



人权理事会

第三十六届会议

2017年9月11日至29日

议程项目3和5

促进和保护所有人权——公民权利、政治权利、
经济、社会及文化权利，包括发展权

人权机构和机制

以调研为基础探究不正当来源资金流动和拒绝将不正当来源资金返还来源国对享有人权包括经济、社会及文化权利的影响

人权理事会咨询委员会的进展报告

奥比奥拉·奥卡福尔* 和让·齐格勒** (联席报告员)

* 奥卡福尔先生是第一、第二、第四、第八和第九节的作者。该联席报告员谨此感谢加拿大多伦多奥斯古德·霍尔法学院的萨纳·艾哈迈德在编写过程中的协助。

** 齐格勒先生是第三、第五、第六、第七和第十节的作者。该联席报告员谨此感谢米莱娜·科斯塔斯·特拉斯卡萨斯在编写过程中的协助。



目录

	页次
一. 任务和背景.....	3
二. 导言和定义.....	3
A. 不正当资金流动的定义.....	3
B. 估值	5
三. 拒绝将不正当资金返还来源国：问题概述.....	5
四. 归还不正当资金方面的最佳作法.....	7
五. 国家法律法规：瑞士.....	9
A. 瑞士银行遵守反洗钱法律法规的情况.....	10
B. 归还盗窃资产.....	11
六. 将不正当资金流返还来源国方面的案例研究.....	12
A. 尼日利亚.....	12
B. 突尼斯	12
C. 马来西亚.....	13
七. 拒绝将不正当资金返还来源国对享有人权的负面影响.....	14
八. 阻碍归还不正当资金的主要挑战.....	16
九. 国际合作在归还不正当来源资金方面的重要意义.....	18
十. 结论和建议.....	19

一. 任务和背景

1. 人权理事会第 31/22 号决议请理事会咨询委员会开展一项以调研为基础的综合研究，探究不正当来源资金流动和拒绝将不正当来源资金归还来源国对享有人权的影响，包括对享有经济、社会及文化权利尤其是发展权的影响。

2. 除其他目标外，委托开展该研究活动还旨在汇编相关最佳作法和主要挑战，并以上述最佳作法为基础提出应对上述挑战的建议。人权理事会请咨询委员会向理事会第三十六届会议递交一份进展报告，供其审议。理事会还请咨询委员会酌情进一步征求成员国、相关国际和区域组织、联合国人权事务高级专员和相关特别程序，以及国家人权机构和非政府组织的意见和建议，以便完成研究报告。理事会进一步请咨询委员会参考国家外债和其他有关国际金融义务对充分享有所有人权尤其是经济、社会和文化权利的影响问题独立专家关于非法资金流动、人权和《2030 年可持续发展议程》的最后研究报告(A/HRC/31/61)。

3. 咨询委员会第十七届会议设立了一个起草小组，由马里奥·柳斯·科廖拉诺、米哈伊尔·列别杰夫、奥比奥拉·希内杜·奥卡福尔(联席报告员)、阿赫马尔·比拉勒·苏菲(主席)和让·齐格勒(联席报告员)组成。莫娜·奥马尔在委员会第十八届会议期间加入该起草小组。

4. 此外，本报告还借鉴了联合国此前主办的其他研究活动，包括：

(a) 非法资金流动、人权和 2015 年后发展议程：国家外债和其他有关国际金融义务对充分享有所有人权尤其是经济、社会和文化权利的影响问题独立专家胡安·帕布鲁·波霍斯拉夫斯基的中期研究报告(A/HRC/28/60 和 A/HRC/28/60/Corr.1)；

(b) 独立专家波霍斯拉夫斯基先生关于非法资金流动、人权和《2030 年可持续发展议程》的最后研究报告(A/HRC/31/61)；

(c) 《不正当资金流动、税收和人权》，埃丝特·舒伯特为向最后研究报告提供信息而撰写的背景文件；¹

(d) 不把非法来源资金归还来源国对享受人权的负面影响：国家外债和其他有关国际金融义务对充分享有所有人权，尤其是经济、社会和文化权利的影响问题独立专家西法斯·卢米纳的中期报告(A/HRC/22/42 和 A/HRC/22/42/Corr.1)。

二. 导言和定义

A. 不正当资金流动的定义

5. 尽管“不正当资金流动”一词对于世界各地存在的不发达、贫困以及人权未能落实等问题如此重要，但却并无单一的、普遍接受的定义。迄今为止，联合国尚未明确界定这一术语。

¹ 可在以下网址查阅：www.ohchr.org/Documents/Issues/IEDebt/IllicitFinancialFlowsConsultation/BackgroundPaperFinal.pdf。

6. 不过，正在形成的共识是，“不正当”的意思远远不止“不合法”那么简单。正因如此，那些将“不正当”与“不合法”合而为一，从而将其含义限定为“金钱或资本从一国向另一国的不合法流动”²的定义，比如致力于遏制此类流动的研究和宣传机构全球金融诚信组织给出的定义，目前一般来说遭受冷遇，包括遭到国际货币基金组织(基金组织)³、经济合作与发展组织(经合组织)–20国集团⁴以及“税收正义网络”⁵等的冷遇。诸如各种形式的避税和转让不当定价等其他舞弊作法，现在也被视为属于不正当资金流动的范畴。更令人瞩目的是，联合国贸易和发展会议(贸发会议)采用了一个更广义的不正当资金流动定义，其中涵盖了“违反法律或法律之精神”⁶的活动。此外，非洲经济委员会(非洲经委会)的不正当资金流动定义涵盖了“商业逃税、贸易单据造假、转让定价舞弊；犯罪活动，包括毒品贸易、贩运人口、非法武器交易和走私违禁品；腐败政府官员的贿赂和盗窃行为”。⁷

7. 有鉴于上述，任何有意义的正当资金流动定义，均需对“不正当”一词作出范围更广的、两个层面的解读。在第一层解读中，“不正当”系指非法获得、转移或利用资金，其中包括所有违反相关国家或国际法律框架、导致居民海外资产累积的未登记私人资金外流情况。更具体地说，指与犯罪所得有关的资金。例如，通过腐败、犯罪活动、包括盗窃国有资产/国有资金在内的滥用权力行为、滥用市场、税务舞弊以及监管舞弊获得的资金均包含在内。

8. 在第二层意思中，“不正当”指源自合法经济活动的资金因随后以违反或规避法律的方式操作或处理而成为不正当资金(见 A/HRC/22/42 和 A/HRC/22/42/Corr.1, 第 5 段)。这其中包括所有旨在规避法律或法律之精神的安排，比如逃税、各种形式的避税和各种形式的税收优化方案，以及跨国公司转移利润、贸易单据造假和转让不当定价。这一定义与最后研究报告中采用的定义是一致的。

9. 最后，也许更重要的是，这一定义将避税涵盖其中，符合当前迫切的政治经济需求。近来的两起“政治”事件似乎显示，避税问题对于可行的不正当资金流动定义而言，越来越具有核心意义。第一起事件是巴拿马文件引发的政治影响，第二起事件是创建“税务合作平台”——基金组织、经合组织、联合国以及世界银行的一项联合举措。可见，避税显然已演变成一个有别于其孪生兄弟(即逃税)

² 见 www.gfintegrity.org/issue/illicit-financial-flows/。

³ Rabah Arezki, Gregoire Rota-Graziosi and Lemma W. Senbet, “Capital flight risk”, *Finance and Development*, vol. 50, No. 3 (September 2013). 可在以下网址查阅: www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2013/09/arezki.htm。

⁴ 见 www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm 和 www.oecd.org/tax/closing-tax-gaps-oecd-launches-action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting.htm。

⁵ 见 www.taxjustice.net/topics/inequality-democracy/capital-flight-illicit-flows/。

⁶ 联合国贸易和发展会议(贸发会议)，《2014年贸易和发展报告》(联合国出版物，出售品编号E.14.II.D.4)，第173页。可在以下网址查阅: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/tdr2014_ch.pdf。

⁷ 非洲经济委员会(非洲经委会)，《不正当资金流动：高级别小组关于来自非洲的不正当资金流动的报告(2016年)》，第9页。可在以下网址查阅: www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/iff_main_report_26feb_en.pdf。非洲人权和人民权利委员会与非洲经济委员会于2011年联合举行的非洲财政、规划和经济发展部长会议第四届会议授命非洲经委会建立高级别小组。小组主席为南非前总统塔博·姆贝基。

的重大政治问题。在像本研究一样的研究活动中，任何回避避税问题的尝试都是站不住脚的。鉴于大部分不正当资金流动与跨境涉税交易有关(见 A/HRC/31/61, 第 5 段)，而源于腐败的外流资金仅占不正当资金流动总量一个非常小的部分(见 A/HRC/28/60 和 A/HRC/28/60/Corr.1, 第 14 段)，尤其不能回避避税问题。

B. 估值

10. 从事研究和宣传工作的非盈利组织全球金融诚信组织 2015 年 12 月的报告，⁸ 根据贸易数据和国际收支漏报情况，估计 2013 年逃离发展中国家的不正当资金外流达 1.1 万亿美元。这一极为保守的估值没有涵盖大宗现金流动、服务不当定价，也没有涵盖多种多样的洗钱情况。⁹ 与此同时，贸发会议认可了法国非政府组织“天主教反饥饿求发展委员会——互助之地”的估值，即每年的不正当资金流动价值达 8 千亿欧元。¹⁰ 值得注意的是，贸发会议在分析驱动不正当资金流动的三大概括性诱因(犯罪、腐败和税务舞弊)时提出，“不正当资金流动总额中大约只有三分之一是犯罪所得钱财，主要与毒品、诈骗和恐怖主义有关。……腐败所得钱财估计仅占 3%。第三大组成部分占总额其余的三分之二，系指跨境涉税交易，其中约有一半是公司的转让定价。”¹¹ 相比之下，全球金融诚信组织估计，贸易单据造假平均占可计量不正当资金流动的 83.4%。¹² 从另一个角度来说，非洲经委会估计，非洲在过去 50 年间因不正当资金流动损失了超过 1 万亿美元，且每年还在继续流失 500 亿美元不止。对这一数字的理解是，此系保守估值，因为：首先，并非所有非洲国家均有准确数据；其次，实际情况是，某些形式的不正当资金流动，比如贿赂、毒品/军火以及贩运人口的收益，无法进行可靠的评估。¹³

三. 拒绝将不正当资金返还来源国：问题概述

11. 将掠夺的资产切实返还来源国，对于在世界各地支持发展、善治、享有人权和加强法治的全球努力而言，依然有着关键的作用。不归还此类资金，则极大地造成了对人权(包括社会和经济权利)的侵犯，在发展中国家尤其如此。然而，数据显示，转移到国外的不正当资金中，只有极小一部分被切实归还来源

⁸ 德夫·卡尔和约瑟夫·施潘耶尔，《来自发展中国家的不正当资金流动：2004-2013 年》(全球金融诚信组织，2015 年)。可在以下网址查阅：http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2015/12/IFF-Update_2015-Final-1.pdf。全球金融诚信组织在其报告中估计，发展中国家和新兴国家在研究所涉时期内流失了 7.8 万亿美元。在上述时期内，不正当资金流动每年平均增长 6.5%，并于 2011 年突破 1 万亿大关。报告作者为选取 2004-2013 年这一时期进行分析提供了合理理由，指出该时期是有可得数据的最近一个十年期(第七页和第 5 页)。

⁹ 见 www.gfintegrity.org/issue/illicit-financial-flows/。

¹⁰ 贸发会议，“需紧急采取全球行动解决避税问题”，2014 年 9 月 30 日。可在以下网址查阅：http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=838&Sitemap_x0020_Taxonomy=C&SO。

¹¹ 贸发会议，《2014 年贸易和发展报告》，第 173 页。

¹² 卡尔和施潘耶尔，《不正当资金流动》，第 1 页。

¹³ 非洲经委会，《不正当资金流动：高级别小组的报告》，第 15 页。

国。2006 至 2012 年间，经合组织国家归还的资产总额占依然冻结资产总额的 1.6%。¹⁴ 阿拉伯之春发生六年后，这一趋势依然存在：遭掠夺的国家(埃及、利比亚、突尼斯和也门)只追回了被其前独裁者盗取的 1,650 亿美元中的 10 亿。¹⁵

12. 最常见的情况是，试图让盗窃资产返还来源国，意味着要经过冗长、复杂且成本高昂的司法互助程序。在最好的情况下，其结果可能是仅有一部分被侵吞资产得以返还来源国。¹⁶ 达成解决方案的重任基本上依赖于善意，以及相关国家之间的成功合作。¹⁷

13. 实践中的结果往往表明，证明盗取之财来源不正当是一项无法满足的要件。¹⁸ 此类程序中的重重困难可能导致相关国家缔结法外协议。通过上述协议，以追回一部分资产为交换条件，对掠夺公共资财的人免于处罚。¹⁹

14. 看到迫切需要用于发展和实现所有人权的失窃之财是如何反而困滞在发达国家的银行，且银行继续从中获得收益，是令人震惊的。²⁰ 只要“脏钱”继续冻结，银行就继续向其“俘虏客户”收取特别高的管理费。

15. 银行发挥的为洗钱和腐败提供便利的作用往往不引起人们的注意。国内法律规定对政治上关注度高的人员加强审查，但此类法律往往得不到遵守。²¹ 而离岸司法管辖区则通过空壳公司、代理董事以及保密制度，为谋求遮掩其与钱财之间的联系者提供了完美的监管格局。²²

¹⁴ 2006 到 2009 年间，12.25 亿美元中有 2.77 亿被冻结。2010 到 2012 年间，13.98 亿美元中有 1.472 亿被冻结。经合组织，《来自发展中国家的不正当资金流动：衡量经合组织的应对之策》(2014 年)，第 88 页。可在以下网址查阅：www.oecd.org/corruption/Illicit_Financial_Flows_from_Developing_Countries.pdf。

¹⁵ “透明国际”，《损失千百亿：追回埃及、利比亚、突尼斯和也门的公共资产》(2016 年)，第 1 页。

¹⁶ 一般来说，被冻结的资产只有在司法当局证实资产来源不正当后，方能归还来源国。司法当局证实资产来源不正当，通常是以司法互助框架内获得的信息为基础。

¹⁷ 不存在有组织的国际进程或已设立的机构来协助资产追回过程。在《联合国反腐败公约》框架内，于 2006 年建立了资产追回问题不限成员名额政府间工作组，负责向缔约国会议提供咨询和协助。

¹⁸ M. Schnebli, “Lessons learned from the past: today’s response from requested countries”, in G. Fenner Zinkernagel, Charles Monteith and Pedro Gomes Pereira, *Emerging Trends in Asset Recovery* (2013), p. 51.

¹⁹ 2016 年，继埃及政府缔结和解协议后，针对与前总统穆巴拉克有关联的若干人员提起的刑事诉讼被撤销。其结果是，冻结在瑞士的 1.8 亿瑞士法郎被无条件放还。此外，针对洗钱问题在瑞士提起诉讼的可能性被排除。瑞士联邦，“阿拉伯之春：总检察长在开罗会晤埃及当局”，2016 年 12 月 17 日。

²⁰ 美国参议院的一份报告显示了金融专业人士和机构是如何被利用将巨额可疑资金转入美国，以推进其利益。常设调查小组委员会，《让外国的腐败止步于美国之外：四起案件始末》(2010 年)。

²¹ 银行是其他公司避税的最大协助者之一。设立离岸公司的欧洲银行名单中，高居名单之首的是瑞银和瑞信。见乐施会(国际)，《打开金库：欧洲最大诸银行利用避税天堂》(2017 年)，第 8 页。

²² 正如促进民主和公平的国际秩序独立专家所言：“世界最大的银行、专业律师事务所、咨询和会计师事务所相互勾结，产生了旨在通过秘密离岸体系藏匿钱财和避税的全球系统。(见 A/71/286, 第 13 段)。

四. 归还不正当资金方面的最佳作法

16. 从现有证据当中可以发掘出归还不正当资金方面的若干全球最佳作法。若能在全球范围推行，这些最佳作法将有助于确保来源国有更多机会获得所需的资金，在其司法管辖范围内确保享有人权，包括社会和经济权利。以下是这方面的一些最佳作法。

17. 对政治上关注度高的人员加大审查力度。“政治上关注度高的人员”一词是金融行动特别工作组于 2003 年发明的，系指被或曾被委托承担某种显要公共职能的个人(或其家庭成员或与之来往密切者)。²³ 特别工作组主张对此类人员应格外严查，因为他们有条件滥用其身份和影响力，从事洗钱或实施包括腐败和贿赂在内的相关上游罪行，也有条件从事为恐怖活动融资的相关活动。2012 年 2 月对金融行动特别工作组规则作出的修订，扩展了“政治上关注度高的人员”定义，除了在国外政治上关注度高的人员外，还纳入了在国内政治上关注度高的人员。²⁴ 更值得注意的是，该定义的范围扩展到涵盖国际组织中的政治上关注度高的人员。²⁵ 金融机构及其他专业人员负责进行这项审查。²⁶

18. 举证责任反转。反洗钱法和反腐败法之下的这项新规定——即拥有过高财富者必须证明上述财富来源合法，在阻止不正当资金流动方面已取得了一些成绩。若目的国能接受本国之外的没收令并向本国之外的司法管辖区提供法律和技术援助，则有望取得进一步的成功。²⁷ 上述作法与《联合国反腐败公约》第三十一条、第四十三条和第四十八条第一款第(六)项相符。不过，有必要敲几下警钟。首先，几个司法管辖区依然坚决要求，刑事案件中，控方必须排除合理怀疑，证明罪行成立。²⁸ 其次，举证责任反转似乎与《公民权利和政治权利国际公约》所载的正当程序保障背道而驰——胡安·帕布鲁·波霍斯拉夫斯基在谈到冻结资

²³ 见 [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF Recommendations 2003.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations_2003.pdf), 第 14 页。《联合国反腐败公约》第五十二条与这一定义呼应，但远未如此详细。

²⁴ 外国政治上关注度高的人员被界定为，被或曾被某外国委托担任显要公职的个人，例如国家元首或政府首脑，资深政界人物，政府部门、司法部门或军队的高级官员，国有公司高级管理人员，以及重要的政党官员。本国政治上关注度高的人员，系指被或曾被委托担任本国显要公共职能的个人，例如国家元首或政府首脑，资深政界人物，政府部门、司法部门或军队的高级官员，国有公司高级管理人员，以及重要的政党官员。金融行动特别工作组，《金融行动特别工作组指导意见：政治上关注度高的人员(第 12 和第 22 项建议)》(2013 年)，第 4 至第 5 页。可在以下网址查阅：www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Guidance-PEP-Rec12-22.pdf。

²⁵ 国际组织中政治上关注度高的人员，系指被或曾被某国际组织委托担任某种显要公共职能的人员。该术语指高层管理人员或曾被委托承担同等职能的个人，即主任、副主任以及委员会成员或相当于主任、副主任以及委员会成员的人员。2003 年版的特别工作组《40 项建议》虽然建议在涉及政治上关注度高的人员问题上谨慎从事，但关注重点是外国政治上关注度高的人员。《金融行动特别工作组指导意见》，第 3 页。

²⁶ 同上，第 5 页。

²⁷ 经合组织，《来自发展中国家的不正当资金流动》，第 16 页。

²⁸ 举例来说，见马来西亚对咨询委员会分发的不正当资金问题问卷的回答，可在以下网址查阅 www.lan.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Pages/QuestionnairesIllicitFunds.aspx，另见人权理事会第 31/22 号决议——该决议系代表非洲国家集团提交。

产、起诉涉嫌腐败或涉嫌操作、协助犯罪相关资金流动的人时，也明确阐述了这一观点。²⁹

19. 目的国出台支持返还来源国的法律。海地前总统让-克洛德·杜瓦利埃据信通过从政府合同中揩油，聚敛了 3 亿多美元。这些钱存在瑞士银行多个账户中。杜瓦利埃 1986 年被民众反叛罢黜后，海地要求瑞士当局冻结 500 万美元，但却无法确保这笔钱能归还，因为海地未能提起法律诉讼。假若不是瑞士援引宪法权力，使之可以冻结资产以保障国家利益的话，杜瓦利埃便会于 2002 年诉讼时效到期之际自动获胜，把钱拿走。一部 2011 年出台的反转举证责任的瑞士法律和一项法庭裁定，为将钱归还来源国铺平了道路。准许将外国独裁者存放在瑞士的资金返还来源国的《外国不正当资产法》(2015 年)在这方面也发挥了有益的作用。³⁰ 不过，该法有几项规定可予以完全主观的解读，有可能被以减损来源国权益的方式加以解释。³¹ 该法规定“假定资产来源不正当”之标准的第 15 条³²和规定返还资金之条件的第 17 条³³也同样存在问题。由此可见，此类支持返还的法律应规定可保护来源国利益和权利的适当的、客观确定的保障措施。

20. 对执法人员充分的培训，并为之提供充足的资金。追踪由多家空壳公司持有、存放在多个司法管辖区专门账户上的款项，需要有一定的司法审计能力，而这种能力并非唾手可得，在发展中国家尤其如此。一些发达国家正努力建设国内能力，但欲切实追回资产，尚需进行充分的投资，既要在资金方面投入，又要在人员方面投入(对执法人员培训；专职人员具备充足的专业知识和资金，可以开展调查工作)。³⁴

21. 提高透明度和交流信息。为了打击不正当资金流动，执法当局须能掌握和交流个人、公司以及各种法律实体及安排在国外司法管辖区的活动、资产或收入情况的相关信息。在反洗钱和打击恐怖主义融资活动这一特定领域，由 152 个金融情报机构组成的埃格蒙特集团是一个为打击两类犯罪而共享专业知识和金融情报的全球平台范例。³⁵

²⁹ 见他对问卷的回答。

³⁰ 第一个从 2015 年 12 月法律中受益的是尼日利亚。该国将收回被萨尼·阿巴查窃取的资财当中的 3.21 亿美元。见 www.reuters.com/article/us-swiss-assets-idUSKCN0YG29Z 和 www.daily-nigerianews.com/2016/07/29/nigeria-switzerland-sign-mou-on-repatriation-of-321m-abacha-loot/。

³¹ 关于何时可以受理冻结资产的条款内容如下：“在来源国政府或政府中的某些成员丧失了权力，或者权力更迭看来势不可挡的情况下；在来源国腐败程度之严重臭名昭著的情况下；在资产看起来有可能系通过腐败、侵吞或其他犯罪行为获得的情况下；在保障瑞士利益需要将资产冻结的情况下”(第三条第 2 款)。可在以下网址查阅 www.news.admin.ch/news/message/attachments/44109.pdf, 第 2 页。

³² 若“对资产拥有处置权的个人或资产受益所有人的财富在外国某政治上关注度高人员行使公共职能所提供的便利之下增长异常；在相关外国政治上关注度高人员任期内，来源国或该人员周围的腐败程度之严重臭名昭著”，则可以假定资产来源不正当。

³³ “归还资产旨在追求如下目标：(a) 提高来源国居民的生活条件，或(b) 加强来源国的法治，从而为与有罪不罚现象作斗争作出贡献。”

³⁴ 经合组织，《改进发展政策(2014 年)：政策一致性与不正当资金流动》。可在以下网址查阅：www.oecd.org/pcd/Better-Policies-for-Development-2014.pdf。

³⁵ 见 www.egmontgroup.org/en/content/about。

22. 强大的、针对具体问题的、跨司法管辖区的机构网络和专业人员网络。将反不正当资金流动的业务活动范围限定在具体问题上，可使此类网络得以专注于细节、发挥其特长，从彼此的成功和失败中学习，还可降低大团体中出现出于政治动机的冲突的可能性。俄罗斯联邦有一个这样的例子——设在联邦检察官办公室的总检察长办公室推动借助各类国家联络中心之间正式和非正式的互动模式，开展可行的国际合作。这种合作的范围涉及到鉴别、扣留、没收和归还从腐败中聚敛的资产。

23. 统一全球税收战略。侵蚀税基和转移利润指的是跨国公司积极践行的避税战略。这些公司通过利用税收规则中存在的差距和不对等情况，人为地将利润转移至无税或低税的司法管辖区，从而侵蚀东道国的税收基础，进而削弱该国确保其人民享有人权的能力。³⁶ 这些东道国往往是南方穷国。统一全球税收战略、所有税收条约中的反舞弊条款，以及来源国和目的国的强化信息披露要求与透明度，将消除刺激跨国公司将利润从一个司法管辖区向另一个司法管辖区转移的因素³⁷，因为如果所有司法管辖区的税率都相同或近似，也就没有作为逃税/避税战略将收益转移来转移去的动机了。同理，如果所有国家的税收管理部门联手确保切实遵守税务规则，即纳税人向理应纳税的司法管辖区缴纳理应缴纳的税额，那么跨国公司侵蚀税基和转移利润(从而发起不正当资金流动)的机会将遭到严重削减。已朝着这个方向采取了若干举措，其中包括：20 国集团领导人付出的努力——要求针对侵蚀税基和转移利润问题推行一个全纳框架；³⁸ 基金组织和世界银行新推出的加强发展中国家税收制度联合举措；旨在大幅提高捐助方对建设较贫困国家税收能力的支持力度的“亚的斯税收倡议”。³⁹

24. 加大民间社会参与力度，促进全球反腐和税改举措。⁴⁰ 2004 年通过的《联合国反腐败公约》是一个调动各国以及民间社会、非政府组织和基层社群实现打击腐败之共同目标的高关注度实例。值得注意的是，该公约将铲除腐败和切实开展国际合作之责主要交由各国承担，但也赋予个人和构成民间社会的各个团体以向各国提供实现上述目标所需之支持的类似责任。

五. 国家法律法规：瑞士

25. 瑞士的情况很能说明问题，因为它表明具备适当的国内法律武器和政治意愿并不一定导致窃取的资产切实返还来源国。⁴¹

26. 瑞士管理着全世界离岸私人资产市场总值的 26% 左右，是主要的全球金融中心之一。多年里，有着特别有利的国家银行业保密法和宽松的反洗钱法的瑞士

³⁶ 见 www.oecd.org/ctp/beps/。

³⁷ 见人权理事会第 34/11 号决议，由突尼斯(代表非洲国家集团)和其他国家提交。

³⁸ 见 www.oecd.org/tax/concept-note-platform-for-collaboration-on-tax.pdf, p. 4。

³⁹ 同上，第 3 页。

⁴⁰ 胡安·帕布鲁·波霍斯拉夫斯基和“埃及个人权利倡议”组织均在对问卷的回答中对这一要求表示支持。

⁴¹ 很多其他情况中明显缺乏返还盗窃资产的政治意愿。

曾是银行业的一个商业乐园。不正当资金流，包括外国独裁者以不正当手段聚敛的个人财富，不分青红皂白地涌入瑞士的银行。银行在完全不受惩罚的情况下行事，得以规避任何类型的公共管控或审查。⁴²

27. 时至今日，从理论上讲，瑞士的国家反洗钱法律强制银行业对来源可疑之资金从源头上进行系统的审查，并向瑞士的金融情报机构报告任何可疑情况。⁴³ 规章条例还规定，对涉嫌以不正当手段致富的政治上关注度高人员加强控制。

28. 但是，实践当中，强制执行反洗钱法律法规方面依然存在着重大的障碍。规章条例遵守不力，瑞士金融市场卷入的重大国际丑闻不断曝光。很多专家认为，瑞士的银行报告制度根本不起作用：“很显然，存在着规则，但却并未充分认真实施。这也意味着监管人员未尽其职。”⁴⁴ 由此可见，瑞士的银行继续频繁地从免于司法惩处中受益。

A. 瑞士银行遵守反洗钱法律法规的情况

29. 瑞士银行传统上被赋予了自己订立操作规则的自主权。⁴⁵ 瑞士金融市场监督管理局(金融监管局)负责监督在瑞士持有银行牌照的所有机构。尽管金融监管局是一个公共管理机构，但却并不隶属于联邦政府。其行为貌似不受外部干预，但却不能免受银行干预。理事会主要由前银行管理人员组成，多数工作人员亦是如此。⁴⁶ 此外，为金融监管局提供资金的恰恰是其所监管的机构——银行。⁴⁷

30. 根据法律，金融监管局享有很大的自由裁量余地。这其中包括在认为与某项现行程序有冲突，或与监控金融市场之目的不相符时，可以拒绝与刑事检控人员或任何其他国家主管部门配合。金融监管局还可以保全本机构的监管程序为目的，拒绝提供公众无法获得的信息，或是拒绝受理任何文件。⁴⁸

31. 该局的年度报告不就违反银行尽职调查之责的情况提供全面信息，在涉及政治上关注度高人员的情况下，尤其如此。即便是在考虑启动制裁程序时，也只是部分公布受调查实体、此类程序的最终结果或是所实行的制裁措施的相关信息。⁴⁹

⁴² 《瑞士资讯》，“突尼斯被冻结资金的复杂情况”，2015年4月6日。

⁴³ 金融中介机构有义务向瑞士反洗钱报告处报告。

⁴⁴ O. Longchamp and M. Herkenrath, “Money-laundering, liability and sanctions for financial intermediaries — the issue of having the assets of politically exposed persons in Switzerland”, in Fenner Zinkernagel, *Emerging Trends in Asset Recovery*, p. 128; “Banks scrutinize regimes’ assets”, *Wall Street Journal*, 23 February 2011.

⁴⁵ 2015年，瑞士金融市场监督管理局(金融监管局)批准了瑞士银行家协会起草的有关实行尽职调查的瑞士银行业行为守则。

⁴⁶ 金融监管局现任局长马克·布兰森曾任瑞银董事，曾负责瑞银日本分公司，并曾卷入伦敦同业拆借利率操控丑闻。

⁴⁷ 监管局的费用由那些机构缴纳的管理费和税款承担。

⁴⁸ 见《瑞士联邦金融市场监督管理局法》(《金融市场监管法》)第40条。

⁴⁹ Longchamp and Herkenrath, “Money-laundering”, p. 133.

32. 金融行动特别工作组 2016 年针对瑞士的评估报告得出结论称，银行业审查现有客户的程序“总体而言不能令人满意”。⁵⁰ 更具体地说，监管当局所实行的制裁措施被视为不足以防范进一步违规行为。⁵¹ 民间社会也对整个反洗钱处置工作的成效和信誉提出了质疑。

33. 事实上，在针对银行采取的问责程序上缺乏透明度，可能导致得出如下结论：银行依然在“监管之外”接收“脏钱”，而公众依然注意不到此类活动。⁵² 这种局面可能说明，金融部门已获得了如此巨大的势力和游说能力，以至于使之可以不必拿自己在该领域采取防范措施和与国家主管部门合作的义务当回事。

B. 归还盗窃资产

34. 归还盗窃资产方面的情况绝对令人惊愕。来历不正当的数十亿美元依然在瑞士冻结着。⁵³ 政府声称正在争取——诚心诚意地大力争取——将这些资金还给来源国。⁵⁴ 政府还声称，未予归还的问题正在侵蚀着瑞士金融中心的良好声誉和诚信。在州一级有着类似的意愿。举例来说，在日内瓦，通过住房市场洗清的巨额不正当资金流已引发住房危机，使工薪阶层和社会中最贫困的阶层大受影响。

35. 有关归还盗窃资产的若干法律事宜，目前正在瑞士法院待决。国家法律提供了在诉讼各个阶段上诉的手段。诉讼程序旷日持久，而律师则从协助罪犯藏匿和享有不正当资金流中赚取巨额利润。举例来说，在尼日利亚前独裁者的案件中，那些协助萨尼·阿巴查免于归还盗窃资产的人员总共赚取了 1,700 万美元。⁵⁵ 这些人在拖延战术方面能力强、效率高。这在部分程度上为本·阿里—特拉贝西和穆巴拉克家族 2011 年盗窃的资产为何尚未归还来源国作出了解释。

36. 通过《外国不正当资产法》(2015 年)，旨在于司法互助不可行或不成功的情况下，亦能协助归还不正当资产。但是，这部特定法律的影响尚待在实践中观察。在受影响国家和涉嫌侵吞者之间达成妥协方案的情况下，该法有可能协助将冻结的不正当资产解冻。此类安排存在争议，因为它们同时会阻止来源国启动任何司法程序，也会阻止在瑞士开展反洗钱调查。⁵⁶

⁵⁰ 《反洗钱和反恐怖主义融资措施：瑞士——相互评估报告》，2016 年 12 月，第 91 和第 105 页。

⁵¹ 对于银行来说，金融监管局的制裁措施尤其不痛不痒。见“三家银行因资金管理问题遭查处”，《24 小时》，2013 年 10 月 21 日。

⁵² O. Longchamp, report on Switzerland's experience of assets recovery, working document, Public Eye (forthcoming)。

⁵³ 过去 30 年间，瑞士已归还了 20 亿美元。但是，仍有数十亿美元冻结在瑞士。

⁵⁴ 瑞士最近出版了小册子《不接收脏钱：瑞士在归还不正当资产方面的经验》，2016 年 12 月。

⁵⁵ S. Besson, “La fin de l'affaire Abacha enrichit deux études d'avocats genevois”, *Le Temps*, 17 March 2015。

⁵⁶ O. Longchamp and Herkenrath, “Money-laundering”, p. 136。

六. 将不正当资金流返还来源国方面的案例研究

37. 下列实例说明金融机构通过公然接收可疑资金所起的作用。银行和法律专业人员从这些冗长而复杂的程序中获利，以牺牲需要钱用于发展和享有所有人权的受影响国家为代价赚取巨额利润。

A. 尼日利亚

38. 这是遭掠夺国家在合理时间段内设法成功地将很多已转移出境的不正当资金收回本国的例外情况之一。众所周知，前独裁者萨尼·阿巴查及其随从设法侵吞了超过 20 亿美元的国有资金。⁵⁷ 钱被有计划、有步骤地从央行分流到奥地利、列支敦士登、卢森堡、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和泽西岛以及美国的银行。仅在瑞士，阿巴查家族就总共拥有 130 个银行账户。

39. 2000 年，瑞士当局启动的调查得出报告，其中显示 14 家银行犯有未履行反洗钱法规定的尽职调查责任之罪。然而，当局令人惊诧地得出结论称：现有监管框架基本充分，若与国际上相比甚至可以说全面；瑞士金融中心具备旨在避免不良资金的适当规则。⁵⁸

40. 2004 年，多亏日内瓦公共检察官贝尔纳德·贝尔托萨所起的作用，大部分冻结资产返还给了尼日利亚。瑞士对尼日利亚提出的相互司法合作请求作出了积极的响应。此外，根据《瑞士刑法》第 305 ff 条，启动了洗钱犯罪调查。瑞士的法院认为阿巴查及其同党建立起的体系构成“犯罪组织”，从而确认在特定情况下可以预先假定资产来源不正当。⁵⁹

41. 2016 年，尼日利亚试图追回另一笔在瑞士被没收的 3.21 亿美元。不过，在尼日利亚政府和前独裁者的家人达成法外协议后，瑞士同意将部分资金归还尼日利亚政府，与此同时撤销针对已逝前独裁者之子阿巴·阿巴查的刑事诉讼，而阿巴·阿巴查放弃对资产的所有进一步主张。⁶⁰

B. 突尼斯

42. 突尼斯的前独裁者贪污公共资金和公共财产，中饱私囊 20 多年。据世界银行称，突尼斯私营部门所创造的利润当中，超过 21% 是在独裁者家族的控制之

⁵⁷ 掠夺而来的资金被直接转入阿巴查家族成员名下的离岸公司持有的海外银行账户，或直接转入外国商人名下的离岸公司持有的海外银行账户，然后外国商人再向被描述为“犯罪组织”的成员汇出同等数额的款项。见 E. Monfrini 和 Y. Klein, “阿巴查案件”, M. Pieth 编辑的《追回失窃资产》(2008 年), 第 10 至 11 页。

⁵⁸ 联邦银行委员会, “阿巴查资金存在瑞士银行”, 2000 年 8 月 30 日, 第 18 页。

⁵⁹ 瑞士联邦司法办公室, “阿巴查资金将移交尼日利亚: 大多数资产来源明显具有犯罪性质”, 2004 年 8 月 18 日。

⁶⁰ “尼日利亚: 日内瓦悄悄将阿巴查案结案”, 《世界报》, 2015 年 3 月 17 日。

下。⁶¹ 扎因·阿比丁·本·阿里及其同党以公共机构为工具，为其私人企业谋利，还操控法律为其个人利益服务并惩处异己。

43. 2011 年，立即开展了旨在理清瑞士冻结的 6,175 万美元来源的司法互助程序。金融监管局还宣布采取制裁措施，并表示将公布掠夺而来的突尼斯公共财富牵涉了哪些银行。名单从未公布，也从未就最终针对涉嫌接收和藏匿本·阿里家族和穆巴拉克家族钱财的任何银行实行的任何制裁措施公布相关信息。2013 年，金融监管局下结论称，经审查的 22 起案件中只有 4 起有必要启动具有约束力的“行政”程序，以确保获得银行在“重大不法行为”中所起作用的相关信息。⁶²

44. 2015 年 3 月，突尼斯以接收本·阿里妻弟的财产为由，针对汇丰银行提起民事诉讼，要求追回 1.14 亿瑞士法郎加上利息。不正当来源资金应是在腐败现象在突尼斯尤为臭名昭著的时期通过汇丰银行的账户转移的。据报道，该行内部负责合规问题的部门曾向管理人员指出这一事实。⁶³

45. 六年诉讼过后，只向突尼斯返还了颇微不足道的数目(25 万美元)。⁶⁴ 早期签发了一项向突尼斯归还犯罪来源已充分证实的 4,000 万美元的法庭令，但在上诉时被推翻——上诉法院认定侵犯了被告发声的权利。

46. 一旦突尼斯公布或作出可强制执行的终审判决，确认所冻结的资产来源不正当，便有可能返还这笔资金。突尼斯政府必须证明，本·阿里及其同党犯有贪污和腐败行为。不过，冻结令时效有限，司法程序过于缓慢，且返还要求所基于的罪行有诉讼时效。

C. 马来西亚

47. 有关马来西亚的案件，系指 2009 年为推广经济和社会发展项目而设立的一个国有投资基金，据称被贪污 40 亿美元。该基金主要从开曼群岛运作，已发现数十个相互关联的个人、公司和政府部门与该基金有关。马来西亚拒绝了瑞士主动提供的法律协助，称本国主管部门正在开展犯罪调查。⁶⁵

48. 在瑞士，针对贿赂和洗钱问题的犯罪调查揭示，约有 8 亿美元通过三家瑞士银行(据报道，这三家瑞士银行为瑞意银行、顾资银行和安勤私人银行)被非法转移。⁶⁶ 金融监管局以明目张胆违反反洗钱义务为由，将三家银行的银行牌照全部吊销，并没收了安勤(250 万瑞士法郎)和顾资(650 万瑞士法郎)的不正当收

⁶¹ B. Rijkers, C. Freund 和 A. Nucifora, “肥水皆入家田：挟国家以营私(突尼斯)”，世界银行政策研究文件第 6810 号(2014 年)。

⁶² 金融监管局，“瑞士银行在‘政治上关注度高人员’遗产价值问题上的尽职调查义务”，2011 年 11 月 10 日，第 7 至第 10 页(随后经过更新)。

⁶³ 银行收取 2% 的管理费，总额达 830 万瑞士法郎。“汇丰银行接收本·阿里家族资产，突尼斯要求追回 1.14 亿法郎”，《时报》，2015 年 3 月 19 日。

⁶⁴ “瑞士拟将超过 25 万美元的本·阿里资产归还突尼斯”，《非洲新闻》，2015 年 6 月 1 日。此外，突尼斯还设法追回了本·阿里妻子存在一家黎巴嫩银行的 2,880 万美元。

⁶⁵ 见 www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-60510.html。

⁶⁶ 同上。

益。只有在顾资的案件中，同时就该行内部组织方面涉嫌存在的缺陷启动了刑事诉讼程序，且金融监管局据报道在考虑针对责任员工启动执法程序。⁶⁷

七. 拒绝将不正当资金返还来源国对享有人权的负面影响

49. 拒绝将不正当资金返还来源国，不仅为拉大发达国家和发展中国家之间的差距推波助澜，而且尤其阻碍发展中国家的社会经济发展，也影响发展中国家向其公民提供基本社会服务的能力。其后果是，公民对政府和法治的信心遭到削弱，而腐败和贫困则长久不绝。

不归还危及享有经济、社会及文化权利

50. 不正当资金流失会减少拟专用于社会投资、经济投资和基础设施的资源，危及一国最大限度利用现有资源实现经济、社会及文化权利的能力。通过腐败挪用资金，尤其会影响最穷国人民的社会经济权利——那些国家在履行其最低限度核心义务方面可能面临困难，难以兑现一些最基本的权利：食物权、适足生活水准权，以及健康权和受教育权等。⁶⁸

51. 拒绝将不正当资金返还来源国对受影响人民产生的不良后果显而易见。当人们被剥夺了生存所必不可少的最低质量标准时，不仅其公民权利和政治权利遭到侵犯，而且其经济、社会及文化权利也遭到了侵犯。此类侵权无疑对公民的尊严产生直接影响——公民最基本的权利遭到了蓄意削减。

52. 在突尼斯，冻结在几个国家的资产若能归还，将有助于缓解该国不断恶化的经济局势造成的不断增大的财政压力对人口的影响。也门是人类发展程度最低的国家之一，将掠夺的钱财返还也门，必然有助于改善该国人口的极端生活条件。⁶⁹

不归还阻碍发展权的落实

53. 拒绝返还不正当资金会剥夺来源国迫切需要的、可用于公共投资的额外资源，从而危及该国的发展前景。发展中国家每年因不正当资金流动而损失数十亿美元。据估计，过去 50 年间，非洲因不正当资金流动而损失了 1 万亿美元。这一数额相当于同期收到的官方发展援助总额。⁷⁰

54. 此外，拒绝返还不正当资金会造成巨大的人类苦难，且显然有损发展。相关国家损失用于投资的资本和原本可用于为发展项目提供资金的财政收入。对于贫困程度高且因人口增长而资源需求越来越高的国家来说，这些资金流失造成的

⁶⁷ 金融监管局，“金融监管局就一马公司相关违规问题制裁顾资银行”，2017 年 2 月 2 日；“安勤银行因一马公司相关违规问题遭制裁”，2016 年 10 月 11 日。

⁶⁸ 举例来说，见非洲人权和人民权利委员会第 25/89、第 47/90、第 56/91 和第 100/93 号来文，免费法律援助小组及其他人诉扎伊尔。

⁶⁹ 也门的人类发展指数在 188 个国家中排名第 168。2013 年，4% 的人口被联合国开发计划署认定为正在承受多维贫困之苦。今天，因武装冲突所致，粮食不安全问题影响着 70% 的人口。见 H. Kodmani，“也门被遗忘的战争：饥饿威胁”，《解放报》，2017 年 3 月 23 日。

⁷⁰ 非洲经委会，《不正当资金流动：高级别小组的报告》，第 14 页。

关切尤为严重。全球经济和金融危机导致官方发展援助减少，迫使更多的发展中国家依靠本国资源为其发展议程提供资金。⁷¹

55. 发展中国家被剥夺了重要的货币资产和自然资源收益，被迫减少主要发展领域内的投资，或者增加债务负担以便在国内推行必要的政策。缺乏公共政策和社会、经济项目投资，对人口中最脆弱的群体造成了非常大的影响。

56. 不正当资金流动还有损国力和国家的治理。不正当资金流动背后的人和公司通常会卷入腐败行为，得以转移贿赂和滥用权力所得的收益。他们阻止监管机构正常运转，从而累及国家官员和国家机关。这种局面可能会使加强国家体系和巩固法治的努力前功尽弃。

57. 自然资源丰富的国家和体制架构不完善或不存在的国家，尤其容易发生不正当资金流动。为将大不列颠及北爱尔兰联合王国没收的盗窃资产归还尼日利亚，双方就归还方式问题达成了谅解备忘录，备忘录承认，巨额国有资金遭到贪污，大幅减少了尼日利亚政府可用以提供社会服务或投资基础设施及经济发展以推动该国更加繁荣的资源。由此可见，国家收入遭到掠夺，有可能最终导致侵犯该国人民自由处置自然财富和自然资源的权利。⁷²

不归还会加剧有罪不罚现象，并使腐败长久不绝

58. 不返还盗窃资产会发出错误的讯息：重大贪腐案仍不会受到惩处。有罪不罚现象必须避免，在国家资源和公共资金遭到政府官员和当权者有计划、有步骤的掠夺时，或是此类掠夺行径一直得到政府官员和当权者的姑息时，尤其如此。⁷³

59. 危害人类罪的概念，传统上与严重或系统侵犯公民权利和政治权利联系在一起，但毋庸置疑，国际社会在终止经济和金融犯罪有罪不罚现象方面也利害攸关，尤其是那些可称之为重大贪腐罪行的情况。毫无疑问，盗贼政体(即以搜刮国家资源为唯一目的的政体)中形成的犯罪组织对国家造成直接危害，并影响全体人民的基本权利和自由。⁷⁴

60. 正因如此，可以毫不夸张地断言，危害人类罪与有计划、有步骤地搜刮国家公共资源之间存在关联。当腐败和滥权是由政府有计划、有步骤地精心策划实施时，会导致债务负担不合理地增长，并阻碍国家的社会经济进步和可持续发展。

⁷¹ 同上，第 53 页。

⁷² 西班牙人权协会在向非洲人权和人民权利委员会提起的一项针对赤道几内亚的申诉中，认为赤道几内亚政府侵占国家石油收入，侵犯了《非洲人权和人民权利宪章》所保护的自由处置自然财富的权利。见 www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/a_communication_20071012.pdf。

⁷³ 重大贪腐的定义见 E. Hava, “Strategies for preventing international impunity”, *Indonesian Journal of International and Comparative Law*, vol. II, No. 3 (July 2015), p. 520。

⁷⁴ 见 E. Monfrini and Y. Klein, “L’État requérant lésé par l’organisation criminelle: l’exemple des cas Abacha et Duvalier”, in *Etat de droit et confiscation internationale*, Sandrine Giroud and Alvaro Borghi, eds. (Edis, 2010), p. 135。

61. 经济罪行必须成为过渡期正义框架一个不可或缺的组成部分。赦免、豁免或是诉讼时效，对那些侵犯经济、社会及文化权利，其行径可能已构成危害人类罪的责任人来说，不应成为有罪不罚护身符。必须起诉对以往政权统治下实施的严重侵犯人权和重大经济罪行负有罪责者，因为重大贪腐案件中实行赦免会使向民主过渡的进程遭到削弱。

八. 阻碍归还不正当资金的主要挑战

62. 如前所述，让大多从发展中国家外流的不正当资金回归，这方面的尝试往往艰难费力或无果而终。阻碍上述资金回归的主要挑战在以下段落中阐述。

缺乏政治意愿

63. 将资金返还来源国，涉及到将已随着时间的流逝层层嵌入流入国经济的资金归还。这些目的国中的某些国家有意图与离岸金融中心争夺不正当资金，施行了宽松的金融规章，而围绕上述离岸金融中心抛出的否定论调系旨在扰乱竞争。⁷⁵ 所以说，欲撤出这些资金，需要目的国采取与诸如金融机构⁷⁶ 和房地产开发商等强大的国内利益集团对抗的行动，这远比指责万里之外的岛国金融操作不艰难得多。

64. 不正当资金流对当地房地产市场的好处。不正当资金是目前很多地方撑起房地产市场的关键所在，包括伦敦、纽约以及加拿大的温哥华。将资金返还来源国的影响将不仅局限于建筑和房地产金融相关行业，而且会表现为上述目的国经济中多数消费者可以获得的消费能力下降。

65. 不正当资金流对当地金融市场的好处。联合国毒品和犯罪问题办公室执行主任曾于 2009 年披露，2008 年金融市场崩溃最猛时，毒品获利被注入全球金融系统，以使之得以为继。⁷⁷ 外国资金，包括不正当资金流在内，也对支撑太多太多以信贷为驱动的发达经济体具有关键作用，因为这些经济体缺少可为其经济增长提供资金的国内储蓄。⁷⁸ 所以说，因需要将资金返还来源国而仓促撤走任何资金——正当资金也好，不正当资金也好，将对很多发达国家的经济造成严重影响。

⁷⁵ 概括而言，见 Donato Masciandaro, ed., *Global Financial Crime: Terrorism, Money-laundering and Offshore Centres* (London, Ashgate, 2004), 另见 J.C. Sharman, *The Money Laundry: Regulating Criminal Finance in the Global Economy* (Ithaca, Cornell University Press, 2011)。

⁷⁶ Jack Smith, Mark Pieth and Guillermo Jorge, “The recovery of stolen assets: a fundamental principle of the UN Convention against Corruption”, U4 Brief No. 2, Chr. Michelsen Institute, February 2007. 可在以下网址查阅：www.u4.no/publications/the-recovery-of-stolen-assets-a-fundamental-principle-of-the-un-convention-against-corruption/。马来西亚在回答问卷时，在总体看法一栏中提到了这一观点。

⁷⁷ Rajeev Syal, “Drug money saved banks in global crisis, claims UN advisor”, *Observer*, 13 December 2009, 可在以下网址查阅：www.theguardian.com/global/2009/dec/13/drug-money-banks-saved-un-chief-claims。

⁷⁸ 见 www.forbes.com/sites/mikepatton/2014/10/28/who-owns-the-most-u-s-debt/#20e0d1141907。

66. 不正当资金流对当地专业服务提供商的好处。很多司法管辖区都已成为擅长向涉足生成和协助不正当资金流者提供金融和法律服务的地区。⁷⁹ 不过，对不正当资金流友好的国家/司法管辖区名单包括瑞士、香港和新加坡，也包括美国的特拉华州，内华达州和怀俄明州。⁸⁰ 所以说，将“存储”在上述司法管辖区银行的不正当资金仓促返还来源国，将威胁上述司法管辖区经济的稳定和繁荣。

在不正当资金流与犯罪和(或)民事不法行为之间建立联系的难度

67. 在不正当资金流系源于犯罪行为的情况下，在于来源国实施的罪行和存放在目的国司法管辖区内的犯罪所得之间建立起明确的联系异常艰难。⁸¹ 若要下令将资金返还来源国，上述联系——即证据——必须无可辩驳，这就使之难上加难。在不正当资金流所源头的活动可算作民事不法行为的情况下，将资金返还来源国更加艰难，因为没有任何明文确立的国际公约支持这样做。如第五节所述，诸如《联合国反腐败公约》等文书敦促各国“考虑”在此类案件中合作，但该条款只是停留在建议——因而也是有限的——功用上。

确定受益所有权归属和(或)揭穿公司面纱的难度

68. 无论不正当资金系源于犯罪、腐败还是税务舞弊，很多交易——如果不是大多数交易的话——都是在几个公司的面纱背后进行的，并辗转多个司法管辖区，以毁灭归属痕迹。⁸² 这种情况下，最终确定公司的受益所有人往往非常困难。

关于附加先决条件或采取人权为本方针的争论

69. 上述问题正迅速发展为将不正当资金返还来源国方面分歧最大的问题之一。提倡附加先决条件者——尤其是全球北方目的国的倡导者——坚持认为，归还资金应以来源国承诺将资金用于履行人权义务为先决条件。⁸³ 可想而知，全球南方的来源国强烈反对在如何使用本国资金上附加条件的想法。⁸⁴ 此外，这些来源国主张，它们应当可以根据本国的重点，而不是根据西方的“适当”人权项目观念来设计和投资发展项目。可见，这种想法存在很大问题。

⁷⁹ 见 Shaxson and Christensen, “Tax competitiveness”。

⁸⁰ Jana Kasperkevic, “Forget Panama: it’s easier to hide your money in the US than almost anywhere”, *Guardian*, 6 April 2016. 可在以下网址查阅: www.theguardian.com/us-news/2016/apr/06/panama-papers-us-tax-havens-delaware。

⁸¹ Cynthia O’ Murchu, “Follow the money”, *Financial Times*, 14 August 2014.

⁸² 埃米尔·范德杜斯德威利布瓦等，“傀儡大师：腐败分子如何利用司法体系藏匿盗窃资产以及如何应对”，盗窃资产追回倡议(华盛顿，世界银行，2011年)，可在以下网址查阅: <http://documents.worldbank.org/curated/en/784961468152973030/The-puppet-masters-how-the-corrupt-use-legal-structures-to-hide-stolen-assets-and-what-to-do-about-it>; and OECD, *Better Policies for Development 2014*, p. 27.

⁸³ 见欧洲联盟对问卷的回答。

⁸⁴ 举例来说，见胡安·帕布鲁·波霍斯拉夫斯基对问卷的回答和人权理事会第 31/22 号决议。

九. 国际合作在归还不正当来源资金方面的重要意义

70. 不正当资金流失造成严重的经济和人权后果，若没有协调一致的国际合作甚至是国际团结，无法予以纠正。举例来说，非洲人权和人民权利委员会指出，每年从非洲大陆掠走数十亿美元的，既有跨国公司，也有来自非洲的个人。⁸⁵ 除非所有国家承诺极大改善全球行动的协调配合程度，以解决漏洞和法律薄弱问题并开展跨司法管辖区的监测工作，很多此类国家的收入潜力将继续流失。

71. 源于税务舞弊、犯罪活动和(或)腐败行为的不正当资金，这些资金的回归在部分程度上依赖于司法审计能力和强有力的国家检控部门，而这正是一些来源国，尤其是发展中国家来源国所缺失的。在来源国执法当局缺乏检控跨国犯罪的能力⁸⁶ 以及在犯罪集团和政客控制着来源国的司法和国家当局或是对来源国的司法和国家当局有着重大影响力的情况下，上述需求就愈加迫切。最后，当不正当资金流背后的不法行为属民事性质而非刑事性质时，将资金返还来源国也异常艰难。

72. 在很多情况下，不正当资金辗转多个司法管辖区才到达最终目的地，将其返还来源国也需要与多个司法制度打交道。若不加大国际合作力度，很多来源国要想追踪不正当资金流并满足切实返还所需的证据标准，更为艰难。还会有一大堆程序问题。举例来说，在牙买加，国内法庭必须根据当地的成文法律处理归还问题。但是，在受害人和第三方原告的问题上，程序法不对居民和非居民加以区分，从而在证人出庭和采信证据方面制造了问题。⁸⁷ 此外，某些来源国的犯罪网络以及控制国家当局和司法当局的政客将继续为不正当资金流动提供便利，除非目的国认识到自己在阻止此类危害人类罪和避免不正当资金流入本国方面负有首要责任。

73. 贫困国家表面上看是在竞相争夺外商投资、投机性资金流和(或)个人财富，实际上却越来越陷入毫无必要的“税收大战”，这种“税收大战”除了最终缩小所有相关国家的税基、扭曲市场，并导致在监管上的恶性竞争外，没什么好处可言。⁸⁸ 加大国际合作力度，可使贫困国家抵制推行此类“以邻为壑”政策的诱惑，坚持一个共同的最低标准，以保护所有相关国家各自的市场和税基。

74. 为了防止不正当资金流动，所有利益攸关方均应同样致力于南南合作和南北合作。之所以有必要开展南北合作，是因为几乎所有不正当资金流的最终目的国要么是富裕的西方国家，要么是它们的附属国。⁸⁹ 独立专家在他的最后研究报告中谈及了这一点。他在报告中指出，“全世界最重要的保密管辖地中，很多都是发达国家。它们协助逃税的作用历来被忽视”，为不正当资金流动提供便利

⁸⁵ 非洲人权和人民权利委员会 2013 年 4 月 23 日通过的第 236 号决议，可在以下网址查阅：www.achpr.org/sessions/53rd/resolutions/236/。

⁸⁶ 牙买加对问卷的回答。

⁸⁷ 牙买加对问卷的回答。

⁸⁸ Shaxson and Christensen, “Tax competitiveness”。

⁸⁹ 经合组织关于不正当资金流动的报告；J. Henry, “How to respond to the Panama Papers”, *Foreign Affairs* (April 2016), 可在以下网址查阅：www.foreignaffairs.com/articles/panama/2016-04-12/taxing-tax-havens；以及 Shaxson and Christensen, “Tax competitiveness”。

的作用也历来被忽视(见 A/HRC/31/61, 第 9 段)。此外, 经合组织在 2014 年的一份报告中指出, “若不采取行动, 经合组织国家有沦为来自发展中国家的不正当资产避风港的危险。”⁹⁰ 除非保密管辖地和目的国承诺竭尽全力防止不正当资金在其境内落地, 否则“避风港”的指控很可能摆脱不掉。

75. 南南合作也极为重要, 因为: 首先, 南南合作将通过加强合作、提供共同战线和减少有害竞争, 抑制区域内以邻为壑的税收和反腐政策; 其次, 此类合作可想而知将导致形成以该问题为关注重点的区域经济集团, 有助于增强较贫困国家在相关跨国公司及其来源国面前的谈判地位。⁹¹ 这将解决上述行为体之间在财富和实力方面根本性的不平衡问题。

十. 结论和建议

76. 若盗窃资产不能切实返还来源国, 发展中国家和正在向民主过渡的国家就被剥夺了十分需要的资源, 丧失顺势开展必要的经济和社会改革以促进发展的机会。政府和银行的拖延战术, 以及试图为阻挠不正当资金切实回归寻找合理借口, 不仅从道德角度应受指责, 而且在政治上和经济上也是不可接受的。

77. 在“阿拉伯之春”期间为民主奋斗的国家尚未能收回被其前独裁者掠夺的资财, 这一事实令人愤慨。盗窃资产必须切实归还, 不仅因为来源国迫切需要那些资源, 而且因为那些资源具有高度的象征意义。国际社会必须刻不容缓地发出强烈的讯息: 国家最高层推动的腐败行为不能姑息, 也不会逍遥法外。

78. 各国必须本着良好意愿合作, 为不正当资金返还来源国提供便利。各国必须颁布积极主动的法律法规, 出台旨在为资产顺利而及时地回归来源国提供便利的政策和作法。国际社会必须努力遏制掠夺财富的行为, 这种行为导致对人权的侵犯, 助长了法治的削弱。

79. 人权理事会咨询委员会建议各成员国:

(a) 确保来源不正当的资金立即、无条件地返还来源国。解决不正当资金流动现象及随之对人权和发展权造成的负面影响, 需要进一步的坚决果断、积极主动的全球承诺。各国必须采取紧急行动, 将旨在追回失窃资产的程序向前推进。各国必须采取一切必要措施, 制止搜刮公共资产以中饱私人或私人实体之囊的情况。腐败以及常常通过规避法律之精神来最大限度谋利的其他作法, 必须加以遏制。旨在终止腐败和洗钱的政策必须大刀阔斧, 而预防性措施必须切实有效且在实践中贯彻落实;

(b) 确保造成不正当资金流失的犯罪活动和重大贪腐行为得到适当的制裁, 不会一直逍遥法外, 也不会受制于诉讼时效。有计划、有步骤地大规模搜刮公共资源者有罪不罚, 这一点是不能接受的。对重大贪腐案的责任人必须追究责任, 不应为逃避法律制裁而滥用赦免法。在某些情况下, 造成跨国影响的金融犯罪应在国际层面起诉, 且不应受制于诉讼时效。各国应考虑将有计划、有步骤实

⁹⁰ 经合组织, 《来自发展中国家的不正当资金流动》, 第 3 页。

⁹¹ Krishen Mehta and Erika Dayle Sui, “Ten ways developing countries can take control of their own tax destinies”, in Pogge and Mehta, *Global Tax Fairness*, p. 353.

施的对全体人民的社会和经济福祉造成切实影响的腐败行径(即导致社会服务土崩瓦解,从而阻碍经济和社会进步的行径)定性为应予惩处之国际罪行(即危害人类罪)的办法;

(c) 确保对牵涉其中的银行和金融中介机构(尤其是那些专门从事资产管理的金融中介机构)卷入不正当资金流的行为追究责任。各国必须刻不容缓地确保在其司法管辖区内运营的银行及其他金融中介机构在开展业务时尽职调查。各国必须切实监测上述机构遵守国家一级设想出的所有预防性措施的情况,并在出现违规时追究银行和银行管理人员的责任。必须设想好刑事制裁措施,且刑事制裁措施必须与案件的严重程度相称。各国必须确保金融中介机构积极主动地采取措施与腐败和洗钱作斗争。银行必须出示正在采取行动避免“脏钱”的证据。各国必须确保监管当局采取一切必要措施,保证银行尽职调查和问责,并确保上述措施能在实践中贯彻落实;监管当局在履行职能过程中还必须切实表现出公正和独立;

(d) 支持取缔避税天堂和对离岸公司进行监管。围绕资产追回程序存在的问题,应作为范围更广的国际金融体系改革问题国际对话的组成内容来解决。各国应积极支持有关的全球倡议,遏制金融部门为不正当资金流动提供便利的作法。更具体地说,各国必须通过支持建立公开的国际离岸公司注册、禁止在有限责任公司内匿名持股,以及公布股份代理的最终受益人,参与经合组织打击避税天堂和离岸公司的斗争;

(e) 支持安全理事会冻结不正当资金的行动,鼓励将类似措施扩展到其他情况。安理会关于也门局势问题的第 2140 号(2014 年)和第 2216 号(2015 年)决议列出了“2140 制裁委员会”认定的个人或实体名单并施加制裁,尤其受到欢迎。其他类似的昭然若揭的案件,也应考虑采取类似措施,尤其是为处理重大贪腐行为盗窃的公共资财不能返还来源国问题的司法案件提供支持。