



反洗钱系列丛书

中国反洗钱专题研究

Research on China's Anti-Money Laundering

(2010)

中国人民银行反洗钱局 编



中国金融出版社

 反洗钱系列丛书

D924.3-5
6

中国反洗钱专题研究

Research on China's Anti-Money Laundering

(2010)

中国人民银行反洗钱局 编

 中国金融出版社

责任编辑：何 为

责任校对：刘 明

责任印制：丁淮宾

图书在版编目 (CIP) 数据

中国反洗钱专题研究 (Zhongguo Fanxiqian Zhuanti Yanjiu) (2010) / 中国人民银行反洗钱局编. —北京: 中国金融出版社, 2011. 8

(反洗钱系列丛书)

ISBN 978 - 7 - 5049 - 6019 - 1

I. ①中… II. ①中… III. ①金融—刑事犯罪—研究报告—中国—2010 IV. ①D924. 334

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 125712 号

出版 中国金融出版社
发行

社址 北京市丰台区益泽路 2 号

市场开发部 (010)63266347, 63805472, 63439533 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com> (010)63286832, 63365686 (传真)

读者服务部 (010)66070833, 62568380

邮编 100071

经销 新华书店

印刷 北京松源印刷有限公司

装订 平阳装订厂

尺寸 185 毫米×260 毫米

印张 38.5

字数 740 千

版次 2011 年 8 月第 1 版

印次 2011 年 8 月第 1 次印刷

定价 60.00 元

ISBN 978 - 7 - 5049 - 6019 - 1/F. 5579

如出现印装错误本社负责调换 联系电话 (010)63263947

序

与 2009 年《中国反洗钱专题研究》相比，2010 年的论文集略有不同，它的参与者有来自学界的研究人员、有监管部门的反洗钱专家，还有金融机构的反洗钱合规官。大家通过近期的工作研究和实践感悟，就共同关注的反洗钱法律体系建设、洗钱风险评估、反洗钱监管、案例分析以及国际借鉴等内容以不同的层次视角进行了详尽、深度的分析，有理论，有案例，有反思，有反洗钱工作的目标和思路，也有具体问题的对策和方法。52 篇论文涌现了很多有价值、有见地的观点。

将这些兼具理论性和操作性的论文整理编辑成书，我们希望更多的关注反洗钱工作的人能听到源自反洗钱实践的声音；也希望对专业人员今后的反洗钱工作有所启发，让我们共同努力！

权且为序。

编者

2011 年 8 月于北京

目录CONTENTS

第一部分 反洗钱制度与评估	001
洗钱罪的刑事立法演变及其犯罪构成	003
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	018
牵连犯理论在自洗钱法律问题上的应用	025
洗钱罪司法解释的理解与适用	041
洗钱罪没收制度问题研究	056
商业银行反洗钱合规管理框架研究	076
金融机构反洗钱监控名单的建立与完善	092
反洗钱在预防和惩治腐败中的作用和机制研究	100
第二部分 洗钱风险评估	109
关于上海市大额交易和可疑交易报告状况分析报告	111
银行可疑交易报告数量虚高原因分析	124
重庆“涉黑”组织资金运作及洗钱特征分析	130
现金交易与犯罪关系探讨	139
大额现金交易管理与洗钱风险控制研究	166
大额现金存取收费制度研究	184
浅析“公转私”业务洗钱风险	198
商业银行非面对面业务客户身份识别问题研究	205
第三方网上支付客户身份识别问题研究	225
私人银行业务洗钱风险分析	232

证券业洗钱风险研究	238
证券业洗钱手法与预防机制建设	253
基金和期货业洗钱风险研究	259
保险合同变更和退保相关洗钱问题研究	271
保险保全业务洗钱风险研究	288
房地产业反洗钱问题研究	307
海南房地产行业洗钱风险分析	321
关于山西省煤炭企业整合撤出资金流向的调查	327
浅析人民币区域化对中缅边境地区反洗钱工作的影响	334
内蒙古地区边境口岸反洗钱合作机制研究	342

第三部分 反洗钱监管原则与实践

风险为本方法在中国反洗钱及反恐怖融资领域中的实践	351
关于借鉴英美经验建立中国风险为本反洗钱监管模式的研究	353
金融新兴业务反洗钱监管问题研究	366
关于非同业金融机构在业务代理合作过程中客户身份识别的调研报告	377
网上银行反洗钱问题研究	390
非银行业金融机构非面对面业务中的客户身份识别问题研究	405
网上银行业务客户身份识别与流程控制	421
关于建立以“风险为本”可疑交易报告制度建议的报告	435
商业银行可疑交易报送模式及路径选择研究	449
金融机构可疑交易报告质量研究	457
可疑交易识别与商业银行反洗钱风险控制	466
关于提高银行业反洗钱可疑交易报告质量的思考	477
保险公司可疑交易识别和报告系统化管理模式的探索与实践	484
	495

第四部分 行政调查与案例分析

协助他人掩饰毒品犯罪所得行为之定性研究	501
证券业洗钱行为分析及反洗钱对策	503
POS 商户利用信用卡套现问题的调研报告	518
从农业银行邯郸分行金库被盗案反思彩票业反洗钱问题	529
大额现金交易的洗钱风险分析	534
	541

运用反洗钱监测手段遏制网络赌博犯罪的思考	551
利用反洗钱协调机制打击“资本运作”传销	558
从“雷霆行动”看中国中部地区反洗钱工作绩效	564

第五部分 借鉴与参考

转型国家反洗钱体系有效性评述	573
英国《2007 年反洗钱条例》述评	589
英国金融业风险为本反洗钱监管实践与借鉴	598

第一部分

反洗钱制度与评估



第一卷

古詩集

洗钱罪的刑事立法演变及其犯罪构成*

一、洗钱罪的刑事立法演变

近二十年来,我国的反洗钱刑事立法经历了从无到有,不断发展完善的过程。最早的洗钱罪的雏形是1990年单行刑法《关于禁毒的决定》中规定的掩饰、隐瞒毒赃性质、来源罪。其后是在1997年《刑法》第一百九十一条中明确规定了洗钱罪。随着国际社会打击洗钱犯罪的不断深入,为了履行国际公约设定的义务,也为了符合我国打击洗钱犯罪的实际情况,我国先后在《刑法修正案(三)》、《刑法修正案(六)》中修正洗钱罪的构成要件,使洗钱犯罪的刑事立法日趋完善。

(一) 1990年单行刑法中的掩饰、隐瞒毒赃罪

在1990年《关于禁毒的决定》中,清洗毒赃的行为首次被规定为犯罪。一方面是因为中国的毒品犯罪日益泛滥,获得巨额利润的毒品犯罪分子通过一定的途径和形式掩饰和隐瞒毒品犯罪的非法利益以逃避法律制裁,而传统的窝藏或销售赃物罪已经不能完全适应打击日益严重的洗钱犯罪的需要了;另一方面是由于中国在1989年9月4日第七届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过了《关于批准〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉的决定》,该公约要求缔约国在国内法中将隐瞒或掩饰贩毒犯罪收益确立为刑事犯罪,为了履行公约所要求的立法义务,中国于1990年12月28日由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》,该决定的第四条明确规定:“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”。这是我国在国内法中首次将隐瞒或掩饰犯罪收益的洗钱活动规定为犯罪,但是在《关于禁毒的决定》中没有出现

* 作者:何萍,为华东政法大学教授、上海普陀区人民检察院副检察长。

“洗钱”这一专门术语，而且仅针对毒赃的清洗行为被规定为犯罪。

(二) 1997 年《刑法》规定的洗钱罪

改革开放以后，中国社会生活发生了巨大变化，1979 年《刑法》对新型的犯罪，尤其是经济领域方面的大量犯罪表现出明显的滞后性。在《刑法》的修订过程中，决定在《关于禁毒的决定》所确立的清洗毒赃罪的基础上增设洗钱犯罪。1997 年《刑法》第一百九十一条明确规定：“明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其性质和来源，有下列行为之一的，构成洗钱罪：（1）提供资金账户的；（2）协助将财产转换为现金或者金融票据的；（3）通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；（4）协助将资金汇往境外的；（5）以其他方式掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的。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。”

(三)《刑法修正案（三）》对洗钱罪的补充

1. 《刑法修正案（三）》

“9·11”恐怖事件之后，全世界范围内掀起了反恐怖主义的斗争。为了惩治恐怖活动犯罪，保障国家和人民生命、财产的安全，维护社会秩序，中华人民共和国第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议于 2001 年 12 月 29 日通过了《刑法修正案（三）》。该修正案的第七条规定：“将刑法第一百九十一条修改为：‘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，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违法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：（1）提供资金账户的；（2）协助将财产转换为现金或者金融票据的；（3）通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；（4）协助将资金汇往境外的；（5）以其他方式掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的。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’”。

《刑法修正案（三）》对洗钱罪作了两点补充修改：第一，将洗钱罪上游犯罪的范围从刑法典规定的三种犯罪，即毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪和走私犯罪增加到四种，即增加了恐怖活动犯罪，以适应世界反恐怖斗争的需要；第二，提高了单位

犯洗钱罪的法定刑，对于情节严重的单位犯罪，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可以处5年以上10年以下有期徒刑。依照这一修正案的内容，自然人犯洗钱罪受到的处罚和单位犯洗钱罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员受到的处罚将是一致的，即最高刑均为10年有期徒刑。

2. 《刑法修正案（六）》

2006年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过了《刑法修正案（六）》，该修正案第十六条将刑法第一百九十一条第一款修改为：“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、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：（1）提供资金账户的；（2）协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券的；（3）通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；（4）协助将资金汇往境外的；（5）以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的。”

《刑法修正案（六）》对原有的洗钱犯罪作了两个方面的修改：第一，将洗钱罪的上游犯罪进一步扩大。根据《刑法》与《刑法修正案（三）》，洗钱罪的上游犯罪为毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪，而本修正案又将洗钱罪上游犯罪的范围扩大到贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序罪和金融诈骗犯罪，由于这些上游犯罪都是类罪名，包括一系列的具体罪名，因此，目前洗钱罪的上游犯罪的具体罪名目前已达70多个。第二，对洗钱罪的行为方式作了细小的调整。在原有的刑法规定中，洗钱罪的第二种行为方式是“协助将财产转换为现金、金融票据的”，而《刑法修正案（六）》修改为“协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券的”。金融票据一般是指汇票、本票和支票，而有价证券则包括股票、债券、国库券等。

二、洗钱罪的主体——自洗钱者的刑事责任

（一）自洗钱者的两种法律后果

洗钱罪与上游犯罪的关系密不可分，没有上游犯罪就无所谓洗钱罪。洗钱罪作为一种下游犯罪，其犯罪主体是否应当包括上游犯罪的主体，学界主要有两种观点。一种观点是，在刑法条文没有对洗钱罪的主体进行特别限制的情况下，凡是具有刑事责

任能力的人都具备洗钱罪的主体资格,即如果犯了上游犯罪又犯洗钱罪的,应当数罪并罚,持这种观点的有美国、英国、加拿大、瑞士、日本、澳大利亚、中国香港、中国台湾、中国澳门等国家或地区。另一种观点则认为,实施了上游犯罪后又进行洗钱犯罪的,只成立上游犯罪,即洗钱罪的犯罪主体应该是上游犯罪行为人之外的人,持这种观点的如德国、法国、意大利、俄罗斯、新加坡等。认为要数罪并罚的国家主要是英美法系国家和地区,但也包括了瑞士、日本、中国台湾和中国澳门等国家和地区。认为上游犯罪可以吸收洗钱罪的国家主要是大陆法系国家,但也掺杂有英美法系国家,如新加坡。产生这样的分歧主要在于各国对于赃物犯罪和数罪并罚的刑法理论以及司法实践有所不同。

认为洗钱罪的犯罪主体应当排除上游犯罪人的理由是基于“不可罚之事后行为”的刑法理论。所谓事后不可罚行为,是指在状态犯的情况下,行为人实施一个行为后,在原法益范围内又实施的另一个对主行为所造成的不法状态加以利用与保持,并且该行为因其不法内涵被包括在主行为的处罚范围之内而不再予以单独科处刑罚的行为。¹如行为人盗窃财物后又窝藏或者销售赃物的,只构成盗窃罪,对于窝藏或者销售赃物行为不另外定罪。从刑法理论而言,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。

从中国的立法情况来看,《刑法》第一百九十一条列举了五种情形,第一项至第四项的“提供”,“协助”等词语表明了上游犯罪行为人不构成洗钱犯罪。尽管第五项并没有“协助”一词,但考虑到条款之间的内在逻辑关系,也应理解成“协助”上游犯罪者实施其他掩饰、隐瞒的行为,即洗钱罪主体仅限于实施上游犯罪者以外的人。而且我国《刑法》第一百九十一条中所说的“明知”显然应是针对他人而言的,只有他人才对上游犯罪的违法所得及其收益存在是否明知的问题,若上游犯罪人的洗钱行为也构成洗钱罪的话,那么法律条文的“明知”限定也就没有意义了。显然,在这一问题上,中国刑法受到了“不可罚之事后行为”理论的影响。

然而,以上是从刑法的传统理论以及我国刑法的实然层面分析得出的结论,随着刑法理论不断发展,以及国际社会的要求,越来越多的国家在国际公约的要求之下,倾向于将洗钱罪从赃物罪中分离出来,也将洗钱罪从上游犯罪中独立出来,认为洗钱罪不应当被看做上游犯罪的事后帮助行为,而应该是一个完全具有独立意义的犯罪,上游犯罪人又实施洗钱行为的,应当数罪并罚。荷兰在以往的司法实践中,对上

1 牛天明:《论事后不可罚行为》,湖南大学硕士学位论文,2008年5月。

游犯罪行为人也是不能处以洗钱罪的，而只能处罚实际取得不法收益的犯罪，但是这种状况阻碍了对洗钱犯罪的追究，引起了荷兰立法者的重视，因此荷兰立法者修订了相关条款，改变了这一现状。² 美国也有类似情况，美国第十巡回法院在驳斥被告人埃哥蒙（Edgmon）中所说：“国会倾向于使洗钱犯罪与产生犯罪收益的上游犯罪分离，成为一个独立的犯罪，并且分别予以惩罚。”³ 另外，美国规定的“以非法所得进行金融交易罪”，犯罪主体包含了上游犯罪分子本人。英国《2002年犯罪收益法》规定的“安排犯罪财产罪”，包括了犯罪者自己处置犯罪财产的行为。中国台湾地区的“洗钱防治法”也规定，洗钱是“掩饰或隐匿因自己或他人重大犯罪所得财产或财产上利益之性质、来源、所在地、所有权或其他权利者”，也表明洗钱犯罪的主体可以是上游犯罪的行为人。

（二）自洗钱者可单独构成洗钱罪

自洗钱者可以单独构成洗钱罪。第一，洗钱罪与传统的赃物犯罪相比，具有更为严重的社会危害性。传统的赃物犯罪往往所涉金额有限，侵犯的社会关系是财产所有权和司法机关的正常活动；现代的洗钱罪往往所涉金额巨大，除了侵犯司法机关追查犯罪的正常秩序外，还侵犯国家金融管理秩序、公平竞争的市场经济秩序等多重客体。从罪刑均衡原则考虑，洗钱罪应当与上游犯罪数罪并罚。第二，洗钱犯罪的行为表现不同于传统的赃物犯罪。传统的赃物犯罪是指在他人已经实施了有关犯罪后，行为人转移赃物的场所或占有权，它是财产犯罪的事后帮助行为。洗钱犯罪意在“漂白”赃钱而不只是“转移”赃物，复杂的洗钱过程大大改变了赃物的性质、形式、来源、流向、支配权和所有权，洗钱活动使犯罪所得及其产生的收益披上“合法”的外衣，实现了黑钱的安全运行，洗钱犯罪是独立于上游犯罪的另一个完全独立的犯罪过程。第三，从不可罚之事后行为理论考虑，传统的赃物犯罪，如盗窃之后的窝藏赃物犯罪一般被认为没有侵害新的法益，由于洗钱犯罪是一个使赃物合法化的过程，其与上游犯罪分别侵犯了不同的法益，因而不应当被看成是不可罚之事后行为，而应当数罪并罚。第四，从行使司法管辖权的需要考虑。洗钱犯罪的跨国性特点决定着洗钱犯罪与上游犯罪往往不是在一国领域内完成的，如果将上游犯罪者排除在洗钱罪主体之外，那么对于洗钱行为发生在中国境内的但无法确定该主体是否还实施了上游犯罪的，那么究竟能否追查洗钱犯罪的刑事责任成了一个不能肯定的内容，而上游犯罪由

2 Bert Ravenstijn, "The Netherlands: Anti Money-Laundering Programmes—The Case of ING", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 3, No. 4, 2000, p. 360.

3 Max Kaufman, Admalewis, Bruce Miller, "Money Laundering", *American Criminal Law Review*, Vol. 35, 1997, p. 984.

于发生在其他国家,我国进行刑事管辖的依据也不充分,因此,对于行使刑事管辖权也是非常不利的。

上文主要谈到了传统的赃物犯罪与洗钱罪的区别,但是,一个重要的问题是,在中国目前传统的赃物犯罪已经演变为与洗钱罪非常类似的一个犯罪,1979年的《刑法》规定了窝藏、销售赃物罪,1997年《刑法》对此罪增加了行为方式的规定,其罪名为窝藏、转移、收购、销售赃物罪,2006年的《刑法修正案(六)》将这一犯罪改为掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,行为方式上除了窝藏、转移、收购、销售外,包括其他任何形式的掩饰与隐瞒,在行为对象上除了原本规定的犯罪所得外,还规定了犯罪收益,这些内容的修改都是为了与洗钱罪衔接。另外,洗钱罪主体包括自然人和单位,而掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪的所得收益罪的主体局限于自然人。然而2009年的《刑法修正案(七)》将掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的犯罪主体也扩大到自然人和单位,因此,在目前的情况下,这两个罪除了上游犯罪范围不同外,几乎没有其他区别。那么,在主张上游犯罪人参与洗钱行为时应当数罪并罚时,是否意味着实施了盗窃、抢劫、诈骗等犯罪之后进行掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪收益的也应该数罪并罚?

按照中国刑法理论的通说,区分罪数的标准是犯罪构成要件的个数,即符合一个犯罪构成的为一罪,符合数个犯罪构成的为数罪。犯罪构成要件中的核心要素是客观上的行为和主观上的罪过。在判断罪数时,一行为不得被重复评价,但是数行为、数罪过的理应充分评价,否则也是不符合罪数理论的。不管上游犯罪是盗窃、诈骗、抢夺、抢劫,还是毒品、走私、贪污、受贿等犯罪,行为人如果在实施上游犯罪之后,又实施了掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪收益,或者进行洗钱行为的,无论是罪过还是行为都是复数的,只要侵害的法益属于不同的法益,就不属于不可罚事后行为的理论范畴,从犯罪构成理论分析,都应当进行数罪并罚。具体而言,如果行为人实施上游犯罪后只是窝藏、转移、收购或者销售的,按照期待可能性理论,犯罪分子在犯罪之后总是希望能够逃脱法律责任的追究,我们无法期待所有的犯罪分子都去投案自首、坦白交代,而且,除了影响到司法机关的查处外,基本上没有侵害其他的法益,可以按照不可罚之事后行为理论,只追究上游犯罪的刑事责任。如果上游犯罪人,无论实施了盗窃、诈骗、抢夺、抢劫,还是实施了毒品犯罪、走私、贪污、受贿的,只要将犯罪所得或者犯罪收益进行现金走私、存放于金融机构、通过地下钱庄、购买保险、购买房产、通过现金密集型行业、拍卖行、赌场等专门机构进行掩饰或者隐瞒的,都应当予以数罪并罚,其原因是犯罪分子除了妨害司法机关追查犯罪的正常活动外,还侵犯了金融管理秩序或者公平竞争的市场经济秩序等其他社会关系。

三、洗钱罪中的明知及其罪过形式

(一) “明知”的内容和程度

《刑法》第一百九十一条规定：“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……”可见，主观明知是成立洗钱罪的一个前提条件。但是在理解明知内容时，存在“一切犯罪所得及收益”、“概括的七类上游犯罪所得及收益”以及“具体的七类上游犯罪所得及收益”等不同意见。⁴“一切犯罪所得及收益”是指只要明知是犯罪所得，不管是哪些犯罪所得，都可以构成洗钱罪。这种观点显然不符合刑法对洗钱犯罪的关于明知的规定，混淆了洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的界限。“具体的七类上游犯罪所得及收益”是指必须要明确认识到是七类犯罪中的某一种具体犯罪的所得及其收益，才能构成洗钱罪。这一观点过于机械地理解了刑法条文，而且违背了刑法关于主观认识错误的理论。根据对象错误理论，行为人误将甲对象当做乙对象加以侵害，而甲对象与乙对象体现相同的社会关系，行为人的认识内容与客观事实仍属同一犯罪构成的情况，这种对象认识错误并不重要，因而不影响故意犯罪既遂的成立。⁵比如行为人认为是毒品犯罪所得，其实是走私犯罪所得，行为人仍然构成洗钱罪。因此，“概括的七类上游犯罪所得及其收益”才是正确的观点，即行为人对属于七类犯罪的所得及其收益具有概括性认识即可构成洗钱罪的明知。但是，如果行为人认为是非七类犯罪所得及其收益而予以掩饰和隐瞒的，由于这种认识错误与客观事实不属于同一犯罪构成的情况，不符合《刑法》对于洗钱罪中明知的规定，因而不构成洗钱罪。值得一提的是，这种学理解释已经被最高司法机关采纳。2009年11月11日起施行的《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》第一条第三款规定：“被告人将刑法第一百九十一条规定的某一上游犯罪的犯罪所得及其收益误认为刑法第一百九十一条规定的上游犯罪范围内的其他犯罪所得及其收益的，不影响刑法第一百九十一条规定的‘明知’的认定。”

在理解了“明知”的内容之后，如何理解“明知”的程度也是一个广受争议的问题。第一种观点是“确定说”，认为“明知”就是行为人明确地知道是刑法规定的

4 陈兴良：《协助他人掩饰毒品犯罪所得行为之定性研究——以汪照洗钱案为例的分析》，载《北方法学》，第16期，第35页。

5 张明楷：《刑法学》，法律出版社，2003，第230页。

特定犯罪的所得及其产生的收益,是一种确定性认识。⁶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”。⁷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所得及其收益;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所得及其产生的收益。⁸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。⁹在以上各观点中,第一种观点和第二种观点只是解释了“明知”的某一方面,有失偏颇;观点四中的“应当知道”其实是一种应然状态的注意义务,容易与疏忽大意过失中的“应当预见”混为一谈,有任意扩张洗钱罪主观方面的嫌疑,似有不妥。因此,只有第三种观点正确地解释了洗钱罪中明知的程度,“明知”不等于“确知”,确定性认识和可能性认识都应纳入明知的范畴。只要证明行为人在当时确实知道或者可能知道对于所经手的财产系七类上游犯罪的犯罪所得及其收益,都可成立明知。

(二)“明知”的认定

刑事案件的举证责任在于公诉机关,在很多案件的审理过程中,被告人会提出对七类上游犯罪的犯罪所得及其收益并不明知的辩解,在这种情况下,能否认定被告人的明知直接影响到罪与非罪或者此罪与彼罪的区分。在中国的司法解释以及有关规范性文件中,屡次对“明知”作了解释。例如,1992年12月11日最高人民法院、最高人民检察院在《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》中提到:“认定窝赃、销赃罪中的‘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。”在1998年5月8日最高人民法院、最高人民检察院、中华人民共和国公安部、国家工商行政管理总局《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》第十七条提到:“本规定所称的‘明知’,是指知道或者应当知道。有下列情形之一的,可视为应当知道,但有证据证明明确属被蒙骗的除外……”以上两个有关“明知”的阐释对统一认识,规范司法起到了应有的作用,而且在第二个解释中还蕴涵了推定应当以排除行为人的合理解释为原则,具有一定的合理性。但是文件中的“应当知道”用词不确切,《刑法》规定的“明知”,不管是确定性明知还是可能性明知,都

6 陈明华:《洗钱罪的认定及处罚》,载《法律科学》,1997年第6期,第65页。

7 仝作俊:《洗钱犯罪研究》,载《法律科学》,1997年第5期,第54页。

8 李希慧:《论洗钱罪的几个问题》,载《法商研究》,1998年第2期,第46页。

9 丘志馨:《论洗钱犯罪及其对策》,载《政法学刊》,1998年第4期,第23页。