

巨额财产来源不明罪中 “说明来源”规定性质的再认识

艾 明

(西南政法大学 刑事检察研究中心, 重庆 401120)

摘要:对巨额财产来源不明罪中“说明来源”规定的性质,学术界有不同理解。从立法意图、语句结构、历史渊源和我国司法实践情况来分析,《刑法》第三百九十五条第一款的性质应是一个允许反驳的法律推定。在该法律推定中,基础事实为“国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入,差额巨大的”,推定事实为“差额部分以非法所得论”,“说明来源”规定是允许反驳的规定。这一新认识得到《追赃规定》的支持,具有较强解释力。

关键词:巨额财产来源不明罪;说明来源;法律推定;基础事实

中图分类号:DF636 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2020)03-0076-10

收稿日期:2020-01-06

基金项目:2018 年司法部国家法治与法学理论研究项目“国家监察体制改革中的证据制度完善研究”(18SFB2023)、2018 年重庆市社会科学规划重点项目“我国刑事证据使用禁止理论体系构建研究”(2018ZDFX04)。

作者简介:艾明(1975—),男,重庆人,西南政法大学刑事检察研究中心研究员、教授。

《刑法》第三百九十五条第一款规定了巨额财产来源不明罪,对该条“说明来源”规定的性质,学术界有不同理解。较有代表性的观点有不作为说、持有型犯罪的“附加条件”说和举证责任倒置说。有学者将“说明来源”规定视为被追诉人的作为义务,认为“国家工作人员的财产状况存在侵害国家工作人员廉洁性的危险,在有关机关责令其说明来源时,国家工作人员当然具有说明义务”^①;有学者将“说明来源”规定视为持有型犯罪的“附加条件”,认为国家工作人员不能说明其来源的合法性,是本罪构成的一个条件,这个“‘附加条件’是持有型犯罪成立的事实条件,而不是一种程序性规则”^②;有学者将“说明来源”规定视为举证责任倒置,认为被告人若不能证明财产来源合法,将承担不利后果。^③

学术界的不同理解无疑会影响实务运作,因此,从理论上进一步辨析“说明来源”规定的性质,具有较大的实践价值。笔者拟在反思、借鉴既往学说基础上,从立法意图、语句结构、历史渊源和我国司法实践情况等方面进行分析,对这一规定的性质进行再认识,以期为实务部门正确适用该罪名提供新的理论指导。

一 既有代表性学说的缺陷

(一) 不作为说的缺陷

①张明楷《论巨额财产来源不明罪的实行行为》,《人民检察》2016年第7期,第7页。

②张曙光《论持有型犯罪的“附加条件”》,《法学家》2015年第2期,第55页。

③陈卫东《刑事诉讼法学》,高等教育出版社2018年版,第155页。

按照刑法通说,成立不作为犯应具备三个条件:存在作为义务、有作为能力、有防止结果发生的可能性。^①对前两个条件,不作为说均有解释漏洞,这表明该学说存在重大缺陷。

1.在作为义务上,不作为说仅以法条规定的“责令说明来源,不能说明来源”等语句就认定该罪名是真正不作为犯,认识过于片面。

从逻辑上而言,成立真正不作为犯应当违反义务性规范或者命令性规范,行为人违反这一规范,要么直接侵害法益或使法益处于危险状态,要么因不履行规范中设定的义务,而被直接评价为犯罪。前者如《刑法》第二百六十一条规定的遗弃罪,后者如《刑法》第三百一十一条规定的拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪,第三百一十三条第一款规定的拒不执行判决、裁定罪。然而,如果将巨额财产来源不明罪定位为真正不作为犯,行为人违反规范,不履行义务,很难归属于上述两种情况。

(1)从法条上看,行为人违反义务性规范(不能说明来源),并没有直接侵害法益或者使法益处于危险状态,而只是作为司法工作人员认定差额部分是“非法所得”的一种依据。换言之,行为人不履行的义务,只是司法工作人员认定某种事实的判断依据,这显然与遗弃罪的立法规定有别。

(2)法条也没有将行为人不履行义务的行为(不能说明来源),直接评价为犯罪。如果要将行为人不履行义务的行为直接评价为犯罪,应当采用《刑法》第三百一十一条和第三百一十三条的句法结构,规定“该国家工作人员拒绝说明或不能说明,情节严重的”,成立犯罪。但《刑法》第三百九十五条并没有采用上述句法结构,而是一如前述,将国家工作人员不履行义务的行为,作为司法工作人员认定某种事实(非法所得)的判断依据。因此,这种句法结构显然也与拒不执行判决、裁定罪这种真正不作为犯的立法规定有别。

因此,《刑法》第三百九十五条虽然规定了“责令说明来源,不能说明来源”等语句,但是不能简单地认为立法者对行为人设定了实质义务。“由于这种义务的不履行并不是导致行为人获得巨额财产的原因,也不是侵犯国家工作人员职务廉洁性的原因,因而不具有成为不作为犯罪的义务根据的功能。”^②既然没有实质意义上的作为义务,遑论成立真正不作为犯。

2.在有作为能力上,如果认为巨额财产来源不明罪是不作为犯,那么,当国家工作人员确实不能说明来源时(如时隔久远记忆不清等客观原因),就不成立不作为犯。

但实践中,司法机关都将这种情况认定为犯罪。^③对此,张明楷教授的回应是,“所谓国家工作人员没有能力说明差额巨大财产的真实来源的情况是极为罕见的。即便存在,也不能以犯罪论处”^④。这种回应存在着明显的错位现象,它以实践中的极为罕见去回应学说上的逻辑漏洞,以理论上不能以犯罪论处去回应实践中普遍认定为犯罪的现状。而且,值得注意的是,在其他真正不作为犯中,判断行为人是否具有作为能力一目了然,而在巨额财产来源不明罪中,判断行为人是否具有作为能力,却较为困难。究竟行为人不能说明来源是因为客观不能(时隔久远记忆不清),还是因为主观不愿,分辨起来十分不易。

此外,采取不作为说,还将导致刑法中的自首、追诉时效、溯及力等制度无法适用。^⑤一个学说既在成立的基本条件上存在着解释漏洞,又冲击了刑法基本制度的适用,难道不意味着这种学说存在着重大缺陷?

(二)持有型犯罪“附加条件”说的缺陷

该说认为,“不能说明来源”是持有型犯罪中的一个“附加条件”,该“附加条件”是司法实务追究持有型犯罪刑事责任时的一个实质条件。该说在分析、论理时也存在不少缺陷。

1.类比不恰当。

该说以非法持有毒品罪和持有假币罪为例,总结出典型持有型犯罪的一个共同特征:持有型犯罪的实际成立,在持有事实之外,还要有“不能查明持有物品构成其关联犯罪的”这样一个“附加条件”,进而将这个“附

^①张明楷《刑法学》,法律出版社2015年版,第153—154页。

^②赵震《职务犯罪重点疑难精解》,法律出版社2013年版,第330页。

^③陈娜《巨额财产来源不明罪证明责任实证分析——以100例司法裁判为研究样本》,《证据科学》2016年第6期,第712页。

^④张明楷《论巨额财产来源不明罪的实行行为》,《人民检察》2016年第7期,第8页。

^⑤薛进展《巨额财产来源不明罪行为本质的实践检视——以〈刑法修正案(七)〉修改后的法律适用展开》,《法学》2011年第12期,第120页。

加条件”概括为“不能查明持有物品的来源与用途的”。又因为,巨额财产来源不明罪中有类似的“不能说明来源”规定,因此,将其视为“附加条件”的另一个“变种”。^①

然而,如果仔细分析,非法持有毒品罪、持有假币罪和巨额财产来源不明罪的规定并不一样,二者欠缺相似性。非法持有毒品罪、持有假币罪场合,在“不能查明持有物品的来源与用途的”出现之前,非法持有违禁品的事实已得到确定,已经满足了基本罪的犯罪构成。这正如论者所言:“‘明知是伪造的货币而持有,数额较大’已充分满足前述持有假币罪犯罪构成,但还要求‘不能查明其持有的假币构成其他假币犯罪’的条件,才以该罪追究刑事责任。”^②而巨额财产来源不明罪规定场合,在“不能说明来源”之前,行为人持有“非法所得”的事实并没有得到确定,仅凭“国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入,差额巨大的”,还不能满足基本罪犯罪构成所需要的事实基础,行为人能否“说明来源”对基本罪的成立具有重大影响。因此,将分析非法持有毒品罪、持有假币罪而得出所谓附加条件扩展至巨额财产来源不明罪的结论,并不恰当。

其后,论者再举非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪为例,如仔细分析,类比亦不恰当。非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪场合,非法持有行为和拒不说明来源与用途的行为具有独立意义,并不需要行为人拒绝说明来源与用途的行为,就可以认定非法持有的材料性质。^③而在巨额财产来源不明罪场合,不能说明来源的行为不具有独立意义,巨额财产必须要与不能说明来源的行为相结合,才能判断行为人持有物品的性质(非法所得)。换言之,不能说明来源的行为对于判明行为人持有物品的性质具有重要作用。在二罪名规定存在如此区别的情况下,仅因“拒不说明来源与用途的”与“不能说明来源的”具有形式上的相似性,就将二者归为同一类“附加条件”,结论显然不妥当。

2.将《刑法》第三百九十五条第一款中的“不能说明来源”视为持有型犯罪的“附加条件”,与设立该罪名的立法意图——降低证明难度相违背。

立法者之所以设立巨额财产来源不明罪,一个重要的意图是降低该罪的证明难度。该罪的确立“是为了在公诉机关难以证明现状的来源或去向的情况下不使狡猾的犯罪人逃避法网”。^④但如论者所言,“附加条件”是司法实务追究持有型犯罪刑事责任时的一个实质条件,既然是实质条件,就应当由控方承担证明责任,即由控方证明“被告人不能说明来源”的事实。按照司法解释,“被告人不能说明来源”包括四种情况。^⑤如果说对第一、二种情况,控方证明尚无多大难度,那么对第三、四种情况,控方要证明到案件事实清楚,证据确实、充分的程度,有时非常困难。例如,“刘某巨额财产来源不明罪一案”,法院认定,刘某辩称其财产中有15万元是爷爷留给小孩的,因爷爷已去世,难以核实,于是采信了刘某的辩解。^⑥在本案中,行为人说出了财产来源(爷爷留给小孩的),但司法机关却无从查证(爷爷已去世),遑论属不属实,故而控方要证明第三种情况显属“不可能完成的任务”,这无端加大了控方证明难度,与设立该罪试图降低证明难度的意图相违背。

(三)举证责任倒置说的缺陷

1.“不能说明来源”的含义违背举证责任倒置的分配原理。

举证责任倒置须以举证责任一般原则为前提,在刑事诉讼中,公诉案件举证责任的一般原则已由《刑事诉讼法》第五十一条明确规定,即由人民检察院承担。如果“说明来源”规定属于举证责任倒置,就应当由被告人承担“财产来源合法”的举证责任,既然由被告人承担举证责任,“不能说明来源”的含义应当只包括指示被告人行为的内涵,不包括指示司法机关行为的内涵。但司法解释对“不能说明来源”含义的规定同时包括指示两个行为主体:一是被追诉之人拒不说明、虚假说明、不能说明的行为;二是司法机关查证的行为。试

①张曙光《论持有型犯罪的“附加条件”》,《法学家》2015年第2期,第47—49页。

②张曙光《论持有型犯罪的“附加条件”》,《法学家》2015年第2期,第47页。

③经过保密局鉴定,就可认定所持材料是否属于国家绝密、机密文件、资料、物品。

④储槐植《刑事一体化》,法律出版社2003年版,第185页。

⑤这四种情况为:一是行为人拒不说明财产来源;二是行为人无法说明财产的具体来源;三是行为人所说的财产来源经司法机关查证并不属实;四是行为人所说的财产来源因线索不具体等原因,司法机关无法查实,但能排除存在来源合法的可能性和合理性的。

⑥海南省海南中级人民法院(2006)海南刑初字第38号。

想,如果是由被告人承担举证责任,何必再将控诉方纳入行为主体指示范围呢?

有学者就指出:“能否查明持有物品的具体来源与用途,说到底还是追诉机关的事情,……这里没有减轻或转移追诉机关的证明责任。”^①我国台湾地区有学者也认为,被告人不用负担证明“财产具有合法来源”的程度,只要被告人提出可信的来源依据,达到足以“释明(非证明)来源”程度,原则上就可以排除本罪的成立,至于该释明内容是否属实,则是司法机关应尽的调查责任,与被告人无关。^②

2. 举证责任倒置说也不符合司法实践。

按照举证责任原理,举证责任可以分为主观证明责任和客观证明责任。根据主观证明责任,对于所提主张,当事人应当首先提出证据予以证明,其后还需围绕所提证据进行分析、论证,证明到相应证明标准,履行说服责任后,始能卸除举证责任,摆脱承受不利裁判后果的危险境地。^③ 故而,如采举证责任倒置说,对所提之财产来源合法主张,被告人首先应提出证据予以证明,其后还需围绕所提证据进行分析、论证,证明到相应证明标准,履行说服责任后,始能卸除举证责任。但从司法实践来看,有相当一部分案件,被告人仅单纯提出意见、主张(类似于上述所提之“释明”),并没有提出证据进行证明,也得到法官的支持,难说是履行举证责任的表现。例如,“车某某巨额财产来源不明罪一案”,其提出评审费是其合法财产的主张,尽管车某某并未提出任何证据证明,但法院结合他总工程师的身份,认为不能排除存在来源合法的可能性和合理性,酌情认定了5万元。^④ 再如,“张某巨额财产来源不明罪一案”,其自述外借到其他单位的收入8万元应是合法收入,尽管项目单位均不存在,无账可查,法院仍结合张某的外借工作年限估算,认为张某的自述尚属合理,采信了该主张。^⑤

二 法律推定说的再证立

正是看到上述学说存在着较大缺陷,有学者新近提出法律推定说,认为《刑法》第三百九十五条第一款的性质是一个法律推定。^⑥ 笔者原则上支持法律推定说,但既有研究尚缺乏深入论证,加之缺乏对批评意见的有效回应,因此,有必要对法律推定说进行再证立。笔者认为,从性质而言,《刑法》第三百九十五条第一款是一个允许反驳的法律推定。该法律推定的基础事实为“国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入,差额巨大的”,推定事实为“差额部分以非法所得论”,“说明来源”规定是该法律推定允许反驳的规定。

(一) 法律推定说符合设立巨额财产来源不明罪降低证明难度的立法意图

一般认为,巨额财产来源不明罪是作为贪污罪、受贿罪的堵截性罪名而设立,目的在于严密法网,加大反腐败力度。^⑦ 作为一种堵截性罪名,如果较难证明该罪,显然不能达到兜底打击贪腐行为的目的。^⑧

从证明角度而言,该罪与其他作为堵截性罪名的持有型犯罪,如非法持有毒品罪的不同之处在于,非法持有毒品罪的证明难度并不高,因为行为人持有的物品本身即为违禁物,在侦查机关搜查、扣押该物品后,仅需简单的查证行为(如鉴定),就可以判明持有物品性质,从而完成证明活动。然而,在巨额财产来源不明罪场合,行为人持有或者获取的物品——财产,是一般流通物,不是违禁物,侦查机关搜查、扣押该财产后,想通过简单的查证行为,如通过鉴定行为确定财产性质,显属不能。后者的证明难度明显升高,其要证明的对象是行为人财产的非法获取性质,这种财产的非法获取性质既不能仅凭侦查人员肉眼观察判断,也不能通过鉴定行为确定,只能依赖行为人交待,如果行为人不交待,对该财产非法获取性质的证明就很难完成。

① 张曙光《论持有型犯罪的“附加条件”》,《法学家》2015年第2期,第54页。

② 邱忠义《财产来源不明罪与贪污所得拟制之评析》,《月旦法学杂志》2009年第164期,第96页。

③ 林辉煌《刑事审判之证明负担及证明程度》,台湾元照出版有限公司2011年版,第21—31页。

④ 山西省吕梁地区(市)中级人民法院(2014)吕刑终字第300号。

⑤ 上海市浦东新区人民法院(2013)浦刑初字第1676号。

⑥ 李本灿《巨额财产来源不明罪实行行为的重新界定:非法获取》,《政治与法律》2014年第7期,第38页。

⑦ 巨额财产来源不明罪最早规定于《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》即是明证。

⑧ 理论上对巨额财产来源不明罪存在的认知偏差,已经影响到司法实务。最高人民法院刑二庭副庭长王晓东指出,实务中,适用巨额财产来源不明罪追究刑事责任的较少,单独以该罪追究刑事责任的更是少之又少,2013年至2016年单独适用巨额财产来源不明罪的案件仅为30件。参见:王晓东《新时代背景下惩治贪腐犯罪若干问题的思考》,《法治研究》2018年第6期,第89页。

一方面,该罪名作为一种堵截性罪名设立,目的在于严密法网,加大反腐败力度;另一方面,如采取普通持有型犯罪的立法规定,如“国家工作人员持有非法所得财产,处……”,可能会造成证明困难,有碍立法目的之实现。有鉴于此,立法者有必要进行“二次堵截”——运用法律推定技术,降低证明难度。只要追诉机关证明基础事实即“国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入,差额巨大”,法院就可以认为推定事实“差额部分是非法所得”得到了证明。被告人可以依据“说明来源”规定进行反驳,如果反驳不成立(不能说明来源),则“差额部分是非法所得”就得到最终的司法认定。如果反驳成立(能说明来源),则所谓的非法所得数额要么全部、要么部分不能得到最终的司法认定。

比较法上,我国台湾地区亦有学者从降低证明困难的角度,认为财产来源不明罪规定具有法律推定性。该学者认为,财产来源不明罪的适用时机,在于无法完全证明“原贪污罪”的特定要素时,检察官可以转用证明要求比较低的“财产来源不明罪”。例如,被告涉嫌构成要件是abcd的“原贪污罪”,检察官已经完全证明abc要素,但无法证明d要素,检察官可以考虑转用财产来源不明罪起诉,而其犯罪构成要件与证明效果则是:abc三要素仍须达到“无合理怀疑”的证明程度,至于d要素的认定,在满足下列两个情况时,就可以推定d要素成立:(1)援引第六条之一规定(贪污治罪条例)的其他事实(例如被告持有不明财产,该事实必须证明至无合理怀疑程度);(2)被告无法提出该合理来源的反证(释明程度即可)。^①

总之,在设立巨额财产来源不明罪时,立法机关进行了“二次堵截”。第一次“堵截”侧重于实体面,严密法网,完善罪名;第二次“堵截”侧重于程序面,运用法律推定,降低证明难度。如果采取不作为说和附加条件说,则“责令说明来源,不能说明来源”这一事实都将成为追诉机关的证明对象,显然加大该罪的证明难度,不符合立法意图。举证责任倒置说虽然看到了立法者降低证明难度的意图,但仅凭对立法语句的一般文义分析,即得出举证责任倒置的结论,不仅违背举证责任倒置的分配原理,也不符合司法实践。

(二)法律推定说更符合该罪名规定的语句结构

法律推定的主要作用是降低推定事实的证明难度,“之所以要建立推定规范,首先是因为对于特定犯罪构成要件事实而言,司法证明是非常困难的”^②。

由于法律推定是从已知的基础事实推断认定未知的推定事实,因此从语句结构上必然会出现两个事实,其中一个为基础事实,另一个为推定事实。从语句结构分析,《刑法》第三百九十五条第一款的用语与一般的持有型犯罪,如非法持有毒品罪、持有假币罪明显不同。后者立法规定的语句结构为“行为人持有某物品事实+处罚规定”,前者立法规定的语句结构为“国家工作人员拥有差额巨大财产的事实(A)——差额部分属于非法所得的事实(B)+处罚规定”。相比而言,《刑法》第三百九十五条规定出现了两个事实,且认定B事实要以A事实的成立为基础,无论从语句结构,还是从事实联系来看,该规定更符合法律推定性。

部分学者由于不熟悉法律推定理论,对该说提出了批评。法律推定说面临的重大质疑是,规定中欠缺行为要件,将“没有行为的现象规定为或推定为犯罪”,违背刑法原理。^③这一批评值得商榷。实际上,作为事实认定的一种证据法则,法律推定只会对构成要件中难以证明的要素事实进行规定,不能因为这种侧重规定就否认该规定蕴含的行为因素。如果将这一法律推定进行适当扩充,是完全可以形成包含客观行为要件的法律规定的。

例如,《刑法》第三百九十五条第一款可以扩充为第一款:“国家工作人员拥有非法所得的财产,处五年以下有期徒刑或者拘役;非法所得特别巨大的,处五年以上十年以下有期徒刑。非法所得的财产予以追缴。”第二款:“国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入,差额巨大的,可以责令该国家工作人员说明来源,不能说明来源的,差额部分以非法所得论。”第一款类似于一般持有型犯罪的规定,有客观行为要件,但由于对非法所得这个要素事实难以证明,因此,可在第二款以法律推定方式,对非法所得的认定进行规定。出于立法

①许恒达《从贪污的刑法制裁架构反思财产来源不明罪》,《台北大学法学论丛》2012年第82期,第184—185页。

②陈瑞华《刑事证据法学》,北京大学出版社2012年版,第331页。

③张明楷《论巨额财产来源不明罪的实行行为》,《人民检察》2016年第7期,第5页。

简洁的考虑,两款可缩为一款,只保留客观行为要件中难以证明的要素事实“非法所得”的认定规定。

还有观点以立法推定不具有反驳性,对法律推定说提出批评:“如果国家工作人员能够说明来源,推定就不成立。然而,只有事实推定是可以反驳的,立法推定不可能被反驳。”^①这种看法纯属对法律推定的误读,有将法律推定与不可反驳的拟制混淆之嫌。

一般认为,拟制的含义是明知 A 不是 B,但是把 A 视为 B。^②例如,《刑法》第六十七条第二款就是一个拟制规定(准自首)。法律推定和拟制最大的区别有两点。第一,法律推定是认定事实的一种技术,是一种证据法则,拟制则不是。“如果某项法律规定并不涉及事实认定问题,而只涉及法律如何看待或规定的问题,那就不属于推定的范畴。这也正是区分推定和法律拟制的基本标准。”^③既然是认定事实的一种技术,就不可能达到绝对确定的程度,因而应当允许对方当事人进行质疑、反驳^④。因此,法律推定都是可以反驳的,不允许反驳的都不是法律推定,而是一个实体性质的法律规定。^⑤对此,最高人民法院法官早已明确指出:“根据已经实施的司法解释和学界比较一致的理论可以得出这样一种结论:允许反驳是推定的基本属性。”^⑥第二,在法律推定中,作为基础事实的 A 和作为推定事实的 B,具有经验法则上的高度伴生关系,即依据经验法则,基础事实 A 存在,推定事实 B 存在的可能性很高。美国学者华尔兹就指出:“推定产生于下面这种思维过程,即根据已知的基础事实的证明来推断出一个未知事实,因为常识和经验表明该已知的基础事实通常会与未知事实并存。”^⑦而在拟制中,事实 A 和事实 B 并不具有这种经验法则上的高度伴生关系。

正是由于将法律推定与不可反驳的拟制混淆,部分学者才对法律推定说提出了批评,但这种批评明显缺乏理论根据。

(三)从历史渊源而言,巨额财产来源不明罪的订立本身就带有浓厚的法律推定色彩

该罪最早起源于英国 1916 年制定的《贪污预防法》(*Prevention of Corruption Act*) 第二条:“除非能提出相反证据,只要能证明女皇任命人员、政府部门人员或其他公务员收受金钱、礼物或其他报酬,而该金钱、礼物或报酬来自与上述公务部门订有契约或预期可订定契约之私人,该交付或收受之金钱、礼物或其他报酬,推定为贿赂。”有学者认为,“此类规定属于法律推定的规制模式。换言之,英国法容许以立法推定方式,判断贪污犯罪若干要件成立”^⑧。该条文的制定有其特殊的历史背景和法律背景。历史背景为第一次世界大战期间,英国特设战时衣物管制局,统筹管理物资。商家纷纷向稽查人员行贿,很多案件虽经起诉,但由于无法证明所收利益来自于商家,因此被判无罪的比例很高。为此,英国议会通过该法,便利追诉日益严重的贪污犯行。法律背景为,传统上英国对无罪推定原则的认知并未采取严苛态度,容许国会以立法方式规定举证责任的转移。在涉及无罪推定原则最经典的 *Woolmington v. DPP* 一案中,上议院判决指出,检方有义务证明被告有罪,尤其是犯罪主观要件,检方对其成立负有举证责任,如果证明中仍有合理怀疑,法院即应为无罪判决。不过,上述举证责任法理有两个例外:其一是被告的精神障碍抗辩,其二是实证法规定的举证责任转移。除了两种情况外,都必须遵守无罪推定原则,由检方负最终的举证责任。^⑨ 尽管无罪推定原则是现代刑事诉讼的基本原则,但在英国,只要国会立法许可例外,就可以排除该原则的适用。^⑩ 在这种传统法律背

① 张明楷《论巨额财产来源不明罪的实行行为》,《人民检察》2016 年第 7 期,第 6—7 页。

② 何家弘《司法证明方法与推定规则》,法律出版社 2018 年版,第 195—196 页。

③ 何家弘《司法证明方法与推定规则》,第 195 页。

④ 试想,即便如证明力很强的 DNA 鉴定意见,法律也允许对方当事人质证,建立在一般经验法则基础上的法律推定反而不允许对方当事人反驳,道理何在?

⑤ 何家弘《司法证明方法与推定规则》,第 212—213 页。

⑥ 陆建红《掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪之“明知”构成要件适用研究》,中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一至五庭主办《刑事审判参考》总第 104 集,法律出版社 2016 年版,第 235 页。

⑦ 乔恩·R. 华尔兹《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社 1993 年版,第 314 页。

⑧ 许恒达《从贪污的刑制裁架构反思财产来源不明罪》,《台北大学法学论丛》2012 年第 82 期,第 155 页。

⑨ 许恒达《从贪污的刑制裁架构反思财产来源不明罪》,《台北大学法学论丛》2012 年第 82 期,第 156 页。

⑩ 例如,英国 1994 年制定《刑事司法和公共秩序法》对沉默权进行限制即是一例。参见:龙宗智《英国对沉默权制度的改革以及给我们的启示》,《法学》2000 年第 2 期,第 27 页。

景下,不难理解为何英国允许以立法方式推定犯罪构成要件。

其后,深受英国法律制度影响的英联邦成员国及前殖民地,纷纷引进类似条款,订立财产来源不明罪,例如新加坡、马来西亚、巴基斯坦、印度、我国香港地区。反观对无罪推定原则持严厉见解的美国、德国、日本,则不见类似罪名的踪迹。如新加坡制定的《防止贪污法》第八条:“除非有反证证明,在被告被控违反本法第五条(一般收贿罪)或第六条(代理人收贿罪)之程序中,公职人员自欲与公务单位交易之人所收取之报酬,均应以推定为贿赂。”《贪污、贩毒及其他重大犯罪所得利益没收法》第五条:“(6)为本法之目的,行为人持有或无论何时曾经持有之任何财产或利益(包括此等财产或利益之收益)与其收入来源并不相称,而又未能就其持有向法院作出合理解释时,应推定为犯罪行为所得。”再如我国香港地区1971年制定的《防止贿赂条例》第十条:“任何现任或曾任官方雇员者(一)维持高于与其现在或过去公职薪俸相称之水准;或(二)控制与其现在或过去公职薪俸不相称之金钱资源或财产,除能就其如何能维持该生活水准或就该等金钱资源或财产如何归其控制向法庭为合理说明者外,即属犯罪。”^①

2003年,联合国借鉴上述国家和地区的立法经验,于《联合国反腐败公约》第二十条规定:“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,财产非法增加,即公职人员的财产显著增加,而该公职人员无法以其合法收入作出合理解释。”正是由于看到该条规定具有立法推定性质,可能冲击无罪推定原则、不得强迫自证其罪原则,联合国特意强调“在不违背本国宪法和本国法律制度基本原则的情况下”,各缔约国才可考虑将上述行为入罪。

我国于1988年制定《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》,该规定第十一条第一款:“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拘役,或者单处没收其财产的差额部分。”从立法时间和条文表述而言,我国确立的巨额财产来源不明罪明显借鉴英国法经验,然借鉴时不明就理,只注重从形式上借鉴,忽视该条文于英国法传统上的立法推定性质,学者用既有的四要件理论进行解读而遗忘掉该条文的原初性质,以致酿成今日纷争。

三 “说明来源”规定性质的进一步分析

在证立《刑法》第三百九十五条第一款性质是法律推定的基础上,有必要对“说明来源”规定的性质作进一步分析,这是因为,尽管有学者认为《刑法》第三百九十五条第一款的性质是法律推定,但是对“说明来源”规定性质的认识似乎存在不一致和模糊之处。

例如,在同一部论著中,陈瑞华教授既认为“作为适用推定规范的前提,基础事实是行为人的财产与其合法收入之间存在巨大差额,并且行为人无法说明财产的来源,而作为适用推定的结果,推定事实则是差额部分属于非法所得”,又认为“检察机关必须提出证据证明被告人财产与合法收入之间存在巨大差额。对于这一事实,检察机关必须证明到事实清楚,证据确实、充分的程度。在此前提下,法院可以直接认定财产与合法收入之间的巨大差额系属非法所得”。^②这两种看法显然存在不一致之处。如果是前者,基础事实就包括两个:行为人的财产与其合法收入之间存在巨大差额+行为人无法说明财产的来源。如果是后者,基础事实就只有一个:行为人的财产与其合法收入之间存在巨大差额。再如,何家弘教授认为:“在巨额财产来源不明罪的推定规则中,适用的条件有二:第一是国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入而且差额巨大;第二是本人无法说明其合法来源,即来源不明。”照此说法,基础事实似乎有两个。在该论著的另一处,何教授又认为“不能把推定规则的条件笼统地视为基础事实”。^③照此说法,似乎“行为人无法说明财产的来源”不应当属于基础事实规定。

究竟“说明来源”规定是否属于该法律推定中关于基础事实的规定呢?笔者认为,“说明来源”规定并不

^① 邱忠义《财产来源不明罪与依法所得拟制之评析》,《月旦法学杂志》2009年第164期,第80、79页。

^② 陈瑞华《刑事证据法学》,第327—328页。

^③ 何家弘《司法证明方法与推定规则》,第229、288页。

属于基础事实规定,而是属于允许对该法律推定进行反驳的规定。^①之所以得出这一结论,主要是因为下述几个方面的原因。

(一)如果将“说明来源”规定视为基础事实规定,与立法意图明显有违

正如前述,巨额财产来源不明罪是作为贪污罪、受贿罪的堵截性罪名而设立,目的在于严密法网,加大反腐败力度。为达此立法目的,法条采取法律推定结构,以降低证明难度。如果将“说明来源”规定视为基础事实规定,则追诉机关要对两个基础事实进行证明:一是行为人的财产、支出与其合法收入之间存在巨大差额;二是行为人无法说明财产的来源。并且,要将两个基础事实证明到事实清楚,证据确实、充分的程度,推定事实“差额部分是非法所得”才成立。前已指出,要将“被告人不能说明来源”事实中的第三、四种情形证明到事实清楚,证据确实、充分的程度,控方显属困难。如果将这两种情形视为控方要证明的基础事实,与立法者欲降低该罪证明难度的意图明显有违。

(二)如果将“说明来源”规定视为基础事实规定,有违不得强迫自证其罪原则

根据司法解释,“被告人不能说明来源”包括“行为人拒不说明财产来源”的情况,也即谓,在面对侦查机关调查时,如果行为人保持沉默,司法机关应以其沉默的事实作不利于行为人的推断,这种做法明显违背不得强迫自证其罪原则。不得强迫自证其罪原则是现代刑事诉讼的一项重要原则,2012年修改的《刑事诉讼法》第五十条增加了“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定。从诉讼法理而言,不得强迫自证其罪原则往往是被告人享有沉默权的法理基础,域外法治国家和地区大多将被告人享有沉默权作为不得强迫自证其罪原则的核心内涵。^②为保障被告人行使沉默权,域外法治国家和地区禁止司法机关以沉默的事实作不利于被告人的推断。“若对全部沉默的被告施以不利益的评价,被告将担心沉默会导致不利益推论而被迫不行使沉默权,所谓沉默权之保障,遂成空谈。”^③反之,将“说明来源”规定视为允许反驳的规定,将大为缓和与不得强迫自证其罪原则的紧张关系。因为在这种情况下,被告人之所以招致不利益的事实认定,并非以被告人沉默的事实直接推论而至,而是被告人提出的反驳不能推翻基础事实的结果。

(三)将“说明来源”规定视为允许反驳的规定,更符合我国司法实践

从我国司法实践来看,在巨额财产来源不明罪审理中,被告人一方提出的反驳,引起法官对基础事实的合理怀疑,动摇法官对基础事实的心证,导致推定事实“差额部分是非法所得”部分或全部未得到认定,可以分为如下几类。第一类,被告人既提出证据,又积极进行说服、论证。例如,“陈某巨额财产来源不明罪一案”,被告人陈某提出,公诉机关指控的其中40万元“非法所得”,是其办红白喜事收受的礼金,并提供了礼单、账本、证人证言等证据。一审法院认定,上述事实有证据予以证实,证据确实、充分,应当认定为合法财产。^④第二类,被告人虽未提出证据,但提供了具体线索,并经查证属实。例如,“房某某巨额财产来源不明罪一案”,法院认定,对于巨额财产来源不明的事实,被告人房某某提出的为其岳父保管18万元、销售货物盈利20万元,其提供了相关线索,应予认定。^⑤第三类,被告人一方既未提供证据,也未提供具体线索,仅指出控方对基础事实的证明未达到法定程度。例如,“姜某某巨额财产来源不明罪一案”,辩护人提出姜某某给付段某某的16万元,系购买房屋的押金款,不应认定为支出。经查,对该笔款项虽有银行转账记录和被告人供述,但没有段某某的证言予以证实,认定该笔款项为支出,证据不足。^⑥第四类,被告人一方既未提供证据,也未提供具体线索,只是单纯提出辩护主张,但法官结合常情常理分析,认为不能排除合理怀疑,导致推定事

^① 李本灿认为,该规定中的“不能说明”是“可以说明”的同义语,是一个问题的另一面表达。故而,该规定是允许被告人进行说明的。参见:李本灿《巨额财产来源不明罪实行行为的重新界定:非法获取》,《政治与法律》2014年第7期,第38页。在笔者看来,允许被告人进行说明,实质就是允许被告人对该法律推定提出反驳。

^② 林钰雄《刑事程序与国际人权》,台湾元照出版有限公司2007年版,第277—333页。

^③ 王士帆《不自证己罪原则》,春风煦日学术基金(台北)2007年版,第138—139页。

^④ 河南省安阳市中级人民法院(2013)安中刑一终字第56号。

^⑤ 山东省沂源县人民法院(2013)沂刑初字第280号。

^⑥ 辽宁省葫芦岛市中级人民法院(2015)葫刑终字第00082号。

实的部分未得到认定。例如,前述所举刘某、张某巨额财产来源不明案,即属此类。

有学者认为,刑事推定不会导致证明责任倒置,但会引起证明责任转移。^①但从司法实践来看,上述观点并没有得到实务部门的认可。例如,上述总结的第三、第四类情形,很难被认为是证明责任转移(被告人一方并没有提出证据)。最高人民法院法官也认为,(某些)刑事推定规则不会对举证责任的承担发生影响,也不会导致举证责任转移,证明基础事实的存在,仍然是检控方的责任。被告人及辩护人只要对基础事实提出合理怀疑或辩解主张即可。^②

此外,如果将“说明来源”规定视为基础事实规定,而非准许反驳的规定,将造成逻辑上的混乱和矛盾。这是因为,在整个司法处理过程中,被告人说明财产来源的行为将被评价两次:第一次是看被告人的行为是否属于不说明来源的情形,第二次是看被告人的行为是否构成有效的反驳。如果在第一次评价中,被告人的行为被评价为不说明来源的情形,那么在第二次评价中,就根本不能构成有效反驳。因此,这个推定成为了一个实质意义上的不可反驳的推定,背离推定可能被反驳推翻的设定。如果在第一次评价中,被告人的行为被评价为说明来源的情形,那么,由于基础事实本身不成立,则推定事实不可能成立。

(四)如果将“说明来源”规定视为基础事实规定,而非准许反驳的规定,将违背两高制定的最新司法解释

2017年1月,《最高人民法院、最高人民检察院关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》(以下简称《追赃规定》)公布。该规定第一条明确将巨额财产来源不明罪列入违法所得没收程序适用罪名,从这一举动可以看出,两高根本未将被告人对财产来源的说明行为作为推定中的基础事实规定。

这是因为,适用违法所得没收程序的前提是犯罪嫌疑人、被告人逃匿或死亡。既然犯罪嫌疑人、被告人已经逃匿或死亡,就不会有被告人说明财产来源的行为(尤其是在被告人死亡状态下);没有被告人说明财产来源的行为,就谈不上被告人不能说明来源四种情形的判断;没有被告人不能说明来源这一基础事实,推定事实“差额部分是非法所得”就不可能成立。如此,违法所得没收程序就不应当将巨额财产来源不明罪列入适用罪名。但两高却偏偏将该罪列入适用罪名范围,并要求在立案受理阶段对犯罪事实部分进行实质审查和认定^③,这充分反映出,两高根本未将被告人对财产来源的说明行为作为推定中的基础事实规定。^④“犯罪嫌疑人、被告人未到案作出说明一般不会影响巨额财产来源不明基本事实的认定。如果在案物证、书证、证人证言等证据足以证明‘国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入,差额巨大’,那么犯罪嫌疑人、被告人没有到案说明来源一般不会影响巨额财产来源不明犯罪的认定。”^⑤

如果将“说明来源”规定视为允许反驳的规定,则将消除上述矛盾,与《追赃规定》的相关规定相吻合。《追赃规定》第十七条第二款:“巨额财产来源不明犯罪案件中,没有利害关系人对违法所得及其他涉案财产主张权利,或者利害关系人对违法所得及其他涉案财产虽然主张权利但提供的相关证据没有达到相应证明标准的,应当视为本规定第十六条规定的‘申请没收的财产属于违法所得及其他涉案财产’。”从该规定可见,两高允许利害关系人对推定的违法所得提出反证,进行反驳。从结果而言,利害关系人对推定的违法所得进行反驳,有利于被告人,因此将其视为被告人一方提出的反驳并无不妥。这也间接证明,在巨额财产来源不明罪的审理中,两高是允许被告人提出反驳的,只有在被告人一方提出的反驳不成立,没有削弱法官对基础事实心证的条件,推定事实“差额部分是非法所得”才能得到司法上的最终认定,被告人才构成巨额财产来源不明罪。

① 褚福民《准法律推定——事实推定与法律推定的中间领域》,《当代法学》2011年第5期,第111页。

② 陆建红《掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪之“明知”构成要件适用研究》,《刑事审判参考》总第104集,第235页。

③ 刘骁虎、张宇《任润厚受贿、贪污、巨额财产来源不明违法所得没收申请案》,中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一至五庭主办《刑事审判参考》总第112集,法律出版社2018年版,第120页。

④ 同样道理,将被告人说明来源的行为视作持有型犯罪的“附加条件”或者“构成要件”(不作为说及复合行为说),也违背《追赃规定》的精神。

⑤ 刘骁虎、张宇《任润厚受贿、贪污、巨额财产来源不明违法所得没收申请案》,《刑事审判参考》总第112集,第122页。

综上,为进一步彰显“说明来源”的法律推定的本质,笔者建议,对《刑法》第三百九十五条第一款进行修改,改为:“国家工作人员拥有非法所得的财产,处五年以下有期徒刑或者拘役;非法所得特别巨大的,处五年以上十年以下有期徒刑。非法所得的财产予以追缴。”增加第二款:“国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入,差额巨大的,差额部分以非法所得论。该国家工作人员或者利害关系人能对差额部分财产来源进行合理解释或者提出相反证据证明者除外。”其中,第一款是对国家工作人员拥有非法所得的财产进行处罚的规定。第二款以法律推定的方式,对非法所得的认定进行了规定,其第一句是关于基础事实和推定事实的规定,“国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入,差额巨大的”是基础事实规定,“差额部分以非法所得论”是推定事实规定。第二句“该国家工作人员或者利害关系人能对差额部分财产来源进行合理解释或者提出相反证据证明者除外”是允许对上述法律推定进行反驳的规定。之所以加上利害关系人这一主体,是为了与《追赃规定》的相关规定相吻合。

Recognition of the Nature of “Property Source Explanation” in the Crime of Holding a Huge Amount of Property with Unidentified Sources

AI Ming

(Criminal Prosecution Research Center, Southwest University of Political Science & Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: Academic circles have different understandings on the nature of the provision of “Property Source Explanation” in the crime of holding a huge amount of property with unidentified sources. From the analysis of legislative intention, sentence structure, historical origin and judicial practice in China, the nature of article 395 (1) of the *Criminal Law* should be a legal presumption that allows refutation. In this legal presumption, the basic fact is that “when the property and expenditure of state official obviously exceed their lawful income, and the excess is huge”, then the presumption fact is that “the excess is regarded as illegal income”, and the provision of “Property Source Explanation” is a provision that allow the defendant to refute. This new understanding is supported by *The Provisions on the Application of Several Issues Concerning the Procedures for the Confiscation of Illegal Income in Cases of Criminal Suspects and Defendants Escaping and Death*, and has a strong explanatory power.

Key words: crime of holding a huge amount of property with unidentified sources; “Property Source Explanation”; legal presumption; basic fact

[责任编辑:苏雪梅]