

# 75号咖啡 | “自洗钱”行为的罪与罚

本文转载自：上海检察

法律沙龙



## 刑法修正案（十一）的理解和适用

刑法修正案（十一）  
洗钱罪相关法条修改对比

### 修改前

第一百九十一条 【洗钱罪】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、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益，~~为掩饰、隐瞒其来源和性质~~，有下列行为之一的，没收实施以上犯罪的所得及其产生的收益，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金：

### 修改后

第一百九十一条 【洗钱罪】**为掩饰、隐瞒**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、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益**的**来源和性质，有下列行为之一的，没收实施以上犯罪的所得及其产生的收益，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）提供资金帐户的；

- (一) 提供资金账户的；
  - (二) 协助将财产转换为现金、金融票据、  
有价证券的；
  - (三) 通过转账或者其他结算方式协助资金  
转移的；
  - (四) 协助将资金汇往境外的；
  - (五) 以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其  
收益的来源和性质的。
- 单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其  
直接负责的主管人员和其他直接责任人员，  
~~处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。~~
- (二) 将财产转换为现金、金融票据、有价  
证券的；
  - (三) 通过转账或者其他支付结算方式**转移  
资金的**；
  - (四) **跨境转移资产的**；
  - (五) 以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其  
收益的来源和性质的。
- 单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其  
直接负责的主管人员和其他直接责任人员，  
**依照前款的规定处罚。**

## content 本期目录

- 一、界限厘定：“自洗钱”行为入罪的理论探讨
- 二、路径确认：“自洗钱”行为的犯罪认定
- 三、处断明晰：“自洗钱”行为的犯罪处罚和量刑



### 一、界限厘定：“自洗钱”行为入罪的理论探讨



本期召集人 逢政  
浦东新区检察院副检察长



《刑法修正案（十一）》删除刑法第191条洗钱罪“协助”“明知”等词语，将“自洗钱”行为正式纳入刑事处罚的范畴，而“自洗钱”行为与上游犯罪区分成为疑难问题，应当如何划清“自洗钱”行为罪与非罪的界限？



**徐弘艳**

浦东新区检察院检察官助理



“自洗钱”行为的罪与非罪应从实质界限和形式界限两个角度考察。实质界限就是法益，即洗钱罪归属破坏金融管理秩序罪，和七类上游犯罪在所侵犯的法益上有明显区别；形式界限就是犯罪构成要件中的客观要件，也就是行为特征，代表了一类犯罪的常见手段。另外，洗钱罪虽脱胎于传统赃物犯罪，但传统赃物犯罪手段更偏重于窝藏、转移这种物理性质的处置，通常没有切断和上游犯罪间的直接联系，此时不能把该类行为单独评价为“自洗钱”行为。

**陈晓虹**

中国人民银行上海总部  
金融服务二部反洗钱处处长



在司法实践中，洗钱罪的七类上游犯罪有着较大的体量，但认定洗钱罪占比较小，一定程度可以归因于“自洗钱”行为原本并不入罪。对此，我国也在力求改变这种现状，通过《刑法修正案（十一）》将“自洗钱”入罪以加大对洗钱犯罪的惩罚力度。应当说对原刑法第191条规定的“明知”“协助”等内容的修订，扩大了洗钱罪的适用范围，为进一步打击洗钱行为建立了现实基础。关于“自洗钱”和上游犯罪的界限，我认为关键在于判断行为是否具有“漂洗”的特征。从目的上看，为了掩饰、隐瞒资金来源的非法性以及资金交易的不正当性，将非法资金“漂洗”为合法资金。“漂洗”已经不是上游犯罪的自然延伸，而是侵害新法益的行为，不能够被上游犯罪构成要件所完全评价，所以必须单独剥离出来。

**何萍**

华东政法大学教授、博士生导师

传统赃物犯罪与洗钱犯罪有较大区别。盗窃、诈骗、抢夺等财产犯罪的金额通常不大，因此对应传统赃物犯罪的数额一般也不是特别巨大，窝藏、转移、消费是其常见手段。但是，现代社会中，由于毒品犯罪、走私犯罪、腐败犯罪等犯罪分子聚敛了大量钱财，以及日趋严格的财务、税务、金融管理制度等，黑钱在社会上不容易流通，于是就导致洗钱成为一个相对独立的犯罪形式。对犯罪所得或者犯罪收益用拆分交易的方式存放于金融机构或者通过地下钱庄、通过现金密集型行业、拍卖行、赌场等机构进行掩饰或者隐瞒的，或者通过购买保险、购买房产等途径进行掩饰或者隐瞒的，就不仅是妨害司法机关追查犯罪，还侵犯了金融管理秩序、公平竞争的市场经济秩序等，因此“自洗钱”独立成罪有其理论和现实的基础。其实，司法机关定罪量刑主要依赖于主观罪过和客观行为两个最核心的构成要件要素，法益往往是事后评价，具体犯罪的法益究竟是什么在条文中并没有体现，因此往往引发争议。实务中还应追求“主客观相一致”，主观方面要有“漂白”目的，客观方面有“漂洗”的掩饰、隐瞒行为，把“自洗钱”行为从上游犯罪切割出来。

## 二、路径确认：“自洗钱”行为的犯罪认定

**本期召集人 逢政**

浦东新区检察院副检察长

司法实务中，洗钱活动通常呈现纷繁复杂的样态，可能出现不同犯罪主体先后对犯罪所得进行转换、转移，再分别以第191条规定的方式进行“清洗”，在这过程中对“自洗钱”行为的犯罪对象进行界定无疑成为犯罪认定的关键，对此司法机关应如何予以明确？

## 徐弘艳

浦东新区检察院检察官助理

洗钱是有着不同阶段的系统性行为，在《刑法修正案（十一）》出台前，行为人实施洗钱不论发展到哪个阶段，都可以用“他洗钱”规制。但在“自洗钱”入罪后，上游犯罪行为人参与了洗钱的某个阶段行为，是不是其所有的行为都能构成“自洗钱”。或者，是不是所有上游犯罪所得都不允许行为人使用，凡通过洗钱的方式去使用都构成洗钱罪，这显然存在争议。我觉得如果行为人以掩饰、隐瞒的目的参与清洗的具体过程，不论处于清洗的哪一个阶段，都可以以“自洗钱”认定；但如果对行为人单纯消耗、使用经他人“漂白”的财物以“自洗钱”处罚，导致犯罪分子所有对犯罪所得使用的行为都构成犯罪，则违背了“期待可能性理论”。

## 陈晓虹

中国人民银行上海总部

金融服务二部反洗钱处处长

我谈谈个人看法。“自洗钱”行为的犯罪对象应该是上游犯罪所得及收益的原始状态，因此适用“自洗钱”不能够去随意扩大处罚范围。上游犯罪的犯罪所得及收益转化后的财产形态，并不属于本犯的犯罪对象，所以我个人倾向于不认定为“自洗钱”。我觉得关于洗钱罪的犯罪对象更多的问题还是在于如何判断涉案财物的性质。

## 何萍

华东政法大学教授、博士生导师

我的看法和陈处长不太相同，我觉得认定洗钱罪并不在乎是不是上游犯罪的直接产出，即使后来又有资金回笼，“黑钱”永远是“黑钱”。所以无论经过几道的转换，只要是具有掩饰或者隐瞒的行为，我觉得可以构成洗钱罪。但是犯罪对象的问题还需要考虑犯罪所得、犯罪对象、犯罪组成之物三个概念的关系。比如受贿款既是犯罪所得，也是犯罪对象，还是犯罪组成之物，三者存在竞合。值得注意的是有时犯罪组成之物可能也是犯罪对象，但不属于犯罪所得。譬如走私普通货物、物品罪中的普通货物、物品并不是行为人从犯罪行为中获取的利益，其获取的利益是偷逃的应纳税额，因此普通货物、物品是犯罪组成之物，但不是犯罪所得。走私者将走私的普通货物、物品予以销售的行为，不能被评价为“自洗钱”。

## 本期召集人 逢政

浦东新区检察院副检察长

刑法第191条没有把“自洗钱”和“他洗钱”进行区分，我个人认为“自洗钱”和“他洗钱”在行为模式上应是一致的。刑法第191条规定的几种行为模式同样适用于“自洗钱”的认定。当然，也应注意到“自洗钱”有着区别于“他洗钱”的特质。对此，司法机关对“自洗钱”的行为模式应当如何把握？



**徐弘艳**

浦东新区检察院检察官助理

2020年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理洗钱刑事案件若干问题的意见》（以下简称《若干问题的意见》）对刑法第191条和第312条、第349条关系予以了阐明，即刑法第312条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪包含传统的赃物犯罪及普通的洗钱犯罪；刑法第191条规定的洗钱犯罪与刑法第312条规定的普通洗钱犯罪的区分关键在于上游犯罪的不同。我对该意见的解读是，刑法第312条既是普通洗钱行为的一般规定，又是传统赃物犯罪的一般规定，而刑法第191条、第349条则分别是对应的特别规定。具体到行为模式的内容，行为人对赃物如只是采取窝藏、转移这种物理切割的方式，那么其行为性质是传统赃物犯罪。实务上，还要考虑“自洗钱”和“他洗钱”在行为模式认定上的区别。“自洗钱”中，行为人对犯罪所得都会进行处置，其行为或涉及刑法191条规定的行为。如“提供资金账户”，行为人收到赃款并存放到自己的账户，且没有进一步的清洗行为，赃款与上游犯罪的关联并未切断，此时以“自洗钱”追究责任是不合适的。我认为行为方式应达到能够切断和上游犯罪的关联，才能以刑法第191条予以评价。

**陈晓虹**

中国人民银行上海总部

金融服务二部反洗钱处处长



我同意徐老师的观点。行为人仅是对赃物进行窝藏或者物理转移，由于行为不具有“漂洗”的特征，侵害的法益没有超过上游犯罪的法益，就不构成“自洗钱”，属于“不可罚的事后行为”。单纯的“提供资金账户”，我认为不应直接认定为“自洗钱”行为。如上游犯罪行为人把赃款存在自己所开立的银行账户里没有采取进一步的行动，且仅用于日常开销用度，因为行为人未改变赃款性质，其行为是原来犯罪行为的延续，所以不构成“自洗钱”行为。我认为实践中可以结合洗钱的阶段对“自洗钱”进行认定。一般而言，洗钱包括“处置-离析-归并”三个阶段，其中核心的是处置阶段。有观点认为，行为人纯粹把赃款收回并存放在银行里面，其行为尚处在“处置”阶段，而“离析”和“归并”并没有实现，因此不构成洗钱。

**何萍**

华东政法大学教授、博士生导师

对于刑法191条洗钱罪，刑法312条掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪（原窝藏、转移、收购、销售赃物罪）和刑法349条窝藏、转移毒赃罪的关系，根据最高人民检察院、中国人民银行于2021年3月19日所颁发的洗钱罪典型案例《林某娜、林某吟等人洗钱案》，其中提到“林某娜明知他人提供的资金是毒品犯罪所得及收益，仍使用上述资金购买房产、土地使用权，投资经营酒行、车行，提供本人和他人银行帐户转移资金，符合刑法第191条的规定，构成洗钱罪。同时林某娜帮助他人保管、转移毒品犯罪所得的行为，符合刑法第349条的规定，构成窝藏、转移毒赃罪”，即洗钱罪与窝藏、转移毒赃罪的区别除了上游犯罪范围不同外，两者区别还在前者的行为是具有掩饰、隐瞒特征的“化学反应”，而后者只是窝藏、转移的“物理反应”。但是，对于第191条与第312条的主要区别是什么，两罪是否需要在行为方式上作区分，目前比较有争议。第191条的上游犯罪是七类犯罪，行为方式应当是掩饰、隐瞒，是否可以包括窝藏、转移、获取、占有等行为？如果不包括，那么意味着针对七类上游犯罪的犯罪所得、犯罪所得收益也可以构成第312条，因为第312条原本也没有限定上游犯罪的范围。如果认为第312条的上游犯罪范围是除了七类犯罪之外的其他犯罪，那么可以将第191条的行为方式予以扩张，包含窝藏、转移、获取、占有等行为，否则会导致处罚的漏洞，即对于七类犯罪的犯罪所得、犯罪所得收益进行窝藏、转移、获取、占有等行为既不是第191条，也不是第312条，这种结论显然难以接受。因此，我主张根据本犯与他犯的主体不同，对第191条的行为内容作分别理解，即七类犯罪的行为人在实施上游犯罪后又进行掩饰、隐瞒的犯罪行为的，应当以上游犯罪和洗钱罪数罪并罚。但是对于上游犯罪之外的其他人，在不与上游犯罪人构成共同犯罪情况下，只要明知是七类犯罪的犯罪所得、犯罪所得收益，无论是实施掩饰、隐瞒的行为还是实施窝藏、转移、获取、占有的行为，都可以构成洗钱罪。对于“提供资金账户”的问题，有观点认为立法没有规定“存入资金账户”是要求行为人不是存在自己账户中。但是洗钱罪属于是破坏金融管理秩序犯罪，“自洗钱”的情况下，把赃钱存放到金融机构，其行为扰乱了金融管理秩序，因此也可以认定为洗钱。

**本期召集人 逢政**

浦东新区检察院副检察长

“自洗钱”入罪还涉及共同犯罪的复杂化，可能存在与上游犯罪共犯、自洗钱行为共犯、他洗钱行为共犯等不同情形，由此衍生出洗钱犯罪和上游犯罪共同犯罪的若干认定问题，对此司法实践又应当如何应对？

**徐弘艳**

浦东新区检察院检察官助理

第一，关于与上游犯罪共犯的问题。《刑法修正案（十一）》前，一般认为只要与本犯就上游犯罪通谋，就不存在认定洗钱的空间。但“自洗钱”入罪后，本犯可构成洗钱罪，与本犯就上游犯罪进行通谋的，是否还一律认定为上游犯罪的共犯？比如说行为人仅为本犯的上游犯罪行为提供帮助，或者行为人仅帮助了本犯的“自洗钱”行为，这时如何处理共犯问题？实践中，在单位犯罪呈现出集团化犯罪的趋势下，存在不同的子公司或者部门之间有犯罪分工且彼此之间并无交流。如非法吸收公共存款案件中，吸资端和放贷端相互之间往往没有沟通交流，对放贷端人员以“自洗钱”共犯的处理就会存在疑问。对此类情况，我觉得还是应当坚持主客观一致原则，根据行为人主观故意和具体的行为内容分别认定上游犯罪或洗钱犯罪。

第二，上游犯罪行为人和“他洗钱人”的共犯问题。上游犯罪行为让人他人帮自己洗钱，这个时候双方一般是存在共谋的，但是不是意味着上游犯罪行为入只要把资金交给他人进行洗钱就一律构成“他洗钱”的共犯，我觉得还是要有区分。如果说上游犯罪行为入和下游他洗钱人只是单纯的共谋，希望对方来帮助实施洗钱行为，对上游犯罪行为入按照上游犯罪的罪名去处理可能比较妥当。但如果上游犯罪行为入实际参与了“他洗钱”行为，则成立洗钱罪的共犯。

**本期召集人 逢政**

浦东新区检察院副检察长

在非法吸收公众存款案件中，犯罪单位常常下设专门负责非法吸收资金的公司和专门负责放贷的公司，也就是吸资端和放贷端。放贷端没有参与吸资端的共谋，所以我认为可以对吸资端认定构成非法吸收公众存款罪，而对放贷端定洗钱罪，但实践中确有争议。有观点认为两端都是在一个犯罪故意控制下的不同分工，应统一认定为非法吸收公众存款罪。但在《刑法修正案（十一）》“自洗钱”入罪后该问题就迎刃而解。放贷端无论如何都成立洗钱罪，受上级单位犯罪故意控制实施的后续处置行为是“自洗钱”，如果没有受到统一犯罪故意控制，但知道上游犯罪存在，那么帮助洗钱就是“他洗钱”。



### 何萍

华东政法大学教授、博士生导师



有关共同犯罪的认定，司法实践中有扩大化倾向。很多司法解释规定，只要主观上是“明知”，客观上提供了一些帮助，都可以构成共同犯罪，而似乎并不强调“通谋”或者“共同的故意内容”。共同犯罪司法扩张的现象值得注意。首先，司法解释是否可以突破刑法总则第25条有关共同犯罪是“共同故意犯罪”的规定，对于“共同故意”扩展到片面合意是否合适？其次，双方的、全面的、相互的共同故意容易证明，而在片面合意的情况下，“明知”的证明并不容易，尽管“明知”的认定可以采用推定的方法。

在2015年《刑法修正案（九）》之前，相当多的司法解释对于提供网络技术帮助的，只要具备主观上的明知，即可以认定为共同犯罪。但是2015年《刑法修正案（九）》之后出台的一些司法解释，虽然也提到了主观上明知、客观上提供网络技术帮助的，可以认定为共同犯罪，但是紧接着又提到：“法律和司法解释另有规定的除外”。如《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》第4条（3）规定：“明知他人实施电信网络诈骗活动，具有下列情形之一的，以共同犯罪论处，但法律和司法解释另有规定的除外：……”；又如，《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》第5条规定：“明知他人实施‘套路贷’犯罪，具有以下情形之一的，以相关犯罪的共犯论处，但刑法和司法解释等另有规定的除外：……”。显然，根据《刑法修正案（九）》的内容，相关行为定性为帮助信息网络犯罪活动罪比认定为诈骗罪的共同犯罪更加符合罪刑法定的要求，这应当属于“法律另有规定”的情形。因此，我认为，共同犯罪的认定还是要强调具有“共同的故意”和“共同的行为”。根据这样的理解，明知他人实施上游犯罪而提供帮助的，究竟是上游犯罪的共同犯罪还是洗钱罪？一方面要看上游犯罪是在进行之中还是已经实施完毕，另外还要关注他们之间是否具有共同的故意内容。



### 三、处断明晰：“自洗钱”行为的犯罪处罚和量刑



**本期召集人 逢政**

浦东新区检察院副检察长



“自洗钱”行为入罪后，上游犯罪行为人为“自洗钱”构成洗钱罪时，对其应数罪并罚，还是择一重罪从重处罚？



**徐弘艳**

浦东新区检察院检察官助理



关于罪数问题，我认为数罪并罚更符合当前司法实践的需求。一是从国家安全考虑，洗钱问题在金融安全中占据非常重要的位置，其对金融管理秩序的危害无法在上游犯罪的刑事评价中涵盖；二是从司法实践看，对洗钱行为的单独评价，更有利于解决相关犯罪的国际司法协助及境外追赃。而且如采取择一重罪处罚，势必要求上游犯罪的查证达到能确定具体量刑档次状态，影响了对洗钱行为的打击；三是单位犯罪问题，我国单位犯罪适用罚金制，且大多适用无限额罚金，单位“自洗钱”时，刑罚轻重的比较在判决前难以进行。

**陈晓虹**

中国人民银行上海总部

金融服务二部反洗钱处处长



洗钱罪的上游犯罪有七类，如果这些上游犯罪没有资金方面的强大支持，其犯罪的强度、广度和深度都难以达到很高的量级，因此从现实意义上看，要对这些上游犯罪打财断血，打击“自洗钱”是非常有必要的。关于罪数问题，因为“自洗钱”行为是独立于上游犯罪而存在的不同犯罪类型，所以我也主张司法能采取数罪并罚的方式加大对洗钱行为的处罚力度。

### 何萍

华东政法大学教授、博士生导师

我同意。《刑法修正案（十一）》的立法意图是明显的，“自洗钱”独立成罪后，和上游犯罪应当数罪并罚。当然，是否属于“自洗钱”行为要看是否符合洗钱罪的“掩饰、隐瞒”的特征。如果仅是物理性的窝藏、转移，则认定为“自洗钱”并不合适。一方面这属于“不可罚的事后行为”；另一方面，也涉及“期待可能性理论”，实施犯罪后试图逃避司法机关追查符合人之常情。如果行为并没有侵犯其他社会关系，数罪并罚并不合适。但是，如果行为人用拆分交易、构造交易等方式存放于金融机构，其主观上具有规避大额交易汇报、可疑交易汇报的“漂白”故意，客观上又有“漂洗”行为的，可以认定为“自洗钱”，并与上游犯罪数罪并罚。



### 本期召集人 逢政

浦东新区检察院副检察长

“自洗钱”入罪前，普遍认为洗钱行为是上游犯罪的一种帮助行为，参照共犯从属理论，其量刑应当较上游犯罪轻。但自洗钱入罪后，“自洗钱”行为是否一定要轻于上游犯罪？这实际上就是上游犯罪与“自洗钱”犯罪的量刑平衡问题，实务中应如何进行刑罚的裁量？

**徐弘艳**

浦东新区检察院检察官助理



有观点认为，洗钱罪源于上游犯罪，在量刑上一般不应高于上游犯罪。但实践中确实存在“倒挂”，如“恶意透支”型信用卡诈骗行为人涉案金额50万元以上的，应判处五年以上有期徒刑。但如果对此类犯罪的犯罪所得进行掩饰、隐瞒，根据《若干问题的意见》规定，10万元以上就可判行为人五年以上有期徒刑，明显较上游犯罪重。对此，我觉得既然“自洗钱”独立成罪，洗钱罪就应量刑独立，即使存在倒挂现象也不能违背罪刑法定原则，在没有法定或酌定从宽情节的情况下，不能单纯为了使洗钱罪与上游犯罪的量刑达到平衡而从轻、减轻处理。从法律规定上看，目前大部分上游犯罪的量刑其实都重于洗钱犯罪，两者在大范围上量刑情节具有一致性，对于小部分可能存在“倒挂”的问题，可以通过立法或司法解释的方式解决。

**何萍**

华东政法大学教授、博士生导师

定罪量刑是刑事司法的重要环节，定罪是前提，量刑是归宿。“自洗钱”独立成罪，意味着要数罪并罚，并涉及到量刑平衡问题。如走私普通货物、物品罪是按照偷逃税额量刑，但是如果定洗钱罪则是依据货物金额量刑，容易被判三年以上有期徒刑。这种情况下认定走私普通货物、物品罪反而更轻一些。根据刑法总则原理，有通谋的比没有通谋的主观恶性大，实行行为比帮助行为客观危害大。“事先有通谋的，以共犯论处。”如果下游犯罪人事先与上游犯罪人通谋的，则构成上游犯罪。如果洗钱行为重于上游犯罪，那么悖论之一是有通谋的刑事责任反而轻，无通谋的刑事责任反而重，这是违背刑法基本理论的。另外，下游犯罪总体上是上游犯罪的帮助行为，如果帮助犯的刑事责任重于实行犯的刑事责任，这是悖论之二。自然犯与法定犯的刑罚有时会有轻重倒挂现象，但在量刑上还是要考虑罪刑均衡问题。



**本期召集人 逢政**

浦东新区检察院副检察长

好的，感谢各位嘉宾的发言。通过本次的沙龙研讨活动，我们对“自洗钱”行为入罪进行了理论探讨，分析了“自洗钱”行为的犯罪对象、行为模式和共同犯罪等疑难问题，明晰了“自洗钱”犯罪的罪数和量刑的处断原则，为我们办理“自洗钱”案件提供了重要的参考。再次感谢各位嘉宾的精彩发言！本次沙龙到此结束。