

洗钱罪中自洗钱行为研究

卢婧悦

澳门科技大学，中国澳门特别行政区，999078；

摘要：随着经济社会不断发展，自洗钱行为也愈发严重。《刑法修正案（十一）》将自洗钱行为纳入了刑法第191条的适用范围。从理论角度看，自洗钱行为能否独立成罪无法依据期待可能性予以解决，而是需要在事后的不可罚理论中为自洗钱行为的独立成罪进行理论支持。自洗钱行为的相关问题值得进一步研究。立法上自洗钱行为入刑已经成为现实，但是司法实践中仍然存在着许多问题有待厘清。自洗钱行为与上游犯罪竞合时的罪数处断问题、自洗钱入刑后的共同犯罪问题以及自洗钱入刑后的量刑问题都有待探讨。

关键词：自洗钱；上游犯罪；洗钱；罪质构造

DOI: 10.69979/3029-2700.26.02.066

1 自洗钱行为概述

自洗钱行为是通过漂白其上游犯罪的不合法所获利益，以掩饰其不合法的来源使其符合法律规范并得到自由处置的行为。而自行参与实施的洗钱犯罪行为。简而言之，就是上游犯罪的行為人亲自实施洗钱犯罪活动。1997年我国刑法制定了相关内容，希望借此对特殊上游犯罪赃款，赃物洗白等行为进行法律制裁。尽管结果不如人意，我国对洗钱行为的重视愈发发展。“自洗钱”入刑却是世界范围内规制洗钱罪的普遍法律实践。《刑法修正案（十一）》首先在法律用语上删除了“协助”“明知”等用语。删去原本规定的有限制的罚金范围，将“处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金”以处“罚金”替代，罚金由比例罚金改变为无限制罚金。同时本次修改删除了上游犯罪范围中“明知”等词，带来自洗钱入罪这一修改亮点。为了正确处理自洗钱行为入罪后洗钱罪与相关犯罪的关系并解决由此产生的相关问题，我们需要面临更加严峻的挑战与改革。

《刑法修正案（十一）》的修改，学界一般认为这是将自洗钱行为入罪的重要举措，突破了洗钱罪只能由他犯构成的限制性框架。明确将“自洗钱”入罪。上游犯罪分子实施犯罪后，掩饰、隐瞒犯罪所得来源和性质的，不再被认为是后续处理行为被上游犯罪吸收，而是单独构成洗钱罪。此次修改改变了洗钱罪的帮助型结构，解除了洗钱罪只能由他犯构成的限制性框架和内容。自洗钱行为入刑，加大了对相关违法行为的处罚力度。

自洗钱行为作为一种对于犯罪违法所得及其收益进行隐瞒的行为，其诞生时间较长。洗钱行为大致可分

为“自洗钱”与“他洗钱”其中自洗钱行为的发展阶段大致可以分为三个阶段：（1）基本阶段：在经济相对不发达的国家或地区，犯罪组织或个人处理非法所得的方式通常比较简单和原始，例如将犯罪所得藏于住所或存入金融机构等相对简单的手段，以掩盖和隐匿这些非法收入。在这一时期，洗钱本身尚未发展成为专业性、目的性的犯罪行为，同时洗钱的手段也比较简单原始，容易被司法部门追踪和察觉。（2）有组织阶段。随着各种“地下经济”和“黑市经济”的发展，洗钱逐渐进入到有预谋和有组织的犯罪阶段。在这一阶段，犯罪分子开始通过从事合法生意将“黑钱”混入其中以掩盖资金来源。20世纪50年代末，黑手党伙同洗钱分子和专业金融背景人士等召开了相关会议。这标志着从孤立无序行为逐渐演变为有组织的团体行动的洗钱方式开始呈现专业化、技术化和产业化趋势。（3）全球化中出现改变进入21世纪，洗钱活动与恐怖组织犯罪相联系。这成为国际反洗钱工作的一个重要组成部分。2007年，

“基地”组织、“伊斯兰国”等国际恐怖组织在美国境内蔓延，严重威胁美国及国际社会的安全与稳定，也给世界经济发展和金融安全带来严重威胁。为此，美国政府从一开始就把打击洗钱、恐怖融资作为其反恐融资政策的重要组成部分，并将其纳入打击“恐怖主义融资”的专项行动之中。

2 我国自洗钱犯罪规制实践存在的问题

2.1 自洗钱犯罪调查取证体系不完善

洗钱罪难以认定和调查取证的主要原因是刑法及其司法解释对洗钱罪的规定导致司法人员在司法实践

中遇到障碍。《刑法》第191条在对洗钱罪的描述中使用了两个术语，即明知和隐瞒其来源和性质。《解释》第1条第1款第2款规定了洗钱罪中应知尽知的认定标准，检察机关只要举证其中一项，就完成了举证责任。但从司法实践效果来看，主观明知推定的规定存在高标准主观认定的问题。这就需要从立法和司法层面解决这一棘手问题，而目前法律为了掩盖和掩盖其来源和性质，在解释的四个方面无正当理由地不同增加司法机关的举证责任。建议将认知定性为认知或者应当认知，推定为认知，同时及时发布指导案例，逐步引导和帮助司法人员科学认知。其次，应优化洗钱罪的法律设置，使之与国际标准接轨。目前我国刑法中有191条、312条、349条。从立法延伸的角度看，第191条和第312条规定的一般性和原则性用语的理解不能超越本条的逻辑和上下文。同时，由于第191条与第349条内容重叠，司法实践中难以区分第191条隐瞒、隐瞒的性质、隐瞒的来源与第349条隐瞒的界限。在洗钱的方式上，我国刑法第191条规定的五种行为方式实质上是三个联合公约规定的转换、转移、掩饰、隐瞒四种强制性方式。没有完全涵盖三个联合公约规定的取得、占有和使用三个可选条款，中国反洗钱法第二条也普遍规定了隐瞒和以各种方式隐瞒。预计，伴随着洗钱策略和工具的持续革新，以及利用最新科技手段进行实时、远距离和匿名的大规模交易，在无需传统金融机构介入的情况下，完成交易将变得可能。因此，在反洗钱的立法中，我国也应该将非金融交易以外的洗钱手段纳入考虑范围。

2.2 自洗钱犯罪量刑不均衡问题

自洗钱犯罪虽然在刑法修正案十一出台后广受关注，但是其入罪门槛仍然没有确立。在刑法条文中，并未规定自洗钱行为的入罪门槛，同时《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（公通字〔2022〕12号）也未规定洗钱罪的追诉数额标准。据此，从形式上看，仿佛无论洗钱的数额大小，都可以构成犯罪，甚至有许多人认为“洗一元钱，也构成洗钱罪”。在自洗钱行为并未入刑之前，犯罪处罚往往针对其上游犯罪，此处并无争议。然而自洗钱行为入刑后，上下游犯罪可能面临着处罚不均衡的问题。司法实践中，曾经出现小额转账洗钱，小额洗钱案等违反法律制定目的案件。《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定

（二）》规定了洗钱罪的立案标准，即只要实施洗钱行为就应该立案追诉。笔者认为，根据因果关系理论，只有当上游行为成立规定的犯罪，下游行为人进行自洗钱行为时才能被认定为犯罪。其中对上游行为的犯罪事实认定，应达到刑法规定的犯罪程度。上述规定违背了罪刑均衡原则。

在量刑幅度把握的问题上，学界有两种观点。有些观点主张，自洗钱行为应该单独定罪，因此对其的刑罚也应该是独立的，不应该受到上游犯罪的刑罚限制。另一种观点则认为，洗钱罪的惩罚不应超过对上游犯罪的严厉程度。本文支持第二种观点，自洗钱是洗钱罪的一种形式，洗钱罪是下游犯罪，我国的刑法已经明确指出，洗钱罪是七类上游犯罪的衍生，这些犯罪之间存在着密切的联系。洗钱罪的社会影响和对法律利益的侵害程度也与上游犯罪有着直接的关系。因此，根据上下游犯罪的均衡原则，洗钱罪的惩罚应该比上游犯罪的惩罚要轻，以防止刑罚的“倒挂”情况发生。

3 进一步强化自洗钱犯罪规制的建议

3.1 区分上游犯罪共犯与自洗钱犯罪共犯

在自洗钱犯罪之前，通常，只要与犯罪者共同参与上游犯罪，就没有识别洗钱的可能性。但是，从主犯和共犯的视角来看，上游犯罪和自洗犯罪都可能包含诱导犯和帮凶，自洗钱犯罪和七种上游犯罪都是故意犯罪。所以，共犯和正犯之间可能有各种不同的共同目标和行为，应该进行区分。对此，应坚持主观性与客观性相一致的原则，依据共享目标的内容和行为进行区分，对二者进行分别判定。如果两者共同策划，但只同意行为人执行或协助执行上游犯罪，而不涉及洗钱，那么应将其视为上游犯罪的共犯；如果两者共同策划，但仅约定行为人帮助行为人转移和转换上游犯罪所得，并且相关的协助行为不构成洗钱的执行行为，例如帮助行为人从银行账户提取现金并支付票据的相应金额等，只应视为自洗钱罪的帮凶；如果两者共同策划并同意行为人同时协助上游犯罪和自洗钱，那么，他们就会同时成为两种罪行的共犯。此外，上游犯罪和自洗钱犯罪可能存在共同参与者之间的不同联系，也可以分为以下几种情形：一是其中一方为另一方提供洗钱服务，如介绍银行账户等；二是为了隐藏上游犯罪的事实而采取相应的手段；三是当他人对其资金来源提出疑问时，自洗钱犯罪共犯可以证实资金来源的真实性和合法性。

3.2 区分自洗钱犯罪本犯与他犯共同犯罪

自洗钱共同犯罪的确立应以自洗钱共同犯罪的成立为前提，并应根据共谋的内容区别对待。假设这个罪犯和其他罪犯在常规的洗钱活动中有所勾结，或者由于交易行为而触犯法律，只要他们没有在常规的洗钱活动中有所勾结，那么不管这个罪犯是否真正执行了洗钱活动，他和其他罪犯都将被视为共同的洗钱罪。但如果只将罪犯移交给他人进行洗钱，而不讨论一般行为，不了解具体行为，则不会将罪犯确立为洗钱罪，并以洗钱罪定罪处罚。若将以简易方式将犯罪所得资产移交给他人进行“洗钱”行为归为自洗钱犯罪，将容易出现将串通与警觉并存的客观现象带入主管内，令自洗钱犯罪与其他形式的洗钱犯罪间的边界变得模糊。综上分析，“协助”“明知”删除后洗钱罪面临的共同犯罪问题便可一一回答：洗钱罪共同犯罪的认定，无须考虑行为主体是自洗钱者还是他洗钱者，共同参与洗钱的行为类型应根据是否符合洗钱罪的要件来把握。

3.3 反思与建议

海南省“黄汉民案件”中，犯罪嫌疑人黄汉民未经许可非法占有了受害人家族企业高达一亿多元的资产。不过我国刑法对于洗钱犯罪上游犯罪的规定，仅限于毒品犯罪、走私犯罪、黑社会性质的组织犯罪以及恐怖活动犯罪。因此，公安机关只能以职务侵占罪对黄立案，而非洗钱罪。这反映出我国相关立法已不适应日益猖獗的打击洗钱犯罪的刑事司法实践，我国刑事立法关于洗钱犯罪的规定已严重滞后。刑法应当顺应时代发展的需要，满足依法治国的现实需求。针对洗钱罪上游犯罪较少的问题，笔者提出以下三项建议：首先，洗钱不要求造成破坏的实际后果，破坏的可能性或风险足以将其定罪并纳入洗钱的范围。其次，只要对暴力犯罪所得进行清洗，就将暴力犯罪认定为洗钱罪的上游犯罪。重罪应当包括盗窃、抢劫、贪污、窝藏或者贩卖赃物、诈骗、敲诈勒索、破坏金融秩序、贿赂、贩卖枪支弹药、走私以及毒

品犯罪。洗钱对象的财产包括在国内外犯罪所得的财产。三、提升新型犯罪。为了遏制洗钱行径，确立各种处罚方式至关重要。除了扩展洗钱行为的受害者范围，也需要增添那些不尽职的金融活动、参与或帮助包含恐怖主义在内的犯罪团伙、支持贩卖毒品等行为。

据此，我国不应规定上游犯罪的罪种，使任何犯罪都可能成为洗钱罪的上游，只需规定入罪数额，免于打击确实轻微的行为即可，虽然囿于成本，轻微的犯罪难以选取洗钱这一方式。换言之，洗钱行为必然与重大犯罪连接，不论罪种，掩饰、隐瞒犯罪所得罪的强度无法匹配洗钱行为的高度侵害，故要将以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪定性的洗钱行为升格为以洗钱罪论处。犯罪嫌疑人潜逃或失踪资产踪迹被掩盖时，要提高侦查取证能力，为寻求国际合作提供必要的支持材料。另一方面，要善于学习和利用国际法规则和被请求国相关法律制度制定切实可行的战略，采用合法有效的运作手段。为了促进我国反洗钱制度的发展，我国洗钱犯罪体系的改革与学习发展势在必行。

参考文献

- [1]王新.《刑法修正案(十一)》对洗钱罪的立法发展和辐射影响[J].中国刑事法杂志,2021,(02):45-62.
- [2]陈山.期待可能性视域中“自洗钱”入刑的教义学建构[J].国家检察官学院学报,2022,30(05):89-102.
- [3]王昕宇.论洗钱罪上游犯罪所得及其收益的认定——以自洗钱入罪为切入点[J].辽宁公安司法管理干部学院学报,2022,(03):88-97.
- [4]何萍.自洗钱入罪的背景、意义及法律适用[A].上海市法学会.《上海法学研究》集刊2021年第21卷——刑法研究会卷[C].:上海市法学会,2021:72-78.
- [5]邹安当,胡李凯.共同犯罪形态下“自洗钱”行为的理论辨析与刑法规制[J].北京警察学院学报,2022,(01):13-20.