

## 构建反腐败涉外法律法规体系

### 前沿话题

穆远征 吴建雄

2022年6月17日,习近平总书记在中共中央政治局就一体推进不敢腐、不能腐、不想腐进行第四十次集体学习时指出:“把不敢腐的强大震慑效能、不能腐的刚性制度约束、不想腐的思想教育优势融于一体,用‘全周期管理’方式,推动各项措施在政策取向上相互配合、在实施过程中相互促进、在工作成效上相得益彰。”党中央在反腐败领域统筹推进国内法治和国外法治的重要举措,蕴含着维护国家主权安全、实现高水平对外开放、推进全面从严治党向纵深发展内在逻辑,为深化反腐败国际合作,织密织紧反腐败涉外法律“天网”,提供了方向指引和基本遵循。

#### 跨境腐败治理的现实困境

当前,随着我国反腐败工作的不断推进,跨境腐败治理存在的一些现实问题,成为我国当前和未来一段时间影响反腐败成效的主要因素,主要有以下几个方面:

一是反腐败国际执法合作面临严峻挑战。我国外逃腐败分子主要集中在西方发达国家,有些西方国家不甘心我国通过追逃追赃等工作扩大影响、赢得主动,在经济上贪图犯罪分子的“黑钱”,在政治上为其提供庇护。有些西方国家对我国存在政治偏见,奉行双重标准,不认同我国司法体制,以各种理由阻挠我国引渡或刑事司法协助请求,甚至阻碍外逃人员回国投案。此外,反腐败工作中的涉外因素日益增多,境内办事,境外收钱现象突出,涉案人和共同犯罪人员外逃情况时有发生。刑事司法协助设立缺席审判制度后尚无实践案例,违法所得没收程序缺少国际合作方面

的配合规定。刑法关于洗钱罪定罪标准偏高、范围过窄,对涉腐洗钱行为的惩处力度不足,地下钱庄屡打不绝,加大了追赃工作难度。二是西方反腐败长臂管辖致反域外执法“变味”。近年来,美国政府相继发布反腐败研究报告和反腐败战略,旨在将反腐败确立为国家安全核心利益和外交政策优先事项。随着中美贸易摩擦加剧,美国将反腐败打造成遏华制华的“战略武器”,反腐败也成为中美博弈的重要领域。美国推动出台的竞争法案,关于反腐败的内容较多,核心内容就是强调统筹协调,形成各部门工作合力,且指向对中国企图十分明显,赤裸裸地提出要调查中国高级官员及中国企业的腐败问题,尤其是对能与美国企业形成竞争的国有企业进行调查,严重损害了反腐败国际合作的正义性。

三是跨境追逃追赃仍然存在制度“短板”。我国国际刑事司法协助法对相关部门的职能范围规定得还不够明确,尤其是人民法院、侦查机关、监察机关及相关主体之间的分工还需进一步厘清;违法所得没收程序、刑事缺席审判程序以及反洗钱、引渡立法,劝返宽宥处理等制度尚需增强可操作性。国际刑事司法协助法与监察法、刑事诉讼法还应进一步衔接和细化。监察机关在国际刑事司法协助中的地位、职责和具体分工以及如何明确各相关部门职责划分、部门间协调机制等仍未解决。监察法关于反腐败国际合作的內容中只有引渡的表述,没有追逃和劝返的规定,国际刑事司法协助法也未明确追逃附带追赃的规定等,在一定程度上影响了制度效能的发挥。

#### 反腐败涉外法律法规体系的构建

构建反腐败涉外法律法规体系,要着眼于维护国家主权安全和发展权益,占据国际反腐败道义制高点,强化跨境反腐败司法职能和跨境企业廉

洁合规主体责任,反制国外跨境腐败案件长臂管辖,强化自洗钱犯罪的惩治、监测和防范,为加大跨境腐败治理力度,深化反腐败国际合作,实现更高层次对外开放提供务实管用的法律资源。

一是创制惩治跨境腐败的专门法律。从近年来查办的腐败案件看,境内腐败与境外腐败交织,不少职务犯罪案件都涉及境外取证、追逃追赃事项。但是,我们查看跨境腐败案件的法律资源却相对短缺,亟须创制惩治跨境腐败的专门法律。对此,应当立足现有法律规定,参照国际公约和主流做法,明确跨境腐败的定义、范围、罪名和入罪标准,规范对外公职人员、国际公共组织官员行贿罪和单位行贿罪的适用对象、标准和条件,依法惩治境外投资经营中的失职渎职、贪污贿赂、利益输送、贿赂外国公职人员等行为。同时,规定一定的豁免、减轻处罚情形。通过反腐败涉外立法,进一步畅通反腐败国际执法合作手段与渠道,丰富办理涉外案件法律工具,向国际社会彰显我国惩治腐败无禁区、全覆盖、零容忍的鲜明立场和坚定决心。

二是建立健全跨境企业廉洁合规制度。2020年,我国对外投资规模首次超过美国成为全球第一,企业境外资产总额达到79万亿美元。随着我国不断扩大对外开放,走出去企业规模和对外投资体量会越来越大。与西方国家相比,我国企业整体上走出去时间不长,风险意识不强,跨境腐败风险突出,在国际竞争中“走捷径”,可能会获得短期经济利益,但从长远看无异于饮鸩止渴,因此亟须建立健全跨境企业廉洁合规制度,明确企业预防腐败责任,完善会计、内控、审计等内部治理制度。另外,健全从宽处罚制度,对主动举报境外贿赂行为,配合调查取证,积极退赔挽损,有效堵塞制度漏洞,改善廉洁内控机制的企业,可以附条件减免处罚,逐步提高企业的内生性预防腐败能力,把企业从治理对象变为治理主体,确保走出去企业遵纪守法,成为“一带一路”的形象大使。

三是完善域外反腐败管辖制度。长期以来,美国、英国、法国等国家加强打击跨境腐败立法,立足点和出发点都是为了本国利益。美国《反海外腐败法》1988年和1998年修正案强调所谓的“公平竞争”,主要也是维护美国企业的国际竞争力,执法对象往往涉及外国企业。我国要完善域外反腐败管辖制度,应当在坚持国家主权、积极管辖,有限礼让原则上进一步完善属地、属人和保护管辖等制度,明确管辖对象和管辖范围。同时,明确管辖权发生冲突时的处理原则,反制外国长臂管辖。另外,基于对等原则,要求在华设立分支机构的境外机构提供涉外腐败案件的证据资料;遵循行阻断法律,对我国正在调查的跨境腐败案件,禁止涉案企业或个人向外国提供可能影响我国主权、安全、基本经济利益、公共秩序的文件或信息。

四是健全反腐败国际执法合作和司法协助制度。对职务犯罪案件适用违法所得没收程序、缺席审判程序的证据标准、文书送达等细化规定,推动建立与外国互相承认和执行没收判决的制度性安排。对无正当理由拒不配合我国办理国际追逃追赃和跨境腐败案件的境内外机构、个人,明确相应的限制或反制措施。加强反洗钱监测预警,有效打击跨境资金违法流动,坚决惩治涉腐洗钱犯罪。推动自洗钱犯罪、认罪认罚从宽制度充分落实,促使外逃人员回国投案,配合调查、主动退赃。根据监察法进一步明确反腐败国际合作主管部门,负责对内统筹协调各职能部门收集信息、发布政策、提供指引、加强监督,对外牵头开展联合调查、情报交换、资产分享等反腐败国际合作,其他相关部门按职责做好工作,推动跨境腐败治理高质量发展。

(作者分别为湘潭大学副教授、教授,文章为国家社会科学基金重点项目“坚持和完善党和国家监督体系研究”[20AZD106]的阶段性成果)

### 观点新解

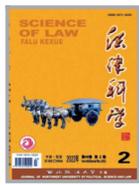
#### 左卫民谈计算法学的未来——需探索可行的法律计算思路与计算方法



四川大学法学院左卫民在《清华法学》2022年第3期上发表题为《中国计算法学的未来:审思与前瞻》的文章中指出:

作为一门尚处于概念凝练、知识酝酿阶段的新学科,计算法学的实践效果还未充分显现,其前景有着不确定性。充分应用统计学知识、机器学习方法的计算法学与法律实证研究本质上是“一体两面”的关系,两者在研究对象和方法等方面具有共通性。计算法学应该在法律实证研究基础上衍生与拓展,学习实证研究的2.0版。计算法学的核心方法是统计学与机器学习方法,其关键是获得较高的数据拟合度,通过分析历史数据,“预测”法律的运行现象。此类预测虽然可以揭示法律现象之间的“相关性”,但难以发现法律实践的“因果律”。未来,计算法学需要结合我国法律数据的“本土资源”,探索可行的法律计算思路与计算方法,致力于揭示法律实践规律,验证、补充和修正法学理论,以打造中国计算法学的“拳头产品”,促进计算法学的落地生根。

#### 秦天宝谈碳达峰碳中和目标的法治保障——涉及法理与制度构造两个层面核心问题



武汉大学秦天宝在《法学评论》2022年第2期上发表题为《整体系统观下实现碳达峰碳中和目标的法治保障》的文章中指出:

整体系统观作为一种凝萃于政策、文化与哲学的全景化研究视角,将科学基础与法律原理有机结合,与实现碳达峰碳中和目标高度契合。碳达峰碳中和目标的顺利实现需要回归法治,在整体系统观的理论视野下,碳达峰碳中和目标的法治保障涉及法理与制度构造两个层面的核心问题。实现碳达峰碳中和目标的法理基础由时间、空间、价值、规范四个维度搭建,以共时性与历时性的统一、普遍性与特殊性的结合、专业主义与权力主义的平衡、公法与私法的融汇为基本呈现。

#### 杨浩楠谈完善我国劳动关系认定标准的路径——在认定模式层面继续坚持要件构成模式



广东外语外贸大学法学院杨浩楠在《法学评论》2022年第2期上发表题为《共享经济背景下我国劳动关系认定标准的路径选择》的文章中指出:

共享经济背景下的互联网用工牵涉平台、消费者、网约工三方主体,且因网约工拥有一定从业自主权并提供部分生产资料,而有别于劳动者仅提供劳动力并以全然服从用人单位监督管理为主的典型劳动关系。在劳动关系倾斜保护和劳务关系不倾斜保护的二元制度设计中,互联网用工对劳动法制度的冲击主要表现为企业频繁借助互联网平台去劳动关系化,规避劳动法责任与义务。在劳动关系认定标准中强化对网约工合法权益的保护,有助于维护公平的市场竞争秩序和保障政府财政收入。基于我国国情,借鉴域外经验,完善我国劳动关系认定标准的路径如下:在认定模式层面继续坚持要件构成模式,在技术手段层面采用推定前置下的个案裁判,在理论依据层面适当纳入经济从属性要素。

#### 张平华谈意定连带责任——产生于共同合同债务加入连带担保



山东大学法学院张平华在《法学》2022年第4期上发表题为《意定连带责任的构造与类型》的文章中指出:

意定连带责任具有双重功能:一是允许基于当事人的意愿设立连带责任,以在多数人责任中坚持连带责任的例外性;二是坚持立法上的合同中心主义,以意定连带责任为模板统一规范连带责任,实现法律效果的整体性和相对独立性。意定连带责任以民事法律行为为载体,当事人的法律地位平等,具备要式性,须经明示方得成立,存在无效、可撤销的情形。意定连带责任可产生于共同合同、债务加入、连带担保,这些基本类型既存在特别规定,也适用连带责任的一般规则。

(赵珊珊 整理)

## 聚焦新时代要求 稳步提升高校纪检监察履职能力

### 前沿观点

关颖雄 (华东政法大学刑事法学院)

日前,中央纪委国家监委印发《关于深化中管高校纪检监察体制改革的意见》(以下简称《意见》),对建立健全高校的纪检监察工作机制提出了全面的要求,旨在进一步强化高校正风肃纪,确保高校的纪检监察工作在新形势下,能够扎实有效地提升“事前监督”的全覆盖效应,从而让纪检监察工作扎扎实实地从事前的预防职务犯罪同之时的惩前毖后、治病救人有效结合起来。彰显新时期纪检监察工作科学规范特点的同时,也完全符合高校纪检监察工作的现实需要。

遏制高校学术不端的歪风邪气。从国家自然科学基金委员会公布的相关学术不端处理决定来看,不仅涉及国内多所高校的教师,而且其中不乏一些行业、学科的带头人。由此可见,当下高校范围内的学术造假行为已经绝非个案。从纪检监察的视角来看,绝对不能仅仅将其视为“学术领域”的瑕疵与问题,需要从这种表象上的“学风失德”向本质上的“师风失德”延伸,深挖其中可能存在的基金项目申报过程中的行贿受贿等贪渎行为。作为高校的纪检监察干部,在处理这类问题的

过程中,务求做到“三早一停”,三早就是早发现、早处理、早化解,一停就是在及时巩固证据链的基础上,第一时间停止相关当事人的学、研资格。这样不仅能够最大程度降低学术不端所造成的恶劣学术界及社会负面影响,而且还能够及时追缴国家所拨付的相关基金项目资金,挽回损失。在这种重拳出击的影响下,在高校纪检监察工作中充分地体现出纪检监察工作紧贴时代需要、与时俱进发展的具有时代特点的工作特征。

拓展思路创新工作方式。近年来,国家加大了对高校基础建设的投入,不少高校面临搬迁和建设新校园等问题,尽管吃回扣、虚报工程预算等情况在高校纪检监察工作的强力管控下虽然得到了一定程度的遏制,然而,一些明显带有隐蔽性的不正当利益输送行为却不断花样翻新地出现。这不仅给高校纪检监察工作的有序进行制造了极大的难度,同时也严重污染了高校的政治生态。为了提升高校纪检监察工作效率,在日常工作中,纪检监察干部创造性地提出了“监督与自我监督并行”的纪检监察新机制。这种机制除了需要包括学校内部的公开透明之外,同时也要有自我监督,如果客观条件具备的情况下,还可以有限度地将社会监督引入其中,从而把纪检监察工作不仅做到“质化”,同时还需要做到“量化”与“细化”。作为高校的纪检监察人员,在履职尽责的过程中,必须要透过现象看本质,抽

离任何一个可能存在不正当利益输送的因素,阻断任何一种可能造成不正当利益输送的要件。对于较容易发生问题的基建环节,纪检监察干部一方面加强了对相关责任人负责的台账信息的复核,另一方面着手启动“事中审计”的方式,对项目以及项目实施过程中关联人员的相关行为,特别是资金往来行为进行阶段性的审计,这种“纪检监察与审计同步”的形式,完全打破了之前统一采用事后专项审计的固定方式。如此调整不仅体现出纪检监察工作顺应时代发展需求的特点,而且还从根本上肃清高校环境内的不正当利益输送行为。

树立永葆清廉本色之工作作风。打铁必须自身硬,身体力行地做好表率,是纪检监察工作的必然要求。作为高校环境中的纪检监察干部,除了需要在日常工作中严格遵守党纪政纪和国家法律法规,经常检视自己的言行之外,还需要在高校这个特殊的环境中,依托浓厚的书卷气息和学术氛围,来涤荡自己的心境与思想,从而自觉做到廉洁自律的标准要高于一般干部和老教师,必须要以身作则。对待纪检监察工作,需要时刻保持一颗平常心,正确检视权力,正确对待党和群众的监督。在涉贪案件和人员的查处过程中,尤其需要注意坚持以人民为中心的发展思想,把服务高校的党委工作与改善高校政治生态有机结合起来,把履行监督监察职能与密切党群、干群、师生关系紧密结

合起来。在努力维护高校环境中公平与公正秩序的基础上,对于涉贪人员,秉承“治病救人”的原则,自始至终保持案件查办的高压与严管并存、惩前与毖后并用、惩戒与教育并行原则,通过“讲真话、求真相、说真理”,最大程度上去分析、解读贪腐案件的成因与本质,充分地体现出新时期高校纪检监察干部优良的工作作风与严谨的工作态度,将案件办成“铁案”,让涉贪人员得到应有的惩戒,让广大师生,尤其是领导干部同志在其中得到警示。需要特别强调的是,纪检监察工作绝非仅仅是把重点放在“犯错误的同志身上”,更需要保护那些恪守使命的学术精英,对于任何试图利用诬陷、诋毁等方式来抹黑或者干扰高校正常教学秩序的人员与行为,纪检监察工作应当勇于走在前、站在前,采用一切形式还清者自清的同时,对于那些心怀不轨之人需要重拳出击予以必要的严惩,确保监督问责机制的公平性原则,从根本上维护纪检监察工作的严肃性,提升高校环境中纪检监察干部的使命感和责任感。

新的历史时期,赋予了纪检监察干部新的历史使命,在高校这个“学术净土”中,纪检监察干部应当夯实政治根基,履职尽责,践行纪检监察工作“一直在路上”,从而确保高校环境中能够营造出良好的学风,为培养优秀的人才和建设者树立良好的师风与师德。

## 行贿与受贿并重惩处的立法完善

### 热点聚焦

刘仁文

“坚持受贿行贿一起查”,是党的十九大提出的明确要求。这一要求的一个重要方面就是要加大对行贿犯罪的打击力度。一段时间以来,贿赂犯罪治理不力的重要原因就是查处贿赂犯罪时“重受贿,轻行贿”,受这一观念的影响,我国刑法立法最初采取的也是“打击行贿服务于查处受贿”的策略。近年来,立法机关通过刑法修正案的方式,补充了一些与受贿犯罪相对应的行贿犯罪罪名,并在刑罰上提高了对行贿犯罪的打击力度。尽管如此,从行贿与受贿并重惩处的角度来看,现行立法仍存在一些不足。

#### 一体推进行贿犯罪与受贿犯罪的立法完善

一是要将贿赂犯罪中的“财物”修改为“不正当好处”。我国刑法在现行贿赂犯罪中的“贿赂”时,采用的是“财物”的表述,后来司法解释将“财物”的范围扩大到了“财产性利益”,但仍包含不了“非财产性利益”。笔者认为,应将我国贿赂犯罪中的“财物”改为“不正当好处”,涵盖“财产性利益”和“非财产性利益”。这不仅与《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)相衔接的必要,更是考虑到以“非财产性利益”为内容的贿赂行为

具有严重的社会危害性。例如,给予招工指标,帮助迁户口、安排子女等特定关系人就业或者帮其谋取晋级、性贿赂等,其危害不亚于财物。我国刑法将“贿赂”的内容限定为“财物”,致使司法实务中要么对此类行为无法打击,要么只能采取一些牵强的做法,如有的法院对商人送“小姐”上门的行贿以介绍受贿罪定罪判刑。

二是要对行贿罪的“为谋取不正当利益”和受贿罪的“为他人谋取利益”进行修改。《公约》对行贿罪的规定是“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”,对受贿罪的规定是“公职人员为其他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为的条件”。应当说,用“以作为公职人员在执行公务时作为或者不作为的条件”来界定“好处”更为科学,既防止了那些受贿又不给人办事的腐败分子逃避法律制裁,又可以将正常的人情交往排除在犯罪之外。因此,理想的修法方案是直接采用《公约》对行贿罪和受贿罪的定义来取代我国现行刑法的规定。如果一定要保留行贿罪“为谋取不正当利益”和受贿罪“为他人谋取利益”的构成要件,则要增加针对受贿方的“非法收受礼金罪”:对国家工作人员利用职务上的便利,收受主管范围内的下属或者管理、服务对象的现金、有价证券或者支付凭证,数额较大的,即使行为人没有“为他人谋

取利益”,也要以犯罪论处。与此同时,设立对应的针对行贿方的“非法给予礼金罪”。

#### 妥善处理行贿犯罪与受贿犯罪的罪刑对合和刑罚相称

一是健全并科学对待贿赂犯罪的对合性。刑法修正案(八)增设了对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪,但对与之相对应的受贿行为却未予规定。从对合犯的角度来看,笔者主张增设外国公职人员、国际公共组织官员受贿罪。虽然增设该罪会出现管辖权、豁免权、调查取证等实际操作问题,但仍然不能小看其宣示意义。事实上,美国就曾起诉过国际足联高官的受贿犯罪,其依据的法律是《美国联邦法典》中的体育竞赛贿赂罪。随着中国在国际舞台上发挥越来越重要的作用,对于那些因受贿损害我国国家、社会或公共利益以及损害人类命运共同体利益的外国公职人员和国际公共组织官员,我们应当有这个罪名来应对。

另一个立法完善建议是,取消单位行贿罪与单位受贿罪,将其分别纳入行贿罪与受贿罪中进行处罚。根据现行刑法规定,当单位行贿的对象为国家工作人员时,单位的行贿行为触犯的是单位行贿罪。但是,当单位行贿的对象为非国家工作人员或者外国公职人员、国际公共组织官员时,单位的行贿行为触犯的则是对非国家工作人员行贿罪和对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪。这种立法不仅未能实现专门规制单位实施的行贿受贿犯罪的目的,反而在一定程度上为

贿赂犯罪逃脱严惩留下了缺口,因为,自然人受贿罪、行贿罪的法定最高刑分别为死刑、无期徒刑,而单位受贿罪、单位行贿罪中法定最高刑仅为五年有期徒刑。如此悬殊的法定刑配置所产生的影响,就是大量的行受贿行为以单位的名义实施,不仅堂而皇之地地获得为单位谋利的“美名”,而且还可以逃脱刑法的严厉惩罚。

二是调整并辩证看待贿赂犯罪罪刑的相称性。罪刑配置是立法者对具体犯罪反对态度的直观体现,贿赂罪法定刑的相称性,要求从立法上确保行贿受贿的自由刑、财产刑、资格刑的设置整体相称,并在相关立法解释、司法解释和实际执法中尽量统一两者的追诉标准和量刑幅度。因此,应对相关罪名的法定刑进行调整,防止罪名相对应而法定刑却轻重悬殊。例如,单位受贿与对单位行贿是罪行相对应的犯罪,但是前者的法定最高刑为五年有期徒刑,后者却为三年有期徒刑,应当予以调整。同时,还应当注意对相近犯罪之间的法定刑进行协调。例如,受贿罪可以判处死刑、无期徒刑、有期徒刑,并且刑法修正案(九)还增加了终身监禁措施。但是,单位受贿罪法定最高刑仅为五年有期徒刑。还如,行贿罪的法定最高刑为无期徒刑,而单位行贿罪的法定最高刑仅为三年有期徒刑。这些犯罪的罪行相似,根据罪刑相适应原则,法定刑也应当相似。

(作者为中国社会科学院法学研究所研究员、中国刑法学研究会副会长,文章节选自《中国刑事法杂志》2022年第3期)