

■本期嘉宾

- 陈晨 上海市人民检察院检察官
张鹏飞 上海市第二中级人民法院法官
柏浪涛 华东政法大学教授
徐光华 华东政法大学教授

“自洗钱”从被提上刑事司法议程之始，便伴随着各种争议，包括“自洗钱”是否成立，如何看待其犯罪构成，对其如何处罚等一系列问题。

2024年8月19日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布《关于办理洗钱刑事案件适用法律若干问题的解释》，虽然其中对“自洗钱”如何定罪处罚作出了解释，但是，对于“自洗钱”入罪的例外情形以及“自洗钱”犯罪与上游犯罪数罪并罚问题，由于各方面意见分歧比较大，没有在司法解释中作出规定，有待司法实践继续研究。

“自洗钱”构罪问题 存在争议

陈晨：从实践角度来讲，我们在探讨“自洗钱”行为是否构罪的问题时，除了基于刑法保护法益的理解，实践中还源于对“自洗钱”单独定罪是否会带来罪责刑不相统一的担忧。于是，我们试图从想象竞合、牵连犯等理论来平衡“自洗钱”与上游犯罪行为的罪刑关系。根据择一重罪处理原则，实践中往往以罪刑更重的上游犯罪定罪处刑，而不认定为洗钱罪。

另外，之所以“自洗

钱”行为是否成立犯罪的问题会引发争议，还在于“自洗钱”单独入刑与“事后不可罚理论”之间的冲突。比如，有观点还是将洗钱罪作为上游犯罪的附属犯罪。

但是，从当前立法现状以及与国际层面的合作、互动现状看，我们觉得包括“自洗钱”行为在内的洗钱罪其实已经是一个独立的犯罪，有独立的法益、独立的犯罪构成。因此，不能将“自洗钱”作为上游犯罪的附属犯罪，这需要从刑法理念层面进行更新。

“自洗钱”行为与上游犯罪 能否同时存在

张鹏飞：洗钱罪规制的是行为人对上游犯罪所得及收益的隐匿和转移行为。其立法目的主要在于服务对上游犯罪的追赃挽损。

因此，洗钱罪的行为特征主要表现为阶段性而非同时性，即行为人在上游犯罪获取所得及收益后，又通过相对独立于上游犯罪构成的行为，将上游所得及收益隐匿、转移。对于“自洗钱”尤其要重视上述特征。

陈晨：我个人倾向于认为“自洗钱”行为与上游犯罪不能同时存在，上游犯罪一定要既遂。这不仅在最高检出台的相关典型案例中有比较明确的观点，立足刑法学理论的分析，陈兴良教授关于洗钱罪是连累犯的观点也能够很好地提

供解释。

所谓“连累犯”，是指事前与他人没有通谋，在他人犯罪以后，明知他人犯罪的情况，而故意以各种形式予以帮助，依法应受处罚的行为，其明显区别于共同犯罪，两者只能成立其中之一。

对犯罪人、犯罪所得等进行包庇、窝藏、洗钱的，都属于连累犯。根据洗钱罪是连累犯的观点，洗钱行为必然要求发生在上游犯罪既遂之后。这就延伸到上游犯罪与“自洗钱”犯罪之间是否存在想象竞合的问题。想象竞合是行为人以一个主观故意实施一种犯罪行为，同时触犯两个以上罪名。

而实践中，“自洗钱”行为发生在上游犯罪行为既遂之后，存在上游犯罪与“自洗钱”行为发生先后顺序的切割，因此不存在竞合的问题。

「自洗钱」法律适用的争议与难点



资料图片

上游犯罪和“自洗钱”犯罪 是否应当数罪并罚

张鹏飞：对于“自洗钱”与上游犯罪之间的罪数认定问题，应当考虑“自洗钱”转移赃款行为的相对独立性特征。有必要具体问题具体分析，对于不同的上游犯罪，可以根据“自洗钱”行为与上游犯罪行为之间相对独立与否，以及是否转移隐匿赃款这两个标准，确定是否应数罪并罚。

比如，对于集资诈骗犯罪，行为人往往将诈骗款用于投资、购买股票，有的甚至通过持仓、抛售股票以操纵证券市场。行为人的行为表面上符合司法解释的规定，属于“自洗钱”中的将赃款转化为有价证券，但从实质上看，该行为属于行为人获取赃款后的事后化行为，也不具备隐匿赃款、将赃款洗白的行为特质。此时，再对之予以数罪并罚，显然失当。

那么，基于上、下游犯罪在发生时间上的先后顺序，二者不可能成立想象竞合。如果在上游犯罪成立之后，行为人再通过金融手段对犯罪所得实施转移等行为，就可能成立洗钱罪。总而言之，我的标准很简单：如果“自洗钱”行为破坏了有关法益并达到构罪标准，既然立法也已经在将“自洗钱”行为入罪，那么，我认为就应当与上游犯罪数罪并罚。

徐光华：“自洗钱”行为天然构成洗钱罪，在上游犯罪亦成立的情况下，我们就有必要思考到底是定一罪还是数罪的问题。

我认为，不管行为人是实施了上游犯罪中的哪一种犯罪，哪怕“自洗钱”行为与上游犯罪是行为人在不同时间段分开实施的两个行为，构成两罪，我依然觉得数罪并罚应当慎重。即使《刑法修正案(十一)》已经将“自洗钱”行为纳入定罪范围，还是要综合考虑行为人洗钱的方式、主观故意等因素。在《刑法修正案(十一)》出台之后，全国人大法工委专门针对修正案中的洗钱犯罪条款作了一个解读，指出上游犯罪和下游“自洗钱”犯罪之间的关联度较高，存在自然而然的联系，如果行为人并非有意对抗司法、对抗金融制度和金融监管，那么，对于上游犯罪与下游“自洗钱”行为，就没有必要数罪并罚了。

(召集人：黄浦区人民检察院副检察长 陆锋；发言整理：黄浦区人民检察院 陈静)