

我国反洗钱穿透识别的监管进路

——以司法裁判为视角*

傅福兴** 李伊凝***

摘要:穿透识别是金融监管的普遍要求,而明确金融机构穿透识别的规则标准恰是当前反洗钱监管面临的现实难题。本文首先阐述隐名识别的法理依据,通过分析法院裁判对识别代理关系适用情形及隐名代理关系的效力认定,归纳出司法中穿透识别的途径方式。其次结合反洗钱现有监管规则及实践,明确识别要素,并在全局识别层面构建风险监控指标,为我国反洗钱监管穿透识别提供实践标准,也为金融机构践行客户尽职调查工作提供依据。

关键词:反洗钱 监管 穿透识别 代理关系 尽职调查

2022年1月,央行、银保监会、证监会发布《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》(以下简称《管理办法》)。《管理办

* 本文仅代表作者个人观点,与所在单位无关,且不作为针对任何案件或问题的意见或建议。

** 现任职于华泰期货公司金融产品部。

*** 慕尼黑大学法学博士研究生。

法》施行后,原《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》同时废止。《管理办法》与国际反洗钱金融行动特别工作组(Financial Action Task Force on Money Laundering, FATF)《打击洗钱、恐怖融资与扩散融资的国际标准:FATF 建议》(International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, The Fatf Recommendations,以下简称《FATF 建议》)保持一致,在规章名称及正文中均使用“客户尽职调查”一词取代“客户身份识别”,在总则部分突出强调“风险为本”的基本原则,并要求将客户全生命周期管理融入持续尽职调查的要求中。显然,客户尽职调查将成为反洗钱的首要核心义务。

《FATF 建议》在“对客户代理人的尽职调查”中明确提出:当进行第 10 条建议里的(a)和(b)项下的客户尽职调查措施时,各国应要求金融机构核实任何声称经授权代理客户行事的人,并识别和核实其身份。^[1]同时,《管理办法》要求对被代理人采取客户尽职调查措施时应当“识别并核实”代理人身份,而非原办法的“核对”。^[2]我国《反洗钱法》亦有要求金融机构关注代理关系的存在。^[3]大陆法系框架内的代理制度,在公开原则的基础上,根据公开的限度可区分为显名代理和隐名代理。^[4]

实践中,隐名代理往往为金融机构所忽视,具体表现在隐名股权投资、非合格投资者集资准入等领域。在此类违规情形中,或有金融机构

[1] See CDD – Persons Acting on Behalf of a Customer: When performing elements (a) and (b) of the CDD measures specified under Recommendation 10, financial institutions should also be required to verify that any person purporting to act on behalf of the customer is so authorized, and should identify and verify the identity of that person.

[2] 参见《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》第 26 条:“金融机构应当采取合理方式确认代理关系存在,在按照本办法的有关要求对被代理人采取客户尽职调查措施时,应当识别并核实代理人身份,登记代理人的姓名或者名称、联系方式、有效身份证件或者其他身份证明文件的种类、号码,并留存代理人有效身份证件或者其他身份证明文件的复印件或者影印件。”

[3] 《反洗钱法》第 16 条第 3 款规定:“客户由他人代理办理业务的,金融机构应当同时对代理人和被代理人的身份证件或者其他身份证明文件进行核对并登记。”

[4] See H. L. E. Verhagen, *Agency in Privete International Law*, Hague, Martinus Nuhoff Publishers, 1995, p. 32.

声称其已经履行客户尽职调查义务,仍无法有效识别代理关系的存在,并试图以此为由规避监管。究其根本,反洗钱监管在该领域要解决的核心问题即是界定金融机构穿透识别义务的构成要件。法理层面,隐名代理的概念主要适用于合同法律关系;实践层面,与司法裁判保持相当的一致性也有利于反洗钱监管工作的开展。据此,本文将先阐述代理制度的法理原则,再着重以隐名代理的司法裁判为视角,探索反洗钱监管应对金融机构提出穿透识别要求的合理限度。

一、隐名识别的法理依据

根据罗马法的传统,合同只能用于约束自己,而非他人(*alteri stipulari nemo potest*)。^[5]然而,随着贸易水平的提高以及劳动分工的细化,借助他人缔结法律行为成为必然,推动了代理制度的成文化。^[6]代理是指基于代理权以被代理人的名义实施法律行为,该法律行为的后果由被代理人承担的制度。^[7]由于在代理关系中代理人的法律行为的效力归属于被代理人,因而代理行为的“公开性”(Offenkundigkeit)是其制度规范的核心。^[8]公开原则(Offenkundigkeitsprinzip)作为大陆法系代理制度的基础,是有效识别代理关系存在的关键,也将作为反洗钱监管对金融机构穿透识别要求的核心准则。

公开原则的主要目的是保护交易相对方的信赖利益,确保交易对方能够确定与之签订合同的对象。^[9]代理关系的公开原则具体表现为,代理人在做出行为的同时使相对人知晓行为的意思表示源于被代理人。^[10]须注意的是,公开的方式不限于明确地以被代理人的名义行为,“如有情况表明,该行为应是以被代理人的名义做出”时亦符合

[5] Vgl. Kaser/ Knütel/ Lohsse, Römische Privatrecht, 21. Aufl., 2017, § 11 Rn. 2-4.

[6] Vgl. MüKoBGB/ Schubert, 9. Aufl., 2021, BGB § 164 Rn. 6.

[7] Vgl. Staudinger/ Schilken, 18. Aufl., 2019, Vor § 164 Rn. 16.

[8] Vgl. MüKoBGB/ Schubert, 9. Aufl., 2021, BGB § 164 Rn. 1.

[9] Vgl. MüKoBGB/ Schubert, 9. Aufl., 2021, BGB § 164 Rn. 17.

[10] Vgl. Larenz/ Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, S. 834.

公开原则的要求。^[11] 若代理人表示其为他人做出法律行为,即使未明确说明被代理人的身份信息,也不影响公开性的存在。^[12]

笔者认识到,代理中存在两类欠缺公开性的情况:其一,代理人意欲以他人名义行为,但是由于口误等意思表示上的错误未明确向第三人表明该行为归属于被代理人,且第三人也对此代理行为并不知情;其二,代理人并未有向第三人表达其为他人行为的意思,且第三人对此代理行为并不知情。根据民法理论,意思表示有瑕疵的,可以撤销该意思表示。第一类情况虽欠缺公开性,且存在意思表示上的错误,但是出于对交易安全的保护,该法律行为并不会因此而被撤销或确定无效。^[13] 在此类情况下,该欠缺公开性的行为会导致代理行为的后果直接归属于代理人,而非被代理人。^[14] 相较而言,第二类情况中代理人甚至没有表达以他人名义行为的想法,但司法实践也并未完全排除此类情况下认定代理人“隐名”行为成立代理关系的可能性。德国亦通过判例法对此类情形作出了规定,被称为“公开性原则的例外”。^[15]

具体而言,若交易相对方不在意交易对象之身份,且不在意行为是否遵守公开原则,则代理行为是否符合公开原则并不影响代理关系的存在。^[16] 此类公开原则的例外情形在日常进行现金交易时尤为普遍。在这类情况中,缺乏明确的为他人行为的意思表示并不影响代理行为的有效性。^[17] 该观点虽然为大多数学者所支持,但亦有不同观点认为,主流观点违反了债法关系中的公开原则,在所谓的“例外”情形下被代理人在物权行为中直接享有权利并承担义务。^[18] 就如行为人在交易相对方的商店购买生活日用品,其间并未表明其为他人行为,并

[11] Vgl. § 164 I a. E. BGB: “oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.”

[12] Vgl. Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl., 2009, Rn. 524.

[13] Vgl. § 164 II “Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.”

[14] Vgl. Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl., 2009, Rn. 525.

[15] Vgl. Jürgens/Loer, 6. Aufl., Betreuungsrecht 2019, BGB § 164 Rn. 3.

[16] Vgl. Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl., 2009, Rn. 526.

[17] Vgl. Jürgens/Loer, 6. Aufl., Betreuungsrecht 2019, BGB § 164 Rn. 3.

[18] Vgl. Prutting, Schenrecht, 18. Aufl., 2009, Rn 386.

选择现金结账的方式,一手交钱一手交货地转移了商品的占有。主流观点和反对观点在债权关系的认定上呈现出差异,主流观点认为行为人的行为构成代理,合同双方为被代理人 and 第三人;反对观点认为,债权关系上的代理因缺乏公开性而不成立,合同双方为行为人和第三人。但两种观点均认可,在该隐名代理的情况中,被代理人系直接从行为人处取得所有权,而非从代理人处。^[19]

显然,两类欠缺公开性的情况以行为人主观上是否存在明确为他人行为的意思表示为区分。但从法理及实践而言,行为人是否有该意思表示并不会影响代理关系的认定。其原因在于公开性的认定须以第三方,即交易相对方的视角解读行为人之法律行为。^[20] 如果交易相对方知道行为人以被代理人名义行为,且法律后果直接归属于被代理人,或交易相对方并不在意是否存在代理行为,则不论其是否客观上符合“明示”“以某人名义”的行为外观,代理关系中的公开原则均不会被违反,代理关系往往能够成立,即德国法学中所称之“公开的隐名代理”(Offenes unechtes Geschäft für den, den es angeht.)。同时,仍需注意的是,若公开的隐名代理基于交易相对方并不在意是否存在代理行为而成立,则必须再通过事实客观地确定行为人为被代理人行为,否则该公开的隐名代理依然不能构成代理关系。^[21] 与之相对应的则被称为“真正的隐名代理”(Verdeckte echte Geschäft für den, den es angeht),^[22] 其是对公开原则的公然违反,因而不能认定被代理人与第三方之间存在合同关系。简而言之,若隐名关系不符合公开原则,则不能成立代理关系,穿透识别也就无从谈起,故代理关系的穿透监管关键在于确定其可被“公开识别”的要素。

[19] Vgl. Brox/ Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl., 2009, Rn. 527.

[20] Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1989, 906.

[21] Vgl. MüKoBGB/ Schubert, 9. Aufl., 2021, BGB § 164 Rn. 142.

[22] Vgl. Staudinger/ Schilken, 18. Aufl., 2019, Vor § 164 Rn. 51.

二、司法裁判的适用方向

在反洗钱穿透监管的实践中,识别隐名代理正是难点所在。一般认为,《民法典》第925条即为我国对隐名代理制度的规定,其通过构建“第三人知道”这一要件认定代理关系的成立与否。^[23]参考《德国民法典》中更为具体的表述,可知晓识别“第三人知道”的关键在于确认“哪些情况足以表明行为人是隐名人之名义做出的意思表示”。因而,以下将分析司法裁判中对相对人识别隐名代理的限度要求,重点探究审判实践中对识别途径方式的认定,并兼述法院对我国《反洗钱法》代理相关规则适用的裁量思路,以此为反洗钱监管标准提供参考。

(一) 民事识别适用情形的认定

隐名代理在形式上表现为行为人不以被代理人的名义进行意思表示,但未阻却相对人通过除被代理人直接显名以外的其他方式知晓代理关系存在的情形。在正常的交易中,要求相对人对交易方有充分了解也符合基本的商业惯例。在司法实践中,对于法条的适用与理解并无障碍,但法院会特别关注案件事实的认定,着重考量相关证据是否足以证实相对人知晓代理关系的存在。

据此,本文对隐名代理相关的736份民事裁判文书进行统计归纳,梳理法院裁判思路,发现其主要以识别途径方式为基本思路,再通过不同的主体行为表现进行综合判断,不同主体可分为隐名人(被代理人)、行为人(代理人)、相对人(与代理人签订合同的手方)三类。

1. 以隐名人的行为进行识别

(1) 因隐名人在合同中间接显名的行为可证。隐名人虽不直接作为合同签订的手方,即其不直接作为合同甲乙中的任一方,但在合同内容中记载有其相关人员,相关证据足以达到高度盖然性标准,可以认

[23] 参见《民法典》第925条:“受托人以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人;但是,有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”

定为相对方知道代理关系的存在。例如在合同纠纷的判决中,法院认为涉案合同约定隐名人公司的员工为合同的联系人,应当推定相对方知道涉案合同的实际签订人为隐名人。^[24]更为明显的一类情况是隐名人在合同中签字间接显名。在这种情况下,虽然涉案协议首部中甲方为行为人,但在协议尾部隐名人也签字并加盖公章及负责人私章,并且在合同附件中有隐名人出具的土地授权委托书。^[25]

(2)因隐名人实际履行义务或行使权利的行为可证。该类情况常见于借款合同关系中,如隐名人参与借款磋商过程,由隐名人向相对人提出借款需求,但隐名人因个人原因无法收取借款,而委托行为人代为签署借条和收取借款,借款由隐名人实际使用,行为人未获取任何借款利益。此外,在款项逾期未能偿还时,也无证据证明相对人曾向行为人进行过追讨,据此可以认定相对人明知隐名代理的存在。^[26]又如行为人以借款人的身份在借款合同上签字,但在合同实际履行中,案涉借贷资金于放款当日即被全部转入隐名人账户,行为人实际并未使用案涉借款,亦不实际参与借款关系的履行活动,不享受借款活动的利益。隐名人实际享受借款人的权益,承担借款人的义务,隐名人为实际借款人,行为人仅为名义借款人。^[27]

(3)因隐名人在其他相关文件中明示代理关系的行为可证。例如在借款合同纠纷案件中,行为人向银行提交的《借款申请报告》中载明还款来源为隐名人公司销售收入,且将记录有“隐名人公司以行为人名义进行借款”的股东会决议交予银行作为涉案借款的贷款资料。^[28]

[24] 参见北京市第一中级人民法院:荣联科技集团股份有限公司与北京泽佳科益科技有限公司合同纠纷二审民事判决书,案号:(2022)京01民终1753号,2022年4月25日。

[25] 参见最高人民法院:泰安凤仙山果典发展有限公司、宁阳县华丰镇人民政府建设用地使用权纠纷再审民事裁定书,案号:(2019)最高法民再149号,2019年5月16日。

[26] 参见广东省广州市中级人民法院:廖某某、蓝某某等民间借贷纠纷民事二审民事判决书,案号:(2021)粤01民终31427号,2022年4月27日。

[27] 参见吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院:李某某、郑某某等金融借款合同纠纷民事二审民事判决书,案号:(2022)吉24民终142号,2022年2月16日。

[28] 参见湖南省岳阳市中级人民法院:湖南平江农村商业银行股份有限公司、湖南福星泰环保材料科技发展有限公司等金融借款合同纠纷民事二审民事判决书,案号:(2022)湘06民终284号,2022年4月26日。

2. 以行为人的行为进行识别

(1) 因行为人关联身份的行为可证。在合同签订的过程中,考虑对手方关联身份的行为有无异常理应是相对方的基本责任。例如在建平红山村镇银行股份有限公司、魏某等金融借款合同纠纷案件中的借款合同关系中,行为人作为名义借款人,其身份是隐名人公司的普通员工,与隐名人公司具有较强的人身依附关系,从其身份和工作职位来看,有大额资金需求的可能性很小。此外,贷款实际用途为矿山开采,但行为人事实上并未从事相应的行业且其在隐名人公司务工,隐名人公司恰有该项业务,隐名人为行为人提供担保借款,不符合交易习惯且有违常理。^[29]

(2) 因行为人与隐名人间特殊的身份关系可证。例如因行为人与隐名人之间存在亲属关系,且日常对外经营管理的大部分事务均由行为人负责,而隐名人作为项目经营权人对此予以默认,则可推知二者之间存在隐名代理关系。^[30]又如行为人系隐名人公司的法定代表人,其签订合同的行为系职务代理。^[31]

(3) 因行为人明示代理的行为可证。例如行为人虽以自己的名义签订合同,但其出具有《授权委托书》,且在合同中载明标的的所有权人信息及行为人系代管机构的合同地位。^[32]

(4) 因行为人在所签订的合同中记载行为可证。例如在财产保险合同纠纷的判决中,因代理人在所签订的合同中明确记载货物为客户所有,且在附件等明细表中均明确了客户的品牌,因而法院认为第三人

[29] 参见辽宁省朝阳市中级人民法院:建平红山村镇银行股份有限公司光明支行、魏某等金融借款合同纠纷二审民事判决书,案号:(2022)辽13民终866号,2022年4月28日。

[30] 参见四川省乐山市中级人民法院:袁某某、任某某等确认合同效力纠纷二审民事判决书,案号:(2022)川11民终50号,2022年2月23日。

[31] 参见吉林省长春市中级人民法院:纪某、姜某某等债权转让合同纠纷二审民事判决书,案号:(2021)吉01民终2286号,2022年1月20日。

[32] 参见湖南省长沙市中级人民法院:王某、喻某某等房屋租赁合同纠纷二审民事判决书,案号:(2021)湘01民终16036号,2022年2月18日。

不可能不知道被代理人。^[33] 又如在版权合同中约定向第三人提供作者的授权书,该授权书条款的内容足以证明第三人在签订合同时知悉委托代理关系。^[34] 同时,如在所签订的合同中直接载明了代理人是受委托而进行合同行为的,当然可以被认定为第三人明知。^[35]

3. 以相对人的行为进行识别

(1) 因相对人的事前行为可证。相对人在当下事件中未见证代理关系的发生,但当事人此前的行为亦有可能足以使相对人知晓交易对手间代理关系的存在。例如相对人在目标合同签订前已与代理人、被代理人共同签订有《投资合作协议》,后再分别与代理人、被代理人签订目标合同,上述行为表明相对人明知代理关系的存在。^[36] 又如相对人在事前参与股权收购过程,法院认定其理应知晓隐名人委托行为人为收购案涉股权的事实。^[37]

(2) 因相对人的事后行为可证。例如在汽车买卖合同中,相对人与行为人签订了《汽车购销合同》,后又基于同一事由与隐名人签订了《接车协议》,可推知相对人明知行为人系受托人。^[38]

(3) 因相对人在文件上的记载行为可证。例如在建设工程施工合同纠纷案件中,相对人在结算单中对管理费和税金载明支付隐名人管

[33] 参见最高人民法院:中国大地财产保险股份有限公司绵阳中心支公司与中远物流仓储配送有限公司保险人代位求偿权纠纷案,案号:(2014)民申字第1584号,2014年11月24日。

[34] 参见最高人民法院:周某与西安梦舟影视文化传播有限责任公司著作权权属、侵权纠纷申请再审民事裁定书,案号:(2015)民申字第2832号,2015年12月22日。

[35] 参见最高人民法院:陕西三丰房地产开发有限公司、西安正荣置业发展有限公司借款合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书,案号:(2021)最高法民申1554号,2021年3月31日。

[36] 参见最高人民法院:北京长富投资基金与武汉中森华世纪房地产开发有限公司等委托贷款合同纠纷案,案号:(2016)最高法民终124号,2016年6月27日。

[37] 参见湖南省长沙市中级人民法院:甘某某、葛某某等股权转让纠纷二审民事判决书,案号:(2021)湘01民终14913号,2021年12月24日。

[38] 参见重庆市第四中级人民法院:邓某某与重庆市黔江区乐乐汽车销售有限责任公司、余某买卖合同纠纷二审民事判决书,案号:(2022)渝04民终35号,2022年2月28日。

理费,足以证实相对人知晓代理关系的存在。^[39]

(4)因相对人长期合作的行为可证。例如相对人与行为人是长期合作伙伴,且合同载明最终用户的区域,法院认定相对人应当完全清楚行为人的代理身份。^[40]需注意的是,如行为人与隐名人在审判过程中仅单方陈述认可代理关系的存在,则不能据此证明相对人知晓其交易对手间的代理关系。^[41]

司法裁判中对相对人识别隐名代理的限度要求主要体现在对识别途径方式的认定上,前文所述分类列举亦难免有挂一漏万的可能,但可知此类审判认定的思路并无太大差异。反洗钱穿透识别的监管要求可借鉴其基本方向,再结合实践进一步明确标准。

(二)司法裁决对《反洗钱法》中代理关系的效力认定

除了民事裁判中对隐名代理识别程度要求进行判定外,法院对适用《反洗钱法》相关代理规则形成的隐名代理法律关系亦可能给予否定性评价。金融借款法律关系受国家金融制度管理、约束,对于借款人的信用、贷款能力、借款用途等有着严格的要求与审查标准。以委托方式冒用他人名义申请贷款的行为实质上增加了金融机构的信贷风险,也扰乱了信贷秩序。因此,对于当事人之间以隐名代理的方式向银行贷款的行为,法院可能认定此种隐名代理关系无效。^[42]在确认合同无效后,则依据《民法典》第157条的规定,按照过错情况由各方承担相应的责任。^[43]

[39] 参见新疆生产建设兵团第十二师中级人民法院:陈某某、新疆生产建设兵团第十二师三坪农场等建设工程施工合同纠纷二审民事判决书,案号:(2022)兵11民终9号,2022年3月4日。

[40] 参见北京市高级人民法院:福建德氏电子科技有限公司与赛尔网络有限公司进出口代理合同纠纷二审民事判决书,案号:(2021)京民终69号,2021年12月30日。

[41] 参见广东省广州市中级人民法院:黄某某、广州市兴正塑料制品有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书,案号:(2022)粤01民终4805号,2022年4月20日。

[42] 参见江苏省徐州市中级人民法院:李某某、彭某委托合同纠纷二审民事判决书,案号:(2021)苏03民终10891号,2022年3月16日。

[43] 参见《民法典》第157条:“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后,行为人因该行为取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失;各方都有过错的,应当各自承担相应的责任。法律另有规定的,依照其规定。”

三、反洗钱穿透监管的规则构建与适用

在相当程度上,民事司法实践应对隐名代理的经验比行政执法更为丰富。因此,在当前我国反洗钱穿透监管缺乏足够实践案例的情况下,或可借鉴民事司法对隐名代理情况的认定。但隐名代理制度作为民事法律关系中的概念,需依照我国反洗钱的实际情况及行政法的原则进行调整后,方可适用于反洗钱穿透监管的规则当中。

(一) 监管标准的构建

宏观层面,反洗钱监管与民事司法裁判的根本区别在于其保护的法益不同。如前文所述,民事司法中裁判隐名代理关系无效可能并不妨碍反洗钱监管认定隐名代理关系的存在,监管机构仍可以此对未履行识别义务的金融机构进行处罚。

微观层面,是否履行“客户尽职调查义务”需要结合金融机构的主观态度和客观行为进行判断。就主观态度的判断而言,法理中往往区分“明知”或“应知”。但基于反洗钱审慎监管的原则,对金融机构应有更严格的要求,实践中不存在需要判定“明知”或“应知”的问题,统一选择以“应知”为标准更为妥当。

此外,为形成完整的逻辑链条,基于隐名代理的公开原则,除了“识别的途径方式”这一要件外,还需同时定义“识别的时间区间”“识别的对象限度”两个关键要素。

1. 识别的时间区间

若以金融机构与行为人建立服务关系的时点划分期间,可区分为事前、事中、事后三个时间区间。在实践中,金融机构对客户的尽职调查理当是持续深入且定期反复的工作。在反洗钱穿透监管规则层面,一向强调“风险为本”和“风险跟踪”原则,要求对客户综合状况作持续关注,及时调整监管等级并采取对应措施,保持反洗钱工作模块之间的联动性。

同时,本次《管理办法》修改也特别明确金融机构应当持续关注客户的风险状况、交易情况和身份信息变化,并根据客户风险状况确定业

务存续期间内对客户身份状况的定期审核频次和方式。^[44] 据此,无论从监管实践或规则层面而言,穿透识别均应覆盖金融机构与客户关系存续的完整区间,金融机构不能以时间节点为由豁免识别义务。

2. 识别的对象限度

在宏观层面的识别对象范围中,修改后的《管理办法》列举了证券公司、期货公司、基金公司及基金销售机构的业务,扩大了客户尽职调查的适用范围,确保覆盖所有业务。^[45] 在具体的识别对象层面,监管实践中仍需对金融机构穿透识别的限度作明确规定。即便隐名人未公开任何身份信息,但金融机构知晓代理关系的存在却未作进一步识别,则反洗钱穿透监管可对金融机构作出处罚。

换言之,反洗钱穿透监管对金融机构穿透识别的对象限度可分双重判定义务:第一重义务为金融机构应确认“是否存在”代理关系,并不要求其识别到隐名人的任何身份信息;在前述义务的基础上,第二重义务则要求金融机构应详细了解被代理人即隐名人的身份信息以及其建立业务关系和交易的目的和性质。如第一重判定足以确认不存在代理关系,则无须再推进至第二重义务的识别。

3. 识别的途径方式

对识别的途径方式主要基于前文对民事审判中隐名识别适用的认定情形进行归纳。司法裁判中向来主张“以事实为依据”,其本质在于以“法院认定”的事实为依据,而法院认定的信息则来源于各方当事人在案件中的具体行为表现。因此,可借鉴司法裁判的思路,以行为主体作为分类标准,将当事人的行为区分为三类,以此列举识别的途径方式(见表1)。

[44] 《管理办法》第27条规定:“金融机构在与客户建立业务关系时,应当根据客户尽职调查所获得的信息,及时评估客户风险,划分风险等级,并根据客户风险状况确定业务存续期间对客户身份状况的定期审核频次和方式。对洗钱或者恐怖融资风险等级最高的客户,金融机构应当至少每年进行1次审核。金融机构应当持续关注客户的风险状况、交易情况和身份信息变化,及时调整客户洗钱和恐怖融资风险等级。”

[45] 参见《管理办法》第12条规定:“证券公司、期货公司、证券投资基金管理公司以及其他从事基金销售业务的机构在为客户办理以下业务时,应当开展客户尽职调查,并登记客户身份基本信息,留存客户有效身份证件或者其他身份证明文件的复印件或者影印件……”

表 1 识别途径方式列举

行为主体	行为识别
隐名人/被代理人	(1) 在合同中间接显名的行为； (2) 实际履行义务或行使权利的行为； (3) 在其他相关文件中明示代理关系的行为
行为人/代理人	(1) 关联职务或职业身份的行为； (2) 特殊亲属的身份关系； (3) 明示代理的行为； (4) 在所签订的合同等文件中的记载行为
相对人/金融机构	(1) 事前行为； (2) 事后行为； (3) 在相关文件上的记载行为； (4) 长期合作或交易惯例

笔者也认识到,实践中识别的途径纷繁复杂,此种列举的方式显然不足以覆盖所有情况。但列举的意义并不在于试图穷尽所有可识别的路径,而在于通过以行为主体分类的方式,来为反洗钱监管判定金融机构是否尽职提供监管思路。

(二) 风险监控指标的设置

回溯分析我国反洗钱监管的实践工作。在监管层面,从人民银行对金融机构反洗钱处罚的案例中可以发现,几乎不存在因客户实际涉嫌反洗钱犯罪而被处罚的情况,多数为金融机构未按照反洗钱相关规定履行识别义务而被处罚;在金融机构内部反洗钱层面,通过日常报送可疑交易而最终识别出反洗钱犯罪的概率也几近于零。事实上,反洗钱监管需要在审慎的基础上兼顾效率,故而一般不会对金融机构单一识别事件做判定,而是对其整体行为进行检查。

随着“风险为本”监管理念的深入,通过“评估”工作,强化本机构内部制度落实执行的可操作性及内部控制有效性将是反洗钱监管的重点所在。因此,反洗钱监管在日常穿透识别方面可以通过对金融机构的客户规模、身份信息、识别方式、风险等级等指标进行评估监管,再结合大数据分析方式对金融机构识别义务的履行情况作认定(见表2)。

表2 反洗钱监控风险指标

风险因子	风险指标
客户规模	1. 账户类客户数量、资产规模及评估期间客户交易金额; 2. 客户稳定性(客户净增长率和波动率)
客户身份信息	1. 身份信息不充分情况的客户数量、资产及交易规模; 2. 无法了解交易背景目的的客户数量; 3. 身份与资产不匹配的客户数量、资产及交易规模
客户身份识别方式	区分面对面开展客户身份识别/非面对面开展客户身份识别/依托第三方义务机构开展身份识别/通过代理开户
客户风险等级	1. 新增高风险客户数量、调整风险等级的客户数量及客户总体风险等级率; 2. 自然人客户存在同一控制人风险的情况; 3. 高风险客户交易情况; 4. 客户涉及高风险地区的情况; 5. 高风险职业客户情况
客户风险情况	1. 客户属于洗钱或上游犯罪高风险群体的情况; 2. 客户办理高风险业务的情况; 3. 客户涉及可疑交易报告的情况; 4. 客户被采取管控措施的情况(被采取强化尽职调查/限制资金转出、限制开仓、限制产品申赎、限制办理新业务/被提交高管审批); 5. 客户涉及反洗钱名单的情况

(三) 金融机构对监管要求的适用

据对中国人民银行2021年反洗钱处罚公开数据统计,涉及身份不明客户的处罚金额约为15,500万元,平均单笔处罚金额约为360万元。《管理办法》新增“不得为身份不明的客户提供服务或者与其进行交易”^[46]的规定也体现出监管部门对此类问题的重视,其本质仍在于对金融机构穿透识别的反洗钱监管要求。

反洗钱监管虽强调以审慎监管为原则,但并非罔顾金融机构在实践中需要面对的困难。监管规则亦需符合“法不可强人所难”的标准,这

[46] 《管理办法》第8条规定:“金融机构不得为身份不明的客户提供服务或者与其进行交易,不得为客户开立匿名账户或者假名账户,不得为冒用他人身份的客户开立账户。”

是监管规范期待可能性的核心所在。因此,对于开展客户尽职调查会导致发生泄密事件的情况,金融机构可在提交可疑交易报告后不开展客户尽职调查。^[47]此外,金融机构也可以依照监管规定要求其他机构在客户尽职调查工作中予以配合。^[48]

而在识别对象限度层面,先前的反洗钱监管制度只规定金融机构应了解客户的交易目的和交易用途,但未规定金融机构可以以此要求客户提供相关辅助证明,如交易的合同、协议等。因而,金融机构往往只能依据其内部制度开展工作,面对客户质疑也无法可依。对此,监管亦予以了相应的支持。^[49]核查方法层面,FATF 在对中国互评估的过程中认为,中国金融机构采取的客户身份识别和核实措施有效性不足。本次《管理办法》新增了金融机构向民政、税务等政府信息公开渠道及外国政府机构、国际组织等官方机构认证获取信息进行核实的规定。^[50]据此,我国金融机构应当在监管规则的要求与授权范围内履行穿透识别义务,做好客户尽职调查工作,而不能再以形式上的“客户身份识别”规避监管处罚。

四、结语

反洗钱是金融监管的重要组成部分,其监管范围涉及全金融行业产品及业务,《国务院办公厅关于完善反洗钱、反恐怖融资、反逃税监管体制机制的意见》对发挥反洗钱在维护经济社会安全稳定等方面的作用提

[47] 参见《管理办法》第33条规定:“如果怀疑客户涉嫌洗钱或者恐怖融资,并且开展客户尽职调查会导致发生泄密事件的,金融机构可以不开展客户尽职调查,但应当提交可疑交易报告。”

[48] 参见《管理办法》第40条规定:“金融机构应当在开展客户尽职调查中相互配合。”

[49] 参见《管理办法》第7条第1款第2项规定:“了解客户建立业务关系和交易的目的和性质,并根据风险状况获取相关信息。”

[50] 参见《管理办法》第24条规定:“金融机构应当通过来源可靠、独立的证明材料、数据或者信息核实客户身份,包括以下一种或者几种方式:(一)通过公安、市场监督管理、民政、税务、移民管理等部门或者其他政府信息公开渠道获取的信息核实客户身份……”

出了明确要求。随着国内金融业务发展创新及国际反洗钱标准的更迭,我国反洗钱监管也面临更多的挑战,完善反洗钱监管标准将有效提升我国洗钱风险防范的能力。

既往我国的客户身份识别模式未能充分体现“风险为本”的反洗钱监管理念,与国际反洗钱标准也存在一定差距,因此强调金融机构做好“穿透识别”的客户尽职调查工作具有相当的现实意义。反洗钱监管需要在防范利用金融体系从事洗钱等犯罪活动的基础上,提升金融服务效率,明确穿透识别代理关系的合理监管标准与监管方式尤为重要。

(编辑:姜沅伯)