

论跨境追赃相关法律问题

张晏瑄* 吴迪**

摘要：中国高度重视反腐败问题，已正式加入《联合国反腐败公约》，但目前中国国内法还未与该公约完全对接，特别是承认与执行外国没收令的制度尚未建立。中国现行的刑事没收制度也已落伍，主要表现为作为附加刑的“没收财产”的适用必须以定罪为前提条件。外国司法机关针对产生于本国违法犯罪行为的财产所宣告的没收令，在中国境内得不到承认与执行，中国司法机关也不能针对不归自己管辖的刑事案件的违法所得实行没收。解决境外追赃问题，一方面需要认真研究与资产流入相关的冻结、扣押和没收违法所得的法律制度，另一方面还需要努力健全和完善刑事冻结、扣押与没收制度，尽快制定并颁布中国关于国际刑事司法协助的法规，使追缴犯罪资产的国际合作有法可依。此外，还应积极主动地寻求与主要犯罪资产流入国的国际司法协作，签订双边或多边的司法协作条约，为跨境追赃扫清法律障碍。

关键词：跨境追赃 追缴没收制度 国际刑事司法协助 赃款分享

前言

腐败并不是一个新问题，中国古代就曾经大力“反腐倡廉”。社会发展到今天，腐败问题也呈现出新特点，反腐败工作也相应不断深化。尤其是中国共产党第十八次代表大会之后，党和国家高度重视反腐败工作，先后采取了一系列措施严厉打击腐败犯罪。但追逃的难度仍然很大，主要难在缺乏引渡条约以及外逃人员所在国家甚至是所在国际区域复杂而漫长的司法程序。以赖昌星案为例，耗时长达12年，赖昌星最终才得以遣返。^①而涉及中国与秘鲁两国引渡条约的适用的黄海勇案则历经从秘鲁国内法院与美洲人权法院复杂的国内法和国际法司法程序，最终将案犯成功引渡回国。^②

相比追逃，追赃更难。虽然2003年《联合国反腐败公约》（United Nations Convention against Corruption）为各国构筑了一个追赃的基本框架，但受制于财物所在地的政治制度、文化传统、价值观念，特别是法律体系上的巨大差异，境外依旧是贪腐者和经济犯罪获利的天堂。^③2005年

* 法学博士，山东大学法学院教授，博士研究生导师。

** 山东大学法学院硕士研究生。

① 赵秉志、张磊：《赖昌星案件法律问题研究》，载《政法论坛》2014年第4期，第108—110页。

② 柳华文：《美洲人权法院引渡第一案的意义及其启示》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2016年第6期，第51—59页。

③ 黄风：《建立境外追逃追赃长效机制的几个法律问题》，载《法学》2015年第3期，第3页。

10月27日,经全国人大常委会批准,中国正式加入《联合国反腐败公约》。但是,目前中国国内法仍未与该公约完全对接,特别是承认与执行外国没收令制度尚未建立。中国现行的刑事没收制度已落伍,主要表现为作为附加刑的“没收财产”,其适用必须以定罪为前提条件。虽然最新刑事诉讼法设立了“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”,但其适用范围相当有限,且只能在中国进行的刑事诉讼中加以实施,因此,外国司法机关针对产生于本国违法犯罪行为的财产所宣告的没收令,在中国境内得不到承认与执行,中国司法机关也不能针对不归自己管辖的刑事案件的违法所得实行没收。^①

由此看来,解决境外追赃问题,一方面需要认真研究与资产流入相关的冻结、扣押和没收违法所得的法律制度,另一方面还需要努力健全和完善中国的刑事冻结、扣押与没收制度,尽快制定并颁布中国关于国际刑事司法协助的法规,使追缴犯罪资产的国际合作有法可依。

一 跨境追赃法律问题概要

(一) 跨境追赃的基本含义

跨境追赃中的“境”并非一般意义上的边境或者国境,而是指拥有独立法律体系的区域,即“法域”。联合国发布的《〈联合国反腐败公约〉实施立法指南》对赃款追回问题进行阐述时,就指出很多腐败分子在其他“法域”得到庇护。^②

“赃”在国际公约中称为“犯罪所得”(Proceeds of Crime)。如2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(United Nations Convention against Transnational Organized Crime)第2条(e)项与《联合国反腐败公约》第2条(e)项等都称“赃”为“犯罪所得”,是指由犯罪所产生之财物或收益。中国现行法中的赃物则主要是指中国刑事诉讼法规定的涉案财物,涵盖违法所得及其孳息、涉案财物及其孳息、非法持有之违禁品等。^③

“追赃”概括而言有两个目的,一是将赃款赃物追回,二是将赃款赃物上缴国库或返还受害人。^④可见,追赃是刑事侦查与权利救济之融合,是一项综合性的手段和过程。^⑤

(二) 跨境追赃的法律依据

1. 全球性国际公约

迄今为止,在国际范围内已经通过了一系列与跨境追赃有关的国际公约,例如1988年的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、1999年的《联合国制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、2000年的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、2000年的《联合国打击跨国有组织犯罪公约的打击陆海空偷运移民的补充议定书》和《联合国反腐败公约》等等。联合国的这

① 陈雷:《论我国违法所得没收程序司法认定若干法律适用问题研究》,载《法治研究》2015年第4期,第101—102页。

② 联合国毒品与犯罪问题办公室:《联合国反腐败公约实施立法指南》2012年版,第194—196页。

③ 最高人民检察院:《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》第2条。

④ 徐武生:《经济犯罪与经济纠纷》,法律出版社2001年版,第128—130页。

⑤ 程小白等:《追赃理论与实务》,中国人民公安大学出版社2003年版,第27页。

些重要的国际公约，主要从实体方面对境外追赃予以明确，包括对犯罪所得及其收益的界定等；而在程序方面，因各国司法实践差异较大而只有原则性规定。^①其中，《联合国反腐败公约》是世界首部有完整赃物追回条款之国际公约，该公约就预防和监测赃物之转移、直接追回赃物之措施、赃物没收之国际合作以及赃物返还及处分等进行了细致的规定，并要求缔约国就赃物返还进行广泛合作与协助。^②

中国积极加入联合国相关国际公约，迄今为止，中国加入了《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》《联合国制止向恐怖主义提供资助的国际公约》《联合国打击跨国有组织犯罪公约》以及《联合国反腐败公约》。

2. 区域性国际公约

(1) 欧盟自成立以来，就致力于协调欧洲范围内之法律行为，^③并将构建共同的法治欧洲作为行动目标，其通过了诸多的刑事条约，对国际追赃合作有很好的借鉴意义和促进作用。1959年的《欧洲刑事司法协助条约》要求各缔约国提供最广泛的司法协助，但对政治犯罪、财税犯罪、危害主权或公共秩序时可不予适用。^④1978年的《欧洲刑事司法协助条约附加议定书》要求财税犯罪亦应提供司法协助，并将执行刑罚等措施纳入司法协助。^⑤1970年的《关于刑事判决国际效力的欧洲公约》在执行罚金和没收财产方面，要求执行国先将财产金额换算成本国货币，然后才可执行，且其总额不得高于本国同类犯罪处罚的最高限度。^⑥1999年的《欧洲反腐败刑法公约》规定了各国对赃款赃物之鉴定、追查、冻结和查封等内容，要求各国尽量相互协助，并根据公约要求修改各自国内立法。^⑦

2003年的《在欧盟范围内执行冻结财产和证据的框架决定》（Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the Execution in the European Union of Orders Freezing Property or Evidence）指出，对成员国申请冻结财产或证据之请求或没收令，受理国应承认并根据本国法予以执行，须按照申请国之手续，以预防财物被转移或替代甚至毁灭。^⑧2005年2月24日，欧盟理事会通过了《财产刑相互承认原则适用的框架决定》，对司法或行政机关之财产刑决定，各缔约国要相互承认并执行，执行程序 and 方式须按照执行国之法律。^⑨2006年10月6日，欧盟委员会通过了《没收令相互承认原则的框架决定》，规定了缔约国应立即承认并无条件执行申请国之没收令，无须符合双重犯罪标准，不过，执行须根据执行国之法律。^⑩

(2) 美洲国家组织也通过了相关的国际公约。1992年的《美洲国家间刑事司法协助公约》就协助范围、双重犯罪标准、拒绝协助的缘由等做了规定，要求成员国提供从侦查、起诉到审判

① 赵秉志等：《〈联合国反腐败公约〉暨相关重要文献资料》，中国人民公安大学出版社2004年版，第3页。

② 中华人民共和国外交部条约法律司：《联合国反腐败公约及相关法律文件》，法律出版社2004年版，第36页。

③ <http://www.coe.int/en/web/portal/home> (last visited Mar 4, 2017).

④ European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Art 2.

⑤ Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Art 2.

⑥ European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, Art 6.

⑦ Criminal Law Convention on Corruption, Art 23.

⑧ Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the Execution in the European Union of Orders Freezing Property or Evidence, Art 5.

⑨ Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the Application of the Principle of Mutual Recognition to Financial Penalties, Art 20.

⑩ Council Framework Decision 2006/783/JHA of 6 October 2006 on the Application of the Principle of Mutual Recognition to Confiscation Orders, Art 6.

等最广泛之司法协助。该公约要求，关于双重犯罪标准，即使某行为在申请受理国不认为是犯罪，受理国亦可提供司法协助，但申请国对该行为之判刑需在1年以上监禁刑。^①《美洲国家组织反腐败公约》（Inter-American Convention against Corruption）于1996年3月29日通过，于1997年3月生效，对境外追赃做了细致规定：一是司法协助之依据为国内法和国际公约或条约；二是协助范围涵盖侦查、起诉各阶段的必要行动，包括对赃款之追踪、冻结、扣押和没收等等内容；三是缔约国可承认并执行另一国之赃物没收裁决；四是就没收之赃物允许依法进行资产分享。^②

3. 境外追赃的国内法依据

（1）主要资产流入国追赃的国内法依据

就追赃之国内立法而言，英美法系国家倾向于单独立法。如英国的2002年《犯罪收益追缴法》、美国的2000年《民事资产没收改革法》、澳大利亚的2002年《犯罪收益追缴法》。而大陆法系国家则倾向于在刑事法律中进行规定。以德国为例，其《刑法典》在第3章第7节对追缴和没收犯罪所得的实体法事项作了规定，包括追缴和没收的主体、追缴和没收的条件以及没收后的折价等相关内容；而关于追缴和没收的程序性事项则规定在《刑事诉讼法典》第6编的特别程序中。^③

（2）提供追赃司法协助的国内法依据

相关立法内容包括协助对赃物进行追查和监控、冻结、扣押和没收，承认与执行他国之裁决，将赃物部分或全部返还原所有国。就相关立法而言，英美法系国家的代表有英国1990年的《刑法（国际合作）》与2003年《刑法（国际合作）》，美国则将相关法案收录于《美国法典》中；大陆法系的德国有《国际刑事司法协助法》，日本有《国际侦查互助法》，法国则规定在《法国刑事诉讼法典》中。

（三）跨境追赃的方式

从2003年《联合国反腐败公约》的具体规定来看，境外追赃包括不同的追回机制，最主要的是直接追回机制，包括民事确权诉讼、民事侵权诉讼和简易返还等三种方式。其次是间接追回机制，其核心是对犯罪资产的没收制度，主要包括通过境外刑事诉讼没收犯罪资产、通过外国民事没收制度没收犯罪资产以及通过承认和执行外国没收裁决没收犯罪资产这几个方面。

1. 简易返还

所谓简易返还，即根据所有权证明返还，就是赃物流出国参与到流入国的赃物没收诉讼程序当中，凭借自身赃物所有权之合法证明，直接索回犯罪资产。这种方式简单直接，故称简易返还。^④《联合国反腐败公约》对此作了明文规定，各缔约国依法承认别国的简易返还请求权，并配合执行。这一追赃方式得到很多国家的国内法的承认。^⑤

2. 境外民事诉讼追回

这种追回方式分为确权诉讼追回和侵权诉讼追回两种情形。^⑥前者是指赃物流出国就赃物所

① Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Art 13.

② Inter-American Convention against Corruption, Art 15 - 16.

③ 《德国刑法典》，徐久生、庄敬华译，中国方正出版社2004年版，第38—44页。

④ 中华人民共和国外交部条约法律司：《联合国反腐败公约及相关法律文件》，法律出版社2004年版，第38页。

⑤ 《英国2002年犯罪收益追缴法》，黄风、赵琳娜译，中国政法大学出版社2010年版，第185—187页。

⑥ 赵秉志等：《〈联合国反腐败公约〉暨相关重要文献资料》，第97页。

有权向流入国之法院提起确权之诉,要求确认其对赃物的所有权。^①《联合国反腐败公约》对此也有明确规定,要求各缔约国依约确权。后者是指赃物流出国以受害人之身份向流入国法院起诉,要求就受到的损害给予赔偿或补偿。《联合国反腐败公约》第53条第2项对此作了规定。不过,根据公约之规定,境外民事确权诉讼,须在如下情形中方得实现:一是有足够的赃物所有权之证据证明;二是请求国对最终判决接受和认可,判决仅限于民事判决。考虑到上述情形往往会在诉讼过程中逐步达成,因此公约赋予请求国以诉权。而民事侵权诉讼,其补偿或赔偿是依附于刑事程序还是民事程序,由各国自行决定。法国就允许受害人参与刑事公诉或侵权诉讼中,^②就其所遭受的损害请求补偿或赔偿,其范围包括归还财产、赔偿损失及其相关费用。^③

3. 通过境外刑事诉讼追回

这种方式是指由赃物流入国先根据本国刑诉程序将赃物追缴和没收,然后由流出国提出请求,流入国依法将赃物返还。^④这体现在《联合国反腐败公约》第54条第1款第2项当中。这种方式的实质是对罪犯的刑事处罚,它以行为人构成犯罪为前提,并且赃款与犯罪行为之相关性须达到确信的程。^⑤

4. 非经定罪的没收

非经定罪的没收也称民事没收,其本质是一种“对物的没收”。^⑥该方式常见于海事法,指当一艘船涉及刑事案件后,执法部门并不直接起诉船上之人,而是直接起诉船。该追赃方式体现在《联合国反腐败公约》第54条第1款第3项中。这种方式具有如下特点:一是追缴赃物是首要目的,追缴行为独立于刑诉,不要求必须有犯罪发生,人物分离;二是只要法院对涉案财物有管辖权即可进行管辖,特别适用于被告人潜逃、死亡、缺席等特殊情;三是外国执法机关的信息与证据可作为本国司法的依据,但本国可自由裁量适用;四是可适用民事“优势证据”标准,犯罪与赃物有实质联系即可采取司法措施;五是没收对象涵盖所有涉案赃物,甚至包括作案工具等。六是赃款返还比例根据国内法自行决定,无需与受害国商量。^⑦

5. 承认与执行外国没收裁决

这种方式是指由赃款流出国作出没收裁判并签发没收令,然后根据国际公约或双方协定,向赃物之实际控制国提出承认裁决之申请,实际控制国按照公约或本国法律,采取一定方式直接或间接确认没收令在本国之法律效力,进而使没收令得以执行。^⑧《联合国反腐败公约》第55条第1款第2项就对此做了规定,公约缔约国皆有义务予以配合执行。

(四) 中国跨境追赃的现状与法律困境

1. 中国跨境追赃的现状

在批准通过《联合国反腐败公约》之前,中国就已经有了跨境追赃的实践,并且还取得了

① 赵秉志等:《〈联合国反腐败公约〉暨相关重要文献资料》,第56页。

② 《法国刑事诉讼法典》,余叔通、谢朝华译,中国政法大学出版社1998年第3版,第3页。

③ 《法国民法典》第1382条:“任何行为致使他人收到损害时,因其过错行为发生之人,应对该他人负赔偿之责任。”

④ 杨宇冠、吴高庆:《〈联合国反腐败公约〉解读》,中国人民公安大学出版社2004年版,第460页。

⑤ 樊崇义、张中:《排除合理怀疑:刑事证明标准》,载《检察日报》2012年5月6日,第3版。

⑥ [日]森下忠:《国际刑法入门》,阮齐林译,中国人民公安大学出版社2004年版,第183—185页。

⑦ Mark V. Vlasic and Jenae N. Noell, “Fighting Corruption to Improve Global Security: An Analysis of International Asset Recovery Systems”, (2010) 5 *Yale Journal of International Affairs* 106, p. 111.

⑧ 陈雷:《论我国追赃国际合作的法律依据和主要方式》,第37页。

一定的成效，例如1994年追回因国际诈骗而流入海外的中国农业银行衡水中心支行价值90亿美元的信用证、2000年李化学案从澳大利亚追回价值2800万人民币的资产以及2001年中国银行广东开平支行前行长余振东重大贪污案等。但是，从宏观上看，相较于外流资产总额，迄今为止中国追回的外流资产只是很小的一部分。^①

2. 面临的法律困境

目前，中国开展跨境追赃所面临的困境主要来自以下几个方面：

(1) 追缴制度尚待完善。到目前为止，中国还未建立一套比较完备的跨境追赃制度，主要表现为未对《公约》在跨境追赃领域的规定以国内法的方式加以确认。民事没收、承认与执行外国的没收裁决以及资产分享等方面，中国还存在许多立法空白。

(2) 追赃依赖引渡和刑事司法协助。从中国的跨境追赃实践看，跨境追赃用得较多的两种方式是在引渡犯罪嫌疑人的同时，向被请求国附随提出资产追缴的请求，以及通过和被请求国的刑事司法协助对犯罪收益进行追缴。但是这两种方式都有自身的缺陷，比如引渡就涉及到条约前置、双重犯罪、酷刑以及政治犯不引渡等问题，难度较大，耗时较长。^②此外，这两种方式对犯罪嫌疑人的行踪未被掌握的情况显得无能为力。

(3) 证据方面的困境。跨境追赃的取证工作不同于一般国内案件。要想取得完整的证据链，往往需要在两国甚至多国间开展工作，这大大增加了司法机关和执法机关办案的难度。此外，由于追赃涉及的国家可能属于不同的法律体系，对证据的要求也不一样，一些发达国家如美国、加拿大，其对证据的要求要高于中国，^③因此，在向这些国家提交证据时，将证据材料制作成符合其国内标准的证据也是道难题。

(4) 违法所得没收制度存在不足。虽然中国《刑事诉讼法》确立了违法所得没收制度，但是该制度在实际中却总是难以启动。自《刑事诉讼法》生效以来，使用该制度成功进行跨境追赃的案例还非常少。此外，由于违法所得没收制度本质上是一种刑事手段，而中国尚未建立承认与执行外国刑事没收裁决的制度，因此其执行力也大打折扣。

二 主要资产流入国的没收制度

(一) 没收制度的概述

主要资产流入国没收犯罪收益的方式有两种，即以定罪为前提的刑事没收和不以定罪为前提的民事没收。刑事没收是一种对人的没收，其实施是通过证明财产所有者自身的犯罪行为从而需要通过没收剥夺其财产权，证明采用刑事诉讼的标准，即需达到“排除一切合理怀疑”的程度。民事没收之所以被称作“民事”是因为该没收针对的是犯罪资产而非犯罪行为。长期以来，民事没收制度一直被认定为一种独立的处罚方式，其背后的理论基础在于涉案的财物从本质上来

^① 李晓欧：《打击跨国腐败犯罪刑事司法协助制度比较研究》，对外经济贸易大学出版社2014年版，第103页。

^② 龙文、张灿：《探析中国反腐败犯罪引渡机制的健全与完善》，载赵秉志主编：《腐败犯罪的惩治与预防》，北京师范大学出版社2014年版，第290—293页。

^③ 张茂：《美国国际民事诉讼法》，中国政法大学出版社1999年版，第14页。

说,无论是合法还是非法,由于占有者滥用或允许他人滥用而在占有者手里变得危险,故而当滥用发生时,法律允许执法机关从占有者手中剥夺这些财物。^①在民事没收程序中,原告往往是资产所在国的执法机关,被告并不是人,而是作为没收对象的“物”,“物”被赋予了拟制的法律人格。^②民事没收不要求证明资产占有者的犯罪事实,只需要证明所主张没收的资产和犯罪间存在或者被怀疑可能存在联系:原告方需要证明被告即没收对象被用于或者产生于资产占有者的犯罪行为;资产的占有者虽然不是被告,但是要想资产不成为没收对象,需要证明资产未被用于犯罪或者和犯罪无关联。证明规则采用民事的优势证据规则,即采信证明力强的一方的证据。^③由于这样的特点,民事没收制度能够被用于被告人死亡、逃匿、失踪而导致采取刑事手段无法追回资产的情况,弥补了刑事手段的不足。《联合国反腐败公约》第54条将这两种没收方式均列为跨境追赃的方式。

(二) 没收制度的域外考察

本部分选取了当今世界在追赃领域具有代表性的国家的没收制度为研究对象,总结了这些国家运用没收制度追赃的成功经验,以便为完善中国的没收制度提供参照。本文将选取美国、英国和澳大利亚这三个国家作为研究对象,原因如下。一是从中国反腐败工作现状来看,中国的外逃人员有很大一部分逃往欧洲、北美、澳大利亚等西方发达国家和地区。^④以2015年国际刑警组织中国国家中心局公布的100名外逃人员“红色通缉令”为参照,美国是最受外逃人员欢迎的国家,有40多位涉案人员可能逃往美国,此外澳大利亚也是外逃人员相对集中之地。^⑤二是因为这些国家关于追赃的国内法律制度较为成熟和完善。

1. 法律依据

(1) 美国

正如上文所述,美国追赃的国内法依据为《美国法典》和2000年《民事资产没收改革法》。《美国法典》对“没收”制度作了细致规定,分为对物诉讼的民事没收和以定罪为前提的刑事没收。民事没收始于18世纪末,早期主要针对海关和税务犯罪而设立。^⑥2000年修订后的《民事资产没收改革法》将所有犯罪赃物纳入其适用范围,但凡有证据能够证明某财物与犯罪有关,即可对其进行没收。刑事没收开创于20世纪70年代,早期是为敲诈勒索及腐败组织、持续性犯罪而设立,现在洗钱、恐怖犯罪等亦适用刑事没收。^⑦

① Mark V. Vlastic and Jenae N. Noell, “Fighting Corruption to Improve Global Security: An Analysis of International Asset Recovery Systems”, p. 111.

② Mark V. Vlastic and Jenae N. Noell, “Fighting Corruption to Improve Global Security: An Analysis of International Asset Recovery Systems”, p. 111.

③ de Willebois, Emile van der Does and Brun, Jean-Pierre, “Using Civil Remedies in Corruption and Asset Recovery Cases”, (2013) 45 *Case Western Reserve Journal of International Law*, p. 620.

④ 中华人民共和国纪律检查委员会监察部:《国际社会积极评价中国追逃追赃》, http://www.ccdi.gov.cn/gzdt/gjhz/201510/t20151014_63484.html, 最后访问时间:2017年3月2日。

⑤ 《“天网”行动全球通缉百名外逃人员(名单)》, 新华网, http://news.xinhuanet.com/legal/2015-04/23/c_127723347.htm, 最后访问时间:2017年3月2日。

⑥ Jean B. Weld, *Forfeiture Laws and Procedures in the United States of America*, 146th International Training Course Visiting Experts' Papers, Resource Material Series No. 83, p. 18.

⑦ 黄风、赵琳娜:《境外追逃追赃与国际司法合作》, 中国政法大学出版社2008年版, 第298页。

(2) 英国

英国 2002 年的《犯罪收益追缴法》，对赃物追缴进行了细致规定，该法分 12 章共 462 条，涵盖追缴机关、民事追缴、洗钱、调查破产等内容，建立一系列科学的规则 and 标准，并首创了刑事没收和民事追缴两大制度。还有一项方便民事追缴的特色程序，在货币、邮政汇票、旅行支票、银行汇票等方面予以适用。^①

(3) 澳大利亚

澳大利亚 2002 年的《犯罪收益追缴法》，对罚没、信息收集、搜查和扣押等做了细致规定，分 6 章共 338 条，建立了对赃物的甄别、控制、没收和处置等详细规则。该法首创了罚金令、名声收益追缴令等制度，并就没收财物之处置，设立了资产分享机制。^②

2. 对资产的冻结、扣押

(1) 美国

美国现行法中的扣押包括刑事扣押和民事扣押。前者又可分为令状扣押和无证扣押；后者主要针对动产，对不动产多采用限制令，但特殊情况下亦可扣押。^③

最初，美国之刑事扣押仅适用于实体物，后联邦最高法院进行了扩大，将人纳入扣押范围，即逮捕。^④ 但后者并不属于“赃”的范畴。财产扣押根据是否需要事先签发令状，可以分为令状扣押和无证扣押。^⑤ 前者主要是针对住宅之搜查和扣押，警察须事先获得书面令状。^⑥ 后者则是无需令状直接扣押。

对于动产和不动产，美国设立了不同的民事没收扣押程序和条件：在符合法定条件时，动产之没收扣押无需事先通知或听证。^⑦ 此处之特定条件，涉及的是规定在宪法第 4 修正案的“有可能成立的理由”。^⑧

对于不动产，一般是签发限制令，防止其被转让或破坏。在规定的一些紧急情况下，也可以对不动产进行扣押，如产权人有隐瞒其不动产权属之纪录、不动产被卷入非法活动等。^⑨ 在扣押不动产时，须先向法院申请，然后通知产权人进行听证。扣押令签发后，任何人皆不得动用该不动产。^⑩

检查机关须以“优势证据”标准证明要求扣押或没收财产，须先进行通知、公告和听证，对于不动产，产权人可以“无辜所有者”或没收“严重不符合比例性”提出抗辩，并有条件地获得法律援助。^⑪

(2) 英国

英国 2002 年的《犯罪收益追缴法》规定了刑事没收限制令和民事追缴之保全措施。^⑫ 后者也被称为财产冻结令和临时接管令。两个法令之效果均为禁止任何人对保全之财产进行处置。另

① See Proceeds of Crime Act 2002, Art 67.

② 黄风：《资产追回问题比较研究》，北京师范大学出版社 2010 年版，第 180—188 页。

③ Radley Balko, “Gothamist on Asset forfeiture abuse at NYPD”, *Washington Post*, October 11, 2014.

④ *Unite States v. Jacobsen*, 466 U. S. 109, 113 (1984).

⑤ 《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，卞建林译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 80—85 页。

⑥ 《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，卞建林译，第 80—85 页。

⑦ Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000, Sec 5.

⑧ Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000, Sec 6.

⑨ *Unite States v. Puello*, 814 F. Supp. 1155, 1164 (S. D. N. Y. 1993).

⑩ Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000, Sec 7.

⑪ *Unite States v. James Daniel Good Real Property*, 510 U. S. 43 (1993).

⑫ Proceeds of Crime Act 2002, Art 41, 246.

外,该法还设立了现金追缴简易程序。^①英国2002年《犯罪收益追缴法》规定的限制令,是由刑事法院签发、禁止对财产进行处置之法令,大多数情况下作为赃物没收之前置程序。其申请主体包括检察官、追缴局局长或特派金融调查员。^②有权签发、撤销、变更的主体在英格兰、威尔士和苏格兰为刑事法院,在北爱尔兰则为高等法院。但凡有法定的合理理由,纵然被告人潜逃,仍可申请签发限制令。此处之犯罪包括外国法院认定之犯罪,只要此犯罪行为符合双重犯罪原则即可。其适用对象,包括被告人、污点接受者以及可变现财产等。此外,限制令的申请人和受限制令影响的任何人都可以向法院提起诉讼以申请或者撤销、变更限制令。^③

民事追缴程序中财产冻结令之目的是严禁所有人处置所涉及之财产,很像限制令。^④而临时接管令是指对案件所涉及之财物进行扣押、查封或保全后,交临时接管人管理,可在程序启动前或启动后签发。^⑤申请主体方面,由法院的执行机关向法院申请临时接管令,在申请的同时,法院的临时接管机关应当指定适格的临时接管人,这个接管人不能是参与到该案的行政当局,即在除苏格兰以外的地区,不能是资产追缴办公室的成员。^⑥在现金追缴程序中的扣押措施中,扣押之主体为海关官员或警察;前提为有法定理由认为可追缴财产或将被用于非法行为。^⑦扣押现金的期限不得超过48小时,如果48小时后有合理理由继续保持怀疑,则需要上述主体提出申请,并且由治安法官以签发令状的形式延长扣押期限。^⑧

(3) 澳大利亚

澳大利亚2002年的《犯罪收益追缴法》设置了限制令制度,其目的是要求任何人不得处置财产,属于财产保全措施,适用限制令无需以定罪为前提。^⑨限制令适用对象主要为嫌犯和案件相关之财产。^⑩但是下列财产不在适用范围内:嫌犯及其赡养人之合理生活费、合理商务费用,以及其所善意担负之债务。^⑪但凡法庭有理由相信该财产可能是赃物,即可签发限制令。^⑫限制令由检察官向法院申请,并由检察官要式通知利益相关者,通知包括申请书副本及其申请依据陈述。^⑬限制令自签发之日起生效。收到限制令申请通知的利益相关者可在收到限制令之日起28日内提出撤销申请。当与限制令相关的指控被撤回或被撤销或嫌犯被宣告无罪时,限制令失效。^⑭

3. 没收的实施

(1) 美国

美国有两种没收制度,一种是在刑事定罪程序中没收犯罪收益的刑事没收制度;另一种是按

① Proceeds of Crime Act 2002, Art 289 - 297.

② Proceeds of Crime Act 2002, Art 41, 52 - 53.

③ Proceeds of Crime Act 2002, Art 32, 40, 45, 76.

④ Ian Smith, *Asset Recovery-Criminal Confiscation and Civil Recovery* (LexisNexis UK; Reed Elsevier Ltd, 2003), p. 133.

⑤ Ian Smith, *Asset Recovery-Criminal Confiscation and Civil Recovery*, p. 133.

⑥ Proceeds of Crime Act 2002, Art 48.

⑦ Proceeds of Crime Act 2002, Art 294.

⑧ Proceeds of Crime Act 2002, Art 295 - 297.

⑨ Proceeds of Crime Act 2002, Art 47 - 48.

⑩ Proceeds of Crime Act 2002, Art 49.

⑪ Proceeds of Crime Act 2002, Art 29.

⑫ Proceeds of Crime Act 2002, Art 17 - 20A.

⑬ Proceeds of Crime Act 2002, Art 25 - 28A.

⑭ Proceeds of Crime Act 2002, Art 29 - 32.

照民事诉讼规则认定赃物的民事没收制度。^①

刑事没收制度为美国联邦法律和各州法律所承认，主要针对涉毒犯罪及其他犯罪，对被告人特定资产予以没收。最开始，刑事没收主要为洗钱、毒品犯罪、淫秽犯罪及金融犯罪而设立，而现在大多数犯罪均被纳入刑事没收的适用范围。^② 刑事没收以定罪为前提，是刑罚的一种措施。没收对象包括赃物收益及其替代品。^③

民事没收，指犯罪所得的民事没收制度，类似于刑事附带民事索赔。其不要求以被告人定罪为前提，可根据民庭的没收判决或行政部门签发的没收令，对涉案财物直接扣押和没收。^④ 该制度实现了人物分离，即使实施犯罪是在外国，或嫌犯不在美国，都可适用民事没收程序。^⑤ 没收之对象包括犯罪之收益、犯罪工具以及便利实施犯罪之财产。^⑥ 民事没收程序分为简易没收程序和司法没收程序。前者是指行政执法机关根据需要直接向财产相关人发出没收通知，若相关人未提出异议，则直接没收涉案财产。简易程序的适用需符合三个条件：一是拟没收的财产价值低于50万美元且为动产；二是执法机关依法就财产没收向相关人发出通知；三是财产相关人未在法定期限内提出异议。^⑦ 后者分为两种情形：一是简易没收程序被财产相关人之异议阻断，此时执法机关需在90日内，决定是否起诉；二是执法机关直接就没收财产向法院起诉。^⑧ 即使财产权利人缺席，民事没收令亦可作出。执法机关向财产相关人送达没收通知或没收起诉通知后，相关人未提出异议又未出庭时，法院可直接作出没收裁决。^⑨

(2) 英国

与美国法类似，英国2002年的《犯罪收益追缴法》设置了民事追缴和刑事没收制度。^⑩

英国的刑事没收制度非刑罚，也与刑事诉讼结果无直接关系，可在诉讼之任何阶段启动，无需以定罪为前提，没收对象不限于犯罪所得，可在被告人潜逃时实施。对于没收对象既包括犯罪收益，也包括被告人转移给他人之赃物，即“污点赠予”。^⑪

而民事追缴制度是英国执法机关启动的、针对特定财物的法律程序，适用民事程序和优势证据规则，因此通常以较低证明标准实施民事追缴。^⑫ 与美国不同的是，英国创立了一套独立的现金追缴程序，其对象为包括货币、汇票、支票、债券等在内的所有“现金”。现金追缴的条件是：属于可追缴财产或将被用于违法行为；满足最低限额要求。实施主体为治安法庭，适用民事程序。^⑬

① United States Department of Justice, *Types of Federal Forfeiture*, January 2013.

② United States Department of Justice, *A Guide to Equitable Sharing of Federally Forfeited Property for State and Local Law Enforcement Agencies*, March 1994.

③ United States Department of Justice, *Types of Federal Forfeiture*, January 2013.

④ United States Department of Justice, *Types of Federal Forfeiture*, January 2013.

⑤ John R. Emshwiller and Gary Fields, "Federal Asset Seizures Rise, Netting Innocent With Guilty", *Wall Street Journal*, August 22, 2011.

⑥ Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000, Sec 3.

⑦ Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000, Sec 9.

⑧ Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000, Sec 2.

⑨ *United States v. Lot 65 Pine Meadow*, 976 F.2d 1155, 1156-1157 (8th Cir. 1992).

⑩ 黄风：《资产追回问题比较研究》，北京师范大学出版社2010年版，第147—150页。

⑪ Proceeds of Crime Act 2002, Art 77.

⑫ 黄风：《资产追回问题比较研究》，第149—152页。

⑬ Ian Smith, *Asset Recovery-Criminal Confiscation and Civil Recovery* (LexisNexis UK; Reed Elsevier Ltd, 2003), p. 272.

(3) 澳大利亚

澳大利亚2002年的《犯罪收益追缴法》规定了一般的没收和基于严重犯罪定罪的没收。^①两者之没收对象皆为犯罪收益、犯罪工具和名声收益,其中名声收益追缴令为澳大利亚立法的独特之处。^②

一般的没收制度独立于刑事定罪,可在未定罪的情况下实施,或纵然定罪被撤销,没收令仍具有法律效力。该制度有三种具体程序,即签发没收令、名声收益追缴令、罚金令,三者有各自的适用范围、程序和条件。^③

第一,没收令。由检察官提出申请,法庭决定是否签发。同时,没收令签发后,检察官须向嫌犯或财产相关人发出书面通知,除非嫌犯潜逃。^④没收令适用的情形由法律规定,这些情形主要是在限制令生效后,嫌疑人的行为被认为构成犯罪或被限制财产被认定为犯罪收益或犯罪工具。^⑤检察官提出申请后,法庭应当开庭审理该申请。此时财产之相关者可申请排除令,排除自己的财产被没收。立法还为申请排除令提供了很多救济方式,只要其拥有合理的理由且其未在规定的时间内主张权利不是由于个人疏忽所造成的,则法庭可以准许其申请排除令。^⑥

第二,名声追缴令。名声追缴令是澳大利亚2002年《犯罪收益追缴法》引进的一个新概念。它是指某人利用各种媒体、文娱活动等方式,通过违法手段获得知名度,立法为追缴其藉此获取的非法收益,而设置了名声追缴令。^⑦依检察官之申请,法庭可根据情况,签发该法令。^⑧

第三,罚金令。若被告人犯有可公诉罪且从中获利,或在签发罚金令或限制令之前6年内或提出签发罚金令的申请后实施犯罪,法庭可依检察官之申请签发罚金令。罚金令和没收令可同时存在。^⑨

此外,基于严重犯罪定罪的没收是指嫌犯之行为被认定为严重犯罪,则在6个月后,法庭可依据检察院之申请对限制令所涉财产进行没收,无需出具没收令。^⑩当然,罪犯可依法向法庭申请部分财产排除没收,如非犯罪收益或非犯罪工具可以排除没收。若嫌犯定罪被撤销,且检察官未在两周内申请确认没收,则没收令失效。但对犯罪收益或恐怖犯罪工具之没收令,纵然定罪被撤销,该法令依然有效。^⑪

(三) 对域外国家没收制度的评析

通过分析美英澳三国关于没收制度的国内法规定,可以总结出以下共同点:

1. 三国均为没收制定独立的单行法规。这些国家的做法间接反映出没收问题是一个复杂的、值得重视的问题,剥夺一个公民的财产权需要有足够完善的法律依据,没收规则的制定务必具

① Proceeds of Crime Act 2002, Art. 157 and 331.

② 黄风:《资产追回问题比较研究》,第165页。

③ Proceeds of Crime Act 2002, Art. 240.

④ Proceeds of Crime Act 2002, Art. 49 and 355.

⑤ Proceeds of Crime Act 2002, Art. 22.

⑥ Proceeds of Crime Act 2002, Art. 73.

⑦ Proceeds of Crime Act 2002, Art. 153.

⑧ Proceeds of Crime Act 2002, Art. 162.

⑨ Proceeds of Crime Act 2002, Art. 134 - 137.

⑩ Proceeds of Crime Act 2002, Art. 48.

⑪ Proceeds of Crime Act 2002, Art. 59 - 65.

体、详细。反观中国，关于没收的法律规定散见于《刑法》《刑事诉讼法》以及相关司法解释中，并且内容也较为简短，不够细致。美英澳三国为没收制度单独立法的做法很值得中国借鉴。

2. 以程序正义保证公民合法财产权益。三国在设计没收制度时，都很注重保护公民合法的财产权利，而保护的方式，就是为没收制度设计细致的程序。无论是美国、英国还是澳大利亚，没收程序的启动都需要由法律所明确规定的执法机构进行；三国都为财产占有人及利益相关人设置了具体的救济途径；三国的没收制度，从启动到实施保全措施再到最后实行没收，每一令状的发出都需要法院的审查，整个过程都置于法院的控制之下。这样细致的程序性规定也启示中国，在建立自己的没收制度时，要设计出科学、具体的程序，保障公民的合法财产权益，这样才能使中国法院的没收裁决得到这些国家的承认与执行。

（四）中国没收制度的现状

中国关于没收的规定散见于《刑法》《刑事诉讼法》以及相关司法解释中。《刑法》规定的没收是一种附加刑，而《刑事诉讼法》规定了作为刑事强制措施的没收和特别没收。目前为止，中国还未就没收制度进行单独立法。

《刑法》规定的作为附加刑的没收必须要以犯罪嫌疑人定罪为前提才能实施，而且没收的对象是“犯罪分子个人所有财产的一部或者全部”，这样的规定和国际通行的没收限于“与犯罪相关的财产”相冲突。

《刑事诉讼法》规定的作为刑事强制措施的没收和特别没收程序都是以发动刑事诉讼为前提的。刑事强制措施的没收需要在立案后的侦查过程中实施，并且能够发动的主体是具有侦查职能的执法机关，即公安机关、检察院、法院和国家安全局都可以行使这项权利；而从域外立法情况看，没收的发动者明确且唯一，即有资格发出没收令的法院，整个没收过程也都置于法院的监督下。

至于特别没收制度，它的问题在于难以发动。造成这一情况的原因具体而言，首先启动该程序要求犯罪嫌疑人逃匿、失踪或死亡，而司法实践中，中国对大部分外逃人员的踪迹都了如指掌。其次，该程序的证明标准为刑事标准，要达到证据“确实、充分”的程度，这进一步加大了其发动的难度。

最后，中国的没收从性质上讲，都是针对人的刑事没收，目前尚未建立起针对物的民事没收制度。民事没收在追缴犯罪时具有刑事手段所不可比拟的优势，能够有效弥补刑事手段的不足。为此，中国急需建立起民事没收制度，这也是对《联合国反腐败公约》义务的履行。

三 通过刑事司法协助开展跨境追赃

国际刑事司法协助是跨境追回犯罪流失资产的重要手段之一，范围包括赃物的追查、监控、冻结、扣押和没收的整个程序。其法律依据既有国际公约、双边条约，还有赃物控制国之国内法。刑事司法协助有广义和狭义之分，狭义的是指文书送达和代为调查取证等，广义的是指刑事司法合作，包括引渡、狭义的司法协助、相互承认与执行刑事裁决和刑事诉讼移管。^① 本部分将选取狭义的刑事司

^① 德国1982年《国际刑事司法协助法》和瑞士《联邦国际刑事司法协助法》均采用广义的司法协助作为立法体例；而加拿大1999年《刑事司法协助法》和联合国《刑事互助示范条约》均采用狭义刑事司法协助的概念为立法体例。

法协助和承认与执行外国刑事裁决为研究对象。选取的原因在于这两种方式被《联合国反腐败公约》第5章明确确认为追缴资产的方式,研究其规定可以为中国落实《公约》提供智力支持。

(一) 通过狭义的刑事司法协助追缴外流资产

《联合国反腐败公约》将资产追回与狭义的国际刑事司法协助结合起来,形成了以追赃为目的的刑事司法协助。狭义的国际刑事司法协助在跨境追赃领域的功能主要体现在证据收集以及对犯罪资产的控制和没收这两个方面。

1. 境外追赃刑事司法协助的法律基础

如前文所述,当前全球范围内已经有一系列涉及跨境追赃的国际公约。国内法方面,各个主要犯罪资产流入国也在司法协助方面进行了立法。英美法系国家的典型代表英国有1990年《刑法(国际合作)》及2003年《刑法(国际合作)》,澳大利亚有1987年《刑事司法协助法》,美国的法律依据被收录于《美国法典》中;大陆法系的代表德国有《国际刑事司法协助法》,日本有《国际侦查共助法》,法国的国际刑事司法协助则规定在其《刑事诉讼法典》中而并未单独立法。

2. 通过司法协助追查与监控资产

《联合国反腐败公约》第52条“预防和监测犯罪所得的转移”规定:“各缔约国均应当根据本国法律采取必要的步骤,要求本国境内之金融机构在提供相关信息和报告、检测可疑交易时进行配合。”换言之,当某国怀疑某人利用境外账户进行交易涉嫌犯罪时,可根据帐户所在国之法律向该国请求协助,对涉案账户进行追查控制。这也是尊重外国司法主权的体现。英国在协助请求国监测犯罪资产转移方面走在了世界的前列,其2002年《犯罪收益追缴法》和2003年《刑法(国际合作)》规定了协助请求国对可疑客户的信息查询和账户监视的内容。此外,澳大利亚的2002年《犯罪收益追缴法》也规定了关于账户监视的内容。这些国家的立法实践与《公约》第52条的规定不谋而合。

(1) 客户信息查询令

英国的客户信息查询令,指由法官或司法部长签发的、要求金融机构提供有关特定人员金融交易记录的命令。^① 境外追赃往往会涉及境外账户之情况,仅凭国内之证据很难将转移资金的证据链串起来,而客户信息查询令正是破除这一困境的钥匙。

英国2003年《刑法(国际合作)》中设置了信息查询令并规定了4项签发条件,即当国务大臣或苏格兰总检察长收到请求国向英国请求获取信息查询令时,由国务大臣命令高级警察或总检察长命令地方检察官向法官或司法行政长官申请客户信息令,并需满足以下要求:涉案人正在接受调查;涉嫌严重犯罪;符合双重犯罪原则;该国与英国已签署刑事司法协助条约。^②

同时,英国2002年《犯罪收益追缴法》对客户信息查询令的规定对刑事司法协助也同样适用。根据2003年《刑法(国际合作)》的规定,申请客户信息令应当说明如下情况:申请针对者为没收调查或洗钱调查之对象;调查目的是多个金融机构的账户信息。^③ 签发要求是调查须有合理怀疑理由认定行为人从中获益。^④

① Crime (International Co-operation) Act 2003, Art 32 (4).

② Crime (International Co-operation) Act 2003, Art 42 - 45.

③ Crime (International Co-operation) Act 2003, Art 32 and 35.

④ Crime (International Co-operation) Act 2003, Art 44.

(2) 账户监视令

账户监视令是指由法官或司法行政长官签发的,要求金融机构依照监视令之规定提供特定的金融交易信息的命令。^① 账户信息监视令就账户的动态信息提供反馈。

账户监视令的签发需要满足一定的条件,这些条件往往包括犯罪嫌疑人所涉犯罪属于严重犯罪,且罪名主要集中在非法经营罪、洗钱罪、关于偷渡移民的犯罪、涉及重大金融交易的犯罪以及这些罪名下的附属犯罪等。^② 与此同时,还要求外国已就该犯罪进行了刑事立案调查,且掌握了相关证据能使外国合理怀疑在被要求协助国国内发生的通过账户与金融机构进行的交易与外国正在进行的刑事侦查或诉讼有关。

向外国获取账户监视令,需要先从该外国政府和法院进行审查,然后依照该国法律决定是否签发。以澳大利亚为例,外国的申请监视令须先由澳大利亚司法部长进行审查,通过后由强制执行机构进行审查,通过后由管辖权之法院法官签发监视令,并要求金融机构依令执行,然后按照原程序原路返回,执法机构获取信息后交给司法部长,司法部长再送达给请求国。^③

3. 通过司法协助冻结、扣押和没收资产

为防境外之赃物被破坏、转移甚至灭失,外国可向赃物所在国申请签发财产保全令或请求协助执行本国之财产保全令。^④ 扣押和冻结的最终目的在于没收和追缴犯罪所得资产。

通过司法协助冻结和扣押财产需要满足如下条件:请求协助冻结或扣押的财产位于被请求国境内;符合双重犯罪原则;请求协助冻结或扣押的财产属于犯罪所得或收益等可追缴财产;财产保全令状生效且须是以追缴赃物为目的;协助冻结或扣押的请求符合法定或者约定的形式要件。^⑤

关于冻结、扣押的执行方式,根据《联合国反腐败公约》第46条的规定,一般适用被请求国的法律,而各国关于冻结、扣押执行方式的立法大约分为两类。一类要求请求国作出相关的冻结、扣押令状,被请求国按照国内的程序对冻结扣押的令状予以承认与执行。另一类要求请求国按照被请求国国内签发冻结、扣押令状的法律程序和程序取得冻结、扣押令状。^⑥ 当请求国能够向被请求国提出证据,证明某项资产与犯罪所得存在关联性,且属于应当被没收的范围后,被请求国应当按照本国国内法的规定,启动没收程序,签发没收令,没收犯罪嫌疑人的犯罪所得。^⑦

4. 对刑事司法协助的评析

通过刑事司法协助开展跨境追赃的优势体现在它能为跨境追赃工作提供证据以及方便请求国通过外国的协助控制资产的进一步流转。但是,这种方式的不足也是显而易见的,即申请外国的刑事司法协助的条件比较苛刻。这是因为大多数的资产流入国都是发达国家,他们的法治理念倾向于保障公民的财产权利,因此,欲调查或控制位于这些国家国内的资产需要有充足的理由。此外,请求国要求提供的证据标准要达到存在合理怀疑的程度也加大了申请难度。向外国申请刑事司法协助的被请求国一般没有完整的证据链证明资产系犯罪嫌疑人犯罪所得资产,且提出协助的

① Crime (International Co-operation) Act 2003, Art 35 (4).

② Crime (International Co-operation) Act 2003, Art 44.

③ 黄风、赵林娜:《国际刑事司法合作》,中国政法大学出版社2009年,第127页。

④ 陈雷:《论我国追赃国际合作的法律依据和主要方式》,第32页。

⑤ 黄风:《国际刑事司法协助制度的若干新发展》,载《当代法学》2007年第6期,第11页。

⑥ Proceeds of Crime Act 2002, Art 15.

⑦ Proceeds of Crime Act 2002, Art 15.

目的也是为了进一步获取资产在国外流转的相关证据,这样的证明标准无疑会给请求国的跨境追赃工作带来不小的难度。最后,有些国家要求启动刑事司法协助需要请求国与被请求国之间存在刑事司法协助协定,这也进一步加大了刑事司法协助的局限性。

5. 中国的情况

与外国的刑事司法协助是中国运用比较多的跨境追赃方式。截至2017年6月,中国已经与外国订立了59项刑事司法协助条约,51项已经生效,其中包括了美国、加拿大、英国在内的主要资产流入国。^①在中国银行广东开平支行余振东特大贪污案中,对余振东在旧金山的355万美元涉案资产的扣押便是通过向美方提出刑事司法协助达成的。

但是,迄今为止,中国还没有正式出台关于刑事司法协助的单行法,类似客户信息查询令和账户监视令之类的措施在中国尚无明确法律依据。此外,这也导致中国和外国缔结的刑事司法协助条约的一些内容无法达到协助的效果,例如《中美刑事司法协助协定》第16条规定:“双方在各自法律许可的范围内,应在没收犯罪所得和犯罪工具的程序中相互协助”,由于没收犯罪所得和工具需要在各自法律范围内进行,而中国又没有专门的刑事司法协助类的法律,因此需适用《刑事诉讼法》,大大降低了办案的效率。

(二) 通过承认与执行外国没收裁决的方式追缴外流资产

相互承认与执行没收裁决在国际上也是追回外流资产的合作形态之一,它是指由赃款流出国签发没收令,赃款实际控制国根据国际公约规定的刑事司法协助义务,采取判决或登记等方式确认没收令的法律效力并对赃物进行没收的合作方式。^②这也是《联合国反腐败公约》等国际公约十分重视的追赃方式。因为各国司法主权神圣不可侵犯,唯有通过相互承认和执行对方之判决,才能化解管辖权之冲突,更好地完成追赃任务。

关于没收裁决,各国立法各异,或在刑法典中规定,或单独立法。就没收的性质,各国立法也认定不一,有的规定为刑罚,有的则是非刑罚的刑事制裁措施,还有的将其规定为追缴方式,可独立于刑诉,按民事程序没收。^③不同立法和不同性质认定,导致各国在承认与执行外国没收裁决时阻挠很多。

1. 承认和执行外国没收裁决的方式

目前而言,主要有两种方式,一种是以判决的方式承认与执行外国没收裁决,另一种是以登记方式承认与执行外国没收裁决。

前者的最大特点在于通过国内裁判来承认并执行外国没收裁决,相当于对外国没收裁决的确认效力之诉,受理国按照本国判决进行执行,间接地承认了外国之裁决。这样在实际效果上达成了请求国关于追回资产之目的,实现了双方的协作,又从形式上体现了被请求国的司法主权,是一种为大多数国家所能接受的方式,但其不足在于成本偏高而效率不高。典型代表如意大利。^④

以登记方式承认与执行外国没收裁决,是指依法对外国裁决进行登记后即可严格按照其内容

① 中华人民共和国外交部:《我国对外缔结司法协助及引渡条约情况》, http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/wgdwdjdsfzty_674917/t1215630.shtml, 最后访问时间:2017年8月19日。

② 黄风:《资产追回问题比较研究》,第71—81页。

③ 黄风:《资产追回问题比较研究》,第80页。

④ 参见《意大利刑事诉讼法典》第11编第4章第1节。

一五一十地进行执行。^①这种方式常见于英美法系国家，特点在于便捷和高效，因为避免了诉讼程序所以节省了很多时间，也降低了没收令状不被承认的风险。但采取该方式之各国大都设置了一定的登记条件，因为对每一个国家、每一个没收裁决都直接予以登记是不现实的，^②只有当请求国的请求符合这些条件和原则时，请求才能被承认与执行。因此，这种方式也主要适用于拥有类似法律体系的国家。

2. 承认和执行外国没收裁决的先决条件

正如上文所述，各国情况差异巨大。外国裁决之承认与执行在各国都有一定的适用原则和限制性条件。国际上通行的原则主要有双重犯罪原则、公共秩序保留原则、一事不再理原则。需要满足的条件主要有：1、请求国法院对案件具有管辖权；2、程序上充分保障了当事人的各项诉权；3、请求国作出的没收裁决已经产生；4、裁决内容不得对善意第三人利益造成损害或威胁；5、请求国没收裁决的依据和数额符合被请求国的规定。^③

3. 承认和执行外国没收裁决的程序

承认和执行外国没收裁决的程序大致分为三个阶段，即申请的提出、对申请的审查以及最后的执行程序。^④

首先，由请求国向受理国提出正式书面申请，内容包括：裁判和申请机关之名称；裁判所涉犯罪事实及其证据；生效裁决之副本及其适用法条文本。^⑤没收裁决及其副本的送达方式一般按照两国签订的双边条约或共同加入的国际公约的规定，可以通过请求国和被请求国之间的司法途径送达，也可以通过外交途径送达，紧急情况下可由国际刑警组织送达。没有相关双边条约或共同加入的国际公约的话，双方可对送达途径进行协商。^⑥

当受理国收到申请后，应当依据其本国法和参加的国际公约、多边或双边条约等对申请书及相关材料进行审查。这里的审查一般只是形式审查，即仅对没收裁决的形式合法性进行审查而不涉及外国没收裁决是否具有充分事实依据。多数国家采用司法审查和行政审查并用之“双重审查模式”。^⑦司法审查是由受理国司法机关从法律层面对申请进行审查。审查通过后，则宣告执行，否则不予宣告。行政审查则是由行政机关从国家安全、国家利益和公共秩序等层面对申请进行审查。唯有经过双重审查后，裁决方得承认和执行。

当主管机关宣告裁决执行后，受理国司法机关即进入执行程序，按照受理国国内法对涉案财产依法实行冻结、扣押、没收。被请求国在执行过程中应当及时向请求国通报执行情况。^⑧

4. 中国的现状和立法构想

在承认与执行外国没收裁决方面，中国目前还没有相关立法。中国目前的承认与执行外国法院的裁决规定仅仅适用于民商事领域，而对刑事没收裁决的承认与执行却缺乏相关立法。这也导

① 黄风：《资产追回问题比较研究》，第80—81页。

② Commonwealth Secretariat, “*The Report of the Commonwealth Working Group on Asset Reparation*”, August 2005, p. 33.

③ 赵秉志主编：《国际区际刑法问题探索》，法律出版社2003年版，第303—340页。

④ 黄风：《资产追回问题比较研究》，第76页。

⑤ Crime (International Co-operation) Act 2003, Art 13 - 18.

⑥ 贺晓翔：《英国的外国法院判决承认与执行制度研究》，法律出版社2008年版，第86页。

⑦ 黄风：《资产追回问题比较研究》，第80页。

⑧ Louise I. Shelley, “Transnational Organized Crime and Seized Assets: Moral Dilemmas Concerning the Disposition of the Fruits of Crime”, (2000) 7 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, p. 48.

致外国法院做出的没收裁决没法在中国得到承认和执行,而根据平等互惠原则,中国的没收裁决在国外也难以得到承认与执行。因此,中国急需加快这方面的立法。在立法时要着重考虑承认与执行的方式,适用的先决条件和程序设计。关于承认与执行的方式,考虑到中国和英美法系国家的情况差异较大,因此,采用判决的方式来确认外国法院的裁决较为妥当;先决条件设计时,需要将前文所述的原则囊括在内,并重点强调裁决不得侵犯中国的国家利益和公序良俗;在程序设计方面,要将各个环节设置得科学合理,将重点放在对外国没收裁决的审查上,并选取合适的机构对裁决进行审查。笔者认为,中国也需要采用双重审查模式,对裁决进行司法审查和行政审查。司法审查的机构在中央由最高人民法院行使,地方由高级人民法院行使;行政审查在中央可以由司法部审查,在地方则交由当地的司法局审查。对于涉案金额较大或者影响力大的案件由中央审查,反之,则由地方审查。

四 通过民事诉讼的途径开展跨境追赃

采用这种方式追回外流资产需要资产流出国的犯罪受害人赴资产控制国,向资产控制国有管辖权的法院提起民事诉讼,法院在对案件进行审理后,根据其本国法律,以判决或者其他形式的命令直接确认资产的归属,若被害人胜诉,则由执行机构根据法院的判决或命令将资产返还被害人。这里的被害人视犯罪的具体情形而定,可以是自然人、法人及其他组织,也可以是国家。

(一) 通过民事诉讼开展跨境追赃的特征分析

首先,作为《联合国反腐败公约》所规定的直接追回犯罪资产的方式,通过发动境外民事诉讼的方式追回外流资产,无论是提起确权之诉还是侵权之诉,外流资产的所有权并未发生过改变。请求方作为原告向被请求法院直接主张对犯罪资产一直拥有合法所有权,要求法院确认其所有权,或者主张被告通过不法行为无权占有了外流资产,侵害了其所有权。法院按照其本国法审理后,直接决定涉案财产的所有权归属。倘若在资产外流的过程中,资产的所有权发生改变,例如被资产流入国没收,那么就无法采用境外民事诉讼的方式来追回资产。

其次,通过境外民事诉讼的方式追回资产,涉及到请求国和被请求国之间的国际司法合作,由被请求国为请求国追回犯罪所得提供协助。协助的具体内容,主要是证据的收集。民事诉讼的核心在于证据,并且主要遵循“谁主张,谁举证”的证明规则。^①请求国欲证明外流财产归其所有,需要拿出完整的证据链。然而,外逃人员往往通过复杂的金融操作将犯罪所得转移至国外,资产的流出历经多个环节,这大大加大了请求国的取证难度,请求国不但需要理清资产在国内流转的情况,还需要收集到资产在外国的流转情况,有时候外流资产甚至会在多国间流转。^②应对这一情况的最有效方式就是同资产控制国加强在取证方面的司法合作。^③

① 参见罗玉珍:《民事证明制度与理论》,法律出版社2003年版,第619—620页。

② Ophelie Brunelle-Quraishi, “Assessing the Relevancy and Efficacy of the United Nations Convention against Corruption: A Comparative Analysis”, (2011) 2 *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, p. 102.

③ 赵秉志主编:《国际区际刑法问题探索》,第103—104页。

（二）通过民事诉讼开展跨境追赃的优势

和刑事诉讼相比，通过民事诉讼的方式开展跨境追赃活动具有下列优势：

1. 可在被告缺席的情况下作出裁决。在境外追赃的司法实践中，犯罪嫌疑人为了躲避法律的制裁而隐匿了自身的行踪，这种情况屡见不鲜，刑事诉讼并不允许缺席审判，^① 故而需要通过引渡以及引渡的替代措施将犯罪嫌疑人带回国内后，方可进行刑事审判。这种通过刑事审判的跨境追赃方式的弊端首先在于引渡犯罪嫌疑人的难度。双重犯罪原则、条约前置主义、政治犯不引渡以及死刑犯不引渡等规则使得引渡困难重重；采取劝返、非法移民遣返等引渡的替代措施，其结果依赖于外逃人员的主观状态和外国执法机关对非法移民身份的认定，被动性十分明显。^② 向外国有管辖权的法院提起民事诉讼则可以避免这个问题。民事诉讼中设置了缺席审判制度，法官可以在被告人缺席的情况作出裁决，只要程序合法、当事人的诉权得到充分保障。

2. 证明标准低于刑事诉讼。刑事案件的审理站在有利于被告人的立场上，遵循“无罪推定”“疑罪从无”等原则，其证明标准也需达到“排除合理怀疑”的程度。而采取民事诉讼的方式，原告就无需对被告的犯罪行为进行举证，而只需对资产的归属进行举证，并且举证遵循“优势证据”规则，即一方向法院提交的证据只需达到比对方对同一事实所提交的证据具有更强说服力和可靠性时，法官即可凭自身的内心确信，采信这一方的证据来认定相关事实。^③ 这样的制度设计使得作为原告的被害人可以将精力和资源集中用在证明资产为其所有或者被告人的行为侵害了其资产所有权上即可，大大减轻了证明负担。

3. 法院的裁决能够被有效执行。赴资产控制国提起民事诉讼，法院作出的裁决能够在该国直接得到执行，不涉及到裁决的承认和执行的问题；即便是在资产控制国以外的国家提起民事诉讼，其裁决相较于刑事诉讼的裁决也更容易被承认和执行，因为外国对民事裁决的审查主要集中在程序性事项以及法院管辖权的问题上，而对刑事裁决的审查的标准则要高得多，并且依赖与彼此间的刑事司法协作。

（三）通过民事途径开展跨境追赃存在的障碍

虽然通过民事诉讼进行跨境追赃具有以上这些优势，但是这种方式在操作时也存在一定难度：

1. 诉讼成本高。境外提起民事诉讼的诉讼成本主要包括律师费、诉讼费、诉讼过程中产生的其他费用。虽然胜诉后可以从败诉方获得一定补偿，但是前期投入的经费还是十分沉重的，并且民事诉讼审理期限往往较长，无疑会给作为原告方的被害人造成巨大的经济负担。^④

2. 当事人适格问题。该问题主要源自国家参与诉讼与主权豁免原则的冲突。当提起诉讼的一方不是国家时，不存在该问题；然而，当国家作为被害人向法院提起诉讼时，情况就不同了。2003年《联

① C. M. Benbrook and C. A. Edwards, Edwards, George, "Society's Stake in the Criminal Sentence", (1959) 22 Texas Bar Journal, p. 428.

② 舒洪水、刘娜：《劝返的现实困境与突破路径》，载赵秉志主编：《腐败犯罪的惩治与预防》，北京师范大学出版社2014年版，第315—318页。

③ 参见汤维建：《美国民事司法制度与民事诉讼程序》，中国政法大学出版社2005年版，第358页。

④ 参见汤维建：《美国民事司法制度与民事诉讼程序》，第380—381页。

联合国反腐败公约》要求缔约国采取必要措施，允许另一缔约国在本国法院提起民事诉讼，但是并未对缔约国政府或者国家作为诉讼当事人的主体适格问题做出规定。一般而言，根据国家主权豁免原则，除非一国同意，该国不受另一国的司法管辖，即便该国作为原告参加诉讼，未经该国明确同意，另一国仍不得对其采取强制措施。^① 因此，对于持绝对豁免立场的国家而言，另一国的国家或者政府不会被认定为具有民事诉讼当事人资格；对于持相对豁免立场的国家而言，另一国通过民事诉讼追缴其外流资产的行为到底是国家行为还是商业行为、私行为是一个存在争议的问题，对于该问题的认识存在分歧。^② 所以，另一国政府或国家仍有可能被认定为不具备民事诉讼当事人的资格。

3. 管辖权行使的问题。提起民事诉讼，一般要求诉讼标的和法院地存在一定联系，如果这种联系达不到一定程度，法官就有理由拒绝管辖案件。^③ 通过民事诉讼的途径追回外流犯罪资产，对于外国法院来说，涉案资产毕竟来自国外，和法院地的联系能达到何种程度取决于法官的自由心证，倘若法官认为联系不够，该案件由自身管辖无法查明案情或者代价过大，则法官很有可能做出所在法院无管辖权的裁定。

（四）中国的实践

在以民事诉讼的方式追回资产的司法实践方面，中国已经取得了一定成果。其中，中国银行广东开平支行余振东贪污案最为典型。余振东案发生后，主要的犯罪嫌疑人余振东等人分别逃亡到美国和加拿大，其贪污所得赃款也被其通过洗钱的方式经香港转移至美国和加拿大。中国的执法机关立即行动，向这些国家和地区申请司法协助扣押、冻结了其犯罪资产。随后，中国银行作为该案被害人，分别在这些国家和地区向有管辖权的法院提起了民事诉讼，要求返还犯罪资产，在香港和美国内华达州的诉讼都取得了胜利，这部分外流资产也因此得以追回。不过在旧金山关于余振东 355 万美元的诉讼进行得并不顺利。在这场诉讼中，旧金山法院的法官接受了余振东一方律师的意见，解除了对这 355 万美元所采取的临时民事保全措施。中国方面持续努力，最终通过民事没收的方式追回了该笔资产。^④

通过上述以民事诉讼方式追缴资产的实践，可以看出该方式追缴资产是具有可行性的。但是，原被告双方被置于相同的法律地位上进行博弈，诉讼的结果不可预料。此外，由于民事诉讼不是一审终审，所取得的结果也存在反复性，原审结果有被上诉推翻的可能，所以追缴方也需要做好持久战的准备。

五 中国境外追赃刑事法律机制的建设与完善

（一）完善中国的没收制度

1. 明确中国刑事没收的对象和范围

中国法律对刑事没收的对象和范围主要规定在《刑法》和《刑事诉讼法》中。《刑法》第

① Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), pp. 697 - 708.

② Malcolm N. Shaw, *International Law*, pp. 708 - 714.

③ 常怡主编：《比较民事诉讼法》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 462—464 页。

④ 黄风：《资产追回比较问题研究》，第 66 页。

64 条规定了犯罪之赃物应当追缴或责令退赔。《刑事诉讼法》第 280 条规定了嫌犯逃匿或死亡时赃物追缴的内容。由此可见，中国现行没收制度针对的是“一切违法所得、违禁品和用于犯罪的工具”，而主要国际刑事司法条约以及主要资产流入国的法律针对的则是犯罪所得及其收益和犯罪之工具”，两者的内涵和外延均存在一定差别，这也是造成中国同其他国家开展国际刑事司法合作的阻碍之一，故笔者建议中国对刑事没收的范围进行修改，使之与国际接轨。

其次，中国刑事没收没有将犯罪所获得的间接受益纳入其中，例如名声收益等，并且，犯罪所得收益往往容易全部或部分地转化为其他财产，这就需要法律明确追缴的对象和范围，制定出可行的没收标准，有效地将犯罪所得纳入没收对象。在此，笔者认为可以参照英国的做法，即以“犯罪收益”来确定没收财产的范围和对象。

2. 中国刑事冻结、扣押制度的完善

《刑事诉讼法》第 142 条规定，根据侦查之需要，公检法等机关可对犯罪嫌疑人之财务进行冻结或扣押，对象包括存款、债券、股票等。这一规定的问题在于强制措施的启动者太多。公检法机关均可签发强制措施之命令，这样的职权交叉重叠会导致该权力形式出现混乱，给扣押、冻结工作带来很多问题，甚至会成为一些犯罪官员为自己转移财产的工具。而在法制发达国家，冻结和扣押的主体往往只有法院，需要由法院对冻结、扣押的证据进行审核，通过后才能执行。^①扣押、冻结的主体单一且明确，既能保证相关工作有条不紊地开展，又能保护公民的合法财产权益。所以，笔者认为中国也应当参照世界主流国家的法律规定，将扣押、冻结的主体规定单一化、明确化。

3. 特别没收程序的完善

新修订的《刑事诉讼法》设立了对犯罪嫌疑人逃匿或死亡的赃物没收制度，填补了以往在立法上对赃款赃物实行特别追缴程序的空白和漏洞。但是从新法实施的效果来看，特别是在境外追赃领域，并不那么令人满意。笔者认为主要有以下几点问题：

(1) 对“逃匿”的传统理解限制了司法机关启动该程序进行跨境追赃。“逃匿”，传统意义上往往被理解为犯罪对象出逃后不知所踪、下落不明。但是，在境外追赃的实践中，中国的司法机关往往对犯罪嫌疑人的行踪和涉案财产的下落了如指掌，很多情况下甚至已经启动了引渡、遣返、劝返以及国际刑事司法协助等程序，这样就使特别没收程序无法适用。在此，笔者建议，相关的立法和司法机关可以对刑事诉讼法中的“逃匿”作扩大解释，将其适用到所有在逃犯罪嫌疑人的犯罪收益上，从而为适用特别没收程序追回犯罪资产扫清法律障碍。

(2) 该程序证明标准过于严苛。适用特别没收程序追缴犯罪收益要求证据达到“确实、充分”的程度。虽然特别没收程序在性质上一般被认为是一种刑事没收程序，但从本质上来说，它是一种独立于认定犯罪的对物没收，本质上是一种对物诉讼，因此其证明标准应该采用民事诉讼的证明标准而非刑事诉讼的标准。从实践的角度讲，刑事证明标准之所以那么高，目的是充分保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，而特别没收程序并不以追究犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任为目的，也不是对犯罪分子科处的财产刑，所以在该程序中采用严苛的刑事证明标准实属没有必要，只会增加司法机关境外追赃的难度，让犯罪分子得利。此外，采用民事诉讼标准作为没收犯罪收益的作法正在成为一种潮流，英国的 2002 年《犯罪收益追缴法》对此采用“优势证据”

^① Proceeds of Crime Act 2002, Art 14.

原则，澳大利亚的2002年《犯罪收益追缴法》亦是如此。

(3) 未给予犯罪嫌疑人、被告人以特别诉讼之参与权。世界各国展开的没收程序，大都为犯罪嫌疑人或被告人设计了保障参与诉讼的程序，以此保障其合法权益，实现程序正义。前文介绍的美、英、澳、法等国也都要求赋予被告人参加诉讼的权利，并将结果通知其本人和近亲属以及所有和该案有关的利害关系人。这些人可以在诉讼中充分行使抗辩权。只有这样，法院作出的没收裁决才能生效以及得到其他国家的承认与执行。

4. 制定没收单行法

从对域外没收制度的考察来看，许多国家对犯罪资产的追缴和没收都制定了单行法。没收犯罪资产是个复杂的问题，它牵扯到利益关系人的权利保护、程序正义、双重犯罪以及对外国没收裁决的承认和执行等一系列问题，而中国目前对没收的规定主要集中在《刑事诉讼法》《刑法》和相关司法解释中，内容不够全面，规定不够细致。因此，笔者建议，中国可以效仿英美澳三国为没收和追缴犯罪资产制定单行法，使没收的各个环节有法可依。

在订立没收和追缴犯罪资产的单行法时，要做到：

(1) 确立民事没收制度。目前，中国还没有民事没收制度。现行《刑事诉讼法》所确立的特别没收程序，是一种刑事没收方式，达不到民事没收的效果，所以需要通过专门的立法，建立符合中国国情的民事没收制度，这样才能形成一个完整的犯罪资产追缴体系。

(2) 将没收程序具体化以保障相关权利人的财产权益。没收和追缴犯罪资产时不能侵害公民的合法财产权益，故而需要对没收程序做出细致、严格的规定，美英澳三国的单行法也印证了这一点。而中国在这方面做得还不到位，如前所述，在没收的保全措施方面，现行《刑事诉讼法》所规定的强制措施的启动者太多就是一个严重的问题。

(二) 完善中国境外追赃的国际刑事司法协助

通过国际刑事司法协助追回流出的犯罪资产是目前国际上使用数量最多也是最为行之有效的方 式。中国在这方面取得了有目共睹的显著成绩，但是同时，也有一些问题亟需解决。

1. 人才培养和司法队伍建设

首先需要加强在境外追赃方面司法人员的队伍建设，培养一批可靠而专业的人才。开展境外追赃工作对执行人员的综合素质要求比起从事国内同类工作人员的要求要更高，中国目前通过刑事司法协助开展境外追赃工作所遇到的首要问题也是缺乏在该领域的专业人才。近几年，随着社会经济的不断发展和中国反腐力度的不断加大，光靠少数机关开展通过刑事司法协助追回流出资产的工作已经不太合理，地方司法机关必须承担起更多的责任，扮演比过去更重要的角色。这就需要地方司法机关有足够的专业人才始能处理在国际刑事司法协助中遇到的问题。

2. 进一步加强办案机关的独立性

《联合国反腐败公约》要求各缔约国确保设置一个或多个专职机构负责专项执法打击腐败，这一（些）机构需要被给予必要的独立性，从而能不受干扰地履行自身职能。人民检察院是中国《刑事诉讼法》明确规定的打击腐败犯罪的专职机构，并且中国于2007年成立了国家预防腐

败局，形式上已经满足了条约的要求。^①然而，在实践中，还要加强相关机构独立履约职责的保障。特别是在中国加强反腐败机制建设与改革的过程中，要考虑和加强专职机构负责专项执法打击腐败工作的独立性。

3. 建立健全公职人员资产申报制度和金融监管体系

在向外国提交司法协助请求、追缴外流犯罪资产的申请书材料时，外国法律，特别是目前中国主要资产流入国的法律往往要求请求国提供财产在被请求国境内以及与犯罪具有关联性的证据，这就需要中国建立并健全一套完整的公职人员资产申报制度和一套科学有效的金融监管体系。

在资产申报方面，中国要加快“国家工作人员财产申报法”的立法进程。该法需要明确进行资产申报的主体与《刑法》第八章规定的职务犯罪的主体相匹配；在申报的范围和对象方面要尽可能扩大涵盖面；在拒不申报的情况下必须采取有效制裁措施，如降职降级、撤职等，甚至为该种情况设置刑事责任等。

在金融监管体系建设方面，中国需要进一步落实《联合国反腐败公约》的要求，对公职人员及其家属以及其他银行关联账户强化审查，特别是这些账户上的可疑交易，同时还需要注意其他特定非金融机构和公职人员账户上的交易行为。还需要加强同世界其他金融机构的合作，特别是信息和情报方面的共享，这样一来可以预防公职人员向国外转移资产，二来一旦有资产被转移至国外，中国也能及时掌握其移转信息，从而在向外国提出司法协助申请时，能拿出完整的证据链证明资金来源，增加通过司法协助追回犯罪资产的成功率。

（三）承认与执行外国裁决的建议

尽管中国现行民事诉讼程序对这一制度进行了立法，但是在刑事诉讼领域这一点还是空白。也正是因为立法的缺失，加上中国国情和相关立法和司法理念同外国的差异，在中国，外国之刑事裁决无法得到承认与执行；与此相对，基于互惠原则，中国司法机关的裁决也无法得到外国的承认与执行。《联合国反腐败公约》也要求各缔约国在本国法允许之范围内最大限度地承认、执行外国的裁决，因此在该领域的立法工作已经刻不容缓。

对于这方面的立法建议，笔者认为首先要在一些理念问题上和外国达成初步的共识，为相互承认、执行裁决扫清障碍。例如在引渡方面有死刑的问题；而在资产追回方面，主要涉及的就是可没收财产之范围，中国法律要求没收犯罪人的个人部分或全部财产，而绝大多数国家只能没收与犯罪有关之财产。其次，在该领域的立法必须遵循国家主权原则、保障当事人人权原则、保护第三人利益原则、符合双重犯罪标准原则以及一事不再理原则等。

（四）境外民事诉讼的建议

1. 确立主权豁免的例外和放弃

在国家主权豁免问题上，世界上许多国家纷纷开始采用限制豁免，不再一味坚持绝对豁免的原则。英国在加入1972年《欧洲国家豁免公约》后，于1978年颁布《国家豁免法》，从而在立法层面确立了限制豁免制度；美国于1976年颁布了《外国主权豁免法》，明确规定了主权豁免的

^① 黄风：《我国特别刑事没收程序若干问题探讨》，载《人民检察》2013年第13期，第9页。

例外情况。这也成为了世界范围内的一种趋势。^①

在主权豁免方面，中国也顺应了这种发展趋势，认为“国家管辖从来就不是所谓绝对的，国家可以通过明示或默示的同意而自愿接受外国法院的管辖。因此我国原则上并不反对就国家管辖豁免原则规定一些例外条款，这些例外条款应当作为国家豁免原则的补充，而不能使之成为对该原则本身的否定”。^② 中国还加入了2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》等采用限制豁免原则的公约，为中国出台主权豁免方面的法律奠定了基础。

为此，本文建议中国的立法机关尽快出台一部关于中国的主权豁免方面的法律，通过这部法律明确规定中国主权的例外情况，将参与境外民事诉讼追缴犯罪资产的情况归入主权豁免的例外，在这类诉讼中享有原告方的权利，履行原告方的义务，为中国在境外发动民事诉讼铺路。同时，根据互惠原则，在这部法律中还需要给予在中国发动民事诉讼的外国国家机关以诉讼当事人的法律地位。这样才能将2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的规定以国内法加以落实，切实履行公约赋予中国的义务，同时，更重要的是为中国参与境外民事诉讼扫清法律障碍。

2. 证据方面的建议

通过民事途径开展跨境追赃，无论是民事诉讼还是民事没收，证据的收集和提交都位于核心地位。能掌握到什么样的证据，通过何种途径收集到的证据以及以何种方式呈现证据，都能够直接影响到判决的结果或没收决定的做出。为此，笔者提出如下建议：

(1) 证据的收集和呈现

能收集到什么样的证据，从根源上讲，和资产流出国对资产的监管息息相关。为此，建议加强金融监管体系建设及相关工作。而且，提交的证据首先要符合资产流入国诉讼法的规定，既简明扼要，又具备充分的说服力。

(2) 对证人进行必要培训

证人证言是一种重要的证据类型，在英美法系国家，证人往往需要出庭作证。然而，出庭作证并不是一件容易的事。英美法系的庭审会对证人进行交叉询问，双方律师会用自身的专业知识，对证人进行细致的盘问，以期通过这种方式，找出证言中的漏洞，从而推翻证人证言的可靠性。而中国的庭审中，证人证言很多是以书面方式呈现的，并且没有交叉询问制度。因此，当案件需要证人出庭作证时，必须对证人做必要的培训以应对上述情况。

结 论

在重拳反腐的大背景下，中国政府采取了相关措施，在追回外逃人员方面取得了较为理想的成绩，但是在跨境追缴和没收犯罪所得方面，形势依然不容乐观。

为此中国需要加速跨境追赃的立法进程，早日健全、完善国内关于犯罪收益没收的相关法律制度，将《联合国反腐败公约》的内容进一步落实，缩小和主要资产流入国在该问题的立法层面的差距。与此同时，积极主动地寻求与主要犯罪资产流入国的国际司法协作，签订双边或多边

^① Malcolm N. Shaw, *International Law*, pp. 701 - 708.

^② 董立坤：《国际私法论》，法律出版社2000年版，第191—192页。

的司法协作条约，为跨境追赃扫清法律障碍。只有不断学习国际先进经验，并将这些先进的经验灵活运用到中国的跨境追赃实践中，才能在世界范围内编织出一张反腐败之网，让腐败分子无所遁形，将赃物顺利追回。

The Legal Study on the Recovering of China's Outflow Proceeds of Crime

Chang Yen-Chiang and Wu Di

Abstract: The problem of corruption not only causes great economic losses to China and its people, but also seriously erodes China's international image and reputation. The Party and the State, therefore, attach great attention to this issue. China has formally acceded to the United Nations Convention against Corruption, but the problem is that the domestic law in China is still not fully docked with the Convention. In particular, the system of recognition and enforcement of foreign confiscation orders has not yet been established. China's current criminal confiscation system has also been quite outdated, mainly as an additional sentence of "confiscation of property", its application must be convicted as a prerequisite. As a result, the confiscation order declared by a foreign judicial organ against property committed in its own criminal acts is not recognised and enforced in China, and the judicial authorities of China cannot confiscate the illegal gains of criminal cases that are not subject to its own jurisdiction. This paper suggests that to solve the problem of foreign proceeds of crime, on the one hand need to study the inflow of assets related to the freezing, seizure and confiscation of illegal income. On the other hand, it is necessary to make efforts to improve and strengthen China's criminal freeze, seizure and confiscation system, and formulate and promulgate laws and regulations regarding international criminal justice assistance as soon as possible so that international cooperation to recover criminal assets could be possible. In addition, international and judicial cooperation with major influx of criminal assets should be actively pursued, bilateral or multilateral judicial cooperation treaties should be signed in order to clear legal barriers for enforcement.

Keywords: Recovery of the Outflow Assets, Confiscation System, International Judicial Co-operation, Sharing of the Criminal Assets

(责任编辑: 曲相霏)