

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2017.03.012

欢迎按以下格式引用:胡成胜,王莉.论衍生类型犯罪所得的没收规则[J].重庆大学学报(社会科学版),2017(3):97-103.

Citation Format: HU Chengsheng, WANG Li. On the confiscation rules of the derived type of proceeds of crime[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2017(3): 97-103.

论衍生类型犯罪所得的没收规则

胡成胜^{1,2}, 王莉³

(1. 中国人民大学法学院, 北京 100872; 2. 国家检察官学院, 北京 102206;

3. 西南政法大学刑事侦查学院, 重庆 401120)

摘要: 衍生类型的犯罪所得,指的是已经通过掩饰、流转,不再保持取得时的“原貌”,或者在“原貌”基础上衍生出新的财产性收益的犯罪所得。其包括替代所得、混合所得以及增值所得三种子类型。对于增值所得:若利用犯罪所得从事的投资经营活动本身具有违法性乃至犯罪性,则一律予以没收;反之,只能没收犯罪所得的直接收益。对于混合所得:如果是出于掩饰、隐瞒犯罪所得的目的把犯罪所得与合法财产相混合,则应当连同合法财产部分一并没收;反之,应当扣除其中的合法财产部分。由于原始或事后的原因导致犯罪所得的特定物没收不能时,应当替代没收犯罪人与犯罪所得价值相当的合法财产。

关键词: 犯罪所得;衍生类型;认定;没收规则

中图分类号:D294.35

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2017)03-0097-07

犯罪所得,是指犯罪人通过犯罪行为而牟取的财产性利益的增加以及自身财产应当减少部分的保持。认定及处置犯罪所得的实体法依据主要是中国刑法第64条所规定的内容,然而该条仅仅笼统地规定“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以……”。现实中源于犯罪类型的复杂性、现代财物形态的多样性以及市场经济的流通性,犯罪所得的认定并非一概清晰明了、简单易行。这主要是由于犯罪所得的存在状态并非一成不变的简单形态,而是纷繁复杂、形态多变。依据犯罪所得是否经过掩饰、流转,可以从大的方面将其划分为基本类型的犯罪所得和衍生类型的犯罪所得。前者是指尚未经过掩饰或者流转,仍然保持着取得时“原貌”的犯罪所得;后者是指已经通过掩饰、流转,不再保持取得时的“原貌”,或者在“原貌”基础上衍生出新的财产性收益的犯罪所得。基本类型的犯罪所得实践中认定和处置相对较为容易,然而衍生类型犯罪所得在理论和实践中都存在不少争议,争议的焦点大体可以归纳为两个方面:一是是否认定为犯罪所得;二是如何加以处置。本文即针对衍生类型犯罪所得的认定和处置规则展开研讨,以期合理合法地甄别和处置犯罪所得提供有益参考。

一、衍生类型犯罪所得的认定

依据犯罪所得来源的不同,大致可以将实践中常见的犯罪所得分为这样三种类型:(1)犯罪取得物,指

修回日期:2016-12-22

基金项目:西南政法大学2015年度校级科研项目青年项目“特别没收制度研究——基于刑事一体化的视角”(2015XZQN-30);2015年度重庆市人民检察院重点课题“网络金融犯罪案件法律适用疑难问题研究”(CQJCY2015B02)

作者简介:胡成胜(1985-),男,河南南阳人,法学博士,中国人民大学法学院与国家检察官学院联合培养博士后,重庆市人民检察院第四分院法律政策研究室干部,全国检察理论研究人才,主要从事刑法基本理论与实践研究,Email:huchengsheng2002@163.com;王莉(1984-),女,河南永城人,法学博士,西南政法大学刑事侦查学院讲师,主要从事刑法基本理论与实践研究。

的是行为人实施犯罪行为以前已经存在,行为人通过实施犯罪行为将其占为己有的财产性利益。例如,盗窃犯罪中的行窃人盗得的他人财物,赌博犯罪中的赌徒赢得的财物以及贿赂犯罪中的受托人索取或者收受的财物等。(2)犯罪报酬物,是指犯罪人由于实施了某种犯罪行为,而获取的作为相应报酬的财产性利益。例如,被他人雇佣实施特定犯罪行为者所取得的“佣金”,运输毒品犯罪者所获得的运输费用等。(3)犯罪创设物,即行为人实施犯罪行为以前并不存在,由于犯罪行为的实施而产生的特定财产性利益。例如,伪造货币犯罪中所伪造的货币,伪造文书犯罪中所产生的伪文书,生产伪劣产品犯罪中所制造的假冒伪劣产品等。

以上三种常见的犯罪所得类型有一个共同的特征,即自犯罪分子取得后尚未经过掩饰或者流转,仍然保持着取得时的“原貌”,我们将其称为犯罪所得的基本类型。此种基本类型的犯罪所得实践中较易认定,处置起来亦比较简单易行。

问题是,犯罪所得并非一概能够保持取得时的“原貌”,相反,出于种种原因被掩饰、流转从而不再保有取得时的“原貌”,而是衍生出新的财产性收益的情形在实践中时常发生。我们不妨将这种经掩饰、流转而衍生出的新的财产性收益称为犯罪所得的衍生类型。根据掩饰、流转的方式和掩饰、流转后所得状态的不同,此种衍生类型的犯罪所得又可以分为以下三种子类型,即替代所得、混合所得以及增值所得。

其一,替代所得。所谓替代所得,是指犯罪所得的原始形态由于流转、毁损等原因已经不复存在,但犯罪人仍然保有其替代价值的犯罪所得。比如,贿赂犯罪中受贿人事后变卖了其受贿得来的实物,取得相应的变卖价款,且由于法定或者事实的缘故,原始实物已经不可能追回,或者原始实物虽未经流转,但由于自然或者人为的因素已经灭失,而犯罪人又从中获得了相应抵偿款物。此等情况下,虽没收原物不能,但仍然可以将犯罪人实际取得的相应变卖价款以及抵偿款物视为原始所得的替代所得,属于犯罪所得的范畴,得以没收。

其二,混合所得。所谓混合所得,是指犯罪人为掩饰、隐瞒或者利用犯罪所得,将犯罪所得财产与自己或者他人的合法财产相混合后生成的新的混合财产。例如,犯罪人使用犯罪所得的现金与自己原来的合法存款购置的住房。值得强调的是,混合所得的认定应当是犯罪所得因与其他财产混合后失去与原态的同一性为标准,如果虽经混合但仍然保持着原态同一性,则依旧视为基本形态的犯罪所得。

其三,增值所得。所谓增值所得,是指前述各种类型的犯罪所得所产生的增值收益。例如,犯罪所得产生的自然孳息,犯罪人将犯罪所得钱财存入银行所得的利息等法定孳息以及犯罪人将犯罪所得用于合法经营活动所获得的红利等收益。此等增值收益,由于产生途径的合法性,将其没收恐生一定程度的质疑,但是由于其是在犯罪所得的基础上产生的收益,因此从根源上讲,仍然是犯罪这棵“毒树”所结的“恶果”,始终难逃非法的“宿命”。就现实而言,由于中国正处于经济社会的全面转型时期,各项法律制度尚不健全,许多不法经营者正是通过违法甚至犯罪活动来捞取“第一桶金”或者通过此种手段将“黑钱”洗“白”。倘若对此增值收益置若罔闻,显然留下抗治犯罪的漏洞,不利于经济社会的健康运行^①。因此,犯罪所得所产生的增值收益仍然应当是没收的对象^②。

二、增值所得的没收规则

关于增值所得的处置规则主要涉及两个问题:一是增值所得要不要没收;二是增值所得没收的范围有没有限制。前一个问题在上文实际上已经有所阐述,此处不再重复。这里需要重点研究的是增值所得的没收范围问题。对此我们认为应当分两种情况处理:若犯罪人利用犯罪所得从事的投资经营活动本身具有违法性乃至犯罪性,则一律予以没收;反之,只能没收犯罪所得的直接收益^③。这主要是基于文明社会的理性

①此外,中国刑法分则第191条明文规定了应当没收洗钱罪的上游犯罪所得产生的收益;分则第312条掩饰、隐瞒犯罪所得罪中亦明文将“犯罪所得及其产生的收益”规定为刑罚当罚的掩饰、隐瞒行为的对象。此两项规定意味着,中国刑法以分则个别罪的形式肯定了犯罪所得产生收益的非法性。倘若认为由犯罪所得产生的收益是合法的,不应当没收,显然与刑法分则的这两条规定相冲突。

②具体分析参见胡成胜、王莉《对犯罪所得增值部分要不要一律没收》(《检察日报》,2016年2月15日,观点版);王莉《刑法中的特别没收制度研究》(《西南政法大学博士学位论文》2013年第51页)。

③具体分析参见胡成胜、王莉《对犯罪所得增值部分要不要一律没收》(《检察日报》,2016年2月15日,观点版)。

治理之道的考虑,正如刑罚的正义理论早已摆脱“以眼还眼、以牙还牙、以命偿命”式的朴素观念而转向一种价值相当的理性报应一样,倘若对循环增值的所有收益一律剥夺,难免又回到了“以眼还眼”的野蛮时代。虽然把没收的对象限定在直接收益,客观上仍然留有犯罪人获利的余地,但这只能是理性抗治犯罪选择所不可避免的结果,正好比故意杀人者并非一定要被判处死刑的道理一样。

最后需要说明的是,即便本文主张对犯罪人利用犯罪所得从事合法投资、经营活动所获得的直接收益应当予以没收,也应当扣除经营活动中所支出的经营费用,至于犯罪人除犯罪所得外混合投入的合法财产以及此等合法财产所对应的收益比例,则更应当予以扣除。换言之,应当没收的直接收益,仅限于犯罪所得所对应比例的纯利润。理由是,没收直接收益的客观根据是合法投资经营活动成本的犯罪性,而不是合法经营行为本身。也就是说,此种情况下的没收反对的是拿犯罪所得作为成本进行投资经营,并不是反对从事合法经营行为。而合法财产的投入以及经费支出正是合法经营行为本身必不可少的构成元素,倘若对此也要没收,无疑是对合法经营行为的变相否定。当然,如果犯罪人是出于掩饰、隐瞒犯罪所得的目的从事“合法经营”活动,实质上是以合法形式掩盖非法目的的洗钱行为,仍然不具有实质合法性,对此行为理应加以否定,自然不存在扣除合法成本及费用支出的正当性。

三、混合所得的没收规则

混合所得因与本人或者他人合法财产相混合,已经失去与原态的同一性,因而,没收犯罪所得的原始内容已经不可能,但仍然可以就此混合财产进行没收。但是,由于混合财产中存在本人或者第三人的合法财产部分,若全部没收又会侵犯到犯罪人或者第三人的合法财产权,因此本文认为,混合所得的没收范围亦应当分为两种情况分别处理。

第一种情况:若是出于掩饰、隐瞒犯罪所得的目的把犯罪所得与合法财产相混合,则应当将混合财产连同其中的合法财产部分一并加以没收。理由是,掩饰、隐瞒犯罪所得本身就具有犯罪性,犯罪人或者第三人将自己的合法财产用于掩饰、隐瞒犯罪所得后,其合法财产也就因此而染上了犯罪的印迹,进而失去了原本的合法性,退变为供犯罪所用的本人财物,根据中国刑法第64条的规定,理应加以没收。或许有人会发出这样的质疑:中国刑法第312条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得及其犯罪所得收益要求行为人主观上必须“明知是犯罪所得及其产生的收益”。如此看来,本罪的构成主体不应当包括犯罪人本人,因为如若是本人,当然明知犯罪所得及其产生收益的性质,立法没有必要多此一举要求明知。也有人因此认为掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生收益的行为属于不可罚的事后行为。既然如此,在对混合财产没收时就应当扣除其中的属于犯罪人的合法财产部分,否则就是对犯罪人掩饰、隐瞒犯罪所得行为的变相惩罚。然而,笔者认为,刑法并不是不惩罚犯罪人掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的行为,只是鉴于犯罪人前后取得利益行为与掩饰利益行为所展现的主观恶性具有同一性和连续性,因而不冉对后者另立罪名处罚罢了。对于事后的掩饰、隐瞒行为,实际上仍然需要作为指向从严的情节评价在前行为的定罪量刑中,因为,事后的积极掩饰、隐瞒行为较之于没有掩饰、隐瞒的情况而言表现出行为人与刑法所保护价值的意志对立程度更深。否则,他人掩饰、隐瞒犯罪所得的行为需要遭受刑罚惩罚,而对与其危害程度相当且主观恶性更深的犯罪人本人掩饰、隐瞒行为却置若罔闻,显然不合乎常理。因此,对于此种情况的混合所得连同合法财产部分一并没收不存在任何问题^{[2]70}。

第二种情况:如果并不是出于掩饰、隐瞒犯罪所得的目的,而是为了利用犯罪所得或者其他合法原因造成犯罪所得与合法财产相混合,那么在对混合财产进行没收时就应当扣除其中的合法财产部分。原因是,特别没收作为犯罪的抗治手段,其适用应当以相关对象具有犯罪性为前提,对不关乎犯罪行为的合法财产妄加没收显然是对合法权益的不当侵犯。此种思想已经得到了包括中国在内的国际社会较为普遍性的认可。例如《联合国反腐败公约》第31条第5项的规定^④。就具体操作而言,出于保护合法财产权益的考虑,

^④该规定的内容是:如果这类犯罪所得已经与从合法来源获得的财产相混合,则应当在不影响冻结权或者扣押权的情况下没收这类财产,没收价值最高可以达到混合于其中的犯罪所得的估计价值。

也应当视具体情况适当处理:如果混合财产易于分割,则可以分割后,就犯罪所得的对应部分加以没收;如果强行分割会明显破坏其整体价值,则可以拍卖、变卖后,就价款中犯罪所得对应比例部分加以没收,其余部分仍应当退还犯罪人或者第三人;如果分割或者拍卖、变卖混合财产都会明显对犯罪人或者第三人的合法财产权益造成严重损害,则可以经犯罪人同意后,替代没收犯罪人与犯罪所得等额的其他合法财产^{[2]71}。需要特别说明的是,倘若混合所得是犯罪所得与善意第三人的合法财产相混合而生成的,没收时应当尽量保护第三人的合法权益。为此,在对混合财产拍卖、变卖时,应当赋予善意第三人优先购买权,假如拍卖、变卖混合财产将对第三人合法财产权益造成严重损害,第三人又无力行使优先购买权,且犯罪人亦没有其他合法财产可供替代没收,则可以就拍卖、变卖价款中应当没收部分对第三人所受损失给予适当补偿。原因是,特别没收所追求的目的重在对犯罪人犯罪得利的取缔,而不是国家对相关财产权益的获得,在取缔目的业已达成的前提下,无论是出于人道关怀还是国家的保护职责,国家权力都应当让位于公民的合法权益,而不应当将国库财富的增加建立在公民合法权益遭受损失的基础上。

四、特定物没收不能的没收规则

上文所述各项没收规则有一个共同的特征,就是犯罪所得都以有形的状态而现实存在。具体言之,犯罪所得的衍生类型虽然已经失去与原始状态的同一性,但要么仍然保有原始状态的替代财产(即替代所得),要么存在“变态”形式的犯罪所得(即混合所得),要么在原始状态的基础上增设新的不法收益(即增值所得)。总之,这些犯罪所得都以有形的状态而存在。本文出于表述的方便,将这些有形存在的犯罪所得统称为“特定物”。基于“任何人不得从犯罪中取得或享有利益”的正义思想,对此等“特定物”都需要加以没收。但是,源于财产性利益的多样性以及流转、变化性,犯罪所得并非始终都具有并保持着有形的状态,对于某些欠缺有形性的犯罪所得,如果不能尽数剥夺显然会留下犯罪仍旧有利可图的假象,但其存在状态的无形性又决定了不可能就“特定物”本身径行剥夺。同样出于表述的方便,本文将此等无形的犯罪所得统称为“特定物没收不能的犯罪所得”。本部分即针对此类情形的没收规则进行专门探讨。

(一)特定物没收不能的具体情形

特定物没收不能都是由相关的具体事由引起的,根据这些事由出现的时间先后,可以将其分为两种类型,即原始的没收不能和事后的没收不能。

所谓原始的没收不能,是指犯罪人通过犯罪行为所获得的财产性利益本身不适合没收。原始的没收不能主要是针对犯罪人通过犯罪行为所节约的正常情况下应当支付的费用而言,即前文所述的消极所得。例如,犯罪人节省的开支、使用的利益、享受的饮食、观赏的表演等。

所谓事后的没收不能,是指犯罪人通过犯罪行为获取的犯罪所得原本是具有有形性的“特定物”^⑤,但在案件裁判时已经不存在或者无法追查,因而不可能就此特定物没收。常见的造成事后没收不能的具体事由有:犯罪所得取得后被毁灭、流转且没有相应的替代财产;犯罪所得被犯罪人消费、丢弃;犯罪所得被掩饰、隐瞒无法追查;犯罪所得被相关人员非基于掩饰、隐瞒等非法目的与合法财产相混合,强制分割或者拍卖、变卖会明显对其中的合法财产的所有人造成严重损失。

(二)特定物没收不能的没收标的

既然是特定物没收不能,自然是无法针对特定物进行没收,但是,倘若“就此罢休”,不再加以剥夺,客观上又确实让犯罪人享受到了犯罪所带来的财产性利益。例如,对于特定物原始没收不能的情形,由于犯罪所得利益不具有有形性,自始无法没收,但在正常情况下,人们享用此等利益都需要支付相应的对价,然而犯罪人却通过实施犯罪行为无偿享用,因而节约了本应支付的费用。从这个角度讲,犯罪人实际上是获得了收益。又如,对于特定物事后没收不能的情形,犯罪所得虽经与合法财产相混合不宜没收,但犯罪人毕竟享有混合财产中的犯罪利益,即便犯罪所得被毁灭、丢弃实际上已经不为犯罪人所享有,但并不能因此否定

^⑤此处“特定物”与上文所言“特定物”含义相同。

犯罪人曾经通过犯罪行为取得犯罪所得的事实。诸如此等情形,倘若不加剥夺,显然留下抗治犯罪的漏洞,客观上难免会带来仿效效应。

为达到对犯罪人从犯罪中取得的财产性利益毫无遗留加以剥夺的正义目的,出现特定物没收不能的情形时,应当没收犯罪人与犯罪所得价值相当的合法财产。或许有人会发出这样的质疑:特别没收作为抗治犯罪的刑法手段,其所针对的是犯罪行为客观“害”的方面,就对象而言,特别没收只能适用于与犯罪具有密切关联性的财产性利益。然而,这里所主张的没收对象却是与犯罪无关的合法财产,如此,是否僭越了财产刑的功能,进而与特别没收的本质属性相冲突?对此,笔者认为,虽然将特定物没收不能的没收标的转向与犯罪没有直接关联性的合法财产,但是,没收的数额仍然是以应当被没收的涉案财产所具有的经济上可估算的价值作为标准。换言之,此种没收的标的虽未必是应当没收之原物,但其价额仍然要受到应被没收之标的价额的约束。在此意义上讲,此种没收的标的与犯罪行为仍然具有关联性^⑥。而财产刑的适用数额并不具有此种限定性,而是根据犯罪人主观“恶”的大小确定具体的数额。故,此种没收与财产刑虽标的相似,但仍存在本质性的差异。

事实上,特定物没收不能时,将没收标的转向与应当没收的犯罪所得价值相当的犯罪人合法财产的做法,在国际上已经得到了较大范围的认可。例如,德国《刑法典》第73条a所规定的“折价款的追缴”^⑦、日本《刑法典》第19条之二所规定的“追征”^⑧以及俄罗斯《联邦刑法典》第104-2条规定的“没收金钱代替没收财产”^⑨,其标的都是犯罪人的合法财产,而没收的根据都在于应当没收的特定犯罪所得因种种事由没收不能,且没收的数额都必须以应当被没收的特定犯罪所得之相当价值为限。除此之外,1988年联合国《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第5条同样规定了“犯罪价值没收”,即针对犯罪所得赃物灭失或者无法追查的情况下,没收价值相当于犯罪所得的合法财产^[3]。

(三)特定物没收不能的价值计算时点

特定物没收不能时没收犯罪人的合法财产,其实质是以犯罪人的合法财产替代没收不能的犯罪所得加以没收,因此犯罪人合法财产的没收数额应该与应当没收而又没收不能的犯罪所得的价值相等。然而,在市场经济条件下,物品的市场价值会随着时间而变化而存在差异。那么,在确定没收的数额时,究竟应以何时点为准计算,成为特定物没收不能时没收规则的核心问题。

关于此问题,目前理论界颇具争议,主要存在犯罪行为时说、裁判时说、执行时说、没收不能事由发生时说以及个别化说五种具有代表性的观点^⑩。仔细考究起来,上述任何一种观点都不可避免地存在或多或少的缺陷或漏洞。例如,依据犯罪行为时说,对于犯罪所得获得后价值增长的,其增加的价值无法剥夺,如此

^⑥参见李锡栋《(中国)台湾地区没收不能时决定追征价额之标准》(2012年重庆大学法学院“两岸刑事法学论坛”)。

^⑦《德国刑法典》第73条a:“由于取得物的性质或其他原因致使不能追缴某一特定物,或者不能追缴第73条第2款第2句的规定的替代物的,法院可命令将取得物折抵为适当价款予以追缴。如被追缴的物品的价值低于最初的取得物的价值,法院除命令追缴该物外,还可命令追缴差价。”(《德国刑法典》(2002年修订),许久生、庄敬华译,北京中国方正出版社2004年版第39页)

^⑧《日本刑法典》第19条之二:“前条第1项第3款和第4项所列之物的全部或者一部分不能没收时,可以追征其价款。”(《日本刑法典》(第2版),张明楷译,北京法律出版社2006年版第13)

^⑨《俄罗斯联邦刑法典》第104-2条:“如果本法典第104-1条所列财产中的特定物品,由于使用、变卖或其他原因而在法院作出没收该物品的判决时已经不可能没收,则法院应当作出判决,没收与该物品价值相当的金钱。”(《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀译,北京大学出版社2008年版第47页)

^⑩犯罪行为时说认为,行为人是因犯罪行为而获得利益,自然应当是犯罪行为当时的价额确定应当没收的数额。裁判时说认为,物价时有涨落,为防止犯罪者保有不法利益,应以没收裁判时的价额为准。执行时说认为,对犯罪人合法财产的没收原为原物无法没收的代替处分,自应以执行没收时计算。没收不能事由发生时说认为,没收的价额应为现实的卖出价格,并非取得时的市场价格。因为特定物没收不能时的没收并非损害赔偿,而是基于不使犯罪行为人为保有不正当利益的精神,应以其现实取得者为剥夺目标。个别化说认为,其他各说均无法达成不允许犯罪行为人为保有犯罪利得的没收目的。例如,依犯罪行为时说无法剥夺犯罪后增加的价值;以裁判时说,诸如贿赂因无偿赠与或消费等原因已不存在时,完全欠缺剥夺的对象而不得没收。故为了符合剥夺犯罪者利益之旨意,没收价额的计算基准时无须一律固定,应依案例选择相应之标准。例如:(1)收受汽车经使用产生折旧,除没收车外,折旧部分依取得时说没收。(2)收受股票后见价格适当变卖时,依没收不能时说。(3)以特别低廉价格取得股票、土地,迄裁判时仍保有时,因为受让时与裁判时的差额利益已经享受,此部分应予没收而宜采裁判时说。参见李锡栋《(中国)台湾地区没收不能时决定追征价额之标准》(2012年重庆大学法学院“两岸刑事法学论坛”)。

就给犯罪人留下了享受犯罪利益的空间;依据裁判时说,裁判时犯罪所得的价值还可能发生变化,但此时应当没收的犯罪所得“原物”已经不存在或者脱离犯罪人的控制,若“原物”价值增加,其增加的部分犯罪人并没有享有,若“原物”价值减少,其减少的部分已经被犯罪人享有。因此,按照裁判时说,没收价值增加的部分显然是对犯罪人不合理的负担,不没收价值减少的部分亦存在对犯罪所得的剥夺遗漏;执行时说的缺陷更大,因为没收作为刑法抗治犯罪的手段,它的严厉性决定了其执行必须以依法作出的生效裁判为依据,若裁判时不能确定没收的数额,而留待执行时确定,显然欠缺执行的正当根据且存在程序上的非正义性;依据没收不能事由发生时说,如果犯罪所得获得后价值减少,对于减少的部分将无法没收,又给犯罪人留下享有犯罪利益的空间;依据个别化说,虽然能够有效避免其余各说的弊端,但将使犯罪的法律后果陷入不安定的不可预测状态,有违罪刑法定原则的宗旨。

既然每一种主张都存在不可避免的弊端,我们只有选择一种最不坏或者最接近合理性的观点作为特定物没收不能时没收价额的计算标准。经过对比,本文坚持犯罪行为时说。理由是:第一,从特别没收的处分根据角度考察,特别没收作为刑法抗治犯罪的手段,类比行为与责任同时存在的原则,特别没收的适用必须紧扣犯罪行为客观“害”的方面,犯罪行为的客观“害”虽然可能会初露于犯罪行为前,延续到犯罪行为后,但必须以集中展现在行为中的部分为标准。因此,量定特别没收的范围必须着眼于犯罪行为时才具有正当根据,将没收的价额限定在犯罪行为外的任何时点,都是对于这一正当根据的偏离^[4]。第二,从犯罪所得利益剥夺效果的角度考察,将没收的价额量定在犯罪行为时的犯罪所得状况,可以有效避免对犯罪所得取得后价值减少部分的剥夺遗漏,因为减少的部分毕竟曾经被犯罪人不法享有,理应加以剥夺。至于在犯罪所得取得后价值增加时,是否会存在剥夺遗留的问题,不可一概而论。倘若此种增加部分是由犯罪所得衍生的自然孳息、法定孳息或者是犯罪人利用犯罪所得进行投资经营所获得的增值收益,由于是犯罪行为客观“害”的延续,因此可以作为增值收益,适用前述增值收益的没收规则加以剥夺。倘若此种增加部分是在市场经济价格规律影响下自然产生的,即便犯罪人曾经享有过该增加价值,但它毕竟没有转化为独立形式的新利益,而且就现实而言,这种增加的价值也已经随着犯罪所得的灭失而不存在或者无从考量。所以,对于此种情况,即便没收时有所残存,也是刑法在迫不得已情况下的谦抑选择。更何况,对于原始没收不能的情况而言,由于犯罪所得具有即时性,即在被犯罪人享用完毕后即已不存在,之后的价值增减对犯罪人来说都不再有任何实际意义,没收时当然也没有考虑的必要性。第三,从司法可操作性的角度考察,由于犯罪所得已经不存在,其具体状况无从考究,因此无论以裁判时、执行时,还是以没收不能事由发生时为标准时点,犯罪所得的具体价值恐怕都难以估量,坚持这些标准无疑徒增司法鉴定的困难。所以,只有选择犯罪行为时说,以犯罪所得在犯罪行为时的原始状况为标准,才具有现实的可操作性^⑩。^[5]

五、结语

现实中的犯罪所得常常与犯罪人的合法财产混杂在一起,犯罪人为了洗白犯罪所得而将其流转或者通过合法经营活动加以掩饰、隐瞒的情形亦是甚为常见,要想在复杂多变的财产形态中严格区分且恰当处置犯罪所得,还需要把握以下两个方面的特征。

第一,所得来源的犯罪性。犯罪所得是犯罪行为的“副产品”,它必然依附在犯罪之上,与犯罪有着密不可分内在联系,这种内在联系表现在:犯罪所得要么是犯罪行为本体的构成元素,要么是通过犯罪行为所取得,要么是经由犯罪行为而创设。总之,犯罪所得必须来源于犯罪,或者因犯罪而得,或者由犯罪而生。犯罪所得此项特征的意义主要表现在两个方面:其一,是将犯罪所得与犯罪人的合法财产区分开来。严格坚持所得来源的犯罪性,意在避免特别没收的对象超越非法的范围,殃及犯罪人的合法财产,进而破坏特别

⑩需要说明的是:特定物没收不能时的没收标的毕竟是针对犯罪人的合法财产,基于刑法的人道主义,在就犯罪人的财产替代没收时,应当为犯罪人个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。犯罪分子不能一次全部缴纳的,应当允许其分期缴纳;如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的,可以酌情减少或者免除。同样,基于民事赔偿优先的原则,特定物没收不能时被判判处替代没收其合法财产的犯罪人,如果同时承担有对被害人的民事赔偿责任,其财产不足以全部支付的,应当先承担对被害人的民事赔偿责任。

没收的本质属性。其二,是将犯罪所得与一般的违法所得区分开来。鉴于部门法之间的不同分工以及刑事司法资源的宝贵性,对于来源于一般违法行为的违法所得,切不可纳入特别没收的剥夺范围。

第二,所得形式的经济性。犯罪所得限于财产性利益,在形式上应当具有经济性。强调犯罪所得经济性的意义,一方面在于将犯罪人通过犯罪行为牟取的非经济性利益排除在特别没收的对象之外,比如犯罪人通过行贿手段得到的子女违规入学机会,显然不能成为特别没收的剥夺对象;另一方面在于准确辨析应当没收的所得利益的不同存在形态,这是因为:其一,经济性意味着犯罪所得具有可流通性。假如犯罪人为掩饰、隐瞒犯罪所得将其转移、流转给第三人,仍然保有追及没收的可能性。其二,经济性意味着犯罪所得具有可增值性。假如犯罪人将犯罪所得用于合法经营活动进一步谋得衍生利益,或者犯罪所得由于法定或者事实原因产生增值收益,同样可以纳入特别没收的对象范围。其三,经济性意味着犯罪所得具有可替代性。假如犯罪所得由于犯罪人挥霍、毁损等原因已经灭失,仍然可以没收犯罪人相当价值的财产作为替代。其四,经济性意味着犯罪所得具有可计量性。源于现代财产利益形态的多样性,犯罪所得的内容中除了具有实物形态的财物外,尚有金融凭证、有价证券等权利形态以及具有事实上使用可能性的利益,比如通过受贿得到的房屋的居住或者子女违规免费上学等,这些犯罪所得都可以转化计量为相当价值的财产予以没收^[6]。

参考文献:

- [1] 张明楷. 论刑法中的没收[J]. 法学家, 2012(3): 50-70, 177.
- [2] 王莉. 刑法中的特别没收制度研究[D]. 重庆: 西南政法大学, 2013.
- [3] 李长坤. 刑事涉案财物处理制度研究[D]. 上海: 华东政法大学, 2010.
- [4] 金光旭. 日本刑法中的不法收益之剥夺 以没收、追缴制度为中心[J]. 钱叶六, 译. 中外法学, 2009(5): 780-792.
- [5] 王文轩. 论刑法中的追缴[J]. 人民检察, 2002(5): 5-7.
- [6] 刘清生. 论刑事违法所得的认定与追缴[J]. 湖南社会科学, 2009(2): 51-57.

On the confiscation rules of the derived type of proceeds of crime

HU Chengsheng^{1,2}, WANG Li³

(1. Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, P. R. China;

2. National Prosecutors College of P. R. C, Beijing 102206, P. R. China;

3. Criminal Investigation School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

Abstract: The derived type of proceeds of crime is the proceeds of crime that no longer maintain their “original” appearance when acquired after being disguised or transferred, or a new property derived from the “original” proceeds of crime. It includes three subtypes: alternative income, mixed income and value-added income. For the value-added income: if the investment and business activities the offender engages using the proceeds of crime are illegal or even criminal in itself, it should all be confiscated; on the contrary, only the direct benefits of the proceeds of crime should be confiscated. For the mixed income: if the offender or a third person mixes the proceeds of crime with legitimate property for the purpose of disguising or concealing the proceeds of crime, then the mixed property should be confiscated including the legal part; on the contrary, the legal part should be deducted. When the specific proceeds of crime cannot be confiscated due to original or afterwards causes, the offender’s legitimate property equivalent to the proceeds of crime should be confiscated alternatively.

Key words: proceeds of crime; derived type; identification; confiscation rules