

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2019.01.010

“特殊没收”的理论反思与司法适用

——以“供犯罪所用的本人财物”之没收为视角^①

金 毅

(清华大学 法学院, 北京 100084)

摘 要:《刑法》第64条是我国关于特殊没收的规定,其性质是区别于刑罚与保安处分的“独立法律效果”,没收“供犯罪所用的本人财物”实质上是国家出于公共利益维护和禁止财产权滥用的刑事政策而实施的干预处分。追缴、责令退赔仅具有程序上的意义,没收是对涉案财物实体性、终局性的强制措施;适用特殊没收时,不以犯罪成立为必要,不以犯罪分子本人人为前提;在没收范围上应遵循从“事实”到“价值”的考察顺序,首先通过法益侵害性、犯罪关联程度等事实要素的选取确定犯罪物品的射程范围,再通过预防犯罪目的和财产保护理念等价值要素判断是否有没收必要。

关 键 词: 特殊没收; 独立法律效果; 涉案财物; 没收范围

中图分类号: D 914

文献标志码: A

文章编号: 1008-3758(2019)01-0064-09

Theoretical Reflection and Judicial Application of “Special Confiscation”

——From the Perspective of Forfeiture of “Personal Property Used for Crime”

JIN Yi

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: Article 64 of the Criminal Law is the regulation of our country concerning special confiscation which in nature is an “independent legal effect” that distinguishes it from penalties and security measures. Confiscating “possessions for the crime” is, in essence, an intervention implemented to safeguard public interests and prohibit the abuse of property rights. The recovery and the order of restitution have only procedural significance, and confiscation is a compulsory measure for the substantive and final nature of the property involved. When special confiscation is applied, it is not necessary to establish a crime, and it is not based on the criminal himself. On the scope of confiscation, it should be followed from the “facts” to the “value” by determining, firstly, the range of criminal object through the selection of such fact elements as the infringement of legal interests and the degree of crime relevance, and then, the necessity of confiscation through the selection of value elements such as the purpose of crime prevention and the concept of property protection.

Key words: special confiscation; independent legal effect; property involved; scope of confiscation

收稿日期: 2018-08-10

作者简介: 金 毅(1993-),女,四川自贡人,清华大学博士研究生,主要从事中国刑法学研究。

① 由于篇幅所限,对“违禁品”和“违法所得”的没收需另撰专文阐述,本文所探讨的“特殊没收”特指“供犯罪所用的本人财物”的没收,并主要以此为视角展开。

《刑法》第64条被称为我国的特殊没收条款，其没收对象是违禁品、供犯罪所用的本人财物和违法所得^①。特殊没收虽为刑事制裁体系中的一环，但我国在此领域的理论研究相对薄弱，加之涉案财物处理的复杂性，导致各地法院对此条款的适用标准相当混乱。

党的十八大以来，涉案财物的处理已逐渐成为现阶段司法改革的重点课题。为实现该条款所追求的立法目的，并与《刑事诉讼法》的规定相互协调，本文将结合实务中的典型案例，剖析特殊没收适用困境的理论根源，并在尝试确认其法律属性和理清其司法处理措施的逻辑关系基础之上，着力寻求重构“供犯罪所用的本人财物”没收审查体系的理论进路，以期裨益于司法实践。

一、理论反思：四则案例与特殊没收的适用难题

1. 问题检视：四则案例的不同处理

本文选取的四则案例，被告人均构成（过失）以危险方法危害公共安全罪，涉案车辆都作为犯罪工具而被使用，但公安机关是否扣押，进而法院是否对其宣告没收？判决结果却不尽相同。

案例1：当地政府在依法拆迁时，被告人李某驾驶一辆奔驰车冲入拆除现场。原审法院认为被告人李某的行为已经构成以危险方法危害公共安全罪，作案工具奔驰车予以没收^①，但原审被告人上诉称，其行为不构成以危险方法危害公共安全罪，并且奔驰车并非专供犯罪使用，要求予以改判，返还车辆。二审法院认为“原审判决认定事实和适用法律正确，量刑适当，程序合法”，最终驳回上诉，维持原判。

案例2：被告人袁某醉酒驾驶QQ轿车在医院门诊楼内冲撞，法院认定其行为已构成以危险方法危害公共安全罪。但辩护人提出，被告人主观恶性小，因家庭琐事酒后失控，事出有因且被告人家庭生活困难，在事后被告人认罪、悔罪，其家属积极赔偿被害人，具有酌定减轻、从轻量刑情节。

最后法院采纳辩护律师意见，判处袁某有期徒刑四年六个月，扣押在案的作案车辆返还被告人，不予没收^②。

案例3：为了狩猎，王某驾车携带相应工具，与陈某、黄某在庄稼地里布置好铁丝线、电瓶和升压器后随即离开，待返回现场时发现廖某被误伤。公安机关扣押了上述除涉案车辆以外的其他作案工具，法院认为，王某、陈某等人成立过失以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑三年，宣告缓刑三年，没收扣押在案的作案工具^③。

案例4：被告人王某吸食毒品后驾驶吉利车，造成两人受轻伤和其余车辆不同程度的损毁。法院认为被告人的行为构成以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑五年六个月，公安机关扣押的毒品依法予以没收，但经查，虽吉利车为王某长期使用，但该吉利车的所有人为邓某，涉案车辆未予没收^④。

2. 症结解构：特殊没收的适用难题

四则案例都涉及对涉案车辆的处理问题。从处理结果来看，案例一中，原审和二审法院都宣告没收涉案车辆；案例二和案例四中，涉案车辆经公安机关扣押，但最终法院宣告发还被告人；案例三中，涉案车辆未被公安机关扣押。从处理依据来看，案例一、案例二和案例四判决背后的理论依据是将特殊没收作为一种刑罚措施。案例一中二审法院认为原审法院“量刑适当”。案例二中辩护律师提出被告人“主观恶性较小、家庭生活困难、积极赔偿”等减轻、从轻量刑情节，法院最终将涉案车辆发还。在以上两则案例中，被告人的主观罪责成为裁量的主要因素。案例四中虽然被告人犯罪成立，但因刑罚只能及于行为人本人或共犯，受到罪责原则的限制，所以属于第三人的涉案车辆免于没收。案例三中，公安机关对涉案车辆是否属于犯罪工具进行了预判，没有对其进行扣押，因此法院也未作出相应的处理。

上述案例代表了实务当中典型的认识和做法，也反映了特殊没收条款在现实运作中的困境：

① 李宗锁以危险方法危害公共安全罪上诉案，河北省廊坊市中级人民法院，（2018）冀10刑终3号，裁判日期：2018年1月18日。
② 袁怀滨以危险方法危害公共安全、危险驾驶一审刑事判决书，河北省宽城满族自治县人民法院，（2018）冀0827刑初6号，裁判日期：2018年2月26日。
③ 王光荣、陈永森等犯过失以危险方法危害公共安全罪，重庆市长寿区人民法院，（2018）渝0115刑初93号，裁判日期：2018年4月3日。
④ 王先章犯以危险方法危害公共安全罪一审刑事判决书，湖南省长沙市天心区人民法院，（2017）湘0103刑初361号，裁判日期：2017年10月17日。

其一,特殊没收的法律属性问题,案例所采取的“裁量没收”方式是否与《刑法》第64条规定的“应当没收”相互龃龉?其二,特殊没收司法处理措施的区别和适用问题,即没收、追缴和责令退赔三者的逻辑关系和法律效果。其三,特殊没收的对象范围问题,案例中,在犯罪过程中偶然使用的物品和过失犯罪中使用的物品是否在“供犯罪所用财物”的射程范围,又如何对犯罪物品的没收进行限制?其四,被没收的主体范围问题,该条款规定的“犯罪分子本人”是否能够扩大解释为包括“第三人”?

二、难题背后:特殊没收的法律属性和司法处理措施

1. 微观透视:特殊没收的法律属性

(1) 刑罚说

“刑罚说”是指,特殊没收同一般没收,属于附加刑中的财产刑,法院可以根据罪责原则,对犯罪人的财物进行裁量没收,有利于维护个案公平,刑罚说也正是上述案例法官判决内在逻辑的体现^[1]。

但据此,意味着行为人必须同时满足“不法”和“有责”时才能够适用刑罚措施。对未成年人和精神病人在无责任能力状态下所使用的犯罪物品不得没收,对持有或提供犯罪物品的第三人亦不得没收。“刑罚说”放任上述主体不恰当的保有为社会整体秩序所不容忍的财物,显然不合理。此外,一般没收与特殊没收具有完全不同的权源基础、没收条件和没收对象,况且随着教育刑思想的发展,一般没收的正当性因其不合理苛刻而遭到广泛质疑,如果只是为了维持观念上的一贯性而将两者混同,难免有削足适履之嫌,带来更深层次的人权危机。从国际范围来看,曾经将特殊没收视为附加刑或从刑的国家和地区,纷纷修改刑法。譬如,日本的改正刑法草案设专章规定没收,赋予没收保安处分的性质(第74条)^[2]。

(2) 保安处分说

持“保安处分说”的学者认为,《刑法》第64条规定“应当没收”从根本上排除了根据行为人罪责进行裁量没收的可能。特殊没收不是刑罚,不用受到罪责原则的限制,本质上是为了防止犯罪的危险、保持良好的社会治安环境,对一切被认为有害的特定的人或物所采取的社会安保措施^[3]。

应当承认,没收“供犯罪所用之物”和“违禁

品”确实具有危险防御的规范保护目的和社会防卫的功效,填补了“刑罚说”固有的缺陷。但没收“违法所得”则不然,没收违法所得的刑事政策要求着眼于使物的所有人和使用者不能因为犯罪行为有所获利,“违法所得”是由危险不法行为带来的经济上不平衡的结果,需要受到刑罚处罚和保安处分的应该是行为人,而非客观上无任何危险性的财产增值结果,对此仅需要剥夺以恢复正常的财产秩序即可,将其定位为保安处分有失妥当。

此外,不同于瑞士(《刑法》第58条)、希腊(《刑法》第76条)等国直接将特殊没收规定于保安处分专章当中,避免了理论上性质的纷争^{[4]452},我国最新修订的刑法典仍然没有明确采取刑罚与保安处分的二元体制,保安处分在我国还存在法定化不足、司法化不足、程序化不足和系统性不足等内在致命缺陷^[5],在其法律地位还没有得到应有的承认和重视的前提下,贸然将特殊没收定义为保安处分,只会在实践中造成处理方式的混乱。至于少数学者主张的“双重法律性质说”,又将会兼具“刑罚说”和“保安处分说”的缺点,不足采纳。

(3) “独立法律效果”之提倡

既然立法政策上并没有明确特殊没收的性质归属,不如跳脱出刑罚与保安处分双轨思维的固有窠臼,进而考察独立法律效果说的理论依据和现实意义。

犯罪物品在不当使用之前依然具有经济价值,属于民事法律所规定的财物,财产权人对其财物的使用、处分和收益自应在宪法所保障财产权的合理限度内,如果财产权人行使财产权时,已经背离了使用财产的社会义务,在明确法律规定的前提下,财产拥有、使用的自由保障即受到限制甚至剥夺^[6]。这就从更高位阶的宪法中为特殊没收提供了依据,而一切刑事立法都应当符合宪法的保护目的,没收“供犯罪所用的本人财物”实质上是国家出于公共利益维护和禁止财产权滥用的刑事政策而实施的干预处分。通过没收的刑事立法,剥夺财产权人使用财产的宪法保障,以此构建财产正当秩序与预防犯罪。

作为一种刑事干预处分,既可以拥有保安处分的优点,即没收不以行为人有责为前提,使广泛开展未定罪没收和第三人没收成为可能,同时也兼具安保功效和利益衡平功能,弥补保安处分的不足,没收的对象即使被消费、灭失或转移,仍然可以没收替代物与替代价额,使得特殊预防和一

般预防的效果得以实现。

当然,将特殊没收解释为一项“独立法律效果”,有可能使行为人遭受到比刑罚更为严苛的没收剥夺。对此,将《刑法》第64条的“应当”解释为“可以”进而实行裁量没收,有学者认为是有利于被告人的限制解释,即使被认为是类推解释,也不违反罪刑法定原则^[2]。在目的性限缩之外,笔者认为还可以作合宪性解释,即以更高位阶的宪法规范阐释刑法规范的含义,并由此推导出财产权干预手段适用比例原则的适当性。比例原则本身是广泛适用于行政法领域的一项基本原则,但同时许多国家也成为了一项宪法原则,同出于公法的性质,在刑事法领域引入比例原则,将其作为法益保护原则的补充几乎已成为国内学界的共识^[7]。如果从宪法保护公民合法财产权利的角度出发,当没收可能造成的经济恶害而与追求的社会安保效果之间严重不成比例,侵害到公民正当财产权利的时候,比例原则的审查对于贯彻法益保护原则具有方法论或者程序性的意义^[8],从合宪性解释的角度,对于公共利益和其他公民自由与权利损害不大的财物,也可以进行裁量没收。

2. 宏观梳理:没收、追缴、责令退赔的逻辑谱系

《刑法》第64条同时规定了没收、追缴和责令退赔三种司法处理措施,但通过比较发现,《刑法》《刑事诉讼法》及其相关司法解释和实务当中对三者的理解、运用非常混乱。梳理特殊没收司法处理措施之间的逻辑关系,对重构犯罪物品没收的审查体系和正确适用特殊没收条款具有重大的意义。

就没收标的而言,原客体若仍然存在,则直接针对该原物没收,当没收无法执行时,则须使用替代手段来没收原客体的替代价额,如犯罪物品已经变卖或违法所得已经被挥霍的情形。替代价额没收在德国、日本以及我国台湾地区也被称为追征制度,其作为没收的补充形态,出于保护被害人和行为人财产权利的考虑,在立法论上极其必要。有学者认为我国《刑法》第64条所规定的“责令退赔”与追征具有类似的功能,主张以“追征”取代“责令退赔”概念^[7],但追征是没收的替代手段,是一种实体性和终局性的强制措施,存在被害人的情况下,追征的是返还被害人后剩余的财产。而责令退赔还存在是否返还被害人的问题,是一种程序性和暂时性的强制措施。

从没收的程序来看,在没收判决之前,公安机

关、检察院、法院需要在刑事诉讼过程中采取查封、扣押、冻结等措施对相关财物进行保全,防止被追诉人对财产的任意处分,以保障被害人的权利和没收的正常进行。但是我国《刑事诉讼法》及司法解释均未规定没收之财产保全,鉴于违禁品、犯罪工具、违法所得等往往也是犯罪证据,侦查机关、检察院对这些财物的扣押、冻结多出于证据保全的目的。更大的问题在于,追征之财产保全扣押、冻结的是原物、对价物之外的合法财产,我国《刑事诉讼法》及公安部《关于公安机关在办理刑事案件中可否查封冻结不动产或投资权益问题的批复》中确定了保全的对象包括违禁品、供犯罪所用的财物、违法所得的原物、对价物(有形物和无形物),但并没有扣押、冻结被追诉人普通财产的授权。

追征保全以刑事实体法上的追征制度为前提,我国《刑法》虽没有明确规定追征替代价额,但司法实践中却存在事实上的追征,主要运用于如下两种情形:一是被害人众多的案件,如非法吸收公众存款、集资诈骗犯罪等。《刑法》第64条确立了应没收款项和财物优先返还被害人的原则,出于对退赔被害人财产的重视,和对被害人因财产损失得不到弥补而申诉、上访的担心,我国司法实务部门更加倾向于对行为人合法财产进行扩大扣押和冻结^[9]。二是恐怖活动、涉黑涉恶等团伙犯罪案件,由于涉案人员和财物的复杂性,合法财产和违法财产往往发生混同难以区分,被冻结、扣押的财产与犯罪关联性的大小一时也难以辨别,再加上前几年地方办理此类案件常有“严打”政策作为保障,因此办案机关往往有扩大保全的趋势。

在《刑法》尚未明确规定追征制度的前提下,只能通过刑法解释,以此与《刑事诉讼法》相互配合,确保没收的顺利开展和社会财产秩序的稳定。由此,笔者认为没收、追缴、责令退赔三者的法律性质、对象形态及范围、决定机关和法律效果如下。

第一,没收是将与犯罪有密切关系的特定物收归国有的实体性强制措施,其对象包括违禁品、供犯罪所用的财物和违法所得。没收对象的形态表现为原物、对价物或替代价额,无论是有形的财产和犯罪工具,还是无形的存款和股权。没收的法律效果只能由法院的判决产生,没收的财物一律上缴国库,不得挪用和自行处理。

第二,追缴和责令退赔的法律性质是刑事程序上的强制措施,而不应该包括“没收”的实体性

内容。追缴的对象理应包括违禁品、供犯罪所用的财物和违法所得,强调将赃款赃物追回的过程,类似于德国、日本、我国台湾地区刑事诉讼程序中的“没收保全之扣押”;责令退赔发生在无法没收犯罪物品和违法所得的原物时,责令按照违法所得财物的价值赔偿。但司法实践中有观点认为,责令退赔只是以司法机关的威慑力和刑罚的惩治性为后盾,是给予犯罪分子的一种宽限和主动的机会^[10]。“责令退赔”这一术语本身容易让人误解,但就其实质而言,责令退赔和追缴同样具有强制性,否则社会价值衡平的规范目的将难以实现。责令退赔主要适用于原物已经不存在场合,命令行为人代之以缴纳同等价值的替代价额,而实践中往往是司法机关主动扣押、冻结被追诉人的合法财物,类似于国外刑事诉讼程序中的“追征保全之扣押”。因此,追缴是司法机关对可能被没收的违禁品、供犯罪所用财物和违法所得(原物)的追回和保全措施,责令退赔是司法机关对可能被追征的供犯罪所用财物和违法所得(替代价额)的追回和保全措施。此种解释不仅化解了《刑法》第64条前后矛盾的疑虑,同时也为刑事诉讼中财产保全的范围提供了依据,避免实务中“一揽子扣押冻结”现象的发生。

第三,根据法律和司法解释,追缴和责令退赔的决定可以由公安机关、检察院和法院三者作出,追缴和责令退赔的法律效果有三种:①在查明事实真相之后犯罪嫌疑人、被告人并无刑事违法,扣押冻结的财产应当返还行为人;②在有被害人的场合,追缴或退赔而来的款项应当优先返还被害人;③被追缴的财物还有可能被销毁(如违禁品)、用于奖励^①或者用于补偿受损失的第三人等。在排除审查以上所有可能之后,被扣押、冻结的财物应当没收,上缴国库。

三、司法适用:犯罪物品 没收的审查体系

1. 前提审查:不以犯罪成立为必要

由特殊没收的法律属性所决定,没收“供犯罪所用的本人财物”无需以犯罪成立为前提,存在刑事不法行为即可。这也意味着,司法实务中对特

殊没收的认识应当从传统的财产刑应报主义向着社会安保功能和财产秩序维护的价值观念转变。

2. 主体范围:没收及于非善意第三人

(1) 对“本人财物”的扩大解释

从文义上理解,“本人财物”应当指犯罪分子享有排他性所有权的物品,对这样的财物予以没收,不存在任何异议。但在实际案件当中,“供犯罪所用的财物”往往并非专属于犯罪分子本人,犯罪物品上可能附着了第三人的权益,包括债权、用益物权、抵押权等,犯罪物品可能系行为人与第三人共有,如家庭共同财产,犯罪物品还可能系第三人单独所有,比如行为人在案发前将财物无偿赠予第三人。如若侧重对第三人财产权利的保护,对“本人财物”的理解应当是具有完整和排他性所有权之物,不包括第三人对财物享有物权的情形^[11];但若偏向于对犯罪物品危险的排除,则会认为“本人财物”也应包括与第三人共同所有或者第三人享有他物权的情形^[12]。笔者认为,为了应对现实生活关于财物流通的普遍性和复杂性,避免犯罪行为利用可非难的方式经由第三人无正当事由的介入,使得具有预防必要性的犯罪物品脱免依法没收,从而形成法律规范的漏洞,犯罪物品的没收应当及于第三人。同时不能仅从预防犯罪的角度出发,认为与犯罪物品具有紧密联系的任何人都应当成为被没收的主体,还应该注重犯罪物品没收之财产秩序维护的功能,保护善意第三人的合法财产。因此,对“本人财物”应作适当的扩大解释。

第一,“本人财物”包括其共犯(共同实行正犯、帮助犯和教唆犯)所利用的财物,在共犯未到案的情况下,对扣押的未到案共犯的财产能够予以没收,我国司法实务中对此类涉案财产均如此处理。

第二,“本人财物”包括犯罪分子的家庭共有财产。这是由我国特殊的国情所决定的,我国绝大多数家庭实行财产共同共有制,行为人利用的具有日常生活用途的犯罪物品大多属于家庭共有财产,如果将其排除在没收范围之外,则犯罪分子及其家属极易以此为借口脱免没收,导致该制度在家庭财产中几乎形同虚设。

第三,“本人财物”还包括非善意第三人单独

① 2009年《人民检察院举报工作规定》明确规定:“举报线索经查证属实,被举报人构成犯罪的,应当给予举报人一定的精神及物质奖励。人们检察院根据举报追回赃款的,应当在举报所涉事实追缴赃款的百分之十内发成奖金。”

所有的财物。犯罪物品的危险性与其所有权归属无关,如果对犯罪物品没收的主体条件要求过于严格,将无法避免犯罪行为经由第三人实施犯罪,形成“恶意却受法律保护”的不公平现象,无法实现没收的立法目的和其功能的发挥。

第四,附着了第三人的权益(包括债权、用益物权、抵押权等)的犯罪物品本质上仍然属于犯罪人本人所有,应当没收。但没收不应影响到善意第三人所享有权益,如果这种权益因没收受到影响甚至消灭,出于价值衡平的理念,应当给予善意第三人公正合理的补偿。

(2) 对“非善意第三人”的理解

“非善意”是指提供或取得犯罪物品的过程不具有相当正当性,善意第三人所有的用于犯罪之物,一般不能没收,这是保护交易安全的需要,也是维护社会基本经济秩序的要求。理论和司法实务中的难点在于,如何确定善意与否的标准?

在本文看来,选择如下三个价值判断的规范要素限缩“相当正当性”的解释应用较为妥当:其一,第三人的主观心态,是否明知为犯罪物品;其二,第三人获利与否,是否无偿或以显不相当的对价取得;其三,第三人是否付出“可预期的合理努力”阻止财物的非法使用。

在“取得型”第三人中:第一,明知是犯罪物品而取得的,无论其是否支付合理的对价,都应当被没收,并且不予以补偿,所支付的价款也应当被没收。若系不知情第三人,支付了合理的对价,且不具有故意忽视的情节,则犯罪物品因不可能再次被用于犯罪而不应被没收,但行为人因此取得的对价应当被没收。第二,无论是否明知为犯罪物品,而以无偿或显不相当的对价取得的,也应当被没收。此时取得财产的正当性因偏离正常的市场价格而有瑕疵,没收的财产权维护功能需要退居社会安保功能之后,对于确实不知情且付出一定价额的第三人,可以得到适当的补偿。

在“提供型”第三人中:第一,第三人明知行为人将要利用财物实施犯罪而提供的,可以认定为共同犯罪中的帮助犯,中立的帮助行为大多属于这种情况,对于所提供的犯罪物品应予没收。第二,第三人由于重大过失将财物提供给犯罪分子使用的,应当没收。但是,第三人因受蒙蔽或者仅因疏忽大意而提供的财物除外。第三,若知情的

第三人提供财物后,知晓行为人将利用财物实施犯罪的,付出可预期的合理努力,力图终止对犯罪物品的使用,可以免除没收。美国的《2000年民事没收改革法》将“可预期的合理努力”解释为:①及时向执法部门报告有可能导致没收效果的犯罪行为即将发生或已经发生;②已尽到最大努力与善良注意,阻止对财物的非法使用;③第三人有理由确信自己受到犯罪分子施加的人身危险时,可不受前两款限制^①。例如,五金店老板在劫匪的威胁下提供了一套刀具,在劫匪离开之后即到公安部门举报,无论犯罪行为发生与否,刀具可不予没收。

3. 排除审查:优先返还被害人

我国《刑法》虽然没有对被害人的明确定义,但是从其规范目的出发,第64条所称的“被害人”,应指因刑事不法行为直接遭受财产上的不利益,从而可以透过因此形成的民法请求权向行为人取回财产权利的人。“对被害人的合法财产,应当及时返还”,也就是说,对犯罪物品的追缴和责令退赔具有程序上保全和追征的意义,追缴和责令退赔而来的财物,如果确定落入了“应当没收”的范围,则“返还被害人”具有优先效力。值得注意的是,只有“能够没收”的犯罪物品才存在“返还被害人”的问题,返还后剩余的部分仍然应该没收。

4. 没收范围:从“事实”到“价值”的层级式考察

“供犯罪所用之物”的没收应严格遵循从事实到价值的判断顺序,某物品是否属于“供犯罪所用之物”是事实判断,是否具有没收必要性是价值判断,只有属于“供犯罪所用之物”并且具有没收必要性的犯罪物品才能够被没收。

(1) 事实层面:“供犯罪所用之物”的射程范围

根据我国通说,供犯罪所用之物应具备直接性、专门性、经常性的特征。然而,多元化的标准和平级式的排列容易造成事实与价值的判断混杂,以及选用何种适用标准的疑惑。譬如,厨师出于激情,随手拿起菜刀砍死被害人,菜刀具有使用上的直接性,但用于杀人行为却是随机和偶然的,不具有专门性和经常性,此时应根据直接性将菜

^① 18U.S.C. § 983(d)(2000).

刀认定为犯罪工具予以没收,还是根据专门性将菜刀认定为偶然使用的生活用品而免于没收?观点莫衷一是。全国各地法院对犯罪物品没收亦没有统一的操作方法,大多是综合行为人的故意内容、犯罪工具与不法行为的关联关系、犯罪工具被使用的次数和频率,以及犯罪工具的价值等进行个案判断,没收结果更多取决于司法人员出自个人经验优先选择的判断标准,难以保证个案的公平正义。更加科学的应是从事实到价值的层级式思维方法:首先通过事实要素^①划定供犯罪所用之物的范围,然后通过预防犯罪目的和财产保护理念的价值要素考察供犯罪所用之物是否有没收的必要。

“供犯罪所用之物”不仅指犯罪工具,还包括组成犯罪行为之物。前者包括杀人所使用的刀具、制造毒品所用的毒具,后者指满足某一犯罪构成要件该当性所必不可少之物,如构成行贿罪所交付的财物,构成走私罪所运送的货物等。以犯罪为目的准备的组成犯罪行为之物也包含其中,例如为了行贿而准备的财物,为了走私而准备的货物等。组成犯罪行为之物具有特殊性,若没有行贿的财物或财产性利益,就不可能构成行贿罪,若不存在禁止走私的货物,就不可能构成走私类犯罪。因此,在事实层面,组成犯罪行为之物当然属于“供犯罪所用之物”的范围。

然而,并非在犯罪过程中使用的任何物品都属于“供犯罪所用之物”,刑法的目的是保护法益,刑事不法的核心是法益侵害,犯罪物品对法益侵害结果具有决定或促进作用,以法益侵害为圆心,犯罪物品的重要性为半径,对犯罪物品的解释应限定在以此划定的射程范围之内。将各事实要素按照距离法益侵害的远近和与犯罪的关联程度,由近及远可定义为核心层、中间层和边缘层。处于核心层的犯罪物品危险程度最高,中间层次之,边缘层的犯罪物品危险程度最低。

① 核心层犯罪物品。核心层犯罪物品是指实行阶段行为人出于故意而直接造成构成要件规定的法益侵害的物品。无论利用的是出于预谋而专门准备,还是犯罪过程中偶然使用的物品,都应当包含其中。譬如,厨师激情杀人,虽然所使用的菜刀并非为犯罪专门准备,却直接构成了实行行

为的侵害能力,倘若没有菜刀,实行行为在当时很可能无法实施和完成。这类物品对法益侵害起到最直接和关键的作用。

② 中间层犯罪物品。中间层犯罪物品具有如下特点:第一,为犯罪做准备,但尚未使用,对构成要件规定的法益侵害起决定和关键作用的物品。譬如,为实施杀人而准备的刀具、为实施入户盗窃而准备的备用钥匙。一旦犯罪着手,这些物品将直接决定犯罪能否成功,即使行为停留在预备阶段,或者在实行阶段行为人并未使用,此类物品同样具有较高的危险性。第二,在实行阶段故意使用的对构成要件规定的法益侵害起促进作用的物品,如污染环境罪中用于运送废弃物的车辆、拐卖妇女儿童犯罪中用于捆绑的绳索等,虽然它们并不是导致法益受损的直接和关键因素,但仍然因对犯罪结果的相应作用力而具有一定危险性。

③ 边缘层犯罪物品。边缘层犯罪物品具有如下特点:第一,过失犯罪中使用的物品。虽然学理上有肯定说和否定说的争议,但得出没收与否的判断都是基于预防必要性的考量,属于事实判断之后的价值判断问题。我国《刑法》第64条并没有规定没收仅限于故意犯罪,“供犯罪所用之物”也可以理解为“客观上为犯罪所用之物”,因此不可否认,在事实层面,过失犯罪中使用的并对构成要件规定的法益侵害起决定作用的物品也属于犯罪物品。第二,为犯罪作准备,但尚未使用,对构成要件规定的法益侵害起促进作用的物品,如抢劫罪预备阶段行为人准备的起掩饰作用的墨镜和面罩、专门用于运送被拐卖的妇女儿童但尚未使用的汽车等。相比于对法益损害起直接和关键作用的犯罪预备之物,仅起促进作用的物品危险性有所降低,但依然是犯罪物品。第三,事后保有犯罪效果而使用的物品。此类物品是否属于犯罪物品同样存在争议。对此持否定态度的观点认为,在犯罪完成后为了保有犯罪效果而使用的物品不会对法益侵害起到任何决定或者促进作用^[13],更何况,犯罪完成后的行为属于事后不可罚的行为,如果他人帮助隐瞒犯罪所得,可以直接认定为他罪所用之物品予以没收,如果是行为人自己隐瞒,则缺乏期待可能性^[14]。但是,保有犯

① 当然,事实要素的选取实质上也是价值判断的过程,事实与价值本难以绝对区分,此处人为划分事实要素和价值要素并建立其位阶关系,是为了将各类要素类型化、顺序化而方便判断使然。

罪效果的行为与实行行为具有密切的联系^[15]。日本的相关判例亦持肯定的观点,“在犯罪终了之后不久,为了确保其结果而供其使用的物品,也应被认为是供行为使用之物”^{[4]453}。笔者认为,“供犯罪所用之物”的没收具有保安处分的侧面,不必受到罪责原则的限制,没有期待可能性只能说明行为人掩饰、隐藏的行为不具有罪责,不另外成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪,但犯罪物品没收不以犯罪成立为前提,保有犯罪效果的行为也可以视作实行行为的延续,刑事不法行为所利用的物品因其与法益侵害的紧密联系,因而也有没收的必要。

(2) 价值层面:“社会安保功能”和“财产秩序维护”的价值选择

比例原则对犯罪物品没收的调节,一般来说,符合此消彼长的规律:距离法益侵害中心越近的犯罪物品,对法益损害起直接和决定作用,具有较高的社会危险性和防卫必要性,适用比例原则的条件越苛刻,越容易被宣告没收;而距离法益侵害中心越远的犯罪工具,对法益损害仅起间接和促进作用,社会危险性和预防必要性相应越低,适用比例原则的条件越宽松,越不易被宣告没收。

犯罪物品没收主要受如下几个方面的限制:其一,没收是否有过苛之虞,是否存在给其他关系人或公众造成更少损害的适当措施;其二,所没收之物是否是被没收人维持生活之必要,没收与其追求的防卫结果之间是否相称;其三,没收是否具有预防再犯的意义。这些价值要素在限制没收的功能发挥上并非平级适用,而是针对不同层级的犯罪物品具有相应的优先顺序。

① 核心层犯罪物品没收的限制。核心层犯罪工具适用比例原则进而限制没收的条件最为严格,因为距离法益侵害最近,对法益损害起最直接和关键的作用。应把握的原则是:公共利益维护优先,只有没收造成的经济恶害与不法行为所导致的法益侵害严重不成比例的时候,才可以免除没收。对于实行阶段行为人出于故意而直接造成构成要件规定的法益侵害的犯罪物品,一般情况下,经济价值不高的应当一律没收(具有直接性即可),不用考虑是否多次使用(经常性),是否专供犯罪使用(专门性),是否具有过苛之虞。需要进行预防必要性衡量的仅限于经济价值高昂的物品,如汽车、房屋等。

《刑法修正案(八)》生效后,危险驾驶罪中涉案车辆应否没收的问题引发了广泛的争议。危险

驾驶罪系故意犯罪,且涉案车辆直接造成了法益侵害,不过,此罪是轻罪,相较于其他危害公共安全犯罪而言,对法益的危害程度较低,且涉案车辆属于价值较大的财物,没收有过苛之虞,将过度侵害到行为人的财产权益,不予没收更为适当;但是,如果行为人构成以危险方法危害公共安全罪,并造成严重后果的,应当以危险防御和公共利益保护为先,没收涉案车辆。又如,容留他人吸毒的房屋,如果行为人只是偶尔容留他人吸毒,该房间更多用于日常居住,系维持被没收人生活之必要,可以免除没收。但如果是专门为容留他人吸毒而准备,多次实施犯罪,且不具有其他生活用途,则不能免除没收。

② 中间层犯罪物品没收的限制。中间层犯罪工具适用比例原则而限制没收的条件,较核心层更为宽松,较边缘层更为严格,兼顾了社会安保的功能和财产秩序维护的价值。能够消减行为人再犯的危险性,同时不会带来严重的经济恶害的物品,可以宣告没收,且不以成立预备犯罪为限。

为犯罪做准备,对构成要件规定的法益侵害起决定和关键作用的物品,一般都具有专门性,因尚未投入使用而不具有直接性和经常性。对于这类犯罪物品中经济价值不高的,如为实施杀人而准备的刀具、为实施入户盗窃而准备的备用钥匙等,行为人并非可以轻易再次获得,具有预防再犯的必要性,可以没收;但价值高昂的物品,如为了撞死他人而准备的汽车,为容留他人吸毒而准备的房屋,犯罪工具对法益造成的危险并未现实化,危险防御过于提前造成的经济恶害与实际的法益损害严重不对等,不利于个人财产的保护,因此不宜没收。

在实行阶段对法益侵害起促进作用的犯罪物品,其中经济价值不高的,可以直接没收,如抢劫罪中行为人用于乔装掩饰的墨镜和假发、绑架罪中行为人用于捆绑被害人的绳索等。其中经济价值高昂的犯罪物品,应从使用的专门性、经常性,以及没收带来的经济恶害与特殊预防效果的比例两方面来考察,如果是专供犯罪使用、对于犯罪分子个人而言并无其他生活用途的物品,可以没收;如果只是偶然或偶然使用,并且具有一定的生活用途,没收将会影响到犯罪分子或者其家人的正常生活的,则不宜没收。譬如,污染环境罪中专门用于运送废弃物的车辆,可以没收;抢劫罪中运送犯罪分子到达现场的家用轿车,不宜没收。

③ 边缘层犯罪工具没收的限制。边缘层犯罪工具适用比例原则而限制没收的条件最为宽松,要么因为过失犯罪而丧失预防必要性,要么因为犯罪工具仅在事前或事后对法益侵害起促进作用。应把握的原则是:财产秩序维护价值优先,只有当犯罪所造成法益侵害的严重程度远远高于没收带来的经济恶害时,才能宣告没收。

绝大部分过失犯罪使用之物不予没收,行为人出于疏忽大意或者过于自信,没有使用犯罪物品的主观故意和犯罪目的。在某些犯罪中,虽对法益侵害具有直接性,但这种缺乏预谋和故意的直接侵害纯属偶然,没收过失犯罪之物也就丧失了预防再犯的意义,采取其他较轻的预防性对人措施或许更为有效。譬如,在交通肇事罪中,采取吊销驾车执照或者禁驾一定期限的行政处罚,可以削弱甚至消除行为人再次过失犯罪的能力,而不必采取针对财产的没收方式。仅仅在行为人使用同一犯罪物品多次过失犯罪且造成严重后果的情况下,才可以没收。相较于对法益侵害起到决定和关键作用的预备犯罪之物,仅起促进作用的犯罪物品,离法益侵害的中心更远,受比例原则调节的空间更大。一般来说,无论经济价值高低,此类物品都不予没收。事后保有犯罪效果而使用的犯罪工具,只有在犯罪完成后当场或结束不久为了确保犯罪结果而长期、专门使用的财物才能没收,即必须同时满足即时性、专门性和经常性三个要件。如行为人制造毒品后,专门且经常用于存放毒品的仓库,才有没收的必要,而对于偶尔用于存放、藏匿赃物的物品,则不能没收。

四、结 论

结合上文所提倡的犯罪物品没收的审查方法,不妨再回到本文开头所选取的四则典型案例:案例一中,涉案车辆构成了危害公共安全行为的直接侵害能力,属于核心层的犯罪物品,无论是否如被告人所辩称“并非专门用于犯罪”,若不是出于严重经济恶害的考量,涉案车辆应当没收,一审和二审的判决正确。案例二中的涉案车辆同样属于核心层犯罪物品,但由于被告人家庭经济困难,

没收将会摧毁被告人及家庭的生活基础,带来更为复杂的社会问题,出于利害关系的权衡,法院返还涉案车辆的决定同样值得肯定。案例三中,涉案车辆属于实行阶段故意使用的对构成要件规定的法益侵害起促进作用的中间层犯罪物品,公安机关应当先行予以扣押,由法院作出是否没收的判决。涉案车辆属于经济价值较为高昂的犯罪物品,在本案中应从使用的专门性、经常性以及没收带来的经济恶害与特殊预防效果的比例两方面来考察。案例四中,涉案车辆虽属于核心层犯罪物品,从预防必要性出发应当没收,但扣押的涉案车辆为第三人所有,此时应视第三人是否善意来决定应否返还。

参考文献:

- [1] 王文轩. 论刑法中的追缴[J]. 人民检察, 2002(5):7.
- [2] 张明楷. 论刑法中的没收[J]. 法学家, 2012(3):58.
- [3] 时延安. 违法所得没收条款的刑事法解释[J]. 法学, 2015(11):124.
- [4] 大塚仁. 刑法概说总论[M]. 冯军,译. 北京:中国人民大学出版社, 2003.
- [5] 苗有水. 保安处分与中国刑法发展[M]. 北京:中国方正出版社, 2001:105-107.
- [6] 陈新民. 宪法基本权利之基本理论(上)[M]. 台北:元照出版公司, 1996:308.
- [7] 李长坤. 刑事涉案财产处理制度研究[D]. 上海:华东政法大学法学院, 2010:62.
- [8] 张明楷. 法益保护与比例原则[J]. 中国社会科学, 2017(7):100.
- [9] 向燕. 论刑事没收及其保全的对象范围[J]. 中国刑事法杂志, 2013(3):84.
- [10] 杨宏亮. 责令退赔的司法适用及程序完善[J]. 人民检察, 2005(12):49.
- [11] 吴燕,赵祥东. 供犯罪所用的本人财物的认定与没收[M]//刑事审判参考(总第45辑). 北京:法律出版社, 2006:59.
- [12] 李中华. 供犯罪所用的本人财物的认定与处理[J]. 人民司法, 2008(4):32.
- [13] 洪福曾. 刑法之理论与实践[M]. 台北:五南图书出版公司, 1988:455.
- [14] 陈兰. 刑事没收物的认定研究[D]. 重庆:西南政法大学法学院, 2013:38.
- [15] 木村龟二. 刑法学词典[M]. 顾肖荣,郑树周,译. 上海:上海翻译出版公司, 1991:430.

(责任编辑:王 薇)