



# 联合国反腐败公约 缔约国会议

Distr.: General  
22 March 2019  
Chinese  
Original: English

## 资产追回问题不限成员名额政府间工作组

2019年5月29日和30日，维也纳

临时议程\*项目4

专题讨论

### 依照《公约》确定并赔偿所有不同类型受害人的最佳做法，以及有关第三方的难题及其对第五章下资产追回的影响

#### 秘书长的说明

#### 一. 导言

1. 在其第7/1号决议中，联合国反腐败公约缔约国会议指示资产追回问题不限成员名额政府间工作组继续“努力收集关于依照《公约》确定并赔偿所有不同类型受害人的最佳做法的信息并更好地加以分析”和“就有关第三方的难题及其对第五章下资产追回的影响进行分析”。

2. 秘书处编写本说明是为了便利在工作组第十三次会议期间就这些议题进行专题讨论。本说明利用根据秘书处发出的两份普通照会收到的资料<sup>1</sup>、联合国反腐败公约实施情况审议机制第一周期期间收集的资料和联合国毒品和犯罪问题办公室（毒品和犯罪问题办公室）题为“《联合国反腐败公约》实施情况：刑事定罪、执法和国际合作”的报告<sup>2</sup>以及各种相关工具和出版物的调查结果，特别是毒品和犯罪问题办公室开发的工具和出版物以及毒品和犯罪问题办公室与世界银行的追回被盗资产举措的调查结果。本说明中与赔偿被害人有关的部分系以秘书处编写的、关于确定腐败受害人方面的良好做法及受害人赔偿限度的上一份相关说明（CAC/COSP/WG.2/2016/CRP.1）为基础撰写。

\* CAC/COSP/WG.2/2019/1。

<sup>1</sup> 截至2019年3月10日，秘书处收到了26个缔约国提供的资料：阿尔及利亚、阿根廷、白俄罗斯、多民族玻利维亚国、哥伦比亚、哥斯达黎加、捷克、埃及、萨尔瓦多、危地马拉、匈牙利、伊拉克、爱尔兰、科威特、马里、墨西哥、蒙古、摩洛哥、北马其顿、巴拿马、波兰、大韩民国、俄罗斯联邦、斯里兰卡、坦桑尼亚联合共和国和美利坚合众国。

<sup>2</sup> 报告分析了实施情况审议机制第一周期期间所审议的156个国家的答复。可查阅 [www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools\\_and\\_publications/state\\_of\\_uncac\\_implementation.html](http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/state_of_uncac_implementation.html)。



## 二. 腐败受害人的定义和识别

3. 《公约》鼓励各国查明腐败受害人，并建立允许受害人寻求赔偿的机制。它没有提供“腐败受害人”的定义，尽管《公约准备工作文件》中关于第三十五条的解释性说明解释说，国家以及法人和自然人都有寻求赔偿的可能性。

4. 各国采取了各种办法来确定谁应该被视为腐败受害人的参数。大多数国家没有提供“腐败受害人”的明确定义，而是依赖于本国法律，特别是刑法和民法中关于犯罪受害人和损害赔偿的一般规定。最常见的立法途径包括：

(a) 一些国家在刑法中定义了谁是犯罪受害人和此类受害人享有哪些权利（包括寻求赔偿的权利）；

(b) 有些国家虽未明确提及被害人，但在刑法中规定了“受伤害”、“受损害”、“受侵害”或“受损失”的人员寻求赔偿的权利；

(c) 一些国家通过民事赔偿条款或者通过侵权行为法规定了寻求赔偿的可能性。

5. 很少有国家通过关于犯罪受害人的特别法案，从总体上界定受害人的地位，并规定经济赔偿的条件。

6. 只有一些国家明确规定了腐败犯罪情况下寻求赔偿的权利，要么提供了腐败受害人的定义，要么规定了腐败案件中可用的赔偿机制。这种做法通常以现有刑事和民事条款为基础，纳入单独的反腐败法，在指称腐败受害人时对“因腐败行为而遭受损害的任何人”这一提法略作改动。

7. 有一个国家将“侵权行为的即时性”作为区分受害人概念和民法中发生的受害方概念的要素。

8. 关于《公约》有关给予外国在法院出庭和接受赔偿的权利的要求，似乎大多数国家未在其一般赔偿条款中明确述及这一权利。但是有几个国家指出，外国属于法人的一般定义范畴，因此至少在理论上可以寻求赔偿。

9. 腐败可能直接使人们受到伤害，但是也可能对整个社会产生不利影响。在这方面，社会损害的概念存在于一些法域，允许对公共利益损害进行赔偿。它可能包括对环境、机构信誉或者诸如健康、安全、和平、教育或善治等集体权利的损害。<sup>3</sup>一个具体例子是，有一个国家允许总检察长在犯罪行为对社会造成损害的情况下提起民事赔偿诉讼。<sup>4</sup>

10. 关于损害赔偿的第三十五条，除少数缔约国外，所有受审议缔约国均已采取措施全面或部分地执行该条，使之成为《公约》一项条款，得到了很高程度的遵守。

11. 许多赔偿条款是一般性的，而且没有明确述及腐败案件中的受害人赔偿问题，审议人员并不认为这是个问题。只要自然人、法人和外国被认为属于规定定义的有权要求赔偿的人的范围，《公约》就不需要任何额外的立法修改。<sup>5</sup>只有少数缔约国

<sup>3</sup> 让-皮埃尔·布鲁恩等，《公职过错，私人行动：提起民事诉讼，追回被盗资产》（华盛顿特区，世界银行，2015年），第96至98页。

<sup>4</sup> 更多资料，见CAC/COSP/2011/CRP.6，缔约国会议第四届会议期间提出。

<sup>5</sup> CAC/COSP/WG.2/2014/2，第39段。

被认为不遵守《公约》，要么采取只给予自然人受害人地位的限制性办法，要么未采取任何相关措施。

### 三. 赔偿的法律诉讼：谁可以提起法律诉讼和诉讼的性质

#### 谁可以提起法律诉讼？

12. 各国采取了不同的办法给予出庭权，即寻求赔偿的法律资格。最常用方式包括直接受害人有权提起诉讼，以追回赔偿。此外，一些国家允许受害人的继承人或直系亲属提起赔偿诉讼，无论是在独立于受害人之外，还是在受害人不再能够提出索赔的情况下。

13. 在某些情况下，即使不是唯一和直接受害人的人员也可以被认定为具有法律资格。一些国家允许组织或检察官提起集体诉讼或集体利益诉讼。一般而言，集体利益诉讼是一人或数人代表一大批人提起法律诉讼的民事诉讼，其好处是减少了指称对许多受害人造成伤害的诉讼中的代表人数，也可以在一群人提起刑事诉讼或参与检方提起的案件的刑事诉讼中进行。

14. 当腐败行为影响到国家时，通常由检察官或总检察长代表国家提起赔偿诉讼。

15. 在一些国家，法院可以发出“赔偿令”。这是对罪犯的一种惩罚形式，由法院自行决定或在检察官提出申请后予发出此种命令。然而，这并不一定给予受害人要求赔偿和提起诉讼的权利。在审查过程中，这一做法被认为不足以达到遵守《公约》的目的。<sup>6</sup>

#### 法律诉讼的性质

16. 受害人主要通过三种途径来获得损害赔偿：(a)刑事诉讼中的民事诉讼；(b)民事诉讼；以及(c)行政诉讼。

#### 刑事诉讼中的民事诉讼

17. 许多国家设想了受害人作为民事当事人参与刑事诉讼的可能性，这些国家的制度允许因刑事罪受到伤害的人有可能利用刑事诉讼程序要求赔偿。在参与诉讼的过程中，受害人随后作为民事当事人成为诉讼的一部分。与任何其他法律实体一样，一国也可以作为民事当事人参与。主要优点是：(a)这是一种较快且成本通常较低的寻求损害赔偿机制；(b)作为民事当事人，受害人在参与刑事诉讼时享有更大的权利；以及(c)作为民事当事人，可以使当事人与负责案件的调查法官或检察官保持更密切的联系。<sup>7</sup>

<sup>6</sup> 联合国毒品和犯罪问题办公室（毒品和犯罪问题办公室），《<联合国反腐败公约>实施情况：刑事定罪、执法和国际合作》，第2版（维也纳，2017年），第60页。

<sup>7</sup> 杰欣塔·阿尼扬戈·奥杜尔等，《交易中被忽略的：国外贿赂案件中的和解及其对资产追回的影响》（华盛顿特区，世界银行，2014年），第87-88页。

18. 视法域而定，受害人作为民事当事人，可能有权享有各种权利，包括就案件作证的权利、提交证据的权利、参加庭审的权利、提出请求的权利；以及获得损失赔偿的权利。

19. 许多国家都有条款规定民事当事人须满足某些程序性要求，这包括参加刑事诉讼须遵守的时限，或仅限于向初审法院提出赔偿要求。在一个国家，参加诉讼的申请如果明显不合理或者提交时间太晚，法院将予以驳回。有一个国家规定了要求赔偿的罪行严重程度阈值。

20. 这类诉讼的结果是刑事判决，其中也就民事救济作出决定。赔偿的先决条件和计算一般由民事诉讼规则管辖，而定罪则由刑法管辖。鉴于诉讼的综合性质，在一些国家，法院有权用罚款或罪犯所持有的钱财来支付赔偿。某些国家的立法规定，当被告被判无罪时，民事原告仍可在民事诉讼中寻求追诉权。

21. 除允许被害人作为民事当事人参与刑事诉讼外，一些国家规定，如在审判期间证明造成损害，允许被害人的法律代理人或按被害人指示行事的检察官可在刑事定罪之后或量刑之前，向刑事法院提出赔偿申请。尽管在这些情形中，被害人的参与程度不及诉讼当事方，法院仍有权作出损伤、损害或损失赔偿的裁决，并下令归还所涉财产。某一国允许被害人请求在最终判决中对犯罪人定罪的法院还审理对同一人提起的民事诉讼。在一些国家的刑事诉讼中，法院要么完全满足索赔请求，要么指示受害人单独进行民事诉讼主张其他索赔权利。

22. 此外，在刑事诉讼中还使用各种和解形式来赔偿受害人。一些国家允许在刑事诉讼背景下采取类似于和解的程序，例如使用可以纳入受害人赔偿的辩诉协议。为确保受害人（尤其是缔约国本身作为受害人）获得赔偿，各国使用的其他民事途径是庭外和解。在某一国，法院可指导受害方和被告尝试通过调解解决争端。

## 民事诉讼

23. 大多数国家允许受害人单独提起民事诉讼以追偿损失。这类诉讼可依照法规，如采购法或投标法，也可依照普通法理论，如侵权、过失、民事权利理论及合同，也可独立提起。

24. 大多数国家的立法允许受害人在民事和刑事途径之间作出选择，甚至于明确规定，对于任何行为或失职，不得以这类行为或失职构成犯罪为由暂停对其作出的民事补救。在这些法域，不论刑事案件的进展如何，随时都可以提起民事诉讼。

25. 在刑事诉讼中，对基本行为的证据要求通常更高。在民事案件中，原告需证明其由于某些行动而遭受侵害，而未必需要证明犯罪已经实施。因此，在一些国家，如果刑事诉讼的证据不足以准予赔偿或赔偿金收取会导致不正当拖延，法院会介绍受害方提交民事诉讼。此外，一些国家还制定立法明确规定，刑事诉讼的结果可在随后的民事诉讼中用作证据，以加快民事诉讼过程。

26. 在一些国家，有权在民事诉讼中索赔的条件是，成功起诉刑事犯罪或证明损害是由刑事犯罪造成的。其他国家反其道而行之，明确规定在刑事诉讼中下达的赔偿令不能影响任何追讨损害赔偿的民事补救权利，但民事法院应考虑到刑事诉讼已判令赔偿的金额。

27. 一些法域还允许民事争端当事方庭外决定赔偿金，之后由民事法院加以确认。这类程序的性质各不相同，某一国规定，如果某一团体（或“集体”）成员声称所受损害是由一个或多个指称责任方造成的，代表该团体或集体的一个或多个协会之间可订立和解协议，对大规模损害进行集体补救。订立和解协议之后，这些当事方可请求法院宣告集体和解具有法律约束力。

#### 行政诉讼

28. 此外，一些国家规定，如果受害人权利受到公共机关非法活动的侵犯，则受害人可采用行政途径。各国在这方面的做法各有不同。公共机关因其活动造成损害的，应当赔偿受害人的损失；公共机关未能发布行政法或者不采取适当措施的，应当赔偿不作为造成的损失。除了经济赔偿，在某一法域，受害方可要求公共机关消除已废除的行政法或部分修正的行政法或措施的非非法影响。

## 四. 赔偿限度

29. 《公约》未规定应予以赔偿的损害类型。应由缔约国决定是否只能寻求物质损害赔偿，或是否也承认利润损失和非金钱损失索赔。同样，各国需要决定对间接损害是否可以赔偿和在多大程度上可以赔偿。<sup>8</sup>

30. 大多数国家似乎对实际的物质损失和利润损失给予赔偿。一些国家还明确允许对精神损害和身体痛苦等其他非金钱形式损失进行赔偿。如果在合同执行过程中发生腐败，也可给予间接损害赔偿。在这种情况下，各国可以决定因未能履行合同义务而给予合同损害赔偿。<sup>9</sup>

#### 作出赔偿裁决时加以考虑的因素

31. 大多数国家确定损害赔偿时适用的基本原则是，必须尽可能使受害人恢复到假定造成损害的腐败行为没有发生其本人本应所处的状况。<sup>10</sup>在作出赔偿裁决并决定赔偿金额时，各国考虑多种因素。这类因素通常包括：已实施罪行的性质及严重程度，以及所蒙受的伤害或财产损害的程度及性质。此外，一些国家的赔偿条款纳入了下列因素：可预见的损害程度及防止损害的客观障碍；受害人的个人情况；责任人的支付能力；受害人产生的费用；现行赔偿习惯。在一些国家，在受害人失职的情况下，受害人要求赔偿的权利可能会被削减，甚至被取消。<sup>11</sup>

32. 损害赔偿的计算通常以民事诉讼法为依据。赔偿金额的实际量化结果通常由法院自由裁量。一些国家的法律规定了赔偿的上限——例如，某一国规定赔偿金额不得超过腐败罪所得资产的金额。另一国的法律明确规定，赔偿金额按罪行实施当日或者作出赔偿决定当日已造成的损害或痛苦的价值计算，以较大金额为准。若干

<sup>8</sup> CAC/COSP/WG.2/2014/2，第 40 段。

<sup>9</sup> 布鲁恩等，《公职过错，私人行动》，第 90 页。

<sup>10</sup> 同上。

<sup>11</sup> 让-皮埃尔·布鲁恩等，《资产追回手册：从业人员指南》（华盛顿特区，2011 年），第 163 页。

国家规定给予实物补偿，例如发布公开道歉信或帮助受害人恢复声誉的声明，公布定罪判决，作为补救非专有性损害的手段；并在报纸上公布此案。

33. 追回被盗资产举措题为“查明和量化贿赂所得”的报告解释说，由于腐败未能获得的利润以及无法立即计算出间接损失或非金钱损害，计算腐败造成的损害尤其具有挑战性。<sup>12</sup>例如，在贿赂案件中，法院可能需要估计行贿人提供的产品和服务的价格与质量与代理人未受贿的情况下，客户本应获得的产品和服务的价格与质量之间的差异。<sup>13</sup>追回被盗资产举措发现：

- 在贿赂案件中，一些国家将蒙受的损失等同于贿赂金额。然而，如此计算的金额可能并不充分，因为贿赂可能导致产品和服务价格高于市场价值或允许以低于市场价值的价格使用或出售政府财产。以通过贿赂获得政府项目合同为例，承包商的利润可能不足以衡量损害金额，因为造成的损失可能更大。如果贿赂影响到项目的类型、规模或开展方式，损害金额应接近于项目的全部成本。<sup>14</sup>
- 因腐败而产生的社会、环境、道德和声誉损害也应该纳入考虑之中。<sup>15</sup>
- 索赔请求可能需要计算在损害裁决的赔偿金额上行贿人赚取的或索赔人损失的利息收入。如果考虑到涉案期漫长，确定适用的利率以及计算利息的时间段将至关重要。<sup>16</sup>
- 惩罚性赔偿金可能会促使个人原告走上法庭，因为损害赔偿金要高得多。但是，有些国家反对这种办法，强调损害赔偿金额不应高于受害人所遭受的损失，而且惩罚性损害乘数不符合赔偿的一般原则。<sup>17</sup>

### 谁是责任方？

34. 在大多数国家，如果根据刑法处理赔偿问题，损害最终责任者系赔偿责任方，如果根据民法处理赔偿问题，损害最终责任者系赔偿责任方。主要责任通常由直接和知情参与腐败行为的实体和个人承担；然而，对于为腐败行为提供便利或未能采取适当措施防止腐败的实体和个人，法院也可追究其责任。可能会出现的情况是，律师或中间人协助实施腐败行为，或者母公司和雇主未能对其子公司或员工施加适当控制。<sup>18</sup>

35. 至于法人的责任，若干国家允许向行贿个人的雇主提出索赔，要求其承担一种间接责任。在某一国家，如果腐败行为的发生与执行雇主的工作或职能有关，可以向责任者的雇主提出索赔，除非雇主在全面评估了案情之后，能够证明已为防止腐败采取了一切合理的预防措施，因此追究其责任不合理。其他国家规定个人犯罪者

<sup>12</sup> 经济合作与发展组织（经合组织）和追回被盗资产举措，《查明和量化贿赂所得：经合组织-追回被盗资产联合分析》，订正版（华盛顿特区，世界银行，2012年），第21页。

<sup>13</sup> 同上，第33页。

<sup>14</sup> 布鲁恩等，《公职过错，私人行动》，第90页；布鲁恩等，《资产追回手册》，第163页。

<sup>15</sup> 布鲁恩等，《资产追回手册》，第163页。

<sup>16</sup> 布鲁恩等，《公职过错，私人行动》，第95页。

<sup>17</sup> 同上，第95-96页。

<sup>18</sup> 布鲁恩等，《资产追回手册》，第162页。

及其主管，或在实施犯罪期间，犯罪者所服务或任职的法律实体须承担连带责任。与此相同，在一些法域，如果公职人员执行公共行政职能时的行为造成损害，则受害方可以起诉该国，要求其承担一种间接责任。

36. 责任的要件，如因果关系和索赔人因腐败行为所受损害（“因而受到的损害”）的严重程度等，必须根据各国本国法律中关于因果关系和适当补偿程度的原则一一加以证实。犯罪人与受害人之间无个人交往，或犯罪人不知道对具体受害人的利益造成的具体损害，既不应该作为一项辩护理由，也不应该对已受损害者努力寻求赔偿构成法律障碍。<sup>19</sup>

37. 关于举证责任问题，通常由受害人按照盖然性权衡标准证明失职和损害的发生以及腐败罪与损害之间的因果关系。<sup>20</sup>

### 赔偿判决的执行

38. 赔偿通常是用犯罪人的资产支付，虽然有些国家已经制定了由国家出资的赔偿计划。

39. 一些国家制定了临时措施，确保受害人在最终判决后仍然能够获得赔偿。在一个国家，法院可以在作出最终判决前确定一个暂定赔偿金额。同样，在另外一个国家，法院可以采取临时措施来保证赔偿要求。一个国家表示在努力利用没收的财产减轻犯罪行为造成的一些损害。

40. 在一些国家，赔偿责任人还必须按照规定利率支付利息。法院通常会规定赔偿金支付时限。在一个国家，如果犯罪人未在法院判决发生法律效力后一个月内支付赔偿金，其资产可被检察官扣押，交付拍卖以抵还赔偿金。在若干国家，赔偿金优先于法院诉讼判定的其他罚款。

41. 法院也可以采取措施确保赔偿金的支付。在一个国家，法院会考虑罪犯的经济能力，以确定付款的时间和方式。在另一个国家，法院可以指示按规定分期付款的方式支付赔偿金。如果罪犯逾期不予支付，则受害人可以提起全额追偿的民事诉讼。

## 五. 审议期间提出的建议以及确定的技术援助需求和良好做法

42. 为了应对在有效执行《公约》第三十五条的过程中面临的挑战，对一些国家提出了建议。所面临的最常见的挑战是资源有限和规范性措施不足，不允许或者不能确保支付腐败造成的损害赔偿金。此外，一些国家确定了技术援助需求，包括需要编写一份《公约》缔约国的良好做法和经验教训摘要；反腐败专家提供现场援助；支持制定实施方面的行动计划；法律咨询；通过对法官和检察官进行专门培训支持提高认识；协助开展能力建设。

43. 在审议过程中，查明了若干国家在损害赔偿方面的良好做法。这些良好做法主要涉及寻求赔偿的法律途径或赔偿的量化。在某一国，根据国家立法确立了多种寻求赔偿的方案，这被视为一种良好做法，因为国家、个人以及私营实体得以对腐败

<sup>19</sup> 《〈联合国反腐败公约〉实施情况》，第 160 页。

<sup>20</sup> 《查明和量化贿赂所得》，第 21 页。

行为的后果寻求补救。在另一个国家，积极参与预防腐败工作的非政府组织可以代表受害人在刑事诉讼中提起民事诉讼。这种机制得到鼓励，因其提升了民间社会在国内法律程序中的作用和参与度。在另一个国家，可以审前扣押资产，作为获得用于赔偿受害人的资产的手段，这被视为一种良好做法。

44. 除了审查的结果以外，在切实执行方面还有更深入的做法可引以为例。在一些国家，赔偿令还包括利息损失，受害人可以得到更广泛的保护和赔偿。预见从罚款中支付赔偿金的程序看起来也是确保受害人获得赔偿的一种好方法。此外，把刑事诉讼的结果作为民事诉讼的证据，可以进一步推动受害人的赔偿。制定受害人赔偿计划或建立受害人赔偿基金也可以是一种良好做法。

## 六. 介绍有关第三方的难题及其对第五章下资产追回的影响

45. 在根据《公约》追回资产的情况下，第三方挑战的问题非常重要，原因是它可能影响缔约国追回腐败所得的能力，因为第三方也可能主张对从请求缔约国获得的被盗资产的所有权。

46. 在资产限制、扣押和没收的情况下，不可避免地会出现第三方索赔。目标往往会涉及到具有合法利益的第三方，如商业伙伴和投资者，从而使持有的股份变得复杂。第三方可能对用于实施犯罪的工具有利益或拥有该工具，但不知道该工具被用于何种非法用途。<sup>21</sup>

47. 虽然《公约》保护在获得财产权时不能也不知道资产非法来源的善意方，但也可能存在明知或由于疏忽获取属于腐败所得的财产的恶意第三方。实际上，善意第三方也可能滥用通常向善意第三方提供的保护。因此，缔约国似宜考虑存在和可采用何种政策措施和良好做法，以便明确区分善意第三方和恶意第三方，以及在出现此类平行索赔的情况下如何追回腐败所得。

## 七. 善意第三方及其根据《公约》享有的权利的保护

48. 没收制度有意地对个人经济权益进行干预。因此，《公约》要求确保各缔约国所制定的此种制度能够维护在所涉财产中可能拥有利益的善意第三方的权利。<sup>22</sup>

49. “善意第三方”的定义可能多种多样，但是正如《立法指南》所指出的，它至少应包括那些对犯罪或者与犯罪人之间的联系不知情的人。<sup>23</sup>

50. 《公约》中有若干条款提及善意第三人的权利，这些条款对于资产追回和没收程序很重要。这些条款包括第三十一条第九款、第五十五条第三款第(二)项和第九款以及第五十七条第二款。这些条款均与资产追回过程有内在联系和相关性。

51. 第三十一条第九款要求各缔约国不得对本条关于资产追回和没收程序的规定作损害善意第三人权利的解释。

<sup>21</sup> 布鲁恩等，《资产追回手册》，第 87 页。

<sup>22</sup> 联合国毒品和犯罪问题办公室，《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 2 订正版（维也纳，2012 年），第 424 段。

<sup>23</sup> 同上，第 423 段。



52. 第五十五条第三款第(二)项规定, 请求执行请求缔约国领土内的法院发出的没收令应当包含说明请求缔约国为向善意第三人提供充分通知并确保正当程序而采取的措施的具体陈述等等。该条还在第九款中强调, 不得对本条规定作损害善意第三人权利的解释。

53. 最后, 第五十七条第二款规定, 缔约国为使本国主管机关在另一缔约国根据《公约》请求采取行动时采取的措施也应考虑到善意第三人权利。

54. 但是, 《公约》没有具体规定应在多大程度上向第三方提供有效的法律救济, 从而维护其权利。

55. 如《实施情况》研究报告所指出的,<sup>24</sup>在第一周期审查的背景下, 在审查善意第三方权利问题时发现了许多挑战。在这方面, 缔约国以不同程度予以实施的实例包括:

(a) 在相关法律中规定, 如果犯罪工具或者其他财产属于第三方, 仅可在以下两种情况下予以没收: 一是该工具或财产已在犯罪实施完毕后交还给他或她, 而且他或她知道或者有合理理由相信该物品或财产与犯罪相关, 二是他或她是作为礼物或以其他方式免费收到该物品或财产的;

(b) 告知有关第三方可能影响到其产权的诉讼程序或者广泛公开此类程序;

(c) 允许第三方申请将其合法取得的财产排除在被限制或没收范围之外、就冻结令或没收令提起上诉和针对没收令提起民事权利主张;

(d) 合法所得财产被没收的, 允许有关当事人就合法取得的财产的价值申请赔偿;

(e) 在裁定没收措施的范围和被没收资产的处置时, 考虑受害人或民事原告可能提出的权利主张;

(f) 如果被告人或嫌疑人在调查或审判结束前死亡, 为法院继续进行民事诉讼提供可能性, 确保将资产返还给善意第三方。

56. 从缔约国收到的信息请求的答复中也载有法律保护善意第三方的类似方法。

57. 就根据《公约》追回资产的程序要求而言, 一个基本要素是能够证明向善意第三人提供了充分通知。如果没有提供这种通知, 请求缔约国在另一缔约国根据《公约》执行本国的没收令时可能会面临困难(见第五十五条第三款第(二)项)。

58. 在这方面, 《实施情况》研究报告还强调指出, 各国应特别确保在没收程序中质疑或主张第三方利益的时限不受过度严苛, 且不妨碍行使这些权利。<sup>25</sup>

59. 在通知方面的国内惯例中, 各国或者在知悉没收程序的情况下直接将没收程序通知有关当事方, 或者确保这种信息可以公开获取, 包括通过大众媒体。

#### 追回和没收资产方面的实际困难

60. 当某一特定资产由能够证明其善意的第三方持有时, 缔约国可能在资产追回方面面临困难。

<sup>24</sup> 《〈联合国反腐败公约〉实施情况》, 第 140 至 141 页。

<sup>25</sup> 同上, 第 141 页。

61. 实际上，在限制和没收程序中，从业人员应公开接受第三方提交的材料，并在允许的情况下，同意更改限制令或释放合法持有的资产或工具。缔约国还应认识到，根据法域的法律和案件的具体情况，如果没收令不成功，如果确定发生了损失（财产价值或收入），以及如果财产管理人应将资产交给第三方，政府就有可能不得不支付损害赔偿金。<sup>26</sup>

62. 在这种情况下，请求国和被请求国不仅应当能够将腐败犯罪的实际所得作为具体对象予以没收，而且应当能够没收与这些所得相应的价值，这一点很重要。如果采用这种“价值没收”，就有可能以违法者的其他资产为目标，而不是以第三方所拥有的特定对象为目标。

63. 但是，根据《实施情况》的研究报告，在相当多的国家，关于没收与犯罪所得的价值相当的财产的规定似乎并未涵盖涉腐犯罪，或仅涵盖特定犯罪（特别是洗钱）。在其中一些案例中，国家法律所依据的是基于标的的没收原则，不承认基于价值的没收。因此，如果所涉具体财产已经花费殆尽或者已经无从追查，没有任何即时矫正措施可用。此外，当收益转让给善意第三方时也会出现困难。因此提出了解决这一问题的建议。<sup>27</sup>

## 八. 与恶意第三方有关的问题和可能的解决方案

64. 虽然如上文所述，《公约》确实规定要保护善意第三人的权利，但是嫌疑人或被告为避免没收财产而将财产转移给知情第三方的做法很常见，而且越来越普遍。<sup>28</sup>

65. 通常，这种恶意第三方能够对没收资产以及将资产返还给包括国家在内的合法所有人提出质疑。只有在证明这些第三方缺乏善意的情况下方可没收这些第三方的财产。

66. 主张第三方利益的程序步骤可能有所不同。一般来说，对于刑事没收，在法院审理第三方利益之前，必须完成处理潜在犯罪的刑事诉讼并且下令没收被告的利益。有些司法管辖区允许可以主张有限抗辩的第三方判决前出庭，比如临时限制造成严重困难或者资产来源合法而且为生活费用所需。<sup>29</sup>

67. 通常情况下，当事人必须证明他或她对资产具有法律上可认定的权益，并且或者(a)该权益是在实施任何刑事犯罪之前获得的，而且当事人没有理由相信该资产与潜在犯罪有关；或者(b)该资产的权益是在实施犯罪活动以后产生的，并且当事人是该资产价值的善意购买人。

68. 在下文中，本说明审查了用于解决恶意第三人相关挑战而采取的一些办法。

69. 欧洲议会和欧洲理事会 2014 年 4 月 3 日关于在欧洲联盟冻结和没收工具和犯罪所得的第 2014/42/EU 号指令述及恶意第三人问题。

<sup>26</sup> 布鲁恩等，《资产追回手册》，第 88 页。

<sup>27</sup> 《联合国反腐败公约实施情况》，第 128 页。

<sup>28</sup> 欧洲议会和理事会 2014 年 4 月 3 日关于在欧盟冻结和没收犯罪工具和犯罪所得的第 2014/42/EU 号指令（《欧洲联盟公报》，L 127/39，2014 年 4 月 29 日）。

<sup>29</sup> 布鲁恩等，《资产追回手册》第 118-119 页。

70. 根据该指令第 6 条第 1 款的规定，欧洲联盟成员国应采取必要措施，以便能够没收收益或其价值相当于收益的其他财产，这些收益或财产是由嫌疑人或被告直接或间接转让给第三人的，或第三人从嫌疑人或被告那里获得的，至少，如果这些第三人知道或应当知道转让或购置的目的是为了避免没收，则根据具体事实和情况，包括转让或购置是免费进行的，或者是以大大低于市场价值的数额进行的。第 6 条第 2 款规定，第 1 款不应损害善意第三人的权利。

71. 该指令的叙文 24 还澄清，在该文书通过之前，欧洲联盟立法中没有关于没收转让给第三人或由第三人获取的财产的具有约束力的规则。还应澄清的是，第 6 条涉及为第三人或为第三人利益而犯下刑事罪的情况，以及被告人没有可被没收的财产的情况。还强调指出，关于第三人没收的规则应同时适用于自然人和法人。

72. 从上文可以看出，第 2014/42/EU 号指令第 6 条载有某些要件，应将之作为确定恶意第三人的标准。这些要件包括：已由嫌疑人或被告人直接或间接向第三人转移所得；或第三人从嫌疑人或被告人那里获得这类所得，以及实际知悉或推定知悉（“本应知道”）转让或购置的目的是为了避免没收。

73. 知情和推定知情应当根据具体事实和情况予以证明，包括转让或获得是免费进行的，或者以明显低于市场价值的金额进行交换。

74. 这些条件似乎确立了可用于使向恶意第三方转让和由恶意第三方获取无效的可予反驳的推定。在一些法律制度中，一旦检察官确定可予没收，举证责任就转移到索赔人身上，以确立可确认的抗辩。索赔人必须首先证明他或她对该财产拥有所有权权益。<sup>30</sup>

75. 由于要求欧洲联盟成员国将指令要求纳入其国内立法，如何在国内立法中予以表现，这方面可能存在其他不同之处。

76. 例如，有一个国家的刑法规定，在没有相反证据的情况下，应推定第三人在财产或财产免费转让或以低于市场价格的价格转让给他或她时，知晓或有理由怀疑该财产是非法活动所得或转让财产是为了避免没收。

77. 其他国家也有类似的例子。例如，有一部刑法规定，如果罪犯的家庭成员显然没有提供与所获得的财产利益价值相对应的任何补偿，则应没收罪犯家庭成员的财产利益或者从第三人处获得的财产利益，除非他们证明其已经对该物品或财产给予了与所获得的财产利益的价值相对应的反补偿；被宣布为文化遗产和自然稀有物的物品以及被损害方本人所属的物品应从第三人没收，不论这些物品是否已转让给第三人，或是否给予适当的赔偿；没收的物品将返还给受害方，没有损害方的，这些物品将成为国家财产。

78. 有一个国家实行所谓的“关系倒退原则”。根据这一原则，所有涉及非法所得的交易一律无效。这一原则将举证责任转移到了第三人，第三人需要使法院相信，在按价值购买时，它有合理的理由相信该财产不会被没收（即不代表犯罪所得）。

79. 该国还提到了资产返还案件中的实际第三方难题。在该案件中，一名律师声称，请求返还的国家欠他诉讼费。这位律师多次提出上诉，历时漫长，使最后的没

<sup>30</sup> Theodore S. Greenberg 等，《被盗资产追回：非定罪资产没收良好做法指南》（华盛顿特区，世界银行，2009 年），第 63 页。

收令推迟了两年多才生效。在这方面，各国似宜在关于没收、资产返还和相关第三方权利的法律规定中处理律师费问题，特别是临时律师费问题，这是在案件中政府与私人律师签订合同代理资产追回事项的费用。作为交换，律师可以从可追回资金中获得一定比例的资金。

80. 这些事例也表明了解决恶意第三方问题的可能办法。欧洲联盟指令所载的某些标准可能允许将在没收程序中资产的现状和权利方面的举证责任转移给第三方，而“关系倒退原则”似乎更为宽泛，因为它确立了一种法律推定，即除非第三方在法庭上证明不成立，否则与非法收益有关的所有交易均属无效。

81. 还可以提请工作组注意一些重要的实际考虑。

#### 所有权类型

82. 如上所述，要被认定有效的而不是恶意的，购买或转移需要“有偿”进行。实际上，对有争议的资产也可能有不同类型的所有权。对财产拥有更直接利益（包括所有权、使用权或股份权）的第三方，债权高于无担保的一般债权人。

#### 关照义务

83. 确定恶意第三方资格的一个重要因素可以是推定知悉收益的非法性质或意图以避免被第三方没收。因此，各国可考虑具体规定第三方在参与资产交易时需要履行的相关“关照义务”。关于关照义务的更详细的规定可以加强第三方地位的明确性。

#### 对法人的没收

84. 由于罪犯还可能将资产转移给法人以防止没收，包括专门设立公司或其他法律机构，因此缔约国还必须能够没收法人的财产。从理论上讲，仅仅把资产转移到罪犯建立或控制的法律机构这一点就可以被认定为恶意的表现，这种转移因而可被视为是无效的。

## 九. 结论和需进一步审议的问题

85. 工作组不妨审查上述资料，其中载有与确定和赔偿受害人和第三方难题及其对第五章下资产追回的影响有关的若干考虑因素。

86. 工作组不妨通知秘书处，某些特定的考虑因素是否需要在工作组今后的会议上进行进一步分析和讨论。

87. 工作组也不妨考虑请秘书处根据资源可得情况继续努力收集有关这些问题的信息。