

# 外籍犯罪嫌疑人刑事诉讼权利保障研究

外国人犯罪课题组\*

[内容摘要] 近年来,上海地区外国人犯罪案件数量逐年上升,案件类型大幅扩展,涉及国家地区众多,诉讼权利保障难度不断加大。少数外国被告人国籍认定难、外国企业主体资格认定难、小语种翻译保障难、来自域外的证据认定难、强制措施不适应社会管理现状等问题长期困扰我国司法机关。检察机关在审查国籍时采用实质原则和协商一致原则相结合的方法;在保障外国被告人翻译权时采取重大案件特别授权,口头与书面告知相结合,以及对翻译问题取证固证的方法;积极探索域外证据的认证、认定手段;积极引导轻微刑事案件中涉案外国人的刑事和解,保障其程序选择权。

[关键词] 涉外刑事诉讼程序 诉讼权利 外国人犯罪 权利保障

外籍犯罪嫌疑人的诉讼权利保障一方面关系我国的司法主权,另一方面反映我国司法机关保障人权的态度。既是法律问题,也是外交和政治问题。新刑事诉讼法调整了对外国人犯罪一审刑事案件的级别管辖规定,同时证据、强制措施等制度也有变化。外籍犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利的保障呈现出一些新问题。为进一步落实对外籍犯罪嫌疑人诉讼权利保障的国民待遇,本文对常见的难点问题进行梳理并提出对策建议。

## 一、上海地区外国人犯罪案件基本情况

### (一) 案件数量逐年上升,案件类型扩展

2004至2006年,上海市共办理外籍人员犯罪案件145件/239人。2007年至2009年,外籍人员犯罪案件达到216件/293人。其中,2007年76件/109人、2008年71件/91人、2009年69件/93人,案件数和涉案人数分别上升49%和23%。犯罪共触及35个罪名,其中妨害社会管理秩序类占47.7%、破坏社会主义市场经济秩序类占23.1%、侵犯财产类占16.7%、侵犯公民人身权利类占11.6%。这种数量变化对于司法机关意味着工作量和工作难度的增加。

\* 课题组成员:杨金祥、曹坚、姜伟、黄卓昊、陈海燕,上海市人民检察院第一分院检察官。

### (二) 涉毒犯罪形势严峻 经济犯罪明显增加

2004年至2009年,外籍人员在沪涉毒犯罪共计103件/127人,分别占外籍人员犯罪总数的28.5%和23.9%。实践中,对外籍犯罪嫌疑人适用重刑也主要来自涉毒犯罪,如巴基斯坦人扎希德因指使他人走私入境7公斤多海洛因,被一审判处死刑;此外,受金融危机的影响,部分国内企业急于引进外资摆脱困境,缺乏必要的风险防范意识,使得犯罪分子有机可乘,经济犯罪数量上升。经济犯罪相较于暴力犯罪办案周期长、法律争议多、无罪辩护也较多,辩护人的业务水平和对案件的投入程度明显高于普通刑事案件,因此被告人诉讼权利的保障要求更高。

### (三) 涉及国家地区众多 权利保障难度增加

2001至2003年,在沪犯罪的外籍人员来自21个国家和地区。2004至2006年,扩大至43个国家和地区。2007至2009年则增加到51个国家和地区,其中来自亚洲的占59.4%。犯罪人数居前三位的国家是巴基斯坦、马来西亚和美国。仅这三个国家的犯罪嫌疑人使用的语言就包括英语、马来语、乌尔都语等多种语言。而且这些国家政府对本国人诉讼权利状况的关注程度不同。有的不发达国家没有条件,甚至连验证国籍都难以实现;而少数发达国家,如美国政府对其本国人在外国涉嫌犯罪时所受到的待遇、诉讼权利的保障十分关注,受羁押的美国犯罪嫌疑人都会获得领事会见,甚至会见次数不止一次。因此,保障上述国家公民的翻译权、会见权以及其他诉讼权利的难度也明显较高。

## 二、外籍犯罪嫌疑人刑事诉讼权利保障的难点

外籍犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中,享有我国法律规定的诉讼权利并承担义务,其刑事诉讼权利与我国犯罪嫌疑人、被告人之间并无显著不同。但是,由于涉外属性的特殊要求在诉讼权利保障方面有一些相对于本国人的特殊规定,而这些特殊规定往往是外籍犯罪嫌疑人诉讼权利保障的难点,下面就一些代表性问题进行分析。

### (一) 少数外国人的国籍身份不易确定

虽然对于外籍犯罪嫌疑人同等适用我国刑事诉讼法,但是国籍的确定涉及其翻译权、领事会见权等权利的落实,因此外国犯罪嫌疑人的国籍问题仍然是保障外国人刑事诉讼权利重要问题。实践中造成外国犯罪嫌疑人国籍难以查明的原因有三:一是少数外国犯罪嫌疑人具有双重甚至多重国籍;二是妨碍国边境管理犯罪的外国犯罪嫌疑人难以确定国籍,护照是确定外国人国籍的重要证明文件,偷渡者一般都是没有护照或者持虚假、伪造的护照,这给确定国籍带来了较大的困难;三是少数国家提供“方便护照”,所谓“方便护照”实质上就是“出售护照”,这些出售的护照并非伪造,但是给外国人的国籍认定增加了难度。

### (二) 翻译问题给权利保障造成实质影响

外国人参与刑事诉讼程序时,语言障碍贯穿于程序的全过程,在权利告知、侦查讯问、庭审等环节对外籍犯罪嫌疑人诉讼权利的保障造成实质影响。外籍犯罪嫌疑人权利保障的翻译问题反映在两个方面:

一是对有资质的小语种翻译需求很大。虽然法律和司法解释未对刑事诉讼中的翻译资质有明确规定,但是为了保证翻译质量以及外籍犯罪嫌疑人的翻译权得到落实,司法机关在办案过程中对翻译有一些要求。如2004年上海市检察院制定《公诉部门关于委托翻译人员

参与刑事诉讼的规定(试行)》明确要求,办理涉外案件必须聘请上海市外事翻译工作者协会、上海上外翻译总公司或其他中国翻译工作者协会的会员单位等指定机构派出的翻译人员。除此之外的人员所作的口头、书面翻译均无法律效力。现实需求较大的马来语、乌尔都语、韩语等小语种翻译中有资质的屈指可数。

二是一些外籍犯罪嫌疑人借翻译问题质疑司法程序的正当性。一些外籍犯罪嫌疑人在得到不利判决后经常借口翻译有问题提起上诉,甚至要求启动审判监督程序。如在一名格鲁吉亚人犯罪案件中,鉴于格鲁吉亚系前苏联加盟共和国,受过教育的格鲁吉亚人都通晓俄语,司法机关为其提供俄语翻译,被告人在侦查、审查起诉和一审阶段都没有异议,而且毫无理解障碍、沟通顺畅,但是判决后该被告人以自己不懂俄语为由提起上诉。

### (三) 域外证据的认可尚无明确规定

域外证据是指来源于我国司法领域之外的证据材料。

举证是被告人及其辩护人享有的一项基本诉讼权利,而我国刑事诉讼法对被告人、辩护人如何收集域外证据,法院对其如何认证无明确规定。实践中多是产生于境外的电子数据证据,因为电子数据可以跨国界流动,而且复制、提取较为便利。随着国内外商业交往的增多,商业犯罪中涉外电子数据证据越来越多,在刑事诉讼程序中如何认证是争议较多的难题。由于民事诉讼法及其司法解释对域外证据的认证有专门规定,法院在实践中一般参照民事诉讼法的这些规定对被告人、辩护人提供域外证据进行认证,但是,这种做法的合法性、合理性尚有疑问。

### (四) 强制措施中扣留护照的消极影响

采取取保候审的外籍犯罪嫌疑人,按照《公安机关办理刑事案件程序规定》规定,经省级公安机关批准,可以依法扣留其护照。目前,在实践中对取保候审的外国人一般都扣留护照。新刑事诉讼法也规定对外国犯罪嫌疑人采取取保候审、监视居住等强制措施可以附加禁止令扣押出入境证件。但是,由于我国社会管理越来越规范,没有护照对外籍犯罪嫌疑人生活影响较大,一旦被扣留护照就无法购买飞机票、火车票、无法入住宾馆。当外籍犯罪嫌疑人、被告人的居住地不在办案机关所在地时,甚至会造成外国人无法到办案机关来接受讯问和庭审的情况发生。

## 三、检察机关保障外籍犯罪嫌疑人诉讼权利的对策

### (一) 严格审查国籍避免外交纠纷

当涉及多个国家时,犯罪嫌疑人国籍的确定不仅是犯罪嫌疑人个人权利的问题,还可能涉及外交问题。如果应当通知甲国领事官员的犯罪案件而通知乙国,既没有切实保障外国人的领事会见权,也有可能引起相关国家对我国刑事诉讼程序的怀疑,甚至是相关国家之间的外交纠纷。检察机关在办理外国人犯罪案件时的做法是:

第一步,对外国犯罪嫌疑人国籍的认定采取实质原则。不单凭签发护照的国家确定,也不简单按照被告人自报的国籍确定,而是结合主客观证据,查明犯罪嫌疑人与哪个国籍联系更加紧密,以及有关国家的具体情况严格审查。只有与涉案外国人联系最紧密的国家才更关注案件的处理,对案件的查明也更有帮助。这样做既符合解决国籍冲突的国际法原则,对涉案的外国人也是最为有利的。

第二步,尽可能采取协商一致原则稳妥处理国籍冲突问题。在外国犯罪嫌疑人存在国籍冲突时,最稳妥的解决办法是相关国家的外交、领事机关能够取得一致的认识。检察机关应加强与相关国家领事机关的沟通和协商,争取使国籍认定取得相关国家的共识。

### (二) 保障侦查羁押中外国犯罪嫌疑人的权利

在我国司法实践中,侦查阶段限制人身自由的强制措施适用率较高,而一些法治国家的审前强制措施以取保候审为原则,羁押为少数。这种反差造成一些国家对被我国司法机关羁押的国民尤其关注,甚至对我国司法机关给予其国民的羁押待遇存有怀疑。因此,在审查起诉阶段,检察机关对外国犯罪嫌疑人的诉讼权利予以重点关注,对于常见的三种情况及时建议纠正:

一是发现在侦查阶段未通知犯罪嫌疑人所属国使领馆的,敦促公安机关补充通知并为会见创造条件。如果涉案外国人来自于一些小国,或者在上海未设有领事机关的国家,由于通知使领馆并安排会见较为复杂,有可能由于侦查机关忽略,还有可能是程序拖延导致少数涉案外国人在侦查阶段未及时获得领事会见。检察机关在审查起诉阶段,应注意保障被告人的领事会见权,及时对侦查机关建议纠正,并且安排会见。

二是严格遵守有关羁押期限的规定,防止变相超期羁押。明显的超期羁押在上海司法机关的执法活动中已经非常罕见,检察机关将侦查监督的重点适时转向变相和隐性的超期羁押。

三是建立合理的强制措施保障机制。在对外国犯罪嫌疑人采取取保候审、监视居住等强制措施并附加禁止令时,要考虑到外国犯罪嫌疑人的特殊情况,不能一概要求外国犯罪嫌疑人将护照等出入境证件交执行机关保管。对于不必适用逮捕的,在境内有无固定住所、工作的外国犯罪嫌疑人,执行机关又必须保管出入境证件时,应当采取一些灵活手段,防止犯罪嫌疑人出现生活困难。

### (三) 引入多种手段保证外籍犯罪嫌疑人翻译权

鉴于现行法律和司法解释对翻译权的保障问题没有具体规定,检察机关在实践中采取了一些创新措施弥补法律规定的空白。

一是个别重大案件对翻译资格采取个案认证的办法。在一些外国犯罪嫌疑人较多的重大涉外案件中,检察机关尝试采用一些特殊处理方式。如具有较大影响的上海世贸商城钻石盗窃案中,有25名外国犯罪嫌疑人来自多个南美国家,均以西班牙语为母语,而在上海精通西班牙语且具有涉法翻译资质的人寥寥无几。为规范执法行为,选择了几个西班牙语口译水平很高、并得到被告人认可的导游做翻译,同时商请上海市外事翻译工作者协会以“个案授权”的形式确认了这些导游以该协会会员身份介入本案,解决了翻译的司法资质问题,保证了执法的严肃性。

二是以书面和口头不同形式保证权利告知效果。<sup>(1)</sup> 检察机关近来在审查起诉阶段,对一些以小语种为母语,但是有英语阅读能力的犯罪嫌疑人在权利告知时,开始尝试口头与书面翻译相结合的方式,即在提供口头翻译告知时,另外提供一份由翻译协会鉴证盖章的英文文本,以便犯罪嫌疑人仔细理解,防止翻译错误。

(1) 参见杜建人:《日本的外国人犯罪及诉讼上的翻译问题》,载《政治与法律》1996年第1期。

三是及时对翻译权保障固证。翻译是涉外刑事诉讼程序中的重要问题,关系到外籍犯罪嫌疑人参与诉讼,为自己辩护的基本权利。如果翻译安排不当,可能导致侦查行为无效、言词证据的合法性被质疑,甚至裁判被纠正的结果。鉴于一些外籍犯罪嫌疑人在审前阶段对翻译不持异议,庭审中又以翻译有问题为借口翻供,或者判决后以翻译问题为由上诉的情况,有必要将翻译问题作为重要的程序事实予以取证、固证。在检察机关承办人对外国犯罪嫌疑人进行第一次权利告知和讯问时,就及时向犯罪嫌疑人询问对于翻译的意见,无异议时记录在卷并让其签字确认。

#### (四) 积极探索域外证据的认可采信手段

刑事诉讼法第42条规定,证据必须经过查证属实,才能作为定案根据。对于外国犯罪嫌疑人提供的形成于国外的证据,检察机关积极探索认证、采信的手段,以保证外国犯罪嫌疑人的举证、辩护权利。

一是经翻译机构译成中文,并经该国公证机构公证,且经我国驻该国领馆认证。虽然公证、认证程序存在一定的局限性,但不可或缺。特别是对由机构出具的文书材料,如境外政府颁布的授权文书、境外单位的注册资料、公司的财务报表等机构开具的书证材料,由于境外公证机构能够熟悉地掌握该国对相关材料合法性的要求,也能就这些材料的真实性做较为详细的调查,因此其仍是境外证据特别证明程序的一个重要途径。

二是对一些不便公证的材料,特别是公安机关在境内侦查取得的有罪证据,公诉机关主要采取由被告人、被告单位辨认、确认的方式确定证据。对一些被告人和公诉人都认可的书证、鉴定结论等,出于节约诉讼成本、提高诉讼效率的考虑,一般不再要求对这些证据进行公证证明。

三是证人的辨认、确认,并将域外证据与其他证据印证。我国刑事诉讼法采取“证据之间能够印证”的刑事证明标准。当某一域外证据不能或不便采用公证、认证程序,且被告人、被告单位不愿对该证据进行确认时,公诉人往往还会通过该证据与其他证据的关联性进行审查,如果该域外证据能够与别的证据产生印证关系,则应确认其真实性。

四是发挥潜在证人的作用,通过电话、电子邮件等方式与相关人员进行核实,并将核实结果形成书面工作记录。一国司法机关通过电话、电子邮件、传真等方式自行与境外证据提交人联系,核实证据的来源真实,并不涉及司法主权问题,也不失为确定证据来源真实的有效方式之一。

#### (五) 引导和解,保护外籍犯罪嫌疑人的程序选择权

为了兼顾公正和效率两种价值,现代刑事诉讼程序的被告人具有一定的程序选择权。外国被告人应当如本国被告人一样,享有与司法机关协商,通过认罪享有便捷刑事诉讼程序的权利。新刑事诉讼法在变更外国人犯罪案件一审级别管辖的同时,也扩大了基层法院适用简易程序的范围,对外国人犯罪案件适用简易程序是应有之义。保障外国被告人程序选择权,首先要落实权利告知,向外国被告人充分说明认罪后适用简易程序的利弊。同时,应当置备我国刑事司法制度简要介绍,并翻译成各种主要语言,以便外国被告人理解选择。

(责任编辑:卢勤忠)