

以 FATF 第四轮互评为参考完善我国反洗钱犯罪体系

作为 FATF 正式成员国，我国已于 2018 年 7 月接受了 FATF 第四轮互评。2019 年 4 月 FATF 公布的《中国反洗钱和反恐怖融资互评估报告》指出，中国反洗钱犯罪体系尚有待完善。我们应以该互评估报告为参考，以《打击洗钱、恐怖融资与扩散融资的国际标准：FATF 建议》（以下简称《FATF 建议》）为基础，完善我国反洗钱犯罪体系。这并非是挟洋自重，而是因为 FATF 旨在制定和促进实施保护国际金融体系免受洗钱、恐怖融资和大规模杀伤性武器扩散融资危害的政策，并且 FATF 的建议是国际公认的反洗钱和反恐怖融资标准。

我国刑法中洗钱罪（第 191 条），掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪（第 312 条），窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪（第 349 条）和帮助恐怖活动罪（第 120 条之一）构建了我国现行反洗钱、反恐怖融资犯罪体系。为履行我国相关国际公约和作为 FATF 正式成员国所承担的义务，我们应从以下方面完善我国反洗钱犯罪体系：

首先，扩大洗钱犯罪上游犯罪的范围。

《FATF 建议》第 6 条规定，各国将洗钱行为规定为犯罪应当以《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和《联合国打击跨国组织犯罪公约》（以下简称《巴勒莫公约》）为基础。而《巴勒莫公约》第 6 条要求缔约国应该采取必要的立法及其他措施，对洗钱犯罪规定为范围最为广泛的上游犯罪；应该将最高刑至少 4 年以上的剥夺自由或更严厉处罚的犯罪和有组织犯罪、腐败犯罪以及妨害司法的刑事犯罪规定为上游犯罪。

而我国现行刑法第 191 条规定洗钱的上游行为仅仅包括毒品犯罪、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和金融诈骗犯罪；刑法第 349 条仅针对毒赃的洗钱行为；刑法第 312 条规定的上游犯罪范围广泛，但是应该注意到，刑法第 312 条规定的洗钱行为仅仅包括明知是犯罪收益来源而进行的处置、转移行为，而不能包括隐瞒或掩饰该财产非法来源的转换、转让行为和明知是犯罪所得及其收益的获取行为。为了我国承担的条约义务，也为了更好开展境外追赃工作，应该扩大刑法第 191 条的上游犯罪的范围，将其上游犯罪扩大到任何能产生犯罪收益的犯罪，或最高刑至少 4 年以上有期徒刑或更严厉处罚、能产生犯罪收益的严重犯罪。

其次，将明知是犯罪所得及其收益而获取的行为规定为洗钱行为。

国际公约中的洗钱行为包括了明知是犯罪所得而转换、转让、隐瞒、掩饰、获取、占有和使用七种行为。上述七种洗钱行为中，既包括了上游犯罪实施者的自行洗钱行为，也包括了上游犯罪实施者以外第三人所实施的洗钱行为。与国际公约所规定的洗钱犯罪行为相比，

我国刑法第 191 条第 1 至 4 项所规制的洗钱行为，仅包括了通过金融系统的转换或转让财产行为；第 5 项的兜底性条款应该在第 1 至 4 项的基础上理解：即第 5 项所规定的兜底性条款不能涵括通过金融系统之外的其他洗钱行为，而只能是通过金融系统的其他隐瞒、掩饰犯罪性质的行为；不通过金融系统的其他洗钱行为由刑法第 312 条和第 349 条规制。刑法第 312 条的洗钱行为仅包括明知是犯罪所得及其收益的占有、转移、处置、使用行为；刑法第 349 条仅针对毒赃的占有、转移、隐瞒行为。我国刑法未能将明知是犯罪所得及其收益而获取的行为犯罪化。有观点认为，获取行为是其他洗钱行为的必经阶段，属于被吸收的事前行为，吸收犯中的数行为仅仅按照一个犯罪行为进行处罚。然而，不将明知是犯罪所得及其收益而仍然获取的行为规定为犯罪，就根本谈不上吸收犯的适用问题。认为事前行为（明知是犯罪所得及其收益而仍然获取的行为）仅仅从属于主要洗钱行为（转换、转让、占有、转移、处置、使用）的观点是值得商榷的：毕竟单纯的获取行为依然独立存在：获取是针对所有权的，而占有、转移、处置、使用等洗钱行为并不以获取为前提；另一方面明知是犯罪收益及其违法所得而接受其赠予的就属于典型的独立存在的获取行为，也同样属于掩饰、隐瞒财产来源犯罪行为的行为，应该被规定为洗钱犯罪行为。

再次，将自洗钱行为规定为犯罪。

我国刑法第 191 条、第 312 条和第 349 条所规定的犯罪都是指实施上游犯罪者以外的第三人所实施的洗钱行为，不包括上游犯罪者本人所实施的洗钱行为。有观点指出，自行洗钱行为属于上游犯罪的事后不可罚行为；把自行洗钱行为入罪，将违背禁止重复评价原则。必须认识到，并非所有的事后行为都属于不可罚的行为。当事后行为侵犯了新的法益时，就应该成立新的犯罪。自行洗钱行为不仅隐瞒、掩饰上游犯罪所得犯罪性质，侵害司法秩序，也严重冲击了金融秩序。因此，自行洗钱行为应该成立洗钱罪，按照洗钱罪处罚自行洗钱行为不违背禁止重复评价原则。

最后，完善我国反恐怖融资法律规定。

恐怖融资行为被称为反向洗钱行为，洗钱是将“黑钱洗白”；而反向洗钱是将合法财物投入非法犯罪，主要是恐怖活动中。按照《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 2 条规定，任何人以任何手段，直接或间接地非法和故意地提供或募集资金，其意图是将全部或部分资金用于或将用于实施恐怖活动。我国刑法第 120 条之一仅将资助恐怖活动行为入罪，而未能将为恐怖组织和恐怖分子筹集经费行为犯罪化。资助行为不能完全涵括为实施恐怖活动而募集资金的行为：将自己财产提供给恐怖活动个人或组织的行为属于资助恐怖活动行为，而为恐怖活动募集资金的行为则仅仅包括为恐怖活动个人或组织劝募和归集资金的行为。募

集行为不等于提供行为。恐怖融资行为包括提供或募集资金或其他资产，意图使之全部或部分用于实施恐怖活动或供恐怖组织或恐怖分子使用的行为；也包括资助前往国外，意图实施、计划、筹备或参与恐怖活动，或提供恐怖活动训练的个人的行为。因此，应该将刑法第 120 条之一的帮助恐怖活动行为修正为恐怖融资行为，并予以处罚。

完善我国反洗钱犯罪体系是承担国际义务的需要。根据“条约义务原则”，我国有义务将上述公约中洗钱犯罪的规定通过立法转化为国内法律。扩大洗钱的上游犯罪，将明知是犯罪所得及其收益的获取行为、自行洗钱行为、恐怖融资行为入罪，才能建立完整的洗钱犯罪体系。完善我国反洗钱犯罪体系也是境外追赃工作的需要。外逃的犯罪嫌疑人或被告人往往通过洗钱的方式将违法所得转移至境外。境外追赃工作最大的困难，就是证实外逃的犯罪嫌疑人或被告人的财产属于违法所得。只有在完善了反洗钱犯罪体系之后，才能通过相关反洗钱国际组织或外国反洗钱机构的合作，顺利形成外逃犯罪嫌疑人或被告人所持有的财产属于违法所得的证据链，追回被转移出境的资产。

（来源：法制日报。转引自：复旦大学中国反洗钱研究中心。网址：<http://www.ccamls.org/newsdetail.php?did=37806>。时间：2020 年 8 月 27 日。访问时间：2020 年 9 月 1 日 9:40。）