

挪移型第三人涉案财物刑事追缴的判断标准和范围

刘浪秀

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年6月5日; 录用日期: 2023年6月21日; 发布日期: 2023年9月4日

摘要

第三人取得违法所得方式中最具研究价值的是“挪移型取得”, 犯罪行为人将违法所得投入市场, 实质上赋予了涉案财物糅合法因因素的可能。我国对挪移型第三人涉案财物刑事追缴的标准和范围尚无明确规定, 司法机关应对特定物追缴到底以实现受害人特殊保护, 对种类物的追缴则需综合考量第三人主观状态、交易价格、交易手段等因素, 在利益衡量理念指导下做出正确判断。就追缴范围而言, 即使第三人主观“非善意”, 也要排除其在交易中支付的合理对价, 对于耦合第三人合法劳动而产生的增值部分不应追缴, 对市场规律作用必然产生的增值部分予以追缴, 禁止肆意扩张追缴范围, 以刻画对挪移型第三人涉案财物刑事追缴的合理边界。

关键词

第三人, 追缴范围, 追缴标准, 违法所得

The Criteria and Scope of the Criminal Recovery of the Property Involved by the Third Party in the Transfer Type

Langxiu Liu

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Jun. 5th, 2023; accepted: Jun. 21st, 2023; published: Sep. 4th, 2023

Abstract

The most valuable research value in the way of obtaining illegal income by a third person is “trans-

fer acquisition". The criminal actor puts the illegal income into the market, which essentially gives the property involved the possibility of combining legal factors. There is no clear stipulation on the standard and scope of the criminal recovery of the property involved in the case of the third party in China. Judicial organs should recover the specific property in order to realize the victim's special protection. The recovery of the species needs to comprehensively consider the subjective state of the third party, transaction price, transaction means, and other factors and make a correct judgment under the guidance of the concept of interest measurement. As far as the scope of recovery is concerned, even if the third party is subjectively "not in good faith", it is necessary to exclude the reasonable consideration paid in the transaction. The value-added part generated by the coupling of the third party's legal labor should not be recovered, and the value-added part inevitably generated by the role of market laws should be recovered. It is prohibited to arbitrarily expand the scope of recovery to depict a reasonable boundary for the criminal recovery of the property involved in the transfer to the third party.

Keywords

The Third Party, Scope of Criminal Recovery, Criteria of Criminal Recovery, Illegal Income

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近年来,我国在打击犯罪上取得较为显著的成果,但在违法所得追缴、没收上却举步维艰,刑事案件审判呈现出多服务于国家社会而忽视受害人利益的特点。涉及受害人和第三人财产的处置问题一直是我国刑法热点之一,部分学者认为违法所得不存在合法取得空间,第三人只能通过其他途径解决,否则有违古老正义观;部分学者则认为不宜过度介入公民私有财产的争议,主张第三人对涉案财物特定情况下的善意取得。事实上,我国已经确立了违法所得善意取得制度,但因缺乏具体判断标准而造成审判阶段的措辞含糊、执行阶段的不作为或乱作为,加之犯罪行为人多对违法所得进行隐匿、交易,追缴机关面对“无辜”的第三人更是束手无策,难以发挥司法追缴实效。在此背景下,深入研究我国对第三人通过市场交易取得涉案财物情形下的追缴标准和追缴范围,可谓“正当其时”。

2. 挪移型第三人涉案财物追缴的层次性判断

第三人取得涉案财物的方式主要有三类,分别是代理型取得、挪移型取得和履行型取得。代理型取得案件中,犯罪行为人为了他人而实施违法行为,该第三人因此取得不法利益;挪移型取得是指犯罪行为人以无偿或有瑕疵的法律交易,将其犯罪所得转由第三人取得;履行型取得是指犯罪行为人为了履行无瑕疵且具有合理对价关系的合法交易法律义务,将不法利益转移给善意第三人[1]。代理型取得和履行型取得案件在司法实践中不存在理论障碍,无需赘述研究。反之,挪移型取得是第三人获取违法所得的常见方式,在实践中存在诸多法律认定和适用问题,具有较强探讨价值。

我国对违法所得追缴范围的规定经历了从全盘追缴到选择性追缴的过程,最高人民法院研究室在1992年《关于对诈骗后抵债的赃款能否判决追缴问题的电话回复》中曾指出“赃款赃物的追缴并不限于犯罪分子本人,应一追到底,即使是享有债权的人善意取得的赃款,也应追缴”,而现行《刑法》第64条虽然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,实际上却设置了例外。笔者认为

“应否追缴”的实质是进行必要性和合理性判断，考察不法性是否延伸到交易环节、延伸到哪一环节。司法机关应当对涉案财物性质、第三人主观状态等因素实施递进式判断，以契合立法和实践发展的双重需要。

2.1. 涉案财物的性质判断

2.1.1. 不具替代性的特定物：应予追缴

若流入市场的违法所得是特定物，司法机关应追缴到底，主要理由如下：

首先，我国立法保护具有特定人格属性的物，如婚戒、宠物、具有特殊含义的书报照片等。特定物除了财产价值，更具有精神寄托价值，当特定纪念物“受到侵害而毁损、灭失后，其中包含的人格象征意义即人格利益就随之消灭，因而造成受害人的严重精神损害”[2]。其不可替代性决定了在面对善意第三人对市场秩序的合理期待时，立法不能只维护市场秩序而忽视受害人。

其次，挪移型取得涉案财物的第三人权利救济途径具有可选择性和可实现性，追缴特定物不会对其利益造成不可弥补的损害。我国虽规定经过追缴或责令退赔仍不能弥补被害人损失时可通过民事诉讼加以解决，但未明确如何理解适用该条件，允许另行起诉的案件类型包括哪些，刑事判决对民事判决的约束力和影响力到底体现到何种程度等问题[3]。此外，在特定物尚存情况下，被害人从犯罪行为人处获取等值财物对其精神抚慰意义有限。第三人返还特定物时，可请求被害人支付合理对价，或者就成本和对价向交易相对人主张违约责任，第三人由于缺乏对特定物的精神依赖而更可能被救济。

2.1.2. 一般种类物或等价物：可适用善意取得

需要注意的是，在涉案财物非特定物或该特定物已经毁损、灭失的情况下受害人则难以主张一追到底，因为此时受害人所受损失的弥补方式单一——通过一般种类物或等价物进行赔偿。总而言之，涉案财物为一般种类物或等价物时，允许第三人善意取得是经济平稳运行应有之义。

2.2. 挪移型第三人的主观状态认定

2.2.1. 第三人是否为特殊主体的考量

此处所言“特殊第三人”，系指与犯罪行为人具有正向密切关系的人，包括但不限于其家人、近亲、密友、长期进行赃物转手经济合作伙伴。“特殊第三人”取得违法所得的，原则上应当予以追缴。

利用“特殊第三人”转移违法所得是犯罪行为人常用手段。比起向陌生人兜售，犯罪行为人在取得涉案财物后更愿意向其亲朋赠与或售卖，凭借亲密关系中的信任感和偏袒心理，犯罪行为人遭受质疑的可能性更低、销赃成功率更高。在不少案件，罪犯家属是非善意取得的第三人，且其获得的赃款赃物用于家庭投资或者还债，如果对该部分不予认定，不将这些罪犯家属作为非善意取得的第三人相对就易导致司法实践中的追赃不利[4]。因此对第三人主体身份的考量在挪移型涉案财物追缴中具有现实指导意义。对普通社会主体，司法应当默认其“善意”，除非公权力机关有证据证明其具有恶意，而对“特殊第三人”，采取默认非善意标准更有利于违法所得追缴，否则将囿于主观状态证明难度而导致司法执行力和公信力双双下降。

对“特殊第三人”进行追缴符合社会公众对法律规范的情感期待。“回应型法”主张法律需要对民众需求和实践需要予以回应而非高屋建瓴，其所要求的开放性、参与性是通过法律机构所进行的、内生性的“探求规则和政策内含的价值”的行为，特别是法律推理和法律解释行为而得以实现的[5]。

2.2.2. 限缩“恶意”认定空间

“采取其他恶意方式取得涉案财产”为刑事财产追缴提供了兜底性法律支撑，但“法不强人所难”，市场运行具有其自发性，在法律已经用“明显低于市场价格”等标准对市场交易“正常价格”进行限定

的前提下,对第三人“恶意”的认定应当予以限制,如果处理不当,兜底条款就会成为一个无底洞[6]。排除欺诈、胁迫、强制暴力等违法手段,当事人正常协商下的交易方式、价格等应当被尊重。市场主体之间进行经济往来是利益的让渡和攫取过程,市场交易主体的逐利性促使其最大限度地降低成本,扩大获利空间。某些买受人即使出于直觉或观察认为该交易标的的来源并非正当,也会选择性地相信出卖方所称的“为自己所有”的措辞,对第三人涉案财物追缴时,不能给第三人设置过多注意义务,轻易将其买卖行为定义为“恶意”取得,不得因挪移型第三人取得涉案财物就推定其主观恶意,可参考违约救济中的恶意认定,综合考虑违约行为的性质、与合同缔结或履行的相关信息、守约方所遭受损害的救济充分性[7]。

2.3. 贯彻利益衡量理论

利益衡量理论作为影响重大的一种学术理论,主张法官于用法之际,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。对挪移型第三人涉案财物追缴中也应当结合各种影响因素进行综合性价值判断,如第三人取得涉案财物的数量、价格、时间、与犯罪行为人的交易次数、第三人的职业等。

司法机关要秉持有条理的判断顺序,特定物追缴到底,非特定物充分考量市场经济秩序和第三人的主客观方面状况,最大限度追求价值折中和“最大公约”。

检察日报报道的案例中,张某以分红方式将非营利性学校盈余的100万占为己有,又将其中30万元用以该年度数十名职工正常的绩效奖金发放[8],虽然涉案财产数量较大,但取得奖金的员工并非“无偿”获取有关财物,该奖金是其勤奋工作的对价,金钱作为一般等价物,通常采取占有即所有的判断标准,法律不得对员工注意义务限制过高,因此未对涉案财产进行追缴。

在另一案件中,被告人职务侵占公司资金后,在一直播平台充值打赏主播500万余元,对其中一个主播的打赏就高达400多万元¹。对于自然人与主播之间的法律关系是赠与还是服务合同,实践中多采后者,即肯定主播在直播中聊天、才艺展示的劳动价值,但该案中主播所得远超出平台一般打赏数额,机械肯定其劳动价值会导致个案利益失衡,法院认为“直播平台在获得高额打赏的同时未提供合理对价服务,不是善意取得”,进而主张对上述打赏充值予以追缴。

社会发展带来的附随后果是犯罪分子销赃手段的隐蔽性提升、挪移次数增加、牵涉主体更多,追缴环节止于何处、如何判断第三人的主观善意程度、追缴时如何圈定范围,上述问题都不再是简单的司法判断问题,还可能涉及政治、道德评价。利益衡量原则的适用为涉案财物追缴提供了法理支撑,为司法自由裁量空间提供了可参考的标准,在处理挪移型第三人涉案财物追缴案件时应当坚持上述原则,保障司法公正。

3. 挪移型第三人涉案财物追缴范围

第三人并没有直接参与违法犯罪活动,不能仅因为其主观缺乏无瑕疵的“善意”而否定其市场交易中付出的体力、脑力、金钱成本。追缴第三人持有的涉案财物时,应当扣除其支付给犯罪行为人或买卖相对人的对价。若涉案财物在市场交易过程中价值得到提升,则需判断是市场正常作用结果还是第三人作用结果,如甲价值30万元的古玩被盗窃后,经多次转手,卖出50万元的价格,若该20万元溢价是市场作用的正常结果,则应当予以追缴;若该20万元溢价为第三人通过加工等合法劳动手段创造的,则对价值增加部分不予追缴。主要理由如下:

3.1. 追缴制度的实质:消除不法与权利复原

对追缴制度性质的认识长时间以来并未达成一致。狭义上看,追缴是一种程序性措施,是追回违法

¹ 参见(2021)鲁06刑终443号刑事判决书。

所得的一种过程性行为，其最终有多种处理方式，如返还受害人或者没收^[9]。广义上看追缴则是将“违法所得强制收归国有”^[10]。但立足于司法实践，无论对追缴定性如何，其都将产生程序和实体上的双重影响。程序意义的追缴等于控制与保全，而实体意义的追缴与没收的相同之处，是通过利害关系人财产权益的处置，恢复受到犯罪侵害的原有合法财产权益^[11]。

不论是刑罚说、保安处分说还是混合说²，都难以概括追缴制度的实质属性——即同时具备消除不法与恢复财物之原始状态的双重追求。追缴制度并不以惩罚为最终和唯一目标，因此挪移型第三人是否能从违法所得市场流转中获利并非追缴制度的关注重点，恢复受害人权利和消除涉案财物“不法状态”才是追缴制度的追求，对高于涉案财物市场价值的部分价款进行盲目追缴不具可取性。

3.2. 违法所得没收与投资收益追缴的经验：肯定合法劳动价值

德国对违法所得没收自 1975 年起采取净额原则，1992 年后采取总额原则，总额原则与净额原则的区别在于是否将犯罪支出纳入没收范围。需要指出的是，总额原则并非对违法所得无差别没收，而是区分绝对总额与相对总额，按照相对总额的观念，若交易自身并非为法律所禁止，则沾染不法部分仅限于因不法取得方式所产生的获利部分而已，并非全部的利益^[12]。与我国仅规定了要对违法所得进行追缴或没收，但未明确具体范围不同，《德国刑法典》第 37 条规定，“在确定所得利益的价值的时候，应当扣除正犯、共犯或第三人的费用”。

虽然我国司法实践并未对挪移型第三人涉案财物追缴范围进行系统探讨，但对于犯罪所得投资收益的讨论已有深度。对于行为人利用赃款、赃物经过投资所获取的收益，部分学者认为属于“违法所得的一切财物”而应当予以追缴^[13]；部分学者认为不得任意对违法所得进行扩张，主张“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”^[14]。针对上述情况，有学者主张将其进一步细分为纯粹资本型收益与“资本与劳动”相结合的收益，利用犯罪所得进行合法投资，如果能肯定劳动价值投入在投资收益中的相当性，则应对劳动投入形成的价值予以保留，对投入资本区分合法资本和不法资本，按比例进行追缴^[15]。

不论是德国对违法所得没收范围的规定，还是我国学者对违法所得投资收益追缴范围的思考，都体现出同一种价值取向：在合法范围内，即便原始资本具有不法性或权利瑕疵，有关主体在其中付出的劳动对价依然具有应当被法律承认和肯定的价值。

3.3. 扣除对价的合理性证成：行为成本计算

实际上，我国法律发展过程中对违法所得数额计算的规定既有过总额说，也有过净额说。如《法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定“对于行为人实施金融诈骗活动而支付的中介费、手续费、回扣等，或者用于行贿、赠与等费用，均应计入金融诈骗的犯罪数额”，而最高法《关于依法惩处生产销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得”数额的批复》规定“‘违法所得数额’是指生产销售伪劣产品获利的数额”。笔者认为，上述规定是为犯罪行为人而设，并不当然适用于挪移型取得涉案财物的第三人。

对挪移型取得涉案财物的善意第三人而言，除特定物外，不得追缴其取得的涉案财物已成为司法共识。对非善意第三人进行追缴时，笔者主张扣除第三人为取得前述财物所支付的对价。如我国对犯罪行为用人用违法所得进行投资取得收益进行的讨论一般，主体倾注在有瑕疵的财物中的合法劳动缺乏追缴基

² 刑罚说认为追缴制度是一种国家强制力的惩罚措施。保安处分是以行为人所具有的社会危险性为基础，在进行社会保安的同时，以改善、治疗行为人为目的的国家处分。张明楷教授认为只有将没收违法所得作为保安处分或行政措施，才能没收任何人的违法所得，从而实现公平正义。混合说则认为不应将对违法所得的没收单一地归入刑罚或者保安处分，应当根据没收的性质和具体犯罪的内容规定来判断。

础，第三人即使在非善意的主观支配下购买涉案财物，也不影响其付出的时间、金钱、精力等成本。如第三人甲花 5 万元从罪犯乙手中购入其盗窃所得原价 8 万元的名酒，又以 6 万价格卖出给丙，则对甲进行追缴时，应当将其购买名酒所支付的 5 万元对价予以扣除，将其所赚 1 万元予以追缴。本案中，甲看似没有损失，但实际上其支付的行为成本没有得到相应回报，甲不仅没有从中获利，还因自己的瑕疵行为导致行为成本损失。故法律不必再为其设置额外法律负担，一方面甲已有与其非善意行为相称的行为成本损失，另一方面甲并非违法犯罪主体，为其权利设限有违宪之嫌。

3.4. 保有高于市场价值部分：市场规律判断

另举一例，甲花 5 万元从罪犯乙处购入其盗窃的原价 8 万元的名酒，又以 10 万元的价格将其卖与丙。此时追缴范围是否涵摄高于涉案财物原市场价值部分，是值得探讨的问题。笔者认为，对高出被害人损害的部分是否予以追缴，主要看该收益是属于市场调节的高度盖然性结果还是或然性结果。换言之，如果该物在交易期间受到市场自发调节后产生的后果极有可能或高度可能是价值高于原价，则高出原价值部分应当予以追缴，因为有关第三人仅仅是搭乘市场作用规律的顺风车，并没有因此付出法律不可忽视的劳动，如果让其从中获益，将导致类似犯罪中恶意第三人数量的增加，同时导致交易复杂程度提升，通过多次倒卖逃避法律规制，最终造成司法追缴难度上升。

反之，如果根据市场运作的一般规律，涉案财物转让价格一般不高于其原本市场价格，但经过该第三人的包装、成本付出，提升了涉案财物市场价值，则追缴范围就应当只包括其原市场价值，而对高于市场价值的部分不予追缴，因为第三人在其中付出的劳动是合法且有价值的，并非单纯市场资本运作的结果。如果严格执行赃款的“一追到底”，将会导致市场交易主体对所达成的交易怀着高度不安全感和对对自己是否拥有交易所得财产所有权的极度不确信^[16]。第三人将一颗价值 10 万元的钻戒买入后进行加工，再以 12 万元的价格出卖给他人，由于一般情况下市场自行调节不会导致二手钻戒价格高于原市场价，高出部分主要来自第三人投入的合法劳动，对高出部分即不应追缴。同时还需注意，如果第三者只是找到技术工人进行加工，对该加工支付了对价，则高出市场价格部分也应当予以追缴，因为第三人付出的寻找工人的劳动成本，不足以抵销其取得涉案财物的主观瑕疵状态，基于涉案财物的所得无法律保护的必要性，但对高出部分进行追缴时同样应对其支付给工人的对价予以扣除。

4. 结语

纵观我国立法沿革，刑法一直保有对非犯罪主体权益维护之谨慎态度，避免侵入公民私权自决领域，当代犯罪发展特点则力图模糊合法与非法、犯罪行为与一般交易行为的边界，案外人、利害关系人、第三人等诉讼主体的出现不断为刑事案件处理制造障碍。

实现违法所得追缴、消解“执行不能”已经成为应对我国刑事诉讼“重人轻物”问题的重要措施，对挪移型第三人涉案财物予以追缴，其实是刑法对不法的本能反应。市场运行规律催生挪移型取得涉案财物的复杂情形，在破坏市场经济秩序、侵害公民财产、妨害社会管理秩序等案件中皆涉及对违法所得追缴与否、范围大小的判断。为了平衡追缴目的和社会秩序，一方面，需要对涉案财物性质、第三人主观状态进行认定，综合考量对涉案财物追缴的正当性和必要性，秉持对特定物“一追到底”、对种类物分情况追缴的原则。另一方面，需要正确划分第三人在取得涉案财物过程中的获益与成本、有价值劳动与市场运行规律，明确追缴范围。

致 谢

本次论文写作过程中笔者得到了任课老师和研究生导师的多次帮助，老师们关注学术界理论和实践

前沿问题，并无私地与我们分享。为完成此次论文，笔者拜读了不少法学大家的文章和著作，有的已经在本文中引用，有的则内化于笔者个人的知识库，感谢上述前辈的付出，为中国法学发展提供有力支撑，也为如笔者一般初涉学术的学子提供指引。也感谢《法学》杂志的编辑老师，于百忙之中查看本文，为促进法学问题的传播、分享和讨论辛勤工作。

参考文献

- [1] 林钰雄. 利得没收新法之审查体系与解释适用[J]. 月旦法学杂志, 2016(4): 16-18.
- [2] 杨立新. 民法典对侵害具有人身意义的特定物精神损害赔偿规则的完善[J]. 湖南大学学报(社会科学版), 2020, 34(5): 111-118.
- [3] 蔡一博, 陈帅. 刑事责令退赔后被害人提起民事诉讼的类型分析与处理规则[J]. 人民司法, 2021(7): 13-18.
- [4] 周红亚, 钱毅骏, 陆丽磊. 检察机关财产刑执行监督中相关问题探析及机制研究[C]//上海市法学会. 《上海法学研究》集刊(2019年第20卷总第20卷)——上海市青浦区检察院文集. 上海: 上海人民出版社, 2019: 16-22.
- [5] 梁平, 张亦弛. “回应型法”的泛化运用及匡正[J]. 山东社会科学, 2021(6): 163-170.
- [6] 陈兴良. 法定犯的性质和界定[J]. 中外法学, 2020, 32(6): 1464-1488.
- [7] 洪国盛. 论作为违约救济的获利交出[J]. 中外法学, 2022, 34(5): 1363-1380.
- [8] 邱巧红, 辛国升. 发给职工的30万奖金该不该追缴[N]. 检察日报, 2021-01-05(007).
- [9] 程艺珺. 论我国刑事违法所得追缴机制的完善[D]: [硕士学位论文]. 长春: 吉林大学, 2018.
- [10] 胡康生, 郎胜. 中华人民共和国刑法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 1-4.
- [11] 张勇, 王丽珂. 有组织犯罪涉案财产处置的比例适用及产权保护[J]. 中州学刊, 2022(10): 51-60.
- [12] 林钰雄. 没收新论[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2020: 140
- [13] 纪文哲. 论犯罪所得投资收益之剥夺[D]: [硕士学位论文]. 南京: 南京大学, 2017.
- [14] 韩忠谟. 刑法原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 375.
- [15] 左袖阳. 违法所得投资收益的追缴: 判断标准与追缴范围[J]. 中国法律评论, 2022(4): 208-215.
- [16] 孟强, 张静静. 善意取得抑或赃款追缴——赃款直播打赏民刑交叉问题的实证研究[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2022, 24(2): 105-120.