



新一轮对外开放背景下 加强我国国际法研究与应用的

几点建议

前沿话题

□ 刘仁山 (中南财经政法大学教授、副校长)

我国国际法学界于上世纪50年代提出并由我国政府倡导的“和平共处五项原则”,已经成为现代国际关系的基本准则。自1978年确立对外开放政策以来,我国国际公法和国际私法学科体系初步形成,国际经济法也被确立为独立的学科。国际法学科体系下的分支学科得到迅速发展。国际网络法、极地法、外层空间法、国际能源法、国际文物保护法、国际卫生法、国际难民法、国际体育法等新兴的国际法学科分支也得到一定发展。在此学科体系的基础上,我国也形成了由本科、硕士、博士、博士后不同层次构成的国际法人才培养机制。进入新时代以来,因应全球治理体系变革和推进“一带一路”建设的需求,我国国际法学界对人类命运共同体、新型国际关系、共商共建共享的全球治理观、国际法的人本化、国际商事新秩序、国际交往互利说、中华优秀传统文化与国际法等具有中国理念的国际法主张进行探讨和论述,提炼中国国际法实践的经验与智慧,产生若干反映中国立场的国际法主张。

在推进对外开放的进程中,我国充分发挥国际法的制度性功能,提供了诸多保障对外开放和稳定国际秩序所必需的公共产品。包括共建“一带一路”国际合作机制、金砖国家新开发银行、亚洲基础设施投资银行、自由贸易试验区和自由贸易港、粤港澳大湾区在内的公共产品,都吸收和融入了我国国际法学的研究成果。

但我国新一轮对外开放,参与全球治理及构建人类命运共同体的需求相比,我国国际法的研究和运用,仍有诸多问题亟待解决。

一是尚未形成重大原创性和具有国际影响力的研究成果,国际法研究缺乏主体性,中国国际法学者在世界上的话语权仍较为有限。

迄今为止,我国国际法学者并未提出在世界范围内得到广泛认可的原创性和重大影响的国际法理论或学说。国际法研究的体系建构也不充分,不少具体领域的研究呈现重复性和碎片化的特点,研究方法单一,跨学科研究匮乏。大部分研究过于追求“国际”或“域外”,缺乏必要的中国问题和中国意识,提炼总结以及叙述中国实践的能力不强,国际

法研究的主体性尤为缺乏,这些都直接影响中国国际法研究的进一步深化,以及未来中国国际法学者在国际法和国际法治理领域话语权的构建。

二是国际法在法学教育课程体系中的地位弱化,不利于国际法的研究和人才培养工作的深化。

新一轮改革开放对国际法工作提出了新要求,特别是对我国国际法人才培养工作提出了更高要求。但我们必须正视并有强烈紧迫感的是,虽然中国在国际法的教学研究从复兴到发展已逾40年,国际法人才匮乏的状况仍未得到根本改变。特别是能够独立从事国际法实务的法律人才数量极为有限。尤为令人遗憾的是,继1997年我国在进行学科专业调整时,取消国际法专业,取消国际公法学、国际私法学和国际经济学三个法学二级学科之后,2018年《法学本科专业教学质量国家标准》调整法学专业核心课程体系,在法学专业核心课程上采取了所谓“10+X”分类设置模式,降低了国际私法学和国际经济学作为法学专业核心课程的应有地位,相当一部分法学院校不再将国际法和国际经济法作为必修课,国际私法和国际经济法的学时和学分也大幅削减,这对国际法人才培养及人才储备的消极影响不可忽视。

三是运用国际法表达国家利益和抵御风险,影响并塑造国际法规则与实践的能力不足。

世界正面临百年未有之大变局,借助国际法界定中国的利益,利用国际法维护中国的利益,通过国际法抵御中国面临的风险,应是我国参与并推进全球治理体系变革、推动构建人类命运共同体的重要任务,也是我国践行国际法治的重要方式。但是,目前我国对现行国际法规则和制度的解释力较为有限,总体运用国际法的主动性和创造性还不高。继而运用国际法维护国家利益和抵御外部风险的能力不足,更难以通过自身阐述和实践影响国际法规则的形成和实践。

对策建议

一是凸显国际法研究的中国问题意识,强化



我国国际法研究的主体性和国际法实践领域的

话语权。

我国学术界对国际法的研究和思考,宜精准把握转型之中的我国实际,并服务于我国的建设和发展,而不是盲目追随国外研究最新状况。国际法理论研究者与实践工作者之间应建立充分的信息互动与协同对接机制,充分知悉国际政治进程中国际法的运作实态以及其内所含的主权国家利益维度。近年来,外交部、商务部等政府部门也主动搭建平台,引入知名国际法学者介入国际谈判或国际争端解决,这有助于进一步推动和提高我国国际法研究的主体性。但是,这种既有的理论与实践相结合的尝试,还有待进一步常态化、体系化与制度化。应建立健全法律专家参与机制与国际法专家智库,并保持其专业性、恒定性和连续性,使具备资历的、熟悉和精通规则的法律专家能够直接参与谈判和其他法律外交活动,增强我国在国际法实践领域的

话语权。

二是将国际法提升为一级学科,将国际法

人才培养工作提升为紧迫的国家战略。

从目前我国对国际法学的定位而言,很大程

度上忽视了国际法的独特性及其在法学教育和人才培养体系中的应有地位。

无论是从确定的研究对象、若干可归属的二级学科来看,还是从学界的普遍认同以及社会对该学科人才的需求来看,国际法学科完全符合设立一级学科的要求。因此,有必要把国际法提升为法学门类下的一级学科,在法学门类下设置法学(以国内法学为主)和国际法两个一级学科。借此在高校设置国际法本科专业,设立国际公法、国际私法、国际经济法、国际商法、国际刑法等硕士、博士学位授权点,打造会聚高素质国际法教师

和专门培养涉外法治人才的平台。加快推进中国涉外法律体系的建设和完善,推动与民法典相关联的重要法律国际法的编纂,为我国国际法人才的培养提供最基本的遵循。在填补和凝练新的国际法专业方向方面,尤其要注重和探索国际法与相关学科或专业的交叉整合。相关部门要充分认识到国际法是我国应对外部挑战和风险的有力工具,将国际法人才的培养工作作为国家的重大战略并加快落实。

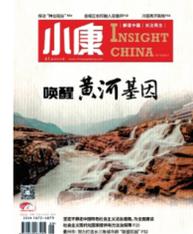
三是增强塑造和影响国际法发展的能力,积极

运用国际法维护我国主权、安全和发展利益。

在我国力倡国际法治和坚持以规则为基础的多边主义立场的当下,相关部门需要适应将国家主张通过国际法的术语来表达,将国家利益利用国际法的机制来维护,并积极运用本国的价值观和利益取向来塑造国际法规范的形成与实践。尤其要充分利用国际法的不完善、不全面、不确定的特征,充分利用国际法体系中的灰色地带,通过规范的解释和创造来表达自身的观念和立场。从而促进国际法的规范和体系创新,真正运用国际法有效维护国家利益。应着力加强国际规则制定、议题设置、统筹协调等方面能力建设,构筑深度参与国际法治建设的综合能力体系。为达成上述目标,我国应进一步提升国际法实际运用能力,建立健全我国涉外法工作制度,提高涉外工作法治化水平。

世说新语

黄河流域地区迎来新发展机遇



《小康》2021年第9期封面文章《唤醒黄河基因》中写道:中国第二长河黄河由西向东,流经青海、四川、甘肃、宁夏、内蒙古、陕西、山西、河南、山东九个省份,在中华大地的版图上画出一个“几”字后奔腾入海。它流经的地方,流域面积达到75万多平方公里,被称为中华民族的母亲河,滋润着华夏大地,孕育着中华文明。历史长河中,黄河流域各区域形成了形态各异、丰富多彩的文化积淀,文物古迹、风土人情、建筑遗址、治河工具、非物质文化遗产等遍布各地,它们像一颗颗散落的珍珠,等待被串起,成为璀璨夺目的项链。

2019年,黄河流域生态保护和高质量发展上升为国家战略。保护黄河是事关中华民族伟大复兴和永续发展的千秋大计。不同于其他国家战略侧重发展经济,“黄河国家战略”突出的是“生态保护”和“高质量发展”两大任务,首要着眼于生态,同时提出沿黄河各地区要从实际出发,积极探索富有地域特色的高质量发展新路子。因此,黄河流域的九个省份迎来了新的发展机遇。

春意正暖 海南乘风破浪正当时



《瞭望东方周刊》2021年第6期封面文章《海南:破浪开新局》中写道:在海南建设自由贸易港,是党中央着眼于国内国际两个大局,为推动中国特色社会主义创新发展作出的一个重大战略决策,是我国新时代改革开放进程中的一件大事,重大国家战略,展示美好光明前景。诸多政策利好,带来无限发展机遇。建设海南自由贸易港,就是要以更高水平开放促进更深层次改革,打破观念束缚、政策障碍和利益藩篱,为加快完善社会主义市场经济体制探索新路径,积累新经验。

建设中国特色社会主义自由贸易港是一项全新的探索,没有先例可循。立在潮头之巅,受到世界关注,海南要解答的问卷还有很多,要真正实现“全省一盘棋、全岛同城化”,必须在产业布局方面打破一亩三分地的行政区划惯性思维,超前谋划,一体谋划,促进生产要素自由流动,真正实现全岛自贸港,资源利用效益最大化。

东风正好,春意正暖。海南乘风破浪正当时。

“刑民关系与犯罪认定”之三

虚开增值税专用发票罪的处罚限定

刑法光图

□ 周光权 (清华大学法学院教授)

在上一篇文章《质疑“前置法定性、刑事法定量”的观点》(载《法治日报》2021年4月14日9版)中,我认为,处理刑民交叉、刑行衔接案件需要关注前置法,但这不等于前置法对于犯罪认定有根本性、实质性制约。罪刑法定,当然意味着犯罪、刑罚均只能由刑法来决定,而不是由前置的民法、行政法所决定。如果认为前置法负责定性,刑事法只作定量判断,势必会降低刑法上违法性判断的价值,不当扩大处罚范围,这一点,在虚开增值税专用发票罪的适用时表现得特别充分。

根据刑法第二百零五条的规定,违反税收管理法规,虚开增值税专用发票的,构成犯罪。据此,司法机关在过去的很长时期内倾向于认为,只要开票人在本人没有货物销售或没有提供应税劳务的情况下开具了增值税专用发票,或者单笔发票与交易关系无法对应的,就构成犯罪,从而将违反税收法规的虚开行为和犯罪行为画等号。这明显是将前置法的违法性和刑事违法性混同。

最高人民法院《关于虚开增值税专用发票定罪量刑标准有关问题的通知》(2018年8月22日)规定,虚开的税款数额在五万元以上的,以虚开增值税专用发票罪处三年以下有期徒刑或者拘役,并处二万元以上二十万元以下罚金;虚开的

税款数额在五万元以上的,认定为犯罪数额较大;虚开的税款数额在二百五十万元以上的,认定为数额巨大。这一规定将定罪量刑的标准与虚开数额直接挂钩,似乎也仅根据前置法的违法性认定犯罪。

但是,仅考虑虚开行为违反发票管理制度这一侧面,对于虚开增值税专用发票达到一定数量的行为定罪,并不符合刑法判断的独立性原理,实务上也存在“判不下去”的疑虑。为此,在最高人民法院、人民检察院的一系列司法解释或批复中,对于本罪的认定不再遵循“前置法定性、刑事法定量”的观点。

例如,2002年4月16日最高法《关于湖北汽车商场虚开增值税专用发票一案的批复》(刑他字[2001]36号)认为,被告人虽然实施了虚开增值税专用发票的行为,但客观上并未实际造成国家税收损失的,其行为不符合刑法规定的虚开增值税专用发票罪的犯罪构成,不构成犯罪。

又如,2008年10月17日最高法刑事审判第二庭《对〈关于征求对国税函[2002]893号文件适用暨××公司定性问题意见的函〉的复函》(〔2008〕刑二函字第92号)指出,实际从事废旧物资经营的单位只要有同等数量的货物销售,即使开具的增值税专用发票与物资收购难以对应,也不宜定性为虚开行为。

再如,2015年6月11日最高法研究室《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质的复函》(法研[2015]58号)规定,开票名义人与实际交易人不一致的,只要行为人进行

了实际的经营行为,客观上未造成国家增值税款损失的,就不宜认定为虚开增值税专用发票罪。

还比如,最高人民法院《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》(2020年7月22日)中强调:“对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为,不以虚开增值税专用发票罪定罪处罚,依法作出不予起诉决定,移送税务机关给予行政处罚。”

因此,在本罪的认定中,是否存在实际的商品买卖和货物流转,行为人是否骗取、抵扣税款对于犯罪成立与否具有极为重要的意义。本罪要处罚的是并无实际商品买卖和货物流转,虚开增值税专用发票直接用于骗取国家税款的情形。构成本罪不仅要求存在形式上的虚开增值税专用发票行为,还要求其行为客观上产生骗取国家税款的结果(危险)。

如此一来,对于存在实际货物购销或流转,但开具发票的主体或者流程违反行政法律、法规的规定以及虚开增值税专用发票后并不进行抵扣,未使国家税收遭受损失的,不宜以本罪论处,可以由税务机关作出行政处罚。

为防止打击扩大化,避免错案,就虚开增值税专用发票罪的认定而言,实践中值得特别关注的裁判规则主要有:

第一,对于有实际生产经营活动的企业基于虚增业绩、上市、融资、贷款、把账目“做平”等非骗税的考虑,虚开增值税专用发票且未进行抵扣,没有造成税款损失的,不以本罪论处,可以由

税务机关给予行政处罚。

第二,行为人以其他单位(如被挂靠单位)名义对外签订销售合同,由该单位收取货款,开具增值税专用发票,不具有骗取国家税款的目的,未造成国家税款损失,其行为不构成犯罪。

第三,认定本罪,需要考虑某些行业的特殊性。例如,废旧物资收购行业,煤炭销售行业的交易行为和开具增值税专用发票行为不能完全对应,但经营单位在开具增值税专用发票时确实收取了同等金额的货款,并确有大致同等数量的货物销售的,其开具增值税专用发票的行为不构成犯罪。

第四,作为第三方的开票者为交易双方开发票的,只要交易关系真实,对开票者也不应以本罪追究刑事责任。

总而言之,所谓的“前置法定性、刑事法定量”的观点不是什么新的主张,实际上就是国外关于违法性仅在前置法和刑法之间存在数量上的不同的“量的差异说”的翻版。然而,刑事违法性不仅在前置法在量上不同,在质上也可能有差异。仅站在前置法定性的角度对虚开增值税专用发票犯罪进行形式解释,主张按照税收管理的逻辑定,再从刑法上根据所开具的发票份数定量的观点存在明显疑问。事实上必须根据行为是否造成国家税款损失或危险为标准,对本罪构成要件进行目的性限缩。在这里,重要的不是前置法对行为如何定性,而是刑法上如何相对独立地进行违法性判断。

《“刑民关系与犯罪认定”之二》(《法治日报》2021年4月14日9版)

无聊属于每一个现代人的病症



《三联生活周刊》第1132期封面文章《无聊研究》中写道:作为个体,我们需要做的是学会与无聊共存,而不被它吞没。无聊,是我们这个时代的特征之一,是属于每一个现代人的病症。当我们陷入一种无所适从,内心对一切都失去动力或欲望,却又希望被某种来自外界的刺激所拯救的状态中时,我们能做到的,大概只是从唇齿之间挤出两个无力的音符——无聊。

在生活中,会让人感到无聊的事情和场景似乎无穷无尽。在客观层面,无聊与大脑神经缺乏兴奋有关;在主观层面,则可以归结为不满足、挫败感、不感兴趣等缺乏外界刺激的心理状态的综合体验。与人们通常认为的相反,无聊并不是无事可做,而是在某些时间宁愿选择什么都不做。我们在一个事情上投入的注意力越多,随着注意力不可避免地发散,就越容易感到无聊。无聊是一种不舒服的、负面的状态。

研究者认为,无聊主要是源于缺乏来自外界的刺激。无聊也并非没有忧郁之中所蕴含的与智慧和敏感相关的意味,而是更接近于抑郁,而抑郁更接近于医学名词,与体内化学物质的分泌有关。尽管感到无聊不认为是一种罪过,但是容易感到无聊仍然会被认为是内心匮乏的表现。

(赵珊珊 供稿)