

违法所得没收程序中没收违法所得的原则

文/裴宇 李原宇

【裁判要旨】在违法所得没收程序中，人民法院可依法没收被告人因犯罪行为直接获取的违法所得。对于被告人亲友以其财产代为退缴退赔的，不论特定物还是种类物，如果该财产明显不属于违法所得，不得替代没收，但如果被告人的违法所得是现金等种类物，且已与被告人家庭其他财产混同，对于被告人亲友退缴退赔的钱款可以推定没收，即可推定混同范围内的退缴退赔钱款属于违法所得，依法予以没收。

□案号 一审：(2022)辽02刑初52号 二审：(2024)辽刑终192号

【案情】

检察机关：辽宁省大连市人民检察院。

被告人：刘某。

利害关系人：王某、刘某辰、刘某清。

利害关系单位：大连市某贸易集团有限公司（以下简称某贸公司）。

2021年11月，辽宁省大连市西岗区人民检察院向大连市西岗区人民法院指控被告人刘某犯单位行贿罪一案，具体事实如下：2012年，大连市甘井子区政府对大连市新北站广场区域实施动迁。原大连某佳汽车贸易有限公司（以下简称某佳公司）系大连新北站广场项目被动迁单位，时任某佳公司法定代表人的被告人刘某与其股东某贸公司研究决定，由刘某全权负责某佳公司动迁事宜。其间，因不认可甘井子区政府委托评估的动迁补

偿数额，刘某向时任泉水街道负责动迁工作的街道办副主任宋某君（已判刑）提出3.5亿元的动迁补偿数额，请托宋某君提供帮助，同时，刘某在某佳公司21021.58万元评估价格基础上，另向宋某君提供了某佳公司营业损失情况、严重虚报、多报，提出某佳公司因动迁还存在14743万元的经营性损失。随后，宋某君利用其在街道动迁工作中的职务便利，在甘井子区政府动迁工作领导小组会议上建议给予某佳公司3.5亿元动迁补偿。经甘井子区动迁工作领导小组会议通过，2012年9月至11月，某佳公司分4次实际获得3.5亿元元的动迁补偿款。2012年底至2013年初，刘某先后3次送给宋某君现金共计1600万元。西岗区人民法院审理期间，刘某于2021年12月20日因病死亡，后西岗区人民法院对此案终止审理。

被告人刘某死亡后，2022年4月，大连市人民检察院向大连市中级

人民法院申请没收被告人刘某单位行贿的违法所得，具体事实为：某佳公司分4次实际获得3.5亿元的动迁补偿，包括固定资产损失赔偿21021.58万元，经营性损失赔偿13978.41万元，后某佳公司于2014年7月将该公司15922.8万元动迁净结余款按占股比例进行分配，其中刘某获得7762.36万元，某贸公司获得8160.43万元。案发后，经评估认定，可评估测算的营业损失相关费用合计647.17万元，再考虑150万元仓储费，某佳公司实际营业损失数额为797.17万元。综上，某佳公司动迁实际获得13978.41万元营业损失赔偿金，扣除评估的实际营业损失数额，剩余的13181.24万元营业损失赔偿金是违法所得，其中刘某分得6425.85万元，某贸公司分得6755.38余万元。

刘某被立案调查后，共自愿上缴违法所得2172.5万元，其中刘某自愿上缴违法所得1172.5万元，某贸公司

自愿上缴违法所得1000万元，上述款项均扣押于大连市西岗区监察委员会账户内。

【审判】

大连中院经审理认为：有证据证明被告人刘某实施了单位行贿犯罪并获得违法所得，且已死亡，大连市检察院申请没收的2172.5万元高度可能属于被告人刘某单位行贿犯罪的违法所得，依法应当裁定予以没收，对扣押于大连市西岗区监察委员会账户内的违法所得2172.5万元，由大连市西岗区监察委员会依法没收，上缴国库。

宣判后，利害关系人王某（刘某妻子）、刘某辰（刘某儿子）、刘某清（刘某父亲）以2172.5万元是其合法财产为由提出上诉。

辽宁省高级人民法院经审理认为：一审裁定认定的事实清楚，证明申请没收的财产，即扣押在案的2172.5万元具有高度可能属于原审被告刘某违法所得的证据达到了法律规定的证明标准，刘某在审判阶段已因病死亡，一审裁定将刘某的上述违法所得依法予以没收，适用法律正确，审判程序合法，故驳回上诉，维持原裁定。

【评析】

“无人可通过犯罪获益”，如果不对行为人的违法所得予以追缴，从而在最大程度上切断犯罪嫌疑人、被告人的资金来源，一方面腐败犯罪、恐怖活动犯罪无法得到惩治，又损害

国家利益及利害关系人的权益。另一方面，将极大地影响法律的威慑力以及与其他国家开展刑事司法协助的效果，并且可能引发其他有犯罪倾向的行为人效仿。为此，2012年刑事诉讼法增设了对犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序，规定对实施贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等的犯罪嫌疑人、被告人逃匿，在通缉一年后不能到案，或者犯罪嫌疑人、被告人死亡的，可没收其违法所得。2017年1月，最高人民法院、最高人民检察院发布《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》）规定，除了贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪，还将危害国家安全、走私、洗钱、金融诈骗、黑社会性质的组织、毒品犯罪案件等纳入违法所得没收程序的适用范围。

本案属于被告人死亡案件，根据《没收程序规定》，能否对刘某及某贸公司自愿上缴的2172.5万元作为违法所得予以没收，检察机关与利害关系人、辩护人的意见不一致：检察机关认为，上述2172.5万元高度可能属于被告人刘某单位行贿犯罪的违法所得，且系被告人及利害关系人自愿上缴，故申请法院裁定予以没收。但利害关系人及辩护人认为，上述2172.5万元系被告人刘某及利害关系人王某因动迁获得的合法收入，特别是其中的172.5万元来源于被告人刘某公积金账户、工商银行账户以及王某个人银行卡，明显属于合法收入，故申请法院裁定返还其合法财产。

笔者认为，被告人及利害关系人自愿上缴的2172.5万元属于被告人刘

某单位行贿犯罪的违法所得，可裁定予以没收，从两个方面阐述理由如下：

一、被告人刘某、利害关系单位某贸公司自愿上缴的2000万元属于刘某通过单位行贿犯罪直接获取的违法所得，不属于替代没收情形，故可依法予以没收

当被告人在普通刑事诉讼程序中死亡，能否通过违法所得没收程序对亲友已经退缴退赔的财物进行追缴，实践中观点不一致：一种观点认为，普通刑事案件审理中，对于被告人亲友代为退赔的合法财产可以依法没收。违法所得没收程序可以参照这一做法。另一种观点认为，违法所得没收程序针对的违法所得及其他涉案财物，必须是通过实施犯罪直接或者间接产生、获得的财产，犯罪嫌疑人、被告人及其亲友的合法财产与犯罪无关，依法不应适用等价替代原则予以没收。

笔者认为，在普通刑事案件中，除了违法所得被依法查扣后直接用于退赃退赔外，司法实践中普遍适用替代没收原则，即以查封、扣押的被告人合法财产，或者以被告人亲友自愿上缴的合法财产替代违法所得的退缴退赔。在普通刑事案件中，当违法所得无法全部追缴到案时，为了实现对被害人的损失赔偿以及对犯罪行为的惩罚等目的，可以采用替代没收的方式。例如，被告人盗窃财物后将部分财物挥霍导致无法追回，可以考虑用被告人的合法财产或者被告人亲友自愿上缴的合法财产来弥补被害人的损失。该原则的目的是确保被害人能够得到应有的赔偿，同时也体现了对犯

案例

罪行为的惩罚和对法益的保护。通过替代没收，使犯罪分子不能从犯罪中获得经济利益，即使违法所得无法全部追回，也能在一定程度上实现法律的公平和正义。

但是，在违法所得没收程序中严格禁止替代没收。理由如下：

一是替代没收原则不符合违法所得没收程序的立法宗旨。违法所得没收程序不是普通刑事定罪程序，不涉及追缴和惩罚问题，而是对涉案财产权属的确认之诉，即在扣押、查封的财物中对其中的违法所得进行甄别后予以没收。因此，法律明确规定本程序有别于普通程序，应适用刑事诉讼法第二百九十八条等相关规定没收违法所得及其他涉案财产，而不能套用刑法第六十四条关于责令退赔的规定，如果允许替代没收将会出现用合法财产补偿违法所得的情况，与本程序设立的立法原意不符，也失去了违法所得没收程序独立存在的价值。

二是《没收程序规定》不仅规定没收违法所得，还对违法所得进行列举，不包括以合法财产替代违法所得退赔的情形。根据《没收程序规定》第六条，违法所得包括以下情形：^①第一种情形，即原始形态的违法所得，指通过实施犯罪直接或者间接产生、获得的任何财产；第二种情形，即转变、转化形态的违法所得，是指违法所得已经部分或者全部转变、转化为其他财产的，转变、转化后的财产；第三种情形，即单纯收益及依附

收益形态的违法所得，是指来自违法所得转变、转化后的财产收益，或者来自已经与违法所得相混合财产中违法所得相应部分的收益的。例如，被告人通过侵吞公款、受贿、挪用公款等犯罪行为获得的钱款均系其通过犯罪直接获取的财产；如果被告人将其部分钱款用于购地、建厂房、出租厂房收租金，则土地和厂房系直接犯罪所得的转化形态，收取的租金系通过犯罪间接获取的财产，亦属于违法所得应予以没收。

本案中，被告人刘某及利害关系人王某共自愿上缴2172.5万元，其中刘某、王某自愿上缴1172.5万元，某佳公司原股东某贸公司自愿上缴1000万元。刘某、王某自愿上缴的1172.5万元中的1000万元系刘某分得的违法所得后交给某贸公司代为保管，案发后，刘某授权某贸公司主动上缴该部分违法所得；某贸公司自愿上缴的1000万元是被告人通过单位行贿获得动迁后某贸公司分得的违法所得，因此，这2000万元属于刘某单位行贿犯罪的违法所得，不属于被告人亲友以其合法财产代为退赔退缴的情形，故不属于替代没收情形，法院可对这2000万元违法所得依法予以没收。

二、当违法所得与家庭财产混同时，可推定混同范围内的退缴退赔财产属于违法所得，故可对刘某、王某退缴退赔的违法所得172.5万元予以没收

对于被告人亲友代为退缴退赔的

合法财产能否没收不能一概而论。如果涉案财产有明确去向，并未混入家庭财产，或者是特定物，如古董、烟酒、汽车等，相关证据证明该古董、烟酒、汽车等已损毁灭失，被告人亲友在先前刑事诉讼程序中以自己合法财产代为退缴退赔的，后因被告人死亡后转为违法所得没收程序进行审理时，因该钱款明显不属于违法所得，不应对退赔的合法财产予以没收。但如果涉案财产是钱款等种类物，且与家庭财产发生了混同，此时难以区分发生混同的财产哪部分是违法所得，哪部分是合法财产，考虑被告人亲友代为退缴退赔的行为，可以推定没收，即可推定混同范围内的退缴退赔财产属于违法所得，依法予以没收。例如，被告人收受贿赂800万元，其中300万元用于购买茅台酒（已消耗），500万元交给家属后与家庭财产混同，纪委监委调查期间被告人亲属代为退赔800万元，如果被告人死亡，该案转为违法所得没收程序进行审理，法院可推定被告人亲属退赔的500万元属于违法所得，对其予以没收，对其余300万元不能没收，因为本案就500万元钱款发生了混同，剩余300万元属于特定物，且已消耗。因此，推定没收有个重要条件，一定要对混同范围内（即500万元）的退缴退赔财产推定为违法所得，超过此范围的退缴退赔财产，不予没收。

结合本案，关于刘某配偶王某主动退赔的172.5万元（下转第019页）

^①裴显鼎、王晓东、刘晓虎：“《关于犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件适用违法所得没收程序若干问题的规定》的理解与适用”，载《人民司法》2017年第16期。

(上接第015页)能否没收的问题,笔者认为,虽然现有证据可以证实利害关系人王某代为退缴退赔的172.5万元分别来源于被告人刘某的公积金账户、工商银行账户以及王某的个人银行卡,但是银行流水、证人证言及被告人供述证明,刘某及王某收取了部分违法所得,且与家庭财产混同,由刘某夫妻共有。首先,2014年8月13日,刘某将获取的违法所得通过个人银行卡转给某贸公司工商银行青泥洼桥支行尾号0269账户336万元,用于购买鑫某公司42%的股权,事后刘

某将该公司股权全部无偿转入王某名下。其次,2014年4月1日,刘某将违法所得2700万元作为应缴所得税款交由某贸公司代为保管。2018年5月29日至2019年2月2日,刘某先后要回1700万元,其中500万元转入王某控制的鑫某公司,并转入刘某浦发银行账户。另外1200万元转入刘某控制的大连合某海产品有限公司,后分数十笔转入刘某、王某个人银行账户。上述钱款被刘某、王某用于修缮二人名下的海参圈、投放参苗、个人消费等。综上,被告人刘某的违法所得是

种类物,且与被告人家庭其他财产发生了混同,被告人刘某与利害关系人王某系夫妻关系,家庭财产共同所有,故刘某、王某退赃的175.2万元来自于违法所得混同财产中违法所得数额对应的部分,且该退赃额小于某贸公司退还给刘某和王某的1700万元,可推定退缴退赔的175.2万元系违法所得。综上,刘某、王某退缴退赔的172.5万元高度可能属于单位行贿的违法所得,依法应予没收。

(作者单位:辽宁省大连市中级人民法院)