

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

刑事法学 (修订本)

 **eBOOK**
网络资源 非纸版

序 言

党的十五大，将依法治国，建设社会主义法治国家，作为我国政治体制改革的重要目标和内容，第一次写入党的纲领性文件，这是党的领导方式和执政方式的重大完善和发展，具有划时代的意义。改革开放越深入，市场经济越发展，经济活动和利益关系越错综复杂，就越迫切地需要完善的法治来引导、规范、约束和保障市场经济所必须的良好秩序，市场经济与法治的内在联系将会越来越紧密，经济发展所需要的法律需求将会越来越大。这就意味着我国律师业正面临着一个极好的发展机遇。回顾十四大以来的律师工作，总的说，这几年改革的方向是正确的，改革的措施是符合实际的，改革的成果是明显的。几年来，各级司法行政机关、律师协会和广大律师，在以江泽民同志为核心的党中央领导下，高举邓小平理论伟大旗帜，按照司法部党组的部署，积极探索，努力实践，律师工作取得了长足发展。律师队伍的数量和质量明显提高。目前，全国律师工作人员已达 10 万余人，具有博士、硕士学历的 3000 余人，律师事务所 8300 多家。律师的业务领域不断拓展，广大律师逐步介入金融、证券、房地产、知识产权保护、国际贸易、反倾销、高科技等市场经济的新兴领域。律师的对外交流与合作进一步加强。已有 7 家律师事务所在国外设立办事处，有 50 家外国律师事务所、23 家香港地区律师事务所在境内设立办事处。律师在社会生活中的重要作用日益显现。律师积极参与的河北衡水 100 亿美元诈骗案，新疆克拉玛依特大火灾案、浙江千岛湖游船特大抢劫案的辩护和代理工作，维护了法律的尊严和统一，促进了社会稳定。广大律师积极参与大型项目，如三峡工程、黄河小浪底工程、大亚湾核电站、上海地铁工程等，为确保上述工程的顺利进行作出了贡献，赢得了各级领导和社会各界的广泛赞誉。可以说律师在建立社会主义市场经济体制、加强民主法制建设、促进对外开放等方面所发挥的作用越来越引人注目。

1986 年，司法部开始组织律师资格统一考试，至今已举办了九次。自 1993 年起，两年一次的全国律师资格考试改为一年一次。1996 年，全国第一部律师法典《中华人民共和国律师法》把律师资格考试制度作为律师队伍发展的主要途径确认下来，为律师资格考试工作的科学化、规范化提供了法律依据。几年来，律师资格考试制度不断完善，赢得了全社会的关注和重视。到目前为止，已有 55.8 万人报名参加了全国律师资格考试，有 11.4 万人通过考试取得了律师资格，为律师队伍输送和储备了一大批专业人才。律师资格考试制度的实行和律师制度改革的不深入，使人们日益认识到律师在社会发展中的重要作用，律师行业已成为令人崇尚的行业之一。

随着党的十五大精神的贯彻落实，社会政治、经济、文化等建设事业将进入一个全新的历史阶段，特别是经济体制改革和经济发展战略的实施，如国有企业改革，组建大企业集团及国有小型企业改组、联合、兼并、租赁、股份合作制、出售、破产，金融与证券市场的建立等都为律师工作的进一步改革发展提供了更为广阔的舞台。我们完全有理由相信，律师队伍将有一个更大的发展。为了适应形势发展的需要，司法部在总结历年律师资格考试工作经验的基础上，组织专家、学者和执业律师重新编写了律师资格考试指导用书。这套用书在内容编排、学科设置、整体框架、篇幅分配、编写角度和深度等方面都比过去的用书有明显改进，突出了基本法律知识及律师实务和

技能。它不仅具有辅导考试的作用，而且还能在较大范围、较深层次上起到法制宣传教育的作用。我希望这套用书，能够成为广大考生以及热爱律师事业、热爱法制工作的人们的良师益友。我祝愿所有读者都能从该书中学有所得，祝愿该书对所有考生都有所裨益，并通过你们的努力，加入到律师队伍中来，为律师事业的发展作出贡献。

司法部部长 高思程
1998年4月28日

出版说明

为了适应我国律师资格考试发展的需要,进一步完善与律师资格考试相关的配套措施,并为广大考生提供适合律师资格考试特点的学习、复习用书,经过酝酿与准备,《全国律师资格考试指定用书》出版发行。

这套指定用书分为教材系列和主要参阅法律、法规汇编系列,共九册。其中教材系列为七册;主要参阅法律、法规汇编系列为二册,收入75个法律、法规、司法解释。现就这套书籍的编撰、出版说明如下:

一、教材系列由全国律师资格考试指定用书编辑委员会主持编辑,约请北京大学、中国人民大学、中国政法大学、北京商学院、华东政法大学、清华大学、北京联合大学应用文理学院、中国社会科学院法学研究所及司法部律师司等单位的学者、专家和北京部分律师事务所律师撰写。书稿撰写前曾进行数次研讨、论证,确定重点学科、撰写大纲、教材特点等,并由各书主编、副主编审阅统稿,最后由司法部律师资格考试委员会组织有关专家审定。

二、教材系列共七本书,即:(一)法学基础理论·宪法学;(二)刑事法学;(三)民事法学;(四)商事法学·经济法学;(五)行政法学;(六)国际经济法学·国际私法学;(七)律师制度与律师实务。其中,刑事法学包括刑法和刑事诉讼法,民事法学包括民法和民事诉讼法,合同法、知识产权法归入民法,公司法、外商投资企业法、合伙企业法、破产法、票据法、保险法、海商法归入商事法学。

三、前述七本书的划分主要是根据学科比重、编写体例、内容安排以及律师资格考试的特点而设计的,并不代表或反映编撰者和审定者对各法学学科进行划分的意见或观点。对于各法学学科理论中尚存争议的问题,除非需要对某一理论或制度问题的诸种学术观点作客观、公正的介绍,本教材力求采通行之说,尽量避免编撰者的一家之言。

四、教材系列力求反映和体现律师资格考试和律师职业的特点,突出法学理论与司法实践的结合,强调律师素质教育与应试指导的结合,尤其突出对重要立法的阐述和学科基本理论、基本制度在司法实践中的运用。其理论水准定位在大学本科层次。在内容安排、文字风格等方面力求与已有的其他法学教材相区别。

五、基于律师资格考试命题与标准答案的准确性、科学性、客观性、有效性的要求,教材系列对各项具体法律制度的阐释均以我国现行有效的法律、法规、司法解释为依据。

六、教材系列体系与内容将保持相对稳定性和连续性,但将根据现行法律的修订而在再版时及时作出相应的修改。

七、主要参阅法律、法规汇编系列是根据教材系列确定的体系。由司法部律师资格考试委员会组织参与教材撰写的专家、教授共同选定。为方便考生复习,减轻考生负担,此次对所选法律、法规进行了较大的压缩,只选定较为重要的法律、法规、司法解释。教材系列中已有较为详细阐述的法规、司法解释未再收入。律师资格考试命题将主要以本汇编为法律依据,但是考生复习时仍应注意了解和掌握教材中相关部分所涉及的有关法规和解释。

八、司法部律师资格考试委员会将于每年以本套指定用书为依据颁布当年的考试大纲。律师资格考试命题以当年的考试大纲为依据。

本套指定用书在编辑、出版过程中,得到了前述单位和有关人员的大力

支持和协作，司法部高昌礼部长还为本套书撰写了序言，在此一并表示衷心的感谢。由于时间仓促，书中难免有疏漏和不当之处，请广大考生和读者不吝指正。

《全国律师资格考试指定用书》
编辑委员会
1998年5月

修订说明

《全国律师资格考试指定用书》出版已近一年。一年来，我国的民主法制进程在“依法治国”方略的指引下，又向前迈了一大步，从1998年下半年到1999年3月，国家先后颁布了《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》，对《中华人民共和国土地管理法》及《中华人民共和国土地管理法实施条例》作了修改，随着这些法律的颁布实施，我们编辑的这套《全国律师资格考试指定用书》也须作相应的修订。

此次修订主要有以下几个方面：第一，根据读者的意见和立法的变化，对原书的考试大纲所列知识点作了部分充实；第二，对原套书中的主要参阅法律、法规汇编进行了增删，增加《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》等法律，删除失效的法律、法规；第三，根据国家近一年颁布的法律和司法解释，对原套书的七本教材中的有关内容作了相应的修改。尤其是对教材中所涉及的《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》的部分都进行了改写；第四，对原书章以下的体例作少量调整，对原书的疏漏加以补正。

此次修订力求在学理阐述上系统科学，在各章节上层次分明，同时文字精练，修辞准确。鉴于篇幅所限，各卷书一般不评介当前的学术争议，也不专论通说之外的个家之言。在原作者修订的基础上，又请部分作者对各书的体例及文字进行了统校。

修订工作由司法部领导段正坤同志、律师公证工作指导司负责人贾午光、吴明德同志主持，参加各书修订及统稿的人员有：段正坤、贾午光、吴明德、邱征、周塞军、刘凯湘、马怀德、潘剑锋、王卫国、王传丽、陈光中、陈卫东、赵永林、韩大元、舒国滢、钱明星、裴广川、刘晓红、贾京平、刘晔、李传敢、徐波、阎欣、于晋。在此，我们对参加修订工作的所有人员和关心这套书并提出修改意见的各界人士表示衷心的感谢。

《全国律师资格考试指定用书》
修订委员会
1999年3月

上篇刑法学

第一章刑法概述

第一节刑法的概念和任务

一、刑法的概念

刑法是统治阶级为了维护其阶级利益与统治秩序，按照自己的意志，以国家名义颁布，依靠国家强制力来推行的，规定犯罪、刑事责任与刑罚的禁止性法律规范的总和。这一概念表明，刑法具有以下几个特征：

(1) 刑法具有鲜明的阶级性。我国是工人阶级和劳动人民当家作主的人民民主专政的国家，因此，以国家名义颁布的中华人民共和国刑法，必然要体现工人阶级及全体劳动人民的意志，并维护他们的利益，从而赋予刑法以鲜明的阶级性；

(2) 刑法具有突出的强制性。刑法是以规定犯罪和刑事责任为基本内容的，它是依靠国家暴力强制推行的。公民对于刑法的适用，既没有选择的权利，更谈不上权利的让渡。刑法属于强行法，具有全体公民一体遵行的强制性效力；

(3) 刑法具有禁止性规范特点。构成刑法的法律规范，它主要规定犯罪的概念、犯罪的构成条件、犯罪的形态和刑罚的种类、幅度及适用等。

构成刑法的法律规范，属于禁止性规范。刑法规范与其他法律规范的不同之处，在于它是由禁止性规范所组成。刑法上的禁止性规范是由刑法典、单行刑法、非刑事法律中关于罪与刑的规定，即附属刑法的有关规定共同构成。

(4) 刑法属于刑事性质的法律。从法律后果来看，它与民法、行政法有明显的区别，它以适用刑罚或免除处罚为其法律后果，因此，它属于刑事性质的法律。

二、刑法的任务

刑法的任务是指国家赋予刑法所承担的任务。《中华人民共和国刑法》下称《刑法》第2条规定：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产、保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。”这一规定表明，我国刑法的任务体现在以下四个方面：

(1) 保卫国家安全、人民民主专政的政权和社会主义制度。

(2) 用刑罚惩罚经济犯罪和财产犯罪，保护社会主义的经济基础。

(3) 用刑罚的方法同侵犯公民人身权利、民主权利和其他犯罪行为作斗争，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利不受侵犯。

(4) 用刑罚的方法同危害社会治安、破坏经济秩序的犯罪行为作斗争，维护正常的社会秩序和经济秩序。

在理解我国刑法的任务的时候，从立法精神上，要注意把握以下两点：

第一，我国刑法的任务，包括惩罚与保护两个方面。一方面要惩罚一切犯罪，另一方面要保护国家利益和公民合法权益。其中包括犯罪人的合法权益，这也应属于国家保护的范畴。只有坚持惩罚与保护二者的辩证统一，才能深刻理解我国刑法人权保障的深刻蕴含。

第二，我国刑法的任务，服从于党和国家的中心任务——以经济建设为中心。我国刑法的任务，落足点在于“保障社会主义建设事业的顺利进行。”因此，在适用刑法的过程中，我们不但要兼顾惩罚与保护两个方面，而且还要注意发挥刑法对于经济改革的保障和促进作用。

第二节 刑法的基本原则

刑法的基本原则，是指刑法所独有的或刑法所重申的，对刑法立法及司法，对刑法总则及分则都有普遍指导意义的准则。这些准则是刑法的核心和精髓，体现法律的根本精神。我国刑法的基本原则有：罪刑法定原则；法律面前人人平等原则；罪刑相适应原则。

一、罪刑法定原则

罪刑法定原则是指，某一行为是否构成犯罪，构成什么罪，以及应处什么样的刑罚，都必须由法律作出明文规定。换句话说，就是“法无明文不为罪，法无明文不处罚”的原则。这里的“法”字，是指广义的刑法，即不仅包括刑法典，也包括单行刑法和附属刑法。

据考证，“法无明文不为罪，法无明文不处罚”这一原则最早以文字形式记载的是拉丁文罗马法。但这不意味着罗马法当时就已经实行了罪刑法定。罪刑法定的早期思想渊源，一般认为是英国1215年大宪章。17、18世纪在资产阶级启蒙思想家，诸如洛克、贝卡利亚、费尔巴哈等的倡导之下，罪刑法定原则才得以确立。1789年的法国《人权宣言》，1791年的《法国刑法典》草案，1810年《法国刑法典》明确规定了罪刑法定原则。这一原则，排斥习惯法、禁止类推、刑法效力不溯及既往、禁止不定期刑等。由此可见，刑法上确立罪刑法定原则，是资产阶级革命反对封建专制统治和司法擅断的成果，具有进步性。罪刑法定的实质在于既保护公民的民主、自由权利不受非法侵害，又要保障国家刑罚权的合理行使，防止滥用。

我国1979年通过的刑法没有规定罪刑法定原则，在新刑法中规定了罪刑法定原则。《刑法》第3条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”这表明我国刑法注重人权保障的价值取向。这一规定，对我国刑法的完善和发展有重要意义。

二、法律面前人人平等原则

法律面前人人平等原则，是指任何人犯罪，适用法律一律平等，不允许任何人有超越法律的特权的原理。

法律面前人人平等原则，是我国宪法所确立的一个法制原则，新刑法以重申的方式，将这一原则确立为刑法的一个基本原则。这一原则的刑法含义，也可以称之为适用刑法平等原则。

法律面前人人平等，作为宪法法制原则，其主要之点在于：任何组织或个人，同样受法律保护，同时又都必须遵守宪法和法律，都不得有超越宪法和法律的特权；一切违反宪法和法律的行为，都必须予以追究。作为刑法的一个基本原则，它要求对任何犯罪人，适用刑法一律平等。这一原则要求我们做到两点：第一点是人人都受到法律的同等保护，不受歧视；第二点是任何人犯罪，都没有超越刑法的特权；对任何人定罪处刑，都必须依照刑法的规定。对具有法定从重、从轻、减轻、免除情节的人，处以轻重不同的刑罚，只要依法办事，与法律面前人人平等原则，并不矛盾。

三、罪刑相适应原则

罪刑相适应原则，是指犯罪行为的轻重与刑事责任和刑罚轻重相均衡的准则。《刑法》第5条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和刑事责任相适应。”这一条文表明，在我国刑法上，正式确立了罪刑相适应原

则。

为了作到罪刑相适应，刑法制定了罪刑关系相协调的刑法分则体系。不仅如此，在刑法总则中也相应作了规定。这些规定，可以概括为以下几类：

第一，刑罚与刑事责任直接一致。在单独的既遂犯的情况，犯罪行为应判刑罚与刑事责任完全一致，直接引用刑法分则条文，按照我国刑法所规定的量刑原则定罪量刑，即可作到罪刑相适应。

第二，刑罚与刑事责任并不完全一致。区别为两种情况：

1. 预备犯、未遂犯、中止犯，由于其犯罪停止形态与既遂犯不同，其行为的社会危害性，也有所不同，因此，对犯罪的预备、未遂、中止都有减轻处罚的规定，对犯罪的预备、中止还有免除处罚的规定。对于预备犯、未遂犯、中止犯应当按照刑法对于不完整的犯罪停止形态的刑事责任的规定，确定其应当判处的刑罚或免除刑罚。

2. 行为人具有累犯、自首、立功等表现情节的，其犯罪行为应判刑罚与刑事责任也不完全一致。累犯是从重处罚的法定情节，自首、立功是从轻处罚，甚至是可以免除处罚的法定情节。在司法实践中，由于具体案件适用刑法所产生的罪刑关系，犯罪行为应判刑罚与刑事责任也不完全等同，应当在法定的罪刑关系的基础上，考虑行为人人身危险性的大小，根据刑法总则的有关规定，确定实际应当判处的刑罚。

上述分析表明，我国刑法所规定的罪刑相适应原则，是指刑罚轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。将罪刑相适应只理解为犯罪和刑罚相适应，是不准确的。

第三节 刑法的适用范围

刑法的适用范围，即刑法的效力范围，是指刑法适用于什么地方、什么人、什么时间，以及是否具有溯及既往的效力的规定。

刑法的适用范围，分为空间适用范围和时间适用范围两部分。

一、刑法的空间适用范围

刑法空间适用范围，是指刑法对地域和对人的适用范围。

我国刑法在空间适用范围问题上，以属地管辖原则为主，兼采属人管辖原则和保护管辖原则，并有保留地采用了普通管辖原则。

我国《刑法》第6条第1款规定：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。”这一规定表明，我国刑法采用了属地管辖权原则，也就是属地优先权原则。其中“领域”是指包括领陆、领水、领空在内的全部领域。领陆包括我国大陆及其沿海岛屿，台湾及钓鱼岛在内的附属各岛，澎湖列岛、东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛、南沙群岛以及其他一切属于中华人民共和国的岛屿；领水包括内水（内河、内湖、内海以及同邻国之间界水的一部分，通常以河流中心线为界，如果可通航，则以主航道中心线为界）和从领海基线起12海里之内的领海海域；领空是指领陆、领水之上的空气空间。

对于空间适用范围的“特别规定”主要指以下内容：

1. 对享有外交特权和豁免权的外国人，其刑事责任，通过外交途径解决。
2. “民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。”

3. 刑法实施后，国家立法机关所制订的特别刑法、附属刑法（即其他非刑事法律所规定的刑事条款）有特别规定的，依照这些特别刑法、附属刑法的规定追究刑事责任。

4. 我国香港和澳门特别行政区《基本法》有特别规定的，依照其规定追究行为人的刑事责任，根据我国关于香港和澳门两个特别行政区的基本法的规定，我国刑法在香港和澳门两个地区不适用。但是，当全国人民代表大会常务委员会决定宣布战争状态，或因在香港或澳门特别行政区内发生香港或澳门特别行政区政府不能控制的、危及国家统一或安全的动乱而决定香港或澳门特别行政区进入紧急状态时，中华人民共和国刑法将适用于香港或澳门特别行政区。

我国刑法在空间适用范围上还作了一些具体规定：

我国《刑法》第6条第2款规定：“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。”根据国际惯例，无论航行或停泊在任何地方的我国军用舰船、军用飞机或者悬挂我国国旗的其他船舶、飞机，主权应属我国，因此，在其中所发生的犯罪行为，我国均有刑事管辖权。

我国《刑法》第6条第3款规定：“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”

在外国驻华使馆内发生的刑事犯罪行为，如果行为人是享有外交特权或豁免权的人员，或者派出国放弃豁免权的人员，对这样的犯罪行为应当适用我国刑法。

我国1986年9月5日通过的《中华人民共和国外交特权与豁免条例》规

定，外交代表人身不受侵犯，不受逮捕或拘留，享有刑事管辖豁免权。对于享有外交特权、豁免权的人员，并没有规定豁免其刑事责任。因此，对于依照中国刑法其行为构成犯罪的人员，可以通过外交途径解决。

我国刑法不仅规定凡是中国公民在中国领域内犯罪的，都适用我国刑法，而且规定，中国公民在中国领域外实施的犯罪行为，也适用我国刑法，即使在外国受过审判，也可以依照我国刑法追究刑事责任。这表明，我国刑法采用了属人管辖原则。

《刑法》第7条规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。但是按本法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不予追究。中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。”

《刑法》第8条规定：“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是，按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”这表明，我国刑法采用了以保护本国利益为标准的保护管辖原则。

《刑法》第9条规定：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权，适用本法。”这表明，我国刑法采用了有保留的普遍管辖原则。

《刑法》第10条还规定：“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”

二、刑法的时间适用范围

刑法的时间适用范围，是指刑法生效和效力终止的时间，以及刑法对它生效之前的行为是否具有溯及力的规定。

我国1997年修订的新刑法，自1997年10月1日生效，在此之前，我国立法机关所制订、批准的刑事法律，大部分被新刑法所包括，部分与新刑法相抵触，因此，已经失效，但是，其中《关于禁毒的决定》等8项刑法补充规定和决定中，有关行政处罚、行政措施的规定继续有效。

刑法的溯及力，是指刑法溯及既往的效力，即一部新的刑事法律实施以后，对其生效前未经审判或者判决未确定的行为具有法律效力。如果一部新刑法，对于在它生效之前发生的，未经审判或判决未确定的行为无效，就是没有溯及力。

《刑法》第12条规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律，如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。”这一规定表明，我国刑法在刑法溯及力问题上，采取了从旧兼从轻的原则。

为了正确适用刑法，最高人民法院就人民法院1997年10月1日以后审理的刑事案件，具体适用修订前的刑法或者修订后的刑法的有关问题规定如下：

第一条 对于行为人1997年9月30日以前实施的犯罪行为，在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后，行为人逃避侦查或者审判，超过追诉期限或者被害人在追诉期限内提出控告，人

民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案，超过追诉期限的，是否追究行为人的刑事责任，适用修订前的刑法第七十七条的规定。

第二条 犯罪分子 1997 年 9 月 30 日以前犯罪，不具有法定减轻处罚情节，但是根据案件的具体情况需要在法定刑以下判处刑罚的，适用修订前的刑法第五十九条第二款的规定。

第三条 前罪判处的刑罚已经执行完毕或者赦免，在 1997 年 9 月 30 日以前又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，是否构成累犯，适用修订前的刑法第六十一条的规定；1997 年 10 月 1 日以后又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是否构成累犯，适用刑法第六十五条的规定。

第四条 1997 年 9 月 30 日以前被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者 1997 年 9 月 30 日以前犯罪，1997 年 10 月 1 日以后仍在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，适用刑法第六十七条第二款的规定。

第五条 1997 年 9 月 30 日以前犯罪的犯罪分子，有揭发他人犯罪行为，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，适用刑法第六十八条的规定。

第六条 1997 年 9 月 30 日以前犯罪被宣告缓刑的犯罪分子，在 1997 年 10 月 1 日以后的缓刑考验期间又犯新罪、被发现漏罪或者违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，适用刑法第七十七条的规定，撤销缓刑。

第七条 1997 年 9 月 30 日以前犯罪，1997 年 10 月 1 日以后仍在服刑的犯罪分子，因特殊情况，需要不受执行刑期限限制假释的，适用刑法第八十一条第一款的规定，报经最高人民法院核准。

第八条 1997 年 9 月 30 日以前犯罪，1997 年 10 月 1 日以后仍在服刑的累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，适用修订前的刑法第七十三条的规定，可以假释。

第九条 1997 年 9 月 30 日以前被假释的犯罪分子，在 1997 年 10 月 1 日以后的假释考验期内，又犯新罪、被发现漏罪或者违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关假释的监督管理规定的，适用刑法第八十六条的规定，撤销假释。

第十条 按照审判监督程序重新审判的案件，适用行为时的法律。

第二章 犯罪和刑事责任

第一节 犯罪的概念

我国《刑法》第13条明确规定了我国犯罪的基本概念，即“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受到刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”

上述犯罪概念表明，我国刑法上的犯罪概念，是一个坚持严重的社会危害性这一实质特征与违反刑法禁止性规范的形式特征相统一的犯罪概念。这一概念揭示出犯罪具有三个基本特征：

一、严重的社会危害性

严重的社会危害性是犯罪的本质特征。只有行为人所实施的行为严重危及统治阶级的利益和统治秩序，法律才会将其规定为犯罪。我国《刑法》总则第13条，对于构成犯罪的社会危害性的外延作了概括的规定，刑法分则，又将严重社会危害的内容分为10章，区别情况，作了具体规定。

严重的社会危害性，从其表现形态来看可作如下区分：可以划分为物质性危害和非物质性危害。前者是能够具体确定和度量的，又是具体有形的物质形态，后者是抽象的、无形的、不能具体测量的一种损害；还可以划分为现实的危害和可能的危害，前者是已经实现的社会危害，具体表现为实害犯，后者是可能发生的社会危害性，具体表现为危险犯或者不完整的故意犯罪形态，如犯罪的预备犯、未遂犯和中止犯等。

社会危害性的有无和大小，不是超阶级的。法律是统治阶级意志的表现形式，在确定某一行为是否具有社会危害性及其危害程度大小的时候，不能不打上阶级的烙印，因此，刑法犯罪概念所涉及的社会危害性，是根据统治阶级的价值判断来确定的。

社会危害性的有无和大小，也不是一成不变的。它随着经济条件、社会环境的变化而变化。尤其在社会变革时期，社会危害性的相对性、历史性、条件性表现更为突出。

社会危害性必须达到严重程度。这是犯罪行为与普通违法行为，犯罪行为与违反道德行为之间的本质区别。

深刻理解社会危害的对象、范围、程度及其一般特点，对于树立正确的刑法价值观，具有重要意义。

二、刑事违法性

犯罪，不仅必须具有社会危害性的行为，而且必须具有刑事违法性，即必须是我国刑法所明文禁止实行的具体行为。这是罪刑法定原则的具体体现。

刑事违法性的实质是指行为人所实施的行为，违犯了刑法条文所确立的禁止性规范。

我国刑法所规定的禁止性规范，是由广义的刑法所确定的，它包括刑法典、专门刑法、附属刑法几部分。如果某一个人的行为，尽管具有某种社会危害性，只要它不具有刑事违法性，就不能认定其具有犯罪的性质。

三、应受刑罚处罚性

危害社会的行为，不仅应当达到触犯刑事法律的严重程度，而且必须是应当给以刑罚处罚的，才能认定为犯罪。刑罚作为犯罪的法律后果，在一般情况下，二者不可分离。从立法上看，有犯罪，必有刑罚，从适用法律来看，在一般情况下，确定有罪，必然判处刑罚。但是，在具有法定免除刑罚情节，享有刑事管辖豁免、超过追诉时效等几种情节的情况下，才可能出现有罪无罚。从立法上看，所有的犯罪，都必须具有应受刑罚处罚性这一特征。

犯罪概念的上述三个特征，是辩证统一的，缺一不可；三个特征中，严重社会危害性是本质特征，刑事违法性与应受刑罚惩罚性是从严重社会危害性特征派生出来的。三个特征互相联系，不可分割，共同构成犯罪概念的总体，成为区分罪与非罪的总标准。

第二节 刑事责任

刑事责任是指行为人因其犯罪行为应当承受的，以国家名义根据刑法对该行为所作的否定评价和对行为人进行谴责的义务。

刑事责任具有以下几个特征：

（1）刑事责任是犯罪分子应当承担的以国家名义所提出的，对其行为所作否定评价和对行为人进行谴责的一种特殊的法定义务；

（2）刑事责任由于行为人实施犯罪行为而产生；

（3）刑事责任确立的依据是与法定犯罪构成相符合的客观犯罪事实。没有与刑法所规定的犯罪构成相符合的事实，也就不存在刑事责任；

（4）刑事责任的实现方式只限于刑法所规定的对犯罪行为进行否定评价，对犯罪分子进行谴责的方式，即下列三种方式：

第一，对犯罪行为定罪并判处刑罚；刑罚是人民法院以国家名义对犯罪分子适用的最严厉的国家强制方法，它无疑对犯罪行为的行为人是一种最严厉的谴责和最彻底的否定方式；

第二，对犯罪行为定罪，只以非刑罚方法进行处罚。我国《刑法》第 36 条和第 37 条各分别规定“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处分外，并应根据情况判处赔偿经济损失。”“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”这几种非刑罚方法，也是实现刑事责任的方法。

第三，对犯罪行为定罪并公开宣告来实现刑事责任。我国刑法规定，根据情节对犯罪行为可以只定罪而免除刑罚处罚并不给予非刑罚方法处罚。但是这种只认定有罪而免于刑罚处罚的判决，按照我国《刑事诉讼法》第 163 条的规定“一律公开进行。”公开宣告某一行为构成犯罪，就是对行为人的行为的否定和对行为人的谴责，它对行为人的生活和名誉会产生不利影响，从而发生制裁作用。正是从这一意义上可以认为免除刑罚处罚的有罪宣告，也是刑事责任的一种实现方式。

第三章 犯罪构成

第一节 犯罪构成概述

犯罪构成是指刑法所规定的，符合犯罪概念基本特征构成犯罪所必须的客观要件和主观要件的总和，即犯罪构成是我国刑法所规定的、决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和。

犯罪构成是在犯罪概念基础上建立起来的。犯罪构成与犯罪概念之间有密切联系。犯罪构成解决构成犯罪的法定条件问题，犯罪概念是对犯罪特征的高度概括。犯罪概念是对犯罪构成属性特征的高度概括，犯罪构成是犯罪概念的具体化，二者不可分离。但是，二者也存在着明显的区别：犯罪构成是刑法理论上的概念，犯罪概念是法定概念；犯罪构成的内容是具体的，犯罪概念的内容相对而言是抽象的。

犯罪构成具有如下几个特征：

一、犯罪构成是由刑法所规定的

刑法对犯罪构成的规定是通过总则性规定和分则性规定共同完成的。这不仅在刑法典上表现出来，也在刑法总则与专门刑法、附属刑法的关系上表现出来。《刑法》第 101 条规定“本法总则适用于其他有刑罚规定的法律”。

犯罪构成与犯罪构成要件不同，二者是整体与部分之间的关系；犯罪构成是由一系列犯罪构成要件组成的，犯罪构成要件是成立犯罪所必需的事实特征。我国刑法已经确立了罪刑法定原则，因此，具体的犯罪构成，都必须由刑事法律来规定。

二、犯罪构成总体上必须符合犯罪概念的基本特征

犯罪是具有严重社会危害性，依法应受刑罚处罚的行为。离开了严重的社会危害性、刑事违法性及应受刑法惩罚性，就不存在实质意义上的犯罪构成。严重的社会危害性是犯罪概念的本质特征，同时也是犯罪构成的本质特征。如果没有社会危害性，或者其社会危害性没有达到严重程度，即使形式上具有犯罪构成各个要件，这个行为也不能被认定为有罪。刑事违法性、应受刑罚惩罚性，是严重社会危害程度的法律标志，因此，犯罪构成，也必须符合这两个特征才能够成立。

三、犯罪构成是主客观要件与主客体要件的总和

我国犯罪构成采用的模式是犯罪构成与刑事责任相联系的结构，因此，我国刑法上的犯罪构成是犯罪客体、犯罪的客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面四大类要件的总和。其中，具有核心意义的是主观罪过与客观危害相一致。这是奠定我国现行犯罪构成理论模式的基础。

犯罪构成是行为人承担刑事责任的法律根据。因此，犯罪构成对理解和适用刑法具有重要意义。它是区分罪与非罪的依据；是区分此罪彼罪的具体界限；是衡量轻罪重罪的尺度。犯罪构成已经成为指导我们创立刑法规范、适用刑事法律，修改、完善刑事法律的重要的理论基础。

第二节 犯罪客体

一、犯罪客体的概念

犯罪客体是我国刑法所保护的、为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。犯罪客体，具有以下几个特征：

(1) 犯罪客体是一种社会关系，即人们在生产和共同生活中所形成的人与人之间的相互关系。

(2) 犯罪客体是刑法所保护的社会主义的社会关系。

(3) 犯罪客体是犯罪行为所侵犯的社会主义的社会关系。

二、犯罪客体的种类

犯罪客体在理论上，从一般到具体可以分为一般客体、同类客体、直接客体；从直接客体的特殊性可以分为简单客体和复杂客体、现实客体和可能客体。

(1) 犯罪一般客体又称为犯罪共同客体。它是指刑法所保护的社会关系的总体。犯罪的一般客体反映着犯罪行为的共同本质，是严重社会危害性的集中表现。无论实施何种形式的犯罪，都从不同方面、在不同程度上对我们国家和公民的利益造成了危害，都侵犯了我国现行法律制度和社会、经济秩序。任何犯罪，都是对我国社会主义社会关系整体的危害。

(2) 犯罪的同类客体。是指某一类犯罪所共同侵害的客体。我国刑法典将全部犯罪划分为十类，并在刑法分则规定了十个罪章。我们用同类客体的理论来解释我国刑法分则的分类，有利于揭示每类犯罪的共同性，从而有利于正确区分犯罪的性质及其危害程度，有利于准确定罪和量刑。

(3) 犯罪的直接客体。是指某一种犯罪所直接侵害的客体，也就是某一具体犯罪所侵害的某种具体的社会关系。

以上三类客体，是从犯罪行为所侵犯的社会关系的范围为标准而作出的分类。任何一种犯罪都同时具备一般客体、同类客体和直接客体。

我国刑法理论上，对直接客体还区分为简单客体和复杂客体；现实客体和可能客体。

简单客体，即单一客体，指一种犯罪行为仅仅侵犯一种具体的社会关系。

复杂客体，即复合客体，是指一种犯罪行为同时侵犯两种或两种以上社会关系。

现实客体，即实害客体，是指已经受到犯罪行为现实侵害的具体的社会关系。

可能客体，是指仅仅受到犯罪行为威胁的具体的社会关系。

此外，按照不同标准，对犯罪客体还可以有多种分类。

研究犯罪客体具有重要意义，有利于深刻揭示犯罪的本质，有利于科学划分罪与罪之间的界限，有利于准确把握量刑的轻重。因此，刑法学在其发展过程中，总是要不断深化客体的理论。

三、犯罪客体与犯罪对象的区别

犯罪客体与犯罪对象不同。犯罪对象是指犯罪行为所侵犯或直接指向的具体的人或者物，或者信息。犯罪客体与犯罪对象的区别表现在以下几个方面：

(1) 犯罪行为对象所呈现的是事物的外部特征，可以直接感知；犯罪客体所表现的是行为的内在本质，要通过认识、思维才能把握；

(2) 犯罪客体是任何犯罪都必须具备的共同的构成要件；犯罪对象是犯罪构成的选择性要件，只有某些犯罪才把犯罪行为对象规定为犯罪构成要件，不具有普遍性；

(3) 犯罪客体在一切犯罪中都受到侵害；犯罪对象则不一定会受到侵害；

(4) 客体是犯罪分类的理论标准，犯罪对象不是犯罪分类的标准。犯罪对象相同，犯罪客体不一定相同。

第三节 犯罪客观方面

犯罪客观方面是刑法所规定的犯罪活动的客观事实特征。这些客观事实特征包括：危害行为、危害结果及其因果关系，还有犯罪的时间、地点、方法、工具及环境状况等。

一、危害行为

危害行为是指危害社会的行为，即在人的意识或意志支配之下所实施的，侵犯刑法所保护的社会关系的作为或不作为。

作为犯罪构成客观要件的危害行为，有以下几个特点：

(1) 危害行为必须是侵犯刑法所保护的社会关系的行为，即必须是具备犯罪客体的行为；

(2) 危害行为必须是在行为人的意识或意志支配下的人的行为；

(3) 危害行为必须包括作为与不作为两种具体形式。

谈到行为，通常是指人的积极的肢体动作，而刑法上的行为则还包括特定条件下在人的意识或意志支配下的肢体静止，这就是刑法理论上被称为作为与不作为的两种形式。

在刑法上作为是指不当为而为的积极的行为，即实施法律禁止的行为。它既包括行为人自身的动作，也包括行为人利用自然力、牲畜或不具备犯罪主体资格的人的行动所实施的危害行为。不作为是当为而不为的消极的行为，是指行为人有条件、有义务实施某些行为而不实施，以致于使刑法所保护客体受到严重危害的行为。

构成不作为犯罪必须具备以下三个条件：

(1) 行为人负有实施某种积极行为的特定义务而不尽义务；

(2) 行为人有履行特定义务的可能而不履行；

(3) 行为人由于自己不履行特定义务而使刑法所保护的客体受到严重损害。

不作为必须以行为人有实施某种行为的特定义务为前提。这些义务来自以下几个方面：一是来自法律所规定的义务；二是来自职务、职责所规定的义务；三是行为人的法律地位或法律行为所产生的义务，如对自己管理的建筑物、动物、精神病人有防止其危害他人危害社会的义务；四是来自实施先行行为所产生的必须实行后继行为的义务，如将不会游泳的人带到深水处，就有义务将其平安带回浅水地带。

二、危害结果

危害结果是指危害行为给刑法所保护的社会关系所造成的具体侵害事实。

危害结果具有以下几个特征：一是危害结果是由危害行为造成的；二是危害结果是表明刑法所保护的社会关系遭受侵害的事实；三是危害结果是危害行为已经实际造成的侵害事实；四是危害结果多种多样。因此，危害结果的因果性、侵害性、客观性、多样性就构成自身的基本特点。

刑法学上所讲的危害结果有广义和狭义之分。广义的危害结果包括可以测量的具体确定的物质性结果和不能感知不能具体测量的非物质性结果。狭义的危害结果只包括前者，不包括后者。我们认为应当采用广义的危害结果的概念，非物质性危害结果虽然不可具体测量，但凭着人们的理性认识和价值观念，仍然可以作出适当的估价。

从犯罪构成视角研究危害结果，其作用是多方面的。

危害结果是罪与非罪的重要标准。如过失犯罪，行为未发生法定的危害结果，就不构成犯罪。

危害结果是区分此罪彼罪的标准。如《刑法》第 247 条所规定的暴力取证罪，如果发生了致人伤残、死亡结果就应分别定故意伤害罪、故意杀人罪。由此可见，法定结果出现与否，是区分此罪彼罪的重要标志。

危害结果还会影响量刑和诉讼程序。我国刑法在一些条文中，根据危害结果大小，分别规定了两个或两个以上的量刑幅度。在这种情况下，结果就成为判处重刑或者轻刑的主要根据。我国刑法条文中有的把结果情况作为自诉或者公诉的根据。如伤害罪，轻伤依自诉程序审理，重伤依公诉程序审理。

三、因果关系

刑法上的因果关系是指危害行为与危害结果之间引起与被引起的客观联系。

因果关系是行为人对其危害结果承担刑事责任的客观性条件。行为人未实施危害社会的行为，固然不会产生刑事责任，如果行为人实施了危害社会的行为，但与危害结果没有因果关系，行为人同样也不会对这一结果承担刑事责任。但是，对于因果关系是否应当纳入犯罪构成，将因果关系作为犯罪构成客观要件来对待，刑法学界有不同看法。我们认为，对于危害结果应当采用广义的概念，因此，一切危害行为都会引起危害结果，危害行为与危害结果属于犯罪构成客观要件，在理论和实践中都没有争议，其因果关系也应当作为犯罪构成客观要件。当然，对于因果关系在犯罪构成中的地位和作用，还有待深入探讨。

刑法上的因果关系，是指危害行为与危害结果之间的因果关系。范围的特定性，是刑法因果关系的一个特点。除此之外，刑法上的因果关系与其他因果关系没有什么不同。因此，我们应当运用辩证唯物主义的因果关系原理作指导，对刑法上的因果关系要注意研究以下几个基本要点：

(1) 因果关系的客观性。刑法上所要研究的因果关系，是一种客观存在的因果关系，因此，我们既要摒弃先入为主、主观武断的思维方式，也要反对僵化的经验主义，要坚持具体问题具体分析，培养艰苦细致的工作作风。

(2) 因果关系的顺序性。在因果关系链条中，总是原因在先，结果在后。时间上的顺序性，是刑法上因果关系发生、发展的一条规律，我们只能在危害结果发生之前的行为中寻找原因。

(3) 原因与结果的相对性。在整个客观世界中，存在无数的因果关系链条，同一种现象在前一个因果关系中是结果，在后一个因果关系中则是原因，相互联系，互相转化。我们研究刑法上的因果关系，首先要孤立地研究某一具体行为与某一具体结果之间的因果关系，然后再去弄清它与其他因果关系的普遍联系。

(4) 因果关系的规定性。原因中具有导致结果发生的根据和条件，因此，作为引起结果发生的行为，对结果的发生，具有规定性。

(5) 因果关系的复杂性。事实中的一因多果、一果多因、多因多果、同因异果、异因同果等现象，表现出因果关系的多样性，因此，对刑法上的因果关系，要深入、细致地进行分析。

对刑法上的因果关系，作动态研究，可以将其分为必然因果关系和偶然因果关系，直接因果关系和间接因果关系。

必然因果关系，是指危害行为中包含着危害结果产生的根据、并合乎规律地会产生危害结果，这种危害行为与危害结果之间所呈现出的因果联系就是必然因果关系。

偶然因果关系，是指危害行为本身并不包含着产生危害结果的根据，但在其发展过程中，偶然介入其他因素，由介入因素合乎规律地引起危害结果发生，这种危害行为与危害结果之间的因果联系，就是偶然因果关系。

直接因果关系，是指危害行为没有介入中间环节而直接产生危害结果所表现出的因果联系。

间接因果关系，是指危害行为通过介入中间环节而产生危害结果所表现出的因果联系。

上述四种因果关系中，必然因果关系、直接因果关系属于刑法上的因果关系，没有争议，对于偶然因果关系和间接因果关系是否属于刑法上的因果关系则有不同意见。不作为犯罪与其结果之间是否存在因果关系，也有不同观点。这些尚有待于深入进行研究。

四、危害行业的时间、地点、方法、工具和环境状况

任何危害行为都是在一定的时间、地点以一定的方法、工具实施的。但是在一般情况下，刑法对犯罪的时间、地点、方法不作特别的限定，所以它们通常不是犯罪构成客观要件。例如：无论在何时、何地、以何种方式放火、杀人、强奸、抢劫，均与犯罪构成无关。

但是，如果刑法把时间、地点、方法、工具明文规定为某种犯罪的构成条件时，它们就成为构成该罪不可缺少的条件。因此这些条件的有无也就成为罪与非罪的标准。例如，刑法第 341 条第 2 款就把“禁猎区”（地点）、“禁猎期”（时间）和“使用禁用的工具、方法”规定为非法狩猎罪的客观要件。只有在法律所规定的特定的时间、地点内或者使用特定的狩猎工具、方法狩猎的，才构成犯罪。在刑法分则中，具有类似上述规定的条文还有：刑法第 376 条、第 377 条、第 388 条、第 379 条、第 380 条、第 381 条、第 443 条、第 445 条、第 446 条中规定的“战时”。

此外，在分则有些条文中，特定的时间、地点、方法是法定量刑的情节。例如，刑法第 425 条第 2 款规定的“战时”；第 236 条规定的“在公共场所当众强奸的”；第 236 条规定的“入户抢劫的”；“在公共交通工具上抢劫的”；第 292 条规定的“在公共场所或者交通要道聚众斗殴”；等等。

危害行为的环境状况是指危害行为发生的环境或者场合等客观性条件。通常危害行为是在何种环境状况下发生的，对犯罪构成没有影响。但是如果刑法把某种状况规定为犯罪的构成条件时，它们就成为构成该罪不可缺少的条件。例如，刑法第 277 条第 3 款规定的“在自然灾害和突发事件中”，阻碍红十字会工作人员履行职责就构成妨害公务罪的要件。

危害行为的状况往往包含着特定的时空因素或者特定方式方法，因此也可以当作特定的时空条件掌握。但是它比特定的时空条件更具综合性。例如，第 362 条规定的“在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时”；第 109 条规定的“在履行公务期间”；第 224 条规定的“在履行合同过程中”；第 299 条规定的“在公众场合”；第 305 条、第 306 条规定的“在刑事诉讼中”；第 399 条规定的“在刑事审判活动中”、“在民事、行政审判活动中”等等。

第四节 犯罪主体

犯罪主体，是指实施了犯罪行为，依法应当对自己的行为承担刑事责任的人或单位。

犯罪主体是犯罪构成中的必备要件。犯罪主体是刑事责任的承担者。

犯罪主体分为自然人犯罪主体和单位犯罪主体。

一、自然人犯罪主体

自然人犯罪主体，是指达到责任年龄、具有责任能力并实施了犯罪行为的自然人。

（一）刑事责任年龄

刑事责任年龄是指刑法所规定的、行为人应当对自己实施的犯罪行为承担刑事责任必须达到的年龄。

按照《刑法》第 17 条的规定，刑事责任年龄可以分为以下几种情况：行为人年龄不满 14 周岁的，其行为不构成犯罪，一概不负刑事责任；已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任；已满 16 周岁的人，犯任何罪，都应当负刑事责任。对于已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。

刑事责任年龄，以周岁计算，即以过了周岁生日第二天起算；犯罪行为有持续或连续状态的，就以行为状态结束之时行为人的实际年龄来确定；跨刑事责任年龄的犯罪，应区别不同年龄段，分别确定其是否应当承担刑事责任。

（二）刑事责任能力

刑事责任能力是指行为人辨认和控制自己行为的能力。

在正常情况下，行为人辨认和控制自己行为的能力是一致的。但是，在出现疾病的情况下，辨认自己行为的性质、后果的能力与自我控制的能力就可能分离。只有在辨认和控制自己行为的能力同时具备时，才属于有刑事责任能力。

我国刑法对几种特殊情况下的刑事责任能力问题，作了特殊规定：

1. 精神病人的刑事责任能力。《刑法》第 18 条第 1 款规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任。”《刑法》第 18 条第 2 款规定：“间歇性精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。”在同条第 3 款又规定：“尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。”

2. 醉酒人的刑事责任能力。《刑法》第 18 条第 4 款规定“醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。”

3. 又聋又哑的人和盲人的刑事责任能力。《刑法》第 19 条规定：“又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。”这里所指又聋又哑的人，是指既聋且哑的人；这里所指盲人是指双目失明的人。

（三）自然人

自然人是指有生命的人。没有生命的人，不具备构成自然人犯罪主体的资格。

自然人犯罪主体可分为自然人一般犯罪主体和自然人特殊犯罪主体。

自然人一般犯罪主体，是指达到刑事责任年龄、具有责任能力的自然人。

自然人特殊犯罪主体，是指达到刑事责任年龄、具有责任能力并具有特定身份的自然人。所谓特殊身份是指行为人在身份上的特殊资格，以及其他与一定的犯罪行为有关的，行为人在社会关系上的特殊地位或者状态。如国家工作人员、司法工作人员、证人、男女性别、亲属关系等等。

二、单位犯罪主体

单位犯罪主体，是为牟取本单位的非法利益，由单位负责人或者经单位集体讨论决定，实施了刑法明文规定的单位犯罪的公司、企业、事业单位、机关、团体。其中包括法人单位和非法人单位。

《刑法》总则第 30 条规定了单位的范围和单位负刑事责任的范围：单位只对刑事法律规定可以由其构成的犯罪才负刑事责任。《刑法》第 31 条规定了对单位追究刑事责任的具体处罚原则：“单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。”由此可见，我国刑法对单位犯罪基本上实行两罚制，既处罚单位，也处罚直接负责的主管人员和其他直接责任人员。法律有明文规定的，才实行单罚制，从我国现行规定来看，即只处罚单位犯罪中的直接主管人员或其他直接责任人员。

第五节 犯罪主观方面

犯罪主观方面，是刑法规定的成立犯罪必须具备的犯罪主体对其实施的危害行为及其危害结果所持的心理态度。

犯罪主观方面要研究的内容包括犯罪的故意、犯罪的过失、犯罪的目的和动机。

一、犯罪的故意

犯罪的故意是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或放任这种结果发生的心理态度。

犯罪的故意分为直接故意和间接故意两类。

直接故意是指行为人明知自己的行为必然或可能发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。

间接故意，是指行为人明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。

二、犯罪的过失

犯罪的过失，是指应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的心理态度。

犯罪的过失分为疏忽大意的过失和过于自信的过失两类。

疏忽大意的过失，是指应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的心理态度。

过于自信的过失，是指已经预见自己的行为可能发生危害社会的结果，但轻信能够避免，以致发生这种结果的心理态度。

彻底划清故意与过失的界限对于正确定罪量刑意义重大。为此，必须弄清间接故意与过于自信的过失之间的区别，必须弄清疏忽大意的过失与意外事件的区别。

间接故意与过于自信的过失之间的区别：

第一，在认识因素上，间接故意的行为人，对发生危害结果的可能性并没有产生错误认识；而过于自信的过失对于危害结果发生的可能性存在错误认识，在过于自信过失的情况下，行为人虽然也认识到危害结果发生的可能性，但在行为人主观上认为可以避免危害结果发生，危害结果发生的可能性不会转化为现实性。

第二，在意志因素上，间接故意的行为人虽然不希望犯罪结果发生，但也不采取措施防止危害结果发生，而对危害结果的发生听之任之，危害结果的发生并不违背其本意；过于自信的行为人则是不希望危害结果发生，希望并利用有利条件避免危害结果发生，只是事与愿违，危害结果还是发生了。

三、意外事件

《刑法》第 16 条对意外事件作了明确规定：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但是，不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”换言之，意外事件是指在客观上造成了损害结果，但不是出于行为人的故意或过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因引起的事件。

意外事件的重要特征，有以下几点：

(1) 行为在客观上造成了危害结果，此危害结果必须与行为人的行为有

因果联系，而且必须具有使他人或国家公共利益受到损害的性质。

(2) 行为人在主观上没有故意和过失。对于危害结果的发生，行为人处于无罪过的心理态度，不应当受到非难和谴责。

(3) 损害结果的出现是由于不能抗拒或者不能预见的原因引起的。

所谓不能抗拒，是指行为人已经预见其行为可能会引起危害结果，但是，基于当时主、客观条件，行为人不可能排除或防止危害结果的发生。

所谓不能预见，是指行为人没有预见，也不能要求行为人预见，即不可能预见。至于不能预见的标准，是按行为人的知识、能力水平来判断的具体标准，还是按通常情况下，一般知识和能力水平来判断的一般标准，在司法实践中观点是不完全一致的。我们认为，在未对此作出具体司法解释之前，在具体案件中，如果依具体标准得出的结论与坚持一般标准得出的结论相一致，按哪个标准作结论都可以；如果按具体标准作出的结论与按一般标准作出的结论不一致，通常应按一般标准判断，以防止某些人借口意外事件来危害社会。

意外事件的行为人在主观上没有犯罪的故意和过失，因此，缺少承担刑事责任的主观要件，不具备犯罪构成条件，不构成犯罪，更不承担刑事责任。

疏忽大意的过失与意外事件的区别：

疏忽大意的过失与意外事件的行为人，对于危害结果的发生都没有预见，但原因不同。根据行为人的认识能力和当时的情况，疏忽大意的过失是行为人对危害结果应当预见，即有预见的义务和预见的可能而没有预见；而意外事件则是由于行为人不能预见或不能抗拒的原因所引起的。

四、犯罪的目的与动机

犯罪的目的是犯罪人希望通过实施犯罪行为达到某种危害社会结果的心理态度。

犯罪动机是指刺激犯罪人实施犯罪行为以达到犯罪目的的内心起因。

犯罪目的、犯罪动机都只能存在于故意犯罪之中。但是，在通常情况下，犯罪的目的和动机，并不是认定故意犯罪成立与否的条件。只有在法律有特别规定的情况下，犯罪的目的和动机才是犯罪构成的要件。如在我国刑法上对于抢劫罪、侵占罪都规定了以非法占有为目的，对倒卖文物罪、非法组织他人出卖血液罪，规定了以牟利为目的，对于破坏生产经营罪规定了泄愤报复或者其他个人目的。我国 1979 年通过的刑法上没有将犯罪动机规定为犯罪构成要件，但是，在刑法分则条文中，有规定情节恶劣、情节严重之类的犯罪，就事实而言犯罪动机对定罪也会产生一定影响。我国现行刑法是否已经将动机规定为犯罪构成要件，在理论解释方面，有待深入探讨。

第六节 刑法上的错误认识

刑法上的认识错误，是指行为人对自己所实施的行为的法律意义或者对有关客观事实存在不正确的认识。

行为人在刑法上的认识错误对于确定行为人有无犯罪的故意、过失，对于确定犯罪的既遂、未遂都有重要影响。

行为人的错误认识分为两类，一类是对于法律的认识错误，一类是对事实的认识错误。

一、法律认识错误

法律认识错误，是指行为人在实施某种行为时，对自己行为的法律性质或意义有错误的理解。通常有以下几种情况：

第一，行为人误认为自己的行为是犯罪，其实这种行为并不属于犯罪行为；

第二，行为人认为自己行为不是犯罪，其实这种行为属于刑法所规定的犯罪行为；

第三，行为人对自己所犯罪行为应当适用的罪名和应当判处的刑罚有错误的认识。

二、事实认识错误

事实认识错误，是指行为人对与自己行为有关的事实情况，有不正确的理解。

行为人对事实的认识错误，通常有以下几种情况：

第一，对行为客体的错误认识。这是指行为人对自己行为的实际客体有不正确的理解，误将甲客体当作乙客体或误将不存在客体当作存在客体，或者误将存在客体，当作不存在客体的情况。

第二，对行为手段的错误认识。误将会发生危害结果的手段当作不会发生危害结果的手段而使用，或者误将不会发生危害结果的手段当作会发生危害结果的手段使用。

第三，对行为对象的错误认识，误将甲对象当乙对象，或者相反；误将非犯罪对象当成犯罪对象或者将犯罪对象当成非犯罪对象加以侵害。

第四，对危害结果是否发生所产生的错误认识。事实上，自己的行为没有引起危害结果，行为人误以为发生了危害结果；自己的行为已经引起危害结果的发生，行为人误以为没有危害结果发生。

第五，对因果关系的错误认识。危害结果与自己的行为没有因果关系，行为人误以为危害结果与自己的行为有因果关系，或者，危害结果与自己的行为有因果关系，行为人误以为危害结果与自己的行为没有因果关系。

行为人对法律的认识错误，对定罪没有影响。行为人对于事实的认识错误则会对定罪和确定犯罪的罪数与刑罚有直接影响。应当根据犯罪构成的理论和故意犯罪的预备、未遂和中止的规定，确定是否定罪，定几个罪以及应当判处什么样的刑罚。

第四章 排除犯罪性的行为

第一节 排除犯罪性的行为概述

排除犯罪性行为，是指某种行为在形式上似乎具有严重的社会危害性，而实质上却是为了保护国家利益、公共利益、本人或者他人的权益而实施的对社会有益的行为，或者虽然行为对社会造成了损害结果，但是不具备犯罪构成要件从而也不具备犯罪特征的行为。

排除犯罪性的行为，我国刑法学著作过去一般称为“排除社会危害性的行为”，即是指外表上似乎符合某种犯罪构成，实质上不仅不具有社会危害性，而且对国家和人民有益的行为。

排除犯罪性的行为，在德、日等国的刑法上称之为“违法阻却事由”，即合法化事由或正当化事由；在英、美国家则称之为“合法辩护”理由，即形似犯罪但实质上不是犯罪的事实情况和理由。1994年的法国刑法典将其列为“不负刑事责任的原因。”1996年《俄罗斯联邦刑法典》称之为“排除行为有罪性质的情节”。

“排除犯罪性行为”的提法，与“排除社会危害性”的提法相比较，我们认为后者侧重于价值判断，前者侧重于是否具有犯罪构成。前一种提法更能体现法制精神，也更便于把握。因而目前法学界倾向于认同前种提法。

排除犯罪性的行为具有两个基本特征：

(1) 排除犯罪性行为给不法侵害人造成损害，或者已经造成了损害第三人利益或损害社会的结果；

(2) 排除犯罪性行为不具备犯罪构成。

排除犯罪性行为，在我国刑法上规定有正当防卫、紧急避险及其他一些行为，在这里重点研究正当防卫和紧急避险。

第二节 正当防卫

正当防卫的概念，在《刑法》第20条作了明确规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”换言之，正当防卫是指采取对不法侵害人造成损害的方法，制止不法侵害行为，使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产免受正在进行的不法侵害的行为。

正当防卫作为一种法律制度，有两个基本特征：

第一，正当防卫行为具有正义合法性。正当防卫的行为是同不法侵害行为作斗争，它是一种正义的行为并受到法律的保护。

第二，正当防卫的目的具有正当性。防卫的目的在于为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产或者其他权利免受正在进行的不法侵害，其主观上既没有危害社会的目的，也没有危害社会的犯罪的故意。

正当防卫制度，是为实现我国刑法的任务而确立的。它是防卫社会不受侵犯，保障国家、公共利益、公民权利的重要武器。对于普通公民而言，正当防卫既是一种权利，也是一种道德方面的义务；对于负有特定职责的人民警察而言，既是一种权利，也是一种法定的义务。在国家、公共或他人利益遭受不法侵害时，任何公民都应当挺身而出，实施防卫行为。普通公民放弃防卫权利，应当受到道义的谴责，人民警察则应负刑事责任或行政责任。1983年9月14日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部联合制定的《关于人民警察在执行职务中实行正当防卫行为的具体规定》第4条规定：“人民警察在必须实行正当防卫的时候，放弃职守，致使公共财产，国家和人民利益遭受严重损失的，依法追究刑事责任；后果轻微的，由主管部门酌情给予行政处分。”

正当防卫必须具备以下几个条件：

(1) 必须有不法侵害行为发生。对于不法侵害行为的范围，立法和司法解释都未作明确的界定。在实践中，防卫行为主要是对那些性质严重、侵害程度强烈、危险性较大的具有积极进攻性行为所实行的防卫。我们不应支持群众对日常所发生的轻微违法侵权行为实行防卫，而应当提倡互谅互让。只有兼顾对严重的不法行为实行正当防卫，对群众中所发生的轻微违法侵权行为为提倡互谅互让才能使社会保持稳定。

不能对合法行为实行防卫。对依法执行公务、执行命令的行为，公民或司法工作人员追捕、扭送正在进行犯罪的犯罪人或者被通缉的犯罪嫌疑人的行为，对正当防卫、紧急避险行为等都不能实行正当防卫。

(2) 必须是正在进行的不法侵害。不法侵害正在进行，是指不法侵害实际存在，不是主观想象或推测出来的，否则构成假想防卫。假想防卫造成严重损害后果的，行为人应负刑事责任；也不能在侵害行为尚未开始或者已经结束或者侵害人自动中止的情况下实施防卫，否则，属于防卫不适时，不属于正当防卫。

(3) 必须是为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害。换句话说，行为人必须出于防卫意图。如果不是出于防卫意图，而是故意挑逗对方自己进攻，然后借口防卫，以达到伤害对方之目的，这是基于蓄意侵害他人的意图而实施的侵害他人的行

为，是防卫挑拨，而不是正当防卫。

（4）必须是对实施不法侵害人本人实施防卫行为。正当防卫不能对没有实施侵害行为的第三人来实行。

（5）正当防卫不能超过必要限度。《刑法》第20条第2款规定：“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任。”《刑法》同条第3款还规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”

防卫过当的刑事责任。《刑法》第20条第2款规定：“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是，应当减轻或者免除处罚。”对防卫过当行为所适用的罪名，应当依据与其行为相对应的犯罪构成来确定，但在量刑的时候应当减轻或者免除处罚。

第三节 紧急避险

紧急避险在《刑法》第 21 条有明确规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。”换言之，紧急避险是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利，免受正在发生的危险，不得已而采取的损害另一个较小的合法利益的行为。

紧急避险是为了使公民在同违法犯罪和自然灾害斗争中，在迫不得已的情况下，牺牲局部的、较小的合法权益以保护全局性的、较大的合法权益的法律制度。紧急避险是公民在遇到危险时可以使用的权利。实行紧急避险行为，必须符合下列条件：

（1）必须有危险发生。危险发生是指出现了足以使合法权益受到严重损害的危险情况。危险的来源，主要有自然灾害的侵袭，违法犯罪行为的侵害，人的生理、病理造成的危险，动物的侵袭等。

如果没有危险发生而误以为发生了危险，而实行“紧急避险”的，属于假想避险。由于假想避险造成重大损害的，是否应当负刑事责任，应区别情况，分别处理。

（2）必须是正在发生危险。正在发生危险是指危险已经出现又尚未结束的状态。如果危险尚未到来，未迫在眉睫或者已经结束而实行“避险”行为，就不能被认为属于紧急避险。

（3）必须是为了使合法权益免受正在发生的危险。紧急避险的目的必须是为了避免国家、公共、本人或者他人的合法权益遭受损害。只有出于使合法权益免受损害的避险意图，才属于紧急避险。如果借口紧急避险，实施侵害合法利益的行为，或实施保护非法利益的行为，情节严重的，应按照刑法的有关规定，追究刑事责任。

（4）必须是在迫不得已的情况下。紧急避险只有在迫不得已的情况下才可以实施，因为紧急避险行为必然会给另一合法权益造成损害，因此，我们必须持谨慎态度。

迫不得已是指除采取紧急避险之外，没有其他办法可以避免正在发生的危险。

（5）紧急避险不能超过必要限度，造成不应有的损害。紧急避险是通过牺牲一个局部的或较小的合法权益来保护整体的或较大的合法权益。因此，紧急避险所造成的损害必须小于受保护的权益。如果二者相同或由于避险实际造成的损害大于所保护的权益，就背离了立法的本意，就不属于紧急避险了。

（6）主体必须不属于法律有特殊规定的人员。《刑法》第 21 条第 3 款规定：“关于避免本人危险的规定不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。”由此可见，职务上、业务上负有特定责任的人，遇到个人危险，借口紧急避险放弃职责的行为，不属于紧急避险。

避险过当的刑事责任。《刑法》第 21 条规定“紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”

紧急避险与正当防卫相同之处有以下几点：

第一，行为人在主观上都有正当目的，主观意图都是为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他合法权益免受损害；

第二，形式上两种行为都会给他人或社会造成一定损害，但实质上，都被认为是有益于社会的行为；

第三，在法律性质方面，紧急避险与正当防卫行为，都是合法行为；

第四，紧急避险、正当防卫两种行为，都不能超过一定的限度。

紧急避险与正当防卫的不同之处有以下几点：

第一，危害的来源不同，紧急避险中危险的来源是多种多样的。它包括自然力破坏，动物侵袭，人的生理、病理原因所发生的侵袭行为，人所实施的违法犯罪行为等；而正当防卫中危害的来源只有不法行为的侵害一种。

第二，行为对象不同。紧急避险的对象是第三人，正当防卫行为只能对不法侵害者本人实施。

第三，实施条件不同。紧急避险只有在不得已的情况下才可以实施，正当防卫没有这样一个限制条件。

第四，对行为是否过当的判断标准不同。紧急避险行为所造成的损害必须小于所保护的合法权益，否则即为过当；正当防卫给侵害人所造成的损害，可以与被保护的合法权益相等，也可以大于被保护的合法权益。只有明显超过必要限度造成重大损害的才算过当。

第五，对行为主体的要求不同。紧急避险不适用于职务上、业务上负有特定责任的人员；正当防卫，在行为主体的范围问题上，没有特殊限制。

第五章 犯罪的停止形态

第一节 犯罪的停止形态概述

犯罪停止形态是指犯罪过程中可能出现的几种停止状态。即犯罪的既遂、预备、未遂和中止。

我国刑法在总则部分对犯罪的预备、未遂和中止的概念和处罚原则作了明确规定，但是没在总则部分对犯罪的既遂作出明确规定。这是因为我国刑法分则所规定的犯罪与刑罚都是以既遂为标准制定的。它表现出两个基本特征：

(1) 犯罪既遂的犯罪构成是完备的，现实的，而犯罪的预备、未遂和中止的犯罪形态下的犯罪构成则是不完备或不现实的。在原苏联某些刑法学论著中称之为截短的犯罪构成，日本刑法学某些论著则称之为修正的犯罪构成。

(2) 犯罪既遂的法定刑，与完备的、现实的犯罪构成，保持着对应关系。罪刑相适应的原则，在法定的罪刑关系上得到体现。

基于上述两个特点，在犯罪既遂情况下，直接引用刑法分则的条文，据以定罪量刑就可以体现罪刑相当。但是犯罪的预备、未遂和中止的犯罪构成的实现状况、行为人主观恶性与犯罪既遂相比差别很大。公正处理这种不完整的犯罪形态的案件，只有两条途径，一条是将犯罪的预备、未遂和中止的特别的犯罪构成及其特别的法定刑，在刑法上明确作出规定；另一途径是在刑法上只规定既遂罪的犯罪构成及其法定刑，在刑法总则部分规定一个条文来调整不完整犯罪形态的犯罪构成及其法定刑。按照前一条途径办，就会使刑法分则的条文变得十分繁杂，按照后一种途径则条文比较简明，便于操作。因此，我国刑事立法就采取了后一种途径。

过失犯罪属于结果犯，过失行为没引起危害结果实际发生，不构成犯罪。因此，过失犯罪只有既遂一种形态。犯罪的预备、未遂和中止几种不完整犯罪的停止形态，只有故意犯罪中才可能存在。

间接故意犯罪是指行为人明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并放任这种结果发生的行为。如果没有发生其所放任的结果，则不构成犯罪。因此，间接故意犯罪也只有既遂一种形态。犯罪的预备、未遂和中止三种犯罪形态，只能发生在直接故意犯罪中。确切讲，应当将犯罪的预备、未遂、中止称之为直接故意犯罪中的几种停止形态。

对于直接故意犯罪中的几种停止形态，在某些刑法教科书中将其称为犯罪的发展阶段。直接故意可能出现预备、未遂、中止几种形态，但实际上这几种形态不是前后衔接的，也不是单一的，实际上每一种犯罪只能有一种停止状态。

研究犯罪停止形态，从理论上有利于深化对犯罪构成体系的研究，从实践上，有利于对预备、未遂、中止形态的犯罪的定罪和量刑。

第二节 犯罪既遂

一、犯罪既遂的概念和标准

犯罪既遂，即犯罪的完成形态，是指行为人所实施的犯罪行为，已经具备了刑法所规定的某一犯罪的全部构成要件。

犯罪既遂有两个条件：

（1）行为人实施了刑法所规定的某一具体的犯罪行为；

（2）行为人的行为，已经具备了某一具体犯罪的犯罪构成。其中既包括刑法总则所规定的犯罪构成要件，也包括刑法分则所规定的犯罪构成要件。

上述两个条件是判断犯罪既遂的两条标准，这两条标准必须同时具备，缺一不可。这两条标准对判断任何类型犯罪都是普遍适用的。

犯罪构成既遂的具体形态，因不同犯罪而不同，但是既遂的概念只有上述理论概括最为全面。

二、犯罪既遂的实现形态

以结果出现与否作为犯罪是否完成的结果犯，仅就此类犯罪而言，结果出现，就标志着这类犯罪的全部犯罪构成要件已经齐备。

以实施某种行为与否，作为该犯罪是否完成的行为犯，仅就此类犯罪而言，实施了这种行为，就标志着这类犯罪的全部犯罪构成要件已经全部齐备。

以行为引起某种危险与否作为该罪是否完成的危险犯，只要出现这种危险，就标志着该种犯罪的犯罪构成要件已经全部齐备。

上述结果犯、行为犯、危险犯因其犯罪构成各有特点，既遂的实现形态也各有不同，但犯罪既遂的标准只有两条，即行为人实施了犯罪行为，并具备了该罪的全部犯罪构成要件。只有坚持以犯罪构成要件齐备作为犯罪既遂标准才是正确的既遂概念。这一标准不受犯罪类别的限制，普遍适用。

犯罪既遂的刑事责任在刑法总则中未作单独规定，因为刑法分则是按照既遂犯制订的，对既遂犯应当直接按照刑法分则有关条文的规定定罪判刑。

第三节 犯罪预备

一、犯罪预备的概念和标准

《刑法》第 22 条对犯罪预备作了明确规定：“为了犯罪，准备工具、制造条件的是犯罪预备”。换言之，犯罪预备是指为了犯罪准备工具、制造条件的行为。为了更准确揭示犯罪预备的各项特征，从理论上应对犯罪预备另作具体说明。我们认为犯罪预备，是指为了犯罪准备工具制造条件，由于行为人意志以外的原因而未实施符合刑法分则所规定的具体的犯罪行为的犯罪停止形态。

犯罪预备有三个条件：

(1) 行为人在主观上，有犯罪的故意；

(2) 行为人在客观上，实施了预备行为，但是还未开始实施刑法分则所规定的具体犯罪行为；

(3) 行为人在预备行为完成之后没有继续实施刑法分则所规定的具体行为而使犯罪在预备过程中停止下来的原因，是行为人意志以外的原因。

犯罪预备与犯意表示，都表明行为人有犯罪意图，但二者有本质不同。犯意表示是行为人以文字、口头形式所表示或流露出来的犯罪意图。二者的区别主要表现在以下两点：

(1) 犯罪预备是为了犯罪而准备工具、制造条件，有对社会构成威胁的现实可能性；犯意表示停留在意图阶段，还不具备对社会构成威胁的现实可能性；

(2) 法律性质不同，犯罪预备是我国刑法所规定的应负刑事责任的行为，即属于具有刑事违法性的行为。而犯意表示不具有刑事违法性。

二、预备犯罪的刑事责任

《刑法》第 22 条第 2 款规定，“对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。”这一规定表明，预备犯罪的刑事责任，具有如下特点：

(1) 预备犯罪属于应当负刑事责任的行为，即使免除了刑罚处罚，刑事责任仍然存在；

(2) 预备犯罪的处罚原则是可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。

第四节 犯罪未遂

一、犯罪未遂的概念和标准

《刑法》第 23 条第 1 款规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。”换言之，犯罪未遂是已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的行为。

犯罪未遂的标准有三条：

（一）已经着手实行犯罪

已经着手实行犯罪是指行为人已经开始实施符合刑法分则条文规定的某种具体犯罪构成要件的行为。《刑法》第 23 条规定犯罪未遂所使用“着手实行犯罪”一词，不包括实行犯罪预备行为。

对于犯罪未遂中“着手”一词如何界定，在司法解释上没有明确说明，在学理上有几种流行的主张：

1. 着手实行的行为对于犯罪的直接客体具有直接的侵害性，即行为人的行为同直接客体开始发生了接触，或者逼近直接客体；
2. 着手实行的行为都可以直接造成危害结果的发生，也就是说“着手”与否，根据所实行的行为是否会发生危害结果来判断；
3. “着手”是指行为人所实施的行为已经明显表明了行为人的犯罪意图。

上述对于“着手”一词各种理解的研究都有利于掌握“着手”的特征，划清“着手”与“未着手”的界线。

（二）犯罪未得逞

犯罪未得逞，是指行为人的犯罪行为没有完成，即没有达到具备某一犯罪的全部犯罪构成要件的完整形态。

犯罪没有得逞就是犯罪没有既遂。用犯罪目的是否达到，犯罪结果是否出现来解释犯罪是否得逞是不妥当的。

犯罪没有得逞，不等于犯罪没有出现犯罪结果。如实施故意杀人罪，没有将人杀死，只将其造成重伤的，仍然应定为故意杀人罪的未遂，而不能依照其伤害结果而定故意伤害罪。

（三）犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因

犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因，是指违反犯罪分子本意的原因。如果犯罪分子根据本人意愿自动放弃犯罪，就不属于犯罪未得逞，而属于犯罪中止。

犯罪分子意志以外的原因是多种多样的。例如：被害人的反抗；第三者的阻止，自然力障碍，物质性障碍，犯罪人智能水平不足，对犯罪对象、犯罪工具的错误认识，精神受到威胁，自身生理、心理出现障碍等。总之一句话，凡不是根据自己的意愿而放弃犯罪的，其原因均属于犯罪分子意志以外的原因。犯罪未遂，用一句简单的话来表述它的特点，即“欲达目的而不能”。

二、犯罪未遂的种类

我国刑法没有对犯罪未遂的种类作出具体规定，为了更好地把握犯罪未遂的含义，理论上将犯罪未遂，根据不同标准进行分类。具体掌握这些分类，对正确定罪量刑具有指导意义。

（1）根据犯罪实行终了与否为标准，可以分为实施终了的未遂和未实施终了的未遂。实施终了的未遂，是指犯罪分子已经实施完毕自己认为完成犯

罪所必要的全部行为，由于其意志以外的原因未得逞；未实施终了的未遂，是指犯罪分子由于意志以外的原因，尚未实行完毕完成犯罪所必要的全部行为，以致犯罪未得逞。

（2）根据实际上能否构成犯罪既遂为标准，可以分为能犯的未遂和不能犯的未遂。能犯未遂是指犯罪分子的行为有实际可能完成犯罪，达到犯罪既遂，但由于犯罪分子意志以外的原因犯罪未能得逞；不能犯的未遂，是指犯罪分子的行为不可能达到既遂而自以为能达到既遂的情况。不能犯的未遂，又分为对象不能犯未遂和工具不能犯未遂。对象不能犯未遂，是指由于侵害对象当时并不存在，或者由于其固有属性不能使犯罪达到既遂等原因，以致犯罪未得逞；工具不能犯，是指犯罪分子实施犯罪所使用的工具、手段不能使犯罪达到既遂的情况。在不能犯的未遂中要区别罪与非罪，如果出于愚昧的迷信思想采用诅咒等方法杀人的，则不能认为是犯罪，因为这种方法，根本不可能产生任何危害社会的后果。

三、未遂犯的刑事责任

《刑法》第 23 条第 2 款规定：“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”对于未遂犯，原则上可以从轻或减轻处罚。但是，对于某些情节恶劣、性质严重、主观恶性大的未遂犯，也可以不从轻或减轻处罚。

第五节 犯罪中止

一、犯罪中止的概念和标准

《刑法》第24条第1款规定：“在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。”换言之，犯罪中止是指自开始实行犯罪预备行为开始到犯罪既遂之前，行为人自动放弃犯罪或者自动防止犯罪结果发生的犯罪停止状态。

犯罪中止要具备三个条件：

(1) 必须是在犯罪过程中中止犯罪。“犯罪过程中”是指自犯罪的预备行为开始，犯罪既遂之前。一旦达到既遂，犯罪就没有中止可言。犯罪既遂之后行为人所实施的恢复原状的行为，赔偿损失的行为都不属于犯罪中止。因为其行为不是发生在犯罪过程中。

(2) 必须是自动停止犯罪行为或者自动防止犯罪结果发生。自动中止是指犯罪分子在自己认为能够完成犯罪的情况下，自愿放弃犯罪意图，自动停止犯罪准备行为、实行行为，或者自动有效地防止法定犯罪结果的发生。犯罪没有完成，不是犯罪分子不能完成，而是不愿去完成。简而言之，不是不能而是不为。“能达目的而不欲”，这是中止与犯罪预备、犯罪未遂的主要区别之处。

(3) 必须彻底放弃犯罪或者有效地防止犯罪结果发生。彻底放弃犯罪，是指犯罪分子彻底放弃正在实行的犯罪，即行为人在主观上必须完全打消犯罪意图，如果仅仅是因为客观原因暂时停止犯罪，等待时机准备再犯，这就不是中止，而是犯罪的预备或犯罪的未遂；在客观上必须放弃准备行为或实行行为。

有效地防止犯罪结果发生，是指犯罪分子必须主动、积极地采取措施、有效地防止犯罪结果发生。如果行为尚处在预备或实行过程中，只要自动彻底停止犯罪行为，即构成中止；如果实行行为已经实施终了，犯罪结果尚未发生，就必须积极有效地防止犯罪结果发生才构成犯罪的中止。

对于单独犯罪或共同犯罪中的实行犯而言，只要具备上述三个条件就可以构成犯罪中止。对于共犯中的教唆犯、犯罪集团的首要分子而言，他们不但要自动打消自己的犯罪意图，彻底停止犯罪，还得设法打消实行犯的犯罪意图，或者以其他方法阻止他人去实施犯罪才可以构成犯罪的中止。

对于犯罪分子自动停止可以重复侵害的行为是否属于中止问题，在理论上和实践中都有不同意见，概括起来是三种主张：犯罪未遂、犯罪终止、犯罪中止与未遂的折衷。我们认为应当定为犯罪中止。自动中止可以重复侵害的行为，是指犯罪分子实施了某一侵害行为，由于意志以外的原因，没有造成法定结果，在能够一次或多次重复实施其业已实施的那种行为，从而完成犯罪的情况下，自动停止继续实施这种侵害行为。这种行为具备犯罪中止的三个条件，认定为犯罪中止是有根据的。

二、中止犯罪的刑事责任

《刑法》第24条第2款规定：“对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。”

第六章 共同犯罪

第一节 共同犯罪的概念与形式

一、共同犯罪的概念和条件

《刑法》第 25 条第 1 款规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”共同犯罪必须具备下列三个条件：

(1) 在犯罪主体上必须是两个或两个以上达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人。这是构成共同犯罪的前提条件，如果利用幼童或精神病人实施犯罪行为，应当认定为是单独犯罪。

(2) 在主观方面必须有共同的犯罪故意。共同的犯罪故意，一是指各个共同犯罪人都知道自己是在故意地进行犯罪活动，而且知道这种犯罪活动是与他人一起，或者在他人协助、配合下一起实施；二是各个共同犯罪人，都明确共同犯罪人通过犯罪所要达到的共同目的，他们对共同犯罪行为会发生危害社会的结果都有预见，并且都希望或放任这种危害结果的发生。

(3) 在客观方面必须有共同的犯罪行为。共同犯罪行为，是指由各个共同犯罪人实施的指向同一犯罪目标、侵害同一客体、为完成同一犯罪而又相互联系、相互配合、协调一致的各种具体行为的有机整体的行为。

二、共同犯罪的形式

共同犯罪的形式，是指二人以上共同犯罪的结构或者共同犯罪人之间的结合形式。我国刑法只规定了构成共同犯罪的一般条件和犯罪集团，在理论上，则从不同角度，根据不同标准将共同犯罪划分为多种形式。

(一) 以共同犯罪能否任意形成为标准进行划分，分为任意共犯和必要共犯

任意共同犯罪是指刑法分则中规定的一人能单独实施的犯罪，而由二人以上共同实施该种犯罪的共同犯罪。

必要共同犯罪，是指刑法分则中规定的必须由二人以上才能构成的犯罪。如组织越狱罪、聚众斗殴罪等。

(二) 以共同犯罪形成的时间为标准，可分为事前通谋的共同犯罪和事前无通谋的共同犯罪

事前通谋的共同犯罪，是指共同犯罪人的共同犯罪故意在着手实行犯罪以前已经形成的共同犯罪。通常情况下，任何故意犯罪都可以采取事前通谋的方式构成共同犯罪，但某些犯罪，只有事先有通谋才构成共同犯罪。如窝藏、包庇罪。

事前无通谋的共同犯罪，是指共同犯罪人的共同犯罪故意，不是在着手实行犯罪前形成的共同犯罪。这种共同犯罪是在着手实行犯罪或者实行犯罪过程中形成的。

(三) 以共同犯罪行为的分工为标准划分，可以分为简单共同犯罪和复杂共同犯罪

简单共同犯罪，是指所有的共同犯罪人都直接实施了刑法分则所规定的具体犯罪构成的行为的共同犯罪。

复杂共同犯罪，是指共同犯罪人之间有一定分工的共同犯罪。这种犯罪的犯罪人通常有帮助犯、教唆犯、实行犯之分。

（四）以有无组织形式为标准来划分，可以分为一般共同犯罪和犯罪集团

一般共同犯罪，是指二人以上没有组织形式的共同犯罪。

犯罪集团，是有组织的共同犯罪，根据《刑法》第 26 条第 2 款的规定，犯罪集团，是指“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织。”其特征如下：

1. 人数较多，必须 3 人或 3 人以上组成；
2. 具有一定的组织性，即共同犯罪成员之间存在着领导与被领导的关系，既有首要分子又有普通成员；
3. 具有实施某一种或某几种犯罪的目的性；
4. 有相对的固定性，即是为了在较长时间内实行多次犯罪活动，甚至以犯罪为常业而组织起来的。
5. 具有严重的社会危害性。犯罪集团通常是为了实施严重危害社会的犯罪而组织起来的，其成员多为社会上的危险分子，其犯罪活动的组织、策划比较严密，容易得手。通常作案次数也较多，因此，犯罪集团具有特别严重的社会危害性，是我国刑法打击的重点。

犯罪团伙与犯罪集团不同。犯罪团伙不是一个法律概念。我国现行刑法只对犯罪集团作了规定，没有对犯罪团伙这个概念作出规定。以是否有组织形式为标准划分共同犯罪的形式只有一般共同犯罪和犯罪集团两种，凡是不符合犯罪集团条件的，即应作为一般共同犯罪处理。

第二节 共同犯罪人的种类和刑事责任

我国刑法坚持以共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用作为共同犯罪人分类标准，同时也兼顾共同犯罪人的分工情况，单独将教唆犯列为一类。但是，对教唆犯处罚又是根据其所起的作用进行处罚。确切说，我国刑法对共同犯罪人分类的标准是以犯罪人所起的作用为主兼顾分工；对共同犯罪人处罚的标准是共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用。根据这样的标准，我国刑法将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯、教唆犯共四类。

（一）主犯及其刑事责任

主犯，是组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。主犯包括以下三种情况：

1. 在犯罪集团中起组织、领导作用的首要分子；
2. 在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子，即聚众犯罪中的首要分子；
3. 其他在犯罪集团或一般共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。

对于主犯的处罚，根据《刑法》第26条的规定，分为两种情况：一是组织领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行进行处罚；二是组织领导犯罪集团的首要分子以外的主犯，应当按照其所参与的或组织、指挥的全部犯罪进行处罚。

原刑法将主犯作为从重处罚的法定情节，现刑法已经取消了这一规定。

（二）从犯及其刑事责任

从犯是指在共同犯罪中起次要或辅助作用的犯罪分子。从犯包括两种情况：

1. 在共同犯罪中起次要作用。这是指犯罪分子虽然直接参加实施了符合犯罪构成要件的行为，但罪行较轻、情节不很严重，没有直接造成严重后果。这就是实行犯中起次要作用的犯罪分子。在我国刑法上，实行犯并不都是主犯；

2. 在共同犯罪中起辅助作用。这是指提供犯罪工具、指示犯罪地点或犯罪对象、窥察被害人行踪、探听和传递有利于犯罪实施的信息、窝赃等行为。这些辅助行为都不属于直接实行刑法分则性规范所规定的行为。需要特别指出的是，要将传授犯罪方法罪作为特例来对待。传授犯罪方法，按照共同犯罪来处理，一般属于起次要作用的犯罪分子。由于刑法已经将其规定为一个独立的罪名，就不能再将其认定为某种共同犯罪的从犯。

对从犯的处罚原则，是应当从轻、减轻或者免除处罚。

原刑法对从犯的处罚原则中规定“比照主犯从轻、减轻或者免除处罚。”现行刑法已经取消了“比照主犯”的规定。

（三）胁从犯及其刑事责任

按照《刑法》第28条的规定：“被胁迫参加犯罪的”是胁从犯。

被胁迫犯罪，是指行为人不愿意参加犯罪，但由于受到威胁、逼迫才参加犯罪。胁从犯知道是犯罪行为，为使自己避免遭受现实的危害而决定参加犯罪，这是其在意志自由情况下选择的结果，因此其行为应当承担刑事责任。

被诱骗参加犯罪的，因为缺乏犯罪的故意，不能认定为胁从犯。

对胁从犯的处罚原则，是“应当按照他的犯罪情节减轻处罚或免除处罚。”

（四）教唆犯及其刑事责任

《刑法》第 29 条第 1 款规定：“教唆他人犯罪的”是教唆犯。换言之，教唆犯是指制造他人犯罪意图或促使他人下犯罪决心的人。

教唆犯的成立，必须具备以下两个条件：

1. 主观上，行为人具有使他人产生犯罪意图或使他人已有的犯罪意图坚定并付诸实施的故意；

2. 在客观方面，具有教唆他人犯罪的教唆行为。

在认定教唆行为的时候，应当注意以下几点：

1. 教唆的内容必须是唆使他人实行具体犯罪；
2. 教唆的对象必须是具体个人或者具体的多数人；
3. 教唆行为与被教唆人所实施的犯罪存在刑法上的因果关系；
4. 教唆行为只有积极的作为的形式。

我国刑法上的教唆犯，既有共同犯罪的性质，又有单独犯罪的性质。因此，在教唆未遂的情况下，教唆犯仍然单独成立。

教唆犯的刑事责任，《刑法》第 29 条对三种情况作了具体规定：

1. 被教唆人犯了被教唆的罪，对教唆犯应当按照教唆犯在共同犯罪中所起的作用进行处罚；

2. 教唆不满 18 周岁的人犯罪的，应当从重处罚；

3. 如果被教唆人没有实施被教唆的罪，对于教唆犯可以从轻或者减轻处罚。这种情况相当于犯罪未遂，所以按照未遂犯的处罚原则，对教唆犯可以从轻或减轻处罚。

第三节 不构成共同犯罪的几种情况

为了准确理解共同犯罪的概念，有必要将具有某些共同特点的犯罪与刑法上的共同犯罪认真进行区分。下列各种情况，不构成共同犯罪：

1. 二人以上共同过失犯罪，不构成共同犯罪。《刑法》第 25 条规定：“二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”

2. 同时犯不构成共同犯罪。同时犯是指二人以上没有共同犯罪故意，各自实施侵犯同一对象的犯罪。在这种情况下，由于没有共同故意，不构成共同犯罪。即使他们对同一犯罪有相同的犯罪故意，由于二人缺乏意思联络，也不构成共同犯罪。

3. 间接正犯不构成共同犯罪。间接正犯是利用无责任能力者或无罪过者来实现自己的犯罪意图的犯罪者。在这种情况下，由于被利用人不具备犯罪主体的主体资格，所以不能构成共同犯罪。

4. 超出共同故意范围的犯罪，不成立共同犯罪。在共同犯罪过程中，其中有的犯罪人实施了超出共同犯罪故意范围，又实施了其他犯罪的，其所单独实施的犯罪，不构成共同犯罪。

5. 行为上有联系，但事先没有通谋的窝藏、包庇、窝赃、销赃行为，不构成共同犯罪，应分别情况单独定窝藏、包庇、窝赃、销赃罪。

6. 片面共犯，不构成共同犯罪。片面共犯是指两个以上故意犯罪人中，一方有意暗中帮助、配合另一方实施犯罪，但彼此由于没有意思联络，被帮助的一方不知道受到了另一方的帮助。在这种情况下，理论上称之为片面共犯，意思是指单方面有实施同一犯罪的故意，而与另一方的犯罪故意没有意思联络。这种故意，缺乏双方共同性，即不具有刑法意义上的共同故意，其行为也不构成共同犯罪。

第七章 刑罚概说

第一节 刑罚的概念和目的

一、刑罚的概念

刑罚是由国家最高立法机关在刑法中确定的，由人民法院依法对犯罪分子适用并由专门机构执行的最为严厉的国家强制措施。

刑罚具有如下几个特征：

（一）刑罚是强制措施

强制措施，是以强迫手段作为影响人们行为的方法，并与剥夺、限制某种权利等消极的法律后果相联系。刑罚在国家强制措施体系中，是最为严厉的一种，它是实现刑事责任的主要方式。

（二）刑罚是刑法所规定的强制措施

强制措施多种多样，如民事强制措施、行政强制措施等。刑罚作为犯罪的法律后果规定在刑事法律之中，它与犯罪相联系，并作为犯罪的法律后果与犯罪保持对应关系。

（三）刑罚只能由人民法院依法适用

依照我国法律规定，人民法院是国家审判机关，审判权由人民法院独立行使。因此，除人民法院之外，任何机关、团体和个人都无权对公民适用刑罚。人民法院在适用刑罚的时候必须依法适用，即依照我国刑法和刑事诉讼法的规定来适用。

（四）刑罚只能适用于犯罪人

刑罚只能对实施了犯罪行为依法应当追究刑事责任的人适用。对任何无罪的公民，不能适用刑罚。

（五）刑罚由专门机构来执行

刑罚不仅由人民法院适用，而且由专门机构来执行。这些机构是公安机关、监狱或其他劳动改造场所、拘役所等机构。

二、刑罚的目的

刑罚的目的是国家制定刑罚、适用和执行刑罚所希望达到的结果。

刑罚的目的，无论对于刑罚体系的确立，还是对刑罚适用与执行，都有重要指导意义。在立法过程中刑罚种类、体系的确立；在适用刑罚过程中选择刑种、确定制度；在执行过程中行刑方式、内容和制度都必须与刑罚的目的相符合。

我国刑罚的目的是预防犯罪，包括特殊预防与一般预防两类。

（一）特殊预防

特殊预防是指通过对犯罪分子适用刑罚，以防止他们再次犯罪。

通过对犯罪分子适用刑罚、执行刑罚，剥夺限制其自由或其他权利，使其遭受一定的痛苦，受到一定的损失，从而体现出对他们的惩罚。对大多数犯罪分子，通过惩罚，强迫他们劳动，进行思想改造，使他们成为守法公民，从而达到预防犯罪的目的；对少数不堪改造或不接受改造的犯罪分子，剥夺他们继续犯罪的条件，从而达到预防他们再进行犯罪的目的。

（二）一般预防

一般预防是指国家通过制定、适用和执行刑罚，警戒社会上不稳定的分子，防止他们走上犯罪道路。

一般预防的目的，通过警戒社会不稳定分子不要以身试法和发动群众同犯罪作斗争来实现。

一般预防的目的，通过刑罚的制定、适用和执行，明确哪些行为属于犯罪，应当受到刑罚处罚，以对社会上的不稳定的分子起到警戒和抑制作用，从而防止犯罪发生，达到预防犯罪的目的。

一般预防的目的，还通过制订、适用、执行刑罚，使广大人民群众增强法律意识，提高法制观念，教育他们自觉同犯罪做斗争来实现。换句话说，就是通过提高同犯罪作斗争的主体的法制观念，鼓励他们敢于同犯罪作斗争来达到预防犯罪的目的。

（三）特殊预防与一般预防的关系

将刑罚目的分为特殊预防与一般预防是对我国刑罚目的的理论分析，但是，就其实际情况而言，二者密不可分。但是，在刑罚目的的实现过程中特殊预防与一般预防的侧重点方面，可能有所不同。

1. 在刑罚创立阶段所追求的目的，应当坚持一般预防与特殊预防并重。因为在刑罚创制阶段，立法者首先要考虑防卫社会的生存条件不受侵犯，这就需要兼顾特殊预防与一般预防的需要。刑罚种类、刑罚体系、刑罚制度和刑法分则法定刑的确立，为刑罚目的实施轨迹作了总体规划。这是实现刑罚目的总的依据。我们不应当在刑法所规定的刑种、刑罚体系、刑罚制度、刑法分则所确定的罪刑关系之外去追求法律之外的目的。

2. 由于刑法总则将罪刑法定和罪刑相适应的原则确立为刑法的基本原则，因此，在刑法适用阶段，就只应考虑特殊预防。只要按照罪刑相适应原则正确依法定罪量刑，就会在特殊预防实现的同时，实现一般预防的目的。不应为追求一般预防的目的，而加重或减轻行为人应判处的刑罚。如果允许执法人员在刑事立法之外追求一般预防的目的，就会引导人们走上破坏法制的道路。刑法规定了自首、累犯等从轻、从重的法定情节，规定了缓刑制度，使刑罚适用有一定的灵活性。但这种灵活性受到罪刑法定和罪刑相适应原则的制约。因此，认为在适用刑罚阶段应将一般预防与特殊预防并重的观点，值得重新思考。在适用刑罚阶段，一般预防目的是附带特殊预防而实现的。

3. 在刑罚执行阶段，应以特殊预防为主，兼顾一般预防。在刑罚执行阶段，执行机关必须依法执行原判刑罚，原判刑罚是根据特殊预防的目的而确定的，因此，执行阶段，应以追求特别预防为主，即应通过执行刑罚，使这些犯罪分子不再进行犯罪或不能再进行犯罪。但是，我国刑法又规定了减刑、假释制度，使刑罚的执行有一定灵活性，在执行过程中，允许对一些具备法定条件的犯罪分子实行减刑或假释。如果不考虑一般预防的目的，就可能无限制减刑，无条件假释。勿庸讳言，无限制减刑，无条件假释，对预防犯罪不利。在这种情况下，社会上的不稳定分子就会感到刑罚不足惧，从而影响一般预防目的的实现。为此，刑法规定，减刑以后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期 $1/2$ ，判处无期徒刑的不能少于 10 年，假释只能适用于已经执行 $1/2$ 以上刑期的犯罪分子，和已经执行 10 年以上的判处无期徒刑的罪犯。减刑、假释无论从法律规定还是从司法实践来看，都是“灵活有度”，这正体现了特殊预防与一般预防，相互联系又相互制约的关系。二者的统一，才能达到刑罚预防犯罪的目的。

刑罚的目的与刑罚的属性是两个不同的概念。刑罚具有惩罚犯罪的属性，因此，它具有惩罚的机能。刑罚目的的实现，离不开刑罚的惩罚性。不

通过惩罚，犯罪分子难以回心向善，也难以起到警戒作用。但是，惩罚不是目的，不应当将刑罚的目的与刑罚的属性相混淆。

第二节 刑罚的体系和种类

一、刑罚体系的概念

刑法的体系，是刑法所规定的，由人民法院对犯罪分子适用的并按照一定次序排列的各种刑罚方法的总和。

刑法体系具有如下特征：

(1) 刑罚体系只能由刑法加以规定，任何其他法律都不能规定刑罚的种类及其适用制度；

(2) 刑罚体系内所包括的各种刑罚方法，只能由人民法院依法对犯罪分子适用；

(3) 刑法体系是由各种刑罚方法按一定次序排列的总和。各种刑罚方法的确定和轻重相衔接的顺序的安排要与惩罚犯罪的实际需要相吻合。在这种刑罚体系中，各种刑罚方法的性质和内容应当各不相同，彼此不能替代，轻重相接，轻重相济，排列有序构成一个整体。我国刑法上所规定的刑罚体系，由主刑和附加刑两部分组成。主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑；附加刑包括罚金、剥夺政治权利、没收财产、驱逐出境。

二、刑罚的种类

(一) 主刑

主刑是对犯罪分子适用的主要的刑罚方法。主刑只能独立适用，不能附加适用，即一个罪不能同时判处两种或两种以上的主刑。这种刑罚就是主刑。根据我国刑法的规定，主刑有五种，即管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑。

1. 管制。管制是对犯罪分子不实行关押，但限制其一定自由，由人民法院判决后，在公安机关管束和人民群众监督之下，在原单位或居住地进行改造的刑罚。管制的特点表现在以下几个方面：

(1) 对犯罪分子不实行关押，不剥夺其人身自由，而只是限制其一定自由；

(2) 被管制的犯罪分子虽然有人身自由，但他必须遵守法律法规，服从监督，在原单位或居住地接受公安机关的管束和人民群众的监督；

(3) 管制由人民法院判处，交公安机关执行；

管制的适用对象，根据我国刑法的规定，主要适用于罪行较轻，可不予关押的危害国家安全的犯罪分子和其他刑事犯罪分子。

管制的执行机关，根据我国刑法的规定，管制的执行机关是公安机关。公安机关应当根据人民法院的判决，向被判处管制的犯罪分子原所在单位或居住地的群众，宣布被管制人的罪行，管制期限，是否剥夺政治权利和在管制期间必须遵守的规定。被管制分子因其表现需要减刑的，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书，由人民法院组成合议庭进行审理，予以裁定。对于在管制期间发现漏罪或又犯新罪的，由执行机关移送人民检察院按刑事诉讼程序处理。

被判处管制的犯罪分子必须遵守以下规定：

(1) 遵守法律、法规，服从监督；

(2) 未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；这表明公安机关对于没有根据《刑法》第 56 条附加剥夺政治权利的被管制的犯罪分子，也可以限制其部分政治权利。

- (3) 按照执行机关的规定，报告自己的活动情况；
- (4) 遵守公安机关关于会客的规定；
- (5) 离开所居住的市、县或者迁居，应当报请执行机关批准。

对被判处管制的犯罪分子的待遇有以下几点规定：

- (1) 对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应当同工同酬。
- (2) 被管制的犯罪分子“不能外出经商”。在管制期间，若原所在单位确有特殊情况不能安排工作的，在不影响对其实行监督考察的情况下，经工商管理部批准，可以在常住户口所在地自谋生计；家在农村的，亦可就地从事或承包一些农副业生产。

(3) 管制期满，执行机关应即向本人和其所在单位或居住地的群众宣布解除管制。

管制的期限：管制期限为3个月以上，2年以下，数罪并罚时，不能超过3年。管制的刑期从判决执行之日起开始计算；判决执行前先行羁押的，羁押一日折抵刑期二日。

2. 拘役。拘役，是短期剥夺犯罪分子的人身自由，就近实行劳动改造的刑罚方法。拘役有以下特点：

- (1) 短期剥夺犯罪分子人身自由，是剥夺人身自由刑中最轻的一种；
- (2) 由人民法院判处，由公安机关执行，就近执行，参加劳动的可以适当发给报酬；

(3) 拘役执行期间，被判处拘役的犯罪分子，每月可以回家1至2天。拘役的适用对象是罪行较轻，但仍需要短期关押的犯罪分子。

拘役的期限是1个月以上，6个月以下，数罪并罚最高不能超过1年。

拘役与行政拘留的不同：

(1) 法律性质不同，拘役是刑法规定的一个刑种，行政拘留是《治安管理处罚条例》规定的一种行政强制措施；

(2) 适用对象不同，拘役适用于犯罪分子，行政拘留适用于违反《治安管理处罚条例》的行政违法人员；

(3) 适用机关不同，拘役由人民法院适用，行政拘留由公安机关适用；

(4) 期限不同，拘役为1个月以上6个月以下，数罪并罚时不能超过1年，行政拘留为1日以上15日以下。

拘役与刑事拘留的不同：

(1) 法律性质不同，拘役是刑法上规定的一个刑种；刑事拘留是刑事诉讼法上所规定的一种强制措施；

(2) 适用对象不同，拘役适用于判决确定的犯罪分子，刑事拘留适用于未经判决的现行犯或重大犯罪嫌疑分子；

(3) 适用机关不同，拘役由人民法院适用，刑事拘留由公安机关、检察机关适用；

(4) 适用条件不同，拘役适用于犯罪事实已经查清的犯罪分子，而刑事拘留，是公安机关在紧急情况下依法临时限制现行犯或重大犯罪嫌疑分子人身自由的一种强制措施。它是在紧急情况下，来不及办理逮捕手续，为防止现行犯罪分子或重大犯罪嫌疑分子逃避侦查、审判或继续进行犯罪活动而采取的措施；

(5) 期限不同，拘役期限为1个月以上6个月以下，数罪并罚不超过1年，刑事拘留从限制人身自由开始算起，最多可延长至30日。

拘役与民事拘留也不同：民事拘留是司法行政性质的，是由民事诉讼法规定的强制措施，只适用于具有某种法定情节又不构成犯罪的民事诉讼参与人或其他人。二者在法律性质、适用对象、期限等方面均有所不同。

3. 有期徒刑。有期徒刑是对犯罪分子剥夺一定期限的自由，实行强迫教育改造的刑罚方法。这是一种在我国刑法中适用频率最高的刑种。

有期徒刑的期限为6个月以上15年以下，在数罪并罚的情况下，最高不能超过20年，死缓减为有期徒刑的，最高也不能超过20年。有期徒刑的刑期从判决之日起计算，判决以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日。

有期徒刑与拘役的区别表现在以下几个方面：

(1) 适用对象不同，有期徒刑适用于罪行比较严重的犯罪分子，拘役适用于罪行较轻的犯罪分子；

(2) 期限不同，有期徒刑期限长，起点高，幅度大，拘役期限短，起点低，幅度小；

(3) 执行场所和待遇不同，有期徒刑在监狱或其他改造场所执行，服刑期间不许回家，拘役就近执行，一个月可以回家1至2天；被判处有期徒刑的犯罪分子参加劳动是无偿的，被判处拘役的犯罪分子参加劳动的，酌量发给报酬；

(4) 法律后果不同，被判处有期徒刑的罪犯，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在5年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚的，构成累犯，拘役不产生这样的法律后果。

4. 无期徒刑。无期徒刑是对犯罪分子剥夺终身自由、实行强迫教育改造的刑罚方法。

无期徒刑适用于罪行严重，但又没有必要判处死刑的犯罪分子，为了不再危害社会就要使其永久与社会隔离，但这并不意味着一旦被判处无期徒刑，犯罪分子就永远再也不能恢复自由。犯罪分子在服刑期间，如果真诚悔改、认罪服法、改恶从善、积极劳动仍然可以通过减刑、假释重获自由。

无期徒刑与有期徒刑都是剥夺犯罪分子人身自由的刑罚，二者的区别有以下几点：

(1) 适用对象不同，无期徒刑适用于罪行严重的犯罪分子，有期徒刑适用于罪行比较严重或较轻的犯罪分子；

(2) 严厉程度不同，无期徒刑是剥夺自由刑中最严厉的一种；

(3) 期限有所不同，无期徒刑剥夺犯罪分子终身自由，有期徒刑只剥夺其6个月以上15年以下的自由，数罪并罚最高不超过20年。

5. 死刑。死刑是剥夺犯罪分子生命的刑罚方法。是我国刑法所规定的最为严厉的刑种。

我国对于死刑的方针是，既不废除死刑，又要严格限制死刑的适用。

我国在刑法上规定死刑的同时，又对限制死刑的适用，作了如下规定：

(1) 从死刑适用对象作严格限制。《刑法》第48条规定：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”刑法分则对死刑的适用条件也作了“危害特别严重”、“情节特别恶劣”的规定。

(2) 从犯罪主体上严格限制。《刑法》第49条规定：“犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。”这一规定表明对不满18周岁的人犯罪的，一律不适用死刑，对审判时怀孕的妇女也一律不适用死刑。在这里一律不适用死刑包括既不判处死刑立即执行，也不判处死刑缓

期二年执行。这里所指的 18 周岁，应以公历实足年龄计算，即从过了 18 岁生日的次日起算。

(3) 从死刑复核程序上严格限制。《刑法》第 48 条第 2 款规定：“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。”《人民法院组织法》第 13 条规定：“杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑的案件的核准权，最高人民法院在必要的时候，得授权省、自治区、直辖市高级人民法院行使。”

(4) 规定了判处死刑缓期 2 年执行制度，即死缓制度。《刑法》第 48 条规定：“对于判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期 2 年执行。”这就是我国刑法对于死刑适用所规定的死缓制度。

死缓的适用条件有二：一是罪当处死，二是是不是必须立即执行死刑；

对死缓的核准权，《刑法》规定：“死刑缓期执行的，由高级人民法院判决或核准。”

对死缓 2 年期满之后的处理，《刑法》第 50 条规定：“判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2 年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，2 年期满以后，减为 15 年以上 20 年以下有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。”这一规定表明，在 2 年期满之后，只要未犯故意之罪，即可减为无期徒刑或 15 年以上 20 年以下有期徒刑；只要有故意犯罪，不管 2 年是否期满，都可以由最高人民法院依法核准执行死刑。

对死缓期间的计算，《刑法》第 51 条规定：“死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算。死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。”这一规定表明死缓判决确定之前的羁押时间，不计入缓期 2 年期限之内；缓期 2 年期满后至裁定减刑为有期徒刑之日前关押天数，计算在减刑后的有期徒刑的刑期内，即无论何时裁定减为有期徒刑，有期徒刑的刑期都自死缓期满之日起计算。这一规定体现了保障人权的法制精神。

(二) 附加刑

附加刑是既可以独立适用又可以附加适用的刑罚方法。即对同一犯罪行为可以在主刑之后附加判处一个或两个以上的附加刑，也可以独立判处一个或两个以上的附加刑。

《刑法》所规定的附加刑有以下几种：

1. 罚金。罚金是人民法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。

对罚金的数额，《刑法》第 52 条规定：“判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。”刑法分则采用了规定最高罚金数额和规定根据违法所得数额或犯罪所涉及的数额的倍数或者百分比决定罚金数额两种模式，即采用限额罚金制和倍比罚金制两种模式，以此来确定罚金数额。

罚金的执行，可以依下列五种方式缴纳罚金：

(1) 限期一次缴纳；

(2) 限期分期缴纳；

(3) 强制缴纳，期满不缴纳的，可以强制缴纳；

(4) 追缴缴纳，对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应随时追缴；

(5) 减少或免除缴纳，如果由于遭受不能抗拒的灾祸缴纳确有困难的，可以酌情减少或免除。

2. 剥夺政治权利。剥夺政治权利是剥夺犯罪分子参加国家管理和政治活动权利的刑罚方法。

《刑法》第 54 条所规定的政治权利，包括以下内容：

- (1) 选举权和被选举权；
- (2) 言论、出版、集会、结社、游行、示威自由权利；
- (3) 担任国家机关职务的权利；
- (4) 担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

剥夺政治权利既可以单独适用也可以附加适用。在独立适用时，是作为一种轻刑，它可以根据刑法分则的规定而独立适用；在附加适用时，通常作为严厉的刑罚适用于重罪。《刑法》第 56 条规定：“对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利；对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。”

剥夺政治权利的期限：

- (1) 判处死刑、无期徒刑的，剥夺政治权利终身；
- (2) 判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制期限相等；
- (3) 原判处死刑缓期 2 年执行减为有期徒刑或者无期徒刑，或者无期徒刑减为有期徒刑的，附加剥夺政治权利的期限相应改为 3 年以上 10 年以下；
- (4) 独立适用剥夺政治权利或者判处有期徒刑、拘役而附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限为 1 年以上 5 年以下。

剥夺政治权利的刑期起算：

(1) 主刑是死刑（包括死缓）、无期徒刑而附加剥夺政治权利的，从判处死刑（含死缓）、无期徒刑宣告附加剥夺政治权利的判决或裁定发生法律效力之日起开始。死缓减为有期徒刑，或者无期徒刑减为有期徒刑时，剥夺政治权利的期限依法相应减为 3 年以上 10 年以下，其剥夺政治权利的刑期应当从减刑后的有期徒刑到执行完毕之日或者假释之日起算。在有期徒刑执行期间，当然也不能享有政治权利；

(2) 主刑是管制的，附加剥夺政治权利的刑期计算，从判决之日起与主刑同时起算，同时执行，管制期满解除管制，政治权利同时恢复；

(3) 独立适用剥夺政治权利的，从判决确定之日起执行；

(4) 主刑是有期徒刑、拘役的，附加剥夺政治权利的刑期起算，从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起算，剥夺政治权利的效力，当然适用于主刑执行期间。需要指出的是，被判处有期徒刑、拘役、管制而没有附加剥夺政治权利的，仍应享有政治权利。依照《全国人民代表大会常务委员会关于县级以下人民代表大会代表直接选举的若干规定》，应准许他们行使选举权。被判处管制而未附加剥夺政治权利的，对于行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由权利要经过公安机关批准。否则，不得行使这项民主权利。

3. 没收财产。没收财产是将犯罪分子个人所有财产的一部或全部没收的刑罚方法。

没收财产的范围，根据《刑法》第 59 条的规定，可以没收其一部或全部。只准没收属于犯罪分子个人所有的财产，不得没收犯罪分子家属所有或应有

的财产，并且应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。

没收财产的对象，主要是危害国家安全的犯罪，生产、销售伪劣商品的犯罪、走私罪、伪造国家货币或者贩运伪造国家货币罪、金融诈骗罪、贪污罪、受贿罪等。

没收财产前犯罪分子的正当债务，需要用没收的财产偿还的，经债权人请求，查明属实后应当偿还。偿还这种债务必须具备以下四个条件：

- (1) 必须是犯罪分子在其财产被没收之前所负债务；
- (2) 必须是正当债务；
- (3) 必须经债权人提出请求并查证属实；
- (4) 只限于在没收财产的数额内偿还。

没收财产与《刑法》第 64 条规定的“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔”、“违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收”是不同的。前者被称为一般没收，属于刑罚的一种；后者对违禁品、供犯罪所用的本人财物的没收，被称为特种没收，这部分财物在一般情况下具有证据作用。对于非法占有的财物予以追缴或责令退赔，是因为犯罪分子无权占有这些财物，查明物主的要归还物主，使国家、集体或公民合法财物恢复原状。无法查明物主的，上交国库。

4. 驱逐出境。驱逐出境是将犯罪的外国人或无国籍人，逐出我国国、边境的刑罚方法。

驱逐出境只对于犯罪的外国人或无国籍人适用。

驱逐出境既可以独立适用，也可以附加于主刑之后适用。如果作为附加于主刑之后附加适用的，要待主刑执行完毕，才能执行驱逐出境。

刑法上所规定的驱逐出境与《中华人民共和国外国人入境出境管理法》所规定的驱逐出境不同，具体表现在以下几个方面：

- (1) 法律性质不同，前者是刑罚方法，后者是行政措施；
- (2) 适用对象不同，前者适用于犯罪的外国人，后者适用于违反我国外国人入境出境管理法规的外国人；
- (3) 适用机关不同，前者由人民法院适用，后者由公安机关做出决定。

第三节 非刑罚处理方法

非刑罚处理方法是对于犯罪分子判处刑罚以外的其他方法的总称。

《刑法》第 36 条、第 37 条规定的非刑罚处理方法共三类：

一、判处赔偿经济损失或责令赔偿损失

这两种方法都是刑事附带民事的强制处分，是令犯罪人给被害人所造成的经济损失以一定赔偿的处理方法。前者适用于被判处刑罚的犯罪分子，后者适用于犯罪情节轻微，不需要判处刑罚而免于刑事处罚的犯罪分子。

二、训诫、责令具结悔过及赔礼道歉

以下是适用于免于刑事处罚者的几种教育方法。

训诫是对其当庭进行公开谴责的一种教育方法。

责令具结悔过是责令其用书面方式，保证悔改、不再重犯的一种教育方法。

责令赔礼道歉是责令其承认错误、向被害人表示歉意的一种教育方法。

三、由主管部门予以行政处罚或者行政处分

这是人民法院根据案情向被告人所在单位提出行政处分的建议，由主管部门给予被告人以一定的行政处罚或者行政处分。至于如何进行行政处罚或行政处分，人民法院只能建议，不能直接作出决定。

判处赔偿经济损失的，必须是被害人的经济损失与犯罪行为存在因果关系，并且行为人必须被判处刑罚的。承担民事赔偿责任的犯罪分子，如果同时被处罚金，或者被判处没收财产的，其财产不足以全部支付的，应当首先承担对被害人的民事赔偿责任。这是《刑法》第 36 条所确立的民事赔偿优先的原则，即在刑事责任、民事责任竞合而且犯罪分子的财产不足以全部支付的情况下，民事赔偿优先。

训诫、责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失、建议由主管部门予以行政处罚或者行政处分的，必须是行为已构成犯罪，但又可以免于刑事处罚，且又需要给予适当处理的才可以适用。

非刑罚处理方法与刑罚方法互相配合，有利于维护法制的严肃性和妥善处理社会矛盾，体现了惩罚与保护相结合的立法精神。虽然这些非刑罚方法不具有刑事法律的性质，但对于刑法任务的完成有重要的补充作用。

第八章 刑罚裁量

第一节 刑罚裁量的概念和基本原则

一、刑罚裁量的概念

刑罚裁量，是指人民法院对于犯罪分子的犯罪行为，依法裁量决定或免除刑罚的活动。裁量刑罚是在查清犯罪事实的基础上，依法决定对犯罪行为是否需要判处刑罚，判处何种刑罚，判多重的刑罚的活动。

我国人民法院对于刑事审判工作的基本要求是，事实清楚，证据确凿，定性准确，量刑适当，程序合法。量刑适当是指量刑轻重适度，做到轻罪轻判，重罪重判，罪刑相当。

量刑适当，有利于保证刑法任务的完成，有利于实现适用刑罚所追求的预防犯罪的目的；

量刑适当，会有效地维护社会主义法制的尊严和人民法院判决的严肃性和权威性；

量刑适当，可以准确惩罚犯罪，有利于教育犯罪分子认罪服法。

二、量刑的基本原则

量刑的基本原则是整个审判活动必须遵循的基本准则。《刑法》第 61 条所规定的量刑的基本原则是：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”这一基本原则是我国在长期审判实践中总结出来的“以事实为根据、以法律为准绳”的审判方针的具体体现，也是“以事实为根据，以法律为准绳”的审判方针的经验总结。我国刑法所规定的量刑的基本原则主要包括两项内容。

（一）量刑必须以事实为根据

犯罪事实是量刑的客观基础，没有犯罪事实也就谈不上量刑。因此，我们必须对犯罪事实所包括的各项内容进行深入研究。

犯罪事实有广义、狭义之分，广义的犯罪事实包括犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度四个方面，狭义的犯罪事实是指构成犯罪的各种情况的总和，它由构成犯罪所必须的各种犯罪构成要件所组成。人民法院对犯罪分子的犯罪行为进行量刑的时候，必须实事求是地查明犯罪事实。

犯罪的性质，是指犯什么罪，应当以什么罪名定罪。犯罪的性质是确定重罪轻罪、此罪彼罪的重要依据。在我国刑法中，犯罪构成是承担刑事责任的基础，因此，研究犯罪性质离不开犯罪构成。犯罪性质作为立法者和司法工作人员的一种价值判断是对各种不同的犯罪构成的质的说明。如同是非法占有他人财物，抢劫罪的性质比侵占罪的性质严重；同是剥夺他人生命、过失致人死亡比故意杀人的性质要轻。犯罪性质之所以被列为量刑基本原则的具体内容，是因为在定罪量刑的时候，都必须受刑法通过犯罪构成所确立的价值判断的体系的制约。准确认定犯罪的性质就是准确认定犯罪的类别和具体罪名，性质不同的犯罪所判处的刑罚的轻重也应不同。

犯罪的情节是符合犯罪构成必要要件的基本事实之外的，其他会影响社会危害程度的各种具体事实情况。相同的犯罪，由于情节不同，社会危害性大小也不同。因此，所判刑罚也应当有所不同。如同是强奸罪，但手段、后果各有不同，在量刑的时候也应当区别对待。只有区别对待，才能罚当其罪。

我们研究犯罪情节，不仅对于相同性质的犯罪的正确量刑有意义，而且对于贯彻刑事政策有重要意义。如对累犯从严，对自首、立功从宽体现了宽严相济的刑事政策。我们在依法定情节不同而区别对待的同时，贯彻了党和国家的刑事政策。

犯罪行为对社会的危害程度，是指犯罪行为已经对社会造成或者可能造成的损害。相同性质的犯罪行为的现实的社会危害性并不完全相同，如同是故意伤害罪，有的致人重伤，有的致人死亡；如同是没有出现死亡结果的故意杀人罪，犯罪中止与犯罪未遂的社会危害性各不相同。全面掌握影响犯罪行为社会危害性的各种主、客观因素，对于正确量刑有十分重要的意义。我们在分析犯罪行为的社会危害性的时候，必须坚持主客观相统一的原则，既要考察犯罪行为在客观上已经造成或者可能造成的危害，又要考察行为人的主观恶性，全面考察犯罪的事实、性质、情节，还要考察当时国家的政治、经济形势、社会治安状况等，进行综合判断。只有这样，我们才能做到量刑适当。

（二）裁量刑罚必须依照刑法的规定

我国《刑法》第 61 条明确规定，量刑要“依照本法的有关规定判处。”对此，要注意以下几点：

1. 刑法分则性规定，要在刑法分则所确定的刑种和量刑幅度内来确定应当判处的刑罚；

2. 刑法总则关于量刑法定情节的规定。如从轻、从重、减轻、免除处罚的规定。

3. 刑法总则有关刑罚方法适用范围、适用制度的规定。如：我国刑法总则规定，对于犯罪时不满 18 周岁的人和审判时怀孕的妇女，不适用死刑；对于累犯不得宣告缓刑；对于危害国家安全的犯罪分子，应当附加剥夺政治权利；对于被判处死刑、无期徒刑的罪犯，应当剥夺政治权利终身等，量刑时都必须遵照执行。

我们在依法裁量刑罚的时候，要把刑法典的规定与专门刑法、附属刑法统一起来考虑；要把总则性规定与分则性规定统一起来考虑。因此，我们在判处刑罚的时候，在判决书上所引用的刑法条文必须全面而准确。

第二节 刑罚裁量的情节

刑罚裁量情节，是指人民法院在对犯罪分子量刑时，作为决定判处刑罚轻重或免除处罚所根据的各种情况。我国在司法实践中，影响量刑的情节分为两类，即法定情节和酌定情节。

一、法定情节

法定情节，是刑法明文规定的刑罚裁量情节。其中包括总则规定的，对各种犯罪共同适用的和刑法分则规定的对特别犯罪适用的情节。我国刑法所规定的法定情节共四种，即从重、从轻、减轻、免除处罚。

从重处罚是指在法定刑幅度内，对犯罪分子适用相对较重的刑种或者相对较长的刑期。

从轻处罚是指在法定刑幅度内，对犯罪分子选择适用相对较轻的刑种或相对较短的刑期。

从轻、从重的标准是：在不考虑从轻或从重的情况下，根据该犯罪行为的事实、性质、情节及对社会的危害程度，该当判处的刑罚，并以此为基础，在法定刑的种类和幅度内，决定判处较轻或较重的刑罚。那种以法定刑幅度的中心线作为从轻或从重的标准，是不正确的。因为某些犯罪，即使在中心线以下判处刑罚也属于过重，相反亦然。

减轻处罚是指在法定刑以下判处刑罚。减轻处罚情节分为两种情况：一种是法律明文规定的减轻处罚的情节，另一种是犯罪分子不具备法定的减轻处罚情节，但是根据案件的具体情况判处法定最低刑仍然过重的，也可以减轻处罚。为避免适用减轻处罚的随意性，《刑法》第63条第2款规定，“经最高人民法院核准”才可以减轻处罚。

免除处罚是指对犯罪分子作有罪宣告，但免除其刑罚处罚。免除处罚是以行为人的行为已构成犯罪，应受刑事处罚为前提条件的，只是因为情节轻微，不需要判处刑罚，或存在其他免除处罚的情节，才免除处罚。对于免除处罚的犯罪分子，可以适用非刑罚方法，以妥善处理由于犯罪行为所引起的各种矛盾。

上述四种情节，从对量刑影响力的大小的角度又分为应当从重、应当从轻、应当减轻、应当免除处罚的情节和可以从重、可以从轻、可以减轻、可以免除处罚的情节。前者是绝对的，人民法院量刑时必须严格执行，否则即属违法；后者是相对的，由人民法院酌情选择适用。

二、酌定情节

酌定情节是指法律没有明文规定，由人民法院根据立法精神和审判实践，灵活掌握的、对量刑有影响的事实情况。这些情节也有四种，即酌情从重、酌情从轻、酌情减轻、酌情免除。对于不具备法定减轻处罚的犯罪分子，《刑法》第63条规定根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处；对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，《刑法》第37条规定可以免于刑事处罚。由此可见，在酌定情节中应当包括酌情减轻、酌情免除处罚的情节。在司法实践中，酌定情节通常表现为以下几种形式：犯罪动机、犯罪目的、犯罪手段、犯罪人的一贯表现、犯罪后果、被害人是否有过错、犯罪后的态度等等。

酌定情节法律没有明文规定，但在量刑时不是无足轻重的小事。对这些酌定情节处理不当，就会使判决背离其社会伦理基础，产生不良的社会效果，

也不利于犯罪分子认罪服法。

第三节 累犯、自首和立功

一、累犯

累犯是指被判处一定刑罚，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在一定期限内或者在任何时候，再犯应当判处一定刑罚之罪或某一特定犯罪的犯罪分子。

累犯是一种法定从重处罚的情节。

根据《刑法》第 65 条、第 66 条的规定，累犯分为一般累犯和危害国家安全罪累犯。

（一）一般累犯

一般累犯是指被判处有期徒刑以上刑罚之故意犯罪的，刑罚执行完毕或者赦免以后，在 5 年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之故意犯罪的犯罪分子。

一般累犯的构成条件有三条：

1. 前罪和后罪都是故意犯罪。如果前罪后罪是两个过失犯罪或者一个是过失犯罪，另一个是故意犯罪，不构成累犯；
2. 前罪和后罪判处的刑罚，都是有期徒刑以上之刑罚；
3. 后罪发生在前罪刑罚执行完毕或赦免以后的 5 年以内。后罪必须发生在前罪刑罚执行完毕或赦免以后，后罪如果发生在前罪刑罚执行期间，应按数罪并罚原则处理。“5 年以内”的期限的起算，已经执行刑罚或者被赦免的犯罪分子，从刑罚执行完毕或赦免之日计算；被假释的犯罪分子，从假释期满之日起计算。

（二）危害国家安全罪累犯

危害国家安全罪累犯是指一切犯危害国家安全罪，在刑罚执行完毕或赦免以后，又犯危害国家安全罪的犯罪分子。

危害国家安全罪累犯的构成条件有两条：

1. 前罪和后罪都必须是危害国家安全罪。如果前罪或后罪中，只有一个是危害国家安全罪，则按照一般累犯的条件，确定是否构成累犯；
2. 后罪发生在前罪刑罚执行完毕或赦免以后的任何时候。前罪和后罪之间没有时间限制条件，但是，必须在前罪刑罚执行完毕或赦免以后，如果发生在前罪刑罚执行期内应按数罪并罚原则处理。前罪和后罪所判刑罚的种类和轻重，对于危害国家安全罪累犯的构成也不发生影响。

根据《刑法》第 65 条规定，累犯的处罚原则是应当从重处罚。

二、自首

自首是指犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的行为。

自首是我国刑法所规定的一项制度，也是一个重要的量刑法定情节。

自首的构成条件：

（一）自动投案

在通常情况下，自动投案是犯罪分子主动、直接向公安、检察或者审判机关投案。但是在下列几种情况下也应视为自动投案：犯罪分子向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；犯罪分子因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案，或者先以电信投案的；罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交待自己罪行的；犯罪后逃跑，在通缉追捕过程中，主动投案的；经查实

犯罪分子确已准备去投案，或者正在投案途中被公安机关捕获的，均属自动投案。

“送子女或亲友归案”的，虽然并不是出于犯罪分子主动，而是在家长、亲友规劝、陪同之下才投案的，或者是在公安机关通知犯罪分子家长之后，家长送犯罪分子归案的，也都视为自动投案。

被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的罪行的，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。

自动投案的时间，是在犯罪以后，犯罪被发觉之前，或者是犯罪之后，犯罪已被发现的期间。具体说来，包括以下几种情况：（1）犯罪事实和犯罪人均未被发觉；（2）犯罪事实已被司法机关发现，犯罪人尚未查清；（3）犯罪事实已被司法机关发觉，仅因形迹可疑而被有关组织查询、教育之后；（4）在犯罪事实和犯罪分子均已被司法机关发觉，而司法机关尚未对犯罪分子进行讯问或者采取强制措施；（5）犯罪之后逃跑，在被通缉、追捕过程中；（6）经查证属实，确实犯罪分子已准备去投案，或者正在投案的途中，被公安机关捕获的。凡在上述几种时间内投案的，都符合刑法关于自动投案的时间的规定。

（二）如实供述自己的罪行

如实供述自己的罪行，是指供述自己的全部犯罪事实，至少要供述自己的主要犯罪事实。如果犯罪分子对犯罪事实部分供述不实，但是供述了主要的、基本的犯罪事实，就应当被认为是如实供述了自己的罪行。如果是共同犯罪，还应当如实供述自己所知道的其他同案犯参与的共同犯罪的罪行。

我国刑法理论通常认为，自首还应当包括另外一个条件，即“接受审查和裁判”，现行刑法未将这一条明文规定为自首的条件。这是因为，“接受审查和裁判”是“自动投案，如实供述自己的罪行”的题中应有之义，是自首的当然条件之一。

自首与坦白的区别。自首与坦白在诸多方面都有相似之处，都是犯罪分子犯罪之后，向司法机关如实交待自己的罪行，都接受国家的审查和裁判，并且都会受到从宽处理，但二者之间的区别也不容忽视。自首与坦白的区别主要表现在以下三个方面：（1）自首是以“自动投案”为法定条件，坦白是被动归案；（2）自首是法定量刑情节，坦白是酌定量刑情节；（3）发生的时间和范围不同，坦白是在罪行已被有关组织或司法机关发觉，并对其进行传讯或者采取强制措施之后，如实供述自己的已被司法机关掌握的罪行。自首的时间和供述罪行的范围则要宽得多。

自首的刑事责任。按照《刑法》第67条的规定，对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。犯有数罪，自首时仅交待一罪的，只对这一罪从轻处罚。如果自首时交待的是主罪，可以对全案从宽处理。

三、立功

立功是指犯罪分子归案之后，具有有利于国家和社会的突出表现的行为。如揭发他人的犯罪行为，其中包括揭发同案犯中实施共同犯罪之外的其他犯罪行为并查证属实的；提供重要线索，从而得以侦破其他案件的；协助司法机关抓捕其他罪犯（包括同案犯）经查证属实的；在押期间制止他人犯罪活动以及对国家和社会有其他突出贡献的等等。

《刑法》第 68 条，采取列举方式列举了两种立功行为，即揭发他人犯罪行为，查证属实的；提供重要线索，从而得以侦破其他案件的，并用“等”字概括其他立功表现。

立功分为一般立功和重大立功两种。

一般立功，是指犯罪分子归案后，具有有利于国家和社会的突出表现。具体是指犯罪分子揭发他人犯罪行为并查证属实的，或者提供侦破其他案件的重要线索，查证属实的，阻止他人犯罪活动的，协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的，具有其他有利于国家和社会的突出表现的。

重大立功，是指对国家和社会有重大贡献等表现的行为。具体是指犯罪分子有揭发他人重大犯罪行为并查证属实的；提供侦破其他重大案件重要线索，经查证属实的；协助司法机关抓捕其他重要罪犯（包括同案犯）的；在押期间制止他人重大犯罪活动的；在押期间对国家和社会有其他突出贡献的等等。

有立功表现的犯罪分子的刑事责任。《刑法》第 68 条规定：有一般立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚；犯罪后自首又有立功表现的，应当减轻或者免除处罚。

第四节 罪数与数罪并罚

一、罪数

罪数是指行为符合犯罪构成的个数。一个行为一次符合一个犯罪构成，即为一罪，数个行为数次符合数个犯罪构成，即为数罪。

罪数在刑法理论上是一个复杂的问题。我们对罪数所下的定义，表明我们是以犯罪构成作为确定罪数的标准。这种标准，在我国刑法学上是通说。但是，由于罪数问题的复杂性，我们在坚持上述标准的同时，还必须对一些复杂情况作出特殊的说明。

（一）继续犯

继续犯，即持续犯，是指从着手实行到终止以前犯罪行为一直处于持续状态的犯罪。

继续犯具有以下特征：（1）只有一个犯罪行为；（2）犯罪行为与不法状态，在相当长时间内，处于不间断的持续状态；（3）犯罪行为自始至终针对同一对象，侵犯同一客体；（4）出于同一直接故意。

继续犯的追诉时效，从行为终了之日起计算，不论持续时间长短，只定一罪。如非法拘禁罪，一旦实施即为既遂，不法状态持续多久，犯罪状态即持续多久，不管时间长短，均是非法拘禁一罪。

（二）想象竞合犯

想象竞合犯，即观念竞合犯，是指一个犯罪行为同时触犯数个罪名的犯罪。想象竞合犯具有以下特征：（1）行为人只实施了一个故意或者过失行为；（2）一个行为触犯了数个不同种类的罪名。

对于想象竞合犯，在我国刑法理论上，大多主张“从一重罪处断”，即按其行为同时触犯的数罪名中法定刑最重的罪名定罪。

（三）法条竞合犯

法条竞合犯，是指某一行为表面上或形式特征方面与数个刑法条文相符，但这些法条在内容上存在某种重合或包容关系，只能选用一个条文，定一个罪名的犯罪。法条竞合犯具有以下特征：（1）只实施一个犯罪行为；（2）形式上触犯数个刑法条文；（3）只能定一个罪名。

对于法条竞合犯，在刑法理论上，大多主张按照特别法优于普通法的原则定罪；也有人主张按照吸收原则定罪，即实害行为吸收危险行为，高度行为吸收低度行为等；也有人主张按照择一原则，即“从一重罪处断”原则。上述各种主张，在理论上都有其价值，应当予以重视。我们认为，在刑法上没有明文规定的情况下，特别法优于普通法原则，吸收原则，择一原则，都有其实践指导意义，但是，刑法已有明文规定的，应当依照规定。如我国《刑法》第149条第2款规定：“生产、销售本节第141条至第148条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第140条规定之罪的，依照处罚较重的规定处罚。”按照大家公认的原则，处理法条竞合问题，应当特别法优于普通法。《刑法》第140条与第141条至148条的关系，正是一般与特别的关系，应当按照特别法的规定定罪。但是《刑法》第149条第2款却规定，按择一关系处理。毫无疑问，应当依照刑法的规定处理。

（四）结果加重犯

结果加重犯，是指故意实施刑法规定的一个基本犯罪行为，由于发生了更为严重的结果，刑法规定加重其法定刑的犯罪。

结果加重犯具有以下特征：（1）故意实施一个基本犯罪行为；（2）出现了基本犯罪未包括的更为严重的危害结果；（3）刑法针对其严重结果，规定了单独的更为严厉的刑罚。

结果加重犯，是一个行为引起了刑法条文特别规定的严重后果，一次符合一个犯罪构成，因此，尽管出现了基本罪所不能包括的后果，仍是一罪，即按照基本罪的罪名定罪。

（五）惯犯

惯犯是指以某种犯罪为常业，或者以犯罪所得为其主要生活来源或腐化生活来源，或者犯罪已成习性，在较长时间内反复多次实施某种犯罪的犯罪。

惯犯具有以下特征：（1）犯罪恶习深，时间长；（2）作案次数多，社会危害性大；（3）每次行为都可能独立构成一罪，但法律将数个独立的犯罪，规定为一罪，并规定了独立的法定刑。

（六）连续犯

连续犯，是指行为人基于同一的或者概括的犯罪故意，连续即断断续续地实施数个独立的犯罪行为，触犯同一罪名的犯罪。连续犯具有以下特征：（1）基于同一或概括的故意；（2）连续实施数个独立的犯罪行为；（3）数个独立的犯罪行为，触犯同一罪名。

对于连续犯，只认定为一罪，其追诉时效从行为终了之日起计算。其连续状态只作为量刑轻重的依据。如《刑法》第383条第2款规定：“对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚”。《刑法》第153条第3款规定：“对多次走私未经处理的，按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚”。

（七）牵连犯

牵连犯是指以实施某一犯罪为目的，但其方法行为或结果行为又触犯其他罪名的犯罪。牵连犯具有以下特征：（1）必须出于同一个犯罪目的；（2）实施两个以上的独立的犯罪行为；（3）数个犯罪行为之间有牵连，牵连关系表现为目的行为与方法行为，目的行为与结果行为之间有牵连关系。一般情况下，这种牵连关系不但要客观存在，而且要求行为人应当认识这种牵连关系的存在。

对于牵连犯的处罚，大多认为应当“从一重处断”，但也有人主张定数罪。我们认为，在刑法没有明文规定的情况下，应当采取“从一重处断”的原则，刑法有明文规定的，从规定。我国《刑法》对于牵连犯的规定，也有所不同。如《刑法》第157条第2款规定的以暴力、威胁方法抗拒缉私的属于牵连犯，以走私罪与第277条所规定的阻碍国家工作人员依法执行职务罪实行数罪并罚，而《刑法》第399条第3款所规定的司法工作人员贪赃枉法又受贿索贿的也是牵连犯，则规定从一重处断。无论刑法理论与刑事立法有多大不同，刑法有明文规定的必须从规定。

（八）吸收犯

吸收犯是指数个犯罪行为中，一个犯罪行为被另一个犯罪行为吸收，仅成立一个吸收行为罪名的犯罪。

（九）结合犯

结合犯是指原本独立的数个犯罪行为，刑法将其结合成一个独立新罪的犯罪。我国刑法上没有典型的结合犯。

二、数罪并罚

数罪并罚，是指对同一人犯数罪的合并处罚的制度。即指同一犯罪人，

在判决宣告以前犯数罪的，或者在判决以后，在缓刑、假释考验期限内，在刑罚执行中又发现漏判之罪，或者又犯新罪的，应将数罪按照刑法的规定依法合并处理的制度。

我国《刑法》第 69 条规定了数罪并罚的原则。“判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是管制最高不能超过 3 年，拘役最高不能超过 1 年，有期徒刑最高不能超过 20 年。如果数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行。”

这一规定表明，对于死刑、无期徒刑采用吸收原则，对于附加刑采取并科原则，对于管制、拘役、有期徒刑采取限制加重原则。根据《刑法》第 69 条之规定，我们认为我国刑法所规定的数罪并罚原则是一种综合原则。

对于判决宣告之前已经发现并经审理的数罪，和判决后发现的漏罪和重新犯罪的数罪并罚，《刑法》分别作了规定。

判决宣告以前犯数罪的，按照《刑法》第 69 条所规定的一般原则实行数罪并罚。

判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，根据前后两个犯罪所判的刑罚，依照《刑法》第 69 条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内，即先并后减。

判决宣告之后，刑罚执行完毕之前，被判刑的犯罪分子又犯新罪的，应当对新犯的罪作出判决，将前罪没有执行的刑罚和新罪所判刑罚，依照《刑法》第 69 条之规定进行并罚，即先减后并。按照先减后并的方法，所确定的前后相继的实际执行的刑期，有可能超过《刑法》第 69 条所规定的管制不超过 3 年，拘役不超过 1 年，有期徒刑不超过 20 年的最高限。

第五节 缓刑

一、缓刑的概念

缓刑，是指在一定的法定条件下，暂缓执行或不执行原判刑罚或撤销原判的制度。

我国《刑法》上所规定的缓刑制度分为普通缓刑制度和战时缓刑制度，《刑法》分别在第72条和第449条作了规定。

根据《刑法》第72条之规定，人民法院对于被判处拘役、3年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪分子犯罪情节和悔罪表现，认为暂缓执行原判刑罚，确实不致再危害社会的，规定一定的考验期，暂缓其刑罚的执行，如果被判刑的犯罪分子在考验期内没有再犯新罪，没有被发现判决宣告前还有其他没有判决的犯罪行为，没有情节严重的违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定的行为，缓刑考验期满，原判刑罚就不再执行，这就是我国刑法上规定的一般缓刑制度。

根据《刑法》第449条之规定，战时缓刑制度，是指战时对于被判处3年以下有期徒刑，没有现实危险的犯罪军人，暂缓其刑罚的执行，允许其戴罪立功，确有立功表现时，可以撤销原判，不以犯罪论处的制度。

缓刑的特点在于在认定有罪的基础上，判处刑罚，同时宣告缓期执行，但又又在一定期限内保留执行原判刑罚的可能性。

缓刑的效力不及于附加刑，被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍需执行。

缓刑适用的条件，一般缓刑与战时缓刑的适用条件不同，现分述如下。

（一）一般缓刑的适用条件

1. 适用的对象是被判处拘役或3年以下有期徒刑的犯罪分子；
2. 根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，认为适用缓刑不致再危害社会；
3. 犯罪分子不是累犯。累犯不论判处刑罚轻重，均不得适用缓刑。

（二）战时缓刑适用条件

1. 适用的时间必须是在战时；
2. 适用对象必须是被判处3年以下有期徒刑的犯罪军人；
3. 根据犯罪分子的犯罪情节、悔罪表现和一贯表现，在战争条件下宣告缓刑没有现实危险。

二、缓刑的考验期限

缓刑考验期限，是指对被宣告缓刑的犯罪分子的考验期限。

对一般缓刑，《刑法》第73条规定：“拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上1年以下，但不能少于2个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上5年以下，但是不能少于1年。”

缓刑考验期，从判决确定之日起计算。判决确定之前，犯罪分子被羁押的日期不折抵缓刑考验期限。如果被宣告缓刑的犯罪分子一审宣判后仍在羁押的，可以先作出变更强制措施的决定，改为监视居住或取保候审，并将决定通知有关公安机关，待判决生效后，再依法交缓刑执行部门考察，并通知所在单位或者基层组织配合。

被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期内，如果认真遵守有关监督管理规定，接受教育改造，确有悔改表现或者有立功表现的，可以减刑，同时相

应缩短缓刑考验期限。减刑后的刑期不能少于原判刑期的 1/2，减刑后相应缩短的缓刑考验期限不能低于减刑后的刑期。但是，判处拘役的，缓刑考验期限不能少于 2 个月；判处有期徒刑的缓刑考验期限，不能少于 1 年。

对战时缓刑，刑法没有规定考验期限。

三、缓刑的撤销

缓刑的撤销是指在具备法定条件的情况下，对犯罪分子所作的缓刑宣告撤销，执行原判刑罚。撤销缓刑的条件有以下几条：

1. 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期内又犯新罪；
2. 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期内，发现判决宣告前还有其他罪没有判决；
3. 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期内，违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的。

具备上述三个条件之一者，即可撤销缓刑，执行原判刑罚。

第九章 减刑与假释

第一节 减刑

一、减刑的概念

减刑是指对被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，因其在刑罚执行期间认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改或立功表现，而适当减轻其原判刑罚的制度。

“减轻原判刑罚”包括将原判刑期减短和将无期徒刑减为有期徒刑。但是，有期徒刑不能减为拘役、管制，拘役也不能减为管制。

减刑的依据是被判处管制、拘役、有期徒刑的犯罪分子，在执行期间确有悔改或立功表现，并不是原判决在事实认定或适用法律方面发生了错误，因此，减刑不是改判。

二、减刑适用的条件

(一) 减刑的对象

减刑的对象必须是被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。

(二) 减刑适用于在刑罚执行过程中确有悔改或有立功和重大立功表现的犯罪分子

区别程度，分为可以减刑和应当减刑两类。

可以减刑的条件是被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，认真遵守监规，接受改造，确有悔改或立功表现的罪犯。

应当减刑的条件是被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在刑罚执行过程中，有重大立功表现。

所谓“确有悔改表现”是指同时具备以下四个方面情形：认罪服法；认真遵守监规，接受教育改造；积极参加政治、文化、技术学习；积极参加劳动，完成生产任务。

对罪犯在刑罚执行期间提出申诉的，要依法保护其申诉权利。对罪犯申诉应当进行具体分析，不应当一概认为是不认罪服法。

所谓“立功表现”是指具有下列情形之一的：

1. 检举、揭发监内外犯罪活动，或者提供重要的破案线索，经查证属实的；
2. 阻止他人犯罪活动的；
3. 在生产、科研中进行技术革新，成绩突出的；
4. 在抢险救灾或者排除重大事故中表现积极的；
5. 有其他有利于国家和社会的突出事迹的。

所谓“重大立功表现”，是指具有《刑法》第78条规定的应当减刑的六种表现之一的情形：

1. 阻止他人重大犯罪活动的；
2. 检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；
3. 有发明创造或者重大技术革新的；
4. 在日常生产、生活中舍己救人的；
5. 在抗御自然灾害或排除重大事故中，有突出表现的；
6. 对国家和社会有其他重大贡献的。

(三) 减刑要有一定限度

减刑以后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的 1/2；判处无期徒刑的，不能少于 10 年。

关于减刑的幅度，最高人民法院 1997 年 10 月 28 日的《规定》，作了如下说明：

第一，对有期徒刑罪犯在刑罚执行期间，符合减刑条件的减刑幅度为：如果确有悔改表现的，或者有立功表现的，一般一次减刑不超过 1 年有期徒刑；如果确有悔改表现并有立功表现，或者有重大立功表现的，一般一次减刑不超过 2 年有期徒刑。被判处 10 年以上有期徒刑的罪犯，如果悔改表现突出的，或者有立功表现的，一次减刑不得超过 2 年有期徒刑；如果悔改表现突出并有立功表现，或者有重大立功表现的，一次减刑不得超过 3 年有期徒刑。

有期徒刑罪犯的减刑起始时间和间隔时间为：被判处 5 年以上有期徒刑的罪犯，一般在执行 1 年半以上方可减刑；两次减刑之间一般应当间隔 1 年以上。被判处 10 年以上有期徒刑的罪犯，一次减 2 年至 3 年有期徒刑之后，再减刑时，其间隔时间一般不得少于 2 年。被判处不满 5 年有期徒刑的罪犯，可以比照上述规定，适当缩短起始和间隔时间。

确有重大立功表现的，可以不受上述减刑起始和间隔时间的限制。

在有期徒刑罪犯减刑时，对附加剥夺政治权利的刑期可以酌减。酌减后剥夺政治权利的期限，最短不得少于 1 年。

第二，对判处拘役或者 3 年以下有期徒刑、宣告缓刑的犯罪分子，一般不适用减刑。如果在缓刑考验期间有重大立功表现的，可以参照刑法第 78 条的规定，予以减刑，同时相应的缩减其缓刑考验期限。减刑后实际执行的刑期不能少于原判刑期的 1/2，相应缩减的缓刑考验期限不能低于减刑后实际执行的刑期。判处拘役的缓刑考验期限不能少于 2 个月，判处有期徒刑的缓刑考验期限不能少于 1 年。

第三，无期徒刑罪犯在执行期间，如果确有悔改表现的，或者有立功表现的，服刑 2 年以后，可以减刑。减刑幅度为：对确有悔改表现的，或者有立功表现的，一般可以减为 18 年以上 20 年以下有期徒刑；对有重大立功表现的，可以减为 13 年以上 18 年以下有期徒刑。

无期徒刑罪犯在刑罚执行期间又犯罪，被判处有期徒刑以下刑罚的，自新罪判决确定之日起一般在 2 年之内不予减刑；对新罪判处无期徒刑的，减刑的起始时间要适当延长。

被判处无期徒刑的罪犯减刑后，实际执行的刑期不能少于 10 年，其起始时间应当自无期徒刑判决确定之日起计算。

根据《刑法》第 50 条的规定，死刑缓期执行罪犯在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2 年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，2 年期满以后，减为 15 年以上 20 年以下有期徒刑。

对死刑缓期执行罪犯经过一次或几次减刑后，其实际执行的刑期，不得少于 12 年（不含死刑缓期执行的 2 年）。

三、减刑的程序和减刑后的刑期计算

《刑法》第 79 条规定：“对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。”

提出减刑建议书的机关是原判执行机关。对于无期徒刑、有期徒刑的减

刑建议书，由所在监狱、劳改队提出；其中无期徒刑犯的减刑建议书还需先报请省、自治区、直辖市司法厅（局）审查同意后，再报给高级人民法院裁定。对拘役犯的减刑建议书，由拘役所或其他代押场所提出。对管制犯的减刑建议书，由执行管制的公安机关提出。

裁定减刑的机关是中级以上人民法院。由人民法院组成合议庭进行审理。对减刑的裁定，人民法院院长或上级人民法院发现确有错误的，或人民检察院抗诉的，按审判监督程序办理。

减刑后的刑期计算，因刑种不同计算方法也不尽相同。原判刑罚是管制、拘役、有期徒刑的罪犯，其减刑后的刑期为原判刑期减去裁定减刑的刑期之差。减刑前已执行的刑期，计算在减刑后的刑期之内。对于判处无期徒刑的罪犯，其减刑后刑期的计算方法，是从裁定减刑之日起计算。被判无期徒刑的罪犯，减为有期徒刑后再次减刑的，其刑期计算，按有期徒刑犯减刑后的计算方法计算。

第二节 假释

一、假释的概念

假释是指被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行一定刑期后，确有悔改表现，不致再危害社会，附条件提前释放的一种刑罚制度。

二、假释的适用条件

根据《刑法》第 81 条之规定，适用假释的条件有以下几项：

（一）适用假释的对象是被判处有期徒刑和无期徒刑的犯罪分子

对于被判处死缓的罪犯不能直接适用假释。死缓不是独立的刑种，只有在 2 年期满后减为有期徒刑或无期徒刑后，才可以适用假释。

根据《刑法》第 81 条第 2 款的规定，在被判处有期徒刑和无期徒刑的犯罪分子中，对累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处有期徒刑 10 年以上有期徒刑的罪犯，不得适用假释。

（二）适用假释的犯罪分子，必须执行一定期限的刑期

被判处有期徒刑的，执行原判刑期 1/2 以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行刑期 10 年以上可以适用假释。对于无期徒刑减为有期徒刑后假释的，最高人民法院、最高人民检察院和公安部 1979 年 11 月 23 日颁发的《关于无期徒刑的罪犯假释问题的批复》规定：“仍应按原判无期徒刑实际执行 10 年以上，才能考虑是否可以假释或提前释放。”

对死缓犯，经过一次或几次减刑，或减刑后假释的，其实际执行的刑期不得少于 12 年。死缓犯实际执行的刑期自死缓 2 年期满后第 2 天起算。

《刑法》第 81 条对上述执行刑罚期限的限制性规定又专门作了例外规定。“如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行期限的限制。”据最高人民法院 1997 年 10 月 28 日在《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》中的解释，所谓“特殊情况”一般是指国家政治、国防、外交等特殊需要的情况，这些都可以不受执行期限的限制。

被假释的罪犯，除有特殊情形，一般不得减刑，其假释考验期也不能缩短。

罪犯减刑后又假释的间隔时间，一般为 1 年；对一次减 2 年或者 3 年有期徒刑后，又适用假释的，其间隔时间不得少于 2 年。

（三）适用假释的犯罪分子，必须确有悔改表现，假释后不致再危害社会

“不致再危害社会”是适用假释最重要的实质性条件。判断其适用假释不致再危害社会的根据是在劳动改造期间认真遵守监规，接受教育改造，确已具备悔改表现，不致重新犯罪。

对犯罪时未成年的罪犯的假释，在掌握标准上可以比照成年罪犯依法适度放宽。未成年罪犯能认罪服法，遵守监规，积极参加学习、劳动的，即可视为确有悔改表现予以减刑，其减刑的幅度可以适当放宽，间隔的时间可以相应缩短。符合《刑法》第 81 条第 1 款规定的，可以假释。

对老年和身体有残疾（不含自伤致残）罪犯的假释，应当主要注重悔罪的实际表现。对除《刑法》第 81 条第 2 款规定的情形之外，有悔罪表现，丧失作案能力或者生活不能自理，且假释后生活确有着落的老残犯，可以依法予以假释。

三、假释考验期及在考验期内对假释犯的考察

假释考验期限，是指对假释罪犯在宣布假释时依法同时宣布的考验期限。在假释考验期内，如无法律所规定的情况出现，就认为原判刑罚已经执行完毕。根据《刑法》第 83 条之规定，有期徒刑的假释考验期限为没有执行完毕的刑期；无期徒刑的假释考验期限为 10 年。

在假释考验期内，被宣告假释的犯罪分子应当遵守下列规定：（1）遵守法律、行政法规，服从监督；（2）按照监督机关的规定报告自己的活动情况；（3）遵守监督机关关于会客的规定；（4）离开所居住的县、市或者迁居应当报经负有监督职责的公安机关批准。

在假释考验期内，如果没有发现应当撤销缓刑的法定情况，假释考验期满，就认为原判刑罚已经执行完毕，并且应当由公安机关公开宣布。

四、假释的撤销

假释是对被判有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子附条件的提前释放。出现了法律禁止的三种情况，即应撤销假释，继续收监执行尚未执行完毕的刑期。

1. 被假释的犯罪分子，在假释考验期内犯新罪，应当撤销假释；
2. 在假释考验期内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销假释；
3. 被假释的犯罪分子，在假释考验期内，有违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关假释的监督管理规定的行为，但尚未构成新罪的，也应当撤销假释。

五、假释的程序

适用假释，必须由执行机关制作提请假释意见书，并将假释意见书提交当地中级人民法院。将无期徒刑犯的假释意见书，报请本省、自治区、直辖市司法厅（局）审核同意后，再报请当地中级人民法院。由人民法院组成合议庭进行审理。符合规定的，裁定假释。将假释裁定书送达罪犯所在监狱或其他执行机关，执行机关应当公开宣布。假释时，应将有关材料转送罪犯居住地公安机关，以便对其监督考察。假释裁定书还应送达原审人民法院以及对罪犯所在刑罚执行机关负有检察职责的人民检察院。人民检察院认为适用假释不当时，可以按照审判监督程序提请纠正。

撤销假释的作法应区别情况分别处理。对于在假释考验期内又犯新罪或发现判决宣告前有漏罪的罪犯，应按案件管辖范围，依法进行侦查、起诉、审判。如果属于自诉案件，则由人民法院直接受理。人民法院应当在判决书上对犯罪分子宣布撤销假释。对于在考验期内有违反法律、法规、公安机关有关监督管理假释罪犯规定，尚未构成犯罪，但仍需撤销假释的，由负责监督考察的公安机关，向原作出假释裁定的人民法院提出撤销假释意见书，人民法院审理并作出撤销假释裁定后，由公安机关将罪犯移交原来所在刑罚执行机关，并将撤销假释裁定书一并移交。

第十章 时效与赦免

第一节 时效

一、刑法上时效的概念

刑法上的时效是指刑法所规定的国家对犯罪人的刑事追诉权和刑罚执行权在一定期限内有效的制度。超过一定期限，对犯罪人不得追诉，或刑罚不得执行。

刑法上的时效分为追诉时效和行刑时效。追诉时效是指刑法规定的，对犯罪人追究刑事责任的有效期限；行刑时效，是指刑法所规定的对判处刑罚的犯罪人执行刑罚的有效期限。

我国刑法，只规定了追诉时效，没有规定行刑时效。我国刑法中的追诉时效，是指我国刑法所规定的对犯罪分子追究刑事责任的有效期限。除有特别规定之外，超过法定追诉期限的，不得对犯罪分子进行追诉，已经追诉的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理。

刑法规定追诉时效有重要意义，它有利于刑罚目的的实现，司法机关集中精力，打击现行犯罪，有利于社会秩序稳定。

二、我国刑法对于追诉时效期限的规定

我国《刑法》第 87 条规定，犯罪经过下列期限不再追诉：

1. 法定最高刑不满 5 年有期徒刑的，经过 5 年；
2. 法定最高刑为 5 年以上不满 10 年有期徒刑的，经过 10 年；
3. 法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的，经过 15 年；
4. 法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过 20 年。如果超过 20 年以后必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

对上述规定中的“法定最高刑”《刑法》未作明确规定。最高人民法院在 1985 年 8 月 21 日发布的《关于人民法院审判严重刑事案件中具体应用法律的若干问题的答复》曾对 1979 年刑法所规定的同一问题作过解释：原“《刑法》第 76 条按照罪刑相适应的原则，将追诉期限分别规定为长短不同的 4 档，因此，根据所犯罪行的轻重，应当分别适用刑法规定的不同条款或相应的量刑幅度，按其法定最高刑来计算追诉期限。如果所犯罪行的刑罚，分别规定有几条或几款时，即按其罪行应当适用的条或款的法定最高刑计算；如果是同一条文中，有几个量刑幅度时，即按其罪行应当适用的量刑幅度的法定最高刑计算；如果只有单一的量刑幅度时，即按此条的法定最高刑计算。”

我们认为上述解释仍然是正确的。

为了进一步发展祖国大陆与台湾地区及其他地区和国家的经济、文化交流和人员往来，促进祖国统一大业的实现，最高人民法院、最高人民检察院于 1988 年 3 月 14 日和 1989 年 9 月 7 日先后发布了《关于不再追诉去台人员在中华人民共和国成立前的犯罪行为的公告》和《关于不再追诉去台人员在中华人民共和国成立后当地人民政权建立前的犯罪行为的公告》。

第一个公告宣布，对去台人员中在中华人民共和国成立前犯有罪行的，决定对其当时所犯罪行不再追诉；

第二个公告宣布：

(1) 对去台人员在中华人民共和国成立后，犯罪地地方人民政权建立前所犯罪行，不再追诉；

(2) 去台人员在中华人民共和国成立后，犯罪地地方人民政权建立前犯有罪行，并连续或继续到当地人民政权建立后的，追诉期限从行为终了之日起计算。

(3) 对于去台湾以外其他地区和国家的人员，在中华人民共和国成立前，或者在中华人民共和国成立后，犯罪地地方人民政权建立前所犯的罪行，应分别按照第一个公告和第二个公告中第(1)条、第(2)条规定办理。

三、我国刑法关于追诉期限的计算

对于追诉期限的计算，《刑法》第89条，分别两种情况作了规定。即成犯的追诉期限，“从犯罪之日起计算”；犯罪行为有连续或继续状态的，“从犯罪行为终了之日起计算。”这里“犯罪之日”是指犯罪成立之日，“犯罪行为终了”是指连续犯的最后一次犯罪之日，继续犯的持续状态结束之日。

四、我国刑法追诉时效的中断和延长制度

追诉时效的中断，是指在追诉时效进行期间，因发生法律规定的事由而使已经经过的时效归于无效，追诉期限从法律规定的事由发生之日起重新开始计算的制度。我国《刑法》第89条第2款规定：“在追诉期限以内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。”

追诉时效的延长，是指由于发生了法律所规定的事由，追诉期限无限延伸的制度。我国《刑法》第88条规定：“在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后，逃避侦查或审判的，不受追诉期限的限制。被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。”

第二节 赦免

一、赦免的概念

赦免是国家宣告对犯罪分子免除其罪与刑的一种法律制度。

赦免分为大赦和特赦两种。通常大赦是指国家对一定时期内某些种类或一般犯罪分子普遍赦免，既赦其罪，又赦其刑。被宣告大赦的人或者不再认为其犯罪，或者不再追究其刑事责任。特赦是国家对特定的犯罪分子免除其刑罚的全部或部分的执行，只赦其刑，不赦其罪。

大赦和特赦都是国家行为，通常由国家元首或国家最高权力机关，以命令形式宣告。

我国第一部宪法，即 1954 年宪法规定有大赦和特赦，以后的各部宪法只规定有特赦，没有规定大赦。新中国建立以来，我国只实行过特赦，没有实行过大赦。《刑法》第 65 条、第 66 条所涉及的赦免，均指特赦。

二、我国赦免的特点

我国从 1959 年至 1975 年共实行七次特赦。

根据七次特赦的实践，可以看出我国特赦有以下几个特点：

- (1) 特赦的对象是一类或几类犯罪分子，而不是针对个别的犯罪分子；
- (2) 被赦免的犯罪分子，都经过一定时期的关押与改造，并且确实已经改恶从善；
- (3) 对特赦的犯罪分子，区别对待，有的予以释放，有的减刑；
- (4) 对犯罪分子只赦免其刑，不赦免其罪；
- (5) 特赦由全国人民代表大会常务委员会根据党中央或国务院的建议，经过审议决定，由中华人民共和国主席发布特赦令，由最高人民法院和高级人民法院执行。

第十一章 危害国家安全罪

概述：危害国家安全罪，是指故意危害中华人民共和国国家安全的行
为。

特征：1. 侵犯的客体是中华人民共和国的国家安全；2. 犯罪主体多数为
一般主体，少数犯罪只能由特殊主体构成；3. 客观方面表现为危害中华人民
共和国国家安全的行；4. 犯罪主观方面是故意，而且是直接故意。

危害国家安全罪包括以下具体犯罪：

第 102 条：背叛国家罪，是指勾结外国，危害中华人民共和国的主权、
领土完整和安全的行。

特征：1. 犯罪主体只能是中国公民，而且通常是具有一定政治地位，掌
握了国家重要政治权力或者窃据了社会重要职务的人；2. 客观方面表现为勾
结外国，危害国家主权、领土完整和安全的行。如果勾结的是境外的机构、
组织或个人实施背叛国家的行，也按照本罪处罚。

处罚：犯背叛国家罪的，处无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑；对国家
和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。本罪可以并处没收
财产。

第 103 条第 1 款：分裂国家罪，是指组织、策划、实施分裂国家、破
坏国家统一的行。

特征：1. 犯罪主体是一般主体；2. 客观方面表现为组织、策划、实施分
裂国家、破坏国家统一的行。

处罚：犯分裂国家罪，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者 10
年以上有期徒刑；对积极参加的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；对其他
参加的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；对国家和人
民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。本罪可以并处没收财产。

第 103 条第 2 款：煽动分裂国家罪，是指煽动分裂国家、破坏国家统
一的行。

特征：1. 犯罪主体是一般主体；2. 客观方面表现为煽动分裂国家、破坏
国家统一的行。

处罚：犯煽动分裂国家罪的，处 5 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥
夺政治权利；首要分子或者罪行重大的，处 5 年以上有期徒刑。本罪可以并
处没收财产。

第 104 条：武装叛乱、暴乱罪，是指组织、策划、实施武装叛乱或者武
装暴乱的行。

特征：1. 犯罪主体是一般主体；2. 客观方面表现为组织、策划、实施武
装叛乱、武装暴乱的行。如果是策动、胁迫、勾引、收买国家机关工作人员、
武装部队人员、人民警察、民兵进行武装叛乱或者武装暴乱的，则依照
第 104 条第一款的规定从重处罚。

处罚：犯武装叛乱、暴乱罪，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑
或者 10 年以上有期徒刑；对积极参加的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；
对其他参加的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；对国
家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。本罪可以没收财
产。

第 105 条第 1 款：颠覆国家政权罪，是指组织、策划、实施颠覆国家

政权、推翻社会主义制度的行为。

特征：1. 犯罪主体是一般主体；2. 客观方面表现为组织、策划、实施颠覆国家政权、推翻社会主义制度的行为。

处罚：犯颠覆国家政权罪，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑；对积极参加的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；对其他参加的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。本罪可以并处没收财产。

第 105 条第 2 款：煽动颠覆国家政权罪，是指以造谣、诽谤或者其他方式煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的行为。

特征：1. 犯罪主体是一般主体；2. 客观方面表现为以造谣、诽谤或者其他方式煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的行为。

处罚：犯煽动颠覆国家政权罪的，处 5 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；首要分子或者罪行重大的，处 5 年以上有期徒刑。本罪可以并处没收财产。

第 107 条：资助危害国家安全犯罪活动罪，是指境内外机构、组织或者个人，资助境内组织或者个人实施背叛祖国罪、分裂国家罪、煽动分裂国家罪、武装叛乱罪、武装暴乱罪、颠覆国家政权罪、煽动颠覆国家政权罪的行为。

特征：1. 犯罪主体是境内外机构、组织或者个人；2. 客观方面表现为境内外机构、组织或者个人资助境内组织或者个人实施企图推翻我国国家政权和社会主义制度的行为。

处罚：犯资助危害国家安全犯罪活动罪的，实行单罚制，即对直接责任人员处 5 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处 5 年以上有期徒刑。本罪可以并处没收财产。

第 108 条：投敌叛变罪，是指背叛祖国、投靠敌人的行为。

特征：1. 犯罪主体是一般主体，但只能是中国公民；2. 客观方面表现为背叛祖国、投靠敌人的行为。

处罚：犯投敌叛变罪的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；情节严重或者带领武装部队人员、人民警察、民兵投敌叛变的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑；对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。本罪可以并处没收财产。

第 109 条：叛逃罪，是指国家机关工作人员在履行公务期间擅离岗位叛逃境外，或者在境外叛逃，危害国家安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是特殊主体，即国家机关工作人员；2. 客观方面表现为国家机关工作人员在履行公务期间擅离岗位叛逃境外，或者在境外叛逃的行为。

处罚：犯叛逃罪的，处 5 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑。本罪可以并处没收财产。

对掌握国家秘密的工作人员犯叛逃罪的，依照叛逃罪的规定从重处罚。这是指“掌握”国家秘密就是从重处罚的条件，而不管所掌握的国家秘密是否出卖或泄露给其他国家、境外组织或者个人。

第 110 条：间谍罪，是指参加间谍组织，或者接受间谍组织及其代理人的任务，或者为敌人指示轰击目标，危害国家安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是一般主体，既包括中国人，也包括外国人，还包括

无国籍人；2.客观方面表现为从事间谍活动，危害国家安全的行为。具体来说包括下述三种行为：（1）参加间谍组织；（2）接受间谍组织及其代理人的任务；（3）为敌人指示轰击目标。凡具有上述3种行为之一，就构成间谍罪。

处罚：犯间谍罪的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处3年以上10年以下有期徒刑；对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。本罪可以并处没收财产。

第111条：为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪，是指行为人为境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为。

特征：1.犯罪主体是一般主体；2.客观方面表现为为境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为。

定罪：注意区分窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪与间谍罪的界限。区别在于：1.前者的对象单一，仅指国家秘密或者情报，而后者除了国家秘密或者情报之外，还包括进行其他破坏活动；2.前者的行为一般表现为个人行为，而后者则通常与间谍组织有着紧密的联系。

处罚：犯为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。本罪可以并处没收财产。

第112条：资敌罪，是指战时以供给敌人武器装备或其他军用物资的方式资助敌人的行为。

特征：1.犯罪主体只能是中国公民；2.客观方面表现为在战时向敌人提供武器装备或其他军用物资，资助敌人的行为。

处罚：犯资敌罪的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处3年以上10年以下有期徒刑；对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。本罪可以并处没收财产。

第十二章 危害公共安全罪

概述：危害公共安全罪，是指故意或者过失地实施危害不特定多人的生命、健康或者重大公私财产安全的行为。

特征：1. 侵犯的客体是社会的公共安全，即不特定多人的生命、健康或者重大公私财产的安全。“不特定多人”是指危害公共安全罪中的每一种犯罪都不是针对特定的个人或者特定的财产的，其严重的后果往往是行为人本人也无法预料和控制的，这正是危害公共安全罪区别于其他各类犯罪的本质特征所在；2. 犯罪主体多数为一般主体，少数为特殊主体；3. 客观方面表现为行为人实施了危害公共安全的行为。危害公共安全的行为表现为两种情况，即结果犯和危险犯；4. 主观方面既包括故意，也包括过失。

危害公共安全罪包括以下具体犯罪

第 114 条、第 115 条第 1 款：放火罪，是指故意放火焚烧公私财物，危害公共安全的行为；

第 114 条、第 115 条第 1 款：决水罪，是指故意决溃蓄水或者防水堤坝，制造水患，危害公共安全的行为；

第 114 条、第 115 条第 1 款：爆炸罪，是指故意使用爆炸的方法危害公共安全的行为；

第 114 条、第 115 条第 1 款：投毒罪，是指故意对人、畜投放毒物，危害公共安全的行为；

第 114 条、第 115 条第 1 款：以其他危险方法危害公共安全罪，是指故意使用放火、决水、爆炸、投毒以外的其他危险方法危害公共安全的行为。

上述 5 种犯罪的特征：1. 犯罪主体是一般主体；2. 客观方面表现为实施了足以危害公共安全的放火、决水、爆炸、投毒或者其他危险方法的行为；3. 主观方面是故意，包括直接故意和间接故意。

处罚：犯放火罪、决水罪、爆炸罪、投毒罪、以其他危险方法危害公共安全罪，尚未造成严重后果的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

第 115 条第 2 款：失火罪，是指行为人因过失而引起火灾，造成严重后果，危害公共安全的行为；

第 115 条第 2 款：过失决水罪，是指行为人因过失致使蓄水或者防水堤坝损坏，造成水患，危害公共安全的行为；

第 115 条第 2 款：过失爆炸罪，是指行为人因过失引起爆炸，危害公共安全的行为；

第 115 条第 2 款：过失投毒罪，是指行为人因过失造成人、畜中毒，危害公共安全的行为；

第 115 条第 2 款：过失以其他危险方法危害公共安全罪，是指行为人因上述 4 种过失行为之外的其他过失行为而导致危害公共安全的行为。

处罚：犯失火罪、过失决水罪、过失爆炸罪、过失投毒罪、过失以其他危险方法危害公共安全罪的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑；情节较轻的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

第 116 条、第 119 条第 1 款：破坏交通工具罪，是指故意破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，已经或者足以使上述交通工具发生倾覆、毁坏

危险，危害公共安全的行为。

特征：1.客观方面表现为行为人实施了破坏火车、汽车、电车、船只、航空器等交通工具，已经或者足以使交通工具发生倾覆、毁坏危险的行为。行为人破坏交通工具的行为必须是具有造成交通工具倾覆、毁坏的危险，即破坏的是交通工具的关键部位，与交通工具的安全运行紧密相连，或者是使交通工具报废或严重毁损；行为人所破坏的还必须是正在使用期间的交通工具，如果破坏的是尚未投入使用、正在修理中或者封存不用的交通工具，不能构成破坏交通工具罪；2.主观方面是故意，既包括直接故意，也包括间接故意。

处罚：犯破坏交通工具罪，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑；造成严重后果的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

第117条、第119条第1款：破坏交通设施罪，是指故意破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、标志或者进行其他破坏活动，已经或者足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，危害公共安全的行为。

特征：1.客观方面表现为实施了破坏交通设施，已经或者足以使交通工具发生倾覆、毁坏危险的行为；2.主观方面是故意，既包括直接故意，也包括间接故意。

处罚：犯破坏交通设施罪，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑；造成严重后果的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

第118条、第119条第1款：破坏电力设备罪，是指故意破坏电力设备，对公共安全造成严重威胁或者发生严重后果的行为。

特征：1.客观方面表现为行为人实施了破坏电力设备，威胁到公共安全或者造成严重后果的行为；2.主观方面是故意，既包括直接故意，也包括间接故意。

第118条、第119条第1款：破坏易燃易爆设备罪，是指故意破坏燃气或者其他易燃易爆设备，对公共安全造成严重威胁或者造成严重后果的行为。

特征：1.客观方面表现为行为人实施了破坏易燃易爆设备，威胁到公共安全或者造成严重后果的行为；2.主观方面是故意，既包括直接故意，也包括间接故意。

处罚：犯破坏电力设备罪、破坏易燃易爆设备罪，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑；造成严重后果的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

第119条第2款：过失损坏交通工具罪，是指行为人因过失造成火车、汽车、电车、船只、航空器的倾覆、毁坏，危害公共安全的行为；

第119条第2款：过失损坏交通设施罪，是指行为人因过失造成轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志等交通设施的毁损，使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏，危害公共安全的行为；

第119条第2款：过失损坏电力设备罪，是指行为人因过失造成电力设备的毁坏，危害公共安全的行为；

第119条第2款：过失损坏易燃易爆设备罪，是指行为人因过失造成燃气或者其他易燃易爆设备的毁坏，危害公共安全的行为。

处罚：犯过失损坏交通工具罪、过失损坏交通设施罪、过失损坏电力设

备罪、过失损坏易燃易爆设备罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第120条：组织、领导、参加恐怖活动组织罪，是指组织、领导或者参加恐怖活动组织，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是一般主体；2.客观方面表现为组织、领导或者参加恐怖活动组织的行为。所谓“恐怖活动组织”是指以制造社会恐怖为主要目的，具有较为紧密的组织机构形式，专门进行恐怖犯罪活动的集团性组织；3.主观方面是故意，并且是直接故意。

处罚：犯组织、领导、参加恐怖活动组织罪的，处3年以上10年以下有期徒刑；对其他参加的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。如果行为人不仅组织、领导或者参加恐怖活动组织，还实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，则要依照数罪并罚的规定处罚。

第121条：劫持航空器罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是一般主体；2.客观方面表现为使用暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为；3.主观方面是故意，并且是直接故意。

处罚：犯劫持航空器罪的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，处死刑。

第122条：劫持船只、汽车罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法劫持船只、汽车，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是一般主体；2.客观方面表现为使用暴力、胁迫或者其他方法劫持船只、汽车的行为；3.主观方面是故意，并且是直接故意。

处罚：犯劫持船只、汽车罪的，处5年以上10年以下有期徒刑；造成严重后果的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

第123条：暴力危及飞行安全罪，是指对飞行中的航空器上的人员使用暴力，危及飞行安全的行为。

特征：1.客观方面表现为对飞行中的航空器的人员实施了暴力行为。这里所说的“航空器上的人员”既包括航空器上的驾驶人员、服务人员，也包括航空器上的乘坐人员；2.主观方面是故意。

定罪：注意区分暴力危及飞行安全罪与劫持航空器罪的界限。二者的相同点在于：行为人的行为都是在航空器上实施的，实施过程中都有暴力的内容，主观方面都是出于故意，但是二者有着严格的区别，表现在主观目的不同。劫持航空器罪的行为人目的是很明确的，就是要使航空器改变飞行方向及着陆地点，而危害飞行安全罪的行为人则不具有这样的目的。

处罚：犯暴力危及飞行安全罪，尚未造成严重后果的，处5年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处5年以上有期徒刑。

第124条第1款：破坏广播电视设施、公用电信设施罪，是指故意破坏广播电视设施、公用电信设施，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是一般主体；2.客观方面表现为破坏广播电视设施、公用电信设施的行为；3.主观方面是故意，包括直接故意和间接故意。

处罚：犯破坏广播电视设施、公用电信设施罪，尚未造成严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑；造成严重后果的，处7年以上有期徒刑。

第124条第2款：过失损坏广播电视设施、公用电信设施罪，是指行为人因过失而损坏了广播电视设施、公用电信设施，危害公共安全，造成严

重后果的行为。

定罪：本罪与破坏广播电视设施、公用电信设施罪的主要区别除了主观方面不同之外，还有一个重要的区别就是过失损坏广播电视设施、公用电信设施罪必须是造成严重后果的才构成犯罪，如果没有这种严重后果则不能构成犯罪。

处罚：犯过失损坏广播电视设施罪的，处3年以上7年以下有期徒刑，情节较轻的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第125条第1款：非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，是指违反国家有关枪支、弹药、爆炸物的管理规定，未经批准，非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物，危害公共安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是一般主体，既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为。行为人只要具有非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为之一，就构成犯罪；3. 主观方面是故意。

处罚：犯非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的，处3年以上10年以下有期徒刑，情节严重的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

注意：非法买卖、运输核材料的，按照上述规定处罚。

第126条：违规制造、销售枪支罪，是指依法被指定、确定的枪支制造、销售企业，违反国家对枪支的管理规定，非法制造、销售枪支，危害公共安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是特殊主体，只能是单位，而且只能是被依法指定、确定的枪支制造企业或者枪支销售企业；2. 客观方面表现为行为人违反枪支管理规定，非法制造、销售枪支的行为。具体包括以下三种情形：（1）以非法销售为目的，超过限额或者不按照规定的品种制造、配售枪支；（2）以非法销售为目的，制造无号、重号、假号的枪支；（3）非法销售枪支或者在境内销售为出口制造的枪支。

定罪：注意区分违规制造、销售枪支罪与非法制造、买卖枪支罪的界限，区分的关键在于犯罪的主体不同。违规制造、销售枪支罪的主体是特殊主体，即专指国家指定、确定的枪支制造、销售企业，而非法制造、买卖枪支罪的主体是一般主体，既包括自然人，也包括单位。

处罚：犯违规制造、销售枪支罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和直接责任人员，处5年以下有期徒刑；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

第127条第1款、第2款：盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪，是指秘密窃取枪支、弹药、爆炸物或者乘人不备公然夺取枪支、弹药、爆炸物，危害公共安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是一般主体；2. 客观方面表现为行为人实施了秘密窃取枪支、弹药、爆炸物或者公然夺取枪支、弹药、爆炸物的行为；3. 主观方面是故意，而且是直接故意。

处罚：犯盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪的，处3年以上10年以下

有期徒刑；情节严重或者盗窃、抢夺国家机关、军警人员、民兵的枪支弹药、爆炸物的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

第127条第2款：抢劫枪支、弹药、爆炸物罪，是指使用暴力、胁迫或者其他方法，强行劫取枪支、弹药、爆炸物，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是一般主体；2.客观方面表现为使用暴力、胁迫或者其他方法，强行劫取枪支、弹药、爆炸物的行为；3.主观方面是故意，而且是直接故意。

处罚：犯抢劫枪支、弹药、爆炸物罪的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

第128条第1款：非法持有、私藏枪支罪，是指违反国家对枪支、弹药的管理规定，私自携带或者隐藏枪支、弹药，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是一般主体；2.客观方面表现为行为人违反国家对枪支、弹药的管理规定，私自携带或者隐藏枪支、弹药的行为；3.主观方面是故意，即明知是枪支、弹药而非法持有或者予以私藏，如果确实不知道是枪支、弹药而携带或者隐藏的，不构成本罪。

处罚：犯非法持有、私藏枪支罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第128条第2款、第3款：非法出租、出借枪支罪，是指依法配备公务用枪的人员，违反枪支管理规定，私自出租、出借枪支，或者依法配置枪支的人员，违反枪支管理规定，非法出租、出借枪支，造成严重后果，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是特殊主体，即依法配备公务用枪或者依法配置枪支的人员及单位；2.客观方面表现为非法出租、出借依法配备的公务用枪或者依法配置的枪支的行为。包括两种情况：（1）非法出租、出借依法配备的公务用枪的，只要有出租、出借公务用枪的行为，就构成犯罪；（2）非法出租、出借依法配置的枪支的，除了要有出租、出借枪支的行为之外，还必须造成严重后果的，才能构成犯罪；3.主观方面是故意。如果行为人明知租用、借用枪支的人是为了实施某种犯罪而租用、借用枪支，却仍然出租或者出借，则成为租用、借用枪支人所实施犯罪的共犯，应当按照共同犯罪的规定予以处罚。

处罚：犯非法出租、出借枪支罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和直接责任人员，按照上述规定处罚。

第129条：丢失枪支不报罪，是指依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告，造成严重后果，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是特殊主体，即依法配备公务用枪的人员；2.客观方面表现为行为人丢失了枪支以后不及时报告并因此造成了严重后果的行为；3.主观方面是过失。所谓过失是指行为人对由于丢失枪支而发生的后果而言，丢失枪支以后的“不报”则是明知故犯的。

处罚：犯丢失枪支不报罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第130条：非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪，是指违反国家有关管理规定，非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，进入公共场所或者公共交通工具，

情节严重，危及公共安全的行为。

特征：1. 客观方面表现为违反国家有关管理规定，非法携带枪支、弹药、管制刀具或者其他危险物品进入公共场所或者公共交通工具，情节严重的行为；2. 主观方面是故意的，即明知是枪支、弹药、管制刀具或者其他危险物品而仍然携带进入公共场所或者公共交通工具。

处罚：犯非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第131条：重大飞行事故罪，是指航空人员违反规章制度，致使发生重大飞行事故，造成严重后果，危害公共安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是特殊主体，只有航空人员才能构成本罪。所谓“航空人员”包括从事民用航空活动的空勤人员和地面人员，如航空器上的驾驶员、机械员、领航员、乘务员、空中交通管制人员、地勤维修人员、通讯人员，等等；2. 客观方面表现为行为人不负责任，违反规章制度，造成重大飞行事故，后果严重的行为；3. 主观方面是过失。所谓过失是指行为人对所发生的后果而言，而对于违反规章制度则是明知故犯的。

处罚：犯重大飞行事故罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；造成飞机坠毁或者人员死亡的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第132条：铁路运营安全事故罪，是指铁路职工违反规章制度，造成铁路运营事故，后果严重，危害公共安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是特殊主体，即铁路职工中与铁路安全运营有直接关系的人员，如火车司机、调度员、信号员、乘务员、搬道工、巡道工以及对铁路运营安全负有直接责任的主管人员，等等；2. 客观方面表现为行为人不负责任，违反规章制度，造成安全运营事故，后果严重的行为；3. 主观方面是过失。所谓过失是指行为人对所发生的后果而言，而对于违反规章制度则是明知故犯的。

处罚：犯铁路运营安全事故罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重的后果的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第133条：交通肇事罪，是指违反交通管理法规，发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，危害公共安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是一般主体，既包括从事交通运输的人员，也包括非交通运输人员；2. 客观方面表现为违反交通管理法规，以至发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为；3. 主观方面是过失。所谓过失是指行为人对所发生的后果而言，而对于违反交通管理法规则是明知故犯的。

处罚：犯交通肇事罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处3年以上7年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处7年以上有期徒刑。

第134条：重大责任事故罪，是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工，由于不服从管理，违反规章制度，或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果，危害公共安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是特殊主体，即工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工；2. 客观方面表现为不服从管理，违反规章制度，或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果

的行为；3.主观方面是过失。所谓过失是指行为人对所发生的后果而言，而对于违反规章制度则是明知故犯的。

处罚：犯重大责任事故罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第135条：重大劳动安全事故罪，是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的劳动安全设施不符合国家规定，经有关部门或者单位职工提出后，其直接责任人员对事故隐患仍不采取措施，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是特殊主体，即工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的直接责任人员；2.客观方面表现为劳动安全设施不符合国家规定，经有关部门或者单位职工提出后，直接责任人员对事故隐患仍不采取措施，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为；3.主观方面是过失。所谓过失是指行为人对所发生的后果而言，对于劳动安全设施不符合规定，而且经有关部门或者单位职工提出后对事故隐患仍不采取措施则是明知故犯的。

定罪：注意区分重大劳动安全事故罪与重大责任事故罪的界限。它们的共同之处在于都必须发生重大伤亡事故或者其他严重后果才构成犯罪，都是在劳动生产过程中发生的，主观方面都是复杂罪过心理形态，等等。区别在于：1.重大责任事故罪的犯罪主体只能是自然人，即工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工，包括工人和干部；而重大劳动安全事故罪的犯罪主体是单位，只不过处罚的是直接责任人员；2.重大责任事故罪在客观方面表现为不服从管理，违反规章制度；而重大劳动安全事故罪在客观方面表现为对劳动安全的事故隐患经提出后仍不采取措施。

处罚：犯重大劳动安全事故罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第136条：危险物品肇事罪，是指违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定，在生产、储存、运输、使用中发生重大事故，造成严重后果，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是特殊主体，即从事生产、储存、运输、使用爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的人员；2.客观方面表现为违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定，在生产、储存、运输、使用中发生重大事故，造成严重后果的行为；3.主观方面是过失。所谓过失是指行为人对所发生的后果而言，而对于违反危险物品的管理规定则是明知故犯的。

处罚：犯危险物品肇事罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第137条：工程重大安全事故罪，是指建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定，降低工程质量标准，造成重大安全事故，危害公共安全的行为。

特征：1.犯罪主体是特殊主体，即建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位；2.客观方面表现为行为人违反国家规定，降低工程质量标准，因而发生重大安全事故的行为；3.主观方面是过失。所谓过失是指行为人对所发生的后果而言，对于违反国家规定，降低工程质量标准则是明知故犯的。

处罚：犯工程重大安全事故罪的，实行单罚制，即对建设单位、设计单

位、施工单位、工程监理单位的直接责任人员处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；后果特别严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。

第 138 条：教育设施重大安全事故罪，是指明知校舍或者教育教学设施有危险，而不采取措施或者不及时报告，致使发生重大伤亡事故，危害公共安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是特殊主体，即学校或者其他教育机构的直接责任人员；2. 客观方面表现为行为人明知校舍或者其他教育教学设施有危险，却不采取措施或者不及时报告，致使发生重大伤亡事故的行为；3. 主观方面是过失。所谓过失是指行为人对所发生的后果而言，对于校舍或者其他教育教学设施有危险，不采取措施或者不及时报告则是明知的。

处罚：犯教育设施重大安全事故罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

第 139 条：消防责任事故罪，是指违反消防管理规定，经消防监督机构通知采取改正措施而拒绝执行，因而造成严重后果，危害公共安全的行为。

特征：1. 犯罪主体是特殊主体，即违反消防管理规定的单位；2. 客观方面表现为违反消防管理规定，经消防监督机构通知采取改正措施而拒绝执行，因而造成严重后果的行为；3. 主观方面是过失。所谓过失是指行为人对所发生的严重后果而言，而对于违反消防管理规定，而且经消防管理监督机构通知改正而拒绝执行则是明知的。

处罚：犯消防责任事故罪的，实行单罚制，即对单位的直接责任人员处 3 年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

第十三章 破坏社会主义市场经济秩序罪

概述：破坏社会主义市场经济秩序罪，是指违反国家市场经济秩序管理法规，干扰国家对市场经济的管理活动，破坏社会主义市场经济秩序，使国民经济发展受到严重损害的行为。

特征：1. 侵犯的客体是社会主义市场经济秩序，即国家通过法律、法规对市场进行资源配置的经济运行过程进行调节所形成的正常、协调、有序的状态；2. 犯罪主体多数是一般主体，既包括自然人，也包括单位，少数是特殊主体；3. 客观方面表现为违反国家市场经济管理法规，干扰国家对市场经济的管理活动，破坏社会主义市场经济秩序，使国民经济受到严重损害的行为。4. 主观方面多数出于故意，少数出于过失。

破坏社会主义市场经济秩序罪分为 8 类犯罪。

第一节 生产、销售伪劣商品罪

概述：生产、销售伪劣商品罪，是指生产者、销售者以牟取非法利润为目的，违反国家关于工、农业生产资料、生活资料、药品以及其他商品的质量管理法规，在产品中掺杂、掺假、以假充真、以次充好、以不合格产品冒充合格产品，危害群众人身和财产安全，侵害国家、单位、他人的合法权益，破坏社会主义经济秩序，情节严重的行为。

本节所规定的生产、销售伪劣商品的犯罪，其犯罪主体都是一般主体，既包括自然人，也包括单位；主观方面都是故意，即明知是伪劣商品而仍然进行生产或者销售。生产和销售行为只要具备其中之一，就构成犯罪，如果行为人既生产又销售，仍然只构成一罪而不是数罪。

第 140 条：生产、销售伪劣产品罪，是指生产者、销售者违反国家产品质量管理法规，在生产、销售的产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品，数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家的产品质量管理制度和市场管理制度，又包括消费者的合法权益；2. 客观方面表现为违反国家产品质量管理法规，在生产、销售的产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品，数额较大的行为。数额较大是指销售金额在 5 万元以上。销售金额是指生产、销售伪劣产品的全部收益，包括成本和利润。

定罪：行为人违反国家产品质量管理法规，生产、销售伪劣产品和销售金额在 5 万元以上是构成生产、销售伪劣产品罪的两个重要条件。如果行为人虽然违反国家产品质量管理法规，生产、销售了伪劣产品，但销售金额没有达到 5 万元以上的，不构成本罪。因此，生产、销售伪劣产品的销售金额是否达到 5 万元以上，是区分罪与非罪的界限。

处罚：犯生产、销售伪劣产品罪，销售金额 5 万元以上不满 20 万元的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍罚金；销售金额 20 万元以上不满 50 万元的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；销售金额 50 万元以上不满 200 万元的，处 7 年以上有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；销售金额 200 万元以上的，处 15 年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 141 条：生产、销售假药罪，是指生产者、销售者违反国家药品管理法规，明知是假药而进行生产、销售，足以严重危害人体健康的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对药品的监督管理制度，也包括公民的健康权利；2. 客观方面表现为行为人违反国家药品管理法规，生产、销售假药，足以严重危害人体健康的行为。按照《中华人民共和国药品管理法》第 33 条的规定，所谓假药是指药品所含成分的名称与国家药品标准或省、自治区、直辖市药品标准不符，或者以非药品冒充药品，或以它种药品冒充此种药品，同时规定有下列情形之一的按假药处理：（1）国务院卫生行政部门规定禁止使用的药品；（2）未取得批准文号生产的药品；（3）变质不能药用的药品；（4）被污染不能药用的药品。

处罚：犯生产、销售假药罪，足以严重危害人体健康的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；对人体健

康造成严重危害的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第142条：生产、销售劣药罪，是指违反国家药品管理法规，明知是劣药而进行生产、销售，对人体健康造成严重危害的行为。

特征：1.犯罪客体既包括国家对药品的管理制度，又包括公民的健康权利；2.客观方面表现为违反国家药品管理法规，生产、销售劣药，对人体健康造成严重危害的行为。按照《中华人民共和国药品管理法》第34条的规定，所谓劣药是指：（1）药品成分的含量与国家药品标准或者省、自治区、直辖市药品标准规定不符的；（2）超过有效期的；（3）其他不符合药品标准规定的。

处罚：犯生产、销售劣药罪，对人体健康造成严重危害的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；后果特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第143条：生产、销售不符合卫生标准的食品罪，是指违反国家食品卫生管理法规，生产、销售不符合卫生标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，危害人体健康的行为。

特征：1.侵犯的客体既包括国家对食品卫生的管理制度，又包括公民的健康权利；2.客观方面表现为违反国家食品卫生管理法规，生产、销售不符合卫生标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，危害人体健康的行为。按照《中华人民共和国食品卫生法》第9条的规定，所谓不符合卫生标准的食品是指：（1）腐败变质、油脂酸败、霉变、生虫、污秽不洁、混有异物或者其他感官性状异常，可能对人体健康有害的；（2）含有毒、有害物质或者被有毒、有害物质污染，可能对人体健康有害的；（3）含有致病性寄生虫、微生物，或者微生物毒素含量超过国家限定标准的；（4）未经兽医卫生检验或者检验不合格的肉类及其制品；（5）病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物等及其制品；（6）容器包装污秽不洁、严重破损或者运输工具不洁造成污染的；（7）掺杂、掺假、伪造，影响营养、卫生的；（8）用非食用原料加工的，加入非食品用化学物质或者将非食品当作食品的；（9）超过保质期的；（10）为防病等特殊需要，国务院卫生行政部门或者省、自治区、直辖市人民政府专门规定禁止出售的；（11）含有未经国务院卫生行政部门批准使用的添加剂或者农药残留超过国家规定容许量的；（12）其他不符合食品卫生标准和卫生要求的。

处罚：犯生产、销售不符合卫生标准的食品罪，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下罚金；对人体健康造成严重危害的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；后果特别严重的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 144 条：生产、销售有毒、有害食品罪，是指违反国家食品卫生管理法规，在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对食品卫生的管理制度，又包括公民的健康权利；2. 客观方面表现为违反国家食品卫生管理法规，在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。行为人只要具有在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者明知是被掺入了有毒、有害的非食品原料的食品而仍然予以销售的行为，即使没有发生实际的危害结果，也构成犯罪；如果造成了危害结果，则是生产、销售有毒、有害食品罪的加重结果犯。

定罪：生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售不符合卫生标准的食品罪都是关于同一类对象——食品的犯罪，但二者在主观恶性上是有区别的。生产、销售有毒、有害食品罪的行为人是在生产、销售的食品中故意掺入有毒、有害的非食品性原料或者明知是被掺入了有毒、有害的非食品性原料的食品而仍然予以销售，而生产、销售不符合卫生标准的食品罪的行为人是明知生产、销售的是不符合卫生标准的食品而仍然生产或者销售。

处罚：犯生产、销售有毒有害食品罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，对人体健康造成严重危害的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 145 条：生产、销售不符合标准的医用器材罪，是指违反国家产品质量管理法规，生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，对人体健康造成严重危害的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对生产、销售医疗器械、医用卫生材料的产品质量的监督管理制度，又包括公民的健康权利；2. 客观方面表现为违反国家产品质量管理法规，生产不符合国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，对人体健康造成严重危害的行为。

处罚：犯生产、销售不符合标准的医用器材罪，对人体健康造成严重危害的，处 5 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；后果特别严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金，其中情节特别恶劣的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金或者没收财产。应当注意的是，第 3 个量刑幅度是针对“后果特别严重”中的“情节特别恶劣”的情况做的规定，即既要“后果特别严重”又要“情节特别恶劣”的，才能适用第 3 个量刑幅度。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的职工人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 146 条：生产、销售不符合安全标准的产品罪，是指违反国家产品质量管理法规，生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压

力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，造成严重后果的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对生产、销售电器、压力容器、易燃易爆产品以及其他产品质量的监督管理制度，又包括公民的健康权利；2. 客观方面表现为违反国家产品质量法规，生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，造成严重后果的行为。

处罚：犯生产、销售不符合安全标准的产品罪，造成严重后果的，处5年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；后果特别严重的，处5年以上有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他责任人员，按照上述规定处罚。

第147条：生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪，是指违反国家产品质量法规，生产假农药、假兽药、假化肥，销售明知是假的或者失去效能的农药、兽药、化肥、种子，或者生产者、销售者以不合格的农药、兽药、化肥、种子冒充合格的农药、兽药、化肥、种子，使生产遭受较大损失的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对农药、兽药、化肥、种子等农业生产资料的质量监督管理制度，又包括农民的合法权益；2. 客观方面表现为违反国家产品质量管理法规，生产假农药、假兽药、假化肥，销售明知是假的或者失去效能的农药、兽药、化肥、种子，或者生产者、销售者以不合格的农药、兽药、化肥、种子冒充合格的农药、兽药、化肥、种子，使生产遭受较大损失的行为。

处罚：犯生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪，使生产遭受较大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下罚金；使生产遭受重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；使生产遭受特别重大损失的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第148条：生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪，是指违反国家产品质量法规，生产不符合卫生标准的化妆品，或者销售明知是不符合卫生标准的化妆品，造成严重后果的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对化妆品质量的监督管理制度，又包括消费者的合法权益；2. 客观方面表现为违反国家产品质量法规，生产不符合卫生标准的化妆品，或者销售明知是不符合卫生标准的化妆品，造成严重后果的行为。

处罚：犯生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

在处理本节所规定的犯罪时需要注意的两个问题：

第一，第 140 条所规定的是广义上的产品犯罪，第 141 条至第 148 条所规定的是具体的产品犯罪。第 140 条规定的犯罪必须具备的一个条件，就是生产、销售的伪劣产品销售金额必须达到 5 万元以上的，才构成该种犯罪；如果所犯之罪是第 141 条至第 148 条规定的关于具体产品的犯罪，即生产、销售假药罪、生产、销售劣药罪、生产、销售不符合卫生标准的食品罪、生产、销售有毒、有害食品罪、生产、销售不符合标准的医用器材罪、生产、销售不符合安全标准的产品罪、生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪以及生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪，按照各该条的规定，都要求把足以造成危害结果或者已经造成危害结果作为构成各该罪的条件。但是，如果生产、销售的是第 141 条至第 148 条所列的产品，不具有各该条构成犯罪所要求的可能后果或者已然后果，而销售金额达到了 5 万元以上的，则按照第 140 条的规定以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

第二，如果行为人生产、销售第 141 条至第 148 条所列的产品，具备了各该条要求的可能后果或者已然后果的，当然就已经构成了各该条所规定的犯罪；但是，如果生产、销售的第 141 条至第 148 条所列的产品同时又符合第 140 条规定的销售金额在 5 万元以上的数额的，则行为人的行为实际上同时符合两种犯罪的构成条件，在这种情况下，就依照处罚较重的规定定罪处罚。

第二节 走私罪

概述：走私罪是指违反海关法规，逃避海关监管，运输、携带、邮寄国家禁止进出境或者限制进出境的货物、物品以及其他货物、物品进出国（边）境，或者未经海关许可并补缴关税，擅自出售特许进口的保税、减税或免税的货物、物品，或者直接向走私人非法收购走私物品，或者在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止或限制进出口的货物、物品，情节严重的行为。

特征：本节规定的各种走私犯罪所侵犯的客体都是国家对外贸易管制，具体包括：1.对进出口货物、物品实行准许、限制或者禁止的制度；2.对金融、外汇实行统一管理的制度；3.对进出口货物、物品征收关税的制度，等等；犯罪主体都是一般主体，既包括自然人，也包括单位；主观方面都是故意。

第 151 条第 1 款：走私武器、弹药罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法携带、运输、邮寄武器、弹药进出国（边）境的行为；

第 151 条第 1 款：走私核材料罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法携带、运输、邮寄核材料进出国（边）境的行为；

第 151 条第 1 款：走私假币罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法携带、运输、邮寄伪造的货币进出国（边）境的行为。

上述 3 种犯罪特征：客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄武器、弹药、核材料或者伪造的货币进出国（边）境的行为。

处罚：犯走私武器、弹药罪、走私核材料罪、走私假币罪的，处 7 年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处 7 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 151 条第 2 款：走私文物罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止出口的文物进出国（边）境的行为；

第 151 条第 2 款：走私贵重金属罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法携带、运输、邮寄黄金、白银和其他贵重金属进出国（边）境的行为；

第 151 条第 2 款：走私珍贵动物、珍贵动物制品罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法携带、运输、邮寄珍贵动物、珍贵动物制品进出国（边）境的行为。

上述 3 种犯罪的特征：客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止出口的文物、黄金、白银和其他贵重金属或者国家禁止进出口的珍贵动物及其制品进出国（边）境的行为。

处罚：犯走私文物罪、走私贵重金属罪、走私珍贵动物、珍贵动物制品罪的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金；情节较轻的，处 5 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 151 条第 3 款：走私珍稀植物、珍稀植物制品罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的珍稀植物及其

制品进出国（边）境的行为。

特征：客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的珍稀植物及其制品进出国（边）境的行为。

处罚：犯走私珍稀植物、珍稀植物制品罪的，处5年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节严重的，处5年以上有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第152条：走私淫秽物品罪，是指以牟利或者传播为目的，违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品进出国（边）境的行为。

特征：1.客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品进出国（边）境的行为；2.主观方面除了是故意之外，还要求具有牟利或者传播的目的，不具有牟利或者传播目的的不构成本罪，但其牟利或者传播的目的是否实现并不影响本罪的成立。

处罚：犯走私淫秽物品罪的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第153条：走私普通货物、物品罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄除武器、弹药、核材料、伪造的货币、文物、贵重金属、珍贵动物及其制品、珍稀植物及其制品、淫秽物品以及毒品之外的其他货物、物品进出国（边）境，偷逃应缴关税及工商税数额较大的行为。

特征：客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄除武器、弹药、核材料、伪造的货币、文物、贵重金属、珍贵动物及其制品、珍稀植物及其制品，淫秽物品以及毒品之外的其他货物、物品进出国（边）境，偷逃应缴关税及工商税数额较大的行为。所谓“偷逃关税及工商税数额较大”是指偷逃关税及工商税的数额在5万元以上。如果行为人次次走私未经处理，必须按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额计算和处罚。应当注意的是，所谓“多次走私”并不要求每一次走私都要独立构成犯罪；所谓“未经处理”是指既没有受过审判机关的刑事处罚，也没有受过海关或者公安、工商等机关的行政处罚。

处罚：1.走私货物、物品偷逃应缴税额在50万元以上的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额1倍以上5倍以下罚金或者没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产；2.走私货物、物品偷逃应缴税额在15万元以上不满50万元的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处偷逃应缴税额1倍以上5倍以下罚金；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额1倍以上5倍以下罚金或者没收财产；3.走私货物、物品偷逃应缴税额在5万元以上不满15万元的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额1倍以上5倍以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑。

注意第 154 条关于保税货物和特定减税或免税货物、物品的走私行为按照第 153 条规定的以走私普通货物、物品罪定罪处罚的两种情况：

第一，未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，在境内销售牟利的。所谓“保税货物”是指经过海关批准，免办纳税手续入境，在我国境内储存、加工、装配后再复运出境的原材料、零件、制成品、设备等货物。按照国际贸易惯例，保税货物必须在一国境内储存、加工、装配后再复运出境，如果确实需要在该国境内销售上述货物，则必须报海关许可并补缴应当缴纳的海关关税和工商税，否则，偷逃进口纳税的行为实际就是一种变相的走私行为；

第二，未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将特定减税、免税进口的货物、物品，在境内销售牟利的。所谓“特定减税、免税进口的货物、物品”是指经海关许可进口并酌情减征、免征关税的下列货物、物品：1. 经济特区等特定地区进口的货物；2. 中外合资企业、中外合作企业、外资企业等特定企业进口的货物；3. 有特定用途的进口货物、物品；4. 用于公益事业境外捐赠物品。凡是特定减税、免税进口的货物、物品，都只能用于特定地区、特定企业、特定用途，不得转为他用。如果确实需要在境内销售上述货物、物品，必须报经海关许可并补缴应当缴纳的海关关税和工商税，否则也属于偷逃进口纳税的行为，是一种实质上的走私行为。

上述两种行为按照走私普通货物、物品罪定罪处罚时需要注意，即走私保税货物或者特定减税、免税货物、物品必须是偷逃应缴税额达到 5 万元以上的才能构成犯罪。具体刑罚处罚（包括对自然人和单位）与第 153 条规定的刑罚处罚相同。

注意第 155 条规定的关于以走私罪论处的两种行为：

第一，直接向走私人非法收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的，以走私罪论处。直接向走私人非法收购国家禁止进口物品如伪造的货币、淫秽物品、毒品等等，收购行为一经实施，就构成犯罪，并没有数额上的要求；而直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，必须达到数额较大的程度才能构成犯罪。需要注意的是，直接向走私人非法收购上述货物、物品，还必须明知上述货物、物品是走私人走私进口的，如果确实不知道是走私进口的货物、物品而购买的，不能构成此罪。同时，“直接向走私人非法收购”表明是买私人和走私人之间的第一手交易，如果是买私人购买走私货物、物品后的第二手交易，也不能构成此罪；

第二，在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止进出口的物品的，或者运输、收购、贩卖国家限制进出口的货物、物品，数额较大，没有合法证明的，以走私罪论处。内海、领海都属于中华人民共和国的领域范围。在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止进出口的物品，如武器、弹药、淫秽物品、毒品、文物、珍贵金属等等，只要没有合法证明，不论数额大小都以走私论处；在内海、领海运输、收购、贩卖国家限制进出口的货物、物品，如香烟、酒类、贵重中药材，等等，除了没有合法证明以外，还必须达到数额较大的程度，才能以走私论处。所谓“没有合法证明”是指行为人在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止或者限制进出口的物品而没有国家指定的机关出具的必要证明。

上述以走私罪论处的两种行为，根据具体情况的不同，分别按照第 151 条至第 153 条的规定处罚。

第 155 条第（3）项：走私固体废物罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法将境外固体废物运输进境的行为。

特征：客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，将境外固体废物运输入境的行为。

处罚：犯走私固体废物罪的，根据具体情况的不同，按照第 151 条至第 153 条的规定处罚。

在处理走私罪时注意以下几个问题：

第一，与走私犯罪分子事前通谋，为走私犯提供贷款、资金、帐号、发票、证明，或者为走私犯提供运输、保管、邮寄或者其他方便的行为，是走私罪共犯。构成走私罪共犯必须具备下述条件：1.行为人与走私犯在主观方面必须事前有通谋，即有共同的走私犯罪故意；2.行为人在客观方面必须为走私犯提供了各种方便条件。走私罪的共犯根据具体情况的不同，分别按照第 151 条至第 153 条的规定处罚；

第二，武装掩护走私的，应当依照第 151 条的规定从重处罚；

第三，对以暴力、威胁方法抗拒缉私的行为，以走私罪和阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪，依照数罪并罚的规定处罚。所谓“以暴力、威胁方法抗拒缉私”是指对依法查处走私活动的海关人员、武装警察、公安人员、工商行政管理人员等使用暴力方法或者威胁方法，抗拒、阻挠缉私的行为。

第四，以进行走私为目的，使用虚假、无效的凭证、商业单据或者采取其他手段向外汇指定银行骗购外汇的，按照走私罪的有关规定定罪处罚。

第三节 妨碍对公司、企业的管理秩序罪

概述：妨害对公司、企业的管理秩序罪，是指公司、企业违反公司法、企业法或者其他法律、法规的规定，妨害国家对公司、企业的管理制度和管理活动，侵犯公司、企业及其投资者和债权人的合法权益，破坏社会主义市场经济秩序，情节严重的行为。

第 158 条：虚报注册资本罪，是指行为人使用虚假证明文件或者采用其他欺诈手段，虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对公司的登记管理制度；2. 犯罪主体是特殊主体，即公司登记的申请人，公司登记申请人既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为行为人使用虚假证明文件或者采用其他欺诈手段，虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为；4. 主观方面是故意，行为人的目的是为了骗取公司登记。

处罚：犯虚报注册资本罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本数额 1% 以上 5% 以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员或者其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

第 159 条：虚假出资、抽逃出资罪，是指公司发起人、股东违反公司法规定，未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对公司注册资本的管理制度；2. 犯罪主体是特殊主体，即公司发起人和股东，发起人和股东既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为公司发起人、股东违反公司法规定，未交付货币、实物或者未转移财产，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯虚假出资、抽逃出资罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额 2% 以上 10% 以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

第 160 条：欺诈发行股票、债券罪，是指在招股说明书、认股书或者公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对股票、公司、企业债券的管理制度，又包括股东或者其他债权人的合法权益；2. 犯罪主体是特殊主体，即股票或者公司、企业债券的发行人，股票或者公司、企业债券的发行人既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为在招股说明书、认股书或者公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为；4. 主观方面是故意，而且行为人具有非法募集资金的目的。

处罚：犯欺诈发行股票、债券罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金金额 1% 以上 5% 以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，

处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

第 161 条：提供虚假财会报告罪，是指公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，严重损害股东或者其他入利益的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对公司的财务管理制度，又包括股东和其他人的利益；2. 犯罪主体是特殊主体，是公司中提供财务会计报告的直接负责的主管人员和其他直接责任人员；3. 客观方面表现为公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，严重损害股东和其他人利益的行为；4. 主观方面是故意，而且是直接故意。如果不是出于故意，而是由于对财会工作不熟悉或者过失造成财务会计报告不实的，不构成本罪。

处罚：犯提供虚假财会报告罪的，实行单罚制，即对公司直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

第 162 条：妨害清算罪，是指公司、企业在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人或者其他入利益的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对公司、企业的清算管理制度，又包括债权人或者其他人的利益；2. 犯罪主体是特殊主体，即进行清算的公司、企业；3. 客观方面表现为公司、企业在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载，或者在未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人和其他人利益的行为；4. 主观方面是故意，如果是由于过失造成资产负债表或者财产清单记载不实的，不构成本罪。

处罚：犯妨害清算罪的，实行单罚制，即对公司、企业中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

第 163 条：公司、企业人员受贿罪，是指公司、企业的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体是公司、企业的正常管理秩序；2. 犯罪主体是特殊主体，即公司、企业的工作人员。按照第 163 条第 3 款的规定，如果是国有公司、企业中从事公务的人员和国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务的人员有本条所规定的行为的，由于其主体身份不同于本条所规定的主体，因此，要依照第 385 条、第 386 条规定的国家工作人员受贿罪定罪处罚；3. 客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。行为人利用职务便利主动索取他人财物的，只要达到数额较大的标准，就构成受贿罪，并不要求有为他人谋取利益的行为；而行为人利用职务便利被动收受他人财物的，则还必须同时具有为他人谋取利益和数额较大两个条件才能构成受贿罪。此外，按照本条第 2 款的规定，公司、企业的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，也按照公司、企业工作人员受贿罪定罪处罚；4. 主观方面是故意，而且只能是直接故意。

处罚：犯公司、企业人员受贿罪，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产。所谓“数额较大”是指受贿数额在 5000 元至 2 万元以上；所谓“数额巨大”是指受贿

数额在 10 万元以上。

第 164 条：向公司、企业人员行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予公司、企业的工作人员以财物，数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对公司、企业的正常管理秩序；2. 犯罪主体是一般主体，既可以是自然人，也可以是单位；3. 客观方面表现为行为人为谋取不正当利益，给予公司、企业工作人员以财物，数额较大的行为；4. 主观方面是故意，而且具有谋取不正当利益的目的。

处罚：犯向公司、企业人员行贿罪，数额较大的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。所谓“数额较大”是指行贿数额在 5000 元至 2 万元以上；所谓“数额巨大”是指行贿数额在 10 万元以上。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。如果行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

第 165 条：非法经营同类营业罪，是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对国有公司、企业的管理秩序，又包括国家的经济利益；2. 犯罪主体是特殊主体，即国有公司、企业的董事、经理；3. 客观方面表现为利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为；4. 主观方面是故意，而且是直接故意。

处罚：犯非法经营同类营业罪，数额巨大的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

第 166 条：为亲友非法牟利罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，进行徇私经营，致使国家利益遭受重大损失的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国有公司、企业、事业单位的管理制度和经济利益；2. 犯罪主体是特殊主体，即国有公司、企业、事业单位的工作人员；3. 客观方面表现为利用职务便利，为亲友非法牟利，致使国家利益遭受重大损失的行为。所谓“为亲友非法牟利”是指具有下述 3 种情形之一：（1）将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的；（2）以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的；（3）向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。行为人除了要具有上述 3 种情形之一外，还必须是为亲友非法牟利使国家利益遭受重大损失的，才能构成本罪；4. 主观方面是故意。

处罚：犯为亲友非法牟利罪，致使国家利益遭受重大损失的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

第 167 条：签订、履行合同失职被骗罪，是指国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任而被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国有公司、企业、事业单位的正常活动秩序和经济利益；2. 犯罪主体是特殊主体，即国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员；3. 客观方面表现为在签订、履行合同过程中，因严重不负责任而

被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为；4.主观方面是过失。如果行为人是与对方当事人恶意串通，合伙诈骗国有公司、企业、事业单位的财产，则是诈骗的共同犯罪而不再是本罪。

处罚：犯签订、履行合同失职被骗罪，致使国家利益遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第168条：徇私造成破产、亏损罪，是指国有公司、企业直接负责的主管人员，徇私舞弊，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的行为。

特征：1.侵犯的客体是国有公司、企业的管理秩序和经济利益；2.犯罪主体是特殊主体，即国有公司、企业直接负责的主管人员；3.客观方面表现为徇私舞弊，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的行为；4.主观方面是故意，包括直接故意和间接故意。

处罚：犯徇私造成破产、亏损罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第169条：徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪，是指国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对国有公司、企业的管理秩序和国家的经济利益；2.犯罪主体是特殊主体，即国有公司、企业的直接负责的主管人员或者其上级主管部门直接负责的主管人员；3.客观方面表现为徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的行为；4.主观方面是故意，包括直接故意和间接故意。

处罚：犯徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪，致使国家利益遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第四节 破坏金融管理秩序罪

概述：破坏金融管理秩序罪，是指违反国家金融管理法规，破坏国家对金融的管理秩序的行为。

第 170 条：伪造货币罪，是指违反货币管理法规，依照货币的式样，制造假货币冒充真货币的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家的货币管理制度。这里所说的货币既包括中国货币，也包括外国货币；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为违反国家对货币的管理制度，依照货币的式样，制造假货币冒充真货币的行为；4. 主观方面是故意，而且是直接故意。

处罚：犯伪造货币罪的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；有下列情形之一的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产：（1）伪造货币集团的首要分子；（2）伪造货币数额特别巨大的；（3）有其他严重情节的。

第 171 条第 1 款：出售、购买、运输假币罪，是指出售、购买伪造的货币，或者明知是伪造的货币而进行运输，数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家的货币管理制度；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输的行为；4. 主观方面是故意，即明知是伪造的货币而仍然出售、购买或者运输。

处罚：犯出售、购买、运输假币罪，数额较大的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。

第 171 条第 2 款：金融机构工作人员购买假币、以假币换取货币罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员购买伪造的货币，或者利用职务上的便利，以伪造的货币换取货币的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家的货币管理制度；2. 犯罪主体是特殊主体，即银行或者其他金融机构的工作人员；3. 客观方面表现为购买伪造的货币，或者利用职务上的便利，以伪造的货币换取货币的行为；4. 主观方面是故意，即明知是伪造的货币而仍然购买或者换取。

处罚：犯金融机构工作人员购买假币、以假币换取货币罪的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金或者没收财产；情节较轻的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 1 万元以上 10 万元以下罚金。

定罪：如果行为人既伪造货币，又出售或者运输伪造的货币的，不按数罪处理，而应当依照第 170 条规定的伪造货币罪从重处罚。

第 172 条：持有、使用假币罪，是指违反货币管理法规，明知是伪造的货币而持有、使用，数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家的货币管理制度；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为持有、使用伪造的货币的行为；4. 主观方面是故意，即明知是伪造的货币而仍然持有或者使用。

处罚：犯持有、使用假币罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处1万元以上10万元以下罚金；数额巨大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金；数额特别巨大的，处10年以上有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。

第173条：变造货币罪，是指对货币采用挖补、剪贴、涂改、拼凑等方法，使原货币加大数量或者改变面额，数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家的货币管理制度；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为对货币采用挖补、剪贴、涂改、拼凑等方法，使原货币加大数量或者改变面额，数额较大的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯变造货币罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处1万元以上10万元以下罚金；数额巨大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金。

第174条第1款：擅自设立金融机构罪，是指未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行或者其他金融机构的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对金融机构的管理制度；2. 犯罪主体是一般主体，既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行或者其他金融机构的行为。所谓“其他金融机构”是指保险公司、信托投资公司、融资租赁公司、证券公司、城市信用合作社、农村信用合作社、企业财务公司，等等；4. 主观方面是故意。

处罚：犯擅自设立金融机构罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第174条第2款：伪造、变造、转让金融机构经营许可证罪，是指伪造、变造、转让商业银行或者其他金融机构的经营许可证，扰乱金融秩序的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对金融机构的管理制度；2. 犯罪主体因行为表现方式的不同而不同。伪造、变造金融机构经营许可证的是一般主体，而转让金融机构经营许可证的则是特殊主体，即持有金融机构经营许可证的人；3. 客观方面表现为伪造、变造、转让商业银行或者其他金融机构的经营许可证的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯伪造、变造、转让金融机构经营许可证罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第175条：高利转贷罪，是指以转贷为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家正常的金融管理秩序；2. 犯罪主体是一般主体，既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为；4. 主观方面是故意，而且具有高利转贷他人牟利的目的。

处罚：犯高利转贷罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并

处违法所得1倍以上5倍以下罚金；数额巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第176条：非法吸收公众存款罪，是指非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家的金融管理秩序；2. 犯罪主体是一般主体，既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯非法吸收公众存款罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第177条：伪造、变造金融票证罪，是指伪造、变造汇票、本票、支票、委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证、信用证或者附随的单据、文件或者伪造信用卡的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家的金融票证管理制度；2. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为伪造、变造汇票、本票、支票、委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证、信用证或者附随的单据、文件或者伪造信用卡的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯伪造、变造金融票证罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第178条第1款：伪造、变造国家有价证券罪，是指伪造、变造国库券或者国家发行的其他有价证券的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对有价值证券的管理制度；2. 犯罪主体是一般主体，既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为伪造、变造国库券或者其他国家发行的有价证券的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯伪造、变造国家有价证券罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第178条第2款：伪造、变造股票、公司、企业债券罪，是指伪造、变造股票或者公司、企业债券，数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对有价值证券的管理制度；2. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为伪造、变造股票或者公司、企业债券，数额较大的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯伪造、变造股票、公司、企业债券罪，数额较大的，处3年以

下有有期徒刑或者拘役，并处或者单处1万元以上10万元以下罚金；数额巨大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第179条：擅自发行股票、公司、企业债券罪，是指未经国家有关主管部门批准，擅自发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对有偿证券的管理制度；2. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为未经国家有关主管部门批准，擅自发行股票或者公司、企业债券的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯擅自发行股票、公司、企业债券罪，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法集资金额1%以上5%以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第180条：内幕交易、泄露内幕信息罪，是指证券交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者泄露该信息，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对证券市场的管理秩序；2. 犯罪主体是特殊主体，即证券交易内幕信息知情人员或者非法获取证券交易内幕信息的人员。所谓“知情人员”的范围，按照法律、行政法规的规定是指下述5种人员：（1）证券发行人的董事、监事、高级管理人员、秘书、打字员，以及其他可以通过履行职务接触或者获得内幕信息的职员；（2）证券发行人聘请的律师、会计师、资产评估人员、投资顾问等专业人员，证券经营机构的管理人员、业务人员，以及其他因其业务可能接触或者获得内幕信息的人员；（3）根据法律、法规的规定，对证券发行人可以行使一定管理权或者监督权的人员，包括证券监管部门和证券交易场所的工作人员，证券发行人的主管部门和审批机关的工作人员，以及工商、税务等有关经济管理机关的工作人员等；（4）由于本人的职业地位、与证券发行人的合同关系或者工作联系，有可能接触或者获得内幕信息的人员，包括新闻记者、报刊编辑、电台主持人以及编排印刷人员等；（5）其他可能通过合法途径接触到内幕信息的人员；3. 客观方面表现为证券交易内幕信息的知情人员或者其他非法获取证券交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者泄露该信息，情节严重的行为。所谓“内幕信息”的范围，按照法律、行政法规的规定是指为知情人员所知悉的，尚未公开的和可能影响证券交易市场价格的重大信息，具体包括：（1）证券发行人订立的重要合同，该合同可能对公司的资产、负债、权益和经营成果中的一项或者多项产生显著影响；（2）证券发行人的经营政策或者经营范围发生重大变化；（3）证券发行人发生重大的投资行为或者购置金额较大的长期资产的行为；（4）证券发行人发生重大债务；（5）证券发行人未能归还到期重大债务的违约情况；（6）证券发行人发生重大经营性或者非经营性亏损；（7）证券发行人资产遭受重大损失；（8）证券发行人的生产经营环境发生重大变化；（9）可能对证券市场价格有显著影响的国家政策变

化；(10)证券发行人的董事长、1/3以上的董事或者总经理发生变动；(11)持有发行人5%以上的发行在外的普通股的股东，其持有该种股票的增减变化每达到该种股票发行在外总额的2%以上的事实；(12)证券发行人的分红派息、增资扩股计划；(13)涉及证券发行人的重大诉讼事项；(14)证券发行人进入破产、清算状态；(15)证券发行人章程、注册资本和注册地址的变更；(16)因证券发行人无支付能力而发生相当于被退票人流动资金的5%以上的大额银行退票；(17)证券发行人更换为其审计的会计师事务所；(18)证券发行人债务担保的重大变更；(19)股票的二次发行；(20)证券发行人营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的30%；(21)证券发行人的董事、监事或者高级管理人员的行为可能依法负有重大损害赔偿责任；(22)证券发行人的股东大会、董事会或者监事会的决定被依法撤销；(23)证券监管部门作出禁止证券发行人有控股权的大股东转让其股份的决定；(24)证券发行人的收购或者兼并；(25)证券发行人的合并或者分立以及其他重大信息。内幕信息不包括运用公开的信息和资料对证券市场作出的预测和分析；4.主观方面是故意。

处罚：犯内幕交易、泄露内幕信息罪，情节严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得1倍以上5倍以下罚金；情节特别严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第181条第1款：编造并传播证券交易虚假信息罪，是指编造并且传播影响证券交易的虚假信息，扰乱证券交易市场秩序，造成严重后果的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对证券交易市场正常的管理秩序；2.犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3.客观方面表现为编造并且传播影响证券交易的虚假信息，扰乱证券交易市场秩序，造成严重后果的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯编造并传播证券交易虚假信息罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处1万元以上10万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第181条第2款：诱骗投资者买卖证券罪，是指证券交易所、证券公司的从业人员、证券业协会或者证券管理部门的工作人员，故意提供虚假信息，或者伪造、编造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券，造成严重后果的行为。

特征：1.侵犯的客体既包括国家对证券交易市场的正常管理秩序，又包括投资者的财产权利；2.犯罪主体是特殊主体，即证券交易所、证券公司的从业人员、证券业协会或者证券管理部门的工作人员；同时，本罪的主体既包括自然人，也包括单位；3.客观方面表现为提供虚假信息，或者伪造、编造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券，造成严重后果的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯诱骗投资者买卖证券罪，造成严重后果的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处1万元以上10万元以下罚金；情节特别恶劣的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其

他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

第 182 条：操纵证券交易价格罪，是指违反证券交易管理法规，操纵证券交易价格，获取不正当利益或者转嫁风险，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对证券交易市场的正常管理秩序，又包括其他投资者的财产权利；2. 犯罪主体是一般主体，既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为违反证券交易管理法规，操纵证券交易价格，获取不正当利益或者转嫁风险，情节严重的行为。具体说包括以下 4 种情形：(1) 单独或者合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格的；(2) 与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易或者相互买卖并不持有的证券，影响证券交易价格或者证券交易量的；(3) 以自己为交易对象，进行不转移证券所有权的自买自卖，影响证券交易价格或者证券交易量的；(4) 以其他方法操纵证券交易价格的；4. 主观方面是故意，且具有获取不正当利益或者转嫁风险的目的。

处罚：犯操纵证券交易价格罪，情节严重的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

以下几个问题在处理时需要注意：

第一，保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，依照第 271 条职务侵占罪的规定定罪处罚；

第二，国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，依照第 382 条、第 383 条贪污罪的规定定罪处罚；

第三，银行或者其他金融机构的工作人员在金融业务活动中索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，或者违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照第 163 条公司、企业人员受贿罪的规定定罪处罚；

第四，国有金融机构工作人员和国有金融机构委派到非国有金融机构从事公务的人员在金融业务活动中索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，或者违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照第 385 条、第 386 条受贿罪的规定定罪处罚；

第五，银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，挪用本单位或者客户资金的，依照第 272 条挪用单位资金罪的规定定罪处罚；

第六，国有金融机构工作人员和国有金融机构委派到非国有金融机构从事公务的人员利用职务上的便利，挪用本单位或者客户资金的，依照第 384 条挪用公款罪的规定定罪处罚。

第 186 条第 1 款：违法向关系人发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员，违反法律、行政法规规定，向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件，造成较大损失的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对信用贷款的管理制度；2. 犯罪主体是特殊主体，即银行或者其他金融机构的工作人员，单位也可以成为本罪的主体；3. 客观方面表现为违反法律、行政法规的规定，向关系人发放信用贷款或者

发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件，造成较大损失的行为。所谓“关系人”的范围，依照《中华人民共和国商业银行法》和有关金融法规的规定，包括下述两种人员：（1）商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属；（2）前项所列人员投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织；4.主观方面是过失。所谓过失是对造成的损失后果而言的，对于违反法律、行政法规的规定则是明知故犯的。

处罚：犯违法向关系人发放贷款罪，造成较大损失的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处1万元以上10万元以下罚金；造成重大损失的，处5年以上有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第186条第2款：违法发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员，违反法律、行政法规的规定，向关系人以外的其他人发放贷款，造成重大损失的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对信用贷款的管理制度；2.犯罪主体是特殊主体，即银行或者其他金融机构的工作人员，单位也可以成为本罪的主体；3.客观方面表现为违反法律、行政法规的规定，向关系人以外的其他人发放贷款，造成重大损失的行为；4.主观方面是过失。所谓过失是对造成的损失后果而言，对于违反法律、行政法规的规定则是明知故犯的。

处罚：犯违法发放贷款罪，造成重大损失的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处1万元以上10万元以下罚金；造成特别重大损失的，处5年以上有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第187条：用帐外客户资金非法拆借、发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员，以牟利为目的，采取吸收客户资金不入帐的方式，将资金用于非法拆借、发放贷款，造成重大损失的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对存贷款的管理秩序；2.犯罪主体是特殊主体，即银行或者其他金融机构的工作人员，单位也可以成为本罪的主体；3.客观方面表现为采取吸收客户资金不入帐的方式，将资金用于非法拆借、发放贷款，造成重大损失的行为；4.主观方面是故意，且具有牟利的目的。

处罚：犯用帐外客户资金非法拆借、发放贷款罪，造成重大损失的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；造成特别重大损失的，处5年以上有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第188条：非法出具金融票证罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员违反规定，为他人出具信用证或者其他保函、票据、存单、资信证明，造成较大损失的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对金融票证的管理制度；2.犯罪主体是特殊主体，即银行或者其他金融机构的工作人员，单位也可以成为本罪的主体；3.客观方面表现为违反规定，为他人出具信用证或者其他保函、票据、存单、资信证明，造成较大损失的行为；4.主观方面是过失。所谓过失是对造成的损失后果而言，对于违反规定则是明知故犯的。

处罚：犯非法出具金融票证罪，造成较大损失的，处5年以下有期徒刑或者拘役；造成重大损失的，处5年以上有期徒刑。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第189条：对违法票据予以承兑、付款、保证罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员在票据业务中，对违反票据法规定的票据予以承兑、付款或者保证，造成重大损失的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对票据的管理制度；2.犯罪主体是特殊主体，即银行或者其他金融机构的工作人员，单位也可以成为本罪的主体；3.客观方面表现为在票据业务中，对违反票据法规定的票据予以承兑、付款或者保证，造成重大损失的行为；4.主观方面是过失。所谓过失是对造成的损失后果而言，对于违反规定则是明知故犯的。

处罚：犯对违法票据予以承兑、付款、保证罪，造成重大损失的，处5年以下有期徒刑或者拘役；造成特别重大损失的，处5年以上有期徒刑。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第190条：逃汇罪，是指国有公司、企业或者其他国有单位，违反国家规定，擅自将外汇存放境外，或者将境内的外汇非法转移到境外，情节严重的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对外汇的管理制度；2.犯罪主体是特殊主体，即国有公司、企业或者其他国有单位；3.客观方面表现为违反国家规定，擅自将外汇存放境外，或者将境内外汇非法转移到境外，情节严重的行为。所谓“外汇”是指下列以外币表示的可以用作国际清偿的支付手段和资产：（1）外国货币，包括纸币、铸币；（2）外币支付凭证，包括票据、银行存款凭证、邮政储蓄凭证等；（3）外币有价证券，包括政府债券、公司债券、股票等；（4）特别提款权、欧洲货币单位；（5）其他外汇资产；4.主观方面是故意。

定罪：1.以逃汇为目的，使用虚假、无效的凭证、商业单据或者采取其他手段向外汇指定银行骗购外汇的，按照逃汇罪的规定定罪处罚；2.非国有公司、企业或者其他单位，与国有公司、企业或者其他国有单位勾结逃汇的，以逃汇罪的共犯处罚。

处罚：犯逃汇罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第191条：洗钱罪，是指明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其性质和来源而提供资金帐户、协助将财产转换为现金或者金融票据、通过转帐或者其他结算方式协助资金转移、协助将资金汇往境外或者以其他方式掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的行为。

定罪：以洗钱为目的，使用虚假、无效的凭证、商业单据或者采取其他手段向外汇指定银行骗购外汇的，按照洗钱罪的规定定罪处罚。

特征：1.侵犯的客体是国家的金融管理秩序；2.犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3.客观方面表现为毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益提供资金帐户、协助将财产转换为现金或者金融票据、通过转帐或者其他结算方式协助资金转移、协助将资金汇往境

外或者以其他方式掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的行为；4.主观方面是故意，且具有掩饰、隐瞒违法所得及其收益的性质和来源的目的。

处罚：首先应当没收实施毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益，然后根据具体情况予以处罚。情节一般的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处洗钱数额5%以上20%以下罚金；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处洗钱数额5%以上20%以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第五节 金融诈骗罪

概述：金融诈骗罪，是指在金融活动中，采用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。金融诈骗罪的共同特征是：1.侵犯的客体既包括国家对金融的正常管理秩序，又包括公私财产的所有权；2.客观方面都采用了虚构事实、隐瞒真相的方法，骗取公私财物；3.主观方面都是故意，而且是直接故意。

第 192 条：集资诈骗罪，是指以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相的方法，非法向社会公开募集资金，数额较大的行为。

特征：1.犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2.客观方面表现为采用虚构事实、隐瞒真相的方法，非法向社会公开募集资金，数额较大的行为。

处罚：犯集资诈骗罪，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑。

第 193 条：贷款诈骗罪，是指以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相的方法，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。

特征：1.犯罪主体是一般主体；2.客观方面表现为采用虚构事实、隐瞒真相的方法，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。具体包括下述 5 种情形：（1）编造引进资金、项目等虚假理由的；（2）使用虚假的经济合同的；（3）使用虚假的证明文件的；（4）使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的；（5）以其他方法诈骗贷款的。

处罚：犯贷款诈骗罪，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。

第 194 条第 1 款：票据诈骗罪，是指以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相的方法，利用金融票据进行诈骗活动，数额较大的行为。

特征：1.犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2.客观方面表现为采用虚构事实、隐瞒真相的方法，利用金融票据进行诈骗活动，数额较大的行为。具体包括下述 5 种情形：（1）明知是伪造、变造的汇票、本票、支票而使用的；（2）明知是作废的汇票、本票、支票而使用的；（3）冒用他人的汇票、本票、支票的；（4）签发空头支票或者与其预留的印鉴不符的支票，骗取财物的；（5）汇票、本票的出票人签发无资金保证的汇票、本票或者在出票时作虚假记载，骗取财物的。

第 194 条第 2 款：金融凭证诈骗罪，是指以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相的方法，使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银

行存单等其他银行结算凭证进行诈骗活动的行为。

特征：1. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证进行诈骗活动的行为。

处罚：犯票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产；数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯上述两种罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑。

第 195 条：信用证诈骗罪，是指利用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件，或者使用作废的信用证，或者骗取信用证以及以其他方法进行信用证诈骗活动的行为。

特征：1. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为利用信用证进行诈骗活动的行为，具体包括下述 4 种情形：（1）使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件的；（2）使用作废的信用证的；（3）骗取信用证的；（4）以其他方法进行信用证诈骗活动的。

处罚：犯信用证诈骗罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产；数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑。

第 196 条：信用卡诈骗罪，是指使用伪造、作废的信用卡，或者冒用他人的信用卡，或者利用信用卡恶意透支进行诈骗活动，数额较大的行为。

特征：1. 犯罪主体是一般主体；2. 客观方面表现为使用信用卡进行诈骗活动，具体包括下述 4 种情形：（1）使用伪造的信用卡的；（2）使用变造的信用卡的；（3）冒用他人信用卡的；（4）恶意透支的。所谓“恶意透支”是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。

定罪：盗窃信用卡并使用的，不以信用卡诈骗罪论处，而是以第 264 条规定的盗窃罪定罪处罚。

处罚：犯信用卡诈骗罪，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5

万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。

第 197 条：有价证券诈骗罪，是指使用伪造、变造的国库券或者国家发行的其他有价证券进行诈骗活动，数额较大的行为。

特征：1. 犯罪主体是一般主体；2. 客观方面表现为使用伪造、变造的国库券或者国家发行的其他有价证券进行诈骗活动，数额较大的行为。

处罚：犯有价证券诈骗罪，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。

第 198 条：保险诈骗罪，是指投保人、被保险人或者受益人故意虚构保险标的，或者对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失程度，或者编造未曾发生的保险事故，或者故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金，数额较大的行为。

特征：1. 犯罪主体是特殊主体，即投保人、被保险人或者受益人；2. 客观方面表现为行为人实施了虚构事实、隐瞒真相的各种欺诈手段骗取了保险金，数额较大的行为。具体包括下述 5 种情形：（1）投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的；（2）投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金的；（3）投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金的；（4）投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；（5）投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的。

定罪：注意下述两个问题：

第一，如果投保人、被保险人故意造成财产损失的行为或者投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的行为同时又构成其他犯罪的，如放火罪、爆炸罪、故意杀人罪、故意伤害罪，等等，应当依照数罪并罚的规定处罚；

第二，保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。

处罚：犯保险诈骗罪，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 1 万元以上 10 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑。

第六节 危害税收征管罪

概述：危害税收征管罪，是指违反税收征管法规，以各种方式不履行纳税义务，破坏国家的税收管理制度，数额较大或者情节严重的行为。危害税收征管罪具有以下两个方面的共同特征：1. 侵犯的客体都是国家对税收的管理制度，只不过表现形式有所不同，有的是直接破坏税收管理制度，有的则是通过税务发票间接破坏税收管理制度，还有的犯罪侵犯的是复杂客体；2. 主观方面都是故意，包括直接故意和间接故意。

第 201 条：偷税罪，是指纳税人、扣缴义务人违反国家税收征管法规，采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报等手段，不缴或者少缴应纳税款，或者是不缴或者少缴已收、已扣税款，数额较大或者有其他严重情节的行为。

特征：1. 犯罪主体是特殊主体，即纳税人、扣缴义务人。所谓“纳税人”是指法律、行政法规规定的直接负有纳税义务的单位和个人；所谓“扣缴义务人”是指法律、行政法规规定的负有代扣代缴、代收代缴税款义务的单位和个人；2. 客观方面表现为采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段，不缴或者少缴应纳税款，或者是不缴或者少缴已收、已扣税款，数额较大或者有其他严重情节的行为。偷税行为采取的手段包括下述 4 种：（1）伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证；（2）在帐簿上多列支出或者不列、少列收入；（3）经税务机关通知申报而拒不申报；（4）进行虚假的纳税申报。

处罚：纳税人犯偷税罪，偷税数额占应纳税额的 10% 以上不满 30% 并且偷税数额在 1 万元以上不满 10 万元的，或者因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处偷税数额 1 倍以上 5 倍以下罚金；偷税数额占应纳税额的 30% 以上并且偷税数额在 10 万元以上的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处偷税数额 1 倍以上 5 倍以下罚金。扣缴义务人犯偷税罪，偷税数额占应缴税额的 10% 以上并且数额在 1 万元以上的，依照上述规定处罚。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

对多次犯有偷税行为，未经处理的，按照累计数额计算。

犯本条规定之罪，被处罚金的，在执行前，应当先由税务机关追缴税款。

第 202 条：抗税罪，是指纳税人、扣缴义务人违反国家税收征管法规，以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对税收的征管制度，又包括执行征税职务活动的税务人员的人身权利；2. 犯罪主体是特殊主体，即纳税人、扣缴义务人；3. 客观方面表现为违反国家税收征管法规，以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。

处罚：犯抗税罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金。

犯本条规定之罪，被处罚金的，在执行前，应当先由税务机关追缴税

款。

第 203 条：逃避追缴欠税罪，是指纳税人违反税收征管法规，欠缴应纳税款，并采取转移或者隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴欠缴的税款，数额较大的行为。

特征：1. 犯罪主体即纳税人，既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为违反税收征管法规，欠缴应缴税款，并采取转移或者隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴欠缴的税款，数额较大的行为。

处罚：犯逃避追缴欠税罪，数额在 1 万元以上不满 10 万元的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处欠缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；数额在 10 万元以上的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处欠缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

犯本条规定之罪，被处罚金的，在执行前，应当先由税务机关追缴税款。

第 204 条第 1 款：骗取出口退税款罪，是指纳税人以假报出口或者其他欺骗手段，骗取出口退税款，数额较大的行为。

特征：1. 犯罪主体是特殊主体，即纳税人，既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的行为。所谓“出口退税”是指国家为了鼓励国内企业出口创汇，增强国内企业产品在国际市场上的竞争能力，当企业将已经征收了产品税、增值税、营业税、特别消费税的产品出口到国际市场时，国家把已征税款再退还给企业的制度。

定罪：以骗税为目的，使用虚假、无效的凭证、商业单据或者采取其他手段向外汇指定银行骗购外汇的，按照骗取出口退税款罪的规定定罪处罚。

处罚：犯骗取出口退税款罪，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

犯本条规定之罪，被处罚金或者没收财产的，在执行前，应当先由税务机关追缴税款和所骗取的出口退税款。

定罪：纳税人缴纳税款后，采取假报出口或者其他欺骗方法，骗取所缴纳的税款的，依照偷税罪定罪处罚；骗取税款超过所缴纳的税款部分，依照骗取出口退税款罪处罚。

第 205 条：虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是指违反国家税收征管法规，为他人虚开、为自己虚开、让他人自己虚开、介绍他人虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

特征：1. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为行为人实施了虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。具体包括下述 4 种表现形式：（1）为他人虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票；（2）为自己虚开增值税专用发票

或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票；(3) 让他人为自己虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票；(4) 介绍他人虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票。所谓“增值税专用发票”是指以商品或者劳动增值额为征税对象，具有直接抵扣税款功能的专门用于增值的发票；所谓“其他发票”是指具有与增值税专用发票相同功能的用于骗取出口退税、抵扣税款的其他非增值税发票。行为人具有上述行为之一，就构成本罪。

处罚：犯虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。有虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票行为骗取国家税款，数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

犯本条规定之罪，被处罚金或者没收财产的，在执行前，应当先由税务机关追缴税款和所骗取的出口退税款。

第206条：伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，是指违反国家对增值税专用发票的管理规定，伪造或者出售伪造的增值税专用发票的行为。

特征：1. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为违反国家对增值税专用发票的管理规定，伪造或者出售伪造的增值税专用发票的行为。

处罚：犯伪造、出售伪造的增值税专用发票罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；数量较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。伪造并出售伪造的增值税专用发票，数量特别巨大，情节特别严重，严重破坏经济秩序的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；数量较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑；数量巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

第207条：非法出售增值税专用发票罪，是指违反国家对增值税专用发票的管理规定，非法出售增值税专用发票的行为。

特征：1. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为违反国家对增值税专用发票的管理规定，非法出售增值税专用发票的行为。

处罚：犯非法出售增值税专用发票罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；数量较大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量巨大的，处10年以

上有有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第208条第1款：非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪，是指违反国家对增值税专用发票的管理规定，非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的行为。

特征：1. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为违反国家对增值税专用发票的管理规定，非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的行为。

定罪：如果行为人非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票又虚开或者出售的，则不再定本罪，而应当按照虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪、伪造、出售伪造的增值税专用发票罪、非法出售增值税专用发票罪定罪处罚。

处罚：犯非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第209条第1款：非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是指违反国家发票管理法规，伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

特征：1. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为违反国家发票管理法规，伪造、擅自或者出售伪造、擅自制造的可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

处罚：犯非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；数量巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量特别巨大的，处7年以上有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第209条第2款：非法制造、出售非法制造的发票罪，是指违反国家发票管理法规，伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的用于骗取出口退税、抵扣税款的发票以外的其他发票的行为。

特征：1. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为违反国家发票管理法规，伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的用于骗取出口退税的发票以外的其他发票的行为。

处罚：犯非法制造、出售非法制造的发票罪的，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处1万元以上5万元以下罚金；情节严重的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第209条第3款：非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是指违反国家发票管理法规，非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

特征：1. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2. 客观方面表现为违反

国家发票管理法规，非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

处罚：犯非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；数量巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量特别巨大的，处7年以上有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第209条第4款：非法出售发票罪，是指违反国家发票管理法规，非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款的发票以外的其他发票的行为。

特征：1.犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2.客观方面表现为违反国家发票管理法规，非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款的发票以外的其他发票的行为。

处罚：犯非法出售发票罪的，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处1万元以上5万元以下罚金；情节严重的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

定罪：以下两个问题在处理时需要注意：

第一，盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，依照第264条盗窃罪的规定定罪处罚；

第二，使用欺骗手段骗取增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，依照第266条诈骗罪的规定定罪处罚。

第七节 侵犯知识产权罪

概述：侵犯知识产权罪，是指违反知识产权保护法规，未经知识产权所有人许可，非法利用其知识产权，侵犯国家对知识产权的管理秩序和知识产权所有人的合法权益，违法所得数额较大或者情节严重的行为。侵犯知识产权罪具有以下两个方面的共同特征：1. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；2. 主观方面都是故意。

第 213 条：假冒注册商标罪，是指违反商标管理法规，未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对商标的管理秩序，又包括注册商标所有人的注册商标专用权；2. 客观方面表现为违反商标管理法规，未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。在“同种商品”上使用“同种商标”是构成本罪的两个必须同时具备的要件。

处罚：犯假冒注册商标罪，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 214 条：销售假冒注册商标的商品罪，是指违反商标管理法规，销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对商标的管理秩序，又包括注册商标所有人的注册商标专用权；2. 客观方面表现为违反商标管理法规，销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额较大的行为。

处罚：犯销售假冒注册商标的商品罪，销售金额数额较大的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；销售金额数额巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 215 条：非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，是指违反商标管理法规，伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对商标的管理秩序，又包括注册商标所有人的注册商标专用权；2. 客观方面表现为违反商标管理法规，伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，情节严重的行为。所谓“商标标识”是指在商品或者商品包装、说明书及其附着物上标明注册商标的标记。

处罚：犯非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 216 条：假冒专利罪，是指违反专利管理法规，未经专利权人许可，假冒他人专利，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对专利的管理秩序，又包括专利权人的

专利专用权；2.客观方面表现为违反专利管理法规，未经专利权人许可，假冒他人专利，情节严重的行为。

处罚：犯假冒专利罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第217条：侵犯著作权罪，是指以营利为目的，违反著作权管理法规，未经著作权人许可，侵犯他人的著作权，违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。

特征：1.侵犯的客体既包括国家对文化市场的管理秩序，又包括著作权人对其作品依法享有的著作权，还包括著作邻接权人对其传播作品依法享有的权利。所谓“著作邻接权人”是指作品传播者，如图书、报刊、录音、录像制品出版者、艺术表演者，等等；2.客观方面表现为以营利为目的，违反著作权管理法规，未经著作权人许可，侵犯他人著作权，违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。具体包括下述4种情形：（1）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；（2）出版他人享有专有出版权的图书的；（3）未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；（4）制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

处罚：犯侵犯著作权罪，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第218条：销售侵权复制品罪，是指以营利为目的，违反著作权管理法规，明知是侵权复制品而故意销售，违法所得数额巨大的行为。

特征：1.侵犯的客体既包括国家对文化市场的管理秩序，又包括著作权人对其作品依法享有的著作权，还包括邻接权人对其出版作品享有的权利；2.客观方面表现为违反著作权管理法规，明知是侵权复制品而故意销售，违法所得数额巨大的行为。所谓“侵权复制品”包括侵权复制的文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品、他人享有专有出版权的图书、录音录像制品、美术作品等。

处罚：犯销售侵权复制品罪，违法所得数额巨大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第219条：侵犯商业秘密罪，是指采取不正当手段，获取、使用、披露或者允许他人使用权利人的商业秘密，给商业秘密的权利人造成重大损失的行为。

特征：1.侵犯的客体既包括国家对商业秘密的管理制度，又包括商业秘密的权利人享有的合法权利；2.客观方面表现为采取不正当手段，获取、使用、披露或者允许他人使用权利人的商业秘密，给商业秘密的权利人造成重大损失的行为。具体包括下述3种情形：（1）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；（2）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；（3）违反约定或者违反权利人有关保

守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。所谓“商业秘密”是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息；所谓“权利人”是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

明知或者应知以上所列 3 种行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

处罚：犯侵犯商业秘密罪，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第八节 扰乱市场秩序罪

概述：扰乱市场秩序罪，是指违反国家对市场监督管理的法律、法规，进行不正当竞争，从事非法经营贸易或者中介服务活动，以及强行进行交易，扰乱和破坏等价有偿、公平竞争和平等交易的市场秩序，情节严重的行为。扰乱市场秩序罪的共同特征在于：犯罪主体不论是一般主体，还是特殊主体，都既包括自然人，也包括单位。

第 221 条：损害商业信誉、商品声誉罪，是指捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的行为。

特征：1. 侵犯的客体是同业竞争对手的商业信誉和商品声誉；2. 犯罪主体是一般主体，既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为捏造并散布虚假事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成或者大损失或者有其他严重情节的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯损害商业信誉、商品声誉罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 222 条：虚假广告罪，是指广告主、广告经营者、广告发布者违反法律规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对广告的管理秩序；2. 犯罪主体是广告主、广告经营者、广告发布者，既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为违反法律规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯虚假广告罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 223 条：串通投标罪，是指在招标投标过程中，投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人的利益，情节严重，或者投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对招标投标活动的管理秩序，又包括招标人或者其他投标人的合法权益；2. 犯罪主体是招标投标过程中的招标人和投标人；3. 客观方面表现为在招标投标过程中，投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人的利益，情节严重，或者投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法权益的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯串通投标罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第 224 条：合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家对合同的管理制度，又包括合同对方当事人的财物所有权；2. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人的财物，数额较大的行为。具体包括下述 5 种情形：（1）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；（2）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；（3）

没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；（4）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；（5）以其他方法骗取对方当事人财物的；4. 主观方面是故意，而且具有非法占有的目的。

处罚：犯合同诈骗罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第225条：非法经营罪，是指违反国家规定，进行非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对物资、金银、对外贸易及工商的管理秩序；2. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为违反国家规定，进行非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。具体包括下述3种情形：（1）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；（2）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；（3）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为；4. 主观方面是故意。

定罪：下列行为按照非法经营罪定罪处罚：1. 在外汇指定银行和中国外汇交易中心及其分中心以外买卖外汇，扰乱金融市场秩序，具有下列情形之一的：（1）非法买卖外汇20万美元以上的；（2）违法所得5万元人民币以上的；2. 公司、企业或者其他单位，违反有关外贸代理业务的规定，采用非法手段，或者明知是伪造、变造的凭证、商业单据，为他人向外汇指定银行骗购外汇，数额在500万美元以上或者违法所得50万元人民币以上的；3. 居间介绍骗购外汇100万美元以上或者违法所得10万元人民币以上的。

处罚：犯非法经营罪，情节严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得1倍以上5倍以下罚金；情节特别严重的，处5年以上有期徒刑，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第226条：强迫交易罪，是指在商品交易中，以暴力、威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括正常的市场交易秩序，又包括强迫交易对象的人身权、财产权；2. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为在商品交易中，以暴力、威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，情节严重的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯强迫交易罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第227条第1款：伪造、倒卖伪造的有价票证罪，是指伪造或者倒卖伪造的车票、船票、邮票或者其他有价票证，数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家对有价票证的管理秩序；2. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3. 客观方面表现为伪造或者倒卖伪造的车票、船票、

邮票或者其他有价票证的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯伪造、倒卖伪造的有价票证罪，数额较大的，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处票证价额1倍以上5倍以下罚金；数额巨大的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处票证价额1倍以上5倍以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第227条第2款：倒卖车票、船票罪，是指非法倒卖车票、船票，情节严重的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对车票、船票的管理秩序；2.犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3.客观方面表现为非法倒卖车票、船票，情节严重的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯倒卖车票、船票罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处票证价额1倍以上5倍以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第228条：非法转让、倒卖土地使用权罪，是指以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对土地的使用管理秩序；2.犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3.客观方面表现为违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为；4.主观方面是故意，并具有非法牟利的目的。

处罚：犯非法转让、倒卖土地使用权罪，情节严重的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法转让、倒卖土地使用权价额5%以上20%以下罚金；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处非法转让、倒卖土地使用权价额5%以上20%以下罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接转让人员，按照上述规定处罚。

第229条第1款、第2款：中介组织人员提供虚假证明文件罪，是指承担资产评估、验资、验证、会计、法律服务等职责的中介组织的人员，故意提供虚假证明文件，情节严重的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对中介市场的管理秩序；2.犯罪主体是承担资产评估、验资、验证、会计、法律服务等职责的中介组织的人员，也包括单位；3.客观方面表现为故意提供虚假的资产评估、验资、验证、会计、法律等证明文件，情节严重的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯中介组织人员提供虚假证明文件罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；中介组织人员索取他人财物或者非法收受他人财物犯中介组织人员提供虚假证明文件罪的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第229条第3款：中介组织人员出具证明文件重大失实罪，是指承担资产评估、验资、验证、会计、法律服务等职责的中介组织的人员，严重不负责任，出具的证明文件有重大失实、造成严重后果的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对中介市场的管理秩序；2.犯罪主体是承担资产评估、验资、验证、会计、法律服务等职责的中介组织的人员，也包括

单位；3.客观方面表现为严重不负责任，出具的证明文件有重大失实，造成严重后果的行为；4.主观方面是过失。

处罚：犯中介组织人员出具证明文件重大失实罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他责任人员，按照上述规定处罚。

第230条：逃避商检罪，是指违反进出口商品检验法的规定，逃避商品检验，将必须经商检机构检验的进口商品未报经检验而擅自销售、使用，或者将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口，情节严重的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对进出口商品检验的管理秩序；2.犯罪主体既包括自然人，也包括单位；3.客观方面表现为违反进出口商品检验法的规定，逃避商品检验，将必须经商检机构检验的进口商品未报经检验而擅自销售、使用，或者将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口，情节严重的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯逃避商检罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，实行双罚制，即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

第十四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪

概述：侵犯公民人身权利、民主权利罪，是指故意或者过失地侵犯他人人身权利和其他与人身权利直接有关的权利，以及非法剥夺或者妨害公民自由行使依法享有的管理国家事务和参加社会政治活动等各项权利的行为。

特征：1. 侵犯的客体是公民的人身权利和其他与人身权利有关的权利以及民主权利；2. 犯罪主体既包括一般主体，如故意杀人罪、拐卖妇女、儿童罪、侮辱罪等，也包括特殊主体，如刑讯逼供罪、报复陷害罪、私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪等；绝大多数的犯罪主体都是自然人，也有个别犯罪的主体是单位，如强迫职工劳动罪，但在处罚时实行单罚制，即处罚单位的直接责任人员；3. 客观方面表现为侵犯他人的人身权利和其他与人身权利直接有关的权利，以及非法剥夺或者妨害公民自由行使依法享有的管理国家事务和参加社会政治活动等各项权利的行为；4. 主观方面既包括故意，也包括过失。

侵犯公民人身权利、民主权利罪包括以下具体犯罪：

第 232 条：故意杀人罪，是指故意非法剥夺他人生命的行为。

特征：1. 侵犯的客体是他人的生命权利；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为，既包括作为，也包括不作为；4. 主观方面是故意，包括直接故意和间接故意。行为人的动机不影响定罪。

处罚：犯故意杀人罪的，处死刑、无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑；情节较轻的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

第 233 条：过失致人死亡罪，是指由于过失而导致他人死亡的行为。

特征：1. 侵犯的客体是他人的生命权利；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为由于过失而导致他人死亡的行为；4. 主观方面是过失，包括疏忽大意的过失和过于自信的过失。

定罪：需要注意以下两个问题：

第一，过失致人死亡，刑法另有规定的，依照规定。所谓“另有规定的，依照规定”是指行为人实施了刑法分则条文规定的其他犯罪行为，虽然也由于过失造成他人死亡，符合过失致人死亡罪的构成特征，但是因刑法分则另有规定，就不再依照过失致人死亡罪定罪处罚，而依照刑法分则有关条文的规定定罪处罚。如因失火致人死亡的定为失火罪，交通肇事致人死亡的定为交通肇事罪，等等；

第二，区分过失致人死亡罪与其他犯罪的界限。

1. 疏忽大意的过失致人死亡与意外事件的界限。相同之处在于客观上都造成了他人死亡的结果；主观上都没能预见他人死亡的结果。区别在于在当时的情况下是否应当预见自己的行为可能导致他人死亡的结果发生；

2. 过于自信的致人死亡与间接故意杀人的界限。相同之处在于客观上都造成了他人死亡的结果；主观上都预见到自己的行为可能造成他人死亡的结果。区别在于查清行为人在行为当时的主观心理态度，是轻信这一结果可以避免，还是放任这一结果的发生。

处罚：犯过失致人死亡罪的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑；情节较轻的，处 3 年以下有期徒刑。

第 234 条：故意伤害罪，是指非法损害他人身体健康的行为。

特征：1. 侵犯的客体是他人的身体健康权利；2. 犯罪主体是一般主体；

3.客观方面表现为非法损害他人身体健康的行为。以伤害造成的后果为标准，伤害分为轻伤、重伤、伤害致死3种情况。轻伤、重伤的区分应当以最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布的《人体重伤鉴定标准》和《人体轻伤鉴定标准（试行）》为统一标准；4.主观方面是故意，包括直接故意和间接故意。

定罪：需要注意以下两个问题：

第一，造成他人身体伤害，刑法另有规定的，依照规定。所谓“另有规定的，依照规定”是指为实施其他犯罪致使他人身体健康受到损害，即刑法分则其他条文中关于“致人重伤”的规定，应当按照该条文的特别规定定罪处罚，不再适用故意伤害罪的规定。如因抢劫致人重伤的定为抢劫罪；强奸致人重伤的定为强奸罪，等等；

第二，区分故意伤害罪与其他犯罪的界限：

1.故意伤害与故意杀人（未遂）的界限。相同之处在于客观上都没有造成他人死亡的结果；主观上都是故意。区别在于主观故意的内容不同；

2.故意伤害致死和故意杀人的界限。相同之处在于客观上都造成了他人死亡的结果；主观上都是故意。区别也在于主观故意的内容不同。

处罚：犯故意伤害罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

第235条：过失致人重伤罪，是指因过失造成他人身体健康受到严重伤害的行为。

特征：1.侵犯的客体是他人的健康权利；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为因过失造成他人身体健康受到严重伤害的行为。重伤的鉴定标准与故意伤害罪相同；4.主观方面是过失。

定罪：过失致人重伤，刑法另有规定的，依照规定。所谓“另有规定的，依照规定”是指在其他刑法分则条文中规定的过失犯罪中造成他人重伤的，以该条文的规定定罪处罚，不再定过失重伤罪。如过失爆炸致人重伤的定为过失爆炸罪；危险物品肇事致人重伤的定为危险物品肇事罪，等等。

处罚：犯过失致人重伤罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第236条第1款：强奸罪，是指违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性交的行为。

特征：1.侵犯的客体是妇女的性的不可侵犯的自由权利；2.犯罪主体是一般主体，通常情况下是男子，但妇女可以成为强奸罪的共犯，如教唆强奸、帮助强奸等；3.客观方面表现为违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性交的行为。所谓“违背妇女意志”应是指违背正常妇女的意志，如果妇女是不能辨认和控制自己行为的精神病人，由于其不能正确表达自己的意志，只要有与该妇女发生性交的行为，就应当定为强奸罪。所谓“其他手段”是指暴力、胁迫手段之外的其他手段，如用酒灌醉、用药物麻醉，等等；4.主观方面是故意，且是直接故意。

第236条第2款：奸淫幼女罪，是指与不满14周岁的幼女发生性关系的

行为。
特征：1.侵犯的客体是幼女的身心健康；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为与不满14周岁的幼女发生性关系的行为。由于不满14周岁的幼女对性行为缺乏辨认和识别能力，因此，不论行为人采用什么手段，也不

论幼女是否同意，只要有与其发生性关系的行为就构成犯罪；4.主观方面是故意，且是直接故意。

处罚：犯强奸罪的，处3年以上10年以下有期徒刑；奸淫幼女的，以强奸论，从重处罚。强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：（1）强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；（2）强奸妇女、奸淫幼女多人的；（3）在公共场所当众强奸妇女的；（4）二人以上轮奸的；（5）致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。

第237条第1款：强制猥亵、侮辱妇女罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的行为。

特征：1.侵犯的客体是妇女的人格尊严、人身安全和名誉权利；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵或者侮辱妇女的行为；4.主观方面是故意。

第237条第2款：猥亵儿童罪，是指猥亵不满14周岁的儿童的行为。

特征：1.侵犯的客体是儿童的人格尊严和身心健康；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为猥亵不满14周岁的儿童的行为。只要有猥亵行为，不论行为人采用什么手段，也不论儿童是否同意，都构成犯罪；4.主观方面是故意。

处罚：犯强制猥亵、侮辱妇女罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役。聚众或者在公共场所当众犯强制猥亵、侮辱妇女罪的，处5年以上有期徒刑。犯猥亵儿童罪的，依照上述规定从重处罚。

第238条：非法拘禁罪，是指以拘押、禁闭或者其他强制方法，非法剥夺他人人身自由权利的行为。

特征：1.侵犯的客体是他人的人身自由权利；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为以拘押、禁闭或者其他强制方法，非法剥夺他人人身自由权利的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯非法拘禁罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人死亡的，处10年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照第234条故意伤害罪、第232条故意杀人罪的规定定罪处罚。为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照上述规定处罚。国家机关工作人员利用职权犯上述罪的，依照上述规定从重处罚。

第239条：绑架罪，是指以勒索财物为目的，采取暴力、胁迫或者其他方法绑架他人，或者绑架他人作为人质的行为。

特征：1.侵犯的客体是他人的人身自由权利；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为以勒索财物为目的，采取暴力、胁迫或者其他方法绑架他人，或者绑架他人作为人质的行为。以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的，视为绑架的一种特殊形式，以绑架论处；4.主观方面是故意，且是直接故意，并具有勒索财物的目的。

处罚：犯绑架罪的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。

第240条：拐卖妇女、儿童罪，是指以出卖为目的，拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为。

特征：1.侵犯的客体是妇女、儿童的人身权利；2.犯罪主体是一般主体；

3.客观方面表现为以出卖为目的，拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为。行为人只要具有上述行为之一，就构成犯罪；4.主观方面是故意，且是直接故意，并以出卖为目的。

处罚：犯拐卖妇女、儿童罪的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产：（1）拐卖妇女、儿童集团的首要分子；（2）拐卖妇女、儿童3人以上的；（3）奸淫被拐卖的妇女的；（4）诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的；（5）以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的；（6）以出卖为目的，偷盗婴幼儿的；（7）造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的；（8）将妇女、儿童卖往境外的。

第241条：收买被拐卖的妇女、儿童罪，是指明知是被拐卖的妇女、儿童而予以收买的行为。

特征：1.侵犯的客体是妇女、儿童的人身自由权利；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为明知是被拐卖的妇女、儿童而予以收买的行为；4.主观方面是故意。

定罪：在处理本罪时注意以下几个问题：

第一，收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，以第236条强奸罪的规定定罪处罚；

第二，收买被拐卖的妇女、儿童，非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，依照第238条非法拘禁罪、第234条故意伤害罪、第246条侮辱罪等有关规定定罪处罚；

第三，收买被拐卖的妇女、儿童，并有强奸、非法拘禁、伤害、侮辱等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚；

第四，收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照第240条拐卖妇女、儿童罪的规定定罪处罚；

第五，收买被拐卖的妇女、儿童，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任。

处罚：犯收买被拐卖的妇女、儿童罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第242条：聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪，是指纠集多人，阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的行为。

特征：1.侵犯的客体既包括国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的正常公务活动，又包括妇女、儿童的人身自由权利；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为纠集多人，阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的行为；4.主观方面是故意。

定罪：以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的，依照第277条妨害公务罪的规定定罪处罚。

处罚：犯聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪的，对首要分子，处5年以下有期徒刑或者拘役；其他参与者使用暴力、威胁方法的，按照上述规定处罚。

第243条：诬告陷害罪，是指捏造犯罪事实，向国家机关或者有关单位

作虚假告发，意图使他人受到错误的刑事追究，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括公民的人身权利，又包括司法机关的正常活动；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为捏造犯罪事实，向国家机关或者有关单位作虚假告发，意图使他人受到错误的刑事追究，情节严重的行为；4. 主观方面是故意，而且具有意图使他人受到错误的刑事追究的目的。

处罚：犯诬告陷害罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。国家机关工作人员犯诬告陷害罪的，从重处罚。

定罪：不是有意诬陷，而是错告，或者检举失实的，不适用诬告陷害罪的规定。

第 244 条：强迫职工劳动罪，是指用人单位违反劳动管理法规，以限制人身自由方法强迫职工劳动，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体是职工的休息权和人身权利；2. 犯罪主体是特殊主体，即用人单位；3. 客观方面表现为违反劳动管理法规，以限制人身自由方法强迫职工劳动，情节严重的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯强迫职工劳动罪的，实行单罚制，即对用人单位的直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

第 245 条：非法搜查罪，是指对他人的身体、住宅进行非法搜查的行为。

特征：1. 侵犯的客体是公民的人身权利和住宅安全权利；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为对他人的身体、住宅进行非法搜查的行为；4. 主观方面是故意。

第 245 条：非法侵入住宅罪，是指非法强行闯入他人住宅，或者经请求无理拒不退出他人住宅的行为。

特征：1. 侵犯的客体是公民的住宅安全权利；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为非法强行闯入他人住宅，或者经请求无理拒不退出他人住宅的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯非法搜查罪、非法侵入住宅罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。司法工作人员滥用职权，犯非法搜查罪、非法侵入住宅罪的，从重处罚。

第 246 条：侮辱罪，是指以暴力或者其他方法公然贬低、损害他人的人格、名誉，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体是他人的人格权和名誉权；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为使用暴力或者其他方法公然贬低、损害他人人格、名誉，情节严重的行为；4. 主观方面是故意。

第 246 条：诽谤罪，是指故意捏造并散布虚构的事实，以损害他人人格、名誉，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体是他人的人格权和名誉权；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为捏造并散布虚构的事实，以损害他人人格、名誉，情节严重的行为；4. 主观方面是故意。

定罪：注意区分侮辱罪、诽谤罪与其他犯罪的界限：

第一，侮辱与诽谤的界限。相同之处在于侵犯的客体都是他人的人格权、名誉权；主观上都是故意。区别在于行为手段不同；

第二，诽谤与诬告陷害的界限。相同之处在于客观上都有捏造事实的行为；主观上都是故意。区别在于所捏造事实的性质不同。

处罚：犯侮辱罪、诽谤罪，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、

管制或者剥夺政治权利。上述二罪告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。

第 247 条：刑讯逼供罪，是指司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实施肉刑或者变相肉刑，以逼取口供的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括公民的人身权利，又包括司法机关的正常活动；2. 犯罪主体是特殊主体，即司法工作人员；3. 客观方面表现为对犯罪嫌疑人、被告人实施肉刑或者变相肉刑，以逼取口供的行为；4. 主观方面是故意。

第 247 条：暴力取证罪，是指司法工作人员对证人使用暴力，以逼取证言的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括公民的人身权利，又包括司法机关的正常活动；2. 犯罪主体是特殊主体，即司法工作人员；3. 客观方面表现为对证人使用暴力，以逼取证言的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯刑讯逼供罪、暴力取证罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。因刑讯逼供、暴力取证而致人伤残、死亡的，依照第 234 条故意伤害罪、第 232 条故意杀人罪定罪从重处罚。

第 248 条：虐待被监管人罪，是指监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员，对被监管人进行殴打或者体罚虐待，或者监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括被监管人的人身权利，又包括国家的监管制度；2. 犯罪主体是特殊主体，即监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员；3. 客观方面表现为对被监管人进行殴打或者体罚虐待，或者监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人，情节严重的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯虐待被监管人罪，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。致人伤残、死亡的，依照第 234 条故意伤害罪、第 232 条故意杀人罪的规定定罪处罚。

第 249 条：煽动民族仇恨、民族歧视罪，是指故意煽动民族仇恨和民族歧视，破坏民族团结，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家的民族团结和各民族的尊严；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为煽动民族仇恨和民族歧视，破坏民族团结，情节严重的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯煽动民族仇恨、民族歧视罪，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节特别严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

第 250 条：出版歧视、侮辱少数民族作品罪，是指故意在出版物中刊载歧视、侮辱少数民族的内容，情节恶劣，造成严重后果的行为。

特征：1. 侵犯的客体是国家的民族团结和各民族的尊严；2. 犯罪主体是特殊主体，即出版单位；3. 客观方面表现为在出版物中刊载歧视、侮辱少数民族的内容，情节恶劣，造成严重后果的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯出版歧视、侮辱少数民族作品罪的，实行单罚制，即对出版单位的直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第 251 条：非法剥夺公民宗教信仰自由罪，是指国家机关工作人员非法剥夺公民的宗教信仰自由，情节严重的行为。

特征：1.侵犯的客体是公民的宗教信仰自由权利；2.犯罪主体是特殊主体，即国家机关工作人员；3.客观方面表现为非法剥夺公民宗教信仰自由，情节严重的行为；4.主观方面是故意。

第 251 条：侵犯少数民族风俗习惯罪，是指国家机关工作人员以强制手段非法干涉、破坏少数民族风俗习惯，情节严重的行为。

特征：1.侵犯的客体是少数民族保持或者改革自己的风俗习惯的自由权利；2.犯罪主体是特殊主体，即国家机关工作人员；3.客观方面表现为以强制手段非法干涉、破坏少数民族风俗习惯，情节严重的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役。

第 252 条：侵犯通信自由罪，是指隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重的行为。

特征：1.侵犯的客体是公民的通信自由和通信秘密的权利；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯侵犯通信自由罪的，处 1 年以下有期徒刑或者拘役。

第 253 条第 1 款：私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪，是指邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件电报的行为。

特征：1.侵犯的客体既包括国家邮政部门的正常秩序，又包括公民的通信自由权利；2.犯罪主体是特殊主体，即邮政工作人员；3.客观方面表现为私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役。

注意：邮政工作人员私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报又从中窃取财物的，依照第 264 条盗窃罪的规定从重处罚。

第 254 条：报复陷害罪，是指国家机关工作人员滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的行为。

特征：1.侵犯的客体既包括国家机关的正常活动，又包括公民的民主权利；2.犯罪主体是特殊主体，即国家机关工作人员；3.客观方面表现为滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯报复陷害罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑。

第 255 条：打击、报复会计、统计人员罪，是指公司、企业、事业单位、机关、团体的领导人，对依法履行职责、抵制违反会计法、统计法行为的会计、统计人员实行打击报复，情节恶劣的行为。

特征：1.侵犯的客体既包括公司、企业、事业单位、机关、团体的正常工作秩序，又包括会计、统计人员的正当权利；2.犯罪主体是特殊主体，即公司、企业、事业单位、机关、团体的领导人；3.客观方面表现为对依法履行职责、抵制违反会计法、统计法的会计、统计人员实行打击报复，情节恶劣的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯打击、报复会计、统计人员罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

第 256 条：破坏选举罪，是指在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括国家的选举制度，又包括公民的选举权和被选举权；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯破坏选举罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利。

第 257 条：暴力干涉婚姻自由罪，是指以暴力手段干涉他人婚姻自由的行为。

特征：1. 侵犯的客体是他人的婚姻自由权利；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为以暴力手段干涉他人婚姻自由的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯暴力干涉婚姻自由罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役，而且是告诉的才处理。但是，如果由于暴力干涉他人婚姻自由致使被害人死亡的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑，不属告诉才处理的范畴。

第 258 条：重婚罪，是指有配偶而重婚，或者明知他人有配偶而与之结婚的行为。

特征：1. 侵犯的客体是一夫一妻制的婚姻关系；2. 犯罪主体是特殊主体，即有配偶而重婚者和明知他人有配偶而与之结婚者；3. 客观方面表现为有配偶而重婚或者明知他人有配偶而与之结婚的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯重婚罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役。

第 259 条第 1 款：破坏军婚罪，是指明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的行为。

特征：1. 侵犯的客体是现役军人的婚姻关系；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯破坏军婚罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

定罪：利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子，依照第 236 条强奸罪的规定定罪处罚。

第 260 条：虐待罪，是指对共同生活的家庭成员，经常以打骂、冻饿、禁闭、强迫过度劳动、有病不给治疗或者其他方法进行摧残、折磨，情节恶劣的行为。

特征：1. 侵犯的客体既包括公民在家庭中依法享有的平等权利，又包括被害人的人身权利；2. 犯罪主体是特殊主体，即共同生活的家庭成员；3. 客观方面表现为经常以打骂、捆绑、限制自由、冻饿等方法进行摧残迫害，情节恶劣的行为；4. 主观方面是故意。

处罚：犯虐待罪的，处 2 年以下有期徒刑、拘役或者管制，而且是告诉的才处理。但是，如果因虐待行为造成被害人重伤、死亡的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑，不属告诉才处理的范畴。

第 261 条：遗弃罪，是指负有扶养义务的人，对年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人拒绝扶养，情节恶劣的行为。

特征：1.侵犯的客体是被害人在家庭中的平等权利；2.犯罪主体是特殊主体，即负有扶养义务的人；3.客观方面表现为对年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人拒绝扶养，情节恶劣的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯遗弃罪的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第262条：拐骗儿童罪，是指拐骗不满14周岁的未成年人，脱离其家庭或者监护人的行为。

特征：1.侵犯的客体是正常的家庭关系；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为拐骗不满14周岁的未成年人，脱离其家庭或者监护人的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯拐骗儿童罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第十五章 侵犯财产罪

概述：侵犯财产罪，是指以非法占有为目的，攫取公私财物，或者故意毁坏公私财物，以及故意破坏生产经营的行为。

特征：1.侵犯的客体是公共财产和公民私人财产的所有权；2.犯罪主体既包括一般主体，也包括特殊主体；3.客观方面表现为攫取公私财物，或者故意毁坏公私财物，以及故意破坏生产经营的行为；4.主观方面都是故意。

侵犯财产罪包括以下具体犯罪：

第 263 条：抢劫罪，是指以非法占有为目的，以暴力、胁迫或者其他方法使他人不能抗拒，强行将公私财物抢走的行为。

特征：1.侵犯的客体既包括公私财物的所有权，又包括公民的人身权利；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为以暴力、胁迫或者其他方法使他人不能抗拒，强行将公私财物抢走的行为；4.主观方面是故意，并具有非法占有公私财物的目的。

处罚：犯抢劫罪的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：（1）入户抢劫的；（2）在公共交通工具上抢劫的；（3）抢劫银行或者其他金融机构的；（4）多次抢劫或者抢劫数额巨大的；（5）抢劫致人重伤、死亡的；（6）冒充军警人员抢劫的；（7）持枪抢劫的；（8）抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。

第 264 条：盗窃罪，是指以非法占有为目的，秘密窃取数额较大的公私财物或者多次盗窃的行为。

特征：1.侵犯的客体是公私财物的所有权；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为秘密窃取数额较大的公私财物或者多次盗窃的行为；4.主观方面是故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

定罪：1.以牟利为目的盗接他人通信线路、复制他人电信码号或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的，依照第 264 条盗窃罪的规定定罪处罚；2.偷拿自己家的财物或者近亲属的财物，一般可不按犯罪处理；对确有追究刑事责任必要的，处罚时也应与在社会上作案的有所区别；3.盗窃广播电视设施、公用电信设施同时构成盗窃罪和破坏广播电视设施、公用电信设施罪的，择一重罪处罚；4.盗窃使用中的电力设备，同时构成盗窃罪和破坏电力设备罪的，择一重罪处罚；5.为盗窃其他财物，盗窃机动车辆当犯罪工具使用的，被盗机动车辆的价值计入盗窃数额；为实施其他犯罪盗窃机动车辆的，以盗窃罪和所实施的其他犯罪实行数罪并罚。为实施其他犯罪，偷开机动车辆当犯罪工具使用后，将偷开的机动车辆送回原处或者停放到原处附近，车辆未丢失的，按照其所实施的犯罪从重处罚；6.为练习开车、游乐等目的，多次偷开机动车辆，并将机动车辆丢失的，以盗窃罪定罪处罚；在偷开机动车辆过程中发生交通肇事构成犯罪，又构成其他罪的，应当以交通肇事罪和其他罪实行数罪并罚；偷开机动车辆造成车辆损坏的，按照故意毁坏财物罪定罪处罚；偶尔偷开机动车辆，情节轻微的，可以不认为是犯罪；7.实施盗窃犯罪，造成公私财物损毁的，以盗窃罪从重处罚；又构成其他犯罪的，择一重罪从重处罚；盗窃公私财物未构成盗窃罪，但因采用破坏性手段造成公私财物损毁数额较大的，以故意毁坏财物罪定罪处罚。盗窃后，为掩盖盗窃罪行或者报复等，故意破坏公私财物构成犯罪的，应当以盗窃罪和

构成的其他罪实行数罪并罚；8. 盗窃技术成果等商业秘密的，按照侵犯商业秘密罪定罪处罚。

处罚：犯盗窃罪，数额较大或者多次盗窃的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。“数额较大”是指个人盗窃公私财物价值人民币500元至2000元以上；“数额巨大”是指个人盗窃公私财物价值人民币5000元至2万元以上；“数额特别巨大”是指个人盗窃公私财物价值人民币3万元至10万元以上。“多次盗窃”是指1年内入户盗窃或者在公共场所扒窃3次以上。有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑：（1）盗窃金融机构，数额特别巨大的；（2）盗窃珍贵文物，情节严重的。对于依法应当判处有期徒刑的盗窃犯罪分子，应当在1000元以上盗窃数额的2倍以下处罚金；对于依法应当判处有期徒刑，但没有盗窃数额或者无法计算盗窃数额的犯罪分子，应当在1000元以上10万元以下处罚金。

第266条：诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。

特征：1. 侵犯的客体的公私财物的所有权；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为；4. 主观方面是故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

定罪：以诈骗方法骗取财物，刑法另有规定的，依照规定。所谓“另有规定的，依照规定”是指刑法分则中的其他条文对采用虚构事实、隐瞒真相骗取财物行为的特别规定，如金融诈骗罪中的集资诈骗罪、贷款诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪、保险诈骗罪以及骗取出口退税罪、合同诈骗罪，等等。由于刑法条文已经对这些特殊的诈骗罪作了专门规定，不再适用诈骗罪的规定定罪处罚，而是以专门规定定罪处罚。

处罚：犯诈骗罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

第267条第1款：抢夺罪，是指以非法占有为目的，乘人不备，公开夺取数额较大的公私财物的行为。

特征：1. 侵犯的客体是公私财物的所有权；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为乘人不备，公开夺取数额较大的公私财物的行为；4. 主观方面是故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

定罪：区分抢夺罪与抢劫罪的界限。相同之处在于客观上都实施了“抢”的行为，主观上都是故意，且都具有非法占有公私财物的目的。区别在于实施犯罪的手段不同，抢夺是“乘人不备，公然夺取”财物，而抢劫则是使用“暴力、胁迫或者其他方法”取得财物。

处罚：犯抢夺罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

第 268 条：聚众哄抢罪，是指以非法占有为目的，聚集多人公然夺取公私财物，数额较大或者情节严重的行为。

特征：1. 侵犯的客体是公私财物的所有权；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为聚集多人公然夺取公私财物，数额较大或者情节严重的行为；4. 主观方面是故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

处罚：犯聚众哄抢罪，数额较大或者有其他严重情节的，对首要分子和积极参加的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；数额巨大或者有其他特别严重情节的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。

第 269 条：犯盗窃、诈骗、抢夺罪转化为抢劫罪的特别规定。

犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照第 263 条抢劫罪的规定定罪处罚。盗窃、诈骗、抢夺罪转化为抢劫罪的必须符合下述 3 个条件：

1. 行为人必须首先实施了盗窃、诈骗、抢夺行为，这是适用第 269 条的前提条件；2. 行为人必须是当场使用暴力或者以暴力相威胁，这是适用第 269 条的时间和手段条件；3. 行为人使用暴力或者以暴力相威胁的目的是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，这是适用第 269 条的目的条件。

只有上述 3 个条件同时具备，才能从盗窃、诈骗、抢夺罪转化为抢劫罪。

第 270 条：侵占罪，是指以非法占有他人财物为目的，将代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交还的行为。

特征：1. 侵犯的客体是他人的财物所有权；2. 犯罪主体是一般主体；3. 客观方面表现为将代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交还的行为；4. 主观方面是故意，并且具有非法占有他人财物的目的。

犯侵占罪，数额较大，拒不交还的，处 2 年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 2 年以上 5 年以下有期徒刑，并处罚金。本罪告诉的才处理。

第 271 条第 1 款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。

特征：1. 侵犯的客体是公司、企业或者其他单位的财产所有权；2. 犯罪主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的人员；3. 客观方面表现为利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为；4. 主观方面是故意，并且具有非法占有本单位财物的目的。

定罪：如果是国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员，有利用职务上的便利将本单位财物非法占为己有行为的，依照第 382 条、第 383 条贪污罪的规定定罪处罚。

处罚：犯职务侵占罪，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

第 272 条第 1 款：挪用资金罪，是指公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大，超过 3 个月未还的，或者虽然未超过 3 个月，但数额较大，进行营利活动或者非法活动的行为。

特征：1. 侵犯的客体是公司、企业或者其他单位的财产所有权；2. 犯罪

主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的工作人员；3.客观方面表现为利用职务上的便利，挪用单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大，超过3个月未还的，或者虽然未超过3个月，但数额较大，进行营利活动或者非法活动的行为；4.主观方面是故意。

定罪：如果是国有公司、企业或者其他单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员，有利用职务上的便利挪用单位资金行为的，依照第384条挪用公款罪的规定定罪处罚。

处罚：犯挪用资金罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者数额较大不退还的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第273条：挪用特定款物罪，是指违反国家财经管理制度，挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的行为。

特征：1.侵犯的客体是国家对特定款物专款专用、专物专用的财经管理制度；2.犯罪主体是特殊主体，即掌管、经手国家特定款物的直接责任人员；3.客观方面表现为违反国家财经管理制度，挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯挪用特定款物罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第274条：敲诈勒索罪，是指以非法占有为目的，以对被害人实施威胁或者要挟的方法，强索公私财物，数额较大的行为。

特征：1.侵犯的客体是公私财物的所有权；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为以对被害人实施威胁或者要挟的方法，强索公私财物，数额较大的行为；4.主观方面是故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

处罚：犯敲诈勒索罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第275条：故意毁坏财物罪，是指故意毁灭或者损坏公私财物，数额较大或者情节严重的行为。

特征：1.侵犯的客体是公私财物的所有权；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为故意毁灭或者损坏公私财物，数额较大或者情节严重的行为；4.主观方面是故意。

处罚：犯故意毁坏公私财物罪，数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第276条：破坏生产经营罪，是指由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的行为。

特征：1.侵犯的客体是生产经营活动；2.犯罪主体是一般主体；3.客观方面表现为毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的行为；4.主观方面是故意，并且出于泄愤报复或者其他个人目的。

处罚：犯破坏生产经营罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第十六章 妨害社会管理秩序罪

概述：妨害社会管理秩序罪，是指侵犯国家机关的正常管理活动或者司法机关的职能活动，破坏社会秩序的一类犯罪行为。刑法共用 9 节规定了这类犯罪，每一节的名称是对该节同类客体的概括，也是该节之罪的类罪名。

妨害社会管理秩序罪包括以下 9 类犯罪。

第一节 扰乱公共秩序罪

第 277 条：妨害公务罪，是指以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务，阻碍人民代表大会代表依法执行代表职务，阻碍红十字会工作人员依法履行职责的行为；或者故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法、造成严重后果的行为。

特征：1. 客体是国家机关工作人员依法执行职务的活动。该执行职务的活动，必须具有合法性。但是国家机关工作人员执行职务的手续在形式上有缺陷的，不属于违法地执行职务，行为人以暴力、威胁方法阻碍的仍可以构成犯罪。2. 主体只能是自然人一般主体。3. 客观方面表现为有下列阻碍执行职务情形之一：(1) 以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务。这里的暴力，不仅包括直接施加于国家机关工作人员人身的暴力，也包括针对其间接施用的暴力，例如，在警察执行扣押时，当着警察的面将被押物品砸毁或者朝警察脚下猛掷石块。这里的暴力不包括故意致人重伤或者杀死的行为，如果以重伤或者杀死的方法阻碍执行职务，属牵连犯，按一重罪处断，即以故意伤害罪（重伤）或故意杀人罪论处。所谓威胁，是指以使国家机关工作人员产生畏惧的心理不敢依法执行职务为目的，告之当时或将未对其加害的情形，加害的内容通常为对人身、财产、名誉的侵害，加害的内容只要足以使人产生畏惧心理就能成立威胁，至于是否因此而实际使人产生了畏惧心理，在所不问。实施暴力、威胁的对象只能是正在或正要执行职务的国家机关工作人员。(2) 以暴力、威胁的方法阻碍人民代表大会代表依法执行代表职务。(3) 在自然灾害和突发性事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责的行为。行为环境必须是在“自然灾害”或“突发性事件”中，行为对象是正在依法履行职责的红十字会工作人员。(4) 使用暴力、威胁以外的方法，阻碍国家安全机关、公安机关的人员依法执行国家安全任务，造成严重后果的行为。所谓使用暴力、威胁之外的方法主要指：公民和组织依法有义务提供便利条件或者其他协助，拒不提供或者拒不协助；此外，还包括使用欺骗方法。所谓造成严重后果，一般指，使国家安全工作任务受挫，未能及时制止、侦破危害国家安全的犯罪致使国家安全遭受损害的；致使严重危害国家安全的犯罪分子漏网、脱逃的。行为对象是依法执行国家安全工作任务的国家安全机关、公安机关及其工作人员。4. 主观方面是故意。即明知是有关执行公务的人员，而以暴力、威胁或者其他方法阻碍，希望迫使其停止执行职务或者改变执行职务。如果不知其正在执行职务，或者虽然明知，但不是意在阻碍其执行职务，而是为了其他目的，则不构成本罪。

处罚：犯妨害公务罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

第 278 条：煽动暴力抗拒法律实施罪，是指故意煽动群众暴力抗拒国家法律、行政法规实施，扰乱公共秩序的行为。

特征：1. 客体是公共秩序，主要是社会公共生活的安宁。2. 主体是自然人一般主体。3. 客观方面表现为煽动群众暴力抗拒国家法律、行政法规实施，扰乱社会秩序的行为。所谓煽动，是指以鼓动性言词或文字引导、劝诱、挑动、促使群众实施某种行为。煽动的内容必须是要他人用暴力抗拒国家法律、行政法规实施，没有煽动使用暴力，不构成本罪。煽动行为的对象是群众，人数至少在 3 人以上。行为人只要实施了煽动群众暴力抗拒国家法律、行政

法规实施的行为，就是既遂，不问被煽动的群众是否实际实施了被煽动的内容。4.主观方面是故意。

定罪：本罪与煽动分裂国家罪和煽动颠覆国家政权罪的区别。要点是：目的和煽动的内容不同，本罪是以阻碍某项法律、法规实施为目的，煽动群众使用暴力抗拒该项法律法规的实施；而煽动分裂国家罪和煽动颠覆国家政权罪，则是以分裂国家或者颠覆国家政权和社会主义制度为目的，煽动民族分裂、地方割据或者煽动推翻人民民主专政政权和社会主义制度。

处罚：犯煽动暴力抗拒法律实施罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；造成严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第279条：招摇撞骗罪，指以谋取非法利益为目的，冒充国家机关工作人员招摇撞骗的行为。

特征：1.客体是国家机关的威信及其正常活动，同时损害公共利益或公民的合法权益。2.主体是自然人一般主体。3.客观方面表现为冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的行为。所谓冒充，指冒充国家机关中依法从事公务的人员的身份或职位。可以是非国家机关工作人员冒充国家机关工作人员，也可以是一般国家机关工作人员冒充上级国家机关工作人员。如果冒充的不是国家机关工作人员，而是诸如高干的子弟、亲属，或者战斗英雄、劳动模范等，进行诈骗活动，不构成本罪。所谓招摇撞骗，就是利用假冒的身份或职位，到处炫耀，进行种种欺骗活动。4.主观方面是故意。并具有骗取某种非法利益的目的，如骗取某种荣誉称号、政治待遇、职位、学位、经济待遇、城市户口，以及钱财等等。如果不具有获取某种非法利益的目的，不构成犯罪。

定罪：与诈骗罪的区别。要点是：招摇撞骗罪限于以冒充国家机关工作人员的方式骗取包括财产在内的各种利益；诈骗罪不限定以冒充国家机关工作人员的方式骗取财物。如果行为人以冒充国家机关工作人员的特定方式招摇撞骗，骗取了包括财产在内的各种利益的，应认定为招摇撞骗罪。骗取的财物数额特别巨大的，从罚当其罪的角度考虑，应择一重法条定罪处罚，即以诈骗罪定罪处罚。

处罚：犯招摇撞骗罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。冒充人民警察招摇撞骗的，从重处罚。

第280条第1款：伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，是指伪造、变造、买卖国家机关的公文、证件、印章的行为。

定罪：伪造、变造、买卖国家机关的公文、证件、印章，并用于诈骗、招摇撞骗等犯罪的，是牵连犯，择一重罪处罚。

处罚：犯伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第280条第1款：盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪，是指盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的行为。

定罪：与盗窃罪、抢夺罪、毁坏财物罪的区别：行为对象不同。

处罚：犯盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第 280 条第 2 款：伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪，是指伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的行为。

定罪：与伪造国家机关公文、证件、印章罪的区别：行为对象不同。伪造印章包括伪造印信和印文。伪造非国家机关单位的文书、证件的，不构成犯罪，但如果在文书、证件上伪造了印文的，应以伪造印章论。

处罚：犯伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第 280 条第 3 款：伪造、变造居民身份证罪，是指伪造、变造居民身份证的行为。

处罚：犯伪造、变造居民身份证罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

第 281 条：非法生产、买卖警用装备罪，是指违反国家规定，未经许可生产、买卖人民警察制式服装、车辆号牌等专用标志、警械，情节严重的行为。

处罚：犯非法生产、买卖警用装备罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 282 条第 1 款：非法获取国家秘密罪，是指以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的行为。

特征：1. 客观方面表现为以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密。所谓非法获取，指依法不应知悉、取得某项国家秘密的人知悉、取得该项国家秘密；或者依法可以知悉某项国家秘密的人员未经办理手续取得该项国家秘密。非法获取限于使用窃取、刺探、收买这三种方式之一。非法获取的对象是国家秘密，包括法定的绝密、机密、秘密三种级别的国家秘密。2. 主观方面是故意。

定罪：与为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的区别。要点在于是否为境外的机构、组织、个人非法获取国家秘密或者是否将非法获取的国家秘密故意向境外的机构、组织、个人非法提供。由于泄露、扩散致使非法获取的国家秘密被境外的机构、组织、个人知悉、取得的，只要行为人对此情形没有故意，就不构成本罪。

处罚：犯非法获取国家秘密罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

第 282 条第 2 款：非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪，是指非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品，拒不说明来源与用途的行为。

定罪：1. 本罪对象限于机密级和绝密级的国家秘密。2. 与其他涉及国家秘密的犯罪的关联。因犯间谍罪，为境外窃取、刺探、收买非法提供国家秘密、情报罪，非法获取国家秘密罪，而非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品的，非法持有的行为不单独成立犯罪。

处罚：犯非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第 283 条：非法生产、销售间谍专用器材罪，是指非法生产、销售窃听、窃照等专用间谍器材的行为。

特征：本罪的对象是专用间谍器材，即进行间谍活动特殊需要的下列器

材：1.暗藏式窃听、窃照器材；2.突发式收发报机、一次性密码本、密写工具；3.用于获取情报的电子监听、截收器材；4.其他专用间谍专用器材。

处罚：犯非法生产、销售间谍专用器材罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第284条：非法使用窃听、窃照专用器材罪，指非法使用窃听、窃照专用器材，造成严重后果的行为。

定罪：1.罪与非罪的界限。构成本罪必须同时具有非法使用窃听、窃照专用器材和造成严重后果这两个客观要素。使用窃听、窃照专用器材以外的方式获取他人隐私的，不构成犯罪。采取了非法使用窃听、窃照专用器材的方式，但未造成严重后果的，亦不构成犯罪。2.与其他犯罪的界限。本罪的对象不包括国家秘密、情报或者商业秘密。行为人非法使用窃听、窃照专用器材窃取国家秘密或者情报、商业秘密，构成其他犯罪的，依照刑法有关规定定罪处罚。

处罚：犯非法使用窃听、窃照专用器材罪，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第285条：非法侵入计算机信息系统罪，指违反国家规定，故意侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的行为。

特征：1.本罪客观方面表现为非法侵入国家重点保护的计算机信息系统的行为。所谓非法侵入，指无权进入该计算机信息系统的人员，擅自操作进入该计算机信息系统，通常表现为破解密码或窃取、刺探、骗取密码后，以操作方式进入计算机信息系统。本罪的对象限于国家重点保护的计算机信息系统，即国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统。非法侵入其他计算机信息系统的，不构成本罪。只要有非法侵入的行为，即具备本罪的客观条件，一旦进入，即构成本罪的既遂。2.主观方面是故意，即明知是国家重要的计算机信息系统而故意非法侵入。无意闯入后，经警示拒不退出的，应视为故意非法侵入。

定罪：与利用计算机实施其他犯罪的关联。侵入国家重点保护的计算机信息系统窃取国家秘密或实施其他犯罪的，应作为牵连犯，择一重罪处罚。

处罚：犯非法侵入计算机信息系统罪，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第286条：破坏计算机信息系统罪，是指违反国家规定，对计算机信息系统功能和信息系统中存储、处理、传输的数据和应用程序进行破坏，造成计算机信息系统不能正常运行，后果严重的行为。

特征：1.客观方面表现为以下三种行为之一：（1）违反国家规定，使用删除、修改、增加、干扰等技术操作方法，造成计算机信息系统不能正常运行的；（2）违反国家规定，对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据应用程序进行删除、修改、增加的操作的；（3）制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行的。上述三种破坏计算机信息系统的行为必须达到后果严重的程度才能构成犯罪。2.主观方面是故意。

定罪：1.本罪的破坏是以技术操作方式实施的。如果直接对计算机硬件设备毁坏、拆卸的，依照刑法的有关规定定罪处罚，不以本罪论处。2.与利用计算机实施其他犯罪的联系。利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。因利用计算机犯罪又导致计算机信息系统不能正常运行，后果严重的，应按牵连犯择一重罪处罚。

处罚：犯非法破坏计算机信息系统罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处5年以上有期徒刑。

第288条：扰乱无线电通讯管理秩序罪，是指违反国家规定，擅自设置、使用无线电台（站），或者擅自占用频率，经责令停止使用后拒不停止使用，干扰无线电通讯正常运行，造成严重后果的行为。

处罚：犯扰乱无线电通讯管理秩序罪，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他责任人员依照上述规定处罚。

第290条第1款：聚众扰乱社会秩序罪，是指组织、策划、指挥或者积极参加聚众扰乱社会秩序的活动，情节严重，致使工作、生产、营业和教学、科研无法进行，造成严重损失的行为。

特征：1.客体是社会秩序。这里的社会秩序是指特定的企业、事业单位和人民团体的工作、生产、营业、教学、科研秩序。2.主体是自然人特殊犯罪主体，限于首要分子和积极参加者，其他一般参加聚众扰乱社会秩序的人，不构成犯罪。3.客观方面表现为聚众扰乱企业、事业单位和人民团体正常活动的行为。4.主观方面是故意。此外，聚众扰乱社会秩序情节严重的才构成犯罪。

定罪：罪与非罪的界限。对于聚众扰乱活动情节不够严重程度，未造成严重损失的，对于一般参与者不应作为犯罪处理的。

处罚：犯聚众扰乱社会秩序罪的，对首要分子，处3年以上7年以下有期徒刑；对其他积极参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第290条第2款：聚众冲击国家机关罪，是指组织、策划、指挥或者积极参加聚众冲击国家机关的活动，致使国家机关工作无法进行，造成严重损失的行为。

特征：1.客观方面表现为聚众冲击国家机关、致国家机关工作无法进行，造成严重损失的行为。包括两个要素：其一是聚众冲击国家机关，其二是致使国家机关工作无法进行、造成严重损失。2.主观方面是故意。一般是期望通过冲击行动施加压力，从而满足某种要求，或者通过冲击行为发泄对某种处置措施的不满情绪。

定罪：1.与妨害公务罪的区别。要点是行为对象和行为方式不同，本罪的对象是国家机关，限于聚众冲击的方式；而妨害公务罪的对象是正在依法执行职务的国家机关工作人员，不限于聚众的方式。从实质上讲，本罪妨害的是国家机关的工作秩序，而妨碍公务罪妨碍的是某项具体的职务活动。2.与聚众扰乱社会秩序罪的区别。要点是：（1）行为对象有所不同，本罪的对象限于国家机关，而聚众扰乱社会秩序罪的对象还包括国家机关以外的单位。（2）行为方式有所不同，本罪是聚众冲击；而聚众扰乱社会秩序罪是聚众扰乱。

处罚：犯聚众冲击国家机关罪的，对首要分子，处5年以上10年以下有期徒刑；对其他积极参加的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第291条：聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪，是指组织、策划、指挥聚众扰乱车站、码头、民用航空站、商场、公园、影剧院、展览会、运动场以及其他公共场所秩序，或者聚众堵塞交通或者破坏交通秩序，抗拒、阻

碍国家治安管理人员依法执行职务，情节严重的行为。

处罚：犯聚众扰乱公共场所秩序或者交通秩序罪的，对首要分子，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第292条：聚众斗殴罪，是指故意组织、策划、指挥或者积极参加聚众斗殴的行为。

特征：1.客观方面表现为组织、策划、指挥或者积极参加聚众斗殴的行为。聚众斗殴是指双方或多方人数均在3人以上的相互施加暴力攻击人身的行为。在实际生活中，通常表现为不法集团或者团伙之间为了炫耀武力或者不甘示弱而纠集多人打群架。斗殴双方往往事先约定，因此一般纠集的人数较多。2.主观方面是故意，一般是出于争霸、报复等藐视社会秩序的动机。

定罪：此罪与其他罪的界限。聚众斗殴致人轻伤的，应认定为聚众斗殴罪，不需另定故意伤害罪。因为聚众斗殴本身包含致人轻伤程度的伤害；在聚众斗殴的过程中致人重伤、死亡的，转化为故意伤害罪或者故意杀人罪，以故意伤害罪或者故意杀人罪论处。

处罚：犯聚众斗殴罪的，对首要分子和其他积极参加的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；有下列情形之一的，对首要分子和其他积极参加的，处3年以上10年以下有期徒刑：1.多次聚众斗殴的；2.聚众斗殴人数多、规模大、社会影响恶劣的；3.在公共场所或者交通要道聚众斗殴，造成社会秩序严重混乱的；持械聚众斗殴的。

所谓“多次”是指聚众斗殴3次以上的。所谓“持械”，应当是指预先准备了斗殴的器械并在斗殴中实际使用了该器械。事先谋划利用斗殴现场的器物进行斗殴的，也应视为事先准备。未预先准备斗殴器械或者未谋划利用斗殴现场的器物，仅有个别成员独自携带或者利用现场器物斗殴的，不宜视为持械聚众斗殴。一方持械，另一方未持械的，未持械方不属于持械聚众斗殴。携带斗殴器械，但以“对方使用，我方便也使用”为条件的，应根据是否实际使用的情况认定是否属于持械聚众斗殴。

第293条：寻衅滋事罪，是指寻衅滋事，扰乱公共秩序的行为。

特征：1.客观方面表现为下列寻衅滋事行为之一：（1）随意殴打他人，情节恶劣的；所谓情节恶劣，在这里一般是指多次随意殴打他人取乐或者殴打他人致伤。（2）追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的；所谓情节恶劣，在这里一般指结伙、持械追逐、拦截他人，追逐、拦截、辱骂他人造成恶劣影响或者严重后果的。（3）强拿硬要或者任意毁损、占用公私财物，情节严重的；所谓情节严重，是指多次强拿硬要、多次损毁、占用公私财物，或者强拿硬要、损毁、占用公私财物数额较大的等。（4）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱。这一般是指造成商场、饭店、舞厅、影剧院等场所营业不能正常进行，交通堵塞，公私财产遭受损失等。2.主观方面是故意，通常出自蔑视法纪、显示威风、寻求精神刺激或者发泄等卑劣下流的动机。

定罪：1.因随意殴打他人构成寻衅滋事罪与伤害罪的区别：要点是动机不同。前者往往是无端寻衅，打人取乐、或者显示威风等，因此侵害的对象往往是不特定的人；而后者往往是产生于一定的事由或恩怨，因此对象一般是特定的关系人。因寻衅滋事致人轻伤的，仍构成寻衅滋事罪，致人重伤、死亡的，则应以故意伤害罪、故意杀人罪论处。2.寻衅滋事，强拿硬要或者占用公私财物与抢劫罪的区别。要点是：前者往往是在大庭广众之下，以强凌弱，占便宜或耍威风，不顾忌被害人、群众知悉或告发，也不在意财物的

价值；而后者则以非法占有财物为目的，洗劫被害人有价值或者所有的财物，并且尽量避免被害人辨认或者他人知悉。3. 寻衅滋事、追逐、拦截、辱骂他人与强制猥亵、侮辱妇女罪的区别。要点是：前者的行为对象虽然也包括妇女，但其行为方式中不包括使用暴力、胁迫的手段对妇女进行猥亵、侮辱。追逐、拦截妇女并强制猥亵、侮辱的，应以强制猥亵、侮辱妇女罪论处。4. 在公共场所寻衅滋事起哄闹事的行为与聚众扰乱社会秩序罪、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的区别。主要区别在于动机和起因不同。前者是基于寻求刺激的动机，无端生事；而后者往往是为了满足某种个人的要求，事出有因，企图用聚众闹事的方式向有关单位施加压力，获取一定的利益。

处罚：犯寻衅滋事罪的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第294条第1款：组织、领导、参加黑社会性质组织罪，是指组织、领导和积极参加黑社会性质组织的行为。

特征：1. 主体是自然人。2. 客观方面有组织、领导、积极参加或者参加黑社会性质组织的行为。所谓黑社会性质的组织，是指以暴力、威胁或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作恶，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的组织。3. 主观方面是故意。其组织、领导者往往具有攫取金钱、争霸一方的目的。

定罪：1. 与普通刑事犯罪集团的区别。黑社会性质的组织具有攫取金钱、称霸一方的目的，以暴力、威胁为基本手段，从事各种各样的违法犯罪活动，并且具有较强的政治、经济实力、较大的组织规模及较严密的组织形式。而普通犯罪集团虽然也是有组织、有预谋、有计划地进行犯罪，但其目的是具体的，如进行盗窃、抢劫，或者走私、贩毒，因而通常实施一种或数种犯罪，集团的规模、政治经济实力尚不足以称霸一方，集团的内部分工相对简单，在组织形式上也不如黑社会性质的组织严密。2. 罪数问题。组织、领导和参加黑社会性质的组织，这本身就是刑法上独立的犯罪，因此，犯组织、领导、参加黑社会性质组织罪，又有其他犯罪行为的，如指使组织成员杀人、放火或者接受组织派遣任务实行杀人、放火等犯罪行为的，应当实行数罪并罚。

处罚：组织、领导、积极参加黑社会性质组织的，处3年以上10年以下有期徒刑，其他参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第294条第2款：入境发展黑社会组织罪，是指境外的黑社会组织的人员到中华人民共和国境内发展组织成员的行为。

特征：1. 主体是自然人特殊犯罪主体，并且限于境外的黑社会组织人员。不包括具有中国国籍且永久居住地在中国境内的人员，这些人参加了境外黑社会组织又在中国境内为其发展成员的，应以组织、领导、参加黑社会性质组织罪论处。2. 客观方面表现为境外黑社会组织到中华人民共和国境内发展组织成员的行为，即在中国境内吸收中国境内公民成为其组织成员的行为。鉴于惩罚这种犯罪行为是为了阻止境外的黑社会组织向中国境内的渗透、扩张，所以本罪的行为地点限于在中国境内，行为对象限于中国境内的中国公民。在中国境外发展中国境内公民为其组织成员的，或者在中国境内发展外国人、台、澳居民为其组织成员的，不属于到中国境内发展组织成员的行为。3. 主观方面是故意。

定罪：罪数问题。境外的黑社会组织的人员到中国境内发展组织成员

的，即构成犯罪，如果又有其他犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

处罚：犯入境发展黑社会组织成员罪，处3年以上10年以下有期徒刑。

第294条第4款：包庇、纵容黑社会性质组织罪，是指国家机关工作人员包庇黑社会性质的组织，或者纵容黑社会性质的组织进行违法犯罪活动的行为。

特征：1.特殊主体，即国家机关工作人员。2.客观方面有下列两种行为之一：（1）包庇黑社会性质的组织。所谓包庇，是指为了使黑社会性质的组织避免被指控、审判、取缔，而为其掩盖犯罪事实、湮灭罪证或者以其他方式阻碍群众的检举揭发和司法机关的侦查、起诉、审判活动。从刑法有关规定看，国家机关工作人员是否利用职务之便包庇，在所不问。包庇的对象限于黑社会性质的组织，为了包庇黑社会性质的组织而包庇其个别成员的，是本罪的包庇行为。仅仅包庇属于黑社会性质的组织的个别成员的，属于包庇罪的包庇行为。（2）纵容黑社会性质的组织进行违法犯罪活动。所谓纵容，是指不履行职责，放纵、放任黑社会组织进行违法犯罪活动。国家机关工作人员有责任阻止自己职责范围内发生的违法犯罪活动，尤其是应当阻止危害一方安宁、稳定的黑社会性质的组织进行的违法犯罪活动，因此对国家机关工作人员的纵容行为应当追究刑事责任。纵容应以负有特定的职责并且不履行该职责为前提，缺乏这一前提的知情不举不属于纵容。纵容与共犯不同，纵容仅有不履行职责放纵、放任他人违法犯罪的行为，而未参与黑社会性质的组织进行违法犯罪的活动。纵容的对象限于黑社会性质的组织进行的违法犯罪活动。行为人具有上述包庇、纵容行为之一的，即认为具有本罪的行为。3.主观方面是故意，即明知是黑社会性质的组织或是其违法犯罪活动，而予以包庇或者纵容。

处罚：犯包庇、纵容黑社会性质组织罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第295条：传授犯罪方法罪，指用语言、文字、动作或者其他方法把某种具体犯罪的方法传授给他人的行为。

特征：1.客观方面表现为向他人传授了某一具体的犯罪方法的行为。犯罪方法是指预备犯罪、实行犯罪以及完成犯罪后湮灭罪证、掩盖罪行的技术、步骤、办法等方法。传授后，对方是否接受了传授或者是否按传授的方法去实行犯罪，均不影响犯罪的成立。2.主观方面是故意，即明知将犯罪方法传授给他人会产生危害社会的结果，而依然传授，并且希望他人接受所传授的犯罪方法。没有传授犯罪方法的故意，在文学艺术、电影电视作品中表现的一些犯罪的情节被他人学习、模仿的，不构成犯罪。

定罪：对传授犯罪方法的犯罪行为与教唆犯罪行为并存的案件，应区分情况分别处理：1.行为人以不同的犯罪内容对不同对象或者同一对象实施了传授或教唆行为。这种情况，传授行为和教唆行为各自独立，应构成传授犯罪方法罪与所教唆的犯罪，实行数罪并罚。2.以同一犯罪内容对一人或数人同时实施传授行为和教唆行为，应按吸收原则，择一重罪处罚。

处罚：犯传授犯罪方法罪，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处5年以上有期徒刑；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。

第296条：非法集会、游行、示威罪，是指举行集会、游行、示威未依照法律规定申请或者申请未经许可，或者未按照主管机关许可的时间、地点、路线进行，又拒不服从解散命令，严重破坏社会秩序的行为。

定罪：1.罪与非罪的界限。虽有非法举行集会、游行、示威的行为，但没有拒不服从解散命令或者没有造成严重破坏社会秩序的结果的，不构成犯罪。2.与其他罪的界限。本罪与聚众扰乱社会秩序罪、聚众冲击国家机关罪、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪都具有聚众性，都可能发生于公共场所，都会造成严重破坏社会秩序的结果，表现形式极为近似。区别的要点是：本罪是以举行具有集会、游行、示威性质的活动为前提的，在获准举行但举行的方式不当的场合，应认为具有集会、游行、示威的性质；在擅自举行的场合，如果符合这两个条件：（1）表达共同意愿的活动；（2）预定在露天公共场所举行，一般可认为是具有集会、游行、示威性质的活动。

处罚：犯非法集会、游行、示威罪的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第297条：非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会、游行、示威罪，是指违反法律规定，携带武器、管制刀具或者爆炸物参加集会、游行、示威的行为。

处罚：犯非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会、游行、示威罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第298条：破坏集会、游行、示威罪，是指扰乱、冲击或者以其他方法破坏依法举行的集会、游行、示威，造成公共秩序混乱的行为。

处罚：犯破坏集会、游行、示威罪的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第299条：侮辱国旗、国徽罪，是指在公众场合故意以焚烧、毁损、刻划、玷污、践踏等方式侮辱中华人民共和国国旗、国徽的行为。

特征：1.客观方面表现为在公众场合以焚烧、毁损、刻划、玷污、践踏等方式侮辱中华人民共和国国旗、国徽的行为。所谓公众场合是指在公共场所或者当着众人之面，通常为悬挂国旗国徽的公共场所或机构所在地，或是群众集会的场所或者能为人所共见的场所。在公共场所以某种方式侮辱国旗国徽的，不论当时是否有众人在场，都属于公众场合；虽非在公众场合，但当着众人之面以某种方式侮辱国旗国徽的，也属于在公众场合。不是在公众场合，不构成犯罪。2.主观方面是直接故意，并且具有贬低、损害中华人民共和国国旗、国徽尊严的目的。不具有侮辱的恶意，不能构成犯罪。

处罚：犯侮辱国旗国徽罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第300条第1款：组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪，是指组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信破坏国家法律、法规实施的行为。

特征：1.主体多为会道门、邪教组织的组织、领导者、骨干成员和一贯从事迷信活动的人。2.客观方面表现为组织、利用会道门、邪教团体或者利用迷信破坏国家法律、法规实施的行为。包括两个要素：（1）利用迷信；（2）破坏国家法律、法规的实施，必须同时具备。本罪有两种方式，其一是有组织的方式，即发起成立会道门、邪教组织或者恢复已被取缔的会道门、邪教组织，发展门徒、招收会员；其二是以非组织的方式，破坏国家法律、法规的实施，是指以会道门、邪教组织为据点或者以其他方式利用迷信，蛊惑人心，欺骗、控制群众，扰乱社会秩序，妨害国家法律法规的实施。3.主观方面是故意，而且具有煽动、蛊惑他人抗拒国家法律、法规实施的目的。

定罪：1.本罪与因愚昧落后而进行的迷信活动的区别。后者没有破坏国家法律实施的目的，不认为是犯罪。2.将会道门、邪教组织中的组织者、骨干分子与一般参加者区分开来。后者的行为情节显著轻微、危害不大，不能认为犯罪。3.与煽动分裂国家罪、煽动颠覆国家政权罪的区别。如果以会道门和邪教组织作掩护，宣传煽动分裂国家、颠覆国家政权、具有危害国家安全性质的，则应按照煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪论处。4.与煽动暴力抗拒法律实施罪的区别。要点是：本罪限于采取利用迷信的方式，而不限定煽动暴力；后罪不包括采取利用迷信的方式煽动，但限定煽动的内容必须包含煽动暴力。鉴于以利用迷信的方式破坏法律实施是一种较为严重的犯罪形式，所以如果行为人组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信煽动抗拒国家法律法规实施的，无论是否煽动暴力，都应以本罪论处。

处罚：犯组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节特别严重的，处7年以上有期徒刑。

第300条第2款：组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人死亡罪，是指组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信蒙骗他人，致人死亡的行为。

定罪：1.与组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪的区别与联系。二者的共同之处都以利用迷信为特征，不同之处是，前者以致人死亡为客观要素，但不以破坏法律实施为要素；后者以破坏法律实施为要素，但不以致人死亡为要素。行为人利用迷信破坏法律实施，同时造成致人死亡后果的，应认定为利用迷信破坏法律实施罪，对所造成的死亡结果作为该罪量刑的情节，不必实行数罪并罚。行为人利用迷信致人死亡，但没有破坏法律实施的，应以本罪定罪处罚。2.与故意杀人罪的区别。本罪一般是利用迷信愚弄他人自杀、接受怪异的生活方式、迷信的治疗方法等而导致死亡。如果利用迷信唆使信徒杀害其他信徒或者他人的，应以故意杀人罪论处。

处罚：犯组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人死亡罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节特别严重的处7年以上有期徒刑。

第301条：聚众淫乱罪，是指为首聚集3人以上进行淫乱或者多次参加3人以上的淫乱活动的行为。

特征：1.主体是聚众淫乱的首要分子或者多次参加的人员。2.客观方面表现为聚众淫乱的行为。所谓聚众淫乱是指3个以上的异性共同发生违反道德准则、令正常人感到羞耻的性行为，如群奸群宿。3.主观方面是故意，行为人多具有藐视社会伦理，寻求变态精神刺激的心理特征。

处罚：犯聚众淫乱罪的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第301条第2款：引诱未成年人聚众淫乱罪，是指引诱未成年人参加聚众淫乱活动的行为。

处罚：引诱未成年人聚众淫乱的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第302条：盗窃、侮辱尸体罪，是指秘密窃取尸体，置于行为人自己控制之下的行为；或者是以暴露、猥亵、毁损、涂划、践踏等方法损害尸体的尊严或者伤害有关人员感情的行为。

特征：1.客观方面表现为盗窃、侮辱尸体的行为。盗窃尸体，指秘密窃取尸体，置于行为人自己控制之下的行为。以尸体原本不在行为人控制之下为必要。如果尸体原本就在行为人控制之下，不构成本罪。例如杀人后直接将被害人尸体转移、隐藏、掩埋的。侮辱尸体，指以暴露、猥亵、毁损、涂

划、践踏、鞭打等方式损害尸体尊严的行为。本罪是选择性罪名，有盗窃或者侮辱尸体行为之一的即可构成本罪。所谓尸体，指自然人死亡后所遗留的躯体。尸体不以完整无缺为必要，但是尸体如果已经蜕化分离的，则为遗骨或遗发，不能称为尸体。2.主观方面是故意。具有非法占有或者损害尸体尊严的目的。多出于图利或者泄愤报复的动机。

定罪：1.罪与非罪的界限。构成侮辱尸体罪应具有侮辱尸体的目的。客观上使尸体受到了有失尊严的对待，伤害了有关人员感情，但无侮辱之意的，不构成犯罪。2.一罪与数罪。盗窃后又侮辱尸体的；或者为了侮辱尸体而先盗窃尸体的，仍只构成一罪。杀人后为毁灭罪证、掩盖罪迹而毁坏、抛弃尸体的，仅以杀人罪一罪定罪处罚；杀人后为损害尸体的尊严及生者的感情而故意侮辱尸体的，应当实行数罪并罚。因为在这种场合，行为人已有独立的侮辱尸体犯意和行为，在杀人罪之外又构成了独立的犯罪。

处罚：犯盗窃、侮辱尸体罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第303条：赌博罪，是指以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的行为。

特征：1.主体限于赌头和赌棍。2.客观方面表现为聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的行为。聚众赌博，是指为赌博活动提供场所、赌具，组织、招引他人参加赌博，本人从中抽头渔利。这种人俗称“赌头”，赌头本人不一定直接参加赌博。所谓开设赌场，是指公开或秘密地开设营业性赌博场所的行为。开设赌场有两种营利方式：其一是赌场不直接参加赌博，以收取场地、用具使用费或者抽头获利；其二是赌场直接参加赌博，如设置游戏机、吃角子老虎等赌博机器或者雇佣人员与顾客赌博。只有开设赌场的人，即赌场老板或合伙开办经营赌场者才能构成犯罪，普通雇员不属于开设赌场的人。以赌博为业是指靠赌博所得为其挥霍和生活主要来源。这种人嗜赌成性，有业不就，专事赌博，或者虽有正常职业但兼业赌博，不务正业。这种人俗称“赌棍”。长期受雇于赌场，专门代表赌场与顾客赌博的人，也应属于以赌博为业。具有聚众赌博、开设赌场、以赌博为业三种行为之一，即可构成赌博罪。3.主观方面是故意，并且具有营利的目的。

定罪：1.罪与非罪的界限。(1)为了娱乐消遣而打牌、打赌，有所输赢的，不认为是犯罪。(2)把赌头、赌棍、赌场业主与一般参与赌博的群众区别开来，对前者应依法追究刑事责任，对后者主要是批评教育。(3)对于出于“义气”或碍于情面提供场所，纠集多人赌博，而没有抽头渔利的，一般不宜按犯罪处理，可给予治安处分。(4)对于以营利为目的，巧立名目，设置骗局，非法发行彩票，从中渔利的，应视为“聚众赌博”，构成犯罪的，应按赌博罪追究刑事责任。2.与其他罪的界限。(1)行为人设置圈套诱骗他人参赌获取钱财，属赌博行为，构成犯罪的，应当以赌博罪定罪处罚。参赌者识破骗局要求退还所输钱财时，设赌局者又使用暴力或者以暴力相威胁，拒绝退还的，应以赌博罪从重处罚；致参赌者伤害或死亡的，应以赌博罪和故意伤害罪或者故意杀人罪，依法实行数罪并罚。(2)对于因赌博引起打架斗殴，致人重伤死亡或者直接行凶杀人的，应分别按故意伤害罪或者故意杀人罪处理。赌徒用暴力、胁迫手段抢掠他人赌资，或者经预谋而抢劫赌场的，则按抢劫罪论处。

处罚：犯赌博罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

第304条：故意延误投递邮件罪，是指邮政工作人员严重不负责任，故

意延误投递邮件，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

处罚：犯故意延误投递罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役。

第二节 妨害司法罪

第 305 条：伪证罪，是指在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。

特征：1.特殊主体，即刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人、翻译人。2.客观方面表现为，在刑事诉讼中，对与案件有重要关系的情节作虚假的证明、鉴定、记录、翻译。具体包括以下要素：（1）在刑事诉讼中，即伪证行为必须是发生在刑事案件的立案、侦查、起诉、审判的过程中。在民事诉讼中的伪证行为，不构成本罪。（2）行为人必须有作虚假的证明、鉴定、记录、翻译的行为。所谓虚假是指与客观真实的情况不一致。（3）虚假的证明、鉴定、记录、翻译的内容，必须是与案件有重要关系的情节。所谓有重要关系的情节是指足以使无罪的人受到刑事处罚或者使轻罪受重罚的情节；或者是足以使犯罪分子逃避刑事处罚或者使重罪被轻判的情节。如果伪证所涉的事实情节属于对定罪量刑影响不大的，不构成犯罪。至于伪证行为是否实际影响到案件的正确处理，不妨碍本罪的成立。3.主观方面是故意，即有意作虚假的证明、鉴定、记录、翻译，并且具有陷害他人或者隐匿罪证的目的。

定罪：罪与非罪的界限。如果证人如实地根据自己的经验、记忆作出了陈述，即使事后被证明与案件的客观事实真相不一致，也不能以其证明的内容虚假为由认定有罪。如果鉴定人、记录人、翻译人不是有意伪证，而是由于水平不高或工作疏忽，而提供了不科学或者不符合实际的鉴定结论、记录、翻译的，不构成犯罪。此外刑事被告人、犯罪嫌疑人就与自己有利害关系的情节作虚假陈述的，不构成犯罪。

处罚：犯伪证罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

第 306 条：辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪，是指在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的行为。

特征：1.特殊主体，限于刑事诉讼中的辩护人、诉讼代理人。2.客观方面表现为实施下列行为之一：（1）行为人直接或者唆使当事人以外的人毁灭、伪造证据。毁灭，是指使证据灭失或者丧失证明案件真相的作用、效力。伪造，是指改变证据证明的内容或方向。（2）帮助当事人毁灭、伪造证据，即唆使或者提供便利条件，由当事人毁灭、伪造证据。由于当事人与案件的审判结果有直接的利害关系，因此他们妨害证据的行为不认为是犯罪，也不能构成本罪的共犯。（3）威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证。所谓违背事实改变证言或者作伪证，是指要证人作出与其经验、记忆不一致的证言，即要求证人不如实作证。证人的经验、记忆可能是正确的，也可能是错误的，所以证人证言是否与案件真相一致与是否违背事实作证不完全等同。3.主观方面是故意。刑法第 306 条第 2 款特别指出：“辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实，不是有意伪造的，不属于伪造证据。”

处罚：犯辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪的，处 3 年以下有期徒刑或拘役；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

第 307 条第 1 款：妨害作证罪，是指以暴力、威胁、贿买等方法阻止

证人作证或者指使他人作伪证的行为。

特征：1.客观方面表现为两类妨害作证的行为：（1）以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证。所谓阻止证人作证，是指在刑事诉讼中，阻止证人接受公安、安全、检察等司法机关依法调查、询问以及阻止证人出席法庭作证；在民事、经济和行政诉讼中，阻止证人出席法庭作证。阻止证人作证的方法是多种多样的，除了法律列举的暴力、威胁、贿买的方法外，还包括其他类似的方法，如色情引诱、要挟的方法等。（2）指使他人作伪证，即出主意要他人作伪证。2.主观方面是故意，即意图使证人不作证或者作伪证。

定罪：1.与辩护、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪的区别。要点是主体和诉讼的范围不同，辩护人、诉讼代理人在刑事诉讼中威胁、引诱证人作伪证的，应认定为辩护人、诉讼代理人妨害作证罪。2.因采取暴力手段阻止证人作证或指使他人作伪证而触犯其他罪的，则应按牵连犯的原则，从一重罪处断，例如伤害、杀害证人或者绑架人质、非法拘禁、管制证人等。

处罚：犯妨害作证罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。司法工作人员犯妨害作证罪的，从重处罚。司法工作人员是否利用了职务上的便利，在所不问。

第307条第2款：帮助毁灭、伪造证据罪，是指其他人帮助当事人毁灭、伪造证据的行为。

特征：1.一般主体，但不包括当事人本人和刑事诉讼中的辩护人、诉讼代理人。当事人本人毁灭、伪造与本人有利害关系的证据，不为罪，亦不构成本罪的共犯。刑事诉讼的辩护人、诉讼代理人帮助当事人毁灭、伪造证据的，是辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据罪。非刑事诉讼的代理人可以构成本罪。2.客观方面表现为帮助当事人毁灭、伪造证据的行为。这里所谓帮助，实质是指一切替当事人毁灭、伪造证据的行为，包括受当事人指使而毁灭、伪造证据；教唆、指使当事人毁灭、伪造证据；为当事人毁灭、伪造证据提供各种便利条件或者伙同当事人共同实施毁灭、伪造证据；向当事人教授毁灭、伪造证据方法，等等。换言之，这里的帮助仅仅意味着不包括当事人本人毁灭、伪造证据。3.主观方面是故意，即明知是证据而毁灭，或者明知作为证据使用而伪造。

帮助当事人毁灭、伪造证据，必须情节严重的才能构成犯罪。所谓情节严重，一般是指帮助毁灭、伪造证据的行为后果严重的；帮助毁灭、伪造重大案件的重要证据的；帮助当事人毁灭、伪造的动机或者手段恶劣的，等等。

处罚：犯帮助毁灭、伪造证据罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；司法工作人员犯本罪的，从重处罚。司法工作人员是否利用职务上的便利，在所不问。

第308条：打击报复证人罪，是指对证人进行打击报复的行为。

特征：本罪的行为对象是已经在诉讼过程中依法作证的证人。知道案件情况但尚未作证的人，属于妨害作证罪的对象，不是本罪的对象。证人的亲友亦不是本罪的对象，但是通过加害证人近亲属的方式来报复证人的，根据《刑事诉讼法》第49条规定的精神，可以构成本罪。

处罚：犯打击报复证人罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第309条：扰乱法庭秩序罪，是指聚众哄闹、冲击法庭或者殴打司法工

作人员，严重扰乱法庭秩序的行为。

特征：哄闹、冲击法庭必须采取聚众的形式；殴打司法工作人员，不一定要采取聚众的形式。所谓严重扰乱法庭秩序，是指使法庭秩序严重混乱、无法继续审理案件或者审理案件的活动被迫中断等。仅仅轻微扰乱法庭秩序的，尚不足以构成犯罪。本罪的行为直接针对人民法院的庭审活动。因此不是针对庭审活动进行扰乱的，不构成本罪。冲击人民法院而非法庭的庭审活动，扰乱了人民法院正常工作秩序的，可以构成冲击国家机关罪，不构成本罪。本罪的行为地点是正在或即将进行庭审活动的法庭内外。法庭既包括法院设置的专门审判案件的场所，也包括临时用于审判案件的场所。

处罚：犯扰乱法庭秩序罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

第310条：窝藏、包庇罪，是指明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物帮助其逃匿，或者作假证明包庇的行为。

特征：1.客观方面表现为为犯罪的人提供隐藏处所、财物帮助其逃匿或者作假证明包庇的行为。具体可分为：（1）提供隐藏处所，如将犯罪人留宿于家中，为犯罪人包用客房、借赁房屋、介绍至亲友处隐藏。（2）提供财物，资助或协助犯罪人逃匿，如提供路费、住宿费、给隐藏起来的犯罪分子送水、送饭等。（3）提供其他便利条件帮助逃匿，如为犯罪分子带路、指示逃匿的方向、路线、地点，提供交通便利等。（4）作假证明包庇，这是指非以证人的身份向司法机关提供虚假的证明材料为犯罪分子掩盖罪行或者开脱、减轻罪责。如提供虚假的出生证明。本罪的行为对象是已经实施了犯罪行为、正在受追查或者正在逃匿的人，既包括已决犯也包括未决犯。2.主观方面是故意，包括两项内容：一是明知对方是犯罪的人；二是具有使其逃避法律制裁的意图。不知对方是犯罪的人，或者虽然知道对方是犯罪的人但没有使其逃避法律制裁的目的，不构成本罪。

定罪：1.与知情不举的区别。知情不举是指明知是犯罪分子而不检举告发的行为。它与窝藏、包庇罪的区别在于主观上没有使犯罪分子逃避法律制裁的目的，客观上没有实施窝藏、包庇的行为。知情不举不构成犯罪。明知是犯罪的人而有一般交往，无窝藏、包庇意图的，应属于知情不举。2.与伪证罪的界限。作假证明包庇的行为与伪证行为相似。它们的区别是：（1）犯罪主体不同，包庇罪是一般主体；伪证罪是特殊主体，限于证人、鉴定人、记录人、翻译人。（2）犯罪的时间不同，包庇罪可以在刑事诉讼过程中实施，也可以在此之前实施；而伪证罪只能在刑事诉讼过程中实施。因此，特定的主体在刑事诉讼中作伪证以包庇犯罪分子的，是伪证罪，其他人在刑事诉讼之前或之中提供假证明包庇犯罪分子的，是包庇罪。3.与帮助毁灭、伪造证据罪的区别：主要是发生的场合和行为对象不同，包庇罪的作假证明限于在刑事诉讼中为犯罪分子作假证明；而帮助毁灭、伪造证据罪的伪造证据，可以是在任何诉讼案件（刑事、非刑事）中伪造任何证据（包括伪造假证明）。作假证明实际上是伪造证据的情况之一。鉴于包庇罪是较为特殊、具体的规定，对以作假证明的方式包庇犯罪分子的，应以包庇罪定罪处罚。另外，帮助当事人毁灭罪证、湮灭罪迹的行为，应属于帮助毁灭、伪造证据罪的行为之一，对这种行为应以帮助毁灭、伪造证据罪论处，不宜再以包庇罪论处。4.与共同犯罪的区别。事先未与被窝藏、包庇的犯罪分子通谋，而在事后予以窝藏、包庇的，是窝藏、包庇罪。如果只是知道作案人员要去实施犯罪，

事后予以窝藏、包庇的，或者事先知道作案人员要去实施犯罪，未去报案，犯罪发生后又窝藏、包庇犯罪分子的，不认为是事先通谋，不应以共犯论处。如果事先通谋，即窝藏、包庇犯与被窝藏、包庇的犯罪分子，在犯罪活动之前，就谋划或合谋，答应犯罪分子作案后给予窝藏、包庇的，应以共同犯罪论处。

处罚：犯窝藏、包庇罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

关于包庇罪的特别规定：刑法第362条规定，旅馆业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处卖淫嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信，情节严重的，依照刑法第310条的规定定罪处罚，即按包庇罪定罪处罚。这种特殊包庇罪的特征如下：1.本罪的主体是旅馆业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，包括在上述单位工作或者受雇佣的一切人员，如负责人、正式职工、临时工。2.客观方面表现为在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信的行为。所谓通风报信，是指将公安机关查处卖淫、嫖娼的部署、行动地点、时间、对象及其他有关消息告知违法犯罪人员；或者为违法犯罪分子放哨、望风，在发现前来查处的公安人员时，立即向违法犯罪分子通报情况，使其躲避。以通风报信方式包庇的行为对象是从事卖淫、嫖娼的违法犯罪分子，既包括组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫的犯罪分子、传播性病的犯罪分子，也包括从事卖淫嫖娼的违法人员。3.主观方面是故意，具有使卖淫嫖娼人员逃避查处的目的。通风报信的行为必须情节严重才构成犯罪。所谓情节严重，一般是指：一贯或者多次通风报信的；致使大量违法犯罪分子躲避查处的；致使公安机关重大查处行动失败的；公安人员利用职务之便通风报信的，等等。

第311条：拒绝提供间谍犯罪证据罪，是指明知他人有间谍犯罪行为，在国家安全机关向其调查有关情况、收集有关证据时，拒绝提供，情节严重的行为。

处罚：犯拒绝提供间谍犯罪证据罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第312条：窝藏、转移、收购、销售赃物罪，是指明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏、转移、收购或者代为销售的行为。

特征：1.客观方面表现为窝藏、转移、收购或代为销售他人赃物的行为。行为对象是他人犯罪所得赃物，即他人用犯罪手段获得的钱款或财物。行为人窝藏、销售自己犯罪所得赃物的，不是刑法上独立意义的犯罪行为。行为方式具体有4种：（1）窝藏，即将赃物放置于一定的场所隐藏、保管。（2）转移，指在他人犯罪既遂后，将他人实施犯罪所得赃物由一个地方移到另一个地方。（3）收购，是指从各处或者不特定人手中购买赃物。（4）代为销售是指帮助或者代理犯罪分子销售赃物。代为销售与收购不同，代为销售事先并不支付对价钱财，未取得对赃物的所有权。以代为销售的方式犯赃物罪的，应以销出赃物为既遂。在以收购方式犯赃物罪的场合，则不问是否有销售行为，也不问是否销出，只要收购行为完成，即构成既遂。行为人具有窝藏、转移、收购、代为销售赃物行为之一的，即认为实施了属于本罪的行为。2.主观方面是故意。即明知是犯罪手段获得的钱财而仍然予以窝藏、转移、收购或者代为销售。可以在行为前明知，也可以在行为过程中明知。认定明知，不能仅凭行为人口供，应根据案件的客观事实予以分析。只要证明

行为人知道或者应当知道是犯罪所得的赃物，就可以认定。行为人不知道是犯罪所得的赃物的，不具有本罪的故意。

定罪：1.对于一时贪图便宜，对来路不明的物品加以收买的；偶尔窝藏、转移或代为销售少量赃物的，都不宜以犯罪处理。2.与共同犯罪的区别。窝藏、转移、收购、销售赃物罪是在他人犯罪获取赃物之后实施的。如果在作案前有通谋，作案后帮助窝赃、销赃的；引诱、指使青少年进行犯罪活动，从中分赃或者廉价收买其赃物从中渔利的，构成共同犯罪，不属窝藏、转移、收购、销售赃物罪。

处罚：犯窝藏、转移、收购、销售赃物罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。

第313条：拒不执行判决、裁定罪，是指对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的行为。

特征：1.客体是司法机关的正常活动和人民法院判决、裁定的权威性。2.特殊主体，一般是指有履行判决、裁定义务的当事人。根据《民事诉讼法》第102条、《行政诉讼法》第49条及司法经验，对判决、裁定有协助执行义务的人，也可以成为本罪的主体。另据最高人民法院解释，负有执行人民法院判决、裁定义务的单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，为了本单位的利益，拒不执行判决、裁定情节严重，造成特别严重后果的，对该主管人员和其他直接责任人员依照刑法第313条的规定，以拒不执行判决、裁定罪定罪处罚。3.客观方面表现为对人民法院已发生法律效力判决、裁定有能力执行而拒不执行。本条所称的人民法院的判决、裁定是指人民法院作出的具有执行内容并已经发生法律效力判决、裁定包括：民事、行政判决书、裁定书；发生法律效力具有财产执行内容的刑事判决书、裁定书。有能力执行，是指根据查实的证据证明，负有执行人民法院判决裁定义务的人有可供执行的财产或者具有履行特定行为义务的能力。拒不执行，一般指行为人采取某种行动抵制、阻挠、妨害、抗拒履行判决、裁定。如转移、隐匿、毁灭财产；伪造证据妨碍法院查明被执行人的财产状况；以暴力、威胁方法妨害执行活动等。4.主观方面是故意，即明知对已生效的判决、裁定有义务、有能力履行，而拒不履行。拒不执行判决、裁定必须情节严重才能构成犯罪。在审判实践中，所谓情节严重，是指具有下列情形之一：（1）在人民法院发出执行通知以后，隐藏、转移、变卖、毁损已被依法查封、扣押或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产，致使判决、裁定无法执行的；（2）隐藏、转移、变卖、毁损在执行中向人民法院提供担保的财产，致使判决、裁定无法执行的；（3）以暴力、威胁方法妨害或者抗拒执行，致使执行工作无法进行的；（4）聚众哄闹、冲击执行现场，围困、扣押、殴打执行人员，致使执行工作无法进行的；（5）毁损、抢夺执行案件材料、执行公务车辆和其他执行器械、执行人员服装以及执行公务证件，造成严重后果的；（6）其他妨害或者抗拒执行造成严重后果的。

定罪：1.与妨害公务罪的区别。要点是（1）主体不同，本罪的主体是判决、裁定的执行义务人；妨害公务罪的主体是一般主体。（2）行为对象不同，本罪妨害的是法院执行判决、裁定的活动；而妨害公务罪妨害的是普通的公务活动。（3）行为方式有所不同，本罪不限于采取暴力、威胁的方式，而妨害公务罪则限于采取暴力、威胁方式。被执行人妨碍法院司法警察执行活动，情节严重的，以本罪论处。2.与被执行人共同实施拒不执行判决、裁

定的行为，情节严重的，以拒不执行判决、裁定罪的共犯依法追究刑事责任。
3.暴力抗拒人民法院执行判决、裁定，杀害、重伤执行人员的，依照刑法第232条、第234条第2款的规定以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。

处罚：犯拒不执行判决、裁定罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者罚金。

第314条：非法处置查封、扣押、冻结的财产罪，是指对司法机关已经查封、扣押、冻结的财产，隐藏、转移、变卖或者故意毁损，情节严重的行为。

特征：行为对象是已被司法机关查封、扣押、冻结的财产。不包括工商、税务、海关等行政执法机关所作的查封、扣押、冻结。行为必须情节严重才能构成犯罪。情节严重主要是指：严重妨害了诉讼活动的；导致判决、裁定在客观上无法执行的；严重损害对方当事人利益的；不听司法机关的劝阻、警告，继续妨害查封、扣押、冻结的；动机或手段十分恶劣的，等等。

定罪：行为人为了拒不执行判决、裁定，在判决、裁定生效以后隐藏、转移、变卖、毁损已经被司法机关查封、扣押、冻结的财产，对抗判决、裁定执行的，属于牵连犯，只需以拒不执行判决、裁定罪一罪处罚。如果是在判决、裁定生效之前就实施了妨害已被查封、扣押、冻结的财产的行为，导致判决、裁定执行困难或无法执行的，应以本罪论处。

处罚：犯非法处置查封、扣押、冻结的财产罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者罚金。

第315条：破坏监管秩序罪，是指依法被关押的罪犯，有法定破坏监管秩序的情形之一，情节严重的行为。

特征：1.特殊主体，限于正在被依法关押服刑的已决犯，包括在监狱服刑的罪犯和在看守所服刑余刑在1年以下的罪犯。不包括已被逮捕关押但尚未被定罪判刑的未决犯（犯罪嫌疑人、刑事被告人），也不包括未被关押的已决犯。2.客观方面表现为有刑法第315条所规定的破坏监管秩序的行为之一：（1）殴打监管人员的；（2）组织其他被监管人破坏监管秩序的；（3）聚众闹事，扰乱监狱正常秩序的；（4）殴打、体罚或者指使他人殴打体罚其他被监管人的。有破坏监管秩序的行为之一，情节严重的才能构成犯罪。

处罚：犯破坏监管秩序罪的，处3年以下有期徒刑。

第316条第1款：脱逃罪，是指依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人从羁押、刑罚执行场所或者押解途中逃走的行为。

特征：1.特殊主体，即限于依法被逮捕、关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人。包括已经拘留、逮捕而尚未判决的未决犯和已被判处拘役以上剥夺自由刑罚正在监狱服刑的已决犯。因错捕、错判而被关押的无辜者；被劳动教养或者行政拘留的人；被司法机关采取拘传、取保候审、监视居住等强制措施的犯罪嫌疑人、刑事被告人；被判处管制、判处拘役、徒刑宣告缓刑的罪犯以及被假释的罪犯；均不属于依法关押的罪犯，不是本罪的主体。2.客观方面表现为从关押场所或者押解途中脱逃的行为。一般以脱逃行为达到逃离关押场所、摆脱监管人员的控制为既遂。虽逃出关押场所，但未出看守人员直接监视控制范围，即被抓回的；或者虽然挣脱了械具，逃出了囚车，但当场被押解人抓住的，应认为尚未摆脱监管人员的直接控制范围，以未遂论。3.主观方面是故意。脱逃的目的是为了逃避羁押和刑罚的执行。如果罪犯因有私事而私自脱离刑罚执行场所，事后又主动回归的，或者经批准回家后，

逾期返回监所的，因不具备脱逃的故意和逃避羁押、服刑的目的，不构成犯罪。

处罚：犯脱逃罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第316条第2款：劫夺被押解人员罪，是指其他人以夺走、纵放被押解人员为目的，使用暴力、胁迫或者其他方法劫夺押解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人的行为。

特征：1.客观方面表现为劫夺押解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人的行为。所谓劫夺，是指以暴力、胁迫或其他方法使被押解人脱离押解人控制的行为。既包括以暴力、胁迫的方法强行夺取、纵放，也包括以麻醉押解人的方法违背押解人的意志使被押解人脱离控制的行为。劫夺行为的对象是押解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人。押解途中是指自押出监狱、看守所等关押场所时起至押入监狱、看守所等关押场所时止的全过程。押于法院受审、候审、押至检察院提审的，也属于押解途中。劫夺监狱、看守所等关押场所的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人，不构成本罪。这里的被告人，应限于刑事被告人。2.主观方面是故意，即明知是押解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人而予以劫夺，目的是夺走或者纵放被押解人。不具有劫夺被押解人的故意，仅在客观上妨碍了押解工作甚至致使被押解人脱逃的，不构成本罪。

定罪：1.与妨害公务罪的界限。押解人犯从广义上讲也属于一种公务活动，因此，劫夺被押解人，也有妨害公务的性质。二者的主要区别是目的不同，本罪必须具有劫夺人犯的目的；而妨碍公务罪不具有此目的；如果行为人不具有劫夺被押解人的意图，仅以暴力、威胁的方法妨碍押解工作的，不构成本罪，可以构成妨害公务罪。2.罪数问题。行为人因使用暴力方法劫夺被押解人员，致押解人伤亡的，应按牵连犯择一重罪处罚；预谋杀害押解人员后劫夺被押解人员或者劫夺被押解人员后为灭口又杀害押解人员的，应实行数罪并罚。

处罚：犯劫夺被押解人员罪的，处3年以上7年以下有期徒刑；情节严重的，处7年以上有期徒刑。

第317条第1款：组织越狱罪，是指依法被关押的犯罪分子，在为首分子的组织、策划、指挥下，有组织、有计划地以非暴动方式越狱逃跑的行为。

特征：1.特殊主体，即依法被关押的犯罪分子，包括已决犯和未决犯。2.客观方面表现为在为首分子的组织、策划、指挥下，有组织、有计划地集体越狱逃跑的行为。这种越狱行为有以下特点：(1)有组织、有计划性；(2)聚众性；(3)非暴动性。组织越狱行为不包括有计划地集体使用暴力方式越狱。但不排除使用轻微的暴力或者个别人员非有计划地使用暴力。所谓越狱，是指逃离监狱、看守所等国家设立的刑罚执行场所或者关押犯罪嫌疑人、刑事被告人的场所，包括押解途中。3.主观方面是故意，即有组织越狱的故意或者参加有组织的越狱行动的故意。不明真相乘乱尾随逃跑或者单独逃跑的，不构成本罪。

处罚：犯组织越狱罪的，对首要分子和积极参加者，处5年以上有期徒刑；对其他参加者，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第317条第2款：暴动越狱罪，是指依法被关押的犯罪分子，以有组织或者聚众的形式集体使用暴力手段强行越狱的行为。

定罪：1.与组织越狱罪的区别，要点是构成本罪必须采取共同的暴力行

为；而组织越狱罪的构成要件中则排斥共同的暴力行为。暴动越狱通常具有一定的组织形式，在这个意义上讲，暴动越狱是组织越狱的严重形式。但是暴动越狱不要求必须采取有组织的形式，较多的人临时纠集在一起共同实行暴力越狱行为，亦可构成本罪。如果组织越狱并且共同使用了暴力手段的，即具有暴动性的，则构成暴动越狱罪。2. 罪数问题。在暴动越狱的过程中致人重伤、死亡的，仍只需以本罪一罪论处。

处罚：对犯暴动越狱罪的首要分子和积极参加者，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节特别严重的，处死刑；对其他参加者，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

第 317 条第 2 款：聚众持械劫狱罪，是指狱外的人聚众持械劫夺被依法关押在狱中的犯罪分子的行为。

定罪：与劫夺被押解人员罪的区别。本罪具有聚众、持械的特征；劫夺的对象是被关押于监狱、看守所等特定场所的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人，不包括押解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人。

处罚：对犯聚众持械劫狱罪的首要分子和积极参加者，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，情节特别严重的，处死刑；其他参加者，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

第三节 妨害国（边）境管理罪

第 318 条：组织他人偷越国（边）境罪，是指违反国家出入国（边）境管理法规，非法组织他人偷越我国国境或边境的行为。

特征：1.主体是组织他人偷越国（边）境的组织者。这种人俗称“蛇头”，被组织者不能构成本罪，但可以构成偷越国（边）境罪。2.客观方面表现为召集、安排不特定的人偷越我国国境、边境的行为。3.主观方面是故意，一般具有营利的目的。

处罚：犯组织他人偷越国（边）境罪的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处 7 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：1.组织他人偷越国（边）境集团的首要分子；2.多次组织他人偷越国（边）境或者组织他人偷越国（边）境人数众多的；3.造成被组织人重伤、死亡的；4.剥夺或者限制被组织人人身自由的；5.以暴力、威胁方法抗拒检查的；6.违法所得数额巨大的；7.有其他特别严重情节的。

犯组织他人偷越国（边）境罪，对被组织人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为，或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

第 319 条：骗取出境证件罪，是指以劳务输出、经贸往来或者其他名义，弄虚作假，骗取护照、签证等出境证件，为组织他人偷越国（边）境使用的行为。

特征：1.客观方面有骗取护照、签证等出境证件的行为。通常表现为假借劳务输出、经贸往来或者其他名义，弄虚作假，骗取护照、签证等出境证件。2.主观方面是故意，并具有为组织他人偷越国（边）境使用的目的。

处罚：犯骗取出境证件罪的，处 3 年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 320 条：提供伪造、变造的出入境证件罪，是指为他人提供伪造、变造的护照、签证等出入境证件的行为。

处罚：犯提供伪造、变造的出入境证件罪的，处 5 年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金。

第 320 条：出售出入境证件罪，是指出售护照、签证等出入境证件的行为。

定罪：所出售之护照、签证等出入境证件的真伪不影响犯罪的成立。

处罚：犯出售出入境证件罪的，处 5 年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金。

第 321 条：运送他人偷越国（边）境罪，是指非法将偷越国（边）境的人员送出或者送入国（边）境的行为。

特征：1.客观方面表现为非法运送他人偷越国（边）境的行为。所谓运送，是指使用车船等交通工具或者徒步将偷越国（边）境的人员接入或者送出国（边）境的行为。2.主观方面是故意。

处罚：犯运送他人偷越国（边）境罪的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；有下列情形之一的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金：1.多次实施运送行为或者运送人数众多的；2.所使用的船只、车辆

等交通工具不具备必要的安全条件，足以造成严重后果的；3.违法所得数额巨大的；4.有其他特别严重情节的。在运送他人偷越国（边）境中，造成被运送人重伤、死亡，或者以暴力、威胁方法抗拒检查的，处7年以上有期徒刑，并处罚金。

犯运送他人偷越国（边）境罪，对被运送人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为，或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

第322条：偷越国（边）境罪，是指违反国（边）境管理法规，偷越国（边）境，情节严重的行为。

处罚：犯偷越国（边）境罪的，处1年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

第323条：破坏界碑、界桩罪，是指故意破坏国家边境界碑、界桩的行为。

处罚：犯破坏界碑、界桩罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第323条：破坏永久性测量标志罪，是指故意破坏国家设立的永久性测量标志的行为。

处罚：犯破坏永久性测量标志罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第四节 妨害文物管理罪

第 324 条第 1 款：故意损毁文物罪，是指故意损毁国家保护的珍贵文物或者被确定为全国重点文物保护单位、省级文物保护单位的文物的行为。

特征：1.客观方面表现为损毁国家保护的珍贵文物和国家级、省级文物保护单位的文物的行为。损毁的对象分两类：一类是可移动的国家保护的珍贵文物，根据《文物保护法》第 2 条及其实施细则的规定，珍贵文物包括具有重大历史、科学、艺术价值的纪念物、艺术品、工艺美术品、革命文献资料、手稿、古旧图书资料以及代表性实物等文物。珍贵文物依法分为一、二、三级。是否属于珍贵文物由有关部门鉴定确认。此外，具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石同文物一样受国家保护。另一类是不可移动的珍贵文物，即全国重点文物保护单位和省级文物保护单位的文物。2.主观方面是故意，即明知是国家保护的珍贵文物等，而故意损毁。

处罚：犯故意损毁文物罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。

第 324 条第 2 款：故意损毁名胜古迹罪，是指故意损毁国家保护的名胜古迹，情节严重的行为。

定罪：与故意损毁文物罪的区别：1.对象不同。2.对情节的要求不同，构成故意损毁名胜古迹罪以情节严重为条件；而构成故意损毁文物罪没有情节严重的限制条件。

处罚：犯故意损毁名胜古迹罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

第 324 条第 3 款：过失损毁文物罪，是指过失损毁国家保护的珍贵文物或者被确定为全国重点文物保护单位、省级文物保护单位的文物，造成严重后果的行为。

处罚：犯过失损毁文物罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

第 325 条：非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪，是指违反文物保护法规，将收藏的国家禁止出口的珍贵文物私自出售或者私自赠送给外国人的行为。

处罚：犯非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，可以并处罚金；单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第 326 条：倒卖文物罪，是指以牟利为目的，倒卖国家禁止经营的文物，情节严重的行为。

特征：1.主体是自然人和单位。2.客观方面表现为倒卖国家禁止经营的文物的行为。倒卖是指为赚取买入卖出之间的差价而买进卖出的行为。是否实际赚取了其中的差价，不影响本罪的成立。买进收藏或者卖出藏品的，不属于倒卖。倒卖的对象“是国家禁止经营的文物”。在审判实践中，国家禁止经营的文物指，一、二、三级珍贵文物及其他国家保护的具有重大历史、文化、科学价值的文物，未经许可不得经营。其具体范围由国家文物主管部门核定公布。倒卖不属于国家禁止经营的文物的，不构成本罪。倒卖文物，必须情节严重才能构成犯罪，所谓情节严重，一般指：非法倒卖国家 3 级以上珍贵文物的；多次或者经常倒卖国家禁止经营的文物的；倒卖国家禁止经营的文物数量较大或者非法牟利数额较大的；等等。3.主观方面是故意，并

且具有牟利的目的。

定罪：与非法经营罪的区别：对象不同。

处罚：犯倒卖文物罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第327条：非法出售、私赠文物藏品罪，是指国有博物馆、图书馆等单位，违反文物保护法规，将国家保护的文物藏品出售或者私自赠送给非国有单位或者个人的行为。

特征：主体只能是国有博物馆、图书馆等单位。

处罚：犯非法出售、私赠文物藏品罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第328条第1款：盗掘古文化遗址、古墓葬罪，是指盗掘具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬的行为。

特征：1.客观方面表现为盗掘古文化遗址、古墓葬的行为。所谓盗掘，是指未经国家文物主管部门批准，私自开挖、掘取。盗掘不限于秘密挖掘，也包括公然哄挖。盗掘的对象为古文化遗址、古墓葬，这是指受国家保护的清代和清代以前的具有历史、艺术、科学价值的文化遗址、墓葬。包括地面或地下埋藏的建筑、壁画、石刻、雕刻群、废墟、坟墓等。1911年辛亥革命以后，与著名历史事件有关的名人墓葬、遗址和纪念地，也视同古文化遗址、古墓葬。盗掘其他墓葬、遗址、物品的，不构成本罪。2.主观方面是故意。

定罪：1.与故意损毁文物罪、故意损毁名胜古迹罪的界限：（1）目的不同：犯本罪一般具有窃取文物的目的，而后两罪不具此目的；（2）行为对象不同：本罪的对象限于古文化遗址、古墓葬，通常是埋藏于地下或定着于地面不可移动的，但不限于是否被确定为国家级、省级文物保护单位；而后两罪，一个限于珍贵文物、国家级、省级文物保护单位，一个限于名胜古迹。（3）行为方式不同，本罪限于盗掘的方式；而后两罪可以包括任何方式的损毁。如果是在盗掘古文化遗址、古墓葬罪的过程中，又损毁珍贵文物名胜古迹的，只需以本罪一罪处罚。2.与盗窃罪界限。盗掘古文化遗址、古墓葬并窃取文物的，仍以本罪论处。盗掘其他墓葬、遗址，窃取财物（包括文物）数额较大的，以盗窃罪论处。窃取他人已挖掘出来的珍贵文物的，也以盗窃罪论处。3.本罪的既遂。行为人只要实施了盗掘古文化遗址、古墓葬的行为，即构成本罪的既遂。是否窃取了文物，不影响成立本罪的既遂。

处罚：犯盗掘古文化遗址、古墓葬罪的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；情节较轻的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；有下列情形之一的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：1.盗掘确定为全国重点文物保护单位和省级文物保护单位的古文化遗址、古墓葬的；2.盗掘古文化遗址、古墓葬集团的首要分子；3.多次盗掘古文化遗址、古墓葬的；4.盗掘古文化遗址、古墓葬，并盗窃珍贵文物或者造成珍贵文物严重破坏的。

第328条第2款：盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪，是指盗掘国家保护的具有科学价值的古人类化石和古脊椎动物化石的行为。

定罪：本罪与盗掘古文化遗址、古墓葬罪的唯一区别是对象不同。

处罚：犯盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪的，依照盗掘古文化遗址、

古墓葬罪的法定刑处罚。

第 329 条第 1 款：抢夺、窃取国有档案罪，是指以非法占有为目的抢夺、窃取国家所有的档案的行为。

定罪：1.与抢夺罪、盗窃罪的区别：对象不同。2.与抢劫罪的区别：手段不同。3.抢夺、窃取的国有档案属于国家秘密的，同时又触犯非法获取国家秘密罪等罪的，是一行为触犯两个罪名，应择其中重的罪名定罪判刑。

处罚：犯抢夺、窃取国有档案罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

第 329 条第 2 款：擅自出卖、转让国有档案罪，是指违反档案法的规定，擅自出卖、转让国家所有的档案，情节严重的行为。

处罚：犯擅自出卖、转让国有档案罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

第五节 危害公共卫生罪

第 330 条：妨害传染病防治罪，是指违反传染病防治法的规定，引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的行为。

特征：1.主体是自然人和单位。2.所谓甲类传染病，目前指鼠疫、霍乱。

处罚：犯妨害传染病防治罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。单位犯本罪的，对单位判处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 331 条：传染病菌种、毒种扩散罪，是指从事实验、保藏、携带、运输传染病菌种、毒种的人员，违反国务院行政部门的有关规定，过失造成传染病菌种、毒种扩散，后果严重的行为。

处罚：犯传染病菌种、毒种扩散罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

第 332 条：妨害国境卫生检疫罪，是指违反国境卫生检疫规定，引起检疫传染病传播或者有传播危险的行为。

特征：1.主体是自然人和单位。2.所谓检疫传染病，是指鼠疫、霍乱、黄热病以及国务院规定和公布的其他传染病。

处罚：犯妨害国境卫生检疫罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 333 条：非法组织卖血罪，是指违反血液制品管理法规，擅自组织他人采集体内血浆出售的行为。

特征：1.客观方面表现为非法组织他人出卖血液的行为。即违反血液制品管理法规的规定，擅自策划、动员、拉拢、联络、控制多名供血者抽取体内血液出卖的行为。如组织多名供血者向用血单位或者个人出卖血液；2.主观方面是故意，一般具有营利的目的。

定罪：非法组织他人卖血，对他人造成伤害的，以故意伤害罪论处。

处罚：犯非法组织卖血罪的，处 5 年以下有期徒刑。

第 333 条：强迫卖血罪，是指以暴力、威胁方法强迫他人出卖血液的行为。

特征：1.客观方面表现为违背他人的意志，以暴力、威胁方法迫使他人出卖血液的行为。2.主观方面是故意。一般都具有获取非法利益的目的。

定罪：强迫他人卖血，对他人造成伤害的，以故意伤害罪论处。

处罚：犯强迫卖血罪的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑。

第 334 条第 1 款：非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪，是指违反血液制品管理法规，未经有关机构许可，擅自采集、供应血液或者擅自制作、供应血液制品，不符合国家规定的标准，足以危害人体健康的行为。

处罚：犯非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；对人体健康造成严重危害的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；并处罚金；造成特别严重后果的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

第 334 条第 2 款：采集、供应血液、制作、供应血液制品事故罪，是指经国家主管部门批准采集、供应血液或者制作、供应血液制品的部门，不依照规定进行检测或者违背其他操作规定，严重危害他人身体健康的行为。

定罪：本罪与非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪的界限。二者的主要区别是：1.主体不同，前者是特殊主体，即只能是有资格从事血液制品生产经营活动的单位；后者是自然人一般主体，并且是没有从事血液制品生产经营资格的人。2.客观方面不同，前者表现为违章行为，并以实际造成对人体健康损害的后果为要件；后者因无资格，也无章可循，因此仅以不符合国家标准、足以损害他人健康的危险状态为要件，不以实际发生损害健康后果为犯罪构成要件。3.主观方面不同，前者为责任事故型的过失罪，后者为故意罪。

处罚：犯采集、供应血液、制作、供应血液制品事故罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第335条：医疗事故罪，是指医务人员由于严重不负责任，造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的行为。

特征：1.主体只能是医务人员，即指从事诊疗、护理事务的人员，包括国家、集体医疗单位的医生、护士、药剂人员，以及经医政主管部门批准开业的个体行医人员。2.客观方面表现为严重不负责任、致使就诊人死亡或者健康受到严重损害。具体包括2个要素：（1）严重不负责任。所谓严重不负责任，就其客观方面而言，是指在诊疗、护理工作中违反规章制度和诊疗、护理常规。（2）严重不负责任的行为导致就诊人死亡或者严重损害就诊人健康。所谓严重损害就诊人身体健康，主要是指造成就诊人残疾、组织器官损伤、丧失劳动能力等严重后果。3.主观方面是过失。这种业务上的过失，往往通过严重违反医疗规章制度和诊疗、护理常规表现出来。

处罚：犯医疗事故罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第336条第1款：非法行医罪，是指未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的行为。

特征：1.主体只能是未取得执业医师资格或执业助理医师资格的自然人。具有医师执业资格助理医师执业资格的人不能构成本罪。2.客观方面表现为非法行医的行为，即无医生执业资格从事营利性的诊疗活动，包括在医疗机构中从事诊疗活动和擅自开业从事诊疗活动。3.主观方面是故意，即明知无医生执业资格而非法行医。本罪的故意，只需认识到无执业资格的事实，不问行为人是否明知无执业资格行医的非法性质。非法行医必须情节严重的才构成犯罪。情节严重，一般指多次被取缔后仍然非法行医的，从事危险性较大的诊疗活动的，非法行医获利巨大的，损害就诊人健康的，采取愚昧、野蛮的方法的，等等。

定罪：1.与医疗事故罪的区别：主体不同。本罪的主体没有医生执业资格；医疗事故罪的主体有医生执业资格。2.非法行医罪严重损害就诊人健康或者造成就诊人死亡的，仍只需以本罪论处。

处罚：犯非法行医罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处10年以上有期徒刑，并处罚金。

第336条第2款：非法进行节育手术罪，是指无医生执业资格的人，擅自为他人进行节育复通手术、假节育手术、终止妊娠手术或者摘取宫内节育器，情节严重的行为。

特征：1.主体只能是无医师执业资格和无助产士资格的人。有医生、助

产士资格的人私自为他人做节育复通或终止妊娠等手术的，属于违反职业规范的行为，不构成犯罪。2.客观方面表现为擅自为他人施行生育或者堕胎等手术。具体包括：（1）进行节育复通手术，是指对做了计划生育绝育手术的人，重新接通输精管或输卵管，使其恢复生育能力。（2）假节育手术，包括虚假的绝育手术以及在子宫内上节育器等虚假的节育手术，使其表面上看来不能生育而实际上仍保持生育的能力。（3）终止妊娠手术，是指进行药物或者人工流产手术。（4）摘取宫内节育器。无医师执业资格的人本无权做上述手术，因此他们施行上述手术均属擅自施行。3.主观方面是故意。非法施行节育手术，情节严重的才构成犯罪。所谓情节严重，主要指多次或经常施行上述手术致他人怀孕或者流产的；使用野蛮的方法施行上述手术的；使他人生命、健康遭受重大危险，因抢救及时才未发生严重后果的，等等。

定罪：1.与医疗事故罪的区别，要点是看行为主体是否具有医生执业资格。有资格者依法或私下为他人施行节育复通等手术的，不构成犯罪。因严重不负责任造成就诊人重伤、死亡的，只能构成医疗事故罪。2.与非法行医罪的联系与区别。非法进行节育手术罪实际上是非法行医罪的特殊类型，因此具备非法进行节育手术罪的犯罪构成，往往也同时具备非法行医罪的犯罪构成。二者的主要区别是：非法进行节育手术罪的客体除包括他人的生命、健康之外，还特别包括计划生育的管理秩序。在现实生活中，多表现为在非法行医的过程中，非法兼施节育手术，对此，认定为非法行医罪比较合理。如果行为人非法行医，专门或主要是施行破坏节育或者堕胎手术的，应认定为非法进行节育手术罪。无论何种情形，均不需数罪并罚。3.非法进行节育手术且严重损害就诊人健康或者造成就诊人死亡的，只需以本罪一罪论处。

处罚：犯非法进行节育手术罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处10年以上有期徒刑，并处罚金。

第337条：逃避动植物检疫罪，是指违反进出境动植物检疫法的规定，逃避动植物检疫，引起重大动植物疫情的行为。

处罚：犯逃避动植物检疫罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第六节 破坏环境资源保护罪

第 338 条：重大环境污染事故罪，是指违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公共财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的行为。

定罪：与危险品肇事罪的区别：1.对象不同，本罪的对象是危险废物；危险品肇事罪的对象是危险品。2.本罪是在排放、处理废物过程中发生的，违反的是环境保护法规；危险品肇事罪是在危险品的生产、使用、运输、管理过程中发生的，违反的是危险品管理规定。

处罚：犯重大环境污染事故罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第 339 条第 1 款：非法处置进口的固体废物罪，是指违反国家规定，将境外的固体废物进境倾倒、堆放、处置的行为。

处罚：犯非法处置进口的固体废物罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；后果特别严重的，处 10 年以上有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 339 条第 2 款：擅自进口固体废物罪，是指未经国务院有关主管部门许可，擅自进口固体废物用作原料，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康的行为。

定罪：1.本罪与非法处置进口的固体废物罪的区别：主要是目的不同，本罪具有利用废物作原料的目的；而后罪则是以将境外的固体废物进境倾倒、堆放、处置为目的，没有用作原料的目的。后靠在这种目的支配之下的行为，实际是将中国作为洋垃圾的处置场所，比本罪的性质严重。2.与走私固体废物罪的区别：主要在于是否逃避海关监管。走私固体废物罪必须有逃避海关监管的行为；而本罪不以逃避海关监管为条件。

处罚：犯擅自进口固体废物罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；后果特别严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第 340 条：非法捕捞水产品罪，是指违反水产资源保护法规，在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品，情节严重的行为。

处罚：犯非法捕捞水产品罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

第 341 条第 1 款：非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪，是指违反野生动物保护法规，未经有关部门批准，非法猎捕、杀害、国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的行为。

定罪：本罪与非法捕捞水产品的区别：主要在于对象不同，本罪的对象限于珍贵、濒危野生动物，其中包括珍贵、濒危的水生动物；而后罪的对象是一般水产品。明知是珍贵、濒危的水生野生动物而捕捞或杀害的，应以本

罪论处。在非法捕捞水产品过程中，误捕、误杀珍贵、濒危的水生野生动物的不构成本罪，可作为非法捕捞水产品行为的情节考虑。

处罚：犯非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第 341 条第 1 款：非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪，是指违反野生动物保护法规，未经有关部门批准，非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品的行为。

处罚：犯非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和直接责任人员依照上述规定处罚。

第 341 条第 2 款：非法狩猎罪，是指违反狩猎法规，在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎，破坏野生动物资源，情节严重的行为。

处罚：犯非法狩猎罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 342 条：非法占用耕地罪，是指违反土地管理法规，非法占用耕地改作他用，数量较大，造成耕地大量毁坏的行为。

处罚：犯非法占用耕地罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 343 条第 1 款：非法采矿罪，是指违反矿产资源法的规定，未取得采矿许可证擅自采矿的，擅自进入国家规划矿区，对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿的，擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种，经责令停止开采后拒不停止开采，造成矿产资源破坏的行为。

处罚：犯非法采矿罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；造成矿产资源严重破坏的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第 343 条第 2 款：破坏性采矿罪，是指违反矿产资源法的规定，采取破坏性的开采方法开采矿产资源，造成矿产资源严重破坏的行为。

处罚：犯破坏性采矿罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 344 条：非法采伐、毁坏珍贵树木罪，是指违反森林法的规定，非法采伐、毁坏珍贵树木的行为。

处罚：犯非法采伐、毁坏珍贵树木罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 345 条第 1 款：盗伐林木罪，是指以非法占有为目的，盗伐国家、集体所有的森林或者其他林木，以及盗伐他人自留山上成片林木，数量较大，破坏森林资源的行为。

特征：1.主体是自然人和单位。2.客观方面表现为违反森林法规，盗伐国家、集体或他人所有的森林或其他林木数量较大的行为。盗伐的基本含意是未经许可擅自采伐不属于本人或本单位所有的林木，因此个人擅自砍伐国家、集体、他人所有的林木的；个人擅自砍伐承包经营管理的国家、集体所有的林木的；集体单位擅自砍伐国家、其他集体组织或个人所有的林木的；国有事业企业单位擅自砍伐其他单位经营的国有林木、集体组织或个人所有林木的，均属盗伐。另外，根据司法经验，国营企业事业单位为本单位谋取不正当的利益而无证采伐本单位管理的林木，也属于盗伐。盗伐的对象是不属于本人或本单位所有的森林或者其他林木，包括国有的森林或者其他林木，其他集体组织或个人所有的成片的林木。盗伐林木必须数量较大才能构成犯罪。在司法实践中，数量较大一般指：在林区盗伐林木材积 2—5 立方米或者幼树 100—250 株；在非林区，盗伐林木材积 1—2.5 立方米或者幼树 50—125 株。所谓林区，是指森林资源和生产木材比较多的地区。所谓材积，是指原木材积除以该树种的生材率所得之立木材积。所谓幼树，是指生长在幼龄阶段的树木，树木胸径在 5 厘米以下的视为幼树。对于 1 年之内连续盗伐的数量，未经处理的，可以累计计算。3.主观方面是故意，即以非法占有为目的而盗伐国家、集体或他人所有的森林或其他林木。

定罪：1.与盗窃罪的界限。将国家、集体、他人所有并已经伐倒的树木秘密据为己有，以及偷砍他人房前屋后、自留地种植的零星树木数量较大的，应定盗窃罪。2.与非法采伐、毁坏珍贵树木罪的区别：对象不同，本罪对象是普通林木，后罪的对象是珍贵树木。在盗伐林木时，又故意采伐、毁坏珍贵树木的，单独构成非法采伐、毁坏珍贵树木罪。如果盗伐林木行为也构成犯罪的，应实行两罪并罚。

处罚：犯盗伐林木罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数量巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金；数量特别巨大的，处 7 年以上有期徒刑，并处罚金。盗伐国家级自然保护区内的森林或者其他林木的，从重处罚。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 345 条第 2 款：滥伐林木罪，是指违反森林法及其他保护森林法规，未经林业行政主管部门及法律规定的其他主管部门批准并核发采伐许可证，或者虽持有采伐许可证，但违背采伐证所规定的地点、数量、树种、方式而任意采伐本单位所有或管理的林木，以及本人自留山上的森林或者其他林木，数量较大的行为。

定罪：1.与盗伐林木罪的区别：主要在于是否侵犯国家、集体、他人的林木所有权。2.与非法采伐、毁坏珍贵树木罪的主要区别：对象不同。本罪的对象是普通林木；后者的对象是珍贵树木。滥伐林木数量较大同时还毁坏珍贵树木的，应两罪并罚。

处罚：犯滥伐林木罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数量巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。滥伐

国家的自然保护区内的森林或者其他林木的，从重处罚。单位犯本罪的，对单位并处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 345 条第 3 款：非法收购盗伐、滥伐的林木罪，是指以牟利为目的，在林区非法收购明知是盗伐、滥伐的林木，情节严重的行为。

定罪：1.与收购赃物罪的联系与区别。盗伐、滥伐的林木在广义上也属于赃物，因此对其进行非法收购的行为也属于一种收购赃物的行为。鉴于刑法将此种在林区的收购行为单独规定为一种犯罪，所以对于在林区非法收购盗伐、滥伐的林木的行为，应以本罪论处；对于在非林区非法收购盗伐、滥伐的林木的行为，应以收购赃物罪论处。2.与盗伐、滥伐林木罪共犯的区别。唆使他人盗伐、滥伐林木而后予以低价收购的或者与盗伐、滥伐的犯罪分子事先通谋，承担盗伐、滥伐林木的购销分工的，应以盗伐、滥伐林木罪的共犯论处。3.与非法经营罪的区别：对象不同。

处罚：犯非法收购盗伐、滥伐的林木罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位并处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪

第 347 条：走私、贩卖、运输、制造毒品罪，是指明知是毒品而故意实施走私、贩卖、运输、制造的行为。

定罪：1.对于居间介绍买卖毒品的，无论是否获利，均以贩卖毒品罪的共犯论处。2.走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，纯度如何，都构成犯罪，应当追究刑事责任。3.与诈骗罪的区别。对于故意贩卖假毒品骗取财物的，以诈骗罪论处；把假毒品误作真毒品进行走私、贩卖、运输的，应以本罪（未遂）处罚。

处罚：走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑罚处罚。犯走私、贩卖、运输、制造毒品罪，有下列情形之一的，处 15 年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产：1.走私、贩卖、运输、制造鸦片 1000 克以上、海洛因或者甲基苯丙胺 50 克以上或者其他毒品数量大的；2.走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；3.武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的；4.以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；5.参与有组织的国际贩毒活动的。

走私、贩卖、运输、制造鸦片 200 克以上不满 1000 克、海洛因或者甲基苯丙胺 10 克以上不满 50 克或者其他毒品数量较大的，处 7 年以上有期徒刑，并处罚金。

走私、贩卖、运输、制造鸦片不满 200 克、海洛因或者甲基苯丙胺不满 10 克或者其他少量毒品的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯上述走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述有关规定处罚。

利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。

第 348 条：非法持有毒品罪，是指非法持有鸦片、海洛因或者甲基苯丙胺或者其他毒品数量较大的行为。

特征：1.本罪客观方面表现为非法持有毒品数量较大的行为。所谓数量较大，是指非法持有鸦片 200 克以上、海洛因或者甲基苯丙胺 10 克以上或者其他毒品数量较大的。毒品的数量以查证属实的数量计算，不以纯度折算。

2.主观方面是故意，即明知是毒品而非法持有。

定罪：1.罪与非罪的界限。非法持有毒品的数量不够较大的，不构成犯罪。2.罪数问题。因实施其他毒品犯罪而持有毒品的，按所实施的毒品犯罪定罪处罚。

处罚：非法持有鸦片 1000 克以上、海洛因或者甲基苯丙胺 50 克以上或者其他毒品数量大的，处 7 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金；非法持有鸦片 200 克以上不满 1000 克、海洛因或者甲基苯丙胺 10 克以上不满 50 克或者其他毒品数量较大的；处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

第 349 条：包庇毒品犯罪分子罪，是指明知是走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子，而向司法机关作虚假证明掩盖其罪行，或者帮助其湮灭罪证，以使其逃避法律制裁的行为。

定罪：1.与毒品犯罪的共犯的区别：要点在于是否事先通谋。2.与窝藏、包庇罪的区别：要点是行为对象不同，本罪包庇的对象限于毒品犯罪分子。

处罚：犯包庇毒品犯罪分子罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。缉毒人员或者其他国家机关工作人员掩护、包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的，从重处罚。

第349条：窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪，是指明知是毒品或者毒品犯罪所得的财物而为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒的行为。

定罪：1.与非法持有毒品罪的区别：要点在于毒品是其他毒品犯罪分子的还是本人的。2.与窝赃罪的区别：要点是对象不同。3.与毒品共犯的区别：要点在于是否事先通谋。

处罚：犯窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第350条：走私制毒物品罪，是指违反国家规定，非法运输、携带醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用于制造毒品的原料或者配剂进出境的行为。

定罪：1.与走私罪、走私毒品罪的区别：对象不同，本罪对象限于制毒物品，即用于制造毒品的原料或者配剂。2.与制造毒品罪共犯的区别：明知他人制造毒品而为其提供制毒物品的，以制造毒品罪的共犯论处。

处罚：犯走私制毒物品罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；数量较大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第350条：非法买卖制毒物品罪，是指违反国家规定，在境内非法买卖醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用于制造毒品的原料或者配剂的行为。

定罪：与制造毒品罪共犯的区别：明知他人制造毒品而为其提供制毒物品的，以制造毒品罪的共犯论处。

处罚：犯非法买卖制毒物品罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；数量较大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第351条：非法种植毒品原植物罪，是指明知是罂粟、大麻等毒品原植物而非法种植且数量较大，或者经公安机关处理后又种植，或者抗拒铲除的行为。

处罚：非法种植毒品原植物有下列情形之一的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金：1.种植罂粟500株以上不满3000株或者其他毒品原植物数量较大的；2.经公安机关处理后又种植的；3.抗拒铲除的。

非法种植罂粟3000株以上或者其他毒品原植物数量大的，处5年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

非法种植毒品原植物，在收获前自动铲除的，可以免除处罚。

第352条：非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪，是指非法买卖、运输、携带、持有未经灭活的罂粟等毒品原植物种子或者幼苗，数量较大的行为。

处罚：犯非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。

第353条第1款：引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪，是指通过引诱、教

唆、欺骗的方法使他人吸食、注射毒品的行为。

处罚：犯引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。引诱、教唆、欺骗未成年人吸毒的，从重处罚。

第353条第2款：强迫他人吸毒罪，是指违背他人意志，迫使他人吸食、注射毒品的行为。

处罚：犯强迫他人吸毒罪的，处3年以上10年以下有期徒刑。强迫未成年人吸毒的，从重处罚。

第354条：容留他人吸毒罪，是指为他人吸食、注射毒品提供场所的行为。

处罚：犯容留他人吸毒罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

第355条：非法提供麻醉药品、精神药品罪，是指依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品、精神药品的单位和人员，违反国家规定，明知他人是吸食、注射毒品的人，而向其提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品的行为。

定罪：与走私、贩卖毒品罪的区别：依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品、精神药品的单位和人员，非法向走私、贩卖毒品的犯罪分子提供麻醉药品、精神药品的，以走私、贩卖毒品罪论处；以牟利为目的向吸毒者提供的，以贩卖毒品罪论处。

处罚：犯非法提供麻醉药品、精神药品罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

根据刑法第356条规定，因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯本节（即分则第六章第七节）规定之罪的，从重处罚。注意这里规定的从重处罚情节，不以构成累犯为必要。

第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪

第 358 条第 1 款：组织卖淫罪，是指以招募、雇佣、纠集、强迫、引诱、容留等手段，控制多人从事卖淫的行为。

特征：1. 主体只能是卖淫的组织者。2. 客观上表现为组织多人卖淫的行为。所谓“组织”，是指通过招募、雇佣、纠集、强迫、引诱、容留等手段，控制、管理多人从事卖淫活动。所谓多人，是指 3 人以上，主要是女人，也包括男人。3. 主观方面是故意。

定罪：在组织卖淫的犯罪活动中，同时对被组织卖淫的人有强迫、引诱、容留、介绍卖淫行为的，应当作为组织卖淫罪的量刑情节考虑，不实行数罪并罚。但是，如果这些行为是对被组织者以外的人实施的，仍应分别定罪，实行数罪并罚。

第 358 条第 1 款：强迫卖淫罪，是指违背他人的意志，迫使他人卖淫的行为。

定罪：1. 以强奸作为强迫卖淫的手段，强奸后迫使卖淫的，只需以强迫卖淫罪一罪处罚。2. 因强迫卖淫造成重伤、死亡结果的，也只需以强迫卖淫罪一罪处罚。但是如果是故意伤害、杀害被强迫人的，应当数罪并罚。

处罚：犯组织卖淫罪或者强迫卖淫罪的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：1. 组织他人卖淫，情节严重的；2. 强迫不满 14 周岁的幼女卖淫的；3. 强迫多人卖淫或者多次强迫他人卖淫的；4. 强奸后迫使卖淫的；5. 造成被强迫卖淫的人重伤、死亡或者其他严重后果的。有上列情形之一，情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

第 358 条第 3 款：协助组织卖淫罪，是指帮助组织者组织他人卖淫的行为。

定罪：与组织卖淫罪的界限，协助行为通常表现为替组织者充当保镖看家护院，充当帐房先生管帐收钱；或者帮助组织者引诱、介绍、强迫他人卖淫。对协助组织卖淫的行为，不能以组织卖淫罪的共犯定罪处罚。因为刑法已经将这种共犯行为规定为独立的犯罪，不适用总则关于共犯的一般规定。

处罚：犯协助组织卖淫罪的，处 5 年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。

第 359 条第 1 款：引诱、容留、介绍卖淫罪，是指利用金钱、物质等诱使他人卖淫，或者提供场所给他人卖淫使用，或者使卖淫人员与嫖客发生联系，得以实现卖淫嫖娼的行为。

处罚：犯引诱、容留、介绍卖淫罪的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金。

第 359 条第 2 款：引诱幼女卖淫罪，是指引诱不满 14 周岁的幼女从事卖淫的行为。

定罪：与引诱卖淫罪的区别：行为对象不同。本罪的行为对象限于不满 14 周岁的幼女。

处罚：犯引诱幼女卖淫罪的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金。

第 360 条第 1 款：传播性病罪，是指明知自己患有梅毒、淋病等严重性病而进行卖淫嫖娼的行为。

特征：1. 特殊主体，即患有梅毒、淋病等严重性病的人。2. 客观方面表

现为卖淫嫖娼的行为。如果没有实施卖淫嫖娼行为，而是通过其他性行为（如通奸）传播性病的，不构成本罪。3. 主观方面是故意。即明知自己患有梅毒、淋病等严重性病而卖淫或嫖娼。有证据证明行为人曾到医院就医，被诊断为有严重性病的；或者根据本人的知识和经验，能够知道自己患有严重性病的；或者有其他证据证明的；就能认定行为人是“明知”。

处罚：犯传播性病罪的，处5年以下有期徒刑、拘役或者是管制，并处罚金。

第360条第2款：嫖宿幼女罪，是指在嫖娼时，与不满14周岁的卖淫幼女发生性交的行为。

定罪：与奸淫幼女罪的区别：本罪限于在嫖娼的场合；对象限于卖淫幼女。

处罚：犯嫖宿幼女罪的，处5年以上有期徒刑，并处罚金。

第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪

第 363 条第 1 款：制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，是指以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为。

特征：1.客观方面表现为制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为。所谓传播，是指通过播放、出租、出借、承运、邮寄、携带等方式致使淫秽物品流传的行为。行为对象是淫秽物品。包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品。淫秽物品的种类和目录，由国务院有关主管部门规定。2.主观方面是故意，并且具有牟利的目的。

处罚：犯制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第 363 条第 2 款：为他人提供书号出版淫秽书刊罪，是指违反国家关于书号管理的规定，向其他单位或者个人提供书号，致使淫秽书刊得以出版的行为。

特征：1.客观方面表现为违反国家关于书号管理的规定，向他人提供书号致使他人得以出版淫秽书刊的行为。未发生淫秽书刊出版的严重后果的，不构成犯罪。2.主观方面是过失。即在不知他人用于出版淫秽书刊的情况下而提供书号。

定罪：与出版淫秽物品牟利罪的区别。本罪主观方面是过失，无出版淫秽书刊的故意和牟利的目的。如果明知他人用于出版淫秽书刊而提供书号的，以出版淫秽物品牟利罪的共犯论处。

处罚：犯为他人提供书号出版淫秽书刊罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第 364 条第 1 款：传播淫秽物品罪，是指传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品，情节严重的行为。

定罪：1.罪与非罪的界限。构成本罪必须情节严重。所谓情节严重，主要是指多次的、经常性的传播；传播的次数虽然不多，但传播的数量大的；传播的对象人数众多、造成恶劣影响的；造成严重后果的，如引发犯罪活动等；主观恶性大的，如经处理后不思悔改，仍继续传播的等。有传播行为但情节不够严重的，不构成犯罪。2.与传播淫秽物品牟利罪的区别：要点在于是否具有牟利的目的。

处罚：犯传播淫秽物品罪的，处 2 年以下有期徒刑、拘役或者管制。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。向未成年人传播淫秽物品的，从重处罚。

第 364 条第 2 款：组织播放淫秽音像制品罪，是指召集多人播放淫秽电影、录像等音像制品的行为。

定罪：1.罪与非罪的界限。组织播放淫秽音像制品，情节显著轻微、危害不大的，不构成犯罪。2.与传播淫秽物品牟利罪的区别：要点在于是否具有牟利的目的。3.与传播淫秽物品罪的区别：本罪限于“组织播放”这一特定行为方式。

处罚：犯组织播放淫秽音像制品罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。制作、复制淫秽音像制品组织播放的，从重处罚。

第365条：组织淫秽表演罪，是指以招募、雇佣、强迫、引诱等手段控制、管理他人进行淫秽表演的行为。

处罚：犯组织淫秽表演罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第十七章 危害国防利益罪

概述：危害国防利益罪，是指故意或者过失危害国防利益，依照法律应受刑罚处罚的一类犯罪行为。这类犯罪侵犯的同类客体是国防利益。这是本类犯罪区别于其他犯罪的共同特征。

在定罪方面应当注意：1.本章规定的犯罪与其他章规定的在行为方式上近似犯罪的区别。如阻碍军人执行职务罪与妨害公务罪的区别；冒充军人招摇撞骗罪与招摇撞骗罪的区别；破坏武器装备、军事设施、军事通信罪与破坏广播电视、公用通信设备罪的区别等等。区别的要点一般是行为对象和侵犯的客体不同。在发生法条竞合的场合，一般优先适用本章的规定定罪处罚。因为本章的规定比刑法其他章的规定（军职罪一章除外）具体、特殊。2.“战时”对本章之罪在定罪处罚上的意义。对于有些犯罪，战时是构成犯罪的要件；对于有些犯罪战时是法定的量刑情节。

危害国防利益罪包括以下具体犯罪：

第 386 条第 1 款：阻碍军人执行职务罪，是指以暴力、威胁方法阻碍军人依法执行职务的行为。

定罪：与妨害公务罪的区别：1.客体不同，本罪的客体是军人依法执行职务的活动。2.行为对象不同，本罪的对象是正在依法执行职务的军人。

处罚：犯阻碍军人执行职务罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

第 368 条第 2 款：阻碍军事行动罪，是指故意阻碍武装部队的军事行动，造成严重后果的行为。

定罪：与阻碍军人执行职务罪的区别：阻碍的对象不同。

处罚：犯阻碍军事行动罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

第 369 条：破坏武器装备、军事设施、军事通信罪，是指行为人出于泄愤报复或者其他个人目的，破坏武器装备、军事设施、军事通信的行为。

定罪：与破坏电力设备罪、破坏易燃易爆设备罪、破坏交通工具罪、破坏交通设施罪、破坏广播电视、公用通信设备罪的区别：1.对象不同，本罪的对象是军用的武器装备、军事设施和通信；而后几种罪的对象是民用的设备和通信。2.客体不同，本罪的客体是国防利益；后几种罪的客体是公共安全。

处罚：犯破坏武器装备、军事设施、军事通信罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制；破坏重要武器装备的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。战时从重处罚。

第 370 条第 1 款：故意提供不合格武器装备、军事设施罪，是指明知是不合格的武器装备、军事设施而提供给武装部队的行为。

定罪：1.与刑法分则第 3 章第 1 节规定的生产、销售伪劣商品犯罪的区别：提供的对象不同，本罪限于向武装部队提供伪劣武器装备、军事设施。

处罚：犯故意提供不合格武器装备、军事设施罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第 370 条第 2 款：过失提供不合格武器装备、军事设施罪，是指违反武器装备、军事设施的质量管理规定，因为过失将不合格的武器装备、军事

设施提供给武装部队，造成严重后果的行为。

定罪：1.与故意提供不合格武器装备、军事设施罪的区别：罪过形式不同，本罪是过失犯罪，以造成严重后果为要件。2.与工程重大安全事故罪的区别：提供的对象不同，本罪限于向武装部队提供不合格的军事设施。

处罚：犯过失提供不合格武器装备、军事设施罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第371条第1款：聚众冲击军事禁区罪，是指聚众冲击军事禁区，严重扰乱军事禁区秩序的行为。

定罪：与聚众冲击国家机关罪的区别：冲击的对象和侵犯的客体不同。

处罚：犯聚众冲击军事禁区罪的，对首要分子，处5年以上10年以下有期徒刑；对其他积极参加的，处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第371条第2款：聚众扰乱军事管理区秩序罪，是指聚众扰乱军事管理区秩序，情节严重，致使军事管理区工作无法进行，造成严重损失的行为。

定罪：与聚众扰乱社会秩序罪的区别：扰乱的对象或场所不同。

处罚：犯聚众扰乱军事管理区秩序罪的，对首要分子，处3年以上7年以下有期徒刑；对于其他积极参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第372条：冒充军人招摇撞骗罪，是指以谋取非法利益为目的，冒充军人招摇撞骗的行为。

定罪：1.与招摇撞骗罪的区别：冒充的对象不同。本罪冒充的是军人，后罪冒充的是国家机关工作人员。2.罪数问题。在实施本罪的过程中，牵连触犯其他罪名的，如，伪造武装部队公文、证件、印章用于招摇撞骗，冒充军人进行诈骗、走私活动，按牵连犯择一重罪定罪处罚。

处罚：犯冒充军人招摇撞骗罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第373条：煽动军人逃离部队罪，是指煽动军人逃离部队，情节严重的行为。

特征：1.本罪客观方面表现为煽动军人逃离部队的行为。所谓煽动，应当是指对不特定多人实施的宣传、鼓动的行为。仅仅唆使个别军人逃离部队的，不属于煽动，例如军人的亲友因故劝说特定军人逃离部队的。2.主观方面是故意，并有使军人脱离所在部队，不履行服兵役义务的目的。煽动军人逃离部队必须情节严重才构成犯罪。

处罚：犯煽动军人逃离部队罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第373条：雇用逃离部队军人罪，是指明知是逃离部队的军人而雇用，情节严重的行为。

处罚：犯雇用逃离部队军人罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第374条：接送不合格兵员罪，是指在征兵工作中徇私舞弊，接送不合格兵员，情节严重的行为。

特征：1.特殊主体，主要是负责征兵工作的人员，既包括地方武装部负责征兵工作的人员也包括部队派出的征兵工作人员。2.客观方面表现为在征兵工作中徇私舞弊，接送不合格兵员的行为。3.主观方面是故意，行为人明知所接送的兵员不合格。接送不合格兵员必须情节严重才构成犯罪。

处罚：犯接送不合格兵员罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；造成特

别严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第375条第1款：伪造、变造、买卖武装部队公文、证件、印章罪，是指伪造、变造、买卖武装部队公文、证件、印章的行为。

定罪：1.与伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪、伪造单位印章罪的区别：对象不同。2.罪数问题。为实施其他犯罪而伪造、变造、买卖武装部队公文、证件、印章并在犯罪中使用的，是牵连犯，择一重罪处罚；其他犯罪尚未着手实施的，以本罪定罪处罚。

处罚：犯伪造、变造、买卖武装部队公文、证件、印章罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第375条第1款：盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪，是指以秘密手段窃取或者乘人不备，公然夺取武装部队公文、证件、印章的行为。

定罪：与盗窃、抢夺国家机关公文、证件、印章罪的区别：对象不同。

处罚：犯盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第375条第2款：非法生产、买卖军用标志罪，是指非法生产、买卖武装部队制式服装、车辆号牌等专用标志，情节严重的行为。

定罪：与非法生产、买卖警用装备罪的区别：对象不同。本罪的对象是武装部队专用标志，如武装部队的制式服装、车辆号牌、军旗、军徽、帽徽、肩章、领花等。

处罚：犯非法生产、买卖军用标志罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

第376条第1款：战时拒绝、逃避征召、军事训练罪，是指预备役人员在战时拒绝、逃避征召、军事训练，情节严重的行为。

特征：1.特殊主体、即预备役人员。2.客观方面表现为在战时拒绝、逃避征召、军事训练的行为。行为实施的时间必须在战时，否则不构成犯罪。3.主观方面是故意。战时拒绝、逃避征召、军事训练必须情节严重才构成犯罪。

处罚：犯战时拒绝、逃避征召、军事训练罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第376条第2款：战时拒绝、逃避服役罪，是指公民战时拒绝、逃避服兵役，情节严重的行为。

处罚：犯战时拒绝、逃避服兵役罪的，处2年以下有期徒刑或者拘役。

第377条：战时故意提供虚假敌情罪，是指战时故意向武装部队提供虚假敌情，造成严重后果的行为。

处罚：犯战时故意提供虚假敌情罪的，处3年以上10年以下有期徒刑；造成特别严重后果的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

第378条：战时造谣扰乱军心罪，是指战时造谣惑众，扰乱军心的行为。

处罚：犯战时造谣扰乱军心罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第379条：战时窝藏逃离部队军人罪，是指战时明知是逃离部队的军人而为其提供隐蔽住所、财物，情节严重的行为。

定罪：与窝藏罪的区别：1.行为对象不同，本罪的对象是逃离部队的军人；窝藏罪的对象是其他犯罪人。2.侵犯的客体不同。

处罚：犯战时窝藏逃离部队军人罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第380条：战时拒绝、故意延误军事订货罪，是指在战时无正当理由而拒绝或者故意延误军事订货，情节严重的行为。

处罚：犯战时拒绝、故意延误军事订货罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处5年以上有期徒刑。

第381条：战时拒绝军事征用罪，是指战时拒绝军事征用，情节严重的行为。

处罚：犯战时拒绝军事征用罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第十八章 贪污贿赂罪

概述：贪污贿赂罪，是指刑法以贪污罪、贿赂罪为中心划分的一类犯罪，它们具有以下共同的特征：1. 客体是公务活动的廉洁性。2. 主体属特殊主体或者单位，主要是刑法第 93 条规定的国家工作人员。3. 客观方面多具有渎职性，即有利用职务上的便利的行为，或者与利用渎职行为有关的行为。4. 主观方面都是故意，过失不构成本类犯罪。

贪污贿赂罪包括以下具体犯罪：

第 382 条：贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

特征：1. 侵犯的是复杂客体，即国家工作人员职务行为的廉洁性和公共财产权。2. 特殊主体，主要是国家工作人员即刑法第 93 条规定的人员：（1）国家机关中从事公务的人员；包括中国共产党的各级机关、中国人民政治协商会议的各级机关中从事公务的人员。（2）国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员。国有公司是指公司财产属于国家所有的公司以及国家控股的股份有限公司。国有企业是指财产属于国家所有的从事生产、经营活动的企业。国有事业单位是指国家投资兴办管理的科研、教育、文化、卫生、体育、新闻、广播、出版等单位。人民团体是指各民主党派、各级工会、共青团、妇联等群众性组织。（3）国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事公务的人员。只要他们在其中从事公务，不论被委派前是否具有国家工作人员的身份，都以国家工作人员论。社会团体是指各种依法成立的学会、协会、基金会等社会团体。（4）其他依照法律从事公务的人员。从事公务，是指在国家机关、公司、企业事业单位、人民团体、社会团体中履行组织、领导、监督、管理等职责的人员。中国共产党的基层组织的组成人员的职务活动也属于从事公务活动。在上属单位中直接从事生产劳动或者服务性劳动的人员，如国家机关中的工勤人员、工厂的工人、商店的售货员、宾馆的服务员、部队战士、司机、收款员、售票员、购销员等，不属于从事公务的人员。此外，（5）贪污罪的主体还包括刑法第 382 条第 2 款规定的“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员”，他们虽然不属于国家工作人员，但也可构成贪污罪。所谓受委托管理、经营国有财产，是指受托以承包、租赁方式管理、经营国有财产。其他人员不能构成贪污罪，但是其他人员与上述国家工作人员以及第 382 条规定的“受委托管理、经营国有财产的人员勾结，伙同贪污的，以贪污罪的共犯论处。3. 客观方面表现为利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。所谓利用职务之便，是指利用职务范围内的权力和地位形成的有利条件，具体表现为主管、保管、出纳、经手等便利条件。利用因工作关系、熟悉作案环境、凭工作人员身份便于接近作案目标等与职务无关的便利条件，不属于利用职务之便。所谓侵吞，是指行为人利用职务上的便利，将自己控制之下的公共财物非法据为己有。如将自己保管、使用的公共财物加以扣留，应上交而隐匿不交，应支付而不支付，收款不入帐或非法转卖或者私自赠予他人，非法占有或私自用掉其所追缴的赃款赃物和罚没款物，甚至于将自己控制下的国家机关、国有公司、企事业单位等用于行贿的款物非法据为己有，等等。所谓窃取，是指行为人利用职务之便，将自己合法主管、管理、经手的公共

财物，以秘密窃取的方法据为己有的行为，即通常所说的监守自盗。所谓骗取，是指行为人利用职务上的便利，以虚构事实或隐瞒真相的欺骗手段，非法占有公共财物的行为。所谓其他手段，是指侵吞、窃取、骗取以外的其他利用职务上的便利，非法占有公共财物的行为。刑法第 394 条规定，国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的，以贪污罪定罪处罚。这是国家工作人员利用职务之便，侵吞公共财物的一种特殊形式。贪污的对象是公共财产。所谓公共财产是指刑法第 91 条规定的下列财产：（1）国有财产；（2）劳动群众集体所有的财产；（3）用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。（4）在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。4. 主观方面是故意，并且具有非法占有公共财物的目的。

定罪：1. 罪与非罪的界限。个人贪污数额 5000 元以上的，即构成犯罪。个人贪污数额不满 5000 元，情节较重的，应以犯罪论处；情节较轻的，不以犯罪论处，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。2. 与盗窃罪、诈骗罪的区别：（1）客体有所不同，贪污罪的客体是公共财产权和职务行为廉洁性；盗窃罪、诈骗罪的客体是公私财产权。（2）主体不同，贪污罪是特殊主体，即国家工作人员和受委托管理、经营国有财产的人员；盗窃罪、诈骗罪是一般主体。（3）行为方式与行为对象有所不同。贪污罪中窃取、骗取公共财物的行为是利用职务上的便利实施的；盗窃罪、诈骗罪则没有这一条件。贪污罪的行为对象是公共财物；盗窃罪、诈骗罪的行为对象是公私财物。3. 与侵占罪的主要区别：（1）主体不同，贪污罪的主体是国家工作人员和受委托管理、经营国有财产的人员；侵占罪的主体是他人财产的保管者或者实际持有者。（2）行为有所不同，贪污罪的行为必须利用职务上的便利；侵占罪没有利用职务上的便利。贪污行为包括侵吞、盗窃、骗取等方式；侵占罪只能是侵吞一种行为方式，不包括盗窃、骗取的方式。在侵吞财物的场合，贪污罪的行为人是因为（公务）职务的关系而持有该财物；侵占罪的行为人是因受他人委托而持有该财物或者因获取他人遗忘物、埋藏物而持有该财物。（3）行为对象不同，贪污罪的对象是公共财物；侵占罪的对象是他人的委托保管物、遗忘物、埋藏物。4. 与职务侵占罪的区别：（1）客体不同。贪污罪的客体是公务职务行为的廉洁性和公共财产；职务侵占罪的客体是公司、企业或者其他单位的财物所有权；（2）主体不同。贪污罪的主体是国家工作人员和“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员”；职务侵占罪的主体是上述贪污罪主体范围以外的公司、企业或者其他单位的人员。

处罚：对犯贪污罪的，根据贪污数额和情节轻重，分别依照下列规定处罚：

1. 个人贪污数额在 10 万元以上的，处 10 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。

2. 个人贪污数额在 5 万元以上不满 10 万元的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。

3. 个人贪污数额在 5000 元以上不满 5 万元的，处 1 年以上 7 年以下有期徒刑；情节严重的，处 7 年以上 10 年以下有期徒刑。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

予刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

4. 个人贪污数额不满 5000 元，情节较重的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。所谓多次贪污未经处理，是指两次以上（含两次）的贪污行为，既没有受过刑事处罚，也没有受过行政处理。累计贪污数额时，应依刑法有关追诉时效的规定执行，在追诉时效期限内的贪污数额应累计计算，已过追诉时效期限的贪污数额不予计算。在审判实践中，对被贪污的公款在贪污后至案发前所生利息，不作为贪污的犯罪数额计算。但该利息是贪污给被害单位造成实际经济损失的一部分，应作为被告人的非法所得，连同其贪污的公款一并依法追缴。

第 384 条：挪用公款罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过 3 个月未还的行为。

特征：1. 本罪侵犯的是复杂客体，即国家工作人员职务行为的廉洁性、国家财经管理制度以及公款使用权。2. 特殊主体，即国家工作人员。3. 客观方面表现为利用职务之便，有下列挪用公款行为之一：（1）挪用公款归个人使用，进行走私、赌博、嫖娼等非法活动的。挪用公款用于归还个人贷款或者私人借款，如果该贷款、借款是用于非法活动的，应视为挪用公款进行非法活动。（2）挪用公款数额较大，归个人进行营利活动的。所谓进行营利活动，通常是指进行经商、办企业等经营性活动。以获取利息、股息为目的，个人挪用公款存入银行、用于集资、购买股票、国债等，属于挪用公款进行营利活动。所获取的利息、股息应作为违法所得，连同被告人挪用的公款一并依法追缴，但不作为挪用公款的犯罪数额计算。挪用公款用于归还个人贷款或者私人借款，如果该贷款、借款是用于营利活动的，应视为挪用公款进行营利活动。至于经营性活动是否获利，不影响本罪的成立。（3）挪用公款归个人使用，数额较大，超过 3 个月未还的；所谓“未还”，是挪用公款后被司法机关、主管部门或者有关单位发现前未还。挪用公款归个人使用，包括挪用者本人使用或者给其他人使用。挪用公款给私有公司、私有企业使用的，属于挪用公款归个人使用。4. 主观方面是故意，并以归个人使用为目的。

定罪：1. 罪与非罪的界限。（1）对挪用公款进行违法犯罪活动的，一般以挪用 5 千元至 1 万元为定罪的数额起点，不受挪用时间长短的限制。（2）对挪用公款进行营利活动的，一般以挪用数额较大即挪用 1 万元至 3 万元为定罪的起点，不受挪用时间长短的限制。（3）挪用公款归个人使用的，也是以挪用数额较大即挪用 1 万至 3 万元为定罪的数额起点，但同时还受超过 3 个月未还的限制。如果挪用公款数额较大，超过 3 个月在案发前已经全部归还本息的，可不认为是犯罪，由主管部门按政纪处理；挪用公款 10 万元以上，超过 3 个月后，虽在案发前已全部归还本息，只要属于依法应予追诉的，仍应按挪用公款罪追究刑事责任。对被挪用公款在挪用（包括银行库存款）后至案发前所生的利息，不作为挪用公款的数额计算，但应作为行为人的非法所得，连同其挪用的公款一并依法追缴。（4）挪用国家救灾、抢险、防汛、防洪、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的定罪的数额标准，参照挪用公款归个人使用进行非法活动的数额标准掌握，即以 5 千至一万元为定罪的数额起点。2. 与其他罪的界限。（1）与挪用特定款物罪的区别：主要在于目的或用途不同。挪用公款罪以挪用公款归个人使用为目的，即挪作私用；

挪用特定款物罪的目的则是为了其他公用，即挪作他用。（2）与挪用资金罪的区别：主要在于主体不同。挪用公款罪的主体是国家工作人员；挪用资金罪的主体是公司、企业或者其他单位的工作人员。（3）与贪污罪的区别，主要是：犯罪目的不同。挪用公款罪以非法占用为目的，即暂时地挪用公款归个人使用；贪污罪以非法占有为目的，即意图永远地非法占有公共财物。行为人挪用公款归个人使用，因客观原因导致一审宣判前不能退还的，仍然以挪用公款罪定罪处罚；行为人以“挪用”的方式取得公款后，携带公款潜逃、挥霍公款、使用公款进行违法犯罪活动等，致使公款在提起公诉前不能退还的，说明行为人已经实际具有非法占有公共财物的故意，应以贪污罪论处。行为手段不同。挪用公款罪的行为手段是擅自私用公款，实际案件中行为人一般没有涂改、销毁、伪造帐簿的非法行为；贪污罪的行为手段是侵吞、窃取、骗取等非法手段，实际案件中行为人往往有涂改、销毁、伪造帐簿的非法行为。行为对象有所不同。挪用公款罪的对象仅限于公款；贪污罪的对象是公共财物，既包括公款，也包括公物。（4）携带挪用的公款潜逃的，以贪污罪定罪处罚。（5）因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚；挪用公款进行非法活动构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。（6）挪用公款给他人使用，使用人与挪用人共谋，指使或者参与策划取得挪用款的，以挪用公款罪的共犯定罪处罚。

处罚：犯挪用公款罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处5年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。在审判实践中，所谓情节严重，在挪用公款归个人使用或者进行营利活动的场合，一般指挪用公款数额巨大即在15万到20万元以上的；或者数额虽未达到巨大，但挪用公款手段恶劣；多次挪用公款；因挪用公款严重影响生产、经营，造成严重损失等情形。在挪用公款归个人使用，进行非法活动的场合，挪用公款5万元至10万元以上的，就属于情节严重的情形之一。所谓挪用公款数额巨大不退还的，是指行为人挪用公款数额巨大，因客观原因导致在一审宣判前不能退还的情况，如大部分款项借给他人而无法追回，挪用公款进行营利活动造成重大亏损而无法返还等。不包括客观上有能力退还而主观上不想还的情况。行为人有能力退还而不退还的，以贪污罪论处。行为人挪用公款后因挥霍公款或者使用公款进行违法犯罪活动致使公款不能退还的，应以贪污罪论处；携带公款潜逃的也应以贪污罪论处。挪用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。行为人在案发前已部分或者全部归还本息的，可以分别情节，从轻或者减轻处罚，情节较轻的，可以免除处罚。

第385条：受贿罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。

特征：1. 客体是国家工作人员职务行为廉洁性。2. 特殊主体，即刑法第93条规定的国家工作人员。3. 客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。利用职务上的便利，是指利用本人职务范围内的权力，即自己职务上主管、分管、负责某项公共事务的职权所形成的便利条件；本罪的行为对象是他人财物，也包括财产性利益，如债权的设立、债务的免除以及其他财产性利益，但不包括诸如提升职务、迁移户口、升学就业、提供女色等非财产性利益。受贿有两种基本形式：一是利用职务之便，索取他人财物。即通常所说的索贿。索贿不是一个

独立的罪名。以索贿形式受贿的，不论是否“为他人谋取利益”均可构成受贿罪。二是利用职务之便，非法收受他人财物，即在行贿人主动行贿的情况下，行为人非法地收受他人财物的情况。非法收受他人财物的，必须同时具备“为他人谋取利益”的条件，才能构成受贿罪。但是为他人谋取的利益是否正当，为他人谋取的利益是否实现，不影响受贿罪的成立。4.主观方面具有受贿的故意。

刑法特别规定的以受贿论处的两种情况：1.在经济往来中的受贿罪。根据刑法第385条第2款的规定：“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”。所谓“经济往来”，是指国家工作人员参与的国家经济管理活动和因职务关系而参与的购销商品或者提供、接受服务等交易活动。例如建筑工程立项、承包、发包；为国家、国家机关、国有单位订货、采购商品等等。所谓违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，是指国家有关规定禁止国家工作人员在因职务关系参与的经济往来中收受各种名义的回扣、手续费归个人所有，因此收受回扣、手续费归个人所有的，就属于违反国家规定。所谓归个人所有，是指个人帐外暗中据为己有。如果国家工作人员收受了回扣、手续费之后，入帐上交本单位，而没有归个人所有的，不构成犯罪。2.斡旋受贿以受贿论处。刑法第388条规定：“国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。”斡旋受贿与一般的受贿不同，行为人不是直接利用本人的职权，为请托人谋取利益，而是利用本人职权或地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益。所谓利用本人职权或地位形成的便利条件，是指利用本人的职权或者地位形成的对其他国家工作人员的制约关系，通常表现为上下级之间的领导与被领导的纵向制约关系，或者表现为不同单位的国家工作人员之间在执行职务过程中所存在的横向制约关系。斡旋受贿行为以受贿论处，无论是索取财物还是收受财物，都必须以为请托人谋取不正当利益为条件。没有为请托人谋取利益或者为请托人谋取的利益不是不正当利益的，不构成犯罪。

定罪：1.罪与非罪的界限。（1）受贿与接受馈赠的区别：受贿有利用职务上的便利为请托人谋取利益的情况，往往采取隐蔽的、不正常的方式进行的；馈赠是正常的礼尚往来行为，没有利用职务之便的情况，而且都是以公开的、正常的方式进行。但如果借接受馈赠之名，行受贿之实，则应以受贿罪追究责任。（2）受贿与收取合理报酬的区别：国家工作人员在法律、政策和行政纪律允许的范围内，或者利用业余时间、休息时间，为他人临时进行某项工作或提供某项服务，而收取合理劳动报酬的，不属受贿行为。如果是违反国家的法律和政策，利用职务之便为他人谋取利益而从中收受贿赂的行为，属受贿行为。（3）受贿罪与一般受贿行为的界限。根据刑法第386条和第383条的规定，受贿行为构成犯罪的数额、情节标准与贪污罪相同，即个人受贿数额在5000元以上的，应当以犯罪论处。个人受贿数额不满5000元，情节严重的，也应以犯罪论处。所谓情节严重，主要指后果严重或者手段恶劣，如因受贿使国家或者社会利益遭受重大损失的，故意刁难、要挟有关单位、个人，强行索取贿赂的。情节较轻的，不以犯罪论，而由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。2.受贿罪与其他罪的界限。（1）与

诈骗罪、敲诈勒索罪的区别：主要在于是否利用职务之便。国家工作人员非利用职务上的便利为他人谋取利益为名，骗取他人数额较大的财物，没有而且也不打算利用职务之便为他人谋取利益的，是诈骗罪，不是受贿罪。国家工作人员以要挟、威胁的方式勒索他人财物，但并没有利用职务之便的，是敲诈勒索罪，不是受贿罪。（2）与公司、企业人员受贿罪的区别：主要是主体和职务的性质不同。受贿罪的主体是国家工作人员；职务的性质是公务。公司、企业人员受贿罪的主体是公司、企业的工作人员；职务的性质是业务。根据刑法的规定，国有公司、企业中从事公务的人员和国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务的人员利用职务上的便利受贿的；或者在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿罪论。国有金融机构工作人员和国有金融机构委派到非国有金融机构从事公务的人员在金融业务活动中受贿或者收受各种名义的回扣、手续费归个人所有的，以受贿罪论处。（3）与贪污罪的区别：主要在于行为方式和行为对象不同。受贿罪是利用职务之便索取或者收受其他个人或单位的财物，这财物通常不是行为人在职务上经手或者经管的；贪污罪是利用自己主管、管理、经手公共财物等的职务之便，用侵吞、窃取、骗取等方法非法占有公共财物，这财物是行为人在职务上直接管理、经手、经管的。行为人利用主管、管理、经手公共财物的职务上的便利，将本单位的公共财物以某种名义转给其他单位或个人，然后又以回扣、手续费等名义收回据为己有的，应以贪污罪论处。因为在这种场合，行为人利用的是经管公共财物的职务之便，侵害的是国家和本单位的公共财物所有权，具有贪污罪的特征。

处罚：对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照贪污罪的法定刑处罚。

第 387 条：单位受贿罪，是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，索取、非法收受他人财物，为他人谋取利益，情节严重的行为。

定罪：1.罪与非罪的界限。单位受贿一般以受贿 10 万元以上为定罪数额标准；单位受贿不满 10 万元，但具有其他严重情节的也应当追究刑事责任。2.与受贿罪的区别：主体不同。受贿罪是自然人主体；单位受贿罪是单位主体，限于国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体。其他单位不能构成本罪。

处罚：犯单位受贿罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

第 389 条：行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的行为。

特征：1.客体是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的正常活动。2.主体是自然人一般主体。3.客观方面表现为给予国家工作人员以财物的行为。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。所谓违反国家规定，主要表现为在帐外暗中给予财物或者回扣、手续费等。4.主观方面是故意，并且具有谋取不正当利益的目的。

定罪：罪与非罪的界限。（1）在司法实践中，对行贿数额在 1 万元以上的应予立案追究刑事责任；行贿数额在 5000 元以上不满 1 万元，但具有其他严重情节的，也应当立案追究刑事责任。（2）因被勒索而给予国家工作人员财物，没有获得不正当利益的，不是行贿，不构成犯罪；已获得不正当利

益的，以行贿论处。

处罚：对犯行贿罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

第 391 条：对单位行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予上述单位各种名义的回扣、手续费的行为。

定罪：1. 罪与非罪的界限。个人对单位行贿在 10 万元以上的，单位对单位行贿在 20 万元以上的应当追究刑事责任。个人对单位行贿不满 10 万元、单位对单位行贿不满 20 万元，但具有其他严重情节的，也应当追究刑事责任。2. 与行贿罪的区别：行贿的主体和对象不同。本罪的主体是自然人和单位；行贿的对象只能是特定的国家机关等单位。行贿罪的主体只能是自然人；行贿的对象是国家工作人员等自然人，不包括单位。

处罚：犯对单位行贿罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

第 392 条：介绍贿赂罪，是指向国家工作人员介绍贿赂，情节严重的行为。

特征：1. 主体是自然人一般犯罪主体。2. 客观方面有介绍贿赂的行为，即主要表现为在行贿人和受贿人之间实施沟通、撮合，促使行贿与受贿得以实现的行为。3. 主观方面是故意。

定罪：1. 罪与非罪的界限。构成本罪必须情节严重，所谓情节严重，是指介绍贿赂个人向国家工作人员行贿在 1 万元以上的；或者介绍单位向国家工作人员行贿在 10 万元以上的；介绍贿赂虽然不是上述标准，但具有其他严重情节，如（1）为使行贿人获取非法利益而介绍贿赂的；（2）多次或者为多人介绍贿赂的；（3）国家工作人员、刑事诉讼中的辩护人、代理人介绍贿赂的；（4）介绍贿赂而收受财物的；（5）因介绍贿赂行为使国家或者社会利益遭受重大损失的。2. 与斡旋受贿行为的区别：斡旋受贿以利用本人职权或者地位形成的便利条件和收取财物为要件；介绍贿赂则不以此为要件。

处罚：犯介绍贿赂罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

第 393 条：单位行贿罪，是指公司、企业、事业单位、机关、团体为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的行为。

定罪：1. 罪与非罪的界限。单位行贿必须情节严重才能构成犯罪。在司法实践中，所谓情节严重是指：单位行贿数额在 10 万元以上的；或者单位行贿数额不满 10 万元，但具有其他严重情节的。2. 与行贿罪的区别：主体不同。本罪的主体是单位，行贿罪的主体是自然人。个人为了谋取不正当利益，用单位的财物或者以单位的名义向国家工作人员等个人行贿，因行贿取得的违法所得归个人所有的，应当以行贿罪论处。3. 与对单位行贿罪的区别：行贿的对象不同。本罪行贿的对象只能是国家工作人员等自然人；对单位行贿罪的对象只能是国家机关等特定的单位。

处罚：犯单位行贿罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第395条第1款：巨额财产来源不明罪，是指国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大，而本人又不能说明其来源合法的行为。

定罪：1.罪与非罪的界限。根据司法经验，巨额财产来源不明，数额在10万元以上的，应当追究刑事责任。2.与贪污罪、贿赂罪的界限。如果查明财产的来源是贪污受贿所得，应当以贪污贿赂罪论处。如果查明部分财产是贪污贿赂所得，部分财产来源不明且数额巨大的，应当实行数罪并罚。

处罚：犯巨额财产来源不明罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。

第395条第2款：隐瞒境外存款罪，是指国家工作人员在境外存款，数额较大、隐瞒不报的行为。

定罪：1.罪与非罪的界限。隐瞒境外存款不报必须数额较大的才能构成犯罪。根据司法经验，所谓数额较大，一般指隐瞒不报的存款在10万元以上的。2.与巨额财产来源不明罪的区别。只要有在境外存款数额较大并且隐瞒不报即可构成本罪，不论其是否说明财产的来源。如果行为人对其隐瞒不报的境外存款又不能说明来源的，应以巨额财产来源不明罪论处，无需数罪并罚。

处罚：犯隐瞒境外存款罪的，处2年以下有期徒刑或者拘役。

第396条第1款：私分国有资产罪，是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大的行为。

定罪：1.罪与非罪的界限。集体私分国有资产数额较大的才构成犯罪。根据司法经验，数额较大一般是指在10万元以上。2.与贪污罪的区别：本罪的特点是以单位名义集体私分国有财产，通常表现为由单位的负责人或者决策机构集体讨论决定，按照一定的分配方案或者分发标准将国有资产以单位名义分发给本单位职工。如果是单位的领导或者经管国有资产的少数人员利用职务之便秘密私分国有资产，而不是按一定的方案或标准分发给职工的，应以共同贪污罪论处。

处罚：犯私分国有资产罪的，对单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役；并处或者单处罚金；数额巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

第396条第2款：私分罚没财物罪，是指司法机关、行政执法机关违反国家规定，将应当上缴国家的罚没财物，以单位名义集体私分给个人的行为。

定罪：1.罪与非罪的界限：根据司法实践经验，私分国有资产在10万元以上，应当立案追究刑事责任。2.与私分国有资产罪的区别：对象不同。本罪的对象是罚没财物。所谓罚没财物是指司法机关、行政执法机关和法律、法规授权的机构依据法律、法规对公民、法人和其他组织实施处罚所得的罚款以及追缴、没收的财物。依照国家规定，罚没财物除依法发还给有关公民、法人和其他组织的以外，一律上缴财政，严禁集体私分。司法机关、行政机关违反国家规定，将应当上缴国家的罚没财物，以单位名义集体私分给个人的，应以犯罪论处。

处罚：犯私分罚没财物罪的，对单位的直接负责的主管人员和其他直接

责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；并处或者单处罚金；数额巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

第十九章 渎职罪

概述：渎职罪，是指国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守，或者利用职权徇私舞弊，违背公务职责的公正性、廉洁性、勤勉性，妨害国家机关正常的职能活动，严重损害国家和人民利益的一类犯罪行为。这类犯罪具有以下共同特征：1.渎职罪侵犯的客体是国家机关的正常职能和人民利益。这是本类犯罪区别于其他类犯罪的本质特征。2.渎职罪的主体，除个别犯罪外，都是特殊主体，即国家机关工作人员。这里所谓国家机关工作人员，特指刑法第93条第1款规定的“国家机关中从事公务的人员”，不包括该条第2款规定的以国家工作人员论的人员，即“国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员”，这一规定，比较分明地体现了“政企分离”的原则。国家机关工作人员以外的国家工作人员渎职的，依照其他章节的规定定罪处罚。渎职罪主体的唯一例外是刑法第398条第2款关于泄露国家秘密罪主体的规定，即非国家机关工作人员犯泄露国家秘密罪的，依照该条第1款规定酌情处罚。3.客观方面主要表现为两大类渎职行为：一是自以为是滥用职权或者不负责任、玩忽职守，其中以《刑法》第397条第1款所规定的滥用职权罪和玩忽职守罪最具一般性和代表性；二是利用职权徇私舞弊，其中以刑法第399条所规定的徇私枉法罪和枉法裁判罪最具代表性。4.主观方面既有故意也有过失。典型的过失，通常具有对待职责马虎草率、漫不经心或者自以为是、恣意妄为、严重不负责任的心理。典型的故意则通常具有徇私舞弊之“徇私”的动机。这里所说的故意、过失主要是对渎职行为所造成之损害结果的心态，而非对待渎职行为本身的态度。在这种场合，行为人对渎职行为本身是故意还是过失并非是确立罪过形式的主要因素。

渎职罪包括以下具体犯罪：

第397条：滥用职权罪，是指国家机关工作人员滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

特征：1.客观方面表现为滥用职权，致使公共财产国家和人民利益遭受重大损失的行为。所谓滥用职权，是指超越职权的范围或者违背法律授权的宗旨、违反职权行使程序行使职权，通常表现为擅自处理，决定其无权处理、决定的事项；或者自以为是、蛮横无理、随心所欲地作出处理决定。2.主观方面是过失，即行为人应当预见自己滥用职权的行为可能致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，或者已经预见而轻信能够避免，以致这种重大损失发生的严重不负责任的心理态度。行为人滥用职权行为本身往往是故意的，但对损害结果，则是过失的。

定罪：1.罪与非罪的界限。是否致使公共财产国家和人民利益遭受了重大损失，是区分滥用职权罪与一般渎职行为的主要标准。在审判实践中，所谓致使公共财产国家和人民利益遭受重大损失，是指因滥用职权造成以下危害结果之一的：（1）死亡1人以上，或者重伤3人以上或者轻伤10人以上的；（2）直接经济损失10万元以上的。所谓直接经济损失，是指与行为有直接因果关系造成的公共财产损毁、减少的实际价值。行为人造成的直接经济损失是行为人确实无法挽回的那部分经济损失；行为人无法挽回的直接经济损失达到5万元的，应予立案。在对外贸易和购销活动中，涉及合同纠纷，

属于违反合同的民事责任，通过调解、仲裁或者经人民法院裁决违约方赔偿损失的财物，可折抵直接经济损失。立案前或者立案后，司法机关追回的赃款、赃物、挽回的经济损失，仍计算为行为人造成的直接经济损失，但在处理时可作为从轻情节考虑。直接经济损失是定罪的主要依据。其他经济损失为间接经济损失，是定罪考虑的情节。（3）造成直接经济损失、人员伤亡的虽未达到规定数额或者数量，但具有其他严重情节的，也应当追究刑事责任，未造成重大损失的，属于一般工作中的渎职行为。

2. 滥用职权罪与刑法另有规定的滥用职权犯罪的关系。刑法另有规定的特定的滥用职权（徇私舞弊）的犯罪有：第 399 条徇私枉法罪、枉法裁判罪；第 400 条私放在押人员罪；第 401 条徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪；第 402 条徇私舞弊不移交刑事案件罪；第 404 条徇私舞弊不征、少征税款罪；第 405 条徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪、非法提供出口退税罪；第 407 条违法发放林木采伐许可证罪；第 410 条非法批准征用、占用土地罪、非法低价出让国有土地使用权罪；第 411 条放纵走私罪；第 412 条商检徇私舞弊罪；第 413 条动植物检疫徇私舞弊罪；第 414 条放纵制售伪劣商品犯罪行为罪；第 415 条办理偷越国（边）境人员出入境证件罪；放行偷越国（边）境人员罪；第 416 条第 2 款阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪；第 417 条帮助罪犯逃避处罚罪等。本罪与上列其他具有滥用职权（徇私舞弊）性质的犯罪是一般与特别的关系，行为人的行为同时触犯刑法第 397 条规定和其他有关条款规定的，应按特别规定定罪处罚。

3. 滥用职权罪与刑法第 165 条非法经营同类营业罪；第 166 条为亲友非法牟利罪；第 169 条徇私舞弊低价折股、低价出售国有资产罪等的区别。这些犯罪十分相似，都具有滥用职权（徇私舞弊）的性质，它们的区别是：（1）主体不同，滥用职权罪的主体为国家机关工作人员；后几罪的主体为国有公司、企业事业单位的负责人或者工作人员。（2）职务的性质不同，滥用职权罪的职务是公务性职务；后几罪的职务是企业事业单位的经营、管理业务性职务。（3）客体不同。

处罚：犯滥用职权罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。犯滥用职权罪且徇私舞弊的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑。

第 397 条：玩忽职守罪，是指国家机关工作人员严重不负责任，不履行或者不正确履行职责，致使公共财产、国家和人民的利益遭受重大损失的行为。

定罪：1. 与滥用职权罪的区别。玩忽职守罪与滥用职权罪在犯罪主体、犯罪客体、罪过的性质、犯罪结果、加重情节等方面是相同的。二者的主要区别是渎职的客观行为方式不同。玩忽职守罪主要表现为以不作为的方式不履行职责或者怠于履行职责。滥用职权罪主要表现为以作为的方式超越权限处理的事务或者不顾职责的程序和宗旨随心所欲地处理事务；此外，二者在主观方面也有所不同，玩忽职守罪的主观方面往往表现为马虎草率、敷衍塞责之类的对工作严重不负责任的态度，行为人对玩忽职守行为本身可能是有意的也可能是无意的。滥用职权的主观方面主要表现为行使职权时自以为是、为所欲为的态度，行为人对渎职行为本身往往是有意的。

2. 玩忽职守罪与刑法另有规定的玩忽职守犯罪的关系。刑法另有规定的具有玩忽职守性质的渎职犯罪有：第 398 条过失泄露国家秘密罪；第 400 条失职致使在押人员脱逃罪；第 406 条国家机关工作人员签订、履行合同失职罪；第 407 条、第

408 条环境监管失职罪；第 409 条传染病防治失职罪；第 412 条商检失职罪；第 413 条动植物检疫失职罪；第 414 条放纵制售伪劣商品犯罪行为罪；第 416 条不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪；第 419 条失职造成珍贵文物损毁、流失罪等。玩忽职守罪与上列有关犯罪是一般与特殊的法条竞合关系，因此行为人触犯刑法另有规定的特定玩忽职守犯罪的，虽然也触犯了第 397 条的规定，但依法应以特别的规定定罪处罚。3. 玩忽职守罪与有关重大责任事故犯罪的区别。从广义上讲玩忽职守罪以造成重大损失为要件，亦属于一种责任事故型犯罪，与其他事故型犯罪所不同的，在于它是公务型责任事故。因此玩忽职守罪与其他责任事故型犯罪有相似之处，认定时应予注意。这些事故型犯罪主要有刑法第 131 条重大飞行事故罪、第 132 条铁路运营事故罪、第 134 条重大责任事故罪、第 135 条重大劳动安全事故罪、第 136 条危险物品肇事罪、第 137 条工程重大安全事故罪、第 138 条教育设施重大安全事故罪、第 139 条消防责任事故罪、第 330 条违反传染病防治规定罪、第 331 条传染病菌种、毒种扩散罪、第 335 条医疗事故罪、第 338 条重大环境污染事故罪等。玩忽职守罪与上述事故型犯罪的主要区别是：（1）主体不同，本罪主体为国家机关工作人员，而有关事故型犯罪的主体一般为厂矿企业事业单位的职工或者工作人员。（2）发生的场合不同，玩忽职守罪发生于国家机关的公务活动过程中，而有关事故型犯罪，一般发生于生产、作业等业务活动中以及直接指挥生产、作业或者管理生产、作业等业务活动过程中。（3）侵犯的客体不同，本罪侵犯的客体是国家机关的职能；而有关事故型犯罪侵犯的客体为公共安全、公共卫生或者自然环境的保护、管理秩序等。4. 与刑法第 167 条签订、履行合同失职罪、第 168 条徇私舞弊造成破产、亏损罪的区别：（1）主体不同。玩忽职守罪主体为国家机关工作人员；而后两种罪的主体为国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员。（2）渎职的性质不同。玩忽职守罪为公务职权，而后两种罪为国有公司企业、事业单位的经营、管理权。（3）客体不同。5. 玩忽职守罪与金融机构工作人员业务失职犯罪的区别，这些犯罪有：《刑法》第 186 条第 2 款违法发放贷款罪、第 188 条非法出具金融票证罪、第 189 条对违法票据承兑、付款、保证罪等。二者的主要区别是：（1）主体不同，玩忽职守罪的主体为国家机关工作人员，而后几罪的主体为金融机构工作人员。（2）渎职的性质不同，玩忽职守罪为公务活动；而后几罪为金融业务活动。（3）客体不同。

处罚：犯玩忽职守罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。犯玩忽职守罪且徇私舞弊的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑。

第 398 条：故意泄露国家秘密罪，是指国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故意泄露国家秘密，情节严重的行为。

特征：1. 主体一般是国家机关工作人员。但根据刑法第 398 条第 2 款的规定，非国家机关工作人员也可构成本罪。2. 客观方面表现为违反保守国家秘密法的规定，泄露国家秘密的行为。所谓泄露，就是行为人把自己掌握或知道的国家秘密泄露给不应知悉的人。泄露的方式多种多样，不论何种方式，均不影响本罪的成立。3. 主观方面是故意。构成本罪，必须是泄露国家秘密情节严重的。所谓情节严重，一般是指泄露属于绝密、机密的国家秘密的；或者泄露国家秘密造成严重后果的。

定罪：与非法提供国家秘密、情报罪的界限。两者的主要区别是：1. 主

体不同，故意泄露国家秘密罪的主体一般为有权知悉国家秘密的国家机关工作人员，而后者则为一般主体。2.客观方面不同，故意泄露国家秘密罪泄露的对象不论何人；后者则必须是为境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报的行为。3.客体不同，故意泄露国家秘密罪的侵犯客体为国家保密制度；而后者侵犯的客体为国家安全。（4）罪与非罪的标准不同，故意泄露国家秘密罪必须情节严重才构成犯罪；而后者则无此限制。

处罚：国家机关工作人员犯故意泄露国家秘密罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。对非国家机关工作人员犯本罪的，依照上述规定酌情处罚。

第398条：过失泄露国家秘密罪，是指国家机关工作人员违反保守秘密法的规定，过失泄露国家秘密，情节严重的行为。

定罪：与故意泄露国家秘密罪的区别：罪过的形式不同。前者是过失犯罪；后者是故意犯罪。判断的要点，是看行为人在把国家秘密泄露给不应知悉的人这一点上是过失还是故意。

处罚：国家机关工作人员犯过失泄露国家秘密罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。对非国家机关工作人员犯本罪的依照上述规定酌情处罚。

第399条：徇私枉法罪，是指司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，在刑事诉讼中，对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇使他不受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。

特征：1.本罪的主体只能司法工作人员。所谓司法工作人员，根据刑法第94条规定，是指负有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。在审判实践中，司法机关专业技术人员在办案中故意提供虚假材料和意见，或者故意作虚假鉴定，严重影响刑事诉讼活动的，也可构成本罪。2.客观方面表现为利用司法职务之便，进行以下枉法追诉或者枉法裁判的行为：（1）对明知无罪的人而使其受追诉，是指对没有实施危害社会的行为，或者根据刑法第13条规定虽然实施了危害社会的行为，但情节显著轻微危害不大，不认为是犯罪以及其他依照刑法规定不负刑事责任的人，以追究其刑事责任为目的，采取伪造、隐匿、毁灭证据或者其他隐瞒事实、违背法律的手段，进行侦查（含采取强制性措施）、起诉、审判等追诉活动的。（2）对明知有罪的人而故意包庇不使其受追诉，是指对有确凿证据证明其实施了犯罪的人，采取伪造、隐匿、毁灭证据或者其他隐瞒事实、违背法律的手段，故意包庇使其不受侦查（含采取强制措施）、起诉或者审判的行为；故意包庇不使其受追诉的犯罪事实，既可以是全部的犯罪事实，也可以是部分犯罪事实或情节。另外，故意违背事实真相，违法变更强制措施，或者虽然形式上采取强制措施，但实际放任不管，致使人犯逃避刑事追诉的，亦属枉法包庇的情形。（3）在刑事审判活动中故意违背事实和法律枉法裁判，是指枉法进行裁定、判决，将有罪判无罪、无罪判有罪或者重罪轻判、轻罪重判。3.主观方面是故意，是指明知案件的事实真相，但出于屈从私利、私情的动机，而有意枉法追诉、包庇、裁判。徇私、徇情的动机是各种各样的，有的是贪图钱财、女色；有的是袒护、包庇亲友、同事或者泄愤报复。

定罪：1.罪与非罪的界限。徇私枉法情节显著轻微、危害不大的，不应追究刑事责任。对于由于认识水平、工作能力而造成错案的，不应以徇私枉

法罪论处。由于隶属关系，不得不执行上级错误命令，造成错案的，如果不具有徇私枉法的共同故意和行为，也不能以徇私枉法罪追究刑事责任。2.与帮助毁灭、伪造证据罪的联系与区别：（1）徇私枉法罪的毁灭、伪造证据行为是作为徇私枉法犯罪的方法行为，是在实行徇私枉法犯罪过程中实施的；而帮助毁灭、伪造证据罪则不是在徇私枉法犯罪过程中实施的。（2）徇私枉法罪毁灭、伪造证据的行为必须是利用司法职权；而帮助毁灭、伪造证据罪则无此限制。在徇私枉法罪的犯罪过程中，利用司法职权毁灭、伪造证据的，实质属于方法行为牵连到帮助毁灭、伪造证据罪的，应择较重的罪，即以徇私枉法罪论处。3.与伪证罪的主要区别：（1）主体不同，徇私枉法罪的主体限于有侦查、起诉、审判等司法职责的人员，通常为公安、国家安全人员、检察员、审判员及陪审员；而伪证罪的主体为证人、鉴定人、翻译人和记录人。（2）客观方面不同，徇私枉法罪限于利用司法职务之便；而伪证罪则无利用司法职务之便的行为特征。（3）侵犯的客体不同，徇私枉法罪是一种滥用司法职权的行为；而伪证罪是一种妨害司法活动的行为。4.司法工作人员因受贿而枉法追诉、裁判的，依法应择一重罪定罪处罚，不实行数罪并罚。

处罚：犯徇私枉法罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑。

第399条第2款：枉法裁判罪，是指审判人员在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的行为。

特征：1.特殊主体，只能是在民事、行政诉讼活动中负有审判职责的人员。2.客观方面表现为，在民事、行政审判活动中作出违背事实 and 法律的判决、裁定的行为。所谓民事、行政审判活动，是指非刑事诉讼的审判活动，包括民事案件、行政案件、经济纠纷案件、海商、海事案件的司法审判活动。所谓违背事实 and 法律的判决、裁定，是指不依据已有的证据查清、认定案件的事实或者不依据已查清的案件事实正确地适用法律，而是作出颠倒、歪曲事实的认定 and 颠倒是非、歪曲法律的判决、裁定。通常表现为有意偏袒一方当事人，或者损害一方当事人的利益。证据确凿充分的，认定为证据不足；证据不足的，认定为确实充分；不依据已查清的事实公正地确定当事人的责任等等。对于有充分的事由 and 证据应予立案而有意裁定不予立案的，也属于枉法裁判的一种形式。3.主观方面是故意，即明知案件的事实及其应当适用的法律，而故意违背事实 and 法律作出裁定 or 判决。依据刑法第399条第2款的规定，在民事、行政审判活动中枉法裁判的行为必须情节严重，才能构成犯罪。所谓情节严重，主要是指从行为人的动机、手段及所造成的后果等方面综合考虑，其社会危害性比较严重，应予刑罚处罚。如出于贪赃、贪图女色动机的；使用了伪造、毁灭、隐匿证据手段的；严重损害一方当事人合法权益的；造成恶劣的社会影响的；严重损害国家和人民利益的等等。

定罪：1.罪与非罪的界限。对于不是有意枉法裁判，而是由于认识水平、工作能力的原因而作出显失公平裁判的，或者由于工作隶属关系，迫于上级的压力而作出显失公平裁判的，不能以犯罪论处。虽然有意徇私作出了枉法裁判，但综合其动机、手段及后果考虑，尚未达到情节严重程度的，也不以犯罪论处。2.与徇私枉法罪的界限。一般情况下，均有徇私的动机 and 枉法裁判的行为，相当近似。其主要区别是：（1）行为发生的场合不同，枉法裁判罪限于发生在民事诉讼的审判活动中；而徇私枉法罪限于发生在刑事诉讼活动中。（2）构成犯罪的条件不同，构成枉法裁判罪以情节严重为要件；而徇

私枉法罪无此要件的限定。3. 负有审判职责的人利用职务之便，在枉法裁判的过程中采取了毁灭、伪造证据的手段，应视为牵连犯，只需以枉法裁判罪定罪处罚。4. 在现实生活中，因贪赃而枉法裁判的情况比较普遍，因此刑法规定，犯枉法裁判罪又犯受贿罪的，择一重罪定罪处罚，不需实行数罪并罚。

处罚：犯枉法裁判罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处5年以上10年以下有期徒刑。

第400条第1款：私放在押人员罪，是指司法工作人员利用职务上的便利，非法私自将被关押的犯罪嫌疑人、被告人或罪犯放走，使其逃离监管场所的行为。

处罚：犯私放在押人员罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑。

第400条第2款：失职致使在押人员脱逃罪，是指司法工作人员由于严重不负责任，致使在押的犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯脱逃，从而造成严重后果的行为。

处罚：犯失职致使在押人员脱逃罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑。

第401条：徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪，是指司法工作人员对不符合减刑、假释、暂予监外执行条件的罪犯、予以减刑、假释或者暂予监外执行的行为。

处罚：犯徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第402条：徇私舞弊不移交刑事案件罪，是指行政执法人员徇私舞弊，对依法应当移交司法机关追究刑事责任的案件不移交，情节严重的行为。

特征：1. 特殊主体，限于行政执法人员，即在国家公安、工商、税务、海关、检疫等行政机关中依法行使行政职权的国家机关工作人员。2. 客观方面表现为利用行政执法的职权舞弊枉法，对依法应当移交司法机关追究刑事责任的不移交的行为。这是指行政执法人员在履行职责、查处行政违法活动的过程中，发现所查处的违法行为已构成犯罪，依法应当移送司法机关追究刑事责任却违背职责不予移送，而非法以其他方式处置。如：私自予以掩饰、隐瞒，不追究任何责任；或者把犯罪行为当作违法行为处理结案，以行政处罚代替刑事处罚。3. 主观方面是故意，即在行政执法过程中，明知其执法对象的行为已构成犯罪，应依法将案件移交司法机关追究刑事责任，却有意不予移交。动机是徇私利、私情。依据刑法第402条规定，不移交刑事案件的行为必须情节严重才构成犯罪。所谓情节严重，一般指不移交重大犯罪案件或者多起案件的；因受贿而不移交的；以罚代刑造成恶劣社会影响的；经责令、建议移交而拒不移交的；主管领导指使下级不移交，以罚代刑，放纵罪犯的，等等。

处罚：犯徇私舞弊不移交刑事案件罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第403条：滥用管理公司、证券职权罪，是指国家有关主管部门的国家机关工作人员，徇私舞弊，滥用职权，对不符合法律规定的公司设立、登记申请或者股票债券发行上市申请，予以批准或者登记，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

处罚：犯滥用管理公司、证券职权罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

第 404 条：徇私舞弊不征、少征税款罪，是指税务机关工作人员为徇私情私利，对纳税人应当依法缴纳的税款故意不征或者少征，致使国家税收遭受重大损失的行为。

处罚：犯徇私舞弊不征、少征税款罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；造成特别重大损失的，处 5 年以上有期徒刑。

第 405 条第 1 款：徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪，是指税务机关的工作人员违反法律、行政法规的规定，在办理发售发票、抵扣税款、出口退税工作中，为徇私情私利，对明知不符合条件的单位或者个人发售发票、抵扣税款、出口退税，致使国家利益遭受重大损失的行为。

处罚：犯徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处 5 年以上有期徒刑。

第 405 条第 2 款：违法提供出口退税凭证罪，是指国家机关工作人员违反国家规定，在提供出口货物报关单、出口收汇核销单等出口退税凭证的工作中，徇私舞弊，致使国家利益遭受特别重大损失的行为。

处罚：犯违法提供出口退税凭证罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处 5 年以上有期徒刑。

第 406 条：国家机关工作人员签订、履行合同失职罪，是指国家机关工作人员在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为。

特征：1. 客观方面表现为在签订履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失。包括以下要素：（1）行为发生于在签订、履行合同的过程中。（2）因严重不负责任被诈骗。所谓严重不负责任，就其客观表现而言，往往违反经贸活动的规章制度、惯例以及国家机关的工作程序、工作纪律等，如不认真审查对方当事人的合同主体资格、资信情况、履约能力，盲目签订、履行合同，或者应当公证、签证的不予公证、签证；应当经集体研究或者上级审批的，擅自越权，签订或者履行经济合同；或者违反规定为他人签订经济合同提供担保等。（3）致使国家利益遭受重大损失，这主要是指被诈骗大量的预付款、购货款或者货物，造成直接经济损失在 10 万元以上。2. 主观方面是过失。

定罪：本罪与刑法第 167 条的签订、履行合同失职被骗罪的界限主要是主体不同，本罪主体是国家机关工作人员；而后罪的主体为国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员。

处罚：犯国家机关工作人员签订、履行合同失职罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别巨大损失的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

第 407 条：违法发放林木采伐许可证罪，是指林业主管部门的工作人员违反森林法的规定，超过批准的年采伐限额发放林木采伐许可证或者违反规定滥发林木采伐许可证，情节严重，致使森林遭受严重破坏的行为。

定罪：本罪与滥伐林木罪的界限。违法发放采伐许可证的行为，虽然帮助了滥伐行为，导致滥伐的结果，但是对违法发放采伐许可证的行为一般不能按滥伐林木罪的共犯论处。

处罚：犯违法发放林木采伐许可证罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

第 408 条：环境监管失职罪，是指负有环境保护监督管理职责的国家机

关工作人员严重不负责任，导致发生重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者造成人身伤亡的严重后果的行为。

定罪：与重大环境污染事故罪的区别：1.主体不同，环境监管失职罪的主体为负有环境监督管理职责的国家机关工作人员；而重大环境污染事故罪的主体则为普通的个人或单位。2.发生的场合不同，环境监管失职罪发生于环保的监督管理的活动中；而重大环境污染事故罪发生于生产、生活中。3.侵犯的客体不同，环境监管失职罪为国家机关的环保职能；而重大环境污染事故罪为国家对自然环境的保护与管理秩序。

处罚：犯环境监管失职罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第409条：传染病防治失职罪，是指从事传染病防治的政府卫生行政部门的工作人员严重不负责任，导致传染病传播或者流行，情节严重的行为。

定罪：与违反传染病防治规定罪的区别：1.主体不同，本罪主体为负有传染病防治职责的人员；而违反传染病防治规定罪的主体为普通的个人和单位，他们往往是传染病防治人员的工作对象。2.行为方式不同，传染病防治失职罪是违背法律规定的防治传染病的工作职责，具有渎职性；而违反传染病防治规定罪的行为则无此渎职性质。3.客体不同，传染病防治失职罪的客体为国家有关部门的防治传染病的职能；而违反传染病防治规定罪主要是妨害公共卫生。

处罚：犯传染病防治失职罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第410条：非法批准征用、占用土地罪，是指国家机关工作人员徇私舞弊，违反土地管理法规，无权或者超越自己的职责权限批准征用、占用土地，情节严重的行为。

处罚：犯非法批准征用、占用土地罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；致使国家或者集体利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第410条：非法低价出让国有土地使用权罪，是指国家机关工作人员徇私舞弊，违反土地管理法规，非法低价出让国有土地使用权，情节严重的行为。

处罚：犯非法低价出让国有土地使用权罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；致使国家或者集体利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第411条：放纵走私罪，是指海关工作人员为贪图钱财、袒护亲友或者其他私情私利，明知是走私行为而予以放纵，使之不受追究，情节严重的行为。

定罪：1.与走私共同犯罪的界限。如果海关工作人员事先与走私犯罪分子通谋，利用职务之便为走私货物、物品放行的，应当以走私罪的共犯论处。2.与徇私舞弊不移交刑事案件罪的联系与区别。海关工作人员，在查处走私活动时发现走私犯罪行为予以放纵的，既属于放纵走私也属于不移交刑事案件。鉴于放纵走私是较为特殊的犯罪类型，其处罚较重，故应以放纵走私罪论处。

处罚：犯放纵走私罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处5年以上有期徒刑。

第412条第1款：商检徇私舞弊罪，是指国家商检部门、商检机构的工作人员徇私舞弊，故意伪造商品检验结果的行为。

处罚：犯商检徇私舞弊罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；造成严重

后果的，处5年以上10年以下有期徒刑。

第412条第2款：商检失职罪，是指国家商检部门、商检机构的工作人员严重不负责任，对应当检验的物品不检验，或者延误检验出证、错误出证，致使国家和人民利益遭受重大损失的行为。

定罪：商检失职罪与商检徇私舞弊罪的界限。在错误出证的场合，二者都会出现与商品真实情况不符合的检验结果，在客观上近似。二者的主要区别是：商检失职罪是由于严重不负责任而过失出具了错误的检验证明文件，而商检徇私舞弊罪是由于徇私舞弊而故意伪造虚假的检验结果。

处罚：犯商检失职罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第413条第1款：动植物检疫徇私舞弊罪，是指动植物检疫机关的检疫人员利用职权徇私舞弊，故意伪造检疫结果的行为。

处罚：犯动植物检疫徇私舞弊罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处5年以上10年以下有期徒刑。

第413条第2款：动植物检疫失职罪，是指动植物检疫机关的检疫人员严重不负责任，对应当检疫的物品不检疫、或者延误检疫出证、错误出证，致使国家利益遭受重大损失的行为。

处罚：犯动植物检疫失职罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

第414条：放纵制售伪劣商品犯罪行为罪，是指对生产、销售伪劣商品犯罪行为负有追究责任的国家机关工作人员，徇私舞弊，不履行法律规定的追究职责，情节严重的行为。

定罪：1.放纵制售伪劣商品罪的犯罪行为与徇私枉法罪的界限。在司法人员不履行对生产、销售伪劣商品犯罪行为追究职责的场合，放纵制售伪劣商品罪的犯罪行为与徇私枉法罪的包庇犯罪分子使其不受追诉或者枉法裁判的行为极其近似。二者的区别是：放纵制售伪劣商品罪的犯罪行为表现为不履行追究职责的不作为；而徇私枉法罪则表现为利用职权积极地实施包庇行为使犯罪人不受追诉或者枉法将有罪判无罪、重罪判轻刑。2.放纵制售伪劣商品罪的犯罪行为与徇私舞弊不移交刑事案件罪的界限。行政执法人员在查处生产、销售伪劣商品的违法行为过程中，发现违法行为已构成犯罪，不予查处的，以放纵制售伪劣商品罪的犯罪行为论处。明知行政执法对象已构成犯罪，徇私舞弊以行政处罚代替刑罚，不移交司法机关追究刑事责任的，应当以徇私舞弊不移交刑事案件罪论处。

处罚：犯放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役。

第415条：办理偷越国（边）境人员出入境证件罪，是指负责办理护照、签证以及其他出入境证件的国家机关工作人员，对明知是企图偷越国（边）境的人员予以办理出入境证件的行为。

定罪：办理偷越国（边）境人员出入境证件罪与组织、运送他人偷越国（边）境罪的界限。行为人与组织、运送他人偷越国（边）境的犯罪分子相勾结，实施非法办理出入境证件行为的，应以组织、运送他人偷越国（边）境罪的共犯论处。

处罚：犯办理偷越国（边）境人员出入境证件罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

第415条：放行偷越国（边）境人员罪，是指边防、海关等国家机关工作人员，对明知是偷越国（边）境的人员，予以放行的行为。

定罪：放行偷越国（边）境人员罪与组织、运送他人偷越国（边）境罪的界限。行为人与组织、运送他人偷越国（边）境的犯罪分子相勾结，实施放行行为的，应当以组织、运送他人偷越国（边）境罪的共犯论处。

处罚：犯放行偷越国（边）境人员罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

第 416 条第 1 款：不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪，是指对被拐卖的妇女、儿童负有解救职责的国家机关工作人员，接到被拐卖妇女、儿童及其家属的解救要求或者接到其他人的举报，而对被拐卖、绑架的妇女、儿童不进行解救，造成严重后果的行为。

处罚：犯不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

第 416 条第 2 款：阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪，是指对被拐卖、绑架的妇女、儿童负有解救职责的国家机关工作人员，利用职务阻碍解救的行为。

定罪：与不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪的主要区别是：阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪不仅有不履行解救职责的不作为行为，而且还有利用职务阻碍解救的积极的行为；而后者则仅有不履行解救职责不作为行为，没有阻碍解救的行为。

处罚：犯阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑，情节较轻的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役。

第 417 条：帮助犯罪分子逃避处罚罪，是指负有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员，向犯罪分子通风报信、提供便利，帮助犯罪分子逃避处罚的行为。

定罪：帮助犯罪分子逃避处罚罪与窝藏、包庇罪的区别。二者均包括帮助犯罪分子逃避处罚的行为，十分相似。二者的区别是：1. 主体不同，帮助犯罪分子逃避处罚罪是特殊主体，即负有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员；而后者是一般主体。2. 行为方式有所不同，帮助犯罪分子逃避处罚罪帮助犯罪分子逃避处罚有两种方式：一是通风报信，二是提供便利并且一般要利用职务之便；而後者的行为方式主要是提供便利，不包括通风报信，只有在旅馆业、饮食服务业等从业人员为卖淫嫖娼违法犯罪分子通风报信的特殊场合，通风报信才独立成为包庇罪的行为。（参见第 310 条窝藏、包庇罪）

处罚：犯帮助犯罪分子逃避处罚罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

第 418 条：招收公务员、学生徇私舞弊罪，是指国家机关工作人员在招收公务员、学生工作中徇私舞弊，情节严重的行为。

处罚：犯招收公务员、学生徇私舞弊罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

第 419 条：失职造成珍贵文物损毁、流失罪，是指国家机关工作人员严重不负责任，造成珍贵文物损毁或者流失，后果严重的行为。

处罚：犯失职造成珍贵文物损毁、流失罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

第二十章 军人违反职责罪

概述：军人违反职责罪，是指军人违反职责，危害国家军事利益，依照法律应当受刑罚处罚的一类犯罪行为。这类犯罪有以下共同特征：1.侵害的同类客体是国家的军事利益。2.都是特殊主体，即限于刑法第450条所规定的主体：“中国人民解放军的现役军官、文职干部、士兵及具有军籍的学员和中国人民武装警察部队的现役警官、文职干部、士兵及具有军籍的学员以及执行军事任务的预备役人员和其他人员”。所谓预备役人员，是指编入民兵组织或者经过登记服预备役的地方人员。所谓其他人员，是指在军队（含武装部队）机关、部队、院校、医院、基地等队列单位和事业单位工作的正式职员、工人以及临时征用或者受委托执行军事任务的地方人员。需要注意的是，预备役人员和其他人员成为本类犯罪的主体必须以执行军事任务为前提。如进行军事训练、执行战斗任务等。主体的特殊性是本类犯罪区别于其他种类的犯罪的重要特征。3.在客观方面表现为违反军人职责，危害国家军事利益的行为。犯罪的时间、地点，对于军人违反职责罪的定罪量刑，具有重要的影响。例如“战时”，对某些军职罪就是犯罪构成的要件；对有些军职罪是量刑的重要情节。根据《刑法》第451条规定，所谓战时，“是指国家宣布进入战争状态、部队受领作战任务或者遭敌突然袭击时。”在处罚方面，刑法第449条规定的战时缓刑制度很有特色，也应予以重视。由于本章属于刑法中较为特殊的规定，所以在本章之罪与其他章节之罪发生法条竞合时，一般优先适用本章的规定。但对军人盗窃、抢夺部队的枪支、弹药、爆炸物案件的法律适用是一个例外。

军人违反职责罪包括以下具体犯罪：

第421条：战时违抗命令罪，是指战时故意违背并抗拒执行上级的命令，对作战造成危害的行为。

定罪：罪与非罪的界限：违抗作战命令的行为构成犯罪，以在战时和对作战造成危害的结果为要件。

第422条：隐瞒、谎报军情罪，是指故意将应向上级报告的军情隐而不报，或者将编造、篡改的军情向上级报告，对作战造成危害的行为。

定罪：罪与非罪的界限：构成本罪以对作战造成危害的结果为要件。

第422条：拒传、假传军令罪，是指拒绝传递或者假传军令，对作战造成危害的行为。

定罪：构成本罪以对作战造成危害结果为要件。

第423条：投降罪，是指在战场上贪生怕死，自动放下武器，向敌人投降的行为。

定罪：本罪与第108条之投敌叛变罪的区别：1.主体不同。本罪的主体是中国人民解放军的武装战斗人员；后者的主体是具有中国国籍的公民。2.行为的场合和方式不同。本罪在战场上自动放下武器；而投敌叛变罪则不受这一特定场合和方式的限制。3.动机不同。本罪出于贪生怕死的动机；而投敌叛变罪则出于叛国等动机。

第424条：战时临阵脱逃罪，是指战时面临战斗任务而脱离岗位逃避参加战斗的行为。

定罪：与投降罪的区别：本罪仅有逃避战斗的行为而没有向敌方缴械投降的行为。

第 425 条：擅离、玩忽军事职守罪，是指指挥人员或者值班、值勤人员，擅离职守或者玩忽军事职守，造成严重后果的行为。

定罪：1. 与玩忽军事职守罪的区别：主体不同。2. 与临阵脱逃罪的主要区别：本罪是特定的值班、执勤人员的渎职行为；临阵脱逃罪限于在战斗之中或者面临战斗之际逃离战斗或战斗岗位。

第 426 条：阻碍执行军事职务罪，是指以暴力、威胁方法阻碍指挥人员或者值班、值勤人员执行职务的行为。

定罪：1. 本罪与第 192 条之妨害公务罪、第 368 条之阻碍军人执行职务罪的区别：（1）主体不同，本罪是特殊主体，限于军人；后两种犯罪是一般主体。（2）行为对象不同，本罪的对象是军队的指挥人员或者值班、值勤人员执行职务的活动；妨害公务罪的对象是国家工作人员的执行职务活动，阻碍军人执行职务罪的对象是军人依法执行职务的活动。在发生法条竞合时优先适用本法条。

第 427 条：指使部属违反职责罪，是指滥用职权，指使部属进行违反职责的活动，造成严重后果的行为。

第 428 条：违令作战消极罪，是指指挥人员违抗命令，临阵畏缩，作战消极，造成严重后果的行为。

第 429 条：拒不救援友邻部队罪，是指指挥人员在战场上明知友邻部队处境危急请求救援，能救援而不救援，致使友邻部队遭受重大损失的行为。

第 430 条：军人叛逃罪，是指军人在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃，危害国家军事利益的行为。

定罪：本罪与第 109 条之叛逃罪的区别：主体不同。本罪的主体限于军人；叛逃罪的主体是国家机关工作人员。在发生法条竞合时，优先适用本法条。

第 431 条第 1 款：非法获取军事秘密罪，是指以窃取、刺探、收买的方法，非法获取军事秘密的行为。

定罪：本罪与第 282 条第 1 款之非法获取国家秘密罪的区别：1. 主体不同：本罪的主体是军人；非法获取国家秘密罪的主体是一般主体。2. 对象不同，本罪的对象是军事秘密；非法获取国家秘密罪的对象是国家秘密。在发生法条竞合时，优先适用本法条。

第 431 条第 2 款：为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪，是指为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密的行为。

定罪：本罪与第 111 条之为境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的区别：1. 主体不同，本罪主体是军人；后罪的主体是一般主体。2. 对象不同，本罪的对象是军事秘密；后罪的对象是国家秘密和情报。在发生法条竞合时，优先适用本法条。

第 432 条：故意泄露军事秘密罪，是指违反国家秘密法规，故意泄露军事秘密，情节严重的行为。

定罪：本罪与第 398 条之故意泄露国家秘密罪的区别：1. 主体不同，本罪的主体是军人；后罪的主体是国家机关工作人员和其他人。2. 对象不同，本罪对象是军事秘密；后罪的对象是国家秘密。在发生法条竞合时优先适用本法条。

第 432 条：过失泄露军事秘密罪，是指违反国家秘密法规，过失泄露军

事秘密，情节严重的行为。

定罪：本罪与过失泄露国家秘密罪的区别：主体和行为对象不同。在发生法条竞合时优先适用本法条。

第 433 条：战时造谣惑众罪，是指战时军人造谣惑众，动摇军心的行为。

定罪：与第 378 条之战时造谣扰乱军心罪的区别：主体不同。

第 434 条：战时自伤罪，是指战时自伤身体，逃避军事义务的行为。

定罪：罪与非罪的界限。普通人在一般场合自己伤害自己的身体健康不是犯罪。构成本罪犯罪具备以下要件：1.主体是军人；2.在战时自伤，平时自伤不能构成犯罪；3.故意自伤，并且具有逃避军事义务的目的。

第 435 条：逃离部队罪，是指违反兵役法规，逃离部队，情节严重的行为。

定罪：与第 376 条之战时拒绝、逃避征召、军事训练罪，战时拒绝、逃避服役罪的区别：主体不同，本罪的主体是已经应征、应召入伍服役军人；后两罪的主体是尚未应征、应召入伍的预备役人员或公民。

第 436 条：武器装备肇事罪，是指违反武器装备使用规定，情节严重，因而发生责任事故，过失致人重伤、死亡或者造成其他严重后果的行为。

定罪：与交通肇事罪、过失致人死亡罪、失火罪、过失爆炸罪、重大责任事故罪、危险物品肇事罪等犯罪的区别：1.主体不同，本罪的主体是军人；后几种犯罪的主体是普通公民或者单位的职工。2.行为发生的场合不同，本罪的肇事行为发生在军人使用、操作武器装备的过程中，因违反规定或操作规程而发生重大责任事故，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果；后几种犯罪发生在日常生活或者厂矿企业的生产作业过程中，因过失而造成严重后果。例如，在处理军人驾驶军用装备车辆肇事案件时，如果是因为违反武器装备使用规定和操作规程情节严重，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果的，即使同时违反交通运输规章制度，也应以武器装备肇事罪论处；如果仅因违反交通运输规章制度而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，则应以交通肇事罪论处。

第 437 条：擅自改变武器装备编配用途罪，是指违反武器装备管理规定，擅自改变武器装备的编配用途，造成严重后果的行为。

第 438 条：盗窃、抢夺武器装备、军用物资罪，是指以非法占有为目的，秘密窃取或者公然夺取部队武器装备或者军用物资的行为。

定罪：1.应当注意刑法对军人盗窃、抢夺部队的枪支、弹药、爆炸物案件适用法律的特别规定。刑法第 438 条第 2 款明确规定，军人盗窃或者抢夺部队的枪支、弹药、爆炸物的，以刑法第 127 条之盗窃枪支、弹药、爆炸物罪或者抢夺枪支、弹药、爆炸物罪论处。不以本罪论处。据此也可以认为本罪的对象“武器装备、军用物资”实际上不包括枪支、弹药、爆炸物。2.与贪污罪的区别：在于是否利用经管公共财物（包括军用物资）的职务上的便利。军人利用职务上的便利，盗窃自己经手、管理的军用物资，具备贪污罪基本特征的，应当以贪污罪论处。军人没有利用职务上的便利盗窃武器装备、军用物资的，以本罪论处。

第 439 条：非法出卖、转让武器装备罪，是指非法将部队的武器装备出卖或者转让他人的行为。

第 400 条：遗弃武器装备罪，是指违抗命令，遗弃武器装备的行为。

第 441 条：遗失武器装备罪，是指遗失武器装备，不及时报告或者有其

他严重情节的行为。

定罪：与刑法第 129 条之丢失枪支不报罪的区别：1.主体不同；2.对象的范围有所不同。

第 442 条：擅自出卖、转让军队房地产罪，是指违反军队房地产管理规定，擅自出卖、转让军队房地产，情节严重的行为。

第 443 条：虐待部属罪，是指滥用职权，虐待部属，情节恶劣，因而致人重伤或者造成其他严重后果的行为。

定罪：与虐待罪的区别：1.主体不同。2.对象不同，本罪的对象是与行为人具有隶属关系的军人；虐待罪的对象是家庭成员。

第 444 条：遗弃伤病军人罪，是指在战场上故意遗弃伤病军人，情节恶劣的行为。

第 445 条：战时拒不救治伤病军人罪，是指战时在救护治疗职位上，有条件救治而拒不救治危重伤病军人的行为。

定罪：与遗弃伤病军人罪的区别：1.主体不同，本罪的主体是军医以及其他正在执行军事任务的医务人员；遗弃伤病军人罪的主体是军人。2.行为发生场合有所不同，本罪发生于战时；遗弃伤病军人罪限于在战场上。

第 446 条：战时残害居民、掠夺居民财物罪，是指战时在军事行动地区，残害无辜居民，或者掠夺无辜居民财物的行为。

定罪：与故意杀人罪、故意伤害罪、刑讯逼供罪、非法拘禁罪、强奸罪、放火罪、故意毁坏财物罪、抢劫罪、抢夺罪、敲诈勒索罪等的区别。本罪的残害行为实际包括对无辜居民的人身和财产所施加种种暴行，如对人身的杀伤、监禁、虐待，对财产的焚烧、毁坏等；本罪的掠夺行为实际包括种种非法剥夺无辜居民财物的行为，如抢劫、抢夺、敲诈勒索等。因此与某些侵犯人身、侵犯财产的犯罪相似。本罪与它们的区别是：1.主体不同，限于军人。2.行为发生的时空条件不同，本罪限于“战时在军事行动地区”。3.行为对象不同，本罪的行为对象必须是军事行动地区的无辜居民。而上述有关侵犯人身和财产的犯罪则没有这些特别的限定。

第 447 条：私放俘虏罪，是指私自将俘虏放走的行为。

定罪：与私放在押人员罪的区别：主要在于对象不同，本罪的对象是俘虏，即在作战中被我军俘获的敌方武装人员和其他为武装部队服务的人员；私放在押人员罪的对象是被依法关押的刑事罪犯、被告人、犯罪嫌疑人。

第 448 条：虐待俘虏罪，是指虐待俘虏，情节恶劣的行为。

定罪：与体罚、虐待被监管人罪和刑讯逼供罪的区别：主要在于对象不同，本罪的对象是俘虏；体罚、虐待被监管人罪和刑讯逼供罪的对象是被依法关押刑事罪犯、被告人、犯罪嫌疑人，刑讯逼供罪的对象是犯罪嫌疑人。

下篇 刑事诉讼法学

第一章 刑事诉讼法概述

第一节 刑事诉讼法概念

一、刑事诉讼的概念

诉讼，俗称打官司，就是争讼的一方向法庭提出告诉和主张，由法庭通过审理来解决双方争讼的活动。也就是说，诉讼是国家司法机关在当事人或其他诉讼参与人的参加下，按照法定程序解决各种案件争讼的专门活动。根据诉讼所要解决的实体问题的不同和诉讼形式的差异，诉讼一般分为刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼三种。

我国的刑事诉讼是指人民法院、人民检察院、公安机关在当事人及其诉讼参与人的参加下，依照法律规定的程序，解决被追诉者刑事责任问题的活动。刑事诉讼的特征有以下几点：

（1）刑事诉讼是人民法院、人民检察院和公安机关所进行的一种国家的专门活动。

（2）刑事诉讼是人民法院、人民检察院和公安机关行使国家刑罚权的活动。它的中心内容是解决被追诉者，即犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题，内容包括犯罪事实是否发生、犯罪嫌疑人、被告人是否实施了犯罪行为、应否追究刑事责任以及如何处刑等。

（3）刑事诉讼必须严格依照刑事诉讼法所规定的程序进行。

（4）刑事诉讼必须有当事人和其他诉讼参与人的参加。没有诉讼参与人的参加，刑事诉讼就无法进行。

二、刑事诉讼法的概念

我国的刑事诉讼法是国家制定的人民法院、人民检察院、公安机关在当事人和其他诉讼参与人的参加下进行刑事诉讼活动必须遵守的法律规范。它所调整的对象一是公安司法机关进行刑事诉讼的活动；二是诉讼参与人参加刑事诉讼的活动。

我国刑事诉讼法的法律形式（法律渊源）一般有以下几种：

（1）宪法。宪法中有关于刑事诉讼的直接规定。

（2）刑事诉讼法典。即《中华人民共和国刑事诉讼法》（1979年7月1日通过，1996年3月17日修正）。它是国家的基本法律，是刑事诉讼法的主要法律形式。

（3）有关法律。即刑法、人民法院组织法、人民检察院组织法以及其他法律中有关刑事诉讼的法律规范。

（4）司法解释。即全国人大常委会及授权的单位所作出的有关刑事诉讼的决定、解释。其中最重要的是1998年1月19日公布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》。还有《最高人民法院关于

人民法院、人民检察院在本书中有时合称司法机关。

本书中的公安机关通常包括安全机关。

本书以下简称：《六机关规定》。

执行《最高人民法院关于刑事诉讼法若干问题的解释》（1998年9月2日公布）、最高人民法院制定的《人民检察院刑事诉讼规则》（1999年1月27日公布）。另外，公安部制定的《公安机关办理刑事案件程序规定》（1998年5月14日公布）。虽然不是司法解释，但也是规范公安机关执行刑事诉讼法的重要规定。司法解释或其他规定不得与宪法、刑事诉讼法典相违背，否则无效。

（5）我国缔结或参加的国际条约。这类国际条约中有关刑事诉讼的条款，如果与国内法相抵触，应当适用国际条约的规定，但我国声明保留的条款除外。

本书以下简称：最高人民法院《解释》。

本书以下简称：最高人民法院《规则》。

本书以下简称：公安部《规定》。

第二节 《中华人民共和国刑事诉讼法》的制定和修正

一、建国前期有关刑事诉讼的单行法规

新中国成立前的1949年2月，中国共产党中央委员会发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，为建国后的司法改革和法制建设包括刑事诉讼法制建设确立了指导原则。

1949年10月1日中华人民共和国成立，标志着我国社会主义法制建设的开始。建国初期根据客观需要制定的有关司法组织法当中，初步规定了若干刑事诉讼原则和制度，如实行公开审判、回避、陪审、辩护等。

1954年9月召开的第一届全国人民代表大会第一次会议，颁布了我国第一部宪法，并颁布了《中华人民共和国人民法院组织法》和《中华人民共和国人民检察院组织法》。同年12月又颁布了《中华人民共和国逮捕拘留条例》。宪法和上述法律明确规定了人民法院、人民检察院在刑事诉讼中的职责分工；规定了一系列刑事诉讼原则：对一切公民在适用法律上一律平等；使用本民族语言进行诉讼；人民法院、人民检察院独立行使职权，只服从法律；被告人有权获得辩护；审判公开，并规定了人民陪审员制、回避制、合议制、两审终审制、死刑复核制度和审判监督制度。所有这些标志着我国的刑事诉讼法律制度向前发展了。

二、《中华人民共和国刑事诉讼法》的制定

早在1954年，中央人民政府法制委员会曾拟定出一个《中华人民共和国刑事诉讼条例》草案。1956年，根据共产党第八次全国代表大会关于加强民主与法制建设的精神，又拟出了《中华人民共和国刑事诉讼法草案(草稿)》。其后由于反右派斗争、“三面红旗”运动等“左”的干扰，起草工作停顿下来。到1962年重新恢复，1963年4月又拟制出《中华人民共和国刑事诉讼法草案(初稿)》。1966年开始的“文化大革命”把我国社会主义的民主与法制践踏殆尽，更谈不上刑事诉讼法的起草修改工作了。

1976年江青反革命集团被粉碎，1978年12月召开了具有历史意义的党的十一届三中全会。全会公报指出：“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威，做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。从现在起，应当把立法工作摆到全国人民代表大会及其常务委员会的重要议事日程上来。”

1979年2月全国人民代表大会常务委员会法制委员会成立后，抓紧对刑法、刑事诉讼法的草拟工作。刑事诉讼法以1963年的草案初稿为基础，先后拟出修正一稿和修正二稿，1979年6月将修正二稿提请第五届全国人民代表大会第一次会议审议，于1979年7月1日正式通过，同年7月7日公布，1980年1月1日施行。至此我国第一部社会主义刑事诉讼法典历经磨难，终于诞生了。《中华人民共和国刑事诉讼法》共分4编17章156条。这部法典的颁布，标志着我国刑事司法正式走上法制化的道路。

三、《中华人民共和国刑事诉讼法》的修正

刑事诉讼法实施以来，根据实际需要又制定了一些单行法律，对刑事诉讼法规定的陪审制度、审判组织、办案程序和死刑核准权等问题作了修改。随着改革开放的不断深入扩大，社会主义市场经济体系的逐步形成，以及党中央提出了“依法治国”的方略，我国的经济、政治形势，发生了巨大的变

化，与此相适应，刑事诉讼法迫切需要作较大的修改。全国人大法制工作委员会从 1993 年开始，采取立法部门、实务部门和专家三结合的方法，着手拟制刑事诉讼法修改方案。经过三年的反复修改、研究、讨论和修改，《中华人民共和国刑事诉讼法修正案（草案）》正式提交 1996 年 3 月 5 日开幕的第八届全国人民代表大会第四次会议审议。修正案经过会议审议修改之后，于 1996 年 3 月 17 日通过，1997 年 1 月 1 日起实施。

修正后的《中华人民共和国刑事诉讼法》在编章结构上与原刑事诉讼法相同，条文增、删、改达 109 处，条文总数增加 61 条，共 225 条。此次刑事诉讼法的修改，进一步完善了追究、惩治犯罪的机制，着力加强了被害人和犯罪嫌疑人、被告人的权利保障，改革了审判方式，从而使我国的刑事诉讼法制的发展，登上了一个新的台阶。

第三节 制定刑事诉讼法的目的和根据

一、制定刑事诉讼法的目的

《刑事诉讼法》第1条规定：“为保证刑法的正确实施，惩罚犯罪，保护人民，保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序，根据宪法，制定本法。”根据此条规定，制定刑诉法的目的有以下互相联系、不可分割的三个方面：

（1）保证刑法的正确实施。刑法是规定犯罪与刑罚的实体法，是衡量社会上发生的特定行为是否构成犯罪，构成何罪以及如何处罚的尺度。刑事诉讼法则是规范如何追究、惩罚犯罪的程序法，是公安司法机关和诉讼参与人在刑事诉讼中如何活动的准绳。没有刑法，刑事诉讼活动就会失去目标和方向；反之，没有刑事诉讼法，刑法则无法正确实施，甚至成为一纸空文，从这个意义上说，刑事诉讼法是实施刑法的工具或手段。总之刑法和刑诉法相辅相成，互相依存，缺一不可。

（2）惩罚犯罪，保护人民。刑事诉讼法通过保证刑法的正确实施，有效地行使国家刑罚权，对犯罪分子加以惩罚，从而保护广大人民群众的根本利益和切身权益不受犯罪分子的侵害。

（3）保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序。任何犯罪都侵犯了一定的社会关系，危害了国家和社会的利益。在我国，犯罪首先危害了国家安全，如背叛国家、分裂国家、武装叛乱、颠覆国家政权等罪。其次危害了社会公共安全，如杀人、放火、抢劫、投毒、爆炸等严重危害社会治安的犯罪。第三破坏和扰乱了社会主义社会秩序，包括生产秩序、工作秩序、学习秩序、生活秩序等。刑事诉讼法通过保障刑法的正确实施，有效地惩罚犯罪，从而有力地保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序。

二、制定刑事诉讼法的法律根据

制定刑事诉讼法的法律根据是宪法。宪法是国家的根本大法，规定了社会制度、政治制度、公民的基本权利义务以及国家机构和它的活动原则等，制定各种部门法，包括刑事诉讼法，都必须以宪法为根据。刑事诉讼法的全部内容都是根据宪法的规定精神制定的，其中有些重要内容直接来源于宪法的具体规定，如人民法院人民检察院依法独立行使职权，对一切公民在适用法律上一律平等，公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约，使用民族语言文字，审判公开，被告人有权获得辩护等原则。宪法具有最高的法律效力，刑事诉讼法的任何条文不得与宪法相抵触。

我国的宪法不是固定不变的，而是根据国情的变化而不断重新颁布或修改，刑事诉讼法也应与宪法的变化相适应而变化。我国1979年的刑事诉讼法是依据1978年的宪法而制定的。1982年颁布了新宪法，后又经过两次修改。1996年的刑事诉讼法的修改是以现行宪法为根据的。

第四节 刑事诉讼法的任务

《刑事诉讼法》第2条规定：“中华人民共和国刑事诉讼法的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争，以维护社会主义法制，保护公民人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。”据此，刑事诉讼法的任务有以下三个方面：

（1）保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究。这是刑事诉讼法的直接任务。刑事诉讼法所规定的一系列原则、制度、程序，首先就是为了查明犯罪事实，即查明是否真正发生了犯罪事实，犯罪分子是谁以及有关定罪量刑的情节。所谓“及时”，则是指在法定期限内尽快完成收集证据查明案情、认定犯罪事实的任务。公安司法机关不仅要准确及时地查明案件事实，还必须正确应用法律，即正确应用刑法，分清罪与非罪、此罪与彼罪的界限，并把握罪行轻重的尺度，以便正确地定罪量刑，公正地惩罚犯罪分子。刑事诉讼法在保证惩罚犯罪的同时，还必须保障无罪的人不受追究，这是社会主义民主法治国家的必然要求。而且准确惩罚犯罪和保障不冤枉无辜，是刑事诉讼任务中对立统一的两个方面。如果打击犯罪真正做到“准”字当头，就不可能冤枉好人；反之，如果保证不错究无辜，也必然会更准确地惩罚犯罪。而要辩证地实现惩罚犯罪与保护无辜的任务，关键就在于坚持以事实为根据，以法律为准绳，在真正查明案件事实真相的基础上，正确应用法律，从而对案件作出公正处理。

（2）教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪作斗争。这是刑事诉讼法的重要任务。公安司法机关通过进行刑事诉讼活动的全过程，特别是法庭公开审理和判决的活动，不仅惩罚犯罪，而且应当起着培养公民法律意识、提高公民与犯罪作斗争的积极性，预防犯罪，促进社会治安综合治理的作用。但是实现这一教育任务的前提，是准确惩罚犯罪，真正保护无辜，否则效果适得其反。

（3）维护社会主义法制，保护公民人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。这是刑事诉讼法的根本任务，体现了“依法治国”的要求，体现了惩罚犯罪归根到底是为保护公民权利的社会主义民主精神，体现了以经济建设为中心的党的基本路线的要求。

第五节 刑事诉讼法的价值

刑事诉讼法的价值是指其在服务于公民、社会和国家方面所起的积极作用，它与刑事诉讼法的制定目的、任务是密切联系，交织在一起的。刑事诉讼法的价值可分为工具价值和独立价值两个方面。

工具价值是指作为实施刑法的手段的价值。即通过保证刑法的正确实施，惩罚犯罪，保护公民权利，维护国家和社会利益。刑法为什么必须依赖于刑事诉讼法才能得到正确实施呢？这主要是因为：

1. 刑事诉讼法明确了追究、惩罚犯罪的国家专门机关及其职责分工，使刑法的实施有组织上的保证。

2. 刑事诉讼法保证国家专门机关权力与制约的科学结合，使国家专门机关既具有保证有力地揭露犯罪、证实犯罪、惩罚犯罪的一系列权力，又使这些权力的行使得到有效的制约和监督，从而防止专权擅断，滋生腐败，并保证惩罚犯罪与保护人权的统一。

3. 刑事诉讼法所规定的基本原则、制度和程序，保证公安司法机关科学地收集运用证据，准确认定案件事实，正确适用法律，最终公正地处理案件。

刑事诉讼法的独立价值指不依赖于保证刑法实施而存在的自身价值。这主要是指刑事诉讼法本身所体现出的民主、公正和法治精神。例如刑事诉讼法关于严禁刑讯逼供的规定，一方面是为了防止由于刑讯逼供而出现冤案错案，另一方面是为了在程序上铲除野蛮落后司法的历史遗迹，从诉讼法方面体现人类的文明和进步。程序公正既是实体公正的保证，本身又是司法公正的组成部分。

广大司法工作人员和律师应当充分认识刑事诉讼法的工具价值和独立价值，纠正形形色色的“重实体，轻程序”的错误观念，确保刑事诉讼法在司法实践中得到严格执行。

第二章 刑事诉讼基本原则

刑事诉讼基本原则，是指刑事诉讼法规定的指导人民法院、人民检察院、公安机关进行刑事诉讼和诉讼参与人参加刑事诉讼的基本准则。

我国刑事诉讼基本原则，是公安司法机关办理刑事案件优良传统和成功经验的科学总结，反映着刑事诉讼的客观规律，体现着社会主义民主和法治的精神和要求，是完成刑事诉讼法任务的基本保证。各项刑事诉讼法基本原则体现在刑事诉讼法规定的具体规则、制度和程序之中。

下面根据《刑事诉讼法》第一章的规定，对我国刑事诉讼的基本原则分节加以简述。

第一节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使

《刑事诉讼法》第3条规定：“对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审，由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。”根据这条规定，此项原则的内容包括以下几点：

(1) 公、检、法三机关分别行使侦查权、检察权、审判权。公安机关是国家的治安保卫机关，在刑事诉讼中行使侦查权，包括进行侦查（含预审）和拘留、执行逮捕。人民检察院是国家的法律监督机关，在刑事诉讼中行使检察权，具体负责批准逮捕、直接受理案件的侦查、提起公诉及其他检察工作。人民法院是国家的审判机关，在刑事诉讼中负责审判。公、检、法三机关分别行使的职权是法律明文规定的，它们之间不能互相代替行使，否则就是违法。

(2) 侦查权、检察权和审判权只能由公安机关、人民检察院和人民法院分别专门行使，除法律特别规定授权以外，任何机关、团体和个人都不得行使这些权利。这是由于侦查权、检察权和审判权是国家权力的重要组成部分，这些权力的行使，关系到国家刑罚权的任务能否实现，关系到对公民的生杀予夺，关系到国家政权的巩固和社会安定的维护，因而必须严肃对待，由公安司法机关专门行使，其他任何机关、团体和个人都不能行使这些职权。但是，法律有特别规定的例外。如《刑事诉讼法》第4条规定国家安全机关依法办理危害国家安全的刑事案件，行使与公安机关相同的职权；第225条规定，军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权；对罪犯在监狱内犯罪的案件由监狱进行侦查。

(3) 公安机关、人民检察院和人民法院必须严格依照刑事诉讼法以及刑法等其他法律的规定行使各自的权力，不得滥用权力，把权力凌驾于法律之上。

第二节 人民法院、人民检察院依法独立行使职权

《刑事诉讼法》第5条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这是修正后的刑事诉讼法根据《宪法》第126条、第131条的规定所新增加的条文。这项原则可简称为司法独立原则，其内容包括两个方面：

（1）司法权是独立行使的，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

（2）司法机关必须严格依照法律的规定行使职权，即必须遵守刑法、刑事诉讼法及其他法律，以法律为处理案件的准绳而不能有其他标准。

司法独立原则是司法工作本身特点和规律的要求，因为司法机关办案的特点一是要客观地查明案件事实真相，二是要公正执法，这就必须独立办案，制止种种不正之风，排除外界干扰，防止以权压法，以言代法。独立司法是公正司法的基本保证。对于司法独立原则，必须明确以下几点：

第一，司法机关不能独立于党的领导。中国共产党是执政党，党的领导是司法机关顺利完成本身任务的根本保证。但党的领导主要是组织领导、方针政策领导，党应当支持司法机关独立行使职权，在通常情况下不必过问案件的具体办理。即便党过问个别案件的办理也应当在宪法和法律的范围内进行。

第二，司法机关不能独立于权力机关。各级人民法院、人民检察院由各级人民代表大会产生并受它的监督。权力机关发现人民法院、人民检察院办案有错误的，可以提出纠正意见，对此，人民法院、人民检察院应当尊重，但不是必须服从。

第三，各级人民法院和人民检察院如何独立行使职权，从上下级关系来说，人民法院和人民检察院的情况有所不同。根据宪法规定，上下级法院之间的关系是监督关系，各级法院的审判活动是独立的，上级法院只能依照法定程序改变下级法院的裁判，而无权指示下级法院如何具体处理案件。而检察院上下级的关系是领导关系，下级检察院对上级检察院的办案指示，下级检察院应当服从。

第四，从人民法院和人民检察院内部来说，独立行使职权是指法院、检察院整体而言。根据刑事诉讼法、人民法院组织法和人民检察院组织法的有关规定，法院的合议庭或独任审判员对一般案件有独立裁判权，但对疑难、复杂、重大的案件，一般要经过审判委员会讨论决定。在检察院，疑难、重大、复杂案件要经过检察委员会讨论决定。

第三节 依靠群众

《刑事诉讼法》第6条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须依靠群众。”依靠群众，贯彻群众路线，这是我国司法工作的优良传统，是完成刑事诉讼法任务的重要保证。

依靠群众的必要性和意义在于：第一，吸收群众参与国家活动包括参与行使刑罚权活动是社会主义国家人民当家作主的表现，而且犯罪危害国家、社会和公民的利益，人民群众有与犯罪作斗争的积极性；第二，任何犯罪行为都是在一定的时间、空间内实施的，尽管犯罪分子会千方百计地掩盖自己的罪行，但总难逃出群众的视野，只有依靠群众，发动群众才能有力地揭露、证实犯罪，查获犯罪人；第三，只有依靠群众，加强监督，才能在刑事诉讼中有效地遏制徇情枉法等不正之风，防止和纠正错案，做到不枉不纵，公正办案。第四，人民群众只有在参与刑事诉讼过程中，才能更好地受到法纪教育。

公安司法机关依靠群众一方面必须相信群众、发动群众，依法为群众参加诉讼提供方便；另一方面必须加强专门机关的专业活动，不能把公安司法机关的职权，如拘留、逮捕、扣押、搜查等交由群众代替行使。总之，只有把专门机关的工作与依靠群众有机地结合起来，才能保证刑事诉讼活动的顺利进行并达到预期的效果。

第四节 以事实为根据，以法律为准绳

《刑事诉讼法》第6条规定，人民法院、人民检察院进行刑事诉讼“必须以事实为根据，以法律为准绳”。

以事实为根据是指公安司法机关进行刑事诉讼必须以已经查明的客观存在的案件事实作为处理案件的根据。这就要求司法工作人员必须实事求是，忠于案件事实真相；必须重证据，重调查研究，以查证属实的证据作为认定案件事实的根据，认定犯罪人必须证据确实充分。以法律为准绳是指公安司法机关以法律的规定作为衡量已经查明的案件事实的尺度。即对根据证据认定的案件事实应用刑法、刑事诉讼法作出正确的处理。

这项原则体现了辩证唯物主义认识论的精神和社会主义法制的要求，是刑事诉讼非常重要的原则，甚至可以说是原则中之原则。

第五节 对一切公民在适用法律上一律平等

《刑事诉讼法》第6条规定：“对于一切公民在适用法律上一律平等，在法律面前，不允许有任何特权。”这是《宪法》第33条关于“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”的规定的体现。

这项原则要求公安司法机关在刑事诉讼中，对一切公民不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、个人成份、宗教信仰、教育程度、财产状况、社会地位，在适用法律上（包括实体法、诉讼法）一律平等，不许任何人享有超越法律之上的特权。任何公民犯了罪，都必须追究其刑事责任；没有犯罪的，都不应受到刑事追究。任何公民参与刑事诉讼，都同等享有法律赋予的诉讼权利，履行应尽的诉讼义务。

坚持这项原则对于维护法制的尊严和统一，抵制特权思想和行为，一视同仁地保护公民的合法权利有着重要的意义。

第六节 分工负责，互相配合，互相制约

根据《宪法》第135条的规定，《刑事诉讼法》第7条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”这是明确公、检、法三机关之间互相关系的基本原则。

分工负责，是指人民法院、人民检察院和公安机关在刑事诉讼中有不同的分工，分别履行法律赋予的职责，各司其职，各负其责。具体的职责分工规定在《刑事诉讼法》第3条中。三机关之间的职责，不能互相代替或由一个机关包办。

互相配合，是指公、检、法三机关在分工负责的基础上，要互相支持，互相协调，通力合作，共同完成刑事诉讼的任务，而不能互相扯皮，互相拆台，抵消力量。

互相制约，是指公、检、法三机关在刑事诉讼中，坚持原则，坚持严格执法，互相约束，互相监督，互相纠正错误。

分工负责，互相配合、互相制约是一个密切联系、不可分割的统一体。其中，分工负责是前提，只有坚持分工负责，才可能互相配合，互相制约。互相配合，互相制约是对立的两个方面，不能只强调一面而忽视另一面。

这项原则的理论根据是：第一，公、检、法三机关都是国家机器的重要组成部分，分工不同，根本任务是一致的；第二，制约原则是国家机构组成的基本原则，没有制约，就没有民主，就会导致专断和腐败；第三，侦审分工、控审分离这是刑事诉讼客观规律的表现，是刑事司法进步的必然要求。

分工负责、互相配合、互相制约具体体现在刑事诉讼法所规定的原则、规则、制度和程序之中，因此要贯彻这项原则，关键在于严格执行刑事诉讼法。

第七节 人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督

根据宪法规定，人民检察院是国家的法律监督机关，它有权对诉讼活动实行法律监督。《刑事诉讼法》第8条规定：“人民检察院依法对刑事诉讼活动进行法律监督。”这是修正后的刑事诉讼法新增加的一项原则。在此以前制定的民事诉讼法、行政诉讼法也已分别规定了人民检察院对民事诉讼、行政诉讼实行法律监督的原则。

这项原则首先是指人民检察院在刑事诉讼中不仅要进行办案活动，如侦查、提起公诉、支持公诉等，而且要对整个诉讼活动是否合法进行监督，即第一，要监督公安机关、人民法院和监狱等专门机关的刑事诉讼活动是否合法；第二，要监督诉讼参与人的诉讼活动是否合法。这里应当明确；检察机关的法律监督与公、检、法三机关之间的互相制约是既有联系又有区别的。区别在于：第一，制约是三机关之间的互相制约，而监督则是检察机关对其他专门机关的单方监督；第二，监督的对象不限于专门机关，而且包括所有的诉讼参与人。

其次，人民检察院对刑事诉讼的法律监督，必须依法进行。作为法律监督机关的人民检察院，应当是依法办案和依法监督的楷模，决不允许以枉法监督司法。

为了使人民检察院对刑事诉讼的法律监督有效地进行，能落到实处，刑事诉讼法作了一系列具体的规定。如根据《刑事诉讼法》第87条规定，人民检察院认为公安机关应当立案侦查而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。

加强人民检察院对刑事诉讼的法律监督，是保证刑事诉讼严格依法进行的重要措施，人民检察院应当切实履行法律监督的职责，公安机关、人民法院应当支持检察机关的法律监督工作。

第八节 使用本民族语言文字进行诉讼

根据《宪法》第 134 条的规定，《刑事诉讼法》第 9 条规定：“各民族公民都有使用本民族语言文字进行诉讼的权利，人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族杂居的地区，应当用当地通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件。”

这项原则的重大意义在于：第一，体现《宪法》总纲第 4 条规定的“中华人民共和国各民族一律平等”，“各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由”的精神，有利民族团结；第二，有利于保障当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利；第三，有利于保证公安司法机关顺利进行刑事诉讼，及时正确地处理案件；第四，有利于公安司法机关走群众路线，接受群众监督，并对群众进行法制宣传教育。

第九节 实行两审终审制

《刑事诉讼法》第 10 条规定：“人民法院审判案件，实行两审终审制。”两审终审制是指一个案件经过两级人民法院的审判而告终结，也就是说，地方各级人民法院审判第一审案件所作出的判决和裁定，在法定期限内有权的当事人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的，上一级人民法院应当对案件再进行审判，第二审人民法院作出的判决和裁定，是终审的判决、裁定，立即发生法律效力，交付执行。地方各级人民法院第一审的判决、裁定在期限内对其不上诉、抗诉，或者最高人民法院的第一审判决、裁定，即具有法律效力。实行二审终审制的意义在于保证上级法院有效地监督下级法院的审判工作，及时纠正下级法院裁判中的错误，保证案件的公正处理。

外国有的国家实行三审终审制，我国根据自己的实际情况，实行两审终审制，这主要基于以下几点考虑：第一，我国刑事诉讼比较重视审判前的程序，公诉案件经过侦查、审查起诉，再经过第一审、第二审，案件裁判的质量已经有保证；第二，我国刑事诉讼对死刑的第二审判决裁定，不属生效裁判，还必须经过特别的死刑复核程序，慎重地进行审查把关；第三，我国地域辽阔，经济尚不发达，如果实行三审终审，劳民伤财，困难很大。

第十节 审判公开

根据《宪法》第 125 条的规定，《刑事诉讼法》第 11 条规定：“人民法院审判案件，除本法另有规定的以外，一律公开进行。”审判公开是指人民法院审理案件和宣告判决都公开进行，允许公民到法庭旁听，允许新闻记者采访和报道。

为保证实行审判公开，要求凡是公开审理的案件，应当在开庭三日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点，以便群众能够到庭旁听，记者能到庭采访；定期宣判的案件，也应当先期公告。

根据我国《刑事诉讼法》第 152 条的规定，下列案件不公开审理：1. 有关国家秘密的案件，这是为了防止泄漏国家秘密，危害国家的利益。是否属于国家秘密根据保密法确认。2. 有关个人隐私的案件，如强奸案件，组织、强迫、引诱、容留妇女卖淫案件等。这是为了保护被害人或者其他人的名誉，同时也是为了防止对社会产生坏的影响。3. 未成年人犯罪的案件。14 岁以上不满 16 岁未成年人犯罪案件，一律不公开审理；16 岁以上不满 18 岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。这是为了保护未成年人的心理不受到过分损伤，也有利于审理正常进行。对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。不公开审理的案件，宣告判决一律公开进行。

审判公开原则是有十分重要的意义：是诉讼民主的重要表现，是诉讼公正的重要保证。人民法院只有通过公开审判，才能带动其他一些重要诉讼原则和制度的贯彻，才能在群众和社会的监督下，准确认定事实，正确适用法律，保证案件的公正处理；同时通过公开审判，才能更有效地起法制宣传教育作用。

第十一节 犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护

我国《宪法》第 125 条规定：“人民法院审理案件，……。被告人有权获得辩护。”《刑事诉讼法》第 11 条规定：“人民法院审判案件，……。被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。”以上规定均指人民法院审判案件而言，但作为刑事诉讼的基本原则，也应贯穿于侦查、审查起诉程序，因此，这项原则准确地说，应当是：犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护。对这项原则内容作以下几点阐述：

（1）辩护是指反驳控诉的活动，即针对控诉在事实上和法律上提出有利于犯罪嫌疑人、被告人的理由的活动。

（2）享有辩护权的主体是犯罪嫌疑人和被告人，原刑事诉讼法把受到刑事追诉的人均称为被告人，修正后的刑事诉讼法把侦查、审查起诉阶段的受追诉者称为犯罪嫌疑人，而把起诉到法院以后的受追诉者称为被告人。

（3）犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权有两种方式，一是自己行使；犯罪嫌疑人、被告人在任何诉讼阶段可以自己行使辩护权；二是请别人帮助行使。根据《刑事诉讼法》的有关规定，在侦查阶段犯罪嫌疑人可以聘请律师为其提供法律帮助。在审查起诉、审判阶段，犯罪嫌疑人、被告人可以聘请辩护人帮助自己进行辩护。

（4）刑事诉讼法明文规定，人民法院有义务保障被告人获得辩护。此精神也适用于公安机关和人民检察院。这项原则是诉讼民主的重要体现，司法人权保障的重要标志，也是形成科学诉讼结构的前提条件。只有确立和认真贯彻这项原则，才能保证查明案件事实真相、正确应用法律，客观公正地处理案件。

第十二节 实行陪审制度

《刑事诉讼法》第 13 条规定：“人民法院审判案件，依照本法实行人民陪审员陪审的制度。”人民陪审员是指从人民群众中产生的非专职的参加合议庭的审判人员。根据《刑事诉讼法》第 147 条的规定，各级人民法院审判第一审案件，可以由审判员或者由审判员和人民陪审员组成合议庭进行。人民陪审员在人民法院执行职务，同审判员有同等的权利。

实行陪审制是人民群众参与管理国家事务的一种具体途径和方式，是社会主义民主在审判工作中的一种体现。人民陪审员来自各行各业，当案件涉及到某些专门问题时，吸收这方面的专家作为人民陪审员参加合议庭，无疑有利于案件的正确审理和判决。人民陪审员通过参与法庭审判，可以发挥人民群众的监督作用，有利于防止各种不正之风和司法腐败。因此，我们应当切实实行陪审制度，进一步健全陪审制度，真正发挥人民陪审员在审判工作中的作用。

第十三节 未经人民法院依法判决不得确定有罪

《刑事诉讼法》第 12 条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”这是修正后的刑事诉讼法新确立的一项重要原则。

这项原则的含义有两个方面：首先，法律只赋予人民法院有对公民的定罪权，即对公民确定有罪的权力由人民法院统一行使。这是因为对公民定罪处刑，事关人权和国家社会利益，必须严肃对待，而法院是国家审判机关，理应由其确定。公安机关、人民检察院在侦查、审查起诉过程中，虽然根据证据和应用法律，认为被追诉的公民有罪并对其作出某种法定的处理决定，如采取强制措施、决定提起公诉等，但这不等于对他最后定罪，受追诉者在诉讼地位上仍是犯罪嫌疑人，而非犯罪人。其次，人民法院对公民定罪必须经过依法判决的程序，即要依法开庭审理，作出判决并发生法律效力。在法庭审理中或判决生效前受追诉者仍然是被告人，而非犯罪人。法院未经依法判决对公民定罪是非法的无效的。

与本原则规定相联系，修正后的刑事诉讼法取消了免予起诉制度。因为原刑事诉讼法规定的免予起诉，赋予人民检察院在审查起诉后有权作出有罪免予起诉的决定，使人民检察院具有确定有罪的权力。这就分割了人民法院的统一定罪权。

这项原则吸收了西方无罪推定原则的精神，使我国的刑事诉讼制度更加民主、更符合法治精神，进一步确认了人民法院的审判程序在刑事诉讼程序中的中心地位并保障人民法院通过依法审判，客观公正地对公民确定有罪。

第十四节 保障诉讼参与人的诉讼权利

《刑事诉讼法》第 14 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。”这是一项重要的刑事诉讼基本原则。

一、诉讼参与人的概念、范围

为了了解这项原则的含义，有必要先解释什么是诉讼参与人。根据《刑事诉讼法》第 82 条的规定，诉讼参与人是指参与刑事诉讼活动、享有一定诉讼权利、负有一定诉讼义务的除司法工作人员以外的人。也就是说，参与刑事诉讼活动中的人中，除了侦查、检察、审判、监管等工作人员以外，其他的人都是诉讼参与人。诉讼参与人分为当事人和其他诉讼参与人两大类。

（一）当事人

当事人，是指与案件的结局有切身利害关系、诉讼地位具有较大独立性、并处于对立关系的双方诉讼参与人。根据《刑事诉讼法》第 82 条第（2）项的规定，当事人包括：

1. 被害人（公诉案件的被害人）。被害人通常指遭受犯罪行为直接侵害的人，被害人在刑事诉讼中担任着不同的当事人角色，此处的被害人仅指公诉案件中的被害人。他与公诉机关一起执行着控诉的职能。原刑事诉讼法把公诉案件的被害人定位为一般诉讼参与人，修正后的刑事诉讼法则改定位为当事人，以加强对被害人权利的保护并更大地发挥被害人在诉讼中的作用。

2. 自诉人。指在自诉案件中直接向人民法院起诉，要求对被告人进行审判的人。自诉人通常是被害人，根据《刑事诉讼法》第 88 条的规定，被害人死亡、丧失行为能力或者无行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属可以作为自诉人向人民法院起诉。另外，在告诉才处理的自诉案件中，如果被害人因受强制、威吓而无法告诉的，被害人的近亲属也可以为被害人提起自诉。

3. 犯罪嫌疑人、被告人。犯罪嫌疑人是指公诉案件中因涉嫌犯罪被立案侦查和审查起诉的人。修正后的刑事诉讼法将其称谓从被告人改为犯罪嫌疑人，这样就更准确更符合法制精神。被告人是指因涉嫌犯罪而被人民检察院或自诉人起诉到人民法院的人。犯罪嫌疑人、被告人的诉讼地位是复杂的：

（1）是被追究刑事责任的对象，因而是可能被采取强制措施并可能被定罪处刑的人；（2）是享有一系列诉讼权利，特别是辩护权的诉讼主体；（3）是证据的来源。

4. 附带民事诉讼的原告人和被告人。附带民事诉讼的原告人，是指因被告人的犯罪行为而遭受物质损失，在刑事诉讼中提出赔偿要求的人。通常是被害人或自诉人，也可以是他们的法定代理人、近亲属。附带民事诉讼的被告人，是指对被告人的犯罪行为所造成的物质损失负有赔偿责任的人。通常是刑事被告人，也可以是对被告人的犯罪行为所造成的物质损失负有赔偿责任的其他公民或单位。

（二）其他诉讼参与人

其他诉讼参与人是指除当事人以外的参与诉讼活动的人。包括：法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员。其中法定代理人是指依照法律规定对被代理人负有保护责任的人，包括被代理人的父母、养父

母、监护人和负有保护责任的机关、团体的代表。诉讼代理人是指根据被代理人的委托而参加诉讼的人。包括公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属、自诉案件的自诉人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人和附带民事诉讼的当事人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人。

（三）单位诉讼参与人

单位诉讼参与人是指由公司、企业、事业单位、机关、团体充当的诉讼参与人。单位只能作为当事人，而不能作为法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员参与诉讼。下面重点阐述单位犯罪嫌疑人、被告人和单位被害人。

1. 单位犯罪嫌疑人、被告人。《刑法》第30条规定：“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”对于单位犯罪，采取以双罚制为主，单罚制为辅。即一般对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他责任人员判处刑罚，但个别情况依据法律规定对单位不判处罚金。

根据以上刑法规定，在刑事诉讼中相应地有单位犯罪嫌疑人、被告人。单位犯罪嫌疑人、被告人由单位委托的代表人参加诉讼，称为单位诉讼代表人。根据最高人民法院《解释》第208条的规定，单位诉讼代表人应当是单位的法定代表人或者主要负责人。如果上述人员被指控为单位犯罪直接负责的主管人员；应当由单位委托其他负责人作为诉讼代表人。单位犯罪嫌疑人、被告人在附带民事诉讼中也是单位被告。

2. 单位被害人。是指受犯罪直接侵害的单位。这包括公诉案件的单位被害人、自诉案件的单位自诉人以及附带民事诉讼中的单位原告。

二、保障诉讼参与人诉讼权利的内容和意义

1. 诉讼参与人根据其在诉讼中的地位和参与诉讼的需要，都依法享有一定的权利。其中当事人的权利更多一些。诉讼参与人的诉讼权利是公民权利在诉讼中的集中体现，是诉讼民主、文明的标志，又是正确办案的基本保障。因此人民法院、人民检察院和公安机关应当切实保障诉讼参与人行使自己享有的诉讼权利。

2. 未成年犯罪嫌疑人、被告人的心理尚不成熟，为确保他们的诉讼权利得到行使，刑事诉讼法要求：对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。

3. 诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。这是从法律上保护诉讼参与人的诉讼权利和人格不受侵犯。

第十五节 依照法定情形不予追究刑事责任

根据《刑事诉讼法》第 15 条的规定，这项原则是指在具有法定情形下，不追究刑事责任，已经追究的应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪。

第 15 条规定的不追究刑事责任的情形，有以下六种：

1. 情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪的。这是与《刑法》第 13 条关于犯罪的规定相一致的。

2. 犯罪已过追诉时效期限的。根据《刑法》第 87 条规定，犯罪经过一定期限不再追诉。

3. 经特赦令免除刑罚的。

4. 依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的。刑法规定告诉才处理的犯罪必须有被害人的告诉，否则不得追究刑事责任。

5. 犯罪嫌疑人、被告人死亡的。这是因为刑法实行的是罪责自负的原则。既然人已经死亡，即便犯罪，也失去追究刑事责任的对象了。

6. 其他法律规定免予追究刑事责任的。指除刑事诉讼法以外的刑法或其他法律规定免予追究刑事责任的情况。

具有以上六种不追究刑事责任情形的，在侦查阶段应当由侦查机关撤销案件；在审查起诉阶段应当由人民检察院不起诉；在审判阶段应当由人民法院终止审理，如果属于第一种情形的应当宣告无罪。

实行依法不追究刑事责任原则，可以保障国家追诉权得到准确行使，既有利于公安司法机关避免无效劳动，集中力量追究应当追究其刑事责任的人，提高办案效率；又可以防止和及时纠正对不应追究刑事责任的人进行错误追究，以维护其合法权益。

第十六节 追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法

《刑事诉讼法》第16条规定：“对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用本法的规定。对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。”此项原则包括以下两个方面：

1. 外国人包括具有外国国籍的人和无国籍的人以及国籍不明的人。外国人在中国领域内犯罪或者在中国领域外的中国船舶和中国航空器内犯罪，以及外国人在中国领域外对中国国家和公民犯罪，应当追究刑事责任的，由中国司法机关管辖，适用中国的刑法和刑事诉讼法。

2. 根据第六届全国人大常委会于1986年9月5日通过的《中华人民共和国外交特权与豁免条例》，享有外交特权和豁免权的外国人包括使馆的外交代表、与外交代表共同生活的配偶及未成年子女、使馆的行政技术人员和与其共同生活的配偶及未成年子女（不是在中国永久居留的），来中国访问的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身份的官员等。这些在中国领域内犯罪，不受逮捕、拘留，享有刑事管辖豁免权。对这些人如何处理，应当通过外交途径解决。如将其犯罪情况通报派遣国，建议将其召回依法处理；也可以由我国政府宣布其为不受欢迎的人，限期出境。

这项原则体现了我国是一个主权完整的国家，对在我国领域内犯罪的外国人有司法管辖权，同时我国又是一个尊重国际惯例的国家，对有外交特权和豁免权的外国人犯罪不行使刑罚权，这既可维护国家主权的尊严，又可维护国家之间的正常关系。

第十七节 实行刑事司法协助

《刑事诉讼法》第 17 条规定：“根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。”这是修正后的刑事诉讼法新增加的规定。

刑事司法协助是指我国司法机关与外国司法机关为顺利完成刑事诉讼任务而进行的互相协助。

随着我国改革开放的不断深入和扩大，涉外的刑事案件愈来愈多，我国司法机关与外国司法机关互相合作，协力办案的需要也与日俱增，因而从 1987 年开始，我国先后与十几个国家签订了含有刑事司法协助内容的条约。正是在这种背景下修正后的刑事诉讼法新规定了此项制度。

对于刑事司法协助制度，作以下几点解释：

1. 司法协助的主体是我国和外国的司法机关。我国的司法机关指的是法院和检察院，因而外国的司法机关也相对应的是指这两个机关。

2. 双方进行司法协助的法律根据，首先是我国与外国缔结的或者参加的国际条约。其次是互惠原则，也就是双方根据特定案件办理的需要，本着对等互惠的精神，商定进行某些司法协助活动。

3. 司法协助的内容，主要有第一，代为送达司法文书和其他与诉讼有关的文书；第二，代为调查取证，如相互代为询问证人、犯罪嫌疑人，相互委托试验、检查、鉴定、搜查和扣押，相互移交书证和物证等；第三，引渡犯罪嫌疑人。

第三章 管辖

第一节 管辖概述

我国刑事诉讼中的管辖是指公安机关、人民检察院、人民法院在直接受理刑事案件上的权限划分以及人民法院系统内部在审判第一审刑事案件上的权限划分。它要解决的有两个问题：一个是公、检、法在直接受理刑事案件上的分工问题；另一个是人民法院系统内部各级人民法院之间、普通人民法院与专门人民法院之间，以及专门人民法院之间在审判第一审刑事案件上的分工问题。刑事诉讼中的管辖除了解决人民法院系统内部第一审案件的权限划分外，还要解决公、检、法三机关之间直接受理刑事案件的职权划分问题，这与民事、行政诉讼不同。

依照法律规定，可以将我国的刑事诉讼管辖分为立案管辖和审判管辖；审判管辖又分为普通管辖和专门管辖；普通管辖进一步分为级别管辖、地区管辖和指定管辖。

我国刑事诉讼法划分管辖的依据和原则主要是：（1）有利于准确及时查明案件事实，保证案件质量，实现刑事诉讼法的任务；（2）结合公、检、法三机关的职权范围，充分发挥它们各自的职能作用；（3）便于诉讼参与人参加诉讼，减轻他们的负担，防止人力、财力的浪费；（4）坚持原则性和灵活性相结合。

明确管辖的意义在于：（1）有利于充分发挥公安司法机关各自的职能作用，充分调动司法工作人员处理刑事案件的积极性和主动性，增强其责任感；（2）有利于公、检、法三机关在刑事诉讼中互相配合、互相制约，防止互相扯皮，保证准确、及时地处理刑事案件；（3）有利于有关单位和公民按照管辖范围控告或者举报犯罪事实或者犯罪嫌疑人。

第二节 立案管辖

立案管辖又称为部门管辖或者职能管辖，是指公安机关、人民检察院和人民法院在直接受理刑事案件上的分工。

一、公安机关立案侦查的刑事案件

《刑事诉讼法》第18条第1款规定：“刑事案件的侦查由公安机关进行，法律另有规定的除外。”这里“法律另有规定的”是指：（1）依法由人民检察院直接立案侦查的案件；（2）依法由国家安全机关立案侦查的危害国家安全的案件；（3）依法由军队政治保卫部门立案侦查的案件；（4）依法由监狱机关侦查的罪犯在监狱内犯罪的案件。

公安机关是国家治安保卫机关，负责维护公共秩序，将绝大部分案件划归公安机关侦查，可以充分发挥其揭露和证实犯罪、保护人民、维护社会治安的职能作用。

二、人民检察院立案侦查的案件

《刑事诉讼法》第18条第2款规定：“贪污贿赂犯罪，国家工作人员的渎职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人民检察院决定，可以由人民检察院立案侦查。”《六机关规定》及最高人民检察院《规则》对此条规定进一步作了解释。据此，人民检察院直接立案侦查的刑事案件有以下几类：

1. 贪污贿赂犯罪。指刑法分则第八章规定的贪污贿赂犯罪和其他章节中明确规定按照刑法分则第八章贪污贿赂罪的规定处罚的犯罪，其范围包括刑法分则第八章规定的贪污罪、挪用公款罪、受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪、私分国有资产罪私分罚没财物罪。第163条第1款、第2款规定的公司、企业人员受贿罪，第184条第1款规定的公司、企业人员受贿罪和第164条规定的对公司、企业人员行贿罪，由公安机关管辖。

2. 国家工作人员的渎职犯罪。我国刑法分则第九章对渎职罪作了明确规定，刑法修改后将渎职罪主体范围限制为国家机关工作人员。渎职罪，包括滥用职权罪、玩忽职守罪、泄露国家机密罪、徇私枉法罪、枉法裁判罪、私放在押人员罪、徇私舞弊罪等。

3. 国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利和民主权利的犯罪。指非法拘禁罪、非法搜查罪、刑讯逼供罪、暴力取证罪、体罚、虐待被监管人罪、报复陷害罪和破坏选举罪等。

4. 其他由人民检察院直接受理的案件。必须具备以下条件：（1）是国家机关工作人员利用职权实施的；（2）是上述三类犯罪案件以外的重大的犯罪案件；（3）需要由人民检察院直接受理；（4）经过省级以上人民检察院批准。在具体程序上，基层人民检察院或者人民检察院分院，对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大犯罪案件，认为需要直接立案侦查时，应当层报至所属的省级人民检察院。省级人民检察院可以决定直接立案侦查，也可以决定下级人民检察院直接立案侦查。报请省级人民检察院决定立案侦查的案件，应当经检察委员会讨论决定，制作提请批准直接受理书，写明已经

查明的案件情况以及需要人民检察院立案侦查的理由，并附有关材料。省级人民检察院应当在收到提请批准直接受理书 10 日以内，由检察委员会讨论作出是否立案侦查的决定。

三、人民法院直接受理的刑事案件

《刑事诉讼法》第 18 条第 3 款规定：“自诉案件，由人民法院直接受理。”自诉案件是被害人及其法定代理人或者近亲属，为追究被告人的刑事责任，而直接向人民法院提起诉讼的案件。根据《刑事诉讼法》第 170 条的规定，自诉案件包括下列三类：

1. 告诉才处理的案件。告诉才处理的案件，是被害人或者其法定代理人提出控告，人民法院才受理的案件。对于告诉才处理的案件，如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。

2. 被害人有证据证明的轻微刑事案件。对于轻微刑事案件被害人没有证据证明时，人民法院应当移送公安机关立案侦查；被害人向公安机关控告的，公安机关应当受理。

3. 被害人有证据证明被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。在司法实践中，要求公安机关或者人民检察院已作出不予追究的书面决定。

在司法实践中，有时会出现管辖交叉的现象。依照《六机关规定》第 6 条规定，公安机关侦查刑事案件涉及人民检察院管辖的贪污贿赂案件时，应当将贪污贿赂案件移送人民检察院；人民检察院侦查贪污贿赂案件涉及公安机关管辖的刑事案件时，应当将属于公安机关管辖的刑事案件移送公安机关。在上述情况中，如果涉嫌主罪属于公安机关管辖，由公安机关为主侦查，人民检察院予以配合；如果涉嫌主罪属于人民检察院管辖，由人民检察院为主侦查，公安机关予以配合。

第三节 审判管辖

审判管辖是指各级人民法院之间、同级人民法院之间以及普通人民法院与专门人民法院之间在审判第一审刑事案件上的分工。根据《刑事诉讼法》的规定，我国刑事审判管辖分为级别管辖、地区管辖和专门管辖。

一、级别管辖

级别管辖是指法院系统内部各级人民法院之间在审判第一审刑事案件上的分工。划分级别管辖主要考虑以下因素：（1）案件的性质；（2）罪行的轻重和可能判决的刑罚；（3）案件涉及面和影响大小；（4）不同级别人民法院的状况和工作负担的平衡。

（一）基层人民法院管辖的第一审刑事案件

《刑事诉讼法》第19条规定：“基层人民法院管辖第一审普通刑事案件，但是依照本法由上级人民法院管辖的除外。”这一规定的实质是明确了绝大多数刑事案件都由基层人民法院作为第一审。这是因为基层人民法院是人民法院体系中的基层组织，数量最多，由基层人民法院进行第一审，便于人民法院办案和诉讼参与人参加诉讼活动。

（二）中级人民法院管辖的第一审刑事案件

《刑事诉讼法》第20条规定，中级人民法院管辖下列第一审刑事案件：（1）危害国家安全案件；（2）可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件；（3）外国人犯罪的刑事案件。

以上三类案件，一般都属于性质严重，案件重大复杂，影响面广或者处刑较重的案件，将这类案件交由中级人民法院管辖，可以更好地保证案件质量。

（三）高级人民法院管辖的第一审刑事案件

《刑事诉讼法》第21条规定：“高级人民法院管辖的第一审刑事案件，是全省（自治区、直辖市）性的重大刑事案件。”高级人民法院是地方各级人民法院中级别最高的人民法院，其负责对中级人民法院判决和裁定的上诉和抗诉案件的审理、复核死刑案件和核准死刑缓期二年执行的案件，以及对全省下级人民法院的审判工作实行监督和业务指导，总结交流审判经验。因此，由高级人民法院管辖的第一审案件不宜太多，只能是具有全省性影响、案情重大的刑事案件。

（四）最高人民法院管辖的第一审刑事案件

《刑事诉讼法》第22条规定：“最高人民法院管辖的第一审刑事案件，是全国性的重大刑事案件。”最高人民法院是国家最高审判机关，它既要审判对高级人民法院判决和裁定的上诉、抗诉案件和最高人民检察院依照审判监督程序提出的抗诉案件，核准死刑案件，又要监督地方各级人民法院的审判工作，并负责对审判过程中如何具体应用法律的问题进行司法解释。因此，由它管辖的第一审刑事案件只能是在国际、国内具有重大影响的全国性重大刑事案件。

在级别管辖上，可能会发现复杂、特殊的情况。对此，应作相应的处理：

1. 人民检察院认为可能判处无期徒刑、死刑而向中级人民法院提起公诉的普通刑事案件，中级人民法院受理后，认为不需要判处无期徒刑以上刑罚的，即应依法审理，不再交基层人民法院审理。

2. 基层人民法院对于受理的公诉案件，认为可能判处无期徒刑、死刑的，

由合议庭报经院长决定后，报请移送中级人民法院审判。中级人民法院对基层人民法院报请移送的案件，经审查后，按照下列情形分别处理：（1）认为不够判处无期徒刑、死刑的案件，决定不同意移送；（2）认为可能判处无期徒刑、死刑的案件，决定同意移送。

3. 一人犯数罪、共同犯罪和其他需要并案审理的案件，只要其中一人或一罪属于上级人民法院管辖的，全案由上级人民法院管辖。

《刑事诉讼法》第 23 条规定：“上级人民法院在必要的时候，可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件；下级人民法院认为案情重大、复杂需要由上级人民法院审判的第一审刑事案件，可以请求移送上级人民法院审判。”所谓“必要的时候”，包括该案件属于新型犯罪，下级人民法院缺乏审判经验，现有的业务水平难以保障案件的正确审理；下级人民法院审理某一具体案件时，受到来自外部的严重干扰，影响案件的公正审判等。上级人民法院认为有必要审理下级人民法院管辖的第一审刑事案件，应当向下级人民法院下达改变管辖决定书，并书面通知同级人民检察院、被告人的羁押场所和当事人。下级人民法院对自己管辖的案件请求上一级人民法院审理，只能是案情重大、复杂的案件，并且只有得到上一级人民法院同意后，才能移送。在具体程序上，需要请求移送上一级人民法院审判的，应当在案件审理期限届满 15 日以前书面请求移送。上级人民法院应当在接到移送申请 10 日以内作出决定。不同意移送的，向该下级人民法院下达不同意移送决定书，由该下级人民法院依法审判；同意移送的，向该下级人民法院下达同意移送决定书，并书面通知同级人民检察院，该下级人民法院应当通知同级人民检察院和当事人，并将全部案卷材料退回同级人民检察院。

根据《六机关规定》第 5 条规定，对于第一审刑事案件，依法应当由上级人民法院管辖的，不能指定下级人民法院管辖。

二、地区管辖

地区管辖是指同级人民法院之间在审理第一审刑事案件上的分工。地区管辖是在级别管辖的基础上划分的，级别管辖首先解决案件由哪一级人民法院管辖，地区管辖则在同级人民法院之间确定案件具体由哪一个人民法院进行审判。因此，只有解决了地区管辖，才能最终落实一个案件的管辖权。根据法律规定，确定地区管辖的原则有两个：

（一）犯罪地人民法院管辖为主，被告人居住地人民法院管辖为辅的原则

《刑事诉讼法》第 24 条规定：“刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。”据此规定，刑事案件一般应当由犯罪地人民法院管辖。所谓犯罪地，包括犯罪行为实施地、结果发生地、犯罪预备地和销赃地等。犯罪地在几个人民法院管辖区内的，这几个人民法院对该案件都有管辖权。规定刑事案件原则上由犯罪地的人民法院管辖，理由如下：（1）犯罪地是犯罪证据集中的地区，案件由犯罪地人民法院管辖，便于人民法院就地调查落实有关证据，正确、及时地审理案件；（2）犯罪地通常是被害人、证人等所在地方，由犯罪地人民法院审理，便于人民法院就地传唤和通知诉讼参与人出庭参加诉讼活动；（3）犯罪地的人民群众最关心本地发生的案件的处理，由犯罪地人民法院审判，便于当地群众旁听审判，平息民愤，也便于法制宣传。

被告人居住地包括被告人户籍所在地、经常居住地和学习工作所在地。

由被告人居住地人民法院审判更为适宜，一般是指：（1）被告人流窜作案，主要犯罪地难以确定，而居住地群众更了解案件情况；（2）被告人在居住地民愤极大，当地群众要求在居住地进行审判的；（3）可能对被告人适用缓刑或判处管制，而需要在被告人居住地进行监督考察和教育改造的。

（二）以最初受理的人民法院审判为主，主要犯罪地人民法院审判为辅的原则

《刑事诉讼法》第 25 条规定：“几个同级人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民法院审判。在必要的时候，可以移送主要犯罪地人民法院审判。”有些案件由于被告人的犯罪行为涉及几个不同的地区，这就形成了几个同级人民法院对同一案件都具有管辖权。遇到这种情况，原则上由最初受理的人民法院进行审判。这是因为，受理的人民法院对案件已经做了一定的工作，对案情已经有了一定程度的了解，由它审理有利于及时、顺利审结案件，同时也可以避免因互争管辖和互相推诿而延误审判的进行。但是，最初受理的人民法院在必要的时候，可以将案件移送主要犯罪地的人民法院审判。主要是考虑到被告人的主要罪行是对被告人定罪量刑的主要依据，有时由主要犯罪地的人民法院审判，更有利于全面查清犯罪事实，正确、及时地处理案件。主要犯罪地是指数个罪行中主要罪行的实施地，或者一种罪行中犯罪行为的主要实施地。

三、指定管辖

为了解决司法实践中可能存在的因管辖不明而引起的扯皮现象和有管辖权法院不宜行使管辖权的问题，《刑事诉讼法》第 26 条规定：“上级人民法院可以指定下级人民法院审判管辖不明的案件，也可以指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判。”实践中，两个以上同级人民法院对管辖权发生争议的，应当在审判权限内协商解决；协商不成的，由最初受理案件的人民法院报请争议各方共同的上级人民法院指定管辖。有管辖权的人民法院因案件涉及本院院长需要回避等原因，不宜行使管辖权的，可以请求上一级人民法院管辖。上一级人民法院也可以指定与提出请求的人民法院同级的其他人民法院管辖。上级人民法院指定管辖的，应当在开庭审判前将指定管辖决定书分别送达被指定管辖的人民法院及其他有关的人民法院。原受理案件的人民法院，在收到上级人民法院指定其他人民法院管辖决定书后，不再行使管辖权。对于公诉案件，应当书面通知提起公诉的人民检察院，并将全部案卷材料退回，同时书面通知当事人；对于自诉案件，应当将全部案卷材料移送被指定管辖的人民法院，并书面通知当事人。

四、专门管辖

专门管辖是指专门人民法院与普通人民法院之间、各种专门人民法院之间以及各专门人民法院系统内在第一审刑事案件受理范围上的分工。

专门人民法院是按专业部门的组织体系建立的法院。因为有些案件与专门业务有密切的联系，涉及专门性问题较多，交由普通人民法院审判有一定的困难和不便，因此法律规定由专门人民法院审判。我国已经建立的有刑事管辖权的专门法院有军事法院和铁路运输法院。

军事法院管辖的案件，主要是军人违反职责罪，同时也管辖现役军人的其他犯罪、在军队编制内服务的无军职人员的犯罪、普通公民危害和破坏国防军事的犯罪等。

有些刑事案件属军队和地方互涉的案件，对此，一般实行分别管辖。原

则上，地方人员犯罪的，由地方人民法院管辖；军人犯罪的，由军事法院管辖；军人和非军人共同犯罪，分别有军事法院和地方人民法院或者其他专门法院管辖；涉及国家军事秘密的，全案由军事法院管辖。根据最高人民法院《解释》第 21 条的规定，下列案件由地方人民法院管辖或者军事法院以外的其他专门法院管辖：（1）非军人、随军家属在部队营区内犯罪的；（2）军人在办理退役手续后犯罪的；（3）现役军人入伍前犯罪的（需与服役期间犯罪一并审判的除外）；（4）退役军人在服役期内犯罪的（犯军人违反职责罪除外）。

铁路运输法院管辖的案件是铁路系统公安机关负责侦破的刑事案件，主要有危害和破坏铁路运输和生产的案件，破坏铁路交通设施的案件，火车上发生的犯罪案件以及违反铁路规章制度造成重大事故或严重后果的案件。铁路运输法院与地方人民法院因管辖不明发生争议的，由地方人民法院管辖。

第四章 辩护和代理

第一节 辩护

一、辩护制度的概念和意义

辩护是指在刑事诉讼中，犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人针对指控进行反驳、申辩和辩解的诉讼行为。由法律规定的关于辩护权的内容，辩护权行使的程序、原则、方式、保障措施规则的总和，构成国家的辩护制度，它是围绕犯罪嫌疑人、被告人辩护权的行使而形成的一项诉讼制度。

辩护制度是刑事诉讼中一项十分重要的制度，它的作用表现在以下几方面：

1. 它有助于刑事诉讼中形成合理的诉讼结构。辩护制度的建立，是诉讼过程中被告方与控诉方拥有平等地位的基础，也是审判者相对中立的重要条件，充分体现了刑事程序的诉讼性质，对于保障诉讼公正是不可或缺的重要因素。

2. 它使犯罪嫌疑人、被告人能够积极参与诉讼，有机会反驳控诉方的指控，对证据提出质疑并申诉自己一方的理由。因此，辩护制度是犯罪嫌疑人、被告人保护自己合法权益的重要的保障。

3. 刑事辩护制度的存在，辩护人的介入，有助于督促司法工作人员依法办案，防止刑讯逼供等非法取证行为的发生。

4. 通过控、辩双方相互争辩，展露事实真相，可以抑制司法工作人员的主观随意性、纠正其主观片面性，从而确保刑事案件得到正确处理。

二、辩护的种类

根据我国《刑事诉讼法》第 32 条、第 34 条规定，我国辩护的种类有三种：

（一）自行辩护

自行辩护是指犯罪嫌疑人、被告人针对指控进行反驳、申辩和辩解的行为。这种辩护贯穿于整个刑事诉讼，无论是在侦查阶段，还是在审判阶段，犯罪嫌疑人、被告人都可以为自己辩护。自行辩护是犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权的重要方式。

（二）委托辩护

委托辩护是指犯罪嫌疑人或者被告人为维护其合法权益，依法委托律师或者其他公民协助其进行辩护。在刑事诉讼中，犯罪嫌疑人、被告人拥有获得辩护人帮助的权利，犯罪嫌疑人、被告人可以按照自己的意愿，选择特定的人为自己辩护。这类辩护又可以分以下几种情况：

1. 根据《刑事诉讼法》第 33 条的规定，自诉案件的被告人有权随时委托辩护人。人民法院自受理自诉案件之日起 3 日以内应当告知被告人有权委托辩护人。

2. 公诉案件的犯罪嫌疑人自案件移送至人民检察院审查起诉之日起，有权委托辩护人。对于人民检察院直接受理的案件，应当自人民检察院的刑事侦查部门将该案件移送审查起诉部门之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起 3 日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律帮助。

3.根据《刑事诉讼法》第 151 条规定，开庭前 10 天被告人未委托辩护人的，人民法院应当告知被告人可以委托辩护人。

依照法律，犯罪嫌疑人、被告人可以自己聘请律师，也可以委托其家属、法定代理人或者单位代为聘请。犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人的，可以由其法定代理人代为聘请律师。

（三）指定辩护

指定辩护是指司法机关为被告人指定辩护人以协助其行使辩护权，维护其合法权益。我国的指定辩护只适用于审判阶段，被指定的辩护人只能是律师。指定辩护包括以下情况：

1. 公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或其他原因没有委托辩护人的，人民法院可以指定承担法律援助义务的律师提供辩护。最高人民法院《解释》对“可以指定”辩护人的情况作了具体规定，包括：（1）符合当地政府规定的经济困难标准的；（2）本人确无经济来源，其家庭经济状况无法查明的；（3）本人确无经济来源，其家属经多次劝说仍不愿为其承担辩护费用的；（4）共同犯罪案件，其他被告人已委托辩护人的；（5）具有外国国籍的；（6）案件有重大社会影响的；（7）人民法院认为起诉意见和移送的证据材料可能影响正确定罪量刑的。指定的辩护人，应当是依法承担法律援助义务的律师。

2. 被告人是盲、聋、哑或者限制行为能力人，或者在开庭审理时不满 18 周岁的未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

3. 被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当为其指定承担法律援助义务的律师为其辩护。

根据最高人民法院《解释》，被告人坚持自己行使辩护权拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护的，人民法院应当准许，并记录在案。被告人是盲、聋、哑人、限制行为能力人、未成年人或可能判处死刑的人，拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护，有正当理由的，人民法院应当准许，但被告人需另行委托辩护人，或由人民法院另行指定辩护人。

三、辩护人的范围

根据《刑事诉讼法》第 32 条的规定，我国辩护人的范围是：

（一）律师

律师是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的人员。虽然取得律师资格但未取得执业证书并经注册登记的人，仍不得以律师身份接受委托。我国《律师法》第 13 条规定：“国家机关的现职工作人员不得兼任执业律师。”“律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员期间，不得执业。”该法第 36 条规定：“曾任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后两年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人。”

律师辩护具有很多优越性：（1）律师有广泛的权利，便于全面、具体地了解案情，从而为正确有效地进行辩护提供事实基础；（2）律师有法律知识和辩护经验，能有效地依法进行辩护；（3）律师有组织纪律保障，一般能尽职尽责；（4）律师对于某些重大疑难案件，可以在所在律师事务所进行研究、讨论，常常能弥补律师个人学识方面的不足，有利于提高辩护质量。

（二）人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人

这里的人民团体，指工会、妇联、共青团、学联等群众性团体。犯罪嫌

疑人、被告人可以向上述团体要求提供法律帮助，由这些团体推荐合适人选为其辩护。如犯罪嫌疑人、被告人隶属于某工作单位，则可由所在单位推荐熟悉法律、有辩护能力的人提供辩护。

（三）犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友

犯罪嫌疑人、被告人是未成年人的，其父母是未成年人的监护人。其父母已经死亡或者没有监护能力的，其祖父母、外祖父母、兄、姐或者关系密切的其他亲友可以依法成为监护人。犯罪嫌疑人、被告人为精神病人的，其配偶、父母、成年子女、其他近亲属或关系密切的亲友可能成为监护人。“亲友”是犯罪嫌疑人、被告人的亲属和关系较密切的朋友。此类辩护人由于了解犯罪嫌疑人、被告人，能较好地维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

但是，并不是所有公民都能担任辩护人。《刑事诉讼法》第 32 条规定：“正在被执行刑罚或者依法被剥夺、限制人身自由的人，不得担任辩护人。”正在被执行刑罚包括正在被执行徒刑和附加刑。即使在主刑执行完毕后，仍在被执行剥夺政治权利的人，也不能担任辩护人。其他被依法剥夺、限制人身自由的人包括被公安司法机关采取了逮捕、拘留、取保候审、监视居住等并正被执行的人。根据最高人民法院《解释》第 33 条规定，下列人员也不得被委托担任辩护人：（1）无行为能力或者限制行为能力的人；（2）与本案审理结果有利害关系的人；（3）人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职人员；（4）人民法院的陪审员；（5）外国人或者无国籍人。但第三、四、五项的人员，如果是犯罪嫌疑人、被告人的近亲属或者监护人，由犯罪嫌疑人、被告人委托担任辩护人的，人民检察院、人民法院可以准许。

依照《刑事诉讼法》第 32 条的规定，犯罪嫌疑人、被告人可以委托 1 至 2 人作为辩护人。由于犯罪嫌疑人、被告人之间存在着利害冲突，一名律师不得同时接受两个或两个以上的犯罪嫌疑人、被告人的委托，作他们的共同辩护人。

四、辩护人在刑事诉讼中的地位和责任

辩护人是刑事诉讼中具有独立诉讼地位的诉讼参与人，是犯罪嫌疑人、被告人合法权益的专门维护者。他既不受公诉人意见的左右，也不受犯罪嫌疑人、被告人无理要求的约束，不是犯罪嫌疑人、被告人的代言人。同时，辩护人与出庭的公诉人在诉讼地位上是平等的，辩论发言时应采取对等原则。

《刑事诉讼法》第 35 条规定：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”维护犯罪嫌疑人、被告人的正当权益是刑事辩护的宗旨。辩护人必须坚持使用法律允许的一切手段、方法和法律知识，尽可能地把犯罪嫌疑人、被告人的正当权益反映在诉讼中。辩护人所负有的直接责任要求辩护人充当犯罪嫌疑人、被告人的保护者，而不是控诉者。辩护人所负有一般责任是对刑事司法进行协助的责任，辩护人应当担负不得妨碍查明案件事实真相的义务，辩护人帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供、威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证，致使公安司法机关作出错误的决定，是绝对不允许的。辩护人妨害司法构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

五、辩护人的权利和义务

为了保证辩护人能充分履行其职责，完成辩护任务，法律明确规定了辩护人的权利和义务。

（一）辩护人的权利

根据我国刑事诉讼法的规定，辩护人主要有以下权利：

1. 在侦查阶段，受委托的律师可以会见在押的犯罪嫌疑人，为犯罪嫌疑人提供法律帮助，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况，向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名。辩护律师自案件审查起诉之日起，可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。

2. 有要求公安司法机关对被采取强制措施超过法定期限的犯罪嫌疑人、被告人解除或者变更强制措施的权利。

3. 辩护律师自案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料；自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实材料。其他辩护人经人民检察院或者人民法院许可，也拥有上述权利。

4. 辩护律师经证人或者其他有关单位和个人的同意，可以向他们收集与本案有关的材料。辩护律师经人民检察院或人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人的同意，可以向他们收集与本案有关的材料。其他辩护人没有这些权利。

5. 辩护律师可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。法庭审理中，辩护人有权申请通知新的证人到庭、调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。

6. 人民法院决定开庭审判后，应当至迟在开庭 3 日以前向辩护人送达通知书。

7. 发表意见权。在审查起诉阶段，人民检察院审查案件，应当听取辩护人的意见；在法庭审理中，辩护人可以就证据和案件情况发表意见。

8. 在法庭审理中，辩护人经审判长许可，可以对证人、鉴定人发问。

9. 辩护人有权向法庭出示物证，当庭宣读未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书。

10. 法庭审理中经审判长许可，辩护人可与公诉人、被害人等相互辩论。

11. 代理申诉权。对人民检察院作出的不起诉决定不服，辩护人可以代向人民检察院申诉。被告人对生效判决不服，辩护人可以代理被告人向人民法院或人民检察院提出申诉。

12. 辩护人经被告人同意，可以对第一审未生效的判决提出上诉。

13. 依法执行职务受法律保护，任何单位、个人不得非法干涉。我国律师法规定：“律师担任诉讼代理人或者辩护人的，其辩论或者辩护的权利应当依法保障。”“律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。”

14. 拒绝辩护权。《律师法》第 29 条第 2 款规定：“律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理，但委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。”

（二）辩护人的义务

《刑事诉讼法》第 38 条规定：“辩护律师和其他辩护人，不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。”违反上述义

务应当依法追究辩护人的责任。我国《刑法》第 306 条规定：“在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。”我国律师法也对辩护律师在执业活动中的义务作了规定，包括：（1）不得私自接受委托，私自向委托人收取费用和财物；（2）律师担任刑事辩护人的，应当维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护；（3）保密义务。律师应当保守在职业活动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私；（4）忠实于事实真相，律师在执业活动中不得提供虚假证据，隐瞒事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据；（5）律师在执业活动中，应当遵守有关规定，不得扰乱法庭秩序，干扰诉讼活动的正常进行；（6）正当执业义务。律师不得违反规定会见法官、检察官，影响案件的公正进行；律师不得向法官、检察官请客送礼或者行贿，或者指使、诱导当事人行贿。以上义务尽管是律师法针对辩护律师规定的，其他辩护人在刑事诉讼中实际上也应履行上述义务。

第二节 刑事代理

一、刑事代理的概念

由于代理权产生的根据不同，刑事诉讼中的代理分为法定代理和委托代理。法定代理是基于法律规定而产生的代理，依照我国法律规定，法定代理人包括被代理人的父母、养父母、监护人和负有保护责任的机关、团体的代表。委托代理是基于被代理人的授权行为而产生的代理。本节只阐述刑事诉讼中的委托代理。所谓委托代理是刑事自诉案件的自诉人及其法定代理人，公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，委托他人担任代理人参加诉讼活动，并以委托人名义为意思表示或受意思表示，其法律后果由被代理人承担的诉讼行为。这种根据被代理人的委托而参加诉讼的人，称为诉讼代理人。

根据《刑事诉讼法》第41条的规定，下列人员可以被委托为诉讼代理人：（1）律师；（2）人民团体或者被代理人所在单位推荐的人；（3）被代理人的监护人、亲友。被代理人有权委托1至2人为诉讼代理人。诉讼代理人的责任是根据事实和法律，维护被代理人的合法权益。

刑事辩护与刑事代理的区别表现在：（1）对象不同。刑事辩护是针对公诉案件和自诉案件的犯罪嫌疑人、被告人而设立的；刑事代理则是针对自诉人、被害人、附带民事诉讼的当事人而设立的；（2）辩护人与诉讼代理人进入诉讼的方式有所不同。辩护人除了因犯罪嫌疑人、被告人委托进入诉讼之外，还包括通过法院指定而进入诉讼；诉讼代理人进入诉讼是受被代理人委托；（3）辩护人与诉讼代理人在诉讼中的地位有较大的差别。辩护人在刑事诉讼中具有独立的诉讼地位，既不受犯罪嫌疑人、被告人意见的左右，也不受人民法院、人民检察院和其他机关、团体或者个人的干涉。而诉讼代理人必须在委托人依法授权的范围内活动，因为诉讼代理人的行为不仅与委托人的行为具有同等的法律效力，而且所产生的法律后果要由委托人全部承担。特别是涉及到实体权益，需要行使哪些权利，放弃哪些权利；承担和变更哪些要求，是否接受和解、撤诉，是否提起反诉或上诉等实质性权利，都必须取得明确的授权，否则将会造成越权而导致其代理行为无效。

根据被代理人的不同，刑事代理可分为刑事自诉案件的代理、公诉案件中被害人的代理和刑事附带民事诉讼的代理。

二、刑事自诉案件的代理

《刑事诉讼法》第40条规定，自诉案件的自诉人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。人民法院自受理自诉案件之日起3日以内，应当告知自诉人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。这里，法定代理人委托诉讼代理人，不是为自己委托诉讼代理人，而是为自诉人委托诉讼代理人。

自诉人应与诉讼代理人签订委托协议书，载明代理事项、代理权限、代理期间等重大事项。代理权限中应特别注明代理人有无和解权、撤诉权，如没有特别写明的，应视为诉讼代理人无上述权利。诉讼代理人应向人民法院提交由被代理人签名或者盖章的委托协议书。

自诉人的诉讼代理人执行的是控诉职能，他的活动旨在帮助自诉人依法追究被告人的刑事责任。如果自诉案件属于告诉才处理的案件和被害人有权证明的轻微刑事案件，法院处理时可以采取调解方式解决，诉讼代理人可以代理自诉人参加调解活动，配合人民法院做好调解工作。

依照法律规定，自诉人在判决宣告前可以和被告人自行和解或者撤回自诉。诉讼代理人应当在不损害委托人合法权益的前提下促成双方当事人和解或者帮助自诉人撤回自诉。

在诉讼过程中，被告人可以反诉。因此，诉讼代理人要注意被告人是否有提出反诉的可能性，并且做好受委托进行辩护的准备。如果对方反诉，诉讼代理人就要协助委托人行使辩护职能。

三、公诉案件中被害人的代理

《刑事诉讼法》第 40 条规定，公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起 3 日以内，应当告知被害人及其法定代理人或者其近亲属有权委托诉讼代理人。

公诉案件被害人的诉讼代理人执行的是控诉职能。在审查起诉阶段，律师担任诉讼代理人的，经人民检察院许可，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料；可以申请人民检察院向被害人提供的证人或者其他有关单位和个人收集、调取证据；人民检察院决定不起诉的案件，被害人如果不服，诉讼代理人有权在被害人收到不起诉决定书后的 7 日以内，代其向人民检察院提出申诉，也可以经被害人授权代被害人向人民法院提起自诉。在审判阶段，被害人的诉讼代理人与被告人的辩护人享有大体相同的权利。律师担任诉讼代理人的，可以查阅、摘抄、复制与本案有关的材料，了解案情；其他诉讼代理人经人民法院准许，也可以查阅、摘抄、复制本案有关材料，了解案情。律师担任诉讼代理人的，可以向证人或者其他有关单位和个人收集、调取与本案有关的材料，在证人、有关单位和个人不同意时，诉讼代理人可以向人民法院提出申请。人民法院认为有必要时，应当同意并签发准许调查决定书。在法庭审理中，诉讼代理人经审判长同意，可以向被告人、证人发问，可以参加法庭辩论等。

四、刑事附带民事诉讼的代理

附带民事诉讼的代理实质上是民事代理。《刑事诉讼法》第 40 条规定，公诉案件附带民事诉讼的当事人，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。自诉案件附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权随时委托诉讼代理人。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起 3 日以内，应当告知附带民事诉讼当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。人民法院自受理自诉案件之日起 3 日以内应当告知附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。

在刑事附带民事诉讼中，原告和被告都有权委托诉讼代理人。在一般情况下，原告一方的诉讼代理人由公诉案件被害人和自诉案件自诉人的诉讼代理人兼任；被告一方的诉讼代理人由刑事被告人的辩护人兼任。

刑事附带民事诉讼的当事人委托诉讼代理人，当事人要向诉讼代理人委托授权。如果特别代理，就要特别授权，如诉讼代理人代为承认、放弃或者变更诉讼请求、进行和解等，要在委托协议书中注明。附带民事诉讼当事人的诉讼代理人应当向人民法院提交由被代理人签名或者盖章的授权委托书。

第五章 证据

第一节 刑事证据的概念和意义

一、刑事证据的概念

我国《刑事诉讼法》第 42 条规定：“证明案件真实情况的一切事实，都是证据。证据有下列七种：（一）物证、书证；（二）证人证言；（三）被害人陈述；（四）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；（五）鉴定结论；（六）勘验、检查笔录；（七）视听资料。”这是立法对刑事诉讼证据所下的定义。对此可以从以下几个方面进行理解，从内容方面看，证据本身是一定的事实，这种事实是客观存在的；从证明关系上看，证据是证明案件事实的根据，是认定案件事实的手段；从形式方面看，证据必须符合法律规定的七种表现形式。刑事证据是事实内容与表现形式之间的统一。据此，我国刑事诉讼中的证据，是指以法律规定的形式表现出来的能够证明案件真实情况的一切事实。

在理解刑事证据的概念时，需要注意的是法律条文中使用“证据”一词有时涵义并不相同。例如，物证、书证、证人证言等各种类的“证据”，在未经查证属实之前，仅仅是证据资料，这些证据资料有可能真实，也可能不真实，需要经过审查判断才能确定。因此，《刑事诉讼法》第 42 条第 3 款规定：“以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。”经过查证属实，符合法律规定的表现形式，具有能够证明案件真实情况的事实内容的，才是真证据。如果证据资料经查证不实，那就仅有证据之名，不具证据之实，不是真正的证据，而是假证据。

二、证据的基本特征

根据刑事证据的定义，刑事证据具有以下基本的特征和属性：

（一）客观性

证据的客观性，是指证据是客观外界存在的事实，不是主观想象、猜测和捏造的事物。任何犯罪，都是在一定的时间、地点进行的，必然遗留各种痕迹，或者在进行犯罪活动时为人们所目睹、感受。这些可以作为证据的客观事实，是不依赖于办案人员的意识而客观存在的。办案人员只有收集、利用这些事实作为证据，而不能改变歪曲这些事实。

（二）关联性

关联性也称为相关性，是指证据必须与案件事实有实质性联系，从而对案件事实有证明作用。关联性是证据的一种客观属性，即证据事实同案件事实之间的联系是客观联系而不是办案人员的主观想象和强加的联系，它是案件事实作用于客观外界以及有关人员的主观所产生的。证据与案件事实相关联的形式是多种多样的，包括直接关联和间接关联、必然关联与偶然关联，肯定性关联与否定性关联，等等。关联性使证据对查明案件事实，确定当事人是否犯罪、犯罪情节轻重具有证明力。

（三）合法性

合法性是指证据的形式、收集、出示和查证，都由法律予以规范和调整，作为定案根据的证据，必须为法律所容许。在我国刑事诉讼中，规范和调整证据的法律规范，主要包括以下内容：

1. 证据应当由法定人员依法定程序收集。我国《刑事诉讼法》第 43 条规

定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人，被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”第37条规定，辩护律师向被害人收集与本案有关的材料，要经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人同意，等等。刑事诉讼法具体规定了讯问嫌疑人、被告人和询问证人以及勘验、检查、搜查、扣押物证、书证、侦查实验等侦查取证行为的程序，收集证据应当符合这些法定程序。最高人民法院《解释》第61条规定：“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的根据。”最高人民检察院《规则》第265条也规定，以刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的根据。据此，确系以刑讯等非法手段收集的上述证据，应当予以排除。

2. 证据必须具有法定形式、具有合法的来源。刑事诉讼法规定证据有七种形式。法律之所以要对证据的表现形式作明确规定，是为了保障证据的实质内容的客观性。不属于这些法定证据形式的，不得采纳为证据。为保证证据形式的合法性，证据来源必须合法。例如，证人证言必须出自合格的证人；犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解必须由犯罪嫌疑人、被告人本人作出；讯问笔录应当由犯罪嫌疑人、被告人签名或者盖章；对精神病的鉴定必须由省级人民政府指定的医院进行；等等。

3. 证据必须经法定程序查证属实。依照法律，证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方询问、质证；物证必须当庭出示，让当事人辨认；未到庭的证人的证言笔录、鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读，听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。

刑事证据的三个特征，是紧密联系，缺一不可的。

三、刑事证据的意义

刑事证据在进行刑事诉讼活动、完成刑事诉讼任务中所起的重要作用，体现在以下几方面：（1）证据是查明案情的唯一手段，离开证据，要想查明案情是根本不可能的；（2）证据是正确定罪量刑必备的前提；（3）证据是进行刑事诉讼活动的依据，刑事诉讼的全部过程，从某种意义上讲，就是运用证据的过程。离开证据，整个刑事诉讼活动就无法进行；（4）正确收集和运用证据，可以起到促使犯罪分子认罪伏法、接受改造的作用；（5）只有坚持全面收集运用证据，把对刑事案件的处理建立在切实可靠的证据上，才能避免使无罪的人错误地受到刑事追究，避免冤假错案的发生；（6）证据是进行社会主义法制教育的工具。

第二节 刑事诉讼证明

刑事诉讼中的证明通常是指公安司法机关在刑事诉讼中运用证据认定案件事实的活动。从广义上理解，刑事诉讼证明还包括当事人和其他诉讼参与人依法提供证据、运用证据证明自己诉讼主张的活动。

一、证明对象

证明对象，是指诉讼中需要运用证据加以证明的问题。刑事诉讼中所要解决的中心问题是犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题，确定刑事诉讼中的证明对象及其范围，必须以此为出发点。根据法律的规定和司法实践经验，刑事诉讼证明对象包括以下几方面：

（一）有关犯罪构成要件的事实

即犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的事实，就是刑事诉讼的主要证明对象。具体是指：（1）犯罪事实是否发生；（2）犯罪是否为犯罪嫌疑人、被告人所为；（3）犯罪行为的实施过程，包括犯罪的时间、地点、手段、方法等；（4）犯罪造成的危害后果，包括危害后果与犯罪行为之间有无因果关系；（5）被告人是否达到刑事责任年龄、有无刑事责任能力；（6）被告人犯罪的主观罪过，包括故意和过失，以及犯罪的动机和目的；（7）应否追究刑事责任。

刑事诉讼的任务是在准确及时惩罚犯罪的同时，保障无罪的人不受刑事追究。因此，在查明犯罪构成要件的事实时，要注意那些排除行为违法性、可罚性和行为人刑事责任的事实。包括：（1）排除行为人刑事责任的事实，如犯罪情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪；行为人未达到刑事责任年龄而无刑事责任能力，或行为人因精神病正处在不能辨别、控制自己的行为而依法不负刑事责任的时期；（2）排除行为违法性的事实，如正当防卫和紧急避险行为，虽然造成一定危害后果，但其性质是为了保护国家、集体和公民个人的合法利益，从根本上排除了违法性；（3）排除行为可罚性的事实，这是《刑事诉讼法》第15条规定的几种情况，如犯罪已过追诉时效期限的，经特赦令免除刑罚的，被告人死亡的等事实。

（二）作为从重、从轻、减轻、免除刑事处罚理由的事实

包括：法定从重处罚的事实，如主犯，国家工作人员利用职务上的便利等。作为应当或者可以从轻、减轻或者免除处罚理由的事实，刑法也有明确规定，如不满18岁的人犯罪的；犯罪未遂的；犯罪中止的；从犯、胁从犯；犯罪后自首的；等等。

（三）犯罪嫌疑人、被告人的个人情况和犯罪后的表现

犯罪嫌疑人、被告人的个人情况，包括姓名、性别、年龄、籍贯、家庭出身、本人成分、文化程度、民族、职业、住址、工作经历、是否受过刑事处罚和其他处分、政治面貌、一贯表现等。在犯罪嫌疑人、被告人的个人情况中，有些属于犯罪构成要件中与犯罪主体有关的事实，像年龄、职业等，例如不满14岁不负刑事责任；不是国家机关工作人员不构成渎职罪等。在刑事诉讼中查明犯罪嫌疑人、被告人个人情况及其犯罪后的表现，同样有重要意义，主要体现在：（1）可以准确确定真正的犯罪人，防止出现张冠李戴的情况，避免错案；（2）犯罪嫌疑人、被告人个人情况中，除属于犯罪构成必备要件方面的事实外，还有一些与正确量刑有关系，如犯罪时不满18岁的人，不适用死刑；怀孕的女性罪犯，不适用死刑等。（3）查明犯罪嫌疑人、

被告人犯罪后的表现和态度，如是否有自首、坦白或检举立功等悔改表现，或者是否有逃跑、串供、毁灭证据、拒不供认犯罪等情况，可借以判断其主观恶性程度、社会危害性的大小和教育改造的难易，量刑时予以综合考虑。

除了上述实体法方面的事实外，刑事诉讼中需要查明的还有程序方面的事实，即对解决诉讼程序问题具有法律意义的事实。主要包括：关于回避的事实；关于耽误诉讼期限是否有不能抗拒的原因和其他正当理由的事实；影响采取某种强制措施的事实；违反法定程序的事实；等等。此外在上述关于犯罪嫌疑人、被告人的个人情况中，有些对诉讼程序的正常进行具有意义。例如，犯罪嫌疑人、被告人是少数民族时，要使用本民族语言文字进行诉讼，或者为他提供翻译；犯罪嫌疑人、被告人是未成年人，讯问时依法可以通知其法定代理人到场，应当或可以不公开审理，需要为其指定辩护人。查明犯罪嫌疑人、被告人的工作单位和现在住址，对于采取强制措施和确定审判管辖，有时也有重要作用。

二、证明责任和举证责任

在我国，证明责任是指公安司法机关应当收集证据、提供证据证明案件事实的责任；举证责任有两种情况：一是指控诉主体和辩护主体在审判阶段负有向人民法院提出证据证明自己主张的义务；二是指当事人承担的向公安机关、人民检察院、人民法院提出证据证明自己主张的义务。关于是否区分证明责任和举证责任，以及它们的承担，我国刑法学界有不同认识。

（一）公诉案件证明责任与举证责任的承担

在公诉案件中，证明责任由公安司法机关承担。《刑事诉讼法》第 43 条明确规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”人民法院、人民检察院、公安机关在刑事诉讼中分别代表国家行使审判权、检察权和侦查权，收集证据、揭露犯罪、证实犯罪，是法律赋予他们的职责。

根据《刑事诉讼法》的规定，公安机关需要逮捕犯罪嫌疑人、被告人时，应当向人民检察院提供证据证明有犯罪事实。公安机关侦查终结，将案件移送人民检察院审查起诉时，必须就所认定的犯罪事实提供确实、充分的证据。人民检察院审查以后，认为事实不清、证据不足的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。人民检察院决定提起公诉，必须做到犯罪事实已经清楚，证据确实、充分。人民法院对被告人定罪判刑，必须建立在犯罪事实清楚，证据确实、充分的基础上。第一审法院的未生效判决如果证据不足，将由第二审法院予以撤销或改判。即使是生效判决，如果发现证据不足，也须按照审判监督程序对案件进行再审。

为了准确查明案情，切实保障无罪的人不受刑事追究，法律规定公安司法机关不仅有责任收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪、罪重的证据，而且有责任收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据。对于犯罪嫌疑人、被告人所作出的辩解和提供的线索，也有责任予以查清。

在公诉案件的法庭审判阶段，公诉人负举证责任，应当向法庭提出证据。如果公诉人不举证，或者提出的证据达不到法律要求的确实、充分的程度，法庭将作出无罪判决。

在公诉案件中，犯罪嫌疑人、被告人不承担证明责任，一般也不承担举证责任。不能因为犯罪嫌疑人、被告人不能证明自己无罪便据此得出犯罪嫌疑人、被告人有罪的结论。但是，依照法律，对于侦查人员的提问，犯罪嫌

疑人应当如实回答。据此，在我国，犯罪嫌疑人、被告人不享有沉默权。

作为犯罪嫌疑人、被告人不负举证责任的例外，是“巨额财产来源不明”的案件。我国《刑法》第395条规定，国家工作人员的财产和支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源，本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论。根据上述规定，对于此类案件，首先承担证明责任的仍是司法机关，当司法机关收集到足够证据证明某国家工作人员的财产和支出明显超出合法收入且差额巨大时，举证责任即转移到犯罪嫌疑人身上，他必须说明差额部分的来源是合法的，如果不能说明，差额部分以非法所得论。

（二）自诉案件证明责任和举证责任的承担

自诉案件中证明责任和举证责任的承担与公诉案件有所不同。根据《刑事诉讼法》第170条、第171条的规定，在自诉案件中，自诉人负有举证责任。自诉人向人民法院提出控诉时，必须提供证据。人民法院认为缺乏罪证，而自诉人又提不出补充证据时，人民法院应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回。在法庭审理过程中，审判人员对证据有疑问时，与公诉案件一样，可以休庭对证据进行调查核实，可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。从此以上讲，法院负有证明责任。

自诉案件中的被告人同样不负证明责任和举证责任。如果被告人在诉讼过程中提起反诉，他在反诉中便成为自诉人，对反诉就负举证责任，必须提供证据来证明反诉的主张和事实。

三、证明要求

（一）证明要求的概念和内容

刑事诉讼中的证明要求是指法律规定的运用证据证明案件事实所要达到的程度。我国刑事诉讼法规定，人民检察院对犯罪嫌疑人提起公诉，人民法院对于被告人作出有罪判决，必须犯罪事实清楚，证据确实充分。所谓犯罪事实清楚，是指与定罪量刑有关的事实和情节，都必须查清。至于那些不影响对被告人定罪量刑的细枝末节，则无必要都查清。所谓证据确实、充分，是对作为定案根据的证据质和量总的要求。犯罪事实清楚，证据确实、充分的证明要求，具体是指达到以下标准：（1）据已定案的每个证据都必须查证属实；（2）每个证据必须和待查证的犯罪事实之间存在客观联系；（3）属于犯罪构成各要件的事实均有相应的证据加以证明；（4）所有证据在总体上已足以对所要证明的案件事实得出确定无疑的结论，并排除了其他一切可能性。

犯罪事实清楚，证据确实充分，是对认定有罪的证明要求，不是在诉讼一开始就能达到的。在刑事诉讼的各个阶段，对于不同的诉讼行为，证明的具体要求有所不同。例如，在刑事案件立案时，只要求确定有犯罪事实并且需要追究刑事责任。逮捕犯罪嫌疑人时，要求有证据证明有犯罪事实。自诉案件被害人直接向法院起诉时，要求犯罪事实清楚，有足够证据，否则不予受理。当侦查终结后，无论是人民检察院提起公诉，还是人民法院作出有罪判决，都必须符合犯罪事实清楚，证据确实充分的证明要求。这说明随着诉讼活动的进行，办案人员对案件事实的认识不断深化，法律对证明的要求也相应提高，直至达到定案时的最高标准。

（二）疑难案件的处理

在司法实践中，有时由于条件的限制或其他主、客观原因，有些案件不

能查得水落石出，因而形成处断难明的疑难案件。根据我国刑事诉讼法的规定，在审查起诉阶段，经过两次补充侦查，人民检察院仍然认为证据不足、不符合起诉条件的，可以作出不予起诉的决定。在审判阶段，经法庭审理对证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足，指控的犯罪不能成立的无罪判决。就是说，对于疑难案件采取从无的原则。

第三节 刑事证据的种类

证据种类，是指表现证据事实内容的各种外部形式。又称证据事实的来源或证据资料。根据我国刑事诉讼法的规定，证据分为下列七种：

一、物证、书证

（一）物证

物证是指以其外部特征、存在场所和物质属性证明案件事实的实物和痕迹。物证包括实物和痕迹两类。前者指与案件事实有联系的客观实在物，如作案工具、赃款赃物等；后者包括两个物体相互作用所产生的印痕和物体运动时所产生的轨迹，如脚印、指纹等。物证是多种多样的，常见的有：（1）实施犯罪的工具。如杀人、伤人的刀枪，盗窃用的螺丝刀、钥匙，爆炸用的炸药，纵火用的引火物等。（2）犯罪过程中留下的实物和痕迹。如犯罪分子遗留在犯罪现场的衣物、烟头、钮扣和遗留在犯罪现场的指纹、足迹，杀人、伤人的血迹，盗窃案件中的撬压痕迹等。（3）犯罪行为侵犯的对象。如经济犯罪中的赃款、赃物，杀人案件中的尸体，被破坏的机器设备等。（4）犯罪行为产生的物品。如非法制造的枪支、弹药，非法出版的出版物，伪造的货币等。（5）其他可能揭露犯罪和查获犯罪嫌疑人的实物和痕迹。

物证是刑事诉讼中广泛使用的一种证据，具有较强的客观性、稳定性。物证可以为侦查人员提供线索，确定侦查方向，甚至可以借助物证查获犯罪嫌疑人；可以借助物证鉴别其他证据的真伪；可以借助物证迫使犯罪分子交代罪行，揭露不真实的供述和辩解；此外，物证在法制宣传教育中也有重要意义。物证是无意识的证据，只有经过人的能动作用才能进入诉讼轨道，发挥证明作用。在办案中不仅侦查、检察、审判人员通过勘验、检查、搜查、扣押等途径积极发现和收集物证，还要求有关人员和单位提供物证。物证可能被伪造，某些物证在诉讼过程中可能发生变化，而且容易与类似的物品相混淆，与案件事实之间的联系也不易辨明。因此，对物证应严格依法定程序收集并认真进行审查判断。

在刑事诉讼中，收集物证是公安司法机关的重要职责。收集物证主要通过勘验、检查及搜查等方法来进行。

公安司法机关收集、调取的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当返还被害人时，才可以拍摄足以反映原物外形或者内容的照片、录像。物证的照片、录像，只有经与原物核实无误或者经鉴定证明真实的，才具有与原物同等的证明力。拍摄物证的照片、录像，制作人不得少于2人，并应当附有关制作过程的文字说明及原物存放何处的说明，并由制作人签名或者盖章。所有已收集归案的物证都必须妥善保管，不得使用和毁坏；对于可能产生环境和精神污染的物证要按有关规定保管和处置。案件中的物证能附卷的都应当附卷保存，移送案件时，应将物证随同案卷一并移送。

运用物证时，必须查明来源，注意有无伪造，是否发生了变化等情况；在许多情况下，必须经过辨认、检验和鉴定才能揭示物证本身的证明力；必须与其他证据相对照才能认定物证的证明作用；用作定案根据的物证，必须经过法庭出示和辨认。

（二）书证

书证是指以文字、符号、图画等记载的内容和表达的思想来证明案件事

实的书面文件和其他物品。书证与物证有所不同。书证是以其记载的内容和表达的思想起证明作用的，而物证则是以其外部特征、存在场所和物质属性起证明作用的。一个记载着文字、符号、图画物品，如果不是以其记载的内容，而是以其外部形态来证明案件事实，该物品则不是书证而是物证。一个物品不仅能以记载的内容证明案件事实，也能以外部形态证明案件事实时，该物品则既是书证，又是物证。

书证都有明确的意思表示，而且大多在诉讼开始以前就已形成，所以一经收集并查证属实，就可以比较直观地证明案件中的一定事实，在诉讼中有重要意义。有些书证可以直接证明案件的性质，作案动机和目的；可以鉴别其他证据的真伪；可以揭穿犯罪分子的狡辩和虚假的供述；在贪污等经济犯罪案件中，书证是不可缺少的证据。

书证的收集与物证基本相同。公安司法机关收集、调取的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时，才可以是副本或者复制件。书证的副本、复制件，只有经与原件核实无误或者经鉴定证明是真实的，才具有与原件同等的证明力。制作书证的副本、复制件，制作人不得少于2人，并应当附有关于制作过程的文字说明及原件存放何处的说明，由制作人签名或者盖章。扣押文件要按照法律规定的程序进行，对被扣押的文件要妥善保管或者封存，不得使用或者毁损。扣押邮件、电报等要经公安机关或者人民检察院批准。在复制、摘抄书证时，要注意保存原件内容的完整性，不得任意取舍和断章取义。对于内容反动或淫秽的书证，要按有关规定专门保管。

对书证的审查判断主要从以下几个方面进行：(1) 是否伪造，有无涂改，是原件还是抄件；(2) 是在什么情况下制作的，制作人是否受到威胁或欺骗；(3) 记载内容与案件事实有无联系。专业性较强的书证要进行鉴定。用作定案证据的书证必须在法庭审理中当庭宣读，听取公诉人、当事人和辩护人、代理人的意见。

二、证人证言

证人证言是指证人就自己所知道的案件情况向公安司法机关所作的陈述。证人证言一般是口头陈述，以证人证言笔录加以固定；经办案人员同意由证人亲笔书写的书面证词，也是证人证言。

证人证言的内容，一般应当是自己亲眼见到或亲耳听到的情况。证人转述他人所了解的案件情况，必须说明来源。

《刑事诉讼法》第48条第2款规定：“生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。”因生理上、精神上有缺陷或者年幼，而不能辨别是非，不能正确表达，就不能向公安司法机关提供对查清案件事实有意义的情况，不能作证人。不过，虽然生理上、精神上有缺陷或者年幼，但能够辨别是非并能够将自己所了解的案件情况准确表达，如盲人讲述所听到的情况，聋、哑人讲述所看到的情况等，依法都可以作为证人提供证言。公安司法机关对于证人能否辨别是非、能否正确表达，必要时可以进行审查或者鉴定。

刑事诉讼中的见证人只对勘验、检查、搜查、扣押物证、书证、送达等程序性问题是否合法作见证，而不对案件事实问题作证，所以不是证人。

证人证言有以下特点：(1) 它只是证人对案件有关情况的客观阐述，而不是推测或分析意见；(2) 证人是犯罪嫌疑人、被告人、被害人以外的人，所以，较犯罪嫌疑人、被告人、被害人的证词更客观；(3) 证人证言是证人

对感知或传闻情况的反映，所以，可能受到证人的主观因素和客观条件的影响；（4）证人证言的来源和证明的问题范围十分广泛，是刑事诉讼中最常见的一种证据。

证人证言在刑事诉讼中具有重要证明作用：它可以帮助司法工作人员发现和收集其他证据，鉴别其他证据的真伪；可以作为认定案件事实甚至是主要事实的根据；可以揭露犯罪嫌疑人，被告人或被害人的虚假陈述。

对证人证言应从以下几个方面进行审查判断：（1）审查证人证言的来源；（2）审查证人的自身情况，包括证人的身体和生理、年龄、文化知识、阅历情况，这些都可能影响证人的感知、记忆和表达能力。还要注意审查证人的品质、觉悟、精神心理状态，这些也可能影响证言的可信度。还要审查证人与案件事实或者案件当事人有没有利害关系；（3）审查收集证人证言的程序是否合法，方法是否得当，有没有足以影响如实作证的因素。证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方询问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。

三、被害人陈述

被害人陈述是犯罪行为直接受害者就其了解的案件情况向司法工作人员所作的陈述。

被害人直接受到犯罪行为侵害，一般对犯罪地点、犯罪经过、犯罪分子的体貌特征有较多的了解，其陈述对于揭露犯罪、查获犯罪人、认定案情有重要作用。有许多案件被害人的控告陈述是立案侦查追究犯罪的根据和起点；被害人陈述还是确定侦查方向，查获犯罪人的材料；被害人陈述本身经查证属实后可以作为定案的重要根据；被害人陈述还是鉴别其他证据的有利手段。

由于被害人与案件的结局有切身的利害关系，它可能因为个人怨恨而夸大事实；也可能因为突然遭受犯罪行为的侵害，精神高度紧张、情绪激动而发生认识上、记忆上的错误；还可能因为受到威胁、利诱或出于自身名誉、利益的考虑，而不敢或不愿陈述真实情况。因此，对被害人的陈述既要认真听取，也要注意审查核实。

四、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解

犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解，是指犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中就其被指控的犯罪事实以及其他案件事实向公安司法机关所作的陈述。

犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解应当是口头陈述，以笔录加以固定。经犯罪嫌疑人、被告人请求或办案人员要求，也可以由犯罪嫌疑人、被告人亲笔书写供词。

由于犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中处于特殊的地位，决定了其供述和辩解具有以下特点：（1）犯罪嫌疑人、被告人对自己是否实施了犯罪行为以及如何实施犯罪行为，比其他任何人更为清楚，如果犯罪嫌疑人、被告人如实供述，可以全面、详尽地反映出作案的动机、目的，作案的手段、过程。共同犯罪的犯罪嫌疑人、被告人供述，还可以从各个侧面反映案件全貌。犯罪嫌疑人、被告人的供述经查证属实，一般可以成为认定案件事实的直接证据。如果犯罪嫌疑人、被告人如实辩解，可以提供证实其无罪或者罪轻的证据和证据线索。犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解所具有的这种特征，是其他证据所难以具备的；（2）犯罪嫌疑人、被告人陈述虚假的可能性很大。犯罪嫌疑人、被告人作为刑事诉讼中被追究的对象，案件的处理结果与其有切身

的利害关系。在大多数情况下，犯罪嫌疑人、被告人为了逃避罪责，总是企图否认和抵赖罪行。犯罪嫌疑人、被告人由于所处的特殊诉讼地位或者在被限制人身自由的情况下，如果讯问人员存在刑讯、诱供、指供等行为，更可能造成犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的内容严重失实；（3）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解易有反复性，随时可能翻供，甚至时供时翻。

犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解，对于全面分析研究案情，正确认定案件事实，公正处理案件，具有重要意义。犯罪嫌疑人、被告人供述，经查证属实可以作为定案的一种根据，特别是对认定犯罪的动机和目的有重要作用；犯罪嫌疑人、被告人供述可以为发现和收集其他证据提供线索，也是审查核实其他证据真伪的一种手段；犯罪嫌疑人、被告人供述是衡量犯罪后态度的重要材料，对正确量刑有一定作用；犯罪嫌疑人、被告人的辩解是犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权的一种方式，保障犯罪嫌疑人、被告人的辩护权，需要认真听取犯罪嫌疑人、被告人的辩解。

犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解主要是通过讯问犯罪嫌疑人、被告人的方法获得。刑事诉讼法对待口供的原则是重证据、重调查研究、不轻信口供。在定案中必须坚持只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。在对犯罪嫌疑人、被告人供述进行审查判断时，首先要分析研究其内容是否符合情理，有没有矛盾，有没有反复；其次要审查犯罪嫌疑人、被告人供认或辩解的动机和目的，是在什么情况下供认，讯问时有没有违法的情况；再次必须结合其他证据进行对比分析，只有被其他证据证实的口供才能作为定案的根据。

五、鉴定结论

鉴定结论是指公安司法机关为了解决案件中某些专门性问题，指派或聘请具有这方面专门知识和技能的人，进行鉴定后所作的结论。

鉴定结论有以下特点：（1）具有特定的书面形式；（2）是鉴定人对专门性问题从科学、技术的角度提出的分析判断意见；（3）它仅限于解决案件所涉及的科学技术问题，而不是就法律问题提供意见；（4）鉴定结论是由鉴定人从科学的角度提供的分析研究意见，而且鉴定人必须与案件事实和当事人没有利害关系，所以它的客观性较强。

在刑事诉讼中需要鉴定的专门性问题非常广泛，常见的有法医鉴定（确定死者死亡的原因、时间，死者或伤者的伤害情况）、司法精神病鉴定（确定当事人、证人是否有精神病、属何种精神病）、刑事科学技术鉴定（主要是对指纹、脚印、枪弹等进行认定）、一般技术鉴定（对案件中涉及到的工业、农业、交通运输业、建筑业等方面的专门技术问题鉴定）和会计鉴定（确定账目、报表等是否真实地反映了有关的经济活动，是否符合会计制度）。

鉴定结论对于揭露犯罪，证实犯罪，认定案件事实有十分重要的作用：

（1）只有经过鉴定，某些物品和痕迹才能发挥物证的作用。如犯罪现场提取的指纹和血迹，只有经过鉴定才能证明案情；（2）鉴定结论是确定死亡原因、伤害的轻重程度、事故原由、当事人的生理和精神状态等专门性问题的主要依据；（3）鉴定结论具有科学性和定量分析的特点，是审查和鉴别其他证据的重要手段。不过，由于鉴定材料有可能存在差异，案件中需要鉴定的专门性问题多种多样，十分复杂，鉴定过程又不可避免地受到主、客观条件的影

响，可能导致鉴定结论错误。因此，对鉴定结论只有经过认真审查、核实，才能作为定案的根据。

公安司法机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被告人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被告人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。人民法院在开庭审理时，鉴定结论必须当庭宣读，鉴定人一般应当出庭对鉴定过程和内容作出说明；对省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论，经质证后，认为有疑问、不能作为定案证据的，可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院或者专门鉴定机构进行补充鉴定或者重新鉴定。不能另行聘请其他鉴定机构进行补充鉴定或者重新鉴定。

六、勘验、检查笔录

（一）勘验笔录

勘验笔录是指办案人员对与犯罪有关的场所、物品、尸体等进行勘查、检验后所作的记录。勘验笔录的形式，包括文字记载、绘制的图样、照片，复制的模型材料和录音录像等多种形式。

勘验笔录就其内容可分为现场勘验笔录、物体检验笔录、尸体检验记录等现场勘验笔录。记载的内容包括：（1）接到报案的时间，案件发生或发现的地点，报案人、被害人等的基本情况以及他们对案件情况的叙述；（2）保护现场人员的姓名、职业，到达现场的时间以及对犯罪现场的保护情况；（3）现场勘验指挥人员和参与勘验的人员；（4）勘验开始和结束的时间，当时的气候、光线等条件；（5）现场所在地的位置及周围环境；（6）现场情况；（7）提取物证、书证、视听资料的名称、数量；（8）现场拍照的内容、数量；（9）绘制现场图的种类和数量。对同一现场先后多次进行勘验时，第一次以后的勘验均应制作补充笔录。有多处现场时，勘验后应分别制作笔录。物品检验记录中应记载：物品的来源及检验的时间、地点，物品的特征，必要时，可绘图或拍照附于笔录内。笔录应当由参加勘验的见证人签名或者盖章。尸体检验笔录一般由参加尸体检验的法医制作，尸体检验笔录中除注明检验的时间、地点，参加检验的人员和见证人的姓名等外，主要应记载死者的衣着情况，尸体的外表，伤痕的形状、大小和位置和提取血、尿、胃肠内物质的情况。对于无名尸体，还应记载其相貌、生理、病理特征，携带物品的特征。

勘验笔录是依照法定程序并运用一定的设备和技术手段对勘验对象的情况的客观记载，客观性较强。其主要作用是固定证据及其所表现的各种特征，对于发现收集证据，确定侦查方向，揭露和证实犯罪人，鉴别其他证据，都有重要意义。

勘验笔录要经过审查核实后才能发挥它的证明作用。审查的主要内容是，勘验的对象是否被破获伪造；各种笔录的形成是当场形成还是事后补做的；勘验人员的业务水平和工作态度，专业性较强的勘验活动是否具有专门知识的人参加；勘验活动是否严格依照法定程序进行，手段和方法是否妥当。

（二）检查笔录

检查笔录是指办案人员为确定被害人、犯罪嫌疑人、被告人的某些特征、伤害情况和生理状态，而对他们的人身进行检验和观察后所作的客观记载。检查笔录以文字记载为主，也可以进行拍照。

检查笔录也必须审查核实后才能作为证据。审查的主要内容是，被检查人的特征、伤情、生理状态是否有伪装，检查是否适时；检查的方法是否科

学和正确，记录是否与实情相符；检查人员的业务水平和工作态度如何；是否严格遵守法定程序，手续是否完备等。勘验、检查笔录可通过以下方面加以审查：（1）其内容是否符合情况；（2）结合其他证据进行研究有没有矛盾；（3）在审判中当庭宣读笔录、出示照片和绘图等，听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。

勘验、检查笔录与鉴定结论是两种不同的证据。主要区别是：（1）前者由办案人员制作，后者是由办案机关指派或聘请的鉴定人制作；（2）前者是对所见情况的客观记载，后者主要内容是科学的分析意见；（3）前者大多是解决一般性问题，后者则是解决专门性问题。

七、视听资料

视听资料是指以录音、录像、电子计算机以及其他高科技设备储存的信息证明案件情况的证据。

视听资料有以下特点：（1）视听资料的形成、储存和再现，具有高度的准确性和逼真性；（2）具有各种言词证据都不具备的直感性，可以将与案件有关的形象和音响、甚至案件发生的实际状况直观地再现在人们面前；（3）具有物证、书证所不具备的动态连续性。视听资料具有客观性强、信息量丰富等优点，在刑事诉讼中发挥着重要的作用。但是，视听资料也存在一些弱点：（1）易被伪造。如录音带、录像带的容易被冲洗、消磁、剪辑，电子计算机容易输入病毒或变换输入、输出的数据；（2）其被篡改、伪造后，凭人的感观往往难以发现。因此，运用视听资料时，应附有制作者、制作时间、地点、对象、制作过程及设备有关情况的书面说明。

视听资料必须经过查证属实，才能作为定案的根据。对视听资料的审查判断，应当着重审查视听资料形成的时间、地点和周围环境；注意有无影响信息真实性的情况；分析审查视听资料的收集、保管过程，注意有没有伪造；审查有关的设备和制作技术，注意设备和技术是否正常、科学；分析研究视听资料的内容，看有没有矛盾。视听资料的形成是同先进的科学技术相联系的，对视听资料真伪的审查同样也必须依靠现代科技手段。

第四节 刑事证据的分类

一、刑事证据分类的概念和意义

刑事证据的分类是按照证据的不同特点，从不同角度在理论上对证据所作的划分。

我国法学工作者为分析研究各类证据的不同特点，总结应用各类证据的规则，在理论上从不同的角度将证据划分为原始证据与传来证据，有罪证据与无罪证据，言词证据与实物证据，直接证据与间接证据。

证据的分类不同于证据的种类。证据种类划分依据的是证据的存在及表现形式，这种划分由法律明确规定，具有法定约束力。不具有法定表现形式的证据不得作为定案的根据。而证据的分类则是理论上从不同角度对证据所作的划分，并没有相应的法律规定。证据种类与证据分类两种划分方法有时是交叉的，同一种证据，由于分类的方法和角度不同，其类属也不完全相同，具有多种属性。

对刑事证据进行分类研究，有助于认识诉讼中各种不同证据的特点，使复杂的、单个的证据系统化、条理化，以便于人们遵循其规律，正确运用；对证据进行分类还可以指导司法人员根据证据的不同特性全面、正确地收集证据，切忌片面性、倾向性，保证准确地审查判断和运用证据。

二、原始证据与传来证据

按照证据的来源划分，凡是直接来源于案件事实，未经复制、转述的证据是原始证据；凡是间接来源于案件事实，经过复制、转述的证据，是传来证据。刑事诉讼中常见的原始证据有：亲眼目睹犯罪活动的证人证言，被害人陈述，被告人供述和辩解，物证的原物，书证的原件，勘验笔录等。刑事诉讼中常见的传来证据有：物证的复制品，文件的副本、影印件，抄件，非亲自感受案件事实的证人所作的证言等。

直接来源于案件事实的原始证据比传来证据可靠，同是传来证据，转手次数越少的、距原始证据越近的相比之下较可靠。这是信息传递的一般规律。

刑事诉讼中，将证据划分为原始证据与传来证据，利于促使司法人员在办案中力求取得原始证据。如不能取得，应尽力获得最接近原始证据的传来证据。

在司法实践中应尽量收集和运用原始证据。只有在确有困难时，才可利用传来证据代替；凡是能将原始证据附卷的，都应附卷作为定案的根据，以便再次审查；法庭调查中，应坚持原始证人，亲自感受案情的被害人等出席法庭，亲自陈述接受质证。

传来证据的特点在于与原始证据相比可靠性较差。但传来证据的作用也不容忽视，它可以作为发现原始证据的线索；可以作为审查原始证据的手段；在原始证据无法取得或确有困难时，代替原始证据；与原始证据或其他传来证据相印证。

传来证据的运用应遵循以下规则：没有正确的来源或者来源不明的传说、文字材料，不能作为定案的根据；只有在原始证据不能取得或者确有困难时，才能用传来证据代替；应当收集和运用距原始证据最近的传来证据；如果发现传来证据可能错误，不合常规和相互矛盾时，应查证属实后才能作为定案的根据。

三、有罪证据与无罪证据

根据证据对案件事实所起证明作用的不同，可以将证据分为有罪证据与无罪证据。凡是能够证明犯罪事实存在和犯罪行为系犯罪嫌疑人、被告人所为的证据，是有罪证据；凡是能够否定犯罪事实存在或者能够证明犯罪嫌疑人、被告人未实施犯罪行为的证据，是无罪证据。

《刑事诉讼法》第43条明确规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证明犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”第110条规定：“任何单位和个人，有义务按照人民检察院和公安机关的要求，交出可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料。”划分有罪证据与无罪证据有利于公安司法人员注意全面收集犯罪嫌疑人、被告人有罪、罪重的证据和无罪或者从轻、减轻、免除处罚的证据，切忌片面性。

四、言词证据与实物证据

根据证据的表面形式可以将证据分为言词证据和实物证据。凡是表现为人的陈述的证据是言词证据。法律规定的几种证据中，证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解、鉴定结论都属于言词证据。凡是表现为物品和痕迹的是实物证据。法律规定的几种证据中，物证、书证、勘验、检查笔录、视听资料都属于实物证据。

将证据划分为言词证据与实物证据有助于使公安司法人员把握其各自的特点，有针对性的对其加以收集、固定和运用，并据此正确判断案件事实。

言词证据的优点是能够比较形象、生动地反映客观事物。但是，由于个人感受、记忆和陈述的能力不同，各人对同一客观案件事实的陈述也可能有所不同。就是说，言词证据不可避免地受到人的主观因素的影响。根据言词证据的特点，收集时应严禁采用刑讯逼供、利诱以及其他非法方法，应保障一切与案件有关或了解案情的公民有客观地充分地提供证据的条件。对证人和被害人应讲明作伪证和虚假陈述应负的法律后果，告知其有义务如实提供证据。法庭审查言词证据的方式主要是询问和质证。

审查言词证据应注意哪些因素可能影响言词证据的真实性，如被害人是否因为遭受犯罪行为为侵害而有意夸大事实，证人由于与犯罪嫌疑人、被告人的亲疏、恩怨关系而为其开脱或掩盖罪行。还应审查影响言词证据真实性的客观因素，如陈述者感受案件事实的客观环境，是否受到威胁、利诱以及刑讯逼供等。

实物证据的特点是与言词证据相对而言较为客观、固定和可靠。但除视听资料外，其所反映的案件事实远不如言词证据形象、生动和具体。在司法实践中，收集实物证据的方法一般是勘验、检查、搜查、扣押等。收集实物证据应注意充分利用刑事侦察技术手段，应及时、客观、细致、全面。收集到的实物证据应开列清单，妥善保管。不能保存的应拍照、制作模型、绘图等加以保全和固定。

审查实物证据应注意其是否伪造，是否受环境影响而发生变化，收集实物证据的公安司法人员的业务素质，所使用的技术设备的质量，以便加以判断。

五、直接证据与间接证据

根据证据与案件主要事实的关系，可以将证据划分为直接证据与间接证据。刑事案件的主要事实是指犯罪事实是否系犯罪嫌疑人、被告人所实施。

直接证据是能够单独的直接指明案件主要事实的证据；间接证据是不能单独地直接指明刑事案件主要事实，需要与其他证据相结合才能证明的证据。

值得注意的是不应将此种划分同原始证据与传来证据的划分相混淆，两者划分标准不同。不能简单地认为直接证据就是原始证据，间接证据就是传来证据。

将证据划分为直接证据与间接证据，有助于公安司法人员正确认识证据在证明案件主要事实中的不同作用，防止把一些只能证明案件事实的一个片断或者一个情节的证据误认为可以证明案件主要事实。

实践中常见的直接证据有：犯罪嫌疑人、被告人所作的有罪供述和无罪辩解，被害人所作的能证明犯罪系何人所为的陈述，能证明某犯罪分子实施犯罪的证人证言，共同犯罪中共犯之间对彼此的犯罪行为的供述，能够直接证明犯罪分子如何犯罪的视听资料及某些书证等。

直接证据的最大优点是能单独指明犯罪是否为犯罪嫌疑人、被告人所为，有助于迅速认定案情。但直接证据多表现为言词证据，具有多变性、不固定性。收集、审查和运用直接证据应注意严格依照法定程序进行，严禁刑讯逼供和使用威胁、利诱、欺骗等非法方法。审查时切忌先入为主，应全面分析，查证属实。虽然直接证据能够单独地、直接地指明案件主要事实，但应坚持孤证不能定案的原则。因为如果仅有一个直接证据，其本身的真实性得不到其他证据印证。

间接证据是不能单独地、直接地证明案件主要事实，需要与其他证据相结合才能证明的证据。刑事诉讼中广泛存在的是间接证据，司法实践中常见的有：反映犯罪嫌疑人、被告人到过现场的痕迹物品，犯罪工具，犯罪客体物，反映犯罪动机、目的的证据，认定案发地点的勘验笔录，案发后犯罪嫌疑人、被告人为掩盖罪行而实施的毁灭证据、伪造现场的行为。间接证据在侦破案件中，往往是发现犯罪嫌疑人的先导，是采取强制措施的依据，也是鉴别直接证据真伪的手段之一；在有些案件中，没有直接证据时，充分的间接证据可以作为定案的根据。

根据司法实践经验，完全运用间接证据认定有罪的情况下，必须遵守以下规则：（1）应审查间接证据的客观性和相关性，只有客观存在的、与案件事实存在客观联系的证据方可采用；（2）间接证据必须形成一个完整的证明体系；（3）间接证据与案件事实之间，间接证据与间接证据之间必须协调一致，没有矛盾。如有矛盾必须得到合理地排除；（4）间接证据的证明体系必须足以排除其他可能性，得出的结论必须是唯一的，确凿无疑的。

第六章 强制措施

第一节 强制措施概述

一、强制措施的概念和意义

我国刑事诉讼中的强制措施，是指公安机关、国家安全机关、人民检察院和人民法院为保证刑事诉讼活动的顺利进行，依法对犯罪嫌疑人、被告人所采取的在一定期限内限制或者剥夺其人身自由的各种法定强制方法。我国刑事诉讼法规定的强制措施共五种，按照强制力度从轻到重的顺序排列依次为拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕。

刑事强制措施具有以下特点：（1）只有公、检、法机关依法才有权采用，其他任何机关和个人都无权使用强制措施；（2）刑事强制措施适用于特定的对象，即犯罪嫌疑人、被告人，不适用于其他诉讼参与人，更不适用于案外人；（3）刑事强制措施既不是刑罚处罚，也不是行政措施，而是在刑事诉讼中适用于特定对象的预防性措施，目的是防止犯罪嫌疑人、被告人逃避侦查、起诉和审判，防止继续发生社会危害性和人身危险性，保证刑事诉讼活动的顺利进行；（4）并非每一个案件和对每个犯罪嫌疑人、被告人都必须采取强制措施，是否采取强制措施要根据案件具体情况确定；（5）刑事强制措施一经采用并非一成不变，而是随着案件进展情况可以变更或者撤销的。

刑事强制措施的意义是：（1）可以防止犯罪嫌疑人、被告人妨碍或者逃避侦查、起诉和审判，保障刑事诉讼顺利进行；（2）可以有效地防止犯罪嫌疑人、被告人继续危害社会；（3）可以有效地防止犯罪嫌疑人、被告人发生自杀、自残和其他意外事件，使其不得逃避刑事追究和制裁；（4）可以警戒社会上的不法人员，威慑不安定分子，使其不敢轻举妄动，以身试法，有效地减少和预防犯罪。

二、刑事强制措施与刑罚、行政处罚及民事、行政诉讼强制措施

刑事强制措施不同于刑罚。两者的区别在于：（1）法律性质和使用目的不同。刑罚是一种实体处罚，适用刑罚的目的是惩罚犯罪、改造犯罪分子和预防犯罪，而强制措施是刑事诉讼中采用的诉讼措施而不是处罚，适用目的是保证诉讼的顺利进行；（2）适用对象不同。刑罚适用于已经人民法院判决确定有罪的人，刑事强制措施适用于未经人民法院确定刑事责任的犯罪嫌疑人和被告人；（3）法律依据不同。刑罚依据的是刑法，刑事强制措施依据的是刑事诉讼法；（4）有权适用的机关不同。刑罚由人民法院依法判处，强制措施由公检法机关依法适用；（5）适用时间不同。刑罚适用于人民法院作出的判决确定之后，强制措施适用于刑事诉讼自立案到判决发生法律效力；（6）稳定性不同。刑罚相对稳定，刑事强制措施随时可以变更或予以撤销。

强制措施不同于行政处罚。行政处罚是国家行政管理机关对实行行政违法行为的公民、法人或者其他组织依法给予的行政制裁，是国家行政惩罚性质的强制方法。两者的区别是：（1）性质不同。行政处罚是行政制裁，强制措施是诉讼中的保障性措施；（2）适用对象不同。行政处罚用于危害行政法律的公民、法人和其他组织，刑事强制措施只适用于犯罪嫌疑人或被告人；（3）有权适用的机关不同。行政处罚由国家行政机关适用，强制措施由公安司法机关适用；（4）依据不同。行政处罚依据的是行政处罚法，是实体法，刑事强制措施依据的是刑事诉讼法，是程序法；（5）稳定性不同。行政处罚

相对稳定，刑事强制措施相对不稳定。

刑事强制措施不同于民事诉讼和行政诉讼强制措施是：（1）性质不同。刑事强制措施是预防性、保障性措施，目的是防止犯罪嫌疑人、被告人逃避侦查、起诉和审判，保证刑事程序顺利进行，而民事诉讼和行政诉讼强制措施不仅是保证性措施，同时也是对妨害诉讼的人的制裁；（2）适用对象不同。刑事强制措施适用于犯罪嫌疑人、被告人，民事诉讼和行政诉讼强制措施适用于有妨碍诉讼行为的当事人、诉讼参与人及案外人；（3）适用的机关不同。刑事强制措施依法由公检法机关适用，民事诉讼和行政诉讼强制措施依法由人民法院适用；（4）阶段不同。刑事强制措施不适用于执行阶段，民事和行政诉讼强制措施既适用于审判阶段也适用于执行阶段；（5）种类不同。刑事强制措施有拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕，民事强制措施有拘传、训诫、责令退出法庭、罚款和拘留，行政强制措施有训诫、责令具结悔过、罚款和拘留。

三、适用强制措施应考虑的因素

在刑事诉讼中，强制措施的适用、变更和撤销，通常考虑以下因素：（1）犯罪嫌疑人、被告人实施的行为的社会危害性大小；（2）犯罪嫌疑人、被告人是否有逃避侦查、起诉和审判的可能及可能性大小；（3）公安机关、人民检察院和人民法院对证据的掌握情况；（4）犯罪嫌疑人、被告人的个人情况，如其身体是否健康，是否适宜采取强制措施及采取哪种强制措施，是否正在怀孕或哺乳自己婴儿的妇女等。

第二节 拘传

根据《刑事诉讼法》第 50 条的规定，在刑事诉讼中，人民法院、人民检察院和公安机关，有权对犯罪嫌疑人、被告人适用拘传。拘传是人民法院、人民检察院和公安机关，对未被逮捕、拘留的犯罪嫌疑人或被告人依法强制其到案接受讯问的一种强制方法，是强制措施中最轻的一种。

根据法律规定，人民法院、人民检察院和公安机关根据案件具体情况，可以对经传唤而无正当理由不到案的犯罪嫌疑人、被告人采取拘传，也可以不经传唤而进行拘传。可见，刑事诉讼中的拘传不同于民事诉讼。

拘传的法律程序是：（1）填写拘传证，由人民法院院长、人民检察院检察长或县（区）以上公安机关负责人批准；（2）执行拘传时，应当向被执行人出示拘传证，执行人员不得少于 2 人。遇有犯罪嫌疑人、被告人抗拒的情形，执行人员有权使用戒具；（3）对被拘传的犯罪嫌疑人、被告人，拘传后应当立即进行讯问，讯问结束后立即放回，不得实行羁押。

《刑事诉讼法》第 92 条规定，拘传、传唤持续的最长时间不得超过 12 小时。不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。根据上述规定，凡适用拘传，一律不得超过 12 小时，否则即为违法。一次拘传讯问不完的，到时应立即放回，至少间隔一段时间才可以进行下一次。一些学者认为，两次拘传间隔时间不应少于 12 小时。

第三节 取保候审、监视居住

一、取保候审

取保候审，是指人民法院、人民检察院和公安机关对未被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，为防止其逃避侦查、起诉和审判，责令其提出保证人或交纳保证金，并出具保证书，保证随传随到的一种强制方法。

根据法律规定，人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人适用取保候审的法定情形是：（1）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；（2）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审、监视居住不致发生社会危险性的。此外，在司法实践中，对被拘留的人，需要逮捕而证据尚不符合逮捕条件的，应当逮捕但患有严重疾病的，应当逮捕但正在怀孕或者哺乳自己婴儿的，被羁押的犯罪嫌疑人不能在侦查羁押、审查起诉期间结案，需要继续侦查或者审查起诉的，持有有效护照和有效出入境证件，可能逃避侦查，但不需要逮捕的，也可以采取取保候审。

公安部《规定》第64条规定：“对累犯、犯罪集团的主犯，以自伤、自残办法逃避侦查的犯罪嫌疑人，危害国家安全的犯罪。暴力犯罪，以及其他严重犯罪的犯罪嫌疑人，不得取保候审。”

依法执行取保候审的机关是公安机关。在实践中，通常由基层公安机关及其派出机构具体执行。

《刑事诉讼法》第52条规定，被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属有权申请取保候审。第96条规定，犯罪嫌疑人被逮捕的，聘请的律师可以为其申请取保候审。对此申请，有权决定的机关应当在7日内作出是否同意的答复，不同意的，应当告知申请人，并说明不同意的理由。

根据法律规定，取保候审有两种方式，即保证人制度和保证金制度。

采取保证人担保的，可责令犯罪嫌疑人、被告人提出担保的人。保证人应符合下列条件：（1）与本案无牵连。如不得是同案犯，不得是曾为犯罪嫌疑人、被告人隐匿罪证和帮助其逃跑的人等；（2）有能力履行保证义务。保证人应具有责任能力，应为年满18周岁的公民，精神健全，并且能够对犯罪嫌疑人、被告人起到管制、约束的作用，保证犯罪嫌疑人、被告人不逃避侦查、起诉和审判，并随传随到；（3）享有政治权利，人身自由未受到限制。依法被剥夺政治权利的人不能担任保证人，依法被判处有期徒刑或被采取了强制措施的人，人身自由受到限制的人，不能担任保证人；（4）有固定的住处和收入。住处是居住的处所，保证人应当有固定的住所才有资格为他人担保。否则，不仅人民法院、人民检察院和公安机关无法与其保持联系，而且保证人无法有效地监督犯罪嫌疑人、被告人。保证人还应当有收入，被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人如果违反有关规定，人民法院、人民检察院和公安机关有权对保证人处以罚款。如果保证人没有收入，法律规定就难以落到实处。

《刑事诉讼法》第55条规定，保证人应当履行以下义务：（1）有监督被保证人遵守本法第56条的规定，即监督被保证人履行法律义务。在未经执行机关批准时，监督犯罪嫌疑人、被告人不得离开所居住的市、县。敦促犯罪嫌疑人、被告人在接到传讯的时候及时到案接受讯问。监督他不以任何形式干扰证人作证和不毁灭、伪造证据或者串供；（2）发现被保证人可能发生或者已经发生违反本法第56条规定的行为，应当及时向执行机关报告，使公安机关及时采取有效的措施。

被保证人有违反《刑事诉讼法》第 56 条规定的行为而保证人未能及时报告，保证人应依法承担经济责任，对其科以罚款，罚款数额在人民币 2 万元以下；同时对其中构成犯罪的将依法追究刑事责任。对取保候审保证人是否履行了保证义务，由公安机关认定，对保证人的罚款决定，也由公安机关作出。

采取保证金方式担保的，犯罪嫌疑人、被告人必须交纳保证金。我国刑事诉讼法将保证金制度纳入刑事诉讼领域，可以促使犯罪嫌疑人、被告人自觉履行义务，不逃避侦查、起诉和审判；可以使犯罪嫌疑人、被告人在不被羁押的情况下随传随到，既减轻羁押场所人员拥挤的压力，又能较好的体现党和国家不捕少捕的一贯政策；一旦发生犯罪嫌疑人、被告人逃跑等情况，保证金可以作为追捕费用的一部分，以节约国家开支；保证金也可以为罚金、没收财产等刑罚和刑事附带民事诉讼判决的执行提供条件。

保证金应为现金，由于我国沿海地区和内地经济发展水平不同，保证金数额的确定应有所区别。保证金的数额由决定机关根据案件具体情况确定，但不宜过高，而且不应以保证金代替追缴赃款。保证金由公安机关统一收取和保管。保证金由犯罪嫌疑人、被告人或其亲友、法定代理人、单位向公安机关指定的银行专户交纳。

依照有关规定，取保候审不能要求犯罪嫌疑人、被告人同时提供保证人和交纳保证金。

《刑事诉讼法》第 56 条规定，犯罪嫌疑人在依法被取保候审期间应当履行以下义务：（1）未经执行机关批准不得离开所居住的市、县。如果取保候审是人民法院、人民检察院决定的，执行机关在批准犯罪嫌疑人、被告人离开所居住的市、县以前，应取得决定机关同意；（2）在传讯时及时到案；（3）不得以任何形式干扰证人作证；（4）不得毁灭、伪造证据或者串供。

被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人在取保候审期间违反以上法律规定的后果是：已交纳保证金的，依法没收其保证金。此外，根据情形还有权对犯罪嫌疑人、被告人作出以下处理：责令其具结悔过；责令其重新取保候审；对其变更强制措施，改为逮捕。

犯罪嫌疑人、被告人在取保候审期间如果没有违犯法律规定，在取保候审期满时，应将保证金退还犯罪嫌疑人、被告人。依法没收的保证金，应当上缴国库。

人民法院、人民检察院和公安机关各自对犯罪嫌疑人、被告人取保候审最长不得超过 12 个月。

二、监视居住

监视居住是指人民法院、人民检察院和公安机关对于未被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，责令其不得离开指定的区域的一种强制措施。

根据法律规定，人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人适用监视居住的法定情形是：（1）可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的；（2）可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审、监视居住不致发生社会危害性的。刑事诉讼法规定的适用监视居住的条件和取保候审相同。实践中，多在犯罪嫌疑人、被告人找不到保证人或不能交纳保证金时使用。

依法执行监视居住的是公安机关。

被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人依法应当遵守以下规定：（1）未经执

行机关批准不得离开住处。无固定住处的，未经批准不得离开公安机关指定其居住的居所。如果监视居住是人民检察院、人民法院决定的，公安机关在批准前应征得决定机关的同意。根据有关解释，固定住处是指犯罪嫌疑人在办案机关所在地县市内生活、起居的合法住处，指定的居所是指公安机关根据案件情况，为犯罪嫌疑人在办案机关所在地县、市内指定的生活、起居的场所；（2）未经执行机关批准不得会见他人。即未经公安机关批准不得会见其共同居住的人以外的其他人。如果想会见他人，必须经执行机关批准，经有关机关同意后，方可会见；（3）在传讯的时候及时到案；（4）不得以任何形式干扰证人作证；（5）不得毁灭、伪造证据或者串供。

被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反上述规定，情节严重的将被取消监视居住，改为逮捕；情节较轻的，可予以训诫，责令具结悔过。

监视居住最长不得超过6个月。在司法实践中，公安机关决定对犯罪嫌疑人监视居住，案件移送人民检察院审查起诉后，对于需要继续监视居住的，人民检察院依法对犯罪嫌疑人办理监视居住手续，监视居住的期限重新计算并告知犯罪嫌疑人。案件起诉到人民法院后，人民法院对于符合监视居住条件的，也依法办理手续，重新计算监视居住的期限。

人民法院、人民检察院和公安机关在下列情况下应及时解除取保候审、监视居住措施：（1）发现不应追究刑事责任，应立即解除取保候审、监视居住措施，恢复犯罪嫌疑人、被告人的人身自由；（2）取保候审、监视居住期满的。

第四节 拘留

一、拘留的概念和条件

刑事拘留是公安机关在侦查过程中，遇有紧急情况时，对现行犯或者重大嫌疑分子所采取的临时限制其人身自由的强制方法。

《刑事诉讼法》第 61 条规定：“公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留。”这条规定的适用拘留的情形包括：

1. 正在预备犯罪、实施犯罪或者犯罪后即时被发觉的。所谓预备犯罪是指为了犯罪准备工具，制造条件的。所谓实施犯罪是指正在进行犯罪活动。应当有一定证据证明现行犯、重大嫌疑分子正在预备犯罪、实行犯罪，或者犯罪后即时被发觉。

2. 被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的。

3. 在身边或者住处发现有犯罪证据的。所谓身边是指其身体、衣服、随身携带的物品等，所谓住处是指其居所、办公地点等。

4. 犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的。犯罪后有明显证据证明其有自杀逃跑的迹象，或者已经逃跑的。

5. 有毁灭、伪造证据或者串供可能的。

6. 不讲真实姓名、住址，身份不明的。

7. 有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。一般指身边有钱财、物品等来源不明，或者多人结帮，无正当职业，有流窜作案重大嫌疑的。

拘留权属于公安机关。另外，根据《刑事诉讼法》第 132 条的规定，人民检察院直接受理的案件，符合上述（四）（五）项规定的情形需要拘留犯罪嫌疑人的，由人民检察院作出拘留决定，由公安机关立即执行，人民检察院可以协助公安机关执行。

二、拘留的程序

公安机关执行拘留时，应持有经县级以上公安机关负责人签发的拘留证，应当将拘留证向被拘留的人出示，并向其宣布对其实行拘留。被拘留人应在拘留证上签名并按指印。拒绝签名和按指印的，执行拘留的人员应当予以注明。被拘留人如果抗拒拘留，公安人员有权使用强制方法，包括使用戒具。

依据法律规定，拘留后，除有碍侦查或者无法通知的情况以外，公安机关应在 24 小时以内，把拘留的原因和羁押的处所通知被拘留人的家属或者他的所在单位。所谓有碍侦查的情况，是指其同伙闻讯后有可能逃跑、隐匿或者毁灭证据的，有可能互相串供、订立攻守同盟的，或者其他犯罪同伙有待查证的。所谓无法通知的情况，是指被拘留人不讲真实姓名、住址，被拘留人无家属或工作单位。

公安机关依法拘留人后，必须在拘留后的 24 小时以内对被拘留人进行讯问。发现不应当拘留的，应当立即释放。所谓不应当拘留的是指：（1）犯罪行为没有发生，或者被拘留人的行为不构成犯罪；（2）虽有犯罪行为，但依法不应追究刑事责任；（3）有犯罪行为，但不是被拘留人所为；（4）犯罪行为虽然是被拘留人所为，但该人并不具备本法第 61 条规定的情形之一，因而不需要对其进行拘留。具有上述情况，应当立即将被拘留人释放并发给释放证明。

对于经过讯问，被拘留人犯有严重罪行，依法需要逮捕，但在拘留期限

内无法收集到证据证明其犯罪事实，一旦拘留的法定期限届满将其释放，可能继续危害社会或有逃跑、串供、毁灭罪证可能的，应依法改用取保候审或监视居住等强制措施。

三、拘留的期限

公安机关对其拘留的人，认为需要逮捕的，应在3日以内报同级人民检察院审查批准逮捕，在特殊情况下，提请批准逮捕的时间可以延长1至4日。所谓特殊情况，是指案情比较复杂，或者在交通不便的边远地区，3日以内难以报请批捕的。

由于修改后的刑事诉讼法吸收了收容审查的内容，将拘留条件予以完善，作为行政强制手段的收容审查不再保留，而事实上对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，显然在3日或7日内难以查清。因此，法律规定对其提请审查批准逮捕的时间可以延长至30日，以适应同犯罪斗争的需要。

人民检察院在接到公安机关提请批准逮捕书后，应当在7日以内审查完毕，作出批准逮捕或不批准逮捕的决定。对于人民检察院不批准逮捕的，公安机关一经接到通知，应立即释放被拘留人，并有义务将执行情况通知人民检察院。对于需要继续侦查，且符合法定条件的，可以采取取保候审或者监视居住措施。

因此，普通刑事拘留的最长期限不得超过14日，对流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子的刑事拘留期限不得超过37日。

四、刑事拘留与治安拘留、司法拘留的区别

我国法律规定的拘留共三种：刑事拘留、治安拘留和司法拘留。

（一）刑事拘留与治安拘留的区别

1. 法律性质不同。刑事拘留是一种保证性措施，其本身不具有惩罚性，治安拘留是一种处罚；
2. 适用对象不同。刑事拘留适用于现行犯和重大嫌疑分子，治安拘留适用于一般违法的人；
3. 目的不同。刑事拘留的目的是保证刑事诉讼的顺利进行，而治安拘留是处罚和教育一般违法的人；
4. 羁押期限不同。普通刑事拘留不得超过14日，对流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子的拘留期限是不超过37日，而治安拘留的期限最长为15日。

（二）刑事拘留与司法拘留的区别

1. 对象不同。司法拘留是民事诉讼法规定的强制措施，适用于实施了妨害民事诉讼秩序的行为人，刑事拘留只适用于刑事案件的现行犯和重大嫌疑犯；
2. 采用的机关不同。司法拘留由人民法院决定由人民法院司法警察执行，交公安机关的羁押场所看管，刑事拘留依法由公安机关、人民检察院决定，交公安机关执行；
3. 与判决的关系不同。司法拘留与判决结果没有任何联系，刑事拘留的羁押期限可以折抵刑期；
4. 期限不同。

《刑事诉讼法》第161条规定的对于违反法庭秩序的人，经人民法院院长批准，可以处以15日以下的拘留。这一措施是司法拘留而不是刑事拘留。

第五节 逮捕

一、逮捕的概念和条件

逮捕是在一定期限内暂时剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由并予以羁押的强制措施，是强制措施中最严厉的一种。

《刑事诉讼法》第 60 条规定：“对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕。”据此，逮捕应当同时具备以下三个条件：

1. 有证据证明有犯罪事实。根据有关规定，这是指同时具备下列情形：（1）有证据证明发生了犯罪；（2）有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的；（3）证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据有的已查证属实。

2. 可能判处徒刑以上刑罚。根据已有证据证明的犯罪事实，依照我国刑法的有关规定，初步判断犯罪嫌疑人、被告人可能被判处有期徒刑以上的刑罚，而不是可能判处管制、拘役等或者可能被免除刑罚。

3. 采取取保候审、监视居住等方法尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的。即使犯罪嫌疑人、被告人符合其他两个条件，但采取取保候审或者监视居住足以防止其发生社会危险性时，也不应当逮捕。

根据法律规定，对应当逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，如果患严重疾病，或者是正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女，可以采取取保候审或监视居住的办法。这体现了社会主义人道主义。所谓严重疾病一般指不治之症、濒临死亡、严重传染病；所谓婴儿，是指未满一周岁的幼儿。

二、逮捕的权限和程序

我国《宪法》第 37 条规定，任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。《刑事诉讼法》第 59 条规定，逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必须经过人民检察院批准或者人民法院决定，由公安机关执行。

逮捕是最严厉的强制措施，如果使用不当，将会严重侵害犯罪嫌疑人、被告人的人身权利。因此，法律对逮捕的权限作出了严格的规定，逮捕犯罪嫌疑人、被告人的批准权和决定权属于人民检察院和人民法院，公安机关无权自行决定逮捕。逮捕的执行权属于公安机关，人民法院和人民检察院都不得自行执行逮捕。具体说，公安机关在侦查中如认为犯罪嫌疑人、被告人符合法律规定的逮捕条件，应予逮捕时，应写出提请逮捕意见书，送同级人民检察院批准；人民检察院自行侦查案件中，认为犯罪嫌疑人、被告人符合法律规定的逮捕条件的，依法可以自行决定。无论公安机关报请批准逮捕还是人民检察院自行决定逮捕的，批准权限在人民检察院检察长。检察长如认为案情重大复杂，需要由检察委员会讨论决定时，可以由检察委员会讨论。人民法院审理刑事案件时，对在侦查、起诉中未被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，认为符合法律规定的逮捕条件应予逮捕的，可以自行决定逮捕。人民法院决定逮捕的，由院长或审判委员会决定。无论是人民检察院批准或者人民法院决定逮捕的，都由公安机关执行。

公安机关要求逮捕犯罪嫌疑人时，应当写出提请批准逮捕书，连同案卷材料、证据，一并移送同级人民检察院审查批准。提请批准逮捕书应写明犯罪嫌疑人的姓名、性别、年龄、住址、职业等基本情况，其犯罪事实和

证明其犯罪事实的证据。为了及时决定对犯罪嫌疑人的逮捕，法律规定，人民检察院在必要的时候，可以派人参加公安机关对于重大案件的讨论。所谓必要时，是指案情重大、情况紧急等。参加讨论是为了及时了解情况，并非立即决定逮捕，逮捕仍应由人民检察院检察长决定。

人民检察院对于公安机关提请批准逮捕的案件，由审查批捕的职能部门进行审查；人民检察院自行侦查的案件中认为需要逮捕的，由侦查部门提出逮捕意见书移送审查批捕部门审查。实践中，一般采用个人阅卷，集体讨论，报检察长决定的方式。重大案件应当提交检察委员会讨论决定。人民检察院审查的内容包括：（1）犯罪嫌疑人的犯罪事实是否已经有证据证明；（2）根据已有证据证明的犯罪事实，是否可能被判处有期徒刑以上刑罚；（3）是否采取取保候审、监视居住等方法尚不足以防止发生社会危险性而有逮捕必要；（4）犯罪嫌疑人是否有严重疾病，或者是否正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女；（5）犯罪嫌疑人是否现任全国人民代表大会代表、县级以上地方各级人民代表大会代表等需要履行特别审批手续。人民检察院对担任本级人民代表大会代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，应报请本级人大主席团或常委会许可。对担任上级人大代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕的，应层报该代表所属的人民代表大会同级的人民检察院。对担任下级人大代表的犯罪嫌疑人批准或者决定逮捕，可以直接报请该代表所属的人大主席团或常委会许可；（6）公安机关的侦查活动有没有违法情况。

人民检察院对公安机关依法提请批准逮捕的案件进行审查后，可以分别作出两种处理：（1）符合《刑事诉讼法》第60条规定，具有法定条件的，依法作出批准逮捕的决定；（2）对于不构成犯罪或者虽然构成犯罪但依法不应被追究刑事责任或者不可能被判处有期徒刑以上刑罚，或者采取取保候审、监视居住等强制措施，足以防止发生社会危险性因而没有逮捕必要的，作出不批准逮捕的决定。其中对于犯罪嫌疑人的犯罪事实不清或缺乏证据证明，需要进行补充侦查的，人民检察院应在作出不批准逮捕决定的同时作出补充侦查的决定，通知公安机关。

人民检察院批准逮捕的，应写出批准逮捕决定书。不批准逮捕的，应写出不批准逮捕决定书，其中应写明不批准逮捕的理由。不批准逮捕的同时决定补充侦查的，应同时写出补充侦查决定书。

公安机关如果认为人民检察院不批准逮捕的决定有错误，依法有权向作出决定的人民检察院提出申请再次审查和批准，法律称之为复议。人民检察院依法应当进行复议，并将复议结果通知公安机关。公安机关对于人民检察院未能接受其意见，仍维持不批准逮捕决定的，依法有权向复议机关的上一级人民检察院提出申请，要求再次审查和批准，法律称之为复核。该上级人民检察院应当立即组织人员进行复核，作出是否变更的决定，并通知下级人民检察院和公安机关执行。公安机关和下级人民检察院即使不同意，也必须立即执行。

根据法律规定，公安机关接到人民检察院不批准逮捕的决定后，应立即将被拘留的人释放或变更强制措施，并将执行回执在收到不批准逮捕决定书后的3日内送达作出不批准逮捕决定的人民检察院。即使公安机关认为人民检察院的决定有错误提出申请复议，也不得以不同意不批准逮捕决定为由拒不释放被拘留人。对于可能发生社会危险性的被拘留人，获得释放后可能逃避侦查、起诉和审判的被拘留人，公安机关可以采用取保候审或监视居住等

其他强制措施。如果人民检察院复议后或者上级人民检察院复核后，同意公安机关的意见，批准逮捕的，公安机关才可以对该人实行逮捕。

公安机关接到人民检察院的批准逮捕决定书或人民法院的逮捕决定书后，应即执行逮捕。《刑事诉讼法》第 71 条规定：“公安机关逮捕人的时候，必须出示逮捕证。”因此，执行逮捕时，应持有经县级以上公安机关负责人签发的逮捕证，应将逮捕证向被逮捕的人出示，并向其宣布逮捕。被逮捕人应在逮捕证上签名并按指印。拒绝签名和按指印的，执行逮捕的人员应当予以注明。执行逮捕的人员不得少于 2 人。被逮捕人如果拒捕，公安机关有权使用适当的强制方法，必要时可以使用戒具、武器。

根据法律规定，实行逮捕后，除有碍侦查或者无法通知的情况以外，公安机关应在 24 小时以内把逮捕的原因和羁押的处所通知被逮捕人的家属或者他的所在单位。人民检察院和人民法院自行决定逮捕的，应由人民检察院和人民法院通知。所谓有碍侦查的情况是指其同伙闻讯后有可能逃跑、隐匿或者毁灭证据，有可能串供、订立攻守同盟或者其他犯罪同伙有待查证等。所谓无法通知的情况是指被逮捕人不讲真实姓名、住址，或被逮捕人无家属和工作单位等。

由于被逮捕人死亡、逃跑或其它原因，不能执行逮捕或者逮捕未获的，公安机关应当立即通知原批准或决定逮捕的人民检察院和人民法院。

人民法院、人民检察院对于各自决定逮捕的人，公安机关对于经人民检察院批准逮捕的人，依法执行逮捕后，必须在 24 小时以内对被逮捕人进行讯问。发现不应当逮捕的，应当立即释放，并发给释放证明。所谓不应当逮捕是指：（1）犯罪行为没有发生，或者被逮捕人的行为不构成犯罪的；（2）虽有犯罪行为，但罪行轻微，不够判处有期徒刑以上刑罚的；（3）依法不予追究刑事责任的；（4）犯罪行为虽然是被逮捕人所为，但采取取保候审、监视居住等其他强制措施足以防止发生社会危害性，因而不需要对其实行逮捕的。

根据《刑事诉讼法》第 62 条规定，公安机关在异地执行逮捕时，应当通知被逮捕人所在地的公安机关，该公安机关应予配合。犯罪嫌疑人、被告人、现行犯或者重大嫌疑分子依法被拘留或逮捕后，需要暂时就地关押起来的，被执行人所在地的公安机关应将其关押在当地的拘留所或者看守所，使其不能逃避侦查、起诉和审判，并等待进一步处理。

为保证侦查活动的合法性，保障公民合法权益不受非法侵犯，《刑事诉讼法》第 76 条规定：“人民检察院在审查批准逮捕工作中，如果发现公安机关的侦查活动有违法情况，应当通知公安机关予以纠正，公安机关应当将纠正的情况通知人民检察院。”

第六节 强制措施的撤销、变更和解除

《刑事诉讼法》第 73 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关如果发现对犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施不当的，应当及时撤销或者变更。公安机关释放被逮捕的人或者变更逮捕措施的，应当通知原批准的人民检察院。”这是关于强制措施的撤销和变更的规定。

刑事强制措施共有 5 种，条件各不相同。随着对案件进行侦查、起诉和审判，随着调查事实，收集有关证据，适用强制措施的条件可能会发生变化，或者经犯罪嫌疑人、被告人、法定代理人、被告人委托的律师和其他辩护人提出，可能会发现对犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施不当。人民法院、人民检察院和公安机关对不应当采取强制措施的应及时撤销，对虽应采取强制措施但具体种类使用不当的，应及时予以变更，改用适当的强制措施。公安机关侦查的案件，由于逮捕的批准权在人民检察院，所以，公安机关释放被逮捕的人或者变更强制措施，应当通知原批准的人民检察院。对于人民检察院自行侦查的案件逮捕的人及人民法院决定逮捕的人，公安机关无权释放或变更强制措施，需要释放或者变更强制措施的，由决定的人民检察院或者人民法院作出新的决定。

《刑事诉讼法》第 74 条规定，犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件，不能在法律规定的侦查羁押、审查起诉、一审、二审期限内办结，需要继续查证、审理的，对犯罪嫌疑人、被告人可以采取取保候审或者监视居住。这是关于拘留、逮捕等羁押措施期满后依法变更的规定。之所以这样规定，是因为未能办结而继续对犯罪嫌疑人、被告人实施羁押是违法的，也不利于保护其合法的人身权利和诉讼权利，应当予以变更。但是，如果案件事实需要进一步查证和审理，犯罪嫌疑人、被告人不被采取强制措施又可能妨碍侦查、起诉和审判，甚至可能继续发生社会危险性的，以改用取保候审或监视居住为宜。

对已经逮捕的人，患有严重疾病的或者案件不能在法律规定的期限内审结的，或者正在怀孕、哺乳自己不满一周岁婴儿的妇女，人民法院可以变更强制措施。对第一审人民法院判处管制或者宣告缓刑以及单独适用附加刑，判决尚未发生法律效力的，以及第二审人民法院审理期间，被告人被羁押的时间已到第一审人民法院对其判处的刑期的，人民法院应当变更强制措施或者释放。对已取保候审或者监视居住的被告人，因违反法定义务，不逮捕可能发生社会危险性的，以及应该逮捕而患有严重疾病和哺乳婴儿的妇女，疾病痊愈或者哺乳期已满的，人民法院应当变更强制措施，决定逮捕。决定变更强制措施，予以逮捕的，应当向被告人宣布，并通知保证人及负责执行的公安机关。

《刑事诉讼法》第 75 条规定：“犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人、被告人委托的律师及其他辩护人对于人民法院、人民检察院或者公安机关采取强制措施超过法定期限的，有权要求解除强制措施。人民法院、人民检察院或者公安机关对于被采取强制措施超过法定期限的犯罪嫌疑人、被告人应当予以释放、解除取保候审、监视居住或者依法变更强制措施。”

第七节 扭送

《刑事诉讼法》第 63 条规定：“对于下列情形的人，任何公民都可以立即扭送公安机关、人民检察院或者人民法院处理：（一）正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；（二）通缉在案的；（三）越狱逃跑的；（四）正在被追捕的。”刑事诉讼法规定的扭送并不是刑事强制措施。它是法律赋予公民同刑事犯罪斗争的一种手段，鼓励公民自觉行动起来，同犯罪行为作斗争。

公检法机关对公民扭送来的人应当接收，并应立即进行讯问。对于不属于自己管辖的，应在受理后依法向有管辖权的机关移送；对于不属于自己管辖，但应采取强制措施的，应立即采取强制措施，然后移送有管辖权的机关。如果发现不够逮捕、拘留条件，应向扭送群众讲明情况，做好他们的工作，然后将被扭送人释放。同时，公安机关、人民检察院和人民法院的工作人员必须告诫被扭送人不得向有关人员打击报复。

第七章 回避、附带民事诉讼期间和送达

第一节 回避

一、回避的概念和意义

刑事诉讼中的回避，是指与案件或案件当事人有利害关系或者其他特殊关系的侦查、检察和审判人员，以及书记员、翻译人员和鉴定人不得参加本案处理工作的一项诉讼制度。

实行回避制度的意义在于：（1）有利于防止办案人员徇私舞弊和先入为主，保证客观、公正地处理案件；（2）有利于消除当事人及其法定代理人的思想顾虑，为刑事诉讼的顺利进行提供保证。

二、回避的种类、理由和适用的人员范围

（一）回避的种类

根据我国刑事诉讼法的规定和有关司法解释，回避分为三种：

1. 自行回避。自行回避是指具有法定回避情形的有关办案人员自行要求回避，主动退出该案的处理。

2. 申请回避。申请回避是指办案人员具有应当回避的情形而没有自行回避时，当事人及其法定代理人向公安机关、人民检察院或人民法院提出申请，要求他们回避，更换办案人员。申请回避权，是法律赋予当事人及其法定代理人的一项重要诉讼权利之一，办案人员在办案中，一方面有义务告知当事人及其法定代理人享有申请回避权；一方面，不能以任何借口限制、剥夺当事人及其法定代理人对该权利的行使。

3. 指令回避。指令回避是指办案人员遇有法定的回避情形而没有自行回避、当事人及其法定代理人也没有申请回避时，公安机关、人民检察院、人民法院发现后，有关负责人和组织有权作出决定，令其退出诉讼活动。指令回避是回避制度的重要组成部分，是对自行回避和申请回避制度的必要补充。

（二）回避的理由

根据《刑事诉讼法》第28条、第29条的规定，应当回避的理由是：

1. 是本案的当事人或者是当事人的近亲属的。在刑事诉讼中，如果侦查人员、检察人员、审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人在本案中同时充当被害人、自诉人、被告人、附带民事诉讼的原告或被告，或者是他们的夫、妻、父、母、子女、兄弟姐妹，就势必产生自己处理自己的案件的情形，极可能出现放纵犯罪和伤害无辜的后果，从而影响诉讼的公正。因此，必须回避。

2. 本人或者他的近亲属和本案有利害关系的。侦查、检察、审判人员等及其近亲属，如果该案的处理涉及他们的重大利益，再由他们主持或允许他们参与诉讼活动，就可能使案件得不到公正客观地处理。因此，具备这一情形的，也应当回避。

3. 担任过本案证人、鉴定人、辩护人或者诉讼代理人的。证人、鉴定人、辩护人和诉讼代理人在诉讼中具有各自的诉讼地位，对本案很可能已形成固定的认识。如果侦查、检察、审判人员同时又是证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人，就难免先入为主，就会出现以自己所讲的话和持有的观点作为证据或作为辩护、代理意见而定案的局面。因此，担任过本案的证人、鉴定人、

辩护人、诉讼代理人的，不能再担任本案的侦查、检察和审判人员。

4. 与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。这里的其他关系是指除上述三种情况以外的可能影响案件公正处理的关系。例如，是当事人的朋友，与当事人有过恩怨，与当事人有借贷关系等等。

5. 审判、检察、侦查人员接受当事人及其委托人的请客送礼，违反规定会见当事人及其委托人的。司法人员接受某一方当事人及其委托人的请客送礼，违反规定会见某一方当事人及其委托人的，往往有碍诉讼公正，另一方当事人及其法定代理人有权要求他们回避。

（三）回避适用的人员范围

根据《刑事诉讼法》第 28 条、第 31 条的规定和有关司法解释，适用回避的人员有：

1. 审判人员。这里所指的审判人员，既包括直接承办案件的审判员、助理审判员、人民陪审员，也包括有权参与案件讨论和作出处理决定的法院院长、庭长以及审判委员会成员。

2. 检察人员。检察人员包括负责案件批准逮捕、审查起诉和出庭支持公诉的检察人员以及有权参加案件讨论和作出处理决定的检察长和检察委员会成员。

3. 侦查人员。根据《刑事诉讼法》的规定，侦查权由公安机关、国家安全机关、人民检察院以及军队保卫部门和监狱狱侦部门行使。因此，上述机关承担侦查工作的人员都属于回避的适用人员范围。此外，在侦查阶段，有权参与对案件进行讨论和作出处理决定的侦查机关和部门负责人以及有关成员，也属于适用回避的人员之列。

4. 书记员。书记员在侦查、起诉和审判阶段担任记录工作。为保证记录真实、全面地反映案件诉讼活动的本来面目，避免歪曲、伪造记录内容，具有法定回避理由的书记员也必须回避。

5. 翻译人员。翻译人员在案件中承担语言、文字和手势的翻译工作，是侦查、检察和审判人员与当事人和有关诉讼参与人进行交流的中介和桥梁。客观、准确的翻译，对于促进案件的公正处理，具有重要作用。因此，翻译人员不能与案件有利害关系，否则应当回避。

6. 鉴定人。鉴定结论往往是司法人员判断犯罪嫌疑人或被告人是否有罪和罪责大小的关键证据。司法实践表明，鉴定人在诉讼中能否客观公正地进行鉴定，对所形成的鉴定结论的质量有直接影响。因此，鉴定人具有应当回避的理由时，应当回避。

《刑事诉讼法》第 192 条规定：“原审人民法院对于发回重新审判的案件，应当另行组成合议庭，依照第一审程序进行审判。”第 206 条规定：“人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行。”因此，适用回避的人员除以上六种以外，担任过刑事案件某一次审判工作的人员不能再次担任该案的审判工作，他们应当回避。根据有关司法解释的精神，曾做过本案侦查工作的人员不能再承担本案的起诉和审判工作；承担过起诉工作的人员不能再充当案件的审判人员。因为他们在前一诉讼阶段所形成的对案件的认识，可能带入后一诉讼阶段，妨碍诉讼工作的公正性。

三、回避的程序

（一）回避的期间

所谓回避的期间，是指侦查、检察、审判人员及其他适用回避的人员自行回避，当事人及其法定代理人申请回避以及有权指令回避的组织 and 人员指令回避的时间期限。根据《刑事诉讼法》规定，回避适用于侦查、检察、审判人员等，因此，一般说来，回避的期间包括侦查、起诉、审判等阶段在内的各个诉讼阶段。对于与案件和案件当事人有利害关系、可能影响公正处理案件的办案人员，只要判决、裁定和决定还没有作出或没有发生法律效力，就应该自行回避，当事人及其法定代理人就有权随时提出回避申请。

在审判阶段，当事人及其法定代理人在第一审程序、第二审程序、死刑复核程序和审判监督程序中都可以申请回避。《刑事诉讼法》第 154 条规定：开庭的时候，审判长查明当事人是否到庭，宣布案由；宣布合议庭的组成人员、书记员、公诉人、辩护人、诉讼代理人、鉴定人和翻译人员的名单；告知当事人有权对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员申请回避。由于该规定不仅对第一审程序适用，在第二审和审判监督程序中同样有效。法院在开庭审判时，审判长应分别询问当事人及其法定代理人是否申请回避，申请何人回避以及申请回避的理由。如果当事人及其法定代理人认为上述人员与本案有利害关系和其他关系，会影响到案件的公正审理而申请回避的，应根据《刑事诉讼法》第 28 条、第 29 条、第 30 条的规定处理。

刑事诉讼法对侦查、起诉阶段的回避程序没有作出明确规定，根据《刑事诉讼法》第 154 条规定精神和回避制度的一般要求，侦查、检察人员在侦查、起诉活动开始后，应主动将案件承办人员的情况告知当事人及其法定代理人，告知其享有申请回避权，征求其是否申请回避的意见并应记录在案。如果当事人及其法定代理人认为本案承办人员具有法定回避情形，可以自己提出回避申请，也可以通过自己聘请的律师或辩护人、代理人提出申请，要求回避。有权指令回避的组织 and 人员发现侦查、检察人员具有法定回避理由时，应指定其回避；办案人员具有回避理由时，应自行要求回避。

在第二审程序、死刑复核程序和审判监督程序中，存在不开庭审理的情况，在用书面审的方式进行审判时，合议庭应当告知当事人申请回避权并征询其是否申请回避。

（二）回避的决定

根据《刑事诉讼法》第 30 条、第 31 条及司法解释，审判、检察、侦查人员的回避，应当分别由院长、检察长、公安机关负责人决定；院长的回避，由本院审判委员会决定；检察长和公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。分别在侦查、起诉、审判活动中担任记录、翻译、鉴定工作的书记员、翻译人员、鉴定人的回避，应当分别由公安机关负责人、检察长、法院院长审查决定。人民检察院办理自诉案件的人员的回避由检察长审查决定。

在起诉和审判阶段，回避申请一经提出，不论是否得到批准，起诉和审判工作都要暂时停止，在有权审查回避要求的机关或负责人作出决定以后，才能继续进行起诉和审判活动。如果作出的决定使起诉或审判无法继续进行下去，就应当延期进行。但是，依照《刑事诉讼法》第 30 条第 2 款规定，在对侦查人员的回避作出决定之前，侦查人员不能停止对案件的侦查。因为侦查是一种时间性极强的诉讼活动，必须保持它的及时性和连续性。如果停止侦查活动，等候对回避要求的处理决定，犯罪现场就可能因为没有及时勘验检查而被破坏，证据将难以收集，犯罪分子也可能趁机逃跑，不利于同犯罪

作斗争。

（三）对驳回申请回避决定的复议

《刑事诉讼法》第30条第3款规定：“对于驳回申请回避的决定，当事人及其法定代理人可以申请复议一次。”

申请回避，是当事人及其法定代理人的权利。但是，提出的申请并不一定会得到批准。有权决定是否回避的组织和负责人如果认为回避申请不具有法定的回避理由，有权作出驳回其申请的决定。为保障当事人合法权益，纠正可能出现的错误，法律允许当事人申请复议一次。因此，该决定作出后，有关机关应告知当事人及其法定代理人有申请复议一次的权利。如果当事人及其法定代理人不服驳回申请回避的决定而提出复议要求，根据公安司法机关的有关规定，在侦查阶段，决定机关应当在3日内作出复议决定并通知申请人，在复议期间，侦查人员不能停止对案件的侦查；在审查起诉阶段，应当再次报请检察长或者检察委员会决定；在审理阶段，合议庭应当宣布休庭，待作出复议决定后，再进行法庭审理。

第二节 附带民事诉讼

一、附带民事诉讼的概念和意义

附带民事诉讼是指公安司法机关在刑事诉讼过程中，在解决被告人刑事责任的同时，附带解决由遭受物质损失的被害人或者人民检察院所提起的由于被告人的犯罪行为所引起的物质损失的赔偿而进行的诉讼。

《刑事诉讼法》第 77 条规定：“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。”“如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼。”

实行刑事附带民事诉讼制度的意义在于：

1. 有利于正确处理刑事案件。全面查明其造成的损失，并对其民事责任部分依法作出处理，利于全面查明案情，准确地对被告人定罪量刑。另外，通过处理附带民事诉讼，有利于敦促被告人认罪、悔罪。

2. 有利于保障公民和国家、集体的财产不受侵犯。设立附带民事诉讼制度，能够使被害方遭受的损失得到赔偿，从而使其合法权益得到最现实的保护。

3. 附带民事诉讼制度有利于提高诉讼的效率。在刑事诉讼中一并解决附带民事诉讼，不仅能够节省相当的人力、物力，财力，而且便于有关的诉讼参与人参加诉讼，提高诉讼的效率。

二、附带民事诉讼成立的条件

根据法律规定和最高人民法院《解释》，附带民事诉讼的成立应当具备下列条件：

1. 提起附带民事诉讼的原告人、法定代理人符合法定条件，有权提起附带民事诉讼的，包括如下几类：（1）因犯罪行为而遭受物质损失的被害人，包括公民、法人和其他组织；（2）已死亡被害人的近亲属；（3）无行为能力或者限制行为能力被害人的法定代理人。如果这些有权提起附带民事诉讼的人放弃自己的诉讼权利，有关的司法机关应当准许。

2. 有明确的被告人，有请求赔偿的具体要求和事实根据。有明确的被告人，才能明确负赔偿责任的主体。附带民事诉讼中依法负有赔偿责任的人，包括：（1）刑事被告人（公民、法人和其他组织）及没有被追究刑事责任的共同致害人；（2）未成年刑事被告人的法定代理人；（3）已被执行死刑的罪犯的遗产继承人；（4）共同犯罪案件中，审结前已死亡的被告人的继承人；（5）其他对刑事被告人的犯罪行为应当承担民事责任的单位和个人。

原告人提起附带民事诉讼，对自己的诉讼请求应当明确、具体，对加害事实导致的物质损失的指控，不得虚构和任意定义受害范围。

3. 被害人的损失是由被告人的犯罪行为所造成的。这里的被告人是指刑事被告人。如果被害人的损失不是刑事被告人造成的，那么，只能另外提起单独的民事诉讼，而不能提起附带民事诉讼。这里所称的犯罪行为是指被告人在刑事诉讼中被指控为犯罪的行为而不是事实上确已构成犯罪的行为或者生效判决已确定为犯罪的行为。只要被告人的行为被公安司法机关认为构成犯罪、需要追究刑事责任，已经以刑事案件立案，由该行为所造成的损害赔偿便属于附带民事诉讼的范围。《刑事诉讼法》第 77 条第 1 款规定“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的”，用语是物质损失；第 77 条第 2

款规定“如果是国家财产、集体财产遭受损失的”，用语是财产损失。《刑法》第36条规定，由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失。用语是经济损失。尽管法律表述不同，但其内涵是相同的。

4. 属于人民法院受理附带民事诉讼的范围。

提起附带民事诉讼必须同时具备上述四个条件。

三、附带民事诉讼的程序

(一) 附带民事诉讼的提起

1. 提起附带民事诉讼的期间。附带民事诉讼，应当在刑事案件立案以后第一审判决宣告之前提起。因为在刑事案件宣判完毕甚至生效判决交付执行时再提起，将导致刑事诉讼与民事诉讼的分离，不符合设立附带民事诉讼制度的原意。如果有权提起附带民事诉讼的人在判决生效以后另行提起民事诉讼，则可以按照民法通则和民事诉讼法的规定执行。

被害人是个人的，直接向人民法院提起附带民事诉讼；公诉案件中，也可以在侦查、起诉阶段通过侦查、起诉机关提起。国家、集体财产遭受损失的，遭受损失的法人和其他组织既可以直接向人民法院提起附带民事诉讼，也可以在侦查、起诉阶段通过侦查、起诉机关提起；如果遭受损失的单位未提起的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼。

在侦查、审查起诉阶段，有权提起附带民事诉讼的人向公安机关、人民检察院提出赔偿要求，公安检察机关已经记录在案，刑事案件起诉后，人民法院应当按附带民事诉讼案件受理；经公安、检察机关调解，当事人双方达成协议并已给付，被害人又坚持向人民法院提起附带民事诉讼的，人民法院也可以受理。

2. 提起附带民事诉讼的方式。提起附带民事诉讼一般应当提交附带民事诉状，写清有关当事人的情况、案发详细经过及具体的诉讼请求，并提出相应的证据。书写诉状确有困难的，可以口头起诉。审判人员应当对原告人的口头诉讼请求详细询问，并制作笔录，然后向原告人宣读；原告人确认无误后，应当签名或者盖章。

为了保证被害人的物质损失能够得到有效的赔偿，确保附带民事诉讼的顺利进行，在刑事诉讼过程中，公安司法机关应当依法追缴赃款赃物，人民法院在必要的时候，还可以对被告人的财产实施查封或者扣押。但在查封或者扣押过程中，不要涉及被告人享有所有权以外的他人财产。

(二) 附带民事诉讼的审判

《刑事诉讼法》第78条规定：“附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，只是为了防止刑事案件审判的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。”

上述规定从原则上明确了附带民事诉讼的审理程序，这是同设立附带民事诉讼旨在保证正确处理案件、维护当事人合法权益及提高诉讼效率的精神相适应的。人民法院应首先在法庭调查、法庭辩论的基础上确认刑事被告人的犯罪情节，然后，才有可能对该犯罪行为所造成的物质损失范围作出认定，进而确定赔偿范围和形式。不过，由于附带的是民事诉讼，就不可避免地具有与刑事诉讼不同的特殊性，例如物质损失的程度、大小和范围，被告人的赔偿能力，赔偿的承担人范围，对这些情形的认定有时往往存在一定的困难，有些甚至在诉讼过程中仍处于变化中，需要进行周密的调查、甄别和科学的

鉴定。而刑事案件审判程序中由于较多的涉及被告人的人身权利问题，不允许久拖不决，不能超过法定的审判期限，所以，审判附带民事诉讼案件在程序上除必须遵守与一般刑事案件共同的法律规定外，还应当执行以下各项专门规定：

1. 审判附带民事诉讼案件，除适用刑法、刑事诉讼法，还应当适用民法通则、民事诉讼法的有关规定。

2. 人民法院受理刑事案件后，应当告知遭受物质损失的被害人包括公民、法人和其他组织，或者其他依法有权提起附带民事诉讼的人。

3. 人民法院收到附带民事诉讼起诉状后，应当进行审查，并在7日内作出是否立案的决定。符合附带民事诉讼起诉条件的，应当受理；不符合的，裁定不予受理。

4. 人民法院受理附带民事诉讼，应当在5日内向附带民事诉讼的被告人送达附带民事诉讼起诉状副本，或者将口头起诉的内容及时通知附带民事诉讼的被告人，并制作笔录。被告人是未成年人的，应当将附带民事起诉状副本送达他的法定代理人，或者通知他口头起诉的内容。在送达附带民事起诉状副本时，根据刑事案件审理的期限，确定被告人或者其法定代理人提交民事答辩状的时间。

5. 附带民事诉讼案件当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

6. 审理附带民事诉讼案件，除了人民检察院提起的以外，可以进行调解，调解应当在自愿合法的基础上进行。经调解达成协议的，审判人员应当及时制作调解书。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。调解达成协议并当庭执行完毕的，可以不制作调解书，但应当记入笔录，经双方当事人、审判人员、书记员签名或盖章后即发生法律效力。

7. 经调解无法达成协议或者调解书签收前当事人一方反悔的，附带民事诉讼应当同刑事诉讼一并开庭审理。开庭审理时，一般应分阶段进行，先审理刑事部分，然后审理附带民事部分。

8. 附带民事诉讼的原告经人民法院依法传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，应当按自行撤诉处理。

9. 对于被害人遭受的物质损失或者被告人的赔偿能力一时难以确定，以及附带民事诉讼当事人因故不能到庭等案件，为了防止刑事审判的过分迟延，附带民事诉讼可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理。如果同一审判组织的成员确实无法继续参加审判的，可以更换审判组织成员。

10. 人民法院认为公诉案件被告人的行为不构成犯罪的，对已经提起的附带民事诉讼，经调解不能达成协议的，应当一并作出刑事附带民事判决。

11. 成年附带民事诉讼被告人应当承担赔偿责任，如果他的近亲属自愿代为承担，应当许可。

12. 人民法院审理刑事附带民事诉讼案件，不收取诉讼费。

第三节 期间、送达

一、期间

(一) 期间的概念和意义

刑事诉讼中的期间，是公安机关、人民检察院、人民法院进行刑事诉讼以及诉讼当事人及其他诉讼参与人参加刑事诉讼应当遵守的时间期限。期间一般由法律明确规定，称作法定期间；个别情况下可以由公安司法机关指定，称作指定期间。

在刑事诉讼中，除期间外，还有期日。期日是公安司法机关与诉讼参与人共同进行诉讼活动的特定时间。期日和期间关系密切，但两者有很大区别，主要为：(1) 期日是一个特定的单位时间，如某日、某时，期间是指一定期限内的时间，即始于某期日又止于某期日的一段时间；(2) 期日是公安司法机关和诉讼参与人共同进行某项刑事诉讼活动的时间，期间是公安司法机关和诉讼当事人及其他诉讼参与人各自单独进行某项诉讼活动的时间；(3) 期日由公安司法机关指定，遇有重大理由时可以变更或延后，而期间一般由法律明确加以规定，不得任意变更；(4) 期日只规定开始的时间，不规定终止的时间，而期间则以规定的起止时间为始期和终期。

期间是刑事诉讼法从时间上严格诉讼程序、规范诉讼行为的重要措施。明确期间，有利于增强办案人员的诉讼法制观念和工作责任心；有利于防止和纠正超期羁押、久拖不决的违法现象，保障当事人的合法权益；有利于保证当事人及时行使诉讼权利，履行诉讼义务；还有利于维护诉讼活动的严肃性，保障法律的统一正确实施。

(二) 法定期间

刑事诉讼法关于各种诉讼活动的期间有具体而明确的规定，概括起来主要有：

1. 强制措施期间。对犯罪嫌疑人、被告人传唤持续的时间最长不得超过 12 小时。对犯罪嫌疑人、被告人取保候审最长不得超过 12 个月；监视居住最长不得超过 6 个月。拘留或逮捕犯罪嫌疑人、被告人后，除有碍侦查或者无法通知的情形以外，拘留或逮捕机关应当在 24 小时以内将拘留或逮捕的原因和羁押处所通知被拘留人或被逮捕人的家属或所在单位；应当在 24 小时内对被拘留人或被逮捕人进行讯问。公安机关对被拘留的人认为需要逮捕的，应当在拘留后的 3 日内提请人民检察院审查批准，特殊情况下可以延长 1 日至 4 日；对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至 30 日。人民检察院应当在接到公安机关提请批准逮捕书的 7 日以内，作出批准或者不批准逮捕的决定。人民检察院直接受理的案件对被拘留的人认为需要逮捕的，应当在 10 日以内作出决定。特殊情况下决定逮捕的时间可以延长 1 日至 4 日。

2. 与聘请律师、委托辩护人、诉讼代理人有关的期间。人民检察院自收到移送审查起诉的材料之日起 3 日内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人；应当告知被害人及其法定代理人或者近亲属，附带民事诉讼当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。人民法院自受理自诉案件之日起 3 日内，应当告知被告人有权委托辩护人；应当告知自诉人及其法定代理人，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。

3. 侦查羁押期间。对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过 2 个

月。案情复杂、期限届满不能终结的案件，可以经上一级人民检察院批准延长1个月。对交通十分不便的边远地区的重大复杂案件、重大的犯罪集团案件、流窜作案的重大复杂案件、犯罪涉及面广取证困难的重大复杂案件，在上述期限内不能终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以再延长2个月。对犯罪嫌疑人可能判处10年有期徒刑以上刑罚，按照前述规定延长2个月期限届满仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以再延长2个月。因为特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大复杂的案件由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理。公安机关对案件提请延长羁押期限时，应在羁押期限届满7日前提出，并书面呈报主要案情和具体理由，人民检察院应当在羁押期限届满前作出决定。

4. 人民检察院对于公安机关移送审查起诉的案件，应当在一个月内作出决定；重大复杂的案件可以延长半个月。对于需要补充侦查的案件，无论是自行补充侦查，还是退回公安机关补充侦查，都应当在1个月内补充侦查完毕。补充侦查以两次为限。

5. 对不起诉决定的申诉期间。被害人如果不服人民检察院作出的不起诉决定，可以在收到决定书后7日内向上一级人民检察院提出申诉。被不起诉人如果对于人民检察院因“犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要或者免除刑罚”而作出的不起诉决定，可以自收到决定书后7日内向人民检察院申诉。

6. 一审程序期间。人民法院应当在开庭10日以前将人民检察院的起诉书副本送达被告人。应当在开庭3日以前将开庭时间、地点通知人民检察院；将传票、通知书至迟在开庭3日以前送达当事人、辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员。公开审判的案件，在开庭3日前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。在法庭审判过程中，检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出建议经法庭同意延期审理的，人民检察院应当在1个月内补充侦查完毕。人民法院当庭宣告判决的，应当在5日内将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院；定期宣告判决的，应当在宣告后立即将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院。人民法院审理公诉案件，应当在受理后1个月内宣判，至迟不得超过1个半月。对于交通十分不便的边远地区的重大复杂案件，流窜作案的重大复杂案件，犯罪涉及面广、取证困难的案件，在上述期限内不能审结的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长1个月。适用简易程序审理案件，应当在受理后20日以内审结。根据最高人民法院《解释》第109条规定，适用简易程序审理的被告人被羁押的自诉案件，应当在被告人被羁押后1个月内宣判，至迟不得超过1个半月。有刑事诉讼法第126条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或决定，可以再延长1个月。需要延长期限的，应在期满7日以前报最高人民法院批准或决定。自诉案件被告人未被羁押的，应在立案后6个月内宣判。有特殊情况需延长审理期限的，由本院院长批准，可延长3个月。

7. 上诉抗诉期间。不服第一审判决的上诉和抗诉的期限为10日；不服第一审裁定的上诉和抗诉期限为5日。被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院一审判决的，自收到判决书后5日内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后5日以内应当作出是否抗诉的决定并答复请求人。

8. 二审程序期间。通过原审法院提出上诉的，原审人民法院应当在3日内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。上诉人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在3日内将上诉状交原审人民法院送交同级人民检察院和对方当事人。第二审人民法院必须在开庭10日以前通知人民检察院查阅案卷。第二审人民法院受理上诉、抗诉案件，应当在1个月以内审结，至迟不得超过1个半月。对于交通十分不便的边远地区的重大复杂案件，重大的犯罪集团案件，流窜作案的重大复杂案件，犯罪涉及面广、取证困难的重大复杂案件，在上述期限内不能审结的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长1个月。

9. 再审程序期间。按照审判监督程序重新审判的案件，应当在作出提审、再审决定之日起3个月内审结。需要延长期限的，不得超过6个月。接受抗诉的人民法院按照审判监督程序审判抗诉的案件，审理期限适用上述规定；对需要指令下级人民法院再审的，应当自接受抗诉之日起1个月内作出决定，下级人民法院审理案件的期限适用上述规定。

10. 执行期间。下级人民法院接到最高人民法院或者高级人民法院执行死刑的命令后，应当在7日内交付执行。人民检察院认为暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起1个月以内将书面意见送交批准暂予监外执行的机关；批准暂予监外执行的机关接到人民检察院的书面意见后，应当立即进行重新核查。人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当，应当自收到裁定书副本后20日以内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院应当在收到纠正意见后1个月以内重新组成合议庭进行审理，作出最终裁决。

11. 申请恢复期间的期间。当事人由于不能抗拒的原因或者其他正当理由而耽误期限的，在障碍消除后5日以内，可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动。

（三）期间的计算

我国刑事诉讼的期间以时、日、月为计算单位。

以时和日计算的，开始的时和日不计算在期间以内。对于法定期间的计算，不包括路途上的时间。上诉状或者其他诉讼文件在期满前已经交邮的，应当以交邮的时间即当地邮局盖印邮戳的时间为准。当事人的住处或者工作地如果距离公安司法机关比较远，则他们为参加诉讼花费在路途上的时间，应当从法定期间内扣除。公安机关在异地执行拘留后带回本地返回途中所需要的时间不能计算在拘留后应当在24小时以内对被拘留人进行讯问的期限内。

以月为单位计算的，自本月某日至下月某日为一个半月，如本月1日收案至下一个月1日、本月最后一日至下一个月最后一日为一个月的期限；半月一律按15日计算期限。

节假日应当计算在期间以内。但是，期间届满之日如果是法定节假日，应当顺延至法定节假日后的第一个工作日。但对于犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯在押期间，应当至期间届满之日为止，不得因节假日而延长在押期限至节假日后的第一日。

针对诉讼过程中可能出现的一些特殊情况，刑事诉讼法规定了特殊情况下诉讼期间的计算：（1）在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自发现之日起重新计算侦查羁押期限。犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份

不明的，侦查羁押期限自查清其身份之日起计算，但是不得停止对其犯罪行为的侦查活动；(2) 对于补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限；(3) 人民检察院审查起诉的案件，改变管辖的，从改变后的人民检察院收到案件之日起计算审查起诉期限；(4) 人民法院改变管辖的案件，从改变后的人民法院收到案件之日起计算审理期限；(5) 案件审判过程中，人民检察院补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民法院后，重新计算审理期限；(6) 对犯罪嫌疑人做精神病鉴定期间不计入办案期限，但其他鉴定应记入办案期间。

(四) 期间的恢复

刑事诉讼期间的恢复，是指当事人因某种特殊的原因未能在法定期间内进行特定的诉讼活动，经人民法院许可，可以继续这种诉讼活动。《刑事诉讼法》第 80 条规定：“当事人由于不能抗拒的原因或者其他正当理由而耽误期限，在障碍消除后的 5 日以内，可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动。前款申请是否准许，由人民法院裁定。”根据这一规定，期间恢复的条件是：(1) 只有当事人才可以提出恢复诉讼期间的申请；(2) 必须有正当理由例如遭受水灾、火灾、地震，患有严重疾病，未收到诉讼文书等；(3) 当事人的申请应当在妨碍其遵守法定期间的原因消除后 5 日以内向审判本案的人民法院提出；(4) 必须经人民法院裁定准许。

二、送达

(一) 送达的概念

刑事诉讼中的送达是指公安司法机关按照法定程序和方式将诉讼文件送交收件人的诉讼活动。送达具有以下特点：(1) 送达的主体只能是公安司法机关；(2) 送达的内容是诉讼文件。如传票、通知书、起诉书、不起诉决定书、判决书、裁定书、调解书、自诉状副本等；(3) 送达行为必须严格依照法律规定的程序和方式，否则不能产生法律效力。

(二) 送达回证

送达回证又称送达证或送达证书，是指公安司法机关制作的用以证明送达行为及其结果的诉讼文件。送达回证的内容包括送达机关和送达文件的名称，被送达人姓名(名称)、职业、职务、住所地和经常居住地，送达方式，送达人和被送达人签名、盖章，签收日期等。

送达回证是送达人完成送达任务的凭证，也是被送达人接受或者拒绝所送达的诉讼文件的证明。根据送达回证，可以检查公安司法机关是否按照法定程序和方式送达诉讼文件、认定当事人及其他诉讼参与人的诉讼行为是否有效。

(三) 送达程序

根据《刑事诉讼法》第 81 条的规定，送达应当遵守下列程序：传票、通知书和其他诉讼文件的送达等，应当交给收件人本人。如果本人不在，可以交给他的成年家属或者所在单位的负责人代收。

收件人本人或者代收人拒绝接受或者拒绝签名、盖章的，送达人可以邀请他的邻居或者其他见证人到场，说明情况，把文件留在其住处，在送达证上注明拒绝的事由、送达的日期，由送达人签名，即认为已经送达。

根据最高人民法院的规定，直接送达诉讼文件有困难的，可以委托收件人所在地的人民法院代为送达，或者邮寄送达。委托送达的，应当将委托函、委托送达的诉讼文件及送达回证，送收件人所在地的人民法院。受委托的人

民法院收到委托送达的诉讼文件，应当登记，并由专人及时送交收件人，然后将送达回证及时退回委托送达的人民法院。受委托的人民法院无法送达时，应当将不能送达的原因及时告知委托的人民法院，并将诉讼文件退回。

邮寄送达的应当将诉讼文件、送达回证挂号邮寄给收件人。挂号回执上注明的日期为送达的日期。

诉讼文件的收件人是军人的，可以通过所在部队团级以上单位的政治部门转交。收件人正在服刑的，可以通过所在监狱或者其他执行机关转交。收件人正在劳动教养的，可以通过劳动教养单位转交。代为转交的部门、单位收到诉讼文件后，应当立即交收件人签收，并将送达回证及时退回送达的人民法院。

送达人如果不按法律要求送达，致使诉讼活动不能顺利进行的，应当由送达人负责。如果已经合法送达，收件人本人不按文件的要求执行，由此产生的法律后果，应当由收件人本人负责。

第八章 立案

第一节 立案的概念和意义

一、立案的概念

刑事诉讼中的立案，是指公安机关、人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人，或者公安机关、人民检察院、人民对于报案、控告、举报和自首的材料，以及自诉人起诉的材料，按照各自的管辖范围进行审查后，决定作为刑事案件进行侦查或者审判的一种诉讼活动。

立案作为刑事诉讼中的一个独立的诉讼阶段，具有以下特征：

（一）立案是刑事诉讼的起始程序

整个刑事诉讼程序，一般都要经过立案、侦查、起诉、审判和执行五个诉讼阶段。诉讼活动必须按先后顺序严格进行，只有前一诉讼阶段任务完成之后，才能进行下一阶段的诉讼活动，不能越过任何一个阶段，也不能将先后次序颠倒。立案程序是整个刑事诉讼活动的开始。

（二）立案是刑事诉讼的必经程序

由于刑事案件的具体情况不同，不是每一个刑事案件都必须经过五个诉讼阶段，例如，自诉案件不需要经过侦查阶段，由被害人直接向人民法院起诉；还有些案件，在人民检察院作出不起诉决定后，即告终结，就不需要经过审判和执行程序。但是，任何刑事案件进入刑事诉讼程序都必须经过立案阶段。因此，立案程序是刑事诉讼的必经程序。

（三）立案是法定机关的专门活动

刑事案件的立案，是法律赋予公安机关、国家安全机关、人民检察院和人民法院的一种职权，其他任何单位或个人都无权立案。而且公安机关、国家安全机关、人民检察院和人民法院必须按照法律规定的管辖范围行使立案权。

二、立案的意义

刑事诉讼法把立案规定为刑事诉讼的开始和必经程序，对于保证刑事诉讼的正确进行以及刑事诉讼法任务的顺利完成，有着重要的意义。

（一）有利于准确、及时地揭露和惩罚犯罪

对于已经发生的犯罪行为，公安司法机关正确、及时地作出立案决定，并不失时机地开展侦查或调查活动，就可以及时揭露、证实和惩罚犯罪，有效地同犯罪分子作斗争。因此，正确地运用和执行立案程序，能够保证一切依法需要追究刑事责任的犯罪行为，及时地受到应有的刑事追究。

（二）有利于保护公民的合法权益不受侵犯

正确、及时地立案，是对犯罪行为的受害单位或公民控告犯罪的正义要求的支持，是对他们合法权益的有力保护。同时，正确执行立案程序，严格把握立案的法定条件，可以保证无辜的公民不受刑事追究，切实保障公民的合法权益。

（三）立案是准确评价社会治安形势和进行正确决策的重要依据

立案是司法统计的重要内容。正确地执行立案程序，就能够及时、准确地掌握各个时期和各个地区刑事案件的发案情况，分析研究某地某时犯罪的动向、特点和规律，总结工作经验，采取相应的措施，预防和减少犯罪的发生，更有效地同犯罪行为作斗争。

第二节 立案的材料来源和条件

一、立案的材料来源

立案的材料来源，是指证明有犯罪事实存在，需要公安司法机关立案侦查的证明材料的取得途径。根据法律规定和司法实践，立案的材料来源主要有：

（一）公安机关或者人民检察院直接发现的犯罪事实或者获得的犯罪线索

《刑事诉讼法》第 83 条规定：“公安机关或者人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人，应当按照管辖范围，立案侦查。”公安机关是国家的治安保卫机关，人民检察院是国家的法律监督机关，肩负着同犯罪作斗争的重要职责。他们在工作中常常会发现一些犯罪事实、犯罪嫌疑人或者犯罪线索。比如公安机关在日常值勤和执行任务过程中发现的犯罪，在侦查、预审过程中发现与本案有关的其他犯罪；人民检察院在开展各种检察业务活动中发现的各种犯罪。这些材料都是公安机关和人民检察院立案的重要依据。

（二）报案、举报和控告

《刑事诉讼法》第 84 条第 1 款和第 2 款规定：“任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。被害人对侵犯其人身、财产权利的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者控告。”该条规定的“报案”是指单位和个人（包括被害人）向公安司法机关报告发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人的行为。“举报”是指当事人以外的其他知情人向公安司法机关检举、揭发犯罪嫌疑人的犯罪事实或者犯罪嫌疑人线索的行为。“控告”是指被害人及其近亲属或其诉讼代理人，对侵犯被害人合法权益的犯罪行为向公安司法机关告诉，要求追究侵害人的法律责任的行为。报案、举报和控告既是单位、个人和被害人同犯罪作斗争的方式，也是立案材料的主要来源。

《刑事诉讼法》第 88 条规定：“对于自诉案件，被害人有权向人民法院直接起诉。被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权向人民法院起诉。人民法院应当依法受理。”根据这一规定，自诉案件被害人及其法定代理人、近亲属向人民法院起诉，也是立案材料的来源之一。

报案、控告和举报是公民的民主权利，受国家法律保护，任何单位或个人都不得以任何借口对报案人、控告人、举报人进行阻止、压制或者打击报复。对报案人、控告人、举报人进行报复、陷害构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（三）犯罪人的自首

自首，是指犯罪人作案以后自动投案，如实供述自己罪行的行为。犯罪人的自首也是立案的材料来源之一。

《刑事诉讼法》第 84 条第 4 款明确规定：“犯罪人向公安机关、人民检察院和人民法院自首的，适用第三款规定。”即公安机关、人民检察院或者人民法院对于犯罪人的自首，都应当接受。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理；对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。由于自首能得到依法从轻、减轻或者免除处罚，因此，有不少犯罪人实施犯罪后即投案自首，自首成为立案材料的重

要来源之一。

二、立案的条件

立案的条件，是指公安司法机关作出立案决定所必须具备的法定要件。正确掌握立案的条件，是准确、及时地决定是否立案的关键。《刑事诉讼法》第86条规定：“人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。”根据这一规定，立案必须同时具备两个条件：一是有犯罪事实，称为事实条件；二是需要追究刑事责任，称为法律条件。

（一）有犯罪事实

有犯罪事实，是指客观上存在着某种危害社会犯罪行为。这是立案的首要条件。如果没有犯罪事实存在，也就谈不到立案的问题了。有犯罪事实，包含两个方面的内容。

1. 要立案追究的，必须是依照刑法的规定构成犯罪的行为。根据刑法的规定，犯罪行为是指触犯刑律的、应受刑罚处罚的危害社会的行为。立案应当而且只能对犯罪行为进行。如果不是犯罪的行为，就不能立案。没有犯罪事实，或者根据《刑事诉讼法》第15条第1项的规定，有危害社会的违法行为，但是情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪的，就不应立案。

需要指出的是，由于立案是追究犯罪的开始，此时所说的有犯罪事实，仅是指发现有某种危害社会而又触犯刑律的犯罪行为发生。至于整个犯罪的过程、犯罪的具体情节、犯罪人是谁等，并不要求在立案时就全部弄清楚。这些问题应当通过立案后的侦查或审理活动来解决。

2. 要有一定的事实材料证明犯罪事实确已发生。所谓确已发生就是指犯罪事实确已存在，包括犯罪行为已经实施、正在实施和预备犯罪。犯罪事实确已发生，必须有一定的事实材料加以证明。

（二）需要追究刑事责任

需要追究刑事责任，是指依法应当追究行为人的刑事责任。这是立案必须具备的另一个条件。公安司法机关立案的目的是对犯罪行为进行刑事追究，并通过立案以后的侦查、起诉和审判活动，揭露、证实和惩罚犯罪，所以，只有依法需要追究行为人刑事责任的犯罪事实，才具有立案的价值。只有当有犯罪事实发生，并且依法需要追究行为人刑事责任时，才有必要而且应当立案。

根据《刑事诉讼法》第15条的规定，虽有犯罪事实发生，但犯罪已过追诉时效期限的；经特赦令免除刑罚的；依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；犯罪嫌疑人、被告人死亡的；其他法律规定免于追究刑事责任的，均不追究刑事责任。因此，凡犯罪行为具有上述法定不追究刑事责任的情形之一的，就不应当立案。

有犯罪事实，需要追究刑事责任，是刑事诉讼法规定的立案条件，公安司法机关办理立案时必须严格遵守，以保证立案的正确性。但是，刑事诉讼法规定的立案条件，只是从刑事案件的总体上作出的原则性规定。至于某个案件是否符合立案的条件，还必须结合刑法分则规定的某种犯罪的特定的构成要件来确定。为了便于公安司法人员正确掌握和执行法定的立案条件，提

高立案的质量，有关的公安司法机关根据刑法、刑事诉讼法及其他有关的法律规定，结合司法实践，对某些刑事案件制定了具体的立案标准，这是法定的立案条件在某种案件中的具体化。立案标准应当以法定的立案条件为依据，与法定的立案条件相一致。

第三节 立案程序和立案监督

一、立案程序

立案程序，是指立案阶段中各种诉讼活动的步骤和形式。根据刑事诉讼法的规定，立案程序包括对于立案材料的接受、审查和处理三个部分。

（一）对立案材料的接受

对立案材料的接受，是指公安机关、人民检察院和人民法院对报案、控告、举报和自首材料的受理。它是立案程序的开始。接受立案材料，应当注意以下几点：

1. 公安机关、人民检察院和人民法院对于报案、控告、举报和自首，都应当接受下来，然后依法处理，而不得以任何理由拒绝或推诿。《刑事诉讼法》第84条第3款规定：“公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、控告、举报，都应当接受。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理，并且通知报案人、控告人、举报人；对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。”这里“紧急措施”是指保护现场、先行拘留嫌疑人、扣押证据等措施。《刑事诉讼法》第84条第4款规定：“犯罪人向公安机关、人民检察院或者人民法院自首的，适用第三款规定。”即公检法机关在接受犯罪人自首后，应立即按照管辖范围确定主管机关，对不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的，应先采取紧急措施，然后移送主管机关。

2. 报案、控告和举报可以用书面或口头形式提出。《刑事诉讼法》第85条第1款规定：“报案、控告、举报可以用书面或口头提出。接受口头报案、控告和举报的工作人员，应当写成笔录，经宣读无误后，由报案人、控告人、举报人签名或者盖章。”根据这一规定，报案、控告和举报可以采取书面形式，也可以口头提出，这是为了方便群众，有利于群众同犯罪作斗争。接受口头报案、控告、举报时，应当注意尽量问清犯罪的时间、地点、方法、后果、犯罪嫌疑人的特征等情况，做好笔录，并向报案人、控告人、举报人宣读，经确认无误后，由其签名或者盖章。

3. 接受控告、举报的工作人员应当向控告人、举报人说明诬告应负的法律后果。《刑事诉讼法》第85条第2款规定：“接受控告、举报的工作人员，应当向控告人、举报人说明诬告应负的法律后果。但是，只要不是捏造事实，伪造证据，即使控告、举报的事实有出入，甚至是错告的，也要和诬告严格加以区别。”为了保证控告、举报的真实性，接受控告、举报的工作人员应当向控告人、举报人说明控告、举报应当实事求是，不得诬告陷害他人，否则将依照刑法关于诬告陷害罪的规定追究刑事责任。同时，应当严格区分错告和诬告。二者的主要区别是：错告没有捏造事实、陷害他人的故意，而是由于个人认识片面或错误造成的控告、举报与事实不符，甚至错误；而诬告则是故意捏造事实，伪造证据，目的在于陷害他人。因此，对控告、举报失实的甚至是错告，只要不是故意捏造事实，伪造证据，就不能认为是诬告。

4. 公安司法机关应当为报案人、控告人、举报人保密，并保障他们及其近亲属的安全。为了鼓励人民群众积极同犯罪行为作斗争，保障单位和个人行使控告、举报的权利，《刑事诉讼法》第85条第3款规定，公安机关、人民检察院或者人民法院应当保障报案人、控告人、举报人及其近亲属的安全。即当他们的安全受到威胁时，公安司法机关应当主动采取保护措施或者被要

求而采取相应的保护措施。为了防止事后对报案人、控告人、举报人及其近亲属的打击报复，该款还规定，报案人、控告人、举报人如果不愿公开自己的姓名和报案、控告、举报的行为，应当为他们保密。这种保密没有时间限制，即任何时候都应按其要求为之保密。

（二）对立案材料的审查

对立案材料的审查，是指公安机关、人民检察院、人民法院对自己发现的或者接受的立案材料进行核对、调查的活动。其任务是正确认定有无犯罪事实发生，依法应否追究行为人的刑事责任，为正确作出立案或者不立案的决定打下基础。对立案材料的审查，是立案程序的中心环节，是能否正确、及时地立案的关键。

《刑事诉讼法》第 86 条规定：“人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查。”通过审查，应当查明：材料所反映的事件是否属于犯罪行为；如果属于犯罪行为，有无确实可靠的证据材料证明；依法是否需要追究行为人的刑事责任；有无法定不追究刑事责任的情形。

在司法实践中，公安、检察或者审判机关对立案材料进行审查时，可以要求报案、控告、举报的单位和个人提供补充材料，或者要求他们作补充说明，也可以进行必要的调查。立案程序的调查同侦查阶段的调查有严格的区别：（1）任务不同。立案程序中调查的任务是为了查明有无犯罪事实存在，以及是否需要追究刑事责任；而侦查阶段调查的任务则是为了收集证据，查清犯罪事实，查获犯罪嫌疑人，为起诉、审判活动的顺次进行作好准备，同时保障无罪的人不受刑事追究。（2）性质不同。立案程序中的调查属于一般性的调查，没有强制性。除情况紧急，由公安司法机关采取先行拘留、扣押等措施外，一般不能采取逮捕等强制措施。而侦查阶段的调查，具有强制性，在调查过程中可采取任何法律规定的强制措施。（3）法律后果不同。立案程序中的调查，其结果是决定立案或不立案；而侦查阶段的调查，其结果是决定提起公诉、不起诉或者撤销案件。

公安司法机关对立案材料的审查，只要求所取得的证据足以证明有犯罪事实发生，并且依法需要追究刑事责任而应当立案时；或者依法不需要追究刑事责任而不应当立案时，立案前的审查工作就完成了。对于应当立案的，并不要求查清全部犯罪事实和查获犯罪嫌疑人。

（三）对立案材料的处理

对立案材料的处理，是指公安机关、人民检察院、人民法院通过对立案材料的审查，分别不同情况作出立案或者不立案的决定。这是立案程序的最后结果。

《刑事诉讼法》第 86 条规定，人民法院、人民检察院、公安机关对立案材料审查后，“认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案。”根据这一规定，对立案材料的处理，包括立案决定和不立案决定两种形式。

1. 决定立案及应办的法律手续。公安机关对立案材料进行审查后，认为需要立案的，由承办人填写《立案报告表》，公安机关主管负责人批准后，交由侦查部门开始侦查。人民检察院对立案材料审查后，认为需要立案的，先由承办人填写《立案请示报告》，经检察长批准或检察委员会决定后，制

作《立案决定书》。还应及时将《立案请示报告》和《立案决定书》报上一级人民检察院备案。上级人民检察院认为不应当立案的，制作《纠正案件错误通知书》，通知下级人民检察院撤销案件。下级人民检察院如有不同意见，可以申请复议。人民法院受理的自诉案件，一般先由控告申诉庭工作人员填写《立案审批表》，经主管负责人审查批准后，移交刑事审判庭审理。

2. 决定不立案及应办的法律手续。对于不具备立案条件的，应当作出不立案的决定，并且应当将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。对控告人的复议申请，应当及时审核并作出答复。

对于那些虽然不具备立案条件，但有严重错误或一般的违法乱纪行为需要其他部门处理的，应当将报案、控告或者举报材料移送有关部门处理。

二、立案监督

（一）立案监督的概念

立案监督，是指有监督权的机关和公民依法对立案活动进行监视、督促或者审核的诉讼活动。立案监督有广义和狭义之分。狭义的立案监督，是指检察机关对公安机关的立案活动进行的监督，它是人民检察院对刑事诉讼进行监督的一种。广义的立案监督还包括其他单位和个人对立案活动进行的监督。

《刑事诉讼法》第 86 条规定，人民法院、人民检察院或者公安机关决定不立案时，应“将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议”。第 87 条又规定：“人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。”由此可见，法律规定的立案监督包括控告人的监督和检察机关的监督两种形式。

（二）立案监督的程序

立案监督的程序，是指法律规定的控告人和检察机关对立案活动实行监督的方法和步骤。由于控告人和检察机关的地位和性质不同，所以，二者对立案监督的程序也不相同。

控告人对立案活动的监督是通过申请复议进行的。即控告人接到公安司法机关说明不立案原因的通知后，如果对不立案决定不服，有权向不予立案的机关申请复议，该机关应当认真及时地进行复议，并将复议结果通知控告人。

人民检察院对公安机关实施立案监督的程序：人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当发出《要求说明不立案理由通知书》要求公安机关说明不立案的理由。公安机关在收到通知书后 7 日内应当将说明情况书面答复人民检察院。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立，应当发出《通知立案书》，并将有关证明应该立案的材料同时移送公安机关。公安机关在收到《通知立案书》后，应当在 15 日内决定立案，并将立案决定书送达人民检察院。

（三）立案监督的意义

立案监督是保证正确、及时立案的重要措施。它有利于杜绝有案不立、不破不立、以罚代立、立而不究等违法现象。

第九章 侦查

第一节 概述

一、侦查的概念

《刑事诉讼法》第 82 条第 1 款规定：“‘侦查’是指公安机关、人民检察院在办理案件过程中，依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施。”

侦查是刑事诉讼的一个基本的、独立的诉讼阶段，是公诉案件的必经程序。公诉案件只有经过侦查，才能决定是否进行起诉和审判。因此，《刑事诉讼法》第 89 条规定，公安机关对已经立案的刑事案件，应当进行侦查。侦查的目的是收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。

侦查也是一种调查，但它既不同于行政调查和一般的社会调查，也不同于其他诉讼调查，如人民法院在办案过程中的调查等。它是刑事案件立案后，由侦查机关进行的旨在查明案情、查获犯罪嫌疑人并收集各种证据，确定对犯罪嫌疑人是否起诉的准备活动。

对侦查的概念，应从以下几个方面来理解：

1. 侦查是法律赋予公安机关、人民检察院以及其他具有侦查职能的机关或部门的专门职权。根据《刑事诉讼法》的规定，有权进行侦查的机关和部门包括：公安机关、人民检察院、国家安全机关、军队保卫部门和监狱。只有这些机关和部门才能进行侦查工作，其他任何机关、团体和个人都无权行使侦查权。《刑事诉讼法》还对上述机关和部门各自有权侦查的案件的范围作了明确规定。

2. 侦查机关必须严格依法行使侦查权。侦查机关和侦查人员的侦查活动，必须依照法定程序和方式进行。只有这样，才能保证依法查明案件事实，准确及时地惩罚和制止犯罪，切实保障公民的合法权益不受侵犯。

3. 侦查活动具有法定的内容和方式，即专门的调查工作和有关的强制性措施。专门的调查工作是指《刑事诉讼法》第二编第二章“侦查”中所规定的讯问犯罪嫌疑人、询问证人、被害人、勘验、检查、搜查、扣押物证、书证、鉴定、通缉等活动；有关的强制性措施是指刑事诉讼法所规定的拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕等限制或者剥夺人身自由的各种方法。

二、侦查的任务

侦查工作的任务，就是依照法定程序发现和收集有关案件的各种证据，查明犯罪事实，查获和确定犯罪嫌疑人，并采取必要的强制措施，防止现行犯和犯罪嫌疑人继续进行犯罪活动或者逃避侦查、起诉和审判，从而保证刑事追诉的有效进行。

三、侦查的意义

1. 侦查是同犯罪作斗争的重要手段。犯罪是一种极其复杂的社会现象，罪犯作案后又往往采用多种手段来掩盖真相，逃避制裁。如果没有强有力的侦查活动，就不可能准确、及时地揭露和打击犯罪。只有切实做好侦查工作，才能有效地打击和制止刑事犯罪的破坏活动，从而保护国家、集体利益和公民的合法权益，维护社会安定，保障现代化建设和改革开放的顺利进行。

2. 侦查是提起公诉和审判的基础。侦查工作直接为检察机关的批捕和审查起诉工作提供依据，为批捕和提起公诉准备条件，同时也为法院的审判工

作奠定基础。如果侦查工作发生偏差，必然影响公诉的质量，给正确审判带来困难。因此，正确有效的侦查对保证刑事诉讼的顺利进行具有重要意义。

3. 侦查是预防犯罪的重要措施。通过侦查活动，不仅能够查明已经发生的犯罪事实，还可以发现可能发生犯罪的隐患和漏洞，发现社会治安管理和社会上各机关、单位内部管理方面存在的问题，建议或者协同有关部门和单位采取有效措施，消除隐患，堵塞漏洞，加强安全防范工作，预防和减少犯罪的发生。

四、侦查工作的原则

为了有效地实现侦查任务，揭露、证实和惩罚犯罪，在侦查活动中，侦查人员除了要遵守刑事诉讼法所规定的基本原则以外，还必须根据侦查工作的特点，遵守下列各项工作原则。

1. 迅速及时原则。这一原则要求侦查机关接到报案后要立即组织侦查力量，制定侦查方案，及时采取侦查措施，收集案件的各种证据。

2. 客观全面原则。这一原则要求侦查人员一切从案件的实际情况出发，实事求是地收集证据；既要收集能够证明犯罪嫌疑人有罪、罪重的证据，又要收集能够证明犯罪嫌疑人无罪、罪轻的证据。

3. 深入细致原则。这一原则要求侦查人员作深入细致的调查研究，对犯罪的具体情节要全部查清，并要求有相应的证据证明。

4. 依靠群众原则。这一原则要求在侦查工作中，不仅要充分发挥专门机关的作用，而且要善于依靠群众的力量。

5. 遵守法制原则。这一原则要求在侦查工作中，侦查人员必须严格依照刑事诉讼法规定的诉讼程序调查、收集证据，严禁非法取证。

6. 保守秘密原则。这一原则要求在侦查活动中，要注意保守侦查工作秘密，严格禁止将案情、证据、当事人及诉讼参与人的情况向无关人员泄露，以保证侦查活动的顺利进行。

第二节 侦查行为

侦查行为，是指侦查机关在办理案件过程中，依照法律进行的各种专门调查活动。刑事诉讼法规定的侦查行为有以下七种：

一、讯问犯罪嫌疑人

（一）讯问犯罪嫌疑人的概念和意义

讯问犯罪嫌疑人，是指侦查人员依照法定程序以言词方式向犯罪嫌疑人查问案件事实的一种侦查行为。

讯问犯罪嫌疑人，一方面有利于查明犯罪事实，扩大收集证据的线索，发现新的犯罪和其他应当追究刑事责任的犯罪分子；另一方面可以通过听取犯罪嫌疑人的申辩，保证无罪的人和其他依法不应追究的人不受刑事追究。

（二）讯问犯罪嫌疑人的程序和方法

1. 讯问犯罪嫌疑人必须由公安机关或者人民检察院的侦查人员负责进行。为了提高讯问效率，保证讯问质量，防止违法乱纪，确保讯问安全，讯问的时候，侦查人员不得少于2人。

2. 对于不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问，但是应当出示公安机关或者人民检察院的证明文件。传唤、拘传持续的时间最长不得超过12小时。不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。

对于已经被拘留或者逮捕的犯罪嫌疑人，应当在拘留或者逮捕后的24小时以内讯问，在发现不应当拘留或者逮捕的时候，必须立即释放。

3. 侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为。如果犯罪嫌疑人承认有犯罪行为，即让其陈述有罪的情节；如果犯罪嫌疑人否认有犯罪事实，则让其陈述无罪的辩解，然后根据其陈述，向犯罪嫌疑人提出问题。

犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。但是对与本案无关的问题，有权拒绝回答。是否与本案无关，应以是否对查明本案的全部事实情节，即时间、地点、方法、手段、动机、目的、作案人的情况等实际意义或证据价值为准。

4. 讯问聋、哑的犯罪嫌疑人，应当有通晓聋、哑手势的人参加，并且将这种情况记入笔录。讯问未成年人的犯罪嫌疑人，可以通知其法定代理人到场。如果犯罪嫌疑不通晓当地通用的语言文字，应当为其翻译。

5. 讯问犯罪嫌疑人应当制作讯问笔录。笔录应当如实记载提问、回答和其他在场人的情况。笔录应当交犯罪嫌疑人核对，对于没有阅读能力的，应当向他宣读。如果记载有遗漏或差错，犯罪嫌疑人可以提出补充或改正。犯罪嫌疑人承认笔录没有错误后，应当签名或者盖章。侦查人员也应当在笔录上签名。犯罪嫌疑人请求自行书写供述的，应当准许。必要时，侦查人员也可以要求犯罪嫌疑人亲笔书写供词。

6. 讯问犯罪嫌疑人，严禁刑讯逼供，也不准诱供、骗供、指名问供。对于实行刑讯逼供的人，犯罪嫌疑人有权提出控告；构成犯罪的，应当依法追究其刑事责任。

（三）犯罪嫌疑人聘请律师

根据《刑事诉讼法》和《六机关规定》，犯罪嫌疑人在第一次被讯问后或者被采取强制措施之日起，侦查人员应当告知他可以聘请律师为其提供法

律咨询、代理申诉、控告。犯罪嫌疑人聘请律师的，可以自己聘请，也可以由其亲属代为聘请。在押的犯罪嫌疑人提出聘请律师的，看守机关应当及时将其请求转达办理案件的有关侦查机关，侦查机关应当及时向其所委托的人员或者所在的律师事务所转达该项请求。犯罪嫌疑人仅有聘请律师的要求，但提不出具体对象的，侦查机关应当及时通知当地律师协会或者司法行政机关为其推荐律师。涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘请律师，应当经侦查机关批准。涉及国家秘密的案件，是指案情或者案件性质涉及国家秘密的案件，不能因刑事案件侦查过程中的有关材料和处理意见需保守秘密而作为涉及国家秘密的案件。对在押犯罪嫌疑人聘请的律师为其申请取保候审并符合法定条件的，应当准许。受委托律师要求了解犯罪嫌疑人涉嫌罪名和会见犯罪嫌疑人的，侦查人员应当如实介绍涉嫌罪名和许可会见，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准。对于不涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人不需要经过批准。不能以侦查过程需要保密作为涉及国家秘密的案件不予批准。律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在 48 小时内安排会见，对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪、组织、领导、参加恐怖活动组织罪或者走私犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪等重大复杂的两人以上的共同犯罪案件，律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在 5 日内安排会见。

二、询问证人、被害人

（一）询问证人的概念和意义

询问证人，是指侦查人员依照法定程序以言词方式向证人调查了解案件情况的一种侦查行为。

询问证人的目的在于取得能够证明案件事实情况的证言，通过证言发现案件线索，查找犯罪嫌疑人，查明案情。询问证人对于发现和收集证据，侦破案件，证实犯罪具有重要意义。

（二）询问证人的程序和方式

1. 询问证人只能由侦查人员进行。在询问前，侦查人员应当熟悉案件的有关情况和材料，了解证人的身份及同案件和犯罪嫌疑人的关系，明确询问的目的，确定需要查清的问题，做好充分准备。

2. 侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行，但是必须出示公安机关或者人民检察院的证明文件。在必要的时候，也可以通知证人到公安机关或者人民检察院提供证言。侦查人员询问证人，不得另行指定其他地点。

3. 询问证人应当个别进行。这样做有利于避免证人之间互相影响，保证证言的真实性。

4. 为了保证证人如实提供证据，询问证人时，应当告知他应当如实地提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。

5. 询问不满 18 岁的证人，可以通知其法定代理人到场。这样有利于保护未成年人的权益，减少其思想顾虑，消除心理压力，达到询问的目的。

6. 询问证人，一般应先让证人就他所知道的情况作连续的详细叙述，并问明所叙述的事实的来源，然后根据其叙述结合案件中应当判明的事实和有关情节，向证人提出问题，让证人回答。询问证人必须保证其在客观、充分地提供证言的条件。

7. 对证人的叙述，应当制作笔录，交证人核对或者向他宣读。如果记载

有遗漏或者差错，证人可以提出补充或者改正。证人承认笔录没有错误，应当签名或者盖章，侦查人员也应当在笔录上签名。证人请求自行书写证言的，应当允许。必要时，侦查人员也可以要求证人写出书面证言。

（三）询问被害人

询问被害人，是指侦查人员向直接遭受犯罪行为侵害的人就其受害及犯罪嫌疑人有关情况进行调查的侦查活动。

询问被害人适用询问证人的程序。但是，被害人是刑事诉讼的当事人，与其他证人的诉讼地位不同，因此询问时，既要看到他是犯罪行为直接侵害的对象，对犯罪事实和犯罪分子的情况有更多的了解，又要考虑到他与案件有利害关系。对被害人的陈述，既要认真听取，又要注意分析是否合乎情理，有无夸大情节。对于被害人的个人隐私，应当为他保守秘密。对被害人的人身安全，应采取切实措施予以保障。

三、勘验、检查

（一）勘验、检查的概念和意义

勘验、检查，是侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、尸体、人身进行勘查和检验的一种侦查行为。勘验和检查的性质是相同的，只是对象有所不同。勘验的对象是现场、物品和尸体，而检查的对象是活人的身体。

通过勘验、检查，可以发现和取得犯罪活动留下的种种痕迹和物品。而对这些证据材料加以分析研究，就可以了解犯罪人实施犯罪的情况，判断案件的性质以及犯罪嫌疑人的特征，发现侦破案件的各种线索，明确侦查方向和范围，从而为彻底查明犯罪事实，查获犯罪嫌疑人提供依据。

（二）勘验、检查的种类和程序

根据《刑事诉讼法》的规定，勘验、检查可以分为现场勘验、物证勘验、尸体检验、人身检查和侦查实验五种。

1. 现场勘验。现场勘验，是侦查人员对刑事案件的犯罪现场进行勘查和检验的一种侦查活动。犯罪现场是指犯罪人实施犯罪的地点和其他遗留有与犯罪有关的痕迹和物证的场所。

（1）保护好现场。《刑事诉讼法》第102条规定，任何单位和个人都有义务保护犯罪现场，并且立即通知公安机关派员勘验。接案后，侦查人员应当迅速赶到案发现场，并保护好现场。

（2）侦查人员勘验现场，必须持有公安机关或者人民检察院的证明文件。

（3）勘验现场在必要时可以指派或聘请具有专门知识的人在侦查人员的主持下进行。为了保证勘验的客观性，还应邀请两名与案件无关的见证人在场。

（4）在勘验现场时，侦查人员还应当及时向被害人、目睹人、报案人和其他群众调查访问，以便了解发案前和发案当时的状况，发现和收集同案件有关的各种情况，并及时采取紧急措施收集证据。

（5）勘验现场的情况应当写成笔录，由侦查人员、其他参加勘验的人员和见证人签名或者盖章。

2. 物证检验。物证检验是指对在侦查活动中收集到的物品或者痕迹进行检查、验证。

检验物证，必须认真、细致。需要经专门技术人员进行检验和鉴定的，应指派或聘请鉴定人进行。

检验物证，应制作检验笔录，参加检验的人员和见证人均应签名或者盖章。

3. 尸体检验。尸体检验是指由侦查机关指派或聘请的法医或医师对尸表和尸体解剖进行检查、验证。尸体检验的目的在于确定死亡的时间和原因，致死的工具和手段、方法，为查明案情和犯罪人提供根据。

根据《刑事诉讼法》第 104 条的规定，对于死因不明的尸体，公安机关有权决定解剖，并通知死者家属到场。检验尸体，应当在侦查人员主持下，由法医或者医师进行。

尸体检验的情况，应当详细写成笔录，并由侦查人员和法医或医师签名或者盖章。

4. 人身检查。人身检查是指为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，依法对其身体进行检验、查看的侦查行为。人身检查是对活人身体进行的一种特殊检验。

人身检查应当由侦查人员进行，必要时邀请法医或医师进行。犯罪嫌疑人如果拒绝检查，必要时，可以强制检查。检查时，不得侮辱人格。检查妇女的身体，应由女工作人员或者医师进行。

人身检查应制作笔录，详细记载检查情况和结果，并由侦查人员和进行检查的法医或医师签名或者盖章。

5. 侦查实验。侦查实验是指侦查人员为了确定与案件有关的某一事实在某种情况下能否发生或者是怎样发生的，而按当时的情况和条件进行试验的一种侦查活动。

根据《刑事诉讼法》第 108 条的规定，为了查明案情，在必要的时候，经公安局长批准，可以进行侦查实验。侦查实验时，禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。

侦查实验，在必要的时候可以聘请有关人员参加，也可以要求犯罪嫌疑人、被害人、证人参加。

侦查实验，应当制作笔录，记明侦查实验的条件、经过和结果，由参加侦查实验的人员签名或者盖章。

6. 复验、复查。《刑事诉讼法》第 107 条规定，人民检察院审查案件时，对公安机关的勘验、检查，认为需要复验、复查时，可以要求公安机关复验、复查，并且可以派检察人员参加。这一程序的规定，其目的在于保证和提高勘验、检查的质量，防止和纠正可能出现的差错。同时也是检察机关依法实施侦查监督的形式。

复验、复查可以退回公安机关进行，也可以由人民检察院自己进行。对于退回公安机关的，人民检察院也可以派员参加。

复验、复查的情况应制作笔录，并由参加复验、复查的人员签名或者盖章。

四、搜查

（一）搜查的概念

搜查，是指侦查人员对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者罪证的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜索、检查的一种侦查行为。

搜查的目的在于收集证据、查获犯罪嫌疑人。它对于揭露和证实犯罪，具有重要意义。

（二）搜查的程序和要求

搜查直接关系到公民的人身自由和住宅不受侵犯的权利。宪法禁止非法搜查公民的身体和住宅。因此，搜查必须严格依照法律规定的程序进行。

1. 搜查只能由侦查人员进行，其他任何机关、单位和个人都无权对公民人身和住宅进行搜查。搜查的对象，可以是犯罪嫌疑人，也可以是其他可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人；可以对人身进行，也可以对被搜查人的住处、物品和其他有关场所进行。搜查的目的是为了发现和收集有关犯罪的证据，查获隐藏的犯罪嫌疑人。因此，不能为了其他目的而滥用搜查措施。

2. 根据《刑事诉讼法》第 110 条的规定，任何单位和个人，有义务按照公安机关和人民检察院的要求，交出可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料。

3. 搜查时，必须向被搜查人出示搜查证，否则，被搜查人有权拒绝搜查。但是，侦查人员在执行逮捕、拘留的时候，遇有紧急情况，不另用搜查证也可以进行搜查。

4. 搜查的时候，应当有被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人在场。

5. 搜查妇女的身体，应当由女工作人员进行。

6. 搜查的情况应当写成笔录，由侦查人员和被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人签名或者盖章。如果被搜查人或者他的家属在逃或者拒绝签名、盖章，应当在笔录上注明。

五、扣押物证、书证

（一）扣押物证、书证的概念和意义

扣押物证、书证，是指侦查机关依法对与案件有关的物品、文件、款项等强制扣留或者冻结的一种侦查行为。

扣押物证、书证的目的，在于取得和保全证据，防止其损毁或者被隐匿。及时依法扣押物证、书证，对核实证据、查明案情、查获犯罪嫌疑人或否定犯罪，保障无罪公民不受刑事追究都具有重要意义。

（二）扣押物证、书证的程序和要求

扣押物证、书证，直接关系到公民的财产及通信自由等权利，因此，必须严格依照法定程序进行。

1. 扣押物证、书证通常是在勘验、搜查时进行的。根据《刑事诉讼法》第 114 条的规定，在勘验、搜查中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种物品和文件，应当扣押；与案件无关的物品、文件，不得扣押。

2. 对于扣押的物品和文件，应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚，当场开列清单一式两份，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。

3. 对于扣押的物品、文件，要妥善保管或者封存，不得使用或者损毁。

4. 侦查人员认为需要扣押犯罪嫌疑人的邮件、电报的时候，经公安机关或者人民检察院批准，即可通知邮电机关将有关的邮件、电报检交扣押。不需要继续扣押的时候，应即通知邮电机关。

5. 公安机关、人民检察院根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。犯罪嫌疑人的存款、汇款已被冻结的，不得重复冻结。

6. 对于扣押的物品、文件、邮件、电报或者冻结的存款、汇款，经查明确实与案件无关的，应当在 3 日以内解除扣押、冻结，退还原主或者原邮电

机关。

六、鉴定

（一）鉴定在侦查中的意义

在侦查实践中，鉴定适用的范围十分广泛。凡是与案件有关的物品、文件、痕迹、人身、尸体，都可以进行鉴定。侦查机关常用的鉴定有：法医鉴定，司法精神病鉴定，毒性鉴定，刑事科学技术鉴定，会计鉴定，一般技术鉴定，等等。

鉴定以其结论的科学性特点，对揭示物证、书证的证明作用具有重要的意义，并且鉴定结论就是一种证据。因此，鉴定作为一种侦查手段，对于查明案件事实，查获犯罪嫌疑人，解脱无辜，具有重要作用。

（二）鉴定的程序和要求

1. 选定鉴定人。鉴定人的选定有两种方式，一是指派，即由公安机关或者人民检察院，指派其内部的刑事技术鉴定部门具有鉴定资格的专业人员进行鉴定；二是聘请，即由公安机关或者人民检察院聘请其他部门的专业人员进行鉴定。指派、聘请的鉴定人应当是具有某项专门知识，而且与本案和本案当事人没有利害关系，能够保证客观、公正地进行鉴定的人。

2. 侦查机关应当为鉴定人进行鉴定提供必要条件，及时向鉴定人送交有关检材和对比样本等原始材料，介绍与鉴定有关的情况，并且明确提出要求鉴定解决的问题，但是不得暗示或者强迫鉴定人作出某种鉴定结论。

3. 鉴定人进行鉴定时，应当遵守自己的职业道德，坚持实事求是的原则。鉴定人故意作虚假鉴定的，应当承担法律责任。

4. 鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且签名。

根据《刑事诉讼法》第120条第2款的规定，对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且由鉴定人签名，医院加盖公章。

5. 侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。

七、通缉

（一）通缉的概念和意义

通缉，是公安机关通令缉拿应当逮捕而在逃的犯罪嫌疑人的一种侦查行为。

通缉对公安机关通力合作，动员和依靠广大群众捕获犯罪嫌疑人，打击和制止犯罪，保障侦查和审判的顺利进行，具有重要意义。

（二）通缉的程序和要求

1. 只有公安机关有权发布通缉令。其他任何机关、单位和个人都无权自行发布通缉令。人民检察院需要追捕在逃的犯罪嫌疑人时，应当由公安机关发布通缉令。

公安机关在发布通缉令时，有发布范围的限制。根据《刑事诉讼法》第123条第2款规定，各级公安机关在自己管辖的地区以内，可以直接发布通缉令，如果超出自己管辖的地区，应当报请有权决定的上级机关发布。在实践中，县级以上的公安机关在自己管辖的范围内，可以直接发布通缉令；毗邻的和有固定协作关系任务的省、地、县级公安机关，可以相互抄发通缉令，并报上级公安机关备案；需要在全国范围或跨协作区通缉重要逃犯的，由省、

自治区、直辖市公安厅、局报请公安部，由公安部发布通缉令。

2. 通缉的对象只能是依法应当逮捕而在逃的犯罪嫌疑人，当然包括已被捕而在羁押期间逃跑的犯罪嫌疑人。

3. 通缉令中应当写明被通缉人的姓名、性别、年龄、籍贯、衣着和体貌特征，并应附上照片。除了必须保密的事项外，应当写明发案时间、地点、案情性质等简要情况。通缉令必须加盖发布机关的印章。

4. 通缉令发出后，如果发现新的重要情况，可以补发通报。通报应注明原通缉令的编号和日期。

5. 各级公安机关在接到通缉令后，必须及时布置，组织力量，采取有效措施，做好调查缉拿工作。

6. 被通缉的人已经归案、死亡或者通缉的原因已经消失而无通缉必要的，发布通缉令的公安机关应当在原发布范围内立即通知撤销通缉令。

第三节 侦查终结

一、侦查终结的概念和意义

侦查终结，是侦查机关对于自己立案侦查的案件，经过一系列的侦查活动，根据已经查明的事实、证据，依照法律规定，足以对案件作出起诉、不起诉或者撤销案件的结论，决定不再进行侦查，并对犯罪嫌疑人作出处理的一种诉讼活动。

侦查终结是侦查活动的结束程序。正确及时的侦查终结，对于保证检察机关准确地提起公诉，使依法应当受到刑事追究的犯罪嫌疑人受到应得的惩罚，保障无罪的公民和依法不应当受到刑事追究的公民及时得到解脱，保护公民合法权益，具有重要意义。

二、侦查终结的条件和对案件的处理

（一）侦查终结的条件

《刑事诉讼法》第 129 条规定：“公安机关侦查终结的案件，应当做到犯罪事实清楚，证据确实、充分，并且写出起诉意见书，连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定。”《刑事诉讼法》第 130 条规定：“在侦查过程中，发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的，应当撤销案件；犯罪嫌疑人已被逮捕的，应当立即释放，发给释放证明，并且通知原批准逮捕的人民检察院。”所以，符合侦查终结要求的有两种情况：一是经过侦查，认为犯罪事实清楚，证据确实、充分，足以认定犯罪嫌疑人犯有何种性质的罪行，侦查即告结束。另一种情况是经过侦查，根据已经收集到的证据，认为犯罪嫌疑人没有犯罪，或者根据《刑事诉讼法》第 15 条的规定不需要追究刑事责任的，不需要继续侦查，侦查也告结束。

（二）对案件的处理

公安机关、安全机关侦查的案件，侦查终结后，对于犯罪事实、情节清楚，证据确实、充分，依法应当追究犯罪嫌疑人刑事责任的，即应制作《起诉意见书》，然后连同案卷材料、证据一并移送同一级人民检察院审查决定。对于不应当对犯罪嫌疑人追究刑事责任的，应当撤销案件；犯罪嫌疑人已经被逮捕的，应当立即释放，发给释放证明，并且通知原批准的人民检察院。

三、侦查羁押期限

侦查羁押期限，即犯罪嫌疑人在侦查中的羁押期限，指的是犯罪嫌疑人在侦查中被逮捕以后到侦查终结的期限。刑事诉讼法对侦查羁押期限作了明确规定，目的是为了提提高办案效率，及时查明案情，防止对犯罪嫌疑人久押不决，维护公民的合法权益。

《刑事诉讼法》对侦查羁押期限及其计算，作了如下规定：

1. 犯罪嫌疑人被逮捕后的侦查羁押期限一般不得超过 2 个月。案情复杂、期限届满不能终结的案件，可以经上一级人民检察院批准延长 1 个月。
2. 因特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大、复杂的案件，由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理。
3. 交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；重大的犯罪集团案件；流窜作案的重大复杂案件和犯罪涉及面广、取证困难的重大复杂案件，3 个月内仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或决定，可以再延长 2 个月。
4. 对犯罪嫌疑人可能判处 10 年有期徒刑以上刑罚，依照第 3 种情况延长

期限届满，仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或决定，可以再延长2个月。

5.在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自发现之日起，依照第一种情况重新计算侦查羁押期限。公安机关不必经人民检察院批准即可决定，但须报人民检察院备案，人民检察院可以进行监督。

6.对于不讲真实姓名、住址，身份不明的犯罪嫌疑人，侦查羁押期限自查清其身份之日起计算，但不得停止对其犯罪行为的侦查取证。对于犯罪事实清楚，证据确实充分的，也可以按其自报的姓名移送人民检察院审查起诉。

7.对被逮捕的人送指定医院作精神病鉴定的期间，不计入羁押期限。

根据《六机关规定》，公安机关对案件提请延长羁押期限的，应当在羁押期限届满7日前提出，并书面呈报延长羁押期限案件的主要案情和延长羁押期限的具体理由，人民检察院应当在羁押期限届满前作出决定。

第四节 人民检察院对直接受理的案件的侦查

人民检察院对直接受理的案件的侦查，是指人民检察院对自己受理的案件，依法进行的专门调查工作和有关的强制性措施。

人民检察院对直接受理的案件的侦查，除法律明确规定的以外，适用《刑事诉讼法》有关公安机关侦查的规定。

人民检察院直接受理的案件中，符合《刑事诉讼法》第 60 条、第 61 条第 4 项和第 5 项规定情形，需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的，由人民检察院作出决定，由公安机关执行。人民检察院作出的拘留决定送达后，公安机关应当立即执行，人民检察院可以协助执行。对被拘留的人，应当在拘留后 24 小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候，必须立即释放，发给释放证明。对需要逮捕而证据还不充足的，可以取保候审或者监视居住。对被拘留的人认为需要逮捕的，应当在 10 日以内作出决定。在特殊情况下，决定逮捕的时间可以延长 1 日至 4 日。对不需要逮捕的，应当立即释放；对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。最高人民检察院直接立案侦查的案件，符合《刑事诉讼法》第 124 条、第 126 条和第 127 条规定的条件，需要延长犯罪嫌疑人侦查羁押期限的，由最高人民检察院依法决定。人民检察院不能在法定侦查羁押期限内侦查终结的，应当依法释放犯罪嫌疑人或者变更强制措施。

侦查终结后，应当根据案件的不同情况，分别作出提起公诉、不起诉或者撤销案件的决定。在检察实践中，人民检察院侦查终结的案件，应当提起公诉或者不起诉的，要由侦查部门提出提起公诉或不起诉的意见，连同案卷材料、证据一并移送审查起诉部门审查，审查后根据案件的情况，提出提起公诉或不起诉的意见，报告检察长或检察委员会决定。侦查终结，须撤销案件的，应当由检察长或者检察委员会决定。人民检察院决定不起诉或者撤销案件的，如果犯罪嫌疑人在押，应当立即通知公安机关释放。

第五节 补充侦查

一、补充侦查的概念和意义

补充侦查，是指公安机关或者人民检察院依照法定程序，在原有侦查工作的基础上进行补充收集证据的一种侦查活动。补充侦查并不是每个案件都必须进行的活动，它只适用于事实不清、证据不足或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等案件。补充侦查由人民检察院决定，公安机关或者人民检察院实施。

补充侦查对查明全部案情，正确适用法律，保证案件质量，具有重要意义。

二、补充侦查的种类

根据《刑事诉讼法》第 68 条、第 140 条和第 165 条的规定，补充侦查在程序上有三种，即审查批捕时的补充侦查、审查起诉时的补充侦查和法庭审理时的补充侦查。《六机关规定》第 27 条针对《刑事诉讼法》第 68 条作了明确规定，即“人民检察院审查公安机关提请批准逮捕的案件，应当作出批准或者不批准逮捕的决定，对报请批准逮捕的案件不另行侦查”。这就取消了审查批捕时的补充侦查。

（一）审查起诉时的补充侦查

1. 补充侦查的形式。根据《刑事诉讼法》第 140 条第 2 款的规定，人民检察院审查起诉的案件，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查；也可以自行侦查，必要时可以要求公安机关提供协助。

2. 补充侦查的期限和次数。根据《刑事诉讼法》第 140 条第 3 款的规定，对于补充侦查的案件，应当在 1 个月以内补充侦查完毕，补充侦查以 2 次为限。

（二）法庭审理时的补充侦查

1. 补充侦查的形式。根据《刑事诉讼法》第 165 条的规定，在法庭审判过程中，检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出延期审理建议的，合议庭应当同意。人民检察院应当自行侦查，必要时可以要求公安机关提供协助。

2. 补充侦查的期限。根据《刑事诉讼法》第 166 条的规定，依照《刑事诉讼法》第 165 条第 2 项的规定延期审理的案件，人民检察院应当在 1 个月以内补充侦查完毕。

第十章 提起公诉

第一节 提起公诉的概念、任务和意义

一、提起公诉的概念

提起公诉是指人民检察院代表国家向人民法院控诉被告被告人犯罪，要求人民法院对被告人进行审判的一项诉讼活动。

在我国，刑事诉讼中的起诉有两种形式，即自诉和公诉。自诉是被害人及其法定代理人、近亲属直接向人民法院提起的诉讼。公诉是与自诉相对应的一种起诉形式。

我国《刑事诉讼法》第136条规定：“凡需要提起公诉的案件，一律由人民检察院审查决定。”该条规定说明，在我国，有权提起公诉的主体只能是人民检察院，其他任何机关、团体、企事业单位和个人都无权行使公诉权。

提起公诉的概念有广义和狭义之分。广义的提起公诉是指处于侦查和审判之间的一个独立的诉讼阶段。狭义的提起公诉仅指人民检察院作出决定，将被告人起诉到人民法院，提请人民法院对被告人进行审判的诉讼行为。

二、提起公诉的任务

提起公诉作为一个诉讼阶段，其任务是：对公安机关侦查终结移送起诉的案件和自行侦查终结的案件进行全面审查，根据事实和法律，对案件分别作出起诉或不起诉的决定；通过审查案件，对侦查活动是否合法进行监督，发现违法情况时，及时通知侦查机关予以纠正；对公安机关认为不起诉的决定有错误而要求复议、提请复核的，及时予以复议、复核；对被害人、被不起诉人不服不起诉决定提出申诉的，及时予以复查。

这里讲的提起公诉，指的是广义上的提起公诉，即提起公诉的阶段。在提起公诉阶段，它不仅包括人民检察院将被告人起诉到人民法院的诉讼活动，而且还包括人民检察院对公安机关移送起诉案件以及自行侦查终结案件的审查等诉讼活动。因此，它的主要任务就是通过对需要公诉的案件进行审查，将依法应当追究被告人刑事责任的案件起诉到人民法院，同时对不应当、不需要追究刑事责任的案件作出不起诉的处理。

三、提起公诉的意义

提起公诉是刑事诉讼中的一个重要环节，对实现刑事诉讼法的任务具有重要意义。主要表现为以下几点：

1. 从它联系侦查与审判的角度看，它是公诉案件进入审判阶段的“过滤器”。提起公诉是处于侦查与审判之间的一个独立诉讼阶段，侦查终结认为需要追究犯罪嫌疑人刑事责任的案件不能直接进入审判阶段，还必须经人民检察院审查后，决定是否将其起诉到人民法院。这样一方面可以纠正侦查中存在的问题，保证提起公诉案件的质量，另一方面可以为审判打下良好的基础，保证人民法院的审判顺利进行。因此，提起公诉是公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约原则的具体体现。

2. 从诉讼职能分离的角度看，提起公诉为审判提供了前提。现代诉讼法制要求，控诉、辩护、审判三种诉讼职能分离，控诉与审判不能合二为一，审判必须在控诉与辩护对立的基础上进行，这样有利于公正审判。在控诉、辩护、审判相分离的诉讼模式中，没有控诉，就没有审判。因此，提起公诉就为人民法院审判公诉案件提供了条件和基础。

3.从保障犯罪嫌疑人的合法权益和降低诉讼成本角度看，也有其意义。在提起公诉阶段，对依法不应当追究刑事责任的人，以及犯罪情节轻微不需要判处刑罚或者需要免除刑罚的人作出不起诉或者撤销案件的决定，终止刑事诉讼，有利于保障犯罪嫌疑人的合法权益和降低诉讼成本。

第二节 审查起诉

一、审查起诉的概念、内容及移送审查起诉

审查起诉，是指人民检察院对侦查终结需要提起公诉的案件进行审查，决定是否将其起诉到人民法院审判的诉讼活动。审查起诉具有重要意义，它可以防止把不应当追究刑事责任的人交付审判；可以防止遗漏犯罪嫌疑人的罪行和其他应当追究刑事责任的人；可以为人民法院开庭审判提供良好的条件；可以发现和纠正侦查工作的缺点错误，等等。

根据《刑事诉讼法》第 136 条的规定，凡需要提起公诉的案件，必须经过人民检察院审查决定。其审查的主要内容如下：

1. 犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪性质和罪名的认定是否正确。

查明犯罪事实、情节，是决定案件能否提起公诉的客观基础，因此，人民检察院审查起诉的案件，首先要审查犯罪事实、情节是否清楚。具体地讲，就是必须查明何人、何时、何地、何动机、何目的、何手段实施了什么犯罪事实，其情节如何，造成何后果等主、客观情况。

认定犯罪事实、情节，必须有证据加以证实，因此，审查案件必须查明证据是否确实、充分。审查证据时，必须对侦查中收集到的证据逐个地、综合地进行审查，查明证据的来源是否可靠、合法；证据之间有无矛盾，诸如口供与口供之间、口供与其他证据之间是否一致等，在全面审查的基础上作出证据是否确实、充分的结论。

查明犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，都是为正确认定犯罪性质、罪名，正确适用法律打基础。在此基础上，确定犯罪性质、罪名的认定是否正确，是审查起诉的主要内容之一。“犯罪性质”是指犯罪嫌疑人涉嫌犯了刑法分则中哪一类别即哪一性质的犯罪，例如它是侵犯财产罪，还是侵犯人身权利罪。“罪名”是指刑法所规定的该犯罪的名称，例如是盗窃罪，还是故意伤害罪。查明犯罪性质和正确认定罪名就要求查明犯罪嫌疑人是否犯罪、犯了什么罪，分清罪与非罪、此罪与彼罪的界限。

审查起诉中还应当审查有无法定的从重、从轻、减轻或者免除处罚的情节；共同犯罪案件的犯罪嫌疑人在犯罪活动中的责任的认定是否恰当。

2. 有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人。惩罚犯罪必须除恶务尽。而在起诉权与审判权分离的情况下，人民检察院的起诉范围直接关系到人民法院能否彻底惩罚犯罪。因此，人民检察院追诉犯罪必须全面、不漏。这就要求人民检察院在审查起诉时认真审查有无遗漏犯罪嫌疑人的罪行和其他应当追究刑事责任的人。一旦发现遗漏罪行或应当追究刑事责任的人，人民检察院应当依法采取措施，予以追诉。

3. 是否属于不应追究刑事责任的。对属于不应追究刑事责任的人不向人民法院起诉，是提起公诉阶段的任务之一。因此，人民检察院审查起诉必须查明犯罪嫌疑人有无《刑事诉讼法》第 15 条规定的不应追究刑事责任的情形。凡是具有《刑事诉讼法》第 15 条情形之一的，都属于不应追究刑事责任的情形，人民检察院都应当决定不起诉。

4. 有无附带民事诉讼。《刑事诉讼法》第 77 条规定，被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可

以提起附带民事诉讼。该规定对于保护国家、集体财产和公民的合法权益具有重要意义。因此，人民检察院在审查起诉时，首先应查明犯罪嫌疑人的犯罪行为是否给被害人造成物质损失以及被害人是否提起了附带民事诉讼。被害人已经提起附带民事诉讼的，人民检察院应当保护被害人的该项权利；没有提起

的，应告知被害人有权提出民事赔偿要求。其次，人民检察院还要查明国家、集体财产是否因犯罪行为而遭受损失，如果遭受了损失，人民检察院应当主动告知有关单位有权提起要求赔偿的附带民事诉讼，也可以在提起公诉时一并提起附带民事诉讼。

5. 侦查活动是否合法。这是“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督”基本原则在提起公诉阶段的具体体现。人民检察院审查起诉的过程，也是对侦查工作进行法律监督的过程。因此，人民检察院在审查案件时，通过阅卷、讯问犯罪嫌疑人等方法，审查侦查人员进行拘留、逮捕、勘验、检查、搜查、扣押、鉴定等侦查活动是否符合法定程序，法律手续是否完备；审查侦查人员有无刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据等情况。如果发现侦查活动有违法情况，应当及时提出纠正意见。对于构成犯罪的，应依法追究刑事责任。

各级人民检察院提起公诉的案件应当与人民法院审判管辖相适应。人民检察院受理同级公安机关移送审查起诉的案件，经审查认为属于上级人民法院管辖的第一审案件时，应当写出审查报告，连同案卷材料报送上一级人民检察院，同时通知移送审查起诉的公安机关；认为属于同级其他人民检察院管辖的第一审案件时，应当写出审查报告，连同案卷材料移送有管辖权的人民检察院或者报送共同的上级人民检察院指定管辖，同时通知移送审查起诉的公安机关。上级人民检察院受理同级公安机关移送审查起诉案件，认为属于下级人民法院管辖时，可以直接交下级人民检察院审查，由下级人民检察院向同级人民法院提起公诉，同时通知移送审查起诉的公安机关。一人犯数罪，共同犯罪和其他需要并案审理的案件，只要其中一人或一罪属于上级人民检察院管辖的，全案由上级人民检察院审查起诉。

二、审查起诉的步骤与方法

审查起诉是一项重要的诉讼活动，为保证其顺利进行，刑事诉讼法规定了审查起诉的方法和步骤。根据法律规定和司法实践经验，审查起诉的具体步骤和方法是：

1. 指定办案人员。人民检察院受理移送审查起诉案件，应当指定检察员或者经检察长批准代行检察员职务的助理检察员办理，也可以由检察长办理。

2. 审阅案卷材料。办案人员接到案件后，应当及时阅卷审查，制作阅卷笔录。阅卷时，首先应当审查案卷材料是否齐备，查明有无《起诉书意见书》、相关证据材料和必备的法律文书。然后应仔细阅读起诉书意见书和相关的证据材料，按照《刑事诉讼法》第 137 条规定的审查起诉的五项内容逐项审查核实。

3. 讯问犯罪嫌疑人。《刑事诉讼法》第 139 条规定，人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人。因此，讯问犯罪嫌疑人是人民检察院审查起诉的必经程序。人民检察院通过讯问犯罪嫌疑人可以核实证据，正确认定案件事实；可以了解侦查机关有无刑讯逼供等违法行为；可以了解犯罪嫌疑人的精

神状态和悔罪态度；可以为犯罪嫌疑人提供辩护机会，便于兼听则明。可见，在审查起诉时讯问犯罪嫌疑人十分必要。讯问犯罪嫌疑人必须依法进行。检察人员讯问犯罪嫌疑人时，不得少于2人。讯问时，应当告知犯罪嫌疑人有申请回避、辩护的权利。讯问犯罪嫌疑人应制作笔录。

4. 听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起3日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人；告知被害人及其法定代理人或者其近亲属、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。根据《刑事诉讼法》第139条的规定，人民检察院审查案件，必须听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。听取意见时，应由检察人员2人以上进行，并制作笔录。询问被害人时，应当告知其有申请回避的权利。

5. 补充侦查。人民检察院审查案件发现事实不清、证据不足，或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形，认为需要补充侦查的，应当提出具体的书面意见，连同案卷材料一并退回公安机关补充侦查；人民检察院也可以自行侦查，必要时可以要求公安机关提供协助。对于补充侦查的案件，应当在1个月以内补充侦查完毕。补充侦查以二次为限。人民检察院对已经退回公安机关二次补充侦查的案件，在审查起诉中又发现新的犯罪事实，应当移送公安机关立案侦查；对已经查清的犯罪事实，应当依法提起公诉。

6. 鉴定和重新勘验、检查。（1）人民检察院认为对犯罪嫌疑人或被害人需要进行医学鉴定的，应当要求公安机关进行；必要时也可以由人民检察院进行或者由人民检察院送交有鉴定资格的医学机构进行。人民检察院自行对犯罪嫌疑人或者被害人进行医学鉴定的，可以商请公安机关派员参加，必要时还可以聘请医学机构或者专门鉴定机构有鉴定资格的人员参加。（2）在审查起诉中发现犯罪嫌疑人有患精神病可能的，人民检察院应当依照《刑事诉讼法》第120条的规定对犯罪嫌疑人进行鉴定。犯罪嫌疑人的辩护人或者近亲属以犯罪嫌疑人有患精神病可能为由而申请对犯罪嫌疑人进行鉴定的，人民检察院也可以依照《刑事诉讼法》第120条的规定对犯罪嫌疑人进行鉴定，并由申请方承担鉴定费用。（3）人民检察院审查案件的时候，对公安机关的勘验、检查，认为需要复验、复查的，应当要求公安机关复验、复查，人民检察院派员参加；也可以自行复验、复查，商请公安机关派员参加，必要时也可以聘请专门技术人员参加。（4）人民检察院对鉴定结论有疑问的，可以指派或者聘请有专门知识的人或者鉴定机构，对案件中的某些专门性问题进行补充鉴定或者重新鉴定。审查起诉部门对审查起诉案件中涉及专门技术问题的证据材料需要进行审查的，可以递交检察技术人员或者其他具有专门知识的人员审查。检察技术人员或者其他具有专门知识的人员审查后应当出具审查意见。（5）人民检察院对物证、书证、视听资料、勘验、检查笔录存在疑问的，可以要求侦查人员提供物证、书证、视听资料、勘验、检查笔录获取、制作的有关情况，必要时也可以询问提供物证、书证、视听资料的人员并制作笔录，对物证、书证、视听资料进行技术鉴定。

7. 询问证人。人民检察院对证人证言笔录存在疑问或者认为对证人的询问不具体或者有遗漏的，可以对证人进行询问并制作笔录。

8. 作出决定。检察人员对案件进行审查后，应当制作案件审查意见书，提出起诉或者不起诉以及是否需要提起附带民事诉讼的意见，经审查起诉部门负责人审核，报请检察长或者检察委员会决定。检察长或者检察委员会作

出起诉或者不起诉决定。检察长承办的审查起诉案件，除按有关规定应当由检察委员会讨论决定的以外，可以直接作出起诉或者不起诉的决定。

三、审查起诉的期限

人民检察院对于公安机关移送起诉的案件，应当在 1 个月以内作出决定，重大、复杂的案件，可以延长半个月。人民检察院审查起诉的案件，改变管辖的，从改变后的人民检察院收到案件之日起计算审查起诉期限。对于补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限。

第三节 提起公诉

人民检察院对案件进行审查后，认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉。

一、提起公诉的条件

人民检察院提起公诉必须具备下列条件：

1. 犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分。犯罪事实是对犯罪嫌疑人正确定罪量刑的基础，只有犯罪事实清楚，证据确实、充分，才能正确定罪量刑。具有下列情形之一的，可以确认犯罪事实已经查清：（1）属于单一罪行的案件，查清的事实足以定罪量刑或者与定罪量刑有关的事实已经查清，不影响定罪量刑的事实无法查清的；（2）属于数个罪行的案件，部分罪行已经查清并符合起诉条件，其他罪行无法查清的，应当以已经查清的罪行起诉；（3）无法查清作案工具、赃物去向，但有其他证据足以对被告人定罪量刑的；（4）证人证言、犯罪嫌疑人供述和辩解、被害人陈述的内容中主要情节一致，只有个别情节不一致且不影响定罪的。

2. 依法应当追究犯罪嫌疑人的刑事责任。凡被提起公诉的人还必须依法应当追究刑事责任。因为根据法律规定，行为人的某种行为虽然构成犯罪但依法却不应追究刑事责任。因此，凡具有依法不应当追究刑事责任情形的，不能提起公诉。

上述两个条件必须同时具备，才能对犯罪嫌疑人提起公诉。

二、向有管辖权的人民法院提起公诉

人民检察院作出起诉决定后，应当制作起诉书。起诉书是人民检察院代表国家指控被告人构成犯罪提请人民法院对被告人审判的法律文书。它是将被告人交付人民法院审判的书面凭证，是人民法院对被告人进行审判的合法依据。因此，必须认真制作。

起诉书的主要内容包括：

1. 被告人的基本情况，包括姓名、性别、出生年月日、出生地、身份证号码、民族、文化程度、职业、工作单位及职务、住址，是否受过刑事处罚，采取强制措施的情况及在押被告人的关押处所等；如果是单位犯罪，应写明犯罪单位的名称，所在地址，法定代表人或代表的姓名、职务；如果还有应当负刑事责任的“直接负责的主管人员或其他直接责任人员”应当按上述被告人基本情况内容叙写。

2. 案由和案件来源。

3. 案件事实，包括犯罪的时间、地点、经过、手段、动机、目的、危害后果等与定罪量刑有关的事实要素。起诉书叙述的指控犯罪事实的要素应当清晰、准确。被告人被控有多项犯罪事实的，应当逐一列举，对于犯罪手段相同的，同一犯罪可以概括叙写。

4. 起诉的根据和理由，包括被告人触犯的刑法条款、犯罪的性质、法定从轻、减轻或者从重处罚的条件，共同犯罪各被告人应负的罪责等。

被告人真实姓名、住址无法查清的，应当按其绰号或者自报的姓名、自报的年龄制作起诉书，并在起诉书中注明。被告人自报的姓名可能造成损害他人名誉、败坏道德风俗等不良影响的，可以对被告人编号并按编号制作起诉书，并在起诉书中附具被告人的照片。

人民检察院认为犯罪嫌疑人符合上述提起公诉案件条件的，应当按照审判管辖的规定向同级人民法院提起公诉。上级人民检察院向下级人民法院或下级人民检察院向上级人民法院起诉案件都不符合法律规定，被提请审判该案的人民法院将不受理该案。

根据《刑事诉讼法》第 150 条的规定，人民检察院提起公诉的案件，应当向人民法院移送起诉书、证据目录、证人名单和所有犯罪事实的主要证据的复印件或者照片。《六机关规定》第 35 条对于移送材料中的一些具体问题作了进一步规定，要求按以下办法办理：

1. 人民检察院移送证人名单应当包括在起诉前提供了证言的证人名单，证人名单应当列明证人的姓名、年龄、性别、职业、住处、通讯处。人民检察院对于拟不出庭的证人，可以不说明不出庭的理由。

2. 人民检察院移送证据目录应当是起诉前收集的证据材料的目录。

3. 关于被害人姓名、住址、通讯处，有无扣押、冻结在案的被告人的财物及存放地点，被告人被采取强制措施的种类、是否在案及羁押地点等问题，人民检察院应当在起诉书中列明，不再单独移送材料，其中对于涉及被害人隐私或者为保护被害人人身安全，而不宜在起诉书中列明被害人姓名、住址、通讯处的，单独移送人民法院。

4. 鉴定结论、勘验检查笔录已经作为主要证据移送复印件的，鉴定人、勘验检查笔录制作人姓名已载明，不再另行移送。

人民检察院针对具体案件移送起诉时，“主要证据”的范围由办案人员根据有关规定的范围和各个证据在具体案件中的实际证明作用加以确定。主要证据是对认定犯罪构成要件的事实起主要作用，对案件定罪量刑有重要影响的证据。主要证据包括：

1. 起诉书中涉及的各种证据种类中的主要证据；
2. 多个同种类证据中被确定为“主要证据”的；

3. 作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、正当防卫的证据。

三、依法提出适用简易程序的建议

人民检察院提起公诉时，对依法可能判处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，事实清楚、证据充分的，可以向人民法院提出适用简易程序的建议。适用简易程序的建议必须经检察长决定。适用简易程序，人民检察院决定不派员出庭的，应当向人民法院移送案卷材料。具有下列情形之一的，人民检察院应当不建议或者不同意适用简易程序：1. 依法可能判处 3 年以上有期徒刑的；2. 对于案件事实、证据存在较大争议的；3. 比较复杂的共同犯罪案件；4. 被告人是否犯罪、犯有何罪存在争议的；5. 被告人要求适用普通程序的；6. 被告人是盲、聋、哑人的；7. 辩护人作无罪辩护的；8. 其他不宜适用简易程序的。

第四节 不起诉

一、不起诉的概念和意义

不起诉，是指人民检察院对公安机关侦查终结移送起诉的案件或者对自行侦查终结的案件，经审查认为犯罪嫌疑人具有依法不追究刑事责任的情形，或者犯罪情节轻微，对犯罪嫌疑人依法不需要判处刑罚或者免除刑罚，或者经过补充侦查，仍然证据不足，不符合起诉条件，从而作出的不交付人民法院审判的决定。不起诉，是人民检察院对犯罪嫌疑人作出的一种终止诉讼的程序性处理。

在提起公诉阶段设立不起诉制度的意义主要有以下两点：

1. 有利于保护人权。在提起公诉阶段，人民检察院通过对侦查终结的案件进行审查，对依法不应或不需要追究刑事责任的犯罪嫌疑人，以及对经过补充侦查仍然证据不足，不符合起诉条件的案件作出不起起诉决定，及早结束诉讼，从而早日解除犯罪嫌疑人被刑事追究的状态，将有力地保护人权。

2. 有利于节约司法资源。依法对某些犯罪嫌疑人作出不起起诉决定，就终止了诉讼，案件就不再进入审判阶段，这样可以节约审判机关的人力物力，降低诉讼成本。

二、不起诉的种类

根据《刑事诉讼法》第 142 条第 1 款、第 2 款和第 140 条第 4 款的规定，不起诉可分为以下三种：

1. 法定不起诉。是指犯罪嫌疑人具有《刑事诉讼法》第 15 条规定的情形之一的，人民检察院应当作出不起起诉决定。根据《刑事诉讼法》第 142 条第 1 款的规定，人民检察院在审查起诉中只要发现犯罪嫌疑人具有《刑事诉讼法》第 15 条规定的情形之一的，就必须依法作出不起起诉决定。《刑事诉讼法》第 15 条规定的不追究刑事责任的情形有：（1）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；（2）犯罪已过追诉时效期限的；（3）经特赦令免除刑罚的；（4）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；（5）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；（6）其他法律规定免予追究刑事责任的。这六种情形除第（4）种外就是法定不起诉适用的范围。

2. 酌定不起诉。是指人民检察院对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的案件，可以作出不起起诉决定。酌定不起诉是相对于法定不起诉而言的，人民检察院在审查案件时遇有酌定不起诉的适用对象时可以根据案件的具体情况予以自由裁量，法律对此是弹性的规定。而法定不起诉则要求人民检察院对具有依法不追究刑事责任的犯罪嫌疑人必须作出不起起诉决定，这是法律的硬性规定，人民检察院对此没有自由选择的余地。酌定不起诉适用的条件是：（1）犯罪嫌疑人的行为已构成犯罪；（2）犯罪情节轻微，依照刑法不需要判处刑罚或免除刑罚。这两个条件必须同时具备才可以适用不起诉。依照刑法规定，结合司法实践经验，酌定不起诉的情形主要有：（1）在我国领域外犯罪，依照我国刑法规定应当负刑事责任，但在外国已经受过刑罚处罚的；（2）聋、哑、盲人犯罪的；（3）正当防卫超过必要限度造成不应有的危害，应当负刑事责任的；（4）紧急避险超过必要限度造成不应有的危害，应当负刑事责任的；（5）为犯罪准备工具，制造条件的，即预备犯的行为；（6）在犯罪过程中自动中止或自动有效地防止犯罪结果发生的，即中止犯的行为；（7）在共同犯罪中，起次要或辅助作用的，即

从犯的行为；（8）被胁迫参加犯罪的，即胁从犯的行为；（9）犯罪嫌疑人自首或者在自首后有立功、重大立功表现的。以上情形只有具备犯罪情节轻微不需要判处刑罚或者免除刑罚的前提条件，才可以作出不予起诉决定。至于是否作出不予起诉决定，还要由人民检察院根据犯罪嫌疑人的犯罪动机、目的、手段、危害结果等情节综合考虑后予以决定。

酌定不予起诉从法律上说是犯罪嫌疑人作无罪处理，这与原刑事诉讼法规定的免诉处理有原则性的区别。

3. 存疑不予起诉。是指案件经过补充侦查，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出不予起诉的决定。人民检察院在审查起诉期间认为案件需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查。补充侦查以二次为限。对于经过二次补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，既不能再次退回补充侦查，也不能稀里糊涂提起公诉，可以作出不予起诉决定。在司法实践中，具有下列情形之一，不能确定犯罪嫌疑人构成犯罪和需要追究刑事责任的，属于证据不足、不符合起诉条件：（1）据以定罪的证据存在疑问，无法查证属实的；（2）犯罪构成要件事实缺乏必要的证据予以证明的；（3）据以定罪的证据之间的矛盾不能合理排除的；（4）根据证据得出的结论具有其他可能性的。人民检察院根据刑事诉讼法第140条第4款决定不予起诉的，在发现新的证据，符合起诉条件时，可以提起公诉。

三、不予起诉决定书的制作及其宣布、送达

人民检察院作出不予起诉决定后，应当制作不予起诉决定书。不予起诉决定书的主要内容包括：（1）被不起诉人的基本情况，包括姓名、出生年月日、出生地、民族、文化程度、职业、住址、身份证号码，是否受过刑事处罚，拘留、逮捕的年月日和关押处所等；（2）案由和案件来源；（3）案件事实，包括否定或者指控被不起诉人构成犯罪的行为以及作为不予起诉决定根据的事实；（4）不予起诉的根据和理由：写明作出不予起诉决定适用的法律条款。（5）有关告知事项。

不予起诉的决定，由人民检察院公开宣布，公开宣布不予起诉决定的活动应当记明笔录。不予起诉决定书自公开宣布之日起生效。不予起诉决定书应当送达被害人或者其近亲属及其诉讼代理人、被不起诉人以及被不起诉人的所在单位。送达时，应当告知被害人或者其近亲属及其诉讼代理人，如果对不予起诉决定不服，可以自收到不予起诉决定书后七日以内向上一级人民检察院申诉，也可以不经申诉，直接向人民法院起诉；告知依照刑事诉讼法第142条第2款规定被不起诉的人，如果对不予起诉决定不服，可以自收到不予起诉决定书后七日以内向人民检察院申诉。对于公安机关移送起诉的案件，人民检察院决定不予起诉的，应当将不予起诉决定书送达公安机关。如果被不起诉人在押，应当立即释放。

四、解除扣押、冻结及被不起诉人移送有关主管部门处理

人民检察院决定不予起诉的案件，应当同时对侦查中扣押、冻结的财物解除扣押、冻结。对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，连同不予起诉决定书一并移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将处理结果及时通知人民检察院。

五、对不予起诉提请复议、复核和申诉的处理

1. 移送起诉案件的公安机关接到人民检察院不予起诉决定书后，认为不予起诉决定有错误的时候，可以要求复议。对公安机关提出的复议要求，人民检

察院审查起诉部门应当另行指定检察人员进行审查并提出审查意见，经审查起诉部门负责人审核，报请检察长或者检察委员会决定。人民检察院应当在收到要求复议意见书后的 30 日内作出复议决定，通知公安机关。如果意见不被接受，公安机关可以向上一级人民检察院提请复核。上一级人民检察院收到公安机关对不起诉决定提请复核的意见书后，应当交由审查起诉部门办理。审查起诉部门应当指定检察人员进行审查并提出审查意见，经审查起诉部门负责人审核，报请检察长或者检察委员会决定。上一级人民检察院应当在收到报请复核意见后的 30 日内作出决定，制作复核决定书递交提请复核的公安机关和下级人民检察院。经复核改变下级人民检察院不起诉决定的，应当撤销下级人民检察院作出的不起诉决定，交由下级人民检察院执行。

2. 被害人对人民检察院作出的不起诉决定不服的，可以自收到不起诉决定书后 7 日以内向作出不起诉决定的人民检察院的上一级人民检察院申诉，上一级人民检察院控告申诉部门应当立案复查。被害人向作出不起诉决定的人民检察院提出申诉的，作出决定的人民检察院应当将申诉材料连同案卷一并报送上一级人民检察院受理。被害人对人民检察院不起诉的决定不服，收到不起诉书超过七日后提出申诉的，由作出不起诉决定的人民检察院控告申诉部门受理，经审查后决定是否立案复查。上一级人民检察院对被害人不服不起诉决定的申诉进行复查后，应当在三个月内作出复查决定，案情复杂的，最长不得超过六个月。复查决定书应当送达被害人和作出不起诉决定的人民检察院。上级人民检察院经复查作出起诉决定的，应当撤销下级人民检察院的不起诉决定，交由下级人民检察院提起公诉，并将复查决定抄送移送审查起诉的公安机关。对人民检察院维持不起诉决定的，被害人可以向人民法院起诉。被害人也可以不经申诉，直接向人民法院起诉。人民检察院收到人民法院受理被害人对被不起诉人起诉的通知后，应当终止复查，将作出不起诉决定所依据的有关案件材料移送人民法院。

3. 被不起诉人对人民检察院依照《刑事诉讼法》第 142 条第 2 款规定作出的不起诉决定不服，自收到不起诉决定书后 7 日以内向人民检察院申诉的，应当由作出决定的人民检察院立案复查，由控告申诉部门办理，被不起诉人自收到不起诉决定书后七日以外提出申诉的，由控告申诉部门审查是否立案复查。

人民检察院控告申诉部门复查后应当提出复查意见，认为应当维持不起诉决定的，报请检察长作出复查决定；认为应当撤销不起诉决定提起公诉的，报请检察长提交检察委员会讨论决定。复查决定书应当送达被不起诉人，撤销不起诉决定或者变更不起诉的事实或者法律根据的，应当同时抄送移送审查起诉的公安机关和人民检察院的有关部门。

第十一章 第一审程序

第一节 第一审程序的概念和意义

一、第一审程序的概念

刑事案件经过人民检察院向人民法院提起公诉，或者经自诉人向人民法院自诉，即进入审判阶段。审判是人民法院依照法定权限和程序对案件进行审理和裁判的诉讼活动。刑事审判程序包括普通审判程序和特殊审判程序两类。普通审判程序包括第一审程序和第二审程序，特殊审判程序包括死刑复核程序和审判监督程序。因为我国人民法院审判案件实行两审终审制，所以，进入审判阶段后，首先应当按照第一审程序进行审判。

第一审程序是指人民法院对人民检察院提起公诉或者自诉人提起自诉的案件进行初次审判的程序。第一审案件包括人民法院依照第一审程序审理的公诉案件和自诉案件。刑事诉讼法对公诉案件的第一审程序规定得比较详细、全面，而对自诉案件第一审程序只根据自诉案件的特点作了一些特殊规定，没有规定的，应当参照公诉案件第一审程序的规定进行。

二、第一审程序的任务和意义

第一审程序的任务是，人民法院通过开庭的审判方式，在公诉人、当事人及其他诉讼参与人的参加下，客观、全面地审查证据，查明案件事实，并根据刑法就被告人是否有罪，犯了什么罪，应否处以刑罚以及处以何种刑罚等作出判决，从而使犯罪分子受到应得的法律制裁，无罪的人不受刑事处罚，到庭旁听的人及其他公民受到法制教育。

第一审程序的意义主要有以下几点：

1. 第一审程序是审判刑事案件必经的程序，是全部刑事审判的基础。不论是公诉案件还是自诉案件的审判必须经第一审程序，第一审以后的程序都是在此基础上进行的。因此，它在整个刑事诉讼中居于十分重要地位。

2. 第一审程序集中体现刑事诉讼的各项基本原则，对于正确地惩罚犯罪，保障无辜，具体、生动地对群众进行法制教育具有重要作用。

3. 正确地进行第一审审判，有助于减少上诉、申诉案件。这样既可以节省人民法院的审判投入，又能减轻当事人的负担，从而有效地实现诉讼经济原则的要求。

第二节 公诉案件的第一审程序

一、对公诉案件的审查

根据《六机关规定》第 37 条的规定，对于人民检察院提起公诉的案件，人民法院都应当受理。人民法院受理人民检察院提起的公诉案件后，应当指定审判员对案件进行审查，以决定是否开庭审判。这是人民法院对公诉案件第一审审判的必经程序。

（一）审查的内容和方法

根据《刑事诉讼法》第 150 条规定，对公诉案件审查的内容，主要围绕案件是否属于本院管辖，是否符合开庭条件进行，即进行程序性审查，而不对案件的事实、证据，适用法律等情况进行实体性审查。

根据《刑事诉讼法》第 150 条和《六机关规定》第 35、36 条等有关规定，人民法院对案件审查的具体内容是：

1. 案件是否属于本院管辖。
2. 起诉书是否有明确的指控犯罪事实。主要审查起诉书指控被告人实施犯罪的时间、地点、动机、目的、手段、经过、危害后果和罪名以及其他可能影响定罪量刑的情节等是否明确。
3. 是否移送证人名单。审查证人名单是否包括在起诉前提供了证言的证人名单；证人名单是否列明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址和通讯处。
4. 是否移送证据目录。审查证据目录是否为起诉前收集的证据材料的目录。
5. 起诉书中是否列明被害人姓名、住址、通讯处，有无扣押、冻结在案的被告人的财物及存放地点，被告人被采取强制措施的种类、是否在案及羁押地点等问题。其中对于涉及被害人隐私或者为保护被害人人身安全，而不宜在起诉书中列明被害人姓名、住址、通讯处的，是否单独移送了上述材料。
6. 是否移送主要证据复印件或者照片。

人民法院在开庭前对公诉案件进行审查，只把那些具备开庭条件的案件交付审判，从而使不应受刑事追究的人免受审判，还可避免将不具备开庭条件的案件交付审判所造成的人力、物力浪费。但应强调，开庭前的审查绝非审判，而只是程序性审查，修正后的刑事诉讼法将原刑事诉讼法规定的开庭前实体审查修改为程序性审查有利于克服先入为主，先定后审的弊端，以避免开庭流于形式，从而保证审判的公正性。

人民法院受理单位犯罪案件，除依照最高人民法院《解释》第 116 条的有关规定进行审查外，还应当审查起诉书中是否列明被告单位的名称、住所地，以及代表被告单位出庭的诉讼代表人的姓名、职务、通讯处。未按规定列明的，应当按照最高人民法院《解释》第 117 条第（二）办理。

对公诉案件开庭前审查的方法，应为书面审查。即通过审阅起诉书及所附的证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片等材料进行，不宜提审被告人，询问证人、被害人。

（二）审查后的处理

根据《六机关规定》第 37 条第 1 款的规定，人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判，不得以材料不充足为由而不开庭审判。如人民检察院移送的材料中缺少上述材料的，人民

法院可以通知人民检察院补充材料，人民检察院应当自收到通知之日起3日内补送。

审查中发现案件不属于本院管辖、被告人不在案或者有《刑事诉讼法》第15条第2、3、4、5、6项规定的情形的，退回人民检察院处理。

被告单位的违法所得及其产生的收益，尚未依法追缴或者扣押、冻结的，人民法院应当根据案件具体情况，决定追缴或扣押、冻结。人民法院为了保证判决的执行，根据案件具体情况可以先行扣押、冻结被告单位的财产或者由被告提出担保。

根据《六机关规定》第37条第2款的规定，人民法院对提起公诉的案件进行审查的期限计入人民法院的审理期限。

二、开庭审判前的准备

人民法院对公诉案件决定开庭审判后，应当进行下列各项准备工作：

1. 按普通程序审理的案件，由院长或者庭长指定审判长并确定合议庭组成人员；适用简易程序审理的案件，由庭长指定审判员1人独任审理。根据《刑事诉讼法》第147条之规定，第一审公诉案件除基层人民法院适用简易程序审理可以由审判员1人独任审判外，都应当组成合议庭进行审判。因此，人民法院决定对公诉案件适用普通程序开庭审判后，首先需要确定合议庭的组成人员。基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件，应当由审判员3人或者由审判员和人民陪审员共3人组成合议庭进行，高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员3人至7人或者由审判员和人民陪审员共3人至7人组成合议庭进行。人民陪审员在人民法院执行职务，同审判员有同等的权利。合议庭的成员人数应当是单数。按普通程序审理的案件，合议庭由院长或者庭长指定审判员1人担任审判长，院长或者庭长参加审判案件的时候，自己担任审判长。

2. 将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭10日以前送达被告人。对于被告人未委托辩护人的，告知被告人可以委托辩护人，或者在必要的时候指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。人民法院在开庭10日前将人民检察院的起诉书副本送达被告人，其目的是让被告人及早知道被指控的罪行，以便作好辩护准备，充分行使辩护权。被告人除自行辩护外，还可以委托辩护人为其辩护，如果被告人没有委托辩护人的，人民法院有义务告知他可以委托辩护人；对于符合《刑事诉讼法》第34条第2、3款规定的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；对于符合《刑事诉讼法》第34条第1款规定的，一般要指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。这是刑事诉讼法规定的被告人有权获得辩护原则的体现，有利于保护被告人的合法权益。被告单位需要委托辩护人的，参照最高人民法院《解释》有关辩护的规定办理。

3. 通知被告人、辩护人于开庭5日前提供申请出庭作证的身份、住址、通讯处明确的证人、鉴定人名单及不出庭作证的证人、鉴定人名单、理由和拟当庭宣读、出示的证据复印件、照片。

4. 将开庭的时间、地点在开庭3日以前通知人民检察院。人民法院审判公诉案件，除适用简易程序的以外，人民检察院应当派员出席法庭支持公诉。因此，为了使人民检察院作好出庭准备，按时出庭支持公诉，刑事诉讼法规定人民法院在开庭3日以前应将开庭的时间、地点通知人民检察院。

5. 传唤当事人，通知辩护人、法定代理人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员，传票和通知书至迟在开庭 3 日以前送达。当事人、辩护人、法定代理人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员作为诉讼参与人，是否出庭参与法庭审理，关系到案件能否公正审理，因此，人民法院应在开庭 3 日以前将传票或者通知书送达有关诉讼参与人。人民法院决定开庭审理单位犯罪案件，应当通知被告单位的诉讼代表人出庭。接到出庭通知的被告单位的诉讼代表人应当出庭。拒不出庭的，人民法院在必要的时候，可以拘传到庭。

6. 公开审判的案件，在开庭 3 日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。根据《刑事诉讼法》第 152 条的规定，人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。14 岁以上不满 16 岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。16 岁以上不满 18 岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。人民法院公开审理案件，应当允许公民旁听和新闻记者采访。为使旁听人员作好工作、生活等方面的安排，有时间到法庭旁听，人民法院应在开庭 3 日以前贴出公告，公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

上述工作是人民法院在开庭前必须进行的诉讼活动，关系到案件的审理质量和程序是合法的问题，因此，上述活动情形应当写入笔录，由审判人员和书记员签名，附卷备查。

三、法庭审判

法庭审判是指审判人员以开庭的方式，在公诉人、当事人和其他诉讼参与人的参加下，通过控诉和辩护双方的质证和辩论，调查核实证据，查明案件事实，全面听取各方对案件事实和定罪量刑的意见，依法确定被告人是否有罪，是否应受处罚以及如何处罚的诉讼活动。法庭审判由合议庭的审判长或独任庭的审判员主持。根据刑事诉讼法的规定，法庭审判程序大体可分为开庭、法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述、评议和宣判五个阶段。

（一）开庭

开庭审理前，书记员应当依次进行下列工作：（1）查明公诉人、当事人、证人及其他诉讼参与人是否已经到庭；（2）宣读法庭规则；（3）请公诉人、辩护人入庭；（4）请审判长、审判员（人民陪审员）入庭。（5）审判人员就座后，当庭向审判长报告开庭前的准备工作已经就绪。

法庭审判是从审判长宣布开庭开始的。在开庭阶段，审判长应进行下列工作：

1. 传唤被告人到庭，查明被告人的下列情况：（1）姓名、出生年月日、民族、出生地、文化程度、职业、住址，或者单位的名称、住所地、诉讼代表人的姓名、职务；（2）是否曾受到过法律处分及处分的种类、时间；（3）是否被采取强制措施及强制措施的种类、时间；（4）收到人民检察院起诉书副本的日期；附带民事诉讼的，附带民事诉讼被告人收到民事诉状的日期。

2. 审判长宣布案件的来源、起诉的理由、附带民事诉讼原告人和被告人姓名（名称）及是否公开审理。对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。依法不公开审理的案件，不得允许任何公民包括与审理该案无关的法院工作人员和被告人的近亲属旁听。

3. 审判长宣布合议庭组成人员、书记员、公诉人、辩护人、鉴定人和翻译人员的名单。

4. 审判长应当告知当事人、法定代理人在法庭审理过程中依法享有下列诉讼权利：（1）可以申请合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员回避；（2）可以提出证据，申请通知新的证人到庭、调取新的证据、重新鉴定或者勘验、检查；（3）被告人可以自行辩护；（4）被告人可以在法庭辩论终结后作最后的陈述。

5. 审判长分别询问当事人、法定代理人是否申请回避，申请何人回避和申请回避的理由。如果当事人、法定代理人申请审判人员、出庭支持公诉的检察人员回避，合议庭认为符合法定情形的，应当依照刑事诉讼法和最高人民法院有关回避的规定处理；认为不符合法定情形的，应当当庭驳回，继续法庭审理；如果申请回避人当庭申请复议，合议庭应当宣布休庭，待作出复议决定后，决定是否继续法庭审理。同意或者驳回回避申请的决定及复议决定，由审判长宣布，并说明理由。必要时，也可由院长到庭宣布。

在实际工作中，对于共同犯罪的案件，应将各被告人同时传唤到庭，逐一查明身份及基本情况后，集中宣布上述事项和告知被告人在法庭上享有的权利，询问是否申请回避，以避免重复告知，节省开庭时间。

（二）法庭调查

上述开庭阶段的事项进行完毕后，审判长宣布开始法庭调查。法庭调查是指在公诉人、当事人和其他诉讼参与人的参加下，由合议庭或独任制审判员主持对案件事实和证据进行调查核实的诉讼活动。法庭调查是法庭审判的一个中心环节，因为正确认定案件事实是正确定罪量刑的前提和基础，所以，法庭调查的成效如何，直接关系到案件的质量。因此，应十分认真地作好法庭调查工作。

根据刑事诉讼法的规定，法庭调查的程序是：

1. 公诉人宣读起诉书。审判长宣布法庭调查开始后，首先由公诉人宣读起诉书；有附带民事诉讼的，再由附带民事诉讼的原告人或者他的诉讼代理人宣读附带民事诉状。宣读起诉书是法庭审理的必经程序，因为起诉书是人民法院审判的合法依据，没有起诉，就无所谓辩护和审判；起诉书又是法庭审判的基础，法庭对案件的审判只限于起诉的内容和范围。通过宣读起诉书表明人民检察院将被告人提请法庭审判并提供了审判的内容和范围，同时也使旁听公民了解案件的基本情况，便于他们监督庭审活动，并起到法制宣传教育作用。

2. 被告人、被害人陈述起诉书指控的犯罪事实。公诉人在法庭上宣读起诉书后，在审判长主持下，被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪事实进行陈述。被告人如果承认起诉书指控的犯罪，应让他陈述犯罪事实；如果他否认起诉书指控的犯罪，应允许他陈述辩解意见。被告人陈述之后，应允许被害人就起诉书指控被告人的犯罪事实及自己受害的经过作陈述。在公诉人宣读起诉书后，由被告人、被害人就起诉书指控的犯罪进行有针对性的陈述，有利于查明事实真相。

3. 讯问、发问被告人。被告人、被害人陈述后，在审判长主持下，首先由公诉人讯问被告人。被告人在陈述时承认起诉书指控的犯罪的，公诉人应围绕以下事实进行讯问：第一，实施犯罪行为的时间、地点、方法、手段、结果，被告人犯罪后的表现等；第二，犯罪集团或者一般共同犯罪案件中参与犯罪人员的各自地位和应负的责任；第三，被告人有无责任能力，有无故意或者过失，行为的动机、目的；第四，有无依法不应当追究刑事责任的情

况，有无法定的从重或者从轻、减轻以及免除处罚的情节；第五，犯罪对象、作案工具的主要特征，与犯罪有关的财物的来源、数量以及去向；第六，与定罪量刑有关的其他事实。如果被告人在陈述时全部或者部分否认起诉书指控的犯罪事实的，应当讯问否认的根据和理由。

公诉人应通过讯问被告人，揭露、证实犯罪，支持其指控，力争使审判人员对其指控的犯罪事实清楚了，采纳其指控意见。

公诉人对被告人讯问后，被害人、附带民事诉讼的原告人和辩护人、诉讼代理人，经审判长许可，可以向被告人发问。被害人作为犯罪行为的直接受害者，更为了解案情，通过被害人及其诉讼代理人的发问，能够补充公诉人的讯问，当庭揭露被告人的虚假陈述，增强控诉的力度。附带民事诉讼的原告人及其法定代理人或者诉讼代理人就附带民事诉讼部分的事实向被告人的发问，可以证实被告人的犯罪行为给自己造成的物质损失和应承担的赔偿责任。辩护人由于要履行辩护职能，可以通过向被告发问，向法庭揭示有利于被告人的事实、情节，以维护被告人的合法权益。

讯问、发问被告人必须在审判长主持下进行。审判长对于控辩双方讯问、发问被告人的内容与本案无关或者讯问、发问的方式不当的，应当制止。对于控辩双方认为对方讯问或者发问被告人的内容与本案无关或者讯问、发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况予以支持或者驳回。审判长主持讯问、发问被告人时，对于共同犯罪案件中的被告人，应当安排分别对被告人进行讯问、发问，以免被告人相互影响，作虚假口供。合议庭认为必要时，可以传唤共同被告人同时到庭对质。

审判人员在法庭上不是消极的仲裁者，对控辩双方讯问、发问后仍不清楚的问题也可以讯问被告人。通过审判人员讯问被告人，可以消除案件疑点，全面查清案情。

4. 核实证据。根据刑事诉讼法的规定，证据只有经过当庭查证核实才能成为定案的根据。因此，在讯问被告人以后，应当当庭核查各种证据。根据控诉方负举证责任的证据规则，公诉人对每一起指控的犯罪事实都应向法院举证。因此，核查证据从控方向法庭举证开始。对指控的每一起案件事实，经审判长准许，公诉人可以提请审判长传唤证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人出庭作证，或者出示证据，宣读未到庭的被害人、证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人的书面陈述、证言、鉴定结论及勘验、检查笔录；被害人及其诉讼代理人和附带民事诉讼的原告人及其诉讼代理人经审判长准许，也可以分别提请传唤尚未出庭作证的证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人出庭作证，或者出示公诉人尚未出示的证据，宣读尚未宣读的书面证人证言、鉴定结论及勘验、检查笔录。被告人、辩护人、法定代理人经审判长准许，可以在起诉一方举证提供证据后，分别提请传唤证人、鉴定人出庭作证，或者出示证据、宣读未到庭的证人的书面证言、鉴定人的鉴定结论。控辩双方向法院提供的证据，都应当当庭质证、辨认和辩论。其具体程序是：

(1) 关于询问证人、鉴定人。证人应当出庭作证。符合下列情形的，经人民法院准许，证人也可以不出庭作证：未成年人；庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的；其证言对案件的审判不起直接决定作用的；有其他原因的。证人到庭后，审判人员应当先核实证人的身份、与当事人以及本案的关系，告知证人应当如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。证人作证前应当在如实作证的保证书上签名。证人作证后向证人发问，

应当先由提请传唤的一方进行；发问完毕后，对方经审判长准许，也可以发问。询问证人应当遵循以下规则：发问的内容应当与案件的事实相关；不得以诱导方式提问；不得威胁证人；不得损害证人的人格尊严。对于向证人发问的内容与本案无关，或者发问的方式不当的，审判长应当制止。对于控辩双方认为对方发问证人的内容与本案无关或者发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况予以支持或者驳回。审判人员认为有必要时，可以询问证人。向证人发问、询问应当分别进行。

证人经控辩双方发问或者审判人员询问后，审判长应当告其退庭。证人不得旁听对本案的审理。

鉴定人应当出庭宣读鉴定结论，但经人民法院准许不出庭的除外。对鉴定人的询问，适用以上对证人的询问程序。

(2) 关于向被害人发问。被害人出庭提供陈述后，控辩双方经审判长准许，可以向被害人发问。审判人员认为有必要时，也可以向被害人发问。

(3) 关于当庭出示、宣读、播放证据。公诉人、辩护人应当向法庭出示物证、书证、视听资料等证据，让当事人辨认。当庭出示的物证、书证、视听资料等证据，应当先由出示证据的一方就所出示的证据的来源、特征等作必要的说明，然后由另一方进行辨认并发表意见。控辩双方可以互相质问、辩论。

对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录等证据，应当当庭宣读。证人、鉴定人原则上应出庭作证，接受控、辩双方询问，但在司法实践中，会遇到因某种原因不能出庭作证的情况。对于未到庭的证人、鉴定人的证言笔录、鉴定结论等证据应在法庭上宣读，听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。

在法庭审理过程中，合议庭对于证据有疑问的，可以宣布休庭，对该证据进行调查核实。人民法院调查核实证据时，可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。必要时，可以通知检察人员、辩护人到场。

公诉人要求出示开庭前送交人民法院的证据目录以外的证据，辩护方提出异议的，审判长如认为该证据确有出示的必要，可以准许出示。如果辩护方提出对新的证据要做必要准备时，可以宣布休庭，并根据具体情况确定辩护方作必要准备的时间。确定的时间期满后，应当继续开庭审理。这样可以防止辩护方在核实证据中遭突然袭击，在质证时措手不及。

法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。当事人和辩护人、诉讼代理人作出上述申请的，应当提供证人的姓名、证据的存放地点，说明所要证明的案件事实，要求重新鉴定或者勘验的理由。审判人员根据具体情况，认为可能影响案件事实认定的，应当同意该申请，并宣布延期审理；不同意的，应当告知理由并继续审理。

《刑事诉讼法》第158条第1款规定：“法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。”第159条第1款规定：“法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。”《六机关规定》第41条据此作出规定，人民法院可以向人民检察院调取需要调查核实的证据材料；人民法院也可以根据辩护人、被告人的申请，向人民检察院调取在侦查、审查起诉中收集的有关被告人无罪或者罪轻的证据材料。人民检察院应当自收到人

民法院要求调取证据材料决定书后3日内移交。

合议庭认为本案事实已经调查清楚，应当由审判长宣布法庭调查结束，开始就全案事实、证据、适用法律等问题进行法庭辩论。

（三）法庭辩论

法庭辩论是在审判长的主持下，控、辩双方对案件的事实、证据和适用法律等问题，提出自己的意见，并相互辩驳的诉讼活动。法庭辩论是法庭审判的重要环节之一，通过控辩双方的辩论，将进一步揭示案件真相，明确如何适用法律，为案件的正确裁判进一步创造条件。

根据刑事诉讼法的立法精神，控辩双方在法庭调查阶段，就可以对案件事实、证据随时发表意见，相互辩论。刑事诉讼法还在法庭调查结束后，规定了一个独立的法庭辩论阶段，使控辩双方对全案的事实、证据和适用法律问题展开全面的辩论。

根据刑事诉讼法的规定和司法实践经验，法庭辩论应当在审判长的主持下，按照下列顺序进行：（1）公诉人发言；（2）被害人及其诉讼代理人发言；（3）被告人自行辩护；（4）辩护人辩护；（5）控辩双方进行辩论。第一轮辩论后还可以依次进行第二轮、第三轮，直至审判长宣布辩论结束。附带民事诉讼部分的辩论应当在刑事诉讼部分的辩论结束后进行。先由附带民事诉讼原告人和他的诉讼代理人发言，然后由被告人及其诉讼代理人答辩，依次可反复辩论，直至辩论被审判长宣布结束。

在司法实践中，公诉人的首轮发言被称作发表公诉词。公诉词是公诉人根据其控诉职能，对案件事实、证据和适用法律发表的总结性意见。公诉词的内容一般包括：（1）简要概括法庭调查的结果；（2）分析证据，说明起诉书对犯罪事实的指控和罪名的认定；（3）揭露被告人犯罪的动机、目的、方法、手段、性质及社会危害性；（4）分析被告人犯罪的思想根源和社会根源；（5）指出被告人触犯的刑法条款和应负的法律责任；（6）提出对被告人依法处理的要求。公诉词不能简单重复起诉书的内容，而应以法庭调查所查明的案情为依据，对案件的认定和适用法律进行论证，更有力地揭露犯罪，对旁听群众进行法制教育。辩护人的首轮发言被称作发表辩护词。辩护词是辩护人以法庭调查查明的案情为基础，提出的维护被告人合法权益的总结性意见。辩护词一般可从以下几个角度提出辩护意见：（1）被告人的行为不构成犯罪；（2）证明被告人犯罪的证据不确实、不充分，不能认定被告人犯罪；（3）被告人罪行较轻；（4）被告人具有从轻、减轻或免除处罚的情节。辩护人进行辩护既要坚持真理，敢于仗义执言，又要切中要害，以理服人。

法庭辩论的目的是，通过辩论使案情更加清楚，为公正裁判打下基础。因此，控辩双方在辩论中必须坚持以事实为根据，以法律为准绳的原则，摆事实，讲道理，不能强词夺理，更不能搞人身攻击。

法庭辩论应在审判长主持下有序进行。在法庭辩论过程中，审判长对于控辩双方与案件无关、重复意见或者互相指责的发言应当制止。被告人当庭拒绝辩护人为他辩护，要求另行委托辩护人的，应当同意。被告人要求人民法院另行指定辩护律师，合议庭同意的，应当宣布延期审理。重新开庭后，被告人再次当庭拒绝重新委托的辩护人或者人民法院指定的辩护律师为其辩护的，合议庭应当分别情形作出处理：1.被告人是成年人的，可以准许。但被告人不得再行委托辩护人，人民法院也不再另行指定辩护律师，被告人可以自行辩护。2.被告人是盲、聋、哑人或者限制行为能力的人；开庭时不满

18 周岁的未成年人；可能被判处死刑的人，不予准许。对于辩护人依照有关规定当庭拒绝继续为被告人进行辩护的，合议庭应当准许。如果被告人要求另行委托辩护人，合议庭应当宣布延期审理，由被告人另行委托辩护人或者由人民法院为其另行指定辩护律师。

在法庭辩论过程中，合议庭应当认真听取双方的辩论意见，以便合议时吸取其合理部分。如果在辩论中合议庭发现新的事实，认为有必要进行调查时，审判长可以宣布暂停辩论，恢复法庭调查，待该事实查清后继续法庭辩论。

法庭经过几轮辩论，审判长认为控辩双方的发言中已经没有新的问题和意见提出，事实已经查清，性质已经辩明，即可宣告辩论结束。

（四）被告人最后陈述

被告人最后陈述是法庭审判的一个独立阶段。《刑事诉讼法》第 160 条规定，审判长在宣布辩论终结后，被告人有最后陈述的权利。这是法律赋予被告人的一项重要诉讼权利。被告人在其最后陈述阶段，可以陈述他对全案的看法，对其是否犯罪，罪行轻重，自己走向犯罪的原因，对犯罪的悔改认识，以及量刑方面的要求等都可以发表意见。在合议庭评议、判决前给被告人一个最后陈述意见的机会，对于保护被告人的合法权益，正确处理案件有重要意义。

对于被告人最后陈述权，合议庭应当保证被告人得以充分行使。审判人员不能随意打断被告人的陈述，不应限制其陈述时间。如果被告人在最后陈述中重复自己的意见，审判长可以制止；如果陈述内容是蔑视法庭、公诉人，损害他人及社会公共利益或者与本案无关的，应当制止；在公开审理的案件中，被告人最后陈述的内容涉及国家秘密或者个人隐私的，也应当制止。

被告人在最后陈述中提出了新的事实、证据，合议庭认为可能影响正确裁判的，应当恢复法庭调查；如果被告人提出新的辩解理由，合议庭认为确有必要的，可以恢复法庭辩论。

（五）评议和宣判

在被告人最后陈述后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议。

评议是合议庭组成人员对案件进行全面审议、讨论并作出处理决定的诉讼活动。评议的任务是，根据已经查明的事实、证据和有关规定，并在充分考虑控辩双方意见的基础上，对案情进行全面的审议、讨论，确定被告人是否有罪，应否追究刑事责任，构成何罪，应否处以刑罚，判处何种刑罚，有无从重、从轻、减轻或者免除处罚的情节，附带民事诉讼如何解决，赃款赃物如何处理等，并依法作出判决或者裁定。

合议庭成员评议案件时，应充分考虑控辩双方的意见，既重视控诉一方的证据和意见，也重视辩护一方的证据和意见。那种不重视辩护方意见，搞“你辩你的，我判我的”的做法是错误的，不利于公正处理案件。

合议庭评议案件应秘密进行。评议时，合议庭成员应当表明自己的意见，不能沉默或在表决中弃权。如果意见分歧，应当按多数人的意见作出决定，但是少数人的意见应当写入笔录。评议笔录由合议庭的组成人员在认真审阅确认无误后签名。合议庭评议后，应当作出判决或裁定。

根据《刑事诉讼法》第 149 条和审判实践经验，对于下列疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定：

- 1.拟判处死刑的；
- 2.合议庭成员意见有重大分歧的；
- 3.人民检察院抗诉的；
- 4.在社会上有重大影响的；
- 5.其他需要由审判委员会讨论决定的。

审判委员会是人民法院内部设立的对审判工作实行集体领导的组织。根据人民法院组织法的规定，各级人民法院设立审判委员会。审判委员会委员由院长提请本级人民代表大会常务委员会任命。审判委员会的任务是总结审判经验、讨论重大的或疑难的案件和其他有关审判工作的问题。审判委员会会议由院长主持，在审判实践中院长不能主持时可以委托副院长主持。审判委员会实行民主集中制，少数服从多数。审判委员会的决定，合议庭应当执行。

对于合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定的案件，院长认为不必要的，可以建议合议庭复议一次。案件经审判委员会讨论决定后，合议庭应当执行，如果有不同意见的，可以建议院长提交审判委员会复议。

合议庭评议后，应分别情况作出以下裁判：

1.起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人的罪名成立的，应当作出有罪判决。

2.起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的，应当作出有罪判决。

3.案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪。

4.证据不足，不能认定被告人有罪的，应当以证据不足，指控的犯罪不能成立，判决宣告被告人无罪。

5.案件事实部分清楚，证据确实、充分的，应当依法作出有罪或者无罪的判决；事实不清，证据不足部分，依法不予认定。

6.被告人因不满 16 周岁，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任。

7.被告人是精神病人，在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任。

8.犯罪已过追诉时效期限，并且不是必须追诉或经特赦令免除刑罚的，应当裁定终止审理。

9.被告人死亡的，应当裁定终止审理；对于根据已查明的案件事实和认定的证据材料，能够确认被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪。

合议庭作出裁判后，应当宣判。宣判是将判决的内容向当事人和群众宣告。宣判有当庭宣判和定期宣判两种形式。当庭宣告判决的，应当宣布判决结果，并在 5 日以内将判决书送达当事人、法定代表人、诉讼代理人、提起公诉的人民检察院、被告人的辩护人和近亲属。定期宣告判决的，合议庭应当在宣判前，先期公告宣判的时间和地点，传唤当事人并通知公诉人、法定代表人、诉讼代理人和辩护人；判决宣告后应当立即将判决书送达当事人、法定代表人、诉讼代理人、提起公诉的人民检察院、辩护人和被告人的近亲属。判决生效后还应当送达被告人所在单位或者原户籍所在地公安派出所。被告人是单位的，应当送达被告人注册登记的工商行政管理机关。宣告判决，应当一律公开进行。宣告判决时，法庭内全体人员应当起立。宣判时，

公诉人、辩护人、被害人、自诉人或者附带民事诉讼的原告人未到庭的，不影响宣判的进行。

关于法庭审判，还应遵守以下规定：

1. 法庭审判的全部活动，应当由书记员制作成笔录，经审判长审阅后，分别由审判长和书记员签名。法庭笔录中的证人证言部分，应当当庭宣读或者交给证人阅读。证人在承认没有错误后，应当签名或者盖章。法庭笔录应当在庭审后交给当事人阅读或者向他宣读。当事人认为记载有遗漏或者差错的，可以请求补充或者改正。当事人承认没有错误后，应当签名或者盖章。

2. 在法庭审判过程中，如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序，合议庭应当按照下列情形分别处理：（1）对于违反法庭秩序情节较轻的，应当当庭警告制止并进行训诫。（2）对于不听警告制止的，可以指令法警强行带出法庭。（3）对于违反法庭秩序情节严重的，经报请院长批准后，对行为人处1000元以下的罚款或者15日以下的拘留。被处罚人对罚款、拘留的决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。

复议申请可以直接向上一级人民法院提出，也可以通过作出罚款、拘留决定的人民法院提出。通过作出罚款、拘留决定的人民法院向上一级人民法院申请复议的，该人民法院应当自收到复议申请之日起3日内，将申请人的复议申请、罚款或者拘留决定书和有关事实、证据材料一并报上一级人民法院复议。上一级人民法院复议期间，不停止决定的执行。

3. 根据《六机关规定》第42条的规定，人民检察院对于在法庭上出示、宣读、播放的证据材料应当当庭移交人民法院，确实无法当庭移交的，应当在休庭后3日内移交。对于在法庭上出示、宣读、播放未到庭证人的证言的，如果该证人提供过不同的证言，人民检察院应当将该证人的全部证言在休庭后3日内移交。需要指出的是，根据《刑事诉讼法》第47条的规定，休庭后移送的未在法庭上宣读、质证的证人证言，不能作为定案的根据。

诉讼参与人当庭出示的证据、宣读的书面证人证言、鉴定结论等，在出示、宣读后，应即交付法庭。

4. 根据最高人民法院《解释》第215条的规定，人民法院审理单位犯罪案件，被告单位被注销或者宣告破产，但单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当负刑事责任的，应当继续审理。

四、延期审理、中止审理和终止审理

（一）延期审理

延期审理是指在法庭审判过程中，遇有影响审判进行的情形而暂停法庭审判，待该情形消失后，继续开庭审判。

根据《刑事诉讼法》第165条规定，在法庭审判过程中，遇有下列情形之一，影响审判进行的，可以延期审理：

1. 需要通知新的证人到庭，调取新的物证，重新鉴定或者勘验的。

2. 检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出建议的。在庭审过程中，公诉人发现案件需要补充侦查，提出延期审理建议的，合议庭应当同意。但是建议延期审理的次数不得超过两次。

3. 由于当事人申请回避而不能进行审判的。

依照《刑事诉讼法》第165条第2项的规定延期审理的案件，人民检察院应当在1个月以内补充侦查完毕。法庭宣布延期审理后，人民检察院在补充侦查的期限内没有提请人民法院恢复法庭审理的，人民法院应当以人民检

察院撤诉结案。

（二）中止审理

中止审理是指人民法院在审判过程中，因发生某种情况而将正在进行的诉讼暂时停止，待该情况消除后再恢复审理。在审判过程中，被告人患精神病或者其他严重疾病，以及案件起诉到人民法院后被告人脱逃，致使案件在较长时间内无法继续审理的，人民法院应当裁定中止审理。由于其他不能抗拒的原因，使案件无法继续审理的，可以裁定中止审理。中止审理的原因消失后应当恢复审理。中止审理的期间不计入审理期限。

中止审理与延期审理不同。二者的主要区别是：延期审理仅适用于法庭审理过程中，而中止审理适用于人民法院受理案件后至作出判决前；延期审理不停止法庭审理以外的诉讼活动，而中止审理暂停一切诉讼活动；延期审理受审理期限的制约（人民检察院撤回案件补充侦查的除外），即延期审理的期间计入审理期限，而中止审理的期间不计入审理期限。

（三）终止审理

终止审理是指人民法院在审判案件过程中，遇有某种情况使得案件的审理不应当或者不需要继续进行而结束诉讼的制度。终止审理的情况是指《刑事诉讼法》第15条第2至6项规定的情形等。

终止审理与中止审理不同。主要区别是：（1）适用的条件不同。终止审理适用于案件的审理不应当或者不需要继续进行的情形，而中止审理则适用于因遇有某种情形使得案件无法继续审理下去的情形。（2）二者的结果不同。终止审理后，诉讼程序即告结束，不再恢复，而中止审理只是暂停诉讼活动，一旦中止诉讼的原因消失，即应恢复诉讼程序。

五、第一审程序的期限

人民法院审理第一审公诉案件，应当在受理后1个月以内宣判，至迟不得超过一个半月。有《刑事诉讼法》第126条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长1个月。人民法院改变管辖的案件，从改变后的人民法院收到案件之日起计算审理期限。人民检察院补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民法院后，人民法院重新计算审理期限。

六、第一审程序的法律监督

《刑事诉讼法》第169条规定：“人民检察院发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序，有权向人民法院提出纠正意见。”人民检察院对审判活动进行监督，是检察机关履行法律监督职能的一项重要内容。对于人民检察院认为人民法院审理案件中有违反法律规定的诉讼程序的情况而提出纠正意见的，人民法院应认真研究，凡是正确的，应当采纳。根据《六机关规定》第43条规定，人民检察院对违反法定程序的庭审活动提出纠正意见，应当由人民检察院在庭审后提出。这就是说，公诉人在法庭上不能提出纠正意见。

第三节 自诉案件的第一审程序

自诉是相对于公诉案件而言的。自诉案件是指被害人及其法定代理人或者近亲属为追究被告人的刑事责任，直接向人民法院提起诉讼的案件。根据刑事诉讼法的规定，我国对犯罪实行公诉为主，自诉为辅的追诉机制，因此，绝大多数刑事案件由人民检察院提起公诉，人民法院进行审判，只有部分刑事案件经自诉人的自诉，由人民法院直接受理，进行审判。

一、自诉案件的范围

根据《刑事诉讼法》第 170 条的规定，自诉案件包括以下 3 类案件：

1. 告诉才处理的案件。它是指只有被害人或其法定代理人提出控告，人民法院才能受理的案件。这类案件就是刑法分则的条款中明确规定为“告诉才处理”的犯罪案件，共有以下 4 种：

(1) 《刑法》第 246 条第 1 款规定的侮辱、诽谤案。侮辱、诽谤严重危害社会秩序和国家利益的除外。

(2) 《刑法》第 257 条第 1 款规定的暴力干涉婚姻自由案。

(3) 《刑法》第 260 条第 1 款规定的虐待案。

(4) 《刑法》第 270 条第 1、2 款规定的侵占案。

根据《刑法》第 98 条规定，对于告诉才处理的案件，如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。

2. 被害人有证据证明的轻微刑事案件。这类案件一是要求被害人有证据证明该被告人对自己实施了犯罪行为，二是要求被告人的犯罪较轻，可能判处较轻的刑罚，例如可能判处拘役、管制、单处罚金、3 年以下有期徒刑。

根据《六机关规定》第 4 条的规定，《刑事诉讼法》第 170 条第 2 项规定由人民法院直接受理的“被害人有证据证明的轻微刑事案件”是指下列被害人有证据证明的刑事案件：

(1) 故意伤害案（轻伤）；

(2) 重婚案；

(3) 遗弃案；

(4) 妨害通信自由案；

(5) 非法侵入他人住宅案；

(6) 生产、销售伪劣商品案件（严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

(7) 侵犯知识产权案件（严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

(8) 属于刑法分则第四章、第五章规定的，对被告人可以判处 3 年有期徒刑以下刑罚的其他轻微刑事案件。

上述所列 8 项案件中，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理，对于其中证据不足、可由公安机关受理的，应当移送公安机关立案侦查。被害人向公安机关控告的，公安机关应当受理。伪证罪、拒不执行判决裁定罪由公安机关立案侦查。

3. 被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。修正后的刑事诉讼法为了解决司法实践中存在的被害人告状难问题，增设了此种自诉案件种类，这是由公诉案件转化为自诉案件的。构成此类自诉案件，必须具备 3 个条件：一是被害人有证据证明被告人实施了侵犯自己人身、财产权利的行为；二是应当依法追究被告人的刑事责任；三是公安机关

或者人民检察院不予追究被告人的刑事责任。

二、自诉案件的提起和受理

（一）自诉案件的提起

自诉案件由自诉人提起。自诉人就是以自己名义直接向人民法院起诉要求追究被告人刑事责任的人。自诉人一般是被害人。根据《刑事诉讼法》第88条的规定，被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属可以作为自诉人。司法实践中，如果被害人因受强制、威吓等原因无法告诉，或者是限制行为能力人以及由于年老、患病、盲、聋、哑等原因不能亲自告诉，其法定代理人、近亲属代为告诉的，人民法院应当受理。由于此原因，被告人不能告诉，由其法定代理人、近亲属代为告诉的，代为告诉人应当提供与被害人关系的证明和被害人不能亲自告诉的原因的证明。

自诉人提起自诉案件时，应当向人民法院提交刑事自诉状；附带民事诉讼的，应当提交刑事附带民事自诉状。自诉人书写自诉状确有困难的，可以口头告诉，由人民法院工作人员作出告诉笔录，向自诉人宣读，自诉人确认无误后，应当签名或者盖章。自诉状或者告诉笔录应当包括以下内容：

1. 自诉人、被告人、代为告诉的人的姓名、性别、年龄、民族、出生地、文化程度、职业、工作单位、住址；
2. 被告人犯罪行为的时间、地点、手段、情节和危害后果等；
3. 具体的诉讼请求；
4. 致送人民法院的名称及具状时间；
5. 证人的姓名、住址及其他证据的名称、来源等。

如果被告人是2人以上的，自诉人在告诉时需按被告人的人数提供自诉状副本。

（二）对自诉案件的受理

人民法院接到自诉人的刑事自诉状或者接受自诉人的口头告诉后，应当指定审判人员认真审查，在收到自诉状或者口头告诉第2日起15日以内作出是否立案的决定，并书面通知自诉人。对不符合立案条件的，应当书面说明不予受理的理由。

人民法院受理的自诉案件必须符合下列条件：

1. 属于《刑事诉讼法》第170条和《六机关规定》第4条规定的自诉案件；
2. 属于本院管辖的；
3. 刑事案件的被害人告诉的；
4. 有明确的被告人、具体的诉讼请求和能证明被告人犯罪事实的证据。

人民法院受理《刑事诉讼法》第170条第3项规定的自诉案件，还应当符合《刑事诉讼法》第86条、第145条的规定。

根据有关规定，人民法院对自诉案件审查后，按照下列情形分别处理：

1. 犯罪事实清楚，有足够证据的案件，应当开庭审判。
2. 对于具有下列情形之一的，应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回起诉：（1）不符合上述人民法院受理自诉案件的条件；（2）证据不充分的；（3）犯罪已过追诉时效期限的；（4）被告人死亡的；（5）被告人下落不明的；（6）除因证据不足而撤诉的以外，自诉人撤诉后，就同一事实又告诉的；（7）经人民法院调解结案后，自诉人反悔，就同一事实再行告诉的。
3. 对于已经立案，经审查缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充

证据，应当说服自诉人撤回起诉或者裁定驳回起诉，自诉人经说服撤回自诉或者被驳回起诉后，又提出了新的足以证明被告人有罪的证据，再次提起自诉的，人民法院应当受理。

4. 自诉人明知有其他共同侵害人，但只对部分侵害人提起自诉的，人民法院应当受理，并视为自诉人对其他侵害人放弃告诉权利。判决宣告后自诉人又对其他共同侵害人就同一事实提起自诉的，人民法院不再受理。共同被害人中只有部分人告诉的，人民法院应当通知其他被害人参加诉讼。被通知人接到通知后表示不参加诉讼或者不出庭的，即视为放弃告诉权利。第一审宣判后，被通知人就同一事实又提起自诉的，人民法院不予受理。但当事人另行提起民事诉讼的，不受上述规定的限制。

5. 被告人实施的两个以上的犯罪行为，分别属于公诉案件和自诉案件的，人民法院可以在审理公诉案件时，对自诉案件一并审理。

人民法院受理自诉案件后，对于当事人因客观原因不能取得并提供有关证据而申请人民法院调取证据，人民法院认为必要的，可以依法调取。

三、自诉案件的审判

人民法院对于决定受理的自诉案件，应当开庭审判。不适用简易程序审理的，审判程序参照公诉案件第一审程序的规定进行。刑事诉讼法鉴于自诉案件主要是侵犯公民个人合法权益的轻微刑事案件，对自诉案件的审判程序作了一些有别于公诉案件审判程序的特殊规定，包括以下几个方面：

1. 人民法院对告诉才处理和被害人有证据证明的轻微刑事案件，可以在查明事实、分清是非的基础上进行调解。告诉才处理和被害人有证据证明的轻微刑事案件是罪行较轻的案件，通过调解方式结案，有利于妥善解决自诉人与被告人之间的纷争，提高诉讼效率，防止矛盾激化。调解应当在自愿、合法，不损害国家、集体和其他公民利益的前提下进行。调解达成协议的，人民法院应当制作刑事自诉案件调解书，由审判人员和书记员署名，并加盖人民法院印章。调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。调解没有达成协议或者调解书签收前当事人一方反悔的，人民法院应当进行判决。《刑事诉讼法》第 172 条明确规定，对《刑事诉讼法》第 170 条第 3 项规定的案件不适用调解。因为这类案件原来是公诉案件，情节并不轻微。

2. 自诉人在宣告判决前可以同被告人自行和解或者撤回起诉。因为自诉案件多属侵犯公民个人权益的轻微刑事案件，所以法律允许自诉人在人民法院作出判决前同被告人自行和解或撤回自诉，即允许自诉人自动放弃追究被告人刑事责任。对于自诉人要求撤诉的，经人民法院审查认为确属自愿的，应当准许；经审查认为自诉人系被强迫、威吓等，不是出于自愿的，应当不准许。对于已经审理的自诉案件，当事人自行和解的，应当记录在卷。人民法院裁定准许自诉人撤诉或者当事人自行和解的案件，被告人被采取强制措施的，应当立即予以解除。根据《刑事诉讼法》第 171 条的规定，自诉人经两次依法传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，按撤诉处理。自诉人是 2 人以上，其中部分人撤诉的，不影响案件的继续审理。

3. 告诉才处理和被害人有证据证明的轻微刑事案件的被告人或者其法定代理人在诉讼过程中，可以对自诉人提起反诉。反诉是指自诉案件的被告人作为被害人控告自诉人犯有与本案有联系的罪行，要求人民法院追究自诉人刑事责任的诉讼活动。反诉必须符合下列条件：（1）反诉的对象必须是本案自诉人；（2）反诉的内容必须是与本案有关的犯罪行为；（3）反诉的案件

必须是属于人民法院直接受理的告诉才处理或者被害人有证据证明的轻微刑事案件。对《刑事诉讼法》第 170 条第 3 项规定的自诉案件的自诉人不能反诉。反诉适用自诉的规定，应当与自诉案件一并审理。反诉是一个独立的诉讼，原自诉人撤诉的，不影响反诉案件的继续审理。

第四节 简易程序

一、简易程序的概念和意义

简易程序是指基层人民法院审判某些简单轻微的刑事案件所适用的较普通审判程序相对简化的一种刑事审判程序。

简易程序有以下特点：

1. 简易程序只适用于第一审程序。第二审程序、死刑复核程序和审判监督程序不适用简易程序。

2. 简易程序只能由基层人民法院适用。中级以上人民法院不能适用简易程序。

3. 简易程序只适用于事实清楚、证据充分、罪行较轻的案件。

4. 简易程序通过简化第一审程序，可使案件得到迅速处理。

设立简易程序，对刑事案件实行繁简分流，可以提高诉讼效率，缓解人民法院办案力量的不足，节省人力、物力和财力，尽量减轻诉讼当事人的诉讼负担，有其重要意义。这也符合当今世界各国刑事诉讼发展的趋势。

二、简易程序的适用范围

根据《刑事诉讼法》第 174 条的规定，下列案件可以适用简易程序：

1. 对依法可能判处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，事实清楚、证据充分，人民检察院建议或者同意适用简易程序的。公诉案件适用简易程序，必须同时具备以下 3 个条件：（1）对被告人经过审理有可能判处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金，即量刑较轻；（2）案件事实清楚，证据充分；（3）人民检察院建议或者同意适用简易程序。所谓建议，是指人民检察院在起诉时书面建议人民法院适用简易程序；所谓同意，是指人民检察院起诉时未提出适用简易程序的建议，而人民法院审查后认为可以适用简易程序，征求人民检察院的意见被人民检察院同意的。

2. 告诉才处理的案件。

3. 被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件。

对于自诉案件，只有告诉才处理的案件和被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件才能适用简易程序。

人民法院审理具有以下情节之一的案件，不应当适用简易程序：（1）公诉案件的被告人对于起诉指控的犯罪事实予以否认的；（2）比较复杂的共同犯罪案件；（3）被告人是盲、聋、哑人的；（4）辩护人作无罪辩护的；（5）其他不宜适用简易程序的。

三、适用简易程序对案件的审理

基层人民法院受理的公诉案件，人民检察院在起诉时书面建议适用简易程序的，应当随案移送全案卷宗和证据。人民法院经审查认为符合《刑事诉讼法》第 174 条第 1 项规定的，可以适用简易程序；认为依法不应当适用简易程序的，应当书面通知人民检察院，并将全案卷宗和证据退回人民检察院。对于公诉案件，人民检察院移送起诉时没有建议适用简易程序，人民法院审查认为符合《刑事诉讼法》第 174 条第 1 项规定，拟适用简易程序审理的，应当书面征求人民检察院的意见，人民检察院同意并移送全案卷宗和证据材料后，应当适用简易程序。在此强调一点，根据《六机关规定》第 38 条的规定，对于适用简易程序审理的公诉案件，无论人民检察院是否派员出庭，都应当向人民法院移送全部案卷和证据材料。

人民法院对于适用简易程序的案件，由审判员 1 人独任审判。适用简易程序审理公诉案件，人民检察院可以不派员出席法庭。人民法院适用简易程序审理的案件，在向被告人送达起诉书副本的同时，应当告知其该案适用简易程序审理。

适用简易程序的案件，在开庭审判前，人民法院应当将开庭的时间、地点通知人民检察院、自诉人、被告人、辩护人，也可以通知其他诉讼参与人。通知可以用简便方式，但应当记录在案。

适用简易程序开庭审理案件，不受刑事诉讼法第三编第二章第一节关于讯问被告人、询问证人、鉴定人、出示证据、法庭辩论程序规定的限制。审判员宣布开庭后，应当依法宣布案由，独任审判员、书记员、公诉人（或自诉人）、辩护人、诉讼代理人、鉴定人和翻译人员的名单；查明被告人的基本情况，告知各项诉讼权利。适用简易程序审理的公诉案件，人民检察院不派员出席法庭的，被告人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述和辩护。审判员可以出示、宣读主要证据，并听取被告人的意见。如果公诉人出庭支持公诉，在被告人陈述后，公诉人可以出示、宣读主要证据。经审判员准许，被告人及其辩护人可以与公诉人进行辩论。适用简易程序审理的自诉案件，自诉人宣读起诉书后，被告人应当就起诉书指控的犯罪事实进行陈述，并自行辩护。自诉人应当出示主要证据。被告人有证据出示的，审判员应当准许。经审判员准许，被告人及其辩护人可以与自诉人及其诉讼代理人进行辩论。无论是公诉案件，还是自诉案件，在适用简易程序审理中，审判员在必要时可以讯问被告人；被告人、自诉人要求证人出庭的，人民法院可以准许；在判决宣告前应当听取被告人的最后陈述意见。被告人作最后陈述后，人民法院一般应当当庭宣判。

适用简易程序审理案件，人民法院应当在受理后 20 日以内审结。

四、简易程序的变更

适用简易程序审理的案件，在法庭审理过程中，发现以下不宜适用简易程序情形的，应当决定中止审理，按照公诉案件或者自诉案件的第一审普通程序重新审理：（1）公诉案件被告人的行为不构成犯罪的；（2）公诉案件的被告人应当判处 3 年以上有期徒刑的；（3）公诉案件被告人当庭翻供，对于起诉指控的犯罪事实予以否认的；（4）事实不清或者证据不充分的；（5）其他依法不应当或者不宜适用简易程序的。转为普通程序审理的案件，审理期限应当从决定转为普通程序之日起计算。

第五节 判决、裁定和决定

判决、裁定和决定是人民法院解决案件实体和程序问题的 3 种方式。

一、判决

刑事判决是人民法院就刑事案件的实体问题作出的处理决定。它解决的是被告人的行为是否构成犯罪，犯了什么罪，应否给予刑事处罚和应处以何种刑罚的问题。

判决是人民法院代表国家行使审判权产生的结果。判决具有以下 3 个特点：（1）强制性。判决一经发生法律效力，就必须按照它所决定的内容无条件执行。我国《刑法》第 313 条规定了拒不执行判决、裁定罪，凡构成该罪的，判处 3 年以下有期徒刑、拘役或者罚金。（2）稳定性。判决一旦作出，非经法定程序不能更改和撤销。（3）排他性。一个案件只能有一个生效的判决。

刑事判决可分为有罪判决和无罪判决。有罪判决又可分为有罪处刑判决和有罪免刑判决。有罪处刑判决是对被告人既认定有罪又处以刑罚的判决，而有罪免刑判决是对被告人只认定有罪但免除刑罚的判决，这是因为刑法对某些犯罪行为有免除处罚的规定。无罪判决也可分为两种，一种是依据法律认定被告人的行为不构成犯罪的无罪判决，另一种是对证据不足，不能认定被告人有罪的案件所作出的证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

人民法院作出判决必须制作判决书。判决书由首部、事实、理由、判决结果和尾部五个部分组成。其格式和制作要求是：

1. 首部：应写明作出判决的人民法院名称；判决书的类别、案号；公诉机关（或自诉人的情况）；被害人的姓名、性别、年龄、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址（根据《六机关规定》第 35 条第 3 项规定精神，对于涉及被害人隐私或者为保护被害人人身安全的案件在判决书中不列被害人的基本情况）；诉讼代理人的姓名、性别、工作单位和职务；被告人的姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址和因本案所受强制措施情况等，现在何处；辩护人姓名、性别、工作单位和职务；案由；开庭日期、审判组织和是否公开审理等。

2. 事实部分：首先应概述人民检察院指控的基本内容，其次写明被告人的供述、辩解以及辩护人的辩护要点。随后另起一行详写人民法院经审理查明的事实、情节和证据。对案情应根据是有罪判决还是无罪判决的具体情况叙述。有罪判决应写明犯罪的时间、地点、动机、目的、手段、行为过程、危害后果和影响量刑轻重的各种情节等。无罪判决应写明案件发生的时间、地点、经过等，围绕着不构成犯罪的要件叙述。叙述案情应保守国家秘密，不涉及个人隐私。

3. 理由部分：根据查证属实的事实、情节和法律规定，论证被告人是否犯罪，犯什么罪（一案多人的应分清各被告人的地位、作用和刑事责任），是否处以刑罚，应否从重、从轻、减轻处罚。

4. 判决结果部分：分四种情况写明判决结果。第一种定罪判刑的，写明被告人犯什么罪，判处什么刑罚；第二种定罪免刑的，写明被告人犯什么罪，免除刑罚；第三种宣告被告人无罪；第四种对证据不足，不能认定被告人有罪的，写明证据不足，指控的犯罪不能成立，被告人无罪。

5. 尾部：应写明上诉的期限，上诉的法院，合议庭组成人员或独任审判

员和书记员的姓名，判决的日期等，加盖人民法院印章。

二、裁定

刑事裁定是人民法院在审理案件过程中和判决执行中，就解决案件的诉讼程序和部分实体问题所作的决定。

裁定和判决是处理案件的两种不同决定，它们之间的区别是：（1）判决只解决案件的实体问题，而裁定既解决实体问题，也解决程序问题，并且以解决程序问题为主。它解决的实体问题是在判决的执行中涉及刑罚执行的变更，如减刑、假释裁定。（2）一个案件可能有几个裁定，但判决只能有一个。

（3）判决必须采取书面形式，裁定则可采用书面和口头两种形式。（4）上诉、抗诉期限不同。不服一审判决的上诉、抗诉期限是10日，而不服一审裁定的上诉、抗诉期限是5日。

裁定书的格式、内容、写法和署名与判决书基本相同，但内容比较简单。

三、决定

刑事决定也是人民法院解决诉讼程序问题的一种方式。刑事决定不仅适用于人民法院，而且适用于公安机关和人民检察院。人民法院适用决定只能解决诉讼程序问题。例如对回避申请决定是否同意，对当事人、辩护人提出的通知新的证人到庭、调取新的物证、重新鉴定或勘验的申请，应由法庭作出是否同意的决定等等。

决定可以是口头的，也可以是书面的。口头决定应记录在卷，书面决定应制作决定书。人民法院的决定一经作出，立即生效，不准上诉、抗诉，但有些决定可以申请复议，如对驳回申请回避的决定，当事人及其法定代理人可以申请复议一次。

第十二章 第二审程序

第一节 第二审程序的概念和意义

一、第二审程序的概念

第二审程序又称上诉审程序，是指上一级人民法院根据上诉人的上诉或人民检察院的抗诉，对下一级人民法院尚未发生法律效力或裁定重新进行审理所应遵循的步骤和方式、方法。

第二审程序是刑事诉讼中一个独立的诉讼阶段。我国人民法院审判案件实行两审终审制，地方各级人民法院审判的第一审案件，不能立即发生法律效力，上诉权人和同级人民检察院在上诉、抗诉期内有权提出上诉或抗诉，这就必然引起第二审程序。第二审人民法院的判决或裁定一经作出，就是终审的判决或裁定，案件即告终结。第二审程序并不是一切案件的必经程序，只有合法的上诉或抗诉才引起第二审程序。

二、第二审程序的任务和意义

第二审程序的任务是，对第一审未生效的判决、裁定进行全面审查和审理，查明它所认定的事实是否清楚，证据是否确实、充分，适用法律是否正确，诉讼程序是否合法，在此基础上，依法作出终审判决或裁定，以维持正确的一审判决或裁定，纠正错误的一审判决或裁定。

第二审程序的意义主要有：

1. 有利于正确处理案件，从而准确地惩罚犯罪分子；切实保护被告人的合法权益。由于刑事案件的复杂性以及其他主客观因素对审判案件的影响，一审人民法院有可能作出错误的裁判，出现重罪轻判，或者轻罪重判，甚至将有罪判无罪，或无罪判有罪的情况。通过上诉权人上诉或者人民检察院抗诉，由第二审人民法院对一审裁判进行重新审理，纠正第一审法院的错误裁判，使犯罪分子受到与其罪行相当的处罚，使无罪的人不受刑事追究，从而准确地惩罚犯罪；切实保护被告人的合法权益。即使第一审裁判是正确的，被上诉、抗诉后，通过二审的重新审理，可确保案件得到正确处理，并通过二审的维持，更加确立一审裁判的权威，促使犯罪分子认罪服法，接受改造。

2. 有利于发挥上级人民法院对下级人民法院的审判监督作用。根据我国宪法和人民法院组织法的规定，上级人民法院对下级人民法院的审判工作负有监督职责。第二审程序是上级人民法院监督下级人民法院审判工作的有效方式之一。第二审人民法院通过审理上诉、抗诉案件，可以具体了解下级人民法院在刑事审判工作中取得的经验和存在的问题，及时帮助下级人民法院总结经验教训，改进审判工作，提高办案质量。

第二节 第二审程序的提起

一、有权提起上诉、抗诉的人员和机关

第二审程序是由上诉或抗诉引起的。上诉是指有上诉权的人不服地方各级人民法院未生效的第一审判决或裁定，依法提请上一级法院重新审判的诉讼活动。上诉权人在法定期限内依法提起上诉就必然引起第二审程序。抗诉是指人民检察院认为人民法院的判决或裁定确有错误，提请人民法院对案件重新审判的诉讼活动，刑事诉讼中的抗诉包括第二审程序的抗诉和审判监督程序的抗诉。第二审程序的抗诉是地方各级人民检察院认为同级人民法院未生效的第一审判决或裁定确有错误，依法提请上一级人民法院对案件重新审判的诉讼活动。第二审程序的抗诉也必然引起第二审程序。

根据《刑事诉讼法》第 180 条的规定，有权提起上诉的人员有：被告人、自诉人和他们的法定代理人，以及经被告人同意的辩护人、近亲属，还有附带民事诉讼的当事人及其法定代理人。

由于各种上诉人在刑事诉讼中的诉讼地位不同，刑事诉讼法对他们的上诉权限也作了不同的规定：

1. 被告人、自诉人在刑事诉讼中处于当事人的诉讼地位，人民法院的判决、裁定与他们有切身的利害关系，因此，法律赋予他们独立的上诉权，只要他们依法提出上诉，就必然引起二审程序。由于被告人处于被追究刑事责任的特殊地位，因此，法律特别规定对被告人的上诉权，不得以任何借口加以剥夺。

2. 被告人、自诉人的法定代理人作为未成年人或精神上、生理上有缺陷不能正常进行诉讼活动的被告人、自诉人的合法权益的维护者，法律也赋予他们独立的上诉权，即使被告人、自诉人不同意他们的上诉，其上诉也是有效的。

3. 被告人的辩护人和近亲属，只有征得被告人的同意，才可以提出上诉。这就是说，被告人的辩护人和近亲属不具有独立的上诉权，而是有条件地行使上诉权。由于被告人的辩护人和近亲属不完全了解案情，且法院的判决、裁定与他们没有切身的利害关系，因此，法律只是允许他们帮助被告人行使上诉权，如果被告人不同意上诉，其辩护人和近亲属的上诉就无效。

4. 附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人对判决、裁定中附带民事诉讼部分享有上诉权。地方各级人民法院第一审的判决或裁定中的附带民事诉讼部分涉及附带民事诉讼的当事人的切身利益，因此，法律允许他们及其法定代理人对判决、裁定中的附带民事诉讼部分，提出上诉。他们的上诉无权涉及判决、裁定中的刑事部分，且不影响刑事判决、裁定的生效和执行。

公诉案件中的被害人虽属于当事人，但法律并未赋予其上诉权，而是给予他及其法定代理人请求人民检察院抗诉的权利。刑事诉讼法第 182 条规定，被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决的，自收到判决书后 5 日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后 5 日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人。应当指出的是，被害人及其法定代理人只对未生效的第一审判决享有请求抗诉权，而对未生效的第一审裁定则不享有该项权利。

根据《刑事诉讼法》第 181 条的规定，有权提出抗诉的机关是地方各级人民检察院。地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确

有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉。最高人民法院是国家的最高审判机关，它的一审判决和裁定就是终审的判决和裁定，不能对其提出上诉或抗诉。

二、上诉、抗诉的理由

刑事诉讼法对上诉的理由没有规定任何限制，上诉人只要在法定期限内提出上诉，上诉即可成立。

关于抗诉的理由，刑事诉讼法作了规定。根据《刑事诉讼法》第181条规定，只有在地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定“确有错误”时，才能提出抗诉。实践中“确有错误”通常是指以下情况：

1. 认定事实不清、证据不足的；
2. 有确实、充分证据证明有罪而判无罪，或者无罪判有罪的；
3. 重罪轻判，轻罪重判，量刑不当的；
4. 认定罪名不正确，一罪判数罪、数罪判一罪，影响量刑或造成严重的社会影响的；
5. 免除刑事处罚或者适用缓刑错误的；
6. 人民法院在审理案件过程中违反法律规定的诉讼程序的；
7. 审判人员在审理案件期间，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

三、上诉、抗诉的期限

对地方各级人民法院未生效的第一审判决、裁定的上诉或抗诉，应当在法定的期限内提出。根据《刑事诉讼法》第183条的规定，不服判决的上诉和抗诉的期限为10日，不服裁定的上诉和抗诉的期限为5日，从接到判决书、裁定书的第2日起算。对附带民事判决或者裁定的上诉、抗诉期限，应当按照刑事部分的上诉、抗诉期限确定。如果原审附带民事部分是另行审判的，上诉期限应当按照民事诉讼法规定的期限执行。

四、上诉、抗诉的方式和程序

上诉既可采用书状方式也可采用口头方式。书状与口头上诉具有同等效力，人民法院都应当受理。用上诉状提出上诉的，应向人民法院提交上诉状正本及副本。

上诉状内容应当包括：第一审判决书、裁定书的文号和上诉人收到的时间；第一审法院的名称；上诉的请求和理由；提出上诉的时间；上诉人签名或者盖章。如果是被告人的辩护人、近亲属经被告人同意提出上诉的，还应当写明提出上诉的人与被告人的关系，并应当以被告人作为上诉人。

对口头上诉，第一审人民法院应当根据上诉人所陈述的理由和请求制作笔录，由上诉人阅读或者向他宣读后，上诉人应当签名或者盖章。

上诉既可以通过原审人民法院提出，也可以直接向第二审法院提出。通过原审人民法院提出上诉的，原审人民法院应当审查上诉是否符合法律规定。符合法律规定的，应当在上诉期满后3日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。上诉人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在收到上诉状后3日以内将上诉状交原审人民法院。原审人民法院应当审查上诉是否符合法律规定。符合法律规定的，应当在接到上诉状后3日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。

上诉人在上诉期限内要求撤回上诉的，应当准许，反复提出上诉、撤诉

的，是否上诉以他们在上诉期满前最后一次的意思表示为准。被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人及其法定代理人在上诉期限内要求撤回上诉的，应当准许。上诉人在上诉期满后要求撤回上诉的，应当由第二审人民法院进行审查。如果认为原判决认定事实和适用法律正确，量刑适当，应当裁定准许被告人撤回上诉；如果认为原判决事实不清，证据不足或者将无罪判为有罪、轻罪重判等，应当不准撤回上诉，并按照上诉程序进行审理。

提出抗诉的方式必须是书面的，即必须制作抗诉书。

地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉，通过原审人民法院提交抗诉书，并将抗诉书副本抄送上一级人民检察院。原市人民法院应当在抗诉期满后3日以内，将抗诉书连同案卷、证据移送上一级人民法院，并且将抗诉书副本送交当事人。上级人民检察院接到下级人民检察院的抗诉书后，如果认为抗诉不当，可以向同级人民法院撤回抗诉，并且通知下级人民检察院。人民检察院在抗诉期限内撤回抗诉的，第一审人民法院不再移送案件；如果是在抗诉期满后撤回抗诉的，第二审人民法院应当裁定准许，并通知第一审人民法院和当事人。

第三节 第二审案件的审判

一、第二审审判组织

根据《刑事诉讼法》第 147 条和第 187 条的规定，第二审人民法院审判上诉、抗诉案件必须组成合议庭进行，不能实行审判员独任审判制。合议庭的成员只能是审判员，人民陪审员不能参加上诉、抗诉案件的审判。合议庭的人数为 3 人至 5 人，合议庭的成员人数应当是单数。合议庭由院长或者庭长指定审判员 1 人担任审判长。院长或者庭长参加审判案件的时候，自己担任审判长。

二、对上诉、抗诉案件的全面审查

第二审人民法院审理上诉、抗诉案件，对案件实行全面审查原则。

（一）程序性审查

第二审人民法院对第一审人民法院移送的上诉、抗诉案件进行程序性审查主要是审查案卷是否包括下列内容：

1. 移送上诉、抗诉案件函；
2. 上诉状或者抗诉书；
3. 第一审判决书或者裁定书 8 份（每增加 1 名被告人增加 1 份）；
4. 全部案卷材料和证据，包括案件审结报告和其他应当移送的材料。

如果上述所列材料齐备，第二审人民法院应当收案；材料不齐备的，应当通知第一审人民法院及时补充。

（二）实体性审查

第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不仅要对上诉或者抗诉所提出的内容进行审查，而且对上诉或者抗诉没有提出的内容也要进行审查，即不受上诉或抗诉范围的限制。

共同犯罪案件，只有部分被告人上诉的，或者人民检察院只就第一审人民法院对部分被告人的判决提出抗诉的，第二审人民法院应当对全案进行审查，一并处理。共同犯罪案件，如果提出上诉的被告人死亡，其他被告人没有上诉，第二审人民法院仍应当对全案进行审查。死亡的被告人不构成犯罪的，应当宣告无罪；审查后认为构成犯罪的，应当宣布终止审理。对其他同案被告人仍应当作出判决或者裁定。

审理附带民事诉讼的上诉案件，应当对全案进行审查，即不仅审查附带民事诉讼部分，还要审查刑事诉讼部分，以便正确确定民事责任。如果第一审判决的刑事部分并无不当，第二审人民法院只需就附带民事诉讼部分作出处理。如果第一审判决附带民事部分事实清楚，适用法律正确的，应当以刑事附带民事裁定维持原判，驳回上诉、抗诉。附带民事诉讼案件，只有附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人提出上诉的，第一审刑事部分的判决，在上诉期满后即发生法律效力。应当送监执行的第一审刑事被告人是第二审附带民事诉讼被告人的，在第二审附带民事诉讼案件未审结之前，可以暂缓送监执行。

对于上诉、抗诉案件，第二审人民法院进行全面实体审查的具体内容主要有：

1. 第一审判决认定的事实是否清楚，证据是否确实、充分，证据之间有无矛盾；
2. 第一审判决适用法律是否正确，量刑是否适当；

- 3.在侦查、起诉、第一审程序中，有无违反法律规定的诉讼程序的情形；
- 4.上诉、抗诉是否提出了新的事实和证据；
- 5.被告人供述、辩解的情况；
- 6.辩护人的辩护意见以及采纳的情况；
- 7.附带民事判决、裁定是否适当；
- 8.第一审法院合议庭、审判委员会讨论的意见。

二审法院对上诉、抗诉案件的全面审查，将为案件的审理奠定基础。

三、第二审案件的审判方式和程序

《刑事诉讼法》第187条第1款规定：“第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。合议庭经过阅卷，讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，对事实清楚的，可以不开庭审理。对人民检察院抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭审理。”据此，第二审人民法院审理上诉、抗诉案件的方式是，对上诉案件，以开庭审判方式为主，以调查讯问方式为补充；对抗诉案件，只能采取开庭审判的方式。其具体审理的程序是：

（一）开庭审判的程序

由于第二审审判是在第一审审判的基础上进行的，所以《刑事诉讼法》第195条规定，二审审判程序除刑事诉讼法另有规定的以外，参照第一审程序的规定进行。

第二审人民法院开庭审理上诉或者抗诉案件，除参照第一审程序的规定外，还应当依照下列规定进行：

- 1.法庭调查阶段，审判长或者审判员宣读第一审判决书、裁定书后，由上诉人陈述上诉理由或者由检察人员宣读抗诉书；如果是既有上诉又有抗诉的案件，先由检察人员宣读抗诉书，再由上诉人陈述上诉理由；法庭调查的重点要针对上诉或者抗诉的理由，全面查清事实、核实证据。

- 2.法庭调查阶段，如果检察人员或者辩护人申请出示、宣读、播放第一审审理期间已经移交给人民法院的证据的，法庭应当指令值庭法警出示、播放有关证据；需要宣读的证据，由法警交由申请人宣读。

- 3.法庭辩论阶段，上诉案件，应当先由上诉人、辩护人发言，再由检察人员发言；抗诉案件，应当先由检察人员发言，再由被告人、辩护人发言；既有上诉、又有抗诉的案件，应当先由检察人员发言，再由上诉人、辩护人发言，并进行辩论。

第二审人民法院开庭审理上诉、抗诉案件，可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。

人民检察院提出抗诉的案件或者第二审人民法院开庭审理的公诉案件，同级人民检察院都应当派员出庭。需强调的是，出席第二审审判的应当是同级人民检察院的检察人员。第二审人民法院必须在开庭10日以前通知人民检察院查阅案卷。

共同犯罪案件中，没有上诉的和没有对其判决抗诉的第一审被告人，应当参加法庭调查，并可以参加法庭辩论。

（二）调查讯问审判方式的程序

第二审人民法院对上诉、抗诉案件经过全面审查，认为事实清楚的，可以采用调查讯问的方式审理该案。

采用调查讯问审判方式审理案件应遵循以下程序：

1. 合议庭成员都要认真阅卷，了解案情。
2. 讯问被告人，听取其供述和辩解，以及对一审裁判的意见。共同犯罪案件，对没有上诉的被告人也应当讯问。
3. 听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见。
4. 合议庭评议和宣判。经过上述程序，合议庭认定的事实与第一审认定的没有变化，证据充分的，可以不开庭审理即作出相应的处理决定，并予以公开宣判。

对一审裁定的上诉、抗诉案件的审理方式，根据《刑事诉讼法》第 193 条规定的精神，应当经过审查后直接作出处理决定，不必开庭审理。

四、对上诉、抗诉案件的处理

根据《刑事诉讼法》第 189 条、第 191 条、第 193 条，《六机关规定》第 46 条和有关规定，第二审人民法院对不服第一审判决、裁定的上诉、抗诉案件经过审查和审理后，应当按照下列情形分别处理：

1. 原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判。

2. 原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判。

3. 原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

4. 对于人民检察院抗诉的案件，经第二审人民法院审查后，认为应当判处被告人死刑的，按照《刑事诉讼法》第 189 条的规定处理，即第二审人民法院认为原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；认为原判决事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判或者发回重审。其中，对于第二审人民法院直接改判死刑的案件，无论该案的死刑核准权是否下放，都应当报请最高人民法院核准。

5. 发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审理：

- (1) 违反刑事诉讼法有关公开审判的规定的；
- (2) 违反回避制度的；
- (3) 剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；
- (4) 审判组织的组成不合法的；
- (5) 其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。

在上述五种情形中，第(1)、(2)、(4)种情形只要发生，就必须裁定撤销原判；第(3)、(5)两种情形，只有达到可能影响公正审判的程度时，才撤销原判发回重新审判。

6. 对不服一审裁定的上诉、抗诉案件，第二审人民法院经过审查后，应当参照《刑事诉讼法》第 189 条、第 191 条和第 192 条的规定，分别情形用裁定驳回上诉、抗诉，或者撤销、变更原裁定。

7. 审理附带民事上诉案件，如果发现刑事和附带民事部分均有错误需依法改判的，应当一并改判。

第二审人民法院审理的刑事上诉、抗诉案件，附带民事诉讼部分已经发生法律效力，如果发现第一审判决或者裁定中的民事部分确有错误，应当对民事部分按照审判监督程序予以纠正。

第二审人民法院审理附带民事上诉案件，刑事部分已经发生法律效力

的，如果发现第一审判决或裁定中的刑事部分确有错误，应当对刑事部分按照审判监督程序指令再审，并将附带民事诉讼部分发回与刑事案件一并审理。

8.对第二审自诉案件，必要时可以进行调解，当事人也可以自行和解。调解结案的，应当制作调解书，第一判决、裁定视为自动撤销；当事人自行和解的，由人民法院裁定准许撤回自诉，并撤销原判决或者裁定。

第二审人民法院对于调解结案或者当事人自行和解的案件，被告人被采取强制措施的，应即予以解除。

在第二审程序中，自诉案件的当事人提出反诉的，第二审人民法院应当告知其另行起诉。

9.在第二审附带民事诉讼审理中，第一审民事原告人增加独立的诉讼请求或者第一审民事被告人提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

第二审的判决、裁定（死刑案件除外）和最高人民法院的判决、裁定，都是终审的判决、裁定，一经宣告即发生法律效力，不得对其再行上诉或按二审程序提起抗诉。

原审人民法院对于发回重新审判的案件，应当另行组成合议庭，依照第一审程序进行审判。对于重新审判后的判决，依照《刑事诉讼法》第 180 条、第 181 条、第 182 条的规定可以上诉、抗诉。

五、第二审案件的审判期限

第二审人民法院受理上诉、抗诉案件，应当在一个月以内审结，至迟不得超过一个半月。有《刑事诉讼法》第 126 条规定情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长一个月，但是最高人民法院受理的上诉、抗诉案件，由最高人民法院决定。

第四节 上诉不加刑原则

一、上诉不加刑原则的概念和意义

上诉不加刑原则是指第二审人民法院审判被告人一方提出上诉的案件，不得以任何理由加重被告人刑罚的一项审判原则。《刑事诉讼法》第190条第1款规定：“第二审人民法院审判被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件，不得加重被告人的刑罚。”这就是我国关于上诉不加刑原则的法律依据。

上诉不加刑原则，只适用于被告人一方上诉的案件。人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的，不受该原则的限制，这是《刑事诉讼法》第190条第2款规定的该原则的例外情况。

实行上诉不加刑原则的意义是，可以使被告人消除顾虑，敢于上诉，充分行使辩护权；有利于加强第一审人民法院和同级人民检察院办案人员的责任心，以提高办案质量；有利于上级人民法院强化对下级法院审判的监督和指导。

二、上诉不加刑的适用

根据司法实践，第二审人民法院审理被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件及人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉的案件在执行上诉不加刑原则时应当执行下列具体规定：

1. 共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，既不能加重提出上诉的被告人的刑罚，也不能加重其他同案被告人的刑罚。

2. 对原判认定事实清楚，证据充分，只是认定的罪名不当的，在不加重原判刑罚的情况下，可以改变罪名。

3. 对被告人实行数罪并罚的，既不得加重决定执行的刑罚，也不能在维持原判决决定执行的刑罚不变的情况下，加重数罪中某一罪的刑罚。

4. 对被告人判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的，不得撤销原判决宣告的缓刑或者延长缓刑考验期。

5. 对事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻，或者应当适用附加刑而没有适用的案件，不得撤销第一审判决，直接加重被告人的刑罚或者附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回第一审人民法院重新审理。必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，按照审判监督程序重新审判。

6. 共同犯罪案件中，人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉的，对其他第一审被告人，不得加重刑罚。

第五节 对扣押、冻结在案财物的处理

《刑事诉讼法》第 198 条对公安机关、人民检察院和人民法院在诉讼中扣押、冻结的财物如何处理作了专门规定。这本是一项通则性规定，涉及各个诉讼阶段，但对扣押、冻结财物的最后处理是在判决生效以后，故将其规定在二审程序中。

根据《刑事诉讼法》第 198 条和《六机关规定》第 48 条的规定，公安机关、人民检察院和人民法院对于扣押、冻结犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息的处理应做到以下几点：

1. 妥善保管，不得挪用或自行处理。公安机关、人民检察院和人民法院对于扣押、冻结犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。

2. 对被害人的合法财产，应当及时返还。对于扣押、冻结财物中属于被害人的合法财产，被害人明确的，扣押、冻结机关应当及时返还。但须经拍照、鉴定、作价，并在案卷中注明返还的理由，将原物照片、清单和被害人的领取手续入卷备查。

3. 对作为证据使用的实物，应随案移送。开庭审判时，经控辩双方出示、法庭质证后交付法庭。休庭或者闭庭时办理证据交接手续，清点、核对无误的，由经手人在清单上分别签字后予以封存。对因上诉、抗诉引起第二审程序的，第一审人民法院应当将上述证据移送第二审人民法院并办理证据交接手续。对不宜移送的，如大宗的、不便搬运的物品，易腐烂、霉变和不易保管的物品，易燃易爆物品和剧毒物品等，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送。

4. 对于赃款赃物及其孳息，除依法返还被害人的财物以及依法销毁的违禁品外，必须一律上缴国库。任何单位和个人都不得挪用或者私自处理。关于赃款赃物的处理，应当按照《刑事诉讼法》第 198 条的规定执行，并应当根据不同情况作以下处理：

（1）对作为证据使用的实物，应当依法随案移送。对不宜移送的，应当将其清单、照片或者其他证明文件随案移送，不得以未移送赃款赃物为由，拒绝受理案件。

（2）侦查机关冻结在金融机构的赃款，应当向人民法院随案移送金融机构出具的证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民法院通知该金融机构上缴国库，该金融机构应当向人民法院送交执行回单。

（3）查封、扣押的赃款赃物，对依法不移送的，应当随案移送证据清单、照片或者其他证明文件，待人民法院作出生效判决后，由人民法院通知查封、扣押机关上缴国库，查封、扣押机关应当向人民法院送交执行回单。

第十三章 死刑复核程序

第一节 死刑复核程序的概念和意义

一、死刑复核程序的概念

死刑复核程序是指人民法院对判处死刑的案件进行审查核准所应遵循的步骤和方式、方法。

死刑是剥夺犯罪分子生命的刑罚，是刑罚中最严厉的刑种，我国法律一方面把它作为惩罚犯罪、保护人民的有力武器，另一方面又采取非常慎重的使用方针。一是从实体法上严格控制死刑的适用范围。《刑法》第六十一条、第49条规定，死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。二是从程序上保证死刑的正确适用，刑事诉讼法中对判处被告人死刑的案件在普通程序之外规定了一个特别的审查核准程序，即死刑复核程序。

死刑复核程序是刑事诉讼中的一个特殊程序，它只适用于死刑案件，而不适用于其他案件。根据人民法院组织法和刑事诉讼法的规定，人民法院审判案件实行两审终审制。即一个案件，最多经过两级人民法院审判即告终结，但是，凡判处死刑的案件，经过两级人民法院的普通程序审判以后不能生效，还必须经过死刑复核程序审查核准。作为一种特殊程序，它既不同于二审程序，也不同于审判监督程序。其特点是：

1. 死刑复核程序只适用于死刑案件，有特定的适用范围。死刑复核程序不适用于所有案件，只有判处死刑立即执行和判处死刑缓期二年执行的案件才须经过该程序的复核核准。其它没有被判处死刑的案件无须经过这一程序。

2. 死刑复核程序由作出死刑判决、裁定的人民法院主动报请复核而引起，无须被告人上诉、申诉和人民检察院抗诉。二审程序由上诉、抗诉引起，再审程序则由原审人民法院院长提交本院审判委员会讨论决定，或者由上级人民法院决定提审、指令再审，或者由人民检察院按审判监督程序提出抗诉而提起，而死刑复核程序的引起则与它们不同，死刑复核程序是死刑案件的必经程序，凡是作出死刑判决、裁定的人民法院，除最高人民法院外，都必须依法定程序自动报请复核。

3. 复核死刑的人民法院是特定的。复核死刑立即执行案件的只能是最高人民法院和依授权的高级人民法院；复核死刑缓期二年执行案件的，只能是高级人民法院。基层人民法院和中级人民法院没有死刑复核权。

4. 死刑复核程序是死刑案件的终审程序。一般刑事案件是两审终审，一个案件至多经过两级人民法院审判即告终结，第二审程序是终审程序，有的案件一审判决后，如果没有上诉、抗诉，案件就发生法律效力。而死刑案件无论是一审判决后，没有上诉、抗诉，还是经二审裁定维持原判，都不能发生法律效力，还必须经过死刑复核程序的复核核准。因此，死刑复核程序是死刑案件的终审程序，其判决、裁定是生效的判决、裁定。

二、死刑复核程序的任务和意义

死刑复核程序的任务是，通过人民法院的层层报核，逐级对报请复核的死刑判决、裁定在认定事实上和适用法律上是否正确进行全面审查，最后由

有核准权的人民法院对死刑判决、裁定作出是否核准的决定。

死刑复核程序具有以下意义：

1.可以防止错杀。死刑是剥夺犯罪分子生命的刑罚，一旦错杀，无法使人重生，所以，适用死刑必须慎之又慎。由于犯罪是极其复杂的社会现象，处理案件也会受到主客观因素的影响，错杀的可能性还是存在的，因此，死刑案件经过死刑复核程序多把一道关，有利于防止错杀。

2.有利于贯彻“少杀”方针。死刑案件逐级上报到特定的人民法院核准，可以统一判处死刑的尺度，在严格掌握该尺度的情况下，对那些不是非杀不可的犯罪分子不核准死刑，有利于将死刑的适用范围降到最低限度。

第二节 判处死刑立即执行案件的复核程序

一、判处死刑立即执行案件的核准权

判处死刑立即执行的案件，其判决、裁定一经核准，将剥夺犯罪分子的生命。因此，死刑复核权最终由哪一级人民法院行使，是死刑复核程序中至关重要的问题。它绝不是一个简单的职权分工问题，而是一个直接关系到能否确保死刑判决、裁定无误的问题。

《刑事诉讼法》第199条规定：“死刑由最高人民法院核准。”刑法第六机第2款规定：“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。”人民法院组织法第13条规定：“死刑案件除由最高人民法院判决的以外，应当报请最高人民法院核准。杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑的案件的核准权，最高人民法院在必要的时候，得授权省、自治区、直辖市的高级人民法院行使。”根据上述法律规定，死刑由最高人民法院核准，但依法授权高级人民法院核准的除外。

1983年9月7日，最高人民法院根据人民法院组织法第13条的规定，发出了《关于授权高级人民法院核准部分死刑案件的通知》。将部分死刑案件的核准权授权高级人民法院行使，依照该通知精神，为了及时严惩严重危害公共安全和社会治安的罪大恶极的刑事犯罪分子，除由最高人民法院判决的死刑案件外，各地对杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑的案件的核准权，最高人民法院依法授权由各省、自治区、直辖市高级人民法院和解放军军事法院行使。

1991年至1997年间，最高人民法院分别授权云南、广东、广西、四川、甘肃五省、自治区高级人民法院对部分毒品死刑案件（涉外的除外）行使核准权。

根据《六机关规定》第46条的规定，对于人民检察院起诉的案件，第二审人民法院直接改判死刑的，无论该案件的死刑核准权是否下放，都应当报请最高人民法院核准。

二、死刑立即执行案件的报请复核

《刑事诉讼法》第200条规定：“中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉的，应当由高级人民法院复核后，报请最高人民法院核准。高级人民法院不同意判处死刑的，可以提审或者发回重新审判。高级人民法院判处死刑的第一审案件被告人不上诉的，和判处死刑的第二审案件，都应当报请最高人民法院核准。”本条对死刑案件的复核程序作了规定，从该规定可以看出，死刑复核程序从作出死刑判决、裁定的人民法院报请复核开始。

鉴于当前最高人民法院和经其授权的高级人民法院对死刑案件都有核准权，对死刑案件的报请复核程序应按下面两种情况办理：

（一）报请最高人民法院核准死刑的案件，按下列情形分别办理

1. 中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后3日以内报请高级人民法院复核，高级人民法院同意判处死刑的，应当依法作出裁定后，报请最高人民法院核准；不同意判处死刑的，应当提审或者发回重新审判。

2. 中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人上诉或者人民检察院提出抗诉，高级人民法院终审裁定维持死刑判决的，报请最高人民法院核准。

3.对于人民检察院抗诉的案件，第二审人民法院直接改判死刑的，报最高人民法院核准。

4.高级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后3日以内报请最高人民法院核准。

5.依法应当由最高人民法院核准死刑的案件，判处死刑缓期2年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑的，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

(二)报请高级人民法院依授权核准死刑的案件，按下列情形分别办理

1.中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后3日以内报请高级人民法院核准。

2.依授权应当由高级人民法院核准死刑的案件，判处死刑缓期2年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑的，报请高级人民法院核准。

被告人被判处死刑的数罪中，如果有应当由最高人民法院核准的，或者共同犯罪案件部分被告人被判处死刑的罪中有应当由最高人民法院核准的，必须将全案报请最高人民法院核准。

报请复核死刑(死刑缓期执行)案件，应当一案一报。报送的材料应当包括报请复核的报告、死刑(死刑缓期执行)案件综合报告和判决书各15份，以及全部诉讼案卷和证据；共同犯罪的案件，应当报送全案的诉讼卷宗和证据。

1.报请复核的报告，应当载明案由、简要案情和审理过程及判决结果。

2.死刑(死刑缓期执行)案件综合报告应包括以下主要内容：

(1)被告人的姓名、性别、出生年月日、民族、住址、职业、简历、文化程度以及拘留、逮捕、起诉时间和现在羁押的处所。

(2)被告人的犯罪事实，包括犯罪时间、地点、动机、目的、手段、危害后果以及从轻、从重处罚等情节，认定犯罪的证据，定罪量刑的法律依据。

(3)需要说明的其他问题。

3.报送死刑(死刑缓期执行)复核案件的诉讼案卷和证据，根据案件具体情况应当包括以下内容：

(1)拘留证、逮捕证、搜查证的复印件。

(2)扣押赃款、赃物和其他在案物证的清单。

(3)公安机关、国家安全机关的起诉意见书，或者人民检察院的侦查终结报告。

(4)人民检察院的起诉书。

(5)案件的审查报告、法庭审理笔录、合议庭评议笔录和审判委员会讨论决定笔录。

(6)被告人上诉状、人民检察院抗诉书。

(7)人民法院的判决书、裁定书和宣判笔录、送达回证。

(8)能够证明案件具体情况并经过查证属实的各种肯定的和否定的证据，包括物证或者物证照片、书证、证人证言、被害人陈述、被告人供述与辩解。

三、死刑立即执行案件的复核程序

(一)复核死刑立即执行案件的审判组织

根据《刑事诉讼法》第202条的规定，人民法院复核死刑立即执行的案

件应当由审判员 3 人组成合议庭进行。复核死刑案件事关人命，因此法律规定必须由 3 名审判员组成合议庭进行，这就要求人民法院对死刑案件的复核既不能采取审判员独任审判制，也不能由审判员与人民陪审员组成的合议庭进行。为保证公正、准确地适用死刑，合议庭还必须实行回避制，凡符合回避条件以及曾经参加过本案的侦查、起诉、辩护及审判工作的人员均不得参加合议庭复核本案。

（二）复核的内容

复核死刑（死刑缓期执行）案件，应当全面审查以下内容：

1. 被告人的年龄，有无责任能力，是否是正在怀孕的妇女。这是确定被告人是否负刑事责任和可否适用死刑的问题。因为我国刑法规定无责任能力的人不负刑事责任；犯罪时不满 18 周岁和审判时怀孕的妇女不适用死刑，所以复核死刑案件时要特别注意审查被告人的年龄、有无责任能力，是否是正在怀孕的妇女。

2. 原审判决认定的主要事实是否清楚，证据是否确实、充分。

3. 犯罪情节、后果及其危害程度。

4. 原审判决适用法律是否正确，是否必须判处死刑，是否必须立即执行。

5. 有无法定、酌定从轻或者减轻处罚的情节；

6. 其他应当审查的情况。

（三）复核的方法

根据司法实践经验，复核死刑案件的方法主要有以下几点：

1. 阅卷。这是复核死刑案件的主要方法。阅卷时，首先应审查必须报送的材料是否齐全；其次按复核死刑案件应当审查的内容的要求逐一审查；最后将所有材料、证据相互比对，综合审查。

2. 进行必要的调查。合议庭成员在阅卷过程中发现疑点的，可以自行调查，也可交由报请复核的人民法院作补充调查。

3. 提审被告人。最高人民法院的司法解释要求高级人民法院复核或者核准死刑（死刑缓期执行）案件，必须提审被告人。通过讯问被告人，听取被告人的供述与辩解，核实有关证据，为正确认定案件事实和适用法律、准确适用死刑提供有力保证。鉴于最高人民法院远离被告人羁押地等多种因素，最高人民法院在复核死刑案件时一般不提审被告人。

（四）复核后的处理

对报核的死刑（死刑缓期执行）案件全面审查后，合议庭应当进行评议并写出复核审理报告。报告包括以下内容：

1. 案件的由来和审理经过。

2. 被告人和被害人简况。

3. 案件的侦破情况。

4. 原审判决要点和控辩双方意见。

5. 对事实和证据复核后的分析与认定。

6. 合议庭评议意见、审判委员会讨论决定意见。

7. 需要说明的问题。

人民法院对判处死刑的案件，复核后应当根据案件情形分别作出裁判：

1. 原审判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，裁定予以核准。

2. 原判决认定事实错误或者证据不足的，裁定撤销原判，发回重新审判。

3. 原判决认定的事实正确，但适用法律有错误，或者量刑不当的，不同

意判处死刑的，应当改判。

4.发现第一审人民法院或者第二审人民法院违反法律规定的诉讼程序，可能影响正确判决的，应当裁定撤销原判，发回第一审人民法院或者第二审人民法院重新审判。

高级人民法院复核后发回原审人民法院重新审判的案件，重新审判所作的判决、裁定，被告人可以上诉，人民检察院可以抗诉。

共同犯罪案件中，部分被告人被判处死刑的，最高人民法院或者高级人民法院复核时，应当对全案进行审查，但不影响对其他被告人已经发生法律效力判决、裁定的执行；发现对其他被告人已经发生法律效力的判决、裁定确有错误时，可以指令原审人民法院再审。

第三节 判处死刑缓期执行案件的复核程序

一、死刑缓期执行案件的核准权

《刑事诉讼法》第201条规定：“中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件，由高级人民法院核准。”这一规定表明，判处死刑缓期执行的案件的核准权在高级人民法院。

死刑缓期执行案件由高级人民法院核准比较符合司法实际情况。首先，在司法实践中，被判处死刑缓期二年执行的罪犯在缓期期满后绝大多数被减为无期徒刑或者有期徒刑，并不被执行死刑，可以说，死刑缓期执行案件不及死刑立即执行案件那么重要，由高级人民法院进行复核也是可以的。其次，将死刑缓期执行案件交由最高人民法院复核，会大大增加最高人民法院的工作量，不利于最高人民法院履行其指导监督全国法院审判工作等主要职责。

二、死刑缓期执行案件的报请复核

中级人民法院判处死刑缓期二年执行的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，报请高级人民法院核准。

报请复核死刑缓期执行案件应当一案一报。报送的材料以及诉讼卷宗、证据材料包括的内容与报请复核死刑立即执行案件的要求相同，见上节叙述。

三、死刑缓期执行案件的复核程序

复核死刑缓期执行案件的审判组织、复核内容、复核方法与复核死刑立即执行案件相同，不再赘叙。只强调一点，根据最高人民法院司法解释，高级人民法院核准死刑缓期执行案件必须提审被告人。

高级人民法院对于报请核准的死刑缓期二年执行的案件，按照下列情形分别处理：

1. 同意判处死刑缓期二年执行的，应当裁定予以核准。
2. 认为原判事实不清、证据不足的，应当裁定发回重新审判。
3. 认为原判量刑过重的，应当依法改判。

高级人民法院核准死刑缓期二年执行的案件，不得以提高审级等方式加重被告人的刑罚。

第十四章 审判监督程序

第一节 审判监督程序的概念和意义

一、审判监督程序的概念

审判监督程序是指人民法院、人民检察院对于已经发生法律效力判决和裁定，发现在认定事实或者适用法律上确有错误时，依法提出并由人民法院对其重新审判所应遵循的步骤和方式、方法。

审判监督程序，又称再审程序。它不是每一个案件必经的程序，而是在发现已经发生法律效力判决和裁定确有错误时才适用的程序。因此，审判监督程序是刑事诉讼中的一种特殊程序。

审判监督程序和审判监督是两个不同的概念。审判监督程序只是审判监督的一种表现形式。广义的审判监督包括人民代表机构、社会各界群众以及人民检察院、上级人民法院对审判工作的监督。狭义的审判监督专指上级人民法院对下级人民法院、人民检察院对人民法院的审判监督。审判监督程序则是为纠正已生效的错误裁判而设立的一种特殊程序，仅仅是审判监督的一个内容或一种形式，因此不能把二者混同使用。

审判监督程序不同于二审程序。这两种程序尽管都是为纠正错误的判决和裁定而设立的，但二者是两种不同的程序，主要有以下区别：

1. 审理的对象不同。审判监督程序审理的对象，是已经发生法律效力判决和裁定，其中包括正在执行或已经执行完毕的案件。而二审程序审理的对象则是尚未发生法律效力判决和裁定。

2. 提起的主体不同。审判监督程序是由各级人民法院院长提交本院审判委员会决定，以及最高人民法院和上级人民法院决定，最高人民检察院和上级人民检察院提出抗诉而提起的。而二审程序是由有上诉权的当事人及其法定代理人，以及经被告人同意的近亲属、辩护人提出上诉，或者同级人民检察院提起的抗诉而引起的。

3. 提起的理由不同。审判监督程序必须经有权的人民法院或者人民检察院审查，认为已生效的判决、裁定在认定事实或者适用法律上确有错误，才能提起。二审程序的提起则没有这样的条件限制，只要有上诉权的当事人及其法定代理人、经被告人同意的辩护人和近亲属依法上诉，就必然引起二审程序。

4. 提起的期限不同。提起审判监督程序一般没有期限限制，只要发现生效的判决、裁定确有错误，任何时候都可以提起。而提起二审程序的上诉或抗诉，必须在法定期限内提出，无正当理由而超过期限的，二审人民法院则不予受理。

5. 审理案件的法院不同。按照审判监督程序审判案件的法院，既可以是原审人民法院，也可以是提审的任何上级人民法院。而按照二审程序审判案件的法院，只能是第一审人民法院的上一级人民法院。

6. 适用刑罚的原则不同。按照审判监督程序重新审判案件，既可以减轻被告人的刑罚，也可以加重被告人的刑罚，不受上诉不加刑原则的限制。而按照二审程序审判案件必须遵守上诉不加刑原则，在只有被告人一方提出上诉的情况下不得加重被告人的刑罚。

审判监督程序和死刑复核程序虽然都是刑事诉讼中的特殊程序，都是实

现审判监督的方式，但二者属于不同的程序。审判监督程序适用于一切生效的错误裁判案件，包括死刑案件，而死刑复核程序则只适用于判决、裁定未发生法律效力死刑案件；有权依照审判监督程序重新审判案件的法院可以是各级人民法院，而有权依照死刑复核程序对死刑案件进行复核的只有最高人民法院和经其授权的高级人民法院，等等。

二、审判监督程序的任务和意义

审判监督程序的任务是通过对判决、裁定已经发生法律效力而又确有错误的案件的重新审判，纠正错误的判决、裁定，使案件得到正确处理。

刑事诉讼法设立审判监督程序，是我国一贯倡导的“实事求是，有错必纠”的刑事政策在刑事诉讼中的体现，具有重要意义，主要表现在以下几个方面：

1. 通过审判监督程序可以依法纠正生效的错误判决和裁定，使无辜者得到平反昭雪，使犯罪分子受到应得的惩罚。既不冤枉好人，也不放纵犯罪分子，切实保护公民的合法权利，准确地惩罚犯罪。

2. 有利于加强上级人民法院对下级人民法院和人民检察院对人民法院审判工作的指导和监督。上级人民法院通过审判监督程序，可以了解下级人民法院审判工作的情况和问题，指导帮助其总结经验教训，改进审判工作。人民检察院通过审判监督程序的抗诉，促使人民法院纠正错误的判决和裁定，将对人民法院的审判工作实施具体有效的监督。

3. 有利于发挥人民群众对审判工作的监督作用。根据刑事诉讼法的规定，对生效的判决、裁定，当事人及其法定代理人、近亲属有权提出申诉，这将使人民法院的生效裁判置于社会监督之下，发挥人民群众对审判工作的监督作用，帮助人民法院及时发现和纠正错案，并从中吸取教训，提高办案质量。

第二节 审判监督程序的提起

一、申诉及其审查处理

审判监督程序中的申诉，是指有申诉权的人对人民法院生效的判决、裁定不服，向人民法院或者人民检察院提出申请，请求依法提起审判监督程序对案件重新审判的一种诉讼活动。《刑事诉讼法》第 203 条规定：“当事人及其法定代理人、近亲属，对已经发生法律效力判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉，但是不能停止判决、裁定的执行。”从本条规定可以看出，有权申诉的人为当事人及其法定代理人、近亲属。原刑事诉讼法规定的有权申诉的人为当事人、被害人及其家属或者其他公民，对行使申诉权的人几乎没有什么限制，修正后的刑事诉讼法将享有申诉权的人限于与案件有利害关系的人之范围内。

申诉是提起审判监督程序的一个主要的材料来源。因此，各级人民法院、人民检察院对于当事人及其法定代理人、近亲属提出的对已经发生法律效力判决和裁定的申诉，应当认真负责处理。

需要指出的是，申诉不同于上诉。两者的主要区别是，上诉一经提出，就必然引起第二审程序，所以上诉可以阻止判决、裁定发生法律效力。申诉则不同，它只是提起审判监督程序的一种材料来源，不能直接引起审判监督程序，也不能停止判决、裁定的执行。

根据最高人民法院、最高人民检察院的司法解释，人民法院、人民检察院对受理、审查申诉，一般采用分级负责，就地解决的原则。

人民法院对申诉的受理、审查处理主要有以下规定：

1. 人民法院经审查，对不符合《刑事诉讼法》第 203 条规定的申诉，按来信、来访处理。

2. 受理、审查申诉一般由作出发生法律效力判决、裁定的人民法院进行。直接向上级人民法院申诉的，如果没有经作出发生法律效力判决、裁定的人民法院审查处理，上级人民法院可以交该人民法院审查，并告知申诉人；如果属于案情疑难、复杂、重大的，或者已经由作出发生法律效力判决、裁定的人民法院审查处理后仍坚持申诉的，上级人民法院可以直接受理、审查，下级人民法院也可以请求移送上一级人民法院审查处理。

3. 人民法院接到申诉后，应当登记。上级人民法院对应当由下级人民法院处理的申诉，必须及时转交下级人民法院，并通知申诉人直接与该院联系。原审人民法院审查处理申诉，应当立卷。上级人民法院直接处理的申诉和转交下级人民法院审查处理的申诉，应当立申诉卷。

4. 第二审人民法院对不服本院维持第一审人民法院裁判的申诉，可以交由第一审人民法院审查。第一审人民法院审查后，应当写出审查报告，提出处理意见，报第二审人民法院审定。

对最高人民法院核准死刑和授权高级人民法院核准死刑案件的申诉，可以由原核准的人民法院直接处理，也可以交由原审人民法院审查。原审人民法院应当写出审查报告，提出处理意见，逐级上报原核准的人民法院审定。

5. 人民法院受理申诉后，应当在 3 个月内作出决定，至迟不得超过 6 个月。经审查，认为有《刑事诉讼法》第 204 条规定的情形之一的，报院长提请审判委员会决定重新审判；对不符合《刑事诉讼法》第 204 条规定的申诉，应当说服申诉人撤回申诉；对仍然坚持申诉的，应当书面通知驳回。

6. 申诉人对驳回申诉不服的，可以向上一级人民法院申诉。上一级人民法院经审查认为申诉不符合《刑事诉讼法》第 204 条规定的，应当予以驳回。经两级人民法院处理后又提出申诉的，如果没有新的充分理由，人民法院可以不再受理。

7. 根据《刑事诉讼法》第 204 条的规定，当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：

- (1) 有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；
- (2) 据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；
- (3) 原判决、裁定适用法律确有错误的；
- (4) 审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

人民检察院关于申诉的受理、审查处理的主要规定有：

1. 人民检察院对申诉案件的查处实行分级负责制。县（市、区、旗）人民检察院负责查办不服基层人民法院已发生法律效力判决、裁定，虽经法院复查，仍有错误可能的申诉案件；分（州、市、盟）人民检察院负责查办不服中级人民法院已发生法律效力判决、裁定，虽然经法院复查，仍有错误可能的申诉案件；省（自治区、直辖市）人民检察院负责查办不服高级人民法院已发生法律效力判决、裁定，虽经法院复查，仍有错误可能的申诉案件；最高人民检察院负责查办不服最高人民法院判决、裁定，虽经法院复查，仍有错误可能的申诉案件。

2. 人民检察院需要立案复查的申诉案件，从以下五个方面加以考查：

- (1) 认定的主要事实是否可能有错误；
- (2) 证据是否确实、充分；
- (3) 定性是否准确，罪名是否确切；
- (4) 刑事处罚是否恰当；
- (5) 诉讼程序是否合法。

3. 人民检察院对申诉材料应迅速审查，认为需要复查的，由承办人填写案件处理呈批表，经主管领导批准后复查。对批准复查的申诉案件，应当拟订复查计划，确定需要查清的主要问题，以及复查的方法、步骤、措施和完成的时间等。复查终结后，办案人员应制作结案报告，内容包括：

- (1) 申诉的主要问题和主要事实；
- (2) 查证的情况和结果；
- (3) 复查处理的意见。

4. 结案须经部门负责人批准。重大的案件应报检察长或检察委员会批准。结案处理，必须履行法律手续。法院原判决、裁定正确的，驳回申诉，并制作驳回申诉通知书。原判决、裁定确有错误，需要纠正的，应制作改判建议书，建议人民法院重新审理，必要时经报检察长或检察委员会决定，可按审判监督程序提出抗诉。

二、提起审判监督程序的材料来源

提起审判监督程序的材料来源，是指发现生效判决、裁定可能有错误的有关材料的来源。

根据刑事诉讼法的规定和司法实践，提起审判监督程序的材料来源主要有以下几个方面：

1. 当事人及其法定代理人、近亲属向人民法院提出的申诉。申诉是提起审判监督程序的主要材料来源。当事人及其法定代理人、近亲属与案件的结局有直接的利害关系，他们对生效判决、裁定在认定事实上和适用法律上有意见时会积极地利用法律赋予的申诉权向人民法院或人民检察院提出对生效判决、裁定的不服及其理由，从而为提起审判监督程序提供了材料来源，成为司法机关发现错误判决、裁定的重要途径。

2. 各级人民代表大会代表提出的纠正错案的议案。人大代表在行使代表职责过程中发现人民法院的生效判决、裁定可能有错误而提出的议案或情况反映，是司法机关发现错误的生效裁判而提起审判监督程序的一个重要的材料来源，人民法院、人民检察院应当认真审查。

3. 机关、团体、企事业单位和新闻媒介对生效判决、裁定提出的意见和反映。党的纪律检查部门、国家监察机关、律师协会、新闻单位、工会、妇联等机关、单位和社会团体发现人民法院生效的裁判有错误时会向司法机关提出意见、反映情况，这也是提起审判监督程序的材料来源之一。

4. 人民法院、人民检察院自己发现的错案。人民法院、人民检察院会在办案过程中，或定期不定期的自查、互查案件中，或检查、总结工作中发现错误的裁判，这当然成为提起审判监督程序的材料来源。

上述渠道提供的材料不能必然的提起审判监督程序。是否提起审判监督程序，取决于人民检察院、人民法院对这些材料审查后是否提出抗诉、是否作出提起审判监督程序的决定。

三、有权提起审判监督程序的主体

为维护已经发生法律效力判决和裁定的严肃性和稳定性，法律对提起审判监督程序的主体及其权限作了严格限制。根据《刑事诉讼法》第 205 条的规定，有权提起审判监督程序的主体是：

1. 各级人民法院院长对本院已经发生法律效力判决和裁定，如果发现在认定事实或者在适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。根据《刑事诉讼法》第 205 条第 1 款的规定，对本院已经发生法律效力判决和裁定提起审判监督程序的权力，应由院长和审判委员会共同行使。院长不能直接提起审判监督程序，他认为本院生效裁判应当再审的，必须提交审判委员会决定。经审判委员会讨论决定同意再审的，可提起审判监督程序。

2. 最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力判决和裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力判决和裁定，如果发现确有错误，有权提审或者指令下级人民法院再审。最高人民法院对各级人民法院、上级人民法院对下级人民法院的审判工作负有监督职责，因此，法律规定，当它们发现下级人民法院生效裁判确有错误时，有权提审或者指令下级人民法院再审，以便它们有效地行使审判监督权。

在审判实践中，为便于再审案件审理时传唤当事人及其他诉讼参与人出庭，便于就地复查证据，核实案情，一般是最高人民法院和上级人民法院指令下级人民法院再审。对于原判决、裁定认定事实正确，但是在适用法律上有错误，或者案情疑难、复杂、重大的，或者其他不宜由原审人民法院审理的情况的案件，最高人民法院或者上级人民法院也可以提审。

3. 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力判决和裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。

人民检察院认为人民法院已经发生法律效力的判决、裁定有下列情形之一的，应当按照审判监督程序向人民法院提出抗诉：

- (1) 认定事实不清、证据不足的；
- (2) 有确实、充分证据证明有罪而判无罪，无罪判有罪的；
- (3) 重罪轻判，轻罪重判，量刑不当的；
- (4) 认定罪名不正确，一罪判数罪，数罪判一罪，影响量刑或造成严重的社会影响的；
- (5) 免于刑事处罚或者适用缓刑错误的；
- (6) 人民法院在审理过程中违反法律规定的诉讼程序的；
- (7) 审判人员在审理案件期间，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定需要提出抗诉的，由审查起诉部门经过讨论，报请检察长提交检察委员会讨论决定。

最高人民检察院发现各级人民法院（包括最高人民法院）已经发生法律效力的判决或裁定，上级人民检察院发现下级人民法院已经发生法律效力的判决或裁定确有错误时，可以直接向同级人民法院提出抗诉，或者指令作出生效判决、裁定的人民法院的上一级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。人民检察院按照审判监督程序向人民法院提出抗诉的，应当将抗诉书副本报送上一级人民检察院。

地方各级人民检察院发现同级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定确有错误时，无权按照审判监督程序提出抗诉，应当报请上级人民检察院按照审判监督程序，向它的同级人民法院提出抗诉。

人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的案件，具有提起审判监督程序的效力，接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新审理，对于原判决事实不清楚或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审，并将指令再审的决定书抄送抗诉的人民检察院。对需要指令下级人民法院再审的，应当自接受抗诉之日起1个月以内作出决定。

审判监督程序的抗诉和二审程序的抗诉是两种不同的抗诉。主要有以下区别：

1. 抗诉的对象不同。(1) 审判监督程序抗诉的对象是已经发生法律效力的判决、裁定；而二审程序抗诉的对象是地方各级人民法院第一审尚未生效的判决、裁定。(2) 审判监督程序的抗诉是最高人民检察院对各级人民法院、上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定向同级人民法院提出的抗诉，地方各级人民检察院对同级人民法院的生效裁判不能按审判监督程序提出抗诉；而二审程序的抗诉则是地方各级人民检察院对同级人民法院第一审尚未生效的判决、裁定向该人民法院提出的抗诉。

2. 抗诉所引起的审判机关不同。依审判监督程序抗诉的案件，由提出抗诉的人民检察院的同级人民法院或者它指令的下级人民法院审判，而依二审程序抗诉的案件由提出抗诉的人民检察院的上一级人民法院审判，不能由与其同级的原审人民法院审判。

3. 抗诉的期限不同。审判监督程序的抗诉没有期限限制，对生效的裁判，人民检察院不论在什么时候发现其确有错误都可提出抗诉；而二审程序的抗诉必须在法定期限内提出，逾期提出的，人民法院不予接受。

四、提起审判监督程序的理由

提起审判监督程序的理由，又称提起审判监督程序的条件。审判监督程序是对生效裁判进行重新审判，审理后有可能撤销、变更原判决、裁定，因此，必须慎重对待其提起。《刑事诉讼法》第 205 条对提起审判监督程序的理由作了严格的限制规定。只有在发现已经发生法律效力的判决、裁定“在认定事实上或者在适用法律上确有错误”时才能提起审判监督程序。具体地讲，提起审判监督程序的理由有以下几点：

（一）原判决、裁定在认定事实上确有错误

这主要是指原判决、裁定认定的主要事实或重大情节不清楚或者失实。主要有以下几种情况：（1）所判认定的事实不存在。（2）证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾。（3）发现了新的证据，证明原判决、裁定认定的事实是错误的。（4）发现在侦查、审判中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重大关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，导致错误认定案件事实的。

（二）原判决、裁定在适用法律上确有错误

这主要是指没有正确地适用刑事实体法和执行刑事政策，导致定罪不准，量刑显失公平。主要表现是：（1）有罪判无罪，无罪判有罪，混淆罪与非罪的界限。（2）重罪轻判，轻罪重判，量刑不当。（3）认定罪名不正确，一罪判数罪、数罪判一罪，影响量刑或造成严重的社会影响。（4）免于刑事处罚或者适用缓刑错误。（5）对具有法定从重、从轻、减轻处罚情节的，没有依法从重、从轻、减轻处罚，使量刑显失公正的。

（三）严重违反法律规定的诉讼程序，影响对案件的正确裁判

诉讼程序是正确裁判案件的保证。如果严重违反诉讼程序，就不能保证正确适用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究。严重违反诉讼程序的情形有：没有依法组成合议庭；非法剥夺了被告人的辩护权；依法应当回避的人员参加了案件的审判；没有依法公开审判，等等。严重违反法律规定的诉讼程序，以至于影响了案件的正确裁判的，也是提起审判监督程序的理由之一。

上述理由只要发现其中的一种，就可以提起审判监督程序。

第三节 依照审判监督程序对案件的重新审判

一、重新审判的法院

按照法律规定，各级人民法院都可以依照审判监督程序对案件重新审判。即依照审判监督程序重新审判的法院既可以是原来的第一审人民法院或者第二审人民法院，也可以是提审的上级人民法院，还可以是被指令再审的人民法院。

二、重新审判的原则

人民法院按照审判监督程序重新审判案件实行全面审查原则。对生效的裁判提起审判监督程序后，将对案件进行重新审判，即重新调查案件事实，重新考虑如何适用法律，以正确处理案件。所以，最高人民法院司法解释规定对按照审判监督程序重新审判的案件，应当对原判决、裁定认定的事实、证据和适用法律进行全面审查。这就是说，再审案件的审判不受申诉或者抗诉范围的限制。通过全面审查，实事求是地对案件作出处理，有错必纠，不错不改。

三、重新审判的程序

《刑事诉讼法》第206条规定：“人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。”根据本条规定和最高人民法院、最高人民检察院的司法解释，人民法院按照审判监督程序重新审判案件应遵循下列程序：

1. 另行组成合议庭进行。依照审判监督程序重新审判案件时，必须另行组成合议庭。凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的合议庭组成人员，不得参与本案再审程序的审判。实行原合议庭人员回避制度，可以避免先入为主，排除原合议庭人员处于个人因素的考虑而影响案件公正解决的可能，消除当事人等对原合议庭人员可能存在的不信任心理，以利于案件的公正解决及其执行。

2. 人民法院决定按照审判监督程序重新审判的案件，除人民检察院提起抗诉的外，应当制作再审决定书。再审期间不停止原判决、裁定的执行。

3. 重新审判案件的程序，应当根据原来的审级确定。如果原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定是终审的判决、裁定；上级人民法院提审的案件，不论原来是第一审案件，还是第二审案件，都应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定是终审的判决、裁定。

4. 依照审判监督程序审判案件的方式主要应为开庭审判，对少数再审案件可采用书面审理或书面审理与调查讯问相结合的方式。过去在审判实践中，审理再审案件一般是根据案卷材料，结合必要的调查，合议庭评议后作出裁判，不开庭审理。1988年，最高人民法院和最高人民检察院联合发出《关于公开审理再审案件的通知》，要求各级人民法院对我国1979年刑法、刑事诉讼法实施以来判决的案件，按照审判监督程序重新审判时，凡条件具备的，均应依法公开审理；条件尚不具备的，要积极创造条件依法进行公开审理。

人民法院开庭审理前，应通知检察机关，人民检察院应当派员出庭。

由于依照审判监督程序重新审判的案件情况比较复杂，既有 1979 年刑法、刑事诉讼法实施以来判处的案件，还有 1979 年刑法、刑事诉讼法实施以前建国以后各个时期判处的案件；原审被告人的情况也发生了很大变化，有的死亡了，有的在边远地区服刑，因此，对少数再审案件可采取书面审理或书面审理与调查讯问相结合的方式审判。

四、重新审判后的处理

人民法院依照审判监督程序对案件重新审理后，应当按照下列情形分别处理：

1. 原判决、裁定认定事实和适用法律正确，量刑适当的，应当裁定驳回申诉或者抗诉。

2. 原判决、裁定认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判。按照第二审程序审理的案件，认为必须判处被告人死刑立即执行的，直接改判后，应当报请最高人民法院核准。

3. 应当对被告人实行数罪并罚的案件，原判决、裁定没有分别定罪量刑的，应当撤销原判决、裁定，重新定罪量刑，并决定执行的刑罚。

4. 按照第二审程序审理的案件，原判决、裁定认定事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判，也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。原判决、裁定认定事实不清，证据不足，经再审查清事实的，应当依法作出判决；经审理仍无法查清，证据不足，不能认定原审被告人有罪的，应当参照最高人民法院《解释》第 176 条第（四）项规定，判决宣告被告人无罪。

5. 按照审判监督程序进行再审的刑事自诉案件，应当依法作出判决、裁定书；附带民事部分可以调解结案。

五、再审案件的审理期限

根据《刑事诉讼法》第 207 条的规定，人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当在作出提审、再审决定之日起 3 个月以内审结，需要延长期限的，不得超过 6 个月。

接受抗诉的人民法院按照审判监督程序审判抗诉的案件，审理期限适用上述规定；对需要指令下级人民法院再审的，应当自接受抗诉之日起 1 个月以内作出决定，下级人民法院审理案件的期限适用上述规定。

第十五章 执行

第一节 执行的概念和意义

一、执行的概念

刑事诉讼中的执行是指人民法院、人民检察院、公安机关、监狱等国家机关将人民法院已经发生法律效力判决、裁定所确定的内容付诸实施所依法进行的活动。执行程序是指将已经发生法律效力判决、裁定所确定的内容付诸实施以及在此过程中处理减刑、假释等执行变更问题时应遵循的步骤和方式、方法。

执行是刑事诉讼中侦查、起诉、审判和执行四个主要阶段的最后一个阶段。但是，并不是判决、裁定的整个执行过程和一切活动都属于刑事诉讼的范围，纳入刑事诉讼范围的，仅指以下两部分执行活动：（1）人民法院将判决、裁定交付执行的活动；人民法院自己实现判决、裁定内容的活动，如罚金和没收财产的执行；执行机关对某些判决、裁定的执行活动，如对管制、剥夺政治权利判决的执行。（2）变更判决、裁定执行的活动。如在执行中解决减刑、假释和监外执行等问题的活动。而监狱等执行机关对被判处死刑缓期2年执行、无期徒刑、有期徒刑或拘役的罪犯进行的监督、教育、组织劳动生产等活动则不属于刑事诉讼的范围。这些执行活动属于司法行政活动，由监狱法予以调整。

执行的依据是已经发生法律效力判决、裁定。根据刑事诉讼法的规定，下列判决和裁定是发生法律效力判决和裁定：

1. 已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定。但根据《刑法》第63条第二款规定在法定刑以下判处刑罚的案件，即使被告人不提出上诉，人民检察院不提出抗诉的，也不能生效，还必须报请最高人民法院核准。根据最高人民法院《解释》第268条第（一）项的规定，其核准程序是：在上诉、抗诉期满后3日内报请上一级人民法院复核。上一级人民法院同意原判的，应当逐级报请最高人民法院核准。上一级人民法院不同意原判的，应当裁定发回重新审判或者改变管辖，按照第一审程序重新审理。原判是由基层人民法院作出的，高级人民法院可以指定中级人民法院按照第一审程序重新审理。

2. 终审的判决和裁定。但根据《刑法》第63条第二款规定在法定刑以下判处刑罚的案件，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的案件，经过二审审理，裁定驳回上诉或抗诉，维持原判的，还必须依照最高人民法院《解释》第268条第（一）项规定的程序逐级报最高人民法院核准。上诉或者抗诉有理的，应当依法改判，改判后仍判决在法定刑以下处以刑罚的，还必须按照最高人民法院《解释》第268条第（一）项规定的程序，逐级报最高人民法院核准。

报请最高人民法院核准在法定刑以下判处刑罚的案件，应当报送报请核准案件的结案报告、判决书各15份，以及全案诉讼卷宗和证据。最高人民法院复核在法定刑以下判处刑罚的案件，予以核准的，作出核准裁定书；不予核准的，应当撤销原判决、裁定，发回原审人民法院重新审判或者指定其他下级人民法院重新审判。

3. 高级人民法院核准的死刑缓期2年执行的判决和根据最高人民法院的

授权核准的死刑的判决。

4. 最高人民法院核准的死刑的判决和裁定。

根据刑事诉讼法的规定，按照执行职能的不同，可以把执行中的司法机关分为以下3种：

1. 交付执行机关。交付执行机关是人民法院。人民法院在判决、裁定发生法律效力后，应按照法律的规定，将判决、裁定交付有权执行的机关执行。

2. 执行机关。它是指将判决、裁定的内容付诸实施的机关。执行机关包括人民法院、监狱、公安机关等。根据法律规定，人民法院负责无罪、免除刑罚、罚金、没收财产判决的执行；监狱负责死刑缓期2年执行、无期徒刑、有期徒刑判决的执行；未成年犯管教所负责未成年犯被判处刑罚的执行；看守所负责执行在被交付执行刑罚前，剩余刑期在1年以下有期徒刑的罪犯；公安机关负责执行有期徒刑缓刑、拘役缓刑、管制、拘役、剥夺政治权利等判决、裁定。

3. 执行的监督机关。人民检察院是执行的监督机关。它依法对执行刑事判决、裁定的活动实行监督，如果发现执行中有违法情况，应当通知执行机关纠正。

执行应当遵守下列原则：

1. 严格按照生效判决、裁定所确定的内容予以执行。任何机关和个人，非依审判监督程序，不得改变生效判决、裁定所确定的内容。

2. 强制执行。已经发生法律效力判决、裁定，对一切国家机关、社会团体、企事业单位及公民均有约束力，必须予以执行。对于不执行的单位和个人，必须运用强制手段使其执行。任何抗拒执行的行为，都是违法犯罪行为，都应受到法律的制裁。

3. 迅速及时。人民法院的判决、裁定，一旦发生法律效力，应当立即交付执行，这样才能及时惩罚犯罪，保护国家、集体和公民的利益。因此，执行机关应当密切配合，迅速及时地执行判决、裁定所确定的内容，不得拖延。

二、执行的意义

执行是刑事诉讼的重要组成部分。公安司法机关对刑事案件的立案、侦查、起诉和审判，都是为了惩罚犯罪分子，保护公民的合法权益，维护社会主义法制，实现刑事诉讼法的任务。如果没有执行，立案、侦查、起诉和审判就变得毫无意义。因此，执行对于实现刑事诉讼法的任务，具有极为重要的意义。

1. 执行能够使被判刑的犯罪者受到实际的惩罚，实现打击犯罪，惩罚教育犯罪分子，维护社会秩序的目的。

2. 执行能够有效地保护公民的合法权益。刑事犯罪往往给公民的人身、财产造成损害，将被判刑的罪犯交付执行，实际上也就是保护了被害人的合法权益；通过对附带民事诉讼中民事赔偿判决的执行，可以使被害人在经济上得到一定的赔偿。此外，及时地执行无罪判决和免除刑事处罚的判决，可以使在押被告人及早获得人身自由，保护被告人的合法权益。

3. 执行有利于加强社会主义法制教育。对犯罪分子执行刑罚，既可以震慑那些可能走上犯罪道路的危险分子，使他们感到法律的威严，不敢以身试法，又可以增强群众的法制观念，提高他们同犯罪行为作斗争的自觉性，减少和预防犯罪。

第二节 各种判决、裁定的执行程序

由于各种判决、裁定的内容不同，执行的具体程序也就不同。《刑事诉讼法》第四编及其他有关法规对各种判决、裁定的执行程序分别作了规定。

一、死刑立即执行裁判的执行

死刑是剥夺犯罪分子生命的刑罚，是刑罚中最严厉的刑种。为了严格防止错杀，造成无法挽回生命的错案，法律对死刑判决的执行程序作了严密的规定。

（一）执行死刑命令的签发

死刑判决必须有执行死刑命令才能执行。最高人民法院判处和核准的死刑立即执行的判决、裁定，应当由最高人民法院院长签发执行死刑命令；最高人民法院授权高级人民法院核准死刑立即执行的判决、裁定，由高级人民法院院长签发执行死刑命令。

（二）执行死刑的主体

人民法院是死刑判决的执行机关。最高人民法院和高级人民法院的执行死刑命令，均由高级人民法院交付原审人民法院执行，原审人民法院接到执行死刑命令后，应当在法定期限内执行。

人民检察院是执行死刑的监督机关。人民法院在交付执行死刑前，必须通知同级人民检察院派员临场监督。人民检察院应当派员临场监督。执行死刑临场监督，由检察人员一至数人担任，并配备书记员担任记录。

公安机关是协助执行死刑的机关。公安机关协助执行死刑的职责是：第一，负责执行死刑时的警戒事宜；第二，在人民法院没有条件执行枪决时，经人民法院交付，由公安机关的武装警察执行枪决。

（三）死刑执行的停止

下级人民法院在接到执行死刑命令后，发现有下列情形之一的，应当停止执行，并且立即报告核准死刑的人民法院，由核准死刑的人民法院作出裁定：

1. 在执行前发现判决可能有错误的；
2. 在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；
3. 罪犯正在怀孕的。

上述第1项、第2项停止执行的原因消失后，必须报请核准死刑的人民法院院长再签发执行死刑命令才能执行；由于上述第3项的原因停止执行的，应当报请核准死刑的人民法院依法改判。

（四）执行死刑的具体程序和要求

1. 原审人民法院接到执行死刑的命令后，应当在7日以内交付执行。刑事诉讼法规定“7日以内交付执行”，是处于两点考虑：一是要给原审人民法院一定的时间以便作好执行死刑的准备工作，二是执行死刑命令发出后应尽快执行死刑，以免发生意外。原审人民法院执行死刑必须遵守这一法定期限，超过7日没有执行死刑的，必须报请核准死刑的人民法院院长重新签发执行死刑命令才能执行死刑。

为体现人道主义精神，执行死刑前，罪犯提出会见其近亲属或者其近亲属提出会见被告人申请的，人民法院可以准许。

2. 人民法院将罪犯交付执行死刑，应当在交付执行3日以前通知同级人

民检察院派员临场监督。人民检察院收到同级人民法院执行死刑临场监督通知后，应当查明同级人民法院是否收到最高人民法院或按规定应当由高级人民法院核准死刑的判决或裁定和执行死刑的命令。对停止执行后重新执行死刑的案件，应当查明有无重新签发的执行死刑命令。

3. 死刑可以在刑场或者指定的羁押场所内执行。刑场不得设在繁华地区、交通要道和旅游景点附近。

死刑采用枪决或者注射等方法执行。采用注射方法执行死刑的，应当在指定的刑场或者羁押场所内执行。对于采用枪决方法执行死刑，人民法院有条件执行的，应交付司法警察执行；没有条件执行的，可交付公安机关的武装警察执行。采用枪决以外的其他方法执行死刑的，应当事先报请最高人民法院批准。

4. 执行死刑前，指挥执行的审判人员对罪犯应当验明正身，即认真核对被执行人的姓名、性别、年龄、籍贯、职业、住址、基本犯罪事实及其他情况，确保被执行的人就是判决、裁定所确定的死刑罪犯，以防止错杀；还要讯问罪犯有无遗言、信札，并制作笔录，然后交付执行人员执行死刑。在执行前，如果发现可能有错误，应当暂停执行，报请核准死刑的人民法院作出裁定。

临场监督执行死刑的检察人员应当依法监督执行死刑的场所、方法和执行死刑的活动是否合法。在执行死刑前，发现有下列情形之一的，应当建议人民法院停止执行：

(1) 被执行人并非应当执行死刑的罪犯的；

(2) 罪犯犯罪时不满 18 岁的；

(3) 判决可能有错误的；

(4) 在执行前罪犯检举揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；

(5) 罪犯正在怀孕的；

执行死刑应当公布，禁止游街示众或者其他有辱被执行人人格的行为。

5. 执行死刑完毕，应当由法医验明罪犯确实死亡后，在场书记员制作笔录。交付执行的人民法院应当将执行死刑情况（包括执行死刑前后照片）及时逐级上报最高人民法院。

6. 执行死刑后，负责执行的人民法院应当办理以下事项：

(1) 对于死刑罪犯的遗书、遗言笔录，应当及时进行审核，涉及财产继承、债务清偿、家事嘱托等内容的，将遗书、遗言笔录交给家属，同时复制存卷备查；涉及案件线索等问题的，应当抄送有关机关。

(2) 通知罪犯家属在限期内领取罪犯尸体；有火化条件的，通知领取骨灰。过期不领的，由人民法院通知有关单位处理。对于死刑罪犯的尸体或者骨灰的处理情况，应当记录在卷。

(3) 对外国籍罪犯执行死刑后，通知外国驻华使、领馆的程序和时限，依照有关规定办理。

二、死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役裁判的执行

(一) 交付执行

根据《刑事诉讼法》第 213 条、《监狱法》第 15、16 条等有关规定，对于判处死刑缓期 2 年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯，由交付执行的人民法院将判决书、裁定书、人民检察院的起诉书副本、自诉状复印件、人民法

院的执行通知书、结案登记表及时送达看守所，公安机关应当自收到上述法律文书之日起1个月以内将该罪犯送交监狱执行刑罚。罪犯需要羁押执行刑罚，而判决确定前罪犯没有被羁押的，人民法院应当根据生效的判决书或者裁定书，将罪犯羁押，并送交公安机关。对于被判处拘役的罪犯，由公安机关执行，在判决书、裁定书生效后，由交付执行的人民法院将判决书、裁定书、人民检察院的起诉书副本、自诉状复印件、执行通知书、结案登记表及时送达公安机关。执行通知书回执，经看守所盖章后附入人民法院的诉讼案卷。

对罪犯交付执行刑罚的时候需要注意的是，交付执行的人民法院必须按照《刑事诉讼法》第213条第1款的规定，将有关的法律文书送达监狱或者其他执行机关。根据《监狱法》第16条规定，《刑事诉讼法》第213条第1款规定的“有关的法律文书”是指：（1）人民检察院的起诉书副本；（2）人民法院的判决书、裁定书；（3）人民法院的执行通知书；（4）人民法院的结案登记表。刑事诉讼法之所以强调要送达这些法律文书，是因为这有利于刑罚执行机关全面了解罪犯的犯罪事实、被追诉的过程，以正确执行刑罚，有针对性地对罪犯进行改造。人民法院交付执行的时候，以上四种法律文书必须送达监狱或其他执行机关，缺一不可。

（二）执行机关的分工及对罪犯的收押、释放

根据刑事诉讼法、监狱法及有关规定，被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯，执行机关是监狱。对于被判处有期徒刑的罪犯，在被交付执行刑罚前，剩余刑期在1年以下的，由看守所代为执行。被判处拘役的罪犯，执行机关是公安机关。对未成年犯应当在未成年犯管教所执行刑罚。鉴于对不同的判决、裁定执行的机关不同，将罪犯交付执行刑罚时应送交有执行权的执行机关。

执行机关在接受罪犯时，有收押审查权。收押审查的内容主要有以下几点：

1. 审查判决书、裁定书是否已发生法律效力。

2. 审查法律文书是否齐全和是否有误。即审查应送交的人民检察院的起诉书副本、人民法院的判决书、裁定书、执行通知书、结案登记表是否齐全，其内容是否有误。

3. 审查罪犯是否患有严重疾病需要保外就医，是否怀孕或者是正在哺乳自己婴儿的妇女。

对于符合收押条件的，执行机关应当将罪犯及时收押，并且通知罪犯家属。对于不符合收押条件的，执行机关有权拒绝收押。监狱不收监的，应当书面说明理由，由公安机关将执行通知书退回人民法院。人民法院经审查认为监狱对罪犯不予收监不符合《刑事诉讼法》第214条规定的暂予监外执行条件的，应当决定将罪犯交付监狱收监执行。收监执行决定书应当分别送达交付执行的公安机关和监狱。

判处有期徒刑、拘役的罪犯，执行期满，应当由执行机关发给释放证明。

三、有期徒刑、拘役缓刑裁判的执行

缓刑是对被判处拘役、3年以下有期徒刑的犯罪分子在其具备一定的法定条件下在一定期限内不予关押而予以考察的一种刑罚运用制度，它不是刑种。根据刑事诉讼法、刑法和有关规定，对判处有期徒刑缓刑、拘役缓刑的执行，应按照以下要求进行：

1.关于交付执行。第一审人民法院判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的犯罪分子，判决尚未发生法律效力，不能立即交付执行。如果被宣告缓刑的罪犯在押，第一审人民法院应当先行作出变更强制措施的决定，改为监视居住或者取保候审，并立即通知有关公安机关。判决发生法律效力后，应当将法律文书送达当地公安机关，由公安机关执行。

2.关于对缓刑罪犯的考察。对判处有期徒刑、拘役缓刑的罪犯应进行认真的监督考察。这是执行有期徒刑、拘役缓刑判决的主要内容，是由有期徒刑、拘役缓刑判决、裁定的特点决定的。其特点是：在宣布刑罚的同时，宣告暂不执行，但又在一一定的时期保留执行的可能性。被宣告缓刑的罪犯如果在一定时期内遵守法律规定的条件，则不执行原判刑罚，否则，执行原判刑罚。所以，《刑法》第76条和《刑事诉讼法》第217条规定，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，由公安机关考察，所在单位或者基层组织予以配合。

根据《刑法》第75条的规定，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，应当遵守下列规定：

- (1) 遵守法律、行政法规，服从监督；
- (2) 按照考察机关的规定报告自己的活动情况；
- (3) 遵守考察机关关于会客的规定；
- (4) 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准。

上述规定，既是犯罪分子在缓刑考验期限内应遵循的行为准则，也是公安机关对缓刑罪犯监督管理的主要内容。

3.关于考察结果。根据《刑法》第76、77条和有关规定，对缓刑罪犯的考察有以下3种结果：

(1) 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，如果没有《刑法》第77条规定的情形，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行，并公开予以宣告。

(2) 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，按《刑法》第69条规定的数罪并罚原则予以判决。对缓刑的撤销应当由审判新罪的人民法院，在审判新罪时一并宣布。如果原来是上级人民法院判决宣告缓刑的，审判新罪的下级人民法院也可以撤销原判决宣告的缓刑。审判新罪的人民法院对原审判决、裁定宣告的缓刑撤销后，应当通知原宣告缓刑的人民法院和执行机关。

(3) 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。原作出缓刑裁判的人民法院应当自收到同级公安机关提出的撤销缓刑建议书之日起1个月内依法作出裁定。人民法院撤销缓刑的裁定，一经作出，立即生效。

四、管制、剥夺政治权利裁判的执行

(一) 管制的执行

管制是对罪犯不予关押但限制其人身自由的刑罚方法。根据《刑事诉讼法》第38条的规定，被判处管制的犯罪分子，由公安机关执行。

公安机关执行管制时，首先应依照人民法院的判决，向判处管制的犯罪分子所在单位或者居住地的有关群众宣布其犯罪事实及管制期间必须遵守的各项规定。其次，公安机关应在罪犯所在单位或者居住地组成3至5人的群众监督改造小组，在治安保卫委员会的领导下，负责监督被管制的罪犯遵守

管制规定，促使其认罪悔改，成为守法的公民。最后，管制期满，执行机关应即向本人和其所在单位或者居住地群众宣布解除管制，发给本人解除管制通知书。

根据《刑法》第 39 条的规定，被判处管制的犯罪分子，在执行期间，应当遵守下列规定：

1. 遵守法律、行政法规，服从监督；
2. 未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；
3. 按照执行机关规定报告自己的活动情况；
4. 遵守执行机关关于会客的规定；
5. 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准。

对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应当同工同酬。

上述规定有利于管制刑的执行和有效地发挥管制刑的效力。

（二）剥夺政治权利的执行

剥夺政治权利是在一定期限内剥夺罪犯参加国家管理和其他一些政治活动权利的刑罚方法。剥夺政治权利可以独立适用，也可以附加适用。对于剥夺政治权利的罪犯，由公安机关执行。根据《刑法》第 58 条、第 55 条的规定，对附加剥夺政治权利的罪犯，从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起开始执行剥夺政治权利的裁判；剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间，主刑执行期间剥夺政治权利由主刑执行机关执行；判处管制刑附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制的期限相等，同时执行。

剥夺政治权利的判决、裁定的具体执行机关是县级公安机关。公安机关执行时应向罪犯本人和群众宣布剥夺政治权利的期限和内容，并组织罪犯所在单位或者居住地群众对其实行监督。执行期满，由执行机关通知本人，并向有关单位和群众宣布恢复其政治权利。

根据《刑法》第 58 条第 2 款、第 54 条的规定，被剥夺政治权利的犯罪分子，在执行期间，应当遵守法律、行政法规和国务院公安部门有关监督管理的规定，服从监督；不得行使下列各项权利：

1. 选举权和被选举权；
2. 言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；
3. 担任国家机关职务的权利；
4. 担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

五、罚金、没收财产和附带民事诉讼裁判的执行

（一）罚金的执行

罚金是强制罪犯向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。罚金在判决规定的期限内一次或者分期缴纳。期满无故不缴纳的，人民法院应当强制缴纳。在执行罚金刑时，人民法院可以采取冻结并提取存款、通知有关单位扣发工资、变卖被罚金人财产等强制方法。根据《刑法》第 53 条的规定，对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。

如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳罚金确实有困难的，罪犯可以向人民法院申请减少或者免除。人民法院查证属实后，可以裁定对原判决确定的罚金数额予以减少或者免除。

行政机关对被告人就同一事实已处以罚款的，人民法院处罚金时应当

予以折抵。

（二）没收财产

没收财产是指将罪犯个人所有财产的一部或全部，强制无偿地收归国有的刑罚方法。没收财产的判决，无论附加适用或者独立适用，都由人民法院执行；在必要的时候，可以会同公安机关执行。人民法院在执行没收财产裁判时，应注意以下几个问题：

1. 严格按照裁判确定的内容执行。裁判确定没收部分财产的，就不能没收全部财产；裁判确定没收全部财产的，就不能只没收部分财产。执行没收财产时，不得减少或免除。

2. 严格区分罪犯的财产和其家庭成员的财产。没收财产只能没收罪犯所有的财产，不能没收其家庭成员所有或应有的财产。否则就是株连无辜。罪犯所有的财产包括：罪犯拥有的存款、现金、债权以及家庭共有财产中其应有的部分等。执行时，应注意防止罪犯用化名或冒名存款来逃避执行。

3. 对判处没收财产刑的犯罪分子，在本地无财产可供执行的，原判人民法院可以委托其财产所在地人民法院代为执行。代为执行的人民法院执行后或者无法执行的，应当将有关情况及时通知委托的人民法院。代为执行的人民法院可以将执行的财产直接上缴国库；需要退赔的财产，应当由执行的人民法院移交委托人民法院依法退赔。

4. 在执行没收财产裁判时，如果发现罪犯有非法侵吞他人的财产，经原主申请，退还原主；如果发现罪犯负有正当债务的，经债权人请求，需要从没收的财产中偿还的，人民法院可以裁定在没收财产的范围内酌情偿还；如果发现罪犯需用没收的财产执行附带民事诉讼裁判以赔偿被害人经济损失的，应允许其先支付或扣除赔偿金后，再予以没收。

（三）附带民事诉讼裁判的执行

刑事附带民事诉讼判决中财产部分的执行，人民法院依照民事诉讼法和最高人民法院的有关规定办理。

六、宣告无罪和免除刑罚裁判的执行

根据《刑事诉讼法》第 209 条的规定，第一审人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的，如果被告人在押，在宣判后应当立即释放。

宣告无罪或免除刑罚的裁判生效后，人民法院应立即向被裁判人及有关单位宣布，并撤销对被裁判人采取的一切强制措施。

第三节 执行的变更程序

在刑事判决、裁定的执行中，由于出现了法定情形，需要对一些判决、裁定已确定的刑罚种类或刑罚的执行方法加以变更，其变更程序仍是执行程序的重要组成部分。

一、死刑缓期 2 年执行的变更

根据《刑法》第 50 条和《刑事诉讼法》第 210 条的规定，死刑缓期 2 年执行裁判的执行结果必然产生两种情况：对罪犯依法减刑或执行死刑。

1. 对罪犯依法减刑。为了贯彻“少杀”方针，法律对被判处死刑缓期执行罪犯减刑的条件规定的比较宽松的，只要罪犯在死刑缓期执行期间没有故意犯罪，2 年期满即可减刑。如果死刑缓期期满后尚未裁定减刑前，又犯新罪的，应当依法减刑后对其所犯新罪另行审判。对死刑缓期 2 年执行罪犯的减刑，必须在 2 年期满以后进行，一般应减为无期徒刑。对于没有故意犯罪并确有重大立功表现的罪犯，可以减为 15 年以上 20 年以下有期徒刑。

根据刑事诉讼法、监狱法等有关规定，对死刑缓期执行罪犯减刑的管辖法院是服刑地的高级人民法院。审理对死刑缓期执行罪犯减刑案件的程序是，死刑缓期执行罪犯所在监狱在死刑缓期 2 年期满时，提出减刑建议，报经省、自治区、直辖市监狱管理机关审核后，报请高级人民法院裁定。高级人民法院组成的合议庭对申报材料审查后，认为应当减刑的，制作减刑裁定书予以减刑，并将减刑裁定书副本同时送达原判人民法院及担负监督任务的人民检察院。死刑缓期执行期满减为有期徒刑的，刑期自死刑缓期执行期满之日的第二日起计算。

2. 对罪犯执行死刑。被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑。其程序是：应当由罪犯服刑监狱及时侦查，侦查终结后移送人民检察院审查起诉，经人民检察院提起公诉，服刑地的中级人民法院依法审判，所作的判决可以上诉、抗诉。认定构成故意犯罪的判决、裁定发生法律效力后，依照最高人民法院司法解释的规定，由罪犯服刑地的高级人民法院依授权核准死刑，或者报请最高人民法院依法核准死刑。核准后，交罪犯服刑地的中级人民法院执行。

二、暂予监外执行

暂予监外执行是指由于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯具有法律规定的某种特殊情况，不适宜在监狱或其他执行机关执行其所判刑罚的，而暂时采用不予关押的方式执行原判刑罚的一种变通执行方法。暂予监外执行是一种执行有期徒刑、拘役的方式，如果暂予监外执行的条件消失后，罪犯仍要收监执行。

根据《刑事诉讼法》第 214 条的规定，暂予监外执行适用的对象是被判处有期徒刑或者拘役的罪犯。被判处其他刑罚的罪犯，不适用暂予监外执行。适用暂予监外执行的条件是：

1. 有严重疾病需要保外就医的。对于适用保外就医可能有社会危险性的罪犯，或者自伤自残的罪犯，不得保外就医。对于罪犯确有严重疾病，必须保外就医的，由省级人民政府指定的医院开具证明文件，依照法律规定的程序审批。发现被保外就医的罪犯不符合保外就医条件的，或者严重违反有关保外就医的规定的，应当及时收监。

2. 怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女。在实践中，哺乳婴儿的哺乳期为

1年，从妇女分娩之日起算。

3. 生活不能自理，适用暂予监外执行不致危害社会的罪犯。

对具备暂予监外执行条件的罪犯，人民法院判决时，可直接决定。人民法院决定暂予监外执行的，应当制作《暂予监外执行决定书》，载明罪犯基本情况、判决确定的罪名和刑罚、决定暂予监外执行的原因、依据等内容，并抄送人民检察院和罪犯居住地的公安机关。在判决、裁定执行过程中，对具备监外执行条件的罪犯，由监狱提出书面意见，报省、自治区、直辖市监狱管理机关批准。在看守所、拘役所服刑的罪犯需要暂予监外执行的，应由看守所或拘役所提出书面意见，报主管的县级以上公安机关审查决定。批准暂予监外执行的机关应当将批准的决定抄送人民检察院。人民检察院接到批准对罪犯暂予监外执行的决定后，应当迅速进行审查。经审查认为暂予监外执行不当，应当对批准暂予监外执行的决定提出纠正的，由检察长决定。人民检察院认为对罪犯适用暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起1个月内将书面意见送交批准暂予监外执行的机关，批准暂予监外执行的机关接到人民检察院的书面意见后，应当立即对该决定进行重新核查。人民检察院向批准暂予监外执行的机关送交不同意暂予监外执行的书面意见后，应当监督其是否立即对批准暂予监外执行的决定进行重新核查，其重新核查的结果是否符合法律规定。

对于暂予监外执行的罪犯，由居住地公安机关执行，基层组织或者罪犯的原所在单位协助进行监督，执行机关应当对暂予监外执行的罪犯严格管理监督。对于服刑中决定暂予监外执行的罪犯，原执行机关应当将罪犯服刑改造的情况通报负责监外执行的公安机关，以便有针对性地对罪犯进行管理监督。负责执行的公安机关应当告知罪犯，在暂予监外执行期间他仍是罪犯身份，必须接受监督改造且遵守有关的规定。应当加强对暂予监外执行罪犯的管理监督，切不可放任自流。暂予监外执行仍是对原判刑罚的执行，因此监外执行的刑期应计入刑期。

暂予监外执行的情形消失后，罪犯刑期未届满的，应当及时收监。对于人民法院在作出判决、裁定的同时决定对罪犯暂予监外执行的，对该罪犯的收监应当由负责执行的公安机关通知人民法院将该罪犯依法交付执行。如果罪犯是在执行过程中被决定暂予监外执行的，负责执行的公安机关应当通知监狱等执行机关收监。暂予监外执行过程中罪犯刑期届满的，应当由原关押监狱等执行机关办理释放手续。罪犯在暂予监外执行期间死亡的，负责执行的公安机关应当及时通知原关押监狱或其他执行机关。

三、减刑、假释

减刑、假释是两种主要的刑罚执行制度。正确地适用减刑、假释，对于鼓励犯罪分子加速改造，稳定监狱秩序，实现刑罚的目的具有积极的作用。减刑、假释必须依照法律规定的程序进行。

(一) 减刑

减刑是指被判处管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑的罪犯，在执行期间确有悔改或者立功表现，由人民法院依法适当减轻其原判刑罚的制度。减轻原判刑罚有两个含义：一是将较重的刑种减为较轻的刑种（只限于无期徒刑减为有期徒刑）；二是由较长的刑期减为较短的刑期，如原判10年有期徒刑减为8年有期徒刑，但是，减刑以后，判处管制、拘役、有期徒刑的犯罪分子实际执行的刑期不能少于原判刑罚的1/2；判处无期徒刑的罪犯，实际

执行的刑期不能少于 10 年。

根据《刑法》第 78 条和《刑事诉讼法》第 221 条规定，减刑适用的对象是被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。在我国，适用减刑的对象只有刑罚种类的限制，而没有犯罪性质及罪过形式的限制。但死刑缓期执行罪犯的减刑是依照法律的特别规定进行的，是死刑缓期执行制度的组成部分，不属于减刑制度的适用范围。

减刑适用的条件是，罪犯认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现或者立功表现。根据最高人民法院 1991 年 10 月 8 日发布的《关于减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》，同时具备以下四个方面情形的是确有悔改表现：（1）认罪服法；（2）一贯遵守罪犯改造行为规范；（3）积极参加政治、文化、技术学习；（4）积极参加劳动，爱护公物，完成劳动任务。根据《刑法》第 68 条的规定，立功表现是指犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件的，等等。根据《刑法》第 78 条规定，对于确有悔改或者有立功表现的罪犯可以减刑，而对于有下列重大立功表现的罪犯应当减刑：

1. 阻止他人重大犯罪活动的；
2. 检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；
3. 有发明创造或者重大技术革新的；
4. 在日常生产、生活中舍己救人的；
5. 在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；
6. 对国家和社会有其他重大贡献的。

《刑法》第 79 条规定：“对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理。对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。”根据本条和监狱法等有关规定，减刑案件的管辖和审理程序是：

1. 对于被判处无期徒刑的罪犯的减刑案件由服刑地高级人民法院管辖；对于被判处有期徒刑、拘役、管制的罪犯的减刑案件由服刑地中级人民法院管辖。

2. 人民法院对减刑案件的审判应经过受理、审理和宣判三个阶段。在受理案件阶段，人民法院应认真审查执行机关申报的材料、手续是否齐全、完备。申报材料包括：减刑建议书、罪犯评审鉴定表、奖惩审批表、终审法院判决、裁定书、历次减刑裁定书的复制件以及罪犯悔改或立功、重大立功表现具体事实的证明材料。上述材料齐备的，应当收案；材料不齐备的，应当通知提请减刑的执行机关补送。人民法院审理减刑案件，应当组成合议庭。审理时应认真审查罪犯确有悔改或立功、重大立功的具体事实。对罪犯作出的减刑裁定书，由庭长或主管院长审核签发，并由人民法院直接宣告或委托执行机关代为宣告。对于减刑案件，人民法院应当自收到减刑建议书起 1 个月内审理完毕作出裁定；对于无期徒刑、有期徒刑（包括减为有期徒刑）的减刑案件，由于案件复杂或者情况特殊的，可以延长 1 个月。

人民法院的减刑裁定书应当及时送达执行机关、人民检察院以及罪犯本人。人民检察院接到人民法院减刑的裁定书副本以后，应当立即进行审查。为了了解情况，承办人可以向罪犯所在单位和有关人员调查，可以向有关机关调阅有关的材料等。经审查认为人民法院减刑的裁定不当应当提出纠正意见的，由检察长提交检察委员会决定。人民检察院认为人民法院减刑的裁定

不当，应当在收到裁定书副本后 20 日以内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院应当在收到纠正意见后 1 个月以内重新组成合议庭进行审理，作出最终裁定。非经法定程序不得减刑。

（二）假释

假释是指对于被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子经过一定期限的服刑改造，确有悔改表现，释放后，不致再危害社会的，附条件地将其提前释放的一种制度。假释必须符合以下条件：

1. 假释的对象是被判处有期徒刑、无期徒刑的罪犯，被判处其他刑罚的罪犯不适用假释。

2. 罪犯实际执行一定的刑期。被判处有期徒刑的犯罪分子，实际执行原判刑期 1/2 以上；被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行 10 年以上。

3. 认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，释放后不致再危害社会。

以上 3 个条件必须同时具备才可以对罪犯假释。关于假释条件还有一个例外规定，即《刑法》第 81 条第 1 款规定的“如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑期的限制”。遇有特殊情况，即使被判处有期徒刑的罪犯实际服刑不足原判刑期 1/2 或被判处无期徒刑的罪犯实际服刑不足 10 年，经最高人民法院核准也可以假释。所谓特殊情况，是指涉及政治性、外交性的情况等。但为防止滥用假释权，凡对实际服刑不足法律规定期限的犯罪分子假释，都必须报请最高人民法院核准。

根据《刑法》第 81 条第 1 款规定报请最高人民法院核准因犯罪分子具有特殊情况，不受执行刑期限限制的假释案件，按下列情形分别处理：

1. 中级人民法院依法作出假释裁定后，应即报请高级人民法院复核。高级人民法院同意假释的，应当报请最高人民法院核准；高级人民法院不同意假释的，应当裁定撤销中级人民法院的假释裁定。

2. 高级人民法院依法作出假释裁定的，应当报请最高人民法院核准。

报请最高人民法院核准因犯罪分子具有特殊情况，不受执行刑期限限制的假释案件，应当报送报请核准假释案件的报告、罪犯具有特殊情况的报告、假释裁定书各 15 份，以及全案卷宗。

最高人民法院核准因犯罪分子具有特殊情况，不受执行刑期限限制的假释案件，予以核准的，作出核准裁定书；不予核准的，应当作出撤销原裁定，不准假释的裁定书。

《刑法》第 81 条第 2 款还规定了对两类罪犯不得假释：一是累犯；二是因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。因为这两类犯罪分子罪行严重，主观恶性深，社会危害大，所以对他们不得适用假释，以防适用假释后再危害社会。

对犯罪分子假释必须经过法定程序。根据《刑法》第 82 条的规定，假释依照《刑法》第 79 条规定的减刑程序进行。非经法定程序不得假释。

根据《刑事诉讼法》第 217 条的规定，对于被假释的罪犯，在假释考验期限内，由公安机关予以监督。有期徒刑的假释考验期限，为没有执行完毕的刑期；无期徒刑的假释考验期限为 10 年。假释考验期限，从假释之日起计算。被宣告假释的犯罪分子，在假释考验期内应当遵守下列规定：

1. 遵守法律、行政法规，服从监督；
2. 按照监督机关的规定报告自己的活动情况；

3. 遵守监督机关关于会客的规定；

4. 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经监督机关批准。未经批准不得擅自离开居住的市、县或者迁居。

公安机关应当按照《刑法》第 84 条和公安机关有关对假释罪犯监督管理的规定，认真履行职责，加强对犯罪分子的思想教育工作，定期进行考察，督促其在考验期内遵纪守法，改恶从善，重新做人。被假释的犯罪分子，在假释考验期限内如果没有《刑法》第 86 条规定的情形，假释考验期满，就认为原判刑罚已经执行完毕，并公开向当地群众、所在单位予以宣告。《刑法》第 86 条规定的 3 种撤销缓刑的情形是：

1. 被假释的犯罪分子，在假释考验期限内犯新罪，应当撤销假释，依照《刑法》第 71 条的规定实行数罪并罚。

2. 在假释考验期限内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销假释，依照《刑法》第 70 条的规定实行数罪并罚。

3. 被假释的犯罪分子，在假释考验期限内，有违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关假释的监督管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，应当依照法定程序撤销假释，收监执行未执行完毕的刑罚。其程序是，由负责监督的公安机关提出撤销假释的建议，报请原作出假释的人民法院裁定。人民法院应当自收到同级公安机关提出的撤销假释建议书之日起 1 个月内依法作出裁定。

第四节 执行中对新罪、漏罪等问题的处理 程序以及执行中的法律监督

一、执行中对新罪、漏罪的处理程序

《刑事诉讼法》第 221 条第 1 款、第 225 条和《监狱法》第 60 条规定了对罪犯在服刑期间又犯罪或者发现了判决的时候没有发现的罪行的处理程序。即应按以下情况分别处理：

1. 在监狱服刑的罪犯，如果又犯新罪或被发现有漏罪，由监狱进行侦查。侦查终结后，将案件移送人民检察院处理。

2. 在看守所、拘役所服刑的罪犯，如果又犯新罪或被发现有漏罪，由负责执行的公安机关侦查终结后，移送人民检察院处理。

3. 对服刑罪犯脱逃后又犯罪的，如果新罪是监狱等执行机关将罪犯捕回后发现的，应当由监狱等执行机关侦查终结后移送人民检察院处理；如果新罪是犯罪地的公安机关破获的，应当由犯罪地的司法机关依管辖规定及法定程序进行诉讼。

二、对发现错判和申诉的处理

根据《刑事诉讼法》第 223 条的规定，监狱和其他执行机关在刑罚执行中，如果认为判决有错误或者罪犯提出申诉，应当转请人民检察院或者原判人民法院处理。监狱法规定，人民检察院或者人民法院应当自收到监狱提请处理意见书之日起 6 个月内将处理结果通知监狱。

三、执行中的法律监督

我国《刑事诉讼法》第 224 条规定：人民检察院对执行机关执行刑罚的活动是否合法实行监督。如果发现有违法的情况，应当通知执行机关纠正。根据这一规定及执行程序中有关的法律规定，执行中的法律监督主要有以下几个方面：

1. 对各种判决、裁定执行进行监督。它包括：人民检察院派员临场监督死刑的执行；人民检察院通过其内部的监所检察部门对死刑缓期执行、无期徒刑、有期徒刑、拘役判决、裁定的交付执行及执行活动进行监督；对在社会上执行的各种判决、裁定（包括管制、剥夺政治权利、暂予监外执行、有期徒刑和拘役缓刑等）的执行情况进行监督。

2. 对人民法院、监狱或其他执行机关变更执行的活动进行监督。这种监督包括：监督变更执行是否具备法律规定的条件；是否遵守法律规定的程序；变更后的刑罚是否符合刑法规定。

3. 对监狱及其他执行机关的监管活动是否合法进行监督。如监督执行机关是否有侮辱罪犯人格，侵犯罪犯人身安全、合法财产和申诉、控告、检举等权利的情况。

人民检察院如果发现执行机关执行刑罚的活动有违法情况的，有权依法通知执行机关予以纠正。

