

國外法制

譯介 德國經濟刑法手冊 洗錢罪章節

作者：Professor Dr. *Felix Herzog*
譯者*：黃士元檢察官

譯者 導讀前言：

依行政院洗錢防制辦公室 2017 年 2 月修訂之「評鑑方法論」【即「防制洗錢金融行動工作組織（FATF）建議」之技術遵循及防制洗錢 / 打擊資恐之效能評鑑】可悉，國際間打擊洗錢工作主要分為兩大領域：（一）事前避免洗錢行為發生之洗錢防制及行政制裁與（二）洗錢罪發生後之刑事訴追及處罰。我國洗錢防制法（下稱本法）於 1996 年 10 月公布，將前揭洗錢防制暨洗錢罪之制裁一併納入，與德國將洗錢犯罪規定於刑法典第 261 條【洗錢 Geldwäsche】；另將洗錢防制單獨規定於《重大犯罪利得追索法》（Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten, Geldwäschegesetz, 下稱反洗錢法 GwG）之體例有別。亞太防制洗錢組織（APG）於 2018 年 11 月（現地評量）及 2019 年 3 月（面詢）至我國進行第三輪相互評鑑，結束後提出若干缺失改善事項，我國行政院洗錢防制辦公室為履行國際法之義務以因應技術遵循面之缺失改善建議，爰自 2021 年 1 月起召開修法研商會議，全面檢討本法續行改善之方案。

德國於 2021 年 3 月 5 日通過《刑法打擊洗錢改革法案》（Gesetz zur Verbesserung der Strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche），同年 3 月 18 日施行【BR-Drs.

* 黃士元，臺灣高等檢察署調辦事檢察官，國立臺灣大學法律學院博士班研究生。感謝本署李進榮檢察官及德國 Freiburg 大學法律學院博士班研究生歐陽勝嘉關於譯文疑義之指導，惟文責仍由筆者自負。



125/21 (Beschluss, 05.03.21)】(其中關於刑法洗錢罪條文部分之譯文詳如附件一，下稱新法)。新法修訂了刑法第 261 條洗錢罪若干規定，例如取消該條第 1 項第 2 句列舉式之前置(特定)犯罪罪名，將所有刑事不法行為均納入前置犯罪之範圍。但大多數仍保留原條文即 2017 年 4 月 13 日通過之《刑法財產剝奪改革法案》(Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung)中刑法第 261 條規定(譯文詳如附件二，下稱舊法)。

德國洗錢罪自 1992 年以《打擊組織犯罪改革法案》(OrgKG vom 5.7.1992)立法後，各次修法均以歐盟先後頒佈之反洗錢指令(Richtlinie)為依歸，而歐盟各次反洗錢指令主要參考包括 FATF 建議在內之國際反洗錢規範(例如聯合國 1988 年維也納公約等)；本法 2016 年 12 月全文修正時，立法理由以第 2 條各款規定之洗錢行為係參考前揭維也納公約第 3 條，且我國繼受德國刑法，為配合國際打擊洗錢規範之趨勢暨符合我國實體刑法之釋義學，關於我國洗錢罪之解釋論乃至本法之修訂，實有必要參考德國轉化歐盟反洗錢指令後所修訂之洗錢罪。

譯本為譯者博士生導師林鈺雄教授所提供之德國 C.F.Müller 書局 2019 年出版之經濟刑法手冊【Handbuch Wirtschaftsstrafrecht】(第 5 版)，以第 13 章洗錢【Geldwäsche】(作者為任教於德國 Bremen 大學之 Dr. Felix Herzog 教授)第 A 節【導論】與第 C 節【洗錢罪部分】為內容，至於第 B 節【洗錢防制部分】則不與焉，但保留該章目次全部以及本書初版與第 5 版編輯前言俾利鳥瞰。關於順序仍按照原文邊碼(Randnummer = Rn.)行之【邊碼及段落不變，可與原文本參照索驥】。由於本手冊乃新法施行前最新版本，所提及條文項次自應參照附件二，在與附件一比較後，可更明瞭德國新舊洗錢罪之異同。

末以，本譯文訴求之對象為我國法律人，祈供實務工作者參考，故仍保留多數原文對照，避免錯繆。由於譯者才學有限，錯繆之處，尚請讀者不吝指正為禱。

【raintory@mail.moj.gov.tw】

(一)第 1 版前言：2004 年 5 月

德國經濟刑法在最近這段時間對於（司法）實務而言，獲得了愈來愈多的價值。同時，彼此間的關聯性也越來越複雜。這些資料難以一覽無遺是因為在本質上，制裁要件係獨立於相關（在運用上）具有前置性的民事法或行政法之規範，同時也歸因於歐洲法律的發展影響，尤以其複雜性愈益增加之故。

本書將對此一關聯性之澄清作出貢獻，強調資料的架構，同時介紹在實務上的運用。其標的就是經濟刑法本身的意義，稱為：對於某種“共同的”經濟刑法，不再可能被視為某種擴大的認知理解之領域。因此稅法與環境保護刑法或者消費者保護刑法在此都要被排除在外。在本書中已經處理的素材可見，從多少不同的特別資料中構成“此一”經濟刑法。

本書是以實務導向（praxisbezogen）加以說明—雖然已經盡力謀求科學上的精確性了。此一開端也反映在編輯範圍的內容上：除了律師、法制人員（Verwaltungsjuristen）與在司法機關內從事經濟刑法實務工作的人員（Angehörige der Justiz）外，對象也包括在經濟刑法領域深耕的法學教授。

本書各編文章按照“中等密度（mittleren Dichte）”的典範完成。作者們打算將本書定位為初步入門的導論或概要（eine bloße karge Einführung /Übersicht），而非致力於另類詳盡的大型註釋書。

(二)第 5 版前言：2019 年

經濟刑法幾乎無法像其他法律領域般不斷地繼續發展，開始於努力不懈（首先是歐洲的）的立法者與上級審法院透過判決先例不斷地更新其重要見解。貪污犯罪刑法與近年來的不正競爭防止法（Kartellordnungswidrigkeitenrecht）以及經濟刑法的基礎構成要件（Ankertatbestände）如詐欺罪與背信罪，在此作為“長期的建設基礎”（Dauerbaustellen）。近年來的財產剝奪法（Vermögensabschöpfung）以及資本市場刑法（Kapitalmarktstrafrecht）已經再進行了根本的改變。此動力源自於距上次改版已 4 年所累積的能量而出版了第 5 版的經濟刑法手冊。

編輯團隊成員再次異動如下：Prof. Dr. Christian Schröder 與 Prof. Dr. Carsten Wegner 放棄了彼等迄今負責章節的編寫。我們由衷地感謝他們對本書成果豐



碩的參與分工。彼等編寫的章節往後由 Dr. Thomas Himmelreich 或者 Prof. Dr. Gerson Trüg 負責。新增章節的範圍我們竭誠地歡迎學院外聘的 Dr. Silke Hüls 與 Prof. Dr. Michael Lindemann，彼等以令人感激的方式負責我們已過世的同事 Prof. Dr. Wolfgang Joecks 與 Prof. Dr. Jurgen Seier 所寫文章的評註，此外 Kilian Wegner 與 Thomas Rönnau 共同撰寫新的章節“衛生服務事業之貪污（Korruption im Gesundheitswesen）”。

如同第 1 版前言所述，我們維持了本書表達的基本概念。

我們歡迎所有的建議與批評。

目次

A. 洗錢與洗錢抗制—導論

- | | |
|-----------------------|------------|
| I. 利得導向之犯罪與洗錢 | Rn. 1 - 4 |
| II. 三階模式與洗錢方法 | Rn. 5 - 13 |
| III. 打擊洗錢的 國際 / 歐洲 框架 | Rn. 14-29 |

B. 反洗錢法（GwG）—洗錢抗制的私部門規範評鑑方法

- | | |
|---|--|
| I. 反洗錢法的申報義務人（verpflichtete Personen）與機構 | |
| II. 與客戶往來時之注意義務 | |
| III. 題外話：重要政治性職務之客戶 | |
| IV. 非面對面之客戶 | |
| V. 監督機關之可疑案件與警告通報 | |
| VI. 內部保全措施、反洗錢法遵人員（Geldwäschebeauftragter）與控制系統 | |
| VII. 受僱人之可靠性審查 | |
| VIII. 可疑案件之申報—要件與程序 | |
| IX. 行政秩序罰法（OwiG）—反洗錢罪之構成要件—要件與法律效果 | |
| X. 作為預防工具之海關現金管制 | |

C. 刑法第 261 條規定之構成要件—洗錢之壓制性的刑法訴追

I . 刑事政策方案與國際法的義務	Rn. 72 - 76
II . 透過洗錢構成要件保護之法益	Rn. 77 - 81
III . 洗錢構成要件之基礎架構	Rn. 82 - 83
IV . 個案中洗錢之構成要件	
1. 犯罪客體—產自前置犯罪—污染化	Rn. 84 - 90
a. 題外話：稅務犯罪與“贓錢”	Rn. 91
b. 舉證責任倒置之趨勢	Rn. 92
2. 洗錢犯罪行為	Rn. 93
a. 刑法第 261 條第 1 項：掩飾型要件	Rn. 94
b. 刑法第 261 條第 1 項：阻礙型要件	Rn. 95
c. 刑法第 261 條第 2 項：隔絕型要件	Rn. 96 - 98
3. 為了職業適當行為之構成要件限制：特別是透過辯護人收受報酬	Rn. 99 - 105
4. 於不罰之前置所得則不具有洗錢之可罰性	Rn. 106 - 107
5. 洗錢之主觀構成要件	Rn. 108 - 112
6. 未遂之可罰性	Rn. 113
7. 刑法第 261 條第 9 項：刑罰解除事由之情況	Rn. 114 - 116
8. 刑法第 261 條第 7 項：犯罪物沒收與利得沒收	Rn. 117
9. 洗錢犯罪嫌疑時之擴大偵查職權	Rn. 118



洗錢 (Geldwäsche)

A. 洗錢與洗錢抗制—導論

I. 利得導向之犯罪與洗錢

- 1 大家都知道：犯罪可以生財 (mit Kriminalität lässt sich Geld verdienen)，且此為實行犯罪行為之動機。其中只有一小部分是為了支付生活費用與 (或) 資助自己的癖好。在大多數的案型，此發展有助於某種犯罪存在基礎之“交易理念” (“Geschäftsidee” der Existenzgründung)，且於此發展中也能使生活富裕。一旦犯罪計畫以分工合作與集團方式進行，就會產生取得顯著收益的“中小企業 (mittelständische Unternehmen)”。特定部門之專業化與壟斷地位等，可以讓利潤繼續提昇。具有網路聯絡能力的組織型犯罪，可以增強企業集團的結構。在落後國家 (Failed States) 犯罪組織足以接管某些地區的統治權，並從渠所控制的區域剝削礦藏與人力資源。透過人口遷移亦會發生國際性且頻繁地，基於種族關聯的暴力型犯罪利得。可預見的最終發展極致就是透過犯罪組織 (kriminelle Strukturen) (財產罪犯與獨裁者結合) 而控制了整個國家，並令該獨裁者與其家族得以斂聚成億萬富翁¹。
- 2 以某種程度的數額來看，因為該等源自於犯罪行為所得之額度已經超過了日常生活消費所需，無論以何種方式，均必須將該等金額儲存起來。洗錢的概念應溯及美國的組織犯罪 (organisierte Kriminalität) 在禁酒時期 (Prohibitionszeit) 相應的方法之傳說。產自於非法酒類飲料 (相當於藥物或毒品) 交易之利得，被投資到洗衣店 (Waschsalons)，而洗衣店一方面是取得合法收益的商業，另一方面則足以隱匿犯罪收益，此時，販酒收入則可以在銀行申報為洗衣店的營業收入而存入帳戶²。
- 3 根據前揭原始的傳說，洗錢通常被定義為某種過程，其目的在於掩飾或模糊化產自犯罪行為之不法財產標的之軌跡，俾利於嗣後的某個時點，以顯現出合法財產之樣貌，於合法的交易場域 (im regularen Geschäftsverkehr) 再被使用。依美國法之

¹ Vgl. *Transparency International Global Corruption Report 2004*, dort S. 13, 參 http://www.transparency.org/research/gcr/gcr_political_corruption.

² Vgl. *Gallarotti Von Geldwaschern und Archaologen*, NZZ v. 18.12.2006 參 <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/articleER4PQ-1.84135> mit Verweis auf *Schneider/Dreer/Riegler Geldwäsche. Formen, Akteure, Größenordnungen*, 2006.

定義：“洗錢係以行為人隱匿非法收入之存在（existence）、來源（source）、或者所得之非法請求（illegal application of income），與嗣後掩飾該收入並顯現其合法性的一種過程”³。此過程因此會透過標誌的特徵而延續到令贓款轉化為乾淨的款項之時點，俾確保產自犯罪之利得嗣後得以繼續置入合法的投資管道（Anlagesektor）而生孳息。

這裡所說的洗錢犯罪態樣的範圍，當然不只有最典型的組織犯罪（organisierte Kriminalität），也包括恐嚇取財（Schutzgelderpressung）、性剝削（Prostitutionsausbeutung）、毒品交易（Drogenhandel）與走私（Schmuggel），人口與武器販運（Menschen- und Waffenhandel），以及大量顯露出白領犯罪形態（Weiße-Kragen-Kriminalität）的案型，如資產詐欺（Anlagebetrug）、破產詐欺（betrügerische Insolvenz）、盜版產品賄賂（Korruption über Produktpiraterie）、偽造藝術品（Kunstfälschung）與藝術品交易詐欺（betrügerische Kunsthandel）、侵害著作權（Urheberrechtsverletzung），乃至狡詐的稅務犯罪（raffinierte Steuerdelikte）。

II . 三階模式與洗錢方法

洗錢的出發點總是發生在犯罪活動框架內的財產（Vermögenswerte）。洗錢之目的在於將財產自其來源的軌跡中逸脫出去，且得以於處分該財產時視為不再沾染污點。要描述此等具有主流見解，且已經在國際上獲得普遍肯認模式的過程，就是所謂的“三階模式（Drei-Phasen-Modell）”⁴。此模式的區別在於起始階段之處置（Eingangsphase der Platzierung = “placement”）、中間階段之分層化（Zwischenphase des Verwirrspiels = “layering”）與最末階段之整合（Endphase der Integration = “integration”）。

典型的洗錢行為模式在處置的第一階段產生之問題在於，產自於毒品交易、恐嚇取財、走私（Schleuseraktivitäten）、非法賭博、非法性交易等現金交易之贓款，於銀行處置而轉化為存款，此時即具有可匯款性及可處分性。與此相關者為源自於犯

³ President's Commission on Organized Crime, Hearing: Organized Crime and Money Laundering, 1984, S. VII, abrufbar unter http://babel.hathitrust.org/cgi/ptfid=_purl.32754078076803;view_lup;seq=1.

⁴ Vgl. Pieth Einführung, Bekämpfung der Geldwascherei. Modellfall Schweiz?, 1992, S. 13.



罪收益的存款帳戶內就現金流而言會混亂掉，而使該非法背景難以辨識⁵。

- 7 將犯罪所得之資金處置（zu platzieren）到金融體系中，等於是成功地在金融交易中插入第二階段的分層化過程。許多基於運用全球化與數位化的金融市場所進行之接連不斷的交易行為（應該）會導致進一步掩飾財產來源，同時混淆了所謂贓款的金流追查（Papierspur）。由於在特定的犯罪類型有大額洗錢的需要，專營洗錢業者（ausgewiesene Finanzfachleute）即需為相關的犯罪組織徵募信用經濟（Kreditwirtschaft）的叛徒（“Überläufer”），並腐化銀行家。為了混淆交易，所操作的通常工具是設立不透明且眾多的離岸紙上公司（off-shore gegründete 【Briefkasten-】 Firmen），以具有通訊地址與資本額（Kapitalgesellschaften）為特徵一正如最近被所謂的巴拿馬文件（Panama Papers）所揭露的事情。
- 8 第三階段的整合是透過標識出目前被投資在合法交易與財產池（Vermögensbildung）中所顯現出尚未沾染污點的資金。交易參與人（Geschäftsbeteiligungen）取得合法的企業、於股票市場進行投資，或者建造【並 / 或 購買】不動產。因此應該特別注意的是，例如在義大利式的犯罪（集團），往往將資金投入德東市中心重建的餐飲業（Gastronomie）網絡中⁶。
- 9 洗錢顯現出的形態千變萬化，正如每一個成功的“企業家”乃透過高度的創意與進化，標誌出其與眾不同之處。細節與令人驚奇的案例經常可以在國際防制洗錢行動工作組織（Financial Action Task Force, FATF）【→ Rn.15】出版的分類資料（Typologiepapieren）中尋得。因此可以創設紙上公司（fingierte Firmen）、操縱進出口業務、開列不足或超額之帳目、虛增盈餘（Güter mehrfach abrechnen）、虛報盈餘（Güter falsch deklarieren）或者僱用人頭（Strohleute beschäftigen）等⁷。
- 10 在打擊洗錢的框架範圍內，對於運用所謂的洗錢守門人職業團體（Gatekeeper-

⁵ Herzog/Achtelik in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, Einl. Rn. 9.

⁶ Frankfurter Rundschau 於 2013 年 12 月 19 日的報導，參 <http://www.fr-online.de/panorama/ndrangheta-wie-die-mafia-deutschland-unterwandert-,1472782,25667170.html>.

⁷ Vgl. etwa die Darstellungen bei Heim Organisierte Geldwäsche durch überfakturierte Ost-West-Geschäfte, Kriminalistik 2002, 600; vgl. auch FATF Typologies Report 1995-1996, B. 65 f.; FATF Typologies Report 1996-1997, B. 58; FATF Typologies Report 1999-2000, II. 52, II.40-43, II. 45, Case No. 9; FATF Typologies Report on Trade Based Money Laundering, 2012; FATF Report: Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones, 2010 - die FATF-Reports ab 2003 參 <http://www.fatf-gafi.org/documents/documents.jsp?lang=en>.

Berufsgruppen)，也要特別予以關注。設立紙上公司（Scheinfirmen），協助掩飾行為，或者以洗錢相關方式購買不動產等，律師、公證人、稅務顧問（Steuerberater）與會計師（Wirtschaftsprüfer）等均得以濫權方式造成特別危害⁸。

洗錢活動會特別藉由所謂的離岸金融處所（Offshore-Finanzplätze）之方式便利其遂行。這些處所係指：享有最低限度金融市場與規範機制之特色，（主管機關）對於資金來源不會提出太多質疑，且就紙上公司、信託與其他無庸透明化的參與架構（Beteiligungsstrukturen）之設立，提供許多機會⁹。 11

當然，不透明的公司組織形態，並非必須選擇結合巴哈馬（Bahamas）或者其他類似的“離岸金融處所”，而同樣也能在“岸上（Kontinent）”達成洗錢之目的。FATF 與 8 國經濟高峰會（G-8-Gipfel）於 2013 年 6 月在北愛爾蘭特別強調，近年來特定的參與架構，直接邀請一些企業為隱匿之洗錢活動¹⁰。這就是最近一次在反洗錢法的改革過程中何以要將預防洗錢放在最前緣的原因；申言之，揭露企業內實質受益之自然人（die natürliche von einem Unternehmen profitierende Person（“wirtschaftlich Berechtigter”），並且在必要時，應依據反洗錢法之規定，經由申報義務人（Verpflichteten）之協助公開揭露之¹¹。 12

⁸ 立法者的論點可參 BT-Drucks. 14/8739, S. 12; 統計數據可參 Kilchling/Lukas Gefährdung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Notaren und Wirtschaftsprüfern durch Geldwäsche, 2005.

⁹ Herzog/Achtelik in: Herzog, GwG, Einl. Rn. 24 – 26 mit Aufzählung der einschlägigen Finanzplätze von Andorra über die Kanalinseln bis nach Singapur.

¹⁰ Zu Trusts vgl. Vogt in: Herzog/Mülhausen (Hrsg.), Handbuch Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung (folgend: GWHB), 2006, §2 Rn.25ff.; zu Stiftungen vgl. Diefenbacher Sitzgesellschaften als logistisches Instrument der internationalen Korruption, in: Pieth/Eigen (Hrsg.), Korruption im internationalen Geschäftsverkehr, 1999, S. 158 ff.; ferner findet sich in den Typologiepapieren der FATF reichhaltiges Material zu derartigen Konstruktionen: über die Einbeziehung von Trusts in Geldwäscheaktivitäten vgl. Typologies Report 2000-2001, 11.20 ff.; erschwerende Umstände kommen hinzu, wenn Trusts keiner Registrierungspflicht unterliegen und kein zentrales Register existiert, so dass eine Aufklärung nahezu unmöglich ist, vgl. hierzu Typologies Report 2000-2001, 11.25-29; zu möglichen Gegenmaßnahmen wie einer Registrierungspflicht vgl. ebenda, 11.30. Vgl. auch den FATF-Report The Misuse of Corporate Vehicles, Including Trust and Company Service Providers (2007), worin die FAFT darlegt, in welchem Umfang und mit welcher Professionalität der Missbrauch von solchen Gesellschaften betrieben wird, S. 30-56 für konkrete Beispiele - aktuelle FATF-Reports unter <http://www.fatf-gafi.org/documents/documents.jsp?lang=en>.

¹¹ Zum Transparenzregister vgl. die Regelungen der §§ 18 ff. GwG und die Kommentierung von *Figura*



- 13 洗錢活動擴大其範圍後，可及於下列交易：包括藝術品與奢侈品、黃金、鑽石與珠寶、網路賭博，也包括交易足球名星，甚至取得整個足球協會¹²。

III. 打擊洗錢的國際 / 歐洲 框架

- 14 一如從洗錢已經顯現出的樣貌之簡短概要介紹，洗錢很少限於地區性（lokales Geschehen），而是經常於國際間發生。為了做為刑事訴追與金融監督政策快速發展之打擊洗錢最重要的角色，以及內國用以控制與處罰洗錢之法律，乃因此植基於國際的層級。做為先驅者的聯合國 1988 年禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約（維也納公約）生效。該公約使締約國負有義務阻止產自非法毒品交易之洗錢行為，並且設計了剝奪因此產生之利得以及在此領域加強國際合作的義務¹³。
- 15 為了此項打擊洗錢之政治性規畫的另一項擴展的重要平台就是 G-7【七大工業國家組織】。該組織於 1989 年 7 月達成共識，呼籲創立所謂的**國際防制洗錢行動工作組織【FATF】**¹⁴。FATF 是隸屬於**經濟合作暨發展組織（OECD）**¹⁵ 下設的一個國際組織（zwischenstaatliches Gremium），該組織並非傳統意義下的國際組織，而是以

in: Herzog, GwG, § § 18 ff.

¹² Zu Geldwäsche-Aktivitäten mit Luxusgütern vgl. *FATF Typologies Report 1995-1996*, B. 57; zum Geldwäscheschephanomen in Zusammenhang mit Gold vgl. *FATF Typologies Report 1997-1998*, II.35-36; *Typologies Report 1998-1999*, II.35; *Typologies Report 2002-2003*, Chapter 2.45, 46 und Examples 15, 16; *Typologies Report 2002-2003*, Chapter 2.47, Examples 17, 18. Zu Geldwäschemöglichkeiten mit Diamanten und deren Weiterverarbeitung zu Schmuck vgl. *FATF Typologies Report 2002-2003*, Chapter 2.50, Example 19. Zur Geldwäsche in Internet-Casinos vgl. *FATF Typologies Report 2000-2001*, II.16, Example 1-3, II.59. Zur Geldwäsche im Fußballsektor vgl. *FATF Money Laundering through the Football Sector (2009)*, ausführlich hierzu *Herzog/Hoch/Laustetter* “Schmutziges Geld” und Geldwäsche im Fußballsport, SpuRt 2010, 90 ff.

¹³ Die Konvention ist auf dem Dokumentenserver der UN abrufbar unter http://www.unodc.org/pdf7convention_1988_en.pdf; von Deutschland ratifiziert 1993, BGBl II 1993, 1136; ausführlich und kritisch hierzu Pieth in: Herzog/Mülhausen (Hrsg.), GWHB, §4 Rn. 1 ff.

¹⁴ *Herzog/Achtelik* in: Herzog, GwG, EinL Rn, 60 ff.

¹⁵ （譯按）經濟合作暨發展組織（Organization for Economic Cooperation and Development，OECD）是全球 37 個市場經濟國家組成的政府間國際組織，總部設在法國巴黎。前身是 1947 年由美國和加拿大發起，成立於 1948 年的歐洲經濟合作組織（OEEC），該組織成立的目的是幫助執行致力於第二次世界大戰以後歐洲重建的馬歇爾計劃，後來其成員國逐漸擴展到非歐洲國家。1961 年，歐洲經濟合作組織改名為經濟合作暨發展組織。參 <https://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%BB%8F%E6%B5%8E%E5%90%88%E4%BD%9C%E4%B8%8E%E5%8F%91%E5%B1%95%E7%BB%84%E7%BB%87>，瀏覽日期，2020 年 12 月 2 日。

七大工業國家組織的權力為後盾而設置，其目的在合作共同制裁剝削國際金融市場之行為並加以入罪化，並且制定非正式的預防暨打擊洗錢之監督管理規則。關於 FATF 進一步的發展涉及到某個法律理論上特別有趣的程序，即發展出某種非正式規範設定的提昇；我們可以說 FATF 就打擊洗錢而言已經提昇成為世界性的“立法者”而無庸正式地由國際社會所授權¹⁶。FATF 記錄並對洗錢的流程與方法進行調查研究，發展多項打擊洗錢之建議（*Empfehlungen*），並透過提列黑名單程序（*Blacklisting-Verfahren*）“制裁”不遵守前揭建議的金融市場。FATF 的建議以“法律（*Gesetz*）”的效果做為以國際性的金融市場為範圍執行打擊洗錢。關於 FATF 提供之建議的形成與發展詳細文件資料可以上其官網（www.fatf-gafi.org）搜尋¹⁷。

於具體個案中，FATF 會先實施以風險為基礎的特徵，分析並評估洗錢與資（助）**16** 恐（怖主義）對金融與非金融部門造成之危害所做成之建議，並公告給所有國家。這些國家被進一步要求將洗錢行為罪刑化，並且完成有效地剝奪犯罪所得之措施。FATF 於進一步的建議中處理了將打擊洗錢結合資恐與資助大規模毀滅性武器擴散的議題。此乃植基於同意將迄今已發展在打擊洗錢的範圍內，為了審查可疑金流之工具也適用於前開領域。建議中更多的部分（第 9 項到 23 項建議）處理了必要的預防措施。因此銀行對客戶的保密義務（*Bankgeheimnis*）不得違反 FATF 建議之轉化規定（*Umsetzung*）。當金融業與非金融事業及人員在與客戶互動時，應遵循之注意義務包括：適用客戶身分審查（*Know your customer*）原則，交易關係應持續性地以風險為導向加以審查，相關的交易情形應予以紀錄並留存。重要政治性職務之客戶金融交易應特別注意加強監督密度。通匯銀行業務（*Korrespondenzbankgeschäft*）¹⁸ 被視為具有特別的風險，而提供新數位科技進行匯款與其他具有價值財產之移轉服務，以及與高風險國家如伊朗和北韓等進行匯款與其他交易等亦同。發生前揭不尋常交易之可疑關係時，即應將此情以可疑申報（*Verdachtsmeldungen*）方式即時通知主管

¹⁶ *Herzog/Achtelik* in: *Herzog, GwG, EinL Rn. 61.*

¹⁷ *Darstellung* abrufbar unter <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/> mit weiterführenden Links.

¹⁸ （譯按）英文為 *Correspondent banking*，通匯銀行業務意指一個銀行（通匯銀行）對另外一個銀行（對應銀行）提供銀行業務服務稱之，大型國際銀行型態上通常擔任其他世界各地上千個銀行之通匯銀行，而對應銀行被提供廣泛的各項服務，涵蓋現金管理（諸如不同貨幣之付息帳戶 [*interest-bearing accounts*]）、國際電匯、票據兌現、過渡帳戶及外匯服務等。參評鑑方法論，由 FATF 秘書處授權，由中華臺北金融情報中心譯為中文，2013 年版，頁 118。



機關。FATF 之補充建議更要求：對於法律架構不透明與不讓人辨識其實質受益人（自然人）之法人客戶，於交易時更應加強其注意義務（第 24 項到 25 項建議）。

- 17 後續的建議（第 26 項到 35 項建議）處理了該管監督機關與訴追機關的法律及職權。就此部分，國家有義務處理所有關於有效打擊洗錢作為之全方位的統計數據。FATF 最近一次的建議（第 36 項到 40 項建議）終究提到關於國際合作就洗錢進行司法互助（gegenseitige Rechtshilfe）的問題，特別是就財產的凍結與沒收，以及引渡犯罪嫌疑人等議題。
- 18 有鑑於具有決定性的洗錢抗制政策的角色並不令人詫異，FATF 的建議很快地在歐洲共同體找到其表述的版本。透過歐盟 1991 年 6 月 10 日的第 1 號反洗錢指令（die erste EG-Anti-Geldwäscherichtlinie）提出了 FATF 所列載大部分的建議到具有拘束力的法規命令層級（Rechtsvorschriften）之位階。該指令迄 1995 年已由所有歐盟成員國轉化入各該內國法中¹⁹。
- 19 前揭歐盟第 1 號反洗錢指令某些基本規定於 2001 年 12 月 4 日透過歐盟第 2 號反洗錢指令（die zweite EG-Anti-Geldwäscherichtlinie）加以修正。因此，作為洗錢前置犯罪所列舉的犯罪行為在本質上就要擴大其適用範圍，基於 2001 年 911 事件之背景，也納入了打擊資助恐怖主義；且從現在起，作為規範的接受者，幾乎所有可能接觸到洗錢行為的職業團體 — 即所謂的守門人職業團體 — 最終都要納入；但也包括經手高價位商品交易的自然人以及賭場的受雇人²⁰。該號指令於 2002 年 8 月 14 日藉由修訂原始的反洗錢法而轉化入德國法中。
- 20 歐盟執委會（Europäische Kommission）於 2004 年 6 月已經提出歐盟第 3 號反洗錢指令（die dritte EG-Anti-Geldwäscherichtlinie），在一段較長時間的討論以後，該號指令於 2005 年 11 月生效。該指令首先以較緊密的方式結合了反洗錢與打擊資恐的領域。此新指令的核心就在於重新調整了相關的評鑑方法（entsprechende Instrumente）從所謂的“以規則為本的方法（rule based）”到另一種“以風險為本的方法（risk based approach）”。申言之，不應再採取“全面性地（Abklappern）”以規則為本的方法實施客戶審查及所有列舉的審查措施，而應該將打擊洗錢的資源

¹⁹ VgL AB1. EG 1991 L 166, 77; zur Umsetzung der Richtlinie Teichmann/Achsnich in: Herzog/Mülhausen (Hrsg.), GWHB, §29 Rn.8.

²⁰ VgL AB1. EG 2001 Nr. L 344, S. 76.

導向具有洗錢危害潛在風險之客戶與交易類型。在此意義下，也要特別強化對於所謂的“重要政治性職務之客戶”群組的注意，因為這類人士綜合了打擊貪腐與洗錢的特徵²¹。就此部分在邊碼（Rn.）第 47 以下的段落會再提到。

自 2013 年 2 月起基於歐盟層級政治領域積極動能的背景，提出了歐盟第 4 號反洗錢指令（die vierte EG-Anti-Geldwäscherichtlinie）的草案²²。該指令嗣於 2015 年春季生效²³。此指令所轉化的法律（Geldwäscherichtlinien-Umsetzungsgesetz）於 2017 年 6 月 26 日生效，該法更加擴大了反洗錢法（GwG）的適用範圍並且重整其架構。成員國首先應該將第 4 號反洗錢指令的轉化規定到內國法，對於打擊洗錢與資恐之義務違反行為，施以有效的、合乎比例及具有威攝（勸阻）性的行政法上之制裁與措施。此處所規定的違法性（Rechtsverstößen）要件，應在歐盟整體範圍內產生一致的制裁效果。因此，面對客戶時所要求之注意義務若有較嚴重的、重複性的或體系性的違反時，指令即規定應施予行政法上的制裁及措施。進一步的規定則是關於交易紀錄的留存（Aufbewahrung von Aufzeichnungen und Belegen），可疑交易之申報以及申報義務人之內部控制（interne Kontrolle der Verpflichteten）。

根據第 4 號反洗錢指令，對於實質所有權人（wirtschaftliche Eigentümer）有義務取得所衍生之更加精確與實際上有用的資訊俾“追索可能隱匿其在團體架構後面之身份的重要要件”。附加於基本資訊如團體的名稱或登記地址，證明設立（登記）與法律上的所有權之外，會員國也應該注意到，在其領域內根據內國法所登記之企業，也應該取得其實質受益人適當的、精確的與實際上有用的申報資料並要求持續維護之。為了打擊濫用法人（juristische Personen）以追求更加透明之目的，會員國應更進一步確認，基於完全遵循歐盟法（Unionsrecht）關於實質受益人之資訊應於該團體之外，另外儲存於一個中央登記機構（Zentralregister）。會員國就此得利用該儲存實質受益人資訊的中央資訊銀行（zentrale Datenbank）、商業登記（Handelsregister）或另外一個中央登記。只要利害關係人資訊（personenbezogene Daten）之使用，原則上得以此種形式達成目的。與此相關的法律基礎規定在反洗錢

²¹ Vgl. AB1. EG 2005 L 309, S. 15; dazu Herzog/Achtelik in: Herzog, GwG, Einl. Rn. 82 ff.

²² Abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0045&rid=1>.

²³ Vgl. AB1. L 141/73 vom 5.6.2015.



法第 18 條以下。

- 23** 關於科處罰鍰之規定，於改革的框架內也有若干修訂。一如既往，罰鍰的科處應僅限於普通過失（*einfache Fahrlässigkeit*）的情節，而不及於重大過失（*Leichtfertigkeit*）的程度。許多新規定的義務類型，目前認為歸屬於行政處罰之範疇較妥適。例如違反透明登記處（*Transparenzregister*）所要求提供資訊並維護資訊之義務，以及更新並通報該處之義務等均科處罰鍰（§ 56 Abs. 1 Nr. 53 ff. *GwG*）。同時，關於違反反洗錢法的申報義務之罰鍰額度 — 包括違反透明登記處所規定的義務 — 都提高了。於特別嚴重、重複違犯或者體制性違犯的案型，罰鍰總計得提高到 100 萬歐元，金融信用機構違犯者得科處罰鍰總計至 500 萬歐元，此外，也可能存在與營業額具有關聯性的罰鍰計算方法（§ 56 Abs. 2 *GwG*）。再者，主管監督機關之罰鍰決定將來也應該公告於其官方網站（所謂的“揭示與羞辱 *naming and shaming*”）並通知歐盟的主管機關（§ 57 *GwG*）。法規技術遵循（*Regelungstechnik*）以公告前揭資訊在官網（*Internetveröffentlichung*）為原則，延期或匿名公告相關資訊則為例外。

遵循以風險為基礎作為防制洗錢的評鑑方法（*risikobasierter Ansatz*）會進一步地強化。風險管理（*Risikomanagement*）一事特別是藉由明文規定於反洗錢法第 4 條至第 9 條自此確定。透過此種“強化以風險為導向（*Stärkung der Risikoorientierung*）”之作法會再產生根據反洗錢法對於申報義務人風險管理所延伸出來的義務。前揭風險管理包括有義務完成風險分析以及設立所謂的內部保全措施。

- 24** 風險分析（*Risikoanalyse*）是最新導入的作法。這說明了要強化非金融事業部門之申報義務人的責任。這也包括提交風險分析給該管監督機關的新義務（§ 5 Abs. 2 Nr. 3 *GwG*），以及為整個團體建立相關指標（§ 5 Abs. 3 *GwG*）。關於潛在應加以注意的低風險因素與高風險因素，目前已經分別具體規定在反洗錢法的附錄一（*GwG, Anhang 1*）及附錄二（*GwG, Anhang 2*）。

- 25** 依第 6 條規定，內部保全措施從現在起同樣適用於所有的申報義務人，且經完整的修訂。首先是增訂了內部保全措施功能性之監督義務（§ 6 Abs. 1 *GwG*）。藉此規定，取代了之前舊銀行法第 25h 條第 1 項關於執行內部保全措施監督機構之規定，並擴大了審查措施之效用。機構應根據新規定之功能性（或稱「可操作性」*Funktionsfähigkeit*）監督義務以審查並適應已經實施的控制措施。反洗錢法第 6 條

第 2 項含有關於內部保全措施之例示說明。因此列舉並未結束，且要透過申報義務人適當地去調整或補充。反洗錢法第 6 條第 4 項規定將申報義務人擴及於賭博業，是以將來在操作上必須附加適當的資訊處理系統功能。此一指標應該有助於金流支付之透明化。依反洗錢法第 6 條第 5 項規定，再導入一項創設企業內部吹哨程序（*unternehmensinternes Whistleblowing-Verfahren*）之義務，亦即設置一種特別的、獨立且匿名的管道，讓企業內部的員工得以透過該管道通報關於觸犯反洗錢法之行為。此外，內部保全措施之外包（*Outsourcing*）減輕了申報義務人的工作，並且從現在起不再需要聯邦金融監督管理局（*BaFin = Federal Financial Supervisory Authority*）的同意，更精確的說，只要事前報備即已足夠（*vgl. § 6 Abs. 7 GwG*）。

總之，反洗錢法最根本的修正，特別是在擴大申報義務人的範圍及於所有賭場與貿易商（*Güterhändler*）之業主與經紀人所進行之交易或收受之現金高於 1 萬歐元時。此外，金融交易調查中心【之前稱為可疑申報中心】重新改組，由聯邦刑事警察局（*Bundeskriminalamt*）改隸至海關總署（*Generalzolldirektion*）。同樣地，吹哨者程序也新增訂到主管監督機關與申報義務人之規定中。另外也設置了一個法人之實質受益人申報的透明登記制度。以風險為基礎的評鑑方法藉由個別的業務關係與交易之風險審查而強化並要求詳細說明。確認客戶身分之規定也在不改變基本原則的基礎上，全部從新做了調整。最後是制裁效果均有大幅度的加重，且所有的監督措施與罰鍰處分均公告於主管監督機關的網站（“揭示與羞辱”）。反洗錢法之範圍因此從 17 條擴增到 59 條。

歐盟第 4 號反洗錢指令經歷了長時間的審議與轉化程序才修訂為德國的實定法，**27** 歐盟第 5 號反洗錢指令（*die 5. EU- Geldwäscherichtlinie*）²⁴ 旋於 2018 年夏季出台，等待排入轉化之議程。從此點觀之即明，歐洲對於打擊洗錢仍快速地進展中，並因此在許多方面可見，反洗錢指令要求歐盟各會員國有義務轉化為內國法之壓力襲捲而來。最近一波需要再度調適的規範即與金融交易的數位化及全球化有關，並影響到如病毒般擴展的洗錢行為。因此，第 5 號反洗錢指令另外針對強化電子金融商務（*E-Geldprodukte*）之透明度而調降其交易額度門檻，亦針對強化為了未能申報必要的客戶身分之透明度，以及對於客戶之審查更嚴格的要求等。此外，關於虛擬貨幣

²⁴ 5. EU-Geldwäscherichtlinie vom 30. Mai 2018, Abl. L 158/43 vom 19.6.2018.



的交易平台也包括在內。涉及各邦有關於高風險的注意義務也進一步提高。金融情報中心（zentrale Meldestelle = Financial Intelligence Units）的職權再度擴張，且會加速對於銀行與支付業者所管理帳戶資訊之數位方式取得可能性。

28 就國際的發展與抵制洗錢這個議題在過去 30 年來所取得之重大政治性作用²⁵，反映在國內法的影響有兩方面：首先是在預防面的（金融）市場規制的“重大犯罪利得追索法即反洗錢法（Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten — Geldwäschegesetz【GwG】）”，其次是在抗制面的完成刑法第 261 條洗錢罪的構成要件立法。此二規範不斷地修訂而擴大其適用範圍：關於不法構成要件部分，仍然持續性地擴大前置犯罪目錄行為（Vortatenkatalog）；至於反洗錢法部分，則是藉由擴大適用對象之範圍、調整注意義務以及降低可疑申報之要件等方式為之。此外，尚有許多繼續發展的政策上關切事項已經對接到打擊洗錢之議題（或者說此一概念得以另類方式理解）：打擊資助恐怖主義、打擊大規模毀滅性武器擴散、打擊政治上的“黑錢”與控制網路賭博等。

29 以下將以實用為取向方式來說明洗錢防制的概念與刑法上對洗錢之處罰的基本內容（當然也少不了對於法治國所欠缺事項【Defiziten】之批判）。

B. 洗錢法（GwG）—洗錢抗制的私部門規範評鑑方法

（B 節略）

C. 刑法第 261 條規定之構成要件—洗錢之壓制性的刑法訴追

I. 刑事政策方案與國際法的義務

72 洗錢行為（Geldwäschehandlung）的上位概念之下，會有一個針對財產（Vermögenswerte）之前置行為（Vorgehensweise），而該財產乃產自不法活動或與不法活動具有關聯性；洗錢則是解放（“漂白”）來源之污點，讓其顯現出合法的外觀，並擺脫刑事訴追機關之掌握，俾最終能夠以各種方式利用其支出與投資²⁶。假如洗錢可以遂行，則刑事預防政策所稱，且令人深信不疑的口號“犯罪不值得（*crime doesn't pay*）”將敗下陣來；犯罪變成“值得”（Kriminalität würde sich

²⁵ 關於刑事政策的發展與其背景之詳細說明，可參 *Sotiriadis Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, 2009.

²⁶ *Hoyer/Klos Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis*, 1998, S.9; *Leip Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 1999, S. 4; *Oswald Die Implementation gesetzlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der BRD*, 1997, S. 281.

doch “lohlen”），而損害了基本的正義之誡命“不當得利應予禁止”（*Unrecht Gut gedeihet nicht*）【根據 Salomos 的箴言】。有鑑於毒品交易的大量利潤，因此在刑事政策上要獲得某種得以堅決掌握此等“黑錢（schmutziges Geld）”之方便且壓倒性的手段²⁷。

作為聯合國 1988 年維也納公約之締約國，聯邦德國有義務完成打擊清洗販毒所得之刑事不法構成要件²⁸。在討論增訂刑法第 261 條規定之準備階段（Vorfeld）時，馬上就放棄了僅聚焦於“販毒所得”。取而代之的是一併將與“組織犯罪”有關聯性者，置入新創設的洗錢罪中。刑事不法構成要件最終於 1992 年以《打擊組織犯罪改革法案》（Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität）導入²⁹。然而，立法者將前揭原始的不法構成要件中，關於組織性的犯罪範圍，僅留下相對限縮的意義，如同構成要件所顯現出犯罪行為的安排（Ausgestaltung der Tathandlungen）與第 261 條第 1 項所規定之前置犯罪目錄。

後來，第 261 條之前置犯罪也根據針對愈來愈多“黑錢”的現象而擴大了打擊洗錢預防工具之運用：因此於 1994 年透過《打擊重大犯罪法案》（Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994）將所有與幫派成員或以常業方式（gewerbsmäßig）參與公務員賄賂行為（Korruption）者均納入；1998 年的《打擊組織犯罪改革法案》（Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität von 1998）；2002 年的《打擊逃漏稅捐法案》（Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz von 2002）；2008 年的《補充打擊洗錢與資恐法案》（Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung von 2008）以及 2011 年的《打擊洗錢與逃漏稅捐改革法案》（Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und Steuerhinterziehung von 2011）等，乃一系列為因應資助恐怖主義、稅務犯罪、市場操縱、內線交易與人口捐客（“Schlepper”）對於偷渡者（illegale Einreise）的經濟剝削行為，都增訂到前置犯罪的範圍內，而不必然以“組織犯罪”與其洗錢活動產生必要之關聯做為辨識的特徵³⁰。

²⁷ Vgl. Pieth GWHB, § 3 Rn.2 ff.; Ambos ZStW 2002, 236, 249 ff.

²⁸ Ebd.

²⁹ Sotiriadis Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, 2009.

³⁰ Vgl. hierzu Nestler in: Herzog, GwG, §261 Rn. 4.



- 74 近年來一再擴展前置犯罪範圍之共同的刑事政策目標，其標準係基於能夠達成打擊以利得為導向之犯罪的洗錢行為，此乃彼等之要害。刑法第 261 條之實體法上規定之目的在於使前置犯罪行為人與其違法取得之收益（Gewinn）被隔絕（“isoliert” wird，即遭到孤立），且不能從中移（搬）走更多的利得（Gewinn）。此一刑事政策的預防功能應能導致：前置犯罪行為人因慮及預防性的網絡縮編（enggewobene präventive Netze），並認知到可能遭受到的刑事沒收制裁，於評估其犯罪收益後，認為犯罪實際上並不值得³¹。
- 75 此外，透過新增訂而單獨將洗錢行為入罪化，包括藉由預防機制而一併認知到對於刑事訴追機關也創設了新的偵查發動條件。積極參與的行為人（Akteure）、組織架構（Strukturen）與近年來仍難以偵破的組織犯罪“首腦”（“Paten”），應該都要能夠被追蹤關於其金流（利得）之軌跡（über den *paper trail*...aufgespürt werden können）。
- 76 最後，也要提及已經規定在偵查程序（刑事訴訟法第 111b 條及以下之規定）之凍結不法財產機制的關聯性，以及實體法上利得剝奪與擴大利得沒收之規定。

II . 透過洗錢構成要件保護之法益

- 77 有鑑於此一打擊洗錢之計畫，規模雄心兼具，立法者所揭示以“內國司法用以排除犯罪結果之任務”作為此規範特別寬廣且響叮噹的法益，就不會這麼令人吃驚了³²。這也就是在文獻中多次將刑法第 261 條規定所保護的法益簡化為“司法（Rechtspflege）”一詞的原因³³。然後，此事經常且頻繁地以功能性的規定描述為：司法的內涵係用以促進訴追機關之效率，或者說這關係到某種“以刑事訴追機關一般性的保全利益作為最主要的法益”。就此一可謂欠缺輪廓的與功能化的法益規定關係中，也屬於所論及該（指“司法”的）內涵係用以保護合法的經濟與金融活動、國民經濟（Volkswirtschaft），或者用以保護公平的競爭秩序（Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen）³⁴，或者是向一般普羅大眾所解釋者：洗錢構成要件所保護的法益就是國家社會的內部安全³⁵。

³¹ Vgl. BT-Drucks. 12/989, S.26; BR-Drs. 507/92, S. 23.

³² Vgl. BT-Drucks. 12/3533, S. 11.

³³ Vgl. Nestler in: Herzog, GwG, § 261 Rn. 23 m.w.N.

³⁴ Botke wistra 1995, 121, 124; vgl. auch Lampe JZ 1994, 123, 125 f.; Vogel ZStW 1997, 331, 351.

³⁵ Vgl. hierzu insgesamt Nestler in: Herzog, GwG, § 261 Rn. 22 ff. m.w.N.

近年來 — 也是盡了一翻努力 — 有認為洗錢行為保護的法益乃某種足以確定，**78**且若以傳統上以法益保護為依歸加以理解的話，只與前置犯罪相連結³⁶。然而，前揭認知將造成「刑法第 261 條應促進多樣化的犯罪預防」貧乏的法益規定之結果³⁷。如此則難以滿足對於以法益作為限制性的原則 — 合法的刑法上干預之基礎與界限 — 在批判上的理解³⁸。

下述情形也難以克服：於判決中要確定刑法第 261 條規定的法益時，只能或多或少地發現到在具體化（法益）的過程中曾經付出的辛勞與努力³⁹，與聯邦憲法法院裁判所提及根據法規（Rechtsvorschrift）所及之“廣泛且模糊而具有保護可能性的法益”⁴⁰。**79**

有鑑於模糊的法益規定、廣泛延伸的前置犯罪目錄行為與關係密切且具有預防性質的洗錢控制體系（engmaschiges präventives Geldwäschekontrollsystem），實際上似乎應該期待透過可疑申報作為刑事訴追的橋樑，也就是讓不法構成要件得以對於洗錢與其行為人進行廣泛的干預。然而事實真相是：根據打擊洗錢犯罪的統計數據顯示，有罪判決的數字極低，利得剝奪（Gewinnabschöpfungen）的數據更低，只有相當少數與所謂組織犯罪具有關聯性的可疑申報案件能進入偵查程序，而且因為洗錢導致有罪判決的數量也少得可憐⁴¹。學者 *Fischer* 因此認為，打擊洗錢犯罪的整個概念必須從實務上刑事訴追的觀點與預防性的警察行政（aus präventiv-polizeilicher Sicht）之觀點…，“執以適當的比例（gemessen mit normalen Maßstäben）…視為尚未成功”⁴²；他進一步提到與法之關聯性時指出，此概念顯示出“非理性的特質”**80**

³⁶ Vgl. *Schröder/Bergmann* Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss, 2013, S. 46 f.; *Hoyer* in: SK- StGB, §261 Rn. 1.

³⁷ Vgl. *Burr* Geldwäsche, 1995, S. 25; *Neuheuser* in: MK-StGB, §261 Rn. 13; *Salditt* StraFo 1992, 121, 122.

³⁸ Dazu *Hassemer* Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: Hefendehl (Hrsg.), Die Rechtsguttheorie, 2003, 57 ff.

³⁹ Nachweise bei *Nestler* in: Herzog, GwG, §261 Rn. 28.

⁴⁰ *BVerfGE* 110, 226.

⁴¹ Vgl. *Hefendehl* StV 2005, 155, 161; vgl. auch BT-Drucks. 15/1864; *Suendorf* Geldwäsche — Eine kriminologische Untersuchung, 2001, S. 388.

⁴² *Fischer* StGB §261 Rn. 4b; siehe auch *Dierlamm* in: FS Mehle, 2009, S. 177, 181.



(Züge der Irrationalität)”⁴³。

- 81 學者 *Nestler* 與 *El-Ghazi* 則認為，這種寬泛性地以洗錢之構成要件為訴追目標與其實務上移植失敗的結果，應該以下述洗錢犯罪構成要件來解釋：“預防性的衡量在解釋刑法第 261 條規定時，對於其他利益，特別是就財產自由交易的保護，以及非必要與過度的可罰性之保護而言，原則上不具有優先性。此外，過度偏重刑法上為了追求洗錢刑事訴追之績效（Daten）俾打擊洗錢犯罪的選擇，也要求基於正義（Gerechtigkeitsgründen）與刑法構成要件解釋時謙抑性之趨勢”⁴⁴。

III . 洗錢構成要件之基礎架構

- 82 刑法第 261 條規定如下：根據第 1 項規定，洗錢的犯罪客體（Tatobjekt）可以是具有財產價值的任何“標的”（jeder “Gegenstand” mit Vermögenswert），而該標的係產自於該項各款所規定之目錄犯罪。該條第 1 項規定了所謂的掩飾型與阻礙型構成要件（Verschleierungs- und Vereitelungstatbestand），第 2 項規定所謂的隔絕型構成要件（Isolierungstatbestand）。第 261 條關於輕罪⁴⁵，於第 3 項規定其未遂犯之可罰性。洗錢罪的構成要件並無關於結果加重犯（Qualifikationen）之規定。第 4 項明確規定了對於情節重大案型的刑罰裁量規則，並例示了兩種態樣：常業性與集團性的犯罪（gewerbsmäßige Handeln und die bandenmäßige Begehung）。於第 5 項中，也將可罰性擴及到重大過失行為（leichtfertige Handeln）。第 6 項規定，依第 2 項⁴⁶對於先前取得財物並未犯罪之情形（bei straflosem Vorerwerb），則不具有可罰性。第 7 項規定與財產剝奪有關聯性之工具（Verknüpfung mit Instrumenten der Vermögensabschöpfung）的法律效果。第 8 項則規定在國際間進行的洗錢行為，如

⁴³ Fischer StGB § 261 Rn. 4c.

⁴⁴ Vgl. *Nestler* in: Herzog, GwG, § 261 Rn. 20.

⁴⁵（譯按）德國刑法第 23 條第 1 項規定：重罪（Verbrechen）之未遂犯，罰之。輕罪（Vergehen）未遂犯之處罰，以有特別規定者為限。而重罪與輕罪之定義則規定在同法第 12 條第 1 項與第 2 項：稱重罪者，謂最輕本刑為 1 年或 1 年以上有期徒刑之罪【第 1 項】。稱輕罪者，謂最輕本刑為未滿 1 年之有期徒刑或罰金（Geldstrafe）之罪【第 2 項】。而我國刑法總則因未有重（輕）罪之區分，則是否處罰未遂犯，概依刑法第 25 條第 2 項【未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。】之規定。

⁴⁶（譯按）第 2 項即隔絕型構成要件【收受、持有或使用（前置犯罪所得）類型】之情形，故第 6 項規範之對象，自不包括第 1 項所規定掩飾型與阻礙型構成要件之情形。此亦為行為態樣在邏輯上適用之必然。

果確定在外國實行的聯結犯行（Anschlussstat，指洗錢之後行為）依行為地之法律可罰時，於德國也應予處罰。

第9項規定兩種特別的解除刑罰事由（Strafaufhebungsgründe），其中第1句規定個人解除刑罰事由（“tätige Reue”）之態樣：當行為人有下列情形時，即可免除其刑（straflos bleiben），於犯罪行為發現前，因己意自首其洗錢犯行，以及對於故意的洗錢行為，尚須積極地保全其犯罪客體（Sicherstellung des Tatobjekts bewirken）⁴⁷。第2句則規定，參與前置犯罪行為時，則洗錢行為不另外加以處罰。

IV. 個案中洗錢之構成要件

1. 犯罪客體—產自前置犯罪—污染化

第261條第1項規定之掩飾型與阻礙型構成要件意義下之洗錢犯罪客體，可以是任何產自第1項第2句所規定違法行為而具有財產價值之標的。該等標的之特徵範圍非常廣泛，不僅包括刑法第259條贓物罪之動產與不動產，而且也及於所有具有財產價值（jeden Vermögenswert）者。於“洗錢罪”，標的可及於債權與權利、公司股權、非法持有的麻醉藥品或偽造貨幣⁴⁸。

產自（Herrühren）的這個概念也應該依據立法者的意思予以擴張解釋。因此，此一概念乃選擇性地針對刑法第259條贓物罪構成要件之具有關聯性的要求（Konnexitätsanforderungen），並進一步超越它⁴⁹。此構成要件應該處理“每一種可以預料到會淪為洗錢態樣的交易行為都需要矯正”⁵⁰。因此，標的（Gegenstände）也應該透過產自的概念予以掌握，而該標的則係指基於維持物之經濟上價值而從擴大利用行為鏈（Kette weiterer Verwertungshandlungen）所取得者。於取得時僅沾染部分污點（nur teilweise mit “schmutzigem Geld”）之標的本身，應當歸類如下：由於“產自”這個毫無邊際可言的特徵，在這方面幾乎無法得到精確且在法律上關於

⁴⁷ （譯按）由於德國刑法第261條洗錢罪第5項規定【重大過失洗錢罪】為我國現行法所無，故若行為人於德國觸犯重大過失洗錢罪，只須依該條第9項第1句第1款之規定，即可享有個人解除刑罰事由之優惠；但若行為人於德國所觸犯者為故意洗錢罪之既遂犯【即同條第1項與第2項之行為】，除須自首外，尚須依該條第9項第1句第2款之規定，為司法機關保全洗錢犯罪之標的，方可享有個人解除刑罰事由之優惠。

⁴⁸ Vgl. umfassend *Voß*, Die Tatobjekte der Geldwäsche, 2007; *Fischer*, StGB § 261 Rn. 6.

⁴⁹ BT-Drucks. 12/989, S. 26 f.; *Altenhain* in: NK-StGB, §261 Rn. 54; vgl. *Arzt* NStZ 1990, 1 ff.

⁵⁰ BT-Drucks. 12/989, S. 12.



混合了乾淨的與沾染污點的財產價值造成之影響（所謂的污染 *Kontamination*）的確定答覆。

- 86 根據立法者的觀點，“產自”的概念應該理解為：“在漂白過程（*Waschvorgang*）之後，利益仍然存在於不法行為的控制下而未喪失”；另一方面，此概念的解釋也不應該外擴至“合法的經濟活動馬上受到指摘，應該對大量沾染污點的標的（*Vielzahl inkriminierte Gegenstände*）提供罪證”⁵¹。這當然無助於解決下列問題：對於“黑錢”的掌握應該在多少次的漂白過程後，與哪些“漂白結果（*Waschergebnis*）”之後才算結束。
- 87 只有在下列這種直接源自於前置犯罪而取得之財產標的是明確而清楚的，例如：從販賣毒品、恐嚇收取的保護費、行賄款項（*Bestechungsgeld*）、犯罪報酬（*Tatlohn*）等收益，與犯罪產物（*Tatprodukte*），例如：偽造貨幣或者製造生產之麻醉藥品等⁵²。
- 88 用以實行犯罪之物（犯罪工具，*instrumenta sceleris*），在行為邏輯（*handlungslogisch*）上不能認為是由犯罪而生（*durch die Tat hervorbringen*）的。只要部分的聯邦最高法院對此採取不同見解，例如將行賄款項，而不是直到收受賄款後（*erhaltenen Bestechungslohn*）才視為適格的洗錢客體，那麼將脫離「洗錢可罰性 – 亦即將利益的維護及利益的移轉予以處罰 – 的基本架構」⁵³。
- 同樣的，作為前置犯罪行為所必要的標的物（所謂的關聯客體 *Beziehungsgegenstände*），應該從犯罪客體之範圍中抽離，因為要去論述關聯客體可能源自前置犯罪行為（*sie hätten ihren Ursprung in der Vortat*）在概念邏輯上是不可能的⁵⁴。
- 89 產自前置犯罪之標的（*Gegenstände aus der Vortat*）本身可以、甚至應該會以多樣化之方式與其他財產標的混合與交換，根據洗錢的態樣而言是再明顯不過的（俾利模糊其軌跡）。於簡單而明瞭的替代物案型：在進行原始洗錢標的之交

⁵¹ BT-Drucks. 12/989, S. 27 und identisch BT-Drucks. 12/3533, S. 12.

⁵² Vgl. *BGH* Urteil vom 24. Juni 2008 – 5 StR 89/08.

⁵³ Vgl. *Rettenmaier* NJW 2009, 1619; *Fahl* JZ 2009, 747, 748.

⁵⁴ Ebenso *Altenhain* in: NK-StGB, §261 Rn. 64 m.w.N.: *Bischofberger* Zur Auslegung des Tatbestandmerkmals, Herrühren^a im Rahmen des Straftatbestandes § 261 StGB, 2010, S. 99 f.; anders etwa *Fischer* StGB, §261 Rn.7.

換過程中，就會產生沾染污點的替代物（kontaminiertes Surrogat）。因此當某些黑錢存入帳戶或者以“黑錢”取得公司股份時，就會關係到前置犯罪與關係交易（zusammenhängende Transaktion）間之因果關係，（申言之）取得之財產標的取決於其金流上（wirtschaftlich）根據與前置犯罪間顯現出的因果關係之歸屬。作為適格的洗錢犯罪客體之間接利得之範圍，規範上應限制如下：當間接利得不是收益（Nutzungen）⁵⁵時，在利用適格的洗錢犯罪客體與產自該犯罪客體的利得間不再存在關聯性⁵⁶。於利潤型利得之案型（Gewinnfalle），使用“黑錢”到比賽或賭博的場合（而贏錢），並不該當洗錢罪的構成要件類型是很明確的，因為在前置犯罪與利得的實現之間只是單純的巧合⁵⁷，而且也不算是一種意圖指向型的交易（zielgerichtete gelungene Transaktion）。

對於難以偵辦調查與在法律的評價上仍具有重大爭議之案件事實，其問題在於：混合了合法的與沾染污點的財產在分類上之結果為何，相應的財產標的是否仍然算是產自前置犯罪？從洗錢罪的結構（第二階段：分層化【Verwirrspiel】）可得悉，透過原則上也包括混合了合法的與沾染污點的財產等愈加新穎與複雜的交易及投資，俾混淆原始犯罪客體之溯源追查手法，正是洗錢的過程。如果不考慮規範上的界限，單純根據因果關係的標準（Kausalitätskriterium），則所有欠缺原始犯罪客體（Ausgangsobjekt）之混合性的交易就變得難以想像，且那些打算擁有運用洗錢能力者，當然能夠讓洗錢“分層化”的過程順遂。根據“全部污染理論（Lehre von der

⁵⁵ （譯按）關於 *Nutzungen* 一詞究以譯為「孳息」或「收益」為宜？雖有文獻譯為「利益」（如李聖傑等編譯，《德國刑法典》，元照，2019年7月，頁124；甘添貴總主編，《德國刑法翻譯與解析》，五南，2018年3月，頁156），惟本文援引國立臺灣大學法律學院暨財團法人台大法學基金會主編，《德國民法（上）總則編、債編、物權編》譯本中關於該字之譯法：因德國民法第100條規定：稱收益（*Nutzungen*）者，謂物或權利之孳息（*Früchte*），及因物或權利之使用（*Gebrauch*）所生之利益（*Vorteile*）。是以「收益」包括「孳息」（德國民法第99條）及「使用利益」（*Gebrauchsvorteil*）；申言之，「收益」在性質上屬於「孳息」及「使用利益」之上位概念而與負擔（*Lasten*）一語相對；至於「權利之使用」（*Gebrauch eines Rechts*），例如股東之投票權即係股權之收益，參前揭書，元照，2016年10月，頁86。況德國民法第953條尚有「天然孳息」（*Erzeugnisse*）之規定。

⁵⁶ *Altenhain* in: NK-StGB, §261 Rn. 73.

⁵⁷ Vgl. *Nestler* in: Herzog, GwG, § 261 Rn. 65; *Barton* NStZ 1993, 159, 162; *Leip* S. 104 f.; *Neuheuser* in: MK- StGB, §261 Rn.51.



Totalkontamination)”，關於已產生污染的標的，即應該完全從產自前置犯罪的角度加以觀察⁵⁸。根據大量文獻與法院裁判的代表性見解，關於產自犯罪而沾染污點之混合標的（Gesamtgegenstände）的“污染率（Infizierungsgrad）”，若非依據某個特定數字的最低標準（numerisch bestimmte Mindestgrenze）【從 1% 到 50%】，就是依據“非微不足道（nicht völlig unerheblich）”的規範上之界限，並先行確定其中之一⁵⁹。全部污染理論因此絕對不同意，該理論會導致完全封鎖產自前置犯罪所取得的任何“複製（Vervielfältigung）”沾染污點的財產在實務上可能不斷延續下去的結果⁶⁰。倘若（污染率）是要依據某個特定的最低額度（Mindestanteile），該額度【或“值”（Werte）】即可能恣意地被決定，因此將產生構成要件明確性原則（Grundsatz der Bestimmtheit des Tatbestandes）之衝突⁶¹。學者 Nestler/El-Ghazi 認為“產自”的概念只有在當具體（部分）標的【der konkrete（Teil-）Gegenstand】之價值遭到壓倒性的污染時，才能加以肯定：即合法之標的無論以何種方式遭到污染，除非當污染以經濟上的方式觀察衡量，其價值大於合法的部分時，才能認為產自犯罪⁶²。

a. 題外話：稅務犯罪與“贓錢”

91 將稅務犯罪包括到洗錢構成要件的前置目錄犯罪中，突破的不僅是實際上已宣示的刑事政策所設定用來對付組織犯罪行為之計畫⁶³，更在於解決第 261 條第 1 項第 3 句所規定產自犯罪之財產概念所發生的重大問題。根據刑法第 261 條第 1 項第 3 句前段應該也包括藉由逃漏稅所節省的開支與因此不法取得之退稅與稅務減免之犯罪客體（Steuererstattungen und -vergütungen Tatobjekte）。根據第 2 句規定，依

⁵⁸ OLG Karlsruhe NJW 2005, 767, 769; Barton NStZ 1993, S. 162; Leip S. Hoff.; Neuheuser in: MK-StGB, § 261 Rn. 62.

⁵⁹ Nestler in: Herzog, GwG, §261 Rn. 68; zur Mindestgrenze: 1 % Wessels/Hillenkamp BT 2, Rn. 901; 5%, Barton NStZ 1993, 159, 163; 25 %, Leip S. 109, über 50% Salditt StraFo 1992, 121, 124.

⁶⁰ Vgl. BT-Drucks. 12/3533, S. 12; auch Bauer in: FS Maiwald, 2003, S. 127, 134.

⁶¹ Voß S. 52; Michalke in: FS DAV, 2009, S. 348, 354 ff.

⁶² Nestler/El-Ghazi in: Herzog, GwG, §261 Rn. 78.

⁶³ Fischer StGB, § 261 Rn. 8a, b, 16a, b.

租稅通則第 373 條⁶⁴ 與第 374 條第 2 項⁶⁵ 規定之前置犯罪所應支付之逃漏稅捐也被定義為犯罪客體之標的。有別於立法者主張組織犯罪的逃漏稅行為已經確定由立法加以規範，在此倒不如說是更加反應了不斷增強的刑事政策，將稅務犯罪歸類於具有特別社會損害性（*besonderer Sozialschädlichkeit*）的領域 — 誠如將租稅通則第 370 條⁶⁶ 放進前置目錄犯罪所示 — 逃漏稅捐（*Steuerhinterziehung*）正是法規範所設定的目標範圍⁶⁷。在組織犯罪與逃漏稅捐之間當然有交集 — 或許是在進出口交易洗錢的框架內也加入了旋轉木馬式的營業稅詐欺（*Umsatzsteuer-Karussell*）⁶⁸ —，在另一方面也恰好是一種成效良好的洗錢活動之戰術運用，也就是在最後一個“漂白黑錢”的階段，藉此表示行為人已經詳盡地就款項的使用做成報告並因此獲得稅捐稽徵機關“審查合格證明”（*Prüfsiegel*）。關於交易行為的大量資訊充分說明了藉由突破銀行對客戶保密義務之限制，達成了在預防性的反洗錢框架內應建立結合壓制性打擊洗錢之作為而不應僅停留在消極地不加以運用。由於並未重大偏離後行為

⁶⁴ （譯按）該條【常業性、暴力性與集團性走私】規定：（第 1 項）以常業性方式逃漏進出口關稅，或以常業性方式藉由違反烈酒專賣法（*Monopolvorschriften*，即 *BranntwMonG*）走私，處 6 月以上，10 年以下有期徒刑。情節輕微者，處 5 年以下有期徒刑或科罰金。（第 2 項）下列情形亦同：1. 逃漏進出口關稅，或行為人或其他參與人（*ein anderer Beteiligter*）於違反某禁止規範時攜帶槍械；2. 逃漏進出口關稅，或行為人或其他參與人違反某禁止規範時攜帶武器或其他工具（*Werkzeug oder Mittel*），並藉由暴力或威脅使用暴力以避免或排除他人之反抗；3. 以為了進一步實行逃漏進出口關稅或者相關聯之禁止規定為目的之集團成員之身分犯之者。（第 3 項）未遂犯罰之。（第 4 項）準用第 370 條第 6 項第 1 句與第 7 項之規定。

⁶⁵ （譯按）該條【買賣或銷售逃漏稅捐贓物罪】規定：（第 1 項）以生產製造之物或商品，依 2013 年歐盟關稅條例（*Zollkodex der Union = VERORDNUNG (EU) Nr. 952/2013 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 9. Oktober 2013 zur Festlegung des Zollkodex der Union*）第 5 條【名詞定義】20 款【進口關稅（*Einfuhrabgaben*）係指貨物輸入應繳納之稅捐】及 21 款【出口關稅（*Ausfuhrabgaben*）係指貨物出口應繳納之稅捐】規定逃漏關於前揭物品之消費稅（*Verbrauchssteuer*）或進出口關稅，或違反本通則（*AO*）第 372 條第 2 項、第 373 條之規定，故買或為自己或第 3 人取得、為自己或第 3 人獲利而銷售或協助銷售逃漏稅物品者，處 5 年以下有期徒刑或科罰金；（第 2 項）行為人以常業性或以進一步實行與前項相關聯之犯罪集團成員身分犯之者，處 6 月以上，10 年以下有期徒刑。情節輕微者，處 5 年以下有期徒刑或科罰金。（第 3 項）未遂犯罰之。（第 4 項）準用第 3 條第 6 項與第 7 項之規定。

⁶⁶ （譯按）該條係關於各種【逃漏稅 *Steuerhinterziehung*】行為之規定。

⁶⁷ Vgl. *BT-Drucks.* 14/7471, S. 18; *Beispiele bei Wulf* *wistra* 2008, 321 f., 327.

⁶⁸ Dazu näher *Herzog/Achtelik* in: *Herzog, GwG, Einl.* Rn.43 f.



犯（Anschlussdelikt）的通常結構，因此關於刑法第 261 條第 1 項第 3 句前段所規定，只能認為是直接產自於犯罪的退稅與稅務減免⁶⁹。對於節省開支之財產所“節省者”已污染了納稅義務人的全部整體財產一事，在實務上難以實施且在法治國上令人高度懷疑⁷⁰。學者 *Samson* 也認為前開（法規範之）解釋未能完全符合法規範的意旨，即犯罪行為如何能夠實行在某筆節省的開支上，此事是難以理解的⁷¹。必要時以對於所節省開支部分的財產價值加以確定，並且從現在起將其視為洗錢之關聯客體（Bezugsobjekte）⁷²。因此某種合法的財產假設可以提昇為洗錢的犯罪客體，也就是成為逃漏稅的“黑錢”之一種足以成為後行為之犯罪客體，在本質上“屬於國家所有的”錢。如此一來，洗錢構成要件就會完全與其原始要打擊組織犯罪的合法性脫離，並且使犯罪客體變成一種“什麼都不是的東西（Nichts）”⁷³。

b. 舉證責任倒置之趨勢

- 92 刑法第 261 條構成要件的界限，若依某些具有代表性的實務與文獻的見解認為應該不需要證明源自目錄犯罪所產生的客體應歸入哪個特定的前置犯罪而加以鬆綁（Auflösung）⁷⁴。當為了澄清刑法第 261 條之構成要件時，應該不需要再去說明前置犯罪之細節與因此而生的金錢來源，而是應該求諸於（Zuschreibung）具有更深層意義的舉證責任倒置（Beweislastumkehr）方式所處理之“黑錢”——該方式正如關聯到打擊洗錢所不斷追求的目標⁷⁵——最後因此到達嫌疑刑罰（Verdachtsstrafe）的境界⁷⁶。

2. 洗錢犯罪行為

- 93 關於犯罪行為，刑法第 261 條在 1 項與第 2 項中做了區別，其中第 1 項分為

⁶⁹ Vgl. *Voß* S. 86 ff., 95 ff.; *Altenhain* in: NK-StGB, §261 Rn. 82.

⁷⁰ Vgl. *Spatschek/Wulf* NJW 2002, 2983, 2987; *Bittmann* wistra 2002, 161, 168; *Burger* wistra 2002, 1, 5; *Dierlamm* in: FS Mehle, 2001, S.177, 178 ff.

⁷¹ Vgl. *Samson* in: FS Kohlemann, 2003, S. 263, 268 ff.

⁷² Vgl. BT-Drucks. 14/7471, S.9.

⁷³ Siehe *Samson* in: FS Kohlmann, 2003, S. 263, 268 ff.

⁷⁴ OLG Karlsruhe 20.1.2005 - 3 Ws 108/04; *Hoyer* in: SK-StGB, §261, Rn. 9; *Kreß* wistra 1998, 121, 125.

⁷⁵ Vgl. *Nestler/El-Ghazi* in: Herzog, GwG, §261 Rn. 88.

⁷⁶ Vgl. *BVerfG* wistra 2006, 418, 419.

掩飾型構成要件與阻礙型構成要件；在第 2 項中則將隔絕型構成要件再區分為收受（Sich-Verschaffen）、持有（Verwahren）與使用（Verwenden）等 3 個子類型（Unterfälle）。

a. 刑法第 261 條第 1 項：掩飾型要件

透過刑法第 261 條第 1 項規定的掩飾型構成要件，其目的在掌握所有從最簡單到最複雜的，以追求保護黑錢避免遭察覺、發現與因而最終遭到（公權力）干預為目的之防護措施（Vorkehrungen）。隱匿（Verbergen）黑錢的方式當然可以透過例如在街頭交易的毒販於收取款項後，再置入商店內的收銀台。同樣地，將黑錢送到另一個地點也可以滿足隱匿的要件。隱匿與移置（Verbringen）黑錢的界限有流動性，例如受委託以假名（unter falschem Namen）辦理匯款（例如：西聯匯款 Western Union），將款項付給國外的對象，或者設立以大量現金交易如書報攤、Pizza 外送服務業或擺設賭博性電動遊戲機台（Automatenspielsalon）等之商店，作為將黑錢進一步移轉的「停泊處」（Parkstation）。下列情形也在掩飾的範圍：當反洗錢法規定之申報義務人未遵循法定之確認客戶身分與透明化之要求而使“黑錢”得以停泊（Platzierung）在某客戶處；或者於信用或金融交易過程中，欠缺注意義務而於某客戶未清楚申報其經濟背景的條件下，使得大量存款流入該客戶；於同樣條件下，容許大量的鑽石與珠寶交易；促成興旺的汽車現金交易，或者在賭場進行大量的不明現金與籌碼之兌換。所有的行為一必須以掩飾為目的—已經構成“掩飾”一詞所稱的直接故意（direkter Vorsatz）⁷⁷。至於刑法第 261 條第 5 項規定的重大過失要件（Leichtfertigkeitstatbestand）請參邊碼第 108 段以下。

b. 刑法第 261 條第 1 項：阻礙型要件

刑法第 261 條第 1 項規定的阻礙型構成要件將洗錢犯罪客體之來源調查、發現、沒收或者保全加以阻礙或危害之行為入罪化。透過阻礙的行為，潛在的利害關係人（potenziell Betroffene）足以更好地對付前開國家干預的努力；此等行為結果使立法者在立法理由中，司法實務則於裁判中解釋⁷⁸：如此已經導致各該國家干預措施的

⁷⁷ Leip S. 127 f.; Müther Jura 2001, 318.

⁷⁸ siehe BGH NStZ 1999, 83 f.



具體危險⁷⁹。就此而論，學者 *Fischer* 主張⁸⁰ 阻礙型構成要件是一種具體危險犯（*ein konkretes Gefährdungsdelikt*）。所以系爭構成要件包括下列情形，例如每天在銀行進行大量將款項匯往國外，與將現金攜往國外的行為，至於是否因此在事實上造成了妨害國家干預（*Zugriffsvereitelung*）的結果，則是另外一個獨立的問題。

c. 刑法第 261 條第 2 項：隔絕型要件

96 刑法第 261 條第 2 項規定的隔絕型構成要件則是洗錢罪所設計的截堵性構成要件（*Auffangtatbestand*）。這表示系爭構成要件在針對所有第三人得以進一步支配（管理、處分）沾染污點之財產而擴展的行為態樣，資為隔絕“黑錢”交易之（保護）利益⁸¹。

97 收受類型的構成要件符合贓物罪構成要件的行為結構，換言之，行為人取得財產標的之處分權（*Verfügungsgewalt*）是“透過與前置犯罪行為人間之合意所導致”⁸²。司法實務對於此處之收受概念予以擴張解釋，有別於刑法第 259 條【即贓物罪】，並不要求前置犯罪行為人與洗錢行為人間要有銷贓的共同合意（*kollusives Zusammenwirken*）⁸³，（換言之）不僅包括“小偷與贓物犯”之行為態樣關係，而且在實際上也包括任何日常生活中伴隨著的財產交易行為。

98 刑法第 261 條第 2 項第 2 款的第 2 種類型涉及持有與使用。持有是指，為了確保嗣後支配（管理、處分）而於事實上取得並（或）掌握（*in Gewahrsam nehmen und/oder halten*）某個適當的洗錢客體⁸⁴。使用則係指任何與前占有人（*Vorbesitzer*）間，關於該標的就經濟上處分之合意⁸⁵。行為人於取得標的之時點必須已經知悉該標的之來源。此處所指的“知悉”並非直接故意（*dolus directus*），無寧說是行為人認為財產標的之來源，有產自前置目錄犯罪行為的可能性即足夠的未必故意（*bedingter*

⁷⁹ BT-Drucks. 12/3533, S. 11.

⁸⁰ *Fischer StGB*, § 261 Rn. 22.

⁸¹ BT-Drucks. 12/3533, S. 13; BT-Drucks. 12/989, S. 27.

⁸² H.M. und st.Rspr., *BVerfGE* 110, 226; *BGHSt* 55, 36, 53 m.w.N.; und auch *Körner/Dach Geldwäsche*, 1994, Rn. 33; *Leip* S. 140.

⁸³ Vgl. *BGHSt* 55, 36; a.A. *Stree/Hecker* in: Schönke/Schröder, *StGB*, § 261 Rn. 16; *Jahn JuS* 2010, 650 f.

⁸⁴ Siehe *Lackner/Kühl StGB*, § 261 Rn. 8; vgl. auch BT-Drucks. 12/3533, S. 13.

⁸⁵ Vgl. *Stree/Hecker* in: Schönke/Schröder, *StGB*, § 261 Rn. 16.

Vorsatz) ⁸⁶。

3. 為了職業適當行為之構成要件限制：透過辯護人特別的收受報酬

有鑑於洗錢罪構成要件的寬泛性，文獻中乃討論到關於具有社會或職業相當性 99 之行為（應於）構成要件加以限制 ⁸⁷。早期學界關注的情形在於：為了滿足日常生活的需要而收受“黑錢”以支付購買麵包、汽油或者生活服飾用品的行為 ⁸⁸。於此種案型，原則上會欠缺（行為人主觀上）故意的證據，因為難以想像能夠為此開啟偵查，且刑事訴追的利益趨近於零 ⁸⁹。

實務上對此議題較有意義的情況是：於法務與稅務顧問職業的成員，財務 100 部門之職員與特別是辯護人（Angestellte der Finanzwirtschaft und insbesondere Strafverteidiger）接觸到“黑錢”的案型，此時前揭人員在主觀上必須至少認為可能是（黑錢），也就是未必故意。

考慮到本文標題所示限制的範圍，此處只詳細介紹關於辯護人收受“黑錢”做 101 為律師報酬的問題。由於前置犯罪目錄行為的廣泛性，也為辯護人帶來了相應的接觸沾染污點財產作為當事人所支付其預付款或公費報酬等異常頻率的高度風險。尤其就特定的案件辯護，例如毒品交易、人口販運、集團性或常業性的詐欺與竊盜、人蛇集團，或在經濟上剝削娼妓；以及就特定的付款方式（以整袋現金交易）等，均屬顯可懷疑其收入或財產來源之合法性。如同犯罪小說與電影情節所描述到處兜售其律師業務的情境，也就是見到在道德上帶有高度瑕疵，通常表現出“黑手黨律師（Mafiaanwälte）”的形象而可明確地否定其正當性；當然，在此職業社群中也有“害群之馬（schwarze Schafe）”，但絕大多數的辯護人都是在法律與其職業倫理的框架內執行業務。因此當論及刑法第 261 條第 2 項的隔絕型構成要件時，於使用“黑錢”作為支付酬金問題的框架內，如果有不同的思考面向，則需考慮到基本法對於辯護人執行業務的保障、被告自由選任辯護人的權利、無罪推定原則（Unschuldsvermutung）與近年來對於隔絕型構成要件（ins Abseits gestellten =

⁸⁶ Vgl. Lackner/Kühl StGB, §261 Rn. 8; a.A. Fischer StGB, §261 Rn. 26a; vgl.auch BT-Drucks. 12/3533, S. 13.

⁸⁷ Ausführlich hierzu Nestler/El-Ghazi in: Herzog, GwG, § 261 Rn. 103 ff.

⁸⁸ So zutreffend Nestler/El-Ghazi in: Herzog, GwG, § 261 Rn. 104.

⁸⁹ Vgl. Stree/Hecker in: Schönke/Schröder, StGB, § 261 Rn. 19.



Isolierungstatbestand) 的公平審判程序的結論，不能認為本項規定的射程範圍必定及於此種案型。

102 針對此種情形，Hamburg 邦高等法院首先在 2000 年排除了刑法第 261 條第 2 項以透過目的論合憲性解釋方法限縮適用該構成要件於此種情形⁹⁰。聯邦最高法院對此再於 2001 年加以確認，認為「本項法律規定之目的在於廣泛地孤立犯罪行為人，並不允許為辯護人開啓例外之門⁹¹」。(申言之)將彼等指派為義務辯護人(Beiordnung als Pflichtverteidiger)是可行的一當然此時其律師報酬可能會比較差—如果繼續為該當事人執行業務的話：「正如對於辯護人若堅持其無權取得沾染污點的報酬；對於被告而言，如果其使用違法獲得的(犯罪)工具，則被告亦無權選任辯護人」⁹²。因此，根據聯邦最高法院的觀點，刑法第 261 條第 2 項之規定在直接故意收受沾染污點財產作為酬金的案型，可以完全不受限制的運用⁹³。

103 聯邦憲法法院於 2004 年在一件憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)的案件中，作出與前揭聯邦最高法院歧異的裁判。對此，憲法法院一方面更明確地強調辯護人的職業自由(Berufsfreiheit des Strafverteidigers)，另一方面則透過選任辯護(Wahlver-teidigung)來擔保刑事辯護制度。儘管憲法法院在客觀構成要件的層次，根據立法精神(Hinweis auf die ratio legis)而進行目的性限縮(teleologische Reduktion)，並且拒絕逕行適用刑法第 261 條之規定。判決理由認為，主觀不法構成要件如果不限縮於直接故意的情形，就可能導致過度禁止原則的侵害⁹⁴。相對於此，基本法要求“辯護人若毫無限制地收取沾染污點的財產作為報酬，且與前置犯罪行為人達成合意或者透過虛偽報酬作為手段，則立法者禁止洗錢的目的在此發生作用而應受到刑法規範”⁹⁵。

104 前開所謂的“故意模式方案(Vorsatzlösung)”是否已經建立了一種對於辯護人、選任辯護制度與公平審判程序足夠的保障，仍有賴刑事訴追實務進一步去證明。在

⁹⁰ OLG Hamburg NJW 2000, 673 ff. m. Anm. Lüderssen StV 2000, 205 ff.; Reichert NSTz 2000, 316 ff.

⁹¹ BGHSt 47, 68 (71).

⁹² BGHSt 47, 68 (75).

⁹³ BGHSt 47, 68 ff. m. Besprechungen von Bernsmann StraFo 2001, 344 ff.; Matt GA 2002, 137 ff.; Nestler StV 2001, 641 ff.

⁹⁴ BVerfGE 110, 226 (246 ff.); vgl. auch Schmidt StraFo 2003, 2, 5.

⁹⁵ BVerfGE 110, 226 (264).

此情況下，很有可能演變成下列情形：即使從顯然有犯罪嫌疑的案例出發，辯護人不僅會讓自己完全不去思考律師報酬支付的來源，更會在報酬誘因的利益下，使其明知（die sichere Kenntnis）應針對來源探求的心態亦逐漸消融⁹⁶。有鑑於此問題包括洗錢前置犯罪中已列舉的稅務犯罪，關於稅務犯罪辯護的案件也需要特別加以注意。

至於稅務顧問在此關聯性範圍內之報酬（問題），學者 *Fischer* 之相關論點代表 105
說明如下：此種情形於特定的情況下根本不能免除刑罰，因為稅務顧問欠缺辯護人制度才具備之特別的基本法保障（事由）⁹⁷。

4. 於不罰之前置所得則不具有洗錢之可罰性

為了避免基於不適當且綿長的洗錢行為鍊結在交易時造成之封鎖結果⁹⁸，因此規 106
定了刑法第 261 條第 6 項，即若先前非基於實行可罰之犯罪行為而取得標的時，則不適用第 261 條第 2 項之可罰規定。這項規定較少在實務上產生作用。關於剛剛談到刑事辯護人可能具有可罰性的情形，有一種具有代表性的見解認為：當前置犯罪行為人將沾染污點的金錢交給不知情的銀行人員（gutgläubiger Bankmitarbeiter）作為存款用途時，此時因不法關聯性已經中斷，故第 261 條第 6 項規定亦可適用⁹⁹。只要將洗錢的風險與實務上的交易態樣一併考量，（應可推導出）酬金支付只能透過銀行匯款方式為之（才合理）。前揭（代表性的）觀點從法律關係加以更精確地觀察，其欠缺下列考量：“因為前置犯罪行為人對於銀行，就產自前置犯罪之標的而已經存入銀行的款項（相當之替代物，als Surrogat）仍保有請求權（Forderungsanspruch，〔譯按〕即消費寄託債權）。前置犯罪行為人將該請求權移轉予匯款之受款人（Überweisungsempfänger），該受款人無法藉此受益於第 6 項的排除規定，因為第 3 人無法獲得對於銀行之系爭請求權”¹⁰⁰。

前揭限制第 261 條不法關聯性解釋之代表性觀點，即使只適用在少數實務具有 107

⁹⁶ Vgl. *Altenhain* in: NK-StGB, §261 Rn. 128; krit. insbes. im Hinblick auf den Hinweis des BVerfG, außergewöhnlich hohe Honorare seien ein Indiz für Vorsatz *Wohlers* JZ 2004, 678, 680.

⁹⁷ Vgl. *Fischer* StGB, §261 Rn. 38.

⁹⁸ BT-Drucks. 12/989, S. 28.

⁹⁹ Vgl. *Hamm* NJW 2000, 636, 638; *Bernsmann* StV 2000, 40, 43.

¹⁰⁰ Eingehend dazu *Bussenius* Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar, 2004, S. 28 f.; weiterhin *Jahn/Ebner* ZWH 2013, 19, 20; *Fischer* StGB, § 261 Rn. 29; *Neuheuser* in: MK-StGB, §261 Rn. 73.



意義的案型，也會導致贊同擴及適用於第 1 項規定之犯罪行為。申言之，此一限制性的解釋恐怕會模糊掉追求打擊洗錢之目標與促進利得剝奪而遭致嚴厲的批評¹⁰¹。

5. 洗錢之主觀構成要件

- 108** 關於洗錢罪的主觀不法構成要件於法律規定本身（Normtext）已經指出其區別：關於刑法第 261 條第 1 項與第 2 項之犯罪行為以故意為必要（立即加以區別），第 5 項規定則適用於：當行為人因重大過失而不知標的係產自於第 1 項規定之前置犯罪，此時亦具有可罰性。
- 109** 將可罰性延伸到重大過失行為（第 5 項）是基於刑事政策的理由，惟仍存有法治國上的爭議；此規定主要植基於避免舉證困難（Beweisschwierigkeiten zu vermeiden）之必要性，讓可罰性更貼近嫌疑刑罰（Verdachtsstrafe），因此與罪責原則產生潛在的衝突¹⁰²。根據本項規定，可罰性的範圍就應該強加於那些基於漠不關心（Gleichgültigkeit）或者輕率地不加以注意（grobe Unachtsamkeit）而不在乎財產之犯罪來源者身上。尤以既以（在規範上）要求辯護人須基於直接故意而收受報酬（才構成犯罪）時，則稅務顧問業成員、金融服務業人員或不動產經紀人，當彼等根據反洗錢法之規定，對於不尋常的商業行為以及與其客戶間異常的交易，並未高度敏感地反應且進行必要的進一步調查，仍因此很快地認定為可罰行為（顯然成為一種反差）。關於未盡到反洗錢法規定的注意義務，在某種程度上因此接近反洗錢法的秩序違反行為之罰鍰處分的評價，是否可能因為重大過失洗錢而可能具有可罰性一事仍未有定論。
- 110** 關於第 1 項與第 2 項故意之必要性（Vorsatzerfordernis），首先要先確定故意之要件，申言之：掩飾型要件或隔絕型要件之行為人必須在主觀上知悉並打算混淆“黑錢”之軌跡、促使其所安排之“黑錢”可再加以使用或由自己收受（selber anzunehmen）。掩飾型要件乃目標指向型之行為，因此在要件上需要直接故意¹⁰³。直接故意的必要性 — 此處所稱目標指向之意欲，收受“黑錢” — 如果是辯護人收受酬金的案型，仍然必須在隔絕型要件的框架內（參前揭邊碼第 99 以下段落）。
- 111** 認知的故意要素（kognitives Vorsatzelement）在故意的框架內，關於知悉“錢

¹⁰¹ Vgl. Nestler/El-Ghazi in: Herzog, GwG, §261 Rn. 124.

¹⁰² Vgl. Fischer StGB, § 261 Rn. 44; Krey/Dierlamm JZ 92, 359.

¹⁰³ Vgl. Nestler in: Herzog, GwG, §261 Rn. 117.

（das Geld）”究竟是源自於哪一個犯罪行為？更確切地說就是行為人必須知道因而產生“錢”之具體的犯罪情狀，如果也只從一般人【法律門外漢】的眼光來判斷財產（究竟是）產自何種目錄犯罪而言，仍然是不足夠的¹⁰⁴。

意欲的故意要素（voluntatives Vorsatzelement）— 除了前揭直接故意的情況之外 — 不需要包括將沾染污點的財產混入合法的金流與物流（Finanz- und Warenkreislauf）中之目標指向型的前置犯罪行為，無寧說行為人容認藉其行為得以促進“漂白”財產之結果發生即為已足¹⁰⁵。

6. 未遂之可罰性

刑法第 261 條第 3 項規定了洗錢未遂犯之可罰性。未遂之可罰性與刑法總則之規定相同，換言之，行為人必須根據其對行為之預先規畫（Vorstellung）直接著手實行（unmittelbar zu deren Verwirklichung ansetzen）。基於洗錢罪的構成要件架構與案件事實的情況，產生 2 種特徵：(1) 關於第 1 項所規定具體危險之可罰性，其未遂之可罰性已經更向前挪移到預備行為（Vorbereitungshandlungen）的階段¹⁰⁶；(2)（由於）過程的複雜性，往往導致行為人主觀上認為其正在實行某個洗錢行為，雖然客觀上不屬於洗錢案件 — 此種錯誤的收受（irriges Annahmen）與錯誤的評價（falsche Wertungen）仍會導致某種具有可罰性的不能未遂（strafbarer untauglicher Versuch）¹⁰⁷。

如同既遂行為（vollendete Tat），若涉及無論如何都會成罪之犯罪客體，則關於未遂行為也不是任何模糊曖昧的想像都足以構成，無寧是行為人 — 也要以一般人的標準理解 — 必須認為犯罪客體產自於刑法第 261 條規定之目錄犯罪¹⁰⁸。

7. 刑法第 261 條第 9 項：解除刑罰事由之情況

刑法第 261 條第 9 項規定了 3 種解除刑罰事由（Konstellationen der

¹⁰⁴ BGHSt 43, 158, 165; BGH wistra 2003, 260 f.; Stree/Hecker in: Schönke/Schröder, §261 Rn. 21.

¹⁰⁵ Hierzu Körner NStZ 96, 66; vgl. auch Fischer StGB, § 261 Rn. 40.

¹⁰⁶ Vgl. Fischer StGB, § 261 Rn.45.

¹⁰⁷ Fischer StGB, § 261 Rn. 45. (譯按)我國刑法第 26 條規定：行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰【故“不能犯”之法律效果為“不罰”】。然而 § 23 Abs.3 StGB 則規定“不能犯”之法律效果為“減輕或免除其刑”，則德國刑法仍有討論“不能未遂”案件類型適用之必要。

¹⁰⁸ BGHSt 43, 158, 165; BGH wistra 2003, 260f.; zu den erforderlichen Feststellungen BGH ZWH 2013, 19m. Anm. Jahn/Ebner ZWH 2013, 19 ff.



Strafaufhebung)：根據同條項第 1 句規定，行為人若自願對於其犯罪行為於管轄機關自首或自願促成此自首，則享有刑罰解除之利益。此規定係仿造租稅通則第 371 條 (§ 371 AO) 相類似之自首免除其刑之規定。這表示，自首的時點必須在該管機關尚未發現洗錢行為之前；至於嗣後為了獲益於刑罰解除之所有事實的舉發作為已不符合該要件¹⁰⁹。

若涉及與故意洗錢具有關聯性的行為，根據本項第 2 款之規定，尚要求附加下列要件：即行為人於自首時還需要藉由保全洗錢客體之方式歸還該標的 (Anzeigerstattung)。針對洗錢未遂之案型，無庸搭配保全 (洗錢) 標的之單純自首即已足夠，這是因為在此類案型，往往根本沒有辦法提供需要加以保全之標的¹¹⁰。

115 特別複雜的情況可能會發生在根據反洗錢法申報義務人自首免刑之案型。主管機關公布的規定導致 (特別是在銀行業) 與洗錢案件相關之可疑交易申報從反洗錢法遵人員開始實施。反洗錢法遵人員決定不對該管機關進行可疑交易申報，而此事若可歸責於造成前揭情況發生的同事。根據第 261 條第 9 項第 1 句明文規定，免刑規定應該不適用於前揭同事的情況。此一問題的解決之道如下：透過企業內部對員工所規定注意義務之要求，若有重大過失洗錢行為則予非難 (Vorwurf)，至於故意的洗錢行為則更應加以非難¹¹¹。

116 第 261 條第 9 項第 2 句規定之排除刑罰事由 (Strafausschließungsgrund) 是根據自我庇護行為不罰原則 (Grundsatz der Straflosigkeit von Selbstbegünstigungshandlungen)。然而，需要加以注意的是，在刑法第 261 條第 1 項和第 5 項刪除了與第三人犯罪行為有關的要件，將導致在構成要件上也可能發生所謂為自己洗錢的結果。從釋義學上而言，透過本句規定，其發展係力求以共犯 (Teilnahme) 之形式參與可罰行為者，也能夠使洗錢的主行為 (Haupttat) 也不予處罰之可能性¹¹²。

¹⁰⁹ Hierzu Fischer StGB, §261 Rn. 51; Carl/Klos wistra 94, 161.

¹¹⁰ Vgl. BT-Drucks. 12/989, S. 28; Hoyer in: SK-StGB, § 261 Rn. 32.

¹¹¹ Vgl. Nestler in: Herzog, GwG, § 261 Rn. 144.

¹¹² Vgl. Altenhain in: NK-StGB, § 261 Rn. 19.

8. 刑法第 261 條第 7 項：犯罪物沒收與利得沒收

依刑法第 261 條第 7 項，洗錢行為之關聯客體（*Beziehungsgegenstände*）得沒收之；以及在該當第 74a 條¹¹³規定之要件時，即使前揭標的不屬於行為人所有或渠有權支配時亦得沒收等規定，乃符合壓制性的洗錢抗制之立法目的。此外針對洗錢犯罪於偵查程序中，根據刑事訴訟法第 111b 條¹¹⁴規定，得採取保全之措施（*Sicherstellungsmaßnahmen*）。

9. 洗錢犯罪嫌疑時之擴大偵查職權

組織犯罪在洗錢罪中歸類於刑法第 261 條第 1 項、第 2 項及第 4 項之情節重大之洗錢罪而該當於刑事訴訟法第 100a 條第 2 項第 1 款第 m 目之電信通訊監察（*Überwachung der Telekommunikation*）之目錄犯罪。因此亦得依刑事訴訟法第 100g 條第 1 項規定，命令電信服務業者提供相關的通信紀錄（*Auskunft*）。於特別重大的洗錢罪如基於集團性或常業性的行為，則依刑事訴訟法第 100c 條第 2 項第 1 款第 1 目之住宅聲音監察（*akustische Wohnraumüberwachung*）亦得准許；依刑事訴訟法第 100f 條規定之住宅外聲音監察（*akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen*）亦同。

¹¹³ （譯按）即【第 3 人犯罪物沒收】，包括第 3 人出於重大過失提供犯罪物，或第 3 人以可非難之方式獲取犯罪物，均得沒收之。

¹¹⁴ （譯按）即【為保全沒收或禁止使用設備之扣押】之要件。



附件一 第 261 條【洗錢】

(2021 年 3 月 18 日施行新法)

- (1) 對於源自於違法行為之標的 (Gegenstand) 加以
1. 隱匿 (verbergen)¹；
 2. 意圖阻礙 (vereiteln) 此標的之發現 (Auffinden)、沒收 (Einziehung) 或來源調查 (Ermittlung von dessen Herkunft) 而交易 (umtauschen)、移轉 (übertragen) 或移置 (verbringen)²；
 3. 為自己或第三人收受³ 或
 4. 於取得標的時已知悉其來源而持有，或為自己或第三人使用者，處 5 年以下有期徒刑或罰金⁴。依第 1 句第 3 款與第 4 款之規定，於第三人先前取得標的並未犯罪之情形，不適用之⁵。辯護人 (Strafverteidiger) 因執行業務收受報酬且符合第 1 句第 3 款與第 4 款之規定，僅於收受時明知該報酬源自於違法行為方屬故意⁶。
- (2) 對於與第 1 項規定之事實具有重要關係標的之發現、沒收或來源調查加以掩飾 (verschleiern) 或隱匿 (verheimlichen) 者，亦同⁷。

¹ 本款規定與舊法同【原規定於第 1 項第 1 句前段】（即掩飾型要件中的隱匿類型），行為特徵乃「對標的本身」加以隱匿。

² 本款規定與舊法類似但仍有區別【原規定於第 1 項第 1 句後段】（即阻礙危害型要件中的阻礙類型），行為本質變更為「帶有主觀意圖要件之抽象危險犯」（舊法之阻礙型要件乃結果犯；危害型要件乃具體危險犯；且二者均未附加主觀不法意圖）。

³ 本款規定與舊法同【原規定於第 2 項第 1 款】（即隔絕型要件中的收受類型）。

⁴ 本款第 1 句規定與舊法同【原規定於第 2 項第 2 款】（即隔絕型要件中的持有或使用類型）。

⁵ 本款第 2 句規定與舊法同【原規定於第 6 項】（即不罰之先前取得財產行為）。

⁶ 本款第 3 句規定為本次修法所新增。

⁷ 本項規定與舊法類似【原規定於第 1 項第 1 句前段】（即掩飾型要件中的掩飾類型），行為特徵乃「對標的之來源」加以掩飾或隱匿。另，關於本款之“verheimlichen”一字，依該法案立法理由稱，乃參考歐盟 2018 年 12 月 2 日生效的 2018/1673 號關於刑法打擊洗錢之指令【ABl. L 284 vom 12.11.2018, S. 22; 下稱「指令」】，本項之“verheimlichen”係援引指令第 3 條第 1 項 b 款，惟該指令之英文版本就此字仍稱為“concealment”，與本條第 1 項第 1 款所規定「隱匿」（verbergen）之英文亦同樣使用“concealment”，

- (3) 未遂犯罰之⁸。
- (4) 依反洗錢法 (Geldwäschegesetz) 第 2 條規定之申報義務人 (Verpflichteter) 犯第 1 項之行為，處 3 月以上 5 年以下有期徒刑⁹。
- (5) 情節重大者，處 6 月以上 10 年以下有期徒刑。行為人以常業或以持續從事洗錢犯罪集團之成員身分犯之者，原則上為情節重大¹⁰。
- (6) 於第 1 項或第 2 項之情形，因重大過失而不知標的係與第 1 項規定之違法行為有關者，處 2 年以下有期徒刑或罰金¹¹。第 1 句不適用於辯護人執行業務過程中，依第 1 項第 1 句第 3 款與第 4 款規定所收受之報酬。
- (7) 參與可罰之前置犯罪行為人，當其使標的流通，同時掩飾其違法來源者，依第 1 項至第 6 項之規定處罰¹²。
- (8) 犯第 1 項至第 6 項之罪，而有下列情形之一者，免除其刑¹³：
1. 行為人明知或基於客觀事實得以合理預期其犯罪事實之全部或一部尚未被發覺，因己意而向該管機關自首其犯行，或令他人代為自首者，
 2. 犯第 1 項或第 2 項之罪，在第 1 款規定之前提下，保全與其犯罪行為相關之標的者。
- (9) 依第 1 項之規定，若某標的係源自於在外國實行之行為，而該行為依德國刑法之規定係屬不法行為，且
1. 該行為在行為地可罰，或
 2. 依下列規定與歐盟公約 (Übereinkommen der Europäischen Union) 亦

且該法案之立法理由稱：指令第 3 條第 1 項 b 款與本條項第 1 款所規定之「隱匿」均指「行為人必須具有操縱的行為態樣」之特徵。故本文將本條所稱之“verbergen”與“verheimlichen”均以我國洗錢防制法第 2 條規定之「隱匿」用語表示，不再加以區別。

⁸ 本項規定與舊法同，項次亦未更動。

⁹ 本項乃本次修法時新增之規定。對法定賦有洗錢防制義務之金融機構與非金融事業及人員課予加重責任。

¹⁰ 本項即情節重大事由【原規定於第 4 項】。

¹¹ 本項即重大過失洗錢罪【原規定於第 5 項】。

¹² 本項即“與罰後行為”與“不定後行為”之適用【原規定於第 9 項第 2 句及第 3 句】。

¹³ 本項即“個人解除刑罰事由”【原規定於第 9 項第 1 句】。



屬可罰者¹⁴：

- a. 關於歐盟就打擊參與對於歐洲共同體或歐盟成員國官員行賄協定第 K.3 條第 2 項 c 目之 1997 年 5 月 26 日公約第 2 條或第 3 條 (BGBl. 2002 II S. 2727, 2729) ，
- b. 歐盟理事會 2002 年 11 月 28 日關於強化刑法為打擊幫助未經許可之入境、過境與停留框架之 2002/946/JI 框架決定 (Rahmenbeschluss) 第 1 條 (ABl. L 328 vom 5.12.2002, S. 1) ，
- c. 歐盟理事會 2003 年 7 月 22 日關於打擊於私部門行賄之 2003/568/JI 框架決定第 2 條或第 3 條 (ABl. L 192 vom 31.7.2003, S. 54) ，
- d. 歐盟理事會 2004 年 10 月 25 日關於確定可罰行為之構成要件要素與非法毒品交易範圍最低標準之 2004/757/JI 框架決定第 2 條或第 3 條 (ABl. L 335 vom 11.11.2004, S. 8) ，目前再透過歐盟授權之 2019/369 號指令 (ABl. L 66 vom 7.3.2019, S. 3) 修正完成 ，
- e. 歐盟理事會 2008 年 10 月 24 日關於打擊組織犯罪之 2008/841/JI 框架決定第 2 條 a 目 (ABl. L 300 vom 11.11.2008, S. 42) ，
- f. 歐洲議會與歐盟理事會 2011 年 4 月 5 日「關於預防與打擊人口販運及保護其被害人暨賠償之歐盟理事會 2002/629/JI 框架決定」的 2011/36/EU 號指令第 2 條或第 3 條 (ABl. L 101 vom 15.4.2011, S. 1) ，
- g. 歐洲議會與歐盟理事會 2011 年 12 月 13 日「關於打擊性濫用及兒童性剝削暨兒童色情與賠償之歐盟理事會 2004/68/JI 框架決定」的 2011/92/EU 號指令第 3 條至第 8 條 (ABl. L 335 vom 17.12.2011, S. 1; L 18 vom 21.1.2012, S. 7) ，或
- h. 歐洲議會與歐盟理事會 2017 年 3 月 15 日「關於打擊恐怖主義與賠償之歐盟理事會 2002/475/JI 框架決定」與「關於變更歐盟理事會 2005/671/JI 框架決定」的 2017/541/EU 號指令第 4 條至第 9 條第 1

¹⁴ 本項即“前置犯罪之行為地雙重處罰原則暨例外”，但增列第 2 款例外（共 8 目）要件【原規定於第 8 項】。

項與第 2 項 b 目或第 10 條至第 14 條（ABl. L 88 vom 31.3.2017, S. 6）。

(10) 與犯罪有關聯之標的，得沒收之。第 74a 條規定，（於本條之情形）應適用之¹⁵。第 73 條至第 73e 條¹⁶ 規定，不受影響且優先適用於第 74 條第 2 項之規定¹⁷ 以及結合第 74a 條與第 74c 條¹⁸ 規定之沒收。

¹⁵ 本項第 1 句與第 2 句規定與舊法同【原規定於第 7 項】。

¹⁶ 第 73 條【正犯與共犯犯罪所得之沒收】、第 73a 條【正犯與共犯犯罪所得之擴大沒收】、第 73b 條【第三人犯罪所得之沒收】、第 73c 條【替代價額之追徵】、第 73d 條【估算；犯罪所得數額之認定】與第 73e 條【沒收犯罪所得或追徵替代價額之排除】。

¹⁷ 即犯罪（關聯）客體之沒收。

¹⁸ 第 74c 條【替代價額之追徵】。



附件二 第 261 條【洗錢；掩飾不法財產所得】

(2021 年 3 月 18 日前舊法)

(1) 對於源自於因第 2 句所稱違法行為之標的加以隱匿 (Verbergen = concealment¹)，掩飾 (Verschleiern = disguise²) 其來源，或對於此類標的之來源調查 (Ermittlung der Herkunft)、發現 (Auffinden)、沒收 (Einzichung) 或保全 (Sicherstellung) 加以阻礙 (Vereiteln) 或危害 (gefährden) 者，處 3 月以上 5 年以下有期徒刑。第 1 句所稱之違法行為者，係指下列情形：

1. 犯一年以上有期徒刑之重罪，
2. 犯以下之輕罪：
 - a) 第 108e 條³、第 332 條第 1 項⁴ 與第 3 項以及 第 334 條⁵，
 - b) 麻醉藥品法⁶ 第 29 條第 1 項第 1 句第 1 款⁷ 以及 基本藥品監控法⁸ 第 19 條第 1 項第 1 款，
3. 犯租稅通則⁹ 第 373 條¹⁰ 與 第 374 條第 2 項 以及 連同共同市場組織與直接

¹ the action of hiding something or preventing it from being known

² give someone a different appearance in order to conceal one's identity

³ 議員【人民代表】之貪瀆行為 (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern)。

⁴ (歐洲) 公務員受賄罪 (Bestechlichkeit)。

⁵ 對 (歐洲) 公務員行賄罪 (Bestechung)。

⁶ Betäubungsmittelgesetz

⁷ 未經許可種植、製造、交易【mit ihnen Handel treibt】、轉讓【ohne Handel zu treiben】、進口、出口、轉讓【veräußert】、寄存【abgibt】，以及運輸、取得，或以其他方式收受麻醉藥品 (Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft)。

⁸ Grundstoff bewachungsgesetz.

⁹ Abgabenordnung

¹⁰ 職業性、暴力性與集團性之走私 (Gewerbsmäßiger, gewaltsamer und bandenmäßiger Schmuggel)。

支付執行法¹¹第12條第1項之罪，

4. 犯下列之罪者：

- a) 第152a條¹²、第181a條¹³、第232條第1項至第3項第1句與第4項¹⁴、第232a條第1項與第2項¹⁵、第232b條第1項與第2項¹⁶、第233條第1項至第3項¹⁷、第233a條第1項與第2項¹⁸、第242¹⁹、246²⁰、253²¹、259²²、263條²³到第264²⁴、266²⁵、267²⁶、269²⁷、271²⁸、284²⁹、299條³⁰、第326條第1項、第2項與第4項³¹、第

-
- 11 Gesetz zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen und der Direktzahlungen.
12 偽造變造簽帳卡、支票與匯票罪【Fälschung von Zahlungskarten, Schecks und Wechseln】
13 媒介性交易【Zuhälterei】
14 人口販運罪【Menschenhandel】
15 強迫性交易罪【Zwangsprostitution】
16 強迫工作罪【Zwangsarbeit】
17 剝削勞工【Ausbeutung der Arbeitskraft】
18 剝奪自由以行剝削罪【Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung】
19 竊盜罪【Diebstahl】
20 侵占罪【Unterschlagung】
21 恐嚇取財【Erpressung】
22 贓物罪【Hehlerei】
23 詐欺罪【Betrug】
24 補助詐欺罪【Subventionsbetrug】
25 背信罪【Untreue】
26 偽造文書罪【Urkundenfälschung】
27 偽造有證明重要性之電子資料罪【Fälschung beweisbarer Daten】
28 間接虛偽登載罪【Mittelbare Falschbeurkundung】
29 未受許可舉辦賭博罪【Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels】
30 商業往來之賄賂罪【Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr】
31 危害環境之廢棄物清理罪【Unerlaubter Umgang mit Abfällen】



328 條第 1 項、第 2 項及第 4 項³² 與 第 348 條³³ 之罪，

b) 以違犯下列行為為常業³⁴或以持續違犯下列行為為目的之犯罪集團成員之身分而犯之³⁵者：

居留法³⁶ 第 96 條、難民法³⁷ 第 84 條、租稅通則第 370 條、證券交易法³⁸ 第 38 條第 1 項至第 4 項、商標法³⁹ 第 143 條、第 143a 條及第 144 條、著作權法⁴⁰ 第 106 條至第 108b 條、新型專利法⁴¹ 第 25 條、創意設計法⁴² 第 51 條與第 65 條、專利法⁴³ 第 142 條、半導體保護法⁴⁴ 第 10 條、植物品種保護法⁴⁵ 第 39 條之罪，

5. 犯第 89a 條⁴⁶ 與 第 89c 條⁴⁷ 與 第 129 條⁴⁸、第 129a 條 第 3 項及第 5

³² 未經允許處理核燃料、其他危險物質與物品罪【Unerlaubter Umgang mit radioaktiven Stoffen und anderen gefährlichen Stoffen und Gütern】

³³ 公務登載不實罪【Falschbeurkundung im Amt】

³⁴ gewerbsmäßig

³⁵ Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

³⁶ Aufenthaltsgesetz § 96

³⁷ Asylgesetz § 84

³⁸ Wertpapierhandelsgesetz § 38 Absatz 1 bis 4.

³⁹ Markengesetz § § 143, 143a und 144.

⁴⁰ Urheberrechtsgesetz § § 106 bis 108b

⁴¹ Gebrauchsmustergesetz § 25

⁴² Designgesetz § § 51, § 65

⁴³ Patentgesetz § 142

⁴⁴ Halbleiterschutzgesetz § 10

⁴⁵ Sortenschutzgesetz § 39

⁴⁶ 預備犯嚴重危害國家之暴力犯罪【Vorbereitung einer schweren Staatsgefährdenden Gewalttat】

⁴⁷ 資助恐怖主義【Terrorismusfinanzierung】

⁴⁸ 建立犯罪組織【Bildung krimineller Vereinigungen】

項⁴⁹，連同第 129b 條第 1 項⁵⁰，以及以犯罪或恐怖集團成員身分（第 129 條、第 129a 條且與第 129b 條第 1 項並存）犯之者。

第 1 句適用於租稅通則第 370 條所稱，對於以常業或者以集團逃稅行為而節省的花費與不法獲得之退稅與稅務減免的情形，以及在第 2 句第 3 款的情形由於逃稅所取得之標的。

(2) 有下列情形之一者，亦同：

1. 為自己或第三人收受（verschaffen）第 1 項所規定之標的者，或
2. 於取得標的時已知悉其來源而持有（verwahren），或為自己或第三人使用（verwenden）第 1 項所規定之標的者。

(3) 未遂犯罰之。

(4) 情節重大者，處 6 月以上 10 年以下有期徒刑。行為人以常業或以持續從事洗錢犯罪集團之成員身分犯之者，原則上為情節重大者。

(5) 於第 1 項或第 2 項之情形，因重大過失而不知標的係源自於第 1 項所稱之違法行為者，處 2 年以下有期徒刑或罰金。

(6) 本條第 2 項，於第三人先前取得標的並未犯罪之情形，不適用之。

(7) 與犯罪有關聯之標的⁵¹，得沒收之。第 74a 條⁵²規定，（於本條之情形）應適用之。

(8) 因國外違犯第 1 項之犯罪行為所生之標的，如該行為於行為地（Tatort）可罰者，與第 1 項、第 2 項及第 5 項所稱之標的同。

(9) 犯第 1 項至第 5 項之罪，而有下列情形之一者，免除其刑；參與可罰之前置犯罪行為者，亦同。但正犯或共犯使源自於第 1 項第 2 句所稱不法行為

⁴⁹ 建立恐怖性犯罪組織【Bildung terroristischer Vereinigungen】

⁵⁰ 境外之犯罪與恐怖組織【kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland】

⁵¹ 即德國刑法第 74 條第 2 項規定之【犯罪關聯客體】或【犯罪客體】（Tatobjekte）。

⁵² 第 74a 條【沒收第三人犯罪所生之物、犯罪工具與犯罪客體】。



之標的流通，同時掩飾其違法來源者，不在此限：

1. 行為人明知或基於客觀事實得以合理預期其犯罪事實之全部或一部尚未被發覺，因己意而向該管機關自首其犯行，或令他人代為自首者，
2. 犯第 1 項或第 2 項之罪，在第 1 款規定之前提下，保全與其犯罪行為相關之標的者。

(10) (刪除)