



对“巨额财产来源不明罪”的实然性思考

向朝阳 肖怡

内容提要 面对刑法学界对“巨额财产来源不明罪”的争议所带来的司法操作困惑,笔者认为对本罪的研究必须跳出脱离现实,一味追崇理想的理论纷争;本文从实然性角度出发,首先指出“不作为论”不符合中国现实的立法与司法背景,而“持有论”相对更符合本罪的立法目的和司法现状;接着从实体和程序上探讨了本罪犯罪构成要件及成立的正当性基础,最后通过分析得出了设立本罪的基本价值取向乃立法救济司法之实然性选择。

关键词 巨额财产来源不明罪 不作为 持有 正当性 举证责任

我国刑法从对“巨额财产来源不明罪”的确立到现在已有十余年之久,但至今,刑事理论界对其争议仍然颇大,笔者无意加入这场无果的争议,试图从现实的合理性角度出发,对本罪的立法价值及成立标准给予相对合理的诠释,希望能对司法操作有所裨益。

一、关于“巨额财产来源不明罪”的理论争议

在本罪的犯罪构成、举证责任等问题上刑事理论界众说纷纭,争议主要来自于“持有型犯罪论”和“不作为犯罪论”之间的分歧,争执的焦点主要集中在“本人不能说明来源合法”的行为性质的认定上。“持有型犯罪论”认为:该规定只是工作程序,决非实体上的犯罪构成要件,本罪应就持有状态本身定罪,而“说明行为”只是特定主体承担举证责任的体现。“不作为犯罪论”则认为:本罪是对行为人“拒不说明”财产来源的不作为行为的惩处,针对“国家工作人员持有明显超过其合法收入的巨大差额财产”的不法状态的存在,法律授权检察机关“可以责令”作为具有财产申报义务的特殊主体“说明来源”,只要进行了说明,不管来源是否合法,均不构成该罪;相反,若“拒不说明”就意味着是不履行法定义务的不作为,这里的“不能说明”正是构成本罪的实体要件,而非举证行为,因而本罪的举证责任并未倒置。

“持有型犯罪论”的观点在刑事理论界的影响颇为深厚,并且得到了司法部门的支持;“不作为犯罪论”出现较晚,虽然现在并未得到普遍认同和采纳,但却不断冲击着传统刑法已构筑成的理论体系。对此,笔者认为两种观点的冲突主要来自于对本罪成立的应然性与实然性的混淆,因此,明确研究的视角是解决争议的关键。

二 “不作为犯罪论”成立之前提——作为义务并无现实和理论根据

笔者认为“不作为犯罪论”者的眼光是深远的,他们着力于为本罪建构一种理想——典型的“真正的不作为犯罪”,但是,该理论中隐含着一个重要的前提条件,即存在行为主体申报财产的先行义务,因此,是否有这一义务的存在是不作为理论成立与否的关键。

学者认为这一特定义务来自于国家工作人员财产申报制度,而刑法作为社会秩序的最后一道保障手段理应为财产申报制度保驾护航,因此,公职人员一旦绝大部分出现财产来源不明的状况,那首先是破坏了财产申报制度,“巨额财产来源不明罪”惩治的核心行为正是特定主体不履行申报财产义务的行为,不管

特定主体有无非法取得财产的行为，只要其有“拒不申报”的行为就可定此罪，“非法取得”与“拒不申报”两种行为是完全独立存在的，如果两者皆有，那应采用数罪并罚。依照这种观点，本罪就应被纳入“渎职罪”一章中，罪名为“拒不申报财产罪”更准确。但是，从我国司法现状看，“巨额财产来源不明罪”是否应作为财产申报制度的后盾法呢？笔者认为，理想毕竟只是理想，我国目前尚无国家工作人员财产申报制度。1995年4月中共中央办公厅，国务院办公厅印发的《关于党政机关县(处)级以上领导干部收入申报的规定》只针对一定级别以上的国家工作人员，也包括一部分非国家工作人员的其他国有单位领导人；申报的内容上过于狭窄，无法动态的审查和评价其财产来源的合法性；而且这项规定只是一项政策性规定，法律地位不明确，欠缺一定权威性，而从法律的角度讲，公职人员的财产申报制度的设立，既涉及到维护廉洁政制的公共利益，又涉及到公职人员的财产隐私权的限制问题，故而是无法以政策性文件予以调整的。尽管，我国不少学者呼吁行政公开的“阳光法”，但这还有一个漫长的制度建立过程，“巨额财产来源不明罪”要成为财产申报制度的后盾法的构想，显然，还不符合中国司法现状。

另有一部分学者认为刑法395条规定的“可以责令说明来源”就是对该先行义务的设定，因而，不作为中的特定义务来自于刑法规定，对此，笔者不敢苟同。因为，第一，“纯正的不作为犯罪的作为义务是由其他法律规定，而被刑法所认可的，具有法律规定的双重性”，因而，只有刑法确定的义务内容而无财产申报制度等相应的法规同时予以规定，不能作为特定义务的依据；第二，刑法规定特定主体有“履行说明的义务”，但并不等同于“申报义务”，后者是行为人接受行政内部管理和监督的义务，目的就是为了防止出现来源不明的财产，只有这种义务才是客观存在于犯罪行为出现以前的，它是一个纯粹的行政程序环节，前者是行为人已经出现来源不明的财产后说明真相的义务，这一义务明显是在犯罪行为发现后才可能出现的，它是属于司法程序的内容，因此，两者性质完全不同；第三，只有违背先行义务的事实业已存在时才可能出现不作为犯罪，因而不作为犯罪的先行义务必须在犯罪行为被纳入刑事侦查之前就应客观具备，而不应该在刑侦过程中才出现，否则，法律就不是评价客观行为，而是在制造犯罪行为，司法机关的侦查措施的展开也无合理依据；第四，先行义务对所有主体都应平等的，那么“可以责令”中的“可以”又以什么为依据作区别对待？司法机关的这种自由选择权不能不让人理解为行为是否构成本罪不取决于有无不作为行为而依赖于司法机关是否愿意为之设置此先行义务。

还有一部分学者认为，特定主体的这一作为义务来自于其持有明显超过合法收入的财产的先行行为，但笔者认为，先行行为是行为人先前实施的行为使某种合法权益处于遭受严重损害的危险状态，该行为人为人产生采取积极行为阻止损害结果发生的义务。先行行为之所以被作为特定义务产生的根据，在于它是导致法律所保护的某种利益处于危险状态的原因和条件，而由于自己的行为发生足以侵害他人利益的危险时，行为人负有防止其发生的作为义务。但从本罪的构成看，第一，行为人持有明显超过合法收入的财产的行为已经对国家工作人员廉洁性造成了破坏，而不仅是一种可能侵害法益的某种危险状态；第二，特定主体持有不明财产是相对于司法机关而言的，这种状态的产生并非仅仅是特定主体自己的行为，还有司法机关无法搜取确凿证据查实来源的事实共同构成的，这就违背了先行行为是自己行为的要素；第三，如果上述“先行行为”存在，行为人以后履行义务的作为行为就应具有防果性，即有防止危害结果产生的效果，但本罪中即使行为人坦白了财产的来源非法，也只是排除了财产的不明确性，并未防止破坏廉洁性的结果发生。

所以，“不作为论”只是一种实然性构想，而从实然性出发，笔者更趋向于以“持有论”来为“巨额财产来源不明罪”构筑理论体系。

三、 ϵ “巨额财产来源不明罪”的设立乃立法救济司法之实然性选择

对“巨额财产来源不明罪”的理论体系的构想不能是脱离实际的空谈阔论，必须结合本罪的立法背景。从司法的实践看，司法机关对于国家工作人员的私人财产并不实行主动的普遍性调查，侦查程序一般是基于存在贪污贿赂等相关犯罪线索的前提下才启动的，调查目的是搜集行为人贪污贿赂等犯罪行为的证据，由于贪污贿赂等犯罪极强的隐蔽性和侦查手段的欠缺给司法机关的调查取证带来障碍，司法机关在有限期限内无法收集到非法所得的确凿证据，即使查获了特定主体拥有的巨额财产具有贪污受贿等重大犯罪嫌疑的情况下，行为人也往往不交代其非法所得来源，意图通过对抗侦查造成定罪处理的困难，对此类有严重社会危害性的行为不绳之以法，无疑无助于遏制高发案率的贪污贿赂等犯罪的气焰，而激起公众不满，势必扩张这种财产来源不明状态所带来的社会危害性。若用贪污贿赂等罪来定性又显然违背“罪刑法定”和“疑罪从无”原则，如果这时要求司法机关必须查清非法行为必然会使案件久拖不决，在此情况下，立法出于打击策略的考虑，另辟蹊径，采用法律推定的手段来降低了司法证明难度，设立“巨额财产来源不明罪”，即针对行为人拥有被推定为非法的财产的持有状态定罪，达到既不破坏刑法原则又不放纵

犯罪的双重效果。可见，本罪立法的本意并非是为了维护财产申报制度、确保申报义务的如实履行，而是为了不使以非法手段获取财物的行为人由于证据不足而逃脱法律制裁，所采取的一项立法救济司法的权宜之计。这种权宜之计既是刑事司法的无奈之举，也不失为必要之举，既有利于严密刑事法网，严惩贪污腐败分子，乃人心所向，同时也有助于刑事司法的实际操作。

四、“巨额财产来源不明罪”作为“持有型犯罪”的正当性分析

一个无论多么务实的理论都不得不关注其成立的正义价值，这里的正义价值指的是刑事立法的合理性基础，既要达到保护被害人，惩处犯罪人，声张社会正义的效果，又要维护被告人的合法权益，避免因立法的蛮横而冤枉无辜。而本罪成立所具有的功利主义倾向使“持有论”存在的正义性受到了法学家们的置疑，进而成为不作为论者反驳持有论的有力依据。针对这种怀疑，笔者并不完全否定，但认为应持审慎的态度对其正当性展开深入的探究，对“持有论”存在的合理性依据作客观、全面、理性的认识。

（一）“巨额财产来源不明罪”的设立是功利与正义价值权衡的结果

一个国家的国家工作人员拥有巨额财产并不能作为追究其刑事责任的充分根据，但这部分巨额财产必须具有合法的来源，在我国尚无财产申报制度的前提下，国家工作人员的财产来源并未公开化，明朗化，当这部分特定主体拥有的财产或支出明显超出合法收入时，这部分巨大的差额财产属于合法或非法所得可能都同时存在。而行为主体基于其特殊身份，有通过职务犯罪取得巨额财产的很大可能，这种不明来源的财产直接归属于特定主体的持有状态的存续有损于国家对公职人员职务廉洁性的要求，给国家及公众带来极大负面影响。在这种极具犯罪或然性的情况下，刑罚权介入的必要性是显然的，但又有必要尽可能防止刑罚权伤及无辜。这就需要在功利与正义间寻求一种平衡点，这个平衡点必须旨在解决现实问题的基础上最低限度地保障两者的存在并调和两者的矛盾。既不能一味追求功利价值而破坏了最低限度的正义价值；也不能因重视正义价值就破坏最低限度的功利价值，需要功利和正义在其对立面所允许的极限内寻求的一种平衡和调和方案。因此，法律设立了“巨额财产来源不明罪”，通过假定这部分财产为非法所得，而免除了检察机关提供取得非法所得的证据的责任，可满足功利之需；同时，赋予犯罪嫌疑人主动排除这种不利于自己的假定前提的权利，就兼顾了正义价值。这种巧妙的立法技术手段实际上是在两难之间追求一种平衡点。

由于本罪设立的特殊背景和目的而使得对本罪立法似乎有弱化对被告人利益保护的可能，对此应该看到，立法过程本就是一个价值选择过程，价值不同于真理的特征是它体现了主体的选择。因为被告人由法律予以维护的利益与应由法律予以剥夺的利益直接统一于同一主体，而保护被告人利益的措施常被用作庇护罪行的工具，使得法律在保护社会与保护被告人利益间出现“需要冲突”时，不得不倾向于维护社会更大利益，而且公职人员基于特殊身份承担更重的刑法义务本来就是社会公众合意的结果，并不破坏刑法义务在公民中平等分配原则。因而，这里牺牲的是一点正义，却可保存更大的社会价值；相反则不能，因为公平愈是屈从于规则的逻辑，官方法律与老百姓的差距也就愈大，从而在老百姓的眼中，法律就会渐渐失去自身的理解性和合法性。本罪的设立，它将正义与功利之间的矛盾转化为统一，而最大限度地防止了在价值冲突中的价值丧失与耗损。

（二）“持有非法的巨额财产”是刑法惩罚之对象，“不能说明”作为随附情节有助于法律推定最大限度接近客观真实，确保刑法惩罚的正当性、准确性。

本罪作为一持有型犯罪，国家工作人员持有明显超过合法收入的财产是构成本罪的必要前提，也是本罪惩治的核心行为，而“本人不能说明其来源合法”的客观事实是推定行为人持有财产为非法的最合理根据。只有犯罪人的“持有行为”还不足以构成本罪，必须通过“说明”这一程序环节，因为持有对象的来源是否合法具有或然性，从而影响到对持有行为本身的评价，而只有通过“不能说明”的事实出现才能最大程度的排除持有对象的合法可能性，进而作犯罪的认定，这样虽然行为人对财产占有非法只是一种法律推定，但通过立法的变通使这种推定与客观事实之间最大限度的接近，实际上也达到了真正惩治犯罪而最大程度的减少冤枉无辜的效果。进而做犯罪的认定。由此可见，作为一种特殊的刑事政策，只有持有行为和不能说明事实同时具备时才能构成“巨额财产来源不明罪”。而“说明行为”作为本罪构成的必要条件之一依附于“持有行为”而存在的。显然，“持有非法的巨额财产”是立法者关注的核心，刑法惩罚之对象，“不能说明”有助于法律推定“持有非法的巨额财产”最大限度接近客观真实，确保刑法惩罚的准确性。因而，“持有行为”是本罪成立的基本前提，“说明行为”是补充，是“持有行为”的随附情节；没有“持有行为”，自然谈不上“说明行为”的存在。

（三）“不能说明”作为实体上“持有行为”的随附情节，并非程序法意义上的举证责任倒置，不构成对“无罪推定”的诉讼原则的威胁

法律规定“可以责令说明来源”，这里的“说明”就是陈述财产取得来源的客观事实，并不等同于要求犯罪嫌疑人举证，当然这里的“陈述”往往与举证的形式相似，因为客观事实本身就可能构成证据的内

容，而且行为人如果能够证明其“说明”的证据材料，只会有利于自己，因此，如果这种“说明”是真实的，通常行为人一般会积极提供证据协助司法机关审查，但这并非程序法意义上的所谓“举证责任倒置”。“举证责任倒置”是指对司法机关的指控，行为人认为这一指控不能成立的，有提出反驳主张的义务并承担举证责任。而不履行举证责任直接与败诉的法律风险相联系。但从本罪来看，司法机关的指控并不事先存在，法律对差额财产作非法推定的环节还未完成，是否有罪无从谈起，何来指控，既无指控，又何来反驳指控。再者，犯罪嫌疑人不履行说明义务并不必然承担败诉的法律后果，因为如果司法机关有证据证明行为人的财产来源合法或非法都不构成本罪，而且被告人只需证明财产的明确来源，无需对证明其“说明”的真实性负责，这种“说明”的真实与否任仍然必须由司法机关证明。即使行为人除了“说明”以外，不能提供任何证据证明“说明”的真实性，也只能在司法机关有证据证明其“说明”为虚假时，才能对行为人定罪。何况在行为人被司法机关控制的情况下，要求其承担举证责任既不现实也不合理。最后，从该规定在法律中设立的位置看，既然它作为一实体内容置于实体法中，如果再将其当作一程序性规定，那显然不符合刑事立法的科学性要求。因而举证责任主体仍然为司法机关，他们的主要任务是提供行为人持有这部分差额财产的行为以及本人不能说明来源的事实的证据。而对于后者就是要求司法机关对行为人说明的真实性作查核，并不要求再搜取财产非法取得的证据。例如，犯罪嫌疑人称财产为继承国外某人的遗产，那么司法机关就需要对这笔遗产的真实性作调查核实，一旦找到不属实的证据就是“不能说明”的证据。可见，“不能说明”行为是一实体内容，而非程序性的举证责任规定，并不构成所以对“无罪推定”的诉讼原则的破坏。

（四）“不能说明”之实体规定，最大限度地兼顾了刑法正义的要求

当“本人不能说明来源是合法”时，法律就推定为非法所得，成立“巨额财产来源不明罪”，这里的说明既是犯罪嫌疑人的一种义务，更是他们的权利，通过这一环节，可以让犯罪嫌疑人主动维护自己的合法权益，免受法律错误推定的侵害。因为从财产来源的客观事实看，只有两种可能，一是合法取得，二是非法取得；行为人不能说明财产的来源合法，也包括两种情况，一是主观不能，二是客观不能。

关于主观不能。包括三种情况，第一种情况是财产属非法取得，但行为人为了隐瞒财产来源的真相，逃避法律更重的制裁，而故意拒不说明或作虚假说明；第二种情况是财产是他人非法取得，而犯罪嫌疑人为了包庇实施行为者而故意不说明或作虚假说明；第三种情况是财产实属合法取得，但行为人出于保护自己的隐私不愿意公开。对于第一、第二种情况，法律推定财产为非法所得，对犯罪嫌疑人定“巨额财产来源不明罪”是符合立法的正义性要求的，这种推定在客观上完全符合客观事实。对于第三种情况，虽然，法律的非法推定与客观真实不符，但这是因为行为人的隐瞒所造成的，是行为人意志自由选择的结果。行为人作为具有特殊身份的主体，在公众监督权与个人隐私权相冲突时，后者是应该被放弃的，正所谓“官员无隐私”。这种立法的确有功利倾向，但其合理性是显而易见的。

关于客观不能。包括两种情况，第一种情况是行为人的确不知财产来源或已忘记，无法作任何来源说明；第二种情况是行为人明知财产来源合法，但客观条件令其根本无法说明来源合法。客观不能中第一种情况比较特殊，如果的确是不明知财产实际来源，并得到证实、查明后，当然不负刑事责任；但是，这种情况往往成为行为人隐瞒真相的借口，所以，必须谨慎对待，否则，如果这种搪塞都简单的视作“已说明”的话，那本罪的设立也毫无意义可言了。但这主要是在侦查以及司法认定过程中如何综合评估各类证据的问题。对客观不能的第二种情况，只需要行为人如实讲明来源，而“举证证明”不是行为人的责任。

从上分析可见，“本人不能说明来源合法”指的只是“主观不能”的情况，而将主观不能作为法律推定的前提是有合理性依据的，它最大限度的接近于客观事实。当然，由于说明本身很简单，而最后判断还需通过司法机关核实，那就可能出现行为人虚假说明后作相关伪证令司法机关误作“说明真实”处理而不定罪，实际上也就放纵了犯罪。但法律真实与客观真实间总会有差距，这种立法已经达到了最大化地体现公平、正义的要求，它同不设立此罪，而一律“疑罪从有”定贪污受贿等罪或者按“宁纵毋枉”一律不处理的策略相比，已经明显更为合理。

有一种情况是行为人的财产或为合法取得或为非法取得，但其只作合法来源的说明，司法机关对此说明又无法核实，也就是既不能找到证据推翻行为人的说明，又不能确证说明真实。这种情况不能作为“不能说明”处理，因为举证责任主体是司法机关，他们必须提供说明不真实的确凿证据，而不能要求被告人证明自己所提出的财产来源的真实性，除非司法机关能证明被告人提出的财产来源是虚假的，否则应视为“能够说明”，而不能因为侦查技术的欠缺或其他原因无法举证就把法律风险转嫁给犯罪嫌疑人，这样一来容易造成某些地方司法机关不重视对犯罪嫌疑人所说明来源的查证工作。

五、“巨额财产来源不明罪”的司法操作难点

拘泥于纯粹的文字考究和逻辑推演无助于消除现实症结是对本罪研究的误区，注重解决实际问题

实理论专研的最终目的。在对“巨额财产来源不明罪”的司法操作中经常出现两个难点问题。

难点一：针对“本人不能说明来源是合法”的行为性质的判断问题

从前面的论述中可知，这里的“不能说明”只是指主观不能的几种情况，但在实际中主观与客观不能的几种情况总是交叉在一起，而且从客观表现上易混淆，甚至难以鉴别，这给司法操作带来了困惑，对此笔者认为应注意以下几点：

（一）现行为人拒绝作任何说明的情况时，司法机关仍然应展开积极的调查，

若取得了实属合法取得的证据，就不能给行为人定罪；若没有取得证明财产合法的证据，也没有取得财产非法证据，行为人的“拒不说明”就符合本罪中“本人不能说明来源是合法”的要求，可能出现主观不能的几种情况，因此应该定本罪；当然若取得了财产非法的确凿证据，应定其他相关罪名。

（二）当行为人“说明”了财产来源“合法”时，应该说这个行为人对财产来源是明知的，对此要做区别对待，因为这里主观和客观不能的几种可能都会出现，由于举证证明行为人说明真实的责任在于司法机关，所以司法机关要查证鉴别行为人说明的真实性，若确证为真实自然不应定罪，若确证为虚假，但又无证据证明财产来源的非法，这就属于主观不能的情况，就应定本罪；若司法机关既无证据证明行为人说明的真实性，也无证据证明财产来源非法，那么就不应给行为人定罪，这是承担举证责任的必然后果。

（三）针对客观不能的第一种情况，行为人如实说明的表现就是告知司法机关自己不知道财产来源，对此应由行为人自己承担举证责任，因为这种情况往往成为行为人隐瞒真相的借口，所以，必须要求行为人举证，否则，这样搪塞都能视作“已说明”的话，那本罪的设立也毫无意义可言了。

难点二：定罪后司法机关又查实财产来源合法或非法的处断

定罪后司法机关又查实财产来源合法或非法的情形，常使一些司法机关陷入被动，这种诉讼上的尴尬源于对实体上的把握不确。行为人非法取得财产的行为和行为人持有这部分财产的行为二者之间是一种牵连关系，构成牵连犯。按照从一重处断的原则，如果司法机关查取了行为人非法所得行为的确凿证据时，行为人的取得行为和持有行为都可能构成犯罪，如果在对持有行为单独定罪前已发现取得财产行为的，按取得方式定相关犯罪，如果对持有行为已经定罪后才发现取得行为的，要采用数罪并罚，这并不违背牵连犯的处罚原则，因为牵连犯本来就是处断的一罪而实质为数罪，何况我国刑法典第157条第2款已有此先例。同时，这也不违背“禁止一行为重复评价原则”，因为这里惩治的是不同的行为，而且这样做可防止行为人当初有为规避更重刑罚而拒不承认的侥幸心理，因为行为人有了一旦被查获就是数罪的顾虑。所以，对这情况不能采用审判监督程序改变原判的方式，否则，违背了再审需要原判系错案的原则。而对于经查实行为人财产来源合法的，应启动审判监督程序撤销原判，将被没收的财产退还本人，因为以前的法律推定已经错误。可见，在认识了两行为的牵连关系后，问题便迎刃而解。

（向朝阳系四川大学法学院教授，肖怡系首都师范大学讲师、法学博士）

更新日期：2006-8-1

阅读次数：371

上篇文章：罪刑相适应原则司法实现研究

下篇文章：论我国惩治腐败犯罪刑法立法的完善

 打印 |  关闭

 TOP