

# 中国四地洗钱罪规制状况对比研究

蔡曦蕾

(北京警察学院 法律教研部, 北京 102202)

**摘要:**外界对中国大陆地区在洗钱罪方面的规制状况存在着一定的非议。研究以近年来大陆地区与港澳台三地对洗钱罪起诉的案件数据为分析进路,从表象上看,大陆地区对该罪的查禁状况的确难以令人满意。然而,通过对四地洗钱罪犯罪圈之比较后发现,这一现象的产生主要是由于大陆地区现行刑事法律规制下的狭义洗钱罪之犯罪圈设置过窄。通过引入广义洗钱类犯罪的概念,拓宽大陆地区洗钱罪之犯罪圈范畴,大陆地区洗钱犯罪数据有显著提升,在所占全部刑事案件的比重绝不较港澳台地区逊色。

**关键词:**洗钱罪;查禁力度;犯罪圈

**中图分类号:**DF623 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2014)03-0071-11

## A Comparative Study on the Current Situation of Anti-Money Laundering between China Mainland and Hong Kong, Macao and Taiwan

CAI Xi-lei

(Department of Law, Beijing Police College, BeiJing 102202, China)

**Abstract:** The efforts of anti-money laundering of mainland China have been widely criticized all the time. From the past years' statistics of mainland China, Hong Kong, Macao and Taiwan, it seems that the efforts of mainland China are far beyond satisfactory. However, after comparing the crime circles of money laundering in these four areas, it was found that the above unsatisfactory situation was stemmed from the phenomenon in which the crime circle of money laundering of mainland China was too narrow to include enough criminal activities. Therefore, by introducing the concept of comprehensive money laundering crime, the statistics of crime of money laundering in mainland China are significantly increased and the rate in the entire criminal cases has also stayed on the same page with other three areas.

**Key words:** crime of money laundering; crackdown intensity; crime circle

### 一、四地洗钱罪查禁现状

随着世界经济的持续发展,洗钱犯罪这一衍生于有组织犯罪的犯罪形式迅速蔓延,已成为世界经济金融秩序的第一大毒瘤,惩治洗钱罪的各项措施也被提上日程,各国也大大加强对洗钱罪的查

收稿日期:2013-12-30

作者简介:蔡曦蕾,男,北京警察学院讲师,法学博士,主要从事实证刑法学以及比较刑法学研究。

禁力度,就我国大陆地区以及港澳台四地而言,对洗钱罪的查禁力度亦不容小觑。以近年来被提起公诉的洗钱罪案件为对象,四地针对洗钱罪的查禁状况如表1所示<sup>①</sup>:

表1 四地洗钱罪查禁现状(单位:件/宗)

年份	大陆	香港(宗) <sup>②</sup>	澳门	台湾 <sup>③</sup>
2002			3	
2003	0	103	1	
2004	3	134	0	809
2005	1	123	2	1168
2006	0	116	1	689
2007	2	310	1	31
2008	3	231	0	23
2009	2	258	1	23
2010	6	242	2	17
2011	7	290	3	28
2012	8	441	3	20
均值	3.20	225	1.55	312

观察表1,一个明显的差异即洗钱罪案件数量在大陆与澳门地区明显较低,两者案件均值分别只有3.20和1.55件,远较香港和台湾地区的数据要低。当然,洗钱罪案件数量的绝对值在四地之间是不具有可比性的,而必须参照四地各自刑事犯罪整体案件量。以澳门地区为例,从2002-2012年,澳门刑事案件起诉数量分别仅为1134、1178、1668、2447、2629、2483、2957、2965、2601、2644、2877件<sup>④</sup>,对照该期间澳门洗钱罪起诉案件数,可知澳门地区该四年洗钱罪发案率在年均0.66‰左右,考虑到洗钱罪并非司法实践中常发之案件,这一比重是完全合理的。然而,无论在经济总量、人口数量、地域范围等外

①本表中数据来源情况如下:大陆部分来自中国人民银行反洗钱局:《中国反洗钱报告》2006至2012年各版;香港部分来自何萍:《香港地区反洗钱立法及其运作》,载《中国刑事法杂志》2010年第1期以及香港特别行政区律政司:《2012年刑事检控科工作回顾》,http://www.doj.gov.hk/sc/coa/coa3.html,2014年1月15日;澳门部分来自 Asia/Pacific Group on Money Laundering and Offshore Group of Banking Supervisors, APG/OGBS Mutual Evaluation Report on Macao, 24 July 2007以及澳门特别行政区:《检察院2002-2013年刑事案件起诉罪名分类统计表》,http://www.mp.gov.mo/gb/statistics.htm,2014年1月15日;台湾部分来自 APG Mutual Evaluation Report on Chinese Taipei, 24 JULY 2007以及台湾“法务部调查局”:《洗钱防制工作年报》2004至2012年各版。由于个别地区只有提起公诉的案件数据,为统一起见,此处统一用提起公诉之案件数据。

②香港地区的数据单位为宗,而非件,由于英美法系不存在数罪并罚制度,数个洗钱行为,在香港可能会被视作数宗指控而被起诉,但该数宗洗钱罪行实际上均包含在一个案件之中,因此,在香港有多少宗洗钱罪案件数被起诉,并不意味着有同样多的起诉案件数。

③台湾地区洗钱罪起诉案件以2007年为分割点,在此之前数量较大,在此之后数量较小,由于根据台湾地区《洗钱防制法》的规定,洗钱罪的上游犯罪为“重大犯罪”,而诈骗罪(包括普通诈骗罪与常业诈欺罪)亦属于该类犯罪之中,根据台湾“法务部调查局”《洗钱防制工作年报》,在2004、2005、2006该三年间,由于上游犯罪为诈骗罪而触犯洗钱罪的数量分别为696、1057、606起;而2007年至2012年,由于上游犯罪为诈骗罪而触犯洗钱罪的数量分别为:3.5、6.7、14.7起,因而,在洗钱罪起诉总量上,2004、2005、2006该三年数量较大,而2007年至2012年该六年数量较小。

④该数据来源于:澳门特别行政区:《检察院2002-2012每年刑事案件起诉数量》,http://www.mp.gov.mo/gb/statistics/STAT2012.htm,2014年1月15日。

生因素上,还是在每年刑事犯罪整体案件数量上,大陆地区均以极大的差距超过澳门、香港与台湾,但在各年洗钱罪案件数的均值统计上,却与澳门几近相当,远较台湾地区的312件要少,即使香港的数据为洗钱罪起诉宗数,而非件数,从正常比重来看,香港地区每年洗钱罪起诉案件数亦较大陆地区要多。据亚洲开发银行的估计,中国大陆地区洗钱数量每年不少于2000亿元人民币,大体相当于大陆地区经济总量的2%左右<sup>[1]</sup>,而如果说大陆司法实践中每年的洗钱罪案件数量仅如表1所示,那这不仅是完全不正常的现象,而且也是大陆地区反洗钱体系的整体失效以及反洗钱机构的彻底失职。

对于大陆地区洗钱罪查禁上的乏力,我国台湾地区学者几近揶揄地谈道:“自1997年制定洗钱刑法后,长达七年之间,查不出任何洗钱犯罪,仅于2004年在侦办其它案件中意外查获一件,显见中国大陆洗钱防制之立法及执行面有待大幅的革新。”<sup>[2]</sup><sup>74</sup>另有台湾学者也指责道:“中国大陆在过去几年的调查洗钱罪的案例上几乎呈现空白,反而暴露其洗钱行为之猖獗,以及立法部门和执法机关对此犯罪现象之迟滞与忽视。”<sup>①</sup>大陆地区学者也对此大感困惑,“从我国反洗钱的司法实践来看,根据 FATF 的统计,截止到2006年10月,我国只有3起案件4名被告人被判处洗钱罪,这与中国这个大国和高风险的洗钱程度相比较是很低的”<sup>[3]</sup><sup>47</sup>。表1中的数据本身显然是真实的,然而,从数据表象所推导出来的结论,是否真实地揭示了事件的本质呢?笔者认为尚待进一步推敲。

## 二、四地洗钱罪犯罪圈之比较

对于洗钱罪而言,刑法规制显然是应对该罪的最后一道、但也是至关重要的一道防线。刑法规制在给予洗钱罪行为人当罚之惩罚,在对洗钱罪行为人的特殊预防以及潜在犯罪行为人的一般预防上,均有着其他规制不可替代的作用。我国著名刑法学家储槐植教授将法网是否严密作为现代刑法的一大特征,可以想见,一犯罪的法网越严密,该罪所统摄之犯罪圈自然越宽,从而能够将更多的违法不轨行为纳入刑法应对之范畴,以更好地实现刑法惩罚与预防犯罪之目的。具体到洗钱罪上,笔者认为如下因素是决定洗钱罪犯罪圈宽窄与否的重要因素,它们是:上游犯罪之范围、犯罪行为方式之范围、犯罪行为客体之范围、犯罪主体之范围、犯罪主观方面之范围。

在分别比较四地洗钱罪上述5个因素前,首先必须对四地洗钱罪之刑事立法进行整理,通过梳理四地洗钱罪之刑事立法,勾勒出四地洗钱罪的法定轮廓,以作为后续比较的出发点。根据笔者的归纳,现行四地涉及洗钱罪的核心刑事立法分别为:大陆地区:《刑法》第191条之洗钱罪;香港地区:《贩毒(追讨得益)条例》(第405章)第25(1)条之处理已知道或相信为代表贩毒得益的财产罪以及《有组织及严重罪行条例》(第455章)第25(1)条之处理已知道或相信为代表从可公诉罪行的得益的财产罪;澳门地区:《预防及遏止清洗黑钱犯罪法》上对洗钱罪之规定;台湾地区:《台湾洗钱防制法》上对洗钱罪之规定。下文将以各自刑事立法上对洗钱罪之规定为根据,展开四地洗钱罪犯罪圈之比较。

### (一) 上游犯罪之范围

上游犯罪的范围越广,则说明刑事法网对洗钱罪的控制范围越宽,因而洗钱罪的犯罪圈自然更宽。我国大陆地区《刑法》第191条规定了7类洗钱罪的上游犯罪,它们分别是:毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪,该7类犯

<sup>①</sup>参见马跃中:《两岸金融风暴下的法律因应策略——以洗钱刑事立法为中心》,载《海峡两岸“金融风暴下法制”的因应调整》学术研讨会论文集,2012年第31页。

罪分别对应着81个罪名,占我国刑法分则个罪名的18.75%<sup>[4]74</sup>;在我国香港地区的刑事立法中,虽然未有“洗钱”之明确表述,但实质上对洗钱罪的规定体现在《贩毒(追讨得益)条例》第25(1)条及《有组织及严重罪行条例》第25(1)条中。两个条例对洗钱罪的规定基本相同,唯一的区别仅在前者将上游犯罪限制在毒品犯罪上,后者则扩张至所有公诉罪行,实际上后者在上游犯罪的范围上是完全囊括前者的,因此,如果计算其比重,香港洗钱罪上游犯罪占其整体公诉犯罪之比重应为100%;在我国澳门地区的刑事立法中,《预防及遏止清洗黑钱犯罪》第3条规定,其洗钱罪上游犯罪的范围为“最高限度超过三年徒刑”之犯罪,根据笔者的统计,在澳门现行刑法分则中,共有223个条文,其中解释性条文<sup>①</sup>共有33条,除此之外,基本上每个分则条文对应着一个犯罪,因此可以说其刑法分则中“罪状+刑罚”性条文共有190条,其中法定刑最高限度超过三年徒刑的条文共有82条,由此,澳门洗钱罪上游犯罪所占分则中有效犯罪的比重为43.16%;在我国台湾地区的刑事立法中,《洗钱防制法》第2条规定洗钱罪上游犯罪为“重大犯罪”,而该法第3条对重大犯罪进行了概括及列举性规定,其概括性规定将“重大犯罪”定义为“最轻本刑为五年以上有期徒刑以上之刑之罪”。台湾现行刑法分则共有311个法条<sup>②</sup>,其中解释性条文、废止性条文共41条,除此之外,基本上每个分则条文对应着一个犯罪,因此其分则中“罪状+刑罚”性条文共有270条,其中最轻本刑为五年以上有期徒刑以上之刑之罪共有61个;而在列举性规定中,刑法中共有9个犯罪以及附属刑法中的共33个犯罪亦被明确归入上游犯罪之列,由此,刑法分则中符合上游犯罪之犯罪共有103个,则台湾所有刑事法律中洗钱上游犯罪占整体犯罪的比重将达38.15%。

从上游犯罪绝对数量的排序来看,香港为全体公诉犯罪因而数量最多、其次为台湾的103个、再次为澳门的82个、最后为大陆的81个;而从比重排序来看,香港仍以100%居首、其次为澳门的43.16%、再次为台湾的38.15%、最后为大陆的18.75%。如以比重来衡量四地上游犯罪范围之大小,则四地单纯以上游犯罪这一标准而言,洗钱罪犯罪圈从宽到窄之排序为:香港>澳门>台湾>大陆。

## (二) 犯罪行为方式之范围

在罪刑法定原则之下,某一行为方式只有为刑事法律所明确规定,其才能符合犯罪构成要件之该当性。而行为方式的多样化与否,当然是评判某一犯罪之犯罪圈是否严密的标准之一。就洗钱罪的行为方式上,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(下文简称《公约》)第6条1(a)以及第6条1(b)明确规定了两类行为方式,前者将其概括为为隐瞒或逃避法律后果而处置或转移,后者将其概括为明知是犯罪所得仍获取、占有或使用,四地在洗钱罪行为方式的规定上,与《公约》的规定不尽相同。

就我国大陆地区而言,《刑法》第191条明确列举了洗钱罪的四种行为方式,除此之外,《最高人民法院发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》又新列了6种洗钱行为方式,从这

①所谓解释性条文,是指该条文并不存在对某犯罪之罪状与刑罚之规定,而是为了更好的理解其他条文而对专业术语或者其他内容进行解释性规定。比如,在澳门刑法分则中,第一百四十三条“(同意)一、为着同意之效力,身体完整性视为可自由处分。二、为决定对身体或健康之伤害是否违背善良风俗,尤应考虑行为人或被害人之动机与目的、所采用之方法及该伤害可预见之范围”,以及第一百八十三条“(让公众知悉有罪判决)一、如在存有第一百七十七条所规定之情节下作出判刑,即使系免除刑罚,只要告诉权人或自诉权人在第一审之听证终结前,声请须让公众适当知悉该判决,则法院须命令为之,费用由行为人负担。二、法院须定出具体方式,让公众知悉该判决”即属于解释性条文。

②由于台湾刑法分则中存在“第XX条之一”之类的计数规定,因此,在笔者的统计中,类似于这样的条款被计为2条,如存在“第XX条之二”,则被计为3条,依此类推。

些规定来看,大陆地区洗钱罪的行为方式只能被解释为对赃物及其收益的非法处置或转移,虽然反洗钱金融行动特别工作组(Financial Action Task Force on Money Laundering,下文简称 FATF)在2012年的报告中认为单纯地获取和使用的行为已经在大陆地区完全被犯罪化<sup>[5]10</sup>,但实际上根据大陆地区法律解释之原理来看,在现有法条规定下,很难将洗钱罪的行为方式扩展至(明知为犯罪所得)单纯地获取、占有或使用之上,由于“洗钱罪的目的是为了掩饰、隐瞒法定七类犯罪所得及其产生收益的来源和性质,从而达到“漂白”赃钱的目的”<sup>[3]49</sup>,因此,如果行为人虽明知为上游犯罪所得,但并非为了掩饰、隐瞒其来源和性质,而仅仅出于占便宜的心理而获取、占有或使用的,就不能构成洗钱罪;香港在洗钱罪的刑事立法上,明文规定的行为方式均以“处理”来表示,但在对“处理”的具体解释上,《有组织及严重罪行条例》第2条“释义”部分作了明确的解释<sup>①</sup>,根据该解释的内容,香港洗钱罪在行为方式上,与《公约》的规定完全相同,FATF在其报告中对香港此种规定大加赞赏<sup>[6]25</sup>;根据澳门《预防及遏止清洗黑钱犯罪法》的规定来看,其明确规定了为隐瞒或逃避法律后果而转换或转移,与《公约》第一种行为方式相同,但亦无法扩展到单纯地获取、占有或使用行为之上;根据台湾地区法律的规定,洗钱罪的行为方式以为本人和为他人区别而各有差异,在为本人洗钱的场合,行为方式为掩饰或隐匿。在为他人的场合,行为方式则包括了掩饰、收受、搬运、寄藏、故买(指故意以买卖、互易等有偿行为取得赃物之所有权)或牙保(指居间介绍买卖赃物或其他交易之媒介),从这些描述上来看,台湾地区洗钱罪的行为方式当然包括了非法处置与转移,但难以解释成包括获取、占有或使用,这一点也得到亚太区打击清洗黑钱组织(Asia/Pacific Group on Money Laundering,下文简称 APG)的认可<sup>[7]</sup>。

由此,四地如单纯以犯罪行为方式这一标准来衡量犯罪圈之宽窄,洗钱罪犯罪圈从宽到窄之排序为:香港>大陆=澳门=台湾。

### (三) 犯罪行为客体之范围

犯罪之行为客体,又被称为犯罪对象,其同样可以成为决定某一犯罪之犯罪圈宽窄与否的标准之一。就洗钱罪的行为客体来看,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第6条规定洗钱罪的行为客体为“财产”,而该公约第2条(d)则对“财产”进行了定义,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,以及证明对这些资产所有权或权益的法律文件或文书。”因此,公约上对犯罪行为客体之定义明显是最为宽泛的。

大陆地区在洗钱罪之行为客体上,《刑法》第191条明确规定为“犯罪的所得及其产生的收益”。虽然大陆并不存在对“犯罪的所得及其产生的收益”的明确界定,但根据法理以及司法实践中的操作来看,其与《公约》中对财产的定义明显是相同的;香港地区在洗钱罪之犯罪行为客体上,与《公约》相同,在《有组织及严重罪行条例》第25(1)条中规定为“财产”,而根据《释义及通则条例》(即香港第1章之立法)第3条对“财产”的解释为:“‘财产’(property)包括——(a)金钱、货物、法据动产和土地;及(b)由(a)段下定义的财产所产生或附带的义务、地役权以及各类产业、利益和利润,不论是现存的或将来的、既得的或待确定的。”由此来看,香港洗钱罪之行为客体的范围与大陆相同;澳门地区在洗钱罪之行为客体上,虽然从现行规制洗钱罪的《预防及遏止清洗黑钱犯罪法》的标题来看,洗钱罪的行为客体似乎只限制在“黑钱”之上,不包括其他有形或者无形的财产,但从该法内部条文的规定来看,其

①“处理”(dealing),就第15(1)或25条所提及的财产而言,包括:(a)收受或取得该财产;(b)隐藏或掩饰该财产(不论是隐藏或掩饰该财产的性质、来源、所在位置、处置、调动或拥有权或与其有关的任何权利或其他方面的事宜);(c)处置或转换该财产;(d)将该财产运入香港或调离香港;(e)以该财产借贷,或作保证(不论是藉押记、按揭或质押或其他方式)。

将洗钱罪的行为客体规定为“利益”,虽未对“利益”进行具体界定,但根据文义解释以及澳门旧有的关于洗钱罪行为客体的规定来看<sup>①</sup>,该“利益”的界定与《公约》之界定具有相同之处,与前述两地相同;台湾地区在洗钱罪之犯罪行为客体上,从《洗钱防制法》第4条的规定来看,其包括了“因犯罪直接取得之财物或财产上利益”“因犯罪取得之报酬”以及“因前二者变得之物或财产上利益(排除了第三人善意占有)”,虽然较前述三地有着更为具体的规定,但从其涵摄之范围来看,仍与《公约》规定相同,因而与前述三地亦相同。

由此,四地如单纯以犯罪行为客体这一标准来衡量犯罪圈之宽窄,洗钱罪犯罪圈从宽到窄之排序为:大陆=香港=澳门=台湾,四地无甚差别,基本相同。

#### (四) 犯罪主体之范围

1. 法人是否是适格主体。在法人是否是洗钱罪适格主体的问题上,《公约》第10条明确规定法人实施洗钱罪应当承担刑事责任的原则。大陆地区在此问题上,与《公约》一致,《刑法》第191条规定单位可以构成洗钱罪,由于大陆刑法中的单位不仅包括法人,而且包括非法人的组织,因此,其较《公约》的规定是有扩张的;澳门《预防及遏止清洗黑钱犯罪法》第5条在规规定法人可构成洗钱罪的同时,还将犯罪适格主体扩张至“不合规范设立者以及无法律人格的社团”之上,因而较《公约》有扩张,与大陆地区基本保持一致;台湾《洗钱防制法》明确规定了法人可以构成洗钱罪,与《公约》一致,但较大陆及澳门为窄;在四地中,唯一的特例为香港地区,根据笔者的观察,在香港《有组织及严重罪行条例》中,并未规定法人可以构成洗钱罪,正因此,大陆有学者认为“香港刑法只针对个人洗钱行为定罪处罚,即洗钱罪的犯罪主体是个人而非法团组织”<sup>[8]</sup>,但实际上,根据 FATF2008年的报告,“香港洗钱犯罪不仅适用于自然人,还适用于法人,虽然在司法实践中还没有法人由于洗钱罪而被提起公诉的案例”<sup>[9]</sup>。当然,在法人范围上,香港似乎并未像大陆及澳门一样,扩张至非法人的组织上。

由此,四地如单纯以法人是否是适格主体这一标准来衡量犯罪圈之宽窄,洗钱罪犯罪圈从宽到窄之排序为:大陆=澳门>台湾=香港。

2. 上游犯罪行为是否人是适格主体。在大陆法系刑法理论中,存在事后不可罚行为这一概念,即“行为人在完成一个犯罪之后,为了利用或确保这个前行为的不法利益,而在前行为之后,另为具有伴随性的利用行为或确保行为”<sup>[10]351</sup>。一般来说,“上游犯罪行为实施了毒品、走私、贪污、受贿等犯罪后,处理自己犯罪所得及其产生的收益行为,类似于盗窃以后销售赃物的行为,从本质上讲具有‘阻却责任’的性质,因此,不独立构成洗钱犯罪,只能依‘上游犯罪’来定罪”<sup>[11]</sup>。

从香港《有组织及严重罪行条例》对洗钱罪的规定来看,无法推出其禁止对上游犯罪之行为人追究洗钱罪之刑事责任;而根据澳门《预防及遏止清洗黑钱犯罪法》,该法第2条明确规定了直接地“转换或转移上游犯罪产生之利益”者与帮助地“协助或便利转换或转移上游犯罪产生之利益”者两种洗钱罪犯罪行为,无疑上游犯罪行为人可以构成洗钱罪之主体;而根据台湾《洗钱防制法》第2条的规定,为自己以及为他人洗钱,均属洗钱罪之范畴。总之,从香港、澳门、台湾三地刑事法律来看,上游犯罪之行为人均可构成洗钱罪。在大陆地区的情况与上述三地不同。我国大陆地区《刑法》第191条明确列举了5种洗钱罪的行为方式,前4种均有“提供”“协助”的语词作为限定,明确限定上游犯罪行为构成洗钱罪。而第5种行为方式虽未有该两个语词作为限制,但从条款之间的内在逻辑关系来看,其他方式也必须是一些非上游犯罪行为实施的洗钱方式,这从最高人民法院《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对洗钱罪新型行为方式的归纳中,亦可

<sup>①</sup>根据被废止的澳门《有组织犯罪法》第10条对洗钱罪的规定来看,其将洗钱罪的犯罪对象界定为“资产或物品”。

得到印证<sup>①</sup>。

由此可见,在大陆地区,上游犯罪行为人不能构成洗钱罪,而其他三地上游犯罪行为人皆可构成洗钱罪,四地如单纯以上游犯罪行为人是否是适格主体这一标准来衡量犯罪圈之宽窄,洗钱罪犯罪圈从宽到窄之排序为:香港 = 澳门 = 台湾 > 大陆。

### (五) 犯罪主观方面之范围

在主观方面的比较上,四地在洗钱罪的罪过要件上,均规定为故意,但就认识要素(明知)的内涵以及认识的对象以及故意之外是否还须具有目的要素的问题上,则存在差异。

1. 明知的内涵及对象。在主观罪过的故意与否上,从四地法律及司法实践的情况来看,虽然均为犯罪故意,但在故意的认识因素——明知的问题上则并不统一。大陆地区刑法上对于明知的内涵虽未作明确规定,但司法解释以及实践中均将明知解释为“知道或者应当知道”<sup>②</sup>;在香港地区,《有组织及严重罪行条例》中则将明知规定为“知道或有合理理由相信”;澳门和台湾现行有效之专门针对洗钱罪的法律中,并未就明知的内涵加以明文规定<sup>③</sup>,但根据澳门《预防及遏止清洗黑钱犯罪法》第2条的规定:“《刑法典》的规定,补充适用于本法律所规定的犯罪。”由此,澳门刑法上对犯罪故意之规定,同样适用于该附属刑法上规定的洗钱罪。澳门《刑法典》第13条对犯罪故意做出了明确规定,根据对澳门刑法中故意之理解,明知的内涵也应当为“知道或者应当知道”,而这一点亦获得了 APG 以及离岸银行监管组织(Offshore Group of Banking Supervisors,简称 OGBS)的认可<sup>[13]</sup>;台湾《洗钱防制法》对此则未作具体规定,但根据台湾刑法理论上对故意之认识因素的探讨来看,似乎应以“知道或者应当知道”来诠释明知的内涵。

在明知的对象问题上,由于港澳台三地洗钱罪可以由上游犯罪行为人本人构成,因此,在本人洗钱的场合,对明知所清洗的黑钱来源于何种犯罪进行规定就无甚必要。但在非本人洗钱的场合,明知的对象问题就至关重要。大陆明确要求行为人必须明知被清洗的赃物来自7类上游犯罪之所得及其产生的收益,如果行为人并非明知为自己所清洗之黑钱来自该7类犯罪中,则不能构成洗钱罪;香港则要求明知被清洗之财产来自可从公诉罪行中的得益,与大陆地区相比,虽然明知的内涵相似,但在明知的对象上,由于只要明知得益来自于全体可公诉罪行即可,其范围显然比大陆要广得多;澳门虽然在《预防及遏止清洗黑钱犯罪法》中规定被清洗之利益必须是“来自可处以最高限度超过三年徒刑的符合罪状的不法事实的财产,以及由该等财产获得的其他财产”,但并未要求行为人在清洗黑钱时对此“最高限度超过三年徒刑”之法律事实予以明知;台湾《洗钱防制法》规定的上游犯罪为“重大犯罪”,并对其进行了定义,但亦未规定行为人必须明知为其所“掩饰、收受、搬运、寄藏、故买或牙保”的财物或利益必须来自于“重大犯罪”的范畴中。

由此,四地如单纯以明知的内涵及对象这一标准来衡量犯罪圈之宽窄,洗钱罪犯罪圈从宽到窄之排序为:香港 = 澳门 = 台湾 > 大陆。

2. 目的要素的规定。在故意之外的目的要素上,大陆地区《刑法》第191条规定了“为掩饰、隐瞒其来源和性质”之目的、澳门地区的《预防及遏止清洗黑钱犯罪法》第3条中则规定了两种目的“为掩饰

<sup>①</sup>在该解释中,最高院提出了6种洗钱罪的新行为方式,均含有“协助”字样作为限制。

<sup>②</sup>最高院《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定:在有六种情形的情况下,除有证据证明确实不知道的之外,均可以认定行为人对犯罪所得及其收益具有主观“明知”,由此可以推知最高院认为从应当知道中可以推出明知;而最高院在《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》第十条中,则明确规定明知是指知道或者应当知道。

<sup>③</sup>澳门地区在《有组织犯罪法》第10条曾规定了明知的内容——“知悉资产或物品是从犯罪活动得来”,但随着《预防及遏止清洗黑钱犯罪法》的生效,前法第10条被废止,但在后法中却未见对主观意图之规定。

利益的不法来源”及“为规避有关产生利益的犯罪的正犯或参与人受到刑事追诉或刑事处罚”,两地均规定了洗钱罪在故意之外,还必须具备目的要素;而在台湾地区以及香港地区的刑事法律中,则并未就目的进行规定,但根据台湾学者的介绍,台湾实务界“似乎认为行为人仍须具备为逃避追诉而为掩饰、隐匿非法所得财物之意图,单纯地变卖非法所得财物则不构成洗钱罪”<sup>①</sup>因此,结合法律规定与实践情形来看,故意之外仍存在目的要素限制的地区为大陆、澳门及台湾地区,香港地区的洗钱罪构成上不需要具备故意之外的目的要素。

由此,四地如单纯以故意之外是否需具有目的要素这一标准来衡量犯罪圈之宽窄,洗钱罪犯罪圈从宽到窄之排序为:香港 > 大陆 = 澳门 = 台湾。

### (六) 犯罪圈宽窄结构示意图

根据四地上述5个方面要素之对比所体现出来的洗钱罪犯罪圈宽窄之事实,笔者将洗钱罪犯罪圈分为最宽、次宽、次窄、最窄四个级别,为了更形象地描述出四地洗钱罪犯罪圈宽窄情况,笔者将每个要素下处于最宽的情况计4分、处于次宽的情况计3分、处于次窄的情况计2分、处于最窄的情况计1分,最后根据总计之分数来比较犯罪圈之宽窄。参照前文中四地在各要素下的排序情况,积分结果如表2所示。

表2 四地洗钱罪犯罪构成要素排序情况(单位:分)

评价标准		大陆	香港	澳门	台湾
上游犯罪		1	4	3	2
犯罪行为方式		3	4	3	3
犯罪行为客体		4	4	4	4
犯罪主体	法人	4	3	4	3
	上游犯罪人	3	4	4	4
犯罪主观方面	明知	3	4	4	4
	目的	3	4	3	3
合计		21	27	25	23

根据表2可知,如果以数值来表示犯罪圈之宽窄,则以上述5个方面要素为标准分别进行评价后,犯罪圈最宽的地区为香港(27分)、其次为澳门(25分)、再次为台湾(23分)、最后为大陆(21分),大陆地区与其他地区在洗钱罪犯罪圈的设计上,存在明显的差距,许多实质上的洗钱行为将难以落入现行洗钱罪的犯罪圈中。

## 三、广义概念下洗钱罪查禁现状再述

### (一) 广义洗钱类犯罪概念之提倡

从前部分对四地洗钱罪犯罪圈之比较可知,大陆地区与其他三地在洗钱罪犯罪数据上所表现出来的具体差异,并非完全是由于主管当局对洗钱罪查禁不力,而是由于现行刑事立法在洗钱罪上的设计缺陷。那么,是否为其他三地洗钱罪犯罪圈所规制,但为大陆洗钱罪犯罪圈所疏忽的行为,在大陆地区就完全不需追究刑事责任了呢?答案显然是否定的。大陆地区《刑法》第312条以及第349条第1款,就

<sup>①</sup>参见马跃中:《两岸金融风暴下的法律因应策略——以洗钱刑事立法为中心》,载《海峡两岸“金融风暴下法制的因应调整”学术研讨会论文集》,2012年第34页。



明确规定了掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪以及窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪,由此,《刑法》第191条的洗钱罪与前述两罪就共同组成了大陆地区的洗钱类犯罪,从而有效地扩充了洗钱犯罪之犯罪圈,在司法实践中,当难以《刑法》第191条之洗钱罪追究行为人刑事责任时,就会以其余两罪来启动对行为人刑事责任的追究程序。因此,对于大陆地区洗钱罪,笔者建议引入广义洗钱类犯罪来代替狭义上的洗钱罪。

从广义上理解大陆地区的洗钱犯罪,也获得了 FATF 的认同,在该组织对大陆地区洗钱犯罪的评估报告中,其将《刑法》第191条之狭义洗钱罪翻译为针对七类犯罪之洗钱罪(Money Laundering Proceeds of 7 Categories of Predicate Offences),将属于广义洗钱范畴下的《刑法》第312条翻译成针对所有犯罪之洗钱罪(All-Crimes Money Laundering Offences),将《刑法》第349条翻译成针对毒品犯罪之洗钱罪(Money Laundering Proceeds of Drug Offences)<sup>[5]12</sup>,由此可见,在 FATF 看来,大陆地区的洗钱类犯罪不仅只是表面上的“洗钱罪”,还包括了掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得利益罪以及窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪二罪。

## (二) 大陆与香港洗钱类犯罪查禁现状之比较

在一种广义的洗钱类犯罪概念下,根据笔者的统计,从2008年到2011年,大陆地区洗钱类犯罪被提起公诉的案件数量及其所占全年公诉案件总量之比重如表3所示<sup>①</sup>。

表3 大陆洗钱类犯罪公诉案件数量及比重(单位:件)

年份	洗钱罪	洗钱类犯罪				公诉案件 总量	洗钱罪 比重	洗钱类犯 罪比重
		洗钱罪	掩饰、隐瞒犯罪所 得、犯罪所得收益罪	窝藏、转移、隐瞒 毒品、毒赃罪	合计			
2008	3	3	11818	56	11877	750934	0.0040‰	15.82‰
2009	2	2	11794	64	11860	749838	0.0027‰	15.82‰
2010	6	6	12666	34	12706	766394	0.0078‰	16.58‰
2011	7	7	11711	28	11746	824052	0.0085‰	14.25‰
均值	4.5	4.5	11997	46	12047	772805	0.0058‰	15.59‰

根据表3可知,在狭义洗钱罪的概念下,洗钱罪2008年至2011年占当年公诉刑事案件总量比重的均值仅为0.0058‰,远较澳门地区的0.66‰要小,这一比重显然是值得商榷的。在引入广义的洗钱类犯罪概念后,由于掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪与窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪在司法实践中发案数相对较大,因而占据了洗钱类犯罪公诉案件总量的绝大部分,一旦将该两个犯罪的数据并入其中,即使由于事后不可罚理论的限制而不对上游犯罪行为人的洗钱行为追究刑事责任,洗钱类犯罪在该四年的公诉案件数量均值为12047件,占该四年公诉案件总件数的均值为15.59‰,远较澳门地区洗钱罪公诉案件数占其整体公诉案件数的平均值0.66‰要大。

为了更直观地比较广义洗钱类犯罪概念引入后大陆地区洗钱犯罪比重上升的情况,下文将以香港为例,比较大陆与香港地区广义洗钱罪的查禁状况。前文已述,香港地区洗钱罪包括《贩毒(追讨得益)条例》之处理已知道或相信为代表贩毒得益的财产罪以及《有组织及严重罪行条例》之处理已知道或相信为代表从可公诉罪行的得益的财产罪,因此,对香港洗钱罪数据之统计对象也限定在该两个

<sup>①</sup>该数据来源于:FATF Mutual Evaluation 8th Follow-up Report: Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, China, 17 February 2012以及中国法律年鉴编辑部:《中国法律年鉴》,中国法律出版社2009至2012年各版。

犯罪之上;而在对大陆地区洗钱类犯罪数据统计时,则将洗钱罪,窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪这两个针对特殊对象的洗钱犯罪以及掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪这一个针对普通对象的洗钱犯罪的案件数据均包括至内。如果就香港地区狭义洗钱罪与大陆地区广义洗钱类犯罪进行对比,似乎标准不一,由此,笔者在表4中引入香港地区广义洗钱类犯罪的概念,将香港《盗窃罪条例》第24(1)条之处理赃物罪(Handling Stolen Goods)的数据也包括至内,据此,香港地区洗钱类犯罪被提起公诉的案件宗数及其所占全年公诉案件宗数总量之比重如表4所示<sup>①</sup>。

表4 香港洗钱类犯罪公诉案件宗数及比重(单位:宗)

年份	洗钱罪	洗钱类犯罪			公诉案件总宗数	洗钱罪比重	洗钱类犯罪比重
		洗钱罪	处理赃物罪	合计			
2003	103	103	127	230	183866	0.560%	1.251%
2004	134	134	166	300	192163	0.700%	1.561%
2005	123	123	170	293	188306	0.653%	1.556%
2006	116	116	149	265	177034	0.655%	1.497%
2007	310	310	183	493	179161	1.730%	2.752%
2008	231	231	152	383	195510	1.182%	1.959%
2009	258	258	105	363			
2010	242	242	85	327	180363	1.342%	1.813%
2011	290	290	108	398	171026	1.696%	2.327%
2012	441	441	91	532	170774	2.582%	3.115%
均值	225	225	134	358	181792	0.560%	1.251%

根据表3与表4可知,在狭义洗钱罪的概念下,香港地区2003年至2012年洗钱罪公诉宗数占公诉刑事案件总宗数的比重均值为0.560%,较大陆地区狭义洗钱罪案件数之比均均值0.0058%显然要高,但前文已经对大陆地区狭义洗钱罪之概念提出质疑,因此,两地狭义洗钱罪之数据比较显然不能揭示出事实本原。在广义洗钱类犯罪的概念下,香港地区2003年至2012年洗钱类犯罪公诉宗数占公诉刑事案件总宗数的比重均值为1.251%,远低于大陆地区洗钱类犯罪案件数比重均值15.59%。由此,在广义洗钱类犯罪的概念引入后,大陆地区洗钱犯罪的案件呈显著上升。大陆地区狭义洗钱罪案件数量相较其他三地显著偏少的现象,并非完全是因为大陆地区有权机关对洗钱罪查禁不力,而主要是受狭义洗钱罪刑事立法所形成之犯罪圈过窄所致,而未被狭义洗钱罪规制之事实洗钱行为,却被掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪与窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪所规制,因此,对于大陆地区的洗钱犯罪,应当从广义上来把握。

#### 四、余论:实质比较法的提倡

比较研究法是一种重要的法学研究方法,通过对不同法域下相同法律对象的比较,获得值得借鉴

<sup>①</sup>该数据来源于:何萍:《香港地区反洗钱立法及其运作》,载《中国刑事法杂志》,2010年第1期;香港律政司2003-2007年《刑事检控科工作回顾》,http://www.doj.gov.hk/sc/coa/coa3.html,2014年1月15日;2003-2012年《香港警察年报》,http://www.police.gov.hk/ppp\_sc/01\_about\_us/police\_review.html,2014年1月15日。由于香港律政司的公诉任务主要由法庭检控主任(Court Prosecutors)完成,因此,表4中的“公诉案件总宗数”由法庭检控主任检控案件宗数代替。同时,由于香港地区狭义洗钱罪、洗钱类犯罪、公诉案件总量均为案件宗数,因此,所得出的比重值与大陆地区均为案件数的比重值之间的比较具备相对的可比性。

的经验与值得警醒的教训。然而,在进行不同法域的比较研究中,一大缺憾即在于比较的形式化倾向。比如,在中国大陆,具有强奸本质的犯罪,不仅只有强奸罪,还包括了嫖宿幼女罪,后者在本质上属于法定强奸的一种特殊表现形式,在绝大多数法域内都被包容至强奸罪之中,因此,根据形式比较法比较大陆与其他法域的强奸罪,就将出现名称相同、内容不一的状况,而一旦据此得出大陆强奸罪犯罪圈较其他法域为窄的结论,则明显忽视了嫖宿幼女罪在大陆《刑法》中所起到的针对特殊法定强奸行为的补充性规制作用。

与此类似,在洗钱罪的比较研究上,也存在应从形式向实质比较转化的问题。前文从形式比较出发,发现大陆洗钱罪查禁案件量远较港澳台三地低的问题。同时,以上游犯罪、犯罪行为方式、犯罪行为客体、犯罪主体、犯罪主观方面五个具体指标为评价标准,又得出了大陆洗钱罪犯罪圈较港澳台三地为窄的结论。在形式比较法的支配下,大陆洗钱罪查禁现状令人堪忧。但是,形式比较法得出的结论,是各地区立法异化的结果,而非事实本质的反映;从实质比较出发,则由于大陆具有洗钱本质的行为并未完全被洗钱罪包容,而是分散于掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得利益罪以及窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪二罪之上,而港澳台地区则基本被洗钱罪所包容,因此,以大陆狭义洗钱罪的案件数量比拼港澳台三地广义洗钱罪的案件数量,自然会得出前者对洗钱罪查禁不力的结论。而一旦运用实质比较法,则可以将大陆具有洗钱本质的犯罪罪名(洗钱罪;掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得利益罪以及窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪)组合成广义的洗钱类犯罪,再将其案件数量与三地洗钱类犯罪进行比较,则从实质的比较上,上文已经发现:大陆对洗钱类犯罪的查禁力度不比港澳台三地逊色。

由此可见,在进行法学的比较研究中,应当提倡实质比较法,只有在对法律整体状况进行通盘了解,形成统一的评价标准的基础上,才能得出最接近客观真实的结论。因而,法学领域的比较研究应更加重视实质比较法。

### 参考文献:

- [1]周洁.中国年洗钱至少2000亿元,约占我国GDP总额2%[EB/OL].(2006-04-27)[2014-01-15].<http://finance.sina.com.cn/g/20060427/11472535649.shtml>.
- [2]黄元冠.中国大陆刑法洗钱罪之立法演进与评析[J].展望与探索,2006(8):73-75.
- [3]王新.竞合抑或全异:辨析洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得利益罪之关系[J].政治与法律,2009(1):46-50.
- [4]蔡桂生.论洗钱罪上游犯罪的刑事立法界定[J].中山大学研究生学刊,2007(4):73-81.
- [5]FATF. Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism of China[R/OL].(2012-02-17)[2014-03-24].<http://www.fatf-gafi.org/documents/documents.jsp?lang=en>.
- [6]FATF. Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism of Hong Kong[R/OL].(2008-07-11)[2014-03-24].<http://www.fatf-gafi.org/documents/documents.jsp?lang=en>.
- [7]APG. Mutual Evaluation Report on Chinese Taipei[R/OL].(2007-07-24)[2014-03-24].<http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/mutualevaluationofchinesetaipei.html>.
- [8]邵小波.香港与内地洗钱罪比较研究[J].法学杂志,2003(1):61-63.
- [9]FATF. Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism of Hong Kong[R/OL].(2008-06-20)[2014-03-24].<http://www.fatf-gafi.org/documents/documents.jsp?lang=en>.
- [10]林山田.刑法通论(下册)[M].台北:台湾大学图书部,2002:351.
- [11]何萍.自我洗钱者可以单独构成洗钱罪[N].检察日报,2010-01-06(03).
- [12]APG,OGBS. Mutual Evaluation Report on Macao[R/OL].(2007-07-24)[2014-03-24].<http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/mutualevaluationofmacaochina.html>.