



反恐融资国际法律规范发展及我国的立法完善

刘 凡

摘 要: 通过法律手段防控恐怖融资已成为国际共识。国际社会对此已开展了广泛而深入的法律实践与合作,而当前我国反恐融资的立法还比较薄弱。考察反恐融资国际法律规范发展历程,我国在反恐融资法律规定方面尚存在一些问题,应逐步完善之。

关键词: 反恐融资; 国际法律规范; 建议

9·11 事件后,国际社会逐步达成共识,即以监控掌握恐怖资金流向,切断恐怖资金来源为主要内容的反恐融资,应成为打击恐怖活动的重要手段,并纷纷通过立法来加强反恐融资工作。梳理和分析这些法律规范,进而完善我国反恐融资立法,对于提高我国反恐融资工作水平,维护国家安全具有重要意义。

一、反恐融资国际法律规范发展

(一) 国际公约关于反恐融资的法律规定

1994 年 12 月联合国大会第 49/60 号决议所载附件《消除国际恐怖主义措施宣言》指出,要制止组织、唆使、便利、资助、鼓励或容忍恐怖主义活动^①。1996 年 12 月联合国大会通过的《消除国际恐怖主义的措施》,再次重申了反恐融资要求。1999 年 10 月联合国安理会通过了第 1267 号决议,对塔利班资产提出控制要求^②。这些法律文件的制定,为 1999 年第一部反恐融资国际公约——《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(以下简称《公约》)的出台奠定了良好的基础。《公约》的主要特点是:一是对资金采取了最大限度的界定,既有概括,又有列举,而且前瞻性地规定了电子或数字形式资产;二是首次设立了资助恐怖主义罪,不仅开拓了打击恐怖犯罪的崭新领域,而且有力地推动了国际反恐融资工作的深化;三是在个人刑事责任的基础上,增设了法律实体的刑事、民事或行政责任,进一步完善了恐怖融资法律责任体系,是反恐融资立法上的一个重大进步;四是首次规定了金融机构反恐融资义务,引入了客户尽职调查、可疑和大额交易报告、交易记录保存等反洗钱技术,此外还预见性地要求对汇款机构和现金以及无记名可转让票据的实际越境交送加以监管。

(二) 国际专业组织关于反恐融资的法律规范

9·11 事件不久后的 2001 年 10 月,国际上最具影响力的反洗钱组织——金融行动特别工作组迅速跟进,将职责范围从打击洗钱扩大至监控恐怖主义活动的现金流动,制定

① 参见 http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/768/19/PDF/N9576819_2012-01-06.

② 参见 <http://www.un.org/chinese/aboutun/prinorgs/sc/sres/99/s1267.htm>, 2011-12-28.

了《打击资助恐怖主义活动的行动计划》。其内容主要包括四个方面,一是要更为积极地实施国际制裁以切断恐怖主义的财源,同时将考虑采取其他措施加强合作,确保击垮恐怖分子的整个金融网络;二是要要求金融行动特别工作组在打击恐怖主义财源方面发挥重要作用;三是要增强各国金融情报机构之间的信息共享;四是要要求世界各国金融监管者应加倍努力确保金融部门不被恐怖分子所利用。

随后,工作组在华盛顿召开反恐融资特别会议,同意建立起监测、预防和禁止恐怖主义和恐怖行动筹集资金的体系网络,并针对恐怖融资制定了《八项特别建议》。2004年10月,工作组根据反恐融资的实际需要,在《八项特别建议》的基础上,又制定了第九项特别建议。至此,反洗钱和反恐融资领域最为著名的国际指导性标准文件“40+9项建议”正式形成。九项特别建议的前五项重申了《公约》及联合国有关决议要求;而后四项则根据反恐融资的形势发展,提出了替代性汇款系统实施反洗钱规定、加强电汇业务中对客户身份的识别、确保各实体特别是非营利组织不被利用为恐怖融资、侦查现金或不记名可转让金融工具的物理跨境运输的新要求。

此外,沃尔夫斯堡集团发表了《制止恐怖融资指南》的声明,巴塞尔委员会、国际保险监督官协会和国际证监会组织联合发布了《打击洗钱和恐怖主义融资的倡议》,还有其他如国际刑警组织、世界银行等国际组织都针对反恐融资制定了相应法律规定。这些法律规范和文件的出台,极大地推动了反恐融资国际法律合作,提高了国际反恐融资的针对性和实效性。

(三) 欧盟关于反恐融资的法律规定

1977年1月欧洲理事会成员国订立了《惩治恐怖主义的欧洲公约》,该公约主要是对惩治恐怖主义犯罪程序方面的规定,对恐怖融资未作规定。2003年,欧盟根据国际社会打击恐怖融资的形势发展,对其进行了修订,将《公约》确立的资助恐怖主义犯罪补充进来^①。这是欧盟第一次在其法律文件中对恐怖主义融资加以规定。随着恐怖犯罪的日趋严重和扩散,欧盟逐步意识到有必要通过专门立法来控制恐怖融资,并于2005年制定了《关于清洗、搜查、扣押和没收犯罪收益及恐怖主义融资的公约》和《关于防止利用金融系统洗钱和恐怖融资的指令》(以下分别简称《欧盟反洗钱和反恐融资公约》和《指令》)。

《欧盟反洗钱和反恐融资公约》有关打击恐怖融资的规定主要体现在第三、四、五章。第三章包含没收措施的总体规定,调查性和临时性措施,冻结、扣押、没收措施等九个方面以及关于金融情报机构和其采取预防性措施的规定。为节约立法成本,第四章采用了与《公约》类似的结构和内容规定,主要有国际合作原则、调查协作、临时措施等。第五章是关于金融情报机构的合作^②。

《指令》又被称为欧盟第三套反洗钱指令。之前的两套反洗钱指令,即《关于防止利用金融系统洗钱的指令》和《关于修订理事会〈关于防止利用金融系统洗钱的指令〉的指令》均未涉及反恐融资问题。《指令》相关主要内容有^③:

第一章关于恐怖融资犯罪的定义,是指以任何手段,直接或间接地提供或募集资金,其意图是将全部或部分资金用于,或者明知全部或部分资金将用于实施《欧盟理事会打击恐怖主义框架决定》指定的犯罪。和《公约》相比,该定义有较为明显的不同:一方面在主观要件上,没有规定提供或筹集资金必须出于非法和故意,减轻了举证责任。另一方面扩大并细化了资金用途,根据《欧盟理事会打击恐怖主义框架决定》第1至4条的规定,恐怖融资资金将用于实施以下犯罪:一是致人死亡或重伤的攻击,绑架或劫持人质,导致一国政府或公共设施、交通系统、基础设施等大规模的损毁等九种恐怖活动,且这九种行为因其性质或相关情况旨在恐吓人口,或迫使一国政府或国际组织作为或不作为,或严重动摇、损害一国政府或国际组织的政治、组织、经济、社会结构基础;二是与恐怖组织相关的犯罪;三是与恐怖活动相关的犯罪;四是教唆、帮助、煽动、尝试以上三种行为的犯罪^④。

第二章关于客户尽职调查,除了一般条款外,还针对不同类型的机构、领域以及风险等级分别规定

① 参见 <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/190.htm>, 2011-02-21.

② 参见 <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.htm>, 2011-02-21.

③ 参见 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005L0060;EN;HTML>, 2011-08-12.

④ 参见 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0475;EN;HTML>, 2011-08-12.

了简易和升级的客户尽职调查程序。

第三章关于报告义务,一方面再次确认了金融情报机构在接受有关洗钱和恐怖融资报告方面的法定地位,另一方面规定了指令适用的机构和个人发现洗钱和恐怖融资事实时的报告义务。同时,要求成员国采取适当措施保护举报人,严禁洗钱和恐怖融资调查信息的泄露。

第四章关于交易记录保存和统计数据的规定。《指令》沿袭了其他国际法律规范至少五年的规定,同时创设性地引入了定量方法,要求通过对反洗钱和反恐融资体系相关参数的综合统计来衡量其有效性。相关参数至少应涵盖报告的可疑交易数、关于这些报告和基于年度被调查案例所得结论的后续行动、被指控和被判洗钱与恐怖融资犯罪的人数、被冻结、扣押和没收的财产数等。

二、我国反恐融资法律规定现状

我国没有对恐怖融资专门立法,有关内容散见于相关法律规定中:

从刑法来看,2001年12月颁布的刑法修正案(三)首次规定了恐怖融资犯罪。修正案(三)第四点规定,资助恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人的,处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,并处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。同时,还对单位犯罪作了相应规定。

从反洗钱法来看,2007年1月施行的反洗钱法第三十六条规定,对涉嫌恐怖活动资金的监控适用本法;其他法律另有规定的,适用其规定。

从部门规章来看,2007年,中国人民银行相继发布了《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》、《金融机构报告涉嫌恐怖融资的可疑交易管理办法》和《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》四部反洗钱和反恐融资规章(以下分别简称《规定》、《报告管理办法》、《交易管理办法》和《保存管理办法》)。除《规定》外,其余三部均不同程度地涉及到反恐融资。

此外,2009年11月,最高人民法院发布了《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《解释》),其中对审理资助恐怖活动罪具体应用法律问题进行了说明。2011年10月,第十一届全国人大常委会第二十三次会议通过了《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》(以下简称《决定》),对涉恐组织及人员的资金或者其他资产的冻结作出了概括性规定。

三、我国反恐融资法律规定的主要问题

(一) 规定之间存在冲突

一是《解释》对“资助”的定义和《可疑交易管理办法》的规定明显不同;二是结合《决定》对恐怖活动的定义,《解释》将资助恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人犯罪统称为资助恐怖活动犯罪,存在以偏概全之嫌;三是《决定》关于恐怖活动主观目的有“胁迫国家机关、国际组织”这一要求,而在我国涉恐法律规定中,该要求并未得到体现。

(二) 实体规定较为缺乏

和国际法律规范相比,我国主要集中于对恐怖资金来源、走向的监控程序和手段的规定,而对恐怖融资的定义和行为类型、资金的概念、涉恐资金的冻结、扣押和没收等相关配套实体问题都未作具体规定,在实践中直接影响了反恐融资的效果。

(三) 反恐融资偏重于金融机构

诚然,金融机构是打击洗钱和恐怖融资的主战场,但也应注意,随着金融机构对反洗钱和反恐融资力度的加大,犯罪分子已经将目光转投至非金融机构。国际法律实践对此已作了回应,但我国还未能及时跟进。

(四) 未突出金融情报机构作用

当前国际反洗钱和反恐融资工作重点都是围绕金融情报机构开展,而我国的金融情报机构,即反洗钱监测分析中心,一方面属于事业单位,和国际主流的司法型、执法型、行政型和混合型均有不同,另一

方面现行法律规定不甚详致,直接制约了其功能的有效发挥。

四、反恐融资国际法律规范对我国立法的启示

(一) 加强反恐融资立法的系统性

现行反恐融资国际法律规范多为单独立法,或是同反洗钱合并立法,但在条款设置上突出反恐融资的特点。我国反恐融资专门性规定只有《可疑交易管理办法》,明显单薄;合并立法下的多为原则性规定,也未突出反恐融资的特点。反洗钱和反恐融资有许多联系,但二者的诸多差异也应在立法中予以体现。最理想的情况是在反恐怖法中系统规定反恐融资。但在我国目前制定统一、全面的反恐怖法时机尚不成熟的条件下^①,建议一方面可在以后的法律修订中明确包括恐怖主义、恐怖活动、恐怖融资等在内的基础性概念和内容,增强法律规定之间的内在统一;另一方面可制定规章或规范性文件,细化反恐融资实体和程序问题,完善反恐融资法律体系,同时也可反恐立法打好基础。

(二) 进一步健全刑法有关规定

一方面要完善主观要件。刑法第120条要求主观须为故意。当前越来越多的恐怖组织以公司、慈善组织、基金等合法形式出现,具有较高的欺骗性,要证明行为人主观出于故意,难度较大。对此,可借鉴英联邦秘书处指南中“有合理理由相信该资金将被用于实施恐怖主义行为”的规定^②,增设过失犯罪,还可参照如菲律宾《1995年洗钱控制法》中举证责任倒置的规定,以降低取证难度。另一方面可增加犯罪故意的推定。《欧盟反洗钱和反恐融资公约》第9条第2款C项和《指令》第1条第5款都作出了恐怖融资犯罪故意的推定。当前国际社会一般均将反恐融资视为反洗钱方向,所以《解释》才将洗钱罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪和资助恐怖活动罪一并规定。《解释》针对前两者作出了“明知”的推定,却唯独对后者未作出类似规定。从有利于认定和惩治资助恐怖活动罪的角度出发,应尽快补全。

(三) 加强非金融领域立法

沃尔夫斯堡集团《制止恐怖融资指南》中要求加强对地下银行、替代性汇款、汇兑业务商、货币兑换所等高风险部门和活动的监管,《指令》将反恐融资的领域延伸到了非金融机构。目前我国房地产行业反洗钱基础制度建设取得较大进展,但是对于珠宝和贵金属行业、律师行业等其他非金融行业和专业服务领域的反洗钱法律制度还处于调研阶段^③。因此,应进一步加强对利用国际贸易、慈善募捐、税收、博彩、贵金属等非金融机构和领域洗钱与恐怖融资的研究,尽快出台该方面的法律规定。

(四) 强化金融情报机构作用

《欧盟反洗钱和反恐融资公约》、《指令》等国际法律文件对金融情报机构的组成、职能、工作程序等作了详细规定;有的国家甚至将其纳入反恐融资法律,如加拿大的《犯罪收益和恐怖主义融资法》。金融行动特别工作组《关于〈四十条建议〉的解释》第15条规定“主管部门是指与反洗钱和反恐融资有关的所有行政管理部门和执法部门,包括金融情报机构”。从各国实践来看,金融情报机构在反恐融资工作中也处于核心枢纽地位。我国反洗钱监测分析中心法律地位不高,独立性和权威性不够。为此,应制定专门规定,既明确金融情报机构的组成、职能、权利、义务等内容,赋予其应有法律地位;又扩大报告范围,细化报告标准和格式,制定报告指引,有效发挥其应有功能作用。

■ 作者简介:刘 凡,武汉大学法学院博士生,中共广州市纪律检查委员会案件监督管理室副主任;湖北 武汉 430072。

■ 基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(11JJD820018)

■ 责任编辑:车 英

① 参见中国人大网 www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2011-10/31/content_1678530.htm, 2012-03-05。

② www.thecommonwealth.org/internal/38061/documents, Implementation Kits for the International Counter-Terrorism Conventions, P293.

③ 中国人民银行反洗钱局《中国反洗钱报告(2008)》,载《中国人民银行金融服务报告》2009年第2期,中国金融出版社2009年。