

论扣押程序的正当化与域外 资产追回机制

唐世银 奚玮

【提要】在我国,扣押是一种常规的对物的侦查手段。在启动程序、决定程序、配套程序、程序救济与制裁等方面,我国扣押制度存在一系列问题,影响了它在域外资产追回中应有的作用。当前,我国可在坚持司法主权的原則下,将扣押界定为刑事强制处分、明确其所有权归属、坚持司法救济原则、完善司法协助中异议与裁决机制。

【关键词】扣押 侦查手段 强制处分 正当法律程序 人权保障

〔中图分类号〕D997.4 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2011)05-0096-05

近年来,职务犯罪国际化趋向越来越明显。许多“贪官”携款外逃。在我国对“外逃贪官”的资产追回工作中,常常遭遇资产流入国“拒绝协助执行扣押令”的尴尬情形。^①根据《联合国反腐败公约》,缔约国对跨境的符合条约规定的资产有予以查封、扣押、冻结并通过一定程序返还的义务。该公约第54条第2款规定,资产流入国执行令状的前提是“该冻结令或者扣押令必须提供合理的根据,使被请求国相信有充足理由采取这种行动”。一些西方国家的司法机关认为,中国的许多公安司法机关签发的扣押令无法达到公约规定的“合理的根据”要求,在程序上的正当性不足,因此拒绝执行。这给我国的资产追回工作造成很大障碍。出现这一问题的关键是,与许多西方国家相比,我国扣押在法律属性和适用程序上存在不少差别。如何坚持司法主权原则,完善扣押的法律属性和正当程序,是当前学术界和实务界普遍关注的一个热点问题。

一、我国扣押程序的基本特征 与突出问题

在我国,扣押并不是一项刑事强制措施,而是一种常规的对物的侦查手段。扣押在我国刑事诉讼程序中的

法律功能主要集中在:一是证据保全。根据《刑事诉讼法》第114条第1款规定,扣押的核心作用是保全可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种物品和文件。它们往往与犯罪相关,或为犯罪凭借工具,或为犯罪产生之物,或为可没收之物等。二是财产限制。许多被扣押的物品和文件本身属于犯罪嫌疑人或第三人等当事人的财产。在没有依法确定犯罪嫌疑人有罪之前,这些物品转由办案机关控制,可防止这些财产被非法转移或处置等。

对扣押这一常规侦查手段,我国在适用程序上采取了行政化流程。反映在启动程序、决定程序、配套程序、程序救济与制裁等方面,存在一系列问题。不仅影响了法律功能的实现,而且容易成为域外资产追回的障碍。

(一)扣押启动程序问题。在扣押的启动程序上,《刑事诉讼法》规定的核心条件是办案人员发现“用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种物品和文件”,主要是指涉嫌犯罪和违法所得的款物,以及其他可能与犯罪有关的款物、作案工具、非法持有的违禁品。从司法

^① 杨宇冠、吴小军:《〈联合国反腐败公约〉资产追回机制与我国刑事诉讼法的完善》,《当代法学》2005年第1期。

实践来看，这一核心条件还存在不少质疑：一是范围的界定极其概括，用语依旧十分模糊，容易导致对扣押范围的扩大化适用；二是侦查机关为了尽快结束侦查，往往将所有涉及物品一网打尽，而不加以区分；三是仍有一些地方实行“是否与案件有关”的启动条件，具体尺度完全可以由侦查人员自己认定。当前，争议的焦点在于，当事人质疑扣押启动不符合上述条件，公民个人或企业财产不符合上述扣押物范畴，有否严格的认定程序？目前我国实行“负责人员决定机制”。这种认定程序在实际效果上具有效率上的优势，但在审查的精确性、中立性上存在弊端。现实中许多与案件无关的财物被扣押，扣押之后遭遇谁也说不清楚的“踢皮球”，许多扣押物被随意返还所谓的“被害人”即源自于此。

(二) 扣押决定程序问题。从决定程序上看，我国扣押实行“多元主体负责制”。在扣押的决定权上，我国《刑事诉讼法》规定的主体十分宽泛，公安机关、检察机关和人民法院都有扣押的决定权。在执行机制上，我国扣押的决定机关与执行机关没有分离，在各诉讼阶段都由同一办案机关行使。根据《刑事诉讼法》第114条第1款和《公安机关办理刑事案件程序规定》第211条，在勘验、搜查的过程中需要扣押物品、文件的，还可由现场指挥人员决定。这实际上赋予办案机关及其人员较大的自由裁量权。没有监督的权力极易被滥用。对此，学术界质疑最多的是，既然扣押不需要中立的司法机关事前、事后审查，如何防范自己决定、自己执行的办案机关及其人员不发生权力滥用？在扣押程序中，检察机关法律监督的滞后性，参与程度的有限性及活动的被动性，使其预防和纠正非法扣押的作用大打折扣。检察机关在直接立案侦查案件的扣押程序中呈现自己决定、自己执行、自己监督的状况，其能否实现扣押程序的有效性、公正性？其能否严格贯彻客观性义务？

(三) 扣押之后配套程序问题。在适用扣押之后，现行法律和解释没有确立系统的、规范的针对特定扣押物的移送以及针对不当扣押的返还等程序。由于监管不善，在司法实践中，有些扣押物及其孳息在移送过程中或损害、或遗失、或替换、或被上缴财政、或被挪作办案经费，无法保证扣押物在诉讼流程中的同一性。同时，我国《刑事诉讼法》有针对被害人的合法财产，被害人明确的，有应当及时返还的原则性规定，但究竟如何进行返还、返还的期限等则未予提及。这都成为一些办案人员自由裁量“泛滥”的地方。除了执法人员素质因素外，配套程序的模糊、不健全是导致司法实践中“该移送不移送”、“该返还不返还”、“该处置不处置”等现象的重要原因。

(四) 扣押的程序回流问题。一些法院在判决后，

经常将一些扣押物以与本案无关为由退回检察机关处理。这种程序回流往往造成诉讼资源的极大浪费，对当事人财产权也是极大损害。面对长期搁置的扣押物，一些当事人选择持续信访、上访等方式，这导致政法委、政府机关等也不时介入扣押纠纷。当前，克服程序回流最需要解决的问题是：在整个诉讼程序中，有没有哪个机关对有争议的扣押享有最终的决定权？由于《刑事诉讼法》没有明确司法最终解决原则，这导致许多扣押纠纷的当事人都拼命寻求各自认为的“权威性部门”。这对司法权威也构成严峻的挑战。

(五) 扣押的程序救济与制裁问题。在扣押程序中，如何保障侦查机关不侵犯当事人的合法财产，关键是赋予当事人充分的防御权和有效的救济权。从司法实践来看，质疑主要有二：一是救济权利在效力上的局限。虽然现有法律规定当事人具有一定异议权，但其防御性能差，不能直接启动监督、制裁程序，这是许多“踢皮球”现象的直接诱因。二是依旧存在一些权利的盲区。在审判实践中，对被告人作出有罪判决，但是判决结果未涉及扣押的财产究竟可否确认违法并予以返还、赔偿，诉讼各方存在重大的分歧，各地做法不一。许多被告人或者投诉无门，或者忍气吞声。对于违法扣押的行为，虽然我国《国家赔偿法》第16条明确了当事人有权获得赔偿的权利，但由于对违法扣押的内涵、违法的程度、相关证明责任和标准等没有系统、明确规定。俗语道，没有制裁就没有程序。缺乏完善的程序制裁机制，造成纠正违法扣押的难度甚巨、当事人获得国家赔偿的几率甚少的尴尬局面。同时，扣押中的非法处分行为在我国也没有纳入行政诉讼的范围。至于非法证据排除、诉讼行为无效等程序性制裁措施，根本未在我国扣押法律规定中体现。这些因素在很大程度上变相降低了扣押机关的违法成本，增加了违法的实际收益。

二、域外的扣押程序与人权保障状况

为何一些西方国家面对涉嫌腐败资产流入“拒绝协助执行扣押令”？对此，有许多猜测。有的认为，一些西方国家对这些资产“别有用心”，希望用以发展当地经济；有的认为，这是意识形态领域的歧视和偏见；有的认为，许多犯罪人犯反侦查意识较强，已经将犯罪所得合法化。为此，我国各地司法机关均在强化“追缴外逃贪官赃款机制”的探索。^① 其实，比较现实和常见的

^① 周斌：《建立制度追缴外逃贪官赃款》，《法制资讯》2010年第3期。

理由是,一些西方国家的司法机关认为,中国的许多公安司法机关签发的扣押令不是依据正当法律程序而为,在证据标准上无法达到“合理的根据”要求,在救济程序上无法满足人权保障的要求,因此拒绝执行。尽管这些司法机关有不了解中国法律制度以及意识形态等方面的因素,但是,在扣押的法律属性和适用程序上,我国与西方国家存在较大的差异,这恰是客观事实。

第二次世界大战后,随着正当法律程序观念的日益深入,两大法系在刑事诉讼程序中普遍强化财产权的程序保障。在法律属性上,多数国家和地区将扣押定位为刑事强制处分。^①绝大多数扣押物最终是作为认定的案件事实的证据而使用的,扣押在功能上是一种证据保全措施,为法庭审理而做证据上的准备。合理的根据、正当的程序、适当的保管成为西方国家在扣押程序中保障当事人财产权的三个重要的法律特征。在扣押程序上,呈现以下共性特征:

(一) 决定权限上以法官保留为主。在扣押的决定权限上,多数国家和地区,譬如德国、日本、英国、美国、我国台湾地区等都坚持“法官保留原则”,即通过法官签发令状而进行扣押。在美国,根据宪法第四修正案确立的令状原则,令状必须由处于中立、超然地位的法官签发,检察官隶属于行政体系,不具有“中立、超然”的地位,也就不能签发扣押令。^②在日本,据其《宪法》第33条和第35条规定,对物和财产的搜查、扣押,与对人身自由的限制一样,均同等地实行令状主义原则。许多国家和地区在一些特殊情况下也允许由检察官甚至警察来决定。例如,德国法规定的“迟延危险”情形下,检察官有决定扣押的权力,但也规定了三个限制:法官的事后的确认审核权、检察官有及时将扣押情况报告给法官的义务、当事人向法官提起异议的权利。英国法规定,警察在搜查过程中可以“附带扣押”搜查证上未标明的物品,但在实施这种行为时,警察必须有合理的理由认为这些物品与犯罪行为有直接关联或者能够成为本案的物证。美国最高法院的判例实际上赋予了警察在特定情形下有决定扣押的权力,即“一目了然”法则(plain view doctrine):警察在合法搜查时,违禁物或证据落入警察目视的范围之内,警察可以无令状而扣押该物。

(二) 适用过程坚持正当化程序。扣押作为一项刑事强制处分,许多国家和地区坚持必须通过一定的程序来实现,否则就失去了其正当性基础。扣押在适用中的正当程序主要包括以下内容:一是明确令状内容。在依据令状的扣押中,在有证扣押中所依据的令状必须对进行扣押的时间、地点、扣押的对象进行明确的规定。其目的主要在于防止公民的基本权利长期处于不确定状

态,减少对公民正常生活的影响。二是强调程序参与。扣押时突出当事人、第三方,甚至律师在场。当事人对自己的利益最清楚,是维护自己合法利益的最积极的主体。而第三人的在场使得取得的扣押物更具有说服力,也能为以后扣押行为的程序合法提供比较可信的证言。日本《刑事诉讼法》第113条规定律师也可以在场。三是突出救济程序。当事人如果对扣押的合法性和延长的必要性有质疑,可以径直向法院提起诉讼。在德国、美国等国,当事人可以向法院提起有关扣押行为的合法性的审查或诉讼。在美国,在时间上赋予了当事人很大的处分权,其可以自扣押发生之时起,以至到扣押物被作为证据而在开庭出示时,均可提起排除动议。

(三) 突出扣押物的同一性。扣押记录和保存记录保持同一、保存记录前后保持同一,这是保证扣押物同一性,防止保管过程中扣押物被调换或丢失等的重要程序设置。为此,许多国家和地区要求,从扣押结束时就应对扣押物制定连续的保存记录,对于扣押物的保管人或是看守人的具体变更情况等细节都应该明确载明。美国的立法比较典型。在美国联邦证据规则中,保管链条的完整性是扣押物成为证据而具有可采性的重要前提:联邦证据规则901(a)规定,“作为可采性的先决条件之鉴真或是辨认的要求,是有足以支持一项认定的证据即争议事项系证据提出者所主张事项之认定的证据来满足的”。^③在出现调换或丢失的情况下,保管人或是看守人将承担赔偿责任。

(四) 明确非法扣押及其制裁。评价扣押程序是否正当、合理,关键是看非法扣押的认定及其制裁程序。通过对非法扣押后果的界定,可以间接地规范警察以及其他有权进行扣押行为的机关的行为,保障公民的合法权利和社会生活的稳定有序。许多国家和地区确定了非法扣押的界限:一是缺乏“合理依据”而进行的扣押行为;二是违反扣押权限实施的扣押行为。非法扣押后果有扣押物补偿、行为人责任追究、证据排除等。其中最典型的是证据排除。从许多国家和地区的实践来看,非法扣押在证据排除上的效力具有相对性:在美国,只要有违法搜查、扣押行为,由此而得的证据通常是应予以排除的,但也规定了“最终或必然发现”等例外情况。在德国、日本以及我国台湾地区,非法扣押所得到

① 林钰雄:《刑事诉讼法》上册,(台湾)学林文化实业出版公司2001年版,第254~255页。

② 王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第97~101页。

③ 参见[美]罗纳德·艾伦等《证据法——文本、问题和案例》,张保生等译,高等教育出版社2006年版,第212页。

的证据通常是可以作为证据使用的，但也规定对非法扣押程序中的有关因素进行综合衡量后可以排除。譬如，德国就要求法官对违背法律程序的程度、违背法律程序的意图、事发当时是否有相对急迫的情形、有没有产生什么危害性、危害权益的种类、对被告权益的保护、证据是否必然发现等因素进行衡量。在日本，如果扣押行为构成重大违法时，扣押物不能作为证据使用。

三、扣押程序的完善与域外资产追回

作为前提，应该明确，任何基于《联合国反腐败公约》的刑事司法协助都必须坚持司法主权原则。具体而言，在扣押程序中，不得依据与本国的程序差异而任意拒绝司法协助。这也是《联合国反腐败公约》在司法协助中强调“互相尊重”的宗旨所在。如果任意根据司法体制和法定程序的差异拒绝司法协助，很可能导致双向报复的结果，这其实是“一损俱损”的局面。我们也应看到，在域外扣押中，也有一系列问题悬而未决。主要表现在有三：一是在实行“法官保留原则”和令状主义时，许多警察经常抱怨他们的权力受到了太多的束缚。二是一些法官为避免社会秩序陷入混乱也可能在个案放弃严格审查的立场；个别法官甚至基于案件数量较多、工作量较大等因素对令状记载内容、批准程序采取放任态度。^①三是在实行证据排除时，由于扣押所涉及的通常是实物证据，其与案件事实的相关性一般不会因为扣押程序的违法而改变，这导致究竟是适用绝对严格还是相对严格的证据排除在各国司法实践中争议比较大。

当然，通过与域外扣押程序比较，不难发现，在法律属性定位和适用程序上，西方国家有许多经验值得我国借鉴。在不触动我国司法体制的前提下，完善我国扣押程序并实现正当化，不仅有助于域外资产追回，而且从根本上有利于解决我国司法实践中的非法扣押问题。

(一) 将扣押界定为刑事强制处分。将扣押界定为刑事强制处分，其实质是提高财产权保障在刑事诉讼中的地位。刑事强制处分与常规侦查手段相比，因为其强制性，所受到的权力制约往往更为严密。这是人权保障的一个基本要求。实际上，在我国法律体系中，将扣押定性为刑事强制处分已经不存在法律障碍。只需在《刑事诉讼法》中明确规定即可。许多法律规范实际上已经实质性地推动了这一“转变”。《国家赔偿法》对非法扣押专门予以了规范，其第16条将“违法对财产采取扣押的”作为当事人可以申请国家赔偿的条件之一。《公安机关办理刑事案件程序规定》以及《人民检察院扣押、冻结款物规定》等解释也从扣押范围的认定、扣押

物的保管、非法扣押的责任追究等进行了规范。这些法律与解释反映了我国扣押程序在保护合法财产上日益规范化、制度化。

(二) 明确扣押物的所有权归属。通过比较可以发现，在许多西方国家，公民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利不得侵犯原则已经深入人心。对于我国而言，贯彻扣押物的物权观念是弥合与西方国家差距的一个重要方面。在我国，应该确立这样的观念，除了是没收物之外，扣押物主要为将来的庭审保全证据，因而扣押物的所有权并没有改变。因此，在扣押该物品时依据合理的根据、适用正当的程序，而且要求国家机关应该对其临时占有的物品进行适当的保管。可规定，公安司法机关对扣押物具有保管记录义务，保证扣押物的同一性义务；在诉讼过程中，办案机关发现扣押不当的，应贯彻诉讼及时原则迅速作出决定将财产返还当事人。

在整个诉讼过程中，被扣押物的所有人等可直接向人民法院提起扣押合法性审查的异议之诉。只有通过明确司法最终解决原则，才能有望克服司法实践中扣押纠纷“久拖不决”、“投诉无门”、“踢皮球”等问题，充分实现宪法保护公民私有财产规定。^②

(三) 规范实行扣押的司法救济原则。通过上文比较，在域外具有“合理依据”的扣押主要包括两种：一是对于需要搜查令或是扣押令的情形，只有具有令状才能对物品进行扣押；二是法律上规定可以“附带扣押”或“另案扣押”，虽然没有令状，但特定执行机关可以临时决定扣押。在我国，考虑到司法体制还未实行以法官为核心的司法审查原则，而且在诉讼程序中明确了检察机关属于司法机关，因此，在扣押的决定权上可以做出如下调整：一是在侦查阶段拟采取扣押措施的，必须经过检察机关的批准。二是检察机关拟采取扣押措施的，必须经过同级人民法院的批准。三是在附带扣押的场合，特定执行机关可以临时决定扣押，但必须事后经法律规定批准机关的审核。四是进一步细化两高三部关于非法证据排除的意见，对于违反法律规定，严重侵害当事人权利的扣押，可明确非法证据排除规则，排除其中的实物证据并不得作为定案根据。如此调整，既尊重现有司法体制，又可尽力克服司法实践中比较严重自己决定自己执行扣押问题，强化权力制约。

^① [德] 苏姗娜·瓦尔特：“德国有关搜查、扣押、逮捕以及短期羁押的法律：批评性的评价”，载“2003年中德强制措施国际研讨会会议论文集”。

^② 雷小政：《扣押程序的立法完善建议》，《人民检察》2009年第23期。

(四) 完善司法协助中的异议与裁决机制。在扣押令的司法协助上, 如何与联合国刑事司法准则接轨成为一迫切任务。根据《联合国反腐败公约》第54条第2款规定, 资产流入国执行令状的前提是“该冻结令或者扣押令必须提供合理的根据, 使被请求国相信有充足理由采取这种行动”。即使我国在程序上对扣押作出一定改进, 仍有可能因为部分差异等而导致“拒绝执行扣押令”的情形。对此, 一方面, 应进一步明确, 缔约国对跨境的符合条约规定的资产有予以查封、扣押、冻结并通过一定程序返还的义务。另一方面, 对于违反义务拒绝司法协助的国家, 应允许他国向该国司法机关抗议, 并提交联合国相关委员会裁决。对于该抗议, 明确拒绝

方必须在一定期限内以该国最高司法机关名义作出书面答复并说明理由。被拒绝方认为理由不成立的, 可提交联合国相关委员会裁决, 对于裁决结果, 双方应恪守该裁决的效力。对于有证据证明一国基于经济利益、意识形态等非法律因素拒绝执行具有合理根据的扣押令, 进而严重损害他国利益的, 被拒绝方有权在国际法允许的范围采取一定的反制措施。

本文作者: 唐世银是国家法官学院讲师; 奚玮是法学博士, 博士后, 安徽师范大学政法学院副教授、硕士生导师
责任编辑: 赵俊

On the Justification of Detention Procedure and the Mechanism of Assets Recovery Overseas

Tang Shiyin Xi Wei

Abstract: In China, detention is a routine means for object detection. China's attachment system has many problems in start-up procedure, decision procedure, supporting procedure, procedure relief and sanction, which affect asset recovery overseas. At present, China could define detention as a criminal compulsory disposal, identify the ownership attribution, adhere to the principle of judicial relief, and improve the dissent and ruling mechanism in judicial assistance in accordance with the principle of judicial sovereignty.

Key words: detention; detective measures; compulsory disposal; due process of law; safeguarding of human rights

观点选萃

建国以来我国城市社区建设历程、脉络与启示

张勇

湛江师范学院政法学院讲师、博士张勇撰文认为: 纵观建国以来我国城市社区建设历程, 从时间维度上看经历了政权重建时期、“单位一街居”制时期、社区服务时期、实践探索时期、实验探索时期、示范推进时期、深化提升时期, 内在地体现着社区建设的地位日益提高、内容逐渐完善、建设主体日趋多元、关系逐步理顺、重点开始转换、决策日益自觉、策略更趋科学的发展脉络。此历程与发展脉络渗透出我国城市社区建设在建设目标、动力来源、主体间关系、建设内容与建设路径等方面体现出从外生型社区建设到内生型社区建设的基本特征。

但同时, 在建国60余年的社区建设历程中, 其内生型的因子逐渐萌发并壮大, 社区建设实践过程中, 社区建设主体开始注意到社区及个体利益的存在与价值, 开始培育和利用内部力量来开展社区建设, 并力图构建起政府与居民、国家与社会力量间的良性互动与配合机制, 开始逐步认识到社区资本及社区精神对社区共同体培育及社区建设的重要性, 并付诸实践。但是, 从本质上而言, 在我国当前国情下, 外生型社区建设与内生型社区建设之间深藏着国家建构与社会自治的建设路径的深层次张力, 这种张力在短期内无法完全消解, 这决定着进入内生型的社区建设状态还需要一个较长的时期。当然, 或许外生型社区建设是在具体国情、特殊时期的一个具体发展阶段, 内生型社区建设也是在某种具体环境与语境中的一种理想设计与追求, 而在未来的神州大地上谱写出的可能既不是极端的外生型社区建设, 也难以呈现理想的绝对的内生型社区建设, 而是一曲在利益整合的基础上, 国家与社会互动、政府与居民协商、政府管理与居民自治互补的和谐篇章。

(马光 摘编)