联合国 A/AC.261/12

大 会

Distr.: General
28 November 2002
Chinese
Original: English

反腐败公约谈判工作特别委员会
第四届会议
2003 年 1 月 13 日至 24 日，维也纳
临时议程项目 3*
审议联合国反腐败公约草案，特别侧重于第 2 条（其余的定义）
第 3、4、20、30、32-39 条和第 40-85 条

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**

目录

	段次	页次
一. 导言	1-6	2
二. 问题及其影响概述	7-12	2
三. 收回和返还资金的障碍	13-44	3
A. 洗钱活动	13-19	3
B. 不透明的金融体系	20-22	5
C. 追回资金行动中涉及的问题	23-42	5
D. 在返还资金或资产中的复杂因素	43-46	8
四. 结束语和今后可能的行动	47-68	9
A. 追回资金或资产	48-58	9
B. 返还资金或资产	59-62	12
C. 防止转移非法来源资金或资产	63-68	13

* A/AC.261/10。

** 未能在所规定的 10 周时间内提交本研究报告是因为必须收入向反腐败公约谈判工作特设委员会第四届会议提交文件最后期限期满以后收到的资料。

V.02-60037 (C) GZ 191202 201202

一. 导言

1. 大会在其 2000 年 12 月 4 日第 55/61 号决议中承认一项反腐败的有效国际法律文书是可取的；决定着手草拟这一文书；并请秘书长召开一次不限成员名额政府间专家组会议，研究和拟订未来的反腐败法律文书谈判工作范围草案。

2. 大会在其 2000 年 12 月 20 日关于“防止和打击腐败行为及非法转移资金并将这些资金返还来源国” 的第 55/188 号决议中请上述不限成员名额政府间专家组研究非法转移资金和返还这类资金问题。

3. 大会在其 2002 年 1 月 31 日第 56/260 号决议中要求反腐败公约谈判工作特设委员会在拟订该公约草案时采取一种全面的多学科方式，并考虑一系列指示性要素，其中包括，预防和遏制转移腐败行为所得的非法来源资金，包括洗钱行为，并返还这类资金。

4. 经济及社会理事会根据预防犯罪和刑事司法委员会的建议于 2001 年 7 月 24 日通过了关于加强国际合作，预防和打击转移腐败行为所得来自非法来源的资金，包括洗钱，并返还这类资金的第 2001/13 号决议。理事会在这一决议中请秘书长为特设委员会编写一份关于转移非法来源资金，特别是腐败行为所得资金以及这种转移尤其对发展中国家的经济、社会和政治进步的影响的全球研究报告，并在其研究报告中就使有关国家能获得关于那些属于他们的资金的下落的资料和返还这类资金的妥善办法提出新颖的想法。

5. 特设委员会在 2002 年 6 月 21 日第二届会议期间举行了为期一天的“追回资产”技术讲习班，目的是向有关与会者提供关于追回资产所涉复杂问题的技术信息和专门知识。该讲习班围绕与假设性案例研究各阶段相应的下述重大主题领域展开了讨论：(a)向国外转移非法来源资金或资产，努力查明这类资金或资产所在地并加以没收；(b)返还非法来源资金或资产；(c)防止非法来源资金或资产的转移。非法来源资金转移问题全球研究报告的编写工作还得益于专家的专题介绍以及讲习班期间的讨论结果。

6. 本研究报告是根据经济及社会理事会第 2001/13 号决议提交给特设委员会的。应该指出的是，秘书长已根据大会 2001 年 12 月 21 日第 55/188 号决议和第 56/186 号决议[1]将这一主题的报告提交给了大会第五十六届会议和第五十七届会议。[2]

二. 问题及其影响概述

7. 人们普遍承认，腐败影响到社会的稳定、法制的建立和维持、经济与政治进步。要真正解决这一问题，必须考虑追回腐败所得资产。追回并返还这些不义之财对于清除腐败、振兴国家，意义重大，并可昭示世人：国际社会不会容忍这类非法行为。

8. 通过严重腐败行为而转为私有尔后又转移至国际银行中心和金融避风港的国家资源数额惊人。[3]根据追回和返还非洲财富的尼扬加宣言：[4]

“政客、士兵、商人和其他首领最近几十年从世界上有些最穷的国家，其中绝大多数为非洲国家，以非法手段或通过腐败行为侵吞并以现金、证券和债券、房地产和其他资产的形式存放到国外的金额估计为 200 亿至 400 亿美元”

9. 尽管无法确切地弄清转移非法资金或资产的整个规模，但毫无疑问，腐败以及非法所得收益的洗钱使世界各地的经济和政治产生癌变。根据国际货币基金组织（货币基金组织）的估计，每年的洗钱总额相当于全世界所有国家国内总产值的 3%至 5%——金额为 6000 亿美元至 1.8 万亿美元。可以很有把握的认定，这一活动中有相当一部分涉及腐败所得资金。

10. 将腐败所得资金转至国外给来源国造成了一些严重的后果。它损害了外援、使现金储备耗竭、减少了计税基数、不利于竞争、影响了自由贸易并加剧穷困。因此，腐败和洗钱可能同时发生，限制各国尤其是发展中国家和转型期经济体国家取得（社会、经济或政治）进步。给各国造成的危害，无论从绝对值还是从相对值来说都是惊人的。例如，据报告，扎伊尔前总统蒙博托·塞塞·塞科从国库中侵吞了约 50 亿美元——该数额相当于该国当时的外债总额。[5]正如 2002 年 6 月 21 日在维也纳举行的“资产收回”问题讲习班纲要指出的，在国际上有五个国家冻结了秘鲁前藤森政府转移至国外的约 2.27 亿美元，其中 6800 万美元已收回。[6]非法资金的主要来源是各种形式的非法佣金，以及以非法手段直接转移国家资金。[7]

11. 尼日利亚和墨西哥这两个国家最近发生多起引起轰动的腐败案件，从这些案件对其发展的影响就可评价非法来源资金对社会和经济进步的影响。[8]在大会第五十七届会议第二委员会的辩论期间，尼日利亚代表确认，腐败行为和非法资金的转移大大加剧了资本的外流，非洲在资本外流方面居首位，估计有 4000 亿美元或超过 4000 亿美元的资金被侵吞，并被藏匿国外。其中估计有 1000 亿美元或 1000 多亿美元来自尼日利亚。他还强调指出，根据尼日利亚政府的计算，尼日利亚外债总额为 280 亿美元，约为从该国取走的资金总额的 28%。[9]已死去的尼日利亚独裁者萨尼·阿巴查及其小圈子的成员掠夺并转移至国外的资金估计为 22 亿美元（有些估计甚至更高）。这类转移尤其令人不安，因为根据世界银行的估计，该国整个国内生产总值约为 411 亿美元，该国 1.239 亿人口中估计有三分之二以上的人（70%）每天的生活费不到 1 美元。[10]

12. 在墨西哥，据估计，前总统卡洛斯·萨利纳斯的兄弟由于腐败行为而集聚了 1.2 亿美元的财富——根据世界银行的估计，该数额相当于逾 594,000 个墨西哥公民的年均保健费用。[11]

三. 收回和返还资金的障碍

A. 洗钱活动

13. 贪官不一定总是通过洗钱活动来隐瞒其转移非法所得。例如，在一些十分引人注目的腐败案件中，贪官对大肆侵吞公款毫不掩饰。例如，在让-克洛德-杜瓦利埃逃离海地以后，调查人员毫不费力地找到了书面罪证，这些罪证显示，

前“终身总统”侵吞了 1.2 亿多美元。[12]最近，据报告，尼日利亚中央银行的运钞车将现金直接从银行送至阿巴查将军及其同伙的家中。[13]对于这些案件，追踪资产遇到的最大困难是数额庞大的交易和书面证据。

14. 然而，如果以洗钱来掩饰资金转移的话，就比较难以追踪非法财富了。一般而言，在资产直接存入金融机构这一所谓“存放”阶段，洗钱过程是最容易被查到的，因为财富仍未远离原先的犯罪活动。为此原因，国际金融和银行市场必须具备透明度，以防止洗钱者将腐败所获收益放入金融机构。由于洗钱本来就是一种隐蔽的活动，因此，“曝光”原则尤为适用。简言之，报告可疑交易的银行和其他金融机构越多，当局所获得的关于可能的洗钱活动的信息就越多。

15. 银行和其他金融机构可颁布和实施一般称为“了解客户”政策的信息交流措施，协助开展反洗钱努力。这些原则的目的是克服这些机构在区分正当钱财与非法钱财方面历来存在的缺陷，并“举报”从事洗钱的客户。了解客户政策与银行传统保密法和保密文化不同，它要求金融机构在获取并保存某些帐户信息时必须展开审慎调查。[14]

16. “了解客户”原则的目的是确保采取适当的政策、作法和程序，防止金融机构被有意或无意地用于推进洗钱活动。根据这些方案，金融机构应采取积极步骤，确定其客户的身份，并对帐户活动加以监督。金融机构如果察觉到异常活动，就必须提交“可疑活动报告”。[15]“了解客户”规则如果得到适当执行的话，就可以增加透明度，并防止以某些方式存放非法资金。首先，报告行为本身就可以阻遏犯罪分子，包括腐败的政府官员，试图将金融机构用作其洗钱活动的工具。如果在此情况下这些客户仍试图同金融机构建立联系，那么，执行“了解客户”原则，客户业务的非法本性就会暴露无遗。而且，客户根据了解客户准则而提供的信息，可以使金融机构在某些交易有别于客户正常业务交易时有所察觉。

17. “了解客户”准则尽管取得了成功，但未得到普遍的赞同。有些人声称，近年来已更为具体的这些准则，可能会妨碍打击洗钱的斗争，因为将这些准则强加给欠发达的金融体系是不可行的或不公平的。[16]而且，金融机构遵守这些准则的情况可能是前后不一的，甚至根本就不遵守。例如，对阿巴查事件的调查表明，有几家外国银行没有对阿巴查的帐户进行适当的监督，甚至在某些情形下，还派员赴尼日利亚帮助将装满现金的手提箱带到国外。[17]

18. 尽管如此，在 9.11 袭击事件发生以后，继续趋向于提高透明度标准，有些国家继续在加紧堵塞其金融体系的漏洞。为促进金融透明度而作出的其他各种努力均承认银行和其他金融机构系进行洗钱的主要机制。货币基金组织和世界银行 2001 年将打击洗钱的国际努力分为下述三类：(a)主要涉及金融/监管事项的努力（例如，货币基金组织、世界银行和巴赛尔银行监督委员会的这类努力），(b)同时涉及金融/监管和法律/执法事项的努力（例如，联合国的活动），及(c)主要涉及法律/执法事项的努力（例如，金融情报股埃格蒙特小组和国际刑事警察组织（刑警组织）的活动）。[18]

19. 一般而言，国际上为提高透明度而最近作出的努力既包括改进现行机构的协调，也包括创立新的机构和文书。许多机构在打击洗钱上已取得长足的进

展。通过加强国际努力而议定了涉及腐败和洗钱问题的各项国际公约，例如，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（联合国大会第 55/25 号决议，附件一）、《关于犯罪收益的洗钱、追查、扣押和没收问题的公约》[19]、《欧洲委员会腐败问题刑法公约》[20]、美洲国家组织的《美洲反腐败公约》（见 E/1996/99）和经济合作与发展组织的《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》。[21, 22]

B. 不透明的金融体系

20. 由于在实践中和在法律上存在的障碍，包括缺乏关于腐败和洗钱的全面国际文书，因此国际社会营造透明度的努力受到了影响。一个基本的障碍是，资金的快速移动使追回和返还资金的工作复杂化，这是由于，电子转帐，尤其是通过因特网转帐使得交易成为匿名交易，并且可能极其难以追踪。[23]

21. 第二个实际问题是世界许多金融体系仍然缺乏透明度。[24]例如，洗钱资金继续使用的一种渠道仍然是有些金融机构向外国银行提供的代理帐户。代理银行业务涉及一家银行向另一家银行提供转移资金、兑换汇率的服务，并开展其它交易。由于这些帐户的存在，使得管理松懈甚至腐败的银行业主和客户有能力在世界各地自由地转移资金。人们越来越认识到，信托公司是在透明度上存在的一道缺口，给复杂的洗钱办法提供了条件。这些渠道提供的匿名交易，尤其是盲目信托和资产保护信托，使得腐败的官员享有逃避扣押令的自由。同样，境外帐户和个人投资公司为任何洗钱活动，包括腐败所得资金的洗钱，提供了避风港和各种机会。特伦托大学 2000 年 1 月为欧盟委员会编写的一份标题为《保护欧盟金融体系，防止有组织犯罪利用金融中心和境外设施》的报告显示，企业法也是系统透明度的一个重要方面，而这大体上被忽略了。国际社会应关注从其他国家的公司获取文件，并利用这些实体通过掩盖身份和资金属权来便利洗钱的问题。

22. 私人银行业务构成不透明障碍的另一个例证。私人银行业务是有些金融机构向交易净值很高的个人提供的一种优惠服务，这种服务对腐败收益的洗钱是有特殊意义的。私人银行业务给洗钱活动提供了一些易于利用之处，可以为腐败的政界名流所利用，据巴塞尔委员会称，政界名流系“现在或曾经担负显赫公职的个人，包括国家元首或政府首脑、政府、司法或军队高级官员、公有公司的高层行政人员和政党的重要官员。”[25]私人银行可能会因为腐败官员系大客户而不对这些帐户进行彻底的审慎调查，而且银行可能会协助其将存放的资金用于投资。此外，在这类情形下使用中间人事实上可以使该官员匿名开立并维持帐户。[26]

C. 追回资金行动中涉及的问题

23. 为追回腐败所得资金而开展国际调查，当局必须提起法律诉讼，以便在经过可能十分复杂而且为时很长的调查以后，争取获得对所确定之资产的法律所有权。这些追回行动可能会有多种形式，包括(a)在来源国（“请求国”）提起刑事诉讼，在资金所在国（“被请求国”）执行判决；(b)经国际社会执行判决以后在请求国提起民事诉讼；(c)在被请求国提起刑事诉讼或民事诉讼以后，请

求国直接没收财产或由被请求国没收财产（然后可共同分享该资产）；(d)请求国在被请求国法院提起民事诉讼；或(e)同时采取以上所述的某些形式的行动。如下文所述，这些追回行动从一开始就存在着许多困难，而且十分复杂。

1. 法律的不统一

24. 追回行动面临的一个根本复杂因素是法系众多。不同法系的国家和金融机构很难弥合彼此在概念和程序上的分歧。因此，在追回行动上所造成的法律问题由于法域（普通法/民法）和追回方法（民事/刑事）的不同而有所区别。

25. 由于现代所有法系基本上都遵照公平的原则，在程序法上存在的绝大多数分歧都不是无法调和的。然而，由于国际社会不重视求偿权的提出和决策进程等事项，具体法律程序的统一协调受到了影响。

26. 关于实体法，在官员渎职被定为犯罪的具体内容上标准不一。这种标准不一的情况影响了在追回案件上进行国际合作，因为属于上述官员渎职性质的行为可能并不违反被请求国的法律。

27. 迄今为止，绝大多数国际法律文书都侧重于贪污概念，因为几乎所有国家都禁止本国国民或外国人对其公职人员进行行贿。因此，贿赂系整个国际社会和缔约国在下述协定中加以禁止的核心腐败行为：《美洲反腐败公约》、《打击在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》、《腐败问题刑法公约》及《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（见第 19 段）。

28. 学者们认为，将腐败理解为等同于贿赂，作为第一步是值得称赞的，但有其内在的局限性。制止贿赂措施在范围上的局限性尤其体现在下述案件上：官员因刮取油水和回扣等非法付款而敛财，这些行为与贿赂一样有害于公益，但不在被动或主动贿赂的定义范围以内。国际社会对腐败的新做法应考虑何时宜制止其他这类活动。这种考虑必须顾及正当程序和绝大多数国家宪法中所载其他基本要求和保障措施施加的限制。

2. 正当法律程序和取证障碍

29. 在追回行动上的另一个法律障碍可能是无法满足某一法域为开展侵扰性调查所必需的正当法律程序要求，而为了揭露诡计多端的金融阴谋又通常需要进行这类调查。各法系为确保公民自由基本原则而拟订的实质性和程序性保障措施区别很大。这种区别给实际工作造成的一个复杂难题是，即使在某个国家以合法手段获取证据，但采取搜查和扣押措施可能会违反另一个国家的法律。

30. 从银行高级职员和调查人员等关键证人的证词中就可看出这些各有不同的法律标准所造成的复杂情况。那些个人为了对追回资金提供证据，必须在各法域之间进行费用昂贵、耗时很长（以及十分危险）的旅行。这种旅行还引起了关系到下述方面的法律问题：伪证罪以及在证人作证的各法域对相关罪行或无关罪行或准免予起诉。现代通信的发展，例如电视会议功能的强化，可能会减轻这种负担，但由于各国在给予被迫作证的证人赦免权方面标准不一，法律问题仍然存在。

31. 在作证方面的另一个问题是，有些请求国基本上无法满足被请求国正当法律程序的要求。这些国家的基础设施可能十分有限，记录或帐簿记录很少或根本不存在。在发生大规模腐败案件以后，追回行动所遇到的主要棘手问题是需要有多少时间才能够恢复法治，以及有关国家必须对前任高级官员及其资产迅速采取行动。通常出现的情况是，在某个国家开始努力追回前任领导人非法转移至国外的资产时，改革已经开始，但远未完成。由于请求国司法系统具有此类过渡性，可能会请求提供协助，但又不能满足司法互助所必须的最低限度要求，例如确定犯罪属实的证据及资产确系犯罪所得的证据等。促进订立取证标准可有助于各自更平等地执行这类最低限度要求。

32. 遗憾的是，即使对于明显的腐败大案，也并不一定有可能提出刑事起诉。官员死亡（如尼日利亚阿巴查将军的死亡）可能会使起诉半途而废。该官员在案件曝光以后很久可能仍然掌管政府大权。或即使该官员已离开政府，但他在当地可能仍有很大势力，足以阻止在国内对其进行刑事起诉。在其他更为极端的案件中，涉嫌的官员可能享有免予刑事起诉的权利，或由于所涉行为当时并不违反该国的任何法律，因此可能不存在可加以调查的任何“犯罪”行为。即使该国后来颁布法律明文，禁止早先受到质疑的行为，但被告仍可声称，这是修订后的刑法在事后设定的罪名，各国在司法互助方面不应当给予承认。[27]

3. 民事及刑事没收

33. 由于对非法转移资产的追踪和冻结跨越了民事诉讼和刑事诉讼之间的界限，因此在追回行动上还存在着第三种常见的法律复杂情况。每一种诉讼都各有其特点，各国提起这种诉讼的情况不尽相同。[28]

34. 作为一条一般性规则，通过刑事诉讼可以采取更为有效的法律补救办法。然而，与此同时，这种补救办法所具备的刑事性，还意味着，举证责任重，在采取补救办法以前必须符合相对比较严格的程序保障要求。相形之下，由于不存在监禁的问题，在民事诉讼中，举证责任通常较轻，程序上的保障要求也较少。然而，出于这种原因，许多国家的法律制度不承认民事没收这类有些国家用于没收资产的常见手段。

35. 在民事没收是否合适上存在的这种相互冲突的观点是国际合作面临的主要困难之一。有些国家提出的请求遭到了只允许刑事没收的其他国家的拒绝。此外，从一开始就使用这类刑事诉讼可能会使以后（或同时）进行的刑事诉讼复杂化或者会阻碍这类诉讼的进行。

36. 但在援用哪种类型的扣押以及将哪些个人和/或机构作为目标的问题上可能存在着严重的方法问题和道德问题。在选择被告上，出于战术的考虑，调查人员必须根据被告本人参与犯罪的情况以及根据其居住国的法律制度来评价哪些潜在的被告最容易被攻破。换言之，最应受惩罚的被告不一定是卓有成效的追回资产行动的最佳目标。[29]

4. 缺乏国际合作

37. 追回资产行动通常固有的第四个困难是必须将来自各法域的律师和调查人员汇集在一起，并协调其工作，以查清可能是十分复杂的金融交易。由于时间不在调查人员一边，必须尽快完成协调工作。

38. 影响这些努力的一个常见障碍是总体上还缺乏有关承认和执行外国判决的国际文书。相对来说，关于这一专题的协议或安排为数很少。如果没有相关的条约，外国判决的执行就取决于国内的法律和国际礼让。

39. 此外，的确存在的国际协议允许各国在某些情形下不承认判决。例如，欧洲联盟的《关于民商事司法管辖和判决执行公约》[30]列举了据以“不应承认”外国判决的五项理由：(a)如果判决违背承认国的公共政策，(b)在没有充分发布通知的情况下作出的缺席判决，(c)如果该判决与承认国当事各方之间的判决不相容，(d)如果该判决超出在必须确定因婚姻关系、遗嘱或继承而产生的地位问题的民事纠纷范围，或(e)如果该判决与非缔约国已经成为定案的先前判决不相容。[31]

40. 鉴于这些情况，对于追回腐败所得的判决，在有些执行问题上可能仍然会有争议。例如，关于针对流放的前领导人的缺席判决，可能存在着重大的法域问题。例如，英国上述法院称，对以欺诈方式获取的外国判决将不予执行，既使最初的法院已对欺诈指控进行过调查。[32]然而，在包括美利坚合众国在内的其他国家，如果最初的法院已对欺诈问题进行过审议并作出认定，在寻求执行外国判决时将不对有关问题的事实加以重新审查。[33]

5. 缺乏专业知识和资源

41. 最后，追回资产行动常常因缺乏资源和专业知识而受阻。具有讽刺意义并令人遗憾的是，由于正追踪其资产的罪犯犯下严重腐败行为而弄得民穷财尽的穷国可能无法承受大规模调查所带来的财政负担。而且，调查人员可能缺乏金融和法律领域的必要培训，无法在追踪被窃资产以外查清腐败案件。

42. 然而，与此同时，被请求国官员可能会由于其进行绝大部分调查工作而很少得到请求国的支持，而感到处于不利地位，并且可能对如果请求国无法或不愿在本国法院提起诉讼其行动本身就会归于无效而满怀委屈。而且，被请求国的这些官员如果得不到请求国的协助，可能还缺乏采取追回行动所必需的资源和专长。公平地分摊追回行动所必需的工作似乎是取得成功的一个关键要素。

D. 在返还资金或资产中的复杂因素

43. 在国际案件中，追踪和扣押资产只是调查的一部分。占有被追回资产的法域接着就必须确定何时和向何方返还被追回的资产。经验证明，返还这些资金的进程可能十分棘手，错综复杂。

1. 对追回努力所持动机的疑虑

44. 此外，为争取返还被追回的非法资金或资产所作努力可能会因为对代表请求国行事的官员或调查人员所持动机抱有疑虑而受阻或遭到耽搁。考虑到许多国家的现行规定不允许就政治罪或军事罪指控提供合作，因此，在某些情形下，之所以有这些疑虑可能，是因为据称或据怀疑追回努力可能是出于政治上的动机。在另外一些案件中，资产或资金被追回国家的官员对请求国是否摆脱了腐败抱有疑虑，或担心被返还资金或资产的命运。由于这些担心显然十分敏感，因此可能不会明说。然而，有了这些担心，非法资金或资产的返还就会受挫或者会落空。

2. 相竞争的索还请求和多个法域

45. 最终如何处理被成功追回的资产可能会因请求互助国以外的国家提出相竞的索还请求而变得十分复杂。这些索还请求可能有若干个来源，包括在贪污国际援助款的案件方面，由资金来源国提出的索还请求。不充分探讨和分析该问题可能产生的结果和影响，就无法对非法转移资金返还问题进行全面的审议。

3. 确定受益的所有人

46. 在许多情形下，现行规则规定将根据被请求国国内法律来分配成功追回的收益。与上文述及的程序法繁多不一的情况类似，不同国家处理被扣资金的机制也不同。例如，就其损失寻求赔偿的投资者和债权人可能会提出私人诉讼，而新政府可能希望将资金追回用于支持各种公共工程。

四. 结束语和今后可能的行动

47. 本研究报告上述各节论述了影响到追回非法来源资金或资产及随后返还的某些主要障碍。根据这一讨论情况，在考虑如何消除这些障碍并同时首先采取必要行动防止非法资金的转移上有着几种可能办法。

A. 追回资金或资产

1. 法律措施

(a) 将上位罪的范围扩大至包括外国腐败

48. 关键似乎是在国家立法中就能够没收腐败收益的措施作出规定。如果在采取这些措施的同时还把反洗钱规定的范围扩大至将外国腐败列为上位罪就可大大加强这些措施的效力。同样，必须在国内立法中对腐败的概念加以订正，突出大腐败的概念，以防止腐败的领导人为保护其政权逃脱今后法律行动的制裁而对国内法律作相应的调整。

(b) 提供在被请求国诉诸司法的机会

49. 促进国际合作的一种方法是规定请求国可在被请求国的法院就存放于其领土内的腐败收益提起诉讼。为此，请求国可确定资产的所有权权益，或作出有效的最后判决。然而，与此同时，请求国宜尽一切努力提供协助，并设法获取关于所涉犯罪的充分证据。

(c) 以防止资产流失或失踪为目的的审判前扣押令或限制令或其他行动

50. 为了规定在现代世界经济中扣押资金所通常必需的快速法律行动，似有必要使政府当局可根据另一国的请求采取措施，防止有正当理由作为腐败收益加以追回的资产的任何转移。这些法律机制还应允许根据另一国发出的指令或请求国法院颁布的适当限制令而限制资产的转移。然而，与此同时，这些机制应确保外国采取的行动必须有合理的依据，并且定出合理限期，要求请求国提交支持扣押的证据。

(d) 执行外国判决

51. 执行外国判决通常是成功追回腐败所得资金的一个关键因素。有必要在国内采取法律措施，以允许法院执行一外国所作出的下令没收腐败收益的终局有效判决。这些措施必须与国内法律有关公共政策的原则或正当法律程序的原则相一致。

2. 组织安排

(a) 在联合国建立一个技术援助信息交流中心

52. 联合国在会员国给予适当支持的情况下，可以发挥更大的作用，为此，可提供一个技术援助信息交流中心，协助开展追回腐败所得收益的多国行动。设立此类信息交流中心是朝着确保请求国和被请求国之间交流必要信息、确保相互了解对方的要求而迈出的一个积极步骤。

(b) 指定负责处理援助请求的政府机构

53. 通过提供便于查询的、关于接受援助请求的负责人或政府机构的最新资料，可大大提高互助的有效性。在免费提供给所有国家的在线电话本上可查到负责的机构官员。这一步骤可以澄清尤其在请求国官员寻求就大腐败案件追回资产时出现的某些混乱情况。

(c) 主动披露关于非法来源资产的信息

54. 各国之间自愿交流信息是为追回和返还腐败所得资金而开展必需的国际合作的一个重要组成部分。因此，如果披露信息有助于另一个国家开展追回行动的话，采取各种措施，在未经事先请求的情况下将关于非法来源资金的信息转给另一个国家，同时不影响提供信息的国家正在进行的调查，是大大有助于加强国际合作的。

3. 追回的方法

(a) 成功酬金安排

55. 酌情扩大民事程序的适用范围，以补充或替代刑事诉讼，可被视为追回资产的一种手段。正如在关于“资产追回”问题技术讲习班期间所讨论的（见第 5 段），菲律宾和俄罗斯联邦提出的民事诉讼使得这两个国家分别追回了近 10 亿美元和 1.8 亿美元。最近，尼日利亚由于在联合王国提出民事诉讼，而追回了阿巴查基金（迄今为止）10 多亿美元中的相当一部分资金。然而，民事诉讼存在的一个问题是，必须聘请律师，合适的律师费用十分昂贵。在某些法域中，法律事务所和调查人员可能愿意并且能够接受按照资金最终追回情况收费的标准进行追回洗钱资金的工作。这些法域规定所支付的费用必须与追回资产总额成比例。然而，有些法域禁止成功酬金安排，并且如果某法域未规定可通过民事诉讼追回洗钱资产，则就无法采用成功酬金安排。

(b) 共分罚款的诉讼

56. 除非政府愿意参加行动，否则，限制公共资源外流的另一种方法是进一步利用可促成返还非法来源资产的信息或扩大采用共分罚款诉讼办法。例如，在某些国家，私人原告可得到追回资产中 30%的资产。[34]鉴于共分罚款的诉讼可能带来的好处，包括适用较低的民事取证标准，可考虑视可能扩大使用共分罚款的诉讼。然而，与成功酬金安排一样，共分罚款的诉讼这种做法在某些国家是得不到承认的。

(c) 贷款

57. 贷款可以是采取适当法律程序的另一种潜在的筹资来源。可以同有关国家接洽，争取其作为外援的一种形式对寻求追回资产的国家提供支持。同样，还可同货币基金组织和世界银行等国际金融机构接洽，争取他们先提供贷款，以后再用被追回款项偿付。由于追回资产将改善请求国的经济前景，这些金融机构还可能愿意将这种筹资方法作为较大范围内的一揽子经济援助的一部分。还可以从有兴趣提供国际援助的私营公司、基金会或非政府组织那里争取贷款。

(d) 费用偿付

58. 如前所述，被请求国法院大力开展追回行动所涉费用可能会给被请求国和请求国造成巨大的财务负担。可以考虑由显然未进行适当的审慎调查并从而造成非法资金外流的金融环境的金融机构负担部分或全部费用。这类偿付需要由国家拟订适当立法，确定金融机构必须加以注意的程度，以及因不够谨慎而必须承担的赔偿责任的范围。

B. 返还资金或资产

1. 指定独立保管人以解决求偿权的可能性

59. 为帮助解决对追回资产的相竞求偿权问题，可考虑设立占有并分配这类资产的资产没收基金。通过这一机制，知情并且行事公正的个人或法庭可以就相互冲突的、针对追回资产的各种索偿要求作出鉴别。这一机制受到了称作确定权利诉讼这一民事程序方法的启发，有些法域为解决对金钱或财产互有冲突的索偿权而规定了确定权利诉讼。[35]确定权利诉讼允许占有资产或资金的个人或实体与两个或两个以上求偿人同样提出相互排斥的求偿权，从而允许法院在一个程序中一并解决求偿权问题。

2. 将某些资产指定专门用于发展

60. 为确保适当使用被追回的资金，可考虑将这些资金用于偿还国债。此外，为限制这些资金及其他国有资产被挪用的可能性，可指定将被追回资产的一部分或一揽子发展援助的一小部分专门用于加强当地的监督工作，以制止腐败和援助款的转移。可将这些资金用于建立或扩大金融情报系统，培训负责调查洗钱的官员。[36]

3. 确定被追回资产或资金的优先分配次序

61. 由于在被收回资产上存在着相竞的求偿权，因此本来就存在着确定优先次序的重要问题。宜就确定优先次序制定可适用于分配被追回资金或资产的十分明确而且前后一致的规则。在确定这类规则方面必须考虑到对犯罪受害者提供赔偿以支持反腐败方案并需要支付资金或资产所在国可能负担的开支。

4. 资产共享

62. 在刑事案件方面国际追回行动的成功涉及到与为没收资产而提供必备条件或极大便利的国家共同分摊被追回收益的安排。例如，截至 2000 年 7 月止，为报答在没收行动上提供的援助，美国已向约 30 个国家汇拨了约 1.69 亿美元。[37]资产共享为各国共同努力成功追回资产提供了经济刺激，而不论资产在何处或最终由哪一个法域执行没收令。作为一条一般性准则，分摊的资金是根据各国与其他执法参与国所提供的援助相比所作贡献的大小按比例确定的。然而，在明显涉及公共资金的案件中，即，直接取自于请求国国库的资金，可考虑采纳背离较为传统的资产共享方法和预计可以最大限度地收回资产的规则或安排。这类最大限度的收回资产做法完全符合拟议公约提出的减轻腐败造成的有害社会和经济影响的目标。

C. 防止转移非法来源资金或资产

63. 正如上文指出的，为大力制止转移腐败行为所得非法资金，其所涉的困难和复杂性低估不得。被转移资金的追回和返还同样十分复杂，相当困难，由于

法律和实际方面的各种问题，追踪和返还财富的努力经常受挫。出于这些原因，各国宜采取步骤，防止转移腐败所得非法资金或资产。

1. 设立金融情报单位并增加自愿的信息交流

64. 由各国政府设立的金融情报单位，目的是接收并审查国际可疑活动情况报告、分析金融信息、将信息转给国内执法机构并交换信息。在 1990 年代中期以前，世界各国设有金融情报单位的并不多。截至 2002 年 6 月止，有 69 个国家设立了金融情报单位。[38]作为非正式的艾格蒙特小组，金融情报单位帮助促进了信息的交流，并提高了世界各地反腐败组织的专业知识。由艾格蒙特小组于 2001 年汇编的、剔除了保密内容的 100 宗洗钱案件报告就体现了这种合作的重要性。[39]

2. 联合国作为适当鉴别信息和可疑交易报告信息的保存人

65. 由秘书处毒品和犯罪问题办事处全球反洗钱方案建立的国际洗钱信息网（Imolin）数据库为会员国建立一个可交流关于适当鉴别信息和可疑交易报告信息的安全可靠的数据库奠定了基础。联合国系统还可以采取其他措施，为会员国的官员提供培训和帮助。从长期来说，联合国应考虑利用其全球性对以往的追索行动进行分析。迄今为止，基本上是在无协调的情况下开展针对腐败官员的这些行动的，能从这些行动中得到宝贵知识的只限于实际参与调查的那些国家。联合国有条件获得关于这些案件的信息，以建立一个向所有有关国家开放的信息总库。

3. 发展早期预警

66. 人们普遍承认而且大规模腐败案件也证明，必须特别注意无明显经济用途或合法目的所有各种复杂、异常的大笔交易，注意到交易的所有异常特征。由于可能涉及到的金额达数百万美元或甚至数十亿美元，显然，对于显示有相关非法活动存在的任何异常情况，金融机构和执法机构必须保持警惕。根据上文介绍的、经许多国家采纳的适当鉴别（“了解客户”）方案，就可觉察到“危险信号”。金融机构如果根据对银行活动所进行的这类监督，怀疑有关资金来自于洗钱，就应立即将其关注事项报告给司法当局，后者在接到这一信息后应立即行动并与其有关的外国对等机构交流这一信息。对于涉及政府官员和腐败高风险国家的交易，尤其应当加以高度认真的检查。[40]

4. 执行全面的适当鉴别方案

67. 金融机构并不总是抱着适当的积极性来执行上文所述的“了解客户”方案和其他形式的鉴别工作的。例如，在对阿巴查事件进行调查以后，瑞士联邦银行委员会对 19 家瑞士银行与尼日利亚前领导人及其同伙之间的交易进行了调查，并公布了一份报告，该报告宣称其中 13 家银行毫无问题，但点名指出另 6 家银行未遵守适当鉴别的义务。[41]各国应主动执行适当鉴别的要求。应指定主管当局对银行和其他金融机构进行监督，以确保切实执行所有各项要求。适当鉴别方案应至少具备下述三个方面的内容：(a)对不同寻常的金融交易加以强化鉴

别（如前所述）；(b)建立和保留客户身份档案及异常交易的记录；和(c)有义务向主管当局报告可疑交易的情况。

5. 其他预防措施，包括检察官和法官等专业人员的能力建设

68. 正如已经指出的，请求国通常极其缺乏资源和技术专长，这对预防非法转移并追回非法转移国外的任何资产构成了严重的障碍。南非对于为检察官和法官队伍提供资金并配备人员提供了十分重要的例证。该国建立了调查腐败的特别委员会，以及专门对这些调查产生的民事事项进行裁判的特别法庭。[42]同样，被请求国应考虑有必要进行能力建设，以便使这些国家能够积极参与扩大打击转移非法来源资金的国际行动的范围。联合国除了行使其重要的研究和情报交流职能外，还应考虑在努力进行能力建设方面发挥主导作用。

注

[1] 还应提出下述事实，即，2002 年 11 月底，大会第二委员会在其第五十七届会议上批准了“防止和打击腐败行为及转移非法来源资金的行为，并将这类资金返还来源国”的决议草案（A/C.2/57/L.46）。

[2] A/56/403 及 Add.1；A/57/158 及 Add.1-Add.2。这些文件列入了会员国和联合国系统有关实体及其他政府间组织为打击和预防腐败的后患以及非法来源资金的转移而采取的多种措施和举措的摘要，以及针对这些问题的建议。

[3] 参见 Ibrahim F.I. Shihata，Corruption: “A General Review with an Emphasis on the Role of the World Bank”, *Dickinson Journal of International Law*, vol.15, 1997, 第 451-458 页。

[4] “透明国际”驻博茨瓦纳、喀麦隆、埃塞俄比亚、肯尼亚、马拉维、尼日利亚、南非、乌干达、赞比亚和津巴布韦的代表于 2001 年 3 月 4 日签署了尼扬加宣言。（在 www.transparency.org 的网址上可查阅到全文）。

[5] 参见 Andrea D. Bontrager，“From corruption to cooperation: globalization brings a multilateral agreement against foreign bribery”, *Indiana Journal of Glabal Legal Studies*, vol.7, 2000, 第 655 页。

[6] Josè Carlos Ugaz 的专题介绍。

[7] 在讲习班期间，有与会者回顾到（见注 6），阿尔韦托•藤森政府的各种腐败行为包括收取非法资金、官员接受贿赂、回扣、佣金和其他与合同有关的滥用权利行为、不正当的指定法官、军方不正当地需要和采购行为、贩毒、迫害政治反对派及将国家资金转用于政党竞选活动。在秘鲁，大约有 1400 人目前正在接受调查，120 人已被拘押。

[8] 美国参议院调查问题常设小组委员会于 1999 年年底公布的议会少数党关于私人银行和洗钱问题的内部研究报告叙述了一家大的私人银行在这两个案件中扮演的角色。参见“Minority Staff Report for Permanent Subcommittee on Investigations Hearing on Private Banking and Money Laundering: a case study of opportunities and vulnerabilities”, 106th Congress, 1999 年 11 月 9 日（参见 http://www.senate.gov/~gov_affairs/110999_report.htm）。对尚待最后解决的阿巴查事件的记载或许最为全面，它形象地说明了腐败与洗钱之间的相互关系。

[9] 尼日利亚代表发言摘要载于联合国 2002 年 10 月 14 日新闻稿（GA/EF/3002），第 8 页。

[10] 参见世界银行，《2001 年世界发展指标》，第 45 页和第 65 页。

[11] 同上，第 99 页。

[12] 参见 Peter Slevin，“Duvaliers didn't swindle subtly”, *Miami Herald*，1987 年 2 月 8 日。

[13] 参见 Tom Masland，“A case of direct stealing”: Nigeria's VP on recovering the nation's looted treasure”, *Newsweek International*，2000 年 3 月 30 日。

[14] 关于“了解客户”政策方案作用的讨论概况，参见，例如，Paulina L. Jerez, “Proposed Brazilian money-laundering legislation: analysis and recommendations”, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 12, 1997, 第 329 页。

[15] 《私人银行反洗钱全球准则》，又称《沃尔夫斯堡原则》，由“透明国际”与 11 个大型国际银行于 2000 年 10 月商定，其中包括“了解客户”程序，以查明洗钱的早期迹象，对资金来源于腐败高风险国家和担任公共信托职位个人的帐户，进行严格审查。

[16] 参见 Daniel Mulligan, “Know your customer regulations and the international banking system: towards a general self-regulatory regime”, *Fordham International Law Journal*, vol. 22, 1999, 第 2324 页。

[17] 参见“The lost billions: the inside story of the hunt—from Lagos to New York to Geneva—for an African dictator's stolen loot”, *Newsweek International*，2002 年 3 月 13 日。

[18] 参见 IMF/World Bank, “Enhancing contributions to combating money laundering: policy paper” 2001 年 4 月 26 日。

[19] 联合国《条约集》，第 1862 卷，第 31704 号。

[20] 欧洲理事会，《欧洲条约集》，第 173 号。

[21] 参见《发展中国家的反腐倡廉举措》（联合国出版物，出售品编号 E.98 III.B.18 ）。

[22] 此外，2001 年下半年又对 1991 年欧洲联盟打击洗钱指令（理事会指令 91/308/EEC）进行了修订，扩大了洗钱定义的范围，扩大后的洗钱不仅涉及毒品犯罪，还包括“腐败”和其他“严重犯罪”），并将“了解客户”原则的适用范围扩大至会计、房地产代理人、律师和其他“守门人”。

[23] 关于洗钱者所使用的日益复杂的方法概述。参见 Patrick Moulette, *Money Laundering: Staying Ahead of the Latest Trends,* OECD Observer，2000 年 4 月。关于洗钱手法和打击洗钱努力的历时很长的讨论情况，载于美国国务院的一份报告，*International Narcotics Control Strategy Report*（2001 年 3 月 1 日）。

[24] 洗钱问题金融行动特别工作组在其年度报告中详细探讨了金融体系中存在的特别容易受洗钱影响的方方面面——包括代理银行业务、信括和守门人。

[25] 巴塞尔银行监督委员会，“Customer Due Diligence for Banks”（2001 年 10 月）第 10 页。

[26] 洗钱问题金融行动特别工作组最近的一份报告注意到，在对政界名流适用审慎的调查原则上存在着两种学派。如果在很广的范围内适当地适用这些原则，就应作为一般了解客户程序的一部分对政界名流的帐户加以监督。然而，该报告还承认，政界名流有关的帐户就其滥用公共资金的潜力而言属于另一类帐户，因此，应加以更加严格地审慎调查。该报告称，必须确定，在经过订正的洗钱问题金融行动特别工作组关于洗钱问题的 40 条建议中是否必须明确提及政界名流。参见洗钱问题金融行动特别工作组，“*Review of the FATF Forty Recommendations: consultation paper*”（2002 年 5 月 30 日）第 12-13 页（可在 http://www1.oecd.org/fatf/fdf/Review40_en.pdf 上查阅）。

[27] 关于应当将高级官员腐败视为违犯国家法律的原因的讨论情况，参见 Ndiva Kofele-Kale, “Patrimonicide: the international economic crime of indigenous spoliation”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 28, 1995, 第 48 页。

[28] 关于没收行动各种特点的概述，参见，例如，Otto G. Obermaier and Robert G. Morvillo, *White Collar Crime: Business and Regulatory Offenses* (New York, Law Journal Press, 1990)。

[29] 如美国司法部一名官员所介绍的、经剔除保密内容的案例研究报告中所载，有关地点和法域的基本问题可能会使目标的选择进一步复杂化。参见 Lester M. Joseph，“Money Laundering Enforcement Following the Money”, *Economic Perspectives*，2001 年 5 月，第 14 页。

[30] *Official Journal of the European Community*, No. C 189, 1990 年 7 月 28 日。

[31] 参见《关于民事和商事司法管辖和判决执行公约》（布鲁塞尔公约）。欧洲共同体理事会第 44/2001 号条例同样规定可以以公共政策和缺乏适当通知为理由不承认判决。

[32] 参见 Jet Holdings v. Patel,*Washington Law Review*, vol.59, NO. 3(1983), 第 295 页。关于该判决及其他执行方面的考虑讨论情况，参见纽约市律师协会，外国法和比较法委员会，“Survey on Foreign Recognition of U.S. Money Judgments”，2001 年 7 月 31 日。

[33] 参见 Ronald A.Brand, “Enforcement of Foreign Money-Judgments in the United States:In Search of Uniformity and International Acceptance”, *Notre Dame Law Review*, vol.67, 1991，第 253 和第 274-275 页。

[34] “qui tam”系“qui tam pro dominoi rege quam pro si ipso in hac parte sequitur”这一用语的缩略语，系指，“以国王的名义并为其本人提出起诉”。

[35] 参见例如，*Bandes* 诉 *Harlow & Jones. Inc*., 826 F.Supp.700(S.D.N.Y.1993)（发生在美国的涉及对同一家尼加拉瓜公司与被非法没收的股份对等的资金相竞求偿权的确定权利诉讼）。

[36] 指定这种类型的专门用途是由尼日利亚司法部长 Bola Ige 在 2001 年 12 月被暗杀以前不久提出的。根据 Ige 先生的估计，在有些国家，指定将项目费用的 1%专门用于防止资金转移就可带来 1000%的回报。参见 Bola Ige , 阿巴查和银行家：揭穿阴谋犯罪和社会问题论坛，联合国出版物，第 2 卷，（2002 年）第 1 号，第 111 页。

[37] 参见 Joseph, 前引书，第 14 页。

[38] 设立有金融情报单位的国家和领土是：安道尔、阿鲁巴、澳大利亚、奥地利、巴哈马、巴巴多斯、比利时、百慕大、玻利维亚、巴西、英属维尔京群岛、保加利亚、加拿大、开曼群岛、智利、哥伦比亚、哥斯达黎加、克罗地亚、塞浦路斯、捷克共和国、丹麦、多米尼加共和国、萨尔瓦多、爱沙尼亚、芬兰、法国、希腊、根西岛、香港（中国特别行政区）、匈牙利、冰岛、爱尔兰、马恩岛、以色列、意大利、日本、泽西岛、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、卢森堡、马绍尔群岛、墨西哥、摩纳哥、荷兰、荷属安的列斯群岛、新西兰、挪威、巴拿马、巴拉圭、波兰、葡萄牙、大韩民国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、新加坡、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、瑞士、中国台湾省、泰国、土耳其、阿拉伯联合酋长国、联合王国、美国、瓦努阿图和委内瑞拉。

[39] 参见 See “financial intelligence units in action”, 可在 http://www.ncis.co.uk/fiu.asp 上查阅。

[40] 例如，2001 年 1 月，美国财政部颁发了其对可能涉及外国官员腐败收益的交易加强检查的准则。该准则要求金融机构对“外国高级政治人物”、“直系亲属”的任何成员以及外国高级政治人物的任何“密切同伙”的交易和开立帐户加强检查。

[41] 应该指出的是，该报告认定，这六家银行的失职不足以对他们提出起诉。在瑞士联邦银行委员会的下述网页上可查找到关于这一调查的进一步信息（http://ebk.admin.ch.）。

[42] 南非检察官 Selby Baqwa 先生在其“Anti-Coorruption Ffforts in South Africa”, *Journal of Public Inquiry*, vol. 21（2001 年秋季/冬季号），第 21 页介绍了这一措施和其他改革努力。