

ANTI-CORRUPTION

中国社会科学院刑事法论坛

反腐败的 刑事法治保障

THE CRIMINAL SAFEGUARD
OF
ANTI-CORRUPTION

刘仁文 主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

反腐败的 刑事法治保障

THE CRIMINAL SAFEGUARD
OF
ANTI-CORRUPTION

中国社会科学论坛

刘仁文 主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

反腐败的刑事法治保障 / 刘仁文主编. -- 北京 :
社会科学文献出版社, 2016. 10

ISBN 978 - 7 - 5097 - 9548 - 4

I. ①反… II. ①刘… III. ①反腐倡廉 - 刑法 - 研究
- 中国 IV. ①D924. 04②D630. 9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 186335 号

反腐败的刑事法治保障

主 编 / 刘仁文

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军

责任编辑 / 赵瑞红 易 卉 关晶焱

出 版 / 社会科学文献出版社·学术资源建设办公室 (010) 59367161

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: [www. ssap. com. cn](http://www.ssap.com.cn)

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 32.5 字 数: 535 千字

版 次 / 2016 年 10 月第 1 版 2016 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 9548 - 4

定 价 / 138.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

前 言

党的十八届三中全会提出健全反腐倡廉法律制度体系，四中全会进一步提出完善惩治贪污、贿赂犯罪法律制度的明确要求。在此背景下，由我担任首席研究员的中国社会科学院刑法学科创新工程将“反腐败的刑事法治保障”作为2015年的子课题加以重点攻关。时值立法机关就《刑法修正案（九）（草案）》公开向社会征求意见，项目组通过《中国社会科学院要报》就包括贪污贿赂犯罪的立法完善等提交了一系列的内部研究报告，其中有的报告获得中央领导同志的批示，观点被立法机关采纳，并因此获得中国社会科学院优秀对策研究一等奖。

在前期研究的基础上，经过认真准备，我们于2015年9月19、20日在北京召开了“反腐败的刑事法治保障”学术研讨会。来自全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院、司法部等法律部门和中国社会科学院、北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、北京师范大学等高校和科研机构的80余名与会代表分数个单元对此主题进行了深入交流和讨论，《人民法院报》《法制晚报》等对会议作了深度报道。

会后，我们从与会代表提交的数十篇论文中择优选出一部分，根据学术专著的逻辑结构编成此书，申报中国社会科学院创新工程学术出版资助，并成功获批。感谢为我们撰写推荐意见的陈泽宪、王敏远两位教授，也感谢法学所李林所长和科研处张锦贵副处长在我们申报过程中所给予的帮助和指导。

作为本项目组的研究助理，焦旭鹏博士为会议的召开和本书的编排做了大量的工作，在这里要特别地谢谢他。

本书有的章节撰写时《刑法修正案（九）》还处于草案阶段，即便有的章节写于《刑法修正案（九）》颁布后，但由于最高人民法院、最高人民检察院又于2016年4月18日发布了《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》，因而有的内容又与该司法解释存在一个对接的问题。好在作为理论著作，其观点具有一定的独立性，并不需要随着立法和

司法解释的变更而变更，因而我们原则上保留各篇论文的原貌，只在必要的地方作了少量修改和补充说明，相信读者能理解我们的这种处理方式。当然，具体到规范层面，毫无疑问，应当以正式颁行的《刑法修正案（九）》和前述司法解释为准。为此，我们把《刑法修正案（九）》中有关反腐败的内容摘录出来，连同“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》一并附录于书后，供读者查阅和对照。

最后要说明的是，本书各章节作者在文中的观点并不必然代表主编的观点，本主编对各作者观点和研究倾向上的差异也无意作强求统一，因为对同一问题提出不同的看法不仅是学术研究中的正常现象，甚至还是学术研究所应倡导的展开方式。

感谢社会科学文献出版社刘骁军编审，五年前创新工程刚启动时，你我摸着石头过河，合议创办“中国社会科学院刑事法论坛”，如今这套丛书已经出版到第五本了。现在，每当创新工程出版资助结果出来，就有别的出版社来联系我，希望我把书放在他们那里出，我都解释了为什么不能“背叛”社科文献出版社的理由。他们一听也觉得合情合理，遂不再勉强。感谢这些出版社的朋友们的理解。

现代社会是一个专业社会，作为刑事法学人，我们只能从我们的专业出发，为国家的反腐事业贡献自己的微薄之力。记得去年夏天，新加坡国立大学两位反腐专家来访社科院法学所，所领导考虑到我的项目组正在开展反腐败的刑事法治保障研究，就让我们项目组接待一下。让我有点吃惊的是，两位专家告诉我，在新加坡的反腐法律体系中，刑法占的比重很小，他们认为最重要的是严密的财会制度。这提醒我们，反腐败是一项系统工程，刑事法只是其中的一个环节而已。要真正使反腐防腐取得理想效果，还需要其他各个环节都发挥出专业精神，相互配合，相互协调，共同促成反腐倡廉制度的完善、风清气正氛围的形成。刑法是反腐的最后一道防线，我们要切忌把刑法挺在其他制度的前面，而忽略甚至遮蔽了其他制度的构建（这些制度往往更具基础性）。当然，扎紧刑事法反腐的篱笆，发挥好刑事法对其他法的保障作用，其重要性同样不言而喻，这也正是本书立项和写作的初衷。

刘仁文

2016年4月20日

目 录

第一章 反腐败刑事立法概览

第一节 反腐败刑事法治的最新发展 3

第二节 腐败治理模式与中国选择 27

第三节 中国贿赂犯罪的刑法立法 39

第四节 反腐败刑事法治的六大现实问题 57

第五节 反腐败刑事立法的变迁与发展 90

第二章 腐败犯罪的设罪考量

第一节 贪污罪数额标准的修改 107

第二节 行贿犯罪立法的现实考量与完善路径 119

第三节 受贿罪中的“为他人谋取利益”要件 135

第三章 腐败犯罪的刑罚配置

第一节 “行贿与受贿并重惩罚”的法治逻辑悖论 147

第二节 贿赂犯罪特别自首制度 165

第三节 贪污受贿犯罪终身监禁制度 177

第四节 贪污贿赂犯罪的死刑存废 190

第四章 腐败犯罪的定罪

第一节 贪污罪定罪疑难问题 201

第二节 受贿犯罪定罪疑难问题 212

第三节 受贿数额的司法判断标准 225

第四节 结构化金融产品与贿赂犯罪 235

第五章 腐败犯罪的量刑

第一节 贪污贿赂犯罪定罪量刑标准的完善 247

第二节 贪污受贿犯罪量刑定量与自由裁量 271

第三节 贪污、受贿犯罪后情节适用的规范化 287

第六章 腐败犯罪的追诉程序

第一节 腐败犯罪案件诉讼程序的改革 303

第二节 检察机关反腐举报的保护与救济 317

第七章 防治腐败犯罪的国际视野

第一节 《联合国反腐败公约》与中国刑事立法的衔接 333

第二节 中国追缴腐败犯罪所得的国际司法协助问题 347

第三节 全球跨国商业贿赂规制制度化进程及其动因 369

第四节 美国《反海外腐败法》适用案例分析 412

第八章 腐败犯罪研究的多维视角

第一节 反腐败刑事政策的演变与发展 431

第二节	刑法教义学视阈内外的贿赂犯罪法益	443
第三节	单位行贿犯罪案件的情况分析及预防对策	470
第四节	反腐败的理论依据及其对高校反腐败的启示	481

附 录

《中华人民共和国刑法修正案（九）》完善惩治腐败犯罪	
相关条文摘录	499
最高人民法院关于《中华人民共和国刑法修正案（九）》	
时间效力问题的解释	502
《最高人民法院 最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉	
确定罪名的补充规定（六）》相关条文摘录	504
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	506

第一章

反腐败刑事立法概览

第一节

反腐败刑事法治的最新发展*

从 1979 年全国人大通过第一部刑法典到 1997 年全国人大全面修订刑法典，经历了 18 年；1997 年新刑法典颁布后，到 2015 年《刑法修正案（九）》（以下简称《刑九》）的出台，又经历了 18 年。^① 在后一个 18 年里，全国人大常委会已对刑法作了 10 次局部修改，包括 1998 年的一个单行刑法^②和此后陆续颁布的 9 个刑法修正案（不包括 13 个立法解释^③）。

从 2006 年《刑法修正案（六）》开始，每次刑法修正都涉及对腐败犯罪刑法规制的修改完善，直至《刑法修正案（九）》达到高潮。^④ 诚如主持《刑九》的全国人大常委会法工委副主任郎胜所言，《刑九》的“整个立法过程是深刻领会中央政策精神的过程”，认真贯彻落实党中央的有关

* 本节的写作完成于最高人民法院、最高人民检察院 2016 年 4 月 18 日发布《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》之前，特此说明。

① 在立法机关召集的《刑九》初期讨论会上，就有专家学者以这个时间段为由头，提出到了对刑法典再进行一次系统修改的时候了，立法机关表示，目前为了应急，还是先搞《刑九》，但系统修改刑法典的意见值得重视。

② 即全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。

③ 立法解释其实也含有“立法”的性质，而且由于其时间效力还可溯及既往，因而也很值得关注。如 2014 年 4 月全国人大常委会就一次性通过了 4 个刑法解释案，由于当时这几个刑法解释案与《刑九》草案同时征求部分专家学者的意见，与会专家学者对其中哪些内容可以放到立法解释里、哪些内容应归入《刑九》，不是没有争议。

④ 前面的几次刑法修正鲜有涉及反腐的内容，主要是因为 1997 年的新刑法已经在这方面做了大量工作，如将 1988 年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》和当时最高人民检察院起草的《反贪污贿赂法》的有关内容进行整合，在刑法分则中专门设立了“贪污贿赂罪”一章，除了将原来规定在侵犯财产罪一章里的贪污罪和规定在渎职罪一章里的贿赂罪并入本章并对其定罪量刑的数额进行修改外，还增加了私分国有财产罪、私分罚没财物罪等罪名以及将斡旋受贿以受贿论等规定。参见刘仁文主编《贪污贿赂犯罪的刑法规制》，社会科学文献出版社，2015，第 25 页以下。

要求“是这次刑法修改始终坚持的指导思想”。^① 我们知道，十八届三中全会提出健全反腐倡廉法律制度体系，四中全会进一步提出完善惩治贪污、贿赂犯罪法律制度的明确要求，在此背景下，《刑九》对腐败犯罪的相关规定作出一系列的修改完善，自是意料之中。

这次《刑九》对腐败犯罪主要作了三个大的方面的修改和补充：

一是对贪污受贿罪的定罪量刑作出重要修改，这主要体现在对刑法第383条的修改上：^② 第一，修改了贪污受贿犯罪的定罪量刑标准，取消了原来的具体数额标准，采用数额加情节的标准；第二，进一步补充了对贪污受贿犯罪从轻、减轻、免除处罚的条件；第三，增加规定了对被判处死缓的重特大贪污受贿犯，在死缓执行二年期满依法减为无期徒刑后，不得减刑、假释的终身监禁制度；第四，在贪污受贿犯罪量刑相对较轻的档次中增加规定了并处罚金刑，使并处财产刑贯穿到贪污受贿罪的全部量刑档次；第五，把原来的四个量刑档次修改为现在的三个量刑档次；第六，压缩了交叉刑；第七，删除了原来条款中的行政处分内容。

二是严密行贿犯罪的刑事法网，加大对行贿犯罪的打击力度，如增设“对有影响力的人行贿罪”，以与《刑法修正案（七）》设立的“利用影响力受贿罪”相呼应；修改行贿罪的特殊自首制度，对行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的减轻处罚或免除处罚作了从严规定；对行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪等增设罚金刑，并将单位行贿罪的罚金刑扩大至直接

① 参见郎胜主编《〈中华人民共和国刑法〉的理解与适用》，中国民主法制出版社，2015，第2页。

② 刑法第383条本来是对贪污罪处罚的规定，但由于刑法第386条规定受贿罪依照第383条的规定处罚，因而对贪污罪处罚的修改也等于对受贿罪处罚的修改。当然，在《刑九》讨论过程中，包括笔者在内的一些学者主张将受贿罪的处罚与贪污罪的处罚分开来规定，因为两罪在侵犯的具体客体、社会危害程度、行为方式、不同情节（如数额）在量刑中所应占的权重等方面都存在不同之处，将二者捆绑在一起共用同一罚则，无法体现出贪污受贿罪质的差异。例如，有学者就指出，这次《刑九》对贪污受贿罪确立的从宽处理制度，立法者的意图在于促使这些犯罪嫌疑人尽早如实供述自己的罪行，这对受贿犯罪可能是有意义的，因为受贿犯罪嫌疑人的供述对案件的侦破有重要作用，但在贪污案件的侦破中，口供的重要性与其他刑事案件无异，远不及受贿案件，因此，对贪污案件的犯罪嫌疑人在提起公诉前如实供述自己罪行的，完全可以适用刑法总则中坦白这一法定从宽情节，无须另外作出特别规定。（参见赖早兴《贪污贿赂犯罪规定修正述评》，载《学习论坛》2015年第4期）

负责的主管人员和其他直接责任人员。^①

三是完善腐败犯罪的预防性措施，增设从业禁止的规定，即对因利用职业便利实施犯罪或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪而被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起三至五年内从事相关职业（其他法律、行政法规对其从事职业另有禁止或限制性规定的，从其规定）。虽然该条款的适用范围应不限于腐败犯罪，但可以肯定地说，对腐败犯罪的预防是其出台的重要动因，这可以从立法机关负责人在作草案说明时将其归入“加大对腐败犯罪的惩处力度”这一部分得到证明。^②

鉴于本次《刑九》对贪污受贿定罪量刑所作的系列修改，不仅在理论上提出了终身监禁等一些崭新的课题，在实务上也亟须对如何适用数额加情节、如何适用从宽处理制度等予以明确，同时，也考虑到篇幅和主题的相对集中，本节着重就第一个方面，即贪污受贿罪的定罪量刑之修改作一解读与评析。

一 优化罪量要素配置：罪刑标准的重大调整

将贪污受贿的定罪量刑标准由原来的固定数额修改为概括性数额加情节，这被有的司法界人士认为是此次《刑九》的“最大亮点和最大要点”，

① 要否加大对行贿犯罪的打击力度，学界争议很大。有人担心这样做会刺激行贿人与受贿人达成同盟，或者担心被重罚而不愿配合检察机关的工作，从而不利于查处受贿犯罪。甚至有人干脆质疑：谁会脑子进水随便拿自己的钱财送给官员？[参见曾粤兴、曾凌《〈刑法修正案〉（九）有关腐败犯罪规定评述》，载《法治研究》2016年第2期]笔者不同意这种观点，主张加大对行贿犯罪的打击力度。（参见刘仁文、黄云波《行贿犯罪的刑法规制与完善》，载《政法论丛》2014年第5期）

② 参见全国人大常委会法工委主任李适时2014年10月27日在全国人大常委会会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）草案〉的说明》。关于该条款的性质，有人认为是保安处分，我认为是资格刑。另外，关于其适用对象，有学者认为：“从业禁止的适用是为了对于具备一定人身危险性的犯罪人采取有针对性的犯罪预防。”（参见于志刚《从业禁止制度的定位与资格限制、剥夺制度的体系化》，载《法学评论》2016年第1期）笔者认为，把从业禁止的适用对象限定为“具备一定人身危险性的犯罪人”，既不符合立法原意，也不符合文义解释。换句话说，像贪污受贿犯这类理所当然属于其规制对象的犯罪人，却是不具备人身危险性的。当然，笔者也同意前述论者的一个观点，那就是在我国目前已经存在相当严厉的前科制度的情况下，如何实现从业禁止的立法初衷仍有现实难题需要解决，因为前科已经使得几乎所有因犯罪受过刑罚处罚的人都被限制或剥夺了各种职业资格。

“体现了立法的敢于担当和积极作为”。^① 这种评价是否准确另当别论（在我看来，也许削减死刑才是最大亮点），但无疑道出了该问题受社会关注的程度。为什么会这样？我想原因主要有二：一是贪污受贿犯罪数额与量刑之间出现“尴尬”的困局由来已久，无法实现罪刑均衡，^② 即在贪污受贿数额达到额度后，犯罪数额与量刑之间无明显的正比关系，贪污受贿数额差异对量刑不产生实质性影响，在不判死刑立即执行的情况下，犯罪数额越大，行为人获得的潜在量刑利益就越大。^③ 二是在改与不改以及如何改的问题上，很长一段时间内争议很大，一方面有人担心改变数额标准就必然要提高贪污受贿犯罪入罪的数额标准，而提高数额标准很容易让社会公众产生党和国家要放松打击腐败力度的误解；另一方面司法机关也担心，一旦立法取消了贪污受贿犯罪的定罪量刑数额标准，那么司法机关就得通过司法解释来解决这个问题，而司法解释如果提高了入罪标准并因此引起社会公众的质疑的话，将使司法机关很难承担起这个政治责任。^④

关于为什么要改，让我们先来回顾一下贪污受贿罪定罪量刑标准的演变。1979年刑法并没有规定具体的定罪量刑数额标准，在实际执行中，司法机关反映不够具体，不好掌握，各地标准不一。于是，1988年全国人大常委会通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，根据当时的社会经济发展水平，总结司法实践经验，采取数额化的方式，对贪污受贿罪规定了四个量刑档次，其中最低的一档为二千元（二千元构成犯罪，不满二千元但情节较重的也构成犯罪），最高的一档为五万元（五万元以上处十年以上有期徒刑或无期徒刑，情节特别严重的处死刑）。1997年全国人大全面修订刑法时，又根据当时的社会经济发展状况和司法实践情况，对上述

① 参见胡云腾《〈刑法修正案（九）〉的理论与实践创新》，载郎胜主编《〈中华人民共和国刑法〉的理解与适用》，中国民主法制出版社，2015，第12页。

② 本节中“罪刑均衡”与“罪责刑相适应”大体在同一个含义上使用，仅根据语境不同而用不同的表述。

③ 参见赵秉志《贪污贿赂犯罪定罪量刑标准问题研究》，载《中国法学》2015年第1期。

④ 参见胡云腾《刑法修正案（九）的理论与实践创新》，载郎胜主编《〈中华人民共和国刑法〉的理解与适用》，中国民主法制出版社，2015，第12页。应当说，司法机关在这个问题上纠结的，开始时他们希望和呼吁调整定罪量刑的标准，以便在刑罚的具体裁量中更好地实现罪刑均衡，但等到立法草案公布后，面对社会的广泛质疑声，他们又希望立法机关来明确数额标准（光就数额这一点而言，肯定是要提高的），以免自己来承担压力。

数额标准作了调整，把原来的最低一档由二千元提升到五千元（五千元构成犯罪，不满五千元但情节较重的也构成犯罪），最高一档由五万元提升到十万元（十万元以上处十年以上有期徒刑或无期徒刑，情节特别严重的处死刑）。这一修改在当时看来，似乎有其积极意义，“为打击贪污受贿犯罪提供了具体明确的数额标准，解决了司法机关执法的实际需要，有利于法制的统一，避免了法律适用上的随意性”^①。但随着实践的发展，这种明确规定数额标准的法定刑方式也愈来愈暴露出一些问题，其中最突出的体现是贪污受贿十万元以上的即处十年以上有期徒刑或无期徒刑的规定，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十年有期徒刑，造成量刑的严重不平衡，无法做到罪责刑相适应，也无法体现刑罚公平的原则，很容易在社会上造成贪污受贿数额大的犯罪人占便宜的印象，影响惩治贪污受贿犯罪的法律效果和社会效果。此外，鉴于这类犯罪情况复杂，情节差别很大，单纯“计赃论罪”，难以全面反映具体个罪的社会危害性，因为贪污受贿行为的社会危害性大小不仅仅体现在数额的大小上，还体现在国家工作人员滥用职权或者给国家利益造成重大损失等情节上。在有些案件中，行为人个人虽然贪污受贿数额不大，但其给国家利益造成的损害以及通过行为所表现出来的主观恶性却很大；反之，在另一些案件中，虽然行为人贪污受贿的数额相对要大，但其给国家利益造成的损害以及通过行为所表现出来的主观恶性却相对较小，此时单纯考虑数额，也欠科学。^②

正因为上述原因，这次《刑九》将贪污受贿犯罪由原来的只依据具体数额定罪量刑，^③ 修改为根据数额或情节定罪量刑，即原则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三种情况，相应规定三档刑罚。此外，还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，规定最高刑可处死刑（与

① 参见郎胜主编《〈中华人民共和国刑法〉的理解与适用》，中国民主法制出版社，2015，第703页。

② 例如，在受贿罪中，有时受贿的多少不一定就能准确反映出受贿人的主观恶性大小，还取决于行贿人的经济实力和行贿人根据受贿人权力资源的大小而给出的估价。又如，受贿人为他人谋取的利益是否正当也会直接影响其社会危害性的大小。

③ 原来也有情节的规定，如第一档情节特别严重的处死刑，第二档情节特别严重的处无期徒刑，等等，但不是与数额并列，而是在该档数额的基础上。

无期徒刑选择适用)^①。

《刑九》自2015年11月1日施行以来，由于最高人民法院至今没有出台司法解释对前述数额和情节作出解释，引发实务中的一些问题。据“刑法实务”微信公众号统计，《刑九》实施之后，全国各地这方面的判决并不多见，这大概与各地都在等司法解释有关。例如，有的法院在审理这方面的案件时，就以“需进一步等待关于职务犯罪的具体数额、情节标准的司法解释的规定出台”为由，依照刑事诉讼法第200条第1款第4项的规定（由于不能抗拒的原因），裁定“中止审理”。^②另据前述“刑法实务”微信公众号的统计，在公开的判决书中，有关法院对数额较大、数额巨大、数额特别巨大的认定也很不一致，虽然都较之原来把数额提高了，^③但量刑不平衡的现象还是非常明显，如广西〔2015〕桂刑经终字第23号判决书显示：上诉人廖某某受贿3000余万元，判处有期徒刑15年，并处没收个人财产700余万元；河北〔2015〕唐刑初字第51号判决书显示：被告人静某某受贿2600余万元，判处无期徒刑，并处没收个人全部财产。

之所以司法解释迟迟出不了台，肯定是最高人民法院和最高人民检察院遇到了难题，但尽快出台司法解释也是不可回避的事情。这方面，需要解决好以下几个问题。

首先，必须明确此次修改贪污受贿罪定罪量刑标准的最大原因是原来

① 按照刑法原来的规定，贪污、受贿十万元以上，“情节特别严重的，处死刑，并处没收财产”，这是一种绝对确定的死刑。应当看到，即使达到“情节特别严重”的程度，在该程度内也还是有情节差异的，不加区分地一律处死刑，既有违罪责刑相适应和刑事责任公平的原则，也不利于司法机关合理地处理个案，当然也不利于限制和减少死刑。这次《刑九》将贪污罪和受贿罪的死刑规定修改为“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”，把绝对确定死刑改为相对确定死刑，使司法机关在无期徒刑和死刑之间有选择适用的空间，相比原来的规定，无疑要更加科学。

② 此案例来源于邱兴隆教授提供的一份刑事裁定书：〔2015〕株石法刑初字第72号，该裁定书落款日期为2016年2月24日。另据《新京报》记者采访司法实务界人士，目前对于涉案金额可能在变动范围内且尚在审理期限内的案件，都是采取“能等就等”的做法。（参见王梦遥《十八大后“大老虎”八成受贿获刑12-15年》，载《新京报》2016年2月26日）

③ 如根据原来刑法的规定，贪污或受贿十万以上就是十年以上有期徒刑，但浙江〔2014〕绍越刑初字第1139号判决书显示：被告人朱某某受贿45万元，被判处有期徒刑5年；广东〔2015〕湛遂法刑初字第137号判决书显示：被告人黄某某贪污26.7万元，被判处有期徒刑5年；广东〔2015〕佛三法刑初字第639号判决书更是显示：被告人杜某受贿12万余元，被判处有期徒刑三年，缓刑三年。

的十万元以上就要处十年以上有期徒刑这一规定严重不适应现实发展的需要。特别是对贪污受贿犯罪判死刑的越来越少,^① 这样上面的不断往下压,压到十万元这里就没有退路了,致使贪污受贿金额悬殊的刑期却相当接近,如湖南省政协原副主席阳宝华受贿 1356 万余元、陕西省政协原副主席祝作利受贿 854 万余元均被判 11 年有期徒刑,云南省原副省长沈培平受贿 1615 万元、重庆市人大常委会原副主任谭栖伟受贿 1143 万元、江西省人大常委会原副主任陈安众受贿 810 万元均被判 12 年有期徒刑。^② 因此,《刑九》后的数额特别巨大和数额巨大必须较之以前有大幅度的提升,如果只是微调,无法解决现在实践中暴露出来的某些案件罪责刑严重不相适应的问题。考虑到《刑九》在数额之外,还有情节的并列规定,也就是说,即便数额没有达到某个标准,但如果具备情节要求的,仍然可以在此幅度内量刑,因此将数额特别巨大和数额巨大这两档拉高,不仅是现实需要,也不会放纵犯罪。^③ 至于具体定多高,我觉得需要最高人民法院、最高人民检察院根据近年来的司法实际,按以下思路来确定,即全部刑事案件中最终判处 10 年以上有期徒刑以及 3~10 年有期徒刑的比重是多少,如果按这一比重,贪污受贿领域要把数额确定在多少才行。考虑到近年来全部刑事案件中重刑比例下降的趋势,我相信将贪污受贿的数额特别巨大和数额巨大这两档大幅度提高恐怕是不可避免的事情。即使重刑比例下降有危险驾驶罪等轻罪入刑的因素,但贪污受贿罪的量刑数额也不能与全部刑事案件的重刑比重拉得太开,因为它们毕竟都是非暴力犯罪。^④

其次,可借鉴盗窃罪司法解释的思路,对各档的量刑数额规定一个幅

① 实际上,最高人民法院自 2013 年以来就已经没有再核准过一例贪污受贿犯罪的死刑(指立即执行,死缓还有,但死缓的核准权还在高级人民法院)。像周永康受贿 1.3 亿元,还有滥用职权罪和故意泄露国家秘密罪,最后也只被判处无期徒刑。

② 参见王梦遥《十八大后“大老虎”八成受贿获刑 12-15 年》,载《新京报》2016 年 2 月 26 日。

③ 为了防止数额提高引发公众对司法解释纵容腐败犯罪的质疑,可以考虑从司法解释的技术上作一些调整,即先规定虽未达到数额较大、数额巨大或者数额特别巨大(或者达到相应数额一半以上的),但具有“以下情节之一的”,在与数额较大、数额巨大或者数额特别巨大相应的法定刑档内量刑。接下来再规定数额较大、数额巨大以及数额特别巨大的数额起刑点幅度,以此来冲淡提高数额的视觉效果。

④ 虽然数额之外还有情节,不好简单地根据数额来确定其与全部刑事案件的量刑比例之协调,但至少可以解决如下问题:在不考虑情节的情况下,如果将某个数额作为某个量刑幅度的起点,其所导致的量刑比例要超过全部刑事案件量刑比例,则该数额起点显然太低。