

我国反洗钱追赃“行刑衔接”立法重塑 ——基于规范保护目的之研析

杨 猛

(大连海事大学法学院,大连 116000)

摘 要: 反洗钱作为追赃的重要途径具有天然优势。在反洗钱金融行动特别工作组(FATF)制度框架下,追赃是反洗钱主体的法定义务,基于该制度的制约,可以进一步减弱国际关系变化对追赃的消极影响。尤其在反洗钱制度刑事化的国际背景下,要求各国形成反洗钱刑事体系安排,将反洗钱法律法规的命令性、禁止性、惩罚性体现在相应的规范保护目的之中,并实现内容的衔接与逻辑的协调。我国并没有明确该领域前置命令性义务规范,又没有禁止性与惩罚性的刑事规范,进而产生反洗钱追赃“行刑衔接”的规制空白,导致反洗钱追赃虚置化。解决这些问题的根本路径在于实现反洗钱追赃立法有效的“行刑衔接”。首先,应明确“行刑衔接”的一般性前提,即规范保护目的合致,包括二重结构的评价范式:一是目的逻辑合致,二是目的价值合致。其次,映射到反洗钱追赃的“行刑衔接”层面,应遵循以下实质路径:一是反洗钱前置立法与刑事立法规范保护目的逻辑自洽,二是反洗钱刑事立法规范保护目的与刑事政策价值目的对合趋同。最后,应在法秩序统一的立场下,完善立法重塑的具体内容。

关键词: 反洗钱追赃; 行刑衔接; 规范保护目的; 立法体系完善

中图分类号: DF623

文献标识码: A

文章编号: 1005-9512(2020)12-0059-13

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2020.12.005

一、问题的提出

传统的追赃方式主要附属于引渡、遣返、异地追诉等双边司法协助,其成功与否依赖各国司法合作,且往往受制于国际司法环境并受到国际关系影响。首先,签订引渡等双边刑事司法协助条约的国家有限。就目前所掌握的数据来看,自1987年至2014年,我国与39个国家签署了双边引渡条约,但

作者简介: 杨猛,大连海事大学法学院讲师,华东政法大学刑事法学院博士后研究人员。

* 本文系国家第67批博士后面上基金“我国医疗卫生高风险领域预防刑法之立法问题研究”(项目编号:2020M671054)和辽宁省社会科学基金青年项目“‘亚经济带’视域下反洗钱KYC的刑事风险与规制”(项目编号:L783246)的阶段性生活成果。

主要集中在亚洲及发展中国家,美国、加拿大等我国贪官外逃重灾区均不在其列。^①其次,单纯的司法协助条约很难有效实现追赃,原因在于以下几个方面。第一,司法协助的前提是平等互惠。我国逃往发达国家的贪官多,发达国家逃到我国的贪官较少,这在客观上造成了司法互助的不对等,导致对方国家不愿协助的畏难情绪。第二,各国司法环境不同,易遭遇诉讼壁垒。尤其在引渡与异地追诉中,诉讼程序往往受到人权保护原则与双重犯罪原则的制约而无法推进。第三,受制于敏感的国际关系。目前全球国际关系呈现紧张态势,尤其在相关国家之间关系持续焦灼的国际环境下,传统的追赃方式势必受到消极影响。

在反洗钱金融行动特别工作组(英文缩写为:FATF)国际反洗钱规则的制约下,^②反洗钱作为一种高效的追赃方式,已逐渐被国际社会认可。反洗钱追赃的方式主要有两种方式:一种是独立设置犯罪收益追缴法,根据其中规定的程序,以行政命令的方式进行追赃;另一种是附属于异地追诉,按照刑事诉讼或者民事诉讼程序,以反洗钱情报作为证据协助追赃。相比于传统的追赃方式,它们的优势逐渐凸显。第一,从实体法律来看,全球范围内越来越多国家的追赃程序依靠综合的反洗钱制度,比如加拿大、澳大利亚、英国等,追赃作为反洗钱主体的实质义务内容,甚至被规制于独立的立法之中(犯罪收益追缴相关立法)。^③反洗钱逐渐成为一种相对独立的追赃渠道。第二,从法律程序来看,通过反洗钱司法程序获得的反洗钱情报作为异地追诉的证据,其可采性高、证明力强,因此相对于在异地追诉中对贪污犯罪的认定,^④洗钱罪的认定更具实效性。总体而言,在实体与程序上实现反洗钱追赃需要三个规范性前提。第一,命令性规范。强化尽职、明确反洗钱追赃义务,实质上应提供高质量的反洗钱情报信息,形式上要有简化高效的程序安排。第二,禁止性规范。对反洗钱的预防和控制设定明确的义务边界,对于违反这些义务的一般失职要有明确的行政处罚。第三,制裁性(惩罚性)规范。对于严重失职,要有反洗钱刑事风险预警的法律机制,也就是说,需明确在违背禁止性规范的情况下,制裁性规范如何发挥其保障性功能。因此,可以说以上规范性前提的实现,以反洗钱前置立法与刑事立法的有效衔接为重要内容,既包括法域内规范本体的完善,又包括法域外规范关系的协调,从而才能形成命令性规范、禁止性规范、惩罚性规范相统筹协调的反洗钱制度安排。然而不论是规范的命令性、禁止性还是惩罚性,实际上都是法规范保护目的的具体体现。那么,具体到我国反洗钱追赃法律制度的安排中,既有的行刑衔接立法模式,能否有效实现以上的规范保护目的,且反洗钱规范保护目的的实现又需要怎样的立法模式予以呼应,这在国际关系复杂的当下,需要进一步加以探讨。

诚然,反洗钱追赃能否发挥应有的作用,受到外部条件如国际关系、政治因素影响,但是对于反洗钱尽职立法,根据《FATF40项建议》,是以前置行政立法加刑事立法的配套规定作为总体安排的,因而严重的反洗钱失职行为应当入刑,反洗钱追赃作为尽职义务内容之一,亦在此范围之内。也就是

①参见黄风《建立境外追逃追赃长效机制的几个法律问题》,载《法学》2005年第3期《外逃贪官的海外生存》,http://www.infzm.com/content/109221,2020年6月7日访问。

②反洗钱金融行动特别工作组(Financial Action Task Force on Money Laundering-FATF)是由西方七国为专门研究洗钱的危害、预防洗钱、协调反洗钱国家间行动,于1989年在巴黎成立的政府间国际组织。2007年当地时间6月28日,在法国召开的金融行动特别工作组全体会议以协商一致方式同意中国成为该组织正式成员。参见搜狗百科《反洗钱金融行动特别工作组》,https://baike.sogou.com/m/picBooklet?now=https%3A%2F%2Fpic.baike.soso.com/ugc%2Fbaikopic%2F0%2F20200619092902-2074626237_jpeg_60_104_2280.jpg%2F800&title=%E5%8F%8D%E6%B4%97%E9%92%B1%E9%87%91%E8%9E%8D%E8%A1%8C%E5%8A%A8%E7%89%B9%E5%88%AB%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E7%BB%84&type=0&lemmaId=655816&rcr=u3Bxktcg0fmMtaJlu,2020年8月25日访问。

③如英国《2002犯罪收益追缴法》、法国《2009-104号法令》、加拿大《犯罪收益(洗钱)和恐怖融资法》、澳大利亚《2002犯罪收益追缴法》等。

④通过追诉贪污罪而追回赃款的难度较大,一是需对犯罪嫌疑人身份及赃款的属性进行证明,可追回款项的范围在国内外认定上有较大差异;二是我国贪污罪的刑罚采重刑主义,易引发司法协助中针对人权保护的抗辩,阻碍追赃程序的开展与司法合作。

说,反洗钱成熟的刑事立法配套规定,是反洗钱追赃成功的重要前提。与此同时,在国内,作为反腐败、扫黑除恶等刑事政策的重要内容,对反洗钱追赃整体的制度构建也理应回归立法本位的刑事法体系构建。首先,在前置法层面应明确尽职义务,如此才能简化反洗钱情报采集、筛选、分享过程,进而增强反洗钱义务机构的互动配合,提高反洗钱尽职效率。其次,在刑事立法层面,应将违反前置义务的重大失职抑或渎职行为进行独立的刑事评价,如此才能强化反洗钱尽职,进而使反洗钱情报信息的质量达到国际认可标准,推进反洗钱追赃国际合作。也就是说整体的反洗钱制度安排需在法规范层面实现命令型规范、禁止型规范以及惩罚型规范的互相衔接,进而在法秩序统一的立场上实现规范保护目的。

然而,实际上由于我国目前前置立法中未细化反洗钱追赃义务,刑法中也未明确反洗钱失职的刑事责任,没有形成成熟的反洗钱法律制度体系,存在反洗钱前置法与刑法有效衔接的具体问题,进而导致“反洗钱行政调查机制与反洗钱刑事司法实践仍存在着脱节现象”。^⑤因此,司法实践中反洗钱追赃成功案例少,目前可实际查询到的只有李继祥案。^⑥从上述反洗钱追赃现状来看,我国反洗钱法整体律制度的完善必然离不开反洗钱前置行政立法的细化、刑事立法的更新以及两者的有机衔接。那么,要妥当解决以上问题,就需在法秩序统一的立场上对以上法规范的保护目的进行协调统筹,从而避免形式上的规范衔接脱节,进而实现实质上的规范保护目的合致。因此,这就回到一个本质的问题,即行刑衔接立法重塑的规范性依据即规定保护目的的实质内涵是什么,其有怎样的评价范式,具体到反洗钱追赃的刑事立法构建中,又应如何逐一映射,从而证成其行刑衔接的妥当性。本文对此将作出具体论述。

二、“行刑衔接”立法重塑的一般性前提:规范保护目的合致

(一) 规范保护目的之实质意义和内涵

规范保护目的理论来自于德国的罗克辛教授,鉴于因果关系结果归属的判断存在种种问题(过失犯以及意外事件结果归属的论证依据问题),罗克辛教授继受并完善了客观归责理论。^⑦然而这一理论的提出遭到了目的行为论者的质疑,认为这仅仅是对客观归责的事实堆积而成的类集合,并非是一种普遍适用的规范性理论。^⑧罗克辛教授进一步指出,客观归责并非是简单的事实类型堆积,更不是单纯的事实上因果流程的判断,而是具有普适作用的规范性的归责理论体系,规范保护目的就是这一理论体系的重要支撑。因此在最初,规范保护目的是作为客观归责的下位概念提出的。后来,许迺曼教授将客观归责分为条件关联、相当关联、风险关联、保护目的关联等四个阶层,将规范保护目的上升为客观归责的最高标准。^⑨与此同时,在因果流程相当性的判断中,注重刑事政策对规范保护目的的指导作用,将规范保护目的从客观归责的下位概念上升为一般预防的上位规则。之后,随着过失犯在现代社会不断涌现,过失理论从一元旧过失论到二元新过失论,既要求对前置一般预见义务的违

^⑤同前注①,黄风文。

^⑥2011年9月14日,澳大利亚昆士兰州最高法院宣判李继祥因洗钱罪判处监禁14年至至少入狱10年,因利用犯罪收益违反澳大利亚《刑法》1995年第400章第4条判处监禁12年至至少入狱9年。上述刑罚于2011年9月13日起同时执行,9年内不准获假释。李继祥没有对定罪和判刑提出上诉。至此,外逃至澳大利亚8年的原南海市置业公司经理李继祥因洗钱罪被澳大利亚昆士兰州高级法院判入狱26年。被李继祥转移至澳大利亚的4000万财产已有近3000余万元通过反洗钱司法合作渠道被我国政府收缴。

^⑦参见陈璇《不法与责任的区分:实践技术与目的理性之间的张力》,载《中国法律评论》2020年第4期。

^⑧参见[德]许迺曼《关于客观归责》,载许玉秀、陈志辉主编《不疑不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,新学林出版股份有限公司(台北)2006年版,第558页。

^⑨参见李波《过失犯中的规范保护目的理论研究》,法律出版社2018年版,第52-53页。

反,又要求对构成该当的结果回避义务的违反,所以在二元层级的过失犯构成前提下,针对此类法定犯类型的立法,就必须明确注意义务规范的保护目的与构成要件效力规范的保护目的这两者之间的关系与逻辑。也就是说,规范保护目的发展出两个内容,即前置立法的注意义务规范内容明确化与后继刑事立法的构成该当内容精准化。那么,规范保护目的理论的实质内容就更加明显,即行政犯或者法定犯侵害法益的保护以及刑事政策目的价值的实质化评价。在融合了刑事政策的实质化评价要素后,其一般性的规范评价作用普遍适用于过失犯甚至故意犯的立法与法律适用。尤其在储槐植先生所界定的“法定犯时代全面到来”之际,^⑩在前置立法的注意义务规范内容明确化与后继刑事立法的构成该当内容精准化已然成为必要的当下,如何平衡前置行政立法与刑事立法之间的规范保护目的的逻辑关系与内部结构,是解决法定犯抑或行政犯立法问题的重要前提。

反洗钱追赃的前提在于反洗钱立法体系实现规范保护目的的指向性。反洗钱的刑事机能在不断扩展,但是反洗钱立法仍然拘泥于行政法域(如我国《反洗钱法》和《大额交易与可疑交易管理办法》等),反洗钱的行政立法规范保护目的指向无法合致于其不断发展的刑事机能。只有在行政立法与刑事立法层面明确反洗钱追赃立法的规范保护目的,才能从根源上减少反洗钱追赃的种种阻力。其原因在于规范保护目的理论发展路径的合规范性及其理论反射适用的合目的性。这也是规范保护目的理论在发展过程中逐渐延伸出的两个方向的必然要求,即行刑衔接的规范性合致及刑事政策的目的理性合致。因此不难理解,为何规范保护目的理论能够在某种程度上成为解决刑法与其他法域立法、司法冲突的基本路径。^⑪正如德国学者韦斯特曼与英国学者赫尔希指出的那样,“法规范所保护的法益是立法者‘根据正义的理念所做的一连串推论的’终点”;^⑫“法益是规范保护目的的指向对象,也是它背后的东西”。^⑬可见,规范保护目的是法益选择性保护的依据,换言之,法益是规范保护目的动态选择的结果。因此,具体到行刑衔接领域,前置行政立法是否需要配置附属刑法加以衔接,并非取决于事实层面的法益是否一致(事实上两者不可能完全一致),而是取决于实质化层面规范保护目的是否合致,这蕴含着目的性的功利选择与价值化的刑事政策考量。

(二)“行刑衔接”规范保护目的之评价范式

通过考察规范保护目的的发展路径,我们可以看到规范保护目的理论本身蕴含着部门法规范之间合目的性要求与刑事政策合价值性要求,具体而言,体现在以下两个方面。

第一,前置立法与刑事立法之“目的逻辑”合致要求。前置立法与刑事立法之间的关系属于不同法域之间关系的问题,而不同法域之间的关系问题反射到规范保护理论中则体现出两种不同的理解路径。其一,在宏观的部门法之间体现规范保护目的的差异性。比如民法与刑法的关系问题,民法强调法律关系,在形式思维下鼓励意思自治,而刑法则强调行为本质,即在形式理性的基础上进行实质判断。^⑭质言之,民法的规范保护目的在于保证交易自由,只要在意思自治前提下所形成的符合形式理性的法律关系冲突解决方案,法无禁止即为自由,故司法机关都会认可其法律效力;刑法的规范保护目的在于惩罚犯罪与保障人权,只有符合形式要件的行为才能进行违法与罪责的实质评价,法有禁

^⑩参见梁根林《刑法总论问题论要》,北京大学出版社2018年版,第321页。

^⑪对于法域冲突的排除规则,于改之教授强调,刑民法域冲突的排除应当着眼于“目的一手段”关系的协调,从“规范保护目的”视角进行具体分析。在刑法与民法规范保护目的一致场合,刑法绝对从属于民法;在两者保护目的相异的场合,刑法相对从属于民法;刑法上的相关概念是否应该与民法保持一致,也应基于规范保护目的的相同与否进行具体判断。参见于改之《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,载《中国法学》2018年第4期。

^⑫[德]克劳斯·罗克辛《德国刑法总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第200页。

^⑬[德]安德鲁·冯·赫尔希《法益概念与“损害原则”》,樊文译,载陈兴良主编《刑事法评论》,北京大学出版社2009年版,第193页。转引自前注,于改之文。

^⑭参见陈兴良《刑民交叉案件的刑法适用》,载《法律科学》2019年第2期。

止方有自由,所以刑法重点在于寻求“民权保护与国权保护之间的平衡”。^⑤其二,在某些具象的刑民交叉领域,不同法域的规范保护目的呈现合致趋势,尤其在以空白罪状呈现的附属刑法领域,这一趋势更为明显。^⑥具体而言,规范保护目的中的目的,既包括部门法整体目的的实现,也包括部门法之间目的的协调。“从目的性解释的见解来看,某个法律部门规范的适用范围,是由该规范在法律系统中或在法律秩序‘评价计划’中的地位决定的。”^⑦反射在行刑立法中就要求前置行政立法与刑事立法衔接的范畴,应保持前后一致的合规范保护目的,这主要表现在两个方面。一是犯罪圈划定的合致性,同一领域刑事立法调整范畴不能超过前置立法,同时应结合刑法特殊的规范保护目的,有必要地限缩犯罪圈。比如我国《刑法》中的生产销售假药罪中对假药的认定范畴比我国《药品管理法》中对假药的认定范围明显要窄,包括没有获得进口许可的药品,即使是真药,在我国《药品管理法》中也被认定为假药。在刑事立法中应将假药范围进行严格限制,因为生产销售假药罪的规范保护目的相对于药品的经营管理秩序,更侧重于对患者的身体健康的保护,基于此目的生产销售假药罪中的“假药”应排除未获得进口许可的“真药”(目前我国《药品管理法》已经依此对假药进行了重新界定);对于未获许可进口药品的行为应视其违法程度与性质处以行政处罚或者刑罚,这也是刑法学者一直在呼吁的生产销售假药罪的适用方式。^⑧二是行刑衔接的合致性,即前置行政立法与刑事立法在同范畴内有效衔接。尤其对于行政犯,不仅要有明确的前置立法义务内容,更要有明确的刑事罪名衔接。因为行政犯在法域上具有“法域竞合的关系”,即一个行为同时触犯行政规范与刑法规范,在刑法规范保护目的指向中若涵摄前置行政违法行为,那么就应该在构成要件效力范围之内对罪名包括的行为方式、结果等作出区别于前置立法的在同范畴内的升格处理。例如,刑法欲将危险驾驶行为所危害的法益作为刑法规范保护目的的指向,那么在设计危险驾驶的构成要件效力范围时,就应该在交通安全行政法规的违法行为中取样,而不是凭空制造行为类型,这也是自然犯与法定犯区别的应有之意。

第二,刑事立法与刑事政策之“目的价值”合致要求。某一领域刑事立法所蕴含的规范保护目的严格受到刑事政策的影响,这与犯罪论体系发展逻辑密不可分。古典犯罪论一直坚持纯客观的“行为刑法”(Tatstrafrecht),不法的判断以该当构成要件的对法益造成实害结果或侵害危险的行为为依据,同时以纯事实的故意与过失作为心理责任判断要素;新古典犯罪论以及目的行为论,则强调主观主义与表征主义的“行为人刑法”(Täterstrafrecht),^⑨不法的判断以行为人义务违反的危险性人格为内容,同时将期待可能性、违法性认识、责任能力等作为规范化的责任判断要素,实现了从心理责任向规范责任的演进,使得高危领域的法定犯的规范性设置成为可能。因此不得不说刑事政策作为公共

^⑤陈兴良《刑法法理的三重语境》,载《中国法律评论》2019年第3期。

^⑥“需要明确刑法分则条文以及补充规范的目的,刑法分则条文是将行政法等补充规范的内容纳入到犯罪构成要件内容进行规定的,所以对于行政法、经济法等补充规范的理解和适用必须围绕刑法条文的规范目的。例如非法经营罪,刑法规定本罪的目的是保护市场准入秩序,单纯的经营方式违反法律规定的,并不符合非法经营罪的构成要件。比如取得烟草专卖许可的人,不可能因为在互联网上销售烟草而成立非法经营罪,因为烟草专卖法中的许可制度与刑法第二百二十五条非法经营罪的规范保护目的在于保护市场准入秩序而非单纯的经营方式;又如,甲发现自己承包的林地里死了14棵松树,就擅自砍伐后补种了14棵松树,司法机关对甲的行为以滥伐林木罪论处。但司法机关的做法并不妥当。不可否认,刑法第三百四十五条第二款规定的滥伐林木罪的构成要件是,‘违反森林法的规定,滥伐森林或者其他林木,数量较大’,森林法及其实施条例就是本罪的补充规范;森林法第三十二条第一款前段规定‘采伐林木必须申请采伐许可证,按许可证的规定进行采伐。’于是,甲的行为似乎就完全符合了滥伐林木罪的成立条件。可是,不管是刑法关于滥伐林木罪的规定,还是森林法的上述规定,都是为了保护发展和合理利用森林资源,甲的行为完全符合刑法与森林法的目的,故不能以犯罪论处。”张明楷《正确使用空白刑法的补充规范》,载《人民法院报》2019年8月8日,第5版。

^⑦[德]伯恩·魏德士《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版。

^⑧参见张明楷《刑法的私塾(之二)》,北京大学出版社2017年版,第325页。

^⑨参见梁根林《刑法总论问题论要》,北京大学出版社2018年版,第313页。

政策的一种^②，已经成为助推刑事立法从事实论证向规范证成发展的机制。例如，《刑法修正案(十一)》(草案)中相关立法的调整就体现了对私法益着重保护的刑事政策目的导向：高空抛物拟入罪体现了对自然人个体人身权法益的保护倾向；侮辱英雄、烈士罪的提出也将自然人个体的荣誉权、名誉权保护推向极致；对于挪用资金罪、骗取贷款罪减轻、免除处罚的规定更是体现了对私法人利益的进一步保护。

另外，洗钱罪的设置也与刑事政策联系紧密，洗钱罪本身就是刑事政策的产物，我国为了满足 FATF 的要求，同时为了加入 FATF，在国际反洗钱刑事政策的导向下，在 1997 年出台的我国《刑法》中设定洗钱罪；与此同时，在我国对腐败犯罪、恐怖主义犯罪、破坏经济秩序犯罪以及其他严重危害社会安全、国家安全、全球安全犯罪的刑事治理政策高压下，洗钱罪上游犯罪立法不断扩容。这都是刑事政策对法规范保护目的导向的积极影响的表现，在合刑事政策目的价值的基础上，对立法进行的重塑与调整。然而目前，我国洗钱罪类罪名的设置无法包括反洗钱“了解你的客户”(Know your customer, KYC) 失职，缺乏对反洗钱“了解你的客户”失职的一般预防与特殊预防，也就难以真正实现反洗钱追赃的刑事政策要求，唯有反洗钱立法合致于当今刑事政策，才能实现其规范保护之目的。

三、我国反洗钱追赃“行刑衔接”立法重塑的困境检视

在梳理规范保护目的对于法域衔接问题的整合作用以及评价范式后，具体分析我国反洗钱追赃领域的“行刑衔接”问题，也应在规范保护目的双重评价范式下，分别以我国反洗钱追赃前置法与刑事立法为检视对象，进而揭示立法困境之所在。

(一) 反洗钱尽职的前置立法有待细化

反洗钱前置法在洗钱的三个阶段中都发挥着重要的打击与预防洗钱的辅助作用。洗钱分为处置、离析与融合三个阶段。处置阶段是指利用金融机构或特定非金融机构，将犯罪所得转换为银行票据、国债、信用证以及股票、保险单证或其他形式的资产。离析阶段，即通过复杂的金融交易，将犯罪所得与其来源分开，最大限度模糊犯罪所得的真实来源。融合阶段，即将非法变为合法，为犯罪收益提供表面的合法掩饰。反洗钱前置尽职立法的完善，可明确反洗钱尽职人员的义务内容，结合反洗钱“了解你的客户”技术，在洗钱的各个阶段发挥其刑事辅助作用。具体而言，主要包括两个反洗钱“了解你的客户”尽职阶段，即基础“了解你的客户”阶段与区块链“了解你的客户”阶段。其一，基础“了解你的客户”阶段是对客户身份信息的核实，在交易的具体细节中会探测到其交易对手、交易时间、交易金额以及其名下的所有账户信息，判断交易项下的交易是否有洗钱风险、是否应该加以拦截。其二，区块链技术阶段为反洗钱“了解你的客户”的升级提供更多支持。通过物联网或者是互联网将反洗钱情报信息立体多层次呈现出来，使反洗钱的名单管理更加细致，甄别更加准确，进而提升反洗钱尽职程度。

然而，我国反洗钱追赃前置立法不够细化，未发挥上述应有的作用。首先，前置行政立法繁杂，重复立法、形式立法明显。我国的反洗钱立法大量集中在 2007 年，原因在于加入 FATF 组织，需应对 FATF 评估，其中不乏碎片性的重复立法与象征性立法。以下为 FATF 评估我国相关原始文件的立法名目：“1.AML Law(《反洗钱法》——笔者译)(in force 1 January 2007)；2.AML Rules(《反洗钱条例》——笔者译)(in force 1 January 2007)；3.AML Rules(《反洗钱条例》——笔者译)(in force until

^② 劳东燕教授认为“公共政策是刑法体系的构造性要素之一，即在刑法理论体系中，危害与罪过等内生变量固然属于构造性要素，作为外在参数的公共政策同样是构造性的。可以说，当前刑法理论之缺乏实践解释力，正是(至少部分的)由于抽离了作为构造性要素的公共政策之故。”劳东燕《刑法基础的理论展开》，北京大学出版社 2008 年版，第 5 页。

31 December 2006)……19.Law on Commercial Bank(《商业银行法》——笔者译); 20.Banking Supervision Law(《银行监管法》——笔者译); 21.Administration of Online Banking Services Tentative Procedures(《网上银行服务管理暂行办法》——笔者译)……25.Measures for Punishment of Illegal Financial Acts(《非法金融行为处罚办法》——笔者译)……253.Shanghai Convention on Combating Terrorism, Separatism and Extremism(《上海打击恐怖主义、分裂主义和极端主义公约》——笔者译)”。^②以上文件名共计 253 项,涉及刑法、行政法、公司法、反洗钱法、银行法、保险法、证券法、信托法、刑事诉讼、民事诉讼法等诸多法域的法律、法规、规章、规定、办法等。然而其中第 19 项、第 20 项就是重复立法,而第 20 项的银行监管规范、第 25 项的非法金融行为的惩罚处理规范有象征性立法之嫌。以上立法实际上并没有细化反洗钱义务主体市场准入标准,更没有对反洗钱失职行为进行明确规制,因此很难规范反洗钱的尽职行为,造成反洗钱追赃的困境也就在所难免。其次,既有的反洗钱立法无反洗钱追赃义务具体内容的设定,行政处罚效果不佳。国际上关于反洗钱追赃的立法一般采用在前置立法中单独设置犯罪收益追缴法的模式,但是我国目前的前置立法如《反洗钱法》和《金融机构大额交易与可疑交易报告管理办法》并没有明确上述内容,如果要制定相对独立的反洗钱追赃立法又很难保持整体的法秩序逻辑相一致。从另一个侧面看,尽管 2017 年 FATF 宣布重新修订的 40 项建议在逐年加大对反洗钱失职、渎职行为的惩罚力度,^③但是我国对于反洗钱失职行为,其处罚力度还是相对较弱的,以《中华人民共和国反洗钱法》为例,其第 31 条、第 32 条只规定了对直接责任人处以最高 50 万的罚款,对金融机构处以最高 500 万的罚款,以及给予责任人最高免除职务处分等相对较低的处罚。这些处罚不能实现强化尽职,影响反洗钱追赃实效。

(二) 反洗钱失职的刑事立法缺乏有效衔接

反洗钱追赃“行刑衔接”的刑事立法部分表现为对于违反前置法并造成严重后果的反洗钱失职行为的刑法评价,因此反洗钱追赃刑事立法问题在本质上是法定犯或者行政犯的合理设置问题,可以认为,对于反洗钱追赃而言,其刑事立法是否有效,主要应检视严重的反洗钱追赃失职行为是否有刑事立法予以跟进。“违法源于对法律的蔑视,而这种蔑视源于对法律威慑力的不敬畏。”^④高风险领域前置立法的防控作用,必须要借力于刑事法律的保障,也就是说,两者在违法性层面应实现量化的过渡从而形成有效衔接。作为高风险领域的反洗钱相关立法亦是如此,欧美国家对此领域的规制就是基于以上逻辑,如英国的《2002 犯罪收益追缴法》中的不申报罪和泄露罪、加拿大的《犯罪收益(洗钱)和恐怖融资法》中的不履行记录保存义务罪等。在我国,虽然有实质性的反洗钱前置行政立法,但是对于违反前置法严重的失职行为,却未实现与刑法的有效衔接。比如我国《反洗钱法》和《中国人民银行法》,以及《金融机构反洗钱规定》《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》《金融机构客户身份识别和客户身份资料及交易记录保存管理办法》等在 2007 年前后出台的前置法,为我国加入 FATF 起了积极作用,但并没有明确具体的与之相衔接的罪名,这种行政法与刑法衔接的问题,恰恰对反洗钱失职行为的规制产生消极影响。以我国《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》为例,其中的责任条款以我国《反洗钱法》的规定为最终责任依据,其第 24 条规定“金融机构违反本办法的,由中国人民银行或者其地市中心支行以上分支机构按照《中华人民共和国反洗钱法》第三十一条、第三十二条的规定予以处罚。”然而我国《反洗钱法》第 31 条、第 32 条的责任类型是行政

^②参见《FATF* GAFI First Mutual Evaluation report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism》, <http://www.fatf-gafi.org/countries/#China>, 2020 年 2 月 21 日访问。

^③参见《金融行动特别工作组 FATF 宣布修订〈新 40 项建议〉》, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>, 2020 年 9 月 19 日访问。

^④[美]乔治·弗莱彻《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社 2018 年版,第 339 页。

责任,体现与刑法衔接的条款只有第 33 条,即“违反本法规定,构成犯罪的,依法应追究刑事责任”。至于构成何罪、如何处罚都没有具体明确与指示。这种较为宽泛概括的立法模式,不仅造成了立法资源的浪费,还影响刑法对反洗钱失职行为的评价,进而影响反洗钱追赃的实效。

四、我国反洗钱追赃“行刑衔接”立法困境生成诱因——规范保护目的实现不能

解决以上立法困境的重要前提是分析其生成的实质诱因,针对立法问题的症结予以重新完善。反洗钱追赃的立法问题,其症结从征面上看是前置立法与刑事立法在形式层面缺乏规范性与统筹性,然而从根源上看是前置立法与刑事立法在实质层面无法满足规范保护目的的评价范式即行刑衔接规范保护目的合致的要求,从而导致其规范保护目的无法实现。具体而言,包括以下两个方面。

(一) 反洗钱前置立法与刑事立法规范保护目的难以自洽

反洗钱的机能不仅仅是维护金融秩序的稳定,更多的是通过维护金融秩序来保护国家安全、社会安全以及国际安全法益,因此在域外反洗钱尽职立法中,安全法益保护的规范保护目的体现得淋漓尽致。比如英国、澳大利亚、加拿大等贪腐犯罪赃款主要流入国,都将反洗钱立法的安全法益保护的规范目的作为立法的精髓。^{②4}反观我国的反洗钱尽职立法,不论前置行政立法还是刑事立法,都无法体现这一重要的规范保护目的,反洗钱立法体系呈现出严进宽出的逻辑紧张:反洗钱前置行政法规,无反洗钱追赃的尽职义务性规定,其他义务性质的规定过于宽泛,且行政立法中洗钱的上游犯罪范围明显多于刑事立法,以上诸多原因导致反洗钱尽职内容看似庞杂但无针对性;刑事立法中有关反洗钱失职的罪名仅仅限于国家工作人员类别中的反洗钱尽职人员,若非国家工作人员失职,则会产生反洗钱失职的刑法评价空白。这样的立法模式,导致反洗钱立法的安全法益保护的规范保护目的难以自洽,在前置行政立法中,通过我国《反洗钱法》和《大额交易与可疑交易报告管理办法》,勉强可以体现出反洗钱对多种上游犯罪收益资金的拦截与上报的尽职义务,从中可以解读出其对国家安全法益的保护目的;在刑事立法中,并没有体现对于前置立法违规的处罚,使得前置立法的规范保护目的流于形式,刑事立法后继无力,使安全法益的保护前后不能形成统一的合规范保护目的的立法体系。

(二) 反洗钱刑事立法的规范保护目的与刑事政策价值目的无法对合趋同

对于腐败犯罪,我国的刑事政策一贯是零容忍,而反洗钱追赃作为惩治打击腐败犯罪的重要途径,也理应在刑事政策的大背景下在刑事立法中得以体现。德国马普研究所前所长汉斯教授在北京师范大学刑事法律科学研究院承办的“腐败与恐怖主义的全球治理国际研讨会”(2019 年 3 月 28 日至 2019 年 3 月 29 日)报告中指出,联合国反腐败公约中已明确追赃的途径有两种,一种是通过国际双边条约或者多边条约,一种是通过反洗钱,后者并不需要人赃俱获,更高效。可见反洗钱追赃的重要性。尤其在我国的反腐败刑事政策高压下,反洗钱追赃立法所呈现的规范保护目的应当与刑事政策保持对合趋同。梳理我国反洗钱相关刑事立法,这一趋势并未得以体现。

刑事立法中没有对反洗钱追赃失职做出明确规定,相对于前置立法的不明确,刑事立法关于反洗

^{②4}英国、澳大利亚、加拿大等国家将反洗钱主体的尽职义务明确立法并设置专门罪名,对渎职、失职行为严惩,例如美国《银行保密法》规定,金融机构不提交报告或者提交虚假报告,构成犯罪;英国《2002 犯罪收益追缴法》规定,不申报罪和泄露罪;法国《2009-104 号法令》规定了不履行可疑交易报告义务罪;加拿大《犯罪收益(洗钱)和恐怖融资法》规定了不履行记录保存义务罪;德国《德国刑法典》规定了轻率洗钱罪;瑞士《瑞士刑法典》规定了金融交易中不尽调查罪。参见阮方民《洗钱罪比较研究》,中国人民公安大学出版社 2002 年版;张军《反洗钱立法与实务》,人民法院出版社 2007 年版;姜威《反洗钱国际经验与借鉴》,中国金融出版社 2010 年版;何帆《刑事没收研究——国际法与比较法的视角》,法律出版社 2007 年版;邵沙平《控制洗钱及其相关犯罪法律问题研究》,人民法院出版社 2003 年版;甄进兴《洗钱犯罪与对策》,东方出版社 2000 年版;王新《反洗钱:概念与规范诠释》,中国法制出版社 2012 年版。

钱追赃失职的罪名设置则是空白的,现有罪名更无法体现规范保护目的与刑事政策的契合性。其一,传统的洗钱罪规范保护目的是惩治与打击洗钱行为从而保护金融秩序的稳定与安全,有别于反洗钱追赃失职立法的规范保护目的。对于反洗钱立法来说,尤其是反洗钱追赃这一机能的实现,其所体现的规范保护目的应该是高于金融安全法益的国家安全法益乃至国际安全法益。因此,我国现有洗钱罪由于其规制对象仅仅是洗钱行为这一单一的行为模式,而非像德国和美国等洗钱罪的立法模式,即将多种涉及洗钱与反洗钱的行为方式评价到犯罪构成之中,形成列举式罪名。比如在《美国法典》中,将洗钱罪细分为金融交易洗钱罪、输送货币工具洗钱罪、在“圈套行动”中的洗钱罪、货币交易洗钱罪等四个罪名;在《德国刑法典》中,其第261条不仅规定了故意洗钱罪,同时还规定了轻率洗钱罪;英国《犯罪收益追缴法》第330条至第332条,针对反洗钱尽职行为设置了不申报罪;第333条规定了泄露罪,同样是针对反洗钱尽职行为。可以说以上国家形成了错落有致的反洗钱刑法规制体系。^⑤因此,就我国目前的洗钱罪的立法模式来看,其规范保护目的不能涵摄对反洗钱失职或渎职类违法行为的评价,所以也就很难谈及对国家安全、社会安全乃至全球安全性法益等上位法益的保护。此外,从主观方面来说,对洗钱罪主观方面的要件的规定是故意,过失的反洗钱失职行为就无法纳入当下洗钱罪的调整范围之内。其二,我国《刑法》规定的其他类似罪名如违规披露、不披露重要信息罪也无法凸显安全法益保护的规范保护目的。该罪名设置于我国《刑法》分则部位的妨害对公司、企业管理秩序罪中,其中关于披露信息的尽职行为的规制与反洗钱情报信息上报的尽职行为有些相似度,但是该罪名中的披露信息是指公司的财务信息、财务资料,而不是洗钱等相关信息。更值得注意的是,该罪名的规范保护目的是公司企业的管理秩序,与反洗钱尽职立法的规范保护目的不可相提并论。

五、我国反洗钱追赃“行刑衔接”立法路径重塑——规范保护目的之证成

(一) 反洗钱前置立法与刑事立法衔接应坚持相对从属的法秩序统一立场

如前所述,前置法与刑法的衔接本质上是法定犯抑或行政犯在违法性判断方面的协调。结合我国立法现状与司法实践,实现这种协调就要坚持相对从属的法秩序统一的立场,^⑥即各法域规范保护目的的协调与实现需要以定性加定量的违法性判断方式作为标准,在规范保护目的一致场合,刑法从属于前置法;在规范保护目的相异的场合,刑法独立于前置法。定性加定量的犯罪认定模式体现了这种违法性相对从属性的刑法观。一方面,在定性分析中前置违法性是刑事违法性的前提;另一方面,以量化的标准对前置违法与刑事违法做出界分。实际上这也表明了,对于行政犯而言,刑法相对从属的违法性判断规则,即规范保护目的相异的场合,刑法相对独立于前置法。具体而言,在定性分析中行政犯具有两个违法性,即行政违法是刑事违法的前提,因此,对于行政违法性追索应该溯及到前置行政法域。对于定量分析而言,虽然存在行政法的量化标准与刑法的量化标准,但是入刑的量化标准只有在刑事立法中才能加以规定。然而在实践中,两者易发生混淆,将非必要的行政法内部的量化标准作为违法性定性分析的一部分,以致因无行政法中的量化标准而否认违法性前提。需要明确的是,对于行政犯而言,是否需明示其应受行政处罚、是否受过行政处罚,除非刑法有明确要求(比如我国《刑法》第290条第3款规定,多次扰乱国家机关工作秩序,经行政处罚后仍不改正,造成严重后果的,应受刑事处罚。其中就明确了行政处罚这一先决条件),否则都不影响犯罪的成立。可以说在行政犯行刑衔接领域,违法性评价是二元的,而罪量要素的评价则是一元的。因此,行政犯的前置立法仅在定性上提供违法性法源,至于其在定量上是否明示应受行政处罚,并不影响刑事违法性认定。

^⑤参见前注^{②③},王新书,第102-105页、第119-121页、第141页。

^⑥参见前注^⑩,于改之文。

具体到反洗钱追赃尽职领域,对于严重失职行为的定性,应在相对从属的立场上,在违法性的定性认定上以前置立法为一般违法性法源,那么基于此,就应在前置法中明确反洗钱追赃的具体尽职内容,为一般违法性提供判断依据;在违法性的量化认定上以达到刑事违法性为标准,因此应在后续的刑事立法中将反洗钱失职的违法性进行量化,以造成量上的严重后果,作为进行刑事违法性的认定要素。如此,在相对从属的法秩序统一立场下,才能实现反洗钱追赃整体协调的刑事立法制度构建。

(二) 完善前置法反洗钱追赃义务,为“行刑衔接”提供一般违法性依据,实现规范保护目的自治

对于完善前置法反洗钱追赃义务,实现我国反洗钱规范保护目的自治,应从以下三个方面做好立法完善工作。

一是在立法形式上应选择附属刑法模式,不必单独设置犯罪收益追缴法。我国对于行政犯的立法方式一贯是以附属刑法的方式连接前置法与刑法的,反洗钱附属刑法是针对严重反洗钱失职行为进行的刑事评价,因此应在既有的前置立法中明确反洗钱失职一般违法性前提。更为重要的是,我国目前的反洗钱前置立法的规范保护目的在于维护金融秩序和打击与预防洗钱犯罪,所以可以说反洗钱追赃义务是其应有之意,那么将协助追赃的义务融入其中也较为合理。在以上反洗钱失职一般违法性的量化标准基础上,若反洗钱失职构成行政违法并造成严重后果,这种行政违法就可以在附属刑法的界域内转化为刑事犯罪,这样在立法逻辑上也更为严谨,因此不必专门设置犯罪收益追缴法。

二是在立法内容上应明确反洗钱义务主体的具体义务、简化协助程序,实现一般违法性确证。明确前置法实体与程序内容实际上是为反洗钱失职的法定犯提供一般违法性溯源基准。反洗钱失职多为过失犯,而且其过失分为一般过失和重大过失,一般过失是指对反洗钱基本义务的违反(如客户信息的甄别义务)未造成严重的法益侵害;重大过失是指对反洗钱特殊义务的违反(如黑名单报送等相关义务),其可能造成洗钱及其上游犯罪发生,产生严重法益侵害,有可能涉及刑事处罚层面。因此,为了区分反洗钱基本义务与特殊义务,应在规范层面对反洗钱义务主体的尽职义务类型做出明确划分,从而实现违法与责任类型的相互映射。首先,要强化一般性专业性尽职,明确可疑交易类型化特殊报告义务。其一,前置法中应强调反洗钱一般性尽职调查。通过识别客户身份信息、收集资金来源与去向,并结合洗钱名单对可疑客户进行核查,最大限度地高风险客户与金融交易中筛选有利于追赃的情报信息。其二,明确反洗钱可疑交易报告特殊分类报送义务。根据可疑交易名单分类,对涉及一般上游犯罪类型的,准确标注、主动报送;对涉及海外监管处罚的,及时分析、提前报送;对涉及反腐追赃的,积极配合、重点报送。其次,增设派驻机关简化反洗钱追赃司法协助程序。国际上较为通行的做法是在反洗钱义务机构内部设置统一的反洗钱司法协助机构或派驻司法人员,如美国的 FinCEN(美国财政部所属的金融情报中心)和德国的 BaFin(德国联邦金融监管局)。^{②7}在我国,统一的反洗钱监管机构是中国人民银行,其内部设置的反洗钱局与反洗钱情报分析与监测中心,负责全国反洗钱义务主体报送的反洗钱情报信息,所以可考虑在其内部设置司法机关的派驻人员或机构,以强化其司法协助作用,进而提升反洗钱追赃成功率。

三是在立法技术上应妥善选择附属刑法的前置法。我国反洗钱前置法从法律法规到规章规范性文件,林林总总,几乎每一部反洗钱行政立法都有形式化的空白罪状,即“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。因此,应分析反洗钱行政立法层级,选取立法层级较高的前置法作为与反洗钱失职附属刑法对接的切入点,这样既可以辐射全部反洗钱行政立法,又避免立法资源浪费。其中较为重要的两部相关的法律规范是我国《反洗钱法》(该法第 33 条规定“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。”)和《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》(该办法第 24 条规定:

^{②7}参见姜威等《反洗钱国际经验与借鉴》,中国金融出版社 2010 年版,第 17 页、第 82 页。

“金融机构违反本办法的,由中国人民银行或者其地市中心支行以上分支机构按照《中华人民共和国反洗钱法》第31条、第32条的规定予以处罚。”)可见,我国《反洗钱法》不仅在法律层级上较高,而且是其他反洗钱行政立法必须参照的“母法”,同时也是其他反洗钱行政立法空白罪状所指向的共同“靶法”。那么,按照这些反洗钱行政立法“母子”法之间的依赖与传递性,就应将上述反洗钱追赃义务融入我国《反洗钱法》并作为反洗钱失职空白罪状的前置法内容。

(三) 设置反洗钱失职专属罪名,为“行刑衔接”提供刑事违法性判断依据,实现规范保护目的

1. 设置反洗钱失职罪的必要性

反洗钱严重失职往往造成重大法益侵害。反洗钱失职是结果犯,即只有严重违反义务造成重大结果的反洗钱失职行为才能进行刑事评价。反洗钱违规造成的重大法益损害往往涉及金融安全、社会安全乃至国家安全法益,因此对于造成严重结果的反洗钱失职行为具备刑事评价的法益侵害性。与此同时,我国现存相关罪名无法为反洗钱失职提供入罪空间。其一,渎职罪无法适用于反洗钱失职。渎职罪的主体构成要求是国家机关工作人员。我国《刑法》(第九章渎职罪)及《刑法修正案(四)》对渎职类罪共规定有三十五个罪名。由于反洗钱尽职人员构成复杂,有的是党组成员,有的是企业编制无从事公务身份,有的甚至是劳务派遣人员,其人员构成的性质类型已经远远超过渎职犯罪主体范围,所以反洗钱尽职人员无法对应渎职罪主体的法定要求。从另一个角度看,更无法为了兼容反洗钱渎职行为而将渎职罪的主体范围扩容至非国家工作人员,因为这样与其他针对非国家工作人员单设的罪名无法在逻辑上一致,且会造成立法冲突。其二,对违规遗漏、不披露重要信息行为无法提供入罪空间。我国《刑法》在妨害对公司、企业管理秩序类罪中,规定了“违规遗漏、不披露重要信息罪”,但是该罪名中应遗漏的信息是指公司的财务信息、财务资料,而不是洗钱等相关信息。除了强调的遗漏内容不同之外,其规范保护目的也不尽相同,前者是保护公司企业的管理秩序,而对反洗钱失职的规范保护目的在于对更加重要的安全性法益的保护,故该罪也无法为反洗钱失职提供入罪空间。

2. 设置反洗钱失职罪在刑法分则中的体系地位

如何为新设立的反洗钱失职罪在我国《刑法》中寻找一个合适的“位置”是一个需要妥善考虑的问题。新罪名的设立在考量其设立的必要性之余,还要从刑法典的完整性与统一性角度出发,使新罪名融入所在的章节后,依然能保证刑法规范前后逻辑的通畅。具体而言,对于反洗钱失职行为所涉及的具体内容包括对洗钱行为人的不尽职调查行为,以及对金融监管机关的不尽职申报行为,由此可见,两者主要都侵害了同一法益即金融安全乃至国家安全,所以首先应将两者置于同一类罪名项下。并且,通过上文比较分析相近类似罪名,诸如“渎职类犯罪”、“妨害对公司、企业管理秩序罪”以及“洗钱罪”,可以明确的是上述反洗钱失职所呈现出的两种行为方式,其实质上是违反了反洗钱情报信息分享与反洗钱尽职调查义务,造成对洗钱行为的放任,最后导致洗钱罪所保护的法益受到侵害。因此,可以说洗钱罪是可以容纳反洗钱失职罪最优的类罪名。

建议将我国《刑法典》第191条洗钱罪分为三款,第1款为洗钱罪,其原内容保持不变;第2款、第3款分别设置过失洗钱罪与反洗钱情报不申报罪。也就是说,将原来以故意作为犯为评价基点的洗钱罪的犯罪构成扩容至过失犯与不作为犯。与此同时,在罪状的表述上要强化反洗钱失职罪和反洗钱情报不申报罪的结果犯与情节犯属性,其具体表述如下:(第191条第2款过失洗钱罪)反洗钱尽职人员,违反我国《反洗钱法》第15条至第22条之规定,出于重大过失未对高风险客户进行尽职调查,导致严重结果的,构成过失洗钱罪;(第191条第3款不履行申报义务罪)反洗钱尽职人员,违反我国《反洗钱法》第15条至第22条之规定,出于故意或者过失,不填写监管机关的大额与可疑交易报告、不反馈监管机关的反洗钱协查文件、不协助公检法机关的反洗钱司法查询等,情节严重的,构成反洗钱情报不申报罪。

六、结 论

有资料表明 2017 年 1 月 1 日至 2018 年 8 月 1 日若干省份共查处职务犯罪案 1244 件,平均个案涉及金额 864.4 万元;^②追赃作为我国反腐败基本国策的重要内容之一,已经从“人赃俱获”单维度的传统治理状态逐渐转向“人赃分离”多渠道的综合治理模式。反洗钱作为多元的追赃方式之一被全球认可并加以推广。在国际层面,不论是《FATF40 项建议》还是联合国反腐败公约,都将反洗钱追赃作为国际刑事政策的重要内容,并要求各成员国将反洗钱失职、渎职等相关犯罪国内法化。在国内层面,通过刑法修正案不断扩容洗钱罪上游犯罪,并积极探求协调法域关系、建立有效行刑衔接的反洗钱刑事立法体系。在这一刑事法治过程中,规范保护目的的作用蕴含其中且不容忽视。概言之,规范保护目的是在法域关系的协调过程中,为保护特定领域的法益,法规范做出的动态法益选择的实质化评价过程。其评价范式体现在以下两个面向:前置立法与刑事立法之目的逻辑合致;刑事立法与刑事政策之目的价值合致。映射到具体的刑事立法中,不论犯罪圈的划定还是行刑的有效衔接,都应实现规范保护目的的一致性。因此,在合规范保护目的逻辑导向下,反洗钱追赃行刑衔接应以明确前置立法反洗钱主体的义务内容、创设反洗钱失职的专属罪名为主要内容;在合规范保护目的的价值导向下,反洗钱追赃行刑衔接应坚持相对从属的法秩序统一立场,在规范保护目的一致性的场合,以量化的违法性判断标准型塑反洗钱追赃的法域衔接。

(责任编辑:杜小丽)

The legislative Reconstruction for "Connection between Criminal Justice and Administrative Law Enforcement" on Recovery of Ill-gotten Gains through Anti-money Laundering

—Research and Analysis based on Protective Purpose of Norms

Yang Meng

Abstract: Anti-money laundering, as an important way to recover ill-gotten gains, has natural advantages. Under the FATF framework, the recovery of ill-gotten gains is the legal obligation of anti-money laundering subject. Based on the restriction of this system, the negative impact of changes in international relations on the recovery of ill-gotten gains can be further eased. Especially in the international background of the criminalization of anti-money laundering, it is required that all countries should form the criminal framework of anti-money laundering, embody the mandatory, prohibitive, and punitive nature of anti-money laundering laws and regulations in the corresponding protective purpose of norms, and realize the no-loop-hole in contents and the logical coordination. However, due to the failure to have clear mandatory administrative or civil norms on obligation norms in this field in China, and the lack of prohibitive and punitive criminal norms, there is a gap in the regulation of "connection between criminal justice and administrative law enforcement" for the recovery of ill-gotten gains through anti-money laundering, which leads to its ineffectiveness in practice. Therefore, the fundamental way to solve the above-mentioned problems lies in the effective "connection between criminal justice and administrative law enforcement" in the legislation on re-

^②参见喻国明、李彪、杨雅《职务犯罪舆情的现状、特征与反腐传播对策研究》,载《江淮论坛》2019 年第 3 期。

covery of ill-gotten gains through anti-money laundering. In a word , firstly , the general premise of " connection between criminal justice and administrative law enforcement" should be clarified , that is to say , the compliance with the protective purpose of norms , the evaluating paradigm of which includes dual structures: the one is the compliance with the purpose in logics , the other is the compliance with the purpose in value. Secondly , regarding the specific " connection between criminal justice and administrative law enforcement" for the recovery of ill-gotten gains through anti-money laundering , the following substantive paths should be taken: the one is the logical consistency between the administrative or civil legislation on anti-money laundering and the protective purpose of norms in criminal legislation; the other one is the convergence the protective purpose of norms in criminal legislation on anti-money laundering and the value and purpose of criminal policies. Finally , concrete content of legislation for its reconstruction should be improved under the position of unified legal order.

Keywords: Recovery of Ill-gotten Gains through Anti-money Laundering; Connection between Criminal Justice and Administrative Law Enforcement; Protective Purpose of Norms; Improvement of Legal System