

自洗钱入罪后洗钱罪法律适用的比较研究

江向月

西南民族大学法学院, 四川 成都

收稿日期: 2024年4月15日; 录用日期: 2024年4月22日; 发布日期: 2024年5月29日

摘要

《刑法修正案(十一)》规定自洗钱入罪以来我国洗钱犯罪案件的数量已经出现较为明显的增长趋势、反洗钱工作取得巨大成果。但洗钱罪总体打击效果不明显, 未改变洗钱罪入罪门槛高、取证难、判决难的困境。洗钱罪判决难的原因主要包括: 一是洗钱罪名体系混乱导致法律适用罪名失衡; 二是自洗钱入罪后, 洗钱罪与上游犯罪传统共犯认定标准“是否存在通谋”陷入困境; 三是当洗钱罪与帮信罪、非法经营罪出现竞合的时候, 存在帮信罪的扩大适用、非法经营罪的错位规制。对此, 应当从以下三个方面着手解决洗钱罪的司法难题。一是构建立体化的洗钱罪名体系; 二是重构自洗钱与上游犯罪共犯的认定标准; 三是对帮信罪、非法经营罪进行立法限缩与解释调整。

关键词

洗钱罪, 自洗钱入罪, 法律适用, 罪数关系, 比较研究

Comparative Study on the Law Application of Money Laundering Crime since Money Laundering Was Committed

Xiangyue Jiang

Law School, Southwest Minzu University, Chengdu Sichuan

Received: Apr. 15th, 2024; accepted: Apr. 22nd, 2024; published: May 29th, 2024

Abstract

Since “Amendment to Criminal Law (11)” stipulates that the money laundering entered the crime, the number of money laundering crimes in our country has shown a more obvious growth trend, the anti-money laundering work has made great achievements. However, the overall effect of money laundering crime is not obvious, which does not change the plight of money laundering

crime with high threshold, difficulty in obtaining evidence, and difficult judgment. Such judicial problems mainly include the following three reasons: First, the chaotic system of money laundering charges leads to the imbalance of applicable charges of law; Second, since the crime of money laundering was committed, the traditional criterion of “whether there is collusion” between the crime of money laundering and the predicate crime has fallen into a dilemma; Third, when the crime of money laundering and the crime of helping trust and illegal business are conjoined, there are the expanded application of the crime of helping trust and the dislocation regulation of the crime of illegal business. In this regard, the judicial problems of money laundering crime should be solved from the following three aspects. One is to construct a three-dimensional system of money laundering charges; The second is to reconstruct the identification standards of self-money laundering and co-conspirators of upstream crimes; The third is to help the crime of letter and illegal business to carry on the legislative limitation and interpretation adjustment.

Keywords

Money Laundering Crime, To Be Convicted of Money Laundering, Application of Law, Crime Number Relationship, Comparative Study

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 自洗钱入罪后洗钱罪法律适用的现状

《刑法修正案(十一)》颁布实施后,洗钱罪迎来了“第二个春天”,自洗钱入罪后反洗钱工作取得了巨大成果,打击洗钱犯罪取得新成绩[1]。《反洗钱法》修订取得重要进展,反洗钱规章制度取得重要成果。但是洗钱罪判决难的困境依然没有得到很好的解决,洗钱罪没有摆脱“睡美人”的尴尬处境。针对自洗钱入罪后洗钱罪法律适用的情况进行比较分析,通过中国裁判文书网数据库解读洗钱罪相关数据,了解洗钱罪数据中隐藏的问题、规律和趋势,可以为洗钱罪的顶层立法设计和现实司法难题提供理论依据和解决思路。通过以自洗钱入罪前后、洗钱罪与赃物犯罪、洗钱罪与上游犯罪、洗钱罪与相关罪名四个方面为视角进行对比研究,对自洗钱入罪后洗钱罪法律适用做一个比较全面的把握。

(一) 与自洗钱入罪前相比,洗钱罪判决数量增多

此文以“中国裁判文书网”为数据库,以“刑事案件”为案件类型,以“洗钱罪”为案由,以“判决书”为文书类型,以“2023年10月2日”为检索日期。检索结果显示:洗钱罪判决书的总数为695份。2023年17份,2022年53份,2021年154份,2020年192份,2019年89份,2018年80份,2017年39份,2016年28份,2015年20份数,2014年15份,2013年7份,2011年1份。¹对比自洗钱入罪前、后以上数据,自洗钱入罪后洗钱罪法律适用的数量呈现明显的上升趋势,洗钱罪打击效果显现。但洗钱罪法律适用基数较小、比例不高、适用效率较低、上升趋势不稳定,洗钱罪整体打击效果不佳(具体如下图1)。

(二) 与赃物犯罪相比,洗钱罪判决数量较少

掩饰隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪判决书的总数为11491份。2023年134份,2022年271份,2021年752份,2020年1376份。窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪判决书的总数为5份。2023年0份,2022

¹ 以中国裁判文书网(<https://wenshu.court.gov.cn/>),以“刑事案件”为案件类型,以“洗钱罪”为案由,以“判决书”为文书类型,2023年10月2日检索结果。

年 1 份, 2021 年 1 份, 2020 年 3 份。²通过以上数据为基础进行比较以后, 能够很直观地看出来, 自 2011 年至 2023 这十年期间, 洗钱罪生效判决书总体上呈现出不断增长的趋势, 2020 年自洗钱入罪后最为明显, 洗钱罪生效判决书数量跳跃式增长, 说明自洗钱入罪后打击洗钱犯罪取得巨大成果。但是与“掩隐罪”进行对比便可发现, 洗钱罪在洗钱内部罪名体系中比例甚微, “掩隐罪”比例显著, 这样的司法效果与立法初衷相去甚远(具体如下表 1)。

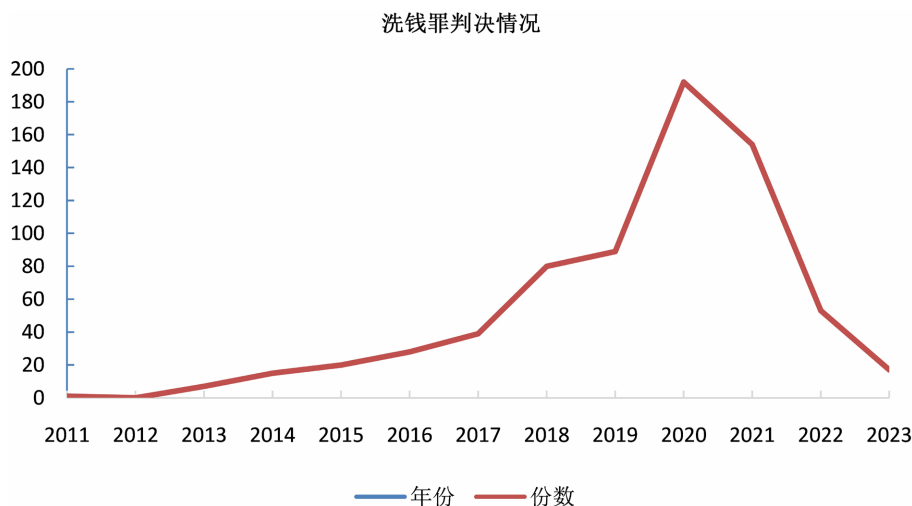


Figure 1. Judgment of money laundering crimes in China from 2019 to 2023
图 1. 2019~2023 年我国洗钱罪判决情况

Table 1. Judgments of money laundering crimes in broad sense in China from 2019 to 2023
表 1. 2019~2023 年我国广义洗钱罪判决情况(单位: 份)

罪名\年份	2020	2021	2022	2023	合计
191 条	192	154	53	17	416
312 条	1376	752	271	134	2533
349 条	3	1	1	0	5
广义洗钱罪数量	1571	907	325	151	2954
洗钱罪占比(%)	12.22	16.98	16.31	11.26	14.08

(三) 与上游犯罪相比, 洗钱罪判决数量偏低

毒品犯罪判决书的总数为 68441 份。2023 年 56 份, 2022 年 304 份, 2021 年 2098 份, 2020 年 5648 份。黑社会性质的组织犯罪判决书的总数为 237 份。2023 年 5 份, 2022 年 13 份, 2021 年 56 份, 2020 年 77 份。走私犯罪判决书的总数为 3431 份。2023 年 36 份, 2022 年 111 份, 2021 年 286 份, 2020 年 612 份。恐怖活动犯罪判决书的总数为 227 份。2023 年 4 份, 2022 年 6 份, 2021 年 56 份, 2020 年 74 份。贪污贿赂犯罪判决书的总数为 7719 份。2023 年 16 份, 2022 年 35 份, 2021 年 264 份, 2020 年 903 份。贪破坏金融管理秩序犯罪判决书的总数为 25 份。2022 年 1 份, 2021 年 4 份, 2020 年 3 份。金融诈骗犯罪判决书的总数为 374 份。2023 年 5 份, 2022 年 13 份, 2021 年 72 份, 2020 年 100 份。³洗钱罪与上游犯罪通过上述数据便可发现, 上游犯罪总体基数大、占据比例高、适用效率高, 反观洗钱罪总体基

²同上。

³同上。

数小、占据比例低、适用效率低(具体如下表 2)。

Table 2. Judgment of money laundering crimes and upstream crimes in China from 2020 to 2023
表 2. 2020~2023 年我国洗钱罪与上游犯罪判决情况(单位: 份)

罪名\年份	2020	2021	2022	2023	合计
洗钱罪	192	154	53	17	416
毒品犯罪	5648	2098	304	56	8106
黑社会性质的组织犯罪	77	56	13	5	151
走私犯罪	612	286	111	36	1045
恐怖活动犯罪	74	56	6	4	140
贪污贿赂犯罪	903	264	35	16	1218
贪破坏金融管理秩序犯罪	3	4	1	0	8
金融诈骗犯罪	100	72	13	5	190
上游犯罪数量	7417	2836	483	122	10858
洗钱罪占比(%)	2.59	5.43	1.10	13.93	3.83

(四) 与相关罪名相比, 洗钱罪判决数量有限

帮助信息网络犯罪活动罪判决书的总数为 35971 份。2023 年 2403 份, 2022 年 9483 份, 2021 年 20785 份, 2020 年 3014 份。非法经营罪判决书的总数为 6 份。2023 年 0 份, 2022 年 0 份, 2021 年 5 份, 2020 年 1 份。洗钱罪与帮信罪、非法经营罪通过上述数据便可发现, 帮信罪、非法经营罪基数大, 效率高, 反观洗钱罪基数小、效率低(具体如下表 3)。

Table 3. Judgment of money laundering crime, helping trust crime and illegal business crime in China from 2019 to 2023
表 3. 2019~2023 年我国洗钱罪与帮信罪、非法经营罪判决情况(单位: 份)

罪名\年份	2020	2021	2022	2023	合计
洗钱罪	192	154	53	17	416
帮信罪	3014	20785	9483	2403	35685
非法经营罪	1	5	0	0	6

2. 洗钱罪判决难的成因分析

自《刑法修正案(十一)》修订后自洗钱入罪, 洗钱罪迎来了“第二个春天”, 取得了显著成果。解决了以前自洗钱因为符合不具有期待可能性、事后不可罚等刑法理论而无法受到刑法规制的问题。自洗钱入罪后这个问题就迎刃而解了, 但是自洗钱入罪后洗钱罪总体打击效果不明显, 没有达到预期的立法目的和效果, 没有摆脱判决难司法困境。虽然洗钱罪判决难有很多方面的原因, 但是本文聚焦于洗钱罪罪数关系的维度, 探讨洗钱罪高配置低效率的成因分析。从罪数关系维度来看, 洗钱罪之所以法律适用低位运行是因为洗钱犯罪行为被其他罪名分流、错位规制。具体表现为有些洗钱犯罪行为被“掩隐罪”、上游犯罪、帮信罪、非法经营罪所分流、错位规制。

(一) 洗钱罪名体系适用存在困境

我国反洗钱罪名体系中, 洗钱罪一直占据主导、核心、支配地位, 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪和窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪属于辅助、补充、从属地位。但洗钱内部罪名体系标准不一、

缺乏层次、关系不明，罪数混乱；洗钱罪名体系法律适用存在行为方式认定混乱、法益识别功能丧失、重赃物犯罪轻洗钱犯罪司法惰性等现象[2]，导致了我国洗钱罪名体系的法律适用罪名失衡，赃物罪成为了打击洗钱犯罪的主导和核心，反而洗钱罪作为核心罪名在司法实务中低位运行，判决难的问题一直未得到彻底解决，洗钱罪徒有虚名。

1) 行为方式认定混乱

洗钱罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪中均有“以其他方法掩饰、隐瞒”作为兜底条款对洗钱犯罪的行为方式予以认定。刑事政策基于当前洗钱犯罪的复杂性、多元性、严峻性的考量，加大打击洗钱犯罪的力度，更好的落实洗钱罪的立法目的，在洗钱罪中规定了“以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的”；为了打击赃物犯罪刑事政策的落实，在掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪中规定了“以其他方法掩饰、隐瞒的”。两个罪名在立法技术上均采用了兜底条款，是为了进一步打击刑事犯罪的目的。在切断上游犯罪和洗钱行为关系的化学型洗钱中两个罪名的行为方式区分是很清楚的，主要在于是否通过金融手段对上游犯罪赃款法律属性进行改变，如果通过金融手段那一定是洗钱罪，如果没通过金融手段，那就是掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪；主要在于尚未切断上游犯罪和洗钱行为的物理型洗钱中两个罪名行为方式的区分就很模棱两可，导致洗钱罪名体系内部罪名之间的关系和各罪名对犯罪客体侵犯的区分就变得很模糊，直接导致洗钱罪名体系法律适用的困境。

2) 主从关系定位颠倒

在刑法典中 191 条和 312 条对于不同类型洗钱犯罪行为的具体行为方式认定和行为性质界定的区分并不那么泾渭分明，两个罪名对行为方式认定的界限在不断缩小、模糊、淡化甚至趋同，犯罪对象范围成为区分两罪最主要的标准。所以，如果仅以犯罪对象的范围而不是具体行为方式的差异来界定洗钱行为的性质，那么洗钱罪就会被掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪所侵蚀、分流、排斥，洗钱犯罪行为甚至会掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪错位规制，洗钱罪会被架空，洗钱罪成为“僵尸罪名”“沉睡条款”。掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪被赋予反洗钱的功能和使命，充当广义洗钱罪的兜底条款，这也直接导致了司法实践中存在喧宾夺主的现象，本来洗钱罪是核心和主导，徒有虚名，但是因为上游犯罪范围过窄打击力度有限、主观明知责任认定高标准司法举证困难等原因导致了洗钱罪在司法实务中很难被适用，洗钱罪的预防作用未能充分体现，反观赃物罪，因为上游犯罪包括一切犯罪规制范围宽泛、主观明知证明标准门槛低、司法机关依赖传统赃物罪司法习惯等原因，赃物罪在反洗钱中扮演主角的作用，存在喧宾夺主的现象就不难理解。

3) 重赃物犯罪，轻洗钱犯罪

首先，洗钱罪主观责任认定标准过高，导致洗钱罪举证周期长、成本高，进而也导致洗钱罪入罪门槛高，自然而然导致洗钱罪判决难。洗钱罪之所以常被人冠以“僵尸条款”“沉睡条款”“象征性立法”主要还是因为洗钱罪主观责任认定标准过高。在司法实务中，基于洗钱罪判决难的现实困境，也有学者主张过采用“可反驳的客观推定”，但还是没办法彻底解决洗钱罪主观责任认定标准过高的司法难题。基于现实司法难题《刑法修正案(十一)》删除了“明知”要素，但并未改变洗钱罪作为故意类犯罪的主观要件。在“自洗钱”中主观认定方面当然是不用证明，但在“他洗钱”中主观认定方面依然需要证明即行为人若确实不知其清洗的对象源自七大类上游犯罪或相关证据不足，其行为仍然只能以补充性的第 312 条定罪处罚[3]。其次，本来法院系统一直存在“案多人少”的问题，由于洗钱罪自身也存在主观明知司法认定难、取证成本高、举证周期长等问题，再加上司法机关存在依赖传统赃物罪的司法习惯，综上所述的这些问题和原因共同导致了司法机关“重赃物犯罪轻洗钱犯罪”司法惰性。最后，在司法实务中，公安、法院没有洗钱罪、自洗钱犯罪考核指标，没有考核指标要求和压力，在认定是否构成洗钱罪、是否构成自洗钱中都是比较传统、被动，洗钱犯罪行为多认定为赃物犯罪、他洗钱犯罪。基于考核指标的

要求和压力检察院、中国人民银行在推动洗钱犯罪行为界定为洗钱罪、自洗钱犯罪中居于主导地位，在反洗钱、自洗钱犯罪认定工作中扮演重要角色。

(二) 自洗钱与上游犯罪共犯认定存在新的变量

1) 传统共犯认定标准的局限

《刑法修正案(十一)》自洗钱入罪前，是以1997年《刑法》关于“他洗钱”单一模式为逻辑起点，关于洗钱罪与上游犯罪共犯的认定问题，刑法学理论和司法实务中都以“是否存在通谋”为共犯认定标准，共犯认定标准清晰明了，刑法学术界和司法实践中达成共识、形成通说，通说认为洗钱罪与上游犯罪共犯认定标准为“是否存在通谋”即洗钱行为人与上游犯罪的行为人具有“通谋”构成上游犯罪的共犯，反之则构成洗钱罪的共犯^[4]。《刑法修正案(十一)》将自洗钱入罪后，开创了洗钱罪行为主体二元结构模式，打破之前“他洗钱”的单一模式，这也直接导致了洗钱罪与上游犯罪共犯认定标准问题复杂化。事前通谋、事后帮助洗钱行为人不仅构成上游犯罪共犯，还构成洗钱罪。因此，“是否具有事前的通谋”不再是区分上游犯罪共犯和洗钱罪的标准，而是判断是否成立上游犯罪共犯的标准。刑法修正案十一规定自洗钱入罪后，增加了新型洗钱犯罪行为模式，改变了过去单一的上游犯罪行为形态，突破了传统洗钱罪共犯认定的行为模式。直接导致洗钱罪与上游犯罪在共犯问题上陷入困境，显然传统区分标准“是否存在通谋”已过时，传统共犯认定标准已不能完全覆盖洗钱罪与上游犯罪共犯认定问题，其局限和弊端显露无遗。针对上述这一难题，须以共同犯罪一般理论和规律作为理论指引，在现实操作层面则应当具体化、类型化分析作为摆脱共犯认定难题的路径。针对洗钱行为人与上游犯罪本犯共犯界定难题，应当构建双重标准进行界定和适用，形式标准为“是否存在通谋”，实质标准为“通谋内容”。

2) 重上游犯罪、轻洗钱犯罪

在司法实践中，不管是作为打击洗钱犯罪的检察院还是法院，传统上司法人员普遍存在着“重上游犯罪，轻洗钱犯罪”的习惯和倾向。在司法实务中，在当前不强调诉讼文书说明裁判依据的背景下，如果一个洗钱犯罪行为同时符合洗钱罪和上游犯罪的构成要件，面临洗钱罪、上游犯罪罪名竞合适用难题时候。不管是司法机关还是司法人员都倾向于把处于下游犯罪位置的洗钱罪定义为“次要罪名”，从而导致洗钱罪依附在上游犯罪的“影子”里，洗钱罪成为了无关紧要的罪名，致使关于洗钱犯罪行为的相关诉讼文书中关于洗钱罪的表述微乎其微。显而易见，司法机关、司法人员的上述这种司法习惯对于洗钱罪侵害法益进行完整的规制和保护是一种伤害，“重上游犯罪，轻洗钱犯罪”在司法人员的观念中已根深蒂固，已经成为了一种司法惰性，很难扭转“重上游犯罪，轻下游犯罪”的传统司法惯性。此外，在立法上《刑法修正案(十一)》明文规定自洗钱入罪，但关于洗钱罪具体法律适用问题没有规定洗钱罪司法解释或者是指导意见。致使司法中对于打击自洗钱犯罪行为缺乏办案指导的明确而具体的明文规定。

(三) 洗钱罪与帮信罪、非法经营罪竞合适用问题

1) 帮信罪的扩大适用，导致洗钱罪成为象征性罪名

在司法实践中，自“断卡”行动开始以来，帮助信息网络犯罪活动罪的适用激增。目前，帮助信息网络犯罪活动罪适用量大，有超出立法原意被扩大适用的趋势，成为“口袋罪”的嫌疑。帮信罪与洗钱罪在“提供往来资金结算义务”这种行为方式上存在着法律适用竞合的问题，结算业务包括提供银行账户过度资金、存取现金等，这种行为方式和手段既存在于帮助信息网络犯罪活动罪，也存在于洗钱罪。当两罪出现竞合情形的时候，没有统一标准。司法实践中倾向于以帮信罪对行为人的犯罪行为进行定罪。这不是个人的臆想和猜测，而是有真实数据支持的结果。自洗钱入罪以来，在裁判文书上统计可知，2020年洗钱罪判决书数量为192份，2021年154份，2022年53份，2023年17份。反观帮信罪，2020年帮信罪判决书的数量为3014份，2021年20785份，2022年9483份，2023年2403份。通过以上数据对比，两罪定罪数量反差极大，罪名适用失衡。这样的司法现状是有很多方面的原因，包括洗钱罪自身主观明

知证明标准高、取证难、成本高、司法惰性以及帮信罪错位规制等。

2) 非法经营罪的错位规制，导致洗钱罪沦为沉睡条款

在反洗钱司法实务中，地下钱庄犯罪中常常出现洗钱罪与非法经营罪法律适用竞合的情形，通过地下钱庄实施洗钱犯罪行为的通常是以非法经营罪定罪处罚，致使洗钱罪被迫沦为“象征性罪名”。这一司法操作一方面是对地下钱庄洗钱犯罪行为的不当评价，另一方面也导致洗钱罪与非法经营罪的区分标准逐渐淡化、缩小、模糊^[5]。洗钱罪与非法经营罪定罪存在困境主要有以下三个方面的原因：一是洗钱罪上游犯罪范围狭窄；二是洗钱罪主观“明知”的认定难度大；三是非法经营罪的错位规制。前两个原因已在上文所涉及就不再重复，非法经营罪最初仅仅规定两种具体行为方式即非法经营特定物品、非法买卖经营许可证或是批准文件。但在后来 1998 年的单行刑法、2009 年的刑法修正案、2019 年的司法解释中将“非法支付结算与非法买卖外汇”这两种行为方式纳入到了非法经营罪规制的范畴，上述立法存在法益保护重心失当、罪名适用失衡的问题。具体法律条文规定如下：1998 年《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 4 条、2009 年《刑法修正案(七)》第 5 条、2019 年《解释》第 2 条。在我国刑法编排体系中，将非法经营罪置于“扰乱市场秩序罪”中，显而易见，实体经济是该章节的犯罪客体。但“支付结算与买卖外汇”是一种虚拟经济，确切说是一种金融交易行为。非法经营罪是以物质资料的生产、流通为保护法益。但洗钱罪是以保护金融交易等金融管理秩序为保护法益。“支付结算与买卖外汇”都是以货币为交易对象，显然属于金融管理秩序规制的对象。刑法修正案、司法解释将上述行为以非法经营罪定罪处罚，存在法律评价不当、罪名错位规制的弊端。

3. 洗钱罪摆脱判决难困境的路径

(一) 构建立体化的洗钱罪名体系

塑造立体化的反洗钱刑事立法，使洗钱罪名体系梯级化。在总体国家安全观视域下，洗钱罪被赋予了新职能和使命感，在国家治理体系中扮演了重要角色，是维护金融安全、经济安全、国家安全的重要保障，更是落实总体国家安全观的重要路径。针对当前洗钱罪法律适用低位运行，打击洗钱犯罪效果不佳的难题，对现有洗钱罪名体系进行立体化重塑迫在眉睫。

1) 重构上游犯罪范围的界定标准

对《刑法》第 191 条的洗钱罪进行重塑，跳出持续扩充上游犯罪的修补路径，破除以具体罪名划分为依据确定上游犯罪圈的藩篱^[6]。确立全新的洗钱罪上游犯罪范围的标准，打破传统以法定七类上游犯罪来确定是否属于洗钱罪上游犯罪范围的惯例，借鉴学习国际上打击洗钱犯罪的经验和方法即直接以是否有较大的犯罪所得和收益(形式标准)以及是否侵害国家金融安全法益(实质标准)作为确定洗钱罪上游犯罪范围，对于传统反洗钱罪名体系打击洗钱罪上游犯罪范围过窄导致洗钱罪司法适用基数小、效率低、比例小的难题便迎刃而解了，同时洗钱内部罪名体系因标准不一、缺乏层次、关系不明、罪数混乱、行为方式认定混乱、法益识别功能丧失、重赃物犯罪轻洗钱犯罪司法惰性等因素共同导致洗钱罪法律适用罪名失衡的困境也不攻自破了。

2) 凸显 191 条的核心作用

凸显《刑法》第 191 条的立法价值。准确厘清洗钱罪和传统赃物罪的界限、主从关系，洗钱罪回归本位，赃物罪形成补充性条款。众所周知，保护法益是刑法的目的同时也是刑法的重要机能，法益是区分罪与非罪、此罪与彼罪的关键。191 条以国家金融管理秩序作为最核心的保护法益，312 条以司法秩序作为最核心的保护法益。以是否有较大的犯罪所得和收益(形式标准)以及是否侵害国家金融安全法益(实质标准)作为确定洗钱罪上游犯罪范围进行调整之后，发挥 191 条在打击洗钱犯罪中的支配地位，312 条应及时回归本位(反洗钱补充性条款)。所以，在打击洗钱犯罪行为的司法实务中，如果洗钱犯罪行为符合

上游犯罪具有较大犯罪所得和收益且主要侵犯国家金融管理秩序法益的标准，则优先适用洗钱罪；反之则适用掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。

3) 转变“重赃物犯罪，轻洗钱犯罪”的司法习惯

其一，适度弱化洗钱罪故意要素。重新审视洗钱罪的主观责任认定，适度弱化洗钱罪的故意要素。原则上应当坚持根据刑事诉讼证据证明标准，证据优先原则，根据在案证据对行为人的主观明知进行证明；例外地如若无法直接证明，则可采用“可反驳的客观推定”的标准对行为人的主观责任进行认定，但须谨慎、限缩适用。其二，加强技术支撑，强化科技赋能。针对洗钱罪主观责任认定难题，应当强化证据的收集、审查和运用。如公安机关在侦察阶段，应当积极落实“一案双查”政策，积极加强与中国人民银行的沟通、协作，充分利用中国人民银行的技术优势、专业优势，突破洗钱罪的关键点即案涉资金去向。

(二) 重构自洗钱与上游犯罪共犯的认定标准

1) 转变传统共犯的认定标准

自洗钱入罪后依据“通谋”建立起来的洗钱罪与前置犯罪共犯的排他适用关系被打破，“是否具有通谋”被压缩成为是否成立前置犯罪的认定维度。对此必须寻找更为实质、清晰的标准解决自洗钱与上游犯罪共犯的认定标准问题。应当以“是否有通谋”为形式标准和“通谋内容”为实质标准。具体操作层面应当分情况予以具体适用，自洗钱与上游犯罪共犯的认定问题^[7]。上游犯罪实施完毕前，行为人与本犯进行通谋。假设共同犯罪人对上游犯罪在主观上达成“意思联络”，同时在客观上实施了行为，但对下游洗钱犯罪未达成共谋，则认定为上游犯罪的共犯；若各共同犯罪人对上游犯罪和洗钱犯罪均实施帮助，则应认定为上游犯罪与洗钱罪两罪；若各共同犯罪人约定其中部分人对本犯清洗上游犯罪所得收益提供辅助，且辅助行为不能够构成洗钱罪的实行行为的，仅应认定该部分人构成自洗钱犯罪的帮助犯。若上游犯罪实施完毕后，本犯与他犯就犯罪所得的处置进行通谋，不管是他犯实施洗钱行为，还是本犯与他犯共同实施洗钱行为，根据“部分实行全部责任”共同犯罪理论，成立洗钱罪的共同犯罪。

2) 转变“重上游犯罪，轻洗钱犯罪”的司法认知

在我国长期打击洗钱犯罪行为的司法实务中，侦查机关因为受到立法惯例、司法习惯、侦察成本等多重因素的影响，把重心都放在了上游犯罪的侦破，忽视了洗钱罪的关键点上游犯罪资金流向。侦查机关的做法和选择，致使洗钱犯罪刑事案件进入公诉机关控诉阶段的数量减少；作为公诉机关的检察院也把重心放在了上游犯罪，同样导致了洗钱犯罪刑事案件进入到审判阶段的数量更少，这样导致有效的洗钱罪判决书基数小、效率低、比例低的问题。这种恶性循环直接导致洗钱罪陷入判决难的困境。所以，转变反洗钱司法惰性、打破“重上游犯罪，轻洗钱犯罪”的司法习惯势在必行。在打击洗钱犯罪的司法实践中，反洗钱各专业部门应优化办案考核机制，健全线索移送、案件协查衔接机制，强化技术支撑、科技赋能，落实一案双查，打破信息壁垒，更新办案理念，形成司法合力，共同打击洗钱犯罪，落实自洗钱入罪的立法目的。

(三) 明晰洗钱罪与帮信罪、非法经营罪竞合适用问题

1) 帮信罪的限缩适用

洗钱罪和帮信罪竞合适用的问题，首先，优先适用洗钱罪定罪处罚。如明知他人洗钱，仍为他人提供银行账户、微信账户等往来结算上的帮助的，此时行为人的一个行为同时触犯了上述两个罪名，按照想象竞合的规则直接择一重罪处断即可，因洗钱罪的法定刑重于帮助信息网络犯罪活动罪；其次，数罪并罚。明知他人洗钱，为他人提供上述帮助，并且协助他人将财产转换、转移的，此时行为人明显是数个行为，并且数行为之间并不存在从一重罪处断的情形，因此，应以两罪对行为人进行并罚。

2) 非法经营罪的立法限缩与解释调整

准确界定非法经营罪的保护法益。立法上把保护国家的行政许可制度作为非法经营罪的保护法益。

所以,将原本属于洗钱罪保护法益的“非法支付结算与非法买卖外汇行为”从非法经营罪中除名,纳入到洗钱罪的规制范围。尽管支付结算与外汇业务行为是一种国家行政许可行为,从一定程度上来说,确实侵害了国家行政许可制度。但非法支付结算与非法买卖外汇行为属于非法金融交易行为,侵犯了金融管理秩序保护法益。所以,非法支付结算与非法买卖外汇行为的刑事规制进行调整迫在眉睫,立法上应当把这两种行为纳入到“破坏金融管理秩序罪”进行刑事规制。当两罪出现竞合的时候,洗钱罪是首要罪名,须优先适用;非法经营罪是次要罪名,要限缩适用。换言之,对案涉资金性质进行漂白的情形按洗钱罪定罪处罚;反之,按非法经营罪定罪处罚。

4. 结语

面对自洗钱入罪后洗钱罪依然存在洗钱罪门槛高、取证难、成本高、判决难等司法问题,须优化反洗钱刑事立法,构建立体化洗钱罪名体系;重构上游犯罪范围的界定标准,跳出持续扩充上游犯罪的修补路径;洗钱罪与帮信罪出现法条竞合的时候,应当优先适用洗钱罪;洗钱罪与非法经营罪出现法条竞合的时候,非法经营罪应当进行立法限缩与解释调整。妥善解决打击犯罪成效有限的困境与局限,提高洗钱罪法律适用效果,提升反洗钱工作的总体打击成效,贯彻落实洗钱罪的立法初衷和反洗钱刑事政策的目的。

参考文献

- [1] 王新.《刑法修正案(十一)》对洗钱罪的立法发展和辐射影响[J].中国刑事法杂志,2021(2):45-62.
- [2] 时方.我国洗钱罪名体系的适用困局与法益认定[J].环球法律评论,2022,44(2):116-130.
- [3] 卢建平,王昕宇.反洗钱罪名体系的失衡与完善[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2022,38(6):74-80.
- [4] 栾莉,孙芊慧.洗钱罪司法适用的困境、反思与对策[J].法律适用,2023(10):81-90.
- [5] 王秀梅,李采薇.新时代地下钱庄洗钱犯罪的定罪困境、成因与对策[J].云南师范大学学报(哲学社会科学版),2022,54(1):95-103.
- [6] 王新.洗钱罪的司法认定难点[J].国家检察官学院学报,2022,30(6):54-69.
- [7] 卢宇,王会会.洗钱罪的理解与适用——从《中华人民共和国刑法修正案(十一)》切入[J].大连大学学报,2022,43(3):66-74+86.