Dispute Settlement 争议解决, 2025, 11(2), 347-355
Published Online February 2025 in Hans. https://www.hanspub.org/journal/ds
https://doi.org/10.12677/ds.2025.112084

Hans汉斯

罪群视角下的洗钱罪司法适用研究

郭　煌

华东政法大学刑事法学院，上海

收稿日期：2025年1月15日；录用日期：2025年2月18日；发布日期：2025年2月28日

摘　要

“自洗钱”入罪后，洗钱罪的适用出现了新的情况。基于该罪的本质以及方便司法的理念，其法益是复合法益，即以金融监管和金融安全为主的国家金融管理秩序和以追诉效率为主的司法机关的正常活动；主观方面，删除“明知”后该罪依然是故意犯罪，以“知道或应当知道”的标准判断“明知”要素符合实践的需求；互联网环境下，洗钱犯罪手段具有“实质相同，形式不同”的特征，以手段实质特征为出发点，对“手续费”等扩大解释更有利于应对洗钱犯罪网络化；洗钱行为并不是上游犯罪的“事后之不可罚行为”，其与上游犯罪应采数罪并罚以处断。

关键词

“自洗钱”，复合法益，主观认定，数罪并罚

Research on Judicial Application of Money Laundering Crime from the Perspective of It and Its Related Crimes

Huang Guo

School of Political Science and Law, East China University, Shanghai

Received: Jan. 15th, 2025; accepted: Feb. 18th, 2025; published: Feb. 28th, 2025

Abstract

After the criminalization of “self-laundering”, new situations have emerged regarding the application of money laundering offenses. The legal interests involved are composite, mainly referring to the normal activities of national financial regulatory order focused on financial supervision and security, as well as the prosecutorial efficiency-oriented judicial authorities. Even after removing the requirement of “knowingly”, the offense of money laundering remains an intentional crime, with the standard

文章引用: 郭煌. 罪群视角下的洗钱罪司法适用研究[J]. 争议解决, 2025, 11(2): 347-355.
DOI: 10.12677/ds.2025.112084

of "knowing or should have known" used to assess constituent elements, meeting practical needs. Money laundering methods exhibit the characteristic of being "substantially the same, but different in form". Interpreting terms such as "transaction fees" in a broader sense based on the substantial characteristics of methods is more conducive to addressing the networked nature of money laundering crimes. Money laundering is not a "non-punishable post-crime behavior" of upstream offenses; it should be subject to concurrent punishment with the upstream offenses.

Keywords

"Self-Laundering", Composite Legal Interests, Subjective Identification, Multiple Crimes and Concurrent Punishment

Copyright © 2025 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. 问题提出

现如今，我国在国内与国际上的经贸活动日益繁荣，我国越来越重视对金融秩序的维护。党的二十大报告中提到，要"依法将各类金融活动全部纳入监管，守住不发生系统性风险底线"。在众多危害金违法犯罪行为中，洗钱行为具有较高的金融秩序破坏性。我国《刑法》以第 191 条、第 312 条以及第 349 条构成了刑法上的反洗钱体系，属于广义的洗钱犯罪，而狭义的洗钱罪仅指《刑法》第 191 条规定的洗钱罪，本文中的洗钱罪指狭义的洗钱罪。虽然，我国对洗钱罪保持"零容忍"的态度，但洗钱罪自设立以来，适用率较低，打击洗钱罪的工作成效甚微。2019 年 4 月，FATF 做出的《中国反洗钱和反恐怖融资互评估报告》(以下简称《评估报告》)中显示：近年来，有超过 8640 亿元的非法收入流入中国。同期，每年被检察机关以洗钱罪起诉的人数不超过百人[1]。从《评估报告》中还可以看出，我国洗钱罪的相关规定及适用与我国加入的一融秩序的系列反洗钱国际公约尚有衔接不完善的地方，例如对"明知"的认定标准过于严格等，这也使得我国在国际反洗钱工作上面临一定的外部压力。从 2021 年 3 月 1 日起正式实施的《刑法修正案(十一)》(以下简称《刑修(十一)》)对洗钱罪的规定做出了修改，将"他洗钱"的单一模式转变为"他洗钱 + 自洗钱"的复合模式。新法的实施扩大了洗钱罪的适用范围，带来了上游犯罪与洗钱罪罪数以及处断等新的适用难题，而对于主观方面的认定等遗留问题也没有因为法律的修改而被解决，属于实践中的疑难问题，亟需解决。

2. 洗钱罪的法益定位

2.1. 现有洗钱罪的主要法益学说

法益的认定，是司法实践中适用此罪或彼罪的区分标准之一，亦是犯罪构成认定的基础之一。该罪保护的法益在学术界尚有争论，主要分为复杂法益说和单一法益说。

复杂法益说是主流观点，其认为洗钱罪侵害的是复杂客体，既包括国家金融管理秩序也包括司法机关的正常活动[2]。该观点以洗钱罪在刑法条文中所处的章节位置为依据，认为法益保护上，首当其冲的应是国家金融秩序。而洗钱行为的结果是毁灭罪证、切断侦查线索，这就使得洗钱行为必然阻碍司法机关对上游犯罪的侦查以及对上游犯罪违法所得的追缴或没收等司法活动，所以司法机关的正常活动也是洗钱罪的犯罪客体。

单一法益说认为，洗钱罪的法益仅限于国家金融管理秩序[3]。持此种观点的学者，并不否认洗钱行

为会降低刑事侦查及司法的效率，但其认为这种负面影响只是洗钱行为的损害结果，而非立法目的。并且，刑法中已经存在妨害司法犯罪，足以保护司法机关的正常活动，当洗钱罪行为人同时构成第 312 条之犯罪时，可以想象竞合犯处理，更能够突出洗钱罪作为一个特殊规定的特殊预防功能。

2.2. 洗钱犯罪罪群中的法益审视

根据法益保护原则，“法益是作为个人、社会和国家的具体利益而成为保护对象的”[4]。由此，刑法法益可以分为个人法益、社会法益以及国家法益。“经济犯罪破坏了社会诚实信用原则和经济秩序，对国家法益和社会法益造成了冲击。”[5]另外，在《刑法》的章节体系上，洗钱罪位于“破坏金融管理秩序罪”一节，对于“管理秩序”而言，其必然涉及国家法益与社会法益。国家法益与社会法益，可以归纳为“集体法益”。因此，可以肯定的是，洗钱罪的法益应当属于超个人法益的集体法益。无论是复杂法益说或是单一法益说，都在讨论其集体法益的具体内容。

首先，关于单一法益说。笔者认为，通过洗钱罪所在的体系位置认定金融管理秩序是其法益是合理的论述，但是该学说对洗钱罪同时保护其他法益的证否并没有足够的说服力。总结该学说排除其他法益的理由，主要分为三个方面：1) 洗钱行为在客观上必然侵害的利益，不等于洗钱罪的立法目的就是保护该种利益；2) 单一法益更有利于发挥洗钱罪重点打击特定行为的作用；3) 影响司法机关正常活动的犯罪行为已有相关规定以制约，结合竞合犯认定，单一法益依然可以对法益全面评价。

对于第一方面：法律关系是一种社会关系，一种法益受到侵犯，往往会牵连到其他的法益，这一现象在社会法益受侵害时尤为明显。如果只要牵连到的法益都作为个罪的保护对象，那么将导致刑法的法益保护失去边界，不利于实践中的定罪操作。所以，若某种犯罪行为仅仅是有可能侵犯到某种法益，其客观上侵犯与否具有偶然性，或具有较强的间接性，那么将该种法益排除在外是合乎法理的。换而言之，具体的一种利益能不能作为具体罪名的法益，要考量其与犯罪行为之间的必然性与关联性。在洗钱犯罪当中，洗钱行为人通过金融机构、金融手段隐匿上游犯罪的非法所得，必然会在破坏金融管理秩序的同时，影响司法机关的正常活动。行为与侵害结果之间具有高度必然性、关联性，不应将该法益排除在外。

对于第二、三方面：法益是确定罪名的重要指引，认定法益除了发挥导向作用外，还应当方便实践操作。如上文所论述，洗钱行为的犯罪结果之一是阻碍了刑事侦查与审判的效率。如果将国家司法机关的正常活动排除在洗钱罪法益之外，那么为了做到法益全面评价，所有能够成立洗钱罪的案件，都必须对行为人以第 191 条和第 312 条的想象竞合犯进行定罪量刑。如果一个罪名的成立必然依靠另一个罪名的补充才能完整评价被告人的行为，那么此种法益界定结论并不能最大限度地便利实践。从特殊犯罪预防功能的角度看，将司法机关的正常活动认定为洗钱罪的法益或许更有利于发挥特殊功能。学界普遍认为，第 312 条是一般规定，而第 191 条是特殊规定。按照单一法益说认定洗钱行为人构成数罪，以想象竞合处理，两罪在形式上更贴近于并列关系，不能很好地体现出两罪之间的层次性。如果认可司法机关的正常活动属于洗钱罪法益，以特殊法优于一般法的原则处理，更能体现出洗钱罪的利益保护倾向性。

其次，笔者认为该罪的法益是复合法益。“洗钱罪的本质在于为特定上游犯罪的犯罪所得披上合法外衣，消灭犯罪线索和证据，逃避法律追究和制裁，实现犯罪所得的安全循环使用”[6]。一方面，洗钱行为切断侦查线索、抹除罪证，在客观上必然会阻碍司法机关正常活动，影响侦查、起诉、审判工作效率，那么将司法机关正常活动作为洗钱罪保护的法益，更有利于在判决结果中对犯罪嫌疑人的行为不遗漏评价。另一方面，行为人实施洗钱行为，其主观上具有逃避追赃，干扰侦查的目的，将国家司法机关的正常活动作为洗钱罪的法益，更能在洗钱罪这一个罪中体现出主客观相统一的要求。通说认为，第 191 条与第 312 条属于特殊法与一般法的关系。而在当下的司法实践当中，司法机关也已经认可了国家司法机关的正常活动是该罪的犯罪客体。司法机关认为，第 312 条是一般规定，第 191 条、第 349 条是特殊

规定，可以犯罪对象之来源对三者进行区分[7]。第 312 条在刑法体系中属于“妨害司法罪”一节，其保护的法益当然包括司法机关正常活动。洗钱罪作为与该罪相对应的特殊规定，司法机关的正常活动自然是第 191 条与第 312 的共性法益，即洗钱罪的法益应是“共性法益 + 特殊性法益”的模式。

确定了洗钱罪中的“共性法益”，还需要讨论其“特殊法益”的具体内容。2009 年《最高人民法院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《洗钱罪的解释》)扩大了洗钱手段的范围，其不再仅限于利用银行、证券行业等金融机构洗钱的方式，将典当、赌博、买卖奖券等非金融手段也纳入其中。这也就意味着，利用金融机构、使用金融手段不再是洗钱罪实行行为的必要条件，故有论者认为国家金融管理秩序不再是洗钱罪的法益。然而，洗钱罪的实行行为不必然伴随金融机构的工具化，并不能说明洗钱罪对国家金融管理秩序的影响不具有必然性。洗钱行为人要想“洗白”犯罪所得，实现犯罪所得安全循环使用，可能会通过投资、典当等方式“洗白”赃款，最终使犯罪所得转变为合法资金的样态进入金融体系或市场中流通。这些方式虽然不必然都经过金融机构，但其实行行为与犯罪结果分别侵害了金融监管与金融安全。具体而言：在实行行为上，无论行为人的洗钱方式是否具有金融属性，其核心都在于去中心化。其建立了一套独立于合法金融系统的“地下金融系统”，以合法之事掩盖非法之实，使赃款在特定阶段不受监管，在金融系统监管范围之外完成“洗白”程序。因此，包含虚假证券交易、典当、赌博等金融方式或者非金融方式在内的，建立或利用“地下金融系统”的行为，都对金融监管之广泛性、持续性与强制性造成了巨大冲击；在犯罪结果上，使犯罪所得安全循环使用意味着“洗白”的赃款最终会与合法资金合二为一，“地下金融系统”的资金流上涌汇入合法金融系统中。而赃款流经的机构可能因此损失商业信誉、应对大量资金的快速进出，面临以信誉风险、集中风险和法律风险为主的金融风险，引发融资困难甚至是市场突变。金融风险的膨胀，也就意味着金融安全受到威胁[8]。因此，洗钱罪的犯罪结果会对金融安全造成侵害。

综上所述，洗钱罪的法益应当为复合法益，即以金融监管和金融安全为主的国家金融管理秩序和国家司法机关正常活动。

3. 洗钱罪的主观认定及网络环境延伸

3.1. 基于《刑法修正案(十一)》的主观构成要素确认

法益的确定，明确了洗钱罪的犯罪客体，但对该罪犯罪构成的认定，还需讨论其主观方面的相关问题。在《刑修(十一)》颁布实施之前，“他洗钱”模式下的洗钱罪要求该第三人“明知”犯罪所得及收益的来源于七类上游犯罪，要求过于严格。《刑修(十一)》中删除了“明知”的表述，将“自洗钱”行为纳入洗钱罪规制，但这并不意味着“明知”不再是洗钱罪的犯罪构成要素。

首先需要明确，删除“明知”，该罪依然是故意犯罪。依照《刑法》第 14 条之规定，故意犯罪需要行为人对自己的行为具有认识要素，也需要具备积极追求危害结果发生的意志因素。而刑法分则当中，共 38 个罪名使用了“明知”的表述，其数量远低于刑法分则中故意犯罪的总数[9]。由此可以看出，刑法总则与刑法分则中的“明知”之含义并不完全相同，分则中的“明知”不是故意犯罪所必须具备的表述。所以，洗钱罪中“明知”的删除并不必然导致其由故意犯罪转变为过失犯罪。从立法目的来看，《刑修(十一)》对洗钱罪的修改，其目的是为了将“自洗钱”纳入处罚范围，并回应《评估报告》对我国在洗钱罪主观方面认定的门槛过高的建议，弱化洗钱罪中“明知”的作用，对行为人在非法所得及收益的来源和性质的主观认识上放宽要求，而非要通过主观方面的修改扩大打击范围至过失犯。因此，立法删除“明知”后，洗钱罪依然是一个故意犯罪，“明知”仍是洗钱罪的犯罪构成要素。

其次，删除“明知”后，该罪虽然依然是故意犯罪，但其主观方面并不包含间接故意。通说认为，洗钱罪是目的犯，其目的是“掩饰、隐瞒犯罪所得来源和性质”[10]。目的犯要求行为人对危害结果的发生

具有直接的、积极的追求，不同于间接故意中行为人对造成危害结果的放任性，所以间接故意不是洗钱罪的犯罪构成要件[11]。

但笔者认为，“为掩饰、隐瞒其来源和性质”并不能说明洗钱罪是目的犯，而洗钱罪的主观故意不包含间接故意是因为“明知”的限制。

首先，目的犯之目的，应当是一种超主观要素，不能包含于直接故意的主观意志和主观认识。例如走私淫秽物品罪，要求以“牟利或传播”为目的，否则不构成该罪。走私淫秽物品的行为人在主观上并不一定具有“牟利或传播”的主观认识与主观意志，该目的属于超出行为人直接故意主观要素的特殊目的，因此走私淫秽物品罪是目的犯。而洗钱罪中，“掩饰、隐瞒其来源和性质”与洗钱罪的客观方面重合，亦属于洗钱实行行为所必然具有的目的，该目的包含于洗钱行为人的主观认识因素与主观意志因素之中，并不符合“主观超过要素”之要求。因此，洗钱罪不是目的犯。对于“为掩饰、隐瞒其来源和性质”的表述，可以解释为是为了区分第 191 条与第 312 条而在主观构成要素上做出的特别限制，以体现出洗钱罪作为特殊规定的特殊之处，而非将该罪作为目的犯的充分条件。

其次，目的犯的证否并不意味着间接故意可以成立洗钱罪。对“自洗钱”而言，其对犯罪对象系上游犯罪所得的认识是不证自明的，也具备将上游犯罪所得“合法化”的意志并将其付诸实践，具备逃避刑事追责、规避金融监管的认识要素与意志要素，故“自洗钱”行为人不具有间接故意的可能性；对于“他洗钱”而言，“明知”的删除并不意味着“他洗钱”行为人不再需要“明知”资金的来源与性质。其仍然需要具有将上游犯罪所得在金融监管范围之外“洗白”并协助本犯安全循环使用该资金的主观认识与主观意志，间接故意入罪可能导致洗钱罪的滥用。从国际公约的角度看，反洗钱相关的国际公约均将“明知”作为洗钱罪的犯罪构成要素，规定将行为人的身份、工作等客观因素作为考量其是否“明知”的因素，并未将“明知”排除在外。因此，将“明知”的删除解释为“降低明知标准”亦更有利于国内法与国际公约衔接。

综上所述，“明知”的删除降低了洗钱罪的犯罪门槛，扩大了洗钱罪的打击范围，但该罪的主观故意只能是直接故意，“明知”依然是洗钱罪的犯罪构成要素。

3.2. “明知”认定困境的解决路径分析

虽然“明知”的表述已经删除，但是洗钱罪依然是一个故意犯罪，对行为人主观故意的讨论仍具有理论意义与实践意义，否则将陷入客观归罪的误区。在“自洗钱”的情形下，上游犯罪的行为人对自己的犯罪所得和收益的来源与性质之了解无需单独证明，因为对“自洗钱”手段的证明本身就包含了对犯罪对象的确认与行为人规避金融监管、消灭上游犯罪证据的客观事实与主观认识，对其主观要件的认定不存在问题。但是，在“他洗钱”的情况下，虽然弱化了“明知”的作用，但依然需要解决行为人主观要件的认定问题，这是自确立洗钱罪以来的一个适用难题[12]。笔者认为，洗钱罪的主观故意，应当认可“客观推定的明知”，即根据行为人的职业、受教育程度等因素综合推定其“明知”与否。

从我国加入的反洗钱的相关国际公约来看，其认可了“客观推定的明知”的操作方法，也是经过多国实践表明能够降低洗钱罪认定难度的方法。[1] 从国内来看，我国国内的司法机关认可了“推定的明知”的操作，但在尚未通过立法加以明确。以 2021 年最高人民检察院公布的典型案例——“曾某洗钱案”[7]为例，被告人曾某辩称其对自己转移的资金来源并不了解，公诉机关难以认定其主观故意。最终公诉机关以曾某与上游犯罪行为人的关系以及曾某的从业经验为依据，认为曾某“应当知道”资金来源，符合洗钱罪的主观构成要件。该意见最终被法院采纳。该案例明确了“对上游犯罪所得及其产生的收益的认

[1]《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 3 条第 3 款规定，“构成本条第 1 款所列罪行的知情、故意或目的等要素，可根据客观事实情况加以判断。”以及《联合国反腐败公约》第 28 条规定，“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定。”

识，包括知道或者应当知道”，可以通过客观证据推定行为人的主观故意，这清晰地表明了实践中司法机关对“推定的明知”的认可。在立法上，2020 年最高法、最高检、公安部《关于办理洗钱刑事案件若干问题的意见》第 8 条规定“主观上认识……包括知道或者应当知道”。但有学者提出，“应当知道”的表述，不能准确表达立法者“依据客观事实推定主观方面”的本意，因为这样的表述包括“确不知情”与“过失”两种情形，容易产生误解[13]。还有学者认为，将“明知”解释为“知道或应当知道”，是用下位法的司法解释对上位法的刑法进行扩大解释，不符合立法学原理[14]。

笔者认为，将“明知”以“知道或者应当知道”认定，并无不妥。该问题作为一个立法技术问题，在现实的法律语境下，并不会被误解。我国此前的刑法解释中，也曾使用若干“知道或者应当知道”的表述。[2] 虽然在其实施之初也存在很多关于是否误导实践的争议，但在现在的实践情况看来并无负面作用。此外，2019 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》中，列举了六种具体行为和一种抽象行为作为推定行为人“明知”被帮助对象利用信息网络实施犯罪的依据，并规定了相反证据对“推定明知”的推翻，这在降低“明知”认定难度的同时，也避免了推定“明知”的适用导致客观归罪。对于洗钱罪而言，“知道或者应当知道”的核心就在于，“他洗钱”的主观方面可以通过客观证据来推定。即使在司法解释中没有采用这种表述，但在实践当中，已经形成这样的办案方式。对于文理误解一说，实践经验可以弥补这一缺陷。另外，“知道或应当知道”常见于民法规定当中，包含了“确不知情”与“过失”两层含义，这也是该表述在文理上使人误解的原因之一。但当其作为刑法概念的时候，可以依据刑法的体系解释而具备不同的含义。对于该表述会导致下位法对上位法进行扩大解释的质疑，笔者认为依然要回归于此表述的实质。在明确该罪系故意犯罪的前提下，此表述并非是要将洗钱罪扩大为过失犯罪处理，而是肯定“推定的故意”之合法性，推定可以被推翻，其本质上没有改变主观构成要件的范围。因此，以“知道或应当知道”对洗钱罪中“明知”要素做出认定，能很大程度上在法律规范层面解决洗钱罪中“明知”认定困难的问题，亦不违反立法学原理。

3.3. “明知”认定困境的互联网延伸及纾解

随着互联网的发展，洗钱也出现了新的手段。由于网络平台的开放性极强，对行为人主观因素的认定存在更大的难度。据报，2023 年 2 月，上海警方抓获了 21 名利用网络直播平台洗钱的犯罪嫌疑人，此为国内破获的首例直播“打赏”洗钱案。该案中，上游犯罪的犯罪嫌疑人利用集资诈骗所得“打赏”某网络主播，该主播提现后扣除一部分的佣金，将剩余部分通过个人账户转账返还上游犯罪的犯罪嫌疑人[15]。按照大部分直播平台的提现规则，主播收到的“打赏”会自动转换成虚拟币的形式存进主播的直播账号中，每月固定日期方可按照一定的比例将虚拟币兑换成现金转账至个人账户。在此情况下，主播收到的“打赏”被系统自动转换成虚拟币，但尚未被该主播兑换成现金，若这些虚拟币中包含了洗钱的“酬劳”部分，该部分虚拟币是否属于《洗钱罪的解释》第 1 条第 2 款第 4 项规定的“收取明显高于市场的‘手续费’”呢？

对此问题，笔者持肯定观点。对于该条款中“‘手续费’”应当扩大解释为“帮助他人实施洗钱行为而获取的利益”，与之对应的，“明显高于市场”也应当解释为“明显高于正常经济活动所获得的利益”。结合二者，“收取明显高于市场的‘手续费’”应当解释为“获得了非正常经济活动可得的利益”。传统洗钱中的“手续费”大多是以现金形式存在，但利用网络实施洗钱犯罪中的“‘手续费’”可能是流量、虚拟币等形式。在直播平台上，流量可以让主播在直播平台的排行榜上获得更加靠前的排名，以此获得

[2]2017 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第 5 条第 2 款规定：“非法获取、出售或者提供公民个人信息，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百五十三条之一规定的“情节严重”：(二) 知道或者应当知道他人利用公民个人信息实施犯罪，向其出售或者提供的；”。

平台的“任务现金奖励”，而虚拟币则可以兑现成现金。如果依然将“‘手续费’”解释为传统的现金或者一般的财物，那么将无法适应洗钱手段的发展，对互联网环境下的主观因素认定而言是过于狭窄的。该条款在表述上采用了“‘手续费’”的表述方式，其不仅仅指代手续费这一种名义或形式，也可以是抽成、中介费等名义，股权、债权等形式。究其本质，是实施洗钱行为后获得的不正当利益，将其扩大解释为“非正常经济活动可得的利益”亦符合立法目的[16]。相比于“财产性利益”而言，“非正常经济活动可得的利益”是一种更适应现实情况的解释。“财产性利益”的范围要小于“不正当利益”，且利用网络实施的洗钱行为所得的“虚拟财产”确实可以为其所有人带来直接或间接的财产收益，看似更加贴近于客观情况。但在学理上，对于“虚拟财产”的刑法属性尚存在争议[17]，司法实践中对“虚拟财产”的性质也有不同的认定[18]。如果以“财产性利益”对其进行解释，则可能出现同案不同判的结果。因此，将“收取明显高于市场的‘手续费’”解释为“获得了非正常经济活动可得的利益”是较为适应实践需求的。

4. 洗钱罪与上游犯罪的罪数探析

4.1. 洗钱犯罪罪群之区分

“自洗钱”构成犯罪，并不天然意味着洗钱罪与上游犯罪属于数罪，依然需要根据罪数原理进行论证。对于罪数的判断，我国通说采犯罪构成说，认为犯罪构成，要主客观统一，成立一罪或是数罪，要以犯罪构成为标准。“符合一种犯罪构成的，是一罪，符合数个犯罪构成的，是数罪。”[19]“自洗钱”入罪之前，有观点认为“自洗钱”属于上游犯罪之“不可罚的事后行为”，对行为人缺乏期待可能性，或认为是一种销赃行为，不单独成立洗钱罪。还有观点认为，“自洗钱”符合第 312 条的构成要件，可被上游犯罪吸收[20]。“自洗钱”行为列入洗钱罪的处罚范围后，亦有学者认为“自洗钱”构成犯罪“是将刑法理论上的‘不可罚之事后行为’例外性地纳入洗钱罪的规制范畴之中”[21]。

笔者认为，“自洗钱”并不属于“不可罚之事后行为”。《刑法》第 191 条、第 312 条及第 349 条(对后两罪以下统称“赃款犯罪”)共同构成了刑法中的洗钱犯罪，不存在法条竞合，具有本质上的区别。以“汪照洗钱案”[22]为例，该案中的犯罪对象系毒品犯罪所得及收益，而汪某通过制造虚假公司账目的方式，掩饰、隐瞒了毒赃的来源与性质。这区别于第 349 条中对毒赃本身的掩隐，最终法院认定汪某构成洗钱罪。赃款犯罪掩饰、隐瞒的是犯罪所得及其收益本身，其结果仅仅是弱化了非法所得的存在，这是行为人为了逃避侦查与追责而必然会作出的“自然反应”，属于犯罪既遂后的自然延伸，不具有期待可能性。行为人的犯罪所得及收益只是发生了事实状态的变化，属于“物理变化”。例如，行为人盗窃一辆摩托车后将其藏匿于山区，则涉案摩托车仅改变了存放的物理位置，若行为人将其出手转让，则行为人的犯罪所得转变成了一般等价物形式的犯罪收益。这两种情况均不改变其犯罪所得及收益的非法性质，也不会赋予犯罪所得及收益以合法的样态。而“自洗钱”的行为改变了犯罪所得的来源及性质，使其发生了“化学变化”。如“现金散存”行为，违法所得在进行虚假交易和逐级流动的过程中，切断资金与来源的连接，人为拆分交易链条，从而“由黑洗白”，为犯罪所得及收益披上合法“外衣”，发生了“化学变化”。从法益的角度看，洗钱罪作为特殊规定具有特殊的法益保护，是否侵犯了特殊法益可以作为洗钱罪与赃物犯罪的区分标准之一。具体而言，即是否侵犯了金融管理秩序与金融安全。传统洗钱行为通常将非法获得的资金通过虚假交易、拆分存款等方式转入金融机构，在金融系统中将资金分散至多级账户，最后再汇总资金，而新兴的洗钱行为可能通过典当、彩票买卖、互联网开放平台等方式进行。但无论传统方式或是新兴方式，洗钱行为本质上都是对金融监管的规避，为犯罪所得披上合法“外衣”进而造成监管的“盲区”，使赃款以合法资金的样态在市场或金融系统中流通，侵犯了金融监管秩序、金融安全。而在赃物犯罪的实行行为中，其非法所得通常以非法出卖、藏匿赃物赃款等手段将犯罪所得兑现

或掩隐，该资金虽有可能进入市场或金融系统流通，但其并不具有合法资金的样态，仍暴露于金融监管之下，只是尚未被发现，并未侵犯金融监管秩序与金融安全。综上所述，洗钱罪并不属于“不可罚之事后行为”。

4.2. 洗钱罪与上游犯罪应数罪并罚

数罪的成立，并不意味着数罪并罚的必然性。在明确罪数问题之后，要讨论的是数罪处断的问题，即数罪并罚还是择一重罪论处。对此问题，笔者持数罪并罚观点。

从正面来看，数罪并罚具有正当性，符合我国刑法全面评价受侵害之法益、禁止重复评价的处断原则。我国通说认为，法益的全面保护是数罪并罚的基础，但如果方便起诉或是足以对相关法益给予全面保护，则可以一罪论处[23]。基于刑法的评价功能与谦抑原则，我国刑法禁止对同一犯罪事实在定罪量刑时重复评价。是否重复评价，不仅要考虑对客观方面上犯罪行为是否重复评价，还要考虑到实质上的法益侵犯和反规范人格态度[24]。从法益全面保护的角度看，虽然洗钱罪的成立一定程度上依附于上游犯罪，但其所保护的法益与上游犯罪并不完全重合。在市场经济、汇兑自由的背景下，洗钱罪具有鲜明的金融秩序侵害性，具有特殊的国家金融秩序法益保护的作用，实质上已经不再是上游犯罪的附属，有别于上游犯罪的保护法益。其危害性甚至上升至国家安全与政治稳定，超过了上游犯罪的危害性，应当对其以独立评价。从反规范人格态度的角度看，刑法对反规范人格的负面评价，既强调反规范人格行为的负面责任，也发挥修复缺陷人格，使之回归社会主流的作用[25]。洗钱罪不是上游犯罪的自然延伸，其在主观方面、客观方面以及侵犯的法益上都出现了新情况，对于规范的违背实质上有别于上游犯罪，对此类行为人独立评价，更有利于发挥刑法预防与惩戒的功能。

从反面来看，洗钱罪与上游犯罪之间，不存在择一重罪论处的情况。我国刑法中，择一重罪论处主要有三种情况，分别是实质的一罪、法定的一罪以及处断的一罪[26]。实质的一罪即想象竞合犯，是指行为人实施了一个行为，触犯多个罪名。洗钱罪相比于上游犯罪，是实施了新的犯罪行为，不符合“一个行为”的要求；法定的一罪即法条竞合，是指在法律条文的规定中，在犯罪构成方面的规定重合或部分重合，且侵犯的是同种法益。而洗钱罪与上游犯罪在法条规定中并无重合，也并非侵犯了同样的法益；处断的一罪包括牵连犯和吸收犯，是行为人实施了数个行为，构成数罪，但是各行为在实质上有紧密联系。此种情况是洗钱罪及其上游犯罪处断问题的焦点。有学者认为，上游犯罪与洗钱罪具有因果关系，成立牵连犯，应当择一重罪论处[27]。也有学者认为，牵连犯中，如果行为人的手段或结果超出了一罪的构成要件，且所侵犯的法益也超出了一罪所保护的法益，则可以适用数罪并罚[28]。对此，笔者并不赞同上游犯罪与洗钱罪之间可以成立牵连犯。依照前者的观点，洗钱罪与上游犯罪存在因果关系，即可认定“实质上的紧密联系”。但行为人因实施上游犯罪进而实施洗钱罪的情况，仅在具体个案当中具有因果关系，洗钱罪与上游犯罪之间缺乏实施的必然性。洗钱是一种具有金融破坏性的手段，并非唯一的藏赃、销赃手段，上游犯罪的实施或既遂不以洗钱罪的实施或既遂为必要条件，洗钱罪在实质上也不会成为上游犯罪的犯罪预备行为等，故笔者认为，该因果关系不能认定是“紧密联系”，二者之间不属于牵连犯。另外，对于吸收犯而言，其要求所犯数罪之间具有依附关系，附属行为被独立行为吸收，择独立行为所构成的罪名处断。如前文所述，随着实践的发展，洗钱罪对上游犯罪的依附性渐低，是为独立犯罪，洗钱罪的构成要件、侵犯法益符合数罪并罚的适用条件，以吸收犯论处并不妥当。

5. 结语

随着我国经济社会发展，反洗钱工作逐渐构成以犯罪预防与惩戒、义务机构报告制度等为主的一个较为完整的体系。但不可否认，洗钱罪自入罪以来，适用案件的比例与数量均处于低位，存在诸多疑难

问题与学说争议。建立符合 FATF 要求的反洗钱体系，明晰实践操作方法，这有利于加强我国反洗钱工作的国际合作，解决国内问题，缓解外部压力。在互联网环境下，洗钱罪在主观方面的认定难度更甚。应当在遵循基础原理的前提下对立法以及司法解释进行扩大解释，以应对利用互联网实施的洗钱犯罪。洗钱罪的危害性已不同往日，规制洗钱行为，不仅仅关系到国内金融、司法秩序，也关系到了中国在国际上的形象与地位，进一步完善洗钱罪的法律解释是必要的举措。

参考文献

[1] 吴波. 洗钱罪的司法适用困境及出路[J]. 法学, 2021, 479(10): 94-108.

[2] 王作富. 刑法分则实务研究(上) [M]. 北京: 中国方正出版社, 2013: 487-489.

[3] 张明楷. 刑法学(下) [M]. 北京: 法律出版社, 2021: 1018-1021.

[4] 张明楷. 法益保护与比例原则[J]. 中国社会科学, 2017(7): 205-206.

[5] 王海桥. 经济刑法解释原理的建构及其适用[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2015: 47-53.

[6] 姚龙, 胡公枢. 洗钱犯罪刑事司法打击疑难问题[J]. 中国检察官, 2022(1): 29-32.

[7] 最高人民检察院. 最高检央行联合发布惩治洗钱犯罪典型案例[EB/OL]. 2021-03-19. https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202103/t20210319_513155.shtml#1, 2023-07-11.

[8] 蒋海, 傅建辉. 金融安全理论述评[J]. 学术研究, 2008(7): 89-94.

[9] 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): 3-14.

[10] 杨春洗, 杨敦先, 郭自力. 中国刑法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 70-72.

[11] 张斌. 洗钱罪主观要素司法证明的形塑——基于《刑法修正案(十一)》的分析[J]. 江汉论坛, 2022(2): 139-144.

[12] 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(2): 45-62.

[13] 张明楷. 如何理解和认定窝赃、销赃罪中的“明知” [J]. 法学评论, 1997(2): 90-92.

[14] 王新. 我国刑法中“明知”的含义和认定——基于刑事立法和司法解释的分析[J]. 法制与社会发展, 2013, 19(1): 66-75.

[15] 余东明, 张海燕. “打赏”主播近亿元实为洗钱, 上海警方破获全国首例直播“打赏”洗钱案[EB/OL]. 2023-05-25. http://www.legaldaily.com.cn/judicial/content/2023-05/25/content_8857757.html, 2023-07-11.

[16] 张小宁, 宋立宵. 洗钱罪主观要素的认定难题及化解[J]. 齐鲁学刊, 2023(3): 88-101.

[17] 任跃进, 童伟华. 盗窃网络虚拟财产行为的法益厘清[J]. 新疆社会科学, 2021(5): 107-118, 163.

[18] 陈罗兰. 虚拟财产的刑法意义[J]. 法学, 2021, 480(11): 86-98.

[19] 郭莉. 罪数判断标准研究[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2010, 28(5): 73-77.

[20] 张宜培. 自洗钱与上游犯罪应数罪并罚[J]. 青少年犯罪问题, 2024(2): 71-83.

[21] 刘宪权, 陆一敏. 自洗钱入罪司法适用的疑难解析[N]. 检察日报, 2021-5-12(3).

[22] 中华人民共和国最高人民法院刑事审判第二庭. 刑事审判参考(总第 37 集) [M]. 北京: 法律出版社, 2004: 15.

[23] 刘宪权. 数罪形态理论正本清源[J]. 法学研究, 2009(4): 122-136.

[24] 黄祥青. 禁止重复评价原则在复杂犯罪行为认定中的适用[J]. 人民司法, 2011(1): 53-55.

[25] 王明辉, 唐煜枫. 论刑法中重复评价的本质及其禁止[J]. 当代法学, 2007, 21(3): 11-16.

[26] 胡荷佳. 罪数论与竞合论的关系辨析[J]. 法学, 2017(9): 180-191.

[27] 赵金成. 洗钱犯罪研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006: 210-212.

[28] 高铭暄. 刑法学原理[M]. 北京: 法律出版社, 1995: 623-624.