

辯護人是實行洗錢罪的高危險群？

國立高雄大學法律學系專任助理教授 吳俊毅

目 次

- | | |
|-----------------------------------|------------------------------|
| 壹、問題的提出 | 三、構成要件層次的解決看法 |
| 貳、可能涉及的洗錢罪構成要件 | 四、違法性層次的解決看法 |
| 一、法律基礎的體系 | 陸、完整適用洗錢罪的看法 |
| 二、保護的法益 | 一、辯護人收受酬勞並不是辯護行為的要素 |
| 三、客觀構成要件 | 二、保護辯護權的有效實行不是阻卻違法事由 |
| 四、主觀構成要件 | 三、洗錢罪的故意存在與否：一個刑事訴訟法的問題 |
| 參、對於問題的解答 | 四、對於辯護權的危險：洗錢罪的嫌疑與針對辯護人的調查行為 |
| 肆、陷入困境的原因 | 柒、結論 |
| 伍、爲了脫離困境所提出看法的發展現況 | |
| 一、概說 | |
| 二、行為能力層次（Handlungsfähigkeit）的解決看法 | |

壹、問題的提出

本文所要處理的主題，想透過以下教學案例所描述的情況來呈現：

賣毒收入付律師費案

G因為販賣海洛因（毒品危害防制條例第2條、第4條第1項）被提起公訴。律師R依法接受G的選任擔任他的辯護人。為了支付R所開出的每次出庭收費新臺幣6萬元的酬勞。

在看守所的面會時間，G要求前往探視的太太F，回家之後按照指示找出G藏在天花板裡的錢並且從中拿6萬元交給R。以此方式，R透過F而從G取得6萬元的酬勞。事實上，這筆錢是G賣海洛因所賺來的錢的一部分。與此有關的，對於G的經濟情況：「向來靠販賣毒品維生，因此前科累累，所給的錢大部分應該都源自於此而不怎麼『乾淨』。」就所收到的這筆6萬塊錢，R是認為與販賣毒品的行為之間「可能」具有關聯性，即便是對



於酬勞的來歷具有這樣的懷疑，R還是決定收下這6萬塊錢；請問，根據刑法以及洗錢防制法，R是否具有可罰性？

貳、可能涉及的洗錢罪構成要件

一、法律基礎的體系

在文章一開始所提出的案例事實，可能會涉及到同屬「接應犯罪」（Anschlußdelikt）的「贓物罪」（刑法第349條第1項）以及「洗錢罪」（洗錢防制法第2條第2款¹）²。

刑法第349條第1項把行為的標的稱為「贓物」，而在洗錢法第2條第2款，則是把行為的標的描述成「因重大犯罪所得財物或財產上利益者」。這兩個概念有個共通點是：「行為人所接受的標的，和他人所實行的（根據刑法）可罰行為之間具有關聯性」；也就是說，這個標的是因為實行這個可罰行為所產生的「產品」（Produkt）³。接著，在行為標的的術語使用上，立法者在刑法第349條第1項選擇了「贓物」的概念，根據通說的想法，這

是想要把與其相關聯的可罰行為，也就是「在前（面先發生的）行為」（Vortat）被限制在侵害財產法益的可罰行為（財產犯罪⁴），至於在洗錢法第2條第2款，依照同法第3條對於「前行為」（亦即，所謂的「重大犯罪」）的立法定義，則是不以實行侵害財產法益的可罰行為為限。另外，觀察行為標的的性質，刑法第349條的「贓物」是指「有體物」，相對的，洗錢法第2條的「財物」是指「有體物」，至於當中並列的「財產上利益」則是可以被理解為「無形的權利」（Recht）⁵。

因為與刑法贓物罪有部分的重疊，在適用上，洗錢法第2條第2款，在體系上被歸類為特別刑法的規定⁶。不過，其可罰性的前提以及相對應的法律效果卻是分別被規定在洗錢法第2條第2款、第3條以及第11條第2項⁷。

根據開始所提到的案例事實，R所接受的6萬元現金，與之前G所實行的販賣海洛因的行為，二者之間具這樣的「鍊狀」（Kette）關聯性：

（販賣海洛因所取得的）6萬元現金→
（付給律師酬勞的）6萬元現金

¹ 以下簡稱為：「洗錢法」。

² Urs Kindhäuser, Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar, 2. Aufl., § 261, Rn. 3.

³ 吳俊毅，我國刑事上追繳、追徵及抵償制度的未來——給這個問題一個當主角的機會，《法學叢刊》，2006年7月，51卷3期（以下縮引：吳俊毅，《法學叢刊》，51卷3期），86頁。

⁴ 對於國內通說的整理，林東茂，刑法分則修正草案評估——侵害個人法益部分，收錄於氏著，《一個知識論上的刑法思考》，五南，1999年，87頁註37。

⁵ 因此，有將類似我國刑法第349條贓物罪的情形理解為「針對『物』的銷贓犯罪」（Sachhelerei），而洗錢罪第2條因為重大犯罪而取得利益的情形稱為「針對『價值』的銷贓犯罪」（Werthelerei），Günther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht BT: Lehrbuch, 2000, § 29, Rn. 8.

⁶ 對於「接應的犯罪」，在刑法當中已經有「贓物罪」的規定，洗錢法第2條第2款則是在這個基礎之上將標的的範圍擴大到「權利」且前行為被擴大到針對非財產法益的可罰行為；類似的看法，Arzt/Weber, a. a. O., § 29, Rn. 8. 贊同的看法，不過，理由只著重在前行為範圍擴及針對非財產法益的可罰行為，最高法院95台上第2375號判決。

⁷ 2007年7月修法之後的版本，條號從第9條調整為第11條。



在這裡，作為前行為的販賣海洛因的行為，在法律性質上並不是針對財產法益的犯罪。所以，接受因為這個行為所取得的物，可能只涉及洗錢法第2條第2款。

二、保護的法益

洗錢罪的保護法益，在內容上，從洗錢罪構成要件的構造或者從影響的面向，被作成不同的描述⁸，比方，著眼在「接應犯罪」的性質，洗錢罪的法益被理解成「被前行為所侵害的法益」，以及修正的看法：「保護沒收的請求權」⁹，另外，洗錢罪的行為類型當中，有一個部分，在目的設定上是落在「消除行為標的（財物或權利）與前行為之間的關聯性」上面，結果會造成對於前行為調查的困難，所以，「有效率的刑事訴追」（刑事司法）也被納入洗錢罪的法益內容；最後，還有看法將更遠的影響層面也加進來，像是，國家監控金融交易的利益（Staatliche Interesse an Überwachung des Finanzverkehrs）以及讓可罰行為所取得的財產無法交易而達到「預防再犯」的效果¹⁰。

如前所述，洗錢罪保護法益的範圍到底有多大，儘管還是不確定，不過，對於洗錢罪的法益內容，應該超越前行為所針對的法益而具有其獨自想要達到的保護利益，就這一點，是被廣泛接受的¹¹。

一開始所提到的案例事實主要可能涉及到洗錢法第2條第2款：「收受他人因重大犯罪所得財物或財產上利益……」。一方面，在構成要件的構造上，由於這個規定和贓物罪所具有的相似性，另一方面，因為行為標的及其相關的前行為的範圍被擴大，特別是，前行為在這裡並不限於針對財產法益的犯罪，「與前行為保護法益不一致」應該是思考「以收受標的方式實現洗錢罪」的情形保護法益的方向，比方，職業殺手K受V委託狙殺市議員P，事成之後，V匯了100萬元到K的帳戶，若K把這100萬元拿來買名錶，在這裡，前行為所侵害的法益（P的生命法益），透過洗錢行為並沒有被加深（K因此整體減少了100萬——財產法益，源自於委託人V教唆K殺死P成功所給予的酬勞）¹²。有效的刑事訴追或刑事司法可以在法益保護

⁸ 對此，嘗試回歸原點的探索，李聖傑，洗錢罪在刑法上的思考，《月旦法學雜誌》，2004年11月，115期，44-55頁；各種觀點的整理，李傑清，洗錢罪保護法益與處罰，《月旦法學雜誌》，2004年11月，115期（以下縮引：李傑清，《月旦法學》，115期），9-27頁。

⁹ Herbert Tröndle/Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufl., 2004（以下縮引：Tröndle/Fischer, StGB），§ 261, Rn. 3; Wolfgang Ruß, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1994, § 261, Rn. 4; 把刑法第349條贓物罪的前行為一律理解為是「針對財產法益」的可罰行為，不過，這樣的看法，在洗錢罪將前行為的範圍擴大的情形可能無法直接套用，因為，在這裡，財產法益不見得是前行為的主要目標，Arzt/Weber, a. a. O., § 29, Rn. 7; 李傑清，《月旦法學》，115期，27頁。在考慮到最後想要達到的目的之一——「肅清源自於前行為的不法所得」，主要的手段，像是沒收（包含追徵），被當作是洗錢罪的保護法益內容之一，不過，這樣的看法無法阻止與前行為保護法益的方向漸行漸遠的事實。

¹⁰ Arzt/Weber, a. a. O., § 29, Rn. 7; Tröndle/Fischer, StGB, § 261, Rn. 2.

¹¹ 林東茂，註4書，88頁。

¹² Roland Hefendehl, Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das Verfassungsrecht mißglückte Regelungen des Besonderen Teils retten?, in: Bernd Schünemman (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001,



內容的探索上作為上位的概念。在這裡，進一步地講，在收受標的所造成的影響，最主要的是，增加了之後對這個標的實行沒收的困難，因為，在這中間，標的可能會被收受者消費掉或者處分掉，結果是，在實行對標的物的沒收時，會因為沒有標的而導致「國家的沒收請求權」無法被執行¹³。因此，在以收受標的方式實行洗錢罪的情形，法益的內容應該僅限於國家沒收請求權的保護。由此觀之，在收受行為的情形，並不會「直接」涉及到「掩蓋證據（用來證明前行為存在的事實）」的擔心，如同在其他妨害刑事司法的可罰行為的情況，比方，偽證罪（刑法第168條）、湮滅刑事證據罪（刑法第169條第2項）¹⁴。

三、客觀構成要件

本文一開始所提到的案例事實可能涉及到洗錢防制法第2條第2款的「收受他人因重大犯罪所得財物或財產上利益……」。在以收受的方式實行洗錢罪的情形，其客觀的構成要件係由以下的要素所組成：

（1）行為的標的：因重大犯罪所取得的財物或財產利益。

根據洗錢法第2條第2款，收受行為的標的有兩種。首先是「財物」，其概念的範圍限於「有體的、或是有形的物」

（körperliche Sache），至於可換算成的經濟價值有多高則非所問¹⁵，這個「財物」可以和「贓物」的概念（刑法第349條）作相同的理解。另外，也可作為行為標的的「財產上的利益」，則可以被理解成是「無形的權利」（Recht）。

再者，行為標的要可以被追溯到有不法的來歷（路）。也就是說，行為標的與可罰前行為之間必須具有關聯性。關於這個可罰的前行為，洗錢法第2條第2款是以「犯罪」來稱呼，對照洗錢罪的保護法益——刑事司法，特別是，國家對於沒收的請求權順利實行的利益，為了完整地保護這個利益，解釋上，對於可罰的前行為的最低要求是，只要「至少」具有刑法上的「構成要件該當性」以及「違法性」即為已足¹⁶。同規定當中，對於可罰的前行為的「情節」還有特別的要求，亦即必須是所謂的「重大犯罪」。這個「重大性（嚴重性）」的判斷標準，根據同法第3條，立法者的標準是，或者取決於法律效果，而使用「重罪條款」的立法方式，比方，達到5年以上的有期徒刑（法定刑）（洗錢法第3條第1項第1款），或者使用「鉅額條款」，根據標的的換算金額，像是，新臺幣500萬元以上（洗錢法第3條第2項），雖然，同條當中也有使用「表列行為」

（以下縮引：Hefendel, FS-Roxin）S. 151.

¹³ 李傑清，《月旦法學》，115期，27頁。

¹⁴ 若是把洗錢法第2條第2款當中的行為態樣之一「掩飾」，理解為：「任何為了消除前行為與行為標的之間的關聯性，而被實行的掩蓋事實的方法」，有效調查前行為所需要的線索是建立在這種障礙的排除上，所以，「防止妨害刑事司法」這個保護刑事司法權的內容，就這個部分，根據現行洗錢法第2條第2款可以被洗錢罪的保護法益所涵蓋，Tröndle/Fischer, StGB, § 261, Rn. 3; Ruß, in: LK, § 261, Rn. 4.

¹⁵ 觀察洗錢罪的本質：「消除標的與前行為的關聯性」，則作為這裡標的可能型態——物，並不以具有經濟上可以換算的財產價值作為前提。相反的看法，李傑清，論我國律師收受源自重大犯罪所得之報酬是否成立洗錢罪，《律師雜誌》，2006年5月，320期（以下縮引：李傑清，《律師雜誌》，320期），30頁。

¹⁶ 吳俊毅，《法學叢刊》，51卷3期，97頁。



(Katalogtat) 的立法方式(洗錢法第3條第1項第2至18款)，不過，實際上，因為前述兩種「概括的規定」，其所預期的限制效果已經被大打折扣。

最後，行為標的和前行為之間的關聯性並非無限延伸；可當作行為標的的範圍，根據洗錢法第4條，包括原物(洗錢法第4條第1款)或者原始所取得的權利(洗錢法第4條第2款)，以及由其所轉換的替代物或者權利，不過，後者的頻率以一次為限(「限於一次的價值替代」)(洗錢法第4條第3款)。

(2)收受行為。所謂對於標的的收受，如同在贓物罪時的理解，在此，想參考德國通說的看法對「收受」作這樣的定義：「在前行為人的同意之下¹⁷，經其受讓而取得屬於行為人自己的對於標的的實際控制(或者『處分』)權限」¹⁸。結果是，透過收受的行為，因為違反刑法的可罰行為所取得的標的會被進行流通(im Umlauf bringen)。所造成的影響是，因此有更多的人被牽涉到沒收(或追徵)請求權所及的範圍之內¹⁹。

(3)行為人。這裡是「收受行為的行為

人」，在身分上，是有別於作為行為標的來源的「前行為行為人」。

四、主觀構成要件

行為人主觀上的故意必須及於前面(貳、三)的所有客觀構成要件。

與本文案例事實分析回答有關的，這裡的故意，在組成的要素上，就「知(Wissen)的要素」的內容可再作以下更細部的區分：(1)對於行為標的的來歷(路)，以及(2)對於收受行為。是否行為人具有以收受方式實行洗錢罪的故意，關鍵就在於，收受行為行為人對於(1)的態度²⁰。若他清楚地認識到，行為標的的來歷是源自於違反刑法的可罰行為，在這種情形，行為人若仍決定接受標的，行為人是具有(直接)故意。若行為人對於「行為標的的來歷是源自於違反刑法的可罰行為」這一點，只是認為「有可能」，即便如此，他仍舊決定收下標的，行為人此時也是具有(間接)故意。

行為人主觀上，在(2)的基礎上，不管是對於(1)有清楚地認識，還是認為有可能，若最後決定不放棄收受標的，此時他

¹⁷ Harald-Hans Körner, Geldwäsche: ein Leitfaden zum geltenden Recht, 1994, S. 22 (Rn. 33); Walter Stree, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2001(以下縮引: Stree, in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar), § 259, Rn. 17-19; Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar mit Erläuterungen 24. Aufl., 2001, (以下縮引: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch) § 261, Rn. 8. 相反地，認為在這裡不需要前行為行為人的同意，Arzt/Weber, a. a. O., § 29, Rn. 18.

¹⁸ 另外，因為同條當中還有另外一個收受的態樣——「故買」，所以，這裡的「收受」在適用上被限制在前行為人與收受人之間沒有對價關係存在的情形，最高法院95台上第2375號。認為沒有區分實益，李傑清，《律師雜誌》，320期，31頁。

¹⁹ Arzt/Weber, a. a. O., § 29, Rn. 23.

²⁰ 有看法把「消除不法的來歷」當作是洗錢行為的目的，嘗試將此從故意的內涵拉出來並理解成一種「意圖」，不過，現行洗錢法第2條各款並沒有特別對意圖作要求，因此，這樣的解釋可能是有問題的，李聖傑，註8文，48頁。另外，在德國有看法將類似的情況理解成「雙重的故意」(der doppelte Vorsatz)，Körner, a. a. O., S. 33 (Rn. 59).



都是具有「欲（Wollen）的要素」。所以，關於以收受方式實行洗錢罪的情形，故意的底線是被劃在「間接故意」²¹。

參、對於問題的解答

(1)G所給的6萬元現金是因為他人重大犯罪所取得的財物。

案例事實當中的6萬元，是以現鈔方式呈現，因此可以透過人的感官作用具體地感受到其存在，而且在日常生活當中因為具有一定的經濟價值而依法被規定作為交易支付的工具，所以，這6萬元現金是有體物以及洗錢法第2條第2款的「財物」。

毒品危害防制條例（以下簡稱：毒害條例）第2條第2項第1款將海洛因歸類第一級毒品，又同法第4條第1項是規定「販賣」第一級毒品的行為。根據洗錢法第2條第2款，可以作為收受行為標的前提是，必須是因為他人實行「重大犯罪」而被取得。洗錢法第3條用以下的標準或方式來定義「重大犯罪」：(a)重罪條款——法定刑至少要達到5年以上（洗錢法第3條第1項第1款）；(b)行為標的的換算價值：在列舉的可罰行為，一旦金額在500萬元以上（洗錢法第3條第2項）；或者(c)表列行為（Katalogtat）（洗錢法第3條第1項第2款至18款²²）。一方面，案例事實涉及到毒害條例而且所提到的現金數額只有6萬元，既

不屬於洗錢法第3條第2項第1、2款所列舉的可罰行為，也遠低於在這裡所要求的500萬元門檻；另一方面，毒害條例第2、4條也不在洗錢法第3條第1項第2到18款的表列行為裡；毒害條例第4條第1項將販賣第一級毒品的法定刑規定為死刑或無期徒刑，已經超過洗錢法第3條第1項第1款的5年以上有期徒刑的最低標準。所以，G販賣海洛因的行為是洗錢法第3條第1項第1款意義之下的「重大犯罪」。

按照案例所描述的事實，這6萬元是G販賣海洛因所取得的對價，亦即直接因為販賣行為所取得的財物（洗錢法第4條第1項）。又根據前面的討論，G販賣海洛因是洗錢法第3條第1項第1款意義之下的「重大犯罪」。由於這6萬元與作為「重大犯罪」的G販賣海洛因行為之間具有這樣的關聯性，根據洗錢法第3條第1項第1款以及第4條第1款，這筆錢是洗錢法第2條第2款的「『因為他人重大犯罪』所取得的財物」。

(2)R收下G所給的6萬元是收受因為他人重大犯罪所取得的財物。

從前述可知，由G所給的6萬元現金是洗錢法第2條第2款的「因為他人重大犯罪所取得的財物」。根據G的指示而由F所提供的這6萬元，是為了支付R擔任G辯護人的酬勞，R收下這筆錢之後，可以按照自己的規劃自由地支配使用，因此，R是在重大

²¹ 在德國類似的看法，Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, § 261, Rn. 9; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 261, Rn. 18; Tröndle/Fischer, StGB, § 261, Rn. 40. 在我國贊同的看法，李傑清，《洗錢防制的課題與展望》，法務部調查局，2006年，68頁。

²² 洗錢法第3條第1項第18款是2007年7月修法時被加入。與之前所採取的構成要件與法律效果分別規定的方式（罪、刑分離）並不相同。在這裡，就只有列出條號（構成要件：「資助國際洗錢防制組織認定或追查之恐怖組織或該組織活動者」則是放在同法第11條第3項之罪）。這樣的設計，在適用時卻是讓人在體系上有一種「先後不一」以及「後面突然又冒出一個構成要件」的粗糙感覺。



犯罪行為人G的同意之下而取得對於這6萬元的實際控制權限。所以，根據洗錢法第2條第2款，R收下G所給的6萬元是收受因為他人重大犯罪所取得的財物。

(3)R是收受因為他人重大犯罪所取得的財物的行為人。

根據事實，6萬元是因為G販賣海洛因所取得。G販賣海洛因並取得這6萬元是發生在R收受6萬元之前。R並沒有參與G所實行的販賣海洛因以及取得6萬元。R是在事後由G取得對於這筆錢的實際控制權限。所以，R是收受因為他人重大犯罪所取得的財物的行為人（洗錢法第2條第2款）。

(4)根據G販賣海洛因而被告的事實，R認為「6萬元來自不法的來源」是有可能的，卻仍決定收下這筆錢的部分。

在以收受方式實行洗錢罪的情形，行為人的故意，除了及於收受行為，故意成立判斷的關鍵在於，行為人對於行為標的來歷（路）的態度。根據案例事實，G因為被控販賣海洛因而選任R擔任他的辯護人，由此對於G的經濟狀況作出這樣的推測：「6萬元和G販賣海洛因或者其他的毒品『可能』具有關聯性」，即便是如此，R仍決定收下這6萬元，據此，組成故意的「知」與「欲」的要素都已被實現，只是在強度上，後者是大於前者，是「間接故意」的型態。

(5)在所學的教學案例當中，並沒有其他的事實可以實現阻卻違法或是阻卻責任事由。關於違法性以及責任，因為無法被排除而必須作肯定的回答。

(6)R收受G因為販賣海洛因所取得的6萬元當作是擔任G辯護人的酬勞（出庭費），依據洗錢法第2條第2款、第3條第1項第1款以及第4條第1款，R成立以收受因

為他人重大犯罪所取得的財物的洗錢罪。

肆、陷入困境的原因

前面對於案例問題的解答，是按照刑法行為可罰性判斷三階段的審查結構，正確地操作洗錢法第2條第2款所得到的結果。

不過，面對這樣的結果：「辯護人為拿到辯護的酬勞而『故意』接受他的被告因為實行重大的可罰行為所取得的財物，『辯護人收取辯護酬勞會成立洗錢罪』。」對於辯護人以及一般的國民，甚至是法律人，都有著一種與生活經驗相衝突的感覺——「律師擔任被告的辯護人是在作正當的事情，為此收取酬勞怎麼會觸犯洗錢罪？」。

如同已經討論過的，在這裡，問題的關鍵在於，行為人的故意是否及於行為標的來源的違法性，特別是，他對於所收受的財物（案例當中的6萬元）和前行為（G因為販賣海洛因或者其他的毒品）之間具有關聯性，至少是以一種「認為不無可能」的態度。對此，實際上大都會以外在可分辨的事實：「行為人決定收下，而不是放棄接受（或拒收）」來推得有達到故意成立的最低門檻——間接故意。在日常生活，為了滿足生活必要的需求或是不必要的需求，我們可以輕易地發現這樣的機會，比方，買一瓶25元的可樂，在付款的時候，店員對於收到的25元並不會特別去問顧客說「是否是正正當當賺來的」，或者，到汽車保養場更換比原廠便宜的汽車零件時，雖然會懷疑所更換的是不是「殺肉貨」（臺語：贓物），以上都可能是基於這樣的心態：「便宜就好！」，通常並



不會當面或者事後還特地去對來源的合法性作查證。和其他的刑罰規定沒有什麼不同，洗錢法第2條第2款要求有故意才能實現洗錢罪是正確的，其並沒有對我們課予「查證來源是否乾淨」的義務。可是，在實務上，為了證明這個故意，經常在「既然收下就是有故意」、「既然被告沒錢，那麼他交給辯護人的就一定是『髒錢』」²³的簡單邏輯之下，這個規定在適用上如此地被扭曲，導致以下不符合日常生活經驗感覺的結果；在可罰性的風險機率上，律師因為擔任刑事案件被告的辯護人，透過其權利的行使，像是，閱卷權以及交流權，相對於其他的職業團體，比方，醫師、會計師……等，是比較容易得知與案件事實有關的資料，也因此會被認為，對於所接受的酬勞的來歷是否是合法的（乾淨的），因為手頭上的資料比較充分，所以就比較能夠查明，「作為他的酬勞的現金和被告的可罰行為是沒有關係的」；若辯護人收下作為酬勞的財物，不過，後來刑事訴追機關查出，該財物是因為被告實行的可罰行為所取得，則基於「辯護人因為比較容易得知與案件事實有關的資料，以及與被告有較多的接觸，所以比較可以查清楚所接受的酬勞的來源」的邏輯，就容易因此而認為辯護人有洗錢罪的故意。可是，這樣的邏輯是很有問題的，一方面，辯護人在行為標的的來源被課以較高的注意義務，對此，洗錢法第2條第2款並沒有特別作要求，另一方面，「對案件知

道比較多」並不必然就會「知道酬勞的真正來源」，對此，還需要進一步地事實（證據）來證明。可是，這樣一來，似乎也意味著，辯護人與被告之間的辯護關係，可以在只是出於懷疑，「為了調查辯護人是否有以收受方式實行洗錢罪的事實」，動輒將干預的手深入這塊被憲法所優先保障的「有效辯護」的利益²⁴。

一方面，有鑑於以收受方式實行洗錢罪所保護的法益是沒收請求權的順利實行，所以，辯護人「故意」收受源自被告因為實行「重大犯罪」（洗錢法第3條）所取得的財物作為實行辯護的酬勞，洗錢法第2條第2款在這裡可以適用。另一方面，肯定規定可以毫無優待地適用，意味著可以對辯護人為（實行洗錢罪）展開調查活動，讓人會有這樣的擔心：「在這裡允許國家干預辯護的關係，所失去的可能是更多。」困境就是發生在「是否要認為，在這個情形，辯護人成立洗錢法第2條第2款的可罰性」這樣一進與一退的猶豫，直到現在，尋找最佳平衡點的努力還在繼續進行。

伍、為了脫離困境所提出看法的發展現況

一、概說

在前面（肆）已經提到，辯護人收受源自被告重大犯罪所取得的財物當作是酬

²³ 這是對於德國實務的批評，或許，基於人性共通，在我國相同情形應該也不在少數，Cornelius Nestler, Der Bundesgerichtshof und die Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche, StV 11/2001, S. 642.

²⁴ 相同的看法，Hans Dachs/Daniel M. Krause/Gunter Widmaier, Anmerkung zu BVerfG Urt. v. 30. 3. 2004 – 2 BvR 1520, 1521/01, NStZ 2004, Heft 5, S. 261; 對此，請參見吳俊毅，辯護人與被告交流權（Verkehrsrecht）之探討——透過接見以及使用書信方式的情形，《月旦法學雜誌》，2006年10月，137期（以下縮引：吳俊毅，《月旦法



勞的情形，在洗錢法第2條第2款正確地操作之下，所得出的結果，根據生活經驗是無法被接受的：「律師擔任被告的辯護人是在作正當的事，為此收取酬勞怎麼會觸犯洗錢罪？」

面對這樣的感覺，開始有「限制」洗錢法第2條第2款適用的聲音。對此，在我國，實務以及學界對於問題的意識有待凝聚，理論的本土化也需要發展上的持續關注²⁵。我國洗錢防制法第2條第2款，在內容上與德國刑法第261條第2項²⁶相近似，對於本文所提到的案例事實，德國刑法第261條第2項是否可以適用，在德國，文獻上以及實務上已經有一些建議的看法被發展出來。這些看法，對於我們面對同樣的情形，在洗錢法第2條第2款的適用是否應該限制的問題上面，應該可以為答案的思考提供一些創意的來源。如果以「可罰性判斷的三階段論證結構」作為標準，這些看法可以被分成以下幾個集團。

二、行為能力層次 (Handlungsfähigkeit) 的解決看法

這個看法主要是從這個問題的討論出發，「本質上，一個接受因為他人重大犯罪行為所得的行為，不過卻是披著『社會相當的行為』(das sozialadäquate Verhalten)的外觀，在這裡，洗錢法第2條第2款的適用範圍有多大？」

對此，在方法上是透過目的限縮的方式²⁷，嘗試劃出「可以排除洗錢法第2條第2款適用的『社會相當的行為』的範圍」。在這個意義底下，比方，支付辯護人、醫師、會計師因為提供必要的專業服務的酬勞，或者為了滿足日常的生活所必需的交易行為，被提出作為進一步的判斷標準²⁸。在結論上，這個看法是與社會行為理論的看法相符的，亦即，以「社會重要性」(soziale Bedeutung)的標準，先把會造成構成要件解釋以及適用時發生「不正義結論」的行為挑選出來，而不會繼續進到構成要件該當性的判斷²⁹。在這種情形，特定的社會相當行為會在這裡被擋下來，不會繼續進到洗錢法第2條第2款的構成要件該當性層次審查³⁰。

這裡的「社會相當性」是從對於「活

學》，137期)，150頁。

²⁵ 文獻上，吳天雲，律師收受辯護報酬是否該當洗錢罪之界線，《全國律師》，2006年7月，95-106頁；李傑清，《律師雜誌》，320期，26-40頁。不過，判決對於這個問題的看法至今還沒有出現。

²⁶ 德國刑法第261條第2項 (§ 261 II StGB):「1.自行或者讓他人取得、或者2.保存、或者3.為自己或他人而使用，第1項當中所指的標的(譯註，源自於第1項第2句當中所指的違法行為)，當他在取得標的時點知悉標的的來源時，亦同。」

²⁷ Rudolf Rengier, Strafrecht-Besonder Teil I: Vermögensdelikte, 2. Aufl., 1998, § 23, Rn. 16.

²⁸ Rengier, a. a. O., § 23, Rn. 16.

²⁹ 根據社會行為理論，類似的作法，譬如將醫師為了達到「治癒目的」(Heilungszweck)而實行對於病患的生命、身體完整性造成干預的措施，醫師以及社會一般對此會認為，他們每天在對病患所作的是在「救人」，而不是在「傷害人」甚至是「殺人」。所以，為了避免形成像是後者的負面感覺，醫師的治療行為自一開始在「行為概念」的層次就先被挑出來，不會繼續進到刑法第277條以下而被評價為具有「殺人罪」或是「傷害罪」的構成要件該當性，Udo Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S. 23.

³⁰ 在德國，有認為這樣的作法是屬於「構成要件」層次的解決(Tatbestandlösung)，Johannes Wessels/Thomas



動目的」的觀察所得出，比方，聘請擔任辯護人、看醫生或者其他滿足日常生活必需，因為「投入」這樣的活動，在社會上是正當的、合法的。不過，由於這樣的行為所具有的「多樣性」特徵，在討論洗錢法第2條第2款不適用的問題時，對照其保護法益：「沒收請求權的順利實行」在拿捏上，界線不明的「社會相當行為」概念³¹，一旦認定過寬，會有造成整個以收受方式實行洗錢罪的機制瓦解的危險。不過，立法者在設計制度時，「有效訴追作為前行為的重大犯罪」（洗錢法第1條）的思考似乎是居於主導的地位，藉此緊縮前行為人的基本生活所需，達到防止他把不法所得投入經濟的流通而造成對於前行為的訴追，以及肅清因此所產生的不法所得在執行上的困難。所以，目的的區分（社會相當性）並非立法者所關心，因為，無論如何，前行為的行為人把他因為實行重大犯罪（洗錢法第3條）所取得的財產標的交給他的辯護人或者其他專業人士，都可以被立法者的制度思考所涵蓋，參考立法的實例，限縮的作法是與立法者的想法不符的³²。另外，若是只在這裡給予辯護人優待，對於其他同樣是為了滿足生活必需的情況不正是一種歧視？³³在這裡，社會相當的行為的處理方式造成掛一漏萬的

質疑，並不能提供具有說服力的說明。

三、構成要件層次的解決看法

這個看法有兩條發展的軸線，分別由客觀以及主觀構成要件進入。

(1)按照客觀構成要件進入的看法³⁴，辯護人收受被告因為實行重大犯罪所取得的財物當作酬勞，應該不能認為是洗錢法第2條第2款的「收受行為」，否則辯護人會擔心因此具有可罰性，因為除此之外，被告沒有「乾淨來源」的財物可以拿出來，在「無利可圖」之下而拒絕接受被告的選任（刑訴法第27條第1項、第29條），最後只能接受法院為被告所指定的公設辯護人或者律師來擔任辯護人（刑訴法第31條第1項），選任辯護人的機制會因此陷入空轉。所以，這個看法主張，在這種情形，通常不應該被洗錢法第2條第2款所涵蓋³⁵。

(2)「故意的解決」的看法則是認為³⁶，辯護人收受被告因為實行重大犯罪所取得的財物，是否成立洗錢法第2條第2款，仍然要進入構成要件層次進行審查。不過，在這個情形，辯護人對於財物的來源是違法的，主觀上「至少」要達到「明知」的程度，也就是具有「直接故意」。透過對於洗錢法第2條第2款的主觀要件的限縮解

Hillenkamp, Strafrecht-Besonder Teil/2, 2. Aufl., 2000, Rn. 899; Nestler, a. a. O., S. 641; Tröndle/Fischer, StGB, § 261, Rn. 33.

³¹ Wessels/Hillenkamp, a. a. O., Rn. 900.

³² Walter Stree, in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, § 261, Rn. 17.

³³ 類似的看法認為限制是不正義的，因為相同的問題也會發生在其他的領域，Tröndle/Fischer, StGB, § 261, Rn. 32; Nestler, a. a. O., S. 644.

³⁴ OLG Hamburg, Beschl. v. 6. 1. 2000 – 2Ws 185/99.

³⁵ Nestler, a. a. O., S. 641.

³⁶ 這是聯邦憲法法院所採取的看法，BVerfG, NStZ 2004, Heft 5, S. 260. 另外，聯邦最高法院在最早的判決也採取這個看法，BGH 2.StR 513/00 – Urteil v. 4. Juli 2001.



釋，在這裡，辯護人成立洗錢法第2條第2款仍舊有適用，不過，適用的範圍卻是在主觀構成要件遭到限制的，所以，又稱為「故意的解決」（Vorsatzlösung）³⁷。

關於限制在直接故意的理由，首先，因為有洗錢法第2條第2款的規定，辯護人被揣測說，他往往因為辯護的關係，不但是對於被告的生活事實，而且對於被告的財務狀況等資訊應該會知之甚詳，也因此，對於所接受來自被告的酬勞的來歷是比較可能弄清楚，就這樣，他是比較容易陷入實行洗錢法第2條第2款的嫌疑。所以，檢察官可以依據刑事訴訟法第228條第1項對辯護人展開偵查行動。基於這樣的「初步懷疑」就可以針對辯護人進行調查，影響所及，辯護人在了解自己動輒就會因為洗錢法第2條第2款的涉嫌而被訴追，不但擔任重大犯罪被告的辯護人的意願可能大大地降低，即使接受被告的選任，也會因為擔心因為特定的事實，比方，因為接受異常高額的酬勞，而被推定有「知悉違法的來源」的嫌疑³⁸，在實行任務的時候會有所顧忌，而無法自由、獨立地依照其專業為被告辯護，造成辯護的品質下降³⁹。這也意味著，有了洗錢法第

2條第2款，國家單憑該條的「嫌疑」即可以對於擔任被告辯護人的律師的「職業實行自由」（憲法第15條）加以干預⁴⁰。同時，國家刑事訴追機關針對辯護人的調查行為，也可以較為輕易地⁴¹對於辯護人與被告之間的信賴關係作深入地干擾，造成被憲法保障的、辯護人與被告之間的辯護關係被干預。有鑑於對於辯護人職業實行自由以及有效辯護利益的干預，在這裡也指出了一個「合憲性限縮」的可能——洗錢法第2條第2款的主觀構成要件限制在「直接故意」才能符合比例原則⁴²。

四、違法性層次的解決看法

這個解決模式是一個來自於學理的嘗試⁴³，認為行為能力層次以及構成要件層次的解決看法因為無法有效解決與立法目的衝突的問題，所以無法阻止洗錢法第2條第2款的適用。有鑑於辯護人接受源自被告重大犯罪的財物所追求的目的（作為辯護的酬勞）與洗錢罪構成要件目的（沒收請求權順利被實行）之間的衝突，藉由阻卻違法事由的操作，可以在其前提具備時把後者排除⁴⁴。若是從作法來觀察，這個看法又被稱為是「阻卻違法的解決」

³⁷ Tröndle/Fischer, StGB, § 261, Rn. 33a.

³⁸ BVerfG, NStZ 2004, Heft 5, S. 260.

³⁹ BVerfG, NStZ 2004, Heft 5, S. 260.

⁴⁰ 類似的看法，BVerfG, NStZ 2004, Heft 5, S. 260.

⁴¹ 干預辯護關係的前提，在刑事訴訟法上通常會有嚴格的要求；具體的例子，可參考，吳俊毅，《月旦法學》，137期，146頁以下。

⁴² BVerfG, NStZ 2004, Heft 5, S. 260.

⁴³ 由Klaus Bernsmann所提出，首先出現在，Klaus Bernsmann, Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche – Vorüberlegung zu einem besonderen Rechtsfertigungsgrund, StV 1/2000, S. 40-45; 有看法將此視為「驚人之舉」，Hefendel, FS-Roxin, S. 154.

⁴⁴ Klaus Bernsmann, Rechtsstaat wehrt sich gegen seine Verteidiger Geldwäsche durch Strafverteidiger?, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002 (以下縮引: Bernsmann, FS-Lüderssen), S. 690.



(Rechtfertigungslösung)。

對此所根據的理論基礎是：(1)有效的辯護關係，以及(2)無罪推定(Unschuldsvermutung)。將這二者融入阻卻違法事由的前提當中。在細節上，一方面，是由阻卻違法的「共通」原則⁴⁵：「優越利益原則」(das Prinzip des überwiegenden Interesses)出發，根據這個在性質上是屬於「結論」的指導原則，違法性層次解決的看法認為，「公平的⁴⁶、尊重武器對等(Waffengleichheit)的刑事訴訟程序」的利益，相對於「處罰辯護人的潛在可能性」的利益，前者是明顯較值得保護的⁴⁷。這個公平的、尊重武器對等(Waffengleichheit)的刑事訴訟程序的利益，可以更進一步具體化為「有效率的辯護」，亦即不會受到國家恣意干預以及監察的辯護關係⁴⁸，而這個關係是建立在辯護人與他的被告之間的信賴關係上面。因為國家刑事訴追機關的調查行為，主要的發起依據是在於「嫌疑」(Verdacht)，這種作法，在意義上，其實是「有罪推定」的態度，藉此來保障程序的順利實行。在辯護人接受源自被告重大犯罪的所得作為酬勞的情形，借用作為參與犯成立前提的「從屬性」理

論，在被告實行重大犯罪這部分還沒被確定之前，認為辯護人「確有」或者「可能」知悉酬勞是源自這個重大犯罪，基本上是有問題的。因為對於辯護人以及被告，同時認為有嫌疑並且進而採取調查的措施，都算是一種「有罪的推定」；這樣直接來自於被告的無罪推定而主張對辯護人也應該作相同對待，阻卻違法前提的具體理論內涵就是這樣被形成⁴⁹。由於「優越利益」的公式在這裡也可以順利地被操作，違法性層次的解決看法並沒有想要為這種情形特別去創造一個「特別的」阻卻違法事由⁵⁰。不過，若是進一步追問，在這樣的情況，究竟哪一個是具體要適用的個別阻卻違法事由。對此，看法只有用「法益衝突」，而提到一個看起來跟「緊急避難」很類似的情形⁵¹，但是，這並非唯一的結論，因為基於「優越利益原則」也有可能得出正當防衛的結果⁵²。

陸、完整適用洗錢罪的看法

一、辯護人收受酬勞並不是辯護行為的要素

⁴⁵ 在德國，阻卻違法事由共通原則的探討，是為了找尋特別的阻卻違法事由背後共通的原則所在。對此，有兩個型態被發現：(1)值得保護的利益，與其他重要的利益發生衝突，而前者排斥後者；(2)當法益所有人在具體的情形並不想保護他特定的法益免遭損害，則站在法的立場，沒有理由要堅持去保護這樣的利益；對於過程，更詳細地介紹，Theoder Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, Vorbem § 32 ff, Rn. 7.

⁴⁶ 這是根據法治國原則所量出的，Bernsmann, FS-Lüderssen, S. 688.

⁴⁷ Bernsmann, FS-Lüderssen, S. 688.

⁴⁸ 辯護人與被告之間不受干擾的交流應該被「最高度地」尊重，對此詳細地介紹，請參考，吳俊毅，《月旦法學》，137期，151頁以下。

⁴⁹ Hefendel, FS-Roxin, S. 156.

⁵⁰ 這是對此的觀察與評論，Hefendel, FS-Roxin, S. 154.

⁵¹ Bernsmann對此並不確定，Bernsmann, FS-Lüderssen, S. 691.

⁵² Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, Vorbem § 32 ff, Rn. 7.



有效辯護的基礎是建立在辯護人與被告之間「自由的」信賴關係，這是被憲法所保障的重要利益。原則上，這是一個不受國家恣意干擾的領域，例外地，若國家想進入這個信賴關係，也必須依據刑事訴訟法，根據具體的事實所建立的嫌疑：「辯護人有實行妨害刑事司法的行為」⁵³。

本質上，辯護人是否有收取報酬並不必然是信賴關係形成的前提，也就是說，並不是辯護行為的實行本身；儘管，在大部分的情況，很少有擔任辯護人的律師不是「拿錢辦事」的，被告是否提供酬勞以及給多少，是辯護人決定要不要接受選任的重要考慮之一。可是，基於律師的「保障人權」、「實現社會正義」以及「促進民主法治」的職業剖面與社會責任內涵（律師法第1條第1項），則透過意見交換對前述所取得的「共識」，才可能是具有「司法機關」地位的辯護人「真正」決定是否接受選任的更重要關鍵。

所以，辯護人對於他所接受的酬勞是源自被告所實行的重大犯罪的不法所得，在此同時，主觀上是知悉的或者至少認為是有可能的。誠如前面的討論，辯護人收受酬勞是辯護關係產生的原因之一，不過，並不是辯護行為的必要成分或者目

的。這是有別於醫師治療行為的情形，後者在本質上雖屬侵害個人身體的完整性，但是，卻可以在行為本身發現到「治癒的目的」。辯護人故意收取「髒錢」並且因此才決定擔任被告辯護人的律師，並不能與此等同視之而認為也具有「社會相當性」⁵⁴。因此，行為能力層次的解決看法應該被拒絕。

對照洗錢法第2條第2款的保護法益——國家沒收請求權的順利實行。在對事實沒有爭議的、辯護人故意收受源自被告重大犯罪不法所得作為報酬的情形，如果主要的目的是為了要「肅清被告因為實行重大犯罪的不法所得」，然後直接地推論說，辯護人可能會因為擔心成立洗錢法第2條第2款而不願意接受被告的選任，影響所及，他的職業實行自由也因此遭到干預。但是，在相同的規定當中，是否在立法時有這樣的考慮似乎是不明顯的。縱使實際上有這樣的影響，也應該是立法者在制度設計時去作考慮的，而不是在適用時貿然以此作為規定不適用的理由⁵⁵。另外，認為被告會因為沒有辯護人願意接受選任，最後只好接受法院所「指定」的公設辯護人或者律師擔任辯護人（刑訴法第31條第1項）⁵⁶，並且擔心會造成辯護品質

⁵³ 吳俊毅，辯護人與其當事人的關係——以德國法為中心的探討，《法令月刊》，2003年1月，54卷1期，32頁以下。

⁵⁴ 吳天雲，註25文，105頁。

⁵⁵ Hefendel, FS-Roxin, S. 168.

⁵⁶ 由於洗錢法第3條第1款「重罪條款」把重大犯罪的法定刑底線設定在5年以上，又根據刑事訴訟法第31條第1項，「得指定辯護人的案件」至少法定刑需達到3年以上或者屬於高等法院管轄的第一審案件。另外，與辯護必要性判斷無關的考慮——被告「無資力」以及因此所產生的接受法律扶助的需求，也被納入成為指定辯護人的原因之一，對此請參考，吳俊毅，我國辯護人在審判程序當中地位之探討，《刑事法雜誌》，46卷1期，101頁。對照之下，在沒有人願意接受被告選任而擔任辯護人時，透過法院指定還是可以為他找到辯護人的。不過，在德國，由於該國刑法第261條（§ 261 StGB）對於前行為是採取「表列行為」的立法方式，其並不見



的低落。這樣「低（無）報酬⁵⁷＝低辯護品質」的看法，把指定辯護人（不以酬勞為目的，或者認為被告辯護權的保障才是最重要的），依此推論，可以更進一步地把不收酬勞的選任辯護人，都當作是「二流」的論調也不應該被贊同⁵⁸，甚至被用來作為給予辯護人優待的理由。

不管是在客觀構成要件的軸線，還是主觀構成要件的軸線，對於洗錢法第2條第2款適用範圍的限縮，在這個情形所引起的保護法益的危險並沒有因此被解除，也都不能算是正確地適用洗錢法第2條第2款。甚至是，在「故意的解決」的情形，認為限制在行為人基於直接故意的情形，表面上，似乎是藉此「有條件」地承認辯護人會成立洗錢法第2條第2款，結果反倒是，更加凸顯出，因此造成法益侵害的危險是一直存在的。

二、保護辯護權的有效實行不是阻卻違法事由

上一段（陸、一）所提到的，辯護人收受酬勞並不同於辯護行為本身。不論是採取行為能力層次解決的看法，還是使

用構成要件層次的解決看法，因為都無法消除因此所引起的、被洗錢法第2條第2款保護的法益——國家沒收請求權——的危險，目的限縮的嘗試因此是失敗的。

支持阻卻違法解決看法的人深知這一點，所以採取「繞道」（Umweg）阻卻違法事由進入違法性層次的策略。可是，有效的辯護、無罪推定等利益，相對於這裡因為洗錢罪所產生的刑罰請求權，兩者之間所產生的衝突，既然由社會相當性的角度以及探究立法者的意思，都無法一般地認為，前者是優先的利益，縱使落到違法性的層次，也不應該會是阻卻違法事由成立前提的討論標的⁵⁹。另外，尊重辯護關係以及無罪推定，講的是刑事訴追機關公務員實行調查行為時應該秉持的態度，這些刑事訴訟法的指導原則，本質上是和屬於實體規定的洗錢法第2條第2款的可罰性判斷（特別是「違法性」）無涉的。

假如我們同意這樣的阻卻違法解決的結論。則其他用於滿足生活必須的交易行為為何不能一視同仁地、普遍地享有優待，對這兩種情形都很難提出具有說服力的判斷標準⁶⁰。

得都是屬於其刑事訴訟法第140條（§ 140 StPO）的「必要辯護案件」（notwendige Verteidigung），因此，在法院無法指定之下，會有無人擔任辯護人的擔憂，Nestler, a. a. O., S. 643.

⁵⁷ 根據臺北律師公會為落實律師法第16條第6款所公布的「臺北市律師公會收受酬金辦法」，單單「出庭費」一次最高就可以有2萬元的「行情」，三審下來的「總酬金」最高可以收取到50萬元，若案情複雜則可以增加到75萬元。對照法院目前對於強制（必要）辯護案件指定律師擔任辯護人實際所核定的酬勞（依據刑事訴訟法第31條第1項以及公設辯護人條例第2條第4項。另外，根據公設辯護人條例第5條，公設辯護人不得收受被告任何酬勞），以南投地方法院為例，2007年所核定的酬勞金額大約在1萬8千到2萬5千元之間，<http://ntd.judicial.gov.tw/big5/index.asp?struID=2&navID=299&contentID=1454>。在必要辯護案件的情形，被指定擔任辯護人的律師，收入確實是明顯較少的。所以，有看法就認為，「收入多寡」才是影響辯護品質最重要的因素，並且擔心辯護人的工作將會愈來愈沒有吸引力，Nestler, a. a. O., S. 648.

⁵⁸ Rengier, a. a. O., § 23, Rn. 17.

⁵⁹ Hefendel, FS-Roxin, S. 156.

⁶⁰ Hefendel, FS-Roxin, S. 156.



阻卻違法事由解決的看法只著重在「辯護人」的立場是不正確的，因為，根據這個看法，一方面，在洗錢法第2條第2款制訂之後，刑事訴追機關可使用聯繫到這個規定的「嫌疑」針對辯護人下令實行強制處分措施，藉此來調查與前行為有關的事實，同時也從另外一個入口進入來升高對於「前行為人」的壓力；另一方面，利用辯護人擔心自己可能會因為洗錢罪而被處罰的「人人自危心理」，被模擬的景象是，迫使無人願意接受被告的選任，而阻斷被告尋求心目中理想辯護人的可能。就這一點，這個阻卻違法事由背後的利益衡量，要說只是考慮到辯護人或是有利於辯護人，而不完全顧及到被告是完全不可能的⁶¹。

三、洗錢罪的故意存在與否：一個刑事訴訟法的問題

前面（陸、一、二）有提到，在辯護人收受源自被告實行重大犯罪所取得的財物當作是酬勞的情形，洗錢法第2條第2款可以毫無限制地適用。在這裡，這個規定的可罰性成立與否的關鍵在於，行為人主觀的態度，也就是對於所接受的酬勞與重大犯罪之間具有關聯性，辯護人「至少」認為是「有可能」，卻不放棄接受這項酬勞。要肯定洗錢罪的可罰性，其主觀構成要件——故意——必須要被實現，不過，這只是一個「概念上的前提」，成不成

立，講起來簡單，可是，要如何確定，實際上並不是那麼容易辦到。所牽涉到的已經不屬於實體刑法的適用範圍界線的解釋問題，而是在程序法上「如何證明」的問題⁶²。

辯護人對於酬勞的不法來源，知悉或者認為有可能，為了證明，在方法上，應該要使用許多間接證據，然後在證據規則的意義之下進行慎重地討論，也就是堅持實行「『嚴格證明』（der strikte Nachweis）故意」⁶³的程序。

所以，在這邊，洗錢罪的故意存在與否，在問題討論的層次上，是一個「屬於刑事訴訟法的問題」。之前所提到的，對於有效辯護基礎的辯護人與被告之間信賴關係的干預，依法須基於洗錢罪的「嫌疑」，而其建立所倚賴的事實都要靠證據來「證明」，對此是否有嚴格的要求，也只有在刑事訴訟法的領域當中，問題的討論才有實益，對此，下一段（陸、四）會作詳細地處理。

四、對於辯護權的危險：洗錢罪的嫌疑與針對辯護人的調查行為

辯護人與被告之間的信賴關係，是有效辯護的基礎。在這個領域當中，唯有在沒有被干擾的擔心之下，比方，對通訊進行監聽、對郵件扣押，雙方才能就相關的資料以及辯護的策略「自由地」進行意見交換。這裡的「自由」是指，除法律有規

⁶¹ Hefendel, FS-Roxin, S. 156.

⁶² Holger Matt, Geldwäsche durch Honorarannahme eines Strafverteidigers – Besprechung vom BGH, Urteil vom 4. 7. 2001, 2. StR 513/00, Goldammer's Archiv für Strafrecht(GA), 2002, S. 141. 只提及「直接故意」比較難證明，李傑清，《律師雜誌》，320期，31頁。

⁶³ Matt, a. a. O., S. 142. 只提到應該對故意「審（查）認（定）」，至於該如何進行並沒有進一步地說明，最高法院92台上第2963號。



定，國家對於這個信賴關係應該絕對地尊重，不可恣地直接干擾或者迂迴地扭曲保護雙方信賴關係的機制⁶⁴。

在辯護人「故意」接受源自被告重大犯罪的所得當作酬勞的情形，洗錢法第2條第2款毫無有例外地可以適用。這裡的故意，討論的關鍵在於，「辯護人對於酬勞的不法來源是否確實知悉，或者至少認為有這個可能」的事實是否存在，對此，前面（陸、三）已經提到，在審判階段當中應該要經過「嚴格證明」的程序。不過，在此之前的偵查階段，對於這個事實的調查的展開，檢察官是根據「初步的嫌疑」（Anfangsverdacht），譬如，刑事訴訟法第228條第1項的「犯罪嫌疑」。單憑這個「可罰行為的嫌疑」，搜索（刑法第122條第1項）⁶⁵、通訊監察（通訊保障暨監察法第5條第1項）等公開或是秘密的強制處分措施就可以依法針對因為「洗錢罪嫌疑」的辯護人下令。相對於嚴格證明的程序，在這個階段，刑事訴追機關通常只根據自己調查或者輔助機關（司法警

察）提供的證據所描述的事實，比方，對照律師收費行情，金額是否過大，或者給付的種類、方式等⁶⁶，可以在沒有找被告查證之下就建立對於被告的嫌疑⁶⁷。所以說，刑事訴追機關可以沒有嚴格證明辯護人對於酬勞的不法來源有故意之下，只根據一些「片面的」證據就認為辯護人有「實行洗錢法第2條第2款的嫌疑」而開始偵察的程序，並且對辯護人下令搜索或是監聽，藉此「輕易地」侵入辯護人與被告間的辯護關係，造成對於有效辯護利益的干預。

由此可知，有效辯護利益被干預的危險，原因並不是洗錢法第2條第2款，而是國家刑事訴追機關基於「有罪推定」的心態⁶⁸，然後以這個規定的「嫌疑」依法針對辯護人所採取的調查行動，特別是在案情陷入膠著，且用盡所有可能的調查管道之後的情形，或者無視於憲法保障被告辯護權，而打從一開始就認為，「辯護人對於事實釐清是礙事的」，因此對辯護人採取不友善的態度。強制處分措施通常是在

⁶⁴ 比方，在辯護人根據刑事訴訟法第182條行使「拒絕作證權時」時，雖然現行法並沒有禁止因此對他下令實行強制處分措施的情形，若是為了取得拒絕作證標的內容，而對他下令實行監聽或是搜索，因為會造成對於這個機制的扭曲，刑事訴追機關對此應自我節制。

⁶⁵ 建立可罰行為嫌疑的事實，以及建立應扣之物存在屬於被告的搜索目標的事實（相當理由），都是搜索下令的前提，措施之所以可以針對「被告」下令的出發點，就是因為他有根據刑事訴訟法第228條第1項的「初步嫌疑」。這個基本前提的要求，觀察同法第101條第1項羈押的規定就很清楚，在這裡，除了作為羈押前提的被告「實行掩蓋事實的行為」的事實，被告的「（重大）嫌疑」是明確且更高度地被要求；類似的看法，Hefendel, FS-Roxin, S. 155.

⁶⁶ 這些事實，在德國實務上被認為是對於主觀面的「檢測器」（Indikator），BVerfG, NStZ 2004, Heft 5, S. 260. 不過，對於「鉅額」或者實現酬勞請求權的「種類」、「方式」，經驗上或許是判斷故意的重要事實，不過，不應該被認為是「決定性的」依據。相反地，小額或是所謂「社會上適當的餽贈」，也可能是帶有認識不法來源的故意。同樣荒謬的看法也發生在我國，實務對於是否有投票行賄罪故意的認定：「只根據候選人所提供的贈品單價是否超過新臺幣30元。」

⁶⁷ 比方，刑事訴訟法第228條第3項：「實施偵查非有必要，不得先行傳訊被告。」

⁶⁸ Hefendel, FS-Roxin, S. 155.



上述「有所偏頗」的心態之下被下令。有鑑於此，國家的刑事訴追機關應該要自我克制⁶⁹，亦即，他們對於辯護人的「心態」，才是有效辯護的利益是否會被危及的關鍵。為了避免「不必要」的干預並且達到自我節制的效果，解釋上，可以在這裡把「目的限縮」放在對刑事訴訟法第228條第1項「嫌疑」範圍的理解上，也就是，為了保障有效辯護的利益，這個作為偵查程序開始以及強制處分措施下令的前提——「初步的嫌疑」，其門檻的底線可以適度地被提高⁷⁰。

柒、結論

一、辯護人因為為被告辯護所收受的酬勞是源自於被告實行重大犯罪（洗錢法第3條）所取得的財物。辯護人在主觀上對此知悉，或者至少是認為是有可能：「作為酬勞的財物具有不法的來歷」，卻仍然決定收下這項酬勞。辯護人會因此成立洗錢法第2條第2款。

二、跟其他因為替被告提供專業服務的職業從業人士並無不同。立法者在規定當中並沒有想要讓辯護人在洗錢法第2條第2款適用時享有特別優待的意思。而且，該規定，在本質上並不會直接造成國家公權力對於被憲法所保障的有效率的辯護，或者是具有律師身分的辯護人的職業實行自由等的基本權干預。

三、真正對於上述的權利直接造成干預的，是刑事訴追機關（特別是，檢察

官）因為洗錢法第2條第2款的「嫌疑」而針對辯護人所採取的調查行動，雖說，表面上，目的是在確定辯護人的主觀上是否具有這個決定性的心理事實：「他對於所接受的酬勞與重大犯罪之間的關聯性（不法來歷）有知悉，或是認為有可能，但卻不想放棄」。在一般的情形，這個嫌疑，所根據的事實並不需要經過「嚴格的證明」，只要憑著檢察官或警察所掌握的「片面事實（證據）」即可成立，因為刑訴法第228條第1項在這裡所要求的只是洗錢法第2條第2款的「初步嫌疑」即可，刑事訴追機關可據此展開偵查程序，並且採取相關的調查行動，包含強制處分措施。

四、相較於確定辯護人是否有實現洗錢法第2條第2款，所要保障的是「國家沒收請求權的順利實行」的利益，則碰到「有效的辯護權」時，後者是更重要的利益，所以，在這裡所根據的嫌疑，用來支撐的、所掌握的證據應該要達到「嚴格證明」的程度，也就是說，若有懷疑，刑事訴追機關應該自我克制，放棄針對辯護人展開調查活動。否則，基於對辯護人帶有偏見的、不友善的態度而把他視為是「實行洗錢最高危險群」，或者是，打著調查辯護人的名義，試圖以此作為「調查被告的入口」，這些造成扭曲辯護機制的作法，嚴重地侵害了刑事訴訟法所保障的辯護人與其被告之間絕對的及自由的辯護關係，所造成的是有效辯護的利益被犧牲，這樣的結果，並不符合比例原則。□

⁶⁹ 有鑑於此，BVerfG, NStZ 2004, Heft 5, S. 260.

⁷⁰ Matt, a. a. O., S. 139.