

# 自洗钱行为入刑的法理反思与规则优化

吴思远

扬州大学法学院, 江苏 扬州

收稿日期: 2023年12月28日; 录用日期: 2024年1月9日; 发布日期: 2024年2月29日

## 摘要

依据《刑法》第191条可将自洗钱行为予以类型化分类, 即转移类自洗钱行为和转换类自洗钱行为。转移类自洗钱行为并未实质侵害洗钱罪的法益, 被上游犯罪所吸收, 属于事后不可罚。转换类自洗钱行为超出上游犯罪保护的法益, 应当独立入罪。但在移动支付时代下, 自洗钱行为存在入罪门槛较低、多数洗钱案件并无处罚必要性以及修法动机与国内犯罪现状脱节的适用困境。为促进自洗钱行为的规范适用, 应当增加犯罪数额认定标准, 提供自洗钱犯罪门槛; 坚持法益侵害说, 完善自洗钱保护的法益以及正确认识犯罪现状, 规范自洗钱行为规定。

## 关键词

移动支付, 包容评价, 法益侵害, 处罚必要性, 自洗钱

# Legal Reflection and Rule Optimization on the Criminalization of Self-Laundering

Siyuan Wu

School of Law, Yangzhou University, Yangzhou Jiangsu

Received: Dec. 28<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jan. 9<sup>th</sup>, 2024; published: Feb. 29<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

According to Article 191 of the Criminal Law, self-laundering can be classified as a type, that is, transfer self-laundering and conversion self-laundering. Transfer-type self-laundering acts do not materially infringe on the legal benefits of the crime of money laundering and are absorbed by upstream crimes and are not punishable afterwards. Conversion-type self-laundering acts that exceed the legal benefits of upstream crime protection shall be independently criminalized. However, in the era of mobile payment, self-laundering has a low threshold for criminalization, there is no need for punishment in most money laundering cases, and the motive for revision to apply to

the law is out of touch with the current situation of domestic crimes. In order to promote the standard application of self-laundering, we should increase the standards for determining the amount of crimes and provide the threshold for self-laundering crimes; adhere to the theory of legal benefit infringement, improve the legal benefits of self-laundering protection, correctly understand the current situation of crimes, and standardize the provisions on self-laundering behavior.

## Keywords

Mobile Payment, Inclusive Evaluation, Legal Infringement, Necessity of Punishment, Self-Laundering

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. 问题的提出

随着信息技术与经济社会的深度融合，人类进入了移动支付时代。移动支付作为一种新型的支付方式，因其便捷性、移动性和及时性对传统支付方式造成颠覆性挑战，呈现多维度、轻量化和私域化的发展趋势。移动支付在革新市场的同时，也给反洗钱监管带来新的挑战。相较于传统模式的洗钱工具和方式，即搬运现金货币、运输现金货币出入境等，也有通过信息网络进行的网络支付。按照赃物罪的传统立法思路，认为洗钱罪是对上游犯罪的非法资产而设立的罪名，在时空方面是发生在上游犯罪之后，与上游犯罪存在着阶段性和依附的关系。因而，上游犯罪人实施的自洗钱行为是上游犯罪行为自然延伸，该自洗钱行为被上游犯罪行为所吸收，属于不可罚的事后行为，否则违背禁止重复评价原则。

但是，司法实践中我国长期存在“重上游犯罪，轻洗钱行为”的观念。因此，最高检在2020年7月颁布的《关于充分发挥检察职能“六稳”“六保”的意见》中，明确要求切实转变“重上游犯罪，轻洗钱犯罪”的做法。2019年FATF发布《中国反洗钱和反恐怖融资互评估报告》指出，我国有关洗钱犯罪化的内容均为“合规”或“大致合规”，并没有将自洗钱入刑，存在重大技术合规问题，建议我国对其整改[1]。基于此，2021年《刑法修正案(十一)》(以下简称《刑修(十一)》)将洗钱罪中“明知”要件删除，即从法律层面明确了自洗钱行为。刑法理论不仅要认识到现代刑法发展的客观合理性，也要保持必要的反思能力，避免现代刑法在将来的发展中“误入歧途”[2]。依据《刑法》第191条可将自洗钱行为予以类型化分类，即转移类自洗钱行为和转换类自洗钱行为。转移类自洗钱行为并未实质侵害洗钱罪的法益，被上游犯罪所吸收，属于事后不可罚；转换类自洗钱超出上游犯罪保护的法益，应当排除牵连犯的适用，坚持数罪并罚。但在移动支付时代背景下，自洗钱行为适用中存在入罪门槛较低、多数自洗钱案件无处罚的必要性以及修法动机与国内犯罪现状脱节的现实困境，因而有必要在坚持法益侵害说前提下，对自洗钱行为规则进行完善，以期在司法实践中正确理解并规范适用自洗钱罪名。

## 2. 自洗钱行为的类型化分析

根据《刑法》第191条规定，洗钱犯罪的行为类型大体可以分为两类：一是转移型洗钱，体现在第191条第(一)(三)(四)项。这也是洗钱最基本常见的表现形式，将违法犯罪所得兑换转移到“安全”地带；二是转换型洗钱，体现在第191条第(二)项，这种洗钱方式通过转变财产存在的属性或来源的属性，进而

达到掩饰隐瞒非法所得的目的[3]。与此同时在 2009 年最高人民法院颁布《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《洗钱解释》)对洗钱罪第(五)项兜底条款解释的过程中,同样通过列举七种行为形式的方式,也将其行为形式归结为“转移”与“转换”两种行为模式。

## 2.1. 转移类自洗钱行为的可罚性

转移类自洗钱行为主要是指行为人以提供资金账户、转账或者跨境方式将上游犯罪所得以及产生的收益转移。有学者认为,从事后不可罚和禁止重复评价理论角度,自洗钱行为只可以是掩饰和隐瞒“黑钱”来源和性质的行为,不包括资金、资产的转移等行为[4]。按照这种观点,资金、资产的自行转移行为,无法评价为洗钱罪。但是,在规范层面上,《刑修(十一)》关于洗钱罪行为类型的法条明确列举了转移资金的行为,《洗钱解释》同样规定了协助将犯罪所得及其收益携带、运输或者邮寄出入境的洗钱方式。在实务层面上,如在王某走私、贩卖毒品一案中<sup>1</sup>,王某将 60 颗麻果和 6 克冰毒卖给向某后,使用余某的支付宝账户接受向某支付的毒资 8400 元,之后再 8400 元毒资通过支付宝转给简某变现。再如李某洗钱罪一案中<sup>2</sup>,2010 年至 2018 年期间,李某 1 违反国家规定,公开向社会公众吸收资金人民币 5055.05 万元。2012 年下半年至 2018 年期间,被告人李成晓明知李某 1 非法吸收公众存款,利用本人名下中国农业银行账户、中财期货账户、其妻子黄某 1 名下中国农业银行账户、李某 2 中国农业银行账户等账户帮助转移涉案资金。法院判决认为,被告人李某为掩饰、隐瞒破坏金融管理秩序犯罪的所得的来源和性质,为他人提供资金账户,其行为已触犯刑律,构成洗钱罪。不论是规范层面上还是实践层面来看,直接将资金、资产转移类行为排除在洗钱罪行为方式之外的做法不符合我国的立法逻辑和司法现状。不符的背后反映出洗钱罪虽规定在刑法第三章第四节,但并非严格遵循体系解释,其法益不仅保护金融管理秩序,同样也保护司法管理秩序。

因此有学者提出,转移类自洗钱行为更多体现为对赃款赃物的退赔和追缴以及对司法管理秩序的妨害,而非对金融管理秩序的破坏[5]。然而,实践中司法机关在查处上游犯罪时,往往会跟踪上游犯罪资金的来源及犯罪所得的去向,预判行为人可能做出的妨害侦查、逃避追缴的行为,在查处上游犯罪时对追赃追缴已经提出明确要求。以毒品犯罪为例,行为人贩卖毒品以获取财产利益为直接目的,因而当其取得毒资毒赃后进行资金转移,并没有超出毒品犯罪的司法预估,后续的自洗钱行为缺乏期待可能性。由此可见,上游犯罪本犯实施的转移类自洗钱犯罪对司法管理秩序造成的侵害并未超出上游犯罪在设立之初可能会包含的法益侵害后果范围。也有学者认为,依据期待可能性理论认为自洗钱行为不需要承担刑事责任与期待可能性的功能定位相悖,而依据事后不可罚理论,则会容易陷入主观臆断,因而主张对自洗钱行为的认定不能采取“一刀切”标准,针对上游的犯罪进行差异化认定[6]。此外,转移类自洗钱没有实质侵害金融管理秩序法益。转移类洗钱表现形式重在对上游犯罪违法所得的物理性处置,意在“合法”获取和使用上游犯罪既得利益[7],行为人主观上无侵害金融秩序的直接故意。同时,随着移动支付几乎取代现金支付的社会变化的发生,越来越多的犯罪开始采用数字货币形式进行犯罪交易活动,这种利用金融系统进行资金划转的行为更多可以被理解为上游犯罪违法所得的具体实现。即使行为人存在利用金融系统掩饰隐瞒上游犯罪所得来源和性质的故意,但在有限范围内单纯进行转移资金的自洗钱行为,一方面在当今严密的金融监管网络下这一部分的资金流转很难起到隐匿作用,另一方面,资金在有限账户内进行转移并没有将资金或资产进一步投入金融市场,而始终是在固定的上下家账户之间流动,没有对金融管理秩序造成实质侵害的可能性。因此,当自洗钱行为的可罚性已经体现在对前行为的处罚中,

<sup>1</sup> 参见(2023)鄂 0804 刑初 203 号刑事判决书。

<sup>2</sup> 参见(2023)浙 0326 刑初 618 号刑事判决书。

基于一事不二罚的原理不予处罚，洗钱罪的评价可以被上游犯罪所吸收。

## 2.2. 转换类自洗钱行为的可罚性

较转移类自洗钱行为方式不同，转换类自洗钱是将财产转换为金融票据、有价证券等融入金融市场进行“漂白”的变化，不再是相对简单的物理性处置，而是致使“黑钱”发生了“化学反应”，切断了与上游犯罪的联系，该行为的危害性更加凸显。与妨害司法管理秩序的转移类自洗钱行为不同，转换类自洗钱行为为非法所得套上合法的权利外观，使得非法所得更难以发现和追踪，其对金融管理秩序的破坏显而易见。例如通常通过地下钱庄“漂白”的财产可逾千万，这种对新法益的侵害超出了上游犯罪危害结果的范围，无法被上游犯罪包容评价。基于禁止重复评价理论，适用该理论的前提是针对同一犯罪构成事实被同一犯罪构成要件所包括，否则不属于重复评价[8]。具体到转换类自洗钱行为中，虽然转换类自洗钱行为与上游犯罪关系密切，但在新形势下以转换资金形式的方式洗钱已经超越附属于上游犯罪的单一属性，即与上游犯罪并不形成“同一犯罪构成事实”，两者不构成依附从属关系。转换类自洗钱行为已威胁政治、经济、社会安全等领域，具备独立属性，有对其进行单独评价之必要[9]。

此外，上游犯罪行为实施转换类自洗钱有需要独立评价的犯罪行为和犯罪故意。首先，从犯罪行为角度来看，自洗钱行为与上游犯罪之间通常存在一定的关联，是因为自洗钱行为实施的目的是设法逃避侦查以实现对本人的违法犯罪所得的完整占有和使用。具体到转换类自洗钱中，编造虚假投资、虚设债权债务等方式与上游犯罪并不必然、类型化关联，不存在通常的因果关系，甚至概率存在明显的地区地域差异，受行为人文化程度、生长环境、从事职业等因素影响较大，不能被评价为必然先后出现的高度关联行为。从犯罪故意角度来看，转换类自洗钱行为人往往具备双重故意，对破坏司法管理、社会管理秩序追求的直接故意及对侵害金融管理秩序的放任故意。对行为人而言，前者能被上游犯罪的主观故意包容评价，后者并不能被上游犯罪所评价并且社会危害性可能更大，波及面更广，与上游犯罪的故意并不重合。另外，按照我国刑法上游犯罪的重刑化配置，根据牵连犯的处理方式，自洗钱行为入罪容易被架空，成为“僵尸条款”，不存在实质的适用空间，也与立法初衷不符。因此，笔者认为，转换类自洗钱与上游犯罪是不同性质且符合不同犯罪构成的行为，二者之间并不存在包容评价关系。

明确转换类自洗钱行为的罪数理论是决定该行为是否具有可罚性的关键。实施转换类自洗钱行为的行为人实施多个行为，触犯多个罪名，是实质上的数罪，故不属于想象竞合犯。是否按照处断的一罪处理是转换类自洗钱行为入罪后最大的争议点。有学者认为，上游犯罪属于原因行为，洗钱犯罪属于结果行为，两者存在牵连关系，故成立为牵连犯，不数罪并罚[10]。也有学者认为，上位犯罪的行为人自行进行洗钱，应被视为上位犯罪的延续，后续行为被吸收，应按照吸收犯的原则择一重定罪[11]。回到牵连犯的适用场合，同样需考察是否存在重复评价的因素。值得注意的是，牵连犯强调犯罪的手段、目的行为或原因、结果行为虽分别触犯不同的罪名，但存在牵连关系，致使本应成立数罪进行并罚的事实上的两个行为从一重罪论处。而牵连关系，通说认为只有当某种手段通常用于实施某种犯罪，或者某种原因行为通常导致某种结果行为时，才宜认定为牵连犯[12]。换言之，若两个行为之间只有一般而不必然、类型的关联性，则无法进行整体或连带评价，就要数罪并罚。具体到转换类自洗钱行为中，上游犯罪和转换类自洗钱行为本质上属于两种行为，并不具有手段与目的关系，因而不属于牵连犯。较传统的洗钱行为依附于毒品、腐败犯罪不同，在移动支付背景下洗钱行为方式多样，多发生在网络虚拟空间中，不应再静态和片面地停留在早期阶段的依附与被依附关系上，洗钱罪在现代意义上已经具有独立的法律属性，需要独立地进行刑事法律评价，难以被上游犯罪所吸收，并不属于吸收犯。因此，作为上游犯罪的事后行为，转换类自洗钱行为具有独立的法益侵害性，不同于上游犯罪所侵犯的法益，与上游犯罪的规范保护目的也不具有同一性，故不能为上游犯罪所完全评价，应当进行数罪并罚。

### 3. 移动支付背景下自洗钱行为适用困境及其成因

移动支付时代虽然给人们生活方式的带来了巨大的便利和更新，但是也为预防和打击犯罪带来新的挑战 and 困境。目前洗钱犯罪行为主要是以线上网络转移形式为主，以传统的洗钱罪规范自洗钱行为，并未关注到国内犯罪现状，导致自洗钱犯罪行为入罪门槛较低，进而使得多数自洗钱案件存在并无处罚的必要性等困境。

#### 3.1. 自洗钱犯罪行为入罪门槛较低

《刑修(十一)》第 14 条对《刑法》第 191 条洗钱罪进行了六处修改，其中最具特色的是通过删除“明知”以及第 1 款 2 至 4 项的“协助”，扩大了该罪的主体范围和行为方式，正式将上游犯罪的本犯纳入洗钱罪主体，将自洗钱行为纳入洗钱罪的行为范畴。《刑修(十一)》对洗钱罪名的修改，一方面是为了强化对国家安全、金融安全的保护，全面落实中央全面深化改革委员会通过的“完善反洗钱、反恐怖融资、反逃税监管体制机制”深化改革的重点任务<sup>[13]</sup>；另一方面也是对国际金融行动特别工作组 FATF 认为我国大部分洗钱犯罪是上游犯罪行为人所为，却没有将自洗钱行为纳入刑法犯罪这一关键性“技术缺陷”评价的立法回应。自此，自洗钱行为是否应当入罪的问题似乎尘埃落定。

然而，在金融监管网络全面覆盖愈发严密、移动支付手段趋于必然选择的当今社会，资金流转的每一过程都变得有迹可循，上游犯罪链条中的任何一环被司法机关侦破，都可能会因交易记录的存在而导致整个犯罪链中所有相关联的犯罪分子被连带发现，因而掩饰、隐瞒上游犯罪内容的行为对于行为人维持和巩固上游犯罪结果来说属于必不可少的环节。就现有法律规定来看，我国对于自洗钱行为是否构罪的认定标准和依据是沿用过去他洗钱犯罪的规定，《刑修(十一)》对《刑法》第 191 条明确规定的四种洗钱行为类型始终未曾修改或加以限制，上游犯罪本犯实施“提供资金账户”、“通过转账方式转移资金”等行为在形式上都符合洗钱罪的构成要件。同时，洗钱罪并没有规定入罪数额的限制。理论上，数额较小的洗钱行为并未破坏金融管理秩序，也不具有刑法上实质违法性，应当不予以入罪，但司法实践中却将数额较小的洗钱行为予以入罪处罚。故而在移动支付时代背景下自洗钱行为入罪门槛显得格外的低，容易造成司法适用过程中处罚畸重和处罚范围不当扩大等问题。正如有学者认为，洗钱罪中“明知”要件的删除，不论是自洗钱行为还是他洗钱行为的入罪标准都被降低。因而，如何精准打击洗钱犯罪成为理论和实务界的新问题。

#### 3.2. 多数自洗钱案件无处罚必要性

司法实践中，大多数有关自洗钱案件并不具有处罚必要性。笔者以“北大法宝司法案例”为数据库，检索了《刑修(十一)》实施至今的涉及洗钱罪的刑事裁判文书一共 208 篇，其中判决上游犯罪本犯的自洗钱行为成立洗钱罪的案件数量共 40 篇。通过统计每份判决书的量刑情况、涉案金额、自洗钱方式，可以从中窥探出司法机关对自洗钱案件的处理倾向。一是从相关案件事实来看，通过转账或取现的方式自洗钱的案件数量为 34 件，占比 85%，其中利用移动支付平台开展犯罪活动的案件数量为 28 件，其中绝大多数洗钱行为模式皆为借用他人的微信、支付宝账户代为接收资金，然后通过线上转账或者取现后交还的方式将资金收回<sup>3</sup>；通过虚拟跨境转移资产的案件数量为 1 件，占比 2.5%；通过购买期货、虚构交易等方式转换财产性质的案件数量为 5 件，占比 12.5%。二是就自洗钱数额情况而言，经统计分析，洗钱数额跨度从百余元到数百万元不等，但其中涉案金额不足 1 万元的案件数量为 21 件，占比 52.5%，该类自洗钱案件的上游犯罪多为毒品犯罪。由此可见，在司法实务中九成以上自洗钱案件呈现出涉案数额少、手段简单、证据清晰、查处容易等特点。

<sup>3</sup> 参见(2023)鄂 0923 刑初 47 号刑事判决书。

基于实质刑法观的立场，行为的违法性与有责性的判断应以法益侵害或威胁为中心，只有对法益造成实害或者危险的行为才值得动用刑罚处罚[14]。目前学界关于洗钱行为侵犯的法益尚未达成共识。有学者认为，洗钱罪侵犯的法益是国家的金融管理制度和司法机关的正常活动，以金融管理秩序法益为主要内容[15]。也有学者认为，洗钱罪侵犯的法益是金融管理秩序和上游犯罪法益，前者包括阻挡层法益(管理秩序)和背后层法益(金融安全)，后者是洗钱罪的次要法益，凸显洗钱罪是预防上游犯罪[16]。还有学者认为，洗钱罪侵害的法益为单一法益即金融管理秩序，这是由洗钱罪的立法规定所决定[17]。不论采取何种观点，争议的关键在于是否承认洗钱罪保护司法正常活动，洗钱罪破坏金融管理秩序的观点已无争议。因而，金融管理秩序法益是洗钱罪保护的重点法益。然而司法实践中，大多数被判决上游犯罪本犯构成洗钱罪的案件，行为人自洗钱行为对国家金融秩序和金融安全的影响微乎其微，且多为司法机关能够预判的行为人可能的妨害侦查、逃避追缴的行为，因此没有单独评价行为构成洗钱罪从而定罪处罚的必要性。但从统计结果来看上述案件中的司法者皆认可了上游犯罪本犯的自掩饰、自隐瞒的行为构成洗钱罪，且无一例外判决与上游犯罪数罪并罚。该种固化且相似的处理方式和处理结果是否合理，有待商榷。

### 3.3. 修法动机与国内犯罪现状脱节

从国际环境看，我国自 2007 年融入国际社会合力反洗钱的合作框架后，FATF 在对我国开展第四轮互评估工作后，认为我国洗钱犯罪化的多数内容为“合规”或“大致合规”，并未将自洗钱入罪，在技术合规性方面存在“重大缺陷”，因而建议我国对其整改。对此，我国依据 FATF 相关建议和要求，通过《刑修(十一)》方式对洗钱罪中的“自洗钱”行为进行了刑事立法完善。显然，自洗钱入罪的立法修改初衷是为了应对国际国内严峻的洗钱犯罪形势。随着时代的发展，互联网技术的不断提高和普及，洗钱手段相应也在不断升级和变化，出现了利用网络银行、虚拟货币、网络赌场等高科技洗钱方式，呈现出更多元、更复杂、隐匿性更高等特点。洗钱犯罪的发展与蔓延已经威胁到政治、社会、经济等多个领域，社会危害性在一定程度上一度超出其上游犯罪的刑法否定评价，呈直线上升趋势，俨然成为新兴的国际公认的“非传统安全问题”[7]。

然而，司法实践中手段复杂、社会危害性严重的洗钱犯罪多为有组织、有规模的他洗钱犯罪或者上游犯罪集团实施的自洗钱犯罪。但对于大多数个人实施的上游犯罪的行为人而言，其独立实施的自洗钱行为大多手段简单且涉案金额较少，通常并没有超出上游犯罪侵害法益的范畴。加之移动支付时代下相较于他洗钱，自洗钱行为非全然行为人自由选择的结果，故不能当然地期望行为人不实施避免在享受上游犯罪成果时被抓获而采取的掩饰、隐瞒自己犯罪痕迹的行为。但现有洗钱罪名并没有考虑到时代背景因素与自洗钱和他洗钱的可罚性差异的影响，而是继续沿用旧的他洗钱犯罪规定来规制自洗钱行为存在天然的局限性，容易造成特殊情形下刑法处罚的不合理。因此，对于上述部分行为人的自洗钱行为，虽然形式上符合洗钱罪的构成要件，但仍应在坚持法益侵害说背景下，根据洗钱行为是否达到了值得刑罚处罚的程度来实质性地评价犯罪是否成立[14]。

## 4. 移动支付背景下自洗钱行为的规则完善

为保障自洗钱犯罪在司法实践中规范适用，有必要通过增加犯罪数额认定标准，提高自洗钱犯罪入罪门槛；坚持法益侵害说背景下，完善自洗钱保护的法益以及正确合理认识犯罪现状，规范自洗钱行为规定的方式完善洗钱罪。

### 4.1. 增加数额认定标准，提高自洗钱犯罪门槛

判断上游犯罪本犯的取现行为是实质侵害金融秩序法益，还是仅存在可能的侵害危险，建议以洗钱

数额作为判断取现行为是否实质侵害金融法益的标准。有学者提出大多数破坏金融管理秩序罪都并未将数额作为入罪的标准,可以看出对金融管理秩序的侵犯,并不以特定数额为必要条件[18]。但上述观点存在以偏概全、偷换概念的问题,不能因为部分破坏金融管理秩序罪未将数额作为入罪的标准,就定义整个破坏金融管理秩序罪章节所有罪名处罚的都是抽象危险犯。也有学者认为,囿于经济学者注重对事物宏观整体分析,追求效率,而刑法学者关注微观、公平正义问题。经济学者对效率的关注必然注重整体分析,以整体宏观视角分析可行性,但是将这种整体视角作为刑法评价依据并不具有合理性和客观性。因而,该观点认为对高额洗钱数量的统计研究得出个体洗钱行为并不必然威胁到金融安全的结论[19]。以抽象危险犯的标准定义自洗钱犯罪行为会导致部分不可罚的自洗钱行为处罚的畸重,有违刑法谦抑性原则和最后手段原则[20]。分析洗钱行为对金融秩序法益的破坏,主要体现在违法行为人将本应该被司法机关追缴的“黑钱”置入金融系统进行流通,进而对金融系统秩序造成损害。鉴于货币犯罪本质上是让本不应该出现的假钱置入金融系统进行流通,两罪无论是在行为方式,还是行为对象上都具有相似之处,对金融法益的侵害性也具有可比性。因此两罪的刑法介入时点也理应相近。结合《刑法》和最高人民法院《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》关于出售、持有、使用假币的相关规定,涉案假币总面额在四千元以上才成立出售、持有、使用假币犯罪。因此对于自洗钱犯罪行为的认定,如果涉案金额不足四千元,虽然形式上符合洗钱罪的认定标准,但由于该行为对金融管理秩序造成的危害后果有限,不应当认定成立洗钱罪。

#### 4.2. 坚持法益侵害说,完善自洗钱保护的法益

法益概念是刑法形成文明控制的关键,具有指导罪名适用的功能。按照通说观点,洗钱罪规范置于刑法分则第3章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第4节“破坏金融管理秩序罪”中,依据主观目的解释,从规范的文义以及该规范在法律体系中的位置,即可得知立法者制定该规范的目的[21]。基于此,洗钱罪旨在保护金融管理秩序。有学者认为,较其他国家刑法对具体罪名保护的杂乱无章而言,我国刑法对个罪的规定基本采用分类做法。法条的体系位置是确定犯罪保护法益的最重要依据,是判断个罪法益的决定要素而不是参考要素,更不可轻易否认罪名的位置安排存在缺陷,从而改变犯罪的体系地位[22]。如诬告陷害罪被规定在刑法“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章中可知,该罪保护的法益是公民的人身权利和民主权利,尽管该违法行为甚至会妨害司法管理秩序,但是如果受害人同意而没有侵犯其人身权利和民主权利,则阻却犯罪构成,不构成诬告陷害罪。但是,认定金融管理秩序为洗钱罪保护的法益,问题在于如何理解该罪的兜底条款,即“以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源”。有观点认为,对于兜底条款的理解也应当将其限定为通过金融机构实施的违法行为[23]。然而,《洗钱解释》也明确了洗钱行为不仅仅是通过金融机构实施,还有投资、企业交易等非金融机构以及赌博、走私等非法途径实施。最终,该规定明确区分的依据为是否是特定上游犯罪行为所实施。

本文认为,洗钱罪保护的法益不仅包括金融管理秩序法益,还包括上游犯罪保护的法益。具体而言,一方面,有关黑社会性质组织罪与恐怖活动组织罪。由于这两类犯罪活动具有高度的相似性,都是将犯罪收益投入再犯罪过程中,以获取更大的收益。因而可以说,洗钱行为是实施黑社会性质组织罪和恐怖活动组织罪的预备行为,将其规定为洗钱罪的上游犯罪是为了预防该类犯罪。另一方面,有关贪污贿赂、毒品犯罪、金融诈骗罪等其他五类犯罪。囿于这些犯罪涉及范围较广、影响力大以及持续时间长等特征,违法行为人会将犯罪所得资金用于将来的其他犯罪行为中。因而也可以说,洗钱行为也是这五类犯罪行为的预备行为,规制洗钱犯罪的目的也在于及时制止这五类犯罪活动。至于以非金融机构途径进行的洗钱行为,大多数实际上依旧是以金融机构渠道实施的,如银行卡,尤其在移动支付时代下,通过第三方支付渠道也属于金融渠道。若确实为非金融渠道如赌博、汽车交易、走私等非法行为,将其认定为赃物

犯罪，也能起到打击和制止犯罪的效果，并非一定需要通过洗钱罪予以规制。

### 4.3. 正确认识犯罪现状，规范自洗钱行为规定

在移动支付背景下，“黑钱”在金融系统中流转的过程无可避免，上游犯罪案件中越来越多的出现当事人通过移动支付平台进行交易，这种资金划转行为更多可以被理解为上游犯罪行为的重要组成部分，因此紧接其后的洗钱行为作为使用上游犯罪既得利益的重要环节不应脱离上游犯罪被独立评价。犯罪行为将资金从银行账户中存入和取出的行为本身并不会直接导致“黑钱”在金融市场的流通，未对金融秩序法益造成实质性破坏。此外，根据《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》的规定，单笔支取超过5万元需要说明用途，同时金融机构有义务向反洗钱检测中心报告。基于此，企图通过金融机构的操作系统将账户内资产转换为现金的方式洗钱，无论是洗钱成功的概率，还是洗钱行为本身的社会危害性都极其有限，并不会实质上造成对金融管理秩序法益的破坏。

基于大多数个人实施的上游犯罪的行为人独立实施的自洗钱行为手段较简单且涉案金额较少，往往不会超出上游犯罪侵害法益的范畴。同时，在移动支付时代下，自洗钱行为也并非行为人主观能动实施，因而不能期待行为人不获取上有犯罪所得利益的情况下，而采取的掩饰、隐瞒自己犯罪痕迹的行为。基于此，笔者认为，应当对自洗钱犯罪行为予以单独规范，在刑法第191条中增加一款有关自洗钱规范，将转换类自洗钱行为作为自洗钱行为的构成要件，并增加数额这一要求，以此体现在移动支付时代下自洗钱行为的独特性，实现《刑修(十一)》增加自洗钱行为的预期效果。

## 5. 结束语

洗钱罪名修改的立法动机是为了全面打击有一定规模或组织的洗钱犯罪，通过打击形式上掩饰、隐瞒上游犯罪所得及其收益来源与性质的一切行为的方式，以实现全面打击的效果。但从结果来看，该方式忽视了对打击对象行为的实质社会危害性的评价，即不考虑行为是否达到需要用刑法处罚的程度。这种忽视在他洗钱犯罪问题上影响甚微，由于法益侵害的客观存在，以及该侵害属于犯罪人主观自由选择的结果，即使洗钱数额较少难以实质侵害金融法益，但洗钱行为仍增加案件刑事侦查的难度，导致非法财产逃避司法追缴，属于对司法秩序法益的现实侵害，因此不存在免于刑法处罚的可能。就自洗钱犯罪而言，为保证赃物犯罪体系的一致性，犯罪人掩饰隐瞒上游犯罪一切相关内容都应当属于无期待可能性的行为，因此不存在侵害司法管理秩序法益的可能。倘若自洗钱行为对上游犯罪侵害法益之外的其他法益没有实质侵害，那么其行为就不应当再次被刑法评价和处罚。

洗钱行为的本质是将本不该出现在市场上非法财产置于市场上进行流通。但鉴于当下金融监管的手段和政策，在有限范围内单纯的转移资金方式洗钱很难造成对“黑钱”流转痕迹的掩盖，使其有效逃避金融监管，因此难以对金融秩序造成实质性破坏。但转换类洗钱由于洗钱方式的多样和多变，导致非法财产很难被金融监管部门发现并追缴，通常该行为值得刑法单独评价和处罚。因而，基于自洗钱行为与他洗钱行为之间的区别，对于自洗钱的规范行为不应依附他洗钱规定，应当在刑法第191条中增加一款予以单独规定自洗钱行为。《刑修(十一)》将自洗钱行为入罪符合时代发展要求和趋势，但是制度的设立需要以社会现状为基础，在移动支付背景下，法律的修订应当密切关注新变化新发展，加强制度顶层设计的合理性，并且只有落实落地才有效。我国未来应当加强自洗钱行为的研究，与国际社会接轨，推动洗钱罪的规范适用。

## 基金项目

基金项目：2022年江苏省研究生科研创新计划(KYCX22\_3405)。



## 参考文献

- [1] FATF (2019) Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Financing Measures—People’s Republic of China, Fourth Round Mutual Report, April, Effectiveness and Technical Compliance Ratings.
- [2] 姜涛. 现代刑法的立法转型与再法典化[J]. 中国刑事法杂志, 2023(2): 20-36.
- [3] 赵桐. 自洗钱与上游犯罪的处断原则及教义学检视[J]. 西南政法大学学报, 2021, 23(5): 137.
- [4] 何萍. 自洗钱入罪后的法律适用[J]. 人民检察, 2021(16): 16-17.
- [5] 罗海妹, 张建兵. “自洗钱”行为入刑的理解和司法认定[J]. 中国检察官, 2021(24): 43.
- [6] 曹翊群. 自洗钱行为独立成罪之法教义学分析[J]. 绵阳师范学院学报, 2021, 40(6): 50-55.
- [7] 王新. 自洗钱入罪后的司法适用问题[J]. 政治与法律, 2021(11): 42.
- [8] 孙万怀, 刘环宇. 论禁止重复评价的判断标准及其适用争议问题[J]. 法治研究, 2022(2): 148-160.
- [9] 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): 60.
- [10] 赵金成. 洗钱犯罪研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006: 212.
- [11] 陈浩然. 反洗钱法律文献比较与解析[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2013: 10.
- [12] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 490.
- [13] 杨万明. 刑法修正案(十一)条文及配套罪名补充规定(七)理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2021: 162.
- [14] 刘艳红. 洗钱罪删除“明知”要件后的理解与适用[J]. 当代法学, 2021, 35(4): 9-14.
- [15] 王作富. 刑法分则实务研究(上)[M]. 第5版. 北京: 中国方正出版社, 2013: 111.
- [16] 张明楷. 洗钱罪的保护法益[J]. 法学, 2022(5): 79.
- [17] 刘宪权. 金融犯罪刑法学原理[M]. 上海: 上海人民出版社, 2017: 426.
- [18] 刘飞. 反洗钱金融立法与洗钱犯罪[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2005: 46-47.
- [19] 李云飞. 洗钱危害的二维性及对客体归类的影响[J]. 中国刑事法杂志, 2013(11): 43.
- [20] 杨春然. 最后手段原则规则化研究[M]. 北京: 人民出版社, 2020: 11-12.
- [21] [德]英格博格·普泊. 法学思维小学堂[M]. 蔡圣伟, 译. 北京: 北京大学出版社, 2011: 67.
- [22] 张明楷. 具体犯罪保护法益的确定依据[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2023, 41(6): 51.
- [23] 刘为波. 《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[J]. 人民司法, 2009(23): 22.