

论犯罪工具没收的范围

张 伟

(平谷区人民检察院 北京 101200)

内容提要:犯罪工具没收的范围要在深入分析犯罪工具的内涵以及犯罪工具没收性质的基础上予以审慎地确定。应当坚持全面没收原则,不宜以“直接性”和“专门性”标准限缩犯罪工具没收的范围,更不宜以“与违禁品相当”标准来确定没收范围;要在充分保障合法财产权的前提下,将归属于他人的犯罪工具也纳入没收的范围。存在惩罚过于严苛的情形下,应当授权法官综合案件具体情况适当调整犯罪工具没收的范围。针对未定罪案件中以及犯罪行为停止后犯罪工具状态发生变化情形下的犯罪工具没收,应当区别不同情况分别确定相应的没收范围。

关键词: 犯罪工具 没收范围 全面没收原则 过苛条款

关于犯罪工具没收,司法实践中多根据《刑法》第64条关于“供犯罪所用的本人财物,应当没收”的规定作出决定。由于《刑法》对犯罪工具缺乏确定清晰的规定,犯罪工具没收的范围也缺乏统一的标准,在理论研究和司法实务中仍存在诸多争论。基于理论上的争议和实务中存在的不同做法,有必要对犯罪工具没收的范围开展研究,并进一步完善犯罪工具没收制度。

一、准确界定犯罪工具的内涵是犯罪工具没收的基础

(一) 中外法律中关于犯罪工具的相关规定

关于犯罪工具的定义,我国《刑法》中并没有明确,仅是在部分条文中提及或者有类似表述。其中明确提及工具的有6处,分别是第22条规定“为了犯罪,准备工具、制造条件的,是犯罪预备”、第120条规定“为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他工具的”、第285条规定

作者简介: 张 伟(1975—),男,汉族,河北定州人,北京市平谷区人民检察院检察长,法学博士、博士后。

本文为北京市人民检察院2022年检察理论课题(立项编号:BJ2022B40)的阶段性成果。

“提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具,或者明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具”、第340条和第341条规定“使用禁用的工具”。^①此外,还包括第64条中规定“违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收”。这应当可以看作是刑法条文对犯罪工具没收较为具体的规定。综上,我国《刑法》并没有对犯罪工具进行明确的定义,仅是间接地规定了“供犯罪所用”的物品是犯罪工具。

境外法律对犯罪工具的规定也是众说纷纭。《布莱克法律词典》将 criminal instrument 界定为,“一、制造或者改造用于犯罪的物;二、一般用于犯罪以及在特定情形下反映非法目的物,也称为‘instrument of crime’”。^②《日本刑法》规定,犯罪工具“是供犯罪使用或者意图供犯罪使用的物。它们是犯罪的实行行为使用的物,或者为供犯罪之用而准备的物,如杀人用的日本刀等”。^③《德国刑法典》规定,“凡故意犯罪的,因犯罪所得之物,或用于犯罪、预备犯罪、或准备用于犯罪之物,应予没收”。^④我国台湾地区“刑法”规定,“所谓‘供犯罪所用之物’,乃指对于犯罪具有促成、推进或减少阻碍的效果,而于犯罪之实行有直接关系之物而言”。^⑤综上,境外法律对犯罪工具的规定,也大多集中于供犯罪使用或者预备供犯罪使用的物,但在具体表述和内涵范围上存在诸多差异。

(二) 犯罪工具的内涵解读

笔者认为,犯罪工具就是指罪犯在犯罪中为达成犯罪目的而使用的物品,具体内涵可以从以下几个方面加以理解:

其一,犯罪工具是指被罪犯使用的物品。所谓“物品”,是一个与“人”^⑥相对应的概念,意指除去人之外的所有事物。犯罪工具中的“工具”不能概念化理解为器物,而应当赋予其更为广泛的内涵,只要被罪犯使用的不属于“人”的物品都可以归属为犯罪工具。即使一些物品与一般意义上的器物存在一定的区别,但只要其被罪犯在犯罪中使用,就应当归属为犯罪工具。例如,罪犯纵狗咬人致人重伤,此情形下伤人的恶犬也应当归属为犯罪工具。同样,犯罪工具也应当包括那些没有实体形态的虚拟物品。随着科技的不断发展,犯罪的形态也会日新月异,法律如果不能紧跟并适应这些变化,就会使“法律和公正都被新科技远远地抛在后面”。^⑦随着信息技术的不断普及,网络犯罪也势必会不断滋生的,“网络空间不是‘法外之地’”,^⑧我们在认定

① 其他几处提及工具,均是在分则中关于交通工具的特定表述,如第116、119、130、263、321条中的“交通工具”。

② Bryan A Garner, Black's law dictionary, (Kirkland, Thomson Reuters, 9th ed. 2009), pp. 431, 870.

③ 黎宏:《日本刑法精义》(第二版),法律出版社2008年版,第325页。

④ 《德国刑法典》,许久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第955页。

⑤ 林钰雄:《没收新论》,元照出版有限公司2020年版,第84页。

⑥ 其实,从某种意义上讲,人也是一种特殊的事物。但一般地说,人具有自己的意识,且人不能物化为工具。因此,如果人被罪犯所利用,应当区分被利用的人是否知晓罪犯的目的,如知晓则构成共犯,如不知晓则依照具体情形根据其具体实行行为来确定责任,而不能归属为犯罪工具。

⑦ [荷]简·梵·迪克:《网络社会》,蔡静译,清华大学出版社2014年版,第136页。

⑧ 习近平:《在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话》,载《人民日报》2015年12月17日第2版。

犯罪工具时也应当将网络上的虚拟物品纳入犯罪工具的范畴。例如,Faiella案^⑨中被告人罗伯特·法耶拉(Robert M. Faiella)使用的比特币就是其实施无照经营金钱转移罪和洗钱罪的犯罪工具。

其二,犯罪工具必须是罪犯能够控制并能动地加以运用的物品。那些不能被罪犯所控制的物品不属于犯罪工具。例如,罪犯趁被害人备将其推下悬崖致死,悬崖虽然对被害人死亡的结果具有直接促进作用,但由于其并不能为罪犯所控制且能动地运用,所以悬崖不应属于被罪犯所使用的犯罪工具。再如,在故意伤害案中,案外人随意停在家门口的车辆虽然会阻碍被害人躲避从而导致被殴打致伤,但因其不能被罪犯控制,^⑩故不属于犯罪工具。在网络犯罪中,罪犯不能控制互联网,仅仅是利用互联网发布信息或者进行相应的沟通联络,故互联网以及相应提供服务的平台不应当属于犯罪工具,但罪犯依托互联网建设的网站、网页、服务器以及相应的文件和数据则应当属于犯罪工具。例如,“快播案”^⑪中快播公司的缓存服务器和相关的淫秽视频文件就应当属于犯罪工具。

此外,“犯罪工具必须是行为人有意识选择并直接用于犯罪活动而物化的物体或者身体行为的物质延续”。^⑫例如,“伤害致死罪的犯人在踢被害人的时候所穿的鞋之类,不是为了实施犯罪而特地穿上的,只是偶尔在犯罪的时候派上用场的物而已,因此不包括在供犯罪使用的物之内”。^⑬在过失犯罪中,因为缺乏罪犯能动地“运用”意图,所以一般也不存在犯罪工具的问题。例如,在交通肇事案中,虽然罪犯驾驶的车辆从客观上对交通事故具有关键促进作用,也能被罪犯控制且能动地加以运用,但是由于罪犯缺少促成交通事故的意图,^⑭故此种情形下该车辆不宜归属为犯罪工具。

其三,犯罪工具应当包括整个犯罪过程中使用的所有物品。犯罪工具不仅包括在实行行为中使用的物品,而且应当包括在犯罪预备和实行行为停止之后的逃逸过程中使用的物品。首先,在犯罪实施过程中使用的物品属于犯罪工具应当无需赘述。其次,那些已经准备用于犯罪但实际尚未真正用于犯罪的物品也应当属于犯罪工具。虽然犯罪预备不属于犯罪实施阶

^⑨ 美国诉法耶拉案(United States v. Faiella,又称“Faiella案”),是指美国纽约州南部地区法院指控法耶拉在美国网络平台“丝绸之路”(Silk Road website)经营比特币业务,构成无照经营金钱转移罪、洗钱罪。具体案件情况详见戴飞:《论比特币的法律问题——以Faiella案为视角》,载《武汉金融》2020年第10期。

^⑩ 但如果罪犯通过事先的实地勘查,并预先将第三人随意停在被害人人家附近的车辆推至被害人人家门口,以此来阻碍被害人顺利躲避的话,则此车辆应当归属为犯罪工具。

^⑪ 《深圳市快播科技有限公司涉嫌传播淫秽物品牟利案》,https://baike.so.com/doc/23636066-24189621.html,访问日期:2022年11月6日。

^⑫ 何帆:《刑事没收研究——国际法与比较法的视角》,法律出版社2008年版,第168页。

^⑬ 黎宏:《日本刑法精义》(第二版),法律出版社2008年版,第325页。但笔者认为,如果罪犯的鞋属于特殊品种,例如鞋的头部有铁钉,而罪犯有意识地利用鞋头部的铁钉实施伤害,则此种情形下的鞋也应当归入犯罪工具。

^⑭ 固然,在此类犯罪中罪犯对车辆具有客观上的运用认知,但这种运用仅仅是将其作为交通工具来运用,而不是为了造成交通事故而运用。

段,但也是犯罪的重要组成部分,对犯罪目的的实现也具有明显的促进作用。因此,只要有证据证明罪犯准备将某件物品用于犯罪,其就具有了犯罪工具的属性。例如,贩毒集团谋划贩毒,从而购买了汽车、快艇等用于运输毒品,但由于公安机关提前获悉情报并将相关犯罪分子缉捕归案,上述交通工具并没有真正用于运输毒品。上述交通工具依然应当归属为犯罪工具,而不能因尚未真正用于犯罪就摘掉犯罪工具的标签。同理,那些在犯罪行为停止之后的逃逸过程中被使用的物品也应当归属为犯罪工具。

其四,犯罪工具不包括犯罪对象,但有时可能会包括犯罪行为对象。犯罪对象是指犯罪行为所侵害客体^⑮的载体,大多数情况下犯罪行为直接指向并作用的行为对象就是犯罪对象,^⑯因此从逻辑上分析犯罪对象不应归属为犯罪工具。但在一些特殊案件中,会出现犯罪行为对象与犯罪对象的分离,犯罪行为并不是直接指向并作用于犯罪对象,而是通过对犯罪行为对象的直接作用间接地对犯罪对象予以侵害。例如,在销售假冒注册商标的商品案中,固然假冒注册商标的商品是罪犯销售行为所直接作用的对象,但同时也是罪犯所利用的物品,罪犯通过销售假冒注册商标的商品获得非法利益,客观上侵害了商标权人的利益。^⑰再比如,走私案中走私的货物也不是犯罪对象,而是犯罪行为对象。走私行为意在偷逃关税,并非以占有走私的货物为目的,此情形下犯罪客体是关税制度,犯罪对象是因走私行为而偷逃的关税,走私的货物作为犯罪行为对象就应归属为犯罪工具。行贿犯罪中的金钱亦如此,“金钱通常是犯罪所得,而犯罪物通常是某种物品,但这仅是经验上的多数现象,而非概念上的必然归类:金钱亦有可能是犯罪工具,依犯罪物没收之。先以最典型的对向犯之贪污行、收贿罪及投票行、收贿罪为例,贿款自收贿者角度出发,固然是犯罪所得无疑,但自行贿者角度出发,贿款则是属于‘预备犯行贿罪或供行贿罪所用之犯罪工具’,而(亦)得或应依犯罪工具没收之”。^⑱

此外,在罪犯多次实施犯罪的情况下,如果罪犯将前次犯罪所得用于新的犯罪,则前次犯罪中的犯罪对象就会成为犯罪工具。例如,在史晓飞抢劫、诈骗案^⑲中,史晓飞以谈恋爱的名义让被害人巴某赠予其金立手机一部,随后利用此手机骗取巴某财物8万余元。如果有证据证

^⑮ 此处的客体是指犯罪客体。犯罪客体是刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会关系。犯罪客体与犯罪对象的区分在于犯罪客体是抽象的,而犯罪对象是具体的。例如,故意伤害行为侵犯的是人的健康权,而这个健康权的载体(具体的某个人)就应当是故意伤害行为的犯罪对象。但在一些特殊情况下,犯罪对象并不是预先设定的特定的人或事物,而是偶然与罪犯遭遇的人或者事物。例如,危险驾驶案件中,罪犯所侵害的犯罪客体是公共安全,其犯罪对象应当是在罪犯危险驾驶行为过程中遇到的所有可能会因其危险驾驶行为而被侵害的路人。

^⑯ 例如故意杀人案中罪犯欲杀之人、盗窃案中罪犯欲盗之物等。为论述方便,下文将犯罪行为直接指向并作用的行为对象简称为犯罪行为对象,以此来区分于犯罪对象。

^⑰ 此种情况下,犯罪对象应当是被假冒注册商标的商品所侵害的合法注册的商标权,假冒注册商标的商品则是犯罪行为对象。

^⑱ 林钰雄:《没收新论》,元照出版有限公司2020年版,第69页。

^⑲ 具体案情详见河北省邢台市中级人民法院(2017)冀05刑终276号刑事裁定书,史晓飞抢劫、诈骗二审刑事裁定书——天眼查,<https://susong.tianyancha.com/a70e2b09077511e881ec008cfaf870e0>,访问日期:2022年11月6日。

明史晓飞在认识巴某之初,就是出于诈骗目的,则此手机应当属于犯罪所得,但其又在随后的犯罪行为中予以使用,则此手机同时应当属于犯罪工具。^⑩同样,在非法吸收公众存款案中,罪犯在前行为中吸收的“存款”如果被用于此后的还本付息等犯罪行为,也应当属于犯罪工具。

二、厘清犯罪工具没收的性质是确定没收范围的前提

关于犯罪工具没收的性质,主要有三种观点:一是刑罚说。“对来源合法的供犯罪所用之物的没收则具有刑罚的特征,是刑事责任的当然法律后果;”^⑪“对构成物品及供用物品的没收,其意义在于通过剥夺与犯罪有直接关系的物品,来实现对犯罪行为的否定评价和惩罚,因此和对其他物品的没收一样,都是制裁。”^⑫二是保安处分说。(犯罪工具的)“‘没收’不具有刑罚性质,而类似于有些国家刑法典中的非刑罚措施或者说是一种具有保安处分性质的处罚措施。”^⑬三是折衷说。“没收犯罪工具的性质,既非纯粹的刑罚也非严格意义上的保安处分,而是针对物的一种独立的刑事处分,即立足于犯罪行为所造成的客观‘害’,并通过对此种客观‘害’的修复来达到阻却再次犯罪的目的。”^⑭笔者赞同第三种说法,犯罪工具没收从其本质看既不是纯粹的刑罚,也不是纯粹的保安处分措施,而是介于两者之间的一种兼具保安处分功能和惩罚色彩的刑事处分措施。^⑮

(一)犯罪工具没收具有保安处分的功能

犯罪工具没收的初衷就是避免犯罪工具被罪犯再次用于实施新的犯罪。从某种意义上讲,犯罪工具因为被罪犯使用而在犯罪中发挥了促进作用,成为了一种类似于“帮助犯”的物品,也就因罪犯的使用而被“污染”,成了具有“恶”的色彩并应当没收的“恶物”。^⑯若不及时没收,犯罪工具就可能会被罪犯再次使用。对犯罪工具予以没收,通过剥夺罪犯对犯罪工具的现实占有,从而在物理上杜绝了犯罪工具再次被罪犯使用的可能性。因此,犯罪工具没收应当具有保安处分功能。对于“有的判例没收用来放火的5根火柴棒,很难说这是为了预防再犯。……没收这种普通市场上极容易买到的菜刀到底有多大预防再犯的意义”^⑰的疑问,笔者认为,无论是微不足道的5根火柴还是极容易买到的菜刀,都是罪犯投入到或者预备投入到犯罪中并促进犯罪目的实现的“工具”,将它们没收必然会杜绝火柴和菜刀被再次用于犯罪的可能。

^⑩ 判决中没有认定此手机为诈骗所得,笔者的论述是在案情的基础上的一种推测和假说。

^⑪ 孙煜华:《涉案财产没收程序如何才能经受宪法拷问》,载《法学》2012年第6期。

^⑫ [日]平野龙一:《矫正保护法》,有斐阁1963年版,第21页。转引自[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。

^⑬ 谢望原:《刑法中的没收制度》,载《中国刑事法杂志》2009年第6期。

^⑭ 胡成胜、王莉:《犯罪工具没收的权属限制和度量限制》,载《人民检察》2017年第23期。

^⑮ 关于刑罚和保安处分的关系,理论界也存在一元主义的观点,认为两者是同一的处分。同时,我国法律上也没有独立的保安处分的概念。

^⑯ 犯罪工具的“恶”应当包括两个方面:一是其在已经发生的犯罪中发挥的作用而带来的“恶”,可以称为已有之“恶”;另一方面则是由于其可能会被再次用于犯罪而带来的“恶”,可以称为未来之“恶”。

^⑰ [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。

这种以“罪犯很容易购买菜刀或者使用诸如水果刀、裁纸刀等其他刀具来替代实施犯罪”的假设而提出的没收菜刀并无预防功能的质疑,缺少现实依据。因为“假设可以无穷无尽,用这种无限假设也可以质疑所有制裁(刑罚、保安处分、没收)的正当性;试问施以何种保安处分或者(除死刑外之)刑罚,可以保证达到特别预防目的,彻底杜绝行为人再犯危险呢”²⁸。

(二) 犯罪工具没收是对罪犯滥用其财产权的一种惩罚

由于犯罪工具已然成为“恶物”,故犯罪工具没收也带有强烈的惩罚色彩。从某种意义上讲,对犯罪工具的没收也宣告了罪犯对于犯罪工具的占有、使用、收益等权利的彻底丧失,这势必会给罪犯造成经济利益上的损失。在德国没收新法的立法说明中就有“让任何故意的违法投资,一去不回”²⁹的表述。这并没有破坏宪法对合法财产权的保护,因为“一旦财产权人以犯罪方式行使其财产权,把菜刀拿来杀人,即背离使用财产之社会义务,超出宪法保障财产之合理限度而属财产权之滥用,不再受宪法保障。这也符合权利不得滥用,滥用者不受保障的一般原则”³⁰。一般而言,罪犯在实施故意犯罪的时候,必然是清晰地知晓犯罪工具就是用来侵害其他合法法益的,大多数情况下也是经过了一番考量,甚至是缜密的成本收益权衡后才将其用于犯罪的。一旦犯罪工具被用于犯罪,就意味着罪犯主动地放弃了犯罪工具的合法财产权,将其置于被没收的风险之中。因此,犯罪工具没收就是对财产权滥用行为的一种惩罚。

综上,犯罪工具没收既具有保安处分措施的特征,也带有鲜明的惩罚色彩。因此,既不能简单将它划为保安处分措施,也不能将其归为刑罚,而应当看作是一种兼具保安处分功能和惩罚色彩的刑事处分措施。

三、犯罪工具没收应当坚持全面没收原则

(一) 坚持全面没收原则是犯罪工具没收的必然选择

如前所述,犯罪工具没收是一种兼具保安处分功能和惩罚色彩的刑事处分措施,因此在确定犯罪工具没收的范围时,就应当兼顾这两个功能的需要。

犯罪工具一旦被罪犯在犯罪中使用,就会被“污染”成为“恶物”,因此从惩罚角度来考虑,就应当予以没收,从而实现“让任何故意的违法投资,一去不回”³¹的惩罚目的,并通过这种惩罚震慑他人减少犯罪,从而达到一般预防的效果。有的学者提出,“基于实质正义的呼声,针对犯罪工具的没收,应当在制度设置上改‘必没主义’为‘得没主义’,同时引入比例原则对没收量度加以约束”³²。固然,由于犯罪工具的客观属性以及在犯罪中发挥作用的大小不同,其“恶”的程度也应有所不同,因此按照“比例原则”的要求似乎应当给予不同程度的处罚,比如是否可以部分没收或者不予没收。其实不然,既然罪犯经过自己的思量(也可能是深思熟虑,也可能是瞬

²⁸ 林钰雄:《没收新论》,元照出版有限公司2020年版,第54页。

²⁹ 同注释²⁸,第143页。

³⁰ 同注释²⁸,第55页。

³¹ 同注释²⁸,第143页。

³² 胡成胜、王莉:《犯罪工具没收的权属限制和度量限制》,载《人民检察》2017年第23期。

间决定)后自主地将有关物品用于犯罪,那么他就应当承担因此而来的后果,应当“愿赌服输”“血本无归”才对。所以,对所有犯罪工具全面没收才是一种符合常理、体现公平的惩罚方式,也是符合“比例原则”(没收的范围与罪犯投入犯罪的所有物品成立了彼此对应的比例关系)的基本要求。

此外,从犯罪工具没收的另外一个功能——保安处分功能来分析,一个物品一旦被用于犯罪,那么客观上就存在再次被用于犯罪的危险。虽然这种危险性会根据犯罪工具的客观属性而有所不同,例如手枪比水果刀再次被用于犯罪的可能性要大很多。但如果我们就以再次被用于犯罪可能性小为由,而对涉案的水果刀不予没收,那是不是没有做到“不以善小而不为”,也无法防止其被再次用于犯罪呢?只有坚持全面没收原则,才可以确保所有用于犯罪的物品都不会再次用于犯罪,从而实现特别预防的目的。

当然,犯罪工具没收应当审慎全面地开展,不得随意扩大范围,只能对那些确实归属于犯罪工具的物品予以没收。其一,只有那些被证明确系罪犯在犯罪中使用的物品,才有理由怀疑其可能被再次用于犯罪,才应当依法予以没收。其他同质化的物品可能会被用于犯罪仅仅是一种盖然性的怀疑,故没有足够予以没收的理由。其二,基于对罪犯予以惩罚的考虑没收犯罪工具,是由于罪犯将犯罪工具用于犯罪具有主观上的违法性。如果不审慎地对犯罪工具的范围予以科学准确界定,就势必会导致惩罚的恣意化,也可能会侵害罪犯的合法财产权。因此,犯罪工具没收要以对所有涉案物品进行规范严格地审查并准确区分是否属于犯罪工具为首要。

(二)不宜以“专门性”和“直接性”的标准限缩犯罪工具没收的范围

在我国台湾地区,司法实务往往以“专门性”标准来认定犯罪工具。^③在我国司法实务中也有类似的判决,对那些非专门用于犯罪的犯罪工具不予没收。例如,在李某某非法采矿案中,对并非主要用于非法采矿的挖掘机,法院判决不予没收。^④

对此,有学者指出,“工具从来就不以唯一手段或者不可或缺为概念内涵”,“不会有人只因为‘开瓶器非打开瓶盖的不可或缺器具’,而否定开瓶器是工具的属性。反过来说,我用汤匙打开了啤酒瓶盖,也不会有人以‘汤匙非专供开瓶之用’为由,来否定该汤匙是我用以开瓶的工具”。^⑤笔者同意上述观点,犯罪工具的认定不能以上述所谓的“专门性”为标准。

关于“专门性”可以有两种解释:其一,某件物品从功能设计上就是专门用于某种行为的,

^③ 向燕:《论刑事没收及其保全的对象范围》,载《中国刑事法杂志》2013年第3期。

^④ 详见昌乐县人民法院(2018)鲁0725刑终2号刑事判决书,转引自王晶晶:《论犯罪工具的没收》,载《东南法学》2019年春季卷。

^⑤ 林钰雄:《没收新论》,元照出版有限公司2020年版,第67页。

例如,枪支就是用来发射子弹的、开瓶器就是用来开瓶盖的等等;^{③⑥}其二,是指某件物品在所有者主观意识里是专门被用于某种行为的。^{③⑦}例如,罪犯专门用于贩毒的汽车、花农专门用于修剪花枝的剪刀等等。认定犯罪工具不能以上述所谓的“专门性”标准来确定。一方面,实践中人们经常会因为种种原因而忽视物品原有的设计功能,而将其用于其它的非设计用途,但这并不能否认其在非设计用途上的促进作用;^{③⑧}另一方面,大多数人并没有对自己所有的物品都能清晰准确地区分具体用途,并根据实际情况结合现实需求灵活地加以运用,但这并不能否认此种灵活运用所发挥的促进作用。因此,我们不能将犯罪工具限定为“专门”用于犯罪的工具。

至于犯罪工具“专门性”的变通说法,即“必须与犯罪行为具有直接关联”,笔者认为也不甚合理。首先,“直接关联”的概念本来就缺乏一个清晰规范的理解。例如,毋庸置疑用于杀人的枪支和刀与犯罪行为具有“直接关联”,但用于逃跑的小汽车和用于观察枪击对象行踪的望远镜等是否与犯罪行为具有“直接关联”,就较难得出唯一且公认的结论。所有在犯罪中被罪犯使用的物品,在犯罪中都会发挥各自的作用,也都与犯罪行为具有或紧密或松散的联系,科学地界分直接联系和间接联系十分困难。其次,即使能够准确地划出一条清晰的界线,那些所谓“间接联系”的工具难道对犯罪的顺利进行就没有促进作用吗?难道这些用于犯罪的工具,就因为其作用相对较小,就不是犯罪工具吗?

(三)更不宜以“与违禁品相当”标准来确定犯罪工具没收的范围

至于将犯罪工具的没收范围限定为“供犯罪使用的,并且与违禁品相当的本人财物”^{③⑨}的提法,笔者亦不赞同。虽然犯罪工具的没收与违禁品的没收都属于国家对相关财物占有权依法予以剥夺的强制措施,从执行效果上看也大体一致,都可以达到让这些财物不能再被随意持有并使用的效果,也均带有一定程度的惩罚色彩。但两种没收依然存在明显的不同,特别是在两种没收的缘由上存在实质性的差异。违禁品的没收是因为违禁品自身属于国家法律明令禁止随意持有的物品,其客观属性上就决定了其被依法没收的必然结局;而犯罪工具的没收是因为其被罪犯用于了犯罪从而被污染为“恶物”,与其客观属性不存在必然联系。因此,犯罪工具的没收范围不能仅仅限定为“与违禁品相当的财物”。此外,如果仅仅没收与违禁品相当的犯罪工具,那就直接按照违禁品没收的规定对犯罪工具予以没收就好了。如此,犯罪工具的没收范

^{③⑥} 这种功能上的专门性,只是在一般意义上讲的,并不具有绝对的意义。例如,枪支固然是用来发射子弹的,但由于其本身就是一个钢铁制成的硬物,也有足够的重量,也可以当作“锤子”用来砸钉子;开瓶器也可以作为“暗器”投掷出去伤人。同时,工具的功能设计并不一定都是细分的,有的是广泛的,如一般的菜刀既可以用来切菜,又可以用来切肉;而有的工具则是细分的,有专门的水果刀、切菜刀、切肉刀、剔骨刀等等。此外,即使是功能设计细分的工具,其功能也不是绝对的。例如,固然剔骨刀用于剔骨最能发挥其作用,但如果用来切菜,也并不是完全不可以。

^{③⑦} 在此种语境下,这件物品的用途也可能会与物品所原本设计的功能一致,也可能会存在一定的偏离。例如,某把专门被设计为分切茶叶的茶刀,主人也有可能在用于切茶叶一段时间后,因为不再喝茶而将其专门用于裁纸。

^{③⑧} 例如,前述用于开瓶的汤勺、用于杀人的菜刀、用于砸钉子的枪支。

^{③⑨} 张明楷:《论刑法中的没收》,载《法学家》2012年第3期。

围根本就没有了研究的价值和必要,这显然也是不尽合理的。

综上,犯罪工具没收的范围还是应当坚持全面没收原则,在审慎全面认定犯罪工具的基础上,将那些在犯罪中被使用的所有物品应没尽没。

四、他人所有的财物应当纳入犯罪工具没收的范围

我国现行法律规定,仅对“供犯罪所用的本人物品”予以没收。但在“实践中有随手拿起他人做饭用的菜刀杀人,该菜刀被作为犯罪工具没收的案例”。^⑩另外,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第12条第1款要求“缔约国应在本国法律制度内尽最大可能采取必要措施,以便能够没收”犯罪工具和违法所得;《联合国反腐败公约》第31条要求“各缔约国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”。^⑪这些实践中的做法和相关公约的要求都与我国现行的法律规定不尽一致。笔者认为,应当适时修改现行相关规定,将犯罪工具的没收范围扩大至所有犯罪工具,且不论其所有权是否归属于罪犯。

(一) 犯罪工具的没收不能仅限于罪犯本人所有的物品

罪犯无论是将自己所有的物品还是将他人所有的物品故意地用于犯罪活动,其主观恶性相差无几;甚至从某种意义上讲,利用他人所有的物品犯罪,主观恶性更甚。若对他人所有的犯罪工具不予没收,则会“促使犯罪分子为避免自己的财物遭受没收而借用、租用、盗用他人的物品或者使用共有的财物实施犯罪,从而在客观上使第三人权利处于受侵害的危险状态,这便会使犯罪行为人为逃避处罚而利用他人物品进行犯罪”。^⑫因此,有必要将他人所有的物品纳入犯罪工具没收的范围。

对于他人所有的犯罪工具的没收,首先应当区分犯罪工具的所有人是否是恶意将犯罪工具交由罪犯使用。若是,则应当基于其恶意将相关犯罪工具予以没收。^⑬对此,有的国家已有类似规定。例如,德国刑法规定,“‘应当被追缴之物品属于第三人或者第三人有处分权的,也可对该物品命令追缴,但以第三人允许将该物品用于犯罪或者明知构成犯罪而允许使用为限’,‘由于轻率而致该物被作为犯罪或者预备犯罪的工具’情况下,该物品同样将被没收”。^⑭若物品所有人没有恶意,在没收犯罪工具时应当充分保护善意所有人的合法权益。有学者提出“因为他人没有参与犯罪,对他人合法财产或者部分属于他人的合法财产予以没收缺乏正当性,会殃及无辜”。^⑮这显然存在一个认识误区,认为没收归属于不知情第三人的犯罪工具与保护他人合法财产权之间存在无法解决的冲突和矛盾,故此就不应予以没收。诚然,在此种情况下,没收犯罪工具与保护合法财产权之间存在冲突和矛盾,但这种矛盾和冲突并不是无法解决

⑩ 刘鹏玮:《“特别没收”的司法失衡与规范重塑》,载《苏州大学学报(法学版)》2013年第3期。

⑪ 朱丽欣:《我国刑法第64条的分析与完善》,载《中国检察官》2013年第3期。

⑫ 王晶晶:《论犯罪工具的没收》,载《东南法学》2019年春季卷。

⑬ 在此种情形下,不仅应当没收该人所有的犯罪工具,而且应当依法追究该人的刑事责任。

⑭ 《德国刑法典》,许久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版。

⑮ 蒋为杰:《刑事涉案财物没收的规制》,载《法律适用》2020年第11期。

的,完全可以通过科学地设计犯罪工具没收程序来兼顾打击犯罪和保护合法财产权。

(二)没收他人所有的犯罪工具必须要保障其合法财产权

没收他人所有的犯罪工具,势必存在侵犯合法财产权的风险,因此在没收他人所有的犯罪工具时必须要充分保障其合法财产权。

首先,要按照“先民后刑”原则实现对合法财产权的保障。^{④⑥} 没收他人所有的犯罪工具不当适用“先刑后民”原则。所谓的“先刑后民”原则,是指同一个法律关系同时涉及刑事法律时应当优先适用刑法的原则。但犯罪工具没收涉及的法律关系并不是同一个法律关系,而是存在两个不同的法律关系:一个是犯罪工具应当依法被没收这个刑事法律关系;另一个是由于共有、租赁或者被盗窃等原因而导致的不知情第三人与罪犯关于犯罪工具的民事法律关系。这个民事法律关系与犯罪工具的没收是完全不同的两个法律关系,仅仅是都涉及了同一个对象(犯罪工具),存在着类似于“一物两卖”情形下的冲突。^{④⑦} 这种冲突完全可以通过一方获得原物,一方获得相应价款赔偿的方式加以解决。在这两者的先后顺序方面,应当秉持“不与民争利”的理念,优先处理罪犯与犯罪工具所有人之间的纠纷,然后再依法对罪犯处以没收原物或者追缴相应金额的钱款作为替代处罚。因此,笔者建议没收他人所有的犯罪工具时,可以由所有人在继续占有该物和将该物没收并由罪犯给予相应赔偿两种解决方案中择一适用。若所有人选择继续占有该物,则应当按照该犯罪工具的价值向罪犯予以追缴,从而替代地实现对犯罪工具的没收;若所有人选择第二种方案,则先没收该犯罪工具,之后通过相关民事程序来解决罪犯与所有人之间的财产纠纷。

其次,要保障犯罪工具所有人在犯罪工具没收程序中的知情权和参与权。在没收他人所有的犯罪工具时,必须要保障相关所有人在没收程序中的知情权和参与权,应当及时通知其参与相关犯罪工具的没收程序,并赋予依法提出不知情等诉求的权利。对于那些权属不清晰的犯罪工具,还应当通过一定方式予以公告,以便其所有人能够及时知悉自己的财物可能会被没收,并积极参与相关诉讼程序。此外,还要允许所有人对于没收自己财物的判决和裁定提出上诉和申诉。

五、综合案件具体情况适当调整没收范围

犯罪工具的没收应当坚持全面没收原则,但由于案件情况的复杂多变,在一些特殊情况下,如果对所有犯罪工具全部予以没收,可能会出现惩罚过于严苛的情况。特别是在罪犯没有经过深思熟虑就贸然决定将自己或者他人所有的物品投入到犯罪活动的情境^{④⑧}下,很可能会出现犯罪工具的价值与其“恶”的程度不成比例的情况,如果将犯罪工具全部予以没收就可能会

^{④⑥} 对于知情第三人所有的犯罪工具,如前所述应当予以没收,此处仅就没收不知情第三人所有的犯罪工具展开论述。

^{④⑦} 这两种冲突都具有对一个物品存在两个请求权冲突的特征,只不过“一物两卖”情形下是两个民事请求权的冲突,而没收他人所有的犯罪工具则是存在一个民事请求权和一个刑事请求权的冲突。

^{④⑧} 以下将此种情境简称为贸然运用情境。

导致惩罚过于严苛。在此情况下,应允许法官在综合研判犯罪工具“恶”的程度、自身价值的基础上,判断是否存在惩罚过于严苛的情况,并综合案件其他情况自主决定是否适用“过苛条款”,适当调整没收范围。

(一)“过苛条款”是在全面没收原则下的一种例外制度安排

首先,从犯罪工具没收的性质分析,“过苛条款”的设立具有一定的合理性。其一,从保安处分的功能出发,设立“过苛条款”具有一定的合理性。较之其他情境,在贸然运用情境下,犯罪工具被再次运用到新的犯罪中的可能性要小。因为如果给罪犯一段较长的时间,允许其深思熟虑,他就很可能不会将这些物品应用于犯罪。所以,在贸然运用情境下的犯罪工具较之经过深思熟虑后被运用的犯罪工具,再次被用于犯罪的可能性要小很多。其二,从犯罪工具没收的惩罚功能来看,设立“过苛条款”也具有一定合理性。固然,在贸然运用情境下,也有理由对犯罪工具全部予以没收。因为无论是贸然运用,还是深思熟虑后运用到犯罪中,都是罪犯自主地决定,从道理上都应当予以没收。犯罪工具没收都是对罪犯将犯罪工具用于犯罪的惩罚,也都是罪犯的咎由自取。但是,毕竟相对于其他情境,贸然运用情境下,罪犯在犯罪工具运用方面的考量是不充分、不谨慎的,属于“过失”地将物品用于犯罪,故若存在惩罚过于严苛情况的,由法官综合案件情况适用“过苛条款”,也有一定合理性,这与对过失犯罪从轻处罚具有类似的道理。

其次,“过苛条款”的设立,不是对全面没收原则的否定,而仅仅是一种例外机制。其一,“过苛条款”的适用条件应有明确的规定,其适用范围也应严格限定。一般而言,“过苛条款”适用于贸然运用情境下,且即使在这种情境下,也不是必然适用,也仅仅在惩罚过于严苛情况时才能适用。因此,“过苛条款”的适用应当是一种被严格限定适用范围的例外机制。其二,“过苛条款”的适用是一种“酌定”机制而非“必然”机制。之所以要设立“过苛条款”,主要是出于减少罪犯经济、心理甚至其家庭成员生活上的负担,避免激化罪犯对司法乃至社会的仇恨和不满,有利于其彻底地改过自新,顺利回归社会。但即使是在贸然运用情境下存在惩罚过于严苛情况时,“过苛条款”的适用也不是必然,仅仅是由法官综合考量案件的具体情况、罪犯及其家庭状况等因素后认为确有必要的,才予以适用。因此,“过苛条款”依然是在坚持全面没收原则基础上的一种“例外制度”。

综上,“过苛条款”是在一些特殊情境下的特别安排,而不是对全面没收原则的全面否定,仅仅是一种“例外制度”。

(二)“过于严苛”的标准

“过于严苛”的标准应当是一个相对主观的标准,无法给出一个具体的客观标准。一方面,因为世事百态纷繁复杂,各种情形、因素无法做到全部准确无误地评价和估量,在具体的案件中需要考量的因素没有任何人可以做到准确地给予数字化的打分评价,因此要做到一丝不差地完全均等、公平,从技术上或者说从操作层面并不现实。另一方面,“过于严苛”的标准也不应是恒定不变的,而应当根据案件的具体情况适度调整。在轻微刑事案件中,由于犯罪行为的

社会危害较小,因此“过于严苛”的标准就应当相对宽松一些;而在涉及黑恶势力、毒品、贪腐等严重犯罪案件中,“过于严苛”的标准就应当更加严格,特别严重的犯罪案件甚至不应当考虑适用“过苛条款”,以此来体现和应用比例原则的要求。因此,是否“过于严苛”应当由法官认真考量犯罪工具“恶”的程度和其价值后,综合案件具体情况审慎地加以确定。

首先,对犯罪工具“恶”的程度进行综合评估。对犯罪工具“恶”的程度的评估应当涵盖已有之“恶”和未来之“恶”,具体要围绕以下四个方面来进行。

一是犯罪工具的客观属性。每个物品都有其独特的客观属性,因此不同物品被用于犯罪的可能性以及一旦被用于犯罪所能起到的促进作用都会存在不同。例如,枪支、管制刀具等因其具有强大的杀伤力,而具有较大的危险性;水果刀也具有一定的杀伤力,但危险性相对较小;而纸张则可能作为记录相关犯罪信息的载体,其危险性则微乎其微。

二是犯罪工具在犯罪中发挥的作用。在犯罪中,有的犯罪工具直接起到了关键作用,例如,杀人用的枪支、走私用的货轮等;有的则仅仅是发挥了辅助作用,例如,用于逃逸的汽车、在聚众斗殴中用于识别敌友的红头巾等。另外,即使是同样的物品,在不同的案件中因其所发挥的作用不同,其作为犯罪工具的“恶”的程度也不尽相同。比如,同样的红头巾在杀人案中作为将被害人勒死的犯罪工具在“恶”的程度上就比在聚众斗殴中用于识别敌友的犯罪工具要高得多。

三是犯罪分子对于犯罪工具的运用意图。在具体案件中,由于犯罪形态和犯罪心理的不同,犯罪行为人对于犯罪工具的运用意图是不尽相同的。有的犯罪工具系行为人临时起意顺手抄起的物品,有的则是行为人经过深思熟虑后精心选择的器械;有的是不打算重复使用的“一次性”用品,有的则是考虑今后多次使用的“耐用型”工具。由于犯罪行为人在运用意图上的不同,犯罪工具被再次用于犯罪的可能性是会随着不同的主观意图而变化的,这就给司法者适用“过苛条款”提供了依据和标准。

四是所涉犯罪行为的社会危害。犯罪工具都是依托于犯罪行为的,不同的犯罪行为使用的犯罪工具也会不同。一般而言,在那些社会危害大的严重暴力犯罪中所使用的犯罪工具,与那些在社会危害小的轻微刑事犯罪中所使用的犯罪工具相比,具有的社会危险性会更大,或者说其“恶”的色彩更加明显。例如,贩毒集团用于运输毒品的汽车与在非法经营案件中用于经营的汽车要更具危险性,更易于被再次用于犯罪。

此外,这四个并非绝然独立,而是在某种程度上相互交织、相互影响的。例如,在严重犯罪中使用的犯罪工具,往往就是那些客观属性上就天然具有危险性的物品;严重犯罪的行为人多是惯犯,其所使用犯罪工具多为专门用于犯罪的工具,且往往是为了多次重复使用的工具;在犯罪行为中发挥重要作用的犯罪工具,也往往是那些具有“恶”的客观属性的物品等等。

其次,要全面考量犯罪工具的自身价值。不仅要充分考虑犯罪工具的经济价值,还应当结合犯罪工具的特征综合考虑其自身价值。

一是从经济价值角度来考量。比如某罪犯用自己收藏的一把价值不菲的古董宝剑击伤了

被害人,给被害人造成轻伤的后果。此案例中,价值不菲的宝剑肯定是犯罪工具,理应依法没收,但由于其经济价值过于高昂,综合考量案件的情况(轻伤的后果、罪犯对伤者的积极救治并支付相关费用等),如果将宝剑没收,有可能会给罪犯带来过于严苛的惩罚,因此可以考虑不没收该宝剑。再如,某脾气暴躁的出租车司机在与他人剐蹭发生冲突后,愤而驾车对被害人车辆进行冲撞,造成车辆损害逾万元。此案例中,出租车应当认定为犯罪工具,但考虑出租车运营收入系罪犯及其家人的主要经济来源,如没收将给其造成难以承受的后果,综合考量罪犯及其家人的生活、给被害人造成的财产损失以及赔偿情况等,也可以考虑对出租车不予没收。

二是犯罪工具的自身价值还可以有其他的特殊考量维度。某些物品虽然经济价值不大,但却具有一些对于罪犯而言独特的纪念价值,在此情形下也可以考虑适用“过苛条款”。例如,在老人用自己的手杖将他人打成轻伤的案件中,经查手杖系其祖上传承下来的,且是家族中族长的象征,虽然手杖的经济价值并不高昂,但对罪犯及其家族具有特别的纪念意义,综合考量上述因素也可以适用“过苛条款”,对手杖不予没收。

(三)适用“过苛条款”的具体程序

首先,“过苛条款”程序应当以法官依职权启动为主。一般而言,在没收犯罪工具时,法官都应当依照职权主动地思考如果坚持“全面没收”原则是否存在惩罚过于严苛的问题,若经过判断可能存在,则主动积极适用“过苛条款”,结合案件的具体情况,科学合理地制定没收方案,有效避免惩罚过于严苛,并在判决中结合案件情况就犯罪工具的没收范围及相关理由予以明确宣告和释法说理。

其次,“过苛条款”的适用,可以根据犯罪工具的具体特征采取不同的实现方法。针对那些可以独立区分的犯罪工具,可以根据犯罪工具的价值采取部分没收的方式来实现;对于那些不能分割的犯罪工具则可以通过让相关人员支付与应没收财物份额相当的金钱方式来实现;也可以对相关犯罪工具予以拍卖,对拍卖所得价款按比例分割的方式实现。

最后,应当赋予相关诉讼参与方相应的救济权利。一方面,要保障被告人的合法权益。由于信息不对称等原因,法官并不一定能够全面了解被告人以及犯罪工具的所有情况,因此应当允许被告人及其近亲属或者律师申请适用“过苛条款”,并提供相关的证据加以佐证,最终由法官依法作出决定。在那些犯罪工具经济价值不大但对罪犯具有特殊纪念意义的情形下,这种申请权就更加具有明显的现实意义和独特价值。同时,还应当赋予被告人及其律师等人对于法官不适用“过苛条款”决定的上诉权和申诉权,以此来确保相关权利的行使和落实。另一方面,应当保障检察机关对审判活动的监督权。应当允许检察机关对于法官不当适用“过苛条款”的判决提出抗诉,如果确系滥用职权行为,则可以依法追究法官相关责任。

六、未定罪案件犯罪工具没收的范围

犯罪工具没收是否必然以被告人被追究刑事责任为前提,是一个颇有争议的问题。笔者认为,在一些特殊情形下,二者是可以分离的,对那些有证据证明确系犯罪工具的物品,应当依法予以没收。

(一) 犯罪工具的没收不以被告人被追究刑事责任为前提

在大多数情况下,犯罪工具没收是与承担刑事责任共生的。但有些特殊情况下,两者也会发生不同步的现象。对此,有学者提出,“有犯罪才有刑罚,没有犯罪绝无刑罚,这是刑法中再基础不过的罪刑相适应原则。既然没收特别程序连罪都没有定,又凭什么由司法机关实施刑事惩罚?这种未定罪即没收来源合法的涉案财产的规定显然有悖于刑法规定的罪刑相适应原则,有侵犯公民合法私有财产权之嫌”。^④诚然,没有犯罪就不应当有刑罚,且没有犯罪何来犯罪工具的没收。没有犯罪,肯定就不会有刑罚;但没有刑罚,却不能必然得出没有犯罪的结论。在一些特殊情况下,可能会出现没有刑罚,但确实存在犯罪行为的现象。例如,有些刑事案件发生后,因为案件复杂、证据缺失等原因无法及时破案;或者由于犯罪行为轻微等原因,司法机关对犯罪嫌疑人依法免于追究刑事责任的情况下,就存在有犯罪行为但没有被处以刑罚的问题。因此,在这些情况下应当允许犯罪工具没收的单独适用。

一方面,从其性质分析,犯罪工具没收可以单独适用。如前所述,犯罪工具没收是一种兼具保安处分功能和惩罚色彩的刑事处分措施,并不是单纯的刑罚。出于保安处分的考虑,对于那些已经有证据证明确系犯罪工具的物品予以没收具有合法性和正当性。同时,即使将犯罪工具没收视为“刑罚”,也是对犯罪之物的“刑罚”,应当有其独立的法律价值,并不必然依附于对人的刑罚。另一方面,从实际效果来分析,犯罪工具没收的单独适用也具有现实必要性。由于侦查工作只可能在犯罪后开展,因此在一些案件的侦查过程中可能会出现无法及时甚至根本就无法查明客观真实的情形。在此种情形下,并不是没有“刑事责任”,而只是我们没有办法及时抓获罪犯并追究其刑事责任。如果已经证实了存在犯罪行为,且有证据证明某些物品确系罪犯在犯罪中使用的犯罪工具,对其予以没收也不失为对相关犯罪的一种经济惩戒,应当是一种虽属无奈但依然正确且必要的处理方法。同时,如果对那些有证据证明确系犯罪工具的物品,仅仅因为犯罪嫌疑人没有被确认或者因为刑事责任能力等原因不能被处以刑罚的原因就不予以没收,那么如何能够排除这些物品被再次运用于犯罪呢?例如,对于精神病患者在实施伤害行为中使用的菜刀,如果因为无法对精神病患者追究刑事责任就不予没收其使用的菜刀而仍由该精神病患者继续持有的话,那么如何有效防止菜刀被其再次用于伤害呢?

(二) 在未定罪案件中可以没收犯罪工具的具体情形

犯罪工具没收的前提应当是有足够的证据证明某件物品确系犯罪工具。因此,要在未定罪案件中没收犯罪工具,就必须满足两个前提条件:一是有证据证明犯罪的存在,二是要有证据证明这个物品曾经被运用到犯罪中。

笔者认为,有两种未定罪案件存在满足上述条件的可能,对已经查明的犯罪工具应当予以没收。^⑤第一种是已经确定了实施犯罪的行为人,但由于行为人刑事责任能力等原因未追究其

^④ 孙煜华:《涉案财产没收程序如何才能经受宪法拷问》,载《法学》2012年第6期。

^⑤ 为方便表述,下文中我们将此情形下的犯罪工具没收简称为“未定罪没收”。

刑事责任的案件。此种案件具体包括两种情形:一是虽然有证据证明行为人实施了犯罪,但因为行为人已经死亡或者年龄、精神状态等原因而依法免于追究其刑事责任;二是因为犯罪情节轻微而被免于刑罚或者相对不起诉。此类案件的特点是行为人已经确定但因为某些特殊原因而没有被追责,故此种案件中的犯罪工具没收可以简称为未追责没收。第二种是无法确定罪犯的案件,即那些犯罪行为能够被在案证据予以证实,但是由于侦查手段的不足,司法机关无法锁定罪犯,对于“谁是罪犯”无法达到“确实充分”的证明标准,故无法追究其刑事责任的案件。此类案件的特点是因为没有确定真正的罪犯而导致罪犯无法在案,故将第二种案件中的犯罪工具没收简称为未在案没收。

至于未定罪没收适用的具体案件范围,应当结合两种未定罪没收的具体特征来确定。其一,未追责没收应当广泛适用。在未追责没收情形下,因为犯罪嫌疑人在案,故犯罪嫌疑人及其代理人、辩护人均可以参加整个诉讼过程,可以充分地行使辩护权等合法权利。所以一般不会出现所谓“控辩失衡、控方一家独大”的情况。同时,此种情形下整个犯罪过程都清晰地得到了证实,依法对犯罪工具予以没收是不容置疑的,故其适用范围不应有所限制,应当全面适用。其二,未在案没收的适用范围应当相对限制,仅仅适用于一些重大犯罪案件。因为在未在案没收情形下,犯罪嫌疑人的辩护权一般无从保证,其相关诉讼权利难免会受到一定程度的侵害。若将未在案没收全面运用,可能会造成“重打击,轻保护”的后果。因此,将其适用范围限定在重大犯罪案件,有助于实现“保护”和“打击”的兼顾。至于具体的适用范围,笔者认为在程序设计之初,可以参照犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序的案件适用范围来确定,随着相关程序的完善再行适当扩大。

(三)科学设定未定罪没收的具体程序

未定罪没收的具体程序应当根据两种未定罪没收的特征来科学设定。首先,未追责没收大多是与不起诉等不追究犯罪嫌疑人刑事责任的司法决定相关联的,故应当由相关司法机关作出不追究刑事责任的司法决定时一并对犯罪工具依法予以没收。对于法院、公安机关作出的不追究刑事责任的案件,依照现行法律均由作出相关司法机关对犯罪工具依法予以没收。但对于检察机关作出的相对不起诉决定的案件,犯罪工具的没收目前一般是退回侦查机关处置。笔者认为,应当明确赋予检察机关在作出不起诉决定^⑤时对犯罪工具予以没收的权力,并建立相应的规则。一是犯罪工具的没收并不是一种完全意义上的刑罚,由检察机关依法作出没收决定,并不违反罪刑法定原则;二是在相对不起诉的情形下,检察机关可以认定犯罪嫌疑人构成犯罪,但考虑其情节而作出不追究刑事责任的决定,也就可以依据其构成犯罪进而得出相关涉案物品系犯罪工具的结论,并作出依法予以没收的决定。此外,由检察机关对犯罪工具予以没收,不仅在执法效率上要比退回侦查机关再处置要高,而且在执法效果上基于检察机关

^⑤ 对于存疑不起诉的案件,则应当按照未在案没收的相关程序予以处理;至于法定不起诉则应当区分是否存在犯罪行为来分别处理,若存在犯罪行为,但因为犯罪嫌疑人年龄、精神状态等原因不予追究其刑事责任,则适用未追责没收程序;若不存在犯罪行为,则应当退回侦查机关依法处置相关涉案物品。

的司法性质而较由侦查机关来处置要好。当然,由于未追责没收往往没有经历法庭审理的过程,因此应当赋予被没收人以及案外第三人就没收决定提起相关司法审查的权力。其次,要结合罪犯没有在案的特殊情况,科学设计未在案没收的具体程序。未在案没收的关键点在于罪犯没有在案,可以考虑参照犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序来设计,特别是要充分考虑保障相关当事人的权利。一方面,未在案没收应当由法庭通过审理来做出,^②而不应由检察机关做出。由于罪犯未在案,故无法与检察机关展开辩论,甚至可能对犯罪工具没收都一无所知,自然也就无法主张自己的合法权利。因此,如果未在案没收也由检察机关自行决定,就可能出现所谓的“自我裁判”,进而可能因缺乏必要的制衡而丧失其公正性,从而会削弱检察机关的公信力。另一方面,未在案没收相关程序必须保障相关当事人的知情权、参与权等合法权利。程序启动前,应当通过发布公告等方式,尽可能地通知罪犯和相关第三人;一旦罪犯归案,未在案没收程序则应当立即终止,并转入正常的诉讼程序。同时,应当允许犯罪嫌疑人发表的相关证言或者书面、视频等作为证据在法庭上使用。有观点认为,在没收程序中适用“不采纳逃犯证言理论”,即受到刑事指控的犯罪嫌疑人、被告人只能在刑事诉讼中针对自己的、可能遭受民事没收的财产提出权利主张或异议,如果上述人员在逃,他的有关证言无效。^③这种观点不具有合理性。因为尽管这些证据违反了言词证据的直接性原则,但因其系犯罪嫌疑人不能到案的情况下采取的替代性辩解,也是未在案没收程序中的特殊证据,如果在法庭审理阶段不能作为证据使用,那么犯罪嫌疑人的辩护权更加无法得到保障。同时,“兼听则明”,无论这个证据的真实性如何,这些证据的存在都会对案件真相的揭示带来有利的影响。即使这个证据可能是虚假的陈述,或者根本就是伪证,但司法机关完全可以通过质证等方式对其真伪进行鉴别和论证。从这个角度来讲,这些质证和论证行为,不仅不会削弱法庭审理的公正性,反而会增加其公正性,强化判决的权威性和公信力。另外,考虑到犯罪工具具有证明犯罪的价值,在未在案没收的程序中应当对犯罪工具上存在的证明犯罪行为的相关痕迹(血迹、手印等)采取必要的手段予以固定,从而保证罪犯到案后法庭审理的顺利进行。

七、犯罪停止后犯罪工具状态发生变化情形下的没收范围

一般而言,犯罪工具没收应当仅仅以犯罪工具本物作为对象。但是由于侦查工作的滞后性,犯罪工具一般都不能在犯罪行为停止后马上被查扣。那么在这段时间内,犯罪工具的权属或者价值都可能发生变化。有的可能会被转让、赠与,从而带来所有权的变更;有的可能会产生孳息;有的可能会减值甚至是完全损毁;还有的则可能会被用于投资或者投入经营等等。笔者认为,面对这些变化,应当区分不同的情况,合理确定犯罪工具没收的范围。

(一) 准确界定犯罪工具没收价值计算的起始时间

对犯罪工具的没收权力应当从罪犯决定将犯罪工具用于犯罪的那一刻产生的。因为任何

^② 尽管由法庭审理并作出决定也会因犯罪嫌疑人的缺席而对控辩平等造成一定的影响,但终究比单独由检察机关自行决定更具合理性,因为法院对检察机关的制约增加了相关没收决定的公正性。

^③ 黄风:《论对犯罪收益的民事没收》,载《法学家》2009年第4期。

物品没有被决定用于犯罪前都不能被界定为犯罪工具,国家没收权力更是无从谈起。但犯罪工具没收价值计算的起始时间,却应当从犯罪结束^④的时间来算。因为犯罪工具在犯罪中的使用肯定会产生一定的物质耗损,甚至可能被彻底损毁。这种耗损或者消耗,恰恰是犯罪工具在犯罪中发挥作用的基础,或者说是必然要付出的代价,也是没收犯罪工具的直接理由。所以,犯罪工具在犯罪中的耗损和消耗不应当属于被没收的价值范畴。以犯罪工具被完全消耗或者彻底损毁的情形为例,在非法运输毒品案件中被消耗的汽油、在销售假冒伪劣产品案件中用于购买假冒伪劣产品的金钱等等。此种情况下,因为犯罪工具已然灭失,故基于防止犯罪工具被再次使用的保安处分功能已经实现;同时,对犯罪工具的“恶”也进行了惩罚,只不过是采取了替代的方式来实现的。^⑤同理,对于在犯罪中发生了损耗,但尚未彻底损毁的犯罪工具,在没收时也仅需没收犯罪工具即可,而一般不应再对其已经损耗和折旧的价值予以追缴。因此,从理论上分析,犯罪工具的没收价值应当以犯罪停止的时间为估值基点来计算。由于此时的犯罪工具已经符合了被没收的条件,其所有权理应归于国家,在某种意义上讲此犯罪工具只是国家暂时存放在罪犯手中的物品。因此,在此阶段罪犯不应享有犯罪工具的相关收益,同时应当无恶意地妥善“保管”犯罪工具。如果罪犯恶意地处置犯罪工具,则应当担负相应责任;当然只要罪犯没有恶意地处置犯罪工具,就不应当承担额外的责任。

(二)明确犯罪工具没收前发生价值变动的处理规则

犯罪工具的价值变动可以分为三种情况:其一,犯罪工具的价值会随着时间的变化而自动变化。有的可以产生相应的孳息或者发生自然的损耗,有的会随着市场行情而发生升值或者减值;其二,犯罪工具的价值会随着罪犯的使用甚至恶意破坏等原因而发生价值的减少,有时甚至可能会被完全消耗;其三,犯罪工具被罪犯用于投资,或者投入经营活动,从而面临不确定的价值变化。在第一种情形下,因为在这段时间里罪犯对犯罪工具的所有权已经不再是完美无缺的,而仅仅类似于代为保管的角色,因此其不应当因持有犯罪工具而获得相关利益,同样也不应因犯罪工具的自然损耗而承担责任。所以,如果在这段时间里犯罪工具产生了孳息或者有了升值,其孳息和升值部分都应当一并予以没收,而不得留存给罪犯;至于犯罪工具在这段时间内出现的减值和损耗,如果不是罪犯出于恶意而保管不善的原因所致,其亦无需承担相应责任。在第二种情形下,则应当对犯罪工具按照犯罪停止时的经济价值予以追缴,而不得减除其减值部分。如果这种减值是因为犯罪工具的正常使用,则罪犯因为使用犯罪工具而获取了相应的转化价值,故应当追缴其转化价值;如果此种减值、损毁系由于罪犯的恶意使用甚至

^④ 也包括犯罪预备阶段就停止的情形。在此情形下,由于司法机关及时发现,犯罪还没有真正开始就已经被迫结束了。

^⑤ 这些物品的原物损毁了,但其价值并没有灭失,其价值在犯罪中已经被转化为其他的物品或价值(如走私毒品案件中的汽油转化为毒品的移动从而增加了毒品的价值、制售假冒伪劣产品案件中的金钱转化为假冒伪劣产品),这些转化后的物品或者是犯罪所得,或者是其他新的犯罪工具,最终依然会被依法没收。故,对罪犯的经济惩罚也能得以实现。

故意破坏所致,则按照相应价值予以追缴从某种意义上讲就是对罪犯没有尽到相关保管责任的惩罚。第三种情形是最复杂的情形,无论犯罪工具被用于投资还是经营,均面临价值增减不确定的风险。如果因为投资或者经营失败而导致减值或者损失殆尽,则应当参照第二种情形的处理方式,按照犯罪停止时的经济价值予以追缴,而不得减除其减值部分。如果因为投资或者经营得当而发生了价值的增长,则应当在扣除罪犯投入经营的其他成本和罪犯本人的合理报酬后,余额全部予以没收。

(三)明确犯罪工具没收前发生权属变动的处理规则

至于在犯罪工具没收前,罪犯将犯罪工具出让给第三人的情形,也可以参照前述没收他人所有的犯罪工具相关方法予以解决。如果第三人系知情而恶意受让,则应当没收犯罪工具原物。因为这种“恶意”导致了第三人的行为不再具有合法性,其行为应当受到惩罚,因此应该将相应的犯罪工具予以没收。有的国家司法实践中已有类似规定。^⑤至于这种“恶意”的证明责任,一般应当由检察机关来承担。如果交易价格明显低于市场行情,或者系无偿赠与,则应当推定为具有恶意,受让者有证据证明的情形除外。具体可借鉴美国的举证责任分配,“检察机关只需要承担证明犯罪行为已经发生,涉案财物属于违法所得或者犯罪工具的举证责任,而权利主张者则需要承担通过善意的购买行为获得涉案财物,并且不知道而且也没有合理理由应当知道该涉案财物属于违法所得或犯罪工具的举证责任”。^⑥

Study on the Scope of Confiscation of Criminal Instrument

Zhang Wei

Abstract: the scope of confiscation of criminal instrument should be determined deliberately after an in - depth analysis of the connotation of criminal instrument and the nature of confiscating criminal instrument. When confiscating criminal instrument, the enforcing authority should adhere to the principle of comprehensive confiscation and avoid restricting or narrowing the scope of confiscation of criminal instrument according to the standards of “substantivity” or “technicality”, or even take the standard for determining contraband to determine the scope of confiscation of criminal instrument. On the premise of fully protection of legal properties, the criminal instrument which not belongs to the suspect should be included in the scope of confiscation of criminal instrument. If the punishment is too rigorous, the judge should be authorized to adjust the scope

^⑤ 例如,《日本刑法》中规定,“犯人之外的人,犯罪后知情而取得财物的,即便是属于其所有的物,也可被没收”。详见[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;《荷兰刑法》中规定,“物品的所有人‘知道该物品的目的或者用途与犯罪有关,或者早该合理怀疑该物品的来源、用途或目的’的,有关物品可成为没收的对象”。详见《荷兰刑法典》,中国方正出版社2007年版,第25页。

^⑥ 吴光升:《未定罪案件涉案财物没收程序之若干比较》,载《中国政法大学学报》2013年第2期。

of confiscation of criminal instrument according to the specific circumstances of the case. For unconvicted cases and situations where the state of the criminal instrument changes after the criminal act is stopped, the corresponding scope of confiscation of criminal instrument shall be determined according to different situations.

Keywords: criminal instrument; scope of confiscation; principle of comprehensive confiscation; excessively rigorous terms

(责任编辑:杨志航)