

全国法律硕士专业学位研究生 入学联考考试指南

(第十七版)

全国法律专业学位研究生教育指导委员会 组编

中国人民大学出版社

· 北京 ·

第十三章 刑法各论概述

第一节 刑法各论的研究对象和体系

一、刑法各论的研究对象

刑法各论是我国刑法学的重要组成部分。它主要以刑法分则为研究对象。刑法分则作为刑法各论的研究对象，其具体研究内容不外乎是立法规定的具体类罪、种罪的罪名，以及种罪的罪状法定刑。此外，还要根据国家立法机关对刑法分则具体罪名所作的立法解释，以及司法机关对适用刑法分则条文所作的司法解释进行研究。刑法各论以刑法总论所阐述的犯罪与刑罚的一般原理为指导，通过对刑法分则立法规范和关于分则的立法解释、司法解释的研究，结合丰富的刑法个案，揭示各种具体犯罪的构成特征，准确划清罪与非罪，此罪与彼罪的具体界限，合理确定对各种犯罪的处罚，并从中总结出认定犯罪和刑罚裁量的一般规律。

二、刑法分则与刑法总则的关系

在研究刑法分则时，必须以刑法总则的原理、原则作为指导。具体地说，研究刑法分则时，必须正确理解刑法分则与刑法总则的密切关系。

刑法总则规定了刑法的任务、基本原则、适用范围、犯罪的概念、构成犯罪的一般要件、刑事责任、共同犯罪、刑罚的种类、刑罚具体运用制度等内容。刑法分则规定了各种具体犯罪的罪状、罪名和应当判处的刑罚种类、量刑幅度。

刑法总则与刑法分则虽在内容上规定不同，但是这些内容是密切联系的，即总则对犯罪和刑罚的一般原理、原则作了抽象规定，分则对犯罪及其刑罚作了具体规定。总则的基本内容是从分则的具体规定内容中抽象和概括出来的，对分则具有指导作用；而分则的基本内容则是把总则规定的原理、原则具体化，例如将总则规定的区分罪与非罪的总标准，区分此种罪与彼种罪的界限，刑罚适用的原则规定加以具体落实。就总则与分则两者的关系而言，总则指导分则的运用和研究，在解释和适用分则条文时，不能违反总则的规定；分则在刑法体系中占据重要地位，使总则关于犯罪与刑罚的规定具体化。

三、刑法各论的体系

刑法各论的体系，指刑法分则所规定的各类犯罪以及各类犯罪中所包含的各种具体犯罪，按照一定次序排列而构建的理论系统。

（一）刑法分则的犯罪分类

由于各国刑法中关于犯罪分类的标准不同，故形成了不同的刑法分则体系。在各国立法例中，常见的有大类制和小类制划分法。“二分法”属典型的大类制犯罪分类法。也有的将犯罪细化为若干类，属于小类制划分。

我国刑法从我国的犯罪实际情况出发,在分则中采取大类制方式,将犯罪划为分10类:危害国家安全罪;危害公共安全罪;破坏社会主义市场经济秩序罪;侵犯公民人身权利、民主权利罪;侵犯财产罪;妨害社会管理秩序罪;危害国防利益罪;贪污贿赂罪;渎职罪;军人违反职责罪。其中,对破坏社会主义市场经济秩序罪和妨害社会管理秩序罪采用细分为若干小类的结构模式,如对破坏社会主义市场经济秩序罪又细分为8类罪,对妨害社会管理秩序罪细分为9类罪,这是根据这两大类罪的实际情况和特点而设定。

(二) 刑法分则的犯罪分类及其排列的依据

各国刑法分则对犯罪的分类依据标准不尽相同,如有的以犯罪客体为标准进行分类;有的以犯罪对象为标准进行分类;有的以犯罪行为为标准进行分类;等等。我国刑法分则将犯罪划分为10大类的主要依据标准是犯罪的同类客体。例如,把放火罪,决水罪,爆炸罪,破坏交通工具罪,劫持航空器罪,非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪,重大责任事故罪等具体犯罪划分为一类,即危害公共安全罪,这些罪所共同侵犯的客体是社会的公共安全。

依照同类客体对犯罪进行分类是我国刑法分则体系确立的基础,是我国刑法各论理论体系的研究基础。

我国刑法分则对10大类犯罪进行排列的依据主要是以各类犯罪的危害程度轻重为序。在10类犯罪的排列中,基本上根据其社会危害性大小,由重到轻依次排列。危害国家安全罪置放于各类犯罪之首位,排在刑法分则的第一类犯罪中,就是因为该类犯罪侵犯的是国家安全,故其社会危害程度最严重。危害公共安全罪排列在第二位,即列于危害国家安全罪之后,其涉及不特定多数人的生命、健康权利和重大公私财产,社会危害性也是十分严重的,所以仅次于危害国家安全罪排列。说是基本以社会危害性大小由重到轻为序排列,是从总体上分析而言,而不是绝对地说后一类罪中的任何一种具体罪其社会危害性都小于前一类罪中的每一种具体罪。例如,排列在第三类的破坏社会主义市场经济秩序罪中的虚假广告罪、非法经营罪其社会危害程度显然轻于排在第四类侵犯公民人身权利、民主权利罪中的故意杀人罪、强奸罪等犯罪。

(三) 各类犯罪中的具体犯罪的排列依据

各类犯罪中的具体犯罪的排列依据是以其社会危害性的大小由重到轻排列为主,兼顾罪与罪之间的内在联系。例如,侵犯公民人身权利、民主权利罪中,基本上按照侵犯公民的人身权利、民主权利和婚姻家庭制度三个层次的犯罪进行排列,显然侵犯公民人身权利罪的社会危害性最大。在侵犯公民人身权利罪中,剥夺公民生命权利的故意杀人罪排在损害公民身体健康权利的故意伤害罪之前,这是因为故意杀人罪的社会危害性显然大于故意伤害罪。兼顾罪与罪之间的内在联系在侵犯公民人身权利罪中也有体现,如过失致人死亡罪从社会危害性来看,显然小于故意伤害罪,但是其排列顺序却是过失致人死亡罪在前,故意伤害罪在后,这里考虑到故意杀人罪与过失致人死亡罪都是非法剥夺公民生命权利的犯罪,二罪之间有内在联系。

第二节 罪状、罪名、法定刑

一、刑法分则条文的基本结构

刑法分则条文的基本结构,由罪状和法定刑构成。罪名则是根据罪状内容,对某种犯罪

的本质特征的科学概括。例如,我国《刑法》第216条规定:“假冒他人专利,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。”该条的前一部分,即“假冒他人专利,情节严重的”为罪状;后一部分,即“处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金”为法定刑。该罪的罪名“假冒专利罪”是根据罪状内容,对该罪本质特征的科学概括而得出的。

二、罪状

(一) 罪状的概念

罪状是指刑法分则条文对犯罪特征的描述。

(二) 罪状的种类

根据对罪状描述方式的不同,一般可以分为以下几种罪状:

1. 简单罪状,即在刑法分则条文中只简单地描述具体犯罪的基本特征。例如,《刑法》第232条规定:“故意杀人的,处……”故意杀人即是简单罪状。之所以简单描述该犯罪的基本特征,是因为该犯罪的特征是人们易于理解和把握的,没有必要在法律条文中作具体描述。简单罪状形式在我国刑法分则条文中只占少数。

2. 叙明罪状,即在刑法分则条文中详尽描述具体犯罪的基本特征。例如,《刑法》第163条规定:“公司、企业或者其他单位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,处……”在该条文中详尽描述了非国家工作人员受贿罪的主体是公司、企业、其他单位的工作人员;客观方面是利用职务上的便利,索取或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大;而且反映出主观方面是故意。这种罪状形式,详述了犯罪的基本情况,有助于人们认识该种犯罪,便于司法工作人员正确认定犯罪,区分此罪与相近犯罪的界限。我国刑法分则条文的绝大多数采用叙明罪状形式。

3. 空白罪状,即在刑法分则条文中不直接叙明犯罪的特征,而只是指出该犯罪行为所违反的其他法律、法规。例如,《刑法》第332条规定:“违反国境卫生检疫规定,引起检疫传染病传播或者有严重传播危险的,处……”该条规定的是妨害国境卫生检疫罪,没有详细描述如何妨害国境卫生检疫,需要参照国境卫生检疫法规的有关规定,确定该罪的基本特征。空白罪状形式,对简化刑法分则条文,沟通刑法与有关法律、法规的关系,有促进作用。

4. 空白罪状与叙明罪状并存形式。修订后的我国刑法分则中增加了许多新的犯罪,空白罪状与叙明罪状并存描述犯罪特征的条文占了不少的数目。例如,《刑法》第230条规定:“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,处……”本条的违反进出口商品检验法的规定,属于空白罪状;其他的描述,具有叙明罪状的典型特征,两者并存于该条文之中。采用空白罪状与叙明罪状并存形式是从某些犯罪的特点出发,兼取空白罪状与叙明罪状的优点,利于正确认定这些犯罪。

5. 引证罪状,即引用刑法分则的其他条款来说明某种犯罪的特征。例如《刑法》第253条第2款规定:“犯前款罪而窃取财物的,依照本法第二百六十四条的规定定罪从重处罚。”在这里,前款罪是指私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪,犯前款罪而窃取财物时,构成第264条规定的盗窃罪并从重处罚。但是,在第253条第2款中并未叙明盗窃罪的特征,它需

要引用第 264 条的罪状来说明。采用引证罪状方式,是为了避免条款间文字上的重复。

三、罪名

(一) 罪名的概念

罪名,指犯罪的名称。罪名是对犯罪的本质特征的科学概括。

罪名通常指某种具体的罪名,如故意杀人罪、抢劫罪、妨害公务罪,等等。还有时对某类罪也谓之类罪名名称,如危害公共安全罪、侵犯财产罪、渎职罪,等等。根据罪刑法定原则,在具体的法律条文中只是对具体某种罪的规定,所以我们讲正确定罪,是指给某种具体罪确定其罪名。

如何确定罪名?应掌握以下原则:

1. 确定罪名应当合法、准确、简明。合法,是指确定罪名时必须严格按照刑法分则的规定,不能离开刑法规范的内容滥定罪名。准确,是指确定的罪名必须全面、正确地反映该种犯罪的本质特征,而不是随意地确立罪名。准确建立在科学的基础之上,科学必须表现出确立的罪名能够本质地体现该种罪的特点。简明,是指对罪名的文字表达应言简意赅,便于记忆、理解、适用。

2. 确定罪名应当以罪状为基础并反映出罪名与罪状的密切关系。在下述五种罪状中,确定罪名时应当注意:

(1) 在简单罪状中,罪名一般与罪状相同。例如,《刑法》第 233 条应定为过失致人死亡罪,与罪状过失致人死亡相同。

(2) 在叙明罪状中,应当根据该种犯罪构成区别于其他犯罪构成的主要特征来确定罪名:根据犯罪行为确定罪名,这在叙明罪状中居多数;根据犯罪对象确定罪名,这在叙明罪状中也不乏例证;根据犯罪主体确立罪名,这在叙明罪状中也是存在的;根据犯罪主观要件确定罪名,这在叙明罪状中也有例证。

(3) 在空白罪状中,一般是根据对有关法律、法规的违反在条文中点出罪名。例如,《刑法》第 345 条第 2 款应定为滥伐林木罪,其根据是罪状中写明的“违反森林法的规定,滥伐森林或者其他林木,数量较大的……”这在条文中已点明滥伐林木罪的罪名,不必另定罪名。

(4) 在空白罪状与叙明罪状并存的形式中,根据违反的有关法律、法规,并结合对罪状的详尽描述总结概括出有关罪名。例如,《刑法》第 343 条第 1 款应定为非法采矿罪,其根据就是罪状中载明的“违反矿产资源法的规定”(空白罪状)和对非法采矿行为的详尽描述(叙明罪状):“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……”概括出最反映该罪本质特征的罪名——非法采矿罪。

(5) 在引证罪状中,所引证的另一罪状的罪名,即是该条款所规定的罪名。例如,《刑法》第 185 条第 2 款规定:“国有商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他国有金融机构的工作人员和国有商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或其他国有金融机构委派到前款规定中的非国有金融机构从事公务的人员有前款行为的,依照本法第三百八十四条的规定定罪处罚。”这里

引用的是《刑法》第384条规定的挪用公款罪，则本条款即《刑法》第185条第2款的罪名也就是挪用公款罪。

（二）选择罪名和单一罪名

我国刑法分则中的大部分罪名是单一罪名。所谓单一罪名是指所包含的犯罪构成的具体内容单一，只能反映一个犯罪行为，不能分拆使用的罪名。例如，盗窃罪、故意伤害罪等就是仅表示一个具体犯罪行为，不能对其进行分解。行为触犯单一罪名的只能构成一罪。所谓选择罪名是指所包含的犯罪构成的具体内容复杂，反映出多种犯罪行为，既可概括使用，也可分拆使用的罪名。在我国刑法分则规定的选择罪名大致有以下几种情形：

1. 因多种行为形成的选择罪名。例如组织、领导、参加恐怖组织罪，包含了三种行为，可以分拆成多个罪名。

2. 因多个对象形成的选择罪名。例如拐卖妇女、儿童罪，包含了二种对象，可以分拆成两个罪名。

3. 因同时具有多种行为和多种对象形成的选择罪名。例如，非法持有、私藏枪支、弹药罪，包含了两种行为与两种对象，可以分拆成多个罪名。

选择罪名的适用比较灵活，当行为人只实施其中一个行为或侵害到一种对象时，只定一个罪名，例如非法持有枪支罪、拐卖儿童罪等；当行为人实施两种以上行为或侵害到两种以上对象时，仍只定一个罪名，不实行数罪并罚，例如拐卖妇女、儿童罪，非法持有、私藏、枪支罪等。

四、法定刑

（一）法定刑的概念

法定刑是刑法分则条文的重要组成部分，它是指刑法分则条文对具体犯罪所规定的量刑标准。量刑标准，包括适用刑罚的种类（即刑种）和量刑幅度（即刑度）。法定刑是法院在正确认定犯罪后对犯罪分子判刑的法律依据。因此，研究法定刑对量刑得当具有重要意义。

（二）法定刑的种类

根据刑事立法实践和刑法理论，法定刑大致可分为绝对确定的法定刑、绝对不确定的法定刑和相对确定的法定刑三类。

1. 绝对确定的法定刑，即在刑法条文中对某种犯罪只规定单一的刑种或刑度。这种类型的法定刑，未赋予法官根据案件的具体情况对犯罪人选择轻重适当的刑罚的权力，不利于针对犯罪人的具体情况实现刑罚个别化，也就不利于收到良好的刑罚效果。所以，各国刑法已很少采用。

2. 绝对不确定的法定刑，即在刑法条文中不具体规定某种犯罪的具体刑种和刑度，而是笼统规定应追究刑事责任，依法制裁等，具体如何处罚完全由法官决定。这种类型的法定刑，赋予法官过于广泛的裁量刑罚的权力，易于造成量刑的不平衡，不利于适用法律的统一。所以，各国刑法也基本不采用。

3. 相对确定的法定刑，即在刑法条文中对某种犯罪规定一定的刑种和刑度，并明确规定出最高刑和最低刑。我国现行刑法采用这种相对确定法定刑的模式，世界各国刑法中也普遍采用这种形式。这种类型的法定刑，既规定了统一的量刑标准，有明确的限度，又给予法官一定的刑罚裁量权，可根据案件的具体情况，裁量轻重适当的刑罚，有利于实现刑罚的统

一和刑罚个别化。

（三）相对确定法定刑在我国刑法分则条文中的具体规定方式

1. 明确规定法定刑的最高限度，其最低限度为刑法总则所规定。例如，《刑法》第 429 条规定拒不救援友邻部队罪的法定刑是 5 年以下有期徒刑。

2. 明确规定法定刑的最低限度，其最高限度为刑法总则所规定。例如《刑法》第 188 条规定的违规出具金融票证罪情节特别严重的法定刑是 5 年以上有期徒刑。

3. 明确规定出一种刑罚的最低和最高限度。例如，《刑法》第 353 条第 2 款规定的强迫他人吸毒罪的法定刑是 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。

4. 明确规定两种以上主刑（主刑中还可规定一定的幅度）或者同时还规定附加刑（附加刑中还可规定一定的幅度），供法官裁量刑罚时选择适用，这种方式又称选择法定刑。例如，《刑法》第 170 条规定的伪造货币罪的法定刑主刑种有 3 种，即有期徒刑、无期徒刑和死刑，其中有期徒刑还分两个幅度，即 3 年以上 10 年以下有期徒刑和 10 年以上有期徒刑。附加刑种有 2 种，即罚金、没收财产，其中罚金刑还有一定的幅度，即并处 5 万元以上 50 万元以下罚金。选择法定刑方式在我国刑法分则条文中占绝大多数。

5. 在刑法分则某些条款中未明确规定法定刑，而是明确规定援引分则其他条款的法定刑处罚，这又简称为援引法定刑。例如，《刑法》第 386 条规定的受贿罪的处罚是“……依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚”。即对受贿罪未明确规定法定刑，而是援引《刑法》第 383 条贪污罪的法定刑处罚。

（四）宣告刑的概念及宣告刑与法定刑的关系

宣告刑，是指国家审判机关对具体犯罪案件中的犯罪人依法判处并宣告应当实际执行的刑罚。宣告刑与法定刑不同，但是两者关系密切，法定刑是宣告刑的基本依据，宣告刑是法定刑的实际运用。宣告刑在对法定刑的实际运用过程中，侧重考虑具体犯罪案件及犯罪人的特殊性。审判机关在对犯罪人判处刑罚时，除了具备法定的减轻情节或者符合《刑法》第 63 条第 2 款的规定外，不得随意突破法定刑判处，只能严格限制在法定刑之内宣告对犯罪人实际执行的刑罚。

这不是广告！

2017 年法律硕士 qq 群 570579609

（本群会更新 2017 年考前预测信息）

18 法律硕士考研 qq 群 214814279

（本群会更新大量 17 的课程且有学长答疑）



这个是法硕联盟论坛的微信公众号，考法硕的战友都关注！

2017 年法硕联考高分必备考研书籍图文介绍！

www.fashuounion.com/thread-360151-1-1.html

【震撼发布】2017 年法律硕士招生院校基本情况介绍大全（186 所）

<http://www.fashuounion.com/thread-356122-1-1.html>

2017 年法律硕士联考考研报名注意事项等信息汇总

<http://www.fashuounion.com/thread-359895-1-1.html>

北京大学 2016 年法律硕士初试 432 分经验感悟

<http://www.fashuounion.com/thread-350938-1-1.html>

中国政法大学 2016 年法律硕士初试 424 分复习心得

<http://www.fashuounion.com/thread-350660-1-1.html>

2016 年中山大学法硕（非法学）初试 429 分复习经验和体会

<http://www.fashuounion.com/thread-350844-1-1.html>

北京大学 2016 年法硕 401 分考试复习经验

<http://www.fashuounion.com/thread-353803-1-1.html>

2016 年中国人民大学法律硕士 399 分经验文章

<http://www.fashuounion.com/thread-353805-1-1.html>

2016 年中国政法大学法律硕士总分 419 分经验

<http://www.fashuounion.com/thread-353804-1-1.html>

2016 年中国政法大学法律硕士 403 分经验分享

<http://www.fashuounion.com/thread-353802-1-1.html>

2016 对外经济贸易大学法律硕士（非法学）403 分经验分享

<http://www.fashuounion.com/thread-353807-1-1.html>

首战南京大学 2016 年法律硕士 410 分初试备考经验

<http://www.fashuounion.com/thread-350684-1-1.html>

2016 年中国政法大学法律硕士司考 397+法硕 393（非法学）复习经验贴

<http://www.fashuounion.com/thread-350717-1-1.html>

2016 年报考中央财经法硕初试 392 分的小小分享

<http://www.fashuounion.com/thread-350829-1-1.html>

中国政法大学 2016 年首战法律硕士初试 399 分经验介绍

<http://www.fashuounion.com/thread-350852-1-1.html>

2016 年山东大学法律硕士（非法学）考研过程分享

<http://www.fashuounion.com/thread-352774-1-1.html>

二战过的法硕老炮儿告诉 2017 的研友们应该避免的陷阱

<http://www.fashuounion.com/thread-350916-1-1.html>

2016 年复旦大学法硕初试 420 分经验分享

<http://www.fashuounion.com/thread-352777-1-1.html>

2016 年在职考研北大法硕经验帖

<http://www.fashuounion.com/thread-352889-1-1.html>

2016 年上海财经大学法律硕士非法学状元 414 分经验，我与上财的不期而遇

<http://www.fashuounion.com/thread-351080-1-1.html>

2016 年西南政法大学法律硕士非法学首战 409 分初试经验

<http://www.fashuounion.com/thread-351103-1-1.html>

2016 年南京大学法硕（非法学）初试 401 分经验总结

<http://www.fashuounion.com/thread-352730-1-1.html>

一切尘埃落定，2016 中山大学法硕（非法学）经验帖

<http://www.fashuounion.com/thread-352733-1-1.html>

2016 年兰大法律硕士非法学 340 被刷的真相

<http://www.fashuounion.com/thread-352834-1-1.html>

2016 年中国人民大学 394 分经验分享（外语德语）

<http://www.fashuounion.com/thread-354128-1-1.html>

第十四章 危害国家安全罪

第一节 危害国家安全罪概述

一、危害国家安全罪的概念

危害国家安全罪，是指故意危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全，分裂国家，颠覆国家政权，推翻社会主义制度的行为。

二、危害国家安全罪的共同特征

1. 侵犯客体是国家的安全，即中华人民共和国的国家安全。这里的国家安全是指中华人民共和国的主权、领土完整与安全，国家的统一，人民民主专政的国家政权及社会主义制度的安全。一个国家的安全为该国的生存、运行和发展提供了坚强的政治基础和物质基础，是该国各民族的根本利益之所在。所以，任何一个国家都视捍卫国家的主权独立、领土完整与安全，国家的团结统一，国家的政权和制度的稳固为首要任务。危害中华人民共和国国家的安全，既包括对中华人民共和国宪法确立的中华人民共和国国体——人民民主专政的社会主义国家的危害，也包括对中华人民共和国赖以存在的主权独立、领土完整与安全的危害。

2. 犯罪客观方面表现为实施危害中华人民共和国国家安全的行为。危害中华人民共和国国家安全的行为，是指对国家的安全造成了损害或者威胁，具体是指《刑法》第102条至第112条规定的各种危害我国的主权、领土完整与安全，分裂国家，颠覆国家的政权，推翻社会主义制度的行为，如背叛国家，分裂国家，武装叛乱、暴乱，颠覆国家政权，叛逃，间谍，资敌等行为。

凡刑法规定的危害国家安全的行为则是惩罚该类犯罪的法律标准。有无危害国家安全的行为，是区分危害国家安全罪与非罪或危害国家安全罪与其他犯罪的重要依据。对于只有危害国家安全的犯意表示，而没有实施危害国家安全的行为的，不能认定为危害国家安全罪。对于刑法没有规定的，不能单凭言论认定为危害国家安全罪。

危害国家安全的行为不要求达到一定的结果程度是本类犯罪在客观方面的一大特点。实施背叛国家、分裂国家、武装暴乱、叛乱等行为就构成危害国家安全罪的既遂，因为实施这些行为已然对国家的安全造成了损害或威胁。

3. 犯罪主体是自然人，且多数犯罪为一般主体，仅有少数犯罪的主体为特殊主体，如背叛国家罪、叛逃罪。

4. 主观方面表现为故意的心理状态。其中，绝大多数表现为直接故意，即行为人认识到自己的背叛国家、分裂国家、武装暴乱、颠覆国家政权等行为会危害到国家的安全，仍然追求危害国家安全结果的发生，出于一种希望的态度。极个别的罪可能由直接故意构成，也可能由间接故意构成，如为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪。

第二节 本章要求掌握的犯罪

一、分裂国家罪

(一) 分裂国家罪的概念

分裂国家罪,是指组织、策划、实施分裂国家、破坏国家统一的行为。

(二) 分裂国家罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的统一。中国是一个统一的多民族国家,这在宪法和反分裂国家法中均有明确规定。为了维护国家的统一,必须坚决打击分裂国家的活动。

2. 客观方面表现为组织、策划、实施分裂国家、破坏国家统一的行为。“分裂国家”,指将统一的国家分成几个部分,建立中央政府之外的政府,对抗中央,割据一方并自立为独立国家,谋取国际上的承认。“破坏国家统一”,指采取种种方式阻挠、破坏国家的统一活动进程,意图实现独立。具体行为方式有组织、策划、实施三种,按照法律规定,行为人只要实施了上述三种行为之一分裂国家、破坏国家统一的,就构成本罪。行为人既组织、策划,又实施分裂国家的犯罪活动的,也只以一罪论处,不实行并罚。

3. 犯罪主体为一般主体,包括境内外公民。

4. 主观方面表现为直接故意。

(三) 分裂国家罪的认定

对分裂国家罪的犯罪形态应予正确认定。分裂国家罪有组织、策划、实施三种行为,每一种行为都是独立实行行为,只要实施三种行为之一即成立分裂国家罪的既遂。注意不要将组织、策划两种行为理解为实施行为的预备行为或共同犯罪中的共犯行为,因为法律已将组织、策划、实施分别规定为独立实行行为。

(四) 分裂国家罪的法定刑

我国《刑法》第103条第1款、第113条和第56条规定,犯分裂国家罪的,对首要分子或者罪行重大的,处无期徒刑或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。犯本罪,可以并处没收财产,应当附加剥夺政治权利。根据《刑法》第106条的规定,与境外机构、组织、个人相勾结犯本罪的,从重处罚。

二、煽动分裂国家罪

(一) 煽动分裂国家罪的概念

煽动分裂国家罪,是指煽动分裂国家、破坏国家统一的行为。

(二) 煽动分裂国家罪的构成特征

本罪侵犯的客体、犯罪主体、主观方面同分裂国家罪。

客观方面表现为煽动分裂国家、破坏国家统一的行为。“煽动”,是指向不特定人或者多数人以语言、文字、图像等方式进行鼓动、宣传。煽动的内容是分裂国家、破坏国家统一。行为人明知出版物中载有煽动分裂国家、破坏国家统一的内容而予以出版、印刷、复制、发行、传播的,或者组织、利用邪教组织煽动分裂国家、破坏国家统一的,或者利用突发传染

病疫情等灾害，制造、传播谣言煽动分裂国家、破坏国家统一的，使用互联网煽动分裂国家、破坏国家统一的，都应以本罪论处。

（三）煽动分裂国家罪的认定

注意本罪是行为犯，即只要实施了分裂国家、破坏国家统一的煽动行为，就构成本罪的既遂。煽动行为不以公然实施为必要；被煽动人是否实施分裂国家、破坏国家统一的行为，也不影响本罪的成立。

本罪是独立构成的煽动分裂国家的犯罪，不同于前述分裂国家罪中的组织行为、策划行为，后者为分裂国家的犯罪。

（四）煽动分裂国家罪的法定刑

我国《刑法》第103条第2款、第113条第2款和第56条规定，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。犯本罪，可以并处没收财产，应当附加剥夺政治权利。根据《刑法》第106条的规定，与境外机构、组织、个人相勾结犯本罪的，从重处罚。

三、间谍罪

（一）间谍罪的概念

间谍罪，是指境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施的，或者境内机构、组织、个人与境外机构、组织、个人相勾结实施的危害中华人民共和国国家安全的间谍行为。

（二）间谍罪的构成特征

1. 侵犯客体是中华人民共和国的国家安全。间谍活动会危害国家的主权、领土完整和安全，也会危害国家的政权和社会主义制度。根据间谍犯罪活动的不同内容，危害国家安全的某一部分或者整体。

2. 客观方面表现为实施了间谍行为，见2014年11月1日起施行的《中华人民共和国反间谍法》规定的五个方面的行为：（1）间谍组织及其代理人实施或者指使、资助他人实施，或者境内外机构、组织、个人与其相勾结实施的危害中华人民共和国国家安全的活动；（2）参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务；（3）间谍组织及其代理人以外的其他境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施，或者境内机构、组织、个人与其相勾结实施的窃取、刺探、收买或者非法提供国家秘密或者情报，或者策动、引诱、收买国家工作人员叛变的活动；（4）为敌人指示攻击目标；（5）进行其他间谍活动。间谍组织，是指境外或者渗透于我国境内的专门窃取、刺探我国国家秘密或情报，或者进行其他危害我国国家安全活动的组织。参加间谍组织，是指经过一定的手续，加入间谍组织，成为其内部成员。注意，只要参加了间谍组织，即使尚未从事间谍活动，也成立本罪。接受间谍组织及其代理人的任务，是指虽未参加间谍组织但接受间谍组织以及间谍组织的代理人下达的任务，包括接受窃取、刺探国家秘密或情报的任务，也包括接受进行其他危害国家安全活动的任务。为敌人指示攻击目标，是指以各种手段为敌人指引攻击我方目标的活动，攻击是否得逞不影响本罪的成立。策动、引诱、收买国家工作人员叛变的活动也是常见的间谍行为。具备上述五种间谍行为之一的，即成立间谍罪，同时实施这几种行为的，也只构成间谍罪一罪，而不实行并罚。

3. 犯罪主体包含机构、组织、个人。

4. 主观方面表现为直接故意，即明知是间谍组织而有意参加，明知是间谍任务而有意

接受,明知对方是敌人而向其指示攻击目标,追求危害国家安全的结果发生。

(三) 间谍罪的认定

1. 划清间谍罪与非罪行为的界限。对被胁迫或因受欺骗被拉进间谍组织并未实行危害国家安全的犯罪活动和在间谍组织中从事一般勤杂事务并不知晓该组织性质的不能认定为间谍罪。这里区别罪与非罪的关键是看行为人在主观上是否故意进行间谍活动,故意分别由故意参加间谍组织、故意接受间谍任务、故意为敌人指示攻击目标构成。

2. 划清间谍罪与有关犯罪的界限:(1) 区分间谍罪与叛逃罪的界限。叛逃罪系国家机关工作人员及掌握国家秘密的国家工作人员的叛逃行为,叛逃后参加间谍组织的或者接受间谍组织任务的,应以间谍罪与叛逃罪两罪实行并罚。仅有叛逃行为而无间谍行为的,仍成立一个叛逃罪。国家机关工作人员及掌握国家秘密的国家工作人员实施间谍行为,而不具有叛逃性质的,只成立一个间谍罪。(2) 区分间谍罪与为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的界限(见为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的认定)。

(四) 间谍罪的法定刑

我国《刑法》第110条、第113条和第56条规定,犯本罪,危害国家安全的,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。犯本罪可以并处没收财产,应当附加剥夺政治权利。

四、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪

(一) 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的概念

为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪,是指为境外的机构、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。

(二) 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的安全与利益,即危害到中华人民共和国的主权、领土完整与安全、政权、社会制度等方面的安全与利益。

2. 客观方面表现为为境外的机构、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。境外的机构、组织、人员,是指中华人民共和国国(边)境外的国家或者地区的政府机构、军事机构、经贸组织、文教单位、科研机关、政党、社会团体、宗教组织以及上述机构、组织以外的个人,包括这些机构、组织在中国境内的分支机构、组织、派驻人员。国家秘密,是指《中华人民共和国保守国家秘密法》所规定的关系到国家的安全和利益,经法定程序确定,在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。国家秘密分为绝密、机密、秘密三种。情报,是指国家秘密以外的关系国家安全与利益,尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项。本罪的行为方式有窃取、刺探、收买、非法提供四种。窃取,是指以各种形式来盗窃国家秘密或情报。刺探,即以各种手段探知国家秘密或情报。收买,即以金钱、财物或其他物质利益换取国家秘密或情报。非法提供,即掌握国家秘密或情报的人,违反法律规定,将国家秘密或情报出售、提交、告知境外的机构、组织、个人。通过互联网将国家秘密或者情报非法发送给境外的机构、组织、个人的,属于非法提供。通过窃取、刺探、收买三种行为实际获得了国家秘密或者情报的成立本罪的既遂;非法提供行为以将国家秘密或者情报提供给境外机构、组织、个人为本罪的既遂标准。行为人只要实施了上述四种

行为之一的，即构成本罪；实施了两种以上行为的，仍为一罪，不实行并罚。

3. 犯罪主体是一般主体。中国公民以及非中国公民均可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是国家秘密或情报，明知对方是境外机构、组织、个人，而故意向其非法提供或实施窃取、刺探、收买行为，希望或放任危害国家安全的结果发生。误以为对方是境内机构、组织、个人而非法提供国家秘密的，应认定为故意泄露国家机密罪。

根据最高人民法院《关于审理为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报案件具体应用法律若干问题的解释》之规定：行为人知道或者应当知道没有标明密级的事项关系国家安全和利益，而为境外窃取、刺探、收买、非法提供的，依照《刑法》第 111 条的规定以为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪定罪处罚。对于没有认识到是国家秘密即将其提供给境外机构、组织、个人的，应认定为过失泄露国家秘密罪。

（三）为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的认定

1. 划清为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪与非罪行为的界限：

（1）对于不涉及国家安全利益的情况、资料、信息，即不属于国家秘密、情报的情况、资料、信息，虽向境外机构、组织、个人提供，但不构成本罪，因为并不危害国家的安全。
（2）根据《中华人民共和国保守国家秘密法》第 30 条规定，机关、单位对外交往与合作中需要提供国家秘密事项，或者任用、聘用的境外人员因工作需要知悉国家秘密的，应当报国务院有关主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府有关主管部门批准，并与对方签订保密协议。上述行为是合法行为，不构成本罪。

2. 划清为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪与间谍罪的界限。两者的区别主要表现在：（1）主观上明知对方为间谍组织而为其窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报的，构成间谍罪，而不构成本罪。本罪中的境外机构、组织、个人是非间谍性质的。（2）本罪在客观上仅限于窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报，而间谍罪除了针对国家秘密、情报外，还有参加间谍组织、为敌人指示攻击目标或接受间谍组织及其代理人的其他派遣，危害国家安全的行为，以及策动、引诱、收买国家工作人员叛变等行为。

（四）为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的法定刑

我国《刑法》第 111 条、第 113 条和第 56 条规定，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。依第 113 条规定，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。犯本罪可以并处没收财产，应当附加剥夺政治权利。

第十五章 危害公共安全罪

第一节 危害公共安全罪概述

一、危害公共安全罪的概念

危害公共安全罪，是指故意或者过失地实施危害不特定的多数人的生命、健康和重大公私财产安全的行为。

二、危害公共安全罪的共同特征

1. 侵犯客体是社会的公共安全，即不特定多数人的生命、健康和重大公私财产安全。不特定性是这类罪侵犯客体的基本特征。不特定性意在表明危害公共安全的行为的对象具有广泛性和不确定性，不限于特定的个人或财产，行为具有造成不特定的众多人员伤亡或重大公私财产广泛损害的性质。如果行为人实施的危害行为侵犯的目标不是不特定的多数人的生命、健康或者重大公私财产的安全，而是某一个或某几个特定的个人的生命、健康或者特定的公私财产的安全，则只能以侵犯公民人身权利罪或侵犯财产罪论处。

2. 客观方面表现为实施了危害公共安全的行为。危害公共安全行为的表现形式大多数是积极的作为，如放火、爆炸、投放危险物质、劫持航空器等；少数犯罪的行为形式也可以表现为消极的不作为，如失火罪等大多数过失危害公共安全的犯罪。由行为的危害性质所决定，危害公共安全的行为既包括已经造成实际损害结果的行为（实害犯），也包括虽然尚未造成实际损害结果，但却足以危害不特定多数人生命、健康或者重大公私财产安全的行为（危险犯），如破坏交通工具罪、破坏交通设施罪。但过失危害公共安全的行为，则必须造成法定的实际损害结果，才能构成犯罪。

3. 犯罪主体多数是一般主体。凡年满16周岁具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪主体，但是，已满14周岁不满16周岁的未成年人犯放火、爆炸、投放危险物质罪的，也应当负刑事责任。少数犯罪主体则是特殊主体，行为人必须具有法定的特殊身份或者从事特定业务，才能成为犯罪主体。危害公共安全的犯罪主体一般是自然人，但少数犯罪的主体可以是单位，如非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，自然人和单位都可以成为本罪的主体。个别犯罪的主体则只能是单位，如违规制造、销售枪支罪，犯罪主体必须是依法被指定、确定的枪支制造企业或销售企业。

4. 主观方面既可以表现为故意，也可以表现为过失。本类犯罪中过失犯罪占据一定的比例。

第二节 本章要求掌握的犯罪

一、放火罪

(一) 放火罪的概念

放火罪，是指故意放火焚烧公私财产，危害公共安全的行为。

(二) 放火罪的构成特征

1. 侵犯客体是公共安全，侵犯对象是关系公共安全的公私财产。所谓关系公共安全的公私财产，是指财产一旦被放火焚烧，可能危及公共安全。如果公私财产与公共安全无关，一旦被焚烧不致危及不特定的多数人的生命、健康或者重大公私财产的安全，则不能成为本罪侵犯的对象。关系公共安全的公私财产包括行为人本人拥有的财产。如果行为人放火焚烧自己或者家庭使用的房屋或者其他财物，足以危害公共安全的，同样构成放火罪。

2. 客观方面表现为实施了危害或者足以危害公共安全的放火行为。放火行为既可以以作为的方式实施，如用引火物点燃公私财产，制造火灾；也可以以不作为的方式实施，但以不作为方式构成的放火罪必须以行为人负有防止火灾发生的特定义务为前提。如工厂、厂矿、林场负责消防安全的职工发现火灾隐患或火情，故意不采取措施排除火灾隐患或火情，致使火灾发生，公私财产遭受重大损失的，即可以构成本罪。本罪是危险犯，实施放火焚烧财产，足以危害公共安全的行为即构成犯罪。

3. 犯罪主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。鉴于本罪具有严重的社会危害性，根据《刑法》第17条第2款之规定，已满14周岁不满16周岁的未成年人也可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，即明知自己的放火行为可能造成危害公共安全的严重后果，而希望或者放任这种结果的发生。

(三) 放火罪的认定

1. 划清放火罪既遂与未遂的界限。放火罪是危险犯，指行为人着手实施了放火的行为，并已将放火的对象物点燃，且具有造成严重后果的危险性。如果还没有将放火的对象物点燃或者刚刚点燃还未能脱离引火物独立燃烧，则不能认为是放火罪的既遂。对象物尚未点燃，即因行为人意志以外的原因而停止放火行为的，构成放火罪的未遂。完成放火行为后火灾是否实际发生、是否造成危害公共安全的严重后果，对确定放火罪的既遂与未遂的界限没有影响。

2. 划清放火罪与失火罪的界限。区别的关键在于行为人对火灾后果的心理态度。如果行为人明知自己的行为可能导致火灾发生，并且希望或者有意识地放任火灾发生的，就构成放火罪。如果行为人应当预见自己的行为可能导致火灾发生，因为疏忽大意而没有预见，或者虽然已经预见但轻信能够避免以致造成火灾的，则为失火罪。此外，失火罪为结果犯，失火行为必须造成人身伤亡或者公私财产重大损失的严重后果，才能构成犯罪。

3. 区分放火罪与以放火方法实施的其他犯罪的界限：(1) 放火罪与故意毁坏财物罪的界限。如果以放火方法故意损毁公私财物，没有危及公共安全的，只能以故意毁坏财物罪论处。如果放火损毁公私财物的行为已经危及或者足以危及公共安全的，则应当以放火罪论处。(2) 放火罪与破坏交通工具等罪的界限。如果以纵火焚烧的方法破坏交通工具、交通设

施、电力设备、易燃易爆设备、电视电信设施，其行为具有放火罪和破坏交通工具等罪的特征的，鉴于破坏交通工具等罪的破坏方法已经包含了放火方法，且破坏交通工具等罪对象是法定的，故对此情况应当按破坏交通工具等罪论处，而不再定放火罪。(3) 放火罪与故意杀人罪、故意伤害罪的界限。行为人企图以放火的方法烧死或者烧伤特定的个人的，如果其放火行为不足以危及公共安全，则应当以故意杀人罪或故意伤害罪论处。如果其放火行为足以危害公共安全的，其行为则应当按放火罪论处。

(四) 放火罪的法定刑

我国《刑法》第 114 条、第 115 条规定，犯放火罪，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。

二、爆炸罪

(一) 爆炸罪的概念

爆炸罪是指故意针对不特定的多数人或者重大公私财产实施爆炸，危害公共安全的行为。

(二) 爆炸罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会公共安全。

2. 客观方面表现为实施了用爆炸的方法杀伤不特定的多数人、毁坏重大公私财产，危害公共安全的行为。具体说来，首先，行为人必须实施了故意引爆弹药、爆炸物以及其他易爆物品、引爆装置或者利用技术手段故意导致机器、锅炉等爆炸的行为。这种行为可以是以作为方式进行的，如故意安放定时炸弹进行爆炸，也可以是以不作为方式进行的，如锅炉工故意不给锅炉加水致使锅炉发生爆炸。其次，爆炸行为必须针对不特定多数人或者重大公私财产进行，足以危害公共安全。

3. 犯罪主体是一般主体。已满 14 周岁不满 16 周岁的人实施爆炸行为，构成犯罪的，也应当负刑事责任。

4. 主观方面表现为故意，即明知自己的行为可能会发生爆炸的结果，危害公共安全，并且希望或者放任这种结果发生。

(三) 爆炸罪的认定

1. 划清爆炸罪与以爆炸的方法实施的针对特定个人或者公私财产的犯罪的界限。区分的关键是爆炸行为是否危害公共安全。如果爆炸行为指向的是特定的个人或者特定的公私财产，行为人有意识地将爆炸限制在特定的不危及公共安全的范围内，客观上也未发生危害公共安全的实际结果的，则应当根据案件的具体情况分别以故意杀人罪、故意伤害罪或者故意毁坏财物罪论处。但是，如果爆炸行为虽然主观上指向的是特定的个人或者公私财物，但是爆炸发生在公共场合，实际危害了不特定的多数人的生命、健康和重大公私财产的安全的，则仍然应当按爆炸罪论处。

2. 划清爆炸罪与用爆炸的方法破坏特定设备的犯罪的界限。用爆炸的方法故意破坏交通工具、交通设备、电力设备、煤气设备、易燃易爆设备或者通信设备的行为，也具有危害公共安全的性质，因而符合爆炸罪的特征，但是，由于刑法已经将用爆炸的方法故意破坏这些特定设备的行为另行规定为独立的罪名，因此，不宜再以爆炸罪论处。

（四）爆炸罪的法定刑

我国《刑法》第 114 条、第 115 条规定，犯爆炸罪，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。

三、投放危险物质罪

（一）投放危险物质罪的概念

投放危险物质罪，是指故意投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。

（二）投放危险物质罪的构成特征

1. 侵犯客体是公共安全，即不特定多数人的生命、健康和重大公私财产安全。

2. 客观方面表现为行为人实施了投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。所谓“投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质”，是指向公共饮用的水源、出售的食品、饮料或者牲畜、禽类的饮水池、饲料等物品中投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质的行为。所谓“毒害性物质”，是指能对人体或者动物产生毒害作用的有毒物质，包括化学性有毒物质（如砒霜、鼠药、氰化物等），生物性有毒物质（如野蘑菇等植物性有毒物质、河豚等动物性有毒物质）和微生物类有毒物质（如肉毒杆菌等）。所谓“放射性物质”，是指含铀、镭、钴等放射性元素，可能对人、动物及环境产生严重辐射危害的物质，包括能够产生裂变反应或者聚合反应的核材料。所谓“传染病病原体”，是指能够通过人体或者动物体内适当的环境中繁殖从而使人类或者动物感染传染病，甚至造成传染病扩散的细菌、霉菌、毒种、病毒，如霍乱弧菌、天花病毒、艾滋病毒、炭疽菌、肝炎病毒、结核杆菌、SARS 病毒、高致病性禽流感病毒等。这些危险物质极具杀伤力和破坏力，一旦被滥用就会严重危害不特定多数人的生命健康和重大财产安全。本罪是危险犯，不论投放危险物质行为的具体方式怎样，也不论使用何种危险物质，只要投放危险物质的行为足以危害不特定多数人的生命健康和重大公私财产安全，或者足以严重污染环境，就构成本罪既遂，而不要求发生实际的危害结果。

3. 犯罪主体是一般主体。根据《刑法》第 17 条的规定，已满 14 周岁不满 16 周岁的人犯本罪的，应当负刑事责任。

4. 主观方面表现为故意。既可以出于直接故意，也可以出于间接故意。至于行为人出于何种动机，不影响本罪的成立。

（三）投放危险物质罪的认定

1. 投放危险物质罪与以投放危险物质的方法实施的故意杀人罪、故意毁坏财物罪的界限。区分的关键是看行为人实施的投放危险物质的行为是否足以危及公共安全。如果行为人用投放危险物质的方法杀害特定的人，如将毒物投放于被害人所喝的饮料中，不危及公共安全的，就构成故意杀人罪；如果行为人投放危险物质的行为虽然针对特定的个人，但已经危及公共安全的，如行为人为杀害被害人而将毒物投放于被害人取饮用水的公用水井中，就构成投放危险物质罪。

2. 投放危险物质罪与污染环境罪的界限。二者虽然在危害后果方面相似，但是却有着本质的区别：（1）侵害的客体不同。投放危险物质罪侵害的是公共安全；污染环境罪侵害的

是国家对环境保护和污染防治的管理活动。(2) 客观方面表现不同。投放危险物质罪表现为将毒害性、放射性、传染病病原体等危险物质投放于公共的饮用水、出售的食品等特定物品中的行为，而且只要该行为足以危害公共安全，就构成犯罪既遂；而污染环境罪则表现为违反国家规定，排放、倾倒或者处置含有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质的行为，严重污染环境。(3) 犯罪主体不同。投放危险物质罪只能以自然人为主体；而污染环境罪的主体既可以是自然人也可以是单位。(4) 主观方面不同。投放危险物质罪只能出于故意，即行为人明知自己的行为会危害公共安全，希望或者放任该结果发生；而污染环境罪只能出于过失，即行为人对所造成的污染环境的危害结果，既不希望，也不放任，而是应当预见却因疏忽大意而没有预见或者虽然预见却轻信能够避免，以致发生的。

(四) 投放危险物质罪的法定刑

根据《刑法》第 114 条、第 115 条第 1 款的规定，犯投放危险物质罪，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。

四、以危险方法危害公共安全罪

(一) 以危险方法危害公共安全罪的概念

以危险方法危害公共安全罪，是指使用与放火、投放危险物质、决水、爆炸方法的危险性相当的其他危险方法，危害公共安全的行为。

(二) 以危险方法危害公共安全罪的构成特征

1. 侵犯客体是公共安全，即不特定的多数人的生命、健康或者重大公私财产的安全。

2. 客观方面表现为使用与放火、投放危险物质、决水、爆炸方法的危险性相当的其他危险的方法，危害公共安全的行为。根据司法实践，以其他危险方法危害公共安全的形式主要有以驾车撞人的危险方法危害公共安全、以私设电网的危险方法危害公共安全、以向人群开枪射击的危险方法危害公共安全、以传播病毒或泄露放射性物质的危险方法危害公共安全等。不管危险方法的具体形式如何，其危险性必须与放火、投放危险物质、决水、爆炸方法的危险性大体相当。凡危险性不相当，不足以危害公共安全的，不能认定为其他危险方法。

3. 犯罪主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为，明知自己的行为可能导致危害公共安全的严重后果，并且希望或者有意识地放任这种结果发生。

(三) 以危险方法危害公共安全罪的认定

对以其他危险方法危害公共安全的行为如何定罪，司法实践和理论研究都存在不同看法。有的主张不论具体使用的危险方法如何，统一定为“以其他危险方法危害公共安全罪”；有的则主张根据行为人具体使用的危险方法确定罪名，不宜笼统地以“其他危险方法”确定罪名。考虑到如果以行为人具体使用的危险方法确定罪名，将使本罪罪名处于不确定状态，最高人民法院 1997 年 12 月 9 日发布的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规

定》的司法解释明确规定，行为人以其他危险方法危害公共安全的行为，应当一律以“以危险方法危害公共安全罪”定罪。

在认定以危险方法危害公共安全罪的时候，要注意区分以危险方法危害公共安全罪既遂与未遂的界限。区分的关键和放火罪、爆炸罪、投放危险物质罪既遂与未遂的区分标准是一样的。还要注意区分以危险方法危害公共安全罪与使用危险方法实施故意杀人、故意伤害、故意毁坏财物等其他犯罪的界限。区分的关键在于行为人在使用危险方法时是否危及公共安全，凡是危及公共安全的，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚；没有危及公共安全的，分别以故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪定罪处罚。

（四）以危险方法危害公共安全罪的法定刑

我国《刑法》第114条、第115条规定，犯以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。

五、破坏交通工具罪

（一）破坏交通工具罪的概念

破坏交通工具罪，是指破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生颠覆、毁坏危险，尚未造成严重后果或者已经造成严重后果的行为。

（二）破坏交通工具罪的构成特征

1. 侵犯客体是交通运输安全，犯罪对象只限于正在使用中的火车、汽车、电车、船只或航空器。火车、汽车、电车、船只、航空器一般具有运载量大、速度快的特点，破坏这些交通工具，往往会造成多人的伤亡或者公私财产的重大损失，从而危害公共安全。本罪的犯罪对象不包括三轮车、自行车、马车等非机动车和摩托车、拖拉机等机动车。颠覆、毁坏这些交通工具，虽然也会造成人员伤亡或公私财产损失，但不足以危害公共安全。但如果被破坏的拖拉机在某些偏远或者农村地区是被用作交通运输的工具，破坏拖拉机的行为足以危害交通运输安全的，则拖拉机也可以成为本罪的犯罪对象。破坏其他交通工具不足以危害公共安全的，如果造成的人员伤亡或者财产损失，构成犯罪的，可以分别按故意杀人罪、故意伤害罪或者故意毁坏财物罪论处。本罪的犯罪对象还必须是正在使用中的交通工具。所谓正在使用中的交通工具，包括正在运行、航行中的交通工具，也包括临时停放在车库、路边、码头、机场上的已经投入交通运输，随时都可能开动的交通工具。如果破坏的是没有交付使用的正在制造、维修或者储存中的交通工具，则不能构成本罪。破坏没有投入运输的交通工具造成财产损失的，可以按故意毁坏财物罪论处。

2. 客观方面表现为破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生颠覆、毁坏危险，尚未造成严重后果或者已经造成严重后果的行为。所谓颠覆，是指火车出轨、车辆翻车、船只沉没、航空器坠落。所谓毁坏，是指使交通工具严重受损或者完全报废，不能继续安全运行。破坏行为只有足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险的，才能构成犯罪。所谓足以发生颠覆、毁坏危险，是指就破坏行为的性质、破坏的方法、破坏的部位等因素加以综合判断，具有发生颠覆、毁坏的现实可能。通常只有破坏正在使用

中的交通工具的重要部位和部件,如操作驾驶系统、制动刹车系统,才可能使交通工具发生颠覆、毁坏危险。虽然实施了破坏交通工具的行为,但不足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险的,如仅仅拆除车辆、船只的门窗、座椅或者其他辅助设施,或者盗窃车辆轮胎致使车辆无法运行的,对交通运输安全均不构成危险,因而不能以本罪论处。根据刑法规定,只要行为人破坏交通工具的行为足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险,不论是否实际造成严重后果,均构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体,即凡达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意,即明知自己的行为可能会使交通工具发生颠覆、毁坏危险而希望或者有意识地放任这种结果发生。

(三) 破坏交通工具罪的认定

1. 划清使用爆炸、放火的方法破坏交通工具的爆炸罪、放火罪与破坏交通工具罪的界限。爆炸罪、放火罪和破坏交通工具罪一样,都是危害公共安全的犯罪行为。其区别在于:放火罪、爆炸罪的犯罪对象是不特定多数人的身和重大公私财产。破坏交通工具罪的犯罪对象只限于正在使用中的火车、汽车、电车、船只、航空器等交通工具。刑法对破坏交通工具罪的犯罪对象作了特别明文规定,这一规定相对于爆炸罪、放火罪的规定具有特别法的性质。根据特别法优于普通法的原理,行为人采用爆炸、放火等方法破坏正在使用中的交通工具,只要足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险,因而危害公共安全的,应当一律以破坏交通工具罪论处。只有采用爆炸、放火等方法破坏尚未交付使用的交通工具,危害公共安全的,才能以爆炸罪、放火罪论处。

2. 划清破坏交通工具罪与盗窃罪、故意毁坏财物罪的界限。行为人出于贪财动机的破坏交通工具罪与盗窃罪都具有秘密窃取的行为形式,易于混淆。区别的关键在于犯罪对象与侵犯客体不同。破坏交通工具罪的犯罪对象必须是正在使用中的交通工具,侵犯客体是交通运输安全。盗窃罪的犯罪对象为一般公私财产,侵犯客体是公私财产所有权。因此,如果行为人盗窃正在使用中的交通工具的重要部件、设施,足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险,危害公共安全的,应当以破坏交通工具罪论处。如果行为人盗窃的不是正在使用中的交通工具,或者盗窃的仅仅是正在使用中的交通工具附属设备,不影响交通运输安全的,则不能以破坏交通工具罪论处。符合盗窃罪特征的,可以按盗窃罪论处。故意毁坏财物罪的犯罪对象与犯罪客体和盗窃罪相同。如果行为人故意毁坏正在使用中的交通工具,足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险,因而危害交通运输安全的,应当以破坏交通工具罪论处。如果行为人故意毁坏的并不是正在使用中的交通工具,或者仅仅是正在使用的交通工具的附属设备,不影响交通运输安全的,则不能以破坏交通工具罪论处。符合故意毁坏财物罪特征的,可以按故意毁坏财物罪论处。

3. 划清破坏交通工具罪既遂与未遂的界限。根据刑法规定,行为人破坏交通工具,只要足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险的,无论是否造成严重后果,均构成犯罪的既遂。因此,是否造成严重后果不是划分破坏交通工具罪既遂与未遂的标准。本罪属于危险犯,构成本罪既遂的标准应当是行为人的破坏行为造成交通工具发生颠覆、毁坏的现实危险。一般说来,行为人实施完毕破坏交通工具行为,就会产生这种现实危险。破坏行为实行终了因而也就成为判断既遂与未遂的重要标志。但也应当注意破坏行为虽已实行终了却不足以使交通工

具发生颠覆、毁坏危险的情况和破坏行为虽未实行终了却足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险的例外情况。在这两种情况下,就不能以行为实行终了为标准判断犯罪的既遂与未遂。在前一种情况下,破坏行为虽已实行终了,但危险没有发生,应当认定为犯罪未遂;在后一种情况下,破坏行为虽未实行终了,但危险已经发生,应当认定为犯罪既遂。此外,如果行为人已着手实施破坏行为,但尚未达到足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险即因意志以外原因而停止的,当然也构成犯罪的未遂。

(四) 破坏交通工具罪的法定刑

我国《刑法》第116条、第119条第1款规定,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。

六、破坏交通设施罪

(一) 破坏交通设施罪的概念

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、灯塔、标志或者进行其他破坏活动,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险或者造成严重后果的行为。

(二) 破坏交通设施罪的构成特征

1. 侵犯客体是交通运输安全。犯罪对象是正在使用中的轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者其他交通设施。

2. 犯罪客观方面表现为破坏交通设施,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险或者造成严重后果的行为。首先,行为人必须实施了破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志的行为或者进行了其他破坏活动,如拆卸铁轨、毁坏公路、机场、改变航道、熄灭灯塔灯光,或者在铁轨上放置障碍物等。其次,破坏交通设施的行为必须足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险或者已经实际造成严重后果。如果虽然实施了破坏交通设施的行为,但还显然不足以使上述交通工具发生倾覆、毁坏的现实危险的,则不能构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体,凡年满16周岁具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。

4. 犯罪主观方面表现为故意,即明知自己的行为可能会使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏的危险或者可能实际造成倾覆、毁坏的结果,并且希望或者放任这种危险或结果发生。

(三) 破坏交通设施罪的认定

划清本罪与破坏交通工具罪的界限。交通设施是从事交通运输的基础物质条件。破坏交通设施往往会导致交通工具倾覆、毁坏的严重后果。破坏交通工具往往也会损毁交通设施。如何区分破坏交通设施罪和破坏交通工具罪,应当视破坏行为的直接指向而定。如果破坏行为直接指向的是正在使用中的交通设施,对交通设施的破坏间接造成了交通工具倾覆、毁坏的后果的,则应当以破坏交通设施罪论处。如果破坏行为直接指向的是正在使用中的交通工具,交通工具的倾覆、毁坏间接造成了交通设施损毁的后果的,则应当以破坏交通工具罪论处。

（四）破坏交通设施罪的法定刑

我国《刑法》第117条、第119条规定，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。

七、组织、领导、参加恐怖组织罪

（一）组织、领导、参加恐怖组织罪的概念

组织、领导、参加恐怖组织罪，是指为制造社会恐慌、危害公共安全或者胁迫国家机关、国际组织，组织、纠集他人，策划、实施造成或意图造成人员伤亡、重大财产损失、公共设施损坏、社会秩序混乱的行为。

（二）组织、领导、参加恐怖组织罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会公共安全，即不特定的多数人的生命、健康或重大公私财产的安全。以暗杀、绑架、爆炸、劫机为主要内容的恐怖活动是受国际社会广泛谴责和严厉打击的国际犯罪行为，恐怖活动组织则是以从事杀人、伤害、绑架、爆炸等严重暴力犯罪为主要活动内容的犯罪集团，具有很大的社会危害性。目前，国际范围的恐怖主义组织及恐怖犯罪活动已经成为国际社会的一大公害，对包括我国在内的国际社会的政治、经济、社会秩序和人民的生命财产安全构成了严重威胁。迄今为止，恐怖犯罪组织和恐怖犯罪活动对我国影响尚不严重，但也出现了境外恐怖主义组织在境内扩充人员或进行恐怖活动的迹象，国内也出现了以实施恐怖活动为主要内容的恐怖活动组织。为严厉打击恐怖犯罪活动，保护人民群众的生命财产安全和社会稳定，国际社会制定了有关打击恐怖组织、恐怖活动的国际公约，我国是参加国。为履行我国作为国际公约的重要成员应当履行的国际义务，加强打击恐怖活动的国际刑事司法协助，我国刑法设立了组织、领导、参加恐怖组织罪，并规定了严厉的刑罚。

2. 客观方面表现为组织、领导、积极参加或者参加恐怖活动组织的行为。所谓组织，是指为首策划、鼓动、教唆、召集、引诱多人成立专门或者主要从事恐怖犯罪活动团体的行为。所谓积极参加，是指多次参加恐怖活动组织的活动、态度积极，或者虽然偶尔参加恐怖组织的活动，但在其中起主要作用的行为。所谓参加，是指除组织、领导、积极参加恐怖组织以外的其他参与恐怖组织活动的行为。本罪的客观要件属于选择性要件，只要行为人的行为符合组织、领导、积极参加或者参加恐怖活动组织的行为之一的，即构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体，凡达到法定刑事责任年龄的具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，即明知是以从事恐怖活动为主要内容的恐怖活动组织而故意组织、领导、积极参加或者参加。“明知”含确实的“明知”或者应当“明知”。如果不知是以从事恐怖活动为主要内容的恐怖活动组织而参加，在发现其恐怖组织性质后立即退出该组织的，不能以本罪论处。如果虽然开始时不知是恐怖活动组织，但在发现其恐怖活动组织性质后仍然不退出的，则应当以本罪论处。

（三）组织、领导、参加恐怖组织罪的认定

1. 准确界定恐怖活动组织的性质。恐怖活动组织是专门或主要以从事暗杀、绑架、爆炸等严重暴力犯罪为活动内容的犯罪组织。恐怖活动组织是一种特殊的犯罪集团。认定恐怖活动组织，从组织结构上讲，应当符合犯罪集团的一般特征，即恐怖活动组织首先必须是三

人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织。临时纠集的犯罪团伙不能认为是恐怖活动组织。从组织目标和行为内容上讲，恐怖活动组织一般具有意图制造社会恐慌、危害公共安全的目的，并在此目的指导下，专门或者主要从事杀人、伤害、绑架、爆炸、放火、劫持、恐吓、投放危险物质等严重暴力犯罪行为。不以上述严重暴力犯罪为主要活动内容的犯罪集团不能认为是恐怖活动组织。准确地界定恐怖活动组织的性质是正确认定本罪的关键。

2. 划清一罪与数罪的界限。恐怖活动组织具有极大的社会危害性，因此，刑法规定，只要行为人具有组织、领导或者参加恐怖活动组织的行为，就构成犯罪。本罪的构成并不要求行为人在组织、领导或参加恐怖活动组织后还必须具体实施一定恐怖犯罪行为。如果行为人在组织、领导或参加恐怖活动组织后，具体实施了杀人、绑架、爆炸等犯罪行为的，应当将所实施的具体犯罪行为和组织、领导、参加恐怖组织罪实行数罪并罚。

（四）组织、领导、参加恐怖组织罪的法定刑

《刑法修正案（九）》第5条修订后的《刑法》第120条规定，犯组织、领导、参加恐怖组织罪，对组织、领导恐怖活动组织的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产；对积极参加的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；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，可以并处罚金。犯组织、领导、参加恐怖组织罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

八、劫持航空器罪

（一）劫持航空器罪的概念

劫持航空器罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为。

（二）劫持航空器罪的构成特征

1. 侵犯客体是航空运输安全，即不特定的多数旅客、机组人员的生命健康以及航空器及其运载物品的安全。犯罪对象是正在使用中的民用航空器，如飞机、飞艇等，军用航空器不是本罪的犯罪对象。根据有关反劫机的国际公约规定，所谓“正在使用中”包括三种状态：一是指从航空器装载完毕、机舱外部各门均已关闭时起，至打开任一机舱门为止的期间的任何时间；二是指航空器被迫降落后，主管当局接收该机及所载人员和财产前的任何时间；三是处于待飞状态的航空器。如果行为人劫持的不是上述正在使用中的航空器，如劫持正在装配或者正在维修中的航空器的，则不会直接危害航空运输安全，因而不能以本罪论处。

2. 客观方面表现为以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为。所谓暴力，是指行为人对机上人员特别是机组人员实施捆绑、殴打、伤害甚至杀害，迫使航空器改变航向或者直接控制航空器。所谓胁迫，是指行为人以爆炸航空器、杀害人质相威胁，迫使机组人员改变航向或者直接控制航空器。所谓其他方法，是指以暴力、胁迫以外的其他任何方法迫使机组人员改变航向或者直接控制航空器，如用麻醉剂使机组人员处于不能反抗或不知反抗的状态后控制航空器。机组人员利用驾驶航空器的便利条件，直接驾机外逃的，也可以视为其他方法。所谓劫持，就是使用上述方法非法改变航向或者强行控制航空器的行为。根据刑法的规定，本罪属于行为犯。行为人只要实施完毕以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为，即构成犯罪既遂。是否造成严重后果不影响本罪的构成。

3. 犯罪主体是一般主体，凡达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人，不

论是中国人还是外国人,均可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意,即行为人明知自己劫持航空器的行为会造成危害航空运输安全的严重后果,并且希望或者有意识地放任这种结果的发生。其犯罪动机是多种多样的,有的可能是为了逃避刑事制裁而外逃,有的可能是出于某种政治目的,有的可能是为了制造事端、引起注意。犯罪动机不同,不影响本罪的构成。

(三) 劫持航空器罪的认定

1. 划清劫持航空器罪与以飞机为破坏对象的破坏交通工具罪的界限。劫持航空器特别是以暴力方法劫持航空器的犯罪行为,往往也会使航空器遭到毁坏,客观上与以飞机为破坏对象的破坏交通工具罪比较相似。区分这两种罪的关键在于把握行为人的犯罪目的和客观表现。劫持航空器罪的犯罪目的和客观表现是非法强行改变航空器的航向或者强行控制航空器,而破坏交通工具罪的犯罪目的和客观表现则是将作为交通工具的飞机从物理性能上加以毁坏。因此,行为人以对航空器进行破坏的方法迫使航空器改变航向或者强行控制航空器的,应当以劫持航空器罪论处。行为人单纯以毁坏航空器为目的对正在使用中的航空器进行破坏的,则应当定破坏交通工具罪。

2. 划清劫持航空器罪一罪与数罪的界限。如果行为人以杀人、伤害或者故意损毁航空器的方法劫持航空器,因而致人死亡、重伤或者使航空器遭受严重毁坏的,其杀人行为、伤害行为、故意损毁航空器的行为不过是刑法规定的劫持航空器的犯罪方法行为,应当作为方法行为被作为目的行为的劫持航空器罪吸收,不宜与劫持航空器罪实行数罪并罚。但是,如果在劫持并控制航空器之后滥杀无辜或者强奸妇女的,则应当对滥杀无辜或强奸妇女等犯罪行为单独定罪,与劫持航空器罪实行数罪并罚。

3. 区分劫持航空器罪既遂与未遂的界限。劫持航空器罪是行为犯,只要行为人以暴力、胁迫或者其他方法实施了劫持航空器的行为,并将航空器置于自己的控制之下,即构成既遂。行为人已经着手实施劫持航空器的行为,由于意志以外的原因未能完成劫持行为并控制航空器的,则为犯罪未遂。至于行为人的犯罪目的是否达到、有没有造成危害结果,则与确定犯罪行为的既遂与未遂无关。

(四) 劫持航空器罪的法定刑

我国《刑法》第121条规定,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。

九、非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪

(一) 非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的概念

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、爆炸物管理的法律规定,非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为。

(二) 非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会公共安全,即不特定多数人的生命、健康和重大公私财产的安全。犯罪对象是枪支、弹药和爆炸物。所谓枪支,是指《中华人民共和国枪支管理法》所规定的以火药或者压缩气体等为动力,利用管状器具发射金属弹丸或者其他物质,足以致人伤亡或者丧失知觉的各种枪支,包括军用步枪、手枪、冲锋枪、机枪、民用的射击运动枪支、狩猎

枪支、保护野生动物用的猎枪和麻醉注射枪。所谓弹药，是指上述枪支所使用的子弹、火药等。所谓爆炸物，是指具有爆破性并对人体具有杀伤性的物品，包括军用爆炸物和民用爆炸物。军用爆炸物主要是指手榴弹、地雷、炸弹、爆破筒、导弹等爆炸物。民用爆炸物的范围，根据《中华人民共和国民用爆炸物品管理条例》的规定，包括三类：一是爆破器材，如各类炸药、雷管、导火索、导爆索、非电导爆系统、起爆药、起爆剂等；二是黑火药、烟火剂、民用信号弹和烟花爆竹；三是公安部门认为需要管理的其他爆炸物品。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存上述枪支、弹药、爆炸物的，即构成本罪。但一般认为，非法制造、买卖、运输、邮寄或者储存烟花爆竹等娱乐性物品的，不能成立本罪。

2. 客观方面表现为违反国家有关枪支、弹药、爆炸物管理的法律规定，实施了非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为之一。所谓非法制造，是指违反法律规定，以各种方法生产、制造枪支、弹药、爆炸物的行为。所谓非法买卖，是指违反国家规定，购买或者出售枪支、弹药、爆炸物的行为。所谓非法运输，是指违反国家规定，利用各种交通工具运送枪支、弹药、爆炸物的行为。所谓非法邮寄，是指违反国家规定，在邮件中夹寄枪支、弹药、爆炸物的行为。所谓非法储存，是指违反国家规定，私自保留、存放枪支、弹药、爆炸物的行为。本罪属于选择性罪名，其中既有犯罪行为的选择，又有犯罪对象的选择，只要行为人针对枪支、弹药、爆炸物三种犯罪对象之一实施了非法制造、买卖、运输、邮寄或者储存行为之一的，即构成本罪。但是，如果行为人同时针对枪支、弹药、爆炸物三种犯罪对象实施了两种以上的行为的，也只能以本罪一罪论处。

3. 犯罪主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。此外，单位也可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，即明知是国家禁止非法制造、买卖、运输、邮寄、储存的枪支、弹药、爆炸物而故意非法制造、买卖、运输、邮寄、储存。如果因误解、无知或者被蒙骗等原因而实施了上述行为的，不能构成本罪。

（三）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的认定

1. 划清本罪与盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪及抢劫枪支、弹药、爆炸物罪的界限。这三种犯罪的侵犯客体和犯罪对象不完全相同，其主要区别在于：（1）客观方面表现不同。本罪表现为实施非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为之一，而后两罪则表现为实施了盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物行为之一或者实施了抢劫行为。（2）犯罪主体不同。本罪主体除自然人外，还包括单位，而后两罪的犯罪主体则只能是自然人。

2. 划清本罪与非法持有、私藏枪支、弹药罪的界限。行为人因非法储存枪支、弹药、爆炸物而构成本罪的，与非法持有、私藏枪支、弹药罪极易混淆。其主要区别在于：（1）犯罪对象的范围不同。本罪的犯罪对象包括枪支、弹药、爆炸物，而非法持有、私藏枪支、弹药罪的对象则仅限于枪支、弹药。（2）客观方面的表现不同。本罪一般是违反国家法律规定，私自储存数量较大的枪支、弹药、爆炸物，而非法持有、私藏枪支、弹药罪则一般是不具备配枪资格而非法携带、持有枪支或者私自收藏少量枪支、弹药。（3）犯罪主体的范围不同。本罪的主体包括自然人和单位，而非法持有、私藏枪支、弹药罪的主体则只限于自然人。

3. 划清本罪与非法出租、出借枪支罪的界限。主要区别在于：（1）犯罪对象不同。本罪的犯罪对象包括枪支、弹药、爆炸物，而后罪的犯罪对象则仅限于枪支。（2）客观方面表

现不同。本罪表现为非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为，而非法出租、出借枪支罪则表现为非法出租或者非法出借枪支的行为之一。（3）犯罪主体不同。本罪的主体是一般主体，自然人和单位都可以成为本罪主体。而非法出租、出借枪支罪的犯罪主体则是特殊主体，即必须是依法配备公务用枪或者依法配置民用枪支的人员或单位。

（四）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的法定刑

我国《刑法》第125条规定，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，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。

十、违规制造、销售枪支罪

（一）违规制造、销售枪支罪的概念

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，违反枪支管理规定，擅自制造、销售枪支的行为。

（二）违规制造、销售枪支罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对枪支的管理制度。犯罪对象为枪支。

2. 客观方面表现为违反枪支管理的法律、法规的规定，制造、销售枪支的行为。其行为表现有以下三种情况：一是以非法销售为目的，超过限额或者不按照规定的品种制造、配售枪支；二是以非法销售为目的，制造无号、重号、假号的枪支；三是非法销售枪支或者在境内销售为出口制造的枪支。

3. 犯罪主体是特殊主体，即依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业。

4. 主观方面表现为故意。对违规制造枪支的要求具备非法销售的法定目的。

（三）违规制造、销售枪支罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。对依法被指定、确定的枪支制造企业来说，如果超过限额或者不按照规定的品种制造了枪支或者制造了无号、重号、假号的枪支，但并非用于非法销售的目的，不应以犯罪论处。对于实践中非法销售枪支数量较少或获利不大的，也不应以犯罪论处。

2. 划清本罪与非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的界限。主要区别在于：（1）犯罪对象不同。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的犯罪对象包括枪支、弹药、爆炸物；而本罪的犯罪对象则仅限于枪支。（2）客观方面表现不同。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪表现为具有非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为之一；而本罪则表现为超过限额或者不按规定品种制造、配售枪支，制造无号、重号、假号的枪支，非法销售枪支或在境内销售为出口制造枪支的行为之一。（3）犯罪主体不同。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的主体是一般主体，自然人和单位都可以构成；而本罪的犯罪主体则是特殊主体，且只能是单位，即必须是依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业。（4）主观故意的内容不同。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪在主观上无法定目的的要求；而本罪有非法销售的目的要求。

（四）违规制造、销售枪支罪的法定刑

《刑法》第126条规定，犯违规制造、销售枪支罪的，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，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。

十一、非法持有、私藏枪支、弹药罪

（一）非法持有、私藏枪支、弹药罪的概念

非法持有、私藏枪支、弹药罪，是指违反法律规定，持有、私藏枪支、弹药的行为。

（二）非法持有、私藏枪支、弹药罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家对枪支、弹药的管理制度。犯罪对象为枪支、弹药。

2. 客观方面表现为违反枪支、弹药管理的法律、法规的规定，持有、私藏枪支、弹药的行为。“非法持有”，是指不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员，违反枪支管理法律、法规的规定，擅自持有枪支、弹药的行为。“私藏”，是指依法配备、配置枪支、弹药的人员，在配备、配置枪支、弹药的条件消除后，违反枪支管理法律、法规的规定，私自藏匿配备、配置的枪支、弹药且拒不交出的行为。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，即明知不能私自持有、藏匿枪支、弹药，而持有、私藏的。

（三）非法持有、私藏枪支、弹药罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。实践中发生的依法配置枪支的人员（如猎人）未及时按规定领取配备枪支（如猎枪）许可证，经指明又补领了许可证的，应属情节显著轻微、危害不大的持有、私藏枪支行为，不以犯罪论处。对这种情况可以进行必要的治安处罚。

2. 本罪的犯罪形态。按照《刑法》第128条第1款的规定，本罪属于行为犯，即故意违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的行为，就构成本罪的既遂。

（四）非法持有、私藏枪支、弹药罪的法定刑

我国《刑法》第128条第1款规定，犯非法持有、私藏枪支弹药罪的，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。（请参照最高人民法院《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》理解）

十二、交通肇事罪

（一）交通肇事罪的概念

交通肇事罪，是指违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。

（二）交通肇事罪的构成特征

1. 侵犯客体是交通运输安全。所谓交通运输主要是指以电车、汽车、船只等交通工具进行公路和水路交通运输。破坏交通运输安全，一般就是指使用上述交通工具进行交通运输，发生重大事故，危害不特定的多数人的生命、健康或者重大公私财产的安全。但是，如果使用自行车、三轮车、人力车、畜力车、残疾人专用车等非机动车进行交通运输，发生重大事故，致人伤亡的，也可以构成本罪。

2. 客观方面表现为违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。（1）本罪的构成以违反交通运输管理法规为前提条件。所

谓违反交通运输管理法规,是指违反为保障交通运输安全和交通运输秩序而制定的各种交通管理法律、法规和规章,如《公路法》、《道路交通安全法》、《高速公路交通管理办法》、《机动车驾驶证管理办法》、《铁路道口通行规定》、《内河避碰规则》、《渡口守则》等。这些法律、法规和规章规定了从事交通运输的人员应当遵守的各项规章制度,如禁止酒后驾驶,禁止闯红灯,禁止超速、超载和强行超车,禁止无证驾驶,禁止驾驶存在安全隐患或应当报废的机动车等。这些规定是交通运输安全的基本保证。违反这些规定,就可能发生交通事故,影响交通运输安全。本罪的行为方式可以是作为,如超速、超载或者强行超车等,也可以是不作为,如对刹车系统有故障的机动车不及时进行修理,致使刹车失灵,机动车失去控制,造成重大事故。行为人没有违反交通运输管理法规就不能构成本罪。(2)违反交通运输管理法规的行为,还必须发生了重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。尽管有违反交通运输管理法规的行为,但没发生重大事故,没有致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,不能构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体,实践中主要是从事交通运输的人员,具体包括驾驶汽车、电车、船只从事公路和水路运输的驾驶人员以及对上述交通工具的运输安全负有保障职责的其他人员。非交通运输人员违反交通运输管理法规,造成重大交通事故,后果严重的,也应当按本罪论处。

4. 主观方面表现为过失,即行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者虽然已经预见但轻信能够避免。尽管过失的具体表现形式不同,行为人对危害结果发生的心理态度却是一致的,即都不希望危害结果发生。至于行为人对违反交通管理法规的行为,可能是出于故意。

(三) 交通肇事罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。首先,要区分交通肇事罪与一般交通肇事行为的界限。区别的关键在于是否发生了重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。如果虽然有违反交通管理法规的行为,但没有致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,则为一般交通肇事行为。其次,要区分交通肇事罪与因其他原因造成的重大交通事故的界限。造成交通事故的原因往往很复杂,其中,既可能有人为的原因,也可能有来自自然或技术的原因。来自人为的原因,可能完全是行为人方面的原因,也可能是被害人或者第三人方面的原因,甚至可能是行为人、被害人和第三人方面的原因。如果造成重大交通肇事事故的原因主要是自然或技术方面的不可预见、不可控制、不可抗拒的原因,或者主要是被害人、第三人方面的原因,虽然造成致人死亡、重伤或者公私财产重大损失的严重后果,也不应对行为人以交通肇事罪论处。如果造成重大交通肇事事故的原因完全是行为人违反交通管理法规,则应当按交通肇事罪论处。如果造成重大交通肇事事故的原因主要是行为人违反交通管理法规,被害人或第三人方面也存在过错的,仍然应当对行为人以交通肇事罪论处,但是应当根据案件具体情况减轻其责任。

2. 划清交通肇事罪与利用交通工具实施的其他犯罪的界限。如果行为人利用交通工具杀害特定的个人,如开车撞死自己的仇人,应当按故意杀人罪论处。如果出于泄愤报复或者其他反社会动机,驾驶汽车等交通工具在街道或者其他公共场所横冲直撞,制造事端,造成不特定的多人死伤或者重大公私财产损失的,应当按以危险方法危害公共安全罪论处。

3. 划清交通肇事罪一罪与数罪的界限。如果行为人在交通肇事后逃逸的,一般只能作

为交通肇事罪的从重处罚情节，按交通肇事罪一罪从重处罚。根据最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，行为人在交通肇事后为了逃避法律追究，将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃，致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的，应当分别依照《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。但是，如果行为人在交通肇事后，为了杀人灭口，而又故意将伤者撞死或者在交通肇事后明知被害人受伤，仍然驾车挂带被车钩住的被害人逃跑，致使被害人死亡的，其行为另行构成故意杀人罪或故意伤害（致死）罪，应当和交通肇事罪进行数罪并罚。

4. 交通肇事罪是否存在共犯形态。《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条第 2 款规定，交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处。这一解释是否符合共犯原理，值得研究，但司法实践中按上述解释操作。根据我国刑法总则规定共同犯罪为共同故意犯罪，显然交通肇事罪为过失犯罪，如何出现交通肇事罪的共犯？如案情属于《解释》第 6 条的情形，以故意杀人罪或故意伤害罪定罪处罚，则存在共犯问题，因后两罪为故意犯罪。

5. 交通肇事罪与危险驾驶罪的关联。《刑法》第 133 条之一规定的危险驾驶罪是行为犯，仅处拘役刑和并处罚金。如因危险驾驶导致重大交通事故，造成人员重伤、死亡或使公私财产遭受重大损失，同时构成交通肇事罪，则应以交通肇事罪定罪处罚。

（四）交通肇事罪的法定刑

我国《刑法》第 133 条规定，犯交通肇事罪，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。交通运输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。（请参照最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》理解）

十三、危险驾驶罪

（一）危险驾驶罪的概念

危险驾驶罪，是指违反道路交通安全法规，在道路上驾驶机动车实施危险驾驶的行为。

（二）危险驾驶罪的构成特征

1. 侵犯客体是交通运输的正常秩序和道路交通安全。

2. 客观方面表现为违反道路交通安全法规，在道路上驾驶机动车实施刑法规定的危险驾驶行为。首先，必须具有违反道路交通安全法规的行为。其次，必须有危险驾驶行为。根据《刑法修正案（九）》第 8 条对《刑法》第 133 条之一修订后的规定，危险驾驶行为是指在道路上驾驶机动车，有下列四种情形之一的行为：（1）追逐竞驶，情节恶劣的；（2）醉酒驾驶机动车的；（3）从事校车业务或者旅客运输，严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶的；（4）违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品，危及公共安全的。一是“追逐竞驶”，即所谓的“飙车”行为。“情节恶劣”，应从追逐竞驶的超速情况和可能造成的危害后果等方面进行认定。二是在道路上醉酒驾驶机动车的行为。醉酒驾车标准，根据国家质量监督检验检疫总局 2004 年 5 月 31 日发布的《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》的规定，车辆驾驶人员每 100 毫升血液中酒精含量大于或等于 80 毫克

为醉酒驾车。三是从事接送学生的校车业务或旅客运输业务,严重超员超载或者超速行驶的。四是从事运输危险化学品业务过程中违反危险化学品安全管理规定,危及公共安全。本罪是抽象危险犯,即上述危险驾驶的四种行为均对道路交通安全造成威胁,但法律规定的某种危害结果的危险状态并未发生。只要行为人具有上述四种具体行为之一即成立犯罪。

3. 犯罪主体是一般主体,即任何在道路上驾驶机动车的人。《刑法修正案(九)》第8条第2款对《刑法》第133条之一进行修订后,增加了两种人,即从事校车业务或者旅客运输、违规运输危险化学品的机动车所有人、管理人为本罪的犯罪主体。

4. 主观方面表现为故意。

(三) 危险驾驶罪的认定

关于危险驾驶又构成其他犯罪的法律适用,主要涉及如何处理本罪与交通肇事罪、以危险方法危害公共安全罪、非法运输危险物质罪等罪名的关系。这里主要指以下几种情形:一是本罪与交通肇事罪的关系,如行为人醉酒驾驶或者追逐竞驶,造成人员伤亡或公私财产重大损失,符合《刑法》第133条交通肇事罪构成要件的,根据《刑法》第133条之一第3款规定的原则,应当依照《刑法》第133条的规定以交通肇事罪定罪处罚,而行为人醉酒驾驶或者追逐竞驶的行为,将会被作为从重处罚的量刑情节予以考虑。二是本罪与以危险方法危害公共安全罪的关系。本罪是抽象危险犯,而后者是具体危险犯。应按照最高人民法院2009年9月11日发布的《关于印发醉酒驾车犯罪法律适用问题指导意见及相关典型案例的通知》的精神,准确认定、处理。三是本罪与非法运输危险物质罪的关系。本罪中行为之一是违规运输危险化学品危及公共安全,尚未发生危害公共安全的实害结果,而后者则包含了实际发生危害公共安全的结果。总之,危险驾驶构成犯罪,又同时构成上述其他犯罪,具有竞合关系的,属想象数罪,不实行并罚。

(四) 危险驾驶罪的法定刑

《刑法》第133条之一第1款规定,犯本罪的,处拘役,并处罚金。本条第3款规定,有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

十四、重大责任事故罪

(一) 重大责任事故罪的概念

重大责任事故罪,是指在生产、作业中违反有关安全管理的规定,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。

(二) 重大责任事故罪的构成特征

1. 侵犯客体是生产、作业的安全。

2. 客观方面表现为在生产、作业中违反有关安全管理的规定,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。根据《刑法修正案(六)》第1条之规定:(1)本罪的构成以行为人实施违反有关安全管理的规定为前提条件。“违反有关安全管理的规定”,是指行为人违反与保障生产、作业安全有关的管理规定,含保障生产、作业安全的基本法律、法规以及生产作业中的具体操作规程、劳动纪律规定、劳动保护规定等。行为人在生产、作业中违反上述安全规定酿成重大事故。(2)必须是在生产、作业过程中实施了违反安全管理规定的行为。如果不是在生产、作业过程中实施违反安全管理规定的行为,因而引发重大事故的,不能以本罪论处。(3)本罪是结果犯,只有当违反安全管理规定的行为造成了重大伤亡事故

或者造成了其他严重后果的，才能以本罪论处。参照有关司法解释，所谓造成重大伤亡事故，是指致1人以上死亡或者致3人以上重伤。所谓严重后果，是指：造成直接经济损失100万元以上的；其他造成严重后果或者重大安全事故的。在生产、作业过程中虽然实施了违反规章制度的行为，造成了重大安全隐患，但由于及时发现隐患并有效排除，没有实际造成人员伤亡或者其他严重后果的，不能以本罪论处。

3. 犯罪主体是一般主体。参照有关司法解释，本罪的主体包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等人员，以及直接从事生产、作业的人员。

4. 主观方面表现为过失，即应当知道自己违反安全管理规定生产、作业的行为可能会造成重大伤亡事故或者其他严重后果，但因为疏忽大意而没有预见；或者虽然已经预见，但轻信能够避免，因而造成重大事故。无论是疏忽大意的过失还是过于自信的过失，行为人都希望发生重大伤亡事故或者其他严重后果，但其对违反安全管理规定的行为则往往是出于故意，即明知故犯。

（三）重大责任事故罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。具体包括：（1）重大责任事故罪与自然事故的界限。自然事故是由不可预见或者不可抗拒的自然力的作用而引起的事故，如雷击引起火灾、洪水冲毁堤坝引起洪涝灾害等。自然事故尽管可能引起重大人员伤亡或者公私财产重大损失，但不存在人的主观过失和违章操作行为，故不能以犯罪论处。（2）重大责任事故罪与技术事故的界限。技术事故是由于技术条件或者设备条件的限制而不可避免地发生的事故。完全或主要因技术条件或设备条件限制而造成重大人员伤亡或者公私财产重大损失的，不能以犯罪论处。虽然存在技术或设备条件的限制，但是如果谨慎地运用现有的技术条件和设备条件，本来可以避免发生事故，因疏忽大意而未能避免的，则仍然可以构成重大责任事故罪。（3）重大责任事故罪与一般责任事故的界限。区别的关键在于违反规章制度的行为是否造成了重大伤亡事故或者其他严重后果。如果造成了重大伤亡事故或者其他严重后果，就可以以重大责任事故罪论处。如果只是造成一般的损害或者不太严重的后果的，则为一般责任事故，不能以犯罪论处。

2. 划清重大责任事故罪与失火罪、过失决水罪、过失投放危险物质罪、过失以危险方法危害公共安全罪的界限。这些犯罪客观上都可能危害公共安全，主观上都是出于过失。其区别在于发生的场合不同。重大责任事故罪必须发生在生产、作业过程中，与生产、作业活动具有直接关系，因而危害的是作为公共安全组成部分的各类企业、事业单位、经营体的生产、作业安全。其他犯罪一般发生在日常社会生活中，与生产、作业没有直接关系，犯罪客体涉及公共安全的许多方面。

3. 划清重大责任事故罪与重大飞行事故罪、铁路运营安全事故罪、交通肇事罪、重大劳动安全事故罪、危险物品肇事罪、工程重大安全事故罪、教育设施重大安全事故罪、消防责任事故罪的界限。这些犯罪分别涉及航空运输、铁路运输、公路和水路运输、劳动保护、危险物品的管理、建筑工程质量、教育设施和消防等方面的生产、作业安全，都造成了重大伤亡或者其他严重后果，主观上都有过失，具有与重大责任事故罪相同的犯罪本质，实质上是重大责任事故罪的特殊犯罪形式。根据特别法优于普通法的基本原则，在重大责任事故罪与这些犯罪发生竞合的情况下，应当以刑法特别规定的适用于特定领域的重大责任事故犯罪

论处。只有在不能适用这些具体罪名的情况下,才能对那些违反规章制度造成重大伤亡或者其他严重后果的行为,以重大责任事故罪论处。

(四) 重大责任事故罪的法定刑

《刑法修正案(六)》第1条第1款规定,犯重大责任事故罪,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的,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。情节特别恶劣,参照有关司法解释,是指:严重违反安全生产管理规定,造成3人以上死亡或者10人以上重伤,负事故主要责任的;造成直接经济损失500万元以上,负事故主要责任的;其他造成特别严重后果、特别恶劣的情节或者后果特别严重的情形。请参照最高人民法院、最高人民检察院2015年12月14日发布的《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》,该解释第12条还规定了从重处罚的7种情形。

以行贿方式逃避安全生产监督管理,或者非法、违法生产作业,导致发生重大生产安全事故,具有上述司法解释第12条第1款第(五)项规定情形(该项内容为:采取弄虚作假、行贿等手段,故意逃避、阻挠负有安全监督管理职责的部门实施监督检查的),依照数罪并罚的规定处罚。

犯有本罪行为,在安全事故发生后积极组织、参与事故抢救,或者积极配合调查、主动赔偿损失的,可以酌情从轻处罚。

十五、强令违章冒险作业罪

(一) 强令违章冒险作业罪的概念

强令违章冒险作业罪,是指强令他人违章冒险作业,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。

(二) 强令违章冒险作业罪的构成特征

1. 侵犯客体是作业的安全。正常的作业安全秩序既是作业人员及现场其他人员的生命、健康安全的保障,也是公私财产安全的保障。实践中发生强令他人违章作业的行为,对正常的作业安全秩序构成破坏,也就发生危害不特定多人生命、健康和公私财产安全的重大事故,危害公共安全。

2. 客观方面表现为强令他人违章冒险作业,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。“强令他人违章冒险作业”,是指明知存在事故隐患,继续作业存在危险,仍然违反有关安全管理的规定,实施下列四种行为之一的:一是利用组织、指挥、管理职权,强制他人违章作业的;二是采取威逼、胁迫、恐吓等手段,强制他人违章作业的;三是故意掩盖事故隐患,组织他人违章作业的;四是其他强令他人违章作业的行为。本罪是结果犯,对重大伤亡事故或者造成其他严重后果的理解同重大责任事故罪。

3. 犯罪主体为一般主体,包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等人员。

4. 主观方面表现为过失。实践中多为过于自信的过失,即负责管理施工、作业等工作的有关人员,明知自己的决定违反安全作业的规章制度,可能会导致安全事故的发生,但却心存侥幸,自认为不会出事,从而强令他人违章冒险作业。

(三) 强令违章冒险作业罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。区分的关键在于强令他人违章冒险作业是否造成了重大伤亡

事故或者其他严重后果。

2. 划清强令违章冒险作业罪与重大责任事故罪的界限。《刑法修正案（六）》第1条第2款单独规定了不同于该条第1款重大责任事故罪的罪状和法定刑，从而独立成为一个罪名即强令违章冒险作业罪。该罪在犯罪主体的范围、客观行为表现等方面均不同于重大责任事故罪，其危害更严重，故法定刑设定重于重大责任事故罪，这体现了罪责刑相适应的原则。

（四）强令违章冒险作业罪的法定刑

《刑法修正案（六）》第1条第2款规定，犯强令违章冒险作业罪，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处5年以上有期徒刑。对“情节特别恶劣”的理解同重大责任事故罪。请参照最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》，该解释第12条还规定了从重处罚的七种情形。以行贿方式强令他人违章冒险作业，具有上述所列从重处罚七种情形第五种的，依照数罪并罚的规定处罚。

第十六章 破坏社会主义市场经济秩序罪

第一节 破坏社会主义市场经济秩序罪概述

一、破坏社会主义市场经济秩序罪的概念

破坏社会主义市场经济秩序罪，是指违反国家市场经济管理法规，破坏市场经济秩序，使社会主义市场经济遭受严重损害的行为。

二、破坏社会主义市场经济秩序罪的共同特征

1. 侵犯客体是我国的经济秩序。刑法规范本类犯罪旨在保护我国业已初建和继续完善的社会主义市场经济秩序。市场经济是竞争经济，公平正当的自由竞争是市场经济的本质特征。竞争需要自由、平等、公正、诚实信用，没有自由、平等、公正、诚实信用，市场经济就缺乏活力和良好的市场秩序。自由、平等、公正、诚实信用的市场经济秩序在建立和维护的同时遇到与之对抗的不法经济行为是不可避免的。国家通过法律（包括刑法在内）对其进行规制，以保证市场经济秩序的井然有序，从而保障市场经济的强劲活力是十分必要的。刑法将破坏经济秩序的严重不法经济行为规定为犯罪是理所当然的。刑法分则第三章比较全面科学地规范了各种破坏经济秩序的犯罪行为，从而为我国社会主义市场经济秩序的建立和维护提供了法律上的可靠保障。

2. 客观方面表现为违反国家的市场经济管理法规，破坏市场经济秩序，严重损害社会主义市场经济的行为。

违反国家的市场经济管理法规是本类犯罪在客观方面成立的前提。按照刑法分则第三章的规定，生产、销售伪劣商品罪的客观方面违反了《中华人民共和国产品质量法》、《中华人民共和国标准化法》等产品质量管理法规；走私罪的客观方面违反了《中华人民共和国海关法》等海关法规；妨害对公司、企业的管理秩序罪的客观方面违反了《中华人民共和国公司法》等公司、企业管理法规；破坏金融管理秩序罪的客观方面违反了《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国证券法》等金融管理法规；金融诈骗罪虽突出了其诈骗手段的特点，但该类罪违反国家的银行法规也是显而易见的；危害税收征管罪的客观方面违反了《中华人民共和国税收征收管理法》、《中华人民共和国增值税暂行条例》等税收征管的法规；侵犯知识产权罪的客观方面违反了《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国著作权法》等知识产权的法律规定；扰乱市场经济秩序罪的客观方面违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》、《中华人民共和国广告法》等规范市场正当竞争秩序的法规。在司法实践中，能否正确地认定某种行为是否构成了刑法分则第三章规定的破坏社会主义市场经济秩序罪，熟知具体的经济管理法规是十分重要的一个环节，它是确定罪与非罪、此种犯罪与彼种犯罪的法律标准。

破坏市场经济秩序的行为造成一定的结果或达到一定的程度一般是本类犯罪在客观方面

的必备要素。至于造成何种结果、达到何种程度才应以犯罪论处,刑法分则第三章大体有如下几种规定:

(1) 以数额大小作为标准。这里可分为以下几种情况:①以具体数额为依据。②以具体数额加相关数额的比例为依据。③以抽象的数额较大或数额巨大为依据。为了方便司法操作和执法的统一,立法上的抽象规定还须司法上作出解释,即以具体数额或数额幅度为数额较大、数额巨大的标准。在区分破坏经济秩序类罪和一般经济违法行为的界限中,数额的大小常常起到重要作用,这是因为数额能形象、具体、客观地显现出某些行为的社会危害程度。

(2) 以后果状况作为标准。这里可分为以下几种情况:①以足以发生某种后果为依据(刑法理论上称“危险犯”)。②以发生某种后果为依据(刑法理论上称“实害犯”)。③以抽象的后果严重为依据(刑法理论上称“实害犯”)。以上三种后果状况既包含了危险犯,也包含了实害犯,但都是法律规定构成有关犯罪的结果要件。

(3) 以情节严重作为标准。在刑法分则第三章的部分犯罪中,对构成犯罪的结果程度仅要求实施某种行为,达到情节严重即成立犯罪。此外,在本章的有关犯罪中,将严重情节与数额大小、后果状况并列为成立某种犯罪的结果要件。关于情节严重作为某些犯罪成立的条件,立法上表现为笼统的规定方式时,应理解为数额、后果等因素均含在内;立法上表现为与数额、后果并列的规定方式时,应理解为除去数额、后果因素的其他内容。

本类犯罪中少数罪的客观要件只规定实施某些行为即成立犯罪,这在刑法理论上称做行为犯,从本章规定的某些犯罪看,均属性质严重的破坏市场经济秩序罪。这说明我国刑法对于那些针对我国社会主义市场经济秩序构成严重侵害的行为实行坚决干预的原则,予以严厉禁止,不考虑是否发生了某种结果。因为这些行为的本身已具有严重的社会危害性。

对于本类犯罪客观要件中的第二点、第三点来说,它们是确定罪与非罪、此种犯罪与彼种犯罪的法定的事实标准。

3. 犯罪主体是个人或单位。本类犯罪主体的一个显著特征是绝大多数犯罪的主体均可由单位构成。据统计,在本类罪中,单位犯罪主体占据 80 多个罪名,这其中属纯正的单位犯罪有 7 个,即《刑法》第 161 条规定的违规披露、不披露重要信息罪的主体是依法负有信息披露义务的公司、企业,第 162 条规定的妨害清算罪、第 162 条之二规定的虚假破产罪的主体是公司、企业,第 185 条之一第 1 款规定的背信运用受托财产罪的主体是商业银行、证券交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或其他金融机构,第 185 条之一第 2 款规定的违法运用资金罪的主体是社会保障基金管理机构、住房公积金管理机构、保险公司、保险资产管理公司、证券投资基金管理公司,第 190 条规定的逃汇罪的主体是公司、企业或其他单位。

个人作为犯罪主体分两种情况,一是一般主体即可构成,如生产、销售伪劣商品罪,信用卡诈骗罪等诸多破坏经济秩序的犯罪;二是特殊主体构成的破坏经济秩序罪,如《刑法》第 163 条规定的非国家工作人员受贿罪的主体限定为公司、企业或其他单位人员,第 165 条规定的非法经营同类营业罪的主体只能是国有公司、企业的董事、经理,第 171 条第 2 款规定的金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪的主体限定为银行或者其他金融机构的工作人员,第 198 条规定的保险诈骗罪的主体只能是投保人、被保险人、受益人,等等。在本章犯罪中,由特殊主体构成的具体罪相对来说是少数。

4. 犯罪主观方面表现为多由故意构成,并且一般具有非法牟利之目的。在故意犯罪中,法律规定有些犯罪必须具有特定目的方可成立,如以非法占有为目的、以营利为目的等。本

类犯罪中存在少数罪的主观心理状态为过失的情况,比如,《刑法》第167条规定的签订、履行合同失职被骗罪、第229条第3款规定的出具证明文件重大失实罪等。

第二节 本章要求掌握的犯罪

一、生产、销售伪劣产品罪

(一) 生产、销售伪劣产品罪的概念

生产、销售伪劣产品罪,是指生产者、销售者在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品,销售金额达5万元以上的行为。

(二) 生产、销售伪劣产品罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对普通产品质量的管理制度。普通产品是指除刑法另有规定的药品、食品、医用器材、涉及人身和财产安全的电器等产品,农药、兽药、化肥、种子、化妆品等产品以外的产品。国家对产品质量的管理制度是指国家通过法律、行政法规等规范产品生产的标准,产品出厂或销售过程中的质量监督检查内容,生产者、销售者的产品质量责任和义务、损害赔偿、法律责任等制度。生产、销售伪劣产品罪侵犯了国家对产品质量的上述管理制度,生产、销售不符合产品质量标准的伪劣产品扰乱产品质量监督管理秩序,侵犯广大消费者的合法权益。

2. 客观方面表现为生产者、销售者违反国家的产品质量管理法律、法规,生产、销售伪劣产品的行为。违反产品质量管理法律、法规一般是指违反《中华人民共和国产品质量法》、《中华人民共和国标准化法》、《中华人民共和国计量法》、《工业产品质量责任条例》以及有关省、自治区、直辖市制定的关于产品质量的地方性法规、规章、有关行业标准规则等。关于伪劣产品的界定标准,在上述产品质量法规中有规定。本罪在客观方面的行为表现主要是在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好,以不合格产品冒充合格产品。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条的规定:(1)在产品中掺杂、掺假,是指在产品中掺入杂质或者异物,致使产品质量不符合国家法律、法规或者产品明示质量标准规定的质量要求,降低、失去应有使用性能的行为。(2)以假充真,是指以不具有某种使用性能的产品冒充具有该种使用性能的产品的行为。(3)以次充好,是指以低等级、低档次产品冒充高等级、高档次产品,或者以残次、废旧零配件组合、拼装后冒充正品或者新产品的行为。(4)不合格产品,是指不符合《中华人民共和国产品质量法》第26条第2款规定的质量要求的产品。根据法律规定的精神,上述四种行为属选择行为,即行为人具有上述四种行为之一的就构成生产、销售伪劣产品罪。行为人如果同时具有上述两种行为或两种以上行为的,也应视为一个生产、销售伪劣产品罪,不实行数罪并罚。生产、销售伪劣产品的金额达到5万元以上是构成生产、销售伪劣产品罪在客观上所要求的内容。

3. 犯罪主体是个人和单位,表现为产品的生产者和销售者两类人。生产者即产品的制造者(含产品的加工者),销售者即产品的批量或零散经销售卖者(含产品的直销者)。至于生产者、销售者是否具有合法的生产许可证或者营业执照不影响本罪的成立。

4. 主观方面表现为故意,一般具有非法牟利的目的。行为人的故意表现为在生产领域内有意制造伪劣产品。在销售领域内分两种情况:一是在销售产品中故意掺杂、掺假;二是

明知是伪劣产品而售卖。

(三) 生产、销售伪劣产品罪的认定

1. 划清生产、销售伪劣产品罪与非罪行为的界限。关键是从行为人主观上是否故意和客观方面的结果来考虑。当行为人故意制造、销售伪劣产品，销售金额达到法律规定的5万元以上时，即成立犯罪；销售金额不满5万元的制售伪劣产品的行为一般属违法行为，可由工商行政管理部门依法给予行政处罚。对于实践中发生的仅仅查处到伪劣产品本身，而难以甚至根本无法查清伪劣产品的销售金额的案件，根据《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，“伪劣产品尚未销售，货值金额达到刑法规定的销售金额3倍以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚”。

2. 划清生产、销售伪劣产品罪与其他犯罪的界限。这主要是指生产、销售伪劣产品罪与生产、销售假药、不符合卫生标准的食品或有毒、有害、不符合标准的医疗器材、不符合卫生标准的化妆品等生产、销售特定的伪劣商品犯罪的界限，它们的区别主要是犯罪对象，即伪劣产品种类的不同。如前所述，本罪生产、销售的是普通物品，生产、销售假药罪等犯罪生产、销售的是特定物品。根据《刑法》第140条、第149条的规定，生产、销售伪劣产品罪与生产、销售假药罪等第141条、148条规定的犯罪之间存在法条竞合关系，即第140条属于普通法，第141条至第148条属于特别法。在法条竞合的情况下，特别法应当优于普通法适用，这是处理特别法与普通法关系的基本原则，也是《刑法》第149条第1款规定之基本精神。但第149条第2款同时又规定，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条规定的犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。这一规定体现了择重而处的精神，应属特别法优于普通法适用原则的例外规定。

根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第10条的规定，生产、销售不符合食品安全标准的食品添加剂，用于食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂，或者用于食品生产经营的工具、设备等，构成犯罪的，以本罪定罪处罚。

(四) 生产、销售伪劣产品罪的法定刑

我国《刑法》第140条规定，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倍以下罚金；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。

我国《刑法》第150条规定，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，依照第140条的规定处罚。

二、生产、销售假药罪

(一) 生产、销售假药罪的概念

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，生产、销售假药的行为。

(二) 生产、销售假药罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体，既侵犯了国家对药品的管理制度，又侵犯了不特定多数人的

身体健康权利。药品,是指用于预防、治疗、诊断人的疾病,有目的地调节人的生理机能并规定有适应证、用法和用量的物质。国家制定了一系列关于药品管理的法律和法规,建立了一套保证药品质量、增进药品疗效、保障用药安全的完整管理制度。

生产、销售假药的行为构成对国家关于药品管理制度的侵犯,并同时危害公众的身体健康。

2. 客观方面表现为生产者、销售者违反国家的药品管理法律、法规,生产、销售假药的行为。《刑法修正案(八)》第23条将《刑法》第141条第1款规定的生产、销售假药罪修改为行为犯,构成该罪不需要有“足以严重危害人体健康”的危险发生。违反药品管理的法律、法规主要是指违反《中华人民共和国药品管理法》以及为贯彻该法而制定的《中华人民共和国药品管理法实施办法》、《药品生产质量管理规范》等法律、法规。上述法律和法规中就药品成分、药品标准、药品生产工艺规程、药品经营条件、药品监督等药品生产、经营和管理的内容作了明确规定。《刑法》第141条2款规定:“本条所称假药,是指依照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于假药和按假药处理的药品、非药品。”

根据2014年11月18日“两高”发布的《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条第1款的规定,实施下列3种行为之一的,应认定为“生产”:(1)合成、精制、提取、储存、加工炮制药品原料的行为;(2)将药品原料、辅料、包装材料制成成品过程中,进行配料、混合、制剂、储存、包装的行为;(3)印制包装材料、标签、说明书的行为。销售假药的行为是指一切有偿提供假药的行为。上述司法解释第6条第2款规定,医疗机构、医疗机构工作人员明知是假药而有偿提供给他人使用,或者为出售而购买、储存的行为,应认定为“销售”。生产、销售假药是两种行为,可以分别实施,也可以既生产假药又销售假药,同时存在两种行为。按照法律关于本罪的客观行为规定,只要具备其中一种行为即符合该罪的客观要求。如果行为人同时具有上述两种行为,仍视为一个生产、销售假药罪,不实行数罪并罚。而生产、销售假药对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的则属结果加重犯,对其处以较重的刑罚。

3. 犯罪主体为个人和单位,表现为假药的生产者和销售者两类人。生产者即药品的制造、加工、采集、收集者,销售者即药品的有偿提供者,如医疗机构。

4. 主观方面表现为故意,一般是出于营利的目的。当然,生产者、销售者是否出于营利目的并不影响本罪的成立。行为人的主观故意表现为在生产领域内有意制造假药,即认识到假药足以危害人体健康而对此持希望或放任的态度。医疗机构知道或者应当知道是假药而使用或者销售,以销售假药罪追究刑事责任。

(三) 生产、销售假药罪的认定

1. 划清生产、销售假药罪与生产、销售伪劣商品类犯罪中其他罪的界限。(1)对于同时构成生产、销售假药罪和生产、销售伪劣产品罪的,根据《刑法》第149条第2款规定的精神,应按处罚较重的生产、销售假药罪定罪处罚。这符合前述法条竞合的适用原则。(2)生产、销售假药罪与生产、销售劣药罪的区别界限:①犯罪对象不同:一个是假药,一个是劣药。②犯罪形态不同:生产、销售假药罪是行为犯,而生产、销售劣药罪是实害犯,即对人体健康造成严重危害的方构成犯罪。

2. 生产、销售假药案件中,以共同犯罪论处的认定。根据上述司法解释第8条的规定,明知他人生产、销售假药,有下列4种情形之一的,以共同犯罪论处:(1)提供资金、贷

款、账号、发票、证明、许可证件的；(2) 提供生产、经营场所、设备或者运输、储存、保管、邮寄、网络销售渠道等便利条件的；(3) 提供生产技术或者原料、辅料、包装材料、标签、说明书的；(4) 提供广告宣传等帮助行为的。

3. 生产、销售假药案件中，涉及相关犯罪的认定处罚。根据上述司法解释第7条、第10条的规定：(1) 违反国家药品管理法律法规，未取得或者使用伪造、变造的药品经营许可证，非法经营药品，情节严重的，以非法经营罪论处；(2) 以提供给他人生产、销售药品为目的，违反国家规定，生产、销售不符合药用要求的非药品原料、辅料，情节严重的，以非法经营罪论处；(3) 实施符合(2)的行为，同时又构成生产、销售伪劣产品罪、以危险方法危害公共安全罪等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚；(4) 实施生产、销售假药犯罪，同时构成生产、销售伪劣产品、侵犯知识产权、非法经营、非法行医、非法采供血等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

(四) 生产、销售假药罪的法定刑

《刑法修正案(八)》第23条修订后的《刑法》第141条规定，个人犯生产、销售假药罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；生产、销售假药对人体健康造成严重危害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；生产、销售假药，致人死亡或者有其他特别严重情节的，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。

根据《刑法》第150条的规定，单位犯生产、销售假药罪的，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，按个人犯生产、销售假药罪的法定刑处罚。

三、走私普通货物、物品罪

(一) 走私普通货物、物品罪的概念

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、邮寄国家禁止进出口的武器、弹药、核材料、假币、珍贵动物及其制品、珍稀植物及其制品、淫秽物品、毒品以及国家禁止出口的文物、金银和其他贵重金属以外的货物、物品进出境，偷逃应缴纳税额较大或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的行为。

(二) 走私普通货物、物品罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对普通货物、物品进出口的监督管理制度和关税征管制度。违反海关的监管、查验制度，偷逃应缴纳税额是走私普通货物、物品罪的特点。

2. 客观方面表现为行为人违反海关法规，逃避海关监管，走私普通货物、物品，偷逃应缴税额数额较大的或者虽未达到税额较大但一年内因走私受到二次行政处罚后又走私的。根据“两高”2014年8月12日公布的《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第16条的规定，走私普通货物、物品个人“偷逃应缴税额较大”指的是在10万元以上不满50万元的情形；单位“偷逃应缴税额较大”指的是在20万元以上不满100万元的情形。普通货物、物品，是指《刑法》第151条规定的武器、弹药、核材料、假币、文物、贵重金属、珍贵动物及其制品、珍稀植物及其制品，第152条规定的淫秽物品以及第347条规定的毒品以外的其他货物、物品，包括限制进出口的货物、物品在内。此外，下列行为还构成走私普通货物、物品罪或以走私普通货物、物品罪论处：(1) 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;(2)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;(3)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;(4)在内海、领海、界河、界湖运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品,数额较大,没有合法证明的。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面表现为直接故意,具有偷逃关税的目的。

与走私普通货物、物品罪的罪犯通谋,为其提供贷款、资金、账号、发票、证明,或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的,以走私普通货物、物品罪的共犯论处。

(三) 走私普通货物、物品罪的认定

1. 划清走私普通货物、物品罪与一般走私行为的界限。根据《刑法》第153条的规定,两者区别的关键是走私普通货物、物品偷逃应缴关税税款额是否达到较大或者是多次走私。未达数额较大的按照一般走私行为处理,达到数额较大的构成走私普通货物、物品罪;多次走私,指一年内因走私受过二次行政处罚后又走私的。未达数额较大但符合多次走私规定的,以走私罪论处。

2. 区分走私普通货物、物品罪与其他有关走私罪的界限。两者区别的关键是走私对象的不同。走私武器、弹药等特殊性质的物品分别构成不同的走私罪,走私除特殊性质物品以外的普通货物、物品的构成本罪。根据上述司法解释第22条的规定,在走私的普通货物、物品中藏匿枪支、弹药等特殊性质的物品,构成数罪的,实行数罪并罚。

(四) 走私普通货物、物品罪的法定刑

《刑法》第153条规定,个人犯走私普通货物、物品罪,偷逃应缴税额较大或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的,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;偷逃应缴税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,并处偷逃应缴税额1倍以上5倍以下罚金;偷逃应缴税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,并处偷逃应缴税额1倍以上5倍以下罚金或者没收财产。单位犯走私普通货物、物品罪,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。

对多次走私未经处理的,按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税款额处理。武装掩护走私的,按照《刑法》第151条第1款的规定从重处罚。

以暴力、威胁方法抗拒缉私的,以走私普通货物、物品罪和妨害公务罪实行数罪并罚。

四、非国家工作人员受贿罪

(一) 非国家工作人员受贿罪的概念

非国家工作人员受贿罪,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,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。

(二) 非国家工作人员受贿罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家对公司、企业以及非国有事业单位、其他组织的工作人员职务活动的管理制度。在市场经济的运行机制中,公司、企业以及事业单位、其他组织,后者如教育、科研、医疗、体育、出版等单位,扮演着十分重要的角色。这些单位的工作人员通过自

己合法的职务活动，使公司、企业、事业单位等在市场经济体制中的角色得以正常而出色的发挥。因此，有关法律对这些单位的工作人员职务活动作了规范，建立起一套明确的管理制度。相关人员受贿罪则是对这套管理制度的直接侵犯，从而产生公司、企业、事业单位等管理层的腐败，危害公司、企业、事业单位的根本利益，破坏正常的社会主义市场公平竞争的秩序。

2. 客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。利用职务上的便利是本罪在客观方面的重要因素，是指公司、企业以及事业单位、其他组织的工作人员利用本人组织、领导、监督、管理等职权以及利用与上述职权有关的便利条件。索取他人财物是指利用组织、领导、监督、管理等职务上的便利，主动向有求于行为人职务行为的请托人索要财物。非法收受他人财物是指利用组织、领导、监督、管理等职务上的便利，为请托人办事，接受请托人主动送给的财物。为他人谋取利益是指行为人索要或收受他人财物，利用职务之便为他人或允诺为他人实现某种利益。该利益是合法还是非法，该利益是否已谋取到，均不影响本罪的成立。数额较大是指接受贿赂即财物的数额较大。接受了数额较大的贿赂，则构成该罪的既遂。《刑法修正案（六）》第7条修改了《刑法》第163条第2款的规定，公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以非国家工作人员受贿罪处罚。

3. 犯罪主体是特殊主体，即非国家工作人员，也就是公司、企业或者其他单位的工作人员。公司、企业的工作人员是指在公司、企业中从事领导、组织、管理工作的人员，如公司的董事、监事以及公司、企业的经理、厂长、财会人员以及其他受公司、企业聘用从事管理事务的人员。“其他单位的人员”包括非国有事业单位或者其他组织的工作人员，如教育、科研、医疗、体育、出版等单位的从事组织、领导以及履行监督、管理职责的人员。在国有公司、企业、国有其他单位中从事公务的人员和国有公司、企业、国有其他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利用职务上的便利受贿的，不成立非国家工作人员受贿罪，而应依照《刑法》第385条、第386条的受贿罪处罚。

4. 主观方面表现为故意，即公司、企业、其他单位人员故意利用其职务之便接受或索取贿赂，为他人谋取利益。

（三）非国家工作人员受贿罪的认定

1. 划清非国家工作人员受贿罪与非罪行为的界限。（1）按照《刑法》第163条的规定，构成非国家工作人员受贿罪必须是受贿数额较大的，不足较大数额的按一般受贿行为处理。数额较大的具体界限，根据最高人民法院1995年12月25日的《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，索取或者收受贿赂5000元至20000元的，属于数额较大。（2）公司、企业、其他单位人员在法律、政策许可的范围内，通过自己的劳动换取合理报酬的，不属于利用职务上的便利受贿，因而是合法行为而不是犯罪。（3）公司、企业、其他单位人员接受亲朋好友的一般礼节性馈赠，而没有利用职务上的便利为亲朋好友谋取利益的，不成立非国家工作人员受贿罪。上述（2）、（3）两点说明，区分非国家工作人员受贿罪与合法行为的界限，关键是看行为人获得的财物是否属于利用职务上的便利为他人谋利益而取得。（4）区分以收受回扣、手续费为特点的非国家工作人员受贿罪与正当业务行为的界限。在正常的市场交易行为中，取得符合《中华人民共和国反不正当

竞争法》规定的折扣、佣金是正当业务行为；而违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，为个人所有的，应认定为非国家工作人员受贿罪。

2. 划清非国家工作人员受贿罪与受贿罪的界限。两罪区分的关键在于犯罪主体的不同：本罪的主体是非国家工作人员，即公司、企业、其他单位人员；受贿罪的主体是国家工作人员以及以国家工作人员论的国有公司、企业、其他单位中从事公务的人员和国有公司、企业、国有其他单位委派到非国有公司、企业、其他单位从事业务的人员。

（四）非国家工作人员受贿罪的法定刑

我国《刑法》第163条规定，犯非国家工作人员受贿罪，受贿数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役；受贿数额巨大的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。（请参照最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》进行理解）

五、伪造货币罪

（一）伪造货币罪的概念

伪造货币罪，是指违反国家货币管理法规，仿照真货币的形状、色彩、图案等特征，使用各种方法非法制造出假货币，冒充真货币的行为。

（二）伪造货币罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对货币的管理制度，具体指破坏货币的公共信用和侵害货币的发行权。伪造货币罪，其恶果是破坏货币的公共信用及货币的币值稳定，对经济交易的安全直接构成严重危害。货币是本罪侵害的对象，包括人民币和外币。根据最高人民法院《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第4条的规定，以中国人民银行发行的普通纪念币和贵金属纪念币为对象非法制造纪念币，以伪造货币罪认定。

2. 客观方面表现为伪造货币的行为。伪造是指没有货币发行权的人，仿照真货币的图案、形状、色彩等特征制造假币，以假充真。伪造的方法多种多样，如手描、拓印、机器印制、影印、复印以及高科技印制手段。

3. 犯罪主体是一般主体，即个人。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知自己不具有货币发行权，而有意伪造货币。

（三）伪造货币罪的认定

1. 伪造货币构成犯罪的数额标准问题。刑法虽未规定数额，但仍需遵循《刑法》第13条“情节显著轻微，危害不大的，不认为是犯罪”的“但书”规定。最高人民法院2000年9月14日发布的《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》规定，伪造货币的总面额在2000元以上不满3000元或者币量在200张（枚）以上不足3000张（枚）的，应依法追究刑事责任。

2. 伪造货币并出售或者运输的，伪造货币并持有或者使用的定罪处罚问题。伪造货币并出售或者运输的，伪造货币并持有或者使用的定罪处罚，按照《刑法》第171条第3款的规定，行为人伪造货币并出售或者伪造货币并运输的，不能认定为数罪进行并罚处理，而应按一个伪造货币罪定罪从重处罚。对于本人伪造货币后而持有，其持有行为不单独成立犯罪，而是包含在伪造货币行为之中，自应以一个伪造货币罪定罪处罚。对于本人伪造货币后而使用的，符合行为人为牟利而伪造货币的同一个犯意，其使用自己伪造的货币也应按照一

个伪造货币罪处罚。持有、使用伪造的货币单独成立犯罪必须是没有证据证明是自己伪造的货币,即明知是他人伪造的货币而有意识占有的状态或者使用的行为。

根据最高人民法院《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第2条的规定,同时采用伪造和变造手段,制造真伪拼凑货币的行为,以伪造货币罪定罪处罚。第5条规定,以使用为目的,伪造停止流通的货币,或者使用伪造的停止流通的货币的,以诈骗罪定罪处罚。

(四) 伪造货币罪的法定刑

《刑法修正案(九)》第11条对《刑法》第170条修订后规定,犯伪造货币罪,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;犯伪造货币罪,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)伪造货币集团的首要分子,即指在伪造货币集团中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子;(2)伪造货币数额特别巨大,根据司法解释是指伪造货币的总面额在3万元以上的;(3)有其他特别严重的情节,即指伪造的方法具有特别严重的危害性,如金融、财务人员利用工作之便伪造货币数额巨大的,伪造后在市场流通影响很坏的,暴力抗拒查处的,有伪造货币劣迹甚至是累犯的,等等。

六、骗取贷款、票据承兑、金融票证罪

(一) 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的概念

骗取贷款、票据承兑、金融票证罪,是指以虚构事实或者隐瞒真相的欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等,给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。

(二) 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的构成特征

1. 侵犯的客体是金融秩序与安全。该罪在于以欺骗手段取得银行等金融机构的信用与贷款,使金融资产运行处于无法收回的风险之中,并扰乱正常的金融管理秩序,危及金融安全。

2. 客观方面表现为以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等,给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。该行为的手段是欺骗,所指对象是银行等金融机构的金融资产,即以虚构事实、隐瞒真相的方式骗取银行的贷款和信用。如谎报贷款用途、编造或夸大偿还能力等,从银行等金融机构获得贷款或骗取银行开具以金融机构信用为基础的票据承兑、信用证、保函等。由于欺骗导致银行或其他金融机构的金融资产无法收回,从而造成了银行等金融机构的重大损失是本罪在客观方面的表现。当然具有“其他严重情节”也是本罪在客观上的表现,如骗取手段恶劣,多次骗取金融资产、使巨额金融资产处于无法收回的巨大风险之中,曾因欺骗金融机构受处罚后又欺骗金融机构的情形等。

3. 犯罪主体是一般主体,包含自然人和单位。

4. 主观方面表现为故意。单位犯本罪的,主观罪过既包含了具有非法占有金融资产的目的,也包含不具有非法占有金融资产的目的的情形。自然人犯本罪的,主观罪过仅指不具有非法占有目的的情形,这一点是本罪与以非法占有为目的的贷款诈骗罪的主要区别点,如果有充分、确实的证据认定或者推定行为人具有非法占有金融资产的目的而骗取了银行等金融机构的贷款,应以贷款诈骗罪论处;反之,如果没有充分、确实的证据能够证明行为人具有非法占有的目的,则可以骗取贷款罪论处。

（三）骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。本罪的成立，要求必须是给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节，如果行为人的欺骗行为并未造成重大损失，也不具有其他严重情节的，则不构成犯罪。

2. 本罪为选择性罪名，包含了骗取贷款、票据承兑、金融票证三种行为。当行为人实施了其中一种行为时，即可构成本罪；当行为人实施了其中两种以上的行为时，仍成立本罪一罪，不实行数罪并罚。

（四）骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的法定刑

依据《刑法修正案（六）》第10条增订的《刑法》第175条之一的规定，自然人犯骗取贷款、票据承兑、金融票证罪，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；给银行或者其他金融机构造成特别重大损失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。

单位犯骗取贷款、票据承兑、金融票证罪，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接负责人员，依照自然人犯本罪的规定处罚。

七、非法吸收公众存款罪

（一）非法吸收公众存款罪的概念

非法吸收公众存款罪，是指违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收或者变相吸收资金，扰乱金融秩序的行为。

（二）非法吸收公众存款罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家的金融管理秩序。

2. 客观方面表现为非法吸收或者变相吸收公众存款的行为。根据《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，同时具备以下四个条件的应认定为“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”的行为：（1）未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；（2）通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；（3）承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；（4）向社会公众即社会不特定对象吸收资金。上述四个条件涉及“非法吸收”“变相吸收”“向社会公开宣传”“社会公众”等关键术语。“非法吸收”，指未经中国人民银行依法批准，以存款的形式向社会公众吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动。“变相吸收”，指不以存款的名义而是借用合法经营的形式等向社会公众吸收资金，从而达到吸收公众存款的目的行为。例如以投资入股、委托理财、代种植、租种植、联合种植等方式非法向社会公众吸收资金，承诺一定期限内以货币、实物、股权等方式给付回报。“向社会公开宣传”，指以各种途径向社会公众传播吸收资金的信息，以及明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任等情形。“社会公众”，指社会不特定对象。但在“针对特定对象吸收资金”的行为中有两种情形应当认定为向社会公众吸收资金：一是在向亲友或单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的；二是以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其吸收资金的。

3. 犯罪主体是一般主体，包括自然人和单位。

4. 主观方面表现为故意，包括直接故意和间接故意。例如不具有销售商品或提供服务、

发行股票或债券、募集基金、销售保险等活动的真实内容而以各种相应的虚假方式非法吸收资金的,其直接故意的主观心理十分明显。在放任特定对象向社会不特定对象吸收资金的情形下则属间接故意。

(三) 非法吸收公众存款罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。未向社会公开宣传,在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的,不属于非法吸收公众存款或变相吸收公众存款的行为,因而也不成立本罪。刑法条文对本罪的成立虽未作任何情节的限制,但依《刑法》第13条“但书”的规定,非法吸收公众存款行为情节显著轻微危害不大的,不作为犯罪处理。根据《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,具有下列四种情形之一的,作为犯罪追究刑事责任:(1)个人非法吸收或变相吸收公众存款达20万元以上的,单位非法吸收或变相吸收公众存款达100万元以上的;(2)个人非法吸收或变相吸收公众存款对象30人以上的,单位非法吸收或变相吸收公众存款对象150人以上的;(3)个人非法吸收或变相吸收公众存款,给存款人造成直接经济损失数额达10万元以上的,单位非法吸收或变相吸收公众存款,给存款人造成直接经济损失达50万元以上的;(4)造成恶劣社会影响或者其他严重后果的。

为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助,从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用,构成非法集资共同犯罪的,应当依法追究刑事责任。

2. 划清本罪与有关犯罪的界限。

在实践中,行为人非法吸收或变相吸收公众存款的活动,往往伴随虚假广告宣传,非法经营,欺诈发行股票或债券,擅自发行股票、公司企业债券,集资诈骗,组织、领导传销活动等犯罪行为,应从行为具体侵犯的客体、是否具有非法占有被害人财产的目的等方面加以区分,认定行为人构成相应的犯罪,如虚假广告罪,非法经营罪,欺诈发行股票、债券罪,擅自发行股票、公司、企业债券罪,集资诈骗罪,组织、领导传销活动罪等,而不以本罪论处。

(四) 非法吸收公众存款罪的法定刑

依据《刑法》第176的规定,自然人犯非法吸收公众存款罪,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。

单位犯非法吸收公众存款罪,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,依照自然人犯本罪的规定处罚。

关于“数额巨大”“其他严重情节”在相关司法解释中有规定。

关于该类案件的行政认定与处罚同司法认定与处罚的关系,见相关司法解释的规定。

八、妨害信用卡管理罪

(一) 妨害信用卡管理罪的概念

妨害信用卡管理罪,是指持有、运输伪造的信用卡或者数量较大的伪造的空白信用卡,非法持有数量较大的他人信用卡,使用虚假的身份证明骗领信用卡,或者出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领信用卡的行为。

(二) 妨害信用卡管理罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家的信用卡管理秩序。

2. 客观方面表现为妨害信用卡管理秩序的行为。具体包括四种情形:(1)明知是伪造的信用卡而持有、运输的,或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输,数量较大的;(2)非

法持有他人信用卡，数量较大的；(3) 使用虚假的身份证明骗领信用卡的；(4) 出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领信用卡的。按照法律规定，行为人只要实施上述行为之一的，就构成本罪；实施两种以上行为的，只构成一罪，不实行并罚。

3. 犯罪主体是一般主体。单位不能成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，“明知”应包含确切知道和推定其应当知道的含义。

(三) 妨害信用卡管理罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。对于持有、运输伪造的空白信用卡以及非法持有他人信用卡的两种行为，数量较大的才成立本罪，未达较大数量的不成立犯罪。对于伪造的信用卡、伪造的空白信用卡持有、运输的，只有主观上是明知的才构成犯罪，不能证明是确切知道或推定其应当知道的，则不成立犯罪。

2. 注意本罪为选择性罪名，既包含妨害行为（持有、运输、出售、购买、非法提供、骗领）的选择，也包含对象（伪造的信用卡、他人信用卡）的选择，行为人只要实施一种行为为侵害一种对象即可以成立本罪；行为人实施了两种以上行为，侵害两种对象的，仍为一罪，不实行并罚。

3. 划清本罪与有关信用卡类犯罪的界限。信用卡类犯罪十分复杂，妨害信用卡管理的犯罪行为与伪造信用卡行为的伪造金融票证罪、信用卡诈骗罪往往紧密联系。在这种情况下，涉及吸收犯、想象竞合犯、牵连犯，注意针对具体情况仔细区分。

(四) 妨害信用卡管理罪的法定刑

依《刑法修正案（五）》第1条增订的《刑法》第177条之一的第1款规定，犯妨害信用卡管理罪，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；数量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2万元以上20万元以下罚金。

九、窃取、收买、非法提供信用卡信息罪

(一) 窃取、收买、非法提供信用卡信息罪的概念

窃取、收买、非法提供信用卡信息罪，是指窃取、收买、非法提供他人信用卡信息资料的行为。

(二) 窃取、收买、非法提供信用卡信息罪的构成特征

1. 侵犯客体是信用卡管理秩序。犯罪对象是信用卡信息资料。

2. 客观方面表现为窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料。所谓窃取，是指在持卡人不知情的情况下，获取持卡人的账号、密码等信用卡的信息资料。目前常见的窃取方式有直接偷窥信息资料、以蒙骗手段获得信息资料等。所谓收买，是指以金钱或财物向持有持卡人信用卡信息资料者交换获得持卡人的信用卡信息资料。所谓非法提供，是指持有持卡人信息资料者违反规定，未经持卡人同意而向他人提供持卡人信用卡信息资料。行为人具有窃取、收买、非法提供行为之一的，即符合本罪的客观要件。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意。

(三) 窃取、收买、非法提供信用卡信息罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。关键是看行为人窃取、收买、非法提供的信息资料是不是信用卡资料。信用卡信息资料是发卡银行在发卡时使用专用设备写入信用卡磁条中的，作为

POS机、ATM机等终端机识别合法用户的数据，是一组有关发卡行代码、持卡人账户、账号、密码等内容的加密电子数据。一般的电话号码、家庭地址、职业状况等个人信息资料不属于信用卡信息资料，窃取、收买、非法提供这类信息资料情节并不严重的属于民事侵权行为，不以犯罪论处；窃取、收买、非法提供公民个人信息资料且情节严重的，根据《刑法修正案（七）》第7条增订的第253条之一的规定，成立非法获取公民个人信息罪和非法提供公民个人信息罪。

2. 划清本罪与有关信用卡类犯罪的界限。窃取、收买、非法提供信用卡信息资料的行为，实质上是伪造信用卡行为的伪造金融票证罪、信用卡诈骗罪的预备行为，为有效遏止和防范信用卡诈骗犯罪活动，立法上将其独立成罪。当这几类犯罪行为交织发生时，应仔细区分犯罪行为停止在何种阶段，即窃取、收买、非法提供他人信用卡信息资料的当时或之后，但利用这些信息资料伪造他人信用卡之前案发，则成立本罪与伪造金融票证罪的预备罪的想象竞合犯，按从一重处断原则，应以本罪论处；当用窃取、收买、非法提供的他人信用卡信息伪造了信用卡之后案发，则成立本罪与伪造金融票证罪的牵连犯，根据从一重处断原则，应以伪造金融票证罪论处；当用窃取、收买、非法提供的他人信用卡信息伪造了信用卡并实施了信用卡诈骗后案发，则成立本罪与伪造金融票证罪、信用卡诈骗罪三罪的牵连犯，根据从一重处断原则，应以信用卡诈骗罪论处。

（四）窃取、收买、非法提供信用卡信息罪的法定刑

依《刑法修正案（五）》第1条增订的《刑法》第177条之一的第2款规定，犯窃取、收买、非法提供信用卡信息罪的法定刑同妨害信用卡管理罪。本条第3款规定，银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利犯本罪的，从重处罚。

十、内幕交易、泄露内幕信息罪

（一）内幕交易、泄露内幕信息罪的概念

内幕交易、泄露内幕信息罪，是指证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券、期货的发行、交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，或者明示、暗示他人从事上述交易活动，情节严重的行为。

（二）内幕交易、泄露内幕信息罪的构成特征

1. 侵犯的客体是证券、期货市场的客观性、公正性，投资大众的利益，投资人对证券、期货市场信息的平等知情权。证券、期货市场的客观性、公正性是通过股票指数反映出来的。股票指数是股价波动的反映，股价是由众多的投资者根据各个上市公司的经营业绩、发展前景作出的市场评价，是众多人根据市场规律的选择，因此具有客观性。为保证股票指数的客观、准确，证券、期货法律规定上市公司、交易所以及有关管理部门应及时、有效地公布有可能影响股价的重大信息，让证券、期货市场自身迅速吸收消化，从而在股价指数的变动上客观、公正地反映出来。内幕交易、泄露内幕信息、明示、暗示他人从事交易活动的行为影响下的股票指数是不真实的、不客观的、不公正的。投资大众的利益受证券、期货市场经营好坏的直接影响，内幕交易、泄露内幕信息、明示、暗示他人从事交易活动的行为引起股价不正常地上涨或下跌，广大投资者盲目地跟随股价波动进行证券、期货交易，其渔利者是内幕人员，而广大投资者的利益受损失。证券、期货市场信息的平等知情权是市场经济的

公平竞争规则在证券、期货市场中的充分体现。参与证券、期货市场的竞争者享有平等的权利。而内幕人员往往拥有其他投资人无可比拟的股市信息的优越条件，允许其进行内幕交易、泄露内幕信息或明示、暗示其亲属、朋友、关系户从事内幕交易活动，则势必滥用股东和国家交给的权力，致使其他投资人处于显然不平等的地位。

2. 客观方面表现为行为人实行内幕交易，或者泄露内幕信息，或明示、暗示他人从事内幕交易活动，情节严重的行为。内幕交易指内幕人员利用尚未公开（即在内幕信息敏感期内）的内幕消息在证券市场上买卖证券的行为或者从事与内幕信息有关的证券、期货交易行为，包括知悉内幕消息继而利用该内幕消息从事证券、期货交易的行为过程。仅仅知悉内幕消息并未利用去从事证券或期货交易活动的，不构成犯罪。泄露内幕信息指违反法律关于禁止利用和扩散内幕消息的规定，将知悉的内幕消息透露给其他人，使其利用内幕信息进行内幕交易。具体表现为：在涉及证券的发行，证券、期货的交易或其他对证券、期货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，或者从事与内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，情节严重。内幕信息指证券、期货交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券、期货的市场价格有重大影响的尚未公开的信息。明示、暗示他人从事内幕交易活动，指内幕人员以直接或间接的方式示意他人利用上市公司的涉及证券、期货的内幕信息进行交易活动从中获利的行为。情节严重指证券交易成交额在 50 万元以上的；期货交易占用保证金数额在 30 万元以上的；获利或者避免损失数额在 15 万元以上的；内幕交易行为 3 次以上的；具有其他严重情节的。

3. 犯罪主体为特殊主体，即内幕人员，包括证券、期货交易内幕信息的知情人员和非法获取证券、期货交易内幕信息的人员。参见最高人民法院、最高人民检察院《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1、2 条的规定。

4. 主观方面表现为故意。其主观故意的内容是：（1）行为人认识到所利用的消息来自内部，并且尚未公开。（2）行为人认识到证券、期货交易行为是利用了内幕消息。（3）行为人实施内幕交易行为是希望获利的目的实现，即追求获得利益或避免损失结果的发生。泄露内幕信息是故意的，如因过失而泄露则不构成本罪，但获悉内幕信息并利用此信息进行证券、期货交易的构成本罪。

（三）内幕交易、泄露内幕信息罪的认定

1. 划清内幕交易、泄露内幕信息罪与非罪行为的界限。这里含两种情形：（1）情节是否严重是区分罪与非罪的关键。情节严重已如本罪客观要件所述。未达情节严重者不成立本罪，应按证券、期货交易法规进行行政处罚。（2）内幕交易行为构成的犯罪必须是由知悉内幕信息、利用内幕信息，并进行证券、期货交易一系列行为组成，仅仅知悉内幕信息的不构成犯罪。

2. 内幕交易、泄露内幕信息罪罪名的正确认定。本罪是选择性罪名。行为人如果同时具有客观表现中的三种行为且情节严重的，则只以一个内幕交易、泄露内幕信息罪定罪，不实行数罪并罚。

（四）内幕交易、泄露内幕信息罪的法定刑

根据《刑法修正案（一）》和《刑法修正案（七）》对《刑法》第 180 条第 1 款的修改，个人犯内幕交易、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。可参见最高人民法院、最高人民检察院《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条的规定。

单位犯内幕交易、泄露内幕信息罪，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。

十一、利用未公开信息交易罪

(一) 利用未公开信息交易罪的概念

利用未公开信息交易罪，是指证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券、期货交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动，情节严重的行为。

(二) 利用未公开信息交易罪的构成特征

1. 侵犯客体是金融管理秩序和投资者的合法权益。本罪针对近年来资产管理机构的从业人员“偷食”金融产品上涨盈利，即“老鼠仓”行为而设立。“老鼠仓”行为严重破坏金融管理秩序，损害金融产品交易市场的公平、公正和公开，严重损害投资者的利益和金融行业的信誉，同时也损害从业人员所在单位的利益，有必要用刑法规制。

2. 客观方面表现为行为人实施了利用职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券、期货交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动，情节严重的行为。“内幕信息以外的其他未公开的信息”，主要是指资产管理机构、代客投资理财机构即将用客户资金投资购买某个证券、期货等金融产品的决策信息，这类信息因不属于法律规定的“内幕信息”，也没有要求必须公开。“违反规定，从事与该信息相关的证券、期货交易活动”，指违反证券投资基金法等法律、行政法规所规定的禁止基金等资产管理机构的从业人员从事损害客户利益的交易等行为，以及证监会发布的禁止资产管理机构的从业人员从事违背受托义务的交易活动等行为。具体表现为，该从业人员在用客户资金买入证券或者其衍生品、期货或者期权合约等金融产品前，自己先行买入，或者在卖出前，自己先行卖出等行为，这种行为俗称从业人员自建“老鼠仓”。“明示、暗示他人从事相关交易活动”，指行为人在自建“老鼠仓”的同时，常常以直接或者间接方式示意他人也同时建仓。“情节严重”，指多次建“老鼠仓”的；建仓非法获利数额巨大的；或因建仓致使客户资产遭受严重损失的等情形。

3. 犯罪主体是特殊主体，即证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员。单位不构成本罪。

4. 主观方面表现为故意，建“老鼠仓”是为了非法获利。

(三) 利用未公开信息交易罪的认定

1. 划清利用未公开信息交易罪与非罪行为的界限。关键看建“老鼠仓”行为是否达到情节严重。情节严重已如本罪客观要件所述。未达情节严重者不构成犯罪，应按证券投资基金法、行政法规以及证监会发布的相关规定处理。

2. 划清利用未公开信息交易罪与内幕交易、泄露内幕信息罪的界限。二罪的主要区别有两点：一是信息内容的不同。内幕信息主要是围绕上市公司本身的信息；而“老鼠

仓”所利用的信息一般属于资产管理机构、代客投资理财机构内部的商业秘密，是内幕信息以外的其他未公开信息。二是侵犯的利益不同。内幕交易行为侵犯的主要是不特定的社会公众投资者和股民的合法权益，而“老鼠仓”交易行为主要是损害资产管理机构的客户的利益。

(四) 利用未公开信息交易罪的法定刑

根据《刑法修正案（七）》第2条增订的《刑法》第180条第4款的规定，犯利用未公开信息交易罪的，其法定刑同自然人犯内幕交易、泄露内幕信息罪的规定。

十二、洗钱罪

(一) 洗钱罪的概念

洗钱罪，是指明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益，而采用掩饰、隐瞒其来源和性质的方法，从而使其“合法化”的行为。

(二) 洗钱罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家关于金融活动的管理制度和社会治安管理秩序。正常的金融业务活动禁止因犯罪而获得的利益通过金融活动“合法化”，洗钱行为通过金融机构进行则直接侵犯国家有关金融活动的管理制度。因洗钱活动是伴随毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪，其主要危害在于刺激、促进以攫取财产为目的的犯罪的发生，不利于惩治和预防犯罪，故对社会治安管理秩序构成破坏。

2. 客观方面表现为行为人故意采用各种手段使毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益转换为“合法财产”的行为。根据《刑法》第191条的规定，洗钱罪的上游犯罪限定在毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的范围内。毒品犯罪指刑法分则第六章第七节规定的各种毒品犯罪。黑社会性质的组织犯罪指刑法分则第六章第一节内规定的各种有关黑社会性质的组织犯罪。恐怖活动犯罪指刑法分则第二章、《刑法修正案（三）》规定的有关犯罪。走私犯罪指刑法分则第三章第二节规定的各种走私犯罪。贪污贿赂犯罪指《刑法》分则第八章规定的各种具体犯罪。破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪指《刑法》分则第三章第四节、第五节及《刑法修正案（五）》、《刑法修正案（六）》规定的各种具体犯罪。《刑法修正案（六）》第16条对洗钱行为采取列举式规定，即具有下列五种行为之一的，成立洗钱罪：（1）提供资金账户的；（2）协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券的；（3）通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；（4）协助将资金汇往境外的；（5）以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的来源和性质的。违法所得及其产生的收益指财产和财产之外的其他经济利益。

3. 犯罪主体是个人和单位。单位多指能够进行洗钱活动的银行、其他金融机构以及公司、企业等。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其

产生的收益,为掩饰、隐瞒其来源和性质而故意实施洗钱的活动。而如果行为人不知是上述犯罪获得的“赃钱”、“黑钱”,而提供了资金账户等,不构成洗钱罪。

(三) 洗钱罪的认定

1. 划清洗钱罪与非罪行为的界限。主要有两种情况:(1)对毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪之外的犯罪的违法所得及其产生的收益通过金融机构的业务活动等实施转换行为的,按一般违法行为处理,不成立洗钱罪;(2)虽然客观上对毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益进行了“清洗”活动,但因主观上不知是上述犯罪的违法所得及其产生的收益的,不构成洗钱罪。

2. 划清洗钱罪与走私犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的共犯的界限。如果事先与上述七类犯罪的有关犯罪分子通谋,对其违法所得及其产生的收益进行“清洗”使之“合法化”的,则洗钱者与上述有关犯罪分子构成有关罪的共犯,如走私武器、弹药罪的共犯,走私毒品罪的共犯等,不单独成立洗钱罪。

3. 划清洗钱罪与窝藏、包庇罪,掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的界限。后两种罪规定在刑法分则第六章第二节中,洗钱罪符合了犯罪分子的洗钱目的——防护犯罪的收益不被没收,可以自由使用“清洗”过的犯罪收益。这样,使犯罪收益者不被法律制裁,既包庇了走私犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的犯罪分子,也窝藏、转移了上述犯罪的“赃钱”,但法律特别规定为这种行为属洗钱罪,不再定一般的窝藏、包庇罪或掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。

(四) 洗钱罪的法定刑

依《刑法》第191条,个人犯洗钱罪,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。

单位犯洗钱罪,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;情节严重的,处5年以上10年以下有期徒刑。

十三、集资诈骗罪

(一) 集资诈骗罪的概念

集资诈骗罪,是指以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,数额较大的行为。

(二) 集资诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是出资人的财产所有权和国家对金融活动的管理秩序。出资人的财产所有权包括公共财产的所有权和公民私人财产的所有权。此罪还构成对金融管理秩序的侵犯。因为依法筹集资金是金融机构的主要职责,该罪以诈骗的方法进行非法集资,自然构成对正常金融活动秩序的扰乱和破坏。

2. 客观方面表现为行为人使用诈骗方法非法集资,数额较大的行为。非法集资指单位或个人,未经有关机关批准,向社会公众募集资金的行为。使用诈骗方法指虚构或隐瞒资金

用途、编造投资计划、捏造良好的经济效益、虚设高回报率为诱饵,或者用其他欺诈方法,以使出资人上当受骗。根据最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条、第2条的规定,以非法占有为目的,具体实施下列十一种行为之一的,以集资诈骗罪定罪处罚。这十一种行为是:(1)不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的,以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的;(2)以转让林权并代为管护等方式非法吸收资金的;(3)以代种植(养殖)、租种植(养殖)、联合种植(养殖)等方式非法吸收资金的;(4)不具有销售商品、提供服务的真实内容或者不以销售商品、提供服务为主要目的,以商品回购、寄存代售等方式非法吸收资金的;(5)不具有发行股票、债券的真实内容,以虚假转让股权、发售虚构债券等方式非法吸收资金的;(6)不具有募集基金的真实内容,以假借境外基金、发售虚构基金等方式非法吸收资金的;(7)不具有销售保险的真实内容,以假冒保险公司、伪造保险单据等方式非法吸收资金的;(8)以投资入股的方式非法吸收资金的;(9)以委托理财的方式非法吸收资金的;(10)利用民间“会”、“社”等组织非法吸收资金的;(11)其他非法吸收资金的行为。非法集资数额较大,是本罪成立的条件。

3. 犯罪主体是个人和单位。明知他人从事集资诈骗犯罪活动,为其提供广告等宣传的,以集资诈骗罪的共犯论处。

4. 主观方面表现为故意,并具有非法占有出资人财产的目的。根据《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条的规定,具有下列八种情形之一的,可以认定为“以非法占有为目的”,即:(1)集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致使集资款不能返还的;(2)肆意挥霍集资款,致使集资款不能返还的;(3)携带集资款逃匿的;(4)将集资款用于违法犯罪活动的;(5)抽逃、转移资金、隐匿资产,逃避返还资金的;(6)隐匿、销毁账目,或者搞假破产、假倒闭,逃避返还资金的;(7)拒不交代资金去向,逃避返还资金的;(8)其他可以认定非法占有目的的情形。该《解释》还规定,对于集资诈骗罪中的非法占有目的,应区分不同情况进行认定:(1)行为人部分非法集资行为具有非法占有目的的,对该部分非法集资行为所涉集资款以集资诈骗罪定罪处罚;(2)非法集资共同犯罪中部分行为人具有非法占有目的,其他行为人没有非法占有集资款的共同故意和行为的,对具有非法占有目的的行为人以集资诈骗罪定罪处罚。

(三) 集资诈骗罪的认定

1. 划清集资诈骗罪与非罪行为的界限:(1)划清本罪与集资纠纷的界限。实践中,有的单位为了发展生产或兴办公益事业,采用集资方式筹集资金,但因种种原因没有按照集资时的约定或承诺返还出资人的资金,或者出资人没有得到集资方式许诺的高回报率,遂引起纠纷,如查明集资者没有非法占有集资款的目的,虽然集资中有不妥之处,但不能以集资诈骗罪论处,仍应按一般的集资纠纷处理。(2)划清本罪与集资诈骗行为的界限。区别的关键是集资诈骗数额是否较大。根据《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,个人集资诈骗数额达10万元以上,单位集资诈骗数额达50万元以上的,应当认定为“数额较大”。

2. 划清集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的界限。本罪与非法吸收公众存款罪在直接目的、侵犯客体等方面有明显区别。本罪具有非法占有集资款的目的,侵犯客体是出资人的

财产所有权和金融管理秩序,这些都是与非法吸收公众存款罪所不同的。

(四) 集资诈骗罪的法定刑

我国《刑法》第192条规定,个人犯集资诈骗罪,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。

《刑法》第200条规定,单位犯集资诈骗罪,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。

根据《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第3款的规定,集资诈骗的数额以行为人实际骗取的数额计算,案发前已归还的数额应予扣除。

十四、贷款诈骗罪

(一) 贷款诈骗罪的概念

贷款诈骗罪,是指借款人以非法占有为目的,用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取银行或者其他金融机构的贷款,数额较大的行为。

(二) 贷款诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对银行贷款或者其他金融机构贷款的管理制度以及财产所有权。犯罪对象是银行或者其他金融机构的贷款。

2. 客观方面表现为用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取银行或者其他金融机构的贷款,数额较大的行为。“其他金融机构”,主要是指银行以外的信托投资公司、信用社、担保公司、小额贷款公司等具有信贷业务的非银行金融机构。《刑法》第193条规定了五种具体的行为方式:(1) 编造引进资金、项目等虚假理由。例如编造引入外资需要配套资金支持的虚假理由骗贷,或者捏造根本不存在的能产生良好经济效益或社会效益的投资项目骗贷,或者严重偏离事实夸大项目投资进行骗贷,等等。(2) 使用虚假的经济合同。例如伪造、变造出口合同或其他经济合同,使用它们去骗贷。(3) 使用虚假的证明文件。虚假的证明文件主要指伪造的或者变造的银行存款证明、公司或者金融机构的担保函、划款证明等向银行或者其他金融机构申请贷款所需的证明文件。(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。这是指使用伪造、变造的房屋、设备等不动产,或者虚假的汽车、游艇等动产所有权的各种证明文件作担保骗贷;或者超出抵押物价值重复担保骗贷。(5) 以其他方法诈骗贷款。这是指上述四种方式以外的骗贷行为,如以假币为抵押贷款;伪造单位公章、印鉴骗贷等。上述行为方式具备其中之一的,即符合了本罪的客观行为表现,具有两种以上行为方式的,仍成立一罪。本罪要求数额较大方成立犯罪,依相关司法解释数额较大是指个人骗贷达1万元以上的。

3. 犯罪主体为一般主体,仅限自然人,单位不能成为本罪主体。

4. 主观方面表现为故意,必须具有非法占有银行或其他金融机构贷款的目的。

(三) 贷款诈骗罪的认定

1. 划清贷款诈骗罪与非罪行为的界限。一是主观上是否具有非法占有贷款的目的,如

仅贷款时使用了欺骗手段,但贷款到期后能够偿还的,不构成本罪。二是骗贷数额未达到较大的,不作为犯罪处理。对上述两种情况,可依据违反金融管理的具体规定处理。

2. 严格区分贷款诈骗罪与贷款纠纷的界限。实践中常常遇到如下三种情况,不能以贷款诈骗罪论处:一是合法贷款后未按规定的用途使用贷款,到期没有归还贷款的;二是确有证据证明行为人不具有非法占有目的,因不具备贷款条件而采用欺骗手段获取了贷款,案发时有能力履行还贷义务的;三是确有证据证明行为人不具有非法占有目的,因不具备贷款条件而采用欺骗手段获取了贷款,案发时不能还贷是意志外的原因所致,如遇经营不善、被骗、市场风险等。该三种情况按贷款纠纷处理。

3. 单位不能成为贷款诈骗罪的主体。实践中,对于单位十分明显地以非法占有为目的,利用签订、履行借款合同诈骗银行或者其他金融机构的贷款,符合《刑法》第224条规定的合同诈骗罪构成要件的,应当以合同诈骗罪论处。

(四) 贷款诈骗罪的法定刑

我国《刑法》第193条规定,犯贷款诈骗罪,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。(请参照最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》进行理解)

十五、信用卡诈骗罪

(一) 信用卡诈骗罪的概念

信用卡诈骗罪,是指以非法占有为目的,进行信用卡诈骗活动,骗取数额较大的财物的行为。

(二) 信用卡诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的金融管理制度和公私财产的所有权。

2. 客观方面表现为违反信用卡管理法规,进行信用卡诈骗活动,骗取数额较大财物的行为。刑法规定的“信用卡”,是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。信用卡诈骗行为的表现方式有以下四种:(1)使用伪造的信用卡,或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的,即用不真实的信用卡进行消费、购物、提取现金等行为。(2)使用作废的信用卡,即使用已超过有效使用期限的信用卡或使用已挂失而开放的信用卡等行为。(3)冒用他人信用卡,包括拾得他人信用卡并使用的;窃取他人信用卡并使用的;窃取、收买、骗取或者以其他方式获取他人信用卡信息资料,并通过互联网、通讯终端等使用的;其他冒用他人信用卡的情形。(4)恶意透支,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,并且经发卡银行两次催收后超过3个月仍不归还的行为。行为人具有上述四种行为方式之一,骗取数额较大的财物,成立信用卡诈骗罪。根据相关司法解释,实施了前3种行为,诈骗数额在5000元以上的,属于数额较大;恶意透支,数额在1万元以上不满10万元的,属于数额较大。

3. 犯罪的主体是一般主体。单位不能成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意,并具有非法占有他人财物的目的。有以下情形之一的,应认定为“以非法占有为目的”:(1)明知没有还款能力而大量透支,无法归还的;(2)肆意挥

霍透支的资金,无法归还的;(3)透支后逃匿、改变联系方式,逃避银行催收的;(4)抽逃、转移资金,隐匿财产,逃避还款的;(5)使用透支的资金进行违法犯罪活动的;(6)其他方法占有资金,拒不归还的行为。

(三) 信用卡诈骗罪的认定

1. 划清信用卡诈骗罪与非罪行为的界限:(1)划清本罪与误用他人信用卡、经持卡人允许使用信用卡的界限,后者所列行为因行为人不具有不法占有的目的,没有使用欺诈手段,故不是犯罪。也要区分恶意透支与善意透支。(2)划清本罪与使用信用卡骗取数额较少财物的界限。后者因未达数额较大而属一般违法行为,不构成信用卡诈骗罪。

2. 划清信用卡诈骗罪与伪造信用卡、盗窃信用卡构成的犯罪的界限。根据《刑法》第177条规定,伪造信用卡的行为构成伪造、变造金融票证罪。行为人若为使用信用卡进行诈骗活动而伪造信用卡的,应构成牵连犯,即目的罪为信用卡诈骗罪,手段罪为伪造、变造金融票证罪,从一重处断,因两罪法定刑相同,按目的罪信用卡诈骗罪处断为宜。根据《刑法》第196条第3款规定,盗窃信用卡并使用的,以盗窃罪论处。

(四) 信用卡诈骗罪的法定刑

我国《刑法》第196条第1款规定,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50万元以下的罚金;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。(请参照最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》以及最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》进行理解)。

十六、保险诈骗罪

(一) 保险诈骗罪的概念

保险诈骗罪,是指违反保险法规,以非法占有为目的,进行保险诈骗活动,数额较大的行为。

(二) 保险诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的保险制度和保险人的财产所有权。《中华人民共和国保险法》规范了我国的保险活动,健全了国家有关保险活动的管理和制度。违法犯罪分子利用保险活动,骗取保险金,直接侵犯了国家关于保险的管理和制度,同时侵犯了保险人的财产所有权。保险人,是指与投保人订立保险合同,并承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。现阶段在我国保险人的财产所有权主要是公共财产的所有权。

2. 客观方面表现为违反保险法规,采取虚构保险标的、保险事故或者制造保险事故等方法,骗取较大数额保险金的行为。保险金是指按照保险法规,投保人根据合同约定,向保险人支付保险费,待发生合同约定内的事故后获得的一定赔偿。保险诈骗的行为方式有以下五种:(1)财产投保人故意虚构保险标的,骗取保险金的。保险标的是指作为保险对象的物质财富及其有关利益、人的生命、健康或有关利益。故意虚构保险标的是指在与保险人订立保险合同时,故意捏造根本不存在的保险对象,以为日后编造保险事故,骗取保险金。(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。保险合同约定保险人只对因保险责任范围内的原因引起的保险事故承担赔偿责任,投保人、被保险人或受益人隐瞒发生保险事故的真实原因或者将非保险责任范围内的原因谎称为保险责任范围内的原因以便骗取保险金;对确已发生保险事故造成损失的,则故意夸大损失的程度以便骗取额外的保险金。(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。这是指在保险合同期内,人为地制造保险事故,造成财产损失,以便骗取保险金。(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。这是指在人身保险中,为骗取保险金,制造赔偿条件,故意采用不法手段,造成被保险人的伤亡或疾病。行为人具备上述五种行为方式之一,骗取保险金数额较大的,构成保险诈骗罪。参照最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》,个人进行保险诈骗数额在10 000元以上的,属于“数额较大”。

3. 犯罪主体为个人和单位,具体指投保人、被保险人、受益人。投保人是指与保险人订立保险合同,并按照保险合同负有支付保险费义务的人。被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障,享有保险金请求权的人,投保人本人或者投保人指定的享有保险金请求权的人,可以是被保险人。受益人是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人,投保人、被保险人可以是受益人。保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假证明文件,为他人诈骗提供条件的,以保险诈骗的共犯论处。

4. 主观方面表现为故意,并具有非法占有保险金之目的。过失不构成本罪。

(三) 保险诈骗罪的认定

1. 划清保险诈骗罪与非罪行为的界限。关键在于骗取保险金的数额是否达到了较大,未达较大数额,可按一般的违反保险法的行为处理,达到较大数额构成保险诈骗罪。

2. 认定保险诈骗罪中涉及有关犯罪的问题。实施保险诈骗活动,故意以纵火、杀人、伤害、传播传染病、虐待、遗弃等方式制造财产损失、被保险人死亡、伤残、疾病的结果,骗取保险金的,依照《刑法》第198条第2款规定,按数罪并罚处罚,如放火罪与保险诈骗罪并罚,故意杀人罪与保险诈骗罪并罚,故意伤害罪与保险诈骗罪并罚,等等。

(四) 保险诈骗罪的法定刑

我国《刑法》第198条第1款规定,个人犯保险诈骗罪,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。

《刑法》第198条第3款规定,单位犯保险诈骗罪,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。

十七、逃税罪

(一) 逃税罪的概念

逃税罪是指纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,逃避缴纳税款,数额较大且达一定比例标准的行为以及扣缴义务人采用上述手段不缴或少缴已扣、已收税款,数额较大的行为。

(二) 逃税罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的税收征管制度。一方面,国家通过制定一系列税收征管的法律、法规,保障正常的税收收入,即国家的正常财政收入,这是国家控制宏观经济,使社会各方面有效运行和发展的基础;另一方面,依法征税直接体现了国家保护公平竞争的市场秩序。逃税罪违反了国家的税收征管法律法规,破坏了正常的税收征管秩序,使国家税收遭受损失。

2. 客观方面表现为纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额 10% 以上的行为以及扣缴义务人采用上述手段不缴或者少缴已扣、已收税款数额较大的行为。《刑法修正案(七)》第 3 条对逃避缴纳税款的手段采用了概括性规定,即纳税人采用欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,这些手段中既可能包含 2002 年《最高人民法院关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中的情况,也适应实践中逃税可能出现的各种复杂情况。《刑法修正案(七)》对“逃避缴纳税款数额较大”的具体数额标准不再作立法具体规定,由司法机关根据复杂的实际情况作司法解释并作适时调整。多次逃税数额较大未经处理的,按累计数额计算。对初次逃税,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,5 年内因逃税受过刑事处罚或者被税务机关给予二次处罚的除外。

3. 犯罪主体是特殊主体,即纳税人、扣缴义务人,包括个人和单位。纳税人,即纳税义务人,是指按照税收征管的一系列法律规定,有义务向国家纳税的个人和企事业单位。扣缴义务人,是指根据税收征管法律的规定,负有代扣代缴义务的单位和个人,具体包括代扣代缴义务人和代收代缴义务人。

4. 主观方面表现为故意,并具有逃避履行纳税义务,谋取非法利益的目的。因过失造成欠税、漏税的行为,不构成逃税罪。

(三) 逃税罪的认定

划清逃税罪与非罪行为的界限:(1)符合税收征管法律、法规的避税行为,既不是违法行为,也不是犯罪行为,不构成逃税罪。(2)因无意识漏税或因过失造成漏税,因不具有逃税罪要求的主观特征——故意,也没有采用逃税的各种行为手段,所以不构成逃税罪,应按税务机关规定及时补税以及进行必要的行政处罚。(3)虽系故意逃税行为,但情节未达到逃税罪要求的法定情节,如数额、比例标准等情节未达法定要求的,不构成逃税罪,应按一般违反税法的行为,给予行政处罚。

(四) 逃税罪的法定刑

依照《刑法修正案(七)》第 3 条对《刑法》第 201 条修改后的规定,个人犯逃税罪,逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额 10% 以上的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;数额巨大并且占应纳税额 30% 以上的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,并处罚金。对逃税罪的初犯不予追究刑事责任。这是指纳税人逃避缴纳税款已达到逃税罪要求的数额、比例,即已构成逃税罪初犯的特别规定。符合这种情况需满足三个条件:一是税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款;二是缴纳滞纳金;三是已受到税务机关的行政处罚。但 5 年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的不免除刑事责任。

《刑法》第 211 条规定,单位犯逃税罪,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，依照个人犯罪的规定处罚。

十八、抗税罪

(一) 抗税罪的概念

抗税罪，是指纳税人以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。

(二) 抗税罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体，既破坏了国家对税收的管理秩序，又侵犯了依法征税的税务人员的人身权利。

2. 客观方面表现为采用暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。被侵害的对象是依法征管税收的税务工作人员。暴力方法，是指对税务人员的身体实行强制和对税务机关的暴力冲击，如暴力围攻、殴打、捆绑、禁闭税务人员，公开抗拒纳税，或者对税务机关打砸、冲击、公然抗拒纳税。威胁方法，是指对税务人员的精神实行强制，如以杀害、伤害、威胁税务人员本人或以杀害、伤害税务人员的家属来威胁税务人员，使之因受恫吓无法履行正常的征税职责，行为人从而达到抗拒纳税之目的。构成抗税罪无法定情节的规定，是因为其暴力、威胁行为本身的严重性，足以构成犯罪。

3. 犯罪主体为纳税人中的个人，单位不构成抗税罪。

4. 主观方面表现为故意，目的在于抗拒缴纳税款。

(三) 抗税罪的认定

1. 划清抗税罪与非罪行为的界限。实践中发生纳税人对征管税收的税务人员谩骂、推搡、软磨硬泡以达到拖欠税款的目的，不构成抗税罪。这里区分罪与非罪的关键是看纳税人是否采用暴力、威胁手段抗拒纳税，对于行为未达到暴力、威胁程度，情节轻微的，不应以抗税罪论处。

2. 划清抗税罪与因在抗税行为中使用暴力手段导致其他犯罪发生的界限。因为抗税行为手段的特殊性，即暴力危及税务人员的生命、身体健康，如果在暴力抗税中故意致税务人员重伤、死亡的，应当按照犯罪性质发生了转化的情况认定，如构成故意杀人罪、故意伤害罪，按照转化后的犯罪定性处罚。如果在暴力抗税中因过失致税务人员重伤、死亡的，可依情节严重的抗税罪论处，过失罪中不存在转化罪问题。

(四) 抗税罪的法定刑

我国《刑法》第 202 条规定，犯抗税罪，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。

十九、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪

(一) 虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的概念

虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是指违反国家发票管理、增值税征管的法规，实施虚假开具增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

(二) 虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家关于增值税专用发票和其他专用发票的管理制度。20 世纪 90 年代以

来，我国先后颁行了《发票管理办法》、《增值税暂行条例》，修订《税收征收管理法》，增加了增值税专用发票管理内容，对发票的印制、领购、使用、保管、检查及处罚等各个环节均作出了明确的规定，构成了我国增值税专用发票的完整制度。此外，关于出口退税、抵扣税款的其他发票的管理，国家也有一套制度。本罪直接侵犯国家增值税专用发票和其他专用发票的管理制度。

2. 客观方面表现为虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。本罪实际上是两种行为：一是虚假开具增值税专用发票；二是虚假开具用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票。增值税专用发票，是指以商品或者劳务增值额为征税对象，并具有直接抵扣税款功能的专门用于增值税的收付款凭证。用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票是指除增值税专用发票以外的普通发票中，具有同增值税专用发票相同的功能的，可以用于骗取出口退税、抵扣税款的发票。虚开行为是指没有货物销售或者没有提供应税劳务而开具上述发票或者虽有货物销售或者提供了应税劳务但开具内容不实的上述发票。虚开的具体行为方式，按《刑法》第205条第4款的规定，包括为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开四种。行为人具备上述四种行为之一的，即成立本罪。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面表现为故意，对国家税款流失持故意心理态度，谋取非法利益。

（三）虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的认定

划清本罪与逃税罪、骗取出口退税罪的界限。在虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为中，只限虚假开具上述发票的行为，不包含逃税骗取出口退税的行为。如系同一个行为人，为逃税骗取出口退税，而虚开用于骗取出口退税、抵扣税款发票的，构成本罪与逃税罪、骗取出口退税罪的按牵连犯，应从一重处断。根据《刑法》第205条第2款规定，虚开增值税专用发票或用于骗取国家出口退税、抵扣税款的其他发票，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，直接定本罪予以最严厉处罚。

（四）虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的法定刑

我国《刑法修正案（八）》第32条修订后的《刑法》第205条规定，个人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，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。

单位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，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3年以下有期徒刑或者拘役；虚开发票骗取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；虚开发票骗取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。

二十、假冒注册商标罪

（一）假冒注册商标罪的概念

假冒注册商标罪，是指违反国家商标管理法规，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。

（二）假冒注册商标罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的注册商标专用权和国家的商标管理制度。20 世纪 80 年代初，《中华人民共和国商标法》制定。我国 1985 年加入了《保护工业产权巴黎公约》，1989 年成为《商标国际注册马德里协定》的成员，1995 年 9 月 1 日向世界知识产权组织递交了中国加入《关于商标国际注册马德里协定的议定书》的通知书，承担保护商标专用权的国际义务。1993 年 2 月 22 日，我国立法机关通过了《关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》。2001 年 10 月 27 日全国人大常委会对《中华人民共和国商标法》进行了第二次修正。2013 年全国人大常委会对《中华人民共和国商标法》进行了第三次修正并于 2014 年 5 月 1 日起施行。上述法律和公约对保护注册商标专用权和国家对商标注册、使用、管理和保护作了规定。注册商标专用权，是指商标所有人对其注册的商标享有专门使用和独立拥有并禁止他人擅自使用的权利。商标专用权的保护范围包含商品商标、服务商标、集体商标、证明商标。国家商标法规定，由商标局核准注册商标，侵犯注册商标专用权由工商行政管理部门负责，由于严重侵权构成犯罪的追究刑事责任。

2. 客观方面表现为违反国家商标管理法规，未经注册商标所有人许可而擅自使用其注册商标，情节严重的行为。违反商标管理法是本罪成立的前提，假冒他人注册商标的行为是对注册商标专用权的侵害。假冒行为，是指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。最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第 5 条指出，名称相同的商品以及名称不同但指同一事物的商品，可以认定为“同一种商品”。这里的“名称”，指《商标注册用商品和服务国际分类》中规定的商品名称。“名称不同但指同一事物的商品”，是指在功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面相同或者基本相同，相关公众一般认为是同一种事物的商品。认定“同一种商品”，应当在权利人注册商标核定使用的商品和行为人实际生产销售的商品之间进行比较。“相同的商标”，是指与被假冒的注册商标完全相同，或者与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。上述《意见》第 6 条指出，具备下列四种情形之一的，可以认定为“与其注册商标相同的商标”（1）改变注册商标的字体、字母大小写或者文字横竖排列，与注册商标之间仅有细微差别的；（2）改变注册商标的文字、字母、数字等之间的间距，不影响注册商标显著特征的；（3）改变注册商标颜色的；（4）其他与注册商标在视觉上基本无差别，足以对公众产生误导的商标。“使用”，是指将注册商标或者假冒的注册商标用于商品、商品包装或者容器以及产品说明书、商品交易书，或者将注册商标或者假冒的注册商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动等行为。假冒行为达到情节严重的构成犯罪，情节严重的标准依 2004 年 12 月 22 日起施行的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条第 1 款确定。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面表现为故意。实践中多具有营利或谋取非法利益的目的。

（三）假冒注册商标罪的认定

划清假冒注册商标罪与非罪行为的界限：（1）被假冒的商标必须是经国家商标局注册的商标。未经注册的商标不受法律保护，不享有商标专用权，他人冒用的不构成犯罪。

(2) 一般的商标侵权行为不构成犯罪，只有当假冒他人注册商标的行为达到情节严重时才成立本罪。区别界限的关键在于：(1) 限定在假冒范围，即未经注册商标所有人同意而擅自使用的；(2) 情节严重的假冒行为。对于情节轻微的假冒行为，按一般商标侵权行为处理。

(四) 假冒注册商标罪的法定刑

《刑法》第 213 条规定，个人犯假冒注册商标罪，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。关于何为情节特别严重的，请参见《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条第 2 款。

《刑法》第 220 条规定，单位犯假冒注册商标罪，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个人犯该罪的规定处罚。按“两高”上述司法解释第 15 条之规定，单位犯本罪的按相应个人犯罪的定罪量刑标准的 3 倍定罪量刑。

上述《意见》第 16 条指出，行为人实施侵犯知识产权犯罪，同时构成生产、销售伪劣商品犯罪的，依照侵犯知识产权犯罪与生产、销售伪劣商品犯罪中处罚较重的规定定罪处罚。

二十一、侵犯著作权罪

(一) 侵犯著作权罪的概念

侵犯著作权罪，是指以营利为目的，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。

(二) 侵犯著作权罪的构成特征

1. 侵犯客体是著作权人的著作权和国家关于著作权的管理制度。1990 年 9 月 7 日我国立法机关通过了《中华人民共和国著作权法》，并于 1991 年 6 月 1 日起施行，2001 年、2010 年两次对著作权法予以修改。于 1992 年和 1993 年先后加入《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》、《世界版权公约》、《保护录音制作者防止未经许可复制其录音制品公约》等国际著作权公约，并与美国签订了《中美关于保护知识产权的谅解备忘录》。我国关于著作权保护的法律已趋于完备并与国际接轨。对于侵犯著作权的行为，除追究行为人民事责任、行政责任以外，情节严重者追究刑事责任，关于追究刑事责任的法律规定主要是在刑事法律规定中反映出来。

2. 客观方面表现为侵犯著作权的违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。《刑法》第 217 条规定了四种侵犯著作权的行为：(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。行为人只要具备上述四种行为之一的，即符合侵犯著作权罪客观方面的特征。其中，“未经著作权人许可”，是指没有得到著作权人授权或者伪造、涂改著作权人授权许可文件或者超出授权许可范围的情形。复制发行行为指以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻拍方式将作品制作成一份或多份，向社会公众进行出售、出租的行为。通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，应当视为本条规定的“复制发行”。出版行为指对图书出版者已依法享有的在合同约定期限内享有的专有出版权进行侵犯，盗版出书获利。制作、出售行为指制作

的美术作品冒充他人署名或对冒充的美术作品进行售卖的行为。侵犯他人著作权违法所得数额较大或者有其他严重情节时方构成侵犯著作权罪。违法所得数额较大和其他严重情节,依据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的第5条、“两高”《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第1条以及“两高”及公安部发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第13条的规定确定。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面是故意,并且具有营利目的。根据《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》第10条,具有下列四种情形之一的,可以认定为“以营利为目的”:(1)以在他人作品中刊登收费广告、捆绑第三方作品等方式直接或间接收取费用的;(2)通过信息网络传播他人作品,或者利用他人上传的侵权作品,在网站或者网页上提供刊登收费广告服务,直接或间接收取费用的;(3)以会员制方式通过信息网络传播他人作品,收取会员注册费或者其他费用的;(4)其他利用他人作品牟利的情形。

(三) 侵犯著作权罪的认定

划清侵犯著作权罪与非罪行为的界限,主要根据以下两点:一是行为人实施了侵犯著作权的行为,但违法所得数额未达较大或者不具有其他严重情节的,按一般的侵权行为追究其民事责任,而不以侵犯著作权罪论处。只有当侵权行为违法所得数额较大时或具有其他严重情节时才成立犯罪。二是行为人在客观上虽有侵犯著作权的行为,但主观上不具有营利目的的,不构成犯罪,应按《中华人民共和国著作权法》规定的法律责任处理。

(四) 侵犯著作权罪的法定刑

《刑法》第217条规定,个人犯侵犯著作权罪,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;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。“违法所得数额巨大”和“有其他特别严重情节”见《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第2款的规定。

《刑法》第220条规定,单位犯侵犯著作权罪,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,依照个人犯该罪的规定处罚。按《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第15条之规定,单位犯本罪的按相应个人犯罪的定罪量刑标准的3倍定罪量刑。

二十二、销售侵权复制品罪

(一) 销售侵权复制品罪的概念

销售侵权复制品罪,是指以营利为目的,销售明知是《刑法》第217条规定的侵权复制品,违法所得数额巨大的行为。

(二) 销售侵权复制品罪的构成特征

1. 侵犯客体是著作权人的著作权和著作权管理制度。

2. 客观方面表现为明知是《刑法》第217条规定的侵权复制品而进行销售的行为。例如销售明知是盗版的文字作品、音像作品、计算机软件及其他作品。违法所得数额巨大的构成犯罪,根据《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条之规定,违法所得数额在10万元以上的属于巨大。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面表现为故意，即明知是侵权复制品而予以销售，并具有营利的目的。

（三）销售侵权复制品罪的认定

1. 划清销售侵权复制品罪与非罪行为的界限。主要把握客观上是否达到违法所得数额巨大的法定要求；主观上是否“明知”，即根据案件事实、证据综合判断明知的存在，“以营利为目的”是主观方面必备的要件。

2. 划清一罪与数罪的界限。实施《刑法》第 217 条的侵犯著作权罪，又销售该侵权复制品，构成犯罪的，应当以侵犯著作权罪一罪论处。实施侵犯著作权罪，又销售明知是他人的侵权复制品，构成犯罪的，应当以侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪二罪实行并罚。

（四）销售侵权复制品罪的法定刑

《刑法》第 218 条规定，犯销售侵权复制品罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

《刑法》第 220 条规定，单位犯销售侵权复制品罪，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，依照个人犯该罪的规定处罚。按《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 15 条规定，单位犯本罪的按相应个人犯罪的定罪量刑标准的 3 倍定罪量刑。

二十三、侵犯商业秘密罪

（一）侵犯商业秘密罪的概念

侵犯商业秘密罪，是指违反反不正当竞争法等规范商业秘密的法律规定，侵犯商业秘密，给商业秘密的权利人造成重大损失的行为。

（二）侵犯商业秘密罪的构成特征

1. 侵犯客体是商业秘密的权利人对商业秘密的专有权和国家对商业秘密的管理制度。商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济效益，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，是一种无形资产。《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）第 10 条规定了经营者侵犯商业秘密的三种行为，《刑法》第 219 条对这三种行为给商业秘密的权利人造成重大损失的作为犯罪予以打击，从而有效地保护了商业秘密，维护了权利人的合法权益和国家对商业秘密的管理制度。

2. 客观方面表现为违反《反不正当竞争法》第 10 条的规定，侵犯商业秘密，给权利人造成重大损失的行为。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。侵犯商业秘密的具体行为有以下三种：（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。预谋获取权利人的商业秘密的人是权利人的竞争对手，通过获取商业秘密对权利人的生产经营构成直接威胁；还有其他经营者，通过获取商业秘密高价出售给权利人的竞争对手，同样给权利人造成威胁。预谋获取的手段通常有盗窃、利诱、胁迫等非法手段，其他不正当竞争手段指上述手段以外的刺探、收买等不法手段。（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。当通过非法手段获取商业秘密后，又进行披露、使用或者允许他人使用的也构成侵犯商业秘密罪。披露，是指将商业秘密公布于众或告知权利人的竞争对手。使用，是指将自己获取的商业秘密直接用于生产、经营之中。允许他人使用，是指将自己获取的商业秘密让他人使用，有偿或无偿不限。（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。对于商业秘密，在经营贸易往来中往往需要对方了解，因此在签订合同时，须告之对方有关的商业秘密，但关于商业秘密一般都签有保密条款进行约定，只需要了解，不允许使用，不允许对外泄露，对方负责保密义务。对违约或违反权利人要求，对商业秘密实施披露、使用或允许他人使用的，构成侵犯商业秘密罪。上述三种行为的共同特点是违背商业秘密权利人的意志，侵犯了权利人的合法权益。行为人只要实施上述三种行为之一的，即符合侵犯商业秘密罪的客观要件。实施上述行为，只有当给权利人造成重大损失时，才构成犯罪。根据《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条第1款之规定，给商业秘密权利人造成损失数额在50万元以上的，属于“给商业秘密的权利人造成重大损失”。《刑法》第219条规定，明知或者应知是通过上述三种行为获取的商业秘密，仍去获取、进行披露、使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密罪论处。

3. 犯罪主体是个人和单位，包括商业秘密权利人的竞争对手、第三者、有保密义务的个人和单位。

4. 主观方面表现为故意，含直接故意和间接故意。具体表现在认识因素上分明知和应知两种情况：（1）明知，是指行为人确已认识到自己的行为侵犯权利人的商业秘密或者确已认识到是他人通过非法手段获取的商业秘密。（2）应知，是指行为人应当认识到自己的行为侵犯权利人的商业秘密或者是他人通过非法手段获取的商业秘密。在意志因素上有希望和放任两种情形。至于侵犯商业秘密的动机则有各种，但不影响本罪的成立。

（三）侵犯商业秘密罪的认定

划清侵犯商业秘密罪与非罪行为的界限。《反不正当竞争法》第10条列举了侵犯商业秘密的三种行为，如果未造成权利人重大损失后果的，则属于一般的违法行为，由监督检查部门按《反不正当竞争法》第25条规定，责令停止违法行为，根据情节给予1万元以上20万元以下罚款处理。如果造成权利人重大损失的，以侵犯商业秘密罪追究刑事责任。

（四）侵犯商业秘密罪的法定刑

《刑法》第219条规定，个人犯侵犯商业秘密罪，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。“造成特别严重后果”，按《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条第2款之规定，是指给商业秘密权利人造成损失数额在250万元以上的情况。

《刑法》第220条规定，单位犯侵犯商业秘密罪，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，依照个人犯该罪的规定处罚。按上述司法解释第15条之规定，单位犯本罪的按相应个人犯罪的定罪量刑标准的3倍定罪量刑。

二十四、合同诈骗罪

（一）合同诈骗罪的概念

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。

（二）合同诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对合同的管理制度、诚实信用的市场经济秩序和合同当事人的财产所有权。根据《中华人民共和国合同法》第42条、第127条规定的精神，订立虚假合同或

利用合同危害国家利益、社会公共利益，构成犯罪的，依法追究刑事责任。合同诈骗行为，则是违反合同法之规定，扰乱了市场经济秩序，侵犯了合同当事人的财产所有权，诈骗数额较大的，以合同诈骗罪追究刑事责任。

2. 客观方面表现为在签订、履行合同的过程中，骗取合同一方当事人的财物，数额较大的行为。《刑法》第 224 条规定了几种合同诈骗行为方式：（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。行为人只要实施上述几种行为方式之一，骗取合同当事人数额较大的财物的，即构成合同诈骗罪。数额较大的标准有赖司法解释作出规定。

3. 犯罪主体为个人和单位。

4. 主观方面是故意，并且具有非法占有合同当事人财物的目的。

（三）合同诈骗罪的认定

1. 划清合同诈骗罪与非罪行为的界限：（1）划清合同诈骗罪与合同纠纷的界限。合同纠纷，是指当事人双方对合同履行情况和不履行的后果产生的争议。造成合同纠纷的原因主要有：因合同订立引起的纠纷，因合同履行发生纠纷，因合同变更和解除而产生的纠纷。处理合同纠纷一般通过和解或者调解、仲裁、民事诉讼的方式，合同当事人一方或双方有违反合同责任的，追究其民事责任。只有对利用合同进行违法犯罪活动的，才依法分别追究其行政责任和刑事责任。合同诈骗罪是典型的利用签订、履行合同的方式实行骗取合同一方当事人财物的行为，与合同纠纷的性质根本不同。（2）区分合同诈骗罪与合同欺诈行为的界限。采取欺诈手段签订的合同为无效合同，在合同履行过程中因弄虚作假不符合规定的，属于合同欺诈行为。一般的合同欺诈行为，骗取对方当事人财物数额未达较大时，不构成犯罪，依据合同法规定追究其民事责任，不追究刑事责任。合同诈骗罪的成立，关键是利用合同诈骗的财物达到数额较大。

2. 划清合同诈骗罪与诈骗罪的界限。两罪在侵犯他人的财产所有权，主观上具有非法占有的目的、使用欺诈手段等方面有相同之处。但区分的关键是合同诈骗罪采用特定的利用签订、履行合同手段进行诈骗，不是泛指的诈骗手段，因此，合同诈骗罪在侵害客体方面也具有了复杂性，即除侵犯他人的财产所有权外，还同时侵犯合同管理制度和诚实信用的市场经济秩序。

（四）合同诈骗罪的法定刑

《刑法》第 224 条规定，个人犯合同诈骗罪，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；数额巨大的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。

《刑法》第 231 条规定，单位犯合同诈骗罪，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，依照个人犯该罪的规定处罚。

二十五、组织、领导传销活动罪

（一）组织、领导传销活动罪的概念

组织、领导传销活动罪，是指组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求

参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销活动的行为。

（二）组织、领导传销活动罪的构成特征

1. 侵犯客体是正常的经济社会秩序。社会上存在的以“拉人头”、收取“入门费”等方式组织的传销活动，骗取财物是其本质，具有扰乱经济社会秩序的多重危害性。例如，它瓦解以亲情、友情、诚信维系的社会伦理体系，破坏社会稳定基础；侵害公私财产，破坏社会主义市场经济秩序和金融管理秩序；引发社会治安案件乃至刑事案件，侵犯公民人身权利，破坏社会治安秩序；甚至容易导致群体事件的发生，影响社会稳定和谐。鉴于此类传销活动严重扰乱经济社会秩序的危害性，在刑法中对组织、领导传销活动的犯罪单独进行规制，更有利于打击组织传销的犯罪。

2. 客观方面表现为组织、领导传销活动的行为。根据《刑法修正案（七）》新增加的《刑法》第224条之一的规定，该行为的具体表现由以下几方面的内容组成：一是“以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格”，这是传销组织诱骗成员取得传销资格惯用的一种引诱方式和必经的程序。这里的所谓推销商品、提供服务只是传销组织用以哄骗群众加入的道具，而收取“入会费”或“入门费”才是组织者、领导者的真正目的。这里所说的“要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务方式获得加入资格”，揭示了直接以缴纳入会费用即可获得传销资格和以购买商品、服务等伪装方式间接提交入门费方可获得传销资格的两种途径。其实质是加入传销组织必须先交钱。二是“按照一定顺序组成层级”，这是传销的组织结构特点。在传销组织中，一般以加入的顺序、发展人员的多少或者“业绩”的大小分成不同的层级，下级必须服从上级，等级森严。不同级别的人员不允许往来，传销人员只知道自己的上线，上下级之间单线联系，组织者、领导者往往是幕后策划、遥控指挥。传销组织内部封闭、结构严密。三是“直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加”，这是传销组织计酬方式特点。以发展人数的多少，在传销组织中分成不同的等级，通过提成或者淘汰等方式建立了强烈的激励和惩罚机制。引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，是传销组织在发展过程中经常运用的手段。传销组织对于参与进来的人员全程、全方位地进行控制，残酷惩罚中途反悔者，诱惑、迫使参加者继续发展新成员，以使人员链和资金链不致断裂，从而使传销组织得以维系，使一定级别的上线获得不同的报酬。四是骗取财物，扰乱经济社会秩序，这是传销组织进行活动的本质和危害，也是组织、领导传销活动造成的必然结果。

3. 犯罪主体是特殊主体，即传销活动的组织者、领导者。这里说的传销活动的组织者、领导者，是指在传销活动中起组织、领导作用的发起人、决策人、操纵人，以及在传销活动中担负策划、指挥、布置、协调等重要职责或者在传销活动实施中起关键作用的人员。

4. 主观方面表现为故意。

（三）组织、领导传销活动罪的认定

1. 划清组织、领导传销活动罪与非罪行为的界限。其一，刑法设立该罪重点打击的是传销活动的组织者、领导者。一般的传销参与人员既是违法者，又是受害者，其参与传销活

动的行为不构成犯罪，可给予行政处罚和教育。其二，对于本罪中的拉人头传销与商品经营直销活动中的多层次计酬之间应加以区别。虽然二者都采用多层次计酬的方式，但二者有很大不同：一是从是否缴纳入门费上区别；二是从产品销售是否实际存在，商品定价是否基本合理，有无退货保障等方面进行区别；三是从人员的收入来源上看，是否从产品的销售业绩中获得收入；四是从组织存在和维系的条件来看，是否取决于产品销售业绩和利润上进行区分。对于拉人头传销的非法传销组织必须予以取缔，其组织者、领导者的行为以犯罪论处；而对于多层次计酬中的直销活动不能认定为犯罪活动。

2. 划清组织、领导传销活动罪与非法经营罪的界限。对于以“拉人头”、收取“入门费”等方式组织的传销活动，因既没有商品，也不提供服务，不存在真实的交易标的，实际上不存在经营活动，所以难以适用非法经营罪进行惩处。而《刑法》第 225 条规定的非法经营罪的具体行为表现不能涵盖上述传销活动。

（四）组织、领导传销活动罪的法定刑

依照《刑法修正案（七）》第 4 条新增设的《刑法》第 224 条之一的规定，犯组织、领导传销活动罪，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金。

二十六、非法经营罪

（一）非法经营罪的概念

非法经营罪，是指违反国家规定，非法经营，扰乱市场秩序，情节严重的行为。

（二）非法经营罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家依法管理市场的秩序。为了促进社会主义市场经济的健康发展，国家从宏观管理角度，制定了有关规范市场交易秩序的法律、行政法规。对有些物品实行专营、专卖或限制买卖，如通过《中华人民共和国烟草专卖法》对卷烟实行专卖经营。通过《中华人民共和国对外贸易法》禁止买卖进出口许可证、进出口原产地证明，还通过其他有关法律、行政法规规定了禁止买卖经营许可证、批准文件等。非法经营则是对上述市场秩序的扰乱，情节严重的追究刑事责任。

2. 客观方面表现为违反国家规定，非法经营，情节严重的行为。违反国家有关法律、行政法规的规定是本罪成立的前提。《刑法》第 225 条和《刑法修正案（一）》第 8 条以及《刑法修正案（七）》第 5 条规定，有下列非法经营行为之一的，成立非法经营罪：（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。专营、专卖物品，是指国家法律、行政法规仅允许特定单位或特定部门经营、买卖的物品，如军工产品、火药产品、麻醉药品、贵金属、烟酒等国家垄断经营的物品。其他限制买卖的产品，是指国家法律、行政法规限制自由流通的物品，如化肥、种子、农药、兽药等重要生产资料或者药品等关系公众生命健康的物品。（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。进出口许可证、进出口原产地证明，是指国务院对外经济贸易部门及其授权机构签发的允许进出口配额批件、证明进出口货物原产地的有效凭证。其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，是指前述专营、专卖物品或者其他限制买卖物品的经营许可证件和批准文件。（3）未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的。非法从事资金支付结算业

务指“地下钱庄”非法秘密从事只有商业银行才能开展的通过银行账户的资金转移实现收付的行为。(4) 其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为，指除(1)、(2)、(3)以外的国家禁止的非法经营行为，如哄抬物价行为、压价倾销行为、牟取暴利行为等。根据“两高”2013年9月10日起施行的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条，违反国家规定，以营利为目的，通过信息网络有偿提供删除信息服务，或者明知是虚假信息，通过信息网络有偿提供发布信息等服务，扰乱市场秩序，具有下列情形之一的，属于非法经营行为“情节严重”，以非法经营罪定罪处罚：个人非法经营数额在5万元以上或者违法所得数额在2万元以上的；单位非法经营数额在15万元以上或者违法所得数额在5万元以上的。行为人具有上述四种行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，构成非法经营罪。情节严重一般应以较大的非法经营数额和非法获利额为基础并综合考虑其他情节，如屡次受工商行政管理部门处罚仍不悔改、造成市场秩序严重混乱、造成恶劣影响，等等。

3. 犯罪主体为个人和单位。

4. 主观方面表现为故意，一般具有谋取非法经济利益的目的。

(三) 非法经营罪的认定

1. 划清非法经营罪与非罪行为的界限。一般的扰乱市场秩序行为，情节未达严重程度，按一般违法行为，由工商行政管理部门或其他行政机构处理。只有非法经营行为达到情节严重的程度，才构成非法经营罪。

2. 划清非法经营罪与非法经营同类营业罪的界限。《刑法》第165条规定非法经营同类营业罪，虽在行为上有非法经营的特点，但是该罪限定为国有公司、企业的董事、经理利用职务之便采取为自己或他人经营与自己所任职公司、企业同类的营业这一经营方式，侵害的是国家对公司、企业的管理制度，在犯罪主体、侵犯客体、行为特征等主要方面均不同于非法经营罪。

(四) 非法经营罪的法定刑

《刑法》第225条规定，个人犯非法经营罪，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。

《刑法》第231条规定，单位犯非法经营罪，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，依照个人犯非法经营罪的规定处罚。

第十七章 侵犯公民人身权利、民主权利罪

第一节 侵犯公民人身权利、民主权利罪概述

一、侵犯公民人身权利、民主权利罪的概念

侵犯公民人身权利、民主权利罪，是指侵犯公民人身和与人身直接有关的权利，非法剥夺或妨碍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权利，以及妨害公民婚姻、家庭权利的行为。

二、侵犯公民人身权利、民主权利罪的共同特征

1. 侵犯客体是公民的人身权利与民主权利。公民的人身权利，是指法律所规定的与公民的人身密不可分的权利，具体包括生命权、健康权、人身自由权、性权利、人格权、名誉权以及与人身直接相关的住宅安宁权等。公民的民主权利，是指法律规定公民享有的参加国家管理以及社会政治生活的权利，具体包括选举权与被选举权、批评权、控告权、申诉权、宗教信仰权与信仰自由、少数民族保持本民族风俗与习惯的权利等。从广义上讲，公民婚姻家庭属于公民人身权利和民主权利的一部分，1997年修订后的《刑法》将原《刑法》分则第七章“妨害婚姻家庭罪”归入本类犯罪之中。

2. 客观方面表现为侵犯公民人身权利、民主权利的行为，具体表现为杀害、伤害、强奸、猥亵、绑架、拐卖、侮辱、诽谤、刑讯逼供、暴力取证、诬告陷害、打击报复、破坏选举、暴力干涉婚姻自由、虐待、遗弃，等等。

3. 犯罪主体多数是一般主体即自然人，少数犯罪主体是特殊主体即国家机关工作人员、司法工作人员、邮政工作人员等，强迫劳动罪等个别犯罪可以由单位构成。

4. 主观方面除过失致人死亡罪、过失致人重伤罪外，其他犯罪都是由故意构成。

第二节 本章要求掌握的犯罪

一、故意杀人罪

(一) 故意杀人罪的概念

故意杀人罪，是指故意非法剥夺他人生命的行为。

(二) 故意杀人罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的生命权利。任何人的生命都受到法律的保护。人的生命自何时开始到何时结束，西方法学中存在着很大的争论。我国刑法学界一般认为，人的生命自胎儿分离出母体并能够独立呼吸时开始，自大脑停止活动时结束。

2. 客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为。除法院依法判决某人死刑并执行该判决以及为了防卫任何人的非法暴力行为、为了执行合法逮捕或者防止合法拘禁的人脱逃、为了

镇压暴力或叛乱，而绝对必要使用武力从而剥夺他人的生命外，不得故意剥夺任何人的生命，否则，即构成非法。杀人行为的行为方式一般表现为作为，有时也表现为不作为。杀人的方法和手段多种多样，但不影响故意杀人罪的成立，可作为量刑情节加以考虑。本罪的行为对象是他人，因此自己剥夺自己生命的自杀行为，不符合故意杀人罪的构成，不能认定为故意杀人罪。在我国，自杀行为不是犯罪。胎儿和尸体均不属于故意杀人罪构成的行为对象。在我国，堕胎不是犯罪。毁坏尸体的行为，也不构成故意杀人罪，但可以构成侮辱尸体罪。但是，误以尸体为活人而加以杀害的，属于对象不能犯的未遂。根据五部委 2014 年 4 月 22 日起执行的《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》第 2 条第 1 项，故意杀害医务人员构成故意杀人罪，依照刑法的规定追究刑事责任。

3. 犯罪主体是一般主体，凡年满 14 周岁并具有刑事责任能力的自然人，均可以构成本罪的主体。

4. 犯罪主观方面表现为故意，包括直接故意和间接故意。杀人的动机各种各样，如出于泄愤、报复、图财、奸情、激情、义愤，等等，动机不影响故意杀人罪的成立，可在量刑时予以适当考虑。

（三）故意杀人罪的认定

1. 划清故意杀人罪与因危害公共安全导致他人死亡的犯罪的界限。故意杀人罪是非法剥夺他人生命的行为，放火、决水、爆炸、投放危险物质等危害公共安全罪也会产生被害人死亡的结果，但两者的犯罪构成特征有以下区别：（1）前者所侵犯客体是人的生命，表现为某个或某几个人的生命；后者所侵犯客体是公共安全，表现为不特定的众多人的生命、健康和重大公私财产的安全。（2）前者的客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为，包括放火、决水、爆炸、投放危险物质等一切可以用来杀人的行为；后者的客观方面表现为危害公共安全的行为，而且只能是法定的放火、决水、爆炸、投放危险物质等行为。（3）前者的主观方面是杀人的故意，行为人明知自己的行为会造成某个人或某几个人的死亡而希望或者追求他人死亡结果的发生；后者主观方面是危害公共安全的故意，行为人明知自己的行为会造成不特定众多人的生命、健康或重大公私财产的损失而希望或者放任这一危害结果的发生。因此，故意杀人罪表现为对他人生命的侵犯，危害公共安全罪表现为对公共安全的危害。但在有的情况下，例如，行为人以放火、决水、爆炸、投放危险物质、破坏交通工具、破坏交通设备等方式杀人，行为人的行为既构成故意杀人罪又构成危害公共安全罪，形成想象竞合的情况，应按照从一重罪处断原则加以解决。

2. 关于自杀案件的认定与处理。自杀是自愿结束自己生命的行为，除少数国家外，大多数国家并未将此行为规定为犯罪。但是造成自杀的原因较为复杂，在某些情况下有的人应对他人的自杀负责。审判实践中，对于涉及自杀问题的案件，一般分别以下情况区别对待：（1）以暴力、威胁的方法逼迫他人自杀的，或者以相约自杀的方式欺骗他人自杀而本人并不自杀的，实质上是借助于被害人之手完成故意杀人的行为，符合故意杀人罪的构成，应以故意杀人罪论处。（2）诱骗、帮助未满 14 周岁的人或者丧失辨认或控制能力的人自杀的，实质上也是借助于被害人之手完成故意杀人的行为，符合故意杀人罪的构成，应以故意杀人罪论处。（3）实施刑法规定的作为或不作为而造成他人自杀身亡的，他人自杀身亡的情况应作为一个定罪或者量刑的情节，结合其他案件情节加以综合考虑。例如，侮辱、诽谤他人，造成他人自杀的案件，他人自杀或者自杀身亡的情节，应作为一个严重情节，在定罪时加以考

虑。强奸妇女引起被害妇女自杀或者自杀身亡的,被害妇女自杀或者自杀身亡的情节,应在量刑时加以考虑。(4)教唆、帮助意志完全自由的人自杀的,即他人本无自杀之意思而故意诱发他人产生自杀之意而自杀,他人已有自杀之意思而在精神上加以鼓励使其坚定自杀意图或者在客观上提供便利使其自杀意图得以实现的情形,不以犯罪论。

3.安乐死在我国目前仍属非法。任何人应患有不治之症、濒临死亡的人或者其亲属的请求,为免除其所遭受的极端痛苦而无痛苦地致其死亡的,应以故意杀人罪论。一般属于故意杀人情节较轻的情形。

(四) 故意杀人罪的法定刑

我国《刑法》第232条规定,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。

二、过失致人死亡罪

(一) 过失致人死亡罪的概念

过失致人死亡罪,是指过失致人死亡的行为。

(二) 过失致人死亡罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的生命权利。
2. 犯罪主体是一般主体。
3. 客观方面表现为因过失致使他人死亡的行为。致人死亡,是指行为人的过失行为与被害人的死亡结果之间有因果关系,这是行为人负刑事责任的客观基础。

4. 主观方面表现为过失。

(三) 过失致人死亡罪的认定

1. 过失致人死亡罪与故意杀人罪的界限。两者区别的关键点在于主观方面不同,前者是过失,后者是故意。审判实践中,过于自信过失致人死亡和间接故意杀人,在客观上都造成了他人死亡结果的发生,有时难以区分。两者的区别主要有两点:(1)行为人对他人死亡结果发生的认识程度不同。前者表现为行为人预见到自己的行为可能造成他人死亡结果的发生,行为人所认识的他人死亡结果发生的可能性较低;后者表现为行为人明知自己的行为可能造成他人死亡结果的发生,行为人所认识的他人死亡结果发生的可能性较高。(2)行为人对他人死亡结果发生的态度不同。前者表现为行为人轻信能够避免他人死亡结果的发生,他人死亡结果的发生违背了其本意;后者表现为行为人放任他人死亡结果的发生,危害结果的发生并不违背其本意,也就是说,行为人容忍他人死亡结果的发生。审判实践中,要根据整个案件事实来判断行为人主观态度是轻信还是放任,轻信态度总是表现为行为人凭借相当的主客观条件而产生,放任态度则无此特点。

2. 过失致人死亡罪与因意外事件致人死亡的界限。两者区别的关键是行为人能否预见自己的行为可能致人死亡和行为人能否防止他人死亡结果的发生。根据行为本身的危险程度、行为人的智力水平、经验以及客观环境条件,行为人能够预见或者能够防止他人死亡结果发生的,应以过失致人死亡罪论处,否则应按意外事件处理。

3. 过失致人死亡罪与刑法另有规定的致人死亡的过失犯罪的界限。我国《刑法》第233条规定:“本法另有规定的,依照规定。”这是指刑法规定以他人死亡作为法定犯罪构成要件或者要件之一的过失犯罪,如犯失火罪、过失决水罪、过失爆炸罪、过失投放危险物质罪、

交通肇事罪、重大责任事故罪等过失犯罪致人死亡的，应分别依照有关条文定罪量刑，不以过失杀人罪论处。因为在这种情况下过失杀人罪的法条与其他过失犯罪的法条之间形成法条竞合关系，依照《刑法》第233条的规定，应按照特别法优于普通法的原则处理。

（四）过失致人死亡罪的法定刑

我国《刑法》第233条规定，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。本法另有规定的，依照规定。

三、故意伤害罪

（一）故意伤害罪的概念

故意伤害罪，是指故意非法损害他人身体健康的行为。

（二）故意伤害罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的身体健康权利。

2. 客观方面表现为非法损害他人身体健康的行为。具体来说，非法损害他人身体健康的行为具有以下三个特征：（1）伤害行为必须是非法的。因执行职务、执行命令、正当防卫、紧急避险等合法行为造成他人伤害的，是合法行为，当然不构成犯罪。（2）伤害的对象只能是他人，故意伤害自己身体的一般不构成犯罪。但是，如果现役军人在战时为了逃避履行军事义务而自伤身体的，构成战时自伤罪；如果是为了诬告陷害而自伤自己身体的，应以诬告陷害罪论处。（3）伤害行为必须是损害他人身体健康的行为，即损害他人身体组织的完整性和人体器官正常功能的行为。伤害行为所造成的结果包括肉体伤害和精神伤害、内伤和外伤、重伤和轻伤以及伤害致死。其中，轻伤、重伤和伤害致死是法定的三种伤害结果，直接影响故意伤害罪的轻重程度进而影响到其量刑幅度。轻伤是故意伤害罪基本犯罪构成的必要要件。所谓轻伤，是指物理、化学及生物等各种外界原因作用于人体，造成人体组织、器官的一定程度的损害或者部分功能障碍，尚未构成重伤亦不属于轻微伤害的损伤。审判实践中，损伤程度的评定应当由鉴定人依据司法机关关于重伤、轻伤的鉴定标准依法进行。（参见1990年3月发布的《人体重伤鉴定标准》和1990年7月1日起施行的《人体轻伤鉴定标准》）。根据五部委2014年4月22日起执行的《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》第2条第1项，故意伤害医务人员造成轻伤以上严重后果的，构成故意伤害罪，依照刑法的规定追究刑事责任。

3. 犯罪主体是一般主体，但年满14周岁并具有刑事责任能力的人应对故意伤害致人重伤或者死亡的犯罪负刑事责任。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知自己的行为会造成他人重伤或者轻伤结果的发生而希望或者放任这种结果的发生。在直接故意的情况下，行为人对于自己行为可能或者必然造成的伤害结果是重伤还是轻伤甚至于具体怎样的伤害情况有着清楚的认识；在间接故意的情况下，行为人认识到自己的行为会给他人造成伤害，但是造成何种程度的伤害（是重伤还是轻伤）并不一定有明确的认识，因此行为人的行为造成轻伤的以轻伤害论，造成重伤的以重伤害论，没有造成轻伤或者重伤的，不以犯罪论。

（三）故意伤害罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。行为人没有重伤或者轻伤他人的故意，亦无抗税、强迫交易、侮辱、刑讯逼供、逼取证人证言、虐待被监管人、干涉他人婚姻自由、虐待、抢劫、妨碍公

务、妨害作证等犯罪故意，而殴打他人造成他人暂时性肉体痛苦或轻微伤害的，不以犯罪论。但是，随意殴打他人，情节恶劣的，以寻衅滋事罪论处。

2. 划清故意伤害罪与故意杀人罪的界限。应当注意故意伤害罪与故意杀人罪，特别是故意伤害致死与故意杀人既遂、故意伤害与杀人未遂之间的区别。两者之间的主要区别是犯罪故意的内容不同。故意伤害罪的故意只有伤害他人身体健康的内容，而没有剥夺他人生命的内容，他人死亡是由于过失所致；故意杀人罪则具有剥夺他人生命的内容，仅造成他人伤害而没有造成他人死亡的，则是由于行为人意志以外的原因所致。要正确地判断行为人的故意内容是伤害故意还是杀人故意，必须查明犯罪的起因、经过和结果，犯罪的手段、工具，打击部位和强度，犯罪的时间、地点、环境与条件，犯罪人犯罪前后的表现，犯罪人与被害人之间的关系等案件事实，全面分析，综合判断。审判实践中，对于经常发生的无故寻衅，不计后果，动辄用刀子捅人的突发性案件，行为人的犯罪故意内容往往是不确定的，犯罪行为无论是造成轻伤、重伤还是死亡结果，均在行为人的故意之中，因此应以行为实际造成的结果定罪，造成轻伤或者重伤结果的，以（间接）故意伤害论处，造成死亡结果发生的，以（间接）故意杀人罪论处。

3. 划清故意伤害（致死）罪与过失致人死亡罪的界限。两者区分的关键是要查明行为人是否有伤害的故意，无论是故意伤害罪还是过失致人死亡罪，行为人对于死亡结果的发生均出于过失，但是故意伤害罪的行为人只有伤害的故意而无杀人的故意，而过失致人死亡罪既无杀人的故意，也无伤害的故意。行为人基于轻伤或者重伤他人的故意而过失地造成他人死亡的，以故意伤害（致死）罪论处；行为人并无伤害、杀害他人的故意而过失地造成他人死亡结果发生的，以过失致人死亡罪论处。没有伤害故意的一般殴打行为造成他人死亡的，行为人主观上有过失的，应当以过失致人死亡罪论处，没有过失的按意外事件处理。行为人以一般殴打行为作为暴力手段实施抗税、强迫交易、侮辱、妨害公务等犯罪，过失造成被害人死亡的，既构成抗税罪、强迫交易罪、侮辱罪、妨害公务罪等犯罪，又构成过失致人死亡罪，应按想象竞合犯原则处理。

4. 划清故意伤害罪与包含伤害要件的其他犯罪的界限。我国《刑法》第234条规定：“本法另有规定的，依照规定。”这是指行为人在实施其他故意犯罪的过程中，故意伤害他人，刑法其他条文另有规定的，应依照各有关条文定罪量刑，不以故意伤害罪论。例如，犯强奸、抢劫、拐卖妇女等犯罪致人死亡的，应依照各相关条文定罪量刑，不以故意伤害罪论处。但是，犯非法拘禁罪使用暴力致人伤残的，犯刑讯逼供罪或暴力取证罪致人伤残的，犯虐待被监管人罪致人伤残的，犯聚众斗殴罪致人重伤的等情况，应当以故意伤害罪论处。

（四）故意伤害罪的法定刑

我国《刑法》第234条规定，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；致人死亡的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。本法另有规定的，依照规定。

四、强奸罪

（一）强奸罪的概念

强奸罪，是指违背妇女意志，以暴力、胁迫或者其他手段，强行与其发生性交，或者同不满14周岁的幼女发生性关系的行为。

(二) 强奸罪的构成特征

1. 侵犯客体是妇女性的不可侵犯的权利或者幼女的身心健康。妇女性的不可侵犯权是妇女人身自由权的一部分,即妇女按照自己的自由意志决定是否发生和与何人发生性行为的权利。侵害对象包括年满18周岁的成年妇女、已满14周岁不满18周岁的少女以及不满14周岁的幼女。

2. 客观方面表现为以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的行为。行为人的行为是否构成强奸,应同时从以下两个方面进行判断:

(1) 性交行为违背妇女意志,这是强奸行为的内在属性。违背妇女意志可以从以下三个方面进行把握:①性交行为违背妇女意志,是指性交当时未取得妇女的同意,这是违背妇女意志的内涵。性交当时得到妇女同意,事后妇女因其他原因反悔的,不属于违背妇女意志。②性交行为违背妇女意志,是指行为人在主观上认识到自己的行为违背妇女的意志,而且客观上也确实违背了妇女的意志,这是违背妇女意志的外延。行为人本想违背妇女意志,强行与其性交,但实际上并未违背妇女意志的,不构成强奸罪。③性交行为违背妇女意志,一般应当排除丈夫违背妻子意志强行与妻子性交的情形,这是对违背妇女意志的必要限制。行为人误以妻子为他女而加以强奸的,仍构成犯罪,属于对象不能犯的未遂。

(2) 性交行为被强行进行,这是强奸行为的外在属性。所谓性交行为被强行进行,是指行为人采取暴力、胁迫或者其他手段,使被害妇女不能抗拒、不敢抗拒、不知抗拒,从而违背妇女意志,强行与妇女性交的。所谓暴力手段,是指犯罪分子直接对被害妇女采用殴打、捆绑、卡脖子、按倒等危害人身安全或者人身自由,使被害妇女不能抗拒的手段。所谓胁迫手段,是指犯罪分子对被害妇女威胁、恫吓,从而达到精神上的强制,使被害妇女不敢抗拒的手段。例如,手持凶器威吓,扬言行凶报复、揭发隐私、加害亲属等相威胁,利用封建迷信进行恐吓、欺骗,利用教养关系、从属关系、职权以及孤立无援的环境条件,进行挟制、迫害等,使妇女忍辱屈从,不敢抗拒。所谓其他手段,是指利用暴力、胁迫以外的,使被害妇女不知抗拒或者无法抗拒的手段。例如,利用妇女患重病、熟睡之机,进行奸淫;以醉酒、药物麻醉,以及利用或者假冒治病,利用催眠术使妇女不知反抗等方法对妇女进行奸淫。

强奸行为的上述内在属性和外在属性,必须同时具备,缺一不可。依照有关司法解释和司法实践经验,审判实践中,应当注意以下三点:①行为人明知是精神病患者或者程度严重的痴呆者而与其发生性行为的,不管犯罪分子采取何种手段,都应以强奸罪论处。与间歇性精神病患者在未发病期间发生性交行为,妇女本人同意的,不构成强奸罪。②在认定是否违背妇女意志时,不能以被害妇女作风好坏来划分。强行与作风不好的妇女发生性行为的,也应定强奸罪。③认定强奸罪不能以被害妇女是否有反抗表示作为必要条件。对被害妇女未作反抗表示或者反抗表示不明显的,要具体分析、加以区别。

奸淫幼女是一种特殊形式的强奸罪,一般来说不论行为人采用什么手段,也不论被害幼女是否同意或者是否抗拒,只要与幼女发生性行为,就构成犯罪。

3. 犯罪主体是特殊主体,即年满14周岁并具有刑事责任能力的男子。妇女单独不能成为强奸罪的主体,但可以成为强奸罪的共犯或者间接实行犯。

4. 主观方面表现为强行奸淫妇女的故意。即行为人明知自己的行为违背妇女的意志而强行与妇女性交。根据2003年1月17日最高人民法院的批复,行为人明知是不满14周岁的幼女而与其发生性关系,不论幼女是否自愿,均应以强奸罪从重处罚。

（三）强奸罪的认定

1. 划清强奸罪与男女在恋爱过程中自愿发生的不正当性行为的界限。未婚男女在恋爱过程中发生性行为，属道德领域内的问题，不能用刑事方法解决。在恋爱期间，男方采取强制手段与女方发生性交，女方当时并未告发，但后来男女双方感情破裂，女方告发男方强奸的，不宜认定为强奸罪。

2. 划清强奸罪与通奸行为的界限。通奸，是指双方或者一方有配偶的男女，自愿发生的不正当性交行为。通奸与强奸有着本质的区别，本不难区分，但在审判实践中，应当注意以下几方面的问题：（1）有的妇女与人通奸，一旦翻脸，关系恶化，或者事情败露怕丢面子，或者为推卸责任、嫁祸于人等情况，把通奸说成强奸的，不能定为强奸罪。在办案中，对于所谓半推半就的问题，要对双方平时的关系如何，性行为在什么环境和情况下发生的，事情发生后女方的态度怎样，又在什么情况下告发等事实和情节，认真审查清楚，作全面的分析，不是确系违背妇女意志的，一般不宜按强奸罪论处。如果确系违背妇女意志的，以强奸罪惩处。（2）第一次性行为违背妇女意志，但事后并未告发，后来女方又多次自愿与该男子发生性行为的，一般不宜以强奸罪论处。（3）犯罪分子强奸妇女后，对被害妇女实施精神上的威胁，迫使其继续忍辱屈从的，应以强奸罪论处。（4）男女双方先通奸，后来女方不愿意继续通奸，而男方纠缠不休，并以暴力或者以破坏名誉等进行胁迫，强行与其发生性行为的，以强奸罪论处。

3. 求奸未成与强奸未遂的界限。求奸未成，是指行为人以不正当的请求与女方发生性行为，而未获女方同意的情形。虽然求奸者主观上意图与女方发生性行为，客观上往往也有拉衣扯裤、拥抱猥亵等行为，但求奸者主观上无强行奸淫的故意，客观上无强行性交的行为，一旦妇女坚决拒绝，便即停手，不能以强奸罪论处。而强奸罪未遂则是指行为人已经着手实施强奸行为，但由于意志以外的原因，强行性交的行为没有完成。

（四）强奸罪的法定刑

我国《刑法》第236条规定，犯强奸罪的，处3年以上10年以下有期徒刑。奸淫不满14周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。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。情节恶劣，是指下列四种情节以外的，有其他恶劣情节者，如动机卑鄙、手段残酷、多次强奸妇女、奸淫幼女等。（2）强奸妇女、奸淫幼女多人的。多人，当指三人以上。（3）在公共场所当众强奸妇女。当众，是指能为三个以上的不特定的人所见所闻的情形。（4）两人以上轮奸的。轮奸，是指两个以上的男子对同一妇女在同一时间内进行强奸。（5）致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。致被害人重伤、死亡，是指强奸妇女、奸淫幼女导致被害人性器官严重损伤，或者其他严重伤害，甚至当场死亡或者经抢救无效死亡。

五、强制猥亵、侮辱罪

（一）强制猥亵、侮辱罪的概念

强制猥亵、侮辱罪，是指违背他人意志，以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的行为。

（二）强制猥亵、侮辱罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人格、尊严和人身自由权利。本罪中强制猥亵的犯罪对象是他人，

包含男人和女人。年满 18 周岁的成年女性对已满 14 周岁不满 18 周岁的少女进行侮辱通常划入猥亵他人之中。对不满 14 周岁的幼女进行侮辱属于猥亵不满 14 周岁的幼女的，以猥亵儿童罪定罪处罚。

2. 客观方面表现为行为人违背他人意志，以暴力、胁迫或者其他方法使他人处于不能抗拒、不敢抗拒或者不知抗拒的状态而强制猥亵他人或侮辱妇女行为。所谓暴力，是指对他人的身体施加外力打击或强制，如殴打、捆绑、强拉强拽等。所谓胁迫，是指以实施杀害、伤害或揭发隐私等行为进行恫吓、威胁。所谓其他方法，是指暴力、胁迫方法以外的使他人不能反抗或不知反抗的方法，如用酒灌醉、用药物麻醉、乘他人熟睡或者患重病等。所谓猥亵，是指对他人实施奸淫行为以外的、能够使行为人自己或同伴得到性欲上的刺激、兴奋或者满足的有伤风化的性侵行为。所谓侮辱，是指对妇女实施使其倍感难堪、羞辱的淫秽下流行为。猥亵他人、侮辱妇女的行为方式多种多样，如对受害人强行搂抱、亲吻、舔吮、抠摸妇女，强行脱光衣服，涂抹污物，故意显露生殖器等性侵行为。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面是直接故意，但不是以奸淫为目的。其动机通常是寻求性刺激。

（三）强制猥亵、侮辱罪的认定

1. 强制猥亵、侮辱罪与非罪的界限。主要是指强制猥亵、侮辱罪与一般猥亵、侮辱的违法行为的界限。区别的关键就是看行为人是否使用了强制性手段和方法，以及这种强制性是否达到了犯罪的程度。如果行为人实施猥亵、侮辱行为并未使用暴力、胁迫或其他使他人处于不能抗拒、不敢抗拒或者不知抗拒状态的强制性手段，就不能以犯罪论处；或者即使使用了强制性手段，但是情节显著轻微危害不大的，也不能以犯罪论处。

2. 强制猥亵、侮辱罪与强奸罪（未遂）的界限。以妇女为侵害的对象进行强制猥亵、侮辱时，与强奸罪使用的犯罪手段基本一致，具体行为的表现方式也有较多相似之处，因而在强奸未遂的情况下往往容易将二者混淆。二者的区别主要表现在以下几方面：（1）主观故意的内容不同。强奸罪是以与妇女发生性交行为为目的；强制猥亵、侮辱妇女的犯罪则不是以与妇女发生性交行为为目的。这是区分二者的关键所在。（2）客观方面的行为不完全相同。强制猥亵、侮辱妇女的犯罪是对妇女实施性交行为以外的猥亵、侮辱等性侵行为，没有与妇女发生性交的行为；强奸罪则是对妇女实施性交行为，即使由于行为人自身原因而致性交行为未能完成，也应认定为强奸罪（未遂）。（3）犯罪主体的范围不完全相同。强制猥亵、侮辱妇女的犯罪的实行犯既可以是男子，也可以是妇女；强奸罪目的行为（即与妇女的性交行为）的实行犯则只能是男子。

（四）强制猥亵、侮辱罪的法定刑

《刑法修正案（九）》第 13 条对《刑法》第 237 条修订后规定，犯强制猥亵、侮辱罪的，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本罪的，或者有其他恶劣情节的，处 5 年以上有期徒刑。

根据司法解释，对已满 14 周岁的未成年男性实施猥亵，造成被害人轻伤以上后果，符合《刑法》第 234 条或者第 232 条规定的，以故意伤害罪或者故意杀人罪和强制猥亵罪的想象竞合犯从一重罪处理。

六、猥亵儿童罪

(一) 猥亵儿童罪的概念

猥亵儿童罪，是指猥亵不满 14 周岁儿童的行为。

(二) 猥亵儿童罪的构成特征

1. 侵犯客体是儿童的人格尊严和身心健康。侵犯对象必须是不满 14 周岁的男女儿童。
2. 客观方面表现为猥亵儿童的行为。猥亵包括采用殴打、捆绑等强制手段，也包括采用欺骗、引诱等非强制手段，对儿童进行鸡奸、让儿童为其手淫、强行亲吻、搂抱、抠摸儿童的身体敏感部位等性侵行为。
3. 犯罪主体为一般主体，即年满 16 周岁并具备刑事责任能力的男性或女性自然人。
4. 主观方面是直接故意。

(三) 猥亵儿童罪的认定

1. 猥亵儿童罪与强制猥亵、侮辱罪的界限。两罪的主要区分是侵犯对象的年龄不同，本罪侵犯的对象是未满 14 周岁的男女儿童，而强制猥亵、侮辱罪侵犯的是已满 14 周岁的男性或女性自然人。
2. 猥亵儿童罪与相关犯罪的认定处理问题。在实施猥亵儿童犯罪行为时，造成儿童轻伤以上后果，符合《刑法》第 234 条或者第 232 条的规定，构成故意伤害罪或故意杀人罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

(四) 猥亵儿童罪的法定刑

依照我国《刑法》第 237 条第 3 款规定，犯猥亵儿童罪的，依照强制猥亵、侮辱罪的法定刑规定从重处罚。

七、非法拘禁罪

(一) 非法拘禁罪的概念

非法拘禁罪，是指非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的行为。

(二) 非法拘禁罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人身自由权利。
2. 客观方面表现为非法对被害人的身体进行强制，使被害人失去人身行动自由的行为。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面表现为故意。行为人的动机多种多样，如为了报复、为了索取债务等，但是行为人为了出卖他人、为了勒索财物、为了绑架他人作为人质的，不构成本罪。

(三) 非法拘禁罪的认定

1. 非法拘禁罪是持续犯，非法剥夺他人人身自由的行为是一种持续行为，即该行为在一定时间内处于继续状态，具有不间断性。行为人只要实施了非法剥夺他人人身自由的行为即构成犯罪，行为持续时间的长短不影响本罪的成立，但是应当作为量刑的情节加以考虑。当然，非法拘禁时间很短，情节轻微危害不大的，不以犯罪论。根据五部委 2014 年 4 月 22 日起执行的《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》第 2 条第 3 项的规定，以不准离开工作场所等方式非法限制医务人员人身自由构成犯罪的，以非法拘禁罪定罪处罚。

2. 非法拘禁罪的转化。依照我国《刑法》第 238 条的规定，使用暴力犯非法拘禁罪，致人伤残、死亡的，应以故意伤害罪、故意杀人罪论处。非法拘禁罪转化为故意伤害罪、故

意杀人罪,应当具备两个条件:(1)行为人必须是以暴力方法犯非法拘禁罪,即行为人的行为具备非法拘禁罪的基本构成,而且客观上以暴力为手段,主观上行为人也认识到自己以暴力为手段实施非法拘禁的行为。(2)客观上必须造成被害人重伤、死亡结果的发生,至于行为人主观上对于重伤、死亡结果的发生是故意还是过失,法律没有明确规定。对此可作两种理解:一种理解是,无论行为人主观上对重伤、死亡结果的发生是故意还是过失,只要行为人故意使用暴力犯非法拘禁罪,致人重伤、死亡的,就应当以故意伤害罪、故意杀人罪论处。另一种理解是,行为人对重伤、死亡结果的发生具有过失,而不是故意的心理态度。这两种理解似乎都有一定的道理,但又都有一定的问题。如果按照第一种理解,就会形成这样的结论,行为人故意犯某罪,过失地造成一种严重的危害结果,则转化为一种更重的故意犯罪。这样理解似有客观归罪之嫌。如果按照第二种理解,则立法者关于非法拘禁罪转化的规定实无必要,因为如果行为人以暴力方法犯非法拘禁罪,故意地造成被害人死亡结果发生的,无论立法者是否作出特别规定,都应当以故意杀人罪论处。所以,按照第二种理解,体现不出立法者对故意以暴力方法犯非法拘禁罪致人重伤、死亡,从严惩处的立法意图。如果相对多一些地从刑事政策的角度考虑,我们倾向于第一种理解。

(四) 非法拘禁罪的法定刑

我国《刑法》第238条规定,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。犯本罪致人重伤的,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。国家机关工作人员利用职权犯本罪的,从重处罚。

八、绑架罪

(一) 绑架罪的概念

绑架罪,是指以勒索财物为目的绑架他人,或者绑架他人作为人质,或者以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的行为。

(二) 绑架罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人身权利。
2. 客观方面表现为绑架他人或者偷盗婴幼儿的行为。所谓绑架,是指用暴力、胁迫、麻醉或者其他强制性手段将他人劫持,置于自己的控制之下,使其失去行动自由的行为。偷盗婴幼儿,是指采取不为婴幼儿父母、监护人、保姆等看护人知晓的秘密方式偷盗不满1周岁的婴儿或者1周岁以上6周岁以下的幼儿的行为。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面是故意,并以勒索财物或者劫持他人作为人质为目的。

(三) 绑架罪的认定

1. 划清绑架罪与非法拘禁罪的界限。两者在主体、客体和客观方面等方面都基本相同,主观方面也都是故意,但故意的内容有所不同,区分的关键是前者既以剥夺他人人身自由为目的,又以勒索财物或者劫持他人作为人质为法定的目的,后者的主观方面也以非法剥夺他人人身自由为目的,但是并不具有勒索他人财物和绑架他人作为人质的目的。行为人为了索取债务而采取绑架的方式非法剥夺他人人身自由的,构成非法拘禁罪,不构成绑架罪。

2. 绑架罪既遂与未遂的认定。行为人以勒索财物为目的劫持他人并把他人置于自己的

控制之下的，或者将他人置于自己控制之下作为人质的，或者以勒索财物为目的完成偷盗婴幼儿的行为的，即构成既遂，行为人勒索财物的目的或者其他非法目的是否达到，不影响本罪既遂的成立。行为人实施了偷盗婴幼儿的行为但未能完成偷盗行为，或者完成偷盗行为但未能造成婴幼儿的父母、监护人或者其他合法之看护人失去对婴幼儿之监护的，属于未遂。

（四）绑架罪的法定刑

根据《刑法修正案（九）》第14条修改后的我国《刑法》第239条规定，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；情节较轻的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的，依照前述规定处罚。

九、拐卖妇女、儿童罪

（一）拐卖妇女、儿童罪的概念

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。

（二）拐卖妇女、儿童罪的构成特征

1. 侵犯客体是妇女、儿童的人身自由权利。
2. 客观方面表现为拐卖妇女、儿童的行为，即拐骗、绑架、收买、贩卖、接送或者中转年满14周岁的妇女或者未满14周岁的儿童的行为。拐卖已满14周岁的男子的行为，不构成本罪，可以非法拘禁罪论处。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面表现为直接故意，并以出卖为目的。

（三）拐卖妇女、儿童罪的认定

1. 认定是否出卖是本罪成立的关键要素。根据司法解释，下列情形应认定为本罪：（1）以出卖为目的强抢儿童，或者捡拾儿童后予以出卖的；（2）以抚养为目的偷盗婴幼儿或者拐骗儿童，之后予以出卖的；（3）以非法获利为目的，出卖亲生子女的；（4）医疗机构、社会福利机构等单位的工作人员以非法获利为目的，将所诊疗、护理、抚养的儿童贩卖给他人的。

2. 划清拐卖妇女罪与介绍婚姻借以索取财物的界限。以为男女双方作为婚姻介绍人而向其中一方或者双方索取财物的，并未实施拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转等行为，也不是以出卖为目的，没有侵害到妇女的人身自由权利，不构成犯罪。

3. 划清拐卖妇女、儿童罪与绑架罪的界限。两者的主要区别在于，犯罪目的不同，前者以出卖为目的；后者以勒索财物或者扣押人质为目的。犯罪对象不同，前者仅仅限于妇女、儿童；后者的对象可以是任何人。

（四）拐卖妇女、儿童罪的法定刑

我国《刑法》第240条规定，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、儿童三人以上的；

- (3) 奸淫被拐卖的妇女;
- (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。

上述8项情节中的第3项情节,是指行为人在拐卖妇女的过程中,与被害妇女(包括幼女)发生性交行为,不论行为人是否使用了暴力、胁迫等强制手段,也不论被害妇女是否有反抗表示。第7项情节,不包括故意伤害、杀人的情形,行为人对被害人进行故意重伤、杀害的,应将故意伤害罪、故意杀人罪与拐卖妇女、儿童罪实行数罪并罚。此外,根据司法解释,猥亵、侮辱受害人构成其他犯罪的,依照本罪与构成的罪实行数罪并罚;组织、教唆受害人实施其他犯罪的,按数罪并罚原则处罚。

十、收买被拐卖的妇女、儿童罪

(一) 收买被拐卖的妇女、儿童罪的概念

收买被拐卖的妇女、儿童罪,是指不以出卖为目的,收买被拐卖的妇女、儿童的行为。

(二) 收买被拐卖的妇女、儿童罪的构成特征

1. 侵犯客体是被拐卖妇女、儿童的人身自由权利和人格尊严。犯罪对象是被拐卖的妇女、儿童。
2. 客观方面表现为以金钱或其他财物收买被拐卖的妇女或者儿童,并对被拐卖人实施人身控制的行为。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面表现为直接故意,即明知是被拐卖的妇女、儿童而予以收买。过失不构成犯罪。实践中多出于买来做妻子或子女的动机,不具有再出卖的目的。

(三) 收买被拐卖的妇女、儿童罪的认定

1. 划清收买被拐卖的妇女、儿童罪与拐卖妇女、儿童罪的界限。关键是查明行为人收买被拐卖妇女、儿童的目的,若是不以出卖为目的的收买行为则成立本罪;若将收买来的妇女、儿童进行出卖的,则构成拐卖妇女、儿童罪。
2. 划清一罪与数罪的界限。一种情况是强行与收买来的被拐卖的妇女发生性关系的,依照本罪与强奸罪实行数罪并罚。另一种情况是,对收买来的被拐卖妇女、儿童进行非法剥夺、限制人身自由或者有伤害、侮辱犯罪行为的,依照本罪与非法拘禁罪或者故意伤害罪、侮辱罪实行数罪并罚。根据司法解释,犯本罪又阻碍解救受害人的,组织、诱骗、强迫受害人实施其他犯罪的,造成受害人及其亲属重伤、死亡以及其他严重后果的,实行数罪并罚。

(四) 收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定刑

我国《刑法》第241条第1款规定,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。

《刑法修正案(九)》第15条对《刑法》第241条第6款修订后规定,犯本罪,对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,可以从轻处罚;按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,可以从轻或者减轻处罚。

十一、雇用童工从事危重劳动罪

(一) 雇用童工从事危重劳动罪的概念

雇用童工从事危重劳动罪,是指违反劳动管理法规,雇用未满16周岁的未成年人从事超强度体力劳动,或者高空、井下作业,或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动,情节严重的行为。

(二) 雇用童工从事危重劳动罪的构成特征

1. 侵犯客体是未成年人的身心健康。犯罪对象是童工。“童工”,是指未满16周岁,与单位或者个人发生劳动关系,从事有经济收入的劳动或者从事个体劳动的少年儿童。

2. 客观方面表现为违反劳动管理法规,雇用未满16周岁的未成年人从事超强度体力劳动,或者高空、井下作业,或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动,情节严重的行为。违反劳动管理法规,是指违反《中华人民共和国劳动法》及其他劳动行政法规,这是本罪构成的前提条件。本罪在客观方面有三种具体表现形式:(1)雇用童工从事“超强度体力劳动”,是指使童工从事国家禁止的《体力劳动强度分级》国家标准中第四级体力劳动强度的作业。(2)雇用童工从事“高空、井下作业”,是指使童工从事国家禁止的《高处作业分级》国家标准中第二级以上的高处作业和矿山井下作业。(3)雇用童工“在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下”从事劳动,具体指使童工在具有爆炸性能、能够引起爆炸的各种用于爆破、杀伤的物质的环境下从事劳动;指使童工在具有各种极易引起燃烧的化学物品、液剂的环境下从事劳动;指使童工在具有含有放射性能的化学元素或其他物质的环境下从事劳动,该物质对人体或牲畜能够造成严重损害;指使童工在具有含有能致人死亡的毒性的有机物或者无机物的环境下从事劳动。行为人只要具有雇用童工从事上述三种形式的危重劳动中的一种即符合本罪的客观要件。

按照法律规定,雇用童工从事危重劳动的行为,必须达到情节严重的程度才能构成犯罪。“情节严重”一般是指雇用多名童工或多次非法雇用童工或长时间非法雇用童工从事法律禁止的危重劳动;还指因从事法律禁止的危重劳动造成严重后果,影响未满16周岁未成年人的身心健康和正常发育等。

3. 犯罪主体既可以是单位,也可以是自然人。按照法律规定,单位犯该罪,只追究“直接责任人员”(含直接负责的主管人员和其他直接责任人员)的刑事责任。

4. 主观方面表现为故意,包括直接故意和间接故意。

(三) 雇用童工从事危重劳动罪的认定

1. 划清非法雇用童工与合法招用童工的界限。法律禁止使用童工,但是法律允许文艺、体育单位经未成年人的父母或其他监护人的同意招用不满16周岁的专业文艺工作者、运动员,并保障其身心健康和接受义务教育的权利。

2. 划清雇用童工从事危重劳动罪与非罪行为的界限。这里,情节是否严重应该是区分本罪与一般违反劳动管理法规行为的界限。

(四) 雇用童工从事危重劳动罪的法定刑

我国《刑法修正案(四)》第4条新增加的《刑法》第244条之一第1款规定,犯雇用童工从事危重劳动罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节特别严重的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。

第2款规定,有前款行为,造成事故,又构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。

十二、诬告陷害罪

(一) 诬告陷害罪的概念

诬告陷害罪,是指捏造事实诬告陷害他人,意图使他人受刑事追究,情节严重的行为。

(二) 诬告陷害罪的构成特征

1. 侵犯客体是公民的人身权利和国家司法机关的正常活动。这里所说的对公民人身权利的侵犯,具体表现为对公民人身自由的一种威胁或者实际损害。

2. 客观方面表现为捏造他人犯罪的事实,并向国家机关或者有关单位与人员告发,或者采取其他足以引起司法机关追究活动的行为。具体说包括以下三点:(1) 诬告陷害必须有捏造犯罪事实的行为。所谓捏造,是指完全虚构犯罪事实。至于行为人是否也捏造了有罪证据,不影响本罪的成立。如果行为人捏造的事实只是一般违法行为、不道德行为或者其他错误事实则不构成本罪。(2) 诬告陷害行为必须向有关机关或者人员告发,或者采用了足以引起司法机关追究活动的方法。告发的具体形式多种多样,可以是直接告发,也可以是间接告发,可以是口头告发,也可以是书面告发,可以是署名告发,也可以是匿名告发。(3) 诬告陷害行为必须指向特定的人。也就是说,构成本罪必须有特定的对象,如果没有特定的诬告陷害对象,而只是虚报案情,没有明示或者暗示是谁作案的,不构成本罪。诬告陷害行为,情节严重的,才构成犯罪,否则不构成犯罪。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意,并具有使他人受到刑事追究的目的。

(三) 诬告陷害罪的认定

划清诬告与错告、检举失实的界限。诬告行为的行为人具有诬告陷害他人的故意,并以使他人受到刑事追究为目的,客观上具有捏造他人犯罪事实并告发的行为;错告或者检举失实的行为人没有诬告陷害他人的故意和意图使他人受刑事追究的目的,行为人认为自己所告发的事实是真实的而不是虚伪的。因此,诬告陷害他人情节严重的,以犯罪论。不是有意诬陷,而是错告,或者检举失实的,不以诬告陷害罪论。

(四) 诬告陷害罪的法定刑

我国《刑法》第243条规定,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本罪的,从重处罚。

十三、侮辱罪

(一) 侮辱罪的概念

侮辱罪,是指使用暴力或者其他方法,公然贬低他人人格,败坏他人名誉,情节严重的行为。

(二) 侮辱罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人格、名誉。

2. 客观方面表现为以暴力或者其他方法公然侮辱他人,损害他人人格和名誉的行为。

(1) 侮辱行为必须采取暴力或者其他方法进行。实践中,侮辱行为的方法主要包括暴力、言词、文字图画三种方法。暴力方法,是指用人身强制方法对他人进行侮辱,如强迫被害人吃屎喝尿、扒光被害人的衣服当众羞辱、强迫被害人做一些侮辱性动作等。言词方法,主要是

指使用言辞对被害人进行诋毁、辱骂、嘲笑，使被害人受辱。文字图画的方法，是指以书面文字或者图画的方法损害他人人格与名誉，如书写、张贴、散发、邮寄、传阅有损他人人格与名誉的大字报、小字报、漫画、标语、信件等。(2) 侮辱行为必须公然进行。所谓公然进行，是指侮辱行为在众多人在场的情况下进行，即能为众多人所见所闻的条件下进行，至于侮辱行为有多少人知悉，被害人是否在场，均不影响本罪的成立。(3) 侮辱行为必须针对特定的人进行。特定的人可以是一人，也可以是多人。大庭广众之下进行无特定对象的谩骂，不构成犯罪，如果行为人尽管没有指名道姓地进行侮辱行为，但是其他人可以知道行为人所侮辱对象的，亦构成犯罪。根据五部委 2014 年 4 月 22 日起执行的《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》第 2 条第 4 项的规定，采取暴力或者其他方法公然侮辱医务人员情节严重的，构成侮辱罪。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，并具有损害他人人格、名誉的目的。

(三) 侮辱罪的认定

侮辱行为，必须是情节严重的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。所谓情节严重，法律没有具体规定，审判实践中一般是指手段恶劣的，后果严重的，造成严重的社会影响或者政治影响的，严重危害社会或者国家利益的，等等。

(四) 侮辱罪的法定刑

我国《刑法》第 246 条第 1 款规定，犯侮辱罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

第 2 款规定，犯本罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。

《刑法修正案(九)》第 16 条对《刑法》第 246 条增订了第 3 款的规定，通过信息网络实施第 1 款规定的行为，被害人向人民法院告诉，但提供证据确有困难的，人民法院可以要求公安机关提供协助。

十四、诽谤罪

(一) 诽谤罪的概念

诽谤罪，是指捏造并散布虚构的事实，损害他人人格与名誉，情节严重的行为。

(二) 诽谤罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人格与名誉。

2. 客观方面表现为捏造并散布某种虚构的事实，损害他人人格与名誉的行为。(1) 诽谤必须以捏造事实的方法进行。所谓捏造事实，是指无中生有，凭空虚构事实。(2) 诽谤必须散布其所捏造的事实。所谓散布，是指用口头、文字的方式将其捏造的虚假事实散布出去，让众多的人知道。(3) 诽谤行为必须针对特定的人进行，这一点与侮辱罪相同。根据“两高”2013 年 9 月 10 日起施行的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第 1 条的规定，具有下列情形之一的应认定为“捏造事实诽谤他人”：一是捏造损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布的；二是将信息网络上涉及他人的原始信息内容篡改改为损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布的。明知是捏造的损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，情节恶劣的，以“捏造事实诽谤他人”论。诽谤行为，情节严重的，才能构成犯

罪。根据上述司法解释第2条的规定，利用信息网络诽谤他人，情节严重的有四种情形。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，并以损害他人人格、名誉为目的。

（三）诽谤罪的认定

1. 划清诽谤罪与非罪的界限。诽谤行为，情节严重的，才能构成犯罪。

2. 划清侮辱罪与诽谤罪的界限。侮辱罪与诽谤罪在犯罪主体、侵犯客体、主观方面都有相同或者相似之处，两者的区别关键有以下两点：（1）行为手段不同。侮辱罪的行为方式可以是口头、文字图画的形式，也可以是暴力的方式；诽谤罪的行为方式只能是口头或者文字图画的方式，而不可能是暴力的方式。（2）行为方式不同。侮辱罪可以不用具体事实，也可以用具体真实的被害人的隐私来损害被害人的人格和名誉，但不可能使用捏造并散布事实的方法；诽谤罪则必须捏造事实，并以公然散布这一事实为必要。

3. 划清诽谤罪与诬告陷害罪的界限。两者的共同点都表现为捏造事实，而且诽谤罪也可能捏造犯罪事实。两者的主要区别在于：（1）犯罪客体不同。诬告陷害罪的犯罪客体是公民的人身权利和国家司法机关的正常活动；诽谤罪的犯罪客体是他人的人格与名誉。（2）犯罪客观方面不同。诬告陷害罪在客观上表现为捏造犯罪事实，并且向国家机关或者其他有关部门单位告发或者采用了足以引起司法机关追究活动的行为；诽谤罪则表现为捏造损害他人人格、名誉的事实，并向他人散布，但并没有向国家机关或者有关部门单位告发。（3）犯罪主观方面不同。诬告陷害罪目的在于使他人受到刑事追究；诽谤罪目的在于损害他人人格、名誉，而不是为了使他人受到刑事追究。

（四）诽谤罪的法定刑

诽谤罪的法定刑规定同侮辱罪。

十五、刑讯逼供罪

（一）刑讯逼供罪的概念

刑讯逼供罪，是指司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供的行为。

（二）刑讯逼供罪的构成特征

1. 侵犯客体是公民的人身权利和司法机关的正常活动。

2. 客观方面表现为对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相使用肉刑，逼取口供的行为。肉刑，是指对犯罪嫌疑人、被告人的肉体实施暴力打击，如殴打、吊打、捆绑以及其他方法折磨人的肉体。变相肉刑，是指对犯罪嫌疑人、被告人使用非暴力的摧残和折磨，如冻、饿、晒、车轮战等。

3. 犯罪主体是特殊主体，即司法工作人员。

4. 主观方面表现为故意，目的在于逼取口供。行为人的动机一般是为了迅速破案，也有的是为了显示自己的权势或者挟嫌报复，动机不同不影响本罪的构成。

（三）刑讯逼供罪的认定

我国《刑法》规定，行为人的行为具备刑讯逼供罪的基本犯罪构成，而且致人伤残、死亡的，刑讯逼供罪则转化为故意伤害罪、故意杀人罪，应依照故意伤害罪、故意杀人罪从重处罚。

（四）刑讯逼供罪的法定刑

我国《刑法》第247条规定，犯刑讯逼供罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

十六、报复陷害罪

(一) 报复陷害罪的概念

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。

(二) 报复陷害罪的构成特征

1. 侵犯客体是公民的民主权利，即控告权、申诉权、批评监督权和国家机关的正常活动。
2. 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。
3. 犯罪主体是特殊主体，即国家机关工作人员。
4. 主观方面表现为故意。

(三) 报复陷害罪的认定

划清报复陷害罪与诬告陷害罪的界限。两者的主要区别是：(1) 犯罪客体不同。报复陷害罪的犯罪客体是公民的民主权利即公民的控告权、申诉权、批评监督权和国家机关的正常活动；诬告陷害罪的犯罪客体是公民的人身权利和国家司法机关的正常活动。(2) 犯罪对象不同。报复陷害罪的对象是控告人、申诉人、批评人、举报人；诬告陷害罪的对象可以是任何公民。(3) 犯罪行为方式不同。报复陷害罪表现为滥用职权、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；诬告陷害罪表现为捏造他人犯罪的事实，并向国家机关或者有关单位与人员告发，或者采取其他足以引起司法机关追究活动的行为。(4) 犯罪主体不同。报复陷害罪的主体是特殊主体，即国家机关工作人员；诬告陷害罪的主体是一般主体，可以是任何达到刑事责任年龄并具有刑事责任能力的自然人。(5) 犯罪目的不同。报复陷害罪的犯罪目的是报复；诬告陷害罪的目的是使他人受到刑事追究。

(四) 报复陷害罪的法定刑

我国《刑法》第 254 条规定，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。

十七、破坏选举罪

(一) 破坏选举罪的概念

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碍选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为。

(二) 破坏选举罪的构成特征

1. 侵犯客体是公民的民主权利，即选举权与被选举权和国家的选举制度。
2. 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碍选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面表现为直接故意，并具有破坏选举的目的。

(三) 破坏选举罪的认定

在认定破坏选举罪时需要注意，破坏选举的行为，必须是情节严重的，才构成犯罪，否

则不构成犯罪。“情节严重”，一般指手段恶劣、后果严重或者造成很坏社会影响等情形。

（四）破坏选举罪的法定刑

我国《刑法》第 256 条规定，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。

十八、暴力干涉婚姻自由罪

（一）暴力干涉婚姻自由罪的概念

暴力干涉婚姻自由罪，是指以暴力手段，干涉他人婚姻和结婚离婚自由的行为。

（二）暴力干涉婚姻自由罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的婚姻自由。婚姻自由是我国宪法赋予公民的一项基本民主权利，是我国婚姻法的一项基本原则。婚姻自由含结婚自由和离婚自由。

2. 客观方面表现为暴力干涉他人婚姻自由的行为。“暴力”是指对他人的人身实施捆绑、殴打、禁闭、强抢等打击和强制的行为。暴力干涉婚姻自由的表现形式常见的有：强迫被干涉者与自己结婚或离婚；强迫被干涉者与他人结婚或离婚或者不准被干涉者与他人结婚或离婚。

3. 犯罪主体主要有父母、子女、兄弟姐妹、配偶、族人、奸夫、情妇、干部等，多见于父母干涉子女的婚姻自由或子女干涉父母再婚的自由。

4. 主观方面表现为直接故意。

（三）暴力干涉婚姻自由罪的认定

1. 划清暴力干涉婚姻自由罪与非罪行为的界限。关键在于行为人是否使用了暴力手段干涉他人的婚姻自由。未使用暴力手段的，如仅以赶出家门、断绝关系等相威胁的，不构成暴力干涉婚姻自由罪。

2. 按照刑法的规定，对于以暴力干涉他人婚姻自由，没有引起被害人死亡的，“告诉的才处理”。

（四）暴力干涉婚姻自由罪的法定刑

我国《刑法》第 257 条规定，犯暴力干涉婚姻自由罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役；致使被害人死亡的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑。

十九、重婚罪

（一）重婚罪的概念

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。

（二）重婚罪的构成特征

1. 侵犯客体是一夫一妻的婚姻制度。

2. 客观方面表现为有配偶者即已婚者又与他人结婚，或者无配偶者明知他人有配偶而与之结婚。第一种情况是已结婚者，在双方的婚姻关系没有依法解除或者在对方没有死亡的时候，又与他人登记结婚的行为；第二种情况是自己虽然没有结婚，但明知对方已经结婚而与其登记结婚的行为。根据最高人民法院的批复，有配偶的人与他人以夫妻名义同居生活的，或者明知他人有配偶而与之以夫妻名义同居生活的，以重婚罪论处。

3. 犯罪主体是特殊主体，即已经有配偶的人即已婚者，或者是虽无配偶但是明知对方

有配偶而与之结婚的人。

4. 主观方面表现为故意，过失者不构成本罪。审判实践中，行为人重婚的动机多种多样，但不影响本罪的成立。

（三）重婚罪的认定

审判实践中，因遭受自然灾害外流谋生而重婚的；因配偶长期外出下落不明，造成家庭生活严重困难，又与他人结婚的；因强迫、包办婚姻或者因婚后受虐待外逃重婚的；被拐卖后再婚的，由于行为人主观上缺乏国家和社会期待其作出合法行为的可能性，不应以犯罪论处。

（四）重婚罪的法定刑

我国《刑法》第 258 条规定，犯重婚罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役。

二十、虐待罪

（一）虐待罪的概念

虐待罪，是指虐待家庭成员，情节恶劣的行为。

（二）虐待罪的构成特征

1. 侵犯客体是共同生活的家庭成员在家庭生活中的平等权利与被害人的人身权利。
2. 客观方面表现为对共同生活的家庭成员经常以打骂、捆绑、冻饿、有病不给治、强迫超体力劳作、限制自由等方式，从肉体上或者精神上摧残、折磨的行为。
3. 犯罪主体是特殊主体，即共同生活的家庭成员。本罪的主体与被害人之间存在着亲属关系，如父母、夫妻、子女（包括继父母、养子女）、祖父母、兄弟姐妹等，非家庭成员之间发生的虐待行为不构成本罪。

4. 主观方面表现为故意。

（三）虐待罪的认定

虐待家庭成员的行为，情节恶劣的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。审判实践中，应当根据虐待的手段、虐待持续的时间、虐待造成的后果、虐待的动机以及被害人的具体情况等进行全面分析。一般来说，虐待动机特别卑鄙的，虐待手段特别残忍的，长期虐待家庭成员屡教不改的，虐待因年老、年幼、患重病或者残疾无独立生活能力的人等，被认为是情节恶劣。

（四）虐待罪的法定刑

我国《刑法》第 260 条规定，犯虐待罪的，处 2 年以下有期徒刑、拘役或者管制，但告诉的才处理；犯本罪致使被害人重伤、死亡的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑。

这里的致使被害人重伤、死亡，是指过失致使被害人重伤、死亡或者致使被害人自杀的情形。

二十一、遗弃罪

（一）遗弃罪的概念

遗弃罪，是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的行为。

（二）遗弃罪的构成特征

1. 侵犯客体是家庭成员之间相互扶养的权利义务关系。
2. 客观方面表现为对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养

义务而拒绝扶养的行为。拒绝扶养，是指拒不履行法定扶养义务的，如离被扶养人而去，将被扶养人赶走或者置于自己不能扶养的场所，不向被扶养人提供物质帮助和必要的照料等。遗弃行为，是一种典型的不作为。遗弃罪只能由不作为的行为方式构成，是一种典型的纯正不作为犯。

3. 犯罪主体是特殊主体，即对被遗弃者负有法律上的扶养义务而且有扶养能力的人。

4. 主观方面表现为故意。

（三）遗弃罪的认定

认定本罪时需要注意，遗弃行为，情节恶劣的才构成犯罪，否则不构成犯罪。情节是否恶劣需要根据行为的手段、后果、行为人的动机等因素综合评价。

（四）遗弃罪的法定刑

我国《刑法》第 261 条规定，犯遗弃罪的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第十八章 侵犯财产罪

第一节 侵犯财产罪概述

一、侵犯财产罪的概念

侵犯财产罪，是指故意非法占有、挪用公私财物，或者故意破坏生产经营、毁坏公私财物的犯罪行为。

二、侵犯财产罪的共同特征

1. 侵犯客体是公共财产和公民私人财产所有权。财产所有权，是指财产所有人对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。占有权、使用权、收益权和处分权，是所有权的四项基本权能。多数侵犯财产的犯罪侵犯了四项权能的全部，也有的犯罪只是侵犯了四项权能中的某些权能。我国《刑法》第91条的规定，公共财产是指下列财产：（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。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。我国《刑法》第92条规定，公民私人所有的财产是指下列财产：（1）公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料；（2）依法归个人、家庭所有的生产资料；（3）个体户和私营企业的合法财产；（4）依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产。

2. 客观方面表现为非法占有、挪用或者毁坏公私财物的行为。这类犯罪按照行为方式的不同，可以区分为占有型犯罪、挪用型犯罪、毁坏型犯罪三类。占有型犯罪行为有抢劫、盗窃、诈骗、抢夺、聚众哄抢、侵占、敲诈勒索等，挪用型犯罪行为有挪用资金、挪用特定款物等，毁坏型犯罪行为有故意毁坏财物、破坏生产经营等。

3. 犯罪主体只能是自然人，既有一般主体，也有特殊主体。单位不能成为本类犯罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，过失不能构成这类犯罪。

第二节 本章要求掌握的犯罪

一、抢劫罪

（一）抢劫罪的概念

抢劫罪，是指以非法占有为目的，当场使用暴力、胁迫或者其他方法，强行劫取财物的行为。

（二）抢劫罪的构成特征

1. 侵犯客体为复杂客体，即不仅侵犯财产所有权，同时也侵害他人的人身权利。这是本罪不同于其他侵犯财产罪的重要特征。由于行为人的目的是劫取财物，侵犯他人人身权利

只是行为人实现这一目的所使用的手段,所以,立法者将其归入侵犯财产罪一章中。

2. 客观方面表现为行为人对公私财物的所有人、保管人、看护人或者持有人当场使用暴力、胁迫或者其他方法,迫使其立即交出财物或者立即将财物抢走的行为。

这里的暴力,是指行为人对被害人的身体实行打击或强制。较为常见的有殴打、捆绑、禁闭、伤害,直至杀害。暴力通常针对财物所有人、保管人、看护人或者持有人实施,有时也可能针对在场的上述人的亲友;暴力的强度并不要求必须达到危及他人的健康和生命,只要达到使被害人身体受到强制,处于不能反抗或者不敢反抗的状态即可,暴力是用来排除被害人的反抗从而劫取财物的手段。根据“两高”2013年11月18日起施行的《关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条的规定,驾驶机动车、非机动车夺取他人财物,具有下列三种情形之一的,应当以抢劫罪定罪处罚:一是夺取他人财物时因被害人不敢放手而强行夺取的;二是驾驶机动车逼挤、撞击或者强行逼倒他人夺取财物的;三是明知会致人伤亡仍然强行夺取并放任造成财物持有人轻伤以上后果的。

这里的胁迫,是指行为人对被害人以立即实施暴力相威胁,实行精神强制,使被害人恐惧而不敢反抗,被迫当场交出财物或任财物被劫走。胁迫一般是针对财物所有人、保管人、看护人或者持有人,有时也可能针对在场的上述人的亲友实施。胁迫的方式是多种多样的,可以是语言,也可以是动作。胁迫的内容是以立即实施暴力相威胁,如果被害人不从,胁迫随即转为暴力行为。

这里的其他方法,是指行为人实施暴力、胁迫方法以外的其他使被害人不知反抗或不能反抗的方法。例如,用药物麻醉,用酒灌醉,使用催眠术或用毒药毒昏等,致使被害人处于不知反抗或不能反抗的状态。如果行为人利用被害人熟睡、酣醉、昏迷等状态而秘密窃取其财物的,因行为人并未实施侵犯他人人身权利的手段行为,不属于以其他方法实施的抢劫罪。如果是采取秘密窃取的方法,窃取财物数额较大或者多次窃取,则构成盗窃罪。不管是暴力、胁迫或者其他方法,都必须是在非法占有财物时的当场使用,才能构成抢劫罪。如果行为人当场并未使用暴力、胁迫或其他方法,便顺利地获取了财物,不能以抢劫罪论处。

3. 犯罪主体是一般主体。凡年满14周岁并具有刑事责任能力的自然人,均可以构成抢劫罪的主体。

4. 主观方面表现为故意,并且具有非法占有公私财物的目的。所谓非法占有公私财物,是指行为人意图永远地非法排除公私财物所有权。

(三) 抢劫罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。(1) 要划清情节显著轻微、危害不大的抢劫行为与抢劫罪的界限。由于抢劫罪是一种侵犯财产的严重犯罪,所以法律上对抢劫财物的数额、情节没有作出限定。但这并不意味着在认定抢劫罪时不需要考虑抢劫的数额、情节和对社会的危害程度。实践中,对于强索少量财物、抢吃少量食品等情节显著轻微、危害不大的行为,根据《刑法》第13条但书规定,就不应以抢劫罪论处。(2) 要划清民事纠纷中强拿或者扣留对方财物与抢劫罪的界限。在借贷等民事纠纷中,强行拿走或者扣留对方财物,用以抵债抵物,或者借以偿还债务的,虽然其行为手段具有不正当性,但因无非法占有他人财物的目的,不构成抢劫罪。

2. 划清抢劫罪与故意伤害、故意杀人罪的界限。(1) 在抢劫过程中,使用暴力或者其他方法致人重伤、死亡的,不以故意伤害罪或者故意杀人罪论处,也不以抢劫罪和故意伤害

罪或者故意杀人罪数罪并罚,应以抢劫罪定罪处刑。(2)如果出于复仇或者其他个人目的而伤害或者杀死被害人后,乘机将其财物拿走的,不以抢劫罪论处。因为行为人所实施的伤害或者杀人不是作为取得财物的直接手段,而是为了复仇或者出于其他个人目的,非法占有财物的意图是在伤害或者杀人之后才产生的,所以构成两个独立的犯罪,即故意伤害罪或者故意杀人罪和盗窃罪,实行数罪并罚。(3)在抢劫行为完成之后,行为人出于灭口或者其他目的而杀死被害人的,应定抢劫罪和故意杀人罪,实行数罪并罚。

3. 划清抢劫罪与绑架罪的界限。两者的主要区别在于:(1)犯罪客体不尽相同。抢劫罪是复杂客体,同时侵犯了公私财产所有权和公民人身权利,主要侵犯的客体为财产所有权,因而归入侵犯财产罪;绑架罪侵犯的客体是单一客体即人身权利,但以勒索财物为目的的绑架罪也同时侵犯了财产权利和人身权利,其与抢劫罪的不同之处在于,以勒索财物为目的的绑架罪主要侵犯的客体为公民的人身权利,因而绑架罪归入侵犯公民人身权利、民主权利罪。(2)客观行为方式有所不同。抢劫罪是以暴力、胁迫或其他方法施加于被害人,当场强行劫取财物的行为;绑架罪是将人掳走限制其自由后,以杀害、重伤或长期禁闭被害人,威胁被害人家属或有关人员,迫使其在一定期限内交出索取的财物或提出非法要求。(3)犯罪目的不完全相同。抢劫罪以非法占有他人财物为目的,而绑架罪则以勒索财物或者劫持他人作人质为目的。

4. 正确理解《刑法》第269条关于盗窃、诈骗、抢夺罪转化为抢劫罪的规定。《刑法》第269条规定,“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”,依照抢劫罪定罪处罚。理论上也称这一规定为准抢劫罪的规定。适用这一规定必须同时具备以下三个条件:(1)行为人必须实施了盗窃、诈骗、抢夺任何一种犯罪行为,这是适用本条的前提。实施的上列行为虽未达到数额较大,但是,如果当场使用暴力或者以暴力相威胁,情节严重的,仍可以按照抢劫罪论处。(2)行为人的目的是窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证。窝藏赃物,是指为防护已到手的赃物不被追回;抗拒抓捕,是指抗拒公安机关或者任何公民,特别是失主的抓捕、扭送;毁灭罪证,是指毁灭作案现场上遗留的痕迹、物品等以免被采取成为罪证。如果出于其他目的,不能构成抢劫罪。(3)行为人必须是当场使用暴力或者以暴力相威胁。所谓当场,是指犯罪分子实施犯罪的现场,或者刚一离现场就被人发觉追捕的过程。如果在盗窃、诈骗、抢夺犯罪完成以后隔了一段时间,在其他地方被发现,当对其抓捕时,犯罪分子行凶抗拒,不适用本条。其暴力行为构成犯罪的,应实行数罪并罚。所谓使用暴力或者以暴力相威胁,是指犯罪分子对抓捕他的人实施殴打、伤害等足以危及身体健康和生命安全的行为,或者以立即实施这种行为相威胁。如果使用暴力或者以暴力相威胁,情节不严重、危害不大或者没有伤害意图,只是为了挣脱抓捕而冲撞他人的,可以不认为是使用暴力的情况,而仍然以原来的犯罪论处。

(四) 抢劫罪的法定刑

我国《刑法》第263条规定,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。(参照最高人民法院《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》)

二、盗窃罪

(一) 盗窃罪的概念

盗窃罪,是指以非法占有为目的,盗窃公私财物数额较大的或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的行为。

(二) 盗窃罪的构成特征

1. 侵犯的客体是公私财产所有权。

2. 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、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的行为。所谓秘密窃取,是指犯罪分子采取主观上自认为不会被财物所有人、管理人、持有人发觉的方法,将公私财物据为己有。盗窃行为的对象是公私财物,一般是动产,与不动产可以分离的附着物,也能成为盗窃的对象。公私财物既包括有形物,也包括电力、煤气、天然气等具有经济价值的无形物。《刑法修正案(八)》将盗窃罪的客观行为表现加以细化规定,只要具备其中之一的即符合该罪的客观要件。根据“两高”2013年4月发布的《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》:(1)盗窃公私财物“数额较大”,指的是财物价值1 000~3 000元以上;但是有下列情形之一的,“数额较大”的标准可以按上述标准的百分之五十确定:①曾因盗窃受过刑事处罚的;②一年内曾因盗窃受过行政处罚的;③组织、控制未成年人盗窃的;④自然灾害、事故灾害、社会安全事件期间,在事件发生地盗窃的;⑤盗窃残疾人、孤寡老人、丧失劳动能力人的财物的;⑥在医院盗窃病人或者其亲友财物的;⑦盗窃救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的;⑧因盗窃造成严重后果的。盗窃国有馆藏一般文物的,应认定为“数额较大”。(2)“多次盗窃”指的是二年内盗窃三次以上的。(3)“入户盗窃”指的是非法进入供他人生活,与外界相对隔离的住所盗窃的。(4)“携带凶器盗窃”指的是携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械盗窃,或者为了实施违法犯罪携带其他足以危害他人人身安全的器械盗窃。(5)“扒窃”指的是在公共场所或者公共交通工具上盗窃他人随身携带的财物。(6)盗窃未遂,具有下列情形之一的,应成立犯罪追究刑事责任:①以数额巨大的财物为盗窃目标的;②以珍贵文物为盗窃目标的;③其他情节严重的情形。

3. 犯罪主体是一般主体,凡年满16周岁并且具有刑事责任能力的自然人,都可以构成盗窃罪。单位组织、指使盗窃,符合《刑法》第264条及上述司法解释有关规定的,以盗窃罪追究组织者、指使者、直接实施者的刑事责任。

4. 主观方面表现为直接故意,并且具有非法占有公私财物的目的。如果误把公共财物或他人财物当做自己的财物拿走的,或者将债务人的财物拿做抵押的,由于行为人不具有非法占有的目的,故不能以盗窃罪论处。对于窃取的财物,是据为己有,还是赠送他人、转交给集体,均不影响盗窃罪的成立。

(三) 盗窃罪的认定

1. 划清盗窃罪与一般盗窃行为的界限。一般盗窃行为,是指盗窃少量公私财物或偶尔有盗窃行为,违反治安管理条例的一般违法行为。区分盗窃罪与一般盗窃行为的界限,关键要把握:盗窃财物的数额是否达到了数额较大的标准;行为是否符合了法定的盗窃罪的客观行为表现,即多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃等。行为人的盗窃行为符合上述任何一种形态,一般即可以定为盗窃罪;否则,应视为一般盗窃行为。盗窃公私财物数额较大,但行为人认罪、悔罪,退赃、退赔,且具有下列情形之一,情节轻微的,可以不起诉或

者免于刑事处罚;必要时,由有关部门予以行政处罚:(1)具有法定从宽处罚情节的;(2)没有参与分赃或者获赃较少且不是主犯的;(3)被害人谅解的;(4)其他情节轻微,危害不大的。

2. 偷拿家庭成员或者近亲属的财物同在社会上盗窃作案的区别。社会上的盗窃行为,符合刑法规定的数额、次数等行为标准即构成犯罪。偷拿家庭成员或者近亲属的财物,获得谅解的,一般可以不认为是犯罪;追究刑事责任的,应当酌情从宽。所谓近亲属,按照《刑事诉讼法》的规定,是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。偷窃近亲属的财物,应包括偷窃已分居生活的近亲属的财物。偷窃家庭成员的财物,既包括偷窃共同生活的近亲属的财物,也包括偷窃共同生活的其他非近亲属的财物。

3. 划清盗窃罪既遂与未遂的界限。划分盗窃罪既遂与未遂的标准,目前有接触说、转移说、藏匿说、损失说、失控说、控制说、失控加控制说等。我国刑法学界多采用后三种观点。失控说主张,凡是盗窃行为使财产所有人、保管人、持有人等丧失了对财物的控制的,即为盗窃既遂,反之为盗窃未遂。控制说主张,凡是盗窃犯已实际控制财物的,即为盗窃既遂,反之为盗窃未遂。失控加控制说则主张,凡被盗财物已脱离财物所有人、保管人或者持有人等的控制并且已实际置于行为人控制之下的,即为盗窃既遂,反之为盗窃未遂。最后一种观点具有较大的合理性。因为犯罪既遂就是犯罪的完成,盗窃者的目的是非法占有财物,财物既然已经脱离所有人、保管人、持有人的控制而为盗窃分子所实际控制,非法占有财物的目的即已实现,公私财物所有权已经遭受损失,犯罪即告完成。但这种观点也有一定的缺陷,即无法完全解释盗窃无形财物的情形。对于无形财物来说,由于其自身的特点决定,在其被盗后,所有人、管理人、看护人、持有人并未完全失去控制,但权利已实际遭受损害,不能认为是盗窃未遂。因此,对于盗窃一般财物的,以失控加控制说为标准较为适宜,对于盗窃无形财物等特殊财物的,则以控制说为标准较为适宜。

4. 盗窃数额的认定。涉及外币、电力、燃气、自来水、通信线路、电信码号、有价支付凭证、有价证券、有价票证等不同形式的财物种类,其计价方式请参见上述司法解释第4条、第5条的规定。

5. 盗窃公私财物并造成财物损毁的处理原则。(1)采用破坏性手段盗窃公私财物,造成其他财物损毁的,以盗窃罪从重处罚;同时构成盗窃罪和其他犯罪的,择一重罪从重处罚。(2)实施盗窃犯罪后,为掩盖罪行或者报复等,故意毁坏其他财物构成犯罪的,以盗窃罪和构成的其他犯罪数罪并罚。(3)盗窃行为未构成犯罪,但毁损财物构成其他犯罪的,以其他犯罪定罪处罚。

6. 盗窃罪与盗窃枪支、弹药、爆炸物罪的界限。后者的对象是特定的,前者的对象是不特定的。盗窃他人财物,在所偷来的财物中意外地发现有枪支、弹药或者毒品等特殊物品的,由于行为人并无盗窃这些特殊物品的故意,仍应以盗窃罪论处。但是,如果行为人又利用枪支、弹药等特殊物品进行其他犯罪活动的,应分别定罪,并与盗窃罪数罪并罚。

7. 划清盗窃罪与偷开机动车辆而构成其他犯罪的界限。(1)偷开机动车,导致车辆丢失的,以盗窃罪定罪处罚。(2)为盗窃其他财物,偷开机动车作为犯罪工具使用后非法占有车辆,或者将车辆遗弃导致丢失的,被盗车辆的价值计入盗窃数额。(3)为实施其他犯罪,偷开机动车作为犯罪工具使用后非法占有车辆,或将车辆遗弃导致丢失的,以盗窃罪和其他犯罪数罪并罚;将车辆送回原处未造成丢失的,按照其所实施的其他犯罪从重处罚。

(四) 盗窃罪的法定刑

《刑法》第 264 条规定,盗窃公私财物数额较大的或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的,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。对“数额巨大”、“其他严重情节”、“数额特别巨大”、“其他特别严重情节”的理解,请参见 2013 年 4 月《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第 1 条、第 6 条、第 9 条的规定,关于犯盗窃罪被判罚金的规定见该解释第 14 条。

三、诈骗罪

(一) 诈骗罪的概念

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。

(二) 诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是公私财产所有权。

2. 客观方面表现为使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。虚构事实,是指捏造不存在的事实,骗取受害人的信任。隐瞒真相,是指对受害人掩盖客观存在的某种事实,使之产生错误认识。犯罪分子使用虚构事实或者隐瞒真相的方法,使公私财物所有人、管理人、持有人产生错觉,信以为真,似乎是“自愿地”将公私财物交给犯罪分子。数额较大,指诈骗公私财物 3 000 元至 1 万元以上的。立法机关 2014 年 4 月 24 日通过了对《刑法》第 266 条的解释:以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取养老、医疗、工伤、失业、生育等社会保险金或者其他社会保障待遇的,属于《刑法》第 266 条规定的诈骗公私财物的行为。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意,并且具有非法占有公私财物的目的。

(三) 诈骗罪的认定

1. 划清以借贷为名、行诈骗之实的犯罪与正常的借贷行为之间的界限。区别的关键是看行为人是否具有非法占有的目的,以非法占有为目的的是诈骗罪,不以非法占有为目的的则不构成犯罪。进一步讲,正常的借贷关系不具有非法占有的目的,债务人因客观原因不能按期偿还,不能视为诈骗。但是,如果行为人以借贷为名骗取钱款,事后挥霍殆尽,又百般掩饰、敷衍,久拖不还,应视为行为人以非法占有为目的,以诈骗罪论处。

2. 划清诈骗罪与以诈骗手段破坏社会主义市场经济秩序之犯罪的界限。我国刑法分则第三章规定的、以欺骗方法破坏社会主义市场经济秩序的犯罪主要有:集资诈骗罪(《刑法》第 192 条)、贷款诈骗罪(《刑法》第 193 条)、票据诈骗罪(《刑法》第 194 条第 1 款)、金融凭证诈骗罪(《刑法》第 194 条第 2 款)、信用证诈骗罪(《刑法》第 195 条)、信用卡诈骗罪(《刑法》第 196 条)、有价证券诈骗罪(《刑法》第 197 条)、保险诈骗罪(《刑法》第 198 条)、骗取出口退税罪(《刑法》第 204 条第 1 款)、合同诈骗罪(《刑法》第 224 条)等。这十种新型的诈骗犯罪是从原诈骗罪中分离出来的,与诈骗罪形成普通法与特别法的法条竞合关系。《刑法》第 266 条规定:“本法另有规定的,依照规定。”就是说,凡是符合上

述新型诈骗犯罪特征的，按上述犯罪定罪处罚。诈骗罪与这些新型诈骗犯罪相区别的关键在于：（1）犯罪客体不同。诈骗罪侵犯的是简单客体，即公私财产所有权。新型诈骗犯罪侵犯的是复杂客体，除侵犯公私财产所有权外，还侵犯了金融管理秩序，国家对税收、合同的管理制度，因而立法者将这些新型诈骗犯罪从侵犯财产罪分离出来，归入第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中。（2）犯罪客观方面不同。诈骗罪表现为虚构事实、隐瞒真相，骗取公私财物，欺骗手法多种多样，法律上没有限制；而这些新型诈骗犯罪则具体表现为在某一特定领域内以特定的欺骗方法进行诈骗活动，例如，信用卡诈骗罪是使用伪造、变造的信用卡或者作废的信用卡等手段进行诈骗活动，合同诈骗罪是行为人在履行合同过程中以虚假的单位或者冒用他人名义签订合同等手段进行诈骗活动。（3）犯罪主体不同。诈骗罪的主体只能是自然人；新型诈骗犯罪除贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪的主体只能是自然人外，其他八种新型犯罪，犯罪主体既可以是自然人，也可以是单位。

3. 划清诈骗罪与盗窃罪的界限。在一般情况下，两者不难区分，但在行为人实施犯罪活动中既使用了欺骗的手段，又使用了秘密窃取的手段的情况下，则存在一定的困难。两者相区别的关键在于，行为人是如何从财物所有人、管理人、持有人的控制之下取得财物的，如果欺骗的手段不是对被害人产生实际的心理影响而使被害人仿佛是“自愿”地交出财物，而是从被害人的直接控制之下秘密地窃取财物，则应当以盗窃罪论处，反之，则应当以诈骗罪论处。例如，行为人在车站、码头等公共场所，以“调包”的形式窃取他人财物的，尽管有欺骗性手段，但是非法获得财物起主要作用的是秘密窃取，欺骗手段仅起次要作用，故应以盗窃罪论处。

（四）诈骗罪的法定刑

我国《刑法》第266条规定，诈骗公私财物，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。本法另有规定的，依照规定。（参照最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》）。

四、抢夺罪

（一）抢夺罪的概念

抢夺罪，是指以非法占有为目的，公然夺取数额较大的或者多次抢夺公私财物的行为。

（二）抢夺罪的构成特征

1. 侵犯客体是公私财物的所有权。犯罪对象是公私财物，只能是动产，不动产不能成为抢夺罪的对象。抢夺特定财物，如枪支、弹药、爆炸物或公文、证件、印章，应依照刑法有关规定论处，不构成本罪。

2. 客观方面表现为公然夺取公私财物的行为。所谓公然夺取，是指当着财物所有人、保管人、看护人、持有人的面或者在上述被害人可以立即发现的情况下，乘其不备，公开夺取财物，行为人在夺取财物时并没有使用暴力和以暴力相威胁。审判实践中，抢夺行为一般是乘人不备，突然把财物夺走，但也有在被害人有所觉察但防卫能力丧失的情况下（如患病、醉酒）把财物夺走。关于构成抢夺罪“数额较大”的标准参见“两高”2013年11月18日起施行的《关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条、第2条的规定。对

于虽未达到抢夺数额较大，但属于多次抢夺的，也符合了抢夺罪的客观行为要件。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为是直接故意，并且以非法占有财物为目的。

（三）抢夺罪的认定

我国《刑法》267条第2款规定，携带凶器抢夺的，不管行为人是否实际使用或者以凶器相威胁，均以抢劫罪论处。

（四）抢夺罪的法定刑

《刑法修正案（九）》第20条修订后的《刑法》第267条规定，抢夺公私财物，数额较大的，或者多次抢夺的，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。（参照“两高”2013年11月18日起施行的《关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》的第1~4条的规定）。

五、侵占罪

（一）侵占罪的概念

侵占罪，是指以非法占有为目的，将代为保管的他人财物或者将他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，数额较大拒不退还或者拒不交出的行为。

（二）侵占罪的构成特征

1. 侵犯客体为公私财产所有权。侵占罪的对象既包括私人所有财物，也包括公共财物。

2. 客观方面表现为非法占有代为保管的他人财物或者将他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，数额较大拒不退还或者拒不交出的行为。所谓代为保管的他人财物，是指基于他人的委托代为保管的财物或者根据事实上的管理而被认为是合法持有的财物。所谓他人的遗忘物，是指所有人或持有人因一时疏忽遗忘于某特定地点或场所但知道该地点或场所的财物。所谓埋藏物，是指个人埋藏于某一地点的财物或者归国家所有的所有人不确切的埋藏物。侵占罪的犯罪对象限于行为人代为保管的他人财物、行为人持有的他人的遗忘物或者埋藏物。不是行为人代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物，不能成为侵占罪的对象。遗失物是失主丢失之物，一般不知失落何处，难以找回，它与忘记取走的遗忘物是不同的。因此，行为人持有的遗失物，不能成为侵占罪的对象。侵占行为是以非暴力的手段将他人财物非法占为己有的行为，其社会危害程度一般较轻，因此，只有侵占财物的数额较大的，才能构成犯罪，至于数额较大的具体标准，最高司法机关尚无明确解释。所谓拒不退还或拒不交出，是指行为人将财物非法占有后，当财物所有人发现并要求其退还或交出时，仍不退还或交出。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，并以非法占有为目的。

（三）侵占罪的认定

侵占罪与盗窃罪的界限。两者在许多方面相似，区别的关键是：（1）犯罪故意产生的时间不同。侵占罪的行为人在持有公私财物之后才产生犯罪故意，即产生了非法占有公私财物的目的；而盗窃罪的行为人是在没有占有财物之前就产生了非法占有他人财物的目的。（2）犯罪对象不尽相同。侵占罪对象是行为人业已持有的公私财物，公私财物已经在行为人

的控制之下；盗窃罪的对象则是他人所有、管理、持有的公私财物，公私财物在被害人的控制之下。（3）客观方面不尽相同。侵占罪客观方面表现为侵占行为，即将自己已经控制下的公私财物非法占有；盗窃罪客观方面表现为秘密窃取行为，行为人采取自以为不会被财物的所有人、保管人、看护人、持有人等发觉的方法窃取其财物。

（四）侵占罪的法定刑

我国《刑法》第 270 条规定，犯侵占罪的，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。

犯本罪，告诉的才处理。

六、职务侵占罪

（一）职务侵占罪的概念

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有，数额较大的行为。

（二）职务侵占罪的构成特征

1. 侵犯客体是公司、企业或者其他单位的财产所有权。犯罪对象是行为人所属的公司、企业或者其他单位的财物，包括动产和不动产，有形财产和无形财产。这里的公司，是指依据《中华人民共和国公司法》的规定成立的有限责任公司或者股份有限公司。这里的企业，是指依法成立，具有法人资格的经济组织，其经济性质与公司相同，但财产所有权构成方式不尽相同。企业具体包括以下经济组织：（1）集体所有制企业；（2）私营企业；（3）中外合资、中外合作企业；（4）外资企业；（5）外国公司在我国境内设立的分支机构。以上各种形式的企业，只要没有采取有限责任公司或者股份有限公司形式的，都属于本条规定的企业。这里的其他单位，是指公司、企业以外的群众团体、管理公益事业的单位、群众自治组织，如学校、医院、社团等。在公司、企业或者其他单位管理、使用或运输中的私人财产以单位财产论处。

2. 客观方面表现为利用职务上便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。利用职务上的便利，是指行为人利用自己在本单位所具有的一定职务，即主管、管理、经手本单位财物的便利条件。如公司的经理在一定范围内有调用、处置单位财产的权力，企业的会计有管理财务的职责，出纳有经手、管理钱财的职责等。不是利用职务之便，而是利用工作之便，侵占本单位财物的行为，不构成本罪。非法占为己有，是指行为人将自己主管、管理、经手的本单位财物非法占有，排斥本单位对于此项财产的所有权。非法占有的方式通常表现为侵吞、盗窃、骗取等非法手段。例如，为本单位采购货物时，抽出一部分回扣占为己有；在与其他人签订合同时，双方恶意串通，将抬高的差价私分；利用职权，巧立名目，私分公司、企业财物；以发奖金为名，非法占有公私企业财物。

3. 犯罪主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的人员。但是，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不能成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为直接故意，并以非法占有为目的。

（三）职务侵占罪的认定

1. 划清职务侵占罪与侵占罪的界限。两者的主要区别是：（1）犯罪客观行为方式不同。

职务侵占罪表现为利用职务上的便利,将本单位的财物非法占有;侵占罪表现为将他人的财物占为己有,其占有与职务上的便利无关。(2)犯罪行为对象不同。职务侵占罪的对象是行为人所在之公司、企业等单位的财物;侵占罪的对象则是行为人代为保管的他人财物、行为人拾得的他人遗忘物或者发掘的埋藏物。(3)犯罪主体不同。职务侵占罪的主体是特殊主体即公司、企业或者其他单位的人员;侵占罪的主体是一般主体。

2. 划清职务侵占罪与盗窃罪、诈骗罪的界限。职务侵占罪和盗窃罪、诈骗罪同属于侵犯财产罪,都侵犯了公私财物的所有权,都是以非法占有他人财物为目的,行为方式上,职务侵占罪与盗窃罪、诈骗罪一样,有时也表现以盗窃、诈骗的手段非法占有他人财物。它们的主要区别是:(1)犯罪客观行为方式不同。职务侵占罪的行为方式有两个特点,一是行为人利用职务上的便利,二是行为人采取多种非法手段占有他人财物,既有盗窃、诈骗手段,也有侵占和其他手段。盗窃罪、诈骗罪的行为人没有利用职务之便,而且在非法占有他人财物的手段上仅限于窃取或诈骗。如果采取其他非法手段,则不能以盗窃罪或诈骗罪论处。(2)犯罪对象范围不同。职务侵占罪的犯罪对象只限行为人所在单位的财物,盗窃罪、诈骗罪的犯罪对象没有任何限制。(3)犯罪主体不同。职务侵占罪的主体为公司、企业或者其他单位的人员,是特殊主体,盗窃罪、诈骗罪为一般主体。

(四) 职务侵占罪的法定刑

我国《刑法》第271条规定,犯职务侵占罪的,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。

七、挪用资金罪

(一) 挪用资金罪的概念

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,挪用本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,或者虽未超过3个月,但数额较大、进行营利活动的,或者进行非法活动的行为。

(二) 挪用资金罪的构成特征

1. 侵犯客体是公司、企业或者其他单位的资金使用权。犯罪对象是行为人所在单位的资金。主要是指单位的处于货币形态的财产,如人民币、外币以及股票、支票、国库券、债券等有偿证券,不包括单位的物资设备和处于实物形态的财产。

2. 客观方面表现为利用职务上的便利,挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人的行为。具体包括:(1)实施了挪用本单位资金的行为,即行为人未经合法批准手续而擅自将本单位资金挪作他用。挪用资金的行为多数情况下是秘密进行的,但也有的是半公开,甚至是公开进行的。(2)挪用本单位资金的行为是利用职务上的便利实施的,即行为人利用其主管、管理、经手本单位资金的便利。实践中,一般是单位或公司的董事、经理、厂长、会计、出纳等才有此职权。(3)挪用单位资金归个人使用或者借贷给他人。挪用单位资金归个人使用或者借贷给他人,包括以下三种情况:①挪用资金归个人使用或者借贷给他人,数额较大,超过3个月未归还的。②挪用资金虽未超过3个月,但数额较大、进行营利性活动的。③挪用资金用于非法活动的。

3. 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。受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托,管理、经营国有财产的非国家工作人员,也可以成

为本罪的主体。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、企业或者其他单位从事公务的人员不能构成本罪。

4. 主观方面表现为故意,并且具有挪用资金归个人使用或者借贷给他人的目的。

(三) 挪用资金罪的认定

1. 划清挪用资金罪与非罪的界限。在区分罪与非罪的界限时,特别需要注意区分以下两个方面的界限:(1)挪用资金罪与合法借贷行为的界限。合法借贷是经过一定的正当手续形成债权债务关系的行为,属于合法行为;而挪用资金罪是一种犯罪行为。(2)挪用资金罪与一般挪用行为的界限。挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人,数额较小,并未进行非法活动的,不构成犯罪;构成挪用资金罪,必须是数额较大,或者用挪用的资金进行非法活动。

2. 划清挪用资金罪与职务侵占罪的界限。两者的主要区别是:(1)犯罪客体不尽相同。两种犯罪虽然都侵犯了财物的所有权,但挪用资金罪侵犯了所有权的一部分,即侵犯了资金的使用权和收益权,但未侵犯处置权;职务侵占罪则侵犯了财物所有权的全部权能。(2)犯罪行为对象不尽相同。挪用资金罪的对象是本单位资金,职务侵占罪的对象则是本单位财物,外延广于资金。(3)犯罪故意内容不同。挪用资金罪的故意内容只是暂时挪用资金,准备日后归还;而职务侵占罪的故意内容则是将财物非法占有,完全不打算归还。

(四) 挪用资金罪的法定刑

我国《刑法》第272条规定,犯挪用资金罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役;挪用本单位资金数额巨大的,或者数额较大不退还的,处3年以上10年以下有期徒刑。

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前款行为的,依照本法第384条的规定定罪处罚。

八、敲诈勒索罪

(一) 敲诈勒索罪的概念

敲诈勒索罪,是指以非法占有为目的,对公私财物的所有人、管理人实施威胁或者要挟的方法,强行索取数额较大的公私财物或者多次敲诈勒索的行为。

(二) 敲诈勒索罪的构成特征

1. 侵犯的客体是复杂客体,既侵犯了公私财产所有权,又侵犯了公民的人身权利或者其他权益。

2. 客观方面表现为对公私财物的所有人、管理人实施威胁或者要挟,迫使其当场或者限期交出数额较大的公私财物或者多次进行敲诈勒索的行为。使用威胁和要挟的方法,即精神强制的方法,以此方法,使被害人在心理上产生恐惧或压力,然后向被害人强行索取财物。威胁、要挟的方法多种多样,可以是面对被害人直接使用,也可以是通过第三者或者用书信等方式发出;可以是明示,也可以是暗示。威胁、要挟的内容通常有:以将对被害人及其亲友的人身实施暴力相威胁、要挟;以将毁坏被害人人格、名誉相威胁、要挟;以将毁坏被害人贵重财物相威胁、要挟;以揭发被害人的隐私相威胁、要挟;以栽赃陷害相威胁、要挟;等等。一般来说,威胁、要挟的内容的实现不具有当场性,而是扬言在以后某个时间付诸实施。至于行为人取得财物的时间,可以是当场,也可以是在其规定的限期以内。

根据“两高”2013年4月23日发布的《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题

的解释》第2条的规定:“数额较大”指财物价值2000元~5000元以上的。对于具有下列七种情形之一的,“数额较大”的标准可以按照上述标准的百分之五十确定:(1)曾因敲诈勒索受过刑事处罚的;(2)一年内曾因敲诈勒索受过行政处罚的;(3)对未成年人、残疾人、老年人或丧失劳动能力人敲诈勒索的;(4)以实施放火、爆炸等危害公共安全犯罪或者故意杀人、绑架等严重侵犯公民人身权利犯罪相威胁敲诈勒索的;(5)以黑恶势力名义敲诈勒索的;(6)利用或者冒充国家机关工作人员、军人、新闻工作者等特殊身份敲诈勒索的;(7)造成其他严重后果的。根据该司法解释第3条的规定,“多次敲诈勒索”是指二年内敲诈勒索三次以上的。

明知他人实施敲诈勒索犯罪,为其提供信用卡、手机卡、通讯工具、通讯传输通道、网络技术支持等帮助的,以共同犯罪论处。

根据“两高”2013年9月10日起施行的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条的规定,以在信息网络上发布、删除等方式处理网络信息为由,威胁、要挟他人,索取公私财物,数额较大,或者多次实施上述行为的,以敲诈勒索罪定罪处罚。

根据五部委2014年4月22日起执行的《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》第2条第6项的规定,以受他人委托处理医疗纠纷为名实施敲诈勒索行为构成犯罪的,依照刑法的规定追究刑事责任。

3. 犯罪主体为一般主体。

4. 主观方面表现为故意,并且具有非法占有公私财物的目的。如果行为人为了追回自己合法的债务而对债务人使用了威胁手段,由于其不具有非法占有的目的,不能构成本罪。

(三) 敲诈勒索罪的认定

1. 划清本罪与非罪行为的界限。(1)是否达到敲诈勒索数额较大或多次敲诈勒索是区分罪与非罪的基本标准。(2)敲诈近亲属的财物,获得谅解的,一般不认为是犯罪。(3)被害人对敲诈勒索的发生存在过错,且案件情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。

2. 划清敲诈勒索罪与抢劫罪的界限。两个犯罪有许多相似之处:侵犯的客体均为复杂客体,除侵犯了财产所有权外,还侵犯了被害人的人身权利;犯罪主体均为一般主体;主观方面以非法占有公私财物为目的。两者相区别的关键在于犯罪客观方面,具体表现为:(1)行为内容不同。抢劫罪以当场实施暴力、暴力相威胁为其行为内容;敲诈勒索罪仅限于威胁,不当场实施暴力,而且威胁的内容不只是暴力,还包括非暴力威胁。(2)犯罪行为方式不同。抢劫罪的威胁当着被害人的面实施,一般是用言语或动作来表示;敲诈勒索罪的威胁可以是当着被害人的面,也可以是通过第三者来实现,可以用口头的方式来表示,也可通过书信的方式来表示。(3)非法取得财物的时间不同。抢劫罪是当场取得财物;而敲诈勒索罪可以是当场,也可以是在实施威胁、要挟之后取得他人财物。行为人以暴力相威胁迫使被害人限期交出财物的行为,不应定为抢劫罪,而应当以敲诈勒索罪论处。(4)构成犯罪的数额标准不同。抢劫行为有较大的社会危害性,法律不要求其劫取财物的数额必须达到数额较大才构成犯罪;敲诈勒索行为的社会危害性相对较小,刑法规定以数额较大作为构成敲诈勒索罪的必要要件。

2. 划清敲诈勒索罪与诈骗罪的界限。两者的犯罪主体都属一般主体,犯罪主观方面都是直接故意,并具有非法占有公私财物的目的。主要区别在于犯罪的客体和犯罪的客观方面

不同。(1) 敲诈勒索的犯罪客体是复杂客体，侵犯了公私财产所有权和公民的人身权利；诈骗罪的犯罪客体是公私财产所有权，是单一客体。(2) 在犯罪客观方面，敲诈勒索罪以威胁、要挟的方法，造成被害人心理上的恐惧从而迫使被害人交出财物；诈骗罪则是用虚构事实或隐瞒事实真相的欺诈手段，使被害人信以为真，从而“自愿地交出财物”。

(四) 敲诈勒索罪的法定刑

《刑法》第 274 条规定，犯敲诈勒索罪的，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，并处罚金。对这里的“数额巨大”、“其他严重情节”、“数额特别巨大”、“其他特别严重情节”的理解，请参见《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定。

九、故意毁坏财物罪

(一) 故意毁坏财物罪的概念

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。

(二) 故意毁坏财物罪的构成特征

1. 侵犯客体是公私财产所有权。侵犯的对象是各种公私财物，包括动产和不动产。但是，故意毁坏某些特定财物，刑法已另作罪名规定的，则不能成为本罪对象。对于这些特定财物的故意损毁，应按照刑法的有关规定定罪处罚。

2. 客观方面表现为行为人实施了毁灭或损坏公私财物，数额较大或者情节严重的行为。所谓毁灭，是指公私财物完全丧失价值与效用；所谓损坏，是指公私财物部分丧失价值与效用。毁灭与损坏的方式多种多样。如果采用放火、爆炸等危险方法毁坏财产，危害公共安全，不能以故意毁坏财物罪定罪，而应以危害公共安全罪论处。根据五部委 2014 年 4 月 22 日起执行的《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》第 2 条第 1 项的规定，在医疗机构内任意毁坏财物情节严重的，构成故意毁坏财物罪。

3. 犯罪主体为一般主体。

4. 主观方面表现为故意，包括直接故意和间接故意。毁坏财物的动机，有的出于泄愤报复，有的为了嫉妒他人，有的因为对领导不满，有的由于私欲未能满足等。过失不能构成本罪。

(三) 故意毁坏财物罪的认定

划清故意毁坏财物罪与盗窃罪及毁坏财物而构成其他犯罪的界限。实施盗窃犯罪造成公私财物严重毁损的，以盗窃罪从重处罚；同时构成其他犯罪的，择一重罪从重处罚；盗窃数额较小，但是故意毁坏公私财物，数额较大或者情节严重的，应以故意毁坏财物罪论处。为掩盖盗窃罪行或者出于报复等动机故意破坏公私财物的，应以盗窃罪和其他罪实行并罚。

(四) 故意毁坏财物罪的法定刑

我国《刑法》第 275 条规定，犯故意毁坏财物罪的，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。

第十九章 妨害社会管理秩序罪

第一节 妨害社会管理秩序罪概述

一、妨害社会管理秩序罪的概念

妨害社会管理秩序罪，是指妨害国家机关对社会的管理活动，破坏社会正常秩序，情节严重的行为。

二、妨害社会管理秩序罪的共同特征

1. 侵犯客体是社会管理秩序。社会管理秩序有广义与狭义之分。广义的社会管理秩序，包括生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众的正常生活秩序。这些秩序是由国家各职能机关依法对社会各个方面进行管理活动而形成的。我国刑法按照对犯罪的科学分类，将不宜列入刑法分则其他各章的各种破坏社会秩序的犯罪，都归于本章，所以，本类犯罪所侵犯的同类客体，是狭义的社会管理秩序，特指刑法分则其他各章规定之罪所侵犯的同类客体以外的社会管理秩序。

2. 客观方面表现为妨害国家机关对社会依法实行管理活动，破坏社会正常秩序，情节严重的行为。它包括妨害国家行政机关、司法机关以及各种社会事务机关的管理活动，如公共秩序的管理、国（边）境的管理、文物管理、公共卫生管理、环境资源管理、毒品管理、文化娱乐物品管理等。其妨害管理的行为多种多样，具体表现为本章所规定的各种犯罪行为。

3. 犯罪的主体多数是一般主体，也有少数是特殊主体；多数犯罪的主体只限于自然人，少数犯罪既可以由自然人构成，也可以由单位构成；还有个别犯罪的主体只能是单位，如非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪。

4. 主观方面绝大多数表现为故意，个别犯罪表现为过失。在故意犯罪中，有的还要求具有特定的犯罪目的，如倒卖文物罪、赌博罪等；有的还要求具有是非颠倒、荣辱混淆的流氓动机，如聚众斗殴罪、寻衅滋事罪。

第二节 本章要求掌握的犯罪

一、妨害公务罪

（一）妨害公务罪的概念

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。

（二）妨害公务罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家机关工作人员依法执行职务的活动。侵犯的对象是正在依法执行职务、履行职责的国家机关工作人员、人大代表、红十字会工作人员以及公安机关、国家安全机关的工作人员。刑法所保护的是合法的职务活动，对于违法执行职务的行为，公民有正当防卫的权利。但是国家机关工作人员执行职务的手续在形式上有细枝末节缺陷的，不属于违法执行职务。

2. 客观方面表现为以暴力、威胁的方法阻碍国家机关工作人员、人大代表依法执行职务；或者在自然灾害或在突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责；或者虽未使用暴力、威胁的方法，但故意阻碍国家安全机关、公安机关工作人员依法执行国家安全工作任务，造成严重后果的行为。所谓暴力，是指对正在依法执行职务的国家机关工作人员、人大代表和正在依法履行职责的红十字会工作人员实行打击或者人身强制，例如殴打、绑架、伤害、禁闭等。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的，属于牵连犯，应择一重罪处断，即以故意伤害罪（重伤）或故意杀人罪论处。所谓威胁，是指进行精神强制，如以杀害、伤害、毁坏财产、破坏名誉等相恐吓，迫使国家机关工作人员、人大代表、红十字会工作人员无法执行职务或者履行职责。以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责，还必须是发生在自然灾害或突发事件中，否则不能以本罪论处。对于故意阻碍国家安全机关、公安机关工作人员依法执行国家安全工作任务的，即使没有采取暴力、威胁的方法，只要造成了严重的后果，也构成本罪。也就是说，在这种情形下，不以采取暴力、威胁的方法作为构成本罪的手段要件。所谓造成严重后果，通常是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、脱逃的等。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，即明知是国家机关工作人员、人大代表、红十字会工作人员以及国家安全机关、公安机关工作人员正在依法执行职务，而以暴力、威胁或者其他方法阻碍，希望其停止执行职务或者改变执行的职务。

（三）妨害公务罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。人民群众因提出的合理要求不能被满足，对政策不理解或者因执行职务者态度生硬而与国家机关工作人员发生了争吵、顶撞、纠缠，不宜按犯罪论处。

2. 划清本罪与其他罪的界限。妨害公务罪发生在前述四类人员依法执行职务期间，如果不是发生在这一特定的时间，而是在上述人员依法执行职务之后对其实施的报复行为，根据具体情况，构成什么罪就按什么罪处罚。

（四）妨害公务罪的法定刑

我国《刑法》第277条第1款规定，犯妨害公务罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

《刑法修正案（九）》第21条对《刑法》第277条增加第5款规定，暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，依照第1款的规定从重处罚。

二、伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪

（一）伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪的概念

伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，是指非法制作、买卖国家机关公文、

证件、印章的行为。

(二) 伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家机关的正常管理活动和信誉。侵犯的对象仅限于国家机关的公文、证件、印章。公文、证件、印章是国家机关行使职权的符号和标志。所谓国家机关,是指各级国家权力机关、党政机关、司法机关、军事机关。所谓公文,是指国家机关在其职权范围内,以其名义制作的用以指示工作、处理问题或者联系事务的各种书面文件,如决定、命令、决议、指示、通知、报告、信函、电文等。所谓证件,是指国家机关制作颁发的用以证明身份、权利义务关系或者有关事实的凭证,主要包括证件、证书等,如工作证、户口迁移证、营业执照、结婚证等。所谓印章,是指国家机关刻制的以文字(刻有某一具体国家机关名称)、图记形式表明与该国家机关具有主体同一性的公章或者具有某种特殊用途的专用章。用于国家机关公务活动的私人印鉴、图章也应视为公务印章。公文、证件、印章是国家机关行使职权的符号和标志。国家机关中使用的与其职权无关的印章(如收发室的印章等),不属于公务印章。

2. 客观方面表现为伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章的行为。所谓伪造,是指无制作权的人,冒用名义,非法制作不真实的公文、证件、印章的行为。伪造国家机关公文、证件、印章罪成立的前提,是该公文、证件、印章有真实的机关存在。如果虚构机关之名伪造公文、证件、印章的,则不构成本罪。所谓变造,是指对真实的国家公文、证件、印章进行涂改、涂抹、拼接等,使其变更原来真实内容的行为。所谓买卖,是指用金钱去交换公文、证件、印章的行为,可以是非法购买,也可以是非法销售。

3. 犯罪主体为一般主体。

4. 主观方面为故意。尽管行为人的犯罪动机多种多样(如牟利、为实施其他违法犯罪活动做准备等),但并不影响本罪的成立。

(三) 伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。对此应特别注意本罪的对象仅限于国家机关的公文、证件、印章,若行为人实施伪造私人文书、印章的行为,则不构成本罪。行为人变造、买卖公司、企业、事业单位、人民团体公文、证件、印章的行为,不构成本罪。

2. 划清本罪与近似犯罪的界限。我国《刑法》除规定了本罪之外,还规定了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪(《刑法》第280条第2款),伪造居民身份证件罪(见《刑法修正案(九)》第22条修订后的《刑法》第280条第3款),伪造武装部队公文、证件、印章罪(《刑法》第375条第1款)等。本罪与这些犯罪区分的关键,是犯罪对象的不同。

3. 划清本罪与所牵连犯罪的界限。行为人实施伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章的行为,除构成本罪外,往往牵连构成其他犯罪,如诈骗罪、招摇撞骗罪等,即本罪为方法(或手段)行为构成之罪,诈骗罪、招摇撞骗罪等为目的行为构成之罪,两者形成方法行为与目的行为的牵连犯。对此,应按照牵连犯的处理原则予以认定和处罚。

(四) 伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪的法定刑

《刑法修正案(九)》第22条修订后的《刑法》第280条第1款规定,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,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。

三、招摇撞骗罪

(一) 招摇撞骗罪的概念

招摇撞骗罪，是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。

(二) 招摇撞骗罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家机关的威信及其正常活动，同时也损害公共利益或公民的合法权益。
2. 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。所谓冒充国家机关工作人员，是指冒充国家机关中依法从事公务的人员的身份或职位。有三种情况：(1) 非国家机关工作人员冒充国家机关工作人员。(2) 国家机关的下级工作人员冒充上级工作人员。(3) 此种部门的国家机关工作人员冒充彼种部门的国家机关工作人员。所谓招摇撞骗，是指利用人们对国家机关工作人员的信任，假冒国家机关工作人员的身份并到处炫耀，寻找机会骗取非法利益，如骗取金钱、待遇、地位、荣誉或者玩弄女性等。冒充国家机关工作人员与进行招摇撞骗这两种行为必须同时具备并且存在有机联系。

3. 犯罪主体只限于自然人一般主体。

4. 主观方面表现为故意，其目的是骗取某种非法利益。

(三) 招摇撞骗罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。如果行为人主观上没有谋取某种非法利益的目的，虽然实施了冒充国家工作人员的行为，但只是为了抬高自己，满足个人虚荣心，对此不应以犯罪论处。

2. 划清本罪与诈骗罪的界限。两罪的主要区别是：本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；而诈骗罪则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，应以招摇撞骗罪论处。如果所骗取的财物数额特别巨大，应按处理想象竞合犯的原则，择一重罪处断，即应按诈骗罪论处。

(四) 招摇撞骗罪的法定刑

《刑法》第 279 条规定，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，依照前款的规定从重处罚。

四、伪造、变造、买卖身份证件罪

(一) 伪造、变造、买卖身份证件罪的概念

伪造、变造、买卖身份证件罪，是指伪造、变造、买卖居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件的行为。

(二) 伪造、变造、买卖身份证件罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对依法可以用于证明身份的证件的管理制度。

2. 客观方面表现为伪造、变造、买卖身份证件的行为。伪造指无权制作证明居民身份的证件的人，冒用名义，非法制作不真实的用于证明身份的证件的行为。变造指对真实的身份证件进行涂改、挖补、涂抹、拼接等，使其变更原来真实内容的行为。买卖指用金钱去购买或销售身份证件的行为。介绍买卖的行为人应属买卖身份证件罪的共犯。关于居民身份证件的范围，《刑法修正案（九）》第 22 条将《刑法》第 280 条第 3 款的规定作了扩大修订，包含了居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证，此外还应包括依法制作、具有普遍证明力

的其他身份证件，如港澳通行证、港澳台胞回乡证、户口本等。

3. 犯罪主体为一般主体，即年满 16 周岁，具有刑事责任能力的自然人。

4. 主观方面为直接故意，即明知属于可以用于证明身份的证件，仍然伪造、变造或者买卖。

（三）伪造、变造、买卖身份证件罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。一是行为人尽管有伪造、变造、买卖身份证件的行为，但遵从《刑法》第 13 条“但书”的规定，情节显著轻微、危害不大的不认为是犯罪；二是伪造、变造、买卖没有法律依据，非由统一权威机关制发，不能在社会上广泛使用的证件，不能成立本罪。例如伪造、变造、买卖某机关、学校、小区发放的安全门禁卡、停车证、用餐卡等不能成立犯罪。

2. 划清本罪与相关犯罪的界限。一是买卖虚假身份证件的行为，根据 1998 年 12 月 29 日全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 2 条规定的精神，应当以买卖身份证件罪定罪处罚。二是行为人伪造、变造了身份证件后使用或者盗用他人的身份证件的，构成本罪与使用虚假身份证件、盗用身份证件罪的竞合，应依照处罚较重的规定定罪处罚。三是行为人为了诈骗等其他犯罪行为，而伪造、变造、买卖身份证件后使用的，构成本罪与使用虚假身份证件、盗用身份证件罪以及诈骗犯罪等目的罪的竞合，以处罚重的犯罪定罪处罚。

（四）伪造、变造、买卖身份证件罪的法定刑

依据《刑法修正案（九）》第 22 条修订后的《刑法》第 280 条第 3 款的规定，犯伪造、变造、买卖身份证件罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，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。

五、非法获取国家秘密罪

（一）非法获取国家秘密罪的概念

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。

（二）非法获取国家秘密罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的保密制度。

2. 客观方面表现为窃取、刺探、收买国家秘密的行为。“国家秘密”，是指依照《中华人民共和国保密法》及有关保密的法规之规定，基于国家安全和利益的考虑，在一定的时间内仅限一定范围的人员知悉的事项。“窃取”，是指暗中偷窃国家秘密。“刺探”，是指暗中打听国家秘密；“收买”指使用金钱、权力、美色等方式交换、诱惑取得国家秘密。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意。

（三）非法获取国家秘密罪的认定

1. 划清本罪与间谍罪的界限。二罪主要有以下三方面区别：一是侵犯客体不同。间谍罪危害国家安全；本罪侵犯国家的保密制度。二是客观行为表现不同。间谍罪的行为内容复杂，获取国家情报只是其非法职能之一；本罪仅限以窃取、刺探、收买方法获取国家秘密的行为。三是主观目的不同。间谍罪是将国家情报提供给危害国家安全的外国间谍机构；本罪不具有危害国家安全的目的。

2. 划清本罪与为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的界限。二罪主

要有以下三方面区别：一是侵犯客体、对象不同。为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪危害国家安全，对象包含国家秘密以及不属于国家秘密的情报；本罪侵犯国家的保密制度，对象仅限国家秘密。二是客观行为表现不同。为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪是指将获取的国家秘密、情报提供给国外的组织机构和个人；本罪是指将获取的国家秘密提供给国内的组织机构和个人。三是主观目的不同。为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪一般要求行为人有危害国家安全的目的；本罪不要求行为人有特定目的。

（四）非法获取国家秘密罪的法定刑

《刑法》第 282 条第 1 款规定，犯非法获取国家秘密罪，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。

六、投放虚假危险物质罪

（一）投放虚假危险物质罪的概念

投放虚假危险物质罪，是指投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，严重扰乱社会秩序的行为。

（二）投放虚假危险物质罪的构成特征

1. 侵犯的客体是社会管理秩序。
2. 客观方面表现为投放了虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，严重扰乱社会秩序的行为。行为人用上述物质，向机关、团体、企事业单位、公共场所、公共交通工具或者个人进行投放，造成公众心理恐慌，致使社会秩序混乱。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意。至于因何种目的并不影响犯罪的成立。

（三）投放虚假危险物质罪的认定

划清该罪与投放危险物质罪的界限。行为人如果投放了真实的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害的是社会公共安全，应认定为投放危险物质罪。而投放非真实的危险物质，引起公众极度恐慌，扰乱的是社会秩序，成立本罪，因此，二者在侵犯客体、客观方面均有区别。

（四）投放虚假危险物质罪的法定刑

《刑法》第 291 条之一的第 1 款规定，犯投放虚假危险物质罪，处 5 年以下有期徒刑、拘役或管制；造成严重后果的，处 5 年以上有期徒刑。

七、编造、故意传播虚假恐怖信息罪

（一）编造、故意传播虚假恐怖信息罪的概念

编造、故意传播虚假恐怖信息罪，是指编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的行为。例如，编造与突发性传染病疫情等灾害有关的恐怖信息，或者明知是编造的此类恐怖信息，而故意传播，严重扰乱社会秩序的。

（二）编造、故意传播虚假恐怖信息罪的构成特征

1. 侵犯的客体是社会管理秩序。即制造恐怖气氛，引起社会秩序混乱。

2. 客观方面表现为故意编造虚假恐怖信息的行为和故意传播编造的虚假恐怖信息的行为。行为人只要具备上述行为之一，严重扰乱了社会秩序的，即符合本罪的成立条件。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，即编造并不存在的虚假的恐怖信息或明知是虚假恐怖信息而有意传播。至于行为人出于何种目的，并不影响犯罪的成立。

（三）编造、故意传播虚假恐怖信息罪的认定

划清本罪与非罪的界限。实践中行为人因不明真相，误传某个虚假恐怖信息的，经查证确属无故意罪过存在，则不成立犯罪。

（四）编造、故意传播虚假恐怖信息罪的法定刑

《刑法》第 291 条之一的第 1 款规定，犯编造、故意传播虚假恐怖信息罪的，其法定刑同投放虚假危险物质罪。

八、组织考试作弊罪

（一）组织考试作弊罪的概念

组织考试作弊罪，是指在法律规定的国家考试中，组织作弊、为组织考试作弊提供帮助的行为。

（二）组织考试作弊罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家的公平、公正的考试制度。

2. 客观方面表现为在法律规定的国家考试中组织作弊的行为。要正确理解本罪的客观方面：（1）“法律规定的国家考试”，仅限于全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律中规定的考试，考试既可以由国家一级统一组织实施，也可以由地方根据法律规定组织实施。（2）组织作弊行为，指的是针对考试作弊的高度团伙化和产业化犯罪活动中的领导、策划、指挥等组织行为。（3）为他人组织作弊提供作弊器材或者其他帮助的行为，如使用信息技术手段传递考试答案的行为等。

3. 犯罪主体为一般主体，即年满 16 周岁、具有刑事责任能力的自然人。

4. 主观方面表现为直接故意。实践中多出于牟利的目的，但是否牟利并非构成组织考试作弊罪的必备要素。

（三）组织考试作弊罪的认定

1. 划清本罪与非罪的界限。一是注意考试范围的把握。成立本罪仅限于“法律规定的国家考试”，不包括其他考试，如就业、入职、培训、结业、学期统考、外语水平认证、驾驶机动车、职业技术资格等考试。二是只有考试的组织者才成为犯罪主体，其他人的行为不成立犯罪。

2. 划清本罪与相关犯罪的界限。在考试作弊行为中，向他人非法出售或者提供试题、答案的，独立构成非法出售、提供试题、答案罪，而不属于本罪的范畴。

（四）组织考试作弊罪的法定刑

依据《刑法修正案（九）》第 25 条新增设的《刑法》第 284 条之一的第 1、2 款的规定，犯组织考试作弊罪的，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 7 年以下有期徒刑，并处罚金。“情节严重”一般是根据组织考试作弊的人次、组织形式、手段、社会危害程度、行为导致的后果等因素来认定。

九、代替考试罪

(一) 代替考试罪的概念

代替考试罪，是指代替他人或者让他人代替自己参加法律规定的国家考试的行为。

(二) 代替考试罪的构成特征

1. 侵犯的客体同组织考试作弊罪。
2. 客观方面表现为实施了替考的行为。替考行为包含行为人代替考生考试和考生让替考者代替自己考试两种情形。注意替考的考试仍是法律规定的国家考试。
3. 犯罪主体为一般主体，即年满 16 周岁具有刑事责任能力的自然人。
4. 主观方面为故意。实践中行为人代替考生考试往往出于牟利目的，但是否牟利并不影响本罪的主观要件的成立。

(三) 代替考试罪的认定

1. 划清本罪与非罪行为的界限。本罪虽是行为犯，但在具体认定案件时仍须遵循《刑法》第 13 条“但书”的规定，即情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。
2. 划清本罪与其他考试作弊犯罪的界限。本罪与组织考试作弊犯及非法出售、提供试题、答案罪均属于考试作弊犯罪类型，其主要区别是客观行为的具体表现不同。

(四) 代替考试罪的法定刑

依据《刑法修正案（九）》第 25 条新增设的《刑法》第 284 条之一的第 4 款的规定，犯代替考试罪的，处拘役或者管制，并处或者单处罚金。

十、拒不履行信息网络安全管理义务罪

(一) 拒不履行信息网络安全管理义务罪的概念

拒不履行信息网络安全管理义务罪，是指网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，情节严重的行为。

(二) 拒不履行信息网络安全管理义务罪的构成特征

1. 侵犯的客体是信息网络安全管理秩序。
2. 客观方面表现为行为人不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，具备下列四种法定情形之一的行为：（1）致使违法信息大量传播的；（2）致使用户信息泄露，造成严重后果的；（3）致使刑事案件证据灭失，情节严重的；（4）有其他严重情节的。上述四种情形属于该行为情节严重的具体内容。该行为中首先包含了网络提供者应依法履行信息网络安全管理义务而不去履行；二是包含了有关监管部门责令其采取改正措施而拒不改正；三是导致了信息网络安全事故的发生即上述四种法定情形之一的存在。
3. 犯罪主体为特殊主体即网络服务提供者。具体来说，可以是年满 16 周岁、具备刑事责任能力的自然人，也可以是单位。
4. 主观方面为故意。这具体表现为拒不履行信息网络安全管理义务，明知应履行而不履行，经责令改正后仍不改正。

(三) 拒不履行信息网络安全管理义务罪的认定

1. 划清本罪与非罪行为的界限。主要区别是行为人是否具备了法定的四种情形之一，这是本罪与一般行政违法行为的界限。

2. 划清本罪与相关犯罪的界限。本罪涉及互联网这一信息交换平台,情况复杂,违法犯罪者常常将互联网当作工具来利用。本罪常常与利用互联网实施的其他犯罪发生竞合,对此法律规定应择重而处。

(四) 拒不履行信息网络安全管理义务罪的法定刑

依据《刑法修正案(九)》第28条新增设的《刑法》第286条之一的规定,个人犯拒不履行信息网络安全管理义务罪的,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,依照上述自然人犯罪的规定处罚。

犯本罪,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

十一、帮助信息网络犯罪活动罪

(一) 帮助信息网络犯罪活动罪的概念

帮助信息网络犯罪活动罪,是指明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助,情节严重的行为。

(二) 帮助信息网络犯罪活动罪的构成特征

1. 侵犯的客体是复杂客体,既侵犯了正常的信息网络管理秩序,又帮助网络诈骗等其他犯罪得以实施,侵害了他人的身、财产等合法权益。

2. 客观方面表现为帮助他人利用信息网络实施犯罪活动的行为。实践中网络犯罪的分工细化形成利益链条是网络犯罪泛滥的主要原因,将该利益链条中的帮助行为独立定罪势在必行。这些帮助行为表现:为利用信息网络的犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助,情节严重的行为。具体来说:(1)为建设网站和接入互联网所需提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道等帮助行为;(2)为推广网站扩大犯罪活动范围所需投放广告的行为;(3)实施网络犯罪交易所需的资金结算帮助行为;(4)因应网络犯罪的技术特性,为网络犯罪提供技术支持和作案工具的帮助行为。

3. 犯罪主体为一般主体,即年满16周岁、具有刑事责任能力的自然人和单位。

4. 主观方面为故意,即明知他人利用信息网络实施犯罪活动而为其提供帮助的。实践中网络犯罪帮助行为往往是网络犯罪中获利最大的环节,但本罪的成立并不要求以获利为目的。

(三) 帮助信息网络犯罪活动罪的认定

1. 划清本罪与非罪行为的界限。成立本罪需满足两个条件:一是主观上必须以明知他人利用计算机网络实施犯罪活动为前提,不明知他人实施信息网络犯罪而进行了帮助的不成立犯罪;二是客观上须达到情节严重的程度。

2. 划清本罪与相关犯罪的界限。本罪是信息网络犯罪活动中的帮助行为,故与其他犯罪分工合作、密切关联,因此本罪既不以某信息网络犯罪的共犯论处,也不实施数罪并罚,在同时构成其他犯罪时,依照处罚较重的规定定罪处罚。

(四) 帮助信息网络犯罪活动罪的法定刑

依据《刑法修正案(九)》第29条新增设的《刑法》第287条之二的规定,个人犯帮助

信息网络犯罪活动罪的，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，依照上述自然人的规定处罚。

犯本罪，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

十二、聚众斗殴罪

（一）聚众斗殴罪的概念

聚众斗殴罪，是指聚集多人进行斗殴的行为。

（二）聚众斗殴罪的构成特征

1. 侵犯客体是公共秩序。
2. 客观方面表现为首要分子聚集众多的人实施斗殴行为。斗殴方式有持械的，也有徒手的。众人殴斗破坏了公共秩序。
3. 犯罪主体是一般主体，即聚众斗殴的首要分子和其他积极参加者。
4. 主观方面表现为故意。

（三）聚众斗殴罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。一是实践中常遇有打群架行为，如果未使用器械，或未造成人员伤亡、财产损失等后果，可以按照《刑法》第13条“但书”的规定不认为是犯罪。二是对于一般参与到聚众斗殴中的人员不以犯罪论处，而首要分子和其他积极参加者构成本罪。

2. 划清本罪与故意伤害罪、故意杀人罪的界限。《刑法》第292条第2款规定，聚众斗殴，致人重伤、死亡的，以故意伤害罪、故意杀人罪论处。

（四）聚众斗殴罪的法定刑

《刑法》第292条规定，犯聚众斗殴罪，对首要分子和其他积极参加者，判处3年以下有期徒刑、拘役或管制。有下列情形之一的，对首要分子和其他积极参加者，处3年以上10年以下有期徒刑：一是多次聚众斗殴的；二是聚众斗殴人数多，规模大，社会影响恶劣的；三是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；四是持械聚众斗殴的。

十三、寻衅滋事罪

（一）寻衅滋事罪的概念

寻衅滋事罪，是指肆意挑衅，无事生非，起哄闹事，进行扰乱破坏，情节恶劣的行为。

（二）寻衅滋事罪的构成特征

1. 侵犯客体是公共秩序。
2. 客观方面表现为寻衅滋事的行为。具体表现为下列行为之一：（1）随意殴打他人，情节恶劣的。（2）追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的。（3）强拿硬要或者任意毁损、占用公私财物，情节严重的。（4）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面表现为故意，基于蔑视法纪、显示威风、寻求精神刺激或者发泄等卑劣下

流的动机。

（三）寻衅滋事罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。根据《刑法》第 293 条规定，寻衅滋事必须是“情节恶劣”或“情节严重”的才能构成犯罪。情节恶劣，是指多次随意殴打他人取乐或者殴打他人致伤，结伙、持械追逐、拦截、辱骂、恐吓他人造成恶劣影响或者严重后果的。情节严重，是指多次强拿硬要或者损毁、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，或在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的，等等。如果行为人寻衅滋事尚未达到情节恶劣或情节严重的程度不能认为是犯罪。

2. 划清本罪与故意伤害罪的界限。两罪的主要区别是：（1）犯罪动机不同。本罪是基于打人取乐发泄或者显示威风、无端寻衅之动机，而后罪则往往产生于一定的事由或恩怨。（2）行为对象不同。本罪的行为对象是不特定的，而后罪则往往是特定事情的关系人。因寻衅滋事致人轻伤的，仍应按寻衅滋事罪论处，致人重伤、死亡的，则应按故意伤害罪或故意杀人罪论处。

3. 本罪与抢劫罪的区别。这两罪的主要区别是，本罪的行为人在大庭广众之下耍威风，占便宜，其并不在意财物的价值，也不顾忌被害人、群众知悉或告发；而后罪行为人则以非法占有为目的，劫夺被害人有价值或所有的财物，并且尽量避免被害人辨认或他人知悉。

（四）寻衅滋事罪的法定刑

《刑法》第 293 条第 1 款规定，犯寻衅滋事罪的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或管制。第 2 款规定，纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，可以并处罚金。

十四、组织、领导、参加黑社会性质组织罪

（一）组织、领导、参加黑社会性质组织罪的概念

组织、领导、参加黑社会性质组织罪，是指组织、领导或者参加以暴力、威胁或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作歹，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的黑社会性质组织的行为。

（二）组织、领导、参加黑社会性质组织罪的构成特征

1. 侵犯客体是经济、社会生活秩序。

2. 客观方面表现为组织、领导、参加黑社会性质组织的行为。所谓黑社会性质的组织，根据《刑法》第 294 条，应当同时具备以下特征：（1）形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定；（2）有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动；（3）以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众；（4）通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序。所谓组织，是指倡导、发起、组建。所谓领导，是指指挥、率领、引导。所谓参加，是指积极参加，即明知是黑社会性质组织，仍然积极加入的行为。

3. 犯罪主体为一般主体，即组织者、领导者、积极参加者、其他参加者。

4. 主观方面表现为故意，即明知是黑社会性质组织而决意组织、领导、积极参加或

参加。

（三）组织、领导、参加黑社会性质组织罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。如果行为人不明真相、受骗而参加，了解真相后又主动退出的不能以犯罪论处。刑法对组织者、领导者、积极参加者和其他参加者规定了不同的法定刑量刑档次。

2. 划清本罪与一般刑事犯罪集团的界限。黑社会性质组织具有违法犯罪行为多样性、犯罪组织严密、犯罪手段强制性、犯罪活动区域性、社会危害严重性的特点。这些特点是一般犯罪集团所不具备的，若不具备上述特点就不能以本罪认定，而应按一般的犯罪集团处理。

（四）组织、领导、参加黑社会性质组织罪的法定刑

《刑法》第 294 条第 1 款规定，犯组织、领导、参加黑社会性质组织罪的，对组织者、领导者，处 7 年以上有期徒刑，并处没收财产；积极参加者，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，可以并处罚金或者没收财产；其他参加者处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，可以并处罚金。本条第 4 款还规定，犯本罪又有其他犯罪行为的，依照数罪并罚的规定进行处罚。

十五、赌博罪

（一）赌博罪的概念

赌博罪，是指以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业的行为。

（二）赌博罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会管理秩序和社会风尚。

2. 客观方面表现为聚众赌博或者以赌博为业的行为。根据司法解释，“聚众赌博”指：一是组织三人以上赌博且符合下面三种情形之一的：（1）抽头渔利数额累计达到 5 000 元以上的；（2）赌资数额累计达到 5 万元以上的；（3）参赌人数累计达到 20 人以上的。二是组织我国公民 10 人以上赴境外赌博，从中收取回扣、介绍费的。“以赌博为业”，指以赌博为常业，即以赌博所得为其生活或者挥霍的主要来源的行为。行为人实施上述两种行为之一的，即可构成本罪。

3. 犯罪主体为一般主体。根据司法解释，我国公民在我国领域外周边地区聚众赌博、开设赌场，以吸引我国公民为主要客源的亦可构成赌博罪；明知他人实施赌博犯罪活动，而为其提供资金、计算机网络、通讯、费用结算等直接帮助的，以赌博罪的共犯论处。

4. 主观方面表现为故意并且以营利为目的。不以营利为目的，进行带有少量财物输赢的娱乐活动，以及提供棋牌室等娱乐场所只收取正常的场所和服务费用的经营行为等，不以赌博罪论处。

（三）赌博罪的认定

1. 划清本罪与非罪行为的界限。行为人主观上是否以营利为目的划清本罪与群众纯娱乐性活动的关键。对虽以营利为目的，但不符合聚众赌博、开设赌场、以赌博为业的客观行为要件，仅仅为赌博提供条件或者参与赌博赌资较大的，属于一般违法行为，按《中华人民共和国治安管理处罚法》第 70 条给予治安处罚。

2. 划清本罪与相关犯罪的界限。一是未经国家批准擅自发行、销售彩票，构成犯罪的，

以非法经营罪定罪处罚，而不以赌博罪论处；二是通过赌博或者为国家工作人员赌博提供资金的形式实施行贿、受贿行为，构成犯罪的，以行贿罪或受贿罪定罪处罚，而不以赌博罪论处；三是对于设欺骗性质的“赌局”，直接通过控制输赢结果来骗取数额较大的钱财的行为，应定诈骗罪，而不以赌博罪论处。

（四）赌博罪的法定刑

《刑法修正案（六）》第18条将《刑法》第303条修改为两款，其中第1款规定：以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

根据司法解释，犯赌博罪有以下三种情形之一的，从重处罚：一是具有国家工作人员身份的；二是组织国家工作人员赴境外赌博的；三是组织未成年人参与赌博，或者开设赌场吸引未成年人参与赌博的。（请参照最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》进行理解）

十六、伪证罪

（一）伪证罪的概念

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。

（二）伪证罪的构成特征

1. 侵犯客体主要是司法机关的正常活动，同时还危害公民的人身权利及其他合法权益。
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。伪证罪的伪证行为具有虚假性、关联性和时间性的基本特征。所谓虚假性，是指行为人必须实施了虚假的证明、鉴定、记录、翻译行为。所谓关联性，是指虚假的证明、鉴定、记录、翻译的内容，必须和与案件有重要关系的情节有联系。这里的与案件有重要关系的情节，是指足以使无罪的人受到刑事处罚或者使轻罪重罚的情节，或者是使犯罪分子逃避刑事处罚或者重罪轻判的情节。所谓时间性，是指伪证的行为必须是发生在刑事诉讼的立案、侦查、起诉、审判的过程中。
3. 犯罪主体是特殊主体，即刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人、翻译人。
4. 主观方面表现为故意，即有意作虚假的证明、鉴定、记录、翻译，并有陷害他人或者隐匿罪证的目的。

（三）伪证罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。如果证人记忆错误，鉴定人、记录人、翻译人业务水平不高，或因粗心大意而发生的错误，只要他们在主观上不是出于故意，没有陷害他人或为他人开脱罪责的目的，不能以犯罪论处。
2. 划清本罪与诬告陷害罪的界限。两罪在主观方面、客观方面都有相同之处，其区别主要表现为：（1）行为对象不完全相同。本罪的行为对象主要是人犯；而后罪的行为对象是任何公民。（2）行为方式不同。本罪是对与案件有重要关系的重要情节作伪证；而后罪则是捏造整个犯罪事实。（3）犯罪主体不同。本罪是特殊主体，只限于证人、鉴定人、记录人、翻译人；而后罪则是一般主体。（4）行为内容不同。本罪的行为内容包括陷害他人或包庇犯罪；而后罪则只是陷害他人。（5）行为实施的时间不同。本罪是发生在立案以后的刑事诉讼过程中；而后罪则发生在立案侦查之前。

（四）伪证罪的法定刑

《刑法》第 305 条规定，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。

十七、虚假诉讼罪

（一）虚假诉讼罪的概念

虚假诉讼罪，是指以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的行为。

（二）虚假诉讼罪的构成特征

1. 侵犯的客体是正常的司法秩序和利益相关人的合法权益。
2. 客观方面表现为以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的行为。实践中主要在房产、追索劳动报酬、借贷、离婚等民事纠纷及相关执行案件中，捏造事实提起民事诉讼。常表现出多样的虚假诉讼形式，如为骗取人民法院判决、裁定或者调解书，从而非法占有他人财物；为逃避履行给付义务而进行诉讼诈骗，以转移资产或者参与分配；离婚案件中一方当事人为多分夫妻共同财产，采用诉讼诈骗手段骗取人民法院判决、裁定、调解书，以转移夫妻共同财产，等等。
3. 犯罪主体为一般主体，即年满 16 周岁具有刑事责任能力的自然人和单位。
4. 主观方面表现为直接故意。通常以谋取不正当利益为目的进行恶意诉讼，但本罪的成立并不要求该目的必须存在。

（三）虚假诉讼罪的认定

1. 划清本罪与非罪行为的界限。一是本罪的人罪范围仅限于民事诉讼，而不含其他诉讼类型。二是本罪成立的法定要件虽未设情节严重、后果严重等内容，但仍须遵循《刑法》第 13 条“但书”的规定，情节显著轻微危害不大的不认为是犯罪。
2. 划清本罪与相关犯罪的界限。一是本罪以捏造事实提起民事诉讼为成立要件，仅在诉讼过程中伪造证据、妨害作证的行为不成立本罪，符合妨害作证罪要件的应成立妨害作证罪。二是虚假诉讼中，非法占有他人财产或者逃避合法债务，又构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定从重处罚。

（四）虚假诉讼罪的法定刑

依据《刑法修正案（九）》第 35 条新增设的《刑法》第 307 条之一的规定，个人犯虚假诉讼罪的处 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，依照上述自然人犯罪的规定处罚。

犯本罪，非法占有他人财或者逃避合法债务，又构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。

司法工作人员利用职权，与他人共同实施上述犯罪行为的，从重处罚；同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。

十八、扰乱法庭秩序罪

（一）扰乱法庭秩序罪的概念

扰乱法庭秩序罪，是指采用聚众哄闹，冲击法庭，侵害司法工作人员或者诉讼参与人

身权利,严重毁坏法庭设施、诉讼文书、证据等方式扰乱法庭秩序的行为。

(二) 扰乱法庭秩序罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家的正常审判秩序和司法权威。

2. 客观方面表现为法定的四种扰乱法庭秩序的行为。《刑法修正案(九)》第37条修订了《刑法》第309条的规定,作出了细化规定:一是聚众哄闹、冲击法庭的;二是殴打司法工作人员或者诉讼参与人的;三是侮辱、诽谤、威胁司法工作人员或者诉讼参与人,不听法庭制止,严重扰乱法庭秩序的;四是有毁坏法庭设施,抢夺、损毁诉讼文书、证据等扰乱法庭秩序行为,情节严重的。只要有上述四种情形之一即符合了扰乱法庭秩序罪的客观要件。

3. 犯罪主体为一般主体,即年满16周岁、具有刑事责任能力的自然人。

4. 主观方面表现为故意。

(三) 扰乱法庭秩序罪的认定

1. 划清本罪与非罪行为的界限。成立犯罪必须具有上述法定的四种情形之一,即新列举出的扰乱行为,且情形之三、之四要求情节达到严重程度。实践中对于其他扰乱法庭秩序的种种表现不应随便入罪。

2. 划清本罪与有关犯罪的界限。实践中对于发生在法庭之外的杀害、伤害法官等行为,按所构成的犯罪论处,不定本罪。对于扰乱审判秩序,同时构成其他犯罪的,应当按处罚较重的犯罪定罪处罚。

(四) 扰乱法庭秩序罪的法定刑

《刑法》第309条规定,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。

十九、窝藏、包庇罪

(一) 窝藏、包庇罪的概念

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,帮助其逃匿或者作虚假证明包庇的行为。

(二) 窝藏、包庇罪的构成特征

1. 侵犯客体是司法机关追诉、制裁犯罪分子的正常活动。

2. 客观方面表现为窝藏或者包庇犯罪分子的行为。窝藏犯罪分子的行为,有以下三种情况:(1)为犯罪分子提供隐藏处所。(2)提供财物,资助或协助犯罪人逃匿。(3)为犯罪分子提供交通工具,指示行动路线或逃匿方向等。包庇犯罪分子的行为,是指向司法机关作虚假证明,即以非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减轻罪责。窝藏与包庇的行为只要具备其一,便可以构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意,即行为人明知是犯罪的人而予以窝藏、包庇。明知的内容仅以对象可能是犯罪的人为限,并不要求确知其犯罪的性质 and 危害程度。

(三) 窝藏、包庇罪的认定

1. 划清本罪与一般知情不举的行为界限。知情不举是指明知是犯罪分子而不检举告发的行为。由于知情不举者没有实施窝藏、包庇犯罪分子的行为,加之我国刑法未将一般知情不举的行为规定为犯罪,因此,对知情不举的行为,不能认为是犯罪。

2. 划清包庇罪与伪证罪的界限。两者在提供虚假证明这一点相似，两者的主要区别是：(1) 犯罪主体不同。本罪的主体是一般主体；后者的主体是特殊主体，即只能是刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人和翻译人。(2) 犯罪的场合不同。本罪可以发生在刑事诉讼之前、之中和之后；而后罪则只能发生在刑事诉讼之中。(3) 包庇的对象不同。本罪包庇的对象包括已决犯和未决犯；而伪证罪的对象只能是未决犯。(4) 犯罪目的不同。本罪的目的是使犯罪分子逃避法律制裁；而后罪的目的既包括隐匿罪证，使犯罪分子逃避法律制裁，也包括陷害他人使无罪者受到刑事追究。

3. 划清本罪与事前有通谋的共同犯罪的界限。若行为人事前有事后予以窝藏、包庇的通谋，说明行为人有共同犯罪的故意，行为人在共同犯罪中窝藏或作虚假证明来掩盖罪行的，不能以本罪论处，而应以共同犯罪论处。

(四) 窝藏、包庇罪的法定刑

《刑法》第310条规定，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。

二十、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪

(一) 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的概念

掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，是指明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的行为。

(二) 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的构成特征

1. 侵犯的客体是司法机关追究刑事犯罪的正常活动。行为对象是犯罪所得及因犯罪所得产生的收益。

2. 客观方面表现为窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益的行为。窝藏，是指为犯罪分子提供隐藏犯罪所得及其产生的收益的场所的行为。该场所是隐蔽的或公开的，不影响本罪的成立。转移，是指将他人实施犯罪所得及其产生的收益由一个地方搬运到另一个地方。收购，是指有偿取得赃物后，予以出卖或自用的行为。代为销售，是指帮助或者代理犯罪分子销售所得赃物。掩饰、隐瞒，是指除了上述四种行为以外的其他方法，如提供资金账户，协助将财产转为现金、金融票据、有价证券等，通过转账方式协助资金转移，汇往境外。本罪是选择性罪名，行为人只要实施了其中一种行为，即可构成相应的犯罪，实施了其中几种行为，也不能实行数罪并罚，只能按本罪论处。

3. 犯罪主体是一般主体，单位可以成立本罪。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒。

(三) 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。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，都不宜以犯罪论处。此外，犯罪分子将本人犯罪所得赃物自行窝藏、转移的，属于其原先犯罪行为的事后不可罚行为，不单独构成本罪。

2. 划清本罪与窝藏罪的界限。本罪中的窝赃行为与窝藏罪有些相似，两罪的主要区别是：(1) 行为对象不同。本罪窝藏的是犯罪所得的赃物及其产生的收益；而后者窝藏的则是

实施犯罪的人。(2) 故意的内容不同。本罪故意的内容是为了赃物及其产生的收益不被司法机关发觉，从而继续非法占有赃物及其产生的收益；而后者是帮助犯罪分子逃匿，使其逍遥法外。

(四) 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的法定刑

修改后的《刑法》第 312 条第 1 款规定，犯掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

《刑法修正案（七）》第 10 条在《刑法》第 312 条中增加一款作为第 2 款：单位犯前款罪的，对单位判处处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

二十一、拒不执行判决、裁定罪

(一) 拒不执行判决、裁定罪的概念

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。

(二) 拒不执行判决、裁定罪的构成特征

1. 侵犯客体是人民法院裁判的权威性。

2. 客观方面表现为对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的行为。“人民法院的判决、裁定”，是指人民法院依法作出的具有执行内容并已发生法律效力“的判决、裁定。人民法院为依法执行支付令、生效的调解书、仲裁裁决、公证债权文书等所作的裁定属于该条规定的裁定。所谓有能力执行，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义务的能力。如果行为人确实没有可供执行的财产，或者丧失履行特定义务的能力，不能以犯罪论处。所谓拒不履行，是指行为人采取各种手段拒绝履行人民法院判决、裁定中所确定的义务。

3. 犯罪主体是特殊主体，指负有执行人民法院判决、裁定义务的当事人。单位可以成为本罪主体。

4. 主观方面表现为故意，即对已生效的判决、裁定，有义务、有能力履行，而拒不履行。

(三) 拒不执行判决、裁定罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。根据《刑法》第 313 条的规定，拒不执行判决、裁定的行为，只有情节严重才能构成犯罪。根据全国人大常委会 2002 年 8 月 29 日通过的立法解释，所谓“有能力执行而拒不执行，情节严重”的情形有 5 种：(1) 被执行人隐藏、转移、故意毁损财产，或者无偿转让财产、以明显不合理的低价转让财产，致使判决、裁定无法执行的；(2) 担保人或者被执行人隐藏、转移、故意毁损或者转让已向人民法院提供担保的财产，致使判决、裁定无法执行的；(3) 协助执行义务人接到人民法院执行通知书后，拒不协助执行，致使判决、裁定无法执行的；(4) 被执行人、担保人、协助执行义务人与国家机关工作人员通谋，利用国家机关工作人员的职权妨害执行，致使判决、裁定无法执行的；(5) 其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形。如果拒不执行判决、裁定但情节轻微的，不能以犯罪论处。如果行为人因没有能力执行判决、裁定而未能执行的，也不能以犯罪论处。

2. 划清本罪与故意杀人罪或故意伤害罪的界限。行为人在暴力抗拒执行人民法院判决、

裁定中，杀害、重伤执行人员的，应择一重罪处断，即按故意杀人罪或故意伤害罪论处。

（四）拒不执行判决、裁定罪的法定刑

《刑法修正案（九）》第39条修订后的《刑法》第313条规定，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；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，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，依照前款的规定处罚。

二十二、脱逃罪

（一）脱逃罪的概念

脱逃罪，是指依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人逃脱司法机关的羁押和监管的行为。

（二）脱逃罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家监管机关的正常监管秩序。
2. 客观方面表现为从羁押场所脱逃的行为。所谓脱逃，是指行为人逃离司法机关的监管场所，如从监狱、看守所逃跑或在押解途中逃跑。脱逃的方法多种多样，有的乘机秘密逃走，有的公开逃跑；有的使用暴力，有的未使用暴力；有的单独逃走，有的结伙逃走。
3. 犯罪主体是特殊主体，即限于依法被拘留、逮捕、关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人。
4. 主观方面表现为故意，脱逃的目的是逃避羁押和刑罚的执行。

（三）脱逃罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。对错拘、错捕、错判而被关押的无辜者逃离监管场所或者摆脱人身羁押的行为，不能以犯罪论处。对无罪者进行的拘留、逮捕和判刑，是对其人身权利的侵犯，无罪者有权根据《中华人民共和国国家赔偿法》的规定获得国家赔偿。
2. 划清本罪与故意杀人罪、故意伤害罪的界限。行为人使用暴力逃跑，如果其暴力手段造成监管人员死亡或重伤，应按牵连犯的处理原则，择一重罪处断，即以故意杀人罪或者故意伤害罪论处。

（四）脱逃罪的法定刑

《刑法》第316条第1款规定，犯脱逃罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役。

二十三、医疗事故罪

（一）医疗事故罪的概念

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。

（二）医疗事故罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对医疗工作的管理秩序和就诊人的生命、健康权利和医疗单位的正常活动。
2. 客观方面表现为对医疗护理工作严重不负责任，致使就诊人死亡或健康受到严重损害的行为。具体表现为：首先，在医疗护理工作中严重不负责任，即在医疗、护理工作中违

反规章制度和诊疗、护理常规。其次，致使就诊人死亡或健康受到严重损害。所谓“致使就诊人健康受到严重损害”，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。再次，行为人严重不负责任与致使就诊人死亡或健康受到严重损害之间存在着因果关系，否则不认为是犯罪。

3. 犯罪主体是特殊主体，主要是医务人员，包括医疗防疫人员、药剂人员、护理人员、其他专业技术人员。

4. 主观方面表现为过失，即行为人对造成就诊人死亡或严重损害就诊人身体健康的后果存在疏忽大意的过失或过于自信的过失。至于是否有意违反规章制度，不影响本罪的构成。

（三）医疗事故罪的认定

1. 划清本罪与非罪的界限。对于医疗过程中发生差错，若损害结果轻微，不能以犯罪论处。在医疗、护理过程中，由于就诊人病情或特殊体质而发生了医务人员难以防范和预料的后果的，应视为意外事故，不能以犯罪论处。对于医务人员因医疗技术水平不高、缺乏经验等造成的事故，由于并非是医务人员的责任心不强、违反规章制度造成的，也不构成犯罪。

2. 划清本罪与非法进行节育手术罪的界限。关键是看行为人是否具有医生的执业资格。有医生执业资格，因严重不负责任致人重伤、死亡的，构成本罪。

（四）医疗事故罪的法定刑

《刑法》第 335 条规定，犯医疗事故罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

二十四、非法行医罪

（一）非法行医罪的概念

非法行医罪，是指未取得行医资格的人非法行医，情节严重的行为。

（二）非法行医罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对医疗工作的管理秩序和就诊人的生命安全和健康权利。

2. 客观方面表现为非法行医，情节严重的行为，即无医生执业资格从事营利性的诊疗活动，如冒充医生在医疗单位从业、挂牌行医、在药店坐堂看病等。

3. 犯罪主体为未取得医生执业资格的自然人。

4. 主观方面为直接故意，即行为人明知无医生执业资格，为了牟利而非法行医。其对非法行医造成的危害结果则是出于过失或间接故意。

（三）非法行医罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。根据刑法规定，非法行医必须情节严重的才构成犯罪。所谓“情节严重”，是指多次被取缔后仍非法行医的；因非法行医造成就诊人身体健康受损害的；非法行医获利巨大的；从事危险性较大的诊疗活动的；等等。非法行医情节轻微的，不能构成犯罪。

2. 划清本罪与医疗事故罪的界限。两罪的区别是：（1）主体不同。本罪行为人无医生执业资格，而后罪行为人则有医生执业资格。（2）主观方面不同。本罪是故意，后罪是过失。（3）客观方面不同。本罪限于非法的诊疗活动，后罪是从事合法的诊疗、护理活动。

（四）非法行医罪的法定刑

《刑法》第 336 条规定，犯非法行医罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或管制，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。

二十五、污染环境罪

（一）污染环境罪的概念

污染环境罪，是指违反国家规定，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、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的行为。

（二）污染环境罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家环境保护和污染防治制度。本罪的行为对象是有毒、有害物质，即列入国家危险废物名录，或者根据国家规定的危险废物标准，认定为具有爆炸性、自燃性、易燃性、毒性、腐蚀性、传染性特性之一的固体废物、液态废物和置于容器内的废气。

2. 客观方面表现为违反国家规定，实施了严重污染环境的行为。违反国家规定，是指违反国家有关保护环境、防治污染的法律规定。违反国家规定是构成本罪的前提条件。实施了环境污染行为，是指违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质的行为。所谓严重污染环境，在“两高”2013年《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条列了14种情形，只要具备其中一种情形的，即应认定为“严重污染环境”。

3. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位。

4. 主观方面表现为过失，既包括过于自信的过失，也包括疏忽大意的过失。

（三）污染环境罪的认定

划清本罪与危险物品肇事罪的界限。两罪的主要区别是：（1）行为对象不同。本罪的行为对象是危险废物；而后者是危险品。（2）发生的场合不同。本罪是在排放、处理废物过程中发生的；后者是在危险品的生产、使用、运输管理过程中发生的。（3）侵犯的客体不同。本罪侵犯的是国家环境保护和环境污染防治的管理制度；而后者侵犯的是社会公共安全。

（四）污染环境罪的法定刑

《刑法》第338条规定，犯污染环境罪的，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。这里的“后果特别严重”，请参照“两高”2013年《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条所列的11种情形。《刑法》第346条规定，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第338条的规定处罚。

二十六、走私、贩卖、运输、制造毒品罪

（一）走私、贩卖、运输、制造毒品罪的概念

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。

（二）走私、贩卖、运输、制造毒品罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对毒品的管理制度和公民的身心健康。行为对象是毒品。所谓毒品，是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。

2. 客观方面表现为走私、贩卖、运输、制造毒品的行为。走私毒品，是指违反海关法

规而将毒品运输、携带、邮寄进出国（边）境或者直接向走私人非法收购走私进出口的毒品的行为。在内海、领海运输、收购、贩卖毒品的，以走私毒品罪论处。贩卖毒品，是指明知是毒品而非法销售，或者以贩卖为目的而非法收买毒品的行为。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。运输毒品，是指明知是毒品而采用携带、邮寄、利用他人或者使用交通工具等方法非法运送的行为。制造毒品，是指非法用毒品原植物直接提炼或用化学方法加工、配制毒品的行为。本罪是选择性罪名，凡实施了上述行为之一的，即以该行为确定罪名；如实施两种以上的行为，即以数行为确立一个罪名，如贩卖、运输毒品罪，不实行数罪并罚。

3. 犯罪主体是一般主体，自然人和单位均可构成。已满 14 周岁的人对贩卖毒品罪负刑事责任。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是毒品而故意走私、制造、贩卖、运输。如果不是明知，而是被别人利用或受蒙蔽而实施上述行为的，不构成犯罪。

（三）走私、贩卖、运输、制造毒品罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。行为人只要实施了走私、贩卖、运输、制造毒品的行为，不论毒品的数量多少，一律构成犯罪。但是，如果确属情节显著轻微，危害不大的，依照《刑法》第 13 条但书的规定，不以犯罪论处。根据《刑法》第 347 条第 7 款规定，对多次走私、贩卖、制造、运输毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。第 357 条第 2 款规定，毒品的数量以查证属实的走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品的数量计算，不以纯度折算。（参照最高人民法院《关于审理毒品案件定罪量刑标准有关问题的解释》）。

2. 划清本罪与诈骗罪的界限。对于将假毒品冒充真毒品，诱骗他人上当而购买的，其行为符合诈骗罪的构成，应以诈骗罪论处。对于不知是假毒品，而误认为真毒品进行走私、贩卖、运输、制造的，属于对象认识错误，不影响本罪的成立，但应以未遂处理。如果行为人在非毒品中掺入毒品贩卖，只要贩卖物中含有毒品，均应按贩卖毒品罪论处。

（四）走私、贩卖、运输、制造毒品罪的法定刑

《刑法》第 347 条第 2、3、4 款规定，犯走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；犯严重走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金；犯特别严重走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，处 7 年以上有期徒刑，并处罚金；犯最严重走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，处 15 年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

单位犯上述走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员按走私、贩卖、运输、制造毒品罪的法定刑处罚。

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。

根据《刑法》第 356 条规定，因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品被判过刑，又犯本罪的，从重处罚。

二十七、非法持有毒品罪

（一）非法持有毒品罪的概念

非法持有毒品罪，是指违反国家毒品管理法规，非法持有毒品且数量较大的行为。

（二）非法持有毒品罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对毒品的管理制度和公民的身心健康。行为对象是毒品。
2. 客观方面表现为非法持有毒品数量较大的行为。非法，是指违反我国《麻醉药品管理办法》、《精神药品管理办法》中有关规定。持有，是指占有、携带、藏有或者以其他方式持有毒品的行为。至于所持有毒品的来源是购买、受赠或者祖传，不影响本罪的成立。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 克以上或其他毒品数量较大的。对毒品的数量以查证属实的数量计算，不以纯度折算。
3. 犯罪主体为自然人一般主体。
4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是毒品而非法持有。过失不构成本罪。

（三）非法持有毒品罪的认定

划清本罪与走私、贩卖、运输、制造毒品罪的界限。如果有证据证明非法持有毒品是为了进行走私、制造、贩卖、运输毒品犯罪的，应以走私、贩卖、运输、制造毒品罪论处；根据查获的证据，不能认定非法持有较大数量毒品是为了走私、贩卖、运输、制造、窝藏毒品犯罪的，构成本罪。

（四）非法持有毒品罪的法定刑

《刑法》第 348 条规定，犯非法持有毒品罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或管制，并处罚金；犯严重非法持有毒品罪的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金；非法持有鸦片 1 000 克以上，海洛因或甲基苯丙胺 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。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，又犯本罪的，从重处罚。

二十八、组织卖淫罪

（一）组织卖淫罪的概念

组织卖淫罪，是指以招募、雇用、纠集、强迫、引诱、容留等手段，控制多人从事卖淫的行为。

（二）组织卖淫罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会道德风尚和社会治安管理秩序。
2. 客观方面表现为组织多人卖淫的行为。组织多人卖淫，是指以招募、雇用、引诱、容留等手段，控制 3 个或 3 个以上女人或男人从事卖淫活动。通常表现为两种形式：（1）没有固定的卖淫场所，行为人通过掌握控制的卖淫人员，有组织地进行卖淫。（2）设置卖淫场所或变相的卖淫场所，控制一些卖淫人员在该场所内卖淫。
3. 犯罪主体只能是卖淫活动的组织者，可以是一人，也可以是数人。
4. 主观方面是故意，一般是以营利为目的，也可以是出于其他目的。

（三）组织卖淫罪的认定

正确认定一罪与数罪问题。在组织他人卖淫的犯罪活动中，对被组织卖淫的人有强迫、引诱、容留、介绍卖淫行为，不实行数罪并罚，因为这些行为是组织他人卖淫的手段和行为的组成部分，不能独立成罪。但是，如果对被组织者以外的其他人实施上述行为的，则应分别定罪，实行数罪并罚。

（四）组织卖淫罪的法定刑

《刑法修正案（九）》第 42 条修订后的《刑法》第 358 条规定，犯组织卖淫罪的，处 5

年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；组织他人卖淫情节严重的，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。组织未成年人卖淫的，依照上述规定从重处罚。犯本罪并有杀害、伤害、强奸、绑架等犯罪行为的，实行数罪并罚。第361条规定，旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，利用本单位的条件，组织他人卖淫的，依照个人犯本罪处罚，所列单位的主要负责人犯本罪的从重处罚。

二十九、强迫卖淫罪

（一）强迫卖淫罪的概念

强迫卖淫罪，是指以暴力、胁迫或者其他强制手段，迫使他人卖淫的行为。

（二）强迫卖淫罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人身权利和社会道德风尚及社会治安管理秩序。
2. 客观方面表现为强迫他人卖淫的行为。“强迫卖淫”，指违背他人意志，采用强制手段，迫使受害者卖淫。强制手段有：对他人的人身采用暴力；对他人采用暴力威胁、精神胁迫；除暴力和胁迫以外的其他强制被害人的方法。“他人”即强迫卖淫的对象，包括妇女、幼女、男子。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面是故意。

（三）强迫卖淫罪的认定

划清本罪与组织卖淫罪的界限。二罪的区别表现在三个方面：一是侵犯的客体不同。组织卖淫罪侵犯的是社会道德风尚及社会治安管理秩序；而本罪除侵犯社会道德风尚及社会治安管理秩序外，还包括他人的人身权利。二是实施行为的内容不同。组织卖淫的行为，是指以招募、雇用、引诱、容留的手段，控制多人从事卖淫活动，不违背受害人意志；而本罪是采用强迫手段，违背卖淫者的意志。三是故意的内容不同。组织卖淫罪的行为人主观上具有组织多人的故意；而本罪的行为人在主观上则具有强迫的故意。

（四）强迫卖淫罪的法定刑

《刑法》第358条规定，犯强迫卖淫罪的，处罚同组织卖淫罪。

三十、传播性病罪

（一）传播性病罪的概念

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。

（二）传播性病罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体，即破坏了社会治安管理秩序和危害了他人的身体健康。
2. 客观方面表现为行为人在患有严重性病的情况下实施卖淫嫖娼的行为。至于实际是否已造成他人染上性病的结果，不影响本罪的成立。
3. 犯罪主体为特殊主体，即已满16周岁，具有刑事责任能力，且患有梅毒、淋病等严重性病的人。包含中国公民和外国人。
4. 主观方面表现为故意，即明知自己患有严重性病而仍然进行卖淫或嫖娼的。具有下列情形之一的，可以认定为“明知”：（1）有证据证明曾到医院就医，被诊断为患有严重性病的；（2）根据本人的知识和经验，能够知道自己患有严重性病的；（3）通过其他方法能够

证明被告人是“明知”的。

（三）传播性病罪的认定

1. 划清传播性病罪与非罪行为的界限。关键是看严重性病的传播途径，如果是行为人通过卖淫或嫖娼的途径传播严重性病的，则符合了传播性病罪的客观行为特征。如果行为人通过其他方式，如正常的婚恋关系或通奸等将性病传染给他人，或将病菌通过衣物、洗浴工具等传染给他人的，不构成本罪。

2. 传播性病与有关犯罪行为的关系。实践中，遇有组织、强迫、引诱、容留、介绍明知是有严重性病的人进行卖淫的案件，应按照组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪一罪认定，并按照情节严重的法定刑档次处罚。

（四）传播性病罪的法定刑

我国《刑法》第360条第1款规定，犯传播性病罪，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

三十一、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪

（一）制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的概念

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。

（二）制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对文化娱乐制品的管理制度和良好的社会风尚。所谓淫秽物品，根据《刑法》第367条之规定，是指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品。

2. 客观方面表现为制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为。本罪属选择性罪名。制作、复制、出版、贩卖、传播分属五种行为，行为人只要实施其中一种行为即成立本罪（以该行为确定罪名，如贩卖淫秽物品罪）。行为人实施其中二种以上行为的，应将所实施的行为并列为一个罪名（如制作、贩卖淫秽物品罪），不实行数罪并罚。根据2000年12月28日全国人大常委会通过的《关于维护互联网安全的决定》第3条第5项，在互联网上建立淫秽网站、网页，提供淫秽站点链接服务，或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片的，亦属本法条规定之行为。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面是故意，且必须具有牟利的目的。

（三）制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的认定

注意划清本罪与非罪行为的界限。主要涉及如下三点：（1）正确鉴定淫秽物品。有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品。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。（2）情节显著轻微、危害不大的制作、复制等行为，不以犯罪论处，判断根据见1998年12月23日起施行的最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定的数量或数额标准。（3）主观上是否明知并是否具有牟利目的也是区分罪与非罪的根据。

（四）制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的法定刑

《刑法》第363条规定，犯本罪的，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。如何掌握“情节严重”、“情节特别严重”，请参见最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条第2、3款。

《刑法》第366条规定，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，依照第363条个人犯本罪的规定处罚。

三十二、传播淫秽物品罪

（一）传播淫秽物品罪的概念

传播淫秽物品罪，是指不以牟利为目的，传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或其他淫秽物品，情节严重的行为。

（二）传播淫秽物品罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会治安管理秩序和良好的社会风尚。

2. 客观方面表现为出借、播放、展示、赠送、散发、交换、讲解等传播行为。传播包含公开或秘密在公众中或公开场所实施的行为。根据2000年12月28日全国人大常委会通过的《关于维护互联网安全的决定》第3条第5项，在互联网上传播淫秽书刊、影片、音像、图片的，亦属本法条规定之行为。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面是故意，但不具有牟利的目的。

（三）传播淫秽物品罪的认定

1. 划清传播淫秽物品罪与非罪行为的界限。发生在亲友、家庭成员之间或其他小范围、观看人数少的场合传看、传抄淫秽物品的现象，应不属于情节严重的行为，不构成本罪。“情节严重”的构成犯罪，其判断依据是1998年12月23日起施行的最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条规定的向他人传播淫秽物品达300至600人次以上或者造成恶劣社会影响的情形。

2. 划清本罪与以牟利为目的实施的传播淫秽物品罪的界限。二者区别主要是看有无牟利目的，另外从法律规定看“情节严重”是本罪成立的必备要素，以牟利为目的传播淫秽物品罪在法条里未作此规定。

（四）传播淫秽物品罪的法定刑

《刑法》第364条规定，犯传播淫秽物品罪的，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制。

《刑法》第366条规定，单位犯传播淫秽物品罪的，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，依照第364条个人犯本罪的规定处罚。

第二十章 贪污贿赂罪

第一节 贪污贿赂罪概述

一、贪污贿赂罪的概念

贪污贿赂罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，非法占有、使用公共财物，索取、收受贿赂或者取得其他非法利益，破坏职务的廉洁性的行为。贪污贿赂罪，是以贪污罪、贿赂罪为中心构成的一类犯罪，此外还有相关的行贿、介绍贿赂等犯罪。

二、贪污贿赂罪的共同特征

1. 侵犯客体是国家工作人员公务行为的廉洁性，多数犯罪同时也侵犯了公共财产或国有资产的所有权。少数犯罪还侵犯了公民私人财产以及其他单位的财产所有权。本类犯罪的本质就在于以公权牟取私利，具有渎职性与贪利性犯罪的双重特点。

2. 客观方面表现为贪污、挪用公款、受贿、行贿、介绍贿赂、巨额财产来源不明、隐瞒境外存款不报、私分国有财产等行为。

3. 犯罪主体多属特殊主体，即国家工作人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体；少数犯罪如行贿罪、介绍贿赂罪等，由一般主体构成。（参照 2000 年 4 月 28 日全国人大常委会通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》）

4. 主观方面表现为故意，过失不构成本类犯罪。

第二节 本章要求掌握的犯罪

一、贪污罪

（一）贪污罪的概念

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。

（二）贪污罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体，即国家工作人员职务行为的廉洁性和公共财产的所有权。国家工作人员在职务活动中背离职责贪污公共财产，直接侵犯了国家工作人员职务行为的廉洁性。国家工作人员利用职务之便，将公共财物非法占有，直接侵犯了公共财产的所有权。犯罪侵犯的对象是公共财产。依照《刑法》第 91 条的规定，下列财产属于公共财产：（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。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。

2. 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，是指行为人利用本人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、支配、供用或经手等便利条件。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占有，如将自己保管、使用的公共财物加以扣留，应交而隐匿不交，应支付而不支付，收款不入账或非法转卖或者私自赠与他人，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，以秘密窃取的方法非法占有的行为，即通常所说的监守自盗。如国有商店的售货员窃取自己经管的货物、货款，银行柜台营业员盗窃自己经管的存款等。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，如涂改单据、账目，谎报开支，冒领差旅费、医疗费、工资、补贴等；谎报亏损，非法占有公款；虚构或隐瞒事实，冒领款物；等等。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，应当以贪污罪论处。

个人贪污数额较大或有其他较重情节的，即构成犯罪。对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。多次贪污未经处理，是指贪污行为未被发现或者虽经发现，但未给予刑事处罚或任何行政纪律处分。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。

3. 犯罪主体是特殊主体，即国家工作人员以及受委托管理、经营国有财产的人员。依据《刑法》第93条的规定，国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员，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。依据《刑法》第382条的规定，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，视为其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论，可以成为本罪的主体。国家工作人员以外的其他人与上述国家工作人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。

4. 主观方面表现为故意，并且具有非法占有公共财物的目的。

（三）贪污罪的认定

1. 划清贪污罪与非罪的界限。依据贪污罪的构成特征，贪污数额较大或情节较重是区分贪污罪与非罪的界限。

2. 划清贪污罪与盗窃罪、诈骗罪、侵占罪的界限。这四种犯罪都是以非法占有财产为目的的犯罪，行为形态也有相同之处。它们的主要区别是：（1）犯罪客观方面有所不同。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、侵占罪则没有这一条件。例如，某国有独资公司的业务人员，利用其在流水线上可以流动查看生产状况的条件，假装去卫生间，盗窃车间里的产品藏匿在卫生间内，等到下班时再从卫生间中偷偷地取走，将价值5万余元的产品据为己有。本案中，行为人的犯罪手段是盗窃，但是行为人的主体身份是国家工作人员，利用其职务上的便利，盗窃国家财产，构成贪污罪，而不是

盗窃罪。(2) 犯罪客体与对象有所不同。贪污罪的客体是公共财产的所有权和职务行为廉洁性, 行为对象仅限于公共财物; 盗窃罪、诈骗罪、侵占罪的客体是公私财产, 行为对象是公私财物。(3) 犯罪主体不同。贪污罪是特殊主体, 即国家工作人员; 盗窃罪、诈骗罪、侵占罪是一般主体, 即自然人。

3. 划清贪污罪与职务侵占罪的界限。贪污罪与职务侵占罪主观上都是以非法占有为目的, 客观行为也有相似之处。它们的主要区别是: (1) 犯罪客体不同。贪污罪的客体是职务行为廉洁性和公共财产所有权; 职务侵占罪的客体是职务行为廉洁性和本单位财产的所有权。(2) 犯罪主体不同。贪污罪的主体是特殊主体, 即国家工作人员; 职务侵占罪的主体是特殊主体, 即公司、企业或者其他单位的人员, 但不包括国有公司、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。

(四) 贪污罪的法定刑

《刑法修正案(九)》第44条修订后的《刑法》第383条第1款规定, 犯贪污罪的, 根据情节轻重, 作出不同的处罚规定: (1) 贪污数额较大或者有其他较重情节的, 处3年以下有期徒刑或者拘役, 并处罚金。(2) 贪污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, 并处罚金或者没收财产。(3) 贪污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; 数额特别巨大, 并使国家和人民利益遭受特别重大损失的, 处无期徒刑或者死刑, 并处没收财产。

对多次贪污未经处理的, 按照累计贪污数额处罚。

犯第1款罪, 在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃, 避免、减少损害结果的发生, 有上述第1种情形的, 可以从轻、减轻或者免除处罚; 有上述第2种、第3种情形的, 可以从轻处罚。

犯第1款罪, 有上述第3种情形被判处死刑缓期执行的, 人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后, 终身监禁, 不得减刑、假释。

在司法实践中关于“数额”“情节”的把握见最高人民法院和最高人民检察院于2016年4月18日公布施行的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定。

二、挪用公款罪

(一) 挪用公款罪的概念

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。

(二) 挪用公款罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体, 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收益权。

2. 客观方面表现为利用职务之便挪用公款归个人使用, 进行非法活动, 或者挪用公款数额较大、进行营利活动, 或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的行为。所谓利用职务之便, 是指利用主管、经手、管理公共财物的便利。挪用公款归个人使用, 根据全国人大常

委会 2002 年 4 月 28 日的立法解释,是指“有下列情形之一的,属于挪用公款‘归个人使用’: (一) 将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的; (二) 以个人名义将公款供其他单位使用的; (三) 个人决定以单位名义将公款供其他单位使用, 谋取个人利益的”。可以构成犯罪的挪用公款行为, 有以下三种不同情况:

(1) 挪用公款归个人使用, 进行走私、嫖娼、赌博、非法经营等违法犯罪活动的, 以犯罪论。根据“两高”2016 年 4 月 18 日起施行的司法解释, 这种挪用公款的行为, 数额在 3 万元以上的应追究刑事责任。

(2) 挪用公款数额较大, 归个人进行营利活动的, 以犯罪论。进行营利活动, 通常是指进行经商、办企业等经营性活动, 至于经营性活动是否获利, 不影响本罪的成立。挪用公款为个人进行营利活动做准备, 如用作私有公司、企业的资信证明, 以取得工商登记等, 属于挪用公款用于营利活动。这种挪用公款行为构成犯罪, 不受挪用时间限制, 但受挪用数额的限制。根据“两高”2016 年 4 月 18 日起施行的司法解释, 挪用公款 5 万元以上的, 视为数额较大的起点。

(3) 挪用公款归个人使用, 数额较大, 超过 3 个月未还的, 以犯罪论。这里的未还, 是指案发前即被司法机关、主管部门或者有关单位发现前未还。根据“两高”2016 年 4 月 18 日起施行的司法解释, 挪用公款数额较大是指 5 万元以上的。

3. 犯罪主体是特殊主体, 即国家工作人员。

4. 主观方面表现为故意, 并以归个人使用为目的。为本人和其他人谋取利益, 不论是否已实际谋取到, 都属于为私利。挪用人违反财经管理制度, 未经合法审批手续, 将公款擅自借给其他单位使用, 应认定为“以个人名义”。

(三) 挪用公款罪的认定

1. 划清挪用公款罪与挪用特定款物罪的界限。两者的主要区别是: (1) 主体不同。挪用公款罪的主体是国家工作人员; 挪用特定款物罪的主体是经手、经办、管理特定款物的人员, 而不一定是国家工作人员。(2) 客体不同。挪用公款罪的客体是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; 挪用特定款物罪的客体是国家对特定款物专款专用的财经管理制度以及国家和人民群众的利益。(3) 主观方面不同。二者都是故意, 但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。如果行为人挪用特定款物归个人使用, 应以挪用公款罪从重处罚。这是二者最重要的区别之一。(4) 行为对象不同。挪用公款罪的行为对象是公款, 包括特定款物在内。挪用特定款物罪的行为对象仅限于特定款物, 即救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物。这是二者的另一个重要区别。(5) 客观方面成立犯罪的条件有所不同。挪用公款罪将挪用公款行为分为三种情况, 并分别规定了不同的构成犯罪的客观要件; 而挪用特定款物罪则在客观上要求致使国家和人民群众利益遭受重大损害的结果发生, 否则不构成犯罪。

2. 划清挪用公款罪与挪用资金罪的界限。两者的主要区别是: (1) 主体不同。挪用资金罪的主体是特殊主体, 即公司、企业或者其他单位的工作人员; 挪用公款罪的主体也是特殊主体, 但属于国家工作人员。(2) 客体不同。挪用公款罪的对象是公款, 客体是公共财产, 具体表现为公款的使用权; 挪用资金罪的客体是公司、企业或者其他单位资金的使用权, 行为对象是本单位的资金。二者的客体都侵犯了职务行为的廉洁性, 但挪用公款罪侵犯

的是国家工作人员职务行为廉洁性,而挪用资金罪侵犯的是普通受雇用人员即非国家工作人员职务行为廉洁性。

3. 划清挪用公款罪与贪污罪的界限。二者的主要区别是:(1) 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。行为人挪用公款后,犯罪目的由非法占用转化为非法占有的,如挪用公款后,携带公款潜逃的;挥霍公款,致使公款不能退还的;使用公款进行违法犯罪活动,致使公款不能退还的;等等,应以贪污罪论处。(2) 行为对象不同。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。(3) 客体不同。挪用公款罪侵犯的是公款使用权;贪污罪侵犯的是公共财物所有权。(4) 客观方面行为手段不同。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、伪造账簿的非法行为;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、伪造账簿的非法行为。(5) 主体范围不完全相同。挪用公款罪只限于国家工作人员;贪污罪除国家工作人员外,还包括受国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体、委托管理、经营国有财产的人员。

(四) 挪用公款罪的法定刑

我国《刑法》第384条规定,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。挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的,从重处罚。

所谓不退还,是指行为人主观上想还但因为客观原因在一审判决前还不了的情况,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。如果行为人主观上就是不想还,意图将挪用的公款据为己有的,行为的性质就发生了变化,应以贪污罪论处。

“数额”“情节”在司法实践中的把握见“两高”2016年4月18日的司法解释。

三、受贿罪

(一) 受贿罪的概念

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。

(二) 受贿罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家工作人员职务行为廉洁性。受贿罪的实质在于以公权交换私利。

2. 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,这里的财物应当作适当的扩大解释,不仅指有形的可以用金钱计量的钱物,也包括无形的可以用金钱计量的物质性利益,如债权的设立、债务的免除以及其他形式的物质性利益,但不包括诸如提升职务、迁移户口、升学就业、提供女色等非物质性不正当利益。本罪客观方面的受贿行为包括两种不同的基本形式:(1) 利用职务之便,索取他人财物。国家工作人员利用职务上的便利,以明示或者暗示的方式主动向他人索要财物的行为,就属于这种形式,即通常

所说的索贿。索贿不是一个独立的罪名，但由于它所具有的主动性和勒索性，因而比一般收受贿赂的行为具有更为严重的社会危害性。所以，索贿构成犯罪的，并不为他人谋取利益为必要条件，即无论索贿者是否意图为他人谋取利益或者实际上为他人谋取了利益，只要利用职务之便向他人索贿的，就应当以受贿罪论处。（2）利用职务之便，非法收受他人财物，为他人谋取利益。非法收受他人财物，是指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。在索贿的情况下，行贿人交付贿赂是被动的，是被索要的结果。在非法收受贿赂的情况下，行贿人交付贿赂是自愿的、主动的，受贿人有被行贿人收买的特点。因此，利用职务之便非法收受他人财物，要有为他人谋取利益的要件，才构成受贿罪。所谓为他人谋取利益，是指行为人意图为他人谋取利益，或者承诺为他人谋取利益，或者实际上已经为他人谋取了利益。至于行为人是为他人谋取正当利益还是不正当利益，是合法利益还是非法利益，不影响本罪的成立。此外，根据《刑法》第385条2款和第388条的规定，国家工作人员在经济往来中私自收受回扣、手续费归个人所有以及斡旋受贿（指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，索取或者收受请托人财物的行为），也是受贿罪。受贿行为与贪污行为一样，是一种严重侵害国家工作人员职务廉洁性并妨害国家机关、国有单位正常活动的犯罪行为。个人受贿数额较大或有其他较重情节的，一律以受贿罪论处。

3. 犯罪主体是特殊主体，即国家工作人员。

4. 主观方面表现为故意。

（三）受贿罪的认定

1. 划清受贿行为与接受馈赠的界限。两者性质不同，其主要区别是：受贿是谋私利的犯罪行为；馈赠是亲友或一般同志之间联络情谊的表现，是无条件的赠与，是合法的民事行为。受贿是利用职务上的便利进行，客观上往往采取隐蔽的、不正常的方式进行；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. 划清受贿与获取合理报酬的界限。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，用自己的劳动为他人临时进行某项工作或提供某项服务，而获得合理劳动报酬，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. 划清受贿罪与一般受贿行为的界限。根据刑法规定，受贿行为构成犯罪的数额、情节标准与贪污罪相同，即受贿数额较大或者情节较重的，应构成受贿罪。

4. 划清受贿罪与诈骗罪、敲诈勒索罪的界限。国家工作人员以利用职务上的便利收受贿赂从而为他人谋取利益为名，骗取他人数额较大的财物，但并没有而且也不打算利用职务之便为他人谋取利益的，不构成受贿罪，应以诈骗罪论处。国家工作人员利用职务上的便利，勒索有求于己的人的财物，属于索贿行为，应以受贿罪论处。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，应以敲诈勒索罪论处，而不构成受贿罪。

5. 划清受贿罪与非国家工作人员受贿罪的界限。两罪在主观方面、客观方面都有许多相似之处，主要区别是：（1）主体不同。受贿罪的主体是国家工作人员；非国家工作人员受贿罪的主体是公司、企业、其他单位的工作人员。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受贿的，以受贿罪论，不构成非

国家工作人员受贿罪。(2) 客体有所不同。受贿罪的客体是国家工作人员职务行为廉洁性；非国家工作人员受贿罪的客体是国家对公司、企业、其他单位工作人员职务活动的管理制度。

6. 划清受贿罪与贪污罪的界限。受贿罪与贪污罪都是国家工作人员利用职务之便实施的牟利犯罪，都具有渎职性与贪利性的双重特色。其主要区别是：(1) 犯罪主体的范围有所不同。受贿罪仅限国家工作人员，贪污罪还包括受委托管理、经营国有财产的人员。(2) 犯罪目的的内容不同。贪污罪在主观上以非法占有自己主管、管理、经手的公共财物为目的；受贿罪在主观上则表现为以非法占有他人或者其他单位的公私财物为目的。(3) 行为对象不同。贪污罪的行为对象是公共财物；受贿罪的对象既包括公共财物，也包括公民私有的财物。(4) 行为方式不同。贪污罪使用侵吞、窃取、骗取等方法，非法占有自己主管、管理、经手的公共财物；受贿罪则是利用职务之便向他人索取财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益。

7. 对发生在经济往来中的受贿问题的认识。《刑法》第 385 条第 2 款规定：“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。”这是受贿罪的特别犯罪构成，与受贿罪基本犯罪构成相比，具有以下三个特点：(1) 发生在经济往来中。这里的经济往来，是指国家经济管理活动以及国家工作人员直接参与到销售、购买商品或者提供、接受服务等交易活动中。如果不是发生在经济往来中，不能适用本条款。(2) 违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费。国家工作人员基于其职务参与经济往来之中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，必定利用职务上的便利，并且以为他人谋取利益为目的或者实际上已经为他人谋取了利益。但本条款的规定表示，国家工作人员是否利用职务之便及为他人谋取利益，不影响本条款的适用，检察机关无需加以证明。国家工作人员在经济往来中，账外暗中收取各种名义的回扣、手续费的，以受贿论。(3) 将收受的回扣、手续费归个人所有。这里的归个人所有，是指个人账外暗中据为己有。如果国家工作人员收受了回扣、手续费之后，入账上交本单位，而没有归个人所有的，不构成犯罪。如果是单位在经济往来中，账外暗中收受各种名义的回扣、手续费的，则属于单位受贿。

8. 对斡旋受贿行为的认识。《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。”这是斡旋受贿行为构成受贿罪的情况，有以下三个特点：(1) 客观方面表现为行为人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，而不是直接利用自己职务范围内的权力。实践中，行为人利用本人职权或地位形成的便利条件，表现为行为人利用自己的职权或者地位形成的对其他国家工作人员的制约关系，从而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。这种制约关系一般表现为上下级之间的领导与被领导关系即纵向的制约关系，或者表现为不同部门或者单位之间的国家工作人员之间在执行职务过程中所存在的横向的制约关系。(2) 斡旋受贿行为构成犯罪，要求在行为人为请托人谋取不正当利益的情况下才能构成；而受贿罪基本构成只要求行为人为他人谋取利益即可，至于是正当利益还是不正当利益不影响犯罪的成立。(3) 无论是索贿行为还是非法收受贿赂的行为，斡旋受贿构成犯罪的，均要求具有为请托人谋取不正当利益的要件。受贿罪的基本犯罪构成则不同，在受贿罪基本犯罪构成中，索贿行为无需具有为他人谋取利益或者谋取不正当利益的要件，即可构成犯

罪；非法收受贿赂的行为要求必须具有为他人谋取利益（既包括不正当利益，也包括正当利益）的要件，才可能构成犯罪。

（四）受贿罪的法定刑

依据《刑法》第 386 条规定，受贿罪的处罚与贪污罪相同。索贿的从重处罚。

四、利用影响力受贿罪

（一）利用影响力受贿罪的概念

利用影响力受贿罪，是指国家工作人员的近亲属、其他关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为或影响力索取、收受请托人的财物，或者离职国家工作人员及其近亲属、关系密切的人通过该离职国家工作人员的影响力索取、收受请托人财物，数额较大或有其他较重情节的行为。

（二）利用影响力受贿罪的构成特征

1. 侵犯客体同受贿罪。在一些新的腐败案件中，一些国家工作人员的配偶、子女、其他关系密切人打着该国家工作人员的旗号为请托人办事谋取不正当利益，收受请托人财物；一些已经离职的国家工作人员或其近亲属及关系密切的人利用其在职时的影响力，通过其他国家工作人员的职务行为为请托人谋取不正当利益，自己从中索取或收受财物。这种行为对国家工作人员职务行为廉洁性的侵害，在本质上与受贿罪并无二致，只是侵害的程度不同而已，故有必要用刑法规制。

2. 客观方面表现为行为人利用影响力与请托人交易财物，数额较大或情节较重的行为。利用影响力交易财物的行为分两种：一种是国家工作人员的近亲属或者与该国家工作人员关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员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，索取或收受请托人财物；另一种是离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人，利用该离职的国家工作人员原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，索取或收受请托人财物。无论是哪种利用影响力交易的行为，均表现出利用国家工作人员的职权交易请托人财物的特点。成立犯罪要求该交易行为达到数额较大或具有其他较重的情节，至于数额较大或其他较重情节的标准，则需司法解释作出规定，利用影响力受贿的只要具备数额较大和其他较重情节之一即可构成本罪。

3. 犯罪主体是特殊主体，包括国家工作人员的近亲属、其他关系密切的人，离职国家工作人员及其近亲属、其他关系密切人。“离职国家工作人员”指已离退休或因其他原因离开国家工作人员岗位已不具备国家工作人员身份的人。“近亲属”指现职国家工作人员、离职国家工作人员的配偶、子女等具有血缘、亲属关系的民事家庭法意义上的人。“其他关系密切人”指在现职国家工作人员、离职国家工作人员身边工作的人以及其他有特殊关系的人，如因特别情感关系形成的“情人”、同学、战友等关系人，因共同经济利益关系形成的密切关系人；因共同情趣形成的酒友、牌友等密切关系人。将上述人员规定为本罪的主体符合中国贿赂腐败犯罪的实际状况，也符合我国已批准加入的《联合国反腐败公约》第 18 条将“公职人员或者其他任何人为其本人或他人直接或间接索取或者收受任何不正当好处，以作为该公职人员或者该其他人员滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力，从缔约国的行政部门或者公共机构获得任何不正当好处的条件”规定为犯罪的规定。

4. 主观方面表现为故意。

(三) 利用影响力受贿罪的认定

1. 划清本罪与非罪行为的界限。关键看受贿数额是否达到较大或是否具有其他较重情节。

2. 划清本罪与受贿罪的界限。二罪在犯罪主体和客观方面不同。受贿罪的主体是现职国家工作人员；本罪的主体是现职国家工作人员的近亲属及其他关系密切之人、离职国家工作人员、近亲属及其他关系密切之人。受贿罪在客观方面表现为利用本人的职务之便索贿或收受贿赂；本罪在客观方面表现为利用与国家工作人员、离职国家工作人员的密切关系形成的影响力索贿或收受贿赂。

(四) 利用影响力受贿罪的法定刑

《刑法修正案（七）》第13条增订的《刑法》第388条之一规定，犯利用影响力受贿罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上7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7年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。数额巨大、数额特别巨大或其他严重情节、其他特别严重情节的标准见“两高”2016年4月18日起施行的司法解释的第10条第1款的规定。

五、行贿罪

(一) 行贿罪的概念

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。

(二) 行贿罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家工作人员职务行为的廉洁性。

2. 客观方面表现为给予国家工作人员以财物的行为。根据“两高”2016年4月18日起实施的司法解释，行贿数额3万元以上的，应追究刑事责任。行贿数额在1万元以上不满3万元，具有该解释第7条第2款列举的六种情形之一的，也成立行贿罪。

3. 犯罪主体是自然人一般主体。

4. 主观方面表现为故意，并且具有谋取不正当利益的目的。根据《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，“谋取不正当利益”是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定，或要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或方便条件。违反公平、公正原则，在经济、组织人事管理活动中，谋取竞争优势的，应当认定为“谋取不正当利益”。

(三) 行贿罪的认定

行贿行为只限于主动行为，如果是被勒索而给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿，不构成犯罪。

(四) 行贿罪的法定刑

《刑法修正案（九）》第45条修正订的《刑法》第390条规定，犯行贿罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；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，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，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。

行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的，可以从轻处罚或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

司法实践中,对“情节严重”“情节特别严重”的把握见“两高”2016年4月18日起施行的解释的第8、9条。

六、对影响力的人行贿罪

(一) 对影响力的人行贿罪的概念

对影响力的人行贿罪,是指为谋取不正当利益,向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人行贿,或者向离职的国家工作人员或者其近亲属及其他与其关系密切的人行贿的行为。

(二) 对影响力的人行贿罪的构成特征

1. 侵犯客体同行贿罪。

2. 客观方面表现为向有影响力的人行贿的行为。“有影响力的人”是指行贿对象,包含下列五种人员:(1) 国家工作人员的近亲属。具体指与国家工作人员有血缘关系或者婚姻关系的亲属,包括夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。(2) 其他与该国家工作人员关系密切的人,是指在国家工作人员近亲属之外,与其有密切关系的人,如同学、战友、老乡、同事,或者有某种共同利益关系的人,或者与其关系非常密切,交往不同于一般关系,对其具有足够的影响力的人。(3) 离职的国家工作人员,是指曾经是国家工作人员,但目前已离开国家工作人员的工作岗位,如离休、退休、辞职、辞退等情形的曾经具有国家工作人员的身份、仍具有足够的影响力的人。(4) 离职的国家工作人员的近亲属,是指与离职的国家工作人员有血缘关系或者婚姻关系的亲属(范围同第一种情形)。(5) 其他与离职国家工作人员关系密切的人,这是指在离职的国家工作人员近亲属之外,其他与其有密切关系的人,如同学、战友、老乡、老领导、老部下,或者有某种共同利益关系的人,或者与其关系非常密切,交往不同于一般关系,对其具有足够影响力的人。

具体行贿行为方式同行贿罪。

3. 犯罪主体是一般主体,包括年满16周岁、具有刑事责任能力的自然人和单位。

4. 主观方面表现为故意,并且具有谋取不正当利益的目的。

(三) 对影响力的人行贿罪的认定

1. 划清本罪与非罪行为的界限。主要是看是否具有谋取不正当利益的目的。“谋取不正当利益”,是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定,或者要求行贿对象违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定,为自己提供帮助或者方便条件。违背公平、公正原则,在经济、组织、人事管理等活动中,谋取竞争优势的,应认定为“谋取不正当利益”。

2. 划清本罪与相关犯罪的界限。本罪与行贿罪的区别主要在于行贿的对象不同;本罪与单位行贿罪的区别主要是本罪主体中已包含单位、不再独立成罪。

(四) 对影响力的人行贿罪的法定刑

依据《刑法修正案(九)》第46条新增设的《刑法》第390条之一的规定,个人犯对影响力的人行贿罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节严重的,或者使国家利益遭受重大损失的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,或者使国家利益遭受特别重大损失的,处7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,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。

对有影响力的人行贿罪的定罪量刑适用标准，参照“两高”2016年4月18日起施行的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的第10条第2、3款的规定。

七、巨额财产来源不明罪

（一）巨额财产来源不明罪的概念

巨额财产来源不明罪，或称非法所得罪，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。

（二）巨额财产来源不明罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体，即国家的廉政建设制度和公私财产的所有权。

2. 客观方面表现为行为人持有的财产或者支出的财产明显超过合法收入，差额巨大，而本人又不能说明其来源是合法的行为。这里的财产，是指国家工作人员所拥有的房屋、交通工具、存款、现金、生活用品等私人财产。支出，是指国家工作人员的各种开支、消费。合法收入，是指按法律规定应属于国家工作人员合法拥有的工资、奖金、津贴、遗产继承，等等。不能说明巨额财产合法来源的行为在行为形态上表现出的是持有形式与不作为形式的复合形态。

3. 犯罪主体是特殊主体，即国家工作人员。

4. 主观方面表现为直接故意。行为人明知自己的财产或支出明显超过合法收入，差额巨大，其财产或者支出的来源是非法的，当司法机关责令其说明来源时，因主观上不愿意而拒绝加以说明，从而不能说明其来源是合法的。因此，本罪的罪过形式只能是直接故意。

（三）巨额财产来源不明罪的认定

国家工作人员拥有的明显超过合法收入的财产或支出，无论是以何种方式取得，只要行为人不能举出证据证明其来源是合法的，即构成本罪。当然，如果能够查明财产来源的合法性，不能以犯罪论；如果能够查明财产确系贪污、受贿等犯罪所得，应以贪污罪、受贿罪等犯罪追究刑事责任。

（四）巨额财产来源不明罪的法定刑

《刑法修正案（七）》第14条修订后的我国《刑法》第395条第1款规定，犯巨额财产来源不明罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；差额特别巨大的，处5年以上10年以下有期徒刑。财产的差额部分予以追缴。

第二十一章 渎 职 罪

第一节 渎职罪概述

一、渎职罪的概念

渎职罪，是指国家机关工作人员在公务活动中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，妨害国家管理活动，致使公共财产或者国家与人民的利益遭受重大损失的行为。

二、渎职罪的共同特征

1. 侵犯客体是国家机关的正常活动。国家机关的正常活动，是指各级国家机关依法行使国家管理职权的正常活动，如各级行政部门、司法部门的正常管理活动。

2. 客观方面表现为行为人实施了滥用职权、玩忽职守等行为致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。滥用职权，是指国家机关工作人员不依法行使职权而任意扩大自己的职务权限。玩忽职守，是指国家机关工作人员不按规程或规章行使职权或者疏于职守。渎职的行为表现是多种多样的，但归纳起来有两种，一种是作为的渎职行为，即职责规定不允许实施而积极地实施的行为；另一种是不作为的渎职行为，即消极地不作为，职责要求必须作为而不去实施的行为。在本类罪中，不作为的渎职较多。应当指出，渎职行为都是对社会有危害的行为，但其危害程度相差很大，对于情节显著轻微危害不大的，不能以犯罪论处，只有对给国家、人民利益或公共财产造成重大损失的行为才能以犯罪论处。

3. 犯罪主体，除个别犯罪外，都是特殊主体，即国家机关工作人员。这里的国家机关工作人员，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”。

2002年12月28日全国人大常委会关于渎职罪主体适用的立法解释规定，在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，在代表国家机关行使职权时，有渎职行为，构成犯罪的，依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任。

根据《刑法》第398条第2款的规定，本类罪中只有故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪的主体是一般主体。

4. 主观方面既有故意也有过失。典型的故意通常具有徇私舞弊的动机；而典型的过失则具有对职责马虎草率、漫不经心或者自以为是、恣意妄为，严重不负责任的心理。所谓故意、过失，是指行为人对其渎职行为所造成损害结果的心理态度。

第二节 本章要求掌握的犯罪

一、滥用职权罪

(一) 滥用职权罪的概念

滥用职权罪，是指国家机关工作人员违反法律规定的权限和程序，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。

(二) 滥用职权罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家机关的正常管理活动。

2. 客观方面表现为违反法律规定的权限和程序，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。违反法律规定滥用职权是指不正当行使职权和超越职权，这里“职权”指法律、法规、规章具体规定的职务的范围和权力。“滥用职权”既包含超越限度或没有限度地运用职权的作为，也包含随意放弃义务，不积极行使职权的不作为。“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”是该罪在客观方面要求须具有的危害后果。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释（一）》的规定，是指具有下列情形之一：（1）造成死亡1人以上，或者重伤3人以上，或者轻伤9人以上的，或者重伤2人、轻伤3人以上，或者重伤1人、轻伤6人以上的；（2）造成经济损失30万元以上的；（3）造成恶劣社会影响的；（4）其他致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的情形。滥用职权必须与上述危害结果之间存在刑法上的因果关系。

3. 犯罪主体为特殊主体，即国家机关工作人员以及2002年12月28日全国人大常委会立法解释中的人员。根据上述司法解释，以“集体研究”形式实施渎职犯罪，应依法追究负有责任人员的刑事责任；而对于具体执行人员，可视具体情节决定是否追究刑事责任和应当判处的刑罚。

4. 主观方面表现为故意。学术界有主张是过失和间接故意并存的观点。

(三) 滥用职权罪的认定

划清本罪与非罪行为的界限。主要区别看是否给公共财产、国家和人民利益造成重大损失。

(四) 滥用职权罪的法定刑

我国《刑法》第397条第1款规定，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。“情节特别严重”通常从死伤人数、直接经济损失数额、社会影响的恶劣程度等方面综合考虑。

二、玩忽职守罪

(一) 玩忽职守罪的概念

玩忽职守罪，是指国家机关工作人员玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

(二) 玩忽职守罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家机关的正常管理活动。

2. 客观方面表现为行为人严重不负责任，工作中草率马虎，不履行或者不正确履行职

务,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失。“不履行职务”包含擅离职守和未履行职责;“不正确履行职务”指应该而且能够履行职务,但因不严肃认真导致错误地履行职务。玩忽职守罪的具体表现形式多种多样。所谓致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失,参见《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》。

3. 犯罪主体为特殊主体,即国家机关工作人员以及2002年12月28日全国人大常委会立法解释中的人员。同时参见《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》。

4. 主观方面表现为过失,即行为人应当预见自己玩忽职守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。行为人玩忽职守的行为本身常常是故意的,但对损害结果,则是过失的。

(三) 玩忽职守罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。是否给公共财产、国家和人民利益造成重大损失是区分玩忽职守罪与一般玩忽职守行为的主要标准。玩忽职守造成重大损失的,构成本罪;未造成重大损失的,属于一般玩忽职守的行为,不能以犯罪论处。

2. 划清本罪与滥用职权罪的界限。本罪与滥用职权罪都是《刑法》第397条所规定的犯罪,两罪侵犯的客体相同,犯罪主体均为国家机关工作人员,结果要件都要求致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失。两罪的主要区别是:(1)行为方式不同。本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;而滥用职权罪则主要表现为以作为的方式超越权限,处理无权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。(2)主观方面不同。本罪的主观方面为过失;而滥用职权罪的主观方面是故意。

3. 划清本罪与危害公共安全罪中的有关事故罪的界限。从广义上讲本罪是以造成重大损失为要件,也属于一种责任事故型犯罪,但与其他责任事故型犯罪不同,它是公务型责任事故。刑法分则第二章所规定的有关责任事故罪,如重大飞行事故罪、铁路运营安全事故罪、重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪等,由于这些犯罪客观上有失职的行为且造成重大损失,主观上均为过失,因此容易与本罪混淆。本罪与上述事故型犯罪的主要区别是:(1)侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是国家机关的正常管理活动;而后者侵犯的客体则是公共安全。(2)发生的场合不同。本罪发生在国家机关的公务活动过程中;而后者一般发生在生产、作业等业务活动中。(3)犯罪主体不同。本罪的主体只能是国家机关工作人员;而后的主体一般为厂矿企业、事业单位的职工或者工作人员。

4. 划清本罪与签订、履行合同失职罪,国有公司、企业、事业单位人员失职罪,国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪的界限。其主要区别是:(1)渎职的性质不同。本罪为公务职权;后者为国有公司、企业、事业单位的经营、管理权。(2)犯罪主体不同。本罪的主体是国家机关工作人员;而后的主体为国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员。

(四) 玩忽职守罪的法定刑

我国《刑法》第397条第1款规定,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。

三、故意泄露国家秘密罪

(一) 故意泄露国家秘密罪的概念

故意泄露国家秘密罪,是指国家机关工作人员或非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。

(二) 故意泄露国家秘密罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的保密制度。所谓保密制度,是指我国现行有效的保守国家秘密的法律、法规所形成的法律制度。本罪的行为对象是国家秘密。所谓国家秘密,是指国家法律、法规所规定的禁止泄露的有关国家安全、政治、经济、军事等各种利益的信息,这些信息在一定时间内只限于特定范围的人员知悉。根据《中华人民共和国保守国家秘密法》第8条的规定,以下事项为国家秘密:(1) 国家事务的重大决策中的秘密事项;(2) 国防建设和武装力量活动中的秘密事项;(3) 外交和外事活动中的秘密事项;(4) 国民经济和社会发展中的秘密事项;(5) 科学技术的秘密事项;(6) 维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项;(7) 其他经国家保密工作部门确定应当保守的国家秘密事项。根据《中华人民共和国保守国家秘密法》第9条规定,国家秘密分为绝密、机密和秘密三个等级。绝密是指最重要的国家秘密,一旦泄露会使国家安全、利益遭受特别严重的损失。机密是指重要的国家秘密,一旦泄露会使国家安全和利益遭受损害。秘密是指一般的国家秘密,泄露会使国家的安全和利益遭受损害。本罪的国家秘密包括了绝密、机密和秘密。

2. 客观方面表现为违反保守国家秘密法的规定,泄露国家秘密情节严重的行为。所谓泄露,是指行为人把自己掌握的或知道的国家秘密泄露给不应知悉的人。泄露的方式可以是口头泄露,也可以是书面泄露,可以用实物文体的方法泄露,也可以用密写、影印、摄影、复制等方式书面泄露,不论何种方式,均不影响本罪的成立。

构成本罪,必须是泄露国家秘密情节严重的。所谓情节严重,是指为了谋取私利或者出于个人目的而故意泄露国家秘密的;为了利用国家秘密进行非法活动而故意泄露国家秘密的;使用先进技术或者卑劣手段故意泄露国家秘密的;在特定时期,如战时,国家政治、经济政策重大调整时期故意泄露国家秘密的;多次故意泄露国家秘密的;故意泄露国家秘密引起严重后果或重大损失的;等等。

3. 犯罪主体一般是国家机关工作人员,但是根据《刑法》第398条第2款的规定,非国家机关工作人员也可以构成本罪。这里对非国家机关工作人员应作广义的理解,即指一切知悉或者了解国家秘密的非国家机关工作人员。

4. 主观方面表现为故意,即行为人明知是国家秘密而故意泄露的。至于行为人出于何种目的和动机,不影响犯罪的成立,但若出于危害国家安全的目的,而将国家秘密提供给境外的机构、组织或人员,则应按《刑法》第111条的规定定罪处罚。

(三) 故意泄露国家秘密罪的认定

1. 划清本罪与非法提供国家秘密、情报罪的界限。两罪的主要区别是:(1) 侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是国家的保密制度;非法提供国家秘密、情报罪的客体是国家安全。(2) 犯罪对象不同。本罪泄露的是各种秘密级别的国家秘密;而後者的犯罪对象包括国家秘密和情报。(3) 犯罪主体不同。本罪的主体一般是有权知悉国家秘密的国家机关工作人员;而後者则为一般主体。(4) 罪与非罪的标准不同。本罪必须情节严重才构成犯罪;而後者则无此要求。

2. 划清本罪与侵犯商业秘密罪的界限。两罪的主要区别是:(1) 侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是国家的保密制度,关系国家安全和利益;侵犯商业秘密罪的客体是他人的商业秘密专有权和国家对商业秘密的管理制度。(2) 行为对象不同。本罪的行为对象是保守国

家秘密法规定的国家秘密；而后罪侵犯的对象仅限于商业秘密。(3) 犯罪主体不同。本罪的主体主要是国家机关工作人员；而后者的主体则为一般主体。对于国家机关工作人员将自己知悉的属于国家秘密范畴内的商业秘密泄露出去的，属于想象竞合犯的情况，应按择一重罪处断的原则处理。

(四) 故意泄露国家秘密罪的法定刑

我国《刑法》第 398 条规定，犯故意泄露国家秘密罪的，处 3 年以下有期徒刑或拘役；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故意泄露国家秘密罪的，依照前述规定酌情处罚。

四、徇私枉法罪

(一) 徇私枉法罪的概念

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其受到追诉，对明知是有罪的人而故意包庇使其不受追诉，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。

(二) 徇私枉法罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家司法机关正常活动与国家的司法公正。

2. 客观方面表现为利用司法职务上的便利，违背事实和法律，在追诉或者刑事审判活动中实施了下列枉法行为：(1) 对明知无罪的人而使其受到追诉。所谓无罪的人，既包括未实施任何违法行为的人，也包括实施了违法行为但尚不构成犯罪的人。使无罪的人受到追诉，是指对明知无罪的人而故意予以立案侦查，用刑事强制措施限制其人身自由，提起公诉、进行审判等。(2) 对明知有罪的人而故意包庇不使其受到追诉。即指对有确凿事实证明其实施犯罪的人，采取伪造、隐匿、毁灭证据或其他隐瞒事实、违背法律的手段，故意包庇使其不受侦查、起诉或审判。故意包庇不使其受追诉的犯罪事实可以是全部犯罪事实，也可以是部分犯罪事实或情节。对于故意违背事实真相，违法变更强制措施，或者虽然采取强制措施，但实际放任不管，致使人犯逃避刑事追诉的，也视为枉法包庇的情形。(3) 在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判。所谓枉法裁判，是指行为人故意对有罪者作出无罪判决，对无罪者作出有罪判决，或者重罪轻判，轻罪重判。

3. 犯罪主体是特殊主体，即司法工作人员。所谓司法工作人员，根据《刑法》第 94 条的规定，是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。根据最高人民检察院 1996 年 6 月 4 日发布的《关于办理徇私舞弊犯罪案件适用法律若干问题的解释》，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，严重影响刑事追诉活动的，也可构成本罪。

4. 主观方面表现为故意，即出于私情、私利有意枉法追诉、包庇、裁判。徇私、徇情的动机多种多样。如果不是故意，不是有徇私、徇情的动机，则不能构成本罪。

(三) 徇私枉法罪的认定

1. 划清本罪与帮助毁灭、伪造证据罪的界限。两罪的主要区别是：(1) 侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是司法机关的正常活动与司法公正；而后者侵犯的是社会管理秩序中的司法秩序。(2) 客观方面表现不同。本罪在枉法追诉包庇、裁判过程中必须利用司法职权；而后者无此限制。(3) 犯罪主体不同。本罪是特殊主体，限于司法工作人员；而后者主体无

此限制。

2. 划清本罪与伪证罪的界限。两罪的主要区别是：(1) 侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是司法机关的正常活动与司法公正；而后罪侵犯的是社会管理秩序中的司法秩序。(2) 客观方面不同。本罪限于利用司法职务之便；而后罪的实施者中的证人、翻译人并无利用司法职务之便的行为特征。(3) 犯罪主体不同。本罪的主体限于司法工作人员；而后罪的主体则为证人、鉴定人、翻译人和记录人。

3. 本罪与受贿罪的联系和区别。根据《刑法修正案（四）》的规定，司法工作人员因受贿而枉法追诉、裁判的，应择一重罪处断，不实行数罪并罚。

（四）徇私枉法罪的法定刑

我国《刑法》第 399 条规定，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。

五、民事、行政枉法裁判罪

（一）民事、行政枉法裁判罪的概念

民事、行政枉法裁判罪，是指司法工作人员在民事、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。

（二）民事、行政枉法裁判罪的构成特征

1. 侵犯客体是人民法院的正常审判活动与审判公正。

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、裁判的行为。所谓民事、行政审判活动，是指人民法院依照民事诉讼法、行政诉讼法受理的，在公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们之间因财产关系和人身关系提起的诉讼。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，是指依照事实和法律本应判决当事人胜诉或败诉的，行为人却故意颠倒黑白地判决该当事人败诉或者胜诉，或者对本应承担较重民事、行政责任的当事人违法判定减轻其责任，对本应承担较轻民事、行政责任的当事人违法判定加重其责任，或者有充分的事由和证据应予立案而有意裁定不予立案的，等等。

根据《刑法》第 399 条第 2 款之规定，在民事、行政审判活动中枉法裁判情节严重的，才能构成犯罪。关于情节严重，目前尚无立法与司法解释，一般认为下列情况，应属于情节严重：(1) 枉法裁判造成国家或公民利益重大损失的；(2) 枉法裁判造成恶劣的社会影响的；(3) 多次枉法裁判的。

3. 犯罪主体是特殊主体，限于在民事、行政诉讼活动中负有审判职责的人员。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知案件的事实或应当适用的法律而故意地违背事实和法律作枉法裁判。如果行为人过失地作出不公正判决或者因为业务水平不高而作出错误判决，都不能以犯罪论处。

（三）民事、行政枉法裁判罪的认定

1. 划清本罪与徇私枉法罪的界限。两者均有徇私的动机和枉法判断的行为，有些相似，两者的主要区别是：(1) 行为所指的对象不同。本罪是针对民事、行政诉讼的当事人；后罪则针对的是刑事案件的被告人或犯罪嫌疑人和一般公民。(2) 行为发生的场合不同。本罪发生在民事诉讼、行政诉讼的审判活动中；而后罪限于发生在刑事诉讼活动中。(3) 构成犯罪

的条件不同。本罪以情节严重为要件;而后罪则无此要件的限定。

2. 正确处理本罪与受贿罪的关系。根据《刑法修正案(四)》的规定,司法工作人员贪赃枉法,同时又构成受贿罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。因此,对司法工作人员贪赃而枉法裁判,犯民事、行政枉法裁判罪和受贿罪的,应择一重罪定罪判刑,不实行数罪并罚。

(四) 民事、行政枉法裁判罪的法定刑

我国《刑法》第399条规定,犯民事、行政枉法裁判罪的,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。

六、执行判决、裁定失职罪

(一) 执行判决、裁定失职罪的概念

执行判决、裁定失职罪,是指人民法院从事执行工作的人员,在执行生效判决、裁定活动中,严重不负责任,致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。

(二) 执行判决、裁定失职罪的构成特征

1. 侵犯客体是人民法院正常的执行活动。犯罪对象是“判决、裁定”。根据全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》,《刑法》第313条规定的“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发生法律效力、裁定。人民法院为依法执行支付令、生效的调解书、仲裁裁决、公证债权文书等所作的裁定属于该条规定的裁定。

2. 客观方面表现为在执行判决、裁定活动中,严重不负责任,不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责,致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。“执行”是审判活动的继续,由人民法院的执行机构依照法定程序行使执行权,以实现当事人的实体权利。具体说,就是人民法院的执行工作人员按照法定程序,对已经发生法律效力的判决、裁定,在具有义务的一方当事人拒不履行义务时,强制其履行义务,保证实现判决、裁定内容的活动。“严重不负责任”,指的是对依法应当采取诉讼保全措施的而不采取,对依法应当采取强制执行措施的而不采取,不履行法定执行职责的行为。由于执行工作人员的严重不负责任,对依法应当采取诉讼保全措施或者强制执行措施而不采取,致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的,应当追究执行工作人员的刑事责任。这里的“当事人”,是指案件中的原告、被告、第三人;“其他人”是指本案件当事人以外的第三人,又称“案外人”。当然,执行工作人员的严重不负责任与当事人或者其他人的利益遭受重大损失之间还必须存在刑法上的因果关系。

3. 犯罪主体为特殊主体,限于司法工作人员。这里实际是指在人民法院从事执行工作的人员(执行员)。

4. 主观方面表现为过失,即行为人应当预见到在执行判决、裁定的活动中因为自己的失职行为会使当事人或者其他人的利益遭受重大损失,却因疏忽大意而没有预见或过于自信导致了危害后果的发生。

(三) 执行判决、裁定失职罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。这主要从两方面考虑:一是看行为人的行为是否使当事人或者其他人的利益遭受了“重大损失”,重大损失应当理解为重大的财产利益的直接损失。对于

未造成重大损失后果的不构成犯罪。二是看行为人在主观上是否有过失,如因执行人员以外的各种因素导致执行难,不属于行为人的过失,则不成立犯罪。

2. 划清本罪与徇私枉法罪和民事、行政枉法裁判罪的界限。一是侵犯的客体有不同:本罪侵犯的是人民法院正常的执行活动,后二罪侵犯的是国家司法机关正常的侦查、检察、审判活动。二是犯罪主体不同:本罪限司法工作人员中的执行工作人员,后二罪是指在刑事诉讼活动中的侦查、检察、审判人员或者在民事、行政诉讼活动中的审判人员。三是客观方面的表现有不同:本罪表现为在执行活动中严重不负责任的行为,后二罪表现为在刑事诉讼中枉法追诉、枉法裁判的行为或者在民事、行政审判活动中作枉法裁判的行为。四是主观罪过不同:本罪由过失构成,后二罪由故意构成。

(四) 执行判决、裁定失职罪的法定刑

我国《刑法》第399条第3款规定,犯执行判决、裁定失职罪的,处5年以下有期徒刑或者拘役;致使当事人或者其他人的利益遭受特别重大损失的,处5年以上10年以下有期徒刑。

依照《刑法》第399条第4款的规定,执行工作人员收受贿赂,有本款行为的,同时又构成本法第385条规定的受贿罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

七、执行判决、裁定滥用职权罪

(一) 执行判决、裁定滥用职权罪的概念

执行判决、裁定滥用职权罪,是指人民法院从事执行工作的人员,在执行生效判决、裁定活动中,滥用职权,致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。

(二) 执行判决、裁定滥用职权罪的构成特征

1. 侵犯客体同执行判决、裁定失职罪。

2. 客观方面表现为在执行判决、裁定活动中滥用职权,违反法律规定的条件和程序,采取诉讼保全措施、强制执行措施,致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。所谓滥用职权,指执行工作人员在执行判决、裁定活动中,违反法律规定的权限和程序,超越职权范围行使手中的权力的行为。当滥用职权的行为与造成当事人或者其他人的利益的重大损失之间存在刑法上的因果关系时,才构成犯罪。

3. 犯罪主体同执行判决、裁定失职罪。

4. 主观方面一般表现为过失,即行为人对滥用职权的行为往往是故意的,而对损害结果的发生往往是过失的。但也不排除故意的存在。

(三) 执行判决、裁定滥用职权罪的认定

1. 关于对本罪罪过的认定。我国刑法理论界对《刑法》第397条第1款规定的滥用职权罪在主观方面的罪过形式有不同的看法,即有“过失说”、“故意说”、“过失、间接故意并存说”或“间接故意、过失并存说”三种观点。本书中所持的观点,在认定执行判决、裁定滥用职权罪时,认为行为人的故意滥用其职权的行为,如同交通肇事罪中的故意违章一样,但对其因滥用职权致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的危害结果一般持过失的心理态度,但是也不能完全排除行为人故意滥用职权时对危害结果的发生持放任的态度,此时行为人的罪过形式就是间接故意。

2. 划清罪与非罪的界限。这里主要是看,行为人在执行判决、裁定活动中滥用职权是否造成了当事人或者其他人的利益遭受重大损失的结果。

（四）执行判决、裁定滥用职权罪的法定刑

我国《刑法》第399条第3款规定，犯执行判决、裁定滥用职权罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；致使当事人或者他人的利益遭受特别重大损失的，处5年以上10年以下有期徒刑。

依照《刑法》第399条第4款的规定，执行工作人员收受贿赂，有本款行为的，同时又构成本法第385条规定的受贿罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

八、私放在押人员罪

（一）私放在押人员罪的概念

私放在押人员罪，是指司法工作人员利用职务上的便利，私自将被关押的犯罪嫌疑人、被告人或罪犯放走，使其逃离监管的行为。

（二）私放在押人员罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家司法机关对犯罪嫌疑人、被告人或罪犯的监管制度。

2. 客观方面表现为利用职务上的便利，私自将被关押的犯罪嫌疑人、被告人或罪犯放走的行为。所谓利用职务上的便利，一般是指利用监管被关押人员职务上的便利。私自将被关押的犯罪嫌疑人、被告人和罪犯放走的行为方式多种多样，有的私自从关押场所或者押解途中将被关押人放走；有的授意他人将被关押人放走；有的伪造、变造或者涂改有关法律文书，使被关押人员获得释放；有的违反监规，私自将被关押人提出关押场所或指使被关押人外出，致使其脱离监管的；等等。如果释放的不是犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯，而是劳教人员或被行政拘留、司法拘留的人员，则不构成本罪。

3. 犯罪主体为特殊主体，限于司法工作人员，即国家安全机关、公安机关、检察机关、审判机关、狱政管理机关的工作人员及执行监所看守任务的武警人员。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知在押的是犯罪嫌疑人、被告人、罪犯而故意将其放走。

（三）私放在押人员罪的认定

划清本罪与脱逃罪的界限。本罪的成立要求行为人利用了职务便利或者职权，如果行为人没有利用职务便利或职权，而是利用自己熟悉监所地理环境等条件，帮助犯罪嫌疑人、被告人、罪犯脱逃的，应以脱逃罪的共犯论处，而不能以本罪论处。

（四）私放在押人员罪的法定刑

我国《刑法》第400条第1款规定，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。

九、食品监管渎职罪

（一）食品监管渎职罪的概念

食品监管渎职罪，是指负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的行为。

（二）食品监管渎职罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家机关对食品安全的正常监管活动。

2. 客观方面表现为滥用食品安全管理的职权或者对食品安全管理严重不负责任，即滥用

职权或者玩忽职守,导致发生重大食品安全事故或者造成其他的严重后果。这里的“滥用职权”,包含两种情况:一是超越食品监管的职权,违法决定、处理无权决定、处理的食品监管事项;二是在其食品监管的职权范围内不正确行使职权或者违反食品监管的职权规定来处理有关事项。而“玩忽职守”,是指在食品监管工作中严重不负责任,马虎草率,不履行其应当履行的食品安全监管职责或者不正确履行(指未严肃认真履行甚至是错误地履行)其食品安全监管职责。食品监管渎职罪的客观方面还要求因滥用职权或玩忽职守的行为造成了法定的结果,即发生了重大食品安全事故或者造成其他严重后果。所谓重大食品安全事故有必要通过司法解释来界定,如考虑食品中毒、食源性疾病、食物污染等因素引起的对人体健康有危害的食品安全事故。所谓其他严重后果是指虽未发生重大食品安全事故,但因食品安全监管的问题,造成极其恶劣的事态出现,如造成本地区、本部门、本行业工作瘫痪,严重影响国家法律法规的正常实施,社会正常秩序严重受损;社会影响极度恶劣;严重损害国家声誉等。

3. 犯罪主体为特殊主体,即政府有关职能部门中负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员。因食品从源头到人们食用会涉及种植、生产、储藏、运输、销售等多个环节,因此其安全性在每个环节必须受到严格监管,这多个环节会涉及政府的多个职能部门,如农业、商务、科技、物流运输、环保、卫生、工商、质检等监督管理部门。在上述各部门中负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员均可以构成本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意或过失。最高司法机关曾对《刑法》第397条第1款的规定,确定为滥用职权罪和玩忽职守罪,前者为故意犯罪,后者为过失犯罪。而食品监管渎职罪中则包含了行为人滥用职权导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的行为以及玩忽职守导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的行为,同样的道理,前者为故意犯罪,后者为过失犯罪。故本罪的主观方面包含了故意和过失两种罪过。当然,如果将罪名确定为两个,即食品监管滥用职权罪和食品监管玩忽职守罪应当更科学。

(三) 食品监管渎职罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。是否导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果是区分本罪与非罪行为的主要标准。

2. 涉及本罪与有关犯罪的定罪处罚问题。(1) 根据“两高”2013年5月2日司法解释第16条的规定有如下三种情况:一是负有食品安全监管职责的国家机关工作人员,滥用职权或者玩忽职守,导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果,同时构成本罪和徇私舞弊不移交刑事案件罪、商检徇私舞弊罪、动植物检疫徇私舞弊罪、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。二是负有食品安全监管职责的国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守,不构成本罪,但构成上述第一种情况的其他渎职犯罪的,依照该其他犯罪定罪处罚。三是负有食品安全监管职责的国家机关工作人员与他人共谋,利用其职务行为帮助他人实施危害食品安全犯罪行为,同时构成渎职犯罪和危害食品安全犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。(2) 行为人犯本罪并同时收受贿赂构成犯罪的,应当以食品监管渎职罪与受贿罪实行数罪并罚。

(四) 食品监管渎职罪的法定刑

《刑法修正案(八)》第49条第1款增设《刑法》第408条之一规定,犯食品监管渎职罪,处5年以下有期徒刑或者拘役;造成特别严重后果的,处5年以上10年以下有期徒刑。徇私舞弊犯本罪的,从重处罚。

十、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪

(一) 放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的概念

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。

(二) 放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家对制售伪劣商品犯罪行为的查处追诉活动。

2. 客观方面表现为对于生产、销售伪劣商品的犯罪行为,而徇私舞弊,不履行法律规定的追究职责,情节严重的行为。根据司法解释,情节严重是指有下列四种情形之一的:(1)放纵生产、销售假药或者有毒、有害食品犯罪行为的;(2)放纵依法可能判处2年有期徒刑以上刑罚的生产、销售伪劣商品犯罪行为的;(3)对三个以上有生产、销售伪劣商品犯罪行为的单位或者个人不履行追究职责的;(4)致使国家和人民利益遭受重大损失或者造成恶劣影响的。

3. 犯罪主体为特殊主体,即对生产、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。

4. 主观方面表现为故意。行为人主观上出于徇私、徇情的动机,不履行法律规定的查处、追究制售伪劣商品犯罪行为的职责。

(三) 放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的认定

1. 划清本罪与非罪的界限。关键是看行为人的放纵行为是否达到情节严重的程度。

2. 划清本罪与有关犯罪的界限。一是本罪与徇私枉法罪的区别。两罪在犯罪主体、犯罪的客观方面均有不同:本罪的主体范围包括相关的国家行政机关的工作人员和司法工作人员,而徇私枉法罪的主体仅限于司法工作人员;本罪在客观方面是对于制售伪劣商品犯罪行为不履行查处、追究职责,是不作为的表现形式,而徇私枉法罪在客观方面表现为对明知是有罪的人而伪造、隐匿、毁灭证据,故意包庇使其不受追诉,是作为的表现形式。二是本罪与徇私舞弊不移交刑事案件罪的区别。两罪在犯罪主体、犯罪客观方面的表现均有不同:本罪的主体仅限于负有追究制售伪劣商品犯罪行为职责的行政机关的工作人员和司法人员,而徇私舞弊不移交刑事案件罪的主体是指行政执法人员(负有侦查犯罪职责的公安机关的工作人员除外,因此时成立的是徇私枉法罪);本罪的客观方面表现是不履行法律规定的查处追究制售伪劣商品犯罪行为的职责,而徇私舞弊不移交刑事案件罪则表现为行为人发现自己查处的行政违法人员的行为已构成犯罪,依据有关法律规定应当移交司法机关追究刑事责任,但是没有移交,只作行政处罚了事。三是本罪与食品监管渎职罪的区别。两罪在侵犯客体、犯罪主体、犯罪客观方面、主观方面均有不同:本罪侵犯客体是国家对犯罪行为的追诉活动,而食品监管渎职罪侵犯客体是国家机关对食品安全的正常监管活动;本罪的主体包含行政机关工作人员和司法工作人员,而食品监管渎职罪的主体仅限于负有食品安全监督管理职责的国家行政机关的工作人员;本罪在客观方面表现为针对制售伪劣商品犯罪的行为不履行追究职责,而食品监管渎职罪则是滥用食品安全监管职权或对食品安全的监管职责玩忽职守;本罪的主观方面仅限于故意,而食品监管渎职罪的主观方面包含故意和过失。

(四) 放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的法定刑

我国《刑法》第414条规定,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。