

论刑事案外人违法所得的没收

张 威^{*}

内容提要 我国法律和相关司法解释通过设置转移型、继承型、竞合型三种没收案外人违法所得的类型,并原则性规定案外人参与诉讼程序和提起救济的方式,构建了一种以效率为导向的行政型没收模式。然而,这种模式在实体要件和正当程序方面都存在较大缺失,难以为案外人的合法财产权益提供有效制度保障。我国没收案外人违法所得的制度设计应当平衡效率与公正的价值,从行政型没收模式向司法型没收模式转变,以契合案外人没收的利益衡平和案外人诉讼利益维护之需求。司法型没收模式以没收实体要件的法定为前提,借助法定要件的限制和排除事由的明确,来衡平国家没收利益、案外人信赖利益和被害人返还利益;同时,该模式以没收正当程序的构建为保障,通过诉讼参与的实质化、证明机制的明确和事后救济程序的构建,形成司法型没收的程序规则,进而助益经济社会中交易安全价值的有效实现。

关键词 案外人 违法所得 涉案财物 行政型没收 司法型没收

目 次

- 一、引言
- 二、行政型案外人没收模式之审视
- 三、司法型案外人没收模式的正当性基础
- 四、司法型案外人没收的实体要件
- 五、司法型案外人没收的程序规则
- 六、结语

^{*} 中南财经政法大学法学院副教授,法学博士。

一、引言

任何人不得从犯罪中获利是现代法治的一项重要原则。为彻底剥夺违法所得并恢复合法财产秩序,《刑法》第64条规定了“犯罪分子违法所得的一切财物”的追缴或责令退赔条款,从而在刑事司法中确立了具有中国特色的特别没收制度。^①依据该条没收犯罪行为人的违法所得固然没有问题,但当违法所得被案外人取得时,能否依据该条没收流转至案外人的违法所得,则不无疑问。案外人本身是一个民事诉讼的概念,后来被《民营经济促进法》第62条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑事诉讼法解释》)第279条采用而成为一个刑事诉讼的概念。案外人特指犯罪行为(含正犯和共犯)以外的任何违法所得的受领人。从诉讼关系看,案外人与正在进行的对物刑事诉讼有财产权益上的利害关系,因此《刑事诉讼法》第299条等条款将其称为利害关系人。但是,利害关系是一个包容性和开放性都很强的概念,涵盖了法律上、经济上、社会上乃至情感上的利害关系,^②我国司法解释将其限缩为法律上的利害关系,也即犯罪嫌疑人、被告人的近亲属和其他对申请没收的财产主张权利的自然人和单位^③。本文语境下的案外人限定为犯罪行为以外的违法所得的受领人,并据此对检察机关申请没收的财产主张权利,因而可以被上述利害关系人的定义所囊括。

在刑事司法的理论与实践,一个完整的基本权干预形态应当是法定要件限制和正当程序保护的完整组合,我国学界围绕案外人没收的这两个方面开展了前期研究。在实体要件方面,我国刑法实践早期受“赃物不适用善意取得”的民法理论影响,^④主张对案外人取得的违法所得一律追缴;^⑤后来,刑法理论逐步重视对善意案外人的保护,主张对案外人善意取得的赃款赃物不予追缴^⑥。除此之外,关于案外人违法所得的没收根据、没收要件、排除没收的事由,理论界关注较少。^⑦在正当程序方面,早期刑事诉讼实践受赃物不适用善意取得理论的影响,否认案外人有参与诉讼的权利。直到2012年《刑事诉讼法》增加了犯罪嫌疑人逃匿、死亡案件的违法所得没收程序,学界才开始关注特别没收程序中利害关系人程序参与权的保障问题。^⑧随着我国刑事诉讼司法解释初步确立

① 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第60页。

② 在违法所得没收的特别程序中,对申请没收的财产主张权利的被害人也可能成为利害关系人。参见裴显鼎、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(应用)》2017年第16期,第37页。

③ 参见2017年《最高人民法院、最高人民检察院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》(法释〔2017〕1号)第7条。

④ 参见王利明、郭明瑞、吴汉东:《民法新论》(下),中国政法大学出版社1988年版,第75页。

⑤ 参见1992年《最高人民法院研究室关于对诈骗后抵债的赃款能否判决追缴问题的电话答复》(已废止)。

⑥ 参见彭诚信:《赃物应适用善意取得制度》,载《当代法学》1994年第3期,第38页。

⑦ 有学者讨论了事前取得抗辩事由与善意取得抗辩事由这两种排除案外人违法所得没收的事由。参见吴光升:《论未定罪没收利害关系人的抗辩事由》,载《政治与法律》2015年第8期,第48-51页。

⑧ 参见陈卫东、李响:《论违法所得没收特别程序中的利害关系人》,载《政法论坛》2015年第1期,第77-82页;

案外人异议制度,理论研究逐步提出在普通审理程序中构建刑事案件案外人对物之诉和案外人承担证明责任的设想,^⑨以及在执行程序中救济案外人的“审执分离”方案^⑩。案外人固然有权通过主张实体权利而参与诉讼,但普通审理程序中刑事被告人的速审利益和国家的没收利益也不应忽视。现有诉讼理论缺乏一种利益衡平的方案,既未能从平衡案外人参与利益与被告人速审利益的视角,界定案外人参与诉讼的范围和享有的具体权利;也较少从平衡案外人参与利益与国家没收利益的视角,分配要件事实的证明责任,保障自始未参与诉讼的案外人的权益。

案外人没收理论在实体层面的缺失与诉讼层面的失衡,引发诸多实务问题。司法实践中赃物转移、赃款消费和赃款投资引发的案外人没收争议层出不穷,不当没收案外人财产不仅会引发再审、^⑪国家赔偿问题,^⑫甚至会冲击社会主义市场经济秩序,进而引发社会对交易安全的担忧。刑事司法中案外人财产权的应受保护性和违法所得应受彻底剥夺性之间存在制度张力,如何界定二者的关系并实现保护与惩罚的兼顾,值得进一步探究。在对没收效率与交易安全的双向审视过程中,如何实现对案外人财产权的实体保护和诉讼救济,亦有进一步探讨的空间。

二、行政型案外人没收模式之审视

从现有的立法和司法解释看,案外人违法所得没收的立法与实践呈现出一种行政型没收模式。行政是作成具体决定的国家作用,具有个别化的特征,此点与司法作出裁判的作用并无不同,^⑬但与司法作业模式的形式性、交涉性、公平优先性相比,行政作业模式呈现出实质性、主导性、效率优先性的特点^⑭。行政型案外人没收正体现了这种作业模式,司法机关按照“违法—听取意见—没收”的行政化范式开展对案外人违法所得的没收,具有实体依附性和程序行政化的特征,形成了一种实体和程序皆不完整的没收形态。

(一) 实体要件的缺失

在实体层面,行政型没收体现出行政作业模式实质化运用规则来追寻国家权力目标的特点,展现出行政的创制性和积极的社会塑造功能。^⑮尽管《刑法》没有明确规定没收案外人违法所得的条款,但为实现任何人不得保有违法所得的目的,2011年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《诈骗案件解释》)第10条和后续的司法实践在部分罪名适用中创制了案外人

⑨ 参见郭烁:《刑事案外人权利救济与对物之诉建构:以直播打赏追缴为例》载《中国应用法学》2025年第3期,第67页;闵春雷、张伟:《刑事涉案财物处置中的证明》,载《国家检察官学院学报》2025年第5期,第142页。

⑩ 参见纪格非:《刑事涉案财物处置程序中的案外人权利保护》,载《法学杂志》2020年第8期,第9-10页。

⑪ 参见黑龙江省铁力市人民法院(2015)铁刑再初2号刑事判决书。

⑫ 参见四川省高级人民法院赔偿委员会(2016)川委赔32号国家赔偿决定书。

⑬ 参见翁岳生编:《行政法》(上),中国法制出版社2009年版,第22页。

⑭ 参见孙笑侠:《程序的法理》,商务印书馆2005年版,第126-129页。

⑮ 参见[德]Hartmut Maurer:《行政法学总论》,高家伟译,元照出版公司2002年版,第6-7页。

没收条款,在此基础上形成了转移型、竞合型、继承型三种没收案外人违法所得的制度类型。其一,转移型违法所得没收是国家对假借市场交易之名转移至案外人处的违法所得予以没收的类型,该类案外人没收的事由是“对方明知是违法所得财物而收取的,对方无偿取得违法所得财物的,对方以明显低于市场的价格取得违法所得财物的”。其二,竞合型没收是基于不同原因的违法犯罪而产生的没收竞合,对未被定罪的案外人从犯罪行为人为人处获得的涉案财物予以没收的情形。该类型案外人没收的事由是“案外人通过非法债务清偿或者违法犯罪活动取得涉案财物的”。其三,继承型违法所得没收属于一种特殊的转移型没收,只是该种转移是在犯罪人死亡后根据意定(遗嘱和遗赠)或法定(法定继承和特留份)的原因自动产生的财产转移,因转移给继承人的遗产可能含有违法所得而产生没收问题。《刑法》对此虽然没有明确,但从《刑事诉讼法》第298条至第301条的规定来看,法律倾向于没收死亡犯罪嫌疑人、被告人遗产中属于违法所得的部分。

现行没收案外人的规范是建立在以下认识基础之上:犯罪分子违法所得经过一定的流转链条被案外人取得的,仍属于《刑法》第64条规定的“犯罪分子违法所得的一切财物”,应予以追缴,因此不必另行立法授权没收案外人违法所得。把案外人嗣后取得的财物视为犯罪分子违法所得,显然扩大了法律的文义,未能认识到没收犯罪分子违法所得和没收案外人违法所得在对象、范围和根据上的不同。根据《立法法》第11条的规定,犯罪和刑罚事项只能制定法律。上述司法文件显然不具有法律的位阶与效力,有突破法律保留原则之嫌疑,而且只适用于该司法解释涉及的罪名,适用范围较为狭窄,至于其他罪名的案外人没收的实体规则,长期处于空白状态。

此外,我国司法解释列举的没收案外人违法所得的事由是一种经验性的铺陈,带有较强的发散性和授权性色彩。司法解释所作的转移型、继承型、竞合型没收事由的列举都是一种非要件性描述,亦缺乏案外人抗辩事由的规定,其列举的“第三人通过其他方式恶意取得涉案财物”的兜底性规定,容易演变为一种普遍性授权,使得本已行政化的案外人没收实践变得更加难以节制。法定要件是区分合法没收与非法侵占的关键,实体法律要件的缺失为公权力机关随意没收案外人财产提供了可解释的空间,没收案外人违法所得的制度容易沦为随意剥夺他人财产的工具。而且,实体要件的模糊和抗辩事由的缺失,会使案外人无法开展针对性的防御,案外人既无抗辩事由可供援引,也无法通过对某一明确的实体法律要件的反驳来取回涉案财物。长此以往就会打破社会公众对财产权受保障的预期,摧毁市场主体的投资和交易信心。

(二) 正当程序的缺位

在程序层面,受实体要件缺失的影响,诉讼理论倾向认为案外人缺乏借助诉讼方式去捍卫的实体利益,据此否定或限制案外人参与诉讼,进而形成一种职权主导和弱交涉性的行政作业模式。行政型没收带有较强的主动性和权宜性的行政特性。^{①⑥}司法机关在该程序中发挥职权主导作用,在效率优先的价值导向下通过行政审批式的作业模式快速

^{①⑥} 参见李惠宗:《行政程序法要义》,五南图书出版公司2002年版,第4-6页。

推进案外人没收工作,进而产生了正当程序缺位的问题。

首先,诉讼参与缺位使得没收程序的交涉性不足。一个人至少可以合理地期望在影响他的决定作出之前得到听证并发表自己的意见,^{①⑦}这是正当程序的题中之义。现行行政型没收的程序建立在效率优先的价值基础之上,一定程度上忽视了案外人的诉讼利益。长期以来,我国刑事诉讼实行“案外人不参加诉讼不影响判令其退出取得的赃款”的做法,^{①⑧}2012年《刑事诉讼法》新增了违法所得没收特别程序,为继承型违法所得没收的案外人提供了初步的程序保障。但是,上述保障并不适用于普通审理程序,普通审理程序中的案外人没收依然沿用“不参加诉讼不影响判决”的做法。2021年修订的《刑事诉讼法解释》第279条第2款最终明确了人民法院听取案外人意见的责任和必要时通知案外人出庭的裁量权,初步形成了一种行政审批式的没收程序。但是,我国普通审理程序中并没有规定没收财产的公告程序,潜在的案外人无法知悉财产被处置情况。^{①⑨}即便案外人经法院通知参与没收程序中,由于《刑事诉讼法》第108条规定的诉讼参与人并不包含案外人,案外人具有何种诉讼地位、享有哪些诉讼权利、其参与诉讼的范围等都不明确。此外,我国法律没有规定案外人可以参与侦查和审查起诉程序,案外人在审前阶段的参与权也难以得到保障。由于我国对物强制措施往往由办案机关自行审查并实施,办案机关在缺乏外部审查机制约束的情况下容易不当扩大对物强制措施的适用范围、随意处置涉案财物。在此情形下,法院仅靠一种行政化的听取意见方式和必要时通知案外人参加庭审的原则性规定,难以为案外人营造一个符合正当程序要求的权利保护屏障;从一个缺乏实质参与和理性交涉的程序中得出的结论也较难让人信服。

其次,证明机制空白致使没收程序的事实认定机制缺失。完善的没收程序应当有一套精密的证明机制,用以推进没收事实的证明并裁决事实争议。司法实践中控诉方与案外人往往对涉案财物的权属事实存在争议,有时甚至提出截然相反的主张。此时由谁承担证明责任、需要达到何种证明标准,是案外人违法所得没收程序中的关键问题。受案外人诉讼参与缺位的影响,现行行政型没收直接跳过了证明机制的安排,没收要件事实的证明机制缺失。具体而言,《刑事诉讼法》第298条仅规定在违法所得没收特别程序中检察机关承担提供违法所得相关证据的责任;而在普通审理程序中,涉案财物是否属于应予没收的违法所得,则依附于定罪量刑的事实进行认定。由于证明机制的缺失,法官不得不以职权探知没收要件事实,一定程度上为要件事实的恣意认定提供了温床。有时法官会经简单调查甚至不予调查而直接作出“相关违法所得予以没收”的模糊判项,^{②⑩}法官个体对没收标准的理解成为决定没收与否的关键因素。

①⑦ 参见[美]迈克尔·D.贝勒斯:《程序正义——向个人的分配》,邓海平译,高等教育出版社2005年版,第158页。

①⑧ 这一做法在1992年《最高人民法院研究室关于对诈骗后抵债的赃款能否判决追缴问题的电话答复》中被提出,该答复被2019年《最高人民法院关于废止部分司法解释(第十三批)的决定》(法释〔2019〕11号)废止。

①⑨ 参见姚莉:《刑事涉案财物处置程序的反思与改革》,载《法学》2024年第11期,第130页。

②⑩ 参见上海市长宁区人民法院(2022)沪0105刑初459号刑事判决书,安徽省蚌埠市禹会区人民法院(2016)皖0304刑初163号刑事判决书。

最后,事后救济不明导致没收程序的可救济性难以保障。权利本身具有应受救济性的特征,离开救济和相关的强制执行措施来谈论权利是毫无意义的。^{②①}《刑事诉讼法》第300条虽然明确了特别程序中利害关系人的上诉权,但并未明确普通程序中的案外人救济权。为保障普通审理程序中案外人的救济权,《刑事诉讼法解释》分别在451条和528条赋予案外人对侵害其合法权益的生效判决、裁定提起申诉的权利,并在刑事执行程序中赋予案外人对被执行标的提出书面异议的权利,初步塑造了一种简化的案外人救济方案。但是,《刑事诉讼法》第253条规定的人民法院应当重新审判的法定申诉事由并没有涉案财物权属认定错误这一项,法定的申诉主体也不包括案外人,人民法院因涉案财物问题而启动再审具有较大难度。尤其是那些自始都未参与诉讼但被没收判决干预财产权的案外人,有补正听审权和保障救济权的双重需要,如何保障该类案外人的权利,我国理论和实践尚未给出针对性的方案。此外,执行异议或其后的执行异议之诉只是排除对特定标的物的执行,尽管案外人需要提出实体法上的理由,但其目的只是停止执行而非确认权利,^{②②}该种方式难以对案外人的财产权进行彻底的救济。

三、司法型案外人没收模式的正当性基础

在财产日益丰富的现代社会,人身权和财产权在宪制框架下具有同等重要性,二者都应受到法律保留原则和正当程序原则的保护。为破解案外人违法所得没收的现实困境,应当推动没收模式从行政型没收向司法型没收转变。司法型没收是“违法—正当程序—没收—救济”的司法作业模式,其在实体上的正当性基础是利益衡平理论,在程序上的正当性基础是诉讼利益肯定论。

(一) 实体正当性: 案外人没收中的利益衡平

实体要件的法定是司法型没收的首要内涵,其要求在一般违法所得没收条款外另立条文规定案外人违法所得没收的事由,而非采取司法文件授权的进路。表面上的原因是,虽然《刑法》第64条为没收犯罪行为人的违法所得单独设置了法定要件,但该条的作用对象是犯罪分子,无法为没收案外人违法所得提供明确的法律依据。深层次的原因是,案外人违法所得没收的根据与犯罪行为人违法所得没收的根据有别,前者的正当性基础既非矫正衡平理论,也非恶意取得说,而是利益衡平理论,在立法上二者应有所区分。

首先,没收犯罪行为人违法所得的理论基础为矫正衡平理论,^{②③}用于矫正不法行为为侵权的财产秩序并衡平刑事领域的不当得利,^{②④}但是,该理论不可机械适用于没收案外人违法所得。鉴于案外人与犯罪行为人违法所得没收的目的都是纠正无法律原因的财产变动,进而恢复被犯罪扰乱财产归属秩序,有观点据此认为,没收案外人违法所得的正当

②① 参见[美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第171页。

②② 参见朱腾飞:《案外人异议之诉研究》,中国政法大学出版社2016年版,第28页。

②③ 参见吴光升:《论刑事案件不法原因给付财产的没收》,载《中国法学》2025年第1期,第254页。

②④ 参见陈信安:《由宪法观点论刑法新修之不法利得没收规定》,载《裁判时报》第48期(2016年),第106-107页。

性基础也是矫正衡平理论,即第三人虽未参与犯罪但享有了犯罪所得,基于任何人不得保有犯罪所得的基本思维,^{②⑤}为衡平不当得利,那些未参与犯罪但坐享犯罪所得的第三人应成为不当得利受追讨的对象^{②⑥}。矫正衡平理论虽为没收违法所得提供了解释框架,但享有犯罪所得的案外人毕竟不是犯罪行为人,不能仅凭案外人对可能存在瑕疵的标的享有处分权这一事实来证成没收的合理性,否则可能会无限扩大没收的范围,进而阻碍正常的市场交易乃至摧毁合法的民事法律关系。由于该理论未能顾及案外人对交易安全的信赖利益,因此不能准确解释为何同为保有违法所得,却只对转移型、继承型和竞合型违法所得予以没收,而对案外人善意取得的涉案财物不予没收。

其次,恶意取得说无法证成没收案外人违法所得的实体正当性。恶意取得说认为,没收案外人违法所得的本质是对案外人滥用法律地位、以恶意方式取得违法所得的制裁,^{②⑦}适用于第三人恶意取得之物^{②⑧}。我国相关司法文件据此为没收案外人违法所得设置了“第三人通过其他方式恶意取得涉案财物”的兜底性事由,^{②⑨}以扩大没收范围并制裁各种形式的恶意案外人^{③⑩}。也有德国学者持类似观点,认为第三人通过无偿或某一具有违法性的方式接收违法所得的行为已接近犯罪参与,没收其受领的违法所得是对这种恶意行为的制裁。^{③①}但是,一些案外人没收并不以恶意为前提,案外人可能只是单纯地继承或无偿接收而并不知受领财物为犯罪所得,更毋论接近犯罪参与或恶意滥用法律地位。如果坚持该理论,非恶意案外人通过无偿或继承方式取得的涉案财物则不应追缴,这种结果显然对被害人不公平且有鼓励他人无偿保有违法所得之嫌,为追缴案外人无偿获得的违法所得设置了不必要的障碍。

最后,将利益衡平理论作为我国没收案外人违法所得的正当性基础符合其特有的衡平属性,具有理论上的说服力。在案外人违法所得的处置过程中,存在着具有竞争性的三方利益,即国家的没收利益、被害人的返还利益和案外人的信赖利益,没收案外人违法所得本质上是对三方利益衡平的结果。当违法所得最终流转至案外第三人时,国家能否对案外人保有的违法所得一追到底,并不取决于案外人是否存在接近犯罪参与的行为或是否拥有违法所得的事实,而是取决于违法所得流转至案外人的法律原因,案外人因此取得的信赖利益是否更值得保护。据此可以采用利益衡平理论来解释案外人违法所得的没收:在利益衡量的天平上,与国家没收利益、被害人返还利益相比,案外人因无合理

②⑤ 参见王士帆:《2017年德国犯罪所得没收法——扩大没收与第三人没收》,载林钰雄主编:《没收新制(三):不法利得的剥夺》,元照出版公司2019年版,第511页。

②⑥ 参见林钰雄:《没收新论》,元照出版公司2020年版,第165页。

②⑦ 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,第782页。

②⑧ 参见何帆:《刑事没收研究——国际法与比较法的视角》,法律出版社2007年版,第148页。

②⑨ 参见2019年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》第16条和《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》(法释〔2014〕13号)第11条第1款。

③⑩ 参见最高人民法院执行局编著:《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定理解与适用》,中国法制出版社2017年版,第150页。

③① Vgl. Kai Lohse, in: Leipziger Kommentar StGB, 13. Aufl. 2020, § 73b Rn.5.

对价、不诚实甚至非法的民事法律关系产生的信赖利益不值得特别保护；国家在此获得了对案外人的穿透式不当得利请求权，可追缴其取得的违法所得。德国也有学说认为，案外人与犯罪行为、犯罪行为之间的特殊关系，使得其对所获财产的信赖利益不值得保护，^{③②}进而为第三人没收提供了合法性依据。反之，善意、有偿且有法律依据取得犯罪所得的人应享有信赖保护。^{③③}如果案外人取得涉案财物符合《民法典》第311条善意取得的规定，犯罪行为或参与人向善意第三人给付犯罪所得是为了履行一项不具有违法性、值得法律保护的有偿债权，该债权的产生原因与内容均与犯罪行为无任何关联。此时，与国家没收利益和被害人返还利益相比，交易安全的价值占据了优势，案外人在该种民事法律关系中的信赖利益应受到法律的优先保护。

（二）程序正当性：案外人诉讼利益之维护

正当程序保障是司法型没收的另一重要内涵，其强调没收程序内部运行的司法性，通过案外人的诉讼参与形成一种“原被告充分对抗和裁判者居中裁判”的司法作业模式。而案外人没收能否采用司法作业的方式进行，关键在于案外人在没收程序中是否享有诉讼利益。理论上讲，利益是衡量诉权的尺度，无利益者无诉权，^{③④}所谓诉的利益是指权利受到侵害或与他人发生纠纷时需要运用诉讼予以救济的必要性与实效性，^{③⑤}其解决的是何人可以针对何种实体利益来实质地利用诉讼制度的问题；^{③⑥}是当事人行使诉权的要件和法院判断是否进行实体审理的前提。

案外人参与诉讼程序并非当然之理，其能否参与诉讼主要取决于其是否存在参加诉讼的实体利益。我国刑事诉讼实践曾长期坚持诉讼利益否定论，实行“案外人不参加诉讼不影响判令其退出取得的赃款”的做法。诉讼利益否定论认为，违法所得没收本身就是不当得利的衡平措施，案外人无权保有违法所得，自然也就不存在运用诉讼予以救济的实体权利。该理论据此否定案外人在没收诉讼中享有诉讼利益，主张不管赃款持有人是否进入审判程序都不影响法院对赃款的追缴。^{③⑦}这种观点并不妥当，它在实体上否定了案外人善意取得涉案财物的可能性，在程序上剥夺了案外人的诉讼参与和救济的权利，已经无法与利益衡平理论相兼容，不利于维护交易安全的价值和案外人的信赖利益。

司法型没收的程序正当性基础应是诉讼利益肯定论。该观点认为，对涉案财物主张物权的案外人与本案诉讼具有利益上的相关性，^{③⑧}其可以实质地利用诉讼制度来维护自己善意取得的财产利益，因此应肯定案外人在没收诉讼中的诉讼利益。赃款赃物的持有

③② Vgl. Saliger, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 73b Rn. 4.

③③ Vgl. Bittmann u.a., Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 1. Aufl. 2020, § 3 Rn. 164.

③④ 参见巢志雄：《诉权概念史》，厦门大学出版社2021年版，第156页。

③⑤ 参见江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，第216页。

③⑥ 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第175页。

③⑦ 参见朱平：《单位犯罪审理中的前沿问题》，载《法律适用》2004年第11期，第36-37页。

③⑧ 参见毛雪鸣：《论刑事案外人的当事人诉讼地位与程序回应》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2026年第3期，第107页。

人未进入审判程序的,一般不宜直接判决对其追缴违法所得。^③ 诉讼利益肯定论与利益衡平理论一脉相承,在判决尚未穿透民事法律关系而否定案外人的信赖利益之前,应当尊重案外人基于善意取得制度对没收标的的实体权利主张,并据此实体利益主张赋予其诉权。正是在此意义上,《刑事诉讼法》第299条从法律的层面肯定了利害关系人的诉讼利益。这些都表明,对没收标的主张权利的案外人在没收诉讼中享有诉讼利益,应以司法型没收要求的正当程序充分保障案外人的诉讼权利。

诉讼利益肯定论为行政型没收向司法型没收的转型奠定了正当性基础,同时也为案外人的主体地位、主体范围划定了边界。从主体地位上看,案外人是在没收诉讼中享有诉讼利益的独立的诉讼主体,是区别于被告人和被害人的诉讼参与人。从主体范围上看,案外人是拟没收财物主张所有权或他物权等合法权益的第三人,不包括对涉案财物主张一般无担保债权的人。这是因为,案外人主张的所有权和他物权可以特定于某一没收标的,主张对涉案财物单独或共有所有权的案外人以所有权关系来对抗国家没收,主张在涉案财物上设置用益物权和担保物权的他物权人,以他物权关系来避免国家没收影响其他物权的实现,进而在没收诉讼中享有具体的诉讼利益,国家有必要让其参加诉讼并以提供本案司法裁判的形式给予案外人救济。至于仅主张一般无担保债权的人,因其普通债权并非对涉案财物本身的权利要求,不能特定于某一没收标的,且违法所得本不属于被告人合法所有的财产,不能用于清偿其债权,在没收违法所得诉讼中难谓有诉讼利益,故而不宜将其纳入案外人的范围。

四、司法型案外人没收的实体要件

由于没收案外人违法所得具有区别于没收犯罪分子违法所得的独立根据,我国法律应在总结相关司法解释经验的基础上,另行规定没收案外人违法所得的实体要件,并合理设置排除没收的事由,以避免两种没收类型的混淆,以及经验性列举带来的行政型没收范式的扩大化授权和案外人防御上的不便。

(一) 一般没收要件

一般没收要件是所有类型的案外人没收都应满足的前提性要件,没收实体要件之法定首先应是一般没收要件的法定,《刑法》可在第64条之后设置案外人没收条款明确其一般没收要件,即案外人没收以“犯罪行为以外的第三人因某一特定事由取得违法所得”为前提。该规定主要有以下三个方面的考量。

首先,没收的对象应是案外人的违法所得。此处的案外人是犯罪行为以外的任何违法所得的受领人,包括自然人、法人和非法组织。当一案中因同一违法所得的多道流转而存在多个可予以没收的案外人时,他们都与犯罪行为一道构成了国家公法债务上的连带债务人,可作为连带债务人承担连带责任。任一连带债务人完成履行的,就发

^③ 参见杨子良:《国有资产刑法保护研究:一个整体刑法学的视角》,中国人民公安大学出版社2009年版,第335-336页。

生清偿效力,国家针对其余连带债务人的追缴请求亦随之消灭。

其次,案外人没收应以案外人取得了违法所得为前提。此处的违法所得是犯罪行为通过实施刑事不法行为直接或者间接产生、获得的任何财产,包括原物、变得之物、财产利益及孳息。当违法所得的全部或部分不能没收或不宜执行没收时,可以等值没收其价额。由于犯罪行为人对涉案财物的处分是一种无权处分,原则上不产生民法上的财产转移效果,因此,此处的“取得”应作纯事实层面的理解,特指第三人对该物具有实际控制力并因而在经济上有所增益,不取决于民事法律中占有或所有权关系的成立。

最后,案外人取得涉案财物必须和犯罪行为人的刑事不法行为之间存在获益的关联性。这一获益的关联性不以直接的关联性为限,既包括犯罪所得直接给付予第三人的直接关联情形,也包括案外人通过未中断(不存在善意取得等排除没收事由)的获益链条取得犯罪所得的间接关联情形,即犯罪所得从犯罪行为出发,经其他第三人中转,通过未中断的获益链条最终归属于获益第三人的情形。

(二) 特别没收要件

特别没收要件指向案外人取得违法所得的原因,根据利益衡平理论,案外人因某一不值得法律特别保护的情形取得违法所得,才应予以没收。因此,案外人没收条款除明确一般没收要件外,还须明确转移型、继承型和竞合型案外人没收应满足的特别要件。

1. 转移型违法所得没收的要件

其一,不当转移型违法所得没收是转移型没收的第一个子类型,其法定的特别要件可表述为“第三人无偿或明显低于市场价格取得违法所得”。《刑法》增设该特别要件符合利益衡平理论的要求,因为交易在客观方面表现出的无偿或明显低于市场价格的不合理性,使得案外人的信赖利益不值得保护。而且,该种立法也可保持与《民法典》第988条确立的无偿受让利益的第三人之返还义务以及第311条确立的以不合理价格转让的不成立善意取得的规则之间的体系融贯性。在主观要件方面,由于不当转移型违法所得没收针对的是民事法律关系本身的无偿性和不合理性这一客观行为,而非主观心态,即便是善意无过失的无偿受领也应没收,^{④⑩}因此,该种没收类型不以案外人和给付人具有特定主观意图(如规避追缴或掩饰犯罪)为前提。

其二,恶意取得型违法所得没收是转移型没收的第二个子类型,其法定的特别要件可表述为“第三人明知或应知是违法犯罪所得而接受”。该种没收与不当转移型没收的区别在于,其隐含了受领人支付了合理对价的客观要件,否则即可适用不当转移型违法所得没收的条款。其主观要件是案外人必须在取得涉案财物实际控制权时对受领的财物属于违法所得的事实有明知或应知的心态。立法单设该种特别要件的理由在于,第三人明知或应知是违法所得而仍予以接受的行为,表明了案外第三人存在主观恶意和对财产来源于犯罪的事实置之不理的态度。根据利益衡平理论,案外人据此产生的信赖利益不值得法律的保护。此处“应知”是指认知主体有认知事实的能力且尽到合理的注意

^{④⑩} Vgl. Meißner, in: Münchener Kommentar StGB, 5. Aufl. 2025, § 73b Rn. 4.

义务后就可以知道的状态,该要求可以与《民法典》第311条善意取得制度中“善意”的价值判断包含无重大过失的要求保持一致,^④也符合比较法的经验^⑤。因此,“应知”所要求的过失程度并非一般的轻微过失而是重大过失,这种要求也可以避免案外人过度承担注意义务,防止对案外人过失行为处罚的扩大化。

2. 继承型违法所得没收的要件

继承型违法所得没收是一种特殊的转移型没收制度,是国家对第三人因继承人或遗产受赠人的身份而取得的违法所得予以没收的制度类型,其法定的特别要件可表述为“第三人因继承人或受遗赠人的身份取得违法所得”,这是对继承型没收客观要件的描述。至于其主观要件,由于继承型违法所得没收的根据是无偿获取违法所得的财产信赖利益不值得特别保护,而无关取得人的善意或恶意。因此,该情形的认定无需考量继承人或受遗赠人的主观心态。立法单设该种特别要件的理由在于,《刑事诉讼法》虽存在犯罪嫌疑人、被告人死亡的违法所得没收制度,但《刑法》和相关司法解释并没有创设继承型违法所得没收这一制度类型,进而产生没收流转至继承人处的违法所得的实体法根据不足的问题。继承涉案财物等同于转移涉案财物,其与无偿取得涉案财物的转移型案外人没收没有差异,在此可把无偿取得财产者受保护必要性降低的价值判断延伸适用于继承情形,进而没收继承的违法所得。

3. 竞合型违法所得没收的要件

竞合型违法所得没收特指国家对第三人通过非法债务清偿或者违法犯罪活动取得的违法所得予以没收的类型。立法是否有必要单设竞合型没收,理论上存在不同的看法。因为,此处未参与上游犯罪却因下游犯罪而违法获得赃款赃物的案外人,如果构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪或洗钱罪等下游犯罪,则可能直接以下游犯罪的名义对其违法所得予以没收,而非以案外人违法所得的名义予以没收。^⑥这是一种刑事实体法的视角,仅就这一视角看是没问题的。但是,从刑事程序法的视角看,就不能一概而论。这是因为不同罪名有不同的追诉时效、公诉利益和证据情势,而追诉时效、起诉裁量权、证据充分性等又会影响到追诉程序。在因犯罪行为人与案外人的不同犯罪而产生对同一涉案财物的没收竞合时,除非两者一并追诉,否则就有适用案外人违法所得没收的可能。

基于此,《刑法》仍有必要单设竞合型违法所得没收的特别要件,明确第三人通过非法债务清偿或者违法犯罪活动取得的违法所得也应予以没收,此即竞合型案外人没收的客观要件。至于其主观要件,案外人必须认识到或者至少应当认识到取得财物具有违反强制性规定或公序良俗的性质。这主要是因为,竞合型没收中的不法原因给付以行为人具有违法性认识为前提,^⑦其规范目的在于对不法给付行为进行一般预防。只有对有意识违反法律与伦理秩序的给付者和受领者作出否定性评价,才能发挥这一预防功能。

^④ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》(法释〔2020〕24号)第14条第1款。

^⑤ Vgl. Kai Lohse (Fn.31), § 73b Rn. 30.

^⑥ 参见许丝捷:《第三人犯罪所得之没收》,载《月旦法学杂志》第252期(2016年),第86-87页。

^⑦ Vgl. Stadler, in: Jauernig Kommentar BGB, 19. Aufl. 2023, § 817 Rn. 11.

（三）排除没收事由

《刑法》第64条为违法所得的没收确立了强制没收的原则,理论上也称为强制没收主义,也即违法所得的一切财物均应当予以追缴或责令退赔,因此,法院在没收违法所得事项上并无裁量空间。这是因为,违法所得属于不得被犯罪行为人为保有和使用的不当得利,不属于宪法规定的私有财产权的保护范围,不能归入犯罪行为人为合法自有财产,原则上都应予以没收并上缴国库。因此,那些需要用合法财产给付的一般债权和财产刑(罚金与没收财产)并不影响违法所得的没收。但是,根据利益衡平理论,这一没收的权力并不是无限的,案外人基于交易安全享有的信赖利益和被害人的返还利益有时会超越国家没收利益而受到优先保护,其筑起的屏障正是国家没收权力的边界,由此衍生的善意取得制度、他物权人的优先受偿请求权和被害人返还请求权,则构成排除国家对案外人违法所得没收的主要事由,立法有必要予以明确。

1. 案外人善意取得

案外人善意取得涉案财物是排除没收的首要事由,《刑法》可在案外人没收条款中增设“第三人善意取得涉案财物所有权时不予宣告没收”的排除事由,同时明确对该不予没收的部分,可以依法没收无权处分人的其他等值财产。《刑法》单设该排除没收事由的根据主要有以下两点:

其一,案外人因善意取得形成了对自身财产地位的完全的信赖利益,保护该利益的必要性超过了国家的没收利益,进而构成了国家对案外人没收权的边界。理论上把善意取得视为不当得利链条中的一个“中断点”,^{④5}此时犯罪行为与案外人获利之间的关联性因合法且无瑕疵的法律上的原因而断裂,使案外人所获财产超出了没收制度追及的范围。

其二,单设善意取得的排除没收事由,可与《民法典》第311条的善意取得制度保持体系上的对应关系,也符合我国新近的司法实践。2011年《诈骗案件解释》第10条和后续司法文件确立了案外第三人善意取得涉案财物不予追缴的制度,也为我国司法判例所承认。^{④6}需要注意的是,此处善意取得的要件应与《民法典》第311条规定的善意取得制度保持一致。同时要求无权处分所涉的基础合同有效,无处分权人与受让人签订的基础合同无效或被撤销时,不产生善意取得之效果,并有可能成立竞合型违法所得的没收。

2. 被害人有返还请求权

被害人返还请求权的存在是排除案外人没收的独立事由。尽管《刑法》第64条和《刑事诉讼法》第245条第4款都明确规定,违法所得如属于被害人的合法财产,应当及时返还,而不属于没收的范围。但这主要是对犯罪分子的违法所得而言,难以覆盖案外人没收情形。立法增设该种排除没收事由的根据还在于,被害人是遭受犯罪直接侵害的

^{④5} Vgl. Saliger (Fn.32), § 73b Rn. 18.

^{④6} 参见西藏自治区那曲地区中级人民法院(2017)藏24刑终3号刑事判决书。

主体并据此享有返还请求权,与国家为彻底剥夺违法所得的没收请求权相比,更具有直接性和紧急性。加之国家的财力强于相对弱小的被害人,故而没收请求权的实现顺位应当后于被害人的返还请求权。

《刑法》有必要在案外人没收条款中单独设置被害人返还请求权排除没收的规定,明确要求对被害人的合法财产应当及时返还;涉案财物已实际合法发还被害人的,不予宣告没收。基于此,涉案财物属于被害人合法财产的,原物存在的,应及时返还给被害人;原物不存在的,应当折价退赔给被害人。此时的财产秩序已被恢复,违法所得已通过返还被害人的形式从受领人处剥夺,国家不得再对返还给被害人的原物或价额宣告没收。

3. 他物权人有优先受偿权

他物权人优先受偿请求权的存在也是排除案外人没收的独立事由。根据利益衡平理论,以转移型或竞合型的方式取得违法所得的他物权固然应予解除,但是,在涉案财物上设置他物权的人能否援引善意取得制度排除没收呢?我国司法解释只是规定第三人善意取得的涉案财物不予追缴,未明确是否包含善意取得他物权的情形。鉴于《民法典》第311条第3款也规定了他物权准用善意取得的规则,为维护法秩序的统一性和善意取得他物权人的交易安全,《刑法》可在案外人没收条款中把“第三人善意取得涉案财物他物权”作为排除没收的法定事由之一,对第三人的优先受偿部分不予没收;同时明确,对该不予没收的部分,可以依法没收无权处分人的其他等值财产。

进一步的问题是,他物权人的优先受偿权和被害人的返还请求权同时存在时,该如何执行。根据《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第13条的规定,善意取得他物权的债权人对没收标的享有优先受偿权,其受偿顺位在退赔被害人的损失之前,这也为我国司法判例所承认^④。其法理根据在于,在执行标的上依法成立的优先受偿权构成对标的物所有权的限制,被害人的所有权固然值得保护,但优先受偿权在其上又加入了交易安全、债权人信赖利益、权利公示公信等更高的价值选择,被害人的财产权利受到了担保物权等优先权的压制,据此形成了优先受偿权先于被害人返还请求权实现的规则。同时,犯罪行为人和涉案财物流转链条上非善意取得的案外人仍须对被害人返还请求权无法实现的部分负连带责任。

五、司法型案外人没收的程序规则

法定要件的设置为没收案外人违法所得划定了实体边界,完成了向司法型没收模式转型的第一步。为维护案外人基于实体请求权所享有的诉讼利益,还需要为没收案外人违法所得设置正当程序的屏障,主要包括确保案外人诉讼参与的实质化、明确要件事实证明机制、保障案外人的事后救济权,进而促进案外人违法所得没收程序从行政作业模式转向司法作业模式。

^④ 参见海南省海口市龙华区人民法院(2016)琼0106刑初743号刑事判决书。

（一）案外人诉讼参与的实质化

1. 案外人参与诉讼的阶段与方式

关于案外人参与的阶段问题,《刑事诉讼法》第299条只是规定了在特别程序中案外人可以在法院审理阶段依申请参加诉讼,而未规定普通审理程序中案外人参与的阶段和方式。为维护案外人的诉讼利益,在普通审理程序中,案外人也应有参与权,检察机关应在起诉书中一并向人民法院提出案外人参与没收诉讼的申请,法院此时便可基于违法所得的信息来判断案外人参加诉讼的必要性。进一步的问题是,案外人的参与权能否前移至审前阶段?我国法律和司法解释没有明确规定,相关规范性文件倾向支持将案外人的参与延伸至审前阶段并要求告知其相关诉讼权利。^{④8}其理论根据在于,侦查服务于公诉准备和案件事实的查明,应当覆盖对决定刑事法律效果有重要性的各种情况,若有证据显示案外人可能成为没收判决干预的对象,侦查就应当延伸至该案外人身上。而且,通过尽早赋予案外人法定听审权可以使潜在的没收参与人提前对没收申请施加一定影响乃至避免没收,进而促进诉讼的经济。因此,公安机关、检察机关有相当理由认为案外人可能对涉案财物主张权利的,则可分别在侦查终结前、提起公诉前通知该案外人,给予其陈述意见的机会,以决定是否正式提出没收案外人违法所得的意见。

关于案外人以何种方式参与审判程序的问题,《刑事诉讼法解释》第279条第2款只规定了人民法院在必要时可以通知案外人出庭。由此可见,案外人主要是基于法院依职权的通知而参与诉讼。但是,仅有依职权通知是不够的,有时法院会不通知或因不知道相关信息而无从通知。立法宜同时规定第三人申请参加没收程序的权利。由于知情是案外人申请的前提,为保障案外人知情权,人民法院可在开庭前发出公告并设置适当的异议期。在本诉开始后,案外人可以通过申请的方式向受理本诉的法院提起参加没收程序的请求、事实和理由,法院经审查后作出准许或驳回的裁定。

在依职权通知出庭的情形下,能否强制经通知不愿参加诉讼的案外人到庭,则应区分情形而定。一方面,没收程序属于仅涉及财产利益的对物诉讼程序,若案外人不出庭不影响案件事实的查明,其即便被通知参加诉讼也不负有到庭义务。该种情形下的案外人可以委托诉讼代理人到庭。但是,如法院认为有必要利用案外人所知情况来查明没收相关事实的,案外人则有到庭义务。由于案外人在此事项的调查程序中具有程序被告的地位,法院可决定准用传唤被告人的方式传唤案外人亲自到庭,并可在必要时以拘传的方式强制其到庭。另一方面,案外人也可通过向司法机关陈明对没收财产不提出异议的方式表明不参与诉讼的意愿,此时则构成对法定听审权和诉讼参与权的舍弃,可以不再通知或撤销通知案外人参与诉讼。为尊重案外人放弃出庭权利的选择,法院可以不待案外人出庭陈述而径行判决。理论上通常认为,该种诉讼参与权的舍弃排除了法院以程序被告的身份传唤或拘传案外人出庭的权力,^{④9}法院若认为仍有利用该案外人所知查明案

^{④8} 参见中共中央办公厅、国务院办公厅《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》(中办发〔2015〕7号)第12条,公安部《公安机关涉案财物管理若干规定》(公通字〔2015〕21号)第21条第3款。

^{④9} Vgl. Schmidt/Scheuß, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 424 Rn.11.

件事实的必要,则可以将该案外人作为证人通知其出庭作证,证人经通知而没有正当理由不出庭的,人民法院可依《刑事诉讼法》第193条的规定强制其到庭。

2. 案外人的诉讼权利及其限度

诉讼制度是一种保护权益并解决纠纷的制度设计,国家既通过诉讼利益的判断、承认和诉讼程序的启动来保障当事人接受裁判的权利,也通过诉的利益来界定国民可以行使诉权的范围。^{⑤0} 具体而言,案外人在审前阶段和审判阶段的诉讼权利存在一定的差异。

其一,在审前阶段,如果侦查机关或检察机关认为案外人可能会对拟没收标的主张权利,仅规定“告知其相关诉讼权利”显然是不够的;为了查明事实真相并赋予案外人破除没收申请的机会,还应赋予其表达意见的权利。至于侦查机关和检察机关在该阶段究竟以何种程序询问案外人,应当视情况而定。在针对没收参与资格、没收要件、排除没收事由进行询问时,案外人是针对没收进行防御的主体,是为自身事务作出陈述,而非单纯作为证人进行陈述。该询问准用讯问犯罪嫌疑人的规定较为妥当,案外人因此在该询问程序中准用犯罪嫌疑人的权利和义务。若询问的事项与没收问题无关,则对其以证人身份询问较为妥当,案外人因此在该询问程序中享有证人的权利并履行证人的义务。

其二,在审判阶段,案外人加入本诉之后,其究竟享有哪些诉讼权利才能足以维护其诉讼利益?案外人在普通审理程序中同样享有诉讼利益并具有没收程序被告的地位,宜让其准用被告人的诉讼权利,享有申请回避权、知情权、参与法庭审理权、举证质证权、申请调查证据权、辩论权、最后陈述权、上诉权等权利。此外,在判决事项上,案外人还享有请求法院注意的权利,这一权利反射到法院的责任面上,就形成了法院具体化其没收判决的义务,法院的没收裁判应明确裁判的主文、支持没收的事实和理由。

与此同时,案外人诉讼权利的行使应当有一定的限度。为平衡司法型没收中的国家没收利益、案外人诉讼利益、被告人速审利益,案外人参与没收诉讼的权利应受到诉讼利益范围和不拖延原诉讼原则的双重限制。

其一,案外人的参与范围应受到其诉讼利益范围的限制。在与没收相关事项的范围内,案外人具有没收程序被告的地位,准用被告人的权利。但是,这一准用仅是力求以简单的技术性方法,最大限度保障参与人的程序权,并非表示此时的案外人具有了被告人的法律地位。^{⑤1} 这是因为,刑事被告人诉讼利益的范围一般是定罪量刑和涉案财物没收的叠加,而案外人的诉讼利益一般限于与没收相关的实体问题。因此,案外人准用被告人权利的范围也应限于与没收相关的事项。进一步而言,没收违法所得虽然建立在犯罪事实的面向上,但只需要评价犯罪事实是否存在,不以定罪为前提,因而不需要检视行为人的有责性。案外人通常要围绕没收要件的事实认定与法律适用问题参与诉讼程序,可以涉及刑事不法性,但被告人的罪责(有责性)和量刑问题一般不在参与范围之内。例如,案外人申请调查证据的范围应与没收要件紧密相关,一般不及于被告人的罪责(有

^{⑤0} 参见廖永安:《论诉的利益》,载《法学家》2005年第6期,第91页。

^{⑤1} Vgl. Schmidt/Scheuß (Fn.49), § 427 Rn.2.

责性)和量刑问题。^{⑤②}案外人开展法庭辩论、上诉和申请再审的范围原则上也只限于没收要件相关的事项,可以涉及刑事不法行为的问题,但一般不能争执与没收要件无关的被告人的有责性和量刑问题。

其二,案外人的诉讼参与还应遵循不拖延原诉讼的原则。案外人的诉讼权利固然应予保障,但普通审理程序中刑事被告人的速审利益也不应忽视。根据不拖延原诉讼的原则,法官不得因案外人的参与而对原诉讼分心并造成原诉讼的过度拖延,否则就会耽搁定罪量刑这一更重要的问题并减损被告人的速审利益。为兼顾普通审理程序中刑事被告人的速审利益,法院应在案外人的参与利益与被告人的速审利益之间寻求适当平衡,在个案中审查判断案外人的参与利益何时退居于被告人速审利益之后。例如,案外人固然有就没收事项向证人、鉴定人和被告人发问的权利,但考虑到交叉询问证人可能会旷日持久,如果对证人的交叉询问会导致原诉讼的过度拖延,法院可酌情简化甚至禁止交叉询问规则的适用。再如,没收问题原则上应与本案定罪量刑问题一并判决,但当没收的事实和法律适用问题较为复杂时,基于不拖延原诉讼的原则,可以把没收问题从本案判决中抽离,在本案判决作出后单独作出没收判决。

(二) 案外人没收的证明机制

完整的证明机制是司法型没收的核心组成部分,而明确的证明对象、证明责任分配规则和证明标准则是推动司法型没收高效运行的重要保障。鉴于没收是一种独立的刑事法律效果,对物没收的诉讼程序并不涉及对被告人刑事责任的追究问题,因此不需要受到无罪推定原则的约束。^{⑤③}没收要件事实的证明据此无须严格遵循为证明有罪事实而设置的证明责任和证明标准。

1. 没收要件事实的证明责任之分配

在证明责任的分配上,原则上对某一事实负有主张责任的当事人应承担提供证据的责任和说服裁判者的责任,^{⑤④}由于检察机关是申请没收案外人财产的主体,试图援引没收规定来变更财产归属现状的检察机关对没收事实负有证明责任,这也得到了《刑事诉讼法》第298条第3款和相关司法解释、判例的支持,^{⑤⑤}一般不成问题。问题的关键是,案外人违法所得没收诉讼中的证明对象有没收要件事实和没收排除事由两类,检察机关对哪些事实负有举证责任?一般而言,检察机关是申请没收违法所得的主体,应承担没收案外人违法所得的一般要件事实和特别要件事实的证明责任。

进一步的问题是,如果有人提出排除没收的事由来对抗国家没收,由谁承担排除没收要件事实的证明责任?证明责任分配的理论一般认为,原告只需对权利创设的事实加

^{⑤②} 参见林钰雄、王士帆、连孟琦:《德国刑事诉讼法注释书》,新学林出版股份有限公司2023年版,第936页。

^{⑤③} 参见陈瑞华:《刑事对物之诉的初步研究》,载《中国法学》2019年第1期,第209页。

^{⑤④} 参见[美]约翰·W·斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,第650页。

^{⑤⑤} 参见《人民检察院刑事诉讼规则(2019)》(高检发释字〔2019〕4号)第529条第1款;江西省景德镇市珠山区人民法院(2019)赣0203刑初361号刑事判决书。

以证明,而被告则只需对权利妨碍事实和权利消灭事实加以证明。^{⑤6}很显然,排除没收的要件事实是检察机关没收请求权的妨碍事实,应由主张这一事实的案外人或被害人承担证明责任。我国司法实务人员也持类似观点。^{⑤7}这一证明责任的分配在排除没收事由的证明中也是成立的。但是,当检察机关以恶意取得型没收规范为由主张没收案外人违法所得,而案外人主张自己是善意取得的,究竟由何方承担“善意事实”的证明责任,理论上存在一定的争议。民法学界对此存在两种意见:主张由受让人承担善意事实的证明责任,^{⑤8}以及主张由真实权利人承担非善意的证明责任^{⑤9}。我国民法典物权编司法解释最终采纳了第二种观点。^{⑥0}这是因为,善意取得制度体现了民法上外观主义的法理,旨在保护因信赖外观权利而与无权处分人进行交易的相对人,相对人的善意在此情形下是被直接推定的,这一推定力来源于不动产登记和动产占有公示的权利状态,^{⑥1}除非真正权利人能够证明受让人不构成善意,否则就推定受让人是善意的。

刑事诉讼并无特别理由更改民事法律所确立的善意事实的证明责任。而且,善意的核心内涵是不知或应当不知转让人无权处分,对该种消极事实的证明显然较为困难,让受让人承担这一消极事实的举证责任,不利于妥善保障善意取得制度所维护的交易安全的价值。基于此,为实现民事法和刑事法对受让人的平等保护,我国刑事案外人违法所得没收制度宜与民法上善意取得的证明责任分配保持一致,由检察机关对案外人不构成善意(知道或应当知道转让人无权处分)承担证明责任,案外人对善意取得的其他要件事实承担证明责任。

2. 没收要件事实的证明标准之区分

在证明标准的设计上,由于对违法所得的没收区别于对被告人的定罪量刑,其证明标准也应与没收的对物属性相适应,不宜适用对人定罪量刑的排除合理怀疑的证明标准。但是,没收违法所得本质上是一种独立的刑事法律效果,其以案外人取得涉案财物与刑事不法行为相关联为前提,从而给案外人带来一种污名化效应,具有较严重的后果,也不宜低于优势证据的标准。基于此,没收要件事实的证明标准宜高于优势证据的标准并低于排除合理怀疑的标准,可以使用高度可能的标准。这也得到了《刑事诉讼法解释》第621条的支持。具体而言,高度可能标准是一种低于排除合理怀疑但高于优势证据的标准,如果用心证的确信程度百分比来衡量,至少为75%。^{⑥2}至于高度可能的证明标准是

^{⑤6} 参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2018年版,第112页。

^{⑤7} 参见戴长林主编:《刑事案件涉案财物处理程序:以违法所得特别没收程序为重点的分析》,法律出版社2014年版,第177页。

^{⑤8} 参见郑金玉:《善意取得证明责任分配规则研究》,载《现代法学》2009年第6期,第115页。

^{⑤9} 参见徐涤宇:《民事证明责任分配之解释基准——以物权法第106条为分析文本》,载《法学研究》2016年第2期,第109-110页。

^{⑥0} 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》(法释〔2020〕24号)第14条第2款。

^{⑥1} 参见杜万华主编:《最高人民法院〈物权法司法解释(一)〉理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第361页。

^{⑥2} 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编著:《最高人民法院新民事诉讼法司法解释理解与适用(上)》,人民法院出版社2022年版,第291页。

否适用于排除没收事由的证明,我国司法解释并未明确。鉴于善意取得中的非善意要件事实的证明责任分配给了检察机关,该要件事实的证明适用高度可能的证明标准,一般不成问题。

至于其他排除没收要件事实的证明标准仍有必要进一步分析。理论上讲,证明标准是负有证明责任一方提出证据证明待证事实所要达到的程度。因此,证明标准的设置不能忽视负有证明责任一方的举证能力和诉讼双方的实力差距。尽管民事诉讼中善意取得的证明适用高度可能的一般性证明标准,但民事诉讼是平等主体之间的争讼,而刑事诉讼是不平等主体之间的争讼;案外人的举证能力往往弱于检控方,即便允许其委托诉讼代理人,代理人的取证能力也无法与掌握强大资源的检控方相比,为其设置过高的证明标准,会使案外人面临证明上的困难,进而损害交易安全。基于此,案外人对排除没收要件事实的证明标准不宜使用与没收要件事实相同的证明标准,可适当低于该标准,采用优势证据的证明标准较为妥当。

(三) 案外人事后救济权的保障

1. 一般救济制度

程序的救济性是公正没收的基本保障,亦是司法型没收的正当程序的题中之义。我国法律应吸收司法解释的经验,明确规定刑事案外人的上诉、申诉和执行异议等一般性救济制度。其一,当案外人异议的对象是执行行为本身而非原生效判决时,案外人应有权就执行侵害其程序利益或实体权益提出书面异议,执行法院应当参照《民事诉讼法》第236条进行审查并作出裁定,当事人不服的还可以向上一级人民法院申请复议。其二,当案外人异议的对象是未生效判决的,刑事诉讼法可赋予案外人上诉的权利;异议的对象是生效判决的,刑事诉讼法可把“涉案财物权属认定错误”列为法定的申诉事由,赋予案外人申诉的权利,以及就赃款赃物认定问题向执行法院提出书面异议的权利。为兼顾公正和效率,执行机构可以将能通过裁定补正的问题移送刑事审判部门处理,无法通过裁定补正的问题,则告知案外异议人通过审判监督程序处理。参与没收程序的案外人提起上诉或申请再审的,除法律另有规定的外,准用二审程序和审判监督程序的规定。这些规定为参与诉讼程序的案外人行使救济权奠定了制度基础。

2. 事后撤销程序

一些案外人身处案件之外而无法及时获知相关没收信息,待知其知悉没收情况时,没收裁判已经生效并由此产生了既判力,如何特别保护未参与原诉讼的案外人的权益,牵涉案外人诉讼利益维护和听审权保障的问题,我国理论和立法对此缺乏针对性的方案。由于自始都未参与诉讼的案外人有以诉讼的方式补正听审权和保障救济权的双重需要,单独规定案外人的事后撤销程序是一个较为可行的方案。其理由在于,与纳入审判监督程序相比,该程序启动较为方便且只针对生效裁判对第三人不利的内容,对原判的影响较小,也避开了此类案外人有无申诉利益的理论难题。该方案也不会产生准用民事诉讼案外人执行异议之诉的方案而无法确定被告的困扰,因为刑事执行没有具体的申请执行人。当然,即便法律允许案外人提起再审,为避免救济方式之间的冲突,案外

人已经提起了事后撤销程序的,就不得再以新事实或新证据为由提起再审。

具体而言,可以对案外人的撤销申请特别设置先形式审再实质审的两阶段事后撤销程序。案外人向作出没收裁判的第一审法院申请撤销没收判决的,法院即应开展审查。第一阶段是形式审查,法院在该阶段主要审查案外人之申请是否符合法定申请权人的资格(权利因生效没收判决而受到侵害或消灭)和案外人未能于先前程序维护其权利是否不可归责于其自身。在该阶段的审查中,案外人有责任证明上述要件事实,只要其中一个要件不符合,法院就可以裁定方式驳回该案外人的申请。由于能否进入撤销程序直接关系案外人的实体财产权益,应在驳回申请时为案外人提供救济渠道,案外人不服裁定时,可以向上级法院提起上诉。

当第一阶段的形式审查通过后,法院就无须另行出具准许申请的裁定,程序直接进入第二阶段的实质审查。实质审查的方式通常是依判决前的程序就申请撤销的部分重开审判程序,审查内容是:案外人提出新的证据后,没收要件事实是否依然成立或者排除没收的事由是否成立。至于审理方式,当检察机关、案外人、其他当事人申请或法院认为为了查清案情有必要时,可以对物之诉的诉讼程序进行直接言词审理,先前程序中的被告人可以证人身份接受询问。当然,若无上述情形,为平衡公正与效率,事后撤销程序可由法院本于职权裁量且不需以开庭审理的方式进行,但在裁决前应听取检察机关、当事人、案外人的意见。无论使用何种审理方式,由于事后撤销程序是针对没收裁判的争议点所设的非常救济程序,其审理范围也应以此为限,除非案外人的权利主张和被告人的罪责(有责性)问题之间存在事理的关联性,否则就没有必要把审理的范围延伸至罪责(有责性)问题。经审理,法院认为申请撤销已生效的没收判决有理由的,应以裁定的方式将没收判决中经申请的部分撤销,属于案外人的财产应依法返还案外人。反之,法院应以裁定方式驳回申请。由于事后撤销程序是对案外人听审权的补正,经该程序所作的裁定,检察机关可以就此抗诉,案外人也可以就此上诉。

六、结 语

我国现有案外人违法所得没收制度是一种行政型没收模式,主要表现为简化的授权性实体要件和模糊的行政审批式程序,该模式固然有利于提升没收效率,但其实体要件的缺失和正当程序的缺位直接制约了没收制度功能的发挥,并有可能在效率与公正的平衡中陷入效率优先的失衡局面,进而限制了制度发展的空间。案外人违法所得没收制度的问题在于,如何通过没收要件的设置和没收程序的完善实现效率与公正价值的动态平衡,而非在职权主导的程序中片面牺牲公共利益或案外人权利。

从我国刑事没收制度的演进轨迹来看,案外人违法所得没收制度的价值平衡关键在于构建一套司法型没收模式,从而实现案外人违法所得没收的性质与案外人诉讼利益的逻辑连接,通过实体要件的法定和正当程序的保障,促使行政型没收走向完整的司法型没收。司法型没收代表一种效率与公正价值的动态平衡模式,构建以审判为中心的案外

人违法所得没收制度,需要在遵循法律保留原则的前提下实现没收要件的法定化,设定转移型、继承型、竞合型没收的一般要件、特别要件和排除没收事由。同时,根据诉讼利益理论,对没收的程序予以诉讼化改造,明确案外人参与的诉讼阶段与方式,细化案外人诉讼权利的内容与限度,确保案外人能够以当事人的地位有效参与到没收程序中来。在此基础上,通过证明机制和事后救济程序的构建,来抑制快速没收的冲动并减少权利救济的障碍,通过案外人违法所得没收程序的正当化运行促进经济社会中犯罪控制、交易安全和人权保障价值的动态平衡。

Abstract: China's laws and relevant judicial interpretations have constructed an efficiency-oriented administrative confiscation model by establishing three types of confiscation of illegal gains of third parties: transfer type, inheritance type, and concurrence type, and providing provisions in principle for third parties to participate in litigation procedures and seek remedies. However, this model has deficiencies in substantive elements and due process, making it difficult to provide effective institutional protection for the legitimate property rights and interests of third parties. The institutional design of the system for confiscating illegal gains of third parties in China should balance the values of efficiency and justice, shifting from an administrative confiscation model to a judicial confiscation model, in order to match the needs of balancing interests in confiscation involving third parties and safeguarding their litigation interests. The judicial confiscation model is premised on the statutory requirements for substantive elements of confiscation. It balances the state's interests in confiscation, the reliance interests of third parties, and the restitution interests of victims through the limitation of statutory elements and the clarification of exclusionary circumstances. Meanwhile, the model is safeguarded by the establishment of due process for confiscation. Through the substantiation of litigation participation, the clarification of proof mechanisms, and the construction of subsequent remedy procedures, it forms the procedural rules for the judicial confiscation model, thereby facilitating the effective realization of the value of transaction security in the economic and social sphere.

(责任编辑: 王 楷)