

2009年 第三辑

(总第三十四辑)

审判研究

吴 越 / 案例指导的认识误区与生成途径

房绪兴 郝英兵 / 巨额财产来源不明罪研究

马荣春 徐晓霞 / 共同犯罪若干问题研究

公丕祥 / 当代中国能动司法的理论与实践

南京市中级人民法院 / 审判经验有效应用的科学路径

李 平 / 立案调解研究

扬州市中级人民法院课题组 / 关于司法鉴定结论适用问题的
调查与思考



2009年 第三辑 (总第三十四辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2009年. 第3辑: 总第34辑/《审判研究》编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2009. 12
ISBN 978-7-5118-0224-8

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—
中国 IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 229190 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960毫米 1/16

印张/15 字数/240千

版本/2009年12月第1版

印次/2009年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5118-0224-8

定价: 20.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	马汝庆	马志相
帅巧芳	叶兆伟	刘 华	刘亚平
刘媛珍	汤小夫	李玉生	李后龙
时永才	吴立香	何 方	宋 健
张 屹	张培成	陆鸣芬	范 群
茅仲华	周茸萌	周晖国	屈建国
胡道才	俞灌南	姜洪鲁	贺强兴
徐清宇	蒋惠琴	谢国伟	褚红军
薛剑祥			

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轶 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 轶（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 魏 明

专家论坛

- 1 吴 越 / 案例指导的认识误区与生成途径
- 10 房绪兴 郝英兵 / 巨额财产来源不明罪研究
——以《联合国反腐败公约》为基点
- 18 马荣春 徐晓霞 / 共同犯罪若干问题研究

特 稿

- 29 公丕祥 / 当代中国能动司法的理论与实践

特别策划

- 53 南京市中级人民法院 / 审判经验有效应用的科学路径
——关于转化与推广工作机制创新与发展的思索
- 62 徐清宇 周永军 / 理论与实践的循环递进是创立审判经验的有效途径
——以姜堰法院运用善良风俗审理民事案件为样本
- 72 无锡市中级人民法院 / 总结审判经验的价值与向度
- 86 阮忠良 / 传承审判经验 提升司法能力
——以上海市二中院司法实践为视角
- 92 江苏省高级人民法院研究室 / 深入总结审判经验 推动人民法院工作科学发展
——江苏法院“总结与创新:人民法院总结审判经验论坛”综述

专题研究

立案调解研究 / 李 平	103
设立民商事案件执行救助制度的法律思考 / 方 红 仲伟民	117
论交付与占有于权利移转之意义:以我国 《物权法》为基础 / 李志忠	125
民事不公开审理的案件范围之比较法分析 / 杨瑜娴	134
论专利权与公共利益的冲突及解决 ——评“达菲困局” / 吴军良	141

调查报告

关于司法鉴定结论适用 问题的调查与思考 / 扬州市中级人民法院课题组	156
---------------------------------------	-----

各抒己见

滥用执行异议和复议权的考察与规制 / 李 彬 俞其平	171
股东代表诉讼的双重属性 ——兼评《公司法》第 152 条 / 宗延军 马 帅	179
判决主文常见问题实证分析 / 吴春峰	188
论我国环境公益诉讼中的适格原告 / 王 燕	196
论电子资金划拨中当事人之间利益的平衡 / 郝 洁	208
公司章程制定与修改准则:基本 向度与内容限制 / 吴成新 王建文	219

审判参考

江苏省高级人民法院 江苏省环境保护厅关于环境污染 损害赔偿纠纷案件调解工作的意见(试行)	226
江苏省高级人民法院关于行政诉讼案件扣除审限的规定	229

专家论坛

案例指导的认识误区与生成途径

吴 越*

一、“准判例法”的概念与其在成文法国家的功能

所谓“准判例法”(quasi-case law)是笔者对成文法国家的案例指导功能的一个形象的比喻,以与英美法系国家的判例法(case law)区别。

众所周知,在成文法国家,法官无权直接创设抽象的法律规则。法院也无权通过制定类似中国“司法解释”那样的抽象法律规则的方式来消除成文法漏洞或法律冲突,除非法院得到宪法的明确授权(如有的国家的宪法法院可依据宪法授权解释宪法和法律,但这种解释一般也限于法律、法规、规章的违宪性审查)。各国宪法对法院的法律规则创制权进行限制的依据在于强调立法、执法和司法三者的职能分工与权力制衡。

不过,当法官在疑难案件的法律适用过程中面对法律漏洞或者法律冲突时,他又必须对纠纷进行裁判。从这个意义上说,法官必须在个案的法律适用过程中“续造”法律规则,从而在事实上扮演着立法机构的“后续接力”角色。这一现象,在所有成文法国家都是存在的。第一个在某一成文法漏洞或者冲突领域“造法”的法官无疑开创了“先例”,他的判决可以因此称为“准判例法”。

法官在个案中的“法律续造”(Rechtsfortbildung)活动不仅解决了纠纷,而且可以反过来推动成文法的发展,丰富和发展成文法。从这个意义上说,广义的“判例法”在所有法治国家都是客观存在,并非是英美法系国家的先例。

* 西南财经大学法学院教授、博导,德国法兰克福大学法学博士。本文系2007年度教育部“司法解释判例化研究”(07JA820038)资助项目的阶段性成果。

“判例法”在英美法系国家和大陆法系国家的根本区别在于,英美法系国家的法官在适用法律时有法定义务遵循先例(stare precedent),而在大陆法系国家,法官在原则上只服从法律(即制定法)而无遵循先例的法定义务。例如在中国,“以事实为依据,以法律为准绳”就是法官义务的真实写照。这里所指“法律”,虽然包括了法规、行政规章甚至最高人民法院的司法解释,但是并不包括法官们自己书写的那些具有案例指导作用的判决。

这种根本不同的制度安排所导致的结果是,尽管一切法治国家的法官都不可避免地会在法律适用的过程中“续造”法律,然而法官的办案智慧所发挥作用的范围在英美法系国家和大陆法系国却大相径庭。在英美法系国家,法官在个案中创制法律新规则的智慧被系统化地加以利用,法官在相同或者相似案件的裁判中必须遵循先例,即使他要创造新的先例,也必须将原有的先例拿来作为参照,并说明不遵循先例的理由。从这个意义上说,不但每个先例所创制的新规则都具有“对人”(即案件当事人)和“对世”(即对大众)的法律效力(因为大众必须预见到将来他自己遇到类似的官司时,法官将可能按照那个判例的规则来裁判),而且法官的集体智慧得以代代相传。

反之,在大陆法系国家,由于法官没有遵循先例的法定义务,先例原则上只具有“对人”效力而无“对世”效力。置言之,法官在裁判类似纠纷时并没有义务把自己的和别的法官的先例拿来作为参照,尽管有的法官可能主动这样做。其后果是,不仅法官的集体智慧被白白浪费,而且极有可能造成“同案不同判”的现象,世人在遇到类似纠纷时也无从合理地预期,从而使得现实中的法律规则在一定程度上失去了其应有预防与垂范功能,因为同样的法律规则在不同的法官那里可能得到不同的适用,甚至不同的判决之间自相矛盾,世人自然无所适从。

这种局面是任何法治国家都不愿意看到的。正因为如此,世界上不少的成文法国家事实上在很早就认识到了案例的指导功能和垂范功能,并以各种方式加以“回收利用”,因为优秀的判例并非是垃圾,而是可以反复利用的宝藏。在这样的背景之下,在成文法法系国家或有些地区逐渐诞生了“准判例法”。

例如,在德国、法国、日本以及我国台湾地区都存在着不同形式的准判例制度。在上述国家和地区,判例对法官具有事实上的约束力。即使在欧盟这一超级组织之内,欧洲法院的判决也具有“准判例”或者说案例指导作用。换言之,法官在裁判纠纷时,事实上已经不可能置先例于不顾。

以德国的“准判例法”的形成为例。早在德国于1900年颁布《民法典》之前,成立于1879年的德意志帝国法院(1879—1945)就将其民事判决汇编成册,即“帝国法院民事判决汇编”(简称RGZ)。类似地,还有“帝国法院刑事判决汇编”(简称RGSt),以资法官、律师和法律学者们参照利用。从这个意义上说,德国的民事案例指导制度比德国民法典还早了21年!

截止到1945年帝国法院被同盟国解散时,它已经汇编出版了整整172卷民事判决汇编。1945年德意志联邦共和国成立之后,德国联邦法院取代帝国法院将这一千秋伟业工程继续下去,形成了“联邦法院民事判决汇编”(BGHZ)和“联邦法院刑事判决汇编”(BGHSt)并延续至今。这些案例汇编是德国“准判例法”的重要来源,无论是法官、律师、法律学者还是法学院的学生都要与这些“准判例”打交道。需要指出的是,联邦法院的民事与刑事判决汇编并非是直接以“准判例法”的形式出现的,联邦法院所挑选的判决尽管一般都具有宪法意义或者改写了先前的判决,但是其遵循完全是出于这个民族在联邦法院推动下所形成的遵循先例的“习惯”。反之,德国联邦宪法法院所编写的《宪法法院判决(汇编)》(BVerGE)则不同,它的每个判决都具有宪法意义,因而它在每个判决中所形成的规则都具有与抽象法律规范一样的效力。

二、司法解释与“案例指导”间的功能替代及其局限性

可以说,我国的司法解释在世界司法体系中都堪称独一无二的新生物,它的产生具有十分明显的过渡性特征。按照我国《宪法》的规定,只有全国人大及其常委会有权解释法律并产生法律效力,而《宪法》并未赋予最高人民法院抽象解释法律的权力,这同样是基于法治国家理念之下的立法与司法的职责分工。

然而,由于中国的法治进程并不长,在改革开放之初百业待兴的情况下,一方面我国没有足够的法学教育资源为司法系统输送足够的法律专门人才;另一方面我国在改革开放之初所制定的各种法律多为“原则性、纲领性”的立法,使得法官在法律适用时面临着极大的可操作性难题。在这种尴尬局面之下,司法解释应运而生也就成了历史的必然。实践表明,最高人民法院所制定的各种司法解释在中国法治进程中扮演了极为重要的角色,它及时地填补了人大制定的各种法律的漏洞,消除了法律冲突,从而为法官有效地解决纠纷,稳定和规范社会秩序作出了不可磨灭的贡献。一个极为重要的例子就是最高人民法院在

1988年所制定的“《民法通则》200条”,该解释实际上就是民法通则的实施细则(尽管它是以“实施意见”的形式发布的),是不折不扣的抽象成文法。

从这里也不难看出,中国的司法解释其实在很大程度了替代了其他成文法国家的“案例指导制度”,因为司法解释本身就是各种疑难案件的裁判规则的高度提炼。

然而,司法解释固然好,但是其局限性也是显而易见的。

首先,《宪法》并未明确赋予最高人民法院进行抽象法律解释的权力,因此对于“司法解释的性质到底是什么”以及“司法解释”是否符合我国宪法的规定都应该反思。“司法解释”从性质上属于抽象的法律解释,由于这种解释对中国的各级法院和法官具有事实上的约束力,是法官办案的有效依据,因此最高人民法院的司法解释活动在性质上与人大的立法活动(即法律解释活动)并无分别。事实上,重要的司法解释的效力与人大的法律效力是完全一致的。不仅法学院教师在讲授法律时要兼顾司法解释,律师与法官办案更是要直接引用司法解释。也就是说,司法解释规则就是成文法规则。尽管有学者认为,从理论上说,司法解释只约束各级法院,而不能直接具有对世的效力,但这只是一个理论上的区分而无实际意义。试想,如果案件的解决最终需要依靠最高人民法院发布的司法解释来完成,难道说司法解释的效力与人大的法律规定对世人而言还有什么本质区别?

由此可见,抽象的司法解释活动的立法解释本质无疑在一定程度上模糊了立法权与司法权的界限,尽管它在诞生之初一直到现在都发挥着人大立法无法替代的巨大作用。

其次,既然抽象的司法解释活动与人大的立法活动在本质上无异,司法解释规范与成文法规范也因此具有同样的先天局限性。换句话说,尽管司法解释对于典型的疑难案件的解决有着直接的帮助,然而由于其抽象的规则属性所致,司法解释也不可能解决所有的疑难案件。一个抽象的司法解释的诞生往往伴随着新的疑难案件的出现。换言之,由于成文法的固有局限性,司法解释永远也不可能弥补所有的法律漏洞,法官在个案中“续造”法律规则仍然是难以避免的。中国法官即使有了司法解释也不得不在疑难案件中创设新规则以填补成文法和司法解释的双重漏洞,司法解释也因此在任何时候都不能完全取代法官在纠纷解决中的个人智慧,这是因为司法解释的原则性不可能面面俱到,不可能量体裁衣为所有疑难案件提供细致入微的公正解决途径。由此可见,司法解释尽管可以

在很大程度上替代案例的指导功能,但是永远无法完全取代案例指导制度所特有的定纷止争与避免同案不同判的双重作用。

事实上,最高人民法院的司法解释数量正在逐步减少。其原因有二:一是近年来人大立法质量有了显著提高(这在很大程度上应归功于司法实践经验的积累),司法解释的空间正在逐步缩小。二是司法解释频频难产。例如最高人民法院曾数度出台有关《公司法》的司法解释征求意见稿,但是在涉及“公司人格否认”等方面的司法解释上,始终存在较大的意见分歧,至今这方面的解释也无法出台。为什么会出现这种情况?这是因为像公司人格否认这样的疑难案件本来就是及其多样化的,世界上很少有国家在这一领域进行成文立法,即使立法也解决不了问题,必须依靠准判例法或案例指导制度。

三、“准判例法”在我国的生成途径及各种认识误区

目前,各地法院都已经认识到了建立案例指导制度的必要性,有的法院已经率先进行了案例指导制度的试点。然而试点的效果并不理想,可以说几乎流于形式。造成这种局面的原因,除了我国的案例指导制度的生成途径存在问题之外,也与司法实务界和法学界对建立案例指导制度存在的各种误识有很大的关系。认识不统一,岂能期待行动的统一?

因此,问题的关键仍然是,准判例制度在中国应当如何起步?如何消除认识分歧,形成共识,从而为在我国建立真正意义上的案例指导制度扫除思想障碍?

笔者认为,倘若要在不久的将来在我国逐步建立可资国际比较的案例指导制度,必须从取得共识、逐步试点和最终形成法定制度三个环节入手。

首先,要在我国逐步建立准判例制度就必须取得共识,澄清各种对准判例制度的误解甚至无形的阻力。在要不要准判例制度这个问题上,不同的学者以及司法实务界人士还存在着巨大的认识分歧。反对或者“婉拒”建立准判例制度的观点可以说五花八门,有“成本论”、“混杂论”、“繁琐论”、“偏好论”、“素质论”甚至“国情论”等各种不同的论调。

第一,“成本论”。这种观点认为,由于并非所有的判决都可以称为“判例”,只有那些具有宪法意义或者在某一法律领域(例如民法、刑法等)具有开创作用的判决才是真正意义上的判例,因此甄别“判例”判决与“非判例”判决的标准不容易把握,而且甄别的标准仅仅是原则性的,要建立真正的案例指导制度,就必须投入巨大的人力和物力成本。德国联邦法院一百多年来编撰案例汇编,也的

确耗费了不少的成本。从成本来看,也许最高人民法院将来组织人力物力甄别、挑选、归类并公布出版案例的工作的确费时费力,但是其所带来的巨大的社会效益远远大于这些成本。关键是如何看待案例指导制度的投入成本与巨大的社会效益之间的关系。再说,现在网络技术发达,将判例分门别类建立数据库已经不是任何问题。其成本也未必就高到哪里去。

第二,“混杂论”。这种观点认为,建立案例指导制度最大的难题在于无法很好地区别普通判决与具有案例指导作用的判决,其结果必定是鱼目混珠,最终导致案例指导制度归于失败。的确,如何甄别“判例”在德国也存在过争论。德国社会也曾抱怨联邦法院的民事案例汇编(BGHZ)实际上是鱼龙混杂,有很多根本算不上是真正的判例。但是,尽管在将来最高人民法院所甄别和挑选的“判例”也很可能造成鱼目混珠的局面,但是瑕不掩瑜,经过挑选的案例的数量总是少数,加之进行了分门别类的处理,这总比不加甄别地完全照登式的将各级法院的裁判文书汇编更加有利于法官的法律适用,更加有利于律师办案时参照引用。再者,即使有些判决算不上判例,只要它没有违背现行法律的规定,它作为判例被公布出来也无伤大雅。

第三,“繁琐论”。这种观点认为,判例制度固然好,但是判例十分复杂,远远不如法律规范透明、不容易被社会所接受。的确,汗牛充栋的各种案例与简单明了的法律条文相比,对法官和大众而言哪个更省事不言而喻。诚然,越来越多的指导判例势必影响整个法律和法律适用的透明性,它因此也很可能不如明白的法律规范那样为社会所容易识别和接受。但是,在法律日益成为专门人士的职业的今天,大可不必担心指导性案例对公众的可知晓程度和可接受性的问题。这是因为在任何成熟的法治国家,法律规范日趋浩繁已经是一个无奈的事实。正因为如此,才诞生了法官、检察官、律师和法律学者等专门的法律职业。对于普通大众而言,尽管法律也应该越简明越好,但是简明的法律已经无法适应当今复杂的社会与经济关系。因此,普通大众遇到法律问题找法律专业人士寻求帮助也是大势所趋。再者,由于判例制度的引入必将在一定程度上丰富实践中的法律,避免“同案不同判”等大众可能怀疑的司法不公现象,其因此而换取的百姓对于法律和司法的信赖这种社会效应远远大于判例制度的繁琐所带来的成本。

从技术上说,德国等国的“准判例”由于一直分类汇编并且统一编号,加之每个判决都有其引导词(Leitsatz,类似法官撰写案例评论时所加的裁判要旨),

较为方便法官、律师和法律学者检索和引用,这已经在很大程度上克服了判例制度的复杂性和透明度问题。

第四,“偏好论”。还有一种观点认为,司法解释好好的,干嘛要没事找事建立准判例制度?笔者认为,对司法解释的偏好与眷恋无疑是可以理解的。司法解释的确发挥过并仍然在发挥着不可替代的作用,对擅长于抽象思维的成文法国家的法官而言,明明白白的司法解释规范(或者各种“指导意见”)当然比复杂的判例好得多。然而,我们也应当认识到,司法解释与成文法一样在疑难案件领域的局限性已经充分暴露出来,加之司法解释在宪法中的模糊地位,其逐步淡出、退出中国法治的历史舞台注定是迟早的事情。因此对司法解释的眷恋与偏好虽然是可以理解的,但也是极其不明智的。未雨绸缪建立案例指导制度变被动为主动,则有助于激励法官的集体智慧的形成。

第五,“素质论”。这种观点认为,指导性案例制度的建立必须以高素质的法官为前提。在目前法官整体素质参差不齐的情况下,让法官在裁判时不仅要看法律条文,还要看以前的指导案例,可能让法官更加无所适从。笔者认为,这种说法其实根本没有看到准判例的指导意义。著名法学家卢埃林曾经指出,先例(即指导案例)不仅可以让懒惰的法官从勤奋的法官那里受益,而且天资不聪颖的法官也可以从聪明的法官那里受益。这表明,案例指导制度的建立不仅不会让法官更加无所适从,反而有助于在整体上帮助懒惰的法官和天赋不足的法官,从而在整体上提升法官的素质。

第六,“国情论”。这种观点认为,德国等国有着自身的国情,中国有中国的国情,在中国建立案例指导制度未必行得通。应当承认,中国的确有自己的特殊国情,例如司法解释对指导案例的替代功能,中国地域辽阔等,但是我们也应当认识到,我国司法实践中的法官集体智慧的浪费和社会公众期待更高效、更公正完美的人民司法的呼声是同时并存的,只要这二者之间的强烈反差消除,引入准判例制度的客观现实需求就是存在的。以“国情”反对建立案例指导制度的理由其实并不充分。

取得上述共识之后,在如何建立准判例制度这一问题上,笔者主张分法律领域局部试点后再向各个领域推广。毫无疑问,在这一过程中,最高人民法院将发挥主导作用。

首先,最高人民法院宜逐步地推行准判例制度。为此,可以由最高人民法院出台“关于在法院系统建立案例指导制度的若干意见”或者“指导意见”,并由最

高人民法院率先分法律领域(如民法、刑法等)局部试点。由于我国的各种法庭的建立时间不同,所积累的经验也不一致,因此可以首先考虑在相对成熟的民事法律领域和刑事法律领域进行准案例指导制度的试点。接着再将试点扩大到商事法律领域,知识产权法领域以及行政法领域等其他法律领域。

在试点阶段,甄别判例的范围可以局限在最高人民法院自身所裁判的一审或二审案件的范围内。如果最高人民法院认为其裁判具有宪法意义或者有别于以往的裁判规则,则可以公布在最高人民法院主办并发行的《最高人民法院民事判例汇编》、《最高人民法院刑事判例汇编》当中,同时以数据库的形式发布在网络之中。为方便判例供法官、律师和法律学者利用,每个案件都应当有判决的裁判要旨,并且要形成尊重原判决的年代、类别和案件编号的习惯。法官、律师和法律学者在利用这些判例时,只需要注明这些统一的编号和具体的出处即可。目前的主要问题在于案例公布不集中、不加分类、不加甄别、不全面,缺少裁判要旨等,既不方便下级法院参照适用,也不方便法律学者系统化研究。

其次,在条件成熟的时候,最高人民法院可要求省级人民法院将判决上报最高人民法院,供最高人民法院甄别,以便将省法院的判决当中具有先例作用的判决挑选出来作为指导案例一并公布在最高人民法院的判例汇编当中。然后依此类推,逐步将中级法院和初级法院的判决纳入判例遴选的范围之内。有一种观点认为,将来的准判例只包含最高人民法院自身的判决,而省级和省级以下级别法院的判决则应当被排斥在最高人民法院收录的准判例汇编的范围之外。笔者认为,这种观点固然考虑到了判例的权威性,然而从英美法的判例制度和大陆法系的准判例制度的实践来看,将下级法院的判决完全拒之于准判例门外其实是不妥当的。首先,我们不能认为下级法院就不会遇到疑难案件,也就因此不会遇到法律漏洞与法律冲突。事实上,各级法院的法官在适用法律时所遇到的案件是类似的,所遇到的疑难法律问题也同样是类似的,唯一的区别在于案件所涉及的标的金额不一样,或者其影响范围不一样。其次,各级法院都有自身独立的审判权,下级法院遇到法律问题,必须独立解决,他们也因此可能续写法律。可见,将下级法院的优秀判决拒之于准判例之外,不仅忽视了下级法院法官的集体智慧,也是违背各级法院独立办案的司法精神的,因为倘若不允许下级法院法官创造判例的话,那么下级法院的法官凡是遇到疑难案件都必须向上级法院请教了。倘若如此,那各种审级制度就等于形同虚设。

最后,尤其要强调的是,最高人民法院在建立案例指导制度的过程中,应当

明确允许律师、公诉人在法院主导的审判过程中援引指导案例,法院在裁判同类案件时,应当对律师、公诉人所援引的指导案例对于本案的裁判是否有参考作用进行说明。只有这样,指导案例的功能才能发挥出来。反之,倘若案例指导制度仅限于供法官内部参考,则这种案例指导制度最终必然会流于形式。

巨额财产来源不明罪研究

——以《联合国反腐败公约》为基点

房绪兴 郝英兵^{*}

如何有效遏制贪污受贿犯罪不但是法治的要求,也是构建和谐社会所面临的一个重要任务。而由于贪污贿赂犯罪的特点,对于这类犯罪的侦查以及指控往往由于证据不足而无法顺利完成。依据世界各国打击贪污贿赂犯罪的有效经验,如果国家工作人员的财产或支出与其合法收入之间具有巨大差距,则法律规定本人应当说明该财产或支出是具有合法来源的,如果不能证明财产来源的合法性,则按照逻辑推理必然就是非法收入,同时也就应当被追究刑事责任。因此,本罪的设立就使得任何以非法手段获得巨额财产的行为不因证据不足而逃避法律的制裁,从而为惩罚腐败提供了强有力的依据,保证了国家机关工作人员的职务廉洁性,在我国正处于法治构建的初始阶段,本罪更具有重大的现实意义。

一、巨额财产来源不明罪概述

巨额财产来源不明罪在我国最早出现在1988年1月全国人大常委会《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》中。该法第11条第1款规定:“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

^{*} 房绪兴,浙江工业大学法学院副教授,法学博士;郝英兵,中国人民公安大学讲师。本文研究成果系2008年浙江省哲学社会科学规划常规课题“惩治腐败犯罪的国际标准——《联合国反腐败公约》实体问题研究”(08cgfx005yb)的部分内容。