



联合国反腐败公约
缔约国会议

Distr.: General
19 June 2014
Chinese
Original: English

资产追回问题不限成员名额政府间工作组
2014年9月11日至12日，维也纳

关于第五十二条（预防和监测犯罪所得的转移）和第五十三条（直接追回财产的措施）以及其他相关条款的专题讨论的讨论指南

秘书处的说明

摘要

本说明由秘书处编写，用以指导资产追回问题不限成员名额政府间工作组的专题讨论。工作组第八次会议将重点讨论《联合国反腐败公约》第五十二条（预防和监测犯罪所得的转移）和第五十三条（直接追回财产的措施）。本说明提供了这些专题领域的相关背景信息，以便丰富工作组的讨论。



一. 导言

1. 《联合国反腐败公约》缔约国会议第 1/4 号决议设立了资产追回问题不限成员名额政府间工作组，并决定，工作组要为缔约国会议执行关于返还腐败所得的任务献策献力。
2. 在同一决议中，缔约国会议界定了工作组的职能，包括协助缔约国会议积累追回资产领域的知识，尤其是关于实施《联合国反腐败公约》第五十二条至第五十八条的知识，例如为此利用关于找出、冻结、扣押、没收和返还腐败工具和腐败所得的各种机制；确定能力建设需要和鼓励在现行有关双边和多边举措之间开展合作；促进各国之间交流信息、良好做法和看法；以及在请求国和被请求国之间建立信任和鼓励合作。
3. 2007 年 8 月至 2013 年 8 月，工作组在维也纳举行了第一至第七次年度会议。
4. 工作组根据第七次会议通过的工作计划，将在第八次会议上举行专题讨论，讨论内容是《公约》第五十二条（预防和监测犯罪所得的转移）和第五十三条（直接追回财产的措施）以及其他相关条款。
5. 本说明意在协助工作组开展审议和决定其未来活动。其中指出与实施有关条款相联的挑战和为有效处理这些挑战可能采取的对策。

二. 关于第五十二条（预防和监测犯罪所得的转移）的专题讨论

A. 背景

6. 《公约》第五十二条要求缔约国采取措施，预防和监测犯罪所得的转移。这些措施可分为两大类：预防洗钱措施（第一至四款）；财务申报措施（第五和第六款）。

预防洗钱措施（第一至四款）

7. 第五十二条立足于《公约》第二章中的预防措施，尤其是第十四条第一款第(-)项，其中要求缔约国对银行和非银行金融机构建立全面的国内管理和监督制度，就验证客户身份和受益人身份、保持记录和报告可疑交易作出规定，以便遏制并监测各种形式的洗钱。为了最好地利用金融机构实行的反洗钱制度支助资产追回工作，第五十二条对第十四条的相关规定作了补充，强调采用一种基于风险的做法，侧重于正在或者曾经担任重要公职的个人（称为“政治公众人物”）及其家庭成员和与其关系密切的人。
8. 第五十二条第一款要求缔约国根据本国法律采取必要措施，要求其管辖范围内的金融机构：

- (a) 核实客户身份；

(b) 采取合理步骤确定存入大额账户的资金的实际受益人身份；

(c) 对政治公众人物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。

9. 对这种强化审查必须作合理的设计，以发现可疑交易从而向主管机关报告，而不应将其理解为妨碍或者禁止金融机构与任何合法客户的业务往来。依照第十四条第一款第(二)项和第五十八条，接收可疑交易举报的主管机关是金融情报机构。

10. 第五十二条第二款规定，为便利上述措施的实施，各缔约国均应当根据其本国法律和参照区域、区域间和多边组织的有关反洗钱举措：

(a) 就本国管辖范围内的金融机构应当对哪类自然人或者法人的账户实行强化审查，对哪类账户和交易应当予以特别注意，以及就这类账户的开立、管理和记录应当采取哪些适当的措施，发出咨询意见；

(b) 对于应当由本国管辖范围内的金融机构对其账户实行强化审查的特定自然人或者法人的身份，除这些金融机构自己可以确定的以外，还应当酌情将另一缔约国所请求的或者本国自行决定的通知这些金融机构。

11. 一项解释性说明表明，应将第五十二条第一款和第二款放在一起阅读，并且在适用和执行金融机构规定的义务时，似宜适当考虑到特定的洗钱风险。¹

12. 实际上，金融机构的业务并非在所有方面都存在同样等级的风险。某些方面与另一些方面相比，洗钱风险较高，因而需要进行额外管制和强化审查，以降低这些风险，而另一些方面风险极低，不需要同等程度的关注。基于风险的做法要求金融机构实行的制度和管制同有关的具体洗钱风险大小相当。与规范性较强的做法相比，这种做法使金融机构得以更好地分配资源，侧重于洗钱风险最高的事项，这反过来会提高识别和报告可疑交易的机会。

13. 基于风险的做法是一种程序，其中首先包括对业务活动的风险评估；为此，金融机构使用一种风险模型，其中以图表的形式列出不同风险指数，如客户风险因素、国家或地域风险因素²以及产品、服务或交易风险因素，使各机构可评估某个潜在用户的洗钱风险是低、中还是高。然后对这一风险评估加以补充，即采取风险降低措施以处理所确定的风险；此种措施可以是简化的、标准的或强化的审查措施。³

¹ 《关于拟订联合国反腐败公约的谈判的准备工作文件》（联合国出版物，出售品编号E.10.V.13和更正），第458页。

² 在金融机构设计自己的风险模型时，可将《联合国反腐败公约》相关条款的实施作为一个因素考虑在内。各缔约国提供的内容摘要和国别报告是在《公约》实施情况审议机制框架内编写的，可在联合国毒品和犯罪问题办公室网站（www.unodc.org）查阅。

³ 有关基于风险的做法的一个资源是金融行动特别工作组的指导文件系列（可在www.fatf-gafi.org/documents/riskbasedapproach 查阅）。

14. 第五十二条第二款第(一)项要求缔约国对金融机构如何执行基于风险的做法发出咨询意见，而该条第一款将于政治公众人物及其家庭成员和与其关系密切的人的业务关系视为天然的高风险。因此，这类人实际拥有或控制的任何账户都应受到强化审查，无论其他风险因素如何。

15. 显然，政治公众人物的身份本身并不意味着某个人是腐败的。但政治公众人物有可能滥用自己的职位、权力和影响力谋取私利，因而与这种人的业务关系风险增高。这类人还可能利用自己的家庭成员或关系亲密的人掩盖以不正当手段获取的资金或财产。因此，金融机构需要评估，政治公众人物开立账户有何目的，或者一名高级官员为什么需要在本地法域之外开立账户，等等。当然，官员这样做也有一些正当理由。但正当而经济上站得住脚的开户理由也应经过谨慎评估。

16. 《反腐败公约》没有提供政治公众人物的实例，也没有区分国内和国外的政治公众人物。但是，第五十二条第二款第(一)项要求缔约国将应当由金融机构对其账户实行强化审查的特定自然人或者法人的身份通知这些金融机构，其中包括政治公众人物。

17. 政治公众人物的概念无意涵盖中级或低级官员，通常涵盖国家元首或政府首脑、高级政治人物、高级政府官员、司法官员或军事官员、国有公司的高级主管和重要的政党官员。与关于贿赂外国公职人员和国际公共组织官员的第十六条相似的是，政治公众人物的概念还可涵盖那些国际公共组织赋予显要职能的人，如高级管理层成员，即主任、副主任和理事会理事或履行同等职能的人。

18. 第五十二条第一款要求缔约国规定金融机构采取合理步骤确定存入大额账户的资金的实际受益人身份。这样做所要针对的是，为将腐败资金存入金融系统而不引起嫌疑，利用离岸公司、狡猾的守门人或“稻草人”，包括家庭成员和关系亲密的人，以假身份开立的账户和隐藏真实来源的资金。尽管《公约》并未提供“实际受益人”的定义，但共同的理解是，这一概念系指最终拥有或控制一个客户的自然人以及（或）进行交易时所代表的自然人。其中还包括对某一法人或安排行使最终有效管理权的人。⁴换言之，金融机构不应仅仅确定持有账户的客户的身份，还应采取合理措施确定存入该账户的资金的实际所有人的身份，这个人可能是客户本人，也可能不是。举例说，如果该账户是以一个公司实体的名义开立的，则金融机构应当采取合理步骤确定并核实该实体背后的一个或多个自然人的身份。

19. 《公约》第五十二条第三款规定，缔约国应当实行措施，以确保其金融机构在适当期限内保持涉及该条第一款所提到人员的账户和交易的充分记录，记录中应当至少包括与客户身份有关的资料，并尽可能包括与实际受益人身份有关的资料。

⁴ 见“2012年金融行动特别工作组修订建议”和欧洲议会及委员会2005年10月26日关于防止利用金融系统洗钱和资助恐怖主义的2005/60/EC号指令。

20. 记录必须保持多长时间由缔约国规定。在实务中，交易记录（例如支票和电汇讯息的副本）的保持期限从交易日期起算，而账户记录（护照、身份证和类似证件等身份证件的副本）的保持期限从业务关系结束之日（例如关闭账户）起算。鉴于在一些重大案件中腐败做法发生在较长一段时间内，掌握金融记录对于随后的侦查以及确认和追回资产都是必不可少的。

21. 根据第五十二条第四款，并为了预防和监测根据《公约》所确立的犯罪所得的转移，各缔约国均应采取适当而有效的措施，以便在监管机构的帮助下禁止设立有名无实和并不附属于受监管金融集团的银行，即通常所称的“空壳银行”。一则解释性说明指出，“实”字应当理解为指设在法域内的“有意义的谋划指挥和管理”。仅设有一个当地代理人或者低层办事人员为有名无实，不构成实际上的存在。对管理的理解是包括行政管理，即账册和记录。⁵

22. 空壳银行背后的谋划指挥和管理位于另一个法域，或在一个相关实体的办公场所，或者甚至在一个私人住处。如果管理者在另一个法域，注册所在的法域内的监管者便无法实施适当监管。空壳银行的客户利用这种银行主要是因为可以匿名使用它们提供的工具隐瞒资金来源并将该资金注入其他金融机构。换言之，金钱一般不会长时间储蓄在空壳银行。因为这一原因，第五十二条第四款鼓励缔约国考虑要求其金融机构(a)拒绝与空壳银行建立或者保持代理银行关系，(b)避免与外国金融机构中那些允许空壳银行使用其账户的金融机构建立关系。

23. “代理银行业务”是一个银行向另一个银行提供银行业服务。它是银行业的一个重要部分，也必然存在着脆弱性，因为它使位于一个国家的银行能够在它没有实际存在的其他法域内开展业务并向其客户提供服务。通过开立一个代理账户，被称为被代理行的外国银行可以收到代理银行提供的很多或者全部服务，不需要花费与在代理业务所涉法域内获得执照或者建立实际存在有关的费用。⁶

财务申报措施（第五和第六款）

24. 财务申报制度有双重目标。第一个目标是获取财务信息，如关于资产和收入的信息，以利用这些信息查明公职人员不符合自述收入的财产，以及可能属于腐败所得的财产，即无法解释的财产。这种信息在对公职人员进行腐败调查和起诉时可用作情报或证据。财产申报制度的第二个目标是获取可能造成潜在或明显利益冲突的利益、承诺和业务联系的有关信息。因此，财务披露是防止和监测腐败的重要工具。此外，这种披露不仅有助于有效的反腐败工作，还能提高举报机构和其他国家查明清洗腐败所得活动的能力的有效性。

25. 第五十二条第五款要求缔约国对“有关公职人员”确立有效的财产申报制度，并对不遵守制度的情形规定适当的制裁。该款涉及的是这种制度的第一个目标，而且补充了第八条第五款的规定，其中要求缔约国努力制订措施和建立

⁵ 《……准备工作文件》，第 458 页。

⁶ 《联合国反腐败公约技术指南》，第 199 页。

制度，要求公职人员特别就可能与其公职人员的职能发生利益冲突的职务外活动、任职、投资、资产以及贵重馈赠或者重大利益向有关机关申报。

26. 关于是否将公职人员列在这类制度的范围以内、如何提高财务申报的效力，以及对不遵守规定的情况适用哪种类型的制裁，将留待缔约国自行决定。缔约国还可按照第六十五条第二款，采取比《公约》的规定更加严格或严厉的措施，并决定对公职人员的家庭成员和关系密切者适用披露义务。

27. 第五十二条第五款还要求缔约国考虑采取必要的措施，允许本国的主管机关在必要时与其他国家主管机关交换这种资料，以便对根据《公约》确立的犯罪的所得进行调查、主张权利并予以追回（见与之密切相关的第四十三、四十六、四十八、五十六和五十七条）。

28. 为了鼓励财务披露和透明度，第五十二条第六款要求缔约国考虑采取必要的措施，要求在外国银行账户中拥有利益、对该账户拥有签名权或者其他权力的有关公职人员向有关机关报告这种关系，并保持与这种账户有关的适当记录。与前面的规定相同，缔约国如果决定采取这类措施，那么也需要对违规情形规定适当的制裁。

B. 讨论要点

29. 工作组不妨考虑进一步讨论以下要点：

(a) 缔约国在处理有关政治公众人物的问题方面的做法和经验，包括确定国内政治公众人物（名单或职务清单）、相关的立法和做法；

(b) 缔约国和金融机构由于缺乏正式的联合清单，在确定外国政治公众人物方面遇到的挑战；

(c) 缔约国在指导和监督金融机构适当确定国内和国外政治公众人物方面遇到挑战；

(d) 缔约国在确定政治公众人物的家庭成员和关系密切者方面遇到的挑战；

(e) 缔约国在处理基于风险的做法的相关问题上的经验；

(f) 缔约国在文件保持问题上的经验，包括金融机构应当保持的记录类型、保持期限和保持方式（纸面副本或数字副本）；

(g) 监督机关在确保在缔约国经营的银行与空壳银行或允许空壳银行使用其账户的外国金融机构没有代理银行业务关系方面遇到的挑战；

(h) 缔约国在建立财务申报制度方面的经验，包括所涵盖的公职人员范围（按等级、脆弱之处或其他标准分类）、所应披露的信息、核实和其他程序，以及制裁的适用；

(i) 对公职人员家庭成员和关系密切者适用财务披露措施的可能性和挑战；

(j) 财务披露所载信息的国际交流以及用于协助金融机构确定政治公众人物的身份并行使适当的审慎客户调查方面的良好做法和障碍；

(k) 查明公职人员拥有利益、签名权或者其他权力的外国银行帐户的有效方式，包括负责接收收入和财产申报的机构之间以及金融情报机构之间的直接合作。

三. 关于第五十三条（直接追回财产的措施）的专题讨论

A. 背景

30. 第五十三条述及通过民事诉讼直接追回财产的措施。这一创新性的规定偏离了腐败所得只应通过没收途径追回的理念，要求缔约国在法律制度中承认受害国有权寻求通过私人民事诉讼直接追回财产、补偿或损害赔偿。此类民事诉讼可以基于资产（对物求偿）也可以基于侵权。这不应与无定罪没收资产混淆，后者是由资产所在国家（法院所在地国）采取的一种措施。

31. 虽然已经在《公约》以及联合国毒品和犯罪问题办公室（毒品和犯罪问题办公室）与世界银行的追回被盗资产举措框架内，在通过刑事事项国际合作和司法协助追回资产方面开展了许多工作，但迄今为止对通过民事诉讼进行追回的重视较少。但是，按照《公约》确立的犯罪的实施者不仅要承担刑事责任，还要承担民事责任（例如损害赔偿和补偿）。⁷实际上，《公约》第二十六条第二款以及第三十四和三十五条明确提及了民事赔偿责任。此外，还可按照民法采取冻结和没收措施（第三十一条和第五十四条）。

32. 第五十三条以现代国际关系和法治的概念为基础，规定各国不仅是国际法的主体，还是彼此的国内法律制度下的法律主体。一国作为国内法的法律主体，具有承担权利和义务的法定资格，包括有权向法院提起诉讼主张对财产的所有权或提出损害赔偿。

33. 因此，一国追回位于另一国的腐败所得的一个直接的方式就是作为原告向另一国的法院提出民事诉讼。如果不可能进行刑事起诉或者民事案件中的举证标准很低，这种诉讼便有优势。此外，原告国不会依赖于寻求司法协助，而是可以甚至在没有法律合作的情况下行事。

34. 但是，这种诉讼的前提是，首先要符合一项形式要求，即原告国享有在另一国法院出庭的资格。因此，第五十三条要求缔约国允许其他缔约国在本国法院提起民事诉讼以确立对通过腐败罪直接或间接获得的财产的产权或者所有权（第五十三条第(-)项）。通常，国内程序法对待其他国家就像对待任何其他外国法人一样，并自动给予其法律地位。只有不属于上述情形的，第五十三条才相

⁷ 追回被盗资产举措正在编写关于有助于资产追回的民事救济的出版物。

关。因此，缔约国必须审查本国的法律，如果本国民事诉讼法没有任何上述规定，便需要确保向其他缔约国⁸及其法律代表给予法律地位。

35. 第五十三条第(一)项未将缔约国排除在关于地位和可受理性的一般规则之外，如必须聘请当地律师，或规定时间限制。不过，这些规则必须确保关于案情的实质性问题——如损害的证据或者损害和所控告的行为之间密切的因果关系——不与诉讼的可受理性问题混杂而使得在实务中要取得出庭资格过于困难。

36. 该条本身也不禁止缔约国规定其他国家的民事诉讼服从关于管辖权的特别规则，例如将这些诉讼分派给比普通一审法院级别更高的法院。但此类规则不应剥夺程序权利，如上诉权。

37. 按照第五十三条第(一)项的措词，这一义务仅限于对通过实施《公约》所述犯罪而获得的财产“确立产权或者所有权”的民事诉讼。不过，如果犯罪人员不是通过贪污而是通过《公约》中另一种犯罪如贿赂而获得了资产，而且该资产来自私人资金，则原告国不一定是该资产的所有人（如第五十七条第三款所承认的）。因此，考虑到该项规定的目标和目的，可能需要对它作较宽泛的解读，以允许不仅有资格为所有权或赔偿得到承认进行诉讼，还有资格进行其他民事诉讼，特别是主张补偿或损害赔偿。

38. 实际上，第五十三条第(二)项要求缔约国允许本国法院命令犯罪人员向因《公约》所述犯罪受到损害的另一缔约国支付补偿或损害赔偿。为了执行这一规定，缔约国必须允许其他缔约国到本国法庭出庭并接受损害赔偿。这可通过两种途径实现：(a)通过民事诉讼，其中受害国（例如按照侵权法）作为原告提起诉讼；(b)作为刑事诉讼中的一个辅助问题，允许受害的缔约国作为第三方出庭。

39. 许多国家，例如欧洲委员会《贪污腐败问题民法公约》的缔约国，已经规定了因腐败行为受到损害的人获得赔偿的权利（见欧洲委员会《公约》第一条）。只要另一国家属于“人”的定义范围，《联合国反腐败公约》便不要求作其他立法改动。只有不属于这种情况的，或者没有既定的法院程序用于主张腐败相关罪行的损害赔偿的，才必须为受害的缔约国规定一个临时程序。

40. 与欧洲委员会《公约》不同的是，《联合国反腐败公约》并未具体规定哪些类型的损害应当得到赔偿。因此，缔约国需要确定是否只能对物质损害索偿，或者利润损失和非金钱损失是否也能得到赔偿。例如，后者可能涉及机构系统丧失信任、名誉和合法性。由于非金钱损失很难量化，赔偿可能包括向机构方案捐款、反腐败能力建设，或类似活动。同样，各国必须决定是否可能追回间接损失赔偿，赔偿程度如何。

41. 第五十三条第(二)项也没有规定赔偿责任的实质条件（例如腐败相关行为与所受损害之间的因果联系）。基本上，第(二)项涉及的是求偿的程序方面而非案

⁸ 关于第五十三条的一项解释性说明澄清，在实务中，缔约国可以承认其所加入的国际公共组织对通过实施根据《公约》确立的犯罪行为而获得的财产所主张的权利（《……准备工作文件》，第 466 页）。

情。不过，关于损害赔偿的第三十五条阐述了规定提供损害赔偿这一实质性义务。

42. 第五十三条第(三)项规定，缔约国必须采取必要措施允许本国法院或者主管机关在必须就没收作出决定时，承认另一缔约国对通过实施《公约》所述犯罪而获得的财产所主张的合法所有权。

43. 因此该条要求各缔约国为其他缔约国提供法律地位，以使其作为没收程序的第三方，对通过实施《公约》所述犯罪而获得的资产主张所有权。另一国家为了使用这一权利，必须了解此类程序。因此，缔约国可以考虑通知其他相关缔约国，它们有权参与程序。可以按照第五十六条这样做。

B. 讨论要点

44. 工作组不妨考虑进一步讨论以下要点：

(a) 缔约国在实务中适用第五十三条的经验，特别是，缔约国对待作为原告的国家与对待国内和外国法人有何异同之处；

(b) 关于可适用于别国的特别管辖权规则或资格规则及其相关问题的信息；

(c) 在聘请国内法律顾问方面的经验，特别是，这一要求是否妨碍缔约国在另一缔约国的法院提起诉讼；原告国和法院所在地国如何确保聘请高素质、业务熟练的专业性国内法律顾问不仅是可能的而且是可行的，特别是在原告国是最不发达国家的情形下；以及是否提供法律援助或公益律师；

(d) “确立对财产的产权或所有权”的民事诉讼的范围和定义，特别是这些诉讼是否不仅仅是承认所有权和赔偿；

(e) 第五十三条第(一)项对“确立对财产的产权或所有权”的民事诉讼的限制有何意义，以及该条是否应作较宽泛的解释，以涵盖与资产追回有关的任何民事诉讼，包括基于侵权和合同的索偿。

(f) 在资格方面的限制性要求（例如要求提供损害或损失的证据）可能过于狭窄，据认为不符合第五十三条；

(g) 在实务中可以主张哪种补偿和损害赔偿（利润损失、非金钱损失、间接损害）；

(h) 获得损害赔偿和补偿的实质条件；

(i) 如何确保有关缔约国（如受贿赂影响的缔约国）在早期阶段得到适当通知，以便能够提起诉讼；

(j) 直接追回办法（受害的缔约国提起诉讼）和间接追回办法（受害的缔约国只是程序中的第三方）相比较而言有何优势和劣势，特别是，直接追回在费用上存在益处还是风险（法律费用），是否速度较快、比较有效、效率较高，或者缺乏执法权是不是一个决定性的弱点。