



*Thinking and Exploration of Judges*

# 法官的思考与探索

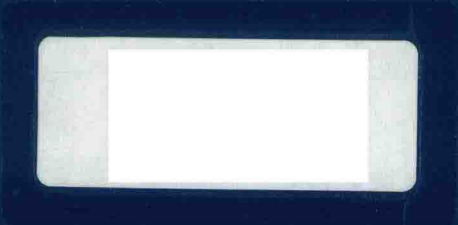
—— (三) ——

上海市金山区人民法院  
调研成果精选

孙 军 主编



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



# 法官的思考与探索

(三)

上海市金山区人民法院  
调研成果精选



法律出版社官方微信

 **独角兽工作室**  
装帧设计

ISBN 978-7-5197-0874-0



9 787519 708740 >

定价：122.00元

上架建议 法律实务  
（可在 [www.lawpressriver.com](http://www.lawpressriver.com)）商家beme电子书



*Thinking and Exploration of Judges*

# 法官的思考与探索

—— (三) ——

上海市金山区人民法院  
调研成果精选

孙 军 主编



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

法官的思考与探索:上海市金山区人民法院调研成果精选. 三 / 孙军主编. —北京:法律出版社, 2017.5

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0874 - 0

I. ①法… II. ①孙… III. ①法院—工作—金山区—文集 IV. ①D926.22 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 112062 号

### 法官的思考与探索(三)

——上海市金山区人民法院调研成果精选

FAGUAN DE SIKAO YU TANSUO (SAN)

——SHANGHAISHI JINSHANQU RENMIN FAYUAN

DIAOYAN CHENGGUO JINGXUAN

孙 军 主 编

策划编辑 田 浩

责任编辑 田 浩

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 杜 进

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立策划部政务工作室

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 44.75

字数 633 千

版本 2017 年 6 月第 1 版

印次 2017 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63938284

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0874 - 0

定价:122.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

平乱网 (www.docsriver.com) 商家beme电子书

## 序

思想是行动的先导,理论是实践的指南。习近平总书记指出:“没有正确的法治理论引领,就不可能有正确的法治实践,要加强法治及其相关领域基础性问题的研究,对复杂现实进行深入分析、作出科学总结,提炼规律性认识,为完善中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家提供理论支撑。”最高人民法院周强院长强调:“要紧紧围绕‘努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义’的目标开展研究工作,为人民法院科学决策提供智力支持。”

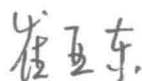
理论研究、理论创新对推动人民法院工作具有重要意义。改革发展任务越是艰巨繁重,越需要理论的支撑和引领。上海法院是全国司法体制改革先行试点单位,担负着为全国司法体制改革破冰探路的重任,面对着前所未有的困难与挑战,司法改革和司法实践中碰到许多深层次、根本性问题,有诸多的难关、顽症需要攻克,迫切需要通过深入研究,找到理论支撑和解决途径。近年来,上海法院在全面深化司法体制改革,破解影响公正司法和制约司法能力的深层次问题的同时,注重司法理论研究,高院成立了上海高院新型高端司法智库,形成了一批有深度有价值的调研成果,较好地发挥了服务审判工作、服务司法改革、服务司法决策、服务司法需求、服务经济社会发展、服务国家战略等方面的“思想库”“智囊团”的作用,提升了上海法院科学发展的“软实力”。

金山区法院一直以来注重理论研究工作,把理论与法院各项工作紧密结合,形成了很好的研究传统和氛围,在全国法院、市法院历年的论文、课题、案例和司法统计分析评比中均取得了较好成绩,特别是在2015年、2016年连续两届获得全国法院学术讨论会“组织工作先进奖”。在金

山区人民法院建院 20 周年之际,金山区法院将 2011 年以来部分优秀调研成果汇编集结《法官的思考与探索(三)》出版,兼具司法的实践性与思辨性,反映了全国法院干警对法学前沿理论的探索和对审判实践精益求精的追求,具有重要的理论意义和实践意义,为上海法院理论调研工作树立了一个榜样。

司法实践为法学理论研究提供了丰厚的沃土。面对全面深化改革的新形势、全面推进依法治国的新任务,上海法院理论研究工作要始终立足我国基本国情,汲取中华法律文化精华,毫不动摇坚持中国特色社会主义法治道路,坚持服务导向、应用导向、问题导向,围绕审判工作、聚焦基层实际,兼容并蓄,知行合一,努力把经过深入调查、科学论证的理论研究成果转化为审判工作的不竭动力,使之真正成为破解审判难题、推进司法改革的良方,成为推动法院工作科学发展的“软实力”,为全面推进依法治国贡献更多力量。

上海市高级人民法院党组书记、院长



2017 年 5 月 25 日

## 审 判 篇

### 刑事

003

#### 刑事涉案财物审理问题研究

——基于立法规定和司法实践的双重考量

孙军课题组 / 003

#### 受贿罪中“为他人谋取利益”的解构与建构

王庆廷 / 031

#### 破除“图式效应”：以危险方法危害公共安全罪的司法适用

——以等置模式为分析视角

叶 锋 / 044

### 民事

061

#### 从“休眠条款”到规定“落地”

——以 40 例拒不支付劳动报酬案件为分析样本

徐跃课题组 / 061

#### 不动产抵押物转让规则的另一种解释论

——以《物权法》第 191 条为中心的考察

董永强 叶 锋 / 076

#### 博弈与妥协：论刑事判决在民事侵权之诉中的特殊既判力

周 惠 / 090

#### 未成年人监护制度的问题与对策

——以上海法院涉未成年人监护类案件统计分析为切入点

沈秀军课题组 / 103

#### 在十字路口的选择：论预约合同的出路

——以类型系列的构建为分析视角

董永强 叶 锋 / 140

## 婚姻家庭立法中若干问题的探讨

——以家庭伦理性的复归为视角

沈秀军课题组 / 159

## 毕其功于一役:家事诉讼中诉的合并问题研究

周 惠 / 182

### 商事

194

## 关于完善经济结构调整背景下企业破产制度研究

——以审判实务研究为原点

黎淑兰课题组 / 194

### 行政

254

## 社会管理创新语境下行政审判白皮书制度之审视与构建

——基于上海法院司法实践的实证分析

陈福才 崔胜东 / 254

## 检视与推进:检察机关提起行政公益诉讼之困境破解

——基于改革运作及法律规范的双重分析

徐跃课题组 / 269

## 行政诉讼一并解决民事争议审理模式研究

——以房屋权属登记案件为研究视角

徐跃课题组 / 285

## 论行政协议的定性、识别与审查

——基于行政性与契约性二元构造的分析

崔胜东 / 314

### 执行

326

## 强制执行权并轨运行模式研究

——以我国执行主管现状与完善为切入

史小峰 / 326

### 诉讼

338

## 司法场域理论下民事反诉制度的基层运作

——以审判实践 542 例案件为研究样本  
平乱网 (www.docsriver.com) 商家beme电子书

叶 锋 / 338



**审判中心模式下刑事庭前会议程序:现状、困境与出路**

——基于 2013 年刑事诉讼法施行以来的实证研究

叶 锋 / 354

**综 合 篇****级别之外的“正义”**

——略论四级法院的角色配置与功能定位

黎淑兰课题组 / 377

**对确立我国事实调解制度的思考**

——以“用”与“弃”之争为视角

陈祥华 / 390

**强“制”执行织就“权力之笼”**

——以金山区法院关于最高人民法院近五年出台廉政制度

执行力为实证样本

宫爱萍 姚 伟 喻美奇 刘 晨 / 404

**新媒体时代下敏感案件的舆情应对与危机公关**

沈秀军课题组 / 417

**民事案由适用困境的现象解析与规制疏导**

——修改版《民事案件案由规定》实施后上海法院相关情况

的实证分析

陈祥华 / 433

**“经验”何以成为“法则”**

——对经验法则适用困境的考察、追问及求解

王庆廷 / 448

**例外与限度:审判公开的反向证成及行为指引**

崔胜东 / 465

**审判辅助事务管理模式探索**

——以比较法和我国审判实践为基础

黎淑兰课题组 / 478

**环境审判和环境公益诉讼相关问题研究**

孙军课题组 / 506

**特殊的审判:论司法责任制的诉讼构造**

——基于部分地方规范性文件 and 个案的实证考察

叶 锋 / 538

**媒介批评视角下司法宣传的问题反思与路径改进**

——以 535 篇法制宣传报道为分析样本

沈秀军课题组 / 560

## 案 例 篇

### 刑事

577

#### 出质人窃回质押财产并向质权人索赔的行为定性

——李含笑盗窃案

舒平锋 / 577

#### 刑事和解的新尝试

——上海市金山区人民检察院诉金坚森故意伤害案

李 琴 / 581

#### 上海谷润贸易有限公司、上海睿钧工贸有限公司、被告人倪晓钢非法经营案

——向食用油生产企业销售进口工业用牛羊油构成非法经营罪

舒平锋 / 586

#### 上海市金山区人民检察院申请对路成江强制医疗案

——如何判断被申请人暴力行为的危害程度及对驳回强制医疗申请决定能否申请复议

张 鹿 / 595

### 民事

600

#### 原告曾浩然、于根香与被告上海长三角物流有限公司、上海金禧房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案

——商品房买卖合同约定面积与实际面积误差比超3%的处理

董永强 / 600

#### 上海紫正印刷器材有限公司诉殷志敏其他所有权纠纷案

朱 炜 董永强 陈祥华 / 606

#### 杨建平诉上海聚丰热镀锌有限公司、上海金山经纬化工有限公司等环境污染侵权纠纷案

董永强 / 611

#### 原告王道林等诉被告陈月双、陆钢强等道路交通事故人身损害赔偿纠纷案

俞凤秀 / 615

董凤琴诉上海康发房产有限公司商品房预售合同纠纷案件 陈祥华 / 618

浙商银行股份有限公司温州分行申请实现担保物权案

——依原则首创程序

谢荣华 / 625

悦康药业集团上海制造有限公司诉上海伟恒防水保温工程  
有限公司建设工程施工合同纠纷案

——擅自使用未经竣工验收的工程并非当然排除工程  
保修期内的保修责任

董永强 叶 锋 / 629

要约解除权、履行抗辩权的行使条件与格式合同的审查顺位

——叶轶钧、魏晓庆、茅海斌、魏雪娣诉上海上置房地产发展  
有限公司房屋买卖合同纠纷案

董永强 叶 锋 / 636

金雪梅诉何忠华、金锦秀、何慈铭所有权确认纠纷案

——房屋修建、登记行为并非系直接取得所有权之当然原因

褚红梅 / 647

运用经验法则结合证据审查对借贷合同事实关系的认定

——宋春军诉陆腾飞民间借贷纠纷案

唐军花 / 654

事实不明情形下拆迁安置房买卖关系违约责任的处理

——胡国强诉周军强、陈洪奎房屋买卖合同纠纷案

金志荣 李贵贤 / 659

张兵与张宏生命权纠纷案

——近亲属间死亡赔偿请求权的支持与限制

陈宝勇 丁秀锋 / 663

上海金建建设工程有限公司诉北际医疗科技(上海)有限公司  
建设工程施工合同纠纷案

——工程甩项签证后,发包人无权以未竣工验收为由拒付工  
程款

金志荣 李梦娜 / 669

**商事**

677

上海特毅企业有限公司系列破产案

黄杰国 王永亮 高丽宏 / 677

**行政**

684

原告上海倍奇葩酒业有限公司不服被告上海市金山区酒类专卖  
管理局行政处罚决定案

刘 丽 / 684

金三美诉上海市公安局金山分局行政处罚案

——外国人非法就业的认定与审查

崔胜东 / 690

林万春、郑灵斐、林天宇不服上海市金山区市场监督管理局行政  
处理告知案

——行政许可事项形式代理行为无须获得许可

崔胜东 / 696

**执行**

703

金山区人力资源和社会保障局申请执行上海嘉龙纸业有限公司  
拖欠 103 名职工的工资及经济补偿金系列案件

王亚卓 / 703

# 審判篇

---



# 刑事涉案财物审理问题研究

——基于立法规定和司法实践的双重考量

孙军课题组\*

(本文荣获 2015 年上海法院重点调研招标课题优秀奖)

### 引言

在一个现代化法治国家,涉案财物的查封、扣押、冻结等程序是相当严格的,因为其涉及公民最为核心的财产利益。宪法是一张写着人民权利的纸,其根本任务就是限制国家权力保障人民权利。作为“应用宪法”的刑事诉讼法在国家权力和公民权利的博弈中对这一点体现得更为明显。在刑事诉讼中,面对着强大的国家机器,公民始终处于弱势的地位。如何通过程序的设计来使公民个人达到能与国家对抗的能力始终是一个重要的问题。我国《宪法》明文规定,公民的合法的私有财产不受侵犯。《刑事诉讼法》在 2012 年进行了修改,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第十六章专门对涉案财物的处理进行了规定。涉案财物的处理不但关系到被告人的量刑问题,还关系到被害人合法财产的保护,以及其他与财产有关的利害关系人的利益保护。2015 年 1 月 24 日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了中央全面深化改革领导小组审议通过的《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》。通过健全处置涉

---

\* 课题主持人:孙军,上海市金山区人民法院党组书记、院长。课题组成员:徐跃,上海市金山区人民法院党组成员、副院长;曹雪明,上海市金山区人民法院刑庭庭长;孟宪利,上海市金山区人民法院执行裁判庭副庭长;李琴,上海市金山区人民法院研究室主任;王庆廷,上海市金山区人民法院民三庭审判员;亓淑云,课题执笔人,上海市金山区人民法院刑庭法官助理。

案财物的程序、制度和机制,进一步规范涉案财物查封、扣押、冻结程序,建立办案部门的地方涉案财物集中管理信息平台,完善涉案财物先行处置程序、审前返还程序,明确利害关系人的诉讼权利,完善权利救济机制,健全责任追究机制。

一项好的法律程序必须满足两个方面的要求,一是它必须能够获得好的效果;二是它作为一种过程,必须满足诸如程序参与性、及时性公开性、人道主义等特征。但综观我国刑事涉案财物审理的现状,相关立法预期并没有在司法实践中圆满实现,当前涉案财物处理程序中存在的四大问题:一是重人权轻财权,重定罪轻量刑,重自由刑轻财产刑;二是我国还没有形成一个完整系统的涉案财物的审理制度;三是涉案财物相关的保管、返还、移送等各个环节都存在一定的随意性,责任不清;四是涉案财物处理的救济和惩罚机制还没建立起来。因此如何规范和完善刑事涉案财物处理的司法程序显得尤为紧迫。

## 一、立法考察:我国刑事涉案财物的立法框架梳理

### (一)问题的提出

在2012年《刑事诉讼法》修改之前,关于刑事涉案财物的处理仅有《刑法》第64条、1996年《刑事诉讼法》第198条及若干条司法解释作了简单的规定。法律规定的不完善,导致司法实践中对该问题的处理较为混乱,一些法院的判决对涉案款物没有处理或者处理不明确,造成相关财物缺乏执行依据。2012年《刑事诉讼法》第234条增加了“人民法院作出的判决,应当对查封、扣押、冻结的财物及其孳息作出处理”的规定,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第十六章对此问题予以细化。但是司法实践中,还是会面临一些问题。为了更加直观地说明这些问题,课题组通过三个简单案例引入课题。

案例1 犯罪嫌疑人A因为涉嫌盗窃被公安机关拘留,同时A用于盗窃的车辆也被扣押。但是被扣押的车并非属于A所有,而是属于A的好友B。我们假设,B知道A盗窃而将车借给A使用,这种情况在刑法上称其为共犯,公安机关扣押的车辆属于用于犯罪的工具可以在后面的审判程序中



予以没收。

但是还有一种情况,B不知道A盗窃而将车借给A使用,B向公安机关反映情况但是公安机关却一直扣押车辆。这其中有几个问题值得我们思考。对于扣押冻、结款物的性质如何认定,哪个机关是认定的主体?如果被扣押的财产不属于犯罪嫌疑人所有而权利人不知道其财产被用于犯罪的情况下如何处理?这种情况下是否可以在审判程序中没收扣押的财产?被扣押财产的权利人该如何维护自己的合法权益?如果公安机关扣押过程中出现错误,扣押的车辆是与本案没有任何关系的第三人C的车辆,第三人如何维护自己的权利,如果案件已经移送至人民法院,第三人是否可以参加法庭的审理?

案例2 犯罪嫌疑人A因为多次盗窃被检察院审查起诉至人民法院,在庭审的过程中A精神失常,法院不得不裁定诉讼中止。

如果被告人A短时间内精神恢复正常状态,诉讼还可以继续进行,但是如果A长时间内无法恢复甚至没有恢复的可能性的情况下,扣押、冻结的款物该如何处理?由此引申出一个问题,即被告人逃跑、死亡或者丧失行为能力情况下扣押、冻结的款物该如何处理的问题。

案例3 犯罪嫌疑人A因抢劫被公安机关逮捕,后来查明A所犯抢劫罪已过了追诉时效,公安机关作出了撤销案件的决定,那么对于本案中扣押、冻结款物如何处理?扣押冻结的款物应该由公安机关处理还是应该由人民法院处理?另外,实践中还会出现犯罪嫌疑人、被告人因为未达到法定的刑事责任年龄、经过特赦等未被追究刑事责任,这种情况下扣押、冻结款物应该如何处理也是一个值得关注的问题。

笔者将在下文的论述中对这些问题进行逐一的解决。当然,扣押、冻结款物处理程序存在的问题并不仅限于案例中所反映的,这只是课题组研究问题的一个开端。下文中课题组将对涉案财物处理程序中的相关问题进行具体的阐述。

## (二) 涉案财物的概述

### 1. 涉案财物的概念及特点

2012年《刑事诉讼法》条文中首次使用“涉案财产”一词而非“涉案财

物”。2015年3月6日,最高人民检察院发布《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》第2条中对刑事诉讼涉案财物进行了定义,是指人民检察院在刑事诉讼过程中查封、扣押、冻结的与案件有关的财物及其孳息以及从其他办案机关接收的财物及其孳息,包括犯罪嫌疑人的违法所得及其孳息、供犯罪所用的财物、非法持有的违禁品以及其他与案件有关的财物及其孳息。

课题组认为刑事涉案财物,是指由有权司法机关依据其职权确认的与刑事案件有关并应当依法予以追缴、没收及退赔的财物。根据上述定义,笔者认为涉案财物主要具有以下特点:

第一,有权司法机关,严格意义上仅指法院。

第二,涉案财物和犯罪具有关联性。在对物采取强制性措施时,有些财物的归属是无法定性的,但为了防止因证据不足而导致诉讼时间的拖延,犯罪嫌疑人转移、隐藏与毁坏相关财物,保障刑事诉讼程序的顺利进行,而对涉案财物采取保全证据的措施。

第三,涉案财物的认定具有法定性。刑事涉案财物是指违法所得的财物,是依法应当追缴和退赔的。从刑事诉讼程序上看,自侦查开始,对涉案财物进行查封、扣押、冻结等处分措施,到审查起诉阶段,最后至审判阶段对涉案财物进行最终的处理,每个阶段处理涉案财物的权力机关是不同的。

第四,刑事涉案财物应当包括知识产权等财产权以及无法认定价值的“违禁品”在内。

## 2. 涉案财物的内涵与外延

要想界定涉案财物就必须先界定“涉案”一词,基于对财产权的保护,笔者认为应当做广义的理解,涉案不是已经发生的犯罪行为,也不是静态的刑事案件的范围,而是指动态的刑事诉讼活动。那么就要有一个判断涉案程度的标准。根据与刑事诉讼活动的紧密程度可以将案涉财物分为直接联系和间接联系的财物。直接联系的财物是指该财物的构成属于刑事案件的必备要素,即在案件形成过程中就已存在的、能够证明案件事实的具有财产价值的证据。例如,违法所得、犯罪工具等,鉴于违禁品在各国立

法均属禁止之列,也属于直接涉案财物的范畴。这些财产可以直接证明违法犯罪行为,是司法裁判中的重要证据,且权属一般不存争议,只要有合理的依据,有权机关可以直接采取强制性措施。间接联系的涉案财物则不同,是指该财物与犯罪行为没有直接联系也并非刑事案件构成的必备要素,只是因为偶然,或为了保障刑事诉讼的推进,才进入刑事诉讼的视野。例如,与案件构成无关但可以作为证实案情的合法财产、财产保全的部分、以合法财产退赔的部分、取保候审保证金等。对于间接的涉案财物,除了需要合理理由外,还必须有严格的司法证明,才能够采取保全性手段。

这样的区分是具有实际的意义:首先,可以为涉案财物采取强制措施提供依据。对于直接的涉案财物,基于侦查效率的考虑,可以直接采用强制性措施。对于间接的涉案财物,基于财产权保障的考虑,不提倡直接采用强制性措施。例如当被害人或第三人的合法财产被作为证据时,可以采用调取证据的方式进行;应当允许犯罪嫌疑人自由选择提出保证人或提交保证金,作为取保候审的保证方式;对于犯罪嫌疑人的合法财产进行财产保全时,应当由被害人或侦控机关提出申请,由法官审查后作出裁定。但是如果犯罪嫌疑人的合法财产作为证据时,尽管属于间接性涉案财物,但鉴于刑事诉讼的高对抗性,也可以直接采取强制性措施,但是必须严格依照法律的规定实施。其次,为后续财物的处置提供便利。根据《刑事诉讼法》及其相关规定,涉案财物的处置可以分为实体性处置和程序性处置。实体性处置主要有三种情形:一是没收;二是发还被害人;三是退赔被害人。其中,没收和发还被害人的涉案财物,是直接涉案的财物;退赔被害人主要是间接涉案财物中达成协议的退赔部分和财产保全的部分。程序性处置主要有两种情形:一是返还财产,包括查封、扣押、冻结、取保候审等强制性措施解除后返还犯罪嫌疑人,以及不再作为证据使用的合法财产返还给原持有人;二是移交有权部门处理,包括违禁品的移交,其他违法所得的另案移交等。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见闫永黎:《刑事诉讼中涉案财产的基本范畴》,载《中国人民公安大学学报》2013年第3期。

具体来说,涉案财物主要有两大功能:一是作为犯罪之物,是指刑事实体法意义上的涉案财物,可以将其分为三部分,即违法所得、犯罪工具和违禁品。笔者认为实施违法犯罪取得的一切财物可以统称为违法所得。犯罪工具,是指犯罪分子直接用于实施犯罪的财物或器具。笔者主张对其应作狭义理解,即专门用于犯罪或主要用于犯罪活动的物品,从物理性能上讲,犯罪工具是“物、器”;从用途上讲,它是供犯罪分子实施犯罪使用的;从功效上讲,它为犯罪分子实施犯罪提供了作案方便、创造了达到目的的条件。对于犯罪工具的认定是非常重要的,除了具有证据意义以外,还在于能否做出没收的决定。二是作为证据之物,是指与案件有关联能够作为证据使用的财物,主要包括物证、书证以及视听资料。在司法实践中,作为犯罪之物中的绝大部分都能够成为证实涉嫌犯罪的证据,如违法所得、犯罪工具都是作为证据之物;如果违禁品同时也被作为犯罪工具使用时,毫无疑问也是作为证据之物。除此之外,如果被犯罪嫌疑人占有的其他物证、书证和视听资料,只是因为偶然才与犯罪行为发生了联系,且能够作为证实案情的证据,即使不是作为犯罪之物,公权力机关也有权力和责任将其查控,作为证据进行保全。当然第三人占有的上述证据是其合法财产,在收集该证据时应尽量避免使用强制手段,防止给第三人造成财产损失。

### 3. 涉案财物与相关法律术语的区分

扣押、冻结的款物、赃款赃物、违法所得、非法所得、刑事涉案财物等概念在我国立法和司法中的使用是相当混乱的,并且缺乏统一的定义,在实践中都有等同使用的现象。这些概念的称呼是否准确、彼此之间存在怎样的区别与联系,这都是一个没有解决并且鲜有人关注的问题。不仅在司法实践中,而且在一些规范性法律文件中也存在不规范性。

#### (1) 涉案财物与赃款赃物

“赃款赃物”一词在立法中出现的频率高于“涉案财物”。何为赃款赃物,《辞海》《法学词典》《法学大辞典》等词典中的解释各有不同,但基本观点是一致的,即认为赃款赃物是用犯罪手段或非法手段获取的金钱和物

质。<sup>①</sup>然而刑事立法中对赃款赃物的使用却往往有所偏离,表现为:第一,将赃款赃物的范围扩大到作案工具、违禁品等,等同于在司法实践中惯称的刑事涉案财物。第二,赃款赃物这一称谓有其特定前提,即被已生效的裁判文书所认定,在此之前被查封、扣押、冻结的涉案财物不宜称为赃款赃物。但是在部分相关立法中该词仍被使用在侦查和审判阶段(判决作出前),而追缴赃款赃物也就成了公安机关或检察机关份内的可以自行决定的事。在案件尚未进入审判阶段,就对涉案财物冠以“赃款赃物”的名义,实际上是对被追诉人的有罪推定。涉案财物除了包括有可能构成赃款赃物的违法所得,还包括被害人的合法财产以及被追诉人的合法财产。这样一来,可以看出涉案财物的范围明显大于赃款赃物。因为涉案财物主要是司法机关在办案过程中涉及的财物,其中部分财产的归属属于未明状态。也就是说,并非所有被采取强制性措施的财物都必然属于赃款赃物。赃款赃物的认定是基于法院的判决,只有经过法院最终生效的裁判确认,才能由有权的司法机关依法作出没收或返还给被害人的处理。而涉案财物则需要根据不同的情况在办案过程中分别作出处理。

#### (2) 涉案财物与查封扣押冻结之物

查封、扣押、冻结措施是有权司法机关根据刑事法律的相关规定在刑事诉讼侦查阶段、审查起诉阶段对“疑似”涉案财物进行的程序性保全措施。查封、扣押、冻结之物的性质尚未确定,有待有权司法机关通过法律程序进行确认。结合司法实践来看,大部分的涉案财物于审前已经被查封、扣押、冻结。

#### 4. 刑事涉案财物处理的方式

通过刑事诉讼程序的推进,犯罪嫌疑人、被告人的罪责问题得到了解决;那么伴随着对犯罪嫌疑人、被告人程序的推进,将要解决的一个问题就是对于扣押、冻结款物的处理。前者针对的对象是人,后者针对的对象是物。有的时候,对扣押、冻结款物的处理是附属于对人的程序,但有的时候两者又是分离的。在对这个问题进行研究前,为了研究的需要,笔者考察

<sup>①</sup> 吴光升:《审前返还刑事涉案财物的若干问题探讨》,载《中国刑事法杂志》2012年第1期。

了我国及一些国家对扣押、冻结款物的处理程序,并试着进行了分类。

### (1)一元化处理模式、二元化处理模式、多元化处理模式

根据对于扣押、冻结款物的处理是单独通过刑事诉讼的方式还是刑事诉讼和其他性质的处理方式并存进行分类,分为一元化处理模式、二元化处理模式、多元化处理模式,所谓一元化的处理模式,是指扣押、冻结款物的处理,原则上是通过刑事诉讼程序得以解决的。二元化的处理模式是对于扣押、冻结款物的处理是通过两种程序得到解决的,一是刑事诉讼程序,二是民事诉讼程序。多元化的处理模式,是指对扣押冻结款物的处理是通过多种程序进行的。其中大陆法系的德国原则上属于一元化的处理模式;英国和美国则是典型的两元化处理模式;我国则是通过多种方式处理扣押、冻结款物的,笔者将其称为多元化的处理方式。对于这几个国家如何处理扣押、冻结款物,笔者将在下文进行介绍,此不赘述。

### (2)附带程序和独立程序

所谓附带程序,是指扣押、冻结款物的处理是依附于刑事判决作出的。所谓独立程序,是指对于扣押、冻结款物的处理是单独进行的,并不依赖于对被告人的刑事判决。

## 二、刑事涉案财物审理的司法实践考察

### (一)刑事涉案财物处理程序探析

根据《刑事诉讼法》的规定,我国的刑事诉讼程序分为立案、侦查、起诉、审判、执行五个阶段,因此本文在研究涉案财物的处理程序也将沿着这个时间线索。为了研究之便,笔者主要分为三个阶段:立案和侦查阶段、审查起诉阶段、审判阶段,三个阶段的不同处理,构成了我国完整意义上的财物流通处理程序。

#### 1. 立案和侦查阶段

扣押和冻结是刑事侦查行为,侦查机关在立案以后才可以实施。但是在这里有一个问题需要我们加以关注,那就是初查阶段的扣押、冻结款物的处理问题。通过对立法及实践的考察,笔者认为立案和侦查阶段扣押、冻结款物的处理程序具有以下特点:

平乱网(www.docsriver.com)商家beme电子书

第一,对于侦查终结后需要移送审查起诉的案件,扣押、冻结的款物应当随案移送。在这种情况下,侦查机关的扣押、冻结行为是一种程序性的措施,而不是一种实体性的处分行为。这只是一种原则,原则之中也有一些例外。对于扣押、冻结款物中涉及被害人的合法财产的部分,有的侦查机关则根据《刑事诉讼法》及相关的规定返还给被害人。对于违禁品,侦查机关则会自己予以销毁或者移送有关机关予以销毁。根据相关的规定,此类物品虽然不随案移送,但是应当拍成照片存入卷内。容易变质且不宜保管的物品,可根据具体的情况,在拍照或者录像后委托有关部门变卖、拍卖,变卖、拍卖的价款予以提存待诉讼终结后处理。也就是说,扣押、冻结的款物中的一部分没有移送,而是在侦查阶段得到了处理。

第二,在侦查阶段,侦查机关根据法定情形对案件撤销情况下扣押、冻结款物的处理是比较混乱的,具体来说主要有以下几种情形:

犯罪嫌疑人的行为不构成犯罪而仅属于一般的违法行为的时候,公安机关一般会自行或移送有关机关处理;检察院会提出检察意见,然后移送有关机关处理。在因犯罪嫌疑人死亡而撤销案件的情况下,对于犯罪嫌疑人的存款、汇款如何处理可以申请人民法院裁定。

对于案件在侦查过程中因为非正常的原因而处于中止状态的情况下如何处理,从相关的关于扣押、冻结款物的处理规定中则找不到处理的依据。这些情况主要有犯罪嫌疑人潜逃或是丧失行为能力或者案件迟迟得不到侦破而使案件成为悬案的情况。对于这些情况,实践中侦查机关的处理方式也是不尽一致,有的侦查机关干脆不予处理。

## 2. 审查起诉阶段

审查起诉阶段扣押、冻结款物的处理特点如下:

第一,对于经人民检察院的审查起诉后认为需要提起公诉的案件,人民检察院对于作为证据使用的实物应当随案移送,对于不宜移送的应当将其清单、照片或其他证明文件随案移送。对于被害人的合法财产和违禁品的处理方式同侦查阶段的处理方式相同,笔者在此不再赘述。

第二,人民检察院对于决定不起诉的案件,可自行解除扣押、冻结。对于不构成犯罪而仅属于一般的违法行为的情况,检察院应当提出检察意