

## 犯罪收益追缴范围探析

王晓燕

(华东政法大学 研究生教育院, 上海 200042)

**摘要:**追缴不涉及实体处分,只是一种程序性强制措施。追缴犯罪收益是预防犯罪的需要;是挽回国家、集体或公民财产损失的需要。从目前的国际司法环境来看,追缴犯罪收益势在必行。追缴的犯罪收益是符合犯罪构成要件的违法行为所得,包括直接收益和间接收益,须是财物或财产性利益,应当是现实存在且依法能够予以追缴的原财物本身,不应当扣除犯罪成本。

**关键词:**犯罪;收益;追缴

**中图分类号:**DF73   **文献标识码:**A   **文章编号:**1671-5322(2014)02-0023-05

犯罪收益是指犯罪分子违法所得的一切财物。我国对犯罪收益的追缴依据源自《刑法》第64条: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。这一规定过于原则,不具有可操作性,致使司法实践中对犯罪收益的追缴相当混乱。本文试图通过分析追缴的法律属性,探寻追缴犯罪收益的价值,从而合理界定犯罪收益的追缴范围,以期能够对司法实践有所裨益。

### 一、追缴——一种程序性强制措施

在我国1979年《刑法》中,“追缴”作为法律术语出现在刑法条文中,第60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;违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。”1997年《刑法》沿用了关于追缴的规定,但对条文进行了补充性修正,增加了“对被害人的合法财产,应当及时返还。没收的财物和罚金,一律上缴国库,不得挪用和自行处理。”行政法、刑事程序法等相关法律法规中对“追缴”也有所提及。1994年《国家赔偿法》第16条规定:行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时,违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的,受害人有取得赔偿的权利。

2005年《治安管理法》第11条第2款规定:“违反治安管理所得的财物,追缴退还被害人;没有被害人的,登记造册,公开拍卖或者按照国家有关规定处理,所得款项上缴国库。”在2012年新修改的《刑事诉讼法》中,增加了特别没收程序,其中涉及“追缴”,第280条规定:“对于贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件,犯罪嫌疑人、被告人逃匿,在通缉一年后不能到案,或者犯罪嫌疑人、被告人死亡,按照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产的,人民检察院可以向人民法院提出没收违法所得的申请。”

可见,在我国诸多法律法规中均能捕捉到“追缴”的身影,但毫无例外都只是蜻蜓点水般的提及,并未对其进行深入的阐述和系统的分析。“追缴”法律属性的模糊不清,致使司法实践中对犯罪分子违法所得的追缴相当混乱。有必要对其性质进行探析,为其适用找寻一个共许的前提。

刑法理论中对追缴的性质探讨不多,也未能达成一致意见。一种观点认为追缴是一种程序性强制措施,另一种观点则认为追缴是一种实体处分。赞同第一种观点的学者指出,对于犯罪收益,一般先由司法机关追缴或者在相关财物可能灭失或者损毁的情况下责令退赔,追缴只具有程序性的意义,不具有实体性处分的性质。追缴之后,根据实际情况决定是否予以没收,从而实现追缴物的实体处分<sup>[1]</sup>。也有学者支持后一种观点,即

收稿日期:2014-03-16

作者简介:王晓燕(1990-),女,山东烟台人,硕士生,研究方向:刑法学。

认为追缴是一种实体处分,指出:作为程序性行为的扣押、查封与追缴这一实体处分犯罪人违法所得行为在性质上是不同的<sup>[2]</sup>。日本的没收同中国的追缴即便在对象范围上有重叠的一面,但是,日本的没收属于附加刑,与之相对,中国的追缴却并非是刑罚而是行政处罚,两者在这一点上存在着根本的不同<sup>[3]</sup>。学者对这一问题的争论可见一斑。

笔者认为,将追缴看作是实体处分并不妥当,追缴实际上是一种程序性强制措施。一方面,追缴是作为一种程序性强制措施被规定在相关法律法规中的。例如,1994年《国家赔偿法》第16条规定:行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时,违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的,受害人有取得赔偿的权利。该规定将追缴与查封、扣押、冻结措施相并列。2001年《人民检察院扣押、冻结款物管理规定》第3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,应当依法及时返还。违禁品和供犯罪用的财物,应当予以追缴、扣押、冻结,并依法处理。该规定亦将追缴与扣押、冻结措施相提并论。从这些现有的规定来看,将追缴看作是程序性强制措施无可非议。另一方面,根据《刑法》第64条的规定,对犯罪收益的处理应当遵循的程序是:先予以追缴,追缴不能时责令退赔,追缴或责令退赔的财物属于被害人的予以返还,不属于被害人的予以没收。追缴是作为返还被害人或没收的前置程序,只具有程序性意义,通过追缴并不能实现对犯罪收益的实体处分,只有将追缴或责令退赔的犯罪收益返还给被害人或将其没收上缴国库,才能真正实现实体处分。简言之,追缴是一种程序性强制措施,返还被害人和没收才是对犯罪收益的实体处分。

## 二、追缴犯罪收益的价值

犯罪收益是行为人通过实施犯罪行为而获得的利益,法律不禁止任何人获得利益,但任何人不得从犯罪中获利,不得通过损害他人或自身的不法行为而获得利益。《刑法》第64条明确了对犯罪收益应当予以追缴,这为追缴犯罪收益提供了法律依据。犯罪既得利益是为法律所禁止的,有必要予以追缴。

第一,追缴犯罪收益是预防犯罪的需要。一

方面可以有效预防未然之罪。人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。通常来说,只有通过实施某种行为,可以从中获益,人们才敢冒天下之大不韪,超越法律的底线,宁可做罪人,也要捞一把。因大多数的犯罪行为都是为了取得利益,尤其是经济犯罪,追缴犯罪收益,使行为人无利可图,其犯意便可消减。犯罪人在实施犯罪前,往往要进行犯罪的“可行性分析和收益评估”,“可行性分析和收益评估”决定着行为的选择,犯罪的成本和收益对于犯罪的实施起着至关重要的作用<sup>[4]</sup>。当犯罪成本与风险远远高于犯罪收益时,行为人实施犯罪行为的可能性便会大大降低,这就要求明确犯罪收益的追缴范围,加大对犯罪收益的追缴力度。另一方面,可以有效预防犯罪分子的再犯可能。很多情况下,犯罪收益可以为犯罪分子再次实施犯罪活动提供经济基础,犯罪分子通过实施某一犯罪获取犯罪收益,再用该犯罪收益支撑其他犯罪,如:毒品犯罪、赌博犯罪往往需要大量资金,犯罪分子可能通过实施抢劫、绑架等犯罪取得收益,继而支撑其实施毒品犯罪、赌博犯罪。追缴犯罪收益,可以从经济上切断犯罪分子的利益驱动,使犯罪分子从根本上失去继续犯罪的经济基础,在一定程度上削弱犯罪分子继续犯罪的能力,达到从源头上预防犯罪分子的再犯可能。

第二,是挽回国家、集体或公民财产损失的需要。刑法的目的不仅在于惩罚犯罪,更在于保障人权,不只是被告人之大宪章,更应保护被害人的合法权益。犯罪分子违法所得的财物,大都是国家、集体或公民损失的合法财产,任何人不得从犯罪中获利,同理,任何人也不应因他人的犯罪行为而受到财产损失。根据《刑法》第64条的规定,追缴或责令退赔的财物,属于被害人合法财产的,应当及时返还。可见,追缴犯罪收益是挽回被害人财产损失的需要,是及时返还被害人受损财产的前提,是对被害人合法财产的有力保障。没有追回的犯罪收益不仅让犯罪分子从犯罪中受益,而且使被害人的合法财产因他人的犯罪行为而受到了损失。追缴犯罪收益是试图在犯罪分子与被害人之间寻求一个平衡点,既不使其中一方获利,也不使另一方受损,力求使财产恢复到犯罪之前的状态。从这个意义上说,追缴犯罪收益既是挽回国家、集体或公民财产损失的需要,也是公平正义的体现。

第三,从目前的国际司法环境来看,追缴犯罪收益势在必行。我国是《联合国反腐败公约》缔约国,在对犯罪收益的追缴机制上应与之相协调,同时也应充分考虑我国的立法现状。一方面,《联合国反腐败公约》对追缴犯罪收益提出了要求,也制定了相应的没收制度和追回机制。《联合国反腐败公约》第31条第1款规定:“各缔约国均应当在本国法律制度的范围内尽最大可能采取必要的措施,以便能够没收:一、来自根据本公约确立的犯罪的犯罪所得或者价值与这种所得相当的财产;二、用于或者拟用于根据本公约确立的犯罪的财产、设备或者其他工具。”并在第五章用一章的内容规定了资产追回问题,从国际司法合作的角度规定了各项追缴犯罪所得或收益的机制和措施。《联合国反腐败公约》把追缴被非法转移的犯罪所得或犯罪收益确定为刑事司法协助的新中心,由此形成了为追缴犯罪所得或犯罪收益而开展调查取证、资产冻结或扣押、没收和返还等方面国际合作的体系<sup>[5]</sup>。另一方面,一些国家针对犯罪收益的追缴制定了专门的犯罪收益追缴法,如英国、澳大利亚制定的2002年《犯罪所得追缴法》。我国目前没有制定专门的犯罪收益追缴法,只得依《刑法》第64条的规定,对犯罪分子的违法所得予以追缴。

### 三、犯罪收益追缴范围的界定

由于对犯罪收益的追缴缺乏系统性的规定,导致司法实践中对其追缴范围的认定存在诸多问题,合理界定犯罪收益的追缴范围是依法追缴犯罪收益的前提。

第一,追缴的犯罪收益是符合犯罪构成要件的违法行为所得。刑法第64条所称的违法所得,既不是指一般违法行为所得,也不是要求是完全符合犯罪成立条件的犯罪所得,而是指符合犯罪构成要件的违法行为所得。亦即,不以行为人具有责任为前提。”<sup>[6]</sup>只要行为符合了具体犯罪的构成要件,不论行为人是否具有责任,都不能否认其所得的收益属于违法所得的事实,对符合犯罪构成要件的违法行为所得都应当依法予以追缴。例如,盗窃行为虽已符合盗窃罪的构成要件,但数额未达到构罪数额,则因不具有可罚的违法性,而不构成有责意义上的盗窃罪;12岁的行为人实施盗窃、抢劫行为,因未达到刑事责任年龄,不承担刑事责任,也不构成有责层面上的盗窃罪、抢劫

罪。这种情况下,行为人或因不具有可罚的违法性,或由于不具备有责性而不受刑事处罚,但倘若要求犯罪收益是完全符合犯罪成立条件的违法所得,则无法对其盗窃、抢劫的财物予以追缴,也就无法归还属于被害人的合法财物,严重损害了被害人的财产利益。换言之,要求犯罪收益是完全符合犯罪成立条件的违法所得,必然会缩小追缴范围,从而使某些犯罪收益得不到有效追缴。因此,对符合犯罪构成要件的违法所得都应当依法予以追缴。

第二,追缴的犯罪收益包括直接收益和间接收益。《联合国反腐败公约》指出:“犯罪所得”系指通过实施犯罪而直接或间接产生或者获得的任何财产。据此,犯罪收益既包括直接收益,也包括间接收益。而根据台湾刑法典第38条的规定,犯罪收益是指因犯罪所生或所得之物。亦即,犯罪收益仅指直接收益,而不包括间接收益。在我国,犯罪收益是指犯罪分子违法所得的一切财物。根据2006年《人民检察院扣押、冻结款物工作规定》第2条第2款的规定,犯罪嫌疑人、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。根据《刑法》第191条之规定,洗钱的对象是毒品犯罪、黑社会性质组织犯罪、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。《刑法》第312条规定,明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的行为,构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。上述刑法规定以及相关司法解释,肯定了犯罪所得产生的收益的非法性。质言之,在我国,犯罪收益包括直接收益和间接收益。犯罪行为所得之物和通过犯罪行为得到的回报属于直接收益,前者如盗窃或毒品交易获得的财物,后者如受人雇佣杀人所获得的酬金。间接收益是指犯罪所得产生的收益,即基于犯罪所得而获取的收益,如将受贿所得的金钱用于投资股票所取得的收益,或基于行贿取得的经营资格所获得的经营收益。犯罪所得产生的收益归根结底还是基于犯罪而获得的利益,犯罪所得为其提供了基础和条件,对犯罪所得产生的收益应当与犯罪所得同等对待,都系非法所得,根据任何人不得从犯罪中获利的原则,应当依法予以追缴。

第三,追缴的犯罪收益须是财物或财产性利益。《联合国反腐败公约》指出:“财产”系指各种

资产,不论是物质的还是非物质的、动产还是不动产、有形的还是无形的,以及证明对这种资产的产权或者权益的法律文件或者文书。即财产包括财物和财产性利益。《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。因行贿犯罪取得财产性利益以外的经营资格、资质或者职务晋升等其他不正当利益,建议有关部门依照相关规定予以处理。”该条款将“利益”区分为财产性利益和非财产性利益,从“利益”这一概念的本身含义出发,这一划分是无可非议的,但此处采用这一分类是不周延的,将财物排除在外并不妥当。我国刑法所规定的财物,并不限于有体物,也包括财产性利益。易言之,应当对财物做扩大解释,包含财产性利益。而非财产性利益因其价值无法估算,故无法追缴,依法另行处理。但基于获得的某种资格或资质等非财产性利益而获得的财物或财产性利益,如通过行贿获得了某一项目,对从该项目中获得的财物或财产性利益也应当依法予以追缴。

第四,追缴的犯罪收益应当是现实存在且依法能够予以追缴的原财物本身。因法律特殊规定或事实上已不存在而造成追缴不能的,责令退赔。申言之,追缴只能针对犯罪收益原财物本身,犯罪收益现存于犯罪分子之手,或者犯罪分子将犯罪收益转移、隐藏于他人处,犯罪收益是现实存在的,可以依法予以追缴。然而如果善意第三人已取得该财物,此时虽然犯罪收益也是现实存在的,但为了保护善意第三人的合法利益,对该财物不能予以追缴,只能责令退赔,即责令犯罪分子从自己的合法财产中交纳一定的金钱或相应财物。另外,当犯罪收益原财物全部或者部分已被犯罪分子毁损、挥霍时,其全部或部分已不复存在,这种情况下,对全部或不复存在的部分也只能责令退赔。此外,如果犯罪所得已经全部或者部分转变

为其他财产,或者已经与合法财产相混合,能否予以追缴?笔者认为,替代收益和混合收益都不能予以追缴,前者如用盗窃的金钱购买了股票或金条,后者如将受贿的金钱与工资一起存入银行,此时都只能责令退赔。

第五,追缴的犯罪收益不应当扣除犯罪成本。犯罪分子实施犯罪行为获得收益时通常要支付一定的经济成本,那么在计算犯罪收益时是否应当扣除犯罪成本?对此有纯益主义与总额主义之争。扣除犯罪成本的是纯益主义,总额主义不扣除犯罪成本。日本和德国目前采用的均是总额主义,即在计算犯罪收益时无需扣除犯罪所消耗的经济成本。我国学者对此问题也有不同看法,有的学者认为:追缴犯罪收益不扣除犯罪成本已经成为国际社会的大趋势,这也反映出追缴犯罪收益的目的不仅在于剥夺犯罪收入,恢复犯罪前的状态,更在于对犯罪行为和犯罪人的制裁<sup>[1]</sup>。而有的学者则认为:就没收违法所得而言,只能采取纯益主义。而其中用于犯罪的成本,则属于供犯罪所用的本人财物,应根据其是否属于与违禁品相当的财物做出是否没收的判断<sup>[6]</sup>。笔者赞成总额主义,应当严格区分犯罪收益与供犯罪所用的本人财物,实施犯罪时所支付的经济成本应归入供犯罪所用的本人财物之列,在计算犯罪收益时不予以考虑。如行为人实施赌博、毒品、行贿等犯罪所使用或支付的资金或财物,是用于犯罪的成本,也是供犯罪所用的本人财物,根据《刑法》第 64 条的规定,供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。根据《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条的规定,赌博犯罪分子所有的专门用于赌博的资金等,应当依法予以没收。在计算犯罪收益时没有理由将犯罪成本从中扣除,不扣除犯罪成本一方面是对犯罪分子实施犯罪行为的惩罚,另一方面也是为了预防犯罪分子将该财物继续用于实施犯罪行为。

#### 参考文献:

- [1] 张磊. 论我国经济犯罪收益追缴制度的构建[J]. 政治与法律, 2009(5): 38 - 44.
- [2] 王文轩. 论刑法中的追缴[J]. 人民检察, 2002(5): 5 - 7.
- [3] 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]. 中外法学, 2009(4): 780 - 792.
- [4] 肖怡, 梁剑. 惩治“权力承租”在经济学语境下的思考[J]. 政治与法律, 2004(6): 116 - 120.
- [5] 黄风. 国际刑事司法协助制度的若干新发展[J]. 当代法学, 2007(11): 10 - 19.
- [6] 张明楷. 论刑法中的没收[J]. 法学家, 2012(3): 55 - 70.

## On the Scope of Proceeds of Crime Recovered

WANG Xiaoyan

(Graduate Department, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** Recovering proceeds of crime doesn't involve entity disposal, it's only a kind of procedural compulsory measures. Recovering proceeds of crime is the need of crime prevention; and it is the requirement of redeeming property losses of the State, the collective, or the citizens; from the current international judicial environment, recovering proceeds of crime is imperative. Proceeds of crime recovered are the proceeds obtained from an illegal act which meets constitutive elements of a crime, they include both direct proceeds and indirect proceeds, they need to be money or property or property benefits, they should be original property that really exists and can be recovered according to law, the cost of crime shouldn't be deducted.

**Keywords:** proceeds; crime; recover

(责任编辑:沈建新)

---

(上接第19页)

## On the Construction of Democratic Legitimacy to the Regime During the Anti - Japanese War Period ——From the Perspective of the Ruler's Ability of "Enthrall" Shaped

ZHANG Lin , LIU Huan

(School of Government, Nanjing University Nanjing Jiangsu 210006, China)

**Abstract:** During the Anti - Japanese War period, the Chinese Communists safeguarded the smooth progress of the war and successfully constructed the legitimacy under the high banner of democracy. This article analyzes how the democracy constructs the legitimacy of the regime during the Anti - Japanese War period from the perspective of the process of shaping the rulers "enthrall" ability.

**Keywords:** the Anti - Japanese War; Chinese Communist Party; democracy; regime; legitimacy

(责任编辑:沈建新)