

(一)

对最新贪污贿赂司法解释几个问题的理解

王晓东* 沈 言**

党的十八大以来,按照“四个全面”推进的战略部署,党中央就依法治国方面不断推出新举措,特别是对反腐败工作提出了一系列新精神、新要求。要求坚持运用法治思维和法治方式惩治腐败,依法提高惩治腐败的能力和水平,做到有法可依,依法办事。2015年8月29日,全国人大常委会通过了《刑法修正案(九)》,对贪污贿赂犯罪作了较大幅度的修正,为了正确理解与适用对贪污贿赂犯罪案件的新内容,最高人民法院、最高人民检察院对贪污贿赂犯罪案件办理当中需要解决的具体问题制定了《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2016〕9号,以下简称《解释》),该《解释》已于2016年4月18日公布实施。《解释》的实施与《刑法修正案(九)》两者相辅相成,内容上相互衔接、逐步完善,为当下有效地惩治和预防腐败犯罪提供了更为科学、有效的司法保障。

* 最高人民法院刑二庭副庭长。

** 最高人民法院刑二庭法官。

随着经济的发展和社会的变化,贪污贿赂犯罪呈现出一些新情况、新问题,给审判实践中的法律适用带来困惑,《解释》对于这些新情况、新问题都给予了积极回应,但是,由于实践的复杂性,不可能完全满足需求,同时,贪污贿赂犯罪在实践演变中体现其特殊复杂性,理论上和实践中对于一些法律适用问题长期存在意见分歧,《解释》努力解决长期存在争议的问题,但是由于条文和篇幅的限制,不可能一一阐述,本文尝试对《解释》中的几个问题予以解读。

一、关于贿赂犯罪对象的问题

我国刑法理论认为,犯罪行为对象,是指犯罪分子对之施加影响的具体的物或人,或者说是犯罪行为所指向上的具体的物或人。贿赂犯罪的行为对象就是贿赂,作为犯罪对象的贿赂,必须具备两个基本特征:第一,与职务有关;第二,形成对合关系,即行贿与受贿。行贿与受贿,是以贿赂为中介而进行的权力与利益交换的肮脏交易。贿赂是职务权力的衍生物,既是行贿人收买公务人员,使其利用职务为其谋求利益的手段,又是公务人员以权谋私所追求的结果,不存在与权力相交换的贿赂,也就不存在行贿和受贿犯罪问题。

我国《刑法》第385条规定:“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。国家工作人员在经济往来中,违反国家规定,收受各种名义的回扣、手续费,归个人所有的,以受贿论处。”第389条规定:“为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物的,是行贿罪。在经济往来中,违反国家规定,给予国家工作人员以财物,数额较大的,或者违反国家规定,给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的,以行贿论处。”从这两个条文中可以看出,现行刑法将贿赂罪的对象明确界定为“财物”,包括“各种名义的回扣、手续费”等表现形式。

关于贿赂犯罪对象的范围问题,有以下几种不同观点:一是财物,即金钱和物品,除此之外,其他非法利益不能视为贿赂,依据就是我国法律历史上讲到的贿赂都是指财物;二是贿赂应当包括财物和其他非法利益,不能仅限于财物,依据是随着经济社会的发展,现实中存在大量用其他非法利益作为交换的现象;三是贿赂应当包括财物和其他财产性利益,就是将贿赂的范围适当扩大,但不是无限扩大,仅限于财产性利益。《解释》采用这种观点。主要依据是2008年11月20日最高人民法院、最高人民检察院公布实施的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若

干问题的意见》(以下简称《商业贿赂意见》)第7条规定:“商业贿赂中的财物,既包括金钱和实物,也包括可以用金钱计算数额的财产性利益,如提供房屋装修、含有金额的会员卡、代币卡(券)、旅游费用等。具体数额以实际支付的资费为准。”《商业贿赂意见》明确把财产性利益纳入贿赂对象范围,而排除了非财产性利益,故目前实践中的主要问题不再是财产性利益能否认定为贿赂对象的问题而是财产性利益如何认定的问题。《解释》对这一问题作出了更为具体的规定,第12条借鉴了《商业贿赂意见》第7条的规定,明确了贿赂犯罪中的“财物”,包括货币、物品和财产性利益。财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等,以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。后者的犯罪数额,以实际支付或者应当支付的数额计算。可见,《解释》将财产性利益作了进一步的归类细分,首次明确财产性利益包括可以折算为货币的物质利益和需要支付货币才能获得的其他利益两种。前者如房屋装修、债务免除等,其本质上是一种物质利益。后者如会员服务、旅游,就其性质而言不属于物质利益,但由于取得这种利益需要支付相应的货币对价,故应当在法律上视同为财产性利益。实际中提供或者接受后者利益主要有两种情形:一是行贿人支付货币购买后转送给受贿人消费;二是行贿人将在社会上作为商品销售的自有利益免费提供给受贿人消费。两种情形实质相同,均应纳入贿赂犯罪处理,但因表现形式不同有可能导致第二种情形数额认定上的意见分歧,故《解释》同时明确,“后者的犯罪数额,以实际支付或者应当支付的数额计算”。因此,为谋取利益向受贿人支付嫖娼费用的,应计算受贿的数额,但是这里要与“性贿赂”相区别,后者不认定为受贿犯罪。

二、关于受贿犯罪中“为他人谋取利益”要件的界定

“为他人谋取利益”作为非法收受贿赂,构成受贿罪的客观要件,对于如何理解和认定“为他人谋取利益”,是长期困扰司法实践的一个难题。那么,如何认定为他人谋取利益呢?

为他人谋取利益,并非我国刑法所特有,从世界范围来看,对于受贿罪客体的认识,大致分为两类:其中一类就是罗马法的思想,就认为贿赂系职务行为的行为人执行公务是否公平正当,只要收受贿赂,就应当以受贿罪论处。另一类是日耳曼法的思想,认为贿赂犯罪系违背职务的对价是值得惩罚的,违法性在于侵害了职务行为的公正性,故受贿罪的客体侵犯职务行为的纯粹性即行为的不可侵犯

性,而不违背职务收受贿赂行为不构成受贿罪。

多数国家的立法对上述两种观点是兼容的,因此,我们认为“为他人谋取利益”作为受贿罪的构成要件采用的是“正定义法”和“逆向适用”原则。正定义法就是规定“为他人谋取利益”是构成受贿罪的一个客观要件,那么如何判别是否谋取利益,适用“逆向适用”原则,审判实践中,只要不是法定近亲属的赠予、债权债务、礼尚往来和正常礼金,排除上述可能性,受予人和赠予人只要存在上下级关系、管理关系和关联关系的都视为“为他人谋取利益”。《解释》中规定具有行政管理关系,可能影响职权正常行使等都是这种思想的诠释。特别是随着经济和社会的发展,谋利与收取财物之间的对应关系越来越模糊,时间跨度长,方法多样,用简单的商业交换式的表现来寻找法律间的对应关系变得越来越不现实。因此,采用逆向适用方法是审判实践中根据贿赂罪特质和犯罪客体的内涵作出的规律性总结,是科学合理的。审判实践中对为他人谋取利益的认定要将形式要件与实质要件相统一,客观与主观相统一进行判别,收受财物,是否为他人谋取利益的问题就迎刃而解了。

《解释》沿袭了2003年11月13日最高人民法院颁布的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《纪要》)规定,“为他人谋取利益”包括承诺、实施和实现三个阶段的行为,只要具有其中一个阶段的行为即可认定精神,第13条第(一)项明确规定,承诺为他人谋取利益即可认定为为他人谋取利益,是否着手为他人谋取利益以及为他人谋取利益事项是否既已完成均在所不问,既不影响定罪也不影响既遂的认定。首先,国家工作人员在非法收受财物之前或者之后许诺为他人谋取利益,不仅在客观上形成了职务行为与财物相互交换的约定,使所许诺的职务行为与对方的财物形成对价关系。其次,为他人谋取利益的许诺本身是一种行为,故符合刑法将为他人谋取利益规定为客观要件的表述。为他人谋取利益只是一种许诺,不要求有为他人谋取利益的具体行为与结果,故只要收受了财物就构成受贿罪的既遂。为他人谋取利益的许诺既可以是明示的,也可以是暗示的。当他人主动行贿并提出为自己谋取利益的请托后,国家工作人员虽没明确作出肯定回答,但不予拒绝时,就应当认为是一种暗示的许诺。

《解释》同样沿袭了《纪要》“明知他人有具体请托事项而收受其财物的,视为承诺为他人谋取利益”精神,第13条第(二)项明确规定,明知他人有具体请托事项的,应当认定为“为他人谋取利益”。第(二)项规定的要点在于“具体请托事

项”，只要收受财物与职务相关的具体请托事项建立起关联，即应以受贿犯罪处理。具体包括两种情况：一是行贿人告知受贿人具体请托事项，或者受贿人基于客观情况能够判断出行贿人有请托事项，受贿人收受对方财物的，虽然尚未实施具体谋取利益行为，也应认定为受贿人“为他人谋取利益”；二是受贿人知道或应当知道行贿人的具体请托事项，但并不想具体实施为对方谋取利益的行为，此种情形同样属于基于具体职务行为的权钱交易行为，公职人员的职务廉洁性同样受到侵害，故也应认定为受贿人“为他人谋取利益”。

《解释》第13条第(三)项规定，履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的，应当认定为“为他人谋取利益”。该项是针对事后受贿作出的新规定。履行职责时没有受贿故意，双方亦未就请托事项进行意思沟通，但在履行职责后收取他人财物的，只要该收受财物与其先前职务行为存在关联，收受财物是“事前”还是“事后”，并不影响行为的性质，关键在于收受财物与具体职务行为有无关联。适用本项规定时需要注意：国家工作人员离职、退休后收受财物，认定受贿需以离职、退休之前即国家工作人员身份存续期间有事先约定为条件。本项规定同样受此约束，两者精神是一致的。

《解释》第13条第2款规定：“国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上的，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。”该款规定的是受贿犯罪与礼尚往来的界限划分问题。在刑法没有规定赠贿、收受礼金方面犯罪的情况下，受贿犯罪牟利要件的认定需要把握住一个底线，这个底线就是《纪要》确立的具体请托事项。鉴于此，纯粹的礼尚往来不能以受贿犯罪处理。同时，对于日常意义上的礼尚往来，又有必要在法律上作进一步区分：一种是与行为人的职务无关的礼尚往来，必须有来有往，来而不往非礼也。往来之间可能由于经济条件的差别，数额不一定对等，但是，要有相应的表示，也可不成比例对等，但是不能是有职权的人只接受而不赠予。基于这一理解，《解释》规定，“国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。”“价值三万元以上”是为了便于实践掌握而对非正常人情往来作出的量化规定，这些都是“遵循适用”的具体化。

三、关于“特定关系人”与国家工作人员的共同受贿问题

近年来,在审判实践中出现了许多国家工作人员不直接接受贿赂,行贿人不直接将贿赂给付国家工作人员,而是通过“特定关系人”间接受取贿赂的情形,使贿赂犯罪变得更为隐蔽、复杂,也给人民法院审判这类案件在定性和量刑上带来了新的挑战。2007年8月,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《受贿意见》),《受贿意见》明确了由“特定关系人”收受贿赂问题,规定国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,授意请托人将有关财物给予“特定关系人”的,以受贿论处。“特定关系人”与国家工作人员同谋,共同实施前述行为的,对“特定关系人”以受贿罪的共犯论处。《受贿意见》还对“特定关系人”的范围作出了界定,明确“特定关系人”是指与国家工作人员有近亲属、情妇(夫)以及其他共同利益关系的人。对于“特定关系人”的认定范围要与《受贿意见》的相关规定保持一致,即“特定关系人”仅指“与国家工作人员有近亲属、情妇(夫)以及其他共同利益关系的人”。审判实践中,特定关系人的外延也在逐渐扩大,例如,有的国家工作人员对特定的人产生心理依赖和慰藉,还有对特定的人产生倾慕和敬仰的特定关系人。

由于受贿犯罪是纯正身份犯,即其犯罪的构成要求主体必须具有国家工作人员的特定身份,因此特定关系人犯受贿罪必定是与相应的国家工作人员构成共犯,这是特定关系人成立受贿罪的前提。所以认定特定关系人受贿罪时,判定国家工作人员构成受贿罪是判定特定关系人受贿罪共犯的前提。《受贿意见》的出台,明确了国家工作人员授意请托人向特定关系人行贿的,国家工作人员构成受贿罪。此种情况,特定关系人是否构成受贿罪的共犯,还要进行具体分析。如果特定关系人明知该财物属于贿赂而接受的,由于特定关系人的接受行为处于国家工作人员进行受贿的过程中,特定关系人参与并提供帮助,属于承继的共犯,符合受贿罪共犯的成立要件。如果特定关系人接受财物时不明知该财物是请托人提供的贿赂,则特定关系人不具有受贿的主观故意,根据主客观相一致的原则,特定关系人不构成受贿罪的共犯。在国家工作人员并未直接接受行贿人请托,而是由特定关系人接受请托,并通过国家工作人员的职务行为,或通过国家工作人员对其他国家工作人员的斡旋行为,为请托人谋取利益,并由特定关系人索取、收受他人财物的情况下,对于国家工作人员和特定关系人的行为又该如何定性呢?对此

也要分不同情形进行分析。《解释》第16条第二款规定：“特定关系人索取、收受他人财物，国家工作人员知道后未退还或者上交的，应当认定国家工作人员具有受贿故意。”因此，当特定关系人将请托人的请托事项告知国家工作人员，即国家工作人员接受了特定关系人的转请托，并在知道特定关系人索取、收受他人财物后未退还或者上交的，国家工作人员和特定关系人共同具有受贿的故意和行为，根据主客观相一致的原则，构成受贿罪的共犯。反之，如果特定关系人没有将请托事项告知国家工作人员，国家工作人员不具有受贿故意，则国家工作人员不构成受贿罪，特定关系人的行为单独构成利用影响力受贿罪。适用《解释》第16条第2款时还需要注意的是，国家工作人员知道后未退还或者上交强调的是主观故意的判断，因赃款赃物被特定关系人挥霍等，知道时确实已经不具备退还或者上交的客观条件的，则应当有所区别慎重适用。

四、关于“使国家和人民利益遭受特别重大损失”的认定

《刑法修正案(九)》第44条将贪污罪、受贿罪无期徒刑、死刑的适用条件由原来的贪污、受贿“数额十万元以上，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产；数额五万元以上不满十万元，情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产”修改为“数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”《解释》第4条第1款规定：“贪污、受贿数额特别巨大，犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的，可以判处死刑。”该条款对于死刑的适用作出了一般性规定，即判处死刑必须同时具备数额特别巨大、犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的“四个特别条件”，以此对刑法规定的无期徒刑和死刑的适用标准作出进一步区分，体现了严格控制死刑适用的政策精神，从而确保死刑立即执行仅适用于极个别罪行极其严重的贪污受贿犯罪分子。

从《刑法修正案(九)》和《解释》的上述规定可以看出，在数额达到一定量以后，“给国家和人民利益造成特别重大损失”成为了贪污、受贿犯罪判处无期徒刑、死刑的要件之一。因此，如何准确把握“给国家和人民利益造成特别重大损失”显得尤为重要。

关于“特别重大损失”的内容,应当包括给国家和人民造成的特别重大财产性损失和非物质财产性损失。财产性损失一般是指人身伤亡和财物可以具体测量的有形的损害结果;非物质财产性损失是指严重损害国家声誉、造成特别恶劣社会影响。当然,后一种损害结果的认定应当由审判机关根据案件的实际情况,具体把握。这就需要人民法院在不断总结审判实践经验的基础上,使其获得进一步类型化和确定化的规定,因为死刑是以剥夺犯罪人生命为内容的最严厉的刑罚。党的十八大以来,人民法院审理了一大批高官贪污贿赂犯罪案件,数额特别巨大,令人瞠目,犯罪情节特别严重,社会影响特别恶劣,具备三个特别的条件,但是,如果仅仅依据数额、情节和影响,将这些腐败分子判处死刑,不仅与刑罚的初衷不一致,且丧失人民对法律公平的信仰,只有对那些罪大恶极,给国家和人民利益造成特别重大损失,罪行极其严重的犯罪分子判处死刑,区别对待,体现宽严相济的刑事政策。

那么,如何界定“给国家和人民利益造成特别重大损失”呢?我们认为,给国家和人民利益造成特别重大损失,既包括可以量化的物质损失,也包括不能量化的其他损失,例如,贪污犯罪多数可以量化,但是在贿赂案件中,很多行贿人多是个体户,有时谋求的并非直接的物质利益,有的是为了他人职务晋升,调动等。行贿的财物应属个体自有财产。在司法实践中,不能量化的特别重大损失是指贪污贿赂犯罪对社会的极大危害性和腐蚀性。贪污贿赂犯罪对社会风气和人文精神具有极强的腐蚀性。其危害性主要表现为:动摇执政党的地位、危及国家的安全、破坏地区的稳定,例如,一个地区的主要领导带头贪腐,买官卖官,违规帮助私营企业主开采矿产资源,动用党政、部队资源违法犯罪,侵犯了公民的人身权利和民主权利、使其他国家工作人员生活、工作处在不稳定状态,造成国有资产的大量流失,私建滥建、私采乱采,严重影响投资环境和改革开放的进程。贪污贿赂犯罪的腐蚀性表现为很多人提拔任用靠贿赂,毒化社会风气,使人们的精力不是用来搞好本职工作,而是大搞投机钻营、买官卖官、权钱交易、权色交易、以权谋私、结党营私;腐蚀人的精神,使人们不是奋发进取,而是道德沦丧、社会奢靡,吃喝嫖赌、追求享乐。输送利益成为社会风气,那些有能力、有才能,兢兢业业、勤勤恳恳、任劳任怨的人永远看不到希望,政治生态遭受严重破坏,人民群众深恶痛绝,怨声载道,人民群众没有安全感,法治遭到践踏。

从刑事一体化的角度看贪污贿赂 司法解释的理解与适用

陈宝友^{*}

最高人民法院、最高人民检察院在《刑法修正案(九)》颁布实施后,制定了《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),对办理有关贪污贿赂刑事案件适用法律的若干问题进行了解释,以更好地落实修正案的规定,更加有效地惩治贪污贿赂犯罪。

关于《解释》的内容许多学者和实务界人士都做出了自己的解读,笔者认为理解和适用《解释》不应该局限于裁判阶段,而应从刑事一体化的角度进行分析。刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行内外协调。所谓内部协调主要指刑法结构合理,外部协调实质为刑法运作机制顺畅。刑法现代化的全部内容便是顺应世界潮

^{*} 司法部预防犯罪研究所人权研究室副主任、研究员。

流优化刑法结构和刑法机制。刑事一体化观念倚重动态关系中的刑法实践。^{〔1〕}从刑事一体化角度理解和适用《解释》，可以从更广阔的视角、相互联系的阶段和的动态过程，更加全面客观地认识贪污贿赂犯罪治理情况。

一、理解和适用《解释》应该关注其制定的背景

（一）《刑法修正案（九）》和《解释》的颁布施行处于我国司法改革的大背景中

近年来，中共中央对于全面深化改革和全面推进依法治国制定了许多重要政策，为深化司法改革提供了政策保障，对从立法到司法的各个环节产生了深远影响。党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，提出“健全司法权力运行机制。优化司法职权配置，健全司法权力分工负责、互相配合、互相制约机制，加强和规范对司法活动的法律监督和社会监督”。

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出：“优化司法职权配置。健全公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关各司其职，侦查权、检察权、审判权、执行权相互配合、相互制约的体制机制。完善司法体制，推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点。完善刑罚执行制度，统一刑罚执行体制。”明确提出“四机关”各司其职，互相配合、互相制约。^{〔2〕}这就使刑事一体化理论和实践在政策层面得到了更有力的支持，也使对立法上的相应改革完善获得更大的可能。在这种形势下应无论是立法还是司法过程乃至具体制度措施的设计运用，都会因此受到影响，对《解释》的理解也不应离开这个大的背景，对其适用更应关注到整体法律效果的实现。比如，《解释》中对于罚金刑规定的适用问题，以及贪污贿赂犯罪定罪量刑标准确定的依据与刑罚执行关系的问题。

（二）理解和适用《解释》应注重其在整个刑事司法体系中的运用

《解释》的理解与适用是需要通过我国现有的刑事司法体系来实施和实现的，无论是立法机关在刑法修正案中对贪污贿赂犯罪进行修正，还是最高司法机关根

〔1〕 储槐植：《再说刑事一体化》，载《法学》，2004（3）。

〔2〕 宪法和刑事诉讼法目前只规定了公、检、法三机关的分工负责、互相配合、互相制约的原则。我国《宪法》第135条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证正确有效地执行法律。”我国《刑事诉讼法》第7条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合、相互制约，以保证准确有效地执行法律。”

据刑法修正案规定,对贪污贿赂犯罪进行详细的和更具操作性的规定,都要通过刑事司法体制的各个环节推进和落实。刑事司法体制中按照先后顺序可分为侦查、起诉、审判、刑罚执行几个不同阶段,通过这一系列活动,保证法律的正确实施,并最终实现刑罚的目的。

在整个刑事法治过程中,人们往往更多的关注立法和司法裁判过程,而相对忽视刑罚的执行过程,好像被告人被判处刑罚后,正义就自然实现了,不知道或不重视在审判机关根据犯罪事实和依据法律作出裁判生效之后,法律的实现,正义的体现还要经历相当长,甚至是漫长的时间岁月,比如,对于自由刑往往要经历无数日复一日、年复一年的管理、教育、奖惩和日常(服刑)生活的“洗礼”,对于财产刑很可能要经历繁杂的执行过程,等等。所以,把对《解释》的探讨放到刑事一体化这个宏观框架下,有利于在更大的时空中获得打击和预防贪污贿赂犯罪更好的效果。

二、《解释》中有关罚金刑适用的问题

(一)《解释》中关于贪污贿赂犯罪罚金刑规定的适用问题

1. 规定偏于宽泛,不易操作。《解释》第19条规定:“对贪污罪、受贿罪判处三年以下有期徒刑或者拘役的,应当并处十万元以上五十万元以下的罚金;判处三年以上十年以下有期徒刑的,应当并处二十万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产;判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑的,应当并处五十万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产。对刑法规定并处罚金的其他贪污贿赂犯罪,应当在十万元以上犯罪数额二倍以下判处罚金。”这种规定区分了不同严重程度贪污受贿犯罪的罚金刑层次,并对其他贪污贿赂犯罪的罚金作了统一标准的规定,应该说在数额标准上是比较明确的,只是失于宽泛,可能会形成不利后果:一是罚金刑规定的宽泛(包括立法上的和司法上的),可能会使裁判人员的自由裁量权在运用中产生随意性,容易造成各地审判机关在司法实践中罚金数额的严重不统一,影响法律的权威性;二是容易形成罪责刑不适应的情况,比如,对于较轻罪行判处较重的罚金或者相反;三是可能会影响到罚金刑的执行,进而影响被判刑人整个刑罚的执行。因为罚金刑判决时如果不认真考虑被判刑人的犯罪行为、性质、情节等情况以及其经济状况,盲目判罚,很容易形成空判,无法实现,同时这种罚金刑的无法执行,又常常会影响被判刑人的整个刑罚执行。罚金刑执行难是一个长期性和普遍性的问题,可参见某人民法院财产刑执行统计数据。见表1

所示。

表 1 罚金刑执行难情况〔3〕

年 度	执行罚金件数	有执行回款件数	所占比例(%)
2000	16	7	43
2001	84	35	41
2002	21	14	66
2003	41	17	41
2004	25	10	40

从以上数据可以看出,实际罚金刑的执行案件数比例很低,执行件数甚至不到一半的比例,而实际执行的金额比例就更低。

另一项相关调查显示,刑事案件审判中,法院判处财产刑的比例较高,调查样本在押的 2650 名罪犯,有 1190 名罪犯被判处财产刑,财产刑判处率为 44.90%;判处的财产刑中,罚金刑占绝对比例(为 96.64%),但罚金刑执行率却较低(为 16.86%),没收财产刑所占比例较低(为 3.36%),但执行率却较高(为 79.80%)。大量的罚金刑判决没有得到有效的执行,被判处但未执行的情况十分普遍。〔4〕而财产刑执行难的原因既有裁判财产刑时仅根据犯罪情节,不考虑犯罪人的支付能力,导致财产刑的判决没有可执行的基础的原因,也有财产刑的数额规定不明确,法官在适用上的混乱给执行带来困难的原因。

2. 罚金刑判处不合理会对包括刑罚执行在内的整个刑罚体系产生不利影响。《解释》规定的罚金刑范围较之前明显扩大,惩处力度加强,彰显了法律的威慑力,但如果罚金刑因标准宽泛、判处随意等原因不能得到很好的执行,势必影响法律的权威性,也会对整个刑罚体系的作用形成负面影响。因为有很大比例的被判刑人在被处罚金的同时,是被判处自由刑的,而在自由刑执行中,因为罚金刑不能执行,造成自由刑无法减刑和假释,进而影响罪犯的改造积极性和监管单位的教育和管理。《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》第 2 条规定:“确有悔改表现……罪犯积极执行财产刑和履行附带民事赔

〔3〕 黎宏、江伟:《财产刑的执行现状和对策建言》,载《云南大学学报(法学版)》,2006(5)。

〔4〕 李存国等:《财产刑执行实证研究》,载《人民检察》,2014(7)。

偿义务的,可视为有认罪悔罪表现,在减刑、假释时可以从宽掌握;确有执行、履行能力而不执行、不履行的,在减刑、假释时应当从严掌握。”在实践当中,往往发生财产刑不执行就不裁定减刑或减少减刑幅度的情况。而且各地做法也差别较大,给服刑人员和社会容易造成“花钱减刑”的认识。这个规定对于有财产却故意不执行的服刑人员是合理的,但对于确实没有财产可供执行的服刑人员就有些不合理了,尤其是现在的量刑阶段判处财产刑也存在不规范情况,对刑罚执行的影响考虑也不充分。

根据一项有关监狱服刑人员罚金刑执行情况的调查显示,由于罚金刑执行情况不理想,而且审判机关将罚金刑执行情况与减刑假释挂钩,导致了互相影响。近年来,一些地方的人民法院在审理减刑假释案件时,对财产刑执行得越来越严格,但是掌握的标准、尺度不一,财产刑的执行问题越来越突出。从司法实践来看,相当多的罪犯在判决执行之前基本上已经不具备履行财产刑的能力,一旦入狱,意味着家里失去了经济来源,即使交上罚金,也是家属代为执行的。法院在办理减刑假释案件时,因罪犯未履行或未完全履行财产刑,要么下调减刑幅度,要么假释不裁,这就使没有履行能力的罪犯得不到正常的减刑和获得假释。对此,罪犯、家属的情绪反应强烈,抵触心理严重,积累了社会情绪,激化了社会矛盾。对于贪污贿赂犯罪,即使其犯罪前经济状况较好,但根据《解释》第18条“贪污贿赂犯罪分子违法所得的一切财物,应当依照《刑法》第64条的规定予以追缴或者责令退赔,对被害人的合法财产应当及时返还。对尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得,应当继续追缴或者责令退赔”。所以,此类服刑人员入狱服刑时,其以前的经济收入或者失去,或者受到严重影响,执行罚金刑的能力也大大降低,如果没有亲属的帮助是很难执行罚金刑的。

罚金刑的执行问题既关系到审判机关的裁判程序,也关系到审判机关的执行程序,还关系到刑罚执行机关的执行程序,所以如何在裁判程序中依法合理地确定罚金刑数额,如何在执行程序中完善执行手段尽可能执行罚金刑,以及如何将罚金刑的执行与自由刑的执行有效进行衔接等都需要进行认真考虑。根据相关调研,可以在以下几个方面进行完善:建议有关部门尽快制定关于财产刑判罚和执行的更加具体的统一标准,促进裁判的公正性合理性,防止审判机关将财产刑执行当作本部门创收的一个重要途径,任意设定交纳金额,随意下调、上调减刑幅度;审判机关应该在罪犯投监改造前将其财产刑执行情况进行登记,并对财产调

查情况和未执行的原因作出说明;监狱对未执行完毕财产刑的罪犯单独建档管理,定期考察其经济状况,结合监狱内消费情况,在提请减刑、假释时出具考察意见;人民法院在裁定减刑、假释时应兑现政策,针对相关配套机制未健全的实际状况,尽量多适用奖励性政策,调动罪犯主动配合执行和履行的积极性,少适用惩罚性政策,特别是不应以财产刑执行与否作为不予减刑、假释的条件。而且,应该在裁定书中列举证据,说明裁判理由,避免给罪犯造成大的思想波动,影响监管稳定;确立罪犯执行能力的审查模式,对于无执行能力罪犯,先由监狱收集相关材料,提出考察意见,再由人民法院予以综合认定,人民法院对服刑人员原犯罪是否涉及财产或财产性利益、是否获利、涉案赃款是否被追缴、经济条件和家庭生活状况以及服刑期间消费支出等情况进行重点审查。通过以上途径,彻底解决财产刑空判问题,真正维护法院、监狱的司法权威,修补被犯罪侵害的社会关系。

(二) 单位行贿罪中自然人犯罪主体的罚金问题值得关注

1. 《解释》对单位行贿罪增加了罚金刑,这是对此犯罪加大打击力度的表现。《刑法》原第 393 条规定,“单位为谋取不正当利益而行贿,或者违反国家规定,给予国家工作人员以回扣、手续费,情节严重的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役。因行贿取得的违法所得归个人所有的,依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚”。《刑法修正案(九)》第 49 条将《刑法》第 393 条修改为:“单位为谋取不正当利益而行贿,或者违反国家规定,给予国家工作人员以回扣、手续费,情节严重的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。因行贿取得的违法所得归个人所有的,依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚。”

2. 对单位行贿罪中个人犯罪主体处罚金时可能导致的问题。单位行贿罪,取得利益的是单位(虽然单位犯罪中的个人也可能会有受益),《刑法修正案(九)》规定对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处罚金,体现出经济处罚的态度,不让其在经济上获得任何利益是具有正当性的。但根据《解释》规定,对犯单位行贿罪的相关个人应该在判处有期徒刑的同时判处罚金,而判处罚金的数额也是与犯罪数额有关。但单位行贿罪与贪污受贿罪的罚金刑分不同数额层次的标准不一样,只是“十万元以上犯罪数额二倍以下”的单一罚金幅

度,这样在单位行贿的数额和被处罚金刑的数额之间就形成了一个特定关系,这对于单位本身的罚金而言比较容易掌握,但对单位行贿罪中的个人犯罪主体,在适用《刑法修正案(九)》实施后单位行贿罪增加的罚金刑的标准时,在如何把握上可能会发生困扰。因为《刑法修正案(九)》和《解释》并没有就单位行贿罪对单位犯罪主体和相关个人犯罪主体在适用罚金刑上进行区别,但单位行贿罪区别于个人行贿罪的一个明显特征是“单位为谋取不正当利益”,而非“个人为谋取不正当利益”,且由单位意志作出行贿决定,同时单位行贿罪的行贿款物也是单位所负担,可能获得的利益也直接属于单位,这与个人行贿是有明显的区别的。所以在适用《解释》对单位行贿罪中的个人判处罚金时,可能会出现罚金数额与个人应承担的刑事责任不相符,以及与个人的实际承担能力不相符的情况。

单位行贿的数额达到几百万元上千万元的也不罕见,按照《解释》规定的在“十万以上,在犯罪数额二倍以下”判处罚金,如果对审判人员的自由裁量权没有一个规范的话,很有可能判处天量罚金,也很可能造成各法院,甚至不同的审判人员对相同或相似案件判处罚金的明显不均衡。这样一方面可能造成天量罚金的执行难;另一方面影响法律适用的统一性和权威性,罪刑相适应的原则也会受到影响。比如单位行贿数额是350万元,在案发时单位已经破产不存在了,那么对作为单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处罚金,其范围在10万元以上700万元以下,这个幅度是非常大的,只要在这个幅度内都是合法的,都属于自由裁量权范围内的事,但如果真的判处600万元甚至700万元罚金,会有什么后果?都合理吗?是否符合罪责刑相适应原则?所以,是否应对单位行贿罪中个人犯罪主体的罚金进行区别值得思考。

(三) 对贪污贿赂犯罪罚金刑“罪刑阶梯”的思考

《解释》对贪污贿赂犯罪规定了罚金刑,使贪污贿赂犯罪者在经济上受到惩罚,受到报应,这有一定的合理性,但关键是如何在司法实践中把握《解释》中罚金数额的适用,特别是如何做到量刑的合理性和量刑的均衡具有一定难度,也最为重要。《解释》第19条规定:“对贪污罪、受贿罪判处三年以下有期徒刑或者拘役的,应当并处十万元以上五十万元以下的罚金;判处三年以上十年以下有期徒刑的,应当并处二十万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产;判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑的,应当并处五十万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产。对刑法规定并处罚金的其他贪污贿赂犯罪,应当在十万元以上犯罪

数额二倍以下判处罚金。”见表 2。

表 2 《解释》中贪污受贿犯罪不同数额等级对应的罚金刑等级表

贪污、受贿犯罪数额 (不包括《解释》规定的 特殊情节情况)	自 由 刑	罚 金 数 额	罚金数额与犯罪数额 之比(以初点和高点 分别比较)
数额较大:3 万(初 点)~20 万元(高点)	判处三年以下有期 徒刑或者拘役	十万元(初点)以上 五十万元(高点)以 下的罚金	初点为 3.3 倍以上, 高点为 2.5 倍以下
数额巨大:20 万(初 点)~300 万元(高 点)	判处三年以上十年 以下有期徒刑	二十万元(初点)以 上犯罪数额二倍(高 点)以下的罚金	初点为相同,高点为 2 倍以下
数额特别巨大:300 万元(初点)以上	判处十年以上有期 徒刑、无期徒刑或者 死刑	五十万元(初点)以 上犯罪数额二倍(高 点)以下的罚金	初点为六分之一,高 点为 2 倍以下

由表 2 可见,在量刑层次上,随着贪污受贿犯罪数额的增加(从 3 万元到 20 万元到 300 万元,呈 6 倍多和 15 倍的递进增加),罚金数额与犯罪数额之比呈现明显下降态势,也就是说犯罪数额越大,相应地受到罚金处罚的数额比例越低,说明刑罚随着严厉程度的增加,到一定程度后其威慑的边际效力则会下降,也表明了刑罚效力的有限性。应该说这种规定是有其科学性的。但这种以倍数金额作为上限的规定在法律适用中可能会出现量刑不均衡问题,特别是对于犯罪数额巨大和特别巨大的情况。比如,贪污贿赂数额为 350 万元的,属于数额特别巨大,应依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产,如果对其判处罚金应该在 50 万元以上 700 万元以下,这样一个量刑幅度是非常大的,当然不同的个案情况差异可能很大,但如果没有一个相应的量刑规范,很可能会出现罚金刑判罚的不合理,或者出现相同或相似的案件判处罚金的不均衡情况,对此应有充分重视。又比如,贪污数额为 290 万元的,属于数额巨大,应判处三年以上十年以下有期徒刑,应当并处 20 万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产,即在 20 万~580 万元判处罚金刑。如果和上述贪污 350 万元的案件相比较,很可能在实际判处罚金时发生犯罪数额大的判处罚金数额小于犯罪数额小的情况,发生所谓的“罪刑倒挂”。当然判处罚金的数额不仅是看贪污受贿数额,还有其他情节,但这种“罪刑倒挂”情况也应该得到重视,应进一步明确相应标准,以在刑罚适用过程中做到量刑的合理化和均衡化。

三、关于《解释》特点和相关制定依据的思考

(一)《解释》的特点

在《刑法修正案(九)》颁布实施后相当长一段时间内,对贪污贿赂犯罪数额标准都没有相应的“解释”,理论界和实务界都持续地关注这一具有划时代意义“解释”的诞生,期间也出现过种种有关标准的探讨甚至“山寨解释”,表明了《解释》的重要性和各界的高度关注。至今《解释》的颁布施行已有数月,其优点也有目共睹,《解释》明确和细化了相关规定,对于预防和打击贪污贿赂犯罪具有重要意义:一是规定更趋科学化合理化,《解释》根据经济社会发展和打击犯罪需要,对贪污贿赂犯罪的量刑标准进行了调整,在《刑法修正案(九)》规定的基础上,拉开了不同严重程度犯罪的认定和惩处档次,数额加情节的方式也更加便于操作;二是法网更加严密,更为适应反腐败的实际,比如,通过界定贿赂犯罪对象“财物”的范围,明确规定贿赂犯罪中的财物包括财产性利益,并进一步明确财产性利益包括可以折算为货币的物质利益和需要支付货币才能获得的其他利益两种,使得对贿赂犯罪的打击更加严密。又比如,对“为他人谋取利益”的明确,消除了理解上的模糊地带,为司法实践中认定是否构成犯罪提供了标准;三是突出了对贪污贿赂犯罪在经济上的惩处,强化赃款赃物的追缴,明确追缴赃款赃物不设时限,一追到底、永不清零,同时增加了贪污罪和相关贿赂犯罪的罚金刑规定,加大了对腐败犯罪的经济处罚力度,无论在一般预防还是在特殊预防上都强化了功能。

(二)对《解释》制定根据和过程的思考

《解释》的以上特点体现了刑事法治建设在科学化方面的进步,在社会治理角度上体现了严密化。但在对前述一些具体问题进行探讨的同时,关于《解释》制定的相关问题也应该引起思考,即《解释》关于贪污贿赂犯罪定罪和量刑的标准最终是以什么为根据,通过什么过程制定的?有关部门在对《解释》进行解读和介绍时谈到“两高”是在进行大量调研的基础上,研究制定的《解释》,相信这也是《解释》对贪污贿赂犯罪多个方面进行明确和细致规定的基础。但在这方面没有发现对调研情况,对有关刑事司法统计情况的说明,比如,贪污贿赂犯罪数额与罚金数额的“罪刑阶梯”的对应标准是根据什么确定的,这个标准高一点或低一点是否也可行?对相关社会统计的说明也不足,比如,经济社会发展情况对犯罪数额确定的影响分析,等等。可能这些方面在制定《解释》的过程中都涉及或做到了,如果是

这样就可以加强这方面的说明与介绍,正如中共中央在制定《国民经济与社会发展五年规划建议》时所做的说明一样,^{〔5〕}不仅使专门机关和专业人士能够更了解其背景,也可使社会公众更清楚地理解《解释》规定的内容,对更加深入地理解和更加准确地适用《解释》起到积极的作用。

《解释》是在国家强力推进反腐和全面开展司法改革的大背景下制定的,所以其适用的效果尤其重要。而准确地理解和适用《解释》离不开各机关“各司其职,互相配合、互相制约”的体制保障和刑事一体化运作。从刑事一体化角度考虑,在重视刑罚裁量环节对刑罚执行影响的同时,也不应忽视刑罚执行对刑罚裁量的影响。因为刑罚裁量的结果直接体现在刑罚执行中,刑罚执行中会发现许多刑罚裁量乃至立法上的问题。^{〔6〕}比如,根据刑罚执行中对贪污贿赂犯罪人依法改造遇到的问题 and 收到的效果情况,可以,在一定程度上判断在定罪量刑中是否存在数额标准适用方面的问题。适用《解释》是一个动态和持续的过程,从所经历的包括侦查、起诉、审判到刑罚执行的各个环节的相关数据中,都能够发现许多问题,相关有价值情况都应该纳入刑事一体化的司法统计中乃至相关社会综合治理统计中,增加科学化、数字化手段的运用,完善刑罚适用数据库,争取在犯罪与刑罚乃至社会治理之间形成科学完善的数据指标参考体系。

〔5〕 参见关于《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》的说明,载人民网 <http://politics.people.com.cn/n/2015/1104/c1024-27773478-3.html>

〔6〕 比如,美国明尼苏达州的判决指导原则:由州立法机关、矫正和缓刑机关、法院和检察部门的主要领导组成司法指导委员会,通过技术方面的指导来控制监狱人口的增长。其核心是通过考虑本州监狱的实际容量来建立判决指导原则,判决计划必须以监狱的容量作为严格限制条件,通过一定的技术,计算出每一种可能的判决与监狱容量的适应程度。由于推行该制度,1995年该州成为美国监禁率最低两个州之一,其监禁率是当时全国平均监禁率的1/4左右。此举后来被其他州所效仿并取得良好的效果。参见刘强编:《美国刑事执法的理论与实践》,48页,北京,法律出版社,2000。可见刑罚执行对刑事司法乃至整个刑事法治所具有的调节和引导作用。

修正后刑法及相关司法解释的溯及力判断规则^{*}

黄京平^{**}

讨论案例

2011年至2015年,被告人张某某(时任某公司经理),在某国有公司向其采购物资的过程中,为谋取不正当利益,先后多次给予该国有公司物资供应部部长石某某回扣共计人民币122900元。检察机关于2016年1月19日提起公诉,认为应当适用1997年修订的《刑法》第389条第2款、第390条第1款规定。法院于2016年4月25日开庭审理并当庭宣判,认为应当适用《刑法》第389条第2款、第390条第1款和最高人民法院、最高人民检察院《关

^{*} 本文系国家社会科学基金项目“刑事政策实现效果评估体系研究”(项目编号:15BFX085)的阶段性成果。本文原载《中国检察官》,2016年7月下(经典案例)。

^{**} 中国人民大学法学院教授、博士生导师。

于办理依法贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条第1款、第19条第2款的规定,以行贿罪判处张某某有期徒刑6个月,缓刑1年,并处罚金人民币20万元。

一、法律适用差异:遵循相同原则但适用条款有别

本文着重讨论的张某行贿案(以下简称本案或行贿案)涉及的核心问题,是修正后刑法及相关司法解释的溯及力判断应当遵循的规则。本案是同时涉及修正后刑法的具体条款,以及同步修改的司法解释的具体条款是否具有溯及既往效力的典型案例。

本案的典型意义还表现为:本案的公诉机关和审判机关依据相同的溯及力原则即从旧兼从轻原则,采用不同的判断方法、甚至运用彼此互斥的判断规则,形成了存在重大分歧的法律适用意见。具体而言,审判机关认为,根据从旧兼从轻原则,本案应当适用修正后《刑法》第389条第2款、第390条第1款,以及《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《贪污贿赂解释》)第7条第1款、第19条第2款的规定。公诉机关认为,根据从旧兼从轻原则,本案应当适用修正前《刑法》第389条第2款、第390条第1款,以及《贪污贿赂解释》第7条第1款的规定。由于《刑法修正案(九)》对刑法第389条未做任何修订,所以,公诉机关与审判机关就本案法律适用的分歧意见,实际可以简略表述为:

(1) 刑法规定适用的区别,究竟是应当适用修正前《刑法》第390条第1款?还是应当适用修正后《刑法》第390条第1款?

(2) 司法解释适用的区别,究竟是应当适用《贪污贿赂解释》第19条第2款?还是不应当适用《贪污贿赂解释》第19条第2款?

换言之,依据审判机关理解,修正后《刑法》第390条第1款和《贪污贿赂解释》第7条第1款、第19条第2款的规定,是有利被告的较轻规定或更轻规定,具有溯及力。而检察机关则认为,修正后《刑法》第390条第1款的规定和《贪污贿赂解释》第19条第2款的规定,是不利被告的较重规定,不具有溯及力;但《贪污贿赂解释》第7条第1款的规定,是有利被告的更轻规定,具有溯及力。

笔者以为,本案判决适用法律确有错误,属于轻罪重判、适用刑罚明显不当(即依法不应处罚金而判处罚金20万元),检察机关对该判决没有提出抗诉,未能依法履行诉讼监督职责。

二、差异原因复杂:刑法修正与解释调整时间同步且内容竞合

本案适用法律错误的主因,不是源自对刑法规定和司法解释的溯及力原则存在理解偏差,而是在遵循有利被告原则、从旧兼从轻原则的过程中,运用的具体判断方法有所失当,适用的具体判断规则尚欠合理、有待完善,甚至应有的具体判断规则处于缺位状态或者尚未形成共识,亟须源于司法经验的规则整理并对规则形成基本共识。也就是说,具体判断方法失当,具体判断规则实际缺位或者整理滞后,是导致前述裁判适用法律错误的基本原因。

通常情况下,在司法实务中适用从旧兼从轻原则,并不会遇到复杂的方法运用、规则细化的问题。例如,修正前《刑法》第390条第2款规定:“行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的,可以减轻处罚或者免除处罚。”修正后《刑法》第390条第2款规定:“行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,对侦破重大案件起关键作用的,或者有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。”《刑法修正案(九)》对行贿罪从宽处罚的条件和幅度作了重要调整,对行贿罪减轻或者免除处罚设定了更为严格的适用条件,明确行贿人在被追诉前主动交代行贿行为,只有在“犯罪较轻的,对侦破重大案件起关键作用的,或者有重大立功表现的”三种情况下才可以减轻或者免除处罚。^{〔1〕}对于修正后《刑法》第390条第2款规定的溯及力问题,应否在《关于刑法修正案(九)时间效力问题的解释》(以下简称《刑法修正案(九)时间效力解释》)中设专条予以明确规定,便有不同的意见。在研究讨论及征求意见过程中,相关单位建议增加规定:“对于2015年10月31日以前实施行贿行为,在2015年11月1日以后,且在被追诉前主动交代行贿行为的,适用修正前《刑法》第390条第2款的规定。”以明确对于2015年10月31日以前实施行贿行为,只要在被追诉前主动交代行贿行为的,都可以适用旧法予以减轻处罚或者免除处罚。解释制定机关经研究认为,该建议内容正确、合理,但不必或者不宜在《刑法修正案(九)时间效力解释》中明确,可以在解释的理解与适用中专门说明。因为,该建议内容“符合从旧兼从轻原则,审判实践中应无争议,即使不作规定,也都能正确把握。相反,如果予以规定,反

〔1〕 参见万春、杰绿、卢宇蓉、杨建军:《办理贪污贿赂刑事案件要准确把握法律适用标准(下)》,载《检察日报》,2016-05-24,003版。

而可能引发不必要的争议甚至责备。”^{〔2〕}可见,最高司法机关认为,涉及刑法修正条款溯及力的问题,并非一律在相关司法解释中予以明确规定;对于司法实务中所遇刑法修正条款的溯及力问题,如果属于司法官一般能够明晰判断、不会产生法律适用异议的,就不在司法解释中作出专门规定,交由司法官依据从旧兼从轻原则决定具体条款的溯及力。此类溯及力问题,一般具有影响轻法判断的因素单一,无须复杂判断过程(包括判断方法和判断规则等)的特点。

与影响因素单一、无须复杂判断的溯及力问题不同,本案确有其特殊性、复杂性,即影响溯及力判断的因素较多且彼此相互交织。具体包括:

(1) 各个法定刑幅度的主刑均不变,但都增设并处罚金刑的情形下,修正前刑法的条款与修正后刑法的条款,何者为轻法?若不考虑其他因素,仅对此进行单独判断,结论显而易见,即修正后《刑法》第390条第1款的规定为重法,不具有溯及力。显然,本案公诉机关对此持肯定意见,审判机关却主张该条款具有溯及力。由此可以推断,审判机关是综合其他因素做出判断的。

(2) 定罪量刑的立法标准不变、定罪量刑的司法标准提高之后,修改前的司法解释与修改后的司法解释,何者为较轻规定?比较司法解释修改的具体内容,这也是极易判断的事项,且本案公诉机关与审判机关对此没有分歧,即修改后的司法解释有利被告,具有溯及力。《贪污贿赂解释》修改了2012年《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《行贿解释》)规定的行贿罪定罪量刑标准,主要有两个方面:一是提高了有关数额标准。将行贿罪起刑点由原先的1万元调整为3万元,同时按照五倍比例原则,上调了行贿罪“情节严重”“情节特别严重”中的有关数额标准。例如,将原来规定的“20万元以上不满100万元”“100万元以上”分别调整为“100万元以上不满500万元”“500万元以上”。二是对行贿罪的入罪门槛增设了“数额+情节”的追诉标准。即除规定行贿数额3万元以上的应当以行贿罪追究刑事责任之外,对于行贿1万元以上不满3万元,但具有明确规定的从重情形之一的,也应当追究刑事责任。^{〔3〕}简言之,《贪污贿赂解释》第7条、第8条及第9条关于行贿罪定罪量刑标准的规定,是在行贿罪定罪量刑的立法标准不变的条件下,对《行贿解释》原有定罪量刑司法标准的修

〔2〕 黄应生:《〈关于刑法修正案(九)时间效力问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》,2015(23)。

〔3〕 参见万春、绿杰、卢宇蓉、杨建军:《办理贪污贿赂刑事案件要准确把握法律适用标准(上)》,载《检察日报》,2016-05-23,003版。

改,是以新的司法标准替代旧的司法标准。具体到本案认定的行贿数额122 900元,适用《贪污贿赂解释》规定以3万元以上不满100万元的数额幅度为准裁量主刑,与适用《行贿解释》规定以1万元以上不满20万元的数额幅度为准裁量主刑相比,显然适用《贪污贿赂解释》有利被告。对此,本案审判机关与公诉机关意见一致,即《贪污贿赂解释》关于行贿罪定罪量刑标准的规定具有溯及力。

(3)《贪污贿赂解释》明确规定了行贿罪的罚金适用标准,即对刑法规定并处罚金的其他贪污贿赂犯罪(除贪污罪、受贿罪以外的、刑法分则第8章的贪污贿赂犯罪),应当在10万元以上犯罪数额二倍以下判处罚金。就行贿罪而言,《贪污贿赂解释》第19条第2款的规定,就是对修正后《刑法》第390条第1款增设的并处罚金刑的司法适用标准的明确或者细化。对修正后刑法增设的新规定,明确司法适用标准,是该解释条款的特征所在,也即它是依附于修正后《刑法》第390条第1款的新规定而存在的全新司法解释条款。由司法解释的基本属性所决定,全新司法解释条款的溯及力与其解释的修正后刑法条款的溯及力完全相同。所以,本案审判机关认为,修正后《刑法》第390条第1款的规定有溯及力,也就应当将《贪污贿赂解释》第19条第2款的规定作为裁判引用依据。相反,本案公诉机关则主张,修正后《刑法》第390条第1款的规定和《贪污贿赂解释》第19条第2款的规定均不具有溯及力。

三、充分有利被告:溯及力判断规则细化的核心要素

综览上述,足以推断,本案判决适用法律错误的裁判逻辑是:《贪污贿赂解释》关于行贿罪定罪量刑标准的规定,有利被告,应当具有溯及力;依据新的定罪量刑标准裁量主刑,有利被告,适用修正后《刑法》第390条第1款的规定裁量主刑,也就当然有利被告;适用修正后《刑法》第390条第1款的规定,就应依法并处罚金,也就应当依据《贪污贿赂解释》第19条第2款规定的罚金适用标准裁量罚金数额;根据新的司法解释和新的刑法规定,裁量较轻的主刑,即便并处罚金,被告人被判处的刑罚程度总体较轻,实际有利被告。

笔者认为,本案判决适用法律的裁判逻辑,暗含错误的判断规则,正是错误的判断规则导致了案件适用法律的错误。修正后刑法及相关司法解释的溯及力判断,应当遵循的主要规则,包括:

1. 刑法规定和司法解释的溯及力,是具体条款的溯及力。具体条款的溯及力判断,应以分项独立评价为原则,以整体总括评价为例外。这一判断规则的核

心,就是充分有利被告,即最大限度地体现有利被告原则。就本案而言,应当采用的是分项独立评价的方法,本案不具有采用整体总括评价方法的条件,采用整体总括评价方法应以“不得已”为前置条件。

分项独立评价方法,具体体现为,既适用有利被告的旧法,也同时适用有利被告的新法(或轻法),本案中,旧法即修正前《刑法》第390条第1款的规定,新法为《贪污贿赂解释》第7条第1款的规定,也即同时分别适用旧的立法规范与新的司法解释。分项独立评价方法的实质在于,不是整体选择适用旧法或新法,而是旧法与新法分别适用,并且旧法和新法在刑法规则体系中位阶不同,可以分别是立法规范与司法解释。这种情形下的从旧兼从轻原则中的“兼”,是旧法与新法兼顾适用之义,或同时并用之义,而不是旧法与新法择一适用之义。分项独立评价方法的合理性,在于最大化地实现罪刑法定所蕴含的有利被告原则,其合法性在于符合《刑法》第12条和《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》(以下简称《时间效力规定》)确定的从旧兼从轻原则的完整含义。

整体总括评价方法,可以分为两种情形,即必要整体总括评价与不当整体总括评价。前者,如根据修正后《刑法》第383条第1款第(1)项和《贪污贿赂解释》第1条第1款、第19条第1款的规定,以及刑法和司法解释的其他相关规定,对于犯受贿罪的被告人依法从宽处罚,判处有期徒刑、宣告缓刑,并处罚金。其中,对于《刑法修正案(九)》施行前犯受贿罪者,依据修正后刑法和《贪污贿赂解释》的相关规定并处罚金刑,属于重法(仅指并处罚金的规定)溯及既往,明显不利被告;但是,根据修正后刑法和《贪污贿赂解释》关于贪污罪、受贿罪定罪量刑标准,以及修正后刑法关于贪污罪、受贿罪法定刑幅度、从宽处罚条件的规定及《贪污贿赂解释》的相关规定,适用修正后刑法和《贪污贿赂解释》承担刑事责任的程度或判处刑罚的总量(包括并处罚金)明显较轻,整体有利被告。也即修正后《刑法》第383条和《贪污贿赂解释》的规定,虽然包含不利被告的并处罚金规定,但其作为必须整体适用的规范,属于有利被告的轻法,具有溯及力。这已是刑事司法实务的共识。^{〔4〕}作为必要整体总括评价的典型实例,修正后《刑法》第383条和《贪污贿赂解释》相关条款的规定,以规则体系的方式整体具有溯及力,基本原因在于:修正

〔4〕 参见有关刑事判决书,如北京市东城区人民法院(2016)京0101刑初325号刑事判决书,山西省长治市郊区人民法院(2015)郊刑初字第261号刑事判决书,黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2015)哈刑二终字第244号刑事判决书,河南省南阳市中级人民法院(2015)南刑一终字第00309号刑事判决书, <http://wenshu.court.gov.cn/2016年6月23日访问>。

后刑法既修改了主刑又修改了附加刑,或者增加了附加刑的,主刑较轻的为轻法;主刑相同时,无附加刑或者附加刑较轻的为轻法。^{〔5〕}也就是说,综合修正后《刑法》第383条和《贪污贿赂解释》相关条款关于受贿罪定罪量刑标准、法定刑幅度、从宽处罚条件等规定,修正后《刑法》第383条及相关司法解释的规定是轻法,并且该规则体系的轻法属性,就是以并处罚金刑为前置条件的。并处罚金的规定,是该规则体系不可拆分的有机组成。在这一规则体系中,并处罚金的规定不具有独立的溯及力判断的任何可能性。

本案审判机关采用的整体总括评价,是典型的不当整体总括评价。其表现为,将修正后《刑法》第390条第1款规定和《贪污贿赂解释》关于行贿罪定罪量刑标准、并处罚金适用标准的规定,视为必须整体适用的规则;与此同时,也将修正前《刑法》第390条第1款规定和《行贿解释》关于行贿罪定罪量刑标准等规定,作为必须一并适用的规则。由此导致的溯及力判断结果,必然是:或者选择整体适用包括修正前刑法和原司法解释在内的旧法,或者选择整体适用包括修正后刑法和新司法解释在内的新法(或轻法)。运用这种判断方法的从旧兼从轻原则中的“兼”,是旧法与新法择一适用之义,即适用旧法必然排斥适用新法,或者相反,而不是旧法与新法可以兼顾适用之义。具体到本案涉及的裁判引用规范,其中的立法规范与司法解释之间的实际关系,正确的定位应当是:《贪污贿赂解释》第7条、第8条及第9条关于行贿罪定罪量刑司法标准的规定,是对修正前刑法既有规范内容的新的解释性细化规定,即在行贿罪定罪量刑的立法标准不变的条件下,对《行贿解释》原有定罪量刑司法标准的修改,是以新的司法标准替代旧的司法标准。其实质是,新司法解释关于行贿罪定罪量刑标准的规定,从属于修正前《刑法》第390条第1款关于行贿罪定罪量刑立法标准的既有规定。简言之,新的司法解释从属于旧的立法规范。《贪污贿赂解释》第19条第2款关于并处罚金适用标准的规定,就是对修正后《刑法》第390条第1款增设的并处罚金刑的司法适用标准的明确,是对新立法规范(即增设并处罚金刑)的全新细化规定。所以,《贪污贿赂解释》第19条第2款涉及行贿罪的内容,从属于修正后《刑法》第390条第1款增设并处罚金的全新规定。概言之,全新司法解释从属于全新立法规范。本案

〔5〕 参见黄应生:《〈关于刑法修正案(九)时间效力问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》,2015(23)。

审判机关错误定位立法规范与司法解释之间的关系,没有能够清晰或者准确分辨《贪污贿赂解释》不同条款的性质及其与立法规范的具体从属关系,认为《贪污贿赂解释》关于行贿罪定罪量刑标准、并处罚金标准的细化规定,均从属于修正后《刑法》第390条第1款的规定,并将其视为必须整体适用的规则体系。这是造成本案判决适用法律错误的原因之一。

2. 刑法规范具有溯及力,司法解释就具有溯及力;刑法规范不具有溯及力,司法解释就不具有溯及力。这是判断修正后刑法及相关司法解释的溯及力,尤其需要注意的重要规则。这一具体规则,也以充分有利被告为核心要素。

这一具体规则的合理性、合法性,可以从以下几方面理解:

(1)《立法法》第104条第1款规定,最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释,应当主要针对具体的法律条文,并符合立法的目的、原则和原意。本文以为,由刑法基本属性决定,或受刑法基本原则制约,最高司法机关制定的刑法司法解释,只能对具体的法律条文进行解释,且须符合立法的目的、原则和原意。简言之,禁止不针对具体法律条文制定刑事司法解释。所以,严格意义上,刑法司法解释的条款均有对应的刑法立法规范的条款。

(2)依据最高司法机关对刑事司法解释时间效力的原则性理解,^{〔6〕}刑法司法解释具体条款的时间效力,与刑法立法规范具体条款的时间效力一致,效力适用于刑法立法规范具体条款的施行期间。

(3)修正后刑法的施行,其确切含义,不仅是指整部修正案的施行,而且是指经修正案修正的具体条款的施行,更为精确的含义是指,某一具体条款中经修正案修正的具体内容的施行。换言之,某一具体条款中未经修正案修正的既有具体内容的施行日期,当然早于该刑法修正案施行之日。例如,《刑法修正案(九)》施行,就修正后《刑法》第390条第1款规定而言,仅指经修正案增设的并处罚金刑的具体规定自2015年11月1日起施行,而该款的其他既有具体规定的施行日期为1997年10月1日。所以,修正后刑法的同一条款中,经修正案修正的具体内容与未经修正案修正的既有具体内容,其溯及力自然存在差异,理应予以分别判断。唯此,才能确保有利被告原则的具体落实。

〔6〕 参见孟燕菲:《〈关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定〉适用精解》,载陈国庆主编:《刑法司法解释及规范性文件适用精解》,232页,北京,中国人民公安大学出版社,2012。

(4) 针对修正后刑法具体条款制定的司法解释,特别是针对同一刑法条款中修正内容与未修正内容分别制定的司法解释,也必然因为立法规范中不同具体内容的溯及力差异,进而决定了从属于不同立法规范内容的具体解释性、细化性司法规则的溯及力,也存在实质性的差异。

依据前述,结合本案,具体就《贪污贿赂解释》中有关行贿罪的具体规定而言,可以得出的简要结论为:

(1) 关于行贿罪定罪量刑司法标准的规定,从属于修正前刑法关于行贿罪定罪量刑立法标准的既有规定,是以有利被告的新司法标准替代不利被告的旧司法标准。根据《时间效力规定》第3条的规定,即“对于新的司法解释实施前发生的行为,行为时已有相关司法解释,依照行为时的司法解释办理,但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释”,这一新的定罪量刑司法标准具有相对独立的溯及力。

(2) 关于行贿罪并处罚金适用标准的规定,从属于修正后刑法增设并处罚金的全新立法规定,因为并处罚金刑的立法规范明显加重行为人的刑事责任,不利被告,不具有溯及力,司法解释中涉及行贿罪并处罚金适用标准的规定,也就当然不具有溯及力。

贪污贿赂犯罪司法解释溯及力问题研究

线 杰* 杨建军**

一、贪污贿赂法条及司法解释的修改完善

为从严打击贪污贿赂犯罪,依法治理腐败,立法和司法机关分别对贪污贿赂犯罪法律条文和司法解释进行修改完善。

(一) 刑法条文的修改完善

2015年11月1日施行的《刑法修正案(九)》对贪污贿赂犯罪做了重大修改,主要有以下几点:一是修改了贪污罪、受贿罪的定罪量刑标准。《刑法》原第383条贪污罪、受贿罪各定罪量刑幅度采取具体数额标准,《刑法修正案(九)》修改此种立法模式,将贪污罪、受贿罪各定罪量刑幅度修改为模糊数额标准和情节标准。同时,为了严惩贪污受贿犯罪分子,首次规定了终身监禁的刑罚执行措施。二是

* 最高人民检察院法律政策研究室副主任。

** 最高人民检察院法律政策研究室工作人员。

增加规定第 390 条之一对有影响力的人行贿罪。解决了实践中存在的利用影响力收受贿赂成立犯罪、对有影响力的人行贿不构成犯罪的法网不严密的情况,有利于从严打击贿赂犯罪。三是完善第 390 条行贿罪的定罪量刑标准。对行贿罪各量刑档增加规定罚金刑,以充分发挥财产刑的功能;在第三档量刑幅度内,增加规定“使国家利益遭受特别重大损失”;第 2 款规定不同的从轻、减轻或者免除处罚标准。四是第 391 条对单位行贿罪第 1 款、第 392 条介绍贿赂罪第 1 款、第 393 条单位行贿罪增加规定罚金刑。

贪污贿赂法律条文的修改完善,使相同的犯罪行为在《刑法修正案(九)》施行前后受到不同的法律评价,表现为犯罪行为入罪门槛的变化影响罪与非罪的判断,量刑幅度的改变影响处刑轻重,此外新规定的刑罚执行方式具体应用、罚金刑处罚幅度如何把握等,都直接影响行为人的合法权益。

(二) 贪污贿赂司法解释的修订

为正确理解与适用贪污贿赂法律相关条文,最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)于 2016 年 4 月联合制发了《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),对贪污贿赂及其他相关犯罪的定罪量刑标准作了明确。主要有以下几点:一是明确了《刑法》第 383 条贪污罪、受贿罪的定罪量刑标准、死刑适用标准及终身监禁的适用原则;二是明确了《刑法》第 384 条挪用公款罪、第 390 条行贿罪、第 388 条之一利用影响力受贿罪和第 390 条之一对有影响力的人行贿罪的定罪量刑标准;三是增加规定贪污贿赂犯罪的罚金刑。四是明确了其他非国家工作人员职务犯罪定罪量刑标准,如职务侵占罪、挪用资金罪等。这些新规定的定罪量刑标准中,除第 388 条之一利用影响力受贿罪、第 390 条之一对有影响力的人行贿罪、罚金刑、职务侵占罪等非国家工作人员职务犯罪第二档量刑幅度定罪量刑标准属首次规定外,贪污罪、受贿罪、挪用公款罪和行贿罪的新规定修改了原定定罪量刑标准。

与之前的立法和司法解释规定相比,新的贪污贿赂司法解释提高了相关犯罪各量刑档定罪量刑标准。比如,贪污受贿犯罪原入罪标准为 5 千元,新司法解释规定了 1 万元;挪用公款罪中,进行非法活动原入罪门槛为 5 千元至 1 万元,新司法解释规定了 3 万元等。鉴于司法解释在我国司法活动中所发挥的重要作用,贪污贿赂司法解释颁布实施直接影响司法机关追究相关犯罪刑事责任的活动,进而对行为人的合法权益造成直接影响。

（三）立法和司法解释适用中的问题

贪污贿赂司法解释施行之后,如何适用新旧法律条文、新旧司法解释,成为刑法理论和司法实践中争论的焦点问题之一。如,对2015年10月31日之前已经立案查处的案件,按照新司法解释不构成犯罪或者已经超过追诉时效的案件,是否一律不予追究行为人的刑事责任?对构成犯罪的或者尚没有超过追诉时效的案件,适用旧法旧解释还是新法新解释?罚金刑如何适用?本文通过对刑法追诉原则的研究,提出解决上述问题的答案。

二、从旧兼从轻原则的适用范围

我国1997年《刑法》第12条规定^{〔1〕}的从旧兼从轻原则中,存在两个争议问题:一是如何理解“如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任”的规定。该问题可以表述为,《刑法》第12条从旧兼从轻溯及力原则的规定,能否适用于包括《刑法》总则第四章第八节在内的所有刑法规范。二是该原则能否适用于司法解释的规定。该问题可以表述为,司法解释是否要遵循从旧兼从轻的追诉原则。

（一）刑法追诉时效的溯及力

对第一个问题的争议,与1997年最高人民法院颁布的《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》(以下简称《时间效力解释》)有密切联系。《时间效力解释》第1条对《刑法》第12条溯及力在追诉时效方面适用做了明确规定:“对于行为人1997年9月30日以前实施的犯罪行为,在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,行为人逃避侦查或者审判,超过追诉期限或者被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案,超过追诉期限的,是否追究行为人的刑事责任,适用修订前的《刑法》第77条的规定。”追诉时效的规定有无溯及力以及如何理解《时间效力解释》的上述内容,存在两种不同的观点:

一种观点认为,“依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的”规定表明,只

〔1〕 1997年《刑法》第12条规定:“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。”

能按照《刑法》总则第四章第八节的诉讼时效进行追诉,虽然1997年《刑法》第88条^{〔2〕}比1979年《刑法》第77条^{〔3〕}严格,也不应再对1979年《刑法》和1997年《刑法》规定的追诉时效宽严程度进行比较并选择适用较轻的追诉时效。因此,对1997年《刑法》实施之前发生的行为,符合1997年《刑法》第88条追诉情形的,要依法进行追诉。此种观点的主要理由是,诉讼时效属于程序性事项,对程序事项只能按照新规定执行。因此,《时间效力解释》第1条的解释违反了刑法的规定。^{〔4〕}有论者认为,“超过追诉时效的”这句话,应当理解为仅包括在1997年《刑法》颁布前已经超过追诉时效的情形。也就是说,对在此之前的行为超过追诉时效的,包括存在被害人控告而司法机关未予立案导致诉讼时效丧失,适用1979年《刑法》的规定;如果1997年《刑法》颁布之际尚未超过追诉时效则不适用该司法解释,即该法条未对此时尚未丧失追诉时效的情形进行规定,应当适用1997年《刑法》的规定。^{〔5〕}

另一种观点认为,“依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的”规定,仍需要比较1979年刑法和1997年刑法规定的追诉时效宽严程度,并适用对行为人有利的追诉时效规定。主要理由是:诉讼时效涉及行为人的实体权益,应坚持有利于行为人的追诉原则。如有的论者认为,从旧兼从轻原则适用于全部刑事规范,不仅适用于刑法中定罪量刑的规范,也适用刑法中关于追诉时效的规范,因为追诉时效本身就是刑法所规定的追究嫌疑人刑事责任与否的有效规范。^{〔6〕}

我们赞同第二种观点。主要有以下理由:一是时效制度属于实体法的范畴。在我国,前后三部刑事诉讼法典均没有明确规定时效制度,相反两部刑法中都明确规定了时效制度。因此,完全否认时效制度的实体法意义,进而认为时效制度不适用于从旧兼从轻原则也是不合适的。二是追诉时效遵循从旧兼从轻原则,与

〔2〕 第88条规定:在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,逃避侦查或者审判的,不受追诉期限的限制。

被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的,不受追诉期限的限制。

〔3〕 第77条规定:在人民法院、人民检察院、公安机关采取强制措施以后,逃避侦查或者审判的,不受追诉期限的限制。

〔4〕 张波:《论追诉时效的溯及力》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版),2008(2)。

〔5〕 《林某某故意伤害案——刑法中追诉时效的规定是否具有溯及力?》,载《刑事审判参考》,2014(96),50。

〔6〕 韩哲、李玉洁:《再论追诉时效应适用从旧兼从轻原则——兼论对〈刑事审判参考〉第945号案观点的反思》,载《中国检察官》,2016(3)。

刑法人权保障功能相一致。在追诉时效制度中,存在前后两部刑法典规定不一致的情况下,如贪污受贿量刑幅度的调整,要适用对行为人有利的规定,可以确保行为人的权益不因法律的变动而受到侵害。三是有利于防止司法机关滥用权力。刑法的最大价值不是在于为行为人确立行为规范,而是为权力机关确立了行使权力的边界。从旧兼从轻的价值在于当新旧法律条文出现不一致时,要做出有利于行为人的解释,确保公权力机关不滥用权力。四是对法律条文变化应进行逻辑解释。任何一部法律都以维护法秩序稳定作为意欲实现的目标之一。对危害社会的行为适用行为发生时的法律是维护法律秩序稳定的应有之意。但犯罪行为的隐蔽性决定了对行为的查处往往是滞后的,特别是对经历了法秩序变迁的犯罪行为而言,按照行为时的法秩序进行惩罚更加符合稳定法秩序的要求。只是为了防止权力机关滥用立法权,才适用有利于行为人的新法。因此,对追诉时效持续到1997年10月1日以后的行为,司法机关应比较新旧刑法关于追诉时效法条的轻重,选择适用有利于行为人的法条进行追诉。

(二) 刑法司法解释溯及力的不同观点

1. 司法解释不应该有溯及力

主张司法解释不应该有溯及力的观点,主要有以下几点理由:

一是从旧兼从轻原则从来是、并且仅仅是针对刑事“法律”的原则,它不是针对司法解释的原则。刑法司法解释是对刑法规定进行解释,其本身不涉及溯及力问题,其一经公布施行,效力等同于法律本身,对人民法院正在审理和尚未审理的案件具有法律效力。^{〔7〕}从法律规定上看,各国关于溯及力的规定,均是针对刑事“法律”本身而言,而非针对法律的“解释”。从旧兼从轻的溯及力原则的要义在于禁止适用“事后法”与“重法”,以有效贯彻罪刑法定原则。而法律的解释是法律规范得以顺利施行的器具,因而它本身只存在该工具质量是否合法、达标、应手的问题,并不存在事后法或重法的问题——因为它本来就不是“法”。就法理角度看,“法无明文禁止就视作允许”的行事原则,如果说在民商法规范中还存有一定争议的话,在刑法规范中却是肯定的。基于此,既然立法法、刑法中均未明确针对刑法的解释作出不得溯及既往的规定,我们就不得擅自设立此一刑法解释的限制性框

〔7〕 高憬宏:《王建军等非法经营案——骗购国家外汇的行为如何适用法律问题》,载《刑法审判参考》,1999(5)。

框,否则,此一限制本身,也属侵犯立法权之举。^{〔8〕}

二是司法解释不属于刑法条文,不具有独立性,更不应该有独立的溯及力,司法解释的效力应该以刑法条文的效力为准。正式解释不是刑法本身,是对刑法的解释,对正式解释之前的行为,只要是在现行刑法实施之后实施的,就得按正式解释适用刑法,不能因为没有正式解释或者正式解释不当,而否认对行为人适用刑法。^{〔9〕}刑法司法解释不是对刑法规范的补充、修改或变更,而仅仅是对刑法规范应有含义的阐明,所以没有所谓的有利与不利于被告的问题,扩张解释只是一种解释的方法。所谓溯及力问题仅仅是对刑法含义理解前后差别造成的,是刑法规范如何适用的内部问题。既然承认刑法司法解释是一种有效解释,就应该以最新的司法解释为根据来理解刑法规范的含义,所以刑法司法解释在此时当然对其之前的所有行为都适用,而且不论案件是否得以处理。所以,主张区别不同情况处理,以及认为刑法司法解释的溯及力适用从旧兼从轻原则处理,都是将刑法司法解释等同于刑法,将刑法司法解释看作刑法渊源的结果,这显然是对刑法司法解释的误解。^{〔10〕}

三是从法律渊源角度否定司法解释具有溯及力。在我国,刑法立法解释、司法解释和判例均不属于刑法的渊源,不受从旧兼从轻原则的限制。相反,刑法解释具有与解释文本即刑法同步的时间效力。^{〔11〕}

2. 司法解释应采用从旧兼从轻的溯及力原则

主张司法解释应该遵循从旧兼从轻的溯及力原则,主要有如下几点理由:

一是司法解释具有独立性,应有自己的溯及力。由于司法解释的效力在刑事司法实践中作用相当之大,刑事司法解释颁布施行的时间又往往具有较刑事法律而言的“时后性”特征,因此,刑事司法解释应该具有自己的时间效力,而且这种时间效力虽然与所解释的刑事法律的时间效力具有紧密的联系,但其必然具有相当的独立性。刑事司法解释时间效力的独立性主要体现在刑事司法解释的溯及力问题上。2001年12月16日“两高”联合颁布了《时间效力解释》,其内容符合我

〔8〕 屈学武:《刑事司法解释效力范围探究》,载《中国司法》,2004(8)。

〔9〕 张明楷:《刑法学》,83页,北京,法律出版社,2011。

〔10〕 刘艳红:《论刑法司法解释的时间效力》,《中国刑事法杂志》,2007(2)。

〔11〕 曲新久:《论刑法解释与解释文本的同步效力——兼论刑法适用的逻辑路径》,载《政法论坛》,2006(3)。

国刑法确立的从旧兼从轻的溯及力原则精神,实践中理应坚决贯彻执行。^{〔12〕}

二是司法解释具有从属性,在溯及力问题上应与刑法保持统一。刑法司法解释不仅具有独立的时间效力,而且在任何情况下,刑法司法解释都应坚持刑法溯及力问题所奉行的从旧兼从轻的立场。这既是罪刑法定原则的必然要求,也是刑法司法解释自身的特点所决定的。^{〔13〕}“两高”《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》第3条,对于新的司法解释前发生的行为,行为时已有相关司法解释,依照行为时的司法解释办理,但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释。这一规定体现了从旧兼从轻的原则。司法解释既然从属于法律,则其在溯及力问题上的原则也应与法律规定的原则一致。^{〔14〕}

3. 对作扩大解释的司法解释采用从旧兼从轻的溯及力原则

此种观点认为,对于刑事司法解释,不能一律溯及既往,应对司法解释的内容进行区分。司法解释属扩大解释的,有溯及力;否则,司法解释没有溯及力。主要是因为,有些刑事立法解释实际上是另一种形式的立法活动,它通过对原文做出扩大解释,既可补充有关立法内容,又可维持条文之稳定,因而不失为一种完善刑法典的方式。但这样的立法活动,如果对其时间效力不加以限制,那就无异于以追求形式的完美来牺牲实质的正义。对于此种刑事立法解释,应当遵循普通刑事立法所要求的“从旧兼从轻”原则。^{〔15〕}对于一些重要的,属于扩张性解释内容的,实际已起到“小立法”的作用,尤其是那些不利于被告人或者犯罪分子的司法解释,其溯及既往的效力宜按《刑法》第9条规定(1979年刑法关于溯及力从旧兼从轻的规定)的原则执行。即司法解释一旦生效,办理有关案件是否适用新的司法解释规定,不应以有关案件是否正在办理或者尚未办理为准,而应以行为发生在司法解释生效之前或者以后为准。行为发生在新的司法解释生效之后,应当适用司法解释;行为发生在新的司法解释生效之前,司法解释生效之后正在办理或者尚未办理的案件,适用新的规定有利于被告人或者犯罪分子的,也应适用新的

〔12〕 刘宪权:《我国刑事司法解释时间效力的再思考》,载《法学》,2002(2)。

〔13〕 利子平:《禁止刑法司法解释溯及既往原则之提倡》,载《南昌大学学报》(人文社会科学版),2013(5)。

〔14〕 孟燕菲:《“两高”〈关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定〉解析》,载最高人民法院政策研究室编:《法律应用研究》,2002年第1辑,175页,北京,法律出版社,2002。

〔15〕 刘仁文:《关于司法解释的时间效力》,载《法学杂志》,2003(1)。

司法解释规定;同样情况,适用新的司法解释规定不利于被告人的,就应适用以前的规定办理。^{〔16〕}

三、司法解释的溯及力问题

在我国,司法解释作为司法实践必不可少的办案依据,在司法工作中发挥的作用愈加重要。准确适用司法解释影响办理案件的各个方面。就司法解释的溯及力而言,笼统说我国司法解释坚持从旧兼从轻原则,并没有充分说明司法解释溯及力的整体状况。对于已经存在两个以上相互冲突的司法解释而言,坚持从旧兼从轻原则是必须的。但是,对于新制定的司法解释,如果制定该解释之前并不存在相关的司法解释,该解释也无从遵循从旧兼从轻原则。目前,“两高”针对某个具体罪名首次制定司法解释的情况较为普遍,对此类解释应坚持从新原则。

(一) 司法解释关于溯及力的规定

对2001年“两高”《时间效力解释》的规定^{〔17〕},有学者认为,刑事司法解释在溯及力问题上表现出了矛盾的态度,既坚持立法规定的性质,依附于刑法,又保持一定的独立性,采用“从旧兼从轻原则”。这也是刑事司法解释时间效力的困境,因为严格按照法律的规定来看,刑事司法解释依附于刑法,对于刑法生效前的案件没有溯及力,对于刑法生效后,刑事司法解释生效前的案件有溯及力。^{〔18〕}有论者试图通过区分不同的司法解释类型,化解《时间效力解释》规定的冲突。如,对于“答复”“批复”类的刑法解释应具有溯及力,因为此类刑法解释是针对正在办理的案件,而正在办理的案件显然是该刑法解释生效前发生的案件,如果此类刑法解释没有溯及力,就失去其存在的意义。不针对具体个案的抽象的刑法解释原则上不应具有溯及力,除非该解释属于文理解释,或者除非该解释是有利于行为人

〔16〕 张军:《试论刑事司法解释的时间效力》,载《中国法学》,1992(2)。

〔17〕 该解释的内容为:一、司法解释是最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题和最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释,自发布或者规定之日起施行,效力适用于法律的施行期间。二、对于司法解释实施前发生的行为,行为时没有相关司法解释,司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件,依照司法解释的规定办理。三、对于新的司法解释实施前发生的行为,行为时已有相关司法解释,依照行为时的司法解释办理,但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释。四、对于在司法解释施行前已办结的案件,按照当时的法律和司法解释,认定事实和适用法律没有错误的,不再变动。

〔18〕 李永升、张飞飞:《最高人民法院刑事司法解释法律渊源地位之证伪》,载《当代法学》,2013(4)。

的。^{〔19〕}《时间效力解释》第2条针对的是“请示一批复”型的个案解释性的司法解释,对其溯及既往的禁止属于“司法意义上的禁止溯及既往”,除非该解释会造成侵犯行为人信赖利益的溯及的效果,就应当认可其发挥溯及既往的效力。第3条针对的是以“立法化”的方式存在的作为“准立法”类型的司法解释,对其禁止属于“立法意义上的禁止溯及既往”,其禁止的内容是“溯及的形式”,因此该类司法解释应当“从旧兼从轻”^{〔20〕}。上述观点均通过对司法解释进行类型化分析,对《时间效力解释》的规定作合理解释。

上述对司法解释时间效力的批评或者解读,未能全面准确把握我国司法解释的情况。理解《时间效力解释》规定,要从整体上把握我国司法解释的状况。作为规范性文件,“两高”制发司法解释并不针对具体案件,而是对司法实践中具有普遍性的问题的理解与阐释。我国刑事法治发展的过程虽存在非犯罪化的表现,但整体上仍呈现出犯罪化的趋势。新的犯罪规定以及法律适用过程中遇到的新情况,都需要最高司法机关制定指导全国统一适用的规范性文件。司法实践中,“两高”对一些犯罪首次制定司法解释的情况较为普遍,对这些解释而言,不存在与旧的司法解释比较定罪量刑轻重,没有必要遵循从旧兼从轻原则。相反,对于旧解释已经不适应司法实践需要,“两高”根据新情况新需要对旧解释予以修改完善的,新旧司法解释之间需要比较定罪量刑轻重。对此类司法解释,需要与刑法规定的追诉原则相一致,遵循从旧兼从轻原则。

(二) 司法解释的从新原则

在司法解释中坚持从新原则,主要归因于司法解释的从属性与滞后性特征。司法解释的从属性体现在其效力的时空范围离不开法律或法律条文的效力范围。一旦法律失效或者法律条文失效,与该法律或者法律条文有关的司法解释也无从发挥解释效果。实践中,司法解释法律从属性特征又衍生出滞后性特点。1981年6月全国人民代表大会常务委员会《关于加强法律解释工作的决议》第2条明确,“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民检察院进行解释。”这就决定了司法解释不可能与法律同时出台,“两高”只能根据法律生效

〔19〕 陈佑武、彭辅顺:《刑法解释的时间效力与人权保障》,载《中国刑事法杂志》,2011(6)。

〔20〕 郑泽善、车剑锋:《刑事司法解释溯及力问题研究——对美国司法实践中禁止溯及既往原则的借鉴》,载《政治与法律》,2014(2)。

后的适用情况制定相应的司法解释。1979年刑法和1997年刑法施行之后,“两高”根据司法实践需要,在对各地司法经验进行梳理、概括、归纳的基础上,将司法实践经验演绎为一般性规范,制发了大量的司法解释。这些司法解释,既是对法条的阐释,更是对各地办案经验的科学总结。因此,司法机关遵循从新原则,将首次制定的司法解释直接应用于正在办理的案件,不论从实践或者理论上均无不妥之处。

(三) 司法解释的从旧兼从轻原则

从我国司法解释实施情况看,针对某个犯罪前后有两个司法解释,且两个司法解释内容不一致的现象较为常见,此次贪污贿赂司法解释对相关犯罪定罪量刑标准的调整就极具代表性。因此,即使针对各罪的司法解释不属于扩大解释,也会存在前后条文不一致的情况。司法实践中,遇到此种情况,需要遵循从旧兼从轻原则选择适用有利于行为人的司法解释。

1. 有效维护法律秩序的稳定

从旧兼从轻原则中,“从旧”可维护民众对法律秩序的信赖感,进而有序规划自己的行为。随着社会经济的发展,国家在各领域的发展目标会进行适时调整,体现在刑事司法领域,主要表现为法律或者司法解释的制定、修改或废止。新法的颁行,意味着立法者期待建立一种有别于过去的新的法律秩序。刑法中的财产犯罪、经济犯罪的变化最为明显。为适用社会经济的发展变化,“两高”会根据社会经济发展变化的需要,对司法解释中数额、数量标准内容作适当调整等。对增加(减少)数额、数量标准的犯罪,司法者一般认为旧数额标准不值得动用刑法保护(保护力度太弱,需要加强保护力度)。与意图建立的新秩序相比,虽然保护旧秩序及其相关制度的重要性大大降低,但对法律秩序稳定性的追求,使司法者通常按照行为发生时的法律规定作为处罚依据。同时,从时效制度设置的目的看,当时效接近完成时,时效的价值也接近实现,行为人的危险人身危险性已经有了改善,再犯的可能性接近消除,犯罪人经历较长时间的逃亡和恐惧也产生了痛苦与折磨,被破坏的法益也几近回复,稳定有序的社会秩序即将形成。^{〔21〕}司法者面临适用新旧法律转化困境时,应首先坚持适用旧法,只有当适用新法对行为有利时,才可能选择适用对行为人有利的新的法律。

〔21〕 于志刚:《追诉时效制度比较研究》,7页,北京,法律出版社,1998。

2. 有效保护罪犯合法权益

为了有效发挥法律作用,我国实施立法定性与司法定量的法律适用模式。与法律文本承担的功能相类似,司法解释在明确定罪量刑标准、阐释犯罪构成要件相关概念、划定处罚范围等方面发挥着重要作用,适用新旧司法解释直接影响当事人的实体权益。^{〔22〕}在现代人权观念的改造下,当代刑法早已成为保护犯罪人的大宪章,制定、解释、适用刑法要以实现对犯罪人的保护为主要目的之一。在此种观念影响下,制定和适用司法解释也要以保护犯罪人合法权益为目的。在我国,立法定性司法定量成文法模式下,诸如罪与非罪、此罪与彼罪、量刑幅度等事关行为人实体权益的事项,通常由司法机关通过司法解释予以明确。如,刑法条文中大量存在情节犯、数额犯等,司法解释对情节、数额的解释本身,意味着其承担着划定入罪出罪、辨析罪轻罪重的角色。与刑法立法相比,司法解释在制发过程中表现出较大的灵活性与较强的实用性。司法解释的灵活性与实用性表现在,其可以随着社会生活条件的变化,迅速启动司法解释的立、改、废工作,这就导致同一个罪名出现多个司法解释现象较为常见。对同一犯罪行为有多部司法解释规定定罪量刑标准时,司法解释遵循有利于行为人的适用原则属刑事法治的应有之义。因此,当新旧司法解释规定不一致,贯彻“从轻”原则,可使行为人的合法权益免于国家权力的侵犯。

四、贪污贿赂司法解释溯及力的适用

认为司法解释没有溯及力以及仅认为司法解释具备从旧兼从轻追诉原则的观点都是片面的。贪污贿赂司法解释溯及力问题,不能仅从理论推演、逻辑分析等途径得出相关结论,要结合司法解释性质、解释内容以及制发工作情况等进行分析。

(一) 贪污贿赂司法解释溯及力

1. 从新原则

贪污贿赂司法解释中,首次明确了利用影响力受贿罪和对有影响力的人行贿罪参照适用受贿罪和行贿罪的定罪量刑标准。鉴于此前“两高”没有对利用影响

〔22〕 这也导致对司法解释的批评。如,游伟:《加强我国刑法司法解释的法律监督》,载《法学评论》,1990(3)。

力受贿罪制定司法解释,且对影响力受贿罪又属于《刑法修正案(九)》新增加的犯罪。《解释》公布后,司法机关办理此类案件,要遵循从新原则适用相关规定,即对于解释公布施行后正在办理的案件,除已经生效的判决以外,一律适用《解释》规定的标准。挪用公款罪中,1998年最高法院制发的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》没有明确“数额巨大”的具体标准,对《解释》施行后正在办理的挪用公款案件中的“数额巨大”标准,按照从新原则适用《解释》的有关规定予以认定。对非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪、挪用资金罪、对非国家工作人员行贿罪而言,2010年5月高检院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》中没有规定上述各罪第二量刑档的定罪量刑标准,对《解释》施行后正在办理的犯罪案件,第二档量刑标准按照从新原则适用《解释》的有关规定。

2. 从旧兼从轻原则

《解释》中需要适用从旧兼从轻原则的,主要是对同一罪名先后存在两个以上司法解释的条文。如贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、行贿罪。贪污罪、受贿罪中,1997年刑法原第383条明确规定了各量刑档的数量幅度,《刑法修正案(九)》对该规定做了重大修改,将原来定罪量刑的具体数额标准修改为数额和幅度标准,并增加规定终身监禁的执行措施。挪用资金罪中,1998年最高法院制发的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》中,对数额较大、情节严重的标准予以明确。行贿罪中,2012年“两高”《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定了各量刑档的数额标准。对非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪、挪用资金罪、对非国家工作人员行贿罪而言,2010年5月高检院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》中规定了这四个罪名的追诉标准。《刑法修正案(九)》施行后、《解释》实施前,应当适用原有司法解释评价行为人的行为;在新的司法解释实施后,是否适用原有司法解释评价行为人的行为(或者究竟适用新的司法解释还是适用原有司法解释评价行为人的行为),则应依循从旧兼从轻的原则予以判断。^{〔23〕}对《解释》施行后正在办理的上述犯罪案件,需要比较前后司法解释规定的轻重程度,选择适用较轻的司法解释条文。

〔23〕 黄京平:《论刑事司法解释的溯及力——以朱某等非法买卖枪支案为视角》,载《中国刑事法杂志》,2010(5)。

此外,对行为人同时构成受贿罪和渎职犯罪数罪并罚的规定、罚金刑判罚标准等,在适用过程中也需要遵循从旧兼从轻原则。在适用刑法条文和司法解释的过程中,可能发生混合适用新旧条文的情况。这种情况并不违反法律的适用精神。新旧刑法混合适用并不是针对同一个问题,而是在同一个案件中就不同问题在新旧刑法间选择最有利于被告人的条款,这无论在法律适用上还是在学理上都是说得通的。^{〔24〕}

(二) 以追诉程序开始计算追诉时效的起算点

刑法总则第四章第八节规定了追诉时效的起算点,即从“犯罪之日”或者“犯罪行为终了之日”起计算。在追诉时效之内,司法机关可以依法追究行为人的刑事责任;超过追诉时效,且行为人在追诉时效内没有再犯新罪、不存在无限追诉的情况下,司法机关就不能再追究行为人的刑事责任。“追诉时效”的起点是以追诉程序开始计算还是整个追诉活动进行完毕开始计算等,成为正确理解能否对行为人进行刑事追诉的关键。

鉴于设置追诉时效的主要目的在于保护行为人的合法权益,从维护行为人合法权益的角度出发解释追诉时效制度中存在的相关问题是最基本的出发点或者落脚点。如有学者主张,“只有在审判之日还没有超过追诉期限的,才能追诉。”^{〔25〕}如果仅着眼于保护行为人的合法权益,以法院审判活动结束之日作为计算超过追诉时效终点时最合适的。但是,司法活动的价值不仅仅在于保护行为人的合法权益,诸如维持社会安定、保护被害人合法权益等也是司法的价值取向。这种价值追求体现为检察官的客观公正义务,即坚持客观立场,忠实于事实真相,实现司法公正。坚持客观立场,就是检察官必须站在客观立场、而不应站在当事人立场上进行活动。忠实于事实真相,就是检察官必须努力发现并尊重案件事实真相,还案件的本来面目,并严格依据案件的事实真相为诉讼行为。实现司法公正,就是检察官必须通过自己的诉讼活动使案件的办理达到公平正义的目标。^{〔26〕}

立足于客观公正的价值追求,确定诉讼时效起算点需考虑的因素不仅仅在于保障行为人的合法权益,也要满足保护被害人权益、提高司法机关诉讼活动效率等现实考量。刑法理论通说则认为,“‘追诉’应是指追查、提起诉讼,只要行为人

〔24〕 刘仁文:《关于刑法溯及力的两个问题》,载《现代法学》,2007(4)。

〔25〕 张明楷:《刑法学(第四版)》,568页,北京,法律出版社,2011。

〔26〕 朱孝清:《检察官客观公正义务及其在中国的发展完善》,载《中国法学》,2009(2)。

所犯之罪经过的时间到案件开始进入刑事诉讼程序时尚未过追诉期限,对其就可以追诉。将计算追诉期限的终点时间确定在审判之日,有放纵犯罪之嫌。”^{〔27〕}因此,以公安司法机关启动刑事追诉程序作为衡量行为人的行为是否超过诉讼时效期限,较为妥当。“追诉时效”意味着公安司法机关只要是在追诉时效期限内正式开始(发动)刑事追诉活动即可,并不同时要求追诉活动必须在时效期限内完成。也就是说,尽管“追诉”活动必须在追诉期限内开始(发动)还是完成,我国刑法和刑事诉讼法均没有直接而明确的文字规定,但是,只要我们保持刑法与刑事诉讼法的协调一致,结论只能是“追诉”应当理解为“开始”而不是“完成”,追诉不以整个“追究”刑事责任诉讼过程的完成——有罪判决宣告甚至于判决裁定生效为必要。^{〔28〕}以公安司法机关启动刑事追诉程序的时间点判断是否超过追诉时效,符合实践需要,不会造成司法资源的浪费,也与《刑法》第88条第1款关于无限追诉的规定相一致。

(三) 追诉原则的具体应用

对2015年10月31日以前查处尚未进行终审宣判的案件,按照《解释》有关规定不构成犯罪或者已经超过实施时效的,只要案件尚未进行终审宣判,就应该对案件进行无罪化处理。例如,对达不到《解释》规定的定罪标准的案件,应当退回侦查部门,并建议撤销案件。对已提起公诉、尚未宣判的检察机关直接受理立案侦查的贪污贿赂案件,达不到《解释》规定的定罪标准的,应当撤回案件,将案件退回侦查部门,并建议撤销案件。对于作撤销案件处理的,应当及时作出解除强制措施的决定,并依法处理查封、扣押、冻结的涉案财物;对于需要给予党纪、政纪处分的,应当依照相关规定移送纪检监察部门处理,并将查封、扣押、冻结的涉案财物一并移送。对人民法院拟作无罪判决的,要认真审查,能够撤回起诉的依法撤回,尽可能在起诉环节依法妥善处理。

对2015年10月31日以前查处尚未进行终审宣判的案件,按照《解释》有关规定需追究行为人刑事责任的,要根据《刑法修正案(九)》对各罪的修改情况进行具体认定。对于正在办理的贪污罪、受贿罪案件,未超过追诉时效的,一般适用新法新解释。这主要是因为,《刑法修正案(九)》修改了贪污罪、受贿罪整个定罪量

〔27〕 高铭暄、马克昌主编:《刑法学(第六版)》,305页,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2014。

〔28〕 曲新久:《追诉时效制度若干问题研究》,载《人民检察》,2014(17)。

刑标准,《刑法修正案(九)》修正后的规定会判处更轻的自由刑,适用修正后刑法和《解释》规定。对于正在办理的行贿罪案件,一般适用旧法新解释。《刑法修正案(九)》对行贿罪增加规定了罚金刑和更加严格的从宽处罚适用条件,故一般应当适用修正前刑法。同时,由于《刑法修正案(九)》未对行贿罪的基础法定刑作出修改,《解释》有关行贿罪的主刑判罚标准可以溯及修正前的行贿罪刑法规定,较之于2012年的行贿解释,适用《解释》对被告人有利的,适用《解释》规定。^{〔29〕}同时,从有利于行为人的角度处罚,定罪量刑时不适用《解释》关于罚金的规定。^{〔30〕}对挪用资金罪案件,适用新解释比旧解释轻,对《解释》施行后正在办理的案件,适用《解释》有关规定。

〔29〕 裴显鼎、苗有水、刘为波、王琬:“《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用”,载《人民司法》,2016(19)。

〔30〕 司法实践中,有地方司法机关对行贿罪主刑和附加刑均采用“新法新解释”适用方法。

谈谈贿赂犯罪在《刑法修正案(九)》 背景下从旧兼从轻原则的适用

徐留成^{*}

为理论研究方便起见,学界将受贿罪、单位受贿罪、利用影响力受贿罪、行贿罪、为利用影响力行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪等涉及贿赂的犯罪,简称为“贿赂犯罪”或“贿赂罪”。《中华人民共和国刑法修正案(九)》(以下简称《刑法修正案(九)》)已由中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议于2015年8月29日通过,并自2015年11月1日起施行。2016年4月18日,最高人民法院、最高人民检察院公布并实施《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)。尤其是《解释》出台后,受贿罪的追诉时效及某些贿赂犯罪财产刑的适用会涉及刑法溯及力的适用问题。实践中做法不一,存在争议,值得研究。笔者就几个相关问题予以探讨,诚望

^{*} 青海省高级人民法院审委会委员,刑一庭庭长,第三届全国审判业务专家,法学博士、博士后,研究员。

与专家学者商榷。

一、受贿罪追诉期限应参照新法规定的数额标准

实践中,针对《刑法修正案(九)》和《解释》生效之前的受贿案件,在计算追诉期限时参照的数额标准存在争议,有的认为应当参照《刑法修正案(九)》和《解释》之前的法律规定,有的认为应当参照数额标准较高的《刑法修正案(九)》和《解释》。

例如,2009年,某县林业局负责实施112万元的核桃林基地建设项目,某县财政局农业综合开发办公室负责资金管理、监督。后项目整合到某县农业局统一实施。2009年12月26日,本案被告人马某某(某县财政局农业综合开发办公室会计)在与某县杂果行业协会签订虚假合同过程收受对方贿赂5万元。马某某将所获的5万元用于个人消费。2015年7月7日案发,被告人马某某被取保候审。

处理本案过程中,有的认为,应当参照旧《刑法》第385条、第386条和第383条第1款第(二)项的规定,对被告人马某某处五年以上有期徒刑,并处没收财产。其追诉期限为十年,本案并无超过追诉时效,应当追究马某某受贿的刑事责任。有的持反对观点,主张参照《刑法修正案(九)》和《解释》的相关规定,对马某某判处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。其追诉期限为五年,本案已经超过追诉时效,不应当追究马某某受贿的刑事责任。笔者赞同后一种观点。本人认为,根据《刑法》第12条第1款规定,“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。”即,关于刑法溯及力问题,我国刑法采取了从旧兼从轻原则。在本案中,司法机关发现马某某犯罪的时间是2015年7月7日。根据《刑法修正案(九)》之后的刑法第87条第(一)项、第383条第1款第(一)项、《解释》第1条第1款的规定(此解释轻于刑法修正案九前的刑法第383条五年以上有期徒刑),被告人马某某受贿5万元,法定最高刑为三年有期徒刑,不满五年,其追诉期限为五年。犯罪终了时间是2009年12月,追诉时效至2014年12月。故被告人马某某所犯的受贿罪已超过追诉时效,应终止审理。

二、利用影响力受贿案的量刑数额标准、刑罚适用问题和立法完善

(一) 利用影响力受贿案的量刑数额标准和刑罚适用问题

利用影响力受贿罪是《刑法修正案(七)》中的新增罪名,虽然其在犯罪构成上与斡旋受贿行为有相似性,但在具体理解上却有明显的区别。利用影响力受贿罪的犯罪主体不仅包括了近亲属还包括了“其他”密切关系人,在近亲属的理解上应当采取民事关系认定中的广义概念,在其他密切关系人的认定上要结合客观条件具体判断,做到主客观相统一。在判断行为人是否利用影响力时,应按照一般人的标准进行事前判断,在影响力对象的判断上需要结合具体情况具体分析。^{〔1〕}在量刑数额具体标准问题上,《刑法》第388条之一只规定:“数额较大或者有其他较重情节”“数额巨大或者有其他严重情节”“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”,具体数额和情节没有做出规定。《解释》第10条规定:《刑法》第388条之一规定的利用影响力受贿罪的定罪量刑适用标准,参照本解释关于受贿罪的规定执行。而受贿罪的量刑标准又重于《刑法》第388条之一的规定,说明《刑法修正案(九)》和《解释》对利用影响力受贿罪的量刑幅度提高了。鉴于此,按照从旧兼从轻的刑法溯及力原则,在处理发生在《刑法修正案(九)》于2015年11月1日生效之前的刑事案件时,应当注意以下问题:认定“数额较大或者有其他较重情节”“数额巨大或者有其他严重情节”“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”时应当依照《刑法修正案(九)》和《解释》的相关规定,而在确定刑罚档次时,则应当依照《刑法》第388条之一的规定,因为后者处刑较轻。

例如,2010年5月,某县某某精煤有限公司总经理赵某某,因涉嫌犯非法购买增值税专用发票罪被某某公安局立案侦查并采取强制措施。2010年六七月间,赵某某的亲属与被告人某甲(被告人某乙之妻)取得联系,请托被告人某甲(妻)、某乙(夫)为涉案人员赵某某变更强制措施或者从轻处罚,并为此先后四次送给二被告人人民币35万元。后二被告人多次向时任某某省人大内务司法委员会主任委员某丙请托为涉案人员赵某某变更强制措施或者从轻处罚事宜。同年八九月间某丙与被告人某乙一同专程前往某某省某某州,找到时任某某州政法委书记,为给涉案人员赵某某帮忙办理变更强制

〔1〕 参见高铭喧、陈冉:《论利用影响力受贿罪司法认定中的几个问题》,载《法学杂志》,2012(3)。

措施或者从轻处罚而打听、了解该案的具体情况及相关事项。期间,为表示感谢,二被告人先后两次送给某丙人民币10万元(2011年1月25日,某丙将钱款退还给二被告人夫妇)。在某丙答应帮忙后,被告人某甲向赵某某的亲属索要钱款,赵某某的亲属分别于2010年7月16日、2010年7月23日,将人民币200万元通过银行转账,存入被告人某甲农业银行的账户内。二被告人夫妇收受和索要赵某某亲属的235万元,用于借款和个人消费。2010年12月10日,赵某某被某县人民检察院取保候审。赵某某及其亲属自2011年至2014年间,多次向二被告人要求退钱未果,后向纪委举报,案发。

在处理本案中,有的认为,根据《解释》第10条规定:“刑法第三百八十八条之一规定的利用影响力受贿罪的定罪量刑适用标准,参照本解释关于受贿罪的规定执行。”而《解释》第2条规定:贪污或者受贿数额在二十万元以上不满三百万元的,应当认定为《刑法》第383条第1款规定的“数额巨大”,依法判处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产。反对者认为,认定二被告人犯罪数额标准采用《解释》第2条的规定,达到数额巨大,没有问题,但是在量刑上应当依照《刑法》第388条之一的规定,两个被告人均应处三年以上七年以下(而不是新法在三年以上十年以下)有期徒刑,并处罚金。这符合《刑法》第12条关于“刑法的溯及力”从旧兼从轻原则的要求。笔者赞同后一种观点。

(二) 利用影响力受贿罪的立法完善

《解释》第10条之所以将利用影响力受贿罪的定罪量刑适用标准,规定为参照《解释》关于受贿罪的规定执行,旨在提高利用影响力受贿罪的法定刑,加大对利用影响力受贿罪的打击力度。但是,如果《刑法》第388条之一不修改,有可能囿于《刑法》第12条从旧兼从轻的刑法溯及力原则,将永远会适用处刑较轻的《刑法》第388条之一的规定进行量刑。因此,为协调刑罚规定,建议将《刑法》第388条之一修改为:“国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人,通过该国家工作人员职务上的行为,或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件,通过其他国家工作人员职务上的行为,为请托人谋取不正当利益,索取请托人财物或者收受请托人财物,数额较大或者有其他较重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”如此一

来,该条款就与《刑法》第 386 条(受贿罪的处罚)和《刑法》第 383 条(贪污罪的处罚)的相关规定具备了协调性。即使是,此类案件发生在《刑法修正案(九)》和《解释》生效之后,由于《解释》第 10 条的效力低于《刑法》第 388 条之一,从而产生争议,即以《刑法》第 12 条从旧兼从轻原则的规定为由而主张适用《刑法》第 388 条之一的规定,处以较轻的刑罚。

三、受贿不满五万元的罚金刑适用问题

罚金是人民法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。罚金属于财产刑,也是严厉性较轻的一种附加刑之一。正确、适当地适用罚金刑可以使犯罪分子在人身权受到处罚的同时,受到必要的经济处罚,从而更有效地体现刑罚的威慑作用。在 1997 年《刑法》第八章贪污贿赂罪中,从第 382 条至第 396 条适用罚金刑的仅有第 391 条第 2 款(单位犯“对单位行贿罪”)、第 393 条(单位行贿罪),均是针对单位犯罪而规定的,对于个人犯贪污罪或受贿罪的,只有犯罪数额在 5 万元以上的才“并处没收财产”。笔者认为这种处罚模式,不利于打击贪污贿赂犯罪,原因如下:一是,从贪污贿赂犯罪的主观方面来看,无疑属于故意犯罪。贪利是其犯罪动机和目的。因此,对此类犯罪分子的惩处不仅仅要体现在人身处罚上,经济处罚也是十分必要的。二是,从贪污贿赂犯罪的量刑情节上来看,“犯罪后有悔罪表现、积极退赃”是一个减轻处罚或免除处罚的法定情节(原《刑法》第 383 条第 1 款第 3 项),但其不能代替罚金刑的刑罚功能。三是,应当体现公平的原则。在刑法分则第五章侵犯财产罪从第 263 条至第 276 条所列的诸多罪名的处罚中,几乎无一例外地^{〔2〕}规定了对实施犯罪者单处或并处罚金,其目的很明确,是为了让犯罪者体会到“发不义之财”带来的不仅是人身自由将被剥夺,而且还要在经济上付出代价。相比之下,刑法分则第八章贪污贿赂罪原来很少规定罚金刑。同样是贪利型犯罪,为何在适用罚金的规定上大相径庭呢?^{〔3〕}基于以上原因,《刑法修正案(九)》和《解释》对上述缺陷进行了修改。修改后的《刑法》第

〔2〕 1997 年《刑法》第 274 条对敲诈勒索罪没有规定财产附加刑,而在刑法修正案(八)第 40 条后增加了这部分内容,即将修正前《刑法》第 274 条修改为:“敲诈勒索公私财物,数额较大或者多次敲诈勒索的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑,并处罚金。”

〔3〕 董亚军:《建议对宣告缓刑的贪污贿赂犯罪分子并处罚金》,载《检察实践》,2001(2)。

383 条第 1 款第(一)项规定:“贪污数额较大或者有其他较重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。”《解释》第 19 条规定:“对贪污罪、受贿罪判处三年以下有期徒刑或者拘役的,应当并处十万元以上五十万元以下的罚金。”达到严惩腐败之目的。尽管如此,在处理《刑法修正案(九)》和《解释》生效以前的案件时,对此类案件仍不能处以罚金刑,原因是刑法总则第 12 条规定的从旧兼从轻原则应一以贯之,决不含糊。

例如,2011 年 9 月,被告人某甲在任中国民用航空西北地区空中交通管理局某分局副局长(行政级别为副处级)期间,利用职务之便,在分管某机场二期建设的航管楼和塔台工程建设项目实施过程中,收受某省建筑勘察设计院一所所长某乙所送的贿赂款 46 950 元,赃款归个人所用。另查明,被告人某甲在被某区人民检察院传唤归案后,如实供述了其收受他人贿赂的犯罪事实,并积极退清赃款。

处理本案时,形成以下两种意见:一种意见认为,被告人某甲犯受贿罪的事实清楚,证据确实、充分。关于是否适用罚金刑的问题,虽然刑法修正前后对此有不同的规定,修正前刑法对数额较大的受贿犯罪未规定罚金刑,依照“从旧兼从轻”的刑法适用原则,理论上对被告人某甲不应适用罚金刑,但依据 2016 年 4 月 18 日某高级领导关于在全国法院学习贯彻《解释》电视电话会议上的讲话精神,即“正确理解从旧兼从轻的法律适用原则。对于 2015 年 10 月 31 日以前实施的贪污贿赂犯罪,适用修正后刑法将判处更轻自由刑的,适用修正后刑法,其中修正前刑法未规定财产刑但修正后刑法规定财产刑的,修正后刑法关于财产刑的规定应当一并适用,不能自由刑适用修正后刑法,财产刑适用修正前刑法。”的讲话精神,对被告人某甲应适用罚金刑。另一种意见认为,《刑法修正案(九)》对修改后受贿罪处罚所依照的第 383 条规定,贪污(受贿)数额较大或者有其他较重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。但修正前刑法对贪污(受贿)数额较大的处罚未规定适用罚金刑。依据“从旧兼从轻”的刑法适用原则,对被告人某甲不当适用罚金刑。笔者赞同后一种意见。理由不再赘述。

四、行贿罪的财产刑适用问题

《刑法修正案(九)》修改前的《刑法》第 390 条(行贿罪的处罚)第 1 款只规定:

“情节特别严重的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,可处没收财产。”而“对犯行贿罪的,处五年以下有期徒刑或者拘役;因行贿谋取不正当利益,情节严重的,或者使国家利益遭受重大损失的,处五年上十年以下有期徒刑。”没有规定财产刑。修改后的《刑法》第390条(行贿罪的处罚)规定,“对犯行贿罪的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;因行贿谋取不正当利益,情节严重的,或者使国家利益遭受重大损失的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,或者使国家利益遭受特别重大损失的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”可见,后者不仅提高了自由刑,更加大了经济处罚力度,对各个档次的量刑都规定了财产刑。但是,发生在2015年10月31日之前的案件,如果不是“情节特别严重的,或者使国家利益遭受特别重大损失的”,按照《刑法》第12条从旧兼从轻原则要求,不宜“并处罚金或者没收财产”。这一“从旧兼从轻”的总则原则一定要贯彻到底!否则,对于单纯的处以财产刑的犯罪(如对仅有被告单位处以罚金的)来说,有可能是将无罪的案件当成有罪来对待,会产生负面的社会效果。

从旧兼从轻原则和追诉时效制度对两高 贪污贿赂新司法解释适用的问题及建议

张海军^{*} 麻春贺^{**} 解春玲^{***}

新颁布实施的《刑法修正案(九)》全文于 2015 年 8 月 29 日通过,自 2015 年 11 月 1 日起施行,《刑法修正案(九)》对贪污贿赂犯罪确立了“数额+情节”的二元立法模式,但对数额未做明确规定,2016 年 4 月 18 日,两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》终于在万众期盼的眼神中缓缓地揭开了它神秘的面纱。该解释具有三大明显特点:一是根据《刑法修正案(九)》对贪污贿赂犯罪“数额+情节”的二元立法模式,《解释》将贪污、受贿犯罪定罪量刑标准分为两种,一般情形下定罪量刑起点为 3 万元,在具有《解释》规定的 9 种特殊情形的,定罪量刑起点为 1 万元。对“数额巨大、数额特别巨大”以及“其他严重情节、其他

^{*} 承德市双滦区人民检察院副检察长。

^{**} 承德市双滦区人民检察院反贪局局长。

^{***} 承德市双滦区人民检察院研究室主任。

特别严重情节”也分别作了明确规定；二是对过去司法实践中意见分歧较大、争议较多的无具体请托事项的“感情投资”问题和国家工作人员出于贪污、受贿的故意，非法占有公共财物、收受他人财物后，将赃款赃物用于单位公务支出或者社会捐赠的等问题明确了如何处理；三是《解释》不但对贪污贿赂类犯罪定罪量刑标准作了修改，也统筹协调地修改了其他相关犯罪定罪量刑标准。比如《解释》对非国家人员受贿罪、职务侵占罪“数额较大”“数额巨大”的起点设置为受贿罪、贪污罪相对应的数额标准规定的二倍、五倍。对挪用资金罪“数额较大”“数额巨大”以及“进行非法活动”的数额起点设置为挪用公款罪“数额较大”“情节严重”以及“进行非法活动”的数额标准规定的二倍。两高贪贿新司法解释为适应当前的反腐形势状况对依法惩治贪污贿赂犯罪活动将发挥积极的功效作用，但是笔者经仔细研读思考，并结合实际案件的审查办理，发现从旧兼从轻原则和追诉时效制度对两高贪贿新司法解释的适用，造成个案和共同犯罪的个犯出现刑罚失衡的情形，有悖于我国刑法罪责刑相适应的原则，针对存在的问题和引发的困惑，建议亟待法律的及时补充完善加以跟进解决。

一、从旧兼从轻原则在两高贪贿新司法解释适用中出现的问题

“从旧兼从轻”原则是刑法适用原则，是指除了对非犯罪化（除罪化）、弱化惩罚或有利于行为人的规定之外，刑法不得有溯及既往的效力。它是刑法罪刑法定原则中从旧原则的发展。

（一）“从旧兼从轻”原则基本概述

“从旧”原则即为“法不溯及既往”原则，其理论依据是两点，一是公民有从事法律未禁止的行为的自由。如果公民在实施法律未被禁止的行为之后，国家又制定法律把这些行为宣布成为应受刑罚的违法行为，并根据此予以惩罚，就意味着惩罚公民自由权的行使，惩罚无辜。从这点来说，用事后法进行惩罚是不公正的，非正义的，侵犯人权的。二是在涉及公法领域，公民相对于拥有的立法权、司法权的强大国家来说是弱势的一方，为了保护公民的权利不受国家立法和司法的肆意侵害，有必要对国家的权力进行限制，防止国家权力的滥用，以保障人权。

“从轻”原则是“从旧”原则的例外，是在“从旧”原则基础上发展而来，出发点是进一步的保护人权，正确理解并实现法律的功能。首先，法律是国家对一种行为是否具有社会危害性的评价工具。任何一种评价都是基于特定的社会关系以

及由此而产生的评判标准做出的,而社会关系总在不断的变化,评价也随之而变。法律评价也一样,随着社会的发展变化,其评价标准也在不断改变,原来认为具有社会危害性的行为,后来认为不具有社会危害性,或者原来认为社会危害性较大的行为,后来认为它的危害性不大了,反之亦然。在法律上表现就是国家对法律的修改,而这种修改正是对行为之社会危害性既定判断的确认。其次,法律体现为对依照其标准确定的具有社会危害性行为的惩罚。惩罚的原则是惩罚与社会危害性的相适应。但这种适应以不加重行为人的责任为限制,即如果修改后的法律对一个行为时的法律认为有很大的社会危害性的行为做出了没有社会危害性或社会危害性较小的评价,并相应地取消对这种行为的惩罚或做出较轻的惩罚的规定时,应适用新的法律对这种行为重新进行评价并相应的调整惩罚。以上可以看出从旧兼从轻原则强调的是对人权的保障,它通过对国家公权力的限制和有利于行为人的法律适用得以实现。

(二) 从旧兼从轻原则与两高贪贿新司法解释的适用问题

在“从旧兼从轻”原则已作为一条最基本的刑法适用原则在审理刑事案件的司法实践中得到适用,但是随《刑法修正案(九)》及相关司法解释的生效,在司法实践中这一原则的适用存在以下问题:

1. 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》

该法自2016年4月18日起施行,对于该司法解释生效前已经侦查完毕尚未移送审查起诉或已经提起公诉并未宣判的案件,以及虽然已经宣判或因被告人上诉或检察机关提起抗诉而判决尚未生效的案件,依据从旧兼从轻的原则,根据该司法解释被告人未达到犯罪标准的案件,在司法实践中只能撤销案件、撤回起诉或宣告无罪。并且各级人民法院均存在为等待新解释的颁布及生效,故意拖延宣判时间,甚至超出法定审判期限的情况,极大浪费了司法成本,甚至有故意放纵犯罪的嫌疑。

2. 共同犯罪案件因审判时间不同导致判决结果不同

两高贪贿新司法解释对贪污、受贿、职务侵占等罪的犯罪标准做出新的规定,提高了定罪量刑标准。这一改变导致部分共同犯罪案件的被告人因审判时间不同而处罚不同。

如,彭某、陈某共同职务侵占本公司财物50万元一案,彭某率先到案,并于

2014 年因职务侵占,数额巨大,被判处有期徒刑五年。陈某于 2015 年到案,2016 年 6 月审判时两高贪贿新司法解释已经生效,该解释已将职务侵占罪数额巨大起点提高至 100 万元。陈某职务侵占数额 50 万元未达到 100 万元数额巨大标准,只能认定数额较大,最终被告人陈某被判处有期徒刑三年。本案中,被告人陈某为犯意提出者,在犯罪中起主要作用,并且从到案情况看,陈某系案发后逃跑,其行为相比彭某显然更为恶劣。但最终的判决结果却是陈某的量刑最轻,有悖于司法公正性。

3. 建议意见

两高贪贿新司法解释涉及的其他罪名,包括贪污、受贿、挪用公款等罪名,同样因数额划分标准的变化而导致同案不同判的现象,对此应该通过制定特别的减刑条件对同案不同判的情况进行调节,以达到罪责刑相适应,罚当其罪同案同判。

二、追诉时效制度在两高贪贿新司法解释适用中出现的问题

(一) 追诉时效制度基本概述

刑法上的时效,是指刑事法律所规定的、对已过法律规定期限的犯罪行为不得追诉或者对所判刑罚不得再执行的一项法律制度。我国现行《刑法》第 87 条、第 88 条、第 89 条对追诉时效作出了规定。第 87 条规定:“犯罪经过下列期限不再追诉:(一)法定最高刑为不满五年有期徒刑的,经过五年;(二)法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的,经过十年;(三)法定最高刑为十年以上有期徒刑的,经过十五年;(四)法定最高刑为无期徒刑、死刑的,经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的,须报请最高人民检察院核准。”第 88 条规定:“在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,逃避侦查或者审判的,不受追诉期限的限制。被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的,不受追诉期限的限制。”第 89 条规定:“追诉期限从犯罪之日起计算;犯罪有连续或者继续状态的,从犯罪行为终了之日起计算。在追诉期限内又犯罪的,前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。”

刑法设置追诉时效制度的目的主要在于,节约刑事司法资源,维护刑事法律的权威和尊严,确保刑事案件的及时解决,维护社会秩序的稳定,强化社会公众的法律意识。

追诉时效制度的设置,对于刑事法律关系有着重大影响,具体来说:

(1) 对于国家司法机关而言,意味着对国家刑事司法权的约束和限制。即追究犯罪行为人刑事责任是有法定期限的,如果超过这个法定期限,(除法律有特别规定以外)司法机关的刑事追诉权就自动消灭,就不能再因同一犯罪事实追究犯罪行为人的刑事责任;如果司法机关已经立案侦查或提起诉讼、开庭审判的,就应当分别撤销案件、不起诉、终止审理或宣告无罪。这(在相关制度配合下)能够促使刑事司法机关提高工作效率,在一定程度上防止刑事案件的久拖不办;

(2) 对于刑事自诉案件而言,则意味着对刑事自诉人刑事诉权的约束和限制。即如果刑事被害人或其法定代理人、近亲属没有在法定追诉期限内向法院提起控诉,则在其后的任何时候,刑事自诉人因同一事实提起的刑事控诉均不能得到法院的支持;

(3) 对于犯罪行为人而言,刑事追诉时效制度的存在,意味着法律承认——任何公民,即使他本应因某行为构成犯罪而受到刑事处罚,但只要在法定追诉期间没有受到刑事追诉,那么其原应承担的刑事责任就得以彻底解脱,在其后的任何时候都不会因同一犯罪事实而受到刑事追究,他就应该被法律认定为无罪的公民、免受刑事处罚。换一个角度讲,任何公民都拥有了一项法律权利或者利益——因已过刑事追诉时效的行为不被定罪处罚的权利或者利益。

(二) 追诉时效制度与两高贪贿新司法解释的适用问题

《刑法修正案(九)》是由全国人大根据各方意见,基于原刑法对贪污受贿犯罪的定罪量刑标准规定了具体数额,难以适应此类犯罪情节差别很大,情况复杂的情形,数额难以全面反映具体个罪的社会危害性,妨碍了此类犯罪案件罪责刑相适应原则的统一的原因,删除对贪污受贿犯罪规定的具体数额,原则规定数额较大,或者情节严重、数额巨大或者情节特别严重三种情况,相应规定三档刑罚,并对数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的,保留适用死刑。

其后最高人民法院、最高人民检察院关于《办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)于2016年4月18日颁布实施。该《解释》除了对贪污、受贿罪的量刑标准进行了规定,还对公司、企业人员受贿罪、职务侵占罪、挪用公款罪的量刑标准进行了规定。但笔者在实践中发现,因《刑法修正案(九)》未对后三罪的刑期进行修改,因追诉时效的问题就个案而言,存在因为追诉时效的不同重罪(贪污)不被追诉,轻罪(职务侵占罪、挪用公款罪)反而被追诉的情况,利用职务便利侵占财产或收受贿赂类罪存在刑罚失衡的可能。下面仅就贪

污罪与职务侵占罪、贪污罪与挪用公款罪个案相比较而言明。

1. 贪污罪与职务侵占罪

《解释》第1条:贪污或者受贿数额在3万元以上不满20万元的,应当认定刑法第383条第1款规定的“数额较大”,依法判处3年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。

《刑法》第271条(职务侵占罪)公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的,处5年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处5年以上有期徒刑,可以并处没收财产。

《解释》第11条第1款、《刑法》第163条规定的非国家工作人员受贿罪、第271条规定的职务侵占罪中“数额较大”“数额巨大”的数额起点,按照本解释关于受贿罪、贪污罪相对应的数额标准的2倍、5倍执行。

如果不考虑情节,仅就数额而言,依《解释》第1条,贪污罪数额较大的标准为3万元以上不满20万元;依解释第11条第1款职务侵占罪数额较大的标准为6万元以上不满100万元。贪污罪、职务侵占罪“数额较大”部分的刑期不同,贪污罪为3年以下而职务侵占罪“数额较大”为5年以下,就二罪而言,追诉时效不同。就同一时间、同一数额的犯罪行为,处理结果会出现贪污罪轻于职务侵占罪的情形。举例说明:甲在2010年1月1日贪污19万元钱,乙在2010年1月1日侵占了公司19万元,2016年4月19日,甲、乙二人的犯罪行为被分别发现,甲犯贪污罪,数额为19万元,刑期为3年以下,追诉时效为5年,甲从犯罪至案发已超5年,因过追诉时效而不应立案追责。乙犯职务侵占罪,数额也是19万元,刑期为5年以下,追诉时效为10年,乙从犯罪至案发未超10年,应予立案追责。从上面可以看出,虽然《解释》将职务侵占罪的数额较贪污罪提高了两倍,但针对这两起案件的处理结果依然出现贪污罪轻于职务侵占罪的处理结果,不能体现罪责刑相统一原则。

2. 贪污罪与挪用公款罪

《解释》第6条,挪用公款归个人使用,进行营利活动或者超过3个月未还的,数额在5万元以上的,应当认定为《刑法》第384条第1款规定的“数额较大”,数额在500万元以上的,应当认定为《刑法》第384条第1款规定的“数额巨大”。

可见,挪用公款罪数额较大的范围为5万元以上不满500万元,它与贪污罪在数额较大的范围5万元以上不满20万元的部分,因为挪用公款罪数额较大的

刑期也为5年以下,它的追诉时效也是10年。

同样存在上述贪污罪重,但嫌疑人因时效利益而不被追究,挪用公款罪轻,但因未过追诉时效,嫌疑人要被处以刑罚。

《刑法修正案(九)》将贪污罪的量刑等次由原来的七个:2年以下有期徒刑或者拘役、1年到7年有期徒刑、7年到10年有期徒刑、5年以上有期徒刑可以并处没收财产、10年以上有期徒刑或者无期徒刑可以并处没收财产、无期徒刑并处没收财产、死刑并处没收财产;修正为四个:3年以下有期徒刑或者拘役并处罚金、3年到10年有期徒刑并处罚金或者没收财产、10年以上有期徒刑或者无期徒刑并处罚金或者没收财产、无期徒刑或者死刑并处没收财产。并且修正了原刑法中有期徒刑量刑等次之间的交差重叠之处,明确了3年、3年到10年及10年以上三个相互衔接的等次,而且相对淡化了贪污犯罪数额对量刑影响的权重,也等于是确立了贪污罪的最短追诉时效为5年,较原刑法规定的最低追诉时效5年仅适用于个人贪污数额不满5000元、情节严重的情形扩大了适用范围。现行刑法中职务侵占罪、挪用公款罪量刑等次是以5年或5年、10年为节点在有期徒刑内分割幅度,早已确立了两罪的最短追诉时效是10年。

3. 建议意见

在司法实践当中,贪污、贿赂、挪用等职务型犯罪,数额始终是侦办、指控犯罪乃至处刑的主要情节,也是比较职务型犯罪贪污、贿赂、挪用等罪名处刑的主要指标之一。综上所述,笔者认为,从罪责刑相统一原则出发,建议立法机关考虑赋予职务侵占、挪用公款等类似且相对较轻罪名,与贪污罪相同甚或较宽的追诉时效。

论我国牵连犯的定罪处罚规则及其立法完善^{*}

——以《解释》的第十七条规定为线索

牛忠志^{**}

由“两高”联合发布,并于2016年4月18日起施行的《最高人民法院 最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第十七条规定(本文称为“《解释》第十七条”):“国家工作人员利用职务上的便利,收受他人财物,为他人谋取利益,同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的,除刑法另有规定外,以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。”本条解释在司法适用中会产生突出的矛盾:国家工作人员利用职务上的便利,收受他人财物,为他人谋取利益,同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪

^{*} 基金项目:2015年教育部人文会科学研究项目“犯罪本质的法益说修正及其实证研究”(15YJA820020)和“北京市中国特色社会主义理论体系研究中心项目和北京市社会科学基金项目(16FXAL003)”的部分研究成果。

^{**} 山东科技大学文法学院教授、法学博士、硕士研究生导师,北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究员。

的,除刑法另有规定外“以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚”;在刑法另有规定时,不得“以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚”,而这些因“刑法另有规定”而“不得数罪并罚”情形,在事实上,要比并罚的情形,更需要严惩。比如,依照现行刑法,“刑法另有规定”情形最为明显的,是《刑法》第399条第4款^{〔1〕}的规定:“司法工作人员收受贿赂,有前款行为的,同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”由于公正司法是社会公正的最后一道保障,所以,为保证司法公正,《刑法》严惩各种枉法裁判的渎职行为:给“徇私枉法罪”“民事、行政枉法裁判罪”“执行判决、裁定失职罪”“执行判决、裁定滥用职权罪”“枉法仲裁罪”等所配置的刑罚,相对而言,重于其他一般的渎职犯罪^{〔2〕}。但是,依照《刑法》第399条第4款和本《解释》第17条规定处理具体的司法工作人员利用职务上的便利,收受他人财物,为他人谋取利益,同时构成受贿罪和相应司法渎职犯罪的案件,则依法不能数罪并罚,只能依照处罚较重的规定定罪处罚。这便使一直存在的《刑法》关于牵连犯定罪处罚规则的矛盾冲突再一次凸显出来。

形成这一矛盾冲突的直接根源是现行刑法对牵连犯定罪处罚规则缺乏协调性的规定,而不协调的立法规定之背后,则是刑法理论关于牵连犯的定罪处罚规则有不同的主张(而牵连犯处罚规则与其概念、成立条件密切相关),以及国家对待具体犯罪不同的刑事政策、数罪并罚制度的不科学等。本文将从更为广阔的视域研究牵连犯的定罪处罚规则问题,并提出立法完善建议。

〔1〕 第399条【徇私枉法罪;民事、行政枉法裁判罪;执行判决、裁定失职罪;执行判决、裁定滥用职权罪;枉法仲裁罪】:司法工作人员徇私枉法、徇情枉法,对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉,或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处五年以上十年以下有期徒刑;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑。

在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑。

在执行判决、裁定活动中,严重不负责任或者滥用职权,不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责,或者违法采取诉讼保全措施、强制执行措施,致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的,处五年以下有期徒刑或者拘役;致使当事人或者其他人的利益遭受特别重大损失的,处五年以上十年以下有期徒刑。

司法工作人员收受贿赂,有前款行为的,同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

〔2〕 普通的渎职罪,其法定刑设置为三档。《刑法》第397条【滥用职权罪;玩忽职守罪】:国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。本法另有规定的,依照规定。

国家机关工作人员徇私舞弊,犯前款罪的,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑。本法另有规定的,依照规定。

一、现行刑法关于牵连犯定罪处罚的立法规定现状

牵连犯是指以实施某一犯罪为目的,而其犯罪的方法行为或者结果行为又触犯其他罪名的犯罪形态。关于牵连犯的定罪处罚规则,我国《刑法》总则没有明文规定,只是一些刑法分则条文对牵连犯规定了不同的定罪处罚规则。归纳起来,分则条文所规定的具体情形有:

(一) 从一重罪处罚

对于牵连犯,立法仅规定从一重罪定罪,没有进一步明示从重或者加重处罚。

1. 选择“目的行为”或者“手段行为”中的“一行为”设定为一罪而处罚。虽没有明示,但立法者实际上一般是选择其中性质严重的一行为定罪处罚。前者如,《刑法》第208条第2款:“非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票又虚开或者出售的,分别依照本法第205条、第206条、第207条的规定定罪处罚。”即刑法原本规定了“非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪”(第208条第1款)、“虚开增值税专用发票罪”(第205条)、“出售伪造的增值税专用发票罪”(第206条)、“非法出售增值税专用发票罪”(第207条),如果行为人为了虚开或出售的目的,非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票之后又“虚开”或者“出售的”,刑法对于这种牵连犯规定按一罪处理(即依照“虚开增值税专用发票罪”“出售伪造的增值税专用发票罪”或者“非法出售增值税专用发票罪”定罪处罚)。在这里,“虚开”或者“出售”增值税发票行为显然比“非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票”的行为更具有实质性和有害性。又如,《刑法》第241条第5款规定:“收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的,依照本法第二百四十条的规定定罪处罚。”即“收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的”只定一罪,依照拐卖妇女、儿童罪定罪处罚。后者如,《刑法》第239条规定:“以勒索财物为目的绑架他人的,或者绑架他人作为人质的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;情节较轻的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”实践中,有的行为人绑架他人并勒索财物,或者绑架他人作人质并且实施目的行为,对此,依法都只选择手段行为定绑架罪一罪。在这里,在立法者看来,手段行为,即“绑架他人的行为”比勒索财物或者其他目的行为更值得加以惩治和控制。

2. 条文明示从一重罪定罪,也没有明示从重处罚。如,《刑法》第399条第3

款规定：“司法工作人员收受贿赂，有前三款行为的，同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”即司法工作人员受贿又枉法的，依照处罚较重的规定定罪。至于是否从重，立法没有明示。

（二）从一重罪定罪并且明确要求从重或者加重处罚

1. 对于牵连犯，立法不仅规定从一重罪，而且还要求从重处罚。如，《刑法》第171条第3款规定：“伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，依照本法第一百七十条的规定定罪从重处罚。”即伪造货币并出售或者运输的，以伪造货币罪从重处罚。再如，第253条第1款规定：邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的，处二年以下有期徒刑或者拘役。该条第2款规定：“犯前款罪而窃取财物的，依照本法第二百六十四条的规定定罪从重处罚。”依此，邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报，又从中窃取财物的，以盗窃罪定罪并从重处罚。

2. 从一重罪加重处罚。对于牵连犯，立法规定从一重罪，作为重罪的包容犯，规定了加重情节。如《刑法》第229条第1款规定：“承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员故意提供虚假证明文件，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”该条第2款规定：“前款规定的人员，索取他人财物或者非法收受他人财物，犯前款罪的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”即承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员索取他人财物或者非法收受他人财物，提供虚假证明文件的，以提供虚假证明文件罪论处，法定刑升格。再如，1997年《刑法》的第205条第2款规定：虚开增值税专用发票用以骗取国家税款的，处无期徒刑或者死刑（加重处罚）。第263条的第1款、第7款将“入户抢劫”和“持枪抢劫”，作为抢劫罪的加重情节。

（三）数罪并罚

立法在定罪上把牵连犯作为数罪，并且在处罚上明确要求并罚。如，《刑法》第120条第1款规定：“组织、领导恐怖活动组织的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产；积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，可以并处罚金。”第2款规定：“犯前款罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”再如，第157条第2款：“以暴力、胁迫方法抗拒缉私的，以走私罪和本法第277条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪，依照数罪并罚的规定处罚。”第

198 条第 2 款：“有前款第四项（投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金的——笔者注）、第五项（投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的——笔者注）所列行为，同时构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”第 294 条第 3 款：“犯前两款罪（组织、领导参加黑社会性质组织罪、入境发展黑社会组织成员罪——笔者注）又有其他犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。”

值得注意的是，除了《刑法》规定的数罪并罚情形之外，1984 年 3 月 31 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于当前办理拐卖人口案件中具体应用法律的若干问题解答》第 4 条第 2 款规定：“拐卖妇女、儿童的罪犯兼有强奸妇女、奸淫幼女、非法拘禁、伤害、强迫妇女卖淫等罪行的，应按刑法有关条款定罪，并按数罪并罚的规定处罚。”1998 年两高《关于办理挪用公款案件适用法律若干问题的解释》曾规定：因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的，数罪并罚；挪用公款进行违法活动构成犯罪的，数罪并罚。2002 年两高及海关总署《关于办理走私案件适用法律若干问题的解释》规定：海关工作人员受贿又放纵走私的数罪并罚。以及本《解释》的第十七条也是明确规定，对于牵连犯要实行数罪并罚。

二、上述不同的立法规定承载着不同理论主张

国内刑法学者对于牵连犯应该采用什么样的处罚规则有不同主张。这些不同的主张在立法上都有体现。或者说，现行立法关于牵连犯定罪处罚的不同规定承载着刑法学界的不同主张。

1. 从一重罪处罚说。该观点认为，牵连犯是数行为触犯数个罪名，因为行为人在主观上出自一个犯罪目的而在客观上行为间又表现为不可分离，在处罚上采取吸收主义，按数罪中的重罪论罪并处以重罪之刑。所以牵连犯的处罚原则是从一重处断。虽然是数个行为，但不实行数罪并罚。

2. 从一重罪从重处罚说。该观点认为，牵连犯是实质的数罪，处断的一罪。其对社会具有较大的危害性。如果只按一罪处理，未免对犯罪有所轻纵，而按照一重罪从重处罚，才能体现罪刑相适应的刑法基本原则。持这种观点的学者较多。

3. 数罪并罚说。该观点认为，牵连犯从形式和实质来说均为数罪。从一重罪处罚或者从一重罪从重处罚，都难以做到罪责刑相适应。根据犯罪构成要件理

论和一罪一罚原则,应该对牵连犯实行数罪并罚。这种观点有逐步发展壮大的趋势。

4. 折中说。鉴于认为对牵连犯一律的数罪并罚或者从一重处断,都是不妥当的。故应当具体情况具体分析。如有的认为,牵连犯因其自身的特点,在犯罪情节上,与一般的数罪和单纯的一罪都有明显的区别;若作数罪,罚之过严,若按一罪处理,又失之于宽。主张对牵连犯的定罪处罚,基于罪责刑相适应原则,可以采用三种不同的规则:从一重罪而处断、从一重罪且从重处罚,或者数罪并罚。

对于牵连犯定罪处罚规则不同的立法选择,不同的立法规定之背后有不同的理论根据作为支撑;或者说,理论界对于牵连犯定罪处罚规则有不同的主张,不同的理论主张之背后有相应的立法佐证。由此,促成了我国刑法学界关于牵连犯定罪处罚理论争论各种观点争锋胶着,难分伯仲局面。

三、科学选定牵连犯定罪处罚规则应考量的各种因素

笔者认为,决定牵连犯定罪处罚规则的各种考量因素包括:①犯罪本质和刑罚观;②国家的基本刑事政策;③数罪并罚制度;④牵连犯的概念和构成条件,等。分析这些因素是解构牵连犯定罪处罚规则矛盾乱象,并且有效解决矛盾的进路。

(一) 不同的犯罪本质和刑罚观决定选择不同的牵连犯定罪处罚规则

1. 刑事古典学派的选择。刑事古典学派主张,人具有绝对的意志自由,犯罪是行为人基于其绝对意志自由所实施的危害社会的行为。犯罪作为犯罪人的行为,其本质是一种“恶”,故应该受到道义的非难,即给予犯罪人以刑罚处罚的合理性根据在于道义报应。基于刑事古典学派,犯罪与刑罚的关系是绝对的如影随形的关系,有犯罪就应该有刑罚。无论是同种数罪,还是异种数罪,不管犯罪之间是否存在牵连关系、吸收关系等。也即对于牵连犯定罪处罚,立于刑事古典学派,则毫无疑问是选择视为数罪并且并罚。

2. 刑事实证学派的选择。刑事实证学派鉴于刑事古典学派面临的实践难题^{〔3〕},从否定“人具有绝对的自由意志”出发,形成了刑事人类学派、刑事社会学

〔3〕 刑事古典学派的理论有其自身的局限性,突出地表现坚持人的绝对的意志自由观,不能很好地解释社会上累犯率不断上升的现象,也无视精神病人与正常人、未成年人与成年人的个体差异,不能实现犯罪者刑罚的个别化。

派等刑事新派。刑事新派否定绝对意志自由,把犯罪原因归结为遗传变异的结果(天生犯罪人论),或者行为人在心理上缺乏正常社会所要求的正直或者怜悯情感,或者是自然条件、社会政策等外在条件合力促成。其共同特点在于否认意志自由理论,主张社会防卫,坚持功利主义的刑事制裁观,提倡制裁措施的多样化,将制裁的根据奠立于犯罪人的社会危险性之上,制裁的轻重应当与罪犯的社会危险性相适应。立于刑事实证学派,那么,对于牵连犯定罪处罚,则当然的选择是作为一罪而处断。具体是否从重,则视具体犯罪人的人格情况而定。

3. 后期古典学派的选择。虽然新派的理论包含着相当的科学成分,但也有其致命的不足:将处罚的标准设定在行为人的社会危险性之上。然而,对行为人的社会危险性,囿于时代局限和科学技术水平的制约而难以准确地衡量。这样,便将刑罚处罚的边界不局限于客观的行为而依据掌权者主观所认定的“行为人的社会危险性”,这就极易导致定罪量刑标准的主观化和罪刑擅断。恰恰是新派理论这一致命的弱点在第二次世界大战期间被法西斯反动势力用于践踏人权,以至于新派理论在人类历史长河中只是昙花一现。于是,刑法理论又不得不向刑事古典学派理论的回归;这种回归是对旧派、新派的否定之否定,形成了后期古典学派。其特点是:坚持相对的意志自由论,同时承认犯罪人社会危险性的个体差异;在刑罚观上秉持并合主义,即扬弃了刑事古典学派绝对报应与刑事实证学派功利主义刑罚观,奉行罪责刑均衡原则,在确定犯罪分子刑事责任的大小和刑罚的轻重时,首先考虑犯罪的社会危害性(客观危害+行为人的主观恶性),同时也要考虑行为人的社会危险性,形成以刑罚处罚为核心多元化的刑事制裁体系。关于刑罚轻重的确定,主张以道义报应为上限来限制刑罚功利性一面。如果立足于后期古典主义,那么,对于牵连犯处理,最佳答案主张按一重罪从重处罚(因为牵连犯作为一类特殊的实质数罪,毕竟不同于一罪,也不同于典型的数罪),此外,两个极端的选择是数罪并罚或者仅按一罪定罪处理。

(二) 对具体犯罪贯彻不同的刑事政策则会选择不同的牵连犯定罪处罚规则

刑事政策作为国家据以与犯罪作斗争的惩罚措施的总和,是“立法国家的智慧”。按照政策与法律之关系的一般理论,刑事政策对国家的立法和司法有指导作用。刑事政策可分为基本刑事政策和具体刑事政策。基本刑事政策通常是长期的、稳定的,是一定时期国家预防和控制犯罪的一般性政策。基本刑事政策能够指导刑法立法,并高于刑法,在客观上代表着一个国家刑事法治化的水平,“决

定着一个国家的刑事法治化进程,以及民主化、法制化的基本走向”。具体的刑事政策则是针对某一类(种)犯罪的刑事政策,受基本刑事政策的制约,实际上是基本刑事政策在国家对待具体犯罪上的进一步落实。

中国的刑事法治实践选择了“宽严相济”的基本刑事政策。宽严相济刑事政策的含义是,对刑事犯罪分子有“宽”有“严”,该“宽”就“宽”,该严就严,区别对待;“宽”“严”要相互救济,反对单一的“严”,也反对单一的“宽”。“宽”和“严”这两个侧面之间是互相对立、互相依存、相辅相成的,“宽”和“严”缺一不可,不可偏废。

我国“宽严相济”基本刑事政策,在具体运用到牵连犯定罪处罚规则的设置时,如果认为该类(种)犯罪需要严惩的,那么,立法(甚至是司法解释)则会规定(或者尽量解释为)数罪并罚有关这类(种)犯罪的牵连犯。如刑法关于恐怖活动犯罪、黑社会性质的犯罪、贪污腐败犯罪等牵连犯的立法例便是。如果对某一类(种)犯罪不是选择严惩的立场,那么,立法(或者司法解释)则不会规定(或者不解释为)对这类(种)犯罪的牵连犯数罪并罚,而按一罪处理或者不作规定在司法时交由法官自由裁量,如前述列举的不数罪并罚的牵连犯之立法例便是。

不过,由于社会条件的变化犯罪的社会危害性不断变迁。针对具体犯罪的刑事政策也处于不停的变动之中,从而会导致立法关于某类(种)犯罪牵连犯的定罪处罚规则的不断变动。

(三) 我国不科学的数罪并罚制度容忍了目前立法关于牵连犯定罪处罚规则的混乱

在世界范围内,现在各国刑法都秉持着后期古典学派立场。我国《刑法》也是一样,其坚持犯罪是行为人的行为、坚持以行为为刑罚处罚界限、奉行罪刑法定原则、十分重视犯罪成立条件的定罪作用,以及在刑罚、保安处分等制裁措施的配置上贯彻罪责刑相适应原则、量刑原则、行刑制度等,都是我国刑法坚持后期古典学派立场的直接体现。

1. 明确将罪责刑相适应作为刑法的基本原则,同时,在具体的个罪配置刑罚、量定刑罚时坚持了后期古典学派的立场。

《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”根据这一原则,在确定犯罪分子刑事责任的大小和刑罚的轻重时,首先要依据犯罪的客观危害性和行为人的主观恶性;其次要考察行为人的社会危险性,刑事制裁及其强度同时也要求与犯罪人再犯的可能性相适应。简言之,罪责

刑相适应基本原则要求,刑罚轻重的确定,既要与犯罪行为相适应,又要与罪犯的社会危险性相适应。

《刑法》第61条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法有关规定判处。”刑法关于量刑原则的规定是我国法律适用原则的具体化,也是罪责刑相适应原则的具体化。就以犯罪事实为根据而言,这里的犯罪事实,是指符合刑法规定的犯罪构成要件的主客观事实;这里的犯罪性质,是指具体犯罪性质,即构成犯罪的主体客观事实统一表现的犯罪性质;这里的犯罪情节,是指构成犯罪构成事实的主客观要件的定量因素,从而说明犯罪的社会危害程度与行为人的社会危险程度的各种事实情况。犯罪的社会危害程度,是对整个犯罪的综合评价,对犯罪的社会危害程度的综合评价,既要基于犯罪的事实、性质与情节为基础,也要考虑行为人的社会危险性,同时还要考虑国家的政治、经济,特别是社会治安形势。可见,刑法关于单个犯罪的量刑原则很好地坚持的后期古典主义的立场原则。

2. 在数罪并罚制度上,我国对主刑的并罚制度的不精致和不合理背离了后期古典学派的立场。

根据《刑法》第69条规定^{〔4〕},关于数罪并罚,我国采纳了折中原则,对不同的刑种,适用不同的并罚原则:(1)数罪中有判处死刑或无期徒刑的,采用吸收原则。即数罪中只要有一罪判处死刑或无期徒刑的,不论其他罪判处何种主刑,都只执行其中的一个死刑或无期徒刑,其他主刑被吸收而不予执行。(2)数罪中的各罪被判处的刑罚均为有期徒刑,或均为拘役,或均为管制的,采用限制加重原则。(3)对于附加刑,采用了并科原则。

依照该条规定,我国对主刑的并罚制度的不精致和不合理,尤其是在行为人被判处死刑或者无期徒刑时所采用的吸收原则却极大地损害了刑法的基本原则——罪责刑均衡原则。因为尽管一人犯有数罪,数罪中只要有一罪判处死刑或

〔4〕《刑法》第69条规定:“判决宣告以前一人犯数罪的,除判处死刑和无期徒刑的以外,应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上,酌情决定执行的刑期,但是管制最高不能超过三年,拘役最高不能超过一年,有期徒刑总和刑期不满三十五年的,最高不能超过二十年,总和刑期在三十五年以上的,最高不能超过二十五年。数罪中有判处有期徒刑和拘役的,执行有期徒刑。数罪中有判处有期徒刑和管制,或者拘役和管制的,有期徒刑、拘役执行完毕后,管制仍须执行。数罪中有判处附加刑的,附加刑仍须执行,其中附加刑种类相同的,合并执行,种类不同的,分别执行。”

无期徒刑,不论其他罪判处何种主刑,都只执行其中的一个死刑或无期徒刑,其他犯罪所谓主刑被吸收死刑或者无期徒刑所吸收而不予执行。这导致了对具体的案件处理的横向对比的极大不合理性,从而使得“不定数罪”“并罚不并罚”,都变成了无所谓的事情。例如,张三只犯故意杀人罪一罪,被判处无期徒刑;李四犯故意杀人罪、抢劫罪、强奸罪三罪,每个犯罪都被判处无期徒刑,即使被判处三个无期徒刑,但就宣告刑而言,张三和李四的结果是一样的:一个无期徒刑。数罪并罚制度如此粗疏,以至于使得定罪在对李四而言后两个犯罪是无足轻重的。这样制度和制度运行的结果与后期古典学派以报应主义刑罚观为主兼采功利主义刑罚观,严重背离。其进一步的影响是削弱了包括对牵连犯、吸收犯、想象竞合犯等在内的复杂的罪数形态的深入研究。相反,试想,如果死刑和无期徒刑上不采用吸收而是采用缓和的并科规则(并且同时完善减刑、赦免、假释等制度),那么,则会倒逼对复杂一罪的处罚规则理论研究和相应立法的不断精致化和合理化。

四、路在何方

上述诸方面分析了犯罪本质和刑罚观、刑事政策,以及数罪并罚制度对牵连犯定罪处罚规则设置的影响。但是,实际上,现实中的犯罪是一种极其复杂的社会法律现象,而这些因素也不可能是单一地,而往往是综合地对犯罪的确定和处罚规则的选择产生影响和作用。再说,我国刑法学界对于牵连犯的内涵与外延,以及其构成特征也存在一定的争议,这也会影响牵连犯处罚规则的立法设定。但是,限于篇幅,这里不仅不能对牵连犯内涵与外延、成立条件等本体问题展开研究,而且也只能概要的提出解决问题的方案。

1. 在刑法总则将“罪数”作为一节设定,并规定:“对于牵连犯,从一重罪从重处罚。法律规定数罪并罚的,依照规定。”由此,进一步修改刑法分则条文的有关规定:只保留数罪并罚立法例,将其他立法例全部删除,以推进刑法分则关于牵连犯定罪处罚规则的规范化和科学化。

2. 在刑法分则对特定犯罪的牵连犯设定数罪并罚规则时,要审慎选取严惩的刑事政策。同时,司法解释尽量不要将立法没有明文规定某一类(种)犯罪的牵连犯解释为适用数罪并罚。

3. 作为配套措施,修改我国的数罪并罚制度,使其精致化和合理化。严格秉承刑事古典学派的立场,不但在对具体的单个犯罪的刑罚配置、量刑、行刑时,坚

持以报应刑罚兼采功利主义的刑罚观,而且,在数罪并罚场合,也应始终如一地坚持这一并合主义的刑罚观(可以在刑罚的执行环节多采用新派的主张)。由此,应该修改《刑法》第 69 条规定,在限制价值的操作上克服目前的估堆做法,实行加重幅度的量化;在死刑或者无期徒刑场合也采用缓和的并科制度(在宣告死缓或者无期徒刑的,辅之以严格的限制措施)。

终身监禁的死刑替代功能反思

袁 彬* 徐永伟**

一、问题的提出

《刑法修正案(九)》第44条增设了针对严重贪污受贿犯罪的终身监禁制度,规定“犯严重贪污、受贿罪被判处死刑缓期执行的,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释”。对于终身监禁的刑罚性质,理论界尚有争议。在立法者看来,终身监禁并不是一个新的刑种,它只是针对贪污受贿被判处死缓的犯罪分子在具体执行中的一个特殊的措施。^{〔1〕}虽然终身监禁在结局上表现为“绝对无期徒刑”的执行效果,但终身监禁是以“被判处死刑缓期执行”为前提,并且在判处死缓的同时

* 北京师范大学刑事法律科学研究院院长助理、教授、博士生导师,中国刑法学研究会副秘书长。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院硕士生。

〔1〕《臧铁伟:终身监禁不是新刑种 适用于重特大贪污受贿犯罪》,参见人民网,[http://npc. people. com. cn/n/2015/0829/c14576-27531201. html](http://npc.people.com.cn/n/2015/0829/c14576-27531201.html),2016年7月19日访问。

即决定其适用与否。有观点据此认为,“终身监禁并非剥夺自由的另一种形式的无期徒刑,而是我国刑法中独具特色的死缓执行方式之一种”。〔2〕

终身监禁与现代文明的冲突是显而易见的。正如有学者所言,“终身刑是在用时间慢慢葬送一个活着的凡人”,“终身刑没有给犯人一个希望”,“任何被拘禁者,都不可能在其人格不遭受重大障碍的情况下忍受15年以上的拘禁,这在今天已是不争的事实,其后他所剩下的并不是真正的生存,只不过是苟延残喘的人的空壳”,〔3〕“当受刑人知道毫无出狱希望,人的基本价值、人的尊严将彻底崩落,重刑犯如同动物一般被囚禁、毫无品质的苟活,以至于老死”〔4〕。终身监禁正如马克思所形容的资本一样,似乎从一出生便带有邪恶的诅咒,不为现代文明所容忍。从残酷性的角度看,终身监禁的立法完全背离了法治社会的要求。不过,如果从终身监禁作为死刑替代措施的角度看,它有可能不那么“面目可憎”,甚至能因此完成对自身人道性缺陷的救赎,进而具备立法的正当性。这也是《刑法修正案(九)》设立该制度的主要根据:对于本应判处死刑的贪污受贿犯,根据慎用死刑的刑事政策,结合案件的具体情况,对其判处死缓依法减为无期徒刑后,采取终身监禁的措施。〔5〕但终身监禁真的能在司法实践中担负起死刑替代的功能吗?对此,笔者深感忧虑。

二、顾左右而言他:终身监禁与死刑替代措施的逻辑紧张

无论立法者的心思如何,终身监禁的实践功能运行无外乎两个方面:一方面,对于原本该判处死缓的贪污受贿犯罪规定死缓2年期满后减为无期徒刑,不得减刑和假释,予以终身监禁,这加重了对犯罪人的刑罚处罚力度;另一方面,对原本该判处死刑立即执行的贪污受贿犯罪适用死缓并终身监禁,这则降低了对犯罪人的刑罚处罚力度。〔6〕前者是终身监禁制度的威慑功能期待和生刑提高;后者则

〔2〕 黎宏:《终身监禁的法律性质及适用》,载《法商研究》,2016(3)。据此,在死缓执行方式上,实际上就包括了一般死缓、死缓限制减刑、终身监禁三种形式。

〔3〕 张明楷:《死刑的废止不需要终身刑替代》,载《法学研究》,2008(2)

〔4〕 林东茂:《刑法综览》(修订五版),18页,北京,中国人民大学出版社,2009。

〔5〕 全国人大法律委员会:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉(草案二次审议稿)主要问题的修改情况的汇报》(2015年8月16日)。

〔6〕 赵秉志主编:《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉理解与适用》,330页,北京,中国法制出版社,2015。

是终身监禁制度的死刑替代功能期待。但这两者之间存在一定的逻辑紧张关系,难以共存,进而可能导致其死刑替代功能的失落。

(一) 威慑期待与死刑替代措施的关系紧张

在当前反腐败持续深入的高压态势下,终身监禁的设立承担着威慑贪污贿赂犯罪分子的效应。它“进一步表明中央反腐败的坚定决心,释放出依法从严惩处腐败的清晰信号,贪官腐败成本更高、代价更大,从而倒逼一些人悬崖勒马、不敢再贪,对于预防和惩治腐败具有一定的威慑作用”。〔7〕但这种对终身监禁制度威慑力的期待与其死刑替代措施功能在逻辑上存在两方面的紧张关系。

1. 威慑期待与死刑的间接替代

作为死刑立即执行的替代措施,终身监禁的适用意味着对具有最大威慑力的死刑立即执行予以替代。换言之,终身监禁要发挥死刑立即执行的替代作用,则必然意味着对重大贪污贿赂犯罪的刑罚威慑力下降。对于严重的贪污受贿犯罪而言,其犯罪成本不是更高了而是更低了,代价不是更大了,而是更小了。按照这一逻辑,要赋予终身监禁较以前更大的威慑腐败犯罪之一般预防功能,体现出更大的威慑力,则意味着终身监禁要挤占一般死缓的适用空间。

终身监禁对一般死缓制度适用空间的挤压,实际上是通过替代一般死缓的适用来间接完成对死刑立即执行的替代。在死刑的执行措施之中,死缓制度设立的宗旨在于对一些罪当处死的犯罪分子在特定从宽情节的情况下有条件地不被处死。〔8〕从司法实践来看,死缓发挥的正是部分死刑立即执行替代措施的功能。目前的司法实务数据说明,除了极其个别的案例外,死缓已经成为贪污受贿犯罪死刑适用的主要措施。〔9〕某种程度上说,死缓作为部分死刑立即执行的替代措施在司法实践中事实上实现了对绝大多数死刑立即执行的替代。

“提高生刑,才有可能减少死刑,并为最终废除死刑创造条件”。〔10〕“生刑”与“死刑”存在一种因果逻辑关系:提高“生刑”是为减少死刑创造条件。但在贪污贿

〔7〕 曹智云:《试论终身监禁入法的现实意义》,参见正义网, http://www.jcrb.com/procuratorate/theories/essay/201603/t20160325_1601325.html,最后访问时间 2016 年 7 月 27 日。

〔8〕 高铭喧、赵秉志主编:《刑罚总论比较研究》,226 页,北京,北京大学出版社,2008。

〔9〕 林维:《贪污受贿罪如何适用死刑》,参见中国法院网, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1842088.html>,最后访问时间 2016 年 7 月 21 日。

〔10〕 陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开 I》,338 页,北京,中国人民大学出版社,2015。

赂犯罪中,传统死缓制度业已具有死刑替代措施的效果,终身监禁的死刑替代价值存疑。终身监禁的死刑替代价值乃是纠正一般死缓制度作为死刑立即执行替代措施在严厉性上的不足。终身监禁据此实现对死刑立即执行的替代。而这种对死缓严厉性的加强虽然依然可以实现对死刑立即执行的替代而使其获得人道性的支撑,但不可否认的是,这种不得减刑、假释的终身监禁制度仍是一种重刑化的制度建设,且选择了一条极端的重刑进路,因而在终身监禁合理性的说理上难具说服力。

2. 威慑期待与重刑化窠臼

刑法的演进显示,威慑期待的结局无一例外会陷入重刑化的窠臼。在我国,死缓虽然不属于独立刑种,但其在司法中的实际适用效果,类似于独立刑种,甚至产生与独立刑种相同的作用。^{〔11〕}因而死缓作为一种类似刑种的刑罚执行方式,是仅次于死刑立即执行的执行方式,在所有存在死刑的罪名中莫不如此。如此严厉之制裁措施仍不足以满足大众的制裁情绪,而希冀更严厉之制裁方式,直至将自由刑拓展到极限的终身监禁,不可谓不是一直以来重刑化思维的影响,正如有学者所称:“无论是立法者、司法者还是普通民众对重刑的偏爱还处于‘偏执’的程度。”^{〔12〕}

同时,贪污贿赂犯罪属于非暴力性犯罪,死刑在人道性的说理上极为勉强,而在不废除死刑的基础上又增加新的重刑,实际上又落入了重刑反腐的窠臼中。虽然我们一直倡导法律反腐,但时至今日,我们应该认识到,法律反腐与刑法反腐,是两个完全不同的概念。刑法的威慑力毕竟有限,不断强化公务员方面的立法,制定公职人员廉政守则,全面推行财产申报制度等,在腐败犯罪控制方面可能发挥更重要的作用。^{〔13〕}况且,学界大都认可,“现在对非暴力犯罪的遏制,应重在加强管理、堵塞漏洞和完善法治上,而不应寄希望于极刑”。^{〔14〕}

在现代社会,在秩序得到保障的情况下,刑罚轻缓化就成为人道主义的

〔11〕 黄京平:《终身监禁的法律定位与司法适用》,载《北京联合大学学报》(人文社会科学版),2015(4)。

〔12〕 李翔:《论刑法修正与刑罚结构调整》,载《华东政法大学学报》,2016(4)。

〔13〕 张旭:《也谈〈刑法修正案(九)〉关于贪污贿赂犯罪的修改》,载《当代法学》,2016(1)。

〔14〕 赵秉志:《论中国非暴力犯罪的死刑的逐步废止》,载《政法论坛》,2005(1)。

追求目标。^{〔15〕}此时,将自由刑的刑罚强度拓展到极限的终身监禁无疑与刑罚轻缓化的潮流是背道而驰的,这样的极端重刑进路并不合理。终身监禁所要实现的死缓犯严厉性的强化,尽管可以实现对死刑立即执行的替代,但难以抵御重刑化的攻击。而理性的立法必然是反对重刑化的。^{〔16〕}而对重刑的崇尚必然会忽视社会相关制度的漏洞弥补,妨碍到人们寻求科学犯罪对策的种种努力。^{〔17〕}事实上,重刑化的犯罪防治对策,恐如同刑罚理论一般,仅是在不可能实现的期待中,假象性地满足一般人对于犯罪制裁的情绪而已。^{〔18〕}因而,这种重刑化的进路的存在使终身监禁的设置缺乏合理性。

(二) 提高生刑与死刑替代措施的关系紧张

终身监禁防止重大贪污贿赂犯罪通过减刑等途径致刑期过短的功能与其死刑替代的功能定位之间的逻辑存在着某种紧张关系。终身监禁很难有效发挥出对防止重大贪污贿赂犯罪通过减刑等途径致刑期过短的功能。

1. 提高生刑之于死刑替代的伪命题

终身监禁是作为死刑立即执行的替代措施出现的,其针对的是依照现行刑法可能判处死刑立即执行的犯罪分子。其立法的现实原因之一,是因为刑事执行中存在的司法寻租和宽松的减刑,实际上导致严惩、严判重大贪污贿赂犯罪的初衷无法在执行环节得以实现,这就使得某些民众产生“生刑”过轻的感觉,进而促使其开始呼吁应对贪污贿赂犯罪适用终身监禁以提高其“生刑”的期限。^{〔19〕}终身监禁要求不得减刑、假释,似乎能一劳永逸地避免执行中存在的问题。

但我国贪污受贿犯罪的死刑立即执行现状决定了终身监禁制度提高生刑对于死刑立即执行的替代而言是一个伪命题。据统计,20世纪80年代以来移交司法机关处理的103个副省部级干部中,死刑6例,死缓27例,无期徒刑17例,有期徒刑44例。判处死刑的比例共约占已判案例的35%,而死刑立即执行的比例

〔15〕 赵秉志、金翼翔:《论刑罚轻缓化的世界背景与中国实践》,载《法律适用》,2012(6)。

〔16〕 周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,载《中国社会科学》,2016(3)。

〔17〕 游伟:《重刑威慑思想的消极影响》,载《人民法院报》,2012-08-31。

〔18〕 柯耀程:《刑法的思与辩》,194页,北京,中国人民大学出版社,2008。

〔19〕 刘宪权:《刑事立法应立戒情绪——以〈刑法修正案(九)〉为视角》,载《法学评论》,2016(1)。

则不到6%。^{〔20〕} 陈忠林教授也说,“目前的总体趋势是,一般没有带命案,贪污行为没有涉及重大民生工程如医疗、卫生等直接危害人们重大人身安全的,不判处死刑立即执行。”^{〔21〕}

事实上,在《刑法修正案(九)》修正以前,能被判处死刑立即执行的重大贪污贿赂犯罪分子已属罕见,而《刑法修正案(九)》实际上也大幅提高了贪污贿赂犯罪死刑的量刑标准。^{〔22〕} 如此一来,具备死刑标准的犯罪分子微乎其微,而进入死刑立即执行评价范围的贪污贿赂犯罪分子会更少。在这种情况下,通过终身监禁来直接替代死刑立即执行的犯罪分子以实现功能的路径作用空间非常有限。因而,从目前的实践样态看,终身监禁的设置,也可能只具有立法象征意义,最终改变不了被司法所虚置的命运。^{〔23〕}

2. 提高生刑之于死刑替代的功能错位

终身监禁对于防止重大贪污贿赂犯罪通过减刑等途径致刑期过短这一理念的提出带有极大的危险性。在目前高压反腐态势下,对于某些具有重大影响的案件,在道道的社会目光注视下,在嚷嚷的民意汹涌中,出于防止服刑过短的前车之鉴,民意的力量可能会推动着司法机关将终身监禁的适用突破其仅仅作作为死刑立即执行替代措施的适用范围。换言之,对于社会影响巨大的贪污贿赂案件,终身监禁的适用很可能不是刑法中规定的“可以同时决定”,而是必然同时决定了。如此一来,终身监禁对于重大贪污贿赂的犯罪通过减刑等导致刑期过短的问题就必然会矫枉过正,以至于终身监禁会通过挤压死缓的适用空间来解决服刑过短问题。而这种方式突破了终身监禁的应然适用空间,在适用的合理性上不免让人质疑。

判处死刑缓期2年执行,是以犯罪分子罪行极其严重就可以挂靠死刑为基础

〔20〕 张伟珂:《腐败犯罪死刑立法改革的特殊性研究——以死刑民意视角》,载《中国刑事法杂志》,2015(2)。另外的数据还有,从1991年至2015年8月,在我国法院对省部级以上高官因受贿罪判处死刑的28起案件中,仅有4起被判处死刑立即执行,其余24起均被判处死缓。参见孙超然:《论贪污、受贿罪中的“情节”》,载《政治与法律》,2015(10)。

〔21〕 郭芳:《终身监禁来了,秦城监狱会人满为患吗?》,载《中国经济周刊》,2015(34)。

〔22〕 即使不去看具体数额标准,仅从刑法的规定上看,原刑法规定:“……情节特别严重的,处死刑;而按照《刑法修正案(九)》后最新司法解释的规定:“……贪污受贿数额特别巨大、犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的,可以判处死刑。量刑标准的提高可见一斑。

〔23〕 孙国祥:《贪污贿赂犯罪刑法修正的得与失》,载《东南大学学报》(哲学社会科学版),2016(3)。

的恶,并不是没有边界的“缓”下去。现阶段的司法实践对死缓犯过于宽松的减刑问题应该引起重视。^[24]但对于终身监禁所具有的防止重大贪污贿赂犯罪通过减刑等途径致刑期过短的功能,不符合我们对于达到防止类似犯罪服刑过短效果的期望。终身监禁的死刑替代措施功能定位实际上决定了其在防止服刑过短的问题上解决力有限,通过终身监禁这样的方式来解决服刑过短的问题,并不合适,某种程度上还会使终身监禁突破应然适用空间而在合理性上受到质疑。退一步讲,即使认为终身监禁达到了防止对贪污贿赂犯罪分子死缓服刑过短问题的效果,通过终身监禁这样严酷的刑罚措施合理吗?这样的方式又有何建设性呢,难道所有执行中的问题都要通过不得减刑、假释来完成?试图通过终身监禁的方式一劳永逸的解决执行中的问题不过是一种智力上的懒惰。实际上,要解决不正常的减刑、假释,“关键在于激活和充分适用第401条(即徇私舞弊减刑、假释罪),并结合其他行政手段,大力治理狱政腐败”,^[25]而并非通过终身监禁的方式。

三、终身监禁的样态呈现与刑罚中间化

中间刑是在同一种刑罚中因执行方式不同而形成的、介于最重刑罚执行方法与最轻执行方法之间的、严厉程度居中的刑罚执行方法或特殊刑罚措施。^[26]“两高”的司法解释实际上是将终身监禁定位于一种中间刑。根据中间刑罚的逻辑,终身监禁的适应范围是死刑立即执行与一般死缓之间的空档,^[27]即针对那些判处死刑立即执行过重,判处一般死缓又偏轻的重大贪污贿赂犯罪。^[28]这样的理解在逻辑上并没有问题的,但在法条的具体规定中,对中间刑罚的不同理解实际上让终身监禁死刑替代措施作用的发挥呈现不同的样态,而呈现出的不同样态反过来又会制约终身监禁死刑替代措施功能的发挥。

(一) 中间刑Ⅰ:“终身监禁=死缓+从重情节”

《刑法》第383条第4款的规定,犯第1款罪,有第3项规定情形被判处死刑

[24] 李翔:《论刑法修正与刑罚结构调整》,载《华东政法大学学报》,2016(4)。

[25] 车浩:《刑事立法的法教义学反思——基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,载《法学》,2015(10)。

[26] 黄永维、袁登明:《〈刑法修正案(九)〉中的终身监禁研究》,载《法律适用》,2016(3)。

[27] 裴显鼎、苗有水、刘为波、王坤:《〈最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》,2016(19)。

[28] 万春、缘杰、卢荣宇、杨建军:《最高人民法院法律政策研究室:办理贪污贿赂案件法律适用标准》,《检察日报》,2016-05-23、2016-05-24。

缓期执行的,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满后减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释。根据该法条的字面理解,我们完全可以做出这样的推理,即犯罪分子具有法定从宽情节^[29]被判处死刑缓期执行,人民法院审视犯罪情节发现还有某些从重情节从而认为判处一般死缓偏轻,从而适用终身监禁。显然,具有这种从重处罚作用的“犯罪情节”,应当是指对罪犯不利的情节,如此说来,应当判处终身监禁的案件,往往是一些对罪犯有利和不利因素交织在一起的案件。^[30]

这更强调终身监禁作为中间刑罚里的“判处一般死缓偏轻”。而一般死缓与终身监禁的界限显然就在于这“缥缈”的从重情节之中。在某种程度上,这里的从重情节可以作为贪污受贿“犯罪情节特别严重”中的情节,还可以作为“判处一般死缓偏轻”的从重情节而使终身监禁取代一般死缓适用。在这样的理解中,终身监禁的适用具有挤压一般死缓适用空间的嫌疑。换言之,此时终身监禁作为中间刑罚实际的适用空间是通过限缩死刑立即执行与一般死缓的作用空间实现的。这是立法机关所要达到的增强贪污贿赂犯罪的威慑力和防止重大贪污贿赂犯罪通过减刑等途径致刑期过短这两种功能指导下的产物。而一旦造成对一般死缓空间的挤压,则终身监禁存在的合理性上要打上一个大大的问号。一方面,尽管依然可以实现对死刑立即执行的替代,但这种替代是通过替代一般死缓间接实现的,是一种重刑的进路,并不符合刑罚轻缓化的潮流。另一方面,如果认为终身监禁对一般死缓的挤压仅仅是因为“死刑立即执行作为‘死刑’与一般死缓作为‘生刑’差距过于悬殊,而需要终身监禁的出现以弥补一般死缓严厉性的不足”。那么我们必须审慎面对这样一个问题:一般死缓与终身监禁的差距又如何弥补?根据计算,死缓的最长执行时间是24年,实际执行时间是20年,^[31]而终身监禁的是我们所称的“牢底坐穿”,但决定这种差距的仅仅是刑法中规定的“根据犯罪情节等情况”(这主要是酌定的从重情节)。终身监禁设置的合理性存疑。

[29] 根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条第2款规定,这里的法定情节指自首、立功、如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃或者避免、减少损害结果发生等情节。

[30] 这样的观点来源于黎宏教授对于死缓限制减刑的论述,参见黎宏:《死刑限制减刑及其适用》,载《法学研究》,2013(5)。

[31] 陈兴良:《犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整——〈刑法修正案(九)〉述评》,载《法律科学》,2016(4)。

（二）中间刑Ⅱ：“终身监禁=死刑立即执行+从轻情节”

《刑法》第383条第4款规定的“死缓+从重情节”的思路实际上使终身监禁设置的合理上容易受到质疑,这样的规定并不是终身监禁所应有的理性死刑替代样态呈现模式。这更考验我们解释论上的智慧,即如何对不完美的规定作出善意的解释和推定,将不理想的法律条文解释为理想的法律规定^[32],可以作为我们考虑的方向。

事实上,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)对《刑法》第383条第4款的规定做了一些解释上的调整。根据《解释》第4条第3款规定:符合第1款规定情形的,根据犯罪情节等情况可以判处死刑缓期二年执行,同时裁判决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释。笔者认为,《解释》第4条第3款的规定与《刑法》第383条第4款的规定并不完全一致,《刑法》第383条的规定是在判处死缓的基础上再附加其他情况而决定适用终身监禁,而《解释》则与死刑立即执行直接对接^[33]。

按这种思路,终身监禁制度的适用是:犯罪分子符合死刑立即执行的条件,但并不具备法定的从宽条件,如自首、立功、如实供述自己罪行、真诚悔罪,积极退赃或者避免、减少损害结果发生等情节,因而无法判处一般死缓,但行为人具备其他犯罪情况,如犯罪分子的一贯表现良好,适用死缓可以取得好的国际影响,保存该犯罪人有可能为破获其他重大案件、惩治其他犯罪人起到举足轻重的作用,对少数民族、宗教人士等的特殊保护,等等。^[34]

与《刑法》第383条不同,该种对终身监禁的理解显然更偏向于“判处死刑立即执行过重”,同时又将一般死缓与终身监禁的适用界限作了较为清晰的划分。最为重要的是该种理解对终身监禁的适用不会挤占一般死缓的空间从而具有极大的合理性,可以弥补终身监禁适用上的缺陷,可以指导目前终身监禁的适用。但也应该看到,《解释》也极大地压缩了终身监禁的适用空间,因为从查处贪污受贿犯罪的司法案例来看,相当数量的贪污受贿人不同程度具有(自首、立功、如实

[32] 张明楷:《刑法格言的展开》,3页,北京,法律出版社,2013。

[33] 裴显鼎、苗有水、刘为波、王坤:《〈最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》,2016(19)。

[34] 马克昌主编:《刑罚通论》,433~435页,武汉,武汉大学出版社,1999。

供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃或者避免、减少损害结果等)这些从宽处罚情节,或者这些法定从宽情节事实上覆盖了绝大多数贪污受贿案件,^[35]但要使终身监禁获得足够空间,又会挤压死缓的适用空间,而使终身监禁不具有合理性。

不过,笔者要强调的是,中间刑模式Ⅰ表明,终身监禁制度没有在立法上明确其作为死刑立即执行的替代措施,而中间刑模式Ⅱ表明终身监禁没有在司法上将其作为死刑立即执行的替代措施。终身监禁制度的立法正当性存疑。

四、隐含的担忧:终身监禁代替死刑的方向偏移

关于终身监禁的适用因素,《刑法修正案(九)》和《解释》都表述为“根据犯罪情节等情况”,是一种含义不甚明确的模糊用语。基于目前我国刑法对终身监禁的规定,对于死刑替代的解读,实际是在立法上秉承死刑与终身监禁共存的前提下,将终身监禁替代死刑立即执行的任务交于司法解决。尽管基于保证终身监禁合理性的立场,“终身监禁应适用于依照现行刑法应当判处死刑立即执行的犯罪分子”,^[36]《解释》仍包含着终身监禁乃是适用于“判处死刑立即执行过重,判处一般死缓偏轻”情形的意思,而法院或者法官是否选择适用终身监禁,实乃在现行法律框架下自由裁量的结果。^[37]而这种自由裁量的结果,其实具有很大的不确定性。因为自由裁量的过程远非将犯罪情节与法律对号入座而得出结论这么一个简单的过程,在司法的过程中,逻辑、历史、习惯、效用即人们接受正确行为的标准是一些独自或共同影响法律进步的力量。^[38]这将不可避免地导致终身监禁往代替死刑的方向偏移,并体现在以下两个方面:

(一) 思维定式与替代方向的偏移

“保留死刑,严格限制和慎重适用死刑”是我国当前的死刑政策。在保留死刑的现状下,“少杀、慎杀”即成为我国现行死刑政策的主旨。^[39]在死刑适用的问题上,与浸染于重刑氛围不同,自由裁量的法官事实上已经接受并践行减少、限制死

[35] 黄京平:《终身监禁的法律定位与司法适用》,载《北京联合大学学报》(人文社会科学版),2015(4)。

[36] 赵秉志、袁彬:《中国刑法立法改革的新思维——以〈刑法修正案(九)〉为中心》,载《法学》,2015(10)。

[37] 赵秉志:《中国死刑替代措施要论》载《学术交流》,2008(9)。

[38] 刘守芬等:《罪刑均衡论》,151页,北京,北京大学出版社,2004。

[39] 赵秉志:《关于现阶段中国慎用死刑的思考》,载《中国法学》,2011(6)。

刑适用的思维。所以,现阶段在比较敏感的重大贪污贿赂犯罪中,死缓事实上已经成为适用死刑的主要方式并不意外。但应当明确的是,在死刑适用方面,这种对重刑化的扭转是经过了幾代法律人的努力,而剥离死刑的适用这层“面纱”,重刑主义依然是我们不得不考虑的问题。

受重刑主义传统思维定式的影响,我国法官在司法实践中对犯罪行为予以量刑时本来就存在一种重刑的思维模式和主观倾向,正是在“重刑化”思想的影响下,我们的法官在判案时往往会倾向于甚至习惯于在法定刑内选择较重刑种与较长刑期的刑罚。^{〔40〕}加之法官对终身监禁的个人理解也有偏差,在终身监禁与一般死缓之间,法官对于终身监禁的适用很可能就会突破两者模糊的区分与适用而使终身监禁大行其道。

而对于终身监禁来说,这样的可能足以造成对其合理性的质疑,当然,也有学者试图从《解释》对重大贪污、贿赂犯罪死刑适用的排列顺序上解决这个问题,“两高解释第4条第2款、第3款的排列顺序表明:法官在考虑判处死刑缓期二年执行时,应当首先考虑适用单纯的死刑缓期二年执行,而不是将附裁终身监禁的死刑缓期二年执行作为首选”。^{〔41〕}但这样的解释极为勉强,也跟法官们法律适用的一般习惯不符。实际上,我们很难使司法机关在终身监禁的适用上按我们预想的方向发展,唯一可做的恐怕就是严格终身监禁的司法适用。

(二) 授权性规范与替代方向的偏移

事实上,终身监禁与一般死缓的适用均并不具有强制性,而且刑法规定的条件过于模糊,很难在是否适用上形成较为统一的想法,从而使司法机关适用死刑活动的有效监督成为困难。^{〔42〕}

根据刑法和《解释》的规定,对于终身监禁和一般死缓的适用均采用“可以”一词。这是一种授权性规范。与命令性规范不同,法官对终身监禁的适用有自由裁量权。而“如果对于严重的罪行使用‘可以’一词来限定,则必然会使得法官的自由裁量权无限度地扩大”。^{〔43〕}自由裁量的无限扩大就有适用重刑的可能,而对于

〔40〕 刘宪权:《限制或废除死刑与提高生刑期限关系论》,载《政法论坛》,2012(3)。

〔41〕 林维:《贪污受贿罪如何适用死刑》,参见中国法院网, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1842088.shtml>,最后访问时间2016年7月25日。

〔42〕 吴宗宪主编:《中国刑罚改革论》,102页,北京,北京师范大学出版社,2011。

〔43〕 孙万怀、耿国美:《限制减刑的性质、适用标准及其最终解决》,载《法制与社会发展》,2014(4)。

这种自由裁量权最终对于重刑的选择,模棱两可的立法、司法规定导致对其根本无法予以有效的监督。

在如今严峻的腐败状况和社会对于腐败的强烈关注之下,当下的我国,反腐问题早已超越了法律范畴,成为全社会关注度最高的“公共事件”。^{〔44〕}在重刑反腐的浪潮下,法官必然更倾向于在自由裁量中选择较为严厉的惩罚方式。而对于这种结果的监督,依然难以进行,因为,进入死刑评价视野的均为重大贪污贿赂犯罪,社会反应强烈,这种情况下,法官们就有理由以量刑必须反映民意或者民众要求科处重刑为由,为重刑辩护。^{〔45〕}

因此,受多重因素的影响,自由裁量的结果使终身监禁在死刑替代的方向上不无发生偏移的可能,转而成为一般死缓的替代性规定。而一般死缓与终身监禁之间在刑罚强度上依然存在巨大差距,模糊的规定势必导致个案的适用会有所偏差,个案中终身监禁与一般死缓的差距反过来会“吞噬”终身监禁的合理性。

五、更为宏观的思考:刑罚攀比的忧虑

作为一种死刑替代措施,终身监禁是在死刑废除阻力特别大的情况下的一种不得已的选择。可以说,死刑替代措施是刑罚体系的赘肉,最终将被立法者狠心切除。^{〔46〕}因而必须明确的是终身监禁的设置只是废除死刑的一种过渡性措施。在此,死刑替代措施针对的对象是现阶段废除死刑难度特别大的刑法罪名,而非所有死刑废除的必经程序。换言之,终身监禁仅具有个别罪或个类罪设置的可能。正因为作为死刑立即执行替代措施的终身监禁临时性、个别性的特性,决定了终身监禁属于刑罚措施中的特例。既然属于特例,就要防止这种替代性措施的规定对于宏观层面刑罚体系的影响,具体而言,应该防止终身监禁可能导致的刑罚攀比的产生。因为一旦出现重刑的攀比,势必改变刑罚体系改革的整体方向。

〔44〕 何荣功:《重刑反腐与刑罚理性》,载《法学》,2014(12)。

〔45〕 张明楷:《责任刑与预防刑》,249页,北京,北京大学出版社,2015。除此之外,张明楷老师还提出一个很有意思的视角:法官要面对同事,要给同事一个廉洁印象,有时不得不判处或者赞成重刑……某种程度上,量刑轻成为法官腐败的一个征表。换言之,一个法官轻判了罪犯,同事乃至知道案件真相的人都会怀疑法官收受了贿赂,因此,遇到可能判处重刑的案件时,即使法官觉得可以不判处重刑,但为了避免同事的怀疑,为了证明自己的清白,为了维护自己的名声,也判处重刑或者赞成判处重刑。参见张明楷:《责任刑与预防刑》,266~267页,北京,北京大学出版社,2015。

〔46〕 袁彬:《死刑民意研究》,131页,北京,北京师范大学出版社,2012。

与替代死刑的“小利”相比,这属于对“大义”的背弃。而毋庸讳言的是,终身监禁显然难以逃脱刑罚攀比的宿命。

(一) 刑罚过剩与死刑替代的迷思

可以明确地说,终身监禁制度的设立本身就是刑罚攀比的结果。这主要体现在暴力犯罪与非暴力犯罪的刑罚攀比方面。在《刑法修正案(九)》之前,我国即存在死缓限制减刑制度,即“对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。”^{〔47〕}据了解,终身监禁制度本身是想安置在暴力犯罪上。但对比之后发现,我国已针对暴力犯罪规定了死缓限制减刑制度,再对其规定终身监禁,制度的价值要大打折扣。

从根本上说,“限制减刑制度的设立,旨在减少死刑立即执行,只有对原本应当立即执行死刑的罪犯,才能在宣告死刑的同时决定限制减刑”。^{〔47〕}某种程度上说,终身监禁与死缓限制减刑的人道性及合理性来源均是基于对死刑立即执行的替代。这也可以看出,在刑罚方法设置的终极目的上,死刑限制减刑与终身监禁有很大的相似性。同样,两者的不同也显而易见:死缓限制减刑的严厉性要低于终身监禁;死缓限制减刑适用的对象除累犯外均属于暴力犯罪,终身监禁针对的重大贪污贿赂犯罪则是非暴力犯罪。

《刑法修正案(九)》针对贪污受贿犯罪规定终身监禁,其直接后果是导致对作为非暴力犯罪的贪污受贿犯罪的刑罚过剩。这是因为,同样是死刑替代措施,在属于非暴力犯罪的重大贪污贿赂犯罪中,由较重的终身监禁予以替代,而对属于暴力犯罪的故意杀人、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪,却由较轻的死缓限制减刑予以替代,在罪与罪的刑罚对比上有失均衡。而实际上,大多数国家的刑法典针对暴力犯罪、危害国家安全和公共安全的犯罪设置终身监禁制度,因为这几类犯罪往往侵害的是重大的法益,涉及国家主权、人的生命权、健康权等,一般来说最严厉的刑罚也应当是在犯罪行为严重侵犯社会公共利益或他人人身权益的情况下才得以适用。^{〔48〕}因而在对重大贪污贿赂犯罪规定终身监禁后,法定刑的不均衡不仅表明其刑罚本身的过剩,而且还可能引起属于暴力犯罪

〔47〕 张明楷:《刑法学(第4版)》,481页,北京,法律出版社,2015。

〔48〕 其他国家关于终身监禁的规定,参见王志祥:《贪污受贿犯罪终身监禁制度的立法商榷》,载《社会科学辑刊》,2016(3)。

的故意杀人、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪等的刑罚攀比，导致后者刑罚的进一步加重，进而损害整个死刑替代措施的根基。

事实上，对于非暴力犯罪，终身监禁的规定绝对是多此一举，因为这些犯罪很大部分属于本就不应该配置死刑的，随着刑法的逐步修正，其死刑的规定会逐步废止。但在同属非暴力犯罪的贪污贿赂犯罪出现终身监禁后，其他非暴力犯罪之间的攀比就不可避免。对此，我们也应当谨慎地应对。

（二）死刑立法替代与刑罚攀比的终结

死缓限制减刑与终身监禁的规定，不论是限制减刑、假释还是不予减刑、假释，均是在量刑阶段通过排除刑罚的变更的方法来强化死缓制度的严厉性。某种程度上说，死缓限制减刑与终身监禁并不是真正意义上的刑罚执行制度，而是量刑制度。^{〔49〕}实质上，通过这种限制减刑、假释或者不予减刑、假释的规定，法官极大地扩展了量刑的范畴，刑罚的裁量对于刑罚执行的扩张也初见端倪。

毫无疑问，这种扩张对于民众的正义感而言，带有极大的抚慰性，因而比较容易在民间获得认同的力量。这一点从终身监禁的发布就可以看出。时至今日，大众不是依旧狂欢于重大贪污贿赂犯罪分子可能遭受的“牢底坐穿”吗？但值得警惕的是，这其中暗含着极大的刑罚无休止的攀比。

既然可以通过对严重的贪污受贿死缓犯设置不可减刑、假释的死缓限制减刑和不予减刑、假释的终身监禁来强化死缓的严厉性，那么对于其他犯罪或者刑罚，是不是也可以通过对量刑的扩张来强化刑罚的严厉性呢？无期徒刑是不是都可以分为一般的无期徒刑（即可以减刑、假释的无期徒刑），限制减刑、假释的无期徒刑，不得减刑假释的无期徒刑呢？有期徒刑是不是也可以分为一般的有期徒刑（可以减刑、假释的有期徒刑），限制减刑、假释的有期徒刑，不得减刑、假释的有期徒刑呢？

刑罚攀比一旦进入恶性循环，其后果必定是惊人的。这不仅容易造成刑罚体系的整体严厉性，刑罚的轻缓化沦为一句空话，而且将导致整个刑罚体系不可避免的混乱。按照刑罚体系的排列，死缓属于死刑的范畴，显然重于无期徒刑，而在这种攀比之下，不得减刑、假释的无期徒刑甚至限制减刑、假释的无期徒刑都会重于一般死缓（即允许减刑、假释）的严厉性，不得减刑、假释的有期徒刑或可高于一般死缓（即允许减刑、假释）的严厉性。

〔49〕 张明楷：《刑法学》（第4版），481页，北京，法律出版社，2015。

般的无期徒刑。因此,对于终身监禁而言,应始终定位于过渡性的死刑替代措施。从立法上而言,最有效地终结这种所可能发生的刑罚攀比的办法,则是在刑法典中取消死刑而直接代之于终身监禁。

六、余论

终身监禁是否会成为未来主要的死刑替代措施,学界对此意见不一。有学者认为“对原本可以判处死刑的重特大贪污贿赂犯罪分子,适用终身监禁是尽量不折损法律威慑力的替代性措施,对于慎用并减少死刑的而是用具有试验田的意义。”^[50]也有学者认为“终身监禁只是基于特殊的社会背景,为了限制对贪污、受贿罪判处死刑而采取的过渡性措施,并不代表刑事立法的发展方向”。^[51]客观地看,终身监禁这种司法上的死刑替代措施并不符合废除死刑立即执行的长期目标。一方面,从理论上讲,即使终身监禁可以达到死刑立即执行的替代效果,这种死刑替代措施也只能实现部分的死刑替代,死刑立即执行依然有适用的空间。这样的规定其实并不利于缓解中国在死刑问题上所面临的国际压力。另一方面,终身监禁的规定事实上不符合废除死刑的一般路径。废除死刑不仅指废除死刑立即执行,还包括死刑缓期执行。而终身监禁以判处一般死缓为前提,废除死刑后,死缓也将不复存在,这对将来死刑废除后终身监禁的定性及其自处问题也将产生极大的困扰。^[52]即使认为终身监禁的规定只是废除死刑的一种过渡性的刑罚方法,但这样的过渡也可能实际地增加了死刑废除的难度,因为原本死刑废除只需要废止死刑立即执行、死刑缓期执行两种死刑执行措施即可,而现在则需同时废止死刑立即执行、终身监禁、一般死刑缓期执行三种死刑执行措施。而且,同时的废止将导致刑罚的处罚力度骤然降低,这对犯罪预防是非常不利的。^[53]

立法上的死刑替代措施是在立法上对特定犯罪的死刑予以替代,成为这些犯罪的最高法定刑,替代的结果自然是死刑被废止,即死刑不再是特定严重犯罪的

[50] 黄永维、袁登明:《〈刑法修正案(九)〉中的终身监禁研究》,载《法律适用》,2016(3)。

[51] 张明楷:《刑法学》(第五版),528页,北京,法律出版社,2016。

[52] 姚建龙、李乾:《贪污受贿犯罪终身监禁若干问题探讨》,载《人民检察》,2016(2)。

[53] 黄云波:《论终身监禁措施之宏观定位与实践适用》,载《刑法论丛》(第一卷),260页,2016。

法定刑。^{〔54〕} 具体而言,应该先在刑法中废止死刑,然后将终身监禁的规定与无期徒刑相结合,即在死刑废除后,以绝对的无期徒刑为过渡的死刑替代制度。^{〔55〕} 这样才既可以强化自由刑的严厉性,又可以实现死刑的废止。终身监禁的人道性基础来源于对死刑立即执行的替代,如果不直接产生这种替代,终身监禁也就没有了人道性的“护身符”,将与法治社会“格格不入”。最终导致的结果是在“死刑过重”的基础上又增加了“生刑过重”,相当于由原来的一种酷刑,变成两种酷刑并存。^{〔56〕} 而这并不是我们所希望看到的。

〔54〕 赵秉志:《中国死刑替代措施要论》,载《学术交流》,2008(9)。

〔55〕 袁彬:《我国民众死刑替代观念的实证分析》,载《刑法论丛》(第4卷),175页,2009。

〔56〕 车浩:《刑事立法的法教义学反思——基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,载《法学》,2015(10)。

(二)

略谈最新司法解释中贪污受贿犯罪的定罪量刑标准

赵秉志^{*}

一、《刑法修正案(九)》的相关修改

进一步完善反腐败刑法规范是《刑法修正案(九)》修法的重点之一,而合理调整贪污受贿犯罪定罪量刑标准的模式则是其中的一大亮点。鉴于1997年刑法典对贪污受贿犯罪定罪量刑规定单一的具体数额标准的种种弊端(如难以全面而适时地反映案件的社会危害程度,不能充分贯彻罪责刑相适应原则等),根据各方面的意见和建议,《刑法修正案(九)》实事求是地对此作了合理调整,将贪污受贿犯罪原来的单一依据具体数额进行定罪量刑的模式,修改为“概括数额+情节”的定罪量刑模式,即原则上规定“数额较大或者情节较重”“数额巨大或者情节严重”“数额特别巨大或者情节特别严重”三种由轻到重的犯罪情况,相应规定了三档法

^{*} 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、长江学者特聘教授、博士生导师,中国刑法研究会会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

定罪;并规定数额特别巨大且使国家和人民利益遭受特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑。

为了维护国家司法的统一性和公正性,《刑法修正案(九)》所确定的“概括数额+情节”的贪污受贿犯罪的定罪量刑标准必须由依法享有司法解释权的国家最高司法机关(即最高人民法院和最高人民检察院,以下简称“两高”)以司法解释的形式予以具体规定。“两高”经过一段时间的认真调查研究和听取各方面的意见,于日前制定通过了《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)。《解释》在《刑法修正案(九)》相关规范的基础上,科学合理地设定了贪污受贿犯罪定罪量刑的具体数额和情节标准,很好地贯彻了《刑法修正案(九)》的相关修法精神暨司法公正、罪责刑相适应原则的要求。

二、关于数额标准的解读

贪污受贿犯罪是贪利型的职务犯罪,犯罪数额是其社会危害程度的基本决定因素。因而《刑法修正案(九)》关于贪污受贿犯罪定罪量刑标准的设定,还是以犯罪数额为首要的模式,只是改“具体的数额模式”为“概括的数额模式”,以维护刑法立法的稳定性和适应性,并授权最高司法机关可以动态地、科学合理地设置某一时期的具体数额标准。《解释》则将经《刑法修正案(九)》修改的刑法典第383条、第386条贪污罪、受贿罪由轻到重三种罪状(即数额)及其对应的法定刑档次确定为:贪污或者受贿数额在3万元以上不满20万元的为“数额较大”,适用“三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金”的法定刑幅度(《解释》第1条第1款);贪污或者受贿数额在20万元以上不满300万元的为“数额巨大”,适用“三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产”的法定刑幅度(《解释》第2条第1款);贪污或者受贿数额在300万元以上的为“数额特别巨大”,适用“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产”的法定刑幅度(《解释》第3条第1款)。《解释》关于数额模式的规定即其所确定的贪污受贿犯罪定罪量刑的数额标准,涉及以下三个问题:

其一,数额标准应采用什么模式规定?从理论与实践的结合上考虑,对于贪污受贿犯罪的数额标准采用何种模式规定,大体上有三种模式选择:一是数额幅度模式。即由“两高”制定司法解释规定贪污受贿犯罪定罪量刑的数额幅度,同时授权省级司法机关在司法解释规定的数额幅度内,根据本地区经济发展水平并考

考虑当地犯罪状况,确定本地区执行的具体数额标准,再报“两高”批准。如“两高”对盗窃罪、诈骗罪等侵犯财产犯罪的具体数额确定即采用了此种模式。二是不同类型的地区数额分立模式。即由“两高”将全国各省区按其经济发展状况划分为三类或四类地区,并对几类地区分别确定不同的数额。以上两种模式可以说都是因地制宜的数额标准,相比之下,第一种模式的差异是因省区而异,各省区自行确定数额;而第二种模式是不同类型地区间有所差异且其数额标准是由“两高”具体确定的。这两种模式的优点是考虑了不同地区经济发展状况对贪污受贿犯罪数额所体现的社会危害程度的不同影响;其主要弊端是造成司法的不统一,并给犯罪行为跨省区案件的指定管辖和定罪量刑带来困难。三是统一数额模式。即由“两高”以司法解释在全国范围内规定统一的贪污受贿犯罪定罪量刑的数额标准。这是《解释》所采取的模式。此种模式的优点,一是维护了司法的统一性;二是对跨省区案件的定罪量刑采取统一标准维护了司法的公平公正,也增强了司法的可操作性。其弊端是未能体现不同地区经济发展状况之差异。相比之下,可以说第三种模式的利大于弊,因为司法的统一与公正尤其是现代刑事司法的生命线。因此,对《解释》所采取的统一数额模式应予以肯定和支持,并且可以在司法实践中予以检验和完善。

其二,怎样确定贪污受贿犯罪的起刑点数额?即“数额较大”的标准应怎样掌握?1988年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》对贪污罪、受贿罪设置的起刑点是2000元,1997年刑法典将这一起刑点提高至5000元,《刑法修正案(九)》在立法上取消此一起刑点具体数额的规定,而改为“数额较大”的概括规定,并将“数额较大”的确定标准交由最高司法机关以司法解释来明确。那么,对贪污受贿犯罪“数额较大”的标准应怎样掌握?原来的5000元起刑点是应维持不变还是要有所提高?若需要提高,其提高幅度应有多大?对此问题存在较大的意见分歧,大体上有三种主张:第一种观点主张5000元的起刑点不宜提高,甚至还应有所降低。认为这是严惩腐败犯罪的要求,是契合中央对腐败行为“零容忍”的反腐政策的,也是符合严厉反腐败的社会舆情和民众呼声的。第二种观点主张此一起刑点应适当提高,但不宜提得太高,比如可以将“数额较大”的起刑点提高至1万元。第三种观点主张对此起刑点即“数额较大”的标准应予以明显的提高,比如可以提高到3万元。“两高”的《解释》采纳了上述第三种观点,将这一起刑点提高至3万元。笔者认为《解释》此一规定是正确的抉择,因为对贪腐行

为的“零容忍”绝不等于对贪污受贿犯罪要实行刑事犯罪门槛的“零起点”。我国刑法对犯罪行为之规制一贯坚持质与量相统一的思想,并以行为的社会危害程度大小来作为区分犯罪行为与一般违法行为的界限。在当前反腐败的大潮中,中央也旗帜鲜明地提出要把党纪政纪挺在刑事追究的前面,即对贪污受贿行为在定罪量刑之前,要有党纪政纪处分可以独立发挥作用的空间。再者,贪腐行为的社会危害程度是一个变量,它会随着社会经济的发展状况而相应地变化。自1997年刑法典规定贪污受贿犯罪5000元起刑点迄今,我国经济社会的发展变化巨大,人均GDP自1997年至2014年增长了约6.25倍,而适用了近20年的贪污受贿犯罪5000元的起刑点却仍未变化,已严重不符合当初设定这一起刑点时所掌握的社会危害程度,因而适当提高这一起刑点数额乃势在必行,而且提高太小也不解决问题。据介绍,《解释》将此起刑点数额由原来的5000元提高至3万元,这也是符合近年来司法实践中予以刑事追诉的贪污受贿犯罪案件的实际情况的。而从实际出发、实事求是,历来是我国刑事法治所注意贯彻的重要理念。

其三,怎样确定贪污受贿犯罪“数额巨大”“数额特别巨大”的标准?《解释》结合对既往司法实践的考察和相关立法精神,将贪污受贿犯罪“数额巨大”的标准确定为满20万元,将其“数额特别巨大”的标准确定为满300万元。其主要考虑是要适当拉开不同量刑档次的级差,以更好地贯彻罪责刑相适应原则下的区别对待。我认为《解释》这一改动是正确的,是值得充分肯定的。在《刑法修正案(九)》之前,《刑法典》第383条、第386条关于贪污受贿犯罪第二档次(对应现在的“数额巨大”)的数额规定是5万元,法定刑为5年以上有期徒刑;第三档次(对应现在的“数额特别巨大”)的数额规定是10万元,法定刑为10年以上有期徒刑或者无期徒刑。其主要问题有二:一是在起刑点数额(即“数额较大”)过低的基础上,《刑法典》中对“数额巨大”“数额特别巨大”的具体数额设置也均过低,严重脱离当前经济社会背景下数额之社会危害性程度的真实情况,导致罚过其罪,与配置的重刑显然不协调。二是数额与刑罚相对应的量刑区间狭窄,轻重罪刑之间缺乏科学合理的幅度和梯次之分。这不但表现在从第一档次起刑点的5000元(对应1年以上7年以下有期徒刑)到第二档次的5万元(对应5年以上有期徒刑)、再到第三档次的10万元(对应10年以上有期徒刑或者无期徒刑)之间总共仅有9.5万元的数额差距,而法定刑就从1年有期徒刑上升到10年以上有期徒刑或者无期徒刑,导致数额差距空间较小而刑罚轻重差距过大;而且犯罪数额在5000元到

10 万元的,实践中的量刑也大体上是按照 1 万元判刑 1 年掌握,看似公平,实则显属轻罪重罚。其问题更突出地表现在第三档次(即 10 万元以上判处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑)的罪刑关系上,在此档次,只要不属于“情节特别严重的,处死刑”的情况,则贪污受贿数额满 10 万元与不满 10 万元的案件在量刑上轻重差别巨大,而贪污受贿数额 10 万元、几十万元的案件与数百万元、数千万元的案件在量刑上却差别不大(其量刑区间仅为 10 年至 15 年有期徒刑、无期徒刑),导致这一档次在实践中长期存在罪刑失衡、重刑集聚的不合理现象。以上这些弊端严重违背了我国刑事法治中社会危害性理论的基本原理和罪责性相适应原则的要求,严重有损现代刑事法治的公平正义理念。因而相当一个时期以来,各方面要求合理调整和适当提高贪污受贿犯罪加重刑罚的第二档次、第三档次之数额标准的呼声很高,这也正是《刑法修正案(九)》将其更改为概括性的“数额巨大”“数额特别巨大”的立法本意所在。此次我国最高司法机关在《解释》中将属于第二量刑档次的“数额巨大”提高至满 20 万元,将属于第三量刑档次的“数额特别巨大”提高至满 300 万元,较过去的相应数额标准有了较大幅度的提高,其数额标准的确定是建立在对我国当下经济社会状况及贪污受贿数额的社会危害程度认真调研把握之基础上的,是符合目前我国社会罪刑关系实际的。如此设置,给 3 年以上 10 年以下有期徒刑的适用以及 10 年有期徒刑以上刑罚的适用都留下了尽可能大的犯罪数额对应空间,有利于从根本上解决司法实践中长期存在的贪污受贿犯罪之量刑罪刑失衡、重刑集聚的现象,从而较好地贯彻了罪责刑相适应的刑法基本原则。

三、关于情节标准的解读

在 1997 年刑法典中,贪污受贿犯罪的定罪量刑以具体数额为基本模式,“情节”只是其补充因素。《刑法修正案(九)》改变了既往刑法典中单纯计赃论罪论罚的具体数额的基本模式,而代之以“数额+情节”(实际上是“数额或情节”)的模式,即将“情节较重”与“数额较大”并列,将“情节严重”与“数额巨大”并列,将“情节特别严重”与“数额特别巨大”并列,相应规定了三档法定刑。也就是说,由《刑法修正案(九)》第 44 条的语义来看,国家立法机关显然是把“情节”作为与“数额”并列的贪污受贿犯罪之定罪量刑标准看待的,即贪污受贿犯罪之定罪量刑有两个标准,一为数额标准;二为情节标准,二者并列而相互区别、相互独立,具备其中之

一即可。但是,“两高”的《解释》一方面规定了独立的数额标准;另一方面却没有规定完全独立于数额的情节标准,而是将情节与相对较低的数额(大体上减半)相结合而规定了“数额+情节”模式的标准。此种模式与数额模式的三个档次相对应,区分为三档罪刑规范:

(1) 贪污受贿数额在1万元以上不满10万元,同时具有《解释》所列举的严重情节之一的,即认定为法条规定的“其他较重情节”,与“数额较大”(即单纯的数额在3万元以上不满20万元)一样适用第一档次的法定刑;

(2) 贪污受贿数额在10万元以上不满150万元,同时具有《解释》所列举的严重情节之一的,即认定为法条规定的“其他严重情节”,与“数额巨大”(即单纯的数额在20万元以上不满300万元)一样适用第二档次的法定刑;

(3) 贪污受贿数额在150万元以上,同时具有《解释》所列举的严重情节之一的,即认定为法条规定的“其他特别严重情节”,与“数额特别巨大”(即单纯的数额在300万元以上)一样适用第三档次的法定刑。针对“两高”《解释》将《刑法修正案(九)》所规定的独立于数额的情节标准改造成“数额+情节”模式,应当探讨和明确以下几点:

其一,为什么要将情节标准改造成“数额+情节”标准?在《刑法修正案(九)》的修法过程中,鉴于过去单纯数额标准的弊端,一种意见反对将数额作为贪污受贿犯罪的主要定罪量刑标准,主张应以脱离数额的情节作为其定罪量刑的标准,规定“情节较重、情节严重、情节特别严重”三种情形及相应的三档法定刑。国家立法机关经研究没有采纳单纯的情节标准之主张,也没有维持既往的单纯具体数额标准之模式,而是采取了将数额与情节并列、“数额+情节”(或者更准确地说“数额或情节”)标准的模式。而最高司法机关的《解释》又在数额标准之外的情节标准中加入了数额因素,将情节与数额挂钩,使情节标准实际上成为“数额+情节”(或者说“情节+数额”)的模式。这主要是基于两点考虑:一是犯罪数额在贪污受贿犯罪危害程度的衡量中具有基础性的作用,对此类贪利性职务犯罪之定罪量刑虽不能一概地单纯考虑数额,但也往往离不开对犯罪数额的考量,这也是罪责刑相适应原则的要求和体现;二是完全脱离数额的其他情节之严重程度往往难以量化和准确把握,若仅根据其他情节决定刑罚裁量可能会出现数额较小而判刑过重的罪刑失衡现象,也容易给量刑的随意性留下空间。我认为最高司法机关这两点考虑是值得充分肯定的,是准确地把握了数额与其他情节对贪污受贿犯罪之

危害程度影响的辩证关系,也是借鉴了以往我国最高司法机关在侵犯财产类犯罪之司法解释中的成功经验。因此,应当予以认同和支持。当然,将来若能对立法上关于情节标准独立于数额之规定作适当修改,使情节标准从立法上看也有容纳一定数额因素的空间,以使立法与司法合理协调,则效果会更好。

其二,关于情节标准与数额标准的关系问题。按照《刑法修正案(九)》的相关规范和“两高”《解释》第1~3条的规定,可以说,我国当前对贪污受贿犯罪的定罪量刑标准是采用了“两套标准”“三个档次”(三个罪刑单位)。两套标准之一为数额标准,这也是贪污受贿犯罪基本的定罪量刑模式,区分为“数额较大”(满3万元不满20万元)、“数额巨大”(满20万元不满300万元)、“数额特别巨大”(300万元以上)三个档次并配置由轻到重的三档法定刑;两套标准之二为情节标准,更确切地讲应为“数额+情节”(亦可称“情节+数额”)标准,区分为“其他较重情节”(满1万元不满10万元,同时具备《解释》所列严重情节的)、“其他严重情节”(满10万元不满150万元,同时具备《解释》所列严重情节的)、“其他特别严重情节”(150万元以上,同时具备《解释》所列严重情节的)三个档次,并与符合数额标准者一样分别适用三档法定刑。由此可见,贪污受贿犯罪定罪量刑的数额标准与情节标准(“情节+数额”标准)是并行不悖的、彼此独立的两套标准:没有《解释》所列举的严重情节者即不适用数额标准而适用数额标准;具有《解释》所列举的严重情节者适用情节标准(“情节+数额”标准),此时的数额要求要依照《解释》之规定有所降低,原则上是减半掌握。“两高”《解释》对《刑法修正案(九)》所确定的贪污受贿犯罪定罪量刑之概括数额标准的具体化,以及对其情节标准进行的“情节+数额”改造和具体化,使这两种标准形成互补关系且均明确、具体而具备可操作性,这是值得充分肯定的。

其三,关于贪污受贿犯罪“严重情节”的抉择。在“数额+情节”模式下,大体上减半掌握数额标准,从而使数额外的其他情节成为影响贪污受贿犯罪定罪量刑的重要因素。为使情节因素正确而充分地发挥其对贪污受贿犯罪定罪量刑的作用,“两高”《解释》以能够真正体现犯罪特点、并对贪污受贿犯罪定罪量刑有重要意义为标准,认真选择了若干严重情节加以规定。具体而言,对贪污罪规定的严重情节有六项:(一)贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的;(二)曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的;(三)曾因故意犯罪受过刑事追究的;(四)赃款赃物用于非法活动的;(五)拒不交代赃款赃物

去向或者拒不配合追缴工作,致使无法追缴的;(六)造成恶劣影响或者其他严重后果的(《解释》第1条第2款)。这些情形从犯罪对象、犯罪行为、行为人主观恶性和人身危险性、认罪悔罪态度和危害后果等方面说明了社会危害性较大,因而被合理地确定为影响贪污罪定罪量刑的因素。对受贿罪规定的严重情节分为两类:第一类是仅适用于受贿罪第一档次的上述贪污罪第(二)项至第(六)项的5种情节。第二类是同时适用于受贿罪三档的另外3种情节:(一)多次索贿的;(二)为他人谋取不正当利益,致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的;(三)为他人谋取职务提拔、调整的。这三项情节是针对受贿罪特点而设立的,而且对受贿案件的危害程度或行为人的主观恶性程度有显著影响。第一项“多次索贿”表明了行为了主观恶性较大;第二项“贪赃枉法”又造成损害后果明显具有更重的社会危害性;第三项组织、人事类腐败危害性质和程度都十分严重,因而将这三项情形规定为受贿案件的严重情节是合乎法理与情理的。总之,《解释》所规定的贪污罪受贿罪的这些严重情节,都是从我国相关的司法实践中总结出来的,并具有相应的理论根据。当然,对《解释》所规定的这些严重情节,还可以通过司法实践予以检验和进一步完善。

四、结语

以上着重围绕“两高”《解释》关于贪污受贿犯罪定罪量刑标准,对其“数额标准”和“情节标准”进行了粗浅的探讨。但对于本属贪污受贿犯罪定罪量刑范畴的特重大案件的死刑和终身监禁的适用问题(《解释》第4条),由于本文篇幅所限,尚未能论述。

综上所述,笔者认为,“两高”《解释》关于贪污受贿犯罪定罪量刑标准之规定,贯彻宽严相济的基本刑事政策、完善反腐败法治的修法精神以及罪责刑相适应的刑法基本原则,并注意规范的科学性、合理性和可操作性,是一个极其重要的司法解释文件。其付诸实施必将切实促进我国的刑事司法实践。我们应当认真学习、研究《解释》的精神与规范。

对贪污贿赂犯罪定罪量刑标准的理解与分析

梁文彩* 刘志伟**

一、引言

近些年来,我国腐败犯罪处于高发态势,特别是大案要案频出,严重阻碍我国社会主义各项建设事业的顺利发展,因而反腐败成为我国社会治理中一个刻不容缓的重要问题。随着反腐败工作的逐步深入,实践中出现了一些新问题、新情况,我国有关贪污贿赂犯罪的立法亟须针对这些问题和情况做出回应。在这一背景之下,《刑法修正案(九)》对贪污贿赂犯罪做了较大幅度的修改,其中一项重要内容就是将贪污受贿犯罪的定罪量刑标准由原来单一的具体数额模式修改为“概括数额+情节”模式,即原则上规定“数额较大或者情节较重”“数额巨大或者情节严重”“数额特别巨大或者情节特别严重”三种犯罪情况,并配置轻重不等的三档法

* 北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院副院长、教授、博士生导师,中国刑法学研究会秘书长。

定罪;并规定数额特别巨大且使国家和人民利益遭受特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑。无论是“概括数额”还是“其他情节”都有较大的模糊性,极易导致法官裁量权过大而产生同罪不同罚的现象,为配合新修订贪污犯罪刑法条文的实施和运用,最高人民法院和最高人民检察院制定并通过了《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)。《解释》规定贪污受贿罪“数额较大”“数额巨大”以及“数额特别巨大”的最低数额起始点分别为3万元、20万元和300万元;对“其他情节”的解释则采用了“较低数额+特定情节”的模式,具体而言:“数额达到1万元而不满3万元且具备特定情节的”属于“情节较重”,“数额达到10万元不满20万元且具备特定情节的”属于“情节严重”,“数额达到150万元而不满300万元且具备特定情节的”属于“情节特别严重”。上述两套标准相互独立、并行不悖,无论是满足单纯数额标准还是具备“其他情节”都可以使行为认定构成犯罪或者提升法定刑幅度。不仅如此,《解释》着眼于协调统一严厉打击各类职务犯罪的需要,亦规定了行贿罪、利用影响力受贿罪、对有影响力的人行贿罪以及非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪等罪的定罪量刑标准,填补了司法空白。下面本文试结合《刑法修正案(九)》相关条文的规定着重就贪污受贿犯罪、行贿犯罪的定罪量刑标准进行剖析,提出个人的思考和认识,以求教于学界同仁。

二、有关贪污受贿犯罪数额问题的分析

《解释》对于贪污受贿罪规定的数额可以区分为定罪数额与量刑数额两种情况:定罪数额就是决定行为是否构成犯罪的数额,即“数额较大”的标准,其起到划定犯罪圈的作用;而量刑数额则是指在能够认定构成犯罪的情况下提升法定刑幅度的数额,也就是所谓的“数额巨大”和“数额特别巨大”的标准。就定罪数额而言,最低一万元的定罪标准与原有1997年刑法规定的入罪数额五千元相比虽然有所增长但幅度有限,特别是与近二十年来我国国民经济生产总值上升六倍多的情况相比,入罪标准仅增长一倍,可以说是压得很低,^{〔1〕}不会对实际惩治贪污受

〔1〕 阮齐林:“依法从严惩治贪污贿赂犯罪”,<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1841808.shtml>,访问日期2016年5月11日。

贿犯罪造成巨大的冲击,^{〔2〕}因而很多学者都认为这一数额变化较为合理。至于加重处罚的数额规定与1997年刑法相比则有较大幅度的提高,这主要是为了拉开不同量刑档次的犯罪数额,为法官量刑时贯彻罪责刑相适应原则提供足够的裁量空间。

1. 有关贪污受贿犯罪数额的累计计算

无论是入罪与否的判断还是刑罚幅度的选择,犯罪数额的认定对于贪污受贿犯罪都至关重要,特别是在《刑法修正案(九)》对贪污受贿犯罪增设罚金刑的情况下,《解释》第19条将犯罪数额作为确定罚金刑的重要依据,因此犯罪数额的认定还事关罚金刑的准确适用。对于多次贪污所涉及的犯罪数额如何计算,《刑法典》第383条早有规定,即“对多次贪污未经处理的,按照累计贪污数额处罚”。虽然刑法典对于受贿数额是否也同样累计计算没有明确规定,但依据第386条的规定,上述规定应同样适用于受贿罪。为避免不必要的误解,《解释》第15条第1款对此予以明确,“对多次受贿未经处理的,累计计算受贿数额。”“累计计算”就是数额的简单相加,这一点自不待言,至于如何理解“未经处理”则有不同认识。一种观点认为,“多次贪污未经处理,是指两次以上的贪污行为,以前既没有受过刑事处罚,也没有受过行政处理,追究其刑事责任时,应当累计计算贪污数额。”^{〔3〕}此种观点曾有一定的法律依据,最高人民法院、最高人民检察院在《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》(1989.11.6)中规定,“多次贪污未经处理,是指两次以上(含两次)的贪污行为,既没有受到刑事处罚(包括免于起诉、免于刑事处分)也没有受到行政处理。”然而该规定已被2013年1月18日起施行的《关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间制发的部分司法解释和司法解释性质文件的决定》废止,因此是否可以继续依照解答中的规定来理解“未经处理”不无疑问,此其一;其二,这里的“行政处理”又该如何理解,是等同于行政处罚、还是相当于行政处分、抑或是包括有行政处罚和行政处分,明显语焉不详。事实上,行为人实施贪污受贿犯罪未达犯罪程度的情况下应受到党纪、行政处分,而不会给予行政处罚。因此,行政处理并非法律专有名词,含义模糊,以此来认定“未经处理”有欠妥当。

〔2〕 陈兴良:“贪污受贿罪数额的合理调整”,<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1841803.shtml>,访问日期2016年5月11日。

〔3〕 臧铁伟主编:《中华人民共和国刑法修正案(九)解读》,307页,北京,中国法制出版社,2015。

另一种观点认为,“对多次受贿未经处理的,累计计算受贿数额。这里的‘处理’,包括刑事处罚和党纪、政纪处分。”^{〔4〕}也就是说,凡是经过刑事处罚和党纪、政纪处分的受贿数额就不再予以累计计算(这应该同样可以适用于贪污行为犯罪数额的累计计算问题)。这种观点避免使用“行政处理”这一笼统说法,代之以“党纪、政纪处分”,更为明确;此外,经过刑事处罚的犯罪数额不再累计计算也符合禁止性重复评价原则的基本要求,但对于经过党纪、政纪处分的犯罪数额是否累计计算的问题还需深入分析。从一般理论出发,笔者认为经过党纪、政纪处分的犯罪数额是可以累计计算的。党纪处分属于政治责任,政纪处分虽然属于法律责任,但与刑事责任是完全不同性质的法律责任,行为人完全可以因为某一贪污受贿行为而同时受到刑事追究和党纪、政纪处分,例如,行政机关公务员依法被判处刑罚的同时要给予开除处分,又或者在查处贪贿案件时先给予行为入党纪、政纪处分后再移交司法机关处理。因此,刑事追究与受党纪、政纪处分并行不悖、互不冲突,受过党纪、行政处分的犯罪数额累计计算并不违反禁止重复性评价原则。但是我们还必须注意到,《解释》将“曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的”(第1条第2款第2项规定,这里的行政处分应等同于政纪处分)作为入罪或者提升法定刑幅度的特定情节,当适用这一情节来认定犯罪或者加重处罚时,再将因贪污受贿受过党纪、行政处分的犯罪数额予以累计计算,则有重复评价的嫌疑。因此,在适用“曾受过党纪、行政处分”这一情节时应排除这一部分数额的累计计算。例如,行为人曾因贪污五千元而受过党纪、行政处分,此次又贪污一万元,处理时只需根据本次贪污一万的事实和曾经受过党纪、行政处分的情节认定行为人构成贪污罪,至于前次受过党纪、行政处分的贪污数额则不予累计计算。当然,如果行为人同时具有其他特定情节时,经过党纪、行政处分的犯罪数额有必要予以累计计算。例如,行为人以前曾因贪污五千元而受到党纪、行政处分,此次又贪污五千元并将贪污所得用于非法活动,这种情况下可以将以前受过党纪、行政处分的贪污数额和本次实施的贪污数额累计计算,在此基础上又因为具备“赃款赃物用于非法活动”(《解释》第1条第2款第4项)这一情节而可以认定构成犯罪。此时可以累计计算是因为定罪时并未适用“曾因贪污受过党纪、行政处分”这

〔4〕 万春、绿杰、卢宇蓉、杨建军:“办理贪污贿赂刑事案件要准确把握法律适用标准”,http://www.360doc.com/content/16/0525/14/22741532_562183647.shtml,访问日期 2016 年 5 月 25 日。

一情节,同一事实并未重复适用;反之,如果不予累计计算,则可能导致无论行为入具有多少特定情节却因犯罪数额不够而逃避刑事责任追究。综上,笔者认为应区分不同情况,考虑是否需要将受过党纪、行政处分的犯罪数额累计计算的问题,一律不予累计则难以应对复杂的实践情况,不利于严厉打击贪污受贿犯罪。

2. 贪污受贿犯罪数额与一般侵财犯罪数额的协调

贪污受贿犯罪与一般侵财犯罪同属于广义上的经济犯罪,这就不可避免地要涉及二者犯罪数额的横向协调问题。他们的犯罪数额会随着社会经济发展状况的变化而适时予以调整,不仅《解释》对贪污受贿犯罪的犯罪数额进行了调整,近年来最高司法机关也对盗窃罪、敲诈勒索罪等侵财犯罪的犯罪数额进行了调整。而经过对比笔者发现,贪污受贿犯罪数额始终与盗窃罪等侵财犯罪存在差距,更为重要的是这一差距随着犯罪数额的调整在进一步扩大。以盗窃罪的定罪数额为例,最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》(1998. 3. 10)规定,个人盗窃公私财物价值人民币 500 元至 2000 元以上的,为“数额较大”,此时贪污受贿犯罪的入罪数额为 5000 元,就以盗窃罪入罪的最低数额来计算,贪污受贿犯罪入罪数额是盗窃罪的 10 倍。经过调整后,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》(2013. 4. 4)规定,盗窃公私财物价值 1000 元至 3000 元以上为《刑法》第 264 条规定的“数额较大”,与此同时在具备特定情节时数额较大的标准是上述规定的 50%。将修改后的贪污受贿犯罪数额与上述盗窃罪最低的入罪数额相比,在单纯数额的情况下,贪污受贿犯罪的入罪数额是盗窃罪的 30 倍(30 000/1000),而在具备特定情节的情况下,贪污受贿入罪数额则是盗窃罪的 20 倍(10 000/500)。从纵向上看,贪污受贿犯罪的入罪数额调整幅度确实不大,但从横向对比出发,贪污受贿犯罪与其他侵财犯罪的数额差距进一步扩大的事实恐怕很难说是体现和照顾了二者的衔接和协调。而且问题还不止于此,根据《解释》第 11 条规定,职务侵占罪数额较大的起点是贪污罪的 2 倍,即职务侵占罪的入罪数额起点从原来的 5000 元至 1 万元一下子提升至 6 万元,而经过这一调整,职务侵占罪与盗窃罪入罪数额的差距扩大至 60 倍(在具备特定情节时则是 120 倍)。他们同属于刑法分则第五章规定的侵财犯罪,但二者之间入罪数额差距如此之大很难令人信服,即便是不考虑贪污受贿犯罪与一般侵财犯罪的协调问题,也仍有必要考虑第五章内部不同侵财犯罪数额的协调问题,不能顾此失彼。虽然有学者提出,贪污受贿等职务犯罪与一般财产犯罪各

有特点,对于职务犯罪动辄几百万元乃至上千万元,而一般侵财犯罪很难出现这种情况,这是客观事实。但笔者认为也不能因此而毫不顾及二者之间的协调关系,差距过大会引起普通民众的误解,认为刑法无公平公正而言,因此仍有必要进一步对盗窃罪等侵财犯罪的数额标准进行调整。

三、对贪污受贿犯罪特定情节的分析

《刑法修正案(九)》在对贪污受贿犯罪进行修改时,仍未将受贿罪的刑罚规定独立于贪污罪,《解释》认识到二者的不同,在规定特定情节时进行了必要的区分,在第1条中分设两款适用于贪污罪(第1条第2款)和受贿罪(第1条第3款),而且受贿罪考虑的特定情节因素要多于贪污罪。^{〔5〕}这些情节从犯罪对象、犯罪行为、行为人主观恶性和人身危险性、认罪悔罪态度和危害后果等方面说明了社会危害性较大,因而被确立为影响定罪量刑的因素。^{〔6〕}值得注意的是,能够同时适用于贪污罪和受贿罪的《解释》第1条第2款规定的5项特定情节,既可以成为受贿罪入罪的情节条件,同时也可以作为其加重处罚的情节条件。因为从语义出发,《解释》第2条第3款和第3条第3款规定中“第一条第三款规定的情形之一”应该是包括第1条第3款的完整内容,它分为两部分,一是借用贪污罪中的五种情节,因为内容相同为避免重复叙述进而采用简略用语;二是只针对受贿罪的三种情节,这种理解并未超出词语的语义范围。关于贪污受贿犯罪的特定情节,以下几点问题笔者认为有必要予以深入探究和解读。

1. 曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的

《解释》这种情况作为入罪或者加重处罚的条件主要是从特殊预防的角度考虑,行为人曾因贪污、受贿、挪用公款受到过党纪、行政处分却仍不思悔改,继续实施同种类犯罪,说明行为人主观恶性及人身危险性大。其实盗窃罪、抢夺罪、敲诈

〔5〕 具体而言,能够适用于贪污罪的特定情节包括6项:(1)贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的;(2)曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的;(3)曾因故意犯罪受过刑事追究的;(4)赃款赃物用于非法活动的;(5)拒不交代赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作,致使无法追缴的;(6)造成恶劣影响或者其他严重后果的。而适用于受贿罪的特定情节则有8项,除上述的第(2)项至第(6)五项情节外,还有专门适用于受贿罪的三项特定情节,(1)多次索贿的;(2)为他人谋取不正当利益,致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的;(3)为他人谋取职务提拔、调整的。

〔6〕 赵秉志:“略谈最新司法解释中贪污受贿犯罪的定罪量刑标准”,<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1841810.shtml>,访问日期2016年5月11日。

勒索罪等的司法解释中也有类似规定,如“一年内曾因盗窃受过行政处罚的”。与一般侵财犯罪的规定相比,贪污受贿犯罪中的这一情节并无时间要求,也就是说无论以前何时因为实施贪污、受贿、挪用公款而受到过党纪、行政处分都可以成为本次贪污受贿入罪或者加重处罚的条件,这其中显然体现出对贪污受贿犯罪从严打击的态度。从处分类型来看主要包括两种,分别是党纪处分和行政处分,二者只要具备其一即可,司法实践中一般情况是行为人因为同一行为既受到党纪处分也受到行政处分,但也不能排除二者分离情况的存在,因此《解释》这一表述能照顾到实践中各种复杂情况,尽量减少遗漏。值得一提的是,《刑法修正案(九)》将1997年《刑法》第383条中“酌情予以行政处分”删除,也就是说贪污受贿即便没有构成犯罪也需要一律予以处分,而不能酌情,以形成党纪、行政处分与刑事责任追究的完美对接,实现对贪污受贿犯罪的零容忍。而《解释》专门规定这一情节,更是完成了《解释》与刑法典规定的有效衔接,因为自《刑法修正案(九)》生效后,贪污受贿行为要么受到刑事追究,要么给予党纪、行政处分,应无一例外,而行为人一旦受过党纪、行政处分,今后无论何时都可以成为认定构成贪污受贿犯罪或者加重处罚的条件,如此一来便能够形成对行为人的有效震慑。

在对这一情节进行分析时,引起笔者思考的是“行政处分”究竟指的是什么、其范围应如何界定。目前我国有关行政处分的规定比较凌乱,理论认识上也有分歧,而本解释赋予行政处分非常重要的地位,因此有必要对行政处分予以明确界定。从理论上讲,我国学者对行政处分的定义还没有达成一致,概括起来有狭义与广义两大类,它们的主要差别在于能够适用行政处分的对象范围不同:前者认为行政处分仅能适用于国家行政机关公务员;而后者则认为行政处分的对象可以是所有国家工作人员。^{〔7〕}从我国的实际情况来看,一方面,根据《中华人民共和国公务员法》和《中华人民共和国行政监察法》制定的《行政机关公务员处分条例》使用的并非“行政处分”而是“处分”一词,但其实质应是行政处分无疑,因此在一些法律法规中未使用“行政处分”一词并不意味着其不是行政处分,仅以相关法律法规中是否使用“行政处分”来认定其范围显然是不合适的。另一方面,中纪委于2013年5月公布的《关于党的机关、人大机关、政协机关、各民主党派和工商联机关公务员参照执行〈行政机关公务员处分条例〉的通知》规定,中国共产党的

〔7〕 参见张茂林:《关于我国行政处分定义的思考》,载《辽宁行政学院学报》,2008(2)。

机关、人大机关、政协机关、各民主党派和工商联机关公务员有违法违纪行为应当追究政纪责任的,应当按照《中华人民共和国公务员法》有关规定,结合各自机关实际,参照《行政机关公务员处分条例》执行。由此可见,行政处分的适用范围已明显突破行政机关公务员的范围。不仅如此,企事业单位都普遍使用行政处分这种惩戒措施,各种国家工作人员受到行政处分的例子几乎都能找到,^{〔8〕}因而一味坚守行政处分的狭义认识已明显不合时宜。而落脚于刑法严厉打击贪污受贿犯罪的视角,笔者认为也应采广义说,即针对国家工作人员的纪律处分都可以划归入行政处分的范畴。因为如果将行政处分的范围限定过窄,则可能使得国家工作人员中的部分人员在实施贪污受贿行为时不能受到行政处分,而如果这些人员也不是党员因而也无法以党纪处分加以规制,此时对行为人再次实施的贪污受贿行为则无法认定犯罪或者加重处罚,然而事实上这些人员曾经实施过腐败行为的事实同样表明其主观恶性和人身危险性程度大,仅仅因为行政处分范围界定的问题而导致对其不能入罪或加重处罚明显不合理。因此,对行政处分采广义说有利于防止出现打击漏洞。当然有学者指出,从立法上看,除了行政处分的概念之外,我国现行法律中所涉及的几乎所有行政概念都只与国家行政机关有关,因而继续沿用“行政处分”的概念来表述对所有国家工作人员的处分是不恰当的。^{〔9〕}也正因如此,《中华人民共和国公务员法》《中华人民共和国法官法》《中华人民共和国检察官法》等法律在规定中所使用的概念都是“处分”而不是“行政处分”,这说明立法者已经开始意识到这个问题。特别是《刑法修正案(九)》已将“酌情予以行政处分”规定删除的情况下,《解释》继续沿用“行政处分”这一概念有欠妥当,因此笔者认为应考虑刑法解释与行政法律法规在概念上衔接,避免出现不必要的混乱。

2. 曾因故意犯罪受过刑事追究的

以前很多人认为受过刑事追究的人不可能再实施贪污受贿犯罪,但因为种种原因,司法实践中也确实存在着已经受过刑事追究的人仍属于国家工作人员继而实施贪污受贿犯罪的情况。例如,行为人以前曾因故意犯罪而被追究刑事责任,但此后却可能被选为村民委员会的组成人员而在一定条件下具备国家工作人员的身份,因为《村民委员会组织法》并未规定曾因故意犯罪而受过刑事追究的人不

〔8〕 参见张茂林:《关于我国行政处分定义的思考》,载《辽宁行政学院学报》,2008(2)。

〔9〕 参见姚瑞敏:《关于行政处分概念和性质的思考》,载《天津行政学院学报》,2001(3),26页。

可以被选为村委会成员。因此,最高司法机关考虑实践情况的复杂性而纳入此项规定,是尊重客观事实的表现,应该说是科学的。但司法实践在适用这一情节时应注意以下问题,“曾因故意犯罪受过刑事追究”本身可能符合累犯的条件,如果将“曾因盗窃受过刑事处罚”作为入罪条件时,是否还可以再依据累犯而对行为人从重处罚。例如,行为人过去因为故意犯罪被追究过刑事责任,现在又贪污或者受贿2万元。依据《解释》规定显然可以认定构成贪污罪或者受贿罪,但如果还符合累犯的成立条件,那么对新犯的贪污罪、受贿罪裁量刑罚时是否可以再次依据累犯而对其从重处罚。对此笔者持否定态度,因为“属于构成犯罪之要件,不得再作为个案量刑时考虑的要素”是禁止重复评价原则的重要内容。^{〔10〕}不仅如此,在因为受过刑事处罚而提升法定刑幅度时也不能再依据累犯进而对行为人从重处罚,此种情况同样属于重复性评价。

此项规定也是基于特殊预防的考虑,而且盗窃罪、敲诈勒索罪的司法解释中也有相似规定,^{〔11〕}但《解释》的规定要明显严厉于盗窃罪、敲诈勒索罪。这主要体现在以下两点:第一,前罪范围不同。盗窃罪、敲诈勒索罪都要求是因为犯同种犯罪的情况下才作为入罪的情节,这是因为反复实施同种犯罪行为表明行为人主观恶性深、人身危险性大,而《解释》未对故意犯罪的范围进行限制,也就是说无论何种故意犯罪均能作为定罪或者加重处罚的条件。第二,责任实现形式的范围不同。盗窃罪和敲诈勒索罪要求的是“受过刑事处罚”,至于何为“刑事处罚”学者也有不同认识:有的认为“刑事处罚”应当是指“被判处过刑罚”,包括判处实刑和缓刑,而定罪免刑则不属于刑事处罚;^{〔12〕}有的学者则认为“被判处过刑罚”应仅指判处实刑的情况,判处缓刑并顺利执行完毕的,即缓刑期满不再执行原判刑罚的就不属于受过刑事处罚。^{〔13〕}但《解释》使用的是“刑事追究”,其意是指追究行为人

〔10〕 参见黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,204页,北京,中国人民大学出版社,2009。

〔11〕 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条规定,盗窃公私财物,具有下列情形之一的“数额较大”的标准可以按照前条规定标准的百分之五十确定:(一)曾因盗窃受过刑事处罚的;……。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条规定,敲诈勒索公私财物,具有下列情形之一的“数额较大”的标准可以按照本解释第一条规定标准的百分之五十确定:(一)曾因敲诈勒索受过刑事处罚的;……。

〔12〕 参见邓毅丞:《“曾因盗窃受过刑事处罚”的认定与评价》,载《法学》,2014(6),108页。

〔13〕 参见张红良:《两高司法解释“曾因盗窃受过刑事处罚”规定解读》,载《西南政法大学学报》,2014(1),112页。

的刑事责任,而刑事责任的实现方式多种多样,包括定罪判刑、定罪免刑、转移处理、消灭处理等,因此受过刑事追究就应该无争议的包括判处实刑、免于刑罚以及缓刑等情形,显然“刑事追究”所能涵盖的范围要明显大于“刑事处罚”。上述两点区别使得行为人因此种情形而被定罪或加重处罚的可能性更大,从严打击的态度可见一斑。

最高司法机关想要严厉打击贪污贿赂犯罪的初衷无可厚非,但却走向了另外一个极端。前文业已提及,盗窃罪、敲诈勒索罪都要求是曾因实施同种类犯罪行为,以此考察行为人的主观恶性和人身危险性,但《解释》不限定前次故意犯罪的范围,而如果行为人实施的是与贪污受贿犯罪毫无关系的故意犯罪,特别是在前罪属于轻微犯罪的情况下,是否能够反映出行为人的主观恶性和人身危险性程度达到足以认定构成犯罪或者加重处罚不无疑问。此外,从字面意思上看显然对于前罪的实施时间也是没有限制的,也就是说以前有过故意犯罪且被刑事追究,无论经过多长时间都可以成为行为人贪污受贿入罪或加重处罚的考量因素。当然盗窃罪和敲诈勒索罪的司法解释也未对前罪的实施时间进行限定,但我们必须注意到的是,盗窃罪、敲诈勒索罪的规定中仅是“可以”因为曾经实施盗窃、敲诈勒索被刑事处罚从而降低犯罪数额较大的标准,“可以”即表明法官存在自由裁量的空间和余地,也就有可能因为前次犯罪轻重程度和时间间隔长短的不同判断是否需要依据这一情节而降低数额标准进而做入罪处理,这实际上能起到一定的缓冲作用。但《解释》的措辞是“应当”,即必须、一律这样处理,没有缓冲机制的制动作用,那前次犯罪程度轻重、经过时间长短都不能排除入罪或加重处罚的可能,在笔者看来其合理性值得怀疑,因为即便是刑法总则规定的一般累犯也仅仅是在相应法定刑幅度内从重处罚,不具有入罪或是提升法定刑的作用,而且还需要有时间和所判刑期的限制。基于上述考虑,笔者认为不论前罪的发生时间以及前罪的性质、程度如何,一律将其作为行为人实施贪污受贿行为入罪或者加重处罚的特定情节,其必要性有待进一步深入考证。

3. 多次索贿的

“多次”一般可以理解为三次以上,且没有时间限制;“多次索贿”应该均指“未经处理”的情形,这里的“处理”当然包括刑事追究,至于受过党纪、行政处分的也应属于经过处理的情形。这样认定的原因很简单,因为如果在三次以上的索贿行为中有受过党纪、行政处分的,则应依据“受贿受过党纪、行政处分”这一特定情节

认定犯罪或加重处罚,因而为避免适用中的相互冲突,这里的“多次”应该均指“未经处理”的行为。当然,如果在行为人多次实施的索贿行为中,不仅有受过党纪、行政处分的情形,同时未经处理的索贿次数也达到三次以上的,则应该认定行为人同时具备两个特定情节。

目前关于“多次索贿”的争论较多,其中一个问题就是索贿指向的行为对象必须是不同的人还是可以是同一人。有观点认为,多次一般是指三次以上,既包括对同一请托人索贿三次以上,也包括对不同请托人累计三次以上。^{〔14〕} 苗有水法官则认为,基于同一目的和事由,向同一人前后多次发出索贿信号的一般算一次索贿;如果是因为不同的事由在同一场所分别向不同的人索贿,就不宜认定为一次索贿。^{〔15〕} 从上述两种观点看,对于指向不同人实施的索贿行为累计达到三次以上的应该认定“多次索贿”意见比较一致,而对于指向同一人前后多次索贿的是否属于“多次索贿”明显呈相反态度。单纯从《解释》规定的词语看来,其中并没有“必须是不同人”的限定,那也就完全可以理解成“针对同一个人多次索贿”。这一点不同于行贿罪“向三人以上行贿的”(《解释》第7条第2款第(1)项)情节设定,该情节强调的是人而非次数,显然“三人以上”暗含着“三个不同的人”的意思在里边,将其理解成可以包括“三个以上相同的人”显然是说不过去的。当然在人数中也蕴含着次数,向三人以上行贿就表明至少行贿三次以上,但明显将指向同一个人前后多次行贿的情形排除在外。笔者认为对于“多次索贿的”不能简单照字面意思去理解,而是需要对指向同一人索贿三次以上的情形进行实质性判断。我们可以进行一个对比:行为人因某一请托事项而向同一人索贿,一种情况是行为人前后三次向请托人索要贿赂共计一万五千元,另一种情况是行为人一次性向请托人索贿一万五千元,这两种情况所反映出的社会危害和主观恶性没有多大差别。从贿赂数额看都是一万五千元,不论是分三次索要还是一次索要,行为人都是为完成请托人的某一请托事项,二者在客观危害程度上是相同的;而多次索要也不能说明行为人的主观恶性就一定大于一次索要的情形,就如同以下毒方式实施的故意杀人行为,假如投放毒药十克才能致死,行为人分数次投放和一次投放最终

〔14〕 万春、绿杰、卢宇蓉、杨建军:“办理贪污贿赂刑事案件要准确把握法律适用标准”,http://www.360doc.com/content/16/0525/14/22741532_562183647.shtml,访问日期 2016 年 5 月 25 日。

〔15〕 参见“苗有水解析《贪贿解释》二十个疑点”,http://www.360doc.com/content/16/0521/07/12018718_560880004.shtml,访问日期 2016 年 5 月 29 日。

反映出的行为人的主观恶性没有什么差别,分次索要也仅仅是行为人为实现索要钱财的一种策略,防止可能因为狮子大开口而吓退请托人。因此,基于某一事项针对同一请托人实施索贿行为的,分数次索要和一次索要在社会危害程度和为人主观恶性上没有多大差别,既然一次索要不能做特殊评价(作为入罪或者提升法定刑的特定情节),那么多次索要也不能做特殊评价,因而行为人向同一请托人多次索贿的不能认定属于“多次索贿”。有学者指出,指向同一人还是不同人,二者在危害性和主观恶性上没有多大差别,因而指向同一人索贿三次以上的也属于“多次索贿”。^{〔16〕}但笔者认为事实并非如此,指向同一人和指向不同人索贿在危害性程度上是有较大差别的,因为指向不同人实施索贿,索贿行为涉及人数多,造成更为恶劣的社会影响,由此反映出行为人的主观恶性更大,自然不能与指向同一人的索贿行为同日而语。综上所述,笔者认为“多次索贿”应指针对不同请托人累计实施三次以上索贿行为的情形。

4. 为他人谋取职务提拔、调整的

以往司法实践中存在大量的买官卖官行为,通过贿赂买官卖官的行为严重违反党的组织纪律,严重破坏政治生态,可能导致区域性腐败、系统性腐败,其危害性可谓官场腐败之最。^{〔17〕}在这一背景之下,为体现对买官卖官行为的严厉打击,《解释》将“为他人谋取职务提拔、调整”作为受贿罪入罪或者加重处罚的特定情节,不仅如此,《解释》也在行贿罪中规定“通过行贿谋取职务提拔、调整的”情节,使得受贿罪与行贿罪相互呼应以形成打击买官卖官的合力。司法解释的初衷主要是针对官场腐败,而官场往往与官员身份相联系,这极易使人误以为本情节只能规制国家机关中涉及领导职务的变动情况,但《解释》使用的“职务”一词,其规制的范围应更为广泛,不仅国家机关系统内有职务变动,诸如国有公司、企业、事业单位、人民团体或者受委派等从事公务的人员也都可能涉及职务变动,而且根据《公务员法》的规定,职务有领导职务与非领导职务之分,因而职务的变动也不限于领导职务,也应包括非领导职务。“提拔”一词中含有“提升”“向上”的意思,也就是说,从较低职务到较高职务的一种变动,不同性质的单位都有一定的职务

〔16〕 李勇:“《贪污贿赂解释》八大疑点深度解析”,http://www.360doc.com/content/16/0420/09/28402097_552208503.shtml,访问日期 2016 年 5 月 15 日。

〔17〕 阮齐林:“依法从严惩治贪污贿赂犯罪”,<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1841808.shtml>,访问日期 2016 年 5 月 15 日。

序列,例如,《公务员》法中规定的领导职务和非领导职务都有具体的职级划分,根据这样的职级序列从低到高的变动就可以理解为“提拔”。“调整”的字面含义就是改变现有状态、重新调配或安排,显然这种重新安排可以包括提升、平级和向下的职务变动,但调整已与提拔相并列,因而这里的“调整”主要是指平级或者向下的职务变动。当然不论是提拔还是调整都 unlimited 具体部门,是同一部门内部还是不同部门都是可以的,甚至是不同性质的单位之间,如由国家机关调到事业单位,或是从国家机关委派到非国有单位等。不仅如此,笔者认为调整不仅规制在已经具有职务的情况下对具体职务的变动,也应可以规制从没有职务到获得职务的情况。例如,行为人收受请托人的贿赂,在公务员招考中给予请托人照顾和方便使其顺利考入,这种情况下请托人从不具有公务员身份到获取公务员身份,从没有职务到获取一定职务,行为人进行的“权钱交易”对职务廉洁性的破坏并不亚于已经具有职务情况下具体职务变动的情形,因而也有必要予以规制。此外还需注意的是,由于受贿罪客观要件中的“为他人谋取利益”并没有利益性质正当与否的限定,也就是说即便是为他人谋取的是正当利益而收受贿赂的同样成立受贿罪。^{〔18〕}本情节没有限定是为他人谋取不正当职务提拔、调整才能降低入罪或提升法定刑的数额标准,因而实务中不能因为请托人职务的调整是正当的就排除受贿行为人的认定。原因很简单,虽然职务调整本身可能是正当的,但行为人借此利用职务之便收受贿赂,就对职务的廉洁性产生侵害,不能因为行贿人的情况值得同情就抹杀对受贿行为人的打击和处罚。

四、对行贿犯罪定罪量刑标准的思考

《解释》不仅对刑法分则第八章中的行贿罪、对影响力的人行贿罪的定罪量刑标准做了规定,而且也对刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的对非国家工作人员行贿罪的定罪量刑标准做了相应调整,虽然两章中行贿犯罪所侵犯的主要客体不同,但都具有基本一致的行为特征,同属于行贿类犯罪,因此本文将作为一个整体展开讨论和分析。

(一)《解释》对行贿犯罪定罪量刑标准规定的可取之处

首先,《解释》体现了依法从严惩治贿赂犯罪、受贿与行贿打击并重的原则。

〔18〕 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第五版),630页,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2011。

在我国以往惩治贿赂犯罪的司法实践中存在着“重受贿轻行贿”的现象,而在十八大之后实行的“零容忍”这一反腐败基本政策的指导下,“受贿行贿并重”的刑事司法政策融入于贿赂犯罪的惩治活动之中。^[19] 依据原有规定,受贿入罪标准是5千元,而行贿入罪是1万元,二者入罪数额设置上的不统一是造成定罪不对称(即受贿方、行贿方并非同时构成犯罪)的重要原因之一。而现在依据《解释》第7条的规定,行贿数额在3万元以上的应认定构成行贿罪,当数额在1万元以上不满3万元而具备特定情节时也应予以行贿罪追究行为人的刑事责任,行贿罪采取了和受贿罪相同的入罪模式,且犯罪数额也一致。《解释》拉平了受贿罪与行贿罪的入罪数额,虽然仍存在受贿行贿定罪上的不对应,但与原有规定相比这种差距明显在缩小,《解释》加大了对行贿罪的打击力度,体现了二者并重打击的态度。不仅如此,《解释》将第三章中非国家工作人员受贿罪和对非国家工作人员行贿罪的入罪数额均设置为6万元,这表明“受贿行贿并重”的打击策略同样贯彻至经济领域贿赂犯罪的惩治之中。

其次,《解释》对行贿罪加重处罚情节的规定更为科学。根据《刑法》第390条的规定,在行贿行为构成犯罪的基礎上,情节严重或者使国家利益遭受重大损失的,处五年以上十年以下有期徒刑并处罚金,而情节特别严重或者使国家利益遭受特别重大损失的则可以处以十年以上有期徒刑或者无期徒刑并处罚金或者没收财产。从这一规定开看,“情节严重”与“使国家利益遭受重大损失”相并列,二者具备其一就可以使法定刑升格。而在2013年最高人民法院、最高人民检察院公布了《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条却将“使国家利益遭受特别重大损失”纳入“情节特别严重”之中,作为“情节特别严重”的情形之一,这显然不符合刑法规定。针对这一问题,《解释》对“遭受特别重大损失”的位置进行了调整,在第9条中分别规定两款,第1款解释特别严重情节所包含的具体内容,第2款再规定使国家利益遭受特别重大损失的具体数额,两款并列更符合刑法规定的原意。

最后,《解释》填补了打击贿赂犯罪的空白。《刑法修正案(七)》增设了利用影响力受贿罪,《刑法修正案(九)》又增设了与之对应的对影响力的人行贿罪,但

^[19] 参见叶良芳:《行贿受贿惩治模式的博弈分析与实践检验——兼评〈刑法修正案(九)〉第44条和第45条》,载《法学评论》,2016(1),113~114页。

司法实践中一直缺乏两罪的定罪量刑标准,《解释》规定两罪参照受贿罪与行贿罪的定罪量刑标准执行,填补了司法空白。除此之外,对非国家工作人员行贿罪一直以来也有一个立案追诉标准,根据2010年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》规定,自然人犯罪主体的入罪标准是1万元,单位主体的标准是20万元,但最高司法机关一直未就该罪“数额巨大”这一加重处罚幅度的数额标准出台相关司法解释,《解释》的颁布一并解决了这一问题,值得称道。《解释》所取得的成就是不容抹杀的,但仔细研读《解释》,笔者仍在其中发现一些疏漏之处。

(二) 对行贿犯罪定罪量刑标准不足的分析

1. 单位实施的对有影响力的人行贿罪缺少情节标准

《刑法修正案(九)》新增设的对有影响力的人行贿罪包括两类犯罪主体,即自然人犯罪主体和单位犯罪主体。依据《解释》第10条的规定,对影响力的人行贿罪的定罪量刑标准参照行贿罪执行,由于行贿罪主体只能是自然人,单位实施的对有影响力的人行贿罪显然不能参照行贿罪的标准执行,因此《解释》在第10条第3款明确规定,单位对有影响力的人行贿数额在20万元以上的,以对有影响力的人行贿罪追究单位主体的刑事责任。与此同时,刑法规定单位实施对有影响力的人行贿罪,对单位相关责任人员的处罚仅有一个法定刑幅度,即三年以下有期徒刑或者拘役,这样看来《解释》似乎解决了单位实施的对有影响力的人行贿行为的定罪量刑标准问题。但仔细探究则会发现,在自然人实施对有影响力的人行贿行为时,其定罪量刑标准中既有数额标准也有情节标准,即行为不能满足单纯数额标准时也可以依据情节标准定罪处罚,但在单位实施对有影响力的人行贿行为时,依据《解释》的规定则只有数额标准,没有情节标准予以参照执行,本人认为有欠妥当。《解释》所涉及的第八章中的贪污贿赂犯罪(包括贪污罪、受贿罪、行贿罪以及利用影响力受贿罪和自然人实施的对有影响力的人行贿罪)均采用了“数额+情节”定罪量刑模式,在这些犯罪中情节对定罪量刑都发挥着重要作用,但只有单位实施的对有影响力的人行贿罪例外,显然说不过去。我们再进一步考察一下第八章其他单位贿赂犯罪定罪标准的规定,对于单位实施的行贿犯罪因为《解释》没有规定,因此仍需参照最高人民检察院1999年公布的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》和最高人民检察院2000年颁布的《关于

行贿罪立案标准的规定》予以执行。^{〔20〕}在上述规定中,不论是单位行贿罪还是单位实施的单位行贿罪,追诉标准都考虑到情节对定罪的重要性,而同属于单位实施的行贿犯罪,对影响力的人行贿罪在单位主体的入罪标准中却根本没有情节发挥作用的余地,应该说不恰当的。笔者认为在这一点上有进一步完善的必要,在尚不能对其设置专门情节标准的情况下,可以在条文中规定参照单位行贿罪的标准执行。这是因为,行贿罪指向的对象是国家工作人员,而单位行贿罪指向的同样是国家工作人员,既然自然人实施的单位行贿罪可以参照行贿罪的标准执行,那就说明单位实施的单位行贿罪也应该可以参照单位实施的指向国家工作人员的行贿犯罪(单位行贿罪)的标准执行。

2. 对公务型贿赂犯罪与业务型贿赂犯罪区别打击的策略未贯彻到底

刑法理论上一般以贿赂犯罪主体的不同而将贿赂犯罪分为以国家工作人员(包括国有单位)为主体的公务型贿赂犯罪和以非国家工作人员(包括对外国公职人员、国际公共组织官员)为主体的业务型贿赂犯罪,前者是指刑法分则第八章中规定的各项贿赂犯罪,后者主要是指分则第三章第163条和第164条规定的贿赂犯罪。公务型贿赂乃是我国刑事制裁的重点,因为国有单位或其工作人员掌握的职权是一种公权力,涉及的范围广、利益大,他们实施违背职务廉洁性的行为会造成更大的损害,社会影响也更恶劣。^{〔21〕}特别是在司法部门的人力、财力有限的情况下,将打击重点放在危害性和影响力更大的公务型贿赂犯罪上,也更符合目前我国老百姓从严治吏的心理预期。为适应当下我国打击贿赂犯罪的这一实际需要,《解释》规定非国家工作人员受贿罪“数额较大”“数额巨大”的数额起点按照受贿罪相对应的数额标准规定的二倍、五倍执行;而对非国家工作人员行贿罪中的“数额较大”“数额巨大”的数额起点,按照行贿罪的数额标准规定的二倍执行。这

〔20〕《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》规定:(六)对单位行贿案,涉嫌下列情形之一的,应予立案:1.个人行贿数额在10万元以上、单位行贿数额在20万元以上的;2.个人行贿数额不满10万元、单位行贿数额在10万元以上不满20万元,但具有下列情形之一的:(1)为谋取非法利益而行贿的;(2)向3个以上单位行贿的;(3)向党政机关、司法机关、行政执法机关行贿的;(4)致使国家或者社会利益遭受重大损失的。(八)单位行贿案,涉嫌下列情形之一的,应予立案:1.单位行贿数额在20万元以上的;2.单位为谋取不正当利益而行贿,数额在10万元以上不满20万元,但具有下列情形之一的:(1)为谋取非法利益而行贿的;(2)向3人以上行贿的;(3)向党政领导、司法工作人员、行政执法人员行贿的;(4)致使国家或者社会利益遭受重大损失的。最高人民检察院2000年颁布的《关于行贿罪立案标准的规定》对单位行贿罪和单位行贿罪的规定同上。

〔21〕谢望原、张雅:《商业贿赂犯罪刑事政策研究》,载《中国刑事法杂志》,2008(1),61页。

一举措扩大了两种类型贿赂犯罪定罪量刑标准上的差异,以使司法资源更多地向公务型贿赂犯罪倾斜,集中力量打击公务型贿赂犯罪,这其中也体现出对两类贿赂犯罪区别对待的打击策略,避免眉毛胡子一把抓。但遗憾的是,《解释》并未将这种区别对待的精神贯彻到底。由于行贿罪本身没有单位犯罪主体,对非国家工作人员行贿罪能够参照行贿罪的犯罪数额显然只能针对自然人犯罪主体而言,既然如此单位实施的的对非国家工作人员行贿行为的入罪数额就只能继续沿用2010年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》的规定,依据这一规定,单位实施的的对非国家工作人员行贿罪的入罪数额是20万元,与此同时属于公务型贿赂的单位行贿罪(单位实施的指向国家工作人员的行贿行为)的入罪数额标准也是20万元,显然仍将单位实施的的业务型贿赂与公务型贿赂等同视之,没能体现前述区别打击的精神,同在对非国家工作人员行贿罪这一罪名之下,却因犯罪主体的不同就体现出不同的惩治态度,这一点有欠妥当。不仅如此,刑法规定单位犯对非国家工作人员行贿罪时相关责任人员的法定最高刑为10年有期徒刑,单位行贿罪中相关责任人员的法定最高刑仅为5年有期徒刑,在两罪入罪数额一致,且对单位实施的的对非国家工作人员行贿罪又缺乏“数额巨大”标准的情况下,反而容易出现对非国家工作人员行贿罪重于单位行贿罪的情况,这更加不符合“重公务贿赂轻业务贿赂”的原则要求。当然,之所以会出现“刑罚倒挂”的现象,和刑法对两罪法定刑的设置密切相关,但在刑法未做修改之前,司法机关更有必要通过区别两罪的入罪数额来加以弥补。因此,笔者认为最高司法机关仍有必要将单位实施的的对非国家工作人员行贿罪的入罪数额设定为单位行贿罪的二倍(即40万元),以保持公务型贿赂与业务型贿赂定罪数额比值上的一致性,与此同时还需规定“数额巨大”的具体标准,为司法实务规范量刑提供依据。

五、余论:业务型贿赂犯罪定罪量刑标准的完善

《刑法修正案(九)》将贪污受贿犯罪的定罪量刑标准由原来单一的具体数额模式修改为“概括数额+情节”模式,意图凸显情节在贪污受贿犯罪定罪量刑中的独立性地位,而《解释》对“其他情节”的处理采用“较低数额+情节”的方式,即以一定的犯罪数额限制情节,虽然与立法强调的情节的独立性地位和作用存在差距,但也大大提升了情节对定罪量刑的影响作用。对此,最高人民法院刑二庭庭

长裴显鼎于2016年4月18日召开的新闻发布会上指出,“在情节的设置上辅之以不同的犯罪数额限制,以此增进司法的确定性,避免因情节难以量化而出现操作性问题。”^{〔22〕}由于情节的内容涉及犯罪构成要件各个方面,包括有反映行为人人身危险性和反映行为社会危害性的各种主客观事实情况,但相比于犯罪数额的直观与明确,这些情节本身内容更复杂且轻重程度的把握更偏于主观,因而准确丈量行为的危害程度以及行为人人身危险性大小的难度要明显大于犯罪数额,使得司法实践中不易保持统一的适用标准。因此在情节尚难以科学量化处理的情况下,通过数额限制情节以保证司法处理的公正性和均衡性、避免导致同罪异罚。不仅贪污受贿犯罪,《解释》涉及的刑法分则第八章的公务型贿赂犯罪除个别情况下疏漏了情节问题(前文提及的单位实施对有影响力的人行贿罪)之外,均采用了“数额+情节”的定罪量刑模式。

再反观业务型贿赂犯罪,《刑法》第164条第1款规定的对非国家工作人员行贿罪属于单纯的数额犯,定罪量刑只能依据贿赂数额的多少,《解释》明确了本罪“数额较大”“数额巨大”的具体标准,但却不能参照适用行贿罪有关情节标准的相关规定,对于非国家工作人员受贿罪亦是如此,即只能参照受贿罪的数额标准而不能因为存在特定情节而减半入罪。贿赂犯罪的本质在于权钱交易,在于对职务行为廉洁性的亵渎和破坏,贿赂数额的大小只能从一个侧面体现对职务廉洁性的侵蚀程度,是否对国家或者集体利益造成损害、损害的程度如何、贿赂次数的多少等犯罪情节都能体现贿赂犯罪的社会危害。立法和司法以犯罪数额作为评价贿赂犯罪社会危害性及刑罚适用的主要根据,忽视了影响评价贿赂犯罪社会危害性大小的其他因素,导致刑罚适用的不公正现象,因此,无法达到罪责刑相适应的原则要求。^{〔23〕}正是基于这种考虑,《刑法修正案(九)》以及《解释》才对公务型贿赂犯罪进行改造,在数额标准的基础上引入情节,以实现贿赂犯罪行为的准确定罪量刑。业务型贿赂犯罪不可避免地会侵犯职务行为的廉洁性或不可收买性,它们与公务领域的贿赂罪一样,实质均是权钱交易,差异只在于发生的领域和主体

〔22〕 “最高院刑二庭庭长裴显鼎权威解读《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》”, <http://www.dffy.com/fazhixinwen/lifa/201604/40343.html>, 访问日期2016年5月11日。

〔23〕 参见焦占营:《贿赂犯罪法定刑评价模式之研究》,载《法学评论》,2010(5),103页。

上有部分不同。^{〔24〕}既然如此,单纯的贿赂数额显然不足以全面反映行为造成的社会危害程度,有必要在对业务型贿赂犯罪的认定处理中引入贿赂数额之外的其他情节。虽然截至目前立法未做修改,最高司法机关也完全可以通过颁布司法解释的方式对此予以弥补。事实上,司法机关早已发现单一数额犯的缺陷,近些年来不断通过司法解释将数额犯这一单一标准改造为“数额+情节”的双标准,以强化情节因素在数额犯定罪量刑中的地位和作用,如对盗窃罪、敲诈勒索罪“数额较大”标准的改造即是绝佳的例证。2013年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条规定,盗窃公私财物价值1千元至3千元以上的为“数额较大”;与此同时,该解释第2条规定,当具有八种特定情节的情况下,“数额较大”的标准可以按照前述规定的50%确定。在已有司法先例可循的情况下,最高司法机关更应该抓紧时机搜集整理近年来各级司法机关查处的重大业务型贿赂案件,总结提炼带有普遍性和典型性的犯罪情节,形成适合于业务型贿赂犯罪的情节体系,以满足打击业务型贿赂犯罪的需要。

〔24〕 参见卢勤忠:《〈刑法修正案(六)〉视野下我国商业贿赂犯罪的立法完善》,载《华东政法学院学报》,2006(5),124页。

贪腐犯罪定罪量刑数额提升的法治批判

何荣功^{*}

一、问题的提出

对于立法中可能出现的问题,孟德斯鸠指出:“常常有立法者,打算要纠正一个弊端,便只想着纠正这一点,它的眼睛只对于这个目标是睁着的,而对于一切弊害则是闭着的。”^{〔1〕}孟氏所言的“立法者”,在我国法治体制下,也包括最高司法机关,因为最高司法机关的司法解释从来都具有“准立法”的性质。晚近,面对严峻贪腐形势的困扰,国家反腐立法反反复复地修改,司法解释陆陆续续地制定,由此导致贪腐犯罪处罚范围的不断扩张。毫无疑问,《刑法修正案(九)》和“两高”最新颁布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)是近年有关贪腐犯罪修改幅度最大,最为社会关注的法律和司法解释。笔者

^{*} 武汉大学法学院教授、博士生导师。

〔1〕 [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,86页,北京,商务印书馆,1961。

丝毫不否认《刑法修正案(九)》和《解释》在整体推进贪腐犯罪法律完善方面的积极价值,本文只是围绕《解释》提升贪污贿赂罪定罪量刑数额的做法是否符合法治理性,是否存在孟氏所言的“睁眼闭眼的问题”及其是否存在法治风险,提出一己之见。

论述之前,以下两点问题特别指出:(1)本文所言的贪腐犯罪主要指的是贪污罪和受贿罪。根据《刑法》第386条的规定,犯受贿罪的,根据受贿所得的数额及情节,依照《刑法》第383条贪污罪的规定处罚。贪污受贿两罪的行为类型和社会危害性存在很大差异,立法将二者一体化处罚,设置完全相同法定刑的做法,从立法科学性上讲,显然存在商榷之处。但为了避免讨论问题中心的转移,本文并不对该立法的科学性展开分析,本文所言《解释》提升贪腐犯罪定罪量刑的数额,也主要针对受贿罪。(2)贪污罪和受贿罪定罪量刑数额的提升具体包括两个方面,即“定罪数额”的提升(或称入罪门槛的提升)和“量刑数额”的提升,《解释》对两者都进行了重大修改,本文对两者都将予以关注,只是更多的笔墨集中于前者问题。

二、《解释》提升贪腐犯罪定罪量刑数额的主要理由与问题

(一)《解释》提升定罪量刑数额的主要理由

贪污贿赂罪的修改完善是《刑法修正案(九)》的闪亮之点。其中,立法将贪污受贿罪原来的单纯依据犯罪数额定罪量刑的模式修改为“概括数额+情节”定罪量刑模式的做法被认为更能全面反映贪腐行为的社会危害性,得到社会的广泛赞许。^{〔2〕}但立法一旦采取“概括数额+情节”的模式,那么犯罪具体数额和情节的确定这个棘手问题便不可避免的留给了最高司法机关。2016年4月18日随着《解释》的颁布,数月来为社会高度关注的有关贪腐犯罪定罪量刑数额和情节的问题,终于尘埃落定。《解释》规定,贪污或者受贿数额“在三万元以上不满二十万元的”“二十万元以上不满三百万元的”以及“三百万元以上的”分别属于刑法第383条第1款规定的“数额较大”“数额巨大”和“数额特别巨大”。此外,《解释》还规定,在具有特定情形的情况下,贪污或受贿“一万元以上不满三万元的”“十万元以上不满二十万元的”和“一百五十万元以上不满三百万元的”分别属于第383条第1款规定的“其他较重情节”“其他严重情节”以及“其他特别严重情节”。很明显,

〔2〕 参见赵秉志:《中国刑法的最新修正》,载《法治研究》,2015(6)。

《解释》不仅确立了贪污罪和受贿罪的定罪数额,还确定了两罪的量刑数额。根据《解释》的规定,贪污罪和受贿罪的数额较大起点标准一般情况下是3万元,在具有其他较重情节时,数额标准下探至1万元;贪污受贿罪数额巨大的起点标准一般是20万元,在具有其他严重情节时,下探至10万元;而数额特别巨大起点标准一般是300万元,符合法定情形的,下探至150万元。

我国特殊的国情和腐败犯罪的严峻态势,使得贪腐犯罪定罪量刑数额的设定从来都不是一个单纯的法律问题。数额标准设置过高,不利于对贪污受贿罪的惩治;反之,数额标准调整过低不到位,又无法解决实践中的量刑不合理问题,而且,贪污受贿罪定罪量刑标准的设定,还牵动到与其他相关财产和职务犯罪的协调。^{〔3〕}单从历史发展看,贪污贿赂罪的定罪量刑标准一直处于上升中,以定罪数额为例,1988年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》将贪污受贿罪的定罪数额设定为二千元,1997年刑法修改时该数额被提升为五千元。对此,陈兴良教授写道:“从1988年到1997年,只不过九年的时间,贪污受贿罪的数额已经提高了一倍还要多。但从1997年到2016年,已经将近二十年时间,仍然维持五千元的定罪数额,确实已经落后于社会发展。”^{〔4〕}

《解释》提升贪污贿赂罪定罪量刑标准的原因,最高人民法院在《解释》新闻发布会上作有权威性说明:“随着经济社会的发展变化,1997年刑法所确定的定罪量刑标准已不适应这种发展变化;在近年来的实践中,由于受地域差距等因素的影响,各地对贪污受贿移送追究刑事责任和定罪量刑的标准不尽统一,需要统一规范,一体遵循。”“《解释》制定过程中,始终坚持了以下几项原则:一是突出依法从严。依法从严是惩治贪污贿赂犯罪的一贯原则,《解释》通篇‘严’字当头。”^{〔5〕}很明显,官方对贪污贿赂罪定罪量刑数额提升做法的科学性,是充满自信的,认为《解释》提高数额标准既是现实的需求,也仍然体现和贯彻了依法从严反腐的刑事政策精神。

学术界对《解释》做法,也多持积极褒扬立场。在《解释》发布的次日,《人民法院报》便刊发了系列权威专家的专题解读论文,几乎每篇论文都涉及对定罪量刑数额提升这一敏感话题的论述。归纳肯定论者的理由,主要有以下几点:

〔3〕 参见陈兴良:《贪污受贿罪数额的合理确定》,载《人民法院报》,2016-04-19,002版。

〔4〕 同上。

〔5〕 参见 <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-19562.html>,访问时间2016年6月27日。

第一,提升数额是社会现实的需要。比如赵秉志教授指出,贪污贿赂罪作为贪利型职务犯罪,犯罪数额是其行为社会危害性及其程度的重要衡量要素,贪腐违法犯罪的社会危害程度是一个变量,它会随着社会经济的发展状况而相应地变化。自1997年刑法典将贪污受贿罪的入罪门槛设定为五千元至今,我国经济社会发生了巨大变化,人均GDP从1997年至2014年增长了约6.25倍,而适用了近20年的贪污受贿犯罪五千元起刑点并没有变,已严重不符合立法时国家掌握的社会危害程度。^{〔6〕}

第二,提升数额可以拉开不同量刑档次的级差,可以更好地做到区别对待,贯彻罪责刑相适应的刑法基本原则。《刑法修正案(九)》之前,根据刑法的规定,个人贪污或受贿数额在十万元以上的,处十年以上有期徒刑或无期徒刑,该条款导致的罪刑失衡在我国已成为共识。比如由最高立法机关同志参与撰写的著述中就曾明确指出该问题,“对于犯罪数量为一二十万元的案件和一二百万元甚至更多的案件,往往只能判处刑期相近的十年以上有期徒刑,造成量刑不平衡,甚至失衡,无法做到罪刑相适应。”^{〔7〕}该问题更是被理论界和实务部门一致认可,赵秉志教授分析写道,1997年刑法规定的贪污贿赂罪犯罪数额与刑罚相对应的量刑区间狭窄,轻重罪刑之间缺乏科学合理的幅度和梯次,该问题不仅体现在第一、第二量刑档次上,更突出体现在第三量刑档次(即十万元以上判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑)的罪刑关系上。……贪污受贿数额十万元、几十万元的案件与数百万元、数千万元的案件在量刑上差别不大,导致这一档次在实践中长期存在罪刑失衡、重刑集聚的不合理现象,严重违背了我国刑事法治中社会危害性理论的基本原理和罪责刑相适应刑法基本原则的要求,严重损害现代刑事法治的公平正义理念。^{〔8〕}

肯定论者在褒扬司法解释提高数额做法的同时,还积极回答了社会上存在的因数额提升可能导致问题的疑虑和担心。比如,面对《解释》提升贪污贿赂罪定罪量刑数额可能与我国刑事政策奉行的反腐“零容忍”立场相矛盾的问题,肯定论的

〔6〕 参见赵秉志:《略谈最新司法解释中贪污受贿犯罪的定罪量刑标准》,载《人民法院报》,2016-04-19,003版。

〔7〕 郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》(第六版),654页,北京,法律出版社,2015。

〔8〕 参见赵秉志:《略谈最新司法解释中贪污受贿犯罪的定罪量刑标准》,载《人民法院报》,2016-04-19,003版。

学者指出,对贪腐行为的“零容忍”绝不等于对贪污受贿犯罪要实行刑事犯罪门槛的“零起点”,^{〔9〕}我国采取的是立法既定性也定量的模式,即便某种贪污贿赂行为没有达到司法解释规定的数额标准,行为人也会受到党纪和行政法的处罚,所以,提高贪污受贿罪入罪门槛,与对贪腐犯罪零容忍政策的精神并不矛盾,^{〔10〕}不会导致对贪腐违法犯罪行为的放纵。

此外,肯定论者还强调,《解释》将贪腐犯罪的定罪起点数额从五千元提升到三万元,似乎存在较大幅度的提高,但司法实践中贪污受贿五万元以下被追究刑事责任的案件已经较少,“由于经济社会的巨大发展变化,原来五千元的人罪标准在司法实践中已很难执行,即使低于三万元被追诉的,主要是因为其他犯罪案件被牵连出来的,且多被判处免于刑事处罚”,^{〔11〕}《解释》定罪数额的调整不会导致贪污受贿罪的犯罪圈的骤然缩小。^{〔12〕}

(二) 数额提升导致的法治难题

法律是社会生活的产物,必须适应社会关系变化,回应社会的需求与关切,解决实践提出的问题。面对1997年刑法关于贪腐犯罪定罪和量刑数额规定引起的犯罪入罪门槛过低、量刑区间狭小、重刑集聚以及罪刑失衡的问题,立法者和司法者当然不能置若罔闻,视而不见,正是在这个意义上,无论是《刑法修正案(九)》对贪腐犯罪定罪量刑模式的修改,还是《解释》提升其定罪量刑数额的做法,积极意义都必须充分的肯定。但对任何法律、司法解释是否科学的判断,必须建立在全面、多角度认识的基础上。科学合理的法律,应当表现出适应各种情况的普遍性和系统性,而观察角度的单一性和过于仓促的表态往往导致认识的片面性。如果我们从另一个角度来审视《解释》,如果我们立足于法治的整体性和体系解释的立场,那么,《解释》存在或可能导致的问题,便会凸显出来。

首先,贪腐犯罪定罪量刑数额的提升,难以真正契合国家一再强调的“严惩腐败”刑事政策的精神。现代民主社会,国家权力合法性的全部基础来源于公民的授权,国家和公权力机关作为公民的委托代理人承载着社会的信任,担负着履行

〔9〕 参见赵秉志:《略谈最新司法解释中贪污受贿犯罪的定罪量刑标准》,载《人民法院报》,2016-04-19,003版。

〔10〕 参见陈兴良:《贪污贿赂犯罪司法解释:刑法教义学的阐释》,载《法学》,2016(5)。

〔11〕 参见阮齐林:《依法从严惩治贪污贿赂犯罪》,载《人民法院报》,2016-04-19,002版。

〔12〕 参见陈兴良:《贪污受贿罪数额的合理确定》,载《人民法院报》,2016-04-19,002版。

公共福利的职能,其能否清廉高效行事,事关国民的福祉。关于贪腐行为的严重危害性,《联合国反腐败公约》在序言中强调,腐败“破坏民主体制和价值观、道德观和正义并危害着可持续发展和法治”,正因如此,世界各国对公权力的贪腐都无一例外地秉持非常严厉的态度,西方国家的刑法几乎都采取了对贪腐(主要是贿赂)犯罪的“零容忍”立场。笔者完全明白西方国家在反腐问题上刑法秉持“零容忍”的法治背景以及我国存在差异的原因,其实,如果全面体系性地考察我国党纪、行政法和刑法的规定,我国对腐败也可以认为同样持的是“零容忍”态度。但这里的问题在于,肯定论者以经济社会发展引起的通货贬值、GDP 增长以及居民工资水平提升等为参照对象,认为《解释》提升贪腐犯罪定罪量刑数额具有经济社会原因,进而指出《解释》的做法并没改变国家依法从严治理贪腐犯罪的基本立场,在笔者看来是难以站住脚的。因为通货贬值、GDP 增长以及居民工资水平提升并非我国特有现象,这几乎是世界任何一个国家在经济社会发展中都存在的问题,如果按照这样的逻辑,那么为何在全球物价和居民平均工资都普遍上涨的情况下,国际公约和其他法治国家几乎都没有调整刑法对贪腐犯罪门槛而仍然严守“零容忍”立场呢?而且,按照这种分析问题的思路,如果绝对考虑经济发展和物价因素,那么,在我国的有些地区(比如,上海、北京等发达地方),《解释》确定的数额标准还很可能被认为较之于 1997 年或之前立法机关规定的数额,更为严苛了,这显然是背离常理的结论。贪腐犯罪(特别是贿赂犯罪)被世界各国公认是侵害了公务人员职务行为的廉洁性。在现代法治社会,公权力和公务人员职务行为的廉洁性是神圣的,并非可以通过贪腐的数额进行量化计算。正是基于此考虑,《刑法修正案(九)》才丢弃过去单纯依据犯罪数额定罪量刑而改采“概括数额+情节”的模式。以贪腐数额为主要标准计算和评价贪腐行为危害性及其严重程度的观点,偏离了此类犯罪的本质,存在将贪腐犯罪的法益庸俗化的危险。

其次,《解释》的规定将导致贪腐犯罪与其他犯罪处罚的不协调,有违罪责刑相适应的刑法基本原则。罪责刑必须相适应,这是我国刑法的基本原则,也是刑法公正的要求。罪责刑是否适应从来都要体系性考察,它要求国家对作为犯罪后果的刑罚设置不仅要考虑同一犯罪内部不同情节处罚上的平衡,也要充分考虑不同犯罪之间处罚上的协调问题。虽然社会危害性及其严重程度的认定具有浓厚的价值判断色彩,但在我国,无论是较之于盗窃罪、诈骗罪等纯粹财产犯罪,还是与职务侵占罪相比,贪污贿赂罪的社会危害性都要严重得多。根据司法解释的规

定,目前盗窃罪^[13]和诈骗罪的入罪门槛一般是一千元至三千元以上和三千元至一万元以上,而职务侵占罪的入罪门槛一般是五千元至一万元以上,都明显低于贪污贿赂罪的犯罪门槛。刑法的任务在于通过规范确认来实现法益保护,对于社会的法秩序而言,如果某种社会规范越重要,那么,相应规范违反也就越严重,作为犯罪回应手段的刑罚也就越严厉。^[14]《解释》导致的结果是犯性质严重的贪污贿赂罪面临的处罚可能较性质为轻的盗窃罪、诈骗罪和职务侵占罪要轻得多,其中的不合理性,自无须赘言。按照《解释》的规定,官员在犯贪污受贿罪の場合,极有可能获得刑罚处罚上的优待,这无论如何都不能认为契合从严反腐刑事政策的立场。

最后,从解决问题的角度看,提高定罪量刑数额的做法,终究不是解困的长久之计。如前文指出,我国司法实践中,尤其是有些经济发达的地区,低于三万元被追诉和判刑的贪腐案件已经很少。《解释》将数额较大、数额巨大和数额特别巨大的起点标准分别确定为三万元、二十万元和三百万元,不仅可以解决司法机关办案违反罪刑法定的难题,而且,数额巨大和数额特别巨大标准的分别提升带来每一档次内量刑数额空间的拉大,可以在一定程度上缓解量刑区间狭小、重刑集聚的问题。但这种所谓对问题的缓解也只具有暂时性,如果贪腐的严峻形势得不到根本改变,如果未来贪腐数额继续攀升,我们很快又将陷入同样的尴尬,那时我们是否还要把贪腐犯罪定罪量刑的门槛继续升高呢?如果这样不断地升高下去,刑法的底线在哪里?这是法治反腐需要慎重考量的问题。

三、《解释》提升数额的“不得已性”及法治风险

以上分析可见,《解释》提升贪腐犯罪定罪量刑数额的做法,虽然难以否认具有积极意义,但并非是完全值得褒扬的,甚至可以认为,《解释》导致的问题并不亚于已解决的问题,只是前者被忽视而已。两者问题具有一体两面和竞争性,在现行法治体制下,无法兼容。在笔者看来,导致这种悖论和法治困境的真正原因在于当前国家腐败违法犯罪的严峻形势和倚重刑法反腐的刑事政策。面对严重贪

^[13] 而且,需要注意的是,根据《刑法修正案(八)》的规定,盗窃罪的入罪门槛呈现下降趋势。在入户盗窃、扒窃和携带凶器盗窃的场合,立法取消了数额要件。

^[14] 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,27页,北京,北京大学出版社,2015。

腐犯罪,国家在治理能力有限无法实现对所有贪腐案件都彻底查处的情况下,刑法只能采取“抓大放小”的策略,惩处其中贪腐数额大、情节严重的案件,这必然带来贪腐犯罪定罪量刑数额的提升。而贪腐犯罪泛滥引起的国民对腐败的感知适应,为《解释》做法的正当性提供了社会心理基础。

(一) 现实原因:反腐中的“抓大放小”与贪腐犯罪定罪量刑数额的提升

腐败是官僚政治的伴生物。一般地讲,一切过渡社会才正好是官僚政治孕育发展的温床。^{〔15〕} 改革开放后,我国在经济社会取得全面进步的同时,贪腐犯罪在我国转型体制的夹缝中获得了广阔的生存发展空间。哈佛大学傅高义(Ezra Vogel)教授在《邓小平时代》(*Deng Xiaoping and The Transformation of China*)一书中针对我国的腐败问题这样评价道:“邓小平在台上时一直赞成惩办腐败大案,但是当地方干部为了促进四化、加快经济发展而悄悄违法时,他并未严厉追究。邓小平接班人所面对的问题是,各级干部都在想方设法地捞外快。政府官员、医生和国企领导人都经常收红包。掌握着土地和建设项目审批权的干部不但直接拿好处费,还以低于市场的价格购买股份和资产,参加宴请,享用豪车,无论地方干部还是部队干部,都会向有权提拔干部的人送好处。年轻的人要给征兵的人送钱才能入伍。高层干部面临的挑战是,这些做法现在已到处泛滥,众多干部或其家属牵涉其中,使克服这类问题变得极为困难。”^{〔16〕} 过去一个时期,特别是党的十八大以来,新一届政府采取了前所未有的强度和力度推进反腐工作,国家的政治生态骤然清新起来。但客观地讲,在权力没有被关进笼子的背景下,在公权力运行尚缺乏有效制度规制和监督的体制下,腐败泛滥的形势在我国很难得到根本性遏制。透明国际最新发布的数据也显示,较之于2014年,虽然2015年我国清廉指数在全球排位提升了17位,但仍然居于全球第83位,情况并不乐观。“腐败与反腐败呈现两军胶着状态”“惩治腐败这一手必须紧抓不放,利剑高悬”等中央关于反腐形势的提法,也反映出当下我国反腐面临的巨大困难和障碍。

如果国家腐败案件体量大(包括存量和增量),那么,政府便不可能像其所宣称的那般对贪腐犯罪从严打击,也不可能对所有腐败案件都严格依照党纪国法毫

〔15〕 参见王亚男:《中国官僚政治研究》,158页,北京,中国社会科学出版社,1981。

〔16〕 [美]傅高义:《邓小平时代》,冯克利译,658页,北京,生活·读书·新知三联书店,2013。

无留情面地一查到底,实现中央强调的反腐“无禁区、全覆盖和零容忍”。^{〔17〕} 国家宣称“严惩腐败”更多具有象征意义,其政治宣示功能往往大于实践效果。个中原因并不难理解,一则即便在今天科技和物质文明高度发达的情况下,社会资源有限性和人们社会需求之间的矛盾仍然是人类社会面临的基本矛盾,该问题在我国尤为突出。在执法和司法方面,囿于国家整体反腐执法和司法资源能力的有限性,国家没有办法全面应对和解决数量庞大的贪腐案件。二则当社会呈现体制性腐败时,当腐败成为官僚体制具有的普遍性痼疾时,国家不可能也难以全部查处,否则将引起官僚体系运行的瘫痪甚至崩溃,这无异于政治上的自杀。在这种进退两难的境况下,在立法或司法层面留给刑法的选择大体有二:一是固执地坚守“严厉反腐”的基本立场,立法或司法解释将贪污贿赂犯罪的定罪量刑数额标准确定得较低,以体现刑法对贪腐犯罪较低的政治宽容度。面对执法与司法资源的有限性,实践中司法机关则采取选择性司法(执法),即采取所谓的“隔墙扔砖,砸到谁,谁倒霉”的反腐做法。二是采取“抓大放小”查处策略,立法或司法解释相对提高贪污贿赂罪定罪量刑数额标准,通过提高犯罪门槛过滤实践中贪腐数额小、情节轻的案件,保证将刑法的打击集中于那些数额大、危害性严重的贪腐案件。

第一种反腐策略,从表面上看,国家的刑法似乎保持了与贪腐犯罪势不两立的严正态度,更容易获得社会和民众的情感支持。但因国家刑事司法资源有限而不得不采取的选择性执法(司法),使得国家对腐败的惩罚带有“碰运气”的性质,在这种情况下,犯罪分子和社会民众都会将惩罚贪腐犯罪看作是碰运气时可能会遇到的一种危险,这不仅会引起国家对腐败治理的道义难题,还将大大折损刑罚的有效性。^{〔18〕} 相比之下,第二种选择虽然可能遭遇来自从严反腐刑事政策一贯性的难题,但“抓大放小”的反腐策略可以更有效保证国家将有限的刑事司法资源集中于那些较为严重的违法贪腐案件,可以在一定程度上缓解国家在腐败治理上资源和能力“力不从心”的尴尬。^{〔19〕} 《解释》更多体现的是第二种反腐策略,提升

〔17〕 参见2016年1月12日习近平同志在中国共产党第十八届中央纪律检查委员会第六次全体会议上的讲话。

〔18〕 参见[美]查尔斯·霍顿·库利:《人类本性与社会秩序》,包凡一、王源译,296页,北京,华夏出版社,1999。

〔19〕 当然,需要指出的是,即便采取第二种策略,国家仍然存在采取选择性执法的风险,这主要取决于国家法治化反腐的程度。

贪腐犯罪定罪量刑数额,是国家在治理资源和能力有限情况下面对严峻反贪腐形势困扰的一种“不得已”选择。

(二) 国民的感知适应:贪腐犯罪数额提升的社会心理基础

回顾《刑法修正案(九)》关于贪腐犯罪修改和《解释》的颁布过程,我们会发现一个值得关注和反思的现象。《刑法修正案(九)》颁行后,“两高”如何具体确定贪污受贿罪的定罪量刑数额,毫无疑问是个兹事体大的问题,最高司法机关背负着巨大社会压力,期间社会上也出现了种种猜测之声。但令人感到有些意外的是,《解释》颁布后,对于其提升贪腐犯罪定罪量刑数额的做法,社会反应非常平静,几乎没有看到太多的质疑和批评声音。个中原因当然与主流媒体的正能量宣传有关,但在当前这样一个信息自由流动和自媒体的时代,社会对《解释》反应平静的原因,恐怕不是主流媒体宣传能够完全承载的。在笔者看来,长期以来我国贪腐犯罪泛滥导致的国民对贪腐犯罪的感知适应,为社会的平静反应提供了心理支撑。

人本质上是一种感知适应的动物,同一社会事象的反复,会使我们的反应牢固地变成我们的第二天性。^[20]“见多不怪”“入芝兰之室,久而不觉其香;入鲍鱼之肆,久而不闻其臭”,这些都是对感知适应这一人类天性的朴素表达。在心理学上,“感知适应”,具体分为感觉适应和知觉适应,指的是由于外界刺激对感受器的持续作用从而使感受性发生变化的现象。感知适应既可引起感受性的提高,也可能引起感受性的降低。关于感知适应的事例在生活中并不乏见,比如当我们从亮处进入暗处,一开始不适应,什么也看不清,过一会儿,周围的事物开始变得可见了。日本心理学家关山薰通过学生戴四棱镜的眼镜证明人具有感知(知觉)适应的功能。四棱镜的眼镜能够对调左、右视野,初戴时学生们会迷失方向,但在几个星期内,学生们就能完成复杂的动作协调性任务。实验结束后,学生们又很快重新适应了正常视野。^[21]人作为一种兼具价值判断和感知性动物,某种行为是否具有社会危害性及其严重程度,与特定时期国民的心理感受和容忍度有密切关系。所以,犯罪的严重程度以及与之匹配的刑罚的量,从来都是相对性的。而且这种相对性还会随着人的感知相应调整。在一个十分清廉的国家,即便对于偶尔

[20] 参见王亚男:《中国官僚政治研究》,45页,北京,中国社会科学出版社,1981。

[21] 参见[美]阿比盖尔·A. 贝尔德:《心理学:认识你自己》,宋玉萍译,84页,北京,中国人民大学出版社,2014。

发生的贪腐数额较小的案件,也可能引起社会的广泛关注和人们的强烈义愤。但随着该国清廉度的降低,腐败案件越来越多,违法犯罪数额越来越大,当政治变得不再洁净,当贪腐违法犯罪成为非常普遍的社会现象而对人们耳濡目染时,国民对贪腐违法犯罪的义愤感就会慢慢地降低,社会对此类违法犯罪的容忍度也会随之升高。眼下,虽然中央对贪腐犯罪的治理倾注了大量的心力,但现实社会的贪腐犯罪形势并不乐观,贪腐犯罪仍然具有相当的普遍性,触及国家政治和社会生活的各个角落,而且,涉及国家公职人员级别越来越高,贪腐数额也越来越大,司空见惯的贪腐违法犯罪必然侵蚀国民的心理,导致民众对贪腐犯罪违法性感受度的降低,出现感知适应的问题。当社会民众对腐败产生感知适应的社会心理时,这种心理必然会延伸和影响到国家政治生活(包括立法和司法),因为任何立法者和司法者都是现实社会中的人,他们不可能完全超越其所处的生活和时代。《解释》提升贪腐犯罪定罪量刑数额的做法,只不过是国家以司法解释的形式将这种社会心理予以陈述并予以合法化而已。

(三) 国民贪腐感知适应与《解释》做法的法治风险

法律是人类的作品,并且像其他的人类作品一样,只有从它的理念出发,才能被理解。一个无视人类作品价值的思考是不能成立的,因此对法律的,或者对任何一个个别的法律现象的无视价值的思考也都是不能成立的。法律只有在涉及价值的立场框架中才可能被理解。^{〔22〕} 国家必须为国民创造理性的生存状态,刑法作为保障法,面对贪腐犯罪严峻态势,没有退却的余地,《解释》体现出来的刑法在反腐中的立场让步的价值倾向以及由此折射的国民对贪腐的感知适应,存在严重的法治风险。

第一,腐败感知适应将导致国民反腐意识的钝化。人作为一种社会性存在物,需要在与他人的合作中共建和分享善的生活方式。法律的目的在于引导国民在规则的指导下寻求道德和善良的生活秩序。贪腐犯罪以非法的方式,排他性地追求个人利益,破坏了公民和政府之间的理想道德关系,损害国民赖以生存的生存环境。国民心理对贪腐违法犯罪的适应,将会带来民众对腐败政治宽容度的升高和反腐意识的钝化,久而久之,社会将失去对政治的信任和向善的生活理想的坚守。现代民主社会,政治需要国民的支持,当国民失去对政治的信心时,民主制

〔22〕 参见〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,5页,北京,法律出版社,2013。

度势必陷入危机。从社会秩序的构建和国家良性运转角度看,今日社会秩序的建立和维系早已摆脱了强制与暴力,而有赖于国民之间建立和形塑共享的价值。政府必须清廉就是其中的核心价值之一。现实社会泛滥的贪腐违法犯罪所导致的国民反腐意识的钝化,严重背离现代社会的共享价值和规范共识。再者,法律是使人的行为遵守规则治理的事业,亦如法学家富勒所言,我们的整个法律体系表现为一套规则的复杂组合,旨在将人们从盲目的随机行为中拯救出来,使他们安全地踏上从事有目的的创造性活动的道路。^{〔23〕} 民主政治体制下,政府的权力来源于国民的委托,官员作为公权力的行使者必须严格按照法律的规定服务民众的福祉,这是现代社会公务人员必须信守的政治伦理,贪腐犯罪背后隐藏的钱权交易在根本上扭曲了政府的行为。民众对腐败的反感和排斥的社会心理,是国家反腐的精神动力,眼下无论是国民对腐败感知适应,还是由此导致的国民反腐意识的钝化,都将侵蚀现代民主社会最根本的政治伦理规则和法治原则,势必引起社会治理的深层次危机。

第二,国民对腐败的感知适应还将导致刑法在反腐中的功能衰退。习惯使用监狱解决社会问题,这是人类的天性。但对任何犯罪(包括贪腐犯罪)的治理,刑法的功能都是十分局限的,因为导致犯罪的原因在惩罚制度的管辖之外。^{〔24〕} 眼下我国贪腐违法犯罪的泛滥有着浓厚的体制和社会转型原因。简单地说,我国腐败的产生是国家权力缺乏有效拘束的后果,是政府主导经济社会发展模式的伴生物,是市场经济发展中法治缺失和严重滞后的恶果。^{〔25〕} 如王亚男先生所言,一切存在的东西,在它取得存在的一般社会条件还在发生作用的限内,我们是无法凭着一己好恶使它从历史上消失的。^{〔26〕} 刑罚作为事后型严惩措施,无法触及贪腐滋生的原因,治理效果自然不可能是乐观的。另外,对包括贪腐犯罪在内的一切犯罪,刑法功能的发挥还依赖于多种因素,比如刑罚的确定性、及时性等。当国家对腐败的治理呈现出选择性执法或司法时,换句话说,当刑罚对贪腐犯罪惩处具有不确定性时,刑罚的实际功能还会再次大打折扣。承认刑法对违法犯罪治理功

〔23〕 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,11页,北京,商务印书馆,2005。

〔24〕 参见[英]大卫·葛兰:《惩罚与现代社会》,刘宗为、黄煜文译,465页,台北,城邦文化事业股份有限公司,2006。

〔25〕 参见何荣功:《重刑反腐与刑法理性》,载《法学》,2015(10)。

〔26〕 参见王亚男:《中国官僚政治研究》,15页,北京,中国社会科学出版社,1981。

能的有限性,并不意味着认为刑法对犯罪治理没有任何效果。人作为具有选择自由和趋利避害的动物,国家对贪腐犯罪严厉的刑事政策和刑罚措施,不可能不对贪腐犯罪分子产生心理上的强制力和威慑力。另外,刑罚通过对贪腐犯罪的惩罚,对国民远离贪腐也有一定教育意义。但问题在于:一旦国民对腐败变得感知适应,势必引起国家反腐决心的松弛,削弱刑法在反腐中的道义力量,甚至使国家在腐败问题上彻底减弱和丧失自我反省的机会与能力。随着国民规范意识的钝化,接续而来的必然是刑罚对腐败效力的钝化,刑法功能的衰退便无法避免,最终导致在反腐问题上刑法原本极其有限的功能变得更加羸弱。在国家反腐刑事政策距离现代化还较远的情况下,在国家反腐手段和措施仍然很笨拙且倚重刑罚事后惩罚的情况下,刑法在反腐中的机能衰退,将使国家对腐败犯罪治理变得更加束手无策。

对于上述观点,反对的意见可能认为,我国对腐败的惩处从来都是多元体系的,并非单纯依靠刑法,还有党纪和行政处罚。即便社会出现国民对腐败的感知适应和刑法在反腐中钝化问题,只要党纪和行政法能够坚守底线,同样不会出现国家对贪腐治理的溃败。但现实社会,贪腐分子未必都会承受党纪约束和纪律处罚。另外,从严厉性和可感触性而言,行政处罚与刑罚相比,不可同日而语,刑法立场的松懈,势必导致国民对贪腐犯罪严重性和国家严正立场的麻痹大意。而且,我们如何保证纪委和行政机关在办案中不出现同样的贪腐感知适应和规范意识钝化呢?

四、结语与反思:迫在眉睫的反腐刑事政策的法治转型

法律意味着秩序,只有善的立法才可能构建良好的社会秩序。国家的任何立法活动(包括司法解释),都要特别注意法律应如何构想,以免法律和事物的性质相违背。法律的制定是为了惩罚人类的凶恶悖谬,所以法律本身必须最为纯洁无垢。^{〔27〕} 以上分析不难看出,《解释》提升贪腐犯罪定罪量刑数额的做法,确实在很大程度上可以缓解眼前办案工作中的一些困境,但却带来了刑法在反腐问题上根本立场的让步,难以契合法治理性。提升贪腐犯罪定罪量刑数额既无法保证罪名体系之间处罚的协调平衡,也难以认为真正贯彻了党和国家一贯强调的严惩腐败

〔27〕 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(下),张雁深译,301、302页,北京,商务印书馆,1961。

的刑事政策精神。而且,可以预料,如果我国贪腐违法犯罪的根本形势得不到扭转,如果未来国家还是一如既往地倚重刑法采取运动式反腐,那么,国民的反腐意识还将面临进一步钝化,刑法在反腐中的功能还可能陷入进一步衰退,最终国家将陷入骑虎难下的反腐复杂困境。

明镜所以照形。《解释》提升贪腐犯罪定罪量刑数额做法导致的法律尴尬,至少给我们以下启示:第一,在贪腐犯罪严峻的时期,倚重刑法反腐,国家必将陷入法治困境,《解释》提升贪腐犯罪定罪量刑数额,对缓解司法机关办案难题只具有暂时性。国家反腐的法治转型迫在眉睫,反腐不能再继续交由时间解决。第二,刑法作为法律的底线,虽然它对犯罪治理效用并非乐观,但严惩腐败彰显着国家对腐败的严正立场和现代政治的形象,代表着社会的集体良知。刑法在反腐立场上的不适当退步,可能引起公民对政治信心的衰退。较之于贪腐违法犯罪本身,贪腐违法犯罪泛滥所引起的国民对腐败的感知适应和反腐意识的钝化问题,危害性更大,更深,更普遍,更需要国家和全社会的关注和警惕!

贪污受贿犯罪入罪数额标准的设定

——对最新贪污贿赂犯罪司法解释规定的质疑

傅跃建* 刘 婷**

贪污受贿犯罪的入罪数额,也就是贪污受贿犯罪的起刑点数额,涉及贪污受贿犯罪犯罪圈的宽窄和处罚范围的大小问题,因而具有极为重要的意义。我国最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)最新颁布的关于贪污贿赂犯罪的司法解释对贪污受贿犯罪的入罪数额进行了较大幅度的调整。本文即围绕这一调整展开讨论。

一、贪污受贿犯罪入罪数额标准的立法规定与司法实践

从贪污受贿罪的历次立法修正来看,犯罪数额的每次调整都会引起理论界和实务界的激烈争论。这是因为,“犯罪数额的设定,关涉具体犯罪刑事政策的实

* 浙江省金华市人民警察学校教授,中国犯罪学学会副秘书长,中国刑法学研究会理事。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院刑法专业硕士研究生。

现、犯罪圈的大小、刑事司法资源的负重、公众对刑法的认同等重大问题,需要理性和慎重的对待。”^{〔1〕}从总体上看,在我国贪污受贿犯罪的立法中,入罪的数额标准历经了立法模式上的变更,以及数额上的不断提升。

1952年公布施行的《中华人民共和国惩治贪污条例》第2条规定:“一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员,凡侵吞、盗窃、骗取、套取国家财物,强索他人财物,收受贿赂以及其他假公济私违法取利之行为,均为贪污罪。”第3条规定,贪污罪的入罪数额为1千万元(折成现人民币单位为1000元)。鉴于当时的立法技术较为落后,《惩治贪污条例》并没有将受贿罪从贪污罪中分立出来,而是将二者统称为“贪污罪”,适用相同的具体数额模式。同时,《惩治贪污条例》第7条还规定:“在本条例公布后,如在与国家工作人员交易中仍有送收小额回扣情事,不论送者收者,均分别以行贿、受贿治罪。”可见,小额贿赂犯罪在新中国成立初期也受到严厉打击,这表明当时对腐败行为的不容忍态度尤为强烈。1979年颁布的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)并没有规定贪污受贿犯罪入罪的具体数额。之后,1985年,“两高”在《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答(试行)》中规定了以2000元作为贪污受贿犯罪的起点数额,并可根据具体情节加以掌握。1982年全国人大常委会通过的《关于严惩破坏严重经济的犯罪的决定》以及1988年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》则明确规定,个人贪污受贿数额不满2000元,情节较重的,处2年以下有期徒刑或者拘役;情节较轻的,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。1997年《刑法》颁布之后,贪污受贿犯罪的入罪数额由2000元提高到5000元,这一数额标准一直沿用将近20年。2015年8月29日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案(九)》(以下简称《刑法修正案(九)》)对贪污受贿犯罪删去了过往以具体数额为定罪量刑标准的立法规定,采取了“概括数额+情节”的定罪量刑模式,但并未对定罪量刑的数额标准作出明确规定。时隔半年多,2016年4月18日出台的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)将贪污受贿犯罪通常情况下的入罪数额由5000元提高至3万元(在具有其他较重情节的情况下,数额标准下降至1万元)。

从贪污受贿定罪数额的立法及司法解释的规定来看,贪污受贿犯罪的定罪数

〔1〕 陈磊:《犯罪数额规定方式的问题与完善》,载《中国刑事法杂志》,2010(8)。

额标准主要经历了两个变化：

一方面，由绝对的数额标准变更为“概括数额+情节”的定罪量刑模式。贪污受贿犯罪的数额虽然是反映犯罪社会危害性程度的主要情节，但并非是唯一情节。除了犯罪数额之外，行为的动机、手段、对象、危害后果等等都可以成为评价社会危害性的重要因素。“从实践的情况看，规定数额虽然明确具体，但此类犯罪情节差别较大，情况复杂，单纯考虑数额，难以全面反映具体个罪的社会危害性。同时，数额规定过死，有时难以根据案件的不同情况做到罪刑相适应，量刑不统一。”^{〔2〕}并且，绝对的数额标准在司法实践中也难以得到统一的贯彻。各个地区经济发展不平衡，人均收入的差异性较大，犯罪数额也会出现很大的差距，而绝对的数额标准则会限制司法机关对贪污受贿案件的自由裁量权，导致其在某些情况下要么突破数额标准进行查办，要么因达不到数额标准而干脆置之不理，造成司法实践的极度不统一。值得注意的是，在《刑法修正案（九）》中，从表面上看，数额在贪污受贿刑事案件的定罪量刑中的地位有所“下降”，或者说跟其他犯罪情节“平起平坐”，但从《解释》的规定来看，数额和情节之间并非简单的“择一”关系。这具体表现在，数额可以脱离其他情节而独立成为贪污受贿犯罪的定罪量刑标准，而数额以外的其他情节，则必须与数额相结合才能成为定罪量刑的标准。例如，根据《解释》的规定，在贪污受贿的数额未达到3万元时，除非具有《解释》规定的其他情节，那么，对贪污受贿行为就只能作非罪处理。这说明，《刑法修正案（九）》并未从根本上改变贪污受贿犯罪以数额为中心的定罪量刑模式，而是坚持在以数额为前提的情况下，通过数额以外的其他情节的设置来增加司法操作的弹性，从而保障司法效果的公平和正义。

另一方面，贪污受贿犯罪的入罪数额调整一直呈现上升趋势。对此，有学者认为，“这种认定数额的飙升，一方面表明了经济的发展；另一方面表明社会的容忍度提高。”^{〔3〕}笔者认为，贪污受贿入罪数额呈现出“1000元—2000元—5000元—3万元”的上升变化，确实是经济发展导致的物价水平上涨和货币购买力下降等因素在刑法修改中综合体现的结果。在经济发展水平较低的社会，单位货币代表的财产价值较高，贪污受贿定罪数额标准不宜设定过高，否则就会放纵犯罪；

〔2〕 李适时：《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）〉（草案）的说明》，http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlys/2014-11/03/content_1885123.htm。

〔3〕 王秀梅：《论贿赂犯罪的破窗理论和零容忍惩治对策》，载《法学评论》，2009（4）。

而在经济发展水平较高的社会,单位货币代表的财产价值较低,此时贪污受贿定罪数额标准就不应设定过低,否则就会不适当地扩大刑罚适用范围,违反刑法谦抑性原则。不过,这只是从经济学角度来阐述经济发展对调整贪污受贿罪入罪数额标准的影响。同时,也应当看到,伴随着社会主义法治和政治文明的提倡,政治清明、官员清廉已经成为公众对建设法治国家和法治政府抱有的基本期望。由此,公众对权力运行的监督意识日趋强烈,对贪污受贿等腐败行为的容忍度一再降低,对反腐倡廉的要求也越来越高。这样,数额的上升变化就并不能表明社会整体对贪污受贿等腐败行为的容忍度也在提高。

在《刑法修正案(九)》通过之前,在立法层面,5000元数额是贪污受贿犯罪的人罪标准。然而,据统计,多年来法院受理过接近5000元的贪污贿赂数额的刑事起诉微乎其微。^{〔4〕}随着经济社会的巨大发展变化,5000元的人罪标准在司法实践中已很难执行;即使低于3万元被追诉的,主要也是因为其他犯罪案件被牵连出来的,且多被判处免于刑事处罚。^{〔5〕}事实上,在司法实践中,受不同地区经济发展水平差异的影响,5000元的定罪标准已被各地司法机关变通适用,在部分经济发达地区出现5万元至6万元甚至是10万元的定罪数额标准。^{〔6〕}

二、贪污受贿犯罪入罪数额标准的争议及评析

《刑法修正案(九)》对贪污受贿犯罪取消了绝对的数额标准,采取数额和情节并重的模式来确定贪污受贿罪的定罪量刑标准。《解释》则进一步明确了贪污受贿犯罪通常情况下的入罪数额标准,将5000元提升至3万元。然而,这种做法是否具有合理性呢?从官方公布的解释文件和学界的讨论意见来看,支持提高贪污受贿犯罪入罪数额的意见(“提高说”)不在少数。

首先,社会经济水平的发展,导致评价贪污受贿犯罪社会危害性的数额标准需要重新调整。有学者提出:“目前的定罪量刑数额滞后于我国经济的发展,如果仍然固守5000元的起刑点,显然无法适应经济快速发展和人民收入水平普遍提高的客观形势变化,现行刑法关于贪污罪、受贿罪的统一数额标准忽视了经济发

〔4〕 曾凡燕、陈伟良:《贪污贿赂犯罪起刑数额研究》,载《法学杂志》,2010(3)。

〔5〕 阮齐林:《依法从严惩治贪污贿赂犯罪》,载《人民法院报》,2016(2)。

〔6〕 王林林:《论贪污、受贿罪的定罪量刑标准——以〈刑法修正案(九)〉(草案)为研究视角》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第2卷),52页,北京,法律出版社,2015。

展水平的地区差异,应当提高数额起点,以当地城镇居民人均收入为参数,确定贪污罪、受贿罪定罪量刑的数额标准。”〔7〕“自1997年刑法典规定贪污受贿犯罪5000元起刑点迄今,我国经济社会的发展变化巨大,人均GDP自1997年至2014年增长了约6.25倍,而适用了近20年的贪污受贿犯罪5000元的起刑点仍未变化,已严重不符合当初设定这一起刑点时所掌握的社会危害程度,因而适当提高这一起刑点数额乃势在必行,而且提高太小也不解决问题。”〔8〕根据上述观点,1997年确定的5000元数额标准代表的财产价值要远远高于今天的5000元。如果不提升贪污受贿犯罪的入罪数额标准,贪污受贿犯罪的社会危害性难以得到适当的评价,罪责刑相适应原则将无法得到贯彻。而且,刑罚处罚范围的扩大将会导致刑法打击面过广,损害公民的基本人权。因此,贪污受贿罪的定罪数额必须提高。2015年城镇居民人均可支配收入为31195元〔9〕。那么,贪污受贿犯罪的定罪数额也应与之相当,所以,《解释》确定的3万元数额标准更为符合现实情况。

其次,打击贪污受贿犯罪的司法实践要求贪污受贿罪的定罪量刑标准做出调整。如前所述,针对司法实践中司法机关变相提高贪污受贿犯罪的入罪数额标准,导致5000元数额标准虚置的现实状况,有学者认为:“提高定罪量刑数额并不是对贪污贿赂犯罪行为的宽恕和纵容,也不违背我国刑事立法对国家工作人员职务犯罪从严惩处的指导思想,而是为了更加有效地打击贪污贿赂犯罪活动。不通过刑事诉讼程序追究犯罪人的刑事责任,并不是承认其行为的合理性,只是说明现阶段不易用刑罚的手段予以调整。”〔10〕按照这种观点,国家的社会管理成本有限,应当将司法资源集中用于打击犯罪数额较大、社会危害性严重的腐败犯罪,对其他情节轻微、危害不大的腐败行为应当由党纪、行政手段进行处理。

再次,提高贪污受贿犯罪的定罪量刑标准,“并不会如盗窃罪那样直接引发社会公众的极度不安和恐慌。并且,贪污、贿赂罪与盗窃、诈骗等罪属于不同种类的犯罪,各罪数额标准的确立当然无法也不应该做到一致。”〔11〕此观点认为贪污受

〔7〕 卢勤忠:《我国受贿罪刑罚的立法完善》,载《国家检察官学院学报》,2008(3)。

〔8〕 赵秉志:《略谈最新司法解释中贪污受贿犯罪的定罪量刑标准》,载《人民法院报》(第3版),2016-04-19。

〔9〕 万春、缘杰等:《办理贪污贿赂刑事案件要准确把握法律适用标准》,载《检察日报》,2016-05-23。

〔10〕 孙宝民、乔洪翔:《试论贪污贿赂罪定罪起点数额》,载《中国刑事法杂志》,1998(1)。

〔11〕 刘宪权:《贪污贿赂犯罪最新定罪量刑标准体系化评析》,载《法学》,2016(5)。

贿犯罪和盗窃罪、诈骗罪等财产犯罪的性质本来就不同,在定罪量刑数额和刑罚配置方面也就无须进行横向比较。每个罪名只需要按照其实际规模和样态来匹配罪刑关系和刑罚结构。数额标准是由其内部规律所决定的,而不是通过横向协调来决定的。在这种观点来看,数额标准不具有衡量罪轻罪重的功能,犯罪数额只在个罪设定犯罪圈和法定刑档次的时候具有区分意义,在罪与罪之间不具有社会危害性的比较意义。

最后,通过党纪处分、行政处分与刑罚相互衔接,能够有效治理贪污贿赂犯罪。“在《中国共产党纪律处分条例》等党内法规不断完善的背景下,《解释》确定的定罪量刑标准,充分体现了党纪严于国法,‘把纪律挺在前面’的反腐要求,突出刑事打击重点,做到刑事处罚与党纪处分衔接有序、统筹协调。”^{〔12〕}最高人民检察院研究室也对此作出解释:“惩治腐败在刑罚之前还有党纪、政纪处分,两者之间必须做到相互衔接、相互协调,为党纪、政纪发挥作用留有空间,体现‘把党纪挺在前面’精神。”^{〔13〕}在该观点看来,贪污受贿犯罪的入罪数额提高到3万元后,对于该数额标准之下的贪污受贿行为,刑罚虽然不予适用,但有党纪、政纪处分作为补充手段发挥惩罚功能,因而贪污受贿行为人并不会逃脱相应的制裁。刑罚和党纪、政纪处分的衔接适用能够织密处罚贪污受贿行为的法网,还能够为党纪、政纪处分留下一定的适用空间。

但是,也有不少反对的意见认为,提高贪污受贿犯罪入罪数额标准的做法不具有合理性。在反对意见的内部,又存在两种不同的观点。一种观点主张降低甚至取消贪污受贿犯罪的入罪数额标准(“降低说”)。支持这种观点的主要如下:首先,贪污受贿犯罪与盗窃、诈骗罪等纯粹财产犯罪相比较,社会危害性更加严重,对国家工作人员的惩处应当更加严厉。例如,“贪污罪的起点数额是五千元,盗窃罪的起点数额是五百至二千元,贪污罪不仅侵害了财产所有权,还侵害了职务行为的廉洁性,社会危害性更大。社会危害性更大的犯罪的起点数额更高违背了罪责刑相适应原则,因此应当降低贪污罪的起点数额。”^{〔14〕}其次,从立法经验和传统来看,降低贪污受贿犯罪的入罪数额,具有合理性。“结合中国古代及国外的立法经验,我国应当对贪污受贿实行零容忍,贪污贿赂犯罪的数额起点应当进一步降

〔12〕 舒小庆:《织密惩治贪污贿赂的法网》,载《学习时报》,2016-05-05。

〔13〕 万春、缘杰等:《办理贪污贿赂刑事案件要准确把握法律适用标准》,载《检察日报》,2016-05-23。

〔14〕 李希慧:《贪污罪研究》,79页,北京,知识产权出版社,2004。

低乃至取消而不是提高,降低有底线,易于操作,提高无上线,且易于造成纵容数额较低的贪污受贿行为。”^{〔15〕}再次,经济发展并不能单独决定贪污受贿犯罪的定罪数额升降,还要参考其他因素。“表面上看来,现在贪污受贿 5000 元比在 1997 年贪污受贿 5000 元的主观恶性和客观危害性似乎要小得多。但现在与 1997 年相比,变化的不只是经济发展,政治文明、精神文化、社会建设等各方面也都有了相应的进步。”^{〔16〕}“如果把政治、文化、社会等各方面的账与经济账一起算,就不应该得出调高贪污受贿犯罪起刑点的结论,而是与之相反。”^{〔17〕}最后,从“破窗理论”和“零容忍”角度来看,降低贪污受贿犯罪的入罪数额,具有必要性。“‘零容忍’政策是‘破窗理论’的衍生之物,其合理性自不待言。比如,单纯地按照‘零容忍’政策,贪污贿赂犯罪将不需要‘数额’的要求,而是直接按照行为犯的既遂形态加以处理即可,不仅因‘一刀切’而直接有效,而且还回避了随着经济发展、文化观念之变化所带来的‘数额’变动问题。”^{〔18〕}而另一种观点则主张保留贪污受贿犯罪的入罪数额标准,并维持在 1997 年确定的 5000 元上,只需对贪污受贿犯罪的量刑幅度进行调整即可(“维持说”)。如有论者指出:“较为妥当的做法应该是维持现行刑法规定的 5000 元起刑点不变,在此基础上拉开其他档次量刑数额标准的幅度,如此便兼顾了经济发展变化对贪污受贿犯罪定罪量刑标准的影响,以及反腐‘零容忍’政策的需求,也有利于实现此次立法修正的法律效果、政治效果和社会效果的有机统一。”^{〔19〕}

从表面上看,无论是“提高说”“降低说”还是“维持说”,站在各自立场论述的理由都具有相对的合理性和说服力。笔者认为,社会危害性是行为可罚的根本依据。这样,从犯罪行为、社会危害性和犯罪数额三者之间的关系入手来探讨犯罪数额的升降,就不失为一条有效的路径。根据刑法的基本原理,犯罪的本质是对法益的侵害,犯罪最根本的特征就是具有社会危害性。犯罪行为是违法行为在社会危害性的量上完成的质变。行为是否构成犯罪,就要看该行为的性质以及社会

〔15〕 郭嘉:《贪污贿赂犯罪的数额问题研究》,载《政法论丛》,2012(6)。

〔16〕 曾凡燕、陈伟良:《贪污贿赂犯罪起刑数额研究》,载《法学杂志》,2010(3)。

〔17〕 邓清波:《贪污贿赂犯罪起刑点不能只算经济账》,载《燕赵都市报》,2009-11-05。

〔18〕 孙道萃:《反腐败“零容忍”刑事政策之辨思》,载《周口师范学院学报》,2014(3)。

〔19〕 熊亚文:《贪污受贿犯罪定罪量刑标准探究——以〈刑法修正案(九)〉为背景的思考》,载《山西高等学校社会科学学报》,2016(3)。

危害性的程度是否满足刑法规定的要求。就典型的数额犯而言,犯罪数额的总和通常能够代表行为人所侵害的财产法益的大小,也能根据数额的多少大体衡量出行为的社会危害性程度。犯罪数额通常被数额犯纳入犯罪的构成要件之一,以此与违法行为进行区分,从而将未达到一定数额标准的行为排除出犯罪圈。对于盗窃罪、诈骗罪等财产犯罪来说,侵财性是犯罪的本质特点,侵害财产的数额一般能代表行为人获得的非法利益的价值,因此,财产犯罪设定的数额标准所反映的社会危害性与现实状况基本是吻合的。与纯粹的财产犯罪不同,贪污罪和受贿罪侵犯的是复合法益,即财产所有权和公职行为的廉洁性。此时,犯罪数额虽然代表行为人非法获取的财产价值,但并不能直接与犯罪的社会危害性对应或等同,这是因为,贪污受贿犯罪的犯罪数额并不能直接反映犯罪客体的客观危害程度。犯罪数额虽然能够将犯罪造成的公私财产损失进行量化,但却无法衡量出公职行为廉洁性遭受损害的程度。因此,对于贪污受贿犯罪而言,犯罪数额只能作为反映社会危害性程度的一个指标,而非唯一指标。犯罪的可罚性在于其具有社会危害性。就贪污受贿犯罪而言,社会危害性的判断需要综合考察包括犯罪数额在内的多项指标;为了保证罪责刑相适应原则得到贯彻,设定的数额标准除了能体现侵害的公私财产价值之外,还应当承载其他指标对社会危害性的影响和制约,以此综合反映出贪污受贿犯罪的社会危害性程度。

三、贪污受贿犯罪入罪数额标准的设定考量

如前所述,不同于一般的财产犯罪和经济犯罪,贪污受贿犯罪的社会危害性判断需要参考包括犯罪数额在内的诸多指标。为了使贪污受贿犯罪的定罪量刑能够与现实危害尽量匹配,数额标准的设定应当综合、协调上述指标对社会危害性产生的影响和制约,实现刑事评价的合理性和科学性。那么,就贪污受贿入罪数额标准的设定而言,除了可以用货币价值表示的犯罪数额之外,数额标准的设定还会受到哪些指标的影响呢?笔者认为,还需要考虑到反腐败刑事政策的要求、犯罪黑数问题、刑罚结构的协调和平衡以及社会管理成本等因素。

(一)“零容忍”刑事政策的内在要求

定罪数额标准的设定属于刑事立法的范畴,而“刑事立法是一套记录刑事政策内容与过程的符号体系和规范准则,刑事政策的价值选择决定着刑事立法的模

式构建。”^{〔20〕}因此,就贪污受贿犯罪入罪数额标准的设定而言,必须考虑到刑事政策的制约,尤其是要与反腐败刑事政策的走向保持一致。纵观我国反腐败刑事政策的演进,从立法层面或司法实践看,先后基本上经历了“严惩与宽大”“惩办与宽大”“宽严相济”等刑事政策的变迁。^{〔21〕}自“十八大”掀起反腐风暴,加大反腐力度以来,党和国家多次向社会公众展示反腐决心,坚持“老虎”“苍蝇”一起打,既坚决查处领导干部违法违纪案件,又切实解决发生在群众身边的不正之风和腐败问题,逐渐形成了“有案必查、有腐必反”的“零容忍”政策。“零容忍”政策揭示了现阶段国家和人民对于腐败行为的态度,即腐败行为造成的社会危害性已无法被社会所容忍。具体到刑事法领域,“零容忍”的反腐政策该如何运行呢?或者说,对贪污受贿等腐败犯罪实行“零容忍”,是否符合宽严相济基本刑事政策的要求呢?

从反腐败斗争的历史和现状来看,腐败犯罪具有严重的社会危害性,国家在治理腐败犯罪的斗争中一直坚持从严惩处的政策,而“从严惩处”与“宽严相济”属于具体政策和基本政策的关系。宽严相济本身就包含“该严则严”的内容。腐败犯罪的危害如此之重,对之理应“当严则严”。而“零容忍”的核心含义就是对腐败犯罪不留情面,从严惩处。因此,在对腐败犯罪从严的立场上,“零容忍”政策与宽严相济刑事政策是不谋而合的。并且,在反腐败这一特定领域,“零容忍”政策将更具有针对性、适时性与实用性,从而成为指导我国反腐的具体刑事政策。各国成功的反腐败经验告诉我们,对腐败现象的遏制,关键不在于案件发生以后的惩处有多么严厉,而在于腐败行为发生后被惩处的风险有多高及其之前的制度性控制。^{〔22〕}就对腐败犯罪的治理而言,提高处罚概率比提高处罚力度更为有效。中国腐败犯罪愈演愈烈,并非在于刑事处罚力度不够,而是因为腐败犯罪处罚的概率过小,无法遏制犯罪人的机会主义心理。而“零容忍”正是强调严密腐败犯罪的刑事法网,提高犯罪的机会成本和处罚风险,以此降低潜在犯罪人的利益期待。当然,坚持“零容忍”,并不等同于一味从严;在提高刑事处罚概率的同时,也应当配置与之相适应的刑罚结构。刑罚结构的畸轻畸重都无法有效发挥刑罚的惩罚

〔20〕 姜涛:《刑事政策视域下我国腐败犯罪立法的重构》,载《南京师范大学学报》(社会科学版),2012(6)。

〔21〕 孙道萃:《论“零容忍”反腐作为具体刑事政策及其展开》,载《河南师范大学学报》(社会科学版),2015(5)。

〔22〕 游伟、李长坤:《反腐败30年:我国贿赂犯罪立法回顾与前瞻》,载《东方法学》,2008(6)。

和预防功能。因此,“零容忍”政策在严密刑事法网时,还需要通过调整量刑幅度和法定刑档次来实现刑事打击的“轻重有别”,保证刑事政策运行的“宽严相济”。有学者提出,“对贪污腐败的零容忍不等同刑事处罚没有门槛。”^{〔23〕}笔者赞同这一观点,因为刑法的谦抑性原则决定了我们必须按照《刑法》第13条但书的规定,将情节轻微、危害不大的行为排除出犯罪圈。就目前情况来看,坚持“零容忍”的刑事政策,也并非意味着对所有贪污受贿行为一律入罪化,而是通过逐渐下调数额标准,将具有一定社会危害性的贪污受贿行为纳入犯罪圈进行刑法规制,这正是现阶段刑事政策和刑法谦抑性相互协调的结果。

这里值得研究的问题是:“零容忍”成为反腐败刑事政策的根据何在?正所谓“儿时偷针,长大偷金”,贪污等腐败行为通常也是从贪图较小数额发展到侵吞巨款,从违法行为发展到犯罪,从轻微犯罪到严重犯罪。腐败行为的滋生蔓延非常迅速,造成的危害后果相当严重,而“抓早抓小”“有腐必反”则可以将腐败打击在萌芽状态,防患于未然。除了遏制腐败犯罪猖獗的现实需要,破窗理论(broken window theory)也可以从犯罪学的角度说明对腐败犯罪实行“零容忍”的必要性。破窗理论认为:“无序的现象对人的反常行为和违法犯罪具有强烈的暗示性,如果轻微犯罪行为没有及时严厉制止,则向社会传递一种错误信号,即表明该区域社会控制力较弱,或者当代人们可以容忍这些行为,最终成为严重犯罪的诱因。”^{〔24〕}而“零容忍”正是破窗理论的衍生物,是控制犯罪、修补“破窗”的合理性策略。作为一种犯罪治理策略,“零容忍”要求对于可能发展成为严重犯罪的轻微犯罪必须采取强有力的预防和惩罚措施,通过提高轻微犯罪的处罚率来降低严重犯罪的发生率。事实上,“零容忍”为犯罪设定了一个否定性评价的处罚标准,警告那些试图逾越这个标准的人必将受到刑罚的制裁。可见,“零容忍”本身蕴含了积极的一般预防思想,即通过对具有一定社会危害性的行为及时予以制止,给予确定的刑罚处罚,将犯罪遏制在萌芽状态,以此培养公民形成对法律秩序的遵守和法律规范的信赖,规制自我的行为,不触碰法律底线,实现预防再犯、保障社会安全的目的。因此,刑法介入的提前化和刑事处罚的确定性应当是“零容忍”政策对刑事立法提出的基本要求。

〔23〕 赵秉志:《略谈最新司法解释中贪污受贿犯罪的定罪量刑标准》,载《人民法院报》(第3版),2016-04-19。

〔24〕 姜涛:《破窗理论与犯罪规制模式的重构》,载《国家检察官学院学报》,2016(1)。

在传统刑法构建的罪责体系之下,相对于犯罪行为,法益侵害结果对犯罪的成立具有最后的决定意义。即使出现了某种犯罪行为,也必须等到行为的结果出现才能满足构成要件的要求,才能促使司法机关发动刑事诉讼。这种以结果为本位的刑法控制模式决定了刑罚对犯罪只能发挥事后的惩罚和预防功能,刑罚的适用范围被限定在危害结果发生之后。从现行刑法分则对贪污受贿犯罪的立法规定来看,即使《刑法修正案(九)》将绝对的数额标准修改为“概括数额+情节”的定罪量刑标准,但结果本位的立法模式仍然根深蒂固。根据《刑法修正案(九)》的规定,行为人实施了贪污受贿行为,还需要符合“数额较大”或“情节较重”的要求,才能构成贪污罪或受贿罪;对未达到数额或情节标准的贪污受贿行为,只能按照行政违法行为处理。这种数额和情节标准的设置正是法益侵害结果作为犯罪成立要件的体现。如此一来,就行为人的贪污受贿行为是否构成犯罪而言,既要考察行为是否符合刑法对客观方面的描述,还需要满足对犯罪数额或犯罪情节的要求。

然而,这种“行为+数额或情节”的立法模式,导致贪污受贿罪的规制出现许多问题:首先,以结果为导向的立法模式无法发挥刑法的积极预防功能。“数额较大”或“情节较重”是贪污受贿罪的成立要件,这客观上限制了刑法的提前介入,刑罚只能在危害结果发生之后发挥威慑效应。这种事后的规制无法将轻微犯罪或违法失序行为及时加以遏制,只能等到“破窗”之后采取被动、消极的应对措施。其次,贪污受贿罪的司法实践难以保持稳定和平衡。从立法上来看,“数额较大”和“情节较重”是刑法对法益侵害结果在量上的要求,而数额和情节本身也不具有稳定性,往往会随着某一特定时期的社会状况而变化。这就导致司法机关会必须随着时间的推移对数额和情节进行调整;即使在某一段时期内数额和情节保持稳定,也难以保证在每个地区的统一和平衡。“如果法律不能在较长时间内保持稳定不变,变动周期过短,就会使法律所调整的社会关系处于捉摸不定的状态,不利于良好法律秩序的建立。”^[25]在司法实践中,相比于犯罪数额,犯罪情节的严重性更加难以掌握。虽然“两高”出台的司法解释为情节的适用提供了标准,但这种司法操作性也只是暂时的,而且犯罪情节的兜底性规定可能会导致大量案件处于罪与非罪的临界点,为某些犯罪提供“去罪化”的口实。最后,偏重结果导向的刑法

[25] 蒋昱程:《贪污受贿犯罪数额的确定》,载《国家检察官学院学报》,2006(6)。

控制模式,在某种程度上并不能实现罪责刑相适应原则。《解释》将贪污受贿犯罪通常情况下的入罪数额标准由5000元提高至3万元。这样,贪污、受贿3万元以下的行为,如果不具有其他较重情节,将被认定为无罪。那么,就贪污或受贿29999元的行为和贪污或受贿3万元的行为而言,两者的社会危害性会有多大程度上的差距呢?1元钱之差,社会危害性的差距可以等同于零,而行为的性质就发生根本变化。虽然这在现实情况中非常少见,但却是以犯罪数额为定罪量刑标准无法回避的问题。可见,贪污受贿犯罪以结果为导向的定罪量刑模式,与“零容忍”刑事政策的要求并不契合,因为它极大程度上约束了刑法的介入时间和范围,将大量可能转化成严重犯罪的不法行为排除出犯罪圈,刑法的积极预防功能没有任何的发挥空间。

围绕《刑法修正案(九)》关于贪污受贿犯罪的修订,有学者认为“体现了从严治吏、严厉惩治腐败的精神。”^{〔26〕}但也有学者认为:“虽然《刑法修正案(九)》形式上增加了一些从严的规定,但若仔细比较,‘严’恐怕多半是停留在形式,‘宽’倒是实实在在的。”^{〔27〕}仔细研究贪污受贿犯罪的立法修正,可以看出,从严的精神主要体现在几个方面:一是增设死缓犯的终身监禁制度;二是保留了贪污受贿犯罪的死刑;三是设置了罚金刑。不难发现,这些“从严”的修订主要涉及贪污受贿犯罪的法定刑,而并未将从严的精神贯彻到刑事法网的调整中。《刑法修正案(九)》对贪污受贿犯罪保留以犯罪数额定罪的模式,《解释》还通过提高数额标准将原先属于刑法调整范围的行为去罪化。这样的做法不仅没有严密贪污受贿罪的刑事法网,反而导致贪污受贿行为的入罪门槛更高。可能有人 would 认为,绝对的数额标准被具体数额和情节标准而取代,增加了以情节定罪的可能性,这不是扩大了贪污受贿入罪的可能性吗?但是,如前所述,情节并没有独立的意义,而是必须与数额结合起来发挥定罪作用。以数额为中心的定罪量刑模式并没有发生改变,情节的设置只是增加了司法裁量的灵活性。并且,情节发挥定罪作用的前提,是犯罪数额在1万元至3万元的区间之内。因此,将贪污受贿犯罪的入罪数额标准由5000元提高至3万元,导致刑法的介入时间也往后推迟,刑罚的适用范围进一步缩小,法网更加粗疏。这种“抓大放小”的做法与“零容忍”政策要求从严治吏惩治腐败犯罪

〔26〕 郑赫男:《刑法修正案(九)如何体现反腐败法网的“严密性”》,载《检察日报》,2015-09-08。

〔27〕 孙国祥:《贪污贿赂犯罪刑法修正的得与失》,载《东南大学学报》(哲学社会科学版),2016(3)。

的要求是相悖的。当务之急是,刑事立法应当与“零容忍”政策走向保持一致,既要“抓大”,也不能“放小”。就贪污受贿犯罪入罪数额标准的设定而言,就是要降低贪污受贿的定罪数额标准,严密刑事法网,提高犯罪处罚概率,引导以结果导向的定罪模式向重视行为评价的方向发展,通过发挥刑法的积极预防功能来实现社会防卫的目的。这正如有学者所说的:“消灭腐败固然重要,但更重要的是堵截源头,遏制增量腐败,实现治理目标由‘治标’向‘治本’过渡。为此,急需调整刑法立法的理念,确立积极治理主义的导向地位。”^{〔28〕}

(二) 贪污受贿犯罪黑数的现实制约

对于《解释》所采取的提高贪污受贿犯罪入罪数额标准的做法,有学者解释为:“从5千元到3万元,似乎存在较大幅度的提高,但考虑司法实践中贪污受贿5万以下而被追究刑事责任的案件已经很少,因此,这种定罪数额的调整对于贪污受贿罪的实际惩治其实不会发生太大的影响。也就是说,贪污受贿罪的犯罪圈并不会骤然缩小。”^{〔29〕}笔者认为,该观点存在一定的偏颇之处:贪污受贿犯罪的入罪门槛从5000元提升至3万元;在具有其他较重情节时降低至1万元。定罪数额的调整意味着数额在5000元至3万元区间的贪污受贿行为,在不具有其他较重情节时将排除出刑罚处罚范围。从客观上来说,贪污受贿犯罪的犯罪圈显然被缩小了。该学者认为“贪污受贿罪的犯罪圈并不会骤然缩小”,实际上混淆了犯罪圈和处罚圈的概念。在东部发达地区,受经济水平和人均收入较高的影响,司法实践中被追究刑事责任的贪污受贿案件的数额通常在5万元以上。因此,当数额标准被提高至3万元之后,司法机关追究刑事责任的案件也可能是5万元以上的案件,贪污受贿罪的处罚圈自然没有太大的变化。然而,对于西部地区来说,人均收入水平有限,犯罪数额也相对较低,甚至在某些情况下都无法到达5000元的入罪标准。这样,在数额标准提升至3万元之后,贪污受贿罪的处罚圈显然会缩小。而就犯罪圈来说,在数额标准提高之后,3万元以下贪污受贿案件在没有其他较重情节时,一般不作为犯罪处理。这样,无论对于东部经济发达地区,还是西部地区来说,数额标准的提高都意味着贪污受贿犯罪的犯罪圈被限缩。因此,入罪数额的调整,必然对贪污受贿犯罪的定罪和处罚产生实质性的影响。

〔28〕 魏昌东:《〈刑法修正案(九)〉贿赂犯罪立法修正评析》,载《华东政法大学学报》,2016(2)。

〔29〕 陈兴良:《贪污贿赂犯罪司法解释:刑法教义学的阐释》,载《法学》,2016(5)。

对上述观点的分析,其实也折射出一个重要问题:那就是数额标准的提升无法解决贪污受贿犯罪黑数的弊端。在适用 5000 元数额标准的司法实践中,在西部地区,许多贪污受贿案件本就因犯罪数额达不到 5000 元标准而被排除出刑罚处罚范围;在数额标准提升至 3 万元之后,除非具有其他较重情节,数额在 5000 元至 3 万元之间的贪污受贿案件也被划出犯罪圈,从原本由司法机关采取刑事措施转为由党纪、政纪部门“接手”处理。这就说明,数额标准的提升增加了该地区隐性的犯罪黑数。在东部地区,犯罪数额在 5000 元到变相提高的入罪数额标准之间的贪贿案件,通常由司法机关内部消化或采取其他非刑罚手段处罚。这部分显性的犯罪黑数在数额标准提升至 3 万元之后不仅没有受到刑罚处罚,反而可以获得非罪化处理。可见,《解释》面对实践中存在的犯罪黑数,不是采取措施积极应对,而是通过调整数额标准来消极回避,而这种做法并不能从根本上解决问题,因为在经济发展和通货膨胀的情况下,犯罪数额越往上增长,刑罚越难以与之匹配,刑罚的有限性与犯罪数额的无限增长之间的矛盾无法得到消解,迫使司法机关在实践中不断变相提高数额标准,而这种循环意味着一部分犯罪黑数始终存在。因此,唯有降低贪污受贿犯罪的入罪数额标准,使得在小额阶段的贪贿行为就受到遏制,避免轻微犯罪向严重犯罪发展,才能控制犯罪数额的无限增长以及由此导致的犯罪黑数问题。

(三) 刑罚结构的整体协调和统一

社会越轨行为的危害性具有程度轻重之分。对于各种越轨行为,意大利刑法学家贝卡利亚认为:“人们能找到一个由一系列越轨行为构成的阶梯,它的最高一级就是那些直接毁灭社会的行为,最低一级就是对于作为社会成员的个人所可能犯下的最轻微的非正义行为。在这两极之间,包括了所有侵害公共利益的、我们称为犯罪的行为,这些行为都沿着这个无形的阶梯,从高到低顺序排列。”^[30]贝卡利亚的论述向我们展示了这样一个观点:犯罪的社会危害性具有量上的区分,在刑法体系的构建中不仅要实现个罪的罪刑均衡,而且还要保证罪与罪之间的罪刑均衡。在微观层面,个罪的定罪量刑要符合罪责刑相适应原则;在宏观层面,应当合理设置刑罚阶梯,罪刑关系的配置要遵循从轻缓到严厉的渐进过程,社会危害性较轻的犯罪的刑罚配置不应当超越社会危害性较重的犯罪,反之亦然。就贪污

[30] [意]贝卡利亚:《犯罪与刑罚》,黄风译,66页,北京,中国大百科全书出版社,1993。

受贿犯罪而言,犯罪数额对定罪量刑具有决定意义。数额标准的设定不仅要综合反映贪污受贿犯罪的社会危害性,符合罪责刑相适应基本原则的要求,而且还应与其他犯罪保持罪刑关系和刑罚阶梯上的平衡,从而维护刑法体系的整体协调和统一。正如有学者所评价的那样:“各法律条文之间对量刑的规定也要统一平衡,刑罚与犯罪之间应当保持内在的、对应的均衡关系,这既是刑事司法应遵守的原则,也是立法应遵循的原则”。^{〔31〕}

对犯罪社会危害性的轻重,需要结合行为的侵害客体、手段、对象、危害后果、行为人的主观状态等多种因素进行综合考量。贪污罪与盗窃罪等财产犯罪相比,具有以下不同之处:首先,犯罪客观方面不同。贪污罪的客观方面表现为利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有财物。盗窃罪的客观方面窃取公私财物。贪污罪中的“窃取”与普通盗窃行为在本质上都是一样的,主要区别在于是否利用了职务便利;其次,犯罪客体不同。贪污罪由于具备贪利性和腐蚀性,所侵害的客体是复杂客体,即公私财产所有权和公职行为的廉洁性。因此,对贪污罪的社会危害性不能单纯用贪污数额的经济价值来衡量,贪污数额的大小并不能改变公职行为的廉洁性受到损害这一事实。而盗窃罪属于现行刑法分则侵犯财产罪一章。盗窃罪的本质就是非法窃取他人财物,侵犯的客体也仅仅是他人财产所有权;最后,从犯罪主体来看,贪污罪的主体是国家工作人员或受委托管理、经营国有财产的人员,贪污罪主体的身份和职责要求他们廉洁奉公,尽职尽责,而不是“监守自盗”。贪污罪主体的身份和职责的特殊性要求其承担比普通公民更多的责任,那就是维护公职行为的廉洁性。而盗窃罪的主体是一般主体,即年满16周岁具有刑事责任能力的人。综上所述,可以看出,贪污罪的社会危害性整体上要大于盗窃罪,那么,贪污罪受到的刑事评价应当要严厉于盗窃罪。

1997年最高人民法院出台的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条将盗窃罪的数额标准规定为500至2000元。2013年“两高”联合发布的《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条将盗窃罪的数额标准提高到1000到3000元。可以说,盗窃罪的数额标准在不断提高,但一直处于贪污受贿犯罪的入罪数额标准之下。在《解释》提高贪污受贿犯罪的入罪数额之前,贪污罪的定罪数额标准为5000元,是盗窃罪的5倍。这就可能导致现实中

〔31〕 滕久彪:《当议降低贪污罪量刑数额标准》,载《人民检察》,2003(5)。

出现这样的情形:国家工作人员利用职务便利窃取了2000元的公共财产,但因达不到贪污罪的人罪数额标准而被作无罪处理。而普通人盗窃了2000元财产,则被作有罪处理。同样是非法窃取财产的行为,同样是2000元的数额,对普通人和国家工作人员行为的定性具有本质上的区别。显然,与单纯的盗窃行为相比,利用职务上的便利窃取财产的行为侵害的法益要更为严重。为后者确立远远高于前者的人罪门槛,并不具有合理性。刑事处罚的根本依据在于犯罪的社会危害性。贪污罪的社会危害性要高于盗窃罪,而在刑事处罚上却轻于盗窃罪。这不仅违反了罪责刑相适应原则,也违背了国家严厉惩治腐败犯罪的立法精神。因此,贪污罪数额较大的具体标准就不仅不宜提升在5000元以上,反而应将其拉低,以与盗窃罪的1000元至3000元的起刑点标准不至于拉开过大的差距。

至于支持“提高说”的学者所提出的提高贪污受贿犯罪的人罪数额,“并不会如盗窃罪那样直接引发社会公众的极度不安和恐慌”,因为“贪污受贿行为是对国家权力行使公正性、廉洁性、不可收买性等的损害,尽管同样具有十分严重的社会危害性,但相对财产犯罪行为而言,毕竟与公民的日常经济生活存在一定的距离”,^{〔32〕}现实情况则并非如此。一方面,从社会评价来看,贪污罪作为腐败犯罪的典例,自古以来就是国家和人民深恶痛绝、除之而后快的对象。“犯罪数额虽然都是对财产造成了一定的损害,但由于各自犯罪的形式不同,对法秩序侵害的敏感度和容忍度是不同的。”^{〔33〕}不同于盗窃罪,现阶段对腐败的“零容忍”已经上升到国家政策的层面。另一方面,就犯罪后果而言,盗窃罪、诈骗罪等财产犯罪主要是给被害人造成经济上的损失,通过金钱补偿和刑罚惩罚,在一段时间内能够消除犯罪造成的不利影响,恢复社会秩序的稳定。但是,就贪污受贿等腐败犯罪而言,虽然与公民的日常生活存在一定的距离,但若不加以严厉惩治,任由“破窗”现象滋生蔓延,不仅会破坏法律秩序,减损国家和政府的信誉,扭曲社会价值观念,更严重的将会动摇执政党的执政根基,而这种危害后果却非经济补偿所能够弥补的,其带来的恶劣影响更非短时间内能够消除的。因此,针对腐败犯罪,最明智的治理策略就是提前刑法的介入时间,严密刑事法网,防患于未然,并通过发挥刑罚的惩罚和预防功能进行控制。

〔32〕 刘宪权:《贪污贿赂犯罪最新定罪量刑标准体系化评析》,载《法学》,2016(5)。

〔33〕 刘华:《论我国刑法上的数额及数量》,载陈兴良主编《刑事法评论》(第2卷),590页,北京,中国政法大学出版社,1998。

四、结语

贪污受贿犯罪作为严重且典型的腐败犯罪,是困扰我国的重大现实问题之一。贪污受贿犯罪的滋生蔓延对社会主义市场经济和民主政治秩序造成极大的危害和威胁,也是各国刑事立法重点打击的对象。贪污受贿犯罪具有贪利性,其犯罪数额因而成为衡量犯罪社会危害性的重要指标,数额标准的设定要与侵害财产法益的整体水平相当。同时,贪污受贿犯罪具有腐败性,由此说明数额标准的设定除了考虑犯罪数额之外,还需要考察其他影响社会危害性的指标。在当前我国“零容忍”反腐败政策之下,应当提前刑法介入的时间,增加刑罚处罚的确定性,严密贪污受贿罪的刑事法网,防止轻微犯罪、失序行为向严重腐败犯罪发展。并且,从反腐败的司法实践中对贪污受贿犯罪采取较高的数额标准,并不能解决刑罚的有限性和犯罪数额无限增长之间的矛盾,犯罪黑数的问题不但无法得到解决,反而会更趋于严重。最后,为了维持刑罚结构的整体协调和统一,贯彻罪责刑相适应原则的要求,贪污受贿罪的定罪数额也应当与盗窃、诈骗等财产犯罪保持平衡,避免“宽严倒错”的现象出现。基于此,笔者认为,《解释》提高贪污受贿犯罪入罪数额标准的做法缺乏足够的合理性。

浅谈在办理贪污受贿案件中如何把握“数额+情节”

张志林*

2015年11月1日生效的《刑法修正案(九)》第44条至第49条共用了6个条文来对贪污受贿罪的相关规定进行调整,并确定了“数额+情节”的贪污受贿犯罪的定罪量刑标准。最高人民法院、最高人民检察院经过一段时间的认真调查研究和听取各方面的意见,于2016年4月18日制定通过了《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),《解释》在《刑法修正案(九)》相关规范的基础上,设定了贪污受贿犯罪定罪量刑的具体数额和情节标准。这一重大调整不仅直接影响贪污罪、受贿罪等贪污贿赂犯罪的刑法规制效率,而且对一系列职务犯罪乃至整个经济犯罪的数额标准体系产生实质性影响,同时也给检察机关查办贪污贿赂案件提出了新挑战,如何正确把握“数额+情节”,做好新旧法律规定的衔接是我们面临的新问题。^{〔1〕}

* 河北围场满族蒙古族自治县检察院党组书记、检察长。

〔1〕 徐日丹:《统一法律适用标准严肃查处贪污贿赂犯罪案件》,载《检察日报》,第1版,2016-04-19。

一、贪污受贿犯罪定罪量刑标准的变化及特点

原刑法第 383 条将一般情况下贪污受贿罪的定罪数额确定为五千元。这个定罪数额在 1997 年刑法修订时也许是合适的,因为在 1988 年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中规定的贪污受贿罪的定罪数额是二千元,从 1988 年到 1997 年,只不过九年时间,贪污受贿罪的数额已经提高了一倍还要多。但从 1997 年到 2016 年,已经将近二十年时间,仍然维持五千元的定罪数额,这期间经济社会发展变化巨大,人均 GDP 自 1997 年至 2014 年增长了约 6.25 倍,将五千元的起刑点进行适度的提升也是势在必行。^{〔2〕}这也正是在刑法中具体规定犯罪数额所带来的弊端,即不能随着时间的推移而保持法律的稳定性。事实上,早在十多年前,这个数额标准在某些经济发达地区就已经难以执行。2015 年 11 月 1 日生效的《刑法修正案(九)》对贪污、受贿罪的定罪处罚标准,主要作了两个调整:一是取消贪污、受贿罪定罪处罚的具体数额规定,代之以数额较大、巨大、特别巨大这样较为原则的规定,具体的数额标准交由司法机关根据案件的具体情况掌握,或者“两高”制定司法解释予以确定。二是改变单纯“计赃论罚”的做法,代之以“数额+情节”的规定,突出数额之外其他情节在定罪量刑中的作用。这两个调整的重要性在于,可以从根本上解决当前司法中严重存在的罪刑失衡问题。罪刑失衡,集中体现在两个方面:一是重刑集聚、轻罪重罚。原《刑法》规定贪污、受贿十万元以上就应当判处十年有期徒刑以上刑罚,随着实践中大数额贪污、受贿案件的不断增多,刑罚细分受到严重抑制,十万元以下的可能是一万元 1 年,十万元以上的则可能是一百万元甚至数百万元 1 年,贪污、受贿十万元和数百万元在判罚上并无实质性不同,轻罪重判问题突出。二是唯数额论,轻重失衡。影响贪污、受贿罪的定罪量刑情节很多,片面地计赃论罚,有从轻情节的刑罚下不来,有从重情节的刑罚上不去,罪刑严重不匹配。《刑法修正案(九)》调整正是基于这两方面问题展开的,具有直接针对性。

立法修订不易,司法中贯彻到位、用足用好更难,修订后贪污、受贿罪定罪量刑的数额标准和情节标准的实践把握,复杂而棘手,是一个需要认真对待的问题。“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》对《刑法修正

〔2〕 陈兴良:《贪污受贿罪数额的合理调整》,载《人民法院报》,第 2 版,2016-04-19。

案(九)》修改完善后的贪污罪、受贿罪基本定罪量刑数额标准做出具体规定:3万元至20万元的,构成数额较大;20万元至300万元的,构成数额巨大;300万元以上的,构成数额特别巨大;数额不满“数额巨大”“数额特别巨大”,但达到起点一半,同时具有规定较重情节的,应当认定为“严重情节”或“特别严重情节”。同时,《贪污贿赂解释》将挪用公款进行非法活动予以刑事追诉、“数额巨大”的数额分别界定为3万元以上、300万元以上;进行营利活动或者超过三个月未还的“数额较大”“数额巨大”分别规定为5万元以上、500万元以上。利用影响力受贿罪参照受贿罪的标准执行。非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪、挪用资金罪等私营领域职务犯罪的数额标准亦对应上述数值按照2倍或者5倍的标准予以执行。“两高”相关负责人在进行权威解读时强调,《贪污贿赂解释》突出依法从严是惩治贪污贿赂犯罪的一贯原则,从严厉追究贪污受贿犯罪行为、赋予终身监禁的制度刚性、加大经济处罚力度、对“财物”和“为他人谋取的利益”等贿赂犯罪构成要件进行明确解释、对行贿犯罪从宽处罚的适用条件进行必要的限定、从重打击滥用职权损害国家和人民利益的受贿犯罪等各个方面体现依法从严的精神。^{〔3〕}

二、完整理解司法解释,准确把握立法意图

最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律问题的解释》(以下简称《解释》)对贪污、受贿、行贿、挪用公款等犯罪的定罪标准、刑罚适用等问题作出了详尽规定,对于指导地方各级司法机关办案,统一法律适用标准,解决实务难题具有重要意义。我认为,这一解释准确实现了立法意图,从而为法治反腐打下了坚实基础。

在《刑法修正案(九)》制定过程中,立法机关认识到数额规定过死,有时难以根据案件的不同情况做到罪刑相适应,在一定程度上影响了惩治与预防贪污受贿罪的成效。在司法实践中较为突出体现在贪污受贿数额在10万元以上的犯罪,由于《刑法》第383条明确规定个人贪污数额在10万元以上的即处10年以上有期徒刑或无期徒刑,对于犯罪数额为一二十万元的案件和一二百万元甚至更多的案件,往往只能判处刑期相近的10年以上有期徒刑,造成量刑不平衡,甚至失衡,

〔3〕 谢杰:《贪污贿赂犯罪治理的制度优化与规则补充——基于对最新司法解释的法律与经济双向反思》,载《政治与法律》,2016(3)。

无法做到罪刑相适应。在这种情况下,立法机关废除了对贪污受贿罪的具体数额规定,采用数额较大、数额巨大、数额特别巨大的规定方式。与此同时,鉴于贪污受贿罪的社会危害性不仅仅体现在数额大小,还表现在国家工作人员滥用权力的情况或者给国家利益造成重大损失等情节,在有些案件中,贪污受贿数额可能不大,但给国家和人民利益造成的损害、恶劣的社会影响等其他情节的危害远远大于其贪污受贿数额的危害。为此,立法机关在规定贪污受贿罪的数额较大、数额巨大和数额特别巨大的同时,还规定了与之匹配的其他较重情节、其他严重情节和其他特别严重情节。在这种情况下,我国刑法对贪污受贿罪的规定采取的以犯罪数额为主、辅之以情节的方法,对于保证贪污受贿罪的定罪正确、量刑均衡具有重要意义。

我国1997年刑法对贪污受贿罪的定罪数额规定得相当具体,当时的考虑是从严惩贪污贿赂犯罪,且尽量为司法提供明确、统一的标准,防止相同数额在不同地方、不同案件中量刑差异太大。但是,这一规定在实务中也出现了不少问题,因为自由刑最高为15年,10万元以上判刑10年以上的规定,使得实务上对达到一定数额的贪污受贿行为难以在量刑上拉开差距,被判处10年以上有期徒刑的罪犯“扎堆”,与罪刑相适应原则有所抵触;立法上定性又定量使得司法自由裁量权行使的余地极其有限,与司法规律未必相符;从最终处罚效果上看,等于是将原本应当重罚的贪污贿赂罪与普通的侵犯财产罪混同。为此,《刑法修正案(九)》对贪污贿赂罪的量刑标准采用数额加情节的方式,不单纯考虑犯罪数额,而是同时兼顾犯罪情节,这就能够较为全面地反映个案中贪污贿赂行为的社会危害性,能够尽量减少实践中贪污受贿十万、数十万和贪污受贿上百万、上千万的案件判处刑期差别不大的现象,能够合理拉开有关犯罪的量刑档次,有利于惩治贪腐犯罪和实现量刑均衡。“两高”这次作出的司法解释准确理解了立法精神,破除了贪污贿赂犯罪定罪量刑上的“唯数额论”,对于犯罪数额虽未达到较大(3万元)、巨大(20万元)或者特别巨大(300万元)标准,但是,行为人如果具有其他较重情节、其他严重情节或者其他特别严重情节的,也应判处对应档次的刑罚,司法解释循此思路分别明确规定了影响定罪或法定刑升格的贪污、受贿犯罪情节,完整准确地理解了立法精神。^{〔4〕}

〔4〕 周光权:《准确实现立法意图 为法治反腐奠定基础》,载《中国法院网》,2016-04-18。

三、如何把握数额标准

《刑法修正案(九)》区分“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”确定了三年有期徒刑以下刑罚、三年至十年有期徒刑、十年有期徒刑以上刑罚三个量刑档。尽管立法上同时作了从宽处罚的规定以此弱化犯罪数额与定罪量刑之间的刚性关系,但犯罪数额之于贪污、受贿罪定罪量刑的基础性意义无可置疑。对于数额标准的具体把握,笔者认为需要重点注意以下三个方面的问题:

1. 数额标准是否因地制宜。一种意见认为,考虑到地方发展不均衡的特点,各地可以借鉴盗窃、诈骗罪等财产犯罪的做法,根据本地区经济社会发展水平自行确定具体数额标准。笔者不赞成这一意见。主要理由如下:第一,盗窃、诈骗等普通财产犯罪的危害性与一地区经济社会发展状况和群众感知程度直接相关,而贪污、受贿犯罪属于妨害国家公权力的犯罪,国家公权力理当统一行使,也不因地区发达程度而有高低贵贱之别;第二,国家工作人员尤其是较高级别的国家工作人员跨地区交流任职较为普遍,各地量刑标准不一将导致个案量刑标准适用上的无所适从,不仅影响到量刑公平公正,还将给指定管辖工作的正常开展带来不必要的麻烦。

2. 贪污、受贿罪起刑点数额即“数额较大”的标准是否上提。一种意见认为,从反腐败全局高度,充分考虑社会舆情、增强人民群众对党和政府解决推进反腐败工作信心的角度,以及严密刑事法网的需要,现行的五千元起刑点数额应当维持不变。本着实事求是的立场,笔者认为,当前形势下有条件也有必要对贪污、受贿犯罪的入罪数额标准进行适当上调,综合以下因素,将入罪数额标准上调至二万元至三万元这一区间是较为妥当的:第一,根据经济社会的发展变化提高贪污、受贿犯罪起刑点数额标准有先例可循。1988年《全国人大常委会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》对贪污罪设置的起刑点是二千元,10年后1997年《刑法》修订时,将该标准调整为五千元。五千元的数额标准现已适用18年,人均GDP自1997年至2014年增长了6.25倍,适度提高数额标准有其客观社会基础。第二,从近年来的司法实践看,贪污、受贿数额在一万元左右受到刑事追诉的案件极为少见。从实际受到刑事追究的贪污、受贿案件看,数额低于二万元的主要是因为其他犯罪牵连出来的,且多被判处免于刑事处罚。事实上,过去一些年,一些地方已经或明或暗地对五千元的起刑点数额标准做了程度不同的上浮处理。第三,

零容忍并不意味着零刑事门槛。惩治腐败在刑罚之外还有党纪处分、行政处分。对数额不满二万元或者三万元且无其他严重情节的贪污、受贿行为予以党纪处分、行政处分,可以为党纪处分、行政处罚预留出必要的空间,有利于体现党纪严于国法、党纪挺在刑法之前的反腐策略和宽严相济刑事政策,突出刑事打击重点,增进刑事处罚的确定性、公平性与严肃性。^{〔5〕}

3. 如何把握数额巨大、数额特别巨大的标准。基于以下原因,笔者认为,巨大、特别巨大的具体数额可以再行研究,但认定标准必须大幅提高:第一,大幅拉开不同量刑档的数额级差,符合《刑法修正案(九)》的修订精神。如前所述,贪污、受贿案件量刑实践当中长期存在罪刑失衡、重刑集聚现象,其中最为重要的原因是十万元判处十年有期徒刑以上刑罚这个数额杠杆压得太低。将十年有期徒刑以上刑罚的数额标准大幅提高,为十年有期徒刑以下刑罚留出尽可能大的数额空间,是解决这一问题的不二之选。第二,大幅提高数额巨大、数额特别巨大的认定标准,将有助于促进自首等量刑情节司法认定的严肃性。自首等从宽情节的认定过多过滥,是职务犯罪案件较为突出的一个问题,究其原因,其中不乏系为了个案量刑需要而作出的无奈之举。随着重刑标准的上提,量刑空间的增大,这一问题将有望根本性好转。

四、如何把握情节标准

在1997年刑法典中,贪污受贿犯罪的定罪量刑以具体数额为基本模式,“情节”只是其补充因素。《刑法修正案(九)》改变了既往刑法典中单纯计赃论罪论罚的具体数额的基本模式,而代之以“数额+情节”(或者说“数额或情节”)的模式,即将“情节较重”与“数额较大”并列,将“情节严重”与“数额巨大”并列,将“情节特别严重”与“数额特别巨大”并列,相应规定了三档法定刑。也就是说,由《刑法修正案(九)》第44条的语义来看,国家立法机关显然是把“情节”作为与“数额”并列的贪污受贿犯罪之定罪量刑标准看待的,即贪污受贿犯罪之定罪量刑有两个标准,一为数额标准,二为情节标准,二者并列而相互区别、相互独立,具备其中之一即可。但是,“两高”的《解释》一方面规定了独立的数额标准;另一方面却没有规

〔5〕 赵秉志:《略谈最新司法解释中贪污受贿犯罪的定罪量刑标准》,载《人民法院报》,第2版,2016-04-19。

定完全独立于数额的情节标准,而是将情节与相对较低的数额(大体上减半)相结合而规定了“数额+情节”模式的标准。此种模式与数额模式的三个档次相对应,区分为三档罪刑规范:

(1) 贪污受贿数额在1万元以上不满10万元,同时具有《解释》所列举的严重情节之一的,即认定为法条规定的“其他较重情节”,与“数额较大”(即单纯的数额在3万元以上不满20万元)一样适用第一档次的法定刑;

(2) 贪污受贿数额在10万元以上不满150万元,同时具有《解释》所列举的严重情节之一的,即认定为法条规定的“其他严重情节”,与“数额巨大”(即单纯的数额在20万元以上不满300万元)一样适用第二档次的法定刑;

(3) 贪污受贿数额在150万元以上,同时具有《解释》所列举的严重情节之一的,即认定为法条规定的“其他特别严重情节”,与“数额特别巨大”(即单纯的数额在300万元以上)一样适用第三档次的法定刑。

针对“两高”《解释》将《刑法修正案(九)》所规定的独立于数额的情节标准改造成“数额+情节”模式,应当探讨和明确以下几点:

1. 把情节标准改造成“数额+情节”标准的目的。在《刑法修正案(九)》的修法过程中,鉴于过去单纯数额标准的弊端,一种意见反对将数额作为贪污受贿犯罪的主要定罪量刑标准,主张应以脱离数额的情节作为其定罪量刑的标准,规定“情节较重、情节严重、情节特别严重”三种情形及相应的三档法定刑。国家立法机关经研究没有采纳单纯的情节标准之主张,也没有维持既往的单纯具体数额标准之模式,而是采取了将数额与情节并列、“数额+情节”标准的模式。而最高司法机关的《解释》又在数额标准之外的情节标准中加入了数额因素,将情节与数额挂钩,使情节标准实际上成为“情节+数额”的模式。这主要是基于两点考虑:一是犯罪数额在贪污受贿犯罪危害程度的衡量中具有基础性的作用,对此类贪利性职务犯罪之定罪量刑虽不能一概地单纯考虑数额,但也往往离不开对犯罪数额的考量,这也是罪责刑相适应原则的要求和体现;二是完全脱离数额的其他情节之严重程度往往难以量化和准确把握,若仅根据其他情节决定刑罚裁量可能会出现数额较小而判刑过重的罪刑失衡现象,也容易给量刑的随意性留下空间。我认为最高司法机关这两点考虑是值得充分肯定的,是准确地把握了数额与其他情节对贪污受贿犯罪之危害程度影响的辩证关系,也是借鉴了以往我国最高司法机关在侵犯财产类犯罪之司法解释中的成功经验。因此,应当予以认同和支持。当然,

将来若能对立法上关于情节标准独立于数额之规定作适当修改,使情节标准从立法上看也有容纳一定数额因素的空间,以使立法与司法合理协调,则效果会更好。^{〔6〕}

2. 情节标准与数额标准的关系问题。按照《刑法修正案(九)》的相关规范和“两高”《解释》第1至3条的规定,可以说,我国当前对贪污受贿犯罪的定罪量刑标准是采用了“两套标准”、“三个档次”(三个罪刑单位)。两套标准之一为数额标准,这也是贪污受贿犯罪基本的定罪量刑模式,区分为“数额较大”(满3万元不满20万元)、“数额巨大”(满20万元不满300万元)、“数额特别巨大”(300万元以上)三个档次并配置由轻到重的三档法定刑;两套标准之二为情节标准,更确切地讲应为“情节+数额”标准,区分为“其他较重情节”(满1万元不满10万元,同时具备《解释》所列严重情节的)、“其他严重情节”(满10万元不满150万元,同时具备《解释》所列严重情节的)、“其他特别严重情节”(150万元以上,同时具备《解释》所列严重情节的)三个档次,并与符合数额标准者一样分别适用三档法定刑。由此可见,贪污受贿犯罪定罪量刑的数额标准与情节标准(“情节+数额”标准)是并行不悖的、彼此独立的两套标准:没有《解释》所列举的严重情节者即不适用数额标准而适用情节标准;具有《解释》所列举的严重情节者适用情节标准(“情节+数额”标准),此时的数额要求要依照《解释》之规定有所降低,原则上是减半掌握。“两高”《解释》对《刑法修正案(九)》所确定的贪污受贿犯罪定罪量刑之概括数额标准的具体化,以及对其情节标准进行的“情节+数额”改造和具体化,使这两种标准形成互补关系且均明确、具体而具备可操作性,这是值得充分肯定的。

3. 贪污受贿犯罪“严重情节”的抉择。如何甄别取舍情节,影响案件量刑的情节很多,尽管前述强调情节轻重的判断要求兼顾数额,但在具体情节的甄别和确定上仍有必要秉持极其严格、审慎的立场,适于作为定罪量刑的必须是那些能够体现犯罪特点、对于定罪量刑具有重要性的情节。因为,在减半掌握数额标准的情况下,情节在定罪量刑中的占比是极重的。比如,如确定数额特别巨大的标准是一百万元,那么具有相应情节的情况下,数额只要满五十万元就应当在十年以上判处刑罚。为使情节因素正确而充分地发挥其对贪污受贿犯罪定罪量刑的作用,“两高”《解释》以能够真正体现犯罪特点、并对贪污受贿犯罪定罪量刑有重

〔6〕 孙超然:《论贪污罪、受贿罪中的“情节”》,载《政治与法律》,2015(10)。

要意义为标准,认真选择了若干严重情节加以规定。具体而言,对贪污罪规定的严重情节有六项:(1)贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的;(2)曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的;(3)曾因故意犯罪受过刑事追究的;(4)赃款赃物用于非法活动的;(5)拒不交代赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作,致使无法追缴的;(6)造成恶劣影响或者其他严重后果的(《解释》第1条第2款)。对受贿罪规定的严重情节分为两类:第一类是仅适用于受贿罪第一档次的上述贪污罪第(二)至(六)项的5种情节。第二类是同时适用于受贿罪三档的另外3种情节:(1)多次索贿的;(2)为他人谋取不正当利益,致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的;(3)为他人谋取职务提拔、调整的。这三项情节是针对受贿罪特点而设立的,而且对受贿案件的危害程度或行为人的主观恶性程度有显著影响。第一项“多次索贿”表明了行为人的主观恶性较大,第二项“贪赃枉法”又造成损害后果明显具有更重的社会危害性,第三项组织、人事类腐败危害性质和程度都十分严重,因而将这三项情形规定为受贿案件的严重情节是合乎法理与情理的。总之,《解释》所规定的贪污罪受贿罪的这些严重情节,都是我国相关的司法实践中总结出来的,并具有相应的理论根据。当然,对《解释》所规定的这些严重情节,还可以通过司法实践予以检验和进一步完善。