

何萍 著

中国洗钱犯罪的 立法和司法

兼与欧盟反洗钱制度比较研究

上海人民出版社

何萍 著

中国洗钱犯罪的 立法和司法

兼与欧盟反洗钱制度比较研究

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国洗钱犯罪的立法和司法:兼与欧盟反洗钱制度比较研究/何萍著.

—上海:上海人民出版社,2005

ISBN 7-208-05675-7

I. 中... II. 何... III. ①金融法-对比研究-世界
②金融-刑事犯罪-对比研究-世界 IV. D912.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 043474 号

责任编辑 邱盈华

封面装帧 王晓阳

中国洗钱犯罪的立法和司法

——兼与欧盟反洗钱制度比较研究

何萍著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行 常熟新骅印刷厂印刷

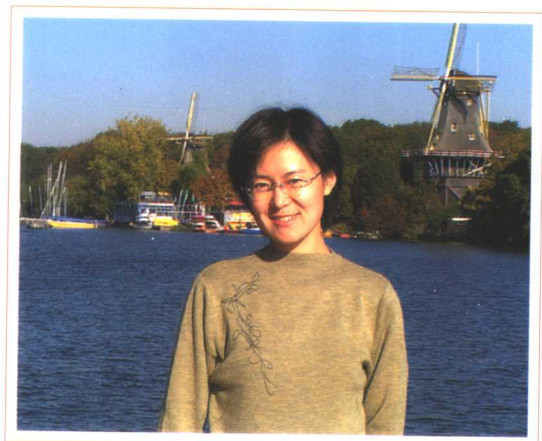
开本 850×1168 1/32 印张 13 插页 2 字数 305,000

2005 年 7 月第 1 版 2005 年 7 月第 1 次印刷

印数 1-3,250

ISBN 7-208-05675-7/D·978

定价 26.00 元



作者简介

何萍，女，1970年生于上海。1992年毕业于华东政法学院法律系，获法学学士学位；2000年毕业于华东政法学院，获法律硕士学位；2004年获荷兰鹿特丹Erasmus大学法学博士学位。

1992年留校任教至今，现为华东政法学院刑法学副教授，硕士生导师。1999年被评为“上海市高校优秀青年教师”。现任华东政法学院教务处副处长。

参与编写了《刑法学》、《犯罪与刑罚理论专题研究》、《刑事疑难案例法理评析》、《犯罪学大辞书》、《中国新刑法实务全书》等教材和著作。在《法学》、《法学评论》等法学核心杂志上发表论文30余篇，在美国、英国等的英文法学杂志上发表专业论文数篇，并在荷兰发表英文专著一部(*The Fight Against Money Laundering: A Comparative Perspective*, Erasmus University Press, Rotterdam Netherlands, 2004.)。

序

现代社会中,毒品、走私等犯罪十分严重,犯罪分子通过各种犯罪活动聚敛了大量的钱财,但是由于各国比较严格的金融、税务等管理制度,大量的犯罪所得难以正常流通。为了能自由地挥霍和使用犯罪所得,洗钱犯罪应运而生。随着科学技术的不断进步和社会经济的高速发展,毒品、走私等有组织犯罪呈现出组织规模大、活动范围广、犯罪手段现代化的趋势。洗钱犯罪作为这些上游犯罪的下游犯罪,亦日益猖獗。从某种意义上说,洗钱是有组织犯罪得以运转的中枢和核心,如果能够在根本上杜绝洗钱活动的发生,在这个星球上的罪恶活动就可以大为减少。

从20世纪80年代开始,洗钱作为一种严重的国际犯罪引起了国际社会的普遍关注。如何有效地控制和预防洗钱犯罪活动成为理论界和实务界的热门话题。中国在国际社会的带动下,于1990年的《关于禁毒的决定》中首次将清洗毒赃的行为规定为犯罪行为,并在1997年《刑法》第191条明确规定了洗钱罪。2003年1月,中国人民银行连续发布了三个有关金融机构反洗钱的行政规章,对金融机构提出了反洗钱的原则要求和操作规范,促进了金融领域反洗钱法律框架的

建立,使中国金融机构的反洗钱行动成为了可能。近年来,国内已有一些专家致力于反洗钱犯罪方面的研究,做了许多艰苦且卓有成效的工作,取得了可喜的成果,华东政法学院刑法学青年副教授何萍无疑也是其中的一位。

何萍从2001年起在荷兰鹿特丹依拉斯姆斯大学攻读博士学位,其博士论文课题以洗钱犯罪研究为中心。用非母语进行博士论文的研究,我作为其同事,见证了她的刻苦和辛劳。从2001年至2004年,她每年在上海和鹿特丹之间来回奔波,收集资料,请教导师,笔耕不辍。让人欣慰的是其辛勤劳动取得了丰硕的成果。短短几年,她先后在美国、英国等英语法学杂志上发表了数篇有关洗钱犯罪的论文,其英语博士论文得到了依拉斯姆斯大学的高度评价,并如愿取得博士学位。

《中国洗钱犯罪的立法和司法——兼与欧盟反洗钱制度比较研究》是上海市教委重点学科刑法学的重要课题,本书选题恰当,体系严谨,观点明确,资料详实,条理清晰,语言朴实、流畅。在研究方法上,本书对洗钱犯罪的研究涉及刑法学、犯罪学、国际法学等多个学科,采用了综合研究、比较研究和理论联系实际的方法等多种研究手段,通过历史的纵向考察和现实的横向比较,跨学科、多角度地进行综合观察和比较分析。在体例编排上,本书着力于三个层面的反洗钱制度:以国际公约、国际组织的反洗钱行动为基础,分析了国际社会在打击和预防洗钱犯罪方面所作的卓有成效的努力;以欧洲理事会的反洗钱公约和欧共体预防洗钱犯罪的指令为基础,指出了欧盟各国的反洗钱措施是如何逐步完善的;以中国的刑法和金融规章为基础,对中国反洗钱的刑事制裁手段和行政预防措施进行了

分析和评述。并在国际社会的框架内,对欧盟和中国的反洗钱制度进行了比较研究。他山之石,可以攻玉。通过借鉴欧盟惩治和预防洗钱犯罪的经验,提出完善我国反洗钱制度的建议。在具体内容上,本书是围绕着惩治犯罪的两种基本策略即刑事制裁和行政防范而展开论述的。刑事制裁是惩罚犯罪必不可少的极具威慑性的手段,但其治标不治本;行政防范则强调非政府部门应当与政府部门共同承担起反洗钱的职责,严密防范洗钱犯罪并将洗钱犯罪消灭在萌芽状态。

值得一提的是,本书并非就事论事地比较和评述反洗钱制度,而是倡导要构建一种理想的反洗钱制度,以创建一个稳定与和谐的社会环境。本书提出,一国的反洗钱制度应当与国际社会的反洗钱制度相协调,但是各国的反洗钱措施又受制于本国的经济发展水平,因此理想的反洗钱制度应当在国际大环境和各国所具有的实际能力之间寻求平衡。打击洗钱和维护金融秘密是一对矛盾,金融机构一方面要全面履行反洗钱义务,另一方面又要切实维护金融秘密,因此,反洗钱制度应当在打击犯罪和发展经济之间寻求平衡。反洗钱制度还应当在打击犯罪和维护民主制度之间寻求平衡,洗钱犯罪不可能被绝对禁止,而对律师等法律专业人员的职业特权也不可能无条件保护,理想的反洗钱制度应当在打击犯罪和保护国家的民主法制建设之间找到最佳的结合点。另外,科学技术的进步和发展是一柄双刃剑,它在提高人民生活水平的同时也为犯罪分子从事犯罪活动创造了条件,理想的反洗钱制度应当充分注意科学技术的进步和发展为洗钱活动提供的便利。可以看到,构建一种平衡的、协调的反洗钱制度,以创建一个和谐社会是贯穿于

本书的一种理念和宗旨。

但是,鉴于我国的反洗钱行动起步较晚,金融机构反洗钱工作中的相关数据和信息还处于相对封锁状态,我国的洗钱犯罪还没有被真正破解,洗钱犯罪中还有诸多法律问题值得研究。我想,随着我国反洗钱工作的逐步深入,反洗钱犯罪研究也会随之不断深入。在此,我寄语何萍老师:“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。”

是为序。

刘宪权*

2005年3月

* 中国刑法学会副会长,上海市教委重点学科刑法学科带头人,华东政法学院法律学院院长,刑法学研究中心主任,刑法学教授,博士生导师。

目 录

第一章 洗钱犯罪概述	1
第一节 洗钱犯罪的起源与现状	1
第二节 洗钱犯罪的含义	4
第三节 洗钱犯罪的特点	12
第四节 反洗钱的意义	15
第二章 反洗钱的国际行动	20
第一节 巴塞尔委员会防止犯罪分子利用银行系 统洗钱的原则声明	21
第二节 联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药 物公约	24
第三节 联合国打击跨国有组织犯罪公约	34
第四节 金融行动特别工作组	41
第五节 国际刑警组织	56
小结	62
第三章 西欧的反洗钱行动	73
第一节 欧洲理事会关于防止转移和保存来源于 犯罪资金的措施的建议书	75
第二节 欧洲理事会关于清洗、搜查、扣押和没收 犯罪收益的公约	78

第三节	1991 年欧洲共同体理事会关于防止利用金融系统洗钱的指令	86
第四节	2001 年欧盟对 1991 年欧共体关于防止利用金融系统洗钱的指令的修正	95
第五节	欧洲刑警组织	105
第六节	欧洲司法组织	108
小结		111
第四章	中国刑法中的洗钱犯罪	120
第一节	洗钱犯罪在中国刑法中的由来及其演变	120
第二节	中国刑法中洗钱罪的概念和构成要件	126
第三节	洗钱犯罪与相似犯罪的区别	135
第四节	洗钱罪的法律后果	137
第五章	中国金融机构的反洗钱行动	143
第一节	中国金融机构反洗钱的背景情况	143
第二节	中国金融机构反洗钱的主要内容	145
第三节	对中国金融机构反洗钱的评价	153
第六章	中国反洗钱的司法现状	157
第一节	洗钱罪的上游犯罪情况	157
第二节	影响洗钱犯罪的其他因素	165
第三节	洗钱犯罪的司法实践	170
第四节	查处洗钱犯罪的努力方向	173
小结		177
第七章	中国与欧盟国家反洗钱制度比较研究	182
第一节	反洗钱刑事措施比较研究	182
第二节	反洗钱预防措施比较研究	192
小结		207
第八章	反洗钱专门问题研究	212
第一节	金融秘密与反洗钱	212

第二节 律师与反洗钱	224
第三节 洗钱与高科技	
——洗钱犯罪的新动向:从现实世界到 虚拟空间	233
第四节 可疑交易汇报制度	
——一个重要的反洗钱措施	243
第九章 摘要与结论	262
附录一 联合国打击跨国有组织犯罪公约	272
附录二 1990 年欧洲理事会关于清洗、搜查、扣押和 没收犯罪收益的公约	305
附录三 欧洲共同体理事会关于防止利用金融系统洗 钱的指令(共同体 91/308 号 1991 年 6 月 10 日)	324
附录四 部长理事会与会的成员国政府代表的声明	334
附录五 欧洲议会和理事会 2001/97/EC 号关于修正 91/308 号欧洲共同体理事会关于防止利用 金融系统洗钱的指令的指令(2001 年 12 月 4 日)	335
附录六 金融行动特别工作组关于洗钱问题的 40 项 建议(2003 年 6 月 20 日)	347
附录七 金融机构反洗钱规定(中国人民银行令[2003] 第 1 号)	367
附录八 人民币大额和可疑支付交易报告管理办法 (中国人民银行令[2003]第 2 号)	373
附录九 金融机构大额和可疑外汇资金交易报告管理 办法(中国人民银行令[2003]第 3 号)	379
参考资料	387
后记	397

第一章 洗钱犯罪概述

第一节 洗钱犯罪的起源与现状

“洗钱”这一术语是伴随着现代社会中有组织犯罪日趋严重而出现的。洗钱的本质在于掩饰、隐瞒犯罪所得的赃物,虽然这种行径自古有之,但是在有组织犯罪尚未呈现出严峻态势的年代,犯罪分子通过犯罪所获得的赃物是有限的,因此还不存在需要大规模清洗“脏钱”的必要。然而,在现代社会中,毒品、走私、黑社会等有组织犯罪十分严重,犯罪分子通过各种犯罪活动聚敛了大量的钱财,由于各国比较严格的金融和税务制度,使犯罪集团的大量不义之财难以被挥霍、转移和在经济领域中正常流通。这样就出现了必须把犯罪收入合法化的问题。因此,洗钱犯罪应运而生。现代意义上的洗钱开始于 20 世纪 20 年代,在美国的工业中心芝加哥等城市出现了以阿里·卡彭、约·多里奥和勒基·鲁西诺为首的庞大的有组织犯罪集团。该犯罪集团利用美国经济发展过程中广泛运用现代化生产技术的机会,大力发展自己的犯罪企业,谋求巨额的经济利益。但是,由于美国有着严格的金融管理制度和税收征管制度,使这些犯罪收益无法被自由自在地消费和使用。于是,该犯罪集团中的一个财务总监购置了一台自动洗衣机,为顾客清洗衣服,并收取现金,然后

将犯罪收入混入这些现金中一起向税务机关申报,使其变为合法收入。^①这样,现代意义上的洗钱行为形成了。

随着科学技术的不断进步和经济的高速发展,毒品、走私等有组织犯罪出现了更加严重化的趋势,其表现为组织规模大、活动范围广、犯罪手段现代化。洗钱作为这些上游犯罪的下游犯罪,其活动也日益猖獗,而且日益呈现出以下几个方面的发展趋势。

1. 洗钱犯罪分子经常利用金融机构和金融从业人员进行洗钱犯罪活动。这是因为:金融机构能提供存款、贷款、票据承兑与贴现、外汇、结算等多种业务;金融机构拥有各种金融工具,能提供资金转换的各种手段;在全球经济一体化的条件下,金融统一大市场的形成,使资金跨国转移迅捷而且便利;而且,金融机构有为储户保密的原则。由于金融机构的这些特性,金融机构一直是洗钱犯罪分子的首选目标。洗钱犯罪分子将犯罪所得存入银行,通过金融机构将现金转换成金融票据,或通过转账等结算方式将资金转移或将资金汇往境外。犯罪分子通过种种错综复杂的交易,给犯罪收益创造一副虚假的画面,模糊犯罪收益的真实来源、性质及犯罪收益与犯罪者的联系,使得犯罪收益与合法资金难以分辨。

2. 洗钱犯罪分子越来越多地利用非金融机构为洗钱活动提供屏障。由于近年来国际反洗钱的呼声越来越高,西方国家纷纷修改了以往严格的银行保密法,将银行等金融机构置于强制性的客户身份识别、交易记录以及可疑交易报告等多重法定义务之下,对通过金融机构洗钱形成了巨大的牵制和遏制作用。这就迫使犯罪分子另谋他法,通过非金融机构达到洗钱的目的。例如洗钱犯罪分子通过购买小汽车、贵重金属、钻石珠宝、古玩字画、不动产等将犯罪收益的性质和来源予以掩饰和隐瞒;通过开办旅馆、饭店、商场、娱乐场等收取现金较多的商业企业,以鱼目混珠的方式将犯罪收益混入企业的合法收入中。

3. 洗钱犯罪分子越来越多地利用律师、会计师等专业人员从事洗钱犯罪活动。由于金融系统采取了较为严密和系统的辨认客户身份、记录交易情况和汇报可疑交易等预防洗钱犯罪活动的措施,洗钱犯罪分子逐渐转向专业人员寻求帮助,以开辟新的洗钱途径并且降低犯罪活动的风险。从 20 世纪 90 年代后期开始,律师、会计师、公证员等专业人员涉及洗钱犯罪的现象不断被揭露,有的利用律师的客户账户存放来自犯罪活动的资金,进而进行房产投资^②;有的先将来自犯罪活动的赃款存入律师的客户账号,然后在律师的掩盖下将现金转换成他国银行签发的支票,再由律师指定的代理银行将支票兑换成现金。^③还有的利用律师将来自犯罪活动的收益转移到没有反洗钱措施或洗钱措施不充分的国家或地区,并且由律师用虚假的个人或公司名义开设各种银行账户,再将存放在海外的资金汇到律师控制的账户上,由于律师的职业声誉,国内的银行没有对这种可疑交易的性质产生过怀疑。^④也有利用会计师进行洗钱犯罪的,会计师代表客户建立了公司账户、信托账户和以客户亲戚的名义设立了个人银行账户,进行毒品交易的“客户”将大笔现金交给会计师,会计师将现金存放到这些账户上,并且以“构建交易”(即将大额交易化整为零)的方式将资金汇往境外购买汽车部件并销往国内,或者用这些资金购买财产,会计师从中收取 10% 的手续费。^⑤

4. 洗钱犯罪分子更热衷于在处于社会转型时期的发展中国家从事洗钱犯罪活动。在以往的洗钱活动中,洗钱主要集中于西方发达国家。因为,它们一方面是毒品的大宗消费国,也是有组织犯罪的发案猖獗国。随着西方国家打击洗钱活动的声势日益浩大,洗钱犯罪分子在一定程度上将洗钱中心转移至仍处于社会转型时期的发展中国家。所谓社会转型,是指一个社会的政治、经济、文化等制度从一种形态向另一种形态转变过渡。由于处于社会转型时期,这些国家的金融体制或多或少地未与

国际通行的金融体制接轨,制度不完善,管理不健全,而且这些处于转型时期的发展中国家为了大力发展经济,客观上需要大量的外资,不会对投资的外资进行严格的审查,所以洗钱犯罪分子也会非常乐意把“脏钱”投向这些新兴的市场经济国家。我国作为社会转型期的国家之一,近年来走私、毒品、黑社会性质的组织犯罪和其他严重犯罪也日益猖獗。根据世界银行的一份统计,我国自改革开放以来外流的资金高达 800 亿—1 000 亿美元。减去政府批准的对外投资 150 亿美元左右,实际资金外逃额在 600 亿—850 亿美元。近年来资本外逃仍然保持在每年近 100 亿美元的规模。^⑥这种资金的不正常流动与洗钱犯罪有着密切的关系。

5. 洗钱犯罪分子的洗钱手段和洗钱技术日益现代化。随着国际社会反洗钱措施的不断加强,传统洗钱方法的局限性日渐明显。科学技术的发展和进步是一把双刃剑,它在提高人民生活水平的同时也给犯罪分子从事犯罪活动创造了条件。随着个人电脑的普及,互联网的发展,电子货币和电子商务在商业领域中的不断运用,这些新兴的高科技手段给洗钱犯罪分子提供了广泛的空间,极大地便利了洗钱犯罪。犯罪分子将洗钱活动从现实世界转向了虚拟空间,利用电子货币轻而易举地将犯罪所得转移到世界的任一角落,利用网络银行或者网上赌场进行更为隐秘的洗钱犯罪。对此,法国《费加罗报》在一篇题为《犯罪分子开始掠夺技术》的文章中忧心忡忡地指出:“电信网络,尤其是因特网的发展为犯罪分子洗黑钱提供了巨大的便利,世界各地开设的网上银行完全逃避了各国的监管。”^⑦

第二节 洗钱犯罪的含义

洗钱是指,掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益,并将犯罪所得和

收益伪装起来使之看起来合法的一种活动和过程。^⑧洗钱(Money Laundering)这一英文术语直到 20 世纪 70 年代美国司法官员查处水门丑闻案时才第一次作为法律术语被正式使用,并在 20 世纪 80 年代初随着毒品交易的蔓延而在全世界范围内被广泛接受。^⑨虽然洗钱一词已被广泛使用,但并没有一个全世界范围内通行的、普遍适用的定义。不同的地区、不同的国家、不同的法律制度赋予了洗钱犯罪不同的含义。

一、国际社会对洗钱犯罪的规定

由于洗钱是一个国际性的犯罪,洗钱现象已经引起了国际社会的普遍关注。在国际上有关洗钱犯罪的定义主要有以下几个方面。

在 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(以下简称《联合国禁毒公约》)中,洗钱行为被包容在一个概括的“非法贩运毒品犯罪”之中,该公约第 3 条第 1 款 b 项规定了两种洗钱行为:明知财产来自于毒品犯罪(生产、制作、运输、贩卖),为了掩饰、隐瞒该财产的非法来源,或为了协助涉及此类犯罪的人逃避其行为的法律后果而改变或转移该财产的;明知财产来自于毒品犯罪,而隐瞒或掩饰该财产之真实性质、来源、场所、处置、转移、相关权利和所有权的行为。另外在同款的 c 项还规定了两种与洗钱相关的行为:在获取财产时,明知该财产来自于毒品犯罪而获取、占有或使用该财产;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。该公约的第 3 条第 3 款还明文规定:条文中作为犯罪构成要件的“知情、故意和目的”可以根据客观事实情况予以推定。^⑩《联合国禁毒公约》中规定的洗钱犯罪有以下几个特点:首先,洗钱犯罪的上游犯罪仅是毒品犯罪;其次,洗钱犯罪人主观上必须是明知的,尽管明知可以根据客观事实情况予以

认定;再次,洗钱犯罪的行为方式包括改变、转移来自于毒品犯罪的非法所得,掩饰、隐瞒来自于毒品犯罪的财产的真实性质、来源、场所、处置、转移、相关的权利或者所有权,获取、占有或使用来自于毒品犯罪的所得。

1990年金融行动特别工作组(Financial Action Task Force, FATF)以《联合国禁毒公约》为基础,对洗钱行为下了一个操作定义(working definition):明知财产来自于犯罪,为了隐藏、掩饰财产非法来源,或者帮助涉及此种犯罪的人逃避其行为的法律后果,改变或转移该财产;明知财产来自于犯罪,隐藏、掩饰财产的真实性质、来源、场所、处置、活动、相关的权利和所有权;取得、占有或使用那些在获得时就已经知道是非法的财产。并且在第6项建议中提到,至少应该像《联合国禁毒公约》一样,洗钱犯罪主体主观上是明知的,明知的认定可以从客观情况来推断。^①事实上,金融行动特别工作组已经了解到不少国家规定了过失的洗钱犯罪。在第7项建议中金融行动特别工作组建议,法人而不仅仅是其雇员应当对洗钱行为承担刑事责任。金融行动特别工作组对洗钱行为的归纳基本上沿用了《联合国禁毒公约》中对洗钱行为的规定,只是在某些方面作了修改或补充,如扩大了洗钱犯罪上游犯罪的范围,提出了法人应当对其洗钱犯罪承担刑事责任的建议。

2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第6条第1款规定,故意实施下列行为都属于洗钱犯罪:明知财产为犯罪所得,为隐瞒或掩饰该财产的非法来源,或为协助任何参与实施上游犯罪者逃避其行为的法律后果而转换或转让财产;明知财产为犯罪所得而隐瞒或掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处置、转移、所有权或与财产有关的权利;在得到财产时,明知其为犯罪所得而仍获取、占有或使用。另外,该公约第6条第2款规定,洗钱犯罪的上游犯罪应该尽可能广泛,洗钱犯罪中的明知可