

: 2008申论例文每日一例(4月16日) PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/495/2021\\_2022\\_\\_EF\\_BC\\_9A2008\\_E7\\_94\\_B3\\_c26\\_495152.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/495/2021_2022__EF_BC_9A2008_E7_94_B3_c26_495152.htm) 为“先贪后捐”争论找“总病根”一度沸沸扬扬的“捐”能否折减“贿”的争论再次升级。据2006年8月10日《新京报》报道，今年7月27日，同处于缓刑期内的原湖南新田县教育局局长文建茂、临湘市副市长余斌都再次被逮捕，并将于近日接受再审。据称，做出再审决定的是湖南省高院，两案的共同特征是，二人均先贪后捐并以此折减受贿款，并因此获得缓刑。据报道，从起诉到二审，对于先贪后捐能否折减受贿款，相关的办案人员始终存在争议。法院与检察院对两起案件的受贿事实认定是有共识的，形成两院“打架”局面的焦点，是对受贿款当中用于公务和扶贫的部分，能否从受贿总额中扣除。检方观点是，如何处置赃款，并不影响收受赃款的事实，因此不应该减除；而法院则认为，赃款去向虽然并不影响受贿罪的构成，但可做量刑情节予以考虑。正因如此，才有了“缓刑出狱”的结果。有法院人士认为，1997年之前的《刑法》将贿赂罪归入侵犯财产罪，由此，个人是否将受贿款自用是最重要的；而修订后的新《刑法》则主要着眼于该罪是否侵害了公务行为的廉洁，因此，“即使没有非法占用别人送的钱财，而是用于公务开支等，依旧是不廉洁的”。有很多法学界专家认为，“应把所有受贿金额都考虑进去”，因为“定罪和量刑是两回事，定罪时将用于公务开支和捐赠的费用全部纳入，不能减掉，但量刑上则可以酌情从轻发落”。这才是要害!法学专家的自以为“是”的观点，才是检方以为“非”的关键所在。

经过“望闻问切”后可以发现，“先贪后捐”引发争论的根源，在于司法量刑缺乏明确程序法支持的“总病根”。我国的《宪法》、《刑事诉讼法》为法院赋予了完全独立的定罪量刑的权力。《刑法》中除了极少数条文采用绝对确定的法定刑外，大部分采用相对确定法定刑，也就是说，有一个确定的量刑范围和幅度，又允许法官在这个范围内自由裁量，对三类四十多种涉及从重处罚、从轻处罚、减轻或免除处罚等法定量刑情节综合考虑，以确定最后刑罚的轻重。在这种情况下，犯罪者的动机、手段、犯罪后态度、个人情况、一贯表现等，往往都要对量刑起到重要作用；按照文建茂、余斌二人的“特殊性”，自然要有“从轻”的理由。法官被赋予了如此大的裁量权，但遗憾的是，却缺乏明确清晰的量刑程序法的支持。尤其当我们在程序上对定罪和量刑捆绑到一起的时候，法院的量刑不仅常常被老百姓不理解，甚至连检察院对其量刑时能否“从轻”也会产生怀疑。所以，解决好量刑程序法的缺陷，应该提上日程了。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)