

【国际刑法】

跨境追赃未定罪资产 没收国际法律规则的流变

蒋新苗 徐露婷

【摘 要】未定罪资产没收主要是指不以定罪为前提而进行的没收。作为跨境打击洗钱、腐败、恐怖主义犯罪以及追缴犯罪资产的重要手段,突破了以追究“人”的刑事责任为基础的传统规则,形成了相对独立且仅针对“犯罪资产”进行没收的特别规则。《联合国反腐败公约》率先确认并在国际社会大力推行未定罪资产没收国际法律规则。不过,该公约没有因循守旧或固守单一的法律传统,而是努力超越单一的法律传统,设置原则性的弹性规范,倡导将未定罪资产没收作为所有国家跨境打击腐败犯罪的超越体制差异的工具,默认各司法管辖区可能出现的阻碍未定罪资产没收实施的差异性立法与司法,并未强行要求完全统一化。随着各司法管辖区对未定罪资产没收国际法律规则的认可与实施,该规则在当前国际社会的发展变革逐渐呈现出正当化、普遍化、交叉化、多元化等走势。

【关键词】未定罪;追赃;资产没收;法律规则;国际公约

【作者简介】蒋新苗,教育部长江学者特聘教授,湖南师范大学法学院教授,博士生导师,主要研究方向:国际法;徐露婷,湖南师范大学国际法学2022届国际法学硕士,主要研究方向:国际法(湖南 长沙 410081)。

【原文出处】《时代法学》(长沙),2022.6.97~105

【基金项目】本文系湖南省教育厅项目“跨国追逃追赃的法律困境与出路”(项目号:19K061)阶段性成果之一。

传统的定罪没收主要是以犯罪嫌疑人被定罪为前提,随后或同时对犯罪所得资产作出没收的判决。这种传统方式存在明显的缺陷,一旦犯罪嫌疑人脱逃、失踪或死亡,则难以通过刑事诉讼途径对涉案资产予以没收。如此,未定罪资产没收(Non-Conviction-Based Asset Forfeiture/Confiscation)作为资产追缴的一种工具便应运而生。具体而言,未定罪资产没收作为资产没收的重要手段,主要是指不以任何定罪为前提而进行没收,在跨境打击洗钱、腐败、恐怖主义犯罪以及追缴犯罪资产等方面发挥着十分重要的作用。其关键在于突破了传统的以追究“人”的刑事责任为基础的处置规则,形成了相对独立的且仅针对“犯罪资产”进行没收的特别规则^①。正是由于其不需要以定罪为前提,灵活性更为突出,可在一定程度上提高资产追回的效率。因此,世界上

一些国家逐渐将未定罪资产没收入法律规制范畴,如美国2000年《民事资产没收改革法》和2001年《打击恐怖主义法》^②、澳大利亚2002年《犯罪收益追缴法》、英国2002年《犯罪收益追缴法》都有相关规定^③。不仅如此,有关国际组织如联合国和世界银行也试图通过区域性公约或全球性公约构建统一的未定罪资产没收国际法律规则体系。随着当今世界高科技日新月异、交通工具快捷便利、通讯信息传播迅速、人员流动频繁、国际商品流通和贸易多元化,非法资产转移的跨国性、复杂性与多元性日益突出,未定罪资产没收国际规则面临严峻的挑战,急需有关国际组织与各国政府共同努力并全力应对,及时更新传统规则以便更好地适应新出现的跨国转移赃款的犯罪行为 and 犯罪手段。我国于2012年3月修订《刑事诉讼法》时就增设了第五篇“特别程序”,其中

第三章规定了“违法所得没收程序”,开辟了我国“未定罪资产没收”的先河,填补了立法与司法空白^④。不过,我国现有未定罪资产没收法律规则尚欠完备,适用罪名范围、资产没收范围、举证责任和证明标准等规则仍存在诸多缺失,既需要借鉴发达国家相关立法与司法的先进范例,又必须紧跟或对接国际社会有关规则的革新,及时更新或重构适应百年未有之大变局的法治规则体系。

一、未定罪资产没收国际法律规则确立的正当性之变

1. 国际社会有关未定罪资产没收规则的正当性之争

法的正当性与公平正义一样是法学领域经久不衰的话题。法律作为指导和规范人类行为的工具,与单纯的武力威胁或命令之间的主要区别在于法的权威是通过推理或论证的机制建立的。罗伯特·阿列克西著的《法律论证理论》提出:任何法律上的正当性都必须经过论证,这种论证表现为对规范性命题的证立与证成,这个过程就是“实践辩论”^⑤。在过去的20年里,未定罪资产没收规则逐渐获得了认可,并有明确的国际规则规定未定罪资产没收是追回腐败资产的有力手段,欧洲人权法院也一再强调该规则是正当的,是不侵犯人权的。如在戈吉蒂泽等人诉格鲁吉亚(Gogitidze and others v. Georgia)案中申请人塞戈认为格鲁吉亚没收他财产的行为使得他享有的财产权遭受了侵犯以及当局的行为也违背了无罪推定这一原则。但是,欧洲人权法院经过审理查明,格鲁吉亚于1997年《公职部门利益冲突和腐败法》中创设了未定罪资产没收规则,并于2004年根据欧洲评估反洗钱措施和资助恐怖主义行为专家委员会(以下简称“反洗钱评估专家委员会”)和其他机构的建议对该法进行了修订,以便适用于严重的不当得利犯罪。由此可见,格鲁吉亚对申请人的腐败资产进行没收的行为是有法可依的,且是经过反洗钱评估专家委员会认可的。法院最后的结论是格鲁吉亚的没收行为是合法合理的,没有侵犯申请人的财产权。欧洲人权法院的最终裁定实际彰显了未定罪资产没收规则在打击腐败犯罪方面的价值和功能^⑥。

此外,未定罪资产没收规则是效率与公正之间

的一种平衡,旨在提高诉讼效率,注重追回犯罪资产,继而减少国家及公民的合法财产损失。它是对正当程序的有限减损,但并不影响程序公正^⑦。随着未定罪资产没收受到各司法管辖区以及国际组织的重视,正当程序的理念不断得到强化,其侵害人权之嫌和程序不当之疑的声音也越来越弱,总体的发展轨迹为寻求打击犯罪与保障人权的动态平衡。在强调打击犯罪的同时也没有忽视保障人权。如1990年欧洲委员会《关于洗钱、搜查、扣押和没收犯罪所得的公约》第5条、2005年欧洲委员会《关于洗钱、搜查、没收和没收犯罪所得和资助恐怖主义的公约》第8条^⑧,均允许被未定罪资产没收程序牵涉的相关人员如财产持有人的债权人甚至是那些将因诉讼而使声誉受到损害的人参与诉讼。该诉讼参与权是为了确保遵守《欧洲人权公约》第1条^⑨和第6条^⑩,必须首先通知那些因可能受到该诉讼程序影响的人,并告知他们参与的方式和能行使权利的程度。因为,根据《欧洲人权公约》,对财产所有权的干涉必须是由法律明文规定的,且必须具有合法而正当的目的,实现这个目标的程序也应当是合法有效的,即司法管辖区应当遵循预先规定的程序和证据规则,并将发现的事实与有关的法律联系起来做出合理公正的判决^⑪。如在意大利的阿尔库里,未定罪资产没收必须遵循《欧洲人权公约》第1条和第6条,并详细规定为:“适用该预防措施的程序可以在当事人双方的三个层级法院——地方法院、上诉法院和最高法院进行。特别是被告人委托的律师能够凭其证据提出反对的意见,从而保障被告的权利……意大利各法院被禁止仅凭怀疑作出决定,法院必须客观地审查和权衡所提交的证据和各方所指控的事实”^⑫。可见,在未定罪资产没收过程中,也有司法管辖区允许将参与诉讼的权利延伸给被委托人。

需要明确的是权利具有相对性和可处分性,因此,被告人在享有充分知情权的情况下仍然不愿意出庭,说明其自愿放弃参与庭审的权利。在此基础上,通过赋予利害关系人程序参与权以及对裁定结果的上诉权等方式,尽可能地确保包括被告在内的所有诉讼方的程序性权利,从而保证了程序公正,从而减少由于被告人无法参与程序而对正当程序理念

的损失^③。

2. 未定罪资产没收国际法律规则的目的性之变

未定罪资产没收并不是司法实践困境倒逼出来的特殊规则,其不仅仅符合司法实践的亟待之需,也符合正当程序。未定罪资产没收规则设立的初衷就是要解决物的问题,而不以对被告人定罪为前提。在未定罪资产没收中,犯罪行为与涉案资产的实质性联系是已经被确定的,而在各司法管辖区也有明文规定应对涉案资产进行没收,这种没收是符合法律规定的,且未定罪资产没收更多地被认定为是一种预防措施,而不是刑罚措施,也未针对被告人追诉罪责的问题,因此未定罪资产没收也不违反无罪推定原则和一事不再理原则。

未定罪资产没收避免了刑事诉讼的限制和刑事审判的不确定性。因为未定罪资产没收可以先于刑事诉讼程序而启动,没有必要在等待移送起诉并被法院宣判有罪后才启动,或者是在保持其自主权和程序独立性的前提下与刑事诉讼程序同时启动,并可以作为一种保留手段,在经过刑事诉讼但未达到追责目的时使用,所以未定罪资产没收能比定罪没收更快追回犯罪资产。但是未定罪资产没收不能代替刑事诉讼,可以解释为是刑事诉讼的补充规则,犯罪人可以在未定罪资产没收制度中为自己进行辩护。未定罪资产没收不仅有效提高了没收效率,而且可以在证据或者公共利益等原因不可继续进行刑事定罪和量刑的情况下,进行资产没收。

任何司法管辖区制定的未定罪资产没收规则与《联合国反腐败公约》的一致性都是需要根据具体情况具体对待的,但原则上其目的是一致的^④。然而,要使未定罪资产没收同时具有效率与正当性,司法监督是必不可少的。未定罪资产没收应当明确资产没收的范围,能够对资产进行迅速限制和追踪,毫无疑问,强有力的未定罪资产没收规则需要规定得细致入微并需要强有力的保障。因为其一旦被司法管辖区引入,就能成为追回犯罪资产的重要工具。

3. 未定罪资产没收国际法律规则的价值与功能的流变

经历各司法管辖区长期实践,未定罪资产没收达到了预期效果,并且各司法管辖区也已经制定了

相应的未定罪资产没收权利保障措施。我国作为《联合国反腐败公约》的缔约国,在未设立未定罪资产没收前由于狭义的刑事规则中的没收要求以对被告人定罪量刑为前提,因此,如何处理犯罪嫌疑人或被告人死亡或逃跑案件特别是腐败官员逃跑或自杀案件中的犯罪资产便成了现实难题。正是由于实践中缺乏有关违法所得没收的相应法律依据,常常导致案件悬而未决,涉案资产被长期扣押却无法进行处理,司法机关陷入难以结案的困境,令司法公信力遭遇种种质疑。而未定罪资产没收规则的创设,不仅弥补了法律制度的空缺,也进一步完善了我国的法律体系,从而使得该情况有法可依,能够保障在国家权力受到合理限制的情况下,避免被告人逃匿或者死亡导致该类案件束之高阁。

《联合国反腐败公约》等国际公约确立未定罪资产没收规则主要是针对腐败犯罪的,随着社会政治经济形势的发展变化尤其是面临百年未遇之大变局,其功能和作用也因时而变。目前的未定罪资产没收国际规则既扩张了领域,从传统局限于腐败犯罪领域延伸到了其他跨国犯罪类型,同时又拓展了许多新的功能和作用,从影响各国立法与司法向个案导引或类案统一化方向演变^⑤。具体而言,未定罪资产没收可以实现惩罚犯罪、保障合法财产和避免私力救助行为等目的,无论从国内法还是国际法分析,未定罪资产没收国际规则具有一些共同的基本功能与作用:第一,威慑和预防犯罪。如果犯罪嫌疑人认为,即便被抓并被定罪量刑,但其和其家人仍然能够享受犯罪获得的资产,那么他们就更有可能从事腐败行为。众所周知,违法所得本身即违法,特别是有组织犯罪,犯罪收益是其再次实施犯罪的经济基础,对其财产予以没收不违反正当性的规定,各司法管辖区对犯罪资产进行没收不仅对犯罪行为本身进行否定,而且有助于遏制腐败等犯罪,将其转化为高风险、低回报的活动。第二,未定罪资产没收能够保障公民的所有权,及时维护被犯罪行为侵害的社会关系。通过及时没收犯罪资产,及时补偿被害人,并恢复被犯罪行为损害而受刑法保护的法益。第三,建立未定罪资产没收制度健全了法律体系,保证了社会秩序的安定性,避免由于法律的缺失,而导致

被害方等采取无序的私力救济行为对自己的合法财产权益进行保护。第四,各国可以将追回的犯罪资产用于加强刑事司法系统建立,确保公职人员清正廉洁,增强人民的法治意识以及对政府的信任。

二、未定罪资产没收国际法律规则实施的普遍化走势

近些年来《联合国反腐败公约》的实施情况体现了大多数国家都已经采取措施,以便能够不经过刑事定罪而对资产进行没收,其方式或是作为刑事诉讼的一部分对在押资产进行没收,或者是进行民事没收。在罪犯已故或罪犯在逃的情况下,成员国可选择未定罪资产没收,或者在涉及严重犯罪或认为资产有污点的案件中选择进行民事没收。

1. 未定罪资产没收国际法律规则的创制主体呈现多样化走势

自《联合国反腐败公约》规定未定罪资产没收规则后,该规则频频出现在各国际软法、多边条约中。如金融行动特别工作组(FATF)在“国际金融特别行动建议”(FATF Recommendations)中,将未定罪资产没收作为一项资产追回的重要国际规则。截至2019年6月,《打击洗钱、恐怖融资与扩散融资的国际标准:FATF建议》更新文本建议4^⑥中,鼓励各国应考虑在本国法律允许的范围内,采取不经过刑事定罪量刑即可没收犯罪资产或者犯罪工具的措施,此处资产应作扩大化解释可以指土地、汽车、房屋或其他货物,而工具则是指涉及犯罪或涉嫌犯罪的任何财产,如用于运输毒品的汽车等。鉴于FATF自1989年成立以来,其目标是制定相关标准并推动法律、法规以及其他措施的实施,以打击洗钱、资助恐怖主义以及其他破坏国际金融制度的犯罪。在该项规定中,未定罪没收与洗钱、资助恐怖主义犯罪和腐败犯罪密切相关。2012年,欧盟议会和理事会《关于冻结和没收欧盟犯罪工具和犯罪收益的指令》在第5条中有条件地规定,只有当犯罪嫌疑人死亡或者其逃逸、疾病将阻碍合理期限内的有效起诉,导致对其进行起诉面临法律风险时,才可以进行没收^⑦。2014年,欧洲议会和理事会《关于冻结和没收欧盟犯罪工具和犯罪收益的指令》(2014/42/EU)规定了欧盟国家对犯罪工具和收益进行冻结和没收,依然明确规定欧

盟统一规范中,对犯罪资产的没收要以定罪为前提^⑧。除上述国际规则外,诸多的国际组织和国际会议都以报告、宣言等形式对未定罪资产没收进行了确认,未定罪资产没收正在逐步成为犯罪资产追缴中的国际惯例,将进一步对未定罪资产没收国际规则和国内规则的发展和完善产生影响。

2007年初,巴塞尔治理问题研究所国际资产追回中心(ICAR)开始运作并与联合国毒品和犯罪问题办公室密切合作,缔结了一项谅解备忘录。并于2007年5月15日和16日举办了一次关于执行公约资产追回条款研讨会,包括未定罪资产没收方面的相关内容^⑨。2007年9月,世界银行和联合国毒品和犯罪问题办公室共同发起了“被盗资产追回倡议”(StAR),不仅为全球打击腐败犯罪和终结腐败资产隐匿提供支持,还为各国系统性追回犯罪资产、反洗钱等方面提供政策建议,同时对资产追回的各种形式进行研究,发布了《被盗资产追回:非定罪资产没收的良好做法指南》等相关指导性手册。2015年10月17日,二十国集团(G20)作为全球治理机制的创新代表应运而生,其反腐败工作组与FATF开展第五次腐败问题专家组会议,就腐败资金如何进入金融系统,一旦进入如何识别以及金融机构在打击腐败等问题上发挥的作用等展开讨论^⑩。G20反腐败工作组还与世界银行、经济合作与发展组织、国际货币基金组织等开展合作,协调制定腐败等相关犯罪资产没收规则。2016年杭州峰会上,G20发布了《2017-2018 G20反腐败工作计划》,提出要落实《联合国反腐败公约》的规定,加强对被盗资产的追缴,未定罪资产没归属于题中之意;同时,决定加强与FATF合作,打击相关金融犯罪,为相关没收规则的制定提供建议和意见。

越来越多的《联合国反腐败公约》缔约国也意识到制定未定罪资产没收规则是大势所趋^⑪。例如,2020年越南开始采取未定罪资产没收措施。此前越南通过批准多边协定,如《联合国打击跨国组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》,在2011年、2012年、2019年和2020年接受了《联合国反腐败公约》的审查,在2010年通过并实施了《2020年前预防和打击腐败国家战略》,并在2019年修订了《反腐败法》。

在《2017-2020年联合国毒品和犯罪问题办公室东南亚区域方案》框架下,联合国毒品和犯罪问题办公室和包括越南司法部在内的其他国际伙伴正在实施反腐败次级方案,旨在支持越南发展预防和处理腐败以及有效追回犯罪资产的国家能力。

该项目支持实施越南政府的反腐败行动计划,直至2020年。与其他国家一样,越南政府认识到资产追倒是遏制腐败的最有效方式之一。然而,相关腐败资产的追回效率仍然非常有限。越南的刑事司法机构报告显示,由于缺乏未定罪资产没收相关规则,当局之间合作薄弱以及追回进程缓慢,被盗资金和返还资产之间的差距仍然很大^②。

2. 未定罪资产没收国际法律规则涵盖范围的扩展性走势

未定罪资产没收的情形在实施的过程中也变得宽泛,从《联合国反腐败公约》明文规定的犯罪人死亡或逃逸,或犯罪人缺席审判或者身份不明,到“其他适当情况”“任何其他理由”或“足够理由”。西欧和其他国家组织还将未定罪资产没收用于被认为“总体上存在危险状态”的人,包括涉嫌诈骗公共资金的人、被认为是“习惯性贿赂者”或“习惯于靠犯罪所得谋生”的人,在此种案件中,财产继承人不享有第三方保护权^③。同样,除允许在诉讼时效禁止定罪的情形下没收资产外,西欧和其他国家组织还允许在没有具体犯罪证据但法院确信所得来自犯罪的情况下,对涉嫌洗钱等严重犯罪而扣押的资产进行没收。如果法院确定资产价值与被告的合法收入之间存在较大差距,那么证明资产来源合法的责任将由被告承担。同样,某些国家允许法院对通过腐败或经济犯罪行为获得的来源不明的资产适用未定罪资产没收规则,另一些国家在其国内宪法中对独立反腐败委员会就公职人员非法获得的资产启动未定罪资产没收。在亚洲的部分司法管辖区中采用的是行政手段,即反腐败主管部门就可以下令没收,而不需要司法部门介入非法获益案件或者犯罪人死亡、潜逃或者身份不明的案件。此外,在亚洲未定罪资产没收的另一个表现为引入财产来源不明规则,结合未定罪资产没收令,大大提高了资产追回效率。

越来越多的国家目前正在引入将没收犯罪所得

作为民事程序的做法^④。因未定罪资产没收是针对资产而不是针对犯罪嫌疑人或资产持有人采取的行动,证明标准也较刑事没收的证明标准低,所以被视为一个替代刑事没收的选择。事实证明,在刑事定罪既复杂又麻烦的情况下,民事没收可以有效追回被盗资产。一些国家还引入了利用资产申报支持识别待没收的巨额财富的系统。在国际层面上,确保执行外国未定罪资产没收令也很重要。

三、未定罪资产没收国际法律规则适用的多元化

2021年6月2日联合国大会第32届会议文件在“资产追回”一节中强调:“资产追倒是《联合国反腐败公约》的主要宗旨之一,按照《联合国反腐败公约》第5章,返还资产是《联合国反腐败公约》的一项基本原则,成员国应在这方面相互提供尽可能广泛的协助。”^⑤“承诺根据国内法律使用现有的资产追回和资产返还工具,例如有定罪和未定罪没收,以及《联合国反腐败公约》第5章概述的直接追回机制,并承诺针对创新模式分享相关知识,继续开展相关讨论和予以发展,阐明和改进司法协助程序,从而更有效地推进资产追回程序并提高其成效。我们确认,如何以最佳和最适当的方式利用每种法律补救办法必须由主管机关逐案决定,并且取决于国内法律要求。”^⑥

由此,对于每个缔约国的立法而言,制定未定罪资产没收规则应是一种大趋势,其规则将呈现多元化。然而,这一标准应主要基于以政策为导向(所谓的“民事”)的归还方式^⑦。这种规则的建立基本上是针对同一问题而制定的。其中一个原因是,被告或财产所有者可能因逃亡、疾病或死亡等原因无法出庭。另一个障碍是证据问题,因为有组织犯罪行为可能利用他们所掌握的资源来掩盖计划中的犯罪。因此,要证明这些人与他们所犯的罪行和他们所创造的财富之间的联系是比较困难的。

众所周知,未定罪资产没收概念并不具有唯一性或独占性,在部分联合国的中译文件中,既有将其称为“非定罪没收”的,也有将其称为“不基于定罪的没收”的,甚或“定罪缺失的资产没收”等等。目前,根据欧盟委员会SWD(2019)1050号最终文件的界定,未定罪资产没收规则大致分为四种类型:一是典

型的未定罪资产没收(Classic Non-conviction-based Confiscation);二是扩大没收(Extended Confiscation);三是民事没收(Action against the Assets not the Person);四是巨额财产来源不明没收(Unexplained Wealth)^③。这些规则的适用从不同程度上呈现出多元化走势。

1. 典型的未定罪资产没收规则的适用走势

与“民事”形式相反的未定罪资产没收,其他司法管辖区更倾向于采取不以定罪为前提而进行没收。此规则规定,当由于妨碍起诉或阻止诉讼程序的进行,或者法院因时效或者其他程序的限制而无法作出有罪判决时,未定罪资产没收就被视为传统的定罪没收的替代方法。《联合国反腐败公约》的规定似乎更直接地将这种未定罪资产没收作为传统的定罪没收的替代方法,而不将侧重点放在犯罪人是否经过刑事程序而被定罪。当今世界一些司法管辖区将未定罪资产没收规则纳入刑事诉讼程序中,甚至嵌入到了被追诉罪行程序中。如法国、捷克,在某种程度上加拿大部分司法管辖区也是采取这种模式。另一种刑事性未定罪资产没收模式则是在同一刑事诉讼中采取措施,即使犯罪人死亡、逃跑或者因时效而无法对犯罪人施加惩罚时也能够对相关犯罪资产进行没收。可见,典型的未定罪资产没收的行为通常难以脱离刑事诉讼规则。

此外,在当今世界其他一些司法管辖区,尽管也有将未定罪资产没收视为不可能起诉或者缺乏刑事定罪而进行犯罪资产没收的替代办法的,但同样不否认其受刑事诉讼法規制。未定罪资产没收与刑事司法机制密切相关,但在强调其关联性的同时也不可忽视其相对独立性。例如,瑞士司法机制允许定罪没收与未定罪资产没收两种规则并存,这在瑞士《刑法典》第70条、第71条和第72条中有非常明确的规定,且适用相同的程序^④。

2. 未定罪资产扩大没收规则的适用走势

虽然有关财产或货物很可能源自犯罪活动,但如果不能证明该财产源自某一特定刑事犯罪,则可拒绝没收要求。为了解决这类情况,并使国家“更容易”成功地没收,2005年,欧洲理事会《关于没收与犯罪有关的收益、工具和财产的框架决定》(2005/212/

JHA)第3条^⑤率先规定了扩大没收,要求每个成员国采取必要措施,使其能够采取行动没收全部或部分应被判决没收犯罪资产。该条款是一项最低限度的条款,并不妨碍会员国采用更严格的规定。欧盟委员会于2012年在《关于欧洲议会和理事会关于冻结和没收欧盟犯罪收益的建议》中对该规则进行了修订。

在扩大没收中,将资产来源的刑事犯罪具体化的要求得到缓和,因此扩大没收不是针对特定的犯罪,而是追求没收犯罪活动所带来的收益。因此,如果该资产可以被证明起源于这种犯罪活动,那么涉罪的全部或部分财产就可以作为犯罪资产被没收。扩大没收,通常不被认为是一种惩罚,而是一种附加制裁,构成量刑程序的一部分^⑥。传统的刑事程序保障措施通常也被淡化,例如,通过撤销举证责任或降低举证标准或两者都有。尽管扩大没收作为一种潜在的、高效的、便捷的没收手段,在追回跨境犯罪资产方面发挥了重要作用,但严格依照现代法治标准衡量,其与刑法基本原则及相关制度的要求尚存在一定的差距。由于未定罪资产扩大没收规则所涉范围过于宽泛且缺乏充分明确的法律依据,时有可能侵害无辜第三人的财产权,难免招致有违公平公正原则的非议。在具体实践中,由于国际社会有组织的跨国犯罪有增无减,虽然未定罪资产扩大没收存在种种缺陷和不足,但并未从现实中彻底清除,有的国家依然在予以援用。

3. 未定罪资产民事没收规则的适用走势

面对当今十分复杂跨国犯罪现象,仅仅依靠刑事没收手段追缴犯罪资产远远不够,典型的未定罪资产没收与未定罪资产扩大没收双管齐下的力度甚至仍然不够。因此,一些欧洲国家如英国、意大利、保加利亚和斯洛文尼亚等,采取了所谓的民事没收手段,不断完善未定罪资产民事没收规则,以提高跨境犯罪资产的追缴效率^⑦。所谓“民事性质”的未定罪资产没收规则,即从过去单一的对人诉讼走向对物诉讼,积极构建民事没收法律机制。民事没收规则最基本的一个原则就是,财产持有人不能合法地拥有通过非法行为获得的财产;因此,该规则针对的是被告无权保留的犯罪活动的收益。当局可以对可

疑资产进行扣押和限制,并进行充分公开,从而使表面的资产所有者能够启动一项旨在保护其权利的程序,在法庭上为其资产进行“辩护”。如果无人提出索赔或者索赔不被认可,那么该资产将被没收,之所以被称之为“民事”,是因为关于财产的起源和其合法取得或占有的诉讼是根据民事诉讼的规则进行的。民事没收通常被认为是预防性的,并强调财产的非法性质,而不是惩罚和威慑^③。

4. 未定罪巨额财产来源不明资产没收规则的适用走势

按照欧盟委员会SWD(2019)1050号文件有关未定罪资产没收的分类,还有一种未定罪资产没收的类型即巨额来源不明资产的没收,主要没收不成比例或无法解释来源的资产。在这种模式下,没收其资产不是因为与犯罪活动有直接联系,而是因为所有者不能证明其资产的来源,特别是所有者本身的收入水平与其所有资产不成比例的情况。如意大利、古巴和拉脱维亚,都存在这样的规定。《联合国反腐败公约》的第31条第8款^④也有这一规则,以供缔约国构建相关规则。该规则授权当局在发现与犯罪嫌疑人收入不成比例的巨额资产时,即可以没收不能证明合法来源或者取得证明的所有资产。英国于2018年强势推出了该规则,只要是涉及逃税、洗钱、欺诈等严重犯罪的,无论犯罪嫌疑人国籍、犯罪行为发生地、资产的存在形式,只要犯罪资产在英国,都可能会被英国政府直接没收^⑤。此种模式既可以嵌入到刑事诉讼程序中,也可以作为具有民事性质的独立的诉讼程序。

不同类型的未定罪资产没收在某些司法管辖区会被单独适用,但是也有一些司法管辖区在单独适用某种未定罪资产没收类型的情况下,多措并举,适用其他多种制度。例如,在德国,根据相关规定,可以没收与犯罪活动有关的所有资产,而另有规定明确没收所有可疑资产的前提是该资产与特定罪行有关^⑥。在其他的情况下,不同国家的差异可能更大。例如,在意大利,除了在刑事诉讼程序之外建立成熟可实践的未定罪资产没收外,当被告在上诉时被宣告无罪时,在刑事诉讼程序中宣判没收的可能性也更小。同样,在波斯尼亚和黑塞哥维那,除了刑事诉

讼程序中的没收外,还有一种民事没收,即当犯罪嫌疑人因疾病、死亡或逃跑而不能被起诉时,可能会被没收资产。同样,古巴也采取了类似的模式。

还有一些司法管辖区的未定罪资产没收,在形式上不能完全归类为刑事或者民事规则,因为它们既不完全独立,也不完全脱离基本的刑事司法系统。例如,古巴和意大利采取一种所谓的“行政模式”来追回独立于刑事司法系统的非法资产,尽管它与刑法仍有部分联系。

未定罪资产没收规则的发展演变呈现多元性走势也是难以遏制的。不同司法管辖区的未定罪资产没收都是建立在各司法管辖区不同的政策考虑之上的。各种未定罪资产没收规则的产生与演变历程也是不一样的^⑦。在英国和爱尔兰,未定罪资产没收由立法明文规定。但在意大利未定罪资产没收存在于对人的预防性没收的规定之中,该国的未定罪资产没收规则是分散的。此外,在德国、斯堪的纳维亚仅存在一些单一的未定罪资产没收的情形,因此,不能称该司法管辖区存在体系化的未定罪资产没收规则。

综上所述,国际社会对未定罪资产没收规则的重视程度相当高,这是有目共睹的。当今世界各司法管辖区结合其国内立法体系与司法实践情况确立未定罪资产没收规则,虽然表现形式各异,具体内容并不完全一致,但共同的目标和宗旨也是不容置疑的:全面打击跨境犯罪,维护全球经济秩序和社会稳定。在2021年9月《联合国反腐败公约》缔约国会议第十二届会议续会中,秘书处就《联合国反腐败公约》实施情况审议机制第二周期内确定的成功事例、良好做法、挑战和意见及相关信息进行了全面总结,充分阐释并表明《联合国反腐败公约》的未定罪资产没收规则旨在强化资产追回的措施。同时,在资产追回问题不限成员名额政府间工作组的会议上也经常讨论未定罪资产没收的重要性和实际用途,将未定罪资产没收实践视为《联合国反腐败公约》执行情况审查机制框架内的一种良好示范已经达成共识。在实践中,联合国及各司法管辖区对《联合国反腐败公约》确立的未定罪资产没收国际法律规则的实施和推广并没有固步自封,而是创造性运用、创新性转化,从而使得该规则的发展变革渐呈现出追求国际

性、正当性、普遍性、扩张性、交叉性、多元性等多种走势。这是目前所能观察到的发展趋势,至于未来的形势变化发展后,未定罪资产没收国际法律规则还出现哪些新的发展趋势,有待法学理论界与实务界共同予以关注。

注释:

①西奥多·S.格林伯格等.追缴腐败犯罪资产:非定罪资产追缴实用操作指南[M].王晓鑫译.北京:中国政法大学出版社,2014.13.

②Stefan DCassella, Recovering the Proceeds of Foreign Crimes That Are Found in the United States, Noah Carolina Journal of International Law, Vol.2, 2021.

③黄风,梁文钧.英国《2002年犯罪收益(追缴)法》中的民事追缴制度[J].人民检察,2008,(3).

④张书铭.未经定罪没收制度的理论及立法评介[J].榆林学院学报,2014,(5).

⑤罗伯特·阿列克西.法律论证理论[M].舒国滢译.北京:中国法制出版社,2002.35.

⑥International Justice Resource Center. Ecther: Property Confiscation Legal When Serving Public Interest in Combating Corruption [EB/OL]. <https://ijrcenter.org/2015/05/19/ecthr-decides-that-confiscation-of-property-does-not-violate-rights/#:~:text=Last%20week%2C%20on%20May%2012%2C%202015%2C%20in%20Gogitidze,not%20violate%20the%20European%20Convention%20on%20Human%20Rights,2015-05-19/2022-03-04>.

⑦奚玮,张敬博.违法所得没收程序的正当性之辨[J].西南民族大学学报(人文社会科学版),2014,(4).

⑧2005年欧洲委员会《关于洗钱、搜查、没收和没收犯罪所得和资助恐怖主义的公约》第8条:“采取必要的立法和其他措施,以确保有关各方……应有有效的法律补救措施,以维护其权利。”

⑨《欧洲人权公约》第1条:“所有自然人或法人有权和平享有其财产。除非为了公共利益,并遵照法律及国际法普遍准则所规定的条件,任何人的财产不得被剥夺。但上述规定在任何情况下均不得损害国家施行法律的权利,当国家认为它是为了普遍利益对财产的使用进行控制或为了确保税款或其他特别税或者罚款的支付。”

⑩《欧洲人权公约》第6条:“1.在决定某人的公民权利和义务或者在决定对某人确定任何刑事罪名时,任何人有理由在合理的时间内受到依法设立的独立而公正的法院的公平且

公开的审讯。判决应当公开宣布。但是,基于对民主社会中的道德、公共秩序或者国家安全的利益,以及对民主社会中的少年的利益或者是保护当事人的私生活权利的考虑,或者是法院认为,在特殊情况下,如果公开审讯将损害公平利益的话,可以拒绝记者和公众参与旁听全部或者部分审讯。2.凡受刑事罪指控者在未经依法证明为有罪之前,应当推定为无罪。3.凡受刑事罪指控者具有下列最低限度的权利:(1)以他所了解的语言立即详细地通知他被指控罪名的性质以及被指控的原因;(2)应当有适当的时间和便利条件为辩护作准备;(3)由他本人或者由他自己选择的律师协助替自己辩护,或者如果他无力支付法律协助费用的,则基于公平利益考虑,应当免除他的有关费用;(4)询问不利于他的证人,并在与不利于他的证人具有相同的条件下,让有利于他的证人出庭接受询问;(5)如果他不懂或者不会讲法院所使用的工作语言,可以请求免费的译员协助翻译。”

⑪Rui, J. P. & U. Sieber., Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction, Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p.66.

⑫Jon Petter Rui, Ulrich Sieber, 陈尔彦.欧洲的无定罪没收:一个总览(下)[J].现代法治研究,2017,(1).

⑬奚玮,张敬博.违法所得没收程序的正当性之辨[J].西南民族大学学报(人文社会科学版),2014,(4).

⑭杨宇冠.《联合国反腐败公约》解读[M].北京:中国人民公安大学出版社,2004.33.

⑮杨宇冠.《联合国反腐败公约》解读[M].北京:中国人民公安大学出版社,2004.66.

⑯《打击洗钱、恐怖融资与扩散融资的国际标准:FATF建议》(2019年6月更新):“4.没收与临时措施各国应采取类似于《维也纳公约》《巴勒莫公约》和《联合国制止向恐怖主义提供资助的国际公约》规定的措施(包括立法措施),使主管部门能够在不损害善意第三人合法权益的情况下,冻结、扣押或没收以下财产:(a)被清洗的财产;(b)洗钱或上游犯罪的收益,以及用于或企图用于洗钱或上游犯罪的工具;(c)作为恐怖融资、恐怖行为或恐怖组织收益的财产,以及被用于、被企图用于或被指定用于恐怖融资、恐怖行为或恐怖组织的财产;(d)同等价值的财产。这些措施应该包括以下授权:(a)识别、追查和评估应予没收的财产;(b)采取冻结、扣押等临时措施,防止上述财产被出售、转移或处置;(c)采取措施避免制定有可能妨碍国家冻结、扣押或追缴应没收财产的规定,或取消现有此类规定;(d)使用适当的调查手段。在本国法律原则允许的范围内,各国应考虑采取措施允许不经刑事定罪即可没收此类收益或工具(不定罪没收),或者要求违法者就涉嫌没收的财产来源合法性进行举证。”

⑰Proposal for a Directive of the European Parliament and of

the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union, COM(2012) 85 final, 12.3.2012."Each Member State shall take the necessary measures to enable it to confiscate proceeds and instrumentalities without a criminal conviction,...where:(a) the death or permanent illness of the suspected or accused person prevents any further prosecution; or(b) the illness or flight from prosecution or sentencing of the suspected or accused person prevents effective prosecution within a reasonable time, and poses the serious risk that it could be barred by statutory limitations."

⑮ EUR-Lex home. EUR-Lex- 32014L0042- EN[EB/OL]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0042&from=EN>, 2014-05-19/2022-02-09.

⑯联合国毒品和犯罪问题办公室. 为成功追回资产通力协作秘书处编写的背景文件[EB/OL].(2007-12-27)[2022-03-04]. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session2/V0789393c.pdf>.

⑰FATF Annual Report 2015-2016.

⑱United Nations Office on Drugs and Crime. Implementation of chapter V(Asset recovery) of the United Nations Convention against Corruption: Thematic report prepared by the Secretariat[EB/OL].https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/6-10September2021/CAC-COSP-IRG-2021-7/V2104758_C.pdf, 2021-07-28/2022-01-02.

⑲United Nations Office on Drugs and Crime(UNODC), Applying Non-Conviction-Based Asset Forfeiture Measures in Viet Nam[EB/OL].(2020-12-21)[2022-01-09]. <https://www.unodc.org/southeastasiaandpacific/en/what-we-do/anti-corruption/topics/2020/asset-forfeiture-viet-nam.html>.

⑳Hendry J &King C, How Far is too Far? Theorising non-conviction-based Asset Forfeiture, International Journal of Law in Context, 2015.

㉑魏莲芳.美国民事没收法述评[J].四川警察学院学报, 2006,(2).

㉒United Nations Office on Drugs and Crime. SpecialSession of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption[EB/OL].(2021-06-02)[2022-01-09].<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/138/81/PDF/N2113881.pdf?OpenElement>.

㉓United Nations Office on Drugs and Crime. SpecialSession of the Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption[EB/OL].(2021-06-02)[2022-01-

09]. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/138/81/PDF/N2113881.pdf?OpenElement>.

㉔Jon Petter Rui, Ulrich Sieber, 陈尔彦. 欧洲的无定罪没收: 一个总览(上)[M]. 现代法治研究, 2017,(1).

㉕European Commission, Commission staff working document: analysis of non-conviction-based confiscation measures in the European Union, document SWD(2019) 1050 final. The classification based on four models is inspired by the non-conviction-based confiscation typologies guide developed by the European Union-funded Camden Asset Recovery InterAgency Network in 2015.

㉖瑞士《刑法典》第70、71、72条。

㉗《关于没收与犯罪有关的收益、工具和财产的框架决定》(2005/212/JHA)第3条:“虽然没有达到最初提案的程度,但却代表了框架决定的真正附加值。其目的是确保所有成员国都有关于被判定犯有有组织犯罪相关罪行的人所拥有的资产来源的没收相关规则。它要求会员国采取措施,使它们能够根据第2款所述三种情况之一,全部或部分没收直接或间接属于被判定犯有某些罪行的人的财产。”

㉘Johan Boucht, Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty, European Journal of Crime, 2013.

㉙Johan Boucht., Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence under Articl 6(2) ECHR, New Journal of European Criminal Law, 2014.

㉚王俊梅.美国民事没收制度研究[M].北京:中国政法大学出版社,2013.76.

㉛《联合国反腐败公约》第31条第8款:“缔约国可以考虑要求由罪犯证明这类所指称的犯罪所得或者其他应当予以没收的财产的合法来源,但是此种要求应当符合其本国法律的基本原则以及司法程序和其他程序的性质。”

㉜Bulges Salmon. Unexplained Wealth Orders: what you need to know[EB/OL].(2018-01-30)[2022-04-05]. <https://www.burges-salmon.com/news-and-insight/legal-updates/antimoney-laundering-unexplained-wealth-orders-uwos#:~:text=%20In%20order%20to%20apply%20to%20the%20court,is%20a%20politically%20exposed%20person%20or...%20More%20>.

㉝王锬.没收违法所得的合宪性分析:基于德国刑法上特别没收合宪性改革的启示[J].法学杂志,2022,(1).

㉞Goemeone E J Mogomotsi, The Analysis of Non-conviction-Based Property Confiscation and Forfeiture Regulatory Regime, Botswana, Statute Law Review, Vol.5, 2021.