

英美证券期货行业反洗钱的制度比较及借鉴

李 强

(上海政法学院,上海 201701)

摘要: 英国和美国在证券期货行业反洗钱具体制度规定方面存在着担保的区别、政治敏感人物、信赖其他金融机构的规定、共用账户、可疑交易报告、档案保存、保密与豁免、洗钱法的司法实践等等区别。我国应该借鉴其经验和教训,在证券、期货相关的反洗钱法律法规和指引中补充和完善共用账户、信赖其他金融机构、尽职调查措施无法完成的处理、可疑交易与大额交易报告、政治敏感人物及泄密罪的豁免等规定。

关键词: 证券期货业反洗钱; 反洗钱制度; 英国反洗钱制度; 美国反洗钱制度

The UK-US negotiable securities, the stock profession counter-money laundering's system compares and uses for reference

Abstract: Britain and the US in the negotiable securities, the stock profession counter-money laundering concrete system stipulated that the aspect has the guarantee the difference, the political sensitive character, to trust other financial organ the stipulation, to use in common account, suspicious transaction report, file preservation, security and exemption, money laundering method judicial practice and so on differences. Our country should profit from its experience and the lesson, when the negotiable securities, in the stock related counter-money laundering laws and regulations and the direction the supplement and the consummation uses in common the account, to trust other financial organ, to fulfill duty the investigation measure is unable to complete, the suspicious transaction and the large quantity transaction report, the political sensitive character and divulging a secret crime's stipulations and so on exemption.

Key words:

作者简介: 李强, 经济学博士, 上海政法学院证券期货研究中心主任、经济管理系教授。

中图分类号: DF438 文献标识码: A

2008年5月,《中国证券业协会会员反洗钱工作指引》与《中国期货业协会会员单位反洗钱工作指引》的相继发布与实施,表明中国的反洗钱已经扩展到证券、期货、保险等行业。在众多的金融行业中,由于证券业交易资金量巨大,金融工具和交易品种繁多而且复杂,全球资本市场已经形成,通过证券、期货业洗钱渠道更多,方式更为复杂、隐秘,链条更长,反洗钱工作难度更大。因此,借鉴英美等国的经验,完善我国证券行业的反洗钱制度显得尤为重要。

英美证券、期货行业反洗钱具体制度规定的差异

1. 客户身份识别

(1) 担保的区别。英国《2003年反洗钱法规》(简称《2003法规》)规定,当客户拿不出规定的证明文件时,证券机构可接受熟悉客户、而且有能力担保的人出具信函证明。在没有责令停止交易的情况下,交易可以继续进行。如果交易对象不能提供身份证明的,不能与其进行交易。2002年7月,美国根据《爱国者法案》第326条规定,财政部与SEC联合发

布了《关于证券公司客户识别制度的最后规则》（以下简称《识别规则》，规定：当不能合理确认客户真实身份时，应当拒绝开户，或者停止客户的交易，并立即向有关负责机构汇报。没有担保的要求。

（2）政治敏感人物。英国《2007 年反洗钱条例》规定：对政治敏感人物要实施特别的审查。认为凡是曾经或者现在在国外国家机构、政治共同体或者国际组织任职的都称其为政治敏感人物。美国无此规定。

（3）信赖其他金融机构的规定。美国《识别规则》规定，证券、期货公司制定的客户识别制度可以信赖其他金融机构客户识别结果的内容和程序。但必须满足三个条件：一是该种信赖根据具体情况是合理的；二是其他金融机构必须受《爱国者法案》制定的有关规则的管辖，且受到联邦金融监管机构的监管；三是其他金融机构必须与证券、期货公司签订合同，规定每年向证券、期货公司确认其已建立且执行了反洗钱制度，并承诺将履行证券、期货公司依据客户识别制度提出的特别要求。由于基金管理公司目前尚不属于《爱国者法案》第 326 条的适用范围，财政部与 SEC 也尚未针对基金公司制定相应的客户识别规则，为此，SEC 于 2004 年 2 月出具了无异议函，确认在有关基金公司客户识别规则公布之前，证券、期货公司可以在符合上述规则规定的条件下，信赖基金公司所进行的客户识别。英国对于具有某些特定目的的交易免除身份识别义务，例如支付保险单或从国外的金融机构或其他机构接受款项等。

（4）共用账户。美国《爱国者法案》第 325 条规定：“（财政）部长可根据本项制定管理金融机构（包括证券、期货公司，下同）对集体账户的使用规则，以便确保这些账户没有被用来逃避与有资金移动的个别客户的联系，这些规则至少应：禁止金融机构允许客户将他们的资金转移进出金融机构的集体账户或通过这类账户转移资金的直接交易；禁止金融机构及其雇员告知客户其集体账户的存在或识别方法；要求各金融机构建立管理所有涉及集体账户的交易文件的书面程序，该程序应确保，在涉及集体账户的交易混合了属于 1 名或多名客户的资金的任何时候，都要记录下各客户的身份信息及拥有的具体资金数目。”^①而英国没有共用账户的规定。

2. 可疑交易报告

英国《2003 法规》规则 5，规定了证券机构及有关人员负有对交易进行审查的义务，但法规只是对此作了原则规定，具体的交易审查制度是由《指导准则》加以规范的。不过，英国反洗钱专家与学者认为，对于金融机构的交易审查义务，不是要求他们象警察那样跟踪侦查客户的商业秘密，而是通过交易审查从中辨认出可疑交易，并向有关执法部门报告。因此，英国反洗钱报告制度采用的是基于真实怀疑的可疑交易报告模式。这种制度要求金融机构的员工在为客户处理各类金融交易时，应进行必要的审查，如果这些交易没有明显的经济或合法理由，应尽可能检查这种业务的背景和目的，并应及时向国家犯罪情报局属下的经济犯罪部报告。

美国涉及证券行业的有两种：一是大额交易报告。包括：货币交易报告，即要求对每一笔数额超过 1 万美元的存款、提款、货币兑换或者其他货币支付或转让的货币交易，向税务总署报告；货币或者金融票据转移报告，即要求将通过陆地运输、邮寄、船运等方式转移任何形式的货币、旅行支票、以及可转让的金融票据，数额在 1 万美元以上的，向海关总署报告；外国银行账户报告，任何受美国法律管辖的人，包括金融机构，在一个或者多个外国

银行、证券（期货）公司或者其他金融账户拥有利益、签字权或者其他权利，并且在账户内的资金额在一个自然年度中的任何时候超过 **1** 万美元的，应当向财政部报告。二是可疑交易报告。证券机构遇有下列情形时，应当向有关的司法机关或其监管机构报告他们明知的或者怀疑是犯罪的交易活动：怀疑某个职员或其下属的某个机构实施了犯罪或参与实施了犯罪的；所造成的实际损失或可能造成的损失为 **1000** 美元以上，或者在不明损失原因情况下，造成的损失数额在 **5000** 美元以上的；怀疑自己已被犯罪分子利用的。

由此可见，英国这种可疑交易报告模式与美国的交易报告模式相比，存在一定的缺陷，它完全依赖金融机构工作人员的业务素质和执法的自觉性；但它具有成本低廉的优势，对金融机构的员工进行培训后会取得令人满意的效果。

3. 档案保存

英国《**2003** 法规》要求义务主体在与客户从事相关经营活动中必须：保存客户的身份证明记录资料与交易记录资料；如果是经营关系的，上述两类记录资料应当在结束经营关系后至少保存 **5** 年；如果是一次性交易的，上述两类记录资料也应当在结束交易后至少保存 **5** 年；如果是多次性交易有关联的，上述两类记录资料应当在最后一次交易结束后至少保存 **5** 年；如果是代理交易的，委托人应当确保代理的交易活动合法，未能保证的，则不仅代理人可能构成犯罪，而且委托人也可能构成犯罪。保存档案资料可以采取原始文件、缩微、电脑化或电子化等方式。

美国《银行保密法》将记录分为四类：一是识别金融票据现金出售的记录，在开具或者出售 **3000** 美元以上的金融票据时，都必须识别和记录购买银行支票、汇票、现金支票、旅行支票的交易人的身份，并保存交易的有关信息和资料；二是交易建议、指令与申请的记录。即要求金融机构对涉及国内和国际资金转移的某些记录予以保存，这些记录包括对资金转移的申请人和受益人的姓名或名称、住址和账号等；三是信贷延长的记录。金融机构必须保存数额在 **1** 万美元以上的信贷延长的记录；四是其他特别记录。根据有关法律规定，对于银行、证券期货经纪人和经销人、赌博公司和货币交易人与兑换人，还要求他们保存额外的记录，包括签名卡、开户声明、已经重建账户时存入的数额在 **1000** 美元以上的款项。保存交易记录的时间为 **5** 年。不要求证券、期货公司保存相关文件的复印件，以及在以非文件方式确认客户身份时所使用的方法和结果等，只需保存一份描述相关文件内容类型、签发机关、有效期等情况的报告记录，可以以电子方式保存记录，但至少保存记录到客户账户注销之后 **5** 年。

4. 保密与豁免

英国《**2003** 法规》明确证券、期货机构的内部报告只能向有关的督察官提出，而不能向机构内部其他的无关人员，包括股东、董事、经理等所有权人或者高级职员提出。这样规定的目的是保守客户的隐私与秘密，防止有关信息被泄露给任何其他第三人。督察官在综合考虑各种情况，做出分析、判断后，如果没有发现可以推翻洗钱嫌疑的事实，就必须要向司法机关反映。如今后遇起诉，国家刑事情报局同意继续承做该笔业务的答复，将构成一个抗辩。向督察官反映嫌疑要以书面形式，督察官应该签复回执。《**1993** 年刑事司法令》规定，金融机构的工作人员、律师和会计师在其工作中，依法的披露不构成对任何保密义务的违反，不涉及任何责任。

美国《爱国者法案》第**351**条规定。“自愿向政府部门披露可能的违反法律或法规，或者作出本项下或其他授权下的披露的任何金融机构，以及在这些金融机构中作出或要求他人作出披露的任何经理、官员、雇员或代表，不得因为这样的披露或没有将这样的披露告知被披露的主人或披露涉及的其他人员，而承担美国任何法律或法规、州或行政区的宪法、法律或法规、或任何合同或其他具有法律效力的协议（包括仲裁协议）规定的责任。”⁽²⁾

如果一个金融机构或者该金融机构的经理、官员、雇员或代表自愿或根据本项或其他授权，向政府部门报告了一条可疑交易，那么，该金融机构、经理、官员、雇员或代表不得将已经报告了这条交易的消息告知涉及这条交易的任何人；以及知道这一报告的美国各州、各地方、各行政区的联邦政府中的任何官员或雇员，不得将这条交易已经被报告的事情披露给涉及这项交易的任何人，除非是履行该官员或雇员的官方职责所必要。

5. 司法实践

英国《**1993**年刑事司法令》规定，证券机构的工作人员、律师和会计师在其工作中，如果知道或怀疑他人从事毒品洗钱，而没有将上述信息在合理的期限内及时披露给有关人员可犯不披露洗钱行为罪。《**2003**法规》第**3**条规定，不履行该法所要求的确立三大机制义务的行为，将构成不建立预防洗钱机制罪。犯本罪的，在简易审时，处**6**个月以下监禁刑或者罚金；在起诉审时，可以判处**5**年以下监禁刑或者罚金，或者两刑并罚。《**2003**法规》要求证券机构每年至少要对全体职员进行**1-2**次培训。否则，经理轻则要受到罚款，重则要被监禁两年或者两罪并罚⁽³⁾。

美国《**1992**年阿农齐奥—怀利反洗钱法》要求证券机构对雇员进行必要的反洗钱培训。但对于没有培训的证券机构未规定处罚措施。《银行保密法》规定：任何人，违反货币交易报告义务、货币或金融票据转移报告义务、外国银行账户报告义务、识别金融票据现金出售的记录义务、或者“拆零交易”以规避上述报告义务或者识别身份义务的，均构成刑事犯罪。对每一项违反义务的犯罪行为，可处以**10**万美元以下罚金或者**5**年以下监禁。如果上述违反法定义务的行为同时触犯了另一美国联邦法律，或者是在**12**个月时间内违反法定义务的多次交易行为数额超过**10**万美元的，则应处以**50**万美元以下罚金或者**10**年以下监禁刑，或者两刑并罚。

《美国法典汇编》第**12**编第**1956**节规定，故意不履行记录保存义务的行为，构成轻罪，应当处以**1000**美元以下罚金或者**1**年以下监禁刑。如果故意不履行上述义务是意图便利实施另一可处**1**年以下监禁刑的联邦刑法规定的犯罪行为的，应当处以**1**万美元以下罚金或者**5**年以下监禁刑。

可见，美国虽然对于没有培训的证券机构未规定处罚措施，但是，在处理证券、期货机构没有按反洗钱规定进行客户身份识别、可疑交易报告和档案保存的，处罚力度远大于英国。

借鉴与启示

1. 共用账户

IOSCO《原则》规定：各成员国证券、期货机构应制定关于共用账户的具体客户尽职调查程序。共用账户是指由金融机构以自身名义开立、用于代表客户从事证券期货交易的账户。

在香港叫做综合帐户，美国叫集体账户，它们的相关法律都做了比较详细的反洗钱规定。而在我国的相关反洗钱法律和指引中，却没有类似规定。我们认为应该在我国《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》（简称《管理办法》）中增加如下内容：开立共用账户时，金融机构应利用可靠、独立来源的文档资料、数据或其他信息识别和验证客户身份。开立共用账户的客户如为境内金融机构，且受到与证券、期货机构相同的监管，发生违法行为的风险就比较低，可采用简化的识别和验证程序。开立共用账户的客户若为境外金融机构，相关的风险相对较高，应采用强化的程序。包括：收集该金融机构的足够信息以了解其业务，并通过公开的信息判断其信誉；评估该金融机构客户尽职调查程序的适当性；判断金融机构在其注册地国家是否存在实体；评估该金融机构所在国家的监管制度，判断该客户是否符合客户尽职调查标准；开立新的共用账户，需经高级管理层批准，等等。

2. 信赖其他金融机构

IOSCO《原则》规定：证券、期货机构可由可信赖的第三方代为履行客户尽职调查义务。可信赖的第三方包括各种受监管的金融实体。美国的做法是证券、期货公司制定的客户识别制度可以信赖其他金融机构客户识别结果的内容和程序，但有条件。英国对于具有某些特定目的的交易免除身份识别义务，例如支付保险单或从国外的金融机构或其他机构接受款项等。

我国只在《管理办法》第24条规定：“金融机构委托其他金融机构向客户销售金融产品时，应在委托协议中明确双方在识别客户身份方面的职责，相互间提供必要的协助，相应采取有效的客户身份识别措施。”第25条“金融机构委托金融机构以外的第三方识别客户身份的，应当符合下列要求……”，^④可信赖的第三方内容不够全面和完整，例如对于目前普遍存在的客户在证券公司已经开户，该客户如果再到期货公司开户是否能应用简化的客户识别程序？更一般的，如果客户已经在银行开户（有信用卡），再到证券或期货公司开户能否应用简化的客户识别程序？比如账户实名制，有的人一个人拥有几十个账户，其实际拥有人都是一个，如果账户的实际拥有人再用其他人或者自己的名义开立账户，能否应用简化的客户识别程序？在什么情况下可以免除身份识别义务？这些内容在相关的法规中无法判断，如果在反洗钱规则中予以明确，将大大简化证券、期货机构反洗钱身份识别的工作量。

3. 尽职调查措施无法完成

IOSCO《原则》规定：证券、期货机构应该制定明确的书面政策，规定在客户尽职调查措施无法成功完成或怀疑会发生非法活动时，应如何处理客户及/或交易。英国规定：“当客户拿不出规定的证明文件时，证券机构可接受熟悉客户、而且有能力担保的人出具信函证明……”。在没有责令停止交易的情况下，交易可以继续进行。美国《客户识别规则》规定，当不能合理确认客户真实身份时，证券、期货公司应当拒绝开户，或者停止客户的交易，并立即向有关负责机构汇报。

我国《管理办法》第26条规定：“金融机构在履行客户身份识别义务时，应当向中国反洗钱监测分析中心和中国人民银行当地分支机构报告以下可疑行为：客户拒绝提供有效身份证件或者其他身份证明文件的；对向境内汇入资金的境外机构提出要求后，仍无法完整获得汇款人姓名或者名称、汇款人账号和汇款人住所及其他相关替代性信息的；客户无正当理由拒绝更新客户基本信息的；采取必要措施后，仍怀疑先前获得的客户身份资料的真实性、有

效性、完整性的；履行客户身份识别义务时发现的其他可疑行为。”^⑤只提出发生上述情况时需要报告，但对于尽职调查措施无法完成时，如何对待客户的开户或者交易却没有说明，应该分别不同情况补充完整。如可以在《管理办法》中增加 1 条：当金融机构不能在为客户开立账户前或之后一段合理时间内确认客户真实身份时，应当拒绝开户，或者停止客户的交易，并立即向有关负责机构汇报。

4. 可疑交易与大额交易报告

英国反洗钱采用的是基于真实怀疑的可疑交易报告的模式。这种制度要求金融机构的员工在为客户处理各类金融交易时，应进行必要的审查，如果这些交易没有明显的经济或合法理由，应尽可能检查这种业务的背景和目的，并应及时向相关部门报告。在英国，2002 年可疑行为报告数量比 2001 年增长了 105.32%，但起诉案件只上升了 40.66%，追回的资金仅增长了 58.73%；相反，起诉率(起诉数量与可以交易报告总数之比)由 0.58% 跌至 0.40%，定罪率(定罪占起诉的比例)也从 41.2% 降到 33.6%。据 **pricewaterhouse Coopers LLP(2003)** 估计，英国资本市场遵守反洗钱报告制度的年均成本为 4650 万—4750 万英镑，但每年没收的资金不过 2000 万英镑。

在美国，从 1987 年到 1995 年，金融机构共提交 7700 万份现金交易报告，但据此提起的诉讼只有 3000 件，最终仅裁决 580 人犯洗钱罪。截止 2006 年 12 月 31 日，金融机构共向金融犯罪执法网络(FinCEN)提交了 420 多万份可疑行为报告。其中，报告经验较丰富的机构(如储蓄机构)提交的可疑行为报告的增长率明显减缓，而对报告要求比较陌生的机构(如证券与期货业)提交的报告数目却增长较快。据 **Reute and Truman(2005)** 估计，美国政府、金融机构、公众每年承担的反洗钱成本高达 70 亿美元，但没收的洗钱犯罪收入不足 10 亿美元。

因此，美国、香港也考虑向英国学习，准备采用基于真实怀疑的可疑交易报告的模式。我们认为，我国证券行业反洗钱报告制度的总体目标定位应该是：确保证券机构从恐惧驱动下的防卫性报告转向利益驱使下的自愿提交有情报价值的报告，与当局进行实质性合作。英国基于真实怀疑的可疑交易报告的模式值得我们借鉴。为此，建议：第一，通过直接的利益驱动机制，激发证券机构的报告热情，实现从“被动报”到“主动报”的转变。具体地说，反洗钱属于国家目标，当由国家负担相关的成本。可以考虑在反洗钱的相关立法中明确实行一定比例的罚没收入分成，适当弥补其报告成本；对可疑报告命中率(基于可疑报告的起诉率和定罪率)达到一定比例的报告主体实行奖励，同时对长期只重数量不求质量的报告主体实施一定的惩罚，包括政策方面的不扶持、信誉评估上的不晋级等。对证券机构自身有把握的交易，给予其一定的自由裁量权(可以不报告，但要备案)，但若日后被发现洗钱则予重罚。第二，期货业协会应进一步加强反洗钱和大额与可疑交易发现、判断等专业人员的培训工作，提高甄别大额与可疑信息的职业判断能力，完善大额与可疑支付交易的发现机制。尽快推出一套能自动分析大额与可疑支付交易的监测系统，这是硬件基础，避免因为人员素质、责任心参差不齐，导致不能及时地发现和判断大额与可疑交易信息。第三，加强期货监管机构对可疑信息报告的反馈工作，并在权威媒体上公开发布证券机构反洗钱风险评估报告。对不符合规定的可疑信息报告要坚决予以退还，并要求补齐信息以后限期再报；对长期履行报告制度不力的机构要予以警示，并限期整改，逾期未达标者应予停业整顿；定期对金融机构的反洗钱工作进行评估，并以评估结果作为信用评级的最主要依据之一；向社会公开证券机构的反洗钱风险评估报告，使之接受全社会的监督。

5. 政治敏感人物

英国《2007 年反洗钱条例》规定对政治敏感人物要实施特别的审查。我国只在《管理办法》第 7 条规定：如客户为外国政要，金融机构为其开立账户应当经高级管理层的批准。^⑥政治敏感人物涉及的范围只是外国政要，并没有给出相应的解释。考虑到我国国有企业正处于转制的关键时刻，国有企业高层人员借改制侵吞国有资产的情况屡见不鲜，国内政府高官贪污、腐败的案例也层出不穷，应该在反洗钱的相应法律中明确政治敏感人物的范围，并考虑将国内政府高官及国有企业高层人员纳入特别开户审查的范畴。如《管理办法》第 7 条可以修改为：如客户为政治敏感人物，金融机构为其开立账户应当实施特别的审查，并报经高级管理层的批准。政治敏感人物包括外国政要、国内各级政府高官及国有企业的法人代表，等等。

6. 泄密罪的豁免

美国《爱国者法案》第 351 条规定。自愿向政府部门披露可能的反洗钱信息的任何金融机构，不得因为这样的披露或没有将这样的披露告知被披露的主人或披露涉及的其他人员，而承担美国任何法律或法规、州或行政区的宪法、法律或法规、或任何合同或其他具有法律效力的协议规定的责任。

英国《1993 年刑事司法令》规定，金融机构的工作人员、律师和会计师在其工作中，依法的披露不构成对任何保密义务的违反，不涉及任何责任。

《中国期货业协会会员单位反洗钱工作指引》第 37 条、第 38 条和第 39 条只是明确了会员单位应当对相关信息保密，建立了对泄密事件责任人员的处分机制。^⑦《中华人民共和国反洗钱法》第 6 条：“履行反洗钱义务的机构及其工作人员依法提交大额交易和可疑交易报告，受法律保护。”^⑧但对于按照正常渠道报告洗钱可疑交易的相关单位和/或人员，如何采取保护措施？报告的渠道和路线是什么？是否要报告未遂的可疑交易？如何反馈已经报告的可疑交易？怎样保护汇报可疑交易过程中的机密性，等等内容均没有涉及。我们认为：这些问题应该引起我国立法者和执法者的充分重视，并在相应的反洗钱法规和指引中予以明确。

参考文献：

[1]刘铭达主编.中外反洗钱法律文件汇典[M].广西人民出版社，2005.

[2]中国期货业协会会员单位反洗钱工作指引，参中金在线网站，http://futures.cnfol.com/080522/133_1536_4181191_00.shtml

[3]张建军主编.金融业反洗钱国际标准导读[M].经济科学出版社，2007.