



论我国刑法洗钱罪之犯罪构成对国际公约的立法回应

黄京平 伦朝平 赵飞

20世纪20年代，美国芝加哥有组织犯罪集团即实施了现代意义上的对犯罪所得的洗钱行为，但是洗钱（money laundering）作为英文术语直到1973年才第一次真正出现在有关文件中。在过去的三十年里，洗钱行为已经超越了传统的货币走私、货币兑换、投资不动产等手法，而呈现出国际化、智能化、网络化等新特征，并与毒品犯罪、有组织犯罪、走私犯罪等犯罪相互为用，从而对国际社会共同利益和各国自身利益造成了更重的损害和更大的威胁，也使各国对洗钱犯罪的斗争更加复杂和艰难。有资料显示，全世界五大洲都程度不同地存在洗钱活动，全世界大约有1万亿“毒品美元”在国际金融系统中流通，而这一数字又以每年800亿——1000亿美元的速度增长着，有关人士估计，全世界每年洗钱额超过1万亿美元。不仅如此，当下的洗钱行为还与各种腐败行为（公职人员腐败、商业人员腐败）和其他严重经济犯罪纠结，表现出上游犯罪范围不断拓宽的趋势，美国一位前任联邦检察官对此评述道：“20世纪90年代的白领犯罪就是洗钱”。有鉴于此，洗钱一词成为了许多国家的法律术语而被规定在刑法和单独的反洗钱法中，如世界上最早确立洗钱罪的《意大利刑法典》第648—2条（1978年），著名的美国《洗钱控制法》（1986年），德国的《反有组织犯罪法》（1992年）和《反洗钱法》（1993年）。与此相应，由于跨国洗钱行为的严重危害和洗钱行为的国际化趋势，产生了一系列全球性和区域性的反洗钱国际公约，这些公约的出现推动了国际反洗钱斗争向纵深方向发展，同时也使批准或签署了这些公约的国家或者地区不得不从国内法的角度考虑如何妥善地履行国际公约所规定的义务，如何按照国际公约的要求实现对洗钱犯罪严密和沉重的打击。我国于1988年12月20日签署，并于1989年9月4日批准了《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（以下简称《禁毒公约》）；又于2000年12月12日签署了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（以下简称《有组织犯罪公约》）。根据公约规定和国际法理论，《禁毒公约》已经对我国产生国际法上的约束力，我国负有将该公约规定的洗钱行为转换为国内刑法规定的义务；如果《有组织犯罪公约》获得四十个国家批准，而我国也加入该公约，则该公约也将对我国产生国际法上的约束力。尽管我国为履行《禁毒公约》所规定的义务，经由1990年《全国人民代表大会关于禁毒的决定》、1997年刑法第191条和2001年刑法修正案（三）逐步确立和完善了我国关于洗钱罪的刑法规定，但是与《禁毒公约》和《有组织犯罪公约》相比，在罪状表述、刑罚设置、管辖和刑事司法协助等方面还有一定距离。本文限于篇幅，仅就上述两公约与我国刑法对洗钱罪犯罪构成的不同规定进行比较研究，以期对完善刑法第191条洗钱罪的犯罪构成提出若干建议，并就正于同仁。

一、《禁毒公约》和《有组织犯罪公约》中的洗钱罪

国际上关于“洗钱”的正式规定最早出现于1988年12月19日联合国在奥地利首都维也纳制定的《禁毒公约》，迄今已有100多个国家在该公约上签字，“它不仅是国际社会迄今为止所制定的第一个惩治洗钱犯罪的国际刑法规范，也是由联合国制定的唯一的对各缔约国涉及跨国洗钱犯罪具有强制性约束义务的国际刑法规范。”^①《禁毒公约》明确规定了毒赃洗钱犯罪的犯罪构成。《禁毒公约》之后，2000年12月12日

联合国在意大利西西里大区首府巴勒莫召开了《有组织犯罪公约》的政治签署会议，《有组织犯罪公约》在保留了《禁毒公约》对于洗钱罪构成的大部分规定的同时，在洗钱罪上游犯罪的范围等方面作出了重要突破，从而使国际刑法中的洗钱罪犯罪构成进一步完善。

（一）《禁毒公约》所确定的洗钱罪

銜€《禁毒公约》对洗钱罪犯罪构成的规定主要体现在第3条“犯罪和制裁”第1款。銜€该款首先规定“各缔约国应采取可能必要的措施将下列故意行为确定为其国内法中的刑事犯罪”，然后在（b）项和（c）项（一）、（四）目规定了毒赃洗钱犯罪。因此，首先可以确定的是，在《禁毒公约》中规定的毒赃洗钱犯罪是故意犯罪，而非过失犯罪；其次，《禁毒公约》这里明确了缔约国将毒赃洗钱犯罪在国内法中加以规定的义务。

1. 第3条第1款（b）项（一）目规定，“明知财产得自按本款（a）项确定的任何犯罪或参与此种犯罪的行为，为了隐瞒或掩饰该财产的非法来源，或为了协助任何涉及此种犯罪的人逃避其行为的法律后果而转换或转让该财产”。对于此目，有学者概括为“转换、转让毒赃罪”。銜€

根据《禁毒公约》第1条（q）项的规定，“‘财产’系指各种资产，不论其为物质的或非物质的、动产或不动产、有形的或无形的；以及证明对这种资产享有权利或利益的法律文件或文书。”对于此目规定的客观要件，按通常理解，“转换”是指改变财产的外在形式，如将本国货币转换成外国货币、将货币转换为票据、将现金转换为消费品，等等；“转让”是指改变财产的所有权，如将自己帐户上的存款转到他人帐户、动产和不动产的出售和赠与等，这种方式在一定意义上也是一种“转换”，但行为的核心在于通过改变财产所有权来隐瞒或掩饰其非法来源，因而区别于一般意义上的“转换”。銜€但是，正如有学者指出的，由于“转让”的英文原文为“transfer”，因此“转让”一词还应当有“转移”的意思。銜€实际上，利用将本国帐户资金直接汇往国外帐户，现金、艺术品、贵金属走私等属于财产物理性位移的“转移”方式进行的洗钱不仅是传统的洗钱方式，而且一直以来都在洗钱犯罪中占有一定的比重，而这种方式无论用“转换”还是“转让”来概括都是不妥当的。我们认为，为了准确表达公约中用语的含义，应当将“转换或转让”译为“转换、转让或转移”或者“转换或转移”，相应地在罪名上也应当修正为“转换、转让或转移毒赃罪”或者“转换或转移毒赃罪”。

此目规定的主观要件是故意。M·C·巴西奥尼在其拟制的《国际刑法典草案》中认为，犯罪人在实施实质要件（即客观要件）行为时的心理要件应当包括故意（intent）、明知（knowledge）或过失

（recklessness），除非犯罪定义指明这三者之一，由此可以将国际刑法中的犯罪区分为故意犯构成、知情犯构成和过失犯构成。銜€就国际刑法中的“故意”和“明知”的区别而言，“所有故意都包含着对犯罪行为及其可能引起的危害结果的明知，并且包含着对危害结果的执意追求，而明知只是意味着对犯罪行为及其可能引起的危害结果的明确认识，不包含对危害结果的意志情况。”实际上，从广义上看，故意和明知“不过是故意的两种存在形式，即前者是直接故意的心理状态，后者是间接故意的心理状态。”因此，故意犯构成和知情犯构成所规定的犯罪都属于故意犯。銜€此目虽然有“明知财产得自按本款（a）项确定的任何犯罪或参与此种犯罪的行为”的限定语，但是并非知情犯构成，因为行为必须出于隐瞒或掩饰该财产的非法来源或协助任何涉及此种犯罪的人逃避其行为的法律后果而转换或转让该财产的目的，由于有此目的的要求，因此主观要件只能是直接故意，属故意犯构成。有学者对国内公开发表的对此目主观要件的翻译提出异议，认为有必要译为“明知……，为了隐瞒或掩饰该财产的非法来源，或为了协助任何涉及此种犯罪的人逃避其行为的法律后果而转换或转让该财产的目的”。我们认为，由于英文原文为“for the purpose of……”，将“目的”明确译出是更准确的，但是目前的翻译方法并不影响对公约条文的理解，对比公约中其他条目的规定，以及根据语言逻辑，可以推论出此目规定对犯罪目的有明确的要求。

此目对目的要件的规定有两种，一是“为了隐瞒或掩饰该财产的非法来源”，二是“为了协助任何涉及此种犯罪的人逃避其行为的法律后果而转换或转让该财产”。具有前一种目的的行为人，既可以是实施了（a）项规定的毒品犯罪的人，也可以是未实施（a）项规定的毒品犯罪的人；具有后一种目的的行为人，由于是“协助”目的，一般只能是未实施（a）项规定的毒品犯罪的人，此处的是否实施毒品犯罪是针对同一行为而言，如果某一案件中实施了（a）项规定的毒品犯罪的人，也可以出于协助另一案件中实施了（a）项规定的毒品犯罪的人的目的而实施此目规定的犯罪。

“本款（a）项确定的任何犯罪或参与此种犯罪的行为”是指针对麻醉药品和精神药物及其设备、材料实施的犯罪，和组织、管理或资助上述犯罪的犯罪，对这些犯罪的认定需要结合《1961年麻醉品单一公约》、《修正1961年麻醉品单一公约的议定书》修正的《1961年公约》和《1971年精神药物公约》的有关规定。正是由于《禁毒公约》中的洗钱行为与毒品犯罪相关联，并由惩治毒品犯罪的公约加以规定，因此以往的国际刑法论著往往将国际刑法中的洗钱罪纳入毒品犯罪予以介绍。

2. 第3条第1款(b)项(二)项规定,“明知财产得自按本款(a)项确定的犯罪或参与此种犯罪的行为,隐瞒或掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处置、转移、相关的权利或所有权。”对于此目,有学者概括为“隐瞒、掩饰毒赃相关情形罪”。

此目规定的客观要件是隐瞒或掩饰毒赃财产的真实性质、来源、所在地、处置、转移、相关的权利或所有权的行为。这里的“隐瞒或掩饰”与(一)目中的规定含义不同,(一)目将“隐瞒或掩饰该财产的非来源”作为目的规定,因此其中的“隐瞒或掩饰”是行为人的主观意思,属主观要件;此目规定的“隐瞒或掩饰”与(一)目规定的“转换或转让”一样具有实行行为的性质,但是不包含转换和转让行为。对于针对毒赃的数种相关情形实施“隐瞒或掩饰”行为的确切含义,有学者解释为“以各种手段掩盖……”,或“对……作虚假说明或显示”。^①我们认为,“以各种手段掩盖……”实际上将(一)目规定的“转换或转让该财产”的行为包含于其中,因此这种表述并不准确;公约中规定的“隐瞒或掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处置、转移、相关的权利或所有权”七种情形,既包括对毒赃财产物理性的隐瞒或掩饰,也包括对毒赃财产权属、性质的掩饰,可以用“隐瞒或掩饰毒赃”概括。因此,(二)目规定的“隐瞒或掩饰”确切含义是指除转换或转让财产以外的其他隐瞒或掩饰毒赃财产的行为,此目罪名可概括为“隐瞒或掩饰毒赃罪”。

值得注意的是此目的主观要件,与(一)目相比,缺少了目的要件的规定,因此有学者认为这是知情犯构成,即由于未对意志因素作出明确规定,“本罪的意志因素既可以是出于‘希望’的态度,也可以是出于‘放任’的态度,换言之,本罪既可以是直接故意,也可以是间接故意。”^②我们认为这种观点值得商榷。第一,(一)目中的“转换或转让”行为之所以有目的要件的限制,是因为由非上游犯罪主体实施的转换或转让毒赃财产的行为,如果不具有隐瞒或掩饰财产非法来源或者协助上游犯罪主体逃避其行为法律后果的目的,便很难认定为具有洗钱性质。第二,(二)目中规定的“隐瞒或掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处置、转移、相关的权利或所有权”,其对行为的规定中本身就包含了与(一)目第一目的相似的要求,即“为了隐瞒或掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处置、转移、相关的权利或所有权”,不存在非出于隐瞒、掩饰目的的隐瞒、掩饰行为,因此罪状表述上不需要再对目的进行限制,但这并不表明(二)目规定的行为没有特定的犯罪目的。第三,有学者指出,“就有关国际公约的实际规定来看,‘明知’的要求往往出现在故意犯罪中对某种情况的进一步强调,不涉及意志因素的单纯的认识因素并不独立构成这类犯罪的主观要件(心理要件)。”^③我们认为,(二)目中规定的“明知”即应作此理解,即属于对认识因素的强调,而不能据此就认为(二)目中没有对意志因素的要求。第五,从国际刑法和国内刑法的区别上讲,国际犯罪构成主观要件中的故意与国内刑法上犯罪构成主观方面中的故意既有联系又有区别,其联系是都包含着认识因素和意志因素,都区分为直接故意和间接故意;其区别在于,国内刑法中的犯罪故意是指明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,故意的心理态度同时指向危害行为和危害结果,而“构成国际犯罪主观要件的故意,主要是指对有关公约中规定的危害行为的认识和对该行为实施终了的追求,而不包括对危害结果的心理态度,不问其对事后出现的危害结果有无认识、是否追求;只有在有关公约明确地把某种特定危害结果规定为该犯罪的客观要件的场合,其主观要件才应当同时包括对危害行为和危害结果的认识和追求。”^④就(二)目规定的行为来看,隐瞒或掩饰毒赃财产是洗钱行为的本质所在,行为人明知财产的毒赃性质,因而对隐瞒或掩饰行为的洗钱性质有明确认识,实施了隐瞒或掩饰毒赃的行为并追求其行为实施终了,对洗钱行为本身当然是一种“希望”的态度。据此,我们认为,(二)目的规定也是故意犯构成,属于直接故意犯罪。

实施此目规定犯罪的主体,从公约规定上看,既可能是实施了(a)项规定的毒品犯罪的人,也可能是未实施(a)项规定的毒品犯罪的人。

3. 第3条第1款(c)项(一)目规定,“在收取财产时明知财产得自按本款(a)项确定的犯罪或参与此种犯罪的行为而获取、占有或使用该财产。”需要明确的是,第3条第1款(b)项规定的洗钱行为是典型的洗钱行为,即对毒赃财产进行隐瞒或掩饰的行为;第3条第1款(c)项(一)目、(四)目规定的是非典型的洗钱行为,在一些国家的国内法中,并没有将公约中列举的非典型洗钱行为规定为洗钱罪。由于是非典型的洗钱行为,因此各国基于法律理论的差异和打击犯罪现实情况的不同,对此类行为的评价可能存在差异,因此反映到立法上也应该有盘桓的余地。公约(c)项第一句即对其下四目规定作了限制,即“在不违背其宪法原则及其法律制度基本概念的前提下”,意即在实现国际公约向国内法的转化时,授权各国根据本国宪法规定和法律理念对(c)项作出选择性规定,规定也可,不规定也可。对此问题,有学者指出,“将(b)项所指明的洗钱行为确立为国内法中的刑事犯罪对公约的缔约国是一种强制性义务,是公约缔约国自愿承担的强制性义务,而(c)项所列举的洗钱行为,则允许国家履行义务时将国内宪法的规定作为一个‘保护阀’。”因此,明确公约(b)项是强制性规定,(c)项是选择性规定,对于评价各国国内

法对公约义务的履行程度尤为重要。

此目规定的犯罪的客观要件是获取、占有或使用毒赃财产。获取，指以各种方式取得财产所有权，包括购买、交换、接受赠与等，这种方式与（b）项（一）目规定的“转让”财产的行为正相对应，即毒品犯罪者转让毒赃财产，洗钱行为人受让而获取财产。使用，指以各种方式对毒赃财产加以利用，如用于购买消费品、投资等。需要特别注意的是“占有”，这是国内公开发表的公约译文中对公约英文原文“possession”一词的翻译，对此有学者提出批评，指出“占有”为一特定的民法术语，意指所有权中的一项具体权能，“持有”则为一特定的刑法术语，意指对非法财物或违禁物品的实际控制与支配，可以包括对财物不享有占有权，但事实上对该财物具有支配控制状态的情形，是与作为和不作为相并列的一种特殊的犯罪的行为形式。我们认为这种观点很有见地，应当将公约中“possession”译为“持有”。但是，其论据并不准确。首先，就“占有”在民法上的含义而言，通说认为是指“占有人对物有事实上管领力的事实”，占有的本质是事实。占有事实与所有权的占有权能不是一个层次的概念，占有根据本权（主要是物权和债权）的有无区分为有权占有和无权占有，所有权的占有权能只是基于物权的有权占有的一种情形。不仅如此，在民法上，“因窃盗、强盗、抢夺、诈欺及恐吓而置于自己管理下之物，属占有。”就“持有”的刑法上含义而言，是指对财物的实际控制，对物品的控制状态通常起始于作为，以不作为维护其存在状态，具有作为与不作为相交融的特点；但持有本身是一种状态，既区别于作为，也有异于不作为。从内涵上分析，民法上的“占有”与刑法中的“持有”在对财物的实际控制上是一致的，区别在于所控制财物的范围，民法上对任何财物都可能存在占有事实，进而区分为有权占有和无权占有、善意占有和恶意占有等，而刑法中的持有只能是作用于刑法所明确规定的财物，因此，民法上的“占有”实际上比刑法中的“持有”意义更广，这是应当将公约中“possession”译为“持有”的最重要的理由。其次，“占有”并非民法所独有的术语，刑法上也存在“占有”的概念，以我国为例，我国刑法第192条、第193条、第196条、第224条、第270条、第271条、第382条即在条文中明确规定了主观方面“以非法占有为目的”或者客观方面“非法占有”、“非法占为己有”，其中第270条侵占罪、第271条职务侵占罪和第382条贪污罪属于典型的“占有型犯罪”；在我国刑法学上，对侵犯财产罪章规定的犯罪的目的表述上，一般均为“以非法占有为目的”。我们认为，刑法上的占有有两种意义，第一是作为状态犯的占有，即“犯罪行为终止后，客体仍然继续遭受侵害的一种状态”，如盗窃后对盗窃对象的占有，“以非法占有为目的”即是这种意义上的“占有”；第二是变有权占有为无权占有，这里的“有权占有”既指民法意义上的（如侵占罪），也指行政法意义上的（如贪污罪）。这两种意义上的“占有”均与“持有”有别，刑法中的持有型犯罪并无先行犯罪的规定，被刑法评价的仅是持有行为本身，因而不是状态犯，而是行为犯，区别于作为状态犯的占有；持有型犯罪的对象是特定的管制物品，这是各国刑法的通例，因此持有型犯罪是一种行政犯，行为人对持有的对象不存在有权持有的可能，区别于变有权占有为无权占有的占有。《禁毒公约》中的“possession”，显然属于“持有”性质而非“占有”性质。再次，占有型犯罪是一种作为犯罪，持有型犯罪是一种具有作为与不作为相融合的特点的犯罪。最后，国内立法例已经出现用“possession”规定“持有”而非“占有”的情形，如美国《模范刑法典》的行为条款。基于上述分析，此目规定的犯罪的客观要件应当是获取、持有或使用毒赃财产，罪名可概括为“获取、持有或使用毒赃罪”。

此目规定的主观要件是“明知财产得自按本款（a）项确定的犯罪或参与此种犯罪的行为”。这一主观要件的含义与（b）项的规定相同。与（b）项相比，此目规定的客观要件不是典型的隐瞒或掩饰毒赃财产的洗钱行为，特别是与（b）项（一）目的非上游犯罪主体实施的“转换或转让”毒赃财产行为相比，同样是难以认定洗钱性质的行为，但是公约对“转换或转让”行为规定了特定的目的要件，而对“获取、占有或使用”没有目的要件的规定，因此此目的规定属于知情犯构成，即行为人对于洗钱行为（隐瞒或掩饰毒赃行为）的实施既可以是希望的态度，也可以是放任的态度。从结构上看，知情犯构成比故意犯要求更宽松，没有目的要件的规定，因此行为人只要是明知财产的毒赃性质，并且实施了获取、持有或使用的行为，不论出于何种目的，都构成洗钱罪。由于（b）项规定的是洗钱罪的典型形式，（c）项规定的是洗钱罪的非典型形式，因此从形式上看公约对（c）项的规定似乎过苛。我们认为，不能仅从知情犯和故意犯的差别上评价（c）项的规定是否妥当，从洗钱罪的认定来看，（b）项规定的“转换或转让”、“隐瞒或掩饰”行为由于其行为本身的特点，对行为人主观上的洗钱目的容易证明，但是（c）项的“获取、持有或使用”行为的洗钱目的甚难证明，如果在罪状中规定目的要件，无疑给行为人脱罪提供了便利条件，因此不对目的作规定反而有利于洗钱罪的认定；同时，实践中获取、持有或使用毒赃财产的行为人往往并非毒品犯罪人，大量难以认定为洗钱性质的获取、持有和使用毒赃的行为成为毒品犯罪人和（b）项的洗钱犯罪人的后盾，如果将其规定为知情犯构成，就切断了毒品犯罪人和（b）项的洗钱犯罪人的退路。因此，（c）项（一）目的知情犯构成规定方式不仅并不严苛，而且很好地配好了（a）项和（b）项的规定，从而使打

击毒品犯罪和毒赃洗钱犯罪的刑事法网更为严密。

实施此目规定犯罪的主体，从公约上看，仍然既可能是实施了（a）项规定的毒品犯罪的人，也可能是未实施（a）项规定的毒品犯罪的人。

4. 第3条第1款（c）项（四）目规定，“参与进行，合伙或共谋进行，进行未遂，以及帮助、教唆、便利和参谋进行按本条确定的任何犯罪。”对于此目规定的理解应注意以下方面：第一，由于此目规定在（c）项中，因此也属选择性规定，各国在国内法中可以规定，也可以不规定。第二，此目的规定适用于第3条，因此对（b）项和（c）项（一）、（四）目的规定均应适用，即对于“转换、转让或转移毒赃罪”、“掩饰、隐瞒毒赃罪”和“获取、持有或使用毒赃罪”均应适用。第三，此目规定的“参与进行”、“合伙或共谋进行”、“帮助、教唆、便利和参谋”都是清洗毒赃犯罪的共同犯罪性质的犯罪，“进行未遂”是清洗毒赃犯罪的未遂犯，因而罪名可以概括为“共同或未遂的清洗毒赃罪”。据此，此目规定的客观要件是共同或未遂的清洗毒赃的行为，对行为的具体认定应结合（c）项（四）目的规定与（b）项、（c）项（一）目的规定。

此目规定的主观要件是故意，并且应当根据所实施的特定的清洗毒赃犯罪加以确定，对于共同实施（b）项（一）目规定的犯罪或实施未遂，其主观要件是直接故意，并具有隐瞒或掩饰财产非法来源或者协助任何涉及此种犯罪的人逃避其行为的法律后果的目的；对于共同实施（b）项（二）目规定的犯罪或实施未遂，其主观要件也是直接故意，并具有隐瞒或掩饰毒赃财产的目的；对于共同实施（c）项（一）目规定的犯罪或实施未遂，其主观要件是间接故意。

（二）《有组织犯罪公约》在洗钱罪犯罪构成上的发展

《有组织犯罪公约》的动议始于1994年，1999年底形成了《联合国反跨国组织犯罪公约（修订草案）》，到2000年方形成《联合国打击跨国组织犯罪公约》正式文本，并于2000年12月12日—15日举行了政治签署会。《有组织犯罪公约》的订立比《禁毒公约》晚十二年，在洗钱犯罪的规定方面有了较大发展，集中体现在第6条“洗钱行为的刑事定罪”。虽然《有组织犯罪公约》尚未生效，但是它反映了国际刑法领域对洗钱犯罪研究的新进展，规定了惩治洗钱犯罪的新举措，在洗钱罪的犯罪构成上有重大突破，而公约的生效以及我国的正式加入又是必然的，因此有必要对公约在洗钱罪犯罪构成上的发展进行研究。对比《有组织犯罪公约》和《禁毒公约》可以发现《有组织犯罪公约》具有以下特点：

1. 从名称上明确了对洗钱行为的法律规定。《有组织犯罪公约》第6条名称为“洗钱行为的刑事定罪”，专门就洗钱行为的定罪问题作出规定，而不是像《禁毒公约》第3条将洗钱行为作为毒品犯罪的一部分加以规定。《有组织犯罪公约》第7条名称为“打击洗钱活动的措施”，专门就打击洗钱行为的国内制度措施和国际司法协助作出规定，而不是像《禁毒公约》那样将打击洗钱的措施包含在打击毒品犯罪的措施之中。从法条排列顺序上看，第6条、第7条紧随于第5条“参加有组织犯罪集团行为的刑事定罪”之后。这样一种立法模式，使打击洗钱行为对于打击跨国组织犯罪的意义彰显，符合目前跨国组织犯罪的客观现实和发展趋势，体现了对打击跨国组织犯罪的规律性认识。与《禁毒公约》相比，《有组织犯罪公约》不仅适当地提升了洗钱罪的位置，从而给予洗钱罪以更为沉重的打击；同时也理顺了洗钱罪与其上游犯罪的关系，洗钱罪不再与其上游犯罪混同，而具有了独立的条文规定。

2. 《有组织犯罪公约》第6条第1款（a）、（b）两项规定分别对应于《禁毒公约》第3条第1款（b）项和（c）项（一）、（四）目的规定。在四个罪名的客观要件和主观要件关键词语的表述上，两个公约基本一致，如“转换或转让”、“隐瞒或掩饰”、“获取、持有或使用”等。但是也存在两处明显的差别。第一，《禁毒公约》对前两种毒赃洗钱犯罪的限定语是“各缔约国应采取可能必要的措施将下列故意行为确定为其国内法中的刑事犯罪”，而《有组织犯罪公约》对前两种洗钱罪的限定语为“各缔约国均应依照其本国法律基本原则采取必要的立法及其他措施，将下列故意行为规定为刑事犯罪”，后者增加了“应依照其本国法律基本原则”。前面已经论述过，这种限定对于国内立法属于强制性规定，即公约的规定必须在国内法上有所体现，公约在规定缔约国将国际法规定转换为国内法的义务的同时强调应依照各国法律基本原则，文字改动虽然微小，但却体现了对国际法与国内法关系的恰当定位，即“国际法和国内法是法律的两个不同的、独立的体系，国际法不能干预国家按照主权原则所制定的国内法，国家也不能因国内法的规定来改变国际法或用以对抗其所承担的国际法上的义务。”第二，《禁毒公约》对后两种毒赃洗钱犯罪的限定语是“在不违背其宪法原则及其法律制度基本概念的前提下”，而《有组织犯罪公约》对后两种洗钱犯罪的限定语是“在符合其本国法律制度基本概念的情况下”，后者去掉了“不违背宪法原则”的规定。前面也已经论述过，这种限定对于国内立法属于选择性规定，就两公约规定的两种非典型洗钱行为而言，其是否应当规定为犯罪，亦即应否给予刑法评价，主要是刑法制度中的问题，而很难从极具抽象性、概括

性且关乎国家制度、政权组织形式和人民基本权利义务的宪法原则中找到切实有效的标准和依据。因此，《有组织犯罪公约》的规定，实际上明确了洗钱行为犯罪化的问题，究其实质是刑法制度基本概念的问题。

3. 《有组织犯罪公约》广泛地扩大了洗钱罪上游犯罪的范围，使洗钱罪不再局限于对毒赃财产的清洗，从而使对洗钱罪的法律界定更加准确和符合实际，并顺应打击跨国组织犯罪和洗钱罪的客观要求。公约第6条第2款（a）项规定，“各缔约国均应寻求将本条第1款适用于范围最为广泛的上游犯罪”，（b）项规定，“各缔约国均应将本公约第2条所界定的所有严重犯罪和根据本公约第5条、第8条和第23条确立的犯罪列为上游犯罪。缔约国立法中如果明确列出上游犯罪清单，则至少应在这类清单中列出与有组织犯罪集团有关的范围广泛的各种犯罪。”这里涉及的“第2条所界定的所有严重犯罪”根据公约第2条（b）项是指“构成可受到最高刑至少四年的剥夺自由或更严厉处罚的犯罪的行为”，第5条确立的犯罪是指“参见有组织犯罪集团行为”构成的犯罪，第8条确立的犯罪是指“腐败行为”构成的犯罪，第23条确立的犯罪是指特定的“妨害司法”构成的犯罪。从上述规定可以看出，《有组织犯罪公约》将洗钱罪的上游犯罪的范围扩大为有组织犯罪、腐败犯罪、特定的妨害司法犯罪和其他“可受到最高刑至少四年的剥夺自由或更严厉处罚的犯罪”，在国内法明确列举的上游犯罪中，至少应“列出与有组织犯罪集团有关的范围广泛的各种犯罪”；而且，由于（a）项的规定在（b）项之前，因此应当理解为（b）项是公约要求各缔约国在尽可能扩大洗钱罪上游犯罪范围的前提下所作出的最基本的要求，换言之，（b）项规定的范围，各国根据本国国情和本国法律基本原则还可以扩大。这样宽泛的上游犯罪范围，使得洗钱犯罪脱离了《禁毒公约》对上游犯罪过窄的限制，并使洗钱犯罪更加接近于其最初的含义，即变犯罪所得为合法收入。循此揣摩公约的立法原意，似乎是认为任何有犯罪所得的严重犯罪都可能随后发生洗钱行为，对这种洗钱行为都应当处罚。这样一种立法精神是否妥当尚值得研究，但是公约适时地扩大洗钱罪上游犯罪范围无论如何是值得肯定的。而且，公约尽管在第6条第2款（b）项对上游犯罪范围作出了强制性规定，但又在第1款规定缔约国在国内法上规定洗钱罪时应当“依照其本国法律基本原则”，在第2款（c）项对上游犯罪发生在缔约国刑事管辖权范围以外的情形规定了“双重犯罪原则”作为限制，应当说这个范围给各国也留有较大的伸缩余地。

4. 《有组织犯罪公约》第6条第2款（e）项的规定相对于《禁毒公约》属于新增的规定。该项规定，“如果缔约国本国法律基本原则要求，则可以规定本条第1款所列犯罪不适用于实施上游犯罪的人”。此项规定意味着，各国对于洗钱罪的主体是否可由上游犯罪的主体构成，在立法上有选择权，根据本国法律基本原则要求，可以规定上游犯罪的主体不构成洗钱罪。《禁毒公约》由于没有这样的规定，而且四种毒赃洗钱犯罪的犯罪构成中也没有对主体作排除性规定，因此从法条逻辑上分析，基本上都能由上游犯罪主体构成。按照大陆法系传统刑法理论，上游犯罪主体实施的销赃行为是其犯罪行为的必然延伸，属于“事后不可罚行为”。如我国刑法通说认为，事后不可罚行为是指“一种犯罪达于既遂之后，不法状态仍然继续存在，其持续不法状态的行为不予单独处罚，如行为人盗窃既遂后的藏匿赃物行为、贩卖赃物行为，毁坏赃物行为等等”。《有组织犯罪公约》的规定正是顾及了“事后不可罚行为”这种“本国法律基本原则要求”，表现出对各国国内法立法权的充分尊重，同时也从反面说明，就公约中规定本身的含义而言，其犯罪主体包含了上游犯罪主体。

5. 由于洗钱罪规定在《有组织犯罪公约》中，特别是第6条第2款（b）项规定“缔约国立法中如果明确列出上游犯罪清单，则至少应在这类清单中列出与有组织犯罪集团有关的范围广泛的各种犯罪”，从而表明在洗钱罪范围广泛的上游犯罪中联合国对跨国组织犯罪尤为重视，而打击洗钱犯罪也成为打击跨国组织犯罪的极为重要的一环。美国学者指出，“在美国，对犯罪所得收益的洗钱已成为一个有利可图的非常复杂的行业，并且是有组织犯罪的一个必不可少的组成因素。犯罪活动如不能通过洗钱技术来转移或隐瞒巨大财富，大规模的犯罪活动便只能在目前规模的一小部分得以实施，而且远不及现在的犯罪实施起来那样得心应手。”对洗钱犯罪的惩治，其意义不仅仅在于没收犯罪收益，也不仅仅在于发现和查处上游犯罪，还在于剥夺上游犯罪进一步滋生扩张的经济基础，从而实现对上游犯罪经济上的嵌制和打击，这对于多具有经济性特征的跨国犯罪组织而言，可以说是强有力的斗争手段。从《禁毒公约》到《有组织犯罪公约》，国际公约对洗钱罪的规定从着眼于毒品犯罪发展到着眼于有组织犯罪，从着眼于上游犯罪的罪种发展到着眼于上游犯罪的规模，显示出对洗钱罪罪质认识的不断深化。

二、我国刑法中洗钱罪的犯罪构成分析

循此循此如同国际公约中对洗钱罪的规定经历了从《禁毒公约》到《有组织公约》的发展变化，我国刑法中对洗钱罪的确立也有一个立法渐进过程，这一过程也就是我国履行国际法上义务，从刑法立法上对国

际公约不断作出回应的过程。需要指出的是，由于我国新刑法典通过于1997年，因此其中洗钱罪的规定仅是对《禁毒公约》的回应。对现行刑法中洗钱罪犯罪构成的分析，是判断我国立法在惩治洗钱问题上对国际公约的回应程度，以及以公约规定为鹄的，根据本国法律制度基本概念完善洗钱罪犯罪构成的基础。

（一）我国刑法中洗钱罪的立法进程

我国1979年刑法没有规定洗钱罪，在当时的立法条件下，对于洗钱行为只能适用刑法第172条以窝赃、销赃罪定罪处罚。1989年9月4日，第九届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过了《关于〈联合国禁止贩运麻醉药品和精神药物公约〉的决定》，正式批准了我国加入《禁毒公约》，为履行将公约中规定的毒品犯罪转换为国内法规定的义务，1990年12月，第七届全国人大常委会第十七次会议通过了《关于禁毒的决定》（本文均简称为《禁毒的决定》）。《禁毒的决定》第4条第1款规定，“包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的，为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物的，掩饰、隐瞒出售毒品获得财物的非法性质和来源的，处七以下有期徒刑、拘役或者管制，可以并处罚金。”这是我国刑事立法对国际公约中洗钱罪的首次立法回应。

对《禁毒的决定》第4条的罪名问题，曾经出现过较大争议，有“一罪名说”、“二罪名说”和“三罪名说”。“一罪名说”认为，第4条只规定了一个新的罪名，即掩饰、隐瞒出售毒品获得财物的非法性质和来源罪；“二罪名说”认为，第4条规定了两种新罪，即包庇毒品犯罪分子罪和毒品窝赃罪；“三罪名说”认为，第4条规定了三个新罪名，即包庇毒品犯罪分子罪、窝藏毒品罪和窝藏毒品犯罪所得的财物罪。通说认为，《禁毒的决定》包含4个罪名，即包庇毒品犯罪分子罪、窝藏毒品罪、窝藏毒品犯罪所得的财物罪，以及掩饰、隐瞒出售毒品获得财物的非法性质和来源罪。据从1994年实施的《最高人民法院关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》来看，司法解释与通说的观点是一致的，《解释》第1条对《禁毒的决定》的罪名规定为“包庇毒品犯罪分子罪（第四条第一款）；窝藏毒品、毒赃罪（第四条第一款）；掩饰、隐瞒毒赃性质、来源罪（第四条第一款）”。一般认为，这里的“掩饰、隐瞒毒赃性质、来源罪”属于对洗钱犯罪的规定。

1997年新刑法典在完善《禁毒的规定》第4条的基础上，在第191条明确规定了洗钱性质的犯罪，根据1997年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的解释》，第191条的罪名为“洗钱罪”，这种设专条规定洗钱罪的方式，“为惩治洗钱活动提供了立法上的依据，为国际间共同打击洗钱活动建立了法律渠道，标志着我国在此领域的立法与世界接轨。”与《禁毒的决定》相比，新刑法对洗钱罪的规定有以下特点：第一，将洗钱罪纳入“破坏社会主义市场经济秩序罪”章的“破坏金融管理秩序罪”部分；第二，扩大上游犯罪的范围，由原来的毒品犯罪扩大为毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪；第三，对洗钱罪的客观方面明确规定了五种行为；第四，处罚上设置了两个刑度，总体上较《禁毒的决定》为重，对罚金的规定采用了比例制规定；第五，明确规定了单位犯罪，采双罚制原则；第六，用语更准确，与国际公约的表述更加接近，如“违法所得及其产生的收益”、“为掩饰、隐瞒其来源和性质”等语；第七，对于毒赃，专门于第349条规定了“窝藏、转移、隐瞒毒赃罪”，即“为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒犯罪所得的财物”。

2001年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过的《刑法修正案（三）》再次对洗钱罪的上游犯罪进行了扩充，其第7条明确地将恐怖活动犯罪纳入洗钱罪的上游犯罪。同时，作为对第120条“组织、领导、参加恐怖组织罪”的补充，修正案（三）以新增法条和修改原有法条的方式规定了数种恐怖活动犯罪，如第120条之一“资助恐怖活动罪”、第125条第2款“非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪”，从而使第191条的上游犯罪进一步明晰。

经过《禁毒的决定》、1997年新刑法典的创制和刑法修正案（三）的立法进程，我们可以将我国刑法中的洗钱罪定义为明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益，仍以各种方法掩饰、隐瞒其来源和性质的行为。

（二）刑法第191条洗钱罪的犯罪构成

根据1997年刑法典第191条和刑法修正案（三）第7条的规定，我们对我国刑法第191条洗钱罪的犯罪构成作以下分析：

1. 洗钱罪的客体特征。我国刑法学界对洗钱罪的客体问题存在争议。具有代表性的有四种观点：第一种观点认为，本罪客体是复杂客体，具有多重性和可变性，如果洗钱行为是通过银行或者其他金融机构进行的，则破坏了国家对金融活动的监管制度；如果洗钱行为是通过国家金融机构的周转活动以外的方式进行的，则未必构成对国家金融管理制度的破坏。此外，持这种观点的学者还认为根据违法所得及其收益的来源，洗钱罪还分别侵犯了社会治安管理秩序（毒品犯罪、黑社会性质的犯罪）或国家的对外贸易管制（走私犯罪）。第二种观点认为，本罪客体是复杂客体，即司法机关的活动、公共治安秩序和经济金融秩

序。第三种观点认为，本罪客体是复杂客体，即国家对金融的管理制度和社会治安管理秩序。第四种观点认为，本罪客体是复杂客体，即国家关于金融活动的管理制度和司法机关查处犯罪的正常活动。此外，还有学者从立法角度出发，认为将本罪置于妨害金融管理秩序罪一节而不是将之放入妨害司法罪一节，值得探讨，这实际上也是对本罪客体的质疑。

我们认为，从广义上讲，洗钱行为也是一种包庇行为，妨害了司法机关对犯罪的追究，具有一定的妨害司法管理制度的性质。但是从刑法第191条规定的洗钱罪行为方式来看，主要是通过银行或其他金融机构实施，因此其社会危害性也主要体现于对金融监管制度的侵害，将洗钱罪置于破坏金融管理秩序罪一节，不无道理。在分析本罪所侵犯的客体时，我们认为应当从违法所得及其收益的来源和洗钱行为的具体方式来进行分析，因此赞同上述第一种观点，即从刑法规定来看，本罪的客体具有多重性和可变性，根据具体洗钱行为方式的不同和上游犯罪的不同，侵犯的客体中可能包含国家金融管理制度、社会管理秩序、国家的对外贸易管制中的一种或几种。

2. 洗钱罪的客观特征。本罪的犯罪对象是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益。毒品犯罪，是指刑法分则第六章第七节走私、贩卖、运输、制造毒品罪中所规定的毒品犯罪，但不包括第349条规定的窝藏、转移、隐瞒毒赃罪，因为此罪与洗钱罪存在法条竞合关系，根据特别法优于一般法的原则，对于窝藏、转移、隐瞒毒赃的行为应适用第349条的规定。走私犯罪，是指刑法分则第三章第二节所规定的犯罪。恐怖活动犯罪，是指刑法第120条规定的组织、领导、参加恐怖组织罪和刑法修正案（三）所规定的恐怖活动犯罪。黑社会性质的组织犯罪，是指由黑社会性质组织实施的犯罪，对黑社会性质组织的认定，应当根据刑法第294条第1款的规定。所谓违法所得，指实施毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪而直接得到的财产；所谓违法所得产生的收益，是指将上游犯罪的违法所得用于投资、储蓄或者其他营利活动而收取的财产利益，相对于违法所得而言，这是间接得到的财产。根据刑法第191条的规定，本罪的具体行为方式有五种：

（1）“提供资金帐户”，指将提供自己的金融帐户给上游犯罪人用以存入上游犯罪违法所得及其收益，或者金融机构或其工作人员为实施了上游犯罪的人提供帐户。

（2）“协助将财产转换为现金或者金融票据”，指协助将上游犯罪违法所得及其收益中非以现金或者金融票据形式存在的部分转换为现金或者金融票据形式。

（3）“通过转帐或者其他结算方式协助资金转移的”，指协助将上游犯罪的违法所得及其收益混入合法收入中，通过银行或其他金融机构以转帐或其他结算方式，加以转移而混同为合法收入。

（4）“协助将资金汇往境外”；指协助将上游犯罪的违法所得及其收益通过在境内银行或其他金融机构开设的帐户，逃避境内机构对犯罪收入的监管而汇往境外。

（5）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的，指除上述列举的四种行为以外的其他掩饰、隐瞒上游犯罪违法所得及其收益的性质和来源的行为。如现金走私、投资现金密集的行业、逆向跳洗等。

3. 洗钱罪的主体特征。本罪主体为一般主体，即年满16周岁、具有刑事责任能力的人。根据第191条第2款的规定，单位也可成为本罪的主体。这里的关键问题是我国刑法中洗钱罪的主体是否可由上游犯罪主体构成。对此有学者持肯定意见，认为“洗钱犯罪的主体可以是从事毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的行为人”；也有学者持否定意见，认为“洗钱犯罪的主体不应包括其上游犯罪的主体，上游犯罪主体在钱财到手后转移隐匿等行为应认定为其上游犯罪的自然延伸”，或者认为“从立法技术而言，洗钱犯罪的主体也不应是‘上游犯罪’的实行犯或其共犯，即它只能是‘上游犯罪’行为以外的与之没有共犯关系的自然人或者单位”。我们赞同否定意见，即认为根据我国刑法，上游犯罪主体不能同时构成对其犯罪所得及其收益的洗钱罪。这是由于，一方面根据我国刑法理论，上游犯罪人实施的洗钱性质的行为是“事后不可罚行为”；另一方面，我国刑法第191条对洗钱罪客观方面的规定，第191条第1款第1项使用了“提供”、第2、3、4项使用了“协助”，第5项规定的“其他方法”也应当按“提供”、“协助”理解，这说明刑法第191条规定的洗钱行为仅指与上游犯罪人事前无通谋的起帮助作用的洗钱行为，因此上游犯罪主体对其犯罪所得及其收益进行的洗钱性质的行为不能构成洗钱罪。当然，如果行为人既实施了洗钱罪的上游犯罪，又实施了协助并非其共犯的其他上游犯罪人的洗钱行为，其洗钱行为可构成洗钱罪，而与其实施的上游犯罪实行数罪并罚。

此外，有学者提出，“我国刑法关于洗钱罪主体应当限制得小一些，非金融机构不应构成，否则，普通的企事业单位和个人向毒品犯提供账号的，定洗钱罪，而向金融诈骗犯提供账号的，就定窝赃罪或者别的什么罪，这在理论上说不通。”我们认为这种观点值得商榷，从刑法第191条的规定来看，洗钱罪的客观方面行为既可由金融机构实施，也可由非金融机构的单位构成，只不过这些行为通常要通过金融途径实

施，因而表现出侵犯金融监管制度的特征，将洗钱罪的单位犯罪主体限制为非金融机构，明显地缩小了打击面，不利于洗钱罪的惩治。

4. 洗钱罪的主观特征。本罪在主观方面表现为故意，即行为人明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益，而故意通过提供资金帐户等方法掩饰、隐瞒其来源和性质，行为人主观上具有掩饰、隐瞒上游犯罪违法所得及其收益的目的，因此是直接故意。

“明知”的内容必须是财产性质属于毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益。对洗钱罪中“明知”的程度是一个颇多争议的问题，存在以下不同见解：第一种观点是“确定说”，认为“明知”就是行为人明白地知道是法条中规定的特定犯罪的违法所得及其产生的收益，在法律含义上只能表现为行为人的确定性认识。第二种观点是“可能说”，认为刑法中的“明知”不要求确知，即不要求行为人确定地、确切地、确实地知道是犯罪所得及其收益，只要有这种认识的可能性足可成立“明知”。第三种观点是“确定或可能说”，认为“明知”包括两种情况，一是行为人确切地知道他人的财产就是特定犯罪的违法所得及其产生的收益；二是行为人虽然不是确切地知道，但是他人的财产可能是上述犯罪的违法所得及其产生的收益。第四种观点是“确定、应当或可能说”，认为“明知”除了包括确实知道外，还应包括应当知道和可能知道两种情况。第五种观点是“充足理由怀疑说”，认为“明知”的内容既可以是确定的，也可以是不确定的，只要有充足的理由怀疑就可以构成。

我们认为，对“明知”的理解应当结合《禁毒公约》、我国立法和司法解释以及司法实践整体考虑。首先，将“明知”仅仅理解成确知是不妥当的，就洗钱罪来说，这种对“明知”的理解无疑使证明行为人的主观方面甚为困难，对于有大量事实证据证明行为人对财产性质“应当知道”的，不失为一种“明知”。而且，由于刑法第191条是履行《禁毒公约》中义务的产物，在关键词语的含义上也应与公约一致，而《禁毒公约》中的“明知”既包括“确知”即事实上知道，也包括“应知”即应当知道。因此，“确定说”是不对的，我们赞同将“明知”解释为“确知或应当知道”。其次，“应当知道”不同于“可能知道”，可能性是不确定的，如果仅仅是可能知道财产的性质，就很难符合法条中规定的“为掩饰、隐瞒其来源和性质”的目的要件，因而不能构成洗钱罪；“应当知道”实际上是具有确定性的事实推定，即法官根据案件事实和证据材料得出行为人对财产性质“必然是知道的”、“不可能不知道”这样的结论。因此，涉及“可能说”的观点也是不对的，“充足理由怀疑说”也存在同样的问题。第三，“应当知道”不同于“应当预见”，是犯罪故意的认识因素，“应当知道”是“明知”的一种情况，行为人认识因素的规范评价价值等同于“确知”；“应当预见”是疏忽大意过失的认识因素，是“不知”的一种情况，有学者还指出两者的作用和证明方法也不相同。因此，将洗钱罪中的“明知”解释为“确知或应当知道”不会导致“洗钱罪存在过失情形”的误解。第四，我国已有司法解释对其他罪中的“明知”解释为“知道或应当知道”的先例。如《最高人民法院最高人民检察院关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》（1996年12月16日）第9条规定：“认定窝赃、销赃罪的‘明知’，不能仅凭被告人的口供，应当根据案件的客观事实予以分析。只要证明被告人知道或者应当知道是犯罪所得的赃物而予以窝藏或者代为销售的，就可以认定。”再如《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2000年12月11日）第10条规定：“刑法第三百四十五条规定的‘非法收购明知是盗伐、滥伐林木’中的‘明知’，是指知道或者应当知道。具有下列情形之一的，可以视为应当知道，但是有证据证明属被蒙骗的以外：……”可见，将“明知”解释为确知和应当知道也是司法实践的趋势。值得注意的是，我国刑法对“明知”的规定有多处，其含义并不一致，如第14条关于故意犯罪的定义中使用了“明知”，第310条、第312条、第349条等规定了“明知”，第219条“侵犯商业秘密罪”却规定了“明知或应知”，虽然这并不影响对洗钱罪中“明知”含义的确定，但是从刑法用语含义的前后一致性上讲，还有进一步研究和协调的必要。

三、完善洗钱罪犯罪构成的构想

（一）对两公约和我国刑法中洗钱罪犯罪构成的比较

在充分分析《禁毒公约》和《有组织犯罪公约》对洗钱罪的规定之后，考察我国刑法第191条对洗钱罪犯罪构成的规定，可以发现我国的规定与两公约既有许多一致之处，同时也存在一些重大差异。

一致之处表现在：第一，从上游犯罪范围来看，我国刑法第191条规定的洗钱罪上游犯罪范围是在《禁毒的决定》基础上发展而来，这个范围不仅涵盖了《禁毒公约》中的规定，而且还有超出《禁毒公约》规定范围的规定，即将黑社会性质的组织犯罪和走私犯罪也作为洗钱罪的上游犯罪；虽然这个范围相对于

《有组织犯罪公约》规定显得狭窄，但是一方面在公约所要求的将有组织犯罪作为洗钱罪上游犯罪的问题上我国已经打下基础，另一方面我国对洗钱罪上游犯罪范围规定的主旨和发展趋势与国际公约是一致的，即扩大洗钱罪上游犯罪的范围，对洗钱罪予以更有力的打击。第二，从洗钱罪的客观方面来看，我国刑法第191条规定的客观方面行为是“掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的”行为，这与两公约规定的典型的洗钱行为，即“转换或转让”犯罪所得财产的行为和“隐瞒或掩饰”犯罪所得财产的行为罪质相同，并且都使用了“掩饰”、“隐瞒”这样揭示洗钱罪典型特征的术语。此外，第191条列举的五种洗钱行为都可以归于两公约对洗钱行为的规定，如“提供资金帐户”、“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的”符合两公约规定的“隐瞒或掩饰”犯罪所得财产的行为，“协助将财产转换为现金或者金融票据”、“通过转帐或者其他结算方式协助资金转移”、“协助将资金汇往境外”符合两公约规定的“转换或转让”犯罪所得财产的行为。第三，洗钱犯罪的主观方面来看，我国刑法中的洗钱罪是故意犯罪，认识因素是“明知”财产性质，并有掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益来源和性质的目的，这与两公约中规定的典型的洗钱罪，即“转换或转让”犯罪所得财产的行为和“隐瞒或掩饰”犯罪所得财产的行为是一致的。

差异表现在：第一，两公约都规定了“获取、持有或使用”行为构成的洗钱罪，这类洗钱罪的主观方面可以由间接故意构成，还规定了“共同或未遂”的洗钱罪；对于前一种洗钱罪，我国刑法没有规定为洗钱罪，只能适用第312条窝藏、转移、收购、销售赃物罪。对于后一种洗钱罪，我国通过共同犯罪理论、犯罪未遂理论和洗钱罪的规定加以解决。第二，就典型的洗钱行为来说，两公约的表述与我国的规定存在差异，如公约规定的“转换或转让行为”，我国是通过列举转换或转让行为的具体形式加以规定的。再如“隐瞒或掩饰”财产行为，两公约列举了作为行为对象的“财产的真实性质、来源、所在地、处置、转移、所有权或有关的权利”，既涉及对犯罪所得财产物理性的隐瞒或掩饰，也包括对其权属、性质的掩饰，非常缜密，但我国刑法中的洗钱罪仅涉及对犯罪所得财产及其收益的性质和来源的隐瞒、掩饰，而不包括对其他相关情形的隐瞒、掩饰，也不包括对犯罪所得财产及其收益实体的隐瞒或掩饰。在我国刑法中，对隐瞒或掩饰毒赃财产实体的行为，适用第349条窝藏、转移、隐瞒毒赃罪的规定，对隐瞒其他赃物财产实体的行为，适用第312条窝藏、转移、收购、销售赃物罪的规定。第三，从上游犯罪范围来看，《有组织犯罪公约》规定的范围比我国刑法规定的范围要广得多。第四，从主体来看，按照两公约的规定，洗钱罪和上游犯罪可以由同一主体实施，而按照我国刑法规定，洗钱罪主体不能与上游犯罪是同一主体，也不能与上游犯罪主体存在共犯关系；我国刑法中明确规定了单位可以构成洗钱罪主体，而公约中的洗钱罪主体是个人，这种区别的出现，是由于国际犯罪是以个人的犯罪行为为基础的，国际犯罪的刑事责任以“个人的刑事责任”（individual criminal responsibility）为基本原则，因此国际犯罪的主体主要是实施国际犯罪的个人，包括以个人的犯罪行为为基础的有组织犯罪中的犯罪组织。

（二）完善我国刑法中洗钱罪犯罪构成的建议

基于上述比较，为更妥善地履行我国由《禁毒公约》所确定的义务，并反映《有组织犯罪公约》反映出的国际立法动向，从而对国际公约和国际打击洗钱犯罪形势作出积极有效的回应，我们对完善我国刑法中的洗钱罪犯罪构成提出以下建议：

1. 合理扩大洗钱罪上游犯罪的范围。根据《有组织犯罪公约》第6条第2款（a）项的规定，各缔约国均应寻求将洗钱罪的规定适用于范围最为广泛的上游犯罪，根据第2款（b）项的规定；各缔约国必须将有组织犯罪、腐败犯罪、特定的妨害司法犯罪和其他“可受到最高刑至少四年的剥夺自由或更严厉处罚的犯罪”规定为犯罪，如果明确列出上游犯罪清单，则至少应列出与有组织犯罪集团有关的范围广泛的各种犯罪。以上规定显示出国际洗钱犯罪立法的重要趋势，即尽可能扩大洗钱罪上游犯罪的范围。我国已有多位学者根据自己的研究提出应当扩大洗钱罪上游犯罪范围。也有学者认为“我国刑法规定的洗钱罪的‘上游犯罪’范围并非狭窄，而是具有明确性和可伸缩性”，并指出“可伸缩性体现在对黑社会性质的组织犯罪外延很广”，由于《有组织犯罪公约》的示范作用和打击洗钱犯罪的现实，这种观点是不能支持的。就扩大的上游犯罪的种类而言，《有组织犯罪公约》中规定的腐败犯罪、特定的妨害司法犯罪都应当在洗钱犯罪的上游犯罪中加以规定。同时，有学者提出，“对通过洗钱方式将国有资产化为己有的问题也应引起高度重视”。通过洗钱方式将国有资产化为己有的问题虽然是反腐败问题的一部分，但属于洗钱犯罪中危害性极大的新问题，在立法上应当予以关照。

2. 根据公约周密规定洗钱罪的客观方面。由于洗钱罪是从国际公约的规定中转化而来，因此对其客观方面的表述应当尽可能与国际公约的规定一致。一方面，在洗钱罪行为方式上，对于两公约规定的非典型的洗钱行为中的“获取、持有或使用”行为，由于存在《禁毒公约》所规定的义务，我国刑法应当予以规定。另一方面，对于典型的洗钱行为，即两公约中规定的“转换或转让”行为、“隐瞒或掩饰”行为，应

当在我国刑法中按公约的表述进行规定，同时应当把窝藏、转移、隐瞒毒赃罪和窝藏、转移、收购、销售赃物罪中按公约规定具有洗钱性质的行为纳入洗钱罪的规定。从目前刑法第191条的规定来看，对于两公约规定的“转换或转让”行为不适当地采取列举式规定，使得对此类洗钱行为的打击面过窄；对于两公约规定的“隐瞒或掩饰”行为，仅仅规定了对财产性质和来源的掩饰，而对隐瞒或掩饰财产所在地、处置、转移、所有权或有关权利的行为则不能按洗钱罪定罪，同时却又将对毒赃财产实施的隐瞒毒赃实体的行为特别规定为隐瞒毒赃罪，造成立法的缺失和矛盾。

3. 可以考虑规定上游犯罪主体也可同时构成洗钱罪主体。虽然根据我国刑法理论，上游犯罪主体实施的洗钱性质的行为属于事后不可罚行为，并且，《有组织公约》规定缔约国可以基于本国法律基本原则的要求规定洗钱罪不适用于实施上游犯罪的人，但是洗钱犯罪毕竟是一种危害性甚巨的特殊犯罪。有学者从三个方面论述了扩张洗钱罪主体的必要性。第一，这种扩张与传统的赃物犯罪只处罚上游犯罪的他犯确有失衡的存在，但这种失衡是历史的必然，是维护现代金融秩序与建立国际金融体系的客观需要；第二，对上游犯罪主体所实施的洗钱行为已经严重危及现代金融秩序与安全时，对“不可罚的事后行为”理论进行突破是合理的；第三，将洗钱罪的主体扩张到包括上游犯罪，不会引起司法操作的困难，因为洗钱罪和赃物犯罪的界限是清晰的。我们认为这种观点很有价值，但是在洗钱罪的规定上进行理论突破究竟是否妥当还值得进一步研究。

4. 健全对黑社会性质组织犯罪的规定，进一步完善对毒品犯罪、走私犯罪和恐怖活动犯罪的规定。我国刑法第191条已经明确规定的洗钱罪上游犯罪包括四种犯罪，其中毒品犯罪、走私犯罪在刑法分则中由专节规定；恐怖活动犯罪除刑法分则第120条有规定外，还由刑法修正案（三）结合刑法分则中的相关犯罪规定，涉及八个罪名；但是黑社会性质组织的犯罪仅体现于刑法第294条。这一条文对黑社会性质组织犯罪的规定过于简单，与《有组织犯罪公约》中对有组织犯罪的界定尚有较大距离，而且无论是对于条文中规定的黑社会性质组织的定义，还是对于黑社会性质组织犯罪的方式，刑法学界都存在较大的争议，对于有组织犯罪的刑法立法研究还很欠缺。因此，从完善洗钱罪的角度考虑，必须健全和完善洗钱罪上游犯罪的规定，在目前的立法状况下，当务之急是健全对黑社会性质组织犯罪的规定，并继续完善对其他洗钱罪上游犯罪的规定。

5. 明确洗钱罪的犯罪客体，将其放置于刑法分则的合适章节。如果我国刑法中对洗钱罪的规定充分实现了对《禁毒公约》和《有组织犯罪公约》的回应，那么前面已经提出过的本罪的犯罪客体便显得非常突出。两公约中规定的洗钱方式包括“转换或转让”犯罪所得财产的行为、“隐瞒或掩饰”犯罪所得财产的行为、“获取、持有或使用”犯罪所得财产的行为和“共同或未遂”的洗钱行为，“转换或转让”、“隐瞒或掩饰”行为并不必然通过金融途径实施，“获取、持有或使用”行为往往不须通过金融途径实施。因此，如果我国刑法对洗钱罪的规定依照两公约的规定，则仍将其规定在“破坏金融管理秩序罪”就很成问题。在未来对洗钱罪的立法完善中，应当根据洗钱罪的犯罪客体将其放置到合适的位置，我们倾向于将洗钱罪规定在“妨害社会管理秩序罪”章的“妨害司法罪”一节。

（黄京平系中国人民大学刑事法律科学研究中心执行主任、教授、法学博士、博士生导师，北师大刑科院兼职教授，北京市海淀区人民检察院副检察长）

更新日期：2006-7-14

阅读次数：1274

上篇文章：也论酷刑罪

下篇文章：国际社会反酷刑概述

 打印 |  关闭

 TOP