

《刑修(十一)》背景下洗钱罪在走私犯罪中的适用

□刘晓光 金华捷

为应对国际反洗钱形势，维护金融管理秩序和国家经济安全，《刑修(十一)》对洗钱罪的构成要件作出修正，扩大了该罪的主体范围。走私犯罪是洗钱罪7类上游犯罪之一，这类犯罪在实施过程中必然会伴随着洗钱的行为。在原法律框架下，如果走私行为人事后实施洗钱的，通常是以事后不可罚的原理不再独立评价；其他行为人掩饰、隐瞒走私犯罪所得的，则是否具有通谋为标准，分别成立走私犯罪的共犯以及洗钱罪。由于犯罪主体扩大，洗钱罪在适用环节也会出现不少新的疑难问题。



反洗钱

资料图片

实践中对于走私货物是否属于洗钱罪中的“犯罪所得”，有不同意见。两高《打击非设关地成品油走私专题研讨会会议纪要》规定，向非直接走私人购买走私成品油的，可以依照洗钱罪定罪处罚。该纪要的《理解适用》认为，上述行为符合洗钱罪中“将财产转化为现金”的行为。换言之，该纪要将走私的货物理解为洗钱罪中的“犯罪所得”。这就产生一个新的问题，在走私犯罪主体可以自行构成洗钱罪的情况下，其销售走私货物的行为是否也成立洗钱罪？

笔者认为，走私货物属于犯罪对象，不属于洗钱罪中的犯罪所得。对于犯罪对象的处置是上游犯罪的延续。既然立法者不再认为洗钱行为属于事后不可罚的行为，那么，洗钱罪中的犯罪所得不应包括走私犯罪的对象。

值得探讨的是，贪污贿赂犯罪的赃款无疑属于洗钱罪中的犯罪所得，但这类赃款也属于犯罪对象。如何评判贪污贿赂犯罪的赃款与走私货物之间的差异？事实上，两者都属于犯罪对象，但贪污贿赂犯罪的对象兼有违法所得的属性。正因如此，对于贪污贿赂赃款的处置具有处置违法所得的性质，可以独立评价；对于走私对象不具有违法所得的法律特征，对这类犯罪对象的处置属于上游犯罪的延续。

同时，洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪中的“犯罪所得”的含义有所差异。前罪侵犯的是金融管理秩序，其罪质表现为使赃款合法化，因此，该罪的犯

罪所得不包括走私货物这类犯罪对象。后罪侵犯的是司法秩序，其罪质表现为赃款赃物的转移和合法化，因而，该罪的犯罪所得可以包括走私货物、盗窃赃物这类不具有违法所得属性的犯罪对象。《刑修(十一)》的出台已经反映出了两罪“犯罪所得”的差异性。后罪的外延不包括自销赃，说明对于犯罪对象的处置仍然受到事后不可罚的制约。而前罪的内涵包括自洗钱，所以其犯罪所得不包括犯罪对象。

据此，走私行为人销售走私货物以及向非直接走私人购买走私成品油的行为，不构成洗钱罪。当然，该问题在理论和实务界争议较大。实践中也有观点认为，走私货物销售以后，其性质就转变为犯罪所得，属于洗钱罪的对象。

实践中，向他人提供账户或者使用他人账户用于收取走私货款，是走私犯罪中常见的洗钱行为方式。在自洗钱可以独立构罪的情况下，上述两类行为成立洗钱罪没有法律上的障碍。但罪数问题却分歧较大。笔者认为，对于不同的洗钱方式应当作出不同的罪数认定。如果洗钱行为属于走私犯罪组成部分的，属于想象竞合犯，应择一重罪论处；若洗钱行为与走私犯罪之间相互独立的，应数罪并罚。

走私行为人既有走私犯罪，又实施《刑法》第191条规定的洗钱行为的，应当数罪并罚。在原法律框架下，因受到事后不可罚原理的限制，走私后又洗钱的不作独立评价。洗钱罪的主体扩大后，后续的洗钱行为可以独立评价，因而可与

走私行为数罪并罚。有观点认为，使用他人账户收取走私货款的行为，是走私犯罪的组成部分，系一行为触犯二罪名。但是，罪数认定还是要从规范的视角进行判断。走私犯罪的构成要件不包括收取货款的行为。在上述行为中，走私犯罪和洗钱罪的构成要件可以分别评价不同的行为，不存在重复评价。因此，以数罪并罚认定符合罪数原理。

走私行为人以外的主体实施向他人提供账户等行为的，如果与走私行为不存在通谋，则单独构成洗钱罪；若存在通谋，其实施的洗钱行为同时符合走私共犯的构成要件，系想象竞合，应择一重罪论处。实践中，行为人可能既存在实行走私犯罪的事实，又与其他走私行为人通谋，提供账户用于支付购买走私货物的货款以及收取销售走私货物的货款。这类行为的罪数认定较为复杂。笔者认为，其实行走私犯罪的行为应当独立构成走私犯罪。因这类行为与其他走私分子存在通谋，其提供账户的行为同时成立走私共犯和洗钱罪。司法机关应当就其涉及的洗钱罪行与同时构成走私犯罪事实的部分进行法定刑比较。如果走私犯罪处罚较重的，则与实行走私行为的部分以连累犯的原理一罪认定；如果洗钱罪处罚较重的，则以洗钱罪与单独成立走私犯罪的部分进行数罪并罚。

如何认定对于上游犯罪的明知？实践中，大多数洗钱的帮助犯对于上游犯罪无法达到确知的程度。笔者认为，可以分两步走：一

是判断是否具有违法性认识；二是在具有违法性认识的情况下，如上游犯罪确属7类犯罪的，则认定具有明知。因为行为人的这种主观认知属于概括故意的范畴，即无论上游犯罪属于何种犯罪，均在其主观意愿范围之内。但行为人辩解其确实不知是7类犯罪，且作出合理解释的，则阻却明知成立。

如何辨析洗钱罪的掩饰、隐瞒的目的？洗钱罪的某些行为方式与日常生活行为类似，而区分这些行为罪与非罪的关键，就在于是否具有掩饰、隐瞒的目的。事实上，洗钱罪的社会危害性的表现之一，就是切断与上游犯罪之间的联系。只要行为人实施了使用、处置、转换、跨境转移违法所得的行为，违法所得与上游犯罪之间的联系就被人为割裂，产生了掩饰、隐瞒的犯罪所得、犯罪所得收益的后果。因此，除了日常小额支出之外，其他洗钱行为一般为可直接认定具有掩饰、隐瞒的目的。

行为人同时构成洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪时，应如何定罪处罚？这涉及到两罪的关系。在原法律体系中，两罪具有特殊法和普通法的关系，属于包容型法条竞合，应当优先适用特殊法，以洗钱罪认定。在《刑修(十一)》生效后，两罪之间的差异不仅体现在上游犯罪的种类上，还表现在犯罪主体的范围上。两罪在构成要件上具有交叉关系，属于交叉型法条竞合，应则一重罪论处。

(作者单位：上海市人民检察院第三分院)

摒弃“形式主义加班”要有釜底抽薪之法

□吴学安

“学生都已放假离校的幼儿园、学校，以及节假日休市的证券管理部门，还一刀切地安排人员值班，以应付检查，不但浪费了人力、物力、财力，还催生了把值班当成谋取加班费的手段等不良现象。”春节前夕，人民日报的领导留言板上，有网友吐槽节假日期间，一些单位的强制加班过于形式主义。无意义的加班要求、表演出的敬业，畸形的加班文化让工作变了味儿，还导致一些原本工作效率高、能力强的年轻人身心俱疲，影

响个人生活(中国青年报2021年2月26日)。

职场生态中，有一种加班屡见不鲜，令人感到心累：“唯时论”“坐班不做事”“领导不走我不走”等形式主义加班现象，正在污染我们的奋斗精神。主动加班只为“博领导一个点头”的现象在职场中并不少见，出现一种“不加班就不上进”的认识。很多时候，在领导面前制造脚踏实地、勤勤恳恳的表象，让领导看到自己努力奋斗的样子，还是有利的，或许是“领导不走我不走”大行其道的主要原因。

“唯时论”“坐班不做事”“领导不走我不走”……职场中这样的加班层出不穷、屡见不鲜。常言说“形式主义害人”，本来，想给领导留下好印象，这并没有错，但刻意创造机会，让领导“偶遇”加班，一心只求领导看得见，说到底还是形式主义在作祟。不仅如此，这种“刷存在感”的形式主义加班还从线下延伸到了线上，“工作群办公”俨然成风。

如果“领导不走我不走”成了潜规则，不管工作干得怎么样，只管让领导知道你在加班，难免有逢

场作戏之嫌。有的时候，确因工作需要的加班，理应尽力而为，但是走形式、摆架势、做样子的加班，真的让人很心累。尽管搞噱头、摆“花架子”式加班，并无实际效果，但能吸引领导注意，或者博取了领导认可，这在一些人心目中，就值了，这正是一些加班者“领导不走我不走”所打的如意算盘。

不言而喻，压缩形式主义加班的空间，需要建立科学的考核机制。相关单位要树立不看苦劳、看功劳的导向，无论什么单位，工作有没有成效，不能以工时论英雄，

如果没有效率哪怕工作到天明也不值得表扬；另一方面，根据实际需要加班，不加没必要、没效率、没业绩的班，不鼓励大家做很勤奋、没业绩的“小白兔”。相反，如果工作高效，哪怕一天班不加也应该受到犒赏。当然，要从根本上遏制“领导不走我不走”式形式主义加班，除了领导以身作则之外，更需要在实际工作中倡导公正的价值取向，不让老实人吃亏，不让偷奸耍滑者占便宜，才能让形式主义加班失去滋生蔓延的土壤。

(作者单位：江苏省连云港市司法局法制处)