

中国刑法学研究会

全国刑法学术年会文集（2015年度）

The Collected Papers of Annual Conference of China Criminal Law Society (2015)

法治中国与刑法发展

Rule of Law in China and Development of Criminal Law

（下 卷）

学术顾问/高铭暄 储槐植

主 编/李少平 朱孝清 卢建平



中国人民公安大学出版社

中国刑法学研究会

全国刑法学术年会文集（2015 年度）

The Collected Papers of Annual Conference of China

Criminal Law Society (2015)

法治中国与刑法发展

Rule of Law in China and Development of Criminal Law

（下卷）

学术顾问/高铭暄 储槐植
主 编/李少平 朱孝清 卢建平

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (C I P) 数据

法治中国与刑法发展: 全国刑法学术年会文集: 2015 年度/李少平, 朱孝清, 卢建平主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2015. 9

ISBN 978-7-5653-2402-4

I. ①法… II. ①李…②朱…③卢… III. ①刑法—中国—文集

IV. ①D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 229492 号

全国刑法学术年会文集 (2015 年度)

法治中国与刑法发展

主编 李少平 朱孝清 卢建平

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京通天印刷有限责任公司印刷

版 次: 2015 年 9 月第 1 版

印 次: 2015 年 9 月第 1 次

印 张: 88.25

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 1677 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-2402-4

定 价: 288.00 元 (上、下卷)

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsu.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律图书分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

目 录

上 卷

第一编 法治中国与刑法理念变革研究

法治中国视野下的刑事立法理念审思	苏惠渔 闻志强	(3)
法治中国与刑法观念的更新	王秀梅 任成玺	(12)
论法治中国视域下刑法观念的更新	彭凤莲 徐子盼	(22)
法治中国视角下刑法谦抑观之重读	郭泽强 王 丹	(31)
论新常态下的刑法理念革新	黄晓亮 李 贞	(41)
我国刑事立法传统和谐理念的继承与发扬	许 健	(50)
法治中国视野下刑法教义学与刑法机能之实现	董邦俊	(59)
法治中国进程中刑法学科体系的梳理与重构	李晓明	(68)
刑法机能新论	莫开勤 黄伟亚	(79)
论刑法机能的实现方式		
——以刑法规范属性为视角	茹士春	(88)
法治建设背景下刑法发展脉络的梳理性反思		
——兼论刑法的理性与机能协调	于 冲	(97)
刑法机能的困局及其破解		
——兼论社会治理对刑法机能构成元素的要求	夏 凉	(106)
对我国刑法人权保障制度的梳理与建议	范 祥	(113)
从人道主义看中国的刑事司法政策	杨方泉	(121)
法治中国建设与刑法的价值目标	康均心 程 骋	(126)
刑法的自由与效益价值之研析	韩 轶 唐大森	(132)
法治中国与回应型刑法的构建	彭文华	(141)
敌人刑法与中国刑法范式转型	罗 钢	(153)
中国刑法的国际化论纲	焦 阳	(161)

论我国《刑法》修订的特点

——《刑法》的“脸”正悄悄地改变	周振晓	(168)
论我国刑事立法过度犯罪化的倾向及预防	陈家林 刘 洋	(173)
法治中国语境下提高刑法解释客观性的路径考察	莫洪宪 周天泓	(183)
犯罪治理视角下刑法解释活动的另类样态	王 帅	(191)
关于违法与犯罪的二元化立法模式的思考	于志刚 李怀胜	(201)
略论我国轻罪概念之反思	张 鑫 陈小炜	(210)
刑法中意志自由论之提倡	肖 洪 汤思森	(218)
刑事行为的逻辑判断	温建辉	(226)
中国危险犯的心理联结模式及其罪过形式	欧锦雄	(233)
法治中国与财产刑结构优化	单 民 陈磊	(245)
法治推进与保安处分制度的建构	冯 军 敦 宁	(252)
刑法功能转型下的预防性措施入刑探讨	袁 彬	(260)
论《刑法修正案（九）（草案）》中的职业禁止	宋久华	(274)
我国缓刑制度中正义观的演进	夏 勇 杨新绿	(283)
从压制到治理		
——西部边疆地区犯罪的刑法治理模式研究	苏永生	(291)
社会契约、外邦人与犯罪治理协议	周建军	(300)
法治中国的犯罪治理模式之基本转型		
——从“统治”到“善治”	刘春花	(307)
治理现代化与犯罪治理的模式优化	姜 瀛	(318)
法治中国视域下刑法的边界		
——以反恐为背景	胡 霞	(327)
法治中国与制裁恐怖主义犯罪的刑法理念	潘新睿	(336)
国有资本控股公司的性质		
——基于刑法保护的思考	张利兆	(343)
论现行刑法中涉性别犯罪的立法不足与匡正	董文辉	(353)

第二编 治理腐败的刑事政策研究

习近平反腐倡廉思想论纲	赵秉志 彭新林	(365)
论我国反腐败刑事政策的历史演变与未来发展	曾明生	(380)
严厉与宽缓之间：我国贿赂犯罪的刑事政策分析	童伟华 徐海波	(387)
新形势下治理腐败犯罪刑事政策及其贯彻	马章民	(397)

我国反腐败刑事政策的演变与发展	郭理蓉 韩 笑	(405)
党的十八大以来我国反腐败刑事政策评析与思考	李 梁 夏 萌	(415)
我国当下反腐政策及其贯彻		
——兼议《刑法修正案（九）（草案）》相关内容的 修改完善	魏 东	(424)
“高压反腐”刑事政策的理解与贯彻	杨曙光	(433)
我国贪污贿赂犯罪刑事政策的思考	李 婕	(441)
反腐败零容忍政策的应有内涵及其贯彻	张 磊 车明珠	(447)
腐败零容忍政策与贪污受贿罪起刑数额的设定		
——以《刑法修正案（九）（草案）》的反思为中心	冀 洋	(457)
“零容忍”反腐败政策与我国反腐败工作机制完善	程 乐	(464)
法治中国与腐败犯罪积极治理主义之倡导	魏昌东	(473)
关于查办职务犯罪中的刑事司法政策之我见	诸葛昶 陈丽玲 唐晓萍	(483)
惩治行贿犯罪的政策演变与立法完善	孙道萃	(495)
韩国历届政府治理腐败政策举措比较分析	张雷生	(506)
美国腐败犯罪举报人制度及其借鉴	叶良芳 徐春晓	(520)
财产来源不明罪的立法重建研究		
——一种刑事政策意义上的视角	张曙光	(531)
绩效反腐与刑法谦抑	薛文超	(539)
“利益”输送贪污、受贿等职务犯罪的讨论	林亚刚	(548)
论抑制利益欲望和完善惩戒机制的反腐作用	蒋炳仁 李红钊	(553)
论科研腐败的惩治与预防	卢建平 王晓雪	(560)
论电子预付卡滋生的腐败行为及其法律对策	常秀娇 王博	(570)
完善现代企业制度减少和预防国企“一把手”职务犯罪		
——以天津市人民检察院查办的金某某、牟某某、马某某等 案例为样本	天津市人民检察院第一分院课题组	(577)
湖北省涉农职务犯罪分析与预防	彭 夫	(585)

第三编 腐败犯罪治理的刑法协调研究

追赃追逃与刑事司法协助体系构建	陈泽宪 周维明	(595)
全球化背景下的反腐败问题探究	张爱艳 何峰	(605)

我国惩治腐败后续犯罪立法完善之探析

——以《联合国反腐败公约》为视点…………… 于 阳 王 媛 (614)

完善我国腐败犯罪法律规定的若干思考

——以《刑法修正案（九）（草案）》有关修改为视点
…………… 张淑芬 王展 (620)

贪污贿赂犯罪的罪名：从分立走向统一…………… 张兆松 (626)

我国贪污贿赂犯罪立法完善探析…………… 况安全 王远伟 (635)

我国腐败犯罪刑罚配置完善建议

——以刑罚根据论为视角…………… 黄明儒 王振华 (642)

论贪污贿赂犯罪的刑罚配置与完善…………… 卢勤忠 周立波 (651)

论贪污贿赂犯罪的刑罚协调问题…………… 吴沛光 张明月 (659)

试论贪污贿赂犯罪的刑罚立法与完善…………… 尹安德 曾 涛 (665)

试论我国贪污贿赂犯罪刑罚体系的调整

——以《联合国反腐败公约》为参照…………… 杨 俊 (673)

贪污贿赂犯罪死刑废除论…………… 胡 江 (680)

反腐浪潮下贪污贿赂犯罪的死刑限制适用

——以刑罚和执行方式相协调为考量…………… 王吉春 (688)

论我国贪污贿赂犯罪资格刑与财产刑的完善…………… 罗 猛 (698)

从一罪处断还是数罪并罚

——贪污贿赂犯罪的刑罚协调问题研究…………… 庄 劲 (708)

对村基层组织人员在刑法上的身份问题的思考…………… 朱建华 (716)

农村基层组织人员贪污贿赂犯罪立法解释适用问题研究

…………… 黄志兵 (720)

贿赂犯罪配刑模式之修正与认定…………… 阴建峰 (726)

贿赂类犯罪的刑罚协调分析研究…………… 柴建桢 安文录 (732)

下 卷

第四编 贪污犯罪的刑法治理研究

论悔罪退赃对贪污犯罪量刑的影响

——兼评《刑法修正案（九）（草案）》对贪污罪量刑条款的
修改…………… 卢建平 赵 康 (741)

论贪污罪的数额与情节要件

——兼评《刑法修正案（九）（草案）》相关立法条款

..... 皮 勇 王肃之 (749)

贪污受贿犯罪量刑标准的立法完善 黄伟明 陈昌林 (759)

略论贪污受贿十万元至三十万元刑事案件的量刑

..... 徐留成 何小元 (767)

“骗取型贪污罪”的行为逻辑与规范评价

——兼谈最高人民法院“利用职务上的便利”司法解释的

具体适用 袁建伟 (774)

贪污罪具体数额标准应该废除 熊永明 钟学友 (785)

贪污罪若干问题探析 刘德法 (793)

贪污罪数额的若干问题研究 徐 宏 万善德 (801)

我国贪污罪定罪量刑立法标准研究 王海桥 曹红坤 (809)

我国贪污受贿犯罪定罪量刑标准刑法完善前瞻 闫 雨 (817)

贪污罪与受贿罪界分的三个新维度 姜 涛 余晓杰 (824)

第五编 受贿犯罪的刑法治理研究

受贿罪立法若干问题研究 曾粤兴 周兆进 (835)

受贿罪“利用职务上的便利”之规定的演变及评析

..... 夏 勇 刘伟琦 (844)

受贿罪中的“为他人谋取利益”要件应当删除

——以非法收受礼金行为入罪之争为切入点的思考

..... 王志祥 柯 明 (853)

受贿罪的立法完善建议

——以《联合国反腐败公约》为视角 吴 喆 任文松 (862)

积极治理主义导向下中国贿赂犯罪刑法立法之抉择 钱小平 (869)

中国贿赂犯罪罪名体系之完善建议 陈志军 (879)

我国贿赂犯罪罪名体系的省思与重构 陆 旭 (888)

受贿罪立法的漏洞及其完善 欧阳本祺 莫兰兰 (897)

我国受贿罪立法完善的四个问题 王 刚 金 晶 (904)

性贿赂腐败行为犯罪化研究 李晓明 尹文平 (916)

论贿赂犯罪中贿赂的范围 孙天乐 (925)

论单位贿赂型犯罪独立设罪之废止

——兼论单位犯罪的立法完善 谢治东 (933)

受贿罪定罪量刑标准的立法完善 舒洪水 王 刚 (941)

受贿罪定罪量刑标准的困境与出路

——兼评《刑法修正案（九）（草案）》对受贿罪的修改	郭洁 张莹玥	(950)
受贿罪定罪量刑标准的缺陷及立法完善探析	高珊琦 孟娇	(959)
受贿罪中“收受财物后退还或上交”的定罪标准问题研究	王文华 黄伟凌	(967)
浅析受贿罪的法定刑模式		
——以《刑法修正案（九）（草案）》第39条为视角	王恩海	(976)
受贿罪应有独立的量刑标准	王建新 杨代英	(984)
贿赂犯罪的刑罚合理性反思	张森 刘红英	(990)
利用影响力受贿罪的立法完善建议	刘夏	(997)
论未变更权属登记房屋受贿中既遂的认定	梅传强 张永强	(1005)
高息借贷型受贿犯罪的司法认定	傅跃建 胡晓景	(1013)
退赃影响受贿罪量刑问题研究	王剑波 景景	(1019)
受托与谋利分离时贿赂犯罪的层级式定性思路	张豫 鞠佳佳	(1026)
交易型受贿相关问题研究	李辰	(1032)
受贿罪量刑问题研究		
——以L省M监狱在押罪犯为分析样本	肖爽	(1042)
犯罪常态中受贿罪量刑基准数额之认定		
——以W市120份判决书为样本	王清军 翁伟俊	(1053)
竞合条件下“徇私型”渎职罪与受贿罪并罪处罚新论	高雷	(1064)

第六编 行贿犯罪的刑法治理研究

行贿犯罪非刑罚处罚措施的规范与创新	刘宪权 李振林	(1073)
行贿罪中“为谋取不正当利益”要件反思	马松建 李琪	(1082)
行贿罪中“为谋取不正当利益”要件的深度解读	程红 吴荣富	(1090)
行贿罪“为谋取不正当利益”要件研究	孙国祥	(1100)
论移除行贿罪之“谋取不正当利益”的构成要件	赵新河	(1109)
行贿罪不正当利益的偏颇与正源	胡印富	(1115)
行贿罪中“谋取不正当利益”应存还是应废	魏汉涛 邓有静	(1126)
行贿罪“为谋取不正当利益”要件之探讨	邱陵 刘伟	(1135)

关于“为谋取不正当利益”要件的理解及其立法修订中的			
取舍与完善	戴有举	杨 钰	(1144)
论行贿罪中“为谋取不正当利益”之舍弃	张伟珂	杨 朔	(1153)
论行贿犯罪立法的完善			
——以《刑法修正案（九）（草案）》为基点			
.....	刘志伟	梁文彩	(1163)
论我国行贿犯罪的立法治理	刘 良	艾行利	(1170)
行贿犯罪立法完善	王秀梅	尹燕红	(1178)
我国行贿犯罪的立法完善	赵天红		(1187)
论行贿罪的刑法完善			
——以《刑法修正案（九）（草案）》为视角			
.....	王水明	刘梦璐	(1195)
论行贿罪的立法完善	陈结森	程 冉	(1201)
现行行贿罪减免处罚制度应予保留	黄华生	李文吉	(1209)
法经济学视阈下行贿犯罪立法完善研究	杨彩霞	梅定珠	(1217)
行贿犯罪的立法完善			
——以《刑法修正案（九）（草案）》为视角			
.....	李 军	张 媛	(1225)
行贿罪的立法完善	杜 澎	白路瑗	(1233)
行贿罪立法完善探析	汪维良	王远伟	(1242)
论行贿犯罪的刑事立法完善	王鹏祥		(1250)
行贿罪的理论与实践问题思考	行 江	胡安琪	(1257)
单位行贿罪立法完善的几点思考	段晓娟		(1266)
论行贿犯罪的罪刑完善	彭文华	刘 昊	(1273)
行贿罪立法完善研究	何艳敏	金 懿	(1284)
行贿犯罪的立法完善问题研究	张书琴	刘 伟	(1292)
行贿犯罪立法之反思	申飞飞		(1300)
行贿犯罪的立法完善	王 俊		(1306)
从感情投资行为看行贿罪的立法完善	刘 军	王 震	(1314)
对偶犯视野下行贿罪入罪与出罪条件的立法选择			
.....	楼伯坤	蔡丽丽	(1323)
“严惩行贿”的法治与逻辑悖论	何荣功		(1334)
行贿犯罪刑罚体系完善研究	聂立泽	高 猛	(1343)
对行贿罪立法从重司法从轻的矛盾与纠结	刘伟丽		(1351)

论我国行贿犯罪罚金刑的立法完善

——以《刑法修正案（九）（草案）》为视角

.....	邵 超 卓一丹	(1357)
行贿犯罪的司法实践反思与优化应对	张 建 俞小海	(1364)
建设工程领域行贿犯罪两个疑难问题研究	余照华	(1374)

下 卷

第四编 贪污犯罪的刑法治理研究

第五编 受贿犯罪的刑法治理研究

第六编 行贿犯罪的刑法治理研究

第四编 贪污犯罪的刑法 治理研究

论悔罪退赃对贪污犯罪量刑的影响

——兼评《刑法修正案（九）（草案）》
对贪污罪量刑条款的修改

卢建平* 赵康**

当前，惩贪肃腐已经被党和政府提到了前所未有的高度。对于腐败犯罪这头凶猛的“狮子”，发挥刑罚的威慑作用固然重要，但并不意味着在量刑时一定要从重；对于存在从宽处罚情节的腐败犯罪，也应当宽严适度，避免罪刑失衡，而悔罪退赃作为重要的从宽处罚情节，也应当在腐败犯罪量刑过程中发挥作用。本文以贪污罪^①为例，结合《刑法修正案（九）（草案）》（以下简称《草案》），探讨悔罪退赃在腐败犯罪量刑中的相关问题。

一、悔罪退赃在贪污罪量刑中的含义与适用范围——两个文本的比较

悔罪退赃影响贪污罪量刑，在1979年刑法以及之前的正式立法文本中并无体现。1988年全国人大常委会在《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第2条中，在贪污数额2000~5000元的量刑档中规定了悔罪退赃从宽，即“个人贪污数额在2000元以上不满5000元，犯罪后自首、立功或者有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚，或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分”。在1997年刑法修订过程中，除了将贪污罪的人罪数额标准调整为5000元，立法机关围绕该款中是否有必要保留“自首、立功”，以及是否有必要将“积极退赃”进一步区分为“积极退赃，可以从轻处罚”和“全部退赃，可以免除处罚”等问题进行讨论，并最终形成了现行

* 北京师范大学刑事法律科学研究院常务副院长、教授、博士生导师，法学博士，中国刑法学研究会副会长。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学博士研究生，北京市海淀区人民检察院办公室副主任、助理检察员。

① 因为受贿罪的量刑与贪污罪相同，所以悔罪退赃的影响自然及于受贿罪。从司法实践的情况来看，在贿赂犯罪中，悔罪退赃不仅可以影响量刑，甚至可以影响定罪。2007年7月8日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第9条规定，国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿。本文限于篇幅，仅从量刑层面探讨贪污罪的相关问题。

刑法的规定。^① 但无论该条款如何修改,贪污罪事后的悔改表现和退赃行为能够产生量刑从宽的效果,均可见于文本;只是在从宽的方式上有差别。然而,在《草案》中,悔罪退赃影响贪污罪量刑的条款发生了较大变化。限于篇幅,笔者仅结合现行刑法和《草案》的相关条款加以分析:

(一) 现行刑法第 383 条

在现行刑法第 383 条中,悔罪退赃对于贪污罪量刑的影响十分有限,只规定在第(三)项中,即“个人贪污数额在五千元以上不满一万元,犯罪后有悔改表现,积极退赃的,可以减轻处罚或者免于刑事处罚,由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分”,但在其余项中,并无规定。这就意味着,“如果个人贪污数额为 1 万元以上的,即使行为人犯罪后有悔改表现,积极退赃,也不得减轻处罚或者免除处罚(具有其他法定减免处罚情节的除外)”^②。但这显然不利于鼓励各类贪污行为人悔罪退赃。还有论者对“犯罪后有悔改表现,积极退赃”进行限制解释:“按照法律规定,个人贪污数额在 5000 元以上不满 1 万元,且犯罪后又有悔改表现,积极退赃的,只有这两个条件同时具备,才可以减轻处罚或者免于刑事处罚。行为人‘有悔改表现,积极退赃的’,在具体认定时,一般应为全部退赃。”^③ 但在实践中,贪污行为人未必能在案发后全部退还赃款。如果按此理解,即便贪污数额较小,且有悔改表现,部分退赃的行为也不能给行为人带来从宽的量刑优惠。这些理解,无疑进一步削弱了悔罪退赃在贪污罪量刑中的影响力。

(二) 《草案》第 39 条

根据党的十八届三中全会对加强反腐败工作、完善惩治腐败法律规定的要求,立法机关在起草《草案》时,对贪污受贿犯罪的定罪量刑标准进行了修改,其中对于悔罪退赃影响贪污罪量刑的修改表现为《草案》第 39 条第 3 款:“犯第一款罪,在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,有第(一)项规定情形的,可以从轻、减轻或者免除处罚;有第(二)项、第(三)项规定情形的,可以从轻处罚”。对比现行刑法第 383 条,相关规定的变化体现在以下几个方面:

1. 扩大了悔罪退赃影响贪污罪量刑的范围

如前所述,现行刑法第 383 条只规定贪污数额在 5000 元至 10000 元之间的(法定刑中的第一档),才存在根据悔罪退赃从宽处罚的余地。而在《草案》中,无论贪污数额和情节达到怎样的程度,均可能因为如实供述、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果发生而从宽处罚。这种变化,不仅和

^① 相关立法进程的梳理,参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生与发展完善》,北京大学出版社 2012 年版,第 601~603 页。

^② 张明楷:《刑法学》(第 4 版),法律出版社 2011 年版,第 1049 页。

^③ 马克昌主编:《百罪通论》(下卷),北京大学出版社 2014 年版,第 1150 页。