

立法的遗憾 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_AB_8B_E6_B3_95_E7_9A_84_E9_c122_483588.htm 立法的遗憾浅析巨额财产来源不明罪?ア 緞谭 返?395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，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分予以追缴”。这就是我国刑法所规定的巨额财产来源不明罪。该罪是从1988年1月21日第六届全国人大常委会公布施行的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第11条所吸收而规定的。毋庸置疑，该罪的设立，对于在查处红塔集团原董事长储时健、“三湘第一女巨贪”湖南省建筑工程集团原副总经理蒋艳萍等贪贿案件中起到了积极作用，对于确保国家公私财产所有权和国家的廉政建设制度不受侵犯的确起到了一定保护作用，给我们执法带来了一定方便。但因该罪本身所存在的一些违宪性、违法性以及实际操作性较差和所产生的负面作用过大等不利因素，又不得不说这是立法上的一个遗憾。结合该罪，本人谈一点粗浅认识，以期抛砖引玉。

一、违宪性?

ノ夜?《宪法》第33条规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”即凡具有我国国籍的人，在适用法律上一律平等，所谓在适用法律上平等，既包括适用实体法上的平等，也包括适用程序法上的平等。诚然，作为巨额财产来源不明罪的犯罪主体(犯罪嫌疑人、被告人)，司法机关在对其适用法律时，也应平等地适用《刑法》、《刑事诉讼法》的原则。根据法律规定，作为公诉案件，举证责任在于公诉机关，并且严禁实行有罪推定。而从法律对巨额财产来源不明的犯罪构成要求来看，法律对这一特定的犯罪主体实际实行了

有罪推定和举证责任倒置原则。这一特殊规定，违反了《宪法》关于“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”的宪法原则。财产作为公民个人所拥有的现金、房屋、有价证券、交通工具及其他物品等，它对于一个特定的公民来讲，属于个人秘密和个人隐私。受生活环境及生活理念的影响，财不露白，一直是几千年来大多数中国人所信奉的处事原则，财产的所有权人多不愿将自己的财产状况公诸于众。在现实生活之中，有的国家工作人员凭借自己的一技之长在工作之余所挣的财物远比工资、津贴高出若干，有的国家工作人员接受遗赠或馈赠便会腰缠万贯，而有的国家工作人员因偶然所得(如中体彩特奖等)而一夜爆富，但当他们获得巨额财产后，囿于诸多原因而不愿甚至不敢将财产状况公诸于众，而作为巨额财产来源不明罪的犯罪构成要件，在客观方面就要求财产所有人“说明”其财产合法来源，这是一种侵犯其隐私权和财产权的表现，严重违反宪法原则。

二、违法性

1、举证责任倒置引出的实体违法

程序法是保障实体法得到正确执行的唯一措施，是确保办案质量的有效途径，是维护社会主义法治的客观要求。程序违法，必然导致实体上的错误，“毒树之果”理论也正说明了这一事实。培根这样说过：“一次不公正的裁判超过十次犯罪，因为犯罪是无视法律，而不公正的裁判却是毁坏和践踏法律。”在法律实施过程中，按照法律对程序的要求不折不扣地执行是保证公正裁判的唯一选择。我国《刑事诉讼法》第3条、第43条规定：“侦查权、检察权、审判权由专门机关行使。”“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或无罪，犯罪情

节轻重的各种证据。”由此可以看出：在我国，人民法院、人民检察院、公安机关在刑事诉讼中分别行使审判权、检察权和侦查权，是收集、运用证据证明犯罪行为的法定主体。在诉讼案件中，公诉机关负有举证责任，在法庭审理过程中，公诉人应当向合议庭或独任庭法官提供证据，以证明被告人有罪或无罪，犯罪情节的轻重，被告人不承担举证责任，即被告人没有义务提供证据证明自己无罪。人民法院根据公诉机关的举证，依照《刑事诉讼法》第162条的规定对被告人予以处罚即可。而在巨额财产来源不明罪中，法律却要求犯罪主体“说明”巨额财产的合法来源。这种“说明”即是要求犯罪主体提供证据证明自己无罪的情况，即理论上的“举证责任倒置”，而这种“说明”又必须经司法机关调查证明后才具有法律效力，这就造成一种控辩失衡的现象。在实践中，有的犯罪主体认为自己有“沉默权”而不向司法机关“说明”；有的犯罪主体随意给司法机关提供了子虚乌有的“来源”让司法机关进行大量毫无价值的调查。有的犯罪主体在继承遗产或接受馈赠后，因被继承人或馈赠人死亡后，其“说明”内容无其他可以佐证的证据存在，其“说明”与否在法律上无任何价值。在此种情况下，举证责任倒置的运用，势必导致犯罪主体受到法律的错误追究，造成实体裁判的错误。由此看出：巨额财产来源不明罪中要求犯罪主体“说明”财产来源以证明自己无罪，这种举证责任倒置的做法，不但违反程序法关于举证责任的规定，而且由于诉讼机制的不完善，还会导致实体裁判的错误。

2、“巨额财产来源不明罪”在一定程度上是一种有罪推定。凶贫是一种严重违反法律规定的行为，是对执行法律的肆意扩张。对无罪

或证据不足不能认定犯罪的人实行有罪推定，必然会造成“莫须有”的罪名，侵犯公民的合法权益。“巨额财产来源不明罪”的设立，在一定程度上就是一种有罪推定。根据《刑事诉讼法》第162条第1项的规定，对被告人作出有罪判决的要求是：“案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的”。因此，事实清楚，证据确实、充分，是认定被告人是否有罪的基础。在巨额财产来源不明罪中，对被告人犯罪事实的要求是“财产或支出明显超过合法收入，且不能说明来源”。对于查清被告人的“财产或支出是否明显超过合法收入”，这是一个极其容易的事，在此不赘述。而要查清能否说明来源，这并不是一个简单的事，现举例说明，例一：张某是国家工作人员，其伯父拥有数千万元财产，某日，其伯父在没有任何第三人的情况下赠与其人民币500万元，张某接受赠与后，未将此情况告之任何人，遂将款放于家中，后分数次将款存入多家银行，数年后，张某因挪用公款被查处，侦审中，司法机关要求张某“说明”这500万元财产来源，此时，因其伯父已死亡，张某提供上述情况后司法机关无法查清这一事实；例二：王某是国家工作人员，工作之余与杜某共同研制出一产品后投入生产经营，因王某的单位不允许职工经商办企业，故王、杜二人私下协商，由杜某经营企业，王某不出面经营，利润按一定比例分成，10年后，该企业盈利几千万元，但因客观原因二人不得不终止合伙关系，王某经结算，分得人民币2000万元，与此同时，王某因负责一个数亿元的大型项目贪污而被查处，司法机关发现王某有2000万元明显超过其合法收入，责令其“说明”来源，王某提供与杜某合伙经商办企业一事，但此时，杜已化名

到国外，下落不明，司法机关一时难以查清王某“说明”的真实性。两个案件中，司法机关一是无法查清，二是难以查清，但此时，王某和张某因无法“说明”其巨额财产来源的合法性势必接受司法机关认为的“事实清楚，证据确实、充分”的有罪推定，被以巨额财产来源不明罪判处徒刑，追缴财物。可见，这就是在被告人“说明”巨额财产来源之后，因司法机关无法查清和难以查清情况下对被告人所作出的近似“符合”法律规定的有罪推定。这是一种严重的违法行为。

三、“巨额财产来源不明罪”缺乏可操作性？卜夔八？述，由于公民个人的财产状况是一个隐私权，其来源比较复杂又不为人知，况且有时即使告知后司法机关都无法查清和难以查清，司法机关无法取得肯定或否定的证据，这无论是在审查起诉，还是在审判过程中都无法使据以定案的证据达到确实、充分的标准，丧失了办案过程中的可操作性，因此，该罪的设立有些形同虚设。

四、“巨额财产来源不明罪”所带来的负面影响？？1、违反法定原则，对社会主义法治工作造成被动？匕捎淞熬薅畷撇？来源不明罪”违反了《宪法》原则，违反了举证责任及有罪推定等法律原则，造成了法律的肆意滥用，侵犯了公民的合法权益，侵犯了法制的统一和完整，因此，它必将降低公众对法律的信赖程度，影响社会的安定团结，严重阻碍我国建设社会主义法治国家的进程。？？2、“巨额财产来源不明罪”量刑结构不合理，降低了刑罚的威慑力，为那些规避法律、意图减轻处罚的贪贿分子大开绿灯？ア缎谭 范跃薅畷撇？来源不明罪”的量刑规定为“处五年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。”这一量刑从总体上来讲比较轻，未能完全地考虑到犯罪情节和该罪对

社会的危害程度来进行刑期档次的划分，未能从犯罪行为所侵害客体(在此指来源不明财产的数量)上去对量刑幅度作一个区别，并且这一刑期明显低于贪污贿赂、挪用公款等罪的刑期。因为刑期设置过低，就会造成一些腐败分子在案发前或案发后故意隐瞒事实、毁灭证据，以期降低量刑档次，规避法律。更有甚者，一些贪贿分子抱着侦破贪污、受贿案取证较难，如果罪行败露，你司法机关最多也只能认定我构成巨额财产来源不明罪，处五年以下徒刑。长此以往，不但对贪贿犯罪分子大开绿灯，而且法律的威慑力会不断下降，犯罪的一般预防效果也会不尽人意。另外，该罪名的设立，也在一定程度上放弃了对行贿行为的打击，因为贪贿分子的财产既然来源都“不明”了，那当然排除了有行贿行为，既然排除了行贿行为，那行贿罪理所当然就不复存在。?匕纱忝道蠢?巨额则财产来源不明罪的确是立法上的一个遗憾，真的应该从刑法条文中消失了。 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