

强监管下，企业反洗钱刑事合规治理应由“规则为本”向“风险为本”转变

黄茜律师

近日，中国人民银行、公安部、国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、国家安全部、海关总署、国家税务总局、银保监会、证监会、国家外汇管理局联合印发了《打击治理洗钱违法犯罪三年行动计划（2022-2024年）》，决定于2022年1月至2024年12月在全国范围内开展打击治理洗钱违法犯罪三年行动。这是继扫黑除恶、政法队伍教育整顿之后的又一个三年专项行动，表明了国家对洗钱犯罪“零容忍”、重拳打击的坚定态度。对于反洗钱的重点领域，金融机构等企业将面临更加严格的刑事合规风险，企业刑事合规治理应加快由“规则为本”向“风险为本”的转变。

一、我国《刑法》关于反洗钱犯罪的罪名体系。

根据最高人民法院于2009年11月4日颁布的《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，我国《刑法》打击洗钱类犯罪罪名体系由以下四个罪名构成：

1.对于涉及毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪等法定7类严重上游犯罪的洗钱活动，适用《刑法》第191条“洗钱罪”，予以较严厉的刑事处罚；

2.对于涉及上述7类上游犯罪之外的洗钱行为，分别适用《刑法》第312条“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”或者第349条“窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪”；

3.依据反洗钱与反恐怖融资紧密相联的国际共识，《刑法》第120条之一“帮助恐怖活动罪”也属于反洗钱的罪名体系。

上述四个罪名按照上游犯罪的性质区别适用，以查证属实的上游犯罪事实成立为认定前提。作为适用特定严重犯罪的第191条洗钱罪中关于上游犯罪的差距，可被采用所有犯罪类型为上游犯罪态度的第312条所弥补，即“明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏、转移、收购或者代为销售的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”

很多犯罪往往实施了一个犯罪行为，但同时又触犯上述两项以上罪名，如明知是犯罪所得及其产生的收益而予以掩饰、隐瞒，构成《刑法》第312条规定的犯罪，同时又构成《刑法》第191条或者第349条规定的犯罪，按法条竞合择一重罪定罪量刑。

二、《刑法》第 191 条“洗钱罪”的上游犯罪行为和行为特征。

1. “洗钱罪”作为我国《刑法》独立的罪名，于 1997 年《刑法》首次设置，系上游犯罪行为自然延伸，成立帮助犯。此处的“上游犯罪”指产生洗钱犯罪的犯罪所得(即上游犯罪行为所直接产生的非法财产性利益，包括违法、犯罪所得资金、违法、犯罪所得财物)及其收益的各种犯罪行为。洗钱罪在经历了 2001 年《刑法修正案（三）》、2006 年 6 月《刑法修正案（六）》两次扩张完善后，上游犯罪共有以下七类犯罪：**(1)毒品犯罪；(2)黑社会性质的组织犯罪；(3)恐怖活动犯罪；(4)走私犯罪；(5)贪污贿赂犯罪；(6)破坏金融管理秩序犯罪；(7)金融诈骗犯罪。**

2. 于 2021 年 3 月 1 日正式实施的《刑法修正案（十一）》中，“洗钱罪”进行了第三次修订，其法定行为方式体现为以下五类：**(1) 提供资金账户；(2) 将财产转换为现金、金融票据、有价证券；(3) 通过转账或者其他支付结算方式转移资金；(4) 跨境转移资产；(5) 以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质。**

这次修订最大亮点就是通过删除原条文关于客观行为方式中三个“协助”和“明知”的表述，解禁了洗钱罪只能由他犯构成的限制性框架，将“**自洗钱**”行为正式纳入洗钱罪的打击范围。通俗的说，企业在犯洗钱罪上游犯罪后自行处置赃款的行为，按照修订前的规定，只能构成上游犯罪，但按照修订后的规定，可能再被以洗钱罪定罪，并和上游犯罪数罪并罚。从法律意义上看，正如立法机关所言，自洗钱的单独入罪，可以为有关部门有效预防、惩治洗钱违法犯罪以及境外追逃追赃提供充足的法律保障。这一修订和本次由中国人民银行和公安部牵头的为期三年的打击洗钱犯罪的专项行动，与监管部门的强监管趋势相一致，显示出国家立志于提高反洗钱监管有效性和机构反洗钱工作水平的努力与决心。

三、企业反洗钱刑事合规治理应加快由“规则为本”向“风险为本”的转变。

（一）履行反洗钱义务的法定机构。

根据《中华人民共和国反洗钱法》第三条规定“**金融机构和按照规定应当履行反洗钱义务的特定非金融机构**应当依法采取预防、监控措施，建立健全反洗钱内部控制制度，履行客户尽职调查、客户身份资料和交易记录保存、大额交易和可疑交易报告、反洗钱特别预防措施等反洗钱义务。”由此，履行反洗钱义务的机构包括两类：

1.金融机构。《反洗钱法》第三十四条规定“本法所称金融机构，是指依法设立的从事金融业务的政策性银行、商业银行、信用合作社、邮政储汇机构、信托投资公司、证券公司、期货经纪公司、保险公司以及国务院反洗钱行政主管部门确定并公布的从事金融业务的其他机构。”

2.按照规定应当履行反洗钱义务的特定非金融机构。根据中国人民银行办公厅《关于加强特定非金融机构反洗钱监管工作的通知》（银办发[2018]120号），规定下列机构在开展以下业务中属于《中华人民共和国反洗钱法》、《中华人民共和国反恐怖主义法》规定的应履行反洗钱和反恐怖融资义务的特定非金融机构：（1）房地产开发企业、房地产中介机构销售房屋、为不动产买卖提供服务；（2）贵金属交易商、贵金属交易场所从事贵金属现货交易或为贵金属现货交易提供服务；（3）会计师事务所、律师事务所、公证机构接受客户委托为客户办理或准备办理以下业务，包括：买卖不动产，代管资金、证券或其他资产，代管银行账户、证券账户，为成立、运营企业筹集资金，以及代客户买卖经营性实体业务；（4）公司服务提供商为客户提供或准备提供以下服务，包括：为公司的设立、经营、管理等提供专业服务，担任或安排他人担任公司董事、合伙人或持有公司股票，为公司提供注册地址、办公地址或通讯地址等。

该《通知》第四条规定“对于未按照有关规定开展反洗钱和反恐怖融资工作的特定非金融机构，中国人民银行及其分支机构或特定非金融机构的行业主管部门应依法对其采取监管措施或实施行政处罚。有关法律法规有处罚规定的，依照规定给予处罚；有关法律法规未作处罚规定的，由中国人民银行及其分支机构按照《中华人民共和国中国人民银行法》第四十六条进行处罚。”

（二）强监管下，企业反洗钱工作将面临更为严格的刑事风险，主动适应严格监管环境，加强刑事合规治理、防范刑事风险，已迫在眉睫！

1. 刑事监管立法。为了落实中央在 2017 年关于完善反洗钱、反恐怖融资、反逃税监管体制机制的顶层设计，并且以我国明确承诺执行的国际反洗钱通行标准为参照要求，完成国际反洗钱组织对我国进行第四轮互评估后的后续整改任务，《刑法修正案（十一）》在这样的背景下对第 191 条洗钱罪的修订内容，体现了我国从刑事立法层面加强刑事监管、对洗钱犯罪零容忍的态度：（1）将单位犯罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员由原来的自由刑增加为**自由刑+罚金刑**双重处罚，并取消了罚金比例计算上限和下限，不再以“洗钱数额百分之五以上百分之二十以下”为限；（2）将行为方式“协助将资金汇往境外”修改为“跨境转移资产”，将打击范围扩大为包含境内外双向的资金转移行为。在当下利用虚拟货币跨境兑换、将犯罪所得及收益转换成境外法定货币或者财产的洗钱犯罪新手段等频出的严峻形势下，跨境金融服务企业应审

慎对待涉嫌从事跨境金融诈骗、跨境网络赌博的金融科技企业，这些企业具备自行转移所得收益即“自洗钱”的能力，如何避免严重的刑事监管风险，应成为企业反洗钱工作的重点任务。

2.联合执法监管。本次为期三年的打击反洗钱违法犯罪专项行动，是由中国人民银行、公安部牵头、11家监管机构共同参与、联合部署、协调配合，体现了当前国内外反洗钱监管主体逐步跳脱单一主管部门制度，迈向“联合监管”态势。专项行动要求落实“一案双查”工作机制，即最高人民检察院在近期颁发文件中，明确提出的切实转变“重上游犯罪，轻洗钱犯罪”的做法，办理上游犯罪案件时要同步审查是否涉嫌洗钱犯罪。2019年杭州瑞某商务咨询有限公司雷某、李某洗钱案正是一案双查、行刑双罚的典型案列：

司法机关在对上游戏犯罪行为即该公司实际控制人朱某犯集资诈骗罪进行定罪量刑的同时，对员工雷某、李某犯洗钱罪亦作出了有罪判决；之后，中国人民银行杭州中心支行启动对经办银行的行政调查程序，认定经办银行**重业绩轻合规**，存在以下违法行为：银行柜台网点未按规定对客户的信息进行调查了解与核实验证；对客户交易行为明显异常且多次触发反洗钱系统预警等情况，均未向内部反洗钱岗位或上级行对应的管理部门报告；银行可疑交易分析人员对显而易见的疑点不深纠、不追查，并以不合理理由排除疑点，未按规定报送可疑交易报告等。鉴于经办银行在反洗钱履职环节的上述违法行为，导致本案被告人长期利用该行渠道实施犯罪，故依据《中华人民共和国反洗钱法》第三十二条的规定，对经办银行罚款400万元。

由此可见，今后一旦出现洗钱犯罪大要案件，反洗钱义务机构的行为将纳入合规监督评价范围已是大势所趋，足见企业进行有效合规治理、防范刑事合规风险的重要性和迫切性。

（三）企业反洗钱刑事合规治理的要点。

毋庸置疑，我国金融机构均建立有大而全的反洗钱合规体系，但实践中，业务部门受业绩驱动、合规治理切入不到实务领域和业务环节等因素影响，有规则却缺失风险意识和措施，导致反洗钱合规治理很难尽如人意，我国打击治理洗钱违法犯罪的形势依然严峻。中国农业银行及其纽约分行曾于2016年11月因违反美国相关反洗钱法规，与美国纽约州金融服务局（NYDFS）达成行政和解协议案（以下简称农行纽约分行案），农业银行及纽约分行缴纳了2.15亿美元的高额罚款，并向监管部门提供了关于全面改进反洗钱合规体系的详尽整改计划/承诺，内容包括反洗钱合规体系、可疑交易报告、客户尽职调查、内部审计、高层监管等。笔者拟结合该案来梳理企业反洗钱刑事合规体系的要点。

1. 全面执行反洗钱内控制度。如业务分工全流程管理、优化资源配置，将机构内部错综复杂的部门设置和 workflow 统筹管理。在农行纽约分行案中，农行总行意识到“合规经营是境外机构的生命线，是国际化发展的基础和前提”，通过整改，成立反洗钱中心，全面强化合规和风控体系，从制度、团队、系统建设三方面形成一个完整的反洗钱内控体系；

2. 推动“规则为本”向“风险为本”转变。企业建立良好的制度体系不难，但如何使反洗钱风险管理与内部管理制度协调一致，这就要看企业合规管理风险控制能力了。本次专项行动明确提出要“增强反洗钱义务机构洗钱风险控制**能力**”，言下之意，现阶段的重点应是提升执行规则、防控风险的能力，例如对客户的洗钱风险评估、识别各类风险因子，有针对性的加强管控措施、确立合理的风险管理目标。将于 2022 年 3 月 1 日起施行的，中国人民银行 中国银保监会 中国证监会令（2022）第 1 号《金融机构客户尽职调查和客户身份资料及交易记录保存管理办法》，对于自然人办理人民币单笔 5 万元以上或者外币等值 1 万美元以上现金存取业务的，要求除了识别并核实客户身份外，增加了“了解并登记资金的来源或者用途”的规定，其目的正是为提升金融机构对洗钱和恐怖融资风险的防范能力；

3. 内控合规部门应保持工作独立性。农行纽约分行案中，监管部门认为该行合规机制失灵，原因在于：农行纽约分行在首席合规官提出合规风险报告后，管理层不仅未予以认可反而采取限制首席合规官独立工作的一系列手段，包括限制首席合规官与监管部门的沟通、审查首席合规官向总行及其他分行调查相关交易信息的要求，导致首席合规官被迫离职，进而合规部门工作人员亦几乎全部离职。监管机构认为，农行纽约分行“无法长久留住一名合格的首席合规官，合规人员欠缺”“在跨境融资贸易和相关关联交易日益扩张的情况下，该行合规功能明显不足”。农行纽约分行事件的合规风险该足以引起企业管理层的高度警示，只有顶层设计对合规风险尤其是刑事合规风险有足够重视，方能在企业经营中有效避免触碰红线；

4. 良好的管理体系不能缺少行之有效的内部纠偏机制。农行纽约分行事件中，引用州金融服务厅官员 Maria Vullo 的原话，“中国农业银行纽约分行在合规方面缺乏严格的审核，这个风险使得来自被制裁国家的恐怖分子和其他犯罪份子可以通过该行进行不法活动。”企业应建立内部独立审计制度，开展反洗钱合规内控制度的有效性和健全性的监督、检查与评价机制应确保常态化；

5. 加强合规文化建设。洗钱犯罪属于隐蔽性、专业性很高的犯罪类型，当前国内外洗钱具有高智力、高技术、涉及领域广泛和高度国际化的特点，企业应加强内部反洗钱培训工作，明确的奖惩机制和追责制度，通过企业合规文化建设以固化反洗钱履职要求。



黄茜 | 合伙人

业务领域：刑事辩护、刑事合规、破产清算、破产重整

邮箱：huangqian@anjielaw.com