

论刑事推定与证明困难 ——以利用影响力受贿罪为切入点

蒋 晗 华

(武汉大学 法学院 湖北 武汉 430072; 浙江财经大学 法学院 浙江 杭州 310018)

摘 要: 利用影响力受贿罪证明的困难限制了其实践操作性,引入刑事推定有利于破解证明困难造成的诉讼僵局。作为证据证明的补充手段,刑事推定在司法证明中具有可用性。但基于推定的或然性本质,应对事实推定的运用和法律推定的创制进行严格规制。推定处于实体和程序的交界处,证明困难的根本解决,有赖于借助推定这一视角反思和改进我国的刑事立法,拉近实体与程序的距离。

关键词: 利用影响力受贿罪; 刑事推定; 证明困难; 规制

中图分类号: D924.3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-0448(2015)01-0097-07

DOI:10.13764/j.cnki.ncds.2015.01.016

一 问题的提出: 犯罪构成要件的证明困难

利用影响力受贿罪的增设具有严密贿赂犯罪刑事法网的积极意义,但扩张的主体与新型的行为方式,使该罪的犯罪构成呈现出相对复杂的特点,增加了证明难度,限制了可操作性,导致该罪在司法实践中遭受冷遇。利用影响力受贿罪之所以陷入司法困境,在一定程度上可归结于其犯罪构成要件的证明困难。

何谓证明困难? 本文所称之证明困难,特指由于无法取得必要证据,难以证明特定的犯罪构成要件的情形。从刑事证明的角度来看,刑法分则中各罪“犯罪构成要件的规定最终要体现为司法审判后的实际定罪量刑,其连接点就是控辩双方提交并质证的证据。这些证据是控辩双方依据犯罪构成要件的要求而收集的,双方举证的过程,就是将客观犯罪事实经过整合,进而向刑法规定的犯罪构成要件靠拢的过程”^{[1] (P109)}。司法实务中,利用影响力受贿罪的证明困难,突出表现在两个方面:

(一) “关系密切人”的证明困难

《刑法》第388条之一采用列举的方式,规定了

利用影响力受贿罪的五类主体,但实质上可归纳为三类,即离职的国家工作人员、(国家工作人员或离职国家工作人员的)近亲属、(与国家工作人员或离职国家工作人员)关系密切的人。对于离职的国家工作人员的认定和近亲属的范围,刑法学界虽有争议,但在司法证明中一般不存在困难,比较难以证明的是关系密切的人。“关系密切人”实际上是一项兜底规定,具有概括性、抽象性和包容性的特点。加之,关系是否密切,是在主观范畴内作出的判断,在尚未出台司法解释规定客观判断标准的情况下,势必增加司法实务中对本罪主体定性和证明的难度。笔者认为,从犯罪认定的角度分析,“关系密切的人”强调的是交往是否频繁、联系是否紧密。以亲情、友谊、师生、战友、老乡、同事等关系因素为纽带,与国家工作人员之间形成的较为亲近关系的人,皆可成为本罪的主体。从诉讼证明的角度来看,虽然理论上可以结合具体案情,通过分析双方的认识时间长短、平时交往是否频繁、交往公开程度等方面来证明关系是否密切。但在具体案件中,控诉方对于诸如“时间长短”“来往次数”“公开程度”进行举证证明的困难极大,要求其每次的交往情况进行举证几乎是不可能的。从某种意义上讲,控诉方对于

收稿日期:2014-12-08

基金项目:教育部人文社会科学研究一般项目“共犯体系与共犯立法研究”(14YJC820078)。

作者简介:蒋晗华(1978-),女,江西抚州人,武汉大学法学院2011级刑法学专业博士研究生,浙江财经大学法学院讲师,从事刑法学研究。

“关系密切的人”的证明处于困难境地。

(二) “利用影响力”的证明困难

受贿犯罪是一种以权换利的非法交易行为,这就决定了受贿与国家工作人员的职务行为必然具有关联性。利用影响力受贿罪的犯罪主体本身不具备与其他利益相交换的职权,无法通过职务便利为他人谋取不正当利益,必须利用其影响力,通过其他国家工作人员的职务行为,才能达到目的。因此,影响力的利用是构成本罪的本质所在。如何运用证据证明犯罪主体“利用影响力”以权谋利,是在刑事诉讼实务中认定本罪的关键环节。首先,应证明行为人对国家工作人员存在影响力。“在刑法语境中,影响力可理解为一个人所具有的,能够影响或改变国家工作人员的心理和行为,让其在行使职权时为或不为一定行为的能力。”^{[2] (P232)}有学者将影响力区分为权力性影响力和非权力性影响力^{[3] (P24)}。权力性影响力是在职务中产生的,与职务相关。而非权力性影响力完全游离于公权力之外,不与职务相关联。基于本罪与斡旋型受贿罪的对应性,宜将本罪的影响力只限于“非权力性影响力”,一般包括基于亲情、友情、地缘、事务等个人的自然因素而产生的影响他人的能力。然而,在实务中要证明上述能力的存在却并非易事。即使被告人与相关国家工作人员之间存在亲属、师生、战友、老乡或者同事等关系,也不能由此证明前者对后者必然产生影响力。被告方完全有可能以双方交往甚少为由,反驳控诉方认为其具有影响力的证明主张。其次,须证明被告人“利用”了影响力。假使被告人承认其对国家工作人员具有影响力,还须进一步证明被告人实施了“利用”行为,并且对国家工作人员的职务行为产生了某种程度的决定作用。由于受贿犯罪的实施相对比较隐蔽,犯罪的证据种类较为单一,在被告人拒不承认其实施了利用行为,或者在被告人与国家工作人员串通否认的情况下,对于“利用影响力”的认定,存在明显的证明困难。

作为犯罪认定的基准,犯罪构成显然是要求控诉方证明的核心对象。在案件的证据信息来源较少,又缺乏被告人供述的情况下,容易出现案件的证明困难。当犯罪构成要件的某个甚至某些事实出现证明困难时,可能因该要件难以被证明,从而使整个案件事实无法得到认定。在这种情况下,刑事推定是司法实践中采用的解决方式之一,作为证明责任减轻的技术性方法^{[4] (P88)}。

二 证明困难解决路径之刑事推定

推定并非源起于刑事法领域。作为一项证据规

则,推定在民法和行政法体系中更为常见。由于事关犯罪嫌疑人或被告人的重大利益,涉及如何处理国家权力与个人权利之间关系的问题,其在刑事法领域的运用相对来说更加谨慎。然而,针对犯罪构成要件的证明困难,刑事推定已经悄然进入我国的刑事立法和司法实践,并逐渐发挥重要作用。

(一) 对刑事推定的初步认识

刑事推定不同于证据证明。证明规则要求控诉方提出证据证明被告人有罪,且对犯罪事实的认定已经排除合理怀疑。但运用刑事推定认定犯罪事实,则不需要对该事实进行证明,而只需通过证明相对容易的其他基础事实,并借助经验法则等推定依据认定待证犯罪事实的成立。从证明标准看,推定的准确性较之证明要低,可达到的对事实的说明程度亦低于证明,推定所得出的结论不具备排他性;从举证责任的分担看,在推定的情况下,待证的犯罪事实不是由控诉方运用证据去证明,而是通过证明基础事实来预设结论,要求被告方去否定该结论,如果其无法提出有力证据,没有尽到否定该预设结论的证明责任,就会产生肯定推定所预设结论成立的不利后果。

刑事推定可以看作是证据证明的一种补充手段。一方面,在司法实践中,认定犯罪必须达到“犯罪事实清楚,证据确实、充分”的证明标准。但是,“这种所谓证明标准是一种应然状态,绝不是每一个案件都达到了这种证明标准,不能乐观地以为我们就一定能够达到。”^{[1] (P28)}应该说,确实存在某些案件,几乎所有理智正常的人都可以肯定是被告人所为,却无法取得证据完全证实。推定可以在无法获得证据以证明案件事实的时候,作为补充性的认定方法。因此,在特定范围内承认刑事推定的存在具有一定的现实性。另一方面,在具体案件中人们认识犯罪事实的能力是有限的。作为一种回溯性的证明,刑事证明是通过收集证据对已经发生的犯罪事实的“再现”。在此过程中,由于主客观因素的影响,要完全还原曾经发生的事实几乎是不可能的,难免会缺失某些事实的构成要素。推定恰好能在一定程度上弥补这种缺失,为缩短实体与程序之间的距离提供解决之策。因而,在坚持刑事证明规则的基础上,适当允许以推定作为裁判案件的补充方式不失为是认定犯罪事实的有效方法。

(二) 运用刑事推定解决证明困难的司法价值

刑事推定常被用作表达立法者所提倡的某种价值取向,用来落实立法者所提出的某种刑事政策。运用推定解决特定犯罪的证明困境,其背后蕴含着

慎重的现实考量和严谨的价值权衡。

其一,降低证明要求,破解诉讼僵局。贿赂犯罪属于“隐性”犯罪,发现案件难、收集证据难、审查判断难已经成为追诉此类犯罪的共性问题。在利用影响力受贿案件的追诉证据中,受贿人的供述、行贿人的证言等言词证据是主要的定案证据。被告人出于侥幸心理,翻供、翻证不在少数,导致证据难以固定。尤其当案件发生在“一对一”的情形之下,常常面临没有其他证据予以佐证或补强的尴尬局面。正是贿赂犯罪证据自身的特点,导致对其追诉呈现前所未有的困境。如果不对贿赂犯罪的证据规则进行特殊设置而坚持普通证据适用规则,任何情况下都要求控诉方运用证据证明所有犯罪构成要件并达到法定的标准,才视为完成犯罪事实认定的话,案件很可能因无法证明而陷入困境。推定的运用,并非是对推定事实的直接证明,而是在证据证明力所不及之时,作为一种弥补手段,通过改变证明对象,用对基础事实的证明得到推定事实存在状态的认定结果,对案件作出司法定论,由此避免诉讼陷入僵局,使诉讼活动得以顺利推进。

其二,保障证据角度的实质公正。在刑事诉讼中,由于在控辩双方力量对比中控诉方一般居于优势地位,为了最大限度地保障被告人的利益,原则上犯罪构成事实的证明责任是完全置于控诉方的,以体现刑事法律的公正性要求。然而,原则并非都是绝对的,控诉方的证明优势也是相对而言的。如果某些犯罪事实是被告人独知的事实,对于证据提供拥有便利或优势,却没有提出证据的责任,可能导致承担提供证据责任的控诉方无法完成证明任务。在认定利用影响力受贿罪时,控诉方必须证明犯罪主体身份,还须运用证据证明被告人利用了他人的影响力。一般而言,控诉方提供证据证明被告人与被利用的人之间具有近亲属、朋友、同学、同事、老乡等关系是较为容易的,但却无法直接得出他们之间具有密切关系的结论,要求控诉方对他们之间“交往的次数”、“交往时间的长短”、“公开程度”等事实进行证明是非常困难的,而被告人对自己与被利用的国家工作人员是否关系密切,是否能够利用对方的影响力却非常清楚。在此处适用刑事推定,根据双方具有亲缘、学缘、地缘等关系的基础事实,推定双方关系密切,并允许被告方提供证据加以反驳,则有利于实现控辩双方在提供证据方面的实质公平。

其三,规范法官的自由裁量权。法律规定与证据事实不可能做到无缝对接,抽象的法律源于对社会关系的一般性总结,而司法现实往往远超出法律

条文涵盖的空间。当法律的理性设计与司法现实之间出现“空档”时,需要司法人员进行自由裁量予以填补和完善。使用刑事推定是在具体案件中,法官行使自由裁量权解决犯罪构成要件证明困难的体现。“理性的法官在具体个案的审理过程中对刑事推定的运用,必然将自身对法价值的认识融于法律的解释之中,必然体现裁判者自身对社会正义的理解与追求。”^{[5] (P511)} 因此,法官对自由裁量权的行使,在某种意义上反映了其自身的价值判断,具有主观性。尽管如此,为了实现案件处理的公正,必须承认法官的自由裁量权。但为了防止法官的恣意判断和权力滥用,可以运用法律规定、逻辑规则、经验法则等将法官适用刑事推定时运用自由裁量权规制在合理的范围内。此外,“由于推定规则的存在,当控方对基础事实的证明已经足以表明推定事实存在时,法官有义务认定推定事实,这是推定对法官自由判断证据证明力的客观限制,有利于规范法官自由裁量权的行使,减少案件事实认定中的不确定性”^{[6] (P59)}。

其四,平衡社会保护和人权保障两种刑法机能。刑法历来具有人权保障和法益保护的双重机能。德国学者拉德布鲁赫曾经认为“刑法不仅用来对抗犯罪人,而且用来照顾犯罪人。它的目的不仅是要设立国家在刑罚上的权力,而且要限制国家在刑法上的权力,它不仅是可罚性的渊源,而且是可罚性的限度,因此表现出悖论性……”^[7] 首先,刑事推定的价值取向在于强化刑法的社会保护机能。推定规则主要适用于与社会公共利益密切相关的犯罪,例如毒品犯罪、环境污染公害犯罪、贿赂犯罪。这些犯罪风险性突出,可能给社会带来极大危害,而且通常具有隐蔽性高、取证难的特点。如果遵循传统的举证责任分配原则,要求控诉方承担证明所有犯罪构成要件的责任,无疑对保障被告人的权利具有重要意义,但势必会影响惩治犯罪的效果。出于保护社会的需要,有必要对难以证明的特定犯罪构成要件通过推定方式加以认定。在诉讼活动中,将控诉方对犯罪事实的证明责任部分转移至被告方承担。同时,降低控诉方的刑事证明标准,对特定犯罪构成要件的认定,无须依据证据加以证明,仅需证明基础事实,从而避免犯罪事实的证明困境。正如台湾学者所言,“有关推定问题,尤其是法律上的推定部分,在公害等犯罪日益增加之今日,在立法之考量上,似应仿效他国立法例适度地导入某些观念,以减轻检察官举证困难之负担”^{[8] (P189)}。由此可见,刑事推定的运用,对提高诉讼效率、节省司法资源具有重要作

用,并且充分体现了刑事法惩罚犯罪、保护社会的价值目标。其次,刑事推定在强调法益保护的刑法机能以及追求诉讼效率的同时,并未忽视对被告人的人权保障。刑事证明中人权保障的思想在刑事推定中也得以贯彻。不论是法律推定还是事实推定,一般要求设立严格的适用条件和程序保障。只有确实存在犯罪构成要件证明困难的极少数例外情况下才能设置和适用推定,且在程序上须充分保障被告方的反驳权,并为其行使反驳权提供制度保障。上述规则能够避免因推定运用不当而导致侵犯被告人权利的后果,以确保刑事推定在解决证明困难、实现社会保护价值的同时,达到公民权利保障的目标。因此,有学者指出,刑事推定的运用实际上是多种价值权衡的结果,是“以社会保护为利益导向的利益平衡技术”^{[9] (P189)}。

三 破解证明困境视野下的事实推定

以是否有明确的法律依据,将推定分为法律推定(立法推定)和事实推定(司法推定),是一种广受认可的分类方法。法律推定是依据法律的推定,也被称为“法定经验法则”^{[10] (P217)}。事实推定是依据经验的推定,有学者将其理解为“法官利用已经被证明之事实为基础,以经验法则加以推认一定事实之事”^{[12] (P495)}。司法实践中,在法律没有规定如何解决证明困难的情形下,事实推定是一个有效的途径。

(一) 事实推定的存在可能性

事实证据力的盖然性和法官的自由裁量权,为事实推定的存在提供了必要空间。盖然性对于刑事证明的意义在于,设定刑事证明的目标只能是追求一种相对的真实或称“法律真实”,以避免司法人员在刑事证明中为追求绝对真实而造成对有限司法资源的过度浪费,从而实现公平和效率的平衡。在事实推定中,事物之间通常具有的相随共现的常态联系即经验法则,是事实推定的根据。作为推定根据的经验法则,是人们在长期的生产和生活中反复实践后取得的因果关系经验,通常表现为当某一现象出现时,一般会有另一现象相伴而生。但是,一方面,由于经验只是对以往人类知识的归纳,这种归纳

是一种不完全的归纳,经验规则本身的正确性值得怀疑。另一方面,由于经验性联系的形成与人对事物的理解有关,这种理解会受到人的主观认识的影响,不可能是完全客观的。因此,经验规则的局限性和主观性决定了这种联系并非必然是必然的,具有或然性,仅仅体现了程度较高的盖然性。“推定的或然性局限契合于盖然性理论所追求的‘相对真实’,使事实推定在刑事证明中的存在成为可能。”^{[12] (P51)}从另一个角度看,当案件事实难以或无法获得证据加以证明时,面对犯罪构成要件的证明困境,法官在特殊情形下往往只能运用自由裁量权借助于事实推定来认定事实。因为,“完全的疑罪从无,在任何国家、任何时代都是不现实的。推定的运用就是为了弥补证明的不足,推定的或然性,从反面加强了证明的确定性”^{[1] (P40)}。

(二) 事实推定的适用现状

在我国司法实践中,确实存在或者曾经存在针对特定犯罪构成要件的事实推定。事实推定比较多地运用于对主观心态的把握上,包括对故意的推定、对明知的推定、对目的的推定等。明知、目的等都属于精神世界的东西,比较难于把握,常常成为诉讼证明的难题。司法实践中,在创制法律推定前,事实推定是解决该类证明难题的一种重要方式。以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪为例。在收购机动车、手机、电脑、游戏机、家用电器及其他物品时,对于所收购的物品是否为赃物,被告人经常以不明知进行抗辩。当犯罪对象是机动车时,法官可以直接依据相关司法解释^①中所设定的客观事实,作出被告人“知道或应当知道”的认定。由于该推定有司法解释作为依据,此时所采用的即为法律推定的方式。当犯罪对象是除机动车以外的物品时,法官通常根据交易地点、交易时间、交易价格、交易物品的发票手续、交易的次数等客观因素,判定被告人是否应当明知^{[13] (P28)}。由于该推定没有法律、司法解释作为依据,所以此时认定主观明知所采用的方式则为事实推定。此外,我国司法实践中还存在针对客观行为的事实推定。例如,在2007年7月最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》尚未出台前,司法实践中将“丈夫利用职务之便,为他人谋利,妻子收受财物

^①在1998年5月8日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家工商行政管理局《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》(自1998年5月8日起施行)和2007年5月9日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(自2007年5月11日起施行)两个司法解释中,均对犯罪对象为机动车的赃物犯罪“明知”的认定设定了推定。

的”推定为共同受贿,将“利用职务便利,套取公款归个人支配,不能说明去向的”推定为贪污,将“利用职务,以‘借’的形式,索要下属单位和个人财物,或者索要与其有主管、制约关系的单位和个人财物”推定为索贿等,都是实务部门在没有立法和司法解释作为依据的前提下,为了解决受贿犯罪的证明困境,根据实践经验的总结使用事实推定认定犯罪的体现。

事实推定在利用影响力受贿罪认定中亦是实然存在的。如前文所述,本罪在司法实践中确实存在证明困境,尤其是“密切关系人”“利用”“影响力”等构成要件难以查明。笔者对近年来司法机关查处的相关案件^①进行了分析,发现审判机关在具体证明密切关系人等要件时因案情差异而各有不同。在部分案件中,被告人对其利用服务的领导、亲戚、配偶、同学、情人等的职务影响力受贿供认不讳,且请托人作为证人提供了证言加以佐证,认定犯罪自然不存在难题,相关构成要件系通过证据证明。但在另一些案件中,被告人对指控其实施了“利用影响力”的行为拒绝承认时,法官则依据请托人关于请托过程及行贿事实的证言以及其他证人证言对被告人的犯罪行为加以认定。笔者认为,在缺少被告人供述的情况下,法官根据关系证明、身份信息以及证人证言对案件事实进行认定,可能无法达到排他性的程度,因为实践中不乏虽有近亲属关系,但甚少往来,双方的近亲属关系不具有影响力的情况。因此,案件事实的认定实为事实推定的运用,反映出事实推定在利用影响力受贿罪案件中也得以应用。

(三) 事实推定的适用规制

事实推定在解决构成要件证明困难方面具有明显的优势,使其在我国司法实践中得到广泛地适用。事实推定集中体现了法官的自由裁量权,法官可以对是否适用事实推定、选择哪些基础事实、判断适用事实推定所依据的经验法则能否成立、认定基础事实的证明能否成立、裁定推定不利方的反驳能否成立等事项自行斟酌。然而囿于我国的司法现状,现行司法制度中缺乏监督和制约法官适用事实推定的保障措施,加之法官的个人素养、经验常识、学识能力、勤勉程度、价值取向等个体因素也会对事实推定产生制约作用。因此,“司法实践中的现状使得事实推定的适用犹如野马脱僵,必然出现法官自由裁量权的滥用”^{[14] (P113)}。

为了避免法官的司法擅断,保障被告人的权利,

事实推定的运用必须受到必要的规制。在刑事司法中,应确立推定的规则,这些规则可以指导司法实践中推定的运用。

1. 事实推定的前提

刑事推定是证据证明的一种补充手段,须综合考虑多项因素才能对其适用:(1)符合特定条件的证明困难。这里的证明困难,排除了可以搜集到直接证据对案件事实加以证明只是存在困难的情形;也排除了可以通过搜集间接证据证明案件事实只是过程相对复杂的状况。由于使用证据证明被告人的刑事责任较之推定更易达到客观真实的标准,也有利于实现程序公正价值。因此,刑事证明应将证据证明作为证明方法的首要选择,只有在无法或者难以获得全部证据以证明案件事实,而法官又必须对待证事实作出确定性的裁判时,推定才有适用的空间。例如对于利用影响力受贿罪的“利用”“影响力”的证明,如果能够获取被告人的有罪供述,并通过该供述获取其他间接证据,就可以直接证明被告人利用了他人的影响力,并实施了影响力交易的行为;在被告人不予供认的情况下,也可以搜集间接证据,通过证据之间的相互印证形成完整的证据链条,以间接证据证明的方式完成案件事实的证明。若通过上述两种方式能够应对司法证明,则推定尤其是事实推定没有任何适用余地。简言之,证明困难是适用事实推定的前提,事实推定应该符合置后适用的原则。(2)符合特定的刑事政策。事实推定归根结底,是一种降低了证明难度的事实认定方法,其存在的主要意义在于平衡公民权利保障和国家惩罚犯罪的双重价值。事实推定的运用,必然会对公民权利造成一定程度的侵犯,因此应将推定的适用范围限定在证据证明困难突出、国家刑事政策重点打击的特定犯罪领域内,例如经济犯罪、毒品犯罪、职务犯罪等。

2. 事实推定的基础

基础事实是推定的基础,也是整个推定活动的起点。推定是依据基础事实与推定事实之间的经验性联系,运用逻辑推理的方式从基础事实推导出推定事实。因而,推定尤其是事实推定的准确运用,首先取决于基础事实具有客观真实性。只有作为推定基础的基础事实是真实可靠的,据以推断出的推定事实才有可能具有较高程度的可靠性。众所周知的历史事件、人所共知的事实、自然规律等是真实可靠的且无需证明。其他基础事实则需要通过证据加以

^①案件信息来源是中国裁判文书网和北大法意网的“中国裁判文书库”公布的刑事判决书。

证明,并且符合法律规定的证明标准,才能视其具有客观真实性。例如,在利用影响力受贿罪的推定认定中,查明利用人与被利用人之间具有近亲属关系、情人关系等基础事实,可以推断出双方具有“密切关系”的推定事实。在此基础上,查明关系人曾就委托事项与被利用人沟通,请托人已经获得不正当利益等基础事实,可以推断出关系人实施了“利用影响力”的行为。对于上述基础事实,控诉方要以确实且充分的证据完成证明责任,才能得出推定事实成立的结论。

3. 事实推定的根据

推定事实是否正确,不仅取决于基础事实是否被证实,还决定于基础事实与推定事实之间是否具有合理的密切关系、符合经验法则。“以存在常态联系为基础,通过证明基础事实的存在来认定推定事实亦存在,具有概率极高的正确性。”^{[6][P266]}较之法律推定,事实推定对基础事实与推定事实之间常态联系的要求更加严格。因为,事实推定实质上是经验法则在司法证明中的运用。“在司法实践中,推定结论是否可靠在很大程度上取决于司法人员对基础事实与推定事实之间是否存在常态联系的把握能力。换言之,法官对情、理、法的洞察能力,即社会经验的丰富多寡与否几乎决定着推定运用的成败。”^[20]所以,当法官意图通过事实推定认定案件事实时,应该对自己已有的特定生活经验和已经查证属实的基础事实进行全面考虑,分析所依据的生活经验是否在日常生活中反复发生,该种生活经验是否为社会的普通人所普遍体察和感受,能否对两事实之间的联系形成内心确信。只有在针对上述问题的分析得出肯定的结论时,才可以对推定事实作出确认。

4. 事实推定的程序保障

可以反驳是推定的属性之一,不可反驳的不是推定。事实推定的或然性,决定了必须允许被告方对推定结论进行反驳,维护推定不利方的正当权利。在控诉方主张推定与被告方反驳的互动过程中进一步查明案件真实情况,能够有效降低事实推定存在的或然性风险。从证明责任分担的角度看,推定将证明责任部分转移至被告方,正是希望他们对推定进行反驳。被告方承担证明责任的过程,实际上就是针对推定反驳的过程。问题是,被告方为反驳推定而承担的提供证据的责任应当达到怎样的证明标准?这实际上涉及反驳推定的证明程度问题。本文认为,事实推定的证明标准较之证明为低,进行的是非排他性的选择。推定通常是以经验法则为依据,

经验法则效力的强弱决定了推定结论盖然性的程度。但即使是在效力较强的经验法则的基础上进行推定,仍属于法官的自由心证的范畴。因此,对被告方反驳推定的程度要求宜以动摇法官对推定事实的心证为标准。只要反驳推定的一方能够提出比较确实的证据,使得法官对推定事实的存在产生合理怀疑的程度,就能认为被告方尽到了反驳推定的证明责任。

四 法律推定的创制反思

将司法实践中相对稳定的事实推定上升为法律推定,在法律或司法解释中加以规定,是推定发展历程中的基本规律。创设法律推定,对于立法者和司法者皆具有诱惑力。立法机关基于特定的刑事政策,倾向于针对特殊领域的犯罪设定推定规则。在我国,以法律为依据设置了法律推定的罪名主要包括巨额财产来源不明罪和交通肇事罪。此外,立法规定的缺陷、法官司法素养的不足以及法官对法律规则的过度迷信等诸多因素,导致司法机关在创制法律推定问题上尤为积极,不断通过发布司法解释的形式创制法律推定,从而满足案件审理的现实需要。从总体来看,我国法律推定的依据,大部分是司法解释,以法律为依据的法律推定较少。然而,尽管存在着设置法律推定的诸多原因,并不意味着法律推定的设置完全具备正当性,仍然需要对设置法律推定进行必要限制。

从刑事政策的角度看,立法者增设利用影响力受贿罪,体现了严密刑事法网、严惩贿赂犯罪的政策诉求。如果针对本罪设置法律推定,减轻控诉方的证明责任,解决犯罪构成要件的证明困难,则能在司法实践中有效落实贿赂犯罪的刑事政策。从规范事实推定的角度分析,在司法实践中,已经开始有事实推定被运用在利用影响力受贿罪案件中。由于没有规范性文件作为依据,缺乏必要的限制和制约,势必造成推定在司法实践中的随意设置和滥用。通过设置法律推定,对事实推定给予必要的规制在一定程度上能够避免事实推定给予司法人员过大权力的弊端,有效限制自由裁量权。然而,基于刑事推定对诉讼各方权益的重大影响,在对创制法律推定必要性给予肯定的同时,我们应当清醒地认识到推定立法应当遵守谦抑性原则。首先,设置法律推定需要具备较为成熟的条件。立法者和司法者通过总结、归纳司法实践中的推定经验,综合考虑刑事政策、价值取向以及部分事实推定的盖然性程度,将其中经过长时间实践检验的较为可靠的事实推定以规则的形

式固定下来,最终形成法律推定。如果事实推定的条件和效力等在司法实践中尚不成熟,或者对解决证明困难的解决方案还不够完善,则不宜创制法律推定解决证明困难。其次,法律推定的创制,还取决于是否确有必要,这需要进行深入的理论研究和广泛的实证调查。解决证明困难的难题,不只推定一种方式,还包括变更待证事实、严格责任等方式,每种解决方式都涉及多种诉讼价值的平衡。采用推定抑或是其他方式解决证明困难,需要进行利益权衡。由于利用影响力受贿罪设立时间不长,司法审判案例较少,诉讼中使用事实推定的案件为数不多。要针对本罪创制法律推定,尚需要在长期的司法实践中归纳总结出可以据以推定的基础事实,目前还不具备将事实推定上升至法律推定的条件。如果实践中的证明困难已经具有普遍性,并且较之其他方式更为合理,则可以考虑在对基础事实精练概括的基础上创设法律推定。

五 结语

我们必须清醒地认识到,推定是一种退而求其次的、不完美的法律制度。要解决犯罪构成要件的证明困难,最根本的途径在于以推定为切入点探讨刑事一体化,缩短实体法规定与程序法规则之间的距离。因为定罪是以证据为中介,将立法上规范意义的犯罪转化为司法上可见的犯罪现实,因此刑事法应着重关注实体与程序的相关性,“一方面要从刑法角度完善实体法规则,另一方面要从程序法角度改善案件事实认定机制”^{[14] (P310)}。

参考文献:

- [1] 邓子滨. 刑事法中的推定[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003.
- [2] 蒋晗华. 利用影响力受贿罪主体之探讨[J]. 特区经济, 2012(10).
- [3] 李德民. 非正式组织和非权力性影响力[J]. 中国行政管理, 1997(9).
- [4] 胡学军. 从“证明责任分配”到“证明责任减轻”——论证明责任理论的现代发展趋势[J]. 南昌大学学报: 人文社会科学版, 2013(2).
- [5] 张云鹏. 刑事推定研究[G]//陈兴良. 刑事法评论: 第20卷. 北京: 法律出版社, 2007: 511.
- [6] 赵俊甫. 刑事推定论[M]. 北京: 知识产权出版社, 2009: 59.
- [7] 拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 米健, 译. 北京: 商务印书馆, 2013: 141.
- [8] 黄朝义. 刑事举证责任与推定[J]. 刑事法杂志, 42(1).
- [9] 赵俊甫. 风险社会视野中的刑事推定[J]. 河北法学, 2009(1): 189.
- [10] 莱奥·罗森贝克. 证明责任论[M]. 庄敬华, 译. 北京: 中国法制出版社, 2002: 217.
- [11] 陈荣宗, 林庆苗. 民事诉讼法[M]. 台北: 三民书局, 1996: 495.
- [12] 张云鹏. 刑事推定论[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 51.
- [13] 程晓璐. 如何确定赃物犯罪中的“明知”问题[J]. 人民检察, 2007(24): 28.
- [14] 褚福民. 刑事推定的基本理论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 113.

On the Criminal Presumption and Proof Difficulty ——Take the Bribery Crime of Influence as the Breakthrough Point

JIANG Han - hua

(School of Law ,Wuhan University ,Wuhan 430072 ,China;

School of Law ,Zhejiang University of Finance & Economics ,Hangzhou 310018 ,China)

Abstract: The proof difficulty of the bribery crime of influence limits its operation. The criminal presumption is in favor of cracking the litigation deadlock caused by proof difficulty. As the supplementary means of judicial proof, criminal presumption is available in the litigation. But based on the nature of presumption's probability we should also regulate strictly the application of presumption of fact and the foundation of the presumption of law. Presumption is in the junction among the substantive law and the procedure law, if we want to solve the proof difficulty thoroughly, we should rethink and perfect our criminal legislation by shortening the distance between the substantive law and the procedure law with the help of presumption.

Key words: bribery crime of influence; criminal presumption; proof difficulty; regulate

(责任编辑 刘雪斌)