责任编辑 王睿卿 E-mail:fzbfyzk@126.com

洗钱罪犯罪各构成要素的思考与完善

□徐弘艳

洗钱罪由 1997 刑法第一百九十一条增设,原条文中只有"毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益"才构成洗钱罪的对象,2001 年刑法修正案(三)和 2006 年刑法修正案(六)将洗钱罪的上游犯罪扩大到"恐怖活动犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪"。2021 年《刑法修正案(十一)》对洗钱罪作出重大修改,增加了自洗钱犯罪,丰富了洗钱犯罪的手段行为,洗钱犯罪行为成为司法机关从严惩治的重点。洗钱犯罪的犯罪构成要素,一般包括主观明知、上游犯罪、犯罪对象、行为方式。尽管立法、司法机关在加大洗钱犯罪打击力度方面进行了积极的探索和完善,但司法实践中对洗钱罪的构成要素仍有一些认识分歧,有待进一步厘清。

主观"明知"的认识要素

2009年11月4日最高人民 法院出台了《关于审理洗钱等刑 事案件具体应用法律若干问题的 解释》(以下简称解释)第一条 "明知"应当结合被告人 规定, 的认知能力,接触他人犯罪所得 及其收益的情况,犯罪所得及其 收益的种类、数额、犯罪所得及 其收益的转换、转移方式以及被 告人的供述等主、客观因素进行 认定,并规定了推定明知。该规 定较为原则,实践有些模糊认识 需要进一步明确,笔者认为, "明知"是指概括明知而非 明确知道。刑法意义上的明知包 括知道和应当知道, 故洗钱罪的 "明知" 一般不要求明确知道, 只要结合被告人的一般认知能 力, 概括知道上游犯罪的基本情 况即可, 如在非法集资案件中, 只要明知系从事非法吸收资金的 金融活动即可。(2) 是对事实的明知而不是对犯罪行 为的明知。一般对于上游犯罪而 言,需要证实其具有"违法性认 识",即不知者不为罪,但对于

洗钱犯罪而言,只要知道上游犯 罪的事实即可,并不要求明知该 行为是犯罪行为,但在主观方 面,应当意识到其洗钱行为的不 不正当。 (3) 是对罪质的明知而不是罪名的明 知。尽管洗钱罪的上游犯罪限于 毒品犯罪、黑社会性质的组织犯 罪、走私犯罪、恐怖活动犯罪、 贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩 序犯罪、金融诈骗犯罪, 但这些 罪名的具体认定在司法实践中 尚且有需要讨论的空间,故不 能苛求行为人认识到具体罪 名,只要明知到上游犯罪侵犯 的法益即可。如,上游犯罪的行 为人分别以个人名义与单位名义 诈骗银行贷款,分别成立贷款诈 骗罪与合同诈骗罪, 有观点认 为,帮助转移资金的行为人应当 以洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得 罪数罪并罚,笔者认为这种观点 值得商榷, 行为人只认识到金融 诈骗这一罪质,难以认识到具体 罪名,故以洗钱罪一罪处罚较

具体罪名符合法条文意。

洗钱罪上游犯罪范围的扩张解释

不同于英美法系国家, 我国 洗钱犯罪的刑事立法采取了 条文规定、多罪名规范"的做 法,上游犯罪的范围成为洗钱犯 罪与其他赃物犯罪的主要区别。 经过《刑法修正案(三)》、《刑 法修正案(六)》两次修订,现 行法钱罪的上游犯罪由毒品犯 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、金融诈骗犯罪七类犯罪事实 组成。但"贪污贿赂犯罪"是否 可扩张解释为包含非国家工作人 员受贿、职务侵占犯罪, 破坏金 融管理秩序犯罪是否包括证券、 期货类非法经营犯罪等上游犯罪 范围的争议却并未消弭。2009 年《< 关于审理洗钱等刑事案件 具体应用法律若干问题的解释 > 的理解与适用》曾明确将非国家 工作人员相关职务犯罪排除在 贪污贿赂犯罪"之外。

笔者认为,刑法规定的这些上游犯罪是指犯罪行为而非具体罪名,非国家工作人员相关职务犯罪、非法经营金融业务犯罪等两类犯罪事实包含在洗钱罪上游犯罪范畴内,符合扩张解释原理。(1)文字表述不同。从对刑法条文的解读看,其使用的是"某某犯罪"而非"某某罪",如刑法第三章第四节规定的是"破坏金融管理秩序犯罪",而刑法第一百九十一条规定的是"破坏金融管理秩序犯罪",二者所表达的意思显然有所不同,将洗钱罪

的上游犯罪理解为犯罪行为而非

有先例可循。刑法第十七条第二 款规定,已满十四岁不满十六岁 的人, 犯故意杀人、故意伤害致 人重伤或者死亡、强奸、抢劫、 贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪 的,应当负刑事责任,2002年 全国人大法工委《关于已满十四 周岁不满十六周岁的人承担刑事 责任范围问题的答复意见》明 确,刑法第十七条第二款规定的 八种犯罪,是指具体犯罪行为而 不是具体罪名。推演之,将洗钱 罪的上游犯罪理解为犯罪行为而 非罪名符合刑法的体例。 更加符合罪质。如非法经营证 券、期货等金融业务的行为,其 涉及的罪名是非法经营罪,但罪 质是扰乱金融市场秩序的行为, 必然也对金融管理秩序造成破 坏,从客体而言,两者无法截然 分开。又如, 非国家工作人员受 贿显然不是刑法第八章规定的 贪污贿赂罪",但其本质仍是贿 赂行为,只是主体身份有所不 同,如果将洗钱罪的上游犯罪理 解为仅指这些罪名,将会导致上 游犯罪罪质相同,而下游犯罪罪 名不同。且《刑法修正案(+ 一)》调整并提高了第一百六十 三条 (非国家工作人员受贿罪)、 第二百七十一条 (职务侵占罪) 的法定刑, 从而与第三百八十三 条(贪贿罪)各量刑档次法定刑 基本一致,说明立法对国家工作 人员、非国家工作人员贪污贿赂 行为的社会危害评价已趋近一



犯罪所得及其产生的收益的组成

洗钱罪人刑的主要目的在于对可能有巨大违法所得的犯罪行为进行全链条打击,既处罚上游犯罪本身,也处罚转换、转移犯罪所得及 其收益,妨害司法追责的洗钱行为,因此对犯罪所得及其产生的收益的组成有必要进一步明确。

根据《联合国反腐败公约》的 界定,犯罪所得是指通过犯罪而直 接或间接产生或者获得的任何财 产,分别对应我国刑法规定中的 "犯罪所得"、"犯罪所得收益", 对此应把握以下三点: (1) 洗钱 犯罪所得及其产生的收益包括上游 犯罪所得及其收益、洗钱犯罪所得 及收益两部分。在自洗钱情形下, 上述两部分均归属于同一行为人, 在其他情形下,上述两部分一般分

属上游犯罪行为人及洗钱行为人 (2) 犯罪所得与违法所得在我国刑法 赃物犯罪体系中为同一概念。现行 《刑法》第三百一十二条、第一百九 十一条、第三百四十九条均使用"犯 罪所得",而我国《刑法》第六十四 条关于赃物处置的一般性规定使用 "违法所得",称谓不同,但从法律体 系解释一致性及刑法、司法解释规定 看,实属同一含义。 "违法所得"中 的"违法"应该理解为犯罪行为已经 对社会构成了比较严重的危害,与行 政违法中的"违法"程度不同,而 "犯罪所得"中的"犯罪"也并非司 法裁决中的"犯罪",未达刑事责任 能力之人实施的符合刑法特定构成要 件的行为也应包括在内。如此理解, 与刑事诉讼法中关于违法所得没收的

特别程序规定相一致。而且, 1997 年《刑法》第一百九十一条、 见》第二十三条,直接使用"违法所 一词,说明立法、司法机关在赃 物犯罪中未对两个概念区分处理。 (3) 犯罪所得收益包括来源于犯罪所 得的直接收益及部分间接收益,主 要体现为财产性收益。直接收益主 要表现为与犯罪所得存在直接因果 关系的收益,如利息、股息、彩票投 注获得的奖金等; 间接收益一般指使 用犯罪所得进行劳务加工、生产经营 活动而间接获得的收益,对该部分收 益的认定应考虑合法投入对收益产生 的影响而有所区分。犯罪所得收益应 表现为财产性收益, 名誉等非财产性 收益不属于洗钱犯罪违法所得处置的

洗钱行为方式的扩展与限缩

洗钱行为方式的模糊, 曾长期 制约洗钱犯罪的刑事追责,争议集 中在洗钱罪作为破坏金融管理秩序 类的犯罪,其行为手段是否必须包 含金融因素。2009年《关于审理 洗钱等刑事案件具体应用法律若干 问题的解释》 (以下简称《解释》) 第二条通过列举的方式将金融机 金融交易以外的手段纳入洗钱 行为方式,2020年《关于办理洗 钱刑事案件若干问题的意见》 下简称《意见》) 则进一步强调洗 钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪 所得收益罪区分的关键在于上游犯 罪的不同,而非行为手段的差异。 但《意见》也同时指出普通的洗钱 犯罪与传统的窝藏犯罪是赃物犯罪 的两大类,有其相对独立的特征。

因此对于洗钱的行为方式,相对其

他赃物类犯罪而言,要同时从扩展

与限缩两方面把握其内涵与外延。

首先,就外延而言,现行法律、法规、司法解释均未将"金融因素"作为洗钱行为的限制条件,因此,对《刑法》一百九十一条及《解释》第二条均应作扩展理解。即通过商业银行等银行类金融机构,证券公司、保险公司等非银行类金融机构,商品交易、企业收购、投资等非金融途径以及地下钱庄、赌博、购彩、走私等非法途径均属于洗钱的行为手段,而且其外延还会随着金融、商品交易载体、工具、方式的变化而不断变化。最高检、中国人民银行近日发布的洗钱罪典型案例——陈某枝洗钱案,就是采用虚拟货币跨境兑换进行洗钱的新手段。

是采用虚拟员印跨境兄换进行洗钱的 新手段。 其次,从内涵而言,洗钱行为的 本质在于意图掩饰、隐瞒特定上游犯

罪的犯罪所得及其收益的来源和性

质,在于"利用资产、资金转换、转 移过程中所造成的信息缺失、信息隐 蔽、信息不完整、信息不真实、信息 复杂",从而使司法机关无法追查资 金的来龙去脉。因此,对于洗钱的行 为方式不能无限制扩展,而模糊了洗 钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所 得收益罪、窝藏、转移、隐瞒毒品、 毒赃罪的边界,应以掩饰、隐瞒特定 上游犯罪犯罪所得及其收益的来源和 性质为目的,对洗钱行为的认定进行 限缩。对于单纯物理上的获取、占有 和使用行为不应认定为洗钱行为,比 如窝藏受贿所得的钱款、物品、将素 赃从上游犯罪行为人住所转移至其本 人住所、以本人生活消费使用为目的 的收购行为等均不应认定为《刑法》 第一百九十一条规定的洗钱行为。

(作者单位:上海市浦东新区人 民检察院第七检察部)