

保证侦查取证的效益，即保持侦查活动的定罪效力，是排除规则建立的主要障碍。忽略侦查效益的排除规则是不具备可行性的，而可行性正是中国目前建立排除规则所需要充分关注的问题。为增强可行性，减少执行阻力，可采取以下措施：

一是区分违法必须排除的证据与瑕疵证据，设置底线，限制排除范围。以直接侵犯基本人权的方式获取证据属违法证据，应当适用排除规则；而不直接侵犯基本人权，只是违背取证的某些技术性法律要求，如讯问主体的数量不符合有关规定或人证制作形式不很规范等，可以作为瑕疵证据，不适用排除规则。

二是将一部分证据能力问题转化为证明力问题，即不否定其证据能力，但降低其证明力评价等级。这主要是对于具有违法取证情节，但不是十分严重，或者违法取证的派生性证据等一般不致导致事实确认虚假的证据，不否定其证据能力，而是将其转化为证明力评价问题，予以降低证明力的评价。即不得将这些证据用作定案主要依据，而只能将其作为佐证，即辅助性定案证据。这种做法在实践中已被确认，如证据有瑕疵的死刑案件因证据证明力评价降低，而无法达到死刑立即执行的证明标准，降低为死缓案件处理。

最后仍需强调一点，排除规则建立的根本是要建立司法体制与机制的保障。因此需要推动司法改革，强化司法审查的独立性、权威性与效力，从而努力建构有利于排除规则运行的体制与机制。

“涉黑”案件的分案审理

张泽涛(厦门大学教授)

不当的合并审理，可能导致被告人相互指控而公诉人静坐一旁的庭审局面，为了防止发生诸如此类侵犯被告人辩护权的现象，当今世界绝大多数国家和地区对合并与分案审理都作了严密周详的规定。我国刑事诉讼法中没有任何规范合并与分案审理的条款，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）第5条中对此稍有涉及：“一人犯数罪、共同犯罪和其他需要合并审理的案件，只要其中一人或者一罪属于上级人民法院管辖的，全案由上级人民法院管辖。”实践中，只要是案件事实或者犯罪主体之间存在任何关联，法院基于诉讼效率的考虑通常都是合并审理。近年来，严打黑社会性质犯罪是我国各级人民法院的专项任务，法院开庭审理的大多数黑社会性质犯罪案件中，被告人动辄数十人甚至上百人、案卷材料数百本合计上万页。在这种情形下，同其他国家和地区因不当合并审理所可能造成的弊端相比，其负面影响尤显突出。

当今世界其他国家和地区之所以在立法上设置了严密的规范合并与分案审理的条款，其主要目的是为了在公正和效率之间作出明确的价值取舍。合并审理将所有的犯罪事实和被告人通过一次庭审予以审结，可以保证审判的高效率。但是，不管是数罪合并和数名被告人合并，都不可避免地会产生偏见性影响，尤其是当数名被告人之间的利益关系截然相反时，负面影响尤为严重。在制度设计上，其他国家和地区都是以刑事案件是否存在“关联性”作为规范合并与分案审理的判断标准。如美国联邦刑事诉讼规则和证据规则第8条(a)、(b)和第14条、英国1971年起诉书规则第9条和英国1915年起诉书法第5条第3项、法国刑事诉讼法典第203条、第286条和第387条、德国刑事诉讼法典第3条、第7条和第237条等，都是从本国的实际情况出发，对刑事案件“关联性”进行了明确界定，并明文规定了分案或者合并审理的法定与裁量情形。同时，每个国家和地区在立法和判例中对“关联性”的规定和宽严尺度的把握存在较大差异。下文主要

以日本和我国台湾地区的刑事诉讼法为例予以说明。

日本作为以当事人主义为主、职权主义为辅的典型代表国家，其刑事诉讼法第9条规定：“（一）几个案件在下列场合视为相关联：一人犯有数罪；数人共犯同一罪行或共犯不同的罪；数人合谋分别犯罪；（二）藏匿犯人罪、销毁证据罪、伪造证据罪、作虚假鉴定翻译罪及有关赃物罪，与各该本罪视为共犯的罪。”对于“关联性”案件，日本刑事诉讼法第313条指出：“法院认为适当时，可以依据检察官、被告人和辩护人的请求，或者依职权，以裁定将辩论分开或合并，或者再开已经终结的辩论。法院为保护被告人的权利而有必要时，应当依照法院规则的规定，以裁定将辩论分开进行。”由此可知，日本不仅有裁定分案审理的规定，而且对确有保护被告人权利之必要时，法官承担分离审判的义务。虽然日本刑事诉讼法上没有对何种情形属于“为保护被告人的权利而有必要时”做出解释，但日本刑事诉讼规则第210条还是简明提及“因被告等之防御方法有互为相反等事情”即属于上述情形之一。2003年至2009年6年间，我国台湾刑事诉讼法进行了四次修订，2003年之前的刑事诉讼法中只规定了合并审理，丝毫没有涉及分案审理的规定。对此，我国台湾许多学者提出了异议，如蔡佩芬教授即主张应该在立法上规定分案审理，“而非窠臼似的只能合并不能分开”。有鉴于此，我国台湾2003年2月6日第一次修订刑事诉讼法时（此次关于合并与分案审理的修订条款在2009年7月8日第四次修订时仍予保留）作了一定条件下可以进行分案审理的规定。具体而言，我国台湾刑事诉讼法第7条对于“关联性”（抑或“相牵连”）的规定是：“有下列情形之一者，为相牵连之案件：一、一人犯数罪者。二、数人共犯一罪或数罪者。三、数人同时在一处所各别犯罪者。四、犯与本罪有关系之藏匿人犯、湮灭证据、伪证、赃物各罪者。”与日本相似，我国台湾对于具有“关联性”的案件是否合并或者分案审理，其刑事诉讼法第287-1条也明确规定：“（共同被告之调查证据、辩论程式之分离或合并）法院认为适当时，得依职权或当事人或辩论人之申请，以裁定将共同被告之调查证据或辩论程式或分离或合并。前项情形，因共同被告之利害相反，而有保护被告权利之必要者，得分离调查或辩论”。对此，我国台湾学者陈运财称前者为“裁量分离”，后者为“义务分离或必要分离”。

我国刑事诉讼法中既没有对刑事案件的“关联性”作出明确的界定和范围限定，也没有对合并与分案审理作出任何规定。实践中不当的合并审理造成了诸多弊端，特别是在目前法院审理的大量“涉黑”案件中，不当的合并审理带来了更大的弊端。

首先，庭审流于形式，法庭辩论和质证难以发挥预期功能。全国各地法院目前合并审理的大量“涉黑”案件中，被告人人数动辄数十人甚至上百人，案卷材料上百本，为了尽快审结，往往在庭前已经作出判决结果，庭审往往只是“走过场”，因为合议庭根本无法在短短数天或者十数天内审清全案事实以及每个被告人所应承担的责任。如2006年湖南省娄底市中级人民法院审理的刘俊勇“黑社会”团伙案中，共有被告人98名，起诉书138页，案卷材料205册，辩护人和诉讼代理人共78名，审判历时10天。在短短10天时间内，庭审法官能够记住全案被告人、辩护人以及诉讼代理人的姓名并阅读完138页起诉书以及205册案卷材料就不是一件容易的事情，更不用说按照正当的审判程序进行举证、辩论和质证了。最近，重庆市各中级人民法院对于正在或者即将审理的系列黑社会性质犯罪，为了保证能够尽快审结，法院放弃节假日，并不分白天与黑夜连续加班，要求凡是承办“涉黑”案件的法官，必须在审查起诉阶段就到检察院对所有的案卷材料进行大量细致的审查，吃透案情，确保定罪与量刑准确。由于承办法官在审前已经对检察院的案卷材料进行了详细的书面审查，庭审也就异化为对审前心证的确认过程，法庭辩论和质证往往难以发挥预期功能。

其次，导致了羁押率和超期羁押的上升，影响了法院对被告人的量刑以及实际执行的刑期。各地法院审理的“涉黑”案件中，存在大量的同案被告人并不属于黑社会团伙成员的情形。如上述湖南娄底特大“涉黑”案中，98名被告人中只有52人属于“黑社会”成员，其余46名被告人只是与黑社会性质犯罪存在牵连性，这其中还不包括一些罪行轻微且有悔罪与立功表现的从犯和胁从犯。一旦法院将所有上述被告人合并进行审理，各个办案机关出于多种因素的考虑，对从犯、胁从犯以及罪行轻微的连环犯都会无一例外地予以羁押，直至全案审结。另外，所有“黑社会”团伙犯罪都属于案情重大复杂的情形，在实践中会出现延长侦查期间、退回补充侦查、延长审查起诉期限和审理期限、延期审理以及发回重审等诸种情形，这样势必会对所有的同案犯罪嫌疑人和被告人都延长羁押期限。

对“涉黑”案件的不当合并还会变相加重对被告人的量刑以及实际执行的刑期。其一，“涉黑”案件属于“严打”范围，在定罪与量刑上应该“从重从快”，对于非因“涉黑”而被合并到“涉黑”案中进行审理的被告人而言，法院在定罪与量刑时往往会考虑量刑的均衡，按照“严打”的标准对其进行定罪与量刑；其二，合并审理的“涉黑”案件的被告人如果被超期羁押，即使罪行轻微，法院在量刑时也会以实际已经超期羁押的时间为依据，使判处的刑种与刑期与超期羁押的期限相抵，从而变相加重被告人的刑罚；其三，对于未决前被先行羁押的，虽然根据刑法以及司法解释的规定应该折抵刑期，但是，减刑和假释都必须在实际执行一定的刑期之后才能进行，如有期徒刑必须是在执行刑期1/2之后才能启动减刑和假释程序，且每次减刑和假释的幅度都是以已经实际执行的刑期为准。因此，因合并审理“涉黑”案件所导致的超期羁押势必会影响被告人减刑和假释的启动时间、幅度和次数，这实质上变相增加了被告人实际执行的刑期。

再次，侵犯了部分律师会见犯罪嫌疑人的权利。《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法〉实施中若干问题的规定》第11条规定，对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪，律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在5日内安排会见。而对于普通类型的刑事案件，安排会见的时间是48小时。对于所有在“涉黑”案件中被合并审理的犯罪嫌疑人，律师提出会见的，都只能在5日内安排，这就侵犯了本不属于“涉黑”性质却被合并审理的犯罪嫌疑人的律师会见权。况且，目前全国各地公安司法机关处理“涉黑”案件，基本上都成立了专案组，律师提出会见犯罪嫌疑人或者被告人时，必须经专案组批准，这就使得“涉黑”案件中的律师会见犯罪嫌疑人更是难上加难。

最后，变相限制了被告人的上诉权和申诉权。刑事诉讼法第186条规定二审案件进行全面审查原则，这样一来，“涉黑”案件中只要有一个被告人上诉，全案都未发生法律效力，这就变相剥夺了绝大多数被告人的放弃上诉权，因为“涉黑”案件被告人人数众多，所有被告人都放弃上诉权是不可能的。同时，被告人还面临着不上诉却被加刑的风险。因为被告人放弃上诉而同案其他被告人上诉，如果二审法院认为原判事实不清、证据不足，就会发回原审法院重新审判，没有上诉的被告人就面临着被加刑的风险。《解释》第308条、第309条规定按照审判监督程序审理的案件适用全面审查原则，原来是一审的按照一审程序进行审理。“涉黑”案件中任何一个被告人启动了审判监督程序，其他被告人都得接受再次审判的风险。即使再审判决没有改变刑罚，也必然会对减刑和假释造成影响。同时，司法实践中，“涉黑”案件的被告人很难通过申诉启动审判监督程序。因为一旦启动审判监督程序就必须对全案被告人和全案事实重新进行审理，法院从审判效率的角度考虑是不愿重新审理的，特别是在有些被告人已经被执行死刑的案件中则更是如此。

综上所述，目前法院审理的“涉黑”团伙犯罪案件往往因无法可依而造成了诸多弊端。为了规范实践中的合并与分案审理，本文以“涉黑”案件的合并审理为主线，建议立法上应该对合并

与分案审理作出明确规定。对此, 笔者的初步设想是:

第一, 立法上应该明确限定刑事案件具备“关联性”的情形: 1. 一人犯有数罪; 2. 数人共犯一罪或者数罪; 3. 数人同时在同一处所各自分别犯罪; 4. 犯有与本罪有关的包庇、窝藏、伪证、销赃罪, 等等。对于上述具备“关联性”特征的犯罪, 法院可以合并进行审理。

第二, 对一人犯数罪合并进行审理时, 如果会影响被告人的辩护策略(如被告人承认被指控的一罪但却否认其他罪行时, 如果合并审理会给合议庭造成认罪态度恶劣的印象等情形时), 法院可以裁量是否进行分案审理。

第三, 对于数人共犯一罪或者数罪的, 如果合并审理会导致被告人之间互相指控或者包揽罪责等情形时, 法院应该裁量分案审理。

第四, 对于人数庞大的团伙类犯罪, 如果合并审判会导致庭审流于形式、羁押率和超期羁押现象上升、变相限制了被告人的上诉权和申诉权、侵犯律师会见权等辩护权现象时, 法院应该裁量进行分案审理。即针对团伙犯中的从犯、胁从犯或者虽非从犯和胁从犯, 但有立功表现的, 法院应该另行组织合议庭审理, 从轻、减轻、免除其刑事责任; 对于虽与团伙成员之一共同实施过犯罪, 但本质上并不属于团伙组织成员的连环犯罪被告人, 通常情况下应该分案审理; 对于团伙犯罪的领导者、组织者和骨干成员, 为了保证查清案件事实和量刑的均衡, 法院应该合并审理。

腐败犯罪资产追回机制的完善

卞建林(中国政法大学教授)

随着经济全球化进程的加快, 腐败犯罪也日益呈现出全球化的特点。据世界银行初步估计, 全世界每年约有 2 万亿美元涉及腐败的资金进行跨国流动, 相当于全球生产总值的 6%。腐败行为使许多国家的经济社会发展和政府形象蒙受损害, 其中发展中国家所遭受的经济损害最为严重。^[72] 然而, 由于世界各国政治体制的不同以及法律制度的差异, 单一的腐败行为受害国在全球范围内对腐败犯罪进行打击和追诉时往往显得势单力薄, 且在实践中难以取得成效, 这更进一步加剧了腐败犯罪在全球范围内的滋生和蔓延。

鉴于这一情况, 越来越多的国家和地区意识到应当建立国际性的多边条约以促进世界各国通力合作、联手打击腐败犯罪。^[73] 为此, 联合国大会第 87 次全体会议于 2000 年 12 月通过了第 55/188 号决议, 呼吁“国际社会支持所有国家致力加强体制能力和管制框架, 防止贪污、贿赂、洗钱和非法转移资金, 并将这些资金返还来源国”。^[74] 2003 年 10 月, 联合国大会通过了《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》), 以专章的形式详细规定了腐败犯罪的资产追回机制, 协调了各国在资产返还方面的立场, 并强调“按照本章返还资产是本公约的一项基本原则, 缔约国应当在这方面相互提供最广泛的合作和协助”。资产追回机制是《公约》针对腐败犯罪资产外逃而设置的全新法律机制, 是在综合分析各国反腐败犯罪的成效与困境的基础上经过缔约各方努力协调所达成的重要反腐败成果。

对于《公约》确定的“资产追回机制”, 通常理解为: 对于因实施《公约》确立的犯罪而直

[72] 参见张业遂:《让腐败分子无处藏身——解读〈联合国反腐败公约〉》,《求是》2004年第8期。

[73] 例如, 1996年美洲国家组织制定《美洲国家组织反腐败公约》, 1997年欧盟理事会通过《打击欧洲共同体官员或欧洲联盟成员国官员腐败的公约》, 1999年欧委会成员国先后通过《欧洲委员会反腐败刑罚公约》和《欧洲委员会反腐败民法公约》等。

[74] 参见外交部条约法律司编译:《联合国反腐败公约及相关法律文件》,法律出版社2004年版,第77页。