

洗钱罪行为要素与主观要素之 规范重构与关系辨正

屈耀伦

【摘要】关于洗钱罪的既有研究沿袭法益关联辨识和“重结果、轻行为”思路的结果本位立场，这无法回应扩大刑事打击范围的立法目的，忽略了行为在犯罪中的重要作用，应当厘清本罪的主观要素与行为要素。在主观要素层面上，洗钱罪中的“明知”应属于注意规定，在违法性的判断上删除与否并无影响；“为掩饰、隐瞒”属于“目的”的表述，但并不等同于本罪属于目的犯，仅被涵摄于犯罪故意的意志因素之中。在行为要素层面上，对洗钱罪之行为应做规范理解，对事实行为进行刑法评价，即评价洗钱行为本身应具有掩饰、隐瞒的性质。在行为本位立场之下，洗钱罪中的主观要素与行为要素之间相辅相成，该认定方法可以使主观认定的逻辑通路缩短，降低司法取证和证明难度。

【关键词】洗钱罪 行为要素 主观要素

【作者简介】屈耀伦，甘肃政法大学法学院教授、硕士生导师。

【中图分类号】D924.3 **【文献标识码】**A

【文章编号】2097 - 1125 (2024) 04 - 0072 - 23

一、引言：当前有关洗钱罪研究的基本逻辑

从我国历年反洗钱报告的数据来看，我国刑事司法实务关于《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第191条洗钱罪的适用率畸低，2020年以前我国以洗钱罪审结的人数均在百人以下。造成这一窘境的原因是多方面的，如洗钱罪的主观方面认定标准较为严格、自洗钱行为尚未入罪等。^①

^① 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58页。

2020年以后洗钱罪的案件审判数量有了一定程度的增长，判决人数增至2020年的229人和2021年的552人。^①虽然自洗钱入罪后审判案件和人数得到较大程度的增长，但洗钱罪还存在较大规模的犯罪黑数，需要从洗钱罪的主观方面为司法实践提供理论供给。

我国当前对洗钱罪罪质的理论研究的基本逻辑是以洗钱罪的法益为核心。例如，王新教授有关洗钱罪的一篇文章的逻辑核心便是把洗钱罪的保护法益定位为国家总体安全观。^②李采薇在论文中提出“洗钱罪具有从属性和独立性相统一的双重属性”，文章基本脉络便是从洗钱罪的法益出发，探讨洗钱罪的从属性与独立性的关系。^③可以说，洗钱罪的结果要素或者法益认定对洗钱罪本身的理解是非常重要的。

同样，在论及本罪的主观要素时，我国理论研究也表现出“重结果、轻行为”的现象。在认定洗钱罪的故意方面，仍以行为人所致结果为核心认定行为人的故意。例如，吴立志、张慧君在论文中论及本罪间接故意的成立时提到，行为人明知财物性质和清洗黑钱的结果仍持放任态度，客观上确实是在掩饰、隐瞒犯罪所得，也产生了破坏金融管理秩序的法益侵害性。^④

结果本位核心思路的合理性自不待言，以结果为核心的论证思路是刑法最后手段性的重要体现。但是，以结果为核心的论证思路在认定上具有一定难度，因为结果的发生与否本身是一个概率性事件。同时，要求行为人对结果的认识就只会变成一种猜测，从而陷入不可知的泥淖中。在“认知—行为—结果”的因果流程中，认知与结果的因果流程更长，证明上也更加繁琐。采取高标准的结果本位视角还可能导致其他问题，例如，强调危害结果的意欲观点容易造成对犯罪嫌疑人、被告人的口供依赖。意志属于个人内心活动，在行为人缺乏积极追求的明确心态时，他对危害结果究竟持什么心态，只有行为人本人才知晓。^⑤而且，犯罪嫌疑人在讯问中多有避重就轻的

① 参见《中国反洗钱报告2020》和《中国反洗钱报告2021》。

② 参见王新：《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。

③ 参见李采薇：《论我国洗钱罪的双重性》，《北京师范大学学报》（社会科学版）2023年第1期，第152~160页。实际上有关洗钱罪独立性的论著均以洗钱罪与上游犯罪的法益差异为起点，从而得出自洗钱行为入罪的理论合理性。参见宋路明：《洗钱罪核心价值之回归》，《河南司法警官职业学院学报》2021年第1期，第43~49页；徐嘉崎、国建良：《自洗钱入罪之争议问题的法教义学研究》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2022年第5期，第42~46页。

④ 参见吴立志、张慧君：《洗钱罪适用研究——以〈刑法修正案（十一）〉的实施为背景》，《西南石油大学学报》（社会科学版）2021年第5期，第95页。

⑤ 参见劳东燕：《犯罪故意理论的反思与重构》，《政法论坛》2009年第1期，第83页。

心理,容易导致案件的不稳定性,^①甚至容易招致刑讯逼供。^②

风险刑法观的出现使刑法的一般预防作用开始被重视,也使刑法的功能性特质不断放大,甚至直接影响刑法最基本的一大原则——谦抑性原则。尤其在当前洗钱罪审判难、主观认定标准严格的背景下,采取结果本位的立场解读洗钱罪的主观方面已无法达到我国当前着力打击洗钱犯罪的目的。虽然当前我国大量学者从“删除‘明知’”这一举措入手,认为该立法举措可以有效降低洗钱罪的主观证明难度,但是其对扩大反洗钱打击仅在自洗钱入罪上具有一定效益,对“明知”本身的认定并没有产生降低证明难度的效果。所以,若要真正解决洗钱罪主观方面认定难的问题,必然要从本罪主观方面认定本身进行一定的反思和重构。而将结果本位思想转向行为本位思想就可以在在一定程度上使证明标准前移,实现主观证明难度下降的效果。

二、洗钱罪的行为要素

刑法上的行为可以区分为事实的行为和规范的行为,对前者的理论探讨有“自然行为论”“目的行为论”等,涉及刑法行为概念的最基础的探讨;后者在存在论意义上的行为之上兼顾法律规范性评价,将一般行为表征规范化、类型化,使其成为犯罪构成要件中的行为。存在论意义上的行为大体可以被评价为经社会价值评价后的“半裸”行为,^③规范论意义上的行为是存在论意义上的“半裸”行为再经刑法评价后的行为。

(一) 洗钱罪的事实行为

《联合国禁毒公约》《联合国打击跨国组织犯罪公约》《联合国反腐败公约》均采用列举式的立法技术,将洗钱的行为方式列为以下七种:转换(conversion)、转让(transfer)、隐瞒(concealment)、掩饰(disguise)、获取(acquisition)、占有(possession)与使用(use)。其中,转换、转让、隐瞒、掩饰等四种方式属于强制性规定,而获取、占有、使用等三种方式属

① 参见乔远、王育凤:《论不真正不作为犯之故意要素》,《安徽警官职业学院学报》2011年第6期,第18页。

② 参见黎宏:《判断行为的社会危害性时不应考虑主观要素》,《法商研究》2006年第1期,第106页。

③ “半裸”行为区分于“纯裸”行为。“纯裸”行为指自然意义上的行为,如拿起水杯、踢一下皮球等,而“半裸”行为则是经社会价值评价的“纯裸”行为,即社会意义上的行为,如拿起别人的水杯、踢破皮球等。参见陈文昊:《“裸”行为概念之提倡——从结果无价值与行为无价值关于行为要素的争论谈起》,《海南大学学报》(人文社会科学版)2017年第5期,第133~141页。

于选择性规定，缔约国可以“在不违背其宪法原则及其法律制度基本概念的前提下”将它们规定为国内法的刑事犯罪。^①《刑法》第191条采取了谨慎的立法态度，仅将国际条约中的强制性规定纳入洗钱罪的行为方式当中。在我国，仅转换、转让、隐瞒、掩饰性质的行为可以成为刑法规范评价的对象。

美国财政部的反洗钱部门——金融犯罪执法网络（FinCEN）建立了一种洗钱周期模型，以定义洗钱这种行为模式，它概括地将洗钱活动分为三个阶段：放置、分层和整合。^②

第一，放置阶段，即将上游犯罪所得非法收益化整为零，并将各部分分别存入不同的资金账户，如以多批次、小金额等不引人注目的方式将现金存入银行，或者转变犯罪所得现金形态，如将犯罪所得存入银行等金融机构以将现金转变为银行存款，或用现金购买贵金属和珍贵艺术品，等等。

第二，分层阶段，又称离析阶段，该阶段的主要目的就是隐藏犯罪所得。犯罪主体一般采取复杂的交易程序，通过较长的交易链条妨碍金融机构查清资金来源、性质。例如，借助空壳公司虚构贸易活动，在不同的银行之间以及不同的国家或地区之间以贸易为名频繁转移资金，而且资金只在每家银行作短暂停留。目前，在一些国家和地区，离析阶段的相当一部分资金转移活动都是通过电子货币或网络银行完成的。

第三，整合阶段，这是洗钱的最后阶段，是犯罪分子“合法”拥有资金使用权的整合阶段，也是洗钱行为彻底危及金融安全的一个阶段。在这一阶段，行为人通过将散布在各个账户的资金汇集至一个统一的账户，并用于投资实业、证券市场等正当商业活动，成为应纳税的合法收入，开始融入合法的金融经济体系中。至此，犯罪收入完成了洗钱过程，披上了合法的外衣。

例如，在刘某1、杨某某洗钱案中，被告人杨某某在中国银行、中国工商银行、中国农业银行等6个银行分别开立了户名为杨某某的账户，以及提供之前开设的中国建设银行账户，用于接收刘某2（上游犯罪人，系刘某1胞弟）毒品犯罪所得及其收益共约670万元人民币。此后，杨某某通过刷卡消费方式购买商铺，并虚构自己和刘某2之间的债权债务关系，以偿还上述债务为由将商铺过户于刘某1名下。在此过程中，被告人便是通过完整的放置、分层、整合手段将部分毒资转化为名义上“合法”的财产，完成了洗钱的全过程。^③

^① 参见王新：《洗钱罪的司法认定难点》，《国家检察官学院学报》2022年第6期，第62页。

^② 参见孟醒：《洗钱行为的法律规制研究》，西北民族大学硕士学位论文，2019年，第5页。

^③ 该案审结时《刑法修正案（十一）》并未施行。参见广东省广州市中级人民法院（2020）粤01刑初65号刑事判决书。

（二）洗钱罪的规范行为

洗钱罪规范意义上的行为，即在洗钱罪违法阶层进行评价的过程中，对“半裸”行为进行刑法评价的结果。洗钱罪的规范行为与“实行行为”的概念相同。^①

洗钱罪实行行为的具体类型由《刑法》第191条规定。洗钱罪的规范行为可以评价为“侵犯国家金融秩序或是司法管理秩序的掩饰、隐瞒上游犯罪所得及其产生的收益的来源、性质的洗钱行为”。^②《刑法》第191条采取“列举+兜底”的方式对洗钱罪行为做了规定，《刑法修正案（十一）》对洗钱罪实行行为进行了较大幅度的修改，除了第5项未加修改，其他行为都做了或多或少的修改。^③《刑法修正案（十一）》对洗钱罪修改的最大亮点是将自洗钱行为纳入刑法处罚范围。审视对洗钱罪行为要素的修改可以发现，《刑法修正案（十一）》通过删除洗钱罪中的“明知”和“协助”的表述达成这一立法目的。“协助”一词在本罪中起到限制主体行为模式的作用，将洗钱罪限定为第三人帮助洗钱的情形，进而影响洗钱罪的犯罪类型，使洗钱罪不再属于帮助型犯罪。行为要素在修改过程中起到了一个逻辑起点的作用，通过改变行为方式（配合主观要素的修改）将非协助类洗钱行为纳入洗钱罪处罚范围，最终通过当然解释的方法将上游犯罪本人的洗钱行为（当然地属于非协助类洗钱行为）纳入本罪的处罚主体范围。

值得关注的是，本罪第1项“提供资金帐户的”并未修改，保留了其帮助行为的表述。全国人大常委会法制工作委员会刑法室认为，提供资金账户“是指为犯罪分子提供银行账户的编号，为其转移非法资金提供方便”，^④按此解释，主体明显为犯罪分子以外的第三人，所以，可以说这一表述似乎与此次修正案的趣旨不相符。倘若将“提供”一词的主体扩大解释为上游犯

① 将本罪行为的内涵与外延等同于实行行为可能不妥，因为本罪第一项的行为并未加修改，其行为类型与形式意义上的实行行为存在差异，依然属于帮助行为的范畴，当然也涉及正犯化的帮助犯，此时该预备行为虽符合刑法总则关于预备行为的外形，但可以将其理解为实质意义上的实行行为。

② 对洗钱罪侵犯的法益学界尚存争论，此处以大多数学者支持的复合法益为例。

③ 具体如下：第一，删除第2、3、4项“协助”字样；第二，将第1项和第3项中的“账户”修改为“帐户”、“转账”修改为“转帐”；第三，将第3项中的“其他结算方式”修改为“其他支付结算方式”；第四，将第4项中的“协作将资金汇往境外”修改为“跨境转移资产”。最终形成当前五种实行行为类型：“（一）提供资金帐户的；（二）将财产转换为现金、金融票据、有价证券的；（三）通过转帐或者其他支付结算方式转移资金的；（四）跨境转移资产的；（五）以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的。”

④ 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《中华人民共和国刑法解读》，中国法制出版社2011年版，第369页。

罪人本人，即自己为自己提供账户，则存在类推解释之嫌，因此，学者普遍认为此项的适用主体为上游犯罪人以外的第三人。^①那么，对自己为自己提供账户的行为，如上游犯罪人使用自己此前开立好的银行账户，或者为了洗钱新开立账户，则均不能被规范性地评价为“提供资金帐户的”行为，当然也就不能类型化地被评价为洗钱行为。

此外，第3项增设“支付”一词，将原先“其他结算方式”修改为“其他支付结算方式”，修改的主要目的是限制地下钱庄行为。^②在反洗钱金融行动特别工作组（Financial Action Task Force on Money Laundering, FATF）对我国进行第四轮互评估的现场座谈中，我国有关主管部门表示，地下钱庄是长期重点关注的问题之一，已被我国识别为洗钱和恐怖融资相关的风险之一，因为地下钱庄为非法收益转往境外提供了便捷的渠道，是行为人将非法所得汇往境外的首选渠道。^③地下钱庄是未经主管机关批准秘密从事非法资金转移活动的机构总称，具体可以区分为借贷型、汇兑型和综合型地下钱庄三种。借贷型钱庄主要以民间借贷为主营业务，以高额利益为其盈利的模式；汇兑型钱庄以买卖外汇、跨境汇款为主要业务，通过开展“对敲式”的跨境支付、非法跨境汇兑等业务，绕过国内外汇监管完成跨境汇兑。此外，部分地下钱庄还支持某些综合性业务，如基于虚拟币去中心化的特性，利用不同国家对虚拟币的监管差异，通过虚拟币交易平台将犯罪资金转换为虚拟币，再将虚拟币转换为外币存入海外平台，实现资金外流。所以，对部分采取支付手段进行洗钱的行为，在此次修改后，也可以将之规范性地评价为洗钱行为。

第4项“跨境转移资产”的修改不仅扩展了洗钱行为的流通方向，还扩大了洗钱罪的对象范围。此前，我国“单向入罪”的模式无法对接国际惯例中的“双重犯罪原则”。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第15条和《联合国反腐败公约》第42条都确立了洗钱罪的普遍管辖原则，即各缔约国对跨国洗钱犯罪均有管辖权。根据或引渡或起诉的国际法原则，各有关国家都有义务打击这种犯罪，对抓获的犯罪嫌疑人如果不引渡或移交给相关国家惩处，也应当根据本国法对其定罪量刑。^④因此，此次修改为跨境反洗钱协

① 参见吴诗昕：《洗钱罪立法修正与适用问题审思——从〈刑法修正案（十一）〉切入》，《江西警察学院学报》2021年第3期，第23页。

② 参见《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国刑法修正案（十一）〉（草案）修改情况的汇报》，<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202012/5f7b2d0e41ef44f6ba84ed6eda5cf6c3.shtml>，2023年3月13日。

③ 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54页。

④ 参见王文华：《论我国反跨国洗钱刑事法律的完善》，《河南大学学报》（社会科学版）2012年第6期，第25~33页。

作工作的展开提供了法律基础。而且，将“资金”修改为“资产”，扩大了洗钱行为的对象范围。所以，《联合国禁毒公约》第3条第1款(b)项中采取了“财产”的表述，该表述的外延范围就远远大于“资金”。又如，《联合国反腐败公约》第2条第4款规定，财产系指各种资产，不论是物质的还是非物质的、动产还是不动产、有形的还是无形的，以及证明对这种资产的产权或者权益的法律文件或者文书；第5款规定，犯罪所得系指通过实施犯罪而直接或间接产生或者获得的任何财产。^①可以说，此处的修改不仅扩大了我国国内反洗钱的打击范围，而且为我国进行反洗钱国际合作扫清了障碍。

对第5项兜底条款应该如何认定，《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2009〕15号，以下简称《洗钱罪解释》）第2条^②进行了列举，虽然列举的各项行为并不符合当下洗钱罪的立法目的，但仍有一定的参考价值。对洗钱罪兜底行为的规范解释需要参照前4款的行为进行相当性的解释，^③即采取同类解释的方法。通过对司法解释和《刑法修正案（十一）》施行以前的洗钱罪的规范行为进行对比，在表征上洗钱行为无须采用“金融手段”，^④即对洗钱手段并不需要加以限制，即使是普通的合同抑或赠予、遗赠行为皆属洗钱罪评价的“半裸”行为。在性质上，符合洗钱的行为须具有“隐瞒、掩饰犯罪所得及其收益的来源和性质”，即行为系将非法所得及其收益进行漂白，或者说，行为性质符合《联合国反腐败公约》中转换、转让、隐瞒、掩饰的要求，然而对单纯的获得、占有、使用犯罪所得及其收益的行为不能解释为本罪行为。

① 参见《联合国反腐败公约》，https://www.un.org/zh/issues/anti-corruption/uncac_text.shtml，2024年1月30日。

② 该解释规定：“具有下列情形之一的，可以认定为刑法第一百九十一条第一款第（五）项规定的‘以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质’：

（一）通过典当、租赁、买卖、投资等方式，协助转移、转换犯罪所得及其收益的；

（二）通过与商场、饭店、娱乐场所等现金密集型场所的经营收入相混合的方式，协助转移、转换犯罪所得及其收益的；

（三）通过虚构交易、虚设债权债务、虚假担保、虚报收入等方式，协助将犯罪所得及其收益转换为‘合法’财物的；

（四）通过买卖彩票、奖券等方式，协助转换犯罪所得及其收益的；

（五）通过赌博方式，协助将犯罪所得及其收益转换为赌博收益的；

（六）协助将犯罪所得及其收益携带、运输或者邮寄出入境的；

（七）通过前述规定以外的方式协助转移、转换犯罪所得及其收益的。”

③ 参见劳东燕：《以危险方法危害公共安全罪的解释学研究》，《政治与法律》2013年第3期，第28页。

④ 参见宋路明：《洗钱罪核心价值之回归》，《河南司法警官职业学院学报》2021年第1期，第47页。

三、洗钱罪的主观要素

(一) 对洗钱罪中“明知”的理解

FATF 在第四轮互评估时，认为我国洗钱罪审判难的原因之一在于我国规定洗钱罪必须证明行为人具有“明知”这一高证明标准，如欲改变这种情况，就需要降低我国洗钱罪的主观证明标准。于此，《刑法修正案（十一）》将“明知”的犯罪构成要件予以删除。

对此修改的解释，学界的认识较为统一，认为删除“明知”要素不影响洗钱罪的主观构成要件，洗钱罪的主观方面仍为故意。^①但是，在删除“明知”后的证明标准问题上存在争议。一种观点认为，对自洗钱情形下的本犯而言，他与上游犯罪非法所得及其收益本就存在天然联系，也就不存在对自洗钱人主观认识的单独证明的问题，即在司法适用过程中可以直接推定自洗钱人对上游犯罪非法所得及其收益存在“明知”。对他洗钱的情形，仍然需要证明行为人主观认识的成立，^②只是证明标准降格为“必然认识”和“可能认识”两种类型。另一种观点认为，洗钱罪中的“明知”属于故意以外的主观超过要素，删去“明知”后只需证明行为人犯罪故意即可。^③

对后一种观点——“明知”属于“主观超过要素”的论断，本文持否定态度。在该观点的论述过程中，将本罪中的“明知”理解为主观超过要素并与总则的“明知”相区分，使之成为独立于犯罪故意以外的另一主观要素。根据形式解释的立场，这种独立性要件删除之后便不再需要“明知”要件的存在，只需要主观故意的存在即可。但是，该观点又从实质解释的角度将“明知”要件纳入第三人洗钱情形之中，^④存在前后矛盾。而且，该观点在论及“明知”属于主观超过要素的过程中，其论证并不令人完全信服。该观点认为，原《刑法》第191条洗钱罪只规定为掩饰、隐瞒其来源和性质而提供资金账户等五种具体洗钱行为，而没有规定与“明知”内容相印证的客观行为。也就是说，“明知”要素对应的客观事实并不是所谓的客观行

① 参见王振华、肖宇涵：《积极刑法观下洗钱罪的理解与适用——以〈刑法修正案（十一）〉为视角》，《佛山科学技术学院学报》（社会科学版）2022年第2期，第65页。

② 参见王新：《自洗钱入罪后的司法适用问题》，《政治与法律》2021年第11期，第49页。

③ 参见王振华、肖宇涵：《积极刑法观下洗钱罪的理解与适用——以〈刑法修正案（十一）〉为视角》，《佛山科学技术学院学报》（社会科学版）2022年第2期，第65页；刘艳红：《洗钱罪删除“明知”要件后的理解与适用》，《当代法学》2021年第4期，第3~14页。

④ 参见刘艳红：《洗钱罪删除“明知”要件后的理解与适用》，《当代法学》2021年第4期，第3~14页。

为，而是“上游犯罪所得及其收益”，否则就可能造成一种不可思议的情况：行为人主观认识到犯罪所得收益，即使他在客观上掩饰、隐瞒的是合法收益也构成犯罪，这实属主观归罪。相应地，笔者认为在洗钱罪中“明知”当属于注意规定范畴。^①

1. 总则中“明知”与分则中“明知”的关系简析

一种观点认为分则中的“明知”属于注意规定。刑法总则上的“明知”是故意的一般构成因素，刑法分则上的“明知”是故意的特定构成因素，只有具备了分则中的“明知”，才能产生总则中的“明知”，^②并且分则关于“明知”的规定都属于注意规定，即使分则没有“明知”的规定，也应根据总则关于故意的规定，要求故意犯罪的行为人必须“明知”犯罪的客观构成要件要素。^③另一种观点建立在上一观点的基础之上，认为刑法分则中“明知”的规定既是主观的违法要素也是主观的构成要件要素，而刑法总则规定的“明知”属于责任要素。^④没有刑法分则规定的“明知”缺乏违法性，没有刑法总则规定的“明知”缺乏有责性。

“明知”是否属于主观违法要素的问题，不仅要以理论为根基，而且要以逻辑为起点。^⑤在理论上，结果无价值论在判断行为违法性时采取纯粹的客观主义，对主观违法要素而言不存在任何余留的空间，^⑥仅在行为无价值论下，主观违法要素才存在生存空间。在逻辑上，如果认可分则中的“明知”属于主观违法要素，那么在判断行为人违法性时就要判断行为人对分则规定的对象是否存在“明知”。以《刑法》第218条销售侵权复制品罪为例，如果行为人在销售时并不知所售产品为上游行为人提供的侵权复制品，那么能认为行为人的销售行为不构成对知识产权人权益的侵害（法益侵害性）吗？答案是否定的，否则知识产权人对销售者无法行使一定的自救权（如紧急避险）。将“明知”纳入主观违法要素在当前我国理论背景下尚存

① 参见张明楷：《主客观统一原则在奸淫幼女犯罪中的贯彻》，赵秉志主编：《主客观相统一：刑法现代化的坐标——以奸淫幼女型强奸罪为视角》，中国人民公安大学出版社2004年版，第153页。

② 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2011年版，第158页。

③ 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2011年版，第628页。

④ 参见陈兴良：《刑法分则规定之明知——以表现犯为解释进路》，《法学家》2013年第3期，第89~90页。

⑤ 实际上，“明知”属于违法阶层还是责任阶层是一个颇有争议的话题。例如，陈兴良教授的观点从认为其属于责任阶层转向违法阶层。本文无法给出“明知”是否属于主观违法要素的结论，但至少支持分则中的“明知”属于注意规定的结论。

⑥ 此处指代的是纯粹的结果无价值论主义，当然也有部分结果无价值论者会支持主观违法要素的存在。

不合理之处。所以，本文仅支持分则“明知”属于总则“明知”的注意规定，当然也不完全否定“明知”属于主观违法要素的可能性，主观违法要素在我国刑法体系中存在较大的探讨价值，“明知”可能在表现犯等领域有其作为主观违法要素的空间。^①

笔者认为洗钱罪中的“明知”属于注意规定，在违法性的判断上删除与否并不存在差别，并且“明知”的对象既应包括上游犯罪所得及其收益，也应包括犯罪构成的客观要素。

以《刑法》第141条生产、销售、提供假药罪作类比，刑法分则对生产、销售假药的人员未规定“明知”要件，但对提供者明确规定了“明知”要件。对生产者而言，不要求其具有对行为对象的“明知”有事实合理性，对提供者而言其属于典型的“下游”犯罪者，对上游产生的假药与否的情况不存在必然的“明知”，由此规定其以“明知”为违法性判断的前提也具有事实合理性。那么对处于“中游”的销售者是否要求以假药的客观事实为“明知”的对象呢？答案是肯定的。如果不要求销售者对假药事实具有“明知”，那么假药作为本罪的行为对象已然成为“客观超过要素”，极可能违反主客观统一原则。例如，甲作为批发商先与分销商乙签订定期交易某药品的合同，合同到期时甲从该药品生产商丙处购入足量该药品并让丙直接向乙发货，后查明这批药品为假药。在该案例中，倘若认为本罪并未规定销售者对假药的“明知”，那么甲毫无疑问成立销售假药罪，但这种结论是十分荒谬的。合理的解释应是对生产者和销售者均要求对药品具有“明知”，只是因为该要件属于注意规定被省略，而且在适用过程中生产者由于必然地具有“明知”故直接推定，而销售者“明知”仍须认定。

司法实践对“明知”的性质其实采取了注意规定的理解。例如，在郑某某生产、销售假药案^②中，被告人郑某某从微信好友处购入没有国药准字号标志的“圣龙牌”肾宝片，之后在其经营的药房进行售卖。经鉴定，郑某某销售的“圣龙牌”肾宝片中含有西地那非成分，经沈阳市市场监督管理局认定，该药品属于假药。法院认为，被告人郑某某违反国家食品安全管理法规，明知是假药而销售，其行为已构成销售假药罪。可以得知在销售假药罪中，虽然立法未明确规定销售者需要对假药具有“明知”，但在司法实践中还是认为销售者需要对假药具有“明知”才能构成销售假药罪。这从侧面说明，“明知”在刑法分则下删除与否并不影响本罪主观要素构成。也就是说，在司法实践中，刑法分则下的“明知”也被认为是注意规定。

^① 参见陈兴良：《刑法分则规定之明知——以表现犯为解释进路》，《法学家》2013年第3期，第88页。

^② 参见辽宁省康平县人民法院（2023）辽0123刑初7号刑事判决书。

实际上，删去“明知”对降低证明标准而言帮助不大，即使删去“明知”，在证明过程中也需要证明行为人对洗钱对象属于上游犯罪所得及其收益具有“明知”，只不过对自洗钱人而言，“明知”不过是个不证自明的事实罢了，直接采取推定方式即可。

2. “明知”不应涵摄“可能知道”“应当知道”

有学者指出，删除“明知”使第三人主观认识的证明标准降低，具体而言，由“必然认识”向“必然认识”和“可能认识”拓宽。^①其实该问题牵扯“明知”的具体含义，即明知的外延究竟为何。

“明知”的文义解释为“清楚地知道”，在刑法意义上应解释为“确定地知道”。也就是说，“明”与“确定、清楚”相对应，“知”与“知道”相对应。柏拉图等学者用知识对知道下定义，即经过确证的真信念，主体掌握了知识，便等于知道。因此，根据掌握知识的情况不同，知道便有了程度之分，可分为显然知道和可能知道。知道的上限是显然知道，下限是不知道。知道的上限是可以达到的，而下限是可以无限接近的，介于知道的上限和下限之间的中间部分便是可能知道。因此，有两种程度的知道：明知（显然知道）和可能知道。^②从这个意义上讲，明知与可能知道之间存在明显区别，明知与不知相对立，属于可确定的知道形式，而可能知道存在知道与不知道这两种可能性。张明楷教授将可能知道定义为可能明知，即行为人有能力知道或有可能知道自己的行为会发生危害社会的结果，^③并认为可能明知属于过失心理的描述。倘若《刑法修正案（十一）》施行之后坚持认为洗钱罪属于故意型犯罪，那么对“明知”的认定无论如何也不能涵摄可能知道的情形。

对“应当知道”的情形，可以说立法、理论与实务的观点截然不同。在立法解释和司法解释中，常用“知道或者应当知道”的表述对犯罪故意进行限定。《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百四十一条、第三百一十二条的解释》规定：“知道或者应当知道是国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品……知道或者应当知道是刑法第三百四十一条第二款规定的非法狩猎的野生动物而购买的……”该立法解释在一定程度上肯定了“明知”的内涵包括“知道”和“应当知道”。同样地，2020年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理洗钱刑事案件

^① 参见王新：《自洗钱入罪后的司法适用问题》，《政治与法律》2021年第11期，第49页。

^② 参见李梦涵：《“明知”概念的法逻辑分析》，中南财经政法大学硕士学位论文，2020年，第16页。

^③ 参见张明楷：《犯罪故意中的“明知”》，《上海政法学院学报（法治论丛）》2023年第1期，第50页。

若干问题的意见》第8条明确指出“明知包括知道或者应当知道”。对此，立法界和理论界的态度不同。在《刑法修正案（十一）》颁行以前，《刑法》第219条第2款规定：“明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。”可见，《刑法修正案（十一）》通过之前的立法采取“明知”与“应知”分立的态度，即“应知”与“明知”属于对立关系，二者不存在任何重合之处。^①在《刑法修正案（十一）》通过以后，“应知”被删去，本罪在罪过形式上仅限定为故意。^②在理论上，大部分学者认为“应当知道”属于不知范畴，所以“应当知道”指代的是过失心态。^③

值得说明的是，“知道可能”属于“明知”范畴。2001年6月11日《最高人民检察院关于构成嫖宿幼女罪主观上是否需要具备明知要件的解释》规定：“行为人知道被害人是或者可能是不满十四周岁幼女而嫖宿的，适用刑法第三百六十条第二款的规定，以嫖宿幼女罪追究刑事责任。”这是在司法解释中唯一一次采用“知道可能是”的表述。对此的认识需要从故意的认识因素出发，具体包括明知结果必然和可能发生两种，只是在知道结果可能发生的情况下意志因素往往属于放任状态，所以“知道可能”按照我国通说观点，至少是一种间接故意的情形。

综上所述，洗钱罪中的“明知”的删除并不影响本罪故意的认定，依然需要行为人对上游犯罪所得及其收益具有明确的知道，否则不能成立本罪。

（二）对“为掩饰、隐瞒”的理解

关于“为……”的理解涉及目的犯的讨论，即该表述在洗钱罪中是否表示本罪属于目的犯。在我国，目的犯根据法律明文规定与否被区分为法定的目的犯和不成文的目的犯，后者指法律虽未明文规定但按照刑法分则罪名的特征、关系等需要以特定目的为其主观要件的类型。

修改后的洗钱罪与成文的目的犯在形式上具有相似性，“为……”的表述在我国《刑法》中以目的犯进行规制的罪名也不在少数，如行贿罪中的“为谋取不正当利益”。当然也存在不属于目的犯的情形，如在窝藏、包庇罪

① 大部分学者认为侵犯商业秘密罪“应知”为过失犯罪，并且以间接侵权为前提。参见童德华、任静：《侵犯商业秘密罪的规范构造及司法适用》，《警学研究》2022年第4期，第20~22页。

② 参见李宁宁：《侵犯商业秘密罪研究》，西南科技大学硕士学位论文，2022年，第24~25页。

③ 参见姚树举：《刑法中“明知”的判定方法》，《检察日报》2018年10月24日；张明楷：《如何理解和认定窝赃、销赃罪中的“明知”》，《法学评论》1997年第2期，第90~92页；陈兴良：《“应当知道”的刑法界说》，《法学》2005年第7期，第80~81页。

中“明知是犯罪的人而为其提供隐藏住所、财物……”，其中“为……”表达“给”的意思，属于典型的客观要件要素。“为”在刑法中常用第四声“wèi”，含义存在动词和介词两种形式，当其在刑法表述中以动词形式出现时表行为，而以介词形式出现时则一般表目的。例如，在行贿罪中“为谋取不正当利益”的“为”明显属于介词，所以在此应表目的，而在受贿罪中“为他人谋取利益”的“为”则明显属于动词，当表行为。^①所以，笔者认为在洗钱罪中“为掩饰、隐瞒”属于目的的表达。

对本罪是否属于目的犯，当前主流观点认为不属于目的犯。该观点认为，洗钱罪行为本身就是掩饰、隐瞒其来源和性质，不能同时又把这一内容当作主观的超过要素——目的犯的目的。^②这种理解并不周延，如“提供资金帐户的”实行行为在判定时并不必然含有掩饰、隐瞒的性质，再如盗窃罪中的“非法占有目的”，可以说盗窃行为本身就有非法占有目的的性质而否认本罪不属于目的犯吗？显然是不可以的。其实，洗钱罪实行行为是评价后的结果，是将一个存在论意义上的洗钱行为进行规范性表述后的结论，在得出某一行为属于洗钱罪的行为之时其实已经包含了对“掩饰、隐瞒”的评价，一个行为正是有了掩饰、隐瞒的目的和性质才能被评价为洗钱行为，这是判断者不断往返于事实与规范之间得出的综合性结果。

本罪不成立目的犯的本质原因在于本罪所述的目的并不是我国刑法意义上的目的犯。本罪表述为“为掩饰、隐瞒……”，实则是本罪的意志因素内容，表现为行为人在实施实行行为时对危害结果的追求抑或放任的意志心理。至于为什么会将其归入目的犯范畴，大概是与刑法理论中的断绝的结果犯相混淆。

在德国刑法理论体系中，目的犯根据目的与实行行为是否同时发生被具体区分为两类——断绝的结果犯和短缩的二行为犯。我国部分学者对此分类提出质疑，认为断绝的结果犯之主观特定目的与一般犯罪目的重合，是犯罪故意的一部分，所以目的犯中只有短缩的二行为犯因其目的为主观超过要素才属于真正目的犯，断绝的结果犯并不是严格意义上的目的犯，从而得出我国理论中无此种分类的结论。^③

我国的传统分类（独立要素说）将目的区分为两种：一种是直接故意中的意志因素，即行为人通过实施犯罪行为希望并且追求产生的某种危害结

① 参见陈兴良：《目的犯的法理探究》，《法学研究》2004年第3期，第72~81页；张明楷：《论受贿罪中的“为他人谋取利益”》，《政法论坛》2004年第5期，第144~156页。

② 参见陈兴良：《协助他人掩饰毒品犯罪所得行为之定性研究——以汪照洗钱案为例的分析》，《北方法学》2009年第4期，第39页。

③ 李希慧、王彦：《目的犯论纲》，高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》第5卷，法律出版社2002年版，第77~78页。

果；另一种存在于故意犯罪中，是当行为人实现行为的直接危害结果之后，进一步追求的非法目的。^①前者属于犯罪故意内的目的，后者属于特定的犯罪目的。对应地，德日刑法理论一般将目的犯中的目的称为“主观超过要素”，即犯罪目的不在犯罪故意之中而是无须客观行为与之对应的主观要素，在性质上属于特定的目的。

本罪中“为……”的表述属于我国分类中的第一种，与断绝的结果犯在认定过程中存在较多的相似之处，即在断绝的结果犯情况下行为人实施法定的实行行为时就已经具备了所谓的“犯罪目的”，而在意志因素以内的犯罪目的，在行为人实施实行行为时也必然得以实现。在洗钱罪修改后，本罪并不属于目的犯范畴，其目的涵摄于犯罪故意中的意志因素之中。

（三）洗钱罪中的罪过形式

梳理以上观点可以发现，删除洗钱罪中的“明知”要件并不影响“明知”在本罪中的存在必要性，并且“明知”与犯罪故意中的认识要素对应，“为掩饰、隐瞒”与犯罪故意中的意志因素对应。

1. 洗钱罪属于故意犯罪

在传统理论中，罪过形式的认定方式是建立在容忍说立场之上的整罪分析模式，即对故意和过失做完整的理解，^②在这一模式下，故意与过失是一种对立关系。

但是，这种建立在意欲论基础上的主张在理论上受到批评。例如，黎宏教授指出，“容允”是一种极为微妙的心理状态，包含非理性的情绪因素在内，将其作为故意的中心要素的话会使故意的成立范围变得不确定。^③劳东燕教授认为将意志因素作为界定故意的标准容易造成对犯罪嫌疑人或被告人口供的依赖。^④在德日刑法理论体系下，该学说也受到情绪化、不确定性和证据难度方面的批判。^⑤与意欲论主张相对的是认识论，它强调对构成要件事实的认识，强调客观性。当然，认识论在故意的判定上仍存在一定缺陷，如学者所言：“今日所谓的认识说，如果真的是认识说，它是错误的，如果它的说法是错误的，它便是意欲说。所有的认识说都要回答一个问题，当行为人预见结果发生时，如何才是对结果有故意，只有意欲论才能回答这个问题，当行为人对所认识的结果有意欲时，而意欲的对象是构成犯罪的事实时，为故

^① 参见欧阳本祺：《论目的犯目的的地位》，《中国刑事法杂志》2007年第3期，第38~43页。

^② 参见张明楷：《犯罪论原理》，武汉大学出版社1991年版，第270页。

^③ 参见黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第253页。

^④ 参见劳东燕：《犯罪故意理论的反思与重构》，《政法论坛》2009年第1期，第83页。

^⑤ 参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第296页。

意。”^① 在风险刑法观背景下，从意欲论向认知论转向似乎成为不可逆转的事实，尤其是不作为犯、危险犯和行为犯等犯罪形态的出现，使犯罪标准前移，意志因素的核心地位价值也不断消减。

从另一角度观察我国传统分析方式，可以发现其同时采取的是结果本位立场，即在判断犯罪故意时，结果不仅是意欲的对象，也是认识的对象，二者皆以结果为核心。例如，姜伟教授认为，罪过的核心应是危害社会的结果，而不是危害社会的行为。尽管危害社会的结果是由危害社会的行为造成的，但唯有危害社会的结果才能决定行为的危害社会的性质。对社会来说，危害社会的结果在行为诸要素中居于主要地位，刑事责任的产生也源于此。^② 实际上，在认知论和意欲论之后，德国学界兴起了一种新的有力见解，认为故意是对“一种达到标准的危险的认知”，因而其成立的关键既不是意志因素也不是认识因素，而是行为本身客观风险的大小。^③ 这种观点实际上在一定程度上摆脱了结果本位的立场，走向了行为本位。在英美法系中，对罪过形式的判断采用要素分析方法。该方法将客观构成要素分为三类，即行为要素、结果要素和附随情节要素，并确立了每个客观的构成要素与不同的罪责要素之间的对应关系。这种认定方式不仅将行为与结果的价值性进行了平衡，也使故意与过失的关系转变为位阶关系。^④

在判断方式上，我国学者也做出了相应的努力，具有代表性的学说包括复合罪过说、^⑤ 客观超过要素说、^⑥ 主要罪过说、^⑦ 明知故犯说^⑧和危险故意说。^⑨ 虽然理论界在罪过形式的认定方式上存在较大争议，但就洗钱罪的

① 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第219页。

② 参见姜伟：《罪过形式论》，北京大学出版社2008年版，第8页。

③ 参见邹兵建：《“明知”未必是“故犯”——论刑法“明知”的罪过形式》，《中外法学》2015年第5期，第1362页。

④ 在具体判断上，罪过被区分为“蓄意”、“明知”、“轻率”和“疏忽”。“蓄意”属于最高位阶，它的标准可以简单理解为对行为、结果要素是有意识的，对附随要素是相信或者希望的。“明知”要求行为人对行为、附随要素具有认识，对结果要素具有引发的确定性。“轻率”要求行为人有意地忽视各要素的实质风险。“疏忽”是行为人应当意识而没有意识各要素的风险。当犯罪的等级取决于实施犯罪的“蓄意”、“明知”、“轻率”或者“疏忽”时，犯罪的等级由对客观构成要素的最低等级的可责性要素来决定。

⑤ 将间接故意与过于自信的过失合并为英美法系的“轻率”。参见储槐植、杨书文：《复合罪过形式探析——刑法理论对现行刑法内含的新法律现象之解读》，《法学研究》1999年第1期，第50~57页。

⑥ 参见张明楷：《“客观的超过要素”概念之提倡》，《法学研究》1999年第3期，第22~31页。

⑦ 参见周光权：《论主要罪过》，《现代法学》2007年第2期，第38~48页。

⑧ 参见黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第255页。

⑨ 参见欧阳本祺：《论危险故意》，《法学家》2013年第1期，第48~62页。

罪过形式争议不大，即故意犯罪。例如，采用传统容忍说衍生出的整罪分析方式，根据洗钱罪的表述——“为掩饰、隐瞒……，有下列行为之一的”，对行为和结果层面存在明显的认知，在意志层面行为人至少对结果的发生不存在否定或者规避的态度，毫无疑问属于故意犯罪。

以要素分析法为例，由于故意与过失的关系属于位阶关系，即在认定故意的证据不足时可以将其认定为过失，故而在认定时应以允许入罪的最低罪过形式判断，否则可能会与《刑法》第15条第2款相违背。在自洗钱情形下，行为人不仅意识到附随要素，更加希望或者相信附随情节存在，对结果要素具有希望或者引发的确定性的心态达到“蓄意”和“明知”标准，对行为要素也具有明确的希望心态，属于“蓄意”。在他洗钱情形下，行为人对附随要素可能只是意识到，并没有希望其发生，所以当属于英美法系中的“明知”责任。总体而言，洗钱罪在罪责上至少符合英美法系的“明知”标准。

2. 洗钱罪包含间接故意

在区分直接故意与间接故意上，我国传统容忍说观点认为间接故意在意志因素上表现为不追求但不反对，此时的容忍为一种消极的意欲，具体到我国立法中的表述为“放任”。

首先，洗钱罪中“明知”的要求不排除间接故意。“明知”作为认识因素的对应面，以客观要素为其对象，但是对具体内容尚存争议。如何确定具体内容，可区分为具体符合说、抽象符合说和法定符合说。具体符合说要求“明知”的内容与发生的事实完全相同，抽象符合说要求客观发生与行为人心理预设抽象程度上具有符合性，法定符合说将“明知”与实际发生相符的内容限定在构成要件的范围之内，当前，法定符合说为主流学说。也就是说，认识的内容以构成要件规定的事实为基准。例如，贝林指出，为了确定故意，行为人必须认识到属于法定构成要件的事实情节。^①在具体内容上大体可以区分为两方面：一个是行为人对犯罪构成事实的认识，即事实层面的认识；另一个是行为人对犯罪构成事实规范评价层面的认识。事实层面的认识包括对行为、对象、结果和因果关系的认识，规范层面的认识包括对违法性和社会危害性的认识。^②

在认知程度上，《刑法》第14条第1款以“会发生”进行阐述。在学

^① 参见[德]恩施特·贝林：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第104页。

^② 具体内容尚存争议，因与本部分的讨论重点无关，不再赘述。参见周光权：《违法性认识不是故意的要素》，《中国法学》2006年第1期，第165~175页；闻志强：《违法性认识不要说与必要说的理论对立与抉择》，《甘肃理论学刊》2018年第4期，第94~100页；陈兴良：《刑法中的故意及其构造》，《法学研究》2010年第6期，第3~14页。

理上对其解释存在多种学说，通说观点认为，此处的解释应为“必然会发生或可能会发生”，一般认为直接故意的认识因素既包括认识结果必然发生又包括认识结果可能发生；在间接故意的场合下，行为人已经认识到危害结果具有发生的可能性。

二者从反应的认识结果的程度上看似存在一定差异，实则不然。“明知”强调行为人主观认知上的明确性，即前文提到的“明知”指行为人明确知道，而不具有明确性的认知——“应当知道”和“可能知道”则不属于“明知”的范畴。间接故意则更强调客观结果发生具有一定可能性，即认识到结果具有发生的可能性。至于行为人主观上的认知则是明确知道，整体而言间接故意的认识因素可以大体被前文提及的“明知可能”涵盖。所以，“间接故意”实则需要以“明知”为前提，即行为人“明知”危害结果具有发生的可能性才是“间接故意”的认识因素。所以，“明知”的存在不仅不能排除间接故意，反而是间接故意成立的前提。

其次，洗钱罪“为……”的目的表述也不排除间接故意。前文论及，本罪并非目的犯，笔者认为其与意志因素相对应。对“为……”的表述，大多数学者认为这里的表述是对洗钱罪五类行为的归纳，^①但这会使这一表述纳入客观要素的范畴，可能导致洗钱罪陷入客观归责的争议当中，所以本罪中“为……”的表述只能是主观要素的表达，与犯罪故意中的意志因素相连。按照传统独立要素说的观点，意志因素以内的目的与直接故意意志因素中的“追求”对应，所以犯罪目的仅在直接故意范围内存在。^②这种观点在如今风险社会的背景下并不适宜，尤其是当前我国洗钱罪的立法多出于国际压力和国家安全的考量，我国应当加大和扩大对洗钱罪的打击力度和范围，一味地追求直接故意的打击只会导致本罪无法产生其社会效益。

“为掩饰、隐瞒……”的表述属于对实行行为结果的表述，这种结果并非法益意义上的结果，而是事实论意义上（构成要件结果意义上）的结果——将钱洗白而非对金融市场正常秩序与安全的侵害。既然是事实论意义上的结果，当结果发生而行为人对行为产生的结果具有可能性的认识也应当认定为本罪中的“为掩饰、隐瞒……”目的，因为在某一行为具有产生“掩饰、隐瞒”的结果的可能性时，行为人依然实施该行为，这与洗钱罪的立法目的相吻合。例如，在上游犯罪人实施上游犯罪后，将上游犯罪所得赃款及其收益汇总到统一的银行卡中。在该情形下，行为人认识到行为可能导

① 参见何萍：《洗钱犯罪的刑事立法演变与完善——兼论〈刑法修正案（十一）（草案二审稿）〉对第一百九十一条的修正》，《人民检察》2020年第22期，第55页。

② 参见赵秉志等：《刑法学》，北京师范大学出版社2010年版，第131页。

致洗钱的危害结果，但在非法占有的目的下放任该情形的发生。如果确实导致赃款无法查清，此时不可能因为行为人自己没有掩饰、隐瞒的直接故意而不予追责。所以，笔者认为此处应做扩张解释，将“为……”的表述扩张理解为追求与放任的意志。

最后，间接故意在洗钱罪中应存在于洗钱罪的所有情形中。^①对第三人洗钱情形存在间接故意的情形自不待言。在第三人洗钱情形下，行为人可能并不知道自己的行为必然涉及洗钱，但至少行为人知道行为可能涉及洗钱，如跑分、出售自己银行卡等行为，尤其在反诈宣传铺天盖地的环境下，行为人应当知道自己的上述行为可能被用于犯罪行为。在“明知可能”存在犯罪行为的情况下，行为人依然实施上述行为，当然可以成立间接故意犯罪。那么，在自洗钱情形下能否以间接故意进行追责？

从认识因素上看，自洗钱行为人可能存在行为人不知某一行为必然成立洗钱罪的情况。例如，在上游犯罪人实施上游犯罪后，将上游犯罪所得赃款及其收益汇总到统一的银行卡中。在此情形下，这一行为可能会被评价为上游犯罪后的自然延伸而不构成犯罪，也有可能满足《刑法》第191条“通过转账方式转移资金”而成立洗钱罪，至于是否成立犯罪需要结合事实情况做具体认定。就行为人当时实施“汇总”行为而言，行为人可能不知自己的行为构成“清洗赃款”，暂时不存在清洗赃款的主观故意，此时不成立洗钱罪；如果行为人在实施“汇总”行为时，知道他的行为不仅属于具有占有延伸性质的行为，也可能逃避司法机关和监管部门的追查和监管，此时行为人在认识因素上属于具有“明知可能”，即知道自己的行为可能造成洗钱结果。

从意志因素上看，存在放任可能性。在行为人实施“上游犯罪自然延伸”与“洗钱行为”相交织的行为时，其行为性质存在不确定性，其行为是否导致赃款洗清也是不定数。此时，行为人对结果的认识也是“明知可能”而不可能是“明知必然”，如果行为人不顾危害而实施这一行为或继续实施这一行为，在意志因素上属于具有“放任”意图。^②

所以，洗钱罪不仅属于故意犯罪，而且包括直接故意和间接故意两种类型犯罪，涵盖第三人洗钱和自洗钱两种情形。

^① 至少站在当前通说观点的立场来看，以意志因素为重点考量，自洗钱行为可以由间接故意构成。

^② 如果对所涉结果具有放任意志，对赃款清洗自当存在意欲上的目的；如果对所涉行为具有放任意志，对危害行为及其产生的结果自当存在意欲上的目的。

四、洗钱罪行为要素与主观要素的辩证关系

（一）我国当前理论对洗钱罪行为要素与主观要素的关系认定及问题

在论及行为要素与主观要素之间的关系，尤其是行为与犯罪故意之间的关系时，永远绕不开的一个话题是主观违法要素是否值得被承认，但对主观违法要素的讨论实际上在于解决违法阶层的利益冲突问题，从而确定哪些行为是不被刑法允许的归责类型。实际上，对主观违法要素的讨论最终会回到行为论与犯罪论的探讨上，在行为与主观之间联系上所涉无多。

在洗钱罪上，我国当前理论对行为与主观的关系尚没有完整的研究，其主要研究的是“明知”与行为的推定关系，即通过行为人的实行行为推定行为人对上游犯罪所得及其收益的“明知”。^①根据《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《洗钱罪解释》）第1条第1款，应当结合被告人的认知能力，接触他人犯罪所得及其收益的情况，犯罪所得及其收益的种类、数额，犯罪所得及其收益的转换、转移方式，以及被告人的供述等主、客观因素进行认定，从第2款可以推定“明知”的几种情况。但是，这种“明知”在司法认定中存在较大分歧，这种从行为到“明知”的推定路径并没有很好地解决司法实践中的主观认定难题。

例如，在杨某洗钱案中，基层法院与中级法院对杨某是否对唐某给他的640万元来源于毒品犯罪具有“明知”产生分歧。^②一审法院否定“明知”的存在，认定杨某主观上认为唐某的涉案资金来源于工程，基于已有的客观事实，不能推定杨某“明知”涉案资金是唐某的毒资，因此杨某不具有“洗钱”的主观故意。二审法院肯定这种“明知”的存在，认为杨某参与商量毒品的制作细节，并在短时间获得唐某给予的640万元资金。根据《洗钱罪解释》第1条第6项的规定，杨某作为与唐某关系密切的人，协助唐某转换与唐某工作和收入状况明显不符的数量巨大的财产，应认定杨某“明知”涉案资金是违法犯罪所得，再结合证人证言，应认定杨某“明知”唐某给

① 参见王新：《总体国家安全观下我国反洗钱的刑事法律规制》，《法学家》2021年第3期，第102页。还存在根据主体身份推定不同主观标准的，参见张小宁、宋立宵：《洗钱罪主观要素的认定难题及化解》，《齐鲁学刊》2023年第3期，第97页。

② 参见四川省犍为县人民法院（2014）犍为刑初字第102号刑事判决书；四川省乐山市中级人民法院（2016）川11刑终45号刑事裁定书；四川省犍为县人民法院（2017）川1123刑初78号刑事判决书；四川省乐山市中级人民法院（2018）川11刑终36号刑事判决书。

他的资金来源于毒品犯罪，符合洗钱罪构成要件。^①

在犯罪故意的认定方面，我国传统罪过理论采取“整罪分析法”，其中结果要素在罪过判定中起核心作用。也就是说，在犯罪故意中意欲的对象并不要求是客观的犯罪构成要素整体，而是构成要件该当结果，即对危害结果存在意欲。^②行为在犯罪故意的认定上被边缘化。

在洗钱罪主观故意与行为的关系上，由于我国大部分学者认为“明知”的删除可以有效降低洗钱罪的主观证明难度，所以并未对洗钱罪的犯罪故意做更多分析，而是承袭传统理论对故意认定的标准。如前文所述，洗钱罪删除“明知”后，在第三人洗钱领域依然要证明“明知”^③的存在，“明知”本身的证明标准并未降低，依然指行为人对犯罪客观构成要件具有“明确的认知”，不包括“应当知道”和“可能知道”的情形。也就是说，删除“明知”没有降低洗钱罪的主观证明难度。“明知”属于注意规定，即使删除，对洗钱罪犯罪故意的证明也不会存在任何影响。所以，实质上“明知”的删除对本罪的主观证明（包括犯罪故意的认定）并无任何影响，并不能实现当前学者认为的降低主观证明标准的目的。

所以，也同本文开头所讲，要想实现主观证明难度降低的目的，需要从洗钱罪主观认定的结果本位性入手，从结果本位转向行为本位，缩短证明因果链条，从而解决司法中洗钱罪主观证明难的问题。

（二）行为本位下洗钱罪中行为与主观的关系

1. 行为本位证成

行为本位是相对结果本位而言的。对行为本位的讨论始于对风险刑法的探讨。^④在风险社会背景下，刑法的功能发生了重大调整，刑法关注的重心从事后的惩罚转移至事前的预防，从定位于惩罚转向风险的规制，^⑤刑法表现出极强的功能性和实用性特征。刑法的功能主义的转变对罪过形式的认定标准产生了一定的影响。在传统犯罪体系中，犯罪故意的可责性来源于行为

① 参见张小宁、宋立宵：《洗钱罪主观要素的认定难题及化解》，《齐鲁学刊》2023年第3期，第89页。

② 参见高铭暄、马克昌：《刑法学》，北京大学出版社2017年版，第109页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第263页。

③ 此时的“明知”仅限于对上游犯罪所得及其收益的“明知”。

④ 参见卢建平：《风险社会的刑事政策与刑法》，《法学论坛》2011年第4期，第22页；张明楷：《“风险社会”若干刑法理论问题反思》，《法商研究》2011年第5期，第83~85页；王振：《坚守与超越：风险社会中的刑法理论之流变》，《法学论坛》2010年第4期，第74页。

⑤ 参见劳东燕：《风险社会与功能主义的刑法立法观》，《法学评论》2017年第6期，第19~20页。

人对道德主义的排斥,^①自然地,行为人内心的意欲成为刑法对犯罪人主观判断的重要依据。但是,在风险社会中,刑法转向功能主义,刑法的预防功能被强化,刑法的目的在一定程度上从惩罚犯罪转向社会秩序的保护,刑法变成规制不确定内心感受的风险控制工具,这就要求刑法本身包括相关解释具有更多的灵活性。传统罪过分析方式由于强调体系性和整体性必然不再适宜当前功能主义刑法观的转向。尤其在以结果意志因素为核心的罪过分析模式下,在行为人抱有侥幸心理实施法律允许的风险行为时,就无法判断行为人对风险的实现是否具有希望或者容忍的态度。所以,在功能主义刑法观下,以结果为核心的意志因素为犯罪故意的核心要件无法将刑法的触手伸向某些风险化的领域。

自然犯领域的犯罪性质相对简单,罪过形式的认定不存在较大的障碍,行为人对实行行为与危害结果大多保持一致的心理,只需司法机关从行为人造成结果的关联性就可以推断出其内心意欲。但是,在法定犯领域,行为人违反的不再是道德秩序而是法律规范,他对法秩序的违反心态便不再那么简单,为解决自然犯问题产生的罪过分析形式已不能很好地适用于法定犯领域。基于此,传统的与道德因素密切相关的危害结果可能要让位,而更能凸显行为人主观要素的危害行为逐渐成为主观罪过判定的内容。质言之,主观罪过内容认定的基础不再是危害结果,而更多地转向危害行为,“这是当代刑法思想的一种新倾向”。^②

2. 洗钱行为与洗钱故意的关系

在行为本位下,行为成为认定犯罪故意的核心要素。如前所述,其不仅符合当下风险刑法观的背景,也可以有效缩短司法中主观证明的因果链条,降低主观证明标准难度。

首先,对行为的认知是认定洗钱罪犯罪故意的事实依据。这里的行为不可能是规范意义上的行为,而是事实层面的行为,因为行为人在实施某一行为时,对行为的刑法性质不可能有准确的认知,所以这里的行为只可能是事实层面的行为,此时的行为便是经社会价值评价后的“半裸”行为。也就是说,行为人在认识到自己的行为具有事实上放置、分层和整合性质时就具备构成犯罪故意的基础。在规范意义上,行为人在认识因素上认识到自己实施的行为具有放置、分层和整合性质时就具备犯罪故意的可能。具体情况可以通过行为人实施行为的非法性来判断,如行为人明知存在不合理交

^① 参见刘艳红:《主观要素在阶层犯罪论体系的位阶》,《法学》2014年第2期,第52页。

^② 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第80页;储槐植、杨书文:《复合罪过形式探析——刑法理论对现行刑法内含的新法律现象之解读》,《法学研究》1999年第1期,第50~57页。

易、非法手段仍然实施相应行为，就可以认定行为人对实施的行为及其性质明知。这一步完成的是认定行为人对行为本身危险性的认识。

其次，也是最重要的一步，如果行为人明知行为及其性质具有符合放置、分层和整合性质的可能性（洗钱可能性）^①而依然决定实施相应的行为，就可以认定行为人具有犯罪故意。这表现出行为人对洗钱危险的极大纵容，将其认定为故意也是应有之义。行为人对自己实施行为的态度相较其对“把钱洗清”这一危害结果的态度更具可证明性，因为行为人对自己行为的主观态度可以从其实施该行为的手段方式、实施行为的准备情况等进行推断，而对洗钱的最终后果的主观态度的判断在很大程度上依靠行为人的供述。

至于对“为掩饰、隐瞒”这一主观要素的证明，可以根据行为人在事实上是否存在掩盖涉案财产非法性的客观危害行为来推定行为人的主观目的。也就是说，当行为人认识到某一行为具有掩饰性质却依然实施该行为时，他对行为可能造成的任何后果都具有希望或者放任的意志因素，自然也就可以推定行为人具有“为掩饰、隐瞒”这一目的要素。

另外，洗钱罪的定罪可以根据危害结果是否实现分别成立既遂和未遂，当然在不能犯的场合就不应认定行为人成立洗钱罪。

3. 洗钱行为与“明知”上游犯罪所得及其收益的关系

可以说，此前洗钱主观证明标准高的根本原因就在于证明行为人对七种上游犯罪所得“明知”存在客观不能。

《洗钱罪解释》第1条对认定《刑法》第191条洗钱罪的“明知”做出详细规定。同样地，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条规定了行为人“明知他人利用信息网络实施犯罪”的情形，其中第1项“经监管部门告知后仍然实施有关行为的”和第5项“频繁采用隐蔽上网、加密通信、销毁数据等措施或者使用虚假身份，逃避监管或者规避调查的”可以作为洗钱罪中“明知”认定的借鉴，即行为人从官方渠道已经获取相关信息后仍坚持实施相关行为和高频率地实施同一性质的行为，均可认定为行为人对上游犯罪“明知”。

换言之，对上游犯罪所得及其收益的“明知”而言，应结合实施行为的环境进行判断，其中包括前置环境和事中环境。前置环境主要包括行为人此前是否参与上游犯罪、是否得知上游犯罪相关信息和实施类似行为的频次等。也就是说，通过判断这些前置环境因素的存在，可以认定在行为

^① 也就是前述的“明知可能”的情况。

人实施相应行为时，具有“明知”上游犯罪和“明知可能”是上游犯罪存在的情形。在事中环境中，可以结合相关交易的不合理性与否、行为手段的非法性与否和相关行为的频次等进行推定，如果行为人通过完全不符合常理的手段实施相应行为，可以推定行为人对上游犯罪“明知”。例如，在杨某洗钱案中，即使杨某否认其对上游犯罪性质存在“明知”，但结合“杨某参与商量过毒品的制作细节”这一前置环境因素可以有效推断杨某“明知”或者“明知可能”^①是毒资。

总体而言，行为作为犯罪的核心要素，其与犯罪的主观要素的联系相较结果而言更加紧密，采取行为本位的认定方法不仅可以使主观认定的逻辑通路缩短，降低司法取证和证明难度，而且契合我国大力打击洗钱行为的刑法目的。在犯罪的主观要素的认定上，从结果向行为转变可以有效实现洗钱犯罪的源头治理。

五、结语

我国对洗钱罪认定的逻辑通路依然属于结果本位立场，采取“主观—行为—结果”的判断逻辑路径。行为，尤其是有意识下的行为，对洗钱罪认定的作用被漠视，洗钱罪的犯罪主观方面同样采取结果本位立场，以结果为中心的认定路径具有较长的因果认定链条，这导致洗钱罪主观证明难的问题无法得到很好解决。本文从洗钱罪行为要素和主观要素入手，重新梳理二者的内涵及外延，从行为本位立场出发，将洗钱罪的行为作为洗钱罪主观要素的逻辑起点，缩短洗钱罪主观证明的因果链条，即“主观—行为”的逻辑路径。行为人明知行为及其性质具有符合放置、分层和整合性质的可能性（洗钱可能性）而依然实施相应的行为，就可以认定其具有犯罪故意。至于洗钱结果的发生与否，可以作为犯罪既遂、未遂认定的标准。将洗钱罪的认定核心由结果转向行为，可以有效降低司法证明难度，以此扩大和加大对洗钱罪的打击范围和打击力度，有效改变当前洗钱罪存在大量犯罪黑数的现状。

（责任编辑：方 军）

^① 在“明知可能”的情况下，行为人对实施的行为及其产生的后果持放任态度。对上游犯罪性质的“明知可能”可以做扩大解释，即行为人不仅认识到所涉资金属于非法所得，而且对所涉资金属于七类上游犯罪所得及其收益存在认识到的可能性或者不存在排除认识（排除不知道）的情况，至于排除不知道的情况可能导致犯罪圈扩大需要进一步探讨。