

巨额财产来源不明罪中若干问题研究 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_B7_A8_E9_A2_9D_E8_B4_A2_E4_c122_480726.htm

巨额财产来源不明罪,是在我国社会实行改革开放的巨大变革历史进程中,适应惩治腐败犯罪份子的需要规定的一种新罪。我国1979年刑法中没有这种犯罪的规定,1988年全国人民代表大会颁布的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中开始有了巨额财产来源不明罪的有关规定,1997年修订刑法又将其适当修改,纳入刑法第八章贪污贿赂犯罪之中。本罪自开始设立以来,至今一直在刑法学界存在颇多非议,该罪成为我国刑法分则规定中最具有争议性的罪之一。本文主要就该罪的共同犯罪、证明责任、法定刑等几个问题进行探讨。

一、巨额财产来源不明罪中有关共同犯罪的问题

在司法实践中,处理巨额财产来源不明案件时,经常会遇到被告人亲友为被告人逃避法律制裁,帮助被告人转移财产,隐瞒事实,甚至向司法机关提供虚假证明,把被告人的非法财产说成是自己的财产的情况。对此,能否以共同犯罪论处,这在我国刑法理论界存在不同的观点。

一是完全肯定说。持此种观点的学者认为本罪是以特殊主体构成的身份犯,无特定的国家工作人员身份的人,不能单独构成本罪。对于非国家工作人员帮助国家工作人员隐瞒巨额财产的真实来源的行为,如果没有共同故意,对于非国家工作人员应当视其行为的性质和情节,分别以窝赃罪、包庇罪或者伪证罪论处。[1]

二是限制肯定说。持此观点的学者认为对于国家工作人员事前通谋帮助国家工作人员隐瞒巨额财产的真实来源的行为,应视为具有共同故意,

以非法所得的共同犯论处；对于非国家工作人员 虽然事前通谋，也不宜以本罪论处，应视其情节和性质，以窝赃销赃罪、包庇罪或者伪证罪论处。[2]笔者赞同巨额财产来源不明罪中存在共同犯罪的观点，下面笔者根据共同犯罪的理论以及我国刑法第二十五条的规定，对此进行分析。（一）主体范围的确定 共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。巨额财产来源不明罪的共同犯罪主体，必须是二人以上的国家工作人员，或者是二人以上的国家工作人员与非国家工作人员，即二人以上的主体中至少有一名是国家工作人员。如果二人以上均为非国家工作人员，则不能成立此罪。

1.确定的共同犯罪的主体。《刑法》第九十三条规定了两类国家工作人员：一类是国家工作人员，即本法所称的国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。另一类是以国家工作人员论的人员，即国有公司、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。这一部分的主体是确定的主体，即这部分主体在履行公务期间只要实施了巨额财产来源不明罪所规定的行为就构成共同犯罪。

2.可能成为共同犯罪的主体。当犯罪人不具备上述主体资格的时候，仍然有可能成为巨额财产来源不明罪共同的主体。如家庭成员、朋友等等都能构成本罪的共同犯罪的主体。但这种可能是存在条件的，即必须有国家工作人员与其一起实施了犯罪，也就是说必须有一方为国家工作人员。当双方都不具备国家工作人员的主体资格时无论其实施了何种行为都不能构成巨额财产来源不明罪。这一部分的主体主要包括国家工作人员的家庭成员以及

存在利害关系的人。 （二）客观方面 共同犯罪的客观方面，是指各犯罪人必须具有共同的犯罪行为。所谓共同犯罪行为，是指各犯罪人为追求同一危害社会的结果，完成同一犯罪，而实施的相互联系，彼此配合的犯罪行为。[3]巨额财产来源不明罪的共同犯罪行为具体表现为：实施巨额财产来源不明罪的各行为人对来源不明的巨额财产的非法获取与帮助藏匿行为，以及各行为人明知且拒绝说明巨额财产真实来源的行为，反映在行为方式上，则是作为与不作为均有。共同的作为方式由于主体资格的不同也分为两种情况：一是当巨额财产来源不明的各行为人均为国家工作人员时，其作为方式表现为非法共同获取巨额财产；二是当巨额财产来源不明罪的行为人之一是国家工作人员具有非法获取来源不明的巨额财产行为，而另一方不具有国家工作人员身份的人帮助国家工作人员实施转移、藏匿非法获取的巨额财产，此时他们构成共同作为方式。当国家工作人员非法获取来源不明的巨额财产与非国家工作人员帮助国家工作人员转移、藏匿来源不明的巨额财产后，他们均有说明这些巨额财产来源的义务，但是他们却拒不说明或者不能说明其来源是合法的，这在行为方式上表现为共同的不作为。 （三）主观要件 共同犯罪的主观要件，即共同犯罪故意。所谓共同犯罪故意，具有两个因素：一是认识因素。认识因素是指共同犯罪人不仅要认识到自己在故意的实施犯罪，而且还认识到有其他的犯罪人和自己一起共同配合实施犯罪；二是意识因素。指共同犯罪人明知共同犯罪行为会造成某种危害社会的结果，并且希望或者放任这种危害结果的发生。共同犯罪故意中的认识因素，既是共同犯罪主观要件的基础与前提，同时也是确定共同

犯罪是否成立的关键部分。巨额财产来源不明罪的共同犯罪故意，主要表现在行为人对来源不明的巨额财产具有非法获取与帮助转移、藏匿的故意和拒不说明巨额财产真实来源的故意两方面。[4] 非法获取与帮助转移、藏匿来源不明的巨额财产的故意具体表现为两种：一是当各行为人均为国家工作人员而共同非法获取来源不明的巨额财产时，各行为人在主观上具有共同的获取来源不明的巨额财产的故意；二是当行为人之一为国家工作人员而非法获取来源不明的巨额财产，而另一行为人为非国家工作人员实施帮助国家工作人员转移、藏匿来源不明的巨额财产行为时，他们在主观上也具有共同实施巨额财产来源不明罪的犯罪故意。拒不说明或者不能说明巨额财产真实来源的故意也分两种情况，一是各行为人均为国家工作人员而共同非法获取了来源不明的巨额财产后，各行为人彼此拒不说明或者不能说明该巨额财产的真实来源，分别具有故意；二是当行为人之一为国家工作人员而非法获取了来源不明的巨额财产，而另一行为人为非国家工作人员实施了帮助国家工作人员转移、藏匿来源不明的巨额财产之后，他们彼此拒不说明或者不能说明巨额财产真实来源的共同犯罪故意。

二、证明责任的问题

证明责任是指对于被告人是否有罪以及犯罪情节轻重，应由谁提出证据并加以证实的责任。证明责任中的责任，实质是一种负担。究竟由原告还是被告，抑或是原、被告双方共同承担呢？在我国刑事诉讼中，一般认为，对刑事案件的证明责任不产生异议问题，即公诉案件，由执行控诉职能的国家机关承担，主要是人民检察院和公安机关等承担证明犯罪嫌疑人、被告人有罪的责任；如果不能做到，其后果就是犯罪嫌疑人、被告人无罪。

的结论当然成立。在自诉案件中，自诉人处于原告的地位，独立地执行控诉职能，对自己提出的指控被告人犯有某种罪行的主张，自然也就承担起证明被告人有罪的责任，这在《刑事诉讼法》第171条规定中也得到体现。但是，自从巨额财产来源不明罪出现后，公诉案件由司法机关承担证明责任与自诉案件由自诉人承担证明责任的传统观念被打破，证明责任的主体问题便产生了诸多异议。由于刑法规定“国家工作人员的财产或支出明显超过合法收入，差额巨大，经责令说明来源，本人不能说明其来源合法的，差额部分以非法所得论。”因此许多学者就此认为，本罪的举证责任倒置或者证明责任转移，导致了许多地方的司法机关认为，只要运用证据证明行为人占有财产或支出明显超过其合法收入，举证任务就已完成，剩下的主要责任则由被告人承担。[5]笔者认为这种说法是片面的，此罪中的证明责任由控诉方和被告共同承担，既有举证责任未倒置的，也有举证责任倒置的情况。以下我们就来具体说明：一是控诉方应当承担证明责任。在我国刑事诉讼法学界，普遍一致的观点是：刑事自诉案件的证明责任由原告承担；被告人反诉时，则承担反诉主张的证明责任。刑事公诉案件的证明责任则由司法机关承担。根据《刑事诉讼法》第十八条第二款的规定，包括在贪污、贿赂犯罪中的巨额财产来源不明案，应由人民检察院直接受理。毫无疑问，巨额财产来源不明案件属于公诉案件。对公诉案件的证明责任，刑事诉讼法已有明确的规定，即《刑事诉讼法》第四十五条规定：“审判人员、检察人员，侦察人员必须依照法定程序，收集能够证明犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪，犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威

胁引诱，欺骗以及其他非法的方法收集证据”。第四十五条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应该如实提供证据。”据此，刑事诉讼法规定的证明责任的原则主要是：（1）证明责任首先应当由提出诉讼主张的侦查人员和检察人员共同负担；（2）否定诉讼主张的被告人、犯罪嫌疑人没有证明责任；（3）侦查人员、检察人员、审判人员不仅调查、收集有罪和罪重的证据，同时调查、收集无罪和罪轻的证据；（4）不能采取刑讯逼供等非法手段，强迫被告人证明自己无罪。在巨额财产来源不明罪中，由于司法机关认为犯罪嫌疑人的财产或支出明显超过合法收入，且数额巨大，本人又不能说明来源合法，因而认定其构成犯罪，这就等于是对所主张的犯罪嫌疑人的发犯罪行为做出了证明，承担了证明犯罪嫌疑人犯罪的责任。[6]二是犯罪嫌疑人、被告人应当承担证明责任。在刑事诉讼中，证明责任，即当事人对自己向审判机关提出的诉讼主张，有提供证据加以证明的责任。[7]所谓举证责任倒置是指在刑事诉讼中，在特定情况下，被告方对于控方的指控认为其不成立有提出反驳和辩解的事实主张和相应的证据权利和义务。我国刑法第三百九十五条第一款规定，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，可以责令其说明来源。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。对于巨额财产来源不明罪，犯罪嫌疑人负有说明其明显超过合法收入的那部分财产的来源的责任，如果不能说明来源是合法的，则以巨额财产来源不明罪论处。这是典型的证明责任倒置，是犯罪嫌疑人、被告人

不承担证明自己无罪责任的一个例外。但是，证明国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入并差额巨大这一事实存在的责任，仍然由司法机关承担。也就是说在巨额财产来源不明案中，公诉人不需要举证被告人的巨额财产来自何处，只要举证出被告人有超出其正当收入的巨额财产。这时举证责任就倒置，被告人要自己举出证据证明这些巨额财产有正当来源，否则法院就可对被告人处以刑罚。

三、法定刑的问题

法定刑是刑法对某一种具体犯罪规定的刑种和刑罚幅度。各国立法中关于法定刑的规定主要有以下几种情况：(1)绝对确定法定刑。即刑法条文规定对某种具体犯罪适用单一的固定的刑种和量刑幅度。如对某种具体犯罪只规定判处无期徒刑。(2)绝对不确定法定刑。即在刑法条文中只笼统的规定对某种具体犯罪判处刑罚，不具体地规定刑种和量刑幅度。(3)相对确定法定刑。即在刑法条文中对某一种具体犯罪明确适用的刑种和量刑幅度。如规定对某一种具体犯罪判处3年以上10以下有期徒刑。判断一个罪与刑罚的结合是否合理，主要是看是否有利于发挥刑罚的积极功能，有利于现实预防犯罪的目的，是不是符合社会形势对刑罚的需要。要通过贯彻惩罚与教育相结合的方针，收到预防犯罪的实效，单纯的重型或者轻刑都不利于刑罚目的的实现。我国现行刑法采用的是相对确定法定刑，相对确定的法定刑针对司法实践，能有效的拉开距离形成阶级层次，尽可能满足司法实践对刑罚的需求。[8] 有关刑法规定巨额财产来源不明罪法定刑“为五年以下有期徒刑或者拘役，差额部分的财产予以追缴。”这一规定充分考虑到了巨额财产来源不明罪中的财产的性质存在不确定性，但同时也有可能导致宽纵犯罪，实施了贪污、

贿赂、走私等严重犯罪的行为人，在其犯罪所得财产被察觉而犯罪行为不明的情况下，就拒不供述实情，从而使犯罪份子逃避了应得的严厉的制裁。如果参照刑法中关于贪污罪的规定，个人贪污数额在5万元以上不满10万元的，处五年以上有期徒刑，可并处没收财产。情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产，相比之下，本罪的法定刑较轻。从审判实践来看，近两年被认定为犯有本罪的行为人，通常是伴随以贪污、贿赂、渎职或者其他严重犯罪的国家工作人员，本人“不能说明”而检察机关又无法查明其确定来源的明显超出合法收入的巨大差额部分，往往数额高达几十万甚至上百万，但由于不能证明其性质是非法所得，只能按本罪处罚，而行为人就可能有意利用本罪的规定隐瞒财产的真实来源，使承担的刑事责任大大减轻。[9] 巨额财产来源不明罪法定刑偏低，不利于体现我国现行的刑法体系原则，不利于打击犯罪。对于可以从刑种以及量刑幅度两方面来加以分析：第一，刑种太少。我国刑法规定的巨额财产来源不明罪的法定刑种只有两种，一是有期徒刑，一是拘役。相对于贪污贿赂犯罪之中的其他罪来说刑种太少，如贪污和受贿罪中均有无期徒刑和财产刑的规定。巨额财产来源不明罪使用的是传统的自由刑，虽然有“差额部分予以追缴”的规定，但对于职务犯罪的惩罚措施，其力度远远不够。笔者认为，在自由刑成为主要惩罚方式的今天，我们仍然有必要加强巨额财产来源不明罪的其他刑罚方式，来加强我们打击腐败的力度和决心。笔者认为在原刑罚的基础上我们可以增设财产刑。刑罚的目的主要在于惩罚和预防犯罪，如果刑罚太重或者刑罚太轻都不利于打击犯罪。巨额财产来源不明罪的根源往往是对于钱

财的贪念，我们增设财产刑可以在其未犯罪之前让其感觉犯罪后也是一无所图，从根源上杜绝犯罪的欲望。“金钱是自由的凝集物，这是一种事实，因此，剥夺金钱就是限制了消费，能使人感到很大的痛苦。”[10]这样刑罚的威慑力在无形中也就加强了，对于预防犯罪有非常积极的作用。第二，量刑幅度较窄。巨额财产来源不明罪与贪污、受贿等犯罪的社会危害性一致，但其法定最高刑却只有五年有期徒刑，而贪污、受贿罪的法定最高刑可判死刑，两者悬殊太大，不符合罪刑相适应的原则。而且巨额财产来源不明罪只有一个量刑档次，即不管来源不明的财产有多少，只能在五年的有期徒刑量刑幅度以内量刑，不利于体现我国刑法体系中“重罪重罚，轻罪轻罚，罚当其罪”的原则。刑法的量刑过于悬殊，势必造成法律的不公平。因此有必要提高量刑幅度，从而加大对行为人的惩罚力度。因此，在原刑罚的基础上，有必要适度提高该罪的刑罚。将该罪的最高刑定位为无期徒刑，加大有期徒刑的期限。同时考虑到财产刑，可以将该罪刑罚修改为“数额较大的，处五年以下有期徒刑或拘役，并处没收财产；数额巨大的处五年以上十年以下有期徒刑，并处没收财产；数额特大的或有其他特别严重的情节的处十年以上的有期徒刑或无期徒刑，并处没收财产。笔者在此只是对巨额财产来源不明罪中的共同犯罪、证明责任、法定刑三个问题进行了探讨，但作为刑法分则中最具争议的一个罪名，其存在的可探讨的问题还很多，诸如巨额财产来源不明罪中主体的问题、巨额财产来源不明罪中自首的问题，等等。现行巨额财产来源不明罪的立法还存在许多未能克服的缺陷，在解决这些问题之前，我们一定要辩证的分析这些问题，针对

不足，提出完善的修改方法，将反腐工作进行到底。注释：

我国刑法第三百九十五条第一款规定了巨额财产来源不明罪：国家工作人员的财产或者支出明显超出合法的收入，差额巨大的，可责令说明来源。本人又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，财产差额予以追缴。主要涉及到罪名、客体、客观要件、主观要件、有罪推定、法定刑、立法价值等诸多问题。

如1999年山西省人民检察院调查山西省长治市市委常委、长治县委书记王虎林巨额财产来源不明罪时，发现其家多数财产的保管、存储均由其妻张玉梅一手包办。在检查机关侦察期间，张玉梅隐瞒事实真相，与他人订立攻守同盟，并编造谎言，伪造家中财产和支出的账目，转移存折。2001年1月，王虎林被以巨额财产来源不明罪判处有期徒刑三年，张玉梅以巨额财产来源不明罪被判处有期徒刑一年，缓刑二年。

我国刑事诉讼法第一百七十一条第二款规定：缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回。参考文献：[1]鲍遂献.论拒不说明巨额财产真实来源罪[J].中国法学,1990（6）；[2]陈磊.关于非法所得罪的几个问题[J].检察理论研究，1993（2）[3]高铭暄.刑法学.新编本[M].北京:北京大学出版社,1998:122；[4][6]孟庆华.巨额财产来源不明罪研究新动向[M].北京:北京大学出版社,2003:139, 211；[5]付天勇.建议对巨额财产来源不明罪予以立法完善[N].人民法院报,2004-9-2. [7]陈光中、徐静村.刑事诉讼法学[M].北京:中国政法大学出版社,1999. [8]吴宏文.巨额财产来源不明罪存在的问题及修正[N].人民法院报2002-4-1. [9]刘沫茹.论巨额财产来源不明罪[J].黑龙江省政法管理干部学院

报,2000(2); [10][日]石原一彦等.现代刑罚法大系I[M].东京:日本评论社,1984。(作者:李娜,湖南省岳阳市君山区人民检察院) 100Test 下载频道开通,各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com