

論中國區際贓款贓物跨境的追繳與移交

時延安*

一、引言：中國區際贓款贓物跨境追繳與移交的複雜性

贓款贓物的追繳與移交，是國際和區際刑事司法合作的一項重要內容。中國與一些國家締結的刑事司法協助條約、引渡條約中有專門的贓款贓物移交的規定，但與一些未締結刑事司法協助條約或協定的國家之間，贓款贓物的移交只能通過個案協商的方式來進行。這一問題，同樣也是中國區際刑事法律合作中的一個難題。2009年4月26日，大陸海協會和台灣海基會簽訂的《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》第9條即概況性地對兩岸間“罪贓移交”問題作出了規定，2011年1月3日台灣“法務部”發佈的《海峽兩岸調查取證及罪贓移交作業要點》對罪贓移交的具體事宜作出了規範。內地與香港特別行政區、澳門特別行政區之間尚無刑事司法互助的規範性文件，但雙方已經通過個案合作的方式處理過贓款移交事宜。¹ 擬議中的《內地與澳門特別行政區關於刑事司法協助安排》中尚無有關贓款贓物移交的規定。² 此外，在沒有刑事司法協助規範性文件的情況下，充分利用現有法律資源，並根據平等、協商原則確立習慣性做法（或者先例）³，也可以為開展贓款贓物跨境移交提供必要的途徑。

與犯罪嫌疑人的遣返、移交等區際刑事司法合作事項相比，區際贓款贓物的追繳與移交的重要性和爭議性要弱一些，然而這一刑事司法合作事項的複雜性卻毋庸置疑。其複雜性主要表現在九個方面：一是追繳和移交的模式選擇，即請求方如何請求贓款贓物所在地的司法機關予以追繳？二是對請求方生效裁決的承認問題，而這又涉及到請求方作出的裁決是民事性的，還是刑事性的？如果是刑事生效裁判，則又牽扯到棘手的刑事生效裁判的承認問題。三是如何確定贓

款贓物的範圍，比如，用贓款贓物進行合法投資，如何計算贓款贓物的數額？如果用贓款贓物從事非法活動，是否可以進行追繳？四是被請求一方通過何種程序予以追繳並移交，是通過行政程序還是司法程序？如果選擇司法程序的話，那麼究竟應採用民事訴訟程序還是刑事訴訟程序？五是如果犯罪人被請求方羈押或者控制，而贓款贓物在被請求方，被請求方司法機構可否通過缺席審判判定，被指控贓款贓物的財產屬性並採取相應的沒收和追繳措施？六是如何解決贓款贓物追繳與維護第三人合法權益的問題？七是在追繳贓款過程中，執法機構如何與金融機構進行合作？八是被請求方為追繳和移交贓款贓物而支出的費用，是否可以從追繳的贓款贓物中予以扣除？九是對於帶有經濟內容的、同時違反行政性法律規範的犯罪案件，如果有權行政機關對違法款物予以沒收、追繳，該行政處罰決定是否同樣納入到可移交贓款贓物移交的範圍？⁴

由於這一問題牽涉到的具體法律問題十分廣泛，兼有實體與程序問題，因而要有效解決這一問題，應首先明確解決問題的基本思路，進言之，在認真研究內地、香港、澳門、台灣之間已有成功案例的同時，參酌國際社會普遍認可且較為成功的經驗做法，建立一個能夠兼顧各方法制和利益的追繳和移交模式，當然，考慮到四個法域法制上的差異，也可能存在多個模式並存的情況。以目前四個法域法制之間融通機制的現狀看，以《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》⁵和《聯合國反腐敗公約》⁶（以下簡稱“兩公約”）所確定的贓款贓物的移交模式為參考系，建立符合四個法域現狀和利益的追繳和移交模式，應該是比較理性的選擇。本文即持此觀點加以論述。

* 中國人民大學法學院副教授、中國人民大學區際刑法學研究所所長

二、兩個聯合國公約所確定的模式

《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》第12條、第13條、第14條對沒收事宜及相關國際合作作出規定，其第12條第1款中即規定，沒收財產的範圍包括“來自本公約所涵蓋的犯罪所得或價值與其相當的財產”；《聯合國反腐敗公約》則設專章就資產返回問題進行規定。“兩公約”所涉及的一些沒收、追繳和移交(返還)的途徑和方法，在中國與一些國家締結的刑事司法協助條約(協定)中也有所體現。

根據《聯合國反腐敗公約》的規定，贓款贓物追繳與返還的方式主要有“直接追回財產”和“通過沒收事宜的國際合作追繳贓款贓物”兩大模式：

(一) 直接追回贓款贓物

直接追回贓款贓物，即財產受害人依照財產所在地國法律，直接向該國司法機關提出主張和請求，追回其被侵犯的合法財產。措施包括三種類型：

1. 提起民事訴訟追回，即受犯罪侵害國或有關財產的合法所有人在贓款贓物所在地締約國的法院提起民事訴訟，要求維護和確認自己對受到非法侵犯並被轉移的財產提出所有權。《聯合國反腐敗公約》第53條第1款規定：“採取必要的措施，允許另一締約國在本國法院提起民事訴訟，以確立對通過實施根據本公約確立的犯罪而獲得的財產的產權或者所有權”。這種做法的優勢顯而易見：財產受害人可以比較容易地找到法律依據，通過民事訴訟尋求救濟；民事訴訟的證明標準為優勢證據標準(preponderance of evidence)，財產受害人舉證較為方便；財產受害人可以直接且及時地請求法院提供財產保全；民事訴訟可以進行缺席判決。

2. 通過刑事附帶民事訴訟程序追回。即贓款贓物所在地締約國的法院，根據財產受害國或有關財產的合法所有人的請求，判令侵犯財產權利的刑事被告人向受害國或受害人支付補償或損害賠償。《聯合國反腐敗公約》第53條第2款規定：“採取必要的措施，允許本國法院命令實施了根據本公約確立的犯罪的人向受到這種犯罪損害的另一締約國支付補償或者損害賠償”。該規定，實際上即利用刑事附帶民事訴訟程序予以追繳。這一方式也可在民事訴訟中採用。⁷

3. 簡易返還。即對產生於犯罪或其他違法行為的贓款贓物或收益進行處理時，根據有關人員提交的合法所有權證明進行返還。其特點表現為：一是主要以請求國的刑事司法協助請求為根據，而不要求請求國必須提交本國法院關於扣押、凍結或沒收財產方面的

司法裁決；二是有關扣押、返還的決定可以由被請求國任何有權作出此類決定的機關(如刑事偵查機關、刑事檢控機關、行政執法機關等)作出；三是對於外國司法協助請求扣押的物品，事後均可返還給提出請求的機關。不過，利用這種方式進行返還，對於所涉及的物品應不存在任何涉及權屬問題的爭議並需維護第三方的合法權利，而且對於有關物品的移交應不妨礙被請求國正在進行的刑事訴訟活動或者有關案件的審理。⁸《聯合國反腐敗公約》第53條第3款規定：“採取必要的措施，允許本國法院或者主管機關在必須就沒收作出決定時，承認另一締約國對通過實施根據本公約確立的犯罪而獲得的財產所主張的合法所有權。”⁹

(二) 通過沒收事宜的國際合作追繳贓款贓物

《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》和《聯合國反腐敗公約》都規定有“沒收事宜的國際合作”條款。沒收的物件即為“犯罪所得(proceeds of crime)”，根據《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》第2條第(e)項的解釋，是指“直接或間接地通過犯罪而產生或獲得的任何財產。”根據該公約第11條規定，犯罪所得又有三種轉換形式：一是替代收益，即“犯罪所得已經部分或全部轉變或轉化為其他財產”。二是混合收益，即“犯罪所得已與合法來源獲得的財產相混合”。對於這種情形，“沒收價值可達混合於其中的犯罪所得的估計價值”。三是利益所得，即“來自犯罪所得、來自由犯罪所得轉變或轉化而成的財產或已與犯罪所得相混合的財產所產生的收入或其他利益”。對於這種情形，其處理“方式和程度與處置犯罪所得相同”。通過沒收事宜的國際合作追繳贓款贓物，按照法律途徑不同可包括兩種情形：

1. 在財產所在地國進行刑事沒收或民事沒收

《聯合國反腐敗公約》第54條第1款第2項規定：各締約國均應當根據其本國法律，“採取必要的措施，使擁有管轄權的主管機關能夠通過對洗錢犯罪或者對可能發生在其管轄範圍內的其他犯罪作出判決，或者通過本國法律授權的其他程序，下令沒收這類外國來源的財產。”這種通過進行刑事訴訟方式進行的沒收，一般稱之為刑事沒收(criminal forfeiture)，其條件包括：一是犯罪嫌疑人和被告人和涉案贓款贓物均在贓款贓物流入地國(即財產所在地國)。二是有關人員在向外國非法轉移贓款贓物時採用了洗錢、欺詐、走私等觸犯贓款贓物流入國法律的行為，或者在該國犯有其他導致沒收財產的犯罪或經濟違法行為。

在刑事沒收的情形下，財產所在地國主管機關完全是根據本國法律對有關人員提起刑事訴訟。

《聯合國反腐敗公約》第 54 條第 1 款第 3 項規定：各締約國均應當根據其本國法律，“考慮採取必要的措施，以便在因為犯罪人死亡、潛逃或者缺席而無法對其起訴的情形或者其他有關情形下，能夠不經過刑事定罪而沒收這類財產。”這種沒收方式，與刑事定罪沒有關聯，而完全針對財產而為，因而被稱為“民事沒收”(civil forfeiture)。¹⁰ 民事沒收制度的最大優點就是實現了人和物在處理上的分離，使得對犯罪所得的追繳不受對犯罪人的司法管轄和審判的影響。

刑事沒收與民事沒收的差異是明顯的。刑事沒收是對因某一特定犯罪而被判有罪的個人而施加的懲罰，因而它的程序是對人(in personam)程序；而民事沒收則是一個針對“侵犯性”財產而進行的對物(in rem)程序。兩者區別主要表現在三個方面¹¹：①沒收的根據不同。刑事沒收必須以有罪判決為根據。民事沒收不依靠對財產所有人的刑事判決，只要被沒收的財產被認為是能夠反覆用於非法用途，而且該財產被用於非法用途能夠被證明。例如，用來運輸非法麻醉品的汽車，如果這輛汽車被扣押，所有人被起訴，但對其提供毒品犯罪指控，卻被判無罪，但是這並不影響對這輛“有罪”的卡車的單獨的民事訴訟。②證明標準的不同。刑事沒收的證明標準實際上是“排除一切合理懷疑”，因為沒收是量刑的一個組成部分；而在刑事沒收前，控方必須證明被告的罪責達到這一標準。而在民事沒收案件中，採取的證據標準則是較低的證明標準，即“優勢證據”標準，顯然，出於實務考慮，控方在民事的、對物訴訟中更具優勢。③沒收計算的時間不同。民事沒收適用“擬人化假設”(就是對該財物本身作為判斷是否合法)，即該財產用於非法用途即為“有罪責”，一經用於非法，就可以進行民事沒收。而刑事沒收是針對人的，所以有罪判決是其基礎。

2. 承認和執行外國的沒收裁決

承認和執行外國的沒收裁決，即被請求國給予請求國的沒收裁決以可在本國境內執行的法律效力，被請求國主管機關依照請求國沒收裁決中列舉的財產種類和數量實行沒收。其一般條件包括：①以請求國主管司法機關已正式作出關於沒收的生效裁決為前提條件；②有關協助沒收的決定均由被請求國的法院作出，其可能表現為直接採用判決形式就承認與執行外國司法裁決問題作出決定並付諸執行，也可能表現為

採用判決登記程序賦予外國裁決以與被請求國司法裁決相同的效力。③關於扣押的決定與沒收的決定相互獨立，分別依照相對獨立的程序作出，換言之，即便請求國取得有關扣押或凍結方面的協助，但如果不符合關於承認和執行沒收裁決的程序要求和法定條件，同樣不能實現取得被扣押財物的目的。

對於被沒收財產的處置問題，《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》第 14 條“沒收的犯罪所得或財產的處置”對此予以規定，其基本規則是：①締約國依照有關“沒收和扣押”和“沒收事宜的國際合作”規定而沒收的犯罪所得或財產應由該締約國根據其本國法律和行政程序予以處置。②應另一締約國請求採取行動的締約國，應在本國法律許可的範圍內，根據請求優先考慮將沒收的犯罪所得或財產交還請求締約國，以便其對犯罪被害人進行賠償，或者將這類犯罪所得或財產歸還合法所有人。③締約國還應考慮，將犯罪所得或財產價值相當的款項，或變賣犯罪所得或財產所獲款項的全部或部分捐給向發展中國家和經濟轉型期國家提供技術援助的賬戶或專門從事打擊有組織犯罪工作的政府間機構，以及根據本國法律或行政程序，經常地或逐案地與其他締約國分享犯罪所得或財產或變賣犯罪所得或財產所獲得款項。《聯合國反腐敗公約》第 57 條(贓款贓物的返還和處分)規定的內容包括四個方面：①贓款贓物的返還和處分問題，應當由實施沒收行為的國家根據該公約和本國法律予以處置。②締約國均應當根據本國法律的基本原則，採取必要的立法和其他措施，使本國主管機關在另一締約國請求採取行動時，能夠在考慮到善意第三人權利的情況下，根據該公約返還所沒收的財產。③對於貪污公共資金或者對所貪污公共資金的洗錢行為，被請求締約國應當在實行沒收後，基於請求締約國的生效判決，將沒收的財產返還請求締約國，被請求締約國也可以放棄對生效判決的要求；對於該公約所涵蓋的其他任何犯罪的所得，被請求締約國應當在實行沒收後，基於請求締約國的生效判決，在請求締約國向被請求締約國合理證明其原來對沒收的財產擁有所有權時，或者當被請求締約國承認請求締約國受到的損害是返還所沒收財產的依據時，將沒收的財產返還請求締約國，被請求締約國也可以放棄對生效判決的要求；在其他所有情況下，優先考慮將沒收的財產返還請求締約國、返還其原合法所有人或者賠償犯罪被害人。④在適當的情況下，除非締約國另有約定，被請求締約國可以在返還或處分沒收的財產前，扣除為此進行偵查、起訴或者審判程序而發生的合理費用。

三、中國區際贓款贓物跨境移交具體途徑的探索

“兩公約”確定的追繳和移交贓款贓物的方式，包括兩大類五個具體途徑。如果考慮到目前內地與香港、澳門個案合作的經驗，還有第六個途徑，即通過取得犯罪人的委託，在贓款所在地取得該項贓款。¹²這六個途徑，基本涵蓋了目前中國不同法域之間贓款贓物跨境移交模式的可能選項。在內地與其他法域之間進行該項事宜合作時，即可以分別情形採用相應的途徑。需要強調的是，四個法域之間處理贓款贓物移交問題，是借鑒“兩公約”所確定的模式，而非直接適用“兩公約”的規定。

國家間贓款贓物移交通過包括六個步驟：①收集情報和證據以追索資產；②取得資產；③國際合作，包括司法協助請求、非正式協助(主要不同國家相應職能部門之間的情報和資訊合作)；④法院通過特定法律程序沒收財產；⑤執行法院相關命令；⑥返還資產。¹³就中國區際贓款贓物追繳和移交合作而言，如果合作雙方法域具有一定開展合作的規範性法律文件，進行合作的步驟基本上也可以概括為這六個方面；在沒有開展合作的規範性法律文件的情況下，根據已有法律框架，積極開展相應職能部門的合作，尤其是在有關資產情況方面情報和資訊的合作，對於解決贓款贓物跨境追繳和移交難題也具有積極意義。

由於四個法域之間已有的法律合作基礎不同，大陸與台灣之間、內地與香港、內地與澳門之間選擇的具體途徑方面會有所差異，而且各自民事法律、刑事法律也有較大不同。就內地而言，在進行贓款贓物沒收和追繳方面，現有刑事法律、民事法律都存在較大缺陷，其中最為突出的，就是沒有相對獨立的司法沒收程序。對於其他法域向內地請求追繳和移交贓款贓物，就現有法律資源而言，除了刑事訴訟法和民事訴訟規定的法律途徑以外，還可利用的途徑，就是行政沒收¹⁴，即在資產權屬不存在爭議的情況下，由公安機關等有權行政執法機關予以沒收以實現返還。

對於內地而言，如果其認為有資產處於台灣、香港或者澳門，且該財產屬於犯罪所得和收益，則可區別情況選擇相應的途徑。

(一) 大陸與台灣之間贓款贓物跨境移交途徑的選擇

大陸海協會與台灣海基會簽訂的《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》為兩岸之間贓款贓物跨境

追繳和移交提供了比較充分的規範基礎。其第9條就罪贓移交問題作出了一般性規定，即“雙方同意在不違反己方規定範圍內，就犯罪所得移交或變價移交事宜給予協助。”大陸方面目前對如何貫徹該項合作事宜尚未作出具體規定。台灣方面日前已作出相應的實施細則即《海峽兩岸調查取證及罪贓移交作業要點》，其第6條概括性規定：“大陸地區主管部門依請求所移交或變價移交之犯罪所得，如未經台灣地區法院宣告沒收，亦無從發還權利人而無留存之必要者，除大陸地區主管部門已通知無庸返還者外，應返還之。”在台灣地區，具體負責罪贓移交事務的部門為其檢察機關。其第12條第7項進一步規定了罪贓移交的要件及相應程序：台灣地區檢察機關在接到大陸地區有關罪贓移交請求後，其首先對該請求進行審查，其要件包括：①請求書所述之犯罪事實，依台灣地區法律亦構成犯罪。②請求移交或變價移交之犯罪所得未經台灣地區法院宣告沒收。③對犯罪所得，在台灣地區並無得主張權利之人，或經得主張權利之人同意。經審查，認為符合上述要件，檢察官才能移交。如果檢察官認為大陸地區主管部門請求移交或變價移交方式有變更之必要，得經法務部徵詢大陸地區主管部門意見後予以變更。協助執行之檢察機關，應將執行結果報請法務部轉送大陸地區主管部門。如全部或一部不能執行，應將其事由報請法務部轉告大陸地區主管部門。法務部就請求移交之犯罪所得，經大陸地區主管部門同意，得移交其中一部分。對於罪贓移交協助方面，該“作業要點”第7條還就不予協助事項作出規定，其情形具體包括：①請求內容不符合台灣地區法令規定。②請求書所述之事實，依台灣地區法律認為未涉嫌犯罪。但認有重大社會危害且經雙方同意個案協助者，不在此限。¹⁵③執行請求將有背於公共秩序或善良風俗。④執行請求將妨礙正在進行之偵查、起訴或審判程序。⑤有其他情事認為拒絕或暫緩提供協助之必要。不過，台灣地區“法務部”如認僅係因暫時之原因未提供協助，應同時告知原因消滅後可再重行提出請求。

對於大陸方面認為有屬於犯罪所得及收益的資產在台灣，即可以根據《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》所確定的途徑提出。此外，對於大陸居民個人或者單位認為，其合法財產被犯罪人不法所得且處於台灣地區，也可以通過提出民事訴訟或者刑事附帶民事訴訟的方式予以解決。具體而言：①如果犯罪人與受害人都在大陸一方的，受害人可以向犯罪人提起侵權之訴，通過提起獨立的民事訴訟的方式或者刑

事附帶民事訴訟¹⁶的方式來解決。由於兩岸之間相互承認對方民事裁判的效力(《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》第 10 條¹⁷)，對於上述民事生效裁判，雙方均可根據互惠原則代為執行裁判所確定之內容。

②如果受害人在大陸一方，而犯罪人在台灣一方的，則被害人可考慮在台灣提起民事訴訟或者參與到附帶民事訴訟中。

(二) 內地與香港之間贓款贓物跨境移交途徑的選擇

由於內地與香港之間尚無刑事法律合作方面的協定，因而就贓款贓物追繳和移交問題要更為複雜也更為困難。香港特別行政區《刑事事宜相互法律協助條例》有關於執行外地沒收令的規定，但該條例第 3 條規定，該條例不適用於香港與中國其他部分之間的刑事事宜協助的提供或取得。所以，依照該條例所確定之程序解決內地向香港請求資產返還事宜，目前而言是行不通的。

除了上述所言第六種途徑(即溫慶巍案所採用模式)外，對於內地司法機關有證據證明贓款贓物在香港境內的，在不同情形下，內地追回該項資產的可能途徑包括：

1. 由被害人向香港的司法機構提出民事訴訟

在犯罪人已將通過犯罪獲得資產轉移至香港後，被害人可以向香港法院提起民事訴訟。這裏首先要解決一個管轄權上的問題。有被害人的犯罪，同時構成民事侵權，而對於侵權案件的管轄和侵權行為的法律適用問題，向來適用侵權行為地法律來解決糾紛。¹⁸所以，通過這一途徑解決問題，香港地區應被視為侵權行為地(包括行為實施地和結果發生地)，被害人才能提出民事起訴並獲得法院的支持。在已解決管轄問題的前提下，對於公民個人、單位等被害人提起訴訟的，如果其缺少必要的起訴條件，可以考慮由特定的機構給予法律援助；如果犯罪人侵犯的是國有資產，則應考慮由內地特定的國家機構來提起訴訟。

2. 由被害人向內地司法機構提起民事訴訟

如果被害人沒有條件向香港法院提起訴訟，或者香港法院沒有管轄權的，則由被害人向內地有管轄權的法院起訴。待該民事裁判生效後，由香港主管機構承認並代為執行。不過，問題在於，目前內地與香港特別行政區法院之間只能就相互認可和執行當事人協議管轄的民商事案件判決進行合作，而根據最高人民法院《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行當事人協議管轄的民商事案件判決的安排》第 3 條

的規定，能夠開展合作的案件類型僅限於民商事合同糾紛案件，且不包括僱傭合同以及自然人因個人消費、家庭事宜或者其他非商業目的而作為協定的一方的合同。可見，如果被害人在內地法院提起的訴訟為侵權之訴的話，即不能根據該安排請求香港法院代為執行。所以，只有該犯罪事實，根據民商事法律判斷，既屬於違約行為又屬於侵權行為的情形下，被害人在內地法院選擇提起民事違約之訴，且在與犯罪人能夠達成協定管轄的情況下，就該案件的民商事裁判才可能被香港法院認可和執行。¹⁹

由於目前內地與香港之間沒有刑事司法合作的基礎性文件及合作機制，因而對於解決兩地之間的贓款贓物的移交問題，只能考慮通過民事司法合作的方式來解決，但民事司法合作機制也不夠暢通，這就更增加了雙方在該領域合作的難度。上述兩種方式，即便實施，在實踐上也會困難重重，在這種情形下，內地司法機構也只能更多地依靠“溫慶巍案”模式來解決這個問題。

(三) 內地與澳門之間贓款贓物跨境移交途徑的選擇

內地與澳門之間目前也無刑事司法協助協定。澳門特別行政區《刑事司法互助法》對違法行為所得、物件及工具的追繳和返還問題作出了規定，其 142 條第 3 款還規定：“核實有關犯罪所得確在澳門後，澳門當局須採取措施，以執行請求方法院所作的宣告喪失犯罪所得的裁判；在此情況下，相應適用第四編²⁰中的適當規定。”不過，根據該法第 1 條第 1 款的規定，該法並不適用於內地與澳門之間相關司法互助事宜的合作。當然，在今後兩地開展有關刑事司法互助的協商時，可以借鑒該法已有的法律框架。

與和內地與香港之間開展司法合作的基礎相比，內地與澳門開展司法合作的基礎要好一些。《內地與澳門特別行政區關於相互認可和執行民商事判決的安排》中認可和執行民商事判決的範圍要寬泛得多，因而為雙方開展贓款贓物移交方面的合作提供了相對從容的法律基礎。當然，如果雙方之間能夠就一般性的刑事司法合作(包括贓款贓物移交)達成協議，則更有利於該問題的解決。

以目前雙方已有法律文件為基礎，兩地之間開展贓款贓物移交合作的途徑，為民事訴訟方式可行。具體而言：

1. 被害人與犯罪人都在同一法域的，而犯罪所得在另一法域的。被害人可以向所在法域之有管轄權法

院提出民事訴訟。待民事判決生效後，通過民事司法互助方式實現資產返還之目的。具體而言，請求方根據本方法院所作出之民事裁判(包括刑事附帶民事裁判²¹)向被請求方提出認可和執行該裁判的請求。最高人民法院《關於內地與澳門特別行政區相互認可和執行民商事判決的安排》第1條規定，內地與澳門特別行政區民商事案件判決的相互認可和執行，適用該安排；該安排亦適用於刑事案件中有關民事損害賠償的判決、裁定。根據該條規定，內地法院作出的侵權案件的民事裁判，或者刑事附帶民事訴訟中有關民事損害賠償的判決、裁定，都可以依照該安排所確定的程序提出請求認可和執行的請求。

2. 被害人與犯罪人不在同一法域，則被害人應向犯罪人所在地法院提起民事訴訟或者刑事附帶民事訴訟。設若犯罪所得也在法院所在地，那麼，當該民事判決生效後，被害人即可申請執行該項財產。設若該項資產在被害人居住地一方，則應同樣根據上述有關安排通過相應民事司法互助形式實現資產返還的目的。

上述關於兩岸之間、內地與香港之間、內地與澳門之間贓款贓物跨境移交模式的初步探討，是以現有法律文件為基礎的。從上述可能路徑的探索中，核心的問題就是生效裁判的認可與執行問題，無論是刑事的還是民事的。如果這一問題得以妥善解決，那麼，解決贓款贓物跨境移交問題就會輕鬆得多。

四、結語

對中國區際贓款贓物追繳模式的探索，只是為這一問題解決提出了一個大致的方向。而這一問題的複雜性，還要求對諸多具體問題予以規定，其中亦可能涉及到不同法域的一些基礎性認識。這些問題包括：贓款贓物範圍的界定，被請求方可採取的強制措施的範圍，被請求方為追繳和移交贓款贓物的花費如何償付，如何解決善意取得以及第三人如何主張權利，如何與金融系統進行合作，等等。這些問題的解決，都需要不同法域之間坦誠討論並協調立場，只要彼此能夠堅持平等、務實、相互尊重的態度，針對這些問題都可以找到比較妥當的解決方式。

以目前實際情況而言，如何充分利用現有法律資源來解決這一問題，即在個案合作模式基礎上形成一套能為各方所遵循的“先例”，對於解決中國區際刑事司法合作具有重要意義。在這方面，內地警方、檢察機關、海關與香港、澳門相關職能部門都有着長期而有效的合作，其經驗亦可為今後的合作提供基礎。如此，通過不斷積累，促進不同法域之間的互信，尤其是司法機構的互信具有積極的建設意義，而這種互信恰恰是開展區際刑事法律合作至為重要的基礎。

[本文寫作得到“中國人民大學科學研究基金(中央高校科研業務費專項基金資助)”項目的支持。]

註釋：

- ¹ 參考福建三華彩印有限公司、龍岩紅七匹狼彩印有限公司原總經理溫慶巍受賄人民幣768萬餘元一案。轉引自陳磊：《從溫慶巍受賄境外追贓取證案的辦理看“一國兩制”下的區際司法合作》，載於趙秉志主編：《中國區際刑事司法協助新探》，北京：中國人民公安大學出版社，2010年，第462頁。另見曹仕旺：《港澳廉政公署協助追贓 福建一國企老總判無期》，載於騰訊網：http://news.qq.com/a/20080310/002577_2.htm，2010年9月4日。
- ² 該安排草案內容主要包括：刑事司法文書相互送達、相互委託調查取證和相互提供證據。引自《陸澳刑事司法協助安排料明年下半年簽署》，載於新華澳報網：<http://www.waou.com.mo/detail.asp?id=40649>，2010年9月4日。
- ³ 高銘暄、馬正楠：《論香港與內地移交逃犯的先例模式》，載於《法學家》，第1期，2011年。該文提出，目前在內地與香港之間尚無刑事司法互助規範性文件，考慮到現實情況，可以在個案協助的基礎上確立先例，並在以後的實踐中予以實施。該建議對於解決內地與香港、內地與澳門之間的贓款贓物移交合作具有積極的借鑒意義。
- ⁴ 以內地法律為例，對於這類犯罪，有權行政機關可以予以沒收和追繳違法所得、非法財物(《中華人民共和國行政處罰法》第8條)，因為這類犯罪同時(甚至是首先)違反了行政性法律法規，因而其有權作出相應的處罰決定。而這類違法所得、非法財物，也可能同時屬於贓款贓物。在這種情形下，作出沒收決定的，是行政機關，而非法院。
- ⁵ 中國政府於2000年12月12日簽署該公約，全國人大常委會2003年8月27日批准，2003年9月23日，中國政府向

聯合國秘書長交存批准書，公約於 2003 年 10 月 23 日對中國生效。該公約同時適用於香港。國務院於 2006 年 9 月 7 日作出《關於決定〈聯合國打擊跨國有組織犯罪公約〉適用於香港特別行政區的批覆》，同意該公約適用於香港特別行政區。

⁶ 中國政府於 2003 年 12 月 10 日簽署該公約，全國人大常委會於 2005 年 10 月 27 日批准公約，2006 年 1 月 13 日遞交批准書，公約於 2006 年 2 月 12 日對我國生效。中國政府聲明：根據《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第 153 條和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第 138 條的規定，中華人民共和國決定，公約適用於中華人民共和國香港特別行政區和澳門特別行政區；指定中華人民共和國監察部為協助其他締約國制訂和實施具體預防腐敗措施的機關（國家預防腐敗局設立後，我國於 2007 年 12 月照會聯合國秘書長，中國指定“國家預防腐敗局為協助其他締約國制訂和實施具體預防腐敗措施的機關”），就香港特別行政區而言，其廉政公署為協助其他締約國制訂和實施具體預防腐敗措施的機關，就澳門特別行政區而言，其廉政公署為協助其他締約國制訂和實施具體預防腐敗措施的機關；指定中華人民共和國最高人民檢察院為負責和接受司法協助請求等事宜的中央機關，就香港特別行政區而言，其律政司司長為負責和接受司法協助請求等事宜的中央機關；就澳門特別行政區而言，其行政法務司為負責和接受司法協助請求等事宜的中央機關。

⁷ 黃風等：《國際刑法學》，北京：中國人民大學出版社，2007 年，第 319 頁。

⁸ 黃風：《關於追繳犯罪所得的國際司法合作問題研究》，載於《政治與法律》，第 5 期，2002 年。

⁹ 《中華人民共和國和加拿大關於刑事司法協助的條約》第 17 條第 3、4 款規定：“三、在法律允許的範圍內，被請求方可以根據請求方的請求將上述贓款贓物移交給請求方。但此項移交不得侵害與這些財物有關的第三者的權利。四、如果上述贓款贓物對被請求方境內其他未決刑事案件的審理是必不可少的，被請求方得暫緩移交。”。典型案例如：2001 年 8 月，中國廣東省江門市中級人民法院在審理一起走私案件時依法對一批走私物資作出沒收裁決。加拿大方面向中國主管機關通報稱，在被沒收的走私物資中有兩輛加拿大皇家騎警的失竊汽車，並向中方提供了有關所有權證明。2003 年 12 月，中國主管機關依據中國的有關法律和兩國司法協助條約將有關汽車返還給加方。引自註 7，第 322 頁。

¹⁰ 在一些國家，在刑事訴訟程序中也存在不經刑事定罪的沒收制度。例如，《加拿大刑事法典》第 462、38 條第 2 款規定：在已提起公訴的情況下，如果被告人死亡或逃匿，只要法官認為“某項財產無合理懷疑地屬於犯罪收益的”，則應當將該財產收為國有並根據總檢察長的指示予以處理。《德國刑法典》第 76 條 a 第 1 款規定：由於事實上的原因不能對特定之人進行追訴或裁判，如具備處分的條件時，法院應當或可以單獨宣告充公或沒收物或其折價款，或單獨宣告查封；第 3 款規定：法院宣告免除刑罰，或依法律規定，經檢察官或法院裁量或經雙方協商，決定中止訴訟程序的，也可適用第 1 款的規定。

¹¹ Pianin, I. A. (1982). Criminal Forfeiture: Attacking the Economic Dimension of Organized Narcotics Trafficking. *The American University Law Review*. 32 Am. U. L. Rev. 233.

¹² 前引“溫慶巍案”即是如此。溫在澳門的房產，是在取得溫慶巍的房產處置授權後，由辦案人員先期赴澳委託澳門律師依澳門要求專門製作授權委託文書，聯繫房產代管人處置房產，通過澳門房產中介機構，對溫慶巍在澳門購置的房產變賣；溫在香港的資產，也是首先由溫慶巍向辦案人員授權，全權委託辦案人員到港澳辦理轉移資金的有關手續，然後辦案人員在內地以溫慶巍名義在銀行開設賬戶，嚴格依照港澳地區的法律規定和銀行的相關要求，由銀行處理了溫慶巍在銀行的理財投資後，將犯罪嫌疑人的贓款及時全額轉回內地。嚴格地說，溫慶巍案中，在犯罪所得返還上，並沒有嚴格意義上的刑事司法合作。港、澳執法機關，只是為查證溫的犯罪事實以及其資產情況提供了有益的幫助。

¹³ Brun, J.-P., L. Gray, C. Scott and K. M. Stephenson (2011). *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*. Washington: The World Bank. 5-8.

¹⁴ Brun, J.-P., L. Gray, C. Scott and K. M. Stephenson (2011). *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*. Washington: The World Bank. 14. 有關沒收的模式，除了上述已經介紹的以外，還有行政沒收(administrative confiscation)程序，即根據國內法，通常由警察部門或者其他指定部門對數額較少、權屬無爭議且特定類型的財產進行沒收，比如像海關打擊走私。就內地法律而言，這種沒收模式比較普遍，在很多經濟犯罪中，有權行政機關可能已經先行沒收了違法所得，然後移送公安機關進行刑事追訴。

¹⁵ 該項規定意在貫徹《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》第 4 條第 3 款的規定。

¹⁶ 刑事附帶民事訴訟，本質還屬於民事訴訟。大陸刑事訴訟法對附帶民事訴訟有詳細的規定；台灣刑事訴訟法第九編也就

附帶民事訴訟作出規定。

- ¹⁷ 該條規定：雙方同意基於互惠原則，於不違反公共秩序或善良風俗之情況下，相互認可及執行民事確定裁判與仲裁裁決(仲裁判斷)。
- ¹⁸ 關於跨境侵權案件的管轄及法律適用問題，應考慮國際私法所確認的一般管轄規則和法律適用規則。對於侵權案件的管轄，內地民事訴訟法第 29 條規定：“因侵權行為提起的訴訟，由侵權行為地或者被告住所地人民法院管轄。”對於侵權行為的法律適用問題，內地《民法通則》第 146 條即規定：“侵權行為的損害賠償，適用侵權行為地法律。當事人雙方國籍相同或者在同一國家有住所的，也可以適用當事人本國法律或者住所地法律。中華人民共和國法律不認為在中華人民共和國領域外發生的行為是侵權行為的，不作為侵權行為處理。”
- ¹⁹ 不過，如此會形成比較複雜的法律問題，即如果被害人在內地提起的是違約之訴，則與該事實構成犯罪的結論形成矛盾。從程序上考量，在這種情形下，被害人即不能提起附帶民事訴訟，而只能提起單獨的民事訴訟。
- ²⁰ 該編即是關於刑事判決執行的規定。
- ²¹ 《澳門刑事訴訟法典》亦承認刑事附帶民事制度。其第 60 條規定：“以一犯罪之實施為依據之民事損害賠償請求，須在有關刑事訴訟程序中提出；僅在法律規定之情況下方得透過民事訴訟獨立提出該請求。”