



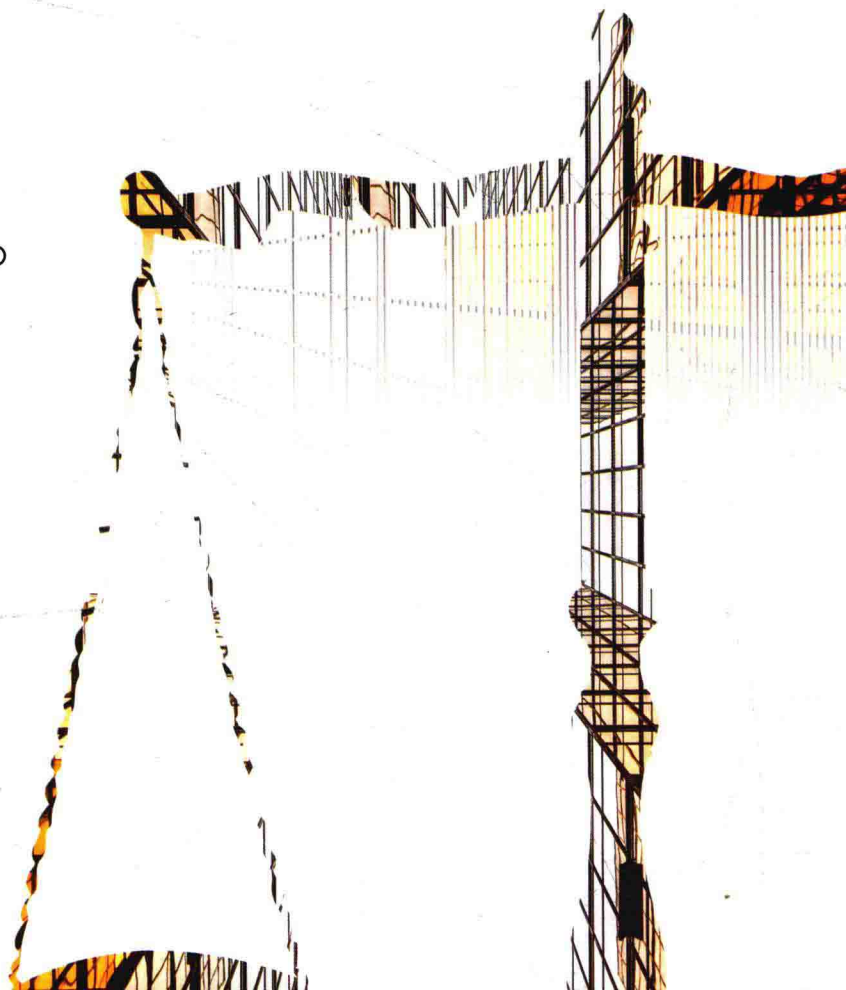
第八届当代刑事司法论坛文集

最新贪污贿赂司法解释的 理解与适用

主 编
赵秉志

副 主 编
刘志伟 袁彬

清华大学出版社



明理文丛

最新贪污贿赂司法解释的
理解与适用

主 编
赵秉志

副主编
刘志伟 袁彬

清华大学出版社
北 京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

最新贪污贿赂司法解释的理解与适用 / 赵秉志主编. —北京:清华大学出版社, 2017
(明理文丛)

ISBN 978-7-302-48014-3

I. ①最… II. ①赵… III. ①贪污贿赂罪—法律解释—中国 IV. ①D924.392.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第201221号

责任编辑:朱玉霞

封面设计:汉风唐韵

责任校对:王荣静

责任印制:沈露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印装者:三河市铭诚印务有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:30.25 插页:1 字 数:492千字

版 次:2017年8月第1版

印 次:2017年8月第1次印刷

定 价:79.00元

产品编号:077016-01

前 言

为进一步加强理论与实务的联系和互动,促进理论和实务的共同发展与进步,2009年,北京师范大学刑事法律科学研究院经与本院建立合作交流关系的各地方司法机关协商,决定通力合作,联合创办常设性的刑事司法实务交流合作平台“当代刑事司法论坛”,原则上每年举办一届。迄今为止,“当代刑事司法论坛”已经分别于2009年7月在河北承德、2010年8月在贵州贵阳、2011年8月在浙江丽水、2012年8月在广东顺德、2013年8月在江苏吴江、2014年8月在河北保定、2015年8月在北京成功举办了七届,取得了丰硕的成果,产生了比较广泛的影响。

2016年4月18日,最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《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)。这是“两高”在《刑法修正案(九)》实施后出台的一个具有重大而广泛影响的司法解释。该解释对《刑法修正案(九)》关于贪污贿赂犯罪的最新修正进行了细化,对反贪污贿赂犯罪司法实践领域遇到的新情况新问题进行了总结和回应。其甫一出台就受到了刑法理论界与实务界的广泛关注和热烈讨论。

在延续和弘扬前七届当代刑事司法论坛成功经验的基础上,并为了深化对这一最新贪污贿赂司法解释的理解和适用,2016年8月17—18日,由北京师范大学刑事法律科学研究院主办、河北省唐山市曹妃甸区人民检察院承办的“第八届当代刑事司法论坛”在河北省唐山市成功举行。本届论坛以“最新贪污贿赂司法解释的理解与适用”为主题。来自最高人民法院、最高人民检察院、司法部等中央政法机关,北京市第四中级人民法院、天津市人民检察院第一分院、唐山市人民检察院等地方政法机关以及北京师范大学、南开大学、武汉大学、河北大学等高等院校的专家学者近百余人出席会议。与会代表从刑事一体化、从旧兼从轻原则、共同犯罪、死刑替代措施、追诉时效、定罪量刑标准、刑罚适用等角度对《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用问题进行了热烈的研讨。

为了展现会议研讨的成果,我们在会议文集的基础上,编辑出版了本书。本书共分四部分。其中,第一部分收录论文8篇,重点研讨了“两高”贪污贿赂犯罪司法解释的宏观问题,包括贪污贿赂犯罪治理的刑事一体化问题、溯及力问题、罪数问题以及终身监禁制度问题,视角宏观,高屋建瓴。第二部分收录论文11篇,重点研讨的是贪污受贿犯罪的定罪量刑标准问题,包括贪污受贿犯罪数额的提升、数额的计算等,研讨集中,观点鲜明。第三部分收录论文10篇,重点研讨的是贿赂犯罪问题,包括受贿罪共犯与利用影响力受贿问题、受贿罪的“为他人谋取利益”问题、受贿罪量刑规范、行贿罪的完善问题等,焦点突出,研究深入。第四部分收录论文18篇,主要讨论的是与“两高”贪污贿赂犯罪司法解释相关的其他问题,其中既有对贪污贿赂犯罪司法解释的理解问题,也有对贪污贿赂犯罪的实效问题;既有对贪污贿赂犯罪司法解释的理论分析,也有对贪污贿赂犯罪治理的实践探讨,问题与对策相结合,理论与实务兼备,值得一读。

当前我国正在进一步加强腐败犯罪的治理,并积极推进反腐败刑事法治建设。反腐败刑事司法是我国反腐败刑事法治建设的重要组成部分。本书对反腐败刑事司法领域系列新情况新问题的研讨,问题集中,研讨深入,相信该书的出版对于深化人们对贪污贿赂犯罪问题的理解,推动我国反贪污贿赂工作的科学化、法治化,完善刑事法相关理论,将具有极其重要的现实与理论意义。

最后,衷心感谢清华大学出版社对本书出版的大力支持,感谢责任编辑细致的工作。正是他们的努力付出,保证了本书的出版质量。

赵秉志 教授
北京师范大学刑事法律科学研究院院长
中国刑法学研究会会长
2017年春

目 录

(一)

对最新贪污贿赂司法解释几个问题的理解	王晓东 沈 言	(1)
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	(9)
修正后刑法及相关司法解释的溯及力判断规则	黄京平	(19)
贪污贿赂犯罪司法解释溯及力问题研究	缪 杰 杨建军	(28)
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	(43)
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	(50)
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	(57)
终身监禁的死刑替代功能反思	袁 彬 徐永伟	(68)

(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	(84)
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	(92)
贪腐犯罪定罪量刑数额提升的法治批判	何荣功	(111)
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	(125)
浅谈在办理贪污受贿案件中如何把握“数额+情节”	张志林	(142)
论贪污罪、受贿罪之“犯罪情节”入罪标准	商浩文	(151)

论“贪污犯罪数额累计计算”的适用与完善

- 以贪污犯罪新旧司法解释适用期间为视角 … 李鹏飞 王志凯 (161)

论入罪的起刑点

- 以贪腐犯罪为例 …………… 温建辉 (170)

- 从预防犯罪角度浅析贪污犯罪的起刑数额 …………… 王喜来 (178)

- 初探贪污贿赂犯罪量刑问题 …………… 郑雪娇 (188)

我国贪污、受贿罪定罪量刑的立法变迁及《刑法修正案(九)》对“计赃论罪”

- 规则的修正与适用 …………… 褚建华 (197)

(三)

- 通过解释刑法逐步收紧治贿法网 …………… 苗有水 (208)

受贿罪共犯与利用影响力受贿罪的界限新解

- 对最新贪污贿赂犯罪司法解释第16条第2款的限制解释

- …………… 王志祥 柯明 (221)

- 受贿罪与几个相关犯罪的界限 …………… 李卫红 (231)

- 受贿罪中“为他人谋取利益”的研读 …………… 王秀梅 陈志娟 朱贝妮 (240)

织好有权者腐败的法律惩戒网

- 论受贿罪中“为他人谋取利益”的行为认定 … 黄家波 宋峰 (252)

- 贪污贿赂司法解释中“为他人谋取利益”的理解与适用 …………… 张建新 (261)

贿赂犯罪若干争议问题研讨

- 以《刑法修正案(九)》及《解释》出台为视角 … 傅跃建 张晓东 (269)

- 受贿罪量刑规范初探 …………… 王鼎 (285)

- 新司法解释将“笼子”越织越密 …………… 侯库庄 (302)

- 论行贿犯罪存在的问题及立法完善 …………… 孙冬红 (315)

(四)

- 遏制、制裁贪污贿赂等职务犯罪的途径再探讨 …………… 鲁兰 (324)

依法从严惩治腐败永不止步

——从最新贪污贿赂司法解释说开去	彭新林	(334)
《刑法修正案(九)》及司法解释出台后对基层院办案的影响		
——我院近五年查办贪污贿赂案件情况分析	刘新义	(342)
贪污贿赂新司法解释在刑事审判实务中的评析	李玉杰 于泽都	(353)
贪污贿赂犯罪最新司法解释解读	臧冬斌 郭越洋	(362)
贪污贿赂司法解释的解释与适用	王强军 刘娜	(367)
关于贪污贿赂《司法解释》几个问题的探讨	岳崇山 谢栋	(377)
浅议最新贪污受贿司法解释中的几个问题	熊恩祥	(386)
新《贪污贿赂司法解释》对反渎工作的影响及相应对策		
——以温州地区两级检察系统渎职案件办案实际为立足点	郑建胜 孙俊停 印波	(394)
浅论反贪初查的基本问题	李学雷 沈林通	(403)
贪污贿赂司法解释适用中的刑事抗诉问题和完善路径		
——一个规范职务犯罪案件量刑程序的视角	赵磊	(411)
论“赃款赃物”的去向对查办贪污受贿罪的影响	汪蕾	(421)
规范与实践:浅谈案件质量的保障		
——以贪污贿赂案件为分析视角	刘翠红	(429)
论反腐败追求社会效果的正当性及其限度	李凤权	(439)
航天系统贪污犯罪成因分析与应对		
——以黄某贪污案等四起案件为例	孙川	(447)
工厂内盗定性探析		
——以两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的 解释》第11条为背景	李英英	(454)
司法改革背景下基层检察机关案件管理现状与思考		
——以唐山市曹妃甸区院为例	孙伟新	(463)
刑民交叉视野下虚假诉讼的研究	李雪梅	(468)

(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”间接接受贿赂的情形,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。