

洗錢——一個全歐洲協調一致的刑法構成要件？*

Joachim Vogel**著

馬躍中***譯

壹、導 論

組織犯罪以及麻醉藥品犯罪被視為是國際性的犯罪行為¹，唯有世界各國及全歐洲創造一個協調一致的實質的洗錢刑罰作為國際乃至於超國家對抗措施，將能成功的針對犯罪「動機」（Triebfeder），也就是犯罪所得成功阻止行為人取得它——無論是為新的犯罪行為所利用，或是進入合法的經濟交易中²。典型的對抗洗錢規範有 1988 年 12 月 20 日在維也納簽署的「聯合國禁止非法販賣麻醉藥品和精神藥物公約」（以下稱維也納公約）³、1990 年 11 月 8 日歐洲理事會在史特拉斯堡制定「關於清洗、搜查、扣押和沒收犯罪收益公約」（以下稱歐洲理事會公約）⁴以及 1991 年 6 月 10 日制定了「歐洲議會暨歐盟理事會防止利用金融系統洗錢的 91/308/EWG 指令」（以下稱洗錢指令）⁵。因此大部分的歐洲國家在過去幾年也跟德國⁶一樣制定了洗錢刑法構成要件或者注意到與國際公約及歐體法一致性的要求⁷。不可否認的對於這些構成要件立即的引進適用的釋義學討論，國

* 原文係刊載於 ZStW 109 (1997), S. 335-356。

** Joachim Vogel，德國杜賓根大學法學院歐洲刑法暨刑事訴訟法教授、司徒加特高等法院法官。

*** 馬躍中，德國杜賓根大學法學博士，國立中正大學犯罪防治系助理教授。

¹ 「流動性與國際性」可以說是對於組織犯罪最可信的評論，參照 Sieber/Bögel, Logistik der Organisierten Kriminalität, 1993, S. 25.之引證；這篇文章將國際性的邏輯關係作個別分析，例如組織性的竊盜（101-108 頁）、賣淫（143 頁以下，154 頁以下）、人口買賣（200 至 232 頁）和非法賭博（252 頁以下）。德意志聯邦內政部長 Kanther 對於現今（1996 年）德國組織犯罪分析可參考聯邦政府公報 1064 頁以下。

² 對於這個有力說的批評，引導出經濟使用的想像以及法律經濟學上最後義務的開端，參閱 Hund, ZPR 1996, 1；較早的文獻可參閱 Perron, JZ 1993, 918, 921. Hund 認為若實務上不能完全剝奪組織犯罪的不法獲利，在強力的剝奪犯罪獲利之下，將會導致（洗錢行為）的更專業化、密集化與集中化。並且更進一步的指出犯罪獲利流入合法經濟體系將更難追查。

³ International Legal Materials 1989, 493；亦刊於：van den Wyngaert (Hrsg.), das Ubereinkommen durch Gesetz vom 22.7.1993 (BGBl. II S. 1136) ratifiziert worden.

⁴ European Treatise Series No. 141；亦刊於：van den Wyngaert 同註 3 所編著書，107 頁；官方的立法理由在：Council of Europe, Explanatory report on the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Strasbourg 1991 第 5 頁。

⁵ ABIEG Nr. L 166 S. 77；亦刊於：van den Wyngaert 同註 3 所編著書，125 頁；德國的觀點可參考 BT-Drucks. 12/989 S. 26；Lackner/Kühl, StGB, 21. Aufl. 1995, § 261 Rdn. 2.

⁶ 德國刑法 261 條（洗錢；掩飾非法所得財產價值）於 1992 年 7 月 15 日經由對抗非法毒品交易及其它形式組織犯罪法案（OrgKG）（BGBl. I S. 1302）通過實施。

⁷ 如奧地利（„Geldwäscherei“）：§§ 165, 165a, 278a ö.StGB；瑞士（„Geldwäscherei“）：Art. 350bis schweiz.StGB；英國（„money laundering“）：Sec. 93A-93D Criminal Justice Act 1988 i. d. F. des Criminal Justice Act 1993 (CJA), Sec. 49-52 Drug Trafficking Act 1994 (DTA)；法國（„blanchiment des capitaux“）：Art. 222-38 und 225-6 no. 2 Code penal, Art. 10 L. no. 90-614, Art. 415 Code de douanes；義大利（„riciclaggio“, „impiego di denaro“）：Art. 648bis, 648ter Codice penale；西班牙（„blanqueo de capitales“）：Art. 344bis h-k), 546bis f) (alter) Código penal；Art. 301-304 (neuer) Código penal. 國際與比較法的文獻也可參考 Dreher/Tröndle, StGB, 47. Aufl. 1995, § 261 Rdn. 3；Lackner/Kühl, § 261 Rdn. 2；Ruß, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1994, § 261 Rdn. 1, 可

國際法上及歐體法上的背景在許多國家立法上不具重要性⁸。無論是維也納公約、歐洲理事會公約、洗錢指令或是外國的洗錢構成要件，都無法直接展開其內國的效力。但這並不會排除「此處涉及到國際法及歐體法上協調一致的犯罪構成要件」這個情狀所產生的間接影響。因此本文將先針對國際法與歐體法分析（貳），其次針對歐洲各國對於歐洲的法律規範選擇性適用做討論（參），最後就洗錢刑法的解釋及基本問題在國際法及歐體法為前提背景下加以闡明（肆）。

貳、國際法與歐體法中的洗錢刑法

1. 維也納公約（Art. 3 Nr. 1 lit. b、c i）、歐洲理事會公約（Art. 6 Nr. 1）以及洗錢指令第（Art. 1 之名詞解釋 3），在本質上對於洗錢行為的規範不論是構成要件或是行為規範並不具有刑事威嚇或制裁規範⁹。然而簽約國依據維也納公約 Art. 3 Nr. 1、4 有義務將洗錢行為明定為犯罪行為並聽任簽約國自行決定是否對於洗錢具有具體威嚇的法律效果，大體上是針對重大犯罪的非法所得；歐洲理事會公約第 6 條第 1 點也明定了將洗錢犯罪化的義務（to establish as offences）¹⁰。洗錢指令對 14 條也要求成員國對於洗錢予以處罰（Ahndung）—代表著應賦予歐體關於洗錢刑事規範的立法權限¹¹。不但維也納公約第 24 條或洗錢指令第 15 條明定對抗洗錢的嚴格措施；然而這些措施僅只是最低標準（Mindeststandard）。相同的規定也存在於歐洲理事會公約第 6 條第 3 點並不強制採取擴張刑法手段或嚴厲的刑事制裁解釋與選擇，例如在於非法財物來源的重大過失上（lit. a）以及公開的嚴厲刑罰的思考對出於營利為目的的可罰性（lit. b）以及支持未來的犯罪活動的意圖（lit. c）。
2. 對於立法理由與法益保護方向，維也納公約、洗錢指令以及歐洲理事會公約有著不同的規範，這反映在釋義學上保護法益的討論（進一步討論於肆、4）。
 - A. 維也納公約主要是針對於販毒行為所得收益，其立法目的在於：經由剝奪其犯罪利益而達到打擊組織性的販毒行為¹²。在這個洗錢框架下應達成洗錢禁令（Geldwäscheverbot）的任務，也就是能夠藉由剝奪犯罪所得達到對抗販毒的效果。同樣的—在有些拉丁美洲國家有著同樣的經驗背景—為了保護合法的經濟和金融交易使其不致於因為犯罪組織而瓦解。
 - B. 相對的洗錢指令對於歐洲金融體系的穩固以及公眾的信任具有突出的地位並且強調在共同市場的金融環境中統一規範的必要性，這在對抗毒品以及其它¹³犯罪也有其保護目的¹⁴。這裡強調的非法買賣（Akzentverschiebung）也為基於立法權限上的考量，因為依據洗錢指令過去的歐洲經濟體條約（EWGV）第 8a 條和 57 條第 2 項第 1 款以及第 3 款以及第 100a 條規定必須維護完善的共同市場中的自由資金交易。
 - C. 歐洲理事會公約則首重於簡化剝奪所有的犯罪所得的國家合作¹⁵。無疑的將迫使各國必須

得進一步證實。

8 德國的討論參照 Carl, wistra 1991, 288 f.; Hetzer, wistra 1993, 268 f.; ders. NJW 1993, 3298 f.; Lampe, JZ 1994, 123, 125; Möhrenschrager, wistra 1993, 281, 282 Fn. 26. 認真的將國際法與歐體法的規範制定成內國法，可以參閱西班牙的文獻；Diez Ripollés, Quadernos de derecho judicial 1994 I S. 145; Cómez Iniesta, in: Arroyo Zapatero/Tiedemann (Hrsg.), Estudios de derecho penal económico, Cuenca 1994, S. 137, 142-150.

9 深入的討論可參閱 Tiedemann, NJW 1993, 23, 26.

10 這裡所謂（立法）限制義務即是所謂的財產及使用贓物。可參閱貳、4、c.以及註 27。

11 歐體對於其它的事務權限中可經由指令要求成員國制定協調一致的刑事法，這點是毫無疑問的，更進一步的相關論述可參考 Vogel, JZ 1995, 331, 335.

12 這裡可以參閱維也納公約立法理由中第 3 點到第 6 點。

13 洗錢指令第 1 條對於洗錢的定義指出，成員國可以針對麻藥犯罪以外的犯罪行為規範為洗錢犯罪的前行為。

14 洗錢指令立法理由第 1 點至第 3 點。

擔保其在實體法律保護上具有同樣的水平¹⁶，而且不只是對於具有制裁法上的沒收手段與相關的程序手段也包含了洗錢的處罰¹⁷，針對洗錢的可罰性很明顯的被理解為對於輔助沒收手段實際上不足作用的對抗措施。

3. 反之，對於洗錢的可能行為客體的規定，大體上一致。所掌握的，是那些應被視為「延續」前行為的財產對象（包含證明文書）¹⁸，也就是被視為認定為前行為¹⁹的程序（*proceed*）。對於前行為一財物被「標記」（*Bemakelung*）或「污染」（*Kontaminierung*）則該財物則視為洗錢的行為客體——維也納公約第1條P明定，必須是直接或間接源自於前行為所得或取得之財物。雖然洗錢指令並未規範一個相關的定義，仍然允許用前行為的「來源」（*stammen, derived*）這個概念去理解，這個概念與歐洲理事會公約第1條a相近，所有「來自」前行為之經濟利益。國際公約對於非法所得財物在規範上的射程以及不確定性業已確定，其目的在使列舉上的替代物（*Substitute*）或是行為報酬（*Tatentgelte*）能被確定。上述思考對於歐洲理事會公約還是採取如此的判斷，依該公約第18條第4點b，當他國對於前行為關聯的「稀釋」（*Verdünnung*）規定過於寬廣時且在適用洗錢構成要件時將會與內國憲法的基本原則與法律原則產生矛盾，允許拒絕國際合作²⁰。值得注意的是，不論是維也納公約或是洗錢指令對於前行為的規範上，並沒有要求洗錢行為人須限制「為他人」洗錢的類型——所以在結論上，原則上前行為的參與者亦構成源自違法所得財物為洗錢犯罪行為（相關論述參考下述參、3. d.）。上述亦的規範，此觀歐洲理事會公約第6條第2點b自明，各成員國可以將前行為人排除洗錢的可罰性；也就是說，原則上，前行為人亦可以因為洗錢而處罰²¹。
4. 維也納公約、歐洲理事會公約以及洗錢指令對於洗錢行為的描述引起規定過於繁雜（*umständlich*）的批評，然而在釋義學層面的分析卻付之闕如²²。對於現今的國際法與歐體法的洗錢刑法構成要件劃分成三個部分：在狹義的洗錢基本構成要件的義涵之下，即所謂的意圖構成要件、財產贓物以及使用贓物。

A. 對於以下行為應予以禁止：違法的本質、違法的來源（*Herkunft*）或泉源（*Quelle*）、空間上的條件、法律上的提供或事實上對於違法財物移動或財產的權利狀態或特別事務的法律狀態對於源自於違法行為的財物予以隱匿、使其不易發現或隱匿，規定於維也納公約第3條第1點b ii、歐洲理事會公約第6條第1點以及洗錢指令第1條第3立法解釋的第2個說明。然而允許不僅作為一個截堵構成要件而是以洗錢的基本構成要件去處理²³。因為這是一個協調的犯罪學洗錢定義²⁴，其形成於一個操作（*manipulativ*）和欺騙

15 毫無疑問的歐洲理事會公約強調對於重大犯罪（*serious crimes*）及其巨大的獲利（*which generate large profits*）；歐洲理事會公約（參見註4）第6頁（第8點共同的立法理由）。

16 歐洲理事會公約（參見註4）第10頁（第13點共同的立法理由）。

17 歐洲理事會公約（參見註4）第11頁以下（第16點共同的立法理由）。

18 參閱維也納公約第1條q；歐洲理事會公約第1條b；洗錢指令第1條中的第四個名詞定義。

19 就如之前所提維也納公約對於前行為的類型限定為麻藥犯罪；在洗錢指令中第1條對於洗錢的定義中有明定，放任各成員國自行制定適合的前行為類型而歐洲理事會公約則將前行為類型擴大成所有的犯罪類型（該公約第6條第4點），毫無疑問的基於這項規定從此開啟了各簽約國對於保留特定的犯罪行為作為前行為的例外規定（即各國可以自己制定前行為類型）。

20 歐洲理事會公約（參見註4）第14頁。

21 歐洲理事會公約（參見註4）第20頁以下。

22 參閱 Lampe, JZ 1994, 123 125 Fn. 24 指出洗錢國際公約參考了並以 18 U.S.C. § 1956 作為範本；亦被翻印於 Arzt, SchwZStrR 106 (1989), S. 160, 178-181.

23 相近的觀點可參考 Díez Ripollés 註 8 書，175 頁，註 100。

24 這一方面參考了 President's Commission on Organized Crime, The Cash Connection (etc.), Washington, D.C. 1985, S. VII：「將違法來源或違法收入的使用加以隱匿的方式，而使得此種收入掩飾成有如來自合法來源」（德文翻譯引自 Arzt, NSiZ 1990, 1）。

(Täuschung) 的構成要件要素，洗錢行為並不是將違法所得混入合法的經濟與金融循環中作為其構成要件要素，而是以違法來源作為其構成要件要素。對於行為客體，比較刑法第 283 條 b (違反帳簿記載) 以及商法第 331 條 (不實記載)，該行為屬於舉動犯，在行使違法登記時，結果即已發生：儘管發生了一個未預料的錯誤的結果，使得原本應產生違法本質被隱匿的結果並未發生。從法益保護的觀點來看屬於抽象危險犯²⁵ 並且是對於違法財物的一種國家干涉行為：只有在這方面有隱匿、掩飾或使不易察覺的意義下才具有釋義學的意義和對於該事務有其輪廓。

B. 對於基本構成要件最先要討論的是意圖構成要件 (維也納公約第 3 條 Nr. 1 lit. b i : 歐洲理事會公約第 6 條 Nr. 1 lit. a ; 洗錢指令第 1 條名詞解釋 3)，對於行為客體最先的法律交易，禁止財產的移轉 (變換、讓與、交換、移轉)，當僅有對於違法來源有隱匿的意圖時。該隱匿的結果能使一個超越的內在意圖提前，並且將其視為提前處罰結果及抽象危險犯²⁶。在此操作及欺騙要素被視為第二個意圖類型，並且直接對於國家、財物扣押的命令，以及行為人的追訴的妨礙。行為人具備下列意圖足矣：幫助行為人逃避國家的扣押命令。

C. 被放在後面處理的是，如維也納公約、歐洲理事會公約的保留條款，關於簽約國的本國憲法基本原則以及法律的原則²⁷—為了隔絕洗錢應制定財產贓物以及使用贓物 (維也納公約第 3 條 l. c. i.、歐洲理事會公約第 6 條 1.、洗錢指令第 1 條對於洗錢的定義)。若滿足了惡意取得、使用或運用違法財產的構成要件足矣，使其完全地隔絕²⁸ 並且因此使前行為人無法取得該財產價值。

D. 大致上如果對於個別的構成要件相互關聯時，則會發生法律競合的情形²⁹。在構成要件上其核心是相互獨立的：基本構成要件僅僅是操作的欺騙，同時並沒有財產的移轉。反之在意圖構成要件，前提上須有欺騙或自我包庇財產移轉的意圖，並且因此有使用他人之物的行為。對於財產與使用贓物也包含獨立的使用行為，而在意圖構成要件的意涵上必須與占有或使用的選擇上也非對於財產移轉的強制相連結，特別是對於對於無償的、非隱匿的占有和使用出讓。

5. 對於總則篇的問題，國際和跨國際對抗洗錢的方式是不完整的。然而，維也納公約第 3 條，歐洲理事會公約第 3 條，洗錢指令第 1 條—維也納公約和歐洲理事會公約再次保留簽約國的憲法基本原則和法律規範的基本原則—關於未遂可罰性的參與和洗錢行為的規範。最後對於較有意義的可罰規範，也就是擴大共謀犯罪 (conspiracy to commit) 的處罰³⁰。維也納公約第 24 條，洗錢指令第 15 條以及對於歐洲理事會公約第 6 條對於洗錢主觀層面上的規範並不強制立法，故意行為方面，可依客觀行為情狀推斷故意³¹。

25 參閱瑞士聯邦法院判決 119 IV 59, 64.

26 參閱 Díez Ripollés 註 8 及註 23 書。

27 進一步的說明可參考註 4 的歐洲理事會公約第 20 頁、35 頁以下：這個條款在本質上會造成國際法的轉化成內國法的義務和內國憲法的衝突。雖然造成了制定成內國法的限制，卻沒有刪除這項條款。

28 德國立法亦採相同的看法，參閱 BT-Drucks. 12/989 S.27 (德國刑法 261 條第 2 項)：「將前行為人與外界隔絕」。

29 這裡是指德國法的部分可參考，Bottke, wistra 1995, 121.

30 參閱註 70 對於奧地利刑法中對於「組織性的洗錢」 (§ 278a Abs. 2 ö.StGB) 的說明。

31 維也納公約第 3 條、歐洲理事會公約第 6 條以及洗錢指令第 1 條。「客觀上的故意」 (dolus ex re) 在歷史上的演進上朝著證據上的簡化，同時儘可能的符合過錯獨立行為。參閱 Dannecker, ZStW 108(1996), S. 578, 601 以及下述參、3、e.

參、選擇性的適用於歐洲各國的法律規範的轉換

1. 歐盟成員國同時也是維也納公約以及歐洲理事會公約的簽約國，所以對於其國際法具有轉化成內國法以及犯罪化的義務。另一方面（也包含不完全的轉化成內國法的部份），歐體各國對於在制定內國法時須符合歐體洗錢指令³²。基於洗錢指令關於其所達到的目的發生效力（歐體條約第 189 條第 3 項），成員國有義務客觀忠實的（sachgetreu）、徹底的和符合原文的（wortgetreu）將整理的洗錢構成要件轉換成內國法³³，也就是說要將被描述的行為加以「禁止」（untersagen）（洗錢指令第 2 條）並且「違反某行為者，則加以處罰」（洗錢指令第 14 條）。因此在過去洗錢構成要件不受洗錢指令的拘束（或許對於擴張構成要受拘束）。現在若違反上述規定時無疑的將損及歐體條約（歐體條約第 169 條至 171 條）。若一個違反歐體指令的洗錢行為，但該行為在內國並未立法，則此時，該行為即不能處罰。而歐體指令也不得經由其有可能的直接效力而在內國法生效³⁴。
2. 雖然成員國對於歐體指令有義務制定其內國法，但各國在轉換成內國法的範圍、技術和體系上具有相當程度的區別。
 - A. 對於洗錢可罰性的具體範圍特別要顧及到前行為。在這方面，各國對於洗錢指令所定的空間各自有其不同的範圍：法國到目前為此訂定了一個本質上一個最小化的標準限制（洗錢源自於麻藥刑法所得的財物）³⁵。英國如歐洲理事會所要求的對於所有的犯罪類型（jegliche Straftaten, offence）均納入了前行為的類型³⁶。歐洲大部分的國家是採取與部分犯罪類型聯結或是與組織犯罪做為聯結³⁷。
 - B. 值得一提的是各國不同的立法技術以及體系。對於維也納公約、歐洲理事會公約以及洗錢指令僅有奧地利和西班牙採取忠實轉化（Umsetzung）³⁸。其它國家則採取了大部分或較少的引用，為了要使各自的洗錢構成要件顧及到法律上的、語意上的以及文體的（stilistisch）方式。另外，有其它重要的體系上區別，特別是法國、以前的西班牙以及部分的英國法，將洗錢的構成要件附屬在麻藥犯中³⁹。仍有不少的國家將洗錢規範在與財產犯罪有關的後行為犯中特別是贓物罪和包庇得利罪⁴⁰。瑞士相當特殊的將洗錢放入妨礙司

32 從歐體法來看，是否行政不法的構成要件即為足矣這個問題，雖然隨著法律的發展而過時，但有鑑於刑事政策一的批評，還是有討論的實益。（下述肆、3）。對於這個問題應採取否定的見解：歐盟法院的判決依據歐體條約第 5 條（EuGH Slg. 1989, 2966; Vogel 註 11 文），洗錢指令第 14 條解釋上應制定「有效的」與「威嚇的」制裁規範。洗錢指令在這一方面沿襲了維也納公約以及歐洲理事會公約，在解釋上應制定有效的及威嚇的刑事立法。另外，依據洗錢指令中立法理由的說明，若大部份的成員國對於制裁標準採取不同的規範，將對歐體法中強調共同市場的完整性相違背；倘若對於歐體其它成員國能有效的刑事規範，不僅是要在政策上也要在法律上發生效力。

33 比較接近的討論可以參考 Bleckmann, Europarecht, 5. Aufl. 1990, Rdn. 142-150, 160, 162; Grabitz, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Stand 1995, Art. 189 EGV Rdn. 59 a. E., 上述文件均可找到進一步證實。

34 原則上承認歐盟指令在立法期限後對於歐盟各國發生「垂直的」（Vertikale）效力（依照洗錢指令第 16 條第 2 項各國應在 1992 年 12 月 31 日前立法），而此種效力僅能對於歐盟公民帶利益而非不利益。

35 然而仍須注意到將賣淫行為列入前行為（法國刑法 225-6 條 Nr. 2）；法國在簽署歐洲理事會公約後應擴大前行為處罰類型（Loi No. 96-130 vom 21.2.1996, Journal Officiel S. 2865）。

36 Sec. 93A Abs. 7 CJA.

37 如德國、奧地利、瑞士和西班牙均將重罪（Verbrechen）列入；對於西班牙法的評論可參閱 Diez Ripollés 註八論文，第 155 頁以下。

38 奧地利刑法第 165 條第 1 項；西班牙刑法第 334 條條 bis 第 2 項（舊法）及 301 條第 2 項。

39 西班牙刑法 Art. 222-38、Art. 344bis h)-k)（舊法）；Sec. 49-52 DTA

40 如德國刑法第 261 條被歸類至「包庇和贓物」罪章（第二十一章）；奧地利刑法第 165 條與贓物罪相聯結放在「對於他人財產的可罰行為」（第六章）；義大利刑法第 648 條則放在財產刑法中的贓物罪（Dei delitti contro il patrimonio, Titolo XIII）；西班牙刑法則放在「贓物罪及其他類似的犯罪」（De la recepción y otras conductas afines, Capitulo XIV）。

法公正犯中⁴¹。由此也可以反映出不同的洗錢保護法益和基本構造（下述肆、4）。

3. 在中肯的思考方式下，歐洲並不具有一個「完全和諧化或完全協調化」（Vollharmonisierung）的洗錢刑法規範，但希望能夠達到客觀一致的水準。

A. 奧地利與西班牙對於洗錢的基本構成要件（上述貳、4、A）是採取完全的適用。為了要符合洗錢構成要件的操作及欺瞞構成要件要素，德國刑法第 261 條第 1 項規範了對於隱匿、掩飾其來源與妨礙及危害非法所得財物的調查。這種構成要件要素在英國、法國、義大利特別的明確，將其抽象一般的條文（abstract-generelle Fassung）類型化⁴²。另外，德國刑法第 261 條第 1 項仍有一種洗錢的行為類型，即對妨礙及危害犯罪所得的發現及其於沒收與追徵的命令前予以安置，而這項規範並不是針對了欺瞞構成要件（Täuschungselement），而是對於國外的不法所得不被隱匿，且能追蹤之。又有如 Arzt⁴³所指出的，洗錢不可避免的是對於非法所得財產的國家干涉行為，而洗錢刑法第 261 條第 1 項後段也可能與瑞士刑法 305 條第 1 款一樣，採取同一見解的理由（妨礙司法公正犯），而不僅僅的只是被視為一個截堵構成要件。

B. 意圖構成要件（隱匿財產及包庇得利的意圖；上述貳、肆、B），西班牙原文繼受（西班牙刑法舊法第 344 條第 1 項和新法第 301 條第 1 項），而許多的歐洲國家也採取這種立法模式，亦即行為人對於非法財產的投資（Anlage）或移動（Bewegung）且已認識其來源為非法所得財物足矣⁴⁴，而在構成要件選擇上接近財物贓物以及使用贓物上（遠離洗錢構成要件），這是為了在訴訟程序上對於使其在證明上簡化的目的。德國洗錢刑法則放棄將國際法轉化成內國法，德國刑法第 261 條第 1 項後段的行為類型中，具有使其隱匿或個人的自我包庇得利的意圖之犯罪所得財產的移動入罪化，以及第 2 項⁴⁵對於至少要有對該財產的使用（Verwenden），另外，處罰洗錢的未遂行為（第 3 項），希望可能的將可罰性漏洞填補。

C. 財產與使用贓物（上述貳、4、C），德國立法者一類似奧地利和英國法的規定⁴⁶—將其以「截堵構成要件」（Auffangtatbestand）的立法方式規定於德國刑法第 261 條第 2 項中。取得和佔有行為在用語上與刑法第 259 條一致，無疑將「為自己或他人取得」（sich oder einem Dritten verschaffen）視為固有的支配；該條第 2 項中對於使用（Verwenden, Nutzen）和保管，若為他人之物亦處罰之。

D. 本質上對於必要的前行為的類型並不能完全統一的適用。當有些國家，包含德國刑法第 261 條—前行為人須為「他人」⁴⁷—許多其它的歐洲國家並未採取與國際與超國家的公約

41 瑞士刑法 305 條 bis 放在「司法公正犯」（第十七章）。

42 例如西班牙刑法 Art. 222-38 erste Alternative；義大利刑法 Art. 648bis Abs. 1 yweite Alternative；英國的 Sec. 93C Abs. 2 CJA 須具備意圖（Zweck, purpose），符合國際法與歐體法所規範的意圖構成要件。

43 JZ 1993, 913 f.; vgl. auch Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I und II, Teilrevisionen 1987 bis 1990, Bern 1990, S. 75.

44 例如西班牙刑法 Art. 228-38 zweite Alternative；義大利刑法 Art. 648bis Abs. 1 zweite Alternative，尤其是 Art. 648ter 的規定；英國的 Sec. 93A CJA，該條的提出限制了改善對於前行為人犯罪所得干涉的可能性。

45 這裡是為了對於直接的金錢交易—不論任何形式—均能加以規範（BT-Drucks. 12/989 S. 27）。

46 奧地利刑法 165 條第 2 項、英國法如 Sec. 93B CJA 以及在西班牙舊刑法 Art. 344bis i)。然而西班牙的刑法修正後並未採取這樣的規定。在法國和義大利刑法也沒有找到類似的規定（法國刑法在這個問題上對於使用贓物仍要處罰，此外擴大處罰意圖構成要件）。瑞士刑法 Art. 305ter 則採取特別的規定：行為人做為職業上的財產管理者，對於「在某種情形下所要求的」的辨識義務，加以放任不予通報，則須處罰；進一步的討論可參考：Friedli, in: Pieth (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwascherei, Basel 1992, S. 127.

同樣規定⁴⁸而以競合的方式解決這個問題⁴⁹。以競合的方式首先會面臨造成無法證明行為人（洗錢者）是否為前行為人的問題。德國最高法院則以不定後行為（*Postpendenz*）的法律特性解決這個問題，但隨後招致不少批評⁵⁰。現今在德國則是將「他人之前行為」這個要求予以刪除，取而代之的，是對於洗錢者參與前行的情形，規定了一個個人的阻卻刑罰事由⁵¹。

另外，大部分的歐洲國家對於源自前行為所得財物的概念不採取「來源」（*Stammen od. Herrühren*）」這個概念。奧地利對於取得或收受財物的原始財產價值是否屬於違法來源相交錯（*verkrörpert*）則視情形而定⁵²。德國刑法第 261 條第 2 項中財產贓物及使用贓物若符合同條第 6 項的不具可罰的中間取得（*Zwischenerwerb*）的情形發生的排除其可罰性；類似的規定如英國法中一種「防衛」（*denfence*）的制度，給予適當的回報（*adequate consideration*）而取得的結果（*Sec. 93B Abs. 2-4 CJA*）。在解釋上對於此種限制的未遂（*Restriktionsversuche*）不能夠被說服，而採取這種回饋制度則在國際暨超國家公約中是被允許的。

E. 歐洲國家毫無例外的對於洗錢刑法中總則的規定中獨立共犯的規定都無例外的放棄。在歐洲理事會公約中，要求處罰過失犯，而德國和西班牙則有處罰輕率過失⁵³。輕率的立法理由在於故意證明上的困難，然而卻在文獻上遭受到嚴厲的批評，因為在實體法上不允許有程序法上的功能⁵⁴。為了要讓禁止洗錢規範達到有效性而提出簡化舉證責任的作法，此觀維也納公約及洗錢指令中自明（上述貳、5）。輕率的可罰性同樣的不須考慮是否具備應刑罰性，因為若輕率有如「接近故意」（*Vorsatznah*）⁵⁵——作為一個間接故意而存在的行為——而以這種方式被解釋，這就有如英國法一樣，可疑或足認其可疑在認知上是採同樣的解釋⁵⁶。最後對於某些成員國對於中止犯可能的免除或減輕⁵⁷。洗錢指令從一開始就要求將中止犯的規定轉換成內國法，當作一種有效的（*wirksam*）或具有嚇阻效果的（*abschreckend*）制裁（參照上述參、1 及註 32），然而有關中止犯的立法要求則不受洗錢指令的影響。

47 同樣的規定如奧地利刑法 165 條；英國法 *Sec. 93A-C CJA*。

48 參閱瑞士刑法 Art.305bis（這裡可參考 Stratenwerth 註 43 書，第 76 頁，認為處罰前行為人是不合理的）、法國刑法 Art. 222-38 以及西班牙刑法 Art.301（新法）。

49 這裡可以參閱義大利刑法 Art.648bis Abs. 1 und 648ter Abs.1 的規定：「fuori dei casi di concorso nel reato」

50 德國最高法院的見解可參閱 Köner, *wistra* 1995, 310；採取否定的看法如 Otto, *Jura Kartei* 1996 StGB § 261/1：有違基本法第 103 條第 2 項以及「罪疑唯輕」（*in dubio pro reo*）；對此已採不具可罰性的看法可參考 Köner/Dach, *Geldwäsche*, 1994, S. 38.

51 *RegE zur Verbesserung der Geldwäschebekämpfung vom 16.8.1996, BR-Drucks. 554/96*。（譯註：本文在發表時，德國刑法 261 條尚未修正，現行德國刑法已將「為他人」的規定刪除，在此一併說明。）

52 相近的看法參閱 Rainer, in: Triffterer (Hrsg.), *StGB-Kommentar*, 3. Lieferung Wien 1994, § 165 Rdn. 14 f., m. w. N.

53 德國刑法 261 條第 5 項；西班牙舊刑法 Art. 344bis h) Abs.3 及新刑法 Art. 301 Abs. 3；亦可參閱瑞士刑法 Art. 305ter（同註 46）。

54 一方面可以參考當初的立法理由 BT-Drucks. 12/989 S. 27；另一方面可參考 Lampe, *JZ* 1994, 123, 129，無疑的在結果上並沒有深思熟慮下的立法。

55 德國對於輕率的可罰性之討論可以在補助金詐欺（德國刑法第 264 條第 3 項）將其解釋為限制的接近故意，採同樣見解代表性的看法可參閱 Tiedemann, in: LK, § 264 Rdn. 123；否定的見解如 Schroeder, in: LK, § 15 Rdn. 210.

56 *Sec. 93A Abs. 1, 93C Abs. 2 CJA*.

57 德國刑法第 261 條第 9 和第 10 項；奧地利刑法第 165 條 a；同樣也可比較英國法中在 *Sec. 93A Abs.4 lit. c, Abs. 5* 和 *93B Abs. 7 CJA* 有關「防衛」（*defences*）的規定，在此對於（被告的證明上）有可疑的告知行政機關的意圖足矣。

肆、洗錢構成要件的解釋以及基礎問題

1. 歐洲洗錢刑法調和的結果毫無疑問的不只是「書中的法律」(law in the book)，也是「實務上的法律」(law in practice)，即實際上的運用⁵⁸—對於洗錢構成要件中釋義學的層面，特別是在其有爭議的構成要件要素能被檢視。在這裡我們可以看出，歐洲各國對於洗錢刑法的解釋及其基礎問題的討論仍未有所進展，並且也疏忽了對於國際與超國家的關係做深入探討。
2. 儘管歐體成員國也有責任將歐體指令轉換成內國法時，在適用和解釋時以適成成員國的方式為之，同時仍然要與洗錢指令具有一致性及適合歐體解釋為前提⁵⁹。此一前提意謂著歐洲洗錢構成要件，必須儘可能的顧及並符合洗錢指令的專業用語、系統解釋及目的解釋。例如在德國刑法第 261 條中對於(財)物的概念是如此被解釋的，就有如洗錢指令第 1 條第 4 個名詞解釋(參照維也納公約第 1 條 q，歐洲理事會公約第 1 條 b)的定義，有些德國學說的解釋討論亦有說明⁶⁰。關於符合歐體的解釋的誠命也符合了捍衛歐洲法律一統性的目的，因此應避免作出與成員國之間不一致的解釋並且使法律比較上更易於瞭解⁶¹。在程序法上對於維護歐洲的法律一統性可經由 Art. 177 Abs. 1 lit. b EGV 的先行判決能被確保：儘管在解釋內國法的問題上一希望能與洗錢指令採取一致性的解釋一並非作為此種提案修法能力(vorlagefähig)。然而在另一方面對於歐體指令解釋的問題，僅需(基於與歐體指令一致性的解釋誠命)成員國法院對於該法律的解釋和適用產生「判決重要性」(entscheidungserhebliche)推論的影響⁶²。以德國刑法第 261 條為例，關於洗錢指令對於「源自」(stammen)犯罪行為之財物的解釋，基於洗錢指令目的之解釋所具之修法提案能力，在符合歐體指令同一性的解釋下找出刑法第 261 條中「源自」(herrühren)犯罪行為之時點(下述 6.)。
3. 目前為此歐洲刑事法學的刑事政策思考在討論是否以刑事手段對抗洗錢犯罪，各國在採取刑事手段對抗洗錢是否能夠有其根據⁶³。若成員國的立法者接受否定見解時(也就是不立法時)，這乃是錯誤的看法：依據 Art. 189 Abs. 3 EGV (上述參、1)各國對於立法的義務不得免除且反對者需注意到—至少從歐體國民和歐體所賦予—之刑事政策的任務得到確認。歐盟的成員國允許在有疑義的狀況下立法，即便有違成員國憲法時，如德國基本法第 103 條第 2 項⁶⁴，各國的立法者可自行將洗錢指令轉換成內國法的義務：這時候基於歐體法的層面⁶⁵只要顧及到是否違反了歐體憲法(但罪刑法定主義與明確性原則等規範仍須注意)，而上

58 歐體忠實原則(Art. 5 EGV)所期得的產生的作用在於，成員國必須確保達到而且可比較的追求水平；vgl. EuGH Slg. 1989, 2966.

59 BGH (ZS) NJW 1996, 930, 932 可以找到廣泛的證實；亦可參考 Bleckmann (註 33 書)；Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 131 f.

60 Lampe, JZ 1994, 123, 126 亦提出相同的看法。

61 在這一方面存在著不同於「原始的」內國法的解釋。在憲法的實務上也首先針對此動用了比較法上的衡量，可參照 BverfGE 39, 1, 46; 45, 187, 259; 74, 358, 370.

62 BGH NJW 1996, 930, 932；亦可參考 Bleckmann (註 33 書)，Rdn. 635：「歐體指令可以放在前面被討論，大體上須對於在解釋內國法產生影響」；Taschner, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Handbuch des Europäischen Rechts, Stand 1995, Art. 100 Rdn. 42；亦可參考 Wohlfahrt, in: Grabitz/Hilf (註 33 書)，Art. 177 EGV Rdn. 17, 24, 26-29.

63 英國和法國對於以刑事手段對抗洗錢之必要性亦接受實務上的觀點，然而在德國和西班牙在學說上卻指出，刑錢刑法被指摘欠缺或不具強烈的法益保護的必要並且有違明確性原則及罪責原則，此外造成自由經濟與金融交易過重的負擔及實際上的無效性。可參考 Lampe, JZ 1994, 123, bes. 128 f.；Prittwitz, StV 1993, 498；Bajo Fernández/Pérez Manzano/Suárez Gonzáles, Manual de Derecho Penal, Parte Especial II, 2. Aufl. Madrid 1993, S. 482.

64 採此種觀點如 Lampe, JZ 1994, 123, 128.

65 眾所周知的聯邦憲法院對此某些部分採取不同的看法；BverfGE 37, 271, 280-285; 73, 339, 376 f.; 89, 155, 174 f.

述原則也受到歐盟法院的審查⁶⁶。

4. 歐洲刑法學最有爭議的部份是洗錢刑法的保護法益及基本結構。

A. 部分學者認為，洗錢刑法所要保護的法益是經濟及金融交易的純淨（sauberkeit）以及對於公眾事務的信任⁶⁷。在這一點上洗錢與貪污犯具有結構上的相似性，毫無疑問的，這並非基於國家因素而是基於經濟及金融因素。制定洗錢刑法主要是因為洗錢行為扭曲了企業的競爭，而這些企業從非法的資金來源從中獲利，所以洗錢行為是屬於在經濟上不正競爭的犯罪行為⁶⁸。另外，也有學者認為洗錢行為是傷害了前行為所保護的法益⁶⁹，持這種看法的學者認為洗錢與贓物罪的結構相近，其不法內涵乃針對違法財產狀態的返還以及深化財產損害的狀態⁷⁰。歐洲各國對於洗錢法益採取這樣的見解，洗錢行為是妨害司法公正以及對於非法財物的扣押（沒收、追徵及有利於被害人之保全手段）⁷¹。這個觀點認為洗錢的法條結構類似德國刑法第 257 條的包庇得利罪以及 258 條的妨礙刑事追訴罪⁷²。

B. 以洗錢指令一致性的法益見解為出發點必須依洗錢指令的目的，包含其衡量目的規範內容構成部分一類似基本法的前言一具有法律上的拘束力（Art. 189 Abs. 3 EGV）⁷³。在此對於合法的金融與經濟體系的穩定中個人信任的層面具有突出的地位。於此同時，協調整體歐洲共同經由妨礙違法財產利益的利用物。來達到對抗組織犯罪的目的（上述貳、2、B）。然而採取某些學者反對洗錢所保護的法益是金融體系的可靠與穩定中所產生的信任中的保護利益，因為金融體系的資金應是可「被創造」（erfunden）、「流通的」

- 66 採相同看法的如 Bleckmann（註 33 書）Rdn. 163-167，採此種推論的結果只有「在不強制適用歐體法令的前提下違反本國憲法」，才可受到本國憲法的審查。
- 67 德國學說可參考 Lamp, JZ 1994, 123, 125；奧地利學說（有力說）可參考 Kienapfel, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Bes. Teil II, 3. Aufl. Wien 1993, § 165 Rdn. 5；義大利學說（有力說）可參考 Pecorella, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1991, 1221 f.；西班牙學說可參考 Díez Ripollés, Actualidad penal 1994, 591, 595 f., 609 f.；亦可參考 Faria Costa, in: Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Madrid 1995, S. 655, 622-688.
- 68 德國學說可參考 Bottke, wistra 1995, 121, 124；義大利學說可參考 Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale II, Bologna 1992, S. 198；亦可參考 Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale I, Milano 1992, S. 379；西班牙學說可參考 Díez Ripollés（註 67 書），S. 609.
- 69 德國學說採這個看法（德國刑法 261 條第 2 項之有力說），參照 Dreher/Tröndle, § 261 Rdn. 36；Lackner/Kühl, § 261 Rdn. 1；Wessels, Bes. Teil 2 18. Aufl. 1995, Rdn. 834. 西班牙學說（有力說）Bajo Fernández/Pérez Manzano/Suárez González（註 63 書），S. 483；González Rus, Manual de Derecho Penal, Parte Especial II, Madrid 1992, S. 373；Zaragoza Aguado, El blanqueo de dinero, Madrid 1994, S. 114；亦可參考 de la Mata, Límites de la sanción en el delito de receptación, Madrid 1989, S. 49 f.
- 70 與贓物罪比較無疑的指出了一些障礙：洗錢關於指出缺乏前行為法益的一致，若前行為非財產法益的損害，經由犯罪利益的清洗並不會被此種特別的損害加深。二者之間的關連性在這方面僅在於未來的犯行加以立論，因為洗錢行為能提高犯罪的誘因。進一步來說，洗錢行為並非後行為的參與（Lampe, JZ 1994, 123, 126：事後的幫助「auxilium post factum」而是一接近「組織犯」（Organisationsdelikten）如支持犯罪或恐怖組織（德國刑法 129 條、129 條 a）一參與前置的未來犯罪。事實上瑞士對於洗錢的改革努力上朝著「組織犯」去建構，相近的看法參考 Otto, KRedW 1994, 63, 67；亦可參考 Stratenwerth（註 26 書），S. 71 f. 奧地利刑法則採相當寬廣的「組織相關的洗錢」（奧地利刑法第 278 條第 2 項），並無直接的前行為關聯，相近的討論可參考 Kienapfel（註 67 書），§ 165 Rdn. 9.
- 71 德國學說上：（有力說，特別是德國刑法 261 條第 1 項）Artz, JZ 1993, 913 f.；Lackner/Kühl, § 261 Rdn. 1；Leip, Der Straftatbestand der Geldwäsche, 1995, S. 51-56；Ruß, in: LK, § 261 Rdn. 4；Wessels, Bes. Teil 2 Rdn. 834. 奧地利學說：（有力說）BGE 119 IV 59, 61, 64；Graber, Geldwäscherei, Bern 1990, S. 108 f.；Stratenwerth（註 43 書），S. 71. 英國學說：Murphy (Hrsg.), Blackstone's Criminal Practice, London 1995, S. 735 mit dem Hinweis, Sec. 93 C. CJA entsprechen dem common-law-Delikt 「妨礙司法」（perverting the course of justice）。西班牙學說：Comez Pavón, Cuadernos de Política criminal 1994, 451, 459.
- 72 對於（幾乎沒有深刻的影響力）的可能性，洗錢（也）可以視為包庇得利罪或妨礙刑事追訴，Artz, NStZ 1990, 1, 2 f.；Lampe, JZ 1994, 123 f. 221, 235 且具有一致的拘束力，因此亦不能適用於洗錢指令上。
- 73 這不僅只是所謂的官方立法理由，對於德國法並無法律上的拘束力且只要顧及主觀的歷史解釋。在德國學說上對於德國刑法 265 條 b（信用詐欺）的法益保護也引起了爭議，懷疑立法者是否發現保護法益的存在（Hillenkamp, in: Recht und Wirtschaft, 1985, S.）。

(luftig) 或「雲端的」(wolkig)⁷⁴。

洗錢行為形成了已知的一種資金循環性，對此會先產生的一種看法是，為什麼在合法的金融體系中的財產（若為非法的亦然）會造成信用的動搖。採這種法益的見解也無法解釋洗錢指令。在金融及經濟交易行為中所規範的皆是一般犯而非特別犯⁷⁵。然而洗錢指令中對於對抗組織犯罪是採取剝奪其財產利益（該利益被視為犯罪的助燃器），而這種利益也會誘發犯罪行為。這可以說明洗錢行為為何是意圖犯（上述貳、4、B），更進一步的可以說明其為妨礙司法公正犯，在實體刑法上國家對於確保源自犯罪行為的財物所為干涉之保全行為，其中，對於在經濟與金融過程中所參與的每個人均賦予這種義務。在這點上，從歐體的洗錢指令中對於前行為關聯中可看出，洗錢刑法所要保護的法益並不是防止前行為類型所保護的法益遭受更進一步的損害。

C. 是否有可能對於洗錢保護法益有完全統一的見解，可以確定的是，在洗錢行為被區分成「意圖洗錢」及「財產和使用贓物」（上述貳、4）這兩種類型後即令人質疑。德國有力說的見解認為獨立的規範財產及使用贓物，不是要保護國家干涉行為的損害，一般是要保護使違法財產無交易能力並且加以「隔絕」（Isolierung）之⁷⁶。違法的財產（意圖）洗錢之禁止所考量的是想將違法適用的範圍加以擴大而使其不能加以掩飾，並且實際上不受感染而使該財產生「隔絕」作用。因此，我們可以為上述二種類型找到共同處罰的理由，排除前行為人關於非法所得的財產予以「隔絕」，並且斷絕行為人合法經濟與金融交易的參與以及其它同時的參與者不被發現的危險。從合法的經濟與金融循環的思考，洗錢的禁止是針對任何人在非法財產利益含有相關的採取一致化的禁止（Solidarisierungsverbot），或者，相反的一是一個除去隔絕的誡命（Entsolidarisierungsgebot）⁷⁷。毫無疑問的若以此一致性的標準，成功的關鍵在於法律的社會道德，若法律與非刑罰的道德與私人領域被踰越則須動用法律⁷⁸。

然而這種領域在處罰妨礙刑事追訴⁷⁹所放棄，若一個公民⁸⁰表面或是主動的⁸¹操縱了基本的和民主的合法國家行為，如妨礙刑事追訴罪。在財產與使用贓物的類型中，若允許非法財產給予法律上的權利，這所牽涉的問題不僅是有關內在道德也會因為行為上於法社會帶來不利益⁸²。

74 德國學說上出現同樣的爭議如德國刑法 265 條 b 信用詐欺。一方面可參照 Weigend Festschrift für Triffterer, 1996, S. 695, 699；另一方面可參閱 Tiedemann, in: LK, § 265b Rdn. 19 可以得到廣泛的證實。譯註：雲端在用語上應稱為「網路」，意指資金應有其流通之網路。

75 採取同樣的看法如 Burr, Geldwäsche, 1995, S. 27. 同樣的在西班牙刑法第 303 條中在公務和職業的禁止也未採取特別犯，另外在瑞士刑法 305 條 ter 亦然（註 46 書）。

76 Dreher/Tröndle, § 261 Rdn. 13; Lackner/Kühl, § 261 Rdn. 1; Leip (註 71 書), S. 56; Ruß, in: LK, § 261 Rdn. 4 mit Rn. 4, 可以得到進一步的證實。

77 Arzt, JZ 1993, 913; Arzt/Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 4, 2. Aufl. Bern 1989, Rdn. 350 f.

78 更深入的探討可參閱 Jakobs, ZStW 97 (1985), S. 751. 將具有道德化的觀點的刑法是一個可以思考的趨勢，一個明顯的例子是「氣候保護構成要件」，又如建立犯罪或恐怖組織（德國刑法 129 條第 2 項、129 條 a 第 2 項）。

79 相關的說明如（刑事追訴相關的）去隔絕化的戒命及隔絕化的戒命，可參閱 Fezer, Festschrift für Stree und Wessels, 1995, S. 663, 673；亦可參閱 Lackner/Kühl, § 258 Rdn. 1 找到進一步的證實。

80 這裡所談到的法學理論的背景即所謂的凝聚理論（Kommunitarismus），可參閱 Kindhäuser, ZStW 107 (1995), S. 701, 709-711 可找到進一步的證實。

81 這不僅是有關法律相關的去隔絕化（在法社會中屬於無潛在被害人的犯罪）能夠加以描述，同樣的我們可以在德國刑法第 138 條中找到無特定被告之犯罪，同樣的有著被保護法益的類型。可參閱 Hanack, in: LK, 10 Aufl. 1978, § 138 Rdn. 2 可以得到進一步的證實。

5. 當然也必須承認，洗錢指令在兩個學理的核心焦點上，沒能提供什麼幫助。一方面，一有別於維也納公約與歐洲理事會公約一在沒收的規定。維也納公約第 5 條以及歐洲理事會公約第 2 條對於扣押犯罪所得（沒收、追徵與對被害人有利的保全措施）與（整體上）民法上善意取得以及非具體的（*nichtsächlich*）財物法律狀態兩者欠缺協調⁸³。在釋義學上對於間接源自於犯罪所得的財物做為洗錢的客體會產生疑義（下述 6.）。另外一方面對於一些業務規則如信用機關的協調以及其它經濟主體是有所不足的。在釋義學上也會發生「慣常的社會行為」做為洗錢的行為（下述 7）。對於上述這兩個疑義希望從符合歐體法的原則下去解決。
6. 對於間接源自犯罪所得的財物可以從下列兩種不同的類型做區分。一種是該違法取得的財物仍然在前行為人的手中，經由財產結構上的改變（*Vermögensumschichtung*）而被「稀釋」（稀釋案例）；另一種是經由第三人之手或特別是由第三人取得（中間取得案例）：
 - A. 在稀釋案例（*Verdünnungsfällen*），以德國學說言，其判斷的基準在於，財物被視為加工財物仍具有同一性和可被認為具體的一而不僅僅只是價值的比較一在前行為現有的財產之中⁸⁴。**Barton**⁸⁵則取決於客觀可歸責理論中的因果關係、等價理論以及歸責的關聯性。上述可被推廣的觀點具有必要關聯性而使得在規範沒收或追徵與非善意及其相關特別的民事追徵與沒收具其價值⁸⁶：若使財物能順利被追徵與沒收所拘束且非善意或特別的法律安定性的要求，仍為適合的洗錢客體。中間取得案例（*Zwischenerwerbsfälle*）規範於德國刑法第 261 條第 6 項：歸責中斷則無刑罰（特別是：非為自己洗錢的可罰性）之中間取得。無疑的僅與財產與使用贓物具有關聯性而非為自己洗錢⁸⁷。
 - B. 在洗錢指令中應更加精準，源自前行為（直）間接源自於前行為的所得可為扣押命令（沒收或追徵）之必要價值且類似民法上的規範：金融體系之信任可不被侵害，若財物之標記或污染在權利上不能形成，希望因犯罪行為所得財物據以成為一個中性的概念。亦即將經由洗錢一部分一成為參照構成要件（*Verweisungstatbestand*）⁸⁸，且各國雖然通過洗錢

82 儘管在理論上不能被克服而被否認（參照 Ruß, in: LK, § 259 Rdn. 1），卻符合了德國有力說對於贓物罪可罰性的見解（部分亦強化了前行為類型的可罰性）具有附加的超個人法益；Miehe, Festschrift für Honig, 1970, S. 91, 104 f.; Oellers, GA 1967, 9; Rudophi, JA 1981, 1, 4 f.; Seelmann, Jus 1988, 39; Stree, in: Schönke/Schröder, 25. Aufl. 1997 § 259 Rdn. 3.。

83 特別是刑法 261 條形成了民法領域「介入」（*Aufrollung*）刑法領域難以預測的危險（參閱 Lampe, JZ, 1994, 123, 127; auch Arzt, NStZ, 1990, 1, 6）。也可以理解在該條第 2 項針對違法財產「隔絕」的目的（關於這方面目的性的評論可參閱 Heinrichs, in: Palandt, BGB, 55. Aufl. 1996, § 123 Rdn. 9 m. w. N.）一作為民法 134 條意義下的禁止規範將使得每筆源自刑法 261 條前行為所得財物之法律交易視為無效，即便交易相對人無過失（BGHZ 115, 123, 130）。

84 BT-Drucks. 12/989 S. 27; Ruß, in: LK, § 261 Rdn. 9.

85 NStZ 1993, 159.

86 Arzt, JZ 1993, 913 f.; Lackner/Kühl, § 261 Rdn. 5; 亦可參閱奧地利學說如 Kienapfel（註 67 書），§ 165 Rdn. 15, und Rainer（註 52 書），§ 165 Rdn. 16（關於善意取得部分）；Stratenwerth（註 43 書），S. 74。相關的批評可參考 Dreher/Tröndle, § 261 Rdn. 4，這個見解在實際上的狀況「僅難以概述」與洗錢的關聯性，另一方面洗錢、沒收與追徵上「未有一致的看法」。最後特別是價值加工的追徵（德國刑法 73 條 a）亦可對於合法價值的追徵且必須特別顧及相關的規定（亦可參閱 Arzt, JZ 1993, S. 914 f., 德國刑法 261 條內在的考量下而使得德國刑法 73 條 a 產生疑義：能否在任何情況下針對合法財產予以干涉，即便不符合洗錢行為，因為洗錢行為必須是損害國家對於非法財產的干涉）。有關德國刑法 73 條 d 的影響（擴大的追徵）可參閱 Lampe, JZ 1994, 123, 128 Fn. 37. 另外德國立法者希望至少符合民法上（德國民法 946 條至 951 條）關於混同（*Vermischung*）與加工（*Verarbeitung*）的概念。

87 德國刑法 261 條第 6 項僅適用同條第 2 項（一般的見解），並非適用第 1 項。很明顯的這是立法者的意志，在解釋上難以有交集，僅存在刑事政策的考量（參閱 Dreher/Tröndle, § 261 Rdn. 15：「與第 1 項的緊張關係」；Lampe, JZ 1994, 123, 128：「有疑問的是，（第 6 項）是否規範夠廣」。

88 就此而言，Arzt, JZ 1994, 913, 915，將德國刑法 261 條「空白構成要件」（*Blankett*）。這只有在非技術性的意義下才算正確；精確來說，將「來源」解釋成為德國刑法 73 條以下關於沒收與追徵將會使其成為規範性的構成要件要素。

指令的要求制度扣押財產的規範然而卻在結果上缺少協調一致性的規範是而使其在某種執行方式是有疑問的。也因為缺乏協調一致的規範結果使得在扣押非法所得財產的法制規範上要付出某種代價。

7. 在德國學說中有力的見解認為，刑法第 261 條中洗錢的行為規範過廣，特別是財產與使用贓物（刑法第 261 條第 2 項）。該條的規範將使雖為惡意（*dolos*），但為日常生活交易或特別非違法的交易行為或刑事辯護人的委任金的支付⁸⁹。然而在真正的洗錢，特別是危害追徵行為（德國刑法第 261 條第 1 項最後一種行為類型），類似的案例，仍須注意是否另外構成洗錢法（*GwG*）⁹⁰。在上述情形中，必須要對洗錢構成要件進行目的性限縮，無論是透過社會相當性、客觀歸責還是容許風險等法概念來進行。當然洗錢構成要件也必須以洗錢指令的目的衡量之。然而歐體法的洗錢構成要件欲將犯罪相關財產均毫無例外地，所考量的是，夠將被描述的具有協調一致性且具重要意義的行為規範以及雖非每個實際上獲利行為乃信任關係損害的一致化規範。德國學說上長期以來幫助犯的釋義學存在此種問題—將之理解為非法的他人行為⁹¹—在妨礙刑事追訴犯已為人知⁹²；以這個釋義學的角度所發展的解決建議對於洗錢也能有很大的成果⁹³。從比較法的觀點來看是有其價值，英國法上在解釋上符合「防衛」（*defences*）的解釋而加以立法作為解決之道（上述參、3、D），然而這個解決方式卻被德國的立法者認為它具備不法（*Unrecht*）而不予採納⁹⁴。

89 Arzt, NstZ 1990, 1, 3 f.; Barton, NStZ 1993, 159, 161-165; Lackner/Kühl, § 261 Rdn. 5. 奧地利刑法嘗試制定一個界限（十萬奧幣）來解決這個問題，可參閱 Kienapfel（註 67 書），§ 165 Rdn. 20. 西班牙學說（參閱 Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 10. Aufl. Valencia 1995, S. 538）更進一步指責，洗錢行為與麻藥犯是相互交錯的。例如持有麻藥之財務，（也）可能源自他人（販售者）！—在構成要件上也具備洗錢的可罰性（例如德國刑法 261 條第 2 項），若為自己少量或自己消費所需。瑞士刑法亦有相關的批評，如 Stratenwerth（註 43 文），S. 75：在犯罪學上該行為並非因為其為極小量的洗錢而不去處理。

90 然而銀行可先依處洗錢法第 11 條第 1 項和第 4 項之可疑案例的申報在德國刑法 261 條第 9 項第 1 款在結果上排除洗錢的危險。然而形成另一個問題，若在組織的參與者對於可疑的金融交易申報及執行並非同一人時；相關問題可參閱 Otto, *KredW* 1994, 63, 66 f. 關於洗錢法與德國刑法 261 條之相關作用可參閱 Lackner/Kühl, § 261 Rdn. 2a 可以找到進一步的證實；亦可參閱 Botke, *wistra* 1995, 121, 125-129. 有關職業法上保密責任的義務與申報義務的調和可參閱 Sec. 93A Abs. 3 lit. A CJA 中有關「防衛」（*defences*）的概念。

91 Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, S. 49.

92 最新的見解以及概述可參閱 Hassemer, *wistra* 1995, 41, 44-46; Hefendehl, *Jura* 1992, 374, 376 f.; Löwe-Krahl, *wistra* 1995, 201, 203 f.; Meyer-Arndt, *wistra* 1989, 281, 283-285; Otto, *KredW* 1994, 775, 777 f.

93 相關論述可參考 Barton, *StV* 1993, 156, 159-163.

94 可參閱 1990 年 8 月 10 日眾議院草案（*Budsratsentwurf*）不同意見的討論（參閱 BT-Drucks. 11/7663 S. 7 以及 S. 50）；相關討論可參考 Barton, *StV* 1993, 156, 157; Salditt, in: *Strafverteidiger-Forum* 1992, S. 121, 122.