

贪污贿赂犯罪的 惩治与防范

T ANWU HUILU FANZUI DE
CHENGZHI YU FANGFAN

赵秉志 主编



中国人民公安大学出版社

贪污贿赂犯罪的惩治与防范

赵秉志 主编

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

贪污贿赂犯罪的惩治与防范/赵秉志主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 7

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0099 - 8

I. ①贪… II. ①赵… III. ①贪污贿赂罪—中国—文集

IV. ①D924. 392. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 122191 号

贪污贿赂犯罪的惩治与防范

TANWUHUILU FANZUI DE CHENGZHI YU FANGFAN

赵秉志 主编

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: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2010 年 7 月第 1 版

印 次: 2010 年 7 月第 1 次

印 张: 19. 125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 529 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0099 - 8/D · 0067

定 价: 55. 00 元

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

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

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

贪污贿赂犯罪的惩治与防范

主 编 赵秉志

副主编 张温龙 刘志伟

前 言

贪污贿赂犯罪是当前困扰中国的重大现实问题之一。改革开放以来，日益猖獗的贪污贿赂犯罪不仅严重阻碍了中国经济的发展，而且还从某种程度上削弱了党和政府的威信与公信力，直接危及政权的根基。对此，党和国家给予了极大的重视，从诸多方面采取措施来惩治和防范贪污贿赂犯罪，并收到了一定的成效。同时，我国刑事法理论界和司法实务界也积极从各个方面对贪污贿赂犯罪的惩治与防范问题进行了比较深入的研究，取得了相当丰硕的理论成果，对我国惩治贪污贿赂犯罪的刑事立法与司法活动起到了积极的推动作用。但毋庸讳言，惩治和防范贪污贿赂犯罪是一项长期而艰巨的工作，而且随着社会政治、经济等诸方面的发展变化，贪污贿赂犯罪会不断出现新情况、新问题，需要及时研究解决，因此，贪污贿赂犯罪的惩治与防范仍是刑事法理论界和司法实务界应持续关注并加强研究的一个重要课题。

北京师范大学刑事法律科学研究院作为我国刑事法学领域首家且目前唯一的具有独立性、实体性、综合性的学术研究机构，自2005年8月创立以来，一直非常关注和研究法治现实问题，并重视加强与各级司法机关的业务交流与合作。为此，北师大刑科院以签订学术协议的方式与最高人民法院、最高人民检察院等中央政法机关的研究机构和业务部门、北京市人民检察院等地方政法机关建立了密切的学术交流合作关系，并与各级司法机关开展了诸多学术交流合作活动。2008年8月23日至24日在福建省石狮市举办的“新形势下惩治与预防贪污贿赂犯罪专题研讨会”即是北师大刑科院与司法机关开展的一项重要学术交流合作活动。本次会议由北师

☆贪污贿赂犯罪的惩治与防范

大刑科院与检察日报社、福建省检察官协会联合主办，泉州市人民检察院、石狮市人民检察院承办。来自最高人民法院、最高人民检察院、福建省人民检察院、泉州市人民检察院、石狮市人民检察院等司法机关以及北京师范大学、武汉大学、吉林大学、华东政法大学、西南政法大学、重庆大学、厦门大学、华侨大学等高等院校的代表共计一百余人出席了此次研讨会。与会代表围绕“贪污贿赂犯罪的惩治与防范”这一主题，进行了深入的研讨，提出了诸多富有新意和建设性的见解。本书即是本次会议研讨成果的集中体现。

本书共分“贪污贿赂犯罪法律的适用”、“贪污贿赂犯罪的立法完善”、“贪污贿赂犯罪的预防与控制”、“律师法修改与贪污贿赂犯罪侦查工作”、“反贪污贿赂犯罪侦查能力建设”五篇，对提交会议的50余篇论文进行了编排。为了保证本书的质量，会后我们对全部论文进行了审阅与校改，对一些论文在字句、段落方面作了一定的修正，并请部分作者对论文进行了修改。北师大刑科院中国刑法研究所副所长刘志伟教授以及北师大刑科院讲师黄晓亮博士协助本人做了部分编务工作。

本次会议的成功召开得益于各举办单位和参会代表的大力支持，一贯鼎力支持北师大刑科院学术事业的中国人民公安大学出版社和各位编辑为本书的编辑出版付出了辛勤而卓有成效的劳动，对此我们深表敬意与谢忱！

北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长
中国法学会刑法学研究会会长 赵秉志教授 谨识

2009年4月

目 录

第一篇 贪污贿赂犯罪的法律适用

试析案发前退赃交赃情节与

- | | | | |
|---|-----|-----|---------|
| 受贿罪的定罪量刑 | 赵秉志 | 黄晓亮 | (3) |
| “特定关系人”评析 | 卢建平 | | (14) |
| 浅析受贿罪主观方面的几个特殊问题 | 李希慧 | | (24) |
| 交易型受贿犯罪的司法认定 | 刘宪权 | | (33) |
| 论受贿罪的客观方面 | 蔡明璇 | | (48) |
| 论国际商业贿赂犯罪 | 陈雷 | | (62) |
| 新类型受贿犯罪适用若干疑难问题探讨 | 陈国兴 | | (75) |
| 受贿罪中“为他人谋取利益”要件的反思 | 甘泽阳 | | (87) |
| 受贿罪中“为他人谋取利益”要件的探讨 | 陈国枝 | | (98) |
| 对干股分红型、合作投资型受贿
的几点认识 | 徐进发 | 杨善良 | (106) |
| 关于干股认定的司法解释规定之检讨 | 张伟明 | | (116) |
| 介绍贿赂罪的认定及刑罚适用 | | | |
| ——从介绍贿赂罪与贿赂罪共犯之区分谈起 | 王艳芬 | | (123) |
| 赌博形式的贿赂犯罪相关问题探讨 | 黄妙芳 | | (132) |
| “非财产性利益”作为受贿内容的探讨 | 陈长沙 | | (141) |
| 农村基层组织工作人员贪污贿赂、
侵占挪用等刑事案件的法律适用问题 | 吴建江 | | (153) |

农村基层组织工作人员贪污贿赂、
侵占挪用等刑事案件的若干问题 陈沪航 (163)

第二篇 贪污贿赂犯罪的立法完善

关于贿赂犯罪立法亟须完善的几个问题 裴显鼎 (179)

论商业贿赂犯罪的刑法完善
——以《联合国反腐败公约》
为视角 徐岱 马宁 (193)

论贿赂犯罪的“破窗理论”与“零容忍”的惩治对策
..... 王秀梅 (212)

略论贪污贿赂犯罪的赦免问题 阴建峰 (222)

论我国贪污贿赂犯罪立法缺陷及其完善
——以《联合国反腐败公约》为视角 吕山 (235)

《联合国反腐败公约》与我国反腐败立法
的协调完善 杜邈 (247)

集体土地使用权可以成为贪污贿赂犯罪的对象
——一起索要、虚报建设用地案引发的
思考 翁跃强 傅跃建 杨青松 (260)

关于修改刑法加大打击贪污贿赂犯罪力度的
几点建议 梁志强 林伟 (272)

以权谋私为亲属敛财行为犯罪化的法律探讨 林立 (280)

贪污贿赂犯罪立法缺陷及完善 潘月玲 (291)

挪用公款罪立法缺陷与完善建言 李志勇 (302)

论巨额财产来源不明罪的完善 金国清 (313)

第三篇 贪污贿赂犯罪的预防与控制

- 对 2001—2007 年海淀区人民检察院
 办理商业贿赂案件的调查分析 …………… 卢建平 胡志强 (327)
- 浅谈单位行贿犯罪呈现出的新特点及
 应对措施 …………… 杨景山 (340)
- 论预防高校职务犯罪之制度建设 …………… 陈建章 李素岚 (346)
- 厦门市医药卫生行业职务犯罪情况分析及其
 预防对策 …………… 郑金变 (355)
- 职务犯罪控制机制的构建 …………… 陈朝松 (363)
- 检察机关预防职务犯罪工作机制现状及其
 科学设置 …………… 刘 琛 (375)
- 刑法领域中商业行贿罪的构成要件及防范对策 …… 陈 进 (386)

第四篇 律师法修改与贪污贿赂犯罪侦查工作

- 新《律师法》语境下改进贪污贿赂案件
 侦查工作问题研究 …………… 王志祥 栗 阳 (401)
- 贿赂犯罪案件受委托律师会见嫌疑人无良行为的
 博弈分析与对策研究 …………… 向 兵 (414)
- 积极适应新《律师法》要求加强和改进检察机关
 贪污贿赂犯罪侦查工作 …………… 郭勇雷 王 宇 (427)
- 新《律师法》对反贪侦查工作的影响和对策 …… 余协闯 (438)
- 浅议反贪部门应对《律师法》实施的
 几点对策 …………… 张 捷 方 菁 (447)
- 论律师调查取证权对反贪侦查工作
 的影响与对策 …………… 唐晓峰 (453)
- 反贪侦查工作适应新《律师法》措施探讨 …… 张选增 (466)

律师会见权与职务犯罪侦查若干问题研究

——以新《律师法》的出台

- 为视角 吴小珍 陆宁福 戴惠芳 (475)
适应《律师法》修改实施对策调研 陈鸿鹏 (485)

第五篇 反贪污贿赂犯罪侦查能力建设

- 试论检察机关在境外追逃中的作用 黄 风 (495)
我国打击贪官外逃相关问题探析 张春雷 (506)
巧用矛盾突破贪污贿赂案件 秦小兵 (521)
从跨国贿赂看加强查处商业贿赂的
国际司法合作 陈 雷 (529)
涉台职务犯罪案件证据的调取与采信 林雪标 (536)
新的金融形势下反洗钱与反贪污贿赂
互动模式重构 张温龙 吴美满 (541)
检察机关查办贪污贿赂犯罪能力的构成要素
及结构合理化 曹禄东 (551)
贪污贿赂犯罪案件侦查讯问中的心理引导策略及其
限度问题研究 杨善良 (562)
廉政保证金制度在工程建设专项预防工作中的
探索与实践 江苏省泰州市人民检察院 (575)
从“类裸官”现象审视背后的
洗钱犯罪 林占发 邱世昌 (580)

附录

反腐败工作任重道远

——“新形势下惩治与预防贪污贿赂犯罪

- 专题研讨会”综述 吴美满 陈长沙 (589)

第一篇

贪污贿赂犯罪的法律适用

试析案发前退赃交赃情节与 受贿罪的定罪量刑

赵秉志* 黄晓亮**

行为人对犯罪性质行为的悔改态度,对其刑事责任有一定的影响。而受贿人是否积极退交赃款赃物,则是受贿人有无悔改态度的表现之一。关于行为人退赃交赃是否以及如何影响受贿罪定罪量刑的问题,不管是在刑法理论上,还是在司法实务中,都存在一定的疑惑,有必要给予充分的研讨。

一、受贿后退赃交赃的法律性质与意义

对于受贿人在受贿后退赃交赃这一犯罪情节,最高人民法院、最高人民检察院于2007年7月9日联合发布的《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《意见》)作出了规定。在该意见中,“九、关于收受财物后退还或者上交问题”部分指出:“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。国家工作人员受贿后,因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处,为掩饰犯罪而退还或者上交的,不影响认定受贿罪。”对此,理论上和实务中仍存在认识上的分歧。因此,对于如何准确适用上述规定,需要予以深入研究。

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士研究生导师,法学博士,中国法学会刑法学研究会会长、国际刑法协会中国分会常务副主席。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院讲师、法学博士,中国法学会刑法学研究会学术秘书。

受贿人在受贿后退还或者上交赃款赃物，虽然属于受贿人在事后的行为表现，但也表明了其对受贿的态度，即受贿人是否对其罪错有悔过的态度和改过自新的认识。不过，在刑法理论上，不管是行为人在犯罪后的行为表现，还是其对犯罪的态度，都被认为是酌定的量刑情节。^① 积极退赃同样也被认为是酌定的量刑情节。^② 但是，需要注意，在中国刑法分则的罪刑条文中却存在行为人犯罪后积极退赃的可以从宽处罚的明文规定，此即刑法第 383 条对贪污罪刑事处罚的规定。该条第 3 项规定，个人贪污数额在 5000 元以上不满 1 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，由所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。既然刑法分则的罪刑条文对积极退赃与刑事处罚的关系作出了明确的规定，那么，就不能认为积极退赃一概都是刑法理论上所说的酌定量刑情节了。相反，尽管刑法仅在其分则中的一个罪刑条文中规定了积极退赃为从宽量刑情节，也应当认定积极退赃属于法定量刑情节。^③

对于该规定，有论者指出，立法者在此的意图是使司法机关注意用数额和情节相结合的方式来区分罪与非罪的界限，以及适度地适用刑罚；但该规定所具有的唯一性，有损刑法典体例的统一性，会使人产生该规定能否适用于其他犯罪的疑问。^④ 我们认为，上述认识似有所不妥。因为根据刑法第 383 条第 3 项的规定，行为人有悔改表现、积极退赃的，对其可以减轻处罚或者免于处罚，并非认为是其行为不构成犯罪；相反，是在贪污行为成立犯罪后有上述情

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第 3 版），北京大学出版社、高等教育出版社 2007 年版，第 289 页。

② 参见马克昌主编：《刑罚通论》（第 2 版），武汉大学出版社 2001 年版，第 360 页。

③ 参见赵秉志主编：《刑法总论》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 481 页。

④ 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（第 2 版），中国方正出版社 2003 年版，第 1937 页。

节的，才考虑从宽处罚，因而该情节并不是区分贪污罪与非罪的界限。另外，尽管刑法第383条第3项关于积极退赃而从宽处罚的规定具有唯一性，但其充分考虑到了贪污罪的犯罪特点及其发生机制，符合查处贪污犯罪的客观需要，有利于挽回和弥补国家公共财产的损失，因而不宜否定其立法技术的妥当性。其实，不少司法解释都注意鼓励犯罪人积极退赃交赃，规定对有积极退赃交赃或者赔偿损失之情节的犯罪人可以从宽处理或者不认定为犯罪。例如，最高人民法院于1997年11月4日通过的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第6条规定，盗窃公私财物虽已达到“数额较大”的起点，但情节轻微，并具有全部退赃、退赔情节的，可不作为犯罪处理。虽然司法解释的规定并不能直接等同于刑法的立法规定；但是，因为司法解释在司法实践中也具有法律效力，司法机关在审理案件时必须遵照执行，因而在一定意义上可以说，司法解释关于退赃、交赃、赔偿的规定也具有将此类情节予以法定化的功能。这就表明了将此类犯罪情节予以明确规定之立法技术的必要性与可行性。

刑典所规定的退赃情节与司法解释所规定的退赃情节在功能上略有不同。如前所述，根据刑法第383条第3项的规定，行为人贪污数额在5000元以上不满1万元，有悔改表现、积极退赃的，仅仅是可以减轻或者免除处罚，不影响其犯罪的成立，即人民法院仍会认定行为人构成贪污罪。类似的规定还出现在最高人民法院于2002年7月15日通过的《关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中，根据该解释第3条第2项的规定，抢夺公私财物，达到“数额较大”之基本标准，但主动投案、全部退赃或者退赔的，可以视为“犯罪情节轻微不需要判处刑罚”，免于刑事处罚。但是，根据前述最高人民法院关于盗窃罪的司法解释第6条第2款第3项的规定，行为人盗窃财物，达到基本数额标准，情节轻微，全部退赃、赔偿的，人民法院可以认定行为人不构成盗窃罪。可见，刑法第383条第3项所规定的积极退赃属于量刑情节，即仅

仅影响对犯罪人的刑事处罚，不影响犯罪的成立；但是，关于盗窃罪的司法解释第6条第2款第3项所规定的退赃退赔则属于定罪情节，即影响到行为人是否成立盗窃罪。不过，因为不是刑法的明确规定，其仅属于酌定的定罪情节。所以，退赃交赃、退赔情节不仅不像过去理论上所讲的那样仅仅是酌定量刑情节，而是属于法定量刑情节，并且在某些犯罪中还是酌定的定罪情节。^①

根据前述《意见》第九部分第一段的规定，国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不属于受贿罪。该情节在此起到了区分罪与非罪的作用，因而此处所规定的退赃交赃情节属于酌定的定罪情节，即与上述关于盗窃罪的司法解释第6条第2款第3项所规定的退赃退赔情节有相同的功能。

但这里必须特别注意探讨和明确一个重要的问题，即法律没有规定而由司法解释予以规定的定罪或量刑情节的性质与作用问题。不可否认，对于法律没有规定而由司法解释规定的定罪情节或量刑情节，依是否由法律明文规定来衡量，当然不是法定情节，而属于酌定情节，其性质和作用与法定情节有别；但上述这类情节的性质和作用也不同于司法解释根本没有规定的酌定情节，对于这类酌定情节，由于司法解释的规范对司法实务也具有直接的约束力及指导作用，因而应当对其予以充分重视和加强研究。而在以往的刑法理论中，对这类情节的研究是比较薄弱的。

二、受贿后退赃交赃的司法认定

对于在贪污罪、盗窃罪以及抢劫罪中出现的退赃情节的认定，在刑法理论与司法实务中并不存在较大的分歧。但是，对于行为人犯受贿罪后退赃交赃的认定，在理论上和司法实务中则有较大的争议，下面予以研析。

^① 参见赵秉志、吴振兴主编：《刑法学通论》，高等教育出版社1993年版，第306页。

首先，应当如何认识和界定退赃交赃前的收受他人财物行为的性质？对此，很多学者以行为人有无受贿故意来分析收受他人财物之行为是否构成受贿罪。有论者认为，行为人在接受他人财物时有受贿故意的，即成立受贿罪，此后的退赃交赃情节不影响犯罪成立；^① 有论者虽然也持该观点，但又指出，根据司法解释的规定，不管行为人在收受财物时是否具有受贿故意，只要及时退还或者交出的，都不构成受贿罪；^② 还有论者认为上述两种观点并无区别，行为人事后“及时退还或者上交”赃款赃物，就表明了行为人主观上没有受贿的故意或者犯意不确定，本身就不符合受贿罪的犯罪构成。^③ 在我们看来，退赃交赃情节是在行为人收受财物之后出现的，因而具有相对的独立性，其本身往往并不能直接说明行为人在接受财物当时的心理态度，而主要是在整体上表明行为人接受财物的特定行为有无刑法上的可罚性。行为人事后积极退赃交赃的情节本身与接受财物的行为是否构成受贿罪之间，并无必然的联系。行为人接受财物的行为是否成立受贿罪，取决于该受财行为是否符合刑法所规定的受贿罪的构成条件。不能否认，在某些情况下行为人在退赃交赃前的接受财物行为已经符合受贿罪的构成条件。

其次，应当如何认识退赃交赃情节与收受财物行为之间的关系？退赃交赃情节反映出了行为人在接受他人财物后对财物处理的态度。这种态度产生于行为人具有接受他人财物的心理态度之后。因而退赃交赃情节与接受财物行为的关系，有着多种表现：（1）行为人实际上并没有接受财物的意思或者明确表示不接受财物，但却被强塞硬给财物或者被不知情地留给财物，后来积极主动

^① 参见李建明：《收受他人财物后退还或者上交对受贿罪构成的影响》，载《人民检察》2006年第12期。

^② 参见罗孟、程乐：《如何认定受贿案件中的及时退还或者上交行为》，载《人民检察》2007年第19期。

^③ 参见孙国祥著：《新类型受贿犯罪疑难问题解析》，中国检察出版社2008年版，第191页。