

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.04.007

论中国境外追逃追赃国际合作法律机制的国际法依据^{*}

袁江平^{1,2} 欧福永¹

(1. 湖南师范大学法学院, 长沙 410081; 2. 湖南警察学院, 长沙 410138)

摘要: 开展境外追逃追赃的国际合作是最有效的打击跨国跨境犯罪、腐败犯罪的手段。我国先后加入了多个国际公约以更好地开展追逃追赃的国际合作,如《联合国反腐败公约》《联合国打击跨国组织犯罪公约》;也与多个国家签订了相关的引渡条约与刑事司法协助协定。这些多边、双边条约为我国的境外追逃追赃国际合作提供了法律依据,但要在西方话语权占据主导地位的现有国际追逃追赃制度框架下完全实现自身诉求仍然存在一些困难。因此,必须结合现有的国际法框架,并结合我国具体国情,构建具有中国特色追逃追赃国际合作法律机制。我国可通过加强双边、多边条约的签署,与国际立法接轨,完善我国引渡制度,刑事司法协助制度,明确资产追回的主体,借鉴英美国家的民事没收制度与资产分享制度,在新出台《国际刑事司法协助法》的基础上进一步完善我国追逃追赃的国际合作制度。

关键词: 追逃追赃; 引渡; 反腐败; 资产分享; 《国际刑事司法协助法》

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 2095 — 8072(2020)04 — 0077 — 13

近年来,随着社会经济的发展与全球化进程的加深,犯罪嫌疑人出逃境外,转移犯罪所得至境外的案件数量不断增加。如何打击这些罪犯,追回犯罪所得关系着我国的法律尊严、司法正义与法治形象,也关系到全世界的金融环境安全与经济秩序。党的十八大以来,我国也在不断加大打击腐败犯罪与经济犯罪的力度,并开展了一系列专项行动,向国际社会和外逃人员释放了天网恢恢,疏而不漏,“虽远必追、虽久必追”的强烈信号。而开展追逃追赃的国际合作,是最为有效打击跨国跨境腐败犯罪,维护本国经济利益和全球经济社会稳定的方式。境外追逃追赃是指犯罪嫌疑人逃往境外,并将其犯罪所得转移至境外后,有关人员通过各种手段将其抓获或获缴的行为。^①目前来看,追逃的手段主要有引渡以及引渡替代措施两类,引渡替代措施包括了遣送、劝返、异地追诉等手段。追赃的主要方式为将已被犯罪分子转移至境外的违法所得进行冻结、扣押没收及返还。境外追逃追赃必须通过国际合作的方式开展,合作的方式主要包括了警务合作与刑事司法合作。实践证明,进行境外追逃追赃国际合作最大的障碍之一是法律障碍。目前,我国为了在全世界更好地开展追逃、追赃的国际合

^{*} 基金项目: 本文受2017年国家社科重大课题“构建中国特色境外追逃追赃国际合作法律机制研究”(项目编号: 17ZDA136)、2019年湖南省教育厅优秀青年课题“我国境外追逃追赃国际警务合作法律制度研究”(项目编号: 19B182)的资助。

^① 肖军. 境外追逃追赃国际合作研究[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 9-11.

作,使追逃追赃的国际合作有法可依,先后加入了多个相关国际公约和区域性协定,并与许多国家签订了双边条约。本文对这些开展境外追逃追赃的国际法依据进行梳理和评述,并探求其对我国相关立法完善的启示作用。

一、联合国框架下国际合作的国际法依据

(一)《联合国反腐败公约》

联合国于2003年10月批准通过的《联合国反腐败公约》在预防和惩治腐败犯罪中具有十分重要的指导作用。该公约是全球各国进行反腐败斗争共同接受的法律准则。目前,已有160多个国家和地区加入了该项公约。我国于2003年12月签署了该公约,并于2006年12月生效。在《联合国反腐败公约》之下设立了一个缔约国会议,其任务是持续监测,实施和促进《公约》要求的活动。该公约对境外追逃追赃国际合作进行了较为完善的规定,是目前世界各国进行追逃追赃国际合作的主要世界性国际法依据。该公约明确规定了“腐败行为”的内容;创设了预防腐败犯罪的内容;建立了完善的腐败犯罪返还机制。并在第四章中对追逃的国际合作如引渡、司法协助、执法合作、联合侦查等事项作出了具体的规定。《公约》第44条规定了引渡的双重犯罪原则,将腐败犯罪排除在政治犯罪以外,对本国国民不引渡作出了变通处理,建议各国引渡程序简便高效化。《公约》第46条要求各缔约国在涉及对腐败犯罪进行侦查、起诉和审判等刑事司法行为中,尽可能地为彼此提供最便捷、最广泛的合作。《公约》第48条、第49条、第50条分别规定了执法合作、联合侦查、特殊手段侦查等国际警务合作的相关内容。《公约》在第五章专章对资产的追回进行了规定。其中第23条对“犯罪收益的洗钱”进行了详细的阐述,提出了间接追回与直接追回两种腐败资产追回方式,规定了资产分享制度。

(二)《联合国打击跨国有组织犯罪公约》

该公约于2000年在联合国第55届大会上通过,2000年12月12日至15日,该公约高级别政治签署会议在罗马举行,118个国家和地区签署了该公约,我国2003年批准加入了公约。《公约》在第1条中就对其宗旨进行了规定:促进合作,以便更有效地预防和打击跨国有组织犯罪。该《公约》第13条、14条对于缔约国之间对于犯罪所得的没收与处分的国际合作进行了规定。第16条对引渡制度进行了规定,确定了双重处罚原则,突破了条约前置原则,提出了简化引渡程序。第18条对各缔约国提出要求——对本公约范围内的犯罪的侦查、起诉、审判程序互相给予最大限度的司法协助——并对此作出了详细的规定。该公约的出台具有里程碑的历史意义,它是第一个专门针对跨国有组织犯罪(包括腐败犯罪)的全球性公约,是各缔约国进行打击跨国有组织犯罪国际合作的有力的国际法依据,也是各缔约国进行国际合作的指导性规范。该公约要求所有缔约国为维护国家利益和社会安定而采取有效措施进行国际合作

来打击跨国组织犯罪行为,包括了腐败犯罪以及洗钱活动。

二、双边国际合作的国际法依据

根据外交部网站显示,截至2019年1月,我国已与77个国家缔结引渡条约、司法协助条约、资产返还和分享协定、打击“三股势力”协定,及移管被判刑人条约共161项(131项生效)。我国腐败官员外逃首选的国家多为美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等发达国家。目前,中美两国在进行追逃追赃国际合作方面已初步建立起了规范依据。两国于2000年签署了《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》,协定规定双方在没收程序中要互相提供帮助和协助执行查询、搜查、冻结、扣押证据的请求等。2014年,中美两国就《美国海外账户税收合规法案》的实施达成初步协议,根据协议内容,我国可据此请求美方提供我国公民在美账号信息,有助于掌握腐败分子资产转移的规模和线索。^①2016年9月22日,我国和加拿大政府签订了《中加关于分享和返还被追缴资产的协定》。这是我国在追缴犯罪所得领域中对外缔结的第一个专门协定,也是第一个就资产返还和分享做出规定的双边条约。协定规定,如缔约一方的法院认定某项被非法侵占的财物为缔约另一方或其境内的企业、公认合法所有,该方将根据协定和本国法律将该财产返还合法所有人;对于没有或无法认定合法所有人的犯罪所得资产,如走私、贩毒所得的赃款,缔约一方将在没收后,与缔约另一方按一定比例分享。^②分享的比例按合作方贡献的大小确定。这是我国签订的第一个有关犯罪资产分享的双边协议,为中加之间追缴转移到对方境内的犯罪所得提供了有效的法律手段,为我国与更多国家开展类似合作开辟了新的途径。澳大利亚与我国在追逃追赃方面开展的国际合作,时间与深度上都不及前两个国家。2006年4月3日,两国正式签署《中华人民共和国和澳大利亚关于刑事司法协助的条约》,并于2007年3月28日生效。中澳两国于2007年签署引渡条约至今已经13年,但尚未通过澳大利亚国内的审批程序。

其他国家中有的国家与我国签署了刑事司法互助协定,如2007年12月1日,我国与日本签署了《中华人民共和国和日本国关于刑事司法协助的条约》;2015年11月23日,我国与马来西亚签署了《中华人民共和国政府和马来西亚政府关于刑事司法协助的条约》;2013年12月2日,我国与英国签署了《中华人民共和国和大不列颠及北爱尔兰联合王国关于刑事司法协助的条约》。有的国家与我国既签署了司法互助协定又签署了引渡条约,如俄罗斯、法国、葡萄牙、西班牙、菲律宾、韩国和泰国等。除了司法互助协定与引渡条约以外,我国与部分国家签署了移管被判刑人条约,如蒙古、泰国、伊朗、葡萄牙、西班牙、澳大利亚等。这些条约的签署为我国开展境外追逃追赃国际合作提供了指导与法律依据,也体现了我国的司法制度、法治形象在国

① 殷超峰. 论我国反腐败国际合作的双边机制——以美加澳为例[J]. 天津行政学院学报, 2017(9):81-87.

② 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[J]. 时代法学, 2016(2):44-49.

际上获得了他国的认可。根据这些条约,中国与缔约国可以在刑事侦查、起诉以及审判、执行,追回犯罪所得等各方面互相提供最广泛的协作。利用这些协定,中国的境外追逃追赃取得了良好的效果。截至2019年5月,我国共从120多个国家和地区追回外逃人员5974人,其中党员和国家工作人员1425人,“百名红通人员”59人,追回赃款142.48亿元人民币。^①这些成绩的取得,极大地震慑了贪腐分子与官员,起到了预防犯罪的作用。

三、区域性合作法律机制的软法性文件

在追逃追赃区域性国际合作的框架下,包括亚太经合组织、二十国集团和中国—东盟等平台。我国近年来充分利用重大多边外交场合,凝聚各方共识,积极参与制定相关规则,为全球反腐败治理贡献中国智慧和方案。这些成果的取得进一步为亚太地区更好地进行国际追逃追赃国际合作提供了依据。2014年亚太经济合作组织(APEC)第26届部长级会议审议通过了《北京反腐败宣言》。该宣言是中国首次主导起草的国际性反腐败文件,旨在进一步加强亚太各国之间的追逃追赃合作,以便更好地实现亚洲地区共同打击跨境腐败行为的目的。宣言要求各成员经济体在亚太经合组织框架下加大合作力度,不断开拓新的合作领域,以进一步打击腐败行为;要求在各成员经济体法律规定范围之内,通过一切可行方式开展反腐败案件合作,对缔约国之间境外追赃法律制度的完善和追赃方式进行整合。^②2016年,G20杭州峰会通过了《二十国集团反腐败追逃追赃高级原则》、《二十国集团2017-2018年反腐败行动计划》,并确定在华设立G20反腐败追逃追赃研究中心,这次会议确立了以“零容忍、零漏洞、零障碍”为主要内容的10条原则。2018年亚太经合反腐败组织在泰国曼谷通过了《腐败资产追缴国际合作十条倡议》。2019年第二届“一带一路”国际合作高峰论坛在北京提出了《廉洁丝绸之路北京倡议》,健全反腐败执法多边合作网络,与美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等国建立双边执法合作机制,与菲律宾、泰国等国反腐败机构签订反腐败合作谅解备忘录,为追逃追赃工作争取最广泛的国际支持。

这些文件的通过对中国的重要意义在于,根据近年来的数据统计,中国的腐败官员在进行外逃时首选的国家主要为加拿大、美国、澳大利亚、新西兰、韩国以及日本等国家和其他地区。这些国家和地区大多都是亚太经合组织与二十国集团的成员。这些文件的通过无疑为我国进行境外追逃追赃的国际合作提供了指导和依据。虽然软法性文件的效力不及国际法或国内法,但是这些文件的通过对于各国进行追逃追赃进行国际合作有着重要的指导意义,并且文件中的内容将来也可能会形成国际习惯或者被写入国际条约。

^① 中央反腐败协调小组国际追逃追赃工作办公室. 推动追逃追赃工作高质量发展,巩固发展反腐败斗争压倒性胜利[J]. 中国纪检监察,2019(13):20-23.

^② 韩利. 论北京反腐败宣言对中国反腐败境外追赃的影响[J]. 政法学刊,2016(6):67-86.

四、当前我国境外追逃追赃国际法律依据存在的问题

(一) 国际公约履约率低, 纲领性较强, 规定较为笼统

1. 追逃国际合作国际法律依据利用率低

尽管我国签署了多个相关国际公约, 但令人遗憾的是, 在我国追逃追赃的实践中这些条约的利用率不高。《联合国反腐败公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》作为追逃追赃的两个主要国际公约在实践中使用率低, 徒有虚名。多边公约软法性质明显, 法律强制力不足, 过于依赖各国的妥协与合作, 纲领指导性大于其现实操作性。《联合国反腐败公约》第65条载有缔约国执行本公约的义务。除了在第65条第1款中使用“应”一词外, 对缔约国施加的义务还不够强制性。该公约仅规定“每个缔约国应根据其国内法的基本原则采取必要的措施, 包括立法和行政措施, 以确保履行其在本公约下的义务”。这一规定体现出了国际义务服从国内法原则的观点。我国司法部司法协助交流中心的数据显示, 我国司法部作为刑事司法协助联系途径的“中央机关”, 办理刑事司法协助案件的数量较少。我国接受他国向我国提出的刑事司法协助请求的案件数量较多, 而向他国提出请求的案件数量偏少。之所以会出现这种情形, 主要原因是通过条约进行追逃追赃这件工作本身就存在相当的难度, 如我国适用境外追逃追赃机制经验不足, 办案机关存在畏难情绪, 对追逃追赃的国际合作不得要领; 在国际合作的过程中各国执法、司法机关的职能、程序存在差异; 追逃追赃需要多个部门共同配合, 而国内各个部门在职能分工上存在分歧等原因致使追逃追赃国际合作的成功率不高。^①在境外追逃追赃的实际操作中, 劝返反而成为利用率较高的一种方式。通过说服教育, 督促犯罪嫌疑人、被告回国自首的方式办案成本低, 成功率高。

2. 追赃国际合作法律依据缺失

与追逃相比, 追赃的法律依据明显缺失。在《联合国反腐败公约》中, 对追赃的手段进行了规定, 该公约的第1条宗旨中即指出公约的目的在于促进包括资产追回在内的反腐败国际合作。公约虽然专章规定了追赃的具体措施与手段, 但规定较为笼统, 缺乏实操性。发展中国家与发达国家在公约谈判时关注的侧重点不一致, 发达国家大多为资产流入国, 对于腐败资产追回合作的积极性不高, 认为应当强化预防措施, 以防止腐败发生, 而作为资产流出国的发展中国家则更关注腐败资产的追回和收缴的国际合作。^②进而导致各国在跨国案件的具体执行时, 实效性不足, 公约利用率低, 实施困难。在双边条约中关于追赃的规定更少。我国与最大的几个腐败资产流入国均未签署引渡条约, 已经签署的刑事司法协助条约关于追赃的规定也远远不够详细

^① 黄风. 建立境外追逃追赃长效机制的几个问题[J]. 法学, 2015(3):3-11.

^② 监察部负责人就我国批准《联合国反腐败公约》答记者问[DB/OL]. 北大法宝[2019-05-24], <https://www.pkulaw.cn/>.

具体,通常只会有一条涉及“赃款赃物”,如,《中华人民共和国和加拿大关于刑事司法协助的条约》中仅有第2条第9款规定“司法协助的范围包括了涉及赃款赃物和归还被害人财产的措施”,第17条对赃款赃物的没收、返还作了简单的规定。^①

(二) 引渡条约数量不足,各国国内法的差异致使缔约困难

1. 引渡条约数量不足,尤其是与犯罪人员外逃主要目的国缺乏引渡条约

截至2019年1月,我国已经与55个国家签订了双边引渡条约(其中39项生效)。与我国签订引渡条约的国家大多为发展中国家,发达国家的数量屈指可数。与之相对应地,我国贪腐分子外逃的首选目的国大多数为美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等国家(红色通缉令百人外逃排名前四)。这4个国家与我国仅签订了刑事司法协助协定,并未签订引渡条约(澳大利亚与我国签订的引渡条约尚未生效)。很多贪腐分子在外逃时故意避开了有引渡协议的缔约国。而在短期内,要与这些国家达成引渡条约较为困难。此外,在运用国际公约进行引渡时,许多普通法国家仍然实行“条约前置主义”,^②即在无双边条约的情况下不能仅仅依据国际公约的规定进行引渡,许多国家对公约突破“条约前置主义”的条款都进行了保留。这就给我国与这些普通法国家进行引渡协商中设置了障碍,致使我国境外追逃的进程缓慢而困难。双边引渡条约的数量不足极大影响了我国境外追逃追赃国际合作的效果。

2. 我国引渡程序复杂,各国死刑制度的差异致使缔约困难

我国在他国向我国提出引渡请求时,设置了两重行政审查的程序,即分别由外交部、国务院进行两次行政审查,再最终决定是否引渡,而其他大部分国家则由司法部作出最终决定。我国的引渡审查程序较之他国更为繁琐、复杂,基于对等原则,别国在我国提出引渡请求时同样也会设置程序上的要求,这就使得我国在境外追逃中申请引渡更为艰难。

此外,世界上有70%的国家已经在立法或者司法的层面废除了死刑。而我国仍保留着死刑,并且死刑的罪名数量位于世界前列。这就导致我国在与他国签订引渡条约时将会涉及如何处理死刑的问题。对于死刑规定的差异造成了我国与他国签订引渡条约的阻碍。在司法实践中,死刑犯不引渡通常都是通过请求国的量刑承诺进行变通。但这也对一国的司法主权带来挑战,如从犯已经通过审判被判为死刑,而外逃的主犯却因为变通的量刑承诺免于追究死刑。这样的结果无疑不符合刑法中罪责刑相适应的原则,但是不予免除死刑的承诺,又将导致引渡无法实现,这个矛盾给境外追逃提出了挑战。^③

① Misty Robinson, “Global Approach to Anti-Bribery and Corruption, An Overview: Much Done, but a Lot More to Do”, *Thurgood Marshall Law Review*, 2012(37):303-327.

② 条约前置主义是指引渡请求得到允许的基本前提是,请求引渡国与逃犯所在国(被请求国)之间必须已就引渡或类似安排订立了双边的引渡或类似安排的条约。

③ 沈澄. 中国跨境追逃追赃的法律障碍及突破路径[D]. 华东政法大学硕士论文, 2016.

（三）现有的境外追赃国际法依据中追赃路径实施困难

1. 直接追回主体资格不明

《联合国反腐败公约》专门设置了一章对“资产追回”进行了规定。其中第53条对直接追回财产进行了规定，确立了三种直接追回财产的方式——民事诉讼、诉讼赔偿和承认。这些方式都要求请求国参与到被请求缔约国的诉讼中去。但根据国际通行的主权豁免原则，且涉及资产的没收与强制执行，导致资产流入国难以接受国家作为诉讼的原告。国家作为民事诉讼的原告，与外逃分子以平等民事主体的身份参与诉讼，这对一国的司法主权观念也会带来困扰。同时，在诉讼程序中，谁可以代表国家去参与诉讼仍然是个需要探讨的问题——腐败官员所属单位、外交部门、国务院或是检察院都有各自的优势和合理性。有的学者提出了由检察机关或者国资委作为独立主体，提起民事诉讼追回资产。在实践中也曾有由检察院指导被害单位作为原告提起民事诉讼追回资产的案例。但在多数的案件中，没有明确意义上的被害人。因此，根据《联合国反腐败公约》规定的直接追回腐败资产的方式进行追赃，缺乏适格主体是一个极大的法律障碍。

2. 间接追回过于依赖资产所在国的合作

《联合国反腐败公约》第54条、第55条对于资产的间接追回方式进行了规定。在资产的间接追回中，其流程主要是先通过资产流失国提交生效裁判、没收令及相关证据材料，由资产所在国对这些材料进行审查，来判断外逃人员是否构成犯罪，以及其资产是否犯罪所得，确认之后，由资产所在国根据本国的没收程序进行没收，然后再将其返还给资产流失国。在这个过程中，资产流失国追赃是否成功绝大部分取决于资产所在国的合作程度以及两国之间的有效沟通。外逃人员是否构成犯罪，资产是否为腐败资产，没收的范围等等都取决于外国国内法的规定。由于各国的法域和法治环境的不同，各国的相关立法对于腐败资产采取不同的态度，有的国家的立法不允许返还流入本国的腐败资产，这也给我国境外追赃的国际合作带来了障碍。此外，缔约国之间是否签订关于互相承认和执行没收裁决的双边条约对于间接追回资产的方式有着重要影响，而我国与许多国家签订的司法协助协定的范围仅仅限于调查取证、送达文书、移交证据等方面，没有涉及相互承认与执行刑事判决，刑事诉讼移管。对于腐败资产的没收返还，各国的双边司法协助协定也通常只做了较为粗线条的规定，流于形式，缺乏可操作性。这也给我国境外腐败资产的间接追回带来了不利的影响。

五、完善追逃追赃国际合作法律制度：遵循法治、多维兼顾

（一）遵循法治与科学的精神

1. 在追逃追赃的过程中加强双边、多边条约的签署，使追逃追赃国际合作有法可依

我国要进一步加强同外逃人员较多的发达国家之间的条约缔结，积极与之签署引

渡、司法协助及其他相关合作条约。如加拿大、澳大利亚、新西兰、美国等国,积极与之谈判,促成条约的达成,扩大我国境外追逃的法律空间,使外逃人员的法网更为严密。积极参与跨国犯罪国际合作相关的国际公约,为维护国家利益,打击跨国犯罪,追回外逃人员贡献中国智慧。在公约的谈判、签署、批准和加入等各个方面,我国都应积极参与,促成国际公约的立法。

2. 科学立法, 实现国内立法与国际立法的接轨

(1) 完善我国国际刑事司法协助制度, 进一步明确缺席审判制度与国际司法协助程序

在刑事司法协助方面, 为了加强我国与外国之间的合作, 应进一步扩大刑事司法协助的范围。不仅体现在互为送达文书、调查取证等方面, 在罪犯的移管等方面也可进行合作。目前, 我国已与俄罗斯、比利时、哈萨克斯坦、韩国、泰国、西班牙等14个国家签署了移管被判刑人条约。中国在外国服刑的罪犯数目较多, 我国监狱内也有多达数千人的外籍罪犯。在被判刑人移管方面进行司法协助, 有利于缓解各国监狱的压力, 也有利于对罪犯的权益保护。2018年10月我国出台了《国际刑事司法协助法》, 这部法律完善了我国追逃追赃对外刑事司法合作的法律依据。将刑事司法协助与移送被判刑人的具体合作内容, 执行程序等进行了明确。并且与我国加入的《联合国反腐败国际公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》, 与外国签订的刑事司法协助条约实现了接轨。在这部法律中明确了刑事司法协助的各职能机关的职能, 增设了缺席审判制度。在穷尽了各种追逃追赃的手段, 仍然无法追回外逃人员的情况下, 将对其进行缺席审判。缺席审判制度为境外追逃追赃编织了更为严密的法网。也符合《联合国公民权利国际公约》、《欧洲人权公约》等国际性法律文件的精神, 符合国际司法的趋势。^①但在缺席审判的过程中, 涉及的文书送达、境外调查取证等问题仍然是一个亟须进一步探讨与完善的问题。办案机关在具体操作过程中需要尽力与境外被追诉对象建立联系。在调查取证过程中, 为了更好的效果, 也需要尽量派员至被请求国进行实地取证。^②为了更好地进行追逃的国际司法协助, 需要进一步完善现行刑事诉讼法中的缺席审判制度, 严格地设计缺席审判制度中的送达、辩护权以及上诉权等问题。

(2) 消弭我国引渡法与国际立法的差距, 提高引渡条约的缔约率与利用率

在国际规则既定的基础上, 不同国家之间的法律制度的差异, 使追逃工作面临诸多难题。因此, 如何实现国内立法与国际立法的接轨是解决这个问题的重要环节。而在国内立法中, 引渡相关的立法与国际立法存在诸多差异, 主要体现在“政治犯不引渡”、“双重犯罪原则”、“本国国民不引渡”等制度上。参照《反腐败国际公约》对于引渡条件的规定, 国内立法可以相对弱化这些不引渡原则。如针对“政治犯不引渡”原则, 参照《反腐败国际公约》可明确腐败犯罪的“非政治化”, 而针对国内

① 滕抒. 国际追逃追赃再添法治利器[J]. 中国纪检监察, 2018(21):25-26.

② 黄凤. 检察机关实施《国际刑事司法协助法》若干问题[J]. 国家检察官学院学报, 2019(4):161-176.

立法中“本国国民不引渡”原则，可以参照《反腐败国际公约》中“或引渡或起诉”以及“或引渡或执行”等原则予以修改。针对国内立法中的“双重犯罪”原则可参照《公约》的精神修改为双重可罚。

此外，我国与他国之间死刑制度的差异也极大地阻碍了我国境外追逃国际刑事司法合作的达成。根据《公民权利与政治公约》等国际公约的精神，对于非暴力犯罪废除死刑或在实践中停止执行死刑已成为国际社会的共识。为了更好地实现境外追逃的司法合作，对我国《刑法》中的死刑适用范围进行逐渐缩减是十分必要且紧迫的。腐败犯罪为非暴力经济犯罪，由此可见，针对腐败犯罪废除死刑对于促进我国追逃国际合作的意义重大。我国已经通过《刑法修正案》减少了死刑的罪名，体现了我国顺应国际潮流控制死刑的立法趋势。我国也可考虑在引渡制度中承认“死刑犯不引渡”的原则，更好地实现与国际立法的接轨，顺畅引渡的国际合作。

正式的引渡程序历时长，程序复杂，使得外逃犯罪分子反而有机会钻时间的空子，长时间逃避法律制裁。在一定条件下，简化引渡程序，在国内引渡制度中增设简易引渡程序条款对于提高引渡的效率，惩治外逃犯罪分子显得尤为重要。所谓的简易引渡程序是指被请求引渡人同意自愿接受引渡的条件下，省略一般的引渡审查程序，快速地将该人移交给请求国。^①而在我国与一些国家的双边条约中已经有了这种引渡形式的规定，如《中国和秘鲁引渡条约》就规定了“如果被请求引渡人同意被移交给请求方，被请求方可以在其法律允许的范围内尽快移交该人，而无需任何后续程序”。^②而《反腐败国际公约》同样倡议各缔约国设置简易程序。在国际上各国对于引渡均采取对等的态度，因此在国内法中设置简易引渡程序条款可以“与人方便、自己方便”，有利于减少司法、执法成本，一定程度提高引渡成功率，提升我国的法治形象，提高引渡国际合作的效率。

（3）在追赃立法中进一步明确腐败资产的范畴，完善公司法、财务法规等配套法规

腐败资产的成功追回很大程度上取决于金融机构的监管，如金融机构可通过完善加强对客户背景信息的了解（KYC规则：按《联合国反腐败公约》的规定，每个缔约国应采取措施，要求其管辖范围内的金融机构核实客户的身份，采取合理步骤，确定存入高价值账户的资金的实益拥有人的身份。并对由或已受托担任重要公共职务的个人及其家庭成员和亲密联系人寻求或维持的帐户进行更严格的审查），对可疑交易进行强制性注册，加强交易记录保存和银行保密规则等财务法规的完善来协助对腐败资产信息的调查。公司法也对是否能成功追回腐败资产的准备工作有着重大的影响。据追回被盗资产报告显示，腐败分子经常使用复杂的公司工具对犯罪所得进行洗钱，报告详细介绍了公司面纱如何保护腐败分子免受调查。^③监管者个人的行为在成功执行

① 常秀娇. 论我国简易引渡程序的设立——结合《中国和秘鲁引渡条约》第13条分析[J]. 天津市财贸管理干部学院学报, 2012(1):88-92.

② 王楚. 联合国反腐败公约中引渡机制研究[D]. 华东政法大学硕士论文, 2016.

③ Jacinta Anyango Oduor et al., Left out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and Implications for Asset Recovery. Stolen Asset Recovery Initiative Report, 2013.

资产追回规定中起着至关重要的作用。例如, KYC规则要求银行增加对高级政客或大型金融交易的银行账户的尽职调查。但这种防治金融洗钱法规的局限性在于它可能只会发现重大违规行为。其他新的类型的腐败行为在飞速发展, 已经超出了现行的法定腐败资产的范畴, 包括《联合国反腐败公约》第23条。例如以现行的洗钱标准可以检测出购买房地产或珠宝的行为, 但无法检测出以提供昂贵的教育, 医疗保健福利或向受贿者或其亲戚提供有利职位的形式进行的贿赂。^①这种滞后性要求立法者需要进一步明确与丰富现有的腐败资产的范畴。

(二) 兼顾尊重主权与保护人权, 寻求公正与效率的平衡

1. 在境外通过民事返还之诉追赃的过程中, 进一步明确资产追回的主体

境外追赃问题上, 学界对通过民事诉讼的方式进行腐败资产追回的方式都较为推崇。通过民事诉讼的方式追回资产, 对于主体的设定问题, 针对由被害人和没有被害人分两种情况讨论。在犯罪有被害人的情况下, 通常由被害人提起资产追回之诉。如被索贿人, 被私分国有资产的单位等。如北京市人民检察院办理的李化学贪污、受贿和挪用公款案,^②在开展境外追逃追赃工作过程中, 由被害人单位在澳大利亚提起民事诉讼追回了800多万元的赃款。但在只有国家财产受损害的情况下, 由谁来代表国家作为追诉主体去追回被转移至境外的财产呢? 学者们主要提出了两种方式: 第一种是设立特定的组织, 由其代表国家到国外提起诉讼。第二种则是借鉴公益诉讼制度, 由检察院代理国家在境外提起民事诉讼。我国新修订的《民事诉讼法》对于公益诉讼的制度进行了规定, 我国的公益诉讼制度主要针对环境保护、消费者权益保护等事项。可由环保部门、消费者权益保护协会就此类行为提起诉讼。但在这两类组织缺位的情况下也可由人民检察院代为履行起诉。

参考这两类案件, 境外追赃的民事诉讼也可纳入公益诉讼的范畴。目前我国公益诉讼的受案范围狭窄, 且起诉主体仅限于特定的国家机关与社会组织。相比起有的发达国家全民皆可提起公益诉讼, 我国的公益诉讼制度仍需要扩大范围, 在没有具体受害人的情况更充分发挥其维护社会公益的作用。而境外追赃的民事诉讼, 在没有具体受害人的情形下, 可考虑纳入公益诉讼的范畴。在境外提起民事诉讼, 对于诉讼主体的要求较高, 可考虑由主管的专门国家机关作为诉讼主体, 如检察院、监察委员会。^③

① Emile van der Does de Willebois et al., The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It. Stolen Asset Recovery Initiative Report, 2011.

② 北京城乡建设原副总贪污千万, 终审被判无期徒刑[EB/OL]. 北大法律信息网[2019-6-20]. <http://www.chinalawinfo.com>. 案件详情: 李化学自1993年开始担任北京城乡建设集团有限公司副总经理、恒万实业有限公司董事长及担任城乡集团澳大利亚房地产开发负责人期间, 利用职务之便, 贪污1145万元, 受贿68万元, 挪用公款50万元, 并用部分赃款在澳大利亚和新西兰等投资房产等。2000年1月李化学潜逃境外。北京市人民检察院立案后, 经最高人民检察院批准并在澳大利亚的执法部门和有关方面的协助下, 2000年2月组成的7人工作组赴澳大利亚调查取证, 核对了犯罪嫌疑人李化学在澳大利亚和新西兰的犯罪资产情况。为了避免国有资产继续流失, 检察机关建议以受害单位——北京城乡建设集团的名义在澳大利亚提起民事诉讼。随后, 受害单位聘请律师在澳大利亚起诉, 并申请当地法院冻结李化学的犯罪资产。由于证据确凿, 李化学辩称诉讼标的属于他人所有的意见被法院驳回。最终通过民事诉讼, 澳大利亚法院判北京城乡建设集团胜诉, 5套价值887万余元的高档住宅的赃物被追回。

③ 王秋艳. 我国境外腐败犯罪资产追回的法律障碍及应对措施[D]. 华东政法大学硕士论文, 2018.

2. 突破“先刑后民”的传统，借鉴英美国家的民事没收制度

由于我国存在“先刑后民”的诉讼传统，单独针对腐败资产追回向法院提起民事侵权之诉，再向资产流入国申请承认与执行国内民事判决，目前来说较为困难。普通法系国家并未对刑事、民事诉讼加以区分，未进入刑事审判程序之前法院也可就贪污腐败案件的资产追回民事诉讼进行受理。贪污腐败犯罪行为在民法上也构成对财产权的侵犯，受害人在法理上有权要求返还、赔偿。可以借鉴英美国家民事诉讼制度中的民事没收制度，这个制度的特点就在于仅仅针对诉讼中的涉案财产而无关人员的追诉。针对涉案财产进行采取强制措施不需要被追诉人已经被定罪或被启动刑事程序。在境外追赃的过程中，民事没收制度之所以能受到欢迎的原因主要是其独立性及证明标准。民事没收程序独立于刑事程序，在境外发起资产追回之诉时，可以避开刑事管辖权问题的争议。民事没收只需要提交涉案资产相关的证据即可，不会因为案件管辖权、国家主权豁免等问题产生阻碍。此外，民事没收制度采用优势证明标准，一方的证据只需要略微优于另外一方即可获得胜诉。民事案件的举证制度、审查程序等各方面都体现其灵活简便的特点。这些民事程序的优势，使得民事没收程序在境外资产追回过程中可以避开许多刑事程序的障碍，大大提高境外资产追回的效率与成功率，从而切断外逃人员的物质基础，对于追逃的实现也具有重要的意义。^①如近年来的闫永明案中，^②澳大利亚即通过没收判决，将转移至澳大利亚的赃款通过中澳两国签署的《关于刑事司法协助的条约》移交给我国。在余振东案中，美国也是通过民事没收程序将355万美元赃款没收之后，依据《中美刑事司法协助协定》向我国返还的。^③

在我国新修改的《刑事诉讼法》中就违法所得的刑事没收制度已经有了规定，但是在具体运用于境外追赃的实践中，其中设定的适用条件与证据标准都相对严格，导致依据该程序进行追赃较为困难。有学者提出针对民事没收制度的具体构建，可借鉴美国、英国、澳大利亚的相关经验。建立专门的犯罪资产没收的机构，规范没收的犯罪资产的范围。在没收形式上可采取行政没收与司法没收相结合。在充分保证第三人权利的情况下，第三人没有提出异议时，可由行政机关如税务、海关部门等对已扣押与冻结的财产进行没收。如第三人针对扣押与没收的财产提出异议，则可提交法院，交由法官进行司法审查，由法官作出是否没收的裁决。没收机关可根据犯罪行为的严重程度来决定没收的比例与范围。^④

3. 构建我国的资产分享制度

根据上述的我国加入的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》及《联

① 沈澄. 中国跨境追逃追赃的法律障碍及突破路径[D]. 华东政法大学硕士论文, 2016.

② 澳大利亚向中国移交外逃嫌犯赃款2159万元[EB/OL]. 法制网[2019-06-08]. <http://www.legaldaily.com.cn/>. 案件详情: 犯罪嫌疑人闫永明原为吉林通化金马药业股份有限公司董事长。2000年12月, 闫利用职务便利将1000万元人民币公款据为己有, 并骗取身份证件, 携款潜逃至澳大利亚、新西兰等国。2005年8月22日, 中国向国际刑警组织申请发布了对闫永明的红色通报, 并与澳大利亚联邦执法机关就此案开展合作。2006年11月15日, 澳大利亚联邦法院依法没收了闫永明部分赃款。2007年4月10日, 澳大利亚司法与海关部长决定将被没收的赃款337.4万澳元(约合2159万元人民币)全部返还中国。

③ 陈雷. 论我国追赃国际合作的法律依据和主要方式[J]. 法治研究, 2013(12):32-39.

④ Ifelou J. Koni, "Mechanisms for Recovery and Repatriation of Stolen Assets under the United Nations Convention against Corruption", *The Nigerian Law Journal*, 2017.20(1):243-260.

联合国反腐败公约》，这两部公约均提出了“资产分享”的概念。犯罪资产分享在许多国家的国内法以及国际公约中都有所体现。甚至在一些发达国家的立法中，腐败资产分享已经制度化，如美国、加拿大、澳大利亚等均有相关的国内专门立法。为了更高效地追回流失境外的腐败资产，打破不同法律制度的壁垒，“求同存异”是必然的选择。结合我国政府与加拿大政府签订的《中加关于分享和返还被追缴资产的协定》，及以往缔结的刑事司法协助条约来对资产分享和返还机制的当代建构进行研判，我国也可以尝试创设我国的资产分享制度。既注重普适性和可复制性，也注意不同场合和情况下的特殊性。通过经济利益的刺激，促使被请求国积极配合进行国际追赃的合作；也可对被请求国配合追赃的司法成本进行补偿。资产分享制度貌似会对国家主权造成侵害，但只要在谈判的过程中，坚持平等互惠的原则，同样体现了对国家主权的维护与对他国主权的尊重。

目前我国在腐败资产分享方面缺乏较为明确的法律依据。针对腐败资产分享的国际法依据，除了适用上述公约外，我国还可与一些主要的发达国家与资产流入国签订双边条约，尽可能地扩大缔约国的数量，最大范围、最大程度地进行资产追回的国际合作，对外逃犯罪分子进行震慑。国内立法在腐败资产分享机制的构建中，新出台的《国际刑事司法协助法》第49条作出了相关规定。^①其中提到了我国涉及被请求分享犯罪资产时，分享比例由对外联系机关以及主管机关与外国协商。此处关于资产分享的比例以及部门规定都较为笼统。可进一步进行具体细化。资产分享的比例如何进行划分，为了追回腐败资产，可以共享到什么程度，是个值得探究的问题。美国的做法是，按照不同的司法协助的力度，将提供协助的国家分为关键协助者、主要协助者、便利协助者类，分别对应不同的分享比例。美国近年来依据其资产分享制度，从他国得到了数亿美元的分享资产，可见其资产分享制度起到了重要的作用。我国也可考虑根据资产流入国的协助程度确定资产分享的比例。腐败资产分享必然会涉及多个相关部门，如外交、法院、监察、检察、财政、银行等等。在各部门的分工协作方面，我国也可考虑进一步对其职能进行划分与细化。可充分发挥监察委员会在腐败资产分享过程中的重要作用。在涉及《国际刑事司法协助法》第49条的问题，在进行外国协助没收、返还违法所得及其他涉案财物的，可由外交部会同国家监委就有关财物的移交问题与外国进行协商。对于外国提出分享请求的，分享的数额或者比例，可由外交部会同国家监委与外国协商确定。^②由专门主管机关进行协调与指挥，保障资产分享的程序便捷顺畅。

【作者简介】袁江平：湖南师范大学法学院国际法专业博士研究生，湖南警察学院法律系讲师。
研究方向：国际法。

欧福永：湖南师范大学法学院教授，博士生导师。研究方向：国际法。

^① 《国际刑事司法协助法》第49条：外国协助没收、返还违法所得及其他涉案财物的，由对外联系机关会同主管机关就有关财物的移交问题与外国进行协商。对于请求外国协助没收、返还违法所得及其他涉案财物，外国提出分享请求的，分享的数额或者比例，由对外联系机关会同主管机关与外国协商确定。

^② 陈雷. 反腐败国际追逃追赃的制度创新[N]. 中国纪检监察报, 2018-11-15.

On the Basis of International Law for the Legal Mechanism of International Cooperation in the Pursuit of Fugitives and Recovery of Stolen Assets Outside China

YUAN Jiang-ping^{1,2} & OU Fu-yong¹

(1. Law Faculty of Hunan Normal University, Changsha 410081, China; 2. Hunan Police Academy, Changsha 410138, China)

Abstract: The most effective means to combat transnational and corruption crimes is to cooperate internationally in tracing fugitives and recovering stolen assets. In order to deploy cooperation better and make it legal, China has acceded to several international conventions, such as the United Nations convention against corruption and the United Nations convention against transnational organized crime. Relevant extradition treaties and agreements on criminal judicial assistance have also been signed with many countries. These multilateral and multilateral treaties provide a legal basis for international cooperation in the pursuit of fugitives and assets abroad, but there are still many problems. These problems are the legal obstacles for China to effectively carry out international cooperation in the pursuit of fugitives and assets. We can strengthen the signing of bilateral and multilateral treaties. In line with international legislation, perfect our extradition system; Make clear the subject of asset recovery and draw lessons from the civil confiscation system and asset sharing system in developed countries. On the basis of the newly promulgated international criminal judicial assistance law, we will further improve our international cooperation system of chasing fugitives and recovering stolen assets.

Keywords: fugitive repatriation and assets recovery; extradition; anti-corruption; assets sharing; International Criminal Judicial Assistance Act

(责任编辑: 黄志瑾)

(上接第76页)

【作者简介】 李岚林: 西北政法大学哲学与社会发展学院讲师, 北京师范大学刑科院博士后, 法学博士。研究方向: 刑法学、禁毒法。

The European Logic of Cannabis Legalization: Value Game and Legal Balance

LI Lan-lin

(Northwest University of Political Science and Law, Shanxi 710199, China)

Abstract: It is not the most effective way to resist the drug industry and control drug consumption simply through prohibitive legislation that illegalizes drugs. If the demand for drugs in the consumer market is high enough, the underground black market will flourish. The "prohibition model" of cannabis legislation not only cannot reduce the proliferation of the cannabis market, but it can also lead to serious social and public health problems. This model will even bring heavy burden to the criminal justice system. Since the beginning of this century, the international cannabis legalization movement has spread rapidly. The "Coffee shops" of legalization of cannabis retail and the "Cannabis Social Clubs" of legalization of cannabis cultivation have become the special models of legalization of the cannabis industry in Europe. The bottom-up reform of cannabis legalization in European countries has also led European countries and even the European Union to seek a balance in continuous game. European countries continue to revise cannabis legislation, and the final penalty shows a trend of mitigation. Uniform minimum standards have also been established at the EU level, and achieving multi-level governance of cannabis control under the "principle of subsidiarity".

Keywords: cannabis industry; cannabis legalization; drug policy; coffee shops; cannabis social clubs

(责任编辑: 黄志瑾)