



UNODC

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

2012 年第二修订本



联合国

联合国毒品和犯罪问题办公室
条约事务司
维也纳

联合国反腐败公约 实施立法指南

2012 年第二修订本



联合国
2012 年，纽约

说明：

联合国文件用英文大写字母附加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一文件。

本出版物中所载关于互联网网站路径和链接的资料是为方便读者而提供而且在印发时是正确的。联合国不对这些资料是否仍然准确或任何外部网站内容负责。

© 联合国，2012 年 6 月。版权所有。

本出版物中所用的名称以及材料的编制方式并不意味着联合国秘书处对任何国家、领土、城市或地区或其当局的法律地位，或对其边界或界线的划分表示任何意见。

出版：联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科。

第二修订本前言

立法指南的宗旨

大会在其 2003 年 10 月 31 日第 58/4 号决议中通过了《联合国反腐败公约》。本实用立法指南的目的是，向寻求批准并实施该公约的国家提供帮助，确定立法要求、发现这些要求所产生的问题及可供各国在拟订和起草必要的立法时使用的各种办法。

本指南主要是为准备批准和实施公约的国家的决策者和立法者而拟定的，但也是为了向双边技术援助项目以及作为促进广泛批准和实施公约国际努力的一部分而采取的其他举措提供有益的依据。

本指南的撰写照顾到不同的法律传统和不同的体制建设水平，并在可能时提供了实施办法。由于本指南主要是为准备批准和实施公约的国家的法律起草者所用，没有巨细无遗地涉及每一条款。重点放在了那些需要进行法律改动，和（或）那些需要有关缔约国在适用公约之前或之时采取行动的条款上。

本指南阐明了公约的基本要求，以及每一缔约国必须处理的问题，同时提供了各国法律起草者似宜考虑的一系列选择或实例。

不仅需要保持灵活性，还需要在国际层面保持连贯性和一定程度的协调。本着这种精神，立法指南为缔约国列举了强制性或任择性义项，同时，将每一条款或章节与其他区域或国际文书联系起来，并举例说明了法律传统不同的国家如何实施公约的各项条款。国家法律和条例的实例是从联合国开发计划署资助的一项研究报告中摘录的。由于多数国家正处于实施工作的初期阶段，这些实例仅说明了各种办法，不一定是“最佳做法”。

本指南不是为了对公约各项条款作出确切的法律解释。其内容并非权威性的，在评估每一具体要求时，应参阅各项条款的实际行文。在将公约

的条款原封不动纳入本国法律时，也应谨慎从事，因为国家法律一般都对明晰性和特殊性有更高的标准，从而促进实施、更好地将其纳入更广泛的法律制度和传统，并加强执法。还建议起草者在使用公约的措辞或术语时，应核对其与现行国内法中其他的犯罪和定义是否一致。

2006年以联合国六种正式语文出版的第一版立法指南已证明对决策者、从业人员和专家颇有益处。其主要目标之一是提供具有不同法律传统的各种国家执行公约多项关键规定的实例。通过联合国毒品和犯罪问题办公室的网上门户“反腐败知识工具和资源”(TRACK)，进一步了实例范围，该门户于2011年9月1日启动，提供关于各国执行公约立法的最新信息。第二次修订版考虑到TRACK的发展变化，因此避免提及各国执行公约的立法。鼓励读者访问TRACK网站(www.track.unodc.org/LegalLibrary/Pages/home.aspx) 查取这方面的信息。

联合国毒品和犯罪问题办公室随时可为实施公约提供援助。该办公室的联系地址是:United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria (传真:(+43-1) 26060-5841 或 26060-6711)。公约的文本和其他有关信息可在联合国毒品和犯罪问题办公室网址 www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html 查阅。

《反腐败公约》的宗旨

腐败行为非法转移国家资金，从而削弱了缺乏资源的人所依赖的服务，如卫生、教育、公共交通或地方警务。小额贿赂增加了公民的负担：不仅所提供的服务不能满足需要，而且甚至是最基本的政府工作，如签发正式文件，都要付“好处费”才能办成。

在许多国家，申请驾驶执照、建筑许可和其他常规文件的人已经习惯了公务员索要“附加费”。在较高一级，有人用更高的代价换来公共合同或销售权，或避免检查和繁琐的手续。然而，腐败的后果比上述贿赂所显示的要更广更深。腐败会造成投资减少，甚至撤资，产生许多长远的影响，包括社会两极分化、不尊重人权、不民主的做法、用于发展和基本服务的资金被挪作他用。

原本稀少的资源若被腐败人员转用，会影响到政府向公民提供基本服务的能力，以及鼓励可持续的经济、社会和政治发展的能力。而且，诸如

设计低劣的基础设施项目和稀少或过时的医疗用品还可能危害公民的健康和安全。

最重要的是，腐败会破坏经济投资的前景。几乎没有外国公司愿意在多了一层“税收”的社会投资。国内和国际公司为获得业务进行贿赂会削弱合法的经济竞争，扭曲经济增长，并加深不平等现象。在许多社会中，如果广大公众怀疑司法系统腐败、私营和公共领域的精英分子违法犯罪，政府的合法性就会遭到损害，法治也将受到削弱。

国际上的投资者和捐助人越来越不愿将资金拨给政府行政的法治程度、透明度和问责制不够的国家，因而腐败对一国人口中最脆弱的部分即贫困人口所造成的影响是最大的。

在世界各地，人们越来越认识到，打击腐败是实现更有效、更公平、更高效的政府所不可或缺的。越来越多的国家发现贿赂和任人唯亲阻碍了发展，因此请联合国协助其取得遏制这类做法的手段。由于造成腐败的原因多种多样，在某些国家行得通的预防、执法和检控措施在另一些国家可能是行不通的。

“第 1 条

“宗旨声明

“本公约的宗旨是：

“(a) 促进和加强各项措施，以便更加高效而有力地预防和打击腐败；

“(b) 促进、便利和支持预防和打击腐败方面的国际合作和技术援助，包括在资产追回方面；

“(c) 提倡廉正、问责制和对公共事务和公共财产的妥善管理。”

鸣谢

本立法指南是一个有着广泛参与的过程的产物。来自各区域、代表各种法律制度的专家，以及来自有关的联合国各实体和其他国际组织的观察员拟订了初稿。在2005年4月18日至25日于曼谷举行的第十一届联合国预防犯罪和刑事司法大会和2005年5月23日至27日于维也纳举行的预防犯罪和刑事司法委员会第十四届会议上，将立法指南的这一临时版本广泛分发给各国政府代表和专家。之后收到的各种信息、评论意见和修正建议在草拟本指南终稿的过程中都得到了认真考虑。联合国毒品和犯罪问题办公室反腐败股、欧洲委员会和经济合作与发展组织特别提供了详细的意见和建议。秘书处对参与这一过程的所有人士的努力深表谢忱。

秘书处谨向花了很多时间进行研究和增补材料的指南起草人 Nikos Passas 表示感谢。

秘书处也谨借此机会感谢澳大利亚、加拿大、法国、希腊、意大利、日本、挪威、瑞典、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国政府为《联合国反腐败公约》的推广，包括本立法指南的拟订和出版慷慨提供资金。

秘书处还感谢联合国区域间犯罪和司法研究所（犯罪司法所）分别于2004年7月10日至12日和2005年2月26日至28日在意大利都灵犯罪司法所总部主办了两次专家组会议，并为之提供了服务和资金。下文列有参加的专家和观察员的名单。

还要特别感谢联合国开发计划署（开发计划署），尤其是发展政策局民主管理组的业务经理 Pauline Tamesis 对本立法指南拟订工作的支持。应当指出的是，国家法律和条例的实例是由开发计划署资助的一项研究报告提供的，该报告名为“反腐败方案比较研究：供开发计划署审查的报告，突出主要经验和难题”。许多统一资源定位地址都是从该报告抄录的。

专家名单

下列专家参加了立法指南的编写：

A. 起草人

Nikos Passas
Professor, College of Criminal Justice
Northeastern University
United States of America

B. 专家组成员*

Hans Abma
Senior Policy Adviser
Ministry of Justice
Netherlands

Abboud Al-Sarraj
Professor and Dean
Faculty of Law, University of Damascus
Syrian Arab Republic

Gad Awuonda
Parliamentary Counsel
Legislative Drafting Department
Attorney-General's Chambers
Kenya

Carlos Rodríguez Bocanegra
Counsellor
Directorate of Multilateral Political Affairs
Ministry of Foreign Affairs
Colombia

* 名单中所列的头衔反映的是各位专家在参加专家组会议时的职务，不一定是他们在本指南出版时的职务。

Ishara Bodasing
Senior Anti-Corruption Specialist
Department of Public Service and Administration
South Africa

Ivan Collendavelloo S.C.
The Attorney General's Office
Port Louis
Mauritius

Eugenio Curia
Chief Legal Adviser
Ministry of Foreign Affairs, International Trade and Worship
Argentina

Joseph Gangloff
Senior Counsel
Office of International Affairs
Department of Justice
United States of America

Joel Hernandez Garcia
Deputy Legal Adviser
Ministry of Foreign Affairs
Mexico

Zeljko Horvatic
President
Croatian Academy of Legal Sciences
Croatia

Helle Klem
Deputy Director General
Legal Department
Ministry of Foreign Affairs
Norway

Armand Riberolles
Investigating Magistrate
Ministry of Justice
France

Ilya Rogachev
Deputy Director
Department on New Challenges and Threats

Ministry of Foreign Affairs
Russian Federation

Mariusz Skowronski
Public Prosecutor
National Prosecutor's Office
Bureau for Organized Crime
Ministry of Justice
Poland

Pierre-Christian Soccoja
Secrétaire général
Service central de prévention de la corruption
France

Ahmer Bilal Soofi
Advocate
National Accountability Bureau
Government of Pakistan
Pakistan

Tian Lixiao
Deputy Division Director
Department of Treaty and Law
Ministry of Foreign Affairs
China

Muyieddeen Touq
Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary
Embassy of the Hashemite Kingdom of Jordan in Brussels
Jordan

Hirokazu Urata
Senior State Attorney
International Affairs Division
Criminal Affairs Bureau, Ministry of Justice
Japan

C. 政府和国际组织代表

Teresa Benvenuto
Vice-Head
Legislative Office
Ministry of Justice
Italy

Nicola Bonucci
Acting Head
Anti-Corruption Division
Directorate for Financial and Enterprise Affairs
Organization for Economic Cooperation and Development

Gillian Dell
Transparency International Secretariat
Germany

Joachim Pohl
Legal expert
Anti-Corruption Division
Directorate for Financial and Enterprise Affairs
Organization for Economic Cooperation and Development

Pauline Tamesis
Policy Adviser (Anti-Corruption, Accountability and Transparency)
Democratic Governance Group
Bureau for Development Policy
United Nations Development Programme

D. 联合国毒品和犯罪问题办公室

Dimitri Vlassis
Valérie Lebaux
Junko Hirakawa
Mai Tonheim
Elsa Gopala Krishnan

目录

	段次	页次
导言	1-17	1
A. 联合国反腐败公约实施立法指南的结构	1-3	1
B. 《联合国反腐败公约》的结构	4-17	2
一. 贯穿整个《联合国反腐败公约》的一般性规定和义务	18-35	7
A. 《联合国反腐败公约》的实施	18-23	7
B. 术语的使用	24-30	9
C. 保护主权	31-35	12
二. 预防措施	36-168	14
A. 导言	36-41	14
B. 预防性反腐败政策和做法	42-68	16
C. 公共部门的透明度措施和制度	69-97	24
D. 审判和检察机关	98-108	33
E. 私营部门	109-126	36
F. 预防洗钱	127-168	42
G. 资料来源：有关条款和文书		53
三. 刑事定罪、执法和管辖权	169-521	57
A. 导言	169-182	57
B. 刑事定罪	183-346	59
1. 刑事定罪的义务：必须设立的罪名	183-261	59
2. 考虑刑事定罪的义务：非必须设立的罪名	262-314	76
3. 法人责任	315-340	88
4. 参与和未遂	341-346	94
C. 执法	347-490	95
D. 管辖权	491-519	133
E. 资料来源：有关条款和文书		139

	段次	页次
四. 国际合作	520-659	143
A. 导 言	520-531	143
B. 引 渡	532-583	146
C. 司法协助	584-630	158
D. 其他形式的国际合作	631-659	175
E. 资料来源: 有关条款和文书		185
五. 资产追回	660-792	193
A. 导 言	660-677	193
B. 预防	678-705	198
C. 直接追回	706-717	206
D. 追回和开展国际合作的机制	718-755	209
E. 特别合作和金融情报机构	756-764	220
F. 资产返还: 协议和安排	765-792	223
G. 资料来源: 有关条款和文书		229
附件		
一. 要求缔约国向联合国秘书长发出通知的事项清单		233
二. 联合国反腐败公约各条款相互参照		237

导言

A. 联合国反腐败公约实施立法指南的结构

1. 本指南包括四大部分，其中提出的问题涉及预防措施（公约第二章）；刑事定罪（第三章）；国际合作（第四章）；资产的追回（第五章）。

2. 各章的顺序和内部格式是按主题编排的，没有按照公约的逐款顺序，以方便各国起草者和决策者使用本指南，因为他们可能需要侧重于具体的问题。但本指南各章与公约各章相对应，以避免混淆。每章结尾部分有一节提供了进一步信息的来源。本指南中论及公约具体条款的部分在开头会引用和介绍有关的条款，其编排结构均如下：

主要要求概述；

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务；

任择要求：需加以考虑的义务；

任择措施：缔约国似宜考虑的措施。

3. 应特别注意与每项条款有关的主要要求概述部分，其中介绍了有关条款的基本要求。在其他的小标题下，分别提供了下述信息：强制要求，若国内立法原本没有包含这些要求，则需要修正现行立法或通过新立法；非强制要求，其中涉及缔约国有义务进行认真考虑的问题；完全任择的措施，但缔约国似宜考虑采取。应当注意的是，这些小标题并非在所有情况下都全部出现，有时只有相关的小标题。

B. 《联合国反腐败公约》的结构

一般性条款

4. 开头的简短部分概括介绍了公约的宗旨，对全篇案文所用的术语作了定义，说明了适用范围，并重申了保护缔约国主权的原则。

预防

5. 公约要求各缔约国采取旨在预防腐败的有效政策。其中以一整章篇幅处理了这个问题，规定了涉及公共部门和私营部门的各种措施。这些措施有机构安排，如设立特别的反腐败机构，也有行为准则和促进良好施政、法治、透明度和问责制的政策。重要的是，公约强调了更广大的社会的重要作用，如非政府组织和社区倡议，其中请各缔约国积极鼓励社会参与并对腐败问题有普遍的认识。

刑事定罪

6. 公约接下来要求各缔约国确立刑事罪和其他罪行，以包含国内法尚未定为犯罪的形形色色的腐败行为。公约强制规定将某些行为定为刑事犯罪，还要求各缔约国考虑确立其他罪行。《反腐败公约》的一项革新是，它不仅涉及腐败的基本形式，如贿赂和贪污公款，还涉及支助腐败、妨碍司法、影响力交易、窝藏或清洗腐败所得等行为。最后一点，公约这部分内容还涉及了私营部门的腐败。

国际合作

7. 公约强调，在反腐败工作的每个方面（预防、侦查、对犯罪分子的起诉、扣押并归还挪用的资产），国际合作都是必不可少的。公约要求进行特定形式的国际合作，如在收集和移交证据、引渡，以及追查、冻结、扣押、没收腐败所得等方面进行司法协助。与

先前各项条约相比，公约还规定在非两国公认犯罪的情况下进行司法协助，但这类协助不涉及胁迫措施。另外，公约还鼓励探索各种可能的办法来促进合作：“在国际合作事项中，凡将双重犯罪视为一项条件的，如果协助请求中所指的犯罪行为在两个缔约国的法律中均为犯罪，则应当视为这项条件已经得到满足，而不论被请求缔约国和请求缔约国的法律是否将这种犯罪列入相同的犯罪类别或者是否使用相同的术语规定这种犯罪的名称”（第 43 条，第 2 款）。

资产的追回

8. 最重要的一项革新和“本公约的一项基本原则”（第 51 条）是返还资产。公约这一部分详细说明了如何进行合作和协助、如何将腐败所得返还给提出请求的国家，以及应当如何考虑其他被害人或合法所有人的利益。

9. 总之，公约：

(a) 对不同国家或领域使用的具有不同含义的某些术语进行了界定和统一；

(b) 要求各国制订涉及公共部门和私营部门的预防腐败的措施；

(c) 要求各国将某些不法行为定为刑事犯罪，并考虑将其他不法行为也定为刑事犯罪；

(d) 促进国际合作，例如，通过引渡、司法协助、联合调查等途径；

(e) 对资产追回作出规定；

(f) 对培训、研究和信息共享措施做出规定；

(g) 载明技术性规定，例如签名和批准。

10. 负责拟订立法草案和其他措施的人在研究公约规定的优先事项和义务时应当记住以下各段中提供的指导。

11. 各国立法起草人和其他决策者在确定本国的优先事项时应当记住，公约各项条文所涉及的义务并非都是同等程度的义务。这些条文基本上可以分为以下三类：

(a) 强制性规定，其中包括立法义务（绝对强制性规定或所指明的条件已得到满足的规定）；

(b) 缔约国必须考虑适用或努力适用的措施；

(c) 任择措施。

12. 凡使用“各缔约国均应当采取”处，系指强制性规定。否则，指南使用“应当考虑采取”或“应当努力”一词，指促请各国考虑采取某一项措施和作出真诚的努力，察验其是否与本国的法律制度相符。对于完全任择性的规定，指南使用“可以采取”一词。

13. 一些条款中含有保留条款，其中规定，各国必须“在不违背本国宪法和本国法律制度基本原则的情况下”（如第 20 条），“在不违反被请求缔约国本国法律的情况下”（如第 46 条第 17 款），在“此种要求应当符合其本国法律的基本原则以及司法程序和其他程序的性质”的情况下（如第 31 条第 8 款），或“在其本国法律制度基本原则许可的范围内……”（第 50 条第 1 款）采取某些措施，这些保留条款的作用是，在与宪法规则或基本规则发生冲突的情况下免除缔约国的义务。

14. 每节的主要要求概述列有强制性措施和缔约国必须考虑适用或努力适用的措施。其后的内容先讨论强制性措施，然后将缔约国必须考虑适用或努力适用的措施和任择措施放在一起讨论。

15. 公约在若干条款中提到刑事定罪时使用“必要的立法措施和其他措施”这一词语。所谓“其他”措施，并不是指要求或准许不经过立法就加以刑事定罪。此种措施是对立法的补充，而且以立法的存在为前提。

16. 为了与其他罪名保持一致，建议起草人在援用公约中的提法或术语之前先查对一下各项定义和立法用途。公约作为国际性的法律

文书，使用的是一般性表述，对象是各国政府。为此，起草人若决定逐字照搬文书的某些部分就应当审慎行事，同时鼓励起草人在任何情况下都采取各个条款的精神和用意。为了协助这一工作，本指南将引用反腐败公约谈判工作特设委员会在公约草案的整个谈判过程中所讨论的一些解释性说明（见 A/58/422/Add.1），从中可以了解更多的背景情况和公约谈判人的意向和关切。

17. 每一节都提供了许多国家立法实例。不应将其视为起草立法的范例，因为尚未系统地对其进行审查以评估其是否充分实施了公约。寻求实施公约的国家在考虑这些实例时，还要注意各法域中的法律制度和其他社会经济、政治、法律、文化特征之间的差别，这种差别往往是很大的。

一. 贯穿整个《联合国反腐败公约》的一般性规定和义务

A. 《联合国反腐败公约》的实施

“第 65 条

“公约的实施

“1. “各缔约国均应当根据本国法律的基本原则采取必要的措施，包括立法和行政措施，以切实履行其根据本公约所承担的义务。

“2. 为预防和打击腐败，各缔约国均可以采取比本公约的规定更为严格或严厉的措施。”

“第 30 条

“起诉、审判和制裁

“9. 本公约的任何规定概不影响下述原则：对于根据本公约确立的犯罪以及适用的法定抗辩事由或者决定行为合法性的其他法律原则，只应当由缔约国本国法律加以阐明，而且对于这种犯罪应当根据缔约国本国法律予以起诉和惩罚。”

18. 第 65 条第 1 款的目的是，确保各国立法者作出行动，按照其法律制度的基本原则实施公约的各项条款。

19. 可以通过颁布新的法律或修正现行法律来实施公约。加入其他有关公约¹的国家或许已经部分遵守了《反腐败公约》的至少某些条文。各国本国体现公约用语的各种犯罪，不论其是以原已存在的法律还是以新订立的法律为依据，往往都在所使用的名称和用语上与公约中的罪名相符，但这并不是关键所在。用语上的贴近固然可取，例如有利于简化国际合作、引渡程序和资产的追回，但并不是必要的条件，关键是要对公约所涵盖的一系列行为加以刑事定罪。

20. 公约第30条第9款重申，原则是只应当由缔约国本国法律对犯罪加以阐明（另见第31条第10款和本指南关于刑事定罪的第三章）。各国确立的罪名可能在范围上有所不同（例如，两项或多项国内法上的犯罪相当于公约所涵盖的一项犯罪），尤其是在原已存在的法规和判例法中。²

21. 着重强调的是，公约的强制性条文只是为了一致起见各国必须遵守的最低限度标准。在满足最低限度标准的前提下，缔约国可超出这些标准而不受限制，而且有些条文还明文鼓励缔约国这样做。在某些特定的情况下，各国加入或希望加入的其他公约可能有更严格的要求。³

22. 应当指出的是，《反腐败公约》第62条第1款规定，缔约国应当“通过国际合作采取有助于最大限度优化本公约实施的措施，同时应当考虑到腐败对社会，尤其是对可持续发展的消极影响”。

¹例如，经济合作与发展组织（经合组织）的1997年《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》；2003年《非洲联盟防止和打击腐败公约》；2001年《南部非洲发展共同体反腐败议定书》；美洲国家组织的1996年《美洲反腐败公约》；欧洲委员会的1999年《反腐败刑法公约》和1999年《反腐败民法公约》；1998年《打击涉及欧洲共同体官员或欧洲联盟成员国官员的腐败行为公约》。

²第30条第9款还规定，《反腐败公约》不影响缔约国的法定抗辩。在这方面，公约不同于其他文书，如经合组织的《反贿赂公约》规定，只允许对贿赂外国官员的罪行作以下两种抗辩：*(a)* 支付“打通关节”的小钱；以及*(b)* 外国公职人员所属国家的成文法律法规允许或要求支付这种费用（见“关于经合组织打击贿赂公约的评注”，第7和第8段）。

³在下文述及贿赂外国官员的罪行时将提及这样的一些实例。

23. 公约第 62 条第 2 款要求, 各缔约国必须作出具体努力, 相互协调并同国际和区域组织协调, 提高发展中国家预防和打击腐败的能力, 并向寻求实施公约的发展中国家提供经济和技术援助。

B. 术语的使用

“第 2 条

“术语的使用

“在本公约中:

“(a) ‘公职人员’系指: (i) 无论是经任命还是经选举而在缔约国中担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员, 无论长期或者临时, 计酬或者不计酬, 也无论该人的资历如何; (ii) 依照缔约国本国法律的定义和在该缔约国相关法律领域中的适用情况, 履行公共职能, 包括为公共机构或者公营企业履行公共职能或者提供公共服务的任何其他人员; (iii) 缔约国本国法律中界定为“公职人员”的任何其他人员。但就本公约第二章所载某些具体措施而言, “公职人员”可以指依照缔约国本国法律的定义和在该缔约国相关法律领域中的适用情况, 履行公共职能或者提供公共服务的任何人员;

“(b) ‘外国公职人员’系指外国无论是经任命还是经选举而担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员; 以及为外国, 包括为公共机构或者公营企业行使公共职能的任何人员;

“(c) ‘国际公共组织官员’系指国际公务员或者经此种组织授权代表该组织行事的任何人员;

“(d) ‘财产’系指各种资产, 不论是物质的还是非物质的、动产还是不动产、有形的还是无形的, 以及证明对这种资产的产权或者权益的法律文件或者文书;

“(e) ‘犯罪所得’系指通过实施犯罪而直接或间接产生或者获得的任何财产；

“(f) ‘冻结’或者‘扣押’系指依照法院或者其他主管机关的命令暂时禁止财产转移、转换、处分或者移动或者对财产实行暂时性扣留或者控制；

“(g) ‘没收’，在适用情况下还包括充公，系指根据法院或者其他主管机关的命令对财产实行永久剥夺；

“(h) ‘上游犯罪’系指由其产生的所得可能成为本公约第23条所定义的犯罪的对象的任何犯罪；

“(i) ‘控制下交付’系指在主管机关知情并由其监控的情况下允许非法或可疑货物运出、通过或者运入一国或多国领域的做法，其目的在于侦查某项犯罪并查明参与该项犯罪的人员。”

24. 第2条界定了一些在整个公约中重复使用的关键术语。国家立法可能包括更广泛的定义，但至少应涵盖公约所要求的内容。缔约国无须将公约中的定义原封不动地纳入本国法规。第2条中所界定的术语均涉及公约的实质性条文和立法要求或其他要求。⁴因此，要求对这些术语进行充分考虑，以确保在国家立法和措施中充分涵盖第2条界定为“公职人员”的人的整个范围。

25. 例如，公约关于“公职人员”的条文涵盖缔约国本国法律中界定为公职人员的任何人员。如果国内定义没有包含这些内容，公约中的“公职人员”也指“无论是经任命还是经选举而在缔约国中担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员，无论长期或者临时，计酬或者不计酬，也无论该人的资历如何”（第2条第(a)(i)项）以及“依照缔约国本国法律的定义和在该缔约国相关法律领域中的适用情况，履行公共职能，包括为公共机构或者

⁴例如，第15条要求将贿赂公职人员的行为定为刑事犯罪。

“国营企业履行公共职能或者提供公共服务的任何其他人员”（第2条第(a)(ii)项）。⁵

26. 不过，就公约第二章所载的某些措施而言，⁶“公职人员”可以指依照缔约国本国法律的定义和在该缔约国相关法律领域中的适用情况，履行公共职能或者提供公共服务的任何人员”（第2条第(a)项）。

27. 一项解释性说明指出，为了界定“公职人员”，各缔约国均应当确定哪些人是第2条第(a)(i)项中所述类别的成员，以及这些类别各自是如何适用的（A/58/422/Add.1，第4段）。

28. 还有一些解释性说明指出：

(a) “行政”一词应当理解为酌情包含军事部门（A/58/422/Add.1，第2段）。另一项解释性说明指出，“职务”一词应当理解为包括从国家到地方的各级政府及其各下属部门的职务。在国家一级之下（例如，省、市和地方）设有自治性质政府部门的国家，包括在这些机构不被视为本国组成部分的国家，有关国家可将“职务”理解为也包括这些机构的职务（A/58/422/Add.1，第3段）；

(b) “外国”一词包括从国家到地方的各级政府及其各下属部门（A/58/422/Add.1，第5段）；

(c) “各种资产”一语应当理解为包括资金和对资产的法定权利（A/58/422/Add.1，第6段）；

(d) 第2条第(f)项中的“暂时”一词应当被理解为包含可予延申的概念（A/58/422/Add.1，第7段）。

29. 各缔约国可选择规定比第2条的最低要求更为宽泛或范围更广的定义。

30. 应当强调的是，缔约国无须将公约的定义照搬到本国的立法中。由于已有很多反腐败的区域性文书和其他文书（以及打击跨国

⁵经合组织《反贿赂公约》的缔约国须在本国法律中规定独立的“外国公职人员”定义。也就是说，该定义在立法中必须是自成一体的，而不可援用外国公职人员本国所规定的定义。

⁶例如，见第8条第1款和第4至6款。

有组织犯罪和恐怖主义的文书），所以鼓励缔约国也将这些文书考虑在内，并确保其国家立法与这些文书相一致（更多的详细内容见本指南关于预防措施、刑事定罪、国际合作和资产的追回的第二章至第五章）。

C. 保护主权

“第 4 条

“保护主权

“1. 缔约国在履行其根据本公约所承担的义务时，应当恪守各国主权平等和领土完整原则以及不干涉他国内政原则。

“2. 本公约任何规定概不赋予缔约国在另一国领域内行使管辖权和履行该另一国本国法律规定的专属于该国机关的职能的权利。”

31. 《反腐败公约》尊重并保护缔约国的主权。第 4 条是在履行公约的规定时保护国家主权的主要手段。其规定不言自明。

32. 一项解释性说明指出，不干涉原则应当根据《联合国宪章》第 2 条加以理解（A/58/422/Add.1，第 10 段）。

33. 公约的其他条文也对保护国家特权和主权作了规定。例如，第 30 条第 9 款规定，本公约的任何规定概不影响下述原则：缔约国的国内法管辖下列事项：

- (a) 阐明根据公约确立的犯罪；
- (b) 适用的抗辩事由；

(c) 决定行为合法性的法律原则；

(d) 起诉和惩罚。

34. 此外, 根据第 30 条第 1 款, 应当由有关的缔约国按犯罪的严重性决定适当的制裁。

35. 最后一点, 涵盖冻结、扣押和没收资产等问题的第 31 条规定: “本条的任何规定概不影响其所述各项措施应当根据缔约国法律规定并以其为准加以确定和实施的原则” (第 10 款)。

二． 预防措施

A. 导言

36. 腐败和其他犯罪一样，其盛行的原因有，有为非法行为提供机会的环境、人们普遍有利用这类机会的动机，以及社会控制薄弱。在尽量减少腐败机会、鼓励廉正、透明化、具备有力而合法的规范性指导、使公共部门、私营部门和民间团体的努力相结合的环境中，预防腐败较为有效。

37. 指南本节的规定是实现《反腐败公约》所有主要目标的第一步。如第 1 条所述，公约的宗旨是有效地预防和打击这一恶行，促进国际合作和技术援助，提倡廉正、问责制和对公共事务和公共财产的妥善管理。

38. 本指南这一章侧重于预防措施、标准和程序。第 5 条列出了预防的主要目标和根据国内法的基本原则为实现这些目标而使用的手段。其中请缔约国采用或坚持一系列旨在促进民间团体参与的协调而有效的反腐败措施和政策，提倡法治、公共利益的妥善管理、透明度和问责制。第 5 条接下来强调了预防的重要性（另见第 1 条第 (a) 项）；持续评估现有的反腐败做法的必要性；还强调了国际合作（另见第 1 条第 (b) 项）。

39. 其后的各条阐明了如何根据缔约国的基本法律原则实施这些一般性原则。由于公共报告和民间团体的参与可能增强预防政策、措施和机关的效力，现将第 5、6、10、13 条放在一起进行讨论。

40. 另有一节讨论第 7 至 9 条的条文，其中涉及有助于实现公共部门透明度的具体目标的措施和制度。

41. 其后本章涉及了在各国的司法和检察机关预防腐败的措施，以及在私营部门的预防措施。本章最后一节的内容是预防洗钱。

B. 预防性反腐败政策和做法

42. 第 5 条要求的是实践而不是立法。它为第 6 条提供了基础，并充当公约第二章的序言。

43. 第 6 条的用意不是指在特定级别设立特定的机构。所需要的是履行该条所列各项职能的能力。

“第 5 条

“预防性反腐败政策和做法

“1. 各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则，制订和实施或者坚持有效而协调的反腐败政策，这些政策应当促进社会参与，并体现法治、妥善管理公共事务和公共财产、廉正、透明度和问责制的原则。

“2. 各缔约国均应当努力制订和促进各种预防腐败的有效做法。

“3. 各缔约国均应当努力定期评估有关法律文书和行政措施，以确定其能否有效预防和打击腐败。

“4. 缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则，酌情彼此协作并同有关国际组织和区域组织协作，以促进和制订本条所述措施。这种协作可以包括参与各种预防腐败的国际方案和项目。”

“第 6 条

“预防性反腐败机构

“1. 各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则，确保设有一个或酌情设有多个机构通过诸如下列措施预防腐败：

“(a) 实施本公约第 5 条所述政策，并在适当情况下对这些政策的实施进行监督和协调；

“(b) 积累和传播预防腐败的知识。

“2. 各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则，赋予本条第 1 款所述机构必要的独立性，使其能够有效地履行职能和免受任何不正当的影响。各缔约国均应当提供必要的物资和专职工作人员，并为这些工作人员履行职能提供必要的培训。

“3. 各缔约国均应当将可以协助其他缔约国制订和实施具体的预防腐败措施的机关的名称和地址通知联合国秘书长。”

“第 10 条

“公共报告

“考虑到反腐败的必要性，各缔约国均应当根据本国法律的基本原则采取必要的措施，提高公共行政部门的透明度，包括酌情在其组织结构、运作和决策过程方面提高透明度。这些措施可以包括下列各项：

“(a) 施行各种程序或者条例，酌情使公众了解公共行政部门的组织结构、运作和决策过程，并在对保护隐私和个人资料给予应有考虑的情况下，使公众了解与其有关的决定和法规；

“(b) 酌情简化行政程序，以便于公众与主管决策机关联系；以及

“(c) 公布资料，其中可以包括公共行政部门腐败风险问题定期报告。”

“第 13 条

“社会参与

“1. 各缔约国均应当根据本国法律的基本原则在其力所能及的范围内采取适当措施，推动公共部门以外的个人和团体，例如民间团体、非政府组织和社区组织等，积极参与预防和打击腐败，并提高公众对腐败的存在、根源、严重性及其所构成的威胁的认识。这种参与应当通过下列措施予以加强：

“(a) 提高决策过程的透明度，并促进公众在决策过程中发挥作用；

“(b) 确保公众有获得信息的有效渠道；

“(c) 开展有助于不容忍腐败的公众宣传活动，以及包括中小学校和大学课程在内的公共教育方案；

“(d) 尊重、促进和保护有关腐败的信息的查找、接收、公布和传播的自由。这种自由可以受到某些限制，但是这种限制应当仅限于法律有规定而且也有必要的下列情形：

“(i) 尊重他人的权利或者名誉；

“(ii) 维护国家安全或公共秩序，或者维护公共卫生或公共道德。

“2. 各缔约国均应当采取适当的措施，确保公众知悉本公约提到的相关的反腐败机构，并应当酌情提供途径，以便以包括匿名举报在内的方式向这些机构举报可能被视为构成根据本公约确立的犯罪的事件。”

主要要求概述

44. 第 5 条要求各缔约国：

(a) 制订和实施或者坚持有效而协调的反腐败政策，这些政策应当促进社会参与，并体现法治、妥善管理公共事务和公共财产、廉正、透明度和问责制的原则（第 1 款）；

(b) 彼此协作并同有关国际组织和区域组织协作，以实现上述目标（第 4 款）。

45. 第 6 条要求各缔约国：

(a) 设有一个或多个负责预防措施和政策的反腐败机构（第 1 款）；

(b) 赋予上述机构独立性，确保其能够在不受任何不正当影响的情况下履行职能，并提供充足的资源和培训（第 2 款）。⁷

46. 第 10 条要求各缔约国采取必要措施，提高其公共行政部门的透明度，包括酌情在其组织结构、运作和决策过程方面提高透明度。

47. 第 13 条要求各缔约国采取适当措施，推动民间团体、非政府组织和社区组织参与反腐败活动，并努力提高公众对腐败所构成的威胁、根源和后果的认识。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

48. 第 5 条没有提出具体的立法要求，但要求缔约国承诺根据本国法律制度的基本原则制定和坚持一系列预防腐败的措施和政策。

49. 第 5 条第 1 款要求制定、实施和坚持有效而协调的措施，这些措施应当：

⁷见第 60 条（培训和技术援助）第 1 款，其中涉及对负责预防和打击腐败的工作人员进行培训的方案。

- (a) 促进更广泛的社会参与反腐败活动；以及
- (b) 反映下列原则：
 - (i) 法治；
 - (ii) 妥善管理公共事务和公共财产；
 - (iii) 廉正；
 - (iv) 透明度；以及
 - (v) 问责制。

50. 这些一般性目标要通过公约随后各条所规定的一系列强制性措施和任择措施来实现。

51. 第 5 条第 4 款要求，在实现这些目标的过程中，以及在努力达到普遍预防和对已实施的反腐败措施进行评价的过程中，缔约国应当根据本国法律制度的基本原则，酌情彼此协作并同有关国际组织和区域组织协作。

52. 第 6 条要求根据每个国家法律制度的基本原则设立或维持一个或多个机构，以下列办法预防腐败：

- (a) 实施第 5 条所规定的政策和措施（第 (a) 项）；
- (b) 在适当情况下对这些政策的实施进行监督和协调。如果有一个以上的机构负责预防腐败，这种监督和协调就是极为关键的；
- (c) 积累和传播预防腐败的知识。⁸

53. 第 6 条第 2 款要求各缔约国：

(a) 根据本国法律制度的基本原则，赋予负责预防政策和措施的机构独立性，以确保其能够在不受任何“不正当影响”的情况下进行工作；

(b) 向负责预防政策和措施的机构提供充足的物资和专职工作人员，并为这些工作人员履行职责提供必要的培训。

⁸ 另见其他义务，例如，使一般公众知悉这些反腐败机构的存在（见本指南关于第 13 条第 2 款的第 64 段）。

54. 公约没有要求设立或维持多个机构或组织来承担上述任务。公约承认，鉴于职责和职能的范围，可能已经将其分配给了现有的各个机构。

55. 设立反腐败机构可能需要进行立法。⁹ 第 6 条所指的一个或多个机构可以和第 36 条所指的负责通过执法打击腐败的机构相同（见 A/58/422/Add.1，第 11 段）。也就是说，这些机构可能有权接收对腐败的指控，在某些情况下还可能有权调查与腐败有关的犯罪行为。

56. 公约中有几条提及了有效实施公约所必需的制度框架。第 6 条要求各缔约国设立或维持一个或多个负责预防工作的机构。第 36 条（专职机关）要求缔约国“确保设有一个或多个机构或安排了人员专职负责通过执法打击腐败”。另外，第 46 条（司法协助）第 13 款要求各缔约国指定一个中央机关，负责接收司法协助请求（另见下文第四章 C 节）；第 58 条（金融情报机构）要求各缔约国考虑设立金融情报机构，负责接收、分析和分发可疑金融交易的报告（另见下文第五章 E 节）。¹⁰

57. 公约在不同的条款中（第 6 条和第 36 条）分别规定了预防和执法职能以及相应的机构，但缔约国可以决定让一个机构单独承担预防和执法职能。

⁹ 见《非洲联盟防止和打击腐败公约》第 5 条第 3 款和《南部非洲发展共同体反腐败议定书》第 4 条第 1(g) 款。

¹⁰ 请注意，各国可能要遵守其他国际文书或标准所规定的要求。例如，经合组织《贿赂公约》第 11 条规定，公约缔约国还应当指定一个机关来提出或接收引渡请求。另见洗钱问题金融行动特别工作组关于设立金融情报机构问题的四十项建议中的建议 26，金融情报机构的职能是“作为一个国家中心，接收（及经允许要求取得）、分析和传播可疑交易报告和关于潜在的洗钱或对恐怖主义进行资助的其他信息。金融情报机构应有权及时直接或间接调取其正当履行职能所需的金融、行政和执法方面的资料，包括对可疑交易报告的分析。”另见《联合国打击跨国组织犯罪公约》（第 7 条第 1(b) 项）。

58. 公众对公共行政部门的信任和公共行政部门的问责制有利于预防腐败和提高效率。因此，第 10 条要求各缔约国根据本国法律的基本原则采取措施，在组织结构、运作、决策过程和（或）其他方面提高公共行政部门的透明度。

59. 针对上述一般性义务可采取以下措施：

(a) 施行各种条例和程序，(i) 酌情使公众了解公共行政部门的组织结构、运作和决策过程，(ii) 并在对保护隐私和个人资料给予应有考虑的情况下，使公众了解与其有关的决定和法规（第 10 条第 (a) 项）。关于上述保护个人资料这一具体工作，国家起草者可以“从大会 1990 年 12 月 14 日第 45/95 号决议通过的关于电脑个人资料档案的管理准则中所确定的原则得到启发”（A/58/422/Add.1，第 14 段）；

(b) 酌情简化行政程序，以便于公众与主管决策机关联系（第 10 条第 (b) 项）；

(c) 公布资料，其中可以包括公共行政部门腐败风险问题定期报告（第 10 条第 (c) 项）。

60. 视现行法律安排和传统而定，可能有必要为上述或其他针对公共行政部门透明度的措施制定新立法。

61. 广大公众的积极参与是有效的反腐败战略所必不可少的。第 13 条第 1 款要求各国根据本国法律的基本原则在其力所能及的范围内采取适当措施，鼓励公众积极参与。必须鼓励个人和团体，例如在本国设立或设于本国的民间团体、非政府组织和社区组织（A/58/422/Add.1，第 16 段），参与以下三个反腐败工作领域：

(a) 预防腐败；

(b) 打击腐败；

(c) 提高公众对腐败的存在、根源、严重性及其所构成的威胁的认识。

62. 针对上述一般性义务可采取下列措施：

(a) 提高决策过程的透明度，并促进公众在决策过程中发挥作用；

(b) 确保公众有获得信息的有效渠道；

(c) 开展有助于不容忍腐败的公众宣传活动，以及包括中小学和大学课程在内的公共教育方案；

(d) 尊重、促进和保护有关腐败的信息的查找、接收、公布和传播的自由。这种自由可以受到某些限制，但是这种限制应当仅限于法律有规定而且也有必要的下列情形：

(i) 尊重他人的权利或者名誉；

(ii) 维护国家安全或公共秩序，或者维护公共卫生或公共道德。

63. 解释性说明指出，“第1款第(d)项的用意是强调缔约国根据其所以加入的关于人权的各项国际文书而已承担的那些义务，绝对不得理解为变更其义务”（A/58/422/Add.1，第17段）。

64. 第13条第2款要求各国采取切实措施，鼓励广大公众和反腐败的有关机构之间进行沟通。要求缔约国采取适当的措施，确保公众知悉上文（第6条）提到的独立的反腐败机构。另外还进一步要求各国为公众提供途径，向这类机构举报构成公约所确立的犯罪的事件或行为（见第15至25条）。各国还必须为匿名举报这类事件提供条件。还应当指出，根据公约第39条的规定，缔约国须考虑鼓励本国国民和常住居民向国家调查机关和检察机关举报根据公约确立的犯罪的实施情况。

65. 视现有的法律安排和传统而定，为了采取措施使民间团体和广大公众参与反腐败的努力，可能有必要进行立法。国家起草者似宜审查现行的关于获得信息的规则、隐私问题、限制条件和公共秩序状况，以确定需要制定修正案还是新立法才能符合公约要求。

任择要求：需加以考虑的义务

66. 除了本节的强制性规定之外，还要求缔约国“努力制订和促进各种预防腐败的有效做法”（第5条第2款）。这是较为笼统地促请或鼓励各缔约国在本国的特殊环境中制订并采取可能增强预防性政策的效力的措施。

67. 上述有效反腐败政策上的努力的一部分是定期评估现行措施的效果，以确定其实现预期结果的程度如何。技术环境、社会经济环境和其他环境也可能逐渐发生改变，可能有必要进行调整。第5条第3款要求缔约国“努力定期评估有关法律文书和行政措施，以确定其能否有效预防和打击腐败”。¹¹

任择措施：缔约国似宜考虑的措施

68. 如上所述，第5条第4款要求进行预防腐败的国际协作。为此目的，各缔约国似宜考虑参与各项国际方案和项目（另见本指南关于国际合作的第四章）。

C. 公共部门的透明度措施和制度

69. 第7至第9条详细阐述了与公共部门透明度有关的问题。要求各国采取或考虑采取的制度和措施可能需要各国根据本国法律制度的基本原则制定新立法或对现行法律进行修正。

“第7条

“公共部门

“1. 各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则，酌情努力采用、维持和加强公务员和适当情况下其他非选举

¹¹ 可通过专职机构或学术研究、民间团体或负责监督的公共部门各机构来完成这一工作。另见第61条（有关腐败的资料的收集、交流和分析），特别是第3款。

产生公职人员的招聘、雇用、留用、晋升和退休制度，这种制度：

“(a) 以效率原则、透明度原则和特长、公正和才能等客观标准原则为基础；

“(b) 对于担任特别容易发生腐败的公共职位的人员，设有适当的甄选和培训程序以及酌情对这类人员实行轮岗的适当程序；

“(c) 促进充分的报酬和公平的薪资标准，同时考虑到缔约国的经济发展水平；

“(d) 促进对人员的教育和培训方案，以使其能够达到正确、诚实和妥善履行公务的要求，并为其提供适当的专门培训，以提高其对履行其职能过程中所隐含的腐败风险的认识。这种方案可以参照适当领域的行为守则或者准则。

“2. 各缔约国均应当考虑采取与本公约的目的相一致并与本国法律的基本原则相符的适当立法和行政措施，就公职的人选资格和当选的标准作出规定。

“3. 各缔约国还应当考虑采取与本公约的目的相一致并与本国法律的基本原则相符的适当立法和行政措施，以提高公职竞选候选人经费筹措及适当情况下的政党经费筹措的透明度。

“4. 各缔约国均应当根据本国法律的基本原则，努力采用、维持和加强促进透明度和防止利益冲突的制度。”

“第 8 条

“公职人员行为守则

“1. 为了打击腐败，各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则，在本国公职人员中特别提倡廉正、诚实和尽责。

“2. 各缔约国均尤其应当努力在本国的体制和法律制度范围内适用正确、诚实和妥善履行公务的行为守则或者标准。

“3. 为实施本条的各项规定，各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则，酌情考虑到区域、区域间或者多边组织的有关举措，例如大会 1996 年 12 月 12 日第 51/59 号决议附件所载《公职人员国际行为守则》。

“4. 各缔约国还应当根据本国法律的基本原则，考虑制订措施和建立制度，以便于公职人员在履行公务过程中发现腐败行为时向有关部门举报。

“5. 各缔约国均应当根据本国法律的基本原则，酌情努力制订措施和建立制度，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。

“6. 各缔约国均应当考虑根据本国法律的基本原则，对违反依照本条确定的守则或者标准的公职人员采取纪律措施或者其他措施。”

“第 9 条

“公共采购和公共财政管理

“1. 各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则采取必要步骤，建立对预防腐败特别有效的以透明度、竞争和按客观标准决定为基础的适当的采购制度。这类制度可以在适用时考虑到适当的最低限值，所涉及的方面应当包括：

“(a) 公开分发关于采购程序及合同的资料，包括招标的资料和与授标相关的资料，使潜在投标人有充分时间准备和提交标书；

“(b) 事先确定参加的条件，包括甄选和授标标准以及投标规则，并予以公布；

“(c) 采用客观和事先确定的标准作出公共采购决定，以便于随后核查各项规则或者程序是否得到正确适用；

“(d) 建立有效的国内复审制度，包括有效的申诉制度，以确保在依照本款制定的规则未得到遵守时可以诉诸法律和进行法律救济；

“(e) 酌情采取措施，规范采购的负责人员的相关事项，例如特定公共采购中的利益关系申明、筛选程序和培训要求。

“2. 各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则采取适当措施，促进公共财政管理的透明度和问责制。这些措施应当包括下列方面：

“(a) 国家预算的通过程序；

“(b) 按时报告收入和支出情况；

“(c) 由会计和审计标准及有关监督构成的制度；

“(d) 迅速而有效的风险管理和内部控制制度；以及

“(e) 在本款规定的要求未得到遵守时酌情加以纠正。”

主要要求概述

70. 第 7 条要求各缔约国切实努力：

(a) 采用、维持和加强公务员和其他非选举产生公职人员的招聘、雇用、留用、晋升和退休制度（第 1 款）；

(b) 采取措施，就公职的人选资格和当选的标准作出规定（第2款）；

(c) 采取措施提高公职竞选候选人经费筹措和政党经费筹措的透明度（第3款）；

(d) 采用、维持和加强促进透明度和防止利益冲突的制度（第4款）。

71. 第8条要求各缔约国：

(a) 在本国公职人员中提倡廉正、诚实和尽责（第1款）；

(b) 考虑到区域、区域间或者多边组织的有关举措（第3款）。

72. 第8条还要求各缔约国努力：

(a) 适用正确、诚实和妥善履行公务的行为守则或者标准（第2款）；

(b) 制订措施和建立制度，以便于公职人员在履行公务过程中发现腐败行为时向有关部门举报（第4款）；

(c) 制订措施和建立制度，要求公职人员向有关机关申报可能发生利益冲突的情况（第5款）；

(d) 对违反依照本条确定的守则或者标准的公职人员采取纪律措施或者其他措施（第6款）。

73. 第9条第1款要求各缔约国根据本国法律制度的基本原则，建立对预防腐败有效的以透明度、竞争和按客观标准决定为基础的采购制度。

74. 第9条第2款要求各缔约国根据本国法律制度的基本原则采取措施，促进公共财政管理的透明度和问责制。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

75. 第8条既包含强制性规定，也包含考虑采取某些措施的义务。要求承诺促进公共行政部门的廉正，并使在实施第8条期间

所推行的制度、措施和机制与区域、区域间和多边组织的有关举措同步。

76. 更具体地说, 第8条第1款要求缔约国根据本国法律制度的基本原则, 除其他外在本国公职人员中提倡廉正、诚实和尽责。第8条的其余内容规定了各国必须认真考虑的更为具体的指导方针和建议, 如实行履行公务的行为守则(见下文关于第8条第2款的讨论)。

77. 第8条第3款要求, 各缔约国在履行第8条的各项规定时, 根据本国法律制度的基本原则, 酌情注意到区域、区域间和多边组织的有关举措, 如大会1996年12月12日第51/59号决议附件所载的《公职人员国际行为守则》。

78. 第9条侧重于与公共采购和公共财政有关的正当而透明的程序。第9条第1款要求各缔约国根据本国法律制度的基本原则采取必要步骤, 建立对预防腐败特别有效的以透明度、竞争和按客观标准决定为基础的适当的采购制度。

79. 这类制度可以在适用时考虑到适当的最低限值, 以避免诸如数额较小的采购程序过于繁琐的情况。以往的经验表明, 过度管制可能会增加而非减少腐败做法的可能性, 从而产生反效果。

80. 要求采购制度至少涉及以下问题:

(a) 公开分发关于采购程序及合同的资料, 包括招标的资料和与授标相关的资料, 使潜在投标人有充分时间准备和提交标书;

(b) 事先确定参加的条件, 包括甄选和授标标准以及投标规则, 并予以公布;

(c) 采用客观和事先确定的标准作出公共采购决定, 以便于随后核查各项规则或者程序是否得到正确适用;

(d) 建立有效的国内复审制度，包括有效的申诉制度，以确保在依照第 9 条第 1 款制定的规则或程序未得到遵守时可以诉诸法律和进行法律救济；

(e) 酌情采取措施，规范采购的负责人员的相关事项，例如特定公共采购中的利益关系申明、筛选程序和培训要求。

81. 要采取这些措施，可能有必要制定修正案、新立法或新条例，视每个缔约国的现行法律框架而定。

82. 各缔约国可自由涉及其他问题。上文所列的仅为公约的最低要求。与此同时，解释性说明指出，“对第 1 款的规定在理解上不得导致妨碍任何缔约国为保护其涉及国家安全的根本利益而认为有必要采取任何行动或者不公布任何资料”（A/58/422/Add.1，第 13 段）。

83. 第 9 条第 2 款要求各缔约国根据本国法律制度的基本原则采取适当措施，促进公共财政管理的透明度和问责制。这些措施至少应当包括下列方面：

- (a) 国家预算的通过程序；
- (b) 按时报告收入和支出情况；
- (c) 由会计和审计标准及有关监督构成的制度；
- (d) 迅速而有效的风险管理和内部控制制度；以及
- (e) 在第 9 条第 2 款规定的要求未得到遵守时酌情加以纠正。

任择要求：需加以考虑的义务

84. 第 7 条第 1 款要求各缔约国根据本国法律制度的基本原则，酌情努力采用、维持和加强公务员和其他非选举产生公职人员的招聘、雇用、留用、晋升和退休制度，这种制度必须：

(a) 以效率原则、透明度原则和特长、公正和才能等客观标准原则为基础；

(b) 对于担任特别容易发生腐败的公共职位的人员，设有适当的甄选和培训程序以及酌情对这类人员实行轮岗的适当程序；

(c) 促进充分的报酬和公平的薪资标准，同时考虑到缔约国的经济发展水平；

(d) 促进对人员的教育和培训方案，以使其能够达到正确、诚实和妥善履行公务的要求，并为其提供适当的专门培训，以提高其对履行其职能过程中所隐含的腐败风险的认识。这种方案可以参照适当领域的行为守则或者准则。

85. 第 7 条第 1 款提及的制度的存在或施行“不应当妨碍缔约国维持或者采取针对处境不利群体的具体措施”（A/58/422/Add.1，第 12 段）。

86. 第 7 条接下来要求各缔约国考虑采取与公约的目的相一致并与本国法律的基本原则相符的适当立法措施和行政措施：

(a) 就公职的人选资格和当选的标准作出规定（第 2 款）；以及

(b) 提高公职竞选候选人经费筹措及适当情况下的政党经费筹措的透明度（第 3 款）。

87. 以往的经验也表明，地方主管机关可能特别易于在公共采购以及房地产、建筑、城镇规划、政治筹资等方面出现腐败问题。因此，在所有行政级别均应当考虑到《反腐败公约》的各项要求。

88. 第 7 条所规定的各缔约国必须加以考虑的措施可能需要制定新立法。

89. 第 7 条的最后一项要求是，各缔约国根据本国法律的基本原则，努力采用、维持和加强促进透明度和防止利益冲突的制度。这些措施也可能需要制定新立法（第 4 款）。

行为守则

90. 第 8 条规定了总的强制性条款，请各缔约国在本国公共行政部门提倡廉正，然后要求各缔约国努力在本国的体制和法律制度范围内适用正确、诚实和妥善履行公务的行为守则或标准（第 2 款）。

91. 以往的经验表明，让公职人员了解并接受各项原则和道德规则也是很重要的。一些良好做法包括，通过协商程序而非自上而下的办法制定规则，将道德规则附在雇佣合同上，以及定期开展提高认识举措。

92. 这类守则会提高可预测性，有助于装备和培训公职人员，并便于解决其工作中任何令人左右为难的难题和经常出现的问题。行为守则还明确了必须遵守的标准和规则，从而便于发现和举报违规行为（见第 33 条）。¹²

93. 施行这类守则可能需要进行立法。

94. 第 8 条接下来要求各国根据本国法律的基本原则，考虑制订措施和建立制度，以便于公职人员在履行公务过程中发现腐败行为时向有关部门举报（第 4 款）。这些措施会提高侦破率，强化问责制，并增强社会上对有效实施反腐败一般原则的信心（另见第 33 条）。¹³

95. 一些国家的法律已经要求必须作这类举报。但应当指出的是，本条文指的是在预防腐败的总规定下的一项具体义务。这里的重点不是简单地要求举报犯罪行为，而是建立有利于此类举报的机制、体制和措施。

¹² 第 33 条要求各缔约国考虑采取措施保护正当举报根据《反腐败公约》确立的犯罪事实或事件的人员。

¹³ 经验表明，必须规定明确的书面举报义务，指明在内部和（或）外部应向什么人报告（对于内部举报，假如嫌疑人是上级领导，则可规定另外一种办法）、保护善意举报人职务的措施（另见第 33 条）以及使公职人员了解这一义务和保护办法的措施。还有一种良好做法是，在机构内部设一名可在保密条件下提供咨询的联系人（另见欧洲委员会关于公职人员行为守则的 R (2000) 10 号建议）。

96. 利益冲突和对这类冲突的感知会瓦解公众对公职人员和其他官员的廉正和诚实的信任。为了进一步提高公共行政部门的透明度,第8条要求各缔约国根据本国法律的基本原则,酌情努力制订措施和建立制度,要求公职人员起码就以下可能与其公职人员的职能发生利益冲突的事项向有关机关申报(第5款):

- (a) 其职务外活动;
- (b) 任职;
- (c) 投资;
- (d) 资产; 以及
- (e) 贵重馈赠或重大利益。

97. 最后, 侦查和透明度的规范性标准和程序要配以适当的制裁措施。第8条要求各缔约国考虑根据本国法律的基本原则, 对违反依照该条确定的守则或者标准的公职人员采取纪律措施或者其他措施(第6款)。

D. 审判和检察机关

“第11条

“与审判和检察机关有关的措施

“1. 考虑到审判机关独立和审判机关在反腐败方面的关键作用, 各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则并在不影响审判独立的情况下, 采取措施加强审判机关人员的廉正, 并防止出现腐败机会。这类措施可以包括关于审判机关人员行为的规则。

“2. 缔约国中不属于审判机关但具有类似于审判机关独立性的检察机关, 可以实行和适用与依照本条第1款所采取的具有相同效力的措施。”

主要要求概述

98. 第 11 条第 1 款规定，各缔约国必须采取措施加强审判机关人员的廉正，并防止出现腐败。这类措施可以包括关于审判机关人员行为的规则。该办法可能需要制定立法。

99. 享有与审判机关相似的独立性的检察机关也可以实行类似的措施（第 2 款）。

100. 施行这些措施可能需要在不影响审判机关独立性的情况下进行立法，这取决于每个缔约国现行的法律框架。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

101. 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》承认负责打击跨国犯罪和腐败的国家机关的独立性，该公约要求各缔约国采取措施，确保在预防、侦查和惩治公职人员腐败行为方面采取有效行动，包括具备适当的独立性，以免受到不适当的影响（见《有组织犯罪公约》第 9 条第 2 款）。

102. 《反腐败公约》第 11 条第 1 款以上述条文为基础，强调了审判机关的独立性，以及其在打击腐败方面的关键作用。其中更为具体地要求各缔约国根据本国法律制度的基本原则并在不影响审判独立的情况下，采取措施：

- (a) 加强廉正；以及
- (b) 在审判机关人员中防止出现腐败机会。

103. 这类措施可包括关于审判机关人员的任命和行为的规则。这一办法可能需要进行立法，视各国的传统、法律和程序而定。例如，可能有必要重新查阅宪法条文，或许还有必要评估审判机关人员任命所依据的规则和程序，以及审判机关自己订立的问责机制，以确定其是否符合第 11 条的各项要求。

104. 一些国家通过宪法和（或）立法规定审判机关（在某些情况下也包括其检察机关）人员免受调查和（或）起诉。这一豁免的主要目的是，保护其人员不受恶意起诉，从而增强审判机关的独立性。这类豁免通常适用于在履行公务期间发生的行为（即职能豁免），通常仅适用于该人任职期间。

105. 虽然豁免对于审判机关的独立性非常重要，但免受调查和起诉的权利可能会妨碍对腐败罪行进行有效的调查和起诉，主要有以下两个原因：*(a)* 可能影响到对不享受豁免而可能参与犯罪的其他人的侦查和调查或起诉；*(b)* 如果对审判机关人员及检察官和预审法官（如果这类法官不属于审判机关人员）等其他执法人员适用豁免而没有适当保障措施，可能会破坏执法和审判系统的可靠性，从而损害人们对法律制度和法治的尊重。

106. 因此，如果对审判机关人员给予豁免，合理的办法是仅限于职能豁免，而不是无限期地持续。对于腐败罪行撤销豁免的有效而透明的程序将防止滥用职权并确保问责制。

任择措施：缔约国似宜考虑的措施

107. 第 11 条第 2 款请各缔约国考虑对本国不属于审判机关但具有类似于审判机关的独立性的检察机关实行和适用类似的措施。这些要求不一定是立法要求，将视各国的传统、法律和程序而定。

108. 该条文的目的是涵盖检察机关并确保其问责制。如果缔约国将检察机关列于政府的行政部门或审判机关之下，就已经在公约其他条款的涵盖范围之内了。第 2 款的用意是将其他条款不涵盖检察机关的情形包含在内。因此，该条款要求，如果检察机关不属于审判机关但具有类似的独立性，则采取与适用于审判机关的措施相类似的措施。

E. 私营部门

“第 12 条

“私营部门

“1. 各缔约国均应当根据本国法律的基本原则采取措施，防止涉及私营部门的腐败，加强私营部门的会计和审计标准，并酌情对不遵守措施的行为规定有效、适度而且具有警戒性的民事、行政或者刑事处罚。

“2. 为达到这些目的而采取的措施可以包括下列内容：

“(a) 促进执法机构与有关私营实体之间的合作；

“(b) 促进制订各种旨在维护有关私营实体操守的标准和程序，其中既包括正确、诚实和妥善从事商业活动和所有相关职业活动并防止利益冲突的行为守则，也包括在企业之间以及企业与国家的合同关系中促进良好商业惯例的采用的行为守则；

“(c) 增进私营实体透明度，包括酌情采取措施鉴定参与公司的设立和管理的法人和自然人的身份；

“(d) 防止滥用对私营实体的管理程序，包括公共机关对商业活动给予补贴和颁发许可证的程序；

“(e) 在合理的期限内，对原公职人员的职业活动或者对公职人员辞职或者退休后在私营部门的任职进行适当的限制，以防止利益冲突，只要这种活动或者任职同这些公职人员任期内曾经担任或者监管的职能直接有关；

“(f) 确保私营企业根据其结构和规模实行有助于预防和发现腐败的充分内部审计控制，并确保这种私营企业的账目和必要的财务报表符合适当的审计和核证程序。

“3. 为了预防腐败，各缔约国均应当根据本国关于账簿和记录保存、财务报表披露以及会计和审计标准的法律法规采取必要措施，禁止为实施根据本公约确立的任何犯罪而从事下列行为：

- “(a) 设立账外账户；
- “(b) 进行账外交易或者帐实不符的交易；
- “(c) 虚列支出；
- “(d) 登录负债账目时谎报用途；
- “(e) 使用虚假单据；以及
- “(f) 故意在法律规定的期限前销毁账簿。

“4. 鉴于贿赂是依照本公约第 15 条和第 16 条确立的犯罪构成要素之一，各缔约国均应当拒绝对贿赂构成的费用实行税款扣减，并在适用情况下拒绝对促成腐败行为所支付的其他费用实行税款扣减。”

主要要求概述

109. 根据第 12 条第 1 款，缔约国必须采取措施：

- (a) 防止私营部门的腐败；
- (b) 加强私营部门的会计和审计标准；
- (c) 对不遵守措施的行为规定有效、适度而且具有警戒性的民事、行政或者刑事处罚。

110. 第 12 条第 2 款列出了实现这些目的的措施的范例：

- (a) 促进执法机构与私营实体之间的合作；
- (b) 促进制定标准和程序，例如行为守则和良好惯例指南；
- (c) 增进私营实体透明度；
- (d) 防止滥用对私营实体的管理程序；
- (e) 防止利益冲突；
- (f) 确保私营企业实行充分的内部审计控制。

111. 根据第 12 条第 3 款，各缔约国均应当采取必要措施，禁止为实施根据《反腐败公约》确立的任何犯罪而从事下列行为：

- (a) 设立账外账户；
- (b) 进行账外交易或者帐实不符的交易；
- (c) 虚列支出；
- (d) 登录负债账目时谎报用途；
- (e) 使用虚假单据；以及
- (f) 故意在法律规定的期限前销毁账簿。

112. 根据第 12 条第 4 款，各缔约国均应当拒绝对贿赂构成的费用实行税款扣减（另见第 15 和第 16 条），并拒绝对促成腐败行为所支付的其他费用实行税款扣减。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

113. 第 12 条第 1 款规定，缔约国根据本国法律基本原则采取三种类型的措施。

114. 第一种类型是采取旨在防止涉及私营部门的腐败的措施的一般性承诺。第 1 款其余部分中的规定，事实上第 12 条余下部分均为朝着实现该目标所采取的步骤。

115. 第 1 款所规定的第二种类型的措施目的在于加强会计和审计标准。此类标准提供了透明度，对私营实体的运作作了澄清，增强了对私营实体年度报表和其他报表的信任度，有助于发现和防止失职行为（见下文有关第 12 条第 2 款的讨论中所述各国为防止私营部门的腐败和问责制而可能采取的若干具体措施）。

116. 各国应当采取的第三种类型的措施涉及酌情对不遵守上文规定的会计和审计标准规定有效、适度而且具有警戒性的民事、行政或者刑事处罚。

117. 第 12 条第 3 款要求就已知的一些完全有可能遭到滥用的会计惯例采取一些具体措施。缔约国均应当根据本国关于账簿和记录保存、财务报表披露以及会计和审计标准的法律法规采取必要措施，禁止为实施根据本公约确立的任何犯罪而从事下列行为：¹⁴

- (a) 设立账外账户；
- (b) 进行账外交易或者帐实不符的交易；
- (c) 虚列支出；
- (d) 登录负债账目时谎报用途；
- (e) 使用虚假单据；以及
- (f) 故意在法律规定的期限前销毁账簿。¹⁵

118. 可能需要就执行该条文进行立法。

¹⁴值得注意的是，经合组织《反贿赂公约》缔约方根据该公约第 8 条的规定还必须禁止本指南第 117(a)-(e) 段所列的为贿赂外国公职人员或“隐瞒对外国公职人员的贿赂”而从事的行为。

¹⁵由经合组织部长级理事会核准的理事会 1997 年关于打击国际商业交易中的贿赂行为的修订建议规定，经合组织成员国“应考虑向外聘审计员提交的要求是否适当”；“应要求发现可能存在非法贿赂行为迹象的审计员向管理层报告这一发现并在适当的情况下将其报告给公司监测机构”；并且“应该考虑要求审计员将可能存在的非法贿赂行为的迹象报告给主管机关”。

119. 第 12 条第 4 款规定，各缔约国均应当拒绝对贿赂构成的费用实行税款扣减，并在适用情况下拒绝对促成腐败行为所支付的其他费用实行税款扣减。该条文目的在于消除有可能造成得以从腐败做法中获取财税好处的法律上的不一致和困惑之处。这与《反腐败公约》第 15 和 16 条是一致的，后者授权将贿赂本国公职人员和外国公职人员或国际组织的官员规定为刑事犯罪。

任择措施：缔约国似宜考虑的措施

120. 第 12 条第 2 款各项的概要说明了若干良好做法，这些做法已证明能够有效地防止私营部门的腐败，增进透明度和问责制。

121. 实现这些目的的措施可尤其包括下文第 12 条第 2 款各项下所述的措施。

促进执法机构与相关私营实体之间的合作（第 2 款第 (a) 项）

122. 私营企业在识别和侦查表明存在腐败行为的不合规定之处上通常处于最为有利的地位。它们通常是竞争对手从事腐败做法并从中获取不公平的非法好处的受害者。因此，私营部门与执法机构之间的合作关系有助于防止和制止腐败。（另见第 39 条）。

促进制订各种旨在维护有关私营实体的操守的标准和程序，其中既包括正确、诚实和妥善从事商业活动和所有相关职业活动并防止利益冲突的行为守则，也包括在企业之间以及企业与国家的合同关系中促进良好商业惯例的采用的行为守则（第 2 款第 (b) 项）

123. 行为守则既可以是正式的也可以是非正式的，可以由私营部门或甚至由一个公司单独拟定。可以由国家政府主持与私营部门协商推出。这类守则所发挥的一个重要职能是提高可预见性，就私营部门经理人员在经常遇到的困境中采取正确的行动对有关问题和程序加以澄清并提供准则和支助。另一个职能是协助就如何避免

利益冲突和在发生利益冲突时应该如何去做及明确区分可接受的行为和不可接受的行为提供培训。私人举措无法替代国家政府认为有必要和似宜加以规范的行为，但缔约国似宜考虑对某些私营部门的举措正式予以许可。

增进私营实体透明度，包括酌情采取措施鉴定参与公司的设立和管理的法人和自然人的身份（第 2 款第 (c) 项）

124. 在私营实体的交易和组织结构不透明的情况下，腐败和容易出现多种滥用权力非法行为的风险较高。对于在设立和管理或经营企业实体方面发挥重要作用的人，必须酌情提高有关其身份的透明度。

防止滥用对私营实体的管理程序，包括公共机关对商业活动给予补贴和颁发许可证的程序（第 2 款第 (d) 项）

125. 对某些商业活动给予补贴和颁发许可证的领域以及国家以某种方式对经济生活和私营部门进行干预的其他领域已证明容易受到腐败做法或其他滥用权力的影响。已鼓励各国尤其注意防止这些领域的腐败行为。

在合理的期限内，对原公职人员的职业活动或者对公职人员辞职或者退休后在私营部门的任职进行适当的限制，以防止利益冲突，只要这种活动或者任职同这些公职人员任期内曾经担任或者监管的职能直接有关（第 2 款第 (e) 项）（另见上文第二. C 节和第 124 和 125 段有关第 8 条第 5 款的讨论）；

确保私营企业根据其结构和规模实行有助于预防和发现腐败的充分内部审计控制，并确保这种私营企业的账目和必要的财务报表符合适当的审计和核证程序（第 2 款第 (f) 项）

126. 可通过内部审计控制来预防、发现和纠正腐败及其他非法做法（以及不当管理），一人或一集团可据此负责审计控制并定期向管理人员报告。简易的小企业可能不需要这类安排。对于可能被要求

执行这类内部控制的实体,请缔约国将其结构和规模考虑在内。¹⁶类似但是不很正式的措施包括轮换工作人员、对了解规则和条例的情况定期进行检查、确保有关文件保存完好的政策等。

F. 预防洗钱

“第 14 条

“预防洗钱的措施

“1. 各缔约国均应当:

“(a) 在其权限范围内,对银行和非银行金融机构,包括对办理资金或者价值转移正规或非正规业务的自然人或者法人,并在适当情况下对特别易于涉及洗钱的其他机构,建立全面的国内管理和监督制度,以便遏制并监测各种形式的洗钱,这种制度应当着重就验证客户身份和视情况验证实际受益人身份、保持记录和报告可疑交易作出规定;

“(b) 在不影响本公约第 46 条的情况下,确保行政管理、执法和专门打击洗钱的其他机关(在本国法律许可时可以包括司法机关)能够根据本国法律规定的条件,在国家 and 国际一级开展合作和交换信息,并应当为此目的考虑建立金融情报机构,作为国家中心收集、分析和传递关于潜在洗钱活动的信息。

“2. 缔约国应当考虑实施可行的措施,监测和跟踪现金和有关流通票据跨境转移的情况,但必须有保障措施,以确保信息的正当使用而且不致以任何方式妨碍合法资本的移动。这类措施

¹⁶应当指出的是,管得过多,或者被视为管得过多可能会起反作用,因为这样可能会产生不履约的动机和动力,而不会起到理想的效果。

可以包括要求个人和企业报告大额现金和有关流通票据的跨境转移。

“3. 缔约国应当考虑实施适当而可行的措施，要求包括汇款业务机构在内的金融机构：

“(a) 在电子资金划拨单和相关电文中列入关于发端人的准确而有用的信息；

“(b) 在整个支付过程中保留这种信息；以及

“(c) 对发端人信息不完整的资金转移加强审查。”

“4. 吁请缔约国在建立本条所规定的国内管理和监督制度时，在不影响本公约其他任何条款的情况下将区域、区域间和多边组织的有关反洗钱举措作为指南。

“5. 缔约国应当努力为打击洗钱而在司法机关、执法机关和金融监管机关之间开展和促进全球、区域、分区域及双边合作。”

127. 腐败官员为了得以享受其非法活动所带来的好处而必须藏匿其资金的来源。尽管有单独的窝赃罪（见第 24 条），这也属于洗钱，包括掩盖犯罪所得的非法来源。这种掩盖基本分为三个阶段：将所得纳入金融系统（“放置”），从事目的在于混淆金钱来源和路径的各种交易（“分层混集”），并从而通过表面上为合法的把金钱纳入合法经济（“整合”）。

128. 洗钱的一个关键部分是将非法资金纳入金融系统，一旦完成此项行动，追踪这些资产即会变得十分困难，甚至无从谈起。因此，制止犯罪分子采取该第一步骤并开发追踪资产流动的能力至关重要。国际合作与国家措施协调均不可或缺。

129. 出于这些原因，公约第 14 条提出了目的如下的各项措施：防止这些活动的实施并争取金融机构和其他组织协助防止将犯罪资金

纳入金融系统，发现系统中可能来自于犯罪的交易并为追踪这类交易所涉资金提供便利。¹⁷《反腐败公约》第 31、46、52、57 和 58 条涉及公约所确立的犯罪所得的冻结、扣押、没收、处置和返还及资料搜集和国际合作，这些条款在这方面也具有重要意义。

130. 第 14 条阐述了一些措施——有些是强制性措施，另有一些是极力建议的措辞——目的是确保缔约国有一个能够威慑和发现洗钱的法律与行政机制。总体目标是建立一个全面的制度，为查明洗钱活动提供便利，促进打击洗钱的各种专职机关交流信息。

131. 金融机构和包括汇款机构在内的其他指定实体必须采取措施，防止将犯罪资金纳入金融系统，为查明和追踪已经进入金融系统的这类资金提供各种手段，确定这类资金同其所有人之间的联系以便为逮捕和起诉提供便利。

132. 各国必须采取便于金融机构了解其客户的程序、保留记录和向国家主管机关举报可疑交易等具体措施并将其纳入金融基础设施。必须把这些程序作为全面监管机制的一部分，为必须展开的国内和国际合作关系提供便利。许多国家设立了金融情报机构，以便在需要时根据本国法律有效地收集、分析和交流相关信息。请缔约国考虑设立这类情报机构，而这需要承诺追加大量资源。

133. 公约所依赖的是国家、区域和国际各级以前存在的并且还在继续的众多举措（关于进一步细节，见本指南第三.B 节有关洗钱刑事定罪的讨论）。

134. 各国起草机关在执行《反腐败公约》时似宜注意具有相关或相同要求的其他国际举措和文书。各国如果也想加入这类文书或受此类举措的指导，就适宜考虑对其执行工作作出规划，以便能

¹⁷反洗钱金融行动特别工作组和类似的区域机构已建议采取这类措施。

同时协调一致地履行其义务。本着这种考虑，起草机关应了解以下机构和文书：

(a) 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（《1988 年公约》）；

(b) 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》；

(c) 1999 年《联合国制止向恐怖主义提供资助的公约》；

(d) 安全理事会有关为恐怖行动提供资助的 1999 年 10 月 15 日第 1267 (1999) 号决议、2001 年 9 月 28 日第 1373 (2001) 号决议和 2001 年 11 月 12 日第 1377 (2001) 号决议；

(e) 1990 年《欧洲委员会关于犯罪所得的洗钱、追查、扣押和没收问题的公约》；

(f) 1990 年成立的反洗钱金融行动特别工作组颁布了有关洗钱问题的四十项建议和有关为恐怖分子提供资助问题的九项特别建议。

135. 对于某些国家来说，履行这类立法、监管和行政义务所费时间可能会多于已经存在打击洗钱的机构的国家。必须把《反腐败公约》所要求的措施纳入各法域总的金融基础设施。因此，执行这些措施所需的时间将大体上取决于地方金融机构的性质和复杂性以及这些机构从事跨国界交易的规模。

136. 在这一过程中应重点注意各法域的具体背景和脆弱之处。目前尚未有这类措施的国家可在批准的同时开展执行工作，只要在公约对有关缔约国生效时已经有这些措施即可。

137. 各国应当对已经订立的有关打击洗钱的条文进行审查，目的是确保这些条款和述及腐败行为所得的冻结、扣押和没收（第 31 条）、国际合作（第四章）和资产的追回（第五章）的条款得到遵守。进行这类审查的国家似宜利用这一机会履行其根据现有其他区域或国际文书和举措而承担的义务。

主要要求概述

138. 第 14 条载有两项强制要求：

(a) 在本国建立遏制洗钱的全面的管理和监督机制（第 1 款第 (a) 项）；

(b) 确保从事打击洗钱的机构有能力在国家和国际各级开展合作并交流信息（第 1 款第 (b) 项）。

139. 此外，根据第 14 条，各国必须考虑：

(a) 建立金融情报机构（第 1 款第 (b) 项）；

(b) 执行对跨国界现金流动实施监督的措施（第 2 款）；

(c) 执行要求金融机构收集有关电子资金划拨单发端人的信息，在整个支付过程中保留这种信息并对发端人信息不完全的资金转移加强审查（第 3 款）；

(d) 开展和促进有关机构在打击洗钱方面的全球、区域和双边合作（第 5 款）。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

(a) 管理和监督机制

140. 第 14 条第 1 款第 (a) 项要求各缔约国在其权限范围内建立管理和监督制度，以便防止和发现洗钱活动。这一制度必须是全面的，但该制度的确切性质和具体内容将留待各国自行确定，先决条件是至少要求银行和非银行金融机构确保：

(a) 有效验证客户身份；

(b) 保持准确的记录；

(c) 举报可疑交易的机制。

141. 这些要求适用于银行、非银行金融机构（例如保险公司和证券公司）并在适当时适用于特别容易受洗钱之害的其他机构（第 14 条第 1 款第 (a) 项）。解释性说明补充说，可以把其他机构理解为

包括中介机构，在某些法域中，这类机构可包括股票经纪人公司、其他证券交易商、外汇交易所或外汇经纪人（A/58/422/Add.1，第18段）。对《有组织犯罪公约》中类似条文的一个补充是，金融机构包括“办理资金或者价值转移正规或者非正规业务的自然人或者法人”（第14条第1款第(a)项）。该补充述及对正规汇款机构和非正规价值转移系统的关切，例如起源于南亚并在最近几十年内风行全球的“哈瓦拉”（hawala）网络。这些渠道向移居国外人员及其家属提供了有价值的服务，但也容易受到包括腐败公职人员在内的犯罪分子的滥用。

142. 因此，这一制度不仅应适用于银行机构，而且还应适用于商业中由于周转快、数量大而使得洗钱成为可能的若干领域。以前的经验表明，洗钱活动不仅存在于房地产部门，而且还存在于黄金、宝石和烟草等商品交易方面。

143. 许多论坛将其列举的机构从金融机构扩大至包括与房地产和商品有关的企业和职业。举例说，反洗钱金融行动特别工作组的12项建议在满足某些条件的情况下把对客户保持应有的谨慎和保留记录的要求扩大至适用于赌场、房地产代理机构、贵金属和宝石交易商、律师、公证机关、其他独立的法律从业人员、会计师、信托公司和公司服务供应商。2005年10月26日获得欧洲议会和欧洲联盟理事会通过的第2005/60/EC号指示第1条载有类似的要求。

144. 最近，更加把注意力集中在货币服务企业和非正规的价值转移系统，例如“哈瓦拉”和 hundi。为侦查洗钱、向恐怖分子提供资助或其他犯罪行为，越来越多的法域也把这类系统置于监管制度的管制之下。

145. 鉴定客户的身份要求鉴定金融机构账户持有人和金融交易所有当事方的身份并提供文件证明。记录应载有足以鉴定所有当事方身份的信息以及交易的性质，确定具体的资产以及所涉数量或价值，允许对所有资金或其他资产的来源和目的地加以追踪。

146. 保持记录的要求意味着应当在明确规定的最短时期内保留有关客户和交易的记录。例如，根据反洗钱金融行动特别工作组的四十

项建议，这些记录至少应保留五年，对于《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》缔约国来说，保留五年的记录为强制要求。

147. 必须把可疑交易通知金融情报机构或其他指定的机构。应拟定识别可疑交易的标准并且与了解洗钱者所使用的新的方法或网络的专家协商定期加以审查。

148. 解释性说明指出，可以把“可疑交易”一语理解为包括以下不寻常交易，即根据其数量、特性和频繁程度而与客户的商业活动不符，超出了通常可以接受的市场参数或者没有明确的法律依据，可以构成通常意义上的非法活动或与这类活动有联系（A/58/422/Add.1，第19段）。《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》把可疑交易界定为所有并无任何明显的经济目的或显而易见的合法目的的、复杂、不寻常的巨额交易以及不寻常的交易方式（大会第54/109号决议，附件，第18条第1(b) (iii)款）。

149. 还必须对赋予监管人员和金融情报机构工作人员检查记录并强迫保留记录者协助寻找记录的权限作出界定。由于其中某些记录可能受保密要求和禁止加以披露的银行保密法管辖，可以考虑订立条文，规定金融机构不必遵守此类要求和法律。起草机关还应确保，所拟定的检查和披露要求可保护金融机构免于因为向监管人员和金融情报机构披露客户记录而受到民事或其他诉讼。

150. 为执行这类措施可能需要立法。特别是对于金融机构必须披露可疑交易并对善意披露者加以保护的要求必须加以立法，以便使银行保密法归于无效（另见关于预防和监测犯罪所得的转移的第52条第1至3款）。

(b) 国内和国际合作

151. 协调努力并开展国际合作对洗钱问题和对《反腐败公约》所涵盖的其他犯罪都同等重要。除了引渡、司法协助、联合侦查和资产追回（第四章有关国际合作的各节和下文第五章有关资产追回的

各节作了详细阐述)的一般性措施和程序外,公约还寻求加强这类协调与合作。

152. 第14条第1款第(b)项要求负责反洗钱工作的行政、监管、执法和其他国内主管机关能够在国家和国际各级开展合作。这包括在本国法律规定的条件内交换信息,为此不得对第46条(司法协助)所产生的要求加以限制或减损(或以公约的话来说,“在不影响……的情况下”)。

153. 为了有可能开展合作,必须开发识别、收集和解释所有相关信息的国内能力。基本上有三类实体可以成为反腐败战略的一部分,并因而可以得到各国的考虑:

(a) 银行或保险实体等负责监督金融机构的监管机构,有权通过实施监管或行政补救办法或制裁来对金融机构进行检查并执行监管要求;

(b) 负责进行刑事侦查的执法机构,拥有进行侦查的权力并有权逮捕和拘押嫌疑犯和受制于司法或其他保障措施的人;

(c) 公约未作规定的金融情报机构,其权限通常局限于接收有关可疑交易的报告,对报告进行分析并将信息传递给检控机构,但某些这类单位享有更广的权限(有关金融情报机构的更多情况见下文第五.E节)。

154. 各实体与国家机关及其他国家的其他类似机构进行合作的职权通常在相关法律中加以规定。各国这类实体的,可能必须立法,根据本国宪法或其他原则及其金融服务部门的具体特点对现行任务授权加以修订并调整这些实体之间的分工。

155. 其中有些措施可能会对金融部门未受到严格监管的国家构成强有力的挑战,可能必须建立必要的立法和行政基础设施。不过必须注意到的是,这些安排的適切性和效用并不局限于管制洗钱,而且还适用于反腐工作。这些安排还增强对金融基础设施的信心,从而有利于可持续的经济和社会发展。

156. 本条余下条文还与国内和国际合作有着密切的联系，由于这些条文在公约中不属于强制性规定，因此将在下文予以审查。

任择要求：需加以考虑的义务

(a) 金融情报机构

157. 第 14 条第 1 款第 (b) 项规定各国考虑建立金融情报机构，作为国家中心收集、分析和传递关于潜在洗钱活动的信息。自 1990 年代以来许多国家建立了这类机构，作为其从事监管的警察和其他机关的一部分。这类机构在结构、职责、职能、单位隶属关系和独立性上差别很大。根据解释性说明，要求建立金融情报机构所针对的是尚不存在这类机制的情形（A/58/422/Add.1，第 20 段）。

158. 埃格蒙特小组（金融情报机构的一个非正式协会）将这类机构界定为国家中央权责机构，负责接收（并允许的话请求提供）、分析有关下述方面的金融信息披露资料并向主管机关传递这类资料：*(a)* 涉嫌犯罪所得；或 *(b)* 国家法律或条例所要求的；目的是打击洗钱活动。¹⁸

159. 公约不要求通过法律建立金融情报机构，但可能仍然需要立法，以规定向这类机构举报可疑交易并对善意披露这类信息的金融机构进行保护（另见有关金融情报机构的第 58 条）。在实践中，绝大多数金融情报机构是根据法律建立的。如果已决定起草这类法律，各国似宜考虑列入以下内容：

(a) 对有义务举报可疑交易的机构所作的说明和对拟向该机构举报的信息所作的界定；

(b) 对该机构据以可强迫举报机构协助跟踪不完善或不充分的报告的权限加以界定的法律；

¹⁸ 埃格蒙特小组的网站是 www.egmontgroup.org，该网站尤其提供了有关各大洲金融情报机构的链接。

(c) 在掌握了值得加以起诉的证据后要求该机构将信息传递给执法机构的授权和该机构在某些条件下将金融情报信息传递给外国机构的职权；

(d) 保护这类机构所收到的信息的保密性，对使用这类信息设定限制并保护这类机构免受进一步的披露；

(e) 界定有关该机构的举报安排及其与包括执法机构和金融监管机构等其他政府机构的关系。各国可能已经设有洗钱管制措施，可在必要时扩大这些措施的范围或加以修改，以便符合第 14 条有关洗钱的规定和第 31 条有关所得的冻结、没收、扣押和处置的规定，以及有关资产追回的规定。

160. 值得指出的是，为遵守第 14 条而采取的行动可能已经使各国与其他公约和举措，例如安全理事会第 1373 (2001) 号决议、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、《有组织犯罪公约》和反洗钱金融行动特别工作组有关向恐怖分子提供资助问题的九项特别建议保持一致。

161. 可以向联合国毒品和犯罪问题办公室反洗钱股索取有关可列入打击洗钱的法律、条例和程序的各种备选办法的进一步信息。

(b) 其他措施

162. 作为开发有效提供国际合作的能力工作的一部分，各国必须考虑提出可行的措施，目的是监测现金和其他货币票据的跨境转移（第 14 条第 2 款）。这类措施的目的是允许各国侦查和监测现金和有关流通票据跨境转移的情况，但必须有保障措施，以确保信息的正常使用而且不致以任何方式妨碍合法资本的移动。这类措施可以包括要求个人和企业报告大额现金和有关流通票据的跨境转移。一般而言，建立在监测或监视基础上的机构将要求赋予检查人员或侦查人员得以查取有关跨境交易尤其是涉嫌犯罪行为案件信息的法律授权。¹⁹

¹⁹ 见反洗钱金融行动特别工作组的网站 (www.fatf-gafi.org)。

163. 第 14 条第 3 款载有超出了《有组织犯罪公约》范围的条文。该款要求各国考虑实施规定包括汇款业务机构在内的金融机构负有以下义务的措施：

(a) 在电子资金划拨单和相关电文中列入关于发端人的准确而有用的信息；

(b) 在整个支付过程中保留这种信息；以及

(c) 对发端人信息不完整的资金转移加强审查。

164. 基本上关心的是一方面识别汇款人和收款人，另一方面是能否对交易进行追踪的问题。对于跨境转移的资金规模没有确切的估计数，特别是就许多国家中很受欢迎的非正式汇款机构而言。不过考虑到所涉资金达数百亿美元，这属于监管机关所关注的领域。

165. 如上所述，《反腐败公约》所依据的是打击洗钱的类似国际举措。在建立国内监管和监督制度方面已吁请各缔约国将区域、区域间和多边组织的相关反洗钱举措作为这方面的准则（第 14 条第 4 款）。解释性说明指出，在谈判期间，已将“区域、区域间和多边组织的相关举措”一语理解为特别是指于 2003 年和 2001 年分别加以修订的反洗钱金融行动特别工作组的四十项建议和八项特别建议²⁰，此外还指区域、区域间和多边组织其他现行反洗钱举措，这些组织包括加勒比金融行动特别工作组、英联邦、欧洲委员会、东非和南部非洲反洗钱小组、欧洲联盟、南美洲反洗钱金融行动特别工作组和美洲国家组织（A/58/422/Add.1，第 21 段）。

166. 最后，各国可自行决定执行第 14 条的最佳方式。不过，同其中致力于打击洗钱的某一组织发展关系对有效执行十分重要。

167. 在执行第 14 条第 4 款方面各国似宜考虑全面的监管制度必须列入的有关这些措施的一些具体内容。如同联合国毒品和犯罪问题

²⁰2004 年 10 月金融行动特别工作组通过了有关为恐怖主义提供资助问题的第九项特别建议。

办公室与美洲国家组织所编拟的示范条例（见指南本章末尾处第二.G 节（资料来源）），四十项建议在这方面也有所帮助。

168. 此外，第 14 条第 5 款要求各国努力为打击洗钱而在司法机关、执法机关和金融监管机关之间开展和促进全球、区域、分区域及双边合作。

G. 资料来源：有关条款和文书

1. 《联合国反腐败公约》

第 5、第 6、第 10 和第 13 条（反腐败机构、预防和实施）

第 7 至 9 条（公共部门和透明度）

2. 具有约束力的国际和区域文书

非洲联盟

《非洲联盟防止和打击腐败公约》（2003 年）

www.africa-union.org/official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf

欧洲委员会

《关于犯罪所得的洗钱、追查、扣押和没收问题的公约》（1990 年）

欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第 141 号

www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/141.htm

欧洲联盟

关于欧洲政治和行政管理理念：针对专员的三份行为守则

http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/pdf/code_conduct_en.pdf

欧盟委员会 2006 年 8 月 1 日第 2006/70/EC 号指示，规定了欧洲议会和理事会第 2005/60/EC 号指示的执行措施，涉及“政界人物”的定义以及客户审慎调查简化程序技术标准和以财务活动偶尔进行或极为有限为由免于调查的技术标准 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2006/l_214/l_21420060804en00290034.pdf

欧洲议会和理事会 2005 年 10 月 26 日关于防止将金融系统用于洗钱和为恐怖分子提供资助目的的第 2005/60/EC 号指示 <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005L0060:EN:NOT>

美洲国家组织

《美洲反腐败公约》(1996 年)

www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html

经济合作与发展组织

《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》(1997 年)

www.oecd.org/document/20/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html

南部非洲发展共同体

《反腐败议定书》(2001 年)

www.issafrica.org/cdct/mainpages/pdf/Corruption/International%20Instruments/Protocols/SADC%20Protocol%20Against%20Corruption.pdf

联合国

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000 年)

大会第 55/25 号决议，附件一

www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf

《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年)

联合国,《条约汇编》,第1582卷,第27627号

www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

三． 刑事定罪、执法和管辖权

A. 导言

169. 要求缔约国为执行《反腐败公约》采取一些立法和行政步骤。指南本章涉及：

- (a) 公约的实质性刑法要求；
- (b) 旨在有效进行反腐败执法的必要措施和程序。

170. 缔约国必须在本国国内法律中将一些尚未确立的犯罪定为刑事犯罪。已有相关立法的国家必须确保现行条款符合公约的要求，必要时对本国法律进行修正。

171. 鉴于腐败做法无国界，每个国家都不能独善其身，至少存在某些腐败做法，国际社会和更广大的公众一直坚持要求公职人员增强公开性和问责制。因此，近年来，许多国家、区域和国际性举措都侧重于腐败问题的各个方面。

172. 从经合组织和世界银行到欧洲联盟和非政府组织，几乎每个主要机构都对腐败问题有所关切(另见下文第三.E节(信息资源))。

173. 国家的起草者应了解区域性公约和专门公约，这些公约可能载有必须承担更多义务的标准。其他公约的缔约国和正在考虑执行附加文书的国家似宜考虑满足这些标准，从而避免重复努力，增强国际合作。

174. 联合国在打击腐败的国际努力中发挥了突出的作用。1996年，大会1996年12月16日第51/191号决议通过了《反对国际商业交易中的贪污和贿赂宣言》。大会1996年12月12日第51/59号决议通过了《公职人员国际行为守则》。之后，大会2002年1月31日第56/261号决议请各国政府考虑并酌情实施行动计划，以执行《关于犯罪与司法：迎接二十一世纪挑战的维也纳宣言》（大会第56/261号决议，附件），并已出版了反腐败政策手册草稿。重要的是，2003年9月生效的《有组织犯罪公约》涵盖了许多与腐败有关的实质问题和程序问题。

175. 许多国家参与了以上段落所列的举措，但有些国家可能需要支助才能执行已商定的措施。更重要的是，许多条文提出了以往的文书中没有要求的强制性立法措施或其他措施。

176. 虽然《有组织犯罪公约》的许多条款对一些犯罪的描述使用了相同的措词（如《有组织犯罪公约》第8条对照《反腐败公约》第15条），但其中存在着重要的差异。例如，《反腐败公约》中“公职人员”的定义（见第2条第(a)项）比《有组织犯罪公约》中更宽泛。此外，关于贿赂外国公职人员和国际公共组织官员的行为的刑事犯罪《反腐败公约》的规定是强制性规定，而《有组织犯罪公约》对此并未作出强制性规定。《反腐败公约》还涵盖了私营部门，而《有组织犯罪公约》对此未作涉及。²¹因此，即使在执行《有组织犯罪公约》或其他公约和文书之后，其国内现行法律制度涵盖了某些同样的领域，国家起草者仍应仔细注意《反腐败公约》的所有条款。

177. 《反腐败公约》中关于刑事定罪的一节分为两大部分。第一部分侧重于强制性刑事定罪，即缔约国必须定为刑事犯罪的罪行。其中包括贿赂本国公职人员、国家公职人员索贿受贿、贿赂外国公职人员和国际公共组织官员、贪污、公职人员挪用或以其他方式侵犯

²¹《反腐败公约》还另外载有关于“窝赃”的一条（第24条）。

财产、犯罪所得的洗钱及妨害司法（第 15 条、第 16 条第 1 款、第 17、第 23 和第 25 条）。

178. 上述犯罪所涵盖的行为均有助于腐败行为的实施,并使犯罪分子更有能力保护自己及其非法所得免受执法机关的查处。因此,对其进行刑事定罪是全球协调努力打击腐败做法的最紧迫、最基本的部分。

179. 刑事定罪一节的第二部分概述了要求缔约国考虑确立的罪名,包括第 16 条第 2 款、第 18 至第 22 条和第 24 条。公约提出了最低限度标准,但各缔约国可以超过这些标准。确实“承认各国可将或已将除本章所列为腐败行为的犯罪以外的其他行为定为刑事犯罪”(A/58/422/Add.1, 第 22 段)。

180. 对法人的责任问题作了单独处理,因为此类责任在性质上可能属于刑事、民事或行政责任。

181. 这一节的最后一部分涉及了与公约所确立的所有其他罪行有关的参与、图谋和准备的问题。

182. 指南这一章接下来是关于执法的一节,其中涵盖除第 42 条之外的其余所有条款,该条涉及在另外一节中讨论的管辖权问题。

B. 刑事定罪

1 刑事定罪的义务: 必须设立的罪名

“第 15 条

“贿赂本国公职人员

“各缔约国均应当采取必要的立法措施和其他措施,将下列故意实施的行为规定为犯罪:

“(a) 直接或间接向公职人员许诺给予、提议给予或者实际给予该公职人员本人或者其他人员或实体不正当好处，以使该公职人员在执行公务时作为或者不作为；

“(b) 公职人员为其本人或者其他人员或实体直接或间接索取或者收受不正当好处，以作为其在执行公务时作为或者不作的条件。”

“第 16 条

“贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员

“1. 各缔约国均应当采取必要的立法和其他措施，将下述故意实施的行为规定为犯罪：直接或间接向外国公职人员或者国际公共组织官员许诺给予、提议给予或者实际给予该公职人员本人或者其他人员或实体不正当好处，以使该公职人员或者该官员在执行公务时作为或者不作为，以便获得或者保留与进行国际商务有关的商业或者其他不正当好处。

“.....”

“第 17 条

“公职人员贪污、挪用或者以其他类似方式侵犯财产

“各缔约国均应当采取必要的立法和其他措施，将下述故意实施的行为规定为犯罪：公职人员为其本人的利益或者其他人员或实体的利益，贪污、挪用或者以其他类似方式侵犯其因职务而受托的任何财产、公共资金、私人资金、公共证券、私人证券或者其他任何贵重物品。”

“第 23 条

“对犯罪所得的洗钱行为

“1. 各缔约国均应当根据本国法律的基本原则采取必要的立法和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：

- (a) (i) 明知财产为犯罪所得，为隐瞒或者掩饰该财产的非法来源，或者为协助任何参与实施上游犯罪者逃避其行为的法律后果而转换或者转移该财产；
- (ii) 明知财产为犯罪所得而隐瞒或者掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处分、转移、所有权或者有关的权利；
- (b) 在符合本国法律制度基本概念的情况下：
 - (i) 在得到财产时，明知其为犯罪所得而仍获取、占有或者使用；
 - (ii) 对本条所确立的任何犯罪的参与、协同或者共谋实施、实施未遂以及协助、教唆、便利和参谋实施。

“2. 为实施或者适用本条第 1 款：

“(a) 各缔约国均应当寻求将本条第 1 款适用于范围最为广泛的上游犯罪；

(b) 各缔约国均应当至少将其根据本公约确立的各类犯罪列为上游犯罪；

“(c) 就上文第 (b) 项而言，上游犯罪应当包括在有关缔约国管辖范围之内和之外实施的犯罪。但是，如果犯罪发生在一缔约国管辖权范围之外，则只有当该行为根据其发生地所在国法律为

犯罪，而且根据实施或者适用本条的缔约国的法律该行为若发生在该国也为犯罪时，才构成上游犯罪；

“(d) 各缔约国均应当向联合国秘书长提供其实施本条的法律以及这类法律随后的任何修改的副本或说明；

“(e) 在缔约国本国法律基本原则要求的情况下，可以规定本条第 1 款所列犯罪不适用于实施上游犯罪的人。”

“第 25 条

“妨害司法

“各缔约国均应当采取必要的立法措施和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：

“(a) 在涉及根据本公约确立的犯罪的诉讼中使用暴力、威胁或者恐吓，或者许诺给予、提议给予或者实际给予不正当好处，以诱使提供虚假证言或者干扰证言或证据的提供；

“(b) 使用暴力、威胁或恐吓，干扰审判或执法人员针对根据本公约所确立的犯罪执行公务。本项规定概不影响缔约国就保护其他类别公职人员进行立法的权利。”

主要要求概述

183. 根据第 15 条的规定，缔约国必须将下列行为确立为刑事犯罪：

(a) 行贿，即向公职人员许诺给予、提议给予或者实际给予不正当的好处，以使其在与公务有关的事务上作为或者不作为。该条款的执行需要立法；

(b) 受贿，即公职人员索取或者收受不正当好处，以在与公务有关的事务上作为或者不作为。该条款的执行需要立法。

184. 根据第 16 条第 1 款的规定，缔约国必须将以下行为定为刑事犯罪：向外国公职人员或者国际公共组织官员许诺给予、提议给予或者实际给予不正当好处，以便：

- (a) 获得或者保留国际商务中的业务或其他不正当好处；
- (b) 使该官员违反职责进行作为或不作为。

185. 这些条款的执行需要立法。

186. 根据第 17 条的规定，要求缔约国将下述行为定为刑事犯罪：公职人员为其本人的利益或他人的利益，贪污、挪用或侵犯其因职务而受托的财产、资金、证券或其他任何贵重物品。该条款的执行需要立法。

187. 根据第 23 条的规定，缔约国必须将下列罪行定为刑事犯罪：

- (a) 转换或者转移犯罪所得（第 1 款第 (a)(i) 项）；
- (b) 隐瞒或者掩饰犯罪所得的性质、来源、所在地、处分、转移或所有权（第 1 款第 (a) 项第 (ii) 目）。

各国在符合本国法律制度基本概念的情况下，还必须将下列行为定为刑事犯罪：

- (a) 获取、占有或者使用犯罪所得（第 1 款第 (b)(i) 项）；
- (b) 对第 23 条所定的任何罪行的参与、协同或者共谋实施、图谋实施以及协助、教唆、便利和参谋实施（第 1 款第 (b)(ii) 项）。

188. 第 23 条规定，缔约国还必须将上述罪行适用于范围广泛的上游犯罪所得（第 2 款第 (a)-(c) 项）。

189. 根据第 25 条的规定，缔约国必须确立下列两种刑事犯罪：

- (a) 在涉及公约所涵盖的罪行的诉讼中使用暴力、威胁或者恐吓，或者许诺给予、提议给予或者实际给予不正当好处，以诱使提供虚假证言或者干扰证言或证据的提供（第 25 条第 (a) 项）；
- (b) 使用暴力、威胁或恐吓，干扰审判或执法人员针对公约所涵盖的罪行执行公务（第 25 条第 (b) 项）。

190. 应通过立法措施和其他措施将上述条款所规定的行为定为刑事犯罪。即，刑事犯罪必须由刑法确立，其中涵盖犯罪的所有必要元素，而不应仅仅采取其他措施，其他措施可作禁止性立法的附加部分。

191. 还应注意另外一些条款（第 26 至第 30 条和第 42 条），其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

192. 第 15 条要求确立两种罪行：向国家公职人员行贿和国家公职人员受贿。在许多国家中，对腐败罪所要求的证据水平非常高。往往必须找到有过初步腐败约定的证据。区分该罪行的授受两面，可更有效地起诉腐败企图，并有更强的警戒性效果。

(a) 向国家公职人员行贿

193. 各缔约国必须将下述故意实施的行为规定为犯罪：直接或间接向公职人员许诺给予、提议给予或者实际给予该公职人员本人或者其他人员或实体不正当好处，以使该公职人员在执行公务时作为或者不作为（第 15 条第 (a) 项）。

194. 据重申，在公约中，除第二章规定的一些措施之外，“公职人员”在第 2 条第 (a) 项中定义为：

(a) 无论是经任命还是经选举而在缔约国中担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员，无论长期或者临时，计酬或者不计酬，也无论该人的资历如何；

(b) 依照缔约国本国法律的定义和在该缔约国相关法律领域中的适用情况，履行公共职能，包括为公共机构或者公营企业履行公共职能或者提供公共服务的任何其他人员；

(c) 缔约国本国法律中界定为“公职人员”的任何其他人员。

195. 一项解释性说明指出，为了界定“公职人员”，各缔约国均应当确定哪些人是第2条第(a)(i)项中所述类别的成员，以及这些类别各自是如何适用的（A/58/422/Add.1，第4段）。

196. 该罪行所需具备的要素为承诺给予、提议给予或实际给予公职人员某种东西。该罪行必须涉及所提议给予的不是礼物或其他有形物品的情形。因此，不正当好处可以是有形或无形的，金钱上的或非金钱上的。

197. 不正当好处不一定是立即或直接给予国家公职人员的。可以是直接或间接承诺给予、提议给予或实际给予的。礼物、特许权或好处都可以赠送给他人，如亲戚或政治组织。一些国家立法中关于实施贿赂企图的条款可能涵盖了承诺和提议。如果没有，则有必要特别涵盖承诺（意指行贿者和受贿者之间的约定）和提议（不表示潜在受贿者同意）。不正当好处或贿赂必须与该官员的职责有关联。

198. 该罪行所需具备的心理要素（或主观要素）是，必须是故意实施的行为。此外，还必须确定提议或好处与诱使该官员在执行公务过程中作为或不作为之间的联系。既然该行为包含仅仅提出贿赂的情况，即包含贿赂未获接受因而对行为不产生作用的情况，则这一联系必须为，被告不仅意图提出贿赂，还意图影响受贿者的行为，无论这种情况否真正发生（见第28条，其中规定，“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定”）。

(b) 国家公职人员受贿

199. 缔约国必须将下述故意实施的行为定为刑事犯罪：公职人员为其本人或者其他人员或实体直接或间接索取或者收受不正当好处，以在执行公务时作为或者不作为（第15条，第(b)项）。

200. 该罪行是第一条罪行的被动形式。所需具备的要素是索取或者收受贿赂。还必须与对公务行为的影响联系起来。

201. 对于前一种犯罪，不正当好处可能是为了官员本人或其他人员或实体。索取或收受必须是公职人员本人或通过中间人进行的，即直接或间接进行的。

202. 唯一的心理或主观要素是意图索取或收受不正当好处，以此为条件改变在公务中的行为（见第 28 条，其中规定“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定”）。

203. 还应当注意另外一些条款（第 26 至第 30 条和第 42 条），其中涉及了适用于根据公约确立的犯罪的密切相关的要求。²²

204. 关于国家公职人员受贿和贿赂国家公职人员的条款所使用的措词与《有组织犯罪公约》第 8 条第 1 款所用的措词相同。但值得注意的是，这两项公约所规定的“公职人员”的定义有所不同。如第 2 条第 (a) 项所述，《反腐败公约》的一些条款适用于履行某些公共职能或发挥某些公共作用的人员，即使国内法律并未将他们定义为公职人员。

(c) 贿赂外国公职人员和国际公共组织官员

205. 第 16 条第 1 款规定，各国必须将下述故意实施的行为规定为犯罪：直接或间接向外国公职人员或者国际公共组织官员许诺给予、提议给予或者实际给予该公职人员本人或者其他人员或实体不正当好处，以使该官员在执行公务时作为或者不作为，以便获得或者保留与进行国际商务有关的商业或其他不正当好处。²³

206. 如《反腐败公约》第一章所述，“外国公职人员”系指“外国无论是经任命还是经选举而担任立法、行政、行政管理或者司法

²² 还特别提醒注意《反腐败公约》第 27 条，其中涉及参与根据公约所确立的罪行的问题。《有组织犯罪公约》将参与犯罪规定为一种单独的罪行（第 8 条，第 3 款）。

²³ 经合组织发现，一些国家在执行公约的立法中并未涵盖贿赂外国公职人员罪的所有要素，而完全靠直接适用经合组织《反贿赂公约》中的条款。迄今为止，该公约的缔约国尚未提出任何法律案例，表明一项条约或公约的措词将直接适用于某刑事犯罪。其原因或许是宪法保障只有依据法律才能剥夺个人的自由。

职务的任何人员；以及为外国，包括为公共机构或者公营企业行使公共职能的任何人员”（第2条第(b)项）。“外国”可以是任何其他国家，即不一定是缔约国。缔约国的国内立法必须涵盖公约第2条第(b)项所规定的“外国公职人员”的定义，因为将别国立法所定义的公职人员视为外国公职人员是不够的。第16条没有要求，贿赂外国公职人员在所涉另一国的国内法律下也构成犯罪。

207. 国际公共组织官员的定义为“国际公务员或者经此种组织授权代表该组织行事的任何人员”（第2条第(c)项）。

208. 该罪行与上文所讨论的行贿罪相对应。有一点差异是，它适用于外国公职人员或国际公共组织官员，而不适用于国家公职人员。另一点差异是，不正当好处或贿赂必须与进行国际商务联系起来，进行国际商务包括提供国际援助（见 A/58/422/Add.1，第25段）。除此之外，该罪行需具备的所有要素（许诺给予、提议给予和实际给予）、不正当好处的性质和所需具备的心理或主观要素均与上文所述相同。²⁴

209. 没有强制要求对外国公职人员或国际公共组织官员受贿确立罪名，下文对此作了讨论。

210. 解释性说明指出，如果法规中将此犯罪定义为付给金钱“诱使违背公职”，则可满足第16条第1和第2款所列的标准，但条件是，根据理解，每一公职人员均有公正行使判断力或酌处权的职责，而且这是一项“自动的”定义，无需该官员本国或国际组织法律或者规章的证明（A/58/422/Add.1，第24段）。

²⁴ 经合组织已经指出，一些执行经合组织《反贿赂公约》的缔约国已扩大了其国内已有的贿赂罪的范围，将贿赂外国公职人员定为刑事犯罪。在这类情况下，经合组织建议缔约国核实其国内的罪名符合经合组织公约的标准。也就是说，缔约国必须确保其国内罪名涵盖公约所规定的有关犯罪的每项要素，其中不包含任何其他要素，且可适用的抗辩不会在公约执行中造成缺陷。此外，如果扩大国内贿赂罪的范围以适用于对国外的贿赂，必须确保由此形成的犯罪结构不会过于繁琐（例如由于相互参照的原因）和复杂，以免难以确定该罪名所涵盖的究竟是哪些行为。

211. 第 16 条的规定不影响外国公职人员或国际公共组织官员依据国际法所享有的任何豁免权。解释性说明指出：“缔约国注意到在这种情况下豁免权的相关性，鼓励国际公共组织在适当情况下免除此类豁免权”（A/58/422/Add.1，第 23 段；另见第 30 条第 2 款关于国家公职人员豁免权的规定）。

212. 还应注意另外一些条款（第 26 至第 30 条和第 42 条），其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

213. 仅有领土管辖权的国家须规定领土管辖权的例外情况，以便涵盖通常由在国外的国民实施的这一特定罪行。²⁵

(d) 公职人员贪污、挪用或者以其他方式侵犯财产

214. 《反腐败公约》第 17 条要求确立公职人员贪污、挪用或以其他方式侵犯财产的罪行。

²⁵关于贿赂外国公职人员罪，经合组织《反贿赂公约》缔约国的国家起草者似宜注意到经合组织公约与《反腐败公约》之间的一些差异：

(a)《反腐败公约》涉及对外国公职人员的贿赂，“目的是使该公职人员**在执行公务时**作为或者不作为”。经合组织公约针对的是“**与履行公务有关**”的作为或不作为，**包括在公职人员法定权限之外**的作为或不作为；

(b)《反腐败公约》涵盖的对外国公职人员的贿赂包括以获得“与进行国际商务有关的**不正当好处**”为目的的贿赂。经合组织公约要求该好处应为“**不恰当**”的，并在评注中澄清，其中包括下述情况：有关公司是最有资格的投标者或是原本有可能正当中标的公司；

(c) 经合组织公约规定了“公共职能”的定义（见《经合组织反贿赂公约评注》，第 12 段），而《反腐败公约》未作定义；

(d)《反腐败公约》中“外国公职人员”的定义包括为“**公营企业**”行使公共职能的人，但对“公营企业”未作定义。经合组织公约评注明确说明，政府对企业的直接和间接控制均包含在内，包括下述情况：政府持有企业大部分认定资本、掌握企业发行股票的多数投票权，或能够指定企业行政或管理机构或监事会大部分成员；

(e)《反腐败公约》申明了下述原则：公约涵盖的罪行所适用的**抗辩**由缔约国本国法律管辖（第 30 条第 9 款）。相比之下，经合组织公约仅允许对贿赂外国公职人员罪适用两种抗辩：(i) “小额活动费”和 (ii) 外国公职人员本国的书面法律或条例所允许或要求的好处（经合组织公约评注，第 7 和第 8 段）。

215. 缔约国必须将下述故意实施的行为规定为刑事犯罪：公职人员为其本人的利益或者其他人员或实体的利益，贪污、挪用或者以其他方式侵犯因其职务而受托的任何财产、公共资金、私人资金、公共证券、私人证券或者其他任何贵重物品。

216. 该罪行所需具备的要素有：公职人员贪污、挪用或以其他方式侵犯²⁶ 其因职务而受托的贵重物品。该罪行必须包含的情节是，这些行为是为了该公职人员本人或其他人员或实体的利益。

217. 贵重物品包括任何财产、公共资金、私人资金、公共证券、私人证券或者其他任何贵重物。该条没有“要求对极其轻微的犯罪提起诉讼”（A/58/422/Add.1，第 29 段）。

218. 据回顾，在《反腐败公约》中，“财产”系指“各种资产，不论是物质的还是非物质的、动产还是不动产、有形的还是无形的，以及证明对这种资产的产权或者权益的法律文件或者文书”（第 2 条第 (d) 项）。

219. 还应注意本指南另外几个部分的内容（涉及第 26 至第 30 条，第 42 条，特别是第 57 条），其中涉及适用于根据公约所确立的罪行的密切相关的要求。

(e) 洗钱

220. 第 23 条要求依照国内法的基本原则确立与犯罪所得洗钱行为有关的犯罪。前一章讨论了公约涉及防止洗钱措施的有关条款。

221. 在全球化的背景下，更为方便的资本流动、技术进步和人员与商品越来越大的流动性，以及各个法域法律规定的千差万别，均为犯罪分子所利用。因此，可通过正式和非正式渠道瞬间将资产从一地转到另一地。通过利用现有的法律不对称的现象，资金最终可在世界上任何地方以合法资产出现。

²⁶“侵犯”一词在有些国家被理解为有别于“贪污”和“挪用”，而在有些国家则意为含于后两个用语或者是其同义词（A/58/422/Add.1，第 30 段）。

222. 有效打击腐败要求采取措施消除驱使公职人员做出不当行为的经济利益或其他利益。除此之外，打击洗钱也有利于维护正式和非正式金融机构的廉洁，以及保护国际金融系统整体的顺利运作。

223. 如上一章所述，只有通过国际协作才能达到上述目标。各个国家和地区努力使其与该罪行有关的办法、标准和法律制度协调一致，以便可以相互合作，遏制犯罪所得的国际洗钱行为，这是至关重要的。在管制机制薄弱或没有管制机制的法域，洗钱者比较容易下手。因而《反腐败公约》寻求为所有国家提供最低限度标准。²⁷

224. 《反腐败公约》明确认识到腐败做法和洗钱之间的联系，并以这方面以往类似的国家、区域和国际举措为基础。这些举措通过遏制和预防相结合的措施解决这一问题，公约也采用了相同的模式（另见本指南第二章）。

225. 以往的一项最重要举措与《有组织犯罪公约》有关，它要求对包括贿赂公职人员在内的其他上游犯罪确立洗钱罪，并鼓励各国将上游犯罪的范围扩大，超出最低限度要求。

226. “上游犯罪”的定义是，“由其产生的所得可能成为本公约第 23 条所定义的犯罪的对象的任何犯罪”（第 2 条第 (h) 项）。

227. 由于上述所有举措，许多国家已经有了洗钱法。但是，这类法律的范围可能有限，而且可能未涵盖广泛的上游犯罪。第 23 条要求上游犯罪的清单尽可能范围广泛，至少列入根据《反腐败公约》确立的各类犯罪。

228. 《反腐败公约》关于扣押、冻结和没收所得（见第 31 条）及追回资产（见公约第五章，特别是第 57 条）的条款包含了重要的

²⁷ 另见《有组织犯罪公约》第 6 条。

有关措施。各国应审查本国已有的反洗钱规定，以确保符合上述条款和涉及国际合作的条款（第四章）。进行这类审查的国家似宜利用这个机会履行其按照现有的其他区域或国际文书和举措所承担的责任。

229. 第 23 条要求缔约国确立以下段落所述的有关洗钱的四种罪行：

(f) 转换或转移犯罪所得

230. 第一项罪行是，明知财产为犯罪所得，为隐瞒或掩饰该财产的非法来源，或者为协助任何参与实施上游犯罪者逃避其行为的法律后果而转换或转移该财产（第 23 条第 1 款第 *(a)(i)* 项）。

231. “转换或转移”一词包括将金融资产从一种形式或类型转换为其他形式或类型的情况，如利用非法产生的现金购买贵金属或房地产，或出售非法获得的房地产，还包括将该资产从一个地方或管辖区转移到另一个地方或管辖区，或从一个银行账户转移到另一个账户。

232. “犯罪所得”一词系指“通过实施犯罪而直接或间接产生或者获得的任何财产”（第 2 条第 *(e)* 项）。

233. 关于所需具备的心理或主观要素，转换或转移必须是故意的，被告在转换或转移时必须明知该资产为犯罪所得，且该行为必须以隐瞒或掩饰该财产的非法来源为目的，如帮助防止财产被发现，或帮助某人逃避因产生该所得的犯罪而应负的刑事责任。

234. 如《反腐败公约》第 28 条所述，明知、故意或者目的可以根据客观实际情况予以推定。

(g) 隐瞒或掩饰犯罪所得

235. 第二项洗钱罪是，明知财产为犯罪所得而隐瞒或者掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处分、转移、所有权或者有关权利（第23条第1款第(a)(ii)项）。

236. 该罪行的要素非常广泛，包括隐瞒或掩饰财产的几乎任何方面或信息。

237. 在此，关于所需具备的心理或主观要素，隐瞒或掩饰必须是故意的，且被告在行动时必须明知该财产是犯罪所得。与第23条第1款第(a)(i)项所规定的罪行相比，这一心理状态的要求较为宽松。因此，起草者不应要求提供证据表明隐瞒或掩饰的目的是妨碍追查该资产或掩盖其真正来源。²⁸

238. 与洗钱有关的另外两种罪行是在符合各缔约国法律制度基本概念的情况下必须确立的。

(h) 获取、占有或使用犯罪所得

239. 第三种罪行是，在得到财产时，明知其为犯罪所得而仍获取、占有或者使用（第23条第1款第(b)(i)项）。

240. 这与第23条第1款第(a)(i)和(ii)项所规定的罪行相对应，因为那些条款追究的是非法所得的提供者的责任，而本款则追究获取、占有和使用该财产的接受者的责任。

241. 心理或主观要素与第23条第1款第(b)(ii)项所规定的罪行相同：必须为故意获取、占有和使用，被告在事情发生时必须明知财产是犯罪所得。不要求证明行为的特定目的。

²⁸在《有组织犯罪公约》的相应条款中，使用的措词相同，有一条解释性说明指出，隐瞒非法来源应理解为涵盖于第6条第1款(a)项和(b)项，这在《反腐败公约》中为第23条第1款第(a)和(b)项。该说明补充说，国家起草者还应考虑包括为其他目的而隐瞒的行为，或目的尚未确定的情况（见《联合国打击跨国组织犯罪公约及其议定书实施立法指南》，第45页）。

- (i) 对上述任何犯罪的参与、协同或者共谋实施、
实施未遂以及协助、教唆、便利和参谋实施

242. 第四组犯罪涉及对第 23 条所确立的任何犯罪的参与、协同或者共谋实施、实施未遂以及协助、教唆、便利和参谋实施（第 23 条第 1 款第 (b)(ii) 项）。

243. 《反腐败公约》对这些术语未作定义，²⁹ 给了国内立法一定的灵活性。缔约国应提及这类辅助犯罪在其国内制度中有何种其他结构，并确保这些辅助犯罪适用于根据第 23 条所确立的其他犯罪。

244. 这些犯罪所需具备的明知、故意或者目的可根据客观实际情况予以推定（第 28 条）。国家起草者可确保关于证据的规定允许对心理状态作出推定，而非要求供词等直接证据才断定证明了心理状态。

245. 根据第 23 条的规定，缔约国必须将上述犯罪适用于“范围最为广泛的上游犯罪”所得（第 23 条第 2 款第 (a) 项）。

246. 其中至少必须包括“根据本公约确立的各类犯罪”（第 23 条第 2 款第 (b) 项）。为此，“上游犯罪应当包括在有关缔约国管辖范围之内和之外实施的犯罪。但是，如果犯罪发生在一缔约国管辖权范围之外，则只有当该行为根据其发生地所在国法律为犯罪，而且根据实施或者适用本条的缔约国的法律该行为若发生在该国也为犯罪时，才构成上游犯罪”（第 23 条第 2 款第 (c) 项）。因此，在另一个国家管辖范围实施的犯罪须为两国公认犯罪，才可认定为上游犯罪。³⁰

²⁹《有组织犯罪公约》的相应条款对这些术语也未作定义（第 6 条）。

³⁰1990 年《欧洲委员会关于犯罪所得的洗钱、追查、扣押和没收问题的公约》未要求两国公认犯罪，该公约第 6 条第 2 款 (a) 项称“无关乎上游犯罪受缔约国刑事管辖权的管辖与否”。

247. 许多国家已经有了关于洗钱的法律，但对上游犯罪的定义各不相同。有些国家将上游犯罪局限于贩运毒品，或局限于贩运毒品和其他一些犯罪。有些国家的立法全面详尽地列出了上游犯罪清单。还有些国家将上游犯罪笼统地定义为包括所有犯罪，或所有严重犯罪，³¹ 或最低应受某一特定处罚的所有犯罪。

248. 《反腐败公约》的一份解释性说明称，“依照本条确立的洗钱罪，应理解为独立和自主犯罪，先前因上游罪曾被定罪并非确定洗钱所涉资产的非法性质或者来源的必要条件。资产的非法性质或者来源，以及第 28 条所规定的明知、故意或者目的等要素，可以在洗钱追诉过程中加以确定，或者根据客观实际情形推定”（A/58/422/Add.1，第 32 段）。

249. 一些国家的宪法或基本法律原则不允许同时因上游犯罪和该犯罪所得的洗钱行为而对犯罪人进行起诉和处罚。公约承认这一问题，仅在此种情况下，允许不对实施上游犯罪的人适用洗钱罪（第 23 条第 2 款第 (e) 项）。³²

250. 还应注意另外一些条款（第 26 至第 30 条和第 42 条），其中涉及了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

251. 缔约国必须向联合国秘书长提供其实施第 23 条的法律以及这类法律随后的任何修改的副本或说明（第 23 条第 2 款第 (d) 项）。应将这类资料提供给联合国毒品和犯罪问题办公室。

³¹在《有组织犯罪公约》中，认为“严重犯罪”是“可受到最高刑至少四年的剥夺自由或更严厉处罚”的行为（第 2 条 (b) 项）。

³²这一做法有时称为“内部洗钱”。1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》未提及这一问题。1990 年《欧洲委员会关于犯罪收益的洗钱、追查、扣押和没收问题的公约》允许缔约国规定对实施了上游犯罪的人员不适用洗钱罪（第 6 条第 2 款 (b) 项）。

(j) 妨害司法

252. 腐败人员试图破坏司法制度，以维持或扩大其财富、权利和影响。如果法官、陪审员、证人或被害人受到恐吓、威胁或贿赂，就无法期望也无法做到伸张正义。如果这些参与调查和执法过程的关键人员没有得到充分的保护以履行其职责并不受阻碍地提供陈述，就无法期望有效的国内合作和国际合作。如果调查人员、检察官和法庭因受阻碍而得不到证据，就无法侦破严重犯罪并加以惩处。

253. 从地方到全球的各级执法机构整体的合法性受到威胁，需要保护其免受这类腐败影响。如果与腐败官员或网络相勾结的熟练操纵者扰乱了司法程序，就会使无辜的人蒙冤受过，而使罪犯逍遥法外。

254. 因此，《反腐败公约》要求采取措施确保司法程序的廉正。第 25 条规定，各国必须将下述行为定为刑事犯罪：使用引诱、威胁或暴力手段干扰将要提出准确证据和证言的证人和官员。一些条款涉及了与之有关的保护证人、专家和被害人问题（第 32 条）、保护举报人的问题（第 33 条）和国际合作问题（第四章），本条是对这些条款的补充。

255. 特别是，第 25 条要求确立下述两种犯罪。

256. 第一种犯罪涉及向潜在证人及其他能向当局提供有关证据的人施加影响力。要求缔约国将下述行为定为刑事犯罪：在涉及根据公约确立的犯罪的诉讼中，使用暴力、威胁或者恐吓，或者许诺给予、提议给予或者实际给予不正当好处，以诱使提供虚假证言或者干扰证言或证据的提供（第 25 条第 (a) 项）。所规定的义务是，将使用贿赂等腐败手段和使用威胁或暴力等强迫手段都定为刑事犯罪。

257. 在开庭之前的任何时候，无论正式诉讼是否正在进行，都有可能发生使用暴力、威胁和引诱以获取虚假证言的情形。《有组织犯罪

公约》中相应条款（第 23 条）的解释性说明使用了相同的措词，根据该说明，“诉讼”一词必须作广义解释，涵盖所有正式的政府诉讼，包括预审程序（见 A/55/383/Add.1，第 46 段）。

258. 要求各国在所有涉及根据《反腐败公约》确立的犯罪的诉讼中适用这一罪名。

259. 要求各国确立的第二种犯罪是干扰司法人员或执法人员行动的下述犯罪行为：使用暴力、威胁或恐吓，干扰审判或执法人员针对根据本公约所确立的犯罪执行公务（第 25 条第 (b) 项）。该条款未包括贿赂要素，因为司法人员和执法人员被视为公职人员，第 15 条已经涵盖了对公职人员的贿赂。

260. 该项规定要求保护司法人员和执法人员，但各国可自行就保护其他类别的公职人员进行立法（第 25 条第 (b) 项）。

261. 还应注意到另外一些条款（第 26 至第 30 条和第 42 条），其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

2. 考虑刑事定罪的义务：非必须设立的罪名

“第 16 条

“贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员

“……

“2. 各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将下述故意实施的行为规定为犯罪：外国公职人员或者国际公共组织官员直接或间接为其本人或者其他人员或实体索取或者收受不正当好处，以作为其在执行公务时作为或者不作为的条件。”

“第 18 条

“影响力交易

“各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：

“(a) 直接或间接向公职人员或者其他任何人员许诺给予、提议给予或者实际给予任何不正当好处，以使其滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，为该行为的造意人或者其他任何人从缔约国的行政部门或者公共机关获得不正当好处；

“(b) 公职人员或者其他任何人员为其本人或者他人直接或间接索取或者收受任何不正当好处，以作为该公职人员或者该其他人员滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，从缔约国的行政部门或者公共机关获得任何不正当好处的条件。”

“第 19 条

“滥用职权

“各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将下述故意实施的行为规定为犯罪：滥用职权或者地位，即公职人员在履行职务时违反法律，实施或者不实施一项行为，以为其本人或者其他人员或实体获得不正当好处。”

“第 20 条

“资产非法增加

“在不违背本国宪法和本国法律制度基本原则的情况下，各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将下述故意实施的行为规定为犯罪：资产非法增加，即公职人员的资产显著增加，而本人无法以其合法收入作出合理解释。”

“第 21 条

“私营部门内的贿赂

“各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将经济、金融或者商业活动过程中下列故意实施的行为规定为犯罪：

“(a) 直接或间接向以任何身份领导私营部门实体或者为该实体工作的任何人许诺给予、提议给予或者实际给予该人本人或者他人不正当好处，以使该人违背职责作为或者不作为；

“(b) 以任何身份领导私营部门实体或者为该实体工作的任何人为其本人或者他人直接或间接索取或者收受不正当好处，以作为其违背职责作为或者不作为的条件。”

“第 22 条

“私营部门内的侵吞财产

“各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将经济、金融或者商业活动中下述故意实施的行为规定为犯罪：以任何身份领导私营部门实体或者在该实体中工作的人员侵吞其因职务而受托的任何财产、私人资金、私人证券或者其他任何贵重物品。”

“第 24 条

“窝赃

“在不影响本公约第 23 条的规定的情况下，各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将下述故意实施的行为规定为犯罪：行为所涉及的人员虽未参与根据本公约确立的任何犯罪，但在这些犯罪实施后，明知财产是根据本公约确立的任何犯罪的结果而窝藏或者继续保留这种财产。”

主要要求概述

262. 第 16 条第 2 款规定, 缔约国必须考虑将外国公职人员或者国际公共组织官员受贿定为刑事犯罪。

263. 第 18 条规定, 各国必须考虑将下列行为定为刑事犯罪:

(a) 向公职人员许诺给予、提议给予或者实际给予任何不正当好处, 以使其滥用本人对行政部门、公共机关或国家机关的影响力, 为教唆人获得不正当好处;

(b) 公职人员索取或者收受不正当好处, 以作为该公职人员滥用本人的影响力, 从行政部门、公共机关或缔约国获得不正当好处的条件。

264. 第 19 条规定, 各国必须考虑将下述行为定为刑事犯罪: 滥用职权或地位, 即公职人员违反法律, 实施或者不实施一项行为, 以获得不正当好处。

265. 第 20 条规定, 缔约国必须考虑将下述行为定为刑事犯罪: 资产非法增加, 即公职人员的资产显著增加, 而本人无法以其合法收入作出合理解释。

266. 第 21 条规定, 缔约国必须考虑将下列行为定为刑事犯罪:

(a) 向领导私营部门实体或者为该实体工作的人许诺给予、提议给予或者实际给予不正当好处, 以使该人违背职责作为或者不作为 (第 (a) 项);

(b) 领导私营部门实体或者为该实体工作的人为其本人或者他人索取或者收受不正当好处, 以作为其违背职责作为或者不作为的条件 (第 (b) 项)。

267. 第 22 条规定, 缔约国必须考虑将下述行为定为刑事犯罪: 领导私营部门实体或者在该实体中工作的人员故意侵吞其因职务而受托的财产、私人资金或者其他任何贵重物品。

268. 第 24 条规定，缔约国必须考虑将下述行为定为刑事犯罪：明知财产是根据本公约确立的任何犯罪的结果而窝藏或者继续保留这种财产，第 23 条所规定的情形除外。

269. 确立上述犯罪可能需要新的立法或对现行法律进行修正。

任择要求：需加以考虑的义务

270. 腐败的表现形式多种多样。为了涵盖尽可能多的不当行为，《反腐败公约》规定了一系列不是必须设立的其他罪名，要求各国加以考虑。如下文所述。

(a) 外国公职人员和国际公共组织官员受贿³³

271. 第 16 条第 2 款要求缔约国考虑将下述故意实施的行为规定为刑事犯罪：外国公职人员或者国际公共组织官员直接或间接为其本人或者其他人员或实体索取或者收受不正当好处，以作为其在执行公务时作为或者不作为的条件。

272. 该条款与第 15 条第 (b) 项相对应，后者要求必须将国家公职人员受贿定为刑事犯罪；因此，上文关于第 15 条第 (b) 项的论述作必要修改后适用于第 16 条第 2 款。在这方面，国家立法起草者似宜参考经合组织《反贿赂公约》。

273. 由上文可见，贿赂外国公职人员和国际公共组织官员罪必须定为刑事犯罪。解释性说明指出，第 16 条第 1 款要求缔约国将贿赂外国公职人员的行为定为刑事犯罪，第 2 款仅要求缔约国“考虑”将外国公职人员在此种情况下索取或者收受贿赂的行为定为刑事犯罪。说明称，“这并非因为任何代表团宽恕或者准备容忍索取或者

³³大会在其第 58/4 号决议第 6 段请联合国反腐败公约缔约国会议讨论对贿赂国际公共组织官员的行为进行刑事定罪的问题。

收受此种贿赂的行为，而是两款之间的义务程度有差别，其原因在于第2款所处理的核心行为已由第15条涵盖，第15条要求缔约国将本国官员索取和收受贿赂定为刑事犯罪”（A/58/422/Add.1，第28段）。

274. 进一步的解释性说明澄清了以下段落所述的其他要点。

275. 第16条的规定不应影响“外国公职人员或者国际公共组织官员根据国际法可能享有的任何豁免权。缔约国注意到在这种情况下豁免权的相关性，鼓励国际公共组织在适当情况下免除此类豁免”（A/58/422/Add.1，第23段）。

276. 国家起草者应了解，如果法规中将此犯罪定义为付给金钱“诱使违背公职”，则此项法规的规定可满足第16条第1和第2款所确立的标准，但条件是根据理解每一公职人员均有公正行使判断力或者酌处权的职责，且这是一项“自动的”定义，无需该官员本国法律或者规章的证明（A/58/422/Add.1，第24条）。

277. 参加谈判的代表团认为，非常重要的一点是，未确立第16条第2款所规定的犯罪的任何缔约国，只要其法律允许，都应对已根据本公约确立这种犯罪的缔约国侦查和起诉这种犯罪提供协助与合作，并尽可能避免因不构成两国共认犯罪等技术障碍而阻碍必要的信息交流，无法将腐败官员绳之以法（A/58/422/Add.1，第26段）。

278. 第16条第2款列入“故意”一词，主要是为了与第1款和本公约其他规定保持一致，而无意暗示对第2款所载承诺的任何削弱，因为谁都知道，外国公职人员是不可能“非故意地”索取或者收受贿赂的（A/58/422/Add.1，第27段）。

279. 最后，还应注意到另外一些条款（第26至第30条和第42条），其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

(b) 主动和被动的影响力交易

280. 第 18 条要求缔约国考虑将下列故意实施的行为定为刑事犯罪：

(a) 直接或间接向公职人员或者其他任何人员许诺给予、提议给予或者实际给予任何不正当好处，以使其滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，为该行为的造意人或者其他任何人从缔约国的行政部门或者公共机关获得不正当好处；

(b) 公职人员或者其他任何人员为其本人或者他人直接或间接索取或者收受任何不正当好处，以作为该公职人员或者该其他人员滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，从缔约国的行政部门或者公共机关获得任何不正当好处的条件。

281. 本条的规定与第 15 条形成对照。第 15 条要求将贿赂国家公职人员和国家公职人员受贿定为刑事犯罪。第 15 条和第 18 条之间有一个主要差别。第 15 条所规定的犯罪涉及公职人员在执行公务过程中的作为和不作为。相比之下，第 18 条规定，罪行涉及使用实际影响力或被认为具有的影响力，为第三人从国家行政部门或者公共机关获得不正当好处。

282. 在其他方面，第 18 条所规定的犯罪要素与第 15 条所规定的相同。

(c) 主动的影响力交易

283. 第一种犯罪（主动的影响力交易）的要素是，向公职人员承诺给予、提议给予或实际给予某物。该犯罪必须涵盖提议给予的不是礼物或有形物的情形。因此，不正当好处可以是有形的，也可以是无形的。

284. 不正当好处不一定是立即或直接给予国家公职人员的。可以是直接或间接承诺给予、提议给予或实际给予。礼物、特许或其他好处可以是给另外某人的，如亲属或政治组织。不正当好处或贿赂必须与该官员对国家行政部门或公共机关的影响相联系。

285. 该犯罪的心理或主观要素是，行为必须是故意的。此外，还必须确定给予提议或好处与诱使官员滥用其影响力以便为该行为的造意人

或其他人从缔约国行政部门或公共机关获得不正当好处两者之间的联系。

286. 由于该行为涵盖仅仅提议给予贿赂的情况，即甚至包括未接受贿赂因而不能对行为产生影响的情况，因此这种联系必须是，被告不仅意图提议给予贿赂，还意图影响受贿人的行为，无论这实际上发生与否。

(d) 被动的影响力交易

287. 该犯罪的被动形式的要素是索取或收受贿赂。也必须确定同公务行为的影响力之间的联系。

288. 对于前一种犯罪，不正当好处可能是为了官员本人或其他人员或实体。索取或收受必须是公职人员本人或通过中间人进行的，即直接或间接进行的。

289. 唯一的心理或主观要素是，意图索取或收受不正当好处，作为滥用其影响力为第三人从国家行政部门或者公共机关获得不正当好处的条件。

290. 还应注意另外一些条款（第 26 至第 30 条和第 42 条），其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

(e) 滥用职权

291. 第 19 条要求缔约国考虑将下述故意实施的行为定为刑事犯罪：滥用职权或地位，即公职人员在履行职务时违反法律，实施或者不实施一项行为，以为其本人或者其他人员或实体获得不正当好处。³⁴

292. 本条款鼓励对违反法律实施或者不实施一项行为以便获得不正当好处的公职人员进行刑事定罪。根据解释性说明，该犯罪可

³⁴类似的规定见《南部非洲发展共同体反腐败议定书》第 3 条第 1 款 (c) 项。

包括各类行为，例如公职人员泄露机密或者特许不泄露的信息（A/58/422/Add.1，第31段）。

293. 还应注意到另外一些条款（第26至第30条和第42条），其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

(f) 资产非法增加

294. 在不违背本国宪法和本国法律制度基本原则的情况下，各缔约国均必须考虑将资产非法增加定为刑事犯罪。各国必须考虑采取必要的立法和其他措施，将下述故意实施的行为规定为刑事犯罪：资产非法增加，即公职人员的资产显著增加，而本人无法以其合法收入作出合理解释（第20条）。

295. 还应注意到另外一些条款（第26至第30条和第42条），其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

296. 一些法域发现，将资产非法增加定为犯罪是有益的。在公职人员的资产增加与其合法收入不成比例，显然可证明腐败的情况下，它解决了起诉方在必须证明公职人员索取或收受贿赂时所面临的困难。据发现，确立资产非法增加罪还有利于防止公职人员腐败。

297. 但是，缔约国考虑确立此种犯罪的义务是以不违背各缔约国的宪法和法律制度基本原则为前提的（另见本指南关于保留条款的第13段）。这实际上是承认，资产非法增加罪要求被告必须对其资产大幅增加提供合理的解释，而某些法域可能认为这样定罪违背了依法定罪前被推定无罪的权利。但有一点是明确的，不存在推定有罪的问题，而且仍应由控方承担举证责任，因为控方必须表明资产增加超过了某人的合法收入。这样，可视之为可反驳的推定。一旦证明此种推定有理，被告可提供合理的或可信的解释。

(g) 私营部门内的贿赂

298. 《反腐败公约》还提出了私营部门内的行贿和受贿，这与《有组织犯罪公约》和其他国际文书相比是一大革新。因而第 21 条说明了在经济、金融或商业活动中要求廉洁诚信的重要性。³⁵

299. 具体地说，第 21 条要求缔约国考虑将经济、金融或者商业活动中下列故意实施的行为定为刑事犯罪：

(a) 直接或间接向以任何身份领导私营部门实体或者为该实体工作的任何人许诺给予、提议给予或者实际给予该人本人或者他人不正当好处，以使该人违背职责作为或者不作为；

(b) 以任何身份领导私营部门实体或者为该实体工作的任何人为其本人或者他人直接或间接索取或者收受不正当好处，以作为其违背职责作为或者不作为的条件。

300. 由于上述条款与第 15 条相对应，关于第 15 条的讨论经适当修改后可在此适用。

(i) 行贿

301. 该犯罪须具备的要素是，向领导私营部门实体或为该实体工作的人承诺给予、提议给予或实际给予某种东西。该犯罪必须涵盖提议给予的不是礼物或某种有形物的情况。因此，不正当好处可以是有形的或无形的，金钱上的或非金钱上的。

302. 不正当好处不一定是立即或直接给予领导私营部门实体或为该实体工作的人的。可以是直接或间接承诺给予、提议给予或实际给予的。礼物、特许权或其他好处都可以赠送给他人，如亲戚或政治组织。一些国家立法中关于企图实施贿赂的条款可能涵盖了承诺和提议。如果未涵盖，则有必要特别涵盖承诺（意指行贿者和

³⁵ 另见欧洲联盟理事会 2003 年 7 月 22 日关于私营部门反腐败的第 2003/568/JHA 号框架决定，其中第 2 条要求必须将私营部门内的主动和被动腐败定为刑事犯罪。

受贿者之间的约定)和提议(不表示可能的受贿者同意)。不正当好处或贿赂必须与该人的职责有关联。

303. 该犯罪所需具备的心理或主观要素是,必须是故意实施的行为。此外,还必须确定提议或好处与诱使领导私营部门实体或为该实体工作的人在经济、金融或商业活动过程中作为或不作为之间的关联。既然该行为包含仅仅提出贿赂的情况,甚至包含贿赂未获接受因而对行为不产生作用的情况,则这种联系必须为,被告不仅意图提出贿赂,还意图影响受贿者的行为,无论这种情况否真正发生(见第28条,其中规定,“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素,可以根据客观实际情况予以推定”)。

(ii) 受贿

304. 该犯罪是第一种犯罪的被动形式。所需具备的要素是索取或收受贿赂。还必须同对以任何身份领导私营部门实体或为该实体工作的人行为的影响联系起来。

305. 对于前一种犯罪,不正当好处可以是给予以任何身份领导私营部门实体或为该实体工作的人的,也可以是给予其他人员或实体的。索取或收受必须由该人进行或通过中间人进行,即直接或间接进行。

306. 唯一的心理或主观要素是故意索取或收受不正当好处,作为其在经济、金融或商业活动过程中违反职责改变行为的条件。

307. 第21条和关于侵吞财产的第22条意图涵盖的是完全局限于私营部门的行为,与公共部门没有任何联系。

308. 还应注意到另外一些条款(第26至第30条和第42条),其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

(h) 私营部门内的侵吞财产

309. 除行贿罪和受贿罪以外，第 22 条促请各国考虑将下述故意实施的行为规定为刑事犯罪：以任何身份领导私营部门实体或者在该实体中工作的人员侵吞因其职务而受托的任何财产、私人资金、私人证券或者其他任何贵重物品。

310. 该条与第 17 条所载的强制性规定相似，后者涉及公职人员实施的同类型的正当行为（见上文第三 .B.1 节）。

311. 还应注意另外一些条款（第 26 至第 30 条和第 42 条），其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

(i) 窝赃

312. 最后，公约建议将窝赃定为刑事犯罪，这种犯罪便利或帮助了公约所确立的所有其他犯罪，并与第 23 条中关于洗钱的条款密切相关。³⁶

313. 第 24 条要求，在不影响本公约第 23 条的规定的情况下，各缔约国均应当考虑采取必要的立法措施和其他措施，将下述故意实施的行为规定为刑事犯罪：行为所涉及的人员虽未参与根据本公约确立的任何犯罪，但在这些犯罪实施后，明知财产是根据本公约确立的任何犯罪的结果而窝藏或者继续保留这种财产。

³⁶有关的国际和区域条约和文件包括《非洲联盟预防和打击腐败公约》；欧洲委员会《反腐败刑法公约》；《美洲国家组织美洲反腐败公约》及关于涉及非法贩运毒品和其他严重犯罪的洗钱罪的示范条例；《联合国组织犯罪公约》；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》；联合国/英联邦秘书处/国际货币基金组织关于洗钱、资助恐怖主义、预防措施和犯罪所得的示范法案（适合英美法系）；联合国/国际货币基金组织关于洗钱和资助恐怖主义的示范法（适合大陆法系）；联合国关于涉及犯罪所得的洗钱、没收和国际合作的示范立法（适合大陆法系）；联合国关于洗钱、犯罪所得和资助恐怖主义的示范法案（适合英美法系）。

314. 还应注意另外一些条款（第 26 至第 30 条和第 42 条），其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

3. 法人责任

“第 26 条

“法人责任

“1. 各缔约国均应当采取符合其法律原则的必要措施，确定法人参与根据本公约确立的犯罪应当承担的责任。

“2. 在不违反缔约国法律原则的情况下，法人责任可以包括刑事责任、民事责任或者行政责任。

“3. 法人责任不应当影响实施这种犯罪的自然人的刑事责任。

“4. 各缔约国均应当特别确保使依照本条应当承担责任的法人受到有效、适度而且具有警戒性的刑事或者非刑事制裁，包括金钱制裁。”

315. 严重而复杂的犯罪常常由法人、通过法人或在法人的掩护下实施，例如公司、企业或慈善组织。复杂的公司结构可以有效地掩盖与严重犯罪有关的真实所有权、客户或具体的交易，这些严重犯罪包括根据《反腐败公约》定为刑事犯罪的腐败行为。在全球化的背景下，国际合作发挥着重要的作用。决策过程变得日益复杂。对导致腐败的决定可能很难说清，因为其中可能涉及多种层次的其他决定，因而很难说究竟是哪个人的责任。即使有可能对此做出断定，行政人员个人可能居住在实施犯罪所在国以外，因此很难证明特定人员的责任。所以，越来越多的人认为，消除严重犯罪的这一工具和保护伞的唯一办法是追究法人的责任。

316. 追究法人的刑事责任也可以起到震慑作用，这部分是因为名声受损和罚款制裁可能代价非常高昂，也部分因为这可能起到催化作用，促使管理和监督结构更加有效，以确保遵守法律。

317. 公司不可能犯罪 (*societas delinquere non potest*) 原则过去是普遍认同的。这一原则首先在一些英美法系国家发生改变。关于法律实体是否能承担刑事责任的争论由来已久，现在，争论的范围更加扩大，转到如何界定和规范此种责任的问题上。

318. 对于确定意图和有罪、判断集体有罪的程度、对公司实体处以惩罚所需要的证据类型以及制裁适当以避免处罚无辜的问题，仍然存在着各种关切。有些法域认为，将公司当作思想状态可能出错的对象来对待，这种办法是武断的。

319. 各地的决策者都关注着正在进行的关于以下问题的辩论：例如集体明知故犯、公司内部监管措施的规范、公司的问责制和社会责任，以及适用过失和其他标准的问题。

320. 然而，国家立法和国际文书³⁷越来越多地用对公司责任的具体规定来补充自然人的责任。还有可能考虑独立于自然人责任之外的法人责任。由于种种原因，或许不可能起诉对腐败罪负责的自然人。在日益庞大和复杂的机构中，执行和决策是分散的。因此，公司实体往往被用作支付贿赂的工具。此外，在管理链中往往很难确定哪一个决策者应对腐败交易负责。而且，如果涉及的

³⁷例如，见《有组织犯罪公约》；此外，1985年在意大利米兰举行的第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会建议根据《从发展角度和新的国际经济秩序角度来看预防犯罪和刑事司法的指导原则》采取国家、区域和国际行动，大会第40/32号决议第4段重申了这一建议。该指导原则第9段说：“会员国均应适当考虑不仅应追究代表机构、公司或企业行事或处于决策或执行地位的个人的刑事责任，还应追究机构、公司或企业本身的责任，其办法是制定适当的措施防止或制裁促进各种犯罪活动的行为。”（见《第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会，1985年8月26日至9月6日，米兰：秘书处的报告》（联合国出版物，出售品编号：E.86.IV.1），第一章B节，附件）。

是一个复杂而分散的决策体系，把责任归咎于某一个人可能有失公允。

321. 各个国家有关法人责任的法律制度仍然存在很大的差异，有些国家对组织本身诉诸刑事处罚，例如罚款、没收财产或剥夺合法权利，而另一些国家则采用了非刑事或准刑事措施。

322. 由于主要问题的核心是问责制的方法以及可对法人施以惩罚的种类，因此在拟定《反腐败公约》之前在设法统一各种方法时就承认了有关办法的这种多样性。

323. 例如，经济及社会理事会 1994 年 7 月 25 日第 1994/15 号决议注意到关于打击包括环境犯罪在内的跨国犯罪的更有效国际合作形式特设专家组就刑法在保护环境方面的作用所提出的建议，其中建议 (g) 指出，在法律制度目前还不承认公司刑事责任的法域中，应当支持推广对公司实行刑事或非刑事罚款或其他措施的主张。同一精神还体现在欧洲委员会 1998 年《关于通过刑法保护环境公约》中，³⁸ 其中第 9 条规定可以实行刑事或行政制裁或措施以追究公司实体的责任。

324. 涉及洗钱的国际倡议包括 2003 年修订的洗钱问题金融行动特别工作组四十条建议的建议 2(b) 项，其中指出：“应对法人适用刑事责任并在不可能情况下适用民事或行政责任。这不应排除在追究此种形式的责任的国家对法人采取并行的刑事、民事或行政诉讼程序。对法人应处以有效、适度且具警戒性的制裁。这种措施不应影响到个人的刑事责任。”美洲国家组织关于与非法贩运和其他严重犯罪有关的洗钱罪的示范规定第 15 条载有类似的条款。

325. 一些类似努力也一直着眼于处理腐败罪问题，例如经合组织在其《反贿赂公约》中规定，缔约国有义务“采取必要措施，根据其

³⁸ 欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第 172 号。

法律原则，确定法人对贿赂外国公职人员的责任”（第2条）。即使缔约国的法律制度不对法人处以刑事制裁，仍须确保其“为贿赂外国公职人员的行为受到有效、适度、具警诫性的非刑事制裁，包括金钱上的制裁”（第3条第2款）。

326. 欧洲共同体委员会发布的关于刑法保护共同体金融利益的绿皮书提及欧洲早期的一些倡议，并补充指出，根据这些倡议，“对于企业领导或企业内其他有决策或控制权的个人，若其管辖下的个人代表企业实施欺诈、腐败或对这种犯罪所得实行洗钱，可根据国内法确定的原则追究刑事责任。”绿皮书还规定，“法人内部行使管理职权的任何个人代表该法人实施欺诈、行贿和洗钱行为的，该法人应负有实施、（作为同谋或教唆者）参与和犯罪未遂的责任”，应作出规定对“因个人的监督或管理错误致使其下属人员得以代表法人实施犯罪的”法人追究责任。关于法人团体的责任问题，此种责任“不排除对作为欺诈、行贿或洗钱行为的实施者、教唆者或同谋的自然人提起刑事诉讼。”³⁹

327. 这个问题并不是抽象的问题，也不仅仅是潜在风险。法人实施商务和高层腐败的行为屡见不鲜。有关其责任的规范性标准是不可或缺的。《有组织犯罪公约》和欧洲委员会《反腐败刑法公约》规定了法人对于行贿受贿罪及洗钱罪的刑事责任或其他责任。⁴⁰

328. 在此种倡议的基础上，《反腐败公约》要求对自然人和法人犯罪都确定责任。第26条要求各缔约国按照其基本法律原则采取必要措施，对公司责任作出规定。这种责任可包括刑事、民事或行政责任，从而兼顾了各种不同的法律制度和方法。

³⁹绿皮书 COM (2001) 715 号，第 5.4 节，可查阅 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0715en01.pdf；另见美洲国家组织关于资产非法增加和跨国贿赂的示范立法。

⁴⁰另见欧洲联盟理事会 2003 年 7 月 22 日关于私营部门内反腐败的第 2003/568/JHA 号框架决定第 5 条和第 6 条。

329. 同时，公约要求所采取的金钱或其他制裁都必须有效、适度 and 具警戒性的。

主要要求概述

330. 《反腐败公约》第 26 条要求按照各国的法律原则规定法律实体对根据公约确立的犯罪的责任。

331. 这一责任可以是刑事、民事或行政责任，同时不可影响到实施这种犯罪的自然人的刑事责任。

332. 制裁必须是有效、适度和具警戒性的。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

333. 第 26 条第 1 款要求各缔约国均应采取符合其法律原则的必要措施，确定参与公约所确立的犯罪的法人应承担的责任。

334. 规定法人承担责任是强制性义务，只须符合各国本国的法律原则。在符合这些法律原则的前提下，法人的责任可以是刑事、民事或行政责任（第 26 条第 2 款），这与其他国际倡议承认和兼顾不同法律制度对法人责任所采取办法的多样性是一致的。因此，如果不符合一国的法律原则，就没有确定刑事责任的义务。⁴¹在这些情况下，某种形式的民事或行政责任也足以满足这些要求。⁴²

335. 第 26 条第 3 款规定，法人责任的确定不应影响实施此种犯罪的自然人的刑事责任。因此，实施这种行为的自然人的责任是在任何公司责任以外承担的责任，绝不应受到后者的任何影响。当个人

⁴¹但要注意到，经合组织《反贿赂条约》要求，如果缔约国的法律制度规定了可能性，则须确立法人向外国公职人员行贿罪的刑事责任。

⁴²欧洲联盟理事会关于私营部门内反腐败的第 2003/568/JHA 号框架决定第 6 条列出了可采取非刑事措施的实例。

代表法律实体实施犯罪时，必须能对两者都进行起诉和制裁（另见上文关于这一问题的介绍性段落）。⁴³

336. 公约要求各国确保使根据第 26 条负有责任的法人受到有效、适度且具警戒性的刑事或非刑事制裁，包括金钱制裁（第 26 条第 4 款）。

337. 这是一条具体规定，是对第 30 条第 1 款中制裁必须考虑到犯罪严重性这一比较笼统要求的补充。由于腐败罪的侦办和起诉可能旷日持久，因此凡是在其法律制度中规定了诉讼时效的国家必须确保对公约所涵盖的各类犯罪规定较长的时效（另见第 29 条）。

338. 最常使用的制裁措施是罚款，这种措施有时是刑事措施，有时是非刑事措施，有时又是二者并用。其他制裁措施包括不允许与政府订约（例如公共采购、援助采购和出口信贷融资）、充公、没收、赔偿、禁治或关闭法人实体。此外，各国似宜考虑一些法域中采取的非金钱制裁措施，例如取消某些优惠、暂停某些权利、禁止某些活动、公布判决和指定受托人、要求设立有效的内部遵守机制以及对公司结构直接加以规范。

339. 对确保法人受到适当制裁的义务，要求以立法来规定这些制裁措施，且不致限制或侵犯司法机关现有的对判决的独立权或自由裁量权。

340. 最后，公约要求，在法律实体被追究刑事、民事或行政责任的案件中，应当根据被请求缔约国的有关法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助（见第 46 条第 2 款）。⁴⁴

⁴³ 另见本指南第 320 段关于可以将法人责任同自然人责任分开的论述。

⁴⁴ 见反腐败国家集团的评价报告，可在反腐败国家集团网站上查阅。值得注意的还有，经合组织《反贿赂公约》要求，如果一缔约国对一法人提起的非刑事诉讼在公约范围内，其他缔约国应向其提供迅速有效的法律援助。

4. 参与和未遂

“第 27 条

“参与和未遂

“1. 各缔约国均应当采取必要的立法和其他措施，根据本国法律将以共犯、从犯或者教唆犯等任何身份参与根据本公约确立的犯罪规定为犯罪。

“2. 各缔约国均可以采取必要的立法和其他措施，根据本国法律将实施根据本公约确立的犯罪的任何未遂和中止规定为犯罪。

“3. 各缔约国均可以采取必要的立法和其他措施，根据本国法律将为实施根据本公约确立的犯罪进行预备的行为规定为犯罪。”

主要要求概述

341. 各缔约国必须将作为共犯、从犯或者教唆犯参与根据公约确立的犯罪定为刑事犯罪。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

342. 第 27 条第 1 款要求，缔约国根据本国法律，将以共犯、从犯或者教唆犯等任何身份参与根据本公约确立的犯罪规定为刑事犯罪。

343. 一项解释性说明指出，拟订第 27 条第 1 款的用意是涵盖参与的不同程度，而不是使各缔约国承担将所有这些不同程度的参与纳入本国法规的义务（A/58/422/Add.1，第 33 条）。

344. 执行该条款可能需要立法。有的国家已有普遍适用的法律确定了伙同作案及作为共犯参与的责任和其他刑事责任，因此可能只需确保将其适用于新的腐败罪。⁴⁵

任择措施：缔约国似宜考虑采取的措施

345. 此外，各缔约国似宜考虑根据本国法律将实施根据本公约确立的犯罪的任何未遂和中止（第 27 条第 2 款）或为实施根据本公约确立的犯罪进行预备的行为（第 27 条第 3 款）规定为刑事犯罪。⁴⁶

346. 还应注意另外一些条款（第 26 至第 30 条和第 42 条），其中涵盖了适用于公约所确立的犯罪的密切相关的要求。

C. 执法

“第 28 条

“作为犯罪要素的明知、故意或者目的

“根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定。”

“第 29 条

“时效

“各缔约国均应当根据本国法律酌情规定一个较长的时效，以便在此期限内对根据本公约确立的任何犯罪启动诉讼程序，并对被指控犯罪的人员已经逃避司法处置的情形确定更长的时效或者规定不受时效限制。”

⁴⁵《有组织犯罪公约》也载有类似的要求（第 8 条第 3 款）。

⁴⁶另见经合组织《反贿赂公约》（第 1 条第 2 款）。

“第 30 条

“起诉、审判和制裁

“1. 各缔约国均应当使根据本公约确立的犯罪受到与其严重性相当的制裁。

“2. 各缔约国均应当根据本国法律制度和宪法原则采取必要措施以建立或者保持这样一种适当的平衡：即既照顾到为公职人员履行其职能所给予的豁免或者司法特权，又照顾到在必要时对根据本公约确立的犯罪进行有效的侦查、起诉和审判的可能性。

“3. 在因根据本公约确立的犯罪起诉某人而行使本国法律规定的任何法律裁量权时，各缔约国均应当努力确保针对这些犯罪的执法措施取得最大成效，并适当考虑到震慑这种犯罪的必要性。

“4. 就根据本公约确立的犯罪而言，各缔约国均应当根据本国法律并在适当尊重被告人权利的情况下采取适当措施，力求确保就判决前或者上诉期间释放的裁决所规定的条件已经考虑到确保被告人在其后的刑事诉讼中出庭的需要。

“5. 各缔约国均应当在考虑已经被判定实施了有关犯罪的人的早释或者假释可能性时，顾及这种犯罪的严重性。

“6. 各缔约国均应当在符合本国法律制度基本原则的范围内，考虑建立有关程序，使有关部门得以对被指控实施了根据本公约确立的犯罪的公职人员酌情予以撤职、停职或者调职，但应当尊重无罪推定原则。

“7. 各缔约国均应当在符合本国法律制度基本原则的范围内，根据犯罪的严重性，考虑建立程序，据以通过法院令或者任何其他适当手段，取消被判定实施了根据本公约确立的犯罪的人在本国法律确定的一段期限内担任下列职务的资格：

“(a) 公职；以及

“(b) 完全国有或者部分国有的企业中的职务。

“8. 本条第 1 款不妨碍主管机关对公务员行使纪律处分权。

“9. 本公约的任何规定概不影响下述原则：对于根据本公约确立的犯罪以及适用的法定抗辩事由或者决定行为合法性的其他法律原则，只应当由缔约国本国法律加以阐明，而且对于这种犯罪应当根据缔约国本国法律予以起诉和惩罚。

“10. 缔约国应当努力促进被判定实施了根据本公约确立的犯罪的人重新融入社会。”

“第 31 条

“冻结、扣押和没收

“1. 各缔约国均应当在本国法律制度的范围内尽最大可能采取必要的措施，以便能够没收：

“(a) 来自根据本公约确立的犯罪的犯罪所得或者价值与这种所得相当的财产；

“(b) 用于或者拟用于根据本公约确立的犯罪的财产、设备或者其他工具。

“2. 各缔约国均应当采取必要的措施，辨认、追查、冻结或者扣押本条第 1 款所述任何物品，以便最终予以没收。

“3. 各缔约国均应当根据本国法律采取必要的立法和其他措施，规范主管机关对本条第 1 款和第 2 款中所涉及的冻结、扣押或者没收的财产的管理。

“4. 如果这类犯罪所得已经部分或者全部转变或者转化为其他财产，则应当以这类财产代替原犯罪所得而对之适用本条所述措施。

“5. 如果这类犯罪所得已经与从合法来源获得的财产相混合，则应当在不影响冻结权或者扣押权的情况下没收这类财产，没收价值最高可以达到混合于其中的犯罪所得的估计价值。

“6. 对于来自这类犯罪所得、来自这类犯罪所得转变或者转化而成的财产或者来自已经与这类犯罪所得相混合的财产的收入或者其他利益，也应当适用本条所述措施，其方式和程度与处置犯罪所得相同。

“7. 为本条和本公约第 55 条的目的，各缔约国均应当使其法院或者其他主管机关有权下令提供或者扣押银行记录、财务记录或者商业记录。缔约国不得以银行保密为理由拒绝根据本款的规定采取行动。

“8. 缔约国可以考虑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，但是此种要求应当符合其本国法律的基本原则以及司法程序和其他程序的性质。

“9. 不得对本条的规定作损害善意第三人权利的解释。

“10. 本条的任何规定概不影响其所述各项措施应当根据缔约国法律规定并以其为准加以确定和实施的原则。”

第 32 条

“保护证人、鉴定人和被害人

“1. 各缔约国均应当根据本国法律制度并在其力所能及的范围内采取适当的措施，为就根据本公约确立的犯罪作证的证人和鉴定人并酌情为其亲属及其他与其关系密切者提供有效的保护，使其免遭可能的报复或者恐吓。

“2. 在不影响被告人权利包括正当程序权的情况下，本条第 1 款所述措施可以包括：

“(a) 制定为这种人提供人身保护的程序，例如，在必要和可行的情况下将其转移，并在适当情况下允许不披露或者限制披露有关其身份和下落的资料；

“(b) 规定允许以确保证人和鉴定人安全的方式作证的取证规则，例如允许借助于诸如视听技术之类的通信技术或者其他适当手段提供证言。

“3. 缔约国应当考虑与其他国家订立有关本条第 1 款所述人员的移管的协定或者安排。

“4. 本条各项规定还应当适用于作为证人的被害人。

“5. 各缔约国均应当在不违背本国法律的情况下，在对罪犯提起刑事诉讼的适当阶段，以不损害被告人权利的方式使被害人的意见和关切得到表达和考虑。”

“第 33 条

“保护举报人

“各缔约国均应当考虑在本国法律制度中纳入适当措施，以便对出于合理理由善意向主管机关举报涉及根据本公约确立的犯罪的任何事实的任何人员提供保护，使其不致受到任何不公正的待遇。”

“第 34 条

“腐败行为的后果

“各缔约国均应当在适当顾及第三人善意取得的权利的情况下，根据本国法律的基本原则采取措施，消除腐败行为的后果。在这方面，缔约国可以在法律程序中将腐败视为废止或者撤销合同、取消特许权或撤销其他类似文书或者采取其他任何救济行动的相关因素。”

“第 35 条

“损害赔偿

“各缔约国均应当根据本国法律的原则采取必要的措施，确保因腐败行为而受到损害的实体或者人员有权为获得赔偿而对该损害的责任者提起法律程序。”

“第 36 条

“专职机关

“各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则采取必要的措施，确保设有一个或多个机构或者安排了人员专职负责通过

执法打击腐败。这类机构或者人员应当拥有根据缔约国法律制度基本原则而给予的必要独立性，以便能够在不受任何不正当影响的情况下有效履行职能。这类人员或者这类机构的工作人员应当受到适当培训，并应当有适当资源，以便执行任务。”

“第 37 条

“与执法机关的合作

“1. 各缔约国均应当采取适当措施，鼓励参与或者曾经参与实施根据本公约确立的犯罪的人提供有助于主管机关侦查和取证的信息，并为主管机关提供可能有助于剥夺罪犯的犯罪所得并追回这种所得的实际具体帮助。

“2. 对于在根据本公约确立的任何犯罪的侦查或者起诉中提供实质性配合的被告人，各缔约国均应当考虑就适当情况下减轻处罚的可能性作出规定。

“3. 对于在根据本公约确立的犯罪的侦查或者起诉中提供实质性配合的人，各缔约国均应当考虑根据本国法律的基本原则就允许不予起诉的可能性作出规定。

“4. 本公约第 32 条的规定，应当变通适用于为这类人员提供的保护。

“5. 如果本条第 1 款所述的、处于某一缔约国的人员能够给予另一缔约国主管机关以实质性配合，有关缔约国可以考虑根据本国法律订立关于由对方缔约国提供本条第 2 款和第 3 款所述待遇的协定或者安排。”

“第 38 条

“国家机关之间的合作

“各缔约国均应当采取必要的措施，根据本国法律鼓励公共机关及其公职人员与负责侦查和起诉犯罪的机关之间的合作。这种合作可以包括：

“(a) 在有合理的理由相信发生了根据本公约第 15 条、第 21 条和第 23 条确立的任何犯罪时，主动向上述机关举报；或者

“(b) 根据请求向上述机关提供一切必要的信息。”

“第 39 条

“国家机关与私营部门之间的合作

“1. 各缔约国均应当采取必要的措施，根据本国法律鼓励本国侦查和检察机关与私营部门实体特别是与金融机构之间就根据本公约确立的犯罪的实施所涉的事项进行合作。

“2. 各缔约国均应当考虑鼓励本国国民以及在其领域内有惯常居所的其他人员向国家侦查和检察机关举报根据本公约确立的犯罪的实施情况。”

“第 40 条

“银行保密

“各缔约国均应当在对根据本公约确立的犯罪进行国内刑事

侦查时，确保本国法律制度中有适当的机制，可以用以克服因银行保密法的适用而可能产生的障碍。”

“第 41 条

“犯罪记录

“各缔约国均可以采取必要的立法或者其他措施，按其认为适宜的条件并为其认为适宜的目的，考虑另一国以前对被指控罪犯作出的任何有罪判决，以便在涉及根据本公约确立的犯罪的刑事诉讼中利用这类信息。”

347. 对腐败做法的预防和刑事定罪必须得到使整个反腐工作其他部分得以开展的措施和机制的支持：侦查、起诉、惩治和遣返。在这方面，《反腐败公约》规定了对刑事定罪加以支持的一系列程序性措施。

348. 鉴于这些条文的长度和细节，本指南这一节将首先简要叙述所有主要要求，然后将进行逐条讨论。

349. 这些条文涉及对腐败罪的起诉及各国反腐败法律的执行，例如：

- (a) 取证标准、时效和腐败罪的审判规则（第 28 至第 30 条）；
- (b) 各国执法机关、反腐败专门机构和私营部门之间的合作（第 37 至第 39 条）；
- (c) 使用特殊侦查手段（第 50 条）；
- (d) 保护证人、受害人和举报人（第 32 和 33 条）；
- (e) 允许冻结、扣押和没收腐败所得和工具（第 31 条）；
- (f) 克服因适用银行保密法而可能产生的障碍（第 40 条）；

(g) 消除腐败行为的后果（第 34 条），包括对腐败造成的损害给予赔偿（第 35 条）。

主要要求概述

350. 缔约国必须确保根据本公约确立的犯罪的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际情况予以推定（第 28 条）。

351. 各缔约国必须就根据公约确定的犯罪规定一个较长的时限，并对被指控犯罪的人员已经逃避司法处治的情形适用该时效或规定更长的时效（第 29 条）。

352. 根据第 30 条，缔约国必须：

(a) 确保本公约所涉犯罪受到与其严重性相当的适当制裁（第 1 款）；

(b) 在给予公职人员豁免与在对本公约确立的犯罪进行有效侦查和起诉等能力之间保持平衡（第 2 款）；

(c) 根据本国法律和被告人的权利，确保判决前和上诉前的释放条件考虑到被告人在刑事诉讼中出庭的需要（第 4 款）；

(d) 在考虑已经被判定实施了有关犯罪的人的早释或者假释时顾及这种犯罪的严重性（第 5 款）。

353. 第 30 条还授权缔约国考虑或努力：

(a) 确保与起诉根据公约确定的犯罪有关的任何法律裁量权最大限度地提高对这些犯罪的执法效力并成为一种威慑（第 3 款）；

(b) 建立有关程序，得以对被指控犯罪的公职人员予以撤职、停职或者调职（第 6 款）；

(c) 建立有关程序，取消被判定实施了根据本公约确立的犯罪的人担任下列职务的资格：

(i) 公职；以及

(ii) 完全国有或者部分国有的企业中的职务（第 7 款）；

(d) 促进被判定实施了根据本公约确立的犯罪的人重新融入社会（第 10 款）。

354. 根据第 31 条，各缔约国均应当在本国法律制度的范围内尽最大可能建立必要的法律框架，以便能：

(a) 没收来自根据本公约确立的犯罪的犯罪所得或者价值与这种所得相当的财产（第 1 款第 (a) 项）；

(b) 没收用于或者拟用于根据本公约确立的犯罪的财产、设备或者其他工具（第 1 款第 (b) 项）；

(c) 辨认、追查、冻结或者扣押本公约所述犯罪的收益和工具，以便最终予以没收（第 2 款）；

(d) 冻结、扣押或者没收的财产的管理（第 3 款）；

(e) 对于部分或者全部转变的财产以及与合法获得的财产相混合的收益（达到所涉收益的价值）以及来自于该过程的好处或收入有权加以没收（第 4 至第 6 款）；

(f) 使法院或其他主管机构有权下令提供或者扣押银行记录、财务记录或者商业记录。银行保密不得作为拒绝履行的合理理由（第 7 款）。

355. 根据第 32 条并铭记某些被害人可能也是证人（第 32 条第 4 款），缔约国必须：

(a) 在其目前力所能及的范围内为证人提供有效的保护（第 1 款）。这可包括：

(i) 人身保护（第 2 款第 (a) 项）；

(ii) 在国内或向国外移管（第 2 款第 (a) 项）；

(iii) 作证的特别安排（第 2 款第 (b) 项）；

(b) 考虑订立向国外移管协定（第 3 款）；

(c) 在不违背本国法律的情况下，在刑事诉讼的适当阶段向被害人提供陈述意见和关切的机会（第 5 款）。

356. 第 33 条要求各缔约国考虑拟订有关措施，对向主管机关举报根据本公约确立的犯罪的人提供保护。

357. 第 34 条要求各缔约国消除腐败的后果。在这方面，缔约国适宜考虑废止或者撤销合同、取消特许权或撤销类似文书或者采取其他救济行动。

358. 第 35 条要求各缔约国确保由于腐败而遭受损害的实体或个人有权为获得损害赔偿而对责任人提起法律诉讼。

359. 第 36 条要求各缔约国根据本国法律制度的基本原则：

- (a) 确保其设有机构或者安排人员专职负责通过执法打击腐败；
- (b) 给予这类机构或者人员必要的独立性，以便能够在不受任何不正当影响的情况下有效履行其职能；及
- (c) 向这类机构或人员提供适当的培训和资源。

360. 根据第 37 条，各缔约国必须：

- (a) 采取适当措施，鼓励参与或者曾经参与本公约确立的犯罪的人：
 - (i) 提供有助于侦查和取证的信息；
 - (ii) 提供可能有助于剥夺罪犯的犯罪所得并追回这种所得的具体帮助（第 1 款）；
- (b) 对于在根据本公约确立的犯罪的侦查或者起诉中提供实质性配合的被告人，考虑允许减轻处罚（第 2 款）；
- (c) 对于提供实质性配合的人，考虑就允许不予起诉的可能性作出规定（在未就检方自由裁量权作出规定的制度中，这可能需要加以立法）（第 3 款）；
- (d) 向这类人员提供同给予证人的保护相同的保护（第 4 款；另见第 32 条）。

361. 第 38 条要求各缔约国采取措施，鼓励本国公共机关和执法机关之间的合作。这种合作可以包括：

- (a) 在有合理的理由相信发生了根据第 15 条（贿赂本国公职人员）、第 21 条（私营部门内的贿赂）和第 23 条（对犯罪所得的洗钱行为）确立的犯罪时向执法机关举报；或

(b) 根据请求向上述机关提供一切必要的信息。

362. 第 39 条要求各缔约国：

(a) 均应采取措施,根据本国法律鼓励本国私营部门的机关(尤其是金融机构)和执法机关就根据本公约确立的犯罪的实施进行合作(第 1 款);

(b) 考虑鼓励本国国民以及惯常居民向本国执法机关举报此类犯罪的实施情况(第 2 款)。

363. 第 40 条要求各缔约国确保在对根据本公约确立的犯罪进行国内刑事侦查时,本国法律制度中有适当的机制可以用以克服因银行保密法而产生的障碍。

364. 最后,各缔约国可允许考虑在另一国根据本国刑事诉讼程序对被指控罪犯作出有罪判决(第 41 条)。

强制要求: 采取立法措施或其他措施的义务

365. 本公约这一节涉及有助于有效查明、逮捕、起诉、审判和惩处腐败做法涉案人的一系列条文和措施。出于这些目的及为了确保伸张正义并防止罪犯享有其不当行为的成果,在对损害提供赔偿的同时,采取目的在于查明并扣押犯罪所得的措施至关重要。在这方面,对证人、受害人和协助调查或起诉根据本公约而确定的犯罪的其他人提供适当的保护也是有益和必要的。最后,实现所有这些目标的唯一途径是,不仅应当在有关的公共当局之间,而且还应当在国家主管机关与私营部门之间在本国和国际上开展合作。

366. 还必须结合有关预防腐败(见本指南第二章)和国际合作(见第四章)的条文来看待本节中所讨论的条文。如果要以求实的态度实现公约的一条基本原则,即资产追回原则(见第五章),就必须在地方和全球层面统一协调上述所有努力。

367. 以下各段逐条论述有关根据本公约所确定的犯罪的执法的条文，在阅读这些段落时，必须铭记这一点。

(a) 作为犯罪要素的明知、故意或者目的

368. 第 28 条规定，根据本公约确立的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素可以根据客观实际情况予以推定。国家起草人应确保本国取证条文得以就罪犯的心理状态作出此类推定，而不要求在认定其心理状态之前提供供词等直接证据。

(b) 时效

369. 根据第 29 条，各缔约国均应当在本国法律中酌情规定一个较长的时效，以便在此期限内对根据本公约确立的任何犯罪启动诉讼程序，并在对被指控犯罪的人员已经逃避司法处置的情况下确定更长的时效或者规定暂停计算时效。

370. 总的来说，此种时效为向被告提起诉讼程序规定了时限。许多国家并无此种时效，而另一些国家全面实施这些时效或规定了有限的除外情况。这一条文的基本考虑是做到平衡兼顾，既要有利于迅捷的司法和断案以及对被害人和被告的公正，又要承认腐败罪的发现和确定通常需要有很长的时间。⁴⁷ 在国际案件中，还需要有司法协助，而这可能会造成进一步的延迟。各国在时效起算日期及如何计算时效上做法不一。举例说，在有些国家，时限从犯罪的实施被公开之日起算（举例说，提出申诉或发现、举报犯罪的时间），或者从被指控人被捕或被引渡或者可能被命令出庭受审开始计算。

371. 凡实行此种时效规定的，其目的主要是阻止检察机关或民事案件中的原告延误行事，照顾到被告的权利并在结案和迅捷司法

⁴⁷ 许多法律制度和国际公约还列入了不得无故延迟审判的条款（例如见《公民权利和政治权利国际盟约》（大会第 2200 A (XXI) 号决议，附件）第 14 条第 3(c) 款）。

方面维护公众利益。长期拖而不决，结果通常是证据丧失、记忆不清及法律和社会情况发生变化，所有这些都可能造成一定程度的不公正。不过，必须平衡兼顾各种相竞利益，而且各国对时效期的规定也大相径庭。尽管如此，即便将罪犯绳之以法费时较长，也不得对严重犯罪不加惩治。这一点对处理逃犯尤为重要，因为提起诉讼程序是否出现延迟，非当局所能控制。腐败案件的侦查可能费时较长，而确立事实则费时更长。

372. 出于这个原因，本公约要求订有时效的缔约国对根据本公约确立的任何犯罪规定较长的时效，并对被指控犯罪的人员已经逃避司法处置的情形确定更长的时效。这些条文与《有组织犯罪公约》中的规定类似（见第 11 条第 5 款）。不过《反腐败公约》对于逃避司法处置的情形增设了可暂停计算时效的选择。

373. 为执行本条文，缔约国既可对现行时效的长短进行审查，也可对计算方法进行审查。第一种做法通常十分复杂，其原因是这种方法可能要求对包括制裁在内的各种程序性规则和实体性规则进行修改。在有些情况下，只须对计算方法进行审查（或对这种方法作出权威性解释）就足够了。举例说，起诉的时间可以从发现犯罪时起算，而不是从实施犯罪时起算。

374. 第 29 条不要求未设定时效的缔约国规定时效。

(c) 起诉、审判和制裁

375. 统一协调有关腐败的法律条文、对犯罪展开侦查、查明并逮捕犯罪人、设法确认管辖权并促进顺利协调国家和国际努力，均是全球打击严重犯罪共同战略的不可或缺的组成部分。然而这些还不够，毕竟上述所有这些已然存在，因此还有必要确保对世界各地犯罪的人的起诉、处理和制裁与这些犯罪所造成的损害以及与犯罪人从其犯罪活动中所得到的好处具有相当的对称性和一致性。

376. 各法域对类似犯罪规定的刑罚差别很大，反映出各国在传统、优先次序和政策上的区别。不过，至关重要的是必须确保国际社会至少应当实施最低限度的威慑，以避免造成即便被定罪某些类型犯罪还是“值得的”的印象。换言之，制裁必须明显超过犯罪的好处。因此，除协调统一实质性条文外，各国还必须相应地就起诉、审判和惩治问题作出努力。

377. 已经针对具体犯罪采取了这方面的国际举措，例如《有组织犯罪公约》（第 11 条）、1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和《联合国非拘禁措施最低限度标准规则》（东京规则）（大会第 45/110 号决议，附件）。

378. 第 30 条涉及反腐败斗争的这一重要方面，并且是对以下有关条款的补充：法人责任（第 26 条）、犯罪所取得的冻结、扣押和没收（第 31 条）和资产的追回（第五章）。该条要求各缔约国在就适当惩治及早释或假释的可能性作出决定时认真考虑到根据公约所确立的犯罪的严重性。它还要求各缔约国努力确保利用本国法律所赋予的任何自由裁量权震慑这些犯罪。第 30 条还要求各缔约国在其公职人员所享有的豁免与其侦查和起诉腐败罪的能力之间保持适当的平衡。

379. 人们通常认为老奸巨滑的腐败分子可能会逃离对其提起法律诉讼的国家。为此原因，公约要求各缔约国在不违背本国法律和被告人的权利的情况下采取措施，以确保被指控实施了根据本公约而确立的犯罪的人在刑事诉讼中出庭。这与在审判或上诉前释放被告的决定是有关的。

380. 此外，第 30 条要求酌情并在不违背本国法律基本原则的情况下考虑采取针对被指控或被定罪的公职人员的措施。该条要求各国为促进已被判定实施了根据本公约所确立的犯罪的人重新融入社会而做出努力。

381. 第 30 条载有强制和非强制条文，以下逐条论述。

(i) 强制要求

382. 《反腐败公约》要求各缔约国使根据本公约确立的犯罪的实施受到与其严重性相当的制裁（第1款）。

383. 对根据本公约确立的犯罪的惩治力度将由各缔约国自行决定，但是其惩治必须与犯罪的严重性相当。第30条第9款确认了在这方面本国法律占主导地位。各缔约国还必须努力确保在起诉、审判和教养方面的实际做法与决定将会考虑到犯罪的严重性质及震慑犯罪实施的必要性。⁴⁸ 公约还明确规定，本条文将不影响主管部门对公务员行使纪律处分权（第30条第8款）。

384. 这一要求为一般要求，同时适用于自然人和法人。如上文所述（见第三.B.3节，有关法人的责任），第26条第4款载有关于法人的其他更为具体的规定，这些规定要求各缔约国确保使依照该条应当承担责任的法人受到有效、适度而且具有警戒性的刑事或者非刑事制裁，包括金钱制裁。

385. 本着同样的公平和震慑精神，公约鼓励有一个严格的定罪后机制，第30条第5款要求各缔约国在考虑已经被判定实施了根据本公约所确立的犯罪的人的早释或者假释可能性时，顾及这种犯罪的严重性。⁴⁹

386. 第2款要求各缔约国根据本国法律制度和宪法原则建立或者保持这样一样适当的平衡：既照顾到为公职人员履行其职能所给予

⁴⁸《有组织犯罪公约》缔约国中的国家起草人如果希望将该公约适用于公约未具体提及的腐败犯罪的话，则为了使该犯罪得以被视为“严重犯罪”，就必须规定至少剥夺四年自由的最高处罚。

⁴⁹许多法域都允许被监禁的罪犯早释或假释，而另外一些法域完全禁止这种做法。如果缔约国本国制度未就此作出规定，《反腐败公约》不要求这些国家执行这样的计划。不过公约促请已规定早释或假释的缔约国考虑在铭记犯罪严重性的同时考虑增加合格期的最低期限，为此可顾及国内法律或其他公约所列举的任何可使罪行加重的情节。

的豁免或者司法特权，又照顾到在必要时对根据本公约确立的犯罪进行有效的侦查、起诉和审判的可能性。

387. 腐败公职人员一旦得以逃脱对其严重犯罪的责任以及侦查或起诉，就会对整个反腐战略的正当性、公众对正义的看法、私营企业的运作和国际合作造成相当大的损害。第 30 条第 2 款的目的是尽可能消除或防止这种情况的出现。

388. 解释性说明表明这样一种认识，在法律和实践中将会建立或维持第 30 条第 2 款所述的适当平衡（A/58/422/Add.1，第 34 段）。

389. 根据第 30 条第 4 款，就本公约所涉犯罪而言，各缔约国均应当根据本国法律并在适当尊重被告人权利的情况下采取适当措施，力求确保就判决前或者上诉期间释放的裁决所规定的条件已经考虑到确保被告人在其后的刑事诉讼中出庭的需要。根据解释性说明，“判决前”一词被视为包括侦查阶段（A/58/422/Add.1，第 35 段）。

390. 一些腐败分子所从事的非法交易可能产生巨额利润。因此，被告可能会拥有大量资源，其结果是他们可能会提出保释并避免在判决或上诉前遭到拘禁。保释所具有的威慑力就会相应地削弱。因此，各国起草人必须考虑到执法工作可能因此而受到损害的危险。第 30 条第 4 款提及对判决前和上诉期间释放的利用有失谨慎的风险，并要求各国根据本国法律和被告人的权利采取适当措施确保被告不致潜逃。

(ii) 非强制要求

391. 第 30 条第 3 款要求在因根据本公约确立的犯罪起诉某人而行使本国法律规定的任何法律裁量权时，各国均应当努力确保针对这些犯罪的执法措施取得最大成效，并适当考虑到震慑这种犯罪的必要性。

392. 本条文述及在某些国家存在的控方裁量权。这些国家必须努力鼓励尽可能适用法律以震慑实施根据本公约所确立的犯罪。

393. 在符合本国法律制度基本原则的范围内，各缔约国必须考虑建立有关程序，使有关部门得以对被指控实施了根据本公约确立的犯罪的公职人员酌情予以撤职、停职或者调职，但应当尊重无罪推定原则（第30条第6款）。

394. 第30条的下一个条文述及对已定罪的犯罪的人所产生的进一步后果。各缔约国均应当在符合本国法律制度基本原则的范围内，根据犯罪的严重性，考虑建立程序，取消被判定实施了根据本公约确立的犯罪的人担任公职或者在完全国有或者部分国有的企业中任职的资格（第30条第7款）。取消这类资格可以通过法院令或其他适当手段进行。取消资格的也将由各缔约国根据本国法律自行决定。

395. 最后，本公约承认，一如对待因其他种类不正当行为而被判定有罪并受到惩处的人的做法，重新融入社会是管制制度的一个重要目标。因此，各缔约国必须努力促进被判定实施了根据本公约确立的犯罪的人重新融入社会（第30条第10款）。

(d) 冻结、扣押和没收

396. 将获取非法暴利的行为定为刑事犯罪，还不足以惩治或震慑罪犯。即便遭到逮捕和被定罪，其中一些罪犯仍然能够将其非法所得用于个人或其他目的。尽管实施了一些制裁，但还是存在这样的看法，在这类情况下犯罪是合算的，各国政府无力消除从事腐败行为的动力。

397. 有必要采取实际措施，使犯罪的人无法从其犯罪中获益。其中最重要的方法之一是确保各国具有强有力的没收机制，得以辨认、冻结、扣押和没收非法获取的资金和财产。还必须有专门的国际

合作机制，以便使各国得以执行外国冻结和没收令状，并且能够最为适当地使用被没收的收益和财产。

398. 在不同的法律体系所使用的方法和做法上存在着很大的区别。有些法律体系选择以财产为基础的制度，另外一些法律体系赞成以价值为基础的制度，还有一些是将这两种合二为一。第一种做法允许没收被认定为犯罪所得或犯罪手段的财产，犯罪手段是指用于实施犯罪的财产。⁵⁰

399. 第二种制度允许确定犯罪所得和犯罪手段的价值并对同等的价值予以没收。⁵¹ 有些国家允许在某些情况下（例如，在所得已被犯罪人所使用、销毁或隐匿的情况下）按价值予以没收。⁵²

400. 尽管这些制度都要求把定罪作为先决条件，但定罪以后的诉讼程序通常属于民事性质的诉讼程序，举例说，这种程序要求使用民事取证标准。

401. 其他不同的做法涉及可实行没收的一系列犯罪，要求对犯罪的人事先进行定罪，⁵³ 必需的取证标准（在刑事或更低的民事一级），⁵⁴

⁵⁰ 这种模式侧重于“赃物”。举例说，在加拿大，有关财产构成犯罪所得的，而且被定罪的犯罪是针对这些所得而实施，则负责量刑的法官可下令没收这些财产。即便法院对财产是否关涉具体犯罪没有把握，但如果对财产系犯罪所得无合理怀疑，则法院也可下令没收财产。由于该制度专门针对财产，如果无法确定财产所在地，财产已经转移给第三方，不在本国境内，已大幅度贬值或与其他财产相混合，则法院也可下令施以罚款。

⁵¹ 以“价值”为基础的没收制度源自大不列颠及北爱尔兰联合王国。根据这种制度，法院可对因具体犯罪而被定罪的犯罪人的“所得”进行计算。在确定了累积所得以后，法院即可对被告的偿付能力进行评估（即，被告资产可加以变现的金额的价值）。根据这些计算，法院可下达“没收”令状，没收所得或可变现资产，以数额较低的为准。

⁵² 有些国家（如澳大利亚）采用了联合制度，允许下达有关“所得”的令状并没收赃物。

⁵³ 某些国家就被告死亡或潜逃而未作定罪即予没收的规定有所限定。不过越来越多的国家采用了单独的制度，独立于以刑事定罪为基础的没收，允许通过针对财产本身的民事诉讼程序没收资产，而无需将任何人判定为犯罪（如哥伦比亚、德国、南非和美国）。

⁵⁴ 有些法域对取证责任倒置的自由裁量权作了规定，根据这种规定，犯罪的人必须反过来证明财产的合法来源（如中国香港特别行政区）。

是否及在何种条件下可以对第三方财产加以没收以及没收犯罪所得或工具的权力。⁵⁵

402. 显然需要采取兼融并蓄的做法和启用更具全球性的做法。为此目的,《反腐败公约》有三项条款专门讨论这个问题。公约第31、55和57条涵盖辨认、冻结、没收及尤为重要的追回腐败行为所得和手段的国内和国际诸方面。

403. 值得指出的是,各缔约国通过了一般性资产没收和国际合作法规,即可执行其他公约的许多关键条文,例如《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、《有组织犯罪公约》和其他腐败问题公约。

404. 《反腐败公约》和《有组织犯罪公约》都在第2条第(d)-(g)项下对“财产”、“犯罪所得”、“冻结”、“扣押”和“没收”等用语界定如下:

(a) “财产”系指各种资产,不论是物质的还是非物质的、动产还是不动产、有形的还是无形的,以及证明对这种资产的产权或者权益的法律文件或者文书;

(b) “犯罪所得”系指通过实施犯罪而直接或间接产生或者获得的任何财产;

(c) “冻结”或者“扣押”系指依照法院或者其他主管机关的命令暂时禁止财产转移、转换、处分或者移动或者对财产实行暂时性扣留或者控制;

(d) “没收”,在适用情况下还包括充公,系指根据法院或者其他主管机关的命令对财产实行永久剥夺。

405. 第31条要求各缔约国在本国法律制度的范围内尽最大可能采取必要的措施,以便能够没收本公约所涵盖的犯罪的所得、犯罪所得的同等价值及犯罪手段,并对这类财产的管理进行规范。⁵⁶

⁵⁵ 另见反洗钱金融行动特别工作组有关资助恐怖分子的第九条特别建议中的建议三(冻结和没收恐怖分子的资产)及其相关的解释性说明以及安全理事会有关资助恐怖主义的第1267(1999)、1373(2001)和1377(2001)号决议。

⁵⁶ 据指出,经合组织《反贿赂公约》要求缔约方在无法扣押和没收的情况下对可比价值的金钱制裁作出规定。

“在本国法律制度的范围内尽最大可能”这一用语意在反映不同的法律体系在执行本条所规定的义务上存在的差异。不过预计各国完全有能力遵行第31条的规定。第31条还规定各缔约国有义务得以辨认、追查、冻结和扣押有关物品，以便予以没收和追回。此外，该条规定各缔约国有义务使法院或其他主管机关有权下令提供银行记录和其他证明，以便利此种辨认、冻结、没收和追回。⁵⁷

406. 与《反腐败公约》类似的详细条文载于《有组织犯罪公约》（第12-14条），《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（第5条），《制止向恐怖主义提供资助国际公约》（大会第54/109号决议，附件），安全理事会第1373(2001)号决议和欧洲委员会《关于犯罪所得的洗钱、追查、扣押和没收问题的公约》。已经颁布法律执行其作为这些公约缔约国所承担之义务的国家可能不需要为满足《反腐败公约》的要求而作重大修订，⁵⁸但追回资产这一重大的创新做法除外（见下文第五章）。

407. 相反，各国将由于执行《有组织犯罪公约》的各项条文而更接近于同其他公约保持一致。

408. 同时，第31条重申了这样的原则，即该条所涉措施应根据缔约国国内法的规定并在不违反这些规定的情况下加以确定和实施。

(i) 强制要求

409. 第31条载述了创设得以对犯罪所得加以没收和扣押的权力的主要立法义务。⁵⁹

⁵⁷此外，各缔约国必须确保对警察、检察人员和司法机关进行适当的培训。缺乏培训已被确定为影响在这一复杂领域有效执法的主要障碍（在这方面见《反腐败公约》第60条（培训和信息交流），第1款第(e)-(g)项和第2款）。

⁵⁸此外，反洗钱金融行动特别工作组的四十条建议就犯罪所得的辨认、追查、扣押和充公手段向各国提供了指导。

⁵⁹《反腐败公约》第55条述及国际合作，而第57条就资产返还作了规定。

410. 得以没收和扣押的实质性义务载于第 31 条第 1 款和第 3 至 6 款，而追查资产下落、掌握并管理资产的程序性权力载于其余各款。还特别提到了对第三方权利加以保护的重要问题。

a. 实质性义务

411. 第 31 条第 1 款第 (a) 项要求各缔约国在本国法律制度的范围内尽最大可能得以没收：

(a) 来自根据本公约确立的犯罪的犯罪所得或者价值与这种所得相当的财产；

(b) 用于或者拟用于根据本公约确立的犯罪的财产、设备或者其他工具。⁶⁰

412. 考虑到本公约有关追回资产的“基本原则”，第 31 条第 3 款规定各缔约国有义务对本条第 1 和 2 款中所涉被冻结、扣押或没收的财产的管理进行规范。《有组织犯罪公约》等此前载有非常类似要求的文书中未有此种规定。因此，即使是《有组织犯罪公约》缔约国也可能需要颁布法律或对现行法律加以修订才能满足这一义务。

413. 必须指出的是，没有强有力的国内禁制和没收规定，就不可能在资产没收和追回上开展卓有成效的国际合作。从执行其他公约及各国国内的经验来看，通常证明资产管理极为重要。

414. 第 31 条第 4 和第 5 款所涵盖的情形是，犯罪所得或工具的来源可能无法立即查清，因为罪犯已经将它们与合法所得混合或将其转换成其他形式，因此更加难以查明。这些条款要求缔约国保证能够在估定价值的范围内没收这种其所得已经被转换的财产以及已经被混合的犯罪所得。

⁶⁰《有组织犯罪公约》第 12 条的解释性说明载有相同措词，该说明指出，“用于或拟用于”一语意在表示一种其性质可被看作等同于图谋犯罪的意图（A/55/383/Add.1，第 22 段）。

415. 解释性说明指出，第5款中的条文意在作为一种最低界限，缔约国立法时可以自行超越此种界限（A/58/422/Add.1，第36段）。

416. 第31条第6款还规定，任何收入或其他利益，只要来自这类犯罪所得、来自由这类犯罪所得转变或者转换而成的财产或者来自已经与这类犯罪所得相混合的财产，也应适用本条所述措施，适用的方式和程度与犯罪的所得处置相同。

417. 因此，缔约国必须确保一并没收利用犯罪所得进行投资而产生的收入或者其他利益。⁶¹

418. 许多国家通过颁布执行《有组织犯罪公约》和《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的立法已经对跨国有组织犯罪和包括腐败在内的具体犯罪采取了此类措施。这些国家需要对这些立法进行审查，以确定其是否需要修改才能在根据《反腐败公约》确立的犯罪以及在被没收犯罪所得的管理和返还等方面保持一致。

b. 对提供程序方面的权力的义务

419. 全面执行第31条（以及第55和57条）所需的侦查能力将在很大程度上取决于非立法措施，例如确保执法机构和检察人员受到适当的培训并得到充分的资源。然而在大多数情况下还需要通过立法确保有充分的权力来支持用以查明和辨认资产并将它们与有关犯罪联系起来所必需的追查和其他调查措施。罪犯在意识到自己已经受到侦查或指控时将试图隐藏财产，使其不受执法行动的影响。老奸巨滑的腐败官员早在开展此类侦查以前就会采取此种行动。如果在罪犯转移这种财产时没有追查这种财产的能力，执法努力便会受到挫折。

420. 第31条第2和7款所要求的立法涉及：

(a) 为了能够辨认、追查、冻结或扣押犯罪所得或其他财产所必需的措施（第31条第2款）；

⁶¹ 对《有组织犯罪公约》中的相同措词所作的解释性说明指出，“其他利益”一词旨在包括应予没收的物质利益以及可以强制执行的合法权益（A/55/383/Add.1，第23段）。

(b) 法院或其他主管当局有权命令提供或扣留银行、财务或商业记录（第 31 条第 7 款）。

421. 第 31 条第 7 款规定了为便于执行第 31 条其他条文和第 55 条（没收事宜的国际合作）而应在程序法方面达到的要求。该款要求缔约国确保对银行记录、金融记录（例如其他金融服务公司的记录）以及商业记录（如房地产交易记录及轮船公司、货运代理以及保险商的记录）实行强制交出办法（例如下达强制交出令），并以搜查、扣押或类似的手段确保为执行第 31 和 55 条所要求的措施而向执法官员提供这些记录。同一款确立了这样的原则，即各国不能以银行保密为由而不执行该款。从下文可以看出，《反腐败公约》在司法协助问题上适用了同样规则（见第 46 条第 8 款；另见公约第 55 条和本指南第四 . C 节）。

422. 这些措施又与《有组织犯罪公约》和 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》非常类似。因此，许多国家可能已经在为执行 1988 年公约立法时订有这样的措施，至少是就毒品犯罪制订了这样的措施。有关国家需要对这种立法进行审查，以便确保其涵盖根据《反腐败公约》确定的犯罪。

c. 第三人

423. 第 31 条第 9 款规定不得对扣押和充公规定作损害善意第三人权利的解释，善意第三人至少应包括那些对有关犯罪或者与犯罪分子之间的联系不知情的人。

424. 没收制度本意是要构成对个人经济权益的干涉。因此，应当特别注意确保各缔约国所制定的这种制度维护有可能在有关财产中拥有权益的善意第三人的权利。⁶²

⁶²对《有组织犯罪公约》对等条文（第 12 条）的解释性说明指出，对第 12 条的解释应考虑到国际法的原则，即属于一外国的非商用财产未经该外国同意不得没收（A/55/383/Add.1，第 21 段）。同一说明接着指出，《有组织犯罪公约》的意图不是要限制适用于外交豁免权或国家豁免权的规则，包括国际组织的豁免权。

(ii) 选择性问题

举证责任

425. 在设定下令没收和充公的司法权时，各国起草人应考虑到与所适用的举证责任相关的问题。在有些制度下，没收被认为是一种民事事项，势必要权衡可能性标准。而在另一些制度下，没收被认为是一种刑事惩罚，对其应适用没有任何合理怀疑的更高标准，而且在有些情况下宪法或其他人权标准可能也要求对其适用这种更高标准。

426. 在某种程度上，这可能取决于在有关的刑事起诉是否已经作出了一项或数项定罪。由于这要求根据较高的刑事取证标准作出实施犯罪的司法裁决，因此，在随后的没收程序中，可以在有关财产是否来自、用于或拟用于所实施的犯罪的问题上适用较低的民事标准。

427. 第 31 条第 8 款表明，缔约国似宜考虑将举证责任转给被告，由其来证明所指称的犯罪所得实际上来自合法途径。由于各国可能在宪法和其他方面对举证责任的这种转移加以限制，因此仅要求各国在不违反本国的基本法律原则的情况下考虑执行这一措施。

428. 同样，立法起草人似可考虑采用某些法律制度的有关做法，不要求以刑事定罪作为取得没收令的前提，而规定在程序中适用以较低的举证责任为根据的没收办法。例如，爱尔兰和联合王国的法律就规定了这样一种制度，规定剥夺财产的举证责任要低于剥夺自由所要求的责任。⁶³

⁶³根据爱尔兰的《犯罪所得法》，高等法院在得到申请后可扣押涉嫌来自犯罪活动的资产。在无事先定罪或没有（民事上诉人）从事犯罪活动的证据的情况下即可下令扣押，民事上诉人为反驳这种指控必须证明其可疑的并且未作解释的财富来源正当。意大利第 575 号法律第 2 条之三规定在以下情况下可扣押涉嫌参与被视与黑社会结盟的任何人所直接或间接拥有的财产，即财产的价值似乎与其收入或经济活动不成比例或根据现有证据有理由声称所指称的财产系不法活动的收益。若对财产的合法来源未作令人满意的解释即可将扣押的财产予以没收。美国充公法提出了针对财产本身的“民事诉讼”概念，允许在权衡各种可能性的情况下证明其非法来源。

429. 最后, 第 31 条第 10 款规定, 本条的任何规定概不影响其所述各项措施应当根据缔约国法律规定并以其为准加以确定和实施的原则。因此, 《反腐败公约》承认, 由于各国国内法律制度千差万别, 缔约国不但没有义务通过遵行任何特定的模式来执行第 31 条的规定, 反而可以在符合本国法律框架的情况下灵活地履行其义务。

(e) 对证人、专家、被害人和举报人的保护

430. 第 32 和 33 条 (以及第 35 条) 述及对证人的保护, 因此是对有关预防公私营部门腐败、妨害司法、没收和追回犯罪所得以及在国家和国际层面开展合作等工作的一种补充。除非人们能自由地向当局作证并提供其专门意见、经验或知识, 否则公约的所有目标都会受到损害。

431. 因此, 缔约国有权在其力所能及的范围内根据本国法律制度针对证人、被害人和专家可能受到的报复或恐吓采取适当措施。公约还鼓励各国制定程序性规则和取证规则, 加强这些保护并对善意向主管机关举报腐败行为的人提供某些保护。

432. 腐败通常使整个社会和国际社会均受到损害。可能也有个人因腐败行为而受害的情形。《反腐败公约》承认必须减轻腐败对个人、集团或组织造成的影响并要求各缔约国采取措施保护被害人免遭报复或恐吓, 并确保实行赔偿和补偿程序。此外, 各缔约国还应在符合本国法律原则和不损害被告权利的情况下考虑被害人的意见。

主要要求概述

433. 考虑到有些被害人也可能是证人, 所以要求各国:

(a) 在力所能及的范围内为证人和专家提供有效的保护。其中可包括:

- (i) 人身保护；
- (ii) 转移到本国其他地方或国外；
- (iii) 允许不披露证人身份或下落；
- (iv) 为提供证据作出特别安排；

(b) 设立适当程序，使公约所涵盖的犯罪的被害人有机会获得赔偿和补偿；

(c) 在符合本国法律的情况下使被害人有机会在刑事诉讼的适当阶段表明自己的意见和关切；

(d) 考虑与其他国家订立移管协定；

(e) 考虑采取措施，保护向主管部门善意举报腐败罪的人。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

434. 第 32 条第 1 款规定，各缔约国均应当在其力所能及的范围内采取适当措施，为就根据本公约确立的犯罪作证的证人并酌情为其亲属及其他与其关系密切者提供有效的保护，使其免遭可能的报复或者恐吓。

435. 这些措施可包括：

(a) 设立为这种人提供人身保护的程序，例如将其转移并允许不披露或者限制披露有关其身份和下落的资料(第 32 条第 2 款第 (a) 项)；

(b) 规定允许以确保证人安全的方式作证的取证规则(第 32 条第 2 款第 (b) 项)。

436. 这些规定还适用于作为证人的被害人(第 32 条第 4 款)。

437. 这些要求是强制要求，但只有在适当、必要、不影响被告权利并且是在有关缔约国力所能及的范围内的情况下方可适用。

438. 这就是说，为证人提供有效保护的义务限于特殊情况或规定的条件，但须以执行这些规定的缔约国认为这些手段适当为准。举例

来说，允许官员有自由裁量权，对各种情况下的威胁或风险进行评估并予以相应的保护。提供保护的义务也只有在这种保护力所能及及时才产生，例如有关缔约国所掌握的资源和技术能力。

439. 值得注意的是，一些花费不大的措施可能就足够了，例如在某组织内部转移或转往另一个组织。其他备选办法包括管束令，这种办法可能十分有益和有效。所准许的保护力度和范围将取决于证人或被被害人所作贡献的重要性、案件的性质、所涉人员的类型及其他有关联的各种因素。

440. 虽然并未对“证人”这一用语下定义，但第 32 条将适用这一义务的证人的范围限于就根据本公约确立的犯罪作证的证人并酌情包括其亲属及其他与其关系密切者。

441. 如果作狭义的解释，这将仅适用于实际已作证或显然将会作证的情况，不过，关于保护证人免遭可能的报复的要求可能导致更宽泛的解释。

442. 已建立证人保护制度的国家的经验表明，为了保证有充分的保护以确保证人愿意在侦查和起诉方面进行配合，需要放宽这一要求的实施办法。除了已实际作证的证人外，保护制度通常应争取就下列情况提供保护：

(a) 保护配合或协助侦查的人，直至显然将不会要求其作证之时为止；及

(b) 保护提供了相关信息的人，但出于对举报人或其他人安全的考虑而不要求将其作为证言或不在法庭上使用。

443. 因此，立法人似宜制订适用于下列人等的规定：该人掌握或可能掌握与腐败罪侦查或起诉有关或可能有关的信息，而不论这种信息是否作为证据提出。

444. 应该指出的是，这一义务还适用于对参与或曾经参与根据本公约而确定的犯罪但后来配合或协助执法的人的保护，而不论其是否为证人（见第 37 条第 4 款）。

445. 视各缔约国宪法及其他法律要求的不同，在可以用什么办法执行第 32 条的问题上可能存在着两个重大限制。两者都涉及被指控犯罪的人的基本权利。因此，第 32 条第 2 款规定所实施的措施不应影响被告的权利。例如，在有些国家，在证人不实际到场的情况下或在媒体和被告无法看到其身份的情况下作证的做法，可能要同准许被告有权与原告对质的宪法规则或其他规则加以协调。另一个例子是，有些国家的宪法或其他基本法律规则包括这样的要求：无论是检察官所拥有的所有信息，还是各种可为被告开脱罪责的信息，都应予以披露，以便能够对指控进行充分的抗辩。这种信息可能会包括为了准许进行适当的盘问而需要的证人的个人资料或身份。

446. 在这些考虑与出于安全原因而采取的保护证人身份资料或其他信息的措施发生冲突时，可能会要求法院构想针对各种案件的具体解决办法，以便既符合与被告权利有关的基本要求，又不致披露足以查明敏感侦查来源或危及证人或举报人的信息。可以考虑就确立和限定这种案件中的司法裁量权进行立法。有些备选办法包括以下措施：

(a) 对披露义务的法定限制，在确定存在一定程度的基本风险的情况下适用；

(b) 审查和编辑书面材料的司法裁量权，籍此决定哪些内容不应披露，哪些内容可以删除；

(c) 对敏感证据实行非公开听讯，可以不准许媒体和其他观察人士出席。

447. 证人保护的某些要素可能与妨害司法罪（第 25 条）有关，妨害司法罪包括对证人使用暴力、威胁和恐吓手段。

448. 第 32 条第 5 款规定各缔约国均应当在不违背本国法律的情况下，在对罪犯的刑事诉讼的适当阶段，以不损害被告权利的方式使被害人的意见和关切得到表达和考虑。

449. 在尚无这种机会的国家，可能需要对有关审判程序的法律进行修正。

450. 这种立法应考虑到以下几个因素：

(a) 这一义务仅适用于公约所涵盖的犯罪的被害人；

(b) 寻求表达自己意见和关切的人是否是这类犯罪的被害人，通常是一个要由审理案件或进行诉讼的法院来决定事实问题。如果给予被害人在法院就犯罪是否实际发生及是否判定被告实施了该犯罪作出最后决定之前出庭的机会，立法就应当规定法院可以准许根据被害人的要求允许其参与，但法院不得作出任何影响案件最终结果裁定。如果只是准许被害人在被告已被定罪的情况下在判刑之前或之后出庭，则不会出现这一问题；

(c) 立法不仅应允许被害人以某种形式表达关切，还应要求法院对这种关切实际予以考虑；

(d) 这一义务要求使关切得以表达，形式可包括书面呈件或口头陈述。如果被害人善于表达，后一种形式可能更为有效。但是被害人通常并不是有充分准备或有诉讼代理人的，而且还存在着一种向决定事实事项的人披露不可作为证据接受的信息的危险。在有外行人士（如陪审团）参加的诉讼中，以及在最后判定有罪之前可能作出陈述的情况下，这个问题尤其令人关注；

(e) 这一义务要求允许在适当阶段以不影响被告权利的方式参与。这可能需要有所预防，以确保被害人不致披露以下几种信息：即因损害辩护权利而被排除在证据之外的信息或者有可能损害基本的公平审判权的信息。许多允许被害人（不是作为证人）出庭的国家认为，唯一的适当阶段是在定罪之后出庭。如果需要被害人提供证据，则要求其作为普通证人到场。如果被告被宣布无罪，则被害人的陈述也就无关紧要了。但是，如果被告被判有罪，则犯罪对被害人造成哪些影响，这方面的信息对判刑往往十分重要。

任择要求：需加以考虑的义务

451. 第 32 条第 3 款规定，缔约国应当考虑与其他国家订立有关本条第 1 款所述人员的移管的协定或者安排。本条文也适用于作为证人的被害人（第 32 条第 4 款）。

452. 第 33 条规定，各缔约国均应当考虑在本国法律制度中纳入适当措施，以便对出于合理理由善意向主管机关举报涉及根据本公约确立的犯罪的任何事实的任何人员提供保护，使其不致受到任何不公正的待遇。

453. 这方面重要的措施包括职业保护、提供心理支助、建立认可举报做法的制度、同一组织内部的转移及移转到另一个组织。

454. 因此，《反腐败公约》承认察觉或以其他方式接触到腐败做法的人作出有益贡献的可能性。在这种情况下，应考虑对以合理的理由向有关主管部门善意举报涉及腐败罪的行为的人提供保护。

(f) 腐败行为所造成的后果

455. 《反腐败公约》既然提出了在预防、执法和资产返还方面的目标，就要考虑腐败所造成的经济、社会影响或其他影响。为此原因，第 34 条载有缔约国采取措施消除腐败所造成的后果的一般性义务。

456. 在采取这些措施时必须适当考虑到第三人以善意方式并根据各缔约国本国法律中基本原则而获得的权利。

457. 第 34 条就此建议各缔约国似宜在法律程序中把是否存在腐败视为以下情形的一个相关因素：

- (a)* 废止或撤销合同；
- (b)* 取消特许权或撤销其他类似文书；或
- (c)* 采取其他任何救济行动。

(g) 损害赔偿

458. 与第 34 条密切相关的是确保根据本公约所确立的犯罪的被害人能够得到赔偿和补偿。

459. 因此，第 35 条规定各缔约国均应当根据本国法律的原则采取必要的措施，确保因腐败行为而受到损害的实体或个人有权为获得赔偿而对该损害的责任人提起法律程序。

460. 这并不是要求应当向被害人提供赔偿或补偿的保证，但立法或其他措施必须提供可据以寻求或要求赔偿或补偿的程序。

461. 一项解释性说明指出，“实体或人员”一语被视为包括国家以及法人和自然人（A/58/422/Add.1，第 37 段）。另一项说明指出，第 35 条的用意是确立一项原则，即各缔约国应当确保建立机制，允许遭受损害的个人或实体在适当情形下对腐败行为的实施人提起法律程序（例如，如果腐败行为与将要提起程序的所在地缔约国有法理上的关系的话）。该项说明接着指出，虽然第 35 条并不限制各缔约国对本国法院将在哪些情形下受理此等案件作出决定的权利，但也无意要求或赞同某一缔约国在这样做时作出特别选择（A/58/422/Add.1，第 38 段）。

(h) 专职机关

462. 第 36 条规定各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则确保有一个或多个机构或者人员专职负责通过执法打击腐败。

463. 缔约国既可建立全新的独立机构也可指定现行组织内的一个现行机构或部门。在某些情况下，可能必须要有一个反腐机构来着手重新集中力量打击腐败。在其他一些情形下，扩大现行机构的职权以具体列入反腐工作通常是有所帮助的。通常把腐败与经济犯罪或有组织犯罪活动合在一起。因此，这项工作已成为警察、检察部门、司法部门和其他（如行政）部门的一项更具体的专门工作。各执行部门应当注意的是，设置高度专门化的新机构如果导致职权重叠的话就会适得其反，因为这样就需要更多的协调，等等，而这又是难以解决的问题。

464. 此类机构或者人员应当拥有根据缔约国法律制度基本原则而给予的必要独立性，以便能够在不受任何不正当影响的情况下有效

履行职能，并且应当接受适当培训和掌握适当资源，以便执行任务。一项解释性说明指出一个或多个机构可以是第 6 条所指的不同机构（A/58/422/Add.1，第 39 段）。

465. 在这方面重要的是必须结合预防（见本指南第二章）以及在国内和国际层面上的合作（见第四章）等反腐总体工作来看待此类机构在国内的执法职能。

(i) 与执法机关的合作

466. 对预防和国际合作的目标至关重要的还有第 37 条的规定，这些规定沿用了《有组织犯罪公约》中的规定（第 26 条）。

467. 腐败行为参与者的合作可大大有助于对狡猾的罪犯展开侦查并将他们绳之以法。这同样适用于防止严重犯罪，借助内线信息可挫败策划中的犯罪行为。

468. 这些人属于特别证人，因为他们本人会由于直接或间接参与腐败罪而受到起诉。有些国家寻求通过在某些情况下准许对这类证人免于起诉或给予比较宽大的处理来争取这些证人的合作，这些做法可能因国而异。

469. 《反腐败公约》规定，缔约国可根据本国基本法律原则采取措施鼓励此类合作。采取哪些具体步骤由各国自行决定，要求各国通过赦免或宽大处理的规定，但并不将此作为一项义务。

主要要求概述

470. 根据第 37 条，缔约国必须：

- (a) 采取适当措施，鼓励参与或者曾经参与腐败罪的人：
 - (i) 提供有助于侦查和取证的信息；及
 - (ii) 提供有助于剥夺罪犯犯罪所得的实际具体帮助（第 1 款）；

(b) 对于提供实质性配合的被告人，考虑就减轻处罚的可能性作出规定（第2款）；

(c) 对于提供实质性配合的人，考虑就允许不予起诉的可能性作出规定（第3款；未就检方裁量权作出规定的制度可能需要就此立法）；

(d) 保护此类人员免遭威胁和恐吓（第4款）。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

471. 第37条要求各缔约国采取适当措施，鼓励参与或者曾经参与实施根据本公约确立的任何犯罪的人：

(a) 提供有助于主管机关就各种事项侦查和取证的信息；

(b) 为主管机关提供可能有助于剥夺有组织犯罪集团的资源或犯罪所得的实际具体帮助。

472. 一般来说，无须立法授权即可提供鼓励个人协助侦查人员或起诉人员所必需的劝诱动力和保护，不过如果还没有这方面的规定的话就必须加以制定。缔约国必须采取适当的措施，但此种措施的实质内容应由各国自行决定。

473. 第37条第4款规定，各国可以将第32条的保护（有关证人、专家和被害人）的保护扩大适用于在侦查和起诉根据本公约而确立的犯罪上给予重大合作的人。这就是说，必须在缔约国力所能及的范围内在必要，适当并且符合本国法律的情况下提供此类保护措施。

任择要求：需加以考虑的义务

474. 缔约国必须考虑对根据第37条第2和3款予以配合的人免于起诉或减轻刑罚的做法。一些法域的经验突出说明了此类条文在打击从事包括腐败在内的严重犯罪的有组织犯罪集团的斗争中所

发挥的有益作用。这就是为什么《反腐败公约》鼓励根据各国国内基本法律原则采用此种备选做法的原因。

475. 可以采取的立法措施包括以下各项：

(a) 法官可以要求获得具体授权，以便对已被定罪但予以配合的人减刑，对于任何本来必须适用的强制性最低刑期可以作例外处理。应谨慎对待要求法官从宽判刑的条文，因为这些条文可能引起对司法独立性的担忧并给检察人员腐败造成可能性；

(b) 可能需要立法才能实行准予免于起诉的做法（第 37 条第 3 款），这种立法要么创设在有关情况下不予起诉的自由裁量权，要么对已经存在的检方自由裁量权作出具体安排。为了阐明任何非正式安排的条件并确保准予豁免的决定具有约束力，可能有必要就某种形式的司法复审和批准作出规定；

(c) 如上所述，为提供配合的人提供的人身保护和安全与根据第 32 条为证人提供的人身保护和安全相同（第 37 条第 4 款）。

任择措施：缔约国似宜考虑的措施

476. 对于个人向不止一个缔约国提供打击腐败的重要信息的情形，第 37 条第 5 款鼓励各缔约国考虑就可能在这些国家对该人提出的指控而达成减刑或免于起诉协议的可能性。

477. 为加强其在这方面的能力，各缔约国似宜考虑减轻对这类人员的刑罚或准予对其免于起诉的可能性。对于这种备选做法，各缔约国可以根据本国基本原则予以采纳或不采纳。但应指出的是，在必须对所有犯罪提出起诉的法域，可能需要就此类措施补充立法。

(j) 国家机关之间的合作

478. 负责执行相关法律的官员和机构相互合作，对全面反腐工作至关重要。

479. 因此, 第 38 条要求各缔约国均采取必要措施, 根据本国法律鼓励以下机关开展合作:

- (a) 公共机关和公职人员; 以及
- (b) 负责侦查和起诉刑事犯罪的机关。

480. 这种合作可以包括以下诸方面:

(a) 在有合理的理由相信发生了根据本公约第 15 条、第 21 条和第 23 条确立的任何犯罪时, 主动向上述机关举报; 或

- (b) 根据请求向上述机关提供一切必要信息。

(k) 国家机关与私营部门之间的合作

481. 对于私营部门在预防、侦办和起诉腐败行为嫌疑人方面的作用, 切不可低估。往往是竞争对手才能从其日常金融和商业活动中观察到不合规定的做法和可疑交易。熟悉具体情况或专门业务的人最有可能从薄弱环节或异常情况找出滥用权力的线索。负责反腐活动的主管机关可借助于此种内行的深刻见解而得以比较容易地把注意力转向重点领域和部门。私营部门的有关人士还能够在查明犯罪所得并将其返还合法所有人方面发挥关键的作用。因此, 私营部门与国家机关之间自愿结成的关系将有助于有效打击腐败并消除腐败所造成的不利后果。

482. 整个私营部门都了解建立无腐败的经济环境的好处, 但私营部门与公共主管机关之间的具体合作还必须制度化并放在适当框架内, 才能避免企业在隐私、保密或银行保密规则等方面可能遇到的管辖权交叉或其他冲突。⁶⁴

483. 《反腐败公约》承认这种必要性并要求各缔约国推动与私营部门之间的合作关系。

⁶⁴ 另见第 33 条关于向举报腐败罪相关事实的人提供的有关保护。

484. 第 39 条第 1 款要求各缔约国采取此类必要措施，根据本国法律鼓励本国侦查和检察机关与私营部门实体，特别是与金融机构之间就根据本公约确立的犯罪的实施所涉事项进行合作。

485. 同一条第 2 款要求各缔约国考虑鼓励本国国民以及在其领土内有惯常居所的其他人员向国家侦查和检察机关举报根据本公约确立的犯罪的实施情况。

486. 许多国家已有先例并且日渐盛行的做法是，规定某些私营实体有义务向有关部门举报可疑交易，各国起草人不妨以此作为示范。这种做法适用于正规和非正规金融机构以及某些部门（如宝石业）的企业。

(l) 银行保密

487. 银行保密规则通常被认为是涉及金融方面的严重犯罪进行侦查和起诉的一个主要障碍。因此，已寻求采取若干举措以确定这样一条原则，即不得把银行保密当作拒绝执行国际或双边协议某些条文⁶⁵或拒绝向请求国提供司法协助的理由。⁶⁶在上文有关扣押和没收犯罪所得的论述中我们已经看到，这一点同样适用于《反腐败公约》（第 31 条第 7 款；另见第 46 条第 8 款（司法协助））。

488. 第 40 条要求，在对根据本公约确立的犯罪进行国内侦查时，各缔约国应确保本国法律制度能够通过适当的机制，克服因适用银行保密法而可能产生的障碍。

(m) 犯罪记录

489. 根据第 41 条，各缔约国似宜考虑采取此类立法或其他必要措施，按其认为适宜的条件并为其认为似宜的目的，考虑另一国以前对被

⁶⁵例如，《有组织犯罪公约》第 12 条第 6 款。

⁶⁶例如，见《有组织犯罪公约》第 18 条第 8 款。

指控罪犯作出的任何有罪判决，以便在涉及根据本公约确立的犯罪的刑事诉讼中利用这类信息。

490. 一份解释性说明规定，应该把“有罪判决”这一用语理解为是指不得再上诉的定罪（A/58/422/Add.1，第40段）。

D. 管辖权

“第42条

“管辖权

“1. 各缔约国均应当在下列情况下采取必要的措施，以确立对根据本公约确立的犯罪的管辖权：

“(a) 犯罪发生在该缔约国领域内；或者

“(b) 犯罪发生在犯罪时悬挂该缔约国国旗的船只上或者已经根据该缔约国法律注册的航空器内。

“2. 在不违背本公约第4条规定的情况下，缔约国还可以在下列情况下对任何此种犯罪确立其管辖权：

“(a) 犯罪系针对该缔约国国民；或者

“(b) 犯罪系由该缔约国国民或者在其领域内有惯常居所的无国籍人实施；或者

“(c) 犯罪系发生在本领域以外的、根据本公约第23条第1款第(b)(ii)项确立的犯罪，目的是在其领域内实施本公约第23条第1款第(a)(i)或(ii)项或者第(b)(i)项确立的犯罪；或者

“(d) 犯罪系针对该缔约国。

“3. 为了本公约第44条的目的，各缔约国均应当采取必要的措施，在被指控罪犯在其领域内而其仅因该人为本国

国民而不予引渡时，确立本国对根据本公约确立的犯罪的管辖权。

“4. 各缔约国还可以采取必要的措施，在被指控罪犯在其领域内而其不引渡该人时确立本国对根据本公约确立的犯罪的管辖权。

“5. 如果根据本条第1款或者第2款行使管辖权的缔约国被告知或者通过其他途径获悉任何其他缔约国正在对同一行为进行侦查、起诉或者审判程序，这些缔约国的主管机关应当酌情相互磋商，以便协调行动。

“6. 在不影响一般国际法准则的情况下，本公约不排除缔约国行使其根据本国法律确立的任何刑事管辖权。”

491. 在全球化的背景下，犯罪分子经常试图通过在国家之间转移或者在不止一个国家的领域内活动而绕过国家制度。在严重腐败罪中尤其如此，因为犯罪分子可能非常有权势、手段高超，而且流动性很强。

492. 国际社会希望确保不让任何严重犯罪逃脱惩罚，使犯罪活动的所有部分不论发生在何处都受到惩处。必须减少或消除可使逃犯安全藏身的管辖权上的漏洞。所关切的另一个问题是，当一个犯罪集团在若干可能都对该集团的行为拥有管辖权的国家活动时，应确保这些国家有一种便于协调其各自努力的机制。

493. 《反腐败公约》第42条涉及起诉和惩处这些犯罪的管辖权。公约第四章（国际合作）为已经行使这类管辖权的国家规定了合作框架。可能会发生这样的情况：许多缔约国都被要求就侦查进行合作，但只有其中少数国家能够对犯罪分子进行起诉。

494. 公约要求各缔约国对发生在本国领域内或者在根据本国法律

注册的航空器和船舶上的犯罪确立管辖权。⁶⁷此外还要求各国因国籍原因而不能对某人进行引渡时对其确立管辖权。在这些情况下，将适用不引渡即审判 (*aut dedere aut judicare*) 的一般原则 (见第 42 条第 3 款和第 44 条第 11 款)。

495. 另外,如果被害人为本国国民、犯罪系由居住在本国领域内的国民或无国籍人实施、犯罪与计划在本国领域内实施的洗钱有关,或者犯罪系针对国家实施,则还请各国考虑确立对此类情况的管辖权(第 42 条第 2 款)。最后,要求各国在适当情况下与其他有关国家磋商,以尽可能避免所行使的管辖权有不当重叠的风险(第 42 条第 5 款)。各缔约国还似宜考虑在由于国籍以外的原因而拒绝引渡时确立本国对根据《反腐败公约》确立的犯罪的管辖权(第 42 条第 4 款)。

496. 与《反腐败公约》的各项条款相类似的规定见诸于其他国际法律文书,例如《有组织犯罪公约》(第 15 条)、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(第 4 条)、《经合组织反贿赂公约》(第 4 条)和《美洲反腐败公约》(第五条)。凡已作为这些公约缔约国颁布实施立法的国家,可能无需重大修正即可符合《反腐败公约》的要求。

主要要求概述

497. 依照第 42 条第 1 款,各缔约国必须能够在下列情况下对根据公约确立的犯罪主张管辖权:

- (a) 犯罪发生在其领域内;
- (b) 犯罪发生在悬挂其国旗的船只上;
- (c) 犯罪发生在根据其法律注册的航空器内。

⁶⁷ 另见《有组织犯罪公约》(第 15 条)和 1982 年《联合国海洋法公约》,特别是第 27 条、第 92 条第 1 款、第 94 条和第 97 条(联合国,《条约汇编》,第 1833 卷,第 31363 号)。

498. 依照第 42 条第 2 款, 请各缔约国考虑在下列情况下确立管辖权:

- (a) 被害人为本国国民;
- (b) 犯罪系由居住在本国领域内的国民或无国籍人实施;
- (c) 犯罪与计划在本国领域内实施的洗钱有关, 或者
- (d) 犯罪系针对国家实施。

499. 根据第 42 条第 3 款, 如果被指控的罪犯在某一缔约国领域内, 而该国仅以该罪犯系本国国民为由不予引渡 (见第 44 条第 11 款), 则该国必须能够对根据公约确立的甚至在其领域外实施的犯罪主张管辖权。

500. 各国或许已经对特定行为拥有管辖权, 但还必须确保对其国民在其领域内和领域外实施的行为拥有管辖权。因此可能需要立法。

501. 各缔约国还应酌情与据悉也在对同一行为行使管辖权的其他缔约国进行磋商, 以便协调行动 (第 42 条第 5 款)。

强制要求: 采取立法措施或其他措施的义务

502. 各缔约国须对实际发生在其领域内和发生在悬挂其国旗的船只上或在本国注册的航空器内的有关犯罪确立管辖权。如果犯罪发生在一缔约国领域外, 罪犯系该缔约国国民, 而该缔约国为此原因不能将该罪犯引渡至其他地方接受起诉, 则该国还必须拥有对此种犯罪进行起诉的管辖权, 即应能适用不引渡即审判 (*aut dedere aut judicare*) 原则 (第 42 条第 3 款和第 44 条第 11 款)。

503. 第 42 条第 1 款要求各缔约国根据属地原则主张管辖权。该款要求各缔约国在下列情况下对根据公约确立的犯罪确立其管辖权:

- (a) 犯罪发生在其领域内;

- (b) 犯罪发生在悬挂其国旗的船上；
- (c) 犯罪发生在根据其法律注册的航空器内。

504. 一份解释性说明反映了这样一种理解，即犯罪可能全部或部分发生在缔约国领域内（A/58/422/Add.1，第41段）。

505. 缔约国的刑事管辖权目前不包括根据公约确立的发生在其领域内或上述船只或航空器内的所有犯罪的，将需要补充其现行管辖权制度。

506. 第42条第3款要求各缔约国在引渡因国籍而被拒绝时，能够对本国国民在其领域外实施的腐败罪主张管辖权。

507. 该款要求各国对根据公约确立的犯罪主张管辖权，以便能够履行第44条第11款规定的义务，即各国如果以罪犯的国籍为由拒绝引渡，则必须将案件交予国内起诉。为了理解该款规定的义务的性质，需要对一些因素进行审查。

508. 首先，第1款已要求各缔约国对在其领域内及在其船只和航空器内实施的犯罪确立管辖权。

509. 该款要求各国进一步对其本国国民在国外实施的犯罪确立管辖权。由于将导致适用本款的大多数引渡请求可能会涉及在另一国发生的行为，因此该款的适用是第44条第11款规定的义务的一个重要组成部分。

510. 第二，对于在国外实施的犯罪确立管辖权的义务只限于缔约国仅以国籍为由拒绝引渡时对其国民确立管辖权。根据该款规定，缔约国不必对非国民实施的犯罪确立管辖权。

511. 第42条第5款包括在不止一个国家某项特定犯罪进行侦查时协调工作的具体义务。它要求各缔约国在知悉其他缔约国正在对同一犯罪行为进行侦查或起诉时酌情与这些国家进行磋商，以便协调其行动。

512. 在有些情况下，这一协调的结果将是一缔约国遵从另一缔约国进行的侦查或起诉。在另一些情况下，有关缔约国可能通过交流其收集的信息而推进各自的利益。再有就是缔约国可能各自同意追查某些人员或犯罪行为，而由其他有关缔约国去处理其他人员或相关行为。这一磋商义务属操作性质，在大多数情况下，不需要颁布任何国内实施立法。

任择措施：缔约国似宜考虑的措施

513. 除上文所述强制管辖权外，《反腐败公约》还鼓励缔约国考虑在其他一些情况下确立管辖权，特别是当国家利益受到侵害时。

514. 第 42 条第 2 款列出了缔约国在下列情况下可确立管辖权的一些进一步的依据：

(a) 犯罪系针对本国国民实施（第 2 款第 (a) 项）；

(b) 犯罪系由本国国民或本国境内的长期居民实施（第 2 款第 (b) 项）；

(c) 犯罪系根据《公约》第 23 条第 1 款第 (b)(ii) 项确立并在境外实施的犯罪，其目的是在境内实施根据《公约》第 23 条第 1 款第 (a)(i) 或 (ii) 项或者第 (b)(i) 项确立的犯罪（第 2 款第 (c) 项）；

(d) 犯罪系针对该缔约国实施（第 2 款第 (d) 项）。

515. 根据第 23 条第 1 款第 (b)(ii) 项确立的犯罪是指参与、协同或者共谋实施、企图实施以及协助、教唆、便利和参谋实施洗钱犯罪（见上文第三 .B.1 节和第 23 条第 1 款第 (a) 项和第 (b) 项）。

516. 第 42 条第 4 款列出了缔约国似宜考虑的有关管辖权的其他非强制性依据。第 4 款不同于第 3 款，第 3 款规定的是强制性确立管辖权，以便能够不引渡本国国民而在国内对其进行起诉，第 4 款则允许被请求缔约国在出于其他原因不实行引渡的情况下对有关人员确立管辖权。

517. 各国如欲确立有关管辖权的这类依据，可参考下文第三.E节（资料来源）引述的法律作为指导。

518. 最后，《反腐败公约》明确指出，所列的这些管辖权依据并不完全。缔约国可在不影响一般国际法准则并符合本国法律原则的情况下确立其他管辖权依据：“在不影响一般国际法准则的情况下，本公约不排除缔约国行使其依据本国法律确立的任何刑事管辖权”（第42条第6款）。

519. 这项规定的用意并不是为了影响一般管辖权规则，而是为了让缔约国可以扩大其管辖权范围，以便确保严重跨国犯罪不至于因为管辖权上的漏洞而逃脱起诉。

E. 资料来源：有关条款和文书

1. 《联合国反腐败公约》

第14条、第15条、第16条第1款、第17条、第23条和第25条（必须设立的罪名）

第16条第2款，第18至22条和第24条（非必须设立的罪名）

第28至41条（执法）

第42条（管辖权）

2. 具有约束力的国际和区域文书

非洲联盟

《非洲联盟防止和打击腐败公约》（2003年）

www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/Text/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf

欧洲委员会

《反腐败刑法公约附加议定书》（2003年）

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第191号

<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/191.htm>

《反腐败刑法公约》(1999年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第173号

<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/173.htm>

《反腐败民法公约》(1999年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第174号

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/174.htm>

《关于犯罪所得的洗钱、追查、扣押和没收问题的公约》(1990年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第141号

<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/141.htm>

《暴力犯罪被害人赔偿问题欧洲公约》(1983年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第116号

<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Word/116.doc>

西非经共体

《反腐败议定书》(2001年)(法文) www.afrimap.org/english/images/treaty/CEDEAO%20PROTOCOLE-SUR-LA-CORRUPTION-FR-Accra-Oct-01-Rev5.pdf

欧洲联盟

《打击涉及欧洲共同体官员或欧洲联盟成员国官员的腐败行为公约》(1998年)

《欧洲联盟公报》,C 195,1997年6月25日

http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/133027_en.htm

欧洲联盟理事会 2003 年 7 月 22 日关于打击私营部门腐败的第 2003/568/JHA 号框架决定

《欧洲联盟公报》，L 192，2003 年 7 月 31 日

http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/l33308_en.htm

经济合作与发展组织

亚洲开发银行 / 经合组织《亚洲和太平洋反腐败行动计划》

www.oecd.org/pages/0,2966,en_34982156_34982385_1_1_1_1_1,00.htm

转型经济体反腐败网

《伊斯坦布尔行动计划》

www.oecd.org/dataoecd/23/41/34625395.pdf

《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》(1997 年)

www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html

美洲国家组织

《美洲反腐败公约》(1996 年)

www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html

南部非洲发展共同体

《反腐败议定书》(2001 年)

www.issafrica.org/cdct/mainpages/pdf/Corruption/International%20Instruments/Protocols/SADC%20Protocol%20Against%20Corruption.pdf

联合国

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000年)

大会第55/25号决议,附件一

www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf

《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年)

联合国,《条约汇编》,第1582卷,第27627号

www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

《联合国反对国际商业交易中的贪污贿赂行为宣言》(1966年)

大会第51/191号决议,附件

www.un.org/documents/ga/res/51/a51r191.htm

四． 国际合作

“第 43 条

“国际合作

“1. 缔约国应当依照本公约第 44 条至第 50 条的规定在刑事案件中相互合作。在适当而且符合本国法律制度的情况下，缔约国应当考虑与腐败有关的民事和行政案件调查和诉讼中相互协助。

“2. 在国际合作事项中，凡将双重犯罪视为一项条件的，如果协助请求中所指的犯罪行为在两个缔约国的法律中均为犯罪，则应当视为这项条件已经得到满足，而不论被请求缔约国和请求缔约国的法律是否将这种犯罪列入相同的犯罪类别或者是否使用相同的术语规定这种犯罪的名称。”

A. 导言

520. 国与国之间交通的便利为重罪罪犯提供了逃避起诉和审判的途径。全球化进程使罪犯实际上能够更容易地穿越国界，分解交易，模糊调查线索，为自身寻找安全的避难所，并藏匿犯罪所得。没有有效的国际合作，将不可能就非法所得进行防止、侦查、起诉、惩罚、追回和返还。

521. 第 43 条第 1 款要求各缔约国根据公约第四章关于引渡、司法协助、刑事诉讼移交和执法的所有条款，在刑事事项中开展合作，其中包括联合侦查和特殊的侦查手段。各缔约国还似宜考虑就被判刑人员的移管达成协议或安排。下面将会看到，对于合作的要求

超出了第四章的条款范围，扩大到与没收和追回资产有关的条款（见本指南第三和第五章）。

522. 该款还进一步要求各缔约国在与腐败有关的民事和行政案件调查和诉讼中也考虑开展这种合作。经验表明，选择提起民事索赔诉讼（通常根据产权法或侵权法）具有若干优势。缔约国可对以不正当手段从本国夺走的财产主张所有权，或者就由于腐败和管理不善而造成的损害寻求赔偿。在不可能提起刑事诉讼的情况下（例如被告死亡或缺席），可以采用这些途径。第1款涉及过去所遇到的一个问题，即各国可在刑事事项中提供司法协助与合作，在民事案件中则不能。⁶⁸

523. 公约接下来涉及影响到国际合作的“双重犯罪”这一重要问题。例如，根据这项原则，如果被指控在国外实施的行为在其本国领域内不被定为犯罪，则缔约国无须引渡因此种行为而被要求引渡的人员。无须使用完全相同的术语来界定这些行为，但被请求缔约国需要确定其本国法律中是否有与引渡或其他司法协助请求所依据的罪行相对应的罪行（超过某个界限应予处罚的犯罪）。

524. 第43条第2款规定，凡双重犯罪为开展国际合作的一个必要条件的，如果协助请求中所指的犯罪行为在两个缔约国的法律中均为刑事犯罪，则应当视为这项条件已经得到满足。公约明确规定，既无须在这两个缔约国使用相同的术语来规定刑事犯罪行为的名称，也无须将这种犯罪列入相同的犯罪类别。⁶⁹

⁶⁸ 另见第53条第(a)项，要求每个缔约国确保其他缔约国能在本国法院提出民事求偿，以确立对通过腐败犯罪而获得的财产的所有权；第(b)项，规定法院有权命令向另一缔约国支付损害赔偿；以及第(c)项，要求考虑作出刑事没收决定的法院也考虑到其他缔约国的民事求偿。基于非定罪的没收（民事没收）的存在对于国际合作也很重要。如本指南第三章所述（见与第31条有关的第三.C节），有些国家在被告人死亡或潜逃的情况下，允许未经定罪而予以没收。另外，有些国家还实行了不受基于刑事定罪的没收影响的独立制度，这种制度允许通过仅以财产本身为目的而无需对任何人进行定罪的民事诉讼没收资产（例如南非和美国）。

⁶⁹ 这与《反腐败公约》关于洗钱和上游犯罪的第23条第2款第(c)项相一致。

525. 从本质上讲, 公约在这方面汇集了有关双重犯罪的现行广泛做法。双边协定一直都规定两个国家无须对犯罪作同样的描述。⁷⁰

526. 但这并不意味着缔约国只能在满足双重犯罪的条件下才能合作。例如, 第 44 条第 2 款规定, 缔约国本国法律允许的, 即使腐败罪根据本国法律不予处罚, 缔约国仍可准予引渡因此种犯罪而被要求引渡的人。

527. 另外, 第 46 条第 9 款允许为了实现公约的宗旨, 在并非双重犯罪的情况下提供司法协助, 包括资产的追回 (另见关于国际合作和双重犯罪的第 43 条第 2 款、关于没收事项的第 31 条和本指南第五章)。

528. 另一个重要创新是, 即使在并非双重犯罪的情况下, 只要符合其法律制度的基本概念, 缔约国也应提供不涉及强制性措施的协助 (第 46 条第 9 款第 (b) 项)。在并非双重犯罪情况下而采取的这种措施的一个例子是, 在为了将腐败官员绳之以法而需要这种合作时, 就贿赂外国官员或国际组织官员的罪行进行信息交流 (见 A/58/422/Add.1 号文件所载的解释性说明第 26 段, 该段与公约第 16 条第 2 款有关)。

529. 此外, 公约请各缔约国考虑采取必要措施, 以使其能够在并非双重犯罪情况下提供比第 46 条所规定的更为广泛的协助 (第 46 条第 9 款第 (c) 项; 另见下文第四 . C 节)。

530. 在公约谈判期间就这些条文进行了广泛的讨论, 鉴于这些条文的创新之处, 各缔约国需要在互助中就双重犯罪的现行法律、要求和做法进行仔细审查。在有些情况下, 可能需要新的立法。

531. 这些例子明确表明, 公约第四章并未逐一涉及公约涵盖的所有国际合作问题。实际上, 应当根据公约的主要宗旨 (第 1 条) 和其他章节来审视和应用第四章的条文。

⁷⁰ 经合组织《反贿赂公约》第 9 条第 2 款规定, “凡一方以双重犯罪的存在作为司法协助条件的, 如果协助请求指的犯罪属于本公约的范围, 则应视为存在双重犯罪”。

B. 引渡

“第 44 条

“引渡

“1. 当被请求引渡人在被请求缔约国领域内时，本条应当适用于根据本公约确立的犯罪，条件是引渡请求所依据的犯罪是按请求缔约国和被请求缔约国本国法律均应当受到处罚的犯罪。

“2. 尽管有本条第 1 款的规定，但缔约国本国法律允许的，可以就本公约所涵盖但依照本国法律不予处罚的任何犯罪准予引渡。

“3. 如果引渡请求包括几项独立的犯罪，其中至少有一项犯罪可以依照本条规定予以引渡，而其他一些犯罪由于其监禁期的理由而不可以引渡但却与根据本公约确立的犯罪有关，则被请求缔约国也可以对这些犯罪适用本条的规定。

“4. 本条适用的各项犯罪均应当视为缔约国之间现行任何引渡条约中的可以引渡的犯罪。缔约国承诺将这种犯罪作为可以引渡的犯罪列入它们之间将缔结的每一项引渡条约。在以本公约作为引渡依据时，如果缔约国本国法律允许，根据本公约确立的任何犯罪均不应当视为政治犯罪。

“5. 以订有条约为引渡条件的缔约国如果接到未与之订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求，可以将本公约视为对本条所适用的任何犯罪予以引渡的法律依据。

“6. 以订有条约为引渡条件的缔约国应当：

“(a) 在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时通知联合国秘书长，说明其是否将把本公约作为与本公约其他缔约国进行引渡合作的法律依据；以及

“(b) 如果其不以本公约作为引渡合作的法律依据，则在适当情况下寻求与本公约其他缔约国缔结引渡条约，以执行本条规定。

“7. 不以订有条约为引渡条件的缔约国应当承认本条所适用的犯罪为它们之间可以相互引渡的犯罪。

“8. 引渡应当符合被请求缔约国本国法律或者适用的引渡条约所规定的条件，其中包括关于引渡的最低限度刑罚要求和被请求缔约国可以据以拒绝引渡的理由等条件。

“9. 对于本条所适用的任何犯罪，缔约国应当在符合本国法律的情况下，努力加快引渡程序并简化与之有关的证据要求。

“10. 被请求缔约国在不违背本国法律及其引渡条约规定的情况下，可以在认定情况必要而且紧迫时，根据请求缔约国的请求，拘留被请求缔约国领域内的被请求引渡人，或者采取其他适当措施，确保该人在进行引渡程序时在场。

“11. 如果被指控罪犯被发现在某一缔约国而该国仅以该人为本国国民为理由不就本条所适用的犯罪将其引渡，则该国有义务在寻求引渡的缔约国提出请求时将该案提交本国主管机关以便起诉，而不得有任何不应有的延误。这些机关应当以与根据本国法律针对性质严重的其他任何犯罪所采用的相同方式作出决定和进行诉讼程序。有关缔约国应当相互合作，特别是在程序和证据方面，以确保这类起诉的效率。

“12. 如果缔约国本国法律规定，允许引渡或者移交其国民须以该人将被送还本国，按引渡或者移交请求所涉审判、诉讼中作出的判决服刑为条件，而且该缔约国和寻求引渡该人的缔约国也同意这一选择以及可能认为适宜的其他条件，则这种有条件引渡或者移交即足以解除该缔约国根据本条第 11 款所承担的义务。

“13. 如果为执行判决而提出的引渡请求由于被请求引渡人为被请求缔约国的国民而遭到拒绝，被请求缔约国应当在其本国法律允许并且符合该法律的要求的情况下，根据请求缔约国的请求，考虑执行根据请求缔约国本国法律判处的刑罚或者尚未服满的刑期。

“14. 在对任何人就本条所适用的任何犯罪进行诉讼时，应当确保其在诉讼的所有阶段受到公平待遇，包括享有其所在国本国法律所提供的一切权利和保障。

“15. 如果被请求缔约国有充分理由认为提出引渡请求是为了以某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔或者政治观点为理由对其进行起诉或者处罚，或者按请求执行将使该人的地位因上述任一原因而受到损害，则不得对本公约的任何条款作规定了被请求国引渡义务的解释。

“16. 缔约国不得仅以犯罪也被视为涉及财税事项为由而拒绝引渡。

“17. 被请求缔约国在拒绝引渡前应当在适当情况下与请求缔约国磋商，以使其有充分机会陈述自己的意见和提供与其陈述有关的资料。

“18. 缔约国应当力求缔结双边和多边协定或者安排，以执行引渡或者加强引渡的有效性。”

532. 由于腐败罪的罪犯可能会为了逃避起诉而逃离某个法域，因此有必要采用引渡程序，将他们在起诉国绳之以法。

533. 引渡是用来将逃犯送还或移交通缉他们的法域的一种正式程序，并且在大多数情况下是一种以条约为基础的程序。⁷¹自十九世纪末以来，各国为了消除严重犯罪者的安全避难所，签订了双边引渡条约。各国的条约规定各不相同，所涵盖的犯罪行为也并非总是相同。在近来的立法活动中，有些国家规定了不要求签订条约的引渡。

534. 各国对于犯罪的不同定义可能会严重妨碍引渡工作和有效的国际合作。在过去，条约通常载有一份所涵盖犯罪的清单，在这种情况下，一旦随着技术的发展和和其他社会和经济变化出现了新的犯罪类型，就会造成困难。为此，近期的条约都是建立在两国公认犯罪的原则基础上，当一种行为在请求国和被请求国都被定为犯罪行为，并且对其规定的处罚在规定的界限之上（例如剥夺一年自由）时，即可适用该原则。

535. 这样，主管机关就无须为涵盖未预见到的全新犯罪而不断更新其条约。由此就产生了对引渡示范条约的需要，联合国针对这一情况通过了《引渡示范条约》（大会第 45/116 号决议，附件）。但是，除了各国修订旧条约和签订新条约的行动之外，一些关于特定犯罪的公约还载有关于引渡以及管辖权和司法协助的规定。其中一个例子是经合组织《反贿赂公约》（见该公约第 10 条）。另一个例子是《有组织犯罪公约》（见第 16 条）。

536. 此外，由于对多边办法的需要，结果产生了若干区域举措，例如《美洲引渡公约》、《欧洲引渡公约》、《西非国家经济共同体引渡公约》等。

537. 《反腐败公约》为其所涵盖的犯罪的引渡规定了一个基本的最低标准，并鼓励建立一系列旨在精简引渡程序的机制。公约鼓励各缔约国在双边或区域引渡安排中在此基本标准之上制订进一步的

⁷¹ 在有些情况下，引渡可以在两国之间没有条约的情况下自愿进行或在互惠基础上进行。但这种情况并不多见。

标准以补充第 44 条第 1 款（第 44 条第 18 款；另见涉及更严厉措施的第 65 条第 2 款）。

538. 重要的是，公约还允许取消双重犯罪要求，这样的话，即使请求予以引渡的人员所实施的行为在被请求缔约国并非刑事犯罪，也可予以引渡（第 44 条第 2 款）。

539. 可能需要一些立法上的改动。根据国内法和现有条约已经涉及引渡的程度，这些改动可能包括从建立全新的引渡框架到进行少许扩充或修正以列入新的犯罪，或者作出实质性或程序性改动以符合《反腐败公约》的要求。

540. 在进行立法改动时，起草人应当注意到，公约的宗旨是为了确保公平对待被请求引渡人和适用被请求缔约国的所有现有权利和保障（见第 44 条第 14 款）。

541. 一般来说，引渡规定是为了确保公约支持和补充已有的引渡安排，而不是为了减损这些安排。

主要要求概述

542. 缔约国必须确保在满足双重犯罪这一要求的前提下，将根据公约确立的犯罪视为可以引渡的犯罪（第 44 条，第 1 款）。

543. 如果本国法律允许，各缔约国可在并非双重犯罪的情况下准予就腐败犯罪引渡（第 44 条第 2 款）。

544. 如果各缔约国以公约作为引渡基础，则不应把腐败犯罪视为政治犯罪（第 44 条第 4 款）。

545. 要求以条约作为引渡基础的各缔约国：

(a) 可将公约视为向另一国进行腐败犯罪引渡的法律基础（第 44 条第 5 款）；

(b) 应将其是否允许以公约作为向其他缔约国进行引渡的基础通知联合国秘书长（第 44 条第 6 款第 (a) 项）；

(c) 如果不以公约作为引渡的法律基础, 应寻求与其他缔约国缔结引渡条约(第44条第6款第(b)项)。

546. 具有一般性法定引渡制度的缔约国必须确保将腐败犯罪视为可引渡的犯罪(第44条第7款)。

547. 缔约国应努力加快引渡程序, 并简化与腐败犯罪有关的证据要求(第44条第9款)。

548. 如果现行法律的范围不够广泛, 则可能需要立法。

549. 以被请求引渡人员系其国民为由拒绝引渡请求的缔约国应将案件交付国内起诉。在交付国内起诉时应当确保以与对待国内严重犯罪相同的负责态度作出起诉决定和进行随后的诉讼程序, 并应当与请求缔约国合作, 以确保起诉的效率(第44条第11款)。如现行法律不允许将从境外获取的证据用于国内诉讼程序, 则可能需要立法。

550. 各缔约国可通过临时移交的方式解除其根据第44条第11款将案件交付起诉的义务(第44条第12款)。

551. 如果缔约国以国籍为由拒绝为执行判决而进行引渡, 则应考虑执行根据请求国本国法律判处的刑罚(第44条第13款)。

552. 各缔约国均应根据第44条, 确保公平对待面临引渡程序的人员, 包括享有其本国法律所规定的所有权利和保障(第44条第14款)。如未规定具体的国内引渡程序, 则可能需要立法。

553. 各缔约国不得以犯罪也涉及财税事项为由而拒绝引渡(第44条第16款)。可能需要立法。

554. 被请求缔约国在拒绝引渡前应在适当情况下与请求缔约国磋商, 以使其有机会就该事项提供资料和陈述意见(第44条第17款)。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

(a) 范围

555. 应准予就公约涵盖的犯罪进行引渡，条件是引渡请求所依据的犯罪是按请求缔约国和被请求缔约国本国法律均应受到处罚的犯罪（第44条第1款）。

556. 对于根据公约确立的所有强制犯罪来说，这一双重犯罪要求应在缔约国自动得到满足。但对于可选择确立的犯罪和有些缔约国可能已经确立而另一些缔约国可能尚未确立的犯罪来说，这一双重犯罪要求可能会妨碍引渡。在这种情况下，可将第44条第2款视为鼓励缔约国在其本国法律允许的范围内，在并非双重犯罪情况下予以引渡。

(b) 引渡条约中可引渡的犯罪

557. 第44条第4款要求各缔约国将第1款所述的犯罪视为自动包括在相互间签订的所有现行引渡条约中。此外，各缔约国还承诺将这些犯罪纳入相互之间今后签订的所有条约。

558. 根据这一款，这些犯罪通过提及而被自动纳入引渡条约。因此，通常不需要对其加以修订。然而，如果根据一国的法律制度，条约被视为从属于本国引渡法律，而其现行法律不足以涵盖根据公约确立的所有犯罪，则可能需要修订法律。

559. 此外，该款还要求各缔约国在以本公约作为引渡基础时，如果本国法律允许，则不应将任何这类（腐败）犯罪视为政治犯罪。

(c) 关于适用或不适用第5款的通知

（与以条约基础作为引渡前提的国家有关）

560. 第44条第6款不适用于可以根据某项法律向其他国家提供引渡的缔约国。它仅仅适用于以条约作为引渡前提的缔约国。这些国家

应就其是否允许将《反腐败公约》用作引渡的条约基础通知联合国秘书长。通知应提供给联合国毒品和犯罪问题办公室。缔约国还应酌情签订新的引渡条约，以便扩大根据第 44 条可以向其引渡逃犯的缔约国数目。

(d) 以法律为基础进行引渡

(与规定了根据法律引渡的国家有关)

561. 第 44 条第 7 款要求不以条约作为引渡基础的缔约国（即规定依照法律引渡的缔约国）将根据《反腐败公约》确立的犯罪作为可引渡犯罪列入其关于无条约情况下国际引渡的适用法律。

562. 因此，如果某一缔约国关于国际引渡的现行法律不足以涵盖腐败犯罪，则该缔约国应颁布立法，以扩大该法律所涵盖的犯罪。

(e) 引渡条件

563. 第 44 条第 8 款规定，拒绝引渡的理由和其他引渡条件（如一项犯罪被视为可以引渡的最低刑罚要求）受请求国和被请求国之间所签订的适用的有效引渡条约或被请求国法律的管辖。因此，该款并未确立任何脱离有关引渡的本国法律和条约条款的实施要求。

(f) 在以国籍为由而不引渡逃犯情况下的起诉

564. 第 44 条第 11 款规定，如果被请求缔约国以某人为本国公民为由而不引渡在其境内发现的该人，则该国有义务在寻求引渡的缔约国提出请求时将该案提交本国主管机关以便起诉，而不得有任何不应有的延误。这些机关应当以与根据本国法律针对性质的其他任何犯罪所采用的相同方式作出决定和进行诉讼程序。有关

缔约国应当相互合作，特别是在程序和证据方面，以确保这类起诉的效率。

565. 从本质上讲，提交案件以便进行国内起诉的义务包括一系列明确的要素：

(a) 有关腐败犯罪的引渡请求必须因逃犯是被请求国国民而已被拒绝；

(b) 寻求引渡的缔约国必须已经请求提交案件以便在被请求国进行国内起诉；

(c) 拒绝引渡的缔约国随后必须：

- (i) 将案件提交本国机关以便进行起诉，而不得有任何不应有的延误；
- (ii) 按照对待国内严重犯罪的方式作出决定并进行诉讼程序；
- (iii) 与另一缔约国合作，以便获取必要的证据并确保起诉的效率。

566. 这种国内起诉既耗费时间又需要大量资源，因为犯罪通常发生在另一国家。往往需要从国外获取大部或全部证据，并确保这些证据的形式使其可以在进行调查和起诉的缔约国法庭上被列为证据。

567. 为进行这种起诉，有关缔约国首先需要有法律基础，以便按照公约第 42 条第 3 款的要求对境外发生的犯罪确立管辖权。此外，为了有效执行第 11 款，还要求以国内起诉代替引渡的缔约国订有司法协助法律和条约，以便能够从国外获取证据。从最低限度来讲，第 46 条的有效执行应能满足这一目的。国家法规起草人还应当确保国内法允许这些国外获取的证据在这类诉讼程序中能被法院认定为有效。

568. 第 44 条第 11 款的执行还要求调配足够的人力和预算资源，以便国内起诉能够成功。因此，公约要求象对待国内严重犯那样优先考虑侦查和起诉工作。

569. 满足该款要求的一个可选择的方法是临时移交逃犯（见第 44 条第 12 款）。

(g) 引渡过程中人员的保障

570. 第 44 条第 14 款要求缔约国在其进行的引渡程序中为逃犯提供公平待遇,包括允许享有该国法律对这类程序规定的全部权利和保障。实质上,该款要求缔约国制定程序确保逃犯的公平待遇,并给予逃犯行使这类法律权利和保障的机会。

(h) 禁止以财务犯罪为由拒绝引渡

571. 第 44 条第 16 款规定,缔约国不得仅以犯罪也被视为涉及财税事项为由而拒绝引渡。因此缔约国必须确保其引渡法律或条约无此类拒绝理由可供援用。

572. 因此,如果缔约国法律目前允许这类拒绝理由,则应当颁布修订法律以便加以改正。如果一缔约国所签订的任何引渡条约中含有此类拒绝理由,则通常情况下,该国加入《反腐败公约》或者颁布国内修正法律的行为将自动废除先前条约的相反规定。因此,只是在很少(如果有的话)的情况下才应对特定条约作出修正。对于未来的引渡条约,缔约国不得列入这类拒绝理由。

(i) 拒绝前的磋商

573. 第 44 条第 17 款规定,被请求缔约国在拒绝引渡前应在适当情况下与请求缔约国磋商。这一过程将使得请求缔约国能够提供有可能产生不同结果的补充资料或解释。由于在有些情况下补充资料不可能带来不同的结果,因此该义务并非是绝对的,被请求缔约国保留某种程度的裁量权以决定何时磋商为适当。

(j) 缔结新协定和安排

574. 第 44 条第 18 款要求各缔约国寻求缔结双边和多边协定或安排,以执行引渡或加强引渡的有效性。请希望扩大引渡条约网络的各国

审查下文第四.E节所列作为可能具有启发意义的条约实例的文书。关于加强引渡有效性的安排，各国似宜审查其中一些条约中的磋商规定。

任择要求和措施

(a) 适用范围

575. 第44条第2款扩大了该条的适用范围，允许缔约国在本国法律允许的情况下，可以对根据公约确立的犯罪取消双重犯罪要求。

576. 第44条第3款涉及可能对多项犯罪提出的引渡请求，其中至少有一项犯罪可以依照该条规定予以引渡，其他犯罪则由于其监禁期较短而不可引渡。如果这些不可引渡的犯罪与根据《反腐败公约》确立的犯罪有关，则被请求缔约国也可以对这些犯罪适用该条的规定。

(b) 依据《反腐败公约》的引渡

577. 第44条第5款允许各缔约国在以条约依据为引渡前提的情况下使用公约作为引渡的法律依据。作为替代做法，各国应寻求与其他公约缔约国缔结引渡条约，以便执行第44条（第44条第6款第(b)项）。

(c) 加快引渡程序

578. 第44条第9款规定，对于第44条所适用的犯罪，缔约国应在符合本国法律的情况下，努力加快引渡程序并简化与之有关的证据要求。现代引渡做法是简化引渡请求的送达形式和送达渠道以及引渡的证据标准。

(d) 引渡程序开始之前的拘留

579. 第44条第10款规定，被请求缔约国可以拘留逃犯或采取其他适当措施，以确保其可为引渡目的而在场。关于引渡程序前的临时性

逮捕和拘留的规定是引渡条约和法律的标准特点，各缔约国应当具备这类拘押的适当法律基础。然而，该条并没有规定在具体案件中拘留人员的具体义务。

(e) 以有条件引渡作为满足第 44 条第 11 款的基础

580. 与对国民进行国内起诉以代替引渡（见第 44 条第 11 款）不同，第 44 条第 12 款规定了仅仅为了进行审判目的而向请求引渡的缔约国临时移交逃犯的选择性做法，同时规定任何判决将在拒绝引渡的缔约国境内执行。

(f) 在以国籍为由拒绝引渡时执行外国判决

581. 第 44 条第 13 款呼吁各缔约国如以国籍为由拒绝另一缔约国引渡逃犯以执行判决的请求，则应考虑自行执行判决。但该款并没有规定一缔约国有义务颁布法律框架以使其能够如此执行或在具体情况下实际如此执行。

(g) 如有充分理由认为逃犯将受到歧视
则根据本公约无引渡义务

582. 第 44 条第 15 款规定，如果被请求缔约国有充分理由认为提出该请求是为了以某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔或政治观点为由对其进行起诉或处罚，或按该请求行事将使该人的地位因上述任一原因而受到损害，则不得对本公约的任何条款作规定了引渡义务的解释。

583. 这项条文保留了一国根据这一理由拒绝引渡的能力，除非在其与请求缔约国签订的有效的引渡条约或在没有条约时其有关引渡的国内法律中没有规定这类拒绝理由。

C. 司法协助

“第 46 条

“司法协助

“1. 缔约国应当在本公约所涵盖的犯罪进行的侦查、起诉和审判程序中相互提供最广泛的司法协助。

“2. 对于请求缔约国中依照本公约第 26 条可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉和审判程序，应当根据被请求缔约国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助。

“3. 可以为下列任何目的而请求依照本条给予司法协助：

“(a) 向个人获取证据或陈述；

“(b) 送达司法文书；

“(c) 执行搜查和扣押并实行冻结；

“(d) 检查物品和场所；

“(e) 提供资料、物证以及鉴定结论；

“(f) 提供有关文件和记录的原件或经核证的副本，其中包括政府、银行、财务、公司或商业记录；

“(g) 为取证目的而辨认或者追查犯罪所得、财产、工具或其他物品；

“(h) 为有关人员自愿在请求缔约国出庭提供方便；

“(i) 不违反被请求缔约国本国法律的任何其他形式的协助；

“(j) 根据本公约第五章的规定辨认、冻结和追查犯罪所得；

“(k) “根据本公约第五章的规定追回资产。

“4. 缔约国主管机关如果认为与刑事事项有关的资料可能有助于另一国主管机关进行或者顺利完成调查和刑事诉讼程序，或者可以促成其根据本公约提出请求，则在不影响本国法律的情况下，可以无须事先请求而向该另一国主管机关提供这类资料。

“5. 根据本条第4款的规定提供这类资料，不应当影响提供资料的主管机关本国所进行的调查和刑事诉讼程序。接收资料的主管机关应当遵守对资料保密的要求，即使是暂时保密的要求，或者对资料使用的限制。但是，这不应当妨碍接收缔约国在其诉讼中披露可以证明被被告人无罪的资料。在这种情况下，接收缔约国应当在披露前通知提供缔约国，而且如果提供缔约国要求，还应当与其磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知，接收缔约国应当毫不迟延地将披露一事通告提供缔约国。

“6. 本条各项规定概不影响任何其他规范或者将要规范整个或部分司法协助问题的双边或多边条约所规定的义务。

“7. 如果有关缔约国无司法协助条约的约束，则本条第9款至第29款应当适用于根据本条提出的请求。如果有关缔约国有这类条约的约束，则适用条约的相应条款，除非这些缔约国同意代之以适用本条第9款至第29款。大力鼓励缔约国在这几款有助于合作时予以适用。

“8. 缔约国不得以银行保密为理由拒绝提供本条所规定的司法协助。

“9. (a) 被请求缔约国在并非双重犯罪情况下对于依照本条提出的协助请求作出反应时，应当考虑到第1条所规定的本公约宗旨。

“(b) 缔约国可以以并非双重犯罪为理由拒绝提供本条所规定的协助。然而，被请求缔约国应当在符合其法律制度基本概念的

情况下提供不涉及强制性行动的协助。如果请求所涉事项极为轻微或者寻求合作或协助的事项可以依照本公约其他条款获得，被请求缔约国可以拒绝这类协助；

“(c) 各缔约国均可以考虑采取必要的措施，以使其能够在并非双重犯罪的情况下提供比本条所规定的更为广泛的协助。

“10. 在一缔约国领域内被羁押或者服刑的人，如果被要求到另一缔约国进行辨认、作证或者提供其他协助，以便为就与本公约所涵盖的犯罪有关的侦查、起诉或者审判程序取得证据，在满足下列条件的情况下，可以予以移送：

“(a) 该人在知情后自由表示同意；

“(b) 双方缔约国主管机关同意，但须符合这些缔约国认为适当的条件。

“11. 就本条第 10 款而言：

“(a) 该人被移送前往的缔约国应当有能力和义务羁押被移送人，除非移送缔约国另有要求或者授权；

“(b) 该人被移送前往的缔约国应当毫不迟延地履行义务，按照双方缔约国主管机关事先达成的协议或者其他协议，将该人交还移送缔约国羁押；

“(c) 该人被移送前往的缔约国不得要求移送缔约国为该人的交还而启动引渡程序；

“(d) 该人在被移送前往的国家的羁押时间应当折抵在移送缔约国执行的刑期。

“12. 除非依照本条第 10 款和第 11 款的规定移送某人的缔约国同意，否则，不论该人国籍为何，均不得因其在离开移送国领域前

的作为、不作为或者定罪而在被移送前往的国家领域使其受到起诉、羁押、处罚或者对其人身自由进行任何其他限制。

“13. 各缔约国均应当指定一个中央机关，使其负责和有权接收司法协助请求并执行请求或将请求转交主管机关执行。如果缔约国有实行单独司法协助制度的特区或者领域，可以另指定一个对该特区或者领域具有同样职能的中央机关。中央机关应当确保所收到的请求迅速而妥善地执行或者转交。中央机关在将请求转交某一主管机关执行时，应当鼓励该主管机关迅速而妥善地执行请求。各缔约国均应当在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时，将为此目的指定的中央机关通知联合国秘书长。司法协助请求以及与之有关的任何联系文件均应当递交缔约国指定的中央机关。这项规定不得影响缔约国要求通过外交渠道以及在紧急和可能的情况下经有关缔约国同意通过国际刑事警察组织向其传递这种请求和联系文件的权利。

“14. 请求应当以被请求缔约国能够接受的语文以书面形式提出，或者在可能情况下以能够生成书面记录的任何形式提出，但须能够使该缔约国鉴定其真伪。各缔约国均应当在其交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时，将其所能够接受的语文通知联合国秘书长。在紧急情况下，如果经有关缔约国同意，请求可以以口头方式提出，但应当立即加以书面确认。

“15. 司法协助请求书应当包括下列内容：

“(a) 提出请求的机关；

“(b) 请求所涉及的侦查、起诉或者审判程序的事由和性质，以及进行该项侦查、起诉或者审判程序的机关的名称和职能；

“(c) 有关事实的概述，但为送达司法文书提出的请求例外；

“(d) 对请求协助的事项和请求缔约国希望遵循的特定程序细节的说明；

“(e) 可能时，任何有关人员的身份、所在地和国籍；以及

“(f) 索取证据、资料或者要求采取行动的目的。

“16. 被请求缔约国可以要求提供按照其本国法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充资料。

“17. 请求应当根据被请求缔约国的本国法律执行。在不违反被请求缔约国本国法律的情况下，如有可能，应当按照请求书中列明的程序执行。

“18. 当在某一缔约国领域内的某人需作为证人或者鉴定人接受另一缔约国司法机关询问，而且该人不可能或者不宜到请求国领域出庭时，被请求缔约国可以依该另一缔约国的请求，在可能而且符合本国法律基本原则的情况下，允许以电视会议方式进行询问，缔约国可以商定由请求缔约国司法机关进行询问，询问时应当有被请求缔约国司法机关人员在场。

“19. 未经被请求缔约国事先同意，请求缔约国不得将被请求缔约国提供的资料或者证据转交或者用于请求书所述以外的侦查、起诉或者审判程序。本款规定不妨碍请求缔约国在其诉讼中披露可以证明被告人无罪的资料或者证据。就后一种情形而言，请求缔约国应当在披露之前通知被请求缔约国，并依请求与被请求缔约国磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知，请求缔约国应当毫不迟延地将披露一事通告被请求缔约国。

“20. 请求缔约国可以要求被请求缔约国对其提出的请求及其内容保密，但为执行请求所必需的除外。如果被请求缔约国不能遵守保密要求，应当立即通知请求缔约国。

“21. 在下列情况下可以拒绝提供司法协助：

“(a) 请求未按本条的规定提出；

“(b) 被请求缔约国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或者其他基本利益；

“(c) 如果被请求缔约国的机关依其管辖权对任何类似犯罪进行侦查、起诉或者审判程序时，其本国法律已经规定禁止对这类犯罪采取被请求的行动；

“(d) 同意这项请求将违反被请求缔约国关于司法协助的法律制度。

“22. 缔约国不得仅以犯罪也被视为涉及财税事项为理由而拒绝司法协助请求。

“23. 拒绝司法协助时应当说明理由。

“24. 被请求缔约国应当尽快执行司法协助请求，并应当尽可能充分地考虑到请求缔约国提出的、最好在请求中说明了理由的任何最后期限。请求缔约国可以合理要求被请求缔约国提供关于为执行这一请求所采取措施的现况和进展情况的信息。被请求缔约国应当依请求缔约国的合理要求，就其处理请求的现况和进展情况作出答复。请求国应当在其不再需要被请求国提供所寻求的协助时迅速通知被请求缔约国。

“25. 被请求缔约国可以以司法协助妨碍正在进行的侦查、起诉或者审判程序为理由而暂缓进行。

“26. 被请求缔约国在根据本条第 21 款拒绝某项请求或者根据本条第 25 款暂缓执行请求事项之前，应当与请求缔约国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条件下给予协助。请求缔约国如果接受附有条件限制的协助，则应当遵守有关的条件。

“27. 在不影响本条第 12 款的适用的情况下，对于依请求缔约国请求而同意到请求缔约国领域就某项诉讼作证或者为某项侦查、起诉或者审判程序提供协助的证人、鉴定人或者其他人员，不应当因其离开被请求缔约国领域之前的作为、不作为或者定罪而在请求缔约国领域内对其起诉、羁押、处罚，或者使其人身自由受到任何其他限制。如该证人、鉴定人或者其他人员已经得到司法机关不再需要其到场的正式通知，在自通知之日起连续十五天内或者在缔约国所商定的任何期限内，有机会离开但仍自愿留在请求缔约国领域内，或者在离境后又自愿返回，这种安全保障即不再有效。

“28. 除非有关缔约国另有协议，执行请求的一般费用应当由被请求缔约国承担。如果执行请求需要或者将需要支付巨额或者异常费用，则应当由有关缔约国进行协商，以确定执行该请求的条件以及承担费用的办法。

“29. 被请求缔约国：

“(a) 应当向请求缔约国提供其所拥有的根据其本国法律可以向公众公开的政府记录、文件或者资料；

“(b) 可以自行斟酌决定全部或部分地或者按其认为适当的条件向请求缔约国提供其所拥有的根据其本国法律不向公众公开的任何政府记录、文件或者资料。

“30. 缔约国应当视需要考虑缔结有助于实现本条目的、具体实施或者加强本条规定的双边或多边协定或者安排的可能性。”

584. 在全球化的背景下, 各国当局越来越需要其他国家的协助, 以便对罪犯, 尤其是那些实施了跨国犯罪的罪犯成功进行侦查、起诉和处罚。腐败行为的行为人经常具有流动性, 并且这种行为经常涉及一个以上国家的参与者或者跨越国境的交易。一国有能力主张管辖权并确保被指控的罪犯在其境内, 这只是完成了工作的一个重要部分, 而不是全部。

585. 罪犯的国际流动以及先进技术的使用等因素的存在, 使得执法和司法当局比以往任何时候都更有必要配合并协助对有关事项拥有管辖权的国家。

586. 为了实现这一目标, 各国颁布了使其能够提供这类国际合作的法律, 并越来越多地利用有关刑事事项司法协助的条约。这类条约通常会列明拟提供的协助的种类、请求国和被请求国在合作范围和方式方面的权利、被指控罪犯的权利以及在提出和执行申请中应遵循的程序。

587. 这些双边文书通过若干方式加强了执法。它们使得各国当局能够以国内承认的方式从国外获取证据。例如, 可以传唤证人、确定人员所处位置、提供文件和其他证据以及签发刑事令状。它们补充了有关交换信息的其他安排(例如通过国际刑事警察组织(刑警组织)、警察部门之间的关系以及司法协助和调查函而获取的资料), 并解决了具有不同法律传统的国家之间的复杂问题, 其中有些国家限制向审判机关提供协助, 但不限制向检察机关提供协助。

588. 已经作出了一些多边努力，签订了一些旨在对特定犯罪的刑事事项提供司法协助的条约，如《有组织犯罪公约》（见第 18 条）、《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（见第 7 条）、欧洲委员会《关于犯罪所得的洗钱、追查、扣押和没收问题的公约》（见第 8-10 条）、《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》、欧洲委员会《电脑犯罪公约》（第 3 章）、《美洲反腐败公约》（见第十四条）、《美洲司法协助公约》及其任择议定书以及经合组织《反贿赂公约》（第 9 条）。此外还有一些区域举措，例如欧洲联盟《申根协定实施公约》、《欧洲刑事事项互助公约》、《美洲刑事事项司法协助公约》和《阿拉伯联盟刑事事项互助公约》等。

589. 《反腐败公约》第 46 条第 1 款进一步发展了上述举措，呼吁在侦查、起诉和审判程序中相互提供最大程度的司法协助，并将适用范围扩大到根据公约确立的所有犯罪。

590. 可以在下列方面请求提供司法协助：获取证据或陈述、送达司法文书、执行搜查和扣押、检查物品和场所、提供资料、证据和鉴定结论、文件和记录、追查犯罪所得、为证人出庭提供方便及本国法律所不禁止的任何其他协助。非常重要的一点是，第 46 条还适用于为资产没收和返还合法所有人的目的而在辨认、追查和扣押犯罪所得、财产和工具等方面进行国际合作（见第 46 条第 3 款第 (j) 和 (k) 项，第 31 条第 1 款，以及公约第五章，特别是第 54 和 55 条）。

591. 《反腐败公约》承认各种法律制度的不同，允许各国在特定情况下拒绝提供司法协助（见第 46 条第 21 款）。然而，公约明确说明，不得以银行保密为由（见第 46 条第 8 款）或对被视为涉及财税事项的犯罪（第 46 条第 22 款）拒绝提供协助。要求各国就拒绝协助说明理由。否则，各国必须立即执行请求，并考虑到请求机关所可能面临的期限（例如诉讼时效的到期）。

592. 鉴于《有组织犯罪公约》包含许多类似的条款（见第 18 条），该公约的缔约国将会遵守《反腐败公约》第 46 条的许多规定。但应强调指出两个显著区别。首先，司法协助的范围目前扩大到资产的追回，这是《反腐败公约》的一个基本原则（见第 1 条和第 51 条）。其次，在并非双重犯罪情况下，各缔约国应通过非强制性措施提供协助，但条件是这符合其法律制度而且犯罪并非轻微犯罪。鼓励各缔约国为了实现公约的宗旨，在并非双重犯罪的情况下也尽可能扩大协助范围（第 46 条第 9 款和第 1 条）。

主要要求概述

593. 《反腐败公约》要求各缔约国：

(a) 确保为了第 46 条第 3 款所列之目的，在对腐败犯罪进行的侦查、起诉、审判程序和资产没收与追回中提供最大程度的司法协助（第 46 条第 1 款）；

(b) 对于依照第 26 条可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉和审判程序提供司法协助（第 46 条第 2 款）；

(c) 确保不以银行保密为由拒绝提供司法协助（第 46 条第 8 款）。在这方面，如果有关司法协助的现行法律或条约发生冲突，则可能需要立法；

(d) 在并非双重犯罪情况下通过非强制性措施提供协助（第 46 条第 9 款第 (b) 项）；

(e) 在未与另一缔约国签订司法协助条约的情况下，对司法协助方法适用第 46 条第 9 至 29 款（第 46 条第 7 款和第 9 至 29 款）。在这方面，如果关于司法协助的本国现行法律与这些条款中的任何一项规定不一致，并且本国法律优先于条约，则可能需要立法；

(f) 将其为第 46 条目的而指定的中央机关以及所能够接受的语文通知联合国秘书长（第 46 条第 13 款和第 14 款）；

(g) 考虑缔结有助于实施或者加强第 46 条规定的双边或多边协定或者安排（第 46 条第 30 款）。

594. 各缔约国如果认为有关刑事事项的资料可能有助于另一缔约国的调查或刑事诉讼程序，或者有助于其拟订正式请求，则可无须事先请求而向其他缔约国提供这类资料（第46条第4和第5款）。

595. 还请各缔约国考虑在并非双重犯罪的情况下提供更为广泛的司法协助（第46条第9款第(c)项）。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

(a) 范围

596. 第46条第1款确立了提供司法协助义务的范围。

597. 首先，要求各缔约国在对第3条规定的对《反腐败公约》所涵盖的犯罪进行的侦查、起诉、审判程序、冻结犯罪所得和资产追回中提供最大程度的司法协助。因此，各缔约国均应确保其司法协助条约和法律规定为侦查、起诉和审判程序方面的合作提供协助。“审判程序”一词与侦查和起诉分列，意指一种不同的程序。由于公约未对其加以定义，各缔约国可自行决定其为这类程序提供协助的程度，但是至少应当对诸如审判前程序、宣判程序和保释程序等在一些国家可能不属于实际审判的刑事程序部分提供协助。⁷² 这些侦查、起诉或程序必须与第3条规定的根据公约确立的犯罪有关。

598. 如果缔约国现行的司法协助法律和条约不够宽泛，不足以涵盖公约所涉的所有腐败犯罪，则可能需要修订法律。

⁷²关于《有组织犯罪公约》中类似条文（第18条第2款）的一份解释性说明指出，“审判程序”一词系指请求司法协助所涉的事项，而无意对司法独立造成任何妨碍（A/55/383/Add.1，第36段）。

599. 在草拟法律以设立执行协助请求的权力时，立法者应当注意到，请求和提供司法协助的标准应当比适用于《反腐败公约》所规定的大多数其他义务的标准略为宽泛。此外还应谨记第1条的规定。

(b) 对涉及法人的程序的司法协助

600. 第46条第2款规定，应当根据被请求缔约国的有关法律、条约、协定和安排，在对根据第26条可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉和审判程序中，尽可能充分地提供司法协助（另见本指南第三.B.3节）。

601. 因此，缔约国应当有能力为针对法人的侦查、起诉和审判程序提供一定程度的司法协助。这里同样给予了缔约国关于在多大程度上提供协助的一定裁量权。在缔约国目前缺乏为针对法人的侦查、起诉和审判程序提供协助的法律依据的情况下，应当考虑修订法律。

(c) 提供司法协助的目的

602. 第46条第3款列出了缔约国应能提供的司法协助的下列具体种类：

- (a) 向个人获取证据或陈述；
- (b) 送达司法文书；
- (c) 执行搜查和扣押并实行冻结；
- (d) 检查物品和场所；
- (e) 提供资料、物证以及鉴定结论；
- (f) 提供有关文件和记录的原件或经核证的副本，其中包括政府、银行、财务、公司或营业记录；
- (g) 为取证目的而辨认或者追查犯罪所得、财产、工具或其他物品；
- (h) 为有关人员自愿在请求缔约国出庭提供方便；

- (i) 不违反被请求缔约国本国法律的任何其他形式的协助；
- (j) 根据本公约第五章的规定辨认、冻结和追查犯罪所得；
- (k) 根据本公约第五章的规定追回资产。

603. 各缔约国应当审查其现行司法协助条约，以确保这些法定授权的依据足够宽泛，将以上所列的每一种合作形式都涵盖在内。《有组织犯罪公约》缔约国可能需要遵守上述除第 (j) 和 (k) 项以外的所有合作形式。

604. 请注意《反腐败公约》第 54、55 和 57 条（特别是第 3 款）关于与资产没收、返还和处分有关的其他国际合作方式的条文。

605. 司法协助条约通常都规定了类似的合作形式。但在没有规定第 46 条第 3 款或第 54、55 和 57 条所列的任何一种合作形式的情况下（尤其是在条约被视为从属于司法协助法律并与资产追回有关的国家），有关缔约国应当将此类司法协助条约视为由这些合作形式自动加以补充。在有些法律制度中，可能需要修订法律或采取其他行动。

606. 在有些情况下，本国法律已经规定了采取必要措施以提供上述各种协助的权力。如果没有这种权力，则应加以设立。如果已有，则可能需要作出修订，以确保它们可用于司法协助。例如，需要对只限于司法机关确信国内犯罪已发生且对证据的搜查已获批准的情况下的搜查权和扣押权作出修订，以允许对据认为证据在被请求缔约国的被指控外国犯罪签发搜查证。为了提供有关犯罪所得、财产和工具的没收和返还的协助，必须作出更为重大的修正。

607. 为了在未缔结司法协助条约的情况下从缔约国获取和对其提供司法协助，依照第 46 条第 7 款和第 9 至 29 款的规定提供了一个机制。下文说明了在这种情况下的实施要求。

(d) 无条约情况下应遵循的程序

608. 第 46 条第 7 款规定, 在缔约国之间未缔结有效的司法协助条约的情况下, 在提供该条第 3 款所列的上述合作类型方面适用第 46 条第 9 至 29 款所规定的司法协助规则。如有关缔约国之间签有有效条约, 则适用条约规则, 除非有关缔约国同意适用公约第 46 条第 9 至 29 款。

609. 对于其法律制度允许直接适用条约的缔约国来说, 不需要制订执行立法。如果缔约国的法律制度不允许直接适用有关各项, 则需要进行立法, 以确保在无司法协助条约的情况下, 对根据公约提出的请求适用第 46 条第 9 至 29 款的规定, 而不是其他可能适用的规则。这一赋予效力的法律可以具有一般性, 并提及对于第 46 条范围以内的情形, 在未与有关缔约国签有条约的情形下, 适用该条第 9 至 29 款的规则。

610. 还大力鼓励各缔约国在第 46 条第 9 至 29 款能够促进其合作努力(例如超出现有的司法协助条约)的情况下适用第 9 至 29 款中的任何一款, 特别是第 46 条第 9 款中关于并非双重犯罪情况下的创新规定。

(e) 禁止以银行保密为由拒绝提供司法协助

611. 根据第 46 条第 8 款, 缔约国不得以银行保密为由拒绝提供第 46 条所规定的司法协助。未将该款包括在仅仅适用于无司法协助条约情形下的各款之中, 这一点十分重要。各缔约国必须确保其司法协助法律或条约无此类拒绝理由可供援引。第 31 条第 7 款(关于犯罪所得的冻结、扣押和没收)和第 55 条及第 57 条(关于资产的追回)中均有与此密切相关的规定。

612. 因此, 如果缔约国的法律目前允许这类拒绝理由, 则应当颁布修订法律。如果任何缔约国的司法协助条约包含这类拒绝理由, 则该国加入《反腐败公约》的行为应当作为一个条约法事项使先前条约中的相反规定自动失效。如果缔约国的法律制度规定不得直接适用条约, 则需要进行国内立法。

(f) 无条约时采取的措施

613. 以上一般性地讨论了与第 46 条第 7 款相关的为了实施第 46 条第 9 至 29 款而需要采取的行动，第 46 条第 9 至 29 款规定了在有关缔约国之间无司法协助条约的情况下必须采用的特定程序和机制。一些缔约国在这几款与特定协助请求有关的情况下通常直接适用这几款，因为根据其法律制度，公约条款可以直接适用。否则，对于不能直接适用条约的国家，最简单的做法是颁布一项一般性法律授权，以允许直接适用第 46 条第 9 至 29 款。

614. 但第 9 款需要进一步的审查，因为它背离了先前的公约（例如，如果将该款与《有组织犯罪公约》第 18 条第 9 款相比的话）。

615. 第 9 款第 (a) 项要求被请求缔约国在并非双重犯罪情况下对司法协助请求作出反应时，应当考虑到《反腐败公约》的整体宗旨（第 1 条）（另见第 9 款第 (c) 项）。

616. 各缔约国仍然可以以并非双重犯罪为由拒绝此类请求。同时，缔约国应在符合其法律制度基本概念的情况下提供不涉及强制行动的协助（第 46 条第 9 款第 (b) 项）。解释性说明指出，被请求缔约国将在考虑到公约宗旨的情况下对“强制行动”予以定义（A/58/422/Add.1，第 42 段）。

617. 第 9 款第 (b) 项允许在请求所涉事项极为轻微 (*de minimis*) 或者可根据公约其他条款提供协助的情况下拒绝这类协助。

618. 另外，第 9 款第 (c) 项鼓励各缔约国行使其自由裁量权，考虑采取其他措施，扩大在并非双重犯罪情况下根据第 46 条提供的协助范围。

619. 关于被羁押或被判刑人员向另一缔约国的移送（见《反腐败公约》第 46 条第 10 款第 (b) 项），对《有组织犯罪公约》中等同规定（第 18 条第 10 款）的一份解释性说明可能有助于作以下考虑：在缔约国拟确定的移交人员条件方面，缔约国可同意，在请求缔约国境内的证人作证过程中，被请求缔约国可以在场（A/55/383/Add.1，第 39 段）。

620. 《反腐败公约》要求各缔约国均应指定一个中央机关，使其有权接收司法协助请求并执行该请求或将请求转交主管机关处理。⁷³ 在请求司法协助程序的不同阶段，可以有不同的主管机关。第6条（预防性反腐败机构）、第36条（专职机关）、第38条（国家机关之间的合作）、第39条（国家机关与私营部门之间的合作）、第56条（特别合作）和第58条（金融情报机构）规定了密切相关的措施。可以看到，《有组织犯罪公约》也要求为司法协助目的指定一个中央机关，因此，该公约缔约国不妨考虑为《反腐败公约》的目的指定同样的机关。

621. 应在签署或交存时将该中央机关以及可以接受的请求所用语文通知联合国秘书长（第46条第13款和第14款）。该通知应当提供给联合国毒品和犯罪问题办公室。

622. 关于第19款的一份解释性说明反映了这样一种理解，即请求国有义务不将所收到的受银行保密要求保护的任何资料用于其请求提供该资料所要用于的程序以外的任何目的，但经被请求缔约国认可的情况除外（A/58/422/Add.1，第43段）。

623. 最后，关于第28款的一份解释性说明指出，与执行根据第46条第10、11和18款提出的请求有关而产生的多项费用一般被认为具有特殊性质。此外，该说明还指出，发展中国家甚至在满足一般费用方面也可能遇到困难，因此应向其提供适当的援助，使其能够达到该条的要求（A/58/422/Add.1，第44段）。

任择要求和措施

(a) 主动提供资料

624. 第46条第4款和第5款提供了一个法律基础，以便一缔约国在另一缔约国未提出协助请求并且可能完全不知晓存在有关资料或证据的情况下，向该国送交其认为对于打击《反腐败公约》所涵盖

⁷³ 在其某些特别地区或领土拥有独立的司法协助制度的国家，由中央机关行使这些职能。

的犯罪十分重要的资料或证据。然而，在具体案件中并无这样做的义务。对于那些法律制度允许直接适用公约的缔约国，这几款使它们在原先根据本国法律所不可能的情况下能够主动提供资料，而不需要制定新的法律。

625. 各国机关之间进行直接联系的可能性并不妨碍正式的司法协助程序，而是询问被请求国所要求的条件的一种方法。这种方法经常有助于节省时间、避免误解。在其他情况下，当涉及业务信息或情报时，直接联系非常重要（例如金融情报机构之间的直接联系：见第 56 和 58 条）。

626. 如果一缔约国尚不具备这类主动提供资料的本国法律基础，并且根据其法律制度这几款的规定不能直接适用，则特别鼓励该缔约国采取可能必要的步骤建立这种法律基础，但其并无此义务。

(b) 关于司法协助条约的保留条款

627. 第 46 条第 6 款规定，该条不排除或影响根据其他司法协助条约所产生的独立义务。同时，加入《反腐败公约》产生了缔约国之间必须遵守的另一些义务。

(c) 通过电视会议的方式作证

628. 关于通过电视会议方式作证的规定并非是强制性的。此外还应注意第 46 条第 28 款，该款规定应就巨额或特别的司法协助费用的分摊进行协商。

629. 第 46 条第 18 款要求缔约国在证人不可能或不宜旅行时，在可能并且符合本国法律基本原则的情况下，安排使用电视会议作为一种提供口头证据的手段。这可能需要进行下列立法改动：

(a) 允许机关强迫证人出席和安排宣誓并追究证人不遵守要求的刑事责任（例如使用藐视法庭或类似罪名）的法律授权；

(b) 修订证据规则, 以允许基本承认以电视会议方式提供的证词并制定有关可靠性和核实问题(例如确定证人身份)的技术标准;

(c) 扩大伪证罪, 并制定法律确保:

- (i) 一个身在本国而在外国法律程序中提供伪证的证人负有刑事责任;
- (ii) 一个身在外国而在本国法庭或程序中通过电视会议方式提供伪证的证人负有刑事责任;
- (iii) 可对被指控通过电视会议方式犯有伪证罪的人进行引渡, 根据情况使其进入或离开有关法域;
- (iv) 说谎证人可以因为在外国法庭所在的法域犯有伪证罪而被引渡。

(d) 缔结新的协定和安排

630. 第 46 条第 30 款呼吁缔约国视需要考虑缔结有助于实现该条目的、具体实施或加强该条规定的双边或多边协定或者安排的可能性。

D. 其他形式的国际合作

“第 45 条

“被判刑人的移管

“缔约国可以考虑缔结双边或多边协定或者安排, 将因实施根据本公约确立的犯罪而被判监禁或者其他形式剥夺自由的人移交其本国服满刑期。”

“第 47 条

“刑事诉讼的移交

“缔约国如果认为相互移交诉讼有利于正当司法, 特别是在涉及数国管辖权时, 为了使起诉集中, 应当考虑相互

移交诉讼的可能性，以便对根据本公约确立的犯罪进行刑事诉讼。”

“第 48 条

“执法合作

“1. 缔约国应当在符合本国法律制度和行政管理制度的情况下相互密切合作，以加强打击本公约所涵盖的犯罪的执法行动的有效性。缔约国尤其应当采取有效措施，以便：

“(a) 加强并在必要时建立各国主管机关、机构和部门之间的联系渠道，以促进安全、迅速地交换有关本公约所涵盖的犯罪的各个方面的情报，在有关缔约国认为适当时还可以包括与其他犯罪活动的联系的有关情报；

“(b) 同其他缔约国合作，就下列与本公约所涵盖的犯罪有关的事项进行调查：

“(i) 这类犯罪嫌疑人的身份、行踪和活动，或者其他有关人员的所在地点；

“(ii) 来自这类犯罪的犯罪所得或者财产的去向；

“(iii) 用于或者企图用于实施这类犯罪的财产、设备或者其他工具的去向；

“(c) 在适当情况下提供必要数目或者数量的物品以供分析或者侦查之用；

“(d) 与其他缔约国酌情交换关于为实施本公约所涵盖的犯罪而采用的具体手段和方法的资料，包括利用虚假身份、经变造、伪造或者假冒的证件和其他旨在掩饰活动的手段资料；

“(e) 促进各缔约国主管机关、机构和部门之间的有效协调，并加强人员和其他专家的交流，包括根据有关缔约国之间的双边协定和安排派出联络官员；

“(f) 交换情报并协调为尽早查明本公约所涵盖的犯罪而酌情采取的行政和其他措施。

“2. 为实施本公约，缔约国应当考虑订立关于其执法机构间直接合作的双边或多边协定或者安排，并在已经有这类协定或者安排的情况下考虑对其进行修正。如果有关缔约国之间尚未订立这类协定或者安排，这些缔约国可以考虑以本公约为基础，进行针对本公约所涵盖的任何犯罪的相互执法合作。缔约国应当在适当情况下充分利用各种协定或者安排，包括利用国际或者区域组织，以加强缔约国执法机构之间的合作。

“3. 缔约国应当努力在力所能及的范围内开展合作，以便对借助现代技术实施的本公约所涵盖的犯罪作出反应。”

“第 49 条

“联合侦查

“缔约国应当考虑缔结双边或多边协定或者安排，以便有关主管机关可以据以就涉及一国或多国侦查、起诉或者审判程序事由的事宜建立联合侦查机构。如无这类协定或者安排，可以在个案基础上商定进行这类联合侦查。有关缔约国应当确保拟在其领域内开展这种侦查的缔约国的主权受到充分尊重。”

“第 50 条

“特殊侦查手段

“1. 为有效地打击腐败，各缔约国均应当在其本国法律制度基本原则许可的范围内并根据本国法律规定的条件在其力所能及

的情况下采取必要措施，允许其主管机关在其领域内酌情使用控制下交付和在其认为适当时使用诸如电子或者其他监视形式和特工行动等其他特殊侦查手段，并允许法庭采信由这些手段产生的证据。

“2. 为侦查本公约所涵盖的犯罪，鼓励缔约国在必要情况下为在国际一级合作时使用这类特殊侦查手段而缔结适当的双边或多边协定或者安排。这类协定或者安排的缔结和实施应当充分遵循各国主权平等原则，执行时应当严格遵守这类协定或者安排的条款。

“3. 在无本条第2款所述协定或者安排的情况下，关于在国际一级使用这种特殊侦查手段的决定，应当在个案基础上作出，必要时还可以考虑到有关缔约国就行使管辖权所达成的财务安排或者谅解。

“4. 经有关缔约国同意，关于在国际一级使用控制下交付的决定，可以包括诸如拦截货物或者资金以及允许其原封不动地继续运送或将其全部或者部分取出或者替换之类的办法。”

631. 公约规定了一系列进一步加强腐败案件侦查和执法方面国际合作的其他强制性和非强制性机制。

632. 本节讨论了被判刑人员的移管（第45条）、刑事诉讼的移交（第47条）、执法合作（第48条）、联合侦查（第49条）和特殊侦查手段（第50条）。

633. 《反腐败公约》第50条明确赞同控制下交付、电子监视和特工行动等侦查手段。由于在了解十分狡猾的有组织犯罪集团的行动、收集资料和证据用于国内检控以及向其他缔约国提供司法协助方面所固有的危险和困难，这些手段特别适合对付此类犯罪集团。在许多

情形下，侵扰性较低的方法实际上根本不能奏效，或一旦执行就会不可避免地给有关人员造成无法接受的风险。

634. 控制下交付特别适用于在违禁品转运过程中查明或拦截违禁品并随后在监视下进行交付，以查明预定收货人或监督违禁品随后在整个犯罪组织中的分销情况。然而，由于执法人员或其他人交付违禁品本身就可能属于国内法所规定的犯罪，因此，为允许采取此类行动，通常需要在法律上作出规定。如果执法人员或其他人有可能渗透到犯罪组织中以搜集证据，即可采用特工行动。窃听形式的电子监视或者通信拦截起着类似的作用，在组织十分严密、外人无法渗透，或直接渗透或监视会给侦查或侦查者的安全造成过高风险的情况下往往更为可取。鉴于电子侦查的侵扰性，通常必须对之进行严格的司法控制，并且必须从法律上订立许多保障措施以防止滥用。

635. 第 50 条第 1 款与在国内使用的侦查手段有关。第 50 条第 2 至第 4 款规定了在国际一级采取的措施。

主要要求概述

636. 根据第 47 条，如果相互移交诉讼有利于涉及腐败犯罪的正当司法，特别是在涉及数国管辖权时，缔约国应当考虑相互移交诉讼。

637. 根据第 48 条，缔约国必须：

(a) 在符合本国法律制度和行政管理制度的情况下采取有效措施，对根据公约确立的犯罪进行有效侦查，其中包括：

- (i) 加强并在必要时建立各国执法机构之间的联络渠道；
- (ii) 同其他缔约国合作，就以下事项进行调查：
 - a. 特定人员的身份、行踪和活动；
 - b. 来自实施犯罪的所得或财产的去向，以及用于或企图用于实施犯罪的财产、设备和其他工具的去向；

(iii) 在适当情况下提供物品以供分析或侦查之用；

(b) 考虑订立双边或多边协定或安排，以实施或加强第 48 条的规定；

(c) 努力开展合作，以便对借助现代技术实施的腐败犯罪作出反应。

638. 根据第 49 条，缔约国应当考虑订立双边或多边协定或安排，以便设立联合侦查机构，同时确保拟在其境内进行侦查的缔约国的主权受到充分尊重。

639. 根据第 50 条，缔约国应：

(a) 在其本国法律制度基本原则许可的情况下，将控制下交付确立为可在国家和国际两级使用的一种侦查手段；

(b) 具有在个案基础上提供不与其本国法律制度基本原则相冲突的控制下交付国际合作的法律能力；

(c) 在适当时将电子监视和特工行动确立为可在国内和国际两级使用的侦查手段。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

(a) 诉讼的转移

640. 第 47 条涉及一个在涉及跨国犯罪的案件，包括涉及腐败做法的案件中所经常发生的问题：即罪犯在若干法域内或者通过若干法域进行运作。在这些情况下，对于有关各方（包括罪犯和被害人）来说更为实际、有效和公平的做法是将案件合并在一个地点起诉。

641. 鉴于此，并且考虑到《反腐败公约》的宗旨（第 1 条），各缔约国如果认为相互移交诉讼有利于正当司法，特别是在涉及数国管辖权时，

为了使起诉集中,应当考虑相互移交诉讼的可能性,以便对根据公约确立的犯罪提起刑事诉讼(第47条)。⁷⁴

(b) 执法合作的范围

642. 第48条第1款规定了合作义务的范围。缔约国应在第1款第(a)至(f)项所列举的一系列领域进行密切的执法合作(警方对警方)。

643. 这种一般性合作义务并不是绝对的,相反,合作应在符合本国法律和行政管理制度的情况下进行。该款使缔约国可以根据其各自的要求在具体情况下限定合作条件或者拒绝合作。

644. 在这种一般性限制下,缔约国应加强其各自执法机关之间的联络渠道(第1款第(a)项);采取具体形式的合作,搜集关于犯罪人员以及犯罪所得和工具去向的资料(第1款第(b)项);彼此提供一定数目或数量的物品供分析或其他侦查活动之用(第1款第(c)项);交换关于有关犯罪中采用的各种手段和方法的资料(第1款第(d)项);促进人员交流,包括派出联络官员(第1款第(e)项);进行其他合作,以尽早查明犯罪(第1款第(f)项)。

645. 更具体来讲,要求各缔约国:

(a) 加强并在必要时建立各国主管机关、机构和部门之间的联系渠道,以促进安全、迅速地交换有关本公约所涵盖的犯罪的各个方面的情报,在有关缔约国认为适当时还可以包括与其他犯罪活动的联系的有关情报;

(b) 同其他缔约国合作,就下列与本公约所涵盖的犯罪有关的事项进行调查:

⁷⁴ 经合组织《反贿赂公约》有关这一问题的等同规定(第4条第3款)是强制性的。

- (i) 这类犯罪嫌疑人的身份、⁷⁵ 行踪和活动，或者其他有关人员所在地点；
- (ii) 来自这类犯罪的犯罪所得或者财产的去向；
- (iii) 用于或者企图用于实施这类犯罪的财产、设备或者其他工具的去向；

(c) 在适当情况下提供必要数目或数量的物品以供分析或者侦查之用；

(d) 与其他缔约国酌情交换关于为实施本公约所涵盖的犯罪而采用的具体手段和方法的资料，包括利用虚假身份、经变造、伪造或者假冒的证件和其他旨在掩饰活动的手段资料；⁷⁶

(e) 促进各缔约国主管机关、机构和部门之间的有效协调，并加强人员和其他专家的交流，包括根据有关缔约国之间的双边协定和安排派出联络官员；

(f) 交换情报并协调为尽早查明本公约所涵盖的犯罪而酌情采取的行政和其他措施。

(c) 特殊侦查手段

646. 第 50 条第 1 款要求各缔约国在不违反其本国法律制度基本原则的情况下，确立控制下交付这一特殊侦查手段。

647. 根据第 2 条第 (i) 项，“控制下交付”一词系指在主管机关知情并由其监控的情况下允许非法或可疑货物运出、通过或者运入一国或多国领域的做法，其目的在于侦查某项犯罪并查明参与实施该项犯罪的人员。

⁷⁵关于《反腐败公约》的解释性说明指出，应当将“身份”一词理解为包括确定一个人的身份所必需的特征或其他有关信息（A/58/422/Add.1，第 45 段）。

⁷⁶关于《反腐败公约》的一项解释性说明指出，该项并不意味着将无法根据《有组织犯罪公约》提供该项所述种类的合作（A/58/422/Add.1，第 46 段）。

648. 许多缔约国应至少在某些跨国犯罪，如麻醉品贩运或有组织犯罪方面设立这种机制，因为1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和《有组织犯罪公约》都规定了这一点。关于是否在某一特定情况下使用这种手段的决定则留待有关国家的法律解决，由该国根据资源情况自行处理，如“在其力所能及的情况下”和“并根据本国法律规定的条件”等语所体现的那样。

649. 为了执行这一规定，缔约国应确保通过这类手段获取的证据能够得到采信。这可能需要立法。

650. 第50条第3款规定，在并无协定或者安排的情况下，关于在国际一级使用这类特殊侦查手段的决定应当在个案基础上作出。这项规定要求各缔约国有能力至少在控制下交付方面进行个案合作，根据第1款，在不违反有关国家法律制度基本原则的情况下，控制下交付的确立是强制性的。对于许多国家来说，这条规定本身将成为进行个案合作的法律授权的充分依据。

651. 第4款解释说，可在国际一级使用的控制下交付方法包括拦截货物并允许货物原封不动地继续运送、拦截并取出货物，或者拦截货物并对其进行全部或部分替换。选择哪种方法由有关缔约国决定。所采用的方法可取决于具体案件的具体情况。

任择要求和措施

(a) 被判刑人员的移管

652. 根据第45条，各缔约国似宜考虑缔结双边或者多边协定或安排，将因实施根据《反腐败公约》确立的犯罪而被判监禁或者其他形式剥夺自由的人移交其本国，以便在本国服满刑期。

(b) 联合调查

653. 第49条鼓励但并不要求各国达成协定或安排，以便在若干缔约国都对犯罪拥有管辖权时，在一个以上国家进行联合侦查、起诉和审判。

654. 该条第二句提供了在没有专门协定或安排的情况下，在个案基础上进行联合侦查、起诉和审判的法律授权依据。大多数国家的本国法律已经允许此类联合活动，在其法律不允许此类活动的少数国家中，本规定可成为法律授权的充分依据，支持在个案基础上进行此类合作。鉴于许多国家已经批准的《有组织犯罪公约》具有相同的规定，只有少数国家需要就参加此类（非强制性）活动制定新的立法。

(c) 就执法合作订立双边或多边协定或安排

655. 《反腐败公约》第 48 条第 2 款第一句要求各缔约国考虑订立关于其执法机构间直接合作的双边或多边协定或安排，以实施本公约。缔约国在此过程中可参考下文第四节（资料来源）所载的协定实例。第二句提供了在没有专门协定或安排的情况下进行此类合作的法律授权的依据。大多数国家的本国法律已经允许此类合作（而且，几乎所有国家都是国际刑警组织的成员，在这个多边安排中，一般可以进行此类合作）。在其法律不允许此类合作的缔约国中，本规定可作为法律授权的充分依据，支持在个案基础上进行此类合作。同样，《有组织犯罪公约》的许多缔约方将已在遵守这项规定。

(d) 借助现代技术开展合作

656. 第 48 条第 3 款要求缔约国努力开展执法合作，以便对借助现代技术实施的跨国有组织犯罪作出反应。罪犯可能借助计算机技术来实施盗窃、敲诈和欺诈一类犯罪、进行相互联络或通过计算机系统维持其犯罪活动。

657. 关于《反腐败公约》的一份解释性说明指出，在审议智利提出的一项关于涉及借助计算机技术实施的犯罪的管辖权与合作的提案时，一般的理解是，第 42 条第 1 款第 (a) 项已经规定在犯罪的所有其他要素都得到满足的情况下，对根据公约确立的利用计算机实施的

犯罪行使管辖权，即使犯罪的后果发生在缔约国领域之外也是如此。在这方面，缔约国还应铭记公约第 4 条的规定。智利提案的第二部分建议缔约国注意到在根据第 46 条开展交流时利用电子通信可能带来的益处。该提案指出，缔约国似宜考虑在可行情况下利用电子通信加速司法协助。不过，该提案还指出，这种使用可能会产生某些风险，出现被第三人截取的情况，因此应当避免这些风险（A/58/422/Add.1，第 47 段）。

658. 第 50 条第 1 款鼓励使用电子监视和特工行动，但这并不是一项强制要求。应强调指出的是，这些手段可能是执法机构收集必要证据，从而阻止非常隐秘的腐败行为人和腐败网络活动的唯一途径。

659. 第 50 条第 2 款鼓励但不要求缔约国作为一种国际合作形式，为代表另一国使用诸如特工调查、电子监视和控制下交付等特殊侦查手段而缔结适当的双边或多边协定或者安排。

E. 资料来源：有关条款和文书

1. 《联合国反腐败公约》

第 43 至 50 条（国际合作）

2. 具有约束力的国际和区域文书

非洲联盟

《非洲联盟防止和打击腐败公约》（2003 年）

www.africa-union.org/official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf

阿拉伯联盟

《阿拉伯联盟刑事事项互助公约》(1983年)

《阿拉伯国家联盟引渡协定》(1952年)

东南亚国家联盟

《刑事事项法律互助条约》(2004年)

<http://assetrecovery.org/kc/node/eb706c7d-a340-11dc-bf1b-335d0754ba85.0;jsessionid=3AB2BA2B4BDA5A03B989565E6CF602FA>

英联邦

《英联邦逃犯引渡计划》(1990年修正)

www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/%7B717FA6D4-0DDF-4D10-853E-D250F3AE65D0%7D_London_Amendments.pdf

《英联邦内部刑事事项互助计划》(《哈拉雷计划》，1990年、2002年和2005年修正)

www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/2C167ECF-0FDE-481B-B552-E9BA23857CE3_HARARESCHEMERELATINGTOMUTUALASSISTANCE2005.pdf

《英联邦内部引渡伦敦计划》(2002年) www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/%7B56F55E5D-1882-4421-9CC1-71634DF17331%7D_London_Scheme.pdf

欧洲委员会

《关于犯罪所得的洗钱、追查、扣押和没收以及资助恐怖主义的公约》(2005年)

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.htm>

《电脑犯罪公约》(2001年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第185号

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/185.doc>

《欧洲刑事事项互助公约第二议定书》(2001年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第182号

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/182.htm>

《反腐败刑法公约》(1999年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第173号

[http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=173
&CM=8&DF=13/09/2010&CL=ENG](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=173&CM=8&DF=13/09/2010&CL=ENG)

《关于犯罪所得的洗钱、追查、扣押和没收问题的公约》(1990年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第141号

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/141.htm>

Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (1978)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第99号

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/099.htm>

《欧洲引渡公约第二附加议定书》(1978年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第98号

[http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=098
&CM=8&DF=13/09/2010&CL=ENG](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=098&CM=8&DF=13/09/2010&CL=ENG)

《欧洲引渡公约附加议定书》(1975年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第86号

[http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=086
&CM=8&DF=13/09/2010&CL=ENG](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=086&CM=8&DF=13/09/2010&CL=ENG)

《欧洲刑事事项诉讼转移公约》(1972年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第73号

<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/073.htm>

《欧洲刑事事项互助公约》(1959年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第30号。

<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/030.htm>

European Convention on Extradition (1957)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第24号

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm>

西部非洲国家经济共同体

《引渡公约》(1994年)

www.iss.co.za/AF/RegOrg/unity_to_union/pdfs/ecowas/4ConExtradition.pdf

《刑事事项互助公约》(1992年)

欧洲联盟

根据《欧洲联盟条约》第K.3条起草的关于简化欧洲联盟成员国间引渡程序的公约(1995年)

《欧洲共同体公报》,C 078,1995年3月30日

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995F0330\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995F0330(01):EN:HTML)

欧洲联盟理事会根据《欧洲联盟条约》第34条拟订的关于欧洲联盟成员国刑事事项互助的公约(2000年)

《欧洲共同体公报》,C 197,2000年7月12日

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:326:0001:0008:EN:PDF>

《实施 1985 年 6 月 14 日比荷卢经济联盟国家、德意志联邦共和国和法兰西共和国政府关于逐步取消共同边界检查的申根协定的公约》(2000 年)

《欧洲共同体公报》，L 239，2000 年 9 月 22 日

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:239:0001:0473:EN:PDF>

2001 年 10 月 16 日根据《欧洲联盟条约》第 34 条订立《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约议定书》的欧洲联盟理事会法(2001 年)

《欧洲共同体公报》，C 326，2001 年 11 月 21 日

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:326:0001:0008:EN:PDF>

《关于欧洲逮捕状和成员国之间引渡程序的第 2002/584/JHA 号框架决定(2002 年)》《欧洲共同体公报》，L 190，2002 年 7 月 18 日。p.1

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:EN:PDF>

《关于洗钱以及犯罪工具和犯罪所得的辨别、追查、冻结、扣押和没收问题的第 2001/500/JHA 号框架决定》(2001 年)《欧洲共同体公报》，L 182，2001 年 7 月 5 日，p.1

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:182:0001:0002:EN:PDF>

《关于欧盟内执行财产冻结令或证据的第 2003/577/JHA 号框架决定》(2003 年)《欧洲共同体公报》，L 196，2003 年 8 月 2 日，p.45

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0045:0055:EN:PDF>

《关于为取得用于刑事事项程序的物件、文件和数据的欧洲取证令状第 2008/978/JHA 号框架决定》(2008 年)《欧洲共同体公报》，L 350，2008 年 12 月 30 日，p.72

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0072:0092:EN:PDF>

经济合作与发展组织

《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》(1997年)

OECD, DAFPE/IME/BR(97)20

www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html

美洲国家组织

《美洲反腐败公约》(1996年)

www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html

《美洲刑事事项司法互助公约》(1992年)

美洲国家组织,《条约汇编》,第75号

www.oas.org/juridico/english/Treaties/a-55.html

《美洲刑事事项司法互助公约任择议定书》(1993年)

美洲国家组织,《条约汇编》,第77号

www.oas.org/juridico/english/treaties/A-59.htm

《美洲引渡公约》(1981年)

美洲国家组织,《条约汇编》,第60号

[www.oas.org/juridico/english/treaties/b-47\(1\).html](http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-47(1).html)

南部非洲发展共同体

《引渡议定书》(2002年)

www.sadc.int/index/browse/page/148

《刑事事项司法互助议定书》(2002年)

www.issafrica.org/cdct/mainpages/pdf/Terrorism/International%20Instruments/Protocols/SADC%20Protocol%20on%20Mutual%20Legal%20Assistance%20in%20Criminal%20Matters%20.pdf

南亚区域合作联盟

《刑事事项司法互助公约》(2008年)

www.saarc-sec.org/userfiles/Various%20Publications,%20Agreements,MOUs,%20%20Conventions.%20Charters/PUBLICATIONS/Pdf/Convention%20on%20MACM%2031%20July%202008.pdf

联合国

《精神药物公约》(1971年)

联合国,《条约汇编》,第1019卷,第14956号

www.unodc.org/pdf/convention_1971_en.pdf

1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》

联合国,《条约汇编》,第1582卷,第27627号

www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000年)

大会第55/25号决议,附件一

www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf

五． 资产追回

“第 51 条

“一般规定

“按照本章返还资产是本公约的一项基本原则，缔约国应当在这方面相互提供最广泛的合作和协助。”⁷⁷

A. 导言

660. 将腐败或其他非法来源所得资产转至国外给来源国造成了一些严重的或甚至是灾难性的后果。它损害了外援，使现金储备耗竭，减少了税基，加剧了贫困，不利于竞争，并削弱了自由贸易。因此，所有公共政策，包括有关和平与安全、经济增长、教育、保健和环境方面的公共政策，都有可能受到严重影响。这些所谓“贪官当政”的盗贼行径举目可见，窃取国家财富、腐败、贿赂、敲诈、有系统的劫掠和非法出售自然资源或文化财富以及把借自于国际机构的资金转作他用，仅为其中几例。在这些例子中，没收并返还所盗资产（通常由最高层公共人物执行）是许多国家所面临的一个紧迫任务。因此，任何对策，若能行之有效并具有震慑力，就必须超越国界，处理返还资产于受害国或其他当事方的问题。

661. 国际社会和联合国各机构一段时期以来始终在关注这一问题。秘书长的一份报告（A/57/158，Add.1 和 2）审查了会员国、联合国

⁷⁷《反腐败公约》解释性说明指出，“基本原则”一语对公约第五章其他条款无法律后果（A/58/422/Add.1，第 48 段）。

系统和其他有关组织所采取的措施并肯定了国际社会对整个反腐工作及非法获取的资金的跨界转移和这类资金返还问题所给予的高度重视。大会的几项决议强调了各国政府的有责任，鼓励其采取国内和国际政策，目的是防止和打击腐败及转移非法来源资金的活动，根据请求并通过正当程序协助将这类资产返还来源国。⁷⁸

662. 秘书长发布了一份由联合国毒品和犯罪问题办公室编拟的有关防止腐败行径和资金非法转移问题的报告，这份报告介绍了会员国和联合国各实体为执行 2000 年 12 月 20 日第 55/188 号决议而采取的措施情况，述及转移非法来源资金的活动并将这些资金返还来源国的问题以及有关这一问题的建议（A/56/403 和 Add.1）。随后，根据 2001 年 12 月 21 日第 56/186 号决议，向大会提交了另一份报告，介绍了在执行第 55/188 号决议上取得的进一步进展以及会员国就反腐方案提交的补充资料（A/57/158 及 Add.1 和 2）。

663. 经济及社会理事会 2001 年 7 月 24 日第 2001/13 号决议请秘书长为反腐败公约谈判工作特设委员会编拟一份有关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。⁷⁹ 这份报告审查了尤其与转移非法来源资产相关联的问题，特别是涉及大规模腐败案件造成受害国深受其害而又无法追回这些资产的情况。报告所列举的影响追回工作的程序、取证和政治方面的障碍包括如下：

- (a) 交易匿名有碍于追踪资产和防止进一步转移；
- (b) 缺乏技术专业人才和资源；

⁷⁸ 见大会 2002 年 12 月 20 日题为“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”第 57/244 号决议；2000 年 12 月 4 日题为“国际反腐败法律文书”的第 55/61 号决议，2000 年 12 月 20 日题为“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 号决议及 2001 年 12 月 21 日题为“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 56/186 号决议。

⁷⁹ 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》(A/AC.261/12)，已根据经济及社会理事会第 2001/13 号决议提交给特设委员会第四届会议。可在 www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_4/12e.pdf 网页上查阅该研究报告。

(c) 缺乏协调统一与合作；

(d) 在作为追回工作的最初步骤对犯罪者进行起诉并加以定罪上存在的问题。

664. 其他障碍包括：

(a) 缺少顺利提起诉讼的体制和法律渠道，某些类型的行为不作刑事犯罪论处，以及存在豁免权和第三方权利；

(b) 证据可采性、所需证据的类型和效力问题、实物没收做法上的差异，本该迅捷有效地查明和冻结资产但执行司法协助条约耗费时日，手续烦琐，效率低下；

(c) 作好准备及时采取行动的专业知识有限，资源和培训缺失，及其他能力方面的制约；

(d) 缺乏采取行动或开展有效合作的政治意愿，包括受害国对建立反腐败体制和法律框架缺乏兴趣；

(e) 腐败分子通常关系众多，精于此道，并且十分狡猾。他们能够安排强有力的保护措施并且可以在若干法域寻求庇护。这些腐败分子有能力以不引人注目的方式转移资产和犯罪所得，其将这些资产和犯罪所得用于投资的方式令发现和追查几无可能。

665. 即便发现这些资产的国家已确定这些资产的所在之处，并对之实行了冻结、扣押和没收，但在返还和处置这些资产方面仍然会出现各种问题，例如对追回努力所持的动机抱有疑虑及多方竞相索还问题。

666. 应予考虑的问题包括透明度和反洗钱措施、为寻求追回的国家争取适当资源的方式方法、法律的协调统一、国际合作、被追回资金相关分配规则的明确性和一致性、对具有冲突的索还要求的处理、国家能力建设以及联合国作用的加强。⁸⁰

667. 资产追回如能有效执行的话可发挥四个基本作用：(a) 它是一项强有力的阻遏措施，因为使人们首先就失去了从事腐败行径的动力；

⁸⁰ 见秘书长题为“防止和打击腐败行为及非法转移资金并将这些资产返还来源国”的报告(A/58/125)。

(b) 通过对不正当、不诚实和腐败行为的惩治而在国内外匡复正义；
(c) 通过剥夺严重犯罪者和强势关系网的资产及其从事不当行为的手段而令其失去行为的能力；以及 (d) 在增进司法目标的同时修补对（通常处境困难的）被害人和民众所造成的伤害，协助推动各地区的经济发展和增长，从而使这些地区在世人眼里成为更具可预见性、更加透明、管理有序、公平并具有竞争性因而是值得加以投资的地方。

668. 在这些措施的共同影响下将会形成一个更为健康、更加开放、效率高、管理好并且十分繁荣的环境，在极端主义和恐怖主义使得人人更加恐惧不安的情况下，这种环境也将会带来更多的安全。

669. 尽管世界各国大的腐败案件触目可见，丑闻四起，但过往对之加以有效起诉、适当惩治并将所盗资产返还合法所有人的情况很不理想。

670. 《反腐败公约》认识到上述问题，表明国际社会现已准备采取实际步骤，纠正已经发现的缺陷。公约不仅单辟一章专门论述资产追回问题，而且还全面论述了影响全球高效预防、侦查和救治行动的各种障碍。

671. 第 51 条申明返还资产是公约的一项“基本原则”，并授权缔约国“在这方面相互提供最广泛的合作和协助”。已经吸取了所谓“大案”腐败行径只有通过各国政府痛下决心在国际上共同努力方可加以打击的经验教训。因此，各缔约国必须采取措施并在必要时对本国法律加以修订以实现公约第五章各条中所述的目标。应结合有关公约宗旨的第 1 条来理解公约第五章的所有各项条文：

(a) 促进和加强各项措施，以便更加高效而有力地预防和打击腐败；

(b) 促进、便利和支持预防和打击腐败方面的国际合作和技术援助，包括在资产追回方面；

(c) 提倡廉正、问责制和对公共事务和公共财产的妥善管理。

672. 如前所述, 考虑到腐败的性质及一国执法官员有可能被拉下水或沦为腐败分子, 预防措施和包括私营部门与金融机构的协助在内的国际管制就更为重要了。公约第二至四章对这些问题作了论述。第五章以这些条文(例如见有关预防洗钱的第14条, 有关国家机关与私营部门之间的合作的第39条, 有关国际合作与司法协助的第43和46条)为依据并补充了针对资产离境国和犯罪所得的资产过境国或投资所在国的更为具体的预防措施(见第52条第1款)。

673. 公约第五章中的一些条文载述了资产追回的程序与条件, 包括便利提起民事和行政诉讼(第53条), 承认外国没收令并在其基础上采取行动(第54和55条), 对于贪污公共资金或其他具有危害性的腐败犯罪, 将有关财产返还请求国(第57条)。第57条中所载的重要条文涉及根据犯罪情况处分资产、所提供的有关原所有权的证据效力、除国家外的合法所有人的索还要求以及是否存在可对之提供赔偿的其他腐败受害人(第3款)和有关缔约国之间的协议(第5款)。该条背离了没收国据以对犯罪所得享有所有权的《有组织犯罪公约》等前几项条约。⁸¹

674. 在这些条文的基础上有效追回资产, 这样做所传递的信息是不诚实的官员将无法再隐匿其非法收益, 从而大大有助于受害国修复损害及重建工作, 有助于正义的事业以及防止出现大宗腐败案件。

675. 没收犯罪所得是一种较新的做法, 尽管自通过《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》及最近针对更广范围的其他各类犯罪的《有组织犯罪公约》以来, 这种做法已在国际上越来越为人们所接受。

676. 不过《反腐败公约》第五章比前几项公约更进了一步, 开拓了新的领域, 其中载列了要求加以立法的条文。对于许多国家来说, 这就要求对本国的法律和机构安排作重大修改。

⁸¹《有组织犯罪公约》第14条第1款将没收资产的返还或其他方式的处分留给负责没收的国家自行斟酌决定。

677. 因此，为增强国家能力，设置管制机构并配备有知识、有经验和有技能的工作人员，技术援助必不可少。各国可争取联合国毒品和犯罪问题办公室提供这类技术援助。⁸²

B. 预防

“第 52 条

“预防和监测犯罪所得的转移

“1. 在不影响本公约第 14 条的情况下，各缔约国均应当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核实客户身份，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，并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，而不应当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。

“2. 为便利本条第 1 款所规定措施的实施，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；以及

⁸² 另见联合国毒品和犯罪问题办公室公布的反腐败工具汇编，可在 www.unodc.org/pdf/crime/toolkit/fltof7.pdf 上查阅。

“(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。

“3. 在本条第 2 款第 (a) 项情况下，各缔约国均应当实行措施，以确保其金融机构在适当期限内保持涉及本条第 1 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. 为预防和监测根据本公约确立的犯罪的所得的转移，各缔约国均应当采取适当而有效的措施，以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。此外，缔约国可以考虑要求其金融机构拒绝与这类机构建立或者保持代理银行关系，并避免与外国金融机构中那些允许有名无实和并不附属于受监管金融集团的银行使用其账户的金融机构建立关系。

“5. 各缔约国均应当考虑根据本国法律对有关公职人员确立有效的财产申报制度，并应当对不遵守制度的情形规定适当的制裁。各缔约国还应当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，以便对根据本公约确立的犯罪的所得进行调查、主张权利并予以追回。

“6. 各缔约国均应当根据本国法律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。这种措施还应当对违反情形规定适当的制裁。”

主要要求概述

678. 根据第 52 条，缔约国必须：

(a) 要求金融机构：

- (i) 核实客户身份；
- (ii) 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；
- (iii) 对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认真审查；
- (iv) 向主管机关报告通过上述认真审查而发现的可疑交易（第 52 条第 1 款）；

(b) 参照区域、区域间和多边组织的有关反洗钱举措：

- (i) 就应当对哪类人实行强化审查，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（第 52 条第 2 款第 (a) 项）；
- (ii) 把预计将对其账户实行强化审查的特定人员的身份通知金融机构（第 52 条第 2 款第 (b) 项）；

(c) 确保金融机构保持涉及第 52 条第 1 款所提到人员的账户和交易的充分记录，包括与客户和实际受益人身份有关的资料（第 52 条第 3 款）；

(d) 防止设立有名无实的和并不附属于受监管金融集团的银行（第 52 条第 4 款）。

679. 为实施这些条文必须加以立法。

680. 缔约国必须考虑：

(a) 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（第 52 条第 5 款）；

(b) 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，以便对腐败犯罪所得进行调查、主张权利并予以追回（第 52 条第 5 款）；

(c) 要求在外国银行账户中拥有利益、对该账户拥有控制权的有关公职人员：

- (i) 向有关机关报告这种关系；
- (ii) 保持与这种账户有关的适当记录；
- (iii) 对违反情形规定制裁（第 52 条第 6 款）。

681. 最后，缔约国似宜考虑要求金融机构：

(a) 拒绝与有名无实和并不附属于受监管金融集团的银行建立或者保持代理银行关系；及

(b) 避免与外国金融机构中那些允许有名无实和并不附属于受监管金融集团的银行使用其账户的金融机构建立关系（第 52 条第 4 款）。

682. 可能需要就执行这些条文加以立法。本条中的条文具有创新性，其所涉领域很新，许多国家鲜有先例可引。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

683. 第 52 条立足于第二章中的预防措施，尤其是有关洗钱问题的第 14 条的规定，并具体列举了缔约国为更好地预防和监测犯罪所得的转移而必须制定的一系列措施。第 1 和 2 款述及国家机关与金融机构之间的合作和交流。

684. 根据第 52 条第 1 款，在不影响第 14 条的情况下，各缔约国必须根据本国法律采取必要的措施，规定其管辖范围内的金融机构有义务：

- (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；及
- (c) 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。⁸³

⁸³《反腐败公约》解释性说明指出，“关系密切的人”一词被视为包括与受托担任重要公职者有明显关系的人或者公司（A/58/422/Add.1，第 50 段）。

685. 为打击洗钱应当建立更为全面的管理和监督制度，必须结合核实客户身份、保持记录和报告等要求在其中占有突出地位的这一制度来看待这些条文（另见第 14 条第 1 款第 (a) 项）。

686. 金融机构所承担的“了解其客户”的义务并非新的义务，而是金融机构理应做到恪尽职责和审慎管理这一由来已久的国际公认标准的一部分。⁸⁴

687. 犯罪分子通常利用假名或第三方的姓名来隐瞒其交易和犯罪所得——有义务作出合理的努力，确定转入大额账户的资金的实际受益人。各缔约国在对待“大额”一语上需根据各自的国情处理。

688. 对这种强化审查必须作合理的设计，以监测可疑交易从而向主管机关报告，而不应当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。根据解释性说明，“妨碍或者禁止金融机构与任何合法客户进行业务往来”一语应当理解为包括不危及金融机构与合法客户进行业务往来的能力这一概念（A/58/422/Add.1，第 51 段）。

689. 为便利这些措施的实施，各缔约国必须根据本国法律并参照区域、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、管理和记录应当采哪那些适当的措施，发出咨询意见；

(b) 对于账户应当由本国管辖范围内的金融机构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。

⁸⁴ 例如见金融行动特别工作组的四十项建议和巴塞尔银行监督委员会的文件“防止利用银行系统进行洗钱的犯罪行为”和“银行对客户的审慎调查”。

690. 这类做法有可能提高金融机构开展审慎调查和核实其客户身份的活动的效力与一致性。此外，国家机关提供这类指导尤其有助于金融机构遵守监管要求的工作。正如解释性说明所表明的，发出咨询意见的义务可以由缔约国或者其金融监督机构履行（A/58/422/Add.1，第52段）。

691. 另一项解释性说明表明，应将第52条第1款和第2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，似宜适当考虑到有洗钱的特别风险。在这方面，缔约国可以向金融机构提供指导，使其了解应当适用何种适当的程序以及相关的风险是否要求对具有特别价值或性质的账户、其本国国民和其他国家国民以及对具有特殊职务或者资历的官员适用和执行这些规定。区域、区域间和多边组织的相关反洗钱举措应当是第14条所附解释性说明中所指的举措（A/58/422/Add.1，第49段）。⁸⁵

692. 应当强调的是，上述措施同时适用于进行审查的国家的公职人员和其他管辖范围内的公职人员。这不仅对预防和透明度来说至关重要，而且也有助于今后可能开展的侦查、资产鉴定和返还工作。⁸⁶

693. 根据第52条第3款，各缔约国必须执行措施，以确保其金融机构在适当期限内保持涉及第1款所提到人员的账户和交易的充分

⁸⁵《反腐败公约》第14条的解释性说明指出，“各区域、区域间和多边组织的有关……举措”被理解为特别是指反洗钱金融行动特别工作组提出的并分别于2003年和2001年作了修订的“四十项建议”和“八项特别建议”，此外，也是指诸如加勒比金融行动特别工作组、英联邦、欧洲委员会、东南非反洗钱工作组、欧洲联盟、南美洲反洗钱金融行动特别工作组和美洲国家组织等区域、区域间和多边组织的其他现有反洗钱举措（A/58/422/Add.1，第21段）。应当指出的是，金融行动特别工作组于2004年10月通过了为恐怖主义提供资金问题的第九项特别建议。

⁸⁶见金融行动工作组关于政治公众人物的第6号建议，金融行动特别工作组建议的术语表对该用语作了界定。该建议对外国和本国政治公众人物作了区分。《反腐败公约》未作此种区分。英联邦资产返还问题工作组对金融行动特别工作组所作的区分表示关注，该工作组更赞成《反腐败公约》中所载有关普遍适用强化审查的规定。

记录，记录中应当至少包括关于客户身份的资料，并尽可能包括关于实际受益人身份的资料。⁸⁷

694. 对保持记录的期限将留待缔约国自行界定。在这方面，必须铭记的是，在一些重大案件中，腐败行径历时很长。可供查取的财务记录对以后的调查及资产鉴定和返还都至关重要。

695. 为实施这些条文可能需要就银行保密、保守机密、数据保全和隐私问题加以立法。不应将金融机构置于遵守一法域的规则和要求后与该机构在另一国所承担的义务发生抵触的境地。

696. 根据第 52 条第 4 款，并为了预防和监测根据本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。

697. 两则解释性说明对该款的用语作了进一步澄清。第一则说明指出，“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（A/58/422/Add.1，第 54 段）。

698. 第二则说明指出，有名无实和不属于受监管金融集团的银行一般称作“空壳银行”（A/58/422/Add.1，第 55 段）。

699. 该条文还可能要求就金融机构的运营条件加以立法。⁸⁸ 该款还载有下文讨论的某些选择性条文。

⁸⁷ 解释性说明指出，第 52 条第 3 款并非意在扩大本条第 1 款和第 2 款的范围（A/58/422/Add.1，第 53 段）。

⁸⁸ 见金融行动特别工作组第 18 号建议。

任择要求：需加以考虑的义务

700. 第 52 条第 5 和 6 款要求各缔约国考虑根据本国法律规定“有关公职人员”负有更多的财产申报义务。根据第 5 款，各国必须考虑建立有效的财务申报制度，并对不遵守制度的情形规定适当的制裁。关于是否将公职人员列在这类制度的范围以内及如何提高财务申报的效力将留待缔约国自行决定。不过一旦推行这类制度就必须对公职人员违反申报义务的情形规定适当的制裁，以确保制度得到遵守。

701. 第 5 款还要求各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《反腐败公约》（另见密切相关的第 43、46、48、56 和 57 条）所确立的犯罪的所得进行调查、主张权利并予以追回。为实施这些条文可能需要就银行保密和隐私问题加以立法。

702. 本着鼓励财产申报和透明的同样精神，各缔约国必须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利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（第 52 条第 6 款）。如同前几项条文，如果缔约国决定推行这类措施，则还必须对不遵守措施的情况规定适当的制裁。

任择措施：缔约国似宜考虑的措施

703. 如上所述，第 52 条第 4 款规定必须采取针对设立有名无实和并不附属于受监管金融集团的银行（即称作“空壳银行”的实体）的措施。这一条文的目的是推动预防和监测根据《反腐败公约》所确立的犯罪所得的转移。

704. 根据同一款的规定，缔约国似宜考虑要求金融机构：

- (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。

705. 为实施这些条文可能需要加以立法或对现行法律进行修订（例如，就金融机构确定是否能够与“空壳银行”建立或者保持关系的先决条件或所使用的标准作出具体规定的规则）。

C. 直接追回

“第 53 条

“直接追回财产的措施

“各缔约国均应当根据本国法律：

“(a) 采取必要的措施，允许另一缔约国在本国法院提起民事诉讼，以确立对通过实施根据本公约确立的犯罪而获得的财产的产权或者所有权；

“(b) 采取必要的措施，允许本国法院命令实施了根据本公约确立的犯罪的人向受到这种犯罪损害的另一缔约国支付补偿或者损害赔偿；以及

“(c) 采取必要的措施，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根据本公约确立的犯罪而获得的财产所主张的合法所有权。”

主要要求概述

706. 第 53 条要求缔约国：

(a) 允许另一缔约国在本国法院提起民事诉讼，以确立对通过腐败犯罪而获得的财产的产权或者所有权（第 (a) 项）；

(b) 允许本国法院命令腐败犯罪分子向收到这种犯罪损害的另一缔约国支付补偿或者损害赔偿（第 (b) 项）；

(c) 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腐败犯罪而获得的财产所主张的合法所有权(第(c)项)。

707. 为实施这些条文可能需要加以立法, 或对民事程序进行修订, 或订立管辖权规则和行政规则。

强制要求: 采取立法措施或其他措施的义务

708. 如上所述(见第四章C节), 即便在民事案件中提供司法协助具有某些好处, 各国仍常常无法提供这种援助, 如果由于遭指控的罪犯死亡或缺席而无法提出刑事起诉则更是如此。提起民事起诉的其他好处包括可以根据民事标准确定赔偿责任, 而不需要对占有或拥有资产的人进行刑事定罪, 在宣布刑事指控无效的情况下如果有符合民事标准的充分证据显示资产系非法获取的就可对资产进行追索。当然不得把一方当事人寻求利用非刑事定罪制度追回资产的民事诉讼与资产没收混为一谈。必须将这两者区分开来, 不过《反腐败公约》承认在返还资产上必须有一系列灵活的措施。

709. 在本指南第四章中, 我们看到第43条第1款要求各缔约国考虑在与腐败有关的民事和行政案件调查和诉讼中也相互协助。

710. 第53条侧重于本国法律制度允许另一缔约国就资产追回提起民事诉讼或为执行其对赔偿的权利主张而干预诉讼程序或在诉讼过程中出庭的缔约国。尽管出于经济或其他方面的原因这类措施并不一定总是可行的, 但公约旨在确保缔约国对于各类案件有多种选择可供考虑。

711. 第53条载列根据缔约国本国法律而在直接追回财产方面的三项具体要求。

712. 根据第(a)项, 缔约国必须采取必要的措施, 允许另一缔约国在本国法院提起民事诉讼, 以确立对通过实施根据本公约确立的

犯罪而获得的财产的产权或者所有权。在此项中，国家为民事诉讼程序中的原告；因此此种追回为直接追回。缔约国似宜对其现行法律进行审查，以确保不存在影响另一国提起这类民事诉讼的任何障碍。

713. 根据第 (b) 项，缔约国必须采取必要的措施，允许本国法院命令实施了根据本公约确立的犯罪的人向受到这种犯罪损害的另一缔约国支付补偿或者损害赔偿。国家起草人可能需要对有关向被害人提供补偿的现行法律或归还令进行审查，以了解是否有必要为涵盖这种情形而作适当的修订。

714. 该条文未就是否应遵循刑事或民事程序作具体规定。所涉缔约国似可商定所适用的标准。有关国家有责任遵循取证标准。为了实施本条文，缔约国必须允许其他缔约国在本国法院出庭并对损害赔偿提出权利主张；如何履行这一义务由缔约国自行决定。⁸⁹

715. 实质上，根据第 (a) 项，受害国是其提起的民事诉讼中的当事方。根据第 (b) 项，应该有独立的诉讼，在诉讼结束时必须允许受害国得到损害赔偿。

716. 根据第 (c) 项，缔约国必须采取必要的措施，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根据本公约确立的犯罪而获得的财产所主张的合法所有权。国家起草人同样必须对有关犯罪所得的现行国内法律进行审查，以了解其法律是否顾及另一国的这类权利主张。

717. 解释性说明指出，在审议本款时，秘书处法律事务厅的代表提请特设委员会注意法律事务厅以及内部监督事务厅和联合国毒品和犯罪问题办公室提交的一项提案（见 A/AC.261/L.212），希望在

⁸⁹《反腐败公约》第 35 条可能在这方面对某些国家具有适用性，即便第 53 条的目的有所不同。

本款中列入一段词语，除提及承认另一缔约国的主张外，还提及国际公共组织的主张。经讨论此提案后，特设委员会决定不列入这样的文字，其理解是在实践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本公约确立的犯罪行为而获得的财产所主张的合法所有权（A/58/422/Add.1，第56段）。

D. 追回和开展国际合作的机制

“第54条

“通过没收事宜的国际合作追回资产的机制

“1. 为依照本公约第55条就通过或者涉及实施根据本公约确立的犯罪所获得的财产提供司法协助，各缔约国均应当根据其本国法律：

“(a) 采取必要的措施，使其主管机关能够执行另一缔约国法院发出的没收令；

“(b) 采取必要的措施，使拥有管辖权的主管机关能够通过通过对洗钱犯罪或者对可能发生在其管辖范围内的其他犯罪作出判决，或者通过本国法律授权的其他程序，下令没收这类外国来源的财产；以及

“(c) 考虑采取必要的措施，以便在因为犯罪人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉的情形或者其他有关情形下，能够不经过刑事定罪而没收这类财产。

“2. 为就依照本公约第55条第2款提出的请求提供司法协助，各缔约国均应当根据其本国法律：

“(a) 采取必要的措施，在收到请求缔约国的法院或者主管机关发出的冻结令或者扣押令时，使本国主管机关能够根据该冻结令或者扣押令对该财产实行冻结或者扣押，但条件是该冻结令

或者扣押令须提供合理的根据，使被请求缔约国相信有充足理由采取这种行动，而且有关财产将依照本条第 1 款第 (a) 项按没收令处理；

“(b) 采取必要的措施，在收到请求时使本国主管机关能够对该财产实行冻结或者扣押，条件是该请求须提供合理的根据，使被请求缔约国相信有充足理由采取这种行动，而且有关财产将依照本条第 1 款第 (a) 项按没收令处理；以及

“(c) 考虑采取补充措施，使本国主管机关能够保全有关财产以便没收，例如基于与获取这种财产有关的、外国实行的逮捕或者提出的刑事指控。”

“第 55 条

“没收事宜的国际合作

“1. 缔约国在收到对根据本公约确立的犯罪拥有管辖权的另一缔约国关于没收本公约第 31 条第 1 款所述的、位于被请求缔约国领域内的犯罪所得、财产、设备或者其他工具的请求后，应当在本国法律制度的范围内尽最大可能：

“(a) 将这种请求提交其主管机关，以便取得没收令并在取得没收令时予以执行；或者

“(b) 将请求缔约国领域内的法院依照本公约第 31 条第 1 款和第 54 条第 1 款第 (a) 项发出的没收令提交本国主管机关，以便按请求的范围予以执行，只要该没收令涉及第 31 条第 1 款所述的、位于被请求缔约国领域内的犯罪所得、财产、设备或者其他工具。

“2. 对根据本公约确立的一项犯罪拥有管辖权的缔约国提出请求后, 被请求缔约国应当采取措施, 辨认、追查和冻结或者扣押本公约第 31 条第 1 款所述的犯罪所得、财产、设备或者其他工具, 以便由请求缔约国下令或者根据本条第 1 款所述请求由被请求缔约国下令予以没收。

“3. 本公约第 46 条的规定以经过适当变通适用于本条。除第 46 条第 15 款规定提供的资料以外, 根据本条所提出的请求还应当包括下列内容:

“(a) 与本条第 1 款第 (a) 项有关的请求, 应当有关于应当予以没收财产的说明, 尽可能包括财产的所在地和相关情况下的财产估计价值, 以及关于请求缔约国所依据的事实充分陈述, 以便被请求缔约国能够根据本国法律取得没收令;

“(b) 与本条第 1 款第 (b) 项有关的请求, 应当有请求缔约国发出的据以提出请求的法律上可以采信的被请求缔约国发出的据以提出请求的法律上可以采信的被请求缔约国发出的据以提出请求的法律上可以信证的没收令副本、关于事实和对没收令所请求执行的范围的说明、关于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, 以及关于该没收令为已经生效的没收令的陈述;

“(c) 与本条第 2 款有关的请求, 应当有请求缔约国所依据的事实陈述和对请求采取的行动的说明; 如有据以提出请求的法律上可以信证的没收令副本, 应当一并附上。

“4. 被请求缔约国依照本条第 1 款和第 2 款作出的决定或者采取的行动, 应当符合并遵循其本国法律及程序规则的规定或者可能约束其与请求缔约国关系的任何双边或多边协定或者安排的规定。

“5. 各缔约国均应当向联合国秘书长提供有关实施本条的任何法律法规以及这类法律法规随后的任何修订或者修订说明。

“6. 缔约国以存在有关条约作为采取本条第 1 款和第 2 款所述措施的条件时，应当将本公约视为必要而充分的条约依据。

“7. 如果被请求缔约国未收到充分和及时的证据，或者如果财产的价值极其轻微，也可以拒绝给予本条规定的合作，或者解除临时措施。

“8. 在解除依照本条规定采取的任何临时措施之前，如果有可能，被请求缔约国应当给请求缔约国以说明继续保持该措施的理由的机会。

“9. 不得对本条规定作损害善意第三人权利的解释。”

718. 第 54 和 55 条载述了在没收事宜上开展国际合作的程序。这两条所赋予的权限很重要，其原因是罪犯经常寻求在一个以上的法域隐匿其犯罪所得、工具和证据，以阻挠查明并将其扣押的执法努力。

719. 第 55 条载有根据本国法律“尽最大可能”支持开展国际合作的义务，为此既可以承认和执行外国没收令，也可以在另一缔约国提供的资料的基础上向主管机关请求由本国下达没收令。无论属于上述那种情况，一旦令状颁发或得到批准，被请求的缔约国就必须采取措施“辨认、追查和冻结或者扣押”犯罪所得、财产、设备或者其他工具以便加以没收（第 55 条）。其他条文涉及有关各种应用的内容、拒绝请求或解除临时措施的可能条件和善意第三人的权利。

720. 尽管这些条款与《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和《有组织犯罪公约》中的条文具有类似之处，但《反腐败公约》规定了新的要求。

721. 第 54 条承认各国在国际没收事宜上所遇到的挑战，鼓励使用富有创意的措施克服其中某些障碍，从而开拓了新的领域。其中一项措施是以洗钱而不是以对上游犯罪的定罪作为没收的依据。

722. 缔约国还有义务考虑在无法对罪犯起诉的情形下能够不经过刑事定罪通过对洗钱犯罪或者对发生在其管辖范围内的其他犯罪作出判决或者通过本国法律授权的其他程序允许没收外国来源的财产（第 54 条第 1 款第 (c) 项）。

723. 最后，第 54 条第 2 款就旨在加强第 55 条所要求的有关没收事宜的司法协助的措施提供了详细的指导。

724. 如上所述，《反腐败公约》要求建立一个在本国冻结、扣押和没收资产的基本制度（第 31 条），该制度是开展国际合作并返还资产的前提。这一国内基础制度为在没收事宜上开展合作奠定了基础，但本身未涵盖请求另一缔约国没收所产生的问题。

725. 第 54 条规定建立一制度，得以 (a) 执行外国冻结和没收令，及 (b) 根据另一缔约国的请求就最终可加以没收的财产发出冻结和扣押令。因此，第 54 条第 1 和 2 款规定了必要的机制，从而能够在这类请求中行使第 55 条（第 1 款第 (a) 和 (b) 项提出的选择）。实质上，第 54 条使得第 55 条得以实施。

主要要求概述

726. 缔约国必须：

(a) 允许其主管机关能够执行另一缔约国法院发出的没收令（第 54 条第 1 款第 (a) 项）；

(b) 允许其主管机关能够通过通过对洗钱犯罪或者对可能发生在其管辖范围内的其他犯罪作出判决，或者通过本国法律授权的其他程序，下令没收这类外国来源的财产（第 54 条第 1 款第 (b) 项）；

(c) 允许其主管机关在请求缔约国主管机关就最终可加以没收的财产发出冻结或扣押令之后没收或扣押财产（第 54 条第 2 款第 (a) 项）；

(d) 允许其主管机关根据请求没收或扣押财产，条件是有充分的理由就最终加以没收的财产采取这类行动（第 54 条第 2 款第 (b) 项）。

727. 收到另一缔约国有关腐败犯罪没收请求的缔约国必须尽最大可能向其主管机关提交：

(a) 取得没收令并加以执行的请求（第 55 条第 1 款第 (a) 项）；或

(b) 请求缔约国的法院依照本公约第 31 条第 1 款和第 54 条第 1 款第 (a) 项就位于本国领域内的犯罪所得发出的没收令，以便按请求的范围予以执行（第 55 条第 1 款第 (b) 项）。

728. 根据对腐败犯罪拥有管辖权的另一缔约国的请求，缔约国必须采取措施，辨认、追查和冻结或者扣押犯罪所得、财产、设备或者其他工具（见第 31 条第 1 款），以便由请求国或本国予以没收（第 55 条第 2 款）。

729. 缔约国必须经适当变通后把公约第 46 条的规定（司法协助）适用于第 55 条。对于以第 55 条第 1 或 2 款为依据的请求，缔约国必须就第 3 款第 (a)-(c) 项所述的方式作出规定，以便利司法协助。

730. 缔约国还必须考虑：

(a) 允许在因为犯罪人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉的情形或者其他有关情形下，能够不经过刑事定罪，通过对洗钱犯罪或者对其管辖范围内的其他犯罪作出判决，或者通过本国法律下的其他程序，没收这类外国来源的财产（第 54 条第 1 款第 (c) 项）；

(b) 采取补充措施，允许本国主管机关保全有关财产以便加以没收，例如基于与获取这种财产有关的、外国实行的逮捕或者提出的刑事指控（第 54 条第 2 款第 (c) 项）。

731. 为实施上述条文可能需要加以立法。

强制要求：采取立法措施或其他措施的义务

732. 《反腐败公约》述及如何在无不当延迟的情况下便利实施国际扣押和没收请求的问题。经验表明，总体上有两种可能的做法：或是

由请求国提交支持申请国内令的证据，或是在满足某些条件的情况下允许把请求缔约国令作为国内令直接加以实施。

733. 公约对直接执行外国扣押令和一缔约国争取被请求国发出该命令作了规定。⁹⁰在这方面，公约与《有组织犯罪公约》相类似（见第12条第2款）。但《反腐败公约》在就为没收目的如何请求冻结或扣押上提供了更多的细节（第54条第2款）。⁹¹

(a) 国内制度

734. 根据第54条第1款，由于缔约国必须就通过或者涉及实施根据《反腐败公约》确立的犯罪所获得的财产提供司法协助（另见第55条），各缔约国均必须根据其本国法律采取必要的措施，使其主管机关能够执行另一缔约国法院发出的没收令（第54条第1款第(a)项）并且通过对洗钱犯罪或者对其管辖范围内的其他犯罪作出判决，或者通过本国法律下的其他程序下令没收这类外国来源的财产（第54条第1款第(b)项）。

735. 因此，首要义务是使国内主管机关得以承认并执行另一缔约国法院的没收令。解释性说明指出，对本款所提及的没收令可作广义解释，包括关于没收金钱的裁决，但不应理解为要求执行某一无刑事管辖权的法院所发出的裁决令（A/58/422/Add.1，第57段）。

⁹⁰有关通缉令的规定类似于没收问题的规定，后者也允许有两种备选做法，即直接执行外国令或通过国内令间接实施（另见指南本节中的(b)（国际合作））。

⁹¹《反腐败公约》和《有组织犯罪公约》也就没收与其他犯罪有关的财产作了规定。《有组织犯罪公约》提及“来自本公约所涵盖的犯罪的犯罪所得”和“用于或拟用于本公约所涵盖的犯罪的财产、设备或其他工具”（第12条第1(a)和(b)项）。《反腐败公约》略有不同，适用于“通过实施或参与实施根据本公约确立的犯罪而获得的财产”。存在这一区别的主要原因是，这两份文书所规定的各种刑事犯罪有所不同，《反腐败公约》中的某些犯罪属于选择惩处的犯罪。根据《反腐败公约》，各国仅承担就本国刑事没收事宜作出规定并就在本国法律中实际通过的这些选择惩处的犯罪向请求实施国内刑事没收的其他缔约国提供协助（另见联合国《反腐败工具汇编》第八章，可在 www.unodc.org/pdf/crime/toolkit/fl1tof7.pdf 上查阅）。

736. 第二个义务是使国内主管机关得以以洗钱或其享有管辖权的其他犯罪为依据或通过国内法律规定的程序下令没收来自外国的财产。解释性说明指出，第 54 条第 1 款第 (b) 项应解释为系指本条规定所载的义务将通过可促成发出没收令的刑事诉讼而完成 (A/58/422/Add.1, 第 58 段)。⁹²

737. 根据第 54 条第 2 款，为就依照第 55 条第 2 款提出的请求提供司法协助，各缔约国均应当根据其本国法律：

(a) 采取必要的措施，在收到请求缔约国的法院或者主管机关发出的冻结令或者扣押令时，使本国主管机关能够根据该冻结令或者扣押令对该财产实行冻结或者扣押，但条件是该冻结令或者扣押令须提供合理的依据，使被请求缔约国相信有充足理由采取这种行动，而且有关财产最终将依照第 54 条第 1 款第 (a) 项按没收令处理；

(b) 采取必要的措施，在收到请求时使本国主管机关能够对该财产实行冻结或者扣押，条件是该请求须提供合理的根据，使被请求缔约国相信有充足理由采取这种行动，而且有关财产将最终依照第 54 条第 1 款第 (a) 项按没收令处理。

738. 解释性说明指出，第 54 条第 2 款第 (a) 项中所用“充足理由”这一术语在法律制度使用本术语的国家应解释为系指初步证据确凿的案件 (A/58/422/ Add.1, 第 60 段)。

739. 同样在有关第 54 条第 2 款第 (a) 项方面，另一则解释性说明指出，缔约国可以作出选择，或者是确立承认和执行外国冻结令或者扣押令的程序，或者是确立以外国冻结令或者扣押令为根据而要求下达本国冻结令或者扣押令的程序。第 54 条第 2 款第 (a) 项中提及的冻结令或者扣押令，不应解释为要求执行或者承认某个不拥有刑事管辖权的机关发出的冻结令或者扣押令 (A/58/422/ Add.1, 第 61 段)。

⁹²非强制性规定适用于在因为犯罪人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉的情形或者其他有关情形下必须考虑不经定罪加以没收的情形 (见指南本节有关第 54 条第 1 款第 (c) 和 (b) 项的讨论)。

(b) 国际合作

740. 第 55 条第 1 款要求缔约国在收到对根据本公约确立的犯罪拥有管辖权的另一缔约国关于没收本公约第 31 条第 1 款所述的、位于被请求国领域内的犯罪所得、财产、设备或者其他工具⁹³的请求后，应当在本国法律制度的范围内尽最大可能提供协助。在这类情形下，缔约国必须：

(a) 将这种请求提交其主管机关，以便取得没收令并在取得没收令时予以执行；或者

(b) 将请求缔约国领域内的法院依照本公约第 31 条第 1 款和第 54 条第 1 款第 (a) 项发出的没收令提交本国主管机关，以便按请求的范围予以执行，只要该没收令涉及第 31 条第 1 款所述的、位于被请求缔约国领域内的犯罪所得、财产、设备或者其他工具。

741. 解释性说明指出，第 55 条提及的第 31 条第 1 款应当理解为包括提及第 31 条第 5 款至第 7 款（A/58/422/Add.1，第 62 段）。

742. 根据第 55 条第 2 款，对根据本公约确立的一项犯罪拥有管辖权的另一缔约国提出请求后，被请求缔约国必须采取措施，辨认、追查和冻结或者扣押本公约第 31 条第 1 款所述的犯罪所得、财产、设备或者其他工具，以便由请求缔约国下令或者根据第 55 条第 1 款所述请求由被请求缔约国下令最终予以没收。

743. 根据第 55 条第 3 款，公约第 46 条的条文经适当变通后适用于第 55 条。⁹⁴

⁹³解释性说明指出，对“工具”一词不应作过分广义的解释（A/58/422/Add.1，第 63 段）。

⁹⁴见本指南第四章 C 节（司法协助）。尤其应当指出的是，《反腐败公约》第 46 条第 8 款禁止以银行保密为理由拒绝提供司法协助，该款与根据第 55 条准许提供协助尤其有关。

744. 还根据第 55 条第 3 款,除第 46 条第 15 款规定提供的资料以外,根据第 55 条所提出的请求必须包含下列内容:

(a) 与本条第 1 款第 (a) 项有关的请求,应当有关于应当予以没收财产的说明,尽可能包括财产的所在地和相关情况下的财产估计价值,以及关于请求缔约国所依据的事实充分陈述,以便被请求缔约国能够根据本国法律取得没收令;⁹⁵

(b) 与第 55 条第 1 款第 (b) 项有关的请求,应当有请求缔约国发出的据以提出请求的法律上可以采信没收令副本、关于事实和对没收令所请求执行的范围的说明、关于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,以及关于该没收令为已经生效的没收令的陈述;

(c) 与第 55 条第 2 款有关的请求,应当有请求缔约国所依据的事实陈述和对请求采取的行动的说明;如有据以提出请求的法律上可以采信没收令副本,应当一并附上。

745. 此外,被请求缔约国依照第 55 条第 1 款和第 2 款作出的决定或者采取的行动,应当符合并遵循其本国法律及程序规则的规定或者可能约束其与请求缔约国关系的任何双边或多边协定或者安排的规定(第 55 条第 4 款)。⁹⁶

746. 根据第 55 条第 6 款,缔约国以存在有关条约作为采取本条第 1 款和第 2 款所述措施的条件时,应当将本公约视为必要而充分的条约依据。

747. 根据第 55 条第 8 款,在解除依照本条规定采取的任何临时措施之前,如果有可能,被请求缔约国必须给请求缔约国以说明继续保持该措施的理由的机会。

⁹⁵解释性说明指出,事实陈述可包括对非法活动及其同必须没收的资产的关系的说明(A/58/422/Add.1,第 64 段)。

⁹⁶第 55 条第 5 款还要求缔约国向联合国秘书长提供有关实施本条的任何法律法规以及这类法律法规随后的任何修订或者修订说明。

748. 根据第 55 条第 9 款，不得对本条规定作损害善意第三人权利的解释。

749. 最后，值得注意的是，直接执行的做法较之于间接做法花费较少，更为迅捷并且更加有效。正如由联合国毒品和犯罪问题办公室召集的司法协助案例工作最佳做法问题非正式专家工作组所报告的，“该领域的经验明确表明，直接执行做法可大量节省资源，避免重复劳动并且极大地提高了及时提供所请求的协助的效力。根据资产没收问题专家工作组的结论，司法协助问题专家工作组大力建议尚未通过立法的国家通过立法允许直接执行外国冻结、扣押和没收令。⁹⁷

750. 缔约国寻求以冻结、扣押或没收资产为方式的协助的，事先协商将有助于确定被请求国采用何种制度，从而可以适当拟订请求书。

任择要求：需加以考虑的义务

751. 根据第 54 条第 1 款第 (c) 项，为依照本公约第 55 条就通过或者涉及实施根据本公约确立的犯罪所获得的财产提供司法协助，各缔约国均应当根据其本国法律考虑采取必要的措施，以便在因为犯罪人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉的情形或者其他有关情形下，能够不经过刑事定罪而没收这类财产。

752. 解释性说明指出，在这种情形中，“犯罪人”一词在适当情况下可理解为包括为了隐匿相关财产真实所有人身份的所有权人（A/58/422/Add.1，第 59 段）。

753. 根据 54 条第 2 款第 (c) 项为就依照第 55 条第 2 款提出的请求提供司法协助，各缔约国均应当根据其本国法律考虑采取补充措施，

⁹⁷ 见司法协助案例工作最佳做法问题非正式专家工作组的报告，该报告专门介绍了“在便利司法协助最佳做法方面的建议”，第 7.8 节，（联合国毒品和犯罪问题办公室，2001 年，维也纳），可在 www.unodc.org/pdf/lap_mlaeg_report_final.pdf 查找。

使本国主管机关能够保全有关财产以便没收，例如基于与获取这种财产有关的某一外国实行的逮捕或者提出的刑事指控。

754. 请注意第 54 条第 2 款第 (c) 项首次提出了“保全财产”的概念。

任择措施：缔约国似宜考虑的措施

755. 根据第 55 条第 7 款，如果被请求缔约国未收到充分和及时的证据，或者如果财产的价值极其轻微，也可以拒绝给予本条规定的合作，或者解除临时措施。解释性说明所反映出的对此的理解是，关于财产价值是否极其轻微，或者关于以何种方式方法遵守提供补充证据的任何期限，被请求缔约国将与请求缔约国进行协商（A/58/422/Add.1，第 65 段）。

E. 特别合作和金融情报机构

“第 56 条

“特别合作

“在不影响本国法律的情况下，各缔约国均应当努力采取措施，以便在认为披露根据本公约确立的犯罪的所得的资料可以有助于接收资料的缔约国启动或者实行侦查、起诉或者审判程序时，或者在认为可能会使该缔约国根据本章提出请求时，能够在不影响本国侦查、起诉或者审判程序的情况下，无须事先请求而向该另一缔约国转发这类资料。”

“第 58 条

“金融情报机构

“缔约国应当相互合作，以预防和打击根据本公约确立的犯罪而产生的所得的转移，并推广追回这类所得的方式方法。为此，

缔约国应当考虑设立金融情报机构，由其负责接收、分析和向主管机关转递可疑金融交易的报告。”

主要要求概述

756. 各缔约国均必须在披露根据本公约确立的犯罪的所得的资料可以有助于接收资料的缔约国启动或者实行侦查、起诉或者审判程序时，或者可能会使该缔约国根据公约第五章提出请求时，无须事先请求而向该另一缔约国转发这类资料（第 56 条）。

757. 缔约国应当相互合作，以预防和打击根据本公约确立的犯罪而产生的所得的转移，并促进追回这类所得。

758. 为此，缔约国应当考虑设立金融情报机构，由其负责接收、分析和向主管机关转递可疑金融交易的报告（第 58 条）。

任择要求：需加以考虑的义务

759. 第 56 条的条文是对《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和《有组织犯罪公约》等先例的补充。根据该条并不影响本国法律的情况下，各缔约国均必须努力采取措施，以便在认为披露根据本公约确立的犯罪的所得的资料可以有助于接收资料的缔约国启动或者实行侦查、起诉或者审判程序时，或者在认为可能会使该缔约国根据公约第五章提出请求时，能够在不影响本国侦查、起诉或者审判程序的情况下，无须事先请求而向该另一缔约国转发这类资料。

760. 第 56 条要求缔约国努力采取措施，以便在认为披露有关犯罪所得的资料可以有助于另一缔约国启动或者实行侦查、起诉或者审判程序或编拟有关资产追回请求书时自发地或主动地披露这类资料。自发共享信息的原则载于《有组织犯罪公约》有关司法

协助的条文（第 18 条第 4 和 5 款），现将其延伸至专门适用于资产追回。

761. 根据《反腐败公约》第 58 条，缔约国必须相互合作，以预防和打击根据本公约确立的犯罪而产生的所得的转移，并推广追回这类所得的方式方法。为此，第 58 条要求缔约国考虑设立金融情报机构，作为负责接收、分析和向主管机关转递可疑金融交易的报告的国家中心。自 1990 年代以来，许多国家设立了这类机构，以此作为其监管、警察或其他主管机关的一部分。这类机构在组织结构、职责、职能、部门隶属关系或独立性上千差万别。

762. 解释性说明指出，各缔约国均可以考虑设立新的金融情报机构，在现有金融情报机构内设立一专门分支，或者干脆利用其现有金融情报机构。另外，为反腐败公约谈判工作编拟的准备工作文件 (*travaux préparatoires*) 将表明，应当按与公约第 14 条第 1 款第 (b) 项相一致的方式解释第 58 条 (A/58/422/Add.1, 第 71 段)。

763. 埃格蒙特集团（金融情报机构的非正式社团）将这类机构界定为负责接收（并且如果允许的话，负责请求）、分析并向主管机关传递有关 (a) 可疑的犯罪所得或 (b) 为打击洗钱而在国家立法或条例上所需要的财务信息情报。⁹⁸

764. 《反腐败公约》不要求通过法律规定设立金融情报机构，但可能仍要求制定立法以规定有义务向这类机构报告可疑交易并对善意披露这类交易的金融机构实行保护。实际上，绝大多数金融情报机构都是根据法律规定设立的。各国如确定草拟这类法律，则似宜考虑列入以下内容：

(a) 有义务报告可疑交易的机构并界定拟向金融情报机构报告的信息；

(b) 通过立法界定金融情报机构强制报告机构协助跟踪不完整或不恰当的报告的权限；

⁹⁸ 见埃格蒙特集团网站 (www.egmontgroup.org)。

(c) 授权金融情报机构在有提出起诉的充分证据的情况下向执法机构转递信息，金融情报机构有权在某些条件下向外国机构转递金融情报信息；

(d) 对金融情报机构收到的信息进行保密，对这类信息的使用实施限制并保护该机构免遭进一步披露；

(e) 对金融情报机构的报告安排及其与执法机关和金融监管机关等其他政府机关之间的关系作出界定。

F. 资产返还：协议和安排

“第 57 条

“资产的返还和处分

“1. 缔约国依照本公约第 31 条或者第 55 条没收的财产，应当由该缔约国根据本公约的规定和本国法律予以处分，包括依照本条第 3 款返还其原合法所有人。

“2. 各缔约国均应当根据本国法律的基本原则，采取必要的立法和其他措施，使本国主管机关在另一缔约国请求采取行动时，能够在考虑到善意第三人权利的情况下，根据本公约返还所没收的财产。

“3. 依照本公约第 46 条和第 55 条及本条第 1 款和第 2 款：

“(a) 对于本公约第 17 条和第 23 条所述的贪污公共资金或者对所贪污公共资金的洗钱行为，被请求缔约国应当在依照第 55 条实行没收后，基于请求缔约国的生效判决，将没收的财产返还请求缔约国，被请求缔约国也可以放弃对生效判决的要求；

“(b) 对于本公约所涵盖的其他任何犯罪的所得，被请求缔约国应当在依照本公约第 55 条实行没收后，基于请求缔约国的生效判决，在请求缔约国向被请求缔约国合理证明其原对没收的财产拥有所有权时，或者当被请求缔约国承认请求缔约国受到的损害是返还所没收财产的依据时，将没收的财产返还请求缔约国，被请求缔约国也可以放弃对生效判决的要求；

“(c) 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。

“4. 在适当的情况下，除非缔约国另有决定，被请求缔约国可以在依照本条规定返还或者处分没收的财产之前，扣除为此进行侦查、起诉或者审判程序而发生的合理费用。

“5. 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。”

765. 第 57 条是《反腐败公约》中最关键的并且最具创新性的部分之一。如果不没收犯罪分子的犯罪所得并将其返还合适的当事人，则预防工作、对法治和刑事司法程序的信任、正当有效的治理、官员的廉正或正义感的扩展及对腐败做法决不会带来好处所持的信念，都无从谈起。从司法和经济至公共政策、国内或国际和平与安全等社会生活的各个方面，都与公约的主要宗旨并从而最终与资产追回的基本原则有关（第 1 和 51 条）。

766. 为此原因，有关这一条留给缔约国的自由裁量权很少：缔约国必须实施这些条文，在必要时立法或对本国法律加以修订。

767. 《反腐败公约》有关冻结、扣押和没收措施的绝大多数条文均以前几项举措为基础并在此基础上有所扩大，主要是《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和《有组织犯罪公约》。但是

《反腐败公约》第 57 条述及资产的处分和返还，从而标志着明显的超越。

768. 与处分已没收的腐败所得有关的一个关键问题是，究竟各国通过没收而获得所有权基本权利，还是这些资产属于争取其返还的受害国的财产。在贪污国家资产等某些情况下，对以前就存在的财产所有权的权利主张很有说服力。但在另外一些情况下，这种权利主张可能是对赔偿而不是对所有权的权利主张。

769. 《反腐败公约》总体上赞成根据第 51 条的基本原则将没收的所得返还请求缔约国。第 57 条第 3 款对处分没收的与腐败有关的资产作了更为详细的规定，允许向请求缔约国或腐败犯罪的其他被害人提供损害赔偿并承认其他原合法所有人的权利主张。第 57 条第 4 和 5 款就偿付没收缔约国的费用和相关缔约国之间有关资产处分的特设协定作了规定。

主要要求概述

770. 根据第 57 条，缔约国必须：

(a) 按照本条第 3 款的规定处分依照第 31 条或 55 条没收的财产，包括返还其原合法所有人（第 1 款）；

(b) 使本国主管机关应另一缔约国的请求在根据本国基本法律原则并考虑到善意第三人权利的情况下返还没收的财产（第 2 款）；

(c) 根据本条第 1 和 2 款及本公约第 46 和 55 条：

(i) 对于贪污公共资金或者对所贪污公共资金的洗钱行为（见第 17 和 23 条）在适当执行没收（见第 55 条）并基于请求缔约国的生效判决（被请求国可以放弃对生效判决的要求）（第 3 款第 (a) 项）将没收的财产返还请求缔约国；

(ii) 对于本公约所涵盖的其他腐败犯罪，在适当执行没收（见第 55 条）并基于请求缔约国的生效判决（被请求

国可以放弃对生效判决的要求)并在请求国合理证明其原拥有所有权或承认请求国受到的损害时将没收的财产返还请求缔约国(第3款第(b)项);

- (iii) 在所有其他情况下,优先考虑:
 - a. 将没收的财产返还请求缔约国;
 - b. 将这类财产返还其原合法所有人;
 - c. 向被害人提供赔偿(第3款第(c)项)。

771. 缔约国还可以考虑就资产的最后处分逐案订立协定或安排(第57条第5款)。

强制要求: 采取立法措施或其他措施的义务

772. 根据第57条第1款,缔约国依照《反腐败公约》第31条(冻结、扣押和没收)或第55条(没收事宜的国际合作)没收的财产,应当由该缔约国根据本公约的规定和本国法律予以处分,包括依照第57条第3款将财产返还其原合法所有人的处分(另见下文的讨论)。

773. 解释性说明指出,原合法所有权系指犯罪时的所有权(A/58/422/Add.1, 第66段)。

774. 第57条第2款要求缔约国采取必要的措施,以确保根据本公约在另一缔约国提出请求时将其所没收的财产返还该缔约国。

775. 为具体地说,第57条第2款要求各缔约国采取必要的立法和其他措施,使本国主管机关在另一缔约国请求采取行动时能够根据本公约返还所没收的财产。

776. 释性说明指出,返还没收财产在有些情况下可指返还产权或者对价(A/58/422/Add.1, 67段)。

777. 约国根据本国法律的基本原则采取立法和其他必要措施时必须考虑到善意第三人的权利。

778. 释性说明指出, 第 1 款中提及的本国法律和第 2 款中提及的立法和其他措施, 系指可使缔约国执行本条款的国内法律法规 (A/58/422/Add.1, 第 68 段)。

779. 第 57 条第 3 款载有管辖处分没收财产的主要原则。如上文所述, 讨论的焦点是受害国是否、何时和在多大程度上能够对这类财产的所有权提出权利主张。这一款保留了根据《反腐败公约》有关资产追回的基本原则请求缔约国在返还上的优先权(第 51 条)。与此同时, 该款承认请求缔约国的权利主张视具体情况而在效力强度上有所不同。

780. 举例说, 如果高级官员窃取国家银行的资金或者将国有企业的利润或税收转移至受其本人控制的私人银行账户, 那么就可以说这些官员占有了属于国家的资金。

781. 另一方面, 请求缔约国可能无法确定原所有权或声称是某些腐败犯罪的唯一受害方。行贿和敲诈等某些犯罪的所得涉及因犯罪给该国造成的损害, 但是对犯罪所得该国根本不享有产权, 因此对这些所得的权利主张在性质上属于赔偿, 而不是以原来对财产的所有权为依据。因此, 对于原合法所有人和这类腐败犯罪的其他被害人的权利主张应结合缔约国的权利主张一并加以审议。

782. 第 57 条第 3 款承认存在这些可能性并载有有关根据所涉腐败犯罪的种类处分所得、证据的效力、所提出的权利主张、财产原合法所有人和非缔约国的被害人所享有的权利的规则。

783. 具体地说, 依照《反腐败公约》第 46 和 55 条及本公约第 57 条第 1 和 2 款, 被请求缔约国必须:

(a) 对于本公约第 17 条和第 23 条所述的贪污公共资金或者对所贪污公共资金的洗钱行为, 应当在依照公约第 55 条实行没收后, 基于请求缔约国的生效判决, 将没收的财产返还请求缔约国——被请求缔约国也可以放弃该要求 (第 57 条第 3 款第 (a) 项);

(b) 对于本公约所涵盖的其他任何犯罪的所得，应当在依照本公约第 55 条实行没收后，基于请求缔约国的生效判决，在请求缔约国向被请求缔约国合理证明其原对没收的财产拥有所有权时，或者当被请求缔约国承认请求缔约国受到的损害是返还所没收财产的依据时，将没收的财产返还请求缔约国——被请求缔约国也可以放弃对确定原所有权的要求（第 57 条第 3 款第 (b) 项）；

(c) 在其他所有情况下，被请求缔约国必须优先考虑不仅将没收的财产返还请求缔约国，而且还返还其原合法所有人或者赔偿犯罪被害人（第 57 条第 3 款第 (c) 项）。

784. 解释性说明指出，第 57 条第 3 款第 (a) 项和第 (b) 项只适用于资产的返还程序，不适用于没收程序，没收程序在本公约其他条款中作出规定。如因罪犯死亡、潜逃或者缺席无法起诉罪犯以致于无法获得生效判决，或者在其他适当情形下，被请求缔约国应当考虑放弃对生效判决的要求（A/58/422/Add.1，第 69 段）。

785. 这套规则远远超越了前几项公约，在前几项公约中，腐败所得是负责没收的缔约国的专属财产这一观点占主导地位。⁹⁹

786. 为避免各国政府对本国金融管理所作限制而造成的困难，缔约国必须对现行法律，包括对一般性的金融管理法律和条例进行审查，以确保在按照第 57 条的规定返还资金上不存在任何障碍。

任择措施：缔约国似宜考虑的措施

787. 由于对处分规则所作的这种修改并考虑到负责没收的国家的追回工作通常费用昂贵，《反腐败公约》允许在返还以前从所得或其他资产中扣除合理的费用。

⁹⁹见《有组织犯罪公约》第 14 条第 1 款，该款规定可自行考虑返还或其他形式的处置。

788. 根据第 57 条第 4 款, 除非缔约国另行决定, 被请求缔约国在适当时可以扣除在最终返还或处分没收财产之前依照第 57 条进行的侦查、起诉或司法程序期间所负担的合理开支。

789. 解释性说明指出, “合理费用”应解释为实际发生的费用和开支, 而不是中间人佣金或者其他未具体指明的费用。鼓励被请求缔约国和请求缔约国就可能的费用进行磋商 (A/58/422/Add.1, 第 70 段)。

790. 有与会者强调, 返还扣除合理开支以后的资产的义务有别于共享资产安排。为此原因, 在许多情况下, 无法依赖允许共享资产的规定来满足这项义务, 除非有关共享的法律制度极为开放灵活。缔约国必须根据《反腐败公约》的规定对现行法律进行认真审查, 在必要时加以修订, 就返还资产的司法权或行政权作出规定。

791. 为此必须注意到《反腐败公约》第 62 条中的一则规定, 该规定涉及联合国向发展中国家和经济转型期国家提供的技术援助资金筹集问题。各缔约国必须努力向为此目的专门指定的账户提供自愿捐款。除此之外, 各缔约国还必须根据本国法律和本公约的规定, 特别考虑向该账户捐出根据本公约规定没收的犯罪所得或者财产中一定比例的金钱或者相应的价值 (第 62 条第 2 款第 (c) 项)。

792. 最后, 公约允许有关的缔约国作出临时安排。根据第 57 条第 5 款, 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订立协议或者可以共同接受的安排。

G. 资料来源: 有关条款和文书

1. 《联合国反腐败公约》

第 51 至 59 条 (资产追回)

2. 具有约束力的国际和区域文书

非洲联盟

《非洲联盟防止和打击腐败公约》(2003年)

www.africa-union.org/official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf

欧洲委员会

《关于犯罪所得的洗钱、追查、扣押和没收问题的公约》(1990年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第141号

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/141.htm>

《欧洲刑事事项互助公约》(1959年)

欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第30号。

<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/030.htm>

欧洲联盟

欧洲议会和欧洲理事会 2009年9月16日关于开办、经营和审慎监管电子资金机构业务的修正第2005/60/EC和2006/48/EC号指示并撤销第2000/46/EC号指示的第2009/110/EC指示

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009L0110:EN:NOT>

欧洲理事会 2007年12月6日关于成员国资产追回办公室之间合作的第2007/845/JHA号决定

欧盟委员会 2006年8月1日第2006/70/EC号指示,规定了欧洲议会和理事会第2005/60/EC号指示的执行措施,涉及“政界人物”的定义

以及客户审慎调查简化程序技术标准和以财务活动偶尔进行或极为有限为由免于调查的技术标准

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0070:EN:NOT>

欧洲议会和欧洲理事会 2005 年 10 月 26 日关于防止利用金融系统进行洗钱和向恐怖主义提供资助的第 2005/60/EC 号指示

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:309:0015:0036:EN:PDF>

欧洲理事会关于防止利用金融系统洗钱的指示（1991 年）

www.imolin.org/imolin/en/eudireng.html

联合国

《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》（1999 年）

大会第 54/109 号决议，附件

www.un.org/law/cod/finterr.htm

《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（1988 年）

联合国，《条约汇编》，第 1582 卷，第 27627 号

www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（2007 年）及其议定书

www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html

附件一

要求缔约国向联合国秘书长发出通知的事项清单

以下是要求缔约国向联合国秘书长发出通知的事项清单。

第 6 条

预防性反腐败机构

3. 各缔约国均应当将可以协助其他缔约国制订和实施具体的预防腐败措施的机关的名称和地址通知联合国秘书长。

第 23 条

对犯罪所得的洗钱行为

2.

.....

(d) 各缔约国均应当向联合国秘书长提供其实施本条的法律以及这类法律随后的任何修改的副本或说明；

第 44 条

引渡

6. 以订有条约为引渡条件的缔约国应当：

(a) 在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时通知联合国秘书长，说明其是否将把本公约作为与本公约其他缔约国进行引渡合作的法律依据；

第 46 条

司法协助

13. 各缔约国均应当指定一个中央机关，使其负责和有权接收司法协助请求并执行请求或将请求转交主管机关执行。如果缔约国有实行单独司法协助制度的特区或者领域，可以另指定一个对该特区或者领域具有同样职能的中央机关。中央机关应当确保所收到的请求迅速而妥善地执行或者转交。中央机关在将请求转交某一主管机关执行时，应当鼓励该主管机关迅速而妥善地执行请求。各缔约国均应当在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时，将为此目的指定的中央机关通知联合国秘书长。司法协助请求以及与之有关的任何联系文件均应当递交缔约国指定的中央机关。这项规定不得影响缔约国要求通过外交渠道以及在紧急和可能的情况下经有关缔约国同意通过国际刑事警察组织向其传递这种请求和联系文件的权利……。

14. ……各缔约国均应当在其交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时，将其所能够接受的语文通知联合国秘书长……。

第 55 条

没收事宜的国际合作

5. 各缔约国均应当向联合国秘书长提供有关实施本条的任何法律法规以及这类法律法规随后的任何修订或者修订说明。

第 66 条

争端的解决

3. 各缔约国在签署、批准、接受、核准或者加入本公约时，均可以声明不受本条第 2 款的约束。对于作出此种保留的任何缔约国，其他缔约国也不受本条第 2 款的约束。

4. 凡根据本条第 3 款作出保留的缔约国，均可以随时通知联合国秘书长撤销该项保留。

第 67 条

签署、批准、接受、核准和加入

3. 本公约须经批准、接受或者核准。批准书、接受书或者核准书应当交存联合国秘书长。如果某一区域经济一体化组织至少有一个成员国

已经交存批准书、接受书或者核准书，该组织可以照样办理。该组织应当在该项批准书、接受书或者核准书中宣布其在本公约管辖事项方面的权限范围。该组织还应当将其权限范围的任何有关变动情况通知保存人。

4. 任何国家或者任何至少已经有一个成员国加入本公约的区域经济一体化组织均可以加入本公约。加入书应当交存联合国秘书长。区域经济一体化组织加入本公约时应当宣布其在本公约管辖事项方面的权限范围。该组织还应当将其权限范围的任何有关变动情况通知保存人。

第 69 条

修正

1. 缔约国可以在本公约生效已经满五年后提出修正案并将其送交联合国秘书长。秘书长应当立即将所提修正案转发缔约国和缔约国会议，以进行审议并作出决定。缔约国会议应当尽力就每项修正案达成协商一致。如果已经为达成一致作出一切努力而仍未达成一致意见，作为最后手段，该修正案须有出席缔约国会议并参加表决的缔约国的三分之二多数票方可通过。

4. 根据本条第 1 款通过的修正案，应当自缔约国向联合国秘书长交存一份批准、接受或者核准该修正案的文书之日起九十天之后对该缔约国生效。

第 70 条

退约

1. 缔约国可以书面通知联合国秘书长退出本公约。此项退约应当自秘书长收到上述通知之日起一年后生效。

附件二

联合国反腐败公约各条款相互参照

条约条款	标题	相互参照条款
第一章		
第1条		第46条，第9款
第2条	定义	
第(a)项	公职人员	第二章和第15-20条
第(b)项	外国公职人员	第16条
第(c)项	国际公共组织的公职人员	第16条
第(d)项	财产	第17, 22-24, 31, 46, 48, 53-55, 57和62条
第(e)项	犯罪所得	第3、23、31、37、46-48、52、55、57、60、62和63条
第(f)项	冻结和扣押	第3、31、46、54、55和60条
第(g)项	没收	第3、31、53-55和57条
第(h)项	上游犯罪	第23条
第(i)项	控制下交付	第50条
第3条，第2款	对国家财产的损害	第35、53和57条
第4条		第42和49条
第二章		
第5条，第4款		第60条和第13条，第1款
第6条		第13、36条、第46条第3款和第58条款
第7条		第2条，第(a)项和第8条（行为守则）
第8条		第7、11条、第12条第2款第(b)项和第13条
第4款		第33条
第5款		第7条，第4款

条约条款	标题	相互参照条款
第9条		第60条
第10条		第13条
第11条, 第1款		第8条(行为守则)
第12条		第21条(私营部门内贿赂)、第22、39条(国家机关与私营部门之间的合作)和第60条
第2款第(e)项		第7和8条(公共部门和公职人员行为守则)
第2款第(f)项		第2条和第9条
第4款		第15和16条
第13条		
第1款		第5、6条和第10条
第2款		第6、33和39条, 第2款
第14条		第23、24、46、52、54和58条
第三章		
第15-20条		第2条, 第(a)项(公职人员)
第16条		第2条, 第(b)项(外国公职人员)和第(c)项(国际公共组织的公职人员)
第17条		第2条, 第(d)项(财产)
第21条		第12和15条
第22条		第2条, 第(d)项(财产), 第12和17条
第23条		第2条, 第(e)项(犯罪所得)和第(h)项(上游犯罪)、第14和52条
第24条		第23条及其相关的相互参照条款
第25条		第11、15和32条
第26条		第14、46条, 第2、和52款
第27条		第15-26条
第28条		第15-25条

条约条款	标题	相互参照条款
第29条		第30条
第30条		第8条、第26条第2款和第37款
第31条		第2条,第(f)项(冻结和扣押)和第(g)项(没收)和第53-55条
第32条		第25条和第46条第18款(电视会议的询问)
第33条		第8条,第4款、第13条第2款、第38条和第39条第2款
第34条	第三人的权利	第31、55和57条
第35条		第53条
第36条		第6和60条(培训)
第37条		第12、14、30、32和48条
第38条		第8条第4款、第13条第2款和第33条
第39条		第12、14和33条
第40条		第31条、第46条第8款和第55条
第41条		第30条
第42条		第4、23、30、44、46-48、50、54和55条
第四章		
第43条		第43条第2款、第44条第2条、第45条、第46条第9款和第47至50条
第2款		第44条第2款和第46条第9款
第44条		第42条、第43条第2款、第44条第15至17款、第45条、第46条第9款和第21至23款
第15至17款		第46条第21至23款
第45条		第44和46条
第46条		第14和54-57条
第9款		第1条
第47条		第46条
第48条		第2、14、37、49、50和59条
第49条		第4和59条
第50条		第2条,第(i)项和第4条

条约条款	标题	相互参照条款
第五章		
第 51 条		第 57 条
第 52 条		第 14 和 23 条
第 53 条		第 31、35、54 和 55 条
第 54 条		第 31、46 和 55 条
第 55 条		第 31、46 和 54 条
第 56 条		第 48 条
第 57 条		第 15-25、46、51 和 55 条
第 58 条		第 6、14、36 和 52 条
第 59 条		第 37、48、49 和 50 条
第六章		
第 60 条		第 5-7、9、12、32、36、44、 46、52-57 和 62 条
第 61 条		第 5 条
第 62 条		第 57、58 和 60 条
第七章		
第 63 条		第 60-62 条
第 64 条		第 6、23、44、46、55、63、 64、66、67 和 69-71 条
第八章		
第 65 条		第 62 和 63 条
第 66 条		第 67 条
第 67 条		第 66 条
第 68 条		第 67 条
第 69 条		第 63 条
第 70 条		第 67 条
第 71 条		第 6、23、44、46、55、63、 64、66、67 和 69-71 条



UNODC

联合国毒品和犯罪问题办公室

Vienna International Centre, PO Box 500, 1400 Vienna, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org