



## 人权理事会

### 第十九届会议

#### 议程项目 2 和 3

联合国人权事务高级专员的年度报告以及  
高级专员办事处的报告和秘书长的报告

增进和保护所有人权——公民权利、政治权利、  
经济、社会和文化权利，包括发展权

## 关于“不把非法来源的资金归还来源国对享有人权，特别是 经济、社会及文化权利的负面影响”的综合研究

### 联合国人权事务高级专员的报告

#### 概要

本报告是根据人权理事会有关不归还非法资金一事的第 17/23 号决议而提交的。第二章描述归还非法来源的资金上的主要障碍，《联合国反腐败公约》所规定的资产归还程序及人权框架下参与该追缴进程的国家间的相互义务。第三章探讨不归还非法来源的资金如何影响各国履行其人权义务的能力，特别是对经济、社会及文化权利的影响。该章节分析在追缴资产时采用以人权为基础的方针如何通过解决现有程序中最棘手的问题和现存障碍从而增强现有程序。本报告的结尾部分是旨在改进归还进程的政策建议，以期加强各国的能力，使之更好地履行其人权义务。

## 目录

	段次	页次
一. 导言.....	1-2	3
二. 归还资金的主要障碍.....	3-26	3
A. 非法来源的资金：估算的非法来源资金流 及未归还的资金流.....	3-8	3
B. 归还非法来源的资金的法律和事实障碍.....	9-16	4
C. 追回资产进程背景下旨在实现人权的法律 框架.....	17-26	6
三. 对各国履行其人权义务的能力的影响.....	27-62	8
A. 不把非法来源的资金归还来源国对享有人 权，特别是经济、社会及文化权利的负面 影响.....	27-34	8
B. 对来源国法治的影响.....	35-37	9
C. 在追回资产进程中采用以人权为基础的方 针将如何有利于降低不归还的负面影响.....	38-62	10
四. 建议.....	63	16

## 一. 引言

1. 人权理事会在第 17/23 号决议中请联合国人权事务高级专员筹划一项关于“不把非法来源的资金归还来源国对享有人权，特别是经济、社会及文化权利的负面影响”的综合研究，并向人权理事会第十九届会议提交一份研究报告。
2. 本报告就是根据这一要求而提交的。

## 二. 归还资金的主要障碍

### A. 非法来源的资金：估算的非法来源资金流及未归还的资金流

3. 由于人权理事会第 17/23 号决议提及的非法来源的资金与腐败相关，为本报告的目的，“非法来源的资金”与“腐败所得”可互换使用。两词均可理解为通过实施《联合国反腐败公约》所涵盖的某项罪行而直接或间接产生或者获得的任何财产。<sup>1</sup>
4. 腐败所得是难以估量的。数据不但稀少而且难以收集。所有的方法均采用不同的假设，当该任务是全球性的时候，置信界限将大幅降低。因此，结果往往是粗略的估计。<sup>2</sup> 例如，全球行贿额——包括小额和巨额行贿——据估计在 6,000 亿美元到 1.5 万亿美元之间，这就是说，估算中位数值为 1 万亿美元。<sup>3</sup>
5. 国际腐败所得资金流的年度估算值在 300 亿美元至 500 亿美元之间，估算中位数值为 400 亿美元，而来自发展中国家和转型经济体的腐败资金流估计在 200 亿美元至 400 亿美元之间，估算中位数值为 300 亿美元。<sup>4</sup> 这一数字是 2000 年官方发展援助额——当资产追回问题开始引起全球关注<sup>5</sup>——的一半，而且仍占 2010 年报告的官方发展援助的 25% 以上。<sup>6</sup>

<sup>1</sup> 见大会第 58/4 号决议附件，《联合国反腐败公约》第二条(五)项。

<sup>2</sup> 联合国毒品和犯罪问题办公室，“贩毒和其他跨国有组织犯罪造成的非法资金流估算”（2011 年），见 [http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit\\_financial\\_flows\\_2011\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf)。

<sup>3</sup> Daniel Kaufmann, “Myths and Realities of Governance and Corruption”（2005 年）。见 <http://ssrn.com/abstract=829244>。

<sup>4</sup> Raymond Baker, *Capitalism's Achilles Heel* (New Jersey, John Wiley & Sons, 2005 年)。根据 Baker 所述，腐败所得约占非法资金流估算值的 3%。源自有组织犯罪活动——毒品、假冒商品和假币、贩运人口、非法军火贸易、走私和敲诈勒索——的资金流占 33%，源自非法商业活动——错误定价以逃税、滥用转让定价及商业欺诈——的资金流占 64%。

<sup>5</sup> 关于“防止腐败行径和非法转移资金”的大会第 54/205 号决议，2000 年 1 月 27 日。

<sup>6</sup> 经济合作与发展组织，发展援助委员会，见 <http://www.oecd.org/dac>。

6. 就源自有组织犯罪或商业活动的非法资金流而言，约 50% 的资金是在发达国家之间流动，与之相比，80% 的腐败所得资金被认为是从发展中国家流出的。鉴于各个经济体中被挪用资金的相对权重，腐败所得资金流出所造成的影响在发展中国家大幅增强。例如，2002 年，非洲联盟估计，腐败的直接和间接代价达到了 1,480 亿美元，这在当时占非洲大陆国内生产总值的 25%。<sup>7</sup>

7. 每年约 200 至 400 亿美元的估计流出资金大部分均未被发现，归还来源国的就更少了。追回被盗资产倡议最近建立了一个数据库，尽管并非详尽无疑，但其数据显示自 1990 年以来，被归还的资产还不足 20 亿美元。<sup>8</sup> 70% 的追还努力发生在 2005 年《联合国反腐败公约》生效之后，目前正在进行之中的调查工作冻结了约 10 亿美元资产，这一数字表明检测率越来越高。<sup>9</sup>

8. 尽管在《联合国反腐败公约》生效以后已取得了一定进展，在每年从发展中国家流出的非法来源资金中，仅有约 2% 被归还给其来源国。<sup>10</sup>

## B. 归还非法来源的资金的法律和事实障碍

9. 在归还腐败所得上存在许多法律和事实障碍。<sup>11</sup> 在为预防和发现腐败所得的转移执行和实施法律框架方面存在一些困难，许多法律障碍均与这些困难有关。例如，为了发现这些资金流动，《联合国反腐败公约》第五十二条第一款所规定的基本标准要求各缔约国“根据本国法律采取必要的措施，以要求其管辖范围内的金融机构……对正在或者曾经担任重要公职的个人及其家庭成员和与其关系密切的人或者这些人的代理人所要求开立或者保持的账户进行强化审查。对这种强化审查应当作合理的设计，以监测可疑交易从而向主管机关报告”。无论是在发达国家还是发展中国家，对这一标准的遵守率都仍然较低。<sup>12</sup>

10. 即使非法来源的资金流被报告或以其他方式被发现，在这一进程的后续阶段还会出现更多的法律障碍。大部分法律障碍是在来源国司法管辖区和接受国司法管辖区刑事事务法律互助方面产生的。许多案件在追踪阶段即告失败，这是因

<sup>7</sup> 非洲开发银行集团，“Proceedings of the regional learning workshop on combating corruption in Africa” (2003 年)。见：<http://www.u4.no/helpdesk/helpdesk/queries/queryattach/q44Addisreport.pdf>。

<sup>8</sup> 被盗资产追回倡议于 2011 年 10 月启动资产追回观察。见 [http://www1.worldbank.org/finance/star\\_site/stararw.html](http://www1.worldbank.org/finance/star_site/stararw.html)。

<sup>9</sup> 资产追回观察。见 <http://assetrecoverywatch.worldbank.org/>。

<sup>10</sup> 这些数据并未考虑到 2011 年冻结的资产和/或归还给埃及、突尼斯、阿拉伯叙利亚共和国和利比亚的资产，这一进程重新启动了追回资产的工作。

<sup>11</sup> 被盗资产追回倡议，“资产追回障碍：关键障碍分析和行动建议”（华盛顿特区，2011 年），见 [http://www1.worldbank.org/finance/star\\_site/publications/barriers.html](http://www1.worldbank.org/finance/star_site/publications/barriers.html)。

<sup>12</sup> 被盗资产追回倡议，“政治公众人物：银行部门的预防措施”（华盛顿特区，2010 年），见 [http://www1.worldbank.org/finance/star\\_site/publications/politically\\_exposed.html](http://www1.worldbank.org/finance/star_site/publications/politically_exposed.html)。

为被请求辖区提出的要求很高，而此时请求辖区恰恰难以收集证据。典型的例子包括要求来源辖区提供资产和违法行为间的精确联系、银行账户持有人的姓名或以极高的准确度指明这些资产。在实行严格的银行保密法的辖区，此类要求往往更高，而且在调查的早期阶段难以被满足。《联合国反腐败公约》第四章和第五章规定，被请求辖区应在追踪阶段予以协助，利用这两章足以克服这一障碍。尽管如此，许多缔约国的中央当局要么不将这些规定作为开展合作的法律基础，要么按照其原有的国内立法和做法来解读这些规定，从而缩小了这些规定的范围，影响了其创新的广泛方针。<sup>13</sup>

11. 大部分追还工作的成功取决于及时采用临时性措施来冻结或限制资产。尽管可能带来资产流失的风险，但许多辖区依然对要求冻结资产的国家施加重要的负担，即使对被告权利的限制是理性且适当的。一些辖区给予资产持有者充足的权利，从而使得在资产持有者——无论是否作为被告——本应在请求辖区的法院行使其权利时却可在被请求国开展长时间的平行诉讼。如果在追踪阶段采取了这些措施，那么往往将导致资产的散失。<sup>14</sup>

12. 如果可否实施没收取决于能否获得刑事定罪(在大部分辖区均是如此)，那么请求国可能需在被请求辖区的立法所规定的时限内达到这一阶段，例如解除临时性措施和/或诉讼时效。对于无法定罪的情况，例如被告享有豁免权、是一名逃犯、已死亡或该案已过诉讼时效，许多辖区都未规定一个替代办法。《联合国反腐败公约》第五十四条第一款(三)项建议，为提供法律互助的目的，取消没收资产与定罪之间的联系，可根据这条规定克服此障碍。

13. 如果腐败所得被没收，被请求国需要有立法来允许返还这些资产。据报告，“仅有极其有限的几个辖区有法定权力 100%归还被盗资产”<sup>15</sup>，即便《联合国反腐败公约》第五十七条第二款规定缔约国应采取此类措施。

14. 法律传统上的差异增加了障碍，而在经验、技术资源甚至请求辖区和被请求辖区的当局所面临的风险上的差异也可能起到重要的作用。在资产追回观察数据库包含的 97%的案件中，请求国均为发展中国家。在这些请求中，83%是针对经济合作与发展组织的成员，17%是针对其他发展中国家，其中大部分为离岸金融中心。

15. 事实和体制性障碍加剧了法律障碍；其中最突出的是缺乏合作意愿。被请求辖区——特别是金融中心——“的法律互助制度往往反应迟缓、效率低下，其体系更是众所周知地艰难，使得各国均不愿提出援助请求”，这些辖区在外国请求之前优先考虑本国案件，极少采取积极主动的方针，即使他们确实具备提供更好

<sup>13</sup> 被盗资产追回倡议，见以上脚注 11。

<sup>14</sup> 同上。

<sup>15</sup> 同上。

的援助所需的专业知识、能力或资源。有观念认为，“发展中辖区的一些请求不过是‘烟幕弹’，是绝不可能进行正式诉讼的案件为国内和国际政治原因而生造出来的”，而且“当发达国家告知发展中辖区其发现了被认为是非法获取的资产时，后者并不总是给予积极的响应”，有人认为这种观念加剧了上述制度性行为。<sup>16</sup>

16. 虽然这种观念有时可能是正确的，但在某些情况下未能充分区分国家当局和遭到腐败后果危害的社会。如果考虑到这一区别，被请求国采取更为积极主动的干预措施，将改变这一现状，从而有利于认真地就各个案件开展诉讼工作。<sup>17</sup>

### C. 追回资产进程背景下旨在实现人权的法律框架

17. 国际人权框架主要确立了个人和国家在权利和义务方面的相互关系。通常情况下，个人被看做是权利持有者，而国家则是义务承担者。经济、社会和文化权利委员会将国家的具体义务描述为尊重、保护和实现人权的义务。

18. 围绕各国人权义务的性质已进行了长时期的辩论，特别是针对在公民权利和政治权利以及经济、社会和文化权利之间所谓的性质差异。

19. 人们已经认识到，所有的人权和基本自由都是不可分割和相互依存的，并且在所有公民、政治、经济、社会和文化权利的实施、促进和保护上应给予同等关注和紧急考虑，各国有责任尊重、保护和实现所有人权，包括消极责任和积极责任。<sup>18</sup>

20. 经济、社会和文化权利委员会强调，《经济、社会、文化权利国际公约》既规定了行为义务，也规定了结果义务，而且“《公约》规定逐步实现权利并确认因资源有限而产生的局限，但它同时也规定了立刻生效的各种义务。”<sup>19</sup> 因此，委员会认为“虽然可以逐步争取完全实现有关的权利，但是，在《公约》对有关缔约国生效之后的合理较短时间之内就必须采取争取这一目标的步骤。此类步骤应当周密、具体、以尽可能明确地履行《公约》义务为目标”。<sup>20</sup> 因此，逐步实现经济、社会和文化权利“不应被误解为解除了有其充分含义的义务”。<sup>21</sup>

<sup>16</sup> 同上，第 25 和 26 页。

<sup>17</sup> Tim Daniels and James Maton, “The kleptocrat’s portfolio decision”, in Peter Reuter (ed.) *Draining Development: Controlling the Flow of Illicit Funds from Developing Countries* (世界银行出版社，2012 年)。

<sup>18</sup> E/C.12/1999/5, 第 15 和 46 段；E/C.12/2000/4, 第 33 和 39 段。

<sup>19</sup> 经济、社会和文化权利委员会，第 3 号一般性意见，第 1 段。

<sup>20</sup> 同上，第 2 段。

<sup>21</sup> 同上，第 9 段。

21. 此外，委员会强调，“必须结合《公约》的总目标，即其存在的理由来理解”《经济、社会和文化权利国际公约》第二条第一款，“这一目标就是为缔约国确立充分实现所涉各种权利的明确义务，……因而它确立了尽可能迅速和有效地争取目标的义务。而且，在这方面的任何后退的措施都需要最为慎重的考虑，必须有充分的理由，顾及到《公约》规定权利的完整性，并以充分利用了所有可能的资源为条件”。<sup>22</sup> 出于这个原因，人们认识到，各国具有最低限度的核心义务，最起码确保使每种权利的实现达到一个最基本的水平，而且“一缔约国如要将未履行最低核心义务归因于缺乏资源，它就必须表明已经尽了一切努力利用可得的一切资源作为优先事项履行最起码的义务”。<sup>23</sup>

22. 人们越来越强调的是，腐败妨碍了各国遵循其人权义务。<sup>24</sup> 人们认为，腐败挪用了可用资源，因而影响了各国采取步骤，尽最大能力逐步地充分实现经济、社会和文化权利的义务。<sup>25</sup> 当国家无法履行有关每项权利的最低核心义务时，与腐败相关的资金挪用而导致的侵权现象就尤为明显。

23. 在这种情况下，一定条件下一套成功的资产返还程序可能对国家因腐败相关问题而未能履行人权义务的情况加以补救。作为任何反腐败战略的一部分，应在人权框架的背景下理解资产追回进程，该进程是各国为履行其人权义务所必需采取的若干努力之一。

24. 根据为实现各项人权——特别是经济、社会和文化权利——而进行国际合作和援助的原则，这些义务既适用于非法来源资金的来源国，也适用于非法来源资金的接受国。<sup>26</sup> 根据这一原则，各国尊重、保护和实现人权的义务不仅只适用于其自己的国内人民，而且还具有域外范围，适用于有能力援助的国家和需要援助的国家。<sup>27</sup>

<sup>22</sup> 同上。

<sup>23</sup> 同上，第 10 段。

<sup>24</sup> CRC/C/COG/CO/1, 第 14 段；E/CN.4/2006/52/Add.4, 第 80, 96 段；E/CN.4/2006/48, 第 44 段；E/CN.4/2001/53, 第 69 和 75 段；CESCR E/C.12/1/ADD.91, 2003 年，第 12 段。人权高专办组织了两次有关反腐败工作和人权保护间联系的会议(促进和保护人权的善治做法研讨会，2004 年，首尔；联合国反腐败措施、善治和人权会议，2006 年，华沙)。此外，人权理事会第 7/11 号决议承认有效的反腐败措施与人权保护是相辅相成的。

<sup>25</sup> CRC/C/15/Add.124, 第 18 和 19 段。

<sup>26</sup> 《联合国宪章》，第五十五和五十六条；《经济、社会和文化权利国际公约》，第二条第 1 款；《关于经济、社会、文化权利国际公约的执行情况的林堡原则》，原则 28 和 29；《儿童权利公约》，第四条；《发展权利宣言》，第 3.1, 3.2, 3.3 和 4.2 条；《维也纳宣言和行动纲领》，第 1, 4, 10 和 11 条。

<sup>27</sup> 经济、社会和文化权利委员会，第 3 号一般性意见，第 13 段；第 14 号一般性意见，第 45 段；第 15 号一般性意见，第 37 和 38 段；第 17 号一般性意见，第 36 至 38 段；第 18 号一般性意见，第 29 和 30 段；《林堡原则》，原则 26。

25. 正如其他形式的国际援助——例如国际发展援助和为实现经济、社会和文化权利的国际援助——一样，法律互助意味着一种相互的责任。在资产追回进程的背景下，一方面，来源国必须寻求追还资产，这是它们确保利用一切可用资源充分实现经济、社会和文化权利的责任的一部分。另一方面，接受国也有责任协助和促进资产追还，这是它们国际合作和援助义务的一部分。

26. 因此，在追回资产进程中采用以人权为基础的方针<sup>28</sup> 不仅要求来源国尽一切努力返还和退回腐败所得，以履行其国际人权义务，还要求接受国不将返还资产看作是一个酌定措施，而是作为从国际合作和援助义务中派生出来的一项责任。

### 三. 对各国履行其人权义务的能力的影响

#### A. 不把非法来源的资金归还来源国对享有人权，特别是经济、社会及文化权利的负面影响

27. 从表面上看似乎显而易见的是，一国因腐败而丧失的资源，不管是出口了还是留在国内，其负面影响是一样的。<sup>29</sup> 同样地，如果按照人权义务将被纳入国家预算的腐败所得用以投资，则将对这些权利产生积极影响。

28. 由于收回的资源是未能预见的，也并非预算中的公共收入，因此各国必须按照其最大限度地投入可用资源以实现经济、社会和文化权利的义务来分配这些资源。这是就追回的资产所须采取的措施的第一步。

29. 如何才能最好地进行投资，以实现经济、社会和文化权利？针对这个问题并无直截了当的答案。尽管在作出分配决定时必须遵循按照“最大可用资源”原则分配追回资产的义务，但由于索偿要求取决于各个国家的具体情况，因而并没有一个适用于所有情况的规则。尽管如此，以人权为基础的方针还是提供了重要的指导，应加以考虑。

30. 首先，它要求决策进程必须符合透明度原则和参与性原则。不能秘密地作出有关资源分配的决定，而应该是公开的，并且对公民社会的要求予以应有的重视。在某些情况下，在分配决定中缺乏透明度和参与性可能导致追回的资产被用

<sup>28</sup> 联合国人权事务高级专员办事处，“对发展合作采取以人权为中心的办法常见问题”，联合国，纽约和日内瓦，2006年。

<sup>29</sup> 然而，这是一个有争议的问题，因为留在国内的资源如果在国内被清洗并有效地投资，则可能增加国内财富，甚至增加人民的福利。Mick Moore, “The practical political economy of illicit flows”, in Reuter (ed.), 见脚注 17。



于不同于人权原则所寻求的目的。<sup>30</sup> 此外，对预算信息(应以易于监督的类别编纂)的宣传和获取对于了解开支的优先次序和作出正确的分配决定是至关重要的。<sup>31</sup> 最后，将实际的预算分配与人权指标相比较也将有利于分配决策进程。<sup>32</sup>

31. 另一方面，分配决策进程还应考虑到提供有效补救的以人权为基础的方针原则，包括创造条件避免未来再出现新的侵犯人权行为。在《联合国反腐败公约》第五十七条第五款所设想的归还协定的背景下，该原则可被用作这些艰难谈判的框架。以人权为基础的方针要求适当地使用归还的资产，将之用于创造条件以履行人权义务并避免新的因腐败导致的资产流失。有国家先例，显示了一条力求将被腐败后果所损害的社会的需求与接受者对归还资产的最终去向的关切相结合的道路，可供未来参考。

32. 此外，对于资产的最终去向来说，管理和监督机制与正确的决策一样重要。这些包括设立程序和主管机构，负责保证分配决定被严格执行。精心设计的追踪安排可促进监督活动和持续监测，特别是由公民社会组织进行的活动。

33. 当这些管理安排与以人权为基础的方针相一致时，就可得到增强，因为透明度、参与性和问责制是任何旨在实现适当有效管理的计划的三大主要支柱，包括收据的公共记录、公开宣布资金用途和公共预算、公开报告实际支出和所取得的成果、适当的审计机制，以及对已查明的弱点或管理不善的正式回应及改正措施。有时，收回的资产被转移到预算外基金中，从而引发一系列可疑的交易，而预算支出必须透明的教训就是从这种情形中获得的。

34. 最后，值得注意的是，这种透明度措施似乎是与发达国家和发展中国家认可的《阿克拉行动纲领》第 24 点中的承诺相一致的。<sup>33</sup>

## B. 对来源国法治的影响

35. 在可用经济资源与人权义务之间的关系以外，不归还非法来源的资金也对来源国的法治造成影响。如授权本研究的理事会第 17/23 号决议所回顾的，“非法获得个人财富尤其将损害民主体制、国民经济和法治”。

<sup>30</sup> Ignasio Jimu, “Managing proceeds of asset recovery: The case of Nigeria, Peru, the Philippines and Kazakhstan”, 巴塞尔治理问题研究所, 工作文件系列第 06 号, 2009 年, 第 11 和 12 页。本节中关于尼日利亚、秘鲁、菲律宾和哈萨克斯坦的例子也源于本文。

<sup>31</sup> Balakrishnan and others, “Maximum available resources & human rights: analytical report”, Center for Women’s Global Leadership, Rutgers, 2011 年, 第 9 页。

<sup>32</sup> HRI/MC/2008/3。

<sup>33</sup> 为加强和深化执行《援助实效问题巴黎宣言》而制定。第三次援助实效问题高级别论坛, 2008 年, 加纳, 阿克拉。

36. 当输出非法财富的诱惑和机会都很大时(在许多发展中国家似乎正是如此),就很有可能加剧对法治的破坏。有人指出,“将非法资本安全地藏匿在避税港的可能性直接刺激了腐败及其他非法活动,例如转拨定价的不当做法。这降低了被发现的可能性,因此增加了可能的回报。特别是在社会经济不平等现象严重、缺乏或根本没有对政治精英行动的有效体制性民众控制(“民主”)的政体中,那些能够并愿意参与到腐败内部积累和非法资本外流中的政治精英们也会被鼓动或能够创造或改变游戏规则,以便确保自己能够继续从中获利。在实践中这可能意味着:税务机关征收到足够的金钱来运作基本的政府服务,但整体能力较低,特别是在处理转移定价等复杂的国际问题上;警察服务缺乏调查权;法院系统容易发生腐败;薄弱的公共审计机关缺乏独立的权力;立法机关缺乏整体的凝聚力和权威性;脆弱而不稳定的政党为金钱和资助所驱使;公共服务缺乏整体的专业精神。由于这些进程对政治精英产生的激励影响,可能间接地进一步削弱对财产权的保护。控制大量(非法)资本但将其大部分置于海外的强势团体并无很强的激励机制来强化国内的财产权利(为所有人)”。<sup>34</sup>

37. 换言之,输出非法来源资金的机会将制造不利于建设民主社会的激励因素。不归还非法来源的资金将加剧可导致这种制度性损害的条件。在追回资产进程中采用以人权为基础的方针要求来源国和接受国均履行其义务,因而有助于纠正这种负面影响。

### C. 在追回资产进程中采用以人权为基础的方针将如何有利于降低不归还的负面影响

38. 在追回资产的进程中,接受国所发挥的相关作用不应只关系到资产在其管辖范围内,而且还应关系到,不论请求国的机构和当局的能力、资源和意愿如何,总是有一个受害社会正承受着公共部门腐败的后果。上文第二章所列出的很多资产追回过程中的障碍均是对此现实情况认识不足的后果。追回资产进程中以人权为基础的方针将全体人民作为权利持有者,将国家作为义务承担者,从而有助于消除其中一些障碍。

39. 毫无疑问,在许多情况下,接受辖区的主管机关缺乏能力或法律权威,在缺乏受害国信息的情况下开展合作。然而,在其他许多情况下,“接受国当局的利益和看法与受腐败影响的社会的利益和看法并不一致。因此,他们可能无法实施制度中的某些部分,或其实施方式不符合受影响社会的利益”。<sup>35</sup> 尽管第二章中所述的许多障碍与发展中国家和发达国家未尽一切努力遵循《联合国反腐败公约》所规定的义务有关,但不应忽视的是,发展中国家的反腐败机构常常比被请求辖区的机构面临更多的制约因素。因此,如果来源国或接受国缺乏政治意

<sup>34</sup> Moore, 见上文脚注 32。

<sup>35</sup> Kevin Davis and others, “Transnational responses to political corruption”, 即将出版, 2012 年。

愿，则根本不可能在追回资产的案子中取得进展，尽管如此，考虑到来源国国内的制约因素，接受国当局一般更易降低或消除追回资产过程中的障碍。

40. 下一节将概述这一论点为何适用于资产追回进程的不同阶段。

### 预防和发现

41. 《联合国反腐败公约》第五十二条设定了预防和发现转移非法来源资金的规则。其依赖于为预防将犯罪所得进行洗钱而制定的法律框架。这一体系期待私营金融机构能够遵循“了解你的客户”规定，对显示出特定风险的客户进行“持续的尽职调查”，保存交易记录，并向金融情报单位(一个中央集中的机构，常常有权不受限制地获取金融信息)汇报可疑交易。该机构必须分析已汇报的交易，如果确认或疑似可疑，则应将其分析提交执法机关。

42. 然而，如果发展中辖区的金融情报单位缺乏自主权，则检测工作就会失败，因为“守门人”可能担心一旦汇报了精英会员的交易情况则会遭到正式或非正式的报复，或在某些情况下，他们可能觉得洗自己的钱更符合成本效益。<sup>36</sup> 因此，由于接受辖区的“守门人”对来源国政治进程的依赖度较低，他们往往比来源国的“守门人”更有可能报告腐败所得。尽管如此，报告只是第一个信号，即使在这种情况下，接受国的金融情报单位或检察官还需向来源国的同行求助，以便收集证据，以证明该案表面证据确凿成立，从而最终限制这些资产。在“低强度”的民主内，这样的请求可能无法得到回应，或得到的回应只是为了消除对在任公职人员或关系很硬的精英成员的怀疑。这就是为什么有人指出，“对发展中国家更有意义的反洗钱监控活动是在目的地国进行的”。<sup>37</sup>

43. 然而，只有当目的地国当局尽一切努力减少可能使案件启动时，这种情况才可能发生。目前，接受国一般不主理这些案件，哪怕他们能够推进这一进程。追回资产进程中以人权为基础的方针强调了接受国进行合作及被问责的义务，因而加强了积极主动调查这一论点。

44. 事实上，《联合国反腐败公约》下预防和监测非法资金流动的框架也秉承人权原则。该框架通过增强对公职人员交易的监督，从而加强问责制。此外，《联合国反腐败公约》关于预防性措施的第二章中规定的参与性和透明度原则涵盖了所有有关在公共和私营部门实施反洗钱框架的必要措施。

45. 最后，《联合国反腐败公约》的框架还加强了企业责任，使之遵守适用法律，这是过去十年中许多致力于使企业尊重人权的倡议所追求的目标。例如，《联合国全球契约》的目的是使企业遵循劳工、环境、反腐败和人权等领域的10项原则。同样，“工商企业和人权指导原则”(见 A/HRC/17/31, 附件)设定了

<sup>36</sup> Michael Levi, “How well do anti-money laundering controls work in developing countries?”, in Reuter (ed.), 见脚注 17。

<sup>37</sup> Peter Reuter, “Policy and Research Implications of Illicit Flows”, in Reuter (ed.), 见脚注 17。

一个框架，基于以下几点 (a) 国家保护人权不受侵害的责任、(b) 企业遵守并尊重所有适用法律和人权的责任，及 (c) 有必要增强受害者获取有效补救的途径，以便实现“有效防止和补救与工商企业有关的侵害人权行为”。<sup>38</sup> 这些补充性的举措应可加强《联合国反腐败公约》的实施。

### 冻结、限制或没收

46. 采取旨在冻结、限制和没收非法来源资金的措施不一定会损害正当程序权，不管是针对被告还是资产持有人，也不论是刑事还是民事程序。《联合国反腐败公约》所推荐的一些规定曾受到以人权原因为基础的挑战。第三十一条第八款建议要求由罪犯证明这类所指称的犯罪所得或者其他应当予以没收的财产的合法来源。一些判例中分析了类似的规定，确立了必须满足的条件，以便不侵犯正当程序权。这些判例认为，无罪推定的权利并非一项绝对权利，<sup>39</sup> 只要国家考虑到利害关系的重要性，并尊重辩护权，则刑法中的法律推定本身不可限制这种权利。<sup>40</sup> 因此，只要缔约国在进行推定时采取了平衡的做法，而且采用的手段对于欲实现的合法目标而言是合理相称的，那么基于无罪推定的质疑就无法成立。<sup>41</sup> 非基于定罪的没收行为的可能也获得支持，其理由是根据不同的国内规定，没收犯罪所得可能并非一种惩罚性措施，而是一种补救措施。<sup>42</sup>

47. 如果是在这些限度内采取临时性措施，那么要成功采取这些措施则需被腐败所危害的国家与腐败所得流入的国家开展积极的合作。尽管任何主管机构均可能采取这些措施(第三十一条)，但鉴于它们的限制性性质，一般都是在司法程序的框架内进行的。在法律互助的情况下，采取此类措施取决于请求辖区是否已启动了刑事调查。这符合缔约国的以下义务：包括将若干与腐败相关的罪行定为刑事罪行、<sup>43</sup> 规定法人责任、<sup>44</sup> 为腐败相关罪行规定一个较长的诉讼时效，并为被指控犯罪的人员已逃避司法处置的情形设定更长的时效或者规定不受时效限

<sup>38</sup> 同上，导言，第 16 段。

<sup>39</sup> 欧洲人权法院，Krumpholz 诉奥地利，2010 年 3 月 18 日，第 34 段；Grayson and Barnham 诉联合王国，2008 年 9 月 23 日，第 40 段；Muller 诉奥地利，2008 年 9 月 18 日，第 40 段；Phillips 诉联合王国，2001 年 7 月 5 日，第 40 段。

<sup>40</sup> 欧洲人权法院，Phillips 诉联合王国，2001 年 7 月 5 日，第 40 段；Salabiaku 诉法国，1988 年 10 月 7 日，第 28 段。

<sup>41</sup> 欧洲人权法院，Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic 诉瑞典，2002 年 7 月 23 日。

<sup>42</sup> 欧洲人权法院，Welsh 诉联合王国，1995 年 2 月 9 日；Phillips 诉联合王国，见脚注 53。

<sup>43</sup> 《联合国反腐败公约》，第十五、十六条第一、十七、二十三和二十五款。公约还建议将第十六条第二款、第十八、十九、二十、二十一、二十二和二十四条中涵盖的罪行定为刑事罪行。

<sup>44</sup> 同上，第二十六条。

制，<sup>45</sup> 并在行使针对这些刑事诉讼的法律裁量权时，努力确保执法措施取得最大成效。<sup>46</sup>

48. 因此，着眼于冻结、限制或没收非法来源资金的进程所依据的是两项成熟的人权原则，即为实现人权而进行国际合作，和国家调查侵犯人权行为的责任。<sup>47</sup> 后者被认为可适用于腐败罪行，理由是腐败直接、间接或终将危害人权。<sup>48</sup> 另一方面，前一项原则的可适用性符合《联合国反腐败公约》。二者均符合《阿克拉行动纲领》。

### 归还腐败所得

49. 《联合国反腐败公约》预设了两种归还腐败所得的主要法律途径：直接追回和国际合作。第五十三条的标题为“直接追回”，该条款汇总了受害国在接受国法院提起诉讼的情形。这些情形并不提出归还问题，因为国家是作为原告，而接受国法院直接责令其退赔或赔偿，或承认其损害主张。

50. 相反，国际合作指的是受害国行使司法管辖权，对腐败罪行提起诉讼，并请求接受国的法律互助以追踪、冻结、没收和归还腐败所得的情形。将资产退还来源国的规定只适用于受害国请求援助的案件。

51. 有关归还的强制性规定是按照原合法所有权的原则(犯罪时的所有权)。<sup>49</sup> 根据《联合国反腐败公约》第五十七条第三款，归还贪污公共资金或者对所贪污公共资金的洗钱行为所得——在假定受害国具有原合法所有权的情况下——是强制性的，只要该财产 (a) 被没收、(b) 这是应受害国的请求而作出的，及 (c) 这是在请求缔约国的最终判决的基础上作出的，这种要求就可由被请求缔约国免除。

52. 相比之下，《联合国反腐败公约》下强制性和非强制性规定所涵盖的其他所有罪行所得的归还均以请求方合理证明其对没收财产的原合法所有权为先决条件。当无法满足这一条件时，如果被请求缔约方能够承认对请求缔约方造成的损害，那么归还财产仍是可能的，只不过不再是强制性的。在其他所有情况下，优先考虑将没收的财产返还请求缔约国、返还其原合法所有人或者赔偿犯罪被害人(第五十七条第三款(三)项)。

<sup>45</sup> 同上，第二十九条。

<sup>46</sup> 同上，第三十条第三款。

<sup>47</sup> 人权事务委员会，“Barbato 诉乌拉圭”，第 84/1981 号来文，1983 年，第 11 段；“Miango Muiyo 诉扎伊尔”，第 194/1985 号来文，1988 年，第 11 段；第 31 号一般性意见，第 8 和 18 段。

<sup>48</sup> 国际文件甚至认为大规模的腐败是“反人类罪”。见第十一届国际反腐败会议，首尔成果，首尔，2003 年；以及肯尼亚全国人权委员会召集的关于腐败的人权方面区域会议上通过的《内罗毕宣言》，2006 年。

<sup>49</sup> A/58/422/Add.1, 第 66 段。

53. 最后，第五十七条第五款规定，在适当的情况下，缔约国还可以特别考虑就所没收财产的最后处分逐案订立协定或者可以共同接受的安排。

54. 这些将腐败所得归还原籍国的程序越成功，各国就能有越多的资源来履行其尊重、保护和实现人权，特别是经济、社会和文化权利的义务，只要其按照以人权为基础的方针来使用这些被归还的资金。

55. 在这一方向上，《瑞士归还非法资产法》提供了另一个例子，甚至超出了常规的要求。该法律规定，如果请求国无法达到瑞士立法所规定的标准从而导致法律互助的请求失败，则可自主冻结、没收和归还政界人士的资产。在这种情况下，该法案允许瑞士法院推定资产的非法性质，只要该政界人士的财产明显与其合法收入来源情况不相称，而且该国或该人的腐败程度之高众所周知。在这些情况下，如果该政界人士无法证实自己是合法获取这些资产，那么这些资产将被没收并归还给来源国，以投资于旨在改善人民生活水平、加强法治和/或打击有罪不罚现象的方案。

56. 另一个重要的发展是建议各国展开更为广泛的国际政策辩论，讨论如何按照实施经济合作与发展组织(经合组织)《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》的立法，将资产归还纳入外国贿赂案中达成的和解协议之中。<sup>50</sup>

57. 如上文第 51 段所述，关于将资产归还来源国的规则规定，资产是在受害国的请求下被没收的。换言之，如果并不是应受害国的请求而进行没收，或腐败所得是通过没收以外的法律机制而追回的，那么这些情况就不属于《联合国反腐败公约》所规定的返还义务范畴。

58. 在这方面，过去 10 年中在执行经合组织《反贿赂公约》上取得的进展极为重要。几乎所有的外国贿赂案都是在进行贿赂的公司总部所在地或上市地的司法管辖区内解决的。解决方案既未涉及传统的没收程序，也没有受害国的参与。表 1 所列为二者的比较，一方面是归还给来源国的腐败所得估计数额，另一方面是经合组织《反贿赂公约》成员自 2005 年——《联合国反腐败公约》生效——以来在外国贿赂案中收回的估计金额。这些数据并不精确，只是为了说明论点。

<sup>50</sup> 经济合作与发展组织发展援助委员会和被盗资产追回倡议，履行阿克拉反腐败承诺：行动呼吁。

表 1  
归还来源国的腐败所得估计数额与《反贿赂公约》成员国收回的估计金额的比较

年度	归还来源国的资产 (百万美元)	外国贿赂案总罚金 (百万美元)		总计
		刑事罚金	退还的利润	
2005 年	29	16.5	1.3	29.6
2006 年	--	18.6	19.8	88.9
2007 年	856	33.3	38.5	106.8
2008 年	121.3	843	1,208.5	2,008.8
2009 年	66	435.3	205.3	664.5
2010 年	387.6	643.7	391	1,409
2011 年	--	95.3	89	409.8
<b>总计</b>	<b>1,460</b>	<b>2,086.9</b>	<b>1,965.4</b>	<b>4,717.3</b>

来源：基于资产追回观察和跟踪汇编的估算<sup>51</sup>

59. 刑事罚金和“退还的”或交回的利润均超出了归还给来源国的非法来源资金总额。刑事罚金是具有处罚性质的，因此征收该罚金是为了震慑罪犯和/或大众。<sup>52</sup> 相比之下，退还利润则是一种补救性的措施，迫使被告将犯罪所得“归还”给国家，这一目标是与将资产归还来源国的目的相一致的。

60. 退还利润这一补救措施最初是为国内案件所设计的。然而，当域外适用于外国贿赂案件时，就出现了一个问题，即贿赂方总部所在地或上市地司法管辖区的公共财政是否是此类资金的合法目的地。执法机构或其代表的社会均非这些资产的原合法所有方。相反，在大部分公共产品和服务采购的案件中(常常发生外国贿赂事件)，被授予合同的社会才是腐败后果的承受方。

61. 根据《联合国反腐败公约》，在外国贿赂案中，如果请求缔约国能够合理地证明自己是没收资产的原合法所有方，或被请求的缔约国承认损害并将之作为归还的基础，那么缔约国就应归还没收的资产。外国贿赂经常发生在公共采购合同中。贿赂可能是各种形式，包括削弱投标中的公平竞争、过高的合同定价及安排一些服务业绩较差。在每一种情况下，均应就原合法所有方和赔偿的问题进行讨论。

<sup>51</sup> 资产追回观察(<http://assetrecoverywatch.worldbank.org/>)被用来获取归还给来源国的资产的数据；追踪汇编(<https://secure.traceinternational.org/Knowledge/Compendium.html>)被用来获取在外国贿赂案件中施加的总罚金的数据。

<sup>52</sup> 在许多司法管辖区，刑事罚金并不具有惩罚性目的，而是被作为没收的替代方式。在这种情况下，刑事罚金可能也需符合第 59 至 65 段中建议的归还程序。为了决定是否应该这么做，《联合国反腐败公约》所采用的腐败所得的定义，以及欧洲人权法院区分惩罚性措施和补救性措施的先例均可作为很好的指导。

62. 因此，要求司法管辖区执行《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》是符合《联合国反腐败公约》第五十七条第三款(二)项的。在案件的谈判与和解中更是如此，即纳入一项程序，允许受害国证实自己的原合法所有权，并且在其他成功证明的情况下，要求将退还的利润归还给来源国。鉴于法律互助上的障碍，以及执行《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》的司法管辖区所制定的追回腐败所得的成功的替代方法，该解决方案符合《联合国反腐败公约》的目标和目的(第一条)。如果接收国公开这些进程，即可进一步加强这一程序，从而使以人权为基础的参与性方针原则得以发挥作用，特别是考虑到来源国社会和公职人员可能具有不同的利益。

#### 四. 建议

63. 为了减轻不把非法来源的资金归还来源国对享有人权、特别是经济、社会及文化权利的负面影响，建议采取以下措施：

(a) 资产追回进程的所有阶段均应被理解为包含各国的共同责任，各国应尽一切努力将非法来源资金归还给来源国。这种努力必须符合国际人权法，有益于被腐败所影响的国家，并且应包括：

(一) 遵循问责制、透明度和参与性的人权原则，以改进来源国的预防和检测程序及司法公正；

(二) 申明各国调查和起诉腐败行为的义务，并增强旨在来源国和接收国冻结或限制非法来源资金的刑事程序；

(三) 减低接收国在追踪阶段施加给请求辖区的障碍，特别应考虑到资金散失的风险；及

(四) 在适当时，非法来源资金的接收国应取消没收措施与来源国定罪要求之间的联系；

(b) 应按照最大可用资源原则，通过贯彻了透明度、参与性和问责制等原则的决策进程和执行程序，将归还的非法来源资金用于实现经济、社会和文化权利；

(c) 应在归还协议中应用提供有效补救的人权标准，以创造条件，避免发生新的侵犯人权现象；

(d) 应开展广泛而具参与性的政策辩论，进一步澄清实施《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》的程序和《联合国反腐败公约》所规定的追回资产方面的义务之间的联系，从而使来源国有机会就非法来源资金的接收国施加的补救性制裁主张原合法所有权；

(e) 以人权为基础的政策连贯性对于人权理事会成员国在日内瓦的审议和行动，以及在维也纳进行的实施《联合国反腐败公约》的政府间进程都是至关重要的。