浅论“不能说明巨额财产来源合法罪”

宫晓冰

在惩治国家工作人员职务性贪利犯罪中，往往遇到某些国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入，差额巨大，本人不能说明该项财产的合法来源，司法机关又未能查出其犯罪事实的情况。鉴于对这类国家工作人员缺乏惩罚的刑事法律依据，全国人大常委会于1988年1月21日通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第11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者拘役，并处或者单处没收其财产的差额部分”。应该说，这一条款的订立，为惩治国家工作人员巨额财产来源不明的行为提供了法律依据。但是，在司法实践中，查处和审判这类犯罪为数甚微。究其原因，除了查处这类案件本身的难度和受到的各方面因素的影响外，还存在一些亟待从理论与实际的结合上加以解决的问题。

一、司法实践中存在的问题

1.罪与刑不相适应。按照补充规定，既然国家工作人员所拥有的巨额财产，本人不能说明合法来源，其差额部分即以非法所得论。那么，对采用非法手段获取巨额财产的犯罪行为的处罚，最高刑就不应只是五年有期徒刑。因为，能够称为“巨额财产”的，起码应以数万元为起点，按照罪刑相适应原则，采用非法手段获取数万元以上的巨额财产，如采取贪污、受贿手段等，最高刑是应判处死刑的。而在《补充规定》中只规定五年有期徒刑为最高刑，这是否说明立法者的“犹豫”心态呢？立法者尚且“犹豫”，又怎能让司法者不犹豫呢？

2.适用罪名混乱、不科学。从目前已经办理的几件“巨额财产来源不明”案件来看，检察机关和法院在认定罪名上看法不尽一致，不同地方的检察院在认定罪名上也不一致。云南省孟连县检察院对县工商局干部靳某巨额财产来源不明案、甘肃省兰州市西固区检察院对兰州化学工业公司化纤厂供应科仓库保管员王某巨额财产来源不明案，均以“非法所得罪”的罪名提起公诉；山西省晋城市城区检察院对晋城矿务局机电处配电科副科长延某巨额财产来源不明案、安徽省合肥市东市区检察院对合肥锁厂供应科采购员刘某巨额财产来源不明案，均以“巨额财产来源不明罪”起诉。山西晋城市城区法院对区检察院以“巨额财产来源不明罪”起诉延某一案，最后以构成“非法所得罪”判决，这说明司法机关对这类案件认定罪名上的混乱，这显然是不严肃的。同时，无论是以“非法所得罪”作为罪名，还是以“巨额财产来源不明罪”作为罪名，的确都欠科学和妥当。其一，以“非法所得罪”作为罪名，按照我国《刑事诉讼法》第32条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收

集能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据”。也就是说，按此条规定，司法机关必须承担证明被告人拥有巨额财产“非”的是什么法的举证责任。司法机关显然不能举出这一证据。司法机关作为控告犯罪、追究犯罪的一方，不能举出犯罪证据，反而要被控告一方承担自己没有犯罪的举证责任，显然是站不住脚的。其二，以“巨额财产来源不明罪”作为罪名显然不妥，“来源不明”，仅仅说明“巨额财产”的来源所处的一种不确定状态。司法机关根据被告人不能说明巨额财产合法来源的情况，提出“巨额财产来源不明”的证据，并没有证明被告人非法获得巨额财产的犯罪事实的确定性。把巨额财产来源不确定作为犯罪惩处，对于承担追诉和审判任务的司法人员来说，产生理论上的犹豫是可以理解的。

3.现用罪名不能防治“后遗症”。无论是以“非法所得罪”还是以“巨额财产来源不明罪”作为罪名，都不能解决以下两方面的“后遗症”。其一，如果被告人出于某种非常特殊的原因，没有说明其拥有巨额财产的合法来源，但该财产的来源又确实是合法的。在检察机关以“非法所得罪”或“巨额财产来源不明罪”起诉、法院亦以此罪判决之后，被告人有朝一日提出自己巨额财产来源合法的确凿证据，其结果，不仅要撤消法院作出的错误判决，而且对“非法所得罪”或“巨额财产来源不明罪”的规定是否科学、妥当，亦要产生疑问。其二，如果对被告人作出“非法所得罪”或“巨额财产来源不明罪”判决，在最高刑五年以下处刑后，司法机关又查出该罪犯非法获取巨额财产的确凿证据，如查出其贪污、受贿等犯罪的事实，按照“一事不再理”的诉讼原则，对罪犯的贪污、受贿犯罪显然不能就同一事实再行追究刑事责任。这样，岂不是重罪轻判，放纵了罪犯？如果撤销原判“非法所得罪”或“巨额财产来源不明罪”，改判贪污或受贿罪，则意味着司法机关办了一个错案，这显然是司法机关所不能接受的。

还有的观点认为：对这类罪犯可依照“补充规定”，以“拥有非法巨额财产罪”或“巨额财产来源不合法罪”惩处。笔者认为，这些罪名同样没有解决上述问题，因而都是不可取的。

二、对“巨额财产来源不明”案的罪名选择

那么，在《补充规定》第11条第1款规定内容的范围内，是否再找不出合适的罪名了呢？笔者认为，把选择罪名的思路放宽一点，是可以解决这一问题的，司法机关依法责令拥有巨额财产的国家工作人员说明财产来源，是一种法律赋予的执行公务活动。被责令者有义务对巨额财产来源予以真实说明，否则，就是妨碍执行公务的行为。且不说该巨额财产的来源是否真正合法，仅对司法机关的责令“不说明”或者“不能说明”，就应该受到惩罚。因此，对这种犯罪行为的罪名应该确定为“不能说明巨额财产来源合法罪”。

以“不能说明巨额财产来源合法罪”定罪，由于把“不能说明”与“巨额财产来源是否合法”区分开了，因而可以较好地解决上述存在的问题：

1.罪刑相当。由于对被告人惩处的理由，是其“不能说明”，而不是“非法获得巨额财产”，因而，以五年有期徒刑作为最高刑，可以说罪与刑是大体相当的。当然，在五年以下的幅度范围内，仍然有较大的轻重选择余地。在这种情况下，“巨额财产”量的多少，可以作为处刑轻重的主要决定因素。

2.罪名恰当。“不能说明巨额财产来源合法罪”的罪名，所表述的是被告人“不能说明”这一确定状态，显然比“巨额财产来源不明罪”所表述的一种不确定状态更为恰当。只

要被责令者对其巨额财产来源“拒不说明”或“说不明”，司法机关都可以对其指控犯有“不能说明巨额财产来源合法罪”。由于司法机关所承担的举证责任，仅仅是举出被告人“拒不说明”或“说不明”的证据，而不是“巨额财产非法所得”的证据。因此，在不转移举证责任的情况下，就完成了法律规定司法机关承担的举证责任，这就使所定罪名具备了科学性。

3.较好地解决了被告人今后提出巨额财产来源合法和又查出被告人非法所得的确凿证据问题。被告人由于某种非常特殊的原因，对确有合法来源的巨额财产，在司法机关限定时间内拒不说明或说不明来源的，司法机关可以指控被告人犯了“不能说明巨额财产来源合法罪”。如果该被告人今后提出其巨额财产来源合法的确凿证据，经查证属实，那么，这仅仅解决了巨额财产的来源合法问题，并没有改变被告人未根据司法机关的责令说明巨额财产来源合法的前一个事实，因此对其指控的罪名仍然存在。但是，如果已经对被告人单处没收财产刑的，应改处罚金刑，即以没收财产的一定比例作为单处的罚金，其余部分退还；如果是并处没收财产刑的，则应将没收的财产退回被告人。如果对被告人以“不能说明巨额财产来源合法罪”判处之后，又发现其非法获取该巨额财产的确凿证据，则可依其触犯的具体罪名，如贪污、受贿等，另行判处。由于前后两个判决所依据的是两个犯罪事实，因此既不存在“一事再理”和“一罪两罚”的问题，也勿需对原判罪行改判。这样定罪，还可打消某些被告人以为只要拒不说明巨额财产来源，就可以重罪轻处的心理。

可见，在不改变罪状的前提下对罪名的选择，并不是一件可此可彼的小事。它关系到刑事法律所通行的规则能否继续延用，如上述“举证责任由司法机关承担”、“一事不再理”等。改变这些通行规则，又关系到改变司法人员久以形成的司法观念。如果不是非改不可并且有充分的理论依据，最好还是在不改变这些通行规则的前提下，寻求解决问题的办法。此外，罪名的选择应能够最大限度地防治可能出现的“后遗症”。既要能够避免由于法律自身的矛盾而罪及无辜，又要能够避免法律缺乏必要的灵活性而不得不对罪犯重罪轻判，使其占到法律不完善的便宜。

三、认定“不能说明巨额财产来源合法罪”的几个条件

在司法实践中，认定被告人构成“不能说明巨额财产来源合法罪”，应着重把握住以下几个条件。

1.被告人应是国家工作人员。即被告人应是在党、政、军机关，企、事业单位，人民团体及其他公共机构中，经手、管理公共财物或从事公务的公职人员。即是说，构成此罪的，只能是特殊主体，而不是一般主体。

2.必须有巨额财产存在。“巨额财产”的存在形态，可以是钱，也可以是物。巨额财产的数额，应由法律或具有法律效力的司法解释作出统一的明文规定，以便于司法机关统一掌握。目前一些地方司法机关办理的这类案件，在掌握“巨额财产”的数额上不尽一致。少数司法机关把差额一万元左右也视为“巨额”，而一些司法机关却认为应该在三万至五万元以上才能视为“巨额”。可见，“巨额”的标准亟待统一。

3.必须是被告人在限定时间内不能说明巨额财产的合法来源。司法机关依法责令被告人说明巨额财产的合法来源，应对被告人限定说明的时间。被告人在时限内，无论是拒不说明，还是说不明巨额财产的合法来源，都可视为“不能说明巨额财产的合法来源”。

4.必须经过司法机关的深入侦查，确实不能查实被告人取得巨额财产的真实来源。运用这一罪名惩治“不能说明巨额财产来源合法”的罪犯，决不能成为司法机关减轻侦查“巨额财产来源”责任的“理由”。司法机关只有在确实不能查出被告人取得巨额财产真实来源的情况下，才能适用这一罪名。如果司法机关对于被告人拥有巨额财产的事实，未经侦查，或者未经深入、细致的侦查，就草草以“不能说明巨额财产来源合法罪”惩处，就会对罪犯重罪轻判。

5.对于公职人员所陈述的巨额财产合法来源，司法机关应能够以充分、确凿的证据证明其虚假性。通常情况下，被责令说明巨额财产来源的公职人员，都会提出自认为合法的来源证据。对于这些证据，司法机关应进行深入的调查和细致的分析。只有在司法机关掌握足够的证据，足以否定公职人员所陈述证据的情况下，才能认定该公职人员“不能说明巨额财产来源合法”。例如，甘肃省兰州化工公司化纤厂供应科仓库保管员王某，对其拥有的六万七千多元巨额财产的来源说明为：她与前夫杜某（已故）1961年结婚时，杜某将父母所给的六万元给了她；1963年王的母亲牛某（已故）给她一万元。经检察机关调查证实，王的前夫杜某在与王结婚时，家庭经济困难，父母未给杜某财产。王的父母所在村亦证明，王的父母以务农为生，生活困难，经济拮据。为此，兰州市西固区检察机关认定王某所陈述的巨额财产来源证据不实，遂向法院提起公诉。司法机关如果对公职人员陈述的巨额财产来源的证据怀疑不实，但拿不出足以推翻这一陈述的充分、确实证据，则不能认定为“不能说明巨额财产来源合法”。例如，某县检察院接受群众举报，就县公安局科长谢某修建一幢价值五万元的楼房事，责令其说明建房费来源。谢某陈述其亲家刘某（个体户）借给三万元，好友（个体户）王某借给两万元。刘、王二人均承认借钱给谢某。检察机关对此陈述虽然怀疑，但拿不出推翻这一陈述的充分、确凿证据，只得撤案。笔者认为，检察机关在这种情况下撤案是应该的。但是，如果今后取得谢某非法获取（如受贿）这笔财产的确凿证据，则应以“不能说明巨额财产来源合法罪”和“受贿罪”数罪并罚。

6.对“不能说明巨额财产来源合法罪”的立案罪名应该讲究。由于检察机关立案的依据，是被告人拥有巨额财产超过其正常收入。但立案之初尚不知该财产是贪污所得、受贿所得，还是其他非法渠道所得，故不能一开始就以“不能说明巨额财产来源合法罪”立案。检察机关可根据被告人的具体情况暂定立案时的罪名。如被告人是经手、管理钱、物的，可暂以贪污罪立案；如被告人握有其他实权而未经管钱、物、则可暂以受贿罪立案。经立案后查明构成什么罪，就定什么罪。如查不清其他犯罪，且符合上述条件，则可定“不能说明巨额财产来源合法罪”。

四、进一步完善《刑法》关于“不能说明巨额财产来源合法罪”规定的思考

为了进一步完善《刑法》关于“不能说明巨额财产来源合法罪”的规定，有必要建立健全公职人员申报财产制度，并在明确“不能说明巨额财产来源合法罪”所侵犯客体的基础上，在将来修改《刑法》时，把这类犯罪纳入《刑法》的相应章内。

1.规定公职人员申报财产制度的有关内容。

申报财产的公职人员范围，应与“不能说明巨额财产来源合法罪”的主体相适应，不宜将范围规定过小，否则，起不到这一制度应起的作用。申报财产的范围，主要是公职人员的工

资性收入和其他收入两大类。工资性收入可采取一年一报的办法，以减少申报的工作量；其他收入可规定一定数额以上（如五百元以上）的随时申报，规定数额以下的一年一报。承办财产申报工作勿需另设机构，由公职人员所在单位的人事部门承办即可。建立健全这一制度，既可以对公职人员的财产状况进行日常监督，又可为司法机关惩治公职人员“不能说明巨额财产来源合法罪”提供更有力的证据。

2.明确这一犯罪侵犯的客体是司法机关的司法活动秩序。

由于公职人员所拥有的巨额财产来源到底是否合法，在司法机关尚未掌握确凿证据以前，还是一个“未知数”。《补充规定》将差额部分以“非法所得论”，也是一种推论性非法所得，不是实际的非法所得。因而，不能就此认定该公职人员侵犯的客体是公私财产权和其他从事的公务秩序。笔者认为，“不能说明巨额财产来源合法罪”所侵犯的客体，是司法机关司法活动的正常秩序。由于接受司法机关责令，说明巨额财产来源，是公职人员所处的“公职”地位所必须承担的义务，因此，可以考虑在将来修改《刑法》时，将“不能说明巨额财产来源合法罪”纳入“渎职罪”一章。

（作者单位：最高人民检察院）

责任编辑：庄　立

资格刑比较研究

陈兴良

在刑法理论上，根据刑罚剥夺的内容，可以把刑罚方法分为生命刑、自由刑、财产刑和资格刑。前三种刑罚方法因其性质的严厉性（例如生命刑）或者适用的普遍性（例如自由刑和财产刑）而成为人们关注的中心；相比较之下，资格刑受到明显的冷落。本文拟对资格刑进行纵向与横向的比较研究，并对我国刑法中的资格刑及其发展完善略述己见，以期对资格刑的深入探讨。

一

资格刑孕育于名誉刑，蜕变于耻辱刑，经历了一个漫长的历史演进过程。考察资格刑的内容嬗变的逻辑进程，名誉刑应该是出发点。

（一）名誉刑

名誉刑源自罗马法。在罗马法中，凡享有权利能力的人，就具有法律上的人格。罗马社会十分重视一个人的名誉，因为名誉的好坏直接关系到权利的享受。所谓名誉在罗马法中是指普通人应有的声誉，而不是超群出众的威名。所以，名誉健全，则享有各种公权和私权。名誉消灭，则丧失各种权利，例如自由权或市民权。名誉减损，则权利的行使受到限制，但人格并不因此丧失。在罗马法中，受名誉减损处分的主要有以下三种情况：第一，不能作