

譯介 德國 2021 年《刑法打擊洗錢 改革法案》立法理由—— 以刑法第 261 條洗錢罪為中心

黃士元（譯）
Shih-Yuan Huang

譯者* 導讀前言

洗錢罪乃德國刑法修正最頻繁的條文。自從 1992 年根據《打擊組織犯罪改革法案》(OrgKG vom 5.7.1992, BGBl. I S. 1302) 第一章【刑法典之修正部分】之規定立法後，即為因應歐盟不斷更新的反洗錢指令 (EU-Richtlinie/EU directives) 而相繼轉化入德國刑法中。而最新通過施行之《刑法打擊洗錢改革法案》(下稱本法案) 也是轉化自歐盟 2018/1673 號指令。本法案包括五種規範：刑法、刑法施行法、刑事訴訟法、法院組織法與相關法律 (Rechtsvorschriften)；受限於篇幅及我國實務需要，本譯文以 2021 年 3 月 18 日施行之德國刑法第 261 條【下稱新法，譯文詳如附件一】為限；至於本法案其餘包括刑法第 76a 條第 4 項、刑法施行法、刑事訴訟法、法院組織法與相關法律之條文則不與焉。本法案立法理由之「大綱」亦僅列載所譯洗錢罪部分【編號及段落不變，可與原文參照索驥】。

由於新法多數仍保留舊法原條文內容（部分項次有所調整）【舊法譯文詳如附件二】，且未經修正之內容於新法立法理由中不再說明，故經由兩份附件對照

* 感謝惲純良、潘怡宏與李聖傑諸位教授關於譯文疑義之指導，並衷心感謝兩位審稿委員之指正，惟文責仍由筆者自負。

後，可更加明瞭德國刑法新舊洗錢罪之異同**。

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 月至 8 月間召開《洗錢防制法》（下稱本法）修法研商會議，全面檢討本法續行改善之方案。

新法關於犯罪行為之內涵，依其立法理由言明係參考歐盟 2018/1673 號指令第 3 條第 1 項（即維也納公約第 3 條第 1 項第 b 款 i 目、ii 目及同條項第 c 款 i 目等）之規定，核與本法第 2 條（普通洗錢罪）立法理由所揭櫫之法源相同。換言之，我國與德國洗錢罪參考之立法例既無差異，但我國直接抄襲維也納公約規定，德國則經過轉化俾融入既有刑法典規範中，而我國刑法既沿襲自德國，新法在立法論與解釋論上對於本法自有重要參考價值。

譯者代表臺灣高等檢察署參與本次修法，認為新法既追隨歐盟指令之腳步，且其轉化之結果符合我國實體刑法一貫之解釋適用方法，故新法暨其立法理由顯有助於本法修訂時參考，將來若以新法為藍本，更有深入瞭解本譯文俾利我國司法實務操作之需。

末以，此文訴求之對象為我國法律人，祈供實務工作者資為參考工具，故仍保留多數原文對照，避免錯繆，尚請讀者不吝指正為禱。【raintory@mail.moj.gov.tw】

** 德國刑法第 261 條（洗錢罪）之舊法係指 2017 年 4 月 13 日通過，同年 7 月 1 日施行之《刑法財產剝奪改革法案》（Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung）。關於舊法構成要件之解釋論，參黃士元（譯），〈譯介 德國經濟刑法手冊 洗錢罪章節〉（作者：Professor Dr. Felix Herzog），《司法新聲》，第 137 期，2021 年 8 月。黃士元，〈德國刑法第 261 條洗錢罪之解釋適用——兼論我國洗錢罪之修法建議〉，《軍法專刊》，第 67 卷第 5 期，2021 年 10 月。

大綱

聯邦眾議院公報

19/24180

第 19 屆

2020 年 11 月 9 日

內閣的法律草案

刑法打擊洗錢改革法案

A. 問題與目標

B. 解決方法

理由說明

A. 總則

I. 規範的目的與必要性

II. 草案的主要內容

2. 修正結果

3. 新法版本

B. 分則

第一章（刑法的修正）

第 3 點（刑法第 261 條之新版本）

1. 標題

2. 第 1 項

3. 第 2 項

4. 第 3 項

5. 第 4 項

6. 第 5 項

7. 第 6 項

8. 第 7 項

9. 第 8 項

10. 第 9 項

11. 第 10 項

12. 故意

德國聯邦眾議院的立法決定

刑法打擊洗錢改革法

(Gesetz zur Verbesserung der Strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche)

德國聯邦眾議院於 2021 年 2 月 11 日第 209 次會議通過根據司法暨消費者保護委員會所通知並決議（公報 19/26602）由內閣提出附帶說明的「刑法打擊洗錢改革法」草案，該草案（聯邦眾議院公報 19/24180、19/24902）以外的其他（法律規定）未予修正。

（該草案）第一章【Artikel 1】（刑法的修正）第 3 點【Nummer 3】就刑法第 261 條修正如下：

aa) 第 1 項修正如下：

aaa) 第 1 句 (Satz 1) 於第 1 款 (Nummer 1) 之前規定為「對於源自於違法行為之標的」。

bbb) 第 2 句規定為「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」。

bb) 第 2 項修正如下：

aaa) 第 1 句之「財產標的」(Vermögensgegenstand)

) 以「標的」(Gegenstand) 一詞取代。

bbb) 第 2 句刪除。

cc) 第 6 項第 1 句之「財產標的」以「標的」一詞取代。

dd) 第 7 項之「財產標的」以「標的」一詞取代。

ee) 第 9 項修正如下：

aaa) 第 1 款之前規定為「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」

bbb) 刪除第 1 款「也（亦）」(auch) 一詞。

ff) 第 10 項第 3 句在「不受影響」(unberührt) 一詞之後，加入「且優先適用於第 74 條第 2 項之規定以及結合第 74a 條與第 74c 條規定之沒收」。

聯邦眾議院公報

19/24180

第 19 屆

2020 年 11 月 9 日

內閣的法律草案

《刑法打擊洗錢改革法案》

A. 問題與目標

洗錢無論是對於國內、歐洲與全球各個層級，始終是個重要的問題。它損害了金融界的完整性、穩定性與聲譽，並且危害了歐洲的內部市場（Binnenmarkt）與德國暨歐盟的內部安全。因此用以打擊洗錢的刑法規範應該優化，而於此同時歐盟於 2018 年 12 月 2 日生效的 2018/1673 號由歐洲議會於同年 10 月 23 日通過關於刑法打擊洗錢之指令【ABl. L 284 vom 12.11.2018, S. 22；下稱「指令」Richtlinie】也應該轉化為內國法。指令就打擊洗錢所定義之刑事不法構成要件與制裁，規定了最低標準（Mindestvorschriften），並且已經於 2020 年 12 月 3 日轉化在內國（即德國）法中。

B. 解決方法

對於洗錢有效的追訴與處罰有助於從根本上成功地打擊特別像是組織性的犯

罪，因此應該進一步地去強化刑事上持續追訴洗錢犯罪的基礎¹。是以洗錢罪構成要件的轉化也應該符合歐盟反洗錢指令關於刑法打擊洗錢與優化實務上操作的標準。現行德國法大體上已經符合繼續發展中、不同的國際上反洗錢法律的標準，例如歐盟理事會（Europarat）2005 年 5 月 16 日關於調查、扣押及沒收洗錢與資恐犯罪所得公約，聯合國反貪腐公約以及聯合國打擊跨國有組織犯罪公約等。同樣的，刑法第 261 條絕大多數也已經符合歐盟所有反洗錢指令的標準。儘管如此，刑法打擊洗錢之規定仍應繼續強化，且應超越國際規定之最低標準（Mindestvorgaben）。因此，反洗錢指令之轉化應與新的構成要件規定相互連結，這個新規定在未來應該將所有的犯罪行為都包括在洗錢的前置犯罪內。洗錢之可罰性因此將較目前得以更明確且密集地掌握。

依照最初的構想，刑法第 261 條的目的在於：透過處罰將因非法毒品交

《註 1》參考（德國）財政部 2019 年針對反洗錢與資恐之對策，第 18 頁。

易、重罪 (Verbrechen) 或因犯罪團體成員實行輕罪 (Vergehen) 所得之財產標的 (Vermögensgegenständen) 混入合法金融與經濟活動的方式，去打擊組織犯罪²。今後，個案中無庸再審酌是否存在組織犯罪的特徵，上述的目標已經擴張到打擊其他重大的犯罪 (schwerwiegende Kriminalität)³。從現在起，前置犯罪及於所有的犯罪行為而遠遠超過指令的規定，因為指令僅要求比較現行法後要擴大增加洗錢前置犯罪之範圍。指令規定 (Richtlinienvorgaben) 之體系與範圍，就某部分而言具有職權法的本質 (kompetenzrechtliche Natur)。放棄特定前置犯罪目錄而將全部犯罪行為均納入前置犯罪的做法，將會擴大構成要件的適用，並且相應地減輕了舉證 (Beweisführung) 之負擔。不過與此同時，法院對於前置犯罪的存在仍然必須有完全的確信，法院也必須確信洗錢標的在刑法上的來源，也就是確實相信標的乃犯洗錢罪之犯罪所得 (Tatertrag)、犯罪產物 (Tatprodukt) 或者是某個衍生的另一個財產標的 (an dessen Stelle getretener anderer Vermögensgegenstand)。

基於限制與衡平刑罰威嚇 (Eingrenzung und Ausgewogenheit der Strafan-

drohung) 的理由，因應這次修正而產生的規範擴張，使得我們有必要進一步精確並且限制規定的要件，特別是透過重新改寫適當的犯罪客體 (Tatobjekte) 與犯罪行為 (Tathandlungen) 而落實必要的調整過程，應該會使刑法第 261 條的可操作性在整體上獲得進一步改善。於此同時，此一調整也會使得 (刑法第 261 條) 完全涵蓋指令規定之犯罪行為。

此外，在聯邦憲法法院的裁判中，關於辯護人收受報酬之故意要件的要求，也會轉化到條文中。

再者，由於洗錢罪構成要件已經顯著地擴大其適用範圍，因此與之相關聯的刑事訴訟法第 100a、100b 與 100g 條之干預處分 (Eingriffsbefugnisse) 也會做出新的調整；此外，與洗錢行為可罰性相關的單獨宣告沒收 (刑法第 76a 條) 也會一併修正，並修正新的條文用語 (Terminologie)。

最後，一旦評估系爭案件需要經濟生活的特別知識 (besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens)，就應將刑法第 261 條納入法院組織法 (GvG) 第 74c 條第 1 項第 1 句第 6a 款所規定之經濟刑法專庭 (Wirtschaftsstrafkammer) 管轄之案件類型。

《註 2》 Vgl. BT-drs. 12/989, S. 26 f.; BT-drs. 12/3533, S. 10 f.

《註 3》 Vgl. BT-drs. 12/6853, S. 27 f.; BT-drs. 13/8651, S. 11 f.; BT-drs. 14/8893, S. 10.

理由說明 (Begründung)

A. 總則

I. 規範的目的與必要性

洗錢在國內、歐洲與全球的層面上，始終是個重要的問題。它損害了金融界的完整性、穩定性與聲譽，並且危害了歐洲的內部市場與德國暨歐盟的內部安全。在高度的經濟吸引力、經濟圈內高度密集地使用現金 (Bargeldintensität) 與經濟上的複雜性 (ökonomische Vielschichtigkeit) 等背景因素之下，總體而言，德國的國家洗錢風險評估係歸類為中高度 (mittelhoch)⁴。因此用以打擊洗錢的刑法規範應該優化，而於此同時，歐洲議會於 2018 年 10 月 23 日通過，同年 12 月 2 日生效的第 2018/1673 號關於刑法打擊洗錢之歐盟指令，也應該轉化為內國法。指令就打擊洗錢所定義之刑事不法構成要件與制裁，規定了最低的標準，並且已經於 2020 年 12 月 3 日轉化到德國法中。

對於洗錢有效的追訴與處罰有助於從根本上成功地打擊特別像是組織性的犯罪，因此持續訴追洗錢犯罪的基礎應該更進一步地獲得強化。這也包括：適應指令

關於刑法上對抗洗錢的規定而調整洗錢罪的刑法構成要件，以及優化其實務上的可操作性。儘管現行德國法大體上已經符合各種國際上反洗錢法律的規定，例如歐盟理事會 (Europarat) 2005 年 5 月 16 日關於調查、扣押及沒收洗錢與資恐犯罪所得公約，聯合國反貪腐公約以及聯合國打擊跨國有組織犯罪公約等。同樣的，刑法第 261 條的絕大部分也已經符合歐盟反洗錢指令的規定。儘管如此，刑法打擊洗錢之規定仍應繼續強化，並且應超越國際規定之最低標準。因此，反洗錢指令之轉化應該和刑法構成要件之新規定相結合，這個新的構成要件在將來應該將所有的犯罪行為都列為洗錢的前置犯罪。與目前為止相較，顯然將能夠因此更頻繁地掌握洗錢之可罰性。

刑法第 261 條原始的規範目的在於打擊將源自於非法毒品交易、因重罪或以實行其他犯罪為目的之犯罪集團成員所取得之財產標的混入合法金融與經濟活動之行為罪刑化⁵。對於打擊其他重大犯罪之目標嗣進一步放寬其適用範圍，即在個案中無庸再審酌是否存在與組織犯罪具有關聯性之要件⁶。從現在起，前置犯罪及於所有的犯罪行為而遠遠超過指令的規

《註 4》風險評估之尺度分為五等：高度、中高度、中度、中低度與低度。Bundesministerium der Finanzen, Erste Nationale Risikoanalyse – Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, 2018/2019.

《註 5》Vgl. BT-drs. 12/989, S. 26 f.; BT-drs. 12/3533, S. 10 f.

《註 6》Vgl. BT-drs. 12/6853, S. 27 f.; BT-drs. 13/8651, S. 11 f.; BT-drs. 14/8893, S. 10

定，因為指令僅要求比較現行法後要擴大增加洗錢前置犯罪之範圍。指令規定之體系與範圍，就某部分而言具有職權法的本質。指令並未計畫相應地將前置目錄犯罪（Vortatenkatalog）擴展到全部犯罪都包括在內，而是要求充分地包括，特別是那些合於歐盟最低標準，可以宣告為犯罪行為與刑罰的犯罪。而這並不會妨害轉換指令的立法者超出這個最低限制的標準，去創造實體法上持續強化洗錢刑事訴追之基礎。放棄特定前置目錄犯罪而採取將全部犯罪行為均納入前置犯罪的做法，將會擴大構成要件的適用，並且相應地減輕了舉證之負擔。不過，法院對於前置犯罪的存在也必須要有完全的確信。法院必須確信洗錢標的在刑法上的來源，也就是確信標的乃犯洗錢罪之犯罪所得、犯罪產物或者是某個衍生的財產標的。不同於刑法第 76a 條第 4 項【單獨宣告沒收 / Selbständig Einziehung】的情形，援引民法的主張與舉證責任原則（zivilrechtliche Darlegungs- und Beweislastgrundsätze）是不被允許的。

基於限制與衡平刑罰威嚇的理由，因應這次修正而產生的規範擴張，使得我們有必要進一步精確並且限制規定的要件，特別是透過重新改寫適當的犯罪客體與犯

罪行為而落實必要的調整過程，應該會使刑法第 261 條的可操作性在整體上獲得進一步改善。於此同時，此一調整也會使得（刑法第 261 條）完全涵蓋指令規定之犯罪行為。

此外，在聯邦憲法法院的裁判中，關於辯護人收受報酬之故意要件的要求，也會轉化到條文中⁷。

再者，由於洗錢罪構成要件已經顯著地擴大其適用範圍，因此與之相關聯的刑事訴訟法第 100a、100b 與 100g 條之干預處分也會做出新的調整；此外，與洗錢行為可罰性相關的單獨宣告沒收（刑法第 76a 條）也會一併修正，並修正新的條文用語。

最後，一旦評估系爭案件需要經濟生活的特別知識，就應將刑法第 261 條納入法院組織法（GvG）第 74c 條第 1 項第 1 句第 6a 款所規定之經濟刑法專庭管轄之案件類型。

II. 草案的主要內容

草案創造了實體法上強化打擊洗錢之刑法基礎。同時，草案對於擬訂打擊洗錢與資恐策略，以優化有效追訴洗錢框架條件的目的來講，會有所助益⁸，並且對於 2017 年《刑法財產剝奪改革法案》來

《註 7》（譯按）詳後述 B（分則）第一章（刑法的修正）第 3 點（刑法第 261 條之新版本）2.（第 1 項）c.（第 3 句）部分之說明。

《註 8》Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Strategie gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, 2019, S. 17.

講，可收補充之效。年年從事的犯罪行為大多都是為了利益，因此一種有效的財產剝奪，也就是一部有效的、就資金方面可以使前置犯罪行為人在經濟上與外界受到隔絕，並且使犯罪標的實際上不能流通（praktisch verkehrsunfähig）⁹ 的洗錢刑法，特別是對於打擊以利得為取向之組織犯罪來講，會有著顯著的功效。

此外，2018 至 2019 年間第一次打擊洗錢與資恐國家風險評估報告之建議也會一併加以考量。刑法第 261 條草案建議的新版本是為完整轉化以刑事打擊洗錢犯罪指令之規定而設。由於指令之規定只是最低標準，會員國於轉化為內國法之際可以超越，但不能低於前揭標準。利用這個機會，只要草案在轉化指令過程中認為有必要時即超越之並修正相關之構成要件，就是為了強化打擊洗錢，以及為了在實務上優化洗錢罪構成要件可操作性的目的。

2. 修正結果（Folgeänderungen）

放棄了選擇性的前置目錄犯罪行為後，使得洗錢罪構成要件之其餘規定必須在比例原則方面承擔更多的檢驗。

a. 刪除刑法第 261 條第 1 項第 3 句之規定

由於放棄特定前置犯罪目錄，影響到

洗錢之可罰性顯然會擴大其適用範圍，因此現行刑法第 261 條第 1 項第 3 句關於特定之稅務犯罪擴大犯罪客體概念之規定，應無繼續維持之必要。現行刑法第 261 條第 1 項第 3 句擴大了關於特定犯罪之犯罪客體的範圍，並將其延伸至租稅通則（Abgabenordnung）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【犯租稅通則第 373 條與第 374 條第 2 項，以及結合了共同市場組織與直接支付執行法第 12 條第 1 項之罪】的情形由於逃稅所取得之標的。

於第一種案件類型所涉及者係針對刑法第 261 條第 1 項第 1 句之擴大適用，由於節省的開支不是一種「不法獲取」（illegal erworbenen）之財產價值（Vermögenswerte），而只是一種計算後得出的財產利益（ein rechnerischer Vorteil）。將節省之開支納入犯罪客體之範圍（刑法第 261 條第 1 項第 3 句第一種犯罪類型），已經證明了在實務上難以操作，且因此無法進一步加以運用。申言之，所節省之開支就行為人的整體財產（Gesamtvermögen）而言，要予以具體特定幾乎不可能¹⁰。立法者（之前）引入此擴大適用之規定時，

《註 9》 Vgl. BT-drs. 12/3533, S. 11, BT-drs. 12/989, S. 27.

《註 10》 MüKo StGB/Neuheuser, 3. Aufl. 2017, StGB § 261 Rn. 42.

已認知到這將直接關係到下述情狀：節省之開支乃整體財產業經整合後的一部分（ein integraler Bestandteil），且無法從中再加以區分——因此所節省者雖然可以量化（bezifferbar），但仍無法反映出某種具體特定且可分的財產組成部分¹¹。因此某個具體的犯罪客體既無從個別化，自然難以對其實行一個洗錢（漂白）之行爲¹²。同樣地，沒收法制（刑法第 73 條及以下規定）關於節省的開支也由此出發——可以描述爲刑法第 73 條第 1 項規定之「所得」（ein erlangtes “Etwas”），因此，刑法第 73 條第 1 項犯罪所得之概念即有別於前揭刑法第 261 條第 1 項之規定——不能從標的上（gegenständlich）加以辨識。因此，從一開始就只限於植基於國家對於受干預人整體財產支付請求權（Zahlungsanspruch）之刑法第 73c 條替代價額之追徵（Einziehung des Wertersatzes）。儘管這裡同樣具有避免國家無法實行上開權利的利益¹³，不過基於前述的理由，若不將受干預人先前因

爲不確知於何時、何種額度內節省開支的整體財產理解爲洗錢的行爲客體的話，這一點（diesem）將很難以洗錢的構成要件來處理。藉由隱匿受干預人財產標的之方式，故意妨礙替代價額追徵時，也可以用妨害國家刑罰罪的構成要件（刑法第 258 條）加以制裁。此種延伸亦及於刑法第 11 條第 1 項第 8 款規定之措施（Maßnahmen）以及因此所包括之沒收（Einziehung）。

不法獲得之退稅與稅務減免【刑法第 261 條第 1 項第 3 句第二種犯罪類型】在沒有說明的情況下，就已經是洗錢之犯罪客體。將之列舉在現行刑法第 261 條第 1 項第 3 句之內，僅具有宣示性的作用（deklaratorisch）¹⁴ 並且是可以廢棄的（kann entfallen）。

一如實務上所展現的，將未繳納進出口關稅之犯罪客體納入（洗錢）標的範圍內是沒有必要的。犯罪客體（Tatobjekte）之沒收優先適用刑法第 74 條第 2 項之特別規定¹⁵ 即足，目前的租稅通則第 375 條第

《註 11》BT-drs. 14/7471, S. 9.

《註 12》Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Altenhain, StGB, 5. Auflage 2017, § 261 Rn. 83; Fischer, StGB, 67. Auflage 2020, § 261 Rn. 11 f., 25; Schönke/Schröder-Hecker, StGB, 30. Auflage 2018, § 261 Rn. 12; Satzger/Schluckebier/Widmaier Jahn, StGB, 4. Auflage 2019, § 261 Rn. 31; Herzog-Nestler/El-Ghazi, Geldwäschegesetz, 3. Auflage 2018, § 261 Rn. 82 f.; MüKo-Neuheuser, StGB, 3. Auflage 2017, § 261 Rn. 42.

《註 13》Vgl. Leipziger Kommentar Schmidt/Krause, StGB, 12. Auflage 2010, § 261 Rn. 13.

《註 14》Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Altenhain, StGB, 5. Auflage 2017, § 261 Rn. 82; Satzger/Schluckebier/Widmaier-Jahn, StGB, 4. Auflage 2019, § 261 Rn. 31; Herzog-Nestler/El-Ghazi, Geldwäschegesetz, 3. Auflage 2018, § 261 Rn. 81.

《註 15》（譯按）該項規定：與犯罪有關聯之標的（Tatobjekte），得依特別規定沒收之。

2 項規定¹⁶之案件類型即是如此。不過，將此類關聯客體（Beziehungsgegenstände）納入刑法第 261 條之適用範圍，從洗錢法的觀點來看並不正確，因為所涉及者並非逃漏稅行為（Steuerdelikt）之利得或產物（Erträge oder Produkte）。這通常毋寧是合法取得的標的，以至於合法取得的財產受到污染，並且變成了洗錢的客體。若再比對為有效打擊洗錢而於草案中放棄了特定前置犯罪目錄之努力，自應將不適合洗錢之標的，排除於洗錢罪構成要件之適用範圍外。將來仍應繼續努力，禁止藉由犯罪行為所取得之財產標的混入合法的經濟與金融活動中（Wirtschafts- und Finanzkreislauf）。

刪除現行刑法第 261 條第 1 項第 3 句之規定，並就源自違法行為或為了違法行為所取得之標的（刑法第 73 條），或產自該行為之標的（刑法第 74 條）於將來限於適格之犯罪標的（Beschränkung der tauglichen Tatgegenstände），也不至於違反指令第 2 條第 1 款 q 目關於應納入洗錢之前置犯罪涉及直接與間接稅捐之規定¹⁷。

如前所述，如現行刑法第 261 條第 1

項第 3 句之相關案件類型所示，關於節省開支的案例或許存在某種可實際運用的規則。然而此種情形與指令規定或 FATF 之洗錢案件無關。與洗錢具有關聯性者，或者依指令規定，或者參照《聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約》（所謂維也納公約）與《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》（所謂巴勒摩公約）等所定義洗錢行為之第 3 號建議（Empfehlung 3 der FATF），也就是需要標誌出產自或源自犯罪行為之財產標的。然而節省開支正是欠缺此種犯罪來源，因為它總是涉及到合法取得之財產，於犯罪行為後，只能進一步從行為人的整體財產中結算出犯罪利得。就該犯罪利得而言，實在不應成為適格的洗錢客體（nicht zu einem tauglichen Geldwäscheobjekt）。

b. 擴大目前刑法第 261 條第 6 項規定之排除事由

為了保護法律上的交往，那個迄今為止限於刑法第 261 條第 2 項的行為，並且在第三人因為先前不可罰行為取得時不予處罰的理由，應該擴張及於整個刑法第 261 條的構成要件【草案第 261 條第 1 項

《註 16》（譯按）該項規定：（第 1 句）逃漏稅捐、違反第 372 條第 2 項、第 373 條規定或買賣【或收受】逃漏稅贓物罪，則（1）涉及逃漏消費稅，或依歐盟關稅編碼（Zollkodex der Union）第 5 條第 20 款與第 21 款規定之進出口關稅或買賣【或收受】逃漏稅贓物罪等犯罪之物品（Erzeugnisse, Waren und andere Sachen），與（2）供犯罪使用之交通工具（Beförderungsmittel），得沒收之。（第 2 句）刑法第 74a 條規定，應適用之。

《註 17》Vgl. auch Erwägungsgrund 8, der zudem auf die entsprechenden Empfehlungen der Financial Action Task Force – FATF verweist.

第 2 句，第 2 項第 2 句】¹⁸。因為目前為限制在第 2 項的關係，使得排除的理由迄今為止在實務上形同虛設。但對於不罰之取得標的行為，原則上仍會導致排除洗錢客體（Geldwäscheobjekte）範圍之適用。

前揭排除事由也與指令之意旨相符。歐盟 2014 年 4 月 3 日所通過關於保全及沒收犯罪工具與利得之歐洲議會 2014/42/EU 號指令【Abl. L 127 vom 29. 4. 2014, S. 39】第 2 條第 1 款所援引的「利得」（Ertrag）之定義¹⁹並不是那麼容易理解；換言之，源自於嗣後轉投資（Reinvestition）或者轉換「直接的」利得（Umwandlung “direkter” Erträge）之「間接」所得（“indirekten” Erwerb），幾乎無法設定其邊界。即使欲以刑事不法之方式禁止「污染」（Kontamination）通常經濟

活動之後續部分，仍然無從突破轉換的鏈結（Kette der Umwandlungen）。同樣地，透過 2017 年 7 月 1 日生效之《刑法財產剝奪改革法案》所轉化之前揭 2014/42/EU 號指令，立法者掌握並規定了間接利得（mittelbare Erträge）需要劃定之界限：將刑法第 73b 條第 1 項第 2 句（即具有區別效果的限制沒收之規定）²⁰ 引入目前的第 261 條第 6 項中。末以，依刑法第 73 條第 2 項與第 3 項規定²¹ 沒收替代標的（Ersatzgegenstände）之可能性，為因此產生之間接利得設定了邊界而不包括此種【例如將利得購買彩券中獎所贏得之獎金】情形²²。

c. 刪除法定刑下限

依現行法規定，故意的洗錢行為處 3 月以上 5 年以下有期徒刑。由於放棄

《註 18》（譯按）不罰的中間取得行為（Zwischenerwerb）從舊法的第 261 條第 6 項移列至同條第 1 項第 2 句。然而在政府草案（Regierungsentwurf）階段仍然是規定要包括所有關於不罰之先前取得行為排除事由（Ausschlussgrund）之犯罪類型，此事於立法過程中也是透過委員會決議之建議而回復成原來條文規定的狀態，換言之：排除事由於新版本中並未變更原內容，而係單純地規定於第 261 條第 1 項第 1 句第 3 款與第 4 款所稱的犯罪類型中。參 Anja Schieman, „Bekämpfungstrafrecht “außer Rand und Band – Zur unverhältnismäßigen Reform des Geldwäschetatbestands, KriPoz 3, 2021, S. 153.

《註 19》（譯按）該款所稱之「利得」（Ertrag）係指：任何透過犯罪而直接或間接取得之經濟利益；該利益得存在於任何種類之財產標的，包括某種嗣後之轉投資或者轉換之直接利得與具有金錢價值之利益。

《註 20》（譯按）該句規定：他人（即第三人）先前不知或非可得知犯罪所得源自違法行為，而以有償且具法律上原因取得該所得（Erlangte）者【即履行型利得】，不適用第 1 句第 2 款及第 3 款。

《註 21》（譯按）該條第 2 項規定：正犯或共犯自犯罪所得取得之收益（Nutzungen），法院亦應宣告沒收。第 3 項規定：正犯或共犯有下列情形之一者，法院亦得對之沒收：（1）處分犯罪所得而獲取之物，或犯罪所得遭毀損或剝奪而獲得之賠償；（2）基於所取得之權利而獲取者。

《註 22》zum Beispiel Lotteriegewinn aus Einsatz des erlangten Geldes; Vgl. Schönke/Schröder-Eser/Schuster, StGB, 30. Auflage 2018, Rn. 15, 26; Korte, wistra 2018, 1, 3.

特定前置目錄犯罪 (selektiver Vortatenkatalog)，刑法第 261 條之適用範圍顯然將擴及於罪質較輕之犯行，則關於業經提高之法定最低刑度應無庸繼續維持。否則就會與刑法第 257、258 及 259 條之法定刑產生不均衡的結果（因前揭條文的最高法定刑均為 5 年以下有期徒刑或罰金），蓋本條不再以打擊重大犯罪作為其設定之目標 (Zielrichtung)。

如此規定也可與指令協調一致。依指令第 5 條第 1 項規定，會員國應確保刑法之制裁能採取有效、適當與具有勸阻性 (wirksame, angemessene und abschreckende strafrechtliche Sanktionen) 之措施。指令同條第 2 項則單純規定法定自由刑至少應為 4 年。

新的法定刑框架也考慮到今後作為洗錢之前置犯罪行為本身僅有較輕法定刑度之事實。放棄法定最低刑與納入罰金刑作為制裁之效果，同時也為法院宣告罪刑相當的刑罰 (tat- und schuldangemessene Strafen) 開啓了必要空間。

3. 新法版本

洗錢罪之構成要件應該全部改寫，如同聯邦政府所宣布為了打擊洗錢與資恐之戰術，俾提升實務操作之適用性 (Praxistauglichkeit)²³。此事應該也有助於將強化洗錢的焦點轉移到刑事訴追機關，

並更進一步促進訴追 (的成效)。除了前面已經說明的部分外，新法最重要的變動規定因此擴及到適格的洗錢客體、犯罪行為與為自己洗錢等部分。

a. 洗錢客體 (Geldwäscheobjekte)

適格的財產標的應透過運用《刑法財產剝奪改革法案》之專業用語 / 條文用字 (Terminologie des reformierten Rechts der Vermögensabschöpfung) 而現代化。洗錢客體之上位概念是財產標的 (Vermögensgegenstand)，包括犯罪所得 (Taterträge)、犯罪產物 (Tatprodukte) 與衍生之替代物 (Surrogate)。如此明確的架構應配合洗錢犯罪構成要件一併加以簡化並共同擴大適用，無庸限制其適用範圍。

洗錢客體，到目前為止是以源自於違法之目錄犯罪產生之標的加以描述。就此而言，刑法第 261 條第 1 項第 1 句所稱「標的」(Gegenstand) 之構成要件要素包括動產與不動產 (bewegliche und unbewegliche Sachen) 及權利 (Rechte)²⁴。因此，在此脈絡下的犯罪客體還包括債權 (Forderungen)、無體財產權 (Immaterialgüterrechte，例如專利權 Patente) 與對於法人或團體財產之股份 (Anteile an Gesellschafts- oder Gemeinschaftsvermögen)。同樣地，關於電子支付工具 (elektronische Zahlungsmittel) 如

《註 23》 Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Strategie gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, 2019, S. 18.

《註 24》 BGH, Beschluss vom 20. Mai 2015 – 1 StR 33/15 – NJW 2015, 3254.

「支付安全碼」(“Paysafe”-Codes)²⁵ 與虛擬貨幣 (virtuelle Währungen, 如比特幣【Bitcoins】)²⁶ 也都包括在內。在刑法第 261 條的構成要件中特別強調採用此「洗錢客體」一事因此顯得沒有那麼必要。

到目前為止,「源自於」(Herrühren) 的概念已經清楚地掌握,且原則上只要求在前置犯罪與標的間存在某種因果關係 (Kausalzusammenhang)²⁷。因此亦可得出:標的並非必須直接產自前置犯罪,且轉換行為的鏈結 (Kette von Umwandlungshandlungen) 原則上也包括在內²⁸。然而將並非直接產自於前置犯罪之標的,而是其衍生之替代物包括在內,往往產生不同的認定結果。其他的問題還包括:如果從因果關係的面向觀察,在原始產自犯罪之標的與替代標的之間,可以容許存在多少交易行為 (Umtauschhandlungen),而還能夠標識出成為適格的洗錢替代標的。同樣的,對於混合了合法財產部分 (Vermischung mit legalen Vermögensbestandteilen) 之情形,只要產自於犯罪來源的部分並非微不足道

(völlig unerheblich) 者,就不能排除掉 (洗錢) 構成要件 (的適用)²⁹。大量與「源自於」這個構成要件要素有關聯性的問題可見,該構成要件要素承載了過多的疑問 (Zweifelsfragen),因此導致實務上難以操作。一方面,這應該透過犯罪所得與犯罪物加以分類;另一方面,將來再就其替代標的再行分類的方式加以簡化。

本草案也同時考慮到了指令第 2 條第 2 款所定義作為洗錢客體的「財產標的」的概念。申言之,該款規定之財產標的 (Vermögensgegenstände/property) 係指:任何具有財產價值之資產 (Vermögenswerte/assets),包括有體 (körperlich/corporeal) 或無體、動產或不動產、有形 (materiell/tangible) 或無形,以及賦予所有權 (Eigentumsrecht/title) 或其他種類權利 (Rechte/interest) 在此種資產上之法定權利 (Rechtstitel/legal instruments) 或權利證書 (Urkunden/legal documents) 者,包括以電子或數位形式存在均屬之。

指令本身對於洗錢客體與前置犯罪間之因果關係的要求並無更詳細的規定。指令第 3 條第 1 項只有單純規定:財產

《註 25》BGH, Urteil vom 23. Januar 2019 – 5 StR 479/18 – bei juris Rn. 19.

《註 26》Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Altenhain, StGB, 5. Auflage 2017, § 261 Rn. 28; Münchener Kommentar-Neuheuser, StGB, 3. Auflage 2017, § 261 Rn. 31; zur Erfassung durch die §§ 73 ff. StGB: BGH, Beschluss vom 27. Juli 2017 – 1 StR 412/16 – NStZ 2018, 401, 405; BGH, Beschluss vom 5. Dezember 2018 – 1 StR 387/18.

《註 27》BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 – 1 StR 4/09 – BGHSt 53, 205, 209 = NJW 2009, 1617, 1618.

《註 28》Vgl. Münchener Kommentar-Neuheuser, StGB, 3. Auflage 2017, § 261 Rn. 47.

《註 29》BGH, Beschluss vom 20. Mai 2015 – 1 StR 33/15 – NJW 2015, 3254, 3255.

標的必須「源自於犯罪行為」(aus einer kriminellen Tätigkeit “stammen”)。在指令(序文)第 13 點衡量事由(Erwägungsgrund)中對此恰可補充如下，即歐盟 2014 年 4 月 3 日所通過關於保全及沒收犯罪工具與利得之歐洲議會 2014/42/EU 號指令【Abl. L 127 vom 29.4.2014, S. 39】關於「利得」(Ertrag)概念之定義應援用於此處。前揭 2014/42/EU 號指令第 2 條第 1 款所定義之「利得」係指：任何透過犯罪而直接或間接取得之經濟利益；該利益得存在於任何種類之財產標的，包括某種嗣後之轉投資或者轉換之直接利得與具有金錢價值之利益。

b. 犯罪行為 (Tathandlungen)

指令第 3 條第 1 項以三種構成要件重新改寫了會員國應該罪刑化的洗錢行為。原文如下：

- (1) 意圖隱匿 (Verheimlichung/concealing) 或掩飾 (Verschleierung/disguising) 財產標的之違法來源，或協助參與洗錢犯罪之行為人逃避其行為之法律效果，而交易或移轉源自於犯罪行為之財產標的。
- (2) 隱匿或掩飾財產標的或權利之本質、來源、所在、處分或去向，或者財產標的之所有權，並且知悉系爭標的是源自於犯罪行為之事實。
- (3) 收受 (Erwerb/acquisition)、持有

(Besitz/possession) 或使用 (Verwendung/use) 系爭財產標的時，知悉該等標的係源自於犯罪行為之事實。

這些構成要件相當於聯合國 1988 年 12 月 20 日禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約【維也納公約，Suchtstoffübereinkommen】第 3 條第 1 項第 b 款 i 目、ii 目及同條項第 c 款 i 目等規定，立法者已經依照該公約而訂定刑法第 261 條規定完成。因此，刑法第 261 條第 1 項與第 2 項規定之犯罪行為雖然已經符合指令之要求，然而前揭犯罪行為仍應重新架構，尤其是根據聯邦最高法院判決的看法，迄今為止的法律規定只處於「可理解性之邊界」(Grenze der Verständlichkeit)³⁰。各該犯罪行為彼此之間無法清楚地區隔，且以不同的態樣重疊競合³¹，特別是對於司法實務而言顯得難以操作。例如「隱匿，掩飾其來源」(verbirgt, dessen Herkunft verschleiert)之犯罪行為(刑法第 261 條第 1 項第 1 句第一個與第二個要件類型)，就當時所設計的構成要件而言，並無獨自的意義(keine eigenständige Bedeutung)。前揭類型原則上得併入「阻礙或危害此等標的來源之調查、發現、沒收或者保全」之行為態樣。同樣的，也可以在「保全」與「沒收」間，以及「阻礙」與「危害」之間擇取其中之一即可。

《註 30》 Urteil vom 24. Juni 2008 – 5 StR 89/08 – NJW 2008, 2516, 2517.

《註 31》 Vgl. Fischer, StGB, 67. Auflage 2020, § 261 Rn. 32.

這顯示出，爲了洗錢罪構成要件之可操作性，有需要全部重新架構犯罪行爲，並藉此進一步遵循指令規定之原文。是以目前的刑法第 261 條第 2 項規定之行爲，也應該整合到與草案同條第 1 項第 1 句所列舉具有關聯性的犯罪行爲中較妥適。

c. 爲自己洗錢 (Selbstgeldwäsche)

根據現行有效的法律，參與可罰的前置犯罪行爲人，(關於洗錢之後行爲) 原則上不受處罰 (刑法第 261 條第 9 項第 2 句)。這是基於與罰後行爲 (mitbestrafte Nachtat) 及刑法第 257 條以下規定之自我庇護行爲不罰之原則 (Grundsatz der Straffreiheit von Selbstbegünstigungshandlungen) 的思想³²。基於此原則，現行刑法第 261 條第 9 項第 3 句規定，即當行爲人有促使標的流通，同時掩飾該標的之違法來源的行爲時，成爲廣泛適用的例外。因爲此種行爲損害了金融與經濟活動的完整性，而遠遠超過了前置犯罪之不法性，因此與罰後行爲之思想不再適用³³。此等意義下對於爲自己洗錢行爲限制其可罰性具有合憲性³⁴。

前揭爲自己洗錢而限制其可罰性也合乎指令之意旨。指令第 3 條第 5 項要求，

關於任何參與前置犯罪之正犯或共犯，依指令第 3 條第 1 項 a 款與 b 款規定所爲之洗錢行爲也應該受處罰。於指令衡量事由第 11 點指出，爲自己洗錢只有在下列情形才認爲具有可罰性：於實行指令第 3 條第 1 項 a 款與 b 款規定之行爲時，另外產生「除了既有的犯罪所生損害之外，並因而導致進一步的損害」。如此同樣符合德國立法者之評價衡量結果，例如「將源自於犯罪行爲之財產標的流通 (於市面)，同時掩飾其違法來源者」，即符合德國爲自己洗錢之規定。

根據前揭爲自己洗錢規定之基本思考 (方法)，應該就可以掌握新法條文第 6 項【譯按：應係第 7 項】以較簡明之口語表達方式鋪陳。

B. 分則

第一章 (刑法的修正)

第 3 點 (刑法第 261 條之新版本)
重新編排刑法第 261 條第 1 項。

1. 標題

刑法第 261 條 (洗錢) 原始的標題以「掩飾不法取得之財產價值」等語之擴張方式是要清楚表達犯罪行爲之標的並非僅

《註 32》 BT-drs. 13/8651, S. 11; BT-drs. 13/6389, S. 11.

《註 33》 Vgl. Stellungnahme des Bundesrats zum Kommissionsvorschlag der vorliegenden Richtlinie, BR-drs. 116/17 [Beschluss], S. 2.

《註 34》 BGH, Beschluss vom 27. November 2018 – 5 StR 234/18 – NJW 2019, 533 f. Rn. 10 ff.; auch Schröder/Bergmann, Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss, S. 66, erkennen diese Einschränkung an.

限於金錢 (Geld)³⁵。但由於刑法第 261 條實際上有多種行為態樣，若僅使用 (來源之)「掩飾」作為標題則顯得過於狹隘。為了合乎通常語言之使用方式 (就此點可以參考《重大犯罪利得追索法案》= 反洗錢法 [GwG])，刑法第 261 條之標題因此應該再回過頭來以通常使用的「洗錢」(Geldwäsche) 一詞來說明即足。

2. 第 1 項

a. 第 1 句

新法第 1 項擺脫了在實務用字上並不是那麼有感的基本構成要件。這將透過一種清楚表達適合洗錢之財產標的與透過一種同時符合指令規定所要求的犯罪行為新結構之方式來達成。就此而言，對於在實務運作上有時會導致不明確性而顯得不必要的構成要件類型 (Tatbestandsvarianten) 即予以放棄，而無庸再去限制所有涉及具有可罰性行為之範圍。同時，今後的專業用語將更依賴根據指令所轉化的構成要件 (類型)。因為將來所有的重罪與輕罪都會成為前置犯罪，因此即可放棄對於不同的前置犯罪概念。此種具有多義性且有時難以操作的「源自於」(Herrühren) 一詞，應透過《刑法財產剝奪改革法案》之專業用

語重新加以理解，並透過清楚地區別產自前置犯罪之直接與間接之財產標的等 (兩種方式) 取代之。此外，由於已經顯著地擴張了犯罪構成要件，為同時顧及指令之規定，關於法定刑之框架也要下修。

(1) 洗錢標的

關於洗錢行為適格的財產標的應該更明確地以新修正洗錢法標的加以界定。就此而言，「犯罪所得」(Tatertrag) 的範圍相當於刑法第 73 條第 1 項之廣泛規定，因此仍可參考司法實務之裁判與文獻說明。然而，有別於刑法第 73 條第 1 項規定，此處之犯罪所得與節省之開支無關，因為此處所提及節省開支 (die Aufwendungen Ersparenden) 之財產的存在部分恰好無法以犯罪方式取得，且就前揭節省的開支而言欠缺洗錢行為之適格性。「所得」(Etwas) 係指正犯或共犯藉由刑法第 11 條第 1 項第 5 款³⁶ 所稱之違法行為所取得或為了違法行為所取得者。其次，違法行為所生之物 (Tatprodukt, 即犯罪產物) 今後也是適格的洗錢客體。就此而言，這也是本次修法變動改寫的項目之一。因此犯罪產物 (Tatprodukt) 與刑法第 74 條第 1 項³⁷ 之法律定義 (Legaldefinition) 相同，所以也可參考司法實務之裁判與文獻說

《註 35》BT-drs. 12/6853, S. 28.

《註 36》(譯按) 該款規定：稱違法行為者，僅指實現刑法規定之犯罪構成要件之行為。

《註 37》(譯按) 該項規定：因實行故意犯罪行為所產生之客體，或為實行或準備該行為所用或預定供此之用的客體，沒收之。

明。所以，因故意犯罪行為所產生之標的也包括在內。如同刑法第 74 條第 1 項所規定關於「標的」(Gegenstände) 之概念，除了物之外，也包括權利³⁸。

除了這兩種財產標的(犯罪所得與犯罪產物)之外，得以替代犯罪所得或犯罪產物地位的洗錢罪構成要件之衍生財產標的客體也應該在「標的」之範圍內。因此，應該將所有的類型都納入，例如更多基於交換或轉換行為(Austausch oder Umwandlungshandlungen)所產生(新標的)之情況。今後，適格的洗錢客體——一如目前的法律規定——也正是所有間接源自於洗錢前置犯罪，例如藉由利用前置犯罪行為人原始所得(ursprünglich Erlangte，即直接利得)衍生之替代物(Surrogat)等種類之財產標的³⁹。換言之，若從因果關係的角度來看，可以將標的追溯到前置犯罪的話，就可以視為已經沾染了污

點⁴⁰，而且在本質上並非基於第三人之給付⁴¹。根據目前的法律規定，此事可由「源自於」(Herrühren) 這個構成要件要素所導出，而且應該在不變更內容的情形下繼續有效。比較明確地賦予替代直接利得與犯罪產物地位之「另一個」(andere)【或者稱為「衍生」】財產標的名稱，應單純地以減輕對於構成要件理解的方式行之，且清楚地說明立法目的在於建立間接產自犯罪客體的關聯性。透過以「另一個」財產標的為名，足以表達財產標的之上位概念的下位類型，包括犯罪所得、犯罪產物以及衍生之替代物(an ihre Stelle getretenen Surrogate)。

根據現行法，適格的洗錢財產標的不應透過融合(vermengen)⁴²合法資金(legale Finanzmittel)的方式而留存。就此而言，新法版本不應有所改變，因此依據現行法所做成之司法實務見解仍繼

《註 38》Vgl. Fischer, StGB, 67. Auflage 2020, § 74 Rn. 5.

《註 39》Vgl. BT-drs. 12/989 S. 27; 12/3533 S. 12; BGH, Urteil vom 27. Juli 2016 - 2 StR 451/15, NStZ 2017, 28, 29.

《註 40》BGH, Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 4/09, BGHSt 53, 205, 209; Beschluss vom 26. November 2009 - 5 StR 91/09, NStZ-RR 2010, 109, 111.

《註 41》BT-drs. 12/3533, S. 12; BGH, Urteil vom 15. August 2018 - 5 StR 100/18, juris Rn. 28.

《註 42》(譯按)「融合」(Vermengung) 一詞係規定於德國民法第 948 條【第 1 項規定：數動產相互混合(vermischen)或融合致不能分離者，準用第 947 條之規定。第 2 項規定：混合物或融合物(vermischte oder vermengte Sachen)之分離需費過鉅者，視為不能分離】。德國民法第 948 條就「混合」與「融合」二詞在適用上似乎未加區別。我國民法第 813 條在沿襲德國民法第 948 條時，技術上避免將「融合」納入法條。至於 Vermischung 和 Vermengung 的差異毋寧是德語用法的問題。依據 <https://www.iurastudent.de/definition/vermischung-vermengung-%C2%A7-947> 及 <http://www.rechtslexikon.net/d/vermischung-vermengung/vermischung-vermengung.htm> 的說明：Vermengung 指的是有形的固體物之混合，例如硬幣、穀類之類。至於 Vermischung 則主要指液體、氣體類的混合。最後瀏覽日期：2020 年 8 月 14 日。

續有效。聯邦最高法院就此種融合的案例認為，只要從金流的角度觀察（*bei wirtschaftlicher Betrachtung*），源自於前置犯罪的部分並非微不足道時，就可視為適格的洗錢財產標的⁴³。因此關於融合的案例，可以得到以下結論：產自於前置犯罪部分之洗錢標的，與源自於合法來源的其他財產標的融合後，原則上仍可視為適格的洗錢標的⁴⁴。

收益（*Nutzungen*）⁴⁵ 只有當其成為相當於犯罪所得之替代物的部分時，才會視為適格的洗錢標的，犯罪產物之收益的性質也相同。如果於行為人處成為財產標的之犯罪所得或犯罪產物仍可分離，則應將收益排除於適格的洗錢客體範圍之外。藉由此種方式，洗錢可罰性之有效範圍較

目前而言，應該可以更清楚其輪廓⁴⁶。今後，對於取得犯罪所得或犯罪產物之機會，最重要的也就不會在於從利得中謀取收益。今後，基於收受犯罪所得或犯罪產物而獲取之收益本身，仍適用財產剝奪，但不在洗錢刑法的領域。因此，洗錢刑法原則上包含直接產自於前置犯罪的來源（標的），但不及於可能發生的間接利得或利潤（*Erträge oder Gewinne*）。此種間接的利得或利潤只有當其與衍生物混合（*mit einem Surrogat vermischt*）後才具有洗錢之可罰性。之後，犯罪所得或犯罪產物所沾染的污點會延伸到整個衍生物上。前揭限制會導致：例如出租一部贓車獲得之收益（*Einnahmen*），只要該車本身足夠具體而仍得辨識（*noch abgrenzbar*），則（該收

《註 43》 Vgl. BGH, Beschluss vom 20. Mai 2015 - 1 StR 33/15, NJW 2015, 3254 Rn. 5.

《註 44》 Vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2016 - 1 StR 595/15, NStZ 2017, 167, 169 Rn. 25.

《註 45》（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》，元照出版社，2019 年 7 月，頁 124；甘添貴總主編，《德國刑法翻譯與解析》，五南圖書公司，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，元照出版社，2016 年 10 月，頁 86。況德國民法第 953 條尚有「天然孳息」（*Erzeugnisse*）之規定。

《註 46》 Vgl. zur bisher fehlenden Konturierung: BeckOK StGB/Ruhmannseder, Stand: 1. Februar 2020, § 261 Rn. 15, und zu der in der Literatur bisher teilweise vertretenen Auffassung, dass *Nutzungen*, die aus einem aus der Vortat herrührenden Gegenstand gezogen worden sind, ebenfalls aus der Vortat herrühren und damit geldwäschetauglich sind: NK-StGB/Karsten Altenhain, 5. Aufl. 2017, StGB § 261 Rn. 72; Mückenberger, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 261 StGB, Rn. 52: “Erträge und Nutzungen rühren unmittelbar aus dem Gegenstand.”.

益) 尚不具有洗錢可罰性。但此種租金收益依刑法第 73 條第 2 項之規定仍然會認定為孳息 (Nutzungen) 而沒收之。

由於放棄特定前置目錄犯罪而採取將全部犯罪行為均納入前置犯罪的範圍內，將擴大構成要件之適用並相應地減輕了舉證責任的負擔。就此而言，今後法院對於前置犯罪的存在便需要有完全的確信。法院必須確信洗錢標的之刑法上的來源，也要確實確認遭漂白者究屬犯罪所得、犯罪產物或是另一個衍生之財產標的。對於前置犯罪具體化的需求繫諸於每一個個案之狀況而有所不同。據此，與第 76a 條第 4 項不同，只憑相關人員合法收入不可能持有如此大筆金額的事實，並不足以該當構成要件，此時不得依民法上的主張與舉證責任原則處理，而是更接近刑法第 73a 條第 1 項【正犯或共犯之擴大利得沒收 / *Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern*】所規定，即洗錢標的之刑法上來源，必須經由法院根據窮盡證據評價後獲致之完全的確信 (*erschöpfende Beweiswürdigung zu uneingeschränkter Überzeugung*) 而認定為 (特定之) 違法行為。就此而言，前置犯罪之情狀，必須足以使法院獲致確信以認

定系爭財產標的之犯罪來源即可。如果無法認定前置犯罪之事實 (*Erkenntnisse über eine Vortat*)，那麼想要滿足前述對於前置犯罪確信程度 (*Sicherheit*) 的要求當然也不可能。

(2) 犯罪行為

犯罪行為的精簡化與重新架構係緊跟著迄今所運用的構成要件要素，並且同時慮及指令之規定。

① 第 1 款

第 1 款之「隱匿」(*verbergen*) 的概念與目前刑法第 261 條第 1 項第 1 句所規定同一個字的行為態樣意思相同。這個最終有意選擇的動詞形式 (*Verbform*) 應該將行為人必要的「操縱傾向」(*manipulative Tendenz*) 展現出來⁴⁷。隱匿的這個構成要件要素具有行為導向性 (*handlungsorientiert*)，而且會使得發現財產標的之途徑更加困難。從自然意義而言，作為一種具體描述的行為態樣，實際例子如將標的放置在一個並不尋常的地點與某種隱蔽標的之行為⁴⁸。這是一種目的指向性與具體的足以使發現標的產生困難之行為，但從刑事訴追機關的角度而言，無庸 (須) 確實致生耗費 (訴追能量) 之結果⁴⁹。同樣地，隱匿也並非必然需要祕

《註 47》Vgl. BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14, NJW 2015, 2949, 2953 Rn. 49.

《註 48》Vgl. MüKo StGB/Neuheuser, 3. Aufl. 2017, StGB § 261 Rn. 66.

《註 49》Vgl. BGH, Urteil vom 27. Juli 2016 – 2 StR 451/15, NStZ 2017, 28, 29.

密進行 (ein heimliches Vorgehen) ⁵⁰。

第 1 款規定有助於指令第 3 條第 1 項 b 款之轉化，只要涉及具體的，與標的具有關聯性之人為操縱行為。這特別是關係到前揭「……財產標的之位置、處置或移動 (Lage, Verfügung oder Bewegung von Vermögensgegenständen) ……」狀態。至於指令第 3 條第 1 項 b 款所稱進一步的行為態樣，應透過草案第 261 條第 2 項規定加以轉化。

②第 2 款

第 2 款轉化自指令第 3 條第 1 項 a 款，規定連結了針對隱匿 (Verheimlichung) 或掩飾 (Verschleierung) 具有可罰性之財產標的來源的特定意圖 (Absicht) 之特定犯罪行為 (財產標的之移轉【Transfer】或交易【Umtausch】)，或者意圖阻礙 (Vereitelung) 前置犯罪之法律效果。第 2 款規定意圖阻礙來源之發現、沒收或者調查等行為。因此本款也要求行為人具有一種操縱傾向的行為態樣。

除了「沒收」(Einziehung) 外，是否一如目前刑法第 261 條第 1 項第 1 句所規定，需要將「保全措施」(Sicherstellung) 之要件類型的保護包括在內一事，在 2017 年 7 月 1 日之《刑法財產剝奪改革法案》生效後就沒有必要了。根據 2017 年 7 月

1 日之前適用的刑法第 73 條第 1 項第 2 句規定，當被害人對於產自犯罪之利得有請求權的情形發生時，排除當時所規定利得沒收 (Verfall) 之適用。為了保護此種私法上的權利，當時仍然可以藉由刑事訴訟上特定的保全措施 (strafprozessuale Sicherstellung) 要件，即所謂的 (被害人) 償還協助機制 (Rückgewinnungshilfe) 處理即可達成 ⁵¹。因此，新版本的沒收法制，就沒收而言乃獨立於被害人之請求權，且新法規定使得保全措施與沒收協調一致。故「保全措施」不再需要在「沒收」的要件之外再加以保護，所有對於保全措施的危害，同樣也危害到 (可能的) 沒收。

新法第 2 款規定了應該足以危害國家的偵查作為 (意圖阻礙其發現或者其來源的調查) 或者國家的沒收法律規定 (意圖阻礙其沒收) 等特定的犯罪行為。第 2 款具有之危害本質 (Gefährdungscharakter) 因此說明了對於特定結果 (發現、來源調查與沒收) 之阻礙，還是需要有目的之行為 (final gerichtete Handlungen)。然而，並不需要具體危害此等結果，因此第 2 款規定之罪質是屬於抽象危險犯 (abstraktes Gefährdungsdelikt)。

與本款有關聯性的行為是交易 (Umtauschen)、移轉 (Übertragen) 與移

《註 50》BGH, a. a. O.

《註 51》zur Vereitelung bzw. Gefährdung der Sicherstellung in dieser Konstellation vergleiche BGH, Urteil vom 4. Juli 2001 – 2 StR 513/00 – BGHSt 47, 68-83 Rn. 36.

置 (Verbringen)。前揭轉化自指令第 3 條第 1 項 a 款之具有目的指向性的專有名詞，在確保根據指令所規定之全部行為都可以包括在內。交易是指讓與 (Weggabe) 原始財產標的之同時，或在時間上先 (或後) 取得對待給付 (Gegenleistung)。在讓與及取得 (Erlangung) 之間，必須存在因果關係的連結，目的在為了某種互易 (Umtausch) 而履行典型的有償行為 (typische Gegenseitigkeit)。移轉與移置乃轉化自指令第 3 條第 1 項 a 款的「移轉」要件類型 (Transfervariante)。移轉在此處的重點是指「權利」(Rechte)，至於移置則側重於「有體物」(körperliche Gegenstände)。

③第 3 款

新法第 3 款之要件類型與目前刑法第 261 條第 2 項第 1 款所規定之內容相同。關於犯罪行為內容之變動與規定位置之調整無關。因此，第 3 款要件透過收受所傳遞而取得類似所有權之處分權力 (eigentümerähnliche Verfügungsgewalt) 而該當⁵²。就此而言，指令第 3 條第 1 項 c 款所包含之收受【取得】型構成要件 (Erwerbstatbestand) 也轉化於本款中。

④第 4 款

指令第 3 條第 1 項 c 款進一步包含之構成要件轉化到第 4 款之規定中。占有之要件 (Besitztatbestand) 就此而言即併入持有之類型 (Verwahrensvariante)，並且採納了同一個字即使用之要件 (Verwendungstatbestand)。這兩個犯罪行為本來就存在於目前的刑法第 261 條第 2 項規定中，且並未變更其內容。就此而言，持有係指對於適格之洗錢財產標的暫時性地收納保管 (Inobhutnahme und -haltung)，俾維護之以利自己或第三人嗣後加以利用⁵³。持有之特徵在於取得對物之直接支配能力或者，例如有權對於享有支配權者請求某種相應的事實上處分權⁵⁴。持有之典型事例係透過聲明對於已知的標的執行管理支配或者直接占有。至於使用之構成要件要素內容與舊法比較同樣沒有變更，係指對於犯罪標的合乎規定之使用方式⁵⁵。

第 4 款中，行為人對於財產標的之犯罪來源在主觀上 (有條件的【bedingte】) 故意向前挪移到渠取得該標的之時點的限制也適用；與此相反，對於犯罪來源之明知 (sichere Kenntnis)，就行為人之可歸責性而言並不重要。前揭說明符合指令第 3 條第 1 項 c 款之規定。就此而言，下列案型應排除適用：某人事先基於善

《註 52》Vgl. Fischer, StGB, 67. Auflage 2020, § 261 Rn. 38.

《註 53》Vgl. BGH, Urteil vom 15. August 2018 – 5 StR 100/18, NZWiSt 2019, 148-151, Rn. 32.

《註 54》Vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 - VIII ZR 302/11, NJW 2013, 1158, 1159, Rn. 20.

《註 55》Vgl. BGH, Urteil vom 15. August 2018 – 5 StR 100/18, NZWiSt 2019, 148-151, Rn. 33.

意 (gutgläubig)⁵⁶ 而取得犯罪之財產標的 (Vermögensgegenstand zunächst gutgläubig erlangt)，且直到後來才知悉該標的係源自洗錢前置犯罪。於此類案中，單純的繼續占有 (bloße Fortsetzung des Besitzes)，也包括不放棄占有 (Unterlassen der Besitzaufgabe) 惟欠缺進一步之洗錢行為者，應該不會導致一個原本不具有可罰性的行為本身，只因為主觀上知悉的改變而變成具有可罰性。

b. 第 2 句

如同目前第 6 項規定用以規範第 2 句所謂不罰的先前取得行為 (strafloses Vorerwerb)。第 2 句的新規定運用了目前的排除規定 (Ausschlussregelung)，並且將此規定擴張適用到所有的構成要件。從現行刑法第 261 條之規定可見，當第三人先前取得標的時並未因此犯罪者，則依現行刑法第 261 條第 2 項規定之行為即不處

罰。立法者係基於「保護通常交易秩序」(Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs) 的理由而為此規定⁵⁷。就此而言，應避免交易秩序之障礙 (Blockade des Wirtschaftsverkehrs)⁵⁸。然而前揭規定在實務上幾乎沒有什麼價值，因為該規定並未擴張適用到目前刑法第 261 條第 1 項之要件類型，蓋第 1 項要件類型之行為態樣往往同時已經該當⁵⁹。由於後述關於現行刑法第 261 條第 6 項已經產生之衝突，雖然與文義解釋相反，但已有若干文獻主張排除之規定也應該套用在刑法第 261 條第 1 項規定⁶⁰。其背後的思考在於，「源自於」(Herrühren) 違法行為所產生標的之構成要件要素太廣泛，特別是要掌握刑法第 261 條全部的構成要件關於轉換的鏈結 (Umwandlungskette)，因此需要一條特定的界限，以及需要與此相對應之更廣泛的規定俾利犯罪標的去污

《註 56》(譯按)關於 gutgläubig 一詞，德語字典譯為「輕信」，但我國民法物權編繼受德國民法時起，均譯為「善意」，如我國民法第 801 條暨第 948 條第 1 項【即德國民法第 932 條】、我國民法第 948 條第 2 項【即德國民法第 933 條】等，故本文從之。參《德國民法(上)總則編、債編、物權編》，國立臺灣大學法律學院暨財團法人台大法學基金會編譯，2 版，2016 年 10 月，元照出版社，頁 884、885 及 1113。

《註 57》BT-drs. 12/3533, S. 14.

《註 58》Vgl. Fischer, StGB, 67. Auflage 2020, Rn. 43.

《註 59》Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Altenhain, StGB, 5. Auflage 2017, § 261 Rn. 86; Schönke/Schröder-Hecker, StGB, 30. Auflage 2018, § 261 Rn. 21; Satzger/Schluckebier/Widmaier-Jahn, StGB, 4. Auflage 2019, § 261 Rn. 57; Münchener Kommentar-Neuheuser, StGB, 3. Auflage 2017, § 261 Rn. 80.

《註 60》siehe etwa Schönke/Schröder-Hecker, StGB, 30. Auflage 2018, § 261 Rn. 21; Lackner/Kühl, StGB, 29. Auflage 2018, § 261 Rn. 5; HerzogNestler/El-Ghazi, Geldwäschegesetz, 3. Auflage 2018, § 261 Rn. 124.

染化 (Dekontamination)。雖然新法仍保留「源自於」之構成要件及該要素之任務，但前揭想法也繼續存在。透過第三人先前對於標的之不罰取得行為最終會導致從刑事偵查機關的角度觀察，系爭標的關於「污染鏈結」(Kontaminationskette)之繼續將不存在任何利益，就此而言，便可將其自洗錢犯罪客體之範圍排除掉。實務上的典型案例，例如將(沾染污點的)現金存到一個善意的銀行職員所管理的帳戶中，行為人因此獲得了相當於替代物之針對銀行同額債權之請求權。針對存到該銀行的這筆現金並不會遭到沒收——刑法第 73b 條第 1 項第 1 句第 2 款⁶¹對於該銀行而言並不該當——而對於偵查機關(Ermittlungsbehörde)來說，對於該筆款項也沒有進一步訴追的利益。因此，可以排除成為洗錢的客體。對於偵查來講，重要的毋寧是行為人進一步處分帳戶餘額的行為(Verfügung über das Guthaben)。這不適用排除構成要件，故仍可能為與此相

關之洗錢行為⁶²。前開所述足以正當化下列全部事項：與(德國)民法第 935 條第 2 項⁶³【包含善意取得遺失物(abhanden gekommener Sachen)(排除適用善意受讓)之例外規定(即「仍適用善意受讓」)】有關之現行法，將來要適用到刑法第 261 條草案之全部行為，對於新法第 2 項所描述之行為乃透過第 2 句之規定清楚地表達。因此，這也特別適用在因為洗錢罪構成要件的適用範圍藉由放棄特定的前置犯罪目錄行為，應該會顯著地擴張到所有的犯罪行為所致。

至於與前置犯罪行為人共同犯案之惡意的嗣後占有人(bösgläubiger Folgerwerber)，原則上就是前置犯罪行為之共同正犯且同受洗錢罪之處罰，此時即排除下列情形之適用：犯罪參與者得利用所知悉先前不罰之取得行為鏈的擴大排除效果，俾利將沾染污點之財產混入合法的經濟循環中。

《註 61》(譯按)即挪移型第 3 人利得之沒收態樣。

《註 62》so zum bisherigen § 261 Absatz 6 StGB zu Recht Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Altenhain, StGB, 5. Auflage 2017, § 261 Rn. 89; Schönke/Schröder-Hecker, StGB, 30. Auflage 2018, § 261 Rn. 12; Herzog-Nestler/El-Ghazi, Geldwäschegesetz, 3. Auflage 2018, § 261 Rn. 122; Münchener Kommentar-Neuheuser, StGB, 3. Auflage 2017, § 261 Rn. 79; zur Gegenauffassung Satzger/Schluckebier/Widmaier-Jahn, StGB, 4. Auflage 2019, § 261 Rn. 59 f.)

《註 63》(譯按)該項規定：前項規定【所有人因被盜、遺失或其他事由而喪失其動產者，他人不能依第 932 條至第 934 條規定取得其物之所有權。所有人為間接所有人，而其動產由於占有人而喪失者，亦適用前段規定】，不適用於金錢、無記名證券及以公開拍賣之方法，或依第 979 條第 1 項之 1【拍賣，亦得依本項以下規定，以網路公開拍賣之】規定拍賣而讓與之動產。我國民法繼受該項規定並轉化為第 951 條【即盜竊遺失物或非因己意喪失占有，回復請求之禁止】。

c. 第 3 句

根據第 3 句規定，關於刑事辯護人依刑法第 261 條第 1 項第 1 句第 3 款及第 4 款草案之規定而收受報酬行為之可罰性，限於其明確知悉所收受報酬之來源（係屬違法始該當）。這是因為聯邦憲法法院判決認為，根據當時所適用的刑法第 261 條第 2 項第 1 款規定，只有當刑事辯護人於收受其報酬之時點明確知悉來源才具有可罰性之結論符合憲法之規定⁶⁴。對刑事辯護人而言，收受報酬乃典型的執行業務行為，恰好存在高度該當洗錢罪客觀不法構成要件之風險。聯邦憲法法院也指出前揭事態⁶⁵並進一步表示會危害（選任）辯護權，特別是要藉由除去對信賴關係可能之干擾與辯護人及委託人之間所形成的利益衝突（Interessenskollisionen）⁶⁶。有效的刑事辯護建立在特別的保密義務（Verschwiegenheitspflichten）之信賴關係上。針對辯護人進行一項令人擔憂的刑事偵查程序，足以產生干擾信賴關係的結果，因此可能會削弱歐洲人權公約第 6 條第 3 項 c 款⁶⁷所規定對於辯護人的信賴權

作為公平審判程序之其中一環⁶⁸。

根據聯邦憲法法院判決所增訂的本句規定，並非適用於第 261 條草案規定之所有收受報酬案件類型的犯罪行為。關於其他本質上具有操縱傾向之構成要件類型，則不同意給予刑事辯護人特別保護俾利其於是類案型免於刑事訴追⁶⁹。因此，若有刑事辯護人自己持有某財產標的而有故意隱匿（*verbirgt*）其來源，意圖阻礙【標的之發現、沒收或來源調查】而交易、移轉或移置，或者掩飾或隱匿（*verheimlicht*）相關事實等行為，則同樣具有可罰性。

刑事辯護人所收受之報酬，只要是刑法第 261 條第 1 項第 1 句規定之財產標的，都是適格的洗錢標的。故報酬不必然是前置犯罪之直接利得或犯罪產物，也可以包括其他替代前揭直接利得或犯罪產物之財產標的。

今後，刑法第 261 條第 1 項第 1 句第 3 款與第 4 款草案規定之可罰行為，要求刑事辯護人於收受報酬之時點必須知悉（*Kenntnis*）其違法來源。就此而言，若刑事辯護人只是有一種感覺或推測

《註 64》 BVerfG, Urteil vom 30. März 2004 – 2 BvR 1520/01 – BVerfGE 110, 226, 245 ff.

《註 65》 BVerfGE 110, 226, 254 ff.

《註 66》 BVerfGE 110, 226, 256 ff.

《註 67》（譯按）該款規定：由自己或由自己選任的律師為自己進行辯護，若其無力支付律師費用，則為司法的利益所需要時，應免費為其提供辯護人之法律扶助。

《註 68》 Vgl. auch MüKo StPO/Thomas/Kämpfer, 1. Aufl. 2014, StPO § 137 Rn. 3.

《註 69》 Vgl. auch BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2015 – 2 BvR 2558/14 –, Rn. 52.

(eine Ahnung oder bloße Vermutung) 所收受之報酬沾染了污點尚不足夠，而是需要明知其犯罪來源 (sichere Kenntnis der kriminellen Herkunft)。其餘部分，與其他犯罪行為人相同，只需要未必故意 (bedingter Vorsatz) 即足。

3. 第 2 項

透過將第 2 項第 1 句⁷⁰ 當成獨立的構成要件而賦予與第 1 項相同刑度 (5 年以下有期徒刑或罰金) 的做法，應該將那些經過轉化指令第 3 條第 1 項 b 款後，仍舊無法為第 1 項第 1 款所及的行為類型包括進來。在指令第 3 條第 1 項 b 款中，包括隱匿 (Verheimlichung) 與掩飾 (Verschleierung) 財產標的之本質、來源、位置、處分與移動 (wahre Natur, Herkunft, Lage, Verfügung und Bewegung)。b 款與結果有關聯性的原文應該是在表達——正如刑法草案第 261 條第 1 項第 1 款也已經規定的——行為人必須具有一種操縱的行為態樣特徵。同樣的，此種犯罪行為也會造成偵查機關難以發現犯罪客體或沒收之。從結果論，雖然本項規定需要一種目的指向性的及具體適當的行為態樣，但是無庸已經造成刑事訴追機關耗費偵查資源之結果，或是要求已經產生秘密遮掩的效

果⁷¹。正如刑法草案第 261 條第 1 項第 2 款所規定之行為會危害國家的偵查作為 (指「發現」[das Auffinden]) 與國家的沒收權限 (指「沒收」[die Einziehung])。有別於刑法草案第 261 條第 1 項第 2 款連結了危險犯，且因此未對於此款意圖犯之規定予以加重其刑，(第 2 項規定) 則是一種具體的操縱行為。第 1 項第 2 款中基於中性行為本身所造成之危險，其行為非價 (Handlungsunwert) 係透過具體的危險意圖 (konkrete Gefährdungsabsicht) 所導致。與此相反，第 2 項規定之行為本身就蘊含著危害 (Gefährdungen)，因為這些行為並非中性的，而是帶有操縱傾向的特徵。因此必須對於偵查機關在偵查時與沒收之際具有重要關係之事實 (Tatsachen)，實行具體並帶有欺騙性的 (konkret irreführende) 與積極隱蔽性的詭計 (aktiv unterdrückende Machenschaften)。於個案中，對於偵查與沒收來講，不必去確定系爭具體事實 (Tatsachen) 及資訊 (Informationen) 的必要性。只要這類事實與資訊的認知是有幫助的就已經足夠。事實的概念被認為具有全面性 (umfassend)，並根據刑法第 263 條第 1 項⁷² 所使用之事實概念 (Tatsachenbegriff)。因此我們

《註 70》(譯按) 新法第 261 條第 2 項並無第 1 句【第 2 項只有 1 句】，至於舊法第 261 條第 2 項雖有兩款，但也只有 1 句。

《註 71》Vgl. BGH, Urteil vom 27. Juli 2016 – 2 StR 451/15, NStZ 2017, 28, 29.

《註 72》(譯按) 該項即詐欺罪 (Betrug) 之規定：意圖為自己或第三人不法獲取財產利益，告以虛偽錯誤之事實，或扭曲或隱蔽真實之事實，引起或維持錯誤，致生他人財產之損害，處 5 年以下有期徒刑或罰金。

可以參考並援引司法實務發展中就刑法第 263 條第 1 項所規定構成要件要素之說明。

根據第 2 項規定，刑法草案第 261 條第 1 項第 2 句所規定不罰之先前取得行為之刑罰排除事由，對於將來第 2 項第 1 句規定之行為也能更明確地加以運用。

4. 第 3 項

第 3 項與現行「未遂犯罰之」規定相同，並未變更。

5. 第 4 項

第 4 項新規定在表達指令第 6 條第 1 項 b 款之轉化。此後，若行為人係屬歐盟 2015/849 號指令第 2 條規定之申報義務人 (Verpflichteter)，且於執行其業務行為時犯罪者，有本項加重要件之適用。根據前揭指令所轉化到德國法之申報義務人係規定在反洗錢法 (GwG) 第 2 條規定中。「從事其業務上之行為」(in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit) 之要件，以需要該申報義務人之身分始得為之即屬該當。第 4 項規定因此屬於身分犯 (Sonderdelikt)，且係屬第 1 項與第 2 項基本構成要件之加重要件規定。法定刑規定為 3 個月以上，5 年以下有期徒刑。

6. 第 5 項

第 5 項規定繼承了目前第 4 項規定之條文內容，因此同樣包括對於特別嚴重案

型之加重處罰規定。

7. 第 6 項

第 6 項第 1 句繼承了原本第 261 條第 5 項重大過失誤認財產標的係源自於違法行為之全部罪刑規定⁷³。因此仍可繼續參考迄今有關於重大過失洗錢罪做成之裁判與文獻。由於將來已經放棄特定前置目錄犯罪行為，關於重大過失洗錢罪之適用範圍勢必會擴張。申言之，只要因重大過失而不知該等涉及刑法草案第 261 條第 1 項第 1 句行為有關之標的即為財產標的，依新法就具有可罰性。將來只要法院能確信，行為人因重大過失而不知系爭財產標的係源自於任何一個犯罪行為所生之犯罪所得或犯罪產物——也包括目前所規定前置目錄行為以外者——或者其衍生之替代物而因重大過失收受即足夠。

本項乃因應指令第 3 條第 2 項之裁量需要而規定。因此，會員國得規定，當行為人懷疑或應該可得而知財產標的係源自於犯罪行為時，即可予以處罰（此部分亦可參指令第 13 點衡量事由）⁷⁴。

關於（新法）第 6 項第 2 句，由於聯邦憲法法院判決認為，根據當時所適用的刑法第 261 條第 2 項第 1 款規定，只有當辯護人於收受報酬之時點明確知悉其來源才具有可罰性之結論符合憲法規定，

《註 73》 Vgl. auch BT-drs. 12/989, S. 27.

《註 74》（譯按）該點衡量事由第 6 句：會員國得規定，例如因輕率或重大過失 (rücksichtslos oder leichtfertig/recklessly or by serious negligence) 而實行並構成洗錢罪。第 7 句：本指令所指涉之過失洗錢行為，對會員國而言應該理解為將此種行為犯罪化。

也援用到重大過失的構成要件。這表示辯護人於依第 1 項第 1 句第 3 款與第 4 款規定而收受報酬之案件類型不會有重大過失洗錢罪之適用。至於在依第 1 項第 1 句第 1 款與第 2 款以及第 2 項之案件類型，則與此處所指之重大過失洗錢行為無關，因為前揭行為態樣均帶有人為操縱傾向的特徵。正如在故意的犯罪行為態樣，同樣的在重大過失行為時，也不同意給予辯護人特別保護俾利其於是類案型免於刑事訴追⁷⁵。

8. 第 7 項

第 7 項包括現行法第 9 項第 2 句所規定為自己洗錢之內容，而以較口語化之方式改寫為新版本。此後，關於參與前置犯罪且可罰之行為人，只有當他所犯者係前置犯罪不法程度以外之其他不法行為，即其另有將前置犯罪之利得 (Tatertrag) 或所生之物 (Tatprodukt) 或某個相當於此種地位之衍生物 (Surrogat) 使其流通，同時掩飾該標的之來源時，方具有可罰性。根據立法者的評價，對於前置犯罪行為人而言，單純危害來源之調查、發現或沒收，並不會超過前置犯罪之不法內涵及此等行為呈現出具有何種特別值得非難之

不法⁷⁶，如此也符合新法之規定。首先關於掩飾行為 (das Verschleiern)，這是帶有欺騙性的勾當，目的在於將財產標的披上另一種合法來源的外觀，或者至少隱匿其真實來源⁷⁷，逾越了標的物通常的使用方式，因此就此等行為即應單獨承擔非價 (Unwert)⁷⁸。單純自利性的使用所取得之標的而非掩飾性的規避，特別是為了保護經濟與金融活動完整性之機制 (例如支付現金以完成日常生活之交易行為)，即可認為是屬於前置犯罪行為人典型消費其財產標的，且對於前置犯罪而言，並未因此實現了另一個不法 (行為)。

與目前的法律規定狀況相比，今後仍然需要額外附加不法行為方成立犯罪並未改變。因此，仍可參照目前的司法裁判及文獻。為自己洗錢之法規範體系本身應配合草案而修改，並建構為便利實務操作的規範方式。

9. 第 8 項

第 8 項繼承了目前的刑法第 261 條第 9 項第 1 句自首或令他人代為自首其犯行之規定。因此，現行的實務見解及文獻仍可供參考適用。為了在口語上簡化第 2 款規定，「標的」此一構成要件要素以「財

《註 75》 Vgl. auch BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 28. Juli 2015 – 2 BvR 2558/14 –, Rn. 52.

《註 76》 BT-drs. 18/6389, S. 14.

《註 77》 BGH, Beschluss vom 27. November 2018 – 5 StR 234/18 – NJW 2019, 533, 535 Rn. 23.

《註 78》 BT-drs. 18/6389, S. 14; BGH, Beschluss vom 27. November 2018 – 5 StR 234/18 – NJW 2019, 533, 534 Rn. 14.

產標的」(Vermögensgegenstand) 一詞所取代，並刪除了「與犯罪行為相關之標的」(auf den sich die Straftat bezieht)這幾個字。

10. 第 9 項

第 9 項規定，洗錢也能對於源自於國外之財產標的實行。就此而言，透過在國外犯罪之犯罪所得、犯罪產物及衍生之替代物，賦予草案第 1 項規定之財產標的要件相同之法律地位，即將來在國外之行為若（依該國法）可罰且可適用德國刑法就該當犯罪。因此取決於第 1 項所規定可比較之內國行為（vergleichbare Inlandstat）的構成要件是否該當⁷⁹。同樣的，今後在國外之行為也必須附加行為地具應刑罰性（之要件）（第 1 款）。然而前揭附加之要件若涉及某個在國外依第 2 款規定所列舉歐盟法律規定（Rechtsvorschriften）之行為而應予處罰者，即不需要根據強制性的指令規定。此時，依所列舉歐盟法律之規定（europarechtliche Vorgaben）為犯罪行為者，即不需要再確定該行為依犯罪地之法律規定是否亦應加以處罰。

指令第 3 條第 3 項 c 目⁸⁰與第 4 條⁸¹也轉化到本法中。指令第 3 條第 3 項 c 目規定，當依指令第 2 條第 1 款規定，某一行為在內國實行時屬於「犯罪」(kriminelle Tätigkeit)者，則在其他會員國或第三國領域內實行時也應納入洗錢前置犯罪行為之範圍內。指令第 3 條第 4 項⁸²規定，會員國原則上得規定超過指令所訂關聯行為（betreffende Handlung）於行為地也予以處罰（之標準）。刑法第 261 條第 8 項【譯按：應係第 9 項】即運用此一可能性。然而根據指令第 3 條第 4 項後半句規定，當某行為屬於「依指令第 2 條第 1 款【被認定顯屬第 1 款第 2 句】第 a 至 e 目與第 h 目，以及根據現行歐盟法（geltendes Unionsrecht）」時，即可因此產生一種例外。前揭「以及根據現行歐盟法」等語，應理解為只限於各該歐盟法文件所稱並業經援引之犯罪行為【比較英文版本：以及現行歐盟法所定義者（and as defined in the applicable Union law）】。因為關於犯罪地之可罰性要件，只有在指令強制規定

《註 79》Vgl. Schönke/Schröder/Hecker, 30. Aufl. 2019, StGB § 261 Rn. 8.

《註 80》（譯按）該目規定：會員國（應）採取必要之措施以確保根據第 1 項與第 2 項規定之犯罪行為也及於產自其他會員國或第三國領域內之財產標的，只要該行為經規定於內國實行時也算犯罪。

《註 81》（譯按）該條規定：會員國（應）採取必要之措施以確保幫助犯（Beihilfe）與教唆犯（Anstiftung）依第 3 條第 1 項與第 5 項實施之犯罪行為，以及前揭條項所規定輕罪之未遂犯（Versuch der Begehung），均應加以處罰。

《註 82》（譯按）該項規定：於前揭條文第 3 項 c 目之情形，會員國得進一步要求，依其他會員國或第三國之內國法規定之特定行為（betreffende Handlung）實行時即屬犯罪，即該行為係屬某種指令第 2 條第 1 款第 a 至 e 目與第 h 目，以及根據現行歐盟法規定之犯罪。

的範圍內被排除適用，因而若涉及指令第 2 條第 1 款第 a 至 e 目與第 h 目所列舉之歐盟法律文件而明定於法律條文中作為例外規定 (Ausnahmeregelung) 就有必要。指令第 3 條第 4 項所稱之「依指令第 2 條 [第 1 款第 2 句] 第 a 至 e 目與第 h 目，以及根據現行歐盟法」等語，應理解為對於各該相關已經規定應予處罰之犯罪行為的法律文件。就此而言，並非取決於當時所規定應予處罰之法律效果及加重處罰情狀 (zu verhängenden Rechtsfolgen und erschwerende Umstände) 之要求。只要前揭具有關聯性的法律文件授權會員國對於特定的行為態樣得加以處罰或者排除其可罰性之部分裁量權，則指令第 3 條第 4 項就應解釋成只包括由會員國自行納入強制性處罰規定的行為態樣。就此可以得出：會員國藉由選擇性的規定，無庸強制性地規定特定行為態樣之可罰性，且某種附隨之洗錢可罰性本身同樣只能在內國的案件中加以選擇，這種區別化的要求為草案所接受。犯罪地可罰性要件之例外因而適用於下列情形：

a. 第 2 款 a 目

關於打擊參與對於歐洲共同體或歐盟成員國官員行賄公約之第 2 條

【Bestechlichkeit (受賄)】與第 3 條【Bestechung (行賄)】規定之行為態樣應加以處罰。

b. 第 2 款 b 目

歐盟理事會 2002/946/JI 框架決定第 1 條規定所指涉之行為態樣，係指歐盟理事會 2002 年 11 月 28 日 2002/90/EG 號指令第 1 條⁸³【一般構成要件 (Allgemeiner Tatbestand)】與第 2 條【教唆犯、幫助犯與未遂犯 (Anstiftung, Beteiligung und Versuch)】所定義幫助未經許可之入境、過境與停留行為 (ABl. L 328 vom 5.12.2002, S. 17) 應加以處罰。

c. 第 2 款 c 目

2003/568/JI 框架決定與本目具有關聯性之打擊於私部門行賄係定義於第 2 條【私部門之行賄與受賄 (Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor)】與第 3 條【教唆犯與幫助犯 (Anstiftung und Beihilfe)】，該等行為應加以處罰。

d. 第 2 款 d 目

2004/757/JI 框架決定與本目具有關聯性之非法毒品交易係定義於第 2 條【非法交易毒品與先驅原料之相關行為 (Straftaten in Verbindung mit illegalem Handel mit Drogen und Grundstoffen)】與第 3 條

《註 83》(譯按) 該條第 1 項規定：會員國應對下列情形施加適當制裁：a 目：非會員國之人故意於任一成員國領域內幫助侵害相關國家關於外國人入境或過境之法規命令。b 目：非會員國之人意圖營利 (zu Gewinnzwecken)，故意於任一會員國領域內幫助侵害相關國家關於外國人停留之法規命令。該條第 2 項規定：會員國得決定，雖有第 1 項 a 目規定之行為，若行為之目的係基於人道考量而協助 (humanitäre Unterstützung) 該關係人時，得運用其內國法規命令與司法實踐而不對其實施制裁。

【教唆犯、幫助犯與未遂犯（Anstiftung, Beihilfe und Versuch）】，該等行爲應加以處罰。前揭框架決定第 3 條第 2 項規定⁸⁴ 包括特定行爲態樣排除未遂犯可罰性之可能性。因此只有在援引前揭（排除適用之）例外可能性時，將犯罪地之可罰性要件之例外納入本款規定中。

e. 第 2 款 e 目

2008/841/JI 框架決定與本目具有關聯性之打擊組織犯罪係定義於第 2 條【關於參與犯罪組織之行爲（Straftaten im Zusammenhang mit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung）】a 目與 b 目的兩類行爲態樣中，其中之一或二者應加以處罰。前揭框架決定 a 目因而轉化爲德國刑法第 129 條所謂組織型行爲（Organisationsmodell）；至於框架決定 b 目之重點即進一步的所謂陰謀型行爲

（Verschwörungsmodell）則未轉化到德國法中。本指令之目的也是要從此出發，只有在 2008/841/JI 框架決定第 2 條 a 目所定義之行爲應加以處罰，並因此將犯罪地可罰性要件排除之例外規定一併納入。

f. 第 2 款 f 目

2011/36/EU 號指令與本目具有關聯性之人口販運係定義於第 2 條【關於人口販運之行爲（Straftaten im Zusammenhang mit dem Menschenhandel）】與第 3 條【教唆犯、幫助犯與未遂犯（Anstiftung, Beihilfe und Versuch）】，該等行爲應加以處罰。

g. 第 2 款 g 目

2011/92/EU 號指令與本目具有關聯性之性剝削係定義於第 3 至 8 條等不同之行爲態樣，該等行爲應加以處罰。就此而言，包括第 5 條第 7 項與第 8 項⁸⁵，以及

《註 84》（譯按）該項規定：會員國得規定下列情形非屬犯罪：依第 2 條第 1 項 a 目規定毒品之提供（Anbieten）或預備（Zubereitung）之未遂犯，以及依第 2 條第 1 項 c 目規定收受毒品（Erwerb von Drogen）之未遂犯。

《註 85》（譯按）該指令第 5 條第 7 項規定：會員國得裁量於第 2 條 c 目第 iii 點【任何用以表達兒童參與真實的或明確模仿色情動作形貌之資料，或者任何顯現出帶有以性爲主要目的之兒童形貌的某人之性器官】之情形，當拍攝兒童形貌照片時，該人事實上已滿 18 歲者是否仍適用本條關於兒童色情之規定。該指令同條第 8 項規定：會員國得裁量本條第 2 項【收受或持有兒童色情資料，最高處至少 1 年有期徒刑】與第 6 項【製造兒童色情資料，最高處至少 3 年有期徒刑】於下列情形是否仍適用：若確定依第 2 條 c 目第 iv 點【實際上顯現出某兒童參與一個明確的性行爲，或者實際上顯現出帶有以性爲主要目的之兒童性器官】所製造之色情資料單純僅供個人利用，且單純以由該人持有爲目的，且製造之目的並非供第 2 條 c 目第 i 點【任何顯現出兒童參與事實上或明確模仿性行爲之資料】、第 ii 點【任何顯現出帶有以性爲主要目的之兒童性器官】及第 iii 點所稱色情資料使用，且與資料散布之危險行爲無關。

第 8 條⁸⁶ 規定之例外（排除適用之）可能性，成員國得依其（立法）裁量是否納入規定中。因此只有在援引前揭（排除適用之）例外可能性時，將犯罪地之可罰性要件的例外納入本款規定中。

h. 第 2 款 h 目

2017/541/EU 號指令與本目具有關聯性之打擊恐怖主義係定義於第 4 至 14 條⁸⁷ 等不同之行為態樣，該等行為應加以處罰。其中所包含之第 9 條第 2 項又再分為 a 目與 b 目⁸⁸ 兩種行為態樣，其中之一應加以處罰。在前揭兩目之間仍存在一種階梯關係（Stufenverhältnis）：a 目已經包括基於特定意圖而旅行至某一會員國；b 目進一步涉及該旅行者之預備行

為（Vorbereitungshandlungen）。該指令之目的正是要從 2017/541/EU 號指令第 9 條第 2 項 b 目所定義之應予以罪刑化之行為出發，並就此將犯罪地可罰性要件之例外（排除適用）納入考量。

11. 第 10 項

現行法就與犯罪行為有關聯性之標的（刑法第 74 條第 2 項之犯罪客體【Tatobjekte】）規定得沒收之，與刑法第 74a 條關於沒收不屬於行為人所有或其有權支配之犯罪客體等規定應繼續保留。本項規定儘管（只）是為了無法依據刑法第 73 條規定沒收已經漂白之財產標的的情形所設，例如行為人先以善意取得財產標的（zunächst gutgläubig erlangt），嗣後方基於

《註 86》（譯按）該指令第 8 條規定：「基於當事人雙方合意之性行為（Auf gegenseitigem Einverständnis beruhende sexuelle Handlungen）。」

《註 87》（譯按）該指令第 4 條稱為：與恐怖組織有關之犯罪行為（Straftaten im Zusammenhang mit einer terroristischen Vereinigung）。第 5 條稱為：公然要求實行恐怖行為（Öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat）。第 6 條稱為：為恐怖目的而招募人員（Anwerbung für terroristische Zwecke）。第 7 條稱為：為恐怖目的而實施人員培訓（Durchführung einer Ausbildung für terroristische Zwecke）。第 8 條稱為：為恐怖目的而完成人員培訓（Absolvieren einer Ausbildung für terroristische Zwecke）。第 9 條稱為：為恐怖目的而旅行（Reisen für terroristische Zwecke）。第 10 條稱為：為恐怖目的而組織或為其他便利旅行之行為（Organisation oder sonstige Erleichterung von Reisen für terroristische Zwecke）。第 11 條稱為：資助恐怖主義（Terrorismusfinanzierung）。第 12 條稱為：其他恐怖活動行為（Andere Straftaten im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten）。第 13 條稱為：恐怖行為之認定（Bezug zu terroristischen Straftaten）。第 14 條稱為：幫助犯、教唆犯與未遂犯（Beihilfe、Anstiftung und Versuch）。

《註 88》（譯按）該指令第 9 條第 2 項 a 目規定：會員國（應）採取必要之措施以確保將下列故意實行之行為其中之一規定為犯罪：（a）意圖實行或幫助實行第 3 條規定列舉之恐怖行為（Terroristische Straftaten），（或）明知有助於第 4 條規定此類組織之犯罪行為而意圖參與某恐怖組織之活動，或依第 7 條與第 8 條規定為恐怖目的實施或完成人員培訓而旅行至會員國。同條項 b 目規定：（b）意圖實行或幫助實行第 3 條規定列舉之恐怖行為而預備入境至會員國者。

惡意實行洗錢行為（如隱匿該財產標的）。於此種案例類型中，系爭財產標的乃「被動的犯罪客體」（passives Tatobjekt），對此則是根據刑法第 74 條與第 74a 條等規定予以沒收。

其次，沒收應該也可以根據刑法第 73 條及以下條文之規定行之，特別是當行為人實行洗錢罪之構成要件致令財產標的流通，並因此等犯罪使該行為人有所獲得。前揭情形係指當行為人無論以何種方式，為自己「收受」（verschafft）業經漂白之犯罪財產標的。沒收犯罪所得之可能性不應該因為開啓犯罪客體之沒收而遭到封鎖，此點在法院判決中偶爾會提到。現行刑法第 261 條第 7 項所規定之犯罪客體沒收並非指：任何遭漂白之財產標的都應該是只能依刑法第 74 條與第 74a 條之規定予以沒收之犯罪客體⁸⁹。

參考目前的司法實務見解，關於「……經由洗錢取得之財產標的，只有成為犯罪客體才能被沒收」⁹⁰，於刑法第 261 條第 10 項【譯按：原文為「第 8 項」】第 3 句草案中應該具體表達為：除了目前所規定依刑法第 74 條與第 74a 條之沒收外，刑法第 73 到 73e 條之沒收規定不受影響。

這些沒收規定於適用時應強調，某個犯罪所得、犯罪客體或犯罪工具是否為（適格的）標的之問題，應單獨根據犯罪事實的情節與從個別行為人與其犯罪時間點的角度觀察加以判斷。

此結果也符合立法者於《刑法財產剝奪改革法案》之意志，立法者解釋並明確地證明刑法第 73 條可適用於洗錢罪之案件類型，即刑法第 73 條草案之沒收主要針對洗錢行為人⁹¹，至於依刑法第 73b 條規定之第三人利得沒收（Dritteinziehung）應該只有在例外情形才適用，特別是當洗錢行為已經罹於追訴權時效⁹²。

12. 故意

放棄特定前置犯罪目錄將從根本上擴大刑法第 261 條之適用範圍。洗錢之可罰性從此將不再因為財產標的非源自列舉之特定犯罪以至於被排除（適用）而落空⁹³。正如到目前為止，關於洗錢犯罪行為可疑開端之依據，就故意（Vorsatz）而言，將來也必須適用到所有的構成要件要素。由於省略了特定的前置犯罪目錄，將來便不需要再考慮目錄犯罪行為。

關於任何一種違法之前置犯罪行為要件所必要之主觀故意，已經發展成為刑法

《註 89》同意見：Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665, 681.

《註 90》BGH, Beschluss vom 27. November 2018 – 5 StR 234/18, Rn 29.

《註 91》BT-drs. 18/9525, S. 66; ebenso BGH, Beschluss vom 27. März 2019 – 2 StR 561/18, Rn.16.

《註 92》Fischer, StGB, 67. Auflage 2020, § 73b Rn. 11.

《註 93》目前仍然要求所謂的「雙重可疑開端」（doppelter Anfangsverdacht），Vgl. etwa Münchener Kommentar Neuheuser, StGB, 3. Auflage 2017, § 261 Rn. 137.

第 257 條與第 258 條⁹⁴之原則而可以加以考慮。因為這些犯罪構成要件關係到某種「違法行爲」(rechtswidrige Tat)。因此，前置犯罪行爲人既不需要去認識其他前置犯罪行爲之人，也不用理解(erfassen)所有前置犯罪行爲方式的細節，只要洗錢的行爲人認為，洗錢的標的是犯罪所得、犯罪產物或任何一種違法行爲所衍生之替代標的，這類關聯事項上認知的錯誤就是不重要的⁹⁵。法律上或事實上關係

的精確認知(genaue Vorstellung)就此而言並非必要⁹⁶。因為這並非取決於洗錢行爲人對於其行爲是否做成一個正確的法律上評價。當行爲人無論對於任何一個輕罪或重罪的犯罪事實(Vergehens- oder Verbrechen-sachverhalt)根本欠缺清楚的認識時⁹⁷，則會排除故意；否則可能也無法確認行爲人的認識是否及於刑法第 11 條第 1 項第 5 款所指的違法行爲，而不是例如違反秩序罰之行政不法。

(譯者黃士元為臺灣臺北地方檢察署檢察官，臺灣大學法律學院博士班研究生；
Prosecutor, Taiwan Taipei District Prosecutors Office; PhD. Postgraduate
Student, College of Law, National Taiwan University)

《註 94》(譯按)德國刑法第 258 條妨害國家刑罰權罪，為意圖使他人免於因違犯不法行爲而遭受刑事處罰或保安處分(之執行)的規定，性質上乃對他人之包庇行爲(persönliche Begünstigung)，與德國刑法第 257 條包庇罪規範之目的在於「物的庇護」(sachliche Begünstigung)有別。

《註 95》Vgl. zu § 257 StGB: Schönke/Schröder/Hecker, 30. Aufl 2019, StGB § 257 Rn. 20.

《註 96》Vgl. zu § 258 StGB: BGH, Urteil vom 10. September 2015 – 4 StR 151/15 – NJW 2015, 3732, 3733 Rn. 13) .

《註 97》Vgl. zu § 257 StGB: OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. März 1964 - (1) Ss 57/64, NJW 1964, 2123.

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。刑事辯護人 (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。
- (3) 未遂犯罰之⁸。
- (4) 依反洗錢法 (Geldwäschegesetz) 第 2

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

《註 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相當接近實害之具體危險的結果犯；危害型要件乃尚未接近實害之具體危險犯；且二者均未附加主觀不法意圖)。

《註 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)。

《註 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)。

《註 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)。

《註 6》本款第 3 句規定為本次修法所新增。

《註 7》本項規定與舊法類似【原規定於第 1 項第 1 句前段】(即掩飾隱匿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”，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。

條規定之申報義務人 (Verpflichteter) 犯第 1 項之行爲，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。行爲人以常業或以持續從事洗錢犯罪集團之成員身分犯之者，原則上爲情節重大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 項規定之違法行爲有關者，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爲人，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. 行爲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罪行，或令他人代爲自首者，

2. 犯第 1 項或第 2 項之罪，在第 1 款規定之前提下，保全與其犯罪行爲相關之標的者。

(9) 依第 1 項之規定，若某標的係源自於在外國實行之行爲，而該行爲依德國刑法之規定係屬不法行爲，且

1. 該行爲在行爲地可罰，或
2. 依下列規定與歐盟公約 (Übereinkommen der Europäischen Union) 亦屬可罰者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 日關於強化刑法爲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

《註 8》 本項規定與舊法同，項次亦未更動。

《註 9》 本項乃本次修法時新增之規定。對法定負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。

《註 10》 本項即情節重大事由【原規定於第 4 項】。

《註 11》 本項即重大過失洗錢罪【原規定於第 5 項】。

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

《註 13》 本項即“個人解除刑罰事由”【原規定於第 9 項第 1 句】。

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

- 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 至 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 至 9 條第 1 項與第 2 項 b 目或第 10 至 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 至 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。

《註 15》本項第 1 句與第 2 句規定與舊法同【原規定於第 7 項】。

《註 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】。

《註 17》即犯罪（關聯）客體之沒收。

《註 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 (Einziehung) 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

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

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

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

《註 4》 (歐洲) 公務員受賄罪 (Bestechlichkeit)。

《註 5》 對 (歐洲) 公務員行賄罪 (Bestechung)。

《註 6》 Betäubungsmittelgesetz

《註 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)。

《註 8》 Grundstoffüberwachungsgesetz

《註 9》 Abgabenordnung

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

《註 11》 Gesetz zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen und der Direktzahlungen.

《註 12》 偽造變造簽帳卡、支票與匯票罪【Fälschung von Zahlungskarten, Schecks und Wechseln】。

《註 13》 媒介性交易【Zuhälterei】。

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 至第 264²⁴、266²⁵、267²⁶、269²⁷、271²⁸、284²⁹、299 條³⁰、第 326 條第 1 項、第 2 項與第 4

項³¹、第 328 條第 1 項、第 2 項及第 4 項³² 與第 348 條³³ 之罪；

b) 以違犯下列行爲為常業³⁴ 或以持續違犯下列行爲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 至 4 項、商標法³⁹

《註 14》人口販運罪【Menschenhandel】。

《註 15》強迫性交易罪【Zwangsprostitution】。

《註 16》強迫工作罪【Zwangsarbeit】。

《註 17》剝削勞工【Ausbeutung der Arbeitskraft】。

《註 18》剝奪自由以行剝削罪【Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung】。

《註 19》竊盜罪【Diebstahl】。

《註 20》侵占罪【Unterschlagung】。

《註 21》恐嚇取財【Erpressung】。

《註 22》贓物罪【Hehlerei】。

《註 23》詐欺罪【Betrug】。

《註 24》補助詐欺罪【Subventionsbetrug】。

《註 25》背信罪【Untreue】。

《註 26》偽造文書罪【Urkundenfälschung】。

《註 27》偽造有證明重要性之電子資料罪【Fälschung beweisrelevanter Daten】。

《註 28》間接虛偽登載罪【Mittelbare Falschbeurkundung】。

《註 29》未受許可舉辦賭博罪【Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels】。

《註 30》商業往來之賄賂罪【Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr】。

《註 31》危害環境之廢棄物清理罪【Unerlaubter Umgang mit Abfällen】。

《註 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】。

《註 33》公務登載不實罪【Falschbeurkundung im Amt】。

《註 34》gewerbsmäßig

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

《註 36》Aufenthaltsgesetz § 96

《註 37》Asylgesetz § 84

《註 38》Wertpapierhandelsgesetz § 38 Absatz 1 bis 4.

《註 39》Markengesetz § § 143, 143a und 144.

第 143、143a 及 144 條、著作權法⁴⁰ 第 106 至 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、第 89c 條⁴⁷ 與第 129 條⁴⁸、第 129a 條第 3 項及第 5 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

《註 40》 Urheberrechtsgesetz § § 106 bis 108b

《註 41》 Gebrauchsmustergesetz § 25

《註 42》 Designgesetz § § 51, § 65

《註 43》 Patentgesetz § 142

《註 44》 Halbleiterschutzgesetz § 10

《註 45》 Sortenschutzgesetz § 39

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

《註 47》 資助恐怖主義【Terrorismusfinanzierung】。

《註 48》 建立犯罪組織【Bildung krimineller Vereinigungen】。

《註 49》 建立恐怖性犯罪組織【Bildung terroristischer Vereinigungen】。

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

《註 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）。

《註 52》 第 74a 條【沒收第三人犯罪所生之物、犯罪工具與犯罪客體】。

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 至 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)