

“犯罪所得投资收益”追缴的影响因素与判断规则

庄绪龙*

内容提要 “犯罪所得投资收益”是行为人将经由犯罪取得的赃款赃物通过置业、理财或者创业等投资手段获取的经济利益,在本质上是一种资产增值。理论上,“犯罪所得投资收益”是否属于我国《刑法》第64条规定的“违法所得的一切财物”存在“违法所得说”与“合法财产说”的学说争议,二者虽各有道理,但却均属“片面的深刻”。事实上,“犯罪所得投资收益”是“非法与合法”耦合的结果,对其法律评价存在复杂的影响因素,需要全面分析并综合把控。司法机关在“犯罪所得投资收益”追缴的问题上,应综合考量以下三个因素:其一,“投资收益”的获取途径,对于纯粹资本主导的“资本投机”收益与“资本+生产要素”共同主导的“组合投资”收益应予以实质区分;其二,行为人先前获利的犯罪行为是否可以评价为“法益可恢复性犯罪”,犯罪行为所侵害的法益及其属性的判断以及行为方式是否违背社会公众普遍认同的伦理禁忌;其三,坚持利益衡量原则,综合考量“犯罪所得投资收益”追缴与民营企业稳定发展的关系,坚持惩罚犯罪与人权(产权)保障以及经济社会稳定发展的有机平衡。

关键词 犯罪所得 投资收益 资本投机 组合投资 层次性判断

引言

“不因犯罪而获益”(Crime do not pay; Verbrechen dürfen sich nicht lohnen)是刑法领域古老的正义理念。无论是出于公正理念的价值考量还是基于预防犯罪的实务理由,“禁止行为人从犯罪行为中获利”几乎是一个不证自明不言而喻的正义法则。若允许犯罪人持续保有犯罪所得之价值,会长久地损害民众对法之不可违背性的信赖,同时也会引诱人们从事可获得利益的犯罪行为。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”。这里首先面临的问题是:何谓“违法所得的一切财物”?它的边界和范畴如何确定?

* 苏州大学王健法学院讲师,法学博士。本文系国家社会科学基金项目“中国刑罚制度与实践的社会学分析”(项目编号:18BFX109)的阶段性成果。

司法实践中,司法机关对于“违法所得的一切财物”的范畴和边界大都存在认识不清、执行措施不足的弊端,甚至有的法院在裁判文书中对于违法所得及其收益是否应当追缴的判断,言辞闪烁或者干脆予以“模糊处理”。不可讳言,以往乃至当前我国司法机关仍然存在“重人身而轻财产”的选择倾向,侦查机关、检察机关以及审判机关往往更加注重对犯罪嫌疑人的人身控制和对犯罪行为的定性和处罚,而轻视对涉案财物的查处与追缴,或者充其量只是将涉案财物作为行为人犯罪性质的佐证或者量刑轻重的依据。^①近年来,对于刑事涉案财物的处理,学界也逐渐开始重视。然而,梳理相关研究成果可以发现,学术研究的内容大都集中于刑事涉案财物追缴的程序性研究。^②从实体法角度对于“刑事涉案财物”抑或“违法所得”及其收益的边界、范畴问题,学界并无过多涉及,甚至简单地一笔带过。比如,有观点认为,根据我国《刑法》第64条的规定,“在对物之诉中,证明对象则为拟没收的财物系违法所得、违禁品或者供犯罪所用的被告人本人财物”。^③事实上,实践中关于刑事涉案财物抑或违法所得的范畴和边界异常复杂,“违法所得、违禁品或者供犯罪使用的被告人本人财物”的界定抑或表述,并不能有效解决司法实践中的真实困境。

在原因论上,一方面,不排除刑事司法理念的因素,认为刑事诉讼最重要的任务是对涉嫌犯罪的行为人定罪量刑,实现对其刑事责任的追究,从而对实践中同样重要的追赃问题存在轻视的倾向;另一方面,在刑事涉案财物以及违法所得及其收益的法律法规、司法解释的制度性规定层面,可能存在一定程度的缺失或者混乱。目前,关于刑事涉案财物处理的规定,主要依据是两部司法解释:其一是2014年10月30日最高人民法院颁布的《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》,该规定第10条似乎对于“犯罪所得”及其投资收益如何处置作了比较明确的规定。但是,司法实践中的具体应用却仍然存在困惑。比如,行为人持枪抢劫金融机构,劫取200万人民币后“金盆洗手”,将该“罪恶的第一桶金”作为启动资金进行注册房地产公司,尔后诚实守信的生产经营,最终获利超过一亿元,案发后对行为人以抢劫罪定罪量刑的同时,是否还应对该亿元资产全部追缴?按照上述司法解释笼统地规定,回答似乎是肯定的,但在实践中却难以有效落实。其二是2017年1月4日,最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《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》,该规定第6条对“犯罪所得”明确了三种情形,然而,该司法解释规定的“犯罪所得”情形均为与犯罪所得本身产生的收益相关,是否包含与犯罪所得本身无关的后续“投资收益”则未为可知。

① 参见张先明《切实规范刑事诉讼涉案财物处置工作——中央司改办负责人就〈关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见〉答记者问》,载《人民法院报》2015年3月5日第04版;温小洁《我国刑事涉案财物处理之完善——以公民财产权保障为视角》,载《法律适用》2017年第13期。

② 相关研究成果主要有陈瑞华《刑事对物之诉的初步研究》,载《中国法学》2019年第1期;戴长林主编《刑事案件涉案财物处理程序》,法律出版社2014年版;王君祥《违法所得没收特别程序问题研究》,法律出版社2015年版;谢丽珍《违法所得没收特别程序研究》,法律出版社2016年版;黄凤《特别刑事没收证明规则比较研究》,载《比较法研究》2014年第3期。

③ 方柏兴《论刑事诉讼中的“对物之诉”》,载《华东政法大学学报》2017年第5期。

一言以蔽之,当前我国立法和司法解释对刑事涉案财物尤其是与涉案财物相关的投资收益的追缴问题尚未作出清晰明确地界定,也缺乏对违法所得及其收益的科学鉴定、评估、执行制度,从而间接导致司法机关“无从下手”。

笔者认为,在刑事涉案财物司法处置或者“违法所得”司法认定的问题上,实体法研究与程序法研究应当并行不悖,甚至实体法上关于违法所得及其收益的认定问题,还应当是程序法研究的必要前提。皮之不存,毛将焉附?在刑事涉案财物与违法所得及其收益的司法认定与处理中,显然不能忽视实体法的前提性地位。当前,在我国深入推进扫黑除恶专项斗争的社会背景下,对于黑恶势力犯罪的打击,必然包括对黑恶势力控制的经济组织、财产类型进行系统清理和全面处置。在此时代背景下,深入研究《刑法》第64条规定的“一切违法所得的财物”的范畴与界限,并在此基础上归纳提炼“违法所得”的类型与追缴的影响因素和裁判规则可谓“正当其时”。

一、“违法所得的一切财物”类型

我国《刑法》第64条规定的“犯罪分子违法所得的一切财物”,在整体上主要包括以下三种类型。

(一) 犯罪直接所得

按照字面意思,犯罪直接所得是指通过犯罪行为直接获得的财物。比如,行为人通过盗窃、诈骗取得的他人的财物就属于“犯罪直接所得”。这里,盗窃、诈骗罪的犯罪对象本身,即是《刑法》第64条规定的“违法所得”,将其予以追缴并返还被害人,基本不存在任何理论争议。但值得注意的是,即便如此,司法机关对于犯罪直接所得的处理并非如理论上那样清晰,尤其是在涉及公司、企业等单位犯罪时,行为人经由控制相关涉案单位,经由犯罪行为获取的直接违法所得,有的司法机关对此也保持了相当程度地“克制和谨慎”。比如,在“黎某涉黑案”中,被告人黎某控制的4家公司非法经营数额为1.2亿元,违法所得5700余万元。但是,最终法院追缴的财产只有审理前且不影响其名下企业正常经营前提下所扣押、查封和冻结的财产。^④从这一实例我们可以大致认为,司法实践中,赃款、赃物经过多次流转后的形态异常复杂,权属不明的情形比较普遍。经济犯罪所得尤其是涉及公司、企业的单位犯罪所产生的违法所得及其收益,如何合法、合理、科学地处置,在司法实践操作中可能并不是一件简单的事情。

(二) 犯罪直接所得的孳息及其转化物

犯罪所得产生的孳息,不管是自然孳息(例如盗窃他人怀孕的母牛,产下了3头牛仔)还是法定孳息(例如将贪污的赃款存入银行产生的利息),均是源于犯罪所得的既定收益,将其予以追缴显然不存在争议。犯罪所得的转化物是指,行为人将犯罪所得的赃款、赃物进行形态转化,比如将赃款转化为赃物,将赃物转化为赃款,也应当将其追

^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。

缴,不应因犯罪所得形态的变化而产生争议。对此,我国目前已存在比较明确的规定。2017年1月4日最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件犯罪所得没收程序若干问题的规定》第6条明确了“犯罪所得”的转化形态,对于“犯罪所得已经部分或者全部转变、转化为其他财产的,来自犯罪所得转变、转化后的财产收益”等“转变、转化后的财产”均应当认定为《刑法》第64条规定的“一切违法所得”。

(三) 犯罪所得投资收益

由于资本的流动性和增值属性,行为人在通过犯罪行为攫取赃款、赃物等违法所得后,大多从事其他经济活动,谋取经济利益。比如,行为人甲将盗窃得来的赃款1万元用于炒股,获取了1000元收益;行为人乙将集资诈骗得来的赃款1亿元用于开办企业,获取了500万收益。司法实践中,行为人利用犯罪所得的赃款赃物进行投资并获取收益的情形相当普遍。对于行为人将犯罪所得的赃款赃物用于投资所获取的经济收益,笔者将其归纳描述为“犯罪所得的投资收益”。在概念界定上,所谓“犯罪所得投资收益”是指行为人通过犯罪行为获取非法收益后,再以此非法收益为启动资金或者投资工具,经由投资活动而获取的“间接所得”财产。

经由上述归纳,笔者认为,从类型化区分的角度,《刑法》第64条规定的“违法所得的一切财物”主要包括上述归纳的三种情形:即犯罪直接所得、犯罪直接所得的孳息及其转化物以及犯罪所得投资收益。对此三种类型的“违法所得”的研究,应当注意以下几个方面的问题:其一,对于犯罪直接所得的追缴,基本不存在理论障碍。司法实践中,虽然对诸如经济犯罪、职务犯罪所涉及的犯罪所得追缴存在不同程度的困境,但这只是追缴机制、程序等具体执行落实层面的问题,这与理论上对于犯罪直接所得是否应当追缴的理论立场几乎没有关系,不需要赘述研究。其二,对于犯罪直接所得的孳息及其转化物这两种情形而言,将其作为我国《刑法》第64条规定的“违法所得的一切财物”予以追缴,也基本争议不大,不需要作过多的讨论,我国出台的相关规范性文件已经明确规定。当然,如何科学、规范地执行对犯罪所得及其孳息、转化物的追缴,更多的是司法实践操作层面的程序性问题,可能需要相应的配套制度予以保障,对此我国学界已有相关学术研究成果和建议,本文对此也不再展开。其三,对于“犯罪所得投资收益”类型,相比第一类犯罪直接所得以及犯罪直接所得的孳息及其转化物两种情形而言,对于第三类因犯罪所得投资而获取收益的性质及其司法处理,不管是理论界还是司法实务界均存在重大认知分歧和争议。在实践操作中,司法机关大多或者对其作无实际执行内容的司法宣示,予以“模糊处理”,或者采用财产刑的代替方式“一罚了之”,科学性与合理性均存不足,甚至还可能与现行法律法规的规定相抵触。由此可见,对于“犯罪所得投资收益”是否应予追缴,以及在何种范围内追缴,已成为当前违法所得追缴问题研究的难点问题,综此,有必要对此问题展开研究。

二、“犯罪所得投资收益”追缴的学说争议

客观而论,“犯罪所得投资收益”在性质上是“非法与合法”的耦合,其逻辑结构为“经由犯罪行为获取资本(非法)+投资路径(合法)→收益(非法+合法双重属性)”。这种“非法与合法”耦合的逻辑过程,以及由此产生的带有违法底色的“合法收益”,在刑事涉案财物的问题视域到底应该如何评价,理论上存在“违法所得说”与“合法财产说”两种截然对立的立场。

(一) 违法所得说

对于行为人利用赃款赃物经由投资所获取收益的性质,学界多数观点认为属于《刑法》第64条规定的“违法所得的一切财物”,应当予以追缴。这种主张大都认为,犯罪所得或者收益不仅包括直接收益,还包括间接受益;不仅包括替代资产、混合资产,还包括利益收益,应将所有与犯罪行为相关联的利益纳入《刑法》第64条所规定的“违法所得”的范畴。比如,有论者认为,犯罪所得应当包括三个方面,一是通过犯罪行为产生的一切直接和间接受益;二是作为实施犯罪行为代价的报酬;三是由犯罪行为直接或间接产生之物。^⑤也有论者就犯罪所得及其收益的具体构成作了详细归纳,认为“收益”包括赃款赃物及其自然孳息、法定孳息以及将赃款赃物置业、投资所获取的租金、股金分红等物质利益。^⑥还有观点主张,在对犯罪所得追缴的原则设定上,对于与犯罪相关的违法所得及其收益,应坚持绝对追缴原则,即对犯罪所得直接收益和间接受益要坚持全面追缴原则,不应当扣除成本。^⑦司法实践中,对于企业改制过程中,行为人通过贪污、挪用公款行为获取财物进而投资入股获利的属性问题,有观点认为应当根据企业改制本身是否合法而定:即如果企业改制本身是不合法的,则应当对违法所得及其收益全部予以追缴;如果企业改制本身合法,则对违法所得购买的股权不应追缴,因为用赃款购买的股权,不能因为股东投资来源的不合法影响其股权的有效性;至于股权所产生收益,则可采用阶段加比例的方法进行追缴。也就是说,对于将违法所得退赔前用该违法所得购买股权所产生的收益可以予以追缴,至于退赃后购买股权所产生的收益则不再予以追缴。^⑧事实上,该种观点在实质上也是坚持了违法所得说。这是因为,行为人在退赃退赔后购买的股权,与犯罪所得之间并无任何关联,所获取的投资收益当然不需要追缴,这是比较明确的结论。

张明楷教授认为,对于违法所得范畴界定的问题,应当对《刑法》第64条“犯罪分子违法所得的一切财物”作扩大解释,“犯罪所得”不仅包括违法所得本身,还应包括违法

⑤ 参见万志鹏《论犯罪所得之没收》,载《法商研究》2018年第3期。

⑥ 参见纪文哲《论犯罪所得投资收益之剥夺》,南京大学2017年硕士论文。

⑦ 参见前引⑤,万志鹏文。

⑧ 参见戴长林主编《刑事案件涉案财物处理程序》,法律出版社2014年版,第42页。

所得所产生的收益。其举例解释:行为人实施贩卖毒品等犯罪,违法获得1000万元后,利用该资金投资股票,获取500万元的收益。在追缴违法所得时,是追缴1000万元还是1500万元?按照其扩大解释的立场,显然应当追缴1500万元。该主张的理由是:其一,《刑法》第191条规定应当追缴洗钱犯罪之上游犯罪所得产生的收益;其二,《刑法》第312条规定了掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的条款,由此表明,任何人不得掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益,从而肯定了犯罪所得收益的非法性。倘若认为犯罪所得收益是合法的,就与《刑法》第191条和第312条的规定相冲突。^⑨对于上述立场和理由,笔者完全赞同。但张明楷教授同时又指出,“不过,违法所得产生的收益,应限于违法所得财物直接产生的收益”^⑩。这里的疑问是,违法所得产生的收益应限于“直接产生”的范畴,是否与“扩大解释”的立场存在矛盾?笔者认为,由违法所得“直接产生”的收益当然需要予以追缴,并不需要所谓“扩大解释”的路径。换言之,张明楷教授上述举例中的“炒股获得的500万收益”在性质上到底属于直接收益还是间接收益?按照本文立场,笔者认为该500万属于间接收益而非直接收益。

对于“犯罪所得投资收益”应认定为违法所得并予追缴的立场,不仅占据着理论界的主流阵地,在国内外的司法实务界也大有市场。比如,《联合国反腐败公约》第2条第5项就明确界定了犯罪收益的概念,即犯罪收益是指通过实施犯罪而直接或间接产生或者获得的任何财产;^⑪《欧洲理事会关于清洗、搜查、扣押和没收犯罪收益的公约》也明确规定,犯罪收益是指源于犯罪的任何收益;^⑫美国RICO法(The Racketeer Influenced Corrupt Organizations Act, RICO)规定的刑事没收的方式有两种:一是收益没收(proceeds forfeiture),二是事业没收(enterprise forfeiture)。^⑬对于前者,主要是剥夺违法活动的犯罪所得,达到恢复原状的目的;对于后者,主要是采用剥夺相关企业之被告所拥有的一切利益,达到根绝该非法企业或阻绝其对合法企业的影响力;^⑭《法国刑法典》第131-21条规定,予以没收之物,可以是所有作为犯罪直接或间接对象或产物的财产;^⑮《意大利刑法典》第240条规定,法官可以决定没收为犯罪服务或者被用于实施犯罪的物品以及

⑨ 参见张明楷《论刑法中的没收》,载《法学家》2012年第3期。

⑩ 前引⑨,张明楷文。

⑪ SHULMAN & SARAH, *The Criminalization of Bribery: Can The Foreign Corrupt Practices Act Be Applicable to The Anti-Bribery Provisions of United Nations Convention Against Corruption?* American University International Law Review, 2014, Vol. 29, No. 3, 717.

⑫ 参见张磊《国际刑事司法协助热点问题研究》,中国人民公安大学出版社2012年版,第69页。

⑬ 需要说明的是,按照我国《刑法》第64条的规定,对于犯罪分子的违法所得,应当予以“追缴”,而对于违禁品和供犯罪所用的本人财物,应予“没收”。换言之,“追缴”与“没收”的处置措施虽然在结果形态上类似,但针对的对象存在差异。然而,在学界有些论述中,对于“追缴”与“没收”的表述而言,似乎存在混同使用的表述方式。本文在文献引用时,均按照原文援引,故如无特殊交代,本文在同等意义上使用“追缴”与“没收”概念。

⑭ 参见李杰清《没收犯罪所得之程序法制与国际刑事司法互助——以台、日扣押法制的比较法考察为核心》,台湾元照出版公司2010年版,第23页。

⑮ 参见《最新法国刑法典》,朱琳译,法律出版社2016年版,第19页。

作为犯罪产物或收益的物品;^{①⑥}《芬兰刑法典》第10章“没收”第3条规定了“扩展的犯罪收益的没收”(2001/875号) 如果犯罪的性质可能带来相当大的经济收益,并有理由相信该财产是全部或部分的来自非轻微的犯罪;^{①⑦}《瑞典刑法典》第36章“没收财产、法人罚金以及犯罪的其他法律后果”第4条第1款规定,企业家在商业活动中犯罪获得经济利益的,应当宣告没收其中的价值;^{①⑧}澳大利亚《2002年犯罪收益追缴法》第153条甚至还创造了一个全新的概念“名声收益”(reputation proceeds)。所谓“名声收益”,是指个人通过实施犯罪,采用商业手段宣传自己或者他人的知名度获取的好处,例如通过书面形式或电子形式的出版物,通过声讯或视频媒体,或者通过文娱活动、演出或采访等方式,对自己或者他人的知名度进行宣传而获取的经济利益。^{①⑨}这种“名声收益”不仅包括有关人员已经获得的经济利益,而且还可以涵盖“有关人员未来可能获得的好处”^{②⑩}。

我国司法机关对“犯罪所得投资收益”的处置也基本采纳“违法所得说”的立场。比如,1998年4月29日最高人民法院颁布的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》,其第2条规定:挪用公款存入银行、用于集资、购买股票、国债等,所获取的利息、收益等,应当追缴。这里的“收益”,即是指犯罪收益,包括投资性收益在内。再如2014年10月30日最高人民法院颁布的《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》,其第10条规定,“对赃款赃物及其收益,人民法院应当一并追缴。被执行人将赃款赃物投资或者置业,对因此形成的财产及其收益,人民法院应予追缴。被执行人将赃款赃物与其他合法财产共同投资或者置业,对因此形成的财产中与赃款赃物对应的份额及其收益,人民法院应予追缴”。

(二) 合法财产说

与“违法所得说”立场截然相反的是,理论界也有观点主张“犯罪所得投资收益”应界定为“合法财产”。该观点主张,刑法规定的犯罪所得或者犯罪收益应当局限于“犯罪所生或所得之物”,不能任意扩展至与犯罪所得有事实牵连的所有利益。比如,我国台湾地区学者韩忠谟先生认为,“这种利用违法所得通过经营手段产生的‘纯粹收益’,由于与犯罪行为不具有密切关系,一般不得没收”^{②⑪};也有学者认为,行为人将犯罪所得的资金用于合法经营活动,其收益源于诚实合法劳动,这部分收入系其合法诚实劳动所获得,应视为其合法财产并予以承认和保护,由此产生的“收益”宜认定为“合法财产”。该论者还从“合宪性角度”作了解释:行为人获取财富的原因是其劳动付出,这种劳动价值保护符合宪法对财产权规范的目的,对于公民合法权利的确认和维护不应与犯罪预

^{①⑥} 参见《最新意大利刑法典》,黄风译注,法律出版社2007年版,第87页。

^{①⑦} 参见《芬兰刑法典》,肖怡译,卢建平校,北京大学出版社2005年版,第35页。

^{①⑧} 参见《瑞典刑法典》,陈琴译,谢望原校,北京大学出版社2005年版,第69页。

^{①⑨} 参见《澳大利亚2002年犯罪收益追缴法》,张磊等译,黄风统校,中国政法大学出版社2008年版,第108-109页。

^{②⑩} 前引^{①⑨},第122页。

^{②⑪} 韩忠谟《刑法原理》,北京大学出版社2009年版,第375页。

防抵触。^② 不仅如此,理论界还有论者从执法机构没收投资收益的去向角度论证“犯罪所得投资收益”不应被没收的正当性立场。该论者认为,如果没收违法者设立、经营、管理之企业或该企业活动所参加之业务上所保有一切的利益、证券、请求权及财产(或契约)上的权益,容易成为被诟病的严苛刑罚作为。特别是该没收所得的利益,若为政府机构所分享或直接供执法机构所用时,难免被质疑为是与民争利,进而影响政府或执法机构的公共形象^③。

对于刑事涉案财物范围的认识,即便是在司法机关内部,对于“犯罪所得投资收益”的性质认定和处理路径也存在截然相反的立场。有来自检察系统的实务者主张,对于“犯罪所得投资收益”而言,行为人的犯罪行为与最终的获益结果没有必然的法律因果关系,获益的原因是行为人犯罪之后且与犯罪没有任何关系的投资性行为,不能把对错误的惩治无限制地延伸至投资行为之后的收益,只应当对其犯罪所得予以没收即可^④。

在比较法视域,关于“犯罪所得投资收益”属性及其处理的问题,域外也存在未将其明确纳入没收范畴的立法例。比如,《日本刑法典》第19条规定“下列之物可以没收:一、组成犯罪行为之物;二、供犯罪行为使用或者将要供犯罪行为使用之物;三、犯罪行为所产生或者因犯罪行为获得之物,以及作为犯罪行为的报酬所得之物;四、作为前款所列之物的代价所取得之物。”^⑤ 显然,日本刑法并没有明确将“犯罪所得投资收益”纳入没收的范围。再如,我国台湾地区“刑法”第38条关于没收的对象规定为“违禁物、供犯罪所用或者犯罪预备之物以及因犯罪所生或所得之物”。^⑥ 由此可见,在上述立法例中,按照罪刑法定的基本原则,对于“犯罪所得投资收益”的司法处置,可以推断出也带有“合法财产说”的痕迹。

(三) 归纳与评价

对于“犯罪所得投资收益”性质的认定,“违法所得说”与“合法财产说”两种立场可谓针锋相对。应该认为,“违法所得说”虽然顾及了犯罪预防目的基础上的刑法威慑效力,也能够有效避免“吃苦一阵子,幸福一辈子”或者“牺牲我一个,造福全家人”的“赌徒效应”,但却忽视了该“投资收益”与合法劳动参与因素并合的客观事实,尤其是在行为人犯罪所得资金数量较少而通过合法经营获取巨额收益的情形中更为明显,因而该种理论立场的科学性存疑;相反,“合法财产说”虽然顾及了投资收益与行为人合法经营活动的事实因果关系,但却无法兼顾犯罪预防的刑法功能,与“禁止行为人从犯罪行为中获利”的刑法正义法则相冲突,一定程度上削弱了刑法的社会防御功效,也不足取。

笔者认为,对于“犯罪所得投资收益”的处理立场,不管是“犯罪所得说”还是“合法财产说”,虽然各有道理,但也是在立足各自立场基础上进行的论证,两种立场都呈现出

^② 参见时延安《刑法规范的合宪性解释》,载《国家检察官学院学报》2015年第1期。

^③ 参见前引④,李杰清书,第23页。

^④ 参见李和仁等《刑事司法如何面对国企转制中的资本“原罪”问题》,载《人民检察》2009年第10期。

^⑤ 参见《日本刑法典》,张明楷译,法律出版社2006年版,第12-13页。

^⑥ 参见林钰雄《没收新制(一) 刑法的百年变革》(附录三),台湾元照出版公司2016年版,第429页。

一种“片面的深刻”属于“有理有据的自说自话”。究其原因,排除主观倾向性因素外,更多地可能是没有对“犯罪所得投资收益”属性构成等内在因素作全面解剖,没有科学分析“犯罪所得投资收益”司法处置的影响因素,而只停留在“犯罪所得”与“投资收益”的静态事实范畴。“犯罪所得投资收益”本身在外化的客观形态层面,仅仅是客观存在的物质或者财物,其性质正当与否或者是否应当予以追缴的判断,不应仅仅停留于外在物化的物质或财物的静态表征层面,而应在更为科学、规范的立场分析“投资收益”的发生缘由与影响因素,在此基础上再作追缴与否、如何追缴的价值判断。

三、“犯罪所得投资收益”追缴的影响因素

如上所述,由于“犯罪所得投资收益”是“非法与合法”耦合的产物,整齐划一地讨论“犯罪所得投资收益”是否应当被追缴可能存在方法论上的误区。笔者认为,对于“犯罪所得投资收益”追缴与否,在何种范围内追缴,在逻辑上首先应当科学解构“犯罪所得投资收益”的生成抑或影响因素,即对于“投资收益”获取的途径以及先前犯罪的性质、行为方式等因素均应作详细考察。

(一)“投资收益”获取的途径

“人们在认识客观世界的过程中,总是能够发现事物之间的共同特征,于是这些共性就被抽象为类型,其中不但有生活经验的观察,还有直觉、想象和情感……类型总是以一定的名称表达出来,人们通过定义其内涵、明确其外延的路径更好的区分事物”。^{②7}“犯罪所得投资收益”属于“非法前提”与“合法行为”的事实性结合,不能在整体上简单地对其作非法还是合法的价值判断,否则必定会顾此失彼。比较科学的思路应当是,借鉴经济学理论关于“投资”概念的科学界定,在“非法前提”相对固定的基础上,对于“合法行为”及其收益的缘由进行类型化识别,从而判断该“合法收益”的属性。换言之,在“犯罪所得投资收益”问题的理论研究层面,类型化思维应当是必要的分析工具。

1. 纯粹资本主导的“资本投机”收益

通常而论,由于财物的使用价值属性和流通功能,行为人实际控制的赃款赃物等犯罪所得,要么被其挥霍消耗,要么用于投资活动并获取收益,除此之外可能并无其他经济效用。在投资领域,纯粹利用犯罪所得的赃款赃物进行投资获取收益的情形,笔者将其描述为“资本型投资”。在类型上,“资本型投资”又可以分为三种情形:其一,利息、租金等“法定孳息”收益。其二,投资房地产等置业行为产生的可期待的投资收益。其三,投资企业债券、股票甚至彩票等带有“风险”属性的项目所产生的收益。对于前两种情形,属于犯罪直接所得的法定孳息或者犯罪所得的转化物。对此,最高人民法院颁布的《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》以及《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》已经存在明确规定,应当予以追缴,上文

^{②7} 李依林《论刑事司法实践中的类型化思维》,载《江西社会科学》2014年第2期。

已有相关表述,此处不再重复。

对于第三种情形,行为人将犯罪所得的赃款赃物投资公司债券、股票甚至彩票带有“风险”属性的项目,后续所产生的收益,其性质如何界定?英国著名经济学家凯恩斯(Keynes)认为,人们往往相信自己对未来的看法优于市场上一般人的看法,并想通过持有一定货币,在合适的时候进行投资并从中获利,这种持币动机就是投机动机。^{②③}笔者认为,行为人将犯罪所得投向资本市场,在形式上美其名曰为资本投资,在本质上却脱离不了“投机”的本质属性。行为人利用赃款赃物等犯罪所得用于购买债券、炒股甚至购买彩票等风险行为,虽然其中也有技术甄选等“智力投入”的成分,但该“智力投入”带有明显的“投机色彩”,在本质上是一种射幸行为。换言之,这种所谓的“投资”及其所获取的收益,并无实际的生产经营和管理等成本投入。因此,在性质界定上,笔者将此种情形的“犯罪所得投资收益”界定为资本主导的“资本投机”收益。

2. “资本+生产要素”共同主导的“组合投资”收益

司法实践中,有些犯罪分子在经由犯罪活动获取赃款赃物后便“金盆洗手”,转而从事正当的生产经营活动。客观而论,在后续生产经营过程中,先前通过犯罪所得获取的资金,虽然带有“罪恶的成分”,但仅仅是后续投资收益的启动资金,是投资行为抑或生产经营活动的一个组成部分,即资本要素。事实上,在资本要素之外,行为人的生产经营活动还需要技术要素、劳动力要素、人力资源管理和生产管理、营销管理等诸多生产要素的投入。亦即行为人利用犯罪所得的资本作为资金条件,通过诚实合法的劳动进行生产经营的投资活动,行为人在投资过程中投入的资源不仅仅为犯罪所得的资本要素,还包括其他现代企业管理的生产要素以及自身的劳动价值。比如,在非法吸收公众存款的案件中,虽然吸收存款属于非法行为,获取的资金也带有非法性质,但这种“投资收益”获取的过程中,“人”的要素甚为关键。换言之,行为人利用犯罪所得的资本作为资金条件开展生产经营活动,最终获取的“投资收益”往往离不开行为人的管理和创新行为。享誉世界的捷克经济学家熊彼特(Schumpeter)十分强调人的因素对于企业发展的价值。他认为,企业家和资本家存在明确区别。资本家是货币所有者,是货币索取权的所有者,或者物质财富的所有者;而企业家则是“以实现新组合为自身自能的人”。在企业家经营生产过程中,为获得利润,必须依靠创新。

现代经济学理论通常认为,就经济发展的基本规律而言,经济发展的促进因素是创新,而创新的主体则是企业家,实现创新的资金来源是信贷。^{②④}由此可以分析,在此类情形中,行为人最终获取收益的途径绝非完全倚靠赃款赃物的资本投入,资本与技术、劳动力、企业管理等生产要素的“组合投资”,最终凝结成为外在物化的投资收益。该种投资收益的发生逻辑进程,可以描述为“资本+技术+劳动力+管理→收益”,笔者将其归纳为“组合投资”收益。

^{②③} 参见欧阳卫民、欧阳裕德主编《二十世纪重要经济学家货币金融思想》,中国金融出版社2017年版,第31页。

^{②④} 参见前引^{②③}欧阳卫民、欧阳裕德书,第69-70页。

按照经济学的一般理论,投资是经济主体以获得未来收益为目的,预先垫付一定量的货币或实物,以经营某项事业的行为。^⑩投资的目的在于未来能够获取收益,投资的手段则是在一定时期内向一定领域投放资金或实物。“投资是一种动态的经济活动,是一个不断运动的经济过程”^⑪。故而,在经济过程中,投资形式以及获益途径也便多种多样,不同的投资形式和途径也会对应不同的法律评价,这是毋庸置疑的结论。经由上述归纳,“投机投资”收益与“组合投资”收益两种投资途径获得的“投资收益”显然存在重大区别。事实上,目前理论界和司法实务界之所以对“犯罪所得投资收益”处置存在重大分歧,其中一个重要的原因,可能就因为忽视了“犯罪所得投资收益”的复杂性和多样性,缺乏对“投资收益”获取路径及其类型的科学分析。

(二) 犯罪行为性质和手段的考量

犯罪行为的性质和手段是刑法对行为人予以否定评价的核心依据。比如,同样是为了非法占有他人财物,使用暴力手段的抢劫行为与秘密窃取的盗窃行为显然不能等同对待。同理,在“犯罪所得投资收益”是否应当追缴的问题上,对于赃款赃物取得之先前犯罪行为的性质和行为手段的评价,也是“犯罪所得投资收益”处置的重要影响因素,这是毫无争议的结论。为了避免空洞的理论演绎,笔者选取五起真实的典型案例,采用访谈和问卷调查方法向具有专门知识的法官、检察官和法学院学生等(共计300人)进行了实证调查,以期获得相对客观的专业评价和同行判断^⑫。

例一:刘某等涉黑案。据公开资料报道,刘某黑社会组织涉嫌实施故意杀人等严重刑事犯罪案件数十起,先后造成9人重伤、死亡等严重后果。不仅如此,刘某等通过强买强卖、强行介入经济活动、操纵股市等非法手段,垄断当地房地产、矿产等领域的经营活动,掌控各种性质的公司多达70余家,敛财超过400亿元。

例二:石某等持枪抢劫案。1999年12月5日,以石某为首的5名嫌犯持枪抢劫某储蓄所,造成重伤2人的严重后果,并抢劫赃款200余万元。案发后,其余4人先后落网,主犯石某逃避追捕并“金盆洗手”,利用该赃款做起了房地产开发、商贸、休闲农庄等生意。至2015年石某被捕时,其个人资产超亿元。^⑬

例三:马某贪污案。马某曾任某厂厂长。后来该厂转制,股份由马某和其他35名职工共同出资。其中,马某出资49万元。但该49万元出资中,有3万元是其贪污的公款,40万元是其挪用该厂的银行存单质押后的贷款,仅有6万元系马某个人的合法财产。案发后,马某被法院以贪污罪、挪用公款罪判处有期徒刑7年。然而,虽然马某贪污、挪用的赃款被及时追回,但马某使用赃款购买的股权却能为其带来源源不断的“分

^⑩ 参见刘鸿儒主编《经济大辞典》(金融卷),上海辞书出版社1989年版,第470页。

^⑪ 邵以智《论投资概念的科学定义》,载《投资研究》1991年第4期。

^⑫ 笔者调查问卷的目标人群以J省N市、S市和W市的法官、检察官和法学院学生为主,其中法官70人,检察官30人,法学院学生200人,特此说明。

^⑬ 参见《郑州“12·5”特大持枪抢劫银行案主犯:知道这一天早晚都得来》,载人民网,http://legal.people.com.cn/n/2015/1113/c42510-27810449.html,最后访问时间:2018年6月11日。

红”效益。仅2006年一年,正在监狱服刑的马某就获得了股权收益138万元^③。

例四:孙某非法吸收公众存款案。为解决融资困境,从1996年开始,大午集团董事长孙某就决定采用“职工入股”的方式融资,后来逐渐扩大到了邻村的村民。到2002年,大午集团已经发展成为固定资产上亿元,高峰时年产值过亿元的大型企业集团。2003年10月30日,孙某被以非法吸收公众存款罪判处有期徒刑三年,缓刑四年。

例五:贾某侵占案。20世纪90年代,农民贾某在农村农贸市场意外捡到3000余元,占为己有。后来,颇具生意头脑的贾某利用这笔在当时来说的“巨款”做起了收购、转卖花生米的小本生意。经过20多年的稳步发展,贾某由最初的花生收购、转卖逐渐扩展为花生收购、加工以及食用油生产等规模,产品远销国内外,成为远近闻名的农民企业家,其个人资产高达几千万元,并带领周围五六个村庄的农民走上致富路。

对于上述五起典型案例,访谈、问卷统计结果表明,受访者大都认为,“投资收益”均系行为人将犯罪所得进行经营和投资产生的收益而非犯罪的直接所得,但对于该“投资收益”是否应当予以追缴,在不同的案例中存在较大争议。

1. 将暴力犯罪、职务犯罪以及涉黑恶犯罪等犯罪所得进行投资获取收益的情形:意见对立明显

访谈、问卷调查显示,对于“刘某涉黑案”、“石某持枪抢劫案”和“马某贪污案”中的“犯罪所得投资收益”是否应当追缴,并未形成倾向性意见,肯定立场和否定立场呈现势均力敌的态势,还有相当部分受访者表示“不好说”。其一,约48%的受访者主张应当全部追缴。其理由是,“投资收益的原始资本沾满了罪恶的色彩”,如果对后续所谓的“投资收益”不予追缴则无法彰显正义理念,且有引诱公民犯罪的嫌疑。该部分受访者大都认为,暴力犯罪、黑恶势力犯罪等严重侵害社会公共秩序和人民群众的生命财产安全,危害后果十分严重,如果法律不严惩治,不对犯罪所得后的投资收益进行追缴,无疑会助长暴力犯罪、黑恶势力犯罪的嚣张气焰;而职务犯罪侵害国家公权力的廉洁性和不可收买性,历来是治国理政和公共管理的顽疾,刑法对其保持高压态势完全正当,利用公权力攫取的公款或者贿赂款进行投资获取的收益也应当予以追缴,否则将不会得到社会公众的普遍认同。对此调研结论,学界也有论者表达了同样的观点:依靠贿赂官员、权钱交易、寻租与寻利结合致富的“腐败获利”与依靠暴力犯罪、强权垄断、黑社会性质组织攫取财富的“暴力获利”绝不能被允许;^④其二,约36%的受访者主张不应追缴。其理由主要是:即便后续生产经营的原始资本是通过犯罪活动所获取,即便该犯罪系暴力犯罪、黑恶势力犯罪或者职务犯罪,如果后续的投资行为合规、合法,就不应当被追缴,否则就带有“连坐”嫌疑。对此调研结论,学界也有人表达了类似意见,“用赃款赃物投资的收益不属于非法所得,不应予以追缴”;^⑤其三,还有约16%的受访者表示,这

^③ 参见前引③,戴长林书,第40页。

^④ 参见鄢永忠《以历史的宽容看待民企的“原罪”》,载《经济导刊》2006年第12期。

^⑤ 参见李楠楠《郑州16年前劫匪成富豪 专家:财产不算非法所得》,载 <http://news.sohu.com/20151029/n424506226.shtml>,最后访问时间:2018年6月12日。

种“收益”情形,是犯罪所得与合法经营行为的“黑白混淆”与“正反结合”,情理法判断的标准难以统一,因而“不好说”。

2. 将平和型犯罪所得进行投资获取收益情形:意见高度统一

访谈、问卷调查显示,在“孙某非法吸收公众存款案”与“贾某侵占案”中,受访者的意见形成了绝对的倾向性意见:受访者普遍认为(比例高达93%,只有极少数受访者表示“应一律追缴”或“不好说”),行为人先前的犯罪行为如果还在刑法规定的时效范围内,应当按照相应的规定处理,对于犯罪行为指向的赃款赃物应予追缴。但是,对其后续的合法经营行为及其收益,刑法不应予以否定评价,不应予以追缴。事实上,这种倾向性立场存在规范性文件的实务支持。比如,最高人民法院发布的《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,该解释第3条第三款规定,非法吸收或者变相非法吸收公众存款,主要用于正常的生产经营活动,能够及时清退所吸收资金,可以免于刑事处罚,情节显著轻微的,不作为犯罪处理。由此可见,在实务立场,对于这种平和型经济犯罪的处罚,处理尺度把握的相当宽泛,大都遵循一种“结果主义”的司法处理立场。对于此种类型犯罪的“投资收益”,受访者普遍认为不应追缴的意见,也就不难解释。

经由上述实证调查显示,在最终的“投资收益”角度,虽然该收益均是行为人在犯罪之后经由合法经济手段所获取,但仍然脱离不了对原犯罪行为的评价。比如,在“石某持枪抢劫案”中,即便石某后续通过开办企业的方式合规合法、诚实守信地生产经营,但其启动资金是通过持枪抢劫的暴力犯罪手段所获取,如果完全认可后续投资行为及其收益的合法性,那么无疑会遭遇刑法伦理的质疑。事实上,对于“刘某涉黑案”“石某持枪抢劫案”和“马某贪污案”中的“犯罪所得投资收益”如何处置,受访的专业群体难以形成相对统一的意见,也折射出了这种理论纠结;相反,在“孙某非法吸收公众存款案”与“贾某侵占案”中,由于行为人先前的犯罪行为并未触及社会公众普遍认同的伦理禁忌,故而形成了高度一致的意见。由此可见,在“犯罪所得投资收益”追缴的问题上,行为人先前犯罪行为的性质、手段也是重要的影响因素。

(三) 对经济社会发展的影响

现阶段,我国大量存在的民营企业是经济发展和社会进步的重要力量,优化民营企业发展的环境,强化对民营企业产权的保护,是我国当前经济社会发展的重要工作。根据国家发改委的相关数据,截至2017年底,我国民营企业的数量超过2700万家,注册资本超过165万亿元,民营经济占GDP的比重超过了60%,撑起了我国经济的“半壁江山”。^{③7}然而,民营经济的发展有其自身特定的规律和问题。不可避免的是,“20世纪八九十年代创业的企业家,在起家之初的经营过程当中,多多少少都有些问题,现在看起来肯定有一些不规范、不合法的地方”^{③8}。此论描述所隐射的是,民营企业在起步和发展阶段,往往存在“原罪”问题。比如,民企与政府官员勾结偷税漏税、制假贩假、走私贩

^{③7} 参见邱海峰《民企领跑投资动力足》,载《人民日报》2018年9月10日第3版。

^{③8} 周乔《产权保护不是“原罪”护身符》,载《法人》2017年第2期。

私、侵吞国有资产等问题,通过以上方式,获得了企业起步和发展的“第一桶金”。

对于民营企业“原罪”问题的探讨,不仅法学界讨论热烈,也是经济学界关注的对象。比如,张维迎教授认为,改革早期的特殊制度导致了民企的违法行为,进而主张“要善待那些曾经为社会作出过贡献的优秀的人”^③;对此,卢周来教授却表示反对。他认为,法制建设不惩前则不足以毖后,因而反对为解决民企“原罪”问题设置所谓“零点方案”^④。事实上,反对“零点方案”的主张,与我国历史上的“抄家”现象存在相似性。我国古代的“抄家”是剥夺犯罪分子财产收益的基本方式,而这种由政权本身发动的“抄家”恰都有律法与伦理上的合理性,被抄家的富人绝大多数确实都有不光彩的发迹史,这也反证了“资本原罪”的不可豁免性。对此有论者认为,对于无论是在当时还是在现在看来都触犯法律法规的行为,是不可能得到赦免的。“若想以此为企业在发展过程中偷税漏税、行贿、非法集资等行为辩护,是行不通的”^⑤。对此,还有论者折中性地认为,应将“原罪”划分成制度性和制度外因素,并主张对制度因素造成的“原罪”予以赦免,而对制度外因素造成的民企实质性“原罪”应予以追究^⑥。

不可否认的是,在“犯罪所得投资收益”追缴的问题上,如果对于一切形式的“投资收益”均予追缴,势必会波及到企业发展和稳定,进而影响到经济社会发展的局势。因而,对于“犯罪所得投资收益”追缴与否,应当充分考量经济社会发展的稳定因素,不能无限制、无区分地牵连无辜。2016年11月27日,中共中央、国务院下发了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》,该文件第4条规定,要“妥善处理历史形成的产权案件”,即严格遵循法不溯及既往、罪刑法定以及从旧兼从轻等原则,以发展眼光客观看待和依法妥善处理改革开放以来各类企业特别是民营企业在经营过程中存在的不规范问题。由此可见,对于民营企业“原罪”的处置问题,我国当前提倡历史发展和类型化区分的立场,这无疑是负责任的立场。值得比较借鉴的是,在“犯罪所得投资收益”追缴的问题上应当坚持类型区分的立场,域外也有类似规定。比如,《瑞典刑法典》第36章(“没收财产、法人罚金以及犯罪的其他法律后果”)第4条第2款规定,没收不合理的,不适用第1款规定(即追缴和没收)。判断是否合理,应当特别注意是否有理由相信会对企业家施加支付相当于犯罪经济所得之金额的义务或该义务会被他解除^⑦。

归纳而言,在“犯罪所得投资收益”追缴的问题上,投资收益的获取往往与作为犯罪所得的“第一桶金”密切相关。在民营企业起步、发展的进程中,先前的犯罪所得往往发挥着“信贷资金”的替代效用。即便如此,遵循“发展的立场”,妥善处理民企的不规范问题,也必然成为“犯罪所得投资收益”追缴问题的政策指导。一言以蔽之,“投资收益”如若为犯罪分子犯罪后的合法经营所得,可能或多或少地带有“产权”性质,对此也

^③ 张维迎《要善待为社会做出贡献的人》,载《经济观察报》2004年8月30日,第42版。

^④ 卢周来《对“零点方案”的非标准政治经济学解读》,载《开放导报》2003年第8期。

^⑤ 前引^③,周乔文。

^⑥ 参见孙秋鹏《我国民营企业资本原始积累过程的“原罪”问题分析》,载《海派经济学》2009年第26期。

^⑦ 参见前引^③,第69页。

需要法律充分正视。由此,在“犯罪所得投资收益”追缴问题上,司法如何在惩罚犯罪与人权、产权保障之间保持理性和平衡,也是需要慎重考量的因素。

四、“犯罪所得投资收益”追缴的层次性判断规则

依照《刑法》第64条以及相关司法解释的规定,犯罪所得及其收益被司法机关依法追缴,几乎是“不因犯罪而获益”这一古老理念理所当然的正义表达。然而,“犯罪所得投资收益”成因复杂,影响因素繁多,显然不能直接作出追缴与否的司法判断。在此背景下,本着科学合理解决问题的务实态度,结合访谈问卷调查的情况反馈和分析,笔者主张:应结合投资收益的产生原理、先前犯罪的性质以及行为方式等影响因素,对“犯罪所得投资收益”的处置进行层次性思考。

(一) 第一层次判断:根据投资收益的获取路径进行整体把握

1. 纯粹资本主导的“资本投机”收益:应予追缴

就纯粹资本主导的“资本投机”收益类型而言,笔者主张应当予以追缴。理由如下:

第一,就投资收益的来源而言,行为人经由犯罪活动获取赃款赃物,继而将该赃款赃物作为投资的主要手段,并无其他劳动力、技术等生产要素的投入。即便介入了所谓“智力投入”,也只是资本投机谋取收益的必然选择。换言之,纯粹资本主导的投资及其收益,显然具有投机的色彩和成分,并无诚实信用的劳动投入和生产经营等生产要素的实业投入,其收益来源充满投机性的风险色彩,法律保护的牵引力明显不足。

第二,就投资收益类型而言,资本主导的投资行为及其收益主要有两种情形:一是相对确定的资本投资收益,比如银行利息、政府债券等;二是不确定的资本投资收益,比如股票收益甚至博彩收益以及置业收益,对于前者而言,由于利息、债券收益等属于法定孳息,即便是在民法理论上也不能归属于行为人;对于后者而言,股票、彩票以及置业收益等,在本质上属于“资本投机”,对于犯罪所得基础上获取的“投机性利益”,法律显然也没有必要予以保护。

第三,就行为人的“损失”而言,行为人的“资本投资”收益被追缴,对其而言并无实质性损失,毕竟行为人在资本投资的过程中除却所谓的“智力投入”外,并无其他实质性的投入,因而将“资本投机”所产生的收益予以追缴,并不会制造有违公正价值的嫌疑。

2. “资本+生产要素”共同主导的“组合投资”:原则上不予追缴

就“资本+生产要素”而成的“组合型投资”及其收益类型而言,笔者主张原则上不予追缴。理由如下:

第一,就收益来源而言,“资本+生产要素”而成的“组合投资”及其收益,与纯粹资本主导的“资本投机”收益类型不同,先前的犯罪所得在最终的投资收益构成中,并非唯一因素,可能亦非主导因素,甚至非主要因素,仅仅是生产经营活动的必要条件。在“资本+生产要素”而成的“组合投资”类型中,最终的“投资收益”是由资本、技术、劳动力、管理等诸多因素综合而定,资本因素的贡献率可能并不明显。比如,在“贾某侵占案”

中,其最终获益千万的收益与先前 3000 元的犯罪所得相比差距甚远,利益获取主要依赖于贾某的生产经营活动而非 3000 元的启动资本,高达 93% 的受访者认同“不予追缴或没收”的问卷调研结果,也从一定的侧面验证了这个结论。

第二,就行为人的损失而言,如果“资本+生产要素”而成的“组合投资”收益被作为《刑法》第 64 条规定的“一切违法所得”予以追缴,那么对于行为人而言,其损失可能就不可估量,可能会面临公正价值的质疑。正如上述分析,在“组合投资”收益获取中,作为资本的犯罪所得以及技术、劳动力、经营管理等生产要素投入共同产生了“投资收益”,如果因为资本的违法性而否决其他生产要素的合法性,可能会违背“损失扩大禁止”的司法裁判原则。

“损失扩大禁止”作为法律判断的一项重要原则,其核心精髓是,在面对他人侵权行为、强调自我权利主张的同时,也不能制造超出权利行使范围的额外损失。此言谓之,公民在主张和实现自己所拥有的权利的同时,应当注意权利行使的界限,即便他人对自己的权利造成侵害,公民也不应当无限制地行使自己的权利,给侵权人造成超出权利维护范围的损失。法国学者路易·若斯兰认为,遵循权利相对理念或禁止权利滥用,是所有文明国家法律制度中的重要内容。^④我国学者也指出,有权利就有限度,超越了权利限度,就可能走向权利滥用。^⑤事实上,权利行使不应超出特定节点,对侵权人主张权利的同时兼顾侵权人的利益,坚持“损失扩大禁止”的权利主张原则,在我国法律体系中也存在明确表达。例如,我国《合同法》第 119 条规定,当事人一方违约后,对方应当采取适当措施防止损失的扩大;没有采取适当措施致使损失扩大的,不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用,由违约方承担。一般认为,该条立法目的就是禁止损失扩大。该条立法的言外之意是,当事人一方违反合同约定的,另一方也不能无动于衷,任凭损失的扩大,而应当采取积极必要的措施以减少损失。

在“犯罪所得投资收益”追缴的问题上,在当前我国强化企业家产权保障的时代背景下,也需要着重强调“损失扩大禁止”的裁判法则。这是因为,行为人与其他社会主体共同参与经济行为是现代经济社会的基本模式,不乏综合性与复杂性。参与、协作、分享是现代经济发展的基本规律,社会分工精细化和层进性,决定了不同市场参与主体“荣辱与共”的社会存在形态。因此,在依法追缴行为人犯罪所得投资收益时,也必须同时兼顾考量社会经济发展的基本模式和规律,不能枉顾其他社会主体经济行为的合法性和正当性。比如,行为人将犯罪所得投资实业,如果系个体工商户或者一人公司,那么对该公司的全部收益进行追缴,但是要注意企业经营的延续性,不能因为法定代表人承担刑事责任和被追缴投资利益导致公司企业破产,损及社会效益;如果行为人利用犯罪所得入股或者成立股份公司,在对行为人的投资收益追缴时,应当注重与公司法的衔

^④ 参见[法]路易·若斯兰《权利相对论》,王伯琦译,中国法制出版社 2006 年版,第 1 页。

^⑤ 参见刘作翔《权利相对性理论及其争论——以法国若斯兰的“权利滥用”理论为引据》,载《清华法学》2013 年第 6 期。

接,对其个人收益和股份的追缴,应当理性适用拍卖规则,协调好拍卖规则与其他股东优先购买权的关系,避免损害公司其他股东的合法权益。

(二) 第二层次判断: 根据先前犯罪侵犯的法益属性和犯罪方式进行类型甄别

在整体上,笔者主张按照“犯罪所得投资收益”的获取路径,将其区分为纯粹资本主导的“资本投机”收益和“资本+生产要素”共同主导的“组合投资”收益。对前者应当追缴,而后者原则上不予追缴。然而,对于后者而言是否可以一律不予追缴? 笔者的回答是,需要具体问题具体分析。

英国著名刑法学家詹姆斯·斯蒂芬(James Stephen)曾经深刻地指出“报复情感之于刑法与性欲之于婚姻,具有同样重要的关系,对罪犯处以刑罚是普遍冲动的合法发泄方式。”^{④6}在社会心理学视角,报复是人们在被犯罪行为侵害后最为原始的情感冲动,尤其是在那些严重践踏人性、违反伦理禁忌的恶性犯罪中,这种寻求报复的情感冲动更为明显。由此,法官在刑法适用的过程中遵循社会公众普遍认同的伦理基础,是裁判获得社会认同的重要来源。司法实践中,从公众认同的价值取向来看,对于那些严重违背社会伦理禁忌的犯罪行为,人们往往要求法院对其判处死刑。死刑之所以能够获得广泛的公众认同,就是因为通过对最极端犯罪的道义报应,才能满足公众内心“深藏于集体意识中的正义情感”。在规范解释角度,社会公众对于杀人、强奸、伤害等严重侵害人身权利的犯罪产生报复情感,大都是因为上述犯罪所侵害的法益不能被“恢复”,属于“法益不可恢复性犯罪”。相应地,对于“法益可恢复性犯罪”,比如财产犯罪、经济犯罪等,社会公众的报复诉求可能就不会那么强烈和激进。因此,在包括“犯罪所得投资收益”追缴在内的一切刑法适用中,伦理禁忌原则应当是司法裁判者应当时刻铭记的内心警醒。

具体到“犯罪所得投资收益”追缴问题上,如果要保护“组合投资”类型的“犯罪所得投资收益”,应当区分类型和场合。对先前犯罪为暴力犯罪以及侵害国家安全、社会安全和人身安全的犯罪以及情节恶劣、手段残忍的情形,法官对于“犯罪所得投资收益”的判断就应当从严把握,不得对抗社会公众的基本价值取向,不得枉顾刑事追缴应遵循的伦理禁忌。换言之,在“资本+生产要素”共同主导的“组合投资”收益中,何种情形应当追缴,何种情形可以不予追缴,需要结合先前犯罪行为侵害的法益属性、犯罪手段和行为方式等因素综合进行考量。

1. 先前犯罪侵害的法益属性考量

行为所侵害的法益属性是刑法予以否定评价的基础。行为侵害法益的种类和性质往往决定了对行为的评价。比如,同样是盗窃财物,刑法对盗窃个人财物与盗窃金融机构设置了不同的评价等级,不同评价的原因就在于侵害法益的属性不同。盗窃个人财物侵犯的是他人的财产权,而盗窃金融机构不仅侵犯了他人的财产权,还破坏了国家的金融管理秩序。在“资本+生产要素”共同主导的“组合投资”收益的追缴规则设置中,需要对犯罪行为侵害的法益属性作全面考量。笔者主张,应当注意以下两种情形: 其

^{④6} Sanford H. Kadish, *Encyclopedia of Crime and Justice*, The Free Press, p. 518.

一 国家安全以及公职人员的职务廉洁性、社会公共安全和人身安全等法益是立国之本、社会之基、人之为核心的要素 在法理上应受到重点保护;其二 恐怖活动犯罪、涉黑恶势力犯罪和毒品犯罪等社会危害性极强 社会管控压力极大 始终是刑法参与社会管理的重点打击对象 在涉案财物及其收益的处理问题上也应坚持从严打击 无可争议。因此 即便“资本 + 生产要素”共同主导的“组合投资”收益存在可宥性的价值考量因素 但如果先前的犯罪行为侵害的是上述诸法益类型 其最终的收益即便经由“组合投资”途径获取 也应该以追缴为原则 以不追缴为例外。

2. 先前犯罪的行为方式考量

行为手段的选择反映了行为人对待犯罪的态度 行为方式的选择也是刑法评价的核心要素。比如 同样是获取他人的财产 抢劫、盗窃、诈骗、侵占等行为方式和手段的不同决定了行为性质的差异 罪名认定和刑法评价也就截然不同。一般而言 在行为方式上 暴力犯罪与非暴力犯罪的区分意义明显 尤其是针对人身安全法益类型而言 暴力犯罪的侵害性远比非暴力犯罪强烈 二者不可同日而语。因而笔者主张 对于“资本 + 生产要素”共同主导的“组合投资”收益不予追缴 应当限定为先前行为系非暴力犯罪的情形。而对于先前行为通过暴力手段取得的财产 不管是否属于“资本 + 生产要素”共同主导的“组合投资” 都应当追缴 以彰显刑法对社会公共安全和人身安全予以特殊保护的价值诉求。

(三) 第三层次判断: 根据利益衡量原则进行综合性价值判断

“利益衡量”理论是自由法学派之后利益法学派所秉承的学术立场。该学派认为,法官于用法之际 应自命为立法者之“思想助手”……自动审查各种利益并对此加以衡量。^{④7} 在“犯罪所得投资收益”的追缴问题上 利益衡量原则主要表现为对犯罪所得与投资收益之间比例关系的考察。司法实践中 行为人先前犯罪行为的违法所得与最终的投资收益在数额上可能差距甚远。比如 在“石某持枪抢劫案”中 其犯罪所得数额为200万 最终经由投资活动获取的收益却超亿元 比例关系差距显然非常巨大。按照上述第二层次甄别判断的标准 即先前犯罪侵犯法益的属性与行为方式考量 即便行为人的投资收益属于“资本 + 生产要素”的组合投资收益 也应当将此投资收益予以追缴。那么 这里可能面临的问题是 犯罪所得与投资收益数额差距巨大时 经济社会的发展稳定以及惩罚犯罪与人权、产权保障问题如何进行利益衡量和比例确定的价值判断问题往往比较棘手。笔者认为 在以先前犯罪侵害法益属性和行为方式考量为主的前提下 原则上应当对犯罪所得的投资收益予以追缴 但是对于犯罪所得与投资收益的比例关系也应当适当考虑。

具体而言 在“犯罪所得投资收益”追缴问题上坚持“利益衡量”原则 一方面要防止“犯罪所得说”立场 防止对“犯罪所得投资收益”一律追缴;另一方面又要提防“合法财产说”立场 防止对“犯罪所得投资收益”作全盘肯定。事实上 本文对“犯罪所得投

^{④7} 参见杨仁寿《法学方法论》,中国政法大学出版社2013年版,第221页。

资收益”所作的“资本投机”收益与“组合投资”收益的类型化区分,也贯彻了“利益衡量”理论的要求,基本兼顾了行为人、被害人、社会和国家以及刑法功能实现等诸多利益诉求,最大限度地体现了价值折中和“最大公约”。在“犯罪所得投资收益”处置问题上坚持利益衡量原则,也就意味着要在追缴范围与犯罪行为的法益侵害性以及行为人财产状况之间保持理性的平衡,在控制犯罪、预防犯罪的目的与保障人权和保护产权之间保持平衡。另外,还需要提及的是,在先前犯罪所得与后续投资收益比例落差较大的事实基础上,对于后续投资收益是否追缴?在何种范围内追缴?可能不再是一个单纯的司法判断问题,还可能因为牵涉利益主体众多、影响地方经济社会发展稳定等因素而上升为一种政策判断甚至是政治判断的问题。在司法判断转向政策判断乃至政治判断的过程中,利益衡量原则可以作为决断的法理根据。

结 论

物尽其用,是物之价值的根本体现。物的价值本质与使用价值特性,决定了物(包括赃物)往往在动态的过程中不断运动,投资收益与经济效益不可避免地出现在物的不断运动过程。行为人通过犯罪活动获取的赃款赃物,或者将其消耗,或者将其作为“信贷资金的替代”进行投资进而获取收益,这是司法实践中十分常见的现象。对于后者而言,“投资收益”本身合法合规,但带有“原罪”的属性,“非法与合法”的耦合,客观上制造了“犯罪所得投资收益”之法律评价的现实困境。本文在类型化分析的基础上,对于“犯罪所得投资收益”的影响因素作了较为全面的解构,对追缴的范围和判断体系提出了大致的理论模型,初步得出以下结论:

第一,关于“犯罪所得投资收益”的性质。客观而论,“犯罪所得投资收益”系“非法与合法”的耦合成果,其是否属于《刑法》第64条规定的“违法所得的一切财物”?是否应当予以追缴?不能一概而论。理论上,“违法所得说”与“合法财产说”各有道理,但同时各有偏颇,均属“片面的深刻”,两种立场均不足取,也不能有效地指导司法实践操作。

第二,关于“犯罪所得投资收益”的法律评价存在复杂的影响因素。行为人获取“投资收益”的途径、行为人先前犯罪行为所侵犯法益的属性和行为方式,以及追缴举措与经济社会发展的关系等诸多要素,均是对“犯罪所得投资收益”法律评价的影响因素。

第三,关于“犯罪所得投资收益”的追缴规则。本文在具体分析“犯罪所得投资收益”影响因素的基础上,系统提出了层次性的判断规则:(1)对“资本投机”型收益应予以追缴,对“组合投资”型收益原则上不予追缴;(2)关于“组合投资”型收益,对先前犯罪侵害法益的属性与行为方式予以明确限定,即排除暴力性犯罪,排除侵犯国家安全(包括公权的廉洁性)、社会公共安全和人身安全等“法益不可恢复”的犯罪,排除涉黑社会性质组织犯罪、毒品犯罪等严重危害社会管理秩序的犯罪,以尊重社会公众普遍认同的伦理禁忌;(3)在上述两个层次判断的基础上,对于犯罪所得与投资收益的比例关系进行科学全面的利益衡量,在“犯罪所得投资收益”追缴的问题上,力求兼顾国家、社

会、行为人与被害人等各方利益。

当然,上述结论或者判断规则仅仅是理论上的架构与提倡。在具体的实践操作中,“犯罪所得投资收益”牵涉多方利益,清算过程复杂,应当交由专门的清算机构才能有效组织实施。目前,我国尚无专司此职的机构,也没有构建相应的投资收益评估制度和程序。未来可以参考国外相对成熟的立法模式,组建专门的评估清算机构专司此职。比如,《英国 2002 年犯罪收益追缴法》设置了专门的犯罪所得资产追缴机构,即资产追缴局(Assets Recovery Agency),对于该机构的宗旨、性质、人员、职权等做了详细规定,有力推动了该项工作的开展。^{④⑧}《瑞典刑法典》第 36 章(“没收财产、法人罚金以及犯罪的其他法律后果”)第 4 条第 3 款也规定,不能或很难将对宣告没收之物提供证据的,可以根据各种情形将该物的价值评估为一个合理的数额(1986 年 1007 号法)。^{④⑨}一言以蔽之,对于“犯罪所得投资收益”的追缴,牵涉各方利益,如何才能准确、科学地实现打击犯罪与保障人权(产权)的平衡,除却理论上清晰的范畴界定外,我国应该尽快建章立制,构建专门的评估制度和追缴程序,此项工作才能真正科学、有效地落实。

Abstract ‘The investment proceeds income from crime’ is the economic benefit obtained by the actors through property purchase, financial management or venture capital, which is essentially a kind of asset appreciation. In theory, whether ‘investment proceeds from crime’ belongs to ‘all property obtained illegally’ in article 64 of the Criminal Law, there is a controversy between ‘theory of illegal proceeds’ and ‘theory of legitimate property’. Although they have their own reasons, they are both ‘one-sided and profound’. Because ‘investment proceeds from crime’ is the result of the coupling of ‘illegality and legality’, there are complex factors affecting its legal evaluation which require comprehensive analysis and control. On the issue of recovery of investment proceeds from crime, judicial organs should consider the following three factors comprehensively: first, the way to obtain investment proceeds should be distinguished between pure capital-dominated ‘capital speculation’ and ‘capital + factors of production’ co-dominated ‘portfolio investment’; second, whether the actor’s previous criminal act obtaining interests is a ‘crime of recoverable legal interests’. Whether legal interests, attributes judgment and behavioral patterns violate the ethical taboos generally accepted by the public; third, adhere to the principle of measuring interests, comprehensively consider the relationship between the recovery of ‘investment proceeds from crime’ and the stable development of private enterprises, and insist on the organic balance between punishment of crime and the protection of human rights (property rights) and the stable development of economy and society.

(责任编辑:白岫云)

^{④⑧} 参见《英国 2002 年犯罪收益追缴法》张磊等译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 1 页。

^{④⑨} 参见前引^{④⑧},第 69 页。