

从特别没收程序的性质看制度完善

● 熊秋红*

【内容摘要】 在理解我国刑诉法新设特别没收程序的性质时,参照英美法系的“民事没收说”与大陆法系的“保安处分说”,我国采取“保安处分说”在法律解释上具有更强的逻辑自洽性,它既契合了我国刑法和刑事诉讼法中的相关规定,又顺应了世界范围内未经定罪的没收程序发展的总体趋势。正当法律程序的基本原则应当在特别没收程序中予以遵循,但与普通刑事诉讼程序相比,存在着对于正当法律程序的有限减损,而保障的力度与减损的限度体现在立法对于程序规则和证据规则的具体设计之中。特别没收程序的完善,应当以该程序的性质为出发点并结合该程序的基本特征而展开。

【关键词】 特别没收程序 民事没收 保安处分 程序规则 证据规则

2012 年修改后的我国刑事诉讼法增设了四种特别程序,其中之一为“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”(以下简称特别没收程序)。该程序的设立旨在解决因贪官外逃而引起的无法对其进行刑事追诉,相应地,也无法追回其违法所得的制度缺陷。新刑诉法对特别没收程序加以规范,顺应了国际社会加大对腐败犯罪案件打击力度的总体趋势,也为我国的反腐败工作提供了更为有力的法律保障。新刑诉法于 2013 年 1 月 1 日起开始实施,最高人民检察院、公安部、最高人民法院相继颁布了关于新刑诉法的司法解释或实施细则,“六部委”(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会)联合发布了《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》,其中对于特别没收程序做了进一步的完善。但是,对于该程序的名称、性质、适用范围、与普通程序的关系以及证据法问题等,理论界和实务界目前还存在诸多的分歧。从理论界和实务界关于特别没收程序的诸多争议看,其中的核心问题在于如何认识特别没收程序的性质,这一问题对于特别没收程序的构建与完善具有根本性,因此,本文的研究拟围绕着特别没收程序的性质及其对程序规则和证据规则的影响而展开。

一、特别没收程序的性质之争

特别没收程序能够写入我国刑事诉讼法,源自于学术界的推动。早在 2002 年,黄风教授建议:“在条件成熟时,建立一种类似于美国民事没收程序的、独立的财产没收制度,允许人民检察院以及政府执法机关(例如:公安机关、海关、税务机关等)根据已掌握的证据材料,请求人民法院对属于犯罪所得或收益的财物予以没收,即使有关犯罪嫌疑人尚未查清,或者在逃、失踪、死亡,或者对有关人员没有提起刑事诉讼。这种独立的财产没收制度原则上可适用一般的民事诉讼程序。它也可以根据外国主管机关

* 作者单位:中国社会科学院法学研究所。

的请求以及所提供的证据材料,针对被认定属于外国刑事案件的犯罪所得的并且位于我国境内的财产加以适用。”^①2005年10月我国批准加入了《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》),《公约》第54条第1款第3项要求各国“考虑采取必要的措施,以便在因为犯罪人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉的情形或者其他有关情形下,能够不经过刑事定罪而没收这类财产”。此后,一些学者呼吁与《公约》相对接,在我国建立独立的财产没收制度,以加强对腐败犯罪的打击力度。对于这种未经定罪的没收程序的性质,基本上沿袭了黄风教授的主张,将其视为民事诉讼程序。^②2009年,黄风教授进一步阐述了自己的主张,认为《公约》第54条第1款第3项“实际上是对民事没收制度的倡导”;民事没收是一种对物不对人的制裁措施,它所针对的是犯罪收益,不以刑事定罪为没收的前提条件,适用民事诉讼的证明规则,对被没收资产采取相对灵活的处置方式;他建议“我国应当借鉴外国的民事没收制度以及相关的成功经验,尽快建立针对犯罪所得或者违法行为收益的、独立的财产没收制度”。^③黄风教授的主张在很大程度上影响了学术界对于《公约》中所规定的“未经定罪的没收程序”性质的认识。

特别没收程序在修改后的刑诉法中确立之后,学术界对于如何理解该程序的性质,出现了意见分歧。有学者将其解释为民事诉讼程序,认为特别没收程序应当类属于民事诉讼程序而非刑事诉讼程序,因为其并不直接处理行为人的刑事责任,而仅仅是确认涉案财物的权利归属,因此,其本质上是一种财产性质的纠纷,与民事诉讼程序的标的具有同质性,类属于民事诉讼中的确权之诉。相应地,特别没收程序中的证据规则应当适用民事证据规则。^④这种观点与黄风教授的主张可谓一脉相承。另有学者则认为,我国将特别没收程序规定在刑事诉讼法之中,这表明其属于刑事没收而非民事没收,因而在程序上应与一般刑事诉讼程序保持协调一致;^⑤新刑诉法中的“判决前财产没收程序是刑事诉讼程序,但该程序又有特殊性,所以规定在特别程序一编”。^⑥对此,持“民事程序说”的学者反驳说:“一项程序是否由《刑事诉讼法》作出规定,并非判定该程序性质的唯一依据和标准,以刑事附带民事诉讼程序为例,虽然刑事附带民事诉讼程序也是由《刑事诉讼法》所明文规定,但学界公认,刑事附带民事诉讼程序在本质上仍属民事诉讼程序而非刑事诉讼程序”。^⑦可见,将特别没收程序定位为刑事诉讼程序的理由尚有待进行充分论证。对于特别没收程序的性质,除了“民事诉讼程序说”和“刑事诉讼程序说”之外,还有观点认为它是一个行政程序,但具体理由未予详解。^⑧特别没收程序的性质之争,直接影响到对特别没收程序中程序规则和证据规则的理解、构建与适用,因此亟待予以澄清。

二、从比较法看特别没收程序的性质

特别没收程序对于我国而言属于新设制度,但在其他国家和地区却有悠久的历史,尤其英美法系国家的民事没收甚至可以追溯到中世纪,^⑨大陆法系国家的刑事法律中也有关于未经定罪的没收的规定。为了对特别没收程序的性质有较为清晰的认识,我们需要对该程序进行比较法上的考察。

在英美法系国家,存在着刑事没收与民事没收之分,前者以行为人获得有罪判决为前提;后者不以有罪判决为前提,是针对与犯罪有关财物的没收。如《美国法典》第18编第981条(a)(1)规定,对于任

① 黄风:《关于追缴犯罪所得的国际司法合作问题研究》,《政治与法律》2002年第5期。

② 参见苏彩霞、胡陆生、蒋建宇:《〈联合国反腐败公约〉与我国刑事法的协调完善》,吉林大学出版社2008年版,第241~242页;王学成、张健:《我国跨国追缴职务犯罪所得相关制度研究》,《当代法学》2007年第3期。

③ 黄风:《论对犯罪收益的民事没收》,《法学家》2009年第4期。

④ 参见万毅:《独立没收程序的证据法难题及其破解》,《法学》2012年第4期。

⑤ 参见时延安、孟宪东、尹金浩:《检察机关在违法所得没收程序中的地位和职责》,《法学杂志》2012年第11期。

⑥ 参见陈卫东:《论新〈刑事诉讼法〉中的判决前财产没收程序》,《法学论坛》2012年第3期。

⑦ 同前注④,万毅文。

⑧ 同前注⑥,陈卫东文。

⑨ See Eric Engle, *Libertarianism and Resistance to Civil Asset Forfeiture to the State*, <http://ssrn.com/abstract=1899311>, 2013年8月6日访问。

何财产,无论是不动产还是动产,只要能够证明该财产构成、起源或者来自于直接或间接通过犯罪取得的收益,即可单独地对之实行没收;英国《2002年犯罪收益追缴法》第3部分规定了“对违法行为收益等的民事追缴”,其中规定:“本部分授予的权力可针对任何财产(包括现金)行使,无论针对与该财产有关的犯罪是否已经提起任何诉讼”;澳大利亚《2002年犯罪收益追缴法》规定,法庭签发的民事没收令没有必要以对有关人员的刑事定罪为基础,甚至可以在尚未启动刑事诉讼程序的情况下独立地签发没收令;如果被怀疑实施了犯罪的人尚未确定,为没收目的而签发的限制令可以不针对任何犯罪嫌疑人,而仅仅对犯罪收益实行限制。^⑩

在英美法系国家,未经定罪的没收程序在性质上属于民事诉讼,因为它不以宣告犯罪嫌疑人、被告人有罪为前提。这种程序所针对的是物,而不是人,因此属于民事诉讼中的对物之诉。如果犯罪嫌疑人、被告人利用他人之物实施犯罪,则该物也属于应被没收之物。通过该程序所要解决的问题是:该物是否属于犯罪收益;如果能够证明某物属于犯罪收益,那么该物与其持有人的法律关系即被切断,从而应当对其实施强制没收。

在过去的一些年里,英美法系国家的民事没收呈扩张之势,在美国、加拿大、爱尔兰,均是如此。^⑪在美国,联邦政府的没收方案已经涉及数千名法律执行官员和价值数亿美元的没收财产,并且法律执行官员对此扩展显示出极大的热情。民事没收被作为同犯罪作斗争的有力武器。但是,一些学者对此提出强烈的批评,认为该程序违反了联邦宪法修正案中的正当程序条款,损害了被告人的公正审判权,对公民的自由和财产构成了严重威胁。^⑫民事没收程序高效、便利,但它规避了刑事诉讼程序对于当事人权利的保护。在该程序中,不适用无罪推定原则以及反对自我归罪原则,证明标准被降低,传闻证据可采,无陪审团审判,禁止双重危险原则被忽视;将民事诉讼程序用于追求控制犯罪的刑事司法目标,在获得高效与便利的同时减损了对于公民个人权利的保护。因此应将民事没收程序替换成民事程序与刑事程序的混合程序或者中间程序,增强对当事人的程序保护。^⑬他们认为,民事没收录“对物之诉”而非“对人之诉”的说法,也有可质疑之处。民事没收不同于私人之间的民事诉讼,它是在打击有组织犯罪的背景下引进的,明显带有惩罚性,它关注的是刑事问题,而非民事问题;在该程序启动前的调查过程中,国家可以进入住宅行使搜查、扣押等传统的警察权力,而这些权力通常与刑事诉讼程序相关联;对物之诉与对人之诉的划分是荒谬的,财产本身因为有罪而被惩罚吗?财产要忍受所有权从一方转移到另一方的痛苦吗?当财产所有者的财产被收归国家时,财产所有者没有遭受任何损害吗?“财产有罪”的假设在现代民事没收法中难以成立。^⑭

在大陆法系国家,也存在着未经定罪的没收。如《德国刑法典》第76a条第1款规定,由于事实上的原因不能对特定的人进行追诉或裁判,如具备处分的条件时,法院应当或可以单独宣告充公、没收物或其折价款,或单独宣告查封。而《德国刑事诉讼法典》第440条规定了“客体程序”,根据该程序,“法律对此准许,根据侦查的结果可能命令没收的时候,检察院、自诉人可以提出自主没收的申请”。关于“追征及没收之诉讼程序”,德国学者将其分为主观的刑事诉讼程序和客观的刑事诉讼程序。主观的刑事诉讼程序是对特定之人所进行的没收,判处追征、没收、销毁及废弃时,在对被告人的有罪判决中谕知。而“刑法第76a条规定,保安处分在特定要件下,亦得独立被‘谕知’,亦即毋需对一特定人进行刑事诉讼程序,即对其判决。其前提条件乃为,对一特定人之有罪判决无法加以执行;例如伪造之货币得

^⑩ 同前注^③,黄风文。

^⑪ M. Michelle Gallant and Colin King, *The Seizure of Illicit Assets: Patterns of Civil Forfeiture in Canada and Ireland*, C. L. W. R. 2013, 42 (1).

^⑫ 同前注^⑨, Eric Engle 文。

^⑬ See Colin King, *Using Civil Processes in Pursuit of Criminal Law Objectives: A Case Study of No - Conviction - Based Asset Forfeiture*, E. & P. 2012, 16(4).

^⑭ 同前注^⑩, M. Michelle Gallant, Colin King 文。

被没收(刑法第150条),该伪造货币之人逃亡或不为人知者(所谓的客观的诉讼程序)”。^⑮

《意大利刑法典》第240条规定,“法官可以决定没收为犯罪服务或者被用于实施犯罪的物品以及作为犯罪产物或收益的物品。对于下列物品,一律决定予以没收:(1)构成犯罪代价的物品;(2)其制造、使用、携带、持有和转让构成犯罪的物品,即使在没有宣告处罚判决的情况下。本条第1款和前款(1)项的规定不适用于归与犯罪无关者所有的物品。如果物品归与犯罪无关者所有,并且能够通过行政批准程序获准制造、使用、携带、持有或者转让该物品,则不适用(2)项的规定。”在意大利,将保安处分分为对人的保安处分和对财产的保安处分,没收一般视为对财产的保安处分。但是,“由于适用这种措施的根据不是主体的危险性,所以理论界对这种措施的性质有不同认识:有一部分人认为,这种措施实际上是一种附加刑,或者说是一种一般的刑事制裁。”^⑯

各国刑法所规定的没收,大体上可以分为两类:一般没收和特定没收。一般没收,是指剥夺犯罪人的合法财产所有权,将犯罪人合法所有的财物收归国有,而不问该财产与犯罪是否具有关联性;特定没收,是指仅将与犯罪有密切关系的特定物收归国有。近代以来,各国刑法所规定的没收,大多仅限于特定没收。关于特定没收的性质,在国外刑法理论上存在刑罚说和保安处分说的争议。^⑰ 未经定罪的没收属于特定没收,与在追究被告人刑事责任的同时对其违法犯罪所得进行特定没收相比,其保安处分性质体现得更为明显。大陆法系国家刑法传统上采取刑罚与保安处分的双轨制结构,无论判处刑罚还是保安处分,均适用刑事诉讼法。在《德国刑事诉讼法典》中有对“保安处分程序”的专门规定,如申请等同于公诉、侦查程序中应当给予鉴定人机会、被指控人缺席审判、保安处分程序可过渡到刑事诉讼程序等;“除另有规定外,对保安程序参照适用刑事诉讼程序的规定”。^⑱ 但在法国、意大利、日本、俄罗斯等国的刑事诉讼法典中未见有对保安处分程序的专门规定。

三、对特别没收程序性质的合理界定

比较法考察的结果表明,对于未经定罪的没收程序的性质,大体有英美法系国家的“民事诉讼程序”与大陆法系国家的“刑事诉讼程序”之别。两相比较,并结合我国法律体系的基本建构以及立法中的具体规定,笔者认为,将特别没收程序的性质解释为刑事诉讼程序,尤其是带有保安处分属性的刑事诉讼程序,更具合理性和准确性。主要理由如下:

(一)对特别没收程序性质的界定应当与刑法相关规定相呼应

我国刑法所规定的没收,可以分为4类:(1)作为附加刑的没收财产,即“没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部”,此属一般没收,为《刑法》第59条第1款所规定;(2)没收“违禁品”(《刑法》第64条);(3)没收“供犯罪所用的本人财物”(《刑法》第64条);(4)没收犯罪分子违法所得的财物(《刑法》第64条)。后3类属于特定没收。有学者认为,将我国《刑法》第64条所规定的3种特定没收定性为保安处分较为合适,并指出:“只有将没收违法所得作为保安处分或者行政措施,才能没收任何人的违法所得,从而实现刑法的公平正义”。^⑲

而也有学者认为,我国现行法律中虽无保安处分的概念,但在刑法中已实质性地存在保安处分,其与刑罚共同构成刑法所规定的法律后果,由此形成“隐性双轨制”的格局。刑法中的保安处分包括以下4类:(1)限制或剥夺人身自由,包括收容教养(第17条第4款)、对无刑事责任能力的精神病人的强制医疗(第18条第1款)、禁止令(第38条第2款、第72条第2款)、缓刑监督(第75条)、假释监督(第84条);(2)剥夺个人财产权益,即犯罪所得、违禁品和供犯罪所用的本人财物的没收和追缴(第64条);

^⑮ [德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第600~601页。

^⑯ [意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第337页。

^⑰ 参见张明楷:《论刑法中的没收》,《法学家》2012年第3期。

^⑱ 参见《德国刑事诉讼法典》第6编第2章“保安处分程序”,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第156~157页。

^⑲ 同前注^⑰,张明楷文。

(3)限制个人劳动权,即强制劳动(第46条);(4)剥夺外国人在我国的居留权,即驱逐出境(第35条)。将“没收违法犯罪所得”定性为保安处分的理由在于:这种措施虽然规定在刑法中但显然不是刑罚,因为任何刑罚都是对合法权益的限制和剥夺;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;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;这种措施有利于产生一般预防效果,即吓阻其他人希冀通过犯罪获利。^②

如果将刑法中所规定的特定没收定性为保安处分,那么刑诉法中所规定的未经定罪的没收也应定性为保安处分,而且与其他三类特定没收相比,其保安处分的色彩更为浓厚,因为它不以定罪量刑为前提,进一步切断了该措施与罪责的直接关系。从刑罚与保安处分的区分上看,刑罚是一种具有剥夺性痛苦的制裁措施,以有责为前提;保安处分是社会保安措施,不以有责为前提。^③在世界范围内,对于依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗,被公认为是一种保安处分措施,因为它以存在不法为前提,但不要求行为人承担刑事责任;相应地,对于精神病人的强制医疗程序属于典型的保安处分程序。我国修改后的刑诉法将“依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序”与“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”一并作为特别程序予以规定,将它们均视为保安处分程序,与刑法中“刑罚与保安处分并存的隐性双轨制”相对应,可以说是符合制度逻辑的解释。

(二)刑诉法对特别没收程序的规定凸显了其刑事程序性质

未经定罪的财产没收程序的立法模式,总体来说分为3类:第1类是美国、英国和澳大利亚等英美法系国家采用的民事没收模式,第2类是德国、法国和意大利等大陆法系国家采用的刑事没收模式,第3类是新加坡采用的单独立法模式。据直接参与刑事诉讼法修改工作的学者言,考虑到我国刑事诉讼和民事诉讼的界分比较明显,虽然现有法律和司法解释有将民事问题置于刑事诉讼程序中一并解决的制度设计(如刑事附带民事诉讼),但没有使用民事诉讼程序解决刑事问题的立法先例,“选择民事没收模式难有发展空间”,同时我国刑事立法没有制定单行法的传统,因此,“新《刑事诉讼法》中采用的是刑事没收立法模式”,这种选择“与我国的基本国情、诉讼文化和职权主义诉讼模式相契合”。^④

从刑诉法对特别没收程序的具体规定看,该程序适用于“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件”;公安机关进行前置处理、检察院向人民法院提出没收申请;公安机关、检察机关均有权采取查封、扣押、冻结等措施;在逃的犯罪嫌疑人、被告人自动投案或者被抓获,人民法院应当终止审理,这些内容均体现了鲜明的刑事诉讼程序色彩。特别没收程序规定在《刑事诉讼法》第5编“特别程序”之中,可以理解为:该编未作特别规定的,应当参照刑事诉讼法的一般规定适用。

如果将该程序视为民事诉讼程序,在解释为何要将其放在刑事诉讼法中予以规定,如何理解公安机关、检察机关在该程序中的地位等问题时均会产生一定的困难。“行政程序说”也存在同样的问题。持“民事没收说”的学者认为,区分刑事诉讼程序与民事诉讼程序的依据或曰标准,关键在于诉讼标的,即诉讼程序所要解决的纠纷的性质不同——刑事诉讼所要解决的是国家与被追诉人之间就被追诉人的刑事责任问题而产生的“纠纷”,而民事诉讼所要解决的是私人之间的利益纠纷甚至经常是金钱性质的纷争。^⑤特别没收程序的确属于对物程序——解决涉案财产的权属问题,而非属于对人程序——解决被追诉人的刑事责任,但界定特别没收程序的性质并非以此为唯一依据,英美法系国家和大陆法系国家对于特别没收程序的不同定性即为明证。将该程序解释为刑事程序中的保安处分程序,则适用该程序首先要解决“缺席”的犯罪嫌疑人、被告人被指控的行为是否已经构成“犯罪”的问题。为此,公安机关仍

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

^③ 同前注^①,张明楷文。

^④ 同前注^⑥,陈卫东文。

^⑤ 同前注^④,万毅文。

然需要进行相关的侦查活动,检察机关在该程序中作为公诉机关向人民法院提出申请,其权力性质仍然属于公诉权,同时作为法律监督机关依法履行法律监督职责。^⑳

如果将特别没收程序界定为民事诉讼程序,视之为检察机关单独提起的“公益诉讼”,将其规定在刑事诉讼法中的理由就不够充分,因为2012年修改后的《民事诉讼法》增设了公益诉讼制度;此外,公安机关在该“公益诉讼”中扮演何种角色,也会成为一个问题。如果将特别没收程序视为由检察机关提起的刑事附带民事诉讼,那么,在刑事诉讼法已有专章规定附带民事诉讼制度的情况下,何必另设特别没收程序?特别没收程序与刑事附带民事诉讼程序之间又是何种关系?如果将特别没收程序解释为民事诉讼程序,那么,刑诉法新设的“当事人和解的公诉案件诉讼程序”是否也应当解释为民事诉讼程序?然而,根据刑诉法学界的通说,该特别程序被认为是刑事和解程序,而非民事和解程序。从法律解释学的角度而言,体系解释是一种基本的解释方法,该解释方法注重“从条文在法律中所处的位置出发,联系上下的条款以及相关的规定,从整体的角度对该条文的意义进行探究”^㉑,以防止断章取义和解释的片面性。运用体系解释方法分析新刑诉法关于特别没收程序的规定,不难看到,将其解释为刑事诉讼程序比解释为民事诉讼程序,具有更强的说服力和逻辑自洽性。

(三)将特别没收程序解释为刑事程序更有利于对当事人权利的保护

对于未经定罪的没收程序的定性不同,将会直接影响对于该程序的具体设计。这是“民事没收说”与“保安处分说”最为本质的差异。如前文所述,英美法系国家依“民事没收说”将其定性为民事诉讼程序,在该程序中,不适用无罪推定原则、反对自我归罪原则、禁止双重危险原则,当事人不享有由陪审团审判的权利,不得科处过重罚金的要求被规避,证明标准从“排除合理怀疑”降为“优势证据”,不适用传闻证据规则等严格的证据规则。这种“对物之诉”旨在规避宪法有关刑事诉讼正当程序的基本要求,以利于灵活有力地打击贩毒、洗钱和其他犯罪。以民事诉讼的方式追求刑事司法的目的,刑事指控构成了民事诉讼的基础,这种融合本身是有疑问的,“民事没收”的标签导致对于刑事司法准则的排斥,从而大大削弱了对当事人权利的保护。正因为如此,有学者建议突破传统的刑事、民事两分法,在刑事法与民事法之间,承认一种兼有刑事和民事成分的中间制度,以便在对刑事或准刑事行为的处置中,适用更高标准的程序保障。^㉒这种混合或杂化程序在对当事人权利的保护上,与大陆法系国家的保安处分程序可谓殊途同归。保安处分程序由于属于刑事诉讼程序,除非另有规定,刑事诉讼的基本原则和证据规则在该程序中均是适用的。

在我国,如果将特别没收程序解释为民事诉讼程序,也会产生与英美法系国家类似的权利争议。如果将该程序定位为行政程序,则难以解释特别没收为何要由法院裁定而非由行政机关决定,而且允许犯罪嫌疑人、被告人的近亲属和其他利害关系人或者人民检察院提出上诉、抗诉。从法治发达国家和地区的实践以及国际社会普遍认可的原则看,适用保安处分的权力属于司法权范畴,由法院通过司法程序具体行使。^㉓保安处分程序本质上属于刑事诉讼程序,适用该程序首先要解决缺席的犯罪嫌疑人、被告人被指控的行为是否已经构成犯罪;如果不构成犯罪,则不应启动该程序;这种“对物之诉”中的“物”应指符合犯罪构成要件的违法行为所得之物,而非一般违法所得之物。这一前提(即保安处分的刑事性)本身构成了对于启动特别没收程序的有效制约。保安处分程序在程序正当性的保障上居于普通刑事诉讼程序与民事诉讼程序之间,将特别没收程序定位为保安处分程序,相比定位为民事诉讼程序,在没收裁定的作出上要经受更加严格的正当程序限制,无疑更有利于对当事人财产权以及相关诉讼权利的保护。尤其在犯罪嫌疑人、被告人缺席的情况下,单独提起针对其财产权的诉讼,这种高于民事诉讼的程序保

^⑳ 同前注^⑤,时延安、孟宪东、尹金浩文。

^㉑ 葛洪义主编:《法理学》,中国人民大学出版社2003年版,第308页。

^㉒ 同前注^⑬,Colin King文。

^㉓ 同前注^⑭,时延安文。

障显得更为必要。但是,与普通刑事诉讼程序相比,它存在着对于正当程序的有限减损,而减损的限度应当如何把握正是需要加以深究的问题。

四、特别没收程序的适用范围和适用对象

特别没收程序在我国属于新设制度,刑事诉讼法仅有4条规定,该程序还显得相当粗疏;相关司法解释或实施细则对其做了补充,对于新增规定,尚待从学理上加以审视。总体而言,对特别没收程序立法、司法解释的理解以及特别没收程序的进一步完善,均需以对特别没收程序性质的认识为基点而展开。在我国,将特别没收程序界定为刑事诉讼程序中的保安处分程序,既契合了刑法和刑事诉讼法中的相关规定,又顺应了世界范围内未经定罪的没收程序发展的总体趋势。

特别没收程序以刑事程序、对物之诉、被追诉人缺席审判、未经定罪的财产没收等为基本特征,“被追诉人缺席审判”和“未经定罪的财产没收”决定了在立法和司法中应当严格限定该程序的适用范围,防止该程序被轻易启动从而使得公民的财产权受到不当侵犯。在现代刑事诉讼中,基于保护犯罪嫌疑人、被告人人权的目,原则上不允许进行缺席审判;即使规定了缺席审判的国家,一般也都规定了极其严格的条件。建立特别没收程序,在被追诉人缺席的情况下专门针对被追诉人的违法所得提起诉讼,体现了“任何人都不能从犯罪中获利”的原则,有利于达到挽回犯罪受害者财产损失的目的。但是,刑事立法上的这种“松动”,如果不加以严格限制,将会对刑事法治构成严重冲击。

根据新刑事诉讼法的规定,特别没收程序适用于贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件,前两类犯罪采取列举的方式,已经明确了它的适用范围,关键是如何理解除贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪之外的其他重大犯罪案件。《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508条对“重大犯罪案件”做了进一步的解释,包括:(1)犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚的案件;(2)在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响的案件;(3)其他重大犯罪案件。这里,未涉及对于犯罪类型的进一步列举。从有关国际性文件的规定看,有组织犯罪、毒品犯罪、洗钱犯罪等应在其中。按照美国法律的相关规定,一切与毒品有关的犯罪,洗钱犯罪及其上游犯罪(例如杀人罪、抢劫罪、绑架罪、贿赂公务员罪、贪污或侵占公共财产罪、走私罪,等等),一切与恐怖主义活动有关的、尤其是资助恐怖主义活动的犯罪,某些符合“双重犯罪标准”并且根据外国法律和美国法律均可判处1年以上监禁的犯罪,一切根据国际公约美国对之负有“或者引渡或者起诉”义务的犯罪,均可采用民事没收。^②上述立法例可供参酌。笔者认为,我国在特别没收程序创立之初,适用的案件范围暂不宜过大,待积累经验,条件成熟之后,可以逐步扩大它的适用范围。

特别没收程序所针对的对象包括人和物两个方面。从人的方面来看,其前提是犯罪嫌疑人、被告人逃匿(在通缉1年后不能到案)或者死亡。在具体掌握上,应当注意对于立法规定中的“逃匿”和“死亡”均需作严格解释。如对于“逃匿”一词,不能简单按“下落不明”或者“未能抓获”来理解,以免公安司法机关未经仔细抓捕犯罪嫌疑人、被告人,轻易启动特别没收程序;对于“死亡”情形的描述,也必须具体到各个不同的诉讼阶段。如新加坡《贪污、毒品交易及其他重大犯罪(利益没收)法》将“逃匿”分为两种情况:一种是犯罪嫌疑人、被告人在国外,而且其下落确实为人所知,须采取以下步骤:(1)已采取合理步骤,实施一定程序将犯罪嫌疑人、被告人押解回国,但不成功;(2)犯罪嫌疑人、被告人因为触犯他国法律而被拘押,其行为发生在本国境内亦会遭到刑事追诉;(3)本国已向犯罪嫌疑人、被告人发出关于诉讼的充分事先通知已令他能够提出答辩。另一种是犯罪嫌疑人、被告人下落确实不为人所知,则必须做到:(1)已充分追寻犯罪嫌疑人、被告人的下落;(2)通过报纸、网络、媒体等方式作出诉讼的通知。^③这种对于“逃匿”进行严格解释的做法,可以为我国所借鉴。

^② 同前注③,黄凤文。

^③ 参见李语轩、蒋健芳:《论腐败犯罪违法所得没收程序》,《法制博览》2012年第12期。

从物的方面看,特别没收程序所针对的是“违法所得及其他涉案财产”。最高人民检察院发布的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第523条第3款指出:犯罪嫌疑人实施犯罪行为所取得的财物及其孳息以及犯罪嫌疑人非法持有的违禁品、供犯罪所用的本人财物,应当认定为“违法所得及其他涉案财产”。《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》作了与此类似的规定。上述解释参照了《刑法》第64条的规定:“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。”对于不同类型的没收,在适用中要分别予以考量,如对于违禁品,均应当予以没收;对于供犯罪所用的本人财物,应指为犯罪所用的、与违禁品相当的本人财物;违法所得,既不是指一般违法行为所得,也不是要求完全符合犯罪成立条件的犯罪所得,而是指符合犯罪构成要件的违法行为所得。^③在特别没收程序中,由于犯罪嫌疑人、被告人处于缺席状态,“两高”的司法解释所规定的“实施犯罪行为所取得的财物”中的“犯罪行为”应是指“符合犯罪构成要件的违法行为”,犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题在此不论。

对于“两高”的司法解释所规定的“孳息”,应当如何理解?张明楷教授认为,由违法所得的财物产生的收益,应当属于《刑法》第64条规定的没收对象,但是仅限于违法所得的财物直接产生的收益。^④但是,《公约》第2条第5项将“犯罪收益”解释为:“通过实施犯罪而直接或间接产生或者获得的任何财产”。犯罪收益可以有3种转换形态:(1)替代收益,即由犯罪所得全部或部分转变或转化的其他财产;(2)混合收益,即犯罪所得已经与从合法来源获得的其他财产相互混合;(3)利益收益,即由犯罪所得、犯罪所得转变或转化而成的财产或者已经与犯罪所得相混合的财产所产生的收入或其他利益。可见,孳息不一定仅限于直接收益,也可包括间接收益。

五、特别没收程序之原则性与特殊性

特别没收程序属于刑事诉讼程序,因此应当遵循刑事诉讼的一般原则;特别没收程序又可被视为保安处分程序,因此相对于普通刑事诉讼程序有特殊之处,主要体现在对正当程序进行有限减损,以达到诉讼公正与诉讼效率的平衡;特别没收程序的“对物之诉”和“缺席审判”特征,使其相对于“对人之诉”和“在场审判”在程序设计上也呈现出其特殊性。

(一)特别没收程序应当遵循的原则

刑事诉讼中任何程序的设置,均需妥善处理惩罚犯罪与保障人权的关系。刑诉法增设特别没收程序,无疑有利于打击犯罪,但同时应当注意避免因此而侵犯公民合法的财产权,尤其是要防止该程序在司法实践中异化为公安司法机关“捞钱”的便利渠道,这就需要有相应的程序保障。公正的诉讼程序应当遵循的一些基本原则,如程序参与原则、程序中立原则、程序对等原则、程序理性原则、程序自治原则、程序及时原则、程序终结原则等应当体现在对该特别程序的设计之中。《公约》在序言中指出:“承认在刑事诉讼程序和判决财产权的民事或者行政诉讼程序中遵守正当法律程序的基本原则。”这就表明,不能因为没收程序属于特别程序,就忽视了正当法律程序的保障。新刑诉法规定,该程序由人民检察院申请、中级人民法院审理、利害关系人有权参与,此外,还设置了专门的公告程序和救济程序等,体现了对于程序公正性的保障。特别没收程序所针对的是犯罪嫌疑人、被告人的违法所得,而界定哪些财产属于违法所得,应当遵循关联性标准;对于没收范围的确定,需要遵循相当性原则,禁止过分严苛或者显失均衡的处分;此外,还应注意保护善意第三人的利益。

(二)特别没收程序中的程序规则

新刑诉法关于特别没收程序的法律规定有不少亮点,也体现了该程序的特别之处,如将审理的法院

^③ 同前注^①,张明楷文。

^④ 同上注。

限定在中级人民法院,体现出对采用特别没收措施的慎重;规定利害关系人参加诉讼的,法院应当进行开庭审理,保障了利害关系人对于诉讼的参与权;规定对于法院作出的没收裁定,利害关系人和检察院可以提出上诉、抗诉,使得对这种特别没收的最终决定权控制在高级人民法院手中,能够保障利害关系人获得有效的司法救济,同时也体现了检察院对法院正确行使审判权的监督;此外,还对“没收财产确有错误的,应当予以返还、赔偿”作了原则规定,对利害关系人提供了进一步的司法救济。

新刑诉法对公、检、法三机关在特别没收程序中的职能配置做了规定,即公安机关认为应当追缴逃匿、死亡的犯罪嫌疑人、被告人违法所得及其他涉案财产的,应当写出没收违法所得意见书,移送人民检察院,由人民检察院向人民法院提出申请。司法解释或实施细则对于特别没收程序运作过程做了进一步细化,如各阶段的诉讼文书应当包括的内容、公安司法机关可以采取的强制性措施、检察机关具体的办案部门、检察机关对于公安机关没收意见的审查程序、法院对于检察机关没收申请的审查程序、法院的公告方式、利害关系人申请参加诉讼的程序、法院开庭审理的程序;二审程序与再审程序等等。从总体上看,特别没收程序中的程序规则,相对于完整的刑事诉讼程序而言,做了适度简化。

但是,该程序也存在着一些有待进一步探讨的问题。如根据新刑诉法的规定,特别没收程序是一种刑事起诉不能时的补充性措施。只有在刑事起诉不可能实现时才适用该特别没收程序,而一旦情况发生变化刑事起诉变为可能时,人民法院应当终止审理,恢复起诉、审理、定罪的程序。有学者认为,这样做不利于保障刑事司法的效率,因此建议采用未经定罪没收与刑事定罪程序并行的设计。究竟哪一种方案更切合实际,有待司法实践的检验。

此外,有待研究和规范的问题还包括:在法院正式开庭之前,检察机关与利害关系人是否应当进行证据交换;法院是否应当对利害关系人的资格进行实质审查;违法所得财产的认定、估计和拍卖程序应当如何建立;如果司法人员不当行使职权,应当如何追究其法律责任;该特别没收程序是否应当有诉讼时效的规定,如何规定;“利害关系人”是一个很宽泛的概念,所有利害关系人是否均可作为对物诉讼的当事人;对违法所得进行没收后,应当如何进行处置,如何在国家与合法利益相关者、不同利益相关者之间进行合理分配;等等。

为了防止有学者所担心的“文革式抄家”现象的发生,^②在特别没收程序的设计中需要加强对缺席的犯罪嫌疑人、被告人的权利保护。获得律师帮助的权利是犯罪嫌疑人、被告人最为重要的诉讼权利,在犯罪嫌疑人、被告人不在场的情况下,单独提起针对其财产权的诉讼,更应该保障律师对于诉讼活动的有效参与。但是,新刑诉法及其司法解释或实施细则均未对犯罪嫌疑人、被告人获得律师帮助的权利予以规定。笔者认为,在此方面,可参照精神病人强制医疗程序,规定如果犯罪嫌疑人、被告人的近亲属未帮助其聘请律师,应当由人民法院指定法律援助律师参与诉讼,以正确区分涉案财产的性质,避免对公民合法财产造成损害。

(三)特别没收程序中的证据规则

对于特别没收程序中的证据规则,新刑诉法未作出明确规定,“两高”的司法解释对此做了补充,如《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第535条规定:“人民法院对没收违法所得的申请进行审理,人民检察院应当承担举证责任”;《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》第513条规定:“其他利害关系人应当提供申请没收的财产系其所有的证据材料”,第516条规定:“案件事实清楚,证据确实、充分,申请没收的财产确属违法所得及其他涉案财产的,除依法返还被害人的以外,应当裁定没收”。“两高”对于特别没收程序中的举证责任、证明标准问题,基本采取了与普通刑事诉讼程序相同的规定,未能充分考虑到特别没收程序作为保安处分程序的特殊性。

1. 关于证明对象。新刑诉法及其司法解释或实施细则均未对特别没收程序中的证明对象作出规定。作为“对物之诉”,涉案财产的合法性自然应当成为首要的证明对象,但是,作为没收前提的“犯罪

^② 参见陈瑞华:《刑诉法修正案之隐忧》,载《南方周末》2011年9月1日。

行为”也应成为证明对象,即检察机关应当证明逃匿或死亡的犯罪嫌疑人、被告人存在符合犯罪构成要件的违法行为,且申请没收的财产与该“犯罪行为”之间存在实质联系。^③

2. 关于证明标准。在对财产的保安处分程序中,是否应当遵循最高的证明标准——“案件事实清楚,证据确实、充分”或者“排除合理怀疑”,不无质疑的余地。因为“对物之诉”与“对人之诉”相比,当裁判出现错误时更易于进行救济。此外,在我国的特殊没收程序中,如何通过强化程序规则,促成对于案件事实的证明达到司法解释所规定的最高证明标准,也是一个需要考虑的问题。在英美法系国家,由于将未经定罪的没收定性为民事没收,因此采取“优势证据”的证明标准。从理论上分析,特别没收程序中的证明标准应当高于民事证明标准而略低于刑事证明中的定罪标准,以符合特别没收程序的保安处分或者中间程序性质。当然,在我国,要求在特别没收程序中适用最高证明标准,可以对司法实践起到积极的导向性作用,有利于防止特别没收程序被滥用,其道理与侦查、起诉、审判三阶段适用相同的证明标准如出一辙。

3. 关于特定证据的限制使用。一些国家允许在没收程序中适用“不采纳逃犯证言理论”,即受到刑事指控的犯罪嫌疑人、被告人只能在刑事诉讼中针对自己的、可能遭受民事没收的财产提出权利主张或异议,如果上述人员在逃,他的有关证言无效。^④ 该理论对于我国特别没收程序中的证据运用有借鉴意义,它回答了在犯罪嫌疑人、被告人缺席的情况下,应当如何对待来自犯罪嫌疑人、被告人的证据。

4. 关于举证责任。特别没收程序中的举证责任原则上由检察机关承担,但是,在有利害关系人参与诉讼的情况下,应当由主张财产权利的利害关系人承担相应的举证责任,因为他们相当于民事诉讼中的第三人。鉴于在贪污贿赂、恐怖活动等犯罪中,存在着检察机关举证难问题,有学者主张在特别没收程序中采用违法所得推定法则,实行举证责任倒置,由犯罪嫌疑人、被告人的近亲属或者其他利害关系人承担证明争议财产来源的责任。^⑤ 笔者认为,刑事推定在刑事证明中仅作为例外情形存在,并且以可反驳为前提,在犯罪嫌疑人、被告人因缺席审判无法反驳的情况下采用推定,并将反驳的责任转嫁给犯罪嫌疑人、被告人的近亲属或者其他利害关系人,将会带来对犯罪嫌疑人、被告人不利的风险,毕竟犯罪嫌疑人、被告人的近亲属或者其他利害关系人无法取代犯罪嫌疑人、被告人,他们的利益也并非完全一致,有时甚至存在严重的利益冲突。因此,不宜轻率地主张在特别没收程序中采用违法所得推定法则。

总之,刑诉法新设特别没收程序是将刑事司法国际准则引入我国刑事诉讼立法的一种制度实践。在对该制度进行解释和完善时,以合理界定特别没收程序的性质为出发点,注重采用比较法研究、价值分析、体系解释等方法,对于特别没收程序的适用范围和适用对象、对于特别没收程序的原则性与特殊性、对于特别没收程序中的程序规则和证据规则等问题,就能形成较为清晰而准确的认识,从而促进该程序在司法实践中得到正确实施。

(责任编辑:郭海清)

^③ 同前注④,万毅文。

^④ 同前注③,黄凤文。

^⑤ 同前注④,万毅文。