同此說。

然而英格蘭模式仍有數個明顯的弊端：第一，在論理上由不具執法人員身份和俸祿的銀錢業人員把關，在通報後導致刑事偵查的開啟，變相提前了偵查的起點，其在刑事訴訟法理上似把私人當成國家警察的延伸；第二，原本應由國家負擔的刑事追訴責任，變成有一部份由私人承擔，這在論理上是否有瑕

有非常重之罪刑，故本文使用之。英格蘭與威爾士使用同一法律，故本文僅以英格蘭稱之，以圖節省篇幅。

疵，不言而喻。

其次，英格蘭模式最大的問題在於把關者的責任。把關者（也就是前述的銀錢業者）必須同時面臨三個問題。

第一，把關者必須直接面對利益衝突。蓋會前來銀行或當舖要求進行交易者皆是把關者的客戶，豈有商人主動把上門的財富往外推的道理？這種違反基本人性的設計很難稱之為高明。

第二，即使把關者品格高尚願意承擔這種社會或法定義務，把關者在什麼時候應該通報？如何通報？標準何在？幾乎每一國皆有非常複雜的規定，造成把關者（通常是前台人員）和交易者空前的困擾，甚至會導致因為恐懼被查稅乾脆放棄本次交易或轉向地下匯兌（如比特幣等尚未受妥善管制之方式），結果就是把關者（如銀行）和交易者（商人）的雙輸結果。

第三，這種施加於把關者身上的義務，本質上是一種勞務。把關者必須聘用新進人員或者要求既有人員參與新的反洗錢業務，就是一種稅。這樣的勞務給付，難道不需要遵守憲法上法律保留原則的制約，而可以由行政規則來任意變更嗎？不無疑問。

基於以上三點及跨國交易向以法人為主體為之的現實，本文主張應回溯到公司的本質，以公司治理的手段重新思考「商業的本質」，來修正英國模式至更加尊重人性、商業運作的結果。英國公司治理法則自 Cadbury 委員會提出起，至今已超過四分之一世紀，其軟法（soft law）性質兼具彈性和指導效果，對於英國經濟貢獻非凡，並對於奠定倫敦作為全球經濟重鎮有相當之貢獻。眾多公司願意至英國上市、募資等，除看重英國人才流動速度及國際化外，更重要即在於英格蘭法制對私有財產制的保障周全，無論是投資者和消費者皆能享有相當的安全感，經濟自然蓬勃發展。

在符合英國式公司治理法則³¹³幾個大原則下，英國式公司治理即認為這家公司符合公司治理：領導力、效率、可問責性等以及接續而來的自我揭露法則。其目的雖主要在於敦促公司及其董事徹底向股東負責以保障股東利益，但同時也確立了一家公司運作是否良好的「標準」：如果符合這些要求，那麼這

³¹³ 美國及我國皆有公司治理法則的成文版本。

家公司「應」被認定無不當決策。無論其是否進行相當投機或看似不合理的舉動。同時也不應被追訴。

論者可能會對於最後的但書表示不滿。惟此即為監管者經常有的盲點：政府往往管得太多而不知收斂（即俗稱的過度監管）。本文實難以想像政府有能力預知何種投機舉動目的在於投資、洗錢或者節稅，遑論某種程度上來說只是奉命行事的銀錢業者。商業活動原本經緯萬端，在資訊不對稱狀態下搶得先機的商人進行的「危險」舉動，往往是該商人是否能夠獲取盈利、擴張版圖的關鍵時機。但這些舉動，如跨國借貸或匯款等等，其很難和洗錢犯罪畫出分明之界線，如果一律以可能有洗錢嫌疑上報之，等於挫折商業，難道政府認為，自己會在每個領域勝過在該領域的商人嗎？本文相當反對此種立論。

因此，本文即主張，應該在所謂的英格蘭模式下，加上英國式公司治理之模式，以達到「順滑商業」和「抓大放小」的最高效率。該做法有五種好處：

第一，若以該公司符合公司治理法則標準而予以順利融資，雖然會有一定程度的漏網之魚（洗錢者），但大部分秉公守法的公司，應皆能通過考驗，而能夠順利通過反洗錢機制的檢驗而不感覺到國家的干擾。此對於商人而言是再好不過。

第二，這種原則性的立法模式執行上比較容易。前台行員可以在第一時間判斷出系爭匯款或要求轉帳交易是否有一望即知的問題，再決定是否轉往後台的洗錢防制人員檢視，其不僅可以大大降低銀行的負擔，也可以避免銀行和客戶間的利害衝突。

第三，修正式的英格蘭式反洗錢模式對於大小公司有不同的標準和要求，其可以促使公司本身進行修正，以避免在和金融機構打交道時遭到反洗錢機制的刁難，長遠而言更能夠促進我國的公司治理。

第四，基於英國式公司治理已經是遂行良久的制度，且由於英格蘭普通法的影響力廣大，適當引進有助於我國公司法制和國際市場接軌，或者吸引外資青睞。

第五，此種修正方式不違反國際法。

本文所倡議的修正模式，終極目的實在於「解除政府隨時可能伸進商業世界的手」，或可稱為「以商法破刑法」。蓋反洗錢法看似財經刑法，實則為稅法、行政法、商法和刑法的總和，甚至因為虛擬貨幣的問世，而使得其益加複雜，已經到了即使專業人士也嫌難以理解的程度，遑論跨國執行和遵循的難度。在遵循的過程中，處處可以見到資訊的上交、揭露或者對於財產權的威脅（如本文批評的擴大沒收制度）等，其皆是國家對於人民自主權最直接的威嚇，只不過以反洗錢或者反恐怖主義之名義，予以掩飾。

在表面上，以捍衛正義之名。然多少罪惡，又假正義之名為之？

尤有甚者，由於金錢流通並無國界，反洗錢與其說成為世界共識，倒不如說提供了世界各國一個窺探人民財產的正當理由，如本文所提及反洗錢機制與查稅的互補關係極為一明證。在瑞士與美國的稅務戰中，即足以注意到這個特徵：國際上的強權夾帶其強大的經貿實力，逼迫在政治上處於弱勢的國家主權實體交出資訊，或者禁止其為人民提供掩護。

另外一種情況是，透過稅務改革³¹⁴，強權本身建構了誘使資金回流的好處（胡蘿蔔），另一面又揮舞著反洗錢的正義之劍（大棒），這種胡蘿蔔加大棒式的手段已經使得洗錢問題不再只是法律議題，相較之下，它更像是一種國際間的政治或者金融角力戰，而帶有明顯的國際關係學色彩。

因此，本文雖仍從法律角度出發，並以法律為解決方案，然背後真正運作者，其實是各國對於富人的獻媚、拉攏和互相打擊的結果。反洗錢機制在此種視野下，反而是一個較下位的概念，只有在立法者明確地了解「為何要反洗錢」以及「如何反洗錢」的前提下，吾人才能期待一部更接近正義（access to justice）和更合理的反洗錢法問世，在打擊犯罪的同時，也能夠維護本國國民利益，並且再一次地，幫助人民戰勝，這個名為政府的利維坦。

³¹⁴ 《An Act to provide for reconciliation pursuant to titles II and V of the concurrent resolution on the budget for the fiscal year 2108》，即美國共和黨政府於 2017 年底通過的大幅減稅法案，俗稱為《Tax Cuts and Jobs Act》。

參考文獻

中文資料

于奇智（1999），《傅柯》，臺北：東大。

王文宇（2016），《公司法論》，五版，臺北：元照。

王文宇（2000），〈從經濟觀點論保障財產權的方式〉，收錄於王文宇（2000），《民商法理論與經濟分析》，台北：元照。

王澤鑑（2015），《不當得利》，增訂新版，臺北：自刊。

王皇玉（2017），《刑法總則》，三版，台北：新學林。

石俊志主編（2017），葛偉軍（等）（譯），《歷史的經典與現代的典範：英國信託成文法編譯》，北京：法律出版社。（簡體字版）

余雪明（2015），《證券交易法-比較證券法》，五版，臺北：證券基金會。

李傑清（2010），《沒收犯罪所得之程序法制與國際刑事司法互動》，臺北：元照。

李惠宗（2015），《憲法要義》，7版，臺北：元照。

行政院洗錢防制辦公室（2016），《香港可疑交易表徵》。

行政院洗錢防制辦公室（2016），《日本可疑交易之參考事例》。

邱聯恭(2015)，《口述民事訴訟法講義（三）》，臺北：元照

林志潔（2017），《白領犯罪與財經刑法：從立法、偵審到執行》，臺北：元照。

- 林俊益（2016），《刑事訴訟法概論（上）》，16版，臺北：新學林。
- 林鈺雄（等著），（2017），《沒收新制（一）刑法的百年變革》，臺北：元照。
- 林鈺雄（等著），（2017），《沒收新制（二）經濟刑法的新紀元》，臺北：元照。
- 林鈺雄（1999），《檢察官論》，台北：學林。
- 林俊益（2016），《刑事訴訟法概論（上）》，臺北：新學林。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（編）（2008），《憲法：權力分立》，修訂2版，臺北：新學林。
- 吳琮璠（2017），《新會計學：實務應用與法律觀點》，台北：智勝。
- 陳敏(2016)，《行政法總論》，九版，臺北：新學林
- 陳清秀(2014)，《稅法總論》，八版，臺北：元照
- 陳新民（2008），《憲法導論》，6版，臺北：新學林
- 張磊、梁文鈞、羅海珊（2010）（譯），《英國 2002 年犯罪收益追繳法》，北京：中國政法大學出版社。（簡體字版）
- 張亞非（2015），《瑞士銀行秘密》，北京：人民郵電出版社。（簡體字版）
- 黃茂榮(2012)，《稅法總論（第一冊）》，增訂三版，臺北：植根
- 黃士洲，吳承學（2017），《跨國逃稅、避稅與洗錢防制》，登於楊雲驊，王文杰，《新洗錢防制法法令遵循實務分析》，臺北：元照
- 葛克昌（2012），《行政程序與納稅人基本權：稅捐稽徵法之新思維》，三版，台北：翰蘆
- 葛克昌（2010），《避稅案件與行政法院判決》，臺北：翰蘆

- 葛克昌（2013），《實質課稅與行政法院判決》，台北：翰蘆
- 彭勃（2014），《英國警察與刑事證據法規精要》，廈門：廈門大學出版社，頁270。（簡體字版）
- 葛偉軍（2017），《英國 2006 年公司法》，北京：法律出版社。（簡體字版）
- 許澤天（2017），《刑法各論（一）》，臺北：新學林
- 許澤天（2017），《刑法各論（二）人格法益篇》，台北：新學林
- 張麗卿（2013），《刑事訴訟法理論與運用》，十二版，臺北：五南。
- 盧映潔（2015），《刑法分則新論》，十版，臺北：新學林。
- 楊進興（2017），《台灣反洗錢國際合作研究》，臺北：元照
- 楊雲樺（等著），（2017），《新洗錢防制法法令遵循實務分析》，臺北：元照
- 曾宛如（2012），《證券交易法原理》，六版，臺北：元照
- 劉連煜，新證券交易法實例研習，元照，2015
- 劉春航（2015），《解密巴塞爾：簡析國際銀行監管框架》，北京：中國金融出版社。（簡體字版）
- 謝憲杰（2017），〈修正後洗錢防制法實務上應遵循事項〉，收錄於楊雲驊、王文杰（編），《新洗錢防制法法令遵循實務分析》，臺北：元照
- 賴英照（2016），《證券交易法解析(簡明版)》，臺北：三民書局。
- A. Joanne Kellermann, Jakob de Haan and Femke de Vries（2016），張曉樸（譯），《21 世紀金融監管》。（簡體字版）

Christopher M. Bruner (2014), 林少偉譯,《普通法世界的公司治理—股東權利的政治基礎》,北京:劍橋大學出版社,法律出版社。(簡體字版)

Frederic S. Mishkin (2017),《貨幣銀行學》,11版,臺北:培生(PEARSON)

Gabriel Zucman (2015),《富稅時代》,詹文碩(譯),臺北:寫樂文化

Herve Falciani、Angelo Mincuzzi (2016),《La Cassaforte degli Evasori》,《逃稅者的金庫》,吳若楠(譯),台北:商周

Immanuel Kant (2015), 李明輝(譯),《道德形而上學》,臺北:聯經

John Stuart Mill (2017),《效益主義》,邱振訓譯,臺北:暖暖書屋

Michel Foucault (1973),《懲罰的社會:法蘭西學院演講系列,1972-1973》,陳雪杰譯,上海:上海人民出版社,頁153。(簡體字版)

Thomas Piketty (2013),《二十一世紀資本論》,詹文碩,陳以禮(譯),臺北:衛城

外文資料

Alan Dignam (2011),《Hicks & Goo's Cases & Materials on Company Law》,7th Edition, Oxford: Oxford University Press

Amanda Pinto, Martin Evans (2003),《Corporate Criminal Liability》, Sweet & Maxwell: London

APG (2017), Annual Report 2016-2017

APG (2016), APG Typologies Report on Fraud & Money Laundering in the Pacific

APG (2017), APG Business Plan 2017-2018

Brian R. Cheffins (2013),〈The history of corporate governance〉,收錄於《The

Oxford Handbook of Corporate Governance》, 3rd editon , Oxford: Oxford University Press

Bank for International Settlements (2010) , 《Principles for Enhancing corporate governance》

Basel Committee of Banking Supervision (2016) , 《Guidelines: Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism》

Bradley C. brikenfeld (2016) , Austin, Texas: Greenleaf book Group Press , 附錄 1

Bill Maurer (2015) , 《How Would You Like to Pay? How Technology Is Changing the Fututre of Money》 , Durham and London: Duke University Press

Colin Paul, Gerald Montagu (2014) , 《Banking and Capital Markets Companion》 , 6th edition , Bloomsbury: London

Christine Desan (2014) , 《Making Money: Coin, Currency, and the Coming of Capitalism》 , Oxford: Oxford

Council of Europe (2005) , Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism

Commonwealth Secretariat (2006) , 《Combating money Laundering and Terrorist Financing: A Model of Best practice for the financial Sector, the Professions and Other Designated Businesses》 , 2nd Edition

Clive Walker (2011) , 《Terrorism and the Law》 , Oxford University Press: Oxford

David Kershaw (2012) , 《Company Law in Context》 , 2nd edition .

Derek French (2014) , 《Mayson, French & Ryan on Company Law》 , 34th Edition , Oxford: Oxford University Press

Department of Trade and Industry (2003) , 《 Review of the role and effectiveness of non-executive directors 》 , London: The Department of Trade and Industry

Donna P. Richards (2011) , 《 Dirty Money: Cross-Border Money Laundering 》 , Nova Science Publishers: New York

Demetra Arsalidou (2016) , 《 Rethinking Corporate governance in Financial Institutions 》 , Routledge: Oxon (Oxford)

Dennis J. Baker (2012) , 《 Textbook of Criminal Law 》 , 3rd edition , Sweet & Maxwell: London

Edited by David Lee Kuo Chuen (2015) , 《 Handbook of digital currency: Bitcoin, innovation, financial instruments, and big data 》 , UK: Elsevier

Egmont Group (2013) , 《 Egmont Group of Financial Intelligence Units Charter 》

Egmont Group (2013) , Egmont Group of Financial Intelligence Units Charter

Egmont Group (2015) , Egmont Group of Financial Intelligence Units Support and Compliance Process

E.P. Ellinger, E. Iomnicka and R.J.A. Hooley (2006) , 《 Ellinger's Modern Banking Law 》 , Oxford: Oxford

Edward Castronova (2014) , 《 Wildcat currency: How the virtual money revolution is transforming the economy 》 , New Haven: Yale University Press

FCA sourcebook (2018) , Disclosure Guidance and Transparency Rule

Financial Reporting Council (2016) , 《 The UK Corporate Governance code 》 , London: HM Treasury

Financial Reporting Council (2014) , 《 Guidance on Risk Management, Internal Control and Related Financial and Business Reporting 》 , HM Treasury

Nigel Dodd (2014), 《The social life of money》, New Jersey: Princeton University Press

Sir Adrian Cadbury and Committee (1990), 《Report of the committee on the financial aspect of corporate governance》, The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd.

Sir Adrian Cadbury (1990), 《Report of the committee on the financial aspect of corporate governance》, The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd

Sir Adrian Cadbury (1990), 《Report of the committee on the financial aspect of corporate governance》, The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd

Study Group on Director's Remuneration (1995), GEE, London: GEE

Stephen Platt (2015), 《Criminal Capital》, London: Palgrave Macmillan

Simon Gleeson (1995), 〈The Involuntary launderer: the Banker's Liability for Deposits of the Proceeds of Crime〉, 收錄於 Peter Birks, QC (1995), 《Laundering and Tracing》, Clarendon Press: Oxford

Steve Wilson, Rebecca Mitchell, Tony Storey and Natalie Wortley (2009), 《English Legal System》, Oxford University Press: Oxford

OECD/FATF (2014), Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters

OECD/FATF (2012), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation

OECD/FATF (2017), Procedures For The FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual Evaluations

OECD/FATF (2017) , Improving Global AML/CFT Compliance: On-going Process -24
Feb 2017

OECD/FATF (2008) , 《 RBA Guidance For Legal Professionals 》

OECD/FATF (2012) , 《 The FATF Recommendations 》

P. Carl Mullan (2014) , 《 The digital currency challenge: Shaping online payment
systems through US financial regulations 》 , London: Palgrave Macmillan

Richard Smerdon (2004) , 《 A Pratical Guide to Corporate Governance 》 , 2nd
Edition, Sweet & Maxwell: London

Tommie W. Singleton, Aaron J. singleton, G. Jack Bologna, Robert J. Linqvist
(2006) , 《 Fraud Auditing and forensic Accounting 》 , Wiley: Hoboken, New Jersey

Edited by Sandra Booyesen and Dora Neo , 《 Can Bank Still Keep a Secret? — Bank
Secrecy in financial Centres Around the World 》 , Cambridge: Cambridge University
Press

United Nations (1988) , United Nations Convention Against Illicit Traffic In Narcotic
Drugs And Psychotropic Substances

United Nations (2000) , United Nations Convention against Transnational
Organized Crime

United Nations (2003) , United Nations Convention against Corruption

United Nations (1988) , 《 United Nations Convention against Corruption 》

United Nations (1988) , 《 United Nations Convention against Illicit Traffic
in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 》

United Nations (2001), 《United Nations Convention against Transnational Organized Crime》

臺灣法院判決

行政法院 39 年 2 號判決

最高法院 42 年台上字 1224 號判例

最高法院 57 年台上字 1553 號判例

最高法院 98 年度台上字 6782 號判決

最高法院 101 年度台上字 5291 號判決

台灣高等法院 95 上字重訴 72 號判決

台北地方法院 93 年度囑重訴 2 號判決

外國法院判決

Saloman v A Saloman & Co Ltd [1896] UKHL 1.

Prest v Petrodel [2013] UKSC 34

alsoBell Group Ltd(in liq) v. Westpac Banking Corp. (no.9) (2008) 70 ACSR 1, 4370-83(Sup. Ct. WA)(Austl.)

Central london property Trust Ltd. V. High Trees House Ltd., (1947)K.B. 130.

網路資料

<http://news.ltn.com.tw/news/business/breakingnews/2274698>，瀏覽日
2017/12/24。

http://www.yuanta.com.tw/file-repository/content/20168_10news/notice105_8_10news/notice105_0816.htm，瀏覽日：2017/12/24。

http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&job_id=178476&article_category_id=2049&article_id=101863，瀏覽日：2017/11/27。

<https://udn.com/news/story/7243/2631191>，瀏覽日：2017/11/24。

<https://home.kpmg.com/tw/zh/home/insights/2017/08/family-tax-office.html>，瀏覽日：2017/11/24。

<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201707215007-1.aspx>，瀏覽日：2017/11/26。

<http://www.amlo.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=467410&CtNode=45707&mp=8004>，瀏覽日：2017/11/26

<https://dictionary.cambridge.org/zht/%E8%A9%9E%E5%85%B8/%E8%8B%B1%E8%A9%9E/offence>，《劍橋英語辭典》網路版本，瀏覽日：2017/12/4。

<http://synergytek.com.tw/blog/2013/11/04/%E6%99%BA%E8%B2%A1%E6%AC%8A%E8%88%87%E7%A8%85%E5%8B%99%E8%A6%8F%E5%8A%83%EF%BC%8D%E6%83%B3%E5%90%83%E9%9B%99%E6%84%9B%E7%88%BE%E8%98%AD%E5%A4%BE%E8%8D%B7%E8%98%AD%E4%B8%89%E6%98%8E%E6%B2%BB%E5%97%8E/?variant=zh-tw>，瀏覽日：2017/12/4。

<http://twbusiness.nat.gov.tw/page.do?id=181>，瀏覽日：2017/12/4。

<http://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1060481>，瀏覽日：2017/12/3。

<https://www.wired.com/2016/08/apple-rest-silicon-valley-avoids-tax-man/>，瀏覽日2017/12/9。

<http://news.ltn.com.tw/news/business/paper/1037575>，瀏覽日：2017/12/11。

<http://www.christies.com.tw/zh/about-us/contact/privacy/>，瀏覽日：2017/12/11。

<https://udn.com/news/story/7238/2208458>，瀏覽日：2017/12/11。

John A. Cassara (2016)，《Trade-Based money Laundering》，New jersey: Wiley。

<http://www.police.govt.nz/about-us/publication/fiu-assessments-reports>，瀏覽日：2017/12/11。

<http://www.amlo.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=478142&ctNode=46267&mp=8004>，瀏覽日：2017/12/11。

<https://www.bnext.com.tw/article/47776/south-korea-ban-bitcoin-cryptocurrency-trading-2018>，瀏覽日：2018/2/4。

<http://www.bbc.com/zhongwen/trad/business-42660591>，瀏覽日：2018/2/4。

<https://www.theguardian.com/technology/2013/aug/19/bitcoin-unit-of-account-germany>，瀏覽日：2018/2/4。

<https://www.cNBC.com/2017/10/13/london-mansion-on-sale-bitcoin.html>，瀏覽日：2018/2/4。

<http://uk.businessinsider.com/swedish-central-bank-considers-digital-national-currency-ekrona-2016-11>，瀏覽日：2018/2/4。

<https://asia.nikkei.com/Politics-Economy/Policy-Politics/Japan-s-first-regulatory-sandboxes-could-open-next-spring>，瀏覽日：2018/2/4。

<http://www.biccamera.co.jp/e.lj.hp.transer.com/shopguide/campaign/bitcoin/index.html>，瀏覽日：2018/2/4。

<http://www.bbc.com/zhongwen/trad/business-42660591>，瀏覽日：2018/2/4。

<https://www.bnext.com.tw/article/47776/south-korea-ban-bitcoin-cryptocurrency-trading-2018>，瀏覽日：2018/2/4。