

澳門清洗黑錢犯罪中自我洗錢行為分析

段 鵬*

自我洗錢，一般是指實施洗錢罪上游犯罪的本犯同時是洗錢罪的行為人，也即行為人不僅實施了洗錢罪上游犯罪所涵蓋的實行行為，而且還參與實施了洗錢行為，同時行為人清洗的不法利益與從上游犯罪所獲得的不法利益具有一致性。對於自我洗錢行為的性質認定一直存在爭議，即實施上游犯罪的本犯是否屬於洗錢罪的行為主體。德國、法國、意大利、俄羅斯等大陸法系國家否認上游犯罪的本犯可以構成洗錢罪的行為主體，而瑞士、美國、英國、加拿大、澳大利亞等英美法系國家則予以承認。本文從自我洗錢行為性質認定的兩種觀點出發，分析了澳門清洗黑錢犯罪中的自我洗錢行為的爭議觀點，並進行釐清。

一、自我洗錢行為性質認定的爭議

一直以來，關於自我洗錢行為的性質都有爭議，主要是指實施上游犯罪的本犯是否屬於洗錢罪的行為主體。在刑法理論當中存在兩種截然不同的觀點，一種觀點是“否定說”，即認為實施上游犯罪的本犯不是洗錢罪的行為主體，其主要根據是大陸刑法理論中的不可罰的事後行為理論；一種觀點是“肯定說”，即認為實施上游犯罪的本犯可以成為洗錢罪的行為主體，其主要根據是反洗錢司法實踐及國際反洗錢趨勢等。

（一）否定說的觀點分析

“否定說”認為實施上游犯罪的行為人不應當屬於洗錢罪的行為主體。

“否定說”的主要理由就是不可罰的事後行為理論。所謂不可罰的事後行為，是指“在狀態犯的場合，利用該犯罪行為的結果的行為，如果孤立來看，符合其他犯罪的構成要件，具有可罰性，但由於被綜合評價在該狀態犯中，故沒必要認定為成立其他犯罪。”¹ 典型的例子，如行為人盜竊財物後加以毀壞，或者丟棄的，行為人實施的毀壞或者丟棄行為即屬於不可罰的事後行為。大陸法系國家一般遵守事後不可罰的理論，認為，事後不可罰的理論是基於人性弱點而作出的妥協：一個人在實施了上游犯罪之後，為了逃避刑事追究和處罰，通常會進一步實施掩飾、隱瞞上游犯罪所得及其收益的行為²，有學者認為，“在洗錢罪的場合，從經驗邏輯上講，在獲得犯罪所得及收益後，行為人必然要對這些贓錢進行清洗，以達到掩飾其來源與性質的目的，這既符合脆弱的人性，也符合洗錢犯罪自身發

* 澳門城市大學法學院碩士研究生

展的邏輯進程。”³ 因此，將上游犯罪的行為人認定為洗錢罪的主體是有疑問和值得商榷的。

(二) 肯定說的觀點分析

“肯定說”認為上游犯罪的行為人自己洗錢的行為應當認定為洗錢罪的實行行為，因此實施上游犯罪的行為人可以成為洗錢罪的行為主體。“肯定說”的理由主要是以下幾個方面。

1. 上游犯罪本犯實施的洗錢行為具有法益侵害性

實施上游犯罪的本犯清洗的錢無論是他人的還是自己的，都具有法益侵害性。換言之，上游犯罪本犯實施的洗錢行為無論是從行為方式、主觀認定、危害結果等與第三人進行的洗錢行為並沒有實質的不同，反而是有很大程度的相似。上游犯罪的行為人自己進行洗錢行為具有更大的隱蔽性，不容易被查處，反而具有更大的危害性。同時，洗錢罪的社會危害性並不是其上游犯罪所能夠完全涵蓋的，二者具有可分性。換言之，行為人在實施上游犯罪之後並非一定實施洗錢行為，而是存在選擇性，洗錢行為是可以脫離上游犯罪行為獨立存在的，並不是上游犯罪構成要件能夠完全評價的。⁴ 排除上游犯罪的行為人不僅會放縱上游犯罪的行為人，刺激行為人直接實施洗錢犯罪活動，也違背洗錢罪的立法宗旨，不利於保護法益。

2. 不可罰的事後行為並非絕對

不可罰的事後行為並不是絕對的不可罰，法律仍然可以將自我洗錢認定為洗錢罪。換言之，事後不可罰的行為只是一種理論觀點，並不一定符合洗錢罪的司法實踐。有學者指出，“不可罰的事後行為”更確切的應當是“共罰的事後行為”，即指向同一法益的數個行為，它們之間存在手段、目的關係，或者是原因、結果關係，作為目的、結果的較輕的犯罪事實被作為手段、原因的較重犯罪所“吸收”，因而被評價為一罪，此時較輕的犯罪事實不予以獨立定罪。⁵ 換言之，相當於目的、結果的事後行為本身也是值得處罰的，只是由於相當於手段、原因的事前的行為所包括，所以不被獨立處罰。但是，實踐中也會出現這樣的情形：相當於目的、結果的事後行為的處罰程度重於相當於手段、原因的事前的行為，這樣的情形在洗錢罪中並非罕見，此時就會超出不可罰的事後行為理論的適用範圍。

3. 排除上游犯罪的本犯不利於反洗錢國際互助與協作

現階段，犯罪的跨國性、國際性是洗錢犯罪的一個顯著特點⁶，加強各個國家和地區刑事司法溝通、交流與合作來打擊洗錢犯罪成為國際社會的共識。對於上游犯罪主體能否構成洗錢罪主體問題，國際刑法規範的立場原則比較統一，一般認為上游犯罪主體應該成為洗錢犯罪主體。⁷ 而且，越來越多的國家在國際公約的要求之下，傾向於將洗錢罪從贓物罪中分離出來，也將洗錢罪從上游犯罪中獨立出來，認為洗錢罪不應當被看做上游犯罪的事後幫助行為，而應該是一個完全具有獨立意義的犯罪。⁸

同時，從世界各國洗錢罪主體的立法現狀來看，上游犯罪主體成為洗錢罪主體是其發展的一大趨勢。如瑞士、美國、英國、加拿大、澳大利亞、新加坡、日本等國家，中國香港、澳門、台灣地區，都認為洗錢罪的行為主體均涵蓋了實施上游犯罪的行為人。如中國台灣地區 1997 年生效的《洗錢防制法》第 2 條規定：“本法所稱洗錢，指下列行為：一、掩飾或隱匿因自己重大犯罪所得財物或財產上利益者。二、掩飾、收受、搬運、寄藏、故買或牙保他人因重大犯罪所得財物或財產上利益者。”根據第 2 條的規定，有兩種洗錢罪的態樣：為自己洗錢和為他人洗錢。⁹ 在 2016 年制定頒佈的《洗錢防制法》第 2 條規定：“本法所稱洗錢，指下列行為：一、意圖掩飾或隱匿特定犯罪所得來源，或使他人逃避刑事追訴，而移轉或變更特定犯罪所得。二、掩飾或隱匿特定犯罪所得之本質、來源、去向、

所在、所有權、處分權或其他權益者。三、收受、持有或使用他人之特定犯罪所得。”根據這一法律條文的規定，可以看出中國台灣地區淡化為自己洗錢和為他人洗錢的區別，意圖把這兩種行為類型統一為洗錢犯罪行為，對上游犯罪的行為人實施的洗錢行為給予同樣的處罰。可以肯定的是，修改的《洗錢防制法》並沒有把實施洗錢行為的上游犯罪的行為人排除洗錢罪的主體之外，反而是加重了對其處罰的力度。

二、關於清洗黑錢犯罪中的自我洗錢行為的爭議

澳門刑法理論對於自我洗錢行為的認定也存在一些爭議。在 2017 年，澳門特別行政區立法會修訂並重新公佈《預防及遏止清洗黑錢犯罪》之後，對於澳門清洗黑錢罪中自我洗錢的性質認定沒有爭議，即自我洗錢的行為屬於清洗黑錢罪的實行行為，實施上游犯罪的本犯屬於清洗黑錢罪的犯罪主體。現在的問題是，在《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改之前，實施上游犯罪的本犯是否是清洗黑錢罪的行為主體。

關於這一爭議，主要存在兩種觀點：第一種觀點認為，在《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改之前，澳門的立法與刑法理論就已經認定上游犯罪的本犯屬於清洗黑錢罪的行為主體；第二種觀點認為，在《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改之前，澳門對於上游犯罪的本犯是否屬於清洗黑錢罪的行為主體規定較為模糊，存在一些爭議，在《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改後才直接地把上游犯罪的本犯明確規定為清洗黑錢罪的行為主體。

（一）《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改前本犯屬於清洗黑錢罪的行為主體

在《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改之前，澳門的立法與刑法理論就已經認定上游犯罪的本犯屬於清洗黑錢罪的行為主體。

有學者指出，從 1997 年制定的《有組織犯罪法》第 10 條“不法資產或物品的轉換、轉移或掩飾罪”到 2006 年頒佈的《預防及遏止清洗黑錢犯罪》，澳門在洗黑錢罪的主體問題上，歷來採用的是“肯定說”的觀點，即洗黑錢罪的主體可以包括兩類人，一類是“上游犯罪本犯”，另一類是“上游犯罪本犯”以外的其他人。¹⁰ 其理由主要有以下幾個方面。

1. 從反洗錢法律規定與司法實踐來看

根據法律條文的內容，澳門 1997 年制定的《有組織犯罪法》和 2006 年頒佈的《預防及遏止清洗黑錢犯罪》規定的清洗黑錢的三種客觀行為，都可以得出清洗黑錢罪的行為主體包括實施上游犯罪的本犯。

1997 年制定的《有組織犯罪法》第 10 條第 1 款 a) 規定：轉換、轉移、協助或以任何方式，在直接或間接方便某種將此等資產或物品的全部或部分轉換或轉移的活動，目的為隱藏或掩飾其不法來源或協助涉及犯罪的人士逃避其行為的法律後果者，處五至十二年徒刑及科最高六百日罰金。根據這一條文，為了隱藏或掩飾不法資產來源，從而實施了轉換、轉移不法資產的行為，屬於不法資產或物品的轉換、轉移或掩飾犯罪的實行行為，而實施此種行為的人是可以包括已經實施了上游犯罪的本犯的。

2006 年頒佈的《預防及遏止清洗黑錢犯罪》第 3 條第 2 款規定：為掩飾利益的不法來源，或為規

避有關產生利益的犯罪的正犯或參與人受到刑事追訴或刑事處罰，而轉換或轉移該等利益，又或協助或便利有關將該等利益轉換或轉移的活動者，處二年至八年徒刑。根據這一條文，可以看出澳門清洗黑錢罪的實行行為包括以下三種：一種是為了掩飾利益的不法來源從而實施轉換或轉移該等利益的行為，一種是為了規避有關產生利益的犯罪的正犯或參與人受到刑事追訴或刑事處罰從而轉換或轉移該等利益的行為，還有一種是協助或便利有關將該等利益轉換或轉移的活動者的行為。從清洗黑錢罪的第一種行為可以看出，實施轉換或轉移該等不法利益的主體包括本犯，即實施上游犯罪的本犯可以成為清洗黑錢罪的行為主體。

從反洗錢司法實踐來看。司法實踐業已證明，澳門終審法院對前運輸工務司司長歐文龍案件所作的判決表明，歐文龍在受賄後用受賄所得實施洗黑錢的行為，不僅獨立構成了洗黑錢罪，而且與受賄罪一起予以併罰。¹¹

2. 從澳門特別行政區立法會法案意見書來看

澳門特別行政區立法會第二常設委員會第 1/III/2006 號關於討論《預防及遏止清洗黑錢罪》法案意見書中，有這樣一段話，“鑒於上游犯罪的行為人有可能被處以清洗黑錢的刑罰，現已對有關條文的適用範圍作出限制，不伸展至非清洗黑錢犯罪的行為，因有關情況被認定為正常或自然的單純利用不法利益的行為，而社會對之作出的譴責，已納入上游犯罪的範圍內。在刑法上，有關行為屬正常或自然利用犯罪利益的情況，即相應於一般規定的犯罪動機，故稱之為‘不處罰的事後行為。’”¹² 其中，“鑒於上游犯罪的行為人有可能被處以清洗黑錢的刑罰”這一表述可以說明，“上游犯罪本犯”實施的後續行為只要符合洗黑錢罪構成要件的，就完全可以獨立構成洗黑錢罪。

(二)《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改後明確本犯屬於清洗黑錢罪的行為主體

在《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改之前，澳門對於上游犯罪的本犯是否屬於清洗黑錢罪的行為主體規定模糊，存在一些爭議，在《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改後才直接地把上游犯罪的本犯明確規定為清洗黑錢罪的行為主體。

第二種觀點主要依據是澳門特別行政區立法會第三常設委員會第 3/V/2017 號意見書當中的一段話，“由於現行法律只是隱含地規範清洗黑錢的判刑是獨立於上游犯罪，而自我清洗黑錢亦構成洗錢罪，只要任何交換、資金流轉的目的是掩蓋犯罪的最終來源，無論該行動是由犯罪者本人還是由第三方進行；但不同檢察官及法官對此法律有不同之理解，因而影響調查、檢控及判刑之有效性。”¹³ 換言之，2006 年的《預防及遏止清洗黑錢犯罪》只是沒有明確規定自我清洗黑錢亦構成洗錢罪，根據法律條文所表達的意思是可以進行認定的，但是由於司法實踐中不同的檢察官和法官對於該法律有不同的理解，並沒有統一認識，才導致出現問題。《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改後可以明確指出犯罪分子實施自我清洗黑錢的行為也可以視為犯罪。

三、有待堅持的幾個觀點與理由

筆者認為，應當從修改的《預防及遏止清洗黑錢犯罪》的內容為邏輯起點，依照法律解釋的方法進行分析。因此，筆者傾向於澳門特別行政區立法會第三常設委員會第 3/V/2017 號意見書的觀點，認

為《預防及遏止清洗黑錢犯罪》修改之前的法律條文只是隱晦地表明自我清洗黑錢的行為亦構成清洗黑錢罪，但是不同檢察官及法官對此法律有不同之理解而出現爭議，修改之後的法律條文則明確、直接地指出自我洗錢的行為構成清洗黑錢罪，從而將實施上游犯罪的本犯納入清洗黑錢罪行為主體的範圍內。

2006年的《預防及遏止清洗黑錢犯罪》第3條第2款規定：“為掩飾利益的不法來源，或為規避有關產生利益的犯罪的正犯或參與人受到刑事追訴或刑事處罰，而轉換或轉移該等利益，又或協助或便利有關將該等利益轉換或轉移的活動者，處二年至八年徒刑。”修改後的《預防及遏止清洗黑錢犯罪》第3條第2款規定：“為掩飾利益的不法來源，或為規避有關產生利益的犯罪的正犯或參與人受刑事追訴或刑事處罰而轉換或轉移本人或第三人所獲得的利益，又或協助或便利該等將利益轉換或轉移的活動者，處最高八年徒刑。”

(一) 將“該等利益”修改為“本人或第三人所獲得的利益”

從規範論的角度，為掩飾利益的不法來源而轉換或轉移該等利益，可以為法律對實施這一行為的主體並沒有作出嚴格限制，無論是實施上游犯罪的本犯還是其他的第三人都可以成為行為主體。但是，對於法律的適用者而言，在討論該規範對此類案件事實是否可以適用的時候，規範文字變得有異議。法律的規範用語與科學性語言不同，即便表達具有彈性，但仍然經常包含一些本身欠缺明確界限的要素。¹⁴ 因此，實踐中不同檢察官及法官對此法律條文就存在不同的理解。修改後的《預防及遏止清洗黑錢犯罪》將原來的“該等利益”修改為“本人或第三人所獲得的利益”。直接把“該等利益”模糊的表述變為清晰明確的“本人或第三人所獲得的利益”，這就直接把上游犯罪的本犯明確規定為清洗黑錢罪的主體，納入懲罰範圍。

(二) 將“處二年至八年徒刑”修改為“處最高八年徒刑”

對於清洗黑錢罪的刑罰幅度進行了修改，在最高八年有期徒刑沒有改變的情況下，修改後的《預防及遏止清洗黑錢犯罪》取消了最低二年有期徒刑的限制，在一定程度上減輕了清洗黑錢罪的刑罰處罰程度。筆者認為，這一改變的主要原因就是，在自我洗錢的行為歸入清洗黑錢罪的實行行為之後，實施了上游犯罪的本犯可以成為清洗黑錢罪的行為主體，但是基於人性弱點的考慮以及行為人的期待可能性問題，相對減輕了清洗黑錢罪的刑罰處罰。換言之，實施上游犯罪的本犯可以成為清洗黑錢罪的行為主體，其實施的符合清洗黑錢犯罪罪狀的行為同樣可以認定為清洗黑錢罪，在這樣的情況下，基於不可罰的事後行為理論影響、人性弱點的考慮，以及行為人的期待可能性問題，可以對符合條件的實施上游犯罪的本犯在二年有期徒刑以下進行量刑處罰，而不是必須在二年至八年有期徒刑的範圍內進行量刑處罰。同時，澳門的刑罰較輕，不僅沒有無期徒刑和死刑，而且一般的自由刑刑期較短。法定的最低刑在二年或者二年以上有期徒刑的都是一些比較嚴重的諸如故意殺人、嚴重傷害、綁架、強姦、放火等犯罪行為。在這種輕刑化的刑法規範體系中，能夠把一種行為認定為犯罪行為，給予刑法規制，筆者認為已經是很嚴厲的處罰了，顯示了立法者與公民對此種行為的態度。

總而言之，根據修改後的《預防及遏止清洗黑錢犯罪》刑罰幅度的變化，反映出立法者對自我洗錢行為直接明確納入清洗黑錢罪實行行為之後的一種傾向，對自我洗錢者構成清洗黑錢罪的給予相對較輕的刑罰處罰，既考慮到人性弱點和行為人期待可能性的問題，又可以對實施上游犯罪的行為人實

施一定的刑罰處罰，起到打擊洗錢犯罪的作用。

四、小結

澳門通過修改《預防及遏止清洗黑錢犯罪》，把實施上游犯罪的本犯直接、明確規定為清洗黑錢罪的行為主體，拓寬了清洗黑錢罪的行為主體範圍，有助於遏制大量存在的上游犯罪的行為人進行洗錢犯罪活動，同時，可以起到減少分歧，形成統一認知的作用，從而為打擊自我洗錢犯罪活動提供有效的法律武器，具有重要的借鑒意義和參考價值。

註釋：

- ¹ 張明楷：《刑法學》，北京：法律出版社，2016年，第480頁。
- ² 李希慧：《全球化視野下洗錢犯罪的刑法立法對策淺探——以我國加入的國際公約為參照》，載於劉明祥、馮軍主編：《金融犯罪的全球考察》，北京：中國人民大學出版社，2008年，第371頁。
- ³ 張寶：《全球化背景下洗錢罪爭議問題探析》，載於《河北法學》，2017年第4期，第81-92頁。
- ⁴ 張濤：《論自我洗錢行為人的刑事責任》，載於《中國證券期貨》，2012年第3期，第248-249頁。
- ⁵ 黎宏：《刑法學總論》，北京：法律出版社，2016年，第330頁。
- ⁶ 顧肖榮主編：《金融犯罪懲治規制國際化研究》，北京：法律出版社，2005年，第44頁。
- ⁷ 唐旭主編：《反洗錢理論與實務》，北京：中國金融出版社，2007年，第8頁。
- ⁸ 何萍：《自我洗錢者可以單獨構成洗錢罪》，載於《檢察日報》2010年1月6日，第003版。
- ⁹ 吳俊毅：《臺灣洗錢罪的基本構成要件》，載於《澳門大學法律學院學報》，2013年第33期，第264-274頁。
- ¹⁰ 趙國強：《淺談洗黑錢罪與上游犯罪可分性和不可分性》，載於《澳門日報》，2017年3月22日，第E6版。
- ¹¹ 同上註。
- ¹² 澳門特別行政區立法會第二常設委員會第1/III/2006號意見書。
- ¹³ 見澳門特別行政區立法會第三常設委員會第3/V/2017號意見書。
- ¹⁴ 卡爾·拉倫次：《法學方法論》，陳愛娥譯，北京：商務印書館，2003年，第193頁。