

国际追逃追赃视野中的特别没收程序: 法律属性、对象范围与证明规则

李冠煜* 吕明利**

内容摘要:特别没收程序在我国国际追逃追赃工作中发挥着举足轻重的作用。特别没收程序在法律属性上存在刑事诉讼程序说与民事诉讼程序说之争,但前一种观点更为合理。在对“应当追缴的财产”进行认定时,要厘清违法所得财产的来源,至于供犯罪所用的个人财产是否没收,不可一概而论,这应当取决于其与违法所得或者犯罪行为的关联程度。特别没收程序的证明范围可以做适当扩大解释,但要与《民法总则》相协调,其证明标准宜采取高度盖然性标准,它虽然低于一般刑事诉讼的证明标准,但高于普通民事诉讼的证明标准。

关键词:国际追逃追赃 特别没收程序 法律属性 对象范围 证明规则

一、问题的提出

案例一:2001年10月12日,中国银行广东某支行前后三任行长许超某、余某、许国某挪用银行资金4.82亿美元逃往美国。2003年9月,美方司法机关认为余某的行为在当地也构成犯罪,扣押了余某汇往旧金山的355万美元,随后通过民事没收程序予以追缴,并全部返还给中方。^①

案例二:2011年9月14日,外逃至澳大利亚8年的贪官李某因洗钱罪等罪名被澳大利亚昆士兰州最高法院判处监禁26年,9年内不准获假释。在案件刑事程序进展顺利的同时,澳大利亚警方启动该案的民事程序,将追获赃款退回广东省人民检察院。至此,被李某转移到澳大利亚的4000万元赃款已有近3000余万元

* 华中师范大学法学院副教授、法学博士。

** 华中师范大学法学院刑法学专业硕士研究生。

① 参见陈博:《刑法修改后贪官外逃仍可追缴赃款》, <http://news.sina.com.cn/c/2012-03-15/021424116355.shtml>, 2017年9月28日访问。

被成功追回。^①

案例三:2014年8月29日,江西省上饶市中级人民法院开庭审理李某案。在上饶市人民检察院提出违法所得没收申请后,上饶市中级人民法院依法立案并发布公告。2015年4月20日,按照最高人民检察院的司法协助请求,新加坡将裁定送达李某及其利害关系人,截至4月25日,在未收到相关人异议后,裁定正式生效。^②

以上均是我国境外追逃追赃工作取得成功的典型案例。近年来,我国境外追逃追赃工作取得了明显成效。例如,2014年1月至2016年11月间,共追回外逃人员2442人,追赃金额85.42亿元人民币。^③但是,由于犯罪分子携款外逃事件频繁发生,尤其是腐败分子通过洗钱等方式将赃款转移境外的现象严重,上述工作仍然面临较大困难。

在国际追逃追赃过程中,特别没收程序理应发挥举足轻重的作用。^④《联合国反腐败公约》第55条规定的没收事宜的国际合作包含两种方式:一是直接承认和执行外国主管机关所作出的没收裁决;二是在接收到外国的没收请求后,根据本国法律规定作出没收裁决并予以执行。从前文所述的三个案例中可以发现,我国在开展国际合作进行境外追逃追赃时,多采取异地追诉、境外民事追缴方式,适用特别没收程序的只有一例。案例三集追逃、追赃、国际追诉于一体,开违法所得没收程序之先河。^⑤然而,无论是从国际追逃追赃的司法实践还是从国内特别没收制度的适用现状来看,特别没收程序均未得到广泛运用。我们认为,我国难以与外国开展相互执行没收裁决合作的主要缺陷在于,特别没收程序法律属性不明、对象范围模糊以及证明规则不当。因此,下文将重点阐释这三个问题。

二、特别没收程序法律属性的界定

在我国,刑事没收主要分为两类:一类是《刑法》第59条规定的一般没收。这

① 参见林霞虹、刘艺明、林俊杰等:《南海外逃裸官在澳被判26年》,《广州日报》2011年9月23日,第1版。

② 参见高皓亮:《外逃贪官注意:海外不是“法外”——“海外追赃第一案”嫌犯缺席受审,追缴近3000万元》,《新华每日电讯》2014年8月30日,第4版;黄风:《中国境外追逃追赃经验与反思》,中国政法大学出版社2016年版,第169页。

③ 参见《反腐败国际合作和追逃追赃见成效“天网今年已捕回908人”》, <http://legal.people.com.cn/n1/2016/1209/c42510-28936068.html>, 2017年9月28日访问。

④ 本文所称的“特别没收程序”为“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序”的简称。

⑤ 黄炎:《中国与加拿大跨境追赃法律制度研究》,《时代法学》2016年第1期,第92页。

是将犯罪人所有财产的一部分或者全部强制无偿收归国有的刑罚方法,没收对象为其合法所有且未用于犯罪的财产,它只适用于《刑法》分则明文规定的某些犯罪。另一类是《刑法》第64条规定的特别没收。由于《刑法》并未对特别没收的适用进行具体规定,理论界一般认为《刑事诉讼法》关于“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件所适用的违法所得没收程序”就是特别没收的程序性规定。此类没收不是刑罚方法,类似于一种保安处分,所没收的对象也与一般没收有所区别,即违法所得、违禁品以及供犯罪所用的本人财物。^①

但是,自修改后的《刑事诉讼法》正式确立特别没收程序以来,理论界对于其法律属性一直争论不休,主要有刑事诉讼程序说与民事诉讼程序说两种观点。

持刑事诉讼程序说的学者认为,刑事诉讼程序应为特别没收程序性质的理性回归,主要理由有:从程序规定位置上看,由于特别没收程序被规定在《刑事诉讼法》中,因此在程序设置上要与普通刑事诉讼程序一致;只是因为该程序具有特殊性,所以才被置于“特别程序”一编。^②从程序启动主体上看,承担刑事案件追诉职能的机关为公诉机关,启动该程序正是检察机关履行其追诉职能的表现。从权利保护取向上看,民事诉讼程序不利于犯罪嫌疑人、被告人的权利保护,而刑事诉讼程序出于对人权保障的追求,能够防止司法权的过度扩张,维护犯罪嫌疑人、被告人合法的财产权益。

然而,很多学者还是倾向于民事诉讼程序说,因为刑事诉讼解决的是国家与被追诉人之间就刑事责任问题而产生的法律关系,这涉及对其人身自由甚至生命权的剥夺;而民事诉讼解决私人纠纷,仅涉及两个平等主体之间的财产利益,故特别没收程序应属于民事诉讼程序。^③而且,特别没收程序的目的是确认财产是否属于“违法所得及其他涉案财产”,不以定罪为前提,本质上属于民事诉讼中的确权之诉。此外,当前许多国家如澳大利亚、英国等对于本国的特别没收程序采用民事诉讼标准,这也说明其具备民事法属性。^④

我们认为,通过以下三方面的考察,刑事诉讼程序说更具合理性。

① 参见胡成胜:《我国刑法第64条“没收”规定的理解与适用》,《河北法学》2012年第3期,第160页。

② 参见解彬:《境外追赃刑事法律问题研究》,中国政法大学出版社2016年版,第183页;时延安、孟宪东、尹金洁:《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,第130页。

③ 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,第77-78页。

④ 参见张磊:《当前我国境外追逃追赃工作的反思与对策》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第40卷),法律出版社2014年版,第501页。

（一）法律体系之考察

根据“刑事一体化”的理念,作为我国刑事基本法的《刑法》与《刑事诉讼法》所使用术语的含义应当保持一致。^①《刑事诉讼法》以及《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法解释》)的有关规定将“违禁品和供犯罪所用的本人财物”简称为“其他涉案财产”,均纳入追缴范围,而这与《刑法》第 64 条规定的适用对象相同。因此,可以将《刑法》第 64 条作为特别没收制度的实体法依据,从而与《刑事诉讼法》等程序性规定相协调。而且,《刑法》第 64 条关于没收的规定内容粗疏,逻辑混乱,它将犯罪分子违法所得的一切财物纳入到应当追缴或者责令退赔的范围,而只将违禁品和供犯罪所用的本人财物限定在应当没收的范围之内,结果与《刑法》第 191 条规定的应予没收的“上游犯罪的违法所得及其收益”相矛盾。所以,从广义上理解追缴,并将违法所得的一切财物纳入没收范围,可以避免二者之间的冲突。《刑事诉讼法》第 280 条和《刑诉法解释》第 509 条规定,特别没收的对象包括“违法所得”。2017 年 1 月 5 日起施行的《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《没收程序规定》)第 4 条也将应当追缴的“违法所得”作为特别没收程序适用对象,与前述条文形成有机整体。

（二）法律规定之考察

《刑事诉讼法》第 280 条第 1 款规定:“对于贪污贿赂犯罪……等重大犯罪案件,依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产的,人民检察院可以向人民法院提出没收违法所得的申请。”可见,追缴违法所得及其他涉案财产还具有刑事实体法的效力。同时,《刑事诉讼法》第 281 条规定:“没收违法所得的申请,由犯罪地或者犯罪嫌疑人、被告人居住地的中级人民法院组成合议庭进行审理……利害关系人参加诉讼的,人民法院应当开庭审理。”详言之,此类案件有两种审理方式:第一种是开庭审理,人民检察院、人民法院和利害关系人三方参与;第二种是不开庭审理,没有利害关系人参与。因此,特别没收程序的诉讼构造与普通程序相同,是以普通程序为蓝本创设的一种特殊程序。

（三）域外法制之考察

部分国家对犯罪嫌疑人、被告人的违法所得通过民事没收程序进行追缴,如案例一和案例二所涉及的国家——美国、澳大利亚均将违法所得通过民事没收进行追缴。其中,《美国法典》第 18 编第 981(a)(1)条规定,对于任何财产,无论是不动产还是动产只要能够证明该财产构成、来源产生于直接或间接通过犯罪取得的

^① 参见张磊:《〈刑法〉第 64 条财物处理措施的反思与完善》,《现代法学》2016 年第 6 期,第 125 页。

收益即可单独地对之实行没收。这种不以有罪判决为前提,只针对犯罪有关财物的没收即为美国的民事没收。另外,根据《澳大利亚2002年犯罪收益追缴法》第49(2)条和第335(4)条之规定,法庭签发的民事没收令不以涉案人员的刑事定罪为基础,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,甚至在涉案嫌疑人尚未被确定的情况下,签发不针对任何犯罪嫌疑人的没收令从而只对犯罪所得实行限制。此外,该法第315条特别强调,以申请限制令为基础的没收令不是刑事诉讼程序。但是,这种民事没收方式并不适合我国司法实践。

首先,我国设立特别没收程序的目的是追缴犯罪嫌疑人、被告人的违法所得。尽管没收裁定的作出并不以定罪为前提,但是有利于实现预防犯罪的目的。换言之,没收犯罪嫌疑人、被告人的违法所得财产消除了其再次犯罪的物质基础,满足了特殊预防的需要。这种法律效果不是民事没收程序所具有的。

其次,我国特别没收程序的适用范围限于贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大案件。而外国民事没收的案件范围并未受到严格限制,如美国的民事没收程序不受刑事程序的影响,财产所有人在犯罪实施中的角色也与民事诉讼程序无关,甚至民事没收已经成为司法部及其他执法机关的主要工具。^①假如特别没收程序为民事诉讼程序,则应显著扩大其适用范围。

最后,某些国家也规定了刑事没收制度。例如,《德国刑法典》第74条第1款规定,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。该法还对没收的扩充条件、适当性原则、效力等进行了全面规定。尽管立法者将其中性地表述为“措施”(massnahmen),由此来表明,它既不是指刑罚,也不是指矫正及保安处分,而是指独立的制裁,但将其纳入制裁体系是非常困难的,因为它具有刑罚、预防和其他的(例如与返还请求类似的)要素。^②此外,《瑞士刑法典》第58条和第59条、《奥地利刑法典》第20条及第20条a均有类似规定。这与我国的特别没收制度也有异曲同工之处。

三、特别没收程序对象范围的明确

根据《刑事诉讼法》、《刑诉法解释》和《没收程序规定》的有关规定,特别没收程序的对象是违法所得及其他涉案财产,即实施违法行为获取的财物和孳息,以及被告人非法持有的违禁品、供犯罪使用的本人财物。于是,明确其适用对象要

^① See *United States v. \$734,578*, 82 U. S. Currency, 286 F. 3d 641, 657(3d Cir. 2002).转引自王君祥:《违法所得没收特别程序问题研究》,法律出版社2015年版,第27页。

^② 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第952页。

从“违法所得”和“其他涉案财产”两方面着手。

(一)违法所得的认定

《没收程序规定》第6条以列举的方式明确了违法所得财产的外延,包括:通过实施犯罪直接或者间接产生、获得的任何财产,来源的非法性为其本质特征;^①违法所得已经部分或者全部转变、转化为其他财产的,例如将赃款用于购置车辆、房屋等;来自违法所得转变、转化后的财产收益,例如将赃款用于投资股票、购买有价证券所升值的部分,以及来自已经与违法所得相混合财产中违法所得相应部分的收益,例如将赃款用于和他人成立公司而盈利的部分。上述规定无疑值得肯定,但还有两个问题尚待进一步厘清。

1. 财产性利益的没收

直接没收“通过实施犯罪直接或者间接产生、获得的任何财产”可能面临操作上的困难。例如,行为人通过贿赂手段取得别墅长期使用权,或者享受高档会所的服务等,对于这些财产性利益应当如何没收?实际上,根据法律的、经济的财产说,只要是值得刑法保护的经济性利益,都是财产,^②故财产性利益完全可以作为特别没收的对象。在认定数额时,可以采用等值转化的方式进行没收,即先对其进行等值评估并以货币形式进行换算,再对等值货币进行没收。此种方法也适用于犯罪嫌疑人、被告人将违法所得挥霍、转让、贬值或者灭失的情况。^③

2. 混合财产的没收

对于“已经与违法所得相混合财产中违法所得相应部分的收益”有时难以精确分割。对此,可以在控辩双方举证的基础上,先综合评估犯罪嫌疑人、被告人的近亲属或者利害关系人的财产收入状况,将其财产收入相当的部分从混合财产中剔除后,再没收剩余部分。当然,如果犯罪嫌疑人、被告人的近亲属或者利害关系人能够证明财产系合法所得的除外。这样就在进行刑事推定的过程中,最大限度地维护了犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和财产权利。

(二)其他涉案财产的认定

通过对《刑法解释》第509条和《没收程序规定》第6条的体系解释,“其他涉案财产”是指为犯罪嫌疑人、被告人非法持有的违禁品、供犯罪所用的本人财物。可见,此类财产的特点在于持有状态违法或者使用方式违法。

^① 黄风:《关于特别没收程序最新司法解释的几点解读》,《人民法院报》2017年1月6日,第2版。

^② [日]山中敬一:《刑法各论》(第3版),成文堂2015年版,第261页。

^③ 黄风:《等值没收及可追缴资产评估规则探析》,《比较法研究》2015年第5期,第1页。

1. 违禁品的认定

违禁品,是指法律所禁止的,除得到国家许可外,其他任何人都不得生产、贩卖、运输、持有的特殊物品,例如,武器、弹药、枪支等。一般而言,违禁品的没收不以行为是否构成犯罪为必备条件,只要属于对社会有危险的物品都应当予以没收。^①那么,犯罪嫌疑人、被告人所持有的大量古玩、字画等文物属于违法所得还是违禁品?有学者认为,上述文物应当以违禁品的形式进行没收,因为对文物的追缴并不考虑文物价值,文物具有不可复制性,其价值无法评估,而且追诉机关也不会进行评估。即便要对犯罪分子定罪量刑,也是以文物等级作为标准的。^②但是,这种观点有待商榷。在适用特别没收程序的案件中,行为人持有大量文物多因贪污受贿犯罪而产生,将其认定为“通过实施犯罪直接获得的产生”予以没收即可,没有必要作为违禁品。

换言之,“违法所得”和“违禁品”不是包容关系,而是并列关系。司法机关应当先认定财产是否属于“违法所得”,如果不是,再进一步确定其是否属于“违禁品”等其他涉案财产。相比而言,“其他涉案财产”的外延不甚清晰,因而按照以上判断顺序,有利于逐步明确特别没收程序的对象范围,实现《刑法》、《刑事诉讼法》的人权保障机能和法益保护机能。

2. 供犯罪所用的本人财物的认定

判断是否属于供犯罪所用的本人财物,主要有两个问题:其一,是否严格以犯罪嫌疑人、被告人的个人财物为限?其二,合法财产会否因为犯罪嫌疑人、被告人用于犯罪而全部转化为涉案财产?

对于第一个问题,外国司法机关在没收财产时一般不会涉及无辜第三人的合法财产。例如,《意大利刑法典》第240条第1、2款规定,犯罪所得和“因制造、使用、持有、转让而构成犯罪的物品”应予没收,但用于犯罪或犯罪所得的物品如果属于与犯罪无关的人所有,则不得没收;如果因制造、使用、持有、转让而构成犯罪的物品,属于经“行政当局批准”非犯罪人所有的,也不属于没收范围。^③可见,没收财产并不适用于“与犯罪无关者所有的物品”。这不仅为同条第3款所强调,而且贯彻了责任主义这一刑法的基本原则。^④又如,《日本刑法典》第19条第2款“以

① 参见张明楷:《论刑法中的没收》,《法学家》2012年第3期,第67页。

② 参见王君祥:《违法所得没收特别程序问题研究》,法律出版社2015年版,第149-150页。

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

④ 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第208页;[日]山口厚:《刑法总论》(第3版),有斐阁2016年版,第195页。

不属于犯罪人以外的人所有为限”的没收规定,说明了对第三人享有所有权之物没收的禁止。另外,判例认为,即便是犯罪人享有所有权之物,在第三人享有抵押权等物权的场合,也不得对此物进行没收。^①

参考上述立法及其实践,我国特别没收程序的适用也应当严格遵守“以个人财产为限”的原则,但具备下列情形之一的,也要没收第三人的财产:(1)第三人事先明知行为人将自己的财产用于犯罪而表示同意或默认;(2)第三人在行为人实施犯罪的过程中得知其将自己的财产用于犯罪而未表示反对或未加以阻止;(3)第三人在行为人实施犯罪后代其保管、使用或处分其财产的。

对于第二个问题,学界尚未形成定论。肯定说认为,假如贩卖毒品的犯罪嫌疑人在侦查阶段自杀,其藏匿毒品或者赃款的商品房不能证明是否为违法所得财产所购买,则对于商品房应当予以没收,否则会出现大肆效仿犯罪分子使用合法收入购买商品房的局面,从而增加侦查难度。^②而否定说主张,违法所得没收程序运行于普通刑事诉讼程序之前,而没收个人合法财产的财产刑只能依据《刑法》第34条的规定作出,在未被定罪的前提下,没收个人合法财产是违反罪刑法定原则的。^③

我们认为,对于能否没收这部分涉案财产,不可一概而论,这实质上取决于其与犯罪行为的关联程度。易言之,如果用于犯罪的财产属于赃款的转化形式、促进了危害行为的实施或者加重了危害结果的发生,一般都应当予以没收;如果这些财产对正犯结果的贡献度较小,则不应予以没收。原因在于,对不能确切证明来源非法的藏匿毒品、毒赃的房屋、设备等财物进行没收,既违反了刑法的谦抑精神,也不利于我国推进反腐败追逃追赃的国际协作。^④况且,我国的特别没收司法实践有时也得不到外国的认可。总之,没收由个人合法财产转化的涉案财产,应当同时兼顾国际追逃追赃的大背景和有关国家的刑事法制,必须十分慎重。

四、特别没收程序证明规则的解析

特别没收程序的法律属性不仅决定其适用对象的范围,而且决定其证明规则的适用。特别没收程序作为一种特殊的刑事诉讼程序,证据规则无疑对其科学适

① [日] 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,《中外法学》2009年第5期,第782页。

② 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,第83页。

③ 参见孙煜华:《涉案财产没收程序如何才能经受宪法拷问》,《法学》2012年第6期,第116页。

④ 参见[日] 森下忠:《各外国渎职防止法制》,成文堂2013年版,第114页。

用具有极大的影响。其中,带有“实体要素”的规则^①——如有关证明范围、标准的规则——尤其值得深入研究,在很大程度上决定了特别没收程序功能的实现。

(一)特别没收程序的证明范围

根据《刑事诉讼法》、《刑诉法解释》和《没收程序规定》的有关规定,特别没收程序的证明范围分为由检察机关证明的案件事实(包括犯罪嫌疑人、被告人的基本情况、涉嫌犯罪的事实、逃匿、被通缉、脱逃、下落不明、死亡的情况、申请没收财产的种类、数量、价值以及相关法律手续等)和由利害关系人证明的案件事实(包括其与犯罪嫌疑人、被告人的关系,对违法所得及其他涉案财产具有正当权利等)。一般情况下,各诉讼主体对上述证明对象的内涵和外延不会有分歧,但对犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡的认定,则容易发生争议。

1. “逃匿”的认定

在我国开展的国际追逃追赃实践中,一些潜逃境外的犯罪嫌疑人、被告人如有明确住址,司法机关不仅可以查到其行踪与居住地,也能了解其转移到境外的财产。对于这类案件,由于《刑事诉讼法》第280条第1款并未明确“逃匿”的含义,假如不进行扩大解释,将无法适用特别没收程序。而且,有关国家之间的司法协助程序非常繁杂,境外追逃追赃又面临许多法律障碍,一旦无法认定犯罪嫌疑人、被告人逃匿,就不能启动特别没收程序,导致赃款难以追回。

于是,有学者建议,应当对《刑事诉讼法》第280条中的“逃匿”作扩大解释,按“逃”和“匿”两种情形处理:一是潜逃境外的犯罪嫌疑人、被告人下落清楚、住址明确,司法机关已经开展境外缉捕工作的;二是犯罪嫌疑人、被告人潜逃地点不详,不知去向,隐匿起来的。^②笔者赞成此种观点。首先,人们习惯将“逃匿”解释为“逃跑并躲藏起来”。^③可见,“逃”是“匿”的前提,“匿”是“逃”的结果。行为人只要逃跑,就有可能下落不明;行为人一旦下落不明,就能推定其已经逃跑。所以,对“逃匿”的含义要同时从行为过程和结果状态两方面来把握。其次,《没收程序规定》第3条第1款进一步明确规定:“犯罪嫌疑人、被告人为逃避侦查和刑事追究潜逃、隐匿,或者在刑事诉讼过程中脱逃的,应当认定为刑事诉讼法第二百八十条第一款规定的‘逃匿’”。所以,无论地点是在境内还是在境外,时间是在案发前还是在案发后,行为人只要是为了妨碍刑事诉讼程序的顺利进行而脱离了主管机

^① 陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2014年版,第8页。

^② 参见陈雷:《论我国违法所得没收程序司法认定若干法律适用问题研究》,《法治研究》2015年第4期,第103页。

^③ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1978年版,第1110页。

关的管控、拒不到案的,即使是在正常地工作、生活,也应认定为“逃匿”。

2. “死亡”的认定

《没收程序规定》第3条第2款表明,犯罪嫌疑人、被告人因意外事故下落不明满2年,或者因意外事故下落不明,经有关机关证明其不可能生存的,依照“逃匿”的情形处理。有学者认为,鉴于在刑事诉讼中未经法院宣告就推定死亡,可能引发外界质疑,故《没收程序规定》将此种情形明确拟制为“逃匿”,也不失为一种折中之选。^①但是,这种做法值得商榷。将上述情形拟制为“逃匿”,尽管有利于保护犯罪嫌疑人、被告人的合法权利不因宣告死亡而消灭,但会使第三人的合法权益长期处于不确定状态。另外,由于我国刑事法律未对自然人死亡作出明确规定,只能参照民事法律来认定,而《没收程序规定》中“逃匿”的拟制规定与《民法总则》第46条存在明显冲突。该条规定,自然人因意外事件下落不明满2年,或者因意外事件下落不明,经有关机关证明其不可能生存的,利害关系人可以申请宣告死亡。简言之,《没收程序规定》所拟制的“逃匿”情形属于《民法总则》明文规定可以宣告死亡的情形。这不禁让人怀疑法律拟制的正当性。在形式上,法律拟制是出于立法经济性的考虑。借由这种隐藏的指示,对案件T适用了T1法律效果,在此,立法者基于经济性的缘故以避免重复。^②而在实质上,法律拟制是出于法益侵害相似性的考虑。“拟制是在B实际上不同于A,但基于某种重要的构成要件要素的相似性(本质的相似性)而将B视为A。因此,拟制的根本在于意识到B与A的不同,同时意识到A、B之间本质上类似的重要性。”^③据此,“犯罪嫌疑人、被告人因意外事故下落不明满2年,或者因意外事故下落不明,经有关机关证明其不可能生存”同“死亡”的相似性大于同“逃匿”的相似性,宜将其拟制为“死亡”而非“逃匿”。况且,《民法总则》的位阶和效力高于《没收程序规定》,将具备上述情形的犯罪嫌疑人、被告人宣告死亡也有利于维护法律体系的统一性。

(二)特别没收程序的证明标准

对此,主要有刑事证明标准说、民事证明标准说和高度盖然性标准说的争议。

1. 刑事证明标准说

该说认为,特别没收程序采取刑事证明标准是合法且合理的。《刑诉法解释》第516条第1款已经规定,只有在“案件事实清楚,证据确实、充分”时,才能对违法

^① 黄风:《关于特别没收程序最新司法解释的几点解读》,《人民法院报》2017年1月6日,第2版。

^② 参见[德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第57-59页。

^③ [日]笹仓秀夫:《法哲学讲义》,东京大学出版会2002年版,第419页。

所得进行没收。即司法机关申请没收程序的证明标准与普通刑事诉讼证明标准没有区别。而且,《没收程序规定》出台以前的司法实践均以“排除合理怀疑”标准来处理违法所得没收案件。最重要的是,唯有采用这一证明标准,才能防止程序滥用,更好地保护犯罪嫌疑人、被告人的财产权利。^①

2. 民事证明标准说

该说认为,特别没收程序应为民事诉讼程序,其证明标准也应完全采取民事证明标准。因为特别没收程序只追缴财物,不处理定罪量刑问题,采用较为宽松的优势证据规则可以及时、有效地追缴赃款。英美国家均将此原则作为没收违法所得的证明标准,有利于提升当事人的诉讼地位。^②另外,违法所得具有隐蔽性和流动性,若设置过高的证明标准,会使追缴逃匿、死亡的犯罪嫌疑人和被告人的违法所得工作陷入困境,所以不宜采用普通刑事诉讼证明标准。

3. 高度盖然性标准说

该说认为,民事证明标准说提出的“普通刑事证明标准不适用于特别没收程序”,具有一定的合理性。诚然,“案件事实清楚,证据确实、充分且排除合理怀疑”是用于“认定被告人有罪和处以刑罚”的待证事项,即只有在定罪事实和量刑事实的认定上才能采用。而特别没收程序是针对涉案财物的,这一待证事项既非定罪事实,亦非量刑事实,不能直接适用普通刑事诉讼的定罪量刑标准。^③

在以上三种学说中,笔者基本赞同高度盖然性标准说的结论,但论证有待进一步充实,现详述如下:

第一,采取高度盖然性标准,契合我国刑事法律规范已经构建的多层次刑事证明标准体系。根据《刑事诉讼法》第53条,《刑诉法解释》第64条,《刑法》第282条第2款、第395条以及《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条,《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》第10条等规定,刑事诉讼以“犯罪事实清楚,证据确实、充分”为一般证明标准,同时也构建了多层次的证明标准体系。^④这具体表现在:(1)对于犯罪事实的证明,必须符合一般证明标准;(2)对于部分特定犯罪事实难以证明的,允许进行推定;(3)区分程序事实与实体事实,前者的证明标准可以适度低于后者。在上述体系中,特别没收程序

^① 陈卫东:《构建中国特色刑事特别程序》,《中国法学》2011年第6期,第39页。

^② 参见毛兴勤:《构建证明标准的背景与思路:以违法所得没收程序为中心》,《法学论坛》2013年第2期,第89-93页。

^③ 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,第77页。

^④ 参见陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第184-185页。

的适用对象明显不同于普通犯罪事实,且出于严厉打击腐败犯罪的政策需要,应当在一定条件下允许推定行为人的财产是否系违法所得及其他涉案财产。所谓推定,是指根据法律规定或经验法则,以查明的基础事实为前提,按照事物发展的规律性和普遍联系,判断待证事实性质或状态的活动。推定的依据包括法律规定和经验法则。推定的救济方法是当事人提出反证,允许当事人提出相反证据推翻此前作出的推定。^①推定具有刑事法的效力,反证不能的后果由行为人承担。^②可见,推定只有在基础事实与待证事实之间可能存在某种逻辑关联时才能使用,所以没有达到“排除合理怀疑”的程度,不过是证明的替代方法而已。总之,司法机关在掌握一定线索或事实(如犯罪嫌疑人、被告人在国外购置的房产超过其合法收入的差额巨大)且对方提不出反证(如不能说明来源购房款来源的)的前提下,认定该财产系违法所得及其他涉案财产,能够有效实现人权保障与法益保护之间的平衡。

第二,采取高度盖然性标准,符合我国司法实践的最新动向。正是为了切实履行《联合国反腐败公约》等规定的国际法义务和顺应国内严惩腐败犯罪的现实需求,增强《刑事诉讼法》、《刑诉法解释》规定的特别没收程序的可操作性,《没收程序规定》才应运而生,其中第17条明显采用了高度盖然性标准,即申请没收的财产具有高度可能属于违法所得及其他涉案财产的,应当认定为《没收程序规定》第16条规定的“申请没收的财产属于违法所得及其他涉案财产”;巨额财产来源不明犯罪案件中,没有利害关系人对违法所得及其他涉案财产主张权利,或者利害关系人对违法所得及其他涉案财产虽然主张权利但提供的相关证据没有达到相应证明标准的,应当视为《没收程序规定》第16条规定的“申请没收的财产属于违法所得及其他涉案财产”。必须强调的是,在证明标准问题上,关键要从该程序的基本目标和宗旨出发,准确把握所要查清的核心问题,即申请没收的财产是否属于违法所得及其他涉案财产,而不是解决犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题。从反面来说,特别没收程序的证明标准无须照搬“案件事实清楚,证据确实、充分”;从正面考察,适用该程序必须明确财物与犯罪的关联性。^③此时,参照逮捕

^① 参见李冠煜:《论巨额财产来源不明罪的证明责任》,《湖北大学学报》(哲学社会科学版)2010年第4期,第86页。

^② 参见李冠煜、吕明利:《帮助信息网络犯罪活动罪司法适用问题研究——以客观归责方法论为视角》,《河南财经政法大学学报》2017年第2期,第68-71页。

^③ 参见肖中华:《秉持立法目的 满足实践需要——浅议违法所得没收程序解释规定》,《人民法院报》2017年1月7日,第2版。

的证据条件比较恰当,既能以对案件事实的初步查明为基础确保对违法所得的没收,又能不因刑事诉讼的停顿、中断或终止而阻碍对违法所得的追缴。^①既然逮捕的证据条件只要达到行为人有重大犯罪嫌疑即可,同理,特别没收程序的证据条件也只需要达到行为人的财产很有可能是违法所得及其他涉案财产即可。换言之,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第139条将逮捕的证明标准概括为“有证据证明有犯罪事实”,与《没收程序规定》第17条采取的高度盖然性标准,在证明高度的要求上是一致的。通过对《没收程序规定》第9、10、16条进行体系解释,也能得出同样的结论。

第三,采取高度盖然性标准,不等于采取民事诉讼的优势证据标准。的确,高度盖然性标准低于普通刑事诉讼证明标准,但必须澄清的是,这里的“高度可能”只是借鉴吸收了最高人民法院《刑诉法解释》第108条确立的“优势证据规则”的表述,二者不可相提并论。由于特别没收程序规定在《刑事诉讼法》中,为了确保刑事案件处理过程和结果的正当性,采取比民事证明标准更高的标准,是一个应然的选择。^②而且,从消除没收裁决与刑事判决的矛盾性、切实保障公民的财产权利、抑制国家权力滥用的角度考虑,要求检察机关对原因行为已经构成犯罪、涉案财物属于违法所得或犯罪工具等事项的证明必须高于优势证据标准,也更为恰当。^③同时,特别没收程序处理的是犯罪嫌疑人、被告人不在场的案件,当事人本就处于不利地位,如果再采取民事证明标准,更加不利于保障其人权。所以,法官不能简单地根据内心形成的事实进行极有可能或非常有可能的心证,来判定该事实存在,^④而要结合具体不法事实,在考察法益侵害可能性的基础上,保证对犯罪嫌疑人、被告人的财产来源、用途的认定达到绝对优势的水平。对此,应当通过充分保障犯罪嫌疑人、被告人及其利害关系人的参与权和辩护权来维持高度盖然性的认定标准。

① 参见黄风:《关于特别没收程序最新司法解释的几点解读》,《人民法院报》2017年1月6日,第2版。

② 时延安:《违法所得没收条款的刑事法解释》,《法学》2015年第11期,第124-125页。

③ 吴光升:《未定罪案件涉案财物没收程序之若干比较——以美国联邦民事没收程序为比较视角》,《中国政法大学学报》2013年第2期,第89页。

④ 江伟主编:《民事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第176页。

The Special Confiscation Procedures in the View of International Fugitive Repatriation and Asset Recovery: Legal Attributes, Scope of Objects and Proving Rules

Abstract: Special confiscation procedures are playing an important role in international fugitive repatriation and asset recovery. In terms of legal attributes, there is a disagreement between the theory of criminal proceedings and that of civil proceedings, but the former is more reasonable. In the process of determining “the assets that should be recovered”, it is necessary to clarify the source of illegal property. The judges must not make sweeping generalizations on whether personal property used for offense should be forfeited, that depend on the degree of association with illegal earnings or criminal offences. The scope of certification can be interpreted extensively in a proper way. However, to coordinate with the “General Principles of Civil Law” is very important. Besides, the standard of proof should achieve a high degree of probability, which stands between the general standard of criminal proceedings and ordinary standard of civil proceedings.

Key words: international fugitive repatriation and asset recovery; special confiscation procedures; legal attributes; scope of objects; proving rules

(责任编辑:李雪平)