

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2023.03.017

完善反腐败涉外法律法规体系的 机遇、挑战与对策

吴建雄,夏彩亮

(湘潭大学法学院,湖南湘潭411105)

摘要:加快完善反腐败涉外法律法规体系,是深化反腐败国际合作、一体推进“三不腐”的迫切要求。要切实践行习近平关于统筹国内法治与涉外法治战略思想,把握历史机遇,直面难题挑战,针对反腐败涉外法治建设的“短板”和“弱项”,创制反腐败涉外专门法律,反制国外跨境腐败案件长臂管辖,强化跨境反腐败执法司法职能,规范跨境企业廉洁合规主体责任,加强“自洗钱”犯罪的惩治、监测和防范,破解涉外反腐败制度障碍,为深化反腐败国际合作、实现更高水平对外开放提供务实管用的法律资源。

关键词:反腐败;涉外法规;机遇与难题;体系完善

中图分类号:D92 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-7835(2023)03-0143-10

党的二十大报告提出“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法,统筹推进国内法治和涉外法治”,“深化反腐败国际合作,一体构建追逃防逃追赃机制”^①。二十届中纪委二次全会的工作报告强调“加快形成反腐败涉外法律法规体系”^②。这是党中央深刻分析国际国内腐败与反腐败总体态势后做出的重大部署^③。随着国际社会经济、政治、文化联系的日益紧密,我国对外开放的不断扩大,加强反腐败国际合作的重要性和紧迫性日益突出。特别是在世界未有之大变局加速演变、国际环境日趋错综复杂的背景下,加快完善反腐

败涉外法律法规体系,对于维护国家主权、安全和发展权益,护航高质量对外开放和中国式现代化具有重要的现实意义和战略意义。

自《联合国反腐败公约》签署以来,反腐败国际合作的研究一直受到学者关注。其研究内容主要涉及六个方面:一是对美国等西方国家反海外腐败法的立法阐释和启示研究^④;二是对修改刑诉法等涉外法律法规的立法研究^⑤;三是对反腐败国际追逃追赃立法与司法协助的研究^⑥;四是美国等西方国家反腐败长臂管辖与反制研究^{⑦⑧};五是“一带一路”跨境企业廉洁合规评价机制研

收稿日期:2022-11-15

基金项目:国家社会科学基金重点项目(20AZD106)

作者简介:吴建雄(1954—),男,湖南津市人,博士,教授,博士生导师,湘潭大学纪检监察研究院院长,中国反腐败司法研究中心主任,主要从事诉讼法学、监察司法制度、法治反腐研究。

①习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》,《人民日报》2022年10月26日。

②李希:《深入学习贯彻党的二十大精神 在新征程上坚定不移推进全面从严治党》,《人民日报》2023年2月24日。

③周传豹:《腐败与人力资本迁移研究》,《浙江树人大学学报(人文社会科学版)》2021年第4期。

④肖扬宇:《美国反海外腐败法的新动向及我国国内法表述》,《中国刑事法杂志》2020年第2期。

⑤黄风:《制定我国国际刑事司法协助法的几个问题》,《中外法学》2022年第6期。

⑥蒋新苗等:《境外追逃追赃立法探究的溯源与展望》,《湖南师范大学社会科学学报》2011年第6期。

⑦Barry J. Pollack, Annie Wartanian Reisinger. “Lone Wolf or the Start of a New Pack: Should the FCPA Guidance Represent a New Paradigm in Evaluating Corporate Criminal Liability Risks?” *American Criminal Law Review*, 2014, 51(1): 121-150.

⑧Annalisa Leibold. “Extraterritorial Application of the FCPA Under International Law”, *Willamette Law Review*, 2015, 51(2): 225-226.

究^①;六是对反腐败涉外法律法规体系的路径研究^②。总体上看,上述研究所涉及的内容较为丰富,无论是学术观点还是对策建议,都不乏真知灼见。但遗憾的是,鲜有对新时代反腐败涉外法治进行系统深入研究的文献。有鉴于此,拟就新征程反腐败涉外法律法规体系建设问题略呈浅见,以求教于同仁。

一 完善反腐败涉外法律法规体系的历史机遇

任何一项法律制度的创设和完善,都蕴含着一定的时代背景和条件。反腐败涉外法律法规体系的健全和完善,必须以反腐败涉外法治实践的斗争需要为前提。作为国内反腐败斗争的自然延伸,反腐败国际合作成为党和国家反腐败斗争的重要组成部分,在反腐败总体战略布局中占有十分重要的地位。党的十八大以来,我国持续深化反腐败国际合作,加大反腐败追逃追赃防逃力度,积极完善反腐败国家立法,加强反腐败执法司法国际协作,深度参与腐败全球治理,把惩治腐败的“天网”撒向全球,反腐败国际追逃追赃工作不断取得新成效,这为新时代新征程反腐败涉外法律法规体系建设提供了难得的历史机遇和广阔空间。在此背景下完善反腐涉外法律法规体系,就要改变我国长期以来无反腐败涉外专门法律的现状,弥补刑事、行政法律与之相关的“短板”和“弱项”,参照《联合国反腐败公约》和国外相关立法经验,创制我国反跨境腐败专门法律。继而构建以专门法律为核心和主线,相关刑事法律法规、行政法律法规为配套的,体现中国式现代化法治品格、体现深化反腐败国际合作和高质量对外开放并得到国际社会认同的反腐败法律法规制度体系。

(一)反腐败国际合作不断深化,为完善涉外法律法规奠定了坚实基础

我国自2005年加入《联合国反腐败公约》以来,初步形成与联合国反腐败公约相衔接的涉外法律法规体系,反腐败追逃追赃取得明显成效。进入新时代,党中央进一步加强反腐败国际合作的谋篇布局,反腐败涉外法律法规建设和法治实践深度开展,并呈现出以下几个特征:

一是反腐败涉外法规建设稳步推进。在国际方面,“我国与28个国家新缔结引渡条约、司法协助条约、资产返还与分享协定等43项,国家监委与10个国家反腐败执法机构和国际组织签订合作协议11项,初步构建起覆盖各大洲和重点国家的反腐败执法合作网络”^③。特别是2014年,在中国政府的努力推动下,通过《北京反腐败宣言》,初步建立APEC各经济体司法部门共享信息机制,在推动亚太各国追逃追赃、打击跨国(境)腐败行为发挥了积极作用。在国内方面,已构建起刑事诉讼法、监察法为主体,国际刑事司法协助法、反洗钱法、引渡法等为配套的法律法规体系^④。

二是反腐败涉外法治职能更加明确。中央纪委国家监委牵头成立“国际追逃追赃和跨境腐败治理工作办公室”,整合各职能部门力量,规范工作程序,明确职责分工,统筹协调与其他国家、地区、国际组织开展反腐败国际交流、合作。具体职责包括:承担《联合国反腐败公约》司法协助中有关工作;组织协调有关单位建立集中统一、高效顺畅的反腐败国际追逃追赃和防逃协调机制,统筹协调、督促指导各级监察机关反腐败国际追逃追赃等涉外案件办理工作的职责以及反腐败国际条约履约审议等工作。此外,其他各职能部门做好

^①过勇:《建设“一带一路”廉洁之路 为反腐败国际合作贡献中国智慧》,中国网: http://news.china.com.cn/2019-04/23/content_74712419.htm。

^②石玉英:《我国反海外腐败立法的现状、问题与出路》,《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2016年第4期。

^③杨晓渡:《在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上“国家监察委员会关于开展反腐败国际追逃追赃工作情况”的报告》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2020年第4号。

^④比如《监察法》在“反腐败国际合作”章节中,明确了国家监察委员会在组织反腐败条约实施以及追逃追赃防逃中的组织协调等职责。在《监察法实施条例》“对外合作”章节中,分别对外逃人员的留置、需要延期、暂停、撤销红色通报的外逃人员,地方各级监察机关的引渡方式、刑事司法协助方式、刑事司法协助请求、在执行过程中采取的查询、调取、查封、扣押、冻结等措施或者需要返还涉案的财物,执法合作方式、境外追诉方式、境外违法所得及其他涉案财产的追缴等问题进行了细化规定等,我国反腐败国际追逃追赃法律规范体系渐趋完备。

衔接配合并依据相关法律授权履行专项职责^①。这一新的跨境反腐败工作格局,无疑为加大跨境腐败治理提供了组织机制保障。

三是追逃防逃追赃一体化效能凸显。国家监察体制改革以来,纪检监察机关成为职务犯罪追逃追赃案件的主导机关,资源力量得以有效整合,上下一体、多部门联动的工作机制更加明确。在追逃追赃对外协作中,向有关国家开具刑事司法协助请求书,对相关资产进行冻结或异议登记。通过登记备案,在信息比对中,及时发现违规办理因私出国(境)证照、“一人多证”以及利用其他身份证件开设银行或股票账户、购买房产、隐匿财产等情况^②。在防逃预警国内监控工作中,建立及时预警、快速报告、应急联动、约谈函询等工作机制。通过紧盯“人、钱、证”这三个关键要素,不断查漏补缺、实现追逃追赃防逃一体化^③。

(二)完善反腐败涉外法治被纳入一体推进“三不腐”的“全周期管理”

党的二十大报告强调,只要存在腐败问题产生的土壤和条件,反腐败斗争就一刻不能停,必须永远吹冲锋号。放眼跨境反腐所涉及的世界范畴,腐败问题产生的土壤和条件更加突出和复杂,反腐败冲锋号更是一刻也不能停。习近平总书记提出用“全周期管理方式”一体推进“三不腐”的科学论断^④,并将反跨境腐败和反腐败国际合作纳入一体推进“三不腐”战略目标。党的二十大报告将过去习惯用语“追逃追赃”里加上“防逃”,丰富为“追逃防逃追赃”,预示着未来将更加严格执行对党员干部的日常管理和对配偶子女移居国

外的国家工作人员的相关管理规定,加强党员干部出入境证照、出入境资金监控等方面的管理,深化“天网行动”,一体构建追逃防逃追赃机制^⑤。这是党中央强化国际国内一体统筹联动、注重协同高效的战略举措,也是我国依法参与国际反腐败正义事业,主动掌控反腐败领域国际话语权的关键所在,更是坚定不移推进反腐败国际合作,打赢反腐败攻坚战、持久战的必由之路。

完善反腐败涉外法律法规作为加强反腐败国际合作的重要举措,是一体推进“三不腐”战略的重要组成部分。中国积极倡导基于《联合国反腐败公约》的双边和多边反腐败合作,尊重世界各国的国情、意识形态、文化制度等的差异,推动反腐败国际合作有序健康发展,得到了国际社会的广泛认可,尤其是发展中国家的大力支持。党的十九大以来,中国基于当前全球推进反腐败国际合作面临的突出问题,在联合国大会特别提出的“四项主张”^⑥,彰显我国在深化反腐败国际合作、加强跨境腐败治理能力和水平的大幅度提升。我国加快完善反腐败涉外法律法规建设,有利于从法律的层面集中体现“四项主张”,运用法律手段维护反腐败国际合作的正义性、科学性和平等性,并将我国一系列反腐败国际合作倡议上升为法律,为构建国际反腐新秩序提供法律依据。

(三)反腐败国际合作被提升到保障构建新发展格局、推进高水平对外开放的层面

习近平总书记在2017年5月举办的第一届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上庄严承

^①如公安部开展“猎狐”“打击离岸公司和地下钱庄”专项行动,最高法开展“追赃”“特殊审判”专项行动,最高检开展“走出去”企业刑事合规试点专项工作;国资委强化“央企境外财务资金内控管理”专项整治等。

^②参见杨晓渡:《在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上“国家监察委员会关于开展反腐败国际追逃追赃工作情况”的报告》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2020年第4号。据报告显示:“国家监委成立以来,共追回外逃人员3848人,包括党员和国家工作人员1306人、“红通人员”116人、“百名红通人员”8人,追回赃款99.11亿元,追回人数、追赃金额同比均大幅增长;而“天网2021”行动追回外逃人员1273人,其中“红通人员”22人、监察对象318人,追回赃款167.4亿元。”

^③参见王欢:《揭秘外逃人员郑泉官、秦湘衡、祁文举回国归案之路》,《潇湘晨报》2019年8月21日。以湖南省为例,2015年以来,通过建立金融情报交换机制,多部门开展对90多起贪腐、渎职、地下钱庄案件,开展反洗钱调查1300多次,合计调查对象1000多人,涉及账户近7000个。仅2018年度,发现并处置疑似地下钱庄线索19条,对24起涉嫌职务犯罪的案件开展反洗钱调查327次,涉及188个主体2000多个账户。

^④《习近平在中共中央政治局第四十次集体学习时强调 提高一体推进“三不腐”能力和水平 全面打赢反腐败斗争攻坚战持久战》,《人民日报》2022年6月19日。

^⑤王传利:《跳出旧史治乱兴衰周期率的理性新自觉》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2022年第6期。

^⑥“四项主张”即坚持公平正义、惩恶扬善,坚持尊重差异、平等互鉴,坚持合作共赢、共商共建,坚持信守承诺、行动优先等反腐败国际合作。参见赵乐际:《运用党的百年奋斗历史经验 推动纪检监察工作高质量发展 迎接党的二十大胜利召开——在中国共产党第十九届中央纪律检查委员会第六次全体会议上的工作报告》,《中国纪检监察》2022年第5期。

诺,要“加强国际反腐合作,让‘一带一路’成为廉洁之路”^①。在2019年4月举行的第二届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上指出,“坚持一切合作都在阳光下运作,共同以零容忍态度打击腐败”^②。第二届高峰论坛专门召开廉洁丝绸之路分论坛,深化推动“廉洁丝绸之路”建设,形成《廉洁丝绸之路北京倡议》。在共建“廉洁丝绸之路”的进程中,企业扮演着非常关键的角色。

党的十八大以来,我国实施“一带一路”战略,持续扩大对外开放,不仅为世界经济增长开辟了新空间、为国际贸易和投资搭建了新平台,而且成为构建新发展格局的重要组成部分。在习近平总书记关于“让‘一带一路’成为廉洁之路”的重要倡议的指引下,我国“走出去”企业迎来了难得的发展机遇,我国与“一带一路”沿线国家和地区间的贸易量持续增长,投资区域日益广泛。然而,我们也要看到,企业在“走出去”过程中也面临一定的风险:一是不同国家和地区的政策规定、法律制度、文化环境等存在差异;二是一些企业存在行为不够规范、管理方式较为粗放等问题;三是企业本土监管方式无法适用海外情况,面临“水土不服”的窘境。针对企业海外经营合规管理问题,中央纪委国家监委、国家发改委、国务院国资委、司法部及相关部门开展了大量工作,出台了一系列重要指引和相关规定。如2018年企业反贿赂的国家标准正式出台,为企业合规管理体系提供了指南。同时,相关部委陆续发布《中央企业合规管理指引(试行)》《企业境外经营合规管理指引》等重要文件,为企业“走出去”过程中加强廉洁合规管理提供了有益指导,为跨境企业廉洁合规法治化创造了条件。

二 反腐败涉外法律法规建设面临的难题与挑战

虽然我国反腐败国际合作和涉外法律法规建

设发展势头良好,但是反腐败国际合作永远在路上。各国反腐败的政治意愿、实际需求、重点领域也不尽一致。特别是反腐败国际追逃追赃工作进入攻坚期和深水区之后,我国在推动构建反腐败国际合作新秩序的过程中,反腐败涉外法律法规建设仍面临不少新的困难和挑战,如何应对这些难题和挑战,需要我们认真思考 and 对待。

(一) 反腐败追逃追赃部分“负隅顽抗”分子仍未归案

党的十八大以来,面对国际形势和反腐败斗争外部环境深刻变化,追逃追赃“天网”愈织愈密,不断取得追逃追赃新成果。但是,相比于外逃人员的绝对数量和转移境外的腐败资产数额,我国追回的人和追回的腐败资产还是十分有限的。根据有关职能部门公布的数据,“百名红通人员”仅有61人归案,迄今尚有近40人未到案,也就是说还存在占比约40%的“负隅顽抗”分子仍然逍遥法外^③,追逃追赃难度极大。有学者统计,“劝返回来的绝大多数未在国外获取合法身份,有的甚至是生活陷入困境、资财耗尽、走投无路,故劝返成功的比例较高。而“百名红通人员”中剩余未归案的人则藏匿在美加澳新等国,在国外已取得合法身份,并在逃入国拥有大量的财产,物质基础雄厚、生活稳定,有的还积极参与当地选举等政治活动,主动归案或者接受劝返的可能性极小^④。此外,部分人利用逃匿地国家的严密法制和人权保障制度对抗我国主管机关的追逃行动及相关的国际合作,以保障公民人权、司法独立等为借口,不支持我国提出的引渡、遣返等请求^⑤。

(二) 我国“走出去”企业缺乏廉洁合规法律规制

我国加入《联合国反腐败公约》后,虽然先后修订《刑法》《刑事诉讼法》,制定《引渡法》《国际刑事司法协助法》等法律、法规,从罪名设置、域外管辖、程序制度、执行制度等方面与《联合国反

^①习近平:《携手推进“一带一路”建设——在“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上的演讲》,新华网: http://www.xinhuanet.com/world/2017-05/14/c_129604310.htm。

^②习近平:《齐心开创共建“一带一路”美好未来——在第二届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上的主旨演讲》,新华网: http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2019-04/26/c_1124420187.htm。

^③彭新林:《我国反腐败国际追逃追赃面临的挑战与对策》,《江西社会科学》2019年第9期。

^④参见《“天网2018”行动启动仪式暨全国追逃追赃工作培训班开班式在京举办》,《中国纪检监察报》2018年4月25日。

^⑤黄凤:《建立境外追逃追赃长效机制的几个法律问题》,《法学》2015年第3期。

腐败公约》相衔接,为反腐败追逃追赃和反腐败国际合作提供了法律依据。但是,“走出去”企业廉洁合规的法律规制却几乎处于空白地带。据学者统计,仅 2009—2011 年就有 12 家中国企业涉嫌欺诈贿赂被世行列入黑名单^①。在法制日报社中国公司法务研究院出具的《2016—2017 中国合规及反商业贿赂调研报告》中指出,境外被执法的中国企业当中(包括国有企业、内资民企、中外合资企业以及外商独资企业),反腐败是企业遭受执法或处罚的首要原因,69%的被执法企业遭受过反腐败执法^②。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^③。在这一情形下,守法经营是企业必须遵守的基本原则,任何企业都不可能靠搞腐败实现长远发展,而在国际竞争中“走捷径”、搞灰色地带,可能会获得短期经济利益,但从长远看无异于饮鸩止渴,最终要吃大亏,甚至带来灭顶之灾。与西方国家相比,我国企业整体上“走出去”时间不长、经验不足、风险意识不强,以致于跨境腐败风险突出。亟需完善企业反腐败廉洁合规的法律规范,明确企业预防腐败责任,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。

(三) 西方国家“长臂管辖”致使反腐败执法司法变味

近年来,美国当局通过加强《反海外腐败法》,从制度设置和执法适用两方面对《反海外腐败法》的管辖权进行扩张。如《〈反海外腐败法〉信息指引》实质性解释扩大了《反海外腐败法》的适用范围。除欧洲企业外,中国也是执法监管的重点地区,涉案数量仅次于伊拉克和尼日利亚,排名第三^④。根据网络等媒体搜索的消息,2019 年美国《反海外腐败法》(FCPA)案件超半数与中国有关。在合规和几宗重大执法案件方面屡次涉及

我国公司,共有 14 家公司被处罚,其罚金总额高达 29 亿美金。对个人的执法案例明显增加,史无前例的出现了 31 件个人处罚案件,其中美国司法部的数量为 25 件,另有 14 人被美国司法部起诉,这些数字都无疑打破了 FCPA 的历史记录,意味着 FCPA 所处罚的案例中有接近 60%的腐败案件是发生在中国或和中国有关^⑤。可见,美国《反海外腐败法》是不断通过制度构建和执法手段来强化其反海外腐败管辖权,以权力的扩张来打击竞争对手,扩大其国际影响。

(四) 反腐败国际追逃追赃防逃面临系列执法难题

首先,监察全覆盖所形成的监察对象倍增效应,使反腐败国际追逃防逃监管对象大幅增加。“由于追赃工作基础相对薄弱,境外涉案资产查找难、追缴难等多种原因,致使追赃相对滞后于追逃。”^⑥实践中出现的“人多而资源有限”^⑦的矛盾日趋明显,特别是在沿海经济发达地区,这种现象较为突出。其次,由于反腐败国际执法合作涉及国家与国家、国家与国际组织、国内法与国外法以及国际条约之间的复杂关系,其间更是掺合着政治制度、价值观念、经济利益以及具体法律制度方面的差异和矛盾,特别是一些西方国家普遍带有严重政治偏见,质疑我国监察和司法体制,在对待打击腐败问题上奉行双重标准,在合作执法上设置重重障碍,成为严重制约我国开展国际执法合作的“瓶颈”,这直接导致我国在反腐败国际执法合作中的被动和无力。最后,我国各级执法司法机关在追逃追赃斗争中暴露出主动适用双边和多边条约作为法律武器的经验不足,参与程度不高,不少办案人员对相关国际条约以及外逃目的国法律规定、程序要求、证据标准不熟等“种种不足”^⑧,在客观上制约了国际追逃追赃能力的水

①林晓虹:《中国企业“走出去”需增强合规意识》,《国际经济合作》2012 年第 10 期。

②参见在法制日报社中国公司法务研究院主办的“一带一路”法治实践与服务创新论坛暨第六届中国公司法务年会(华南)上,中国公司法务研究院、荷兰威科集团以及方达律师事务所联合发布的《2016—2017 中国合规及反商业贿赂调研报告》。

③参见《2020 年度中国对外直接投资统计公报》,数据显示,我国对外投资规模多年位居第二。2020 年首次超过美国成为全球第一,企业境外资产总额达到 7.9 万亿美元。

④肖扬宇:《美国〈反海外腐败法〉的新动向及我国国内法表述》,《中国刑事法杂志》2020 年第 2 期。

⑤钱颜:《2019 年〈反海外腐败法〉案件回顾 超半数与中国有关》,《中国贸易报》2020 年 3 月 4 日。

⑥李鹏:《“天网 2017”有哪些新特点新变化》,《中国纪检监察报》2017 年 3 月 9 日。

⑦彭新林:《我国反腐败国际追逃追赃面临的挑战与对策》,《江西社会科学》2019 年第 9 期。

⑧陈泽宪,周维明:《追逃追赃与刑事司法协助体系构建》,《北京师范大学学报(社会科学版)》2015 年第 5 期。

平。实践中,反腐败国际追逃过度依赖劝返,国际条约适用率低,劝返作用有限。如何充分利用国际合作资源,提高反腐败国际追逃追赃执法合作水平依然是我国国际追逃追赃工作面临的实际难题。

(五)我国反腐败跨境司法协助存在制度“短板”

我国反腐败跨境司法协助存在的制度“短板”主要表现在以下几个方面:从司法协助的主体看,《国际刑事司法协助法》第一章第六条规定了我国国际刑事司法协助的主管部门和办案机关^①。其中,规定对“主管机关”表述较为宏观,并未作出细化的规定,尤其是各执法司法机关在国际刑事司法协助中的具体分工、权力界限等方面的问题还需进一步厘清。从司法协助与其它法律的衔接看,《中华人民共和国国际刑事司法协助法》与《中华人民共和国监察法》《中华人民共和国刑事诉讼法》在法法衔接机制上有待健全。比如《中华人民共和国监察法》关于反腐败国际合作的内容中只有引渡的表述,没有遣返和劝返的规定,而《中华人民共和国国际刑事司法协助法》也未明确遣返附带追赃的规定。从缺席审判程序的运用看,由于现行出台的立法规定较为原则、抽象以及配套衔接制度未及时跟上,加之相关实践经验缺乏,相关追逃追赃法律制度贯彻实施效果并不理想。如《中华人民共和国刑事诉讼法》确立的刑事缺席审判制度,存在未明确规定缺席起诉的条件、起诉及送达时限不明或者实际送达弱化等问题,受制于普通程序和境外追逃追赃程序制约等实践中不宜操作的规定^②。且在操作中如何防止其使用范围扩大并充分保障被告人权利。监察机关、公安机关和检察机关决定是不是缺席审判的时候,如何对证据标准严格把握,如何使刑事诉讼程序的公正性更有保证等,都是反腐败跨境司法协助制度中值得关注的现实问题。

三 完善反腐败涉外法律法规体系的基本构想

完善反腐败涉外法律法规体系的基本思路是:在习近平总书记统筹国内法治与涉外法治战略思想和反腐败斗争系列论述指导下,以建立惩治跨境腐败专门法律为前提,以治理我国企业境外腐败问题和跨国企业在华商业贿赂等问题为取径,以占据国际反腐败道义制高点为目标,以强化跨境反腐败职能责任和跨境企业廉洁合规主体责任为重点,通过对反制国外跨境腐败案件长臂管辖、丰富办理涉外腐败案件法律工具、强化洗钱自洗钱犯罪的惩治、监测和防范等一系列创制研究,为深化反腐败国际合作,实现更高水平对外开放提供坚强有力的法律支撑。

(一)创制惩治跨境腐败专门法律

完善反腐败涉外法律法规,首要任务就是创制惩治跨境腐败专门法律,必须弥补涉外法律法规体系这个最大的“短板”。在现代法治国家普遍制定反腐败涉外专门法律的背景下,应当立足现有法律规定,参照国际公约和国际主流做法,明确跨境腐败的定义、范围、罪名和入罪标准,规范对外国公职人员、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。通过反腐败涉外立法,进一步畅通反腐败国际执法合作的手段和渠道,丰富办理涉外案件的法律工具,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。

惩治跨境腐败专门法律,应从顶层设计上定位为反腐败涉外法律体系基本法。总体上是《联合国反腐败公约》和《中华人民共和国刑法》在涉外反腐领域的细化。在跨境腐败的定义、范围^③和跨境腐败犯罪的构成上进一步明确。就跨境腐

^①参见《中华人民共和国国际刑事司法协助法》第六条:国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等部门是开展国际刑事司法协助的主管机关,按照职责分工,审核向外国提出的刑事司法协助请求,审查处理对外联系机关转递的外国提出的刑事司法协助请求,承担其他与国际刑事司法协助相关的工作。

^②王晓东:《国际追逃追赃视野下的我国刑事缺席审判制度》,《法律适用》2018年第23期。

^③跨境腐败的定义,是指跨境组织和人员实施的贪污贿赂、利益输送、失职渎职和自洗钱等违法犯罪行为;跨境腐败的范围,包括国家机关、企事业单位及其人员,外国在华机构及其人员,境外涉华机构及其人员。

败犯罪的构成而言,至少应包括“五种类型”^①:一是在跨境经营活动中构成的贪污罪、职务侵占罪;二是跨境经营活动中,公职人员构成的受贿罪、非公职人员构成的商业受贿罪、外国人员构成的商业受贿罪;三是跨境经营活动中,公职人员构成的行贿罪、非公职人员构成的商业行贿罪、外国人员的商业行贿罪;四是跨境经营活动中,公职人员构成的失职罪或渎职罪、非公职人员构成的失职罪或渎职罪,以及外国人员的失职罪或渎职罪;五是跨境组织或人员构成的自洗钱罪等。对于构成跨境腐败的犯罪,依据《中华人民共和国刑法》及相关法律规定追究责任。

(二)健全跨境企业廉洁合规制度

建立健全跨境企业廉洁合规制度,是完善反腐败涉外法律法规的重要内容。近年来,我国围绕推动企业廉洁合规发展,尤其是针对企业海外经营合规管理问题,中央纪委国家监委、国家发改委、国务院国资委、司法部及相关部门开展了大量工作,出台了一系列重要指引和相关规定,但如何将这些要求落实到企业经营过程中,需要上升到法律规范的层面,由国家监察委员会制定或会同有关部门制定预防和治理跨境腐败的监察法规,形成与惩治跨境腐败专门法律相衔接的制度闭环。

健全跨境企业廉洁合规制度,应当明确廉洁合规主体责任和跨境企业预防腐败义务,建立跨境企业廉洁合规管理机构,完善预防跨境腐败监督机制等。规定跨境企业总部对廉洁合规承担主体责任,层级单位负责人或实际控制人承担实施责任^②。规定跨境企业及其工作人员应当遵守国

际条约、规则,履行中华人民共和国法律法规、监管规定和行业准则对跨境企业廉洁合规要求的义务,自觉接受监察机关和相关主管部门对企业跨境腐败的廉洁合规义务的监督管理^③。规定跨境企业应当建立廉洁合规专门管理机构,负责公布经营活动和廉洁合规相关信息,保障企业廉洁合规合同或者协议的落实。规定跨境企业应当健全企业财务会计、审计、风控等腐败预防机制^④,开展合规审查、风险应对、责任追究、考核评价、教育培训等跨境企业腐败预防工作。规定各级监察机关应当依法组织开展跨境腐败的预防和治理工作,监督检查行业主管部门和跨境企业履行防治跨境腐败义务的情况,并将跨境腐败的预防和治理工作纳入考评体系。规定监察机关直接或授权相关管理部门对违反本法规定的反跨境腐败义务的组织或个人列入反跨境腐败黑名单,并依法对其采取职业限制、限制从事招投标活动,取消财政补贴资格、强化税收监控管理、提高贷款利率等惩戒措施。规定跨境企业可以附条件从轻减轻或免除处罚,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。

(三)完善域外反腐败管辖制度

完善域外反腐败管辖制度,既是反腐败涉外法规的关键环节,也是维护国家主权安全的重要举措。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年的修正案和1998年的修正案都强调所谓的“公平竞争”,主要是维护美国企业的国际竞争力,执法对象绝大部分都是外国企业。我们要在坚持国家主权、积极管辖、有限

^①本文提出的“五种类型”:一是在跨境经营活动中,利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有单位财产。行为人是公职人员的,构成贪污罪;是非公职人员的,构成职务侵占罪;是外国人员的,以职务侵占罪论。二是跨境经营活动中,利用职务上的便利,索取、收受不正当好处或者利益。行为人是公职人员的,构成受贿罪;是非公职人员的,构成商业受贿罪;是外国人员的,以商业受贿罪论。三是跨境经营活动中,向外国公职人员、国际公共组织官员、企业管理人员以各种名义的回扣、手续费等不正当好处,输送不正当利益。行为人是公职人员的,构成行贿罪;是非公职人员的,构成商业行贿罪;是外国人员的,以商业行贿罪论。四是跨境经营活动中,玩忽职守或者滥用职权,致使单位财产、国家和人民利益遭受重大损失。行为人是公职人员的,构成失职罪或渎职罪;是非公职人员的,构成非国家工作人员失职罪或渎职罪;是外国人员的,以非国家工作人员失职罪或渎职罪论。五是跨境组织或人员为掩饰、隐瞒自己的犯罪所得及其产生的收益的来源和性质,实施将财产转换为现金、金融票据、有价证券,转账或者其他支付结算方式转移资金的,构成自洗钱罪等。

^②比如,母公司在经营决策、人事安排、财务制度、投资经营、内部审计、责任考核等方面对子公司承担廉洁合规管理义务。

^③比如,规定跨境企业应当采取向政府承诺、企业与经营服务对象、企业总部与分部及各层级、企业与员工等签署合同或者协议的方式,约束企业管理人员及客户、供应商、承包商等依法办事,诚实守信,自觉抵制消极腐败现象。

^④比如,加强会计核算、资金预算管理、货币资金管理、资产管理、跨国资金开支管理、财务会计报告、经济责任审计、离任审计、关键岗位任期审计、工程项目审计、经营合规审计等工作。

礼让原则的基础上进一步完善域外反腐败管辖制度^①,反制外国反腐败执法的“长臂管辖”。

完善域外反腐败管辖制度应从五个层面具体体现:一是在属地管辖上,应规定凡是在中华人民共和国领域内的腐败违法犯罪行为,无论自然人还是法人,无论是本国公民还是外国公民、无国籍人,均为我国反腐败法律管辖的范畴^②。二是在属人管辖上,应规定在中国领域外涉嫌腐败违法犯罪的中国公民和在中国登记的法人等组织、国家工作人员和军人等主体均在本国管辖范围内^③。三是在保护管辖上,应规定外国人实施的发生在中华人民共和国领域外的腐败犯罪行为,危害我国主权安全、经济秩序、金融秩序、以及侵犯我国公民、法人、其他组织合法权益的行为等。四是在管辖权发生冲突的处理原则上,应明确我国法律的管辖与域外其他国家管辖权发生冲突时,属地管辖规定当多个国家对同一腐败行为均具有管辖权,且难以依据属地原则确定优先管辖国时,按照经济便利、国际礼让和最优管辖原则进行管辖。特别是对不再进行追诉或者需要继续追诉的情形应该明确^④。五是在长臂管辖的对等反制上,应明确中国公民、法人或者其他组织受到境外反腐败不当长臂管辖或者不公正反腐败调查的,监察机关应当协调国家有关部门通过适当途径与外国当局进行交涉,维护中国公民、组织合法权益。

(四)完善跨境反腐败国际执法合作制度

完善反跨境腐败执法合作制度,就是根据

《监察法》的相关规定,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。同时,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。落实自洗钱犯罪、认罪认罚制度,促使外逃人员回国投案、配合调查、主动退赃,一体推进追逃、追赃、防逃工作,有力提升跨境腐败治理能力和水平。

完善反跨境腐败国际执法合作制度,做好新时代新征程下的反腐败国际追逃追赃防逃工作,一方面应当多条腿走路,在纪检监察机关统筹主导下,各职能部门齐抓共管,形成工作合力。既要加大追逃追赃力度,又要前移监督关口、扎紧防逃篱笆、堵塞外逃漏洞,实现追逃、追赃和防逃三者协同互补、一体推进。真正让外逃的腐败分子及其赃款找不到、追不回,让企图外逃的腐败分子不敢逃、逃不出,让腐败资产藏不住、转不出^⑤。另一方面,应当针对反腐败国际执法合作领域的制度短板和障碍进行具体的规范设计。在收集信息、合作指引^⑥、执法合作监督、完善跨境追逃措施、在情报交换^⑦、资产返还和处分^⑧、洗钱自洗钱犯罪的惩防等方面应当进一步作出明确规定。比如在执法合作监督上,监察机关、公安机关等相关部门建立完善出国(境)登记备案人员证照审批、

①“域外反腐败管辖制度”包括属地管辖、属人管辖、保护管辖制度等。

②包括:腐败行为与腐败结果均发生在中国境内;腐败行为在中国领域内实施,但腐败结果发生在中国境外;腐败行为在国外实施,但腐败结果发生在中国境内;腐败行为发生在中国驻境外的领事馆;腐败行为发生在中国领域外悬挂中国国旗的船只上或者根据中国法律注册的航空器、航天器内或其他飞行器内及交通工具内;腐败行为发生期间使用在中国领域注册登记的通信设施、交通工具或其他设备;网络腐败犯罪地和犯罪结果地有一项发生在中国领域的,网络行为的最终目的地在中国的;违法犯罪的行为或结果有一项的有一部分发生在中国领域内的腐败共同犯罪。

③包括:担任国际公共组织官员的中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外涉嫌腐败违法犯罪的;在我国登记的公司的分公司、子公司在中华人民共和国领域外涉嫌腐败违法犯罪的;跨境企业经营中最终拥有或者实际控制公司、企业等市场主体,或者享有市场主体最终收益的与腐败相关的自然人等。

④参照《中华人民共和国刑事诉讼法》有关规定,可以不再进行追诉的情形:对于我国和域外国家都可以行使管辖权的腐败行为,如果域外国家法院已经作出合理的有罪判决,我国法院在条件具备的情况下可以执行外国生效判决。如果域外国家对同一行为的生效判决已被执行完毕,或者该被告被法院裁定罪名成立但免于刑事处罚,我国法院可以不再进行追诉;需要继续追诉的情形为:域外国家的判决针对的事实全部发生在中国境内;域外国家判决针对的事实构成直接损害中华人民共和国国家安全或其他同等重要利益的犯罪;域外国家判决针对的事实是该国违反其与中华人民共和国共同缔结的国际公约的职责所为。

⑤彭新林:《我国反腐败国际追逃追赃面临的挑战与对策》,《江西社会科学》2019年第9期。

⑥参照《中华人民共和国监察法实施条例》第二百三十五条、第二百三十六条、第二百三十七条之规定。

⑦参照《联合国反腐败公约》第六十一条之规定。

⑧返还和处分包括:追回资金系贪污所得或者对所贪污资金的洗钱行为所得的;外国没收的腐败案件财产,能提供证据证明拥有所有权的;国外返还的财产,原则上优先考虑返还其原合法所有人或者赔偿犯罪被害人;返还财产可扣除为此进行侦查、起诉或者审判程序而发生的合理费用。

资料管理和出国(境)情况信息数据库,并与出国(境)管理部门联网;加强对“人、钱、证”的管控,严禁违规办理和持有因私出入境证照;案件初查阶段对涉案人员出国(境)证照亲属范围,业务往来人员进行情况排查,并与边防口岸互通信息;立案后密切关注被调查人员动向,及时采取留置、边控措施;在完善跨境追逃措施上,应规定对于已经被依法羁押的犯罪嫌疑人,中华人民共和国职务犯罪主管机关依据与犯罪嫌疑人所在国缔结的引渡条约,依法将犯罪嫌疑人押送回国;若与犯罪嫌疑人所在国未签订引渡条约,则采取双边磋商的形式达成协议,依法将犯罪嫌疑人押送回国;对于未达成协议的被羁押犯罪嫌疑人,通过外交途径申请犯罪嫌疑人羁押国依其本国法律对犯罪嫌疑人进行惩处等。在洗钱自洗钱犯罪的惩防上,应当明确国家监察委员会和国务院有关部门、机构在职责范围内开展反洗钱国际合作,规范自洗钱犯罪的构成标准和刑事责任、自洗钱犯罪的认罪认罚从宽程序;建立与预防自洗钱密切相关的反洗钱监测预警专门机构、建立健全客户身份识别监测系统、建立大额交易和可疑交易报告制度等,全面提升预防自洗钱犯罪的能力和水平。

(五) 完善跨境反腐败刑事司法制度

完善反跨境腐败刑事司法制度,是深化反腐败国际合作的必然要求。结合近年来办理国际追逃追赃和跨境腐败案件实践,应对职务犯罪案件适用违法所得没收程序、缺席审判程序的文书送达等问题作出细化规定,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,丰富惩治腐败犯罪的工具箱。

完善反跨境腐败刑事司法制度,关键是细化现有的法律规定,为反跨境腐败刑事司法提供足够的法律资源。就跨境腐败犯罪案件违法所得没收程序而言,应明确监察机关在调查跨境腐败案件的法律程序与衔接规定^①。对跨境腐败犯罪案件违法所得的认定,应明确犯罪嫌疑人、被告人通过实施跨境腐败犯罪获得的“任何财产”^②,明确对违法所得没收程序的文书“送达方式”^③,明确没收违法所得的国际司法协助“程序和方式”^④,外国请求中华人民共和国协助没收、返还跨境腐败违法所得及其他涉案财物的,监察机关经审查认为符合条件的,可以同意协助跨境腐败犯罪没收违法所得及其他涉案财物,并安排有关办案机关执行;认为不符合条件的,可以拒绝提供协助。对于缺席审判程序的文书送达方式,应当符合所在国的法律规定,并细化“缺席审判程序”^⑤。总体上看,办理跨境腐败案件请求和提供司法协助,应当依照《中华人民共和国国际刑事司法协助法》以及中华人民共和国与有关国家、地区签订的刑事司法协助条约、移管被判刑人条约和有关法律规定进行。

结语

综上所述,完善反腐败涉外法律法规体系,就是要坚持问题导向、对策导向和目标导向,针对跨境反腐败国际执法合作、司法协助和西方国家的长臂管辖及“走出去”企业廉洁合规面临的法律风险等制度“短板”,牢牢把握构建反腐败涉外法规体系的靶向目标。此靶向目标主要体现在三个方面:一是要坚持以我为主、为我所用,维护国家主权、安全和发展权益。跨国商业贿赂是经贸问题,更深层次是政治和外交问题。美国、英国、法

^①参照2018年新修改的《刑事诉讼法》有关规定,对于贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件,犯罪嫌疑人、被告人潜逃,在通缉一年后不能到案,或者犯罪嫌疑人、被告人死亡,依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产的,人民检察院可以向人民法院提出没收违法所得的申请。人民法院依据特别诉讼程序对该违法所得的追缴进行审理,并依法作出裁定。监察机关、公安机关认为有前款规定情形的,应当出具没收违法所得意见书,移送人民检察院。

^②“任何财产”包括直接或者间接产生,违法所得已经部分或者全部转变、转化为其他财产的,转变、转化后的财产。

^③“送达方式”包括在办理犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收案件中,法院受理违法所得没收申请的公告应当在最高人民法院的官方网站刊登、全国公开发行的报纸、信息网络等媒体刊登或者发布,并在人民法院公告栏张贴,对于人民法院未掌握联系方式的境外犯罪嫌疑人、被告人、利害关系人,公告视为受理决定已送达。

^④参照《中华人民共和国国际刑事司法协助法》第四十七条之规定。

^⑤本文所指“缺席审判程序”,认为对于境外缺席审判的被告人进行送达时,采用挂号信等直接送达的方式,如果出现被送达人无法直接送达的情况,应当在指定的官方报纸上进行公告送达。当各种送达方式仍然无法送达时,应当通过外交途径进行充分沟通和协商。缺席审判制度的送达标准,应当是缺席判决的被告人亲自接受了关于庭审通知的送达,或者为缺席审判委托了辩护人,或者当事人知晓有关诉讼程序的其他方式,人民法院可以缺席审判。

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。如美国《反海外腐败法》1988年修正案为《全面贸易与竞争法》,1998年修正案为《国际反贿赂与公平竞争法》,其目的主要是以反腐败为由打压包括中国在内的国外企业,继而不惜侵害企业所在国主权、安全和发展权益。因而,必须站稳政治立场,把准政治方向,以维护国家利益为主要目标,坚持统筹国内国外两个大局,统筹发展安全两件大事。同时,要坚持国际视野,吸收借鉴国际有益立法经验,争取立法在国际上有效管用、推得开,有助于推动跨境腐败治理高质量发展。二是丰富办理涉外案件的法律工具,反制外国反腐败长臂管辖。习近平总书记指出,要运用法治手段开展国际斗争,运用法治方式维护国家和人民利益。要通过反腐败涉外立法研究,进一步畅通反腐败国际执法合作的手段和渠道,丰富办理涉外案件的法律工具,反制外国反腐败长臂管辖。比如怎么运用阻断法规阻止外国借反腐败之名肆意调查我国“走出去”企业。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,也可以研究明确相应的限制或反制措施等等。三是坚持系统施治、标本兼治、深化反腐败国际合作,健全企业廉洁合规制度。深刻把握和贯彻落实一体推进不敢腐、不能腐、不想腐总体方略,抓早抓小、防微杜渐、标本兼治。治标,主要是坚持零容忍态度,决不允许境外搞腐败,对违纪违法行为发现一起,查处一起,形成不敢腐的有力震慑。治本,就是用全周期管理理念扎紧扎牢追逃追赃防逃的制度笼子,加强企业境外廉洁合规建设和教育引导,强化不想腐的思想自觉。既要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,又要着眼长远,推动反腐败追逃追赃防逃机制和跨境企业廉洁合规法治化建设,有效防范腐败风险,保障企业发展利益,提高我国企业国际竞争力。为实现高水平对外开放和推进中国式现代化建设提供有力的法治保障。

On Improving Foreign-related Laws and Regulations System of Anti-corruption: Opportunities, Challenges and Countermeasure

WU Jian-xiong & XIA Cai-liang

(School of Law, Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract: Accelerating the improvement of the anti-corruption foreign-related laws and regulations system is an urgent requirement for deepening international cooperation in anti-corruption and promoting the “three non-corruption” principle as a whole. We should implement Xi Jinping’s strategic thought on coordinating domestic and foreign-related rule of law, seize the historical opportunities, and face up to the challenges. Aiming at the shortcomings and weak links in anti-corruption foreign-related rule of law, we should formulate the specialized anti-corruption foreign-related law, and counter the long-arm jurisdiction over combating overseas and across-boundary corruption cases. We should strengthen the judicial function of across-boundary anti-corruption law enforcement, and standardize the main responsibilities of across-boundary enterprises for integrity and compliance. We should punish, monitor and prevent the money-laundering crimes, and break down the obstacles of foreign-related anti-corruption system, so as to provide practical and useful legal resources for deepening international cooperation in anti-corruption and achieving a higher level of openness to the outside world.

Key words: anti-corruption; foreign-related laws and regulations; opportunities and challenges; system improvement

(责任校对 葛丽萍)