

[文章编号] 1672-7320(2010)05-0739-05

我国洗钱犯罪立法之反思

徐立 刘慧

[摘要] 我国关于洗钱罪上游罪的立法一扩再扩,有违刑法的稳定性原则;洗钱罪行为方式过于局限与过于概括,有违罪刑法定原则;第191条的相关规定与刑法总则第64条、分则第312条、349条的有关规定存在协调问题。因此,《刑法修正案(六)》规定的七类洗钱罪上游罪不宜继续扩大,并应将恐怖活动犯罪剔除出去;洗钱罪的行为方式可以扩张到与《联合国反腐败公约》相一致的程度;洗钱罪与相关法规的关系应协调好。

[关键词] 洗钱;洗钱罪;立法

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A

改革开放以来,鉴于洗钱犯罪的危害日益突出的实际情况,1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订通过的刑法第一次明确规定了洗钱罪。此后,在短短的10年之内,分别于2001年第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过了《刑法修正案(三)》和2006年第十届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过了《刑法修正案(六)》又两次对洗钱罪进行了修订,迄今要求再次修订洗钱罪的呼声又愈来愈强烈。这些反映了我国关于洗钱罪的立法缺乏一定的前瞻性。从历次修订的内容看,主要包括扩大上游罪的范围及与相关法条的协调,但从未涉及洗钱行为方式的修订,导致实践中不能适应反洗钱的实际需要。笔者拟就下列问题略抒管见。

一、扩大上游罪的反思

我国关于洗钱罪上游罪立法经历了一个一扩再扩的过程。我国刑法在1979年刑法中并无“洗钱罪”这一罪名,当然也就不存在洗钱罪的上游罪。随着改革开放之后经济之迅猛发展,获利巨大的犯罪也相应而生,客观上便产生了大量的隐蔽、掩饰赃款的行为。洗钱的正式定义最早出现在1988年12月19日《联合国反对非法交易麻醉药品和治疗精神病药品公约》(联合国禁毒公约,也称维也纳公约)上。该公约第3条第1款第(b)项第(一)目规定,“为隐瞒或掩饰因制造、贩卖、运输任何麻醉药品或精神药物所得之非法财产来源性质、原因,而将该财产转移或转移者”即为洗钱。《联合国反对非法交易麻醉药品和治疗精神病药品公约》要求缔约国在国内法中将隐瞒或掩饰贩毒犯罪收益确立为刑事犯罪的规定,由于1989年9月4日我国批准了该公约,1990年全国人民代表大会常务委员会《关于禁毒的决定》第4条明确规定:“为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物的,掩饰、隐瞒出售毒品获得财物的非法性质和来源的,处七年以上有期徒刑、拘役或者管制,可以并处罚金”。从1990年到1997年刑法修订前,我国洗钱的上游犯罪一直局限在毒品犯罪上。1997年刑法在第191条将洗钱罪的上游罪扩张到三种:毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪和走私犯罪。2001年《刑法修正案(三)》为配合“911事件”后国际反恐主义的斗争以及惩治恐怖活动犯罪的需要,将恐怖活动犯罪也列为洗钱罪的上游犯罪。由于

1998 年出台的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(也称巴勒莫公约)、2003 年出台的《联合国反腐败公约》等一系列国际法律文本也就洗钱罪上游犯罪不设限做了明文规定。欧美许多国家在国际反洗钱立法及国际组织的推动下,纷纷放弃了限定上游犯罪的做法,并在各自的国内立法中予以明确。我国也顺应这种潮流,在 2006 年《刑法修正案(六)》将洗钱罪的上游犯罪扩展为毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪等七类。这七类罪名总数达到了 81 个,覆盖我国总共 432 个罪名的 18.75%。

尽管洗钱罪上游犯罪的范围一扩再扩,但学界要求扩张上游罪的呼声不断。关于洗钱罪上游罪是否需要扩张,以及扩张到什么程度的问题,大致有以下四种观点:第一种观点是相对稳定说,即认为我国现行刑法规定的洗钱罪上游犯罪的范围是符合实际的,不需要依据《公约》再行扩大。例如:“我国洗钱罪的罪名和罪类设定没有必要与国际公约和国际反洗钱……规定的……犯罪一一对应。”^[1](第 142-143 页)第二种观点是严重犯罪说,即认为应该将所有严重犯罪都作为洗钱罪的上游罪。例如:“最佳的方式是将危害国家安全犯罪、危害公共安全犯罪、破坏社会主义市场经济秩序犯罪、妨害社会管理秩序犯罪、危害国防利益犯罪、贪污贿赂犯罪、渎职犯罪以及其他严重犯罪”纳入洗钱罪上游犯罪的范围^[2](第 245 页)。第三种观点是犯罪收益说,即认为一切可能产生犯罪收益的犯罪都应纳入洗钱罪上游罪的范围。例如:“应当将洗钱罪上游犯罪的范围扩展到‘一切可能产生犯罪收益的犯罪’,这是由洗钱罪的本质特征以及现实的犯罪状况所决定的。”^[3](第 107 页)第四种观点是《公约》一致说,即洗钱罪上游犯罪的范围。例如:“洗钱罪上游犯罪的范围应当扩大,扩大的范围当以《公约》的规定为依据,即《公约》规定的‘最小范围’的上游犯罪,我国刑法未纳入洗钱罪上游犯罪的,一律将之纳入上游犯罪。这样,数量并不太多,且可与《公约》协调一致。”^[4](第 6 页)

纵观上述四种观点,实际上讨论的是洗钱罪上游罪范围确定的标准问题。但是,第一种观点只给出了结论,没有说明为什么洗钱罪上游罪的范围应该局限在我国现行刑法规定的范围之内,其判定标准仍不明确。第二种观点以犯罪的严重程度作为洗钱罪上游罪的判定标准,但严重的犯罪不一定产生较大的收益,有些甚至没有犯罪的收益。而洗钱罪的本质在于洗钱数额的巨大,足以危害金融管理秩序。第三种观点以犯罪收益为上游罪的判定标准也是存在问题的,刑事政策并非打击所有的洗钱行为,不问犯罪收益大小而一刀切也不利于打击严重的洗钱行为,有违洗钱罪立法的初衷。第四种观点以《公约》之依据为依据,但事实上《公约》只是一个指导性的建议,其没有明确的洗钱罪上游罪的确定依据,最终仍然还原为各缔约国之依据。

笔者认为,我国洗钱罪上游犯罪一扩再扩的趋势有违刑法立法的稳定性原则,当务之急是确立界定洗钱罪上游罪的判定标准。根据刑事政策的需要,洗钱罪上游罪的确定应由该罪的严重程度、产生财产性收益的大小以及断绝其洗钱的后路对该罪的抑制程度来决定,单纯满足其中之一不应认为是洗钱罪的上游犯罪。理由在于:第一,刑法设立之所以设立洗钱罪的目的在于:一方面断绝上游罪的后路,预期能对上游犯罪有所威慑;另一方面则在于洗钱行为本身具有破坏金融秩序、妨碍司法公正的社会危害性。前者对应于犯罪的严重程度和能产生抑制性这两个条件;后者对应于产生的财产性收益的大小,财产性收益太小的犯罪,其根本不需要去洗钱,即使洗钱也不会对金融秩序造成重大危害。第二,从各国的立法实践来看,将洗钱罪的对象明确界定为某些特定的犯罪收益的做法是大多数国家的做法。如:法国、意大利、美国、加拿大包括我国都是有选择性地某些特定犯罪的收益确立为洗钱罪的对象。尽管具体范围方面存在差异,但是有迹可寻的是这些犯罪首先满足的第一个条件是能产生财产性收益,第二个条件是重罪以上的犯罪。第三,持上述四种观点的学者尽管各执一词,这正说明了各种观点都存在可取之处,从侧面反映了洗钱罪上游罪的判定标准是上述各种标准的综合。

根据上述标准来考量我国目前洗钱罪上游罪的范围,我国刑法第 191 条规定的洗钱罪的七种上游罪无疑都是严重的犯罪,大多都能通过断绝其洗钱之后路产生一定的抑制作用,但是,对于恐怖活动犯罪能否产生财产性收益却十分令人怀疑,绝大多数的恐怖犯罪活动并非为了经济利益而实施恐怖犯罪

资助其实施恐怖犯罪的资金也并不一定是非法犯罪所得，也可能是合法所得，而且，通过对洗钱行为的处罚起不到抑制恐怖犯罪的作用。尽管《刑法修正案(三)》为配合国际打击恐怖活动的需要而将恐怖活动犯罪纳入洗钱罪的上游犯罪，但是笔者认为这种做法不妥，因为刑法第191条将恐怖活动犯罪纳入洗钱罪上游罪的立法意图在于断绝恐怖活动的资金来源，这种做法未必能切断恐怖分子的资金来源，况且，我国刑法第一百二十条之一已经规定了资助恐怖活动罪。

值得研究的是，是否存在满足上述三种条件，但未将之纳入洗钱罪上游罪的情形呢？从《联合国反腐败公约》所规定的最小范围的犯罪来看，这些犯罪包括：“贿赂本国公职人员”、“贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员”、“公职人员贪污、挪用或者以其他类似方式侵犯财产”、“影响力交易”、“滥用职权”、“资产非法增加”、“私营部门内的贿赂”、“私营部门内的侵吞财产”等。这些犯罪都可纳入我国规定的洗钱罪上游犯罪之列。

可见，我国目前规定的洗钱罪的上游罪具有相当的合理性，在《刑法修正案(六)》出台之前，笔者也曾主张扩大洗钱罪的上游犯罪⁵（第131页），但认为从法律的稳定性出发，关于目前规定的上游罪的范围的争论应该到此为止。

二、洗钱罪行为方式的反思

与我国关于洗钱罪上游罪不断扩张的趋势不同，我国刑法关于洗钱行为的规定却呈现相反的趋势。自1997年刑法第一次将洗钱罪纳入刑法规制的范围以来，我国刑法规定的洗钱罪行为方式一直没有变化，其间2001年的《刑法修正案(三)》以及2006年的《刑法修正案(六)》都没有对洗钱罪的行为方式作出修改。即：“（一）提供资金账户的；（二）协助将财产转换为现金或者金融票据的；（三）通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；（四）协助将资金汇往境外的；（五）以其他方式掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的。”

我国刑法第191条关于洗钱行为的规定其最大的特点在于以兜底的形式规定了洗钱行为的方式。表面看来，这样规定的好处在于可以通过解释以适应不断变化的洗钱行为的新特点，但事实上却违背了罪刑法定原则，一种行为在还没有出现之前，不可能先验地认为它必然是犯罪行为，因为，对于法定犯而言，没有行为，自然就不可能有对行为的评价，这和自然犯不一样，比如，对自然犯而言，无论你以何种形式杀人都是杀人犯。洗钱罪是法定犯，只有刑法明确规定的洗钱行为才能将之入罪，否则便会因其不可预测性造成人民生活的恐慌。因此，对于洗钱罪这样法定刑比较高的法定犯，笔者建议能明确的应尽量明确。洗钱行为的本质既然已经明确，即“掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源”，那么其行为方式也还是有迹可寻的。考察国内外各种洗钱的方法，无外乎以下几种情形：

第一种是利用公司洗钱，包括三种情形：一是建立空壳公司。空壳公司，有时也称为被提名人公司。这类术语一般是指为匿名的公司所有权提供的一种公司结构，这种公司通常是被提名董事和持票人所享有的所有权结合的产物。二是利用或控制合法公司洗钱。有些企业被洗钱者收购、接管，或通过对合法企业的投资，控制合法企业为其洗钱犯罪服务；三是成立洗钱者幕后实际操纵的公司，专门用于洗钱。

第二种是利用金融机构洗钱，其惯用手法包括：利用有些银行不需要实名制的漏洞洗钱；通过贿赂金融机构高级官员、购买银行股票、投资建立银行等手段，控制控制银行和其它金融机构进行洗钱；利用网上银行具有高速、无纸化、容量大易隐藏身份的特征洗钱。

第三种是利用服务行业和其它大量使用现金的行业洗钱。这种洗钱方式可以说是最原始的洗钱方式之一。由于娱乐场所、餐馆、赌场、超级市场、金银首饰店等都是现金密集行业，洗钱者表面上经营这些企业，实质上利用这些合法的企业作掩护，将犯罪收益与合法的经营收入混合在一起存入金融机构，并向税务机关进行正常的纳税，如此一来，存入金融机构并缴纳了税款的非法资金有了合理、合法的解释。由于这些行业现金流快，很难管理、监督，不容易引起反洗钱机构的怀疑。

第四种是利用地下钱庄洗钱。具体操作过程如下：洗钱犯罪分子把清洗的“脏钱”存入钱庄，钱庄给

洗钱者开具一个特定的凭据,然后按照交易的条件,给钱庄在指定地点的代理人发去信息,内容包括钱庄凭据持有人的姓名、付款日期、地点以及币种等要素,洗钱者凭钱庄凭据就可以在指定地点,支付佣金后,领取同比值的外币。

第五种是利用利用走私活动洗钱。即利用飞机、汽车、轮船等交通工具偷运现金、贵金属和其它艺术品到金融监管比较宽松的国家和地区,存入金融机构或出售,然后再获取现金或存入银行。

第六种是投资动产、不动产。即以犯罪收益购买汽车、飞机、别墅、黄金、艺术品等动产或不动产。表面上以较低的价格购买,不足部分私下再以现金形式向销售商支付差额部分,然后再以较高的价格出售,使财产的来源具有合理的说法。

通过对这些洗钱方法的分析,发现其中涉及金融机构的洗钱行为只是极少一部分,而我国刑法第 191 条规定的行为方式除最后一条兜底性的规定外,只规定了与金融机构有关的洗钱行为,显然不能满足惩治洗钱罪的需要,有必要加以扩充。

值得借鉴的是《公约》列举的方式将洗钱的的行为方式分为三类加以规定:(1)为隐瞒或者掩饰犯罪所得财产的非非法来源等而转换或者转移该财产;(2)为隐瞒或者掩饰犯罪所得财产而处分、转移所有权或者相关的权利;(3)获取、占有或者使用犯罪所得财产。这种方式不同于完全概括的方式,即一切“掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源”的行为都是洗钱行为。也不同于我国列举非常具体的行为方式,而是介于两者之间,根据概括出行为的性质分类后列举出来。其优点是显而易见的,对比这 3 类行为方式,可以将前述的六种洗钱方法全部纳入,如:第二、三、四种方法可以纳入《公约》规定的第 1 类行为;第一、五种方法可以纳入《公约》规定的第 2 类行为;第六种方法可以纳入《公约》规定的第 3 类行为。即使以后再出现新的洗钱方法,但其行为的性质都不能超出上述 3 类行为的范围,不会违背罪刑法定原则。

三、与其他法条衔接方面的反思

刑法任何法条都不是孤立的,考察一个法条在立法上是否完备不能忽略与其它相关法条的协调性。以下从三个方面来考察刑法第 191 条与其他法条的衔接问题。

第一,与总则的衔接问题。我国刑法第 64 条规定“犯罪分子违法所得的一切财物,应予以追缴或者责令赔偿,……,违禁品和供犯罪使用的本人财物,应予以没收”。因此,对于洗钱罪上游犯罪的所得及其收益就理应追缴、没收,而洗钱者进行“清洗”的对象理所当然应成为追缴的对象,那么,刑法第 191 条规定“明知是毒品犯罪……,没收实施以上犯罪的所得及其产生的收益,……”中之“没收”实属画蛇添足,应予以取消。

第二,与竞合法条的衔接问题。我国刑法第 312 条规定“明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的,处……”。这是我国刑法对赃物罪的规定。应该说,赃物罪和洗钱罪在很多方面表现出相似性:一是犯罪的派生性。洗钱罪与赃物犯罪都与其它犯罪密切相关,两罪的犯罪对象都源于其它犯罪,即两罪相对应的上游犯罪;二是犯罪对象的他人性。对赃物罪而言,只有上游犯罪主体以外的人实施的窝藏、转移、收购、销售赃物的行为才是可罚的行为。对洗钱罪而言,洗钱行为是一种帮助他人的洗钱行为,上游犯罪的行为人一般不构成本罪的主体;洗钱罪和赃物罪的犯罪对象都通过犯罪所获得,因而洗钱行为和窝藏、转移、收购、销售赃物等行为,都为国家司法机关追究犯罪分子的刑事责任人为地设置了障碍,为国家司法机关查处犯罪、证明犯罪增加了困难,其侵犯的客体都包括了国家机关追究犯罪的活动。正是由于这些相似性的存在,在司法实践中二者在衔接上存在一些疑难的问题。

从《刑法修正案(六)》对洗钱罪和赃物罪的规定来看,立法者的意图是将洗钱罪作为与赃物罪相竞合的法条而规定的。即一个洗钱的的行为,既符合洗钱罪的构成要件,又符合赃物罪的构成要件,根据特别法优于一般法的原则排除赃物罪的适用。既然二者是法条竞合的关系,那么二者之行为方式就应该

具有相当的一致性。换言之,即洗钱行为即使不能将之以洗钱罪进行惩处,也应该使之能符合赃物罪的构成要件,而不得存在遗漏,造成处罚上的漏洞。从这个角度看,《修正案(六)》将赃物罪的行为扩张到包括“……或者以其他方法掩饰、隐瞒的……”是一个明显的进步。但由于修订后的 191 条所规定的洗钱罪的行为方式还有待完善,因而赃物罪也应适时进行修改。另外,法条竞合之特殊法规定的刑罚法定刑应高于一般法,因为,之所以对某一类行为特别予以规定,无非是因为其行为的性质处具有一般法行为的性质以外,还具有特殊性,从形势政策的角度来看,这些行为具有更大的危害性,因而需要特别处罚,否则,就不能罚当其罪。

第三,值得研究的还有洗钱罪与毒脏罪之间的关系。我国刑法第 349 条规定“包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的,为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物的,处……”,从本条规定的行为来看,赃物罪在行为方式上更为广泛,包含了毒脏罪的行为方式,因而,毒脏罪无疑与赃物罪属于一般与特别的关系,但与洗钱罪之间究竟是什么关系呢?若将洗钱罪理解为与毒脏罪是一般与特别的关系,则何者是一般,何者是特殊难以确定。按照法条一般与特殊的关系理论,一般法条的行为方式应比特殊法条的行为方式广,从这点上看,毒脏罪应属于一般法条,但是,从上游罪的种类来看,洗钱罪上游罪的种类大于毒脏罪的种类,同样根据一般与特殊的关系理论,则洗钱罪应属于一般法条。这显然是矛盾的。有鉴于此,笔者建议将 349 条之行为方式缩小,去掉“……或者犯罪所得财物的”。这样就能解决洗钱罪与毒脏罪的衔接问题。

[参 考 文 献]

- [1] 黄太云:《立法解读:刑法修正案及刑法立法解释》,北京:人民法院出版社 2006 年版。
- [2] 徐汉明:《中国反洗钱立法研究》,北京:法律出版社 2005 年版。
- [3] 胡 隼:《中国刑法与〈联合国反腐败公约〉的协调问题研究》,武汉大学博士学位论文,2006 年。
- [4] 马克昌:《完善我国洗钱罪立法——以〈联合国反腐败条约〉为依据》,载《国家检察官学院学报》2007 年第 6 期。
- [5] 徐 立:《我国洗钱罪的立法研究》,载《湖北社会科学》2005 年第 1 期。

(责任编辑 车 英)

Reconsideration of the Legislation on Money Laundering

Xu Li, Liu Hui

(Law School, Central South University of Economics & Law, Wuhan 430073, Hubei, China)

Abstract: It is contrary to the principle of stability of the criminal law to expand the scope of the predicate offences; It is contrary to the principle of crime and punishment should be legal to describe the methods of money laundering too limited or too generalized; Article 191 is not in harmony with article 64, 312 and 349. Therefore, the scope of predicate offences in the Sixth amendments to the Criminal Code should not be expanded and the Terrorist crimes should be excluded; The methods of money laundering should be expanded in accordance with the United Nations Convention against Corruption; The relations between money laundering crime and other articles should be harmonious.

Key words: money laundering; money laundering crime; legislation