

腐败

资产追回法律机制研究

RESEARCH ON LEGAL MECHANISM
OF CORRUPTION ASSET RECOVERY

◇ 姬艳涛 著

山西出版传媒集团



山西人民出版社



LAW

腐败

资产追回法律机制研究

RESEARCH ON LEGAL MECHANISM
OF CORRUPTION ASSET RECOVERY

◇ 姬艳涛 著

山西出版传媒集团



山西人民出版社



LAW

图书在版编目(CIP)数据

腐败资产追回法律机制研究 / 姬艳涛著. -- 太原 : 山西人民出版社, 2016.5

ISBN 978-7-203-09551-4

I. ①腐… II. ①姬… III. ①贪污贿赂罪—研究—中国 IV. ①D924.392.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第099940号

腐败资产追回法律机制研究

著 者: 姬艳涛

责任编辑: 高美然

助理编辑: 郭向南

装帧设计: 张镛尹

出 版 者: 山西出版传媒集团·山西人民出版社

地 址: 太原市建设南路21号

邮 编: 030012

发行营销: 0351-4922220 4955996 4956039 4922127 (传真)

天猫官网: <http://sxrmcbs.tmall.com> 电话: 0351-4922159

E-mail: sxskcb@163.com 发行部

sxskcb@126.com 总编室

网 址: www.sxskcb.com

经 销 者: 山西出版传媒集团·山西人民出版社

承 印 者: 山西臣功印刷包装有限公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 20.25

字 数: 256千字

印 数: 1-1000册

版 次: 2016年5月 第1版

印 次: 2016年5月 第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-203-09551-4

定 价: 45.00 元

如有印装质量问题请与本社联系调换

目 录

绪 论.....	1
第 1 章 腐败资产追回机制概述.....	11
1.1 腐败资产追回机制的产生背景	12
1.1.1 反腐败的现实需要	12
1.1.2 基础理论的突破和创新	14
1.1.3 兴起的国际背景	18
1.2 腐败资产追回机制的基本概念	23
1.2.1 腐败犯罪	23
1.2.2 腐败资产	26
1.2.3 资产追回	30
1.3 腐败犯罪资产追回的特征	36
1.3.1 司法审查和行政审查的复合性.....	36
1.3.2 腐败资产追回方式的多样性	38
1.3.3 当事国直接合作与国际组织间接协调的双重性 ...	41
1.3.4 资产追回的高成本性	44



第2章 腐败资产跨境转移的监测和预防	47
2.1 腐败资产跨境转移的监测机制	48
2.1.1 监测机制的基本概述	48
2.1.2 监测腐败资产跨境转移的关键环节	51
2.2 腐败资产跨境转移的预防机制	53
2.2.1 公职人员财产申报制度	53
2.2.2 资本项目下的外汇管理机制	60
2.2.3 规范国企的境外投资	61
2.2.4 注重对“空壳银行”的管制	63
2.2.5 规范信用卡的管理机制	64
2.3 金融情报机构	66
2.3.1 金融情报机构在预防和监测机制中的作用	66
2.3.2 国外金融情报机构概要	70
2.3.3 中国反洗钱监测分析中心	74
第3章 腐败资产追回的直接措施	79
3.1 民事确权诉讼	81
3.1.1 民事确权诉讼的性质	81
3.1.2 民事确权诉讼的法理基础	85
3.1.3 民事确权追回方式的相关法律问题	96
3.2 申请获取赔偿或补偿的机制	101
3.2.1 刑事附带民事诉讼	103
3.2.2 民事侵权诉讼主张赔偿或补偿	108
3.3 没收时主张合法所有权	130
3.3.1 产生背景	130

3.3.2	没收时主张合法所有权的实体条件	132
3.3.3	没收时主张合法所有权的程序条件	134
3.4	直接追回机制之构建	137
3.4.1	腐败资产的追踪和确认	137
3.4.2	诉讼主体的确立	141
3.4.3	设立海外资产追回基金会	143
3.4.4	重视对证据材料的收集和应用	146
3.4.5	建立健全证人作证制度	152
第4章	腐败资产追回的间接机制	175
4.1	没收程序的概述	177
4.1.1	“没收”的含义	177
4.1.2	各国没收制度的立法实践	179
4.2	以刑事定罪为基础的没收程序	184
4.2.1	刑事没收的基本类型	184
4.2.2	刑事没收中的保障性措施	188
4.2.3	关于犯罪人死亡、潜逃或缺席情况下的 没收裁决问题	196
4.2.4	对没收判决的承认和执行	206
4.2.5	刑事没收中的善意取得问题	217
4.3	独立的民事没收程序	226
4.3.1	民事没收的性质	227
4.3.2	民事没收的适用条件	229
4.3.3	民事没收的基本程序	232
4.3.4	民事没收中的权利保障制度	235



4.4 腐败资产的分享和返还	237
4.4.1 国际司法合作视野下的资产分享	238
4.4.2 关于资产分享的国内立法实践	245
4.4.3 司法协助合理费用的扣除	247
4.5 我国间接资产追回机制的构建	249
4.5.1 完善我国贪污贿赂犯罪的立法规定	249
4.5.2 完善我国扣押、冻结制度	262
4.5.3 健全我国刑事特别没收程序	269
4.5.4 设立承认和执行外国没收裁决的制度	278
4.5.5 构建资产的分享和返还机制	289
结 语	297
参考文献	303
中文文献	303
(一) 著作类	303
(二) 期刊论文	306
(三) 学位论文	309
英文文献	310

绪 论

在党的十八大报告中，中央明确将反腐败提到了事关“亡党亡国”的高度，新一轮的反腐行动相继展开。然而，当人们将所有目光都聚焦在对落马官员的开庭审理和定罪量刑之时，其背后所牵涉的巨额腐败资产问题却关注者寥寥。腐败资产跨境转移的规模如何？这些资产如何被转移和隐藏在国外？被转移的腐败资产是否已被追回以及如何追回？正是对这些问题的探索和思考，构成了本书研究的初衷和起点。

在我国，腐败资产的跨境转移大体可以分为三个阶段：萌发产生期、逐渐成形期、成熟高发期。腐败资产跨境转移萌发于 20 世纪的 80 年代末到 90 年代初。在随后的几年中，腐败分子携款潜逃的案件与日俱增，最高检察院在 1994 年的工作报告中指出，“近年来，贪污贿赂等犯罪分子携款潜逃情况突出，有的犯罪分子备用多国护照，把腐败资产存到国外境外，犯罪得逞或罪行败露后就外逃。”在腐败资产跨境转移的萌发阶段中，腐败官员大多在案发前肆无忌惮地贪污敛财，一旦东窗事发便仓促出逃，事前并无长时间的谋划和准备。然而，正是这批“携款潜逃官员”的前仆后继为后来者在作案手段的多样性和专业性方面积累了“经验”和“教训”，



推动了腐败资产跨境转移的发展和成型。

第二个阶段大体发生于 20 世纪 90 年代中后期，这个阶段的特征是外逃的谋划时间长，案发前大多都已将妻儿或情人安排在国外做“外应”；作案手段的专业性和隐蔽性越来越强，地下钱庄成为资产转移的重要工具；腐败资产跨境转移的数额越来越大，逐渐向亿元规模发展。

21 世纪初至今是腐败资产跨境转移的高发成熟期，据新华社 2001 年 1 月发布的消息称，“据不完全统计，目前有 4000 多名贪污犯罪嫌疑人携公款 50 多亿元在逃。其中，有的已携款潜逃出境，造成国有资产大规模的流失，社会危害十分严重。”据最高检察院工作报告记载，至 2013 年，通过加强国际反腐败的司法协助，完善境内外赃款追缴机制，最高检会同有关部门追缴赃款赃物成果卓越。这个阶段的主要特征是外逃官员的级别越来越高；携款潜逃的数额越来越大；腐败资产跨境转移方式和手段多样化和专业化，包括：通过离岸银行账户实现腐败资产的跨境转移，利用经常项目和资本项目向境外转移资产，通过设立海外“空壳公司”转移资产和套现，借助网上银行、电子货币、股票期权以及远期外汇汇率合同等金融衍生品向境外转移资产，通过现金走私和地下钱庄的账户对冲实现资产转移；社会危害越来越严重，腐败官员的大规模外逃给国家形象、政府权威造成了严重的负面影响，并且随着资本性外逃的增多，加剧了金融风险，造成社会资金的异常流动和国家经济结构的畸形发展。

腐败资产大规模的跨境转移以及其对社会产生的严重危害性，引起了中央高层的密切关注，对其预防和带有惩罚性的打击政策和规定也有数部陆续出台。据官方公开资料，最早颁布的相关政策规定是 1995 年 4 月 30 日中共中央办公厅和国务院办公厅印发的《关于党政机关县处级以上领导干部收入申报的规定》（下称 1995 年规定）。两年之后，中共中央办公

厅和国务院办公厅于1997年1月31日又颁布了《关于领导干部报告个人重大事项的规定》（下称“97规定”）。这两部政策规范，构成了我国预防和打击腐败资产跨境转移最初的规范依据。尤其是“97规定”，被普遍视为中央预防和规范腐败资产外逃问题的第一份明确性文件，其在报告范围中突出规定了“本人、子女与外国人通婚以及配偶、子女出国（境）定居的情况以及本人因私出国（境）和在国（境）外活动的情况”。在“97规定”的基础上，2006年版的《关于领导干部报告个人有关事项的规定》（下称“06规定”）于当年9月颁布，新规定明确细化了需要报告的事项，确立了受理报告的机关，强化监督和管理，使这项制度更具有针对性和可操作性。此外，为防止腐败官员的携款外逃，2003年中央专门下发了关于加强出国证件管理的文件，要求领导干部因公临时出境要经过所在单位、人事部门、组织部门等一系列部门审批，因私出国也要报经人事部门和上级部门批准。

2010年，我国进入新一轮反腐高潮，并将对“裸官”的治理和排查确定为高层的明确目标。在这种背景下，中央推出了一系列的管理规范办法：2010年1月，中共中央颁布施行《中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则》；同年2月，国家预防腐败局发布《2010年工作要点》，首次将对“裸官”的监管排查作为重点任务提出；2010年5月，中共中央办公厅、国务院办公厅颁布实施了《关于对配偶子女均已移居国（境）外的国家工作人员加强管理的暂行规定》（下称《暂行规定》）；2010年7月，新版《关于领导干部报告个人有关事项的规定》（下称2010年规定）颁布实施，该规定要求申报的范围更大，处罚措施也更为严厉。

同时，以上述政策规范为依据，中央不断加大对腐败资产跨境转移的监测和排查。2011年，根据《暂行规定》在全国范围内对“裸官”进



行了一次全面摸底。配偶子女均已移居国（境）外的官员，除需要提交个人有关事项报告表外，还需要提交另一份境外配偶、子女情况的报告表。2013年，中央纪委“重拳出击”，进一步加强了对“裸官”的抽查核实工作。在十八届中央纪委第二次全体会议上，中央纪委书记王岐山指出，要加强对配偶子女均已移居国（境）外的国家工作人员的管理和监督；此外，要认真执行领导干部报告个人有关事项制度，并开展抽查核实工作。并且，这种抽查核实工作，要与中央巡视制度同步展开、相互促进。目前实施的巡视制度启动于1996年，2003年中共中央颁布的《中国共产党党内监督条例（试行）》以党内法规的形式将巡视制度确定为党内监督的一项制度。2013年8月，中央政治局会议审议通过《建立健全惩治和预防腐败体系2013—2017年工作规划》，提出要对党的纪检体制进行改革，并改进中央和省区市巡视制度。在2013年通过的巡视制度中，除了提出通过对省级党委、政府、人大常委会、政协委员会党组领导班子及其成员的巡视寻找腐败线索外，还将抽查领导干部报告的个人重大事项列为新的巡视手段，从而对核查当事人是否属于“裸官”起到了非常重要的作用。

上述政策规范以及防治和监督机制，虽然在一定程度上对腐败资产的跨境转移起到了预防和规制作用，然而在司法实践中依然存在着诸多的问题和漏洞。如对官员境内外资产的监控，都是自上而下的内部式监督，因其不透明性使申报失去了最重要的外部监督途径。此外，对腐败资产外逃的治理规范大多是以党的文件形式出现，缺乏成熟有效的法律制度，从而使我国的腐败资产追回机制缺乏长期性、稳定性和根本性。因而，将对腐败的规制从党纪党规转入国家层面的法律法规，让预防和打击腐败资产跨境转移逐渐走向法制化道路已成为我们所面临的一项重要的重要的时代课题和历史使命。

以探索我国腐败资产追回的法制化道路为目标,以弥补这一研究领域的空白为任务,本书将文章的主体结构分为四章,分别从腐败资产追回机制的基本概述、腐败资产跨境转移的预防和监测、腐败资产追回的直接措施、腐败资产追回的间接机制四个方面,系统梳理和介绍了腐败资产追回机制的历史沿革、基本内涵、发展现状以及腐败资产追回的具体方式和途径,并针对我国腐败资产追回工作中所面临的困境和问题,提出改进和完善的对策和建议。

其中,第一章是关于腐败资产追回机制的基本概述。本章共分为三节,分别介绍了腐败资产追回制度产生的背景、基本概念以及法律特征。当前,腐败犯罪越来越呈现出国际化、专业化、组织化的趋势,腐败资产外逃的规模也越来越大,不仅对资产来源国的政治、经济和法制造成了巨大损害,同时也严重影响到了国际金融秩序的稳定和发展。随着全球一体化进程的加快和国际反腐败力度的增强,资产追回国际合作领域中逐渐出现了许多积极有益的变化,包括基础理论的突破和创新、监测机制的设立和完善、合作方式的发展和转变以及国际组织作用的日趋增大等方面。正是实践领域中出现的这些新趋势,推动了腐败资产追回制度的发展和成熟。随后,在对该机制的价值、形式、性质以及依据等方面进行分析研究的基础上,提出了腐败资产追回的基本概念,即为打击腐败犯罪、挽回国家损失,资产追回国在采取有效措施预防和监测腐败资产转移的基础上,通过司法协助程序对腐败资产予以追缴或返还的制度。该制度的基本特征包括:司法审查和行政审查的复合性、腐败资产追回方式的多样性、当事国直接合作与国际组织间接协调的双重性以及腐败资产追回的高成本性。

第二章主要论述了腐败资产跨境转移的预防和监测。针对第一章中资产转移方式和手段的特征和规律,本章从政策规范和法律制度两个维度分



析研究了预防和监测腐败资产跨境转移的问题和对策。在政策规范方面，本章系统梳理了党的相关文件以及政府的各种条例、规定和通知；在法律制度方面，将资产转移的预防、监测与反洗钱监管措施进行综合比较研究，系统介绍了客户身份识别制度、交易报告制度、反洗钱监督制度等，并在此基础上充分论证了在我国构建腐败资产跨境转移监测、预防机制的必要性和可行性。在具体的研究径路上，鉴于腐败资产跨境转移现象并不是一个单纯的法律问题，本章的论述并没有采取法学惯用的平面僵化、孤立单调的研究模式，而运用系统论的科学研究方法，将视野投入复杂、变动而宏大的社会系统中，透过错综复杂的社会背景和历史条件研究预防、监测腐败资产跨境转移的制度构建，主张设立公职人员财产申报制度、资本项目下的外汇管理机制，强调规范国企的境外投资和对信用卡的监测管理，注重对客户身份的识别和对“空壳银行”的管制，坚持发挥反洗钱监测分析中心在预防和监测工作中发挥的作用。

第三章研究分析了“腐败资产追回的直接措施”。腐败资产的直接追回措施最早可以追溯到 1999 年欧洲理事会通过的《欧洲反腐败民法公约》，该公约首次确立了对腐败行为可以提起民事损害赔偿的原则，随后这种以民事诉讼为基础的追赃方式很快得到《联合国反腐败公约》的认可和确认。根据该公约的规定，腐败资产的直接追回措施具体表现为以下三种形式：一是资产流出国或财产合法所有人向资产所在国的法院提起确权民事诉讼，通过提交财产合法所有权证明等相关法律文件，维护和确认自己对涉案财产的产权或者所有权；二是资产流出国或财产的合法所有人向财产所在国的法院提起侵权民事诉讼，通过提交因腐败犯罪行为而受到损害的证据材料，请求法院判令被告支付补偿或相应赔偿；三是财产流出国或财产的合法所有人直接参加财产所在国的没收程序，

通过提交财产合法所有权的证明,直接追回外逃资产。在具体的研究中,笔者充分认识到了刑事程序在境外追赃中的缺陷和不足,仅仅局限于刑事没收和刑事司法协助很难从根本上破解“追回难”的问题,故跳出传统思维的框架,转而将目光投向民事诉讼程序,提出“民刑并行,双管齐下”的观点,主张通过民事确权诉讼、民事侵权诉讼、没收时主张合法所有权等方式和手段直接追回腐败资产。一方面,本章从纵向维度对资产直接追回的三种措施进行了比较分析研究,深入剖析每一种方式和途径的产生背景、理论依据和程序要求,阐述各自的优势和不足,并在此基础上提出构建腐败资产直接追回机制的建议和对策。另一方面,本章又从纵向维度对上述三种制度进行精细化研究,创新基础理论,拓展体系框架。主要观点是:第一,率先厘清了腐败资产追回中民事确权诉讼的性质,将其认定为给付之诉,即当事人通过诉讼请求法院判令被告人向资产来源国履行财产返还义务的一种给付之诉。第二,首次就民事确权诉讼的法理基础展开系统论述,创造性地提出在资产追回程序中应用举证责任倒置规则以及简易判决程序,弥补了相关研究上的空白。第三,对于境外诉讼主体的确立,主张设立海外资产追回基金会,即由政府牵头成立一个具有官方背景的基金会,由其组织协调腐败资产追回的具体工作。第四,创造性地提出申请获取赔偿或补偿的机制,通过对刑事附带民事诉讼和民事侵权诉讼的综合比较分析,指出后者在主张赔偿或补偿中的价值和优势,并系统探讨和解决了民事侵权诉讼中财产保全、判决执行、诉讼成本等问题。

第四章探讨研究了腐败资产追回的刑事没收合作机制。所谓腐败资产追回的刑事没收合作机制,又称为腐败资产的间接追回机制,是指当一缔约国依据本国法律或者执行另一缔约国法院发出的没收令,没收被



转移到本国境内的腐败犯罪所得后,再返还给另一缔约国的资产追回方式。该机制是《联合国反腐败公约》为推动腐败犯罪资产追回工作而开创的一个新模式,它是在各缔约国共同努力和协商的基础上,综合考察和借鉴世界各国的法律制度而达成的一项成果。具体而言,腐败资产追回的刑事没收合作机制通常需经过两个步骤:第一个步骤是没收阶段,即由资产所在国的主管机关根据本国法律程序对其境内的腐败犯罪资产实行没收或直接执行资产流出国审判机关发出的没收令。第二个步骤是返还程序,即资产所在国根据资产流出国的请求,将其根据《联合国反腐败公约》有关条款没收的财产归还给请求国或财产的原合法所有人的程序。腐败资产追回具有突出的跨学科性,在具体的研究路径上,本章综合运用了刑法、民法、刑事诉讼法、民事诉讼法、反洗钱法、国际法、引渡法、银行法、金融法等学科的相关知识,以更为开阔的学术视野研究探讨了腐败资产间接追回机制的构建。第一,本章首先系统地阐述、解决了我国贪污腐败犯罪立法中一些争议较大、难处理的问题,主张消除我国刑事法律与《公约》在具体的罪名设置、犯罪构成要件以及刑罚配置等方面的差距,做好贪污贿赂犯罪立法的有效衔接,构建更易被国际社会认可的定罪量刑标准。第二,针对双重犯罪问题,本章主张以国际社会普遍认可的洗钱罪为突破口和切入点。作为目前国际上业已公认的双重犯罪,该罪的确立不仅有助于促使各方在犯罪的“双重性”上达成共识,而且还有利于对洗钱行为上游犯罪证据的收集和获取,以此来扣押、冻结、没收被转移的腐败资产往往能够达到事半功倍的效果。第三,本章从刑法、刑事诉讼法等学科角度,运用程序与实体相结合的方法深入探讨扣押、冻结、没收措施的基本原理和实践。扣押、冻结、没收制度不单是一个程序法问题,还融合了实体法与程序法的内容。在扣押、

冻结、没收机制的构建的探讨中，本章一方面立足于“正当程序”理念，主张设立透明、公正的程序体系；另一方面坚持“实体正义”原则，建议完善程序的启动要件以及相应的配套措施。第四，在腐败犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件中，如何对犯罪所得进行扣押、没收一直是资产追缴工作面临的一大难题。在对资产追回立法模式演进和现实路径选择探讨的基础上，本书指出刑事附带民事诉讼、缺席审判机制以及民事没收程序在我国司法实践中的不足和缺陷，并提出对该问题的应对之策——合理利用我国的违法所得没收程序，树立“刑民并重”的观念，充分发挥该程序在腐败资产追回方面中的作用。最后，在资产分享和返还机制的研究中，本章坚持合作共赢、换位思考的原则，以各方自身利益的维护步骤为线索提出立法建议，主张腐败资产的分享或补偿，从经济利益的角度调动并鼓励各国主管机关积极参与反腐败的国际合作。

