

反腐败国际资产分享机制的本土设计

陈闻博*

内容摘要:反腐败国际资产分享是国际刑事司法合作领域中的一种国家实践。境外追赃面临的实践难题要求我国建立健全反腐败国际资产分享机制予以应对。可立足我国在立法和实践层面的本土资源,以及他国在规范本体、运行机制和适用场域方面的国家实践,设计我国反腐败国际资产分享机制。可通过基本措施、配套措施、替代措施三种路径设计符合我国实践需要的反腐败国际资产分享机制,以健全反腐败领域的资产追回制度,提高资产分享效率。

关键词:反腐败国际资产分享 境外追赃 国际刑事司法合作

一、引言

在国际法领域,资产分享的概念首次出现在 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 5 条第 5 款。^①此后,1999 年《联合国制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 8 条第 3 款和 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 14 条第 3 款也提及资产分享。在已经对资产分享作出规定的国家,资产分享包括国际资产分享和国内资产分享两个方面的内容。国际资产分享是指犯罪资产流出国与犯罪资产所在国依据协议分享犯罪资产所在国没收的流出国资产;国内资产分享是指国内中央与地方执法机关因共同参与案件而分享没收的犯罪资产。在我国,资产分享尚未有统一的法律定义,现有研究基本是在境外腐败资产的国际分享层面进行讨论,即认为资产分享是反腐败国际刑事司法合作的一个环节。^②本文论述的资产分

* 吉林大学法学院博士研究生。

本文系国家社科基金项目“犯罪资产海外追缴的中国立场与路径选择研究”(项目批准号:18BFX102)的阶段性成果。

① 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 5 条第 5 款规定:“(b) 缔约国按本条规定依另一缔约国的请求采取行动时,该缔约国可特别考虑就下述事项缔结协定:……(二)按照本国法律、行政程序或专门缔结的双边或多边协定,定期地或逐案地与其他缔约国分享这类收益或财产或由变卖这类收益或财产所得的款项。”

② 本文所指国际刑事司法合作即广义的刑事司法协助,包含引渡、狭义的刑事司法协助、刑事诉讼转移管辖、外国刑事裁判的承认和执行、被判刑人移交等内容。所指刑事司法协助即狭义的刑事司法协助,是各国为了实现刑事诉讼的目的在调查取证和文书送达等方面相互提供帮助。参见张智辉:《国际刑法通论》,中国政法大学出版社 2009 年版,第 400 页。

享是指反腐败国际资产分享^①,即通过国际合作对腐败分子犯罪所得资产取得控制之后,请求国要把腐败资产一部分分给在侦查、起诉和审判过程中给予本国帮助的国家。^②目前,反腐败境外追赃(以下称“境外追赃”)中的资产分享已经得到了我国学界的认可。^③但是,现有研究仍主要停留在对资产分享的介绍和资产分享的必要性和可行性分析上,对于我国境外追赃如何构建并实施资产分享机制的讨论则较为空泛。在境外追赃中,多数国家均要求资产分享并对此建立了一整套法律机制,我国与这些国家之间开展针对腐败资产的刑事司法合作,需要我国国内存在具体可行的资产分享机制。该机制作为一种具体的法律实施机制,是资产分享的体系化,能够有效规范资产分享如何在我国本土进行机制构建、衔接和适用等问题。鉴于此,为了明确资产分享具体程序的法律基础,规范我国办案机关通过资产分享开展境外追赃国际合作的行为,保障资产分享与其他海外追赃措施的协调与配合,实现腐败资产最大限度的追回,有必要构建一套符合我国国情的资产分享机制。本文针对我国资产分享的现实需要,立足本土资源和域外经验,以基本措施、配套措施与替代措施“三管齐下”为主要路径,设计具有中国特色的资产分享机制。

二、境外追赃:资产分享机制的现实需要

(一)境外追赃的技术工具面临“内外交困”的实践难题

我国目前仍然以“劝返劝缴”为主要手段进行境外追赃,即劝服外逃人员在回国投案自首时主动退赃。^④这一技术工具面临内部和外部两个方面的问题。首先,“劝返劝缴”运用的动员方法过于被动。“劝返劝缴”借鉴了我国注重群众路线的司法传统,运用了以往在国内通过做犯罪嫌疑人亲属或本人思想工作促使其投案自首的方法。但是,以亲情感化和政策宣告攻破外逃人员内心防线的策略能否成功很大程度上取决于外逃人员的主观抉择。“感情牌”“政策牌”一旦失效,办案机关便会陷入被动。以往的办案实践中不乏此类情况。^⑤而办案机关作出的量刑承诺是否具备法律效力,国内立法和理论对此也尚无定论。因此,顽固分子和机会主义者往往难以被轻易劝回。有学者指出,通过给贪官某种“承诺”将其劝返回国,实际上是透支国家

① 下文所称“资产分享”,除特别说明外,均指反腐败国际资产分享。

② 参见黄凤、赵林娜主编:《国际刑事司法合作:研究与文献》,中国政法大学出版社2009年版,第407页。

③ 在中国知网数据库中,以“资产分享”为关键词进行全文检索得到的总共24篇CSSCI来源期刊文献中,有22篇明确主张通过资产分享进行境外追赃。

④ 截至2021年12月,“百名红通”62位已到案的人员中有40余人是投案自首,而在投案自首的案件中涉及追赃的情形均是外逃人员主动退赃。该数据通过统计中央纪委国家监委网站公开的案件信息所得。参见中央纪委国家监委:<https://www.ccdi.gov.cn/gzdt/gjhz>,2022年1月5日访问。

⑤ 例如,中山市监察机关办理何某某案时,何某某通过讨价还价的方式对抗劝返工作。参见中央纪委国家监委:《铁腕施压破局 人赃俱获收官》,<http://dgjj.dg.gov.cn/dgjj/yazb/201903/538a5d17ecd7487f95b4ad7bc4232378.shtml>,2021年9月1日访问。

的司法尊严。^①其次,“劝返劝缴”面临的国际舆论较为负面。通过建立办案机关和外逃人员“点对点”联系的方式,尽管在一定程度上确实便捷有效,但可能会影响我国在国际社会的法治形象,何况实践中可能还存在办案人员利用普通签证赴境外将已经“劝服”的外逃人员带回国内的情形。因此,“劝返劝缴”可能会面临司法主权争议的风险。我国腐败资产的主要外逃地,如美国、加拿大、澳大利亚等国家,均对“劝返劝缴”的方式提出了批评和反对。^②

(二)境外追赃的法律工具存在“前跋后蹙”的设计缺陷

境外追赃不可脱离法律工具的运用,这便需要国家之间开展刑事没收的国际合作。然而,没收合作的途径存在前置和后置两个层面的缺陷。首先,在境外腐败资产没收之前,缺失外国刑事裁判的承认和执行制度。受司法管辖权的限制,我国法院作出的裁判,效力仅限于犯罪人在境内的腐败资产,无法触及境外资产。此时只能请求资产所在国执行我国的没收裁判。但是,由于我国尚未建立外国刑事裁判的承认和执行制度,那么基于平等互惠原则,我国法院作出的没收裁判也很难得到外国法院的承认和执行。其次,在境外腐败资产没收之后,缺失已没收腐败资产的分享机制。目前我国仅在《国际刑事司法协助法》第 49 条中规定了承认外国可以分享其协助没收、返还的资产,但未对资产分享机制进行详细的规定。由于资产分享机制规范的是资产分享具体运作的方式和过程,其既涉及资产分享的主体建构和立法衔接,也包括资产分享在境外追赃国际刑事司法合作中的适用。因此,反腐败国际资产分享机制的阙如将意味着境外追赃实践难以运用刑事没收这一法律工具进行国际刑事司法合作。

三、本土资源:资产分享机制的构建基础

构建资产分享机制既要防止国际法上的资产分享机制与我国现有立法和实践产生冲突,也要对本土资源进行充分的整合利用,以维护和实现我国的国家利益。苏力教授主张的本土资源论即强调借助中国的本土资源建立现代法治,认为中国的法治之路必须注重利用中国本土的资源。^③因此,需要在本土资源论的视角下考察资产分享机制在我国的立法和实践资源。

(一)构建资产分享机制的立法资源

1.资产分享机制在我国现行立法中具备正当性

资产分享符合刑罚本质的要求。对犯罪资产的没收既包括作为保安处分的追

^① 参见叶树浓:《劝返模式透支国家司法尊严》, <http://fanfu.people.com.cn/GB/8521917.html>, 2021 年 9 月 1 日访问。

^② 参见袁柏顺、贺爱群:《论我国反腐败境外追逃中劝返方式之应用》,《广州大学学报(社会科学版)》2018 年第 8 期,第 11 页。

^③ 参见苏力:《法治及其本土资源》,北京大学出版社 2014 年版,第 14 页。

缴涉案财物,也包括作为刑罚的没收犯罪所得及其收益。根据保安处分二元论,保安处分不以行为人的刑事责任为依据,涉案财物的分享无涉刑罚。而对被没收犯罪所得及其收益的分享,建立在“任何人不得从违法行为中获利”的法理基础上,以赔偿刑事被害人和返还善意第三人为前提。在实现刑罚报应目的的层面,作为犯罪行为地或结果地的请求国基于资产分享保障本国没收裁判的域外执行,向行为人宣扬了有罪必罚的报应理念,维护了本国的社会正义。在实现刑罚预防目的的层面,通过以资产分享为基础的刑事司法合作没收行为人藏匿海外的犯罪所得及其收益,能够遏制行为人犯罪产生的不法后果,防止其以向海外转移收益的方式为再犯做准备,也对请求国国内社会的潜在犯罪人起到威慑阻吓的作用,断绝其向国外转移资产以逃避处罚的侥幸心理。国家之间协商分享被没收资产是在一国发动刑罚权追究行为人刑事责任之后,并不影响行为人刑事责任的认定与处罚。能够被分享的没收资产严格限于行为人的犯罪资产,不得超出行为人刑事责任的范围。随着刑事诉讼当事人主体地位的回归,刑事责任结果的可协商性也在诸如刑事和解制度等恢复性司法中得以体现。

从本质上看,资产分享并非一种简单的办案费用分摊,而是国家以没收的方式取得了犯罪资产的合法所有权之后,依据民法上的财产所有制度所作出的权利处分。因此,行为人的被没收资产具有可分享性。此外,《监察法》所确立的监察机关反腐败国际合作职责、《刑事诉讼法》所确立的特别没收和缺席审判制度、《国际刑事司法协助法》所确立的刑事司法合作程序等内容,既为资产分享的运作方式和过程提供了实体法和程序法的支撑,也意味着资产分享机制的责任主体、启动条件、运行程序、合作方式等所有内容均应当遵循这些现有法律的规定。因此,在资产分享机制的本土设计中,除了增加资产分享机制的具体规定之外,仅对现有立法在涉及资产分享机制运行方面的规定进行适当的调整即可,并不需要对我国现行的追逃追赃法律体系进行大刀阔斧的修改。

2. 资产分享机制与我国刑事没收可能存在的冲突并非不可调和

我国《刑法》第64条和《刑事诉讼法》第234条规定了以返还被害人为主、以上缴国库为辅的犯罪资产没收原则。有学者认为,我国没收制度并未创设将没收资产与外国分享的措施。^①这其实是一种误解。我国《刑法》和《刑事诉讼法》的效力只能及于我国境内被没收的犯罪资产,而可被分享的资产位于外国境内且已根据属地管辖原则被外国没收,已经排斥了我国法律的效力。可能引起冲突的是,外国依据资产分享协议请求我国法院没收我国境内的外国腐败资产并予以返还,或者我国在外国提供司法协助后没收了我国境内的外国腐败资产并向该国分享时,是否与《刑法》第64条存在抵牾。一般来说,这可通过限制解释“没收的财物”的方法排除外国腐败资

^① 参见梅传强、施鑫:《中国毒品犯罪没收资产国际分享机制的构建》,《吉林大学社会科学学报》2020年第4期,第18页。

产,或者在上缴国库之后再依据相关协议进行返还,并非必然要求修改《刑法》第 64 条。因此,资产分享机制的关键问题不是与《刑法》第 64 条的矛盾,而是刑事裁判相互承认和执行制度的缺失导致外国无法依据我国的刑事没收裁判进行没收。

3. 资产分享机制具有充分的国际法基础

我国于 2005 年加入的《联合国反腐败公约》是联合国历史上通过的第一个指导国际反腐败斗争的法律文件,目前已经有 167 个缔约国。^①该公约规定了资产流出国可以通过资产所在国的没收程序或请求资产所在国执行资产流出国的没收裁判两种途径追回资产。一方面,通过资产所在国的没收程序没收的资产将上缴资产所在国的国库,若要返还资产流出国,一般要求双方之间存在资产分享协议。例如,泰国法律规定:“不得将被没收的资产返还请求国,除非存在资产分享等双边条约的规定。”^②另一方面,通过请求资产所在国执行资产流出国的没收裁判追回腐败资产,必然会涉及调查取证、扣押冻结等方面的刑事司法协助,也涉及资产所在国对资产进行没收,这往往导致资产所在国耗费大量司法资源。出于保护本国利益的考虑,资产所在国通常会要求对没收资产进行分享以补偿其在刑事司法合作中作出的贡献。我国腐败资产主要流向的美国、加拿大、澳大利亚、英国、瑞士等国家对此均作出了规定。并且,在反腐败国际合作领域,作为国家实践的资产分享机制也已经得到了国际条约的认可。《联合国反腐败公约》第 57 条第 5 款规定:“在适当的情况下,缔约国还可以特别考虑就所没收财产的最后处分逐案订立协定或者可以共同接受的安排。”据此,一般认为《联合国反腐败公约》蕴含资产分享的精神。此外,我国也是《联合国打击跨国有组织犯罪公约》等明确包含了资产分享条款的国际公约的缔约国,并且未对其中的资产分享条款作出保留。因此,我国有权依据相关公约规定的资产分享机制打击有关犯罪,同时也有义务防止资产分享机制与相关公约内容产生冲突。目前,我国与 81 个国家缔结司法合作方面的各类条约共 169 项。^③由于各国针对资产分享的国内立法并非均遵循协议前置主义,那么双边刑事司法合作条约既是资产分享协议签订的前提,也能在资产分享协议尚未签订的情况下为资产返还提供救济。我国在与美国、澳大利亚、英国、法国等国家缔结的刑事司法合作条约中所包含的犯罪资产返还规定,即能成为资产分享的初步依据。其中,《中国和加拿大政府关于分享和返还被追缴资产的协定》能够为后续我国与其他国家签订资产分享协议提供可以参照的样本和经验。

^① 参见中央纪委国家监委:《〈联合国反腐败公约〉履约工作》, <https://www.ccdi.gov.cn/special/lygz/>, 2022 年 3 月 12 日访问。

^② See Jumpon Phansumrit, *Attacking the Proceeds of Crime in Thailand*, 83 Resource Material Series 85 (2010).

^③ 该数据是通过检索中华人民共和国外交部条约数据库所得, <http://treaty.mfa.gov.cn/Treaty/web/index.jsp>, 2022 年 1 月 5 日访问。

(二)构建资产分享机制的实践资源

法律的生命不在于逻辑,而在于经验。^①资产分享机制的构建不仅需要整合利用立法资源,也需要合理汲取实践经验。自“猎狐”“天网”等追逃追赃专项行动开展以来,实践中已经形成了具有中国特色的境外追赃办案模式,也存在资产分享的先例。

1. 监察机关统筹协调下的追逃追赃机构协作是资产分享机制重要的运行基础

世界银行的研究指出,机构协作的低效是资产返还国际刑事合作的主要障碍之一。^②资产分享机制的运行同样要求高效的机构协作,除了依靠法院通过没收违法所得或缺席审判程序作出裁判,也需要司法部对外联系刑事司法协助,需要我国外交部推进分享协议的缔约工作和具体个案的交涉,还需要中国人民银行在资产接收和财政部在资产监管等方面的支持。而监察机关作为职务犯罪国际追逃追赃专项行动的牵头部门,其在追逃追赃中形成的部门协作经验便可以完全应用于资产分享机制的运行过程中。这也意味着我国的资产分享在境外追赃中能够直接依托现有的部门框架和协作机制,并不会导致相关机构具体职责的变动而造成资源的浪费。此外,由于国际惯例通常以司法机关作为司法合作的联系机关、主管机关和办案机关,而我国以监察机关为腐败犯罪调查机关,并将国家监察委员会确定为国际刑事司法合作的联系机关、主管机关和办案机关,那么监察机关便可以作为我国履行司法职能的独立机关,而不宜被定位为政治机关,否则其以政治机关身份所查明的犯罪事实可能会被外国认定为政治犯罪并以此为借口拒绝提供刑事司法协助。实践中,一些外逃人员往往声称该案由政党的纪检机构办理,并采取了刑事诉讼法里未曾规定的“双规”政策,所以其受到“政治迫害”。^③事实上,我国监察机关完全能够以履行职务犯罪调查权的反腐败专门机关的身份参与国际刑事司法协助,与外国司法机关在各自相应的权限范围内进行资产分享的程序对接,为腐败资产的追回排除实践障碍。

2. 境外追赃实践中已经形成的资产分享案例是资产分享机制重要的经验来源

近年来,我国境外追赃工作呈现出提高司法协助和域外追诉等法律手段利用率的发展趋势,积累了一些资产分享的实践经验。闫某某案和李某某案即是我国境外追赃中最为典型的资产分享案例。在闫某某案中,我国通过《联合国反腐败公约》向新西兰请求起诉闫某某并追缴其违法所得,最终在与新西兰分享被罚没涉案赃款和犯罪收益的基础上追回约3.29亿元资产。^④在被称为“中澳司法合作第一案”的李某某案中,我国向澳大利亚提供了证明李某某挪用公款并通过地下钱庄洗钱将资产转移至澳大利亚的主要证人与证据,澳大利亚以洗钱罪等罪名判处李某某26年监禁,并将

^① See Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* 5 (Harvard University Press 1963).

^② See Kevin M. Stephenson, *et al.*, *Barriers to Asset Recovery* 37 (World Bank Publication 2011).

^③ 参见黄凤:《检察机关实施〈国际刑事司法协助法〉若干问题》,《国家检察官学院学报》2019年第4期,第163页。

^④ 参见冉刚:《国际追逃工作实务》,中国方正出版社2018年版,第245页。

被没收犯罪资产中的 3000 余万元返还给我国。^①这两则案例均发生在我国《国际刑事司法协助法》出台之前,可见即使在我国尚无资产分享相关立法的时期,境外追赃实践中便已经存在通过提供协助而分享外国没收资产的例子。这其中所形成的双边合作流程与方式为我国构建资产分享机制提供了实践资源。

四、域外经验:资产分享机制的理性参照

资产分享机制是在国际刑事司法合作的实践中形成和发展的。传统的国际刑事司法协助往往强调朴素的道义观,即国家之间基于打击犯罪的道义要求而互相提供协助。但是,国际刑事司法协助通常需要提供协助方承担较高的司法成本,无偿提供协助往往意味着其国家利益的损失。而现代国际社会的基本共识是“利益关系是国际关系中影响各个国家对外行为的最基本要素,国家利益是国家对外行为的最基本动因”。^②当下,国际刑事司法协助的实践也从传统的以道义主义为基础的无偿合作转向了以功利主义为基础的有偿分享。我国腐败资产主要流向的发达国家大多对资产分享作了规定,在一些发展中国家与发达国家的资产追回实践中也出现了影响较大的案例,可供我国在构建资产分享机制时参考借鉴。

(一)资产分享机制的规范本体

除瑞士以外,大陆法系国家一般并无“资产分享”的概念,它们主要根据其国内刑事司法协助法的规定,以对等待遇原则返还作为证据或犯罪收益的物品,如德国、意大利等。^③但是,在欧盟内部框架下仍然存在资产分享的可能。^④而英美法系的主要发达国家通常是在国际刑事司法协助的法律体系中规定资产分享的具体内容。无论是否以单行法的形式作出规定,资产分享的基本框架均包含以下三个方面的内容:

1. 资产分享的责任主体

各国依据资产分享的不同阶段规定了相应的负责机关,通常是由法院作出或执行没收裁判,司法部或检察机关负责决定是否分享以及分享的数额并对外联系,政府财政部门负责资产接收和管理。例如,美国司法部长或财政部长在获得国务卿同意的前提下有权将没收所得移交给参与扣押或没收资产的国家。^⑤英国则是由内政部成立“扣押资产基金”,负责接受各国的分享请求,并按法庭指令分配没收所得。^⑥澳大利亚也是由司法部长根据公平分享计划向外国进行其认为合适的支付。^⑦加拿大规定由总检察长评估各国参与协助的贡献程度,并由司法部长负责计算具体的分

① 参见黄风:《中国境外追逃追赃经验与反思》,中国政法大学出版社 2016 年版,第 143-150 页。

② 宋新宁、陈岳:《国际政治学概论》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 123 页。

③ 参见刘文峰:《犯罪收益独立没收程序研究》,中国政法大学出版社 2016 年版,第 263 页。

④ 欧盟理事会 2018 年《相互承认冻结令和没收令条例》第 30 条第 6 款第 3 项规定,执行外国没收令没收的财物可以按照执行国的法律处置。

⑤ See 18 U.S.C 981 (2000).

⑥ 参见张磊等译:《英国 2002 年犯罪收益追缴法》,中国政法大学出版社 2010 年版,第 172 页。

⑦ 参见张磊等译:《澳大利亚 2002 年犯罪收益追缴法》,中国政法大学出版社 2008 年版,第 207 页。

配份额。^①瑞士则是由联邦司法办事处进行对外联系和谈判,并向外交部通报情况,如果涉案资产总额超过一千万瑞士法郎,还需要司法部在咨询财政部后作出批准。^②各国多机关参与资产分享的现状也进一步印证了我国构建统筹协调机制的必要。

2. 资产分享的基本原则

鉴于资产分享机制是在国际刑事司法合作的框架下展开,那么国际刑事司法合作的诸项基本原则,例如国家主权原则、平等互惠原则等均当然适用于资产分享机制。此外,资产追回的国际立法实践就可分享的资产范围也形成了特有的基本原则,即赔偿刑事被害人原则和保护善意第三人原则。具体而言,可供资产所在国分享的资产范围应当是被罚没资产中已经对刑事被害人作出赔偿并且分享不会损害善意第三人合法利益的部分。那么对我国而言,在外逃人员涉嫌贪污罪和以贪污罪为上游犯罪的洗钱罪等有明确被害人的罪名时,或者能够证明国家机关、国有企业、企业、事业单位等主体是受触犯行贿罪、受贿罪或挪用公款罪所产生的犯罪收益所影响的第三人的情况下,外国没收的腐败资产将优先返还至我国。该原则是《联合国反腐败公约》第57条第1款和第2款所明确规定的,也得到了大多数国家的立法支持。例如,加拿大1995年《没收资产分享条例》、澳大利亚2002年《犯罪收益追缴法》、新加坡2006年《刑事司法互助法》等对此均有规定。这些基本原则是我国在追缴境外腐败资产时为保护国家利益可以充分利用的重要原则。

3. 资产分享的份额计算

各国针对分享数额的区别规定主要集中在两个方面。首先是分享前是否扣除基本费用。这关系到被请求国在没收过程中产生的成本是否由请求国承担。通常有两种方式:先扣除后分享、先分享后扣除。大多数国家出于维护本国利益的考虑,一般在国际资产分享层面采用先扣除后分享的方式,在国内分享层面则采用先分享后扣除的方式。例如,美国没收资产分享协定往往强调可分享的没收资产是扣除执行没收的成本等扣减项目之后的没收资产,而美国国内法关于资产分享的规定则采取了先分享后扣除的做法。^③加拿大、英国、澳大利亚等国家也均采取此类方式。其次是可分享资产的分配方法。不同国家采取的股份标准并非完全相同,多数国家按贡献程度进行分配,也有部分国家是平均分配。美国在没收资产的国际分享上采取比例原则,依据外国在刑事司法合作中的贡献程度按比例进行分享。加拿大通过比较其为实现资产的没收或归还作出的贡献价值与资产本身价值之间的比重计算分

^① See Canadian Ministry of Justice, Forfeited Property Sharing Regulations, <http://laws-lois.justice.gc.ca>, visited on 1 December 2021.

^② See Swiss Federal Office of Justice, The Federal Act on the Division of Forfeited Assets, <https://www.egris.admin.ch/bj/en/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/sharing.html>, visited on 1 December 2021.

^③ See 18 U.S.C 981 (2000).

享数额,并且规定加拿大的分享比例不得低于 10%。^①而瑞士则规定与请求国平均分配没收资产,但不排除依据外国参与犯罪调查的程度返还资产。^②欧盟理事会《相互承认冻结令和没收令条例》第 30 条第 7 款也规定,“如果执行没收令没收的数额超过一万欧元,执行国应将其中的 50%返还签发国。”^③需要注意的是,无论各国针对资产分享的份额采取何种计算方法,均已在其国内法中先行规定,那么基于国家主权原则的要求,其他国家在与该国进行资产分享时只能遵从该国立法采取的计算方式,除非双方之间针对分享份额存在特殊的协议并且该协议不违反该国国内法规定。因此,我国部分学者所主张的以维护国家利益为目的灵活选择资产分享计算方法的观点,^④可能只有在分享位于我国境内的外国腐败资产时才有考虑的空间。

(二)资产分享机制的运行供给

资产分享不是一个“裸的机制”,而是在刑事没收的国际合作中运行,需要在“刑事没收”和“国际合作”两个层面对其进行相应的制度供给。国际实践的经验显示,成功实现资产分享和返还的重要因素是对资产的“保护”。具体而言,这既涉及在资产分享之前对目标资产的扣押和限制,也关涉资产分享之后对返还资产的管理和监督。

1.对境外腐败资产的扣押和限制

扣押涉及对没收目标资产进行实际占有,限制则是由法院发出强制性命令限制任何人在最终裁判作出前交易或处理相关资产。^⑤《联合国反腐败公约》第 54 条对境外腐败资产的扣押和限制方式作出了相应的规定。无论是请求资产所在国执行资产流出国的扣押令或限制令,还是申请资产所在国依据资产流出国提供的事实作出扣押令或限制令,均需要满足资产所在国法律在证据标准和诉讼程序两个方面的要求,也依赖于烦琐的双边刑事司法协助程序。对此,国际资产返还立法和实践已经作出回应。美国、加拿大、澳大利亚等多数国家都存在民事没收制度,采取民事诉讼的优势证据标准,不以对刑事被告人定罪为前提进行没收,降低了扣押和限制腐败资产的程序要求。我国违法所得没收程序同样作为一种“刑事对物之诉”,可以参考国外民事没收关于证明和证据方面的制度经验。此外,部分国家允许在紧急情况下采取临时措施对腐败资产进行扣押或限制。例如,在本·阿里(Ben Ali)案中,欧盟即在没有任何详细证据显示资产位于成员国境内的情况下采取了预期冻结措施,而瑞

^① See Canadian Ministry of Justice, Forfeited Property Sharing Regulations, <http://laws-lois.justice.gc.ca>, visited on 1 December 2021.

^② See Swiss Federal Office of Justice, International Mutual Assistance in Criminal Matters Guidelines, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1982/846_846_846/en, visited on 1 December 2021.

^③ PE/38/2018/REV/1, the Official Journal of the European Union L 303 (2018) 21.

^④ 例如,有观点认为,在处理分享与扣除的前后关系上应采取灵活的方式,在单一帮助国情形下采取扣除后置分享,在多数帮助国情形下采取扣除前置分享。参见陈结淼、程冉:《我国应建立海外追赃资产分享制度》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2016年第1期,第114-115页。

^⑤ 参见[法]让-皮埃尔·布鲁恩等:《追缴腐败犯罪资产从业者指南》,王晓鑫译,中国政法大学2015年版,第76页。

士则根据《外国特殊政治人物非法资产冻结与归还法案》临时冻结了本·阿里在其境内的相关资产。^①国际实践也正在形成以金融情报机构反洗钱合作为主的非正式协助途径。多数国家均允许金融机构提交可疑交易报告后在一定期限内控制相关资产,从而允许金融情报机构或有关执法机构采取临时措施扣押或限制资产。^②这些域外经验可以为我国在腐败资产扣押和限制方面的刑事司法协助提供参考。

2.对返还腐败资产的管理和监督

对于返还资产的不当处置将有损资产追回的成效,一些资产所在国特别关注罚没资产返还后的处理。^③美国曾因为通过评估判断返还的资产在乌克兰可能会造成新一轮的腐败而未向乌克兰返还资产。^④这就要求资产流出国对于通过资产分享返还的资产建立成熟的管理和监督机制。目前比较常见的做法是设立专项基金对分享所得资产进行管理和监督。影响较大的一些案例,例如蒙特西诺斯(Montesinos)案等,均是由资产流出国政府设立专门基金结合国情按需分配返还资产,并以问责制的形式监督基金的管理机构。在秘鲁,政府专门为境外追回腐败资产设立基金,用以赔偿被害人、支持反腐政策等多种分配途径。^⑤此外,尼日利亚也将瑞士所返还的腐败资产用于资助本国的全面经济改革计划。^⑥国际上对分享资产后续管理和监督的惯例在我国学界尚未引起足够的重视,但这恰是通过资产分享机制实现境外追赃值得注意的因素,其将在一定程度上决定资产分享机制能否长效运行。

(三)资产分享机制的适用场域

在境外追赃中,资产分享机制并非万能,其具体适用受到严格的限制。首先,多数国家以条约前置为适用原则,即资产分享的适用以双边分享协议为基础。例如,加拿大规定,将任何资产返还或交由外国处置之前,必须与外国签订正式的资产分享协议。^⑦其次,资产分享本身也存在诸多限制。第一,对于没收资产未达到合理数额的案件,国际通行的惯例是不进行分享。联合国经济及社会理事会2004年通过

① See Shahshahani Azadeh & Mullin Corinna, *Western Complicity in the Crimes of the Ben Ali Regime*, 68 National Lawyers Guild Review 123 (2011).

② See Jean-Pierre Brun, *et al.*, *Asset Recovery Handbook* 239 (World Bank Publication 2021).

③ 参见卢月:《反腐败国际追赃法律问题研究》,华东政法大学2016年博士学位论文,第87-88页。

④ 参见黄风:《资产追回问题比较研究》,北京师范大学出版社2010年版,第142页。

⑤ See World Bank, *The Role of Democratic Oversight in Combating Corruption: The Peruvian Experience*, <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/PRESENTATIONAnelTownsend.pdf>, visited on 20 December 2021.

⑥ See A. Y. Shehu, *Key Legal Issues and Challenges in the Recovery of the Proceeds of Crime: Lessons from Nigeria*, 3 International Law Review 194-195 (2014).

⑦ See G8 Step-by-Step Guide on Mutual Legal Assistance, http://www.coe.int/T/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/8_MLA%20step-by-step_CN152011_CRP.6_eV1182196.pdf, visited on 20 December 2021.

的《资产分享示范协议》第 5 条即对此作出了规定。^①第二,能够被分享的资产一般情况下是基于法院终审裁判没收的资产。例如,美国与荷兰签订的资产分享协议规定,“移交资产应当以所有权人用尽上诉权为前提”。^②第三,有权分享资产的国家仅限于参与刑事司法合作的国家。至于何种合作方式能够分享资产,国际立法与实践对此尚未形成共识。《资产分享示范协议》仅规定了合作事项的大致范围,具体内容通常需要双边资产分享协议予以确定。因此,能够适用资产分享的案件一般限于以下情形:存在资产分享协议或包含了资产分享规定内容的刑事司法合作条约的国家之间基于刑事司法合作对一定数额的腐败资产进行了终局没收,资产所在国根据其在没收中作出的贡献分享部分资产后返还资产流出国,或资产流出国因提供协助而得到资产所在国没收资产的分享。

在国际实践中,无法满足上述条件的资产流出国需要作出一定的变更和替代措施。《联合国反腐败公约》第 46 条第 28 款规定了通过“费用补偿”的方式向提供司法协助的国家支付费用,第 57 条第 5 款则规定了“逐案安排”的方式。一般情况下,此类安排需要国家之间采取个案协商的方式,也需要资产流出国对腐败资产处置方面的国家主权作出适当让渡。例如,哈萨克斯坦在詹姆斯·吉芬(James Giffen)案中即依据《联合国反腐败公约》第 57 条第 5 款与美国和瑞士达成了涉及返还资产处置的三方协议。^③此外,一些资产流出国在能够适用其他方式追回资产时,通常不会优先适用刑事司法协助和资产分享机制。例如,在阿巴查(Abacha)案中,尼日利亚以民事主体的身份在英国和瑞士起诉,利用民事诉讼追回腐败资产。^④由此可见,我国在适用资产分享机制时需要考虑管辖国家、涉嫌罪名等不同情况,并结合其他可行的资产追回途径严密境外追赃的法网。

五、立足国情:资产分享机制的设计路径

本土资源和域外经验为我国建立和适用资产分享机制提供了可行的思路,在此基础上,可以通过基本措施、配套措施和替代措施三种路径设计符合我国实践需要的资产分享机制,以健全反腐败领域的资产追回制度。

(一)建构资产分享机制的基本措施

通过国内法明确资产分享基本原则、资产范围、责任主体等方面的规范,是我国对外签订资产分享双边协议的国内法依据。我国《国际刑事司法协助法》关于资产

^① 参见《关于分享所没收的由〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉和 1988 年〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉所涵盖的犯罪的所得或财产的双边示范协定》, https://www.un.org/chinese/documents/convents/docs/r2005_14.pdf, 2021 年 9 月 5 日访问。

^② 2029 UNTS 189.

^③ See Mike Koehler, *Foreign Corrupt Practices Act Ripples*, 3 American University Law Review 391 (2014).

^④ See David Chaikin, *Policy and Legal Obstacles in Recovering Dictator's Plunder*, 17 Bond Law Review 23 (2005).

分享的条文初步规定了在个案情形下负责对外协商资产分享事宜的机关,其他涉及资产分享的内容仍有待立法上的进一步明确。有观点指出:“当然也有学者认为分享程序规定过细会对司法实务部门工作灵活性造成困扰,但是,既然‘入法’就应当规范,否则就失去入法的意义。”^①《国际刑事司法协助法》包含了“移管被判刑人”等内容,实质上是一部对国际刑事司法合作予以规制的法律。鉴于域外法律均将资产分享作为国际刑事司法合作框架下的规定,我国也应当在《国际刑事司法协助法》中对其予以规定,为我国对外分享外国境内没收的我国资产提供相应的国内法依据。

1. 确立资产分享的基本原则

《国际刑事司法协助法》第4条规定的国家主权原则和平等互惠原则,当然适用于资产分享机制。这要求办案机关在资产分享时坚持维护国家利益,避免腐败资产因资产分享机制的不当适用而流失。尽管“分享”意味着我国需要将部分资产补偿外国提供协助的支出,但是大部分腐败资产均能通过资产分享机制在技术层面的合理适用做到“应返尽返”。因此,《国际刑事司法协助法》还应当确立赔偿刑事被害人和保护善意第三人的基本原则作为我国对外开展资产分享的基础。此时,非自然人主体应当属于刑事被害人的范围。大多数国家在资产分享中均确立了非自然人主体的刑事被害人地位。我国学界主流观点同样认为,单位能够作为公诉案件的被害人参与刑事诉讼。^②我国《刑事诉讼法》第101条规定:“如果是国家财产、集体财产遭受损失的,人民检察院在提起公诉的时候,可以提起附带民事诉讼。”将机关、团体、企业事业单位等非自然人主体确定为与自然人主体具有同等地位的刑事被害人,能够有效保护国家、集体的合法利益,为我国在实践中更多地追回腐败资产提供法律基础。针对一些涉及数罪并罚的事实,如行为人受贿资产是行贿人贪污所得,办案机关可以优先适用贪污罪或以贪污罪为上游犯罪的洗钱罪等存在单位被害人的罪名而非行贿罪或受贿罪等没有被害人的罪名为基础进行刑事没收,以期尽可能地追回境外腐败资产。

2. 确定资产分享的资产范围

首先,我国应当指明可进行分享的资产只能是在腐败犯罪案件中所没收的犯罪所得及其收益(包括腐败犯罪所得及其收益经变卖或转让后取得的款项、腐败犯罪所得及其收益转换形态后产生的财物)、供犯罪所用的财物和违禁品。《国际刑事司法协助法》规定没收和返还的对象是“违法所得及其他涉案财物”,这与资产分享中的腐败资产概念存在一定出入,不建议直接予以适用。理由在于:涉案财物仅指明该财物可能与案件相关,而这种关系未经过司法程序的定性,不具有终局性。正因为如此,《国际刑事司法协助法》将协助查封、扣押和冻结的对象限定于涉案财物而非违法所得,以期符合对查封、扣押和冻结请求合法性审查的形式性和时效性。与临时性的对

^① 周明:《违法所得分享程序立法前景分析》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2019年第5期,第99页。

^② 参见《刑事诉讼法学》编写组:《刑事诉讼法学》,高等教育出版社2019年版,第65页。

物强制措施不同,可分享的资产只能是经过法院终审裁判后确定与犯罪行为相关的资产。因此,“涉案财物”概念并不符合资产分享的性质。而就“违法所得”概念而言,我国不同部门法均在不同意义上使用这一术语,且《刑事诉讼法》本身也存在前后规定的矛盾之处,导致违法所得的含义不一致,也不适宜在对明确性有特殊要求的国际刑事司法合作中予以援引。因此,我国宜在资产分享中直接指明可分享资产的内容。此时,无论我国其他法律法规和规范性文件对“违法所得”概念作何种理解,均不影响可分享资产的资产范围。

其次,我国应当设置可分享资产的数额底线。一方面,基于国际惯例和国家利益的双重衡量,《国际刑事司法协助法》应当严格限制我国在资产分享中的最低分享标准,规定无论在对外分享中采取何种计算方式,无论我国在司法合作中作出多少贡献,我国的分享比例不应低于 10%。这也是国际司法实践中大多数国家能够认可的最低限度。另一方面,《国际刑事司法协助法》可以采取“限度加幅度”的方式规定可分享资产的份额,采取“列举加兜底”的方式规定可分享资产的范围,并赋予地方监察机关层报国家监察委员会以个案协商的方式在法定标准内调整分享份额和范围的权力。这是由于资产分享份额受资产所在国法律限制的事实客观存在,大多数资产所在国法律均按照贡献程度计算分享份额,而我国即使通过国内立法严格规定分享范围和份额的标准,也可能无法适应国际合作基于平等互惠原则的要求。相反,更合理的措施是在立法灵活规定分享范围和份额的基础上,于实践中转变策略,通过提高在刑事没收合作中的贡献比重,如作出对刑事没收提供主要证据等关键协助,以获得更多的分享数额。

3. 明确资产分享的责任主体

首先,资产分享的对外协商机关包括对外联系机关和主管机关。《国际刑事司法协助法》第 49 条仅笼统规定了我国由对外联系机关会同主管机关与外国协商确定对外分享资产的数额或者比例。因此需要根据我国请求外国没收腐败犯罪资产的不同路径界定我国的办案机关和主管机关。如果我国是在腐败犯罪刑事诉讼程序的侦查阶段即请求外国限制、没收行为人藏匿其境内的腐败资产,并通过外国法院作出相应的没收裁判,此时外国能够向我国分享其没收的犯罪资产是因为我国的腐败犯罪案件调查机关为其没收资产提供合作并作出贡献。而在我国的案件调查阶段,管辖案件的地方监察机关是腐败犯罪案件国际刑事司法协助的办案机关,国家监察委员会则是主管机关。此时应当规定由司法部或外交部会同国家监察委员会对外协商。如果外国分享资产所依据的没收裁判是由我国法院所作出的,这意味着该案在我国已进入审判程序,此时我国相应的管辖法院是腐败犯罪案件国际刑事司法协助的办案机关,最高人民法院则是主管机关。而外国能够向我国分享其没收的犯罪资产是因为我国的没收裁判为其没收资产提供了实质性的帮助。此时则应当由司法部或外交部会同最高人民法院对外协商。

其次,资产分享的国内决定机关应当为国际刑事司法协助的主管机关。根据域外立法和国际实践的经验,资产分享决定的作出通常需要多个主体的共同参与,鉴于资产分享涉及国家财产的分割和国际刑事司法协助的开展,各国所规定的决定机

关除了刑事司法合作主管机关之外,基本都涉及国家的财政部门 and 司法部门。《国际刑事司法协助法》第6条规定我国开展国际刑事司法合作的主管机关“审核向外国提出的刑事司法协助请求,审查处理对外联系机关转递的外国提出的刑事司法协助请求,承担其他与国际刑事司法协助相关的工作。”因此,在资产分享中,我国可规定资产分享的主管机关在听取财政部意见并在与司法部沟通的基础上,决定是否可以进行或应当进行资产分享。这既符合《国际刑事司法协助法》关于国家监察委员会作为主管机关审核司法协助请求的规定,也是在中国国情基础上对域外法关于资产分享的经验借鉴。

(二)完善资产分享机制的配套措施

《国际刑事司法协助法》第49条和第54条的规定意味着我国已经在立法上认可了资产分享这一国际刑事司法合作机制,但我国现行法律尚未对反腐败国际资产分享机制作出具体规定。资产分享机制的本土设计仅仅是一种“从无到有”的改变,其能否顺利运行还需要相应的制度供给。我国在构建资产分享机制基本措施的同时,还应当完善相应的配套措施。

1.调整腐败犯罪的没收财产刑

没收财产刑的调整并非仅出于腐败犯罪资产分享的需要。目前,大多数国家均已废除了没收财产刑,我国学界不乏废除没收财产刑的呼声。^①而主张保留没收财产刑的学者则主要基于“证明财产来源的违法性非常困难”的考虑,认为“需要没收财产刑来实现刑罚的特殊预防功能。”^②诚然,尽管现阶段完全废除没收财产刑可能并不符合国内打击恐怖主义犯罪、有组织犯罪的要求,但贪污罪、受贿罪、行贿罪等腐败犯罪领域的没收财产刑在某种程度上确实构成了国际刑事司法合作的阻碍,因此,可以考虑优先予以废除。况且,由于巨额财产来源不明罪的存在,腐败犯罪领域并不需要利用没收财产刑在不能证明财产来源的违法性时实现刑罚的特殊预防功能。可能的反对意见是,正因为境外追赃中证明资产与犯罪行为之间存在关联的难度更大,才更需要没收财产刑填补空缺。但是,即使法院判处没收个人全部财产,现实中没收对象大多早已转移境外,反而使裁判成为“一纸空文”。即使我国建立了刑事裁判的相互承认和执行制度,没收个人全部财产的裁判也难以得到外国法院的承认和执行。反之,没收财产刑有多种替代方式。例如,可以扩大没收的范围和对象,如增加对“犯罪收益”“名声收益”的没收。此外,也可以增设“将赃款赃物转移至境外”等严重情节,

^① 我国学界近20年来一直有废除没收财产刑的观点,多数学者从罪责自负原则、罪刑相适应原则、刑罚现代化、刑罚目的等不同角度出发主张废除没收财产刑。相应观点可参见李洁:《论一般没收财产刑应予废止》,《法制与社会发展》2002年第3期,第97页;谢望原:《刑法中的没收制度》,《中国刑事法杂志》2009年第6期,第3页;黄风:《论“没收个人全部财产”刑罚的废止——以追缴犯罪资产的国际合作为视角》,《法商研究》2014年第1期,第47页;张小虎:《宽严相济刑事政策的精髓与我国刑罚体系的补正》,《江苏社会科学》2019年第5期,第131页。

^② 何显兵:《论没收财产刑的改革与完善——以绵阳市最近三年司法统计数据为例》,《中国刑事法杂志》2011年第1期,第19页。

并依据不同情节设置多档次的倍比罚金刑,加重“数额巨大”和“数额特别巨大”等量刑情节的罚金。在刑罚轻缓化已成大势所趋的当今社会,罚金刑受到各国的广泛关注和大量运用,^①且其较之没收财产刑也避免了对个人全部合法财产的剥夺,因此适用罚金刑的裁判在后续更能得到外国法院的承认和执行。这也符合我国学界主张的将刑罚量配置的“厉”转向罪状的“严”之要求。

2. 确定违法所得没收程序的民事性质

我国学界对违法所得没收程序一直存在“保安处分”“民事诉讼”与“刑事诉讼”之争。其实,争议的焦点在于《刑事诉讼法》规定的违法所得没收程序能否适用民事诉讼标准。该问题源自我国对《联合国反腐败公约》要求的“非定罪没收”是在刑事诉讼法的框架下设置的,而非国际通行的与刑事诉讼相分离的独立程序。然而,刑事诉讼法中规定的程序并非必然是刑事诉讼程序,例如刑事附带民事诉讼即属于民事诉讼程序。而违法所得没收程序是不以定罪为前提的“对物之诉”,其所要解决的是在“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡”的难以定罪的情形下犯罪资产的权利归属问题,与保安处分或刑事诉讼的目的截然不同。并且,在我国已存在缺席审判程序的情况下,倘若违法所得没收程序依然采用刑事诉讼标准,其本身即无多大的生存空间。因此,从境外追赃的角度出发,本文支持“违法所得没收程序应当类属于民事诉讼程序”的观点。^②我国的违法所得没收程序应当对标域外法的民事没收制度,采取民事诉讼“谁主张,谁举证”的举证责任和“优势证据”的证明标准。

鉴于资产分享的前提是法院通过刑事诉讼程序作出没收裁判,此时即可利用违法所得没收程序的优势,因应资产分享的需要,理性选择刑事诉讼程序。首先,在外逃人员已经归案的情况下,由于不存在违法所得没收或缺席审判程序的适用条件,对于尚未追回的资产,法院直接通过普通刑事诉讼程序作出裁判并请求外国承认和执行即可。其次,在外逃人员和资产均未归案的情况下,尽管违法所得没收程序和缺席审判程序均满足适用条件,但是相比违法所得没收程序而言,作为“对人之诉”的缺席审判程序作出的是定罪判决,在权威性上更符合《联合国反腐败公约》第 57 条第 3 款的要求,应当优先予以适用,进而请求外国执行缺席审判判决并分享没收资产。最后,由于缺席审判程序采用刑事诉讼的证明标准,也可能存在送达不能和死刑适用的问题。^③而作为“对物之诉”的违法所得没收程序适用民事诉讼证明标准,在证据不足、送达不能等缺席审判程序无法适用的情形下即可作为替代选择,进而请求外国执行违法所得没收裁定并分享没收资产。

3. 建立刑事裁判的相互承认和执行制度

在境外追赃中,普通刑事诉讼程序主要适用于已经通过引渡或劝返、遣返、异地

^① 参见高铭暄主编:《当代刑法前沿问题研究》,人民法院出版社 2019 年版,第 241 页。

^② 参见万毅:《独立没收程序的证据法难题及其破解》,《法学》2012 年第 4 期,第 77 页。

^③ 参见李海滢、王延峰:《缺席审判抑或独立没收:以“追赃”为基点的程序选择》,《政治与法律》2019 年第 7 期,第 10 页。

追诉等引渡替代措施追回外逃人员的场合,境外腐败资产是否已经全数追回并不妨碍法院作出没收裁判。而在外逃人员未被追回的场合,法院则可以适用违法所得没收或缺席审判程序,即使被告人未到案也能够直接对其腐败资产作出处理。在调整没收财产刑和确定违法所得没收程序性质的基础上,我国通过普通刑事诉讼程序、违法所得没收和缺席审判程序所作出的裁判的域外适用仍然受到刑法空间效力的限制。这就要求我国建立刑事裁判的相互承认和执行制度。由于国际条约的推动和各国刑事立法的进步,不少国家已在其国内法上规定了承认与执行外国刑事裁判制度。^①《联合国反腐败公约》第54条第1款和《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第13条第1款均规定了没收裁判的相互承认和执行。这也对我国履行缔约国义务提出了要求。实际上,承认和执行外国刑事裁判并不会损害我国的国家利益,相反,承认外国刑事裁判一般均存在“不得危害本国的主权与安全”“符合双重犯罪原则”等严格的限制条件。《关于刑事判决的国际效力的欧洲公约》第4条也规定了拒绝执行外国刑事裁判的条件。^②因此,我国有必要在《国际刑事司法协助法》中增设“刑事裁判的承认和执行”一章,参照国际惯例对外国刑事裁判的审查机制作出具体规定,并对《刑法》第10条关于消极承认外国刑事裁判的规定作出修改。

4. 设置分享资产专项基金

无论是在对境外腐败资产的扣押和限制阶段,还是在返还腐败资产的管理和监督阶段,都需要专门的经费予以支持。针对没收、返还和分享所得的犯罪资产,各国通常是由政府以基金形式进行运营管理。对我国而言,将分享所得的腐败资产设立专项基金,既有利于我国在资产分享中与外国针对个案进行具体协商,灵活应用追回资产的处置方式;也有利于保障司法机关与被控制资产的程序分离,规范追回资产的收支过程。国际反洗钱金融行动特别工作组《四十条建议》第38条指出,各国可以考虑针对没收的资产建立一个基金,用于执法、教育、医疗卫生或者其他的合理目的。我国作为国际反洗钱金融行动特别工作组的正式成员,完全可以在实践中对《四十条建议》关于基金组织的规定予以落实,针对分享所得的腐败资产设立管理基金,以应对当前境外追赃经费紧张、腐败资产管理混乱的状况。该基金既可以作为资产分享机制运行的支持资金,例如,在扣押和限制境外资产时预先支付费用以提高外国司法机关的协助积极性,也可以作为一种救济方式用以补偿资产分享后部分权利难以得到维护的利害关系人,还可以通过设立民事诉讼保险基金支持境外追赃的民事起诉,支付民事诉讼费用。在基金监管方面,我国可以设立境外追回资产管理人制度,指定专门机构负责具体运营,避免因为部门利益的掣肘而影响分享所得资产的监管。针对追回资产的财政专户,财政部门可以利用会计制度进行内部审核,并引入应收应付制以明确追回资产的收支与使用。审计部门在必要时有权作出建议或警告,

^① 参见冯殿美等:《国际刑法国内化研究》,山东大学出版社2014年版,第217页。

^② 参见马呈元:《国际刑法论》,中国政法大学出版社2013年版,第677-678页。

或联合监察机关进行专项调查。

(三) 选择资产分享机制的替代措施

在国际实践中,资产分享机制存在适用场域的诸多限制,对于资产分享的不当适用也会导致部分国有资产不必要的流失。因此,我国在构建资产分享机制并完善其配套制度后,还应当依据具体案情兼用不同的替代措施以实现腐败资产的充分追回。

一是根据相应的管辖国家选择合作方式。在境外追赃实践中,要求我国分享腐败资产的国家主要是建立了资产分享机制的美国、加拿大、英国、澳大利亚、瑞士、新西兰、新加坡等发达国家,以及一部分东南亚、南美洲和非洲的发展中国家。对于我国尚未与之签订资产分享协议的发达国家,可以考虑利用现存的可行基础进行资产分享。例如,与新西兰、澳大利亚等未要求以协议为基础的国家之间分享资产,可以遵循实践中存在的先例。对于其国内并未规定资产分享机制的发达国家,例如法国、意大利、德国等,我国则可以利用双边司法合作协议中的资产返还条款和《联合国反腐败公约》的规定,以补偿费用的方式实现腐败资产的追回。此外,无论是与发展中国家还是与发达国家之间的合作,我国都可以考虑采取个案协商的方式,利用对等待遇原则解决境外追赃中涉及资产分享的问题。尤其在与其我国腐败资产大量流向的美国进行资产追回合作时,由于美国法律允许外国在与其尚未签署双边资产分享协议的情况下就个案达成专门的没收资产分享协定,个案协商是我国在短期内完全可行的一种方式。

二是根据案件的涉嫌罪名选择诉讼路径。资产分享机制适用于境外追赃的刑事诉讼路径,而民事诉讼则是境外追赃的另一种选择。对于贪污罪、挪用公款罪或以贪污罪、挪用公款罪等为上游犯罪的洗钱罪等罪名,由于我国作为资产流出国是犯罪行为的被害人,没收资产将优先返还我国,所以大部分资产并不会被资产所在国分享,只需要扣除没收成本,这可以通过合理费用补偿予以实现。因此,在涉嫌以上罪名时可以运用刑事诉讼并通过资产分享机制追回资产。但是,对于行为人涉嫌行贿罪、受贿罪或以行贿罪、受贿罪等为上游犯罪的洗钱罪时,由于并不存在刑法意义上的明确的被害人,我国将与资产所在国依据协议或协商分享资产,无论采取贡献比例还是平均分配的分享方式,追回的资产数额可能并不多。出于保护国家利益的要求,此时可以利用境外民事诉讼,例如,当政府采购货物和服务招标投标中产生的贿赂被行为人转移到境外时,我国可支持相关企业在境外提起民事诉讼。若国有企业与职工之间存在劳动合同,或者政府与企业之间存在建设工程或承揽合同,便可起诉请求确认合同无效。此外,也可以结合违约之诉或侵权之诉的特点灵活运用民事诉讼请求。^①我国在大多数案件中其实都需要综合利用刑事司法合作与境外民事诉讼的双重路径追回腐败资产。毕竟,对腐败的有效反应通常需要同时使用刑法

^① 参见李海滢、陈闻博:《我国海外追赃民事诉讼路径的选择与设计》,《河南大学学报(社会科学版)》2021年第4期,第81页。

和民法才能达到预期的效果。^①

六、结语

在反腐败国际刑事司法合作中,资产分享作为腐败资产跨境追缴和返还的一种国家实践,对资产流出国向资产所在国请求归还已被没收的腐败资产提出了以分享为基础的具体要求。我国在境外追赃中面临的实践难题需要通过构建并实施资产分享机制予以应对,而我国的本土资源和域外经验是资产分享机制的基础和参照。通过国内立法和国际合作构建资产分享机制,并完善国内规范体系和实践技术,能够为我国境外追赃严密法网和提供对策。后续研究可以通过典型个案和国际立法的分析巩固资产分享的理论和实践基础,为我国对外签订双边资产分享协议提供现实依据,设计立足中国国情的、具有中国特色的资产分享机制。

The Local Design of Anti-corruption International Asset Sharing Mechanism

Abstract: Anti-corruption international asset sharing is a state practice in the field of international criminal judicial cooperation. The practical difficulties faced by overseas asset recovery require the establishment of a sound anti-corruption international asset sharing mechanism to deal with it. China's anti-corruption asset sharing mechanism can be designed in combination with local resources at the legislative and practical levels, as well as other countries' national practices in normative ontology, operating mechanism, and applicable fields. The international asset sharing mechanism that meets the needs of China's practice can be designed through three paths: basic measures, supporting measures, and alternative measures, so as to improve the asset recovery system in the field of anti-corruption and improve the efficiency of asset sharing.

Key words: anti-corruption international asset sharing; overseas asset recovery; international criminal judicial cooperation

(责任编辑:彭苓萱)

^① See James Maton & Tim Daniel, *Recovering the Proceeds of Corruption by Public Officials-A Case Study*, 10 *Academy of European Law* 23 (2009).