

金融强监管下的反洗钱处罚

导读：《反洗钱法》行政处罚的规定已滞后于当前金融强监管环境，亟待从立法层面扩充处罚范围、提高处罚标准，提升监管有效性

作者 | 李昱蓓 董二磊 陈靖

文章 | 《中国金融》2020年第16期

我国《反洗钱法》以专章的形式对洗钱法律责任予以了明确规定。虽然《反洗钱法》为打击洗钱行为构建起了一个法律责任框架体系，但在实际执行中仍有处罚形式过于单一和罚款力度弱两个突出问题，需要引起关注。笔者认为，较弱的罚款力度和有限的处罚手段在实践中会导致诸多弊端，主要表现：一是惩戒作用低，部分金融机构认为与其在反洗钱工作中投入巨大资源和成本，不如认缴罚款了事；二是小额、零散的罚款，无法起到“处罚一家、触动一片”的正面警示效应，不仅难以触动金融机构，而且还会引发外界对我国政府推进反洗钱工作的决心与能力的质疑。

反洗钱处罚实施难点

一是《反洗钱法》关于经济处罚适用范围的限定过窄。以反洗钱内控机制为例，《反洗钱法》仅规定对“未按照规定建立反洗钱内部控制制度的”等情形责令机构限期改正，不能满足现有反洗钱监管的实际需要，也与国际通行做法不一致。一方面，反洗钱内控机制是义务机构反洗钱履职的基本制度保障。内控制度仅是反洗钱内控机制的组成部分之一，未能涵盖反洗钱人力资源配备、内部监督、反洗钱信息系统建设等其他关键要素。另一方面，按照《反洗钱法》规定，执法检查即便发现内控制度存在缺陷也无法进行罚款，内控机制建设的实际违法成本几乎为零，义务机构往往“头痛医头、脚痛医脚”，难以从机制上解决问题，反洗钱监管的有效性受到极大制约。

二是《反洗钱法》关于处罚幅度的设定不尽合理。《反洗钱法》采用“数值数距式”框定罚款金额区间。虽然保有“数距式”上下限设置的优点，但也难以避免“数值式”刚性呆板的缺陷，无法适应洗钱及其上游犯罪形势的变化，严重削弱处罚的惩戒力度。例如，从近年来已侦破的洗钱及上游犯罪案例看，涉及的犯罪资金动辄数亿元甚至百亿元，但对致使洗钱后果发生的义务机构，按现行规定处罚上限仅500万元，惩戒与警示效应严重不足。

三是《反洗钱法》授予的法律责任追究手段不充分。从实践角度看，除罚款外的其他行政处罚手段未能被充分使用，尤其是“处罚建议权”在实践中运用困难重重。究其原因，一是《反洗钱法》对金融监管机构如何落实“处罚建议”的要求不明确，对其履职不具有实质约束力；二是对情节严重的界定无明确标准，实践中也缺乏争议解决机制。对于个人处罚方面，目前也只有罚款一种方式，手段过于单一。

国际国内经验与借鉴

● 经济处罚范围

在美国，对于内控制度（措施和流程）、组织机构（权责分工、人员配备）、审计、培训、（监测）系统管理、风险管理等内控管理违规，均可直接进行罚款。比如，2016年美国纽约州金融服务局（DFS）对某中资银行纽约分行处以2.15亿美元罚款即是针对内部控制、独立审计、合规官及反洗钱培训等支柱性义务的欠缺，而非针对具体的实质性违法行为。在英国，针对内控管理的违规问题（比如内部控制制度、组织机构、培训、审计、系统管理等）可直接进行罚款。2017年，英国金融行为监管局对德意志银行罚款1.63亿美元，处罚范围包括风险管理体系存在缺陷、合规和内审资源不足、组织架构存在缺陷等。

● 民事罚款幅度

在美国，按照违法行为的次数及持续时间单独计算，单次违法行为可处以最高10万美元罚款；如涉及多次违法行为或者持续多日，处罚金额按照违法次数或持续日期累加计算，上限为违法交易总金额。在新加坡，对每项反洗钱违法行为可处以不超过100万新加坡元的罚款；如属持续的违法行为，按照持续时间每一日另处10万新加坡元的罚款。在中国香港，按违法情节采取数罪并罚或从一重罪处理；对单一行为可处最高100万港元或违法所得3倍的罚款，多次违法行为累计计算；罚款金额亦应与其违法所得挂钩，确保罚款限额不随时间和经济发展而减弱其威力。

● 其他行政处罚措施

国际经验。一是发布谴责声明。英国《2017年反洗钱条例》与法国《反洗钱法》分别规定可对违反规定的个人或机构发布谴责声明。二是限制机构业务。英国《2017年反洗钱条例》规定可对违反规定的支付服务供应商暂停、限制或取消其授权许可。法国《反洗钱法》规定可对机构作出禁止开展某项业务（最高可达10年）、吊销经营执照等处罚。三是限制高管任职资格。英国《2017年反洗钱条例》规定可对违反规定的高管人员暂时禁止、永久禁止担任管理职务。法国《反洗钱法》规定可禁止高管从业（最高可达10年）。四是向法院申请行为限制。英国《2017年反洗钱条例》规定可向法院申请对任何违反反洗钱规定的行为进行限制、责令改正、冻结资产。五是警告。法国《反洗钱法》规定可对机构进行警告。六是行政和解。美国金融监管部门在对被监管对象处以民事罚款时较多运用行政和解手段。

国内经验。我国《行政处罚法》规定的行政处罚种类包括：警告；罚款；没收违法所得、没收非法财物；责令停产停业；暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；行政拘留；法律、行政法规规定的其他行政处罚。其中警告、罚款、没收违法所得和没收非法财物、行政拘留四种处罚方式可适用于个人。此外，在对相关责任人处罚方面，我国金融监管领域其他法律法规也规定了警告、处分或纪律处分、取消或撤销任职资格、禁止从业、市场禁入等处罚方式。上述均可在反洗钱领域加以借鉴。

● “双罚”措施

国际经验。以美国为例，监管部门可以对违法行为实施“双罚”，但并非强制要求。在反洗钱合规方面，以执法尺度最为严厉的纽约州金融服务局为例，其在衡量处罚幅度时，考虑因素包括董事、高级管理层参与违法行为的程度，但法律未硬性规定“双罚”要求。在制裁合规方面，美国财政部海外资产控制办公室（OFAC）有权

对违反制裁法规的行为实施民事处罚或行政执法。在确定处罚金额时，如在“故意或不计后果之违法”“知晓违规行为”等因素中有管理层参与，将显著加重处罚力度，但法律也未硬性规定“双罚”。无论从法律法规还是真实案例来看，仅当监管部门认定董事、高级管理层等对违法行为负有重大故意、重大疏忽等责任时，美国金融监管机构才对相关责任人进行经济处罚。

国内经验。我国《银行业监督管理法》未提出对“直接负责的董事、高级管理人员和其他责任人员”并罚的强制性要求。《商业银行法》规定商业银行存在特定违法情形时，对“直接负责的董事、高级管理人员和其他责任人员”应当给予纪律处分。罚款、取消任职资格、禁止从业等均非强制性要求。《保险法》规定对“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”采取警告、罚款等并罚措施。《证券法》规定根据不同违规情形，对“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”单处或并处警告、罚款、撤销任职或从业资格等并罚措施。

修改《反洗钱法》建议

扩充经济处罚范围。一是增加对内控机制建设违规行为的经济处罚。在“限期改正”的基础上，增加对“未按照规定建立健全反洗钱内部控制机制”的经济处罚规定，既落实金融行动特别工作组（FATF）“风险为本”要求，又能够有效督促义务机构在实践中加强顶层机制建设。内控机制的范畴全面覆盖洗钱风险管理政策与程序、内部控制制度、组织机构建设、反洗钱人力资源配备、反洗钱信息系统建设、内部审计与考核、反洗钱培训等方面。考虑到机构规模、持续时间、性质、造成后果等因素，建议处罚幅度设定为20万~200万元，既可充分体现机构差异性，又可有力提升对机构董事、高级管理人员的警示和震慑力度。二是突出对反恐怖融资违规行为的处罚力度。为对当前国际社会面临的恐怖活动严峻形势作出回应，建议从“未按照规定报送大额交易报告或者可疑交易报告”中单设“未按照规定对与恐怖主义、恐怖融资和扩散融资相关的名单实施监控，并依法及时采取报告、冻结或禁止交易等措施”，作为经济处罚行为。

组合处罚方式，扩展行政处罚幅度。一是借鉴《证券法》“倍率数距式+数值数距式”的综合处罚模式，突破现行“数值数距式”单一模式。对于性质严重或造成洗钱后果发生的违法行为类型，将“违法交易金额”或“掩饰、隐瞒或转移金额”等与行为人违法行为直接相关的数值作为罚款基础数值，并乘以一定“倍率”。基础数值越大，违法情节越严重，相应的罚款额度也越高，以符合“过罚相当”的要求。同时，“数值数距式”可作为基础数值较低时的补充，按照处罚金额“就高不就低”的原则，确保对违法行为给予适当处罚。二是提升每项违法行为罚款幅度的上限，扩大处罚幅度区间。比如，对“未按照规定开展客户身份识别”“未按照规定保存客户身份资料和交易记录”等违法行为的处罚幅度由现行20万~50万元提升为20万~200万元；对于致使洗钱后果发生的，处罚幅度由现行50万~500万元提升为200万~1000万元。既给予执法部门适度裁量区间，又提升行政处罚的惩戒力度。

完善行政处罚手段。一是明确金融监管机构对“处罚建议权”的反馈要求。《反洗钱法》设定的“处罚建议权”仅单方面规定了反洗钱行政主管部门的职能，未对金融监管机构后续行为进行明确。人民银行等三部委《关于完善系统重要性金融机构监管的指导意见》第二十二条建议：“人民银行基于对系统重要性金融机构的风险判断，可建议相关监管部门采取相应监管措施。相关监管部门要积极采纳建议并及时作出回复。”建议《反洗钱法》比照上述要求，增加金融监管机构对反洗钱行政处罚建议应积极采纳并及时反馈的要求。二是增加“处罚建议权”的前置条件。借鉴其他金融监督管理法规，将“逾期不改正”也作为反洗钱行政主管部门建议对金融机构和相关责任人限制业务经营、行业准入等的先决条件。

完善对相关责任人的处罚措施。一是建议保留现行《反洗钱法》“双罚”原则，同时对相关责任人设置多层次、递进式、更具弹性的处罚方式。区别不同情形，对相关责任人可单处或并处：警告、罚款、建议责令纪律处分、建议取消一定期限直至终身任职资格、建议禁止一定期限直至终身从事有关金融行业工作等。二是明确个人法律责任主体。将原“董事、高级管理人员和其他直接责任人员”修改为“董事、高级管理人员或其他直接责任人员”，充分考虑不同责任人对违规行为的影响程度、情节等因素，为实践操作保留一定灵活性。

建立对个人反洗钱义务的法律责任追究机制。《反洗钱法》建立了对金融机构及其工作人员的法律责任追究机制，但金融机构的反洗钱履职有效性实际受限于个人配合程度，个人出于特殊目的提供虚假信息、不配合调查、出租出借银行账户等情况屡见不鲜。为避免个人成为反洗钱履职的盲点，有必要建立对个人的法律责任追究机制。从可行性考虑，建议首先从金融机构渠道间接实现对个人的惩戒（比如，拒绝建立业务关系、限制提供金融服务乃至终止业务关系），并视情进一步建立直接针对个人的处罚机制。