

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2025.02.010

洗钱犯罪与上游犯罪的量刑均衡研究

安汇玉

(北京大学法学院, 北京 100871)

摘要: 多数观点认为, 洗钱犯罪量刑不宜高于上游犯罪, 以避免“量刑倒挂”现象, 但是, 上游犯罪只是洗钱犯罪的事实性前提, 洗钱犯罪不属于不可罚事后行为, 刑罚裁量应着眼于责任刑与预防刑, 兼顾内部均衡与外部均衡。对比来看, 一方面, 基于法益侵害类型与法益侵害程度的独立性, 洗钱犯罪的责任刑未必低于上游犯罪; 另一方面, 特殊预防必要性是针对犯罪人的个别化判断, 加之一般预防视角下反洗钱刑事政策考量, 洗钱犯罪的预防必要性未必低于上游犯罪, 故“量刑倒挂”现象在特定条件下具有合理性。司法实践中, 检验洗钱犯罪与上游犯罪量刑均衡与否, 不应局限于同一犯罪链条上关联犯罪的对比, 还需要考察不同犯罪链条上同类犯罪的刑罚妥当性。

关键词: 洗钱犯罪; 量刑倒挂; 责任刑; 预防刑; 量刑均衡

中图分类号: D 924.3

文献标志码: A

文章编号: 1008-3758(2025)02-0102-09

Study on the Sentencing Balance Between Money Laundering and Predicate Crimes

AN Huiyu

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: The majority of views hold that the sentencing for money laundering crimes should not exceed that for predicate crimes to avoid the phenomenon of “sentencing inversion”. However, a predicate crime serves only as a factual premise for money laundering, which is not an unpunishable post-event behavior. Sentencing discretion should focus on retributive punishment and preventive punishment while ensuring both the internal and external balance. In comparison, on the one hand, due to the independence of the type and degree of legal interest infringement, the retributive component of punishment for money laundering may not necessarily be lower than that for predicate crimes. On the other hand, the necessity for special prevention is an individualized judgment of the offender, and the anti-money laundering criminal policy from the perspective of general prevention may not be less stringent than that applied to predicate crimes. Therefore, the phenomenon of “sentencing inversion” can be reasonable under certain conditions. In judicial practices, assessing whether the sentencing of money laundering crimes and predicate crimes is balanced should not be limited to comparisons within the same criminal chain. Instead, it is also necessary to examine the appropriateness of sentencing for similar crimes across different criminal chains.

Key words: money laundering; sentencing inversion; retributive punishment; preventive punishment; sentencing balance

收稿日期: 2024-03-27

基金项目: 国家社会科学基金重点项目(18AFX012); 教育部人文社会科学研究青年基金项目(24YJC820044)。

作者简介: 安汇玉, 北京大学博士研究生。

一、问题的提出

一般认为,我国洗钱犯罪罪名体系包括《刑法》第191条“洗钱罪”、第312条“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”和第349条“窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪”^[1]。在《刑法修正案(十一)》对“洗钱罪”作出重大修订后,司法实践中“重上游犯罪、轻洗钱犯罪”的倾向引发学界关注^[2],最高人民检察院也明确要求切实转变“重上游犯罪,轻洗钱犯罪”的做法^①。尽管如此,洗钱犯罪与上游犯罪的“量刑倒挂”现象仍然备受争议。

长期以来,我国司法机关对于洗钱犯罪量刑问题较为保守。主流观点认为,洗钱犯罪作为下游犯罪,其行为对象由上游犯罪衍生而来,社会危害性从属于上游犯罪,因而刑罚不宜超过上游犯罪,以免出现“量刑倒挂”现象。例如,《刑事审判参考》第1094号指导案例的裁判理由指出:“在行为的社会危害性和行为人的主观恶性方面,下游犯罪均要小于上游犯罪,通常下游犯罪的刑期不能高于上游犯罪”^{[3]26}。在司法实践中,针对“量刑倒挂”的一审裁判,二审法院均以上述理由予以改判^[4-5]。此外,还有观点以“上游犯罪所造成的社会危害是直接的、原生的,洗钱犯罪的社会危害性是间接的、二次的”为论据,将“坚持上游犯罪重于洗钱犯罪”奉为“构建洗钱犯罪定罪量刑体系的基本思路”^[6]。可见,一旦洗钱犯罪量刑高于上游犯罪,必然因“量刑倒挂”现象而面临质疑。

问题在于,其一,我国刑法没有“下游犯罪量刑不得高于上游犯罪”的限制性规定,根据相关司法解释规定的量刑标准也可以推论所谓“量刑倒挂”现象具备合理存在空间。这已为我国学者所敏锐觉察,例如:“行为人甲受贿18万元,其受贿罪的刑期是三年以下,如果甲将受贿所得18万元通过地下钱庄转移到境外,洗钱犯罪情节恶劣的,对该洗钱行为的量刑高于有期徒刑三年也是有可能的”^[7]。其二,罪责刑相适应原则具有丰富的价值蕴含,将其固化为“洗钱犯罪量刑不当高于上游犯罪”的量刑规则,看似为司法裁判提供了便捷指引以免出现“量刑倒挂”,实则导致了“即便下游犯罪当事人的量刑基准处于‘情节严重’层档,应判处的刑罚量(基准刑)高于上游犯罪,但本着‘下

游犯罪量刑不高于上游犯罪’的公正立场,司法机关也会‘想方设法’进行降档量刑”的现象^[8]。这不仅突破了罪刑法定原则,而且妨碍了洗钱犯罪刑罚目的的实现,与依法打击洗钱犯罪、上下游犯罪并重的刑事政策背道而驰。

有鉴于此,本文首先对“洗钱犯罪量刑不当高于上游犯罪”的观念予以辨析,厘清量刑均衡的双层次构造;其次,通过对比责任刑裁量与预防刑裁量,阐明洗钱犯罪与上游犯罪量刑并无制约关系,证成“洗钱犯罪量刑不必然低于上游犯罪”;最后,按照内部均衡与外部均衡的视角,为司法实践提供检验洗钱犯罪量刑均衡性的具体规则。

二、“洗钱犯罪量刑不当高于上游犯罪”之辨析

“洗钱犯罪量刑不当高于上游犯罪”这一观念,与洗钱犯罪时空特征密切相关。然而,以此判断洗钱犯罪量刑轻重,不仅混淆了事实与规范的逻辑关系,而且违背了事后行为可罚性的法理基础,从而导致对量刑均衡的认知偏误。

1. 刑罚裁量的价值论语境

着眼于事实层面,洗钱犯罪处于上游犯罪的下游位阶,其行为对象衍生于上游犯罪。如前所述,实务观点多以此为论证洗钱犯罪的量刑规则,学界也不乏类似见解。“一般认为,上游犯罪是犯罪链条的起点,下游犯罪的处罚以上游犯罪的成立为条件,在量刑上也应轻于上游犯罪。”^[9]

然而,基于存在论与价值论的二分,洗钱犯罪与上游犯罪之间的事实关系不足以评判洗钱犯罪的不法性,更无法制约洗钱犯罪的刑罚裁量。既有观点仅以事实性条件关系推论洗钱犯罪的法益侵害性依附于上游犯罪,无形中遮蔽了洗钱犯罪独立于上游犯罪的不法构造。照此逻辑,以行为发生时点先后为标准判定行为不法性,未免得出有悖法理的结论。例如,教唆犯和协助正犯进行事前筹备的帮助犯,其行为时点均先于正犯,但并不意味着其刑罚应当高于正犯;再如,在个罪司法适用中,由“行贿是腐败的源头”推导“行贿罪量刑不应低于受贿罪”的结论,亦不符合刑事立法与司法实践。与之同理,上游犯罪仅为洗钱犯罪的事实前提,无法决定洗钱犯罪的刑罚裁量。

① 参见:《最高人民法院关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》(高检发[2020]10号),第5条。

2. 事后行为的可罚性根据

评价洗钱犯罪量刑轻重的前提,是洗钱行为被独立定罪。受传统赃物犯罪理论的影响,《刑法》第 191 条在设立时未将“自洗钱”入罪,其理由在于,本犯洗钱行为属于上游犯罪的自然延伸,属于不可罚事后行为^[10]。在《刑法修正案(十一)》将“自洗钱”入罪后,“洗钱犯罪量刑不应高于上游犯罪”的观念之所以持续存在,与不可罚事后行为的思维惯性有关:传统赃物犯罪排除本犯,是因为事后行为造成的法益侵害被上游犯罪所吸收;以此推论,事后的洗钱行为所造成的法益侵害也不会超出上游犯罪。例如,有学者认为,“无论是洗钱罪还是掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,由于其下游犯罪的赃物犯罪属性,其法益侵害性在性质上显然无法与上游犯罪相提并论”^[8];还有学者称,“洗钱罪是附属于上游犯罪的,是对上游犯罪成果的巩固”^[11]。为了纠正上述误解,破除赃物犯罪的惯性思维,有必要厘清事后行为不可罚的本质,从而明确“自窝赃”不予定罪的法理根据。

在大陆法系刑法理论中,“不可罚的事后行为”(straflose Nachtat)也称“共罚的事后行为”(mitbestrafte Nachtat),在德国刑法学中被视为存在吸收关系(Konsumtion)的“不真正法条竞合”(unechte Gesetzeskonkurrenz)^[12],日本学者称之为“异质的包括一罪”^[13]。一般认为,此类事后行为不予定罪根据在于没有侵害新的法益或者将已造成的法益侵害扩大化,换言之,在法律效果上表现为“不罚”的根据在于其违法性被上游犯罪包括评价而“共罚”,故称之为“共罚的事后行为”更为妥当^[14]。在德日刑法语境下,赃物犯罪之所以可以与上游犯罪“共罚”,是因为此类犯罪是针对个人法益的财产犯罪。具体而言,《德国刑法典》第 259 条“窝赃罪”(Hehleri)是一种以某些活动为特征的危及财产的犯罪,法益指向上游犯罪被害人的财产^[15],根据主流的延续理论(Perpetuierungstheorie),该罪的本质是维持上游犯罪人所造成的违法的财产状态^[16];《日本刑法典》第 256 条以“盗赃或者其他构成财产犯罪的行为所取得之物”的表述明确了该罪的法益为追索

权,有力学说则尝试在财产犯罪的框架内谋求追索权与违法状态维持说的折中乃至结合^{[17]317-318}。据此,本犯窝赃行为与故意毁坏赃物行为并无实质差异,都没有侵害新的法益或者将已造成的法益侵害扩大化,能够被上游犯罪的构成要件评价完毕,因而仅以上游犯罪一罪论处即可。

然而,上述方案难以照搬适用于我国。在我国,一般认为,传统赃物犯罪即《刑法》第 312 条“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”。该罪位于分则第六章“妨害社会管理秩序罪”第二节“妨害司法罪”,根据分则编排体例可知,其法益是国家对犯罪所得、犯罪所得收益的司法追查权。由于该罪最终保护的是司法秩序而非被害人的追索权,即便上游犯罪被害人没有民法上的返还请求权,窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒赃物的行为仍然侵害了司法追查权,仍应构成该罪^[18]。相比于财产犯罪、经济犯罪等上游犯罪,本犯实施的传统赃物犯罪显然引起了新的法益侵害,难以被上游犯罪的构成要件所吸收或包括评价,因而无法成立德日刑法学中的“共罚的事后行为”。此外,有观点认为,《刑法》第 312 条在立法表述上没有将本犯一律排除在外,这也是《刑法修正案(十一)》修改第 191 条却未修改第 312 条的原因^[19]。据此,“自窝赃”似乎应独立定罪,但是,行为人犯罪后实施妨害司法的行为不具备期待可能性,这正是刑法规定自首、坦白从宽的原因。“犯罪后毁灭罪证、拒不交代等并不是增加预防刑的情节,只是行为人犯罪后的常态而已,而且完全可能没有期待可能性。”^[20]

为了避免与德日刑法中的赃物犯罪发生混淆,在我国语境下,应当对“不可罚的事后行为”与“共罚的事后行为”予以区分^①。具体而言,在本犯处置上游犯罪所得及其收益的事后行为符合构成要件且违法的前提下:①如果事后行为侵害的法益没有超出前一犯罪的范围,则事后行为被前一犯罪所吸收,即“共罚的事后行为”,例如本犯故意毁坏盗赃物的行为以及德日刑法中的窝赃行为;②如果事后行为侵害了新的法益或者将已造成的法益侵害扩大化,但本犯不具备期待可能性

① 近年来,我国学者不断尝试对二者概念予以区分,代表性论述包括以下几篇。贾学胜:《事后不可罚行为研究》,载《现代法学》2011 年第 5 期。王太宇:《盗窃后处置行为的刑事责任——异于不可罚的事后行为的本土化思考》,载《中外法学》2011 年第 5 期。侯志君:《论共罚的事后行为》,载《中国刑事法杂志》2013 年第 12 期。本文以张明楷的观点为基础,参见张明楷:《刑法学》,法律出版社 2021 年版,第 640-641 页。

等责任要素的,则事后行为不应当被定罪,属于“不可罚的事后行为”,例如我国刑法中的“自窝赃”;^③如果事后行为侵害了新的法益或将已造成的法益侵害扩大化,且本犯具备各项责任要素的,则事后行为应当被独立定罪,如本犯掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的“自洗钱”。

概言之,根据我国现行刑法,“自窝赃”和“自洗钱”均造成了新的法益侵害,其差别在于,前者因本犯欠缺期待可能性而不予定罪^[21]。

3. 量刑均衡的双层次构造

主张“洗钱犯罪量刑不应当高于上游犯罪”的论者指出:“当刑法总则的规定与司法解释在个案法律适用中不相协调时,应优先适用刑法总则的规定。罪责刑相适应是刑法总则第五条所规定的基本原则,司法解释是司法机关就具体应用法律问题所作的解释,虽然也具有普遍的司法效力,但是当刑法总则的规定与司法解释在个案法律适用中不相协调时,应优先适用刑法总则的规定。”^[4]本文无意对刑法总则效力问题提出质疑,仅对我国刑法中罪责刑相适应原则的价值蕴含加以说明,以此厘清上下游犯罪量刑均衡的规范构造。

一方面,量刑均衡应综合责任刑与预防刑的考量。《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这一内容通常被表述为罪责刑相适应原则,包含了刑罚的轻重与所犯罪行相适应、与所承担的刑事责任相适应两方面内容^[22],体现了报应与预防相统一的并合主义观念。在此基础上,所谓“量刑”,是指在法定刑的范围内,对被告人决定宣告具体刑罚(宣告刑)的活动^[23]。量刑均衡与否的评价对象是宣告刑,《量刑指导意见》明确规定:“量刑时,应当以定性分析为主,定量分析为辅,依次确定量刑起点、基准刑和宣告刑”^①。基于并合主义观念,宣告刑应当是在责任刑裁量之后,考虑预防必要性而形成的刑罚。“对任何一个案件的量刑而言,都必须同时考虑责任刑和预防刑,确保二者的有机统一。”^[24]就此而言,以法益侵害性为论据主张“洗钱犯罪量刑不应当高于上游犯罪”,实质上是以责任刑直接推论宣告刑,忽视了预防必要性的调节作用。如后所述,预防刑与责任刑不存在正比关系,即便上游犯罪的责任刑高于洗钱犯罪,也不意味着上游犯罪的宣告刑必然高于洗钱

犯罪。

另一方面,对于上下游犯罪而言,量刑均衡包括内部均衡与外部均衡。具体而言,洗钱犯罪与上游犯罪的内部量刑均衡指向同一犯罪链条上的洗钱犯罪与上游犯罪,这也是当前司法实践中“量刑倒挂”否定论者所关注的量刑对比项;与之不同,洗钱犯罪与上游犯罪的外部量刑均衡则指向不同犯罪链条上的洗钱犯罪,例如毒品犯罪所关联的洗钱犯罪与贪污贿赂犯罪所关联的洗钱犯罪之量刑轻重。“洗钱犯罪量刑不应当高于上游犯罪”这一观念导致了“重内部均衡、轻外部均衡”的片面认识,仅关注同案洗钱犯罪及其关联上游犯罪的量刑均衡,忽视不同上游犯罪所对应的同类洗钱犯罪的量刑均衡。实际上,已有实务人员注意到洗钱犯罪存在内部量刑均衡与外部量刑均衡之分,发现以上游犯罪限制洗钱犯罪的刑罚裁量可能导致相同洗钱行为仅因“黑钱”来源不同而量刑悬殊。遗憾的是,其并未反思这种“内部量刑均衡、外部量刑失衡”的现象成因,而是在肯定“洗钱犯罪量刑不应当高于上游犯罪”的基础上,认为洗钱犯罪量刑的外部不均衡性是保持内部均衡性的必要代价^[6]。本文认为,“内部量刑均衡、外部量刑失衡”的根源在于对上下游犯罪量刑均衡标准的误认。在厘清量刑均衡双层次构造的基础上,只要澄清“洗钱犯罪量刑不应当高于上游犯罪”的误解,以责任刑裁量与预防刑裁量重塑“洗钱犯罪量刑不必然低于上游犯罪”的“内部均衡”标准,即可避免相同洗钱行为仅因“黑钱”来源于不同上游犯罪而差别化量刑的“外部失衡”现象。

三、“洗钱犯罪量刑不必然低于上游犯罪”之证成

考察洗钱犯罪与上游犯罪的量刑关系,应当分别对比二者的责任刑与预防刑。

1. 洗钱犯罪与上游犯罪的责任刑

责任是对行为不法的责任^{[25]239},责任刑裁量以表征行为不法的法益侵害性为核心。

(1) 法益侵害类型的独立性

就狭义洗钱犯罪来看,《刑法》第191条“洗钱罪”以国家金融管理秩序为主要法益^[26],这已经

① 参见:《最高人民法院、最高人民检察院关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》(法发[2021]21号)第二项。

成为学界和实务界的共识,在司法实践中也得到了一致认可。例如,《刑事审判参考》第471号指导案例“潘儒民、祝素贞、李大明、龚媛洗钱案”的裁判理由指出,只有行为体现出对国家金融管理秩序的侵害才能构成《刑法》第191条所规定的洗钱行为^[27]。如今,置于总体国家安全观的视角之下,“洗钱已超越早期的附属于上游犯罪的单一属性,发展出与反恐怖融资和国家安全的新型关系,升级为非传统性安全问题,这些侵害法益的新型特征并不能为上游犯罪所包含和评价完毕,而且与对上游犯罪的评价内容截然不同”^[28]。《刑法修正案(十一)》通过修改《刑法》第191条的罪状表述,将“自洗钱”纳入该罪的打击范围,再次印证了该罪的法益侵害类型独立于上游犯罪。

就广义洗钱犯罪来看,《刑法》第312条“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”在体系上位于“妨害司法罪”章节,但实质上具有传统赃物犯罪和反洗钱的双重属性。该罪的前身是1979年《刑法》中的窝赃、销赃犯罪,1997年《刑法》第312条规定为“窝藏、转移、收购、销售赃物罪”,最初仅具有传统赃物犯罪的单一属性。然而,基于我国反洗钱工作融入国际合作框架的需要,2006年《刑法修正案(六)》将该罪的行为对象修改为“犯罪所得及其产生的收益”,并增加“以其他方法掩饰、隐瞒”作为其行为方式的兜底规定,由此,赋予该罪反洗钱的次生属性。这一点已经被最高司法机关所明确认可:“将第三百一十二条改造成洗钱犯罪的一般性条款,以此确保所有的洗钱行为均可依法追究刑事责任。”^[29]可见,该罪“不仅‘身在’妨害司法罪,也‘肩扛’反洗钱的大旗”^[28]。具言之,行为人没有实施“漂白”行为,上游犯罪所得及其收益处于“物理反应”之自然延伸状态的,仅构成传统赃物犯罪;行为人实施“漂白”行为致使上游犯罪所得及其收益发生“化学反应”的,构成洗钱犯罪,并依法适用“自洗钱”入罪的规定^[30]。

(2) 法益侵害程度的独立性

相对于既有观点所主张的依附关系,本文认为,洗钱犯罪造成的法益侵害不仅在类型上独立于上游犯罪,而且在程度上也不受制于上游犯罪。

其一,洗钱犯罪的法益侵害程度可能高于上游犯罪。通常来看,分则条文对具体罪名的法定刑配置,体现立法者对于犯罪行为不法程度的评价,法定刑重则法益侵害程度高。梳理分则条文发现,洗钱犯罪法定刑高于上游犯罪的情形并不

罕见。以“洗钱罪”为例,其升格档法定刑为“五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”,可能作为其上游犯罪的“高利转贷罪”“骗取贷款、票据承兑、金融票证罪”均以“七年以上有期徒刑”为法定最高刑。再以“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”为例,其升格档法定刑为“三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金”,可能作为其上游犯罪的“非法捕捞水产品罪”“非法狩猎罪”均以“三年有期徒刑”为法定最高刑。以上示例表明,洗钱犯罪的法益侵害程度未必低于上游犯罪。这不是我国刑事立法所独有的现象。例如,日本刑法规定,赃物罪的最高档法定刑为“处十年以下惩役和五十万日元以下罚金”,明显高于盗窃罪、诈骗罪等上游财产犯罪,理由在于,赃物犯罪不仅对被害人的追索权造成侵害,而且具有本犯助长性、事后从犯性以及利益参与性^[31]。再如,英国刑法中,销赃罪的最高刑罚为十四年监禁,是盗窃罪最高刑罚的两倍^[32]。在美国经济犯罪的重罚化动向中也存在类似的情况,即“对经济犯罪利益的使用行为的刑罚反而要远远重于经济犯罪本身的刑罚”^[33]。

其二,同类洗钱犯罪的法益侵害程度与上游犯罪类型无关。在规定某一洗钱犯罪具体罪名的分则条文中,立法者没有对不同类型上游犯罪区别配置法定刑,这表明,对于相同的洗钱行为,其不法程度并不因上游犯罪类型不同而差异化。举例而言,洗钱犯罪的行为对象来自毒品犯罪抑或贪污贿赂犯罪,并不影响以相同行为方式实施的洗钱犯罪对于国家金融管理秩序造成的侵害程度。理由在于,洗钱犯罪的行为对象属于可置换的物质性利益,具有种类物的性质,可以用同一度量衡加以计量并同质替代。因此,在洗钱犯罪行为方式相同的情形,无论“黑钱”来源于何种类型的上游犯罪,其法益侵害程度并无差异。

基于此,洗钱犯罪的法益侵害类型与法益侵害程度均不依附于上游犯罪,无法推论洗钱犯罪的责任刑依附于上游犯罪。

2. 洗钱犯罪与上游犯罪的预防刑

在确定责任刑的基础上,需要判断预防必要性才能得出作为量刑结果的宣告刑。由于责任刑与预防刑之间并不总是存在正比关系^{[25]169},所以,即便上游犯罪的责任刑高于洗钱犯罪,也不意味着上游犯罪的宣告刑必然高于洗钱犯罪。

(1) 特殊预防必要性的个别化判断

特殊预防,旨在防止犯罪人再犯罪。在刑罚

裁量过程中,特殊预防必要性的判断应当遵循刑罚个别化原则,因为不同犯罪人的具体情况不同,其再犯罪危险性也存在差异,“每个罪犯的特殊预防必要性大小不可能相同”^{[25]336}。我国刑法总则关于自首、立功的规定即为例证。就具体个案来看,《刑事审判参考》第1094号指导案例的裁判理由指出:“对于主动自首、立功的下游犯罪人予以从轻处罚,有利于分化瓦解其与上游犯罪人形成的攻守联盟,从而获取重要证据,实现打击上游犯罪的目的,并能有效节约司法资源,降低诉讼成本,提高诉讼效率”^{[3]26}。同理,就洗钱犯罪的刑罚裁量而言,如果行为人具有表征其特殊预防必要性较小的情节,那么在责任刑裁量之后可以对其予以从轻处罚。

然而,如果行为人在实施洗钱犯罪之后态度极其恶劣,表现出较大的再犯罪可能性,则无法推论其特殊预防必要性小,也难以对该行为人从轻处罚,甚至可能得出趋近责任刑上限的宣告刑。与此同时,上游犯罪行为人的特殊预防必要性也是个别化判断,如果行为人在上游犯罪既遂后的态度足以推论其预防必要性不大,则可以从轻处罚。如此一来,即便在责任刑裁量之后得出“上游犯罪量刑高于洗钱犯罪”的初步结论,经由特殊预防必要性的个别化判断,也可能得出“洗钱犯罪量刑高于上游犯罪”的修正结论。

(2)一般预防必要性的政策性考量

除了特殊预防必要性的个别化判断,一般预防视角下的刑事政策也是重要影响因素。即便洗钱犯罪行为人的特殊预防必要性较小,也不意味着其宣告刑可以无限降低。

根据现代刑罚理论,刑罚以特殊预防和一般预防为目标。“通过刑罚的安排,必须实现让被处罚者尽量不为再犯的目标……同时,刑罚也要对公众产生作用,具体也就是,刑罚要能促进人民的法律意识,并且让他们注意到可罚举止的后果。”^[34]在刑罚裁量过程中,只有在一般预防的最低要求得到满足的情况下,特殊预防的要求才具有优先性,不能为了实现特殊预防的效果而将刑罚降低到社会公众不再认真对待刑罚的程度,否则会动摇社会公众对法秩序的信赖,从而产生变相鼓励社会公众实施犯罪的负面效果^[35]。

从一般预防效果来看,以上游犯罪的刑期作为洗钱犯罪量刑上限,无异于向社会公众宣示:无论掩饰、隐瞒上游犯罪所得及其收益的洗钱行为造成了何等法益侵害、特殊预防必要性大小,洗钱犯罪量刑都不会高于上游犯罪。这不仅无益于培养社会公众对洗钱犯罪法律规范实际效力之确信,而且对于潜在洗钱犯罪人的刑罚威慑效果相当有限,难以达到遏制洗钱犯罪以及通过打击洗钱犯罪遏制上游犯罪的目的。在此意义上,“重上游犯罪、轻洗钱犯罪”的落后司法观念与我国当前打击洗钱犯罪的刑事政策之间存在严重脱节,对比而言,本文所提倡的“洗钱犯罪量刑不必然低于上游犯罪”的观念更为妥当。

2022年1月,中国人民银行、最高人民法院、最高人民检察院等联合印发《打击治理洗钱违法犯罪三年行动计划(2022—2024年)》,要求依法打击各类洗钱违法犯罪行为,尤其要加大力度惩治《刑法》第191条规定的洗钱犯罪^[36]。随着反洗钱工作的持续推进,洗钱犯罪的社会危害性逐渐得到了应有的关注。例如,《刑事审判参考》第1477号指导案例的裁判理由明确指出:“洗钱行为对于上游犯罪规模的扩张和犯罪的持续发生有着比普通犯罪更大的促进作用,社会危害性也更大”^[37]。最高人民法院在发布典型案例时也着重强调,洗钱犯罪案件办理过程应当推行“一案双查”模式,以此摧毁贪污贿赂犯罪等上游犯罪的利益链条,从而有效遏制上游犯罪的发生^①。

司法实践对“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”的反作用力早有关注,2016年《刑事审判参考》发布的系列指导案例在裁判理由中对此均有提及:“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益犯罪的大量存在助长、促进了上游犯罪的持续发生和蔓延”^{[3]13}，“对于上游犯罪行为实施犯罪起到一定的‘推进’作用,即所谓的‘没有买卖就没有杀戮’”^{[3]9}，“对上游犯罪起到了持续、稳定的支持和帮助作用,甚至对上游犯罪人犯意的进一步扩大都具有刺激和鼓励作用”^{[3]46}。实际上,在比较法视野中,立法者对赃物犯罪予以重罚的根据也在于此。“正因为赃物罪具有本犯助长性与利益参与性的性质,更有必要类型性地加以预防,这也是对本罪予以重罚的刑事政策上的根据。”^{[17]318}

① 参见:浙江省丽水市中级人民法院(2020)浙11刑初3号刑事判决书,周张成洗钱案——人民法院依法惩治金融犯罪典型案例之十(2022年)。

考虑到洗钱犯罪具有助长上游犯罪的性质,出于上下游犯罪并重打击的刑事政策考量,有必要强调对于洗钱犯罪的一般预防。一旦以上游犯罪的刑期作为洗钱犯罪的刑罚裁量“天花板”,在洗钱犯罪量刑本应高于上游犯罪的情形,不当减轻量刑,将导致洗钱犯罪刑罚目的落空,进而滋生更多的上游犯罪。

对此,有观点提出质疑:“倘若认为赃物犯罪助长上游犯罪,那么同理也可以认为上游犯罪助长赃物犯罪,滋生销赃、洗钱等不法行当”^[11]。暂且不论其在逻辑层面的循环性,仅就一般预防必要性而言,这一说法也只能推导出“上游犯罪量刑未必低于洗钱犯罪”的结论,无法直接得出“上游犯罪量刑必然高于洗钱犯罪”的论断,因而与本文所主张的“洗钱犯罪量刑不必然低于上游犯罪”并无冲突。

四、洗钱犯罪与上游犯罪的量刑均衡规则

行文至此,本文观点已经明确:洗钱犯罪的量刑未必低于上游犯罪,其责任刑裁量与预防刑裁量均不受制于上游犯罪。为了有效指引司法适用,在证成“洗钱犯罪量刑不必然低于上游犯罪”的基础上,需要进一步确定量刑均衡规则,以期为个案量刑结果的妥当性提供检验标准。

1. 内部均衡:同案洗钱犯罪与上游犯罪之间

在洗钱犯罪的刑罚裁量中,为了协调洗钱犯罪与上游犯罪的量刑轻重,司法实务多以“情节严重”的认定作为“突破口”。以《刑法》第 312 条“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”为例,根据司法解释规定,掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益十次以上,或者三次以上且价值总额达到五万元以上的,应当认定为“情节严重”。司法实践中,为了避免该罪量刑高于上游犯罪,裁判理由往往认定犯罪行为未达到“情节严重”标准。这一思路与“以刑制罪”在一定程度上存在相似性,都是为了特定的量刑结果而变更解释论。基于罪刑法定原则,“以刑制罪”以刑法规范的文义范围为边界^[38],与之相通,“以刑制‘情节严重’认定”也必须恪守原则,既不能因为上游犯罪量刑轻就恣意“降档量刑”,也不得为了彰显从严打击洗钱犯罪的刑事政策而“升档量刑”。尤其是,《刑法》第

191 条“洗钱罪”同案不同判、罪刑轻重倒置的情形本就相当突出^[11],在反洗钱工作重要性显著提升的背景下,必须警惕“矫枉过正”的风险。无论洗钱行为如何演化,“洗钱犯罪量刑可以高于上游犯罪”绝不意味着“洗钱犯罪量刑应当高于上游犯罪”,个罪量刑应当严格遵循罪刑法定原则。

在法定刑区间之内,需要对比洗钱犯罪与上游犯罪的法益保护价值和法益侵害程度。对此,应当先予澄清的是,洗钱犯罪的法益并不包含上游犯罪的法益。理由有二:其一,一罪的法益属于规范保护目的,有别于规范保护效果。正如我国学者在反思金融诈骗罪的法益时所指出的,尽管相关罪名的设立在客观上起到了保护市场参与者利益的效果,但这并不意味着保护市场主体的利益就构成相关罪名的规范保护目的^[39]。同理,虽然打击洗钱犯罪具有遏制上游犯罪的效果,但上游犯罪的法益只能作为洗钱犯罪的规范保护效果,而不能作为其规范保护目的。其二,洗钱犯罪的上游犯罪并不唯一,不同类型上游犯罪的法益存在差异,如果洗钱犯罪的法益包含上游犯罪的法益,那么洗钱犯罪的法益类型必然随之变动而丧失确定性。同时,法益类型的包容关系导向不法的包容评价,这不仅与事实相悖,而且无法证成“洗钱犯罪量刑不应当高于上游犯罪”,反而可能得出“洗钱犯罪量刑应高于上游犯罪”的结论。

若上游犯罪的法益保护价值明显优越于洗钱犯罪,则上游犯罪量刑原则上不应当低于洗钱犯罪,即“洗钱犯罪量刑高于上游犯罪”的现象不具有合理存在空间;若二者的法益保护价值并无显著差异,则进一步对比二者的法益侵害程度。这一量刑思路在《刑法》第 310 条“窝藏、包庇罪”的司法适用中已有体现,相关司法解释的说明文件以“危险驾驶罪”为例指出:“不能机械地认为窝藏、包庇罪被判处的刑罚要比被窝藏、包庇犯罪判处的刑罚轻;危险驾驶罪是一个尚未发生实害结果的危险犯,而‘顶包’行为严重妨害了司法秩序,其实际危害比危险驾驶罪更大”^[40]。例如,被告人甲醉酒后无证驾驶摩托车(搭载被告人乙)肇事,造成被告人甲、乙受伤和车辆损坏的后果。肇事后,乙谎称其是肇事司机。法院判决,被告人甲犯危险驾驶罪,判处拘役一个月二十日,缓刑三个月,并处罚金三千元;被告人乙犯包庇罪,判处拘

役二个月,缓刑四个月^①。本案中,无论是对比监禁刑还是以缓刑考验期衡量刑罚轻重,下游包庇罪的量刑都明显高于上游危险驾驶罪。

2. 外部均衡:不同犯罪链条的洗钱犯罪之间

为了破解“内部量刑均衡、外部量刑失衡”的实践困境,洗钱犯罪量刑应当兼顾内部均衡与外部均衡。相对于内部均衡,外部均衡指向不同犯罪链条上的洗钱犯罪,按照上游犯罪与洗钱犯罪的排列组合,可以分为以下三种情形。

其一,不同上游犯罪关联的不同洗钱犯罪。例如,法定七类上游犯罪关联的“洗钱罪”和其他上游犯罪关联的“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”。考虑到不同类型的上游犯罪和洗钱犯罪都有各自的构成要件和法定刑,应当分别定罪量刑,不存在制约关系。

其二,相同上游犯罪关联的不同洗钱犯罪。例如,毒品犯罪关联的“洗钱罪”和关联的“窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪”,毒品犯罪之外的法定上游犯罪关联的“洗钱罪”和关联的“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”。在我国刑法中,不同类型的洗钱犯罪的区别之一在于“黑钱”呈现“化学反应”或“物理反应”^[2]。在“黑钱”完全等同的情形,无论是考察法益侵害的类型和程度还是出于刑事政策之一般预防的要求,除非不同犯罪人的特殊预防必要性存在显著差异,狭义洗钱罪的刑罚裁量结果原则上都不应当低于传统赃物罪。

其三,不同上游犯罪关联的相同洗钱犯罪。例如,毒品犯罪关联的“洗钱罪”和贪污贿赂犯罪关联的“洗钱罪”。对此,有观点认为,为避免出现洗钱犯罪量刑高于上游犯罪的现象,应当为不同上游犯罪关联的洗钱行为设定不同的法定刑升格标准,例如,毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪应以掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益价值总额达到10万元作为标准,走私犯罪、贪污贿赂犯罪、金融诈骗犯罪、破坏金融管理秩序犯罪则应以250万元为标准^[41]。然而,如前文论证洗钱犯罪法益侵害程度独立性时所阐明的,基于洗钱犯罪行为对象的种类物性质,在手段方式、涉案数额等完全相同的情形下,洗钱犯罪量刑轻重与上游犯罪类型无关,否则有违刑罚公正性要求。司法实践中已经存在这一问题。以“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”为例,按照既有量

刑观念,在上游犯罪构成最高为三年有期徒刑的罪名时,无论行为人以何种方式、购买价值多少的赃物,都不得适用“三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金”^[42],但是,以同种方式、购买等额赃物的,只要上游犯罪量刑高于三年有期徒刑,即存在适用升格法定刑的空间。对比来看,相同数额、相同方式的洗钱行为仅因“黑钱”来源于不同上游犯罪而量刑悬殊,这一刑罚裁量规则缺乏正当性和合理性,与平等适用法律的基本原则相抵牾。

五、结 语

量刑是刑事实体法和刑事程序法的交汇点,更是刑法教义学与刑事政策的博弈场。司法实践中往往存在“重定罪、轻量刑”现象,裁判说理聚焦于罪名认定而忽视了对量刑的教义学反思。检视“洗钱犯罪量刑不应高于上游犯罪”的观念成因,可以发现这一观念存在诸多疑点,需要在辨析既有观点的基础上对量刑均衡问题加以反思。

本文认为,洗钱犯罪的量刑不必然低于其关联上游犯罪。理由在于:首先,上游犯罪只是洗钱犯罪成立的事实性前提,无从决定洗钱犯罪的不法性,更无力制约其刑罚裁量。其次,洗钱犯罪造成了上游犯罪无法包容评价的法益侵害,不适用大陆法系的不可罚事后行为理论。再次,宣告刑是确定责任刑之后结合预防目的考虑而形成的刑罚,洗钱犯罪与上游犯罪量刑均衡性的判断取决于二者的责任刑与预防刑。一方面,基于法益侵害类型与法益侵害程度的独立性,洗钱犯罪的责任刑未必低于其上游犯罪;另一方面,特殊预防必要性个别化判断,加之反洗钱刑事政策之一般预防需求,洗钱犯罪的预防刑未必低于其上游犯罪。因此,“洗钱犯罪量刑不应高于上游犯罪”的观点过于绝对,所谓“量刑倒挂”现象在特定条件下具有合理存在空间。在此基础上,量刑均衡性的判断并不局限于同一犯罪链条上的关联犯罪,还要考察不同犯罪链条上的同类犯罪,以兼顾内部均衡与外部均衡。需要说明的是,即便洗钱犯罪的责任刑与预防刑均低于上游犯罪的情形在实践中占多数,也不能据此否定洗钱犯罪量刑高于上游犯罪的可能性;否则,不仅存在以个案裁判结果不当限制类案刑罚裁量的逻辑偏误,而且会再度

^① 参见:广东省中山市第二人民法院(2021)粤2072刑初492号刑事判决书。

陷于“重上游犯罪、轻洗钱犯罪”的泥淖。

参考文献：

- [1] 王爱立. 中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京:北京大学出版社,2021:697.
- [2] 王新. 自洗钱入罪后的司法适用问题[J]. 政治与法律, 2021(11): 41-51.
- [3] 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭. 刑事审判参考:总第104集[M]. 北京:法律出版社,2016.
- [4] 潘安民,朱箭,张斌. 上下游犯罪被告人之间的量刑平衡[N]. 人民法院报,2017-04-13(6).
- [5] 康乐,查鸿翔. 掩饰、隐瞒犯罪所得罪中量刑平衡规则的适用[J]. 人民司法,2020(26):44-47.
- [6] 李菲菲,赖俊斌. 洗钱犯罪定罪量刑问题辨析[J]. 人民检察,2022(5): 63-65.
- [7] 周光权. 法定刑配置的优化:理念与进路[J]. 国家检察官学院学报,2022(4):38-53.
- [8] 庄绪龙. 上下游犯罪“量刑倒挂”困境与“法益恢复”方案——从认罪罚罚从宽制度的视角展开[J]. 法学家, 2022(1):84-97.
- [9] 何萍,殷海峰.《刑法修正案(十一)》视域下自洗钱入罪的理解与适用[J]. 青少年犯罪问题,2022(11):55-65.
- [10] 王新. 反洗钱:概念与规范诠释[M]. 北京:中国法制出版社,2012:209.
- [11] 刘鹿鸣. 洗钱罪的量刑[J]. 东北大学学报(社会科学版), 2022,24(6):76-83.
- [12] 徐凌波. 犯罪竞合的体系位置与原则——以德国竞合理论为参照[J]. 比较法研究,2017(6):86-97.
- [13] 大谷实. 刑法讲义总论[M]. 5版. 黎宏,姚培培,译. 北京:中国人民大学出版社,2023:490.
- [14] 井田良. 刑法总论的理论构造[M]. 秦一禾,译. 北京:中国政法大学出版社,2021:382.
- [15] 约翰内斯·韦塞尔斯,托马斯·希伦坎普,扬·舒尔. 德国刑法分论:侵犯财产价值的犯罪[M]. 赵冠男,译. 北京:法律出版社,2023:781.
- [16] Ruhmannseder F. BeckOK StGB (§ 259)[M]. 64th ed. München:Verlag C. H. Beck, 2023:Rn. 3
- [17] 西田典之,桥爪隆补订. 日本刑法各论[M]. 7版. 王昭武,刘明祥,译. 北京:法律出版社,2020.
- [18] 周光权. 刑法各论[M]. 4版. 北京:中国人民大学出版社,2021:460.
- [19] 张义健.《刑法修正案(十一)》的主要规定及对刑事立法的发展[J]. 中国法律评论,2021(1):50-59.
- [20] 张明楷. 论犯罪后的态度对量刑的影响[J]. 法学杂志, 2015(2):1-10.
- [21] 安汇玉,汪明亮. 自我洗钱行为当罚性分析[J]. 苏州大学学报(法学版),2020(3):109-118.
- [22] 陈兴良. 规范刑法学[M]. 5版. 北京:中国人民大学出版社,2023:95-96.
- [23] 城下裕二. 量刑理论的现代课题[M]. 增补版. 黎其武,赵姗姗,译. 北京:法律出版社,2016:1.
- [24] 周光权. 量刑的实践及其未来走向[J]. 中外法学,2020(5):1150-1167.
- [25] 张明楷. 责任刑与预防刑[M]. 北京:北京大学出版社,2015.
- [26] 安建. 关于《中华人民共和国刑法修正案(六)》(草案)》的说明——2005年12月24日在第十届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议上[J]. 中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报,2006(6):426-429.
- [27] 最高人民法院刑事审判一至五庭. 中国刑事审判指导案例(破坏社会主义市场经济秩序罪)[M]. 北京:法律出版社,2009:156.
- [28] 王新. 总体国家安全观下我国反洗钱的刑事法律规制[J]. 法学家, 2021(3):90-103.
- [29] 刘为波. 《关于审理洗钱等刑事案件具体适用法律若干问题的解释》的理解与适用[J]. 人民司法, 2009(23):22-29.
- [30] 王新.《刑法修正案(十一)》对洗钱罪的立法发展和辐射影响[J]. 中国刑事法杂志,2021(2):45-62.
- [31] 桥爪隆. 论赃物罪[J]. 王昭武,译. 法治现代化研究, 2021(3):189-200.
- [32] 杰瑞米·侯德. 阿什沃斯刑法原理[M]. 时延安,史蔚,译. 北京:中国法制出版社,2019:469.
- [33] 佐伯仁志. 制裁论[M]. 丁胜明,译. 北京:北京大学出版社,2018:271.
- [34] 克劳斯·罗克辛. 刑事政策与刑法体系[M]. 2版. 蔡桂生,译. 北京:中国人民大学出版社,2010:76-77.
- [35] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论:第1卷[M]. 王世洲,译. 北京:法律出版社,2005:46.
- [36] 中国人民银行、公安部等11部门联合开展打击治理洗钱违法犯罪三年行动[EB/OL]. [2023-11-14]. <http://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/4458995/index.html>.
- [37] 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭. 刑事审判参考:总第132集[M]. 北京:人民法院出版社,2022:13.
- [38] 王华伟. 误读与纠偏:“以刑制罪”的合理存在空间[J]. 环球法律评论,2015(4):49-62.
- [39] 劳东燕. 金融诈骗罪保护法益的重构与运用[J]. 中国刑事法杂志,2021(4):3-29.
- [40] 滕伟,陆建红,田文莎. 《关于办理窝藏、包庇刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用[J]. 人民司法, 2021(28):25-30.
- [41] 吴波. 洗钱罪的司法适用困境及出路[J]. 法学,2021(10):94-108.
- [42] 陆建红,杨华,曹东方. 《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用[J]. 人民司法,2015(17):14-21.