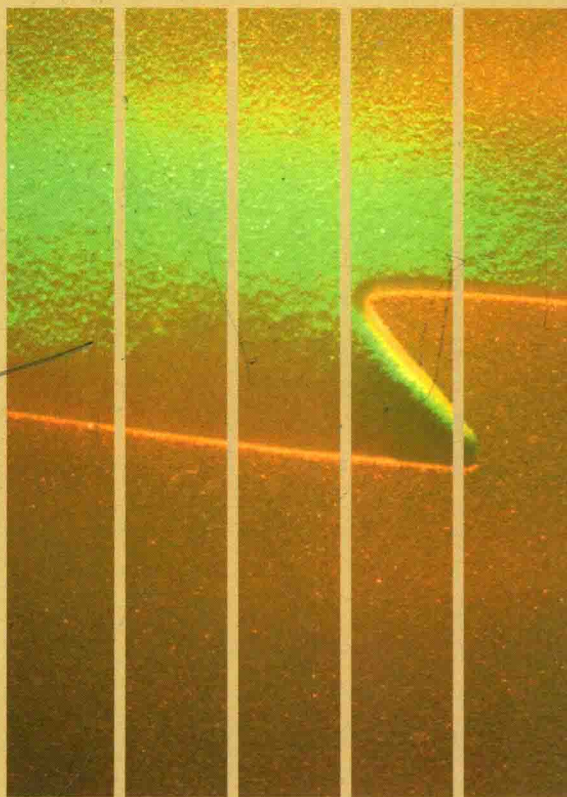


刑事涉案财物 处理程序研究

吴光升 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刑事涉案财物处理程序研究

吴光升 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事涉案财物处理程序研究 / 吴光升著. -- 北京 :
法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2711 - 6

I. ①刑… II. ①吴… III. ①刑事诉讼—财产—处理
—程序—研究—中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 215678 号

刑事涉案财物处理程序研究

XINGSHI SHEAN CAIWU CHULI CHENGXU YANJIU

吴光升 著

责任编辑 刘琳

装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任印制 沙磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 A5

印张 11.5

字数 345 千

版本 2018 年 6 月第 1 版

印次 2018 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2711 - 6

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



吴光升

1972年生，苗族，湖南省城步县人，中共党员，法学博士。

1995年毕业于中央民族大学，获学士学位；1997年考入中国政法大学攻读刑事诉讼法学专业，师从李宝岳教授，2000年毕业并获法学硕士学位；2006年考入中国政法大学攻读刑事诉讼法学专业，师从樊崇义教授，2009年毕业并获法学博士学位。期间曾先后就职于贵州省人民检察院、贵州大学法学院，现为浙江工业大学之江学院教授。先后在《政法论坛》《中国刑事法杂志》《政治与法律》等刊物公开发表学术论文四十余篇，出版个人专著一部；主持国家社科基金项目一项、最高人民检察院课题两项，参与国家社科基金项目两项、省部级重大课题一项。

序 言

该书是吴光升将其所主持的国家社科基金项目《刑事涉案财物处理程序研究》的最终研究成果修改而成的一本学术专著。

程序法的主要功能就是规定一些可将实体法内容付诸实施的比较具体的、公正的程序。但长期以来,由于重刑事责任追究,轻涉案财物处理;重实体处理,轻程序公正的实践传统,虽然我国《刑法》第64条比较明确地规定了刑事涉案财物应当如何处理的措施,但我国刑事诉讼法对于刑事涉案财物处理程序却一直缺乏明确的规定,只有零散的司法解释与规章,无法可依现象比较严重。其结果是:一方面,在刑事涉案财物处理过程中,公民财产权受到侵害的现象时有发生;另一方面,在外逃涉案财物追回过程中,我国检察机关、法院作出的有关涉案财物的处理决定、裁决经常被其他国家以程序正当性不足为由拒绝承认与执行,外逃涉案财物难以追回现象严重。在理论研究方面,虽然域外对刑事涉案财物处理程序问题已有比较多研究,但我国学界受“先有立法(草案)、后有研究”这种惯性的影响,长期以来很少有人涉足刑事涉案财物处理程序方面的研究。虽然在2012年《刑事诉讼法》增加“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序”后,有越来越多的人开始研究该问题,但这些研究仍然没有摆脱事后研究的惯性,绝大部分研究仍然只是针对该程序进行研究,而未能跳出这一范围,对整个刑事涉案财物处理程序问题进行系统、深入研究,导致原有的大部分问题仍然没有得到应有的研究。例如,有关刑事涉案财物的财产保全问题,有关被害人合法财物的判决前返还程序问题,刑事诉讼中的刑事涉案财物没收程序问题等。可以说,对刑事涉案财物处理程序问题的研究,我国学界仍然任重道远。

吴光升很早以前就对刑事涉案财物处理程序问题进行了研究。记得在2007年读我的博士期间,他就针对该问题写了一篇《刑事涉案财物处理程序正当化》的论文,以作为博士生年度考核论文。我看后觉得还

不错,就推荐给《法律适用》刊发。此后,他继续就这方面的问题进行研究,并在《中国刑事法杂志》上发表一篇有关审前返还被害人合法财物的论文。在2012年,他以上述研究成果作为基础,以《刑事涉案财物处理程序研究》为题申报当年的国家社科基金课题,并成功获得立项。经过几年的研究,他这一课题在2017年顺利结项。现在,随着法治国家建设进程的加快,中央越来越重视刑事涉案财物的处理工作。如中共中央办公厅、国务院办公厅在2015年1月印发《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》,对刑事涉案财物处理所涉及的所有程序都提出了一些规范要求。基于此,我国有关刑事涉案财物处理程序问题的研究越来越多,该问题已逐渐成为刑事诉讼研究的一个热点问题。从这点来看,吴光升具有很好的学术敏感性。

该书遵循从宏观到具体、从抽象到一般的逻辑关系,按照诉讼进程,先后对《刑法》第64条规定的刑事涉案财物与处理措施、刑事涉案财物处理程序的基本原则、刑事涉案财物财产保全制度、被害人合法财物返还与追赔程序、刑事涉案财物定罪没收程序、刑事涉案财物未定罪没收程序以及外逃涉案财物追回程序等问题进行了系统、深入的讨论,并提出了一些很有创新性的观点或立法建议。例如,涉案财物能否善意取得,应当区分是否属于没收上缴国库的财物作不同规定;在符合一定条件时,可将犯罪工具没收范围扩及案外第三人的财物;在处理涉案财物时,可在一定条件下对违法所得进行推定,但推定结果只能用于违法所得没收,不得用于定罪;被害人应当尽量通过附带民事诉讼或另行提起民事诉讼追回或追偿涉案财物,不当由司法机关依职权替被害人追回涉案财物;刑事诉讼应当区别证据保全与财产保全,建立独立的、健全的财产保全制度,审前财产保全决定应当采取法院有限介入模式;在定罪没收程序中应当引入案外第三人制度,赋予案外第三人当事人身份与诉讼权利,但应当对其参与权范围进行相应限制;取消现有未定罪没收的案件适用范围,将其他不追究刑事责任但应当没收涉案财物的案件均纳入未定罪没收程序规范范围等。这些观点与建议不管是对激发学界对相关问题的进一步研究,还是为将来有关刑事涉案财物处理的立法与司法工作提供理论参考,均具有重要意义。

该书的特点主要体现在研究方法方面。一是该书比较好地使用了刑事一体化研究方法,从刑事实体法出发研究刑事程序法问题,反过来

又从刑事程序法角度审视刑事实体法的相关规定。比如,该书从涉案财物没收所具有的法律效果出发,论证涉案财物没收虽然只涉及财产权问题,但并不完全是一种民事确权行为,因而不能将涉案财物没收程序作为一种民事诉讼程序来设置。反过来,该书从涉案财物处理程序是一种公权力运用程序的角度出发,主张将被害人追回或追偿涉案财物程序与涉案财物处理程序进行适度分离,由被害人通过附带民事诉讼或另行提起民事诉讼维护合法权益,而不能由司法机关依职权在涉案财物处理程序中追缴并返还被害人合法财物。另外,该书还从外逃涉案财物追回面临诸多程序障碍出发,主张修改刑法有关洗钱罪的规定,并增设有关涉案财物没收的资产分享制度。二是该书比较熟练地从利益平衡角度解决有关涉案财物处理的疑难问题。比如,关于涉案财物的善意取得问题,学界一直存在肯定与否定的不同观点。该书从不同涉案财物需要平衡的冲突利益不同出发,提出没收上缴国库的涉案财物可以善意取得,而需要返还被害人的涉案财物则要谨慎承认善意取得的观点。再如,涉案财物没收证明标准的确定,该书也从利益平衡角度主张涉案财物没收不同于单纯民事诉讼,诉讼双方不同,需要平衡的冲突利益不同,因而在涉案财物没收诉讼中,检察机关的证明标准既不同于民事诉讼的证明标准,也不同于利害关系人的证明标准,应当高于后两者的证明标准。三是在比较研究方面,该书在有关涉案财物财产保全制度、定罪没收程序、未定罪没收程序等方面很规范地引用了大量外文文献,在增加结论的可靠性和可信度的同时,也具有很大的学术价值。

当然,该书也存在不足,但瑕不掩瑜。该书既然是对涉案财物处理程序进行专门研究,从逻辑上看,对有关涉案财物裁判的执行程序问题也应当进行相应研究,但该书并没有这方面的研究。另外,该书还存在实证研究不足的问题。

吴光升是我所带博士生中热爱学术研究同时也具有相当研究能力的学生之一,作为他的导师,希望他能够在这方面继续研究下去,并有更多更好的研究成果出现。

是为序。

中国政法大学博士生导师 樊崇义教授

2018年1月18日

引 言 / 1

第一章 刑事涉案财物处理的两个实体法范畴 / 5

一、刑事涉案财物 / 5

二、刑事涉案财物处理措施 / 64

第二章 刑事涉案财物处理程序的基本原则 / 80

一、正当法律程序原则 / 80

二、刑事责任追究优先原则 / 88

三、相当性原则 / 94

四、遵守国际条约或国际惯例原则 / 97

第三章 刑事涉案财物财产保全制度 / 105

一、域外涉案财物财产保全制度概况 / 105

二、我国涉案财物财产保全制度的现状与问题 / 107

三、涉案财物财产保全之对象 / 113

四、刑事涉案财物财产保全措施 / 121

五、涉案财物财产保全的程序规制 / 128

六、涉案财物的保管与经营 / 138

七、涉案财物财产保全的权利保障 / 141

第四章 被害人合法财物的返还与追赔程序 / 153

一、被害人合法财物的判决前返还程序 / 154

二、被害人合法财物的追赔程序 / 166

三、法院错误处理的被害人合法财物的返还与追赔程序 / 171

2 目 录

第五章 刑事涉案财物定罪没收程序 / 176

- 一、域外定罪没收程序的立法考察 / 176
- 二、定罪没收程序的适用对象、性质与模式 / 186
- 三、定罪没收程序的启动 / 199
- 四、定罪没收的裁决与救济程序 / 203
- 五、案外第三人的定罪没收程序参与权 / 219

第六章 刑事涉案财物未定罪没收程序 / 238

- 一、域外未定罪没收程序的立法考察 / 238
- 二、我国未定罪没收程序的立法现状 / 252
- 三、关于未定罪没收程序的正当性问题 / 254
- 四、未定罪没收程序的适用范围 / 264
- 五、未定罪没收程序的性质 / 273
- 六、未定罪没收的申请条件、管辖与告知 / 281
- 七、未定罪没收的裁判与救济 / 285

第七章 外逃涉案财物追回程序 / 307

- 一、外逃涉案财物追回的现状及改善策略 / 307
- 二、外逃涉案财物追回主体 / 318
- 三、外逃涉案财物的调查与财产保全程序 / 326
- 四、外逃涉案财物的定罪没收追回程序 / 334
- 五、外逃涉案财物的未定罪没收追回程序 / 340
- 六、跨境提起涉案财物民事诉讼、参加境外涉案财物没收诉讼与
劝缴涉案财物 / 348

后 记 / 358

引 言

“天下熙熙皆为利来,天下攘攘皆为利往。”犯罪行为作为一种有意识的行为,绝大部分出自行为人的利益需求。尤其是一些谋利型犯罪,其直接目的更是获取不法经济利益。犯罪防控,乃在于采取相应措施,使犯罪行为实施犯罪的弊大于利,从而使其在是否实施犯罪的利益权衡中倾向于不实施犯罪。因而如何防控犯罪,尤其是如何防控那些谋利型犯罪,除需要动用刑罚措施对犯罪行为作出否定评价外,还应当将犯罪行为人的违法所得予以剥夺。必要时还应将犯罪行为用于犯罪的财物予以剥夺,使财物所有人因有丧失财产之虞而谨慎行使财产权,避免财物成为自己或他人实施犯罪之工具,进而从另一方面尽可能地降低犯罪发生率。如果仅仅以刑罚措施对犯罪行为进行否定评价,而不剥夺犯罪行为人的违法所得,不剥夺其用于实施犯罪的财物,这实际上相当于在行为人是否实施犯罪行为的利益权衡天平上增加了实施犯罪一端的利益砝码,并减少了不实施犯罪一端的砝码,从而提高了犯罪发生的可能性。但是,由于刑事案件的复杂性,以及财产权能分化所带来的财产关系的复杂化,违法所得或犯罪工具剥夺不当,也可能严重侵害公民财产权。正因为如此,域外很多国家都比较重视违法所得、犯罪工具等刑事涉案财物的处理,除在刑事实体法对违法所得、犯罪工具等刑事涉案财物的处置有明确规定外,还在刑事程序法对如何处理这些刑事涉案财物的程序作了比较严密的规范,尽量做到犯罪防控与财产权保障的平衡。由于该问题的重要性,各国学界对刑事涉案财物的处理进行了比较系统深入的研究,不仅从实体法角度研究了可没收涉案财物的范围与没收方式,还从程序法角度研究了涉案财物处理所可能面临的各种问题,如涉案财物没收尤其是不以定罪裁决为前提条件的未定罪没收(non-conviction based confiscation)的正当性问题、涉案财物没收程序的合宪性问题、涉案财物没收的证明问题,以及涉案财物财产保全与涉案财物

没收过程的财产权利保障问题,并提出了一些很有建设意义的观点。

在我国,《刑法》第64条规定:“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;对被害人的合法财产,应当及时返还;违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。没收的财物和罚金一律上缴国库不得挪用和自行处理。”根据该规定,犯罪行为人或其他相关人员持有的大部分违法所得、犯罪工具、违禁品等刑事涉案财物均应予以剥夺,然后没收上缴国库、返还被害人或销毁。《刑事诉讼法》对刑事涉案财物的处理程序也作了一些规定,如有关涉案财物的搜查、查封、扣押、冻结,以及涉案财物的判决前返还、判决没收与返还等。从这些规定来看,我国刑事法在一定程度上体现了从施加刑罚与利益剥夺两方面防控犯罪的理念。但很明显,由于我国长期以来重刑事责任追究、重刑罚措施运用,轻犯罪收益剥夺、轻涉案财物追缴与没收,我国刑事法对应当予以追缴、没收的涉案财物范围、涉案财物处理程序以及涉案财物处理过程中的财产权保障等问题均缺乏应有的、合理且具体的规定。在2012年《刑事诉讼法》增加“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序”(以下简称逃匿、死亡案件没收程序)这种未定罪没收程序之后,这种不合理现象才有所改观。但是,由于该程序的适用范围有限,形势依然无法让人乐观。由于相关规定的缺失,司法实践有关涉案财物处理的问题仍然比较多,法律适用不统一现象依然比较严重。如哪些财物可作为犯罪工具没收、犯罪工具没收是否应当具有比例性、违法所得应当如何计算、涉案财物应当如何进行保全、被害人的涉案财物应当通过何种程序返还、违法所得与犯罪工具应当通过何种程序进行追缴与没收、处理涉案财物时应当由何方就相关争议事实承担证明责任、应当如何切实保障公民财产权等问题,在司法实践中屡屡出现,但因明确的法律规定的缺失,导致各地司法机关做法不一。

在上述问题中,对于大部分实体法方面的问题,我国学界实际早有研究,只是争议较多,未能达成共识。但对于大部分程序问题,学界长期以来几乎无人问津。在2012年修订的《刑事诉讼法》增加逃匿、死亡案件没收程序之后,有关刑事涉案财物处理程序的研究才逐渐增多。但遗憾的是,这些研究大多集中于新增程序的正当性问题、程序性质与运用问题,对于其他程序问题,如涉案财物的财产保全问题、被害人合法财物的返还与追偿程序问题、以定罪裁决为前提条件的定罪没收(confisca-

tion based on conviction) 程序的正当性问题、涉案财物处理的证明问题与财产权保障问题、外逃涉案财物的追回程序问题, 仍然缺乏系统、深入的研究。可以说, 从程序角度研究涉案财物处理问题, 我国学界仍然任重道远。

2014 年中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序的要求, 这实际是对我国刑事涉案财物处理的整个程序提出了规范要求。中共中央办公厅、国务院办公厅为贯彻落实上述要求而在 2015 年 1 月印发的《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》(以下简称中办、国办《规范意见》), 很好地说明了这一点。该意见对刑事涉案财物处理所涉及的所有程序都提出了一些规范要求, 如规范涉案财物查封、扣押、冻结程序, 规范涉案财物保管制度, 完善涉案财物审前返还程序, 完善涉案财物先行处置程序, 完善违法所得追缴、执行机制, 健全境外追赃工作体制机制及加强利害关系人的财产权保障与救济等。根据该意见, 公安部在 2015 年 7 月印发《公安机关涉案财物管理若干规定》, 对公安机关涉案财物处理程序进行了相应规范。最高人民法院、最高人民检察院在 2017 年年初颁发《关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》(以下简称《没收程序规定》), 针对逃匿、死亡案件没收程序中争议较多的问题作了进一步规定。可以预测, 我国刑事诉讼法以及最高人民法院、最高人民检察院的相关司法解释将会、也应当对有关刑事涉案财物处理的一些程序作出相应规定或调整。

“实践在即, 理论先行。”任何立法均应当有理论研究作为支撑, 如何完善我国刑事涉案财物处理程序的立法, 亦是如此。因此, 对我国刑事涉案财物处理程序进行深入、系统的研究, 不仅在理论上具有重要意义, 而且也具有重大现实意义。基于此, 本书将对我国刑事涉案财物处理程序进行一种系统研究, 以期为我国刑事涉案财物处理程序的完善提供一些理论参考。

本书的基本思路如下: 由于程序法的完善离不开对实体法的准确理解, 刑事涉案财物处理程序的合理构建, 离不开对与涉案财物处理相关范畴的准确理解, 因而本书第一部分先从实体法角度对刑事涉案财物处理的两个范畴进行研究, 以便为随后的程序研究奠定坚实基础。任何程

序的建构都必须遵循若干基本原则,因而本书第二部分将对刑事涉案财物处理程序的基本原则进行研究。在解决这些基础问题之后,本书将根据刑事涉案财物处理的基本过程,在第三部分至第六部分分别对刑事涉案财物的财产保全程序、被害人合法财物的返还与追赔程序、刑事涉案财物的定罪没收程序与未定罪没收程序进行研究。由于刑事涉案财物的处理,不可避免地涉及国际合作问题,尤其是如何解决外逃涉案财物追回问题是摆在我国面前的一个很现实的问题,本书第七部分将对外逃涉案财物的追回程序问题进行简要讨论。

第一章 刑事涉案财物处理的两个实体法范畴

所谓“范畴”，一般认为，它是人类理性思维的基本形式，是人类对客观事物不同方面进行分析归类后得出的基本概念。范畴与一般概念的差别在于抽象的程度不同，一个范畴下往往涵摄几个属于这个范畴的若干概念。由反映客观事物各方面内容的范畴序列化、体系化而成的结构，就是范畴体系。任何一个范畴，只要离开一定的范畴体系而与其他范畴分隔开来，就无法揭示和确定其内容与规定性。^{〔1〕} 刑事涉案财物处理程序，就我国而言，实际就是将《刑法》第64条规定的内容付诸实施的基本程序。从范畴体系来看，如何合理构建刑事涉案财物处理程序，首先得从实体法上准确理解《刑法》第64条规定的两个基本范畴：刑事涉案财物与刑事涉案财物处理措施。

一、刑事涉案财物

根据《刑法》第64条，我国刑事涉案财物包括违法所得、犯罪工具与违禁品三种。因有关违禁品理解的争议不多，以下只对前两种涉案财物的含义与范围进行讨论。

（一）违法所得

根据《刑法》第64条，违法所得在被追缴与责令退赔之后，应当返还被害人或没收上缴国库，即违法所得可分为两种：一是应当没收上缴国库的违法所得；二是应当返还被害人的违法所得。相对而言，应当返还被害人的违法所得比较容易确定其范围，它基本上是指行为人通过犯罪行为从被害人那里获得的财物，而应当没收上缴国库的违法所得则不易确定其范围，因而在此主要讨论这种违法所得的范围。这种违法所得范围的确定实际取决于违法所得没收的性质，因而先对违法所得没收的性

〔1〕 参见彭漪涟：《试论黑格尔关于建立逻辑范畴体系的基本思想》，载《殷都学刊》1985年第2期。

质进行讨论,然后再以此为基础讨论此种违法所得的范围。

1. 违法所得没收的性质

关于违法所得没收的性质,目前存在诸多观点:

一是刑罚论。这种观点认为,违法所得没收是对犯罪行为人非法所得的没收,具有鲜明的刑罚色彩,将违法所得没收视为刑罚措施,有利于依罪刑法定原则保障当事人的权益。以这种观点立法的主要是日本、韩国以及我国台湾地区。^{〔2〕}

二是保安处分论。这种观点认为,将违法所得没收视为一种刑罚措施,就不能用于案外第三人,为此就会限制违法所得没收的适用范围,因此将违法所得没收视为一种保安处分更为合理。以此观点作为立法依据的国家主要有意大利与希腊。^{〔3〕}

三是独立刑事制裁论。我国台湾地区学者柯耀程认为,违法所得没收在本质上是对违法所得及所生之物或利益的没收,在作用对象上是以行为整体为适用客体,因而其定位不应当是一种从刑,而是一种与刑罚并行的独立法律效果。^{〔4〕}日本也有学者认为违法所得没收是一种制裁措施,而不是不当得利平衡措施。^{〔5〕}根据这种观点立法的国家主要有德国、瑞士、瑞典等。

四是民事赔偿手段论。采取这种观点的国家主要是法国。在法国刑法中,部分民事没收同时具有民事赔偿之性质;在法国税收法方面,没收财产被认为是赔偿对行政机关税务利益所引起的损害,也具有民事赔偿性质。^{〔6〕}

五是不当得利衡平措施论。在德国,对于违法所得没收,因其不以罪责为前提,且没收对象也扩及案外第三人,使得违法所得没收无法被

〔2〕 参见曾淑瑜:《犯罪所得没收追征及保全程序之研究》,载《军法专刊》2012年第2期。

〔3〕 参见曾淑瑜:《犯罪所得没收追征及保全程序之研究》,载《军法专刊》2012年第2期。

〔4〕 参见柯耀程:《没收、追征、追缴与抵偿法理诠释系列(一)——没收与追征之法律效果定性》,载《军法专刊》2011年第3期。

〔5〕 参见〔日〕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。

〔6〕 参见曾淑瑜:《犯罪所得没收追征及保全程序之研究》,载《军法专刊》2012年第2期。

解释为单纯之刑罚或保安处分,因而被普遍认为是一种准不当得利衡平措施。^{〔7〕}在奥地利,违法所得没收也被视为一种准不当得利衡平措施。^{〔8〕}

六是多元论。这种观点认为,违法所得没收性质具有多元性。例如,有人认为,违法所得没收兼具刑罚与保安处分性质。也有人认为,违法所得没收属于独立刑事制裁手段,兼具刑罚与保安处分性质。^{〔9〕}还有人认为,违法所得没收之最终目标在于没收违法所得归国家所有或返还被害人,没收部分具有财产刑性质,而返还被害人部分具有保护法益性质。^{〔10〕}

制度性质是某个制度得以区别于其他制度的一种属性,它是制度制定者根据制度目的对制度功能进行选择的结果,因而它既不同于主观的制度目的,也不同于客观的制度功能。违法所得没收性质亦是如此,它是立法者根据违法所得没收的目的在违法所得没收所具有的多个功能中进行选择的结果,既不能以违法所得没收的目的作为该制度的性质,也不能将违法所得没收的某个功能直接等同于该制度的性质。将违法所得没收的性质界定为刑罚措施、保安处分措施、民事赔偿或不当得利衡平措施,实际是将违法所得没收的某个功能直接视为违法所得没收的性质,明显缺乏妥当性。违法所得从用途上看可分为两类:一是可用于合法交易或使用的财物,如受贿所得的货币;二是用于实施犯罪行为的财物,如伪造的货币。对于前者的没收应当属于一种恢复财产原状的措施;对于后者的没收,确实应当属于一种保安处分措施。但是,违法所得没收对象更多的是指前者,而不是指后者。因而,从总体上看,将违法所得没收性质定位为一种独立于刑罚措施、保安处分措施的恢复财产原状的法律措施更为准确与合理:通过将违法所得没收上缴国库,使任何人

〔7〕 但也有学者认为,这种定位只有在采用纯利润原则时比较准确,改采用总收入原则后,就不是很准确了。参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第955页。

〔8〕 参见曾淑瑜:《犯罪所得没收追征及保全程序之研究》,载《军法专刊》2012年第2期。

〔9〕 参见曾淑瑜:《犯罪所得没收追征及保全程序之研究》,载《军法专刊》2012年第2期。

〔10〕 参见靳宗立:《犯罪所得之剥夺与没收、追征、追缴、抵偿制度之检讨》,载《检察新论》2009年第5期。

不能通过犯罪行为获取任何利益,使持有违法所得的犯罪行为人或其他人员的财产状况恢复到犯罪行为实施前的状况。

首先,违法所得没收的财产原状恢复功能最能实现违法所得没收目的。根据罗伯特·K. 默顿的功能主义社会理论,制度功能是某项制度对主体需求的一种满足,是客观存在的效果;制度功能既有正功能与负功能之分,也有显功能与潜功能之分,还有直接功能与间接功能之分。^[11] 违法所得没收总体上具有以下功能:一是具有恢复财产原状的功能,即通过违法所得没收将犯罪行为人或占有违法所得的其他人员的财产状况恢复至犯罪行为实施前的状况;二是预防犯罪功能,即通过剥夺违法所得,使犯罪行为人不能从犯罪行为获取利益,进而使其在权衡是否实施犯罪时倾向于不实施犯罪,同时还可防止犯罪行为人将违法所得再次用于实施犯罪;三是补偿功能,即可将没收上缴国库的违法所得建立被害人基金,专门用于补偿被害人所遭受的损害,或者用于补偿办案经费;四是否定评价功能,即通过违法所得剥夺,可在客观上对犯罪行为起到一种否定评价效用。另外,如果犯罪行为人实施犯罪行为时投入了一定成本,违法所得没收还具有一种惩罚功能。但从总体上看,违法所得没收的主要功能是恢复财产原状,其他功能基本上都是此功能得以实现后所带来的客观效果,是一些间接功能,因而这些功能的实现依赖于财产原状恢复功能的实现。对于违法所得没收的目的,虽然目前有人认为其在于威慑,^[12]但一般认为,该目的在于将违法所得剥离于犯罪行为人或其他人员,使任何人不得从犯罪行为获得任何利益,进而促进犯罪防控之最终目的。^[13]很明显,只有将违法所得没收定位为一种财产原状恢复措施,然后按此定位设置违法所得没收制度,才能更好地实现违法所得没收之目的。

[11] [美]罗伯特·K. 默顿:《社会理论与社会结构》,唐少杰等译,译林出版社2008年版,第130页、第152页以下;[英]帕特里克·贝尔特:《二十世纪的社会理论》,瞿铁鹏译,上海译文出版社2002年版,第68页。

[12] See Roger Bowles, Michael Faure & Nuno Garoupa, Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective, 25 Oxford Journal of Legal Studies, 275 (Summer, 2005), pp. 294-295.

[13] See Simon N. M. Young, ed., Civil Forfeiture of Criminal Property: Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited., 2009), p. 159.