

事后行为独立处罚视阈下的自洗钱罪数研究

田倬源

(华东政法大学 刑事法学院, 上海 201600)

摘要:作为事后行为,自洗钱已经具备独立处罚的条件,将其视为不可罚事后行为的传统观点有欠妥当。洗钱行为伴有明显的次生危险,本质上创设了新的法所不容许的风险,且该风险可以通过对洗钱发动刑罚权得以控制。对事后行为独立处罚是事后不可罚理论修正的表现。将自洗钱与上游犯罪数罪并罚具有正当性,但事后不可罚理论对自洗钱仍具有部分适用合理性。在自洗钱与上游犯罪并罚时,应在洗钱罪内部从轻处罚,避免重复性评价,达到罪责刑平衡适用的效果。对于自洗钱的定罪处罚,应当在故意范畴、期待可能性以及共犯从属性等方面予以限制。

关键词:自洗钱;事后行为;洗钱罪;事后不可罚理论

中图分类号:D912.29

文献标识码:A

文章编号:1672-1217(2024)04-0057-07

收稿日期:2024-04-26

作者简介:田倬源(1998-),女,内蒙古鄂尔多斯人,华东政法大学刑事法学院博士研究生。

DOI:10.16284/j.cnki.cn37-1401/c.2024.04.011

一、事后行为独立处罚化:事后不可罚理论的修正

自洗钱是指行为人在实施上游犯罪之后,对违法犯罪所得及其收益,自行“清洗”以使之合法化的行为。^①在《刑法修正案(十一)》(以下简称“刑修(十一)”)颁布之前,刑法都只处罚上游犯罪,而不处罚作为事后不可罚行为的自洗钱行为。刑修(十一)颁布以来,自洗钱被视为与上游犯罪侵犯不同法益的犯罪行为,可以单独构成洗钱罪。这一立法变化说明,原本作为不可罚的事后行为,也可能具备实行化的处罚必要性。自洗钱入刑,也彻底改变了旧有的事后不可罚理论在洗钱罪方面的适用路径。

(一)事后不可罚理论的适用要点

完整的犯罪行为由预备行为、实行行为和事后行为组成。事后行为同预备行为一样,并不能等同于实行行为。所以,以事后行为作主要罪状的罪名都要考虑其与实行行为,也就是上游犯罪的关系。构成要件欲以有限之条款,应对事后行为无穷之形态,显然不可能。^②

洗钱行为属于典型的事后行为,但并不是所有的事后行为都属于事后不可罚行为。通说观点认为,事后不可罚行为,是指在状态犯的情况下,作为该犯罪的结果而实施的行为。^③如果事后行为侵犯了新的法益,且不缺乏期待可能性,又不能包括地评价在前一罪之中时,则应认定为数罪。^④事后不可罚理论从事后判断的视角,对行为进行切分,最终认为不可罚的事后行为缺乏期待可能性,可以不做评价。

但是,事后不可罚理论并未提供一套可以处理所有事后行为的解决方案。如果说预备行为形成于犯罪未完成阶段,那么事后行为就属于附随在犯罪已完成的赘余阶段。依照附随的紧密程度不同,评价结果也不同。比如,短缩的二行为犯中,事后行为与实行行为过于紧密,直接以一行进行评价。牵连犯中,事后行为与实行行为已经形成目的和手段的关系。状态犯中,事后行为只有符合缺乏期待可能性的要件时,

① 刘金林:《洗钱犯罪法律适用问题研究》,《法律适用》2023年第4期,第145-155页。

② 柯耀程:《变动中的刑法思想》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第282-283页。

③ 郑泽善:《刑法分论争议问题研究》,北京:中国人民大学出版社,2015年,第153页。

④ 张明楷:《刑法学(第六版)》,北京:法律出版社,2021年,第640页。

才能被认为没有处罚的必要性。继续犯中,事后行为与之前的实行行为,虽然有一定先后顺序或者因果联系,但其附随程度过于松散,实际上已经发展成为新的实行行为,应当数罪并罚。换言之,事后行为原本就具备独立处罚的刑法学基础。

事后不可罚理论根本价值在于,使禁止重复评价之观念在事后关联犯罪行为的认定上有发挥的空间。禁止重复评价之观念,可以追溯至古罗马时期。^① 罗马法有“对同一案件不可提起两次诉讼”以及“任何人不应受两次磨难”的古谚。这一项原则经过几千年的发展和完善,已经成为一项基本法律原则,分别在实体法和程序法中体现出来。^② 我国刑法典尚未在总则部分明确规定禁止重复评价原则。因此,理论界和实务界对这一原则适用的对象、阶段、范围等内容也缺乏统一认识。在司法实践中对该原则有意或无意违背的现象时有发生。

(二) 传统事后不可罚理论对自洗钱的适用缺陷

在传统的事后不可罚理论中,往往直接认为,自洗钱行为属于事后不可罚行为,所以不可罚。这样的表述出现了论证上的断裂。自洗钱因何成为事后不可罚行为?一个具有非难可能性的行为又是如何变成了不可罚的行为?事后不可罚理论客观上使得自洗钱因主体重合,在构成要件层面就得以而出罪,甚至不当地给予了自洗钱人一定的合法地位。特别是,即便洗钱罪在未修改以前,从条文表述上看也并没有将上游犯罪人这一主体排除在外。所以,自洗钱属于事后不可罚行为,这样的观点实际上只能以司法实践处罚条件尚未成熟的角度来解释。

另外,这样的论证过程也直接剥夺了法官的裁量权。在刑修(十一)未出台前,司法人员碍于不可罚的观念,只能处罚上游犯罪。自洗钱属于事后不可罚行为,这一观点充斥着不可罚的事后行为、期待可能性、共罚的事后行为的杂糅适用,只注意实然层面的出罪路径,而没有顾及应然层面的价值判断。

近十年来,我国内地每年洗到海外的黑钱至少高达 2000 亿元人民币。^③ 另外,据联合国禁毒办《2023 年世界毒品报告》公布的数据来看,全世界有 2.84 亿人使用毒品。^④ 一般认为,毒品犯罪收入的 70%~80% 会被用于洗钱,洗钱规模可见一斑。根据国际货币基金组织的估计,全球每年非法洗钱的总额相当于全世界国内生产总值(GDP)的 2%-5%。无论如何,洗钱犯罪当今对国内外金融体系,甚至是政治秩序的影响,与“自洗钱属于事后不可罚行为”的时代不可同日而语。^⑤

(三) 事后不可罚理论对自洗钱的修正适用

不得不承认,在刑修(十一)出台之前,“自洗钱属于不可罚的事后行为”的论断已经成为一种理念性的认识。如果直接断言,自洗钱不属于事后不可罚行为,确实有“为附新法强说理”之嫌。刑法没有所谓真理性判断,只存在合理性判断。最好的路径就是,重新分析事后不可罚理论本身对于自洗钱行为适用的合理性部分,达到修正适用的目的。

“禁止重复性评价”是该理论的论证核心,也是该理论经久不衰的内核所在。在自洗钱罚与不罚的问题上,笔者认为应当注意以下问题的讨论:

1. 自洗钱与上游犯罪是否服务于一个整体的犯罪目的

行为目的是目的行为讨论的范畴。行为是受目的支配的身体运动行为概念之核心在于目的性,所谓

^① 张明楷:《刑法格言的展开(第3版)》,北京:北京大学出版社,2013年,第292页。

^② 许多国家都通过法律规范明文规定了这一原则。例如,德国基本法第130条规定,任何人不得因同一行为,受到普通刑法多次刑罚;美国宪法修正案第5条规定,任何人不得因同一罪行而两次遭受生命或健康的危险;日本宪法第39条规定,任何人不得因同一次犯罪而两次被判刑;法国刑事诉讼法第693条、意大利刑事诉讼法第649条也有相关的规定。

^③ 周振海:《加快修订中国人民银行法,推动落实“自洗钱”单独入罪》,载澎湃新闻网, https://m.thepaper.cn/baijiahao_11551358 访问时间 2024.5.5

^④ Word Drug Report 2023,载联合国禁毒办官网 <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/world-drug-report-2023.html>.

^⑤ 陈明华:《洗钱罪的认定及处罚》,《法律科学(西北政法学院学报)》1997年第6期,第65-69页。

“目的性之活动”就是行为人为达成所设定之目标而选择手段，并操纵手段，最终有目的地达成目标值手段。^①但需要注意的是，前、后罪服务于一个整体的犯罪目的，并不仅仅是所谓牵连关系中原因与结果，或者手段与目的的关系，不能简单认为是牵连关系。或者更为充分的表达是，即使承认其之间具有牵连关系，也不能适用牵连犯的理论。在四川宜宾首例职务犯罪“自洗钱”案中，^②被告人梁某龙利用职务便利收受了一辆别克车，为了掩饰隐瞒受贿所得，梁某龙将这辆车通过虚假买卖、多次过户的手段挂靠在表姐妹的公司。

检察机关认为，“物”与“钱”具有财产共性，最终将“洗物”的行为也认定为洗钱罪。笔者对该案持保留意见，原因是别克车虽然为受贿所得，但是车辆作为动产，有较为稳定的登记制度。不同于金钱的占有即所有的属性，动产如果也被轻易纳入洗钱罪的对象，势必会将给予上游犯罪人过高的附加义务，即要求其在获得赃物后不能对赃物进行任何物权上的变更。梁某龙虚假买卖、辗转过户的行为有掩饰隐瞒犯罪所得的性质，与受贿罪服务于同一个敛财的目的。更为恰当的处理是将别克车的价值计算到受贿数额中，没有必要单独再以洗钱罪认定。另一方面，如果认为梁某龙构成洗钱罪，那么梁某龙的表姐妹又或者表姐妹的公司这一法人机构也构成洗钱罪，又无法避免讨论“亲亲得相首匿”的这一传统命题。因此，笔者认为该行为不应当被定性为洗钱罪，别克车的价值应当仅仅作为受贿所得来认定。

2. 自洗钱侵犯的法益能否为上游犯罪侵犯的法益所牵摄

洗钱罪的上游犯罪类型多样，所牵涉的法益也有多种类型。毒品类犯罪、职务犯罪、破坏金融秩序犯罪等罪名之间本身就存在较大的差异。笔者认为，在这一问题上，如果自洗钱侵犯的法益能够被上游犯罪所牵摄，特别是破坏金融秩序类犯罪，则没有必要单独处罚。对于洗钱罪的法益，下文还会重塑分析。在福建省顺昌县人民法院宣判的江某娟犯集资诈骗罪、洗钱罪一案中，^③江某娟将集资诈骗所得购买基金、贵金属的行为被认定为洗钱。该案最终以集资诈骗罪、洗钱罪数罪并罚，执行有期徒刑九年三个月，并处罚金人民币七十万元。笔者认为，与毒品犯罪不同，集资诈骗罪侵犯的法益能够对洗钱罪的法益有所牵涉，江某娟在集资诈骗的过程中对被害人的财产占有进行损害，法益损耗已经基本定型，此时再将认定洗钱罪则属于重复评价，对江某娟的处罚偏重。也就是说，自洗钱如果不具有明显的次生危险，不应当认为其构成《刑法》上的洗钱罪。

3. 是否具有洗钱罪单独适用的充分必要性

回顾洗钱罪的立法历史，可以更好地理解洗钱罪设立的目的。洗钱一词的来源也与此相关。作为美国历史上最臭名昭著的恶棍之一，艾尔·卡彭建造过一个巨大的组织性犯罪的盈利帝国。卡彭每年能够获取一亿的非法所得，而当时一亿美元的金额，相当于今天的十四亿美元。^④这些钱是卡彭从非法赌博、商业盗版、组织卖淫以及敲诈勒索中获取的。

卡彭并不是第一个洗钱的人，事实上，洗钱的历史与钱的产生一样早。商人藏匿财产来偷税，海盗销售其战利品，这些都属于广义的洗钱行为。在1986年以后，美国才通过立法，^⑤认为只要隐匿过财产，就可以对其财产进行追踪，从而打击上游犯罪。也就是说，洗钱罪的设立归根究底还是为了通过洗钱这一事后行为打击控制上游犯罪的规模。在上游犯罪无法定罪的情形下，将洗钱罪作为弥补罪名打击上游犯罪人。而从目前国内公布的自洗钱案例来看，大部分都是上游犯罪已经定罪，在清点非法所得过程中发现上游犯罪人对财产进行了隐匿，顺带将此行为定性为洗钱罪。笔者认为，这样的做法有本末倒置之嫌。回顾洗钱罪的历史，虽然洗钱罪属于独立罪名，但纵观所有涉洗钱的案件，其犯罪后果最明显的环节绝不是处

①陈子平：《刑法总论（2008年增修版）》，北京：中国人民大学出版社，2009年，第62页。

②挂靠车暗藏“自洗钱”线索_宜宾首例职务犯罪“自洗钱”案宣判，载四川法治报 <https://www.scfzbs.com>

③陈凯龄：集资诈骗上千万“自洗钱”后获刑，载潇湘晨报网 https://mbrb.greatwuyi.com/202411/24/nod_e_1.html

④迈克尔·利维、据轶亚：《对控制洗钱及其相关犯罪的评估：寻找有意义的证据》，《犯罪研究》2022年第2期，第96-112页。

⑤刘宏华、查宏、李庆：《“自洗钱”独立入罪问题研究》，《清华金融评论》2020年第10期，第61-63页。

于事后阶段的自洗钱环节。处罚作为事后行为的自洗钱，应当具有充分必要性，否则会违背了立法初衷，也会造成司法资源的浪费。

二、事后行为独立处罚化：刑法理念变迁的动态要求

（一）洗钱罪法益的重塑分析

自洗钱相关的罪数问题，关键在于如何理解洗钱罪的法益。有学者认为，洗钱罪规定在破坏金融管理秩序罪一节当中，所以洗钱罪的客体（法益）应当为金融管理秩序。^①还有学者将洗钱罪的保护法益认定为金融管理秩序与上游犯罪的法益，将上游犯罪的法益也附着为洗钱犯罪的法益，认为这样解决了自洗钱的法益侵害性问题，在定性上也较为准确。^②

笔者认为确定洗钱罪的法益对于自洗钱的罪数研究有多重意义。首先，事后行为独立处罚的必要性，根本依据就在于行为是否侵犯了新的法益。如果将洗钱罪的法益确定为上游犯罪的法益，那么自洗钱行为就根本无法被视为侵犯了新的法益。其次，洗钱罪的法益也是区分洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪的关键。在盗窃罪等状态犯场合，犯罪人针对同一法益实施的确保、利用或处分前罪不法利益的行为，尽管符合相关犯罪构成，但因未超过原法益侵犯范围和程度，因而不可罚。^③在赃物犯罪中，自掩饰、自隐瞒的行为属于不可罚的事后行为。事后不可罚理论直接影响洗钱罪的成立。最后，洗钱罪的法益也会影响到洗钱罪主观要件的适用，对上游犯罪主导或参与的事后共同犯罪，也就是自洗钱，在逻辑认定上也会产生质的区别。

但数罪并罚时，法益上又进行了重复评价。特别是在上游犯罪为破坏金融管理秩序犯罪或者金融诈骗罪时，这样归纳洗钱罪的法益，反而使得自洗钱变成了没有侵害新法益的犯罪行为。笔者认为，洗钱罪的法益应当认定为金融秩序，并且这种秩序应当是一种上游犯罪法益之外的秩序。法益如果被理解为哲学思考的最终答案，就会缺乏规范的指导意义。因此，笔者对洗钱罪的法益作了较为具体的限定，也是希望洗钱罪不会因法益的概括性受到扩张，影响对上游犯罪并罚的判断，同时能够起到规范指导作用。

（二）刑事政策对自洗钱认定的影响

2007年起实施的《反洗钱法》已明确表明要遏制洗钱犯罪及相关犯罪。这种刑事政策对刑法的影响在于，使洗钱犯罪在司法治理地位上已经与上游犯罪相脱离，变成了单独治理的重点犯罪。自洗钱入刑，原本就只是犯罪主体上的强调与扩充。在这种形势下，上游犯罪的与洗钱犯罪原有的附随性被切割，刑事政策在自洗钱入罪之后，进一步影响了自洗钱条文的适用。2022年初，最高检部署安排，会同中国人民银行、公安部等部门联合制定实施计划，^④加大了对洗钱犯罪惩治力度。人民银行总行及各分支机构将在这一轮监管周期内，实现对全国1500家法人机构的反洗钱检查全覆盖。^⑤在国家高度强调金融安全的政策背景下，自洗钱属于不可罚的事后行为这一看法也需要调整。

加大反洗钱打击力度的刑事政策，必然会影响洗钱罪的认定。在办理上游犯罪案件时，司法机关会沿着犯罪所得的线索，对上游犯罪的事后行为进行进一步的审查。这样的做法也会必然导致自洗钱的认定更为容易，甚至出现转移即洗钱的严厉做法。

为了发挥社会危害理论的优势，笔者认为可以增加次生危险标准对社会危害论进行完善。以洗钱罪为例进行适用。洗钱罪属于行为犯，一般只要存在洗钱行为，就认为构成洗钱罪。洗钱这种资金流转的行为

①刘宪权：《金融犯罪刑法学原理（第2版）》，上海：上海人民出版社，2020年，第435页。

②张明楷：《洗钱罪的保护法益》，《法学》2022年第5期，第69-83页。

③贾学胜：《事后不可罚行为研究》，《现代法学》2011年第5期，第77-84页。

④王新：《洗钱罪的基础问题辨析——兼与张明楷教授商榷》，《法学评论》2023年第3期，第111-119页。

⑤张扬：针对反洗钱，人民银行年底将对全国1500家法人机构检查全覆盖，载上观新闻网，www.shobserver.com/static-sg/res/html/web/newsDetail.html?id=551744&sid=67。

形式也无法提炼出刑法上的结果,因此不存在社会危害性理论适用的空间。每年全球都有超过数以亿计的资金被洗白,资金在被“洗白”之后又会助长毒品交易、性剥削、人口贩卖这类严重犯罪。洗钱行为因此伴有明显的次生危险。如果能增加次生危险标准,就能够在行为犯的情形下,留存社会危害理论的适用空间。

(三) 国际合作下的反洗钱需要

FATF 对 59 份评估样本的分析表明,大多数国家在风险为本监管方面存在的主要问题是风险为本监管实施不足,及对违规行为的惩治程度不够。^① 中国是 FATF 的条约国之一,与成员国之间在平等互惠基础上展开合作,也是应对国际刑事犯罪与国际接轨的应有之义。

洗钱本身就具备掩饰隐瞒犯罪、毁灭证据的本质属性。如果上游犯罪的主犯到中国境内亲自实施洗钱犯罪,却无法依照中国法律将其定罪,也会滋生更多的跨国犯罪,造成不良的国际影响。特别是,部分地区更重要的是,国内的金融秩序也会受到损害。虽然目前国内已经查处的自洗钱刑事案件尚未有涉外犯罪。但规制自洗钱,使其从国际条约转化为国内法律制度,并与原有的法律制度协调适用,也有利于开展中国与反洗钱国际组织的深度合作。

自洗钱入刑只是中国参与反洗钱国际合作中的一个较小的举动。实际上,在国际反洗钱领域,反洗钱与反恐融资已经得到了同种程度的重视。在恐怖主义犯罪中,洗钱本身还有可能构成帮助实行恐怖主义犯罪的实行行为。打击自洗钱也承担了使资金免陷于恐怖主义犯罪和其他犯罪活动的预防功能。上游犯罪在境外,自洗钱在境内的情形时,条约国之间也可以在框架下展开合作。

三、对事后行为独立处罚的限制:从禁止重复评价原则出发

前文主要从事后不可罚理论的修正适用,以及刑法法益保护严密性两个维度解释了自洗钱行为被纳入洗钱罪的规制范围内的合理性。实际上,自洗钱行为作为事后行为,原本就属于非典型的洗钱行为。在适用过程中也应当对自洗钱的主体,特别是上游犯罪的本犯,做单独的细致认定,注意符合罪刑相适应和罪数原则。笔者认为在处理自洗钱与上游犯罪的罪数问题时,应当注意以下几方面的问题:

(一) 洗钱罪的法条竞合限制

洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪以及窝藏、转移、隐瞒毒赃罪,三罪都属于事后行为,区别在于上游犯罪的范围不同。洗钱不是一次性的单独行为,包括放置阶段、培植阶段和融合阶段。后两罪只是改变犯罪所得及其收益的处所和占有关系,并未改变犯罪所得和收益的非法性质和来源而使其成为合法收入。“转移”是洗钱罪的预备行为,也是后二罪的必要行为,因此难以通过“转移”这一步骤来判断是洗钱犯罪还是掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪或者窝藏、转移、隐瞒毒赃罪。

如果该要件在司法程序上为司法机关查处已经提供了便利,在解释时就应该更加谨慎,特别是故意要件的认定上,应当作利于行为人的解释。即,行为人在掩饰隐瞒犯罪所得和洗钱罪的故意中判断不清,客观上只进行到洗钱的放置阶段,不能认为构成洗钱罪,而是应当认为构成掩饰隐瞒犯罪所得罪,再依照本犯不予认定此罪的司法实践放弃追究其刑事责任。对上游犯罪依法惩处,不对两罪进行合并。也即应当把自洗钱构成的洗钱罪与定位为妨害司法作用的特殊赃物犯罪相区分。^②

另外,洗钱的三个阶段也并非时间概念,而是应当视洗钱的程度来决定。在最高检发布的冯某才等人贩卖毒品、洗钱案中,冯某才多次在获取毒赃之后通过微信转给其姐冯某。检察机关认为,该微信转账行为有洗钱嫌疑。经过讯问之后,对冯某和冯某才辩解的债权债务关系的说法不予采纳,认定其主观存在掩饰隐瞒毒赃的意图。再加上,客观上转账行为已经属于掩饰隐瞒毒赃的行为。又因为毒品犯罪属于洗钱罪上游

^① 裴绍军、梁绥、魏景茹:《风险为本的监管内容与启示》,《中国金融》2022 年第 13 期,第 91-92 页。

^② 刘金林:《洗钱犯罪法律适用问题研究》,《法律适用》2023 年第 4 期,第 145-155 页。

犯罪之一，最终，对冯某才以贩卖毒品罪和洗钱罪数罪并罚。^①或许有人 would 认为，冯某才获取毒赃之后马上将其转给其姐，毒赃仍然处于放置阶段。并不是这样，随着互联网支付的发展，微信在功能上已经具备了银行账户的功能，微信转账具备了银行汇款性质。冯某才转账的行为使毒赃跨越了不同的账户，使毒赃具备了流入市场的分散状态，属于洗钱行为。但是，假设冯某才在获取毒赃之后，并未进行转账，而是在微信购买理财通等产品，对毒赃进行一些基本的金融保值。应当认为该行为处于洗钱放置阶段，不构成洗钱，依照掩饰隐瞒犯罪所得罪的路径处理。

（二）自洗钱的期待可能性限制

期待可能性理论是一种对法律能力的冷静提醒，即法律只要求其做到可能做到的事情，在人们没有可能尽到义务的情况下，不应当追究其刑事责任。尽管期待可能性理论对实践的指导作用十分低下，但不可否认的是，期待可能性理论仍然是阻却责任理论的支柱，背后的谦抑性理念和对人性考量的合理性不应被嗤之以鼻。正如山中敬一认为，期待可能性的不存在属于超法规阻却事由，是压倒性的通说。^②

自洗钱本质上仍然具有掩饰隐瞒犯罪所得的属性。司法实践中，期待可能性理论在掩饰隐瞒犯罪中仍然存在在事后行为独立处罚的法治刑法谦益的体现，是一种对行为人主观上的规范评价，不具有期待可能性则不具有承担刑事义务的可能性。一般而言，期待可能性适用的典型场合下。期待可能性的本质要求在于，成立犯罪，行为人在主观上应当具有不可推卸的责任，即具有非难可能性。基于不同的观念，从期待可能性理论出发得出的结论也是不同的。标准应当在于，行为入心中是否生成了新的“禁止恶”，并且得出不具有期待可能性的结论，不会使社会公众产生突兀感。

张明楷教授为了应对此种情形，提出了定罪免罚的方案。^③但其实在数罪并罚的情形之下，洗钱罪的刑罚有可能因为过轻而无法在最终的刑罚上体现出来。在上文提到的冯某才一案中，洗钱罪的有期徒刑部分就被贩卖毒品罪的有期徒刑所吸收，只有罚金刑部分进行了合并处罚。法院应当也是考虑到了这一情形。但如果定罪免罚，则直接剥夺了法官的自由裁量权，又从事后行为不可罚的极端转向了另一个极端。在期待可能性的阻却作用下，自洗钱的预备犯可以免受处罚。由于我国目前刑法典还未承认期待可能性理论，适用预备犯来消化自洗钱中存在的不可期待性，不失为一种权宜之计。

（三）事后共同犯罪的限制评价问题

刑法修正案（十一）为了使自洗钱的纳入符合条文表达，还删除了“协助”一词。刑修（十一）未颁布以前，洗钱罪一直以帮助犯的模型为构造。刑法修正案（十一）并未打破这种帮助犯实行化的格局。主观上对于洗钱仅有帮助意思的，参与洗钱，应当以帮助犯从轻处罚。对于自洗钱人来说，罪数的评价涉及上游犯罪和洗钱犯罪两部分，由于犯罪跨度大。对于洗钱罪的共犯评价问题，也会直接影响到自洗钱罪数的认定。值得强调的是，笔者对于洗钱罪的共犯分析仍然采用主客观相统一的传统共犯理论，没有采用共同实施刑法所禁止的规范的违法性共犯理论，这样的立场也是为了给主观要件参与洗钱共犯判断铺设底层逻辑。在阶层论下，即违法性判断。社会危害性理论能够参与指导的空间一度被挤压。因此，在阶层论成为犯罪构成要件主流判断模型的情况下，社会危害性理论也逐渐丧失其重要地位。

在事后行为涉及共同犯罪的情形下，应当注意自洗钱的从属性地位。洗钱的类型多种多样，有一类叫利用专业人士洗钱。律师按照毒贩的要求，在个人信托账户里存入现金，定期偿还毒贩购买不动产的抵押借款。^④在这样的案例中，看似是律师帮助毒贩洗钱，但其实，律师才是洗钱罪的实行犯，毒贩反而应当成立洗钱罪的帮助犯，毒贩可以在洗钱罪的部分从轻或者减轻处罚。在自洗钱人帮助洗钱行为人实施洗钱的场合，应当注意区分自洗钱人的作用，不能因为其属于事件的“始作俑者”就直接将其定为洗钱罪的主犯，

① 依法惩治洗钱犯罪维护国家金融安全，载法治网 <http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2022-11/03>

② 董晓松编：《事后行为论》，北京：法律出版社，2012年，第113页。

③ 张明楷：《自洗钱入罪后的争议问题》，《比较法研究》2022年第5期，第89-103页。

④ 何萍：《洗钱与反洗钱动态研究》，北京：法律出版社，2012年，第40页。

再与上游犯罪数罪并罚。行为无价值的基本立场下，其基本逻辑为由于犯罪人通过其具体行为宣告规范无效，刑罚就有必要反证行为人的“宣告”不值一提，并进一步维护规范效力，重建遭犯罪所破坏的规范信赖。因为规范自成系统，在一个被规范性地理解的社会里，犯罪不是因果流程或自然意义上的行为事实，而是一种规范性的意义表达，法益是规范性的意义系统之外的东西，其对于规范运作系统而言并不重要。无视行为的规范违反性，不重视通过惩罚维持规范的效力，刑法学的说理始终可能存在一定程度的缺憾。教唆犯与帮助犯在作用上来说都属于从犯，因此从共犯理论层面又可以对自洗钱人洗钱做进一步的限缩，达到从轻处罚的效果。

结语

将自洗钱提升为与他洗钱同等侵犯洗钱罪法益的行为，体现了事后行为独立处罚化的立法倾向。一方面，重大的立法修改往往可以为传统的刑法理论注入新的活力。另一方面，为了确保刑法的合理适用，也需要对新的犯罪行为进行合理的解释。事后行为独立处罚可以应对风险社会中更多的不稳定因素，但这种事后行为独立处罚也应当坚守罪刑法定原则，在解释适用的过程中要着重避免重复评价。因此，在自洗钱罪数判断的过程中，应当注重适用事后不可罚理论的合理性。要综合考虑其与上游犯罪是否服务于整体的犯罪目的、法益侵犯是否具有牵涉性、刑法规范适用的必要性这三个角度，以此考量自洗钱的处罚必要性。同时，对于自洗钱的处罚，在故意范畴、期待可能性以及共犯从属性这几个方面，适用事后不可罚理论对其进行限制。以此避免在自洗钱罪数问题上，因过于追求一案双查的刑事案件效果，对自洗钱行为做出过重的判定。

A Study on the Number of Self-Laundering Offences under the Independent Punishment of Subsequent Acts

TIAN Zhuo-yuan

(School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201600, China)

Abstract: As an ex post facto act, self-laundering already has the conditions for independent punishment, and the traditional view of treating it as an unpunishable ex post facto act is inappropriate. The act of money laundering is accompanied by obvious secondary dangers, which essentially creates a new risk that is not permitted by the law, and the risk can be controlled through the introduction of the penal power of money laundering. Independent penalties for ex post conduct are a manifestation of the revision of the theory of ex post impunity. The combination of self-laundering and predicate offences is justified, but the theory of ex post facto impunity is still partially applicable to self-laundering. When self-laundering and predicate offences are punished together, the punishment within the offence of money laundering should be light in order to avoid repetitive assessment and to achieve the effect of balanced application of crime and punishment. For the conviction and punishment of self-laundering, it should be limited in the category of intention, expectation possibility and subordination of complicity.

Key words: self-laundering; ex post facto behaviour; money laundering offence; ex post facto theory of impunity

[责任编辑 治平]