

# 境外追赃中犯罪资产分享制度研究

商浩文\*

**内容提要** 我国在境外追赃中确立犯罪资产分享制度,不仅具有现实必要性,而且还具备充分的理论基础和明确的法律依据。从域外法治来看,犯罪资产分享的模式包括固定协议模式和个案协定模式;被没收的犯罪资产优先返还被害人或合法所有人,资产分享前需扣除合理费用;主要依据协助国的贡献大小确定分享的比例,并综合考量犯罪性质、请求国受损害大小等因素。犯罪资产分享已成为国际境外追赃的惯常做法,呈现出较为明显的国际合作性与激励性特点。基于涉外法治的实践,我国可考虑以个案合作的成功案例为基础,逐步将资产分享的经验固定于双边协议中;应当注意根据案件的不同性质,采取不同的分享策略,确定合理的资产分享份额标准;明确资产分享的对外联系机关和主管机关;建立完善的犯罪资产分享的提出、审查决定、执行的程序机制。

**关键词** 涉外法治 境外追赃 资产分享 个案协定

## 目次

- 一、问题的提出
- 二、确立犯罪资产分享制度的必要性和正当性
- 三、犯罪资产分享制度的基本内容与特点
- 四、中国犯罪资产分享制度的建构路径
- 五、结语

\* 北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院副教授,法学博士。本文系2020年度司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“反腐败境外追赃常态化法律机制研究”(项目编号:20SFB3010)的阶段性成果。

## 一、问题的提出

有效地追回犯罪分子转移到境外的资产,有助于挤压犯罪分子的生存空间,震慑潜在的犯罪分子,对于挽回国家巨额经济损失、推动跨国犯罪的治理具有重要意义。犯罪资产分享制度是境外追赃中常见的经济激励机制,对于有效追回犯罪分子转移到境外的资产具有不可替代的重要作用。尽管相关国家对犯罪资产分享制度的称呼不尽相同,如美国称之为“公平分享”(equitable sharing)、英国称之为“资产追回奖励计划”(asset recovery incentive scheme)、加拿大称之为“没收财产分享”(forfeiture property sharing)、澳大利亚称之为“公平分享计划”(equitable sharing program),但是,关于犯罪资产分享的实质内容,一般指的是犯罪资产所在国与流出国之间根据条约或者个案协定,基于相关国家在犯罪资产没收中作出的贡献大小,将没收的犯罪资产扣除执法和司法合作中支付的合理费用后,按照一定比例进行分享的制度。<sup>①</sup>在境外追赃中,相关国家没收犯罪资产后如何进行处置直接关系到国际执法和司法合作的成效。资产分享制度是有关各方经济利益的一种平衡和兼顾,有助于调动各方共同追缴犯罪资产的积极性,提高资产追缴的效率,有效解决被没收犯罪资产的处置问题,实现双方利益的最大化。<sup>②</sup>目前,资产分享已经成为世界范围内境外追赃的有效方式。

2018年10月26日,我国全国人大常委会通过的《国际刑事司法协助法》在立法层面正式确定了境外追赃资产分享机制。但是,该法并未明确资产分享的具体实施路径。在一些境外追赃的案件中,虽然我们也注意积极运用资产分享机制开展追赃工作,但由于我国尚未建立健全的资产分享制度,影响了境外追赃的成效。进一步建立健全资产分享制度,不仅是境外追赃的迫切需要,而且也有助于推进我国涉外法治的发展。2021年12月6日,习近平总书记在中共中央政治局第三十五次集体学习时强调,要坚持统筹推进国内法治和涉外法治,加强涉外领域立法,推动我国法域外适用的法律体系建设。要把拓展执法司法合作纳入双边多边关系建设的重要议题,提升涉外执法司法效能,坚决维护国家主权、安全、发展利益。<sup>③</sup>因此,有必要在借鉴域外国家资产分享相关经验的基础上,合理确定资产分享制度在我国涉外法治实践中的具体适用方案;以我国境外追赃的实际需要为出发点构建资产分享制度,促进资产分享的法治化、国际化水平,提升我国涉外执法司法效能。

## 二、确立犯罪资产分享制度的必要性和正当性

当下,我国境外追赃面临现实挑战。在开展境外追赃工作中,确立犯罪资产分享制

① 参见解彬:《境外追赃刑事法律问题研究》,中国政法大学出版社2016年版,第139页。

② 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145页。

③ 参见《习近平在中共中央政治局第三十五次集体学习时强调坚定不移走中国特色社会主义法治道路 更好推进中国特色社会主义法治体系建设》,载《人民日报》2021年12月8日,第1版。

度,有助于进一步深化国家间的执法司法合作,推动违法所得没收、缺席审判等特别程序的有效实施,进而统筹国内法治和涉外法治的发展,推进境外追赃工作的有效开展。

### (一) 确立犯罪资产分享制度的必要性

#### 1. 确立犯罪资产分享制度是境外追赃国际合作的迫切需要

开展境外犯罪资产追缴的前提是需要资产所在国协助没收犯罪资产,这就需要相关国家提供相关的国际执法和司法协助。而一些国家对犯罪资产进行没收的前提则是需要证明犯罪行为与转移资产的关联性。例如,依据英国《刑事司法协助法》第9条的规定,执行外国没收令需要申请国证明令状没收的内容应系犯罪所针对的物品或与实施该犯罪有关的物品。<sup>④</sup>如果提供的证据材料不能形成符合被请求国法律要求的、证明违法所得来源于中国的证据链条,将会严重影响境外犯罪资产追缴工作的顺利进行。实践中,犯罪分子通过利用替代性汇款体系、经常项目下的交易、投资、信用卡工具、离岸金融中心等相对隐蔽的形式向境外转移资产<sup>⑤</sup>,这大大增加了办案机关的证明难度。为了证明犯罪行为与转移资产的关联性,一般是通过提出非正式请求,要求资产所在国进行常规调查,如提供企业注册数据或房地产记录、视听监控和公共记录搜索等;如果获取信息系法律规定的强制性措施,则可正式提出司法协助,包括要求提供银行账户记录或电汇记录、证实业务或公共记录的证件或其他文件、企业或第三方的业务记录等。<sup>⑥</sup>而资产所在国查询、扣押、冻结犯罪资产往往需要耗费大量的人力、物力、财力,有的国家会因此对他国的请求态度消极,不愿意为挽回别国的损失而付出资源代价。<sup>⑦</sup>且资产所在国一般都希望资金能够被稳定的保留在其境内发挥效益,可能会基于本国利益的考虑而不积极主动地回应资产流出国提出的追缴请求和返还请求。

尤其是在一些案件中,犯罪分子通过洗钱的方式转移资产至境外。在一些国家,如果行为人能够被证明转移非法资产,将会被认定为有罪,可予以没收相关资产。例如,《美国法典》第981条最显著的特点之一就是通过没收令和定罪的方式来支持针对在美国发现的外国犯罪收益的没收。<sup>⑧</sup>美国《2020年反洗钱法案》中规定,任何转移通过参与非法活动而获取资金的人员均将被认为有罪,对相关犯罪收益予以没收。<sup>⑨</sup>2020年12月26日,我国全国人大常委会通过的《刑法修正案(十一)》将自洗钱行为纳入刑法的规制范围,也即实施上游犯罪后转移犯罪资产构成刑事犯罪。因此,通过洗钱的方式转移资产到境外,一般符合国际刑事司法协助中的双重犯罪原则。此种情形下,犯罪资

<sup>④</sup> 参见黄风主编:《国际刑事司法协助国内法规则概览》,中国方正出版社2012年版,第258页。

<sup>⑤</sup> 参见王冉:《贪污外逃现象分析及防控机制构建》,载《人民论坛》2016年第11期,第89页。

<sup>⑥</sup> See US Department of State, U.S. Asset Recovery Tools & Procedures: A Practical Guide for International Cooperation (May 2012), p.6-7.

<sup>⑦</sup> 参见黄风:《刑事没收与资产追缴》,中国民主法制出版社2017年版,第96页。

<sup>⑧</sup> See Linda Samuel & Juan C. Marrero, *International Forfeiture Cooperation and Sharing of Confiscated Assets-The United States' Perspective*, United States Attorneys' Bulletin, Vol.47:48, p.50 (1999).

<sup>⑨</sup> See *New Legislation to Implement Comprehensive Modernization and Reform of the US AML/CFT Regime*, at <https://www.sullcrom.com/files/upload/sc-publication-anti-money-laundering-act-2020.pdf> (Last visited on April 15, 2022).

产所在国对涉嫌犯罪人员具有刑事管辖权,可依照其国内法律开展诉讼活动,并作出有关没收财物的裁决,被没收的相关财物在权属上已经属于犯罪资产所在国。如果没有建立良性循环的国际执法和司法合作关系,犯罪资产所在国很难将已经被没收的犯罪资产无条件地返还给资产流出国。因此,在境外追赃中,若能承认资产所在国在资产追缴中所作出的贡献,开展资产分享,无疑会激励相关国家提供协助的积极性,提高境外追赃的成效。我国犯罪资产转移的主要国家如美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等国都确立了较为完备的资产分享制度,基于互惠原则和对等原则的要求,构建中国资产分享制度将有助于推动我国境外追赃工作的有效开展。

## 2. 确立犯罪资产分享制度是违法所得没收和缺席审判程序有效实施的现实需求

为了进一步促进境外追逃追赃工作的开展,我国于2012年修改的《刑事诉讼法》增设了犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件的违法所得没收程序。违法所得没收程序的特殊之处在于不经对被告人定罪量刑而直接对涉案财产进行处分。<sup>⑩</sup>2018年10月修改的《刑事诉讼法》针对外逃到境外的犯罪嫌疑人、被告人确立了缺席审判程序。通过该程序可以同时解决被告人的刑事责任问题以及涉案财物的归属问题。此两种程序作出的生效裁判中均会涉及转移到境外的资产追缴问题。但是,由于涉案的相关资产不在国内,相关裁判如何被有效执行,将会是司法实践中面临的一大难题。

纵观域外相关国家的立法,对于外国没收裁决的承认与执行方式主要有判决方式和登记方式。如意大利、美国等国就是通过作出判决的方式赋予被请求国没收裁决在本国境内执行的法律效力。<sup>⑪</sup>英国、澳大利亚等国通过登记的方式直接赋予请求国没收裁决在本国境内执行的法律效力。<sup>⑫</sup>但是,由于长期缺乏承认与执行外国刑事裁判的规定,我国相关司法机关作出的没收裁决在境外的承认与执行也会遇到较大障碍。即使我们依据违法所得没收程序、缺席审判程序对转移到境外的犯罪资产作出了相关的裁决,但是其承认与执行情况也会因为各国法律的不同以及互惠原则的贯彻实施效果差异而有所区别。迄今为止,世界上相关国家承认与执行中国没收裁决的数量是非常少的;即便相关国家协助执行中国法院的相关裁决,为了确保后续犯罪资产没收事宜的顺利开展,犯罪资产所在国也需提供查封、扣押、冻结等财产限制措施的刑事司法协助,将会耗费相关国家较多的司法资源和成本。如果能够确立资产分享制度,视外国机关在资产追缴中的作用而分享一定比例的犯罪资产,无疑将会大大激发有关国家承认与执行中国没收裁决的积极性,推进中国境外追赃工作的进行。

## (二) 确立犯罪资产分享制度的正当性根据

确立资产分享制度除了具有现实必要性外,还具备充分的理论基础和明确的法律依据。

<sup>⑩</sup> 参见商浩文:《比较法维度下的我国违法所得没收程序之完善》,载《法治论坛》2014年第3期,第204页。

<sup>⑪</sup> 参见前注<sup>④</sup>,黄风主编书,第257页。

<sup>⑫</sup> 参见司法部司法协助与外事司编译:《国际刑事司法协助立法资料汇编(一)》,法律出版社2011年版,第31-32页。

### 1. 确立犯罪资产分享制度的理论基础

国家主权让渡理论是境外追赃中资产分享的理论基础。国家主权具有对内的最高权、对外的独立权。而境外追赃是司法主权的域外扩展。随着全球化的发展,国家间的交往日益频繁,固守绝对的国家主权理论已经不能有效地应对国际问题的解决,因此,主权国家为了最大程度地维护国家利益,将部分国家主权利能转让给外国或者国际组织行使,并保留随时收回所让渡的部分主权利能。<sup>⑬</sup>国家主权由绝对性逐步走向相对性。大多数国家在坚持本国核心利益的基础上,在适当的领域让渡部分国家主权职能,以获取国家利益的最大化<sup>⑭</sup>。

犯罪分子为了逃避犯罪行为发生地国的刑事管辖,将犯罪资产转移至他国,这就会导致犯罪行为发生地和犯罪资产所在地相分离的情形。而不同的国家具有不同的司法管辖区,犯罪资产流出国的刑事管辖权的实现就会面临相关障碍。按照绝对的国家主权理论,为了维护所在国的国家利益,资产流出国应当对转移至境外的犯罪资产完整地行使司法管辖权,也即在法律上体现为追缴和没收全部的犯罪资产。但是,由于犯罪资产已经转移到他国,基于他国的司法主权,资产流出国无法在他国直接开展执法和司法活动,其司法管辖权无法有效行使。如果没有犯罪资产所在国提供的协助,资产流出国便无法实现对犯罪资产的追缴和没收。对犯罪资产所在国而言,流入的犯罪资产如果没有违反所在国的法律规定,是无法开展犯罪资产的追缴和没收的,甚至一些国家对于流入的资金持欢迎态度;如果违反了所在国的法律规定,则需要对涉案资产进行跟踪和没收。但是,相关犯罪资产的有关证据材料可能会在资产流出国。同样,基于司法管辖权,资产流出国也无法直接开展执法和司法活动。此时,就会发生资产所在国和资产流出国之间的司法权的冲突。由于犯罪发生地和犯罪资产在不同的司法管辖区,追缴和没收犯罪资产需要提供有力的证据材料以及有效的执法和司法活动,单纯依靠任何一方都无法实现对犯罪资产的有效追缴。这就决定了双方不能坚持绝对的司法主权理念,为了维护国家的最大利益,需要作出理性选择。与其不能对转移至境外的犯罪资产行使司法管辖,不如让渡部分司法管辖权,与相关国家积极开展国际合作,实现对部分乃至大部分犯罪资产的追回。资产分享制度正是在这样的理念下产生的。资产流出国和资产所在国为有效实现对犯罪资产的司法管辖,提供相关的司法协助,随后依据在犯罪资产没收国际合作中各自作出的贡献大小确定合适的资产分享比例。因此,在境外追赃过程中,为了实现追回转移至境外的犯罪资产的目的,有必要适时让渡部分司法管辖权,与外国积极开展资产分享,进而在更高层次上维护司法管辖权的实际行使,最大程度上维护国家利益,形成境外追赃国际合作的良性循环机制。

### 2. 确立犯罪资产分享制度的法律依据

我国在境外追赃中确立资产分享制度具有明确的国内法和国际法依据。

<sup>⑬</sup> 参见杨斐:《试析国家主权让渡概念的界定》,载《国际关系学院学报》2009年第2期,第16-17页。

<sup>⑭</sup> 参见余敏友:《以新主权观迎接新世纪的国际法学》,载《法学评论》2000年第2期,第72页。

第一,国内法依据。在境外追赃过程中,通过完善的国内立法确定资产分享制度,有助于激发协助国开展国际司法合作的积极性,实现对外逃分子的威慑作用,彰显中国在境外追赃工作中的决心和态度。目前,我国《禁毒法》(2007年)第57条对此有概括性规定,该条规定,对于查获的毒品犯罪案件的违法所得及其收益,我国可以与有关国家进行分享。该部法律是我国最早规定资产分享制度的法律规范。尽管相关规定并未对资产分享的主体、程序等进行详细规定,但却标志着我国境外资产分享制度的初步确立。在双边条约上,2016年9月22日,经过多年的磋商,《中华人民共和国和加拿大关于分享和返还被追缴资产的协定》正式签署。<sup>⑮</sup>该协定明确了境外追赃中资产分享的相关基本原则。这是我国关于资产分享的第一个双边协定,对以后的资产分享活动无疑具有示范效应。随后,2018年10月26日,全国人大常委会通过的《国际刑事司法协助法》在立法中正式确立了资产分享机制,该法第49条、第54条明确规定,在开展没收、返还违法所得及其他涉案财物的国际司法协助中,可以进行资产分享。但是,该法只是笼统的规定,对于开展资产分享的主管机关、资产分享的比例、资产分享的程序等均未有具体规定。因此,在我国相关法律中已经确立资产分享制度的前提下,如何构建兼具国际视野和中国特色的资产分享制度是我们需要面对的现实问题。

第二,国际法依据。国际公约中最早就犯罪资产分享制度作出规定的是《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年)(以下简称《联合国禁毒公约》)。该公约针对毒品犯罪开创了资产分享的先河,明确规定对于非法贩运毒品被没收的犯罪收益,缔约国之间可以进行分享。<sup>⑯</sup>《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(1999年)中明确规定各缔约国为打击恐怖主义犯罪要积极考虑同其他缔约国缔结协定,在经常性或逐案的基础上开展被没收资产分享活动。<sup>⑰</sup>《联合国打击跨国组织犯罪公约》(2000年)(以下简称《打击跨国犯罪公约》)规定,缔约国可根据本国国内法相关规定,对犯罪资产与其他缔约国进行分享。<sup>⑱</sup>《联合国反腐败公约》(2003年)虽未直接对资产分享作出规定,但是规定缔约国在适当的情况下可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。<sup>⑲</sup>上述规定在一定程度上蕴含了联合国鼓励相关国家开展资产分享的意蕴。为此,联合国大会于2005年12月批准的《联合国关于分享没收犯罪所得或财产的示范协定》(以下简称《资产分享示范协定》),为需要开展资产分享以促进国际没收合作的国家提供了实用范本。该范本中就资产分享的原则、方式及比例、资产后续处理等作出了明确规定。<sup>⑳</sup>我国作为《打击跨国犯罪公约》《联合国反腐败公约》

<sup>⑮</sup> 参见汪闽燕:《中国海外追逃追赃的“一个里程碑”》,载《法制日报》2016年9月23日,第4版。

<sup>⑯</sup> 参见《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。

<sup>⑰</sup> 参见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第8条第3款。

<sup>⑱</sup> 参见《联合国打击跨国组织犯罪公约》第14条第3款。

<sup>⑲</sup> 参见《联合国反腐败公约》第57条第5款。

<sup>⑳</sup> See The Economic and Social Council, Model Bilateral Agreement on the Sharing of Confiscated Proceeds of Crime or Property Covered by the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988 (2005), Art5.

以及《联合国禁毒公约》《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》等多部国际公约的缔约国,有必要以中国境外追赃的现实情况为出发点,建立健全资产分享制度,有助于在境外追赃的国际合作中不断提升国际影响力和话语权。

### 三、犯罪资产分享制度的基本内容与特点

在国际法上,《打击跨国犯罪公约》《联合国反腐败公约》等相关国际公约倡导资产分享的理念。美国、英国、加拿大、澳大利亚等国也纷纷在国内立法或者双边条约中确立境外追赃犯罪资产分享的制度,并在长期的涉外法治实践中形成了较为完善的规则。

#### (一) 犯罪资产分享的基本内容

##### 1. 关于犯罪资产分享的模式

美国、加拿大、英国和澳大利亚等国都接受了犯罪资产可以分享的做法。从资产分享的依据上看,相关国家逐步放弃了单一的绝对条约前置的做法。所谓条约前置,是指相关国家在开展资产分享时要求请求国与被请求国缔结了相关的资产分享协定。此种模式以存在固定协议为前提,也称之为固定协议模式。既往,美国、加拿大等国均强调在开展资产分享时需要以签订双边条约为前提。但近些年来,相关国家逐步放弃了条约前置的做法,允许可以就个案开展协作。所谓个案协作是指请求国与被请求国在没有签订双边的资产分享协议情形下,可以就具体案件进行磋商并开展资产分享合作。此种模式下,资产分享是根据具体案件中境外追赃的需要而逐案确定的,也称之为个案协定模式。

双边条约是美国开展资产分享的主要法律依据。但是,也可针对具体个案签订协议开展资产分享活动。美国司法部在美国财政部的同意和美国国务院的授权下,依据《对外援助法》《资产没收的法律和实践手册》《与外国、联邦、州和地区执法机关公平分享的指南》等国内立法,就个案协议的条款进行谈判,达成协议后将没收的犯罪资产依据比例返还。<sup>②①</sup>例如,美国与英国、加拿大等国签订了犯罪资产分享协议,但同时也会就被没收资产与无犯罪资产分享协议的国家开展资产分享。<sup>②②</sup>加拿大曾长期坚持条约前置的方式开展资产分享工作,对外与包括中国在内 30 多个国家签署了犯罪资产分享的双边协议。但是,近些年也根据境外追赃的国际趋势和国内实践,逐渐接纳以个案协定的模式开展资产分享合作。<sup>②③</sup>澳大利亚 2002 年的《犯罪收益追缴法》中也规定,资产分享协议是开展资产分享的前提条件之一,其中包含双方就具体个案达成协议。<sup>②④</sup>例如,在“李

<sup>②①</sup> See Douglas A.Kash & Jennifer A.Gorman, *The International Sharing Program: Fostering International Cooperation*, FBI L.Enforcement Bull, Vol.4:27, p.29-30 (2001).

<sup>②②</sup> See United States Department of State, *International Narcotics Control Strategy Report, Volume II: Money Laundering and Financial Crimes* (2015), p.33.

<sup>②③</sup> See Karyn Kenny, *International Asset Sharing: A Multipurpose Tool for Development*, World Bank Legal Review, Vol.4:256, p.267-268 (2013).

<sup>②④</sup> 参见前注<sup>②</sup>,黄风书,第189页。

继祥挪用公款案”中,虽然我国与澳大利亚并没有相关的资产分享协议,但是,澳大利亚政府承认中国政府对洗钱犯罪的犯罪资产发现、调查和起诉提供的协助,将 3000 万元人民币分享给中国。<sup>②5</sup> 因此,从世界相关主要国家关于境外追赃中犯罪资产分享的相关做法来看,均是综合采用固定协议模式和个案协定模式,这也就为我们在境外追赃中积极开展资产分享个案协作提供了空间。

## 2. 关于“可分享资产”的范围

境外追赃中,被没收的犯罪资产主要是跨境转移的资产。对于“可分享资产”范围的确定是构建资产分享制度的关键。在公约层面,《联合国禁毒公约》将各种形式的直接或间接犯罪财产,不论其为物质的或非物质的、动产或不动产、有形的或无形的,均纳入犯罪资产范畴。<sup>②6</sup> 《打击跨国犯罪公约》将替代受益、混合受益和利益收益等一切形式的犯罪资产及其收益纳入犯罪资产的范围。<sup>②7</sup> 《联合国反腐败公约》也明确规定,因犯罪直接或间接产生的任何收益均属于犯罪资产。<sup>②8</sup> 英国《犯罪收益追缴法》中亦将替代受益、混合受益和利益收益纳入没收犯罪资产的范围。<sup>②9</sup> 澳大利亚《犯罪收益追缴法》规定的犯罪资产还包括“犯罪工具”等。<sup>③0</sup> 由此可见,相关国际公约基于严厉打击跨境犯罪的宗旨,对犯罪资产没收的范围规定得较为宽泛,与犯罪相关联、体现为财产利益的犯罪资产均属于可没收的范围。但是,相关国家在立法和执法实践中,可没收的犯罪资产不一定都会用来分享,有以下特别规定需要注意:

第一,关于合理费用的扣除。主要是扣除国家(地区)间因提供犯罪资产没收等国际合作所产生的办案成本、资产管理等费用。《联合国反腐败公约》明确认为,被请求缔约国可以在返还财产之前扣除合理费用。<sup>③1</sup> 《资产分享示范协定》也规定在返还资产前要扣除没收成本。<sup>③2</sup> 美国在与其他地区开展资产分享时,在决定移交数额时需扣除因执行该没收令而扣押、保存、没收以及移交财产时产生的费用。<sup>③3</sup> 例如,在美国与我国香港地区开展合作的一起毒品犯罪案件中,双方协定分摊充公的贩毒收益,但要求需先行扣除资产没收中的 20% 开支。<sup>③4</sup> 澳大利亚《犯罪收益追缴法》中也规定,要扣除为协助外国执行没收令而需要支付的案件调查费、法律援助费以及支付托管人必要的管理费用等<sup>③5</sup>。

<sup>②5</sup> 参见赵丹:《论国际司法协助中的犯罪资产分享制度》,华东政法大学 2016 年硕士学位论文,第 34 页。

<sup>②6</sup> 参见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 5 条。

<sup>②7</sup> 参见《联合国打击跨国组织犯罪公约》第 12 条。

<sup>②8</sup> 参见《联合国反腐败公约》第 31 条。

<sup>②9</sup> See Proceeds of Crime Act § 72 (2002).

<sup>③0</sup> See Proceeds of Crime Act § 329 (2002).

<sup>③1</sup> 参见《联合国反腐败公约》第 57 条第 4 款。

<sup>③2</sup> 该协定提出了两种方案:第一种是规定在决定移交数额时,由持有方酌定扣除没收犯罪所得和财产过程中的调查、起诉和司法程序的合理开支;第二种是决定移交数额时,应当由双方在扣除没收犯罪所得和财产过程中的调查、起诉和司法程序的合理开支问题上达成一致。Supra note 20.

<sup>③3</sup> 18 U.S.C § 981(i).

<sup>③4</sup> 参见《立法会保安事务委员会就与美国政府分摊充公的贩毒得益》,载中华人民共和国香港特别行政区立法会官网, <https://www.legco.gov.hk/yr10-11/chinese/panels/se/papers/secb2-444-1-c.pdf>, 2022 年 4 月 11 日访问。

<sup>③5</sup> See Proceeds of Crime Act § 297 (2002).

第二,优先向财产受害人返还财产。在境外追赃过程中,对于贪污、职务侵占等犯罪案件,财产的受害人是明确的,因而按照相关公约的规定,应当将被没收的财产返还给财产原合法所有人。《联合国反腐败公约》第57条第3款规定,缔约国应当优先考虑返还被没收的、产生于贪污犯罪的资产或者请求国能够“合理证明”对其拥有所有权的财产。欧洲委员会《刑事事项司法协助公约》(第二附加议定书)(2001年)也规定,应考虑将通过刑事途径获得的请求国的资产返还给合法所有人。<sup>③⑥</sup>《中华人民共和国和加拿大关于分享和返还被迫缴资产的协定》中亦规定,对于没收的犯罪资产,在能够查明合法所有人的情况下,就应当依法返还给合法所有人;在走私、贿赂、毒品等犯罪中,犯罪资产无明确合法所有人,或者因证据缺失而无法证明合法所有人的情形下,属于“可被分享的资产”。<sup>③⑦</sup>因此,在有明确被害人或者财产有合法所有人的情形下,一般不发生分享的情形。例如,“中国银行开平支行余振东等贪污、挪用公款案”中,对于美国扣押的355万美元,由于属于贪污、挪用所得,美国向中国全额返还了该笔款项。<sup>③⑧</sup>

第三,不得分享善意第三人的合法财产。在犯罪资产没收的国际合作中,可能会涉及善意第三人的相关利益。对此,相关国际公约以及有关国家法律均强调应予以保障。《联合国反腐败公约》第55条、《联合国禁毒公约》第5条、《打击跨国犯罪公约》第12条均规定了保护善意第三人的合法权益。欧洲委员会2001年《刑事事项司法协助公约》(第二附加议定书)也规定,依据请求国的请求移交财产不得损害其他善意第三人的合法权益。<sup>③⑨</sup>德国《刑事事务国际司法协助法》第66条规定,在移交财产时,要保证不影响第三方的权利并遵守有关保留的规定。<sup>④⑩</sup>在美国签订的相关资产分享的双边协定中,对没收和处置犯罪资产过程中保护善意第三人权益内容也进行了规定。<sup>④⑪</sup>《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于刑事司法协助的协定》第16条亦规定,涉及犯罪资产的没收和移交时,应尊重第三人的合法权利。

### 3. 关于“可分享资产”的份额比例

境外追赃中犯罪资产分享的比例确定是资产分享中重要的环节。目前,国际上的通行做法是依据提供协助方在国际合作中作出的贡献大小确定分享的比例。有的国家是依据被请求国的国内法确定不同情形下资产分享的比例;还有的国家是在个案中根据请求国在国际司法合作中作出的贡献程度来协商确定合理的资产分享比例。

<sup>③⑥</sup> See Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (ETS No.182) § 12(b) (2001).

<sup>③⑦</sup> 参见前注<sup>①⑤</sup>,汪闽燕文。

<sup>③⑧</sup> 参见前注<sup>①</sup>,解彬书,第168-169页。

<sup>③⑨</sup> See *supra* note 36.

<sup>④⑩</sup> 参见周维明译:《刑事事务国际司法协助法》,知识产权出版社2018年版,第35页。

<sup>④⑪</sup> See Treaty between the United States of America and the Federal Republic of Germany on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, signed at Washington on October 14, 2003, and a Related Exchange of Notes.Art.13(2); Treaty between the United States of America and Malaysia on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters (signed at Kuala Lumpur) on July 28, (2006) Art.17(3).

美国司法部和财政部于 1995 年 5 月 4 日签订的谅解备忘录为确定资产分享份额比例提供了指导。该谅解备忘录概述了三种类别下资产分享的比例范围。<sup>④②</sup> 通常根据外国提供的协助程度,分为实质帮助 (Essential Assistance)、主要帮助 (Major Assistance) 和便利帮助 (Facilitating Assistance) 等三类,进而确定不同等级的资产分享比例。(1) 在决定协助国是否属于提供“实质帮助”类别时,司法部会调查诸如案件是否涉及受害者或提供协助的国家是否是受害者等因素。此外,司法部还会考虑其他因素,如协助国是否放弃了自己的没收行动,并向美国当局提供了所有必要的证据;该国是否提起诉讼;是否积极将资金汇回美国等情形。如果认定提供了“实质帮助”,总没收资金中的 50% 到 100% 可用于共享。(2) 在确定协助国是否属于提供“主要帮助”类别时,司法部会考虑协助国是否执行了美国法院的最终没收令、协助将资产汇回美国以及是否通过冻结或解除资产冻结来协助美国、是否通过引渡请求遣返被告人或其执法人员是否因协助该案件而面临人身风险、是否在该案件上花费了大量的检察和执法资源等因素。此种情形下,分享的比例通常涉及总没收金额的 40% 至 50%。(3) 在确定协助国是否属于提供“便利帮助”类别时,考虑协助国是否提供有关调查线索的关键信息、是否协助美国获取和共享大量的银行文件、提供其他财务记录或协助外国银行汇回资产等。此种情形下,没收资产可被分享的比例最高可达 40%。<sup>④③</sup> 例如,在美国贝尼斯特兄弟医疗欺诈案中,多米尼加共和国在美国的司法请求下扣押和没收了贝尼斯特兄弟在其境内的资产达 3700 万美元。美国根据多米尼加共和国在该笔犯罪资产没收中的贡献大小,认为其提供了“便利帮助”,决定与其分享被没收资产总额的 20%。<sup>④④</sup>

加拿大《被没收财产分享规定》中规定,总检察长依据资产没收中相关国家作出贡献的大小确定分享比例。作出主要贡献时,可分享的资产比例最高为 90%;作出重要贡献时,可分享的资产比例最高为 50%;作出较小贡献时的分享比例为 10%。任何情形下,在可分享的资产范围内,加拿大的分享比例不少于 10%。<sup>④⑤</sup> 澳大利亚、瑞士等国是根据请求国在个案执法合作中作出贡献的程度来确定合理的资产分享比例。澳大利亚在《犯罪资产收益追缴法》中规定,对于非法行为收益的分享比例是以相关国家提供司法协助的大小和程度来划分的。资产分享的比例可以是犯罪资产所在国依据其国内法确定或者是双方在协商的基础上确定犯罪资产分享的比例。<sup>④⑥</sup> 瑞士依据《联邦没收资产分享法》的规定,一般是与请求国平均分配被没收的犯罪资产。但考虑犯罪的性质、请求国受损害的大小、请求国参与调查的程度以及相关国际因素等重大理由,也可返还全部犯罪资产。<sup>④⑦</sup>

<sup>④②</sup> See Douglas A. Kash & Jennifer A. Gorman, *supra* note 21, 30.

<sup>④③</sup> See Karyn Kenny, *supra* note 23, 276-277.

<sup>④④</sup> 参见前注①,解彬书,第 169-170 页。

<sup>④⑤</sup> 参见高秀东:《国际刑事司法合作框架下的资产分享研究》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(2014 年第 1 卷),法律出版社 2014 年版,第 363 页。

<sup>④⑥</sup> Proceeds of Crime Act § 296 (2002).

<sup>④⑦</sup> See Rita Adam, *Innovation in Asset Recovery: The Swiss Perspective*, World Bank Legal Review, Vol.4:253, p.256 (2013).

## （二）犯罪资产分享的基本特点

国际社会已经将犯罪资产分享作为境外追赃的重要方式之一。从世界相关国家的立法和执法、司法实践来看,呈现出较为明显的国际合作性与激励性特点。

### 1. 犯罪资产分享的国际合作性

如上所述,资产分享的依据在于双边协议或者是个案协定,无论是有关协议的磋商,还是在个案中开展资产分享,国家之间的国际地位是平等的。因此,资产分享主要是国家与国家之间基于主权平等的基础上,在境外追赃过程中开展的国际合作。

在境外追赃案件中,资产的转移跨越司法管辖区。依据相关的国际法原则,资产追缴的国际合作必须在资产所在国法律允许的范围内进行。由于涉案资产已经转移到资产所在国,犯罪资产的识别、追踪和没收需要与资产所在国积极开展国际执法和司法合作;没有资产所在国相关机关提供协助,是无法有效开展境外追赃工作的。境外追赃的涉外性决定了有效开展资产分享需要积极开展国际合作。因此,无论是资产流入国提供涉案资产的追查、监控、冻结、扣押和没收事宜等刑事司法协助,还是承认与执行外国没收裁决,抑或是资产分享,均应当依照资产所在国的法律进行,这就需要我们积极同资产所在国开展国际刑事司法协助。例如,在“中国银行开平支行余振东等贪污、挪用公款案”中,余振东将其非法侵占的355万美元资金从香港汇往美国旧金山。依据美国法律的规定,美国可向外国政府提供协助,查找和识别位于其司法管辖区内发生的欺诈犯罪收益。中国依据《中美刑事司法协助协定》紧急向美国提出调取金融交易记录、冻结和扣押犯罪资产等司法协助请求。经过对中国提交的证据材料进行审查后,美国作出了刑事扣押决定并扣押了该笔款项,为后续资产的没收和返还提供了有效的协助。<sup>④8</sup>

因此,犯罪资产的涉外性决定了需要相关国家积极开展国际刑事司法合作。只要相关国家在犯罪资产的没收过程中提供了国际协助,对资产的没收作出了贡献,就可基于其提供的国际协助提出资产分享的请求,体现出了非常明显的国际合作性。正如美国司法官员指出的那样,“在一个犯罪不受物理边界限制的时代,我们的国际伙伴关系在将罪犯绳之以法的工作中比以往任何时候都更为重要”<sup>④9</sup>。

### 2. 犯罪资产分享的激励性

犯罪分子跨境转移资产后,由于不同国家的法律制度不同,直接追回转移到境外的犯罪资产难度较大,及时有效地追回犯罪资产对于打击跨国犯罪、发挥刑罚功能具有重要的意义。而追回转移到境外的资产需要相关国家积极提供执法和司法合作。在相关制度中确认和保障提供执法和司法合作主体的物质利益,是鼓励和促进相关国家积极开展国际合作的重要动力。

实践中,犯罪资产流入国是犯罪资产的所在地,因此,有效追回境外资产需要犯罪资产所在国提供国际刑事司法协助。但是,对有关资金和财产的调查、监控、冻结、扣押、

<sup>④8</sup> 参见前注②,黄风书,第63-66页。

<sup>④9</sup> Remarks by the Attorney General of the United States Eric J. Holder, Jr., at <http://www.gsnmagazine.com/node/25953> (Last visited on Jan 2, 2022).

保管、变卖以及返还都需要一定的人力、物力、财力等资源予以支持,如果相关费用得不到合理的补偿或者预先的垫付,被请求方可能不情愿为请求方的经济利益花费时间和精力,乃至承担潜在的法律风险,其提供协助的积极性也会大为降低。在既往的资产追缴国际合作实践中,由于双方没有就没收的犯罪收益分享问题达成共识进而导致前期已经有效开展的犯罪收益调查和追缴工作功亏一篑的情形时有发生。至于因得不到合理的费用补偿而将他国提出的犯罪资产没收合作的请求置之不理的情形也不胜枚举。例如,在厦门特大走私案赖昌星遣返案中,限于当时的执法和司法理念,由于难以接受加拿大提出的资产分享协议,进而影响了犯罪资产的有效追缴。<sup>⑤0</sup>

联合国反腐败公约谈判工作特别委员会发布的《转移非法来源资金尤其是腐败行为所得资金问题全球研究报告》指出,刑事案件中成功追回转移到境外的资产和与提供没收协助的国家进行资产分享存在紧密的联系。<sup>⑤1</sup>通过与提供资产追缴合作的国家合理分享被没收犯罪资产,以物质利益的形式承认他国在资产追缴中的贡献,有助于激励资产所在国积极提供犯罪资产没收协助。而且,在资产分享过程中,通过签订双边协定或者个案协议,使得资产分享成为提供协助的国家的一种权利而得以制度化、规范化。资产分享的比例主要是以提供协助的贡献大小而划分的,因此,将会最大程度激励资产所在国提供相关协助而追缴犯罪资产,在一定程度上会提升境外追赃工作的质效。是以,资产分享制度通过其关键的物质刺激机制促进境外追赃国际司法协助,促使犯罪资产所在国积极主动没收犯罪资产,以实现成功追回境外犯罪资产的目的。

## 四、中国犯罪资产分享制度的建构路径

从境外追赃国际合作的现状看,资产分享制度有助于最大程度追回转移到境外的资产,是兼顾效率和公正的境外追赃措施。正因如此,资产分享制度已成为国际境外追赃的通行做法。面对中国境外追赃的现实情况,我们应结合中国国情,借鉴域外的有益经验,构建中国特色的境外追赃资产分享制度。

### (一) 确立务实的资产分享模式

一般而言,开展国际司法合作需要有明确的法律依据。从世界相关国家的立法和司法实践来看,条约是相关国家开展国际合作的重要依据。对一些采用条约前置主义的国家而言,有时条约甚至是唯一的开展国际合作的依据。但是,随着国际司法合作的深入发展,越来越多的国家逐步放弃了绝对的条约前置做法,允许适用互惠原则,依据个案开展国际司法合作。从域外相关国家资产分享的经验来看,资产分享的模式主要为固定协议模式和个案协定模式两种。

<sup>⑤0</sup> 参见张磊:《关于境外追赃法律适用问题的思考——以薄熙来案为切入点》,载《吉林大学社会科学学报》2016年第5期,第112页。

<sup>⑤1</sup> See Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention against Corruption, Global Study on the Transfer of Funds of Illicit Origin, Especially Funds Derived from Acts of Corruption (2003) A/AC.261/12, p.14.

固定协议模式通过相关的国际公约、双边条约规定了资产分享的实体和程序内容,这就使得资产分享的内容规范化。固定协议赋予资产分享作为一种权利义务机制发挥作用。由于国际公约的执行力有限,在资产分享国际合作中,固定协议模式主要是签订双边条约。双边条约由于具有制度化、规范化的特点,对于相关国家开展资产分享的指导性较强,也容易发挥条约的约束力。但是,双边条约签订程序较为复杂、耗时较长,对于不同案件的处理有时也会较为滞后。从我国双边条约签订的情况来看,资产流入地一些主要国家与我们签订双边条约的难度较大。截止到2020年11月,我国已经与81个国家缔结引渡条约、司法协助条约等共169项,与56个国家和地区签署金融情报交换合作协议。<sup>⑤②</sup>但是,这些签订双边条约的国家主要是发展中国家。而在实践中,我国职务犯罪和经济犯罪等犯罪分子转移资产的国家大多为美国、澳大利亚、加拿大等西方国家以及一些金融管制相对宽松的国家,这些国家大多没有与我国签署有效的双边条约。<sup>⑤③</sup>即使对于与我国已经签订有关国际刑事司法合作条约的国家,由于条约的履行容易受到政治、外交等因素的影响,在具体案件中,相关国家有时也可能会选择性适用,这就使得我国已签订条约的实际执行力和操作性不高,进而影响了我国境外追赃中双边条约的适用效果。而且,签订双边条约需要缔约双方经过长时间的磋商,耗时较长。例如,我国迄今唯一签订的双边资产分享协定,即《中华人民共和国和加拿大关于分享和返还被追缴资产的协定》,经历了长达八年的谈判。短期内,我国与其他主要资产流入国签订双边资产分享协定也不现实。故而,在境外追赃的过程中,我们不能过于依赖资产分享双边协定的签订,而是需要积极探索依据个案开展资产分享合作。当然,通过双边协定开展资产分享活动有其自身的优势,我们也需从当前境外追赃的实际需要出发,依据条约签订的难易程度,逐步推进与主要资产流入国双边条约的签订,促进我国境外追赃资产分享制度的规范化、制度化。

个案协定模式较为灵活,主要就具体案件中的资产分享问题进行协商,体现的也是资产流出国和资产所在国关于处理没收的犯罪资产的相关共识。国家间对具体案件的特殊问题灵活加以处理,形成互利共赢的共识,这是达成资产分享协议的关键。因此,在境外追赃过程中,在没有资产分享的双边协定时,我们需要注意依据个案协定的模式开展资产分享。具体案件中,资产所在国提供协助的贡献大小、案件性质等因素,是确定资产分享范围、分享比例的重要参考。由于案件情况的复杂性,一些国家即使签订有资产分享的双边协议,但是,对于资产分享的具体比例等情况,也会通过个案协商来确定。因此,在我国与主要资产流入国未签订有关资产分享的双边条约的情况下,犯罪资产分享可考虑采取个案协定模式为主。这种方式虽缺乏固定性和稳定性,但考虑到我国签订的有关资产分享的双边条约数量较少,未来很长一段时期内也难以与犯罪资产流入的

<sup>⑤②</sup> 参见《我国已与81个国家缔结引渡条约、司法协助条约等共169项 依法依规追逃追赃》,载中央纪委国家监委官网, [https://www.ccdi.gov.cn/toutiaon/202011/t20201111\\_98388.html](https://www.ccdi.gov.cn/toutiaon/202011/t20201111_98388.html), 2021年12月30日访问。

<sup>⑤③</sup> 参见赵秉志、商浩文:《运用移民遣返措施追捕外逃涉腐犯罪嫌疑入之路径与难点》,载《江西社会科学》2014年第2期,第150页。

主要国家签订资产分享的双边协议,只能根据具体案件的情况开展资产分享活动。在长期的个案协作模式的运作下,逐步对资产分享的相关法律问题进行了提炼总结,完善我国资产分享的有关法律机制。因此,可考虑现阶段与其他国家主要通过个案协定的模式开展资产分享,以个案合作的成功案例为基础,逐步将资产分享中成熟的经验和做法固定于后续推动签订的资产分享双边协议中,分阶段、分步骤推动中国犯罪资产分享制度的建构。

## (二) 明确资产分享的范围和份额标准

从域外相关国家的通行做法来看,用于分享的犯罪资产并非没收的全部犯罪资产。相关国家在进行资产分享时会扣除相关的合理支出费用,并保护被害人和善意第三人的合法权益。我们在境外追赃时,应注意根据案件性质的不同,区分是否有被害人,采取不同的资产追回策略。对于因洗钱、贿赂、毒品等无被害人的犯罪,可以在没收的财产范围内进行分享;对于因贪污、职务侵占等有被害人的犯罪,要充分利用相关国家的法律规定,争取优先补偿犯罪受害人、资产的合法所有人<sup>⑤4</sup>,以最大限度地维护国家和相关被害人的利益。需要注意的是,境外追赃时,行为人可能涉及两个或更多的罪名。一般而言,依据相关国家的法律,贪污、职务侵占等存在被害人的犯罪较之于洗钱、贿赂、毒品等无被害人的犯罪,资产返还的可能性相对较大。因此,我们在开展资产追缴的国际合作时,需要选择合适罪名提出资产没收的协助请求,以有助于境外追逃追赃协作的顺利进行。

确定资产分享范围后,如何确定犯罪资产分享的比例,是实践中资产分享的核心环节。资产分享比例最重要的确定依据是请求资产分享的国家在追赃过程中贡献的大小。事实上,正如前述,美国、澳大利亚、加拿大等国都主要依据相关国家在犯罪资产没收中提供协助的贡献大小来确定资产分享的比例。联合国《资产分享示范协定》在确定资产分享比例时,尽管给出了两种参考做法,即根据相关国内法的规定或者双方协商来确定资产分享的比例,但是,在实践中,任何一种做法在具体操作时都会强调资产所在国提供的协助对于资产没收的贡献大小。资产分享制度作为资产追缴国际合作中的激励机制,直接意义在于以经济利益鼓励相关国家提供司法协助。因此,贡献大小作为确定资产分享比例的基本依据,符合该制度设置的初衷,也有利于今后各国间刑事司法合作与犯罪资产追回的良性发展。

我国在构建资产分享的相关制度设计中,可以参考域外法治的有益做法,无论是我国提出资产分享的请求,还是他国请求我国开展资产分享,在确定资产分享比例时,最为重要的还是要考虑相关国家提供的司法协助对境外追赃的贡献大小。资产分享兼具国际合作性和激励性的双重特点,资产分享比例体现的是提供协助方在资产没收过程中的贡献大小。据此确定合理的资产分享比例,一方面是对资产所在国积极开展国际合作的高度认可;另一方面也是对潜在的国际合作国的激励,有助于在境外追赃中形成资产分享的长效机制。在当下我国签订资产分享双边协议数量较少的情况下,可参照相关国家

<sup>⑤4</sup> 参见前注<sup>⑤0</sup>,张磊文,第115页。

和国际公约的规定,在个案协议中依据资产所在国的贡献大小来确定分享的比例。对于相关国家提供协助的贡献大小的判断标准,可从提供信息的性质和重要性、提供证据的分量、参与调查的程度等方面进行综合评价。这同时也提示我们在与相关国家开展境外追赃国际合作时,特别是我国作为资产分享请求国时,应当在犯罪资产没收的过程中尽量提供关键性证据,提供送达文书、调查取证、证人出庭作证等国际司法协助,有助于我们在资产分享中掌握更多的主动权和话语权。当然,被请求国提供协助的贡献大小并不能完全作为确定分享比例的唯一标准,其他影响资产追回效果的因素,如相关国家参与调查的积极性、犯罪行为的性质等,也都应考虑在内。例如,在著名的尼日利亚前元首阿巴查腐败案中,尼日利亚政府在英国的追赃工作一直开展不顺利,英国相关部门以及银行消极不作为的应对延误了资产的追缴,导致最终追回的资产大幅缩水,这也直接影响了最后资产分享的比例。<sup>⑤⑤</sup>

### (三) 确定犯罪资产分享的联系机关和主管机关

《国际刑事司法协助法》第49条、第54条规定,外国提出分享请求或者我国提出资产分享请求的,由对外联系机关会同主管机关与外国协商确定。因此,如何确定对外联系机关和主管机关是境外追赃中犯罪资产分享需要解决的体制问题。

根据《国际刑事司法协助法》等国内法律的规定,对外联系机关的主要职责为对外联系,即提出、接受和转递刑事司法协助请求。一般而言,对外联系机关的设置应遵循统一稳定原则、精简原则及合乎法律体系的原则,这种设置可以畅通各个职能机关对内、对外的联系渠道,统筹国际刑事司法协助体系,有助于对个案的协调处理。在我国所签订的双边条约中,大约有2/3的双边条约规定由司法部作为唯一的对外联系机关。即使有一些双边条约中指定了两个甚至是三个对外联系机关,但司法部均为其中的对外联系机关。<sup>⑤⑥</sup>鉴于此,笔者认为,应将司法部作为我国境外追赃犯罪资产分享的对外联系机关。司法部作为我国的司法行政机关,一方面可以充分保证对外联系机关履行其对外联系、组织协调、服务监督的功能;另一方面可以保证充分集中其内部专业知识、提升司法协助效率、减少办案成本。

无论是请求协助,还是提供协助,主管机关都发挥着决定性的作用,一项请求能否向外国提出、外国一项请求能否得到我国执行,都应当得到主管机关的同意。这一点在我国《国际刑事司法协助法》中也得到了明确体现。因此,主管机关在刑事司法协助体系中的决定权就是一种终局性的、刚性的决定权。主管机关依据国内法,主要负责审核我国向外国提出的请求以及审查处理外国向我国提出的请求。由于我国《国际刑事司法协助法》中的主管机关是严格依照我国《刑事诉讼法》等法律确立的,主管机关在我国《刑事诉讼法》中享有什么样的职能,其国际刑事司法协助中就享有与之对称的职能。鉴于此,笔者认为,应当按照我国刑事法律中关于相关机关的职能权限确定资产分享的

<sup>⑤⑤</sup> See Davis Pablo J., *To Return the Funds at All: Global Anticorruption, Forfeiture, and Legal Frameworks for Asset Return*, Vol.47:291, p.353 (2016).

<sup>⑤⑥</sup> 参见罗军:《论国际刑事司法协助职能机关》,北京师范大学2020年硕士学位论文,第19-20页。

主管机关。《国际刑事司法协助法》在涉及资产分享的国际合作时,只是笼统使用了“主管机关”一词。那么,有权决定进行资产分享的主管机关是哪一机关呢?这直接关系到外国向我国提出的资产分享请求以及中国向外国提出的资产分享请求的审查和决定。《国际刑事司法协助法》第6条笼统规定,国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等部门是开展国际刑事司法协助的主管机关。就此而言,只要我国法律授予了上述“主管机关”对于违法所得没收的决定权或者是程序启动权,都可以作为犯罪资产没收的主管机关。例如,依据《监察法》的规定,监察机关可以对违法所得进行没收;《刑法》赋予了人民法院对违法所得及其他涉案财物的最终处置权;《刑事诉讼法》规定了人民检察院对没收违法所得的启动权;《禁毒法》规定公安机关对毒品违法犯罪所得予以追缴。无疑,在涉及相关中央机关职能管辖范围时,这些机关均可以审查和决定违法所得没收的请求。

但是,需要注意的是,在实践中,依据相关法律,并非只有上述明确列举的机关对相关违法所得没收具有法定职责。例如,《海关法》规定了海关对于走私的违法所得没收权;《证券法》赋予了证券监督管理机关对证券违法所得的没收权。尽管这些机关并非刑事诉讼中严格意义上的“司法机关”,但是,在开展犯罪资产没收的国际司法合作中,我国《国际刑事司法协助法》并不要求请求国法院作出没收裁决,请求国可在犯罪资产没收的任一阶段向我国提出没收违法所得的请求。2017年12月提交十二届全国人大常委会审议的《国际刑事司法协助法(草案一审稿)》中曾经根据外国请求没收违法所得是否由法院作出没收裁判确立了不同的处理程序。请求国作出没收裁决的情形下,由最高人民法院审查;没有作出没收裁决的,由相关主管机关转交办案机关办理。<sup>⑦</sup>最后颁行的《国际刑事司法协助法》中删除了这一规定,主要是考虑到国外针对没收违法所得申请不再区分请求国是否作出没收裁决,所以条文中只是笼统规定允许“主管机关”依据法定条件作出决定和安排。从立法原意中可以看出,我国协助外国没收违法所得不一定都由法院审查决定,中国的其他依法承担违法所得没收的主管机关,不仅包括国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部等中央机关,海关总署、中国证监会等机关也可依职权开展没收、返还违法所得及其他涉案财物的决定及安排。<sup>⑧</sup>因此,在开展犯罪资产没收、返还国际合作情形下,我国规定了相对灵活的主管机关。而在开展资产分享时,犯罪资产没收是资产分享的前提,犯罪资产没收机关对于相关国家提供的协助、案件性质等有较为充分的了解,可以就资产分享范围、比例等作出较为全面的判断。因此,可考虑将资产分享的主管机关确定为与犯罪资产没收国际合作主管机关一致,即资产分享的主管机关应是在没收违法所得及其他涉案财物方面享有法定职权的机关。当我国提出资产分享请求的,可由提供犯罪资产没收协助的主管机关作出资产分享的决定和请求;当外国向我国提出资产分享请求的,此时应当向外国提出犯罪资产没收请求的主

<sup>⑦</sup> 参见黄风:《协助外国追缴违法所得的条件与程序》,载《法学杂志》2019年第6期,第7页。

<sup>⑧</sup> 参见前注<sup>⑦</sup>,黄风文,第8-9页。

管机关作出资产分享的决定。但是,需要注意的是,外国提出资产分享请求的情形下,由于我国《刑事诉讼法》规定人民法院是犯罪资产实体处分的有权机关,未经法院判决,任何单位不得在判决前处置涉案财产。在该种情形下,主管机关应就资产分享的决定商请最高人民法院确定。

#### (四) 建立健全犯罪资产分享的程序

从世界相关国家关于犯罪资产分享的程序来看,主要有资产分享请求的提出、审查决定、执行等三个阶段。我国在构建资产分享制度时也应明确犯罪资产分享的程序。

第一,关于犯罪资产分享的启动。考虑到资产分享主要是通过双边协定或者个案协议的形式进行,请求国向被请求国提出资产分享请求,既可以根据双边条约提出,也可以在个案中由主管机关经由对外联系机关提出。需要注意的是,从世界相关国家的规定来看,资产分享的提起主体只限于国家。例如,美国对外签订的双边刑事司法协助条约中都强调“排除私人权利条款”。<sup>⑤9</sup>关于分享请求的形式,从目前我国签订的刑事司法协助条约的规定以及国际司法合作实践来看,应以书面形式提出请求,并将其翻译为被请求方的语言。

第二,关于犯罪资产分享请求的审查决定。一旦收到请求国的请求,相关的主管机关应当对资产分享的请求进行审查,以确定资产分享的可行性。在审查过程中,可参考相关国家的规定,应当考虑以下因素:是否属于资产分享的案件范围,如果涉案资产有明确的合法所有人或者被害人,一般不应进行分享;犯罪资产是否处于中国境内并为中国相关的机关所实际控制;外国是否直接或间接参与了对财产的扣押或没收,即相关国家是否在资产追缴的过程中作出实际贡献;是否符合“最后处置”的要求,即有关没收的资产在权属上是否已最终确定,是否存在不确定的诉讼等;资产分享请求方的相关资产分享的比例是否合适;<sup>⑥0</sup>等等。对于分享请求的审查应规定一定的期限。如美国与奥地利签订的有关资产分享的双边协定就规定,被请求资产分享一方应“毫不迟延地考虑该请求”,并以书面形式告知结果。<sup>⑥1</sup>当然,如果被请求一方对于相关请求内容持不同意见,双方可以进一步协商。

第三,关于犯罪资产分享决定的执行。有效保存、管理和处置没收资产是资产分享的重要组成部分,需要一个机构或专门部门来负责。这样一个机构可以努力确保被没收的资产得到妥善维护,以便于资产的最终处置。<sup>⑥2</sup>根据不同的国情,各国一般会设立具体的管理机构来处理被没收的资产,以有助于后续资产分享的活动。例如,美国建立了“资产没收基金”用来管理冻结、扣押、没收的犯罪资产,并用于执行主管机关的资产分享决

<sup>⑤9</sup> 参见焦经川:《浅谈美国没收资产国际分享制度及对中国的影响和启示》,载《行政与法》2016年第9期,第112页。

<sup>⑥0</sup> See Asset Forfeiture and Money Laundering Section of US DOJ, Guide to Equitable Sharing for State and Local Law Enforcement Agencies (Apr.2009), p.12.

<sup>⑥1</sup> See Protocol to the Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Austria on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, signed February 23, 1995. Art.4(3).

<sup>⑥2</sup> See Karyn Kenny, *supra* note 23, 265.

定。<sup>⑥3</sup> 英国的“扣押资产基金”用来对接有关国家犯罪资产没收和分享的请求,并负责没收的犯罪资产的最后处置。<sup>⑥4</sup> 被没收的犯罪资产的归属在分享前还处于不确定状态,设定专门基金的模式,一方面有助于没收的犯罪资产相对独立、统一管理,避免有关机关的不当干涉,便于后续资产分享决定的执行;另一方面也有利于通过强化管理促进被没收犯罪资产的保值和升值。

在我国目前的境外追赃工作中,相关的办案运行经费高昂,影响了相关机关境外追赃的积极性;外国提出的相关司法协助合理费用的补偿问题在我国也尚未有明确的法律依据;从境外追回的犯罪资产如何进行管理也缺乏统一的规定;等等。因此,笔者建议,可参考相关国家建立犯罪资产没收基金的模式,考虑在我国设立境外追赃犯罪资产没收基金,用以接收我国在开展国际刑事司法协助中没收的犯罪资产和后续资产分享决定的执行以及处理外国通过资产分享返还给中国的犯罪资产。<sup>⑥5</sup> 该基金用以接收和支付分享的犯罪资产,同时也可以用于支付办案机关的办案经费以及预先支付给相关入国家提供司法协助的合理费用;犯罪资产经分享追回之后,还可以用于追回资产的统一经营管理。

## 五、结 语

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央高度重视境外追逃追赃工作,我国积极参与国际合作,运用法治思维和法治方式推进新时代追逃追赃工作的高质量发展。追逃追赃国际合作成为中国特色大国外交的重要内容,成为构建人类命运共同体的重要组成部分。我国以成功的追逃追赃实践逐渐占据国际合作道义的制高点,在国际相关领域的话语权、影响力不断扩大。但是,随着追逃追赃工作进入深水区,新情况新问题不断涌现,境外追赃较之于境外追逃可能存在更大的难度,境外追赃工作面临不少难题和挑战。例如,境外追赃法律机制中资产转移预防性制度不足,相关立法的系统性和完备性亟待加强,国际条约的适用率不高,境外追赃能力建设相对滞后,等等。

在国家高度重视境外追赃工作的时代背景下,我们需要充分认识境外追赃工作的重要性和艰巨性,准确研判境外追赃的形势,坚持统筹推进国内法治与涉外法治的协调发展,下大力气着力解决境外追赃中的“卡脖子”问题,才能有效破解境外追赃的难题和挑战,推进境外追赃工作的法治化、制度化,积极推进境外追赃工作的开展。境外追赃中资产分享制度作为一种兼具国际合作和激励性的资产追回措施,对于有效追回转移到境外的资产具有十分重要的作用。在我国相关法律中已经确立资产分享制度的情形下,面对我国境外追赃的现实情况,有必要革新守旧的国际合作理念,建立健全资产分享制度,最大程度地发挥违法所得没收程序和缺席审判程序在境外追赃中的合力。需要注意的

<sup>⑥3</sup> 参见黄凤主编:《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309页。

<sup>⑥4</sup> 参见张磊、李建国:《〈罗马规约〉中的犯罪收益没收制度:比较与借鉴》,载《法学杂志》2009年第11期,第129页。

<sup>⑥5</sup> 参见欧福永、刘益恒:《论我国反腐败国际追赃中腐败资产分享制度的构建》,载《时代法学》2016年第2期,第49页。

是,在一些国家,对于没收的犯罪资产,可以采取补偿等方式灵活地解决资产分享问题。<sup>⑥⑥</sup>目前情形下,我们难以与所有的主要犯罪资产流入国都能有效开展资产分享。因此,需要熟练掌握相关国家的法律规则,适当采取变通的方式,也可考虑给予协助方适当的经济补偿,激励相关国家提供国际合作,以达到有效追回犯罪分子转移到境外的犯罪资产的目的。

---

**Abstract:** The establishment of asset sharing system in overseas stolen goods recovery in China not only has its practical necessity, but also has sufficient theoretical basis and clear legal basis. The pattern of extraterritorial assets sharing includes the fixed agreements and the provisionally individual case. The confiscated criminal assets shall be preferentially returned to the victims or legal owners, and reasonable expenses shall be deducted before asset sharing. The shareable assets are mainly based on the degree of the contribution in criminal justice cooperation, at the same time, the factors such as the nature of the crime and the degree of damage should be considered. The system of assets sharing has become a common practice in the international community and shows obvious characteristics of international cooperation and incentive. Based on the successful cases, we can gradually fix the experience of asset sharing in bilateral agreements. It should be noted that according to the nature of the case, different sharing strategies should be adopted to determine the reasonable standard of asset sharing proportion; clarify the foreign affairs liaison authority and competent authority of asset sharing; establish a procedural mechanism for the proposal, review, decision and implementation of criminal asset sharing.

---

( 责任编辑: 白岫云 )

---

<sup>⑥⑥</sup> 参见陈东:《反洗钱国际合作与犯罪资产分享问题研究》,载《技术经济与管理研究》2010年第1期,第140页。