



现代法学研究
Journal of Legal Science
ISSN: 2790-3796(print)
雙清學術出版社

Contents lists available at www.qingpress.com
Journal homepage: qingpress.com/zh-cn/journals/28



反腐败国际追逃劝返措施之法治化研究

陈逸飞

北京师范大学, 法学院

dlhpchenyifei@163.com

摘要: 劝返在我国追逃过程中发挥了重要作用, 但其依然存在概念未定, 自首、承诺问题还未明晰, 使得劝返法治化受阻。劝返概念应立足于实践, 从主体、方式、结果等关键点入手; 通过将劝返外逃人员应认定为自首, 承诺应仅限非司法内容, 来驳斥劝返的错误观点, 平衡劝返效率与司法公正的关系。劝返法治化应从自首法定化、承诺慎重适用、《劝返法》立法尝试入手。

关键词: 反腐败, 国际追逃劝返, 法制化

党的十八大以来, 以习近平同志为核心的党中央从制定执行中央八项规定切入整饬作风, 打击腐败势力, 严惩贪腐官员。十年来, 反腐败斗争取得压倒性胜利并全面巩固, 但与此同时, 铲除腐败滋生土壤任务依然艰巨^[1], 反腐工作进入深水区。在新时代反腐形势下, 不断总结反腐经验, 提炼有效性反腐办法, 推进措施制度化、法治化, 成为继往开来, 保障反腐工作具有鲜活生命力的必然要求。

劝返, 作为一种反腐败国际追逃的新措施, 在我国反腐工作中发挥了重大作用。截止 2022 年 11 月, “百名红通” 人员共 66 人归案, 其中明确劝返归案共 43 人。猎狐 “2014” 专项行动, 一共从 69 个国家和地区抓捕归案外逃犯罪人员 680 名, 其中规劝自首归案人员达到 390 名, 占总人数的近 54%。在 “猎狐 2015” 专项行动中, 这一比例为 42%。可见,

[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——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》, 载《人民日报》2022 年 10 月 26 日, 第 1 页。

2790-3796/© Shuangqing Academic Publishing House Limited All rights reserved.

Article history: Received December 2, 2022 Accepted December 12, 2022 Available online January 15, 2023

To cite this paper: 陈逸飞 (2023). 反腐败国际追逃劝返措施之法治化研究. 现代法学研究, 第 2 卷, 第 1 期, 8-20.

Doi: <https://doi.org/10.55375/jls.2023.2.1>

秉承效用主义、司法效率主义^[2]价值的劝返,已经成为我国完成追逃工作的高效化利器。

但目前劝返措施在理论与实务界还存在诸多争议问题:劝返定义未定;劝返适用顺序有待商榷;劝返自首、承诺问题还未明晰;劝返措施未来如何完善等。为回应此种系列难题,劝返应实现制度化、法治化成为学界主流观点。笔者对此研究趋势持赞同态度,但并不以“制度化”为题进行讨论。在国家治理能力现代化要求的背景下,制度只有上升为宪法和法律,才能定型化、精细化,才能增强执行力和运行力^[3]。因此,在劝返争议问题得到明确后,将其上升法定层面,才能真正合乎法治思维和法治方式惩治腐败,形成“党纪与国法相辅相成、相互促进、相互保障”,推进不敢腐、不能腐、不想腐的法治反腐战略^[4]。

一. 劝返法治化之的前提——劝返措施的概念厘定

概念的厘定是劝返法治化的前提。当前,学界对于劝返的概念莫衷一是,存在多种学说观点。主要观点有四:一是在无法诉诸正式的引渡程序或引渡遇到不逾越的法律障碍的情况下,根据国家的授意或在国家的许可下,采取对外逃人进行说服教育的方式,使其主动回到追逃国,接受追诉、审判或执行刑罚^[5]。二是我国公安机关、检察机关在开展反腐败境外缉捕工作实践中,摸索出的一通过劝说方式,动员外逃的犯罪嫌疑人自愿返回国内接受追诉的引渡或遣返的代措施。三是办案人员在逃犯发现地国家主管机关的配合下,通过对在逃人员的说服教育使其主动回国投案的一种措施^[6]。四是劝返应包括直接劝返与间接劝返^[7]。从四种观点来看,学者对于劝返的论述其实都是各自认为的应然状态,主要争议要点在于①劝返主体②劝返方式③是否需要国际合作④劝返结果四个方面。

但正如社会学学者所驳斥的那样:概念是从经验到理论的必经之路^[8],而不是相反的。对于劝返的定义方法,应从其现状进行抽象化、描述化。除社会学观点支持外,还有两点可以支持此种定义角度。一是定义语言概念在法学定义的重视与应用。法学家在研究对部分法定义方法上,认为应严格遵守《现代汉语词典》中,即词源上关于“定义”一词的解释^[9],在《现代汉语词典》中定义是对于一事物(现象)的本质特征或其内涵和外延进行确切而简要的说明。二是劝返是我国反腐败追逃高效措施,其立足于我国反腐败广泛实践经验的基础上,其最先出现在引渡广东“二陈”案中,在胡星案中引起反腐败力量的广泛重视。在此之前,我国理论界并无对于劝返的认知讨论,国外的劝返文献经考证也是寥寥可数。因此,单从应然角度对劝返进行定义,不免容易导致对不成熟理论的偏颇与广泛实践的忽视。

综上,本文作者采取的定义方法,是通过追逃经典案例——“百名红通”中劝返归案

[2] 姚莉.:《效率:理论分析与制度构建》,载《法商研究》2006年第3期,第94页。

[3] 张文显:《法治化是国家治理现代化的必由之路》,载《法制与社会发展》2014年第3期,第102页。

[4] 吴建雄:《中国反腐:迈向法治化的新征程——新中国成立70周年反腐败斗争》,载《中国党政干部论坛》2019年第10期,第40页。

[5] 张磊:《从胡星案看劝返》,载《国家检察官学院学报》2010年第2期,第108页。

[6] 赵宇主:《国际警务执法合作》,中国人民公安大学出版社2014年版,第146页。

[7] 西南政法大学创新新秀课题组:《反腐败国际合作下劝返问题研究》,载《上海法学研究》集刊2021年第2卷,第198页。

[8] 刘玉安:《〈社会科学研究方法〉》,山东人民出版社2008年版,第54页。

[9] 杜祥平:《行政法定义方法浅议》,载《理论与改革》1999年第4期,第103页。

人员案件的分析统计，对争议的定义要点进行基于现状的抽象化，最后以概念性语言完成定义。

(一)主体

在现有学说中，对于主体的描述主要包括：国家，公安机关、检察机关，司法机关，办案人员等。在43个劝返归案的红通人员案例中，明确记录参与的组织、机关情况见图1^[10]。

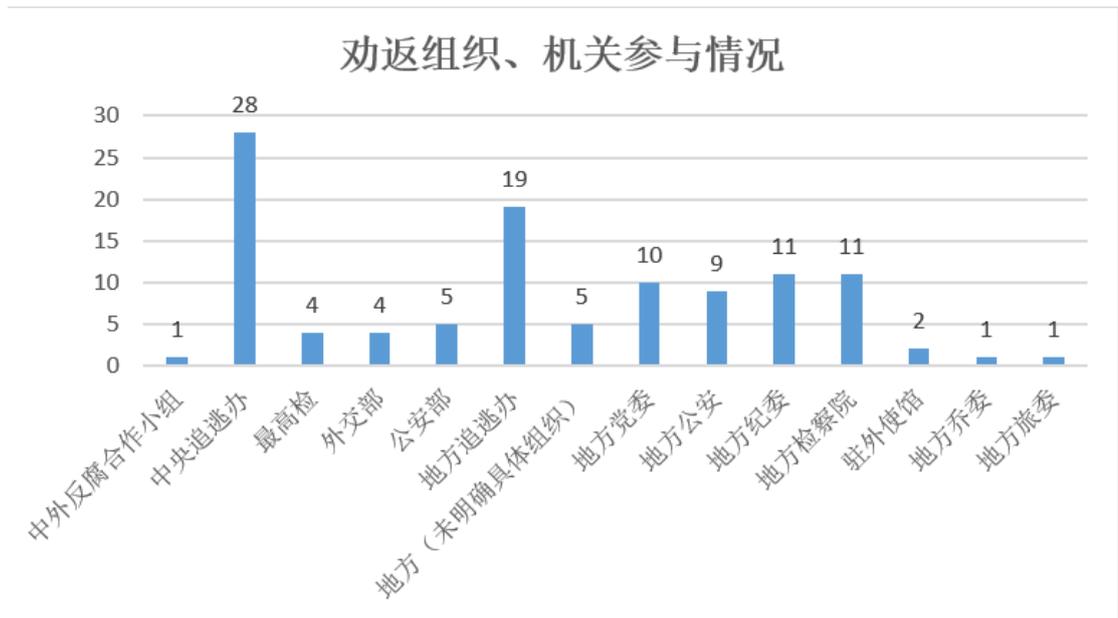


图 1 劝返组织、机关参与情况

从实证统计来看，劝返工作涉及中央到地方，党政到司法，每一件劝返成功案例的背后，是各部门、组织、机关充分协调的结果。有观点指出虽然党组织、外交部门等参与了劝返工作并发挥了重要作用，但是劝返的最终目的与价值是让外逃犯罪分子回国接受司法审判，因此，党组织、外交部门等是司法机关实现司法目的的“授权委托方”^[11]，并不为独立劝返主体。这种观点显然有失偏颇，且不论党组织能够司法机关获得“授权”范围是何，单从实践来看，劝返工作中司法机关受党组织统一协调、统一领导，此种学说下对党与司法的相互关系存在明显误解。其次劝返目的的内容受其本身复杂性的影响，单单落位于司法确有不妥。只能说接受司法审判是劝返的直接结果，但其目的与价值上，还涉及司法主权、国际关系、国际人权、国际刑事司法合作等诸多方面^[12]。

在劝返主体问题上，笔者拟用“参与国际追逃工作的机关、部门或组织”，这既避免了以“国家”为主体过于宽泛的问题，又解决了以司法机关为主体范围过窄的弊端。

[10] 此处参与的评定标准为新闻报道、监委、检察院等司法部门官网、检察日报等期刊中，对于案件劝返过程起到积极作用，被明确记录的组织、机关。事实上受文体及叙事的局限性，有些机关、组织参与劝返工作也未被记录。但本文此处只为体现劝返过程中多方参与的事实，并不受此因影响。

[11] 刘娜：《劝返的现实困境与突破路径》，载《湖北社会科学》2014年第2期，第148页。

[12] 黄风：《国际引渡合作规则的新发展》，载《比较法研究》2006年第3期，第27页。

(二)劝返方式

劝返，从字面上理解，可分为“劝”“返”两字，劝为方式，返为结果。劝说作为劝返的主要方式，广泛出现在各种定义概念中。但从实践来看，劝返方式却具有多样性，在 43 个劝返归案的红通人员案例中，明确记录的劝返方式见图二^[13]。

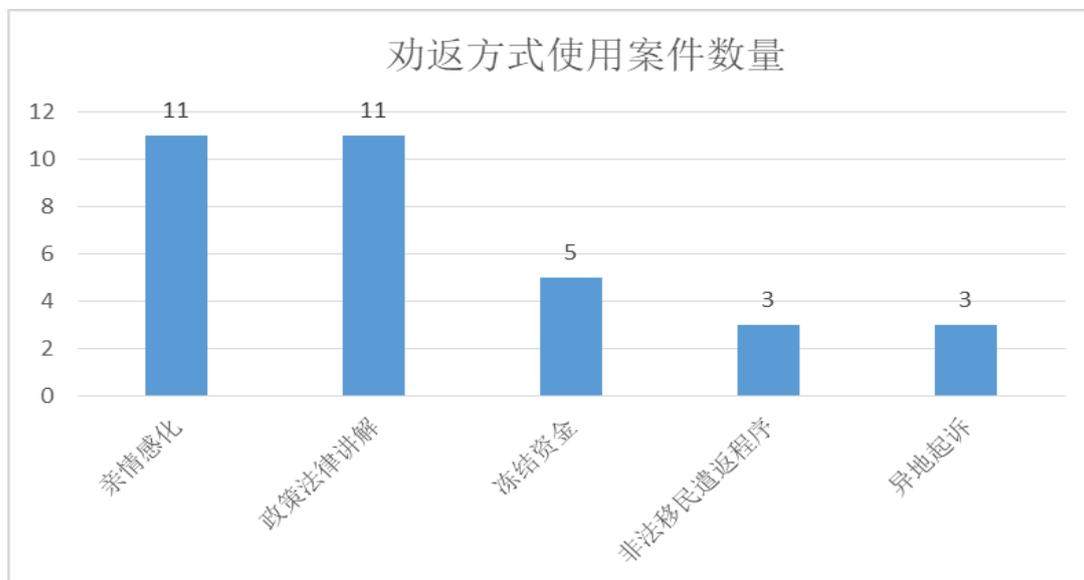


图 2 劝返方式使用情况

由图可见，在劝说这一笼统表述的背后，包含着亲情感化、法律政策讲解等子项。此外，为保障劝返效果的实现，往往还会采取冻结自己、通过非法移民程序吊销合法居民身份等辅助措施，挤压外逃人员生存空间。此处也可以回答“在其他方式难以实行情况，才能使用劝返措施的观点”，劝返与其他措施使用通常具有同时性，“遣返替代性措施”的定位绝非适用顺序的理解。因此，在方式上，可表述为“通过亲情感化、法律、政策讲解等方式，辅之冻结资金、非法移民遣返等手段”

(三)是否需要国际合作

劝返依旧需要国际合作是毋庸置疑的，有少部分观点认为“劝返不需要国与国之间进行合作，避免了各种程序的制约^[14]。”此种说法轻视了劝返工作的难度，也与实践不符。劝返不仅要对外逃人员做大量的说服工作，而且还需要寻求当地司法机关的支持，最底线也争取积极配合。在劝返工作中，劝返人员与相关行为还要遵守当地法律法规，接受当地司法机关监督。我们所说劝返的高效性，是在于其绕开了“条约前置主义”这一国际引渡难题的限制，在减少司法冲突的有利前提下实现追逃工作，但这丝毫没有减少国际司法协助的必要性。在任标案中，因为我国与安提瓜和巴布达并未有司法协助途径，这导致我国工作人员入境都

[13] 此处笔者通过新闻报道、监委、检察院等司法部门官网、检察日报等期刊，能查到具体办案细节的案件共 12 个。

[14] 任兰：《腐败犯罪境外追逃措施探析》：载《经济研究导刊》2011 年版第 18 期。

尤为困难。在实现此次劝返完成后，我国积极与加勒比海诸国积极磋商，形成了多方司法协助协议，为我国将来国际追逃打下基础。

(四)劝返结果

劝返直接结果为使在逃人员主动回国，进行入司法管辖范围。对此处概念的描述，作者采用“追诉、审判或执行刑罚”的观点，这更具有全面性。有些案件尤其是贪污类案件，一般需要在逃人员予以配合调查，才能查明事实真相。在逃人员归国后，在充分采纳其口供后，再提起追诉更具合理因素。有些案件所掌握证据较为充分，再加之我国缺席审判制度的发展，在在逃人员归国前，可能已经进行追诉或者做出判决。

综上所述，笔者将劝返定义为：劝返是参与国际追逃工作的机关、部门或组织通过对在逃人员进行亲情感化，法律、政策讲解等方式，辅之冻结资金、非法移民遣返等手段，在逃犯发现地国家配合下，使其主动回国接受追诉、审判或执行刑罚的国际追逃措施。

二. 劝返法治化的动力——追逃劝返措施的优势所在

(一)劝返相较于其他方式更具可行性、高效性

我国主要追逃措施，除劝返外，还包括引渡、移民遣返、异地起诉等，但这些措施相较于劝返都有其局限性与困难性。

引渡，是国际上进行追逃的一般性措施。为保障引渡的顺利进行，我国签署了一系列双边引渡条约。虽然我国引渡国际合作取得重大进展，但是条约签署国中发达国家较少，贪官逃亡集中国家：英美、加拿大、澳大利亚等国都没有签署，这些国家都实施严格的条约前置主义，并且对条约范围严格限制。尤其是美国，在引渡问题上美国主管机关对“条约”的理解是很狭窄的，它特指经美国国会批准的双边引渡条约，在《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》的谈判过程中，美国代表团一直反对在有关引渡的条款中使用具有约束性的措辞将国际公约规定为开展引渡合作的法律依据^[15]。而劝返作为一种警警合作和警检之间的合作，在打击犯罪、追捕犯罪嫌疑人问题上的他们的共识远远大于不同法系背景下法律人的理念分歧^[16]。

移民遣返虽然在劝返中，经常作为辅助手段使在逃人员失去合法居民地位。但单独来看，其性质上不是支持目的地起诉被遣返人的活动，而是本国维护国民秩序的措施。在美国，如果被遣返者可能在被遣返后遭受起诉，那么还有可能给他难民身份，这不但使先前工作前功尽弃，而且客观增大了继续追逃的难度^[17]。就算实现了移民遣返，在逃人员依旧有继续逃亡的可能，因为被遣返地不一定是原籍国。根据美国《移民法》被驱逐出境的人员可以自由选择前往地区，若不做选择，美国将从下列地区国家进行选择：①该外国人最后一次进入美国时的出发地国家；②该外国人为来美国或与美国接壤地域而登船的外国港口所在地国家；③该外国人出生的国家；在驱逐出境的命令下达时该外国人出生地所属的国家；④该外国人

[15] 黄风：《当前国际刑事司法合作的若干热点问题》，载赵秉志主编：《刑法评论》（第4卷），法律出版社2004年版。

[16] 王志：《新形势下境外追逃劝返模式研究》，载《山西警察学院学报》2017年第1期，第63页。

[17] 黄风：《国际刑事司法协助：研究与文献》，中国政法大学出版社2009年版，第46页。

在进入由之来美国的出发地国家之前有住所的国家;⑤在该外国人出生时对其出生地享有主权的国家;或者如果向任何国外地域或者外国递解都是不可实行的、不可考虑的或者不可能的,则将其递解到任何愿意接受该外国人的国家^[18]。

异地起诉是指我国执法机关向逃犯隐藏地国家的司法机关提供该逃犯触犯该外国法律的犯罪证据,由该国司法机关依据本国法律对我国外逃人员进行定罪处罚。在具体的实践中,需要我国执法人员掌握该逃犯所违反其隐藏地国家法律的证据,但因法律体系不同、法律历史沿革不同等诸多因素,我国与他国的法律适配性上存在明显差异,导致异地起诉的可行性大为降低。

(二)劝返可以实现多方互利共赢

对劝返国来说节约成本完成追讨任务。从根本目的来说,劝返显然实现了我国追逃的工作目标,使得犯罪行为得到有力惩处。但在这一过程中,对于司法资源、外交资源的节省也较为关键。劝返对于他国的协助需求相对较低,明显减少了引渡等措施的中间环节。反腐败境外追逃以高效、经济的方式获得成功,有利于推进追逃制度化改革进程,威慑贪腐作为,重塑政治生态,提升政治公信力,有利于守护民心,巩固执政合法性。

对于逃亡国来说,其低成本卸去了犯罪包袱。没有任何一个国家愿意获得“犯罪天堂”的名称,这不单是名誉的损害,还会影响该国在经济、政治国际合作的开展。甚至部分在逃分子在藏身国家积极贿赂当地官员,从黑市调动资金,严重影响了当地的政治清廉程度与经济安全。在劝返措施下,往往仅要求逃亡国进行消极配合,对整个劝返过程开展合法性监督,并不要求其司法机关实施抓捕或者进行其他强制措施。劝返通过低成本清除本国犯罪分子,这也是逃亡国所希望的。

逃亡分子来说,逃亡过程中往往面临巨大的精神压力,生活也通常拮据困难。储士林在逃后,被反腐机关迅速切断其资金来源,其想通过假身份来买卖房产也被识破切断。其后,储士林只能通过在中国超市打工来维持生计,居住在潮湿的地下室中。因害怕被发现,也不敢联络国内亲属,自身健康状况日益恶化。储士林劝返回国后,不但获得了自首宽大处理,还被允许与家人亲属团聚,健康状况获得较大改善。

(三)劝返措施有利于追赃工作的开展

从追赃方面看,劝返有利于追回赃款。在引渡实务中,请求国与被请求国之间应先就赃款赃物达成分割协议,给予被请求国一定恩惠,被请求国才会予以配合。这些资产有相当部分是我国国有资产,与外国共享与“赃款赃物属于应被追缴或没收的犯罪非所得,用于退还给受害人或上缴国库”的刑法理念相违背。此种恩惠从当前学说解释来看,一是对获取他国部分司法主权的交换,二是对他国所消耗物力、人力的补偿。而在劝返模式下,对他国提供协助配合的要求较低,因此在赃款赃物分割协议谈判时能大大提高主动权,最大限度地降低他国对赃款赃物的分割比例,甚至无须与他国签订赃款赃物分割协议,就实现反腐败国际

[18] 参见《美国法典》第8编第12章第1253条。

追逃追赃的目的^[19]。

三. 劝返法治化的导向——劝返的适用地位

劝返，往往被以“引渡替代性措施”来明确其适用地位，因此，“在劝返的使用上，坚持最后使用原则。所谓最后使用原则也可称之为劝返程序后置原则”。笔者对此观点持反对态度，认为劝返适用并无先后顺序，可在条件允许下，直接进行劝返。

从观点溯源上来看，我国最早提出引渡替代措施这一概念的是黄风教授，其在《中国引渡制度》中认为“或者起诉，或者引渡为引渡提供了替代措施”。随后，其在《境外追逃问题研究》中，体系化分析了引渡替代措施的必要性，劝返作为合法性的常规替代措施被充分论述。从黄风教授的论文体系与撰写背景来看，其以适用“替代性”一词，是出于当时引渡困难重重，严重阻碍了我国反腐追逃追赃工作的进行。此时理论界与实务，都急于寻找新的追逃方式。在全文论述中，黄风教授也并未有适用顺序的直接表述，相反其提及“在法律允许的条件下大力开展“劝返”工作”。

劝返的优势作用也不允许劝返落实最后使用原则。劝返的一大优势为节约人力、财力资源，避免了引渡、直接缉捕等措施的使用。但若完全尽其他措施的最大努力，才能最终性的适用劝返，会使得劝返经济性的优势尽失，动摇劝返作为国际追逃措施的存在基础。

对“引渡替代措施”的正确理解，除追逃其他有效措施这一角度外，引渡的国际法地位为我们提供了又一思路。引渡起源于17世纪，经过了三个阶段的发展，现代引渡的概念经过国际法理论数十年的发展及实践，经近代国际法学之父奥本海得以确认^[20]。可见引渡已经成为具有国际法支持，世界各国追逃的一般性手段。而劝返作为我国追逃经验总结出来的崭新措施，还尚未取得国际实践的广泛认可。例如，澳大利亚《悉尼先驱晨报》就曾对中国劝返措施做“抹黑式”叙述：

中国警方试图通过“劝说”的来解决外交阻碍，这包括对大陆的家人亲属施加种种压力。加拿大《环球邮报》指明我国的境外追逃行动并非总是受到欢迎，部分境外行动有违国际准则。从这一角度来看，在国际法普遍承认的一般原则外措施，将其定义为“替代性”也就较为符合逻辑。

四. 劝返法治化的阻碍——当前劝返实践中的争议问题

(一) 劝返是否应认定为自首

当前，在接受劝返主动投案的自首认定问题上，理论界有两种截然不同的观点。一派认为劝返主动投案应认定为自首，其主要理由是：①劝返主动投案的犯罪嫌疑人自愿回国归案，完全符合当前对自首的认定标准。并且一定程度上来说也是“宽严相济”刑事政策的具体体现^[21]。②克服与化解国际追逃的难题，主要应从两个方面入手，一是应当认真研究关于国际刑事司法合作的规章制度，加强国际合作；二是对在逃人员展开工作，摧毁其

[19] 薛丰民,黄鹏:《中国反腐败境外追逃实践之劝返模式研究》,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2015年第6版,第42页。

[20] 李英,邓锦云:《论引渡的国际法原则》,载《国际关系学院学报》2001年第4期,第35页。

[21] 刘聪,裴兆斌,曲:《国家治理体系现代化与中国境外追逃接受劝返措施分析》,载《沈阳农业大学学报(社会科学版)》2021年第5版,第590页。

抵抗的决心与条件，使其逐渐脱离所在国家、地区的保护。将劝返主动投案的在逃人员认定为自首，有利于对其他在逃人员进行感化，促进其回国归案进程^[22]。

另一派则认为不应将劝返主动投案应认定为自首。其主要理由是：①将劝返主动投案认定为自首，没有直接法律依据，《关于敦促境外在逃人员回国投案自首的公告》不具有直接法律效力。②逃往境外的犯罪嫌疑人同意归案回国往往是处在走投无路的情况，其不具备自首的主动性与自愿性^[23]。③犯罪嫌疑人外逃本就是出于其对法律制裁的抗拒，外逃行为严重破坏了法治的正常秩序。此种情况下，还将其按照自首予以宽大处理，无疑是法律软弱的体现。这也可能会促使更多的犯罪人员选择外逃。

(二)承诺性质的理解

劝返以其高效性回应了我国反腐新阶段的需要，一定程度上维护了国家廉洁形象、扭转国际反腐败舆论斗争。但不能作为我国追逃长效机制，这与劝返措施中“承诺”有关。“承诺”即在追逃人员与在逃人员谈判过程中，给予的一定好处，以促使在逃人员回国^[24]。从实践与理论来看，此种好处可以分为三类：一，对在逃人员罪名豁免或量刑减轻；二，对犯罪亲属协助、从犯行为不予追究；三，非司法条件允诺，如探亲、回国的时间、方式等。其中前两种承诺，被普遍认为是对我国司法及国家主权的损害，是司法公正与司法效率妥协的结果。

(1)对当前我国承诺现状的梳理

当前公布的劝返人员裁判文书较少，通过对已知“百名红通”10份判决书的分析，法院认为的减轻刑罚理由如图3：

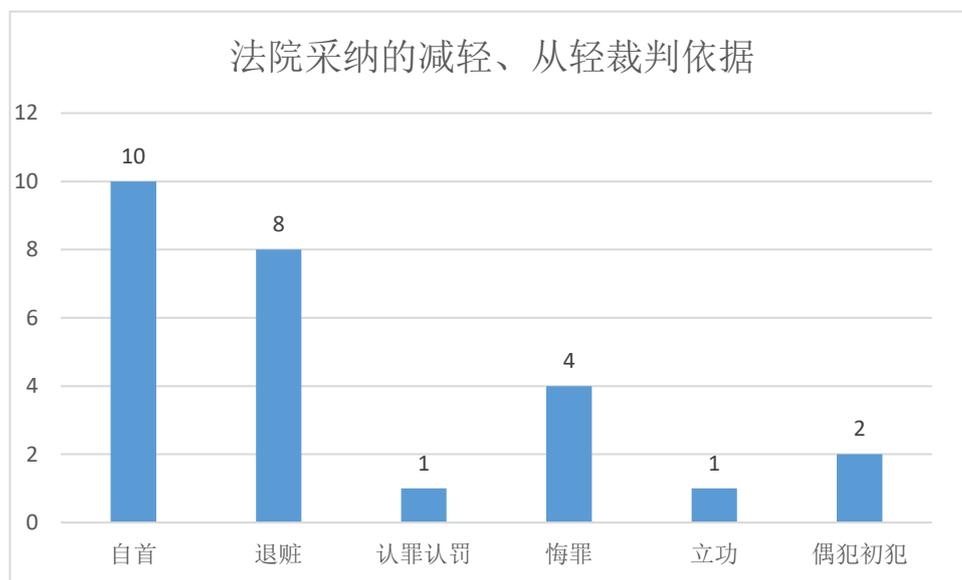


图 3 法院采纳的减轻、从轻裁判依据

可见法院所采纳的减轻、从轻裁判依据并未超出法律所允许的范围，从司法裁判中，我

[22] 黄风,刘丽:《逃往境外人员自首认定问题研究》,载《中国刑事法杂志》2010年第10期,第26页。

[23] 王亚楠:《劝返何去何从》,《潍坊工程职业学院学报》2011年第5期,第7页。

[24] 于秋:《外逃官员劝返模式引争议》,载《共产党员》2008年第23期,第39页。

们只能得出，承诺并未成为法官明示的考量因素。当然也有承诺在逃人员归案后，以自首处理的可能，但将这一行为认定为自首本就是法律应然之举(下文将会详细论述)。

在此思路下，有学者尝试通过类案研究^[25]，将国内贪污案与追逃贪污案件的裁判结果进行对比，来说明劝返导致类案不同判，实质导致司法机关与在逃人员作了类似的承诺，严重减损了我国司法公正。但此类学者所取样本量不足 10 个，认定为同案的标准也只为受贿金额与自首，所得出结论的准确性、科学性值得怀疑。连学者本人都直言，不敢做出“经劝返回国的外逃人员比国内归案的人员在同样认情况下获刑更轻”的结论。再者，就算法官在审判中，将“经劝返归案”认定为裁量依据，从裁判结果来看，也并未违反法律规定，超出自由裁量权的范围。最高人民法院在推行类案同判工作中，类案评价标准本就要实现法律效果、政治效果、社会效果三个效果一致，国内受贿案件与追逃受贿案件的社会影响、政治影响也无法完全等同。因此，承诺对司法的损害从判决上无法得出结论。

在劝返过程中所做承诺，似乎只能从权威学者表述、实务人员对案件细节的描述中。如黄风教授在采访中表示：在劝返过程中，可以作出怎样的允诺？需要最高法、最高检予以明确。在姜英案中，检察承诺“如果回来自首，检察院将在起诉时考虑具体的情节，在法律允许的范围内建议从轻”。郭廖案中，劝返人员利用家人谈亲的机会，对其做出探亲方面的优惠承诺，加速其劝返进程^[26]。在胡星案中，胡星向劝返人员请求司法机关放弃追究其弟弟协助出逃的罪行，劝返人员在此基础上提出，不但放弃对其弟帮助出逃的情节，还主动提出放弃其妻协助出逃的罪行。可推测我国司法实践中至少存在第二、第三种承诺。

(2)当前学界对承诺的不同态度

为保证劝返的有效性，在平衡“劝说在逃人员回国”和“依法追诉量刑之间关系”的基础上，支持承诺的学者认为应发挥承诺在劝返中的积极作用，其承诺范围包括全类型承诺。当然，支持派也认识到了当前承诺存在程序不规范，时间、空间不清晰，主体不明确，无法法律依据的客观缺陷。因此其也主张从承诺主体、承诺内容、承诺权限、承诺效力等方面，对承诺进行规范化完善。在承诺主体问题上，虽然劝返人员可不为司法机关工作人员，在实践中，劝返具有较强的灵活性，苛求司法机关人员参与到国外劝返行动的每个环节并不现实；劝返内容上，劝返可作出限制追诉、限制量刑的内容，但在权限上必须获得最高法与最高检的授权，对办案人员有所限制，防止其突破法律底线，来换取工作上的顺利进行。但在软司法领域，如探亲、回国时间等问题上，办案人员可以自由灵活处理。承诺合意达成后，可通过制作《接受劝返回国承诺书》的方式，在承诺书中明确劝返人员的承诺权限、具体的承诺内容，并由劝返人员和接受劝返的人员共同签字^[27]，此承诺书对我国司法机关应具有约束力。

反对派则认为承诺是对我国司法权威与司法公证的损害坚决排斥承诺的使用。

[25] 袁柏顺,贺爱群:《论我国反腐败境外追逃中劝返方式之应用》,载《广州大学学报(社会科学版)》,2018年第3期,51页。

[26] 窦克林:《政策攻心,打开了劝返的大门》,载《中国纪检监察》2017年第12期,第56页。

[27] 刘娜:《劝返的现实困境与突破路径》,载《湖北社会科学》2014年第2期,第147页。

五. 劝返法治化的基本思路

(一)法定化劝返归国成立自首的认定标准

(1)劝返回国以自首处理的基本理由

《中华人民共和国刑法》第六十七条规定：犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。由此可见，自首应同时具备“自动投案”和“如实供述自己的罪行”两方面法律要件。

“自动投案”问题上，又有投案时间，投案自主性两个要求。投案的时间从一般上理解为犯罪人尚未归案之前。扩展来看，在所犯罪行为未被发觉前投案；虽然犯罪行为被侦查人员发现，但是未确定犯罪嫌疑人具体身份前投案；初步锁定犯罪嫌疑人，但未采取强制措施前投案，这都是属于自首的范畴。在逃人员虽然被我国侦查机关锁定为犯罪嫌疑人，但是受国际执法的影响未对其采取强制措施，这也契合自首的时间要求。投案自主性是否认劝返自首处理学者的主要“攻击点”，笔者认为“受生活所迫走投无路，在承诺等劝说方式下投案”并不影响自主性。一是司法考察的是犯罪嫌疑人的自首行为，而不是自首心理。在国内实践中，主动投案自首动机情况繁多，动机并不影响自首的判定，最关键是由犯罪嫌疑人自动、自愿做出^[28]。《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》中将“亲属规劝自首”纳入认定范围，间接也传达承认了这一自首的认定精神。

如实供述自己的罪行方面，在逃人员回国归案后，如实交代自我主要犯罪经过，就应认定为自首。在如实的判断上，应采用主观说的观点，即：行为人的供述与整个案件证据证明的事实不完全一致，但能从其表达意愿、能力、记忆保存以及表达程度，可以推知行为人确实是根据自己的记忆保存对案件情况做足够描述时，应当认定为“如实供述”^[29]。在实务中还有一个误区是，如果办案机关已经掌握了嫌疑人的犯罪事实，犯罪嫌疑人到岸后再供述的，不成立自首；如果供述的犯罪行为未被侦查机关掌握的，可认定为自首。加之对《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》第1条规定的错误解读，得出了职务犯罪自首标准高的结论。笔者认为这混淆了一般自首与特别自首的关系，该结论所探讨问题，应是自首程度的问题，而不是自首成立的条件。该结论的评价应在量刑阶段进行。

劝返成本高昂来驳斥自首的成立，虽不影响实践的认定，但该说法在理论上也是难以立足的。自首其经济性原所衡量的是成本与刑罚必定性的关系，劝返所花费成本与在逃人员主动归国接受审判，如何衡量二者，孰轻孰重，本就是一个复杂的问题。况且劝返成本是否能算入自首成本，也是值得论证的。因此，不能轻易得出劝返成本过高使得自首失去意义的结论。

(2)严格区分自首与认罪认罚

在劝返相关案例中，经常看到在逃人员归国后，认定其为自首、认罪认罚的表述，笔者

[28] 梁经顺,肖洪,黄悦:《对“自动投案”的认定——结合自首的本质探究》,载《西南政法大学学报》2008年第6版,第86页。

[29] 王飞跃:《自首制度中“如实供述”的理解与认定》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2009年第5期,第50页。

认为这并不稳妥，有必要对二者进行严格区分，不能统一将劝返归国人员认定为认罪认罚。

自首与认罪认罚之间，在量刑方面虽有重合和联系，但认罪认罚从宽应当是自首之外一个独立的量刑情节。在审判时，应在自首基础上，进一步从宽处罚。这样才能凸显认罪认罚在激励被告人的独立作用。认罪认罚最重要的还有其程序价值。被告人认罪认罚的自愿性是该制度的根本，在认罪认罚过程中，要充分告知其法定权利，特别是认罪认罚后的法律效果，在签具《认罪认罚协议书》时，要有值班律师的全参与^[30]。很显然，在劝返的过程中，往往并不具有如此充分的条件。况且职务犯罪案件，被告人陈述往往作为重要证据存在，被告人未归案之前，证据往往处于不足状态，案件事实有未定之处，有众多外逃人员后，依旧积极参与诉讼，争取轻罪缓刑。在劝返时，赋予办案人员协商认罪认罚的权利，可能会导致对在逃人员产生错误引诱，剥夺其应有的诉讼权利，使认罪认罚变为实践中的“恶法”。

因此，笔者观点是认罪认罚应在外逃人员归案后，再经过进一步侦查后做出，并不能在劝返程序中，过多涉及认罪认罚程序。

(3)劝返自首的立法建议

笔者建议两院应颁布《关于逃往境外人员认定自首问题的意见》，在其中规定：在境外没有被采取强制措施的在逃人员在我国追逃机关的劝说下回国投案并在回国后如实供述其主要犯罪事实的，应当认定为自首。

(二)禁止损害司法权威的承诺

笔者在承诺问题上坚持反对主义，在司法问题上的多度承诺，可能会换来短暂承诺，但长远无益，无疑饮鸩止渴。建议仅仅将承诺范围限制在非司法范围，理由如下：

(1)过度承诺会加剧外逃行为

倘若我国对外逃人员法外开恩，广泛对外逃人员进行司法定罪量刑的承诺，不仅会导致法律权威的减损与司法的不公，还有使得犯罪人员在减罪减刑的心理支配下外逃。黄风教授认为，当前实践中，对外逃人员进行宽大处理，促使其回国，并不会导致外逃行为的加剧；这和外逃人员心理不符，大多外逃人员是为躲避法律制裁。此观点仅为理想化的推导，带有个人观点的色彩，并不完全契合司法实践。我们完全可以推导出，一名犯罪人员为获取减刑而逃到国外，再经劝返程序回国归案。

(2)死刑不引渡不能成为承诺的理由

死刑不引渡，往往成为承诺支持者所持的理由，因为对死刑的不起诉也可视为我国司法上的承诺。笔者认为该观点并不成立。

首先，与承诺不同，死刑不起诉成为国际司法的普遍实践，对死刑不引渡的遵守事实上是对国际法的遵守。其不但出现在1990年通过的联合国《引渡示范条约》中，还在《瑞士联邦国际刑事协助法》、《联邦德国国际刑事司法协助法》、《英国逃犯法》等国内法中得以体现。其国际强制性可总结为四点：①死刑不引渡条款已成为引渡条约的一般性规定②死刑不引渡条款受到特别强调③死刑不引渡原则在引渡实践中作用凸显④关于不适用死刑的承

[30] 樊崇义：《认罪认罚从宽与自首坦白》，载《人民法治》2019年第1版，第54页。

诺不容丝毫含糊^[31]。

其次，死刑不引渡的法理基础是，国家主权的互相交换。对被请求引渡国来说，其失去了对犯罪者的属地管辖，以死刑不起诉为条件允诺了请求引渡国的引渡请求。对于请求引渡国来说，其以一定的司法主权退让，换得对本国国民的属人管辖。但是在劝返里并没有主权交换，与犯罪者进行利益交换也是国际不允许的^[32]。

(3)司法价值间的互换不能成为承诺理由

公正与效率是我国司法改革中需辩证处理的正义价值。如何处理二者关系是每一个司法制度都要谨慎看待的问题。“公正是以效率为基础的，拖延效率的公正不是真正意义上的公正”。在承诺问题上，支持的学者往往论述到，犯罪者尽快得到惩处比一时的司法公正更有价值，以司法公正换取司法效率。这种观点未免过于潦草地处理了公正与效率的关系，也与我国“在公正优先的前提下合理提高效率”的司法改革应有方略相反。另一角度来看，取舍公正与效率二者关系的方法是：不同的主体具有不同的价值标准与取舍趋向。刑事案件相较民事案件更加重大紧急，甚至关涉生命，此时如果追求效率必然会忽视公正，公正的实现需要时间证明，效率的等待是为了更好的价值实现^[33]。这也反映了英美对于刑事案件诉讼时限的宽容。在劝返这一使外逃犯罪分子回国接受刑事审判的措施上，过度凸显效率并不是正义之选。

(三)劝返法的立法尝试

当今，我国正在完善涉外法律体系，《引渡法》的颁布对于我国对法治提供了坚实的法律依据，作者在此拟提出制定《劝返法》的设想，为我国劝返工作提供坚实基础。

《劝返法》可参照《引渡法》规范内容：实体规范，包括立法的要旨、相关概念；成立可劝返的构要件、拒绝劝返的事由；劝返出错所致的赔偿责任；我国劝返人员配制、劝返方式；承诺做出等。程序规范，包括：外国劝返请求的提出及审查、为劝返而采取的强制措施、劝返的执行与物品移交、费用的规定、向外国请求劝返协助等内容。

从立法结构来看，也可参照《引渡法》章节结构共分为总则；向中华人民共和国请求劝返协助；劝返协助条件，劝返协助的审查，为劝返而采取的强制措施；在外国境内进行劝返；附则。

(四)增加国际法治观念，加强对外法治合作

习主席强调要加快涉外法治工作战略布局，协调推进国内治理和国际治理。劝返的长远发展离不开涉外法治、国际合作的支持。我国司法工作人员现阶段在涉外知识上较为匮乏，导致不敢、不会、不懂对外合作，甚至出现与外国有条约签署情况下，放置不用的情况。进入21世纪，全球交往日益紧密，我国应继续加强对外法治交流，积极宣传中国法治成果，在涉外案件中，适当聘请外国律师，展示对国际合作的尊重。在合作问题上，坚持对等待遇。

[31] 黄风《国际引渡合作规则的新发展》载《比较法研究》2006年第3期，第28页。

[32] 王水明,叶剑锋:《死刑不引渡原则与国家主权》,载《中国刑事法杂志》2011年第8期,50页。

[33] 方爱国,周燕:《.司法改革——公正与效率之“弊病”与“诊治”》,载《学理论》2016年第10期,第114页。

随着中国在国际社会的地位和作用的不断提高，与中国建立和发展稳定的司法合作关系成为全世界国家的迫切需求。目前美方根据《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于刑事司法协助的协定》向中方提出的协助请求数量已经大大超过中方向美方提出的请求数量，我国应善用这一趋势与优势，抓紧时机促成与他国长久司法合作的形成。

法治兴，则国兴。制度只有法治化才能具有长远生命力。劝返作为我国追逃利器，值得深入研究，以确保其继续发光发热，推进我国反腐事业，维护国家政治清明、政府清廉！