

功能同源视角下刑事缺席审判与违法所得 没收的交叉竞合及程序适用

郑磊 李建明

(南京师范大学 中国法治现代化研究院,江苏 南京 210023)

[摘要] 刑事缺席审判程序与违法所得没收程序的功能目的同源决定了两者适用条件高度重合,但两种程序的制度设计异构又导致在司法实践中的适用呈现交叉竞合。围绕着两种程序的司法运作,在明确适用条件、程序性质和证明标准的基础上,可以从三个维度厘清两者适用关系:首先,程序启动的国家机关决定了两种程序选择有差异性,在非竞合状态下两种程序分别适用,呈现相互排斥关系;其次,当程序竞合时,在结合案件情况决定适用先后顺序的同时,应当充分考虑违法所得没收程序在裁判稳定性和可执行性方面的优势并优先适用;最后,从程序效力的内在张力来看,同一犯罪事实先行适用违法所得程序后可再行适用缺席审判程序,而适用缺席审判后则不能再适用违法所得程序。

[关键词] 刑事缺席审判 违法所得没收 程序竞合 程序转换

随着缺席审判程序在刑事诉讼特别程序中的确立,在惩治预防贪污腐败犯罪嫌疑人逃匿、强化国际追逃追赃方面,2018年修订出台的《刑事诉讼法》形成了刑事缺席审判程序与逃匿、死亡案件违法所得没收程序并轨协同的“二元”格局,实现了“对人追逃、对物追赃”的无缝衔接。两相比较,无论是功能目的、程序设计抑或适用范围,缺席审判程序与违法所得没收程序都存在着“功能上的包容、程序上的竞合关系”^①。然而,进一步溯源两种程序的本质特征可以发现,缺席审判程序与违法所得没收程序又存在着诸多差异,前者既对物又对人,既定罪量刑又处置涉案财产,后者则只对物不对人,只判定财物的性质和归属问题。前者是标准的刑事诉讼,后者则具有比较鲜明的民事诉讼特征^②。并轨模式必然带来程序竞合问题,在有些情况下需要择一适用,但在其他情形中则又存在着根据案情变化转换适用的可能。因此,司法实践中,需要准确识别两种程序在价值取向、法律性质、适用条件以及适用结果方面的内在差异,根据个案具体情况,审慎衡量程序适用的利益得失,并进行选择和转换,以寻求制度实施对于强化反腐败追逃追赃机制建设的最大效用^③。

一、违法所得没收与缺席审判的程序竞合

(一) 程序竞合问题的产生及其缘由

有研究指出:“刑事缺席审判是指在特定的刑事案件中,人民法院对符合法定条件的被告人,在其未到庭参与审判的情况下,根据控方的起诉对案件进行审理并依法确定其刑事责任的一种特殊审判程序。”^④我国刑事缺席审判制度的建立有其特殊背景,20世纪80年代以来,随着国际交往的日益频繁,犯罪分子潜逃境外、犯罪资产跨国转移等问题日渐凸显,彼时,“由于我国法律没有规定缺席审判,当犯罪嫌疑人因逃匿或死亡而无法到案时,诉讼程序就无法进行下去,致使有些犯罪分子的违法所得及用于犯罪的财产无法追缴,既不利于打击这类犯罪,也不利于国家利益、被害人利益的及时保

[作者简介] 郑磊(1981—),江苏扬州人,南京师范大学中国法治现代化研究院研究员,研究方向:刑事诉讼法学。

① 董坤:《论外逃人员缺席审判的三重关系》,《法学杂志》2019年第8期。

② 参见黄凤《对外逃人员缺席审判应注意的法律问题》,《法治研究》2018年第4期。

③ 参见黄凤《刑事缺席审判与特别没收程序关系辨析》,《法律适用》2018年第23期。

④ 卞建林、吴思远:《刑事缺席审判程序:立法反思与实践走向》,《求是学刊》2020年第5期。

⑤ 郎胜主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义(最新修正版)》,北京:法律出版社,2012年,第613页。

护”^⑤。为此,2012年修改通过的《刑事诉讼法》首先引入违法所得没收程序,用以填补犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡后涉案财产追缴面临的法律空白,并形成了与《联合国反腐败公约》《联合国打击跨国组织犯罪公约》等国际公约、条约相关条款的有机衔接^①。

违法所得没收程序不涉及被告人的定罪量刑问题,而是在犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡的情况下,通过启动与定罪量刑相分离的没收程序,对申请没收的财产是否属于违法所得及其他涉案财产作出审查认定。由此可见,违法所得没收程序是在嫌疑人或被告人缺席情况下的一种特殊追赃措施,其“对物不对人”的性质决定了其功能只能局限于“追赃”。为在立法层面实现追逃与追赃并重,以有效应对反腐、反恐和维护国家安全等方面的制度需求,2018年修改后的《刑事诉讼法》在特别程序编正式确立了缺席审判制度。虽然该制度包含了被告人患有严重疾病、被告人死亡以及被告人潜逃境外等三种类型的缺席审判,但修法重点无疑是围绕贪腐等犯罪案件被告人潜逃境外型缺席审判而展开,全国人大常委会法制工作委员会《关于〈刑事诉讼法〉修正草案的说明及修改意见报告》中对此也予以确认^②。至此,围绕着“追逃追赃”,我国刑事诉讼立法体系中正式形成了违法所得没收和缺席审判的“双轨制”模式。

回溯两种程序的产生,作为在动态平衡诉讼观指导下确立起来的法律制度,其本身体现了多个司法价值目标之间的冲突与平衡^③。一方面,刑事诉讼把保障被告人出庭审判权确立为实现程序正义和维护正当法律程序^④的内在要求,“人们至少有理由期望,在作出关系他们的判决之前,法院听取其意见,即他们拥有发言权”^⑤。另一方面,刑事诉讼也有着防止案件久拖不决、程序安定性、慰藉被害人等效率追求。在出现被告人逃匿、死亡等情形导致上述两种价值之间发生冲突时,立法需要对其价值衡量并予以回应,无论是违法所得没收,还是缺席审判,其实质都是利益衡量的产物,都有其存在的必要性和正当性,但也客观上形成了两种程序并存的事实状态。

(二) 程序竞合的具体样态

作为共同服务于“追逃追赃”的刑事法律制度,违法所得没收程序和缺席审判程序的功能定位决定了两者的适用场域必然存在重叠。一方面,从立法技术来看,虽然违法所得没收程序的产生主要源于缺席审判程序的缺位,“功能上属于缺席审判程序的一种替代性制度设计”^⑥,但立法机关并未以缺席审判程序直接替代违法所得没收程序,而是采取了并存的立法模式,并且,比较具体条文,违法所得没收程序的适用范围要大于缺席审判程序,这也决定了两者之间并非单纯的包含与被包含关系,而是呈现出既竞合又区分适用的状态。具体而言,首先,就功能或立法目的而言,违法所得没收程序用于“追赃”,目的在于收缴违法所得及其他涉案财产,而缺席审判程序则既能够解决涉案财产的处置,又可以实现对逃匿被告人的定罪量刑,这就意味着,缺席审判程序在功能上能够涵盖违法所得没收程序。其次,从程序运行来看,两者均需要由检察机关起诉或申请才能启动,且案件一审法院的层级也限定于中级人民法院,这也体现出立法机关对程序适用的谨慎。再次,从适用效果来看,缺席审判程序启动后,不但可以对被告人定罪量刑,对涉案财物也可以一并处理,而违法所得没收程序则只能处理涉案财物,对被告人则显得无能为力,两相比较,缺席审判程序在案件处理上的终极效果

① 参见《联合国反腐败公约》第54条第1款第3项规定:“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。”

② 该报告关于建立刑事缺席审判制度的说明中,对制度立法背景的表达为:“党中央高度重视反腐败和国际追逃追赃工作及相关法律制度建设。党的十八大以来,国际追逃追赃工作取得重大进展,得到人民群众的广泛拥护。”由此可见,缺席审判制度的建立同样基于反腐败追逃追赃的需要。参见中国人大网《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法(修正草案)〉的说明》[2023-5-12], http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2018-10/26/content_2064462.htm。

③ 参见孟军《刑事缺席审判制度价值立场及其平衡》,《湖北警官学院学报》2021年第3期。

④ 正当法律程序是指诉讼活动中为了保证司法活动公正性,保护刑事活动涉及的每一个人,包括犯罪嫌疑人和被告人的生命权、自由权、财产权、隐私权等合法权利免受非法干涉的一系列程序性规则。参见杨宇冠、高童非《中国特色刑事缺席审判制度的构建——以比较法为视角》,《法律适用》2018年第23期。

⑤ [美]迈克尔·D. 贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显、宋金娜、朱卫国等译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,第35页。

⑥ 万毅:《刑事缺席审判制度立法技术三题——以〈中华人民共和国刑事诉讼法(修正草案)〉为中心》,《中国刑事法杂志》2018年第3期。

更为明显。最后,从涵盖的案件类型来看,两种程序在贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪以及危害国家安全犯罪等案件中均有适用的空间,相较而言,违法所得没收程序适用范围更为广泛,在走私、洗钱、金融诈骗、黑社会性质的组织、毒品等犯罪案件以及电信诈骗、网络诈骗等犯罪案件中也能够适用。另一方面,从司法实践来看,对照条文,对于已明确知晓犯罪嫌疑人、被告人已潜逃境外的贪污贿赂犯罪案件,以及需要及时审判并经最高人民检察院核准的严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件,违法所得没收程序和缺席审判程序存在竞合,此时,司法机关必然会面对如何选择适用的问题。这种选择既涉及在提升追逃追赃工作成效大前提下对两种程序功能发挥的宏观考量,又牵涉到对案件既有证据情况、追赃追逃的紧迫性衡量等具体案情的微观判断,必须审慎对待。

二、竞合状态下违法所得没收与缺席审判的功能区分

如前所述,在个案处理中,当违法所得没收和缺席审判程序出现适用竞合时,必然会产生司法机关如何选择适用的问题。对此,有学者提出了缺席审判程序与没收程序全部合并或部分合并以消解程序竞合的思路^①。对此,笔者认为,合并固然能够避免程序竞合时的选择难题,却忽视了两种程序性质及功能的本质区别以及由此产生的程序选择与转换适用的正当性与必要性,因此,厘清两者的功能区分,对如何选择程序适用至关重要。

(一) 程序并存的内在逻辑

虽然违法所得没收程序和缺席审判程序高度相似,适用中也存在诸多竞合,但两者之所以能够在《刑事诉讼法》中共存,其缘由可以归结为程序性质的内在差异以及由此产生的功能区分。具体而言,缺席审判程序因涉及对被告人的定罪量刑,故本质上是一种刑事审判程序,需要遵循刑事诉讼制度的基本原则,而被告人出庭庭审权历来是涉及刑事诉讼中被告人最低权利保障的原则性问题,但缺席审判恰恰在事实上剥夺了被告人的这一基本权利,对刑事审判程序正义和结果公正都构成了重大冲击,因而并非公正审判程序。反映在功能定位上,这种以牺牲必要的正当程序为代价的程序构造必然有其独特的功能诉求,被告人不到案会导致诉讼程序难以正常进行,此时,如果片面追求正当程序而任由这种不确定状态持续,不仅会导致诉讼拖延进而损害诉讼效率,案件的久拖不决也会使犯罪人无法得到及时惩罚,被犯罪行为破坏的社会秩序难以迅速恢复,刑法的威慑、预防功能受到减损。因此,允许在被告人缺席的情况下对特定案件中的被告人定罪量刑,“尽管在一定范围内减损了被告人的诉讼权利,但这种减损无疑是基于公正与效率矛盾而作出的合理平衡”^②,对于彰显刑法功能和刑事司法制度的权威性具有重要意义。与之相比,违法所得没收程序虽然也适用于犯罪嫌疑人、被告人不到庭的情形,在程序外观上具有一定相似性,但并不涉及对被告人的定罪量刑问题,而仅仅围绕相关财产是否属于违法所得以及是否应予没收展开。因此,在这一程序中,牺牲被告人出庭权的首要功能并非在于通过对被告人自由权的剥夺以昭示刑法的惩罚、威慑功能,而更多在于通过对涉案财产的迅速审判、迅速执行,防止权利(尤其是对物权)长期处于权属不确定的状态^③。正是基于这一内在属性,违法所得没收程序在证据规则、裁判结果和程序运行上也更接近于民事而非刑事诉讼程序。

(二) 功能区分

违法所得没收程序与缺席审判程序的内在区别决定了两套程序在制度设计、适用场域和程序功能上存在着诸多差异。并且,就立法目的而言,违法所得没收程序“对物之诉”的特性使其在推动反腐败国际追赃追逃中仍然有着缺席审判所不具备的独特价值与功能,完全具备独立存在的必要。

首先,在被告的权利保障强度方面,由于刑事缺席审判以牺牲公正程序为代价,因此,必须设置

^① 参见施鹏鹏《缺席审判程序的进步与局限——以境外追逃追赃为视角》,《法学杂志》2019年第6期;万毅《刑事缺席审判制度立法技术三题——以〈中华人民共和国刑事诉讼法(修正草案)〉为中心》,《中国刑事法杂志》2018年第3期。

^② 卞建林、吴思远:《刑事缺席审判程序:立法反思与实践走向》,《求是学刊》2020年第5期。

^③ 参见施鹏鹏《缺席审判程序的进步与局限——以境外追逃追赃为视角》,《法学杂志》2019年第6期。

较一般刑事程序更为严密的权利保障条款,以尽可能弥补被告人不能出庭所导致的正义减损。反映在《刑事诉讼法》立法中,外逃型缺席审判的权利保障强度要远高于违法所得没收程序。在送达方面,前者要求通过国际条约、外交协助等方式,将相关诉讼文书直接送达至境外由被告人签收,后者仅要求采取公告这一推定送达方式即可。在辩护制度方面,前者采取了强制辩护制度,后者则允许无辩护人参加诉讼。在庭审方式方面,前者必须开庭审理,后者则允许书面审理方式的存在。在裁判效力方面,缺席审判程序中的被告人在审理过程中归案以及在判决、裁定生效后归案并提出异议的,人民法院应当无条件启动重新审理程序。

其次,在适用范围方面,2018年《刑事诉讼法》修改草案中,对缺席审判的适用范围采取了“等犯罪案件”的模糊表述,而全国人大常委会所作草案说明也明确表示,“对刑事缺席审判适用的案件范围,将在下一步工作中继续深入研究”。但在实际公布的条文中,删除了“等”字表述,将适用范围明确限定于被告人在境外的贪污贿赂犯罪案件、符合一定条件的严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件、死亡后宣告无罪以及被告人申请或同意的因病缺席案件。由此可见,随着立法的推进,缺席审判的适用范围呈现出不断限缩的态势,体现了程序适用的必要性、限制性原则。与之相反,违法所得没收程序的适用范围则呈现出逐步扩张的态势,2012年修订的《刑事诉讼法》采用了“对于贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件”的表述,2017年两高发布的《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《若干规定》)采取了等外解释的方法,并将电信诈骗、网络诈骗犯罪案件进行比照处理,程序适用范围扩张明显。因此,从条文规定来看,违法所得没收程序在司法实践中的适用空间更为灵活和广阔。

最后,在程序可执行性方面,违法所得没收程序在判决的承认与执行方面具有一定的比较优势。众所周知,与“我国已加入的联合国反腐败公约及有关反恐怖问题的决议要求相衔接”^①是确立违法所得没收程序的重要目的,而将潜逃境外的贪污贿赂犯罪人员作为缺席审判程序适用的重点对象又是我国缺席审判制度的主要特色^②。既然两套程序的立法目的均聚焦于贪污贿赂和恐怖犯罪的国际追逃追赃,因此,在程序的选择适用上,就必须审慎考虑裁判结果获得犯罪嫌疑人、被告人所在国家或地区承认与执行的可能性,以避免出现拒绝承认或执行所带来的空判问题。而从域外立法和司法实践来看,缺席审判虽然运行已久,但是由于程序本身剥夺了被告人的基本诉讼权利,与正当程序的发展潮流背道而驰,因此,很多国家在该程序的适用范围上非常慎重——既明确了有限的范围、完善的程序以及必要的救济制度,又规定以被告人的自愿为启动前提^③。并且,不少国家还将缺席审判限定在轻罪案件中予以适用,一些国家在请求他国引渡本国被告人时,“通过缺席审判获得的判决一般都会被谨慎对待,甚至受到排斥”^④。而我国的缺席审判主要适用于贪污贿赂和恐怖主义犯罪等重罪,且程序启动也并不以被告人自愿为前提,由此作出的判决能否获得其他国家的承认与执行存在着比较大的不确定性。与之相比,违法所得没收程序不仅是《联合国反腐败公约》所特别倡导的一种追赃手段,更由于程序不涉及被告人定罪量刑问题,因而在资产追回国际合作中的认可度普遍较高。

三、交叉竞合状态下程序适用的选择维度

由于缺席审判程序与违法所得没收程序在犯罪嫌疑人、被告人潜逃境外的特定案件中存在竞合,那么,在程序选择问题上,首先必须立足于两套程序的不同特点,先行厘清程序选择适用的基本原则,并以此确立程序适用的具体标准。遵循这一思路,违法所得没收程序区别于缺席审判的根本特征在于其“对物不对人”,是一种“对物之诉”。因此,程序选择的基本原则也必须立足于上述区别而展开,进而寻求不同程序在个案中的适用空间,促进程序制度效用的最大化。

① 王兆国:《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)〉的说明》,《人民日报》2012年3月9日,第3版。

② 参见顾永忠、张子君《我国刑事缺席审判制度的立法意图与特色》,《理论学刊》2019年第1期。

③ 参见彭新林《腐败犯罪缺席审判制度之构建》,《法学》2016年第12期。

④ 黄凤:《刑事缺席审判与特别没收程序关系辨析》,《法律适用》2018年第23期。

(一)证明标准维度

证据问题永远是诉讼程序的核心问题,证明责任的分配、举证责任的转移以及证明标准的确立直接决定着诉讼的成败。这其中,证明标准如何确立无疑具有核心作用。担负相应事实举证责任的一方必须按照证明标准的要求完成举证行为,才能将举证责任转移给对方。同时,从裁判角度而言,任何一方都必须按照证明标准的要求,通过一系列举证行为完成对案件事实的证明,才能避免因承担举证不能而承受败诉判决的不利后果。由此观之,证明标准如何设置直接影响案件的胜败结果。缺席审判与违法所得没收程序虽然同属刑事程序,但在证明标准上却存在着重大差异,有必要对其予以探讨。

1. 缺席审判程序的证明标准

关于缺席审判程序的证明标准,我国《刑事诉讼法》第291条和297条分别就外逃型缺席审判审查起诉阶段以及死亡后宣告无罪型缺席审判明确了证明标准。其中第291条规定:“人民检察院认为犯罪事实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任的,可以向人民法院提起公诉。”据此,外逃型缺席审判在检察机关审查起诉阶段的审查标准为“犯罪事实已经查清,证据确实、充分”,虽然该章并未继续规定审理阶段的证明标准,但是,按照刑事证明标准递进性要求以及“以审判为中心”诉讼制度改革所要求的“证明标准的同一性”原则,审理阶段的证明标准至少需要等于或者高于审查起诉阶段的证明标准。理论观点也认可对缺席审判案件的定罪标准应坚持一元化,证明标准应当与普通刑事案件无异^①。同时,就程序结果而言,缺席审判程序在犯罪嫌疑人、被告人未到庭的情况下,直接对被告人人身、财产权利形成判决结果,这也倒逼程序在证明标准设置上必须对被告人给予更加严密的权利保障。因此,可以认为,外逃型缺席审判程序的证明标准等同于普通刑事程序“排除合理怀疑”的证明标准。具体而言,《刑事诉讼法》第200条第(一)项规定“案件事实清楚,证据确实、充分”。第55条第2款规定:“证据确实、充分应该符合以下条件:(一)定罪量刑的事实都有证据证明;(二)据以定案的证据均经法定程序查证属实;(三)综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑。”这种“排除合理怀疑”是指“对于事实的认定,已没有符合常理的、有根据的怀疑,实际上达到确信的程。‘证据确实、充分’具有较强的客观性,但司法实践中,这一标准是否达到,还是要通过侦查人员、检察人员、审判人员的主观判断,以达到主客观相统一。只有对案件已经不存在合理的怀疑,形成内心确信,才能认定案件‘证据确实、充分’”^②。

2. 违法所得没收程序的证明标准

基于违法所得没收程序“对物不对人”的特征,目前,在程序证明标准上,学者一般倡议应采用民事诉讼的优势证据标准^③,但是,分析具体条文,将违法所得没收程序的证明标准界定为高度盖然性标准更为恰当。2012年修订的《刑事诉讼法》并未就程序的证明标准问题作出规定,随后出台的最高人民法院《刑事诉讼法司法解释》(已废止)也仅在第516条简单规定:“案件事实清楚,证据确实、充分,……应当裁定没收。”该表述与刑诉法第200条第(一)项相同,似乎是将程序证明标准等同于普通刑事程序看待。随后,2017年两高《若干规定》对证明标准问题作出了较为详细的修正和规定,其中,第10条对“有证据证明有犯罪事实”的证明标准予以说明,即“(一)有证据证明发生了犯罪事实;(二)有证据证明该犯罪事实是犯罪嫌疑人、被告人实施的;(三)证明犯罪嫌疑人、被告人实施犯罪行为的证据真实、合法”。第17条第一款则就“申请没收的财产属于违法所得及其他涉案财产”的认定标准予以规定,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”,此外,在第二款巨额财产来源不明犯罪案件中的证明标准则为“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

^① 参见高通《论刑事缺席审判程序中的证明标准——以被告人在境外类案件为视角》,《法学》2022年第9期。

^② 全国人大法制工作委员会刑法室:《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定:条文说明、立法理由及相关规定》,北京:北京大学出版社,2012年,第53页。

^③ 参见黄风《我国特别刑事没收程序若干问题探讨》,《人民检察》2013年第13期;邓晓霞《未定罪没收程序的法律性质及证明标准》,《政治与法律》2014年第6期;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。

明标准”。

分析上述条文,一方面,第10条关于“有证据证明有犯罪事实”的标准界定为存在一定证据证明是犯罪嫌疑人、被告人实施了犯罪行为,其证明标准显然要低于《刑事诉讼法》第55条确立的“排除合理怀疑”标准。另一方面,《若干规定》第17条就“申请没收的财产属于违法所得及其他涉案财产”的认定问题采取了“高度可能”的表述,这与最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第108条第1款关于民事案件证明标准的表述一致。这种“高度可能”的实质为证明力仅次于排除合理怀疑的一种证明标准,等同于明确而令人信服的明显优势证明标准^①,也即民事诉讼中的高度盖然性标准。这一标准在《若干规定》第17条第二款的表述中也有体现,该款明确,对巨额财产来源不明犯罪案件中违法所得的没收,可以根据一定的已知事实直接推定相关涉案财产属于违法所得,而无须考虑证明相关犯罪事实的证据是否达到“确实、充分”的标准,这也与民事诉讼的证明标准高度相似。

(二) 裁判效力维度

根据我国《刑事诉讼法》的规定,缺席审判与违法所得没收程序同为刑事特别程序的组成部分,在级别管辖上均由中级人民法院管辖,所形成的裁判结果也都属于刑事裁判范畴,两者在裁判效力上本无高下之分。但是,结合两种程序的内在特点以及裁判结果的效力比较,可以发现,缺席审判程序的裁判效力位阶要高于违法所得没收程序。

首先,就程序覆盖范围来看,违法所得没收程序主要围绕犯罪所得和涉案资产的审查、认定与没收而展开,其目的主要在于解决犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡情况下涉案财产的追缴、返还以及没收等问题。一方面,对犯罪收益的没收,旨在落实任何人不得从犯罪行为中获益的基本要求,对犯罪工具和违禁品的没收,性质上属于一种保安处分措施,旨在消除潜在的社会危险性,并在一定程度上剥夺犯罪人继续犯罪的能力。而将相关财产返还受害人或上缴国库,则体现了对受到犯罪行为侵害的社会秩序的一种恢复。另一方面,从程序价值来看,通过对涉案财产的审查并就相关财产所有权归属问题作出认定,可以尽快解决涉案财产权属不明的状态,使遭受犯罪行为波及的财产迅速回归法律上的安定性,从而促进市场经济运行,符合刑法经济性的要求。相较而言,缺席审判程序则通过对缺席被告人定罪量刑并判决宣告刑事责任的方式,直接对被告人施以刑事处罚,使其不能因逃至境外而恶意逃脱刑事制裁,同时对意欲外逃的潜在犯罪行为予以威慑,体现高压反腐和国际追逃追赃的理念宣扬。在此基础上,才是一并解决违法所得及其他涉案财产的处置问题。因此,就程序运行的内在机理而言,缺席审判具有一次性解决定罪量刑与追赃的双重功效,较违法所得没收程序在程序处理上更全面、完整,更有利于全面打击特定犯罪。

其次,就程序权威性来看,违法所得没收程序不涉及定罪量刑问题,在被告人到案后,必须重新启动刑事审判程序以解决刑事制裁问题。此外,没收程序对犯罪事实的证明标准也低于缺席审判程序,因此,违法所得没收程序所形成的裁判结果并非一个完整的刑事定罪量刑生效裁判,所负载的国家强制力相较于完整定罪量刑的缺席判决显然较低。并且,从反腐败国际合作角度而言,虽然《联合国反腐败公约》第54条认可缔约国可采取不经过刑事定罪而没收犯罪人死亡、潜逃或者缺席情况下的相关涉案资产,但57条第3款第2项也指出,对于外逃资产的追回,原则上要求有对犯罪人定罪的生效判决。对照这些要求,缺席审判程序所形成的判决,“无论是对于案件事实认定的实质要件,还是正式审判所赋予的形式要件,都使得其裁判结果被视为代表我国司法主权的正式裁判,应当得到普遍认可与尊重”^②。

最后,从立法沿革来看,虽然缺席审判程序与违法所得没收程序同属刑事诉讼特别程序,但是,之所以设立违法所得没收程序,主要还在于在过往的跨国刑事司法协助中,国内法缺乏与《联合国反腐败公约》《联合国打击跨国组织犯罪公约》等追赃追逃国际条约相衔接的制度设计,导致在寻求

^① 参见阎巍《对我国民事诉讼证明标准的再审视》,《人民司法》2016年第31期。

^② 吕晓刚:《刑事缺席审判与判决前财产没收程序适用关系研究》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期。

外国刑事司法协助的过程中经常受到国内法律供给的掣肘。就立法技术而言,违法所得没收程序确实是由于缺席审判程序的缺失而采取的一种中间型措施。而缺席审判程序设立后,不仅在立法目的上实现了对违法所得没收程序的涵盖,同时,就思维的理性逻辑而言,先行查明被告人是否有罪,显然更有利于后续对涉案财物权属的准确认定及处置,因此,倘若抛开裁判的承认和执行,缺席审判程序在功能上较之违法所得没收程序确实更具优越性。

(三) 裁判执行维度

虽然缺席审判程序在效力上优于违法所得没收程序,但是两者都是立足于境外追逃追赃而确立的程序制度,因此,哪一种程序的裁判结果更易得到潜逃境外被告人所在国家或地区的承认及执行,以避免形成“空判”局面,是程序选择中必须考虑的前提问题。按照这一标准,缺席审判程序由于涉及被告人基本权利保障问题,冲击了“正当程序”原则,导致各国对通过缺席审判作出的判决的承认与执行存在较大的阻碍。这是因为,一方面,由于程序先天正当性的缺失,域外多数国家仅将缺席审判适用于轻罪之中,而我国则与之相反,对于外逃犯罪人员的缺席审判基本属于重罪,程序本身就难以得到相关法治国家的认可,由此做出的判决自然也难以获得承认和执行。另一方面,缺席判决做出后,逃匿被告人主动归国接受刑事处罚的概率很小,因此,缺席判决往往作为嗣后引渡的法律依据。但是,从世界各国关于引渡程序的法律规定来看,很多国家并不认可对逃匿者适用缺席审判程序,并在引渡国内法案或双边条约中排除了缺席判决的适用。此外,联合国《引渡示范条约》第3条(g)项也将“请求国的判决系缺席判决,被定罪的人未获有审判的充分通知,也没有机会安排辩护,没有机会或将不会有机会在其本人出庭的情况下使该案获得重审”确定为“拒绝引渡之强制理由”^①。我国《引渡法》第8条也规定请求国根据缺席判决提出的引渡请求,原则上不予引渡。此外,我国缔结的许多双边条约也将缺席判决列为拒绝引渡的理由之一。这就导致依据缺席审判做出的判决在大多数情形下难以成为引渡的合法理由。与之相比,违法所得没收程序由于不涉及定罪问题,属于未定罪没收,不少国家甚至将其直接视为一种民事程序,因此,在承认与执行外国法院未定罪没收裁决的态度上,许多国家规定了较为适度的条件,一般不以“定罪”为条件。一些国家法律明确规定:即使有关人员因潜逃或者死亡而没有参加关于没收资产的庭审活动,外国主管机关在合法发出庭审通知后作出的没收裁决同样可以执行^②。因此,在国际追赃合作中,违法所得没收程序获得他国承认与执行的可能性一般要高于缺席审判程序。

四、交叉竞合下缺席审判与违法所得没收程序的适用及其转换

刑事诉讼从开始到结束,是一个向前运动、逐步发展的过程。在刑事诉讼过程中,“按照一定顺序进行的前后相继的一系列行为过程,可以划分为若干相对独立的单元,称为刑事诉讼阶段”^③。对于缺席审判和违法所得没收程序而言,在刑事诉讼侦查、公诉、审理等各个阶段,均可能因案件客观情况的变化而发生程序的适用衔接问题^④,因此,以刑事审判程序运动状态为维度,探讨不同情境下违法所得没收与缺席审判程序的适用衔接方案,不失为研究程序适用及转换的可行路径。按照这一思路,本文将程序的选择适用及其转换分解为五个步骤予以研讨,当然,五个步骤并非司法实践中判定程序适用及其转换的必经程序,在面临具体个案时,可以根据实际情况决定适用的具体步骤。

(一) 步骤一:程序适用决定权的主体判定

比较我国《刑事诉讼法》《监察法》中的相关条文,可以发现,无论是违法所得没收程序,还是缺

^① 黄风:《刑事缺席审判与特别没收程序关系辨析》,《法律适用》2018年第23期。

^② 黄风:《刑事缺席审判与特别没收程序关系辨析》,《法律适用》2018年第23期。

^③ 宋英辉、甄贞主编:《刑事诉讼法学(第七版)》,北京:中国人民大学出版社,2021年,第4页。

^④ 需要明确的是,在缺席审判程序适用的三种类型案件中,被告死亡和因病缺席型的缺席审判,并不存在与违法所得没收程序的竞合问题。因此,两套程序的适用选择与衔接转换只能发生在第一种外逃型贪污贿赂、危害国家安全和恐怖主义犯罪中。

席审判程序,在刑事诉讼的各个阶段,相应主体均具有程序选择适用的权利^①。那么,随之而来的问题是,两套程序选择适用的最终决定权应当由哪一主体享有?对这一问题的回答,关涉司法实务中程序选择适用以及转换衔接的正常运行,有必要予以明确。

就缺席审判程序而言,根据《刑事诉讼法》第291条的规定,可以确定最终的程序适用决定权由法院享有,对此并无争议。但是,就违法所得没收程序的适用而言,有观点认为,该程序适用的最终决定权由检察机关享有,“如果检察机关向法院提出了没收的申请,法院必须进行公告,并在公告期满后进行了审理,而没有审查的权力……具体的没收程序的适用仅需经过两个层次的审查,因为检察机关提出没收申请后,法院应当发出公告并在期满后审理”^②。这种观点虽然有其理论依据,但两高《若干规定》第九条已经明确,在人民法院受理违法所得没收申请前,必须进行审查,一旦发现不符合违法所得没收程序适用条件的,就应该退回检察机关。据此,无论是违法所得没收程序还是缺席审判程序,其程序适用的最终决定权都应归属于审判机关。

另一方面,就严重危害国家安全犯罪和恐怖活动犯罪案件的缺席审判适用而言,根据《刑事诉讼法》第291条的规定,对于严重危害国家安全犯罪和恐怖活动犯罪案件,公安机关或监察机关必须首先报请最高人民检察院批准后,才能向同级检察机关提出缺席审判程序适用。这一审批程序与后续检察机关审查起诉环节是否存在重叠?尽管两种审查程序的主体均为检察机关,但在审查内容上则存在明显差异。具体而言,侦查阶段的“批准”与否主要针对是否需要“立即审判”以及是否属于“严重犯罪”进行,两方面的审查主要围绕案件审理的社会效果展开。而审查起诉阶段的重点则立足于“犯罪事实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任”,属于对犯罪构成要件是否具备、证明标准是否达成的审查。

(二)步骤二:程序竞合发生场域再明确

在研究程序的适用衔接问题前,还必须进一步厘清程序竞合的具体条件。这是由于在违法所得没收程序与缺席审判程序存在竞合的情况下,既存在着对程序进行价值衡量后的选择适用,也存在着程序间的转换衔接。而在非竞合状态下,则主要考虑两套程序的衔接转换问题。如前所述,相较于《刑事诉讼法》以及《若干规定》对违法所得没收程序相对宽泛的适用条件,《刑事诉讼法》第291条对缺席审判程序限定了严格明确的适用条件。因此,两套程序竞合场域的判定必须主要围绕缺席审判程序的适用条件展开。具体而言,程序竞合必须同时满足以下四项要件:

1. 从案件类型看,由于违法所得没收程序适用案件类型完全覆盖了外逃型缺席审判程序,因此,程序竞合只能发生在外逃型缺席审判程序所涉及的三类案件中,即第一类贪污贿赂犯罪案件,主要包括刑法分则第八章规定的所有犯罪案件,第二类危害国家安全犯罪案件以及第三类恐怖活动犯罪案件。

2. 从适用条件和程序来看,上述第二类和第三类案件要启动缺席审判程序还必须同时满足三个条件:一是在时限上必须有及时审判的迫切需要;二是在程序上必须经最高人民检察院核准;三是在案件性质上必须是严重犯罪。由此衍生出两个问题,即“及时审判”以及“严重犯罪”的认定标准。这一标准至少应当包含以下几种情形:①犯罪行为仍在继续,需要对犯罪人及时作出法律上的否定性评价。比如,在危害国家安全犯罪中,犯罪人潜逃境外后,继续通过遥控指挥等方式,实施犯罪行为,对其及时进行缺席审判,可以彰显法治权威,维护国家和社会公众利益,同时也为后续开展国际刑事司法协助创造便利条件。②固定证据的需要。部分案件中,如长期搁置审理或等待犯罪人归案后再行审理,一些重要证据存在灭失的风险,给后续的追诉工作带来较大的困难,因此需要及时进行审判,以固定相关证据,避免因时间过长,导致证据发生灭失。③基于引渡合作的需要。虽然联合

① 根据《刑事诉讼法》第291条的规定,对于贪污贿赂案件,由监察机关提出适用缺席审判程序,而对于符合条件的危害国家安全和恐怖主义犯罪,则由公安机关提出适用缺席审判程序。而根据该法298条以及《监察法》48条的规定,在违法所得没收程序中,公安机关和监察机关都可以提出程序适用请求,检察机关和审判机关也均享有程序审查适用和程序转换的权力。

② 李海滢、王延峰:《缺席审判抑或独立没收:以“追赃”为基点的程序选择》,《政治与法律》2019年第7期。

国《引渡示范条约》以及我国缔结的双边条约中,原则上排除了将缺席判决作为引渡的法律依据,但是,《引渡示范条约》及我国《引渡法》也同时规定,在保障引渡对象重审权的前提下,允许将缺席判决作为引渡的法律依据。而根据我国《刑事诉讼法》第295条的规定,罪犯在审理过程中归案或在判决、裁定发生法律效力后到案并对判决、裁定提出异议的,人民法院均应重新审理。这一规定实际上保障了引渡对象的重审权,基于此,如被请求国在引渡合作中提出请求,为保证引渡顺利进行,可以启动缺席审判程序。而“严重犯罪”的标准则可参照《若干规定》第二条确定的标准,即案件在省、自治区、直辖市或者全国范围内具有较大影响。

3. 从犯罪人状态来看,犯罪嫌疑人、被告人必须已明确逃往境外。与违法所得没收程序公告送达不同,程序性事项的有效送达是保障被告人程序知情权的必要条件,也是缺席审判程序得以适用的基本前提。这就要求在诉讼进程中,司法机关必须有效掌握犯罪嫌疑人、被告人在境外的具体地址及变动情况,以便于送达工作展开。如果仅仅知晓犯罪嫌疑人、被告人逃匿境外,但并不能与其取得有效联系,就不符合提起缺席审判的法定条件,也就无法形成程序竞合的条件。

4. 从证明标准来看,必须达到“犯罪事实已经查清,证据确实、充分”的标准,这也意味着发生程序竞合的案件必须能够适用一般刑事程序的证明标准,如果无法达到这一证明标准,就必须考虑适用违法所得没收程序。

(三) 步骤三: 竞合状态下的程序选择标准

在案情符合步骤二中所列情形时,就会产生程序竞合中的选择适用问题。有学者提出:“如果存在缺席审判旷日持久并且涉案财物不宜长期封存或扣押、向境外犯罪嫌疑人、被告人送达诉讼文书或与之联系遇到障碍或者犯罪嫌疑人、被告人处于或者可能进入引渡或遣返审查程序等情况的,应优先适用违法所得没收程序。”^①除上述情形外,还可以从以下角度对程序选择适用问题展开探讨:

1. 基于立法目的和案件类型的程序选择。就程序立法目的而言,缺席审判和违法所得没收程序的确立均立足于党中央把追逃追赃工作纳入反腐败工作总体部署的需要,具有鲜明的政治宣示意义。在此基础上,两套程序在具体目的上又有区别,违法所得没收程序主要立足于追赃问题展开,从程序应用效果来看,虽然境外追赃数额要远远小于境内追赃,但成效已初步显现^②。而缺席审判程序则主要立足于境外追逃工作而展开,尽管缺席判决在域外承认概率不高,最终能否执行存在较大变数,但是,判决的刑罚性决定了程序的一般预防功能要远高于违法所得没收程序。基于此,在程序选择时,应结合上述目的的差异,立足个案具体情形来确定程序的选择适用。具体而言:①在外逃型贪污贿赂犯罪案件中,由于该类案件一般都具有涉案财产数额巨大、大量资产转移至国外等特点,在这种情况下,基于及时有效追回外流资产、弥补国家及受害人损失的考虑,就应当优先考虑适用违法所得没收程序。当然,对于犯罪行为职务层级较高、犯罪情节恶劣、社会关注度高的该类型案件,为了实现对犯罪嫌疑人、被告人刑法上的否定性评价,体现严厉打击腐败行为的坚强决心和鲜明态度,也可以从立法目的的角度出发,适用缺席审判程序。②在外逃型严重危害国家安全和恐怖主义犯罪中,犯罪人人身危险性普遍较大,逃亡境外后很可能继续从事相关危害国家利益的犯罪活动,并且,该类型犯罪一般属于集团犯罪,其他尚未抓获的犯罪分子还可能外逃或潜藏于国内继续从事违法犯罪活动,因此,在这些案件中,基于后续引渡以及震慑同案其他分子的需要,可以优先适用缺席审判程序。

2. 围绕裁判可执行性的程序选择。“从实行国家公诉以来,被告人并没有主动归案的义务,罪犯逃亡、国家追捕,历来如此。”^③因此,缺席判决作出后,滞留境外的犯罪嫌疑人、被告人并无主动回国接受刑事处罚的义务,需要通过国际刑事司法合作实现判决的后续执行。但是,如前所述,在刑事

① 黄风:《刑事缺席审判与特别没收程序关系辨析》,《法律适用》2018年第23期。

② 根据公开披露数据,违法所得没收程序设立以来,全国法院先后审理了山西省原副省长任润厚等违法所得没收案件33件,裁定没收违法所得4000万元,请求境外协助查封、扣押、冻结涉案财产5亿元,国内涉案财产100多亿元。参见王晓东《国际追逃追赃视野下的我国缺席审判制度》,《法律适用》2018年第23期。

③ 谢小剑:《刑事缺席审判:价值平衡中的制度构建》,《中国刑事法杂志》2007年第1期。

案件特别是重罪案件中以缺席判决为依据开展国际刑事司法合作又面临着一系列障碍,判决能否获得承认并最终执行存在着较大不确定性。因此,尽管缺席判决彰显法治的威慑力和国家的尊严,但如果判决结果长期无法得到执行,就会减损民众对司法的信赖,进而削弱缺席审判程序的权威性。反映在司法实践中,缺席审判程序一般需要在穷尽所有的法律手段后仍然无法达到追逃追赃目的的情况下才考虑予以适用,以避免双方之间的碰撞和冲突,形成合力^①。相较而言,违法所得没收程序的国际司法协助显然更易展开和推进。因此,在个案程序选择中,如果涉案财产已大量被转移至境外且存在再次转移、灭失等现实风险,需要借助国际合作进行追缴,就可以考虑使用违法所得没收程序。

(四)步骤四:非竞合状态中的程序预判

缺席审判与违法所得没收程序在特殊情形的贪污贿赂犯罪、危害国家安全犯罪以及恐怖活动犯罪案件中存在包容关系。对于这些类型的案件而言,在审前程序特别是侦查阶段中,由于涉案证据还在收集之中,证据种类、数量不断发生变化,证据链还处于建构阶段,犯罪嫌疑人、被告人的逃匿状态也随时可能发生变化,因此,最终适用何种程序对被告人进行审判还处于未定状态。但是,这种不确定性并不意味着在侦查阶段不存在程序选择问题,相反,由于此类案件程序适用的特殊性,在侦查阶段就须对后续程序适用问题进行预判。这是因为,如果选择适用缺席审判程序,后续侦查活动就应围绕犯罪行为是否成立以及是否需要给予刑事处罚进行,相应的证据收集工作也必须对照一般刑事案件的证据标准展开,同时,还应尽可能查明被告人逃匿境外的实际状态并尽可能固定其居住地址,以便于后续送达工作。相反,如果选择适用违法所得没收程序,后续对犯罪行为的侦查活动就应围绕“有证据证明有犯罪事实”进行,同时,还应重点查明“相关涉案财产是否应予没收”。因此,侦查阶段程序适用的预判对后续程序推进具有重要指导意义。具体而言,这种预判应基于以下两个维度展开:

1. 基于证据收集角度进行预判。对于两套程序共同适用的三类犯罪而言,无论是监察机关的调查,还是公安机关和国家安全机关的侦查,犯罪嫌疑人、被告人都可能出现自始缺席的状态,这也决定了在调查或侦查程序中,犯罪嫌疑人、被告人供述天然缺失,证据收集只能以间接证据为主。虽然《刑事诉讼法》规定没有被告人供述仍然可以定罪处罚,但是,对于长期习惯于口供办案的调查侦查机关而言,要实现上述目标显然需要更加全面收集案件证据并且形成完整的证据链。然而,对于贪污贿赂案件而言,由于证据呈现出稳定性弱、反复性强、缺乏直接证据以及取证困难等特点^②,加之犯罪嫌疑人、被告人的口供缺失,更加大了调查机关发现案件线索和收集、固定证据的难度,能否达到刑事立案标准存在着很大的不确定性。此外,送达也是缺席审判中的操作难点,如果不能对被告人进行有效送达,即便证据确实充分,能够排除合理怀疑,缺席判决也会因送达不能而难以获得承认与执行,因此,在调查侦查阶段,也有必要对送达情况予以评估并预判程序适用^③。总之,在程序预判过程中,应该充分考虑犯罪嫌疑人、被告人自始缺席情况下证据收集所面临的困难,并根据缺席审判与违法所得没收程序不同的证明标准做出判断。

2. 基于个案审理所欲追求的社会效果进行预判。如前所述,与违法所得没收裁定相比,缺席判决不仅能够体现国家对个体犯罪行为的否定性评价,还有利于消除犯罪行为“对国家、社会等造成的不良影响,营造追逃追赃工作的良好氛围”^④。更为重要的是,通过定罪量刑,能够彰显对特定犯罪“虽远必追”的打击决心,教育、震慑其他有犯罪意图的人,使之不敢以身试法,从而发挥刑罚的一般预防功能。结合这一差异,在以下情形中,可以从案件审理所要实现的刑罚效果出发,考虑优先适用启动缺席审判程序,以通过刑罚制裁,压缩外逃犯罪嫌疑人、被告人的生存空间,并对其他潜在的犯

① 参见王晓东《国际追逃追赃视野下的我国缺席审判制度》,《法律适用》2018年第23期。

② 关于贪污贿赂类犯罪案件的证据特点,参见薛正俭《贪污犯罪案件的证据收集、审查与认定》,北京:中国检察出版社,2015年,第12页;田海明、李萍《贿赂违纪行为证据运用》,北京:法律出版社,2011年,第238-240页。

③ 参见王一超《再类型化:境外型缺席审判程序的实践困境突破》,《中国社会科学院大学学报》2023年第9期。

④ 杨雄:《对外逃贪官的缺席审判研究》,《中国刑事法杂志》2019年第1期。

罪分子形成震慑:①案情重大、被告人已潜逃至境外并通过媒体、网络混淆视听,制造不良舆论,造成恶劣社会影响;②同案犯逃匿尚未归案,且存在外逃迹象;③对被告人的引渡或遣返程序失败,且不接受劝返,没有回国投案的意愿。

(五)步骤五:审理过程中的程序衔接转换

由于缺席审判程序适用条件要严于违法所得没收程序,因此,程序运行中的衔接转换一般是指缺席审判程序向违法所得没收程序的转换适用,这种转换主要是案件审理过程中客观条件发生变化,导致缺席审判无法继续推进,需要转换适用违法所得没收程序的情形。具体而言,可以分为以下三种情形:①审理过程中被告人下落不明导致无法送达。根据《刑事诉讼法》第292条的规定,缺席审判中,程序性文书的送达应按照国家国际条约规定的、外交途径提出的司法协助方式或者被告人所在地法律允许的其他方式进行。而从实践来看,无论哪一种送达方式,一般都需要耗费较长的时间,这就会导致在缺席审判过程中被告人再次逃匿下落不明,此时,送达工作就无法完成,如果强行推进审判程序,由此作出的缺席判决因为违反了缺席审判对被告人权利保障的基本要求,往往不会得到相关国家的承认与执行。因此,在此情况下,为避免诉讼程序过分迟延,在被告人有需要没收的涉案财产的情况下,可以考虑转换为违法所得没收程序,先行对涉案财产作出处置。②证据证明力欠缺。如前所述,缺席审判程序采用一般刑事案件证明标准,如果审理过程中经过补充侦查程序,发现案件证据虽然能够证明存在犯罪事实,但是达不到“排除合理怀疑”的证明标准,为避免“疑罪从无”带来的无罪判决给后续涉案财产没收造成阻碍,可以考虑转为适用违法所得没收程序。③犯罪嫌疑人、被告人死亡。在这种情况下,如果已经证明存在犯罪事实,并且也存在需要没收的违法所得,就可以转为适用违法所得没收程序。

五、结语

基于缺席审判与违法所得没收程序的交叉竞合关系,如何选择适用以获取追逃追赃的最优效果,应当是分析研究两种高度相似的刑事诉讼程序的基本出发点。以刑事审判程序运动状态为维度确立“五步审查法”,从案件事实、取证情况以及判决承认与执行性等角度对个案具体情况进行评估,以此逐步确立应当选择的程序,并根据案件进展情况适时对程序适用进行转换,有助于进一步凸显两种程序的各自优势,放大追逃追赃的实际效果,充分发挥制度在惩治腐败、加强刑事司法国际合作方面的重要作用。

(责任编辑 刘 英)