

《联合国反腐败公约》资产追回和返还机制 与完善我国诉讼制度之探讨

徐汉明¹, 阎利国²

(1. 湖北省 人民检察院, 湖北 武汉 430079; 2. 武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 徐汉明(1951-), 男, 湖北鄂州人, 湖北省人民检察院常务副检察长, 经济学博士, 主要从事刑事法、物权法研究; 阎利国(1972-), 男, 湖北浠水人, 武汉大学法学院博士生, 复旦大学中国反洗钱研究中心研究员, 湖北省人民检察院助理检察员, 主要从事刑事法研究。

[摘 要] 资产追回与返还机制是联合国反腐败公约中最重要、最核心的机制。要发挥其功效, 必须实现其法律效力的国内化。建立和完善我国诉讼制度中的承认外国刑事裁判制度、刑事缺席审判制度、冻结、扣押、没收制度、保护善意第三人制度、海外资产追讨基金制度、费用补偿和利益分享制度等, 则是完善这一机制的重要措施和环节。

[关键词] 资产追回; 返还; 建议

[中图分类号] DF21 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)03-0350-06

2005 年 10 月 27 日, 十届全国人大常委会正式批准加入《联合国反腐败公约》(以下简称公约)(第 66 条第 2 款除外)。这充分表明了我国通过国际合作, 加大惩治和预防腐败力度的决心。在公约的五大法律机制中, “资产的追回与返还机制”是最重要、最核心的机制。该机制在追缴犯罪所得方面, 首次确立了被转移的腐败犯罪所得必须返还的原则, 体现了国际社会反腐败的协调一致性。就我国而言, 该制度更具重要意义。如何利用公约中的资产追回与返还机制, 有效剥夺携款潜逃海外的腐败分子的非法资产, 是当前我国刑事诉讼制度研究的一个重点。本文就履行公约义务、完善相关诉讼制度作一探讨, 以期抛砖引玉, 求教于方家。

一、资产追回与返还机制的产生背景及其功效

资产追回和返还机制, 是一缔约国在其资产因本公约确立的腐败犯罪被转移到另一缔约国的情况下, 通过一定的途径向被移转的资产所在国直接主张对该资产的合法所有权, 或者由另一缔约国对被转移到本国境内的腐败犯罪所得进行没收后, 依据一定规则将其返还给资产请求国的司法协作机制。其具有以下法律特征。(1)合作主体的平等性。资产追回和返还机制一般涉及两个以上国家, 但其性质可分为请求国与被请求国两种。提出资产追回请求的国家, 通常是腐败资产的来源国(流出国); 被请求国则往往是腐败资产的所在国(流入国)。双方国际地位平等, 合作基于尊重国家主权与对等互惠原则。(2)适用手段的二元性。资产追回机制分为直接追回机制(公约第 53 条)和间接追回机制(公约第 54 条)。在直接追回机制中, 相关措施的采取是基于诉讼程序, 通过判决或其他形式的命令, 直接确认腐败

资产的所有权属。在间接追回机制中,则是基于没收令的方式来行使,最终使腐败资产得以追回。(3)适用措施的强制性。在资产追回过程中,无论是被请求国的法律裁判,还是司法协助中的冻结、扣押、没收措施,都具有司法属性,对犯罪分子及其资产具有强制执行力。(4)没收范围的广泛性。按照公约规定,没收范围包括“犯罪所得或者价值与这种所得相当的财产”、“用于或者拟用于犯罪的财产、设备或者其他工具”、“部分或者全部转变或者转化的财产”、混合财产、混合利益等(公约第31条第1、4、5、6款),其范围是在坚持以往国际反腐合作条约成果基础上的突破与发展。(5)法律效力的内外一致性。在资产追回和返还机制中,各项措施的采取都必须符合被请求国的法律,接受相应司法审查。为了“能够提供最广泛的合作与协助”,公约要求各缔约国“采取必要的措施,包括立法、行政措施”(公约第65条),实现公约法律效力的国内化,公约效力与国内法的效力应该具有一致性。

作为一项具有创新性的国际司法与协作机制,资产追回和返还机制的产生是国际社会应对腐败犯罪跨国性挑战的必然选择。据世界银行初步估算,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33万亿美元生产总值的6%^[1](第56页)。腐败犯罪的跨国性,威胁着国际社会的稳定与安全、破坏民主体制和价值观、减损政府公信、危害可持续发展和法治,引起了国际社会的普遍关注。20世纪90年代以来,一些区域性的反腐败法律文件开始出现并逐渐增多,如美洲国家组织1996年3月29日通过的《美洲国家反腐败公约》,八国政治集团1996年6月29日在法国里昂通过的跨国有组织犯罪问题高级专家组的建议,欧洲委员会部长委员会于1997年11月6日通过的《反贪污二十项指导原则》及分别于1999年5月1日、1998年11月4日和1999年9月9日通过的《建立反贪污国际集团协定》、《贪污问题刑法公约》和《反贪污民法公约》,援助非洲全球联盟通过的《非洲国家打击腐败行为原则》及经济合作与发展组织1997年11月21日通过的《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》等等。然而,上述反腐败法律文件对腐败资产追回与返还问题没有明确规定,或者语焉不详,不能满足在国际层面合作打击和惩罚腐败犯罪的需要。在联合国的主持下,2000年和2001年通过了两份关于防止和打击腐败行径及资金的非法转移并将这些资金返还给来源国的决议。2002年6月,反腐败公约特设委员会举行资产追回问题技术讲习班,开始就资产追回与返还问题展开讨论。经过多个回合的争论和妥协,各成员国最终就资产追回与返还问题达成了一致意见。

作为一项全新的联合国反腐败司法合作与行动的制度安排,资产追回与返还机制的功效主要表现为以下几个方面:(1)对各国法律制度及立场起到协调作用。在不同法系的国家之间,由于政治、文化、价值观的不同,法律在腐败犯罪的认定及资产处理、举证程序等方面存在较大差异。如在实体法方面,由于公职人员的概念、贿赂的范围、犯罪所得的定义等方面各国规定不一,可能出现国际合作时请求国属于腐败性质的行为可能并不违反被请求国的法律,而不能给予协助的情况。在程序法方面,由于举证程序和证明标准的不同,一国通过合法的搜查和扣押手段适当获取的证据,在另一国法院却可能很难获得法律认可。此外,对公民隐私权的保护、对腐败资产的费用补偿和利益分享等方面,各国都有不同的价值权衡。针对这些制约因素,公约兼顾了各成员国立场,争取了最大限度的协调一致性。(2)对国际司法合作具有开拓作用。如在资产的没收方面,除规定了一般合作事项外,还首次提出了特殊合作概念。即无须请求国(资产流出国)的事先请求,被请求国(资产流入国)不影响本国法律的情况下,在认为可能有助于接收资料的缔约国启动或者实行侦查、起诉或者审判程序时,在不影响本国侦查、起诉或者审判程序的情况下,主动转发相关资料,实现资源共享。又如特别没收问题。在对犯罪人追究其法律责任的过程中,有时会出现犯罪嫌疑人死亡、潜逃或缺席的情形。基于资产追回的效率性、及时性考虑,公约要求各缔约国根据本国法律“考虑采取必要措施”,建立适用于“不经过刑事定罪而没收这类财产”的程序或制度。上述开拓性规定,有效解决了国际合作中的一些难题。(3)对腐败犯罪具有预防、威慑、惩治作用。腐败资产的顺利追回,不仅剥夺了犯罪分子经济基础,使其无利可图,而且腐败资产作为重要证据,有利于请求国启动或者实行侦查、起诉或者审判程序,追究腐败分子的刑事责任,客观上起到了预防、威慑、惩治作用。

二、对我国诉讼制度的建言

(一)承认和执行外国生效刑事判决和令状(扣押令、冻结令、没收令),建立相应司法审查机制

我国刑法理论通说认为,因刑法的阶级性、国家性和刑事管辖的主权属性,应对外国刑事判决采取消极承认态度^[2](第 53-54 页)。但笔者认为,尽管全球化时代下国家主权仍然是国际社会的主旋律,但随着国际交流的日益频繁,涉及人类共同利益的问题日渐增多,国家之间的连带性、共存性加强。为处理涉及共同利益问题时获得双赢的局面,客观上需要各国部分让渡主权权利,实现协助和合作。在国际社会层面,对国家主权权利的部分让渡和限制,成为当代国际法发展趋势之一^[3](第 50 页)。1966 年《公民权利与政治权利公约》、1988 年《禁止非法贩运麻醉品和精神药物公约》、1998 年《国际刑事法院规约》等都要求缔约国积极承认外国刑事判决的效力。在我国,开展国际司法协助的主要依据是与有关国家缔结或共同加入的双边或多边条约。我国与波兰、蒙古、罗马尼亚、俄罗斯、希腊等国家签订了刑事司法协助条约,与泰国、俄罗斯、白俄罗斯、罗马尼亚等国家签订了引渡条约,在这些条约中规定了关于追缴犯罪收益的内容。2001 年我国与乌克兰缔结的《中乌移管被判刑人条约》,开创了与外国开展相互承认与执行刑事裁决的立法先例。2002 年我国与俄罗斯也缔结了《中俄移管被判刑人条约》,相互承认与执行对方刑事裁决。目前,与我国缔结类似条约的国家还不多。这种模式存在严重的局限性。一方面,它只能对与我国有司法协助条约的国家才能进行,范围有限;另一方面,容易受国与国政治气候的影响,使法律问题政治化,无法进行有效国际合作。为履行公约义务,加强与他国在追缴犯罪所得领域的国际司法合作,我国应承认和执行外国生效刑事判决和令状,并建立相应的司法审查机制。司法审查机制应注意以下几点:

1. 司法审查以程序性审查为主,实质性审查为辅。借鉴我国《引渡法》和有关条约的规定,应审查是否具备以下条件:(1)承认与执行有关裁决不损害我国的主权、安全或者社会公共利益,并且不违反我国的基本原则;(2)请求国的有关司法审判活动充分尊重并保障了当事人的各项诉讼权利;(3)请求国的罚没裁决已经发生法律效力;(4)请求国的罚没裁决不与我国司法机关已经作出的任何财产性裁决相冲突,也不与任何已获得我国司法机关承认的外国司法裁决相冲突;(5)请求国的罚没裁决不损害我国境内的任何对被罚没的财物享有正当权利的善意第三人的利益;(6)罚没裁决所针对的人在我国境内尚无未清偿的债务或者尚未终结的诉讼。

2. 司法审查的主体。考虑到司法审查的严肃性和权威性,建议将司法审查权由最高人民法院行使,必要时可由最高人民法院授权各省、自治区、直辖市高级人民法院行使。

3. 请求途径。缔约国关于承认与执行刑事判决和令状的请求,应当以国际条约规定的途径提出,在无国际条约可循的情况下则应当通过外交途径提出。

(二)建立我国的刑事缺席审判制度

为充分利用公约所确立的资产追回与返还机制,在我国刑事诉讼制度中规定有条件的缺席审判程序实属必要。是否设置缺席审判制度,涉及到刑事诉讼基本理念的贯彻问题,也因此在理论界存有争议。世界人权宣言第 10 条规定:“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯,以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控”。在没有被告人的情形下,对其是否犯罪以及是否应追究刑事责任问题进行审判,显然有剥夺其基本的诉讼权利和侵犯人权之嫌。但笔者认为,刑事诉讼的价值目标应是自由、秩序、公正和效率的统一体。在腐败犯罪案件中,建立被告人死亡、潜逃或缺席的情况下的缺席审判制度具有合理性。(1)有利于提高诉讼效率。效率是衡量一个国家法律制度文明和科学的指标。法律高效化,容易使法律权威得到社会的认同,法律低效化则影响公众信心。腐败案件高发频发的严峻形势,迫使刑事诉讼程序的运作必须具备一定的经济合理性。(2)有利于均衡诉讼各方对诉讼的期望。由于着眼点不同,诉讼各方对诉讼的期望值存在差异。国家希望准确而

及时地惩治犯罪,维护国家的安全、稳定、秩序;被害人希望对个人利益的尽快恢复,对侵害者的惩罚;被告人希望自己的防御权利健全并得到切实可行的保障。刑事诉讼应找准平衡点,兼顾各方利益。为及时、严厉打击腐败犯罪,有条件的缺席审判制度不失为最佳方案之一。(3)相应的救济程序可以弥补缺席审判制度的缺陷。一旦被告人能够应诉,或者有相反证据证明缺席判决确有错误,可以通过救济程序撤销该判决。(4)国外的缺席判决制度证明了其生命力。如德国刑事诉讼法确定的特别程序中规定了缺席审判程序,当被告人在所在地不明或者被告人滞留国外,以及管辖法院不能使被告人到庭或具有其他被告人不能到庭的情形时,就适用缺席审判程序。

在缺席审判制度的构造上,可以设计为三种程序:(1)公告程序。对于被告人潜逃或缺席的情况下,由人民法院发出公告,敦促其投案自首或出庭参加诉讼。(2)审判程序。由于被告人的特殊性,庭审中不设辩论与被告人最后陈述两个环节。(3)撤销程序。在特定条件下,被告人要求回国接受审判的,原判决当然撤销,审判程序可以重新开启;当有其他证据表明缺席判决确有错误的,也应撤销原判决,重新审理。

(三)完善我国冻结、扣押和没收制度

如前所述,由于我国冻结、扣押、没收制度规定粗疏,应从以下方面重点完善。

1. 制定冻结、扣押的具体适用条件。笔者建议:(1)合理界定冻结、扣押的对象范围,将其限定为能够证明犯罪嫌疑人实施了犯罪的证据、犯罪所获赃物以及犯罪工具三种。对能够证明犯罪嫌疑人无罪的证据,在所有人同意的情况下,可由侦查机关代为保管。(2)规定适用冻结、扣押措施的前提。即扣押、冻结必须是出于预防犯罪证据被隐匿、丢失、损坏、销毁之目的,且扣押、冻结措施有现实之必要。

2. 扩大没收措施的适用范围。在没收措施的适用上,世界各国立法采取了价值没收和替代没收的混合形式。如在《美洲示范法》中,规定了犯罪所得没收、犯罪工具没收和犯罪价值没收等三种形式。在《联合国禁毒署反洗钱示范法》中,规定了犯罪工具没收、犯罪对象没收、犯罪所得没收(包括混合物没收与犯罪价值没收)以及对犯罪组织具有支配权财产的“推定没收”形式。1988年《联合国禁毒公约》关于没收的规定最为全面,不仅规定了直接没收和间接没收措施,而且进一步规定了6种具体的没收措施形式:(1)直接没收。直接没收措施规定在该条第1款中:“(a)从按第3条第1款确定的犯罪中得来的收益或价值相当于此种收益的财产;(b)已经或意图以任何方式用于按照第3条第1款确定的犯罪的麻醉品和精神药物、材料和设备或其他工具。”从这一款规定来看,规定了3种形式的没收,即,第一,犯罪所得没收,即没收犯罪中得来的收益;第二,犯罪价值没收,即没收价值相当于此种收益的财产;第三,犯罪对象和工具的没收,即没收已经或意图以任何方式用于按照第3条第1款确定的犯罪的麻醉品和精神药物、材料和设备或其他工具。(2)间接没收。间接没收规定在该条第6款中:“(a)如果收益已转化或变换成其他财产,则应将此种财产视为收益的替代,对其采取本条所述的措施。(b)如果收益已与得自合法来源的财产相混合,则在不损害任何扣押权或冻结权的情况下,应没收此混合财产,但以不超过所混合的该项收益的估计价值为限。(c)对从下述来源取得的收入或其他利益,即收益、由收益转化或变成的财产、已与收益相混合的财产,也应采取本条所述措施,在方式和程度上如同对待收益一样。从该款的规定来看,规定了间接没收的3种形式,即替代物没收、混合物没收和利益没收等。国际立法之所以扩大没收范围,主要基于打击有组织犯罪、毒品犯罪、洗钱犯罪的考虑。笔者认为,就腐败犯罪的组织性、跨国性、严重性来说,其打击必要性和难度丝毫不亚于上述犯罪。正因为如此,公约第31条将没收的范围作了扩张,将其界定为“犯罪所得或者价值与这种所得相当的财产”、“用于或者拟用于犯罪的财产、设备或者其他工具”。考虑到我国现行没收制度的实际,笔者建议在原有基础上,将替代物、混合物和相关利益纳入适用范围。具体为:(1)如果犯罪所得已经转化或者变换成其他财产,则可以将该种财产视为犯罪所得的替代予以没收;(2)如果犯罪所得已经与来自合法来源的财产混合,则应在不损害善意第三人的基础上,以不超过所混合的该项收益的估计价值为限,对其予以没收;(3)如果犯罪所得已经转化为财产性利益,也应对其予以没收。

3. 设立冻结、扣押或没收制度的救济措施, 给予犯罪嫌疑人反驳的机会。在冻结、扣押或没收过程中, 司法机关虽然对腐败资产采取了必要的措施予以辨别和追查, 但是仍然不能排除个别特殊情况存在的可能性。因此, 为了保护当事人的合法权益, 应当设立冻结、扣押或没收制度的救济措施, 尽量给予因冻结、扣押或没收而遭受不利后果的犯罪嫌疑人以反驳的机会。同时, 对腐败资产认定上实行一定程度的举证责任倒置, 降低公诉机关的举证难度。

(四) 建立保护善意第三人权利制度

笔者认为, 为了保护善意第三人的合法权利, 应向犯罪所得、财产、设备或者其他工具的利害关系人提供充分通知, 确保正当程序并采取具体措施, 以便善意第三人有渠道和条件主张自己的合法权利。至于第三人是否有善意, 应由法院或其他主管机关根据客观情况进行全面权衡和判断。在善意的判断标准上, 笔者建议参考 1999 年《泛美反洗钱示范规则》的规定, 在下述事实已经证明属实时应将财产、收益或工具归还给请求人: (1) 请求人对所主张的财产、收益或工具享有法定的合法利益。(2) 请求人没有参与、共谋诈欺、卷入非法贩运或其他严重犯罪而使之陷入该法律程序中。(3) 请求人对财产、收益或工具的非法使用不知情且不具有故意忽视, 或者他虽然知道但并非自愿同意上述财物的非法使用。(4) 请求人没有从被追诉人获得任何权利, 以使得在该情形下为避免财产、收益或工具最终被没收而进行转移财产、收益或工具。(5) 请求人采取了能够合理预防的防止非法使用财产、收益或工具的一切行动。

此外, 为了保护善意第三人的权利在国际司法协助中不受侵害, 笔者建议设立特别程序: (1) 建立冻结令、扣押令或没收令的特别审查制度。当一国向我国提出协作冻结、扣押或没收请求时除必须符合司法协助文书的规定以外, 还应包括: (a) 应有关于拟于冻结、扣押或没收的财产的说明以及关于请求国所依据的事实之充分陈述, 以便我国能够根据本国法律取得(承认)冻结令、扣押令或没收令。(b) 应有请求国据以签发请求的、法律上可接受的冻结令、扣押令或没收令副本、事实陈述和关于请求执行该令状的范围的资料。(c) 应有请求国所依据的事实陈述以及对请求采取的行动的说明。(2) 建立冻结令、扣押令或没收令的公告制度。国际司法协助中, 请求国的冻结令、扣押令或没收令被我国认可后, 协助执行机关可在先与执行后, 向社会发出公告。公告期间, 如善意第三人提出异议, 则由善意第三人向拥有管辖权的法院申请解除冻结、扣押或没收。如请求国继续申请冻结、扣押或没收, 可由其提供担保。公告期间届满, 无权利人提出异议的, 冻结令、扣押令或没收令正式生效。

(五) 建立海外资产追讨基金

在腐败犯罪中, 有相当一部分是无具体受害人的犯罪(如贿赂犯罪), 所侵犯的是国家法益。当国家以被害人名义在他国提起民事诉讼时, 面临着国际法上的困境。为解决这一难题, 有学者建议创立一种“法人手段”, 由它在资产追回程序中代理国家进行诉讼。这种“法人手段”可以是一个独立的私人基金会或由国际赞助的某种形式的实体。它在民事诉讼中可以是诉请人或者原告, 有责任向被请求国法院提供证据证明自己的主张, 同时也是判决的接受人和司法命令的主体, 可以向其转让或转移权利要求。笔者认为, “法人手段”的思路是可行的, 但在现实中还有一些问题需要解决: (1) “法人手段”的诉权问题, 亦即其诉权来源的合法性问题。按照现代国家理论, 国家权利的行使, 必须有明确授权。国家利益的处置和放弃, 同样也必须有明确授权。一个“独立的私人基金会或由国际赞助的某种形式的实体”在没有请求国授权的情况下, 如何取得被请求国的民事诉权, 值得研究。(2) 腐败犯罪证据的收集、举证问题。随着腐败犯罪国际化, 查证腐败犯罪的证据难度越来越大, 不仅需要全社会的努力, 也需要国际社会的通力合作。由民间团体去收集腐败犯罪的证据, 不符合诉讼经济性原则。

“要对一项立法或法律制度作出正确评价, 必须把它置身于一个国家乃至整个世界的经济、政治、文化的大背景之下, 才能全面认识其在我国法治进程中的地位; 反过来, 任何法律的有效运作也都离不开孕育、生成和供养它的政治、经济背景”。笔者认为, 我国应建立的是国有资产管理委员会主导的海外资产追讨基金制度。其理由是: (1) 可以有效解决诉权问题。国有资产管理委员会作为我国管理国家财产的专门机关, 具有国家属性, 代表国家法益进行民事诉讼是应有之义。(2) 所建立腐败资产海外追逃基

金,能够有效解决被请求国民事裁判拘束力困境。我国应借鉴刑事案件国家赔偿的经验,建立腐败资产海外追讨基金。国有资产管理委员会在他国提出民事公益诉讼时,可用腐败资产海外追逃基金缴纳诉讼费用,承担败诉后果。同时,所追回的资金应充实到基金库中。腐败资产海外追逃基金的设立将能够根本解决一国对另一国民事裁判拘束力无法落到实处的问题。(3)可以解决腐败犯罪证据举证难的问题。作为专门机关,国有资产管理委员会拥有专业的辨认、核实、追查国有资产的能力,有着其他部门无法比拟的优势,在司法机关的配合下,有能力解决好腐败犯罪民事举证方面的问题。

(六)制定“费用补偿”与“利益分享”制度

鉴于国际司法协助的现状,笔者认为,尽管“费用补偿”,尤其是“利益分享”制度存在不合理性,但它的确有助于调动被请求国的积极性,增大追回赃款的可能性和数额,相比坚持“全部追回”的原有政策,“费用补偿”和“利益分享”制度的确立不失为一个更务实和更易使目标实现的选择。因此,我国应在以后缔结的双边、多边条约中明确提出“费用补偿”与“利益分享”问题,并在对等互惠基础上就“费用补偿”的范围和“利益分享”的比例问题上达成一致,以更好地维护我国利益。

[参 考 文 献]

- [1] 张业遂. 让腐败分子无处藏身——解读《联合国反腐败公约》[J]. 求是, 2004, (8).
- [2] 高铭喧. 中国刑法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1989.
- [3] 苏彩霞. 中国刑法国际化研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006.

(责任编辑 车 英)

Recovery of Stolen Asset of UN Anti-Corruption Convention & Chinese Legal Procedure

XU Hanming¹, YAN Ligu²

(1. Hubei Provincial People's Procuratorate, Wuhan 430071, Hubei, China;

2. Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: XU Hanming (1951-), male, Doctoral candidate, Deputy Chief Procurator, Hubei Provincial People's Procuratorate, majoring in criminal law; YAN Ligu (1972-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in criminal law.

Abstract: The most central and most important mechanism of The United Nations Anti-Corruption Convention is. Before its put fully into practice, its legal efficiency has to be domestic zed. Based on the reflections to the defects in our country's procedural system, this paper made legislative proposals on the establishment and perfection, by discussing the systems of recognition of foreign criminal judgments, of criminal trial by default, of freezing, detention and confiscation, of protection to bona fides third party, of fund for redemanding foreign assets and of cost compensation and benefit sharing.

Key words: recovery of stolen asset; restitution; proposal