

法務部所屬機關出國人員報告書(出國類別:訪問學者)

查扣沒收犯罪資產管理之研究

服務機關:臺灣士林地方檢察署

姓名職稱:郭千瑄檢察官

派赴國家:中華人民共和國香港特別行政區

出國期間:107年9月2日至108年2月1日

報告日期:108年5月1日

第一章 我國不法所得扣押與沒收	4
第一節 刑法沒收制度	4
(一) 前言	4
(二) 新舊法比較	4
(三) 沒收之性質	5
(四) 違禁物之沒收	6
(五) 犯罪物之沒收	6
(六) 犯罪所得之沒收	10
(七) 沒收之宣告	14
(八) 保全證據與沒收執行之獨立扣押的競合	15
(九) 沒收之程序保障	19
第二節 結語	20
第二章 中國大陸地區沒收制度	20
第一節 特別沒收制度	20
(一) 案例背景	20
(二) 跨國追贓程序	21
(三) 現行制度問題與解決方法	22
第二節 一般沒收制度	24
(一) 案例背景	24
(二) 爭議	24
(三) 限制適用	25
(四) 建議	25
第三節 特別沒收與一般沒收之區別	25
第三章 香港地區沒收制度及其運作	
第一節 法源依據	29
第二節 立法背景	29
第三節 香港地區依公約制定之立法	29
(一) 沒收犯罪所得部分	29

(二)引渡及司法協助部分.....	32
(三)聯合國打擊跨國有組織犯罪公約.....	36
第四章 中華人民共和國香港特別行政區就中國大陸地區判決執行之問題研 析.....	40
第一節 香港法律的來源.....	41
第二節 香港與內地法律制度的聯繫.....	41
第三節 影響香港與內地相互承認執行法院判決的因素.....	42
第四節 香港與內地相互承認和執行法院判決之依據.....	43
第五節 香港與內地相互承認和執行判決之要件.....	44
第六節 結論	46

第一章 我國不法沒收制度

第一節 刑法沒收制度

(一) 前言

民國 104 年 12 月 17 日新通過刑法沒收條文修正案及相關配套修正之刑事訴訟法¹，已於翌年 7 月 1 日生效施行，各界期盼藉由本次修法回溯適用於修法前已發生或正在審理的案件，來追回大量犯罪贓款，例如二十多年前的軍購弊案，於 104 年 1 月刑法沒收制度修正前已死亡之軍火商於瑞士銀行存放近 9 億美金資產²，或是 10 年前掏空公司資產潛逃海外，嗣於 105 年 5 月間車禍喪生之力霸集團創辦人王又曾資產³，抑或近期頂新集團販賣劣油所得之不法獲利等。此次修法內容包含對沒收制度重新定位、沒收範圍及對象擴充等，但新法制度在時之效力及若干程序細節仍存有爭議，將在後文論述敘明⁴。

(二) 新舊法之比較

民國 24 年刑法制定時，沒收與褫奪公權兩種處分被歸類為「從刑」，性質上雖屬刑罰，但必須以主刑存在為前提，才可宣告沒收，亦即原則上必須是有罪或免訴判決，始能同時宣告沒收；若為無罪判決，則不得宣告沒收⁵，僅對違禁物或專科沒收之物可例外單獨宣告沒收。儘管長久以來，沒收制度一直為刑事制裁體系之一環，但近年因經濟犯罪、食安犯罪所生不法所得無法藉由舊法沒收制度達到剝奪犯罪人享有犯罪利益之目的⁶，如此無異宣示法秩序願意容任犯罪人繼續保有供犯罪所用之物、犯罪所得或作為遺產以供繼承等諸多不合理現象，

¹ 刑事訴訟法第 7 條之 9，刑法第 38 條之 3 第 2 項、刑法施行法第 10 條之 3。

² 中時電子報，2016 年 6 月 28 日，《拉法葉艦佣金案獲突破，沒收新制可追討汪傳浦贓款》。

³ 吳景欽，《沒收新制可剝奪王又曾的不法所得嗎》，2016 年 6 月 1 日，蘋果及時論壇。《王又曾不法所得：沒收新制之應用》，2016 年 6 月 15 日，元照法學知識庫時事短評。

⁴ 黃宗旻，中國文化大學法律學系助理教授，《新修正之刑法沒收相關規定的爭議問題》，2016 年 6 月，萬國法律特別企劃第 207 期，第 2 頁以下。

⁵ 最高法院 78 年台非字第 72 號判例：「沒收為從刑之一種，依主從不可分原則，應附隨於主刑而同時宣告之，除有罪，免刑等判決，於裁判時併宣告外，如諭知無罪之判決，既無主刑，從刑亦無所附麗，故案內之違禁物，應另依刑法第四十條但書由檢察官聲請單獨沒收。」

⁶ 軍火商汪傳浦因拉法葉艦購艦弊案，收取不法佣金約新台幣 300 億元，法院因被告汪傳浦死亡而無法對其為有罪判決，依舊法制度亦無法就佣金為單獨沒收，導致該筆不法犯罪所得無法沒收。

因而促發 104 年 12 月 17 日刑法沒收制度之修正，將沒收的「從刑」規定廢除，制定刑法第 40 條第 3 項：「第三十八條第二項、第三項之物，第三十八條第一項、第二項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」賦予沒收制度「獨立性」，亦即不再以附麗於一個有罪判決為必要。此外，新法另針對「犯罪所得」之沒收制度獨立規範，制定刑法第 38 條之 1，將犯罪所得規定為「必科沒收」，且犯罪所得不論是屬於犯罪行為人或輾轉由第三人(包含自然人、法人、非法人團體)取得，均予以沒收，且在立法理由中就「犯罪所得」採取「總額原則」計算，但為避免沒收有過苛之餘，另於刑法第 38 條之 2 制定不宣告沒收或酌減追徵價額之「過苛調節條款」。再者，刑法第 38 條之 3 規定，第 38 條之物及第 38 條之 1 犯罪所得，於沒收裁判確定時移轉為國家所有，但第三人對沒收標的之權利或因犯罪而得行使之債權均不受影響⁷，沒收新制業於 105 年 7 月 1 日生效施行。

(三)沒收性質

舊法時代，沒收被定義為「從刑」，因此被視為具有刑罰性質。學說上有認為，供犯罪所用或犯罪預備之物，或是因犯罪所生或所得之物，在舊法下既以「屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。」，故具有剝奪犯罪人財產之刑罰性質，應視為特殊形態的財產刑⁸。而實務見解針對違禁物沒收，有主張保安處分性質⁹，亦有主張兼具刑罰及保安處分性質¹⁰。而在我國，沒收究竟係「刑罰」抑或「保安處分」之爭議益，即為有無刑法第 1 條罪刑法定原則之適用？

本次刑法第 2 條修正為「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」確認沒收不具有刑罰性質，並無刑法第 1 條之適用，而直接適用「裁判時」之法律¹¹。沒收新制另仿效德國刑法規定，

⁷ 王皇玉，2015 年刑事法發展回顧：刑事沒收制度之變革，《臺大法學論叢》第 45 卷特刊(11.2016)，頁 1615。

⁸ 盧映潔，刑事制裁體系第一講：刑事制裁體系概說，《月旦法學教室》，37 期，頁 75。

⁹ 最高法院 87 年度台上字第 1262 號判決。

¹⁰ 最高法院 87 年度台上字第 4281 號判決、91 年台非字第 67 號判決。

¹¹ 刑法第 38 條立法理由，沒收本質較似保安處分，故應與非拘束人身自由之保安處分相同，

將「犯罪所得之沒收」與「犯罪物之沒收」分開規定¹²。「犯罪所得之沒收」係將因違法行為所獲取的利益自非法受益者手中取走，使受破壞的法秩序回復，乃對犯罪行為人準不當得利之衡平措施，其法理基礎除了任何人不得因不法行為而獲取利益外，另有犯罪得利者對於犯罪利益不應存在合理信賴保護，從而剝奪犯罪人犯罪所得，不能視為對犯罪人財產之剝奪，故犯罪所得之沒收不具有刑罰性質¹³¹⁴。

(四) 違禁物之沒收

違禁物係指依法令禁止製造、販賣、運輸、持有、轉讓或行使之物。沒收違禁物之理由在於違禁物本身具社會危害性，例如：槍砲、毒品。刑法第 38 條第 1 項規定：「違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。」另同法第 40 條第 1 項規定：「違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收。」本次修正刑法，對於違禁物沒收並未變動，仍認為違禁物屬「必科沒收」之標的，法院對於違禁物沒收原則上並無裁量權，但例外可依據刑法第 38 條之 2「過苛調節規定」不予沒收。然若違禁物屬第三人所有，該第三人係合法持有違禁物，則屬合法持有，自不在沒收之列¹⁵。此外，若違禁物同時亦係供犯罪使用之物，則應優先適用刑法第 38 條第 1 項第 1 款之規定沒收¹⁶。

(五) 犯罪物之沒收

1. 前言：

適用「裁判時」之法律。

¹² 吳耀宗，德國刑法追徵制度之研究兼論我國現行刑事制度之追徵相關規定，《刑事法雜誌》，45 卷 3 期，頁 5。

¹³ 林鈺雄，利得沒收新法之審查體系與解釋適用，《月旦法學雜誌》，251 期，頁 8。

¹⁴ 陳信安，刑法沒收專欄：沒收新法實例系列 5：新修刑法第 2 條第 2 項規定之釋疑(一)，《法務通訊》，2797 期，頁 6。

¹⁵ 最高法院 71 年台上字第 754 號判例意旨，違禁物固不問屬於犯人與否，均應沒收，但該物苟係屬於第三人所有，則其是否違禁，即應視該第三人有無違禁情形為斷。故犯人雖係違禁持有，而所有之第三人如係經合法允許持有者，仍不在應行沒收之列。本件上訴人所竊得之雷管雖屬違禁物，但原所有人係經允准持有供其砍伐林班之用，並非未受允准亦無正當理由持有。依照上開說明自不在沒收之列，原判決遽行諭知沒收，顯屬於法有違。

¹⁶ 最高法院 100 年度第 3 次刑事庭會議摘要，愷他命 (Ketamine；俗稱「K 他命」) 係毒品危害防制條例第二條第二項第三款所定之第三級毒品，應認係違禁物。又販賣愷他命而被查獲，其所販賣之愷他命，係供實行販賣犯罪行為所使用之目的物，亦屬供犯罪所用之物。而供犯罪所用之物併具違禁物之性質者，因違禁物不問是否屬於犯罪行為人所有，均應宣告沒收，自應優先適用刑法第三十八條第一項第一款之規定。

刑法第 38 條第 2 項規定，「供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。」根據本項規定宣告沒收之物必須依附在一個犯罪行為上，但此處所謂之「犯罪」究指同時具備構成要件該當、違法性與有責性的犯罪行為抑或是只需存在刑事不法已足，不以具備罪責為必要？本次修法後刑法第 40 條第 3 項規定：「第三十八條第二項、第三項之物、第三十八條之一第一項、第二項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」本條立法理由指出，所謂因法律上原因未能追訴犯罪行為人之罪，係指犯罪人「因刑法第十九條等事由受不起訴或不受理、免訴、無罪判決者」，亦得單獨宣告沒收。刑法第 38 條第 2 項規定雖未如同法第 38 條之 1 第 2 項第 1 款、第 2 款及第 4 項明文提及「違法行為」之字句，但自本章規定之體系解釋與立法理由觀之，第 38 條第 2 項所稱之「犯罪」，僅需有構成要件該當與違法性即足，縱犯罪行為人不具責任能力而受不起訴處分、不受理、免訴或無罪判決，亦可予以沒收。又該項所稱「犯罪行為人」，其犯罪類型包含正犯與共犯，即對於教唆犯、幫助犯所有之供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，亦得宣告沒收。此外，不論犯罪行為既遂、未遂，均可沒收。

2. 沒收之標的：

(1) 供犯罪所用之物：

供犯罪所用之物係指犯罪過程中直接使用之物品或工具，該物必須與犯罪有直接關係，具備專門用以促使犯罪行為實現之工具或物品，始可宣告沒收¹⁷。

(2) 供犯罪預備之物：

供犯罪預備之物，乃指以實行犯罪為目的而預作準備之物或工具，必須以法律規定處罰預備犯罪行為，始得依據本項宣告沒收^{18 19}。

¹⁷ 最高法院 51 年台非字第 13 號判例意旨，刑法第三十八條第依項第二款所定得沒收之供犯罪使用或供犯罪預備之物，必於犯罪有直接關係者，始屬相當。

¹⁸ 黃榮堅，《基礎刑法學(上)》，2012 年 4 版，頁 83，元照出版社。

¹⁹ 臺灣高等法院臺南分院 85 年 3 月法律座談會決議，按供犯罪預備之物，須法律有規定處罰其預備犯罪之行為，始得依三十八條第一項第二款宣告沒收，若預備行為在法律上不成立犯罪，即無依據該條款沒收可言。

(3)犯罪所生之物；

犯罪所生之物，乃指因犯罪結果產生之物，沒收犯罪所生之物的理由在於避免犯罪人再以該物進行進一步犯罪行為或使犯罪結果擴大。惟犯罪所生之物，刑法上常制定「專科沒收」之特別規定，應優先適用²⁰。

3. 對第三人宣告沒收：

沒收新制最重大的變革在於擴大沒收範圍，增訂刑法第 38 條第 3 項：「前項之物屬於犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，而無正當理由提供或取得者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。」針對第三人之物亦得沒收之情形如下：

(1)第三人無正當理由提供：

犯罪行為人供犯罪所用、犯罪預備之物，在民法上之所有權若屬第三人、法人或非法人團體，而渠等以可非難或不正方式提供時，即可依據本款沒收。反之，倘若第三人屬有正當理由即非可非難或非惡意方式提供，即不得宣告沒收²¹。

(2)第三人無正當理由取得：

所謂無正當理由取得乃指藉由無償或顯不相當對價等方式取得²²。倘若，第三人係善意取得犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，則不得宣告沒收。

(3)其他情形：

a. 第三人無辜遭犯罪行為人利用身分²³。

b. 所欲沒收之物第三人存在利益時²⁴。

²⁰ 例如：刑法第 200 條偽造變造之貨幣、第 205 條偽造變造之有價證券等、第 209 條違背定成之度量衡、第 219 條偽造之印章印文等、第 266 條第 2 項賭博器具及財務等、第 315 條之 3 竊聽竊錄內容之附著物即物品等。

²¹ 例如：汽車被他人竊取後作為擄人勒贖工具；在不知情下將手機借予他人，他人持之販賣毒品。

²² 例如：甲於擄人勒贖犯罪後，將載運人直之汽車無償贈與乙。

²³ 最高法院 102 年度台上字第 1286 號判決意旨提及，犯罪行為人以無辜第三人之身分證件，辦理行動電話門號供作犯罪使用時，應認電話門號既惟費罪行為人申請並實際使用，第三人僅為人頭，此情形仍應認該電話門號屬於犯罪行為人而沒收之。

²⁴ 最高法院 84 年台上字第 1550 號判例意旨，票據之偽造或票據上簽名之偽造，不影響於真正簽名之效力，票據法第十五條定有明文。依原判決之認定，以上訴人及王某為共同發票人之本票，僅王某為發票人部分係屬偽造，上訴人之簽名既為真正，其為發票人部分則仍屬有效之票據，不在應依法沒收之列，原判決併予宣告沒收，自非適法。

4. 沒收相當性原則與過苛調節條款

(1) 沒收相當性原則：

犯罪物沒收與違禁物沒收不同，是「得沒收」，必須由法官審酌比例原則之適用²⁵，以決定是否沒收。值得思考的是，過失犯使用之工具是否應該沒收？學說上有主張，考慮過失行為的主觀不法較故意犯低，且過失行為人亦未背離財產合理使用限度，故不應對過失犯之犯罪工具予以沒收²⁶。我國刑法雖未就過失犯之犯罪物沒收有所規定，但為避免沒收過當，宜參考德國刑法第 74 條第 1 項規定，採與學說相同主張較妥適。此外，從沒收條文文義觀之，供犯罪所用之物或預備犯罪之物應包含動產及不動產，然為避免違反比例原則，實務向來認為對犯罪物沒收，除法另有特別規定外，應以動產為限²⁷。

(2) 過苛調節條款：

本次刑法修正時增訂第 38 條之 2 第 2 項規定：「宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞²⁸、欠缺刑法上之重要性²⁹、犯罪所得價值低微³⁰，或為維持受宣告人生活條件必要者³¹，得不宣告或酌減之。」本條即為「過苛調節條款」，其適用範圍及於刑法第 38 條違禁物與犯罪物之沒收。

5. 追徵價額：

刑法第 38 條第 4 項規定：「前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」乃指「原物」以強制力收歸國有，若「原物」毀損、滅失或變賣而無法以原物沒收時，以追徵價額方式作為替

²⁵ 所謂沒收比例原則之適用，指沒收之必要性、剝奪所有權可否達到遏止犯罪之目的、衡量犯罪情節與沒收結果間是否具相當性。

²⁶ 李聖傑，《犯罪物沒收》，月旦法學雜誌，251 期，頁 66 以下。

²⁷ 最高法院 20 年院字第 574 號判例意旨，對於犯罪物之沒收，除法律另有特別規定外，應以動產為限。例如：賭博場所或意圖營利提供竊錄他人非公開活動的旅館，均不能作為沒收標的。

²⁸ 過苛之虞其判斷方式主要考慮到沒收客體仍應受憲法上財產權保障，倘若犯罪情節輕微，卻沒收高價值的犯罪所用之物，即有侵害人民財產權之虞。例如：對不能安全駕駛之犯罪行為人沒收動力交通工具。

²⁹ 薛智仁，《評析減免沒收條款》，月旦法學雜誌，2016 年，第 252 期，頁 67 以下。若犯罪行為人以遭法院判決宣告主刑或保安處分，則雖沒收具有犯罪預防作用，亦顯得微不足道。

³⁰ 僅在針對犯罪所得之物沒收時才審酌「犯罪所得價值低微」。在違禁物沒收時，不審酌價值是否低微，一律沒收。

³¹ 是否為維持受宣告人生活條件之必要，除了考量沒收此等物品有無預防犯罪之效外，另須考量該物品是否為犯罪行為人或其家屬維持生活條件所必要。

代沒收之手段。

(六) 犯罪所得之沒收：

刑法第 38 條第 1 項規定：「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。」該條屬於對犯罪行為人「準不當得利之衡平措施」，採「必科沒收」。此外，為擴大沒收對象，除對犯罪行為人宣告沒收外，增訂刑法第 38 條之 1 第 2 項規定，如犯罪所得流向第三人或由第三人取得，亦可向第三人宣告沒收。

1. 犯罪所得沒收之要件：

(1) 以「違法行為」為前提，刑法第 38 條之 1 第 1 項所謂「犯罪」，必須依附在一個違法行為，由刑法第 38 條第 2 項、第 4 項「違法行為」之用語、立法理由及刑法第 40 條第 3 項及可推知，僅須刑事不法已足，不以具備有責性為必要。再者，違法行為不論屬既遂或未遂，均應宣告沒收，且本條所稱「犯罪行為人」包含正犯與共犯，若共同正犯有數人時，應各按實際得利數額沒收，不得連帶沒收³²。此外，就過失行為所得，例如過失參加有害人體健康物質之時安犯罪、過失放流污染水體的環境犯罪，其犯罪所得亦應宣告沒收³³。

(2) 因犯罪而取得之財產利益：

犯罪所得乃指犯罪行為人因違法行為而取得之財產利益，此財產利益必須與違法行為間具「直接關聯性」。目前我國學說認為刑法第 38 條所稱犯罪所得財產利益包含因違法行為所取得之報酬或對價、產自違法行為所取得之利益。

(3) 犯罪所得範圍：

刑法第 38 條之 1 第 4 項規定：「第一項及第二項之犯罪所得，包括

³² 最高法院 104 年度台上字第 3864 號判決意旨，就刑事處罰而言，「連帶」本具有「連坐」之性質。在民事上，連帶債務之成立，除當事人明示外，必須法律有規定者為限（民法第 272 條參照）。沒收兼具刑罰與保安處分之性質，以剝奪人民之財產權為內容，係對於人民基本權所為之干預，自應受法律保留原則之限制。共同犯罪行為人之組織分工及不法所得，未必相同，特別是集團性或重大經濟、貪污犯罪，彼此間犯罪所得之分配懸殊，其分配較少甚或未受分配之人，如仍應就全部犯罪所得負連帶沒收之責，超過其個人所得之剝奪，無異代替其他犯罪參與者承擔刑罰，顯失公平。故共同犯罪，其所得之沒收，應就各人分得之數為之，此為本院最新之見解。

³³ 同前註 13，頁 13。

違法行為所得、其變得之物或財產上利益及孳息。」

(4)追徵價額:

犯罪所得之原物或替代物，因消費、使用、加工或混同等原因，使得一部或全部不能沒收或不宜執行沒收時，依刑法第 38 條之 1 第 3 項規定「追徵價額」。

(5)實際合法發還被害人者不予沒收:

刑法第 38 條之 1 第 5 項規定:「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追繳。」個案中宣告沒收前，犯罪所得已實際發還被害人，則已回復法秩序利益歸屬狀態，就已發還被害人部分，不得再宣告沒收或追徵。但有疑問的是，裁判時倘犯罪所得為實際發還被害人，是否仍應依前開規定沒收?過去實務見解認為，就犯罪所得，被害人仍得對物為法律上權利主張者，自難認該當於沒收之要件，應將被害人之物發還，不得沒收³⁴。修法後依該條文義解釋，不予宣告沒收之情形乃指「已實際合法發還被害人者」，反之，尚未實際發還被害人者，仍應予以沒收，新法之用意是要法官於裁判時針對尚未實際發還被害人之物先行宣告沒收，被害人嗣後在依據刑法第 38 條之 3 第 1 項與刑事訴訟法上所得主張之權利發還。值得探究的是，新法制度恐有造成被害人訟累之嫌，過去特別法上常有「除應發被害人者，應予沒收」之規定³⁵，但新修正之刑法施行法第 10 條之 3 第 2 項規定:「一百零五年七月一日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」此規定後，法官可否於裁判時依據刑事訴訟法第 319 條第 1 項規定:「扣押之贓物，依第一百四十二條第一項應發還被害人者，應不待其請求即行發還」之規定，將扣押之贓物發還被害人?新法對於「實際合法發還被害人而不予沒收」之規定，實有不明確之處。

³⁴ 最高法院 97 年度台上字第 4885 號判決意旨，有被害人者，自應發還被害人，例如竊取、侵占之公有財物或利用職務上機會詐取之財物，應發還被害人，不得沒收；必無被害人時，例如賄賂罪所侵害者為國家之官箴及公務員執行公務之純正，行賄者屬對向犯，而非被害人，收賄者收受之賄賂，應予追繳沒收；對公務員經辦公用工程交付回扣之人，不能認屬被害人，其所交付之回扣應予沒收，不得發還。

³⁵ 例如:組織犯罪條例第 7 條、銀行法第 136-1 條、金融控股公司法第 67-1 條、洗錢防制法第 14 條、藥事法第 88 條、食品安全衛生管理法第 49-1 條。

犯罪所得沒收後，根據刑法第 38 條之 3 第 1 項規定，沒收標的物之「所有權或其他權利，於沒收裁判確定時移轉為國家所有。」但為保障被害人之權利，其仍得依刑法第 38 條之 3 第 2 項規定，對沒收標的主張權利或行使債權。

2. 對第三人沒收之要件：

依刑法第 38 條之 1 第 2 項規定，對第三人沒收之條件如下：

編號	要件	內容
1.	未參與違法行為之第三人	第三人包含自然人、法人或非法 人團體
2.	取得犯罪所得之態樣限於 左列三項	(1)明知他人違法行為而取得，明 知限於直接故意，不包含未必 故意或過失。 (2)因他人違法行為而無償或以顯 不相當之對價取得，故若第三 人是民法上善意第三人，並以 合理相當之對價取得犯罪所 得，則仍不得對該第三人宣告 沒收。 (3)為他人實行違法行為，他人因 而取得。本款係指犯罪行為人 為第三人的代理人、代表人、 受雇者或職員，實施違法行為 後，將犯罪所得直接歸屬第三 人。本款所謂為他人，不以犯 罪行為人與他人間存在合法委 任、代理或代表關係為必要， 僅需客觀上以直接使他人獲得 犯罪所得，即可依本款宣告沒

3. 犯罪所得之計算不扣除成本：

我國刑法修正後，對於犯罪所得沒收，在法條上雖未明文採總額原則，但在刑法第 38 條之 1 立法理由第 5 點中提及：「依實務多數見解，基於徹底剝奪犯罪所得，以杜絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收。」故依此立法理由，新法修正之犯罪所得計算，無須扣除犯罪成本。犯罪所得雖採總額原則，但若犯罪行為人因犯罪而有「財產增值」，是否也在沒收之列？若堅持採總額沒收，則沒收制度不僅是剝奪當事人從犯罪中所得之利益，還會進一步侵害固有財產，是否妥當，實有疑慮。新法沒收制度修正後，「沒收」雖被定位為「刑罰及保安處分外之法律效果」，但近期最高法院仍區分不同種類的沒收在功能上的差異，以此決定應遵循保安處分，抑或是刑罰相關限制及原則適用³⁷，實質參考。若延續前開最高法院分析結論，「利得沒收」應比照刑罰採「從舊從輕」原則，至於兼具保安處分特性的沒收，則要比照拘束人身自由的保安處分採「從舊從輕」抑或比照非拘束人身自由的保安處分一律「從新」，實有討論空間。惟有學者見解認為，必須限於與犯罪行為直接相關的財產增值，始得認為是犯罪所得，認為屬犯罪所得後才以總額原則沒收之。然若未受違法行為污染的「中性成本」，應認非屬犯罪所得，而不列入沒收範圍³⁸。另有學者認為，採總額原則，雖使沒收具有刑罰性，但僅對有責任能力的犯罪行為人適用，以減輕主刑方式，來避免違反罪刑相當原則，至於若沒收對象是無責任能力之犯罪行為人或第三人，只能採取「淨額原則」，亦值得參酌³⁹。

³⁶ 此類犯罪行為人透過代理方式實施違法行為，而使第三人取得違法所得，學說上稱此為「代理型案例」。陳重言，2015 第三人利得沒收之立法必要及其基礎輪廓：源自德國法規範與實務之啟發，《月旦法學雜誌》，238 期，頁 94。許絲捷，2016，第三人犯罪所得之沒收，《月旦法學雜誌》，252 期，頁 88。

³⁷ 最高法院 104 年台上字第 2762 號判決意旨，縱把沒收制度定性為從刑，但對於「違禁物、供犯罪所用、犯罪預備之物、因犯罪所生之物」等沒收，兼含有保安處分預防再犯的特質，不受罪責原則的拘束。相形之下，對「因犯罪所得之物」沒收，則是對行為人不法利得知對應措施，為應報主義產物，屬於刑罰而非保安處分，故須遵守罪責原則、刑罰相當等要求，對於犯罪所得沒收，不得令共犯間負連帶責任。

³⁸ 同註 13，頁 20。

³⁹ 參「臺高院邀薛仁智助理教授談，『沒收』新法」，司法周刊 1796 期，2016 年 4 月 29 日，4

4. 犯罪所得估算：

刑法第 38 條之 2 第 1 項規定：「前條犯罪所得之追徵範圍與價額，認定顯有困難時，得以估算認定之。第三十八條之追徵，亦同。」所謂「估算」乃指在無法確切探究真實數字之情況下，以推論方式作為數量調查方法，但仍需以一定事實作為認定基礎，故法官於判決中採估算方式認定犯罪所得，應於判決中表示估算基礎事實與估算之犯罪所得具有連結性，而此部分之證明僅需「自由證明」已足⁴⁰。

5. 沒收之過苛調節條款：

依刑法第 38 條之 2 第 2 項規定之過苛調節條款之裁量標準如下：

編號	要件	內容
1.	過苛之虞	考量犯罪所得採總額原則，不扣除成本，是否有過度侵害被沒收人財產之虞。
2.	欠缺刑法上重要性	若犯罪行為人已被宣告主刑或保安處分，已可達犯罪預防作用，再宣告沒收已不重要，則不得宣告沒收。
3.	犯罪所得價值低微	當為了沒收花費過多勞力、時間、費用，而不符合訴訟經濟時，得免予沒收。
4.	為維持宣告人生活條件必要	考慮沒收對犯罪行為人最低生活限度之影響，出於人道考量，可依本款不予沒收。

(七)沒收之宣告：

刑法第 40 條第 1 項規定：「沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之。」此處所稱之裁判，不以有罪判決為限。倘若犯罪行為人遭判決無罪、不受理時，另得依刑法第 40 條第 2 項及第 3 項規定，單獨宣

版。

⁴⁰ 許澤天，2016 沒收之估算，《月旦法學雜誌》，252 期，頁 53、57。

告沒收，但單獨宣告沒收，仍以一個違法行無存在為前提，法院審酌單獨沒收時，若發現不存在違法行為，則不得宣告單獨沒收。

(八)保全證據與沒收執行之獨立扣押的競合⁴¹：

為求 2016 年 7 月 1 日刑法沒收新制得以順利上路，立法者另於刑事訴訟法增修訂共計 16 條，以確保沒收於裁判後執行的可能性，此外，所增訂之第 133 條之 1、第 133 條之 2「保全沒收執行之扣押」「保全證據之扣押」均屬獨立保全扣押制度即非附隨於搜索之扣押，然前者採相對法官保留原則，後者則否⁴²。由於兩者扣押之標的現實上可能相同，故兩者競合時應循何程序處理，新法中並未明文規定，因而有討論必要，茲分敘如下：

1. 保全扣押競合案例：

(1) 犯罪證據與犯罪工具之扣押競合

甲與乙有不共戴天之仇，甲想殺掉乙，某日甲開車見乙要通過馬路便猛踩油門加速撞乙，乙遭撞當場死亡，甲立即駕車逃逸。甲之犯行遭後方由丙所駕駛車輛之行車紀錄器錄下，丙隨即至警局報案並將行車紀錄器交付警方。翌日，警員 AB 至甲住處調查時發現，甲犯案車輛就停在門外，但甲久未應門，調查後發現甲已搭機離境，警員 AB 因無搜索票，無法進入甲住宅內調查，便向檢察官報告，檢察官指示將甲犯案車輛拖回警局後至地檢署拿取檢察官核發之扣押令狀投入甲宅。試問：警員 AB 奉檢察官之指示將甲犯案車輛拖回警局，是否適法？

(2) 犯罪證據與犯罪利得扣押之競合

甲向乙施以詐術，誘騙投資甲虛設之創投公司，乙遂陷於錯誤將 1000 萬元匯入甲所指示之帳戶內，甲隨即避不見面，乙發現被騙報案，警方據報向檢察官報告，檢察官便行文凍結甲所有帳戶，是否合法？

2. 新刑事訴訟法適用之法律問題

⁴¹ 潘怡宏，德國杜賓根大學法學博士候選人，《論保全證據與保全沒收執行之獨立扣押的競合》，萬國法律 2016 年 6 月第 207 期，頁 55 以下。

⁴² 陳文貴，《刑事訴訟法增訂保全扣押相關條文立法過程與簡釋》，2016 年 7 月 1 日司法周刊司法文選別冊 1085 期，第 20-38 頁。

檢驗國家機關之扣押是否合法，首先必須確定遭扣押之客體是否為適格之客體。案例(1)中的甲車為殺害乙之「犯罪工具」，而案例(2)中存入甲指示帳戶的1000萬元為詐欺乙的直接「犯罪所得」，且前開物品均屬犯罪證據，故依刑事訴訟法第133條第1項規定，皆為適格扣押之客體。前開案例均非附隨於搜索之扣押，故僅需討論獨立保全扣押之規範，依刑事訴訟法第133條之1將獨立保全扣押之物區分為「可為證據之物」、「得沒收之物」。保全證據之扣押，在偵查中，得由檢察官命令為之；至於保全沒收執行之扣押，採事前法官保留原則，除非經受扣押標的物權利人同意或有刑事訴訟法第133條之2緊急狀況存在，否則必須事先得法官核可，始得為之。

前開二案例單就保全證據之扣押而言，依檢察官之命令為之於法無違，然若就保全沒收執行之扣押而言，因均未得標的物權利人同意，亦無急迫情形，在未有法官事前裁定下，於法不合。但值得探究的是，保全證據扣押與保全沒收執行扣押兩者競合時，是否必須符合兩者各自的法規範，扣押始為合法？上開問題，本次刑事訴訟法並無明文規範，但本文認為釐清保全證據扣押與保全沒收執行二套制度異同後，始能尋找出解決方式。

3. 保全證據與保全沒收執行之獨立扣押區別

保全證據之扣押	區別點	保全沒收執行之扣押
財產權之干預強度低	基本權干預強度	財產權之干預強度高
1. 確保刑事訴訟程序遂行。 2. 確保真時發現即裁判正確性。	目的	1. 確保日後沒收判決得以遂行。 2. 有效為犯罪預防。
得為證據之物。	標的	1. 違禁物。 2. 犯罪物及犯罪物之替代價額。 3. 犯罪利得原物及犯

		罪利得原物的替代價額。
1. 適格客體存在。 2. 存在一般犯罪嫌疑。 3. 可體具有作為證據的可能性。 4. 對於犯罪調查具重要性。	發動要件	1. 適格客體存在。 2. 存在一般犯罪嫌疑。 3. 可預測法院將做成沒收判決。 4. 保全必要性。 5. 比例原則。
檢察官	核定權限	法官
無禁止處分之效力	法律效果	具禁止處分效力
得發還與被告或受刑人	扣押物之發還	不得發還與被告或受刑人
不得撤銷	扣押撤銷	得撤銷

4. 保全證據與保全沒收執行之獨立扣押競合之處理

(1) 發動條件、決定權限分別適用，效力合一認定。

採此見解，前開二案例中檢警扣押行為雖符合刑事訴訟法第 133 條之 1 保全證據扣押的發動條件，並經檢察官核可，但因不符保全沒收執行程序之扣押規範，而屬違法扣押，不得作為證據。

(2) 發動條件與決定權限擇一適用，效力合一認定。

此種見解即係指在保全扣押競合案例中，縱使扣押之標的物同時具有「得為證據之物」與「得為沒收之物」雙重性質，但只要其中一種符合法定保全扣押程序規範，扣押即屬合法。據此，前開二案例中檢警之扣押行為，既已符合刑事訴訟法第 133 條之 1 保全證據之扣押法定要件，即使不符合保全沒收執行之扣押規範，亦屬合法扣押，同時具有保全證據扣押即保全沒收執行扣押之效力。

(3) 發動條件、決定權限分別適用，效力分別認定。

此種見解即指當保全證據扣押與保全沒收執行扣押產生競合時，

自應分別檢驗其合法性要件是否滿足。據此，前開二案例中檢警扣押行為既已符合保全證據扣押發動條件且經檢察官核可，即具有保全證據扣押之效力，但因未經法官核可而未符合保全證據執行扣押之要求，自不生保全沒收執行扣押之效力，須待檢察官依法向法院聲請裁定，始得補正。

(4)發動條件分別適用，但統一決定權限機關，效力合一認定。

此見解指，當保全證據扣押與保全沒收執行之扣押發生競合時，應分別適用發動條件，但扣押決定權從原本二個各別機關行使，改由一個機關行使，至於應由何機關行使，即藉由法條之目的解釋及體系解釋確認該由法官或檢察官決定。據此，前開二案例中檢警扣押行為縱使已符合保全證據扣押之發動條件且經檢察官核可，但經法律解釋結果，保全扣押競合時，應改採法官保留原則者，則屬違法扣押。但若採法律解釋結果，保全證據競合時，應改採檢察官保留，則前開二案例中之檢警扣押行為均屬合法。觀諸新刑事訴訟法第 133 條之 1 立法理由指示提及「同時得為證據及得沒收之物，仍應法官裁定，以免架空就沒收物採法官保留原則之立法意旨。」似認同第四種保全扣押競合的處理方法。

5. 本文見解

新刑事訴訟法第 133 條之 1 雖同時規範「保全證據之扣押」與「保全沒收執行之扣押」二套制度，因該二者制度本質上不同，故應分別檢視其各別要件存在，由各別機關決定是否核發扣押命令，再確定是否能發生扣押效力，至於該條立法理由中有關保全扣押競合之描述，應認踰越法律解釋界線，並同時破壞保全證據扣押與保全沒收執行扣押的獨立性，與該條檢察官就保全證據扣押有同意權之立法目的相悖，故可視為立法者贅言。因此，日後處理保全扣押物競合時，本文認為若已符合保全沒收執行之扣押條件，應依刑事訴訟法第 133 條之 2 辦理。若已為保全證據扣押執行後，始發現尚未為保全沒收執行之扣押者，應立即向法院聲請裁定，以確保日後執行順遂。據此，前

開案例中檢警扣押行為，因符合保全證據扣押之發動條件，並經檢察官核可，自有保全證據扣押之效力，但因檢察官尚未對該標的向法院聲請保全沒收執行之扣押裁定，自未生保全沒收執行扣押之法律效果。

（九）沒收之程序保障

1. 嚴格證明與自由證明

刑法第 38 條之 2 修正理由「另因犯罪所得之沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰，自不適用嚴格證明法則，僅需自由證明已足，已表明合理之證明負擔。」關於立法理由中，僅以「非屬刑罰」，便直接推論「僅需適用自由證明為已足」的結論，學說上認為過於率斷，應視犯罪所得沒收涉及實體抑或程序事項來決定適用嚴格證明還是自由證明法則⁴³。是以，犯罪利得以有刑事違法為前提，而刑事違法行為同時也以對被告論罪科刑為前提，對此前提事實應適用嚴格證明法則，至於利得之有無、範圍，因刑法第 38 條之 1 修正理由揭示利得沒收採總額原則，使得沒收制度兼具刑罰性，故亦應適用嚴格證明法則。另刑法第 38 條之 2 第 1 項規定，授權法院可就「犯罪所得之追徵範圍與價額」採估算方式認定，因估算本身具有訴訟法性質，為達訴訟經濟，採「自由證明」已足⁴⁴。值得注意的是，刑法第 38 條之 2 第 1 項規定，限於對犯罪所得及追徵範圍認定顯有困難時，才允許法院估算認定，若非「顯有困難」法院仍須履行調查義務。

2. 未應訴亦可單獨沒收

按刑事訴訟法第 281 條第 1 項規定，原則上被告必須到庭，才能進行審判，且被告必須有就審能力，若因被告疾病不能到庭、心神喪失未回復，須依同法第 294 條停止審判，否則僅能下無罪或免訴判決。但刑法第 40 條第 3 項修正理由意旨揭示，不論犯罪行為人因潛逃而未出庭、或因疾病、心神喪失等無法繼續訴訟，都可單獨宣告沒收。然前開新法制度對犯罪行為人之財產權益維護欠缺配套措施，有

⁴³ 許澤天，〈沒收估算〉，月旦法學雜誌 252 期，2016 年 5 月，頁 54 以下。

⁴⁴ 同前註，第 53-至第 54 頁。

學者認為如循民事訴訟程序對其沒收，可藉由適當代理制度，讓犯罪行為人在無法到庭之情況下，有機會進行財產權之相關攻防，而給予一定程序保障⁴⁵。另針對刑法第 38 條第 3 項及同法第 38 條之 1 第 2 項第三人之財產單獨宣沒收時，刑事訴訟法第 455 條之 37 明文揭示，第三人參與程序之規定。

第二節 結語：

中國古代即有「籍沒」亦即將全部家產沒收充公的處罰方式，而本次 2015 年刑法修正後，新制度關於犯罪所得沒收定性為刑罰及保安處分以外之法律效果，而推論沒有罪刑法定主義原則之適用，但沒收的性質應該與刑罰相似，當法律變更時尚且給予當事人「從輕」之優惠，但沒收新制卻可回溯適用刑法修正前發生的犯罪行為，是否妥當值得深思。本次刑法修正關於犯罪所得沒收、追徵、犯罪所得範圍計算、對第三人沒收、估算制度適用、被害人在程序中應循何種訴訟救濟制度等，學界仍存在些許爭議與批評，筆者認為或許可將「沒收」與行政法上「沒入」概念整合後，作為一種新行政處分的類型，讓當事人得以尋求行政處分程序救濟。此外，亦可於下次刑法修正時，將刑事訴訟法中相關法律一併修正，使得實體法與程序法可相互接應、配合。然目前仍僅可待實務經驗累積，以達到新法改革之目的。

第二章 中國大陸地區沒收制度

第一節 特別沒收制度

(一) 案例背景

2006 年 10 月到 2010 年 12 月，江西省鄱陽縣財政局經濟建設股長李華波，利用職務之便侵占財政局基建專戶中 9400 萬元後潛逃新加坡，中國大陸地區(以下簡稱:大陸)公安部門立案經由最高人民檢察院審查後，由公安部向國際刑警組織對李華波發布紅色通緝令，隨即新加坡在逮捕李華波後，以「不誠實接受竊盜財產

⁴⁵ 民事訴訟法第 70 條。民事訴訟法第 47 條、民法第 103 條。民事訴訟法第 51 條第 1 項及臺灣高等法院 96 年上字第 731 號裁定。

罪」判處 15 個月監禁，同時判決將贓款 18.2 萬新元歸還與大陸。為追回其餘贓款，2014 年 8 月 29 日，江西上饒中級法院經由上饒市人民檢察院請求開始審理李華波違法所得沒收一案，裁定將李華波移至新加坡的贓款沒收，成為大陸首個被沒收違法所得的外逃貪官，但本案利害關係人⁴⁶(李華波父母)提出異議，主張被申請沒收的某處房產是李華波和其妻子徐愛紅的合法財產，沒收該房產欠缺法律依據，2015 年 5 月 9 日李華波遭遣返回大陸，開啟後續追贓的程序⁴⁷。

(二) 跨國追贓程序

李華波案在大陸與新加坡並未簽訂司法互助條約的情況下，依據聯合國反腐公約(以下簡稱:UNCAC)開啟跨國追贓程序，前開案例是大陸首件適用犯罪嫌疑人逃匿沒收違法所得的首例，並且亦是根據 UNCAC 第 54 條第 1 項第 1 款承認和執行請求國發出沒收令的跨國追贓可能性。然國際間對於界定「違法所得及其他財產涉案範圍」認定不盡相同，使得違法所得沒收的特別程序往往是迫於跨國間追贓的現實需要，故本文試著將 UNCAC 與大陸刑法、刑事訴訟法等相關規定串聯，來探究大陸特別沒收的性質、對象範圍及具體適用⁴⁸。

(三) 現行制度問題與解決方法

1. 立法缺陷:

(1) 案件適用範圍及財產沒收範圍不明:

按刑事訴訟法第 280 條第 1 款，對於貪污賄賂罪、恐怖活動犯罪等重大犯罪案件，犯罪嫌疑人、被告逃匿，在通緝一年後不能到案或犯罪嫌疑人、被告人死亡，依照刑法規定應當追繳違法所得及

⁴⁶ 最高人民法院《關於適用中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋》(以下簡稱:解釋)，第 513 條，對申請沒收的財產主張所有權的人，應當認定為刑事訴訟法第 281 條第 2 款規定的「其他利害關係人」。

⁴⁷ 馬康，《違法所得沒收程序具體適用中的若干問題研究》，2016 年 1 月西華大學學報第 35 卷第 1 期。

⁴⁸ 陳夢尋，中國人民大學法學院人大法律評論編輯，《聯合國反腐敗公約》視角下特別沒收制度探析，2016 年 2 月石河子大學學報第 30 卷第 1 期。

其他涉案財產的，人民檢察院可以向人民法院提出沒收違法所得的申請。另按刑事訴訟法解釋第 508 條，具有下列情形之一的，應當認定為刑事訴訟法第 280 條第 1 款規定的重大犯罪案件：(1) 犯罪嫌疑人、被告可能被判處無期徒刑以上刑罰的。(2) 案件在本省、自治區、直轄市或者全國範圍內有較大影響的。(3) 其他重大犯罪案件。互核前開法條及司法解釋可知，司法解釋擴大了刑事訴訟法適用的範圍，所謂「重大犯罪」如何認定？標準為何？均有疑義。另按司法解釋第 509 條對於財產沒收範圍細化，認為實施犯罪所得取得之財物、孳息及被告非法取得違禁品、供犯罪所用的本人財物均屬於沒收範圍。但有學者認為，若供犯罪所用但為本人合法所得財物是否沒收？又若實施犯罪行為所得但已移轉給善意第三人之財物是否沒收⁴⁹？

2. 執行障礙：

(1) 涉案財產查找困難：

涉案財產範圍甚廣，包含直接收益、間接收益、犯罪工具、個人財產、第三人財產等。此外若涉及財產所在地區不同或跨國⁵⁰，甚且透過財產轉移、隱蔽都使得查找財產增添許多難度。

(2) 檢察機關辦理違法所得沒收案件動力不足：

依據刑事訴訟法第 280 條規定，由人民檢察院向法院提出沒收違法所得申請，但由於必須犯罪嫌疑人通緝 1 年後才能啟動程序，啟動後還須經過 6 個月公告期間，在結案數量考核下，除非是具政策性目標的貪污案件，否則甚難有很高的執行動機。

(3) 證明標準過高：

按刑事訴訟法解釋第 506 條，對案件審理採嚴格證明法則，但違法沒收裁定往往是在被告缺席情況下做成，另外此類案件犯罪證據往往具隱蔽性，檢察院很難達到此證明標準而遭到無罪推

⁴⁹ 李永艷，黑龍江大學，《論我國違法所得沒收程序適用》，2016 年第 3 期，黑龍江省政法管理幹部學院學報，頁 107 以下。

⁵⁰ 蔣秀蘭，《沒收國際合作領域權利救濟探析》，2016 年 8 月，國家設科基金規劃項目，跨國追徵和沒收犯罪資產國際合作及國內法律完善研究。

定的訴訟結果⁵¹。

3. 立法建議⁵²

(1) 明確案件適用及財產沒收範圍

特別沒收範圍限於本人非法財產部分，合法財產只能經過定罪才能沒收，且必須經過嚴格證明標準檢視，降低錯誤風險。此外，為保護善意第三人財產，在刑事訴訟法修正前，可參酌聯合國反腐公約中對第三人財產保護原則，只要第三人能證明對相關財產取得符合善意取得要件，該財產則不應被沒收⁵³。

(2) 舉證責任倒置：

當檢察機關高度懷疑財產是違法所得，但由於現實狀況無法查清來源時，可透過舉證責任倒置⁵⁴，由被告方證明財產是合法來源，若無法證明則推定財產是違法所得。此種舉證責任倒置在大陸地區針對巨額財產來源不明犯罪及刑法第 395 條貪污賄賂罪均已實踐，檢察機關僅須證明被告具國家工作人員身分，其財產、支出明顯超過其合法收入，在差額巨大下，若被告無法說明差額來源，則構成巨額財產來源不明罪⁵⁶。

(3) 健全財產調查制度：

建立信息查詢一體化平台⁵⁷，經過檢察長批准，檢察院有權查詢被告名下在國內之一切有形、無形財產。另針對財產保全方面，除傳統上查封、扣押、凍結等方式外，針對容易腐敗或因時間導致標的價值會嚴重減損之物件，可先行在司法網路拍賣網站

⁵¹ 陳雷，《論我國違法所得沒收程序若干問題探討》，人民檢察 2013(13)。

⁵² 吳家興，《論違法所得沒收程序中的利害關係人》，2016 年 8 月法制博覽，頁 199 以下。認為應在偵查階段提供利害關係人相關訊息，並提供法律扶助，始能充分保障利害關係人之權益。

⁵³ 根據 2000 年《聯合國打擊有組織犯罪公約》第 14 條第 2 款，對於沒收犯罪所得或財產，各締約國應考慮將其交還給請求締約國，以便對犯罪被害人賠償或歸還合法所有人。2003 年《聯合國反腐敗公約》第 34 條、第 57 條對沒收財產規定為，應由締約國依照公約規定和本國法律予以處分，包括按照該條第 3 款對原合法第三人予以返還，或者在考慮善意第三人權利下，按照公約返還沒收的財產。

⁵⁴ 聯合國反腐敗公約第 31 條第 8 款。

⁵⁵ 張錦、彭景理，《未定罪沒收程序屬性及證明問題研究》，2016 年 3 月社會科學研究，頁第 89 以下。

⁵⁶ 簡樂偉，《違法所得沒收程序適用中的問題與應對》，暨南學報，2015(1)。

⁵⁷ 最高法院於 2014 年建立網絡執行查控系統，自動化查控被執行人財產。

上變價，又對於隱匿財產的被告列入「失信被執行人名單」，對其形成一處失信處處受限的窘境，促其自動繳出違法所得。此外，對於遭被告移往國外的財產，偵查機關除透過國際司法協助外，也可嘗試與相關國家進行「贓款分享制度」，來提高外國協助的可能與積極性。

(4) 激發檢察機關追贓意識：

現行法下檢察機關是啟動為法沒收程序的唯一主體，當檢察機關未能及時啟動程序時往往造成財產隱匿的結果，因此是否將利害關係人、公安機關、法院均納入申請主體，實質參酌⁵⁸。此外，為加強社會監督，宜將檢察機關執行特別沒收程序進行信息公开⁵⁹，並納入案件考核範圍，以提高追贓動機⁶⁰。

第二節 一般沒收制度

(一) 案例背景：

2013年3月底，陳增志分4次轉款13萬元給張權，讓張權代購冰毒，張權購得冰毒後交由羅孝松從四川省內江市運輸到江蘇省南京市。同年4月13日，羅孝松江冰毒運至南京與陳增志會合時被公安機關當場查獲，並扣得毒品，張權則在四川省威遠縣被公安機關抓獲。2012年，江蘇省南京市中級人民法院判決：一、被告陳增志涉犯販賣、運輸毒品罪，判處無期徒刑，剝奪政治權利終身，並處沒收個人全部財產。被告張權涉犯販賣、運輸毒品罪，判處有期徒刑15年，沒收個人財產1.5萬元。被告羅孝松涉犯販賣、運輸毒品罪，判處有期徒刑15年，並處沒收個人財產1萬元。

(二) 爭議：

⁵⁸ 熊路，《特別沒收程序若干問題研究》，時代法學 2015(4)。

⁵⁹ 費文彬、李宏聲、唐儉、劉莫敏，《廣西決勝執行難全媒體直播活動聚焦玉林》人民法院新聞傳媒總社，2018年10月30日。

⁶⁰ 李放、高誥、潘德鑫、張紫賓，《建構執行難之二：基本解決執行難有三寶-規範化、高科技、眾人拾柴火焰高》，最高人民法院於2018年10月22日新聞，近五年來，執行結案已超過2100萬件，整體執行率超過百分之九十，金額達到七萬億元。

⁶¹ 程國維撰筆，《最高法院關於人民法院解決執行難工作情況報告》，人民法院新聞傳媒總社，2018年10月24日最高人民法院院長周強在第十三屆全國人民代表大會常務委員會第六次會議上報告。

一般沒收程序承前所述，係沒收犯罪人全部或一部財產，而不論財產是否與犯罪行為相關，若未兼衡比例原則，不僅會侵害犯罪人之繼承人在民法上繼承犯罪人合法財產之權利，另外由於沒收財產是交由國家充公而非賠償與被害人，是否妥當，值得審究⁶²。

(三)限制適用：

立法上除了在嚴重貪利型及財產犯罪有一般沒收規定外，在刑法中針對危害國家安全罪、侵犯公民人身、民主權利罪及妨害社會管理秩序罪亦有一般沒收的規定。但刑法中綁架罪是行為犯，只要行為人實施綁架行為即已既遂，是否取得贖金與犯罪成立與否無涉，故以主觀上具有貪利性作為一般沒收依據尚欠妥當，因此宜限制，非有必要否則不應逕以一般沒收，可審酌以罰金替代。

(四)建議：

人民法院在對犯罪行為人盡可能不為一般沒收而以罰金替代之，除非涉及嚴重貪利或高度人身侵害犯罪。而立法上，宜在配置財產型的各罪後附加罰金刑。此外依據刑事訴訟法規定沒收財產執行必要時，由人民法院會同公安機關共同執行，此立法目的在排除執行中可能遇到的阻礙，但若能在司法行政機關內部成立執行部門，除可更專業化執行工作，也可避免機關間相互矛盾，提升執行效果。

第三節 特別沒收與一般沒收之區別

特別沒收	區別點	一般沒收
大陸刑法第 64 條	法條	大陸刑法第 59 條
沒收犯罪人因 <u>違法所得</u> 取得之一切財物 ⁶³ 。亦即僅限與犯	沒收標的	1. 沒收犯罪人一部或全部財產，但得保留必要生活費用

⁶² 史丹如，中國人民公安大學，《沒收財產刑適用問題研究》，2014 年第 6 期中國人民公安大學學報。

⁶³ 吳新軍，《違法所得沒收的司法疑難與立法完善》，2016 年 6 月(上)法制與社會，頁 110 以下。違法所得包含直接與間接所得，此外若強迫他人放棄對自己的債權，這種財產也算是違法所得，而均應納入特別沒收範圍，因任何人不得從自己的不法行為中獲利。另外，所謂沒收因違法所得之一切財產，不需扣除犯罪成本。

罪密切相關之財物方得沒收，不包含一般財產上權利 ⁶⁴ ，且利害關係人對於違法所得得主張權利 ⁶⁵ 。		6667。 2. 刑法第 60 條規定，沒收以前犯罪人所負正當債務，經債權人請求，應當償還 ⁶⁸ 。
屬於保安處分，目的在犯罪預防 ⁶⁹ 。	法律上性質	刑罰。需遵守罪刑法定原則 ⁷⁰ 。
1. 違禁物。 2. 犯罪人因違法行為	沒收對象	沒收犯罪人 <u>全部或一部合法財產</u> ⁷⁴⁷⁵ ，不論是否與犯罪有

⁶⁴ 萬志鵬、黃曉，《論沒收財產刑中的『財產』》，2011 年中國刑事法雜誌第 4 期，頁 10 以下。

⁶⁵ 同註 52。

⁶⁶ 最高人民法院 2005 年 1 月 1 日頒布《關於人民法院民事執行中查封、扣押、凍結財產的規定》，其中揭示下列八種財產法院不得查封、扣押、凍結：(1)被執行人及其扶養家屬生活所必需的衣服、家具等其他生活必需物品。(2)生活上必須的費用。(3)完成義務教育必須的物品。(4)未公開的發明或未發表的著作。(5)為彌補身體缺陷所必需的輔具及醫療物品。(6)被執行人所得勳章及其他表彰榮譽的物品。(7)中國與外國或國際組織締結條約、協定而免與查封、扣押、凍結的財產。(8)法律或司法解釋規定不得查封、扣押、凍結的財產。

⁶⁷ 刑法第 64 條，一、犯罪份子違法所得一切財產，應當予以追繳或令退賠。二、對被害人的合法財產，應當及時返還。第三、違禁品和供犯罪所用的本人財物，應當予以沒收。

⁶⁸ 鄭偉、王業權，《以沒收財產償還犯罪份子所負債務問題研究》，2016 年 1 月綿陽師範學院學報，第 1 期第 35 卷，頁 21 以下。何時應以沒收財產償還犯罪份子所負債務，除參考下列表格外，更要兼衡比例原則來確定以沒收財產清償犯罪份子債務的範圍。

編號	負債時點	應否以沒收財產清償被告負債
1.	判決生效前所負合法債務	V
2.	債務於判決前已到清償期限且未罹於時效	V
3.	債務於判決前未到期	X
4.	債權已罹時效	X

⁶⁹ 張明楷，《論刑法中的沒收》，2012 年 3 月。刑事訴訟法新增違法所得沒收程序是未經定罪的形式沒收程序，保安處分色彩濃厚，切斷沒收與罪責的關聯。

⁷⁰ 包含國家安全罪、破壞社會主義市場經濟秩序罪、侵犯財產罪、貪污賄賂罪。

⁷⁴ 同註 49，參考刑法第 92 條規定，此處的財產包含犯罪人合法擁有任何形式的財產。而此處應以法院作出被告有罪判決並宣告沒收財產時，當下的財產作為沒收標的。理由如下(1)當被告被法院宣判有罪確定時，才有義務接受國家剝奪財產。(2)若以被告犯罪時的財產作為剝奪的標的，將造成判決確定有罪時，現況財產計算困難。(3)若以犯罪時被告的合法財產作為沒收標的，則除非法院在審理時立即詳細清查，否則無異提醒被告及其家屬可以脫產來避免沒收。為此，宜在準備宣告沒收前先詳細清查被告合法財產範圍，並為一定的保全措施，以保障將來沒收程序執行順利。

⁷⁵同前註 49，此處判決沒收的財產限於犯罪人家屬所有或應有以外的財產。

所得 ⁷¹ 一切財產 ⁷² 。 3. 供犯罪所用之本人財物 ⁷³ 。		關。
否。	是否須具備責任能力	否。
1. 原則:無。 2. 例外:對於沒收供犯罪使用的本人財物時，應審酌比例原則與相當性原則 ⁷⁶ 。	法院對沒收有無裁量權	刑事訴訟法第 439 條第 3 款規定，判處沒收財產判決生效後，立即執行。
1. 依刑事訴訟法第 280 條規定，案件類型限於貪污賄賂、恐怖活動等重大犯罪。 2. 被追訴人逃匿或通緝一年後仍未到案，	案件適用範圍	1. 限於判決時本人現有的合法財產。 2. 被告於案件判決後合法取得的新財產，不能追徵也不能恢復執行 ⁷⁹ 。 3. 被告於判決時隱匿財產導致無法執行時，該部分財產

⁷¹依刑事訴訟法第 191 條規定，違法所得限於被追訴人因犯罪行為獲得之錢財或物品，其概念等同於犯罪所得。參考全國人大常委會法制工作委員會刑法室《關於修改中華人民共和國刑事訴訟法的決定》條文說明、立法理由，犯罪所得採廣義解釋，包含三種:1.直接實施犯罪行為時的財物。2.犯罪過程中取得的財物。3.作為實施犯罪行為的酬勞。

⁷² 聯合國反腐公約與聯合國打擊跨國有組織犯罪公約中都將犯罪所得規定為通過實施犯罪而直接或間接獲得之任何財產。UNCAC 第 31 條第 4 至第 6 款規定，犯罪所得三種態樣包含，替代收益、混合收益、利益收益。而前開條約對犯罪所得之定義，於 2014 年 10 月 30 日最高人民法院《關於刑事裁判涉案財產部分執行的若干規定》第 10 條獲得認同，認為對贓款、贓物及其收益，人民法院應當一併追徵。被執行人將贓款、贓物投資或者置業，對因此形成的財產及收益，人民法院應予追繳。被執行人將贓款、贓物與其他合法財產共同投資或置業，對因此形成財產中與贓款、贓物對應的份額及收益，人民法院應予追徵。

⁷³ 通說認為，供犯罪所用的本人財物中，對於犯罪工具是實施犯罪所用的一切物品。但另有學者認為，應限於必須犯罪工具直接造成犯罪行為的侵害能力始足當之。

⁷⁶ 犯罪嫌疑人、被害人的親屬或對被申請沒收財產主張所有權的其他利害關係人，可對違法所得主張權利。

⁷⁹ 鄧光陽，《沒收財產刑執行案件的結案方式》，2017 年第 20 期，人民司法案例研究，頁 108 以下。

或被追訴人死亡 ⁷⁷ 。		應視為不法財產，不能用一般沒收處理，故無法恢復執行 ⁸⁰ 。
刑事訴訟法第 280 條規定，由檢察機關向法院提供犯罪事實與違法所得間有實質關	舉證責任	由人民檢察院負責舉證 ⁸² 。

⁷⁷ 見解釋第 507 條及最高人民檢察院《人民檢察院刑事訴訟規則(試行)》(以下簡稱:解釋)第 523 條。

⁷⁸ 袁紅軍、鄧文君,《檢察機關特別沒收申請的選擇》,2012 年人民檢察官點摘要第 19 期。最高人民檢察院,《關於適用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件違法所得沒收程序若干問題的規定》,法釋(2017)1 號,發布日期 2017 年 1 月 4 日。

死亡、逃匿或歸案發生時點	被告、犯罪嫌疑人死亡	被告、犯罪嫌疑人逃匿	被告、犯罪嫌疑人逃匿後又歸案
偵查中	偵查機關應將案件撤銷,提出沒收違法所得意見後交由公安部門向人民法院提出沒收申請。	偵查機關提出沒收違法所得意見書後,由檢察院向法院申請沒收違法所得。	恢復正常偵查程序。
起訴前	檢察機關作成不起訴處分後,由公安部門向法院提出沒收申請。	由公安部門向法院提出沒收違法所得申請。	檢察機關沒有向法院提出沒收違法所得必要。
審判中	法院作成終止審理裁定後,將案件退還檢察機關,在由公安部門向法院提出沒收申請。	法院作成終止審理裁定後,將案件退還檢察機關,在由公安部門向法院提出沒收申請。	<ol style="list-style-type: none"> 1. 公告期間歸案: 法院終止審理,檢察機關所申請沒收違法所得當然失效,法院應將案件退回檢察機關,案件恢復到起訴階段,案一般刑事訴訟程序沒收不法所得。 2. 法院審理中: 法院終止審理沒收違法所得申請,由檢察機關申請撤回案件,重新提起公訴,案一般刑事程序沒收不法所得。

⁸⁰ 刑事訴訟法解釋第 444 條第 2 款規定,裁定終結執行後,發現被執行財產有被隱匿、移轉等情,應當追繳。由執行裁決機構或刑事審判機構下達追徵裁定書交由執行部門執行。若被告違反情節嚴重拒不執行,將予移送進入刑事訴訟程序。

⁸² 刑事訴訟法第 49 條、最高人民檢察院《人民檢察院刑事訴訟規則(試行)》第 535 條、最高人民法院《關於適用中華人民共和國刑事訴訟法的解釋》。

聯 ⁸¹ 之證據。		
針對「物」的訴訟程序，故適用民事訴訟程序「優勢證據」的證明標準 ⁸³⁸⁴ ，亦即以優勢證據證明財物是違法所得收益即可。	證明標準	自由證明。

第三章 香港地區沒收制度及其運作

第一節 法源依據

香港立法會 CB(2)2577/05-06(03)號即 2006 年 7 月 4 日會議討論文件，針對保安事務委員會為在香港實施《聯合國反腐敗公約》⁸⁵(下稱:公約)中有關沒收財產，引渡及司法協助的有關規定，而作出一系列相關立法。

第二節 立法背景

公約提供了一套綜合性的標準、措施和規則供成員引用，以加強打擊貪污的規管機制，公約要求在公營部門及私營機構設立預防及貪污刑事化的措施。此外，公約也提出基本原則及架構，以加強各國之間的反貪污合作。由於 2006 年 2 月 12 日，公約對中國生效，因此該公約亦適用於香港特別行政區。

第三節 香港地區依據公約而制定之立法

⁸¹ 吳林生，《罪刑法定視野下時值解釋論之倡導》，2009 年中國刑事法雜誌第七期。所謂實質關聯證明對項有二:1.被追訴人存在犯罪事實，且被追訴死亡或潛逃。2.被追訴事實與遭請求沒收之財物間有實質關聯。

⁸³ 楊宜群、朱新武，《論違法所得沒收程序的證明標準》，安徽省淮南市人民檢察院，2014 年司法實務第 9 期。

⁸⁴ 蘇辰陽，《我國違法所得沒收程序證明制度的現狀及問題》，2016 年 2 月 20 日開封教育學院學報第 36 卷第 2 期，認為特別沒收程序應為特殊刑事訴訟程序，因該程序是針對被告、犯罪嫌疑人逃匿或死亡時解決財產問題，而一般刑事訴訟程序是在解決被告、犯罪嫌疑人刑事責任問題，二者不同。又民事訴訟程序在解決平等主體間產權益糾紛，而特別沒收程序主體為檢察機關與被告、犯罪及嫌疑人、利害關係人等，故主體間並不平等，因此特別沒收程序亦與民事訴訟程序不同。

⁸⁵ 公約的詳情，可參考聯合國的網頁(網址:
http://www.unodc.org/unodc/crime_convention_corruption.html)

(一)沒收犯罪所得部分

按照公約第 31 條⁸⁶，各締約國須採取措施，以辨認、追查、凍結、扣押及最終沒收賄賂所得的財產。根據香港地區的法律制度，《有組織及嚴重罪行條例》(香港法例第 455 章)有條文以凍結、扣押及沒收犯罪所得的財產，政府可向法庭申請引用以上的權力，以處理條例附表 2 中所列罪行所得的財產。現今《防止賄賂條例》(香港法例第 201 章)第 4(1)，5(1)，6(1)及 9(2)條有關“提供”賄賂的罪行，已被包括在《有組織及嚴重罪行條例》的附表 2 內。然而，《防止賄賂條例》第 4(2)，5(2)，6(2)及 9(1)條的“接受”賄賂的罪行，則不包括在《有組織及嚴重罪行條例》的附表 2 內。為確實履行《聯合國反腐敗公約》的沒收財產規定，接受“賄賂的罪行應列入《有組織及嚴重罪行條例》的附表 2 內，讓《有組織及嚴重罪行條例》中有關沒收財產的工具可適用於這些罪行⁸⁷。因此，根據《有組織及嚴重罪行條例》第 31 條，藉命令以

⁸⁶ 第 31 條 凍結、扣押和沒收

1. 各締約國均應當在本國法律制度的範圍內盡最大可能採取必要的措施，以來自根據本公約確立的犯罪的犯罪所得或者價值與這種所得相當的財產；用于或者擬用于根據本公約確立的犯罪的財產、設備或者其他工具。
2. 各締約國均應當採取必要的措施，辨認、追查、凍結或者扣押本條第一款所述任何物品，以便最終予以沒收。
3. 各締約國均應當根據本國法律採取必要的立法和其他措施，規範主管機關對本條第一款和第二款中所涉及的凍結、扣押或者沒收的財產的管理。
4. 如果這類犯罪所得已經部分或者全部轉變或者轉化為其他財產，則應當以這類財產代替原犯罪所得而對之適用本條所述措施。
5. 如果這類犯罪所得已經與從合法來源獲得的財產相混合，則應當在不影響凍結權或者扣押權的情況下沒收這類財產，沒收價值最高可以達到混合于其中的犯罪所得的估計價值。
6. 對於來自這類犯罪所得、來自這類犯罪所得轉變或者轉化而成的財產或者來自已經與這類犯罪所得相混合的財產的收入或者其他利益，也應當適用本條所述措施，其方式和程度與處置犯罪所得相同。
7. 為本條和本公約第五十五條的目的，各締約國均應當使其法院或者其他主管機關有權下令提供或者扣押銀行記錄、財務記錄或者商業記錄。締約國不得以銀行保密為理由拒絕根據本款的規定採取行動。
8. 締約國可以考慮要求由罪犯證明這類所指稱的犯罪所得或者其他應當予以沒收的財產的合法來源，但是此種要求應當符合其本國法律的基本原則以及司法程式和其他程式的性質。
9. 不得對本條的規定作損害善意第三人權利的解釋。
10. 本條的任何規定概不影響其所述各項措施應當根據締約國法律規定并以其為准加以確定和實施的原則。

⁸⁷ 一、章： 201 標題： 防止賄賂條例

條： 4

條文標題： 賄賂

版本日期： 09/05/2003

- (1) 任何人(不論在香港或其他地方)無合法權限或合理辯解，向任何公職人員提供任何利益，作為該公職人員作出以下行為的誘因或報酬，或由於該公職人員作出以下行為而向他提供任何利益，即屬犯罪— (由 1980 年第 28 號第 3 條修訂) (a) 作出或不作出，或曾經作出或不作出任何憑其公職人員身分而作的作為； (b) 加速、拖延、妨礙或阻止，或曾經加速、拖延、 妨礙或阻止由本人作出或由其他公職人員作出任何 憑其本人或該其他人員的公職人員身分而作的作為；或 (c) 協助、優待、妨礙或拖延，或曾經協助、優待、 妨礙或拖延任何人與公共機構間往來事務的辦理。
- (2) 任何公職人員(不論在香港或其他地方)無合法權限或合理辯解，索取 或接受任何利益，作為他作出以下行為的誘因或報酬，或由於他作出以下行為而索取或接受任何利益，即屬犯罪— (由 1980 年第 28 號第 3 條修訂) (a) 作出或不作出，或曾經作出或不作出任何憑其公 職人員身分而作的作為； (b) 加速、拖延、妨礙或阻止，或曾經加速、拖延、 妨礙或阻止由本人作出或由其他公職人員作出任何憑其本人或該其他人員的公職人員身分而作的作 為；或 (c) 協助、優待、妨礙或拖延，或曾經協助、優待、妨礙或拖延任何人與公共機構間往來事務的辦理。

二、 章： 201 標題： 防止賄賂條例

條： 5

條文標題： 為合約事務上給予協助等而作的賄賂

版本日期： 30/06/1997

- (1) 任何人無合法權限或合理辯解，向任何公職人員提供任何利益，作為該公職人員在以下事項上給予協助或運用影響力，或曾經給予協助或運用影響力的誘因或報酬，或由於該公職人員在以下事項上給予協助或 運用影響力，或曾經給予協助或運用影響力而向他提供任何利益，即屬 犯罪— (a) 以下合約的促進、簽立或促致— (i) 與公共機構訂立的任何有關執行工作、提供服務、辦理事情或供應物品、物料或物質的合約；或 (ii) 就與公共機構訂立的合約而執行所需工 作、提供所需服務、辦理所需事情或供應所需物品、物料或物質的分包合約；或 (b) 上述合約或分包合約中規定或以其他方式訂定的價格、代價或其他款項的支付。
- (2) 任何公職人員無合法權限或合理辯解，索取或接受任何利益，作為他在以下事項上給予協助或運用影響力，或曾經給予協助或運用影響力的誘因或報酬，或由於該公職人員在以下事項上給予協助或運用影響 力，或曾經給予協助或運 用影響力而索取或接受任何利益，即屬犯罪—(a) 第(1)款所指合約或分包合約的促進、簽立或促致；或 (b) 第(1)款所指合約或分包合約中規定或以其他方式訂定的價格、代價或 其他款項的支付。

三、 章： 201

標題： 防止賄賂條例

條： 6

條文標題： 為促致他人撤回投標 而作的賄賂

版本日期： 30/06/1997

- (1) 任何人無合法權限或合理辯解，向他人提供任何利益，作為撤回為 了與公共機構訂立有關執行工作、提供服務、辦理事情或供應物品、物 料或物質的合約而作的投標，或不參與該項投標的誘因或報酬，或由於 撤回該項投標或不參與該項投標而向他提供任何利益，即屬犯罪。
- (2) 任何人無合法權限或合理辯解，索取或接受任何利益，作為撤回為 了訂立第(1)款所指合約而作的投標或不參與該項投標的誘因或報酬，或由於他撤回該項投標或不參與該項投標而索取或接受任何利益，即屬犯罪。

四、 章： 201

標題： 防止賄賂條例

條： 9

條文標題： 代理人的貪污交易

版本日期： 30/06/1997

- (1) 任何代理人無合法權限或合理辯解，索取或接受任何利益，作為他作出以下行為的誘因或報酬，或由於他作出以下行為而索取或接受任何利益，即屬犯罪— (a) 作出或不作出，或曾經作出或不作出任何與其主事人的事務或業務有關的作為；或 (b) 在與其主事人

將《防止賄賂條例》第 4(2)，5(2)，6(2)及 9(1)條加入《有組織及嚴重罪行條例》的附表 2 內。

(二)引渡及司法協助部分

公約第 44 條⁸⁸要求締約國為公約確立的犯罪行為引渡某人。為在香港

的事務或業務有關的事上對任何人予以或不予，或曾經予以或不予優待或虧待。(2) 任何人無合法權限或合理辯解，向任何代理人提供任何利益，作為該代理人作出以下行為的誘因或報酬，或由於該代理人作出以下行為而向他提供任何利益，即屬犯罪— (a) 作出或不作出，或曾經作出或不作出任何與其主事人的事務或業務有關的作為；或 (b) 在與其主事人的事務或業務有關的事上對任何人予以或不予，或曾經予以或不予優待或虧待。

⁸⁸ 第 44 條 引渡

1. 當被請求引渡人在被請求締約國領域內時，本條應當適用於根據本公約確立的犯罪，條件是引渡請求所依據的犯罪是按請求締約國和被請求締約國本國法律。
2. 儘管有本條第一款的規定，但締約國本國法律允許的，可以就本公約所涵蓋但依照本國法律不予處罰的任何犯罪准予引渡。
3. 如果引渡請求包括幾項獨立的犯罪，其中至少有一項犯罪可以依照本條規定予以引渡，而其他一些犯罪由于其監禁期的理由而不可以引渡但却與根據本公約確立的犯罪有關，則被請求締約國也可以對這些犯罪適用本條的規定。
4. 本條適用的各項犯罪均應當視為締約國之間現行任何引渡條約中的可以引渡的犯罪。締約國承諾將這種犯罪作為可以引渡的犯罪列入它們之間將締結的每一項引渡條約。在以本公約作為引渡依據時，如果締約國本國法律允許，根據本公約確立的任何犯罪均不應當視為政治犯罪。
5. 以訂有條約為引渡條件的締約國如果接到未與之訂有引渡條約的另一締約國的引渡請求，可以將本公約視為對本條所適用的任何犯罪予以引渡的法律依據。
6. 以訂有條約為引渡條件的締約國應當：
 - (a) 在交存本公約批准書、接受書、核准書或者加入書時通知聯合國秘書長，說明其是否將把本公約作為與本公約其他締約國進行引渡合作的法律依據；
 - (b) 如果其不以本公約作為引渡合作的法律依據，則在適當情況下尋求與本公約其他締約國締結引渡條約，以執行本條規定。
6. 不以訂有條約為引渡條件的締約國應當承認本條所適用的犯罪為它們之間可以相互引渡的犯罪。
7. 引渡應當符合被請求締約國本國法律或者適用的引渡條約所規定的條件，其中包括關於引渡的最低限度刑罰要求和被請求締約國可以據以拒絕引渡的理由等條件。
8. 對於本條所適用的任何犯罪，締約國應當在符合本國法律的情況下，努力加快引渡程式并簡化與之有關的證據要求。
9. 被請求締約國在不違背本國法律及其引渡條約規定的情況下，可以在認定情況必要而且緊迫時，根據請求締約國的請求，拘留被請求締約國領域內的被請求引渡人，或者采取其他適當措施，確保該人在進行引渡程式時在場。
11. 如果被指控罪犯被發現在某一締約國而該國僅以該人為本國國民為理由不就本條所適用的犯罪將其引渡，則該國有義務在尋求引渡的締約國提出請求時將該案提交本國主管機關以便起訴，而不得有任何不應有的延誤。這些機關應當與根據本國法律針對性質嚴重的其他任何犯罪所采用的相同方式作出決定和進行訴訟程式。有關締約國應當相互合作，特別是在程式和證據方面，以確保這類起訴的效率。
12. 如果締約國本國法律規定，允許引渡或者移交其國民須以該人將被送還本國，按引渡或者移交請求所涉審判、訴訟中作出的判決服刑為條件，而且該締約國和尋求引渡該人的締約國也同意這一選擇以及可能認為適宜的其他條件，則這種有條件引渡或者移交即足以解除該締約國根據本條第十一款所承擔的義務。

落實這一要求，根據《逃犯條例》（香港法例第 503 章）第 3(1)條制定命令，使《逃犯條例》的引渡程序適用於香港及公約所涉及的香港以外地方。此外，公約第 46 條及 57 條⁸⁹要求締約國就公約確立的

13. 如果為執行判決而提出的引渡請求由于被請求引渡人為被請求締約國的國民而遭到拒絕，被請求締約國應當在其本國法律允許并且符合該法律的要求的情況下，根據請求締約國的請求，考慮執行根據請求締約國本國法律判處的刑罰或者尚未服滿的刑期。

14. 在對任何人就本條所適用的任何犯罪進行訴訟時，應當確保其在訴訟的所有階段受到公平待遇，包括享有其所在國本國法律所提供的一切權利和保障。

15. 如果被請求締約國有充分理由認為提出引渡請求是為了以某人的性別、種族、宗教、國籍、族裔或者政治觀點為理由對其進行起訴或者處罰，或者按請求執行將使該人的地位因上述任一原因而受到損害，則不得對本公約的任何條款作規定了被請求國引渡義務的解釋。

16. 締約國不得僅以犯罪也被視為涉及財稅事項為由而拒絕引渡。

17. 被請求締約國在拒絕引渡前應當在適當情況下與請求締約國磋商，以使其有充分機會陳述自己的意見和提供與其陳述有關的資料。

18. 締約國應當力求締結雙邊和多邊協定或者安排，以執行引渡或者加強引渡的有效性。

⁸⁹ 第 47 條

一、司法協助

1. 締約國應當在對本公約所涵蓋的犯罪進行的偵查、起訴和審判程式中相互提供最廣泛的司法協助。
2. 對於請求締約國中依照本公約第二十六條可能追究法人責任的犯罪所進行的偵查、起訴和審判程式，應當根據被請求締約國有關的法律、條約、協定和安排，盡可能充份地提供司法協助。
3. 可以為下列任何目的而請求依照本條給予司法協助：
 - (a) 向個人獲取證據或者陳述；
 - (b) 執行搜查和扣押并實行凍結；
 - (c) 提供資料、物證以及鑒定結論；
 - (d) 提供有關文件和記錄的原件或者經核證的副本，其中包括政府、銀行、財務、公司或者商業記錄；
 - (e) 為取證目的而辨認或者追查犯罪所得、財產、工具或者其他物品；
 - (f) 為有關人員自願在請求締約國出庭提供方便；
 - (g) 不違反被請求締約國本國法律的任何其他形式的協助；
 - (h) 根據本公約第五章的規定辨認、凍結和追查犯罪所得；
 - (i) 根據本公約第五章的規定追回資產。
4. 締約國主管機關如果認為與刑事事項有關的資料可能有助于另一國主管機關進行或者順利完成調查和刑事訴訟程式，或者可以促成其根據本公約提出請求，則在不影響本國法律的情況下，可以無須事先請求而向該另一國主管機關提供這類資料。
5. 根據本條第四款的規定提供這類資料，不應當影響提供資料的主管機關本國所進行的調查和刑事訴訟程式。接收資料的主管機關應當遵守對資料保密的要求，即使是暫時保密的要求，或者對資料使用的限制。但是，這不應當妨礙接收締約國在其訴訟中披露可以證明被控告人無罪的資料。在這種情況下，接收締約國應當在披露前通知提供締約國，而且如果提供締約國要求，還應當與其磋商。如果在特殊情況下不可能事先通知，接收締約國應當毫不遲延地將披露一事通告提供締約國。
6. 本條各項規定概不影響任何其他規範或者將要規範整個或部分司法協助問題的

二、雙邊或多邊條約所規定的義務。

7. 如果有關締約國無司法協助條約的約束，則本條第九款至第二十九款應當適用於根據本條提出的請求。如果有關締約國有這類條約的約束，則適用條約的相應條款，除非這些締約國同意代之以適用本條第九款至第二十九款。大力鼓勵締約國在這幾款有助於合作時予以適用。
8. 締約國不得以銀行保密為理由拒絕提供本條所規定的司法協助。
9. (a) 被請求締約國在并非雙重犯罪情況下對於依照本條提出的協助請求作出反應時，應當考慮到第一條所規定的本公約宗旨。
(b) 締約國可以以并非雙重犯罪為理由拒絕提供本條所規定的協助。然而，被請求締約國應當在符合其法律制度基本概念的情況下提供不涉及強制性行動的協助。如果請求所涉事項極為輕微或者尋求合作或協助的事項可以依照本公約其他條款獲得，被請求締約國可以拒絕這類協助。
(c) 各締約國均可以考慮採取必要的措施，以使其能够在并非雙重犯罪的情況下提供比本條所規定的更為廣泛的協助。
10. 在一締約國領域內被羈押或者服刑的人，如果被要求到另一締約國進行辨認、作證或者提供其他協助，以便為就與本公約所涵蓋的犯罪有關的偵查、起訴或者審判程式取得證據，在滿足下列條件的情況下，可以予以移送：
(a) 該人在知情後自由表示同意；
(b) 雙方締約國主管機關同意，但須符合這些締約國認為適當的條件。
11. 就本條第十款而言：
(a) 該人被移送前往的締約國應當有權力和義務羈押被移送人，除非移送締約國另有要求或者授權；
(b) 該人被移送前往的締約國應當毫不遲延地履行義務，按照雙方締約國主管機關事先達成的協定或者其他協定，將該人交還移送締約國羈押；
(c) 該人被移送前往的締約國不得要求移送締約國為該人的交還而啟動引渡程式；
(d) 該人在被移送前往的國家的羈押時間應當折抵在移送締約國執行的刑期。
12. 除非依照本條第十款和第十一款的規定移送某人的締約國同意，否則，不論該人國籍為何，均不得因其在離開移送國領域前的作為、不作為或者定罪而在被移送前往的國家領域使其受到起訴、羈押、處罰或者對其人身自由進行任何其他限制。
13. 各締約國均應當指定一個中央機關，使其負責和有權接收司法協助請求并執行請求或將請求轉交主管機關執行。如果締約國有實行單獨司法協助制度的特區或者領域，可以另指定一個對該特區或者領域具有同樣職能的中央機關。中央機關應當確保所收到的請求迅速而妥善地執行或者轉交。中央機關在將請求轉交某一主管機關執行時，應當鼓勵該主管機關迅速而妥善地執行請求。各締約國均應當在交存本公約批准書、接受書、核准書或者加入書時，將為此目的指定的中央機關通知聯合國秘書長。司法協助請求以及與之有關的任何聯繫文件均應當遞交締約國指定的中央機關。這項規定不得影響締約國要求通過外交渠道以及在緊急和可能的情況下經有關締約國同意通過國際刑事警察組織向其傳遞這種請求和聯繫文件的權利。
14. 請求應當以被請求締約國能够接受的語文以書面形式提出，或者在可能情況下以能够生成書面記錄的任何形式提出，但須能够使該締約國鑒定其真偽。各締約國均應當在其交存本公約批准書、接受書、核准書或者加入書時，將其所能接受的語文通知聯合國秘書長。在緊急情況下，如果經有關締約國同意，請求可以以口頭方式提出，但應當立即加以書面確認。
15. 司法協助請求書應當包括下列內容：
(a) 提出請求的機關；
(b) 請求所涉及的偵查、起訴或者審判程式的事由和性質，以及進行該項偵查、起訴或者審判程式的機關的名稱和職能；
(c) 有關事實的概述，但為送達司法文書提出的請求例外；
(d) 對請求協助的事項和請求締約國希望遵循的特定程式細節的說明；
(e) 可能時，任何有關人員的身份、所在地和國籍；
(f) 索取證據、資料或者要求採取行動的目的。

16. 被請求締約國可以要求提供按照其本國法律執行該請求所必需或者有助于執行該請求的補充資料。
17. 請求應當根據被請求締約國的本國法律執行。在不違反被請求締約國本國法律的情況下，如有可能，應當按照請求書中列明的程式執行。
18. 當在某一締約國領域內的某人需作為證人或者鑒定人接受另一締約國司法機關詢問，而且該人不可能或者不宜到請求國領域出庭時，被請求締約國可以依該另一締約國的請求，在可能而且符合本國法律基本原則的情況下，允許以電視會議方式進行詢問，締約國可以商定由請求締約國司法機關進行詢問，詢問時應當有被請求締約國司法機關人員在場。
19. 未經被請求締約國事先同意，請求締約國不得將被請求締約國提供的資料或者證據轉交或者用于請求書所述以外的偵查、起訴或者審判程式。本款規定不妨礙請求締約國在其訴訟中披露可以證明被告人無罪的資料或者證據。就後一種情形而言，請求締約國應當在披露之前通知被請求締約國，并依請求與被請求締約國磋商。如果在特殊情況下不可能事先通知，請求締約國應當毫不遲延地將披露一事通告被請求締約國。
20. 請求締約國可以要求被請求締約國對其提出的請求及其內容保密，但為執行請求所必需的除外。如果被請求締約國不能遵守保密要求，應當立即通知請求締約國。
21. 在下列情況下可以拒絕提供司法協助：
 - (a) 請求未按本條的規定提出；
 - (b) 被請求締約國認為執行請求可能損害其主權、安全、公共秩序或者其他基本利益；
 - (c) 如果被請求締約國的機關依其管轄權對任何類似犯罪進行偵查、起訴或者審判程式時，其本國法律已經規定禁止對這類犯罪採取被請求的行動；
 - (d) 同意這項請求將違反被請求締約國關於司法協助的法律制度。
22. 締約國不得僅以犯罪也被視為涉及財稅事項為理由而拒絕司法協助請求。
23. 拒絕司法協助時應當說明理由。
24. 被請求締約國應當儘快執行司法協助請求，并應當盡可能充分地考慮到請求締約國提出的、最好在請求中說明了理由的任何最後期限。請求締約國可以合理要求被請求締約國提供關於為執行這一請求所採取措施的現況和進展情況的信息。被請求締約國應當依請求締約國的合理要求，就其處理請求的現況和進展情況作出答復。請求國應當在其不再需要被請求國提供所尋求的協助時迅速通知被請求締約國。
25. 被請求締約國可以以司法協助妨礙正在進行的偵查、起訴或者審判程式為理由而暫緩進行。
26. 被請求締約國在根據本條第二十一款拒絕某項請求或者根據本條第二十五款暫緩執行請求事項之前，應當與請求締約國協商，以考慮是否可以在其認為必要的條件下給予協助。請求締約國如果接受附有條件限制的協助，則應當遵守有關的條件。
27. 在不影響本條第十二款的適用的情況下，對於依請求締約國請求而同意到請求締約國領域就某項訴訟作證或者為某項偵查、起訴或者審判程式提供協助的證人、鑒定人或者其他人員，不應當因其離開被請求締約國領域之前的作為、不作為或者定罪而在請求締約國領域內對其起訴、羈押、處罰，或者使其人身自由受到任何其他限制。如該證人、鑒定人或者其他人員已經得到司法機關不再需要其到場的正式通知，在自通知之日起連續十五天內或者在締約國所商定的任何期限內，有機會離開但仍自願留在請求締約國領域內，或者在離境後又自願返回，這種安全保障即不再有效。
28. 除非有關締約國另有協定，執行請求的一般費用應當由被請求締約國承擔。如果執行請求需要或者將需要支付巨額或者異常費用，則應當由有關締約國進行協商，以確定執行該請求的條件以及承擔費用的辦法。
29. 被請求締約國：
 - (a) 應當向請求締約國提供其所擁有的根據其本國法律可以向公眾公開的政府記錄、文件或者資料；
 - (b) 可以自行斟酌決定全部或部分地或者按其認為適當的條件向請求締約國提供其所擁有的根據其本國法律不向公眾公開的任何政府記錄、文件或者資料。
30. 締約國應當視需要考慮締結有助于實現本條目的、具體實施或者加強本條規定的雙邊或多邊協定或者安排的可能性。

犯罪行為，為彼此提供最廣泛的司法協助及使主管機關能按另一締約國的請求，返還沒收的財產，並且根據《刑事事宜相互法律協助條例》（香港法例第 525 章）第 4(1)條，使以上要求能於香港與公約相關的香港以外地方之間生效。

(三) 聯合國打擊跨國有組織犯罪公約

《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》主要是為了打擊一般的有組織犯罪及一些牽涉跨國有組織犯罪的主要活動，例如清洗黑錢、貪污及妨礙罪案的調查或檢控。該公約讓締約國可在有關的罪行或涉及有關罪行的犯罪集團是具備跨國的性質時，互相協助以調查、檢控及懲處有組織犯罪集團所犯的罪行。該公約在賄賂方面，制訂了與《聯合國反腐敗公約》類似的條文。此外，根據香港地區《逃犯條例》第 3(1)條及《刑事事宜相互法律協助條例》第 4(1)條分別擬備命令，使公約第 16 條有關引渡的規定及第 14 和 18 條有關司法協助的規定，能在香港和《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》所關乎的香港以外地方之間生效⁹⁰。

第 57 條 資產的返還和處分

1. 締約國依照本公約第三十一條或者第五十五條沒收的財產，應當由該締約國根據本公約的規定和本國法律予以處分，包括依照本條第三款返還其原合法所有之財產。
2. 各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，能够在考慮到善意第三人權利的情况下，根據本公約返還所沒收的財產。
3. 依照本公約第四十六條和第五十五條及本條第一款和第二款：
 - (a) 對於本公約第十七條和第二十三條所述的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依照第五十五條實行沒收後，基于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；
 - (b) 對於本公約所涵蓋的其他任何犯罪的所得，被請求締約國應當在依照本公約第五十五條實行沒收後，基于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；
 - (c) 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，除非締約國另有決定，被請求締約國可以在依照本條規定返還或者處分沒收的財產之前，扣除為此進行偵查、起訴或者審判程式而發生的合理費用。
5. 在適當的情況下，締約國還可以特別考慮就所沒收財產的最後處分逐案訂協定或者可以共同接受的安排。

⁹⁰ 聯合國打擊跨國有組織犯罪公約

一、第 14 條 沒收的犯罪所得或財產的處置

1. 締約國依照本公約第 12 條或第 13 條第 1 款沒收的犯罪所得或財產應由該締約國根據其

本國法律和行政程式予以處置。

2. 根據本公約第 13 條的規定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. 一締約國應另一締約國請求按照本公約第 12 條和第 13 條規定採取行動時，可特別考慮就下述事項締結協定或安排：**(a)** 將與這類犯罪所得或財產價值相當的款項，或變賣這類犯罪所得或財產 所獲款項，或這類款項的一部分捐給根據本公約第 30 條第 2 款**(c)**項所指定的帳 戶和專門從事打擊有組織犯罪工作的政府間機構；**(b)** 根據本國法律或行政程式，經常地或逐案地與其他締約國分享這類犯罪 所得或財產或變賣這類犯罪所得或財產所獲款項。

二、第 16 條 引渡

1. 本條應適用於本公約所涵蓋的犯罪，或第 3 條第 1 款**(a)**項或**(b)**項所述犯罪涉及有組織犯罪集團且被請求引渡人位于被請求締約國境內的情況，條件是引渡請求所依據的犯罪是按請求締約國和被請求締約國本國法律均應受到處罰的犯罪。
2. 如果引渡請求包括幾項獨立的嚴重犯罪，其中某些犯罪不在本條範圍之內，被請求締約國也可對這些犯罪適用本條的規定。
3. 本條適用的各項犯罪均應視為締約國之間現行的任何引渡條約中的可引渡的犯罪。各締約國承諾將此種犯罪作為可引渡的犯罪列入它們之間擬締結的每一項引渡條約。
4. 以訂有條約為引渡條件的締約國如接到未與之訂有引渡條約的另一締約國的引渡請求，可將本公約視為對本條所適用的任何犯罪予以引渡的法律依據。
5. 以訂有條約為引渡條件的締約國應：**(a)** 在交存本公約批准書、接受書、核准書或加入書時通知聯合國秘書長，說明其是否將把本公約作為與本公約其他締約國進行引渡合作的法律依據；**(b)** 如其不以本公約作為引渡合作的法律依據，則在適當情況下尋求與本公約其他締約國締結引渡條約，以執行本條規定。
6. 不以訂有條約為引渡條件的締約國應承認本條所適用的犯罪為它們之間可相互引渡的犯罪。
7. 引渡應符合被請求締約國本國法律或適用的引渡條約所規定的條件，其中特別包括關於引渡的最低限度刑罰要求和被請求締約國可據以拒絕引渡的理由等條件。
8. 對於本條所適用的任何犯罪，締約國應在符合本國法律的情況下，努力加快引渡程式并簡化與之有關的證據要求。
9. 在不違背本國法律及其引渡條約規定的情況下，被請求締約國可在認定情況必要而且緊迫時，應請求締約國的請求，拘留其境內的被請求引渡人或采取其他適當措施，以確保該人在進行引渡程式時在場。
10. 被指控人所在的締約國如果僅以罪犯系本國國民為由不就本條所適用的犯罪將其引渡，則有義務在要求引渡的締約國提出請求時，將該案提交給其主管當局以便起訴，而不得有任何不應有的延誤。這些當局應以與根據本國法律針對性質嚴重的其他任何犯罪所采用的方式相同的方式作出決定和進行訴訟程式。有關締約國應相互合作，特別是在程式和證據方面，以確保這類起訴的效果。
11. 如果締約國本國法律規定，允許引渡或移交其國民須以該人將被送還本國，就引渡或移交請求所涉審判、訴訟中作出的判決服刑為條件，且該締約國和尋求引渡該人的締約國也同意這一選擇以及可能認為適宜的其他條件，則此種有條件引渡或移交即足以解除該締約國根據本條第 10 款所承擔的義務。
12. 如為執行判決而提出的引渡請求由于被請求引渡人為被請求締約國的國民而遭到拒絕，被請求國應在其本國法律允許并且符合該法律的要求的情況下，根據請求國的請求，考慮執行按請求國本國法律作出的判刑或剩餘刑期。
13. 在對任何人就本條所適用的犯罪進行訴訟時，應確保其在訴訟的所有階段受到公平待遇，包括享有其所在國本國法律所提供的一切權利和保障。
14. 如果被請求締約國有充分理由認為提出該請求是為了以某人的性別、種族、宗教、國籍、族裔或政治觀點為由對其進行起訴或處罰，或按該請行事將使該人的地位因上述任一原因而受到損害，則不得對本公約的任何規定作規定了被請求國的引渡義務的解釋。
15. 締約國不得僅以犯罪也被視為涉及財政事項為由而拒絕引渡。
16. 被請求締約國在拒絕引渡前應在適當情況下與請求締約國磋商，以使其有充分機會陳述自

己的意見和介紹與其指控有關的資料。

17. 各締約國均應尋求締結雙邊和多邊協定或安排，以執行引渡或加強引渡的有效性。

三、第 18 條 司法協助

1. 締約國應在對第 3 條規定的本公約所涵蓋的犯罪進行的偵查、起訴和審判程式中相互提供最大程度的司法協助；在請求締約國有合理理由懷疑第 3 條第 1 款(a)項或(b)項所述犯罪具有跨國性時，包括懷疑此種犯罪的被害人、證人、犯罪所得、工具或證據位于被請求締約國而且該項犯罪涉及一有組織犯罪集團時，還應對等地相互給予類似協助。

2. 對於請求締約國根據本公約第 10 條可能追究法人責任的犯罪所進行的偵查、起訴和審判程式，應當根據被請求締約國的有關的法律、條約、協定和安排，盡可能充分地提供司法協助。

3. 可為下列任何目的請求依據本條給予司法協助：(a) 向個人獲取證據或陳述；(b) 送達司法文書；(c) 執行搜查和扣押并實行凍結；(d) 檢查物品和場所；(e) 提供資料、物證以及鑒定結論；(f) 提供有關文件和記錄的原件或經核證的副本，其中包括政府、銀行、財務、公司或營業記錄；(g) 為取證目的而辨認或追查犯罪所得、財產、工具或其他物品；(h) 為有關人員自願在請求締約國出庭提供方便；(i) 不違反被請求締約國本國法律的任何其他形式的協助。

4. 締約國主管當局如認為與刑事事項有關的資料可能有助于另一國主管當局進行或順利完成調查和刑事訴訟程式，或可促成其根據本公約提出請求，則在不影響本國法律的情況下，可無須事先請求而向該另一國主管當局提供這類資料。

5. 根據本條第 4 款提供這類資料，不應影響提供資料的主管當局本國所進行的調查和刑事訴訟程式。接收資料的主管當局應遵守對資料保密的要求，即使是暫時保密的要求，或對資料使用的限制。但是，這不應妨礙接收締約國在其訴訟中披露可證明被被告人無罪或罪輕的資料。在這種情況下，接收締約國應在披露前通知提供締約國，而且如果提供締約國要求，還應與其磋商。如果在例外情況下不可能事先通知，接收締約國應毫不遲延地將披露一事通告提供締約國。

6. 本條各項規定概不影響任何其他規範或將要規範整個或部分司法協助問題的雙邊或多邊條約所規定的義務。

7. 如果有關締約國無司法協助條約的約束，則本條第 9 至 29 款應適用於根據本條提出的請求。如果有關締約國有這類條約的約束，則適用條約的相應條款，除非這些締約國同意代之以適用本條第 9 至 29 款。大力鼓勵締約國在這幾款有助于合作時予以適用。

8. 締約國不得以銀行保密為由拒絕提供本條所規定的司法協助。

9. 締約國可以并非雙重犯罪為由拒絕提供本條所規定的司法協助。但是，被請求締約國可在其認為適當時在其斟酌決定的範圍內提供協助，而不論該行為按被請求締約國本國法律是否構成犯罪。

10. 在一締約國境內羈押或服刑的人，如果被要求到另一締約國進行辨認、作證或提供其他協助，以便為就與本公約所涵蓋的犯罪有關的偵查、起訴或審判程式取得證據，在滿足以下條件的情況下，可予移送：(a) 該人在知情後自由表示同意；(b) 雙方締約國主管當局同意，但須符合這些締約國認為適當的條件。

11. 就本條第 10 款而言：(a) 該人被移送前往的締約國應有權力和義務羈押被移送人，除非移送締約國另有要求或授權；(b) 該人被移送前往的締約國應毫不遲延地履行義務，按照雙方締約國主管當局事先達成的協定或其他協定，將該人交還移送締約國羈押；(c) 該人被移送前往的締約國不得要求移送締約國為該人的交還啟動引渡程式；(d) 該人在被移送前往的國家的羈押時間應折抵在移送締約國執行的刑期。

12. 除非按照本條第 10 款和第 11 款移送該人的締約國同意，無論該人國籍為何，均不得因其在離開移送國境前的作為、不作為或定罪而在被移送前往的國家境內使其受到起訴、羈押、處罰或對其人身自由實行任何其他限制。

13. 各締約國均應指定一中心當局，使其負責和有權接收司法協助請求并執行請求或將請求轉交主管當局執行。如締約國有實行單獨司法協助制度的特區或領土，可另指定一個對該特區或領土具有同樣職能的中心當局。中心當局應確保所收到的請求的迅速而妥善執行或轉交。中心當局在將請求轉交某一主管當局執行時，應鼓勵該主管當局迅速而妥善地執行請求。各締約國應在交存本公約批准書、接受書、核准書或加入書時將為此目的指定的中心當局通知聯合國秘書長。司法協助請求以及與之有關的任何聯繫文件均應遞交締約國指定的中心當局。此項規

定不得損害締約國要求通過外交渠道以及在緊急和可能的情况下經有關締約國同意通過國際刑事警察組織向其傳遞這種請求和聯繫文件的權利。

14. 請求應以被請求締約國能接受的語文以書面形式提出，或在可能情况下以能够生成書面記錄的任何形式提出，但須能使該締約國鑒定其真偽。各締約國應在其交存本公約批准書、接受書、核准書或加入書時將其所能接受的語文通知聯合國秘書長。在緊急情况下，如經有關締約國同意，請求可以口頭方式提出，但應立即加以書面確認。

15. 司法協助請求書應載有： (a) 提出請求的當局； (b) 請求所涉的偵查、起訴或審判程式的事由和性質，以及進行此項偵查、起訴或審判程式的當局的名稱和職能； (c) 有關事實的概述，但為送達司法文書提出的請求例外； (d) 對請求協助的事項和請求締約國希望遵循的特定程式細節的說明； (e) 可能時，任何有關人員的身份、所在地和國籍； (f) 索取證據、資料或要求採取行動的目的。

16. 被請求締約國可要求提供按照其本國法律執行該請求所必需或有助于執行該請求的補充資料。

17. 請求應根據被請求締約國本國法律執行。在不違反被請求締約國本國法律的情况下，如有可能，應遵循請求書中列明的程式執行。

18. 當在某一締約國境內的某人需作為證人或鑒定人接受另一締約國司法當局詢問，且該人不可能或不宜到請求國出庭，則前一個締約國可應該另一締約國的請求，在可能且符合本國法律基本原則的情况下，允許以電視會議方式進行詢問，締約國可商定由請求締約國司法當局進行詢問且詢問時應有被請求締約國司法當局在場。

19. 未經被請求締約國事先同意，請求締約國不得將被請求締約國提供的資料或證據轉交或用于請求書所述以外的偵查、起訴或審判程式。本款規定不妨礙請求締約國在其訴訟中披露可證明被告人無罪或罪輕的資料或證據。就後一種情形而言，請求締約國應在披露之前通知被請求締約國，并依請求與被請求締約國磋商。如在例外情况下不可能事先通知時，請求締約國應毫不遲延地將披露一事通告被請求締約國。

20. 請求締約國可要求被請求締約國對其提出的請求及其內容保密，但為執行請求所必需時除外。如果被請求締約國不能遵守保密要求，應立即通知請求締約國。

21. 在下列情况下可拒絕提供司法協助： (a) 請求未按本條的規定提出； (b) 被請求締約國認為執行請求可能損害其主權、安全、公共秩序或其他基本利益； (c) 假如被請求締約國當局依其管轄權對任何類似犯罪進行偵查、起訴或審判程式時，其本國法律將會禁止其對此類犯罪採取被請求的行動； (d) 同意此項請求將違反被請求國關於司法協助的法律制度。

22. 締約國不得僅以犯罪又被視為涉及財政事項為由拒絕司法協助請求。

23. 拒絕司法協助時應說明理由。

24. 被請求締約國應儘快執行司法協助請求，并應盡可能充分地考慮到請求締約國提出的、最好在請求中說明了理由的任何最後期限。被請求締約國應依請求締約國的合理要求就其處理請求的進展情况作出答復。請求國應在其不再需要被請求國提供所尋求的協助時迅速通知被請求締約國。

25. 被請求締約國可以司法協助妨礙正在進行的偵查、起訴或審判為由而暫緩進行。

26. 在根據本條第 21 款拒絕某項請求或根據本條第 25 款暫緩執行請求事項之前，被請求締約國應與請求締約國協商，以考慮是否可在其認為必要的條件下給予協助。請求締約國如果接受附有條件限制的協助，則應遵守有關的條件。

27. 在不影響本條第 12 款的適用的情况下，應請求締約國請求而同意到請求締約國就某項訴訟作證或為某項偵查、起訴或審判程式提供協助的證人、鑒定人或其他人員，不應因其離開被請求締約國領土之前的作為、不作為或定罪而在請求締約國領土內被起訴、羈押、處罰，或在人身自由方面受到任何其他限制。如該證人、鑒定人或其他人員已得到司法當局不再需要其到場的正式通知，在自通知之日起連續十五天內或在締約國所商定的任何期限內，有機會離開但仍自願留在請求締約國境內，或在離境後又自願返回，則此項安全保障即不再有效。

28. 除非有關締約國另有協定，執行請求的一般費用應由被請求締約國承擔。如執行請求需要或將需要支付巨額或特殊性質的費用，則應由有關締約國進行協商，以確定執行該請求的條件以及承擔費用的辦法。

29. 被請求締約國： (a) 應向請求締約國提供其所擁有的根據其本國法律可向公眾公開的政府記錄、文件或資料的副本； (b) 可自行斟酌決定全部或部分地或按其認為適當的條件向請求締約國提供其所擁有的根據其本國法律不向公眾公開的任何政府記錄、文件或資料的副本。

第四章 中華人民共和國香港特別行政區就中國大陸地區判決執行之問題研析

第一節 香港法律的來源⁹¹

一、全國性法律

由全國人民代表大會根據中華人民共和國憲法制定香港特別行政區基本法(以下簡稱:基本法),於1990年4月4日公布,並自1997年7月1日香港特區成立時實施。香港特區的所有制度和政策,包括社會及經濟制度、有關保障居民基本權利和自由的制度,行政管理、立法和司法方面的制度,以及有關政策,必須以基本法的規定為依據。此外,香港特區立法機關制定的任何法律,均不得與基本法相抵觸。基本法的最大特色,便是「一國兩制」的基本原則,在這原則下,香港特區不實行社會主義制度和政策,保持原有的資本主義制度和生活方式,五十年不變。根據基本法,所有香港原有法律(即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法),除同基本法相抵觸或經香港特區的立法機關作出修改者外,予以保留。中華人民共和國的全國性法律,除列於基本法附件三有關國防和外交的法律外,不在香港特區實施,但若干項中華人民共和國全國性法律憑藉基本法第18條在香港適用。根據基本法第158條,凡全國人民代表大會常務委員會對基本法條款作出解釋,香港法院在引用有關條款時,應以該解釋為準。

二、普通法和衡平法

普通法和衡平法,主要見諸香港和其他普通法適用地區的高級法院的判決,追溯歷史,至少自十五世紀以來,法官判詞的紀錄已逐步建立一些詳細的法律原則,規範國家與公民之間和公民與公民之間的關係。現今源自普通法適用地區的案例已盈千累萬,形成普通法,其中有關言論自由、集會自由及免受任意逮捕或監禁的權利,已於三百多年前判定的案例中載列,這些權利現在已在基本法的

30. 締約國應視需要考慮締結有助於實現本條目的、具體實施或加強本條規定的雙邊或多邊協定或安排的可能性。

⁹¹ 香港律政司官網 <https://www.doj.gov.hk/chi/legal/index.html>(香港的法律制度)

條文獲得保障。普通法最獨特的地方，在於所依據的司法判例制度可以引自所有普通法適用地區，而並不限於某一司法管轄區的判決。基本法第 84 條規定，香港特區法院可參考其他普通法適用地區的司法判例。此外，香港特區終審法院和司法機關有權邀請其他普通法適用地區的法官參加審判。

三、香港制定的成文法

香港絕大部分的現行成文法，都是在本地訂立並載於《香港法例》中。香港很多法例都是根據獲轉授的權力而訂立的，稱為附屬法例，例如：某條例可轉授權力予行政長官會同行政會議（即行政長官經諮詢行政會議的意見），就條例實施的細節訂立規例。

四、中國習慣法

部分中國習慣法適用於香港。舉例來說，根據《新界條例》（第 97 章）第 13 條，法庭可以認可並執行與新界土地有關的中國習俗或傳統權益；而在《婚生地位條例》（第 184 章）中，中國法律和習俗也得到承認。

五、國際法

目前已有超過 260 項國際條約和協議適用於香港。條約在立法施行之前，不算是香港本地法律的一部分，但仍可影響普通法的發展。舉例來說，法庭可引用某條約，以助解釋法例。

第二節 香港與內地法律制度的聯繫

內地法律制度係以中華人民共和國憲法為基礎，全國人民代表大會是國家最高權力機關，行使修改憲法、制定修改法律、任免國家官員、批准政府預算、發展計畫以及監督其他國家機關等職權。內地的法律由全國人民代表大會及全國人民代表大會常務委員會制定，國務院獲授權制定行政法規，但如有需要，地方人民代表大會可在不抵觸憲法、法律、行政法規的前提下，制定地方性法規。國務院為中國最高國家行政機關，轄下各部負責不同任務和工作，並監督各級人民政府工作，國務院轄下各部、委員會，以及某些地方

級別的人民政府，可以發布規章，以執行各項法律及行政法規。最高人民法院和各級人民法院負責審理案件，而最高人民檢察院和各級人民檢察院，負責批准逮捕、提起和進行公訴、對法律規定的某些案件進行偵查，並對人民法院的判決行使法律監督權。

根據基本法香港保留普通法制度，不實行社會主義的制度和政策。全國性法律除了列於基本法附件三者外，不在香港特區實施。基本法附件三的法律，均限於有關國防、外交和其他不屬於香港特區自治範圍的法律。同樣地，除了基本法和列於附件三的全國性法律外，適用於香港特區的法律，都不在內地實施。根據基本法，中央人民政府經徵詢香港特區政府的意見後，可決定中國所締結的國際協議適用於香港特區，而如經中央人民政府授權，中國未有參加的國際協議，也可在香港特區實施。香港特區立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會徵詢基本法委員會後，如認為香港特區立法機關制定的任何法律不符合基本法關於中央管理的事務或中央和香港特區的關係的條款，可將有關法律發回。香港特區法院享有獨立的司法權和終審權，不受制於內地高級法院，亦即內地法院的判決對香港特區法院沒有約束力，並且內地執法機關不可以在香港特區行使任何管轄權。

第三節 影響香港與內地相互承認執行法院判決的因素⁹²

一、社會制度的不同影響兩個地區判決的承認與執行

香港與內地儘管現今已同處一個國家的主權下，但香港的資本主義制度與內地的社會主義制度涉及根本意識形態不同，也影響到法律制度及法律思維，故不可能直接承認彼此的判決並執行，而此種狀況並未因 1997 年香港回歸而有改變，但儘管香港與內地意識形態矛盾仍存在，但仍在基本法一國的框架下尋求解決途徑。

⁹² 汪祖興，也論內地和香港相互承認和執行法院判決，河北法學第 23 卷第 9 期第 112 頁以下，2005 年 9 月。

二、法系不同對香港與內地間判決與執行的影響

內地法律屬於大陸法系，而香港法律則屬英美法系，各國一般都將判決的有效作為承認和執行的先決條件，在大陸法系以發布執行命令狀來承認執行外國裁判，而英美法系採登記或重審程序來承認和執行外國判決。

三、香港與內地司法制度有根本差異

香港與內地司法制度就抗辯、陪審制度、沉默權、獨立律師制度等方面有相當大的差異⁹³，而此也深深影響判決的承認和執行，而此只能藉由平等和相互尊重等方式來尋求相互承認的合作模式。

四、缺乏共同最高司法機關對香港與內地間判決承認和執行的影響

香港在回歸後根據基本法第 81 條、第 82 條等規定，設立了終審法院，行使最高司法審判權，儘管內地和香港是中央與地方的關係，但在司法審判方面，香港擁有的審判權和內地法院是平行的，不受最高人民法院管轄，彼此間並沒有共同的最高司法機關，這種並行的司法制度導致判決彼此承認與執行的難度。

第四節 香港與內地相互承認和執行法院判決之依據

檢視香港回歸以來，分別達成 1998 年 12 月由最高人民法院與香港特別行政區簽署「關於內地與香港特別行政區法院相互委託送達民商事司法文書的安排」和 1999 年 6 月由最高人民法院與香港特別行政區律政司簽署「關於兩地相互承認與執行仲裁裁決的協議安排」兩項重要司法協助協議，但迄今仍未有判決方面的協議安排，故目前藉由憲法性條款和各地立法來解決判決承認和執行的問題。

一、依據基本法第 18 條規定，香港可與內地各司法機關透過協商進行聯繫和司法互助，而此規定也被視為是內地與香港相互承認和執行彼此法院判決的依據。

⁹³ 尚永平，內地與香港的法律衝突與協調模式選擇，中國國際私法與比較法年刊，第 296-298 頁，1992 年 2 月。

二、具體操作上，內地法院藉由民事訴訟法第 267 條及第 268 條規定，承認並執行香港判決。而香港地區由於基本法第 8 條規定，香港特別行政區成立後，香港原有法律，包括普通法、衡平法、條例、附屬立法與習慣法，不予基本法抵觸者均予以保留。因此，在香港與內地針對判決承認與執行未有新的協議前，香港原來關於外國判決承認與執行得普通法或制定法仍繼續適用，故 1993 年英國同名法律制定的香港本地條例(外國判決相互執行條例)，仍是現今香港承認、執行內地判決的依據

第五節 香港與內地相互承認和執行判決之要件

內地	地區	香港
民事訴訟法第 267 條、第 268 條 1. 中國與請求國間有締結或參加國際條約或互惠關係。 2. 必須由當事人向我國相關法院直接提出申請或向外國法院請求。 3. 外國法院判決必須是確定的終局判決。 4. 外國判決不違反我國法律基本原則或我國主權、安全和公共利益。	法律依據	中華人民共和國香港特別行政區基本法第 95 條規定，香港與中國內地及中國其他地區的司法機關依法進行司法聯繫和司法協助，但目前在未簽訂司法互助協定情形下，香港對內地判決採重新訴訟方式及特殊登記程序來承認或執行判決 ⁹⁴ 。 1. 重新起訴程序:對依據外國法作成的判決重新審理，再得出一個新判決後轉化為一個外國判決。作出內

⁹⁴ 陳沛林，論香港特別行政區區際刑事司法協助的現狀與展望，法學雜誌各科專論，2008 年第 2 期，頁 54 以下。

		<p>容一致的判決來承認外國判決。作出內容不一致的判決來拒絕承認或執行外國判決。</p> <p>2. 特殊登記程序:根據香港外國判決相互執行條例規定，申請承認和執行外國判決必須滿足以下條件，</p> <p>(1)必須在判決作出後6年內向香港高等法院申請登記。</p> <p>(2)依照香港法律對案件有管轄權。</p> <p>(3)外國法院判決是終局判決。</p> <p>(4)判決必須是確定的金錢債務。</p> <p>(5)判決中確定的不是稅金或類似的支付。</p> <p>(6)判決不是因為詐欺取得。</p> <p>(7)判決不違反香港公共政策。</p> <p>(8)判決是適用外國判決相互執行條例的地區法院作出的。</p>
--	--	---

		(9)判決不違反公共正義原則。
<p>1. 向適格的內地中級法院提出承認和執行申請。</p> <p>2. 由當事人或作出判決的外國法院依據條約、協定或互惠原則向有管轄權⁹⁵的中級法院提出申請。</p> <p>3. 由法院審查內地與香港簽署的相關協議、全國性憲法條款、內地法律基本原則、國家主權、社會公共利益。</p> <p>4. 僅作形式審查⁹⁶。</p>	訴訟程序	<p>1. 民事訴訟程序:</p> <p>(1)兩階段:兩審終審制。</p> <p>(2)三步驟:</p> <p>A. 起訴</p> <p>B. 審理</p> <p>C. 判決</p> <p>(3)六環節:告訴、送達文件或訴狀、中途聆訊、審訊、判決、上訴。</p> <p>2. 刑事訴訟程序:尊重雙方司法權行使,堅持一事不再理原則,承認內地判決和執行⁹⁷⁹⁸。</p>
核發執行令。	認可方式	<p>民事:兩階段、三步驟、六環節。</p> <p>刑事:形式審查。</p>

第六節 結論

⁹⁵ 被申請人住居地法院、執行標的所在地法院為有管轄權法院。

⁹⁶ 審查國法院不對原判決的事實及法律審查,而僅針對外國判決是否符合本國法律規定承認判決和執行的條件進行審核,不改變原判決結果。

李二元,中國國際私法通論,北京法律出版社,2003年,頁581以下。

⁹⁷ 陳弘毅,香港特別行政區和中國內地法律衝突的處理原則,載香港廣角鏡,1986年12月16日。

⁹⁸ 趙秉志、孫力,香港特別行政區與內地間互涉刑事法律問題研究,中國法學,1993年第2期,頁79以下。

香港在 1997 年回歸後，與內地的接觸來往是更加頻繁，不論刑事、民事的判決執行和承認都有十分重大的意義，因為若兩地的判決不能相互承認和執行，將導致人民在一地取得勝訴判決毫無意義，也徒增司法資源浪費。為了解決這個問題，香港政府成立了商業糾紛調解中心，讓內地與香港的民事判決能相互承認和執行，並且於 2002 年 3 月 25 日，由香港政府就內地與香港相互執行商事判決的問題發表了一系列建議安排，就兩地商事判決相互執行問題作出諮詢，但有關刑事判決相互承認和執行問題，目前香港與內地仍然未有正式司法互助協議存在，但為避免雙重執行、一案數判，並且爭取案件時效性、訴訟經濟等考量，有學者建議⁹⁹，內地對香港法院作出的判決可採簡易執行令程序有關規定交付執行，而內地法院判決也不必再依據普通法規則在香港申請執行，否則不僅花費過大而且程序繁瑣，甚至成功率也難以預測。因此，內地判決若可以參考民事訴訟法第 319 條的直接登記方式在香港地區執行，不但更符合互惠務實原則，且有助於兩地判決執行效率。

⁹⁹ 蘇紹聰，論香港與內地法院間對判決的相互承認及執行，河北法學第 23 卷第 2 期，2005 年 2 月，頁 94 以下。