

【法学研究】

有组织犯罪涉案财产处置的比例适用及产权保护

张 勇 王丽珂

摘要:我国《反有组织犯罪法》设置专章,规定了涉案财产全面调查、实体处置措施及程序规范,在贯彻“打财断血”刑事政策的同时,注重保护利害关系人的合法财产权益,加强企业产权保护。在有组织犯罪企业化背景下,涉案财产处置和产权保护方面的立法与司法仍存在不足。在比例原则视角下,在刑事处置方面,办案机关应当对查封、扣押、冻结和处置涉案财产的范围进行限定;对追缴、没收与责令赔偿、罚金、没收财产进行功能界分;对追缴、没收违法所得收益、等值财产、第三人财产的实体处置措施限制适用,并依法退还与案件无关财物,即时返还被害人合法财产。同时,在涉案财产强制措施必要性审查、涉案财产认定和处置的刑事推定方面予以程序规范和制约。在产权保护方面,应当明确涉案财产及其处置的民法属性与法律后果,克服“先刑后民”的传统思维,促进刑民衔接;从利益平衡角度,合理区分涉案企业及员工的违法所得与合法财产,尽量减少对企业正常经营活动的影响,并通过涉案企业合规治理,实现预防犯罪的刑罚目的。

关键词:有组织犯罪;涉案财产处置;比例原则;产权保护

中图分类号:D924

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2022)10-0051-10

现行《刑法》《刑事诉讼法》以及司法解释、指导性文件对刑事涉案财产处置作出不少规定,但其内容或存在交叉重叠,或存在冲突抵牾,实践中追缴、没收等涉案财产处置措施的实际效果不佳,存在滥用之虞,不当损害利害关系人合法权益。自2022年5月1日起施行的《反有组织犯罪法》是国家立法机关为反有组织犯罪工作制定的一部专门的综合性法律,该部法律设立专章全面系统地规定了涉案财产认定和处置规则,形成了有组织犯罪涉案财产处置的制度框架。目前,我国有组织犯罪存在企业化发展态势,不仅使犯罪组织的隐蔽性加深、经济能力不断增强,而且使得涉罪主体关系多元化,涉案财产认定和处置面临实体和程序上的诸多难题。如何在涉案财产刑事处置中依法保障公民、组织的合法权益,保护企业产权,也显得更为复杂和困难。有鉴于此,本文主要依据《反有组织犯罪法》的有关规定,对有组织犯罪涉案财产处置及产权保护及其关系问题予

以探讨。

一、有组织犯罪涉案财产处置与产权保护问题

(一)反有组织犯罪法中涉案财产处置规范

我国有组织犯罪涉案财产处置的基础法律依据是《刑法》第64条和《刑事诉讼法》第5编“特别程序”的相关规定。在《反有组织犯罪法》出台之前,国家司法机关先后出台了2018年《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》(以下简称《指导意见》)与2019年《关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》(以下简称《财产处置意见》)等司法解释及政策文件。但总的来看,上述规定效力位阶不高,可操作性不足,有的规定仅具有政策性、宣示性作用,没有针对有组织犯罪制定具体操作规则,惩治和预防效果难以得到充分实现。

收稿日期:2022-09-07

作者简介:张勇,男,法学博士,华东政法大学刑事法学院教授、博士生导师(上海 200042)。

王丽珂,女,华东政法大学刑法学博士生(上海 200042)。

在长期的“扫黑除恶”斗争经验和既有制度规范基础上,《反有组织犯罪法》设立了“涉案财产认定和处置”专章,系统规定了财产全面调查制度、等值财产追缴没收制度、涉案财产处置证明标准、涉案财产先行处置、利害关系人财产权利保障等内容,确立了有组织犯罪涉案财产处置的制度框架与工作机制。具体包括以下几个方面:其一,全面调查涉案财产。通过对涉案财产予以刑事处置,对有组织犯罪“打财断血”以摧毁其经济基础,能够从根本上遏制其滋生、发展。因此,《反有组织犯罪法》第 40 条规定,公安司法机关可以全面调查涉嫌有组织犯罪的组织及其成员的财产状况。当然,全面调查的规范要旨是使办案机关及时掌握组织及成员的财产状况,对于涉案企业单位和个人的合法财产权益应当予以充分保护,不得任意处置与案件无关的财物。其二,扩大有组织犯罪涉案财产追缴、没收范围。在《刑法》第 64 条规定的基础上,《反有组织犯罪法》第 46 条将追缴、没收违法所得的范围延伸到第三人财产和间接财产收益,包括:为支持或者资助有组织犯罪活动而提供给有组织犯罪组织及其成员的财产;有组织犯罪成员的家庭财产中实际用于支持有组织犯罪活动的部分;利用有组织犯罪组织及其成员的违法犯罪活动获得的财产及其孳息、收益。其三,建立等值财产追缴、没收制度。《反有组织犯罪法》第 45 条第 2 款规定,在涉案财产出现无法追缴、没收的情况下,可以追缴、没收其他等值财产或者混合财产中的等值部分。这样就突破了传统意义上追缴、没收限于违法犯罪所得或犯罪所用之原物,从而大大扩展了追缴、没收的涉案财产和追赃挽损的范围,也可以视之为是对犯罪组织及其成员进行惩罚性财产剥夺。其四,调整并降低证明标准。《反有组织犯罪法》第 45 条第 3 款规定,有证据证明高度可能属于黑社会性质组织犯罪的违法犯罪及其孳息、收益,被告人不能说明财产合法来源的,应当予以追缴、没收。此规定采取举证责任倒置方式,并在证明标准上采取“高度盖然性”标准,相比较“排除合理怀疑”的标准有相当程度的降低,有利于提高司法机关对有组织犯罪涉案财产甄别认定和处置的效率。

上述规定为司法机关认定和处置有组织犯罪涉案财产、实现“打财断血”提供了依据和制度保障;同时,也特别强调注重维护公民和组织的合法权益。

在 2016 年《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》(以下简称《产权保护意见》)的国家政策精神指引下,《反有组织犯罪法》第 5 条规定,反有组织犯罪工作应当依法进行,尊重和保障人权;第 41 条规定,司法机关在查封、扣押、冻结、处置涉案财产时,应当严格按照法定条件与程序进行,严格区分违法所得和合法财产、本人财产和家属财产、涉案财产和与案件无关财产,减少对企业正常经营的不利影响,及时返还被害人的合法财产,保障组织成员家属的正常生活费用和物品。第 49 条规定,利害关系人对涉案财产的查封、扣押、冻结、处置提出异议时,保障利害关系人提出意见、申诉或者控告的权利。

(二) 有组织犯罪企业化及其产权保护问题

从 20 世纪 80 年代开始,我国有组织犯罪经历了从具有黑社会性质的犯罪团伙到恶势力犯罪集团,再到黑社会性质组织犯罪的发展演变过程。一些犯罪团伙逐步发展成为规模较大的犯罪集团和具有黑社会性质的犯罪组织,并向合法行业和经济领域渗透,以合法企业形式为掩护,按照经营公司企业模式组织实施违法犯罪活动;有些原本合法的公司、企业与犯罪组织之间存在“以黑护商”“以商养黑”的双向互利合作,使得有组织犯罪呈现“黑灰白”混同的多样化特征^[1]。可以说,有组织犯罪企业化是其社会危害性趋重和影响力提升的重要原因。犯罪组织形式有较强的欺骗性,犯罪手段有较强的隐蔽性,企业合法经营与有组织犯罪、合法财产与违法所得之间存在模糊甚至混同之处,涉案财产认定和处置的难度增大,涉案企业产权保护也变得更加困难。

从立法上看,我国《刑法》中惩治有组织犯罪的主要法律依据是关于共同犯罪、犯罪集团、黑社会性质组织犯罪等规定。这些规定不但对《反有组织犯罪法》中的“恶势力组织”形态不能依据刑法进行认定,而且对更高级别的黑社会组织犯罪也无法准确定罪判刑。《反有组织犯罪法》第 2 条对“有组织犯罪”和“恶势力组织”的概念做出了界定,所规制的对象主体范围包括黑社会性质组织和尚未形成黑社会性质组织的恶势力组织,但没有把“黑社会组织”涵盖在内,无法全面涵盖有组织犯罪集团企业化的成熟形态。面对我国有组织犯罪出现的企业化发展趋势,刑事立法和司法面临着保护企业产权、营造良好营商环境的任务。

然而,《反有组织犯罪法》在涉案企业产权保护

方面存在不足。具体如下:其一,取消已有的经营性财产代管、托管规定,缩小了当事人对于财产处置方式的选择范围。经营性财产托管与代管制度在《反有组织犯罪法》中缺位后,即便当事人有意以托管、代管方式作阶段性处置,《反有组织犯罪法》也无法为当事人提供规范供给。其二,对于组织或成员合法生产、经营活动所得财产的追缴范围,始终未予明确。2015年《全国部分法院审理黑社会性质组织案件工作座谈会纪要》(以下简称《2015年纪要》)规定,有组织地通过合法的生产、经营活动获取的资产,即便由部分成员掌握,也应计入黑社会性质组织的“经济实力”。《财产处置意见》第15条第4项也规定,黑恶势力组织及其成员通过合法的生产、经营活动获取的财产或者组织成员个人、家庭合法财产中,实际用于支持该组织活动的部分,应当依法追缴、没收。上述规定的区别在于:《2015年纪要》所规定的评价对象是黑社会性质组织,而《财产处置意见》所规定的是黑恶势力组织及其成员;前者建立了黑社会性质组织经济实力的认定规则,但未确认此种情况下该如何处理,后者与追缴、没收的具体规则相关,但没有指出被追缴、没收的规则与黑恶势力性质组织经济实力之间的关系。至于《反有组织犯罪法》,更是没有明确犯罪组织及成员合法生产、经营所得财产的追缴、没收范围,形成法律立法空缺,对此,办案机关仍需要依照以前的政策性文件进行认定和处理。其三,未明确规定第三人善意取得的财产是否可以追缴、没收,也未规定是否可以就此向行为人进行等值财产追缴、没收。在此情况下,如果涉案财物无法追回,法律又没有规定等值财产的追缴、没收,恐怕只能以加重责任人财产刑的方式填补处罚空白,这是不妥当的。对于目前立法上留下的制度漏洞,办案机关可以通过司法解释适用和个案刑事裁量去补足。然而,在未来有组织犯罪企业化程度越来越高、犯罪形势发生明显变化的情况下,将不得不通过立法完善途径寻求解决方案。

二、有组织犯罪涉案财产处置措施的比例适用

比例原则源自公法领域,是一种旨在调和个人、社会与国家之间的法益冲突、达致社会公平正义的立法原则或司法准则。虽然不同学者对其具体原

则的表述不尽一致,但共同本质在于对公权力适用的限制、对公民权利的保护。在我国刑法中,罪刑相适应原则就是刑法规范对比例原则的具体诠释,它要求对某种犯罪行为的定罪量刑应当与其刑事责任大小相适应,轻重得当,罪刑相称。在对涉案财产刑事处置措施的适用中,也应当确立并贯彻比例原则。在实体法层面,坚持涉案财产实体处置措施适用的妥当性,即对涉案财产尽量采取非强制性手段,在必须采取强制措施时应当尽可能降低对被追诉财产权利的损害程度,刑事处置措施对公民权利的限制和损害不能大于该措施所能保护的国家和公共利益。在程序法层面,涉案财产程序启动和处置措施的适用应当符合法定程序,刑事处置措施只能用于与有组织犯罪具有关联性的涉案财物,不能出于其他目的滥用涉案财产处置程序,以避免对利害关系人的诉讼权利造成不当侵害。

(一) 涉案财产实体处置措施的限制适用

根据《反有组织犯罪法》第45条第1款规定,涉案财产处置的主要措施类型为追缴、没收、责令退赔,适用对象包括有组织犯罪组织及其成员违法所得的一切财物及其孳息、收益,违禁品和供犯罪所用的本人财物^①。基于比例原则的视角,司法机关在适用有组织犯罪涉案财产实体性处置措施时,须注意以下几点。

1. 查封、扣押、冻结和处置涉案财产的范围限定

实际上,《反有组织犯罪法》第41条对于比例原则已有所体现,即规定查封、扣押、冻结、处置涉案财物要严格区分违法所得与合法财产、本人财产与其家属的财产,减少对企业正常经营活动的不利影响,同时,为犯罪嫌疑人、被告人及其扶养的家属保留必需的生活费用和物品。根据保障人权的理念,未经刑事判决认定的涉嫌非法所得的财产,应推定为犯罪分子的合法财产。查封、扣押、冻结和处置的个人财产应当是犯罪分子个人合法所有的全部财产,如涉案财产确属犯罪分子家属所有或者应有的财产,如犯罪分子的财产与其他家庭成员的财产处于共有状态,应当从中分割出属于犯罪分子个人所有的财产后予以刑事处置。基于比例原则,司法实践中还应注意把握以下两点:

(1) 查封、扣押、冻结涉案财物的范围不应过宽,应当尽量接近最终追缴、没收的范围。《反有组织犯罪法》要求全面调查组织及成员的财产状况,

应当查封、扣押可以证明有罪或者有罪的各种财物、文件,查询、冻结嫌疑人、被告人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产,但是追缴、没收的财产只能是违法所得、违禁品、供犯罪所用本人财物、为支持或资助有组织犯罪所提供财物等违法所得、犯罪工具等类型化的财产。由于司法机关采用先查封后甄别的办案模式,通过查封、扣押、冻结先行控制的财产范围与最终应当追缴、没收的财产范围有着不同的认定标准。办案机关在处置涉案财产时容易扩大先行控制的财产范围,而真正应予追缴、没收的财产可能较少。程序控制财产与实体处置财产之间差别比例较大的现象,应予避免。

(2) 处置有组织犯罪涉案财产,必须先证成犯罪组织及其成员取得该财产的“有组织性”。根据《2015 年纪要》的规定精神,“有组织地获取”是认定黑社会性质组织“经济实力”的重要因素,无论财产来源是违法还是合法,其获取方式都应当与黑社会性质组织有关联。只有将“有组织性地获取”作为黑社会性质组织经济特征物质载体的识别标识,对涉案财产处置范围的认定才不至于过宽。然而,《反有组织犯罪法》《指导意见》以及《财产处置规定》在对黑恶势力组织及其成员以合法生产、经营财产追缴、没收规定所作的描述中均未提及涉案财产获取的“有组织性”,这是一种立法遗憾。因此,在司法适用层面,有必要对涉案财产的认定和处置规范予以实质解释,明确限定涉案财产处置对象范围,从而实现对实体处置措施的限制适用。

2. 追缴、没收与责令退赔、罚金、没收财产的功能界分

(1) 追缴、没收的性质及功能界分。一般意义上的追缴具有程序和实体两层含义,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。在刑法中,广义的追缴包括对罚金、税款、拖欠的职工工资、医疗费用等债务以及一切不法财产的追缴;而《刑法》第 64 条以及《反有组织犯罪法》中的追缴显然是在狭义上使用,该条款中规定的没收包括对违禁品的没收与对供犯罪所用本人财物的没收。与没收相比,追缴本身也只是暂时性、阶段性地控制特定的财物,目的是保证及时返还被害人合法财物或使没收得以顺利执行,所改变的只是财物的占有状况而非所有

状况,不涉及实体处分;而没收通常意味着私有财产充公,财产所有权由个人或者集体所有变为国家所有。从法治原则角度出发,只有拥有审判权的法院才能做出改变财产权性质的刑事裁决,公安机关和检察机关不应拥有这项司法权力。然而,《反有组织犯罪法》第 45 条的条文表述没有体现追缴与没收之间的上述区别。

(2) 追缴、没收与责令退赔之间的功能互补。责令退赔,即责令犯罪行为人将其违法所得原物退还给被害人或者进行等值赔偿。责令退赔的宣告和执行主体主要是人民法院,但并不排斥其他机关适用此项措施。为有效维护被害人合法权益,应当明确违法所得之“责令退赔”是公权意义上的司法强制措施,与犯罪人“主动退赔”形成互补,“退赔”兼具公私法救济措施的性质。责令退赔本质上属于以强制执行作为后盾的命令,但又不同于直接使用强制力的追缴和没收,通常应当在追缴之前发出;如果办案人员认为违法所得财产的占有人不会遵照执行司法命令,则不必予以责令退赔,可直接实施追缴或者没收^[2]。责令退赔具有救济、补偿被害人的功能,适用对象是被执行人非法处置、占有、损毁的被害人财产,有利于及时修复被侵害的社会关系^[3]。犯罪所得之退赔并不排斥通过民事手段来保证受害人的利益。涉案财产已经退赔过的,就不宜通过诉讼手段予以追缴、没收,以避免浪费司法资源;尚未进行退赔的,则应以诉讼优先,发挥退赔制度的功能优势。

(3) 追缴、没收与罚金刑、没收财产刑、民事赔偿的竞合适用。在同一刑事案件中,被告人可能同时面临追缴、没收违法所得以及罚金、没收财产、民事赔偿,这些处置措施所指向的具体处分的对象范围是交叉重合的,司法机关可以依法选择适用。在可以并列适用的情况下,罚金刑、没收财产刑的标的可能包含涉案财产追缴、没收的标的,它们都具有一定的财产剥夺功能。罚金刑、没收财产刑是对被告人合法财产的惩罚性剥夺,而涉案财产等值追缴、没收的主要功能在于使受到侵害的原有合法财产得到恢复,防止犯罪嫌疑人或被告人通过违法犯罪获得非法利益。从刑事司法的公正性和经济性角度考虑,对办案机关已经适用没收财产刑、罚金刑的案件,应当评估涉案财产追缴、没收等程序处置措施是否仍有适用的必要性。对于没有适用没收财产刑、

罚金刑的案件,则可以考虑以追缴、没收等程序措施进行涉案财产的案中控制,尽可能使涉案财产处于国家机关控制之下。另外,就罚金、没收财产与民事赔偿的关系来看,根据《刑法》第36条、第60条的规定,犯罪分子对被害人的民事赔偿、对债权人的正当债务偿还应优先于罚金、没收财产的执行。

3. 涉案财产追缴、没收处置措施的具体适用

(1) 违法所得收益的追缴、没收。《反有组织犯罪法》第45条第1款明确规定“有组织犯罪组织及其成员违法所得的一切财物及其孳息、收益”都在被追缴和没收的范围之内,无论是犯罪直接所得还是间接所得,均是财产处置措施需要处理的对象。理论上,有组织犯罪活动与违法犯罪所得及收益之间的关联性是违法所得收益认定的根据;如果不加限制地理解关联性,必然会导致犯罪收益的外延无限扩张。在我国学界,多数观点重视合法部分与非法部分的区分,只限于与犯罪所得收益对应的份额及其收益。《产权保护意见》第5条要求严格规范涉案财产处置的法律程序,区分个人财产与企业法人财产,将财产处理限定于违法主体相关的财产,避免波及与其他利害关系主体。企业组织以犯罪所得进行投资、置业时,相应财产转化为涉案企业的生产资料,成为企业产权的一部分。如果企业在经营过程中介入了来自违法所得资本之外的智力、资源、劳动等经营要素,违法所得也只是特定收益形成的原因之一。对于此种“多因一果”的情形,应当规范地评估各种原因的作用力,进而确定各原因所贡献财产的比例。实务界有观点认为,犯罪行为与犯罪收益之间最多只能存在一个环节,利用间接犯罪收益获得的再间接收益,不能作为间接犯罪收益没收^[4]。这种观点虽然有待论证,但也指出了企业生产经营、聚集财富与犯罪收益之间的关联性对于认定和处置涉案财产的重要性。当这种关联性被稀释到一定程度,其他合法投入的生产因素占据主导地位时,就不能认为涉案企业案发时的财产均是犯罪组织或者成员所控制并应予处置的责任财产,而需要划定其中与犯罪所得收益相关的等值财产。对该时间节点之前投资收益的追缴、没收,应当通过资本占比、经营资源的分配、经营年限等要素进行贡献核算,再扣减合法投入、劳动价值的贡献量,从而划定应予追缴、没收的违法所得收益范围。

(2) 等值财产的追缴、没收。《反有组织犯罪

法》第45条第2款等值财产追缴、没收的前提是“涉案财产无法找到、灭失或者与其他合法财产混合且不可分割”。该条款与《财产处置意见》第19条的规定基本相同。《反有组织犯罪法》引入了替代价值没收的理念,破除了将犯罪所得仅限于原始形态的传统思维,这就进一步扩展了《刑法》第64条规定的“违法所得的一切财物”的外延。例如,邬健威、邬射彬等人参加黑社会性质组织、非法倒卖土地使用权案^②,在该案件执行过程中,广州市黄埔区人民法院通过财产查控,发现两名被执行人名下的银行账户中仅有少量存款,上述违法所得已无法找到。于是法院查封了邬射彬名下的位于番禺区××楼××房,并裁定拍卖、变卖该房产的产权。黎敏霞等四名被执行人遂提出异议。黄埔区人民法院对包括案涉房产在内的两名被执行人名下的等值财产进行查封并处置,符合法律规定,裁定驳回复议申请^③。此案裁决虽然是在《反有组织犯罪法》颁布之前做出,但完全符合等值财产没收制度的规定。在涉案财产全部或部分不能追缴、没收的情形下,对等值财产追缴、没收是一种较为妥适的替代手段^[5]。《财产处置意见》第19条列举了适用等值财产追缴、没收的原因条件,包括涉案财产无法找到、价值灭失、与其他合法财产混合等。另外,违法所得原物是否存在,并不会影响违法所得的等值追缴、没收^[6];等值财产追缴、没收数额应当以犯罪所得及其收益为限,在无法准确计算而适用估算没收标的的场合,应当本着“就低不就高”的原则,以求符合比例原则的必要性和相称性。

(3) 第三人财产的追缴、没收。根据《反有组织犯罪法》第46条规定,支持或者资助有组织犯罪的财产,应当依法予以追缴、没收。在相应财产来自犯罪组织之外的第三人的情况下,对于相关财产的追缴、没收突破了《刑法》第64条关于供犯罪所用本人财物的没收规定。需要指出的是,《反有组织犯罪法》也仅是有限触及第三人追缴、没收的部分内容(犯罪工具部分),而对于第三人占有的犯罪所得追缴、没收问题没有做出规定。实际上,2014年《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》和2019年《财产处置意见》已就第三人占有的犯罪所得如何追缴、没收作出过规定;在《反有组织犯罪法》的起草制定过程中,原来的“草案”第52条中也有类似规定,但正式通过的法律文本却没有采纳。有学者

主张,从彻底实现“任何人均不得从犯罪中获利”的角度考虑,刑法应构建完善的第三人财产追缴、没收制度,将第三人占有的犯罪所得追缴、没收予以规定^[2]。然而,这种观点有违善意取得行为所形成的财产稳定状态应受保护的民事共识,更有悖于比例原则要求,是不足取的。《反有组织犯罪法》恰恰是考虑到对第三人占有的犯罪所得财产适用追缴、没收,容易对无辜第三人的合法权益造成不当侵害,因而没有保留该项制度措施,应当说是合理的,但它未能继承《财产处置意见》善意取得等值财产的相关规定,确实属于立法遗憾。在实践层面,对于善意第三方的保护也是刑事检察的关注点。例如,最高人民检察院于 2021 年 12 月公布的第三十二批指导性案例中的黄艳兰贪污违法所得没收案(检例第 129 号),检察机关经审查在案资金流向相关证据,证实有 23 套房产均系黄艳兰贪污犯罪所得,依法予以没收。涉案 23 套房产均系黄艳兰利用贪污所得资金支付首付款后,向 A 银行上海分行、B 银行市南支行、C 银行虹桥支行以按揭贷款方式购买,三家银行对按揭贷款房产依法进行抵押,约定了担保债权的范围。检察机关经审查认为,三家银行既未与黄艳兰串通,亦不明知黄艳兰购房首付款系贪污赃款,依法应当认定为善意第三方,对三家银行主张的优先受偿权,依法予以支持。《反有组织犯罪法》并未对黑恶势力组织及其成员通过合法生产、经营活动所获财产用于支持组织活动部分规定追缴、没收等刑事处置措施,可理解为立法者有意为之。因为此种情形很容易造成办案人员将合法生产、经营活动所获财产全部一缴到底的执法偏差,难以贯彻《产权保护意见》关于区分合法、非法财产、区分产权的政策要求,并且可能使现行法律法规本就存在的产权保护相对不足问题更加凸显。

(4)与案件无关财物的退还、被害人合法财产的退还。《反有组织犯罪法》第 41 条规定,查封、扣押、冻结和处置与案件无关的财物应当予以退还,对被害人合法财产应当及时退还。此外,《财产处置意见》第 17 条将被害人合法财物退还与黑恶势力及其违法犯罪活动无关财物的退还一并做了规定。根据《公安机关涉案财物管理若干规定》第 19 条规定,对被害人、被侵害人财物退还的前提是权属清晰且不影响诉讼进程,满足这种前提条件的财物均具有被退还的可能性。值得注意的是,韩国刑事诉讼

法奉行“以返还为原则,以没收为例外”,对于被扣押财产,只要没有被判决没收,就视为解除了扣押措施,须将财产返还给权利人,这样能够很好地保护犯罪嫌疑人、被告人的合法财产权益。另外,新加坡在其刑事诉讼法中规定,有罪判决的庭审程序终结后进行赃物处置听证会,由独立的裁判官查明受害人,从民事角度处置涉案财产。这种严格的程序规定可以在较大程度上避免当事人蒙受不当的财产损失,值得我国立法借鉴。

(二) 涉案财产处置措施适用的程序规范

长期以来,在重视打击犯罪、轻视财产保护的观念下,我国刑事诉讼制度中不存在专门的涉案财物事实调查和处置程序,涉案财物处置活动与定罪量刑程序合一进行。然而,“涉案财物处置是刑事司法领域贯彻保护公民财产权的重要环节,特别需要司法程序的控制和保障”^[7]。对此,《反有组织犯罪法》第四章对涉案财产的查封、扣押、冻结、处置措施进行了程序规范,同时也为组织和公民的合法权益保障及权利救济提供了制度保障。因本文主要探讨实体处置措施适用问题,在程序处置规范方面,重点探讨以下两点。

1. 涉案财产认定和处置的刑事推定之适用

如前所述,《反有组织犯罪法》第 45 条对被告人因黑社会性质组织犯罪所获财产的认定采取了“高度可能”的证明标准。这种刑事推定规则应当是在有组织犯罪具有高度隐蔽性、认定涉案财产取证非常困难的情况下“不得已而为之”。在推定规则的运用中,应当遵循底线原则与严格标准,尽可能地规避不当侵害利害关系人合法权益风险,将该规则可能被滥用的负面影响降到最低限度,从而实现各种利益间的平衡。例如,最高人民检察院公布的第三十二批指导性案例中的白静贪污违法所得没收案(检例第 127 号),检察机关严格审查监察机关没收违法所得意见,准确界定申请没收的财产范围,在案证据证明案中 9 套房产的购房资金来源于被告人白静控制的公司银行账户,具有高度可能性,法院裁定予以没收;对于另外 1 套房产,对于在案证据无法证明部分财产系犯罪嫌疑人、被告人违法所得及其他涉案财产的,则没有列入申请没收的财产范围。又如,任润厚受贿、巨额财产来源不明违法所得没收案(检例第 130 号),对涉案财产人民币 1265 万余元、部分外币以及其他物品,虽然涉嫌贪污贿赂犯罪

行为人在立案前死亡,但可以适用违法所得没收程序,由其近亲属或其他利害关系人说明来源。利害关系人任某二对检察机关将任润厚夫妇赠与的50万元购车款作为重大支出计入财产总额提出异议,提供购车发票证明其购买汽车裸车价格为30万元,提出余20万元不能作为重大支出,应从没收金额中扣减。检察机关认为,任某二没有提供证据,证明购车款结余部分返还给任润厚夫妇,其主张不应支持,该意见被法院裁定采纳。在涉案财产认定和处置中适用刑事推定规则,应当注重充分保障被告人的反驳权。被告人只要能够证明其财产并非有组织犯罪所得,即使其结论虽然不具有唯一性、排他性,但足以让法官对控方的推定结论的可靠性产生怀疑,即可成功实现反驳。刑事推定结论并非终局性结论,被告人反驳、抗辩所列举的证据无须达到排除合理怀疑的程度,只要达到优势证据程度即可。另外,实践中不得将恶势力组织犯罪人为拔高认定为黑社会性质组织犯罪,继而启动刑事推定规则追缴、没收被告人涉案财产。

2. 涉案财产强制措施必要性审查之设想

在国外刑事诉讼中,对财产强制措施的适用一般都较为审慎。如在日本刑事诉讼中,通常要求检察院和法院对其进行必要性审查,除非确有必要之情形,不得滥用财产强制措施。在韩国,对涉案财产采取强制措施须警察、检察官向法院提出令状申请并附上扣押必要性理由,当事人及其律师可以对拟扣押财产的范围提出意见,由法院居中裁判。《反有组织犯罪法》在第44条第1款规定,公安检察机关应当对涉案财产甄别审查,提出处理意见;所提出的意见既可以是依照实体处置规则提出的追缴、没收、返还、责令退赔等意见,也可以是在诉讼过程中对于财产强制措施必要性审查的意见。设立财产强制措施必要性审查制度,是保障利害关系人权利表达、强化检察机关法律监督的必要程序。目前,利害关系人对于涉案财产的权利主张,根据诉讼阶段的不同可以分别向公安机关、人民检察院以及人民法院提出。对涉案财产的查封、扣押、冻结属于对物强制措施,对物强制措施必要性进行审查的制度也应当贯穿进入诉讼的全过程。参照《人民检察院刑事诉讼规则》第578条关于自然人羁押必要性审查制度规定,对物强制措施必要性审查,也可以围绕犯罪事实、涉案财产的存在形式,是否属于企业生产、个

人生活所必需的财产,是否属于证据或者日后可能执行的标的物,是否属于他人的共有物,已采取的对物强制措施目前对企业或个人造成的影响,以及继续维持强制措施可能造成何种影响等因素综合考虑。如果涉案企业或个人能够保证办案机关对于财产的司法控制,能够为可能作为执行对象的财产提供足额的担保,那么办案机关可以考虑由权利人重新掌握财物使用权。

三、有组织犯罪涉案财产处置的产权保护模式

在公法领域,约束国家司法权力、保障公民个人权利是比例原则的核心^[8]。比例原则着眼于法益衡量,公权力机关在行使权力时需要在个人利益与公共利益间进行审慎权衡,尽可能减少对公民个人权利的侵犯。《反有组织犯罪法》第41条、第43条、第49条在构建有组织犯罪涉案财产处置规则、约束公权力运行的同时,也构建了企业组织和公民合法财产权益保障和救济机制。在具体适用中,应注重把握以下两方面。

(一) 涉案财产处置与财产权益保护之刑民衔接

1. 明确涉案财产及其处置的民法属性及法律后果

在民法语境下,财产所有权制度受意思自治和等价有偿原则的指引,而刑事财产处置属于强制性的财产权属变更。如果涉案企业受到财产处置,其民事财产权利必然深受影响^[9]。目前有关涉案财产处置的法律法规虽然规定了涉案财物、赃款赃物和违法所得的范围,但对于涉案财产的民法属性并未予以足够重视,从而出现涉案财物与责任财产区分不清、涉案财物与他人合法财产区分不清等问题。对涉案财产的性质进行认定是正确处置的前提,如果不进行任何区分,囫圇吞枣般予以没收,既可能损害被害人的合法权益,也可能损害被告人的合法权益。立法者和司法者只有明确和把握涉案财物及其处置措施的民法属性,理清其涉及的民事法律关系及法律后果,才能较好地解决犯罪行为人民事财产权益保障和涉案企业产权保护问题。

实践中,应当明确追缴、没收属于限制、剥夺财产权的刑事强制性处置措施,其法律后果是使民事主体的财产权利产生变动,甚至导致财产权的丧失;对于责令退赔,应区分场景明确其与原物返还、不当

得利返还、损失赔偿等权利恢复的实质联系,明确相应责令退赔所对应的民事请求权基础;对返还财产所对应的民事权利应当予以明确和细化,防止有人借助公权机关之手优先于其他债权受偿。值得注意的是,被害人之外其他利害关系人的财产保护问题是足以影响涉案个人或企业产权体系的重要问题,目前我国刑事诉讼制度对这类主体的保护力度相对不足。

理论上,被害人因遭受犯罪行为侵害而享有权益恢复的权利,而案外第三人也是基于请求权基础而主张权利,在权利指向对象均为物、特定财产或财产性利益给付时,第三人行使权利受到明显的限制。如果没有将被害人、第三人、涉案主体本人置于对等地位,所作出的财产处置属于“带病处置”,即便刑事案件了结,涉案主体的财产权利也会处于不稳定状态,很容易产生纠纷和诉讼。从刑民衔接角度,重视涉案企业和个人财产刑事处置的民法属性及法律后果,是十分必要的。特别是在有组织犯罪案件办理中,立法机关应当特别重视被害人、第三人、涉案主体三者财产处理程序不足的问题。

2. 涉案财产处置中应注意克服“先刑后民”的传统思维

对某一刑民交叉案件,是先进入刑事诉讼程序还是民事诉讼程序,存在“先刑后民”或“先民后刑”的认识分歧,采取“先刑后民”是办案机关在多数情况下的惯常做法。如果涉案财产刑事认定和处置明显具有相对于民事纠纷的先决性法律地位,应采取“先刑后民”的审理方式。例如,龚军杰、何国栋刑事裁判涉财产部分执行再审案件^④,最高人民法院的裁判理由认为,执行法院在刑事追缴或责令退赔的执行过程中,应适用刑事法律及相关司法解释的规定追缴、处理案涉财产,并首先就执行标的物是否具有刑事违法性予以审查。审查中不应按照被告人承担刑事附带民事或普通民事责任的情形,仅以民法上责任财产的查明方法与证明标准,审查案涉财产是否属犯罪分子违法所得;也不能仅适用一般民事执行法律、司法解释判断执行机构追缴违法所得或责令退赔的行为是否正确。而《民事诉讼法》第 227 条(现为该法第 234 条)规定的案外人执行异议之诉是一种民事诉讼程序,并不适于审查刑事追缴、责令退赔的财产是否属于犯罪分子违法所得,以及案外人民事权利能否排除“刑事裁判涉财产部分”

执行的问题。故,案外人龚军杰所提诉讼,不属人民法院受理案外人执行异议之诉的范围,江西高院立案受理不当,应予纠正。

上述案件采取“先刑后民”的处理方式并无不当。在我国现行的对有组织犯罪“打财断血”的刑事政策指引下,司法机关较为看重涉案财产处置对于遏制有组织犯罪的重要作用,容易形成“先刑后民”的办案思维^[10]。笔者认为,对于“先刑后民”不能过于机械地、绝对地理解。比如,由于犯罪嫌疑人潜逃而长期无法归案,“先刑后民”可能造成受害人合法债权无法及时得到保障和救济,也可能被涉案当事人恶意利用,成为寻求不法利益的“捷径”。“套路贷”是扫黑除恶的重点打击对象,相对于“套路贷”,存在相当数量的借款人明知套路而借款,在借款到期被催收时向公安机关报案,恶意利用扫黑除恶为自己逃废债,即所谓“套路借”。因此,司法机关要树立整体性观念,不宜搞“一刀切”,从维护民事相对人的合法权益角度考虑,或者当刑事诉讼需要以民事诉讼的结果为前提时,“民刑并行”甚至“先民后刑”并不是完全不可行。司法机关应综合考虑全案的社会效果,从中寻求刑事处置措施的比例适用及利益平衡,以达到法律效果与社会效果的统一。

(二) 涉案企业财产处置与产权保护之利益衡量

在有组织犯罪企业化背景下,在认定和处置涉案财产过程中,司法机关应当确立利益衡量理念,兼顾被害人和被告人的利益,实现涉案财产处置与产权保护的统一。具体来说,应做到以下几点:

1. 合理区分涉案企业与员工的违法所得与合法财产

实践中,黑恶势力组织与涉案企业之间渗透、联系、控制、转化或者合作等关系所塑造出的关系多种多样:存在从犯罪团伙基础上发展的关联性企业,基于正常业务范围与业务操作模式设置的边缘性企业,也有涉黑与合法成分并存的可剥离企业。一方面,对企业组织来说,当企业不为犯罪组织所依托,或者本身属于边缘性企业、可剥离性企业时,就很可能存在与有组织犯罪无关的合法利益。另一方面,企业为了谋求垄断地位而实施的违法犯罪行为,很容易被错误地认定为企业化的有组织犯罪^[11]。企业与犯罪组织越是远离,合法成分的比例越是增加,对企业作产权保护就越有必要。

笔者认为,应当根据《反有组织犯罪法》《刑法》等规定具体判断涉案企业是否属于“以商养黑”“以黑护商”的企业,相应财产是否属于可以被归入的“经济特征”,企业是否属于犯罪组织的“变体”,从而得出涉案企业的财产是否属于《反有组织犯罪法》中应当追缴、没收对象的结论。一方面,即便企业受犯罪组织或组织者、领导者控制,也不能想当然地将企业与犯罪组织等同起来,正如黑恶势力组织的财产与涉案财产不能完全等同一样。应予追缴、没收的部分是其中实际用于支持组织活动的部分;对黑恶势力组织及其成员通过合法生产经营获得的财产进行追缴、没收应当特别谨慎,注重把握该项财产与有组织犯罪之间的关联性,以及应否纳入“违法所得”的认定范围。另一方面,黑恶势力组织成员与企业员工也不是“一体两面”的关系,两者的同一性判断只是涉案企业是否属于犯罪组织变体或延伸的印证路径之一。实践中,应当通过企业设立的原因、设立资金的来源、企业经营范围、涉案资金的去向、企业在有组织犯罪中涉及的具体事实以及活跃程度,企业员工是否参加违法犯罪活动的人数与比重,员工是否有参加犯罪组织的认识、意愿,是否接受犯罪组织领导和管理等要素作整体的、规范性的判断。尤其是对企业合法经营获得、没有用于支持组织活动的财产,司法机关应当谨慎选择,避免对利害关系人的合法财产权益造成不当损害。

2. 尽量减少涉案财产处置对企业正常经营活动的不利影响

《反有组织犯罪法》第41条规定,对涉案财产查封、扣押、冻结、处置时应当减少对企业正常经营活动的不利影响。在涉案企业财产处置中,办案机关应当将相应措施对企业可能造成的影响先行预判,充分考虑是否会出现导致企业经营困难的处置后果,充分保障企业正常经营的基本条件和企业员工赖以生活的物质基础,同时也要保护涉案企业商业伙伴合法的商业利益,尽量避免或减少其承受犯罪治理所带来的负面效应。具体来说:第一,应当确定涉案企业的独立法律地位,而不是仅仅依据人员或组织架构的相似性,就直接推定涉案企业“以黑护商”或者“以商养黑”。只有在承认企业具有独立法律地位的前提下,才能确认企业的经营活动属于正常经营,才具有对企业进行保护的前提条件。第二,严格限定需要查封、扣押、冻结、处置的财产范

围,对作为犯罪成本投入的合法财产,不能向前过度追溯性没收,将合法财产源头的所有资金都认定为涉黑财产,否则会导致“一黑俱黑”。第三,及时返还还有证据证明与黑恶势力及其违法犯罪活动无关的财物,将对案外利害关系人的保护力度与对被害人的保护力度提升至同等的水平,以强化对被害人以及案外第三人财产权益的保护。

3. 通过涉案企业合规治理,从根本上预防有组织犯罪

在有组织犯罪企业化的背景下,除了对涉案企业财产予以刑事处置,铲除其犯罪的经济基础之外,涉案企业内部的合规治理更是预防涉案企业实施有组织犯罪的治本之道。将与有组织犯罪产生关联的企业、可能包括犯罪组织演化出的企业引入合规治理,似乎与“打财断血”的刑事政策导向相矛盾,然而,企业的涉黑涉恶性质不能成为绝对排斥其开展企业合规整改的理由。2021年九部委出台的《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》第5条第1、2、3项列举了不适用企业合规试点以及第三方机制的负面清单,有组织犯罪涉案企业并没有被明令禁止;该试行意见第5条第4项将涉嫌危害国家安全、恐怖活动犯罪作为企业合规的排除情形,但并未排斥全部有组织犯罪企业合规的可能性。

值得注意的是,最高人民法院《企业合规问题研究指导工作组会议纪要(第3次会议)》也指出,对黑社会性质组织犯罪和恶势力犯罪案件不能一律排除适用企业合规,要结合案件的具体性质、情节等进行判断。有组织犯罪中企业合规治理的关键在于消除企业与犯罪组织之间的联系,消除犯罪组织及其成员对企业可能的控制。而这一点可以通过企业以内部治理优化的方式实现,从根本上说也更有利于对企业产权进行保护。如果能够通过企业内部合规治理达到上述目标,就没有必要再对涉案企业财产实施“打财断血”式的追缴、没收或其他处置,而是应当依法保护其合法财产和正常经营的能力。特别是对企业间接违法所得收益、等值财产、第三人财产适用追缴、没收措施时,必须进行利益衡量和谨慎选择。

正如有学者指出,合规本身并不会创造价值,却能够使企业避免因受到法律制裁而带来各种经济损失和声誉损失^[12]。在当前市场经济秩序制度不够

完善、营商环境有待优化的背景下,对于原本合法经营的企业,即使其与涉黑涉恶犯罪客观上有一定的关联性,只要其仍在正常经营范围内,主观上并无单独或共同实施犯罪的罪过,就不能随意认定为犯罪,并对其财产予以处置,而应当更加注重通过企业合规治理,使涉案企业能够脱黑脱恶,继续开展正常经营活动,从而实现法律效果与社会效果的统一。

注释

①我国刑法、司法解释及相关政策文件对有关涉案财产处置的“犯罪所得”“违法所得”“违法犯罪所得”的概念区分并不严格,存在交叉重合关系。《反有组织犯罪法》第 45 条采用了“违法所得”的宽泛表述,为了表述方便,本文将统称为“违法所得”,与“犯罪所得”混用,不做严格区别。②广州市黄埔区人民法院(2016)粤 0112 刑初 1129 号刑事附带民事判决书。③广东省高级人民法院(2019)粤执监 170 号执行裁定书。④最高人民法院(2017)最高法民再 120 号民事裁定书。

参考文献

[1] 蔡军.我国有组织犯罪企业化的现状、特点与原因再探[J].刑法论丛,2021(3):359-390.

- [2] 王志鹏.论《反有组织犯罪法》中的刑事特别没收[J].江西社会科学,2022(2):99-111.
- [3] 李嗣胤.责令退赔与财产刑执行顺位先后分析[N].检察日报,2020-09-22(3).
- [4] 蔡可尚,吴光升.犯罪收益没收的性质与适用[J].刑法论丛,2018(3):355-390.
- [5] 毕清辉.等值财产没收研究:从黑恶势力犯罪涉案财产处置谈起[J].西部法学评论,2021(4):39-52.
- [6] 吴光升.刑事涉案财物处理程序研究[M].北京:法律出版社,2018:18.
- [7] 闵春雷,张伟.论相对独立的刑事涉案财物处置程序之建构[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2022(4):97-107.
- [8] 姜涛.追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论[J].法律科学(西北政法大学学报),2013(1):100-109.
- [9] 郜名扬.刑事涉案财物处置的民刑衔接缺陷及其纠正:以保护民营企业产权为视角[J].贵州警官学院学报,2021(1):45-52.
- [10] 毛乃纯.降低民营企业刑事法律风险的对策:立足于积极主义刑法观的尝试[J].青少年犯罪问题,2021(2):38-45.
- [11] 蔡军.我国惩治有组织犯罪的刑事司法问题及其机制调适:基于有组织犯罪企业化发展趋势的思考[J].河南大学学报(社会科学版),2021(6):39-46.
- [12] 陈瑞华.企业合规基本理论[J].北京:法律出版社,2020:82.

Proportion Application of Property Disposal Involved in Organized Crime and Protection of Property Rights

Zhang Yong Wang Like

Abstract: *The Anti Organized Crime Law* of our country has set up a special chapter, which stipulates the comprehensive investigation, substantive disposal measures and procedural norms of the property involved in the case. While implementing the criminal policy of “striking property and cutting off blood”, it pays attention to protecting the legitimate property rights and interests of stakeholders and strengthens the protection of enterprise property rights. In the context of organized crime enterprization, there are still deficiencies in the legislation and justice of property disposal and property rights protection. From the perspective of the principle of proportionality, in the aspect of criminal disposal, the case handling organs should limit the scope of sealing up, detaining, freezing and disposing of the property involved. The case handling organs should make a functional distinction between recovery, confiscation and order for compensation, fine and confiscation of property. The case handling organs should limit the application of the substantive disposal measures to recover and confiscate the illegal gains, equivalent property and the property of a third party, and return the property irrelevant to the case according to law, and immediately return the legal property of the victims. At the same time, we should standardize and restrict the procedure in the necessity review of the compulsory measures of the property involved, and the criminal presumption of the identification and disposal of the property involved. In the aspect of property rights protection, we should clarify the civil law attributes and legal consequences of the property involved and its disposal, overcome the traditional thinking of “criminal before civil”, and promote the connection between criminal and civil. From the perspective of interest balance, we should reasonably distinguish the illegal income and legal property of the enterprises and employees involved, minimize the impact on the normal business activities of the enterprises, and achieve the criminal purpose of crime prevention through the compliance management of the enterprises involved.

Key words: organized crimes; disposal of the property involved; principle of proportionality; property protection

责任编辑:一鸣