

违法所得没收特别程序研究

Study on the Special Procedure of the Illegal Income Confiscation

谢丽珍 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书为教育部青年项目《违法所得没收特别程序实施问题研究》
(14YJC820058) 阶段性成果

违法所得没收特别程序研究

Study on the Special Procedure of the Illegal Income Confiscation

谢丽珍 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

违法所得没收特别程序研究 / 谢丽珍著. —北京:
法律出版社, 2016. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9671 - 1

I. ①违… II. ①谢… III. ①刑事诉讼—研究—中国
IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 148252 号

违法所得没收特别程序研究

谢丽珍 著

编辑统筹 财经出版分社
策划编辑 似 玉
责任编辑 沈小英 似 玉
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016 年 11 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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 10.125 字数 275 千

印次 2016 年 11 月第 1 次印刷

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

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

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 - 5118 - 9671 - 1

定价: 43.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

谢丽珍博士的学术专著《违法所得没收特别程序研究》作为教育部青年项目《违法所得没收特别程序实施问题研究》(14YJC820058)的课题成果,即将由法律出版社出版,这是一件令人欣喜的事情。

违法所得没收特别程序是我国2012年修改的《刑事诉讼法》新增的一个特别程序,它主要是针对贪污腐败犯罪、恐怖主义犯罪在犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡时对其违法所得予以没收的特别程序。它主要起源于早期的英美法系,最早是基于对物诉讼的理论基础而确定的法律拟制制度,后来发展为普通法上的没收制度,包括以“赎罪奉献物”为起源的民事没收制度和以“土地重还”制度为起源的刑事没收制度。目前,世界范围内关于未定罪的没收程序主要存在3种模式:英美法系的民事没收模式、大陆法系的刑事没收模式和新加坡的单独立法模式。2003年10月31日联合国通过的《联合国反腐败公约》也在其第54条明确规定了可以“不经

过刑事定罪而没收因腐败犯罪所获得的财产”。

我国原《刑事诉讼法》在修改之前,对涉案财物的处置依赖于对人的追究,一旦犯罪嫌疑人、被告人逃匿或死亡则刑事追诉程序陷入停滞状态,导致贪污腐败犯罪、恐怖主义犯罪等重大犯罪案件的嫌疑人、被告人逃匿、死亡时,诉讼程序中断,法院无法做出生效判决使我国与国外其他国家和地区的国际司法合作产生障碍,在资产的直接追回不可能的情况下,间接追回也遇到难题。正是为了解决我国追逃追赃的司法困境,践行我国加入国际公约的承诺,我国在2012年修改《刑事诉讼法》时新增了违法所得没收特别程序。但立法的规定比较简单和原则化,对程序的定性模糊不清,程序的设置也不够完善,影响该程序在司法实践的运行。对于该特别程序,我认为,需要对该程序有深刻的认识和理解,明确其存在的正当性方可打消适用该程序的顾虑,明确其性质方可确定其证明对象和证明标准,明确其程序设置的节点方可在实践中予以践行。这些问题在域外一些国家和地区的规定颇有值得我们借鉴和参考之处。谢丽珍博士撰写出版其学术专著《违法所得没收特别程序研究》,真可谓应运而生,它通过系统全面梳理该特别程序发展的最新前沿问题,回应理论界的争议,解决实务界的困惑,具有较大的理论价值和实践意义。

这部专著是谢丽珍在其博士学位论文基础上修改而成的。2015年,谢丽珍的博士学位论文就因选题创新、观点独到、资料丰富、结构合理、论证充分而被评为中国政法大学优秀博士学位论文。作者为这部专著的写作付出了不少心血。写作期间,她抓紧完成本单位的教学工作,然后回政法大学利用学校图书馆和国家图书馆的信息资源,收集了大量丰富的文献资料,又委托国外同学、澳门台湾地区的师兄师姐收集域外资料,并认真地学习、消化;为了了解特别没收程序司法运行的情况,先后走访了全国多个省市的法院、检察院,与办案的一线法官、检察官联系,制作200多份问卷调查和50多份现场访谈笔录,跟踪实务中的7个真实案例,掌握实务部门适用特别没收程序的第一手资料,然后对问卷和

访谈结果进行分析总结,形成自己观点,最后写就了此博士学位论文。在博士毕业后,继续跟踪实务中适用没收程序的具体案例,并对博士论文进行了修改和完善,使这部专著紧跟法学理论与实务的最前沿,既有全球视野也注意立足中国司法实践。

这部专著是国内第一部系统全面研究违法所得没收特别程序的专著,通过系统全面地对违法所得没收相关概念的梳理,明确其内涵;通过对域内外关于特别没收定性的比较,厘定该程序的性质;通过分析该程序存在的正当性根据论证其存在的深厚理论基础,回应学界质疑;通过对域外违法所得没收基本模式的比较研究,明确我国的模式选择;通过介绍该程序在我国的立法现状和司法问题,提出制度完善和程序构建的具体设想;并从国际司法合作的角度,通过构建我国特色的没收裁决的承认和执行制度、资产分享制度来保障违法所得没收特别程序的贯彻实施。本书提出了诸多创新性观点和建议,建立比较系统的特别没收程序,填补了国内这方面的空白,其中,明确特别没收程序独特的证据制度、救济程序和建立刑事没收裁决的承认和执行制度、中国特色的资产分享制度,将中国问题与世界接轨,为我国进一步解决追逃追赃问题提供参考意见。

这部专著不仅理论有创新,实践有献策,且结构严谨,体系完整,内容丰富,资料翔实,表达流畅,确实是一部值得推荐的优秀著作。

谢丽珍是我指导的博士生,作为她的导师,看到她在学术方面脚踏实地、刻苦认真,写就出版学术著作,我由衷地感到欣慰,并希望她在治学之路上再接再厉,百尺竿头再上一层楼。

是为序。

陈光中*

2016年3月

* 中国政法大学终身教授。

目 录

引 言/1

第一章 违法所得没收程序概述/6

第一节 违法所得没收程序之概念与辨析/6

一、“没收”及相邻概念介绍与辨析/6

二、“违法所得”及相邻概念介绍与辨析/12

三、违法所得没收程序内涵界定/15

第二节 对违法所得没收程序的性质辨析/23

一、域外对违法所得没收程序的性质界定/23

二、国内对违法所得没收程序的性质界定/28

三、刑事诉讼法确定的没收程序的性质/34

第二章 我国违法所得没收程序的正当性分析/39

第一节 违法所得没收程序的正当性根据/39

一、程序设定目的的合理性/40

二、程序设置本身的合理性/51

三、对违法所得没收程序正当性质疑的回击/61

2 违法所得没收特别程序研究

第二节 违法所得没收程序的理论基础/72

一、没收程序符合公平正义的价值理念/72

二、没收程序体现了预防犯罪的目的/74

三、没收程序有利于保全证据、固定犯罪事实/77

第三章 域外违法所得没收立法模式之介绍与比较研究/79

第一节 域外违法所得没收立法模式之介绍/80

一、英国的相关规定/80

二、美国的相关规定/89

三、澳大利亚的立法规定/95

四、德国的立法规定/96

五、法国的立法规定/98

六、意大利的立法规定/100

七、日本的立法规定/101

八、新加坡的立法规定/103

九、我国台湾地区的规定/106

第二节 域外立法模式之比较研究/108

一、适用案件范围的比较/109

二、违法所得没收对象的比较/111

三、证明责任、证明标准和证据规则的比较/117

四、救济程序的比较/124

第三节 域外立法模式比较对我国的借鉴意义/125

一、域外立法模式的共性/125

二、对我国的借鉴意义/131

第四章 我国立法现状及司法运行中可能存在的问题/140

第一节 违法所得没收程序在我国的立法现状/140

一、我国原有法律规定及其问题/140	
二、新《刑事诉讼法》的立法选择/146	
三、对新《刑事诉讼法》关于没收规定的立法 解读及评价/150	
第二节 违法所得没收程序在司法运行中可能 存在的问题/173	
一、司法实践中三起典型的违法所得没收案件 介绍/174	
二、违法所得没收程序在司法运行中可能存在 的问题/176	
第五章 我国违法所得没收程序的制度完善与 程序构建/188	
第一节 制度的完善/188	
一、对没收案件适用范围的完善/188	
二、对没收对象的完善/191	
三、对违法所得没收程序中的证明问题的完 善/195	
第二节 程序上的具体构建/212	
一、审前程序/212	
二、审判程序/242	
三、执行程序/247	
四、救济程序/249	
第六章 国际司法合作/258	
第一节 刑事没收的国际司法合作/258	
第二节 我国刑事没收领域国际司法合作的 现状及存在的问题/261	
一、我国刑事没收领域国际司法合作的现状/261	

二、我国刑事没收领域国际司法合作存在的
问题/265

第三节 没收裁决和令状的承认与执行/271

一、没收裁决和令状的承认与执行概述/271

二、我国承认和执行外国没收裁决与令状的
现状/275

三、构建我国承认与执行域外没收裁决与令状的
具体制度/278

第四节 国际刑事司法合作中的资产分享/280

一、国际刑事司法合作中的资产分享概述/280

二、其他国家关于资产分享的立法实践/282

三、我国对资产分享问题的基本规定和完善/283

结 语/287

参考文献/289

后 记/311

引言

案例:^①

2001年10月12日中国银行开平支行特大贪污案主犯之一余振东等主要嫌疑人外逃的同时将犯罪所得向美国、加拿大转移,中国执法机关发现有关线索后,立即于2001年11月5日向美国提出刑事司法协助请求,要求对其中一笔355万美元由余振东弟弟开立于旧金山的账户资金实行扣押、没收和返还。但因余振东等人已经外逃且下落不明,我国的诉讼程序无法进行,所以由美国根据民事没收程序对该笔犯罪所得予以扣押、没收,并于2003年9月向我国返还了这笔没收资金。

但是,需要注意的是,中国开平支行特大贪污案涉嫌的3个主犯分别是许超凡、许国俊、余振东,前两个主犯于2008年在美国受审并分别被判处有

^① 黄风著:《国际刑事司法合作的规则与实践》,北京大学出版社2008年版,第251~258页。

期徒刑 25 年、22 年,余振东在国内受审被判处有期徒刑 12 年,美国因此案在美国、加拿大两国扣押、冻结、没收 4.85 亿美元资产。美国返回的仅仅是余振东转移至我国香港的 355 万美元,尚不足本案的零头。对本案犯罪嫌疑人刑事责任的追究和涉案资产的追回,中美进行了多轮谈判,因没有双边引渡协议条约,而美国又是坚持“条约前置主义”的国家,从而使中美合作面临多重困难。对 3 个主犯的判刑已经结束,而涉及涉案资产的追回问题,因两国法律制度的差异,我国传统的刑事立法没有犯罪嫌疑人、被告人逃匿后违法所得的单独处置程序,没有外国没收裁决或令状的承认制度,与他国的国际司法合作中不承认“资产分享”,这些问题未解决,就使中美两国的谈判难以取得实际效果,难以促使美国协助返还全部涉案资产。

如果按照现代刑事诉讼制度中对当事人有效参与原则和辩护原则的基本要求,在一般情况下,国家对被追诉人财产的处置应当是在对其刑事责任的追究过程中,并赋予当事人以审判过程的在场权、辩护权,使其有充分的机会和条件为维护自己的合法权益进行辩护。但在司法实践中,一些案件的犯罪嫌疑人、被告人在实施犯罪以后长期潜逃或者已经死亡,如果按照刑事诉讼法的参与原则和辩护原则的一般要求,刑事审判就无法进行,而国家、集体或者被害人因为犯罪而遭受的经济损失也就无法及时挽回。这种情形在贪污腐败案件中尤为明显和突出。一些腐败案件的犯罪嫌疑人在实施犯罪行为后,往往将贪腐所得转移境外或以各种方式隐瞒,在犯罪本身给国家和社会造成重大经济损失的同时,对行为人刑事责任的追究,也因侦查的困难而使定罪证据难以取得,或因人的长期潜逃,以致诉讼程序陷于停滞状态,最终导致既无法对贪腐行为进行有效的制裁,也无法挽回相应的经济损失。在其他一些严重的刑事犯罪案件中,也存在类似的问题,如危害极大的恐怖主义犯罪案件,如果不能及时没收与恐怖主义犯罪相关的犯罪所得,不仅无法惩治恐怖主义犯罪行为,而且由于当今恐怖主义犯罪的重心已由政治领域向

经济领域转变,它们在攫取巨额经济利益的同时也为其他犯罪行为提供经济来源,如果不能采取有效措施切断其资金链,就不能有效防止其他犯罪行为的继续发生。

为了加大对贪污腐败犯罪、毒品犯罪和其他严重刑事犯罪的打击力度,联合国有关国际公约在传统的刑事追究必须先实现对人的定罪后实现对涉案财物的基础上,针对特定的犯罪类型,创设了与被追究者定罪分离的没收程序。这种将对人的刑责的追究与对物的处置相分离的处理方法在其他一些国家和地区已经予以实现,并有丰富的经验支持,最为典型和完善的是美国的民事没收。^① 作为世界上清廉指数最高的新加坡,为了打击腐败犯罪,也在1989年颁布了《没收贪污所得法》,对“没收贪污所得”、“没收令的具体执行”、“对潜逃者的具体适用”等多个方面作了详细规定。^② 而我国在立法修改以前,对于被追究者逃匿情况下涉案财物的处理,并没有明确的立法规定。法律规定,犯罪嫌疑人、被告人在不同阶段逃匿,如无法抓捕归案,则或者中止侦查,或者中止审查或者中止审理,诉讼都暂时停止,等待犯罪嫌疑人、被告人归案后再继续恢复诉讼程序,而涉案财产问题则并未解决。

对犯罪嫌疑人、被告人死亡情形下相关财物的处理,原《刑事诉讼法》及其相关的司法解释虽做了基本规定,但这些规定却存在着不合理的地方。《公安机关办理刑事案件的程序规定》,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》,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(以下简称六部委)《关于实施刑

① 张毅:“论《打击跨国组织犯罪公约》和《反腐败公约》与我国刑事诉讼制度改革”,载陈光中主编:《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,中国政法大学出版社2004年版,第76页;黄凤:“关于追缴犯罪所得国际司法合作问题研究”,载《政治与法律》2002年第5期;张小玲:“问题与误读:刑事缺席审判制度质疑”,载《政法论坛》2006年第3期。

② 该法第22条甚至规定,只要法院认为:“(1)有充分证据证明该人已经潜逃;(2)有充分证据认定该人犯有贪污罪。”法院就可以发布被告潜逃下的没收令。

事诉讼法若干问题的规定》等规定,在犯罪嫌疑人、被告人死亡的情形下,公安、检察机关可以申请法院裁定处理犯罪嫌疑人存款、汇款等,甚至可以在判决前直接决定返还被害人,而对于犯罪嫌疑人近亲属以及其他利害关系人是否有权参与对财产的处置程序及如何参与均无明确规定,这在一定程度上,等于剥夺了涉案财产利害关系人的程序参加权,进而侵犯他们合法的财产权益。而且,上述规定主要由司法解释或行政解释作出,而对公民合法财产权予以保护是《宪法》的基本原则,财产权作为公民最基本的、最重要的权利,只能由基本法作出规定,司法解释或行政解释效力明显不足。

而在对赃款赃物追缴、没收后的处置上,我国的相关规定更是模糊不清。如早在1965年最高人民法院、最高人民检察院、财政部、公安部联合下发的《关于没收和处理赃款赃物若干问题的暂行规定》中就有明确规定,赃款赃物“应随案移送,由人民法院在判决时一并作出处理”。但1986年财政部《关于罚没财物和追回账款赃物管理办法》则规定“由查处机关依法上缴国库”,依此规定,实务中的侦查机关、起诉机关不再将赃款赃物按照法定程序移送法院,而是直接上缴国库。之所以侦查、起诉机关直接上缴,是因为财政部门1982年《关于罚没财物管理办法》中规定,上缴国库的,可以按照上缴数额20%~30%的提出返还给承办单位,以致有的甚至凭入库赃款数额要求划拨办案经费。近年来,随着我国反腐败斗争的进一步深入,一批批贪官纷纷落马,每年查处、追缴、没收的赃款赃物数额也是越来越大,尤其是很多贪官收取数量不少的房产商铺,总价更是难以估量。如近5年来,涉案过亿的贪官就有:杭州市原副市长许迈永贪污5300万元,受贿1.45亿元;苏州市原副市长姜人杰涉案金额1.08亿元;中石化集团原董事长陈同海受贿2亿元;国家能源局煤炭司副司长魏鹏家中查获上亿资金等。最高人民检察院的曹建明检察长在2014年的工作报告中提到,“2013年抓获在逃职务犯罪嫌疑人有762人,追缴赃款赃物101.4亿元,自2008年的5年来,会同有关

部门追缴的赃款赃物计 553 亿元”。^①

追缴的赃款赃物数额如此之大,使部分司法机关为了自己的部门利益而将侦查过程中扣押、没收的赃款赃物或者不依法移送给法院,^②或者挪用赃款赃物,个别执法人员甚至自己打白条冒领赃款赃物,占为己有。这不仅导致国家的经济损失,也对被害人的财产构成了损害。将反腐中追缴的赃款赃物部分返还是职务犯罪侦查中的一种利益激励机制,但返还给谁、返还多少没有明确的法律规定,人民对贪腐案件赃款赃物的使用缺乏知情权和监督权,这不仅损害司法公正,还会滋生新的腐败。

正是基于我国贪污腐败犯罪、恐怖主义犯罪的现实状况,以及现有立法和制度的缺失和在境外追逃追缴上面临的诸多不足,也为了与我国已加入的联合国国际公约相衔接,新《刑事诉讼法》才增设了特别没收程序。

① 参见《最高人民法院 2014 年工作报告》。

② 如辽宁铁岭检察院在办理中国人寿险辽宁分公司高官卢涛贪污受贿案件中,办案人员个人账户收取近 2000 万元暂扣款,并未随案件意思至法院。资料来源 <http://legal.people.com.cn/n/2014/0505/c42510-24977793.html>。

第一章 违法所得没收程序概述

第一节 违法所得没收程序之概念与辨析

在研究一个具体的制度或程序之前,首先需要明确的是研究对象的基本概念和内涵问题。“概念是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们就不能清楚和理性地思考问题。”^①因此,正式开始具体研究,需要对研究对象相关的概念进行一个基本的介绍和梳理。在对违法所得没收程序进行全面的分析论证之前,我们需要对“没收”及其相邻概念进行一个基本的介绍和整理。

一、“没收”及相邻概念介绍与辨析

(一) 英国的“没收”与“追缴”

英国在其《2002 年犯罪收益追缴法》(Proceeds

^① [美]E. 博登海默著:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第486页。

of Crime Act 2002), 主要规定了“刑事没收”(criminal confiscation) 和“民事追缴”(civil recovery) 两种对犯罪收益的追缴机制。刑事没收跟刑事诉讼关系非常紧密,可以说刑事没收以针对财产持有人的刑事诉讼为必要条件,只有当财产持有人已经被刑事法院定罪或者已经被移送刑事法院等候判刑时(have been committed or is committed to the Crown Court),才能对其签发刑事没收令。^① 刑事没收不是一种刑罚,它一般在科处财产性刑罚或处分之前适用,其目的是剥夺行为人因犯罪所获得的任何经济利益,对被告人所签发的没收令实则是要求被告入必须将其犯罪收益交给国家。刑事没收不要求其针对的对象一定是已经被判刑的人,刑事没收也不要求必须在判决阶段才能作出,甚至在预防性羁押时也可向法院提出申请,而且刑事没收的对象并未限定于裁决所认定的犯罪所得。对于被推定具有“犯罪生活方式”(criminal lifestyle)的人,他在一定时间内的所有获益都将被作为没收对象予以没收。刑事没收还可以在被告人潜逃的情况下实行没收。即使被告人并未被认定为有罪,但只要针对其的诉讼仍在进行,并且其潜逃期限已满两年的,仍然可以作出没收犯罪收益的决定。^②

英国的民事追缴则是一种由执法机关针对特定财产而启动的法律程序。^③ 民事追缴的对象是违法所得的财产,也即只针对物,不针对人,所以也称为“in rem action”。虽然民事追缴的对象是违法所得,但跟刑事诉讼程序毫无关系,刑事诉讼启动与否,定罪判决形成与否都不影响民事追缴的开展。追缴的对象可以是英国境内的违法所得,也可以是境外的违法所得,只是后者要求相关行为在英国境内和境外都构成犯罪即

① 参见英国《2002年犯罪收益追缴法》第6条第2款。

② 黄凤、梁文钧:“英国《2002年犯罪收益追缴法》中的刑事没收制度”,载《中国司法》2007年第6期。

③ 初殿清:“违法所得没收特别程序的性质与案件范围”,载《法学杂志》2013年第8期。