

巨额财产来源不明罪及其证明责任分析

刘韫琳

邯黄铁路有限责任公司，河北沧州，061113；

摘要：1997 年被刑法吸纳的巨额财产来源不明罪自设立以来在理论上就存在缺陷，至今在犯罪的行为方式、犯罪主体范围、犯罪主观方面等问题仍存在争议，给司法实践中巨额财产来源不明罪的认定以及证明责任的承担造成很大阻碍，故笔者就此类问题，从犯罪构成及证明责任两方面内容展开分析，希望对此类问题的解决有所帮助。

关键词：巨额财产来源不明罪；犯罪构成；证明责任

DOI：10.69979/3029-2700.25.11.061

“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，处五年以下有期徒刑或者拘役；差额特别巨大的，处五年以上十年以下有期徒刑。财产的差额部分予以收缴。”这是现行刑法第三百九十五条第一款对巨额财产来源不明罪的具体规定。《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》于第六届全国人大常委会会议通过，此次会议确定首次以单行刑法形式设立巨额财产来源不明罪。1997 年 3 月刑法进行全面修订，在此次修订过程中，巨额财产来源不明罪这一罪名在罪状表述未作变更的情形之下被吸纳。2009 年 2 月全国人大通过了《刑法修正案（七）》，修改巨额财产来源不明罪的最高法定刑，增加一档量刑。巨额财产来源不明罪自 1988 年设立起就不断进行修正，但在犯罪行为方式、犯罪主体范围、犯罪主观方面等诸多问题至今还存有颇多争议。十八大以来，在反腐和整治风气“打老虎拍苍蝇”的大环境之下，作为严惩贪污贿赂犯罪打击手段之一的巨额财产来源不明罪受到更多关注，本罪的“短板”在司法适用中就更加凸显，笔者就犯罪构成及证明责任两方面对这些争议问题浅作分析。

1 巨额财产来源不明罪的犯罪构成分析

1.1 犯罪客观方面分析

中国目前刑法分则体系中的巨额财产来源不明罪的条款一直受到理论界与实务界的广泛争议，在通过现有理论体系的深刻思考后可以发现争议问题的根源可归结于对本罪的客观行为的认识上，所以对客观行为的审视与界定就有着十分重要的意义。^[1]对巨额财产来源不明罪犯罪客观方面的争议主要在于巨额财产来源不明罪惩治的核心行为即客观实行行为是“持有行为”还

是“不作为行为”。“持有行为”是指行为人持有来源不明的巨额财产，“不作为行为”是指行为人“不能说明来源”的行为。归根结底其实是对巨额财产来源不明罪的行为方式产生了分歧。

笔者更倾向前者的观点，对巨额财产来源不明罪的立法目的及立法价值进行分析后即可知其合理之处。我国自建国至今并未设立国家工作人员财产申报制度，在一般情况下，国家对国家公务人员的财产不会主动进行审查，只有在承办贪污贿赂或其他经济犯罪案件过程中侦查人员发现了蛛丝马迹时，才会根据这些隐蔽的线索继续追查，顺藤摸瓜追查到个人，进而对国家公务人员的财产进行细致审查。随着科技的进步，经济犯罪的手段更加隐蔽，司法机关调查取证的困难随之增加，案件不易侦破，有损国家机关的威信及政府公信力，民愤难平，媒体舆论难消，随意以贪污贿赂罪定罪处罚违背刑法罪责刑相适应的基本原则。故为不宽纵犯罪的同时不冤枉无辜，又能使国家公务人员持有来源不明的巨额财产的不法状态得到及时处理，缓解国家公务人员职务廉洁性受侵犯的情况，巨额财产来源不明罪应运而生，既不违背刑法基本原则，又兼顾社会效果，还能及时惩治不法行为。综合以上基于立法目的的分析就可得出巨额财产来源不明罪惩治的核心行为是“持有行为”这一更为合理的结论。有些学者从推定罪名的角度对此观点进行反驳，他们认为这一罪名的设立减轻了司法机关的证明难度，从立法价值上来说有功利主义之嫌，有违立法对正义性的追求。“近些年，腐败犯罪逐渐成为一个全球性的问题，成为国际社会的公害和毒瘤，为了有效地治理腐败，许多国家采取了减轻控方的证明责任、降低证明标准的措施。”^[2]巨额财产来源不明罪是一种推定

罪名，一是只要国家工作人员的财产、支出超过合法收入的，就推定超过合理收入的差额部分来源非法；二是只要国家工作人员持有来源不明的巨额财产，就推定行为人明知财产来源途径是非法的。根据这两种推定即可认定罪名成立，这大大减轻司法机关的证明难度。从本质上来说，立法过程就是一种对价值的选择过程，在笔者看来，巨额财产来源不明罪的推定性认定是在正义与功利权衡之下较为适宜的选择。法律本身的存在价值就在于其对于具有社会危害性的行为的规制，在立法过程中出于对于现实性利益的追求，出于对紧迫性情况的解决，都不能保证正义与功利的绝对均等，更不必说在司法适用过程之中受到社会环境等外部因素的干扰，影响正义与功利权重之比，二者存在于不断博弈的动态平衡之中，发挥规避危险、维护社会生活正常进行的效用，绝对正义与绝对功利的存在是不可能，更是不现实的。司法机关证明难度的降低，并非投机取巧之举，而是在必要限度内达到收获正义与功利的双重效果。

前者合理之处通过对后者不当之处的论证能更能凸显，故关于后者的不当之处在此做以下分析。持有该观点的学者认为行为人持有来源不明的巨额财产属客观事实，该罪惩治的核心行为是行为人不说明财产来源的行为，是不履行作为义务的表现。不作为的前提是行为人有作为义务且有作为的能力却不作为，所以作为义务的存在就是此种观点成立的关键之处，分歧的焦点自然就归结于作为义务存在与否。

对此有学者认为作为义务来源于国家工作人员财产申报制度。这些学者以 1995 年中共中央办公厅、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》为依据，他们认为该《规定》中关于党政机关县（处）以上的国家工作人员进行收入汇报的规定，可视为财产申报制度，笔者认为此观点有不当之处。该《规定》法律效力不强且规定的申报主体范围狭窄，并不具有普适性，仅是“阳光法”建设的第一步，不能从根本上解决现实紧迫的“持有行为”。假设我国现实中财产申报制度确实存在，这一观点也有不合理之处。若是存在财产申报制度，那么国家工作人员就应当遵守制度规定定时定期申报其财产，若是国家工作人员拒不申报就会出现财产不明的状态，这首先违反就是财产申报制度，那么财产申报制度作为巨额财产来源不明罪的理论架构基础，就可得出巨额财产来源不明罪惩治的核心行为是拒不申报其财产行为的推论，这与

本罪的立法目的不符。

同样，有学者从先行行为的角度分析，认为作为义务来源于持有来源不明的巨额财产的先行行为。行为人的先行行为之所以会导致作为义务的产生，是因为行为人的先行行为有侵害到某种法益的危险，为防止侵害结果的发生而产生行为人的作为义务。巨额财产来源不明罪的先行行为是行为人持有来源不明的巨额财产，这一行为已经对国家公务人员职务的廉洁性造成了侵害，而不是使该法益处于危险的状态，对法益受损已经没有实际阻却效果。还有一点值得关注的就是“持有行为”这种不法状态对客体的侵害是行为人的先行行为和司法机关无法查明财产来源的共同作用造成的，并不是行为人自身的单一行为产生的，这与先行行为仅是行为人自身所为这一前提相违背。

此外，还有学者认为作为义务来源于法律直接规定。有些学者认为刑法第三百九十五条中“可以责令说明来源”是对作为义务的直接法律依据，笔者认为该观点也有不当之处，主要原因有以下几点。一是“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”，^[3]“可以责令说明来源”仅是刑法的直接规定，并不具有法律双重性的特点，不宜作为作为义务的来源依据。二是刑法规定国家工作人员有说明的义务，这并不等同于申报的义务。前者属于司法程序方面的内容，在出现巨额财产来源不明的不法状态后进入司法侦查阶段，行为人为侦破犯罪而应履行的义务。后者属于行政程序的环节，在出现巨额财产来源不明的不法状态前，行为人为预防犯罪而应履行的义务。三是“可以责令说明来源”有违背平等原则之嫌，“可以”体现了司法机关的自由选择权，不考虑主体是否平等，不考虑主体是否有不作为行为，而是取决于司法机关事先是否责令。四是违背先行义务的行为出现在司法机关介入调查之前，而不应该出现在司法侦查阶段之中，否则法律的制定就是在制造犯罪行为，而不是评价客观行为。^[4]

综合以上就巨额财产来源不明罪的立法目的、立法价值以及作为义务的分析可知，巨额财产来源不明罪的实行行为是拥有来源的不明的巨额财产，属于一种持有型犯罪，是司法实务中的主流立场。^[5]

1.2 犯罪客体分析

对巨额财产来源不明罪犯罪客体的分歧，学术界有

几种代表性的观点，在此主要叙述其中的三种。一是犯罪客体不特定。巨额财产来源不明，那获得财产的途径也就不明，自然也就不能准确判断犯罪客体的范围。二是犯罪客体是复杂客体，即国有财产所有权和国家机关正常活动。三是国家公务人员职务的廉洁性。根据前文的论述，巨额财产来源不明罪惩治的核心行为是行为人的“持有行为”，该罪的设立就是为了惩治“持有行为”这种不法状态，至于行为人在此之前以何种方式获取巨额财产不是立法者关注的重点，故对于犯罪客体的判断并无影响。再者国家公务人员从事公务活动，代表政府行使权力，利用职务之便谋取私利较一般人来说更为便利，纵然国家公务人员的“持有行为”会对国家财产所有权以及国家机关的正常活动有不同程度的影响，但对公务人员职务廉洁性的侵犯这种行为从本质上来说性质更为恶劣，对社会公众的影响更大，相比之下巨额财产来源不明罪的犯罪客体还是公务人员的职务廉洁性更为合理。^[6]

1.3 犯罪主体分析

根据刑法第九十三条的规定，巨额财产来源不明罪的犯罪主体为特殊主体即国家工作人员。除此之外还有两种具有代表性的观点。一是巨额财产来源不明罪的犯罪主体除特殊主体外还包括一般公民。二是巨额财产来源不明罪的犯罪主体除特殊主体外还包括受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理经营国有资产的人员。^[7]那么一般公民是否可以作为巨额财产来源不明罪的犯罪主体？根据前文的论述，巨额财产来源不明罪惩治的核心行为是行为人的“持有行为”。一般公民与国家工作人员相比，其财产来源较为复杂。就国家工作人员而言，其收入一般都比较稳定，在有关单位有详细记录，并且出于对其工作特殊性质的考量，国家工作人员在外不允许兼职赚取外快，故其经济收入易于计算，而一般公民则就不同了，其财产来源就复杂得多，收入也就不易计算，那自然而然合法收入的界限也就不易界定。所以一般公民也就不宜作为巨额财产来源不明罪的犯罪主体。那么受委托管理经营国有资产的人员是否可以作为巨额财产来源不明罪的犯罪主体？同国家工作人员相同，受委托的人员财产来源也比较单一，收入也很稳定，其从事公务的同时也极易出现敛财行为，侵犯国有资产所有权，进而侵犯国家公务人员职务的廉洁性。所以受委托管理经营国有资产的人员也应作为巨

额财产来源不明罪的犯罪主体加以惩戒。

1.4 犯罪主观方面分析

学术界通说认为巨额财产来源不明罪的犯罪主观方面只能是故意，对此并无分歧。故意分为直接故意和间接故意，对于犯罪故意的具体形态还存有争议。有学者认为犯罪主观方面只能由直接故意构成。也就是说“行为人明知自己的巨额财产为非法所得，有义务说明也能够说明来源，但为了掩饰、隐瞒其真是性质，逃避应负的责任，拒不履行说明财产来源的义务，而希望损害国家机关的威信，玷污国家工作人员职务的廉洁性，或是行为人明知财产不合法而故意占有和支配。”^[6]此观点认为行为人明知持有超过合法收入的巨额财产为主观方面的认识因素，行为人希望继续持有该巨额财产为意志因素。同样，还有学者认为犯罪主观方面是由直接故意和间接故意构成，“即由对财产所有权侵害的直接故意和对国家机关正常活动侵害的间接故意构成。”^[8]根据前文的论述，本罪惩治的核心行为是行为人的“持有行为”，对行为人的主观心理态度的审查就只是行为人“持有”时的心理态度，并不包括行为人获取该财产时的主观心理态度，那么本罪的主观方面就只能由直接故意构成了。除此之外还有学者认为这两种观点均有不妥之处，他们认为巨额财产来源不明罪应当排除主观方面要件。研究巨额财产来源不明罪的犯罪主观方面是否有意义就在于其是否对巨额财产来源不明罪的罪名认定有影响。持此观点的学者认为，根据刑法第三百九十五条中“不能说明来源的”即可认定为有罪，其中“不能”是一种状态，这种状态的发生可能是客观上基于某种情况不能说明，也可能是主观上不愿说明，^[9]司法机关不易判断，只要行为人没有说明差额部分合法来源即可定罪，不论其是拒绝说明还是做虚假说明，^[10]行为人的主观心理态度并无考察。但此观点就有客观归罪之嫌了，所谓犯罪构成，是简单来说就是行为人犯罪的主观要件和客观要件的总和，是判断行为人是否构成犯罪的基本标准。若根据此观点，行为人的主观方面就无须考虑，但根据前文的论述，行为人主观心理态度主要是根据行为人的“持有行为”推定得出，故此观点有失妥当，相比之下第一种观点更为合理。

2 巨额财产来源不明罪的证明责任

证明责任在司法诉讼过程中是一个极为重要的证

据作用环节，对案件的侦破有着实际的司法价值，由此可见证明责任在刑事诉讼中的重要地位。^[11]巨额财产来源不明罪的证明责任问题在理论界和实务界中备受争议，给司法实践带来一定的阻碍。在研究证明责任问题之前，先对证明责任和举证责任两个概念做一区分。关于该问题学术界有两种代表性观点：一是并列说，证明责任和举证责任是两个不同的概念。证明责任是指司法机关收集、审查、处理、运用证据证明犯罪嫌疑人、被告人是否有罪及犯罪情节轻重等案件事实。而举证责任是指犯罪嫌疑人、被告人为证明某种事实的存在而提出证据的责任。二者的区别主要存在以下几个方面：①诉讼地位不同，举证责任通常是就某一具体事实而言，而证明责任是就整个案件事实而言的。②证明要求不同，举证责任要求行为人提出证据线索即可，而证明责任要求司法机关所提供的证据要达到能够证明犯罪事实清楚、证据确实充分的标准。③行为主体不同，举证责任的主体是犯罪嫌疑人、被告人，证明责任的主体是司法机关。^[12]二是同一说，证明责任等同于举证责任。“在英美法系国家，由于在诉讼中一般是由陪审团对案件事实做出认定，控辩双方所有要在法庭提出的证据必须在庭审前提交法官，由其审查证据的合格性，然后再在庭审时提出，以说服陪审团同意自己的主张，其证明责任可分为庭前的举证责任和庭审时的说服责任，即证明责任和举证责任是不同的概念。在我国，刑事诉讼中实行的是法官审判制或陪审员参审制，没有庭前向法官提出证据，以供审查合格性的阶段，审查证据合格性和提出证据说服法官的额证明同时在庭审时完成，因此我国刑事诉讼中没有英美法系的证明责任和举证责任之分，证明责任也就是举证责任。”^[6]笔者倾向于同一说，利用比较的方法，对比国内外关于证明责任和举证责任，结合我国的刑事诉讼制度即可得出证明责任等同于举证责任的结论，区分二者在刑事诉讼中并无实际意义，二者同一才更符合我国司法实践的具体要求。

在辨析证明责任和举证责任的概念之后，再讨论证明责任也就是举证责任的承担问题，关于此问题学术界主要有以下三种观点：一是共同承担说，即司法机关和被告一方共同承担举证责任。司法机关承担侦查被告的身份、财产、收入、财产来源等的证明责任，被告一方承担说明财产来源的证明责任。二是举证责任倒置说，被告一方负有全面证明责任。控方可以责令被告一方说明财产来源，被告一方必须承担说明义务，否则将承担

不利后果。三是控方承担说，即控方承担全面的证明责任，被告一方的说明行为是行使辩护权的行为。被告一方提出说明财产来源的证据，司法机关证明行为人的身份、行为人财产超过合法收入、行为人不能说明财产来源，并且对被告一方提出的关于财产来源的证据进行质证后，综合控辩双方的证据情况作出裁判。

对巨额财产来源不明罪证明责任的认识产生差异的原因可以根据樊崇义先生的观点“诉讼法上的误解来源于实体上的把握不确”追溯至其根源，实质上就是对“不能说明”这一行为性质认识的差异造成的。有些学者将“不能说明”这一行为视为被告一方承担证明责任的行为，这一误解就源于将“不能说明”行为视为巨额财产来源不明罪惩治的核心行为，将其归入犯罪构成要件之列。根据前文的论述可知巨额财产来源不明罪惩治的核心行为是“持有行为”，“不能说明”行为可作为随附情节。“‘持有行为’是本罪成立的基本前提，‘不能说明行为’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。”^[4]

第一、二种观点在本质上都有相同之处，即被告一方都需承担证明责任，只是证明程度不同而已。对此主张的不合理之处可从以下两方面进行分析：①违反法律规定。刑事诉讼法第四十九条规定“公诉案件中被告人的举证责任由人民检察院承担”，对于在巨额财产来源不明罪的认定过程中，司法机关主张被告一方有罪就需要提供证据证明被告的身份、财产超过合法收入、被告一方不能说明来源等犯罪构成要件，遵循“谁主张谁举证”的诉讼原则。②有违无罪推定原则。无罪推定原则的内容包括以下两方面，一是未经审判不得确定任何人有罪，二是被告人没有证明自己无罪的义务。若司法机关要求被告一方承担证明责任，举证不力就要承担不利后果，这就相当于要求被告人承担自证无罪的义务，与无罪推定原则相违背。笔者比较倾向于第三种观点，“被告人提供证据说明其来源合法的行为是被告人行使辩护权的行为，而不是履行证明责任的行为。”^[6]在我国虽然没有像英美国家那样划分举证责任和说服责任，但根据无罪推定原则和法学基本原理，证明责任的分担也应当适用类似的逻辑。控方对于所指控的犯罪需要承担证明责任，对于积极的犯罪构成要件要进行举证并且要达到最高的证明程度，被告只需要对自己所提出的积极的抗辩主张承担举证责任。根据前文的叙述可知，巨额财产来源不明罪的认定一定程度上减轻了司法机

关的证明责任，但并不是举证责任倒置说所主张的司法机关证明责任的减轻是通过由一般的定罪标准“排除合理怀疑”降低为“优势证明”来完成，而是通过减轻控方的举证责任来完成，定罪标准是硬性标准，门槛不可降低。被告不承担证明责任并不意味着所有的问题都需要控方来证明，控方对于被告的身份、被告合法收入与现持有财产的差额巨大承担绝对的证明责任，被告若是不提出积极抗辩主张，控方的指控罪名即成立，相反被告若提出财产来源合法的积极抗辩主张就需提出一定的线索，但对于线索的说明并不等同于证明。^[13]被告提出的积极抗辩较一般的抗辩有所不同，就一般的抗辩而言，控方在提出被告实施一定的犯罪行为的证据之后，被告提出积极抗辩，若是被告和控方不能对此抗辩的真实性进行证明，那控方的指控罪名即成立，而巨额财产来源不明罪案件的审理过程中被告提出的积极抗辩，若是控方不能提出证据对该主张的真实性进行反驳，那么控方指控罪名就不成立。故被告提出积极抗辩主张后只需说明一定的线索，除此之外不需再提供其余的证明材料来证明该说明的真实性，此时真实性的证明责任仍属控方承担。^[14]辩护权同证明责任相比来说，区别就在于，辩护权是被告人享有的一种权利，可行使可放弃，而证明责任属特定义务，必须履行，不得放弃。司法机关不能通过被告对于积极抗辩的放弃得出被告有罪的推断，却能根据证明责任的不履行使被告人承担不利后果。巨额财产来源不明罪惩治的核心行为是行为人的“持有行为”，犯罪成立的前提是不法事实的存在，不可以被告一方提供说明财产来源线索为由得出该罪成立的结论。综合以上论述可知，巨额财产来源不明罪证明责任由控方承担，被告对于自己所提出的积极抗辩主张的线索说明是行使辩护权的行为，而不是承担证明责任的行为。

3 结语

通过具体的分析可知，巨额财产来源不明罪是国家工作人员及受委托管理国有资产的人员明知持有巨额来源不明的财产、明知对公务人员职务廉洁性造成侵害却仍不愿归还，经司法机关责令后仍不愿说明财产来源的一种推定型罪名，“说明行为”仅仅是“持有行为”的一种附加情节，并不能以此认定该罪适用举证责任倒置。巨额财产来源不明罪在理论本质上存在争议的这些

问题应当及时通过立法加以规制，保证该罪在司法实践中适用的统一性。

参考文献

- [1] 参见于波. 关于巨额财产来源不明罪客观要件的反思与重构[J]. 法学论坛, 2013(3).
- [2] 《联合国反腐败公约》与我国《刑事诉讼法》的修改, 郝建臻, 中国政法大学学报, 2012 (2) .
- [3] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997. 230.
- [4] 向朝阳、肖怡. 对巨额财产来源不明罪的实然性思考[J]. 人民检察, 2002(4).
- [5] 参见沈志. 职务犯罪审判实务[M]. 北京: 法律出版社, 2013. 332.
- [6] 李宝岳、吴光升. 巨额财产来源不明罪及其证明责任研究[J]. 政法论坛, 1999(6).
- [7] 陈兴良. 当前贪污贿赂、拒不说明巨额财产来源违法违纪犯罪的政策法律界限与认定处理[M]. 北京: 中国方正出版社, 1995. 613.
- [8] 韩建国、韦亚力. 试论非法所得罪[J]. 中国法学, 1989(4).
- [9] 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[J]. 政治与法律, 2014(7).
- [10] 参见张明楷. 论巨额财产来源不明罪的实行行为[J]. 人民检察, 2016(7).
- [11] 参见张建, 段宝平. 论刑事诉讼中的举证责任倒置[J]. 中国刑法杂志, 2000(5).
- [12] 王弘羊. 巨额财产来源不明罪证明责任研究[J]. 华北水利水电学院学报(社科版), 2004(1).
- [13] 劳东燕. 揭开巨额财产来源不明罪的面纱——兼论持有与推定的适用规制[J]. 中国刑法杂志, 2005 (6).
- [14] 钱舫. 论巨额财产来源不明罪[J]. 政法论坛, 2001 (6).

作者简介: 刘韫琳(1997-), 女, 汉族, 河北沧州人, 本科, 邯黄铁路有限责任公司, 研究方向: 法学民商法。