

事后不可罚行为与自洗钱入罪的规范适用

陈 伟

内容提要:事后不可罚行为具有学理价值,自洗钱入罪的立法修订提供了重新审视事后不可罚行为内部构造的契机。应立足前后行为的关系属性来界定事后行为的不可罚根据,并结合前后行为蕴涵的“法益关联”与“法益限定”来衡量法益侵害同一性。自洗钱入罪仍应在事后不可罚行为的框架内进行评价,自洗钱因法益变动而致使前后行为共罚的路径受阻,因而这一刑事立法入罪能够获得刑法教义分析的内在支持,但是不能据此而类推适用到其他赃物类犯罪。自洗钱应当立足于事后行为进行规范适用的入罪分析,既避免不当混同事前行为与事后行为所致的自洗钱犯罪化扩张,又防范兜底条款的非定型性带来自洗钱入罪后的并罚泛滥。

关键词:事后不可罚行为 洗钱罪 自洗钱 法益侵害同一性

陈伟,西南政法大学法学院教授

《刑法修正案(十一)》生效后,自洗钱行为被纳入洗钱罪范畴,在立法上扩张了洗钱罪的适用范围,加大了对上游犯罪行为实施洗钱行为的处罚力度。伴随洗钱罪刑事立法条文的再修订,从立法上解决了洗钱罪能否对上游犯罪主体进行刑法规制的问题。但是,内在的理论困惑仍然无法遮蔽,既然之前的自洗钱行为未作为犯罪论处,而是通过“事后不可罚行为”理论进行解释,自洗钱入罪之后,该行为的可罚性原因则需要重新阐释。基于此,有必要深入剖析事后不可罚行为构造中的形式外表与内在实质,并以自洗钱入罪作为理论分析的检验视角,通过教义学分析对自洗钱入罪后的规范适用给出相应见解。

一 事后不可罚行为的理论审视与共罚关系

(一) 事后不可罚行为的学理认识

洗钱罪的上游犯罪行为作为事前行为而存在,相应地,洗钱行为系其事后行为,因而这里的事前行为与事后行为具有明确的相对性,系前后链条上的不同行为阶段,并不牵涉第三方行为。自洗钱入罪背后的最大困惑就是原先性质上的不可罚变为可罚性,需要我

们对事后不可罚行为的学理问题予以审视。事后不可罚行为是在罪数理论中被提出的,是为了评价一罪与数罪而衍生出来的较特殊的行为类型。无论是德国的竞合论还是日本的罪数论,“所要研究的问题和路径基本上是一致的,判断是否可以由单一罪数形态进行完全评价的情形实际上就是罪数论所研究的范畴”。^[1]但是在具体的分析路径上,无论是域外学者还是国内学者,罪数理论上的纷繁复杂清晰可见,基本处于纷争难平的状态。^[2]罪数理论与规范层面常态性的教义分析不同,由于牵涉到罪刑均衡与刑罚适用问题,因而融入了学者较多的主观理解与价值评价。“与自然科学不同,法律世界中并无正确与错误之区别,而只有合理与不合理、适当与不适当之分。”^[3]由于罪数理论需要与自然行为相区隔,而且要融入规范评价来确定行为类型与刑罚处罚的均衡性,因而在罪数理论分析中众说纷纭的情形格外突出。

与事后不可罚行为对应存在的是事前可罚行为,从行为的构成来说,没有“事前行为”就没有“事后行为”,更无所谓事后行为的“可罚”或“不可罚”行为。学者多从“事后行为”与“事前行为”的关系角度分析事后不可罚行为的性质,如大塚仁教授认为,不可罚事后行为是法条竞合中的吸收关系,属于一次构成要件评价的本来一罪;^[4]大谷实教授认为,事后行为独立成罪,但是事后行为被事前行为构成重罪的刑所吸收;^[5]王皇玉教授指出:“‘与罚后行为’,则意味着对于前行为之评价,已一并涵盖了后行为之不法内涵与责任内涵,后行为无须另外独立论罪,故该后行为也称为‘不罚后行为’。”^[6]不难看出,对事后不可罚行为的行为性质存在不同的学术理解,其要么是作为法条竞合中的吸收关系来进行理解,要么是从重罪吸收轻罪的包括一罪来进行理解。^[7]其中较为特殊的是意大利刑法,帕多瓦尼教授论及不可罚的事前或事后行为时指出,“这些情况都属于实质的犯罪竞合,并可按连续犯处理。……现在连续犯的范围已扩展到了异种数罪的竞合,再提这些概念就意义不大了。”^[8]由此可见,在意大利刑法连续犯外延扩张之后,不可罚行为独立存在的意义已被消解。

就国内学者的论述来看,基本上是把事后不可罚行为纳入吸收犯来理解的。比如,有学者指出:“不可罚的事后行为,……是指在状态犯的场合,利用该犯罪行为的结果的行为,如果孤立地看,符合其他犯罪的犯罪构成,具有可罚性,但由于被综合评价在该状态犯中,故没有必要另认定其为其他犯罪。”^[9]基于此,将不可罚的事后行为归到“吸收一罪”

[1] 参见余向阳著:《罪数形态竞合研究》,暨南大学出版社2021年版,第54页。

[2] 柯耀程教授指出,“竞合问题仍旧纠缠着刑法学理,仍旧是刑法大陆中的百慕大三角洲,依然是刑法领域中的危险丛林地带”。参见柯耀程著:《刑法竞合论》,中国人民大学出版社2008年版,第2页。

[3] 劳东燕著:《刑法中的学派之争与问题研究》,法律出版社2015年版,第4页。

[4] 参见[日]大塚仁著:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第485页。

[5] 参见[日]大谷实著:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第438页。

[6] 王皇玉著:《刑法总则》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司2020年版,第601页。

[7] 参见陈家林著:《外国刑法理论的思潮与流变》,中国人民公安大学出版社、群众出版社2017年版,第649页。

[8] [意]杜里奥·帕多瓦尼著:《意大利刑法学原理》,陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第375页。

[9] 张明楷著:《刑法学(第五版)》,法律出版社2016年版,第480页。在张明楷教授先前的著述中,他把罪数分为“本来的一罪”与“拟制的一罪”,其中吸收犯、想象竞合犯、结合犯、连续犯、牵连犯归为“拟制的一罪”之中,而不可罚的事后行为与继续犯、集合犯、法条竞合归为“本来的一罪”之中。参见张明楷著:《刑法原理》,商务印书馆2011年版,第413页。

之中,表达了前行为吸收后行为的罪数内涵。还有学者认为,“不可罚的行为其实就是一种吸收犯,在确立吸收犯理论前提下,并无必要引入不可罚行为的理论。”^[10]基于前述见解,事后不可罚行为引入我国之后,为了与我国传统的罪数理论相融合,因而较多学者把它作为吸收犯的表现形式予以对待。在此情形下,如果通过吸收犯来解决事后行为承担的可罚判断问题,则事后不可罚行为似乎已没有独立存在的实质价值。

(二) 事后不可罚行为的体系定位

事后不可罚行为的体系定位,仍与该行为不可罚的核心原因关系重大。行为人实施的行为是否需要处罚,应回到行为是否符合犯罪成立要件层面进行综合评价。从根本上来说,事后不可罚行为给出的是客观事实层面已然存在的不可罚结论,而不是可罚性判断的实质根据。正是基于此,虽然事后不可罚行为是从罪数理论的探讨之中衍生出来的命题,但是基于我国的罪数理论,无论在单纯的一罪、实质的一罪与裁判的一罪的划分之中,^[11]还是在实质的一罪、法定的一罪与处断的一罪的分类中,^[12]事后不可罚行为均难以在上述类型中独立地占据一席之地,更无法与罪数理论的已有类型相提并论。

国内学者在论及不可罚的事后行为时,往往是从吸收关系或者吸收犯角度说明。但是,德日学者在竞合论或者罪数论中,对吸收关系或者吸收犯的类型归属不尽相同,这源于不同国家之间罪数理论的差异性。日本学者前田雅英教授指出,法条竞合中吸收关系“所包含的具体案例大部分多作为包括的一罪得到处理,将‘吸收关系’这一概念定位于包括的一罪会更容易理解一些。”^[13]但是,这一“更容易理解”的原因是前后行为的关系所决定的,而且事后不可罚行为的关键不是不同行为触犯相异法条之间的吸收,而在于事后行为的罪刑评价被事前行为所“包括”。^[14]最为直接的是,由于我国并没有“包括一罪”的概念与类型,因而完全照搬不具有可行性。

笔者认为,基于我国罪数理论的传统认知,(事前/事后)不可罚行为应当归为“处断的一罪”(科刑的一罪),通过科刑层面的具体适用找寻其体系定位,并且对应前后两个行为分别独立存在前提下的刑罚适用问题。尽管事后不可罚行为涉及犯罪行为的单复数与构成要件符合与否的判断,但是整体性层面仍然与刑罚论直接相关。对此,有学者指出,“在科处刑罚的意义上,可以将适用一个法定刑而不并罚的数罪,归入包括的一罪或者科刑的一罪。”^[15]从竞合论角度出发的观点也认为,“犯罪竞合所处理的,正是在行为实现数个犯罪构成的情况下,如何进一步科处刑罚的问题。”^[16]即使有学者把不可罚行为的本质定位于吸收犯,也并不无视其在科刑层面的核心意义,并指出:“吸收犯是评价的数

[10] 庄劲著:《犯罪竞合:罪数分析的结构与体系》,法律出版社 2006 年版,第 169 页。

[11] 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社 2006 年版,第 619-705 页。

[12] 参见《刑法学》编写组编:《刑法学(上册)》,高等教育出版社 2019 年版,第 256-270 页。

[13] [日]前田雅英著:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社 2017 年版,第 348 页。

[14] 当然,这里涉及一个问题,就是域外学者为何不把事后不可罚行为直接归为“科刑的一罪”。实际上,核心原因仍然与“科刑的一罪”与“包括的一罪”之间的认定方式不一致有关。前田雅英教授指出:“如果是科刑上的一罪,则对于数个罪都要认真地予以认定,在此基础上再统一科刑。与此相对,包括的一罪时,只要对所适用的一个罪做出认定就够了。”参见[日]前田雅英著:《刑法总论讲义》,曾文科译,北京大学出版社 2017 年版,第 349 页。

[15] 张明楷著:《刑法学(第五版)》,法律出版社 2016 年版,第 458 页。

[16] 张爱晓著:《犯罪竞合基础理论研究》,中国人民公安大学出版社 2011 年版,第 91 页。

罪且科刑的一罪,那么吸收犯应当是从科处刑罚角度,是刑法规范对不同行为做出评价之间的吸收,即法律效果的吸收。”^[17]不可否认的是,罪数论的核心仍然是刑罚均衡问题,除了典型的实质竞合之外,一行为或者数行为触犯多个构成要件的处理,最终均涉及刑罚的适用性判断,事后行为的“不可罚”与此更是直接相对应。

(三) 事后行为与事前行为的共罚关系

就事后不可罚行为的内在组合关系来说,“事前行为”与“事后行为”组成双层次构造,“事前行为”属于核心层的危害行为,“事后行为”属于核心层之外的附随行为。我们应当透过双层次行为构造来全面辨识事后不可罚行为,既看到彼此之间的事实差异,又要看到行为之间的内在实质关联。在事后不可罚的框架内事后行为与事前行为存在关联,这是分析事后行为之所以不可罚的参照系所在。毕竟,行为个数的判断与犯罪成立要件的实现问题只是竞合论的前提,而非解决其最终科刑的本质。^[18]“虽然考虑行为数的问题是为了解决竞合的问题,但是行为人构成犯罪的行为数并不等于犯罪数。”^[19]事后行为在符合犯罪成立要件的前提下之所以“不可罚”,其核心原因应当通过事后行为与事前行为的关系厘清来查找。

在认可事后行为相对独立并且该当犯罪成立要件的前提下,其不可罚的内在依据需要追溯到事前行为之中,结合事前行为与事后行为的关系予以阐明。在此需要明确的是,我们探讨事后行为与事前行为的关系属性,并不是从事后行为依附于事前行为的前提出发的,如果事后行为完全附随于事前行为,则在事前行为完全囊括事后行为并且事前行为已经承受刑罚惩罚之时,事后行为已然具有不可罚的内在合理性。但是,这又将回到事后行为作为附属性行为的窠臼之中,必将偏离事后行为独立符合犯罪成立要件的逻辑前提。因而为了避免重新落入泥淖之中,需要关联事后行为与事前行为,并结合罪数理论予以细致辨析。

事后行为是否可罚与事前行为承载的刑罚具有紧密关联,可以说,正是因为事前行为已经该当构成要件并且具有刑事违法性与有责性,因而刑罚作为责任后果与事前行为直接相对应。但是,基于存在事后行为的场合,我们不能简单根据事后行为犯罪成立要件的充足而作为独立一罪和事前行为并罚。毕竟,在同一行为人实施的先后行为的整体视域内,不能不顾及事前行为与事后行为之间的关系而概然作为一罪或者数罪评价。事后行为与事前行为在本质上是刑法上的复数行为,这是我们评价事后不可罚行为的前提,否则没有必要纳入事后不可罚行为之中予以审视。在此情形下,事后行为的不可罚性实际上是由事前行为所承载的,即事前与事后行为具有“共罚性”,本质上并非事后行为“不应罚”。正如学者所言:“严格来说,这两种行为并非不可罚,而是不另罚。”^[20]由事前行为与事后行为的内在关系所决定,在事前行为已经担负了刑罚的前提下,作为事后行为的刑罚因其与事前行为的紧密关联而被事前行为整体分担,因而在整体性评价原则之下最终

[17] 贾楠著:《刑法中的不可罚行为研究》,法律出版社2016年版,第220页。

[18] 参见柯耀程著:《刑法概论》,我国台湾地区元照出版有限公司2007年版,第445页。

[19] 黄荣坚著:《基础刑法学(下)》,中国人民大学出版社2009年版,第576页。

[20] 赵秉志著:《外国刑法学原理(大陆法系)》,中国人民大学出版社2000年版,第233页。

决定了事后行为“不可罚”。

因而,事前行为与事后行为的关系属性决定了事后行为不处罚,而非由于同一主体之下行为发生顺序上的“事后性”系其不可罚之根据。换言之,如果认可事前行为与事后行为存在吸收关系,实际上也不是就行为构成要件层面或者行为依附关系层面而言,而是就“可罚性”层面的吸收与被吸收而言。笔者认为,为了澄清其中的误解,我们应当对事后行为与事前行为的可罚关系进行清晰界别,并且注意如下关系:一方面,事后行为与事前行为处于“共罚关系”而非“单罚关系”。就此而论,不可罚的事后行为并非“要适用的那个刑罚法规排斥对其余规定的适用”。^[21] 由于前后行为的关系并不呈现出“互斥性”,因而刑罚适用上的“排斥论”不具有逻辑立论点。否则,如果认为事前行为的刑罚排斥事后行为的可罚性,则明显会回到“单罚关系”,并且会无视事后行为独立符合犯罪构成的基础事实。在事后行为符合犯罪成立要件的前提下,不能仅仅根据形式上未有事后行为相对应的刑罚,从而否认事后行为存在的规范价值,更不能通过事前行为之于事后行为的排斥关系来寻找事后不可罚的根据。

另一方面,事后行为共担事前行为对应的刑罚需要符合“非价评价”的全面性。^[22] 德国学者韦塞尔斯(Johannes Wessels)在分析“共罚的事后行为”时指出,“这两个独立行为之间的典型的关联关系,在于行为人通常是必须实施后续行为,如果他想使得主要行为对于他具有意义。”^[23] 但是,基于日常经验层面认识的“通常行为”只是概率情形,这并非事后不可罚稳固内在的实质。对此,罗克辛教授指出,“这个不具有刑事可罚性的后构成行为所具有的‘典型之处’,并不是如此强烈地‘存在于这种情况下,即这个行为人通常也必须实施这个后构成行为,以保持从主构成行为中带来的好处’。”^[24] 比如,盗窃完成之后的财物毁损行为并不是“通常表现”或者“典型情形”,毕竟“毁损”对占有型的盗窃来说并不是“有意义”的行为,但是却几乎无争议地认为该行为属于事后不可罚的行为类型。而且,如果事后不可罚行为仅仅以“通常情形”为根据,由于“通常性”对应的往往是“高发性”,那么出于预防性需要只能带来更为强烈的处罚必要性,会导致从严惩罚而非“不可罚”。由此可见,依赖事后行为的“通常情形”作为立论事由,并不足以说明该行为不可罚的实质。

事后行为的刑罚评价被事前行为的“共罚性”所承担,在事前与事后行为相对独立存在的前提下,面临的重大质疑就是评价不全面或者罪刑不均衡。如果单独从构成要件成立之下的行为复数来看,自然要求对事后行为进行可罚评价才契合全面评价原则,但是之所以事后行为能够与事前行为“共罚”,其原因正是由于事前行为的非价评价能够全面囊括事后行为。换言之,事后行为的不可罚性是对事前和事后行为整体审视的结果,并不是

[21] 参见张爱晓著:《犯罪竞合基础理论研究》,中国人民公安大学出版社 2011 年版,第 92 页。

[22] 参见王明辉、唐煜枫:《关于罪数论共性机理之探讨——不同罪数模式下的思考》,《法学评论》2009 年第 3 期,第 105 页;付恒、张光云:《论兼具“法条竞合与想象竞合色彩”的个案之处断原则》,《西南民族大学学报》2015 年第 8 期,第 106 页。

[23] 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯著:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社 2008 年版,第 482 页。

[24] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学·总论》(第 2 卷),王世洲等译,法律出版社 2013 年版,第 648 页。

在事后行为单独提取出来之后遗漏刑罚处罚,从而通过事前行为的刑罚评价辐射事后行为而得出事后不可罚的结论,也并非中间的分析过程兼顾到了行为非价评价的全面性,从而认为没有导致罪刑评价失衡与处罚不周延的弊端。

二 事后不可罚行为构造中的“法益侵害同一性”

“事后不可罚行为”的核心在于事前行为与事后行为“共罚”的内在关系,在形式层面存在同一主体实施的事前与事后行为时,只有事前行为能够承载事后行为的共罚特性时后者才能被认定为事后不可罚。否则,要么属于其他类型的实质一罪或者处断的一罪,要么需要通过数罪评价来保持犯罪个数与刑罚处罚的均衡性。从根本上来说,事前行为的非价评价包括了犯罪与刑罚两个维度,要在事前行为的罪刑之中获得事后行为的共罚特性,必然要对事前行为和事后行为的法益侵害特性予以分析。因为事前与事后行为相对独立存在,尽管彼此之间建立“共罚”联系是通过行为关系属性,但是要合理解释这一“共罚”原由,还要透视到行为背后的法益侵害实体层面。因而,为了对事后行为的不可罚根据有一更加清晰的认识,需要对“法益侵害同一性”进一步地剖析。

(一) 事后不可罚行为背后法益侵害的重新考量

从规范违反性的本质层面来说,事后不可罚行为是结果无价值的路径呈现。罗克辛教授指出:“在刑法中不存在没有行为不法的结果不法。”^[25] 事后行为已符合入罪标准且能够被刑罚评价,本无理由对其作出不可罚的规范结论。但是,事后行为不可罚并不是从行为的规范违反性层面来进行评价的,否则在事后行为客观存在且符合犯罪成立要件的前提下,无论如何都得出“不可罚”的结论。正如学者所言:“规范论是刑法归责原理的基石。以禁止和命令为其内容的行为规范,其目的在于保护法益。”^[26] 事后行为不可罚的核心依据在于结果无价值提供的理论根据,即行为的规范违反需要评判法益结果的侵害特性,如果法益侵害欠缺或者并无额外侵害法益的实质特征,则在可罚的违法性层面同样可以阻却刑罚,不可罚的理由仍能成立。

需要指出的是,从结果无价值角度而言,关注的并不是法益侵害的实体性欠缺,而是法益侵害在事前行为的映照之下,与此紧密相随的法益侵害有无独立评价的问题,如果后行为与前行为的法益实体同一而无刑罚处罚的必要性,则通过事前行为的刑罚惩治已然能够实现刑罚目的。比如,就盗窃行为后的毁坏赃物而言,不能否认毁坏赃物行为侵害了财产法益,因为就财物的毁坏或者灭失而言,财物的原所有人或者占有人的权益因此受损。但是,由于毁坏行为是在盗窃行为之后发生的,盗窃行为已然侵犯财物所有权或者占有权,事后的毁坏行为并未造成法益实体的新侵害。在此情形下,由于违法行为是对法益实体的侵害,在事后行为的法益侵害未脱逸前行为之时,对该违法行为无需刑罚另行评价。基于事后行为与事前行为的关系,结果无价值通过行为关系而动态拓展处罚视域,这

[25] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学·总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第213页。

[26] 陈璇著:《刑法归责原理的规范化展开》,法律出版社2019年版,第5页。

也决定了事后行为的法益侵害需要追溯至事前行为,因而法益结果的“趋同性”决定了事后行为的刑罚规制可以通过事前行为的“共罚性”得以解决。

(二) 事后不可罚行为的核心是法益侵害同一性

事后不可罚行为通过与事前行为之间的关系属性建立形式关联,这仍然停留于规范评价的“浅表层”,据此不能从“根源层”说明该行为不可罚的实质理由。在同一主体之下具备事前行为与事后行为的场合,比如连续犯、继续犯或者牵连犯等均存在前后不同阶段的行为事实,但是它们并没有依赖事后不可罚行为作为罪数形态适用的解释路径。而在同一主体在特定时空实施典型数罪的场合,比如走私枪支后再买卖枪支的行为,在形式层面同样存在着事前行为(走私行为)与事后行为(买卖行为),乃至前后行为是在同一犯罪目的支配下(为了卖而走私)实施的情况,但是并不据此否定事后行为的可罚性与数罪并罚的结论。^[27] 再如,行为人杀人后侮辱尸体的行为,同样可以区分出事前行为与事后行为,但是仍作为数罪并罚论处。^[28] 无论侮辱尸体的意图产生于杀人行为之前或者之后,均不认为后行为属于不可罚的行为类型,也未对行为人的数行为作为其他“科刑的一罪”进行评价。

在上述情形之中,尽管事后行为与事前行为具有客观或者主观联系,但是不可否认的是,由于事后行为与事前行为指向的法益侵害实体发生了变化,因而不能通过单一的事前行为或者事后行为来周全评价行为的整体。从事前行为与事后行为的关系层面,“后行为无须是典型的伴随行为,重要的是与侵害他人法益的基本行为相比,它没有独立意义”,^[29] 因而,事后不可罚行为的存在,与前后行为的法益侵害具有同一性内核。有学者指出,“与罚后行为,也称为不罚后行为,乃指行为人于犯罪后之行为,倘是为了保全或利用先前犯罪行为已造成的法益侵害状态。”^[30] 尽管该学者未直接指明“法益侵害同一性”,但是字里行间的意旨莫不如此。对此,有学者指出,“侵犯法益的同一性,即多个犯罪构成是在对同一法益的侵犯过程中被实现的。”^[31] 比如,走私枪支与买卖枪支行为,虽然前后行为的枪支对象具有同一性,但是事前走私行为的侵害法益为国(边)境的正常管理秩序,事后买卖行为侵害的是枪支管理制度与公共安全法益。在杀人后的侮辱尸体行为中,前行为侵害的法益为他人生命权,后行为侵害的法益为善良风俗,尽管侮辱尸体是从事前的杀人行为中衍生而来,但是前后行为侵害法益的内容明显不同。

在事后行为已经独立于事前行为并客观存在的前提下,虽然事后行为“触犯”特定罪名且符合犯罪成立要件,但是前后行为的法益侵害同一性是核心特质。直白地说,事后行

[27] 参见重庆市第一中级人民法院(2016)渝01刑初112号刑事判决书;福建省泉州市中级人民法院(2015)泉刑初字第84号刑事判决书;云南省勐海县人民法院(2014)海刑初字第221号刑事判决书;天津市第二中级人民法院(2018)津02刑初124号刑事判决书。

[28] 参见山东省威海市中级人民法院(2008)威刑一初字第20号刑事判决书;江西省九江市中级人民法院(2017)赣04刑初28号刑事附带民事判决书;云南省高级人民法院(2016)云刑终633号刑事附带民事裁定书;四川省成都市中级人民法院(2016)川01刑初345号刑事附带民事判决书。

[29] 贾济东著:《外国刑法学原理(大陆法系)》,科学出版社2013年版,第459页。

[30] 王皇玉著:《刑法总则》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司2020年版,第603-604页。

[31] 庄劲著:《罪数的理论与实务》,中国人民公安大学出版社2012年版,第62页。

为的该当责任已由事前行为的“可罚”予以承担,这一由事后位移到事前的刑罚之缘由,正是通过前后行为的法益侵害同一性所决定的。正是基于此,事后行为本身并不欠缺法益侵害性,毕竟这一行为在不伴随事前行为而独立发生的情形下,在规范的充足评价层面理当构成犯罪并承担刑罚。反过来说,之所以事后行为具有刑法意义上的危害性本质,正是因为该行为实实在在地侵害到了法益实体。但是,我们不能罔顾前后行为的法益关系而孤立看待其中的部分行为,正是由于前后行为指向的法益侵害同一性,事后不可罚行为才获得理论自洽并具有指导实践适用的价值。否则,如果偏离法益侵害同一性的视角,事后行为的不可罚结论根本不能得出。

(三) 事后不可罚行为中法益侵害同一性的判断

由于事后行为与事前行为的共罚特性需要统筹起来全面审视,而且事后行为的相对独立性不可否定,因而我们在判断前后行为的法益侵害同一性时需要谨慎细致地研析。“为保护同一法益之安全,因同时考虑其侵害法益之行为态样不同,即可能有数个刑罚法规同时存在。”^[32]因而,在不同罪名所保护的法益具有差异性之时,如何判定事前行为与事后行为的法益侵害同一性成为问题的关键。就此,至少应注意以下三方面的内容:

其一,事后行为的法益侵害性不能被事前行为直接替代。事后行为的法益侵害性需要结合行为人的危害行为和触犯的具体罪名进行分析评判,尽管这一法益内容属于规范评价的范畴,基于认识侧重面的不同会带来理解差异,但是并不因此否定其客观性。法益侵害同一性涵摄下的事后行为,首先是以法益被侵害的事实已经客观存在为逻辑前提的,如果事后行为侵害的法益不存在或者不能独立性地被单独评价,那么在事前与事后行为的整体框架下,法益侵害同一性必将因为欠缺基础前提而无判断之必要。质言之,法益侵害同一性以前后不同法益已然存在且能够被独立识别为前提,此时不仅前后行为呈现出相对分割的状态,而且行为背后的各自法益侵害也呈现独立属性。

其二,法益侵害同一性并不要求前后行为侵害的法益毫无二致。“法益同一性”不是指法益内容上的完全复制和彼此重叠,也不是前后行为法益侵害的类型相当和分量等同,^[33]更不是仅限于法益内涵与外延上的相互指涉与彼此包含。法益同一性指的是法益种类的同性和法益载体的同一性,^[34]“同一法益”并不是“同一个法益”。^[35]笔者认为,“同一法益”的重心在法益类型,指的是法益种类的同性和法益载体的同一性。^[36]“同一”与否的判断不是内容层面的无差异比较。需要注意的是,在前后行为触犯不同罪名时,不能简单因为罪名不同而直接认定法益不同一。在实践认定中,除了法律明示的法益同一性之外,尤其需要注意“法律默示”的法益同一性,尤其是法益保护“默示的补充关系”。“所谓默示的补充关系,实质上是两个条文经过解释后具备保护法益的同一性,只不

[32] 甘添贵著:《罪数理论之研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第62页。

[33] 有学者在分析“法益侵害同一性”时是从狭义层面的“等质等量”上进行评价的,这必然带来适用上的极大限缩。比如,“同一法益侵害,必须是同一性质的法益侵害,……必须是对同一对象同一法益的同等程度的侵害。”郭小亮、黄文忠:《不可罚的事后行为之基本问题》,《广西警察学院学报》2020年第2期,第6页。

[34] 参见庄劲著:《罪数的理论与实务》,中国人民公安大学出版社2012年版,第63页。

[35] 参见陈洪兵:《罪数论的中国方案——包括的一罪概念之提倡》,《华东政法大学学报》2020年第3期,第175页。

[36] 参见庄劲著:《罪数的理论与实务》,中国人民公安大学出版社2012年版,第63页。

过二者是因为不同的不法程度或罪责程度,所以法律分别规定,以区别其刑事责任之轻重。”^[37]就典型的盗窃后销赃行为来说,盗窃作为事前行为的法益侵害内容为财产权,而销赃作为事后行为侵犯的法益是赃物背后的社会管理秩序,虽然二者在法益实体的指涉上存在差异,但是行为人盗窃并销赃的行为仍能通过事前行为的法益所包涵。再如盗窃他人信用卡后再使用,事后行为是冒用他人信用卡的行为,其侵害的是信用卡正常使用与管理制度,与事前盗窃行为侵犯财物占有的法益并不完全一致。此时,由于在此情形下的超个人法益可以还原为个人法益,因而仍然认同前后两个法益为同质性的同一法益。^[38]换言之,信用卡制度背后是财产安全,盗窃信用卡后的冒用是前行为的变现行为,此时尽管前后行为的法益类型存在差异,但是前后法益在默示补充关系层面具有同一性,因而把两个行为评价为一罪具有妥当性。

其三,法益侵害同一性需要细化为“法益关联”与“法益限定”。如果法益侵害同一性要求法益实体完全一致,由于事前行为与事后行为触犯的罪名不同,那么背后的法益或多或少存在差异,此时前后行为在分别构成犯罪的的前提下理应作为典型的数罪论处,而不是通过事后不可罚行为来评判罪数形态。实际上,事后不可罚行为中的法益侵害同一性具有两层内涵,表层涵义是事后行为侵害的法益根源于事前行为,二者之间的法益具有同质性关联,此时的“同一性”是从“同质性”层面而言的,强调的是法益类型之间的“法益关联”。深层涵义是事后行为侵害的法益有价值优位性与评价必要性:一方面,如果事前行为侵害的法益具有主导性地位,事后行为侵害的法益虽然不同,但是在法益类型上并不存在优先性地位,此时事前法益完全能够把事后法益囊括其内,因而事后行为不处罚并无不当;另一方面,也要考察事后行为侵害的法益有无评价之必要,虽然事后行为及其法益均各自独立存在,但是由于事后法益不能撇开事前法益的关联性,因而此时在前行为法益侵害的基础上,只要未超出法益相当性的范畴,则同样应得出不处罚的结论。由此可见,法益侵害同一性既有形式关联上的属性,又有实质评价上的属性,融合了事实与价值两个维度,而且两个方面缺一不可。从事后行为的法益侵害并无实质性逾越或者评价必要的层面来看,这一层面的法益侵害“同一性”强调的是“法益限定”。“法益限定”指的是后法益仍在事前法益的范畴内,无论事后法益在形式上存在何种差异性、表现形式如何,由于法益核心内容的指涉性及其权衡考量,只要其未超出事前法益的辐射范畴,就可以限定在事前法益的同一法益之内,无需额外配置刑罚资源应对。有学者指出:“法益的同一性,只是解决了对行为的不法性质的评价问题,而没有对不法程度的评价。”^[39]基于此,为了避免评价上的非周延性,在考察“法益限定”时,需要对法益是否具有优越地位与独立处罚必要进行实质考量,这样不仅容纳了不法程度的审查,而且通过法益限定进行了形式与实质的兼顾。正如德国学者韦塞尔斯所言,“事后行为无须是典型的伴随行为,重要的是与侵害他人法益的基本行为相比,它没有独立意义。”^[40]不难看出,法益是否具有“本质性

[37] 黄荣坚著:《基础刑法学(下)》,中国人民大学出版社2009年版,第587页。

[38] 参见王彦强:《犯罪竞合中的法益同一性判断》,《法学家》2016年第2期,第67页。

[39] 张明楷著:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第469页。

[40] [德]约翰内斯·韦塞尔斯著:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第482页。

的扩大”体现的是“法益限定”的适用特性,如果存在事前法益而不能有效地对事后法益予以实质限定,则仍然不属于“法益同一”范畴。“法益关联”和“法益限定”需要双向耦合,前者强调的是法益独立时的彼此联系,后者强调的是法益程度上的实质考量。因此,为了更为精准地理解事后不可罚行为的规范适用,需要从形式与实质、关联性与限定性等不同维度对其事后的法益进行周全考量,从而把相对模糊的法益侵害同一性予以细化把握。

“法益关联”与“法益限定”呈现逻辑上的递进层次,适用时需要厘清二者之间的位序关系。“法益关联”强调的是法益内容上的相互联系,如果只有联系而无限定,必然过于泛泛而无法框定事后行为的界限,也难以通过事前行为的刑罚惩处来实现与事后行为的共罚要求。与此同时,“法益限定”不能脱离“法益关联”,事后行为的法益范畴必须建立在事前行为的法益基础上,否则这一“限定”必将欠缺基准而无从谈起。反之,如果“法益限定”的结构类型没有确立,则显然不能因为同一主体前后行为的法益联系而作为事后不可罚行为予以对待。比如,行为人以一般财物为盗窃对象,在窃取一般财物的同时,发现赃物中有枪支而非法私藏。^[41]此时,行为人的事前行为侵害的是他人一般财物的占有权,而事后行为侵害的是枪支管理制度,由于财产权与枪支管理并不具有法益上的通常附随关系,因而不仅作为前提的“法益关联”不具备,而且因事后法益体现出法益实体上的优位性和必要性,致使事后行为所侵犯的枪支管理制度难以囊括于事前行为的财产权评价之中,不能被事前行为的法益实体予以完全涵摄,因而此时的“法益限定”未能达成,不能满足法益侵害同一性的要求,对私藏枪支的事后行为不能以事后不可罚行为予以认定。

三 事后不可罚行为与自洗钱入罪的困惑澄清

(一) 自洗钱入罪不归属事后不可罚行为的法益依据

就洗钱行为与上游犯罪之间的法益限定来说,核心要判定的是作为事后的洗钱行为的法益是否具有优位性,即是否超出上游犯罪侵害法益的范畴。洗钱罪能够独立成罪的原因是由于该行为不仅侵害了法益,而且这一法益实体与上游犯罪的法益难以混同。有学者指出,“多数国家和地区均认为洗钱罪侵害的法益是司法机关的正常活动而不是金融管理秩序。”^[42]进而认为,洗钱罪侵害的是国家司法权,“洗钱的本质在于使违法所得及其产生的收益得以存续和维持,从而妨害刑事侦查和诉讼,使司法机关无法追缴犯罪所得。”^[43]更有学者指出,我国刑法与《联合国打击跨国有组织犯罪公约》不相一致,基于洗钱妨碍司法活动的侵害性质,“应在适当时候将洗钱罪规定在‘妨害社会管理秩序罪’章的妨害司法罪一节”。^[44]

[41] 参见安徽省灵璧县人民法院(2018)皖1323刑初414号刑事判决书;云南省德钦县人民法院(2016)云3422刑初12号刑事判决书;湖南省涟源市人民法院(2018)湘1382刑初258号刑事判决书。

[42] 李云飞:《我国洗钱罪概念下的体系混乱及成因分析》,《政治与法律》2014年第8期,第37页。

[43] 李云飞:《宏观与微观视角下洗钱罪侵害法益的解答——评金融管理秩序说的方法论错误》,《政治与法律》2013年第12期,第49页。

[44] 魏亚斐、许小珍:《洗钱罪立法完善——与〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉的衔接》,《宜宾学院学报》2006年第2期,第36页。

本文认为,本质上洗钱行为并不是单纯对不法利益追赃活动的妨害,侵犯的法益不能仅限定为对犯罪所得及其收益的司法追赃权。据此判定法益内容,则要么条件过于严苛,导致刑法规制明显迟缓,要么以洗钱行为具有对司法妨碍的抽象危险予以判定,认为洗钱行为发生之时就已经危及司法运行,从而把洗钱罪归入抽象危险犯的行列,致使刑法的惩处过于前置。尤其是,如果行为人实施洗钱行为之后配合司法机关追赃的,则明显不存在妨碍司法权的法益侵害性,此时洗钱行为将因违法阻却而不构成犯罪。然而,这样的结论无论如何是令人难以接受的。

从立法背景来看,自洗钱入罪的立法修订是国际因素和国内响应的协力作用所致。在金融行动特别工作组(FATF)评估我国的反洗钱工作时,认为我国侧重上游犯罪的打击而忽视洗钱犯罪惩治,反洗钱力度有待提高。^[45] 金融特别工作组直接指出,我国自洗钱入罪的缺失,是技术合规性方面的“重大缺陷”(Important Deficiency)。^[46] 就国内来看,在“总体国家安全观”的宏观战略之下,经济安全和金融安全作为其中的重要内容得以呈现。“经济安全的核心内容就在于防范金融风险,保障金融安全。”^[47] 2017年8月29日颁发的《国务院办公厅关于完善反洗钱、反恐怖融资、反逃税监管体制机制的意见》中明确提出“按照我国参加的国际公约和明确承诺执行的国际标准要求,研究扩大洗钱罪的上游犯罪范围,将上游犯罪本犯纳入洗钱罪的主体范围”。这是基于国家安全战略与履行国际公约义务而提出的修法要求,系对国际因素予以回应之下的立法政策安排。2021年4月5日中国人民银行发布《金融机构反洗钱和反恐怖融资监督管理办法》,对金融机构和类金融机构加强反洗钱和反恐怖融资的行业内监管。这些政策的制定背景均说明,加强反洗钱工作已经成为国际义务和国内经济安全保障的重要组成部分,在日益形成的全球经济利益共同体之下,对洗钱行为的危害性已经提高到国家治理的高度。^[48] 在此情形下,洗钱罪与上游犯罪的法益从同一性层面予以分立,洗钱罪的法益地位提升决定了通过事前行为来承担事后行为的“共罚”路径已经不合时宜。

(二) 自洗钱入罪并不否定事后不可罚的行为类型

事后不可罚行为作为事实描述性的行为类型而存在,透过这一行为类型的分析,仍然能够为我们深层次把握不可罚的根据提供思路指引。自洗钱入罪后引发的问题是,其他赃物类犯罪是否与此保持一致,即事前行为构成其他侵财类犯罪,而同一行为人事后的掩饰隐瞒犯罪所得及其收益的行为另行构成犯罪。如果从规范适用的一致性来说,为了加大对赃物类犯罪的惩治力度,则无论是破坏金融管理秩序类犯罪还是一般侵财类犯罪,似乎都不应“厚此薄彼”地进行区别对待。与之相反,如果认为一般赃物类犯罪没有在立法层面进行修订调整,则自洗钱入罪不能直接延伸开来,以防类推扩张而违背罪刑法定原则,在此情形下,自洗钱入罪并不由此导致刑法规制上的无差别对待。

[45] 参见张末冬:《金融行动特别工作组公布中国反洗钱和反恐怖融资互评估报告》,《金融时报》2019年4月19日第1版。

[46] 参见王新:《刑法修正案(十一)对洗钱罪的立法发展和辐射影响》,《中国刑事法杂志》2021年第2期,第9页。

[47] 子杉著:《国家的选择与安全:全球化进程中国家安全观的演变与重构》,上海三联书店2006年版,第121页。

[48] 参见马梅若:《加强反洗钱工作 推进国家治理能力建设》,《金融时报》2021年6月3日第1版。

自洗钱入罪不仅扩张了刑罚处罚的范围,而且影响到事后不可罚行为是否有必要存在。如果认可自洗钱入罪已经瓦解事后不可罚行为,则所有的事后行为均应该在犯罪成立之下得到惩罚,并通过可罚性评价体现该行为独立存在的价值,因而数罪之下的并罚将成为“当然性结论”。但是,这样的理解难以为笔者所认同。透过前述的分析可见,《刑法修正案(十一)》对自洗钱入罪的修订并不是单纯为了回应刑事政策从严惩治的要求,而是能够从刑法教义根据层面寻求到背后的理论支撑。从根本上来说,并不是事后不可罚行为的理论基础发生了变化,而是自洗钱行为法益流变致使“法益侵害同一性”发生了变化,因而“变”的是自洗钱而不是“事后不可罚行为”。^[49]虽然洗钱行为背后的法益地位提升,致使法益侵害同一性所要求的“法益限定”难以满足,但是对一般赃物类犯罪来说,“法益关联”与“法益限定”并未发生实质变化,前后行为的法益侵害同一性仍然符合。立足于此,从一般侵财类犯罪衍生出来的自我掩饰或者隐瞒犯罪所得及其收益的行为,并不自然附和自洗钱罪入罪而作可罚评价,透过事后不可罚行为构造中的法益侵害同一性视角分析,一般赃物类犯罪并不具备进行并罚论处的实质根据。从中可见,自洗钱入罪仍然能够从法益属性层面获得正当根据,而非径行以入罪评价来回应从严惩治的政策需求。因而,自洗钱入罪并不否定事后不可罚行为,而是需要审慎考察事后行为是否符合事后不可罚行为的教义学构造,从而对罪数评价进行合法合理的判断。

(三) 自洗钱入罪与事后不可罚行为之间并非互斥

在《刑法修正案(十一)》之前,涉及自洗钱行为是否与上游犯罪数罪并罚的判断时,多认为由于洗钱行为属于事后不可罚行为,因而在行为人实施上游犯罪之后又实施洗钱行为的不可罚。^[50]由此可见,对自洗钱行为可罚与否的论证,实际上是通过事后不可罚行为来为自洗钱的不处罚提供理论根据。从表面上来看,“事后不可罚行为”似乎回应了立法修订之前自洗钱不处罚的原因,因为不仅这一立法背后的理论色彩客观存在,而且在事后行为形式符合的前提下也对接了“不可罚”的结论。但是,我们要解决的是自洗钱行为独立存在前提下的可罚与否的根据,所以不能简单认为因为其属于事后不可罚的行为,所以不可罚。

由于“事后不可罚行为”并不等同于规范分析,而是作为不可罚中的特定情形而提取出来的事实描述。基于此,有学者指出,事后不可罚行为是根据“经验预先”判断得出,仍有可能得出不公正之结果。^[51]所以事后不可罚行为的重心在于“行为”,而不在于解释“不可罚”。^[52]“事后不可罚行为”需要综合审视行为类型与法益侵害之间的关系,划定该类行为的共性特征。就此不难理解,自洗钱行为可罚与否的深层次根据,并不是径行通

[49] 在刑法修正案修正之前,也有学者认为应当突破“事后不可罚行为”的束缚,即对“超出单纯持有、按照通常效能使用的范畴之外”的掩饰隐瞒行为,以上游犯罪与洗钱罪并处。参见肖中华:《合理界分上下游行为准确认定洗钱罪》,《检察日报》2020年4月11日第3版。

[50] 参见高铭喧、马克昌主编:《中国刑法解释》,中国社会科学出版社2005年版,第1316页。

[51] 参见庄劲著:《犯罪竞合:罪数分析的结构与体系》,法律出版社2006年版,第183页。

[52] 正是在此意义上,直接以事后不可罚作为逻辑论据具有相当程度的局限性。有学者指出:“事后不可罚理论解决的是评价问题而非构罪问题,因而不能用事后不可罚理论论证成自洗钱不应入罪。”赵桐:《自洗钱与上游犯罪的处断原则及教义学检视》,《西南政法大学学报》2021年第5期,第141页。

过事后不可罚的行为类型获得充足的理由说明,仍然是基于事后不可罚行为背后的法益关联与法益限定来提供论据的。

虽然自洗钱入罪似乎是对事后不可罚理论的背离,但是由于自洗钱行为可罚与否的判断均是在事后不可罚行为的理论框架内进行审视的,即使自洗钱入罪之后,基于自洗钱的事后行为特性,入罪的立法现实与具体案件的可罚性判断并不直接符合。因而,承认自洗钱入罪是立法规定的认可,基于其与事后不可罚行为之间非互斥关系,通过事后不可罚行为的内部构造,可以给我们在具体判断自洗钱个案行为是否具有处罚正当性与必要性时,提供较为充足的理论支撑。

四 事后不可罚行为视域下自洗钱入罪的规范适用

(一) 应以事后可罚行为为视角来审视自洗钱的罪数关系

自洗钱行为构成洗钱罪已经被立法条文所明确,但自洗钱构成的洗钱罪与上游犯罪之间的关系有待澄清,即究竟是一罪还是数罪的问题。有人指出,刑法修订之前的自洗钱行为不入罪具有上游犯罪难查明而洗钱罪处罚困难的现实弊病,并以法益超出为由倡导自洗钱入罪,同时主张上游犯罪与洗钱行为均查清之时,择一重罪处罚。^[53]持该观点的论者看到了自洗钱行为与上游犯罪的关联性,但是将自洗钱行为与上游犯罪完全独立开来,认为上游犯罪难查明而仍然可以追究自洗钱行为人刑事责任的认识欠合理,而且基于相异性的两个罪名予以竞合情形下的从一重处罚有欠妥当。实际上,自洗钱入罪的立法理由与上游犯罪能否顺利查明并无直接关系,即使在自洗钱入罪的情形下,如果上游犯罪未能查明,仍然不能追究自洗钱行为人洗钱罪的刑事责任。^[54]当然,自洗钱入罪之后不是要脱离上游犯罪“自立门户”,尽管作为事后行为的自洗钱从“不罚”变为“可罚”,但是它与事前行为在立法层面与规范层面的关联仍然难以撇开。

有学者指出,根据自洗钱行为人是否存在“动态漂白”决定从一重论处还是数罪并罚。^[55]根据上述见解,究竟是一罪还是数罪需要结合洗钱方式进行具体研判。问题在于,自洗钱行为已经符合洗钱罪修订后的立法规定,如果还要与上游犯罪根据竞合论从一重论处,即把立法修订后的入罪仅作为过程评价,则这一结论同样难获支持。原因在于,在因自洗钱行为与上游犯罪的法益不具有同一性而不符合事后不可罚行为之后,本身已然承认自洗钱行为的独立可罚性,但是根据竞合论的“择一重罪处罚”必然又要折返到自洗钱不可罚的结论,这一分析路径存在逻辑层面的非自治性。如此一来,在自洗钱的“可罚”与“不可罚”之间,必然处于一种飘忽不定的摇摆状态。尽管此时属于解释理由的矛盾,但是在刑法解释学上也是不允许的。^[56]这一思路表面上是从构成要件层面肯定自洗钱行为的犯罪性,实则又通过罪数理论迂回到不可罚的传统见解之中,这样的论证分析不仅欠缺

[53] 参见黄祎:《原生犯罪本犯是否适格洗钱罪之主体探讨》,《时代金融》2016年第7期,第222页。

[54] 参见刘高鹏:《办理洗钱犯罪案件中需要注意的问题》,《检察日报》2021年7月27日第7版。

[55] 参见王新:《自洗钱入罪的意义与司法适用》,《检察日报》2021年3月25日第3版。

[56] 参见张明楷著:《刑法分则的解释原理(上)》,中国人民大学出版社2011年版,第285页。

对事前行为和事后行为规范层面的整体评价,而且更为重要的是,直接回避了刑法修正案修订的实质意义,有通过司法排除立法规定的最大弊端。因而,应当认可实践适用中的数罪并罚,^[57]而不是以自洗钱入罪后通过竞合论从一重论处。

(二)应在事后可罚行为的框架下进行自洗钱的入罪评价

上游犯罪与自洗钱入罪的数罪并罚成为刑事立法修订带来的变化,这既是罪刑法定原则下的司法效应体现,也是加强对洗钱罪刑罚惩治的规范性应对。^[58]但是,自洗钱入罪情形下,事前行为与事后行为混夹缠绕的情形需要界分。比如,受贿人提供境外资金账户接收贿赂款的行为,此时究竟是构成受贿罪一罪还是按照受贿罪与洗钱罪并罚,必然给司法适用带来争议。如果此时只是纠缠于刑法修订后的条文表述,而不深入到事前行为与事后行为的关系构造与规范评价之中,则难以澄清中间的症结并获得中肯性结论。由于受贿人收受贿赂的行为与掩饰或者隐瞒犯罪所得及其收益行为往往具有“互绕性”,导致在规范认定上似乎既可归属为受贿罪的“非法收受他人财物”,也可评价为洗钱罪立法项下的“提供资金账户”或者“其他方式支付结算”等行为类型。如果认为自洗钱已经明确入罪且以具备刑事不法与有责性为其应罚性的充要条件,此时基于从严惩治洗钱罪的刑事政策要求,就有可能得出上游犯罪与洗钱罪数罪并罚的结论。

需要指出的是,尽管进行实质意义上的数罪论处回应了刑事立法修订的初衷,但规范评价仍然应以事前行为的上游犯罪与事后行为的自洗钱行为独立成罪为前提,并以刑罚均衡原则为基石。^[59]在理解罪刑规范时,构成要件作为价值载体,决定了应对行为是否达到值得处罚的程度进行实质解释。^[60]上游犯罪是事前行为的表现形态,自洗钱行为是事后行为的存在形态,这两种行为必须以行为的“独立法律属性”为前提,^[61]不能混同二者之间的关系而泛化扩张数罪并罚的适用。否则,表面上是遵循刑法修订后的条文规范,实则已经严重背离罪刑均衡原则。结合前述受贿人提供境外资金账户的行为来说,该行为明显是作为上游犯罪受贿罪的客观不法要件,缺少这一要件的受贿罪属于非完整性评价。由于洗钱行为属于事后行为,在事后行为尚未出现的情形下,不能得出构成洗钱罪的结论。尤其是,如果认为此时存在自洗钱犯罪行为,则在事前行为(收受贿赂)尚未实施完毕的情形下,将无端地衍生出事后行为所对应的自洗钱犯罪行为,这与客观事实显然是不相对应的。因而,通过事前行为与事后行为的规范构造类型,不仅有利于清晰辨识不当并罚背后的重复评价情形(把接受贿赂既作为受贿罪中的收受财物,又作为洗钱罪中的掩饰隐瞒赃物),而且有助于通过事前与事后行为的整体审视而获得更为妥当的均衡性处罚。

(三)应在事后行为非泛化评价下进行自洗钱入罪认定

既然自洗钱纳入洗钱罪并非事后不可罚行为的异化,那么理当根据自洗钱作为事后

[57] 参见江西省芦溪县人民法院(2021)赣0323刑初70号刑事判决书;江西省黎川县人民法院(2021)赣1022刑初124号刑事判决书;江西省萍乡市湘东区人民法院(2021)赣0313刑初139号刑事判决书;辽宁省沈阳市苏家屯区人民法院(2021)辽0111刑初425号刑事判决书。

[58] 参见刘宪权、陆一敏:《自洗钱入罪司法适用的疑难解析》,《检察日报》2021年5月12日第3版。

[59] 参见孙静松:《依据“通谋”区分洗钱犯罪与上游犯罪共犯》,《检察日报》2021年9月24日第3版。

[60] 参见刘艳红著:《实质刑法观》,中国人民公安大学出版社2019年版,第256页。

[61] 参见王新:《洗钱犯罪的演变与实践认定中的两个问题》,《检察日报》2020年9月10日第3版。

行为的特性来限定刑罚处罚范围。在自洗钱入罪带来刑罚处罚范围拓宽的情形下,尤其需要注意洗钱罪中兜底条款的规范适用问题。在洗钱行为中存在着“以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质”的兜底表述,尽管该规定在自洗钱入罪之前就已经存在,但是在自洗钱犯罪化之后显现的问题将更为突出,更值得我们刑法教义层面进行审慎地规范判定。在此过程中,不能泛化模糊性立法规定而扩张刑罚适用,而应当依据行为内容而不是上游犯罪罪名来确定是否数罪并罚。^[62] 原因在于,作为事前行为的上游犯罪绝大多数是经济类犯罪,此类犯罪行为的非法牟利性与行为人的责任规避性特点突出,因而在行为过程中或者完成之后往往伴随着对赃款赃物的掩饰隐瞒行为。面对兜底条款的理解适用,学界较为一致地主张采用“同类规则”的解释方式来保证其不偏不倚地适用。^[63] 但是,“同类规则”作为规范评价的产物仍然具有模糊性,同样难以清晰划定刑罚的处罚范围。具体到洗钱罪来说,如果我们把“掩饰隐瞒”作为兜底条款的“同类规则”对待,尽管是基于立法列举而归纳得出的“同类性”,实践面向层面的“边界性”仍然并不清晰。

既然自洗钱入罪是通过事后行为独立犯罪化而来,事后行为就是我们把握该兜底条款的核心关键。事后行为的独立性不能单纯以自洗钱入罪的法律条文作为支撑依据,即认为刑法修订后的自洗钱行为已经构成犯罪,从而得出无论何种事后掩饰隐瞒行为均具有事后行为独立性的结论。该理解的最大不当之处在于,以刑法修订认可事后行为犯罪化已经存在,进而以事后行为的可罚性作为兜底条款适用的理论根据。依据这样的教义分析路径,则显然是以立法的静态表述来解释事后行为,并以“其他方法”作为事后行为的泛化存在依据。从中可见,如果对事后行为欠缺独立性评析,那么此种判断路径中的先入为主、倒果为因明显,而且,其中的循环论证既不能有效辨识条文的应有内涵,也不能起到实质限缩兜底条款的规范功能。

基于此,自洗钱入罪后的兜底条款应当严格限定为具有独立性的事后行为,并通过两个方面予以把握。一方面,我们应区别事前行为的外延范畴,防范把事后行为混同为事前行为,如果形式上的掩饰隐瞒行为实质仍然属于事前行为的范畴,则不能以模糊性兜底条款而纳入事后行为的自洗钱之中进行刑罚论处。另一方面,事后行为独立性的关键在于它应符合法益侵害特质,即该“其他方法”充分体现了对金融监管秩序的法益侵害性,而不是以事后行为具有掩饰隐瞒的共性特征进行类型化提取。比如,上游犯罪行为拒交代赃款赃物去向、日常生活中使用赃款进行消费等,尽管在事后层面具有掩饰隐瞒的行为表象特征,但是由于欠缺洗钱罪所对应的法益实体侵害,因而不宜置入洗钱罪的兜底条款之中进行评价。

[本文为作者主持的 2022 年度中国法学会部级法学研究项目“洗钱罪的国际因素与国内司法规范适用研究”(CLX(2022)D11)的研究成果。]

[62] 参见何萍:《自洗钱入罪后的罪数问题》,《人民法院报》2021 年 7 月 8 日第 6 版。

[63] 参见张明楷:《注重体系解释 实现刑法正义》,《法律适用》2005 年第 2 期,第 34 页;刘宪权:《操纵证券、期货市场罪“兜底条款”解释规则的建构与应用》,《中外法学》2013 年第 6 期,第 1178 页;储槐植著:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社 1996 年版,第 7 页;张建军:《论刑法中兜底条款的明确性》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014 年第 2 期,第 86 页。

Doctrinal Analysis of Post-Event Unpunishable Behavior and Criminalization of Self-Money Laundering

[Abstract] The theoretical value of post-event unpunishable behavior should be emphasized. The legislative revision of self-money laundering provides an opportunity to re-examine the internal structure of post-event unpunishable behavior. Pre-event punishable behavior and post-event unpunishable behavior are in plural forms, forming a two-level structure. There are both differences in fact and intrinsic relations between them. Post-event unpunishable behavior has the characteristic of punishability under the condition of the establishment of a crime. It is not a behavior that “should not be punished” in itself, but, based on the identity of legal interest infringement, is to be punished together with the pre-event behavior, rather than separately, under the holistic evaluation principle. It is necessary to define the basis of unpunishability of post-event behavior based on the relationship between prior and post behaviors and to measure the identity of legal interest infringement in light of the “legal interest correlation” and “legal interest limitation” contained in prior and post behaviors. In the criminalization of self-money laundering, it is “self-money laundering” rather than “post-event unpunishable behavior” that has been changed. The criminalization of self-money laundering should still be evaluated in the framework of post-event unpunishable behavior. It neither belongs to the legal basis of post-event unpunishable behavior nor negates the type of post-event unpunishable behavior; nor is it in a relationship of mutual exclusion and complete opposition with post-event unpunishable behavior. Because of the change of legal interest, it is difficult for self-money laundering to meet the inherent requirements of “legal interest limitation” under the identity of legal interest infringement, resulting in the blockage of the path of “co-punishment” between post-event self-money laundering behavior and pre-event upstream criminal behavior. Therefore, this criminal-legislation criminalization can be supported internally by the analysis of criminal law doctrine, but cannot be applied by analogy to other stolen goods-related crimes. The criminalization of self-money laundering should be analyzed on the basis of post-event behavior to avoid the expansion of the criminalization of self-money laundering caused by improper mixing up of pre-event behavior and post-event behavior and prevent the proliferation of combined punishment caused by the non-stereotypical nature of bottom line clauses after the criminalization of self-money laundering. Emphasizing the formal boundary of pre-event behavior and the substantive independence of legal interest infringement in self-money laundering can not only maintain the logical connection between the type characteristics and doctrinal analysis of post-event unpunishable behavior but also curb the hidden risk of proliferation of criminalization caused by the criminalization of self-money laundering after the legislative revision, and is conducive to the coordination between active legislation and appropriate judicial punishment.