

乔宇◎著

刑事涉案财物 处置程序

DISPOSAL
PROCEDURE OF
CRIMINAL PROPERTY

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

DISPOSAL

PROCEDURE OF
CRIMINAL PROPERTY

在刑事诉讼领域，相对于追究行为人刑事责任的“对人之诉”，处理涉案财物的“对物之诉”备受当事人和社会公众关注。

本书针对刑事涉案处置程序中的突出问题，在进行理论剖析的基础上，结合作者的工作经验和实践，给出了解决问题的建议和操作方案，体现了理论与实践相结合、解决实际问题的基本思路。本书分别从刑事涉案程序的法律性质、基本原则、审前查控、审前处分、审判程序、执行程序等多个角度全面解读了司法实务中常见的热点和难点问题。



中国法制出版社
官方微信



法律阅读
从未如此有趣

上架建议 刑事法律实务

ISBN 978-7-5093-9426-7



9 787509 139426 7 >

定价：79.00元

乔宇◎著

刑事涉案财物 处置程序

DISPOSAL

PROCEDURE OF
CRIMINAL PROPERTY

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事涉案财物处置程序 / 乔宇著. —北京: 中国法制出版社, 2018. 7

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9426 - 7

I. ①刑… II. ①乔… III. ①刑事诉讼 - 研究 - 中国
IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 093353 号

策划/责任编辑: 陈兴 赵文博

封面设计: 杨鑫宇

刑事涉案财物处置程序

XINGSHI SHEAN CAIWU CHUZHI CHENGXU

著者/乔宇

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2018 年 7 月第 1 版

印张/ 20.5 字数/ 295 千

2018 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9426 - 7

定价: 79.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66010405

市场营销部电话: 010 - 66033393

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010 - 66032926)

乔宇

山东青岛人，南开大学法学学士、北京大学诉讼法硕士、中国人民大学诉讼法博士，主要研究领域：强制执行法、民事诉讼法、刑事诉讼法。在《法律适用》《人民司法》《中国版权》《中国国土资源报》《执行工作指导》等刊物发表论文、案例分析三十余篇。《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》《最高人民法院关于执行担保若干问题的规定》两部司法解释起草工作的承办人。独著：《强制执行前沿与热点问题》（2018）、《执行异议复议与异议之诉》（2018）。参著：《新民事诉讼法理解适用与实务指南》（2012、2015修订版）、《最高人民法院执行案例精选》（2014）、《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息司法解释理解与适用》（2014）、《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题规定理解与适用》（2015）、《最高人民法院关于人民法院执行最新司法解释统一理解与适用》（2015）、《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定理解与适用》（2017）、《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》（2017）等多部书籍。

前 言

本书是在我的博士论文基础上修改补充而成。在书稿付梓之际，回顾博士学习期间的点点滴滴，有些话需要写在前面。

选择刑事涉案财物处置程序作为博士论文选题，是我在司法实务工作中逐渐产生的想法。刑事涉案财物处置涉及刑事诉讼程序深层次的法律问题。实务中暴露出的各种有关涉案财物的矛盾冲突无不说明，刑事涉案财物处置程序中的问题是我国刑事诉讼制度多项顽疾长期难以治愈的集中体现，从中也可以窥见我国刑事诉讼程序在一些重大问题上始终裹足不前的深层原因。基于这一理由，我依然选择刑事诉讼法作为博士学习的研究方向，并将撰写一篇有关刑事涉案财物处置程序的论文作为博士论文选题。本书中的一些学术观点和思想，在目前刑事司法制度框架下可能难以成为现实，也许只能停留在理论探讨层面。但是，至少在理论构思上，我依然不想与这些现实问题妥协，将自己的想法落于笔端，以期对未来刑事诉讼制度的改良有所裨益。当然，理论研究在很大程度上是为了解决现实问题。所以，在本书的写作过程中，我还是用大量篇幅关注、思考现实问题，提出了详细的解决方案和处理意见，以至于有的学者指出：“这不像是篇博士论文，更像是一部实务作品”。也许是在实务部门工作的缘故，我始终无法完全抛开对某些具体法律问题的分析研判，而只进行纯粹抽象的理论思考，致使书中有很多内容是在探讨如何解决某些具体实务操作问题。

我要向我的博士生导师中国人民大学法学院甄贞教授表达诚挚的谢意。感谢甄老师不嫌弟子愚钝又兼在职读博的多种不便，仍将我收入门下悉心培养。甄老师工作繁忙，然而每当我学业所需，请求老师授业解惑

时，甄老师总是牺牲自己的休息时间，及时给予学术指导和帮助。甄老师对学生的关心爱护，在刑诉圈里有口皆碑；对学生的教诲如春风化雨、柔和细腻，让人感觉不到为师者的严厉，更像是朋友之间畅所欲言，但又不失师者的威严。这让我在跟随甄老师求学期间，没有感到来自导师的压力，而是在平和自然的师生关系中度过了三年学习时光。甄老师对学生的关心不仅体现在学业上，学生们在生活中、事业上遇到问题时，甄老师也会施以援手，帮助我们渡过难关。

我还要向我的硕士生导师北京大学法学院陈瑞华教授表达诚挚的谢意。我在中国人民大学读博期间，也得到了陈瑞华教授的耐心指点与无私帮助。在本书的写作过程中，陈瑞华老师提出了很多宝贵意见和建议，使书稿得以顺利完成。陈老师是改变我一生命运的导师，当年若非承蒙陈老师不弃，将我收入门下，我或许无缘刑诉，更无法近距离聆听名师教诲，得到受用终生的“独门技艺”。

感谢我的父亲母亲，他们劳碌半生的经历教给了我吃苦耐劳、不惧困难的精神；感谢我的岳父岳母，他们每年都会来北京和我们同住一段时间，帮助我们照顾孩子、分担家务，让我们能够安心工作、享受生活；感谢我的爱人王婧女士，作为一名医务工作者，在承担繁重的临床工作和科研压力的同时，还要担负起养育孩子、照顾家庭的重担，却依然乐观地支持我利用业余时间写作。本书的出版也凝聚着她的期望与心血。最后，感谢中国法制出版社陈兴编辑、赵文博编辑，正是他们认真细致的工作，本书才得以与读者见面。由于研究水平有限，书中难免存在疏漏错误之处，敬请读者批评指正。

乔 宇
2018年6月

目 录

导 论	1
一、问题的提出	1
二、研究对象的确定	3
三、内容结构	4
第一章 刑事涉案财物处置的法律性质	7
第一节 刑事涉案财物处置概述	7
一、刑事涉案财物的含义、法律特征及类型	7
二、刑事涉案财物处置的种类	12
三、关于刑事涉案财物处置法律性质的理论观点	13
四、对刑事涉案财物处置理论学说的分析与评价	15
五、多元属性说的确立	18
第二节 对物的保安处分——没收违禁品及供犯罪所用之物	19
一、对物的保安处分	20
二、对物的保安处分在我国的适用对象和范围	21
三、违禁品、供犯罪所用之物的界定	24
第三节 国家公法债权实现方式——没收违法所得上缴国库	26
一、如何理解我国刑法中的违法所得	27
二、没收违法所得上缴国库的法律性质——国家公法债权的实现	31
三、关于违法所得“追缴”措施的分析与评价	34
第四节 被害人财产救济措施——返还被害人财产或 责令退赔	37
一、责令退赔的含义	37
二、返还被害人财产或责令退赔的法律性质	39

三、返还被害人财产或责令退赔与刑事附带民事诉讼、普通民事诉讼的区别	40
第二章 刑事涉案财物处置程序的基本原则	43
第一节 刑事涉案财物处置程序基本原则的正当性基础	43
一、财产权保障的价值理念	43
二、程序正义的价值理念	50
三、效率的价值理念	55
第二节 刑事涉案财物处置程序的基本原则	58
一、法律保留原则	59
二、司法审查原则	62
三、比例原则	69
第三章 刑事涉案财物的审前查控程序	75
第一节 对物强制措施的含义和功能	76
一、对物强制措施的含义和主要种类	76
二、对物强制措施的程序功能	78
第二节 构建对物强制措施司法审查程序的必要性	83
一、我国刑事侦查程序中对物强制措施制度存在的问题	83
二、建立对物强制措施司法审查制度的必要性	90
第三节 构建对物强制措施司法审查程序应明确的法律问题	96
一、对物强制措施司法审查程序的启动	98
二、对物强制措施的事前审查——令状原则的适用	100
三、对物强制措施的事后审查——令状原则的例外	104
四、对物强制措施适用财物的限制	107
五、侦查法官制度的建立	110
六、对物强制措施司法审查中的证明标准	111
七、对物强制措施司法审查中的救济程序	113
第四节 刑事涉案财物查封、扣押、冻结后的保管问题	117
一、我国刑事涉案财物保管制度现状	117
二、刑事涉案财物保管制度存在的问题	121
三、刑事涉案财物保管制度的改革方向	122

第四章 刑事涉案财物的审前处分程序	126
第一节 审前处分刑事涉案财物的主要情形及存在的问题	127
一、审前处分刑事涉案财物的主要情形及法律依据	127
二、刑事涉案财物审前处分程序存在的问题	131
第二节 审前处分刑事涉案财物的法律条件——以返还被害人财产为主线 的分析	133
一、审前返还被害人财产的正当性问题	133
二、审前返还被害人财产法律条件的主要观点	135
三、我国审前返还被害人财产应当具备的法律条件	137
第三节 审前处分刑事涉案财物的法律程序——以司法审查程序的建构为中心	140
一、建立审前处分涉案财物司法审查机制的正当性和必要性	141
二、“以审判为中心”的诉讼制度改革对司法审查制度的要求	143
三、司法审查的例外情况	144
四、刑事涉案财物审前处分程序的重构	147
第四节 错误处分涉案财物的回转程序及国家赔偿	151
一、错误处分刑事涉案财物的回转程序	151
二、对财产损失的国家赔偿	153
第五章 被告人到案情况下刑事涉案财物审判程序	155
第一节 刑事审判的第四种形态——刑事涉案财物裁判	157
一、刑事审判的三种形态	157
二、刑事审判的第四种形态——刑事涉案财物裁判	161
第二节 控辩双方参与下的刑事涉案财物审判程序	166
一、刑事涉案财物的控诉程序	167
二、刑事涉案财物的移送问题	169
三、刑事涉案财物的辩护程序	171
四、刑事涉案财物的保全和临时处分程序	171
五、刑事涉案财物的审判程序	173
第三节 利害关系人参与下的刑事涉案财物审判程序	176
一、刑事诉讼四方构造的形成及刑事诉讼第三人概念的提出	177

二、利害关系人的范围	179
三、利害关系人的抗辩事由	184
四、利害关系人参与诉讼的模式	188
五、利害关系人参与诉讼的具体程序	193
第四节 被告人到案情况下刑事涉案财物审判程序的几个法律	
问题	196
一、刑事涉案财物审判中的证据和证明问题	196
二、刑事涉案财物认定和处理的裁判宣告问题	203
三、刑事涉案财物的补充裁判程序	205
四、未被公安司法机关控制的违法所得是否判处继续追缴	207
五、特别程序与普通程序的转换	211
第六章 犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件的刑事涉案财物	
审判程序	214
第一节 独立没收程序的一般理论	217
一、独立没收程序的含义和特征	217
二、独立没收程序的法律性质——基于比较法的分析	222
三、独立没收程序与正当程序的关系	231
第二节 独立没收程序的适用范围和适用条件	233
一、独立没收程序适用的案件范围	233
二、独立没收程序的适用条件	240
第三节 独立没收程序中的审判程序问题	242
一、独立没收程序的启动——检察机关提出申请	242
二、独立没收的审判程序	246
第四节 利害关系人参与诉讼的程序问题	252
一、利害关系人范围的界定	252
二、利害关系人权利的程序保障	253
三、利害关系人的抗辩理由	256
第五节 独立没收程序中的证据和证明问题	258
一、证明对象的范围	258
二、证明责任的分配	261

三、证明标准的确定	263
四、推定的适用	270
第七章 刑事涉案财物裁判的执行程序	273
第一节 刑事涉案财物裁判的执行主体	274
一、刑事涉案财物裁判执行主体的现状和权限划分	274
二、侦查机关充当执行主体的合理性和可行性	276
第二节 执行程序中司法审查制度的构建	281
一、构建执行程序司法审查制度的必要性	281
二、法院在刑事涉案财物执行程序中的裁判职能	283
第三节 刑事涉案财物执行的一般程序	285
一、执行程序的启动	285
二、刑事涉案财物的控制性执行措施	286
三、刑事涉案财物的处分性执行措施	289
四、刑事涉案财物的执行救济程序	291
第四节 刑事涉案财物具体处置事项的执行问题	292
一、责令退赔或返还被害人财产的执行	292
二、违禁品及供犯罪所用之物的处理	296
三、没收涉案财物上缴国库的执行程序	297
结 语	301
参考文献	306

导 论

一、问题的提出

刑事涉案财物的认定和处理，在司法实践中有很多程序问题没有法律规定，亟待规范。与此相关的刑事诉讼理论研究也比较薄弱。刑事涉案财物的认定和处理程序几乎可能和每一起刑事案件发生联系，特别是经济犯罪、贪污贿赂犯罪等涉及财产的犯罪形态与涉案财物的关系更为紧密。而刑事涉案财物的认定和处理程序却往往得不到重视，不利于刑事诉讼中财产权利的程序保障。

（一）实践中的问题

司法实践方面，刑事涉案财物处置程序主要存在以下问题：

1. 侦查阶段查控和处分涉案财物不受司法审查监督。侦查机关对刑事涉案财物的保全和处分，完全由侦查机关自己决定、自我授权。我国现行刑事诉讼程序没有中立的司法机关介入刑事侦查程序，侦查机关查控、处分刑事涉案财物的行为缺乏有效的法律约束，对刑事涉案财物的查封、扣押、冻结以及审前发还被害人等处分程序均处于侦查机关的直接控制之下。这种封闭式权力运行模式，给司法机关监督侦查机关对刑事涉案财物的侦查行为带来制度上的障碍。侦查机关在对刑事涉案财物采取查封、扣押、冻结措施，以及审前发还被害人、对特定财物进行临时变价处分等行为过程中，侵害当事人及利害关系人合法权益的情形时有发生。

2. 刑事涉案财物的移送和保管不规范。刑事涉案财物在公检法机关之间的移送和保管环节存在很多不规范之处，目前我国尚无统一规范公检法机关刑事涉案财物保管和移送的法律规定。各机关均自行制定适用于本机关的规范性文件，刑事涉案财物统一管理的制度尚未形成。大量案件的涉案财物没有做到随案移送，仍由侦查机关一直控制、保管，甚至到了案件执行阶段，涉案财物仍

在侦查机关处。另外，在刑事涉案财物的保管过程中，也出现财物毁损、挪用、私分等诸多问题。

3. 刑事涉案财物审判程序尚不完善。公诉机关尚未普遍将对刑事涉案财物的指控全部纳入公诉范围。公诉书中未对涉案财物问题提出明确、具体的指控意见；对于涉案财物数量较多的案件，未附财产清单，导致刑事涉案财物公诉内容不明确，给法院审理刑事涉案财物问题带来不便。由于刑事涉案财物指控的具体内容不明，给刑事涉案财物辩护也造成了不利影响。除此以外，对涉案财物的认定和处理方式尚未完全纳入法院刑事审判的范围，很多案件的判决主文对刑事涉案财物问题没有清晰、明确的裁判结论，法院只是在生效判决中对涉案财物问题进行笼统表述，导致涉案财物裁判内容不明确、不具体，给判决生效后涉案财物的执行造成不利影响。

4. 刑事涉案财物执行程序混乱。具体表现在，刑事涉案财物的执行主体分散，公检法多个机关均享有刑事涉案财物执行权；执行程序缺少明确的法律规范约束，很多案件涉案财物的执行较为混乱；对涉案财物执行程序没有形成有效的权力监督和权利救济机制；等等。

5. 当事人、利害关系人权利救济途径不畅。当事人、利害关系人对侦查机关在侦查和审查起诉阶段查控、处分涉案财物的行为，缺乏有效的权利救济途径，难以对侦查机关的诉讼行为实施有效监督和制约，刑事涉案财物的侦查程序呈现有利于侦查机关的“一边倒”式的局面。加之，我国刑事侦查程序中没有中立的裁判者介入，侦查机关完全主导侦查程序，当事人、利害关系人没有将其对涉案财物的权利诉求提交中立裁判者审查的法律程序，只能向侦查机关提出诉求，这种刑事诉讼构造对当事人、利害关系人权利救济极为不利。利害关系人对刑事涉案财物审判的参与机制有待继续完善，很多案件刑事涉案财物的利害关系人本应参与刑事诉讼，但由于没有明确的程序参与途径，导致未能及时参加刑事审判，丧失维护自身财产权利的有利时机。我国当事人、利害关系人在刑事涉案财物执行中的权利救济途径非常有限，不利于当事人、利害关系人对违法处置刑事涉案财物的执行行为寻求司法救济。总体而言，我国刑事涉案财物处置程序中，当事人、利害关系人权利救济机制非常薄弱。

（二）理论研究中的问题

理论研究方面，我国目前对刑事涉案财物处置程序的研究也较为粗疏，对

于很多重大程序问题缺乏有说服力和解释力的理论学说。虽然我国目前在犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡情形下涉案财物的处置程序方面取得了一定的研究成果,但这些研究对司法实务的需求来说相去甚远。一方面,理论研究的广度不够,对于刑事涉案财物在审前阶段的保全和处分程序,以及被告人到案情形下刑事涉案财物审判程序的研究成果有限,很多研究尚未涉及这些领域,对于刑事裁判生效后涉案财物的执行程序更是鲜有涉及。另一方面,理论研究的深度不够,对于刑事涉案财物处置程序的理论基础,审前查控和处分涉案财物中的权力制衡问题,在侦查阶段建立对物强制措施司法审查制度的必要性、可行性问题,以审判为中心的诉讼制度改革如何在刑事涉案财物审判中得以体现,刑事涉案财物审判权与执行权的关系等重要理论问题,理论界尚未形成深入系统的程序理论体系。

由于刑事涉案财物处置程序在理论和实践中存在诸多问题,对我国当前刑事涉案财物处置程序问题进行研究具有重要的现实意义。

二、研究对象的确定

本书以刑事涉案财物处置程序问题为研究对象,重点分析刑事涉案财物处置程序中的法律问题,从程序法角度对刑事涉案财物的查封、扣押、冻结程序,审判程序和强制执行程序进行探讨。“刑事涉案财物”是指由国家司法机关依法认定的与犯罪有关并应当予以追缴、没收、责令退赔的财物。《中华人民共和国刑法》第64条对犯罪分子违法所得、供犯罪所用的本人财物以及违禁品规定了追缴、责令退赔、没收等处置措施。处置程序包括狭义的处置程序和广义的处置程序。狭义的处置程序仅指对涉案财物的处分性措施,如将违法所得原物返还被害人,或者进行拍卖、变卖等变价措施后将价款上缴国库或发还被害人等改变涉案财物权属状况和法律性质的措施。广义的处置程序包括对刑事涉案财物处分创造条件的查封、扣押、冻结等保全性措施,也包括作为处分涉案财物前提的司法判定程序,还包括对涉案财物的处分性措施。中共中央办公厅、国务院办公厅《关于进一步规范刑事涉案财物处置工作的意见》采用的就是广义的处置程序。该《意见》涉及内容广泛,其中既有对涉案财物的查封、扣押、冻结程序的规范,也包括涉案财物的保管、审判、利害关系人参与诉讼及权利救济机制的完善,还包括涉案财物的执行程序,囊括了保全性措施、司法审判

和处分性措施。由于“两办”文件用“处置”一词来概括涉及刑事涉案财物的所有刑事诉讼程序，因此本书与“两办”文件的用语保持一致，用“处置程序”统称刑事涉案财物查封、扣押、冻结等保全性处置措施，司法审判程序，以及返还被害人、没收上缴国库等处分性措施，即对刑事涉案财物处置采广义的立场。本书具体的研究范围主要包括以下内容：

一是探讨刑事涉案财物处置的法律属性，以及处置程序的基础理论问题，明确刑事涉案财物处置程序的基本理论框架和研究范畴；二是研究刑事审前程序中查封、扣押、冻结等对物强制措施的基本理论问题，讨论司法审查机制在刑事涉案财物审前保全程序中的地位和作用；三是探讨刑事审前程序中对刑事涉案财物的处分问题，明确审前处分刑事涉案财物的法律条件、处分程序、当事人救济，以及审前处分涉案财物对定罪量刑的影响等法律问题；四是研究被告人到案情况下，刑事审判程序如何审理刑事涉案财物问题；五是结合刑事诉讼法特别程序的规定，分析犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡情况下，刑事涉案财物审判程序的理论和实务问题；六是对刑事裁判生效后刑事涉案财物的执行程序进行研究，从执行主体、一般执行程序、不同类型涉案财物的具体执行程序等方面深入研讨。

本书在立足现有法律规定的基础上，对刑事涉案财物处置程序中的理论和实务问题展开研究，既以现有法律制度为立论的起点，对司法实践中亟需解决的实务问题提出了解决方案，同时又兼顾诉讼制度的改革发展趋势，在司法制度的某些方面，例如对物强制措施和涉案财物审前处分司法审查制度的建立、以审判为中心的诉讼制度改革和刑事涉案财物审执分离制度的探索等，对现有做法进行了一定程度的突破，对未来改革趋势和方向提出了理论设想。但就制度改革而言，本书也不是进行面面俱到的研究。对于刚刚起步尚处于探索阶段的某些改革，例如设立国家监察委员会等改革举措，由于一些制度设计问题还在探索过程中，本书对此暂不涉及。

三、内容结构

本书按照刑事诉讼程序的流程对审前、审判和执行阶段刑事涉案财物处置程序问题进行论述。司法审查在刑事涉案财物处置程序中的地位和作用，是贯穿本书的红线。在审前阶段，围绕司法审查在查封、扣押、冻结等对物的强制

措施,以及返还被害人财产等审前处分措施中应当具备的法律地位,对刑事涉案财物审前保全和处分程序、侦查权和司法权之间的关系等法律问题进行研究;在审判阶段,区分被告人到案和不到案两种情况,对刑事涉案财物的司法审判程序进行研究;在执行阶段,除了讨论刑事涉案财物的执行实施程序外,还对执行行为合法性的司法审查,以及通过建立司法审查程序对当事人、利害关系人实现有效权利救济等法律问题探讨。本书在内容结构上共分七章:

第一章阐述“刑事涉案财物处置的法律性质”,共分四节。本章对追缴、没收、责令退赔、返还被害人财产等刑事涉案财物处置的基本概念,以及违法所得、违禁物、供犯罪所用之物等刑事涉案财物的基本类型进行了辨析,厘清相关法律概念的内涵、外延及法律制度的基本特征。除此以外,还对刑事涉案财物处置的法律性质区分各种不同情况分别进行阐释,将没收违禁物、供犯罪所用之物界定为保安处分,将没收违法所得上缴国库界定为国家公法债权的实现,将返还被害人财产或责令退赔界定为被害人民事财产权利的救济措施。

第二章阐述“刑事涉案财物处置程序的基本原则”,共分两节。本章对刑事涉案财物处置程序基本原则的正当性基础——财产权保障和程序正义的价值理念进行论述,并对作为刑事涉案财物处置程序的几项基本原则——司法审查原则、法律保留原则、比例原则和证据保全原则的主要内容做了阐释。

第三章阐述“刑事涉案财物的审前查控程序”,即对物强制措施的程序问题,共分四节。本章对搜查、查封、扣押、冻结涉案财物这些对物强制措施的含义和程序功能做了介绍,重点论述构建对物强制措施司法审查程序的必要性和应当明确的主要法律问题,涉及司法审查制度下对物强制措施的申请、事前审查、事后审查、证明、当事人和利害关系人的救济、涉案财物的保管等。

第四章阐述“刑事涉案财物的审前处分程序”,共分四节。本章对审前阶段需要处分刑事涉案财物的主要情形、应当具备的法律条件进行了分析,重点论述构建审前处分涉案财物司法审查制度的正当性和必要性,对涉案财物审前处分程序的重构提出了改革建议。除此以外,还对错误处分涉案财物的执行回转及国家赔偿等其他法律救济途径进行探讨。

第五章阐述“被告人到案情况下刑事涉案财物审判程序”,共分四节。本章主要研究被告人到案情形下刑事涉案财物的司法审判程序问题,在定罪裁判、量刑裁判、程序性裁判三种刑事审判形态之外,又提出刑事涉案财物裁判这一

独立的刑事司法裁判形态，作为刑事审判的第四种裁判形态。分别对控辩双方参与下的涉案财物审判程序，以及有利害关系人参与时的涉案财物审判程序进行具体分析，明确了对刑事涉案财物主张财产权利的利害关系人属于刑事诉讼中的第三人这一法律地位，对利害关系人参与刑事诉讼的模式、抗辩事由、参与的具体程序等法律问题展开讨论。除此以外，还对刑事涉案财物审判中的证据、证明责任、证明标准、推定的适用、刑事涉案财物裁判的宣告、刑事涉案财物的补充裁判程序与独立没收程序的转换等具体问题进行了分析。

第六章阐述“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件的刑事涉案财物审判程序”，共分五节。本章主要研究犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡等未到案情形下刑事涉案财物的司法审判程序问题，即刑事涉案财物独立没收程序的法律问题，分别从独立没收程序的理论基础、适用范围、适用条件等方面结合比较法的相关资料对独立没收程序的理论问题进行探讨，重点论述了独立没收程序的审判、利害关系人参与诉讼、证明对象、证明责任、证明标准等程序问题。

第七章阐述“刑事裁判生效后涉案财物的执行程序”，共分四节。本章对刑事涉案财物的审执关系、刑事执行权与执行裁判权的分离、执行主体的确定及其与司法裁判主体的分立、执行行为司法审查制度的建立、刑事涉案财物的一般执行程序及几类刑事涉案财物处置具体执行程序等关于执行程序的法律问题进行研究。

关于刑事涉案财物的跨国追缴和国际刑事司法合作问题，由于涉及国际法和其他国家的法律规范，很多问题需要通过外交途径解决，并非单纯依靠本国法律制度所能解决，与国内法中的程序问题有一定距离，可以另外作为单独的研究对象。由于司法实践中，刑事涉案财物处置程序国内法问题较为突出，直接或间接影响刑事涉案财物处置程序国际法方面问题的解决，很多国际法方面的问题需要以完善国内法律程序为前提。当然，国际刑事司法程序对国内法的发展也有相应的推进作用。但在我国刑事涉案财物处置程序尚不完备的情况下，研究中国问题具有更强的紧迫性和现实意义。因此，本书首先立足于刑事涉案财物处置程序国内法问题的研究，以解决中国问题为主要出发点。刑事涉案财物跨国追缴和国际刑事司法合作等国际法问题，不在本书研究范围之内。

第一章

刑事涉案财物处置的法律性质

第一节 刑事涉案财物处置概述

一、刑事涉案财物的含义、法律特征及类型

(一) 刑事涉案财物的含义

研究刑事涉案财物处置程序问题，首先需要明确什么是刑事涉案财物。刑事涉案财物是一个统合性概念，主要涉及《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第64条规定的几类与犯罪有关的财物。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；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”这一规定大概确定了刑事涉案财物的范围，即刑事涉案财物主要包括犯罪分子的违法所得、违禁品、供犯罪所用的本人财物，与刑事犯罪案件无关的财物应当排除在刑事涉案财物范围之外。根据该条规定，我国的刑事涉案财物，主要是指公安司法机关在刑事诉讼中查封、扣押、冻结的与刑事案件有关的，依法应当予以追缴、责令退赔或者没收的财物及其孳息。近年来，刑事涉案财物这一概念被越来越广泛地应用于各类法律文件中。党的十八届三中、四中全会均明确提出要“规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序”。2015年1月24日，中共中央办公厅、国务院办公厅发布《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》，针对我国刑事司法实践中涉案财物处置方面的问题提出原则性要求。刑事涉案财物

在党中央、国务院的相关文件中，已经成为指代与刑事犯罪案件有关财物的正式用语。

刑事诉讼法虽然并未使用“涉案财物”这一概念，但刑事诉讼法司法解释及相关规范性文件中，已有多个条文采用“涉案财物”指称与刑事犯罪有关的财物。《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《民事诉讼法解释》）第16章“查封、扣押、冻结财物及其处理”中，有多个条文明确使用了“涉案财物”这一概念。最高人民检察院2015年3月6日施行的《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》即以“涉案财物”这一概念命名。公安部2015年9月1日施行的《公安机关涉案财物管理若干规定》第2条也对刑事涉案财物作了界定。

在理论界与实务界，经常出现将“刑事涉案财物”与“查封、扣押、冻结之物”、“赃款赃物”、“违法所得”混用的现象。刑事涉案财物的内涵和外延与后面几类概念并不相同。查封、扣押、冻结之物是从被国家有权机关采取保全措施的角度定义相关财物。在刑事诉讼中，公安司法机关基于办理案件的需要，既有可能查封、扣押、冻结与犯罪有关的财物，也有可能根据法律、司法解释规定，查封、扣押、冻结被告人合法财产。例如，在办理刑事附带民事诉讼案件中，为了保障生效判决的执行，人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第100条规定，可以查封、扣押、冻结被告人的财产。这里的被告人财产属于被告人合法所有的民法上的责任财产，与犯罪无关。再如，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4条规定，人民法院为了保障判处被告人财产刑得以顺利执行，也可以在审判过程中查封、扣押、冻结被告人的财产。而用于执行罚金刑、没收财产刑的财产，也属于被告人合法财产。因此，刑事诉讼中查封、扣押、冻结的财产，既有可能是与犯罪有关的“涉案财产”，也有可能是与犯罪无关的被告人合法财产。另外，与犯罪有关的“涉案财产”，既有可能已经被侦查机关、公诉机关、审判机关采取查封、扣押、冻结措施，也有可能尚未被查封、扣押、冻结，不能说只有被司法机关查封、扣押、冻结的财物才是与犯罪有关的财物，没有查封、扣押、冻结的财物就与犯罪无关。这种结论是非常荒谬的。基于上述分析，“查封、扣押、冻结之物”和“刑事涉案财物”既有联系，又有区别，不能将两者混为一谈。

至于“赃款赃物”“违法所得”的概念，仅属于刑事涉案财物中的一个组成

部分。刑事涉案财物的内涵和外延，大于“赃款赃物”或“违法所得”的内涵与外延，不能相互替代。下文将对此进行详细分析，此处不赘。

关于刑事涉案财物的含义，还有一对概念有必要提及，即一般没收与特别没收的区别。刑事法中关于财产的没收，在理论上可以分为一般没收和特别没收。一般没收是指对犯罪人合法财产的没收，作为附加刑适用于较为严重的犯罪。特别没收是指对犯罪行为相关的物的没收。一般没收只在少数国家的刑法中有规定，或者对个别犯罪适用。大多数西方国家不采用没收财产刑。至于特别没收是否作为一种刑罚方法，取决于刑法的规定。当一个国家的刑法将其作为主刑或者附加刑加以规定时，就不能不认为它是一种刑罚方法。如果刑法未将特别没收规定为刑罚方法，而作为保安处分或者非刑罚处置方法加以规定，它就不是一种刑罚方法。特别没收具有正当性，这是没有疑问的，关键在于是否把它规定为刑罚方法。^①我国刑法仅将针对被执行人合法财产的一般没收作为财产刑和附加刑加以规定，对与犯罪行为有关的涉案财物的特别没收，并未将其作为一种刑罚方法在《刑法》第3章第8节“没收财产”中进行规定，而是在第4章“刑罚的具体运用”中，作为第1节“量刑”的内容（《刑法》第64条），对犯罪相关财产的处理做了原则性规定。因此，我国没收财产刑（一般没收）属于刑罚的范畴，而没收与犯罪相关的财产（特别没收）属于刑事涉案财物处置的范畴，并不是一种刑罚方法。

除上述区别外，一般没收和特别没收还存在以下不同：一是两者没收对象不同。一般没收的对象限于犯罪分子个人所有的合法财产。特别没收的对象限于与犯罪相关的财物，该财物本身具有违法性。二是两者的适用范围不同。一般没收作为附加刑之一，仅适用于刑法分则中明确规定“可以”或者“应当”适用没收财产的犯罪行为，对于刑法分则中没有规定的，根据罪刑法定原则，不得适用。而特别没收在适用上没有限制，无需分则特别规定，凡是属于《刑法》第64条规定的应予没收之物，均予没收。因此，一般没收的适用必须以刑法分则的明确规定为前提，特别没收的适用则不以刑法分则的明确规定为前提。简言之，对刑事涉案财物的没收属于特别没收的范畴，而非一般没收。

^① 陈兴良：《本体刑法学（第二版）》，中国人民大学出版社2011年版，第569页。

（二）刑事涉案财物的法律特征

刑事诉讼中的涉案财物具有以下法律特征：

1. 刑事涉案财物与犯罪具有关联性

与犯罪相关是刑事涉案财物最基本的法律特征，不论是违法所得，还是违禁品、供犯罪所用之物等，都是以一定形式和犯罪行为相联系。凡是与犯罪无关的财物，不能作为刑事涉案财物加以处理。

2. 刑事涉案财物具有违法性

刑事涉案财物因与犯罪行为密切相关，往往具有违法性，应依据刑法、刑事诉讼法等法律规定，由有权机关进行认定并作出处理。刑事违法性是区分刑事涉案财物与犯罪嫌疑人、被告人合法财产的主要法律标准。具有刑事违法性的涉案财物不能作为犯罪嫌疑人、被告人的责任财产，不能用于清偿民事债务以及执行财产刑。

3. 刑事涉案财物对犯罪事实和量刑情节具有证明作用

刑事涉案财物因其与犯罪行为的相关性，是司法机关对犯罪嫌疑人、被告人定罪量刑的重要证据。刑事涉案财物呈现出的与犯罪有关的信息，对司法机关认定案件事实具有不可替代的证明作用。在证据种类方面，刑事涉案财物主要表现为物证，有时也表现为书证。

4. 刑事涉案财物的认定和处置主体具有法定性

对刑事涉案财物法律性质的认定，只能由国家司法机关承担。对刑事涉案财物的处置，包括采取查封、扣押、冻结等临时性处置措施，以及拍卖、变卖、销毁、返还等终局性处置措施，都应由有关国家司法机关进行。这里的司法机关，广义上包括侦查机关、公诉机关、审判机关、执行机关，狭义上主要是指检察院、法院。对刑事涉案财物的认定，主要是法院的职能，而对刑事涉案财物的处置，则可能涉及侦查机关等多个执行机构。

（三）刑事涉案财物的类型

“涉案财物”一词尽管具有统合作用，但它不应当成为一个开放性的概念，应当在司法解释中明确界定，避免将“涉案财物”作为一个“大口袋”。^① 根据《刑法》第64条规定，结合国外立法例关于涉案财物的规定，刑事涉案财物主

^① 熊秋红：《刑事诉讼涉案财物处置程序检视》，载《人民检察》2015年第13期。

要包括以下类型：

1. 违法所得

违法所得是一个跨部门法的概念，刑法、行政法和民法对此都有所规定。因此，从严格意义上讲，违法所得可以分为刑事法意义上的违法所得、行政法意义上的违法所得和民法意义上的违法所得。行政法意义上的违法所得，指的是行政违法行为人通过违法手段获取的非法财物。在行政处罚案件中，经常涉及违法所得问题，如行为人违反食品卫生法违法经营获取非法利益；行为人违反价格法致使消费者或者其他经营者多付价款，而自己获取非法利益；等等。民法意义上的违法所得，指的是行为人通过民事侵权行为所获得的非法财物。^①本书所称的违法所得主要是指刑事法意义上的违法所得。刑事法意义上的违法所得，是指犯罪分子通过违法犯罪行为所直接或者间接取得的财物。通过违法手段获得的财物，行为人系恶意占有，不能享有该财物所有权。^②

2. 违禁品或其他对社会具有危险性之物

违禁品，一般指国家规定限制生产、购买、运输和持有的枪支弹药、刀具、爆炸物品、淫秽物品、假币、毒品等。违禁品既可能是行为人的犯罪所得（如非法窃取的违禁品），也可能是犯罪所生之物（如伪造的假币），还有可能本来属于犯罪人本人使用而非法所有的违禁品（如管制刀具）。^③其他对社会具有危险性之物，是指除违禁品以外的其他危险物品。

3. 供犯罪所用之物

供犯罪所用之物，是指供犯罪分子进行犯罪活动而使用的钱款和物品。我国《刑法》第64条仅规定供犯罪所用的本人财物才能予以没收。笔者认为，这一规定的范围过窄，且在司法实践中，有些案件没收的范围并未限于犯罪分子本人的财物，也有条件地没收了第三人财产，供犯罪所用之物的没收不应限于犯罪行为本人财物，也应包括用于犯罪且符合相应条件的第三人财物。对此，下文将详细论述。

违法所得、违禁品、供犯罪所用之物的界定是相对的，司法实践中，有些刑事涉案财物同时具有多重属性。比如，贿赂犯罪中的贿赂款，对于受贿者来

① 竹莹莹：《违法所得问题研究》，载《西南政法大学学报》2005年第1期。

② 孙国祥：《刑事诉讼涉案财物处理若干问题研究》，载《人民检察》2015年第9期。

③ 孙国祥：《刑事诉讼涉案财物处理若干问题研究》，载《人民检察》2015年第9期。

说，属于违法所得，而对于行贿者来说则属于供犯罪所用之物。再如，行为人为人用盗窃所获赃款购买一辆汽车，并使用该辆汽车继续实施盗窃，该汽车既是前罪的违法所得，又是后罪的供犯罪所用之物；还有，行为人盗窃枪支、弹药的，枪支、弹药对于不具备持有资格的行为人来说既是违法所得，又是违禁品。某项涉案财物同时具有多重属性的，应由司法机关确定处置方式。

二、刑事涉案财物处置的种类

党的十八届四中全会明确提出“规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序”。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》中关于涉案财物的处置措施，既包括查封、扣押、冻结等程序，也包括追缴、责令退赔等处分程序。根据刑法、刑事诉讼法规定，刑事涉案财物处置主要包括查封、扣押、冻结、追缴、责令退赔、返还被害人、没收等。关于查封、扣押、冻结措施的含义，理论上和实务中的争议不大；而对《刑法》第64条规定的追缴、责令退赔和没收的含义，则有多种不同观点。

《刑法》第64条中“追缴”、“责令退赔”和“没收”三者的含义不清，实践中使用较为混乱。该条规定违法所得应当追缴或者责令退赔，但是违法所得有相当一部分被没收上缴国库，这就导致了追缴与没收概念的含混，还有部分违法所得应当退还被害人，又导致追缴与责令退赔出现概念上的交叉重叠。责令退赔是对被害人财产权利的救济，而该条同时又规定了对被害人合法财产应当返还，从而引起责令退赔和返还被害人财产的争论。责令退赔的表述既有“退”又有“赔”，究竟应作赔偿理解，还是退还原物和赔偿损失都包括在内，立法也没有给出明确的答案。因此，关于追缴、责令退赔、没收的概念，学术界和实务界的分歧很大。对于追缴，有的认为仅指将违法所得上缴国库，有的认为仅为一种保全性扣押措施，有的认为既包括上缴国库也包括返还被害人财产，有的认为只有在原物存在的情况下才用追缴，还有的认为追缴既包括保全财产也包括处分财产；对于责令退赔，有的认为既包括退还原物也包括赔偿被害人损失，有的认为仅指原物不存在时赔偿被害人损失，有的认为退赔的财产范围仅限违法所得的数额，还有的认为用于退赔的财产只能是犯罪人的合法财产；关于没收，有的认为没收仅指处分性措施而不包括保全性措施在内，有的认为没收和追缴可以通用。

关于涉案财物处置措施的上述分歧表明，在与犯罪有关财产的处理方面，还没有形成统一的概念，缺乏一致的理论平台，制约了刑事涉案财物处置问题的研究走向深入。这个问题与《刑法》第64条的立法缺陷存在密切联系。因为在刑事立法上，这几个概念的内涵和外延界定就是不清晰的，导致了司法实践的混乱。现行《刑法》第64条源于“1979年刑法”，1997年刑法修改时，该条没有修改就被纳入新刑法，时至今日，已经严重落后于刑事司法实践。刑事涉案财物处置的司法实践经过几十年发展，已经发生了很大变化，而关于刑事涉案财物处置的刑法规定仅此一条，刑事诉讼法规定的条文数量也极其有限，早就不能满足实践需要。刑事涉案财物处置方面的立法，包括刑法和刑事诉讼法亟须完善。如果立法继续保持这种概念混乱的局面，理论上要厘清追缴、责令退赔、没收的含义，仍将面临很多困难。追缴、责令退赔、没收概念的争论因刑事立法不明、法条逻辑不清而起，属于刑事立法问题，最终也只能由立法才能解决。

三、关于刑事涉案财物处置法律性质的理论观点

《刑法》第64条涉及违法所得、违禁品和供犯罪所用之物等多种涉案财物，并且规定了追缴、责令退赔、没收等涉案财物处置方式，这些处置措施在刑事法理论上究竟属于何种法律性质，学术界一直存在争议。关于特别没收的性质，在我国台湾地区也存在争议。我国台湾地区有观点认为，特别没收无论就实质还是形式而言，均具有刑罚性质，属于财产刑；也有观点认为，没收在实质上应属保安处分；还有观点认为，没收在形式上虽然属于从刑，但从实质上分析，具有刑罚与保安处分双重性质，或者是对被告来说，没收原则上具有刑罚性质，但其对第三人财产的没收，则具有保安处分的性质；另有观点认为，没收具有多种属性：有时具有刑罚的特征，有时具有对物保安处分的要素，或者同时具有两种属性。^①我国目前关于刑事涉案财物处置法律性质的学说主要包括：

（一）财产刑说

该学说认为，没收与犯罪相关的物品，是行为人对自己过去的恶行所应承担的一种责任形式。没收犯罪者的违法所得与犯罪工具，将造成犯罪者财产上

^① 谢瑞智：《刑法总论》，台湾正中书局1999年版，第403页。

的痛苦，具有鲜明的刑罚色彩。特别没收属于刑罚种类，应作为从刑或附加刑的一种。法国、日本、韩国、泰国、菲律宾等国家的刑法将特别没收规定为一种刑罚。

（二）保安处分说

该学说认为，《刑法》第64条规定的就是保安处分性质的对物处分措施，即保安没收。综合各国法律规定，保安没收，也即保安处分中的对物处分，是指司法机关（主要是法院）以消除社会安全隐患、预防犯罪为目的，根据刑法（或保安处分法）的规定，对通过犯罪行为而获得的收益性财物、在犯罪行为中所使用的工具性财物，以及违禁品等法律规定的特定之物，予以强制无偿剥夺的法律措施。我国刑法没有使用保安没收的概念，但从世界范围看，绝大多数国家的刑法中都设置有保全处分措施。保安处分发展到今天，早已突破了对人处置的界限，在种类上，对物的保安处分措施在各国刑法中也越来越丰富，其中保安没收就是一种重要的对物保安处分措施。^①例如，《意大利刑法典》第240条将特别没收规定为一种对物保安处分措施。^②不过，由于没收犯罪收益带有惩罚色彩，意大利也有学者认为此处的没收，形式上为保安处分，实则具有附加刑性质。^③

（三）独立处置措施说

该学说认为，《刑法》第64条规定的没收措施都可称为刑罚方法以外的处理方法。^④特别没收既不作为保安处分，也不作为刑罚种类之一，而是以第三类独立的法律措施出现。例如，《德国刑法典》将“追缴和没收”与“刑罚”“矫正与保安处分”并列^⑤；芬兰刑法在刑罚之外单独设立“没收”一章，作为犯罪收益、扩展的犯罪收益、犯罪工具等与犯罪关联之物的处理措施^⑥；丹麦刑法则将没收置于刑罚之外的“其他法律后果”中。

① 万志鹏：《比较法视野中的保安没收——兼论我国刑法中保安没收的缺陷及其改正》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2011年第3期。

② 黄风译：《意大利刑法典》，中国政法大学出版社1998年版，第75页。

③ [意]杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，中国人民大学出版社2004年版，第337页。

④ 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第397页。

⑤ 徐久生、庄敬华译：《德国刑法典》，中国方正出版社2004年版，第38页。

⑥ 肖怡译：《芬兰刑法典》，北京大学出版社2005年版，第34~38页。

（四）多元属性说

该学说认为，特别没收具有多元的法律性质。法国刑法学者斯特法尼认为，特别没收不论是作为附加刑还是主刑，仍然可以看成是一种保安处分措施，甚至看成是一种民事赔偿措施。^① 我国有刑法学者认为，没收财产的性质具有多元性，既具有惩罚性，又具有保安处分性，还具有民事赔偿性。^② 还有学者认为，《刑法》第64条规定的对违禁品的没收是一种行政性强制措施；对供犯罪使用的财物进行没收，具有诉讼证据的作用；至于对犯罪所得的没收、追缴或者退赔，是对受损公私财物的恢复原状。^③

（五）其他学说

除上述几类学说以外，关于刑事涉案财物处置的属性，理论上还存有其他观点。例如，有观点认为，《刑法》第64条规定的特别没收属于司法行政强制措施。^④ 再如，还有观点将追缴赃款赃物视为一种对因犯罪行为所生之债强制予以清偿的措施。^⑤

四、对刑事涉案财物处置理论学说的分析与评价

（一）关于财产刑说的分析

财产刑说是我国理论界关于特别没收法律性质最具代表性的学说之一。笔者认为，财产刑说不符合我国法律对刑事涉案财物处置的规定，在解释我国刑事涉案财物处置的法律属性方面有不足之处。

首先，我国的刑法并没有将刑事涉案财物处置作为一种刑罚规定，财产刑只包括罚金刑、没收财产刑两类刑罚。刑事涉案财物的处置在刑法总则的规定上独立于刑罚之外，刑罚内容的规定中并不包括涉案财物的处置，从立法上看，刑事涉案财物处置不属于刑罚方法。

其次，刑事涉案财物与财产刑标的的法律属性不同。罚金刑和没收财产刑的标的是犯罪人合法所有的财产，这些财产与犯罪无关，财产刑通过剥夺犯罪

① [法] 卡斯东·斯特法尼：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第495页。

② 陈兴良：《本体刑法学（第二版）》，中国人民大学出版社2011年版，第569页。

③ 赵秉志：《刑法学》，中国人民大学出版社2007年版，第468页。

④ 高铭喧主编：《新编中国刑法学》（上册），中国人民大学出版社1998年版，第347页。

⑤ 徐武生：《经济犯罪与经济纠纷》，法律出版社1998年版，第129~131页。

人所有的合法财产，使其丧失原有的正当财产权利，达到惩罚犯罪人，同时实现一般预防和特殊预防的目的。刑事涉案财物则是与犯罪有关的财物，与财产刑的标的不同。其中，对违法所得的处理，是将犯罪人通过违法手段获得的财产予以返还被害人或者没收，使因受犯罪侵害的财产权利恢复原有状态，并不是对犯罪人合法财产权利的剥夺。对于违禁品和供犯罪所用之物的没收，也是因其自身的违法性因素而与犯罪人合法财产有所区别，由于和犯罪行为有关，违禁品及供犯罪所用之物也不再属于犯罪人合法财产的范畴。

再次，《刑事诉讼法》在第5编“特别程序”中规定了犯罪嫌疑人、被告人死亡、逃匿情形下的违法所得及其他涉案财物的处置，属于未定罪前提下对涉案财物的处理，既然犯罪嫌疑人、被告人没有到案，也没有经过定罪程序，何谈量刑处罚的问题？因此，刑事诉讼特别程序对涉案财产的处置，不能认为是一种刑罚。同理，被告人到案情况下刑事审判程序对涉案财产的处置，与特别程序中涉案财物的处置具有同质性，也不能认为是刑罚。

最后，罪刑法定是刑法的一项基本原则，所要判处的罪名和刑罚需要刑法明确规定，每一个罪的构成要件和应判处的刑罚幅度，刑法分则条文均作了规定。而刑事涉案财物的处置，刑法仅在总则中用一条规定明确了处理原则，并未在每一项罪名中都规定相应的涉案财物处理标准。刑事涉案财物处置不在罪刑法定原则所涉范围之内，不属于刑罚方法。

基于上述几点理由，我国刑事涉案财物处置在法律性质上不属于财产刑。

（二）关于保安处分说的分析

保安处分说也是理论上对刑事涉案财物处置性质解读比较有影响力的学说。但该学说在解释我国刑事涉案财物处置方面也存在局限性。

首先，保安处分是以消除社会安全隐患、预防犯罪、保护社会安全为目的，刑事涉案财物中，有部分财物在自身属性上威胁社会安全的可能性较大，如枪支、弹药、毒品等违禁品，还有部分涉案财物对社会安全并无实质威胁，只是在用于违法犯罪的情况下才会危害社会，如犯罪所得的金钱，如果妥善使用，可能有利于社会发展。因此，判断涉案财物是否危害社会，在与犯罪有关之外，有必要区分涉案财物本身的物理属性是否会对社会安全造成威胁。一律从保安处分的视角看待涉案财物，容易将对社会有用、具有财富价值的财物也作为危害社会的财物处理，不利于发挥涉案财物的使用价值、财富价值，难以实现物

尽其用。因此，保安处分对涉案财物的处置来说，应有适用范围的限制，不宜将对刑事涉案财物的处置一律作为保安处分，而应区分刑事涉案财物的不同情况，将对社会存在现实危害的财物纳入保安处分的范畴，对社会有用或者具有财富价值等其他涉案财物的处理，应从其他角度分析。

其次，保安处分属于预防犯罪、保护社会安全性质的刑事处分措施，侧重于社会危害的事先预防。而刑事涉案财物处置仅在部分情况下具有预防涉案财物再次危害社会的功能，例如没收违禁品，防止其再次危害社会。除此以外，司法机关对刑事涉案财物的处置，还具有恢复被犯罪侵害的财产关系，弥补被害人财产损失等事后救济功能，以及没收违法所得上缴国库等财产处置功能。将违法所得返还被害人或者没收上缴国库，也属于犯罪行为发生后，对犯罪造成的财产危害后果进行补救、恢复，或者剥夺犯罪收益的事后处置措施。保安处分通过事先预防来保护社会安全的功能，不能全部概括对涉案财物的处理，只是刑事涉案财物处置法律属性的一个方面。

（三）关于独立处置措施说的分析

独立处置措施说看到了刑事涉案财物处置与财产刑、保安处分之间的区别，并将其作为一种独立的刑事处置措施予以界定，在刑事涉案财物处置独立性方面，具有一定进步性。但该学说仅指明了刑事涉案财物处置属于独立于财产刑、保安处分等刑事法律制度之外的措施，而对这种处置措施究竟属于何种法律性质，并未作出明确的解释，没有正面回答刑事涉案财物处置的本质是什么的问题。

（四）关于多元属性说的分析

多元属性说充分考虑到不同刑事涉案财物处置措施的法律性质，分门别类地进行分析研究，发掘不同处置措施法律性质的差异，更深入地解释追缴、责令退赔、返还被害人财产、没收等各类措施的特征，从而有针对性地完善相关法律制度。各类刑事涉案财物处置措施针对的标的不同，例如追缴、责令退赔是对违法所得而言，没收则可以包括违禁品、供犯罪所用之物，以及部分没有被害人而应没收上缴国库的违法所得。由于标的属性不同，所采取的法律措施亦存在性质上的差异，当然应对不同财产处置措施进行法律上的区分。因此，多元属性说有其内在合理性。但对刑事涉案财物处置如何分类、对不同处置措施的法律属性如何认识，多元属性说内部也存在分歧。

（五）关于其他学说的分析

关于司法行政强制措施说，采用“司法行政强制措施”这一概念本身就有可商榷之处。刑事诉讼中，国家司法机关采取的带有强制性的处置措施，也是通过法律规定的诉讼程序作出的，这些强制措施即构成刑事诉讼程序的一部分，而非行政程序；在认定主体方面，对刑事涉案财物进行认定和决定处置的主体主要是国家司法机关。司法行政强制措施说在刑事司法程序中又引入行政强制的概念，存在混淆刑事诉讼程序和行政强制措施法律属性之嫌。当然，如果单纯从刑事涉案财物处置的执行权角度来说，也确实带有一定的行政色彩。实践中，很多刑事涉案财物处置的执行，都是由侦查机关完成的。但是，由于刑事涉案财物处置是在刑事诉讼程序中完成的行为，总体上属于刑事诉讼的范畴，司法行政强制措施说强调涉案财物处置的行政性，对涉案财物认定和处置程序的刑事性、司法性特征而言，则有失偏颇。

关于犯罪行为所生之债的观点，从债权角度解释涉案财物处置，具有一定的理论新意，对涉案财物处置措施性质的阐释极具启发意义。但是即使从债权的给付角度来说，也不能全部概括涉案财物处置措施法律性质的所有方面。刑事涉案财物处置的很多特征和功能，如果仅从债的角度解释，也存在以偏概全的问题。

五、多元属性说的确立

通过上述分析，多元属性说具有内在合理性，可以作为解释刑事涉案财物处置的基础理论学说。就涉案财物处置总体法律属性而言，采多元属性说比较妥当。同时，还应当兼采其他学说的合理之处，吸收保安处分说、独立措施说、犯罪所生债权说的优点，构建符合我国立法和司法实践的多元属性说。

可以肯定的是，我国刑事涉案财物处置总体上属于非刑罚处置措施。具体来说，可以根据涉案财物的种类和特征对相应的处置措施进行分类：对违禁品和供犯罪所用之物的没收具有保安处分的性质；而对被害人财产的返还或者责令退赔则具有恢复民事财产法律关系的性质；关于没收违法所得上缴国库，则可以用国家公法债权的实现来解释。换言之，对于刑事涉案财物处置的法律性质，很难笼统地用一个概念统摄全部内容，而应针对不同涉案财物的具体处置方法，分别采取保安处分说、民事财产权利救济措施说和国家公法债权实现说予

以阐释。

我国刑法没有规定保安处分措施，但是对于构成犯罪行为的财物、用于犯罪的财物和违禁品的没收，是为了维护公共安全和社会秩序，防止该财物再次被用于犯罪，因此具有保安处分的性质。例如，对犯罪所用的管制刀具，犯罪所生产的枪支、弹药、爆炸物，犯罪所运输、贩卖的毒品等违禁品、犯罪工具的处置，目的就在于防止其继续用于犯罪，危害社会。刑事涉案财物处置中的保安处分性质不容忽视。也有一些涉案财物本身不具有危害社会的性质，妥当使用的话，反而可以继续发挥对社会有用的功能。例如，没收受贿所得的金钱上缴国库，成为国家财政收入的一部分。这类涉案财物本身不具有危害社会的属性，没收后可以继续流通、使用，对这类财物的处置措施可以与保安处分别对待。另外，有的违法所得属于被害人合法所有的财产，对原属被害人的财产，应将其返还被害人或者退赔被害人，此类财产处置措施具备保护被害人财产权利的功能，与保安处分和上缴国库的性质有所区别。所以，对于违法所得的处理，可以区分涉案财物最终流向是上缴国库还是返还被害人，分别用国家债权实现和被害人财产权利保护进行解释。因此，综合上述各种情况，就我国涉案财物处置的法律属性来说，采用多元属性说比较妥当。刑事涉案财物处置多元属性说的内容主要包括：对于违禁品和供犯罪所用之物的没收属于保安处分（对物的保安处分）；对于违法所得的财物，其中返还被害人或者责令退赔的部分属于被害人财产权利救济措施，没收上缴国库的部分则属于国家公法债权的实现方式。至于各类具体处置措施的法律性质，将在下文详述。

第二节 对物的保安处分——没收违禁品及供犯罪所用之物

刑事涉案财物处置中没收违禁品及供犯罪所用之物的部分，在法律性质上属于对物的保安处分，可以归入保安处分的范畴。而追缴违法所得以及责令退赔，则不属于保安处分的范围，属于其他性质的处置措施。换言之，保安处分只能涵盖刑事涉案财物处置中的没收违禁品和供犯罪所用之物，无法囊括所有的涉案财物处置措施。

一、对物的保安处分

保安处分制度是近代刑法发展的产物，保安处分的出现，改变了刑罚作为犯罪唯一法律后果的局面，对于犯罪除适用刑罚之外，还可能伴随着保安处分的适用。保安处分是国家为预防犯罪、保卫社会安全、避免和消除对社会的危险因素，而采取的强制措施的总称。^① 保安处分有广义与狭义之分。狭义的保安处分是指对具有实施犯罪或其他类似反社会行为的特别危险性的人，以防止这种危险、预防对社会秩序的侵害为目的而给予的处分。广义的保安处分是指为了保持社会治安，对一切被认为有害的特定的人或物所采取的刑事司法或行政处分。^② 刑事法中的保安处分以预防犯罪为目的。保安处分中的“保安”，具有社会防卫的意思，体现了社会防卫的思想。保安处分的具体措施包括强制治疗、矫正处分、强制劳作、保安监禁、少年保护、善行保证、保护观察、没收、禁止出入特定场所、限制居住、禁止从业等。^③

（一）保安处分的特征

保安处分的法律特征主要包括：（1）保安处分着眼于未发生的犯罪，适用的目的在于预防犯罪、保护社会；（2）保安处分适用的前提是，行为人实施了危害社会的行为，且具有继续实施犯罪行为的可能性，即人身危险性，从而构成对社会安全的现实威胁；（3）保安处分并不以行为造成的客观危害后果为准，而是根据行为人的社会危险性确定；（4）刑事法中的保安处分，属于刑事司法处分，在实体上归入刑法，在程序上适用刑事诉讼法。

（二）保安处分与刑罚的关系

就保安处分与刑罚的关系而言，存在一元制与二元制的争论。一元制认为，无论是刑罚还是保安处分，其目的都在于改造犯罪人，预防犯罪，从而保全社会，其本质是一致的，无须区分。意大利著名刑法学家菲利是刑罚与保安处分一元制的有力倡导者。二元制主张，客观的犯罪事实是适用刑罚的前提，无犯罪则刑罚的适用无从谈起，据此，刑罚的任务在于惩治犯罪，保护公民合法利

① 徐松林：《保安处分及我国刑法制度的完善》，载《现代法学》2011年第4期。

② 张明楷：《外国刑法纲要（第二版）》，清华大学出版社2007年版，第427页。

③ 徐松林：《保安处分及我国刑法制度的完善》，载《现代法学》2011年第4期；陈兴良：《本体刑法学（第二版）》，中国人民大学出版社2011年版，第584~585页。

益，但是除既犯者外，还有将犯或再犯的危险者存在，同样有破坏社会的安全秩序、侵害公民合法权益的可能，对此不能不考虑采取预防或防止犯罪危险的相应措施，必须承认保安处分制度的必要性，从而形成刑罚与保安处分的二元制。^① 采二元制立法例的国家居多，如德国、日本、瑞士等。

笔者认为，保安处分不同于刑罚，刑罚以已经发生的行为为适用的前提，而保安处分则以未来行为的危险性为基础；保安处分面向未来的危险，刑罚则惩罚过去的行为；保安处分纯粹为了预防犯罪，而不包含报应，刑罚则具有报应的功能。一元制抹杀刑罚与保安处分的区别，将两者合二为一，并不具有现实性。刑罚与保安处分的二元制仍然是目前刑法体系的主流。但我国刑法并未明确采纳刑罚与保安处分的二元制，因为刑法仅明确规定了刑罚，而没有规定保安处分，既无保安处分概念，更无独立章节加以规定。虽然我国刑法没有明确规定保安处分，但是并不表示我国没有保安处分性质的刑事措施。就我国目前刑罚与保安处分的关系来说，实际上是一种“隐性双轨制”。^②

（三）保安处分的分类

根据保安处分适用对象的不同，可以分为对人的保安处分和对物的保安处分。例如，《意大利刑法典》在总则中明确将保安处分分为“人身保安处分”与“财产保安处分”。对物的保安处分主要是没收，是指以防止犯罪或犯罪危险性为目的，对与犯罪有关联的特定物采取的具有司法强制性的预防措施。^③ 对物的保安处分，同样以预防犯罪为目的，而不包含报应。刑事涉案财物处置主要涉及对物的保安处分问题，不涉及对人的保安处分。因此，本书主要探讨对物的保安处分与刑事涉案财物处置的关系。被处以保安处分的财物，是指保安处分直接针对的、旨在消除其社会危险性的财物。明确刑事涉案财物处置与保安处分的关系，主要取决于司法机关对哪些涉案财物的处置属于保安处分的范围。

二、对物的保安处分在我国的适用对象和范围

如果某种物对公共安全或社会秩序具有危险性，而且从防卫社会的角度出发应予没收的，这种没收就属于保安处分。有观点认为，对物的保安处分包括

^① 陈兴良：《本体刑法学（第二版）》，中国人民大学出版社2011年版，第586~588页。

^② 时延安：《隐性双轨制：刑法中保安处分的教义学阐释》，载《法学研究》2013年第3期。

^③ 陈兴良：《本体刑法学（第二版）》，中国人民大学出版社2011年版，第594页。

犯罪分子违法所得的一切财物、违禁品和供犯罪所用的本人财物。^① 该观点将刑事涉案财物的类型全部纳入保安处分，相当于将刑事涉案财物处置完全等同于保安处分。笔者认为，该观点将没收违禁品和供犯罪所用之物作为保安处分是合理的，但将没收违法所得也作为保安处分，则有待商榷。

违禁品是法律禁止未经特定许可而持有的物品，违禁品因其本身的物质属性而对社会具有危险性，没收违禁品将防止行为人利用该物品从事犯罪活动，具有社会防卫的性质。对违禁品的没收是对社会秩序的维护，不以违禁品持有人是否涉嫌犯罪或其他违法活动为条件。因此，没收违禁品当属保安处分，而非刑罚。很多国家都将没收违禁品规定为保安处分。例如，《德国刑法》第74条“根据其性质和状况，该物品将危害公众，或者具有被用于违法行为的实施的危险时予以没收”的规定，就隶属于“矫正与保安处分”。《瑞士刑法》第58条也将没收危害人身安全和公共秩序的物品规定为保安处分。

供犯罪所用之物的没收，虽然是对犯罪人财产的剥夺，但剥夺财产权利并不当然属于刑罚。我国《刑法》第64条在刑罚之外另行规定对供犯罪所用的本人财物应予没收，显然将其置于刑罚制度之外。足见没收供犯罪所用之物不属于刑罚，其主要制度功能也并非是对犯罪人的报应。没收供犯罪所用之物，即剥夺了行为人利用该物继续实施犯罪的物质条件，防止犯罪人利用该物再次实施犯罪，从而实现预防犯罪的目的。而且，《刑法》第64条将违禁品与供犯罪所用本人财物并排规定没收，也说明刑法将二者视为同类型的财物，二者的法律属性在刑法上亦有相似之处。没收供犯罪所用之物既非刑罚，同时具有预防再次犯罪、防卫社会的目的，加之我国刑法将其与违禁品规定在一起，因此，没收供犯罪所用之物也应归入保安处分的范畴。供犯罪使用的物品，其来源和权属关系可能是合法的，但它们因其用途的非法而具有社会危险性，没收这类财产是对犯罪能力和危险性的削弱和排除，或者说是对相关犯罪活动的防范措施，因此，许多国家的刑法将此类没收界定为保安处分。^②

没收违法所得是否属于保安处分，是最具争议性的问题。笔者认为，没收违法所得不属于保安处分，也不属于刑罚，而是其他性质的处置措施。主张没

① 时延安：《隐性双轨制：刑法中保安处分的教义学阐释》，载《法学研究》2013年第3期。

② 黄凤：《我国特别刑事没收程序若干问题探讨》，载《人民检察》2013年第13期。

收违法所得属于保安处分的观点主要有以下理由：（1）这种措施显然不是刑罚，因为任何刑罚都是对合法权益的限制和剥夺；（2）将这类财物没收会令犯罪人丧失通过犯罪所获得的利益，进而有助于遏制其通过再次犯罪或实施其他违法行为获利的念头；（3）对于恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪乃至其他有组织性犯罪而言，这种没收有助于遏制这些犯罪组织运用违法所得从事其他违法犯罪活动；（4）这种措施也会产生一般预防效果，即吓阻其他人通过犯罪获利。^①关于上述几点理由，笔者认为：没收违法所得不属于刑罚，虽然通过没收犯罪人的违法所得剥夺了其犯罪获利，但这种剥夺只是将通过犯罪违法所得的财产“归零”，使犯罪造成的非法财产关系或财产状况恢复到犯罪之前的状态，主要是对犯罪行为造成后果的事后处置措施，对行为人未来可能继续实施犯罪的预防并不明显。没收违法所得只是将犯罪人通过非法手段获得的财产“回吐”，并没有对其原有的合法利益进行剥夺或施加惩罚，预防效果也是有限的。因为违法所得本就不属于犯罪人合法所有，将其没收对犯罪人的固有利益并无实质触动，谈不上对犯罪人的有效惩罚，预防犯罪的力度尚无法与保安处分的效果相提并论，甚至也不如刑罚的预防效果显著。至于通过没收违法所得遏制犯罪人利用这些财物继续实施其他犯罪的问题，将违法所得用于实施其他犯罪，这些原本属于违法所得的财物在新的犯罪中则属于供犯罪所用之物，如果行为人有将违法所得继续用于其他犯罪的可能，那么对这些违法所得的没收主要是对后罪供犯罪所用之物的没收，而非单纯地没收违法所得。在这一过程中体现出的预防犯罪、保护社会的保安处分功能，其实主要是没收供犯罪所用之物在发挥作用，而非没收违法所得。因此，没收违法所得的预防犯罪、保护社会的功能相对较弱，不足以成其为保安处分。

综合以上分析，刑事涉案财物处置中，没收违禁品和供犯罪所用之物，属于对物的保安处分性质，而没收违法所得不属于保安处分的范畴，在法律性质上属于其他处分措施。没收违法所得属于何种性质的处分措施，下文将进行详细分析。

^① 时延安：《隐性双轨制：刑法中保安处分的教义学阐释》，载《法学研究》2013年第3期。

三、违禁品、供犯罪所用之物的界定

(一) 违禁品

违禁品本来就是法律规定禁止或者限制流通的物品，没收违禁品的目的在于保证国家对特定物品的管制，恢复正常的社会管理秩序。^① 违禁品有广义与狭义之分。广义的违禁品，通常指组成犯罪行为之物，如伪造的印章、伪造的委任状之类，其制造或持有在合于一定构成犯罪要件时，具有违法性，因而在没收之列。而狭义的违禁品，不仅其制造或持有因符合一定构成要件而为法律所禁止，而且该物品本身的存在就危及公共安全，为法律所不允许，因此不同国家和地区立法对于此等违禁物规定，不问物品是否属于犯罪人所有均得没收。^② 违禁品还可以分为绝对违禁品与相对违禁品。所谓绝对违禁品，是指无论在何时对何人均均为违禁之物，如伪造之通货、伪造之公文书等。所谓相对违禁品，是指对于此类人员来说是违禁品，对于他类人员来说则可能为非违禁品。如枪支对普通公民来说当然是违禁品，但是对军警人员来说则是必备器械。又如吗啡对于普通公民来说属于违禁之物，而对于病人来说则属于镇痛药剂。^③

(二) 供犯罪所用之物

供犯罪所用之物，必须是直接用于犯罪且专门用于犯罪之物。^④ 若非供实施犯罪之用，仅与实施行为有间接关系，则不在没收之列。^⑤ 所谓直接关系，指的是该物对于犯罪的完成起到了关键性和促进性的作用。如果物品与犯罪行为之间只有间接关系，则不应认定该物为供犯罪所用之物。^⑥ “供”字包含着“专用于或主要用于”的意思，供犯罪所用财物应理解为专用于或主要用于犯罪活动的财物，如果仅是偶尔用于犯罪的财物就予以没收，有失公允。^⑦ 供犯罪所用之物并不等于犯罪工具。实践中通常所称的犯罪工具，包括在供犯罪所用之物当

① 竹莹莹：《违法所得问题研究》，载《西南政法大学学报》2005年第1期。

② 韩忠谟：《刑法原理》，中国政法大学出版社2002年版，第288页。

③ 袁益波：《刑法中没收物之分类研究》，载《法学论坛》2004年第1期。

④ 袁益波：《刑法中没收物之分类研究》，载《法学论坛》2004年第1期。

⑤ 韩忠谟：《刑法原理》，中国政法大学出版社2002年版，第289页。

⑥ 姚贝：《特别没收适用范围应进一步明确》，载《人民检察》2011年第21期。

⑦ 曲升霞、袁江华：《论我国〈刑法〉第64条的理解与适用——兼议我国〈刑法〉第64条的完善》，载《法律适用》2007年第4期。

中。供犯罪所用之物不仅包括一般所称的犯罪工具，而且包括“组成犯罪行为之物”。^① 组成犯罪行为之物，乃日本刑法中的独特规定，系指组成符合构成要件的实行行为不可缺少的要素。在未规定有组成犯罪行为之物的国家、地区刑法中，组成犯罪行为之物可涵括在供犯罪所用之物当中。^② 例如，走私所用的船只只是犯罪工具，但走私的货物、物品本身则不是犯罪工具，而是组成犯罪行为之物。^③ 供犯罪所用之物不具有取得手段的违法性，在被明确判定没收之前，属于行为人及相关主体的合法财产，但因其供犯罪所用而具备了违法性，应予没收。供犯罪所用之物与违法所得的主要区别在于，供犯罪所用之物是行为人犯罪的工具或手段，而违法所得是行为人违法犯罪所要获取的目的所在。^④

《刑法》第64条将供犯罪使用之物限定为“供犯罪使用的本人财物”。供犯罪使用的本人财物是指供犯罪分子进行犯罪活动而使用，且属于其本人所有的钱款或物品。^⑤ 对供犯罪使用的财物是否应局限于“本人财物”，理论上和实践上均有分歧。有观点认为，供犯罪使用的本人财物，仅限于行为人所有的财物，供犯罪使用的他人财产，不得没收。但是，如果他人是共犯，则可能针对共犯没收。^⑥ 相反观点认为，从国外的立法经验和司法实践来看，如果第三人故意或者重大过失提供物品供犯罪使用的，不排除对于“非犯罪人所有”财物的没收。因此，应将我国《刑法》第64条“供犯罪所用的本人财物”修改为“供犯罪所用的财物”。^⑦ 笔者认为，我国刑法将供犯罪所用之物仅限于行为人本人财物，范围过窄，实践中使用第三人财物实施犯罪的情形不在少数，第三人对此存有一定过错的，对第三人财物并非一律不能没收，有些案例中法院也将供犯罪所用的第三人财物予以没收。如果将没收范围只限于供犯罪所用的本人财物，那么行为人借用他人所有之物，或者取得他人所有之物从事犯罪的话，该犯罪所用之物因并非行为人本人所有就无法被没收，无异于无视该财物在犯罪行为中的作用，该财物的违法性就得不到处理，背离了实质正义，放纵了对该财物的

① 张明楷：《论刑法中的没收》，载《法学家》2012年第3期。

② 李长坤：《刑事涉案财物处理制度研究》，华东政法大学2010年博士学位论文，第9页。

③ 张明楷：《论刑法中的没收》，载《法学家》2012年第3期。

④ 竹莹莹：《违法所得问题研究》，载《西南政法大学学报》2005年第1期。

⑤ 胡康生、郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社2004年版，第62页。

⑥ 张明楷：《论刑法中的没收》，载《法学家》2012年第3期。

⑦ 姚贝：《特别没收适用范围应进一步明确》，载《人民检察》2011年第21期。

法律制裁。故我国没收的范围不宜仅限于供犯罪所用的本人财物，将其界定为供犯罪所用之物才是适当的，也符合刑事司法实践的需要。

犯罪所用的财物既应包括实际供犯罪使用的财物，也应包括意图供犯罪使用的财物，换言之，此“犯罪所用”既包括犯罪的实行行为所用，也包括犯罪的预备行为所用。^①只要行为人意图将财物用于犯罪，不受犯罪阶段的影响。^②例如，《德国刑法典》第74条规定：“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。”^③再如，《日本刑法典》第19条规定，供犯罪行为使用或者将要供犯罪行为使用之物可以没收。^④另外，供犯罪所用之物，其本质在于为完成犯罪所必需或者所促进。犯罪完成之后为保有犯罪效果而利用之物，因其不具备前述作用，故不应视为供犯罪所用之物。^⑤

关于供犯罪所用之物适用于故意犯罪还是过失犯罪的问题，理论上多数观点认为，供犯罪所用之物仅包括在故意犯罪中使用的财物，不包括在过失犯罪中起作用的财物。^⑥笔者同意该观点，供犯罪所用之物应为直接且专用于犯罪，因此犯罪类型仅限故意犯罪并排除过失犯罪。因为过失犯罪属于无意而犯，对危害结果的发生主观上是排斥的，犯罪所用之物也并非犯罪人有意识地或者专门用于犯罪，原则上不应没收过失犯罪中使用之物。

第三节 国家公法债权实现方式——没收违法所得上缴国库

如上文所述，没收违法所得并不属于保安处分。那么，没收违法所得的法律性质应当如何界定？笔者认为，没收违法所得在我国既不属于刑罚，也不属

① 姚贝：《特别没收适用范围应进一步明确》，载《人民检察》2011年第21期。

② 胡成胜：《我国刑法第64条“没收”规定的理解与适用》，载《河北法学》2012年第3期。

③ 徐久生译：《德国刑法典》，中国政法大学出版社2000年版，第83页。

④ 张明楷译：《日本刑法典》，法律出版社2006年版，第12页。

⑤ 袁益波：《刑法中没收物之分类研究》，载《法学论坛》2004年第1期。

⑥ 姚贝：《特别没收适用范围应进一步明确》，载《人民检察》2011年第21期；张明楷：《论刑法中的没收》，载《法学家》2012年第3期；张勇、殷涛、蒋晓春：《“供犯罪所用的本人财物”之界定与处置》，载《人民检察》2008年第2期。

于保安处分，在理论上，可以将没收违法所得上缴国库的行为界定为一种国家公法债权的实现方式。

一、如何理解我国刑法中的违法所得

（一）违法所得的法律特征

违法所得的法律特征主要有以下几点：第一，违法所得的获取手段具有违法性。违法所得是行为人通过法律禁止的手段获取的，如果行为人通过合法的手段或途径获取的财产，则不在违法所得之列。违法所得的这个根本特性将违法所得与行为人的个人财产区分开来。正是由于违法所得的获取渠道是违法的，因此即使犯罪分子事实上占有了金钱或财物，也不能获得法律所承认的所有权，这也正是对违法所得进行没收或者退赔处理的理论基础所在。第二，违法所得具有经济价值。行为人通过违法犯罪手段获取违法所得的根本原因在于追求这些财物的经济价值。第三，违法所得具有证据价值。违法所得的证据价值，即指违法所得与案件之间的紧密联系性，违法所得对违法犯罪行为的发生以及违法犯罪行为的严重程度起到证明的作用，与违法犯罪行为没有关系的财物不是刑法意义上的违法所得。^①

（二）违法所得与赃款赃物

与违法所得相关的概念是“赃款赃物”。关于赃款赃物的范围，有观点认为，违禁品和供犯罪所用的财物与犯罪违法所得财物一样，均应纳入到统一的“赃”概念中理解。理由如下：其一，赃款赃物依附于犯罪行为，与犯罪行为发生联系、侵害法律所保护的主体合法财产权利，具有可谴责性，应受社会否定性评价，这是“赃”的本质。犯罪工具和违禁品均具有这种属性，并非“犯罪行为违法所得财物”独享；其二，若将违禁品和供犯罪所用的财物排除在赃物之外，就违背了刑法体系解释原则和立法技术要求，无法实现实体法上的自治；其三，如果将违禁品等排除在赃款赃物之外，其结果是对掩饰、隐瞒这些物品的犯罪行为无法按照《刑法》第312条的规定进行有效打击；其四，从实际操作来看，与犯罪有关物品和款项只要被公安机关、检察院、法院查封、扣押、冻结，进入刑事诉讼程序，就按照赃款赃物处理，赃款赃物概念程序性、

^① 竹莹莹：《违法所得问题研究》，载《西南政法大学学报》2005年第1期。

宽泛性十分明显，不具实体意义和效力，除了最终处理程序外，其他程序并无二致。^①

相反观点认为，违法所得与赃款赃物在实践中经常被混用，刑法和刑事诉讼法中相应的提法是违法所得，而司法解释中多称为赃款赃物。赃款赃物是对刑事犯罪案件中行为人通过犯罪手段获取财物的特有提法，刑事程序中的违法所得大部分情况下和赃款赃物的范围是相同的，区别在于违法所得除了赃款赃物外，还包括在刑事程序中，最终被认定为无罪的行为人通过违法手段获取的财物。因此可以说，违法所得和赃款赃物是一种包含的关系，违法所得包含赃款赃物，赃款赃物是违法所得的一部分，而且是最重要的一部分。^②

笔者认为，后一种观点对赃款赃物的理解是正确的，也符合司法实践的惯常用法。司法实践中，赃款赃物与犯罪所得及其收益基本属于同一类涉案财物，而与供犯罪所用之物、违禁品则存在区别。《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1条将赃款赃物与供犯罪所用本人财物作了明确区分。供犯罪所用之物，不属于赃款赃物，因为“赃”的含义就是行为人通过犯罪行为所获得的不法收益。供犯罪所用之物虽然是实施犯罪行为的必要手段，但它本身不是通过犯罪行为所获得的，所以不应视为赃款赃物。^③ 赃款赃物基本可以等同于非法所得。

（三）违法所得与犯罪所得

刑法中有时使用“违法所得”的概念，也有的条文使用“犯罪所得”的概念。犯罪所得属于违法所得，但违法所得未必就是犯罪所得，违法所得的范围要广一些。^④ 违法所得还包括司法机关认定犯罪嫌疑人无罪之后，由特定机关处理的行为人非法所得的财物。^⑤ 有观点认为，作为刑法中没收的对象只能是犯罪所得，因为行政违法所得与民事侵权违法所得只能适用行政处罚法或侵权法的有关规定，而不能上升到刑事司法中来。违法所得就是指犯罪所得，为了避免法律用语产生歧义，应当将“犯罪分子违法所得的一切财物”改为“犯罪所得

① 天津市人民检察院、天津市河北区人民检察院课题组：《刑事追赃问题研究》，载《法学杂志》2010年第2期。

② 竹莹莹：《违法所得问题研究》，载《西南政法大学学报》2005年第1期。

③ 左卫民、吴玉馨：《略论赃款赃物的处理》，载《云南法学》2000年第1期。

④ 孙国祥：《刑事诉讼涉案财物处理若干问题研究》，载《人民检察》2015年第9期。

⑤ 竹莹莹：《违法所得问题研究》，载《西南政法大学学报》2005年第1期。

的一切财物”更妥当。^①也有观点认为，程序中的犯罪所得，不能代表实体上的判决，只是对犯罪行为产生收益的一种概括和事实性评价而已，并且在判决前仅仅是“疑赃”，并不能引起“判前定罪”的效果，而被扣押的“疑赃”是否转换为犯罪所得被没收，有赖于法院的有效判决，法院判决后，才能对犯罪所得执行没收，上缴国库。因此，从规范法律用语的角度，应当用“犯罪所得”作为刑事没收对象的表述。^②还有观点认为，《刑法》第64条追缴、责令退赔的违法所得，可以涵盖部分违反行政、民事法律行为获取的财物，但最终由法院判决没收的，必须是犯罪所得。为避免司法实践中的混淆，刑法有必要强调刑事没收的对象应为犯罪所得。^③

笔者认为，违法所得的概念包括犯罪所得，进入刑事诉讼程序的涉案财物未必都是犯罪所得，只有被司法机关认定为犯罪所得的涉案财物，才属于犯罪所得，最终未被认定为犯罪所得的涉案财物，如果构成行政法上的违法所得，也应依照相应的法律程序进行处理。违法所得随着刑事诉讼程序的进行，只有构成犯罪所得的部分才应由刑事诉讼程序处理，不构成犯罪所得但仍属于违法所得的财物，应当通过刑事诉讼以外的其他法律程序处理。《刑法》第64条规定的追缴、责令退赔如果指的是刑事诉讼意义上的处置措施，则将违法所得明确为犯罪所得会更为妥当。

（四）违法所得的范围

违法所得是否仅限于物质利益？是否包括非物质性利益？非物质性利益纳入违法所得的范围并不合适，理由包括：一是缺乏法律依据，法律只是规定“违法所得的一切财物”应当予以追缴或者责令退赔，对于非物质财物并无规定；二是缺乏可操作性，因为非物质性利益在现实中呈现各种各样的形式，其范围和界限很难把握。当然，对于非物质性的利益并不是置之不管，而是可以通过其他非刑法的途径单独处理，比如行政手段和党政纪律等。^④

违法所得包括直接违法所得和间接违法所得。行为人通过实施犯罪行为所直接取得、占有和控制的财产，称为直接犯罪所得。间接违法所得是指通过犯

① 胡成胜：《我国刑法第64条“没收”规定的理解与适用》，载《河北法学》2012年第3期。

② 姚贝：《特别没收适用范围应进一步明确》，载《人民检察》2011年第21期。

③ 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131页。

④ 竹莹莹：《违法所得问题研究》，载《西南政法大学学报》2005年第1期。

罪所得所产生的收益（主要是孳息），犯罪所得收益不是直接犯罪所得。^①关于直接犯罪所得与间接犯罪所得的具体表现形式，理论上存在争议。有观点认为，直接违法所得包括犯罪直接取得的他人财物、犯罪所生之物、赃款赃物处分后的所得；间接违法所得包括犯罪所得的孳息、收益。^②也有观点认为，间接所得是指由犯罪直接所得的财物所转化的财物或者产生的收益，例如变卖盗窃的物品所得的价款，利用诈骗来的汽车从事生产经营活动所获得的收益。^③不过，在将犯罪所得用于生产、经营活动情况下，其犯罪所得收益的认定应有一定限缩，应将其限制在由赃款赃物直接产生的基础上（如投资股票、购买房产等）。^④

犯罪所得有广义和狭义之分，狭义的犯罪所得仅指通过犯罪行为由犯罪人所直接取得之物，例如盗窃罪中窃取的财物、抢劫罪中抢取的财物和贪污罪中占有的公共财物。一般认为，广义的犯罪所得包括三种：一是犯罪行为产生之物，是指由犯罪行为所制造出来的物。例如伪造货币罪中的货币，伪造国家有价证券罪中的有价证券；二是由犯罪行为所获得之物，是指犯罪时已经存在，并通过犯罪行为所取得的物，例如赌博赢取的赌资，诈骗获得的财物；三是作为犯罪报酬取得之物，是指犯罪人实施了犯罪行为后，作为犯罪的对价获得的报酬性利益。例如杀手杀人后取得的佣金。^⑤犯罪所生之物是犯罪之前本不存在，通过犯罪所生成的物品，犯罪所生之物不同于犯罪所得，但在实务中，犯罪所生之物一般纳入违法所得范围。例如，生产、销售伪劣产品案件中，行为人生产、销售的伪劣产品，就是犯罪所生之物；行为人假冒他人注册商标的产品；行为人实施伪造假币的行为所制造的假币，都属于犯罪所生之物，传统上也属于赃物的范围。^⑥笔者认为，从“任何人不能从犯罪中获利”的基本立场出发，大多数国家都是在广义上使用犯罪所得的概念，为了有效剥夺犯罪人从犯罪中获取的财产利益，我国亦应在广义层面使用犯罪所得的概念。

① 孙国祥：《刑事诉讼涉案财物处理若干问题研究》，载《人民检察》2015年第9期。

② 孙国祥：《刑事诉讼涉案财物处理若干问题研究》，载《人民检察》2015年第9期。

③ 胡成胜：《我国刑法第64条“没收”规定的理解与适用》，载《河北法学》2012年第3期。

④ 孙国祥：《刑事诉讼涉案财物处理若干问题研究》，载《人民检察》2015年第9期。

⑤ 姚贝：《特别没收适用范围应进一步明确》，载《人民检察》2011年第21期；另见何帆：《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123页。

⑥ 孙国祥：《刑事诉讼涉案财物处理若干问题研究》，载《人民检察》2015年第9期。

国际刑事公约对于犯罪所得多采用“犯罪收益”的称谓。^① 实践中犯罪收益的形态不断改变,容易与其他财产混合,很可能无法准确界定。《联合国反腐败公约》第31条规定了三种犯罪收益的其他形态——替代收益、混合收益和利益收益,改变仅将“犯罪所得的财物”作为没收对象的现状。借鉴国际公约的做法,将犯罪收益的替代收益、混合收益和利益收益都纳入犯罪收益的范围。具体来说,在犯罪收益部分或者全部转变为其他财产的情况下,转变后的财产替代原财产成为犯罪收益,即替代收益;如果犯罪收益已经同其他合法财产混合,混合后的财产也应视为犯罪收益,即混合收益,司法机关可以对该财产中相当于原犯罪收益价值的部分进行追缴;来自于犯罪收益、替代收益或者混合收益的收入被称为利益收益,也应当纳入犯罪收益的范围。^② 2017年1月5日实施的《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》(以下简称《违法所得没收程序规定》)第6条关于违法所得概念的界定,就体现了这一立场。

二、没收违法所得上缴国库的法律性质——国家公法债权的实现

(一) 公法债权说

债权是民法的概念,主要用于私法领域,是指债权人得请求债务人为给付的权利。^③ 债权的概念被引入公法领域,出现了公法上的债权这一概念。“若债权的观念可理解为要求特定人作行为、不行为或给付的权利,那么,这观念决不仅为私法所独有,而是公法私法所共通的。”^④ 公法债权这一概念究竟从何而来,目前尚无确切的说法。但对这一概念应用最广的是行政法领域,在大陆法的德国、法国、日本等国家的行政法学中,经常使用公法债权的概念来指代行政法上的给付,例如征税、罚款等。对这些行政法义务的执行,也称为公法债权的执行。公法债权说在我国也逐渐被引入刑事法领域。例如,在财产刑执行领域,“公法债权执行说”认为,就财产刑的主体双方及其所依据的法律来看,财产刑为一种公法上的关系;然而就财产刑的内容来看,表现为一方当事人有请求对

① 姚贝:《特别没收适用范围应进一步明确》,载《人民检察》2011年第21期。

② 张磊:《论我国经济犯罪收益追缴制度的构建》,载《政治与法律》2009年第5期。

③ 魏振瀛主编:《民法(第五版)》,北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,第345页。

④ [日]美浓部达吉:《公法与私法》,中国政法大学出版社2003年版,第128~129页。

方当事人为一定给付的权利，而对方当事人则有作出一定给付的义务，财产刑可以被视为被告人对国家所负的债务，国家则对于被告人享有公法上的债权。^①但也有反对将财产刑归入公法债权的观点，认为法院行使司法权所生之公法上金钱给付义务，似不包括在内，例如刑事罚金的执行。^②除财产刑执行以外，理论上也有观点认为，追缴赃款赃物属于一种因犯罪所生之债。至于这种债是一种公法之债还是私法之债，抑或两者兼有，则缺乏深入论证。也有观点认为，没收违法所得是一种行政处分，这种观点与行政法中的公法债权执行说有某些类似之处。“公法债权说”是近代以来公法和私法融合的产物，从大陆法国家的立法来看，公法上债权的执行，广义上属于债权实现的一种，除刑法、刑事诉讼法、行政法另有规定外，准用民事强制执行法的规定。^③

（二）国家公法债权实现说对没收违法所得上缴国库的理论解读

国家有权机关对犯罪所得的处理最终可以归结为两条途径：一是属于被害人合法财产的，予以返还被害人或者责令退赔；二是犯罪没有被害人，或者虽有被害人但因各种原因被害人未认领等情况下，应当上缴国库。没收违法所得上缴国库的法律性质可以从公法债权执行的角度解释，属于通过国家强制力实现因犯罪而生的国家公法债权。换言之，没收违法所得上缴国库，属于国家公法债权的实现。至于将犯罪人的违法所得返还被害人或者责令退赔，则属于另外一种法律性质的处置行为。这两种处理虽然都是对违法所得的处置方式，但两者的法律性质并不相同：返还被害人或者责令退赔的权利主体是被害人，而非国家，不能用国家公法债权实现的理论解释，只能从被害人民事财产权利救济的角度进行说明。而没收犯罪所得上缴国库的权利主体则是国家，没收的相对人是犯罪人，完全可以认为是向国家上缴财物的给付行为，符合债的本质特征，国家与犯罪人之间这种给付违法所得财物的法律关系是因犯罪产生的刑事法律关系，即公法关系。因此没收违法所得上缴国库，可以看作是一种公法债权的实现方式，属于国家公法债权的实现。

① 肖建国：《论财产刑执行的理论基础——基于民法和民事诉讼法的分析》，载《法学家》2007年第2期。

② 杨与龄：《强制执行法论（最新修正）》，中国政法大学出版社2002年版，第613页。

③ 肖建国：《论财产刑执行的理论基础——基于民法和民事诉讼法的分析》，载《法学家》2007年第2期。

行为具有一定的社会危害性，是犯罪的最基本特征。所谓社会危害性，是指行为对刑法所保护的社会关系造成或可能造成这样或那样的损害，也就是指对国家和人民的危害性。犯罪的本质就在于危害了国家和人民的利益。^① 犯罪在某种意义上说，也是侵害国家利益的行为。国家的统治秩序、社会秩序、社会安全，受到犯罪行为的侵害，犯罪也在不同程度地破坏国家的政治统治职能和社会管理职能。犯罪还是触犯刑法的行为，具有刑事违法性。在公法与私法的分类中，刑法属于公法^②，具有公法的特征，与国家权力紧密相关。国家与犯罪人因犯罪行为触犯刑律产生了公法上（刑法上）的法律关系。犯罪人由于实施了犯罪行为，破坏了国家法律所维护的法秩序。因此，犯罪除了对被害人利益造成损害外，也在不同程度地损害国家利益，这种国家利益主要体现为一种公法利益。与此相对应的是，对于犯罪的追诉也采行国家追诉原则（Grundsatz der Strafverfolgung durch den Staat），即犯罪应由国家本于其职权追诉并处罚，因此也称为职权原则（Offizialprinzip）或职权追诉原则（Grundsatz der Strafverfolgung von Amts wegen）。犯罪的预防与制裁也被视为公共利益的一环。国家追诉原则的思想基础，乃追诉犯罪具有公共利益，被害人亦不能左右。犯罪行为侵害法益，破坏社会共同生活的和平性，国家作为法益及和平秩序的维护者，具有责无旁贷的任务去追诉犯罪并处罚犯人，以恢复因为犯罪而受损的法和平性。^③ 正是因为犯罪对国家利益和社会公共利益的侵害，以及国家追诉犯罪的职权，使得国家与行为人之间产生了公法上的法律关系。对于犯罪所得予以没收上缴国库，具有向国家给付犯罪获得财物的性质，因此完全可以用国家公法债权的实现解释没收违法所得上缴国库这一处置措施的法律属性。

国家公法债权实现说如何对待没收违法所得是否具有惩罚性的问题呢？这一问题往往又与没收违法所得是否属于刑罚相关。将没收违法所得作为刑罚的国家认为，没收违法所得也是一种财产利益的剥夺，属于刑法的制裁措施，应归入刑罚的范畴。例如，日本刑法理论的通说是将没收违法所得的财物作为刑

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学（第六版）》，北京大学出版社、高等教育出版社2014年版，第47页。

② 陈兴良：《本体刑法学（第二版）》，中国人民大学出版社2011年版，第11页。

③ 林钰雄：《刑事诉讼法》（上册），中国人民大学出版社2005年版，第39页。

罚（附加刑）对待的。对犯罪取得物品、报酬物品的没收也是制裁。^① 这种观点在我国刑法体系中显然是不能成立的。首先，我国刑法并未将没收违法所得作为一种刑罚加以规定，没收违法所得在我国毫无疑问不属于刑罚。其次，刑罚是刑法对犯罪行为的制裁，但刑法的制裁措施未必就是刑罚。没收犯罪人违法所得的财产利益，虽然也是一种广义的刑事制裁，但这种制裁的惩罚性与刑罚无法相提并论。违法所得的财产原本就不属于犯罪人所有，系犯罪人通过违法手段获得，不具有合法性，本应返还被害人或没收。剥夺犯罪人违法所得的财产，仅仅使财产状态恢复到犯罪行为之前，并未触及犯罪人合法财产权利，其原先享有的财产权利并未受到影响，难以说是对犯罪人的惩罚。因此，没收违法所得并非作为一种惩罚性措施而存在，国家公法债权实现说淡化了没收违法所得的惩罚性问题，重点并未落在没收违法所得是否具有惩罚性方面，而是突出将违法所得的财物上缴国库的问题，强调财物的给付行为，与没收违法所得本身的行为特点相适应。

三、关于违法所得“追缴”措施的分析与评价

《刑法》第64条对违法所得规定的处置措施是追缴或责令退赔。责令退赔的权利主体是被害人，不属于国家公法债权的范畴。那么，对于违法所得的“追缴”应当如何理解呢？对此，理论上和实践中的分歧很大。

（一）关于追缴的理论观点

《刑法》第64条虽然规定对违法所得应予追缴，但追缴概念的内涵和外延如何界定，则并无法律明确规定。理论上关于追缴的含义主要有以下几种观点：

1. 程序性控制措施说

该观点认为，追缴系侦查机关在诉讼过程中采取的强制措施，防止犯罪嫌疑人隐匿、转移财物，并使得法院最终判决返还被害人合法财产、没收犯罪物品时有财物可供执行。公安机关和检察机关将“追缴”作为程序性控制措施适用，将犯罪分子违法所得的财物先追缴过来，具体再如何处置视情况而定。追缴只是没收的前置程序，追缴回来的财物，在查明是犯罪分子非法所得的情况

^① 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。

下,将其中被害人的合法财产予以返还后,剩下的予以没收。^①在刑事诉讼实务中,它实际上被理解成了“扣押”的同义词。^②追缴只具有程序性的意义,不具有实体处分的性质。追缴之后,根据实际情况决定是否予以没收,从而实现了对追缴物的实体处分。^③

2. 追回说

该观点认为,追缴的含义是指有权的司法机关对犯罪分子违法所得的相关财物予以勒令缴回。至于缴回的违法所得财物最终如何处理,是返还被害人还是没收上缴国库,并不是追缴这一法律行为本身所能够涵摄的,而应属于返还、没收等法律行为表达的内容。追缴行为本身并不涉及对违法所得财物的最终处置。认为追缴是指将犯罪分子的违法所得强制收归国有的观点是片面的,错误地将追缴与没收混为一谈。^④该观点虽然在表述上与第1种观点稍有不同,但对追缴措施的理解在本质上与第1种观点基本无异。

3. 追回+处分说

该观点认为,追缴是指国家司法机关在刑事诉讼中对犯罪行为人通过非法手段所获取的现金、物资及其他财产和经济利益依法予以追回,并返还被害人或者予以没收的司法行为。^⑤追缴是过程与结果的统一,它既包括公安司法部门通过将嫌疑赃款赃物予以扣押、冻结加以追回的过程行为,又包括公安司法部门对赃款赃物进行最后处理(包括及时返还给受害人、上缴国库)的结果行为。^⑥

4. 收归国有说

该观点认为,追缴是指将犯罪分子的违法所得强制收归国有。^⑦没收与追缴的对象可以合二为一,没收的对象既可以是犯罪所得,也可以是用于实施犯罪的财产,追缴亦然。^⑧追缴是依法剥夺犯罪分子因犯罪所得的一切财物,实现向

① 胡成胜:《我国刑法第64条“没收”规定的理解与适用》,载《河北法学》2012年第3期。

② 袁坦中、刘建:《论刑事诉讼法中追缴的性质》,载《中国刑事法杂志》2010年第4期。

③ 张磊:《论我国经济犯罪收益追缴制度的构建》,载《政治与法律》2009年第5期。

④ 曲升霞、袁江华:《论我国〈刑法〉第64条的理解与适用——兼议我国〈刑法〉第64条的完善》,载《法律适用》2007年第4期。

⑤ 杜芳:《论刑事追缴程序》,载《求索》2009年第1期。

⑥ 程小白、曹云清、贾江滔:《追赃理论与实务》,中国人民公安大学出版社2003年版,第25页。

⑦ 胡康生、郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2004年版,第62页。

⑧ 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。

国库转移，使犯罪分子的财产状况恢复到实施犯罪之前状态的刑法强制措施。具体来说，追缴适用于以下情形：（1）违法所得来源于损害国家利益。（2）权利请求主体缺位。一是不存在权利请求人，包括没有刑事被害人，以及虽有被害人，但被害人对违法所得没有退赔请求权的情形；二是权利人主张权利不能，包括被害人的行为违法使其丧失请求权，被害人放弃请求权或被害人死亡且无合法继承人，以及被害人无法确认的情形。（3）违法所得财物仍然现存。存在的财物不仅仅是指原物，可以是原物的对价物或替代物。如果违法所得财物已经灭失且犯罪行为人已无可替代之物或对价之物，追缴就失去了对象，当然就不能适用追缴。^①

（二）关于追缴的分析与评价

对于追缴的概念之所以存在上述分歧，主要是因为刑事立法对追缴的含义界定不清，导致司法实践中在多重意义上使用追缴的概念。例如，刑事判决判定追缴赃款现金 XX 元，或者判决继续追缴赃款赃物。这里的追缴按照通常理解既可以包含追回财物的意思，也可以包含控制财物的含义，还可以包含没收上缴国库等处分行为在内。另外，很多司法解释和规范性文件也在不同含义上使用“追缴”一词。例如，《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》规定：“如赃款赃物尚在的，应一律追缴；已被用掉、毁坏或挥霍的，应责令退赔。”该《纪要》将追缴限于赃款赃物尚在的情形，对原物已经不存在的，应责令退赔，而不再适用追缴。据此，如果原物不存在的，似只需责令退赔被害人即可，无需再没收上缴国库。但这种理解似乎又与判决继续追缴赃款赃物相矛盾。根据《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。据此，追缴和责令退赔应是两个不同的概念。而根据《刑事诉讼法解释》第 366 条规定，确属违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物的，应当判决返还被害人，或者没收上缴国库。据此，追缴又和被害人财产返还有密切联系，返还被害人财产与责令退赔又难以截然分开，按照司法解释的规定，追缴和责令退赔似乎又存在交叉。

通过上述分析，追缴在我国法律规定中的内涵和外延是不清晰的。因立法不明产生的争议问题，还需要立法解决。目前关于追缴的理解，至少应当明确

^① 刘清生：《论刑事违法所得的认定与追缴》，载《湖南社会科学》2009 年第 2 期。