



刑事没收研究

——国际法与比较法的视角

Research on Criminal Confiscation

何帆 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D914.04

26

2007



刑事没收研究

——国际法与比较法的视角

Research on Criminal Confiscation

何帆 著



法律出版社

100185 Beijing

图书在版编目(CIP)数据

刑事没收研究:国际法与比较法的视角/何帆著.

—北京:法律出版社,2007.3

ISBN 978-7-5036-7128-9

I. 刑… II. 何… III. 刑种—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第026468号

© 法律出版社·中国

刑事没收研究
——国际法与比较法的视角

何 帆 著

责任编辑 徐雨衡

刘伟俊

装帧设计 汪奇峰

开本/ A5

版本/ 2007年3月第1版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 11.375 字数/ 287千

印次/ 2007年3月第1次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7128-9

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序一

赵秉志*

《刑事没收研究——国际法与比较法的视角》一书,是何帆同仁(中国人民大学2003级刑法学博士生)在其博士论文基础上修订而成的。作者对刑事法律中的没收问题进行了“小切口、深层次”的研究和分析。应邀为本书作序,为何帆博士的学术成果即将问世感到高兴,故欣然同意,略抒己见。

博士论文,除了兼顾理论性与实用性,很重要一点是要“小题大作”,即以点带面,从细微处着手,将一个基础问题做深、做扎实,而非选择几个宏观问题泛泛而论。刑事没收,就是这么一个非常重要而又经常被忽视的“小题”。言其重要,是因为国家对与犯罪关系密切之物的强制收取,在刑事政策上,兼具社会防卫、预防犯罪、剥夺犯罪收益等多重

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长,国际刑法学协会中国分会常务副主席。

功效,并与财产刑、刑事附带民事诉讼一起,构成对犯罪人财产强制处理的有机整体。言其被忽视,是指我国关于刑事没收的研究尚显薄弱,许多刑法学教科书内都罕见刑事没收的内容,或仅在介绍没收财产刑时附带提及。至于从国际法、比较法的视角,对刑事没收制度的渊源、发展进行的系统研究,数量也并不多。可以说,以刑事没收研究作为博士论文的选题,具有很强的研究意义与实践价值。

令我欣喜的是,本书作者何帆博士克服了资料相对匮乏、疑难争议较多等一系列问题和困难,就刑事没收这一选题进行了较为深入的比较研究。除结构合理、逻辑清晰、文笔流畅外,本书以下几个特点值得称道:

(一)资料翔实,填补空白。本书以翔实的资料为基础,对没收制度的历史、渊源、演变进行了全面而系统的梳理,填补了国内在这一研究领域的空白。经对英美两国没收制度的研究,何帆博士指出,与其他国家相比,美国、英国能够以民事没收、民事追索等手段,脱离对犯罪人人身的制裁,利用民事上的证据标准,减轻司法机关的举证负担,从而更有效、便捷地没收犯罪工具与犯罪所得。可以说,在刑事领域动用民事措施,以实现刑事政策的效果,不仅成为英美两国刑事司法的发展趋势,并直接对很多的国际刑事公约产生了影响。最为典型的,就是《联合国反腐败公约》第54条第1款第(3)项针对死亡、失踪、潜逃的犯罪者财产适用的“未定罪没收”。在我国,刑事实体法、程序法都存在诸多亟须与《联合国反腐败公约》协调、衔接之处,司法实践中,也面临着追缴外逃者转移到境外的犯罪资产等一系列现实问题,上述研究,对实务部门具有相当的借鉴意义。

(二)贴近实践,紧扣司法实务。刑法学的研究应做到理论与实务的结合,在关注刑法前沿问题的同时,努力创新,着力解决司法实务中的一系列问题。刑事没收本来就是刑事司法实务中一个运用极为广泛的措施,实践中也存在许多疑难与争议。何帆博士在介绍国外发达国家相关制度的同时,始终紧扣我国刑事司法实务中的热点、疑难问题,尝试从不

同角度给出答案。这一点在“刑事没收的对象”一章体现得最为明显:什么是“供犯罪所用的本人之物”?如何确定“供犯罪所用”?如何理解“本人之物”?对在逃共犯的财产如何宣告没收?有过错的第三人之物是否可以没收?没收对象是否只局限于原物、主物或动产?……这一系列问题的有序展开与认真讨论,使得本书具有较强的实践价值。可以说,在与司法实务的结合方面,作者既关注了追回境外资产、资产分享等重大问题,也注意到了如何在刑事判决书“主文”中对没收作规范表述这样的细微之处,许多问题的讨论,都辅以各级法院一审刑事判决书进行说明。这说明了何帆博士具有务实、严谨的态度,也表明他较好地过去在经济犯罪侦查都门的司法实务经验结合到理论研究中。

(三)视角全面,注意兼顾多重视角,即兼顾了实体法与程序法、国内法与国际法,乃至刑事法与民事法的衔接。刑法研究应当具有“问题意识”,不应在单一的部门法思维内故步自封。具体到刑事没收问题更是如此,在我国,刑法典第64条中的没收、追缴、责令退赔都是对财产的强制处理方法,其适用贯穿于侦查、起诉、审查整个阶段,其中,没收对象的范围、认定标准属于实体问题,但没收程序的启动、没收主体的确定、财产的保全、保管或发还则属于程序法问题。

何帆博士将诸多刑事实体问题放在刑事没收司法流程中加以讨论,兼顾了刑事实体法与程序法的协调,这种“刑事一体化”的研究理念值得肯定。作者在讨论具体问题、提出相关建议时,均同时考虑到国际公约的国内实施,以及国际刑事司法协助问题,避免了只在国内法或国际法领域内作出研究、提出建议这种“头疼医头、脚疼医脚”的片面性。值得注意的是,由于刑事没收是对财产权益的强制处理,适用中必然会涉及与民事法律的交叉或冲突,作者并未忽略上述问题,而是结合民法理论,讨论了替代物、从物、不动产等财产的可没收性问题,并分别从刑事、民事角度阐述了自己对犯罪所得是否适用“善意取得”的看法。

当然,本书也略有不足之处。如书中未就刑事没收与财产刑、刑事附带民事诉讼在司法实践中的联系、配合展开讨论;关于共同犯罪、单位

犯罪中没收问题的讨论也略欠深入。据悉,何帆博士打算在今后的理论研究与实务工作中对这些问题给予进一步的研究。

何帆博士在毕业后进入最高人民法院从事刑事审判工作。相信随着时间的推移和工作实践经验的积累,他将对刑事司法实践有更丰富的感性认识,会发现更多值得深入研究的问题。希望何帆博士能够不断将理论与实践相结合,不断从实践中验证和升华理论,在刑事司法实务和理论研究的领域里取得更多成绩。

是为序。

2007年1月7日

于北京师范大学刑事法律科学研究院

序二

邵沙平*

没收,在适用情况下还包括充公,系指根据法院或者其他主管机关的命令,对财产实行的永久剥夺。没收的对象,既可以是违禁品、供犯罪所用的工具,也可以是犯罪所得及其收益。刑事领域的没收,能够斩断犯罪的资金链条,剥夺犯罪收益,达到预防与惩治犯罪的功效。可以说,无论在国内刑法中,还是在国际刑法公约内,没收作为一种不可或缺的财产强制措施,都具有十分重要的地位。

在国际法领域,1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第一次以全球性国际刑法公约的形式规定“没收犯罪收益”,1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、2000年《联合国打击跨国组织犯罪公约》,再到2003年的《联合国反腐败公约》,都非常重视没收制度的建立与完善,并对缔约国的没收立法、合作义务提出了具

* 邵沙平,中国人民大学法学院教授、博士研究生导师。

体要求。尤其是2003年《联合国反腐败公约》，不仅再次强调了各国在没收腐败犯罪收益方面应采取的措施，还专门规定了“资产追回”制度，使得通过没收事宜的国际合作追回资产成为可能。

在国内法领域，国际法的发展，也推动了许多国家在没收制度方面的改革。较典型的有美国、英国、德国与日本，改革的层面，既有加大打击力度，调整没收方式，增加司法效率的内容，也兼顾了对公民合法财产权益的保障，同时为没收领域的国际合作提供了依据与渠道。具体到我国，刑事没收方面的立法依据仅有《刑法》第64条可供参照，相关制度迫切需要建立与完善。尤其值得指出的是，由于我国已先后批准1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》以及2003年的《联合国反腐败公约》，我国没收制度的建立与完善，就必须符合上述国际公约对我国的要求，并满足国际刑事司法协助的需要。因此，从国内刑事司法、国际刑事合作的角度，结合司法实践，对刑事没收制度进行研究，具有相当的必要性与紧迫性。从这个角度来讲，《刑事没收研究——国际法与比较法的视角》一书，可谓是填补空白的及时之作。

本书由何帆博士在其同名博士论文基础上修订而成。何帆在中国人民大学法学院攻读法学博士期间，我作为其指导教师，目睹了他在写作博士论文期间所付出的心血和汗水，也欣喜地看到他辛勤耕耘后取得的累累硕果。本书逻辑清晰、文笔通畅，全文共700多个注释，援引了500多篇中外参考文献，100多个中外法院判例，体现了作者认真、严谨的态度，也说明他在资料搜集、实证研究方面下了不少工夫。

本书的一大特色，是紧贴实践，直面问题，提出了一系列迫切需要解决的司法实务问题，并给出了具体、务实的解决方案。比如，2003年《联合国反腐败公约》第54条第1款第(3)项要求：“各缔约国均应当根据其本国法律考虑采取必要的措施，以便在犯罪嫌疑人死亡、潜逃或者缺席面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。”这一规定，实际是对“不经过刑事定罪面实施的没收形

式”的肯定。包括反洗钱金融行动特别工作组(FATF)在内的国际组织,也鼓励成员国借助举证责任较轻的民事程序,在未经定罪情形下没收犯罪收益或工具。上述规定,对我国来说,更具现实意义,因为按照我国刑事诉讼的流程,在犯罪嫌疑人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉的情况下,法院往往无法就涉案财产作出没收判决,一旦缺乏法院的有效司法文书,相关的司法协助请求将会被一些国家搁置甚至拒绝。如何结合我国现行刑事法制,落实国际公约的要求,显然是一个重大而新颖的课题。

值得肯定的是,何帆博士并没有就事论事,仅拘泥于某一个热点问题,给出单一的解决方案,而是结合国内司法实践,对“未定罪的没收”问题进行了整体的考量。在探讨了我国台湾地区的单独没收、美国的民事没收、英国的民事追索、新加坡针对潜逃者的没收等“未定罪没收”制度后,作者分析了国内学者给出的独立民事诉讼程序、刑事缺席审判制度、独立的财产没收制度等解决方案,在评析其利弊后,提出了自己的观点,即设置对违禁品及危险物品的单独没收、对已死亡犯罪嫌疑人、被告人财产的没收判决、对潜逃犯罪嫌疑人财产的独立没收。上述观点注意到了刑事司法程序的连续性,将《刑法》第64条规定的各类可没收物的处分方法、程序、结果一并纳入诉讼环节内,既照顾到国际司法协助过程中,与其他国家在没收事宜上的合作,用诸于国内刑事司法各环节时,也能切实解决实践中的一系列问题。这种兼顾实体法与程序法、国内法与国际法的思维模式,对解决实际问题大有裨益,也反映了作者对刑事程序的熟稔程度与务实态度。

综观全文,作者的务实态度有多处体现,许多观点都通过国外、国内各级法院的判例阐述与说明,并就判决书的表述、相关制度的设计提出了中肯的建议,使理论与实际得到了很好的结合。由于论文篇幅的限制以及时间的紧迫,作者在没收的国际合作方面的论述略显简略,许多问题尚缺乏深入的讨论,如“资产分享”制度的正当性与可行性问题、被害人的补偿问题,等等。当然,瑕不掩瑜,部分疏漏并不影响本文成为一篇

优秀的博士论文。因此,何帆博士的这篇论文得到了匿名评审专家和答辩组成员的高度评价。

何帆博士既对理论钻研有着浓厚兴趣,也很关注现实生活的点滴发展,对文学、新闻等知识领域也有涉猎。在其攻读博士期间,我们在就学术问题的探讨与交流过程中,结下了深厚的师生之谊。博士即将毕业时,他曾就未来的工作去向征求我的意见,我鼓励他积极投身司法实务,一方面能够学有所用,一方面通过在实务界的历练,增强自己的理论素养,学会从更多角度研究问题。令我高兴的是,在进入最高人民法院半年期间,他能很快发现刑事司法中的热点、难点问题,利用刑事审判工作间隙,笔耕不辍,先后就民刑交叉案件的审理、刑法修正案的适用等问题出版了相应的研究成果,作为导师,我为他的每一点进步感到高兴,也衷心希望他能够以踏实、严谨的态度,积极进取,取得更多的成绩。在其论文即将出版之际,特作此序,以示勉励!

2007年1月9日
于中国人民大学法学院

中文摘要

刑事没收,是在刑事司法程序中,根据法院或其他主管机关的命令,对财产实行永久性的剥夺。其针对的并非合法财产,而是与犯罪关系密切之物,包括违禁品、供犯罪使用之物以及犯罪所得。本书从国际法与比较法的视角出发,对刑事没收制度进行研究。由于我国刑法中的刑事没收,主要规定于《刑法》第 64 条。因此,相关研究主要围绕我国《刑法》第 64 条进行,讨论如何与国际公约相衔接,并借鉴各国立法中的先进做法。

没收法在英美法系、大陆法系国家有着不同的发展历程。在英美法国家,没收源自“法律拟制”理论,通过赎罪奉献物、土地没收等表现形式,最终演变为目前极富特色的没收法体系,尤其是美国的刑事、民事没收制度,以及英国通过《2002 年犯罪收益法》创立的民事追索制度。在大陆法系国家,没收从早期没收全部财产的刑罚,发展为专门针对与犯罪相关之物的措施,形成诸如德国的追缴与扩大追缴、日本的追征等各具特点的没收制度。在国际法中,没收也从早期双边协助条约中的规定,逐步演

变为国际刑事公约的内容,并发挥日益重要的作用。

通过比较可以发现,出于对刑事没收功能认识偏重点的不同,不同国家往往赋予其不同的法律地位,如刑罚、保安处分、独立的强制处分措施。事实上,在特定情形下,刑事没收也会涉及第三人,尤其是有过错的第三人财产,如果把没收规定为刑罚,难免有刑罚及于无辜之嫌。另外,在刑事诉讼中,存在犯罪嫌疑人虽已死亡、潜逃或免诉,却有财产需要没收之情形。因此,有必要提升刑事没收在刑法典中的地位,将其作为一种独立的处分措施,并明确规定刑事没收的对象、适用方式、限制条件。与之对应,《刑事诉讼法》也应作出相应调整,赋予被告人、被害人、第三人充分的权利救济途径。

现行《刑法》第64条规定了对违禁品、为犯罪使用之物的“没收”,以及对违法所得的一切财物的“追缴”与“责令退赔”。但是,上述三项措施由于含义不明,导致实践中出现许多认识混乱。因此,在提升刑事没收地位的同时,也应当厘清术语的含义与性质。强调没收是一种实体上的最终处分,适用于违禁品、供犯罪所用之物和犯罪所得。而追缴、责令退赔,应被视为一种程序上的强制措施。

对犯罪工具的没收,应当以“比例性原则”作为标准,衡量为犯罪使用财物的价值大小、其使用的专门性和偶然性、与犯罪联系的直接性和间接性,最终使应没收财产的价值高低、范围大小与犯罪行为的危害轻重相当,也与犯罪行为联系的频率高低、紧密程度相当。对犯罪所得的没收,应考虑到各类复杂情况,如犯罪所得已被混同、转换形态或转让给他人等情形。我国《刑法》中应吸纳国际公约倡导的没收措施,如价值没收、混合没收、替代物没收,最大限度上剥夺犯罪收益。

无论是没收犯罪工具,还是没收犯罪所得,都必须注重第三人权利的保护。为避免没收措施过于苛刻,殃及无辜,必须设置判断第三人行为是否构成过错的标准。同时,有必要在我国刑事法律中引入“善意取得”制度,实现对善意第三人权利之保障。

在没收的刑事司法程序中,应强调法院对财产的最终处分权,这既

是为了限制侦查、起诉部门任意处分涉案款物,损害当事人的合法权益,保证法院判决的顺利执行,也是为了强调法官对财产权属进行判决的责任与义务。

2003 年联合国《反腐败公约》在其第 54 条第 1 款第 3 项中,倡导各缔约国“考虑采取必要的措施,以便在犯罪嫌疑人死亡、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”。事实上,我国也存在因犯罪嫌疑人、被告人死亡、潜逃或被免于起诉,导致相关财产无法被及时没收的情形。我国目前应引入“未定罪没收”制度,但必须立足于本国司法实际,分别予以处理:对违禁品、危险物品设置单独的保安没收程序;区分被告人死亡、潜逃、免于起诉等不同情形,设置不同的实体、程序条件,以便在未能对犯罪嫌疑人定罪下,实现对相关财产的没收,同时兼顾保障当事人的诉讼权利。

在全球经济一体化的背景下,单靠一国之力来控制犯罪收益的跨国流动,已不够现实。近些年,我国通过签署双边刑事司法协助条约、加入国际刑事公约等形式,逐步加强了国际刑事司法合作。但是,双边条约的对象、范围、作用毕竟有限,若想更大程度上推动国际司法合作,主要还得借助国际公约的力量。我国应当按照国际公约要求,积极在追缴、没收犯罪所得领域,开展国际司法合作,建立承认、执行外国没收裁决的司法审查制度,并设置专门的审查机构与审查程序,承认并执行符合条件的没收裁决。另外,对于“资产分享”问题,我国不妨采取灵活、务实的态度,对照 2005 年刚刚通过的联合国《关于分享没收的犯罪所得或财产的双边示范协定》,考虑以后与外国缔结刑事司法协助条约时,增加载有分享追缴犯罪收益内容的条款,或者在必要时,与有关国家针对具体案件签订分享协议。

关键词:没收;追征;追缴;资产追回;刑事没收;民事没收

Abstract

Criminal confiscation, which aims not at the legitimate properties but the objects in close relationship with crimes including contrabands, possessions of the criminal used in commission and all money and properties illegally obtained from an offence, refers to the permanent deprivation of property according to the orders of the courts or other competent authorities during the criminal procedures. This thesis itself focuses on the criminal confiscation from international and comparative views and mainly discusses the Article 64 of the Criminal of the People's Republic of China, which is the fundamental provisions in Chinese criminal confiscation regime, through researching on the implementation of international conventions and making comparison with various national laws.

The laws on confiscation share different development experiences in Common - law and Civil - law countries. In the former, the confiscation was originating in the "Legal Fiction" theory and evolved into the

current system through the forms of Deodand and Forfeiture of estate, whose cases are criminal forfeiture and civil forfeiture in US law and the British civil recovery established by the Proceeds of Crime Act 2002. In the Civil-law countries, the confiscation changed its scope from wholly property into possessions of the criminal used in commission, whose prominent cases are the Verfall and Erweiterter Verfall in Germany and the recover in Japan. As regards to international law, the function of confiscation tended to be increasingly important through the provisions in Mutual Legal Assistance Treaties (MLATs) to international conventions.

The confiscation bears different legal statuses in different countries due to the disparities on its function, such as penalty, corrective training and isolated compulsory measure. However, the criminal confiscation may involve the property of the third party, especially those bearing faults, so it seems unreasonable to define the confiscation as the penalty. In addition, in the cases of the offender cannot be prosecuted by reason of death, flight or absence without a criminal conviction, the confiscation of the property sometimes remains in effect. Therefore, it is necessary to elevate the criminal confiscation as an isolated disposal and specifies its scope, methods and qualifications in the Penal Code. At the same time, corresponding adjustments need to be done in criminal procedural law in order to provide relevant remedies for the defendant, the victim and the third party.

The Article 64 of the Criminal of the People's Republic of China provides all money and property illegally obtained by a criminal shall be recovered or compensation shall be ordered; contrabands and possessions of the criminal that are used in commission shall be confiscated. However, there exist too many complications in practice due to the vague connotations of the measures above. Hence, the connotations and the characteristics of the relevant terms shall be clarified with the elevation of the criminal confiscation. Confiscation is

a final disposal in substance applying to contrabands, possessions of the criminal used in commission and all money and property illegally obtained by a criminal, whereas the recovery and the compensation ordered shall be deemed as a compulsory measure in procedure.

With respect to the confiscation of criminal vehicle, the principle of proportionality shall be applied as the test for measuring the value of the possessions of the criminal used in commission and judging its relationship with the criminal in order to coincide with the danger or other aspects of the criminal.

As to the confiscation of the money and property illegally obtained by a criminal, various situations, such as amalgamation, transformation and assignment, shall be taken into account. Chinese Criminal Law shall incorporate the confiscation measures advocated in international convention, such as value confiscation, substitution confiscation, to deprive the proceeds from criminal maximally.

The protection of the right of third party must be noted whether the confiscation focuses on the vehicle or the gain. Test of judging the fault of the third party must be established in order to avoid the harsh application of the confiscation and the impairment to the innocence. Meanwhile, it is necessary to incorporate the "Bonae Fidei" into our criminal legislation to achieve the guarantee on the bona fide purchaser.

It is the court's right to make final disposal in the criminal procedural on confiscation, the purposes of which are to prevent the investigation and indictment departments using discretionary powers to dispose the covered money and property and damage the party, ensure the implementation of the decisions and emphasizes the responsibility and the duty of judge to held on the title of property.

The Article 54.1(3) of the United Nations Convention against Corruption 2003 provides that contracting parties shall consider taking such measures as may be necessary to allow confiscation of such property without a criminal conviction in cases in which the offender cannot be prosecuted by reason of death,