



论《联合国反腐败公约》对我国反腐败犯罪立法的借鉴作用

吴声

2003年10月31日，世界上第一部全球性反腐败法律文件《联合国反腐败公约》诞生了。《联合国反腐败公约》（以下简称《公约》）在第58届联合国大会上审议通过，并于2003年12月9日至11日在墨西哥梅里达召开的高级别政治会议上开放签署。《公约》将在第30个国家向联合国秘书长交存批准书后第90天生效。中国政府全程参与了该《公约》谈判和拟定工作，并于2003年12月10日正式签署了该《公约》，这是当今中国反腐败进程中的一个里程碑，对于中国的反腐败工作意义重大。本文主要阐述《公约》对我国反腐败犯罪立法的借鉴作用。

一、加入《公约》对我国反腐败犯罪立法的重大意义

众所周知，腐败是人类社会经济和政治生活中的毒瘤，它破坏经济运行，危害国家稳定，毁坏公共信誉，损害社会正义。而且，随着经济全球化进程的加速，腐败犯罪日益猖獗，已经成为国际社会和众多国家共同关注的一种全球性公害。打击腐败已不再是某个国家的责任，而需要充分、全面的国际合作。《公约》是联合国历史上通过的第一部指导国际反腐败斗争的法律文件，它克服了一些区域性的反腐败法律文书的局限性，倡导了治理腐败的科学理念和策略，形成了全球打击跨国腐败共同接受的准则，确立了被转移他国的腐败资产返还的原则，并首次在国际一级建立了预防和打击腐败并加强国际合作的五大法律机制，即预防机制、刑事定罪与执法机制、国际司法合作与执法合作机制、资产返回与追还机制、履约监督机制，奠定了反腐败国际合作的坚实的法律基础，为国际反腐败事业提供了基本的法律指南和行动准则。《公约》的制定和签署，表明了国际社会预防、打击腐败犯罪的决心，对各国加强国内的反腐成效、促进反腐领域内的国际合作，具有重要和积极的意义。参见赵秉志等编：《〈联合国反腐败公约〉暨相关重要文献资料》，中国人民公安大学出版社2004年1月第1版，第2页。

中国政府一贯重视反腐败，支持制定像《公约》这类重要的反腐败国际法律文书，并本着真诚合作、实事求是的精神参与了《公约》的谈判和起草工作，对《公约》的制定提出了许多建设性的意见。2003年12月10日，中国政府签署了《公约》，相信在不久的将来，中国一定能够被批准加入该《公约》。这表明，中国政府反腐败的信心是坚定的，加强反腐败国际合作的立场是明确的，中国愿意与国际社会共同努力，为促进中国和世界各国的经济社会发展创造良好的环境，为促进人类文明的共同进步作出贡献。中国加入《公约》，在反腐败立法上可以借鉴《公约》，从而为中国反腐败事业提供重要的制度性保障，进一步完善我国反腐败的法律机制，使我国反腐败的机制和理念与国际接轨，并符合国际惯例，将使我国打击和预防腐败的工作取得更大的成效。中国签署并在将来批准加入该《公约》，意义重大，影响深远。

二、《公约》确立了我国反腐败立法的原则

腐败给我国的政治、经济和社会稳定造成了不可估量的损害，我国政府一直致力于腐败的预防、打击和遏制。《公约》的签署、生效以及我国加入该《公约》，表明了我国政府与腐败斗争到底的决心和信心。认真遵守并履行《公约》，并借鉴《公约》的科学之处，对完善和改进我国的反腐败立法机制有重大的促进作用。《公约》确立了我国反腐败立法的如下原则：

（一）预防和打击并重

《公约》注重预防腐败，把对腐败的预防放在与打击腐败同样重要的位置上，

并在《公约》中首先规定具体的预防措施。防患于未然，这符合事物的科学发展规律，反腐败工作亦是如此。在某种程度上，预防腐败比打击腐败更为重要。打击和预防并重，《公约》为我国反腐败立法工作提供了最新的理念。

(二) 构建惩治腐败的法律框架，加强国际合作，增强我国国际反腐败能力

长期以来，反腐败斗争一直局限于各国国内。随着全球化进程的发展，腐败犯罪越来越呈现跨国犯罪的趋势，主要表现在腐败行为所得的财产能够迅速转移到国外，犯罪人也能逃到外国。这样，腐败分子往往存在侥幸心理，腐败更加猖獗。《公约》通过以后，国际社会从此拥有在全球范围内打击腐败的有力法律武器。中国政府也会遵循《公约》的规定，确立惩治腐败的法律框架，加强国际合作，增强我国的国际反腐败能力。

(三) 遵循国际惯例，完善我国反腐败的立法机制

迄今为止，《公约》是规定反腐败的最完整、全面而又具有广泛性、创新性、科学性的国际法律文件，它倡导了许多最新的理念，如预防和打击腐败犯罪并重，坚持多学科、综合性、广领域的预防战略，实行政府主导、社会参与相互促进，以及坚持各国依法独立开展反腐败并加强国际合作等，我国对这些科学理念都应予以借鉴。同时，《公约》对我国反腐败法律机制带来了全新的挑战。因为我国的反腐败立法机制仍存在许多不完善之处，必须予以完善，以符合国际惯例，与国际接轨。笔者认为，应该修订我国的刑法，完善相关法律、法规，与《公约》相协调、配套。具体来说，即进一步强化预防腐败的措施、以“国家公职人员”取代“国家工作人员”、扩大洗钱罪的上游犯罪、修改巨额财产来源不明罪、增加贿赂外国公职人员或国际公共组织官员等罪名、扩大贿赂的范围和保护证人、鉴定人、被害人、举报人以及引渡、资产的追回等问题。

三、借鉴《公约》规定，完善我国刑法立法

腐败主要用刑事加以抵制，《公约》规定了许多关于腐败的罪名。我国刑法的某些规定与《公约》不符。因此，笔者建议，应对我国刑法作以下修订，以便完善反腐败的刑事立法：

(一) 以“国家公职人员”取代“国家工作人员”

《公约》在第一章总则“术语的使用”中对“公职人员”、“外国公职人员”、“国际公共组织官员”等术语作了明确规定，“国家公职人员”已经成为国际上统一使用的术语。而我国刑法第93条规定了“国家工作人员”，导致逻辑和语义上的错误，与国际惯例不符。笔者建议，用“国家公职人员”取代“国家工作人员”，理由如下：

1. “国家工作人员”概念并不确定。

从“国家工作人员”称谓的历史沿革中可以看出，其概念不断变化，并不确定。对国家工作人员，从新中国成立以来，人们习惯上称之为“国家干部”，以表示这些人的特殊身份。但作为法律意义上的概念，是在1979年刑法第83条中确立的：“本法所说的国家工作人员是指一切国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员。”这一规定比较笼统、模糊，不适应改革开放后打击经济领域内犯罪的实际需要。1982年3月全国人大常委会作出了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，对“国家工作人员”作了具体解释：“本决定所称国家工作人员，包括在国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关、军队、国营企业、国家事业机构中工作的人员，以及其他各种依照法律从事公务的人员。”这一解释比较1979年刑法第83条的规定而言，对“国家工作人员”的范围解释得更具体一些。其变化就是将原“企业”解释为“国营企业”，这是因为当时我国企业的所有制范围发生变化，集体经济组织发展较快，同时出现少量个体经济，因此，企业就有国营、集体经营、私营之分。随着经济体制改革的不断推进，国家的经济生活出现大量新的情况，社会经济成分由过去单一公有制转变为以公有制为主体的多种所有制经济，分配形式由过去的按劳分配转变为以按劳分配为主体的多种分配形式。与此同时，我国的政治生活和社会生活也发生变化，国家公职人员贪污、贿赂犯罪增多，而当时的刑事法律对贪污、贿赂犯罪主体的规定存在种种缺陷，不利于惩治和遏制贪污、贿赂犯罪。为此，1988年1月全国人大常委会通过《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，把“国家工作人员”的范围扩充到“集体经济组织工作人员”和“其他经手、管理公共财物的人员”。该规定虽然弥补了“国家工作人员”范围过窄的缺陷，但并未解决“国家工作人员”概念本身不确定的痼疾，弊端依然明显。1992年，党的十四大确立了建立社会主义市场经济体制之后，实行公有制为主，多种所有制经济共同发展的经济体制。为适应这一变化，1993年3月29日，第八届全国人民代表大会第一次会议通过了宪法修正案，将“国营经济”、“国营企业”修改为“国有经济”、“国有企业”。“国营”和“国有”

的一字之改，反映了十多年我国改革开放的重大成果，体现了全民所有制经济的所有权和经营权可以分离

的原则，从而为国有经济、国有企业的改革和发展提供了刑法依据；同时，也为国家刑事法律对“国家工作人员”范围的界定确定了基本精神。但是，我国的刑事法律没有及时对“国家工作人员”的范围作修改和补充，导致国家公职人员腐败犯罪愈演愈烈。1997年刑法典第93条正式确立“国家工作人员”这一法律概念。仅过3年，2000年4月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议又通过《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》，把“国家工作人员”的范围又扩充到村民委员会等村基层组织人员。

2. “国家工作人员”概念存在外延和内涵上的逻辑错误。

“国家工作人员”概念的外延有多大，这一问题长期以来一直困扰我国法学理论界和司法实际工作部门。关于“国家工作人员”概念的外延，聚讼已久，莫衷一是，最有代表性和权威性的有三种观点：一是最高人民检察院的职能论；二是最高人民法院的身份论；三是现行刑法提出的公务论。1995年11月7日最高人民检察院《关于办理公司、企业人员受贿、侵占和挪用公司、企业资金犯罪案件适用法律的几个问题的通知》中，视国家工作人员为：“1. 国家机关工作人员；2. 在国家各类事业机构中工作的人员；3. 国有企业中的管理人员；4. 公司、企业中由政府主管部门主管任命或者委派的管理人；5. 国有企业委派到参股、合营公司、企业中行使管理职能的人员；6. 其他依法从事公务的人员。”该解释对公司、企业人员强调行使管理职能，因而被人们称之为“职能论”。1995年12月25日最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》中，对全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第12条所说的“国家工作人员”，解释为：“是指在国有公司、企业或者其他公司、企业中行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员，包括受国有公司、国有企业委派或者聘请，作为国有公司、国有企业代表，在中外合资、合作、股份制公司、企业中，行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员。”该解释不仅认为应行使管理职权，而且强调必须具有国家工作人员身份，因而被人们称之为“身份论”。

《现代汉语词典》对“管理”解释为三种含义：一是负责某项工作使顺利进行，如管理财务；二是保管和料理，如管理图书；三是照管并约束(人或动物)，如管理罪犯。参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1978年12月第1版，第403页。据此，无论取何种含义，管人、管财、管物都是管理。管理的范围是宽泛的、难以确定的。说到“干部身份”，在今天的国有公司、企业里，大多不再实行干部编制，已经由过去的身份管理转移到岗位管理，干部与工人的界限已经模糊不清了。现在不可能在实行合同制、聘任制的国有公司、企业里分出谁是干部、谁是工人。所以说，无论是职能论，还是身份论，两者划分的标准在现实的社会实践中都是行不通的。

1997年的现行刑法立法者以公务论取代了职能论和身份论，界定为所有“从事公务的人员”都属于“国家工作人员”。这样的界定，可以说找到了上述两种不同意见的结合点，但仍没有解决矛盾的焦点，仍存在逻辑上和语义上的错误。现行刑法第93条规定：“本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。”这一规定，从逻辑学上分析，给“国家工作人员”下的是一个外延定义而不是内涵定义。“国家工作人员”这个概念的外延难以穷尽和列举，况且从外延定义中人们很难甚至不能知晓“国家工作人员”这一概念所揭示的本质属性。为了准确地掌握概念，更好地使用概念，应从两个方面入手：一是明确概念的内涵，即该概念的含义是什么；二是明确概念的外延，即该概念到底包括哪些具体对象。这两个方面中，如果有一个方面不明确，就不算真正的明确；只有两个方面都明确了，才算真正的明确。在司法实践中，对“国家工作人员”这一概念把握不准，恐怕与国家刑事法律包括现行刑法对“国家工作人员”只作外延界定而未作内涵揭示有很大关系。再者，国家工作人员“是指国家机关中从事公务的人员”这句话，相对来说，“国家工作人员”是一个属概念，而“国家机关工作人员”是一个种概念，两者不能同一。“国家工作人员”的外延大，其包含了“国家机关工作人员”；“国家机关工作人员”的外延小，包含在“国家工作人员”之中，两者之间的关系是属种关系。具有属种关系的两个概念不能并列使用，也不能对等使用。从现行刑法的有关条款中，我们也看到，“国家工作人员”和“国家机关工作人员”是完全不同的两个概念，怎么能说属就是种呢？按照定义规则，定义概念的外延与被定义概念的外延必须相应相称。只有相应相称，才能准确地揭示被定义概念的内涵，“国家机关工作人员”是一个定义概念，而“国家工作人员”是被定义概念。两个概念的外延差别是很明显的，前者小于后者。依此看来，国家工作人员“是指国家机关中从事公务的人员”这句话，违反了上述定义规则，犯了定义过窄的逻辑错误。参见蔡雪冰：《以“国家公职人员”取代“国家工作人员”——“国家工作人员”立法解释辨析》，载《国家检察官学院学报》2001年第3期，第102页。

《现代汉语词典》对“公务”解释为“关于国家或集体的事务”。参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1978年12月第1版，第380页。据此，在国家机关、国有公司、企业、事业单位等之中，谁是从事公务的人，谁又是从事非公务的人？也就是说，在这些单位中除了从事公务的人员外，有没有从事私务的人员？答案是肯定的。所以，公务论也犯了语义上的错误。现行刑法第93条关于“国家工作人员”的界定造成概念外延未能穷尽列举、内涵不确定，而且在司法实践中也不好掌握，不利于预防、打击和惩治腐败犯罪。

3. “国家公职人员”在法律上是确定性和科学性的概念。

如前所述，“国家工作人员”这一概念外延不易穷尽性、内涵不确定性，不宜作为一个法律概念来界定。相反，“国家公职人员”本身具有法律概念的确定性和科学性。从现代汉语词义来理解，所谓国家公职人员，是指在国家经济、政治和社会生活中担任公共职务、行使公共职权、履行公共职责的人员。所谓公共职务，是指公共职务行为人在国家各级各类公共部门中执行职务活动时由法律规定所负有职责和所享有职权的一种法律身份。

具有一定的职务的人，必然掌握着一定的与此相适应的职权，因而也就负有一定的职责。职权即职务上的权力，它既是执行职务活动的具体表现，又是执行职务活动的必要条件。没有一定的职权，也就没有能力处理好职务活动中的有关问题，执行职务活动就成了一句空话。职责即职务本身要求执行人员承担的责任，它既是对职权行使范围的限制，同时也是执行职务活动的必然要求。国家公职人员在担任公共职务期间，正确地行使公共职权，忠实地履行公共职责，这是对国家公职人员最起码的要求。以权谋私、权钱交易，这是国家公职人员腐败犯罪一个最突出、最本质的特征。所谓腐败犯罪，就是国家公职人员违反或偏离公共职责，私用或滥用公共职权，且一般是故意地实施带腐败性质的致使国家和人民利益遭受重大损失的应受刑罚惩罚的行为的总称。因此，构成腐败犯罪的主体只能是国家公职人员，主要包括国家机关工作人员，国有公司、企业、事业单位、人民团体中的工作人员，受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中工作的人员，以及其他依照法律从事公共职务活动的人员。这些人员都是担任某一特定职务、掌握某种特定职权、履行某项特定职责的特殊主体，除此之外的一般主体，都不能构成腐败犯罪的主体。因此，“国家公职人员”这一概念的内涵是比较明确的，外延也是比较容易确定的，司法实践也好把握，有利于惩治腐败犯罪。把“国家公职人员”作为腐败犯罪的主体，反映了腐败犯罪的本质特征和内在要求。参见蔡雪冰：《以“国家公职人员”取代“国家工作人员”——“国家工作人员”立法解释辨析》，载《国家检察官学院学报》2001年第3期，第102~103页。

4. “国家公职人员”的称谓符合《公约》及国际惯例。

《公约》在第一章“总则”第2条“术语的使用”中对“公职人员”规定为：“1. 无论是经任命还是经选举而在缔约国中担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员，无论长期或者临时，计酬或者不计酬，也无论该人的资历如何；2. 依照缔约国本国法律的定义和在该缔约国相关法律领域中的适用情况，履行公共职能，包括为公共结构或者公营企业履行公共职能或者提供公共服务的任何其他人员；3. 缔约国本国法律中界定为‘公职人员’的任何其他人员。”对“外国公职人员”解释为：“指外国无论是经任命还是经选举而担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员，以及为外国，包括为公共机构或者公营企业行使公共职能的任何人员。”因此，“国家公职人员”这一概念在国际上比较通用，也符合《公约》和国际惯例，同时适应于市场经济条件下腐败犯罪主体由主管官员向一般官员、一般公职人员、非公共部门扩展等发展变化的需要。

综上，笔者建议用“国家公职人员”取代“国家工作人员”，并将现行刑法第93条修改为：“本法所称国家公职人员，是指依任命或经选举而担任公共职务、行使公共职权、履行公共职责的人员。包括国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体中工作的人员，以及由这些单位和组织委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中工作的人员，以及村民委员会等基层组织人员协助人民政府从事管理工作的人员，以及其他依照法律执行公共职务活动的人员。”其他法律、法规有关条款中的“国家工作人员”，都以“国家公职人员”来取代。“国家公职人员”概念的确立，明确了反腐败对象的范围，对构建我国反腐败的法律机制，具有重大的理论意义。

(二) 修改巨额财产来源不明罪

《公约》第三章“定罪和执法”第20条“资产非法增加”规定为：“在不违背本国宪法和本国法律制度基本原则的情况下，各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将下述故意实施的行为规定为犯罪：资产非法增加，即公职人员的资产显著增加，而本人无法以其合法收入作出合理解释”。在我国刑法中，规定了巨额财产来源不明罪，与资产非法增加相类似，但是巨额财产来源不明罪在定罪和量刑上都有很大

缺陷，亟待改进。

1. 巨额财产来源不明罪的缺陷。

我国1979年刑法没有巨额财产来源不明罪的规定。针对一些国家工作人员侵吞国家、集体财产，化公为私的问题，1988年1月21日全国人大常委会在《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中增设了一个新罪名——巨额财产来源不明罪。1997年3月14日第八届全国人大第五次会议修订刑法时保留了此罪，将其纳入分则第八章，即第395条第1款，规定为：“国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。”巨额财产来源不明罪的构成要件为：本罪侵犯的客体，是公私财产的所有权和国家的廉政建设制度；客观方面表现为国家工作人员（应为国家公职人员，下同——笔者注）不能说明其明显超过合法收入的巨额财产的来源是合法的行为；犯罪主体是特殊主体，即只有国家工作人员才可以构成本罪的主体。从增设巨额财产来源不明罪十几年来司法实践看，并未达到惩治腐败的立法初衷，相反，却成为一些腐败分子蒙混过关的“挡箭牌”、“避风港”。该条款存在的明显缺陷如下：

（1）追究巨额财产来源不明罪，缺乏前提条件。惩治此罪的前提条件是国家必须出台财产申报法（即“阳光”下的政府法），国家工作人员的收入和家庭财产必须在媒体上公开，必须接受全体公民和媒体的全方位有效监督。只有实行了财产申报制度，才能及时发现国家工作人员的非法收入，以巨额财产来源不明罪追究其刑事责任。我国尚未出台财产申报法，单独追究此罪，缺乏前提条件，难以操作。党内虽对财产申报有相关规定，但缺乏法律强制性，缺乏公开性，形同虚设，而且没有上升到立法高度，没有法律效力。

（2）巨额财产来源不明罪与罪责刑相适应原则相矛盾。我国刑法第5条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”罪责刑相适应原则的含义是：犯多大的罪，就应承担多大的刑事责任，人民法院也应判处其相应轻重的刑罚，做到重罪重罚，轻罪轻罚，罪刑相称，罚当其罪。在分析罪轻罪重和刑事责任大小时，不仅要看犯罪的客观社会危害性，而且要考虑行为人的主观恶性和人身危险性，综合衡量，从而确定其刑事责任，适用相应轻重的刑罚。但是，巨额财产来源不明罪并未体现罪责刑相适应原则。如原云南玉溪红塔烟草（集团）有限责任公司董事长、总裁褚时健等贪污巨额财产来源不明案，其中褚时健有财产计人民币403万元、港币62万元不能说明其合法来源。褚犯该罪仅被判有期徒刑5年。再如原安徽省阜阳市市长肖作新夫妇重大经济犯罪案，肖作新、周继美巨额财产中明显超过合法收入的部分为人民币1223万余元、美元14万余元、港币83万余元，其中被告人肖作新犯巨额财产来源不明罪也仅被判处有期徒刑5年。上述人员的犯罪行为严重破坏了国家机关正常的工作秩序，侵害了国家工作人员职务行为的廉洁性和国家工作人员的财产申报制度，行为人主观恶性较深，社会危害性极大，但该罪法定刑最多处有期徒刑5年，案值标的为460万元的判处有期徒刑5年，案值标的为1223万元的还是判处有期徒刑5年。刑法第395条对此类犯罪量刑如此规定，与行为人造成的社会危害性和主观恶性相比，显得很不调和，使得巨额财产来源不明罪和罪责刑相适应原则所体现的重罪重罚、轻罪轻罚、罚当其罪、罪刑相称相矛盾。因此，巨额财产来源不明罪并没有达到有效打击严重经济犯罪行为的目的，反而变成严重经济犯罪分子趋利避害的“避风港”，这也是立法者所始料未及的。

（3）巨额财产来源不明罪刑罚措施单一，忽视对财产刑的适用。我国刑法对受贿罪、贪污罪等贪利性的犯罪都规定了罚金或没收财产等财产刑。但刑法第395条第1款规定对“以非法所得论”的财产予以追缴，笔者认为该罪刑罚措施单一，忽视对财产刑的适用。追缴非法所得和财产刑的区别是：第一，财产的性质不同。追缴所涉及的财产是非法财产；而财产刑所涉及的财产则为合法财产。第二，财产的来源不同。追缴所涉及的财产是行为人通过不法手段获得；而财产刑所涉及的财产则是行为人通过正当途径取得。第三，目的不同。追缴非法所得是对非法行为的否定性评价，因而对非法所得予以追缴；而财产刑则是对合法财产所有权的剥夺，是对行为人的一种否定性评价和惩罚性措施。第四，方法不同。追缴非法所得是非刑罚处罚方法；而财产刑则是刑罚处罚方法。通过上述分析，笔者认为，不能以追缴非法所得来代替财产刑。而且，在来源不明的巨额财产背后，给国家和社会造成的损失尚不能估量，所以，应在刑法中就巨额财产来源不明罪规定财产刑。这样既可以部分地弥补行为人给国家和社会所造成的损失，又是对行为人的一种否定性评价和惩罚性措施。

（4）巨额财产来源不明罪量刑太轻，对罪犯心理产生不良影响。从犯罪心理学角度分析，巨额财产来源不明的犯罪分子是具有特殊身份的犯罪分子，身居要职，关系网复杂，社会经验丰富，反侦查能力较强。一旦案发，一开始是畏罪心理和逃避心理，行为人对事实矢口否认，故意编造谎言，以此逃避罪责。继而是侥幸心理，行为人自认为可以逃避罪责，敢于大胆筹划和实施对策，铤而走险，蓄意颠倒是非，隐瞒罪行而不惧怕法律的尊严。最后是预测刑期心理，犯罪分子利用自己知道的有关刑法知识，再衡量自己的真

实罪行和自己拒不交待的后果，预测将要受到何种刑罚及刑期的长短（该罪至多判处5年有期徒刑），比较得失，权衡利弊。在这种心理支配下，最终的结果是拒不认罪，顽抗到底。被告人拒不说明差额部分财产真实来源，既是构成要件本身，又是认罪态度，在量刑时就应考虑其认罪态度，因为巨额财产来源不明往往意味着存在贪污、受贿等犯罪行为。但本罪的法定刑恰好违背了这一宗旨——它“鼓励”犯罪分子同追诉机关抗争到底。因为他们明白，如果老实交待犯罪事实，意味着将面临比沉默更为严厉的惩罚。犯罪后寻求对自己最有利的刑事追诉结果的心态，迫使他们不得不置悔罪心理于不顾。这既不利于贯彻党的刑事政策，又与刑法规定的自首制度相悖。自首制度旨在感召犯罪分子主动投案，鼓励犯罪分子改过自新。但在这种情况下，“两害相权取其轻”，他们不愿意自首和坦白。因此，巨额财产来源不明罪最高为5年的法定刑实际上助长了他们的犯罪心理。

2. 巨额财产来源不明罪的完善。

有人认为，修订刑法第395条第1款有两套方案可供选择：一是保留巨额财产来源不明罪，提高法定刑，明确规定各个量刑幅度的数额标准。同时，国家应尽早出台财产申报法。二是取消巨额财产来源不明罪，非法财产按贪污罪论处。这方面国外已有成功经验，如《新加坡反贪污法案》第4条和《印度1988年防止贪污法》第13条都规定，公务员对其超过合法收入的财产，不能作出令人满意的解释，按贪污罪论处。此种制度设计有力地打击了腐败分子。两相比较，第二方案更可取。参见朱向东：《应修订刑法巨额财产来源不明罪的有关规定》，载《人大研究》2003年第3期，第31页。笔者不赞同这种观点。

笔者认为，如果以不能说明巨额财产的合法来源为理由，就认为是贪污、受贿，比照贪污罪、受贿罪定罪量刑，的确违反罪刑法定，有类推和“有罪推定”的嫌疑。毕竟我国刑法对贪污罪、受贿罪、巨额财产来源不明罪的构成要件都有明文规定，不能随便比照、类推，否则就是违反罪刑法定原则。因此，笔者认为提高巨额财产来源不明罪的法定刑，增设罚金刑，降低起刑点，明确量刑幅度的数额标准的方案是可取的。

（1）提高巨额财产来源不明罪的法定刑。

在最近的几届“两会”上，关于修改巨额财产来源不明罪的议案和提案颇多。如前所述，人们普遍认为，该罪的最重刑只有5年，明显偏轻。而且，犯罪嫌疑人清楚地知道，在司法机关无法查证的情况下，他坦白自己的巨额财产系贪污、受贿而来，最高可能被判处死刑；但如果他一口咬定“我不知道这些钱是从哪里来的”，那么他顶多被判5年。所以，巨额财产来源不明罪成了一些犯罪嫌疑人的一个“避难所”，成了不少贪官的一道“免死牌”。对于贪污、受贿犯罪的指控，需要检察机关通过办案收集到确凿的证据，而对于巨额财产来源不明罪的指控，相当于是在犯罪嫌疑人拒不坦白交待、检察机关又确实无法查证的困境之下的无奈选择。但是，如果比照贪污、受贿进行量刑，确有畸重之嫌。

为达到刑罚的一般预防和特殊预防的目的，有效地遏制腐败现象的蔓延，打击巨额财产来源不明的犯罪行为，以维护国家长治久安和社会主义市场经济的健康发展，笔者建议，将巨额财产来源不明罪的法定刑提高到无期徒刑。这样，可以符合罪责刑相适应的原则，又可以威慑犯罪分子，实现相对公平和正义。

（2）增设罚金刑或没收财产。巨额财产来源不明罪是贪利型犯罪，犯罪分子是出于对金钱的贪婪而实施犯罪的。我国刑法仅规定对差额部分予以追缴，在司法实践中不易操作。目前我国家庭财产所有权不明晰，犯罪分子非法获取的巨额财产往往并不以个人名义掌握，因此，在追缴财产差额部分时会产生许多问题，造成犯罪者在经济上并没有受到应有惩罚，刑罚效力大打折扣。但是，无论从抑制贪欲、预防犯罪的角度，还是从让犯罪人欲得反亏、强调惩罚的角度看，罚金刑都大有必要。罚金是人民法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。刑法第52条规定：“处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。”因此，罚金刑以犯罪分子贪占财产数额为标准，贪占的财产越多，罚金数额就越高，使犯罪分子在经济上得不到好处反而加倍付出。没收财产是人民法院将犯罪分子所有财产的一部或者全部强制无偿地收归国有的刑罚方法。刑法第59条规定：“没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。”没收财产只能适用于刑法分则明文规定可以判处没收财产的那些犯罪，如危害国家安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、贪污贿赂罪。对巨额财产来源不明的犯罪分子没收其财产，可以彻底摧毁其非法所得，从而使其在经济上一无所获，并断绝其犯罪念头。因此，对巨额财产来源不明罪增设罚金刑或没收财产，可以促使其在权衡利弊之后放弃犯罪，并且从根本上击毁其贪利心理，从而发挥刑罚的巨大威力，有效地遏制此类犯罪的发生。

（3）降低起刑点，明确量刑幅度的数额标准。笔者认为，目前我国刑法及相关解释对巨额财产来源不明罪规定的起刑点过高，明显放纵犯罪分子，打击不力。最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》（高检发释字〔1999〕2号）对巨额财产来源不明罪的立案标准是：“涉嫌巨额财产来源不明，数额在30万元以上的，应予立案。”参见最高人民法院刑事审判第一庭编：《刑事审

判参考》1999年第4辑，法律出版社1999年10月第1版，第64页。笔者建议，应该比照贪污罪的量刑标准，确定其具体量刑幅度的数额标准。因此，笔者建议，对刑法第395条第1款修改如下：

“国家公职人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源合法的，差额部分以非法所得论，并处罚金。根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

(一)巨额财产来源不明在十万元以上的，处十年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。

(二)巨额财产来源不明在五万元以上不满十万元的，处五年以上有期徒刑，可以并处罚金；情节特别严重的，并处没收财产。

(三)巨额财产来源不明在五千元以上不满五万元的，处一年以上五年以下有期徒刑，可以并处罚金；情节严重的，并处没收财产。巨额财产来源不明在五千元以上不满一万元，犯罪后有悔改表现，积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

(四)巨额财产来源不明在三千元以上五千元以下，情节较重的，处二年以下有期徒刑或者拘役，可以并处罚金；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。”

(三)增设贿赂外国公职人员或国际公共组织官员罪

《公约》第三章“定罪和执法”第16条“贿赂外国公职人员或者国际公共组织

官员”规定：“一，各缔约国均应当采取必要的立法和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：直接或间接向外国公职人员或者国际公共组织官员许诺给予、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，以使该公职人员或者该官员在执行公务时作为或者不作为，以便获得或者保留与进行国际商务有关的商业或者其他不正当好处。二，各缔约国均应当采取必要的立法和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：外国公职人员或者国际公共组织官员直接或间接为其本人或者其他人员或实体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。”

我国刑法关于贿赂罪的规定有：第163条公司、企业人员受贿罪，第164条对公司、企业人员行贿罪，第385条受贿罪，第387条单位受贿罪，第389条行贿罪，第391条对单位行贿罪，第392条介绍贿赂罪，第393条单位行贿罪。我国刑法规定的贿赂犯罪，其主体是自然人、公司、国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体，即使是第391条对单位行贿罪，也没有对外国公职人员或国际公共组织官员行贿的规定。为履行《公约》，与国际惯例接轨，笔者建议，在我国刑法增设贿赂外国公职人员或国际公共组织官员罪，具体表述如下：

“为谋取不正当利益，给予外国公职人员或国际公共组织官员以好处的，处五年以下有期徒刑或者拘役；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。

因被勒索给予外国公职人员或国际公共组织官员好处，没有获得不正当利益的，不是行贿。

行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。”

(四)扩大贿赂范围，用“好处”取代“财物”

《公约》第三章“定罪和执法”第16条“贿赂外国公职人员或者国际公共组织

官员”中使用了“好处”；第18条“影响力”中也同样使用“好处”。影响力交易类似我国的介绍贿赂

罪，该条规定：“各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：

(一)直接或间接向公职人员或者其他任何人员许诺给予、提议给予或者实际给予任何不正当好处，以使其滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，为该行为的造意人或者其他任何人从缔约国的行政部门或者公共机关获得不正当好处；(二)公职人员或者其他任何人员为其本人或者他人直接或间接索取或者收受任何不正当好处，以作为该公职人员或者该其他人员滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，从缔约国的行政部门或者公共机关获得任何不正当好处的条件。”《公约》将贿赂犯罪的范围规定为“好处”，对我国的贿赂犯罪范围可以起借鉴作用。

1. 我国贿赂犯罪的范围。

我国1979年刑法第185条只规定“收受贿赂”，而未明确贿赂是什么。以后的法律包括现行刑法都明确规定为“财物”。关于什么是贿赂范围，学术界存在三种观点：第一种观点认为，贿赂只应限定为财物，即金钱和物品。第二种观点认为，贿赂不应只限于财物，还应包括其他财产性利益，即可以用金钱来计算的物质利益，例如，设定债权，免除债务，提供劳务或者担保，降低贷款利息，提供住房权，等等，都可以成

为贿赂。第三种观点认为，贿赂应包括财物（金钱及实物）和可以用货币计算的财产性利益，以及其他非财产性的不正当利益，这些非财产性的不正当利益包括诸如提供招工指标，安置亲属就业、升学，提升职务，迁移户口以及异性性交的利益等。参见王作富：《受贿罪研究》，载王作富：《刑法论衡》，法律出版社2004年1月第1版，第535~537页。

2. 用“好处”取代“财物”。

在1997年修订刑法时，对于贿赂是否应当限定为财物，曾经再次展开了讨论，但是，主张扩大贿赂范围的意见最终仍未被立法机关所采纳。笔者认为，应当扩大贿赂的范围，用“好处”取代“财物”，理由如下：

（1）符合《公约》的规定。如前所述，《公约》第三章“定罪和执法”第15条“贿赂本国公职人员”、第16条“贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员”、第18条“影响力交易”、第19条“滥用职权”、第21条“私营部门的贿赂”、第25条“妨害司法”等条款，均规定贿赂对象是任何形式的好处，但不限于财物。

（2）国际上有先例。关于贿赂的范围，有许多国家规定为“好处”或“利益”。如《法国刑法典》规定为“赠礼、馈赠或其他好处”；《日本刑法典》规定，贿赂指满足一切人们需要的利益或好处，包括物质性或者非物质性，甚至性贿赂；新加坡的《反贪污法》规定贪污、贿赂的对象（即报酬）包括金钱、礼品、职位、就业机会、免除债务或义务、各种类型的服务等，任何人不论直接还是间接贪污性地索取、接受、同意接受好处。

（3）“好处”更符合我国国情。我国国人常说“好处”，“好处”可以包括一切财物、利益、财产性利益和非财产性利益，囊括所有贿赂的范围。因此，笔者建议，将我国贿赂犯罪的贿赂范围扩大为“好处”，不仅符合《公约》和国际惯例，而且符合我国国情，更有利于打击我国的贿赂犯罪。

总之，《公约》第一次在国际反腐败领域以综合性、多学科的方式确定了一系列打击腐败的原则、措施，为我国打击和预防腐败犯罪的立法工作提供了法律原则和标准。借鉴《公约》的相关规定，完善我国反腐败的立法工作，有利于构建我国反腐败的法律机制。

（作者系山东聊城中级人民法院副院长、法学博士）

更新日期：2007-2-10

阅读次数：1267

上篇文章：《罗马规约》与中国刑法犯罪故意之比较

下篇文章：论惩治恐怖活动犯罪的国际国内立法

 打印 |  关闭

 TOP