

刑事涉案财物处置：从实体基础到教义展开

阎二鹏, 马光远

(海南大学 法学院, 海南 海口 570228)

摘要: 中国刑事涉案财物处置的实践争议频发, 需要理论予以解答。以《刑法》第64条为制度依据, 其条文设置与德国、日本、韩国及中国台湾地区均有重大区别, 因而不能因循“德系”教义体系, 需要跳出“刑罚-保安处分”的分析框架。刑事涉案财物处置制度的教义建构需要从实践争议出发, 重点考察该制度在中国司法运作中的实际功能——刑事案件中附带处理对财物的民事法与行政法评价。这源于中国司法程序所采取的“刑事中心主义”。基于此认识, 《刑法》第64条的制度设计系“前置法衔接说”。根据“前置法衔接说”, 《刑法》第64条内含三个优先级不等的规范目的: 第一, 修复被违法行为破坏的民事法益; 第二, 在行政处罚的意义上, 维护行政秩序; 第三, 象征性地确证刑法规范。基于此, 对刑事涉案财物处置在实践中的主要争议如部门法属性、实施主体、追缴的法律性质、违法所得的范围、供犯罪所用的本人财物的范围等, 都能够在“前置法衔接说”的框架下予以说明, 继而作出合乎中国条文与司法实践的解释方案。

关键词: 刑事涉案财物处置; 《刑法》第64条; 保安处分; “前置法衔接说”

中图分类号: D924.3 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2023)04-0085-13

The Disposal of Criminal Referring Property: From the Substantial Basis to Dogmatic Details

YAN Erpeng, MA Guangyuan

(Law School, Hainan University, Haikou 570228, China)

Abstract: The practical disputes over the disposal of criminal referring property in China are frequent and require theoretical answer. Based on Article 64 of *Criminal Law*, its provisions are significantly different from Germany, Japan, South Korea and Taiwan of China. Therefore, it can't follow the doctrine system of Germany and has to jump out of “penalty-security measures” analytical framework. The doctrinal construction of the criminal referring property disposal system needs to start from practical disputes, focusing on the actual function of the system in the judicial operation of China—the evaluation of the civil law and administrative law of the incidental handling of property in criminal cases. This is rooted in the “criminal centrism” adopted by China's judicial procedures. Based on this understanding, the system design of Article 64 of *Criminal Law* is the “theory of prerequisite-law connection”. According to the “theory of prerequisite-law connection”, Article 64 of *Criminal Law* contains three normative purposes with varying priorities: firstly, to repair the civil legal benefits damaged by illegal acts; secondly, to maintain administrative order in the sense of administrative punishment; thirdly, to symbolically confirm the criminal law norms. Therefore, the main disputes in the practice of the disposal of criminal referring property, such as the nature of the departmental law, the subject of implementation, the legal nature of recovery, the scope of illegal income, the scope of personal property used for crime, etc., can be explained in the “theory of prerequisite-law connection”, then an interpretation plan that conforms to China's provisions and judicial practice can be made.

Key words: disposal of criminal referring property; Article 64 of *Criminal Law*; security measures; “theory of prerequisite-law connection”

收稿日期: 2023-03-19

基金项目: 2019年度国家社科基金一般项目“新型网络犯罪对传统刑事法理论的突破与应对研究”(19FBX062)

作者简介: 阎二鹏, 男, 海南大学法学院教授、博士生导师; 马光远, 男, 海南大学法学院刑法专业博士研究生, 金融刑法研究中心研究员。

一、问题提出

以《中华人民共和国刑法》(简称《刑法》)第64条为基础的刑事涉案财物处置制度存在各类实践争议,且争议所指向的理论基础具有多元性,而现有理论未能给予有效解答。

(一) 实践争议

《刑法》第64条的适用争议集中于各类措施的部门法属性、实施主体、追缴的法律性质、违法所得的范围、供犯罪所用的本人财物的范围等问题上。

1. 部门法属性

刑事涉案财物处置制度规定在实体法中,但并不意味着《刑法》第64条无可争议地属于实体法规范,因为刑事实体法与刑事程序法立法内容相互“僭越”的情况并不鲜见。例如,认罪认罚从宽制度被规定在程序法中,但该制度显然也具有实体法内涵;^①又如,追诉时效制度规定在实体法中,但也有学者主张其具有程序法性质;^②再如,《刑法》第48条规定,死刑除依法由最高人民法院判决的以外,都应当报请最高人民法院核准,又显然是由实体法规定程序制度。甚至有学者专门撰文探讨刑法中的程序性条款。^③总之,实体与程序交错规定的情形并不少见,不应将“《刑法》第64条必须是实体法规范”作为先验前提。

如果承认《刑法》第64条的一种或几种措施具有程序法性质,那么其措施就不再是实体性的终局评价,而可能是辅助刑事实体法作出最终评价的程序性、中间性措施。这一分歧体现于“追缴”的部门法属性争议:^④若认为追缴属于程序法制度,那么公安机关、检察机关、人民法院都可以对涉案财物进行追缴。同时,如果以上机关单位都具有追缴之权能,那么追缴就不是终局性的司法裁判,而是推进刑事诉讼活动的程序性、过渡性措施。高铭喧教授主编的《刑法学》认为《刑法》第64条具有推进刑事诉讼程序的作用,^⑤即契合此观点。但更普遍的观点是,刑事涉案财物处置制度属于实体法规范。如果认可

这一观点,那么《刑法》第64条的一种或几种措施就会具备实体法评价的终局性特征,继而引起其究竟属于“刑罚”^⑥还是“保安处分”^⑦亦或“第三种独立机制”^⑧的争议。

2. 处置权属性

由于涉及财产权益处分,有学者认为刑事涉案财物处置制度的实施主体具有事实上的裁判权能。^⑨ 侦查机关、检察机关的确在事实上行使裁判权:第一,在刑事案件中,涉案财物的归属并非不言自明,即便财物所属明确,也可能涉及具体的份额分配,因而需要依靠权力机关的强制力对私人财物进行处分。第二,这一裁量权具有事实上的终局性,因为《中华人民共和国国家赔偿法》第18条规定的国家赔偿范围纳入了行使侦查、检察、审判职权的机关错误处分刑事涉案财物的赔偿责任,即排除行政诉讼的救济途径。换言之,侦查、检察与审判机关处分刑事涉案财物的行为都会被视为司法行为而不可诉,所以侦查、检察与审判机关的行为各自具有终局性。

实务界则对裁判权的定位有所质疑,其论证逻辑是:《刑法》第64条对没收对象的表述是“犯罪分子违法所得的一切财物”,由于“犯罪分子”的定性以审判结论的作出为前提,而刑事审判职能专属于法院,“收缴犯罪分子违法所得的一切财物”只能是法院的专属权能。因此,刑事涉案财物的处置权能是裁判权,其主体不应当包含侦查、检察机关。^⑩ 例如,被害人甲举报乙“一房二卖”,诈骗巨额钱款,而乙的买卖全程交由丙办理。公安机关在侦查过程中掌握了一定的证据,于是要求丙及时将“赃款”退还给被害人,丙照做,事后却发现系“错案”。按照前述逻辑,公安机关事实上行使了处置财物的“裁判权”。在公安系统内部,这一“裁判权”甚至曾有明确的规范根据:1998年公安部第35号令《公安机关办理刑事案件程序规定》(现已失效)第220条

① 参见苗生明、周颖:《认罪认罚从宽制度适用的基本问题——〈关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见〉的理解和适用》,载《中国刑事法杂志》2019年第6期,第3页。

② 参见袁国何:《论追诉时效的溯及力及其限制》,载《清华法学》2020年第2期,第61页。

③ 参见赵运锋:《论刑法条文中的“程序性要素”》,载《法学》2021年第7期,第130-142页。

④ 参见王利荣:《涉黑犯罪财产之没收与追缴》,载《中国刑事法杂志》2011年第5期,第40页;张磊:《〈刑法〉第64条财物处理措施的反思与完善》,载《现代法学》2016年第6期,第124页。

⑤ 参见高铭喧主编:《刑法学》,北京大学出版社2019年版,第241页。

⑥ 参见黄荣坚:《基础刑法学(上)》(修订版),台湾元照出版有限公司2006年版,第101页。

⑦ 参见张明楷:《论刑法中的没收》,载《法学家》2012年第3期,第56页。

⑧ 参见吴耀宗:《德国刑法追徵(Verfall)制度之研究》,载《刑事法杂志》2001年第3期,第1页。

⑨ 参见胡成胜:《我国刑法第64条“没收”规定的理解与适用》,载《河北法学》2012年第3期,第162页。

⑩ 参见朱燕翼、欧阳拥军:《〈刑法〉第64条有漏洞》,载《中国律师》2000年第5期,第44页。

第1款规定,对犯罪嫌疑人违法所得的财物及其孳息,应当依法追缴;第2款则规定,对被害人的合法财产及其孳息,应当在登记、拍照或者录像、估价后及时返还。

3. 追缴的权力性质

现行刑法(包括单行刑法)和司法解释(包括司法解释性文件)均有规定“追缴”措施,但这一概念有时被认为是终局性的实体性结论,有时也被认为只具有中间性的程序性意义。^①例如,《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第23条规定,“在办理走私犯罪案件过程中,对发现的走私货物、物品、走私违法所得以及属于走私犯罪分子所有的犯罪工具,走私犯罪侦查机关应当及时追缴,依法予以查封、冻结”以及“人民法院在判决走私罪案件时,应当对随案清单、证明文件中载明的款、物审查确认并依法判决予以追缴、没收”,其中出现的两处“追缴”在内容上大相径庭,前者指的是在刑事诉讼活动中,以“追缴”的强制手段控制住财物,留待法院审判以决定其归属;后者使用的“追缴”似乎又具有终局性的处分意义,即将财物永久性收归国库,约等于“没收”。在《刑法》中也存在多处矛盾用法,例如《刑法》第53条使用的“追缴”有永久性收归国库之意,暗示该措施的终局性——“对于不能全部缴纳罚金的,人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产,应当随时追缴”。《刑法》第64条对“追缴”的规定则既包含“追缴财物”以备后续处理,又提及“追缴罚金”的终局性处理。“追缴”与“没收”的概念纠葛还可能因刑法分则用语的不规范而平添混乱,例如《刑法》第191条规定:“为掩饰、隐瞒毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益的来源和性质,有下列行为之一的,没收实施以上犯罪的所得及其产生的收益……”《刑法》第191条规定的“没收”不同于总则的“特殊没收”,因为即便是洗钱犯罪,涉案财物也不可能一律没收,收归国库,而是需要遵循民事经济赔偿优先的原则,返还被害人、责令退赔,优先保护被害人、第三人的正当民事权利,因而只能通过补正解释对该条文的真实内涵进行纠正。

《刑法》条文和司法解释(包括司法解释性文

件)的用语均无法清晰分辨“追缴”和“没收”的含义;“追缴”似乎既有中间性,又具有终局性。实际上,理论界在此问题上同样莫衷一是,例如,有学者将追缴定义为强制措施,认为“追缴是指依法剥夺犯罪分子因犯罪所得的一切财物,实现向国库转移,使犯罪分子的财产状况恢复到实施犯罪之前状态的刑法强制措施”。^②但是,这一解读存在逻辑缺陷:首先,“刑法强制措施”的概念内涵不明,缺乏理论依据;其次,即便按照程序法理,强制措施也是服务于刑事诉讼的手段,^③而非刑事评价之终局结论,更不会被作为刑罚的执行方式以实现罚金刑的适用。

4. 违法所得的范围

《刑法》第64条规定的“没收违法所得的一切财物”,同样缺乏明确边界。

首先,对于违法所得中的“法”是否局限于刑法,一直存在争议。“违法所得”的概念在《刑法》《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)和诸多行政性法律上都有规定。在刑民交叉或由刑事犯罪导致民事责任的场合下,“法”的范围更是实质性地决定了“违法所得”的范围。例如,甲与其100%持股的乙公司存在人格混同的情形,乙公司拖欠债务,同时,甲因职务侵占罪受到刑事指控。因侦查之推进,甲与乙人格混同的情形方为人知。《中华人民共和国公司法》第20条第2款规定:“公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。”该条第3款规定:“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”此时,甲利用人格混同侵占公司财物、逃避债务的行为在刑事和民事上呈现出不同的评价:在民事上,“违法所得”既包括其不法侵占的公司财物,也包括甲所逃避的债务;在刑事上,甲的“违法所得”仅仅是其侵占公司财物的数额。此时,刑事涉案数额和民事涉案数额并不一致。

其次,涉及财物自然增值、投资所得时,“违法所得”的范围界定也较为困难。根据司法解释性文件,法条中表述的“违法所得的一切财产”不仅包括行为人直接控制的违法所得,还包括直接违法所得的自然增值。例如,2006年颁布的《人民检察院扣押、冻结款物工作规定》第2条第2款规定:“犯罪嫌疑人

^① 参见李长坤:《刑事涉案财物处理制度研究》,华东政法大学2010年博士学位论文,第49页。

^② 刘清生:《论刑事违法所得的认定与追缴》,载《湖南社会科学》2009年第2期,第53页。

^③ 参见陈光中主编:《刑事诉讼法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第224-225页。

人、被告人实施违法犯罪行为所取得的财物及其孳息属于违法所得。”2010年颁布的《人民检察院扣押、冻结涉案款物工作规定》继续沿用了该定义。两份指导性文件虽已失效,但其定义仍可视为最高人民法院、最高人民检察院对“违法所得”的实质理解。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第2条规定:“……受贿数额按转让行为时股份价值计算,所分红利接受贿孳息处理……”这是因为,孳息收益完全脱离犯罪分子的个人劳动,对之进行“特殊没收”合乎情理。例如,行为人盗取他人巨额金钱后存款所得的利息,或非法占有他人房屋后出租而得的租金。按照“任何人不得从其违法行为中获利”的法谚,^①将孳息理解为“违法所得”在一定程度上有利于消除犯罪分子的获利动机,也符合正义观念,是对《刑法》第64条中“违法所得”内涵的合理扩张。在经济犯罪中,这一理念也得到了实践部门的响应,例如,河南省众多机关部门在宣传《防范和处置非法集资条例》时,提出“任何人都不能从非法集资中获利”的理念。^②可以看出,对孳息的没收并无争议。但是,《最高人民法院关于刑事裁判涉部分执行的若干规定》第10条第1款规定:“对赃款赃物及其收益,人民法院应当一并追缴。”相比于孳息,“收益”一词更具有模糊性,也更多地融入了运气之外的劳动因素。例如,行为人以违法行为的直接所得进行经营性活动,通过长年累月的劳动付出,获益丰厚。此时,原始资本与当下收益之间的因果链条较长,如果一刀切地予以没收,不仅数额评估不准确,还会导致对犯罪分子的惩罚过于苛刻。

最后,当违法所得进入市场后,涉及第三人利益时,一律没收容易损害无辜者的经济利益。这样的“追赃”难题古已有之:明朝万历年间,张居正去世后抄家。但时过境迁,赃款早已被用来购买田地,租与他人耕种,其购置的产业也进入市场流通环节,一旦追究过严,很容易损害无辜者的经济利益。彼时的司法机关只能以“情理”为标准来评估赃款数额。^③在现代社会,市民的经济关系更为复杂,类似的实践困境也更难解决。例如,在持续进行的扫黑

除恶运动中,黑恶势力需要稳定的经济来源,因此往往依附于庞大的产业,司法机关据此提出了具有针对性的“打财断血”策略。但是,因为经济关系的复杂性,即便是“黑产”,也往往与合法的商业参与者具有紧密关系,此时,不加区分的打击方式并不利于商业社会的稳定。例如,甲利用违法所得与乙共同创办A公司,各占股50%。案发后,若没收甲的全部股份,且无法在司法拍卖环节妥当处置财物去向,那么乙很容易变成无辜受害者。司法解释性文件同样意识到了该问题,但并未推出具体的操作规则,例如,《最高人民法院 最高人民检察院 公安部办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》原则性地规定,对于涉案财产的来源、性质需清楚辨别,防止侵害被告人和第三人的合法财产利益。

5. 供犯罪所用的本人财物的范围

“供犯罪所用的本人财物”界定不当导致被告人不服判、不息诉的案例比比皆是,例如,在“宁立红走私、贩卖、运输、制造毒品案”(简称“宁立红案”)中,河南省驻马店市中级人民法院作出判决,对涉案财物作出如下处置:“扣押的一辆豫Q×××某某号小型汽车、一台电子秤、四包毒品,由扣押机关依法予以没收,上缴国库。”^④而由于对法庭依据《刑法》第64条没收车辆的判决不服,当事人决定上诉,并且获得二审法院支持。本案中被告人的上诉理由是,该小型汽车并非专用于犯罪,不应解释为“供犯罪所用的本人财物”。然而,司法实践更倾向于扩大化理解“供犯罪所用的本人财物”的范围,例如,在“张豪非法提供秘密案”(简称“张豪案”)中,法院判决对“作案工具ZIP机一台、诺基亚手机一个、金色苹果6手机一个(均存于贵安新区国家安全局)”予以没收,上缴国库。^⑤如果遵循“宁立红案”二审法院的逻辑,那么“张豪案”中作案用的手机也并非专用于犯罪。实际上,小到杀人用的菜刀、绑架罪用的绳子,大到制造毒品用的设备,就固有属性而言,几乎任何犯罪工具都并非专用于犯罪。因此,“专用于犯罪”的标准既不清晰,也缺乏可操作性。有学者因此认为,对“供犯罪所用的本人财物”进行没收的规定不具有可持续性,应予废除。^⑥

^① 因古代西方刑民不分的历史,这句话也常被引为“任何人不得从其犯罪行为中获利”。

^② 参见段伟荣:《“任何人都不能从非法集资中获利”——我省开展防范非法集资集中宣传活动》,载《大河报》2021年6月19日,第A106版。

^③ 参见[美]黄仁宇:《万历十五年(增订纪念本)》,中华书局2006年版,第30页。

^④ 参见河南省驻马店市中级人民法院(2020)豫17刑终234号刑事判决书。

^⑤ 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2016)黔01刑初41号刑事判决书。

^⑥ 参见张明楷:《论刑法中的没收》,载《法学家》2012年第3期,第55页。

除了三个主要争议,另有一些相对次要的争议,包括责令退赔的范围、几种措施的适用顺序、实施主体的范围等。客观来看,刑事涉案财物处置制度的适用几乎无一处不存在争议,而且各类争议所指向的教义实体缺乏共通的理论基础,呈现出多元特征。

(二) 理论供给不足

刑事涉案财物处置制度最核心的条文基础是《刑法》第64条,但学界对该条的实体基础研究不足,难以应对实践需求。以普及性最高的刑法学教科书为例,在高铭暄教授主编的《刑法学》中,对刑罚一章的行文从《刑法》第63条的减刑规则“跳跃”至第65条的累犯规则,唯独缺乏对第64条刑事涉案财物处置制度的讨论。^① 张明楷教授的《刑法学》以同样的方式“跳过”该条,没有为其留出足够的篇幅,^②而只是在保安处分部分对其中的“特殊没收”制度着墨较多。^③ 以刑事涉案财物处置为主题的专著仅有三本,包括《刑事诉讼涉案财物处置程序研究》^④《刑事涉案财物处置程序》^⑤及《刑事涉案财物处置的法律机制研究》^⑥,其中涉及《刑法》第64条实体法性质的专著则仅有《刑事涉案财物处置的法律机制研究》一本,但作者的关注点较为分散,未对《刑法》第64条的整体内涵进行检视。就期刊文章而言,除个别文章外,^⑦其余主要文献或关注程序分析,^⑧或关注立法完善,^⑨同样缺乏解释论上的整体考察。

或许是因关注不足,学界对刑事涉案财物处置的实体基础所形成的共识有限:学界关注的重心限于将《刑法》第64条规定的“特殊没收”与作为附加刑的没收财产刑作比较和辨析,且普遍认为《刑法》第64条规定的“特殊没收”不属于刑罚,且不是独立的刑种。^⑩ 例如,高铭暄教授主编的《刑法学》将刑法第64条规定的“没收”定性为行政性的强制措

施,^⑪但行政强制措施具有临时性和手段性,^⑫与《刑法》第64条“没收”的终局性明显不同。高铭暄教授同时认为,追缴刑事涉案财物是取证的过程,还属于刑事诉讼程序之一部分。^⑬ 问题是,在基本法理中,行政权与司法权泾渭分明,虽然两种权能所属之主体可能发生重合(例如公安机关同时扮演着行政与司法角色),但就权力性质来说,不能将一制度既视作行政权能,也视作司法权能,否则会面临较大的结构性问题。以国家赔偿为例,在中国,行政行为可诉,但司法行为不可诉,如果不对制度属性作出清晰的界定,理论上的影响是教义建构不清晰,实践中的影响则是当事人救济途径的差别。另一问题是,即便学者对刑事涉案财物处置制度持鲜明的立场,也无法贯彻至具体规则中,存在理论基础与解释规则脱节的现象。例如,主流观点强调《刑法》第64条规定的“特殊没收”制度属于保安处分。^⑭ 然而,保安处分不同于刑罚,其更强调对行为人再犯罪的预防。^⑮ 但论者得出“特殊没收”属于保安处分的论断之后,只是依据保安处分的基础性质,对“特殊没收”的对象范围进行解释,却未考察“违法所得的一切财物”“违禁品”“供犯罪所用的本人财物”之于保安处分的制度需要是否确有实际价值。

与学界缺乏关注、共识较少形成鲜明对比的是,司法实践中的大多数刑事案件都涉及刑事涉案财物处置问题。鉴于目前的研究困境,笔者认为,《刑法》第64条的讨论方向是:第一,不因循德国、日本教义体系将研究对象限于“特殊没收”,而是回归刑事涉案财物处置制度的整体,在归纳《刑法》第64条整体规范目的的基础上阐释其中的局部用语;第二,关注《刑法》第64条的本土属性,尤其是其在司法实践中所发挥的真实功能;第三,不将思路限制在“刑

① 参见高铭暄主编:《刑法学》,北京大学出版社2019年版,第255-256页。

② 参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第727页。

③ 参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第824页。

④ 参见何永福:《刑事诉讼涉案财物处置程序研究》,社会科学文献出版社2020年版。

⑤ 参见乔宇:《刑事涉案财物处置程序》,中国法制出版社2018年版。

⑥ 参见胡宝珍等:《刑事涉案财物处置的法律机制研究》,厦门大学出版社2018年版。

⑦ 如张明楷:《论刑法中的没收》,载《法学家》2012年第3期,第55-70页。

⑧ 参见熊秋红:《刑事诉讼涉案财物处置程序检视》,载《人民检察》2015年第13期,第31-36页;葛琳:《刑事涉案财物管理制度改革》,载《国家检察官学院学报》2016年第6期,第122-131页。

⑨ 参见胡宝珍、林蕾:《刑事涉案财物处理的立法缺陷与完善》,载《福建警察学院学报》2013年第4期,第81-91页。

⑩ 参见高铭暄主编:《刑法学》,北京大学出版社2019年版,第241页;张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第710页。

⑪ 参见高铭暄主编:《刑法学》,北京大学出版社2019年版,第241页。

⑫ 参见张树义主编:《行政法学》,北京大学出版社2012年版,第254页。

⑬ 参见高铭暄主编:《刑法学》,北京大学出版社2019年版,第241页。

⑭ 参见张明楷:《论刑法中的没收》,载《法学家》2012年第3期,第56页。

⑮ 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第18页;张明楷:《刑法学》,法律出版社2021年版,第818页。

“保安处分”的狭窄框架内,而是力求提出符合条文语义、回应司法实践、具有本土色彩的教义解读。因此,笔者首先从实践疑难切入,对《刑法》第64条的适用争议作简要梳理。

二、“刑罚-保安处分”框架的缺陷及纠正进路

理论上,“刑罚或保安处分”是违反刑法的“所有后果”,故现有理论或将刑事涉案财物处置解释为刑罚,或解释为保安处分,或兼而有之。但认为违反刑法的所有可能后果仅限于刑罚或保安处分并不符合中国的立法实际。基于此前提性批判,在定性上,《刑法》第64条应跳出“刑罚-保安处分”的分析框架,从《刑法》第64条的规范目的而不是德国、日本既定的教义体系中获得解释根据。

(一)“刑罚-保安处分”框架存在解释缺陷

现有解释方案倾向于借助德国、日本刑法中“刑罚-保安处分”的传统立论,对《刑法》第64条中的局部性制度进行解读。但这一方案无法套用至中国刑法,原因如下。

第一,即便是该理论的原产地德国,也趋向于切断“特殊没收”与“刑罚-保安处分”的理论关联。由于刑法条文规定的涉案财物处置制度限于“特殊没收”,德国刑法在实体基础的建构上面临的困难更小。但即便如此,单独解释“特殊没收”的实体性质也是极其困难的。根据“德国刑法典评注”的说明,“没收的法律性质自引入之时就并不统一,而是根据措施的目的而变化。1925年、1927年和1930年的刑法草案试图澄清没收的法律性质,但没有成功地根据惩罚性和预防性的双重性质构建没收规则。”^①所谓双重性质,即刑罚的报应性与保安处分的预防性。问题在于,即便对刑罚和保安处分进行折中也不能为“特殊没收”提供明确的解释方案:如果将对违法所得的没收理解为刑罚,那么其范围的确定需要以报应正义为基础,并以预防必要性为补充,而如果将其理解为保安处分,则需要完全以特殊预防的必要性为根据,二者所推导出的财物范围必定是不同的。除了增加判断的复杂性,二元论对解释方案的建构毫无贡献。另据德国学者概括,2017年《德国刑法典》修正后,“特殊没收”的主要思想是“不公正补偿”“特殊预防”和“一般预防”,以使犯罪者感受到犯罪的后果,已经不再刻意强调其“刑罚”或

“保安处分”的属性,即通过财产损失,正犯或参与者能够意识到,如果他滥用财产来实施刑事犯罪,就会使财产置于危险之中。“特殊没收”(第11条第1款第8项)具有处分的性质,因为犯罪分子是在主刑之外受到威胁和没收的;但是,“特殊没收”在技术意义上不同于从刑,因为它在规定的条件下可以独立适用。^②实际上,由于《德国刑法典》第11条第1款第8项将保安处分和没收犯罪所得并列规定,其言下之意即排除“特殊没收”的刑罚或保安处分性质。总体来看,德国刑法学也在尝试跳出“刑罚-保安处分”的分析框架,只是尚未准确概括出“第三种措施”的具体内涵。

第二,“保安处分”的定性与中国刑事涉案财物处置的配套机制有明显的抵牾。中国学者执着于将“特殊没收”套进“刑罚-保安处分”的解释框架,却未检视相关措施是否符合“刑罚”与“保安处分”的基本概念。以更受青睐的保安处分说为例,“没收供犯罪所用的本人财物”很难说有特殊预防的功效,甚至一般预防的效果也有限。如“张豪案”所表明的,用来进行泄密的手机可替代性很强,并非没收了就能阻止行为人再次犯罪,因为另找一部电子产品发送信息并不困难。法院更不可能基于预防的考量没收手机,以防止手机流入社会,被其他人用来犯罪,因为手机处处可见,与犯罪并无直接关联。实际上,大部分供犯罪所用的财物本身都没有特别的危险性。违禁品具有危险性,对之进行没收符合社会防卫和预防犯罪之需要,系考虑一般预防,因而与考虑特殊预防、旨在防范行为人再犯可能性的保安处分也具有不同内涵。

第三,虽然在条文结构上,《刑法》第64条位于第四章“刑罚的具体运用”中,但即便将视野限于“特殊没收”,也很难认为刑事涉案财物处置是刑罚的一部分。首先,刑罚的前提是违法和责任,但对违禁品的没收并不以行为人具有责任能力为前提;其次,即便行为未到犯罪程度,也可以依据《中华人民共和国行政处罚法》(简称《行政处罚法》)、《中华人民共和国治安管理处罚法》(简称《治安管理处罚法》)没收违禁品;再次,依罪刑法定原则,对刑罚的规定需符合明确性原则,^③但在分则中几乎不存在对涉案财物处置的后果作出的明确规定,而《刑法》

^① Anette Greger, Kai Lohse & Brian Valerius, et al. eds., *Band 6 § § 69-79b*, De Gruyter, 2019, S.402.

^② Anette Greger, Kai Lohse & Brian Valerius, et al. eds., *Band 6 § § 69-79b*, De Gruyter, 2019, S.404.

^③ 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2017年版,第45页。

第64条的总则性规定又极为宽泛和模糊;最后,刑罚只能由法院以判决书的形式宣布,但“特殊没收”的实施主体却不限于法院,也不可能只限于法院,以返还、退赔为例,若限制涉案财物处置的实施主体,则许多被违法行为侵害的被害人都需等待漫长的刑事诉讼结束而不能及时获得财产利益的弥补。

第四,虽然“保安处分说”在中国学术界得到更多的承认,^①但即便承认“保安处分说”,其解释方案也多是针对“特殊没收”,而无法及于《刑法》第64条之整体。例如,前文列举的部分司法解释(包括司法解释性文件)将“追缴”视为推进刑事诉讼进程的程序概念,但如果这一法律性质的判断成立,则“追缴”不可能是刑罚或保安处分。而且,在司法实践中,侦查机关、检察机关、审判机关都有“追缴”“责令退赔”“返还”之权能,故“追缴”“责令退赔”“返还”均不可能以刑罚或保安处分为实体根据,否则一切处置措施都只能留待法院实施。

(二) 条文、规范目的先于域外理论

以“保安处分”解读《刑法》第64条的做法同样违背了法解释的基本理念——尊重条文。在刑事涉案财物处置的制度定性上,由于条文结构和内容存在差别,德国体系下的教义学方案只具有有限的参考意义。德国刑法中的“涉案财物处置制度”规定在“犯罪所得与犯罪物之没收”一节,其条文内容既有较中国刑法复杂的一面,也有简单的一面。《德国刑法典》第73条在整体上规定了“违法所得没收的要件”,而从第73a条到第73e条又对没收的价值估算以及行为人、案外第三人利益之保障作出详尽规定;第74条规定了“犯罪物没收要件”,而第74a条到第74f条同样对“犯罪物没收”展开细节性的补充规定。从刑法条文的制度安排来看,《德国刑法典》的相关规定仅限于“特殊没收”,很难直接对应于中国刑法的“刑事涉案财物处置制度”,因为中国刑法只是将“特殊没收”设定为刑事涉案财物处置之一部分。该立法体例对其他国家、地区也颇有影响,例如《日本刑法典》第19条只规定了没收制度,是刑法上涉案财物处分制度之全部,对象包括(企图)用于犯罪之物、犯罪所得及其收益,又将没收的范围谨慎地扩张至非善意取得之第三人。在立法体例有较大

区别的情况下,德国、日本的教义学理论形成话语惯性,深度影响了中国学界的理论设计。而这也足以解释为何学界对刑事涉案财物处置的讨论集中于“特殊没收”,而较少提及“追缴”“责令退赔”“返还”等具有本土色彩的制度及其本质。

对解释学来说,理论并不具有先验的正确性,反而是条文及其规范目的以及司法实践先于学说的产生。以中国台湾地区为例,2015年“刑法”修订之前,其通说与德国无异,即将“没收”“追征”“褫夺公权”等制度与刑罚、保安处分并列,作为附属刑罚。^②修订之前的“刑法”以刑罚、保安处分为实体基础,以行为人为中心,因而被认为是报应、预防兼具的制度。^③修订后的“刑法”则赋予没收制度独立的法律地位,不再将没收制度定性为从刑,又将效力扩张至犯罪工具、犯罪所得及其所生之不法利益,甚至是行为人之外的第三人。修订后的“刑法”还允许该不利于行为人之修改内容溯及既往,似乎是认可其程序法属性,因为若是刑事实体法则应遵循从旧兼从轻的规则。因此,有学者主张修订后的“特殊没收”制度不再以刑罚、保安处分为实体基础,而是具有“属物性的性质”。^④此说有跳出“刑罚-保安处分”之努力,却在说明其理论内涵时显得模糊和不准确。

条文的些微变动足以引起理论的剧烈更张。在涉案财物处置制度的立法存在巨大差异的情况下,不能不整体性地详细检视《刑法》第64条的实体基础。实际上,认可《刑法》第64条的刑罚或保安处分属性,最终推导出的解释方案往往与法感情相背离。例如,行为人甲惯常实施经济犯罪,再犯可能性极高,虽然其直接违法所得有限,但通过劳动所得的财富甚巨,为防范其再犯,似乎可根据特殊预防的必要性扩张没收之范围;如果以报应为基础,则又难以解释没收的对象为何包括“违法所得的收益”。因此,中国刑事涉案财物处置制度的实体基础必须更换解释路径,以不破不立的理念确立新的解释进路,在方向上:首先,应以本土条文而非域外理论为前提;其次,理论视野需跳出“刑罚-保安处分”的分析框架,甚至是跳出刑法的范畴;最后,需结合《刑法》第64条在司法实践中的实际功能,理解该制度的规范

^① “保安处分说”几乎得到学界的一致认同,参见谢望原、肖怡:《中国刑法中的“没收”及其缺憾与完善》,载《法学论坛》2006年第4期,第5页;刘清生:《论刑事违法所得的认定与追缴》,载《湖南社会科学》2009年第2期,第52页;谢望原:《刑法中的没收制度》,载《中国刑事法杂志》2009年第6期,第3页;张明楷:《论刑法中的没收》,载《法学家》2012年第3期,第56页。

^② 参见柯耀程:《论没收》,载《日新司法》2008年第7期,第102页。

^③ 参见柯耀程:《论没收》,载《日新司法》2008年第7期,第103页。

^④ 参见柯耀程:《没收制度的实然与应然》,载《东海大学法学研究》2018年第1期,第1-2页。

目的。

三、“前置法衔接说”视野下刑事涉案财物处置的内容及次序

具体至本土教义的提炼,问题思考的进路往往更符合实践理性的要求,也优于域外的既定体系。^①因此,考察《刑法》第64条的运作机制是概括其规范目的的实然基础。

(一) 民事评价

刑事涉案财物处置制度承担了部分民事法律的社会功能。这一制度功能的安排也得到司法解释性文件的贯彻。《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》规定,追缴或责令退赔的具体内容,应当自判决书主文中写明。被害人提起附带民事诉讼或另行提起民事诉讼请求返还被非法占有、处置的财产的,人民法院不予受理。^②可见,《刑法》第64条并不仅仅对刑事问题进行评价,还需兼顾处理民事财产关系。这实际上符合中国“刑事中心主义”的制度结构。中国刑事案件中民事财产关系的处理存在两个并行的制度:一是刑事附带民事诉讼,其范围限于因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的情形,遵循“不告不理”的原则;二是依据《刑法》第64条对财物进行返还,或责令行为人退赔。通常认为,责令退赔以无法追缴或无法全部追缴财物为事实前提,^③否则可直接由司法机关返还。因此,责令退赔与返还同时扮演着处理刑事案件中民事财产关系的角色,是“刑事中心主义”的产物。不同于此,德国虽有“刑事附带民事诉讼”,却并非强行将民事纠纷并入刑事程序,而是肯定附带民事诉讼的独立性质。^④换言之,中国立法体例的特色是,为追求刑事评价的充分以及司法效率,^⑤立法者选择依靠刑事程序顺带解决民事纠纷,而这正是中国的刑事涉案财物处置制度纳入各种民事手段且较其他国家或地区更加复杂的根本原因。

(二) 行政评价

刑事涉案财物处置制度与行政法规尤其是《行

政处罚法》《治安管理处罚法》存在功能重合。《行政处罚法》第9条第2项规定了没收违法所得及没收非法财物,又于第28条第2款规定,当事人有违法所得,除依法应当退赔的外,应当予以没收。违法所得是指实施违法行为所取得的款项。《治安管理处罚法》第11条的规定:“办理治安案件所查获的毒品、淫秽物品等违禁品,赌具、赌资,吸食、注射毒品的用具以及直接用于实施违反治安管理行为的本人所有的工具,应当收缴,按照规定处理。违反治安管理所得的财物,追缴退还被害人;……”可以假设,若行为仅触犯行政法而未进入刑事诉讼程序,那么“违法所得”也是需要没收的。

对违禁品的没收通常被认为是《刑法》第64条具有保安处分性质的论据。^⑥但事实是,没收违禁品在刑法上往往不能起到特殊预防之效,而防止其流通于社会,成为社会治理隐患,与对违禁品进行行政没收没有本质区别。尽管大陆法系国家或地区都有没收违禁品的规定,甚至有部分将其定性为刑罚(至少是“从刑”),如《日本刑法典》。但问题在于,在刑法的意义上宽泛地将该措施解读为“预防”,从而赋予其保安处分的属性,与行政执法机关没收违禁品的权力存在事实性矛盾,因为保安处分的权能应由司法机关垄断。这一制度性矛盾并非特例,因为由行政机关没收违禁品是全世界通行的做法,例如,《美国模范刑法典》对违禁品的没收并无规定,但美国诸多州政府都通过行政立法处理违禁品没收问题,例如,许多州下辖的监狱不必经过审判程序即可永久性没收犯人持有的违禁品;^⑦中国台湾地区“警察奖章条例”即将“查禁违禁卓有成绩者”作为奖励对象。

就此而言,“没收违禁品”同时承担着行政机关的执法权能。由于刑事诉讼程序对于行政执法的优先性,违禁品通常被作为证据移交刑事司法机关,行政机关没收违禁品的职能也容易在客观上无法履行,只能交由刑事实体法对此前置规范进行确认。而且在《刑法》第64条的制度运行中,对违禁品范围

^① 参见[日]井田良:《走向自主与本土化:日本刑法与刑法学的现状》,陈璇译,载陈兴良主编:《刑事法评论:教义学的犯罪论》,北京大学出版社2017年版,第378-379页。

^② 例外是最高人民法院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号)。

^③ 参见胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2004年版,第62页;尹振国、陈靖:《责令退赔和刑事附带民事赔偿适用条件之区分》,载《人民法院报》2021年7月22日,第6版。

^④ 参见房保国:《被害人的刑事程序保护》,法律出版社2007年版,第291-294页。

^⑤ 参见夏伟:《基于大数据样本的刑事附带民事诉讼司法重构经验与逻辑》,载《法学论坛》2021年第5期,第111页。

^⑥ 参见刘清生:《论刑事违法所得的认定与追缴》,载《湖南社会科学》2009年第2期,第52页。

^⑦ Michael O. Hill, *Permanent Confiscation of Prison Contraband: The Fifth Amendment Behind Bars*, *The Yale Law Journal*, Vol.93: 901, p.901 (1984).

的确定不可能脱离前置法对违禁品的范围说明。因此,《刑法》第64条的“特殊没收”与行政法意义上的没收具有功能性重合。

(三) 利益衡量

刑事涉案财物处置制度涉及多方主体的利益平衡。如果认可正当化事由中的法益衡量,那么刑法也的确需要在特定场合下使用利益衡量原则。但刑法的制度功能意味着其与功利主义原则难以相容,因为其所进行的利益衡量往往是规则制定阶段的整体利益衡量,例如新型犯罪尤其是经济犯罪中,行为的伦理色彩淡薄,但社会影响巨大,于是利益衡量被认为是界定罪与非罪的根据。^①但是,刑法的根本价值在于评估行为人的行为是否具有规范上的正当性,以及对非价行为施以惩罚,这与行政法、私法对利益衡量的偏好具有根本性的不同。“法的明确性在于限制社会治理方式的变化,但利益衡量不被允许,其属于刑事政策的范围。”^②然而《刑法》第64条多处存在利益衡量色彩,而且涉及的主体相当多元。例如,如果过度扩张解释犯罪所得的一切财物及其收益,就会导致行为人的劳动成果被没收,还会损害无辜第三人利益;又如,对被害人财物的返还、责令退赔显示,较之行为人,刑法选择将被害人利益置于更优先的地位。这一特点并非中国涉案财物处置制度所独有,而是世界通例,如德国、日本、韩国的刑法都选择对第三人利益作出相应的保护性规定:《德国刑法典》第73c条的“过苛条款”限制了对行为人财物的没收范围,而第74b条引入了“比例原则”;《日本刑法典》于第20条规定了没收之限制;《韩国刑法典》则于2020年12月修订第48条(没收和追征之标的物),规定:“不属于犯罪分子以外的人或者犯罪分子以外的人在犯罪后获得的,明知情节,可以全部或者部分没收。”

考虑到《刑法》第64条所蕴含的民事法和行政法功能,仅仅在刑法概念内界定其行为性质极不妥当。《刑法》第64条设置了不同的处置措施,且几乎均有前置法渊源。在定性上,《刑法》第64条的制度本质应概括为“前置法衔接机制”,即对因刑事程序之进行而无法伸张的前置法规范进行确认和执行。这种多元的功能设计也应当体现于条文的规范目的中,而讨论的前提即承认《刑法》第64条属于“前置法衔接机制”。为与“保安处分说”“刑罚说”相区

别,笔者暂称之为“前置法衔接说”。

(四) 评价层级

在比较法上,不同国家或地区对刑事涉案财物处置的制度设计均涉及多方利益主体,具有私法与行政法色彩。基于中国“刑事中心主义”的特殊性,《刑法》第64条背后机制的功能更加复杂、多元,利益衡量的非刑事色彩也更加明显。中国的刑事涉案财物处置制度的特殊性并非单纯地源于立法者采取不同于德国、日本的条文用语,而是因为中国部门法的功能分配乃至整个法治体系运作背景与德国、日本存在巨大差别。因此,解释《刑法》第64条的关键并非将各类措施抽象为同质的理论内涵,而是厘清不同规范目的的内容和优先级别。

从德国刑法的最新修订来看,即便仅规定“特殊没收”,也很难建构出绝对纯粹的实体基础。对《刑法》第64条制度目的的考察不宜将视角局限于“刑罚”或“保安处分”,还需要考察《刑法》第64条主动纳入民事法、行政法问题的制度动机。“前置法衔接说”的思路与现行德国刑法理论笼统地将其定性为“独立法律性质”不同,与日本刑法将其定性为“刑罚”不同,与中国台湾地区2015年修改前的“刑法”将其定性为“从刑”不同,与理论上在“刑罚”与“保安处分”之间持一元论或二元论的思路也有不同。具体至解释方案的设计,“前置法规范说”承认《刑法》第64条的制度功能是因刑事程序之进行而无法对前置法规范进行确认和实施。既然其规范目的具有多元性,为统一适用规则,还需要从《刑法》第64条的制度功能中概括出优先级别:“修复被违法行为所破坏的财产关系”较“不使行为人从违法中获利”这一行政法益重要;“不使行为人从违法中获利”又较“象征性地确证刑法规范”重要。

首先,“修复被违法行为所破坏的财产关系”是刑事涉案财物处置制度最优先的规范目的。理由如下:第一,刑法条文确认了民事赔偿优先原则。如《刑法》第36条规定:“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的,对犯罪分子除依法给予刑事处罚外,并应根据情况判处赔偿经济损失。承担民事赔偿责任的犯罪分子,同时被处罚金,其财产不足以全部支付的,或者被判处没收财产的,应当先承担对被害人的民事赔偿责任。”这不仅说明《刑法》第64条中

^① 参见许可:《数据爬取的正当性及其边界》,载《中国法学》2021年第2期,第166-188页;储陈城:《以利益衡量作为网络领域刑事治理的原则》,载《法学论坛》2021年第5期,第61-72页。

^② [德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,载《刑事法评论》(第26卷),北京大学出版社2010年版,第269页。

的“责令退赔”“返还”等措施不具有刑罚与保安处分的性质,还说明在各种措施的优先级别上,保障被害人的财产利益是优先于刑事处罚或保安处分的制度目标。第二,刑法应鼓励行为人恢复法益。就构成要件结果而言,行为人尽力恢复法益有利于司法机关准确评估行为人造成的危害后果。在功能责任论的立场上,行为人对法益的恢复有利于准确评估其对规范的态度,构成限制其责任范围的根据,因为功能责任论根据行为人对法规范的忠诚和社会解决冲突的可能性认定其责任。^①当然,鉴于退赔之于量刑的重要意义,需要分清行为人的被迫退赔和主动退赔,因为二者所反映的悔悟心理和人格责任是不同的。从刑事政策的角度来看,退赔、返还等恢复法益的措施有利于促进当事人和解,恢复社会关系。

其次,“不使行为人从违法中获利”只是刑事涉案财物处置次一级的制度目标,属于行政法对社会关系的恢复和纠正,也是行政意义上的法规范确证。有学者根据《行政处罚法》第2条对行政处罚的立法定义,概括出行政处罚的三个特征——“不利益性”“打击性”“报复性”,^②其内在包含了“不使行为人从违法中获利”的思想,与《刑法》第64条的诸多具体措施极为吻合。因此,“不使行为人从违法中获利”既不是施加刑罚,也非为社会防卫,而是行政管理,具有行政处罚色彩,只是因司法体制的特殊性而被纳入刑事法规。这一点并非中国法治体系的特色,而是世界范围内的共同特征。除了次于“修复被违法行为所破坏的财产关系”这一制度目标,“不使违法者从违法中获利”也不得以牺牲无辜第三人的利益为代价。在论据上,除了民事赔偿优先原则以及鼓励行为人恢复法益的必要性,还因为刑法规范确证的重要性次于对无辜公民的利益保障。根据《刑法》第2条的规定,刑法的任务是保护人民,其中就包括保护公民的财产权利。如果认为“追缴”“没收”优先于“责令退赔”和“返还”,即意味着国家以惩罚犯罪人之名行“与民争利”之实,因为“追缴”与“没收”的财物最终是收归国库,虽然措施本身以非刑罚的方式宣示了刑法规范的意义,但却可能牺牲公民的财产利益。当然,认为“不使行为人从违法中获利”的制度目标次于“修复被违法行为所破坏的

财产关系”并不意味着二者不可兼得。虽然绝大部分刑事案件都无法保证“不使行为人从违法中获利”和“修复被违法行为所破坏的财产关系”同时实现,但在特定情形下,司法机关可以通过“追缴”“没收”的方式“不使行为人从违法中获利”,同时行为人还有余财去主动“修复被违法行为所破坏的财产关系”。

最后,“象征性地确证刑法规范”构成《刑法》第64条最次一级的规范目的。所谓“象征性地确证刑法规范”主要体现在没收供犯罪所用的本人财物的制度设计上。之所以说该措施具有象征性是因为:第一,供犯罪所用的本人财物不构成对潜在犯罪人的有效威慑,也无保安处分的功能,更与“任何人不得从其违法行为中获利”的法谚无关。“供犯罪所用的本人财物”往往价值不高,远不及罚金刑的威慑力,而且该措施并非剥夺犯罪人的“获利”,而是额外增加犯罪人的“支出”,更类似于行政处罚“乱入”刑法,^③与前两个规范目的均无重合之处。第二,法条将“违禁品”与“供犯罪所用的本人财物”并列,却无法从二者中抽象出同质性,所以即便对“供犯罪所用的本人财物”作出限缩解释,也不能否定持有该物品本身的合法性。因此,对“供犯罪所用的本人财物”的没收更接近于象征性的宣示,即通过没收专用于犯罪的财物,确证刑事规范的有效性。第三,基于“前置法衔接说”的立场,即便以行政处罚解释“没收供犯罪所用的本人财物”,也很难找到实证法和理论支撑,因为没收非专用于犯罪的财物并无恢复社会秩序的治理意义,也无行政惩罚的内涵。

四、多元功能指导下刑事涉案财物处置的具体适用

《刑法》第64条属于“前置法衔接机制”,其诸多措施都具有前置法原型,且诸多前置性内涵具有优先次序。基于此优先次序,前述实践疑难可以此为据加以解释。

(一) 程序规定:追缴的法律属性

前述对刑事涉案财物处置的次序说明是针对其实体内容。若实体内容与刑事涉案财物处置中的程序性规定并列,则应澄清二者的性质区别,且无需比较其优先次序,因为程序性规则有保障实体内容实

^① 参见冯军:《刑法中的责任原则》,载梁根林主编:《当代刑法思潮论坛(第一卷):刑法体系与犯罪构造》,北京大学出版社2016年版,第167页。

^② 参见熊樟林:《行政处罚的概念构造 新〈行政处罚法〉第2条解释》,载《中外法学》2021年第5期,第1286页。

^③ 在比较中日刑法中“没收”与“追缴”等概念时,有学者认为中国的“追缴”更接近于行政处罚。此为符合中国实际的观察。参见金光旭:《日本刑法中的不法收益之剥夺以没收、追缴制度为中心》,钱叶六译,载《中外法学》2009年第5期,第781页。

现的手段性。以追缴为例,追缴具有司法行政属性,其实施主体包括侦查机关、检察机关、审判机关。在整体法秩序上,追缴所包含的制度功能较多:一是作为侦查手段之一部分,追缴能够被用以控制涉案财物,推动刑事诉讼程序的进行;二是作为罚金刑的执行手段,追缴也起到实现罚金刑之作用;三是在刑法条文之外,行政法规也有对追缴的具体规定。根据追缴的实际功能,宜将其定性为中间性手段,否则在概念上会与“没收”分辨不清。司法解释惯常使用的“追缴、没收”不应理解为具有同等内涵,而应理解为以追缴为手段实现没收之效果。作为中间性程序措施,追缴的对象最为广泛,包括可能被评价为违法所得、违禁品、供犯罪所用的本人财物等所有涉案财物,但其意义不限于刑事程序措施,而应定性为执行刑事评价的司法行政措施。若将追缴视为刑事事实评价,会阻碍其制度功能的发挥。也因此,追缴的实施主体应包含侦查机关、检察机关、审判机关。追缴并非实体法上的评价,而只是中间性的司法行政措施,所以对“追缴违法所得的一切财物及其收益”应解释为追缴相关财物,作为实现后续处理(包括返还、没收)的手段性措施。考虑到中国刑法条文、司法解释(包括司法解释性文件)以及司法实践对“追缴”“没收”均存在一定程度的混用,需要将《刑法》第64条“追缴犯罪分子违法所得的一切财物”解释为“追缴犯罪分子违法所得的一切财物(留待后续返还被害人或没收)”。

(二) 去刑事化:实施主体的多元性

如认可刑事涉案财物处置制度并非纯粹的刑事法制度,则能够解答处置财物的权力主体问题。对此笔者认为:既然《刑法》第64条包含民事评价,则应当允许刑事案件各环节主体对之进行评价或处置,同时也否定公安机关、检察机关处置的终局性。公安机关、检察院、法院及其他行政执法机关均有处置刑事涉案财物的主体资格,这是因刑事涉案财物处置在本质上是“前置法衔接机制”,是对前置法诸多规范的承认。根据相关司法解释,检察机关、公安机关都被赋予了处分刑事涉案财物的权能,例如《最高人民法院、最高人民检察院关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第11条第1款规定:“行贿犯罪取得的不正当财产性利益应当依照刑法第六十四条的规定予以追缴、责令退赔或者返还被害人。”由于这一司法解释是最高人民法院、最高人民检察院共同作出,在行贿犯罪的刑事诉讼过程

中,检察院、法院都能够在刑事诉讼活动的相应阶段,依此文件对涉案财物作出相应处理。公安机关以及其他行政执法机关享有财物处分权能的事实则体现在一系列内部规范性文件中。《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家工商行政管理局关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》第11条规定:“对犯罪分子盗窃、抢劫所得的机动车辆及其变卖价款,应当依照《刑法》第六十四条的规定予以追缴。”《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第23条、第24条对走私货物、物品、走私违法所得以及走私犯罪工具的处理,同样体现着《刑法》第64条实施主体范围的扩张。反之,如认为《刑法》第64条仅有刑事法内涵,则对各类刑事涉案财物处置主体的理解只能限定为具有终局性的刑事审判机关,从而与实践机制产生较大冲突,也会导致对受害人财产保护的不及时。

(三) 民事处置原则:返还与责令退赔的次序

返还是追缴后的第一选择,因为“修复被违法行为所破坏的财产关系”(民事法益修复)是中国刑事涉案财物处置制度最优先的制度目的。若未能实现对财物的追缴,则需要以责令退赔的方式修复民事财产关系。这一解读的本质是:“前置法衔接说”将民事法律关系作为优先考虑的事项,如果能由公权追缴财物后直接修复民事财产关系,则不需要再增加责令退赔的步骤,但在公权无法直接修复民事财产关系时,则需要督促行为人自行修复。这不仅是民事法律关系优先的考量,也是为了充分、完整评价行为人的责任。至于责令退赔与返还的关系,则可概括为两点:一是主体不同。责令退赔虽然是权力机关作出,但实际退赔财物之人是犯罪分子(嫌疑人),即财物并未掌握在权力机关。而返还的主体是权力机关,即直接将涉案财物转交与受害人。二是责令退赔的“退”与“返还”均是对物权或债权凭证的规定,而“赔”则增加了对犯罪行为带来的侵权效果进行损害填平的内涵,其所涉民事财产的范围有所不同。

(四) 行政没收的依据:“违禁品”“特殊没收”与“供犯罪所用的本人财物”

没收“违禁品”之本质是对行政管理目标的确认,但该目标的实现次于对民事财产关系的修复。“违禁品”往往也具有“财物”属性,司法解释规定,

“抢劫”毒品同样构成抢劫罪,^①即对这一教义的认可。但对“违禁品”的没收次于对财产关系的修复,例如,药品三唑仑、地西洋可治疗失眠、焦虑,但其实此类管制类精神药品滥用后也可以成为毒品。此时,该类药品虽符合《治安管理处罚法》对“违禁品”的定义,但对被盗之医疗单位而言,其因经营许可而具有私人财物的属性。此时,根据《刑法》第64条规范目的之优先层级,返还、责令退赔的适用优先于对“违禁品”的没收。此外,对“违禁品”的没收不以行为构罪为前提。例如,行为人为吸食毒品,大量购买、储存,构成非法持有毒品罪;侦查机关同时查获用于吸食毒品的器械、工具。此时,虽然刑事案由仅仅是非法持有毒品罪,但由于《刑法》第64条的本质是“前置法衔接机制”,其对“违禁品”的没收不以行为人所涉罪名范围内的对象为限,还可以直接依据《治安管理处罚法》,在刑事案件中同时对未达到犯罪程度而持有的“违禁品”进行没收处理。简言之,对“违禁品”没收的理解应当以行政法上的“违禁品”没收为标准。

“特殊没收”的对象包括“犯罪所得的一切财物及其收益”“违禁品”和“供犯罪所用的本人财物”。“违禁品”与“供犯罪所用的本人财物”通常被比较讨论,因为法条将二者置于同一谓语之下。为限缩“供犯罪所用的本人财物”的范围,有学者试图将“供犯罪所用的本人财物”与“违禁品”等同化,^②以限缩其范围。但这一方案并不合理。首先,“特殊没收”的对象不限于这两种情形,还包括违法所得。尽管《刑法》第64条只规定犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔,并未出现“没收”字样,而且“违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收”也仅将宾语限定为“违禁品和供犯罪所用的本人财物”。其次,没收“供犯罪所用的本人财物”则仅仅具有象征意义,应将其面貌还原为行政法上对“犯罪工具”的没收,即《治安管理处罚法》规定的没收范围包括“实施违反治安管理行为的本人所有的工具”。该措施并非刑罚,体现不出报应正义,也不是保安处分,更无法通过没收财物预防行为人再犯。因此,其适用更应限缩。

没收“供犯罪人使用的本人财物”需要考虑两点:一是财物的用途需具有专用于犯罪的特定性;二

是财物的利益所属不涉及第三人。以“宁立红案”为例,由于面包车的通常使用途径并非运输毒品,将之理解为特定地运用于毒品运输显然失之偏颇。除了财物的特定用途,财物的利益所属也是重要因素,因为如果财物的权属或利益涉及第三人,对之作“特殊没收”,会导致第三人利益受损。这与《刑法》第64条以“修复被违法行为所破坏的财产关系”为第一制度目的不符。

(五)“违法”及“所得”的范围:法律根据的扩张

“没收违法所得及其收益”中“法”的范围不限于刑法,还包括规定“没收”财物措施的前置法规范。由于《刑法》第64条的制度本质是“前置法衔接机制”,“没收违法所得及其收益”是为确证整体法规范,那么“法”的范围也就不能局限于刑法。就刑事涉案财物处置而言,民事法律关系对刑事法律关系存在事实上的依附关系,其原因是,两个法律视角所指向的财产范围具有重合性,而刑事评价机制的实现具有优先性。此时,如学者柯耀程所言:“(特殊)没收所欲作用者,应非属于对于行为人经其所为犯罪行为的评价,而应是从所生犯罪事实实存的本身。”^③换言之,“特殊没收”不单单是针对行为人,而是对被犯罪所扰乱的社会秩序进行行政性的秩序恢复。不过,对“违法”也不应作过于宽泛的理解,例如“宁立红案”中,若要求刑法揽过处理整体法秩序中“违法所得”的责任,不仅负担过重,也妨碍了其他部门法制度功能的实现。因此,较为合理的限制是,没收违法所得需要同时承认行政法对违法所得没收的规定。例如,《中华人民共和国森林法》第78条规定,收购、加工、运输明知是盗伐、滥伐等非法来源的林木的,由县级以上人民政府林业主管部门责令停止违法行为,没收违法收购、加工、运输的林木或者变卖所得。若行为人盗伐林木,被诉至法院,最终却因犯罪所得或盗伐数量未达到入罪门槛而被判无罪,此时法院仍可根据前置法规范没收违法所得,而不必再度转交至行政机关,浪费制度资源。

“没收违法所得及其收益”中“财物”的范围应作限缩解释。根据前文的论证,“修复被违法行为所破坏的财产关系”是《刑法》第64条最优先的规范目的;该命题的另一面即体现为不能因违法所得没

^① 《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第7条规定,以毒品、假币、淫秽物品等违禁品为对象,实施抢劫的,以抢劫罪定罪。

^② 参见张明楷:《论刑法中的没收》,载《法学家》2012年第3期,第56页。

^③ 柯耀程:《没收制度的实然与应然》,载《东海大学法学研究》2018年第1期,第4页。

收机制而破坏已经稳定的财产关系。“没收”对象的扩张会导致该措施具有惩罚性质,但刑法内的惩罚系统已由刑罚来承担,其惩罚的方式包括剥夺生命、人身自由及罚金,对行为人的重要法益已经作出比较妥帖的设计。若将“特殊没收”理解为另一套独立的惩罚系统,则既不是合理的体例安排,也导致“刑罚”的内容缺乏明确性,与罪刑法定原则不相符合。若将其理解为保安处分则更加不合实际,因为对“违法所得及其收益”的没收对预防犯罪并无实际效果,从经济学的一般规律来说,财产只有在使用过程中才有可能发挥其最大的经济效益,而司法没收与行政没收一样,都需要将财物变卖,再收归国库。这只会增加行为人与经济链条上无辜之人的痛苦,并无预防犯罪的功效。因此,“违法所得及其收益”的范围应当与行政没收的范围保持一致,即以行政处罚的性质确证社会规范。其虽有预防效果,却仅限于社会治理的警示,而不是刑法意义上的保安处分。行政处罚遵循必要性原则,更狭义的表达即“比例原则”,而这也可以解释为何德国刑法为“特殊没收”设置了行政法性质的“比例原则”加以限制——全因“前置法衔接机制”为刑法揽过行政处罚的功能。因此,在范围上,宜将“违法所得及其收益”的范围确定为直接违法所得,而间接收益则需要谨慎认定:第一,应结合财物的所有权和经营状况,考虑没收之后果,不应影响无辜第三人的经济利益;第二,根据人身刑和财产刑的内容,尽量削弱另外施加行政处罚的必要性;第三,考虑财产收益是基于劳动所得还是资本增值,区别对待。^①

五、结语

根据犯罪心理学,只有犯罪的收益大于成本,犯罪分子才有充分的动机铤而走险。^② 在现代社会,获取财物是绝大部分犯罪的目的所在,例如,近年来被广泛关注的黑恶势力犯罪、网络犯罪的最终犯罪动机也往往是为获取财产性利益。因此,控制犯罪所得的确具有预防违法的作用,但是否要定性为刑法意义上的预防却值得商榷。刑法意义上的预防是

在确认行为不法之后,体现于量刑阶段的实体内涵,但对犯罪的整体预防却依赖社会多个环节的配合作。用刑法意义上的预防刑或保安处分解读刑事涉案财物处置制度,既不合不同国家或地区的惯例,更与中国对行政、司法的体制安排不符。不从本土制度的实然功能出发而仅仅套用外来教义,无法准确解读中国的刑事涉案财物处置制度,更无法为实践提供具备可操作性的标准。

笔者将《刑法》第64条概括为“前置法衔接机制”,认可其多元功能,依此概括其多元规范目的,在思路上可以简述为:第一,德国、日本、韩国、中国台湾地区通常将刑事涉案财物处置制度局限于“没收”,这与对刑民关系的制度架构有关。中国以刑事为中心,附带解决民事财产纠纷,其考量因素主要是司法效率,至于该制度体系的正当性论证则不在笔者的考察范围内。正是这一制度背景的不同,让中国的刑事涉案财物处置制度更为复杂,无法由德国、日本教义解释清楚。第二,即便抛开中国刑事涉案处置制度的民事法律功能,仅比较“特殊没收”,也可以发现德国、中国台湾地区在理论建构上的曲折和犹疑。笔者的判断是,“刑罚-保安处分”的分析框架完全无法解释该制度的实际运作,必须在解释路径上作根本性的调整。第三,德国刑法理论将“特殊没收”概括为公正补偿、一般预防和特殊预防的协调,以及学者柯耀程从“人”到“物”的视角转换,仍然是在刑法概念体系内的思路调整,这导致其只能笼统地将该制度概括为“独立机制”,却无法对之作深入定性。第四,只有坚持“刑事一体化”^③的思路,将刑事涉案财物处置与前置法的功能配置进行比较分析和实践考察,才能真正概括出《刑法》第64条的制度本质——“前置法衔接机制”,继而归纳其层级化的规范目的。第五,在明晰中国刑事涉案财物处置制度属于“前置法衔接机制”的基础上,以三种规范目的为根据,能够对《刑法》第64条的各类措施的细节进行解释。

^① 参见庄绪龙:《“犯罪所得投资收益”追缴的影响因素与判断规则》,载《中国法学》2019年第5期,第158页。

^② Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, Journal of Political Economy, Vol.76: 169, p.169-217(1968).

^③ 参见储槐植:《再说刑事一体化》,载《法学》2004年第3期,第74-80页。