#### www.shfzb.com.ci

# 自洗钱入罪后

## 洗钱罪客观不法要件争议问题聚讼

□刘洋

2021年3月1日实施的《刑法修正案 (十一)》 (以下简称《刑修 (十一)》对洗钱罪的客观违法要件做出多处调整,自洗钱行为正式入罪。《刑修 (十一)》删除了洗钱罪罪状中"明知""协助"的表述,将自洗钱纳入洗钱罪的规制范围,在开创洗钱罪新局面的同时,也使洗钱罪的客观不法要件变得更为复杂,一些问题重新进入我们的视野,需要谨慎求证。

#### "窝藏、转移、获取"行为分析

根据最高法关于掩饰、隐瞒犯 罪所得罪的司法解释, 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"的, 可以成立该罪,因此根据司法解释 "窝藏、转移、获取"是 掩饰、隐瞒行为。而"窝藏、转 移、获取"行为可否成立洗钱罪, 学界一直存在争论,尤其在《刑修 (十一)》实施后,对于该问题的争 论扩展到自洗钱的范畴,有学者认 为,单纯的"窝藏、转移、收购' 系上游犯罪实施后"物理反应"之 自然延伸状态,不是掩饰、改变资 金来源、性质的洗钱行为,对于本 犯自行实施的上述行为不应认定为 自洗钱,而属于事后不可罚行为 但也有论者认为,如认为洗钱罪的 客观不法行为不包括"窝藏、转 移、收购"行为,势必出现刑罚处 罚漏洞,并认为对自洗钱和他洗钱 应做区别对待, 在他洗钱的情况下 对客观行为要件进行扩张理解,包 含窝藏、转移、获取、占有等行 为。笔者认为对"掩饰、隐瞒"做 区别解读的观点值得商榷:一方

"窝藏、转移、获取"行为能 否认定为洗钱罪的客观行为,首先 需以行为是否侵犯洗钱罪保护的法 益来衡量,而对上游犯罪所得单纯 的"窝藏、转移、获取", 既未改 变资金的性质,亦未斩断资金与上 游犯罪的联系,不具备洗钱将不法 资金"洗白"的行为特质,也未对 金融秩序造成影响;另一方面,正 如"暴力"一词在不同罪名中语义 不同,"掩饰、隐瞒"的含义在洗钱罪 与掩饰、隐瞒犯罪所得罪二罪中也 有差别,洗钱罪中的"掩饰、隐瞒"行 为强调改变资金性质, 掩饰资金来 源,而掩饰、隐瞒犯罪所得罪中的 "掩饰、隐瞒"行为则侧重对资金的 隐匿和转移,显然,后罪中掩饰、隐 瞒语义外延更广,因此,单纯的 "窝藏、转移、获取"行为不是洗 钱罪的客观不法类型, 但根据司法 解释, 其是掩饰、隐瞒犯罪所得的 行为方式。换言之,行为人(非上 游犯罪本犯) 明知系洗钱罪七类上 游犯罪所得而进行"窝藏、转移、 获取"的,不能成立洗钱罪,但依 法可成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪。



### 案外人执行异议之诉的审理

#### 难点

根据《联合国反腐败公约》第 十三条的规定, "在得到财产 时,明知其为犯罪所得而仍获取、 占有或者使用"的,可以认定为洗 钱犯罪,但公约中"获取、占有、 使用"型洗钱的行为对象通常为他 人的犯罪所得。而自洗钱入罪后, 上游犯罪行为人在获取赃款后对赃 款的继续"持有和使用"是否可以 构成自洗钱犯罪,目前学界认为不 能一概而论,但对于何为界分"罪 与非罪"的标准却观点不一,有论 者认为应当"数额"为标准,即 "使用违法收入的行为原则上可认 定行为人具有掩饰、隐瞒目的, 但 应当将小额的日常消费情形排除在 外";而也有学者认为应以"生活 所需"为标准,即为生活所需的消 为标准,即为生活所需的消 费可以不认定为自洗钱, 而非生活 所需的使用或消费可以认定为自洗 钱。对此问题,笔者认为,单纯以 "数额" 为标准加以考虑不仅缺乏 可操作性,而且失之准确,例如, 论者如若认为小额日常消费可以排 除违法性,那么大额日常消费就可 以认定为自洗钱了吗,小额、大额 的标准如何划定? 大额日常消费违 法性来源作何解释? 这些问题的答

案都需要予以明确。而且,

犯罪所得的持有、使用、消费, 如 未侵犯其他法益,一般可认为是犯 罪后正常利用不法利益的行为,属 于事后不可罚行为。因此,与前述 '使用行为原则上应认定行为人具 有掩饰、隐瞒目的"观点不同,笔 者认为, 本犯持有、使用或消费行 为通常不应认定自洗钱, 只有带有 掩饰、隐瞒赃款性质的非常规性使 用、消费行为才有成立自洗钱的空 间。这里需要结合行为人的主观目 的以及社会一般认知判断具体行为 性质。如贪污犯用赃款购房自住, 这显然是常规性消费: 而"房叔房 姐"用赃款囤房、炒房,甚至用多 人名义购房,这就不再属于常规性 消费,频繁交易,以他人名义交易 等行为带有明显"清洗"资金的性 质; 再如, 受贿犯罪人酷爱豪车, 便用赃款购置多辆豪车放于家中自 用、欣赏,根据社会一般认知,其 消费具有非常规性, 但行为人并无 掩饰、隐瞒资金来源和性质的目 的,而且行为人也没有频繁交易。 清洗资金的行为,但若行为人频繁 购置豪车、倒买倒卖、反复交易, 其即与"房叔""房姐"并无二

种犯罪, 行为人在完成犯罪后, 对

### "提供资金账户"行为分析

《刑法》第一百九十一条以列举的方式规定了四类典型的洗钱行为,其中第一类就是"提供资金账户",即明知系七类上游犯罪的犯罪所得,而提供资金账户进行掩饰、隐瞒的,成立洗钱罪,但实践中如何把握"提供资金账户"行为的入罪标准,以下两个问题需要进一步厘清:

上游犯罪本犯"使用他 人资金账户"的行为是否可成立自 洗钱犯罪。一般认为, "提供资金 账户"属于"协助"他人洗钱的范 畴,只有上游犯罪本犯之外的其他 人才能够实施,倘若"上游犯罪人 本犯提供本人资金帐户进行使用 的, 其性质属于上游犯罪完成后, 对违法所得进行事实上控制、占有 的自然延伸状态,而不能评价为掩 饰、隐瞒行为,也就不能成立洗钱 罪。"那么接下来的问题是,上游 犯罪本犯在与他人无共谋的情况 下,使用他人资金账户可否认定为 "自洗钱"。对此,笔者认为,在全 面实行资金账户实名制的当下, 赃 款进入他人账户,至少会产生两方 面的效果:一是,掩盖资金的事实 占有人和控制人,妨害司法机关对 赃款的追缴。众所周知,资金进入 他人账, 意为着金融机构与账户所

有人,即"他人"之间形成了名义

上的债权债务关系,这掩盖了上游

犯罪本犯对赃款的现实占有和控制;二是,即便短时间内不流转、使用,赃款进入资金账户即进入了现实流通领域,便会对金融秩序造成影响和危害,所以,笔者认为,上游犯罪本犯使用自己资金账户收取、占有赃款,因行为不具有掩饰、隐瞒资金性质,不成立自洗钱犯罪,但行为人使用他人资金账户收取、占有赃款的,既妨害司法秩序有危害金融秩序,可成立自洗钱犯罪。

其二,"提供资金账户"的行为是否均成立洗钱犯罪。对此,有学者认为不可一概而论,并认为真正更够体现掩饰、隐瞒资金性质效果的是赃款进入他人资金账户后的"转账、取现、转换之多层化行为",因为这种多层化行为才易造成资金的混同,起到掩饰、隐瞒犯罪所得的作用,如果资金进入他人账户后,无后续的转账、取现、转换行为,不成立洗钱犯罪。对此观点,笔者不能苟同。

首先,从罪刑法定的角度,《刑法》第一百九十一条第一款第一项明确规定"提供资金账户的"行为成立本罪,并无出罪的例外规定,也未在"提供资金账户"行为后附加其他行为要件,因此,上述对"提供资金账户"行为限缩解释,并附件构罪条件的观点于法无

<del>1</del>□

其次, 正如前文所述, 使用他 人账户收取赃款,客观上掩盖了上 游犯罪本犯对赃款的实际占有和控 制,是一种典型的掩饰、隐瞒行 为,而且赃款一旦进入他人资金账 无论有无后续的"转账、取 现、转换"行为,赃款都已经进入 现实流通领域。这里需要明确的 是, 赃款储存在金融机构资金账户 与以现金形式储存存在本质区别, 以现金形式存储, 赃款未实际进入 流通领域,对金融秩序无现实影 响,所以不是洗钱行为,而资金-旦进入金融机构资金账户金融机构 对账户所有人产生一笔负债的同 时,也多了一笔可流通资产,金融 机构可以使用这笔"资产"从事信 贷等金融业务,因而,对于种类物 属性的赃款而言,其进入资金账户 后,无论有无后续操作,实际上都 已进入了现实流通领域,影响和危

最后,综上,为掩饰、隐瞒七类上游犯罪所得及其收益,而提供资金账户的行为系典型的洗钱行为,无论从罪刑法定抑或法教义学的角度,其成立洗钱罪均不应当附加任何条件。

(作者单位简介:上海市松江 区人民检察院第三检察部三级检察 它)