



Handlungsfähigkeit

G
F
6
6
6
G
G
R
R
R
R
R
G
2 4 1
G
6



	2	2					11
二、保護的法益							
			2	2		
8							
		9					
					K V		P
			V	100		K	
			K	100			
					P		
		Staatliche Interesse				K	
an Überwachung des Finanzverkehrs				100			
			V	K	P		12
		10					

8
55

115 9-27

9 Herbert Tröndle/Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufl., 2004 (Tröndle/Fischer,
StGB), § 261, Rn. 3; Wolfgang Ruß, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1994, § 261, Rn. 4; 349
Arzt/Weber, a. a. O., § 29, Rn.
7; 115 27

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

11 4 88

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



(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，經由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，是按照刑法定行爲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



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，爲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，應該可以爲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」作爲標準，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，一個接受因爲他人重大犯罪行爲所得的行爲，不過卻是披著『社會相當的行爲』(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『社會相當的行爲』的範圍」。在這個意義底下，比方，支付辯護人、醫師、會計師因爲提供必要的專業服務的酬勞，或者爲了滿足日常的生活所必需的交易行爲，被提出作爲進一步的判斷標準²⁸。在結論上，這個看法是與社會行爲理論的看法相符的，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」的行爲挑選出來，而不會繼續進到構成要件該當性的判斷²⁹。在這種情形，特定的社會相當行爲會在這裡被擋下來，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.爲自己或他人而使用，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爲)，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 根據社會行爲理論，類似的作法，譬如將醫師爲了達到「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爲，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，爲了避免形成像是後者的負面感覺，醫師的治療行爲自一開始在「行爲概念」的層次就先被挑出來，不會繼續進到刑法第277條以下而被評價爲具有「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，有認爲這樣的作法是屬於「構成要件」層次的解決 (Tatbestandlösung)，Johannes Wessels/Thomas



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 Benschmann所提出，首先出現在，Klaus Benschmann, 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 Benschmann, Rechtsstaat wehrt sich gegen seine Verteidiger Geldwäsche durch Strafverteidiger?, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002 (以下縮引: Benschmann, 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。因為國家刑事追迫機關的調查行為，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



2 2

62

der strikte Nachweis

63

61

三、洗錢罪的故意存在與否：一個刑事訴訟法的問題

2 2

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

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.

320 31

⁶³ Matt, a. a. O., S. 142.

92 2963



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（刑訴法第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.

