

利用《反腐败公约》追回外流资产

中国社科院法学所 戴瑞君

追回被非法转移至境外的腐败资产，切断腐败分子在国外的生存基础，破灭他们“牺牲我一个，幸福全家人；贪污我一人，幸福几代人”的幻想，能从根本上遏制贪官外逃、资产外流，进而促使贪腐官员收敛腐败贪欲。

《公约》构建了资产的追查、扣押、冻结、没收、返还和处分等为追回资产所涉及的法律程序的完整链条，并以最广泛的司法协助作为这一链条各个环节的联结点。资产追回作为《公约》的基本原则，已成为各国依据《公约》打击腐败的一条主线。

建立有效的资产追回机制，全面追回境外腐败资产势在必行，但是在实践中却有法律等方面的障碍，追回腐败资产面临重重困难。《联合国反腐败公约》确立的反腐败的法律机制，为腐败受害国破解追回资产难题提供了重大转机。我国作为腐败犯罪的一个重要受害国，应当加紧研究《公约》的有关制度，完善配套制度建设，有效利用《公约》的“资产追回机制”追回外流的资产。

追回外流腐败资产困难很多但意义重大

近年来，各国腐败分子转移至境外的财产数额与日攀升，给受害国经济带来的损害越来越不容小视，在一些国家甚至对国民经济产生了全局性的不利影响。在我国，2010年1月，中央纪委副书记李玉斌在中央纪委、监察部召开的新闻通气会上说，近30年来，外逃贪官数量为4000人，携走资金约500多亿美元。腐败分子将巨额资金汇出境外逃避惩罚已成为当前腐败犯罪的一种惯有模式，冻结乃至最终追回外流腐败资产已经成为了刻不容缓的工作。

然而，实践中追回腐败资产却面临重重障碍。

首先是法律上的障碍。鉴于腐败资产外流的跨国性，相关国家法律体系的差异，包括从实体法到程序法的分歧均将导致追回资产受阻。许多腐败分子在事发前已伺机逃逸，并且往往早已将非法所得转移至境外。在腐败分子的本国与目的地国之间缺乏有效的司法协助安排的情况下，其本国往往对其无能为力。

其次，金融监管制度不健全、不到位成为滋生洗钱活动的温床，助长了腐败资产的外流。

再次，追回外流腐败资产本身的复杂性，例如可疑资产的隐蔽性，追回资产所要花费的人、财、物成本之高均考验着各国的耐心和实力。

最后，某些政治考量也会成为追回腐败资产的障碍。短期内腐败资产的大量流入，定会为资产流入国的经济发展注入活力，于是一些资产流入国被短期经济利益所吸引而有意拖延返还资产的合作进程。

追回被非法转移至境外的腐败资产，切断腐败分子在国外的生存基础，破灭他们“牺牲我一个，幸福全家人；贪污我一人，幸福几代人”的幻想，能从根本上遏制贪官外逃、资产外流，进而促使官员收敛腐败贪欲。因此，尽管面临重重困难，建立有效的资产追回机制，尽快全面追回境外腐败资产势在必行。

资产追回机制是《公约》的基本原则和制度创新

《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)为腐败受害国破解追回资产难题提供了重大转机。该《公约》于2003年10月31日在第58届联合国大会获得通过，于2005年12月14日正式生效。截至2012年10月，共有163个国家成为了该《公约》的缔约国。我国于2003年12月10日签署《公约》，2005年10月27日批准《公约》，《公约》于2006年1月13日对中国生效。

《公约》为高效而有力地预防和打击腐败，确立了预防机制、刑事定罪机制、国际合作机制、资产追回机制以及履约监督机制等五项反腐败的法律机制。

“资产追回机制”既是该《公约》的一项基本原则，也是一项重要的制度创新，在《公约》中占据举足轻重的法律地位。《公约》确立的各项法律机制都围绕资产追回做了相应的安排。

《公约》构建了资产的追查、扣押、冻结、没收、返还和处分等为追回资产所涉及的法律程序的完整链条，并以最广泛的司法协助作为这一链条各个环节的联结点。资产追回作为《公约》的基本原则，已成为各国依据《公约》打击腐败的一条主线。

《公约》资产追回机制的四项主要制度

《联合国反腐败公约》的资产追回机制集中规定在《公约》的第五章，从第 51 条至第 59 条，内容包括关于资产追回的一般规定、预防和监测犯罪所得的转移、直接追回财产的措施、通过没收事宜的国际合作追回资产的机制、没收事宜的国际合作、特别合作、资产的返还和处分、金融情报机构、双边和多边协定和安排等。其核心内容可以概括为以下四个方面。

预防犯罪所得转移的制度

预防腐败犯罪所得的跨境转移，将从源头上省却艰苦卓绝的资产追回过程。而实现腐败犯罪所得跨境转移最常用的手段便是洗钱。因此《公约》在预防腐败的措施中规定了预防洗钱的措施，在定罪与执法的规定中要求缔约国将“对犯罪所得的洗钱行为”规定为犯罪。在此基础上，《公约》在资产追回部分还专门规定了预防犯罪所得移转的措施。

根据《公约》的规定，缔约国为预防犯罪所得的转移承担两个层次的义务。

第一个层次是缔约国应当采取措施的强制性法律义务。各缔约国有义务采取必要的措施，加强对金融机构的客户身份的核实，并强化对账户的审查。各缔约国有义务采取适当而有效的措施，禁止空壳银行的设立或交易。第二个层次的义务是根据《公约》，缔约国应当“考虑”采取的措施，各缔约国应当考虑确立有效的公职人员财产申报制度。各缔约国应当考虑设立金融情报机构，负责接收、分析和向主管机关传递可疑金融交易的报告。

直接追回资产的制度

《公约》第 53 条规定了缔约国直接追回财产的制度，即请求国直接到被请求国通过民事诉讼追回资产的制度。

考虑到主权平等的基本原则，如果一国直接到另一国法院诉讼会存在一些障碍。因此，实践中的作法通常是被害国将权益和风险转交给某一组织，由该组织以原告的身份提起民事诉讼。就我国的实际情况而言，有学者提议由国有资产管理委员会或者最高人民检察院代表国家到另一国提起民事诉讼；或是依法建立公益诉讼制度，由社会团体出于保护公益的目的到国外参加民事诉讼。

间接追回资产的制度

间接追回资产的制度规定在《公约》的第 54 条和第 55 条，它是请求国通过一定的法律程序请求被请求国将被转移的财产予以没收的法律制度。至于没收后的财产能否返还给请求国，需依据资产的返还与处分制度来决定。

通过没收事宜的国际合作间接追回资产包括三条途径。第一，通过被请求国执行请求国发出的没收令没收财产。第二，通过被请求国的生效判决或者被请求国发出的没收令没收财产。第三，特定情况下，被请求国不经刑事定罪直接没收财产。

资产的返还与处分制度

对腐败犯罪的犯罪所得予以没收，使其切断与腐败犯罪人的联系而处于被请求国的实际控制之下，这是请求国追回腐败资产的重要前提。接下来《公约》对于相关国家间如何就没收的资产进行返还或其他处分做出了安排。

应请求国的请求，被请求国应当根据《公约》返还没收的资产。《公约》还为不同情况下返还资产设定了不同的条件。(1)对于贪污犯罪或者贪污后洗钱的犯罪所得，被请求国仅需根据请求

国提供的生效判决，即应向其返还没收的资产。(2)对于《公约》所规定的其他犯罪所得，请求国除需提供生效判决外，还应当提供对所没收的财产的所有权证明，被请求国才会将没收的财产返还给请求国。(3)任何其他情况下，被请求国应当优先考虑将没收的财产返还请求国、返还其原合法所有人或者赔偿犯罪被害人。

《公约》资产追回机制还有壁垒和门槛

尽管《联合国反腐败公约》全面详尽地设计资产追回机制，以使其能顺畅、有效地运行，但是资产追回机制的运行依然面临一些困境。

资产追回机制还有一些壁垒

任何协议均有妥协的成分。而《公约》谈判各方对于资产追回机制一些主要问题的重大分歧以及最终达成的一揽子协议使得《公约》的这一制度创新大打折扣。

首先，谈判各方就相关国家能否对没收的腐败资产进行“分享”分歧较大。一些发达国家认为实际操作中往往难以确定资产来源国，因此要求分享没收的资产。最终《公约》虽然没有出现“分享”这一措辞，但是它一方面为被请求国设定了返还财产的义务，另一方面又允许缔约各国就如何处分没收的资产在《公约》之外另订协议予以安排，这就不排除相关各方对没收的资产进行分享的可能性。

其次，在谈判过程中，对于返还和处分没收资产的依据问题，各方分歧也比较大。发达国家是腐败资产的主要流入国，享有一定的既得利益，因此坚持适用维护本国利益的国内法；而发展中国家大多是腐败资产外流的受害国，坚持要求适用《公约》。作为妥协的结果，《公约》最终将“本公约的规定”以及“本国法律”同时作为返还和处分资产的依据。

资产追回门槛依然很高

资产追回机制首先要求缔约国采取措施预防腐败资产的转移。这涉及要求缔约国加强金融机构客户身份审核、强化账户审查、保持充分记录、杜绝空壳银行或相关交易以及采取其他措施防范洗钱的义务。履行这些义务需要有成熟的金融监管技术、完善的金融监管制度作保障。

其次，《公约》所设定的直接追回资产的制度要求请求缔约国直接到被请求国的法院提起诉讼，这要求请求国非常熟悉被请求国的法律，并有在外国开展诉讼的经验积累。

再次，《公约》所规定的通过没收的合作事宜间接追回资产的制度要求请求国提供详尽的证明材料，包括生效的判决。而现实情况是，许多能将腐败犯罪所得转移境外的腐败分子自身也早已潜逃境外，对于不存在缺席审判制度的国家，便不可能提供生效判决。

这些高门槛很可能使技术、法制欠发达的广大发展中国家望而却步。

尽管依据《公约》的实践还未广泛展开，但是《公约》所确立的制度却将全球反腐败事业向前推进了一大步。中国作为腐败犯罪的一个重要受害国，还有许多工作要做。首先，应当加紧研究、全面掌握《公约》的有关制度，特别是资产追回制度，以便有效利用《公约》追回外流的资产。其次，完善配套制度建设，提升在防治腐败方面的能力。具体而言，应建立财产申报制度，强化对公职人员的监督；提升金融监管部门的监管能力，有效预防和遏制洗钱行为；考虑对外逃贪官实施缺席审判的可行性；根据我国实际情况完备相关的制度设计，适时考虑利用《公约》直接追回腐败资产。