# 第一讲

体系性和问题性兼顾。

本体论、区分论、案例。

批判性思考，关注热点。

法律效果和社会效果相统一。

## 一、分则与总则之关系

1.含义

「刑法分则」→具体犯罪的**罪状**和**法定刑**的体系性规范。

【由483个罪名组合的庞大集合体，“罪名杂货店”】

「刑法总则」→犯罪、刑罚和行刑的基本原则和一般制度的系统性规定。

2.逻辑关系

通说：总则与分则是一般与个别、抽象与具体的关系（分则是把总则规定的一般原理、原则具体化）→总则指导分则→重总则，轻分则

这个话语是上世纪七八十年代，学者们常常用哲学中的原理来套进刑法学中，于是产生这样的认识，甚至有一段时间学校只讲总则，不讲分则。

2020年寻衅滋事罪进入前十、2021年帮信罪挤进前三、稳居第一的盗窃罪如今让位于危险驾驶罪，要看到罪的变化。

刑事一体化，同一个学科内部不能厚此薄彼。

3.反思：由“重总则，轻分则”的现象说起

1. 在我国刑法学界的早期研究中，将哲学上的一般原理运用到刑法学领域是一种流行的方法。
2. 通说：蕴含着“先有总则，后有分则”的含义。然而，立法史的基本规律是：从个别立法到一般立法→先有分则性的规定，再有总则性的规定。
3. 仅以刑法总则为依据，并不能对案件定罪量刑，这必须首先在刑法分则中找寻与案件相关的条款（“找法”），然后再结合总则中的一般规定进行。
4. 刑法总则并不绝对地指导分则，分则存在着排除总则有关条款适用的情形。《刑法》第101条明确规定：“刑法总则适用于其他有刑罚规定的法律，除非其他法律有特别规定的除外。”

若分则条款具有例外或者特别的规定，则应排除刑法总则相关条款的适用（例如：协助组织卖淫罪）。像这种帮助犯单独设罪的情形还有很多。

「强奸后发现是自己老婆」——

从刑法总论与刑法分论切入，本案每一阶段的定性分析都得出相悖的结论。

在本案中，刑法总论的概括性规定表现为：对象不能犯理论【未遂】

刑法分论的具体规定体现为：强奸罪与盗窃罪的犯罪构成【既遂】。

【刑法总论与分论之间的逻辑关系：密切相联】

从立法的角度而言，对具体犯罪的刑法规定必然早于对犯罪的概括性规定，因此，刑法分论中的个罪规定更具针对性与明确性。刑法分则模板：单独犯和既遂犯。

抽象性、概括性的总论内容有其存在的必要性：对于同类犯罪或所有犯罪中的共性问题，需要以总论的方式做统一规定。否则，极度膨胀和重复规定。

## 二、罪名：组合

1. 问题的提出：483个罪名→便于检索

2. 组合的理论标准：犯罪客体or危害行为？

3. 我国立法上的标准：犯罪的同类客体

【背景】：88年的修改草案：28个类罪（小章制，TW就分为35章）→大章制（79年刑法：151个罪，分为8章）← 王汉斌之拍板：大章制→带出的问题：共412个罪，出现了两章“大肚子”罪（第三章的经济犯罪和第六章的妨害社会管理秩序罪：前者有近100个罪名，后者有120个个罪），检索起来依然不方便，怎么办？→对这两章再次按照同类犯罪客体分类：前者分为8节，后者分为9节。

4. 组合的结果：10个大类罪（章罪名）+17个小类罪（8+9=17个节罪名）

5. 价值：章罪名和节罪名只具有立法技术的分类价值，司法机关不能据此定罪，只能用个罪名定罪。

6. 法定罪名和学理罪名

章罪名和节罪名：刑法分则规定的称谓：个罪名：两高的称谓。三者在司法实务中具有法律效力，故称为法定罪名。

人大及常委会制定的刑法中并未规定个罪名，而是由两高给其称谓。

2002年3月前，“两高”罪名称谓出现4个不统一。在2002年，“两高”《关于确定罪名的补充》规定解决了罪名不统一。

两高在刑诉修订中闹起了矛盾，出台的罪名称谓不统一，例如“渎职罪”中：第399条第1款：高法“徇私枉法罪”；高检“枉法追诉、裁判罪”。

呼吁：罪名出台与司法操作之间，不应出现**“时间差”**：

“修七”和“修八”于2009年2月28日和2011年2月25日分别颁布后，“两高”在2009年10月和2011年4月分别确定了新增9个和7个罪名的称谓。“修九”：2015年8月29日通过，“两高”在2015年10月30日通过“罪名表”。

曾经出现了全国的法院都在等待两高对贪污受贿罪起刑点的司法解释的现象，一等就是半年。

“新生儿”：“出生”与“起名”存在着明显的“时间差”，导致司法适用中的盲区。

学理罪名：第197条的罪名称谓应为“（国家）有价证券诈骗罪”

7. 动宾结构和主谓结构

在汉语语法的语序上，**动宾结构**是一种强势的结构。从动宾结构的组合方式来看，我国刑法关于罪名规定的类型基本上属于**“动词+保护的法益”**型。（前七章的罪名）

主谓结构：“军人违反职责罪”、“贪污贿赂罪”。

8. 单一性罪名和选择性罪名

单一性罪名：是指组成罪名的结构要素具有唯一性，不能任意拆分适用的罪名形式，例如劫持航空器罪、非法经营罪、绑架罪等。

选择性罪名：是指组成罪名的结构要素具有多样性，可以进行拆分和组合适用的罪名形式。例如刑法第125条第1款规定的“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪”就是一个最典型的选择性罪名：该动宾结构的罪名包括了误中危害行为和三种行为对象的选择性要素，司法机关应当根据特定的危害行为和指向的对象来确定适用的罪名。

如果既非法制造，又买卖，该数罪并罚吗？

## 三、罪名：排列

1.类罪（章罪名和节罪名）的排列标准：犯罪的社会危害性大小。

如何衡量：根据保护的法益优先级。

我国：国家和集体保护优先于个人保护。

法国：人身、财产在前，民族国家在后。

2.每一类罪中个罪的排列顺序：犯罪的社会危害性大小 + 内在联系。

（例如：故意杀人→过失致人死亡→故意伤害罪→过失致人重伤罪→强奸罪……）

## 四、法定刑

**法定刑**：刑法分则对于具体犯罪所确定的刑罚种类和刑罚幅度，是国家审判机关对犯罪人适用刑罚的法律依据。

最为罪刑法定原则的重要内容之一，法定刑出现过三种形态：绝对不确定的法定刑、绝对确定的法定刑和相对确定的法定刑。这与罪刑法定原则的诞生和变迁是保持同步的。

罪行法定的产生来自于对罪行擅断的反思，对“有罪推定”的反思。

**相对确定的法定刑**：在刑法分则条文中，对某罪规定一定的刑罚种类和幅度，并且明确规定法定的最高刑和最低刑。体现出原则性与灵活性的相统一，避免绝对不确定和绝对确定的法定刑之弊端，故为普遍采用。

绝对死刑：致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏或者情节特别严重的，处死刑。

罚金刑：限额罚金制→无限额罚金制

“并处罚金”，不加限额，是否属于“绝对不确定的法定刑”？

原本罚金是有一定限额的，而后来渐渐地，无限额罚金越来越多，是否违反罪刑法定原则？

无限额罚金是否意味着法官的自由裁量权膨胀？

在某种程度上，法官面对无限额罚金反而是不敢用、不知道如何用罚金刑。司法解释可以设置下限，不设上限。

# 第二讲 危害国家安全罪

## 一、刑事立法变迁和特点

1.称谓：79年刑法的反革命罪→危害国家安全罪

反革命：政治术语。【1934年的《中华苏维埃共和国政治反革命条例》、1950年《惩治反革命条例》】

政治犯不引渡。

1993年的《国家安全法》不再使用。

2.取消了79年刑法第90条关于“反革命罪”的概念。

【“以推翻无产阶级专政的政权和社会主义制度为目的的、危害中华人民共和国的行为，都是反革命罪”】

显然这是目的犯，而目的犯的举证难度很高。

79年刑法→法定目的犯：徒增讼累而无实益：与普通刑事罪名的区别界限（反革命杀人罪和故意杀人罪）。

97年刑法→故意犯，非目的犯。

3.条文数量的表面变少：15条→12条

能否理解为对国家安全的保护力度下降呢？

4.调整或者修改，变为普通罪名：

由于政治犯不引渡以及其他不便，一些能放进普通罪名的罪，就放进普通罪当中。

（1）“聚众劫狱罪和组织越狱罪”→ 搬家：第317条。

（2）“组织、利用封建迷信、会道门进行反革命罪”→修改并搬家到（第六章）第300条【组织、利用会道门、邪教组织、利用封建迷信破坏法律实施罪】

 97年刑法把邪教组织加进其中，与时代背景有关（法轮功）。

（3）拆分（实际上取消）“反革命破坏罪”，将其原来的五种形态（爆炸等方法破坏公共设施；抢劫国家档案等。劫持飞机等；为敌人指示轰击目标；制造、抢夺、盗窃枪支、弹药）单独设罪或调整，并且纳入其他章节。

（4）取消“反革命杀人、伤害罪”，以普通罪名认定。

5.特点：

（1）严厉打击：12个罪名中，共有7个死刑罪名。

【无死刑的5个罪名】——

第一、煽动分裂国家罪。

第二、煽动颠覆国家政权罪。

第三、颠覆国家政权罪（以非武装叛乱、暴乱形式颠覆）

【中国的甘地 ？】（若以武装叛乱、暴乱形式颠覆国家政权→以武装叛乱、暴乱罪论处）。

第四、资助危害国家安全犯罪活动罪。

第五、叛逃罪

【特殊犯罪主体→国家机关工作人员：王立军（叛逃、徇私枉法、滥用职权、受贿罪，数罪并罚为15年：作为掌握国家秘密的国家机关工作人员，在履行公务期间，擅离岗位，叛逃外国驻华领馆，情节严重，判处2年）；许家屯。】

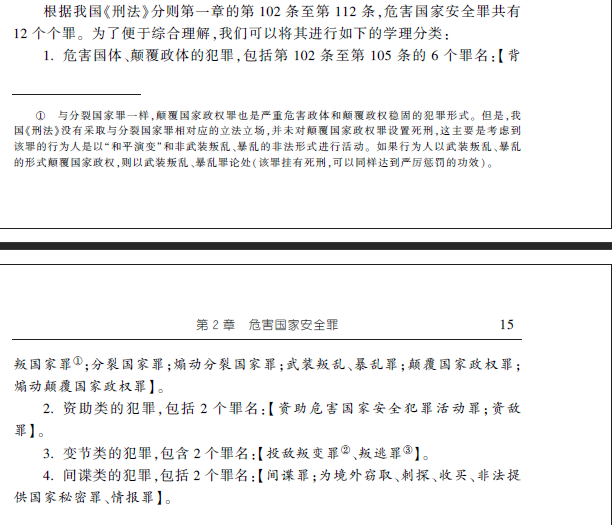
（2）构成要件行为的提前性：

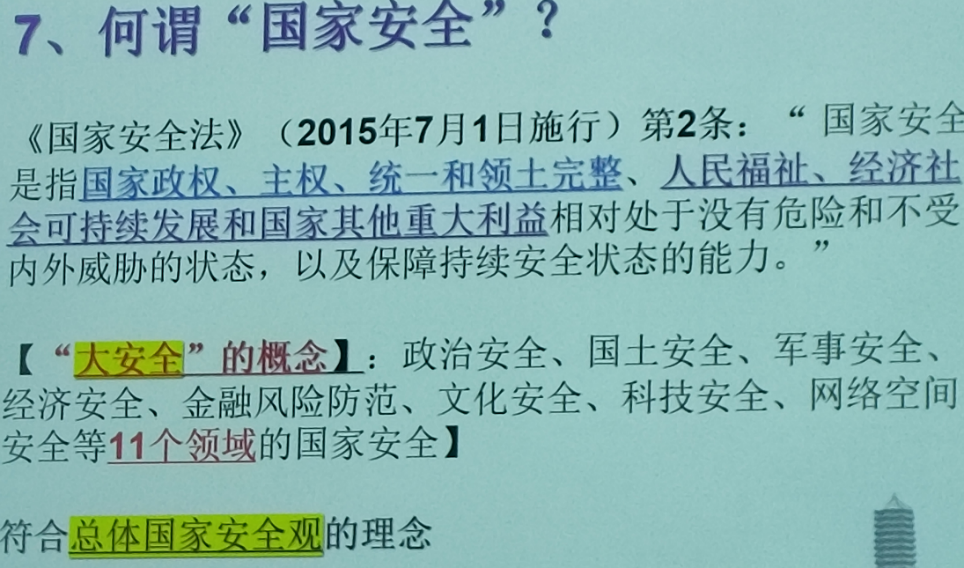
一般意义上的预备行为提升为独立罪名。

（3）从严惩治具有勾结境外机构、组织、个人的危害行为

→法定从重处罚情节（第106条）

6.学理分类（12个个罪）





“人民福祉”的内涵如何确定？

国家安全的内涵是开放的。

## 二、煽动型罪名之归纳

1、本章有两个煽动型罪名：煽动分裂国家罪和煽动颠覆国家政权罪

2、前身：79刑法的“反革命宣传煽动罪”：

《79刑法》第102条 以反革命为目的，进行下列行为之一的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；首要分子或者其他罪恶重大的，处五年以上有期徒刑：

（一）煽动群众抗拒、破坏国家法律、法令实施的；

（二）以反革命标语、传单或者其他方法宣传煽动推翻无产阶级专政的政权的和社会主义制度的。

（1）现实价值：在1980年—1990年，“反革命宣传煽动罪”约占全部反革命罪总数的20%。需要保留。

需要保留但又有问题：

（2）问题一：“反革命宣传煽动罪”的行为方式之一（煽动群众抗拒、破坏国家法律、法令实施）的危害性在于社会管理秩序 → 应当按照普通罪名处理。

（3）问题二：司法操作的随意性大，国际声誉不好。

（4）结果：取消该罪名，细化行为方式，并且调整所属章节→出现了5个煽动型罪名。

* 煽动分裂国家罪（第103条第二款），煽动颠覆国家政权罪（第105条第二款）
* 煽动暴力抗拒法律实施罪（第278条）
* 煽动民族仇恨、民族歧视罪（第249条）
* 煽动军人逃离部队罪（第373条）

3、煽动的手法

（1）传统方式：演讲/张贴、书写、散发反动传单、标语、口号等（过去占反革命宣传煽动案件的2/3）。

（2）与时俱进的方式：**“信息网络”**

【具有两种基本属性：“工具属性”和“公共属性”（2013年9月“两高”司法解释）】

制作、传播**邪教宣传品**，煽动分裂国家，或者煽动颠覆国家政权（2001年5月“两高”司法解释）/利用**突发传染病疫情**等灾害，制造、传播谣言，煽动分裂国家， 或者煽动颠覆国家政权（1999年和2003年5月“两高”司法解释）/汶川地震（2008年）/《办理暴力恐怖和宗教极端案件的意见》（2014年）

利用网络进行诽谤、在网络上寻衅滋事如何定性？

信息网络首先定性为工具，作案工具，取代了以往的传单、演讲等煽动工具；

顺着上述历史脉络，可以看到司法解释回应社会热点变化，回应犯罪手法的变化。

（3）利用广播、电视、电台、出版物等**文化传媒**：

“**明知**出版物中载有煽动分裂国家、破坏国家统一或者煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度的内容，而予以出版、印刷、复制、发行、传播的，以煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪定罪处罚。”（1998年最高法院《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1条）→ 出版界头悬的利剑（？）

## 三、间谍类犯罪（第110条和第111条）

### （一）刑事立法变迁：

1、79年刑法第97条 → 三种行为：（1）为敌人窃取、刺探、提供情报；（2）供给敌人武器军火或者其他军用物资；（3）参加特务、间课组织或者接受敌人派遣任务。

→ 三罪：间谍罪、特务罪、资敌罪。【大间谍罪】

2、《关于惩治泄露国家秘密犯罪的补充规定》（1988年）：为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节较轻的，处5年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处剥夺政治权利。

【“搞情报”：最典型的间谍行为独立成罪】

刑事立法特点：为了打击某种犯罪，将其单独设罪设刑。

3、93年《国家安全法》（自《反间谍法》2014年11月公布之日施行起，93年《国家安全法》废止；2015年颁行新的《国家安全法》）的修改）：

（1）取消特务罪 【特务组织→国内敌特组织（台湾）；间谍组织→国外的敌特组织。两者并无本质区别，所以统称为“间谍”】。

（2）“接受**敌人**派遣任务”→接受**间谍组织及其代理人**的任务 【在和平时期，“敌人”的认定标准较难】。

（3）最典型的间谍行为：“为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密”→ 独立规定为危害国家安全的行为方式之一。（自《反间谍法》2014年11月公布之日施行起，93年《国家安全法》废止；2015年颁行新的《国家安全法》）的修改）

4、97年刑法：基本吸收“补丁”和《国安法》

（1）取消特务罪。

（2）考虑到间谍行为与资敌行为存在着本质区别，故将79年刑法中“供给敌人武器军火或者其他军用物资”的资敌行为→ 在第112条独立成罪。

（3）将最典型的间谍行为“为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密”→ 在第111条独立成罪。

（4）“为敌人指示轰击目标”→ 在79年刑法中属于“反革命破坏罪”的一种行为方式→由于取消了“反革命破坏罪”，故将“为敌人指示轰击目标”简单地照搬到间谍罪中（依然使用了“敌人”一词）。

5、《反间谍法》（2014年）：扩张行为类型

第38条规定，间谍是指下列行为：

（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的；

（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的；

（5）进行其他间课活动的。

对比可见，《反间谍法》在完全保留《刑法》第110条间谍罪行为方式的基础上，又**增设**了第（1）、（3）、（5）种类型，这具有新型的“大间谍罪”的特色。

过去是“大间谍罪”，如今已经进行了剥离，成为“小间谍罪”：

**间谍罪的行为形态**包括三种：

（1）**参加间谍组织**（“入伙”）：经过一定手续，加入外国政府或者境外势立建立的旨在收集其他国家情报，对他国进行颠覆破坏活动的组织，成为其成员。

（2）**接受间谍组织及其代理人的任务**（“接受任务”）：尚未加入间谍组织，而是接受间谍组织以及间课组织代理人的指令、派遣，从事危害我国国家安全的活动。

（3）**为敌人指示轰击目标**

### （二）间谍罪的行为方式分析

“入伙”和“接受任务”→ 并不是最典型的间课行为，是间谍的前行行为 → 间谍对国家安全的危害极大，需要把保护阵地前移，实行“构成要件的前置化”，所以将它们单独规定为行为方式 → 即使“入伙”和“接受任务”后，没有实施最典型的间谍行为（搞情报），也构成间谍罪的既遂 →

【司法价值】：可以提前收网，不必等到其从事具体的间谍行为。

### （三）【“搞情报”】的竞合问题

间谍罪与第111条“为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪”

1、第111条从79年刑法中间谍罪分离出来而独立成罪的立法考虑点→为境外“搞情报”，**不全都是间谍所为**，也可能发生在经贸活动中。

→冠以间谍罪不符合实际，也不准确。

2、第111条规定的服务对象：为**境外**的机构、组织、个人

→ 【比较】：79年刑法是“敌人”+ 时空特征：“境外”，若是为“境内”，则涉嫌第282条的“非法获取国家秘密罪”和第431条的“非法获取军事秘密罪”。

3、第111条规定的**犯罪对象**：**国家秘密、情报**

**“国家秘密”**是指关系国家的安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。

与侵犯商业秘密罪（第219条）和为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪（第219条之一）的界限。

比较：若是**“军事秘密”**：涉嫌第431条的“为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪”。若是为“境内”，则涉嫌第431条的“非法获取军事秘密罪（以窃取、刺探、收买方法）”

【归纳】：对**秘密、情报**的刑法保护体系

【力拓间谍门事件：“降格”处理】

2009年7月，胡士泰（澳大利亚籍）等四名力拓（三家垄断世界铁矿石供应商之一）员工，被上海国家安全局刑事拘留，涉嫌在进出口铁矿石贸易谈判期间，通过拉据、收买中国内部人员为境外刺探、窃取中国国家秘密，对中国国家经济安全和利益造成重大损害。

2009年8月11日，胡士泰等四人被正式批捕时的罪名则降格为涉嫌侵犯商业秘密罪和非国家工作人员受贿罪。 2010年3月29日，以非国家工作人员受贿罪、侵犯商业秘密罪，数罪并罚判处被告人胡士泰有期徒刑10年，并处没收财产和罚金人民币100万元。

力拓案使中国20家企业受牵连，可能被取消铁矿石进口资质。2009年7月，澳大利亚外长要求中方通报更多拘留胡士泰的细节。澳大利亚总理陆克文与中国领导人取得联系，进行会谈。 →“低调”处理。

4、第111条规定的“境外的机构、组织、个人”之外延问题

是否包括境外的间谍机构、组织？

从语义上看：应当包括，那么第111条与间谍罪的竞合问题如何解决？

（1）只有为境外“搞情报”的行为 + 没有“入伙”或“接受任务”→ 适用第111条，不构成间谍罪。

（2）没有为境外“搞情报”的行为 + 只有“入伙”或者“接受任务”→ 仅构成间谍罪。

（3）先为境外“搞情报”+再“入伙”或“接受任务”→数罪并罚。若两个行为是一个整体，不可分割，应认定为一罪，依照处罚较重的规定定罪处罚VS 择一重罪处断。（有争议）

（4）先“入伙”或“接受任务”+“任务”的内容是为境外“搞情报”→ 择一重罪处断，只认定为间谍罪【两罪均有死刑，但间谍罪的起刑点更高，间谍罪的法定最低刑为3年以上；而第111条的法定最低刑司以是拘役和管制】

（5）先“入伙”或“接受任务”+“任务”的内容不是为境外“搞情报”（例如：刺杀/破坏等）→ 只认定为间谍罪。

## 四、资助类犯罪

危害国家安全活动和恐怖行为的次数和严重性，依赖于行为人可以获得多少资助，这已经成为国际共识【“9.11事件”所花费的费用就超过50万美元】为了有效地切断危害国家安全活动和恐怖行为的资金供应链，断除其赖以生存的经济命脉，必须严厉打击资助行为。

3个资助型罪名：

在危害国家安全罪中，规定了2个资助类的犯罪：**资助危害国家安全犯罪活动罪**，**资敌罪**；

分则第二章中第120条之一：**帮助恐怖活动罪**。

### 【资助危害国家安全犯罪活动罪】

【《修八》（2011年）修改】：97刑法仅限定为“资助境内组织或者个人”，已不能完全适应新形势，故废除被资助对象身份的限制性术语“境内组织或者个人”，将资助境外组织或个人实施危害我国国家安全相关犯罪的行为也纳入该罪的适用范围，有力地体现保护主义的管辖原则。

【“资助”方式】：是指行为人提供金钱、财物、器材、交通工具、场所或者其他物品。

【“资助”对象】：不是泛指一般意义上的危害国家安全犯

罪活动，特指背叛国家罪、分裂国家罪、煽动分裂国家罪、武装叛乱或暴乱罪、颠覆国家政权罪、煽动颠覆国家政权罪等【危害国家（国体）、颠覆政权（政体）】的6种犯罪。

### 【资敌罪】

【概念】：战时向敌人供给武器装备、军用物资，进行资敌的行为。

【“资助”对象】：是指与我国交战的敌方。

【“资助”方式】：特指武器装备和军用物资。

【时空特征】：必须是“战时”。若是非战争时期，不构成本罪。根据《刑法》第451规定，“战时”是指“国家宣布进入战争状态、部队受领作战任务或者遭敌突然袭击时。部队执行戒严任务或者处置突发性暴力事件时，以战时论。

### 【帮助恐怖活动罪】（第二章）

【立法变迁】：我国基于反恐而增设。在“9.11事件”发生后仅三个月，我国《刑法修正案（三）》做出相应和快速的立法反应，增设“资助恐怖活动罪”，作为第120条之一。

【“修九”】：增设“资助恐怖活动培训的”、“为恐怖活动组织、实施恐怖活动或者恐怖活动培训招募、运送人员的”，“两高”将罪名称谓修改为“帮助恐怖活动罪”。

【“资助”方式】：是指“为恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人筹集、提供经费、物资或者提供场所以及其他物质便利的行为”；而不是精神上的支持。

至于恐怖活动组织或者恐怖分子是如何使用所提供或募集的资金，诸如用于建立和维持恐怖活动基地、训练和培训恐怖分子、准备或实施具体的恐怖行为，甚至用于恐怖分子实施恐怖活动之外的日常生活或奢侈消费等，则在所不问。

别人给恐怖分子提供资金之后，恐怖分子并未将其全部用于恐怖活动，例如也可能买奢侈品。

恐怖分子并未将钱用于恐怖活动，或者恐怖分子没动这笔钱时，司法层面不敢判。

*帮助型犯罪，共犯行为正犯化。*

【资助的对象】：必须是恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人。这是本罪有别于“资助危害国家安全犯罪活动罪”和“资敌罪”的界限。

【共犯问题】：如果行为人与危害国家安全的罪犯、恐怖组织或恐怖分子通谋，为其提供资金等物质便利资助的，则应以上述犯罪的共犯论处。

综上，出现了两个极端，一个极端是不敢判，另一个极端是从重按共犯判。

【司法适用现状】：截止到2009年12月，在我国呈现出“零适用”的审判现状。现在已经有案例。

如果资助行为是恐怖活动的一个分工，那么无疑是共犯，定为爆炸罪等；如果并未通谋，就不是共犯，而是帮恐罪。

# 第三讲 危害公共安全罪

## 一、刑事立法变迁

1. 旧刑法：23个罪名。

2.“补丁”：《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》、《关于惩治劫持航空器犯罪分子的决定》。

3.97刑法：

（1）章罪名的称谓：未改变。

（2）42个个罪：旧刑法（23个）+“补丁”中的罪名。

4.《修正案（三）》（2001年）：

增设一罪（资助恐怖活动罪）+ 修改某些罪名的罪状。

5.《修正案（六）》（2006年）：增设3罪。

6.《修（八）》（2011年）：增设一罪

在第133条后增加一条，作为第133条之一：危险驾驶罪

*另外，修八增加了很多关于民生的罪名，例如针对三鹿奶粉事件等。*

7.《修（九）》：大幅度修改和增加“涉恐类”犯罪（修改第120条、第120条之一：新设5个罪名，修改1个罪名）；修订“危险驾驶罪”。

*修九严厉打击极端主义活动。*

8.《修（十一）》：

新设立2个罪名【妨害安全驾驶罪；危险作业罪】

目前：**54个罪名**

## 二、犯罪客体：公共安全

（一）公共安全的界定：质与量的统一

（二）含义：**不特定**【质】**多数人**【量】的生命、健康或重大财产安全。

【排除针对“不特定的少数”、“特定的少数”以及**“特定的多数”**之危害情形】

关键词：“不特定”与“特定”。

——**犯罪对象**的不特定：

不是针对某一个人/某几个人/某项特定的财产

——**危害结果**的不特定：事先难以确定和控制

若针对特定多数人，或不特定少数人，则应定为故意杀人罪。

>问题一：针对特定的人或物（包括“多数”）→ 不构成。

>问题二：针对不特定的多数人或者物→构成。

>问题三：**针对特定的人或者物** + **造成不特定的后果**。

【案例】甲想杀死乙，就在食堂投毒，结果毒死十多人。

“犯罪对象”与“危害结果”具备其一，即可满足“公共安全”中“不特定”的认定要件。

（三）外延：人身安全 + **财产安全**（放火烧油田、破坏交通工具或交通设施）。

侵犯不特定多数人的财产，也属于危害公共安全。

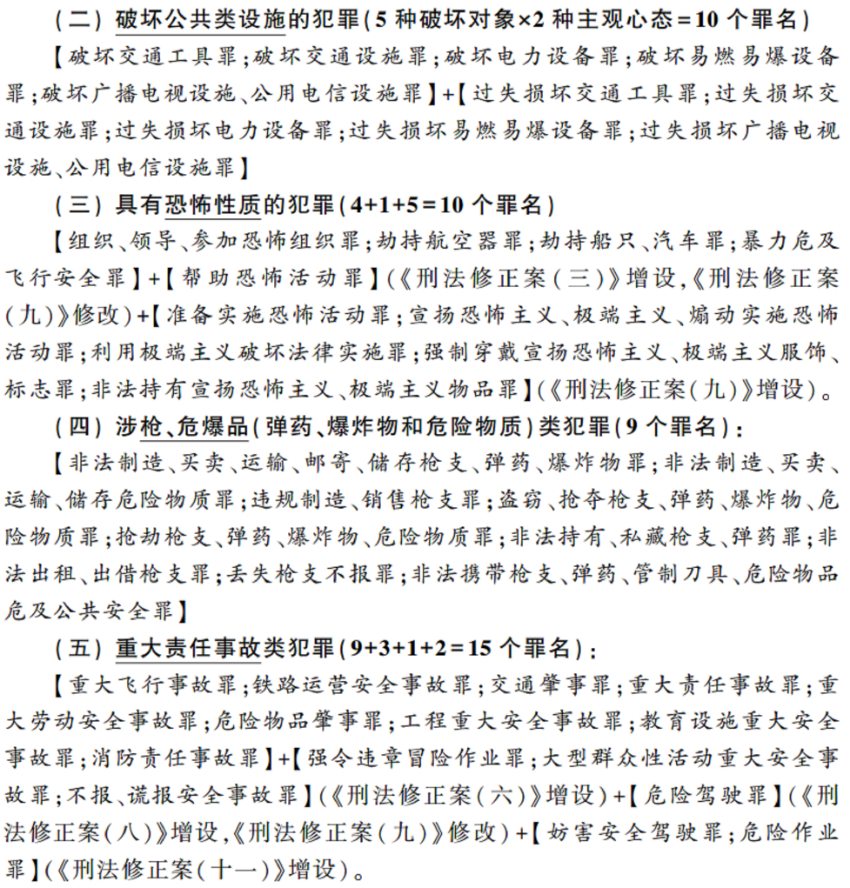
## 三、危害的行为类型（学理的5种分类）

**（一）以危险类方法的犯罪**（5种危险方法×2种主观心态=10个罪名）

【放火罪；决水罪；爆炸罪；投放危险物质罪；以危险方法危害公共安全罪】+【失火罪；过失决水罪；过失爆炸罪；过失投放危险物质罪；过失以危险方法危害公共安全罪】

**（二）破坏公共类设施的犯罪**（5种破坏对象×2种主观心态=10个罪名）

【破坏交通工具罪；破坏交通设施罪；破坏电力设备罪；玻坏易燃易爆设备罪；破坏广播电视设施、公用电信设施罪】+【过失损坏交通工其罪；过失损坏交通设施罪；过失损坏电力设备罪；过失损坏易燃易爆设备罪；过失损坏广播电视设施、公用电信设施罪】



（四）里面的罪名全是选择性罪名，对于涉枪犯罪，法网是很严密的。

（五）细化后的罪名，一些特殊领域设置单独罪名，进行特殊保护。

## 四、放火罪、决水罪、爆炸罪（第114条）

（一）立法共性：借助物质的破坏力量，第114条并列规定

【危险方法+故意犯】

（二）法定刑

1.危险犯（第114条）：犯此罪而尚未造成严重后果的，是此罪的危险犯。“尚未造成严重后果”，是指该行为尚未造成他人重伤、死亡或者公私财产重大损失→ 3年以上10年以下。

2.实害犯（第115条第一款）：犯此罪而致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，是此罪的实害犯 → 10年以上、无期徒刑或者死刑。

（三）不同点：客观行为的表现方式不同

——放火罪：纵火，是指使用火的燃烧力，制造火灾。

——决水罪：释放水的冲击力（开挖水坝、破坏堤防、堵塞水道、破坏水闸、破坏防水设备等方法），造成水灾。

——爆炸罪：利用各种物体的爆炸力（引爆手榴弹、地雷、炸药、雷管等爆炸物）。

客观认定时，**无需强调和细化行为人所利用的方式和载体**。

例如，放火罪不应限定在行为人使用引火物去点燃财物。【自焚？人肉炸弹？】

（四）法条竞合关系：

【放火、决水、爆炸】（手段）

【杀人/故意毁坏财物】（目的）

1. 针对特定的人或者物→ 故意杀人罪或者故意毁坏财物罪。
2. 针对不特定的人或者物→放火罪、决水罪、爆炸罪。
3. 针对特定的人或者物 + 造成不特定的后果→放火罪、决水罪、爆炸罪。

## 五、投放危险物质罪（第114条）

1.罪名称谓的变化：

投毒罪（新旧刑法）→投放危险物质罪

两高根据《刑法修正案（三）》第1、2条的规定，在2002年3月《关于执行（中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》中，取消投毒罪罪名，修改为 →“投放危险物质罪”。

2.变化的背景【对使用媒质的理解】：

——投毒罪：限定在“毒害性”物质上。

毒物：一种在摄入生命体内之后会造成疾病或者死亡的物质【剑桥国际英语词典】

《国际刑事法院罗马规约》：“使用毒物或有毒武器”为战争罪的一种表现形态。

（简单定义：避免举证化学、生物物质等非重要的问题）

目前：拓展到**毒害性、放射性、传染病病原体**等物质。

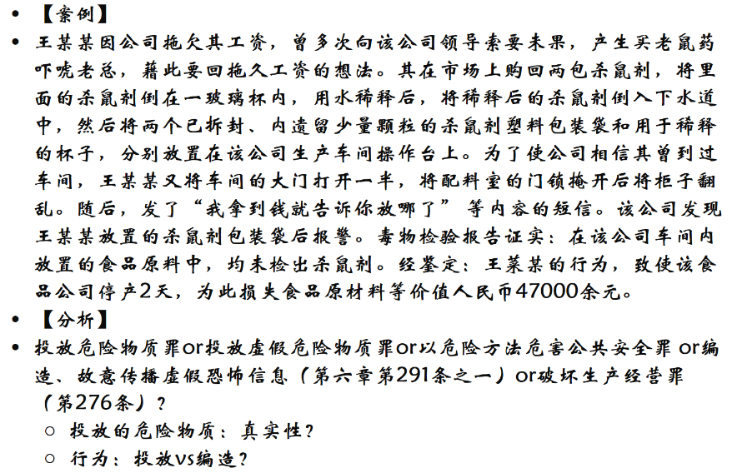
*这里的“等”字，就有一定程度的对司法者授权的性质。*

——投放的危险物质：**真实性**【VS投放虚假危险物质罪】

3.“非典”时期：传染病病原体？定投毒罪？

对“投放”的理解。

4.其他同放火罪、决水罪、爆炸罪三罪



### 司法适用：新疆针刺群众案

2009年新疆“7·5事件”之后不久，在乌鲁木齐市连续发生“针刺”无辜群众的案件，这表现为不法分子使用注射器、大头针或其他针状物扎刺他人，从而造成群众的心理恐慌，严重破坏了当地的社会稳定。

2009年8月28日，依力盘·伊力哈木在乌鲁木齐市某巷道内的水果摊前，持注射器扎刺正在买水果的刘某某臀部。

和平时期这种事件应当只进行治安管理处罚就可以了，最多构成寻衅滋事，但在当时特殊时期，适用刑法重罚。

对于此案，检察机关按照“以危险方法危害公共安全罪”提起公诉，然而法院没有采纳检察机关的意见，判决认定被告人构成“投放虚假危险物质罪”，**造成严重后果，顶格判处**有期徒刑15年。

为什么检法两家对该案的定性认识不统一？这需从司法适用的法律效果和社会效果的统一来予以分析：

*事实上，在我国更应当考虑的是政治效果，政策导向。*

（一）从**法律适用**看，该案涉及到两种类型的犯罪：以危险类方法危害公共安全的犯罪和扰乱公共秩序的犯罪，面临着以下适用的难点：

**1、“针刺”能否归入刑法意义的“投放”？**

* 在汉语语义中，“投放”体现为投掷、置放、传递、邮寄、遗留等形式。被告人用注射器扎刺他人的行为，表现为其通过作为的形式，将注射器内的物质置放于被害人的体内，这在广义上可以理解为刑法意义的“投放”。
* 这在最高人民法院（第276号）“陈美娟投放危险物质案”的指导案例中已经得到确认：被告人使用注射器抽取半针筒甲胺磷农药后，将农药注入被害人家中丝瓜棚上所结的多条丝瓜中，导致两人中毒、其中一人死亡的严重后果。法院认定被告人的行为构成投放危险物质罪，判处死刑，缓期两年执行。

2、投放物质的属性是否真实？

在我国刑法中，含有“投放”术语的罪名有三个：投放危险物质罪、过失投放危险物质罪、投放虚假危险物质罪。

前两罪均属于危害公共安全罪的个罪，在客观方面基本相同，区别点在于两罪的主观心态；而《刑法修正案（三）》在增设“投放虚假危险物质罪”后，将其归类在第六章“妨害社会管理秩序罪”之中。由此可见，前两罪在投放物质的属性上幼须是真实的，而“投放虚假危险物质罪”的对象则是虚假的，这也决定了三罪的体系性定位之不同。在新疆“7·5事件”后针刺群众案件发生后，关于投放物质的属性，经军事医学科学院的样本分析检测：在注射器中，未发现人工放射性物质和有毒化学物质，也未检测出炭疽杆菌，鼠疫菌、肉毒毒素、艾滋病等病毒，排除了中毒、感染病毒及死亡病例。这表明投放的危险物质是虚假的，不具有真实性，不会对被害人身体健康造成明显伤害后果，行为人只是想借此来造成社会恐慌，严重扰乱正常秩序，故法院认定为投放虚假危险物质罪是恰当的。

3、如果从狭义角度认为“针刺”不是典型的投放行为，能否将该案定性为以危险方法危害公共安全罪？

在适用该“兜底”罪名时，须受到“相当性”原则的限制，即“针刺”行为应具有与放火、决水、爆炸、投放危险物质等手段相当的危险性。只有行为人使用含有真实的毒害性等物质的注射器扎刺他人，才能危害公共安全。而在本案中，由于注射器内的危险物质是虚假的，故应排除以危险方法危害公共安全罪的定性处理。

（二）从适用的**社会效果**考虑：

将该案定性为“投放虚假危险物质罪”，可以藉此告诉群众该类案件只属于扰乱公共秩序的犯罪，并没有危害到公共安全，有利于迅速消除针刺群众事件所产生的恐慌气氛，恢复正常的生产、生活和社会秩序。可以说，检察机关的“善良”出发点是想运用以危险方法危害公共安全罪的重罪效能来严厉打击犯罪分子，但这不仅在法律适用上存在着瑕疵，而且会逆反地加重群众本已存在的恐慌心理，造成很大的被动局面，并不能取得良好的社会效果。

为依法严厉打击针刺伤害群众等犯罪活动，保护群众安全，维护社会秩序，乌鲁木齐市中级人民法院、人民检察院、公安局6日联合发布“关于依法严厉打击针刺伤害群众等犯罪活动的通告”：

通告说，对使用有毒害性物质的注射器或吸食毒品后废弃的注射器扎刺他人的，以投放危险物质罪定罪，依法处三年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑；对使用无毒害性物质的注射器扎刺、喷射他人的，以投放虚假危险物质罪定罪处罚，造成群众恐慌等严重后果的，依法处五年以上有期徒刑。使用大头针等其他针状物扎刺无辜群众，制造恐怖气氛的，依照刑法规定，以投放虚假危险物质罪论处。

**法律效果与社会效果相统一，**

**但是，社会效果须以法律适用为基础。**

并非从重从快便能解决问题，矿难频发，难道用死刑来伺候矿老板就能解决吗？或许，制定制度要求矿老板和矿工一同下井更切实有效？

## 六、以危险方法危害公共安全罪

### （一）体系性定位

在立法体例上，《刑法》第114条将以危险方法危害公共安全罪与放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪等四罪并列规定在一起，在性质上属于概括性的规定，意图覆盖所列举的放火、决水、爆炸、投放危险物质之外的“其他危险方法”，避免“挂一漏万”。

在体系性位置上，其属于**第114条**关于以危险类方法来危害公共安全的**“兜底”**罪名，并非第二章危害公共安全罪的“兜底”罪名，不应泛化地扩大该罪的适用范围。

尽管以危险方法危害公共安全罪中的“其他危险方法”是非常原则性的规定，但也不能超越该条文的逻辑关系和前后术语来理解之，它是对前四种列举方法的补充归纳，并不是无所不包的，不能进行无限制的扩大解释和任意扩张适用。在危险性质上，它必须与所列举的放火、决水、爆炸、投放危险物质等典型危险手段具有**“相当性”**，这是适用该罪的限制条件。

### （二）表现形式

在我国司法实践中，已经认定为以危险方法危害公共安全罪中“其他危险方法”的表现形式主要有：

（1）在公共场所私设电网。

*前四种犯罪无法囊括，不具有同质性，只能用这个兜底罪名。*

（2）在公共场所驾驶车辆冲撞众人。

1982年，北京市出租汽车公司女司机姚锦云驾车闯入天安门广场，向密集人群横冲直闯，致使在场群众5人死亡、19人受伤。法院认定其构成以危险方法危害公共安全罪，处以死刑。

（3）制造、输送坏血、病菌血

*河南艾滋病村。*

（4）向公众人群开枪

（5）以骗取被害人财物为目的，在城市交通干道和高速路上，故意制造交通事故（俗称**“碰瓷”**）。

《关于依法办理“碰瓷”违法犯罪案件的指导意见（2020）》

（6）在行驶的公交车上与司机争夺方向盘，导致车辆失控，造成人员伤亡和财产损失。

“重庆公交车坠江案”

《刑法修正案（十一）》：在刑法第133条之后增加一条，作为第133条之二：

**第一百三十三条之二　【妨害安全驾驶罪】对行驶中的公共交通工具的驾驶人员使用暴力或者抢控驾驶操纵装置，干扰公共交通工具正常行驶，危及公共安全的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。**

**前款规定的驾驶人员在行驶的公共交通工具上擅离职守，与他人互殴或者殴打他人，危及公共安全的，依照前款的规定处罚。**

**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。**

《刑法修正案（十一）》第33条：在刑法第291之一后增加一条，作为第291条之二：

**第二百九十一条之二 【高空抛物罪】从建筑物或者其他高空抛掷物品，情节严重的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。**

**有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”**

*“头顶上的安全”：【高空抛物罪】*

（7）邪教组织人员以自焚、自爆或者其他危险方法危害公共安全

从理论的应然关系看，以自焚、自爆的危险方法危害公共安全的，**符合放火罪、爆炸罪的客观构成要件**，无需以“兜底”性质的以危险方法危害公共安全罪论处。但是，“两高”在《关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释（二）》（2001年）第10条中，规定对于该种情形，分别依照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

这种定性的实然规定，实际上是将“人肉炸弹”的情形，排除在爆炸罪的范畴之外，即认为放火罪、爆炸罪不能以行为人自身作为危害公共安全的载体。

（8）故意传播突发传染病病原体。

在2003年“非典”时期，“两高”在《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件的具体应用法律若干问题的解释》第1条中，规定：故意传播突发传染病病原体，危害公共安全的，按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。需要指出的是，该规定实质上认为投放危险物质罪不能以患有突发传染病的行为人自身（“毒肉炸弹”）作为危害公共安全的载体。这与上述（7）的情形一样，也存在着实然规定与应然关系之间的冲突，将**本应以投放危险物质罪定性的情况**按照“兜底”性质的以危险方法危害公共安全罪论处，不恰当地扩大后罪的适用范围。

*感染者自身也是受害者，对隔离的恐惧、对交叉感染的担心并非不可理解，因而对这种行为并不适合适用重罪重刑。——高举起，轻放下*

（9）盗窃下水井盖：“脚底下的安全”

据不完全统计，自1992年以来，有9个案例将这类案件认定为以危险方法危害公共安全罪。然而，对此类案件应分别具体情况而定性，不能一概而论：

第一，盗窃城市公共交通道路上的井盖的，应将井盖视为交通设施的有机组成部分，直接以破坏交通设施罪定罪；

第二，盗窃公共交通道路以外的其他公共场所（人行道、公共广场以及学校、工厂等公众能够接触到的场所）的井盖的，构成以危险方法危害公共安全罪；

第三，盗窃较为隐蔽处所的井盖，不会危及公共安全的，但构成犯罪的，应以盗窃罪定罪处罚。

（10）在醉态驾车肇事后**继续冲撞**，造成重大伤亡。

*“孙伟铭醉酒驾车案”*

2008年12月，孙伟铭大量饮酒后驾车行至某路口时，从后面冲撞与其同向行驶的某轿车车尾。其后，孙伟铭继续驾车向前超速行驶，并**违章**超越过道路中心的黄色双实线，与对面车道正常行驶的两辆轿车发生碰撞，导致**4人死亡和1人重伤**，造成共计5万余元的公私财产损失。经鉴定，孙伟铭案发时血液中的乙醇含量为135.8/100毫升，驾车碰撞前瞬间的行驶速度为134-138公里/小时。2009年7月23日，成都市中级法院一审认定孙伟铭构成**以危险方法危害公共安全罪**，判处其死刑。

该罪有故意和过失两种形态，而过失以危险方法危害公共安全罪和交通肇事罪的量刑差不多，那么孙伟铭的心态究竟是过失还是间接故意？

2009年9月8日，四川省高院二审判决维持孙伟铭构成以危险方法

危害公共安全罪，但在量刑时，考虑其系间接故意犯罪，主观恶性不是很深，人身危险性不是很大；其犯罪时处于严重醉酒状态，对自己行为的认识和控制能力有所减弱；归案后，其真诚悔罪，并通过亲属出具了谅解书，故认为孙伟铭尚不属于罪行极其严重的罪犯，按照以危险方法危害公共安全罪判处无期徒刑。

同日，最高人民法院召开新闻发布会，认为孙伟铭明知饮酒驾车违法、醉酒驾车会危害公共安全，却无视法律、醉酒驾车，特别是在**肇事后继续驾车冲撞**，造成重大伤亡，说明行为人主观上对持续发生的危害结果持放任态度，具有危害公共安全的故意，故对此类醉酒驾车造成重大伤亡的，应按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。在此案件的审理基础上，2009年9月11日，最高人民法院颁布《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》，对“醉酒驾车”犯罪的法律适用问题予以统一规范。

* 醉酒驾车——交管
* 醉酒驾车肇事后停下——交通肇事
* 醉酒驾车肇事继续驾车冲撞——以危险方法危害公共安全罪

《97刑法》前，司法机关对于“出售以病害猪肉加工的食品”、“制造、贩卖毒酒”等情形，按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

目前，对于此类案件，应依照特别法优于普通法的适用原则，分别定性为“生产、销售不符合安全标准的食品罪”、“生产、销售有毒、有害食品罪”。

### （三）扩张适用的变异现象

需要引起特别注意的是，在司法实践中，以危险方法危害公共安全罪逐渐出现了**扩张适用**的现象。例如，在明知矿井不符合作业条件的情况下，却强令矿工下井作业，结果发生了重大的矿难事件。

对于此类案件的责任人员，完全可以依据《刑法修正案（六）》所增设的“强令违章冒险作业罪”处理，但有的司法机关迷信以危险方法危害公共安全罪挂有死刑的重罪效能而适用，意图通过重刑打击来遏制矿难频发的事件。在法律适用上，这突破了该罪的体系性定位，也背离相当性原则对该罪的限制适用条件。

【追求价值：法律效果和社会效果的统一。但是，社会效果须以法律适用为基础】

*不能把一个公共事件的平息完全交给刑法来完成，这样会转移综合治理的注意力，公众会将其归咎于刑法的不完善，从而忽视了这本质上是一个社会问题。*

*因此，当公众对刑法的不完善发出呼声时，立法者与司法者应当“踩下刹车”，如果确实该调整法定刑，也不应在风口浪尖上调整，否则就会强化公众的这种思维。*

《刑法修正案（十一）》第3条：将刑法第134条第二款修改为：

“强令他人违章冒险作业，或者明知存在重大事故隐患而不排除，仍冒险组织作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的处五年以上有期徒刑。”

*强令、组织他人违章冒险作业罪*

## 七、破坏公共类设施的犯罪（5×2=10）

### （一）犯罪对象：5类

1、交通工具：火车、汽车、电车、船只、航空器；明显排除自行车、摩托车、三轮车、畜力车、残疾人代步车等。（5种）

2、交通设施：轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志、足以使交通工具倾覆或毁坏的其他设施。（9种）

3、电力设备：发电和供电的公用设备，包括发电厂、供电站的发电、供电设施，以及高压输电线路等。

4、易燃易爆设备：生产、储存、输送和使用各种燃气的设施，例如煤气罐、煤气管道、天然气罐、天然气管道、天然气锅炉等；石油管道、汽车加油站、火药和易燃易爆的化学物品的生产、储存、运输设备。

5、广播电视设施、公用电信设施：（1）广播设施是指发射无线电广播信号的发射台站，接收、中转电波的机器设备等；（2）电视设施是指传播新闻信息的电视发射台、转播台等；（3）公用电信设施是指用于社会用事业的通信设施、设备和其他公用通信设施、设备。

第369条：破坏军事设施、军事通信罪

### （二）犯罪对象的定位：与公共安全相联系

（“正在使用中”的时空特征和被破坏部位的属性）

*例如破坏一架正在机坪上维修的飞机，就不具有危害公共安全的属性；又如破坏飞机上的座椅，也不具有危害公共安全的属性。*

1. 交通工具：

（1）大型的交通工具：不包括自行车、三轮车、马车、牛车等。

（2）时空特征：正在使用中，不包括：正在制造、停放维修、储存中。

2. 交通设施：

（1）足以使交通工具倾覆或者毁坏：不包括候车室、候船室、候机室、其中的生活设施。

（2）时空特征：正在使用中。

### （三）危害方式：破坏型

1.含盖性：方式宽泛：使其丧失固有的性能。

2.交通工具和交通设施：足以使造成交通工具倾覆、毁坏（包括：放火、爆炸、盗窃等）。

3.带出的法条竞合问题：

放火、爆炸、盗窃等方式 **→** 正在使用中的公用工具、设施

【想象竞合犯：应择一重罪处断】

【盗窃中使用破坏性手段：从重处罚情节，“择一重罪从重处罚”】

* 1. 法条竞合：诈骗和合同诈骗。各种诈骗类型，叫做特殊法条。这些法条之间恒定有天然的竞合。按照特殊法优先普通法的基本原则来适用。
  2. 想象竞合：由于具体个案的行为同时触犯了两个以上的罪名，损害到多个法益，叫做想象竞合。和法条竞合最本质的差异在于：逻辑上法条本身自带的不受个案影响的竞合关系；而想象竞合是决定于个案中的竞合事实，没有恒定的竞合关系。比如偷走对方的速效救心丸。
  3. 实质竞合：解决数罪。我国的原则：同种数罪不并罚。例如杀人罪，杀一个人判杀人罪，杀两个人也是杀人罪，在责任层面考虑杀人的数量。我国一个犯罪可以量到死刑。
  4. 牵连犯：两个罪之间有牵连。私刻印章是实现诈骗目的的手段。后来废除了，因为我国的分则条文有时从一重罪有时数罪并罚。

### （四）主观要件：

1、故意犯（破坏）：5罪

2、过失犯（损坏）：5罪

### （五）法定刑：

1、危险犯：犯此罪而尚未造成严重后果的，是此罪的危险犯。“尚未造成严重后果”，是指该行为尚未造成他人重伤、死亡或者公私财产重大损失 → 3年以上10年以下。

2、实害犯：犯此罪而造成严重后果的，是此罪的实害犯 → 10年以上、无期徒刑、死刑。

【广播电视设施、公用电信设施：除外】

## 八、具有恐怖性质的犯罪

### （一）恐怖主义概述

恐怖主义是一个概念模糊却被广泛运用的词语，它具有不同的刑事和政治的含义。在过去的60年内，国际社会试图对恐怖主义达成一个共同的概念。但是，由于阐述恐怖主义的努力遭遇到某些国家的政治阻力，没有一个关于恐怖主义的概念被普遍地接受。

*例如，通过暴力行动达到国家解放的问题是否应当包含在恐怖主义的内容之内？*

*——“屁股决定脑袋”*

*又如曾经海峡两岸鼓励劫持对方飞机，己方鼓励，对方严打，如何定性？*

根据这些公约，国际社会就能够采取有关行动以遏制恐怖主义，并且将恐怖分子绳之以法。截止如今，这些反恐怖主义的国际公约包括16个

（1）《公海公约》（1958年）；

（2）《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》（1963年）（简称《东京公约》）；

（3）《关于制止非法劫持航空器的公约》（1971年）（简称《海牙公约》）；

（4）《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》（1971年）（简称《蒙特利尔公约》）；

（5）《关于防止和惩处侵害受国际保护的人员包括外交代表的罪行的公约》（1973年）；

（6）《反对劫持人质国际公约》（1979年）；

（7）《核材料实物保护公约》（1980年）；

（8）《联合国海洋法公约》（1982年）；

（9）《制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书，作为“关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约”的补充》（1988年）（简称《蒙特利尔公约补充议定书》）；

（10）《制止危及海上航行安全非法行为公约》（1988年）；

（11）《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》（1988年）；

（12）《关于在可塑炸药中添加识别剂以便侦测的公约》（1991年）；

（13）《关于联合国及有关人员安全的公约》（1994年）；

（14）《制止恐怖主义爆炸的国际公约》（1997年）；

（15）《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》（1999年）；

（16）《制止核恐怖行为国际公约》（2005年）。

### （二）恐怖组织

1.《反恐怖主义法》（2016年1月1日起施行）第3条：三人以上为实施恐怖活动而组成的犯罪组织。

“恐怖主义”：是指通过暴力、破坏、恐吓等手段，制造社会恐慌、危害公共安全、侵犯人身财产，或者胁迫国家机关、国际组织，以实现其政治、意识形态等目的的主张和行为。

特征：多人性（三人以上）；目的是实施恐怖活动；严密的组织性；稳定性；最大的社会危险性。

2.与“黑社会性质组织”的区别：

政治目的与非法的经济利益。

### （三）组织、领导、参加恐怖组织罪（第120条，源头性犯罪）

**1. 组织、领导**：发起、建立恐怖活动组织，或者在恐怖活动组织成立后，对组织及其日常运行负责决策、指挥、管理，或者组织、策划、指挥该组织成员进行恐怖活动 → 10年以上有期徒刑或者无期徒刑（没有死刑）。

**2.积极参加**：在恐怖活动组织中实施恐怖活动且作用突出，或者在恐怖活动组织中积极协助组织、领导者实施组织、领导行为 → 处3年以上10年以下有期徒刑。

**3.其他参加**：是指不具有前两款规定的情形而参加恐怖活动组织，带有“兜底”的性质 → 处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

***“区别对待、分化打击”****的政策*

修九：增设“财产刑”

### （四）法条竞合

1、实然规定（第120条第2款）：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。

2、应然关系：理论上应定一罪，择一重罪处断。

3、实然规定的背景：

1. 在立法技术上：减少死刑条文；
2. 规定数罪并罚，实质上对此罪还可以适用死刑；即使后罪不能适用死刑，数罪并罚后执行的刑罚也比不数罪并罚更重。

4、实然规定与应然关系产生矛盾？

1. 实然规定 > 应然关系；
2. 机械记忆。

## 九、劫持航空器罪

### （一）在中国的刑事立法变迁和完善

1. 旧刑法：在1980年之前，空中劫持活动很少在中国发生。基于这种情形，1979年的旧刑法没有专门规定劫持航空器罪，只是在分则第100条的“反革命罪破坏罪”的第三项中，将劫持飞机的行为列为反革命破坏罪的一种表现形式，而且以反革命目的为犯罪构成的必备要件。然而，在司法实践中，非法劫持航空器的情形较复杂，许多劫机犯出于**非政治目的**而劫持航空器，例如为了钱财、逃避惩罚，或者精神上有疾病，等等。这给司法操作带来了很大的困难，司法机关只能依据其他有关的罪名，诸如以危险方法危害公共安全罪、故意杀人罪、故意伤害罪、抢劫罪、故意毁坏公私财物罪等，审判非政治目的劫机犯。此外，对于其他实在无法以普通刑事罪名予以惩处的劫机犯，就只能依照旧刑法第79条关于类推的规定，比照刑法分则条文第107条**破坏交通工具罪**的规定定罪判刑。

2.《关于惩治劫持航空器犯罪分子的决定》（1992年）：“以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的，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或者情节特别严重的，处死刑；情节较轻的，处5年以上10年以下有期徒刑。”【为了确保航空安全和贯彻我国所参加的三个国际公约。】

3.新刑法第121条：完全保留了“决定”关于该罪的罪状描述，只是为了更加有效地严厉惩处劫机犯，在法定刑方面做出两个调整：（1）废除了“情节较轻”的法定刑档次；（2） 删去了处以死刑的“情节特别严重”的情形。

4. 变迁的特点：

（1）从他罪中的一个表现形式，发展到独立的个罪；

（2）从罪状的简单描述，变化到详细叙述该罪的构成特征（叙明罪状）；

（3）关于罪刑的法定刑档次，从过去的三个档次，发展到如今的两个档次；

（4）关于法定最低刑，从过去的3年，发展到5年，最后增加到10年，打击的力度不断地增强；

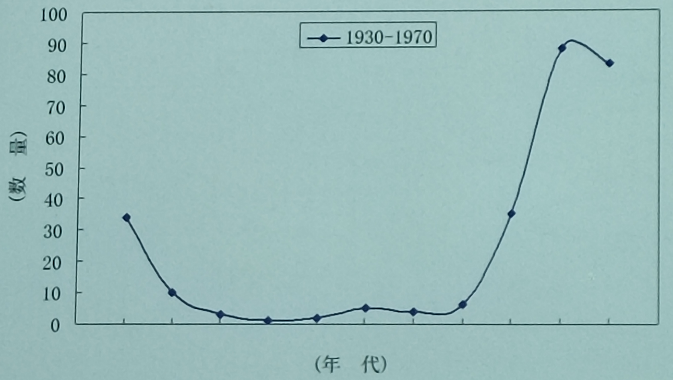
（5）关于死刑的适用规定，从过去的相对死刑法定刑，发展到绝对死刑法定刑。

【参见本人：《中外法学》2007年第1期】

### （二）国际范围内的变迁

1. “处女劫”（1930年）：秘鲁革命军截获一架泛美邮运飞机，并强迫飞行员在首都利马的上空投放宣传单。

2. 前《海牙公约》时期（1930-1970）



3. 后《海牙公约》时期（1971—2001）

根据国际民用航空组织的分析，自1960年开始，机场的安检措施并没有配备先进的检测仪器，其结果就导致绝大多数的劫机犯可以携带武器登机，并且以此而劫持航空器。因此，仅在1970年，在世界范围内，就发生了83起劫持航空器的事件。这说明着劫机的特征有所发展和变化，国际社会也有必要对这种严峻的态势做出快速的反应。

《关于制止非法劫持航空器的公约》《海牙公约》（1971年）就是在这种劫机数量急剧增加的背景下制定的。

在1968年—1972年，在世界范围内，仅五年内就发生326起劫机事件，平均每年发生65起。在1973年，劫机是数量就降到22起，并且以相对平稳的、年28起的数量持续至1979年。劫持航空器案件数量的急剧下降可以归咎于许多原因。其中，绝大多数的航空安全专家都一致认为最主要的缘由有以下两个：

第一，绝对地引进乘客和行李的安检设备；第二，消除庇护劫机犯的“天堂”。

4.“9.11事件”后期（2002-2005年）：

根据国际民用航空组织（ICAO）的权威报告，

2002年，8起未遂，2起既遂；

2003年，5起未遂、3起既遂；

2004年，4起未遂，1起既遂；

2005年，在全球范围内，没有发生任何一起劫持航空器的事件。

### （三）行为方式：

【如同强奸罪、抢劫罪：“三不境地”】→将对方置于不敢不能不知的境地

1. **暴力：**对航空器上的驾驶人员、机组人员或者其他人员，进行殴打、伤害乃至于杀害。

2. **胁迫：**对航空器上的驾驶人员、机组人员或者其他人员，进行精神恐吓或者暴力威胁。

3. 其他方法：是指上述暴力、胁迫以外的其他劫持方法，例如麻醉驾驶人员等。

——未采取上述方法而非法变更了航空器的预定航向？

### （四）犯罪对象

1. 航空器：是指在大气层中依靠空气反作用力作为支撑的任何器械，其范围不能仅局限于1979年《刑法》所使用的术语“飞机”还应包括飞船、热气球、飞艇、氢气球、氦气球等其他航空工具。至于航空器的所属国家和地区，则在所不问。

2. 时空特征：

（1）“正在飞行中”：航空器从装载完毕，机舱外部各部门均已关闭时起，直至打开任何一机舱门以便卸载时为止——《海牙公约》。

（2）“正在**使用**中”：从地面人员或者机组人员为某一特定飞行而对航空器进行飞行前的准备时起，直至降落后24小时止——《蒙特利尔公约》。

（3）未交付使用或者停放在机库内：No

3. 船只、汽车：劫持船只、汽车罪（第122条）

两个问题：

* 劫持的对象：火车、电车
* 以劫持正在使用中的航空器为手段，进行恐怖活动（诸如“9.11事件”）：择一重罪处断

第一百二十三条　【暴力危及飞行安全罪】对飞行中的航空器上的人员使用暴力，危及飞行安全，尚未造成严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处五年以上有期徒刑。

* 寻衅滋事？

### （五）法定刑：

1、处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；

2、绝对死刑：致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏。

## 十、涉枪、危爆品（弹药、爆炸物和危险物质）类犯罪

**第一百二十五条　【非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪】**

**【非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪】**

**第一百二十六条　【违规制造、销售枪支罪】**

**第一百二十七条　【盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪】**

**【抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪】【盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪】**

**第一百二十八条　【非法持有、私藏枪支、弹药罪】**

**【非法出租、出借枪支罪】**

**【非法出租、出借枪支罪】**

**第一百二十九条　【丢失枪支不报罪】**

**第一百三十条　【非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪】**

### （一）犯罪对象的变迁：

1.新刑法：3种（枪支、弹药、爆炸物）。

2.《刑法修正案（三）》：3种（枪支、弹药、爆炸物） + 1种（危险物质：毒害性、放射性、传染病病原体等物质）。

### （二）行为方式：

只规定9个罪名，行为方式【16 +1种】，（“走私武器、弹药罪”）涵盖了方方面面。

——选择性罪名

### （三）规制对象详解：

**1、枪支：**《枪支管理法》（2009年修正）：“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”。

* 弓箭、强弩、弹弓、不能击发子弹的仿真枪支等器械，由于不具备枪支的基本结构或者杀伤力属性，故不属于枪支的范畴。
* 在涉枪类犯罪的司法解释中，以“军用”与“非军用”的标准进行枪支类别的划分，并且在定量标准上有所区别。

**2、弹药：借以武器或其他工具发射**后能毁伤目标的制式物品，包括子弹，以及炮弹、炸弹、导弹等。

* 手榴弹、地雷、手雷等，在《追诉标准的规定（一）》（2008年）第4条中，被定性为“杀伤性弹药”。在学理上，这些物品不具有通过武器或其他工具发射的属性，归入爆炸物的范围更为适宜。

**3、爆炸物**：能够引起爆炸现象的物品和装置。

从广义上看，“弹药”也属于爆炸物。但鉴于自1983年以来，我国刑事立法将“爆炸物”与“弹药”并列规定为规制对象，故这里的“爆炸物”是狭义的范畴，其范围限缩在未通过武器或其他工具发射的、不符合制式规格的爆炸物品和爆炸装置，包括炸药、发射药、黑火药、烟火药、雷管、导火索、导爆索等。

**4、危险物质**：是指毒害性、放射性、传染病病原体等物质。《刑法修正案（三）》引入的术语。

“非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪”（第130条）：“危险物品”的范围包括爆炸性、易燃性、发射性、毒害性、腐蚀性物品，它不仅包含爆炸物、易燃物在内，还涵盖了危险物质。

“危险物品”**vs**“危险物质”：两词一字之差，但在外延和罪名称谓上有显著的区别。

### （四）定量标准和适用：

“数量+情节”：

在设置涉枪、危爆品类犯罪成立的定量标准上，相关司法解释立足于不同对象对公共安全的实际和潜在的危害程度，并且以“军用”与“非军用”的区分标准为辅助红线，采取了“数量+情节”的模式，从而体现出“区别对待、重点打击”的旨趣。

### （五）竞合：特别罪名和普通罪名：

1.盗窃、抢夺、抢劫枪支：

“盗窃、抢夺、抢劫枪支罪” **VS** “（侵犯财产罪中的）盗窃罪、抢夺罪、抢劫罪”

2.基本原则：特别罪名 > 普通罪名

## 十一、交通肇事罪

### （一）空白罪状（第133条）

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）客体：狭义的交通（公路、水上交通）

VS陆水空的“大交通”（地上跑的、水上漂的、空中飞的）

1.航空交通安全：重大飞行事故罪（第131条）

2.铁路交通安全：铁路运营事故罪（第132条）

3.地铁（？）：重大责任事故或重大劳动安全事故罪

### （三）犯罪主体：

1. 从事交通运输的人员：机动车驾驶员。

2. 非交通运输人员：

* 非机动车驾驶员：自行车、三轮车、人力车、畜力车、残疾人专用车（“交法”）
* 行人、乘车人（“交法”）

3. 单位主管人员、机动车辆所有人或机动车辆承包人 + **指使、强令**他人违章驾驶 + 造成重大事故。

2000年最高法院《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》第7条：**“以交通肇事罪定罪处罚”***【VS“以共犯论处”】*

*（争议命题：过失犯也可构成共同犯罪？？）*

* 《司法解释》第5条第2款：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。
* 学术界之批评

### （四）行为方式：违反交管法规+发生重大事故

1. **结果犯** →“重大事故”（闯祸）认定：

（1）死亡一人或者重伤3人以上 + 负事故全部或者主要责任；*【杭州“5·7”交通肇事案】*

（2）死亡3人以上 + 负事故同等责任；

（3）财产直接损失 + 负事故全部或者主要责任 + 无能力赔偿数额在30万元以上；

（4）一人以上重伤 + 负事故全部或者主要责任 + 具有下列情形之一：

* 酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的；
* 无驾驶资格驾驶机动车辆的；
* 明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车辆而驾驶的：
* 明知是无牌证或者已报废的机动车辆而驾驶的；
* 严重超载的；
* 为逃避法律追究**逃离事故现场**的。

【《司法解释》（2000年）：第2条】

2.入罪的定量特征：

（1）损失（三个层次）【闯祸】：人死\重伤\财产

（2）责任认定：全部责任\主要责任\同等责任

（3）无能力赔偿（财产损失） 钱与入罪挂勾（？）

### （五）主观方面：过失犯

### （六）法定刑（三个档次）

#### 1. 达到入罪的定量标准

→ 3年以下有期徒刑或者拘役。

#### 2. 【肇事后逃逸】或者【有其他特别恶劣情节】

→ 3年以上7年以下有期徒刑。

“肇事后逃逸”：**达到入罪的定量标准（不包括第6项）** + 在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为：

*“不包括第6项”是刑法上禁止重复评价的应有之义。*

（1）行为人在主观方面**已经意识到**自己发生了交通事故。如果有确凿证据证明行为人没有察觉到自己有肇事行为而驾离事故现场，则不能认定为逃逸。

（2）如果肇事人离开事故现场是出于**抢救伤员、正去投案、躲避被害人亲友的报复殴打**等原因，则不符合逃跑的主观目的，也不能认定为逃逸。

“其他特别恶劣情节”（闯“大”祸）：

三种情形之一：（1）死亡2人以上或者重伤5人以上，负事故全部或者主要责任；（2）死亡6人以上，负事故同等责任的；（3） 造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在60万元以上的。

对比可见，上述所列的三种情形在结构上完全沿用了“闯祸”的前三种入罪标准，只是在数量标准上有所提升。

#### 3. 因逃逸致人死亡

→ 7年以上有期徒刑：

*新刑法新增设立的款项*

含义：行为人在交通肇事后为逃避法律追究而逃跑，致使被害人因**得不到救助**而死亡的情形（第5条“两个原因力”）

“致”：因果关系【逃逸（因）→ 死亡（果）】

* 有因无果：逃逸，但是人未死、在逃逸前人当场死亡：（NO，适用第二档次）
* 有果无因：人死了，但不是逃逸导致的（人当场死亡）→（是否入罪，或者第二档次）

*例如，撞人后将其送到医院，然后逃逸，最终受害人抢救无效死亡。*

*首先，逃离现场并非单指作案现场，离开医院依旧可以认定为逃离现场；但受害人死亡并非逃逸而得不到救助导致的。*

争论激烈：

*1、数罪并罚：交通肇事罪（先前行为）+ 故意杀人罪（后行为是不作为的间接故意杀人）。在新刑法颁布前，司法实践有这样的判例。****（×）***

2、交通肇事罪的**加重处罚事由**：司法解释支持。**（√）**

特殊情形：

肇事后，将被害人带离现场后隐藏或者遗弃，致使人死亡或者严重残疾

→ 数罪并罚 VS 一罪（故意杀人罪、故意伤害罪）：定一罪，不能数罪并罚：“司法解释”第6条。

### （七）“在公共交通管理的范围”（第8条）

* 在实行公共交通管理的范围内发生重大交通事故，依照刑法第133条和本解释的有关规定办理。
* 在公共交通管理的范围外，驾驶机动车辆或者使用其他交通工具致人伤亡或者致使公共财产或者他人财产遭受重大损失，构成犯罪的，分别依照刑法第134条、第135条、第233条等规定定罪处罚。
* 定位：此罪与彼罪的区分标准。

可以进行交通运输的相对封闭的“准”公共场所，例如住宅小区、学校等。【×6连续碾压4次3岁儿童致死，过失致人死亡罪，被判4年←→李启铭交通肇事案“河北大学”内，被判6年】

《道路交通安全法》第77条和《道路交通安全法实施条例》第97条均规定：车辆在道路以外发生交通事故，公安机关交通管理部门接到报案的，参照道路交通法和实施条例的规定处理。→道路交通安全法已经确认了发生在“非公共交通管理范围”内的交通事故由接到报案的交通管理部门处理的权限，“公共”与“非公共”的界限不再分明。

交通肇事罪的场所应该做一个广义解释：只要是社会公众与其所使用的交通工具在通行的交通场所内，不必考虑该交通场所是否已经纳入公共交通管理范围内。

“道路”：《道路交通安全法》（2021年）第119条，是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。

【案例分析】

是否属于“跑跑”？（√）

（广义理解→肇事后：时间起始，而非地点起始，不能只局限于事故现场）>按照结果确定（唯结果论）：被害人死亡→第三档次；若被害人未

死亡→第二档次.【带出的问题】：从语义上看，这符合刑法第三档次法定刑的字面含义（对死亡的原因，限定为“一个原因”→ 逃逸；但是，“司法解释”第5条将死亡的原因，限定为“两个原因”→“跑跑”+“得不到救助”

在本案，只能认定“跑跑”，“得不到救助”能否认定？

若强调效果，人没有得到有效的救助而死，则

（√）→归入第三档次；若强调救助行为的实施，本案是得到救助了，只不过效果未达到，

（×）→即使被害人死亡了，也不能适用第三档次的法定刑，只能划入第二档次←应当提倡和鼓励救助，个人认为采此解释！

## 十二、危险驾驶罪

《修八》增设：“在道路上驾驶机动车追逐竞驶，**情节恶劣**的，或者在道路上醉酒驾驶**机动车**的，处拘役，并处罚金。

《修九》增加两种情形：“严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶的；违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品的。

**“飙车”**：具体危险犯：情节是否恶劣。

1、以追逐竞驶对象的存在为前提，其有别于单纯的违章超速驾驶。

2、“追逐竞驶”并不限定于两个以上驾驶者之间的意思联络而进行，也可以在对方不知情的情况下单独实施，例如甲见前方乙开着跑车，在乙正常行驶的情况下，甲驾车进行追逐竞驶。

**“醉驾”**：抽象危险犯：不需要考虑情节，只要存在危险状态，就入罪。

*醉态vs“毒驾”、盲驾*

**确定醉酒驾驶的两个方面：**

1、当事人是否处于醉酒状态：

醉酒具有明确的标准，可以区分于一般酒后驾车行为。根据《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》的规定，驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于80mg/100ml，即属于醉酒驾车；（20mg/100mg是行政处罚的下界限）

实际操作中，80mg/100mg的入罪标准过低，因而很多地区做出决定，不超过某标准就不起诉。

2、当事人是否驾车：

执法人员很容易能够提供这方面的证据。

*「酒后推车？」*

*「醉驾闯关？遇到执法人员弃车逃亡？」*

思考：【主观方面】：**故意or过失**？

第133条之一第2款 危险驾驶同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

司法解释 如果行为人醉酒驾驶机动车，以暴力、威胁方法阻碍公安机关依法检查，又构成妨害公务罪等其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

评析：

1、“醉驾入罪”起到**严密刑事法网**的作用，综合平衡了“交通肇事罪”和“以危险方法危害公共安全罪”的标准，同时也很好地衔接的行政处罚与刑事处罚之间的空白，可谓填补我国刑法的一项“短板”。*「严而不厉」*

2、体现刑法的**“谦抑”原则**。《道路交通安全法》规定危险驾驶的情形有多种，诸如无证驾驶、疲劳驾驶、超载驾驶、饮酒、服用国家管制的精神药品或者麻醉药品、患有妨碍安全驾驶的疾病，或者学习驾驶人员没有教练人员随车指导单独驾驶等。而《刑法修正案（八）》仅仅抽出醉酒驾驶一项入罪，这一选择的过程本身已经综合考虑刑法的规制面问题。

3、“醉驾”入罪有很强的**社会针对性**，醉酒驾驶成为近年来人们深恶痛决的马路杀手。数据表明交通肇事造成死亡的大约有80%，而“酒驾”几乎占到其中的全部。

在“危险驾驶罪”入罪后三年来，公安机关累计查处酒驾127.3万余起和醉驾22.2万余起，全国因酒驾、醉驾导致交通事故起数和死亡人数较法律实施前分别下降25%和39.3%，取得良好的社会效果。

在2014年，跃居各类刑事案件的第三位。

在2020年，全国检察机关起诉危险驾驶罪29万多人，占比18.5%，位于刑事案件的第一。

司法认定：

**1、以刑法第13条为“醉酒驾驶”做出罪处理**

高度抽象的原则：刑法“但书”规定不宜作为具体法条而不断在司法实践中适用。第 13条“但书”规定只能作为特例在刑事司法审判中审慎适用，不能将其普遍化。

2、根据个案的特点，对符合醉驾构成要件的**先入罪，在量刑环节考虑犯罪情节的轻重**。

检察院：相对不起诉。法院：免予刑事处罚“有罪即有刑”的线性逻辑关系？

【“入罪不处刑”】：入罪≠入刑

“两高”公安部：《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》（2013年12月）

在道路上驾驶机动车，血液酒精含量达到80毫克/100毫升以上的，属于醉酒驾驶机动车，以危险驾驶罪定罪处罚。

前款规定的“道路”“机动车”，适用道路交通安全法的有关规定。

醉酒驾驶机动车，具有下列情形之一的，从重处罚：

（一）造成交通事故且负事故全部或者主要责任，或者造成交通事故后逃逸，尚未构成其他犯罪的；

（二）血液酒精含量达到200毫克/100毫升以上的；

（三）在高速公路、城市快速路上驾驶的；

（四）驾驶载有乘客的营运机动车的；

（五）有严重超员、超载或者超速驾驶，无驾驶资格驾驶机动车，使用伪造或者变造的机动车牌证等严重违反道路交通安全法的行为的；

（六）逃避公安机关依法检查，或者拒绝、阻碍公安机关依法检查尚未构成其他犯罪的；

（七）曾因酒后驾驶机动车受过行政处罚或者刑事追究的；

（八）其他可以从重处罚的情形。

血液酒精含量检验鉴定意见是认定犯罪嫌疑人是否醉酒的依据。犯罪嫌疑人经呼气酒精含量检验达到醉酒标准，在抽取血样之前脱逃的，可以以呼气酒精含量检验结果作为认定其醉酒的依据。

犯罪嫌疑人在公安机关依法检查时，为逃避法律追究，在呼气酒精含量检验或者抽取血样前又饮酒，经检验其血液酒精含量达到醉酒标准的，应当认定为醉酒。

## 十三、重大责任事故类犯罪

### （一）学理分类和基本特征：

15个罪名的重大责任事故类犯罪体系，分为两类：

（1）交通肇事型责任事故犯罪：包括如下5个罪名：【重大飞行事故罪、铁路运营安全事故罪、交通肇事罪、危险驾驶罪和妨害安全驾驶罪】；

（2）其他重大责任事故类犯罪：这是指《刑法》第134条至第139条之一规定的以下10个罪名：【重大责任事故罪；强令、组织他人违章冒险作业罪；危险作业罪；重大劳动安全事故罪；大型群众性活动重大安全事故罪；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；不报、谎报安全事故罪】。

**时空特征**：该类重大责任事故的犯罪发生在生产、作业活动中。在无关的场合，只能涉嫌构成过失爆炸罪、失火罪或者过失投放危险物质罪。

**业务犯罪**：行为人违反业务或者职务上的注意义务。

**过失犯**：第139条之一的“不报、谎报安全事故罪”属于故意犯，只是《刑法修正案（六）》在增设该罪时，将其编排在重大责任事故的罪名体系中，这属于该类业务过失犯罪中的特例。

实害犯：“造成严重后果”或者“发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果”。

根据《办理危害生产安全刑案的解释》（2015年）第6条，这具体表现为下列情形之一：

（1）造成死亡1人以上，或者重伤3人以上；

（2）造成直接经济损失100万元以上；

（3）其他造成严重后果或者重大安全事故的情形。

为了严密“重大责任事故罪”的刑事法网，“两高”《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》（2015年）第1条，该类罪的犯罪主体：

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，这涵盖以他人名义投资入股公司、企业的**“隐名持股人”**。

### （二）法条竞合：

1. 第134条：普通罪名 → 适用于一般领域；

2. 特别罪名 →适用于6个特殊领域：安全生产设施或者条件（第135条）、大型群众性活动（第135条之一）、危险物品（第136条）、工程（第137条）、教育设施（第138条）、消防（第139条）。

3. 【强令、组织他人违章冒险作业罪】（第134条第2款）（修六增设）：5年以下（重大责任事故罪：3年以下）；5年以上（3年以上7年以下）→ 法定刑拔高。

4. 基本原则：特别罪名 > 普通罪名。

# 第四讲 破坏社会主义市场经济秩序罪

## 一、刑事立法变迁

（一）章罪名的称谓：

社会主义经济秩序 → 社会主义市场经济秩序

（二）条文数量大大增加：

15条 → 92条（6倍多）

（三）章罪名下设立“节罪名”（8节）→近100个个罪

（四）突出打击金融犯罪的需要 → 8节中有2节

（五）取消了投机倒把罪

旧刑法第117条：“违反金融、外汇、金银、工商管理法规，投机倒把，情节严重的”→ 口袋罪”（长途贩运、买卖股票、倒卖特控物品等）→ 细化为他罪（非法经营罪等）【市场经济——投机行为】

（六）9 + 1“补丁”对该章的修订较大：

1.《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》1998年12月）【单行刑法】

2.《中华人民共和国刑法修正案》（1999年12月）：“为了惩治破坏社会主义市场经济秩序的犯罪”【注：该修正案未加（一）】。

3.《修正案（三）（四）（五）（六）（七）（十一）》的修改。

4.《刑法修正案（八）》废除死刑

废除**13个非暴力性犯罪**犯罪的死罪，9个经济犯罪。

* 走私罪：4个（走私文物罪；走私贵重金属罪；走私珍贵动物、珍贵动物制品罪；走私普通货物、物品罪）（原有7个）
* 金融诈骗罪：3个（票据诈骗罪；金融凭证诈骗罪；信用证诈骗罪）。
* 发票犯罪：2个（虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪；伪造、出售伪造的增值税专用发票罪）。
* 其他废除的4个死罪：盗窃罪；传授犯罪方法罪；盗掘下化遗址、古墓葬罪；盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪。

5.《刑法修正案（九）》废除死刑

废除**9个非暴力性犯罪**的死罪，5个经济犯罪：

* 走私武器、弹药罪；走私核材料罪；走私假币罪（第三章中的走私罪：无死刑）；伪造货币罪；**集资诈骗罪**。
* 其他废除的4个死罪：组织卖淫罪；强迫卖淫罪；阻碍执行军事职务罪；战时造谣惑众罪。
* 经济犯罪中**仅保留2个死罪**：（1）生产、销售、提供**假药**罪；（2）生产、销售**有毒、有害食品**罪。

## 二、生产、销售伪劣商品罪（第一节）

### （一）类罪名体系：10个罪名（9+1=10）

犯罪对象：商品 → 分为两类：

**9类特殊商品**：（1）假药；（2）劣药；（3）**药品**（修正案十一）（针对的是真药）；（4）不符合安全标准的食品；（5）有毒、有害食品；（6）不符合标准的医用器材；（7）不符合安全标准的产品；（8）伪劣农药、兽药、化肥、种子；（9）不符合卫生标准的化妆品。

→ **国计民生**【特殊保护→单独设立罪名】。

**1类普通商品**：“产品”→含盖性对象（以上9种之外的商品）

### （二）生产、销售伪劣产品罪（第140条）

1.犯罪对象：普通商品→“产品”（法定用语）。

2.危害行为：“生产、销售”：发生的环节应作广义的理解，还应包括**加工、种（养）殖**、流通、**运输**、**储存**等环节。→*大生产*

3.定量标准：销售金额 ≥ **5万元**【“死”数额】：

（1）销售金额：产者、销售者出售伪劣产品所得和应得的全部违法收入（已出售但未回款）。

（2）销售金额：犯罪既遂以后非法所得数额 → 本罪。

“伪劣产品尚未销售，货值金额达到该罪的销售金额3倍以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚。”【2001年司法解释】

*三鹿奶粉案、瘦肉精案、荔枝泡福尔马林案、孔雀绿案、地沟油案*

### （三）法条竞合

1. 第149条：9 类特殊商品→普通商品（“产品”）：

（1）9类特殊商品的构成标准：

抽象危险犯【生产销售假药罪：“修八”从具体危险犯（“足以严重危害人体健康”）改为抽象危险犯】\严重危害（人体健康）\严重后果\使生产遭受较大损失。

（2）9类特殊商品：

* 未达到构成标准：NO。
* 未达到构成标准 + 销售金额5万元以上 = 生产、销售伪劣产品罪（第140条）【第149条第1款】。
* 达到构成标准 + 销售金额5万元以上 = 特别法与普通法的法条竞合关系：依照处罚较重的规定定罪处罚【第149条第2款】。

**【三鹿集团生产、销售伪劣产品案】**

**向原奶中添加含有三聚氰胺的“蛋白粉”**：奶站负责人耿金平及其送奶司机耿金珠等构成生产、销售有毒食品罪，分别被判处死刑和8年有期徒刑。【“修八”之前适用无期徒刑与死刑的条件：致人死亡；对人体健康造成特别严重危害（“修八”改为：有其他特别严重情节）；严重残疾、3人以上重伤、10人以上轻伤或者其他特别严重后果。】

**生产、销售“蛋白粉”**：张玉军、张彦章、高俊杰、张彦军等构成以危险方法危害公共安全罪，分别被判处死刑、无期徒刑和5至15年徒刑。

**“三鹿集团”的行为**：应当以2008年8月1日检测报告出具明确结论为界分为两个阶段：在前一阶段，其直接负责的主管人员构成**重大责任事故罪（？未认定）**；在后一阶段，“三鹿集团”的行为在性质上属于生产、销售有害食品，与生产销售伪劣产品罪存在法条竞合。

2.司法解释第1条：

生产、销售伪劣商品犯罪 + 侵犯知识产权\非法经营 = 依照处罚较重的规定定罪处罚

（1）假冒他人注册商标 + 生产、销售假冒他人注册商标的伪劣产品：假冒注册商标罪 \ 生产、销售伪劣产品罪 = **牵连犯（从一重处断）**；

（2）生产、销售伪劣卷烟：生产、销售伪劣产品罪\非法经营罪=**想象竞合犯（从一重处断）**。

3.司法解释第11条：

生产、销售伪劣商品犯罪 + 以暴力、威胁方法抗拒查处 = **数罪并罚**（本节特定个罪和妨害公务罪）【实然规定，记忆】【理论上的牵连犯】【=第157条第2款的走私罪】。

4.司法解释第12条：

国家机关工作人员参与生产，销售伪劣商品犯罪的，**从重**处罚。

## 三、走私罪（第二节）

### （一）变化：个罪（旧刑法）→ 类罪（新刑法）

1.旧刑法（第116条）：个罪 + 最高刑：10年；

2.1982年：《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》：死刑；

3.1987年：《海关法》：行为分类 + 准走私 + **单位犯罪**；

4.1988年：《关于惩治走私罪的补充规定》：个罪；

5.1997年：新刑法：类罪（10个个罪）+ 7个死罪；

6.2002年：《刑法修正案（四）》：

* 走私固体废物罪（第155条第3款） → 走私废物罪（固体废物、液态废物和气态废物）（第152条第2款）。

7.《刑法修正案（七）》（2009年）：

* 走私珍稀植物、珍稀植物制品罪（第151条第3款）→走私国家禁止进出口的货物、物品罪。

【解析】：犯罪对象扩大：珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品→无脊椎动物、古植物化石、来自境外疫区的动植物及其产品（大多是冷冻的鸡肉、牛肉等冻品）：属于国家禁止进出口的货物、物品（非涉税货物）→走私普通货物罪（×）（完税价格及涉税额不好认定）

8.《刑法修正案（八）》（2011年）

* 削减4个死罪（备而不用）：走私文物罪；走私贵重金属罪；走私珍贵动物、珍贵动物制品罪；走私普通货物、物品罪）【原有7个，现剩余3个：走私武器、弹药罪；走私核材料罪；走私假币罪】。
* 走私普通货物、物品罪：取消量刑的5万元“死”数额规定，采取“数额+情节”的标准

9.《刑法修正案（九）》

* 废除5个经济犯罪罪名死刑，其中3个走私个罪：【走私武器、弹药罪；走私核材料罪；走私假币罪】。
* 第三章的走私罪：无死刑（不包括走私毒品罪）。

### （二）类罪名体系：13个罪名【（9+2+1）+1】

犯罪对象→ 分为两类：

**9+3类特殊对象**：

* （1）武器、弹药；（2）核材料：（3）假币；（4）文物；（5）贵重金属；（6）珍贵动物、珍贵动物制品：（7）国家禁止进出口的货物、物品；（8）淫秽物品；（9）废物
* 毒品（第347条）+ 制毒物品（第350条）

第三百四十七条　【走私、贩卖、运输、制造毒品罪】走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚。

第三百五十条　【非法生产、买卖、运输制毒物品、走私制毒物品罪】违反国家规定，非法生产、买卖、运输醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用于制造毒品的原料、配剂，或者携带上述物品进出境，情节较重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

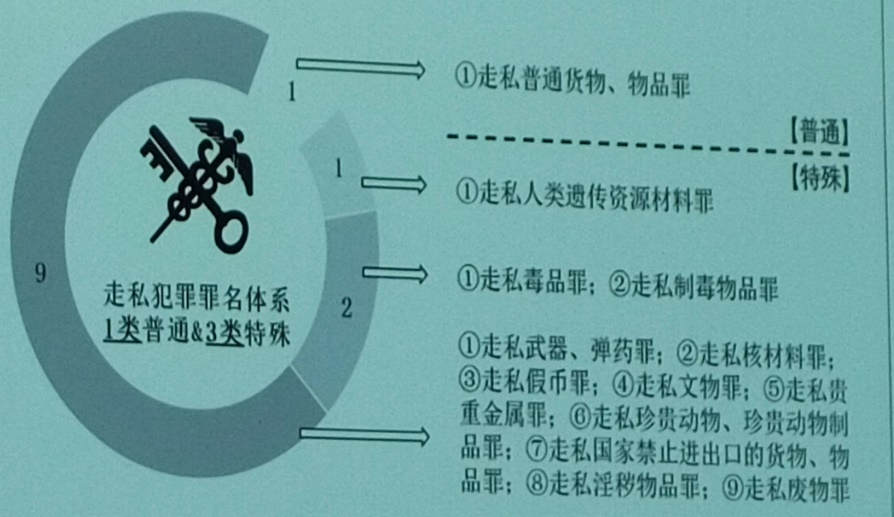
* 人类遗传资源材料（第334条之一）

第三百三十四条之一　【非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪】违反国家有关规定，非法采集我国人类遗传资源或者非法运送、邮寄、携带我国人类遗传资源材料出境，危害公众健康或者社会公共利益，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

国计民生 （特殊保护→ 独立设立罪名）

**1类普通对象**：“普通货物、物品”→ 含盖性对象（以上12种之外的对象）

【？？刑法第153条：列举出第151条、第152条和第347条，但排除了第350条？？】



### （三）客观行为：违反海关法规、逃避海关监管

**1.违反海关法规**：《海关法》、实施细则和相关规定（《海关进口税则》、《禁止进出境物品表》、《核材料管制条例》、《国家重点保护野生动物名录》等）。

**2.逃避海关监管**：

* 通关走私；
* 绕关走私；
* 间接走私（准走私）（第155条）

### （三）走私罪的共犯

第一百五十六条　【走私共犯】与走私罪犯**通谋**，为其提供贷款、资金、帐号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的，以走私罪的**共犯**论处。

### （四）走私罪的从重处罚事由（第157条第1款）

第157条第1款　【武装掩护走私、抗拒缉私的规定】武装掩护走私的，依照本法第一百五十一条第一款的规定从重处罚。

→ 适用于走私**任何**货物、物品

### （五）走私罪的罪数问题（第157条第2款）

第157条第2款 以暴力、威胁方法抗拒缉私的，以走私罪和本法第二百七十七条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪，依照数罪并罚的规定处罚。

走私 + 以暴力、威胁方法抗拒缉私 = **数罪并罚**（走私的特定个罪和妨害公务罪）

*【实然规定，记忆】【理论上的牵连犯】*

### （六）走私淫秽物品罪（第152条）

1.犯罪对象：淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品。

2.**目的犯**：牟利或者传播。——（其他走私罪不需要有目的）

* 牟利：具有通过出卖、出租或者其他方式牟取非法利润的主观意图。
* 传播：具有在社会上扩散的主观意图。
* 研究、自己观看、阅读：NO。

3.目的犯的认定：客观推定 → 一推解千愁（？）

《办理走私刑案的解释》（2014年）第13条，可籍以走私的次数或者下述之一的客观外化的事实予以**推定**：

（1）走私淫秽录像带、影碟50盘（张）以上的；

（2）走私淫秽录音带、音碟100盘（张）以上的；

（3）走私浬秽扑克、书刊、画册100副（册）以上的；

（4）走私淫秽照片、画片500张以上的；

（5）走私其他淫秽物品相当于上述数量的。

*但是司法实践中往往容易把这个数量线固化，例如有人走私49张进来就不定罪。*

* 行为人的目的是否实现，并不影响本罪的构成。

### （七）走私普通货物、物品罪（第153条）

**1. 犯罪对象**：**“普通货物、物品”**：这是指《刑法》第151条、第152条、第347条和**第350条**（遗漏？立法上的重大瑕疵。《刑法修正案（八）》在对该条进行修改时，也忽略了该漏洞）规定的9+3种特殊走私对象之外的货物、物品。这属于带有“兜底”性质的涵盖式对象，使得该罪成为走私类罪中的普通罪名。

* **保税货物**：未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自在境内销售牟利（第154条第1款）；
* **特定减税、免税进口的货物、物品**：未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自在境内销售牟利（第154条第2款）。

**2. 入罪的定量标准：“数额+情节”**

* 偷逃应缴税额较大（过去完全以5万元以上的具体数额为入罪门槛）：【自然人：10万元、50万元和250万元，分别为偷逃应傲税额较大、巨大、特别巨大的起点数额：单位：是自然人的2倍】
* 一年内曾因走私被给予2次行政处罚后又走私（新设立：“蚂蚁搬家”）。

（1）多次走私未经处理的 → 按照累计走私货物、物品的偷迹应缴税额处罚：

（2）**应缴税额**：进出口货物、物品应当缴纳的进出口

关税 + 进口环节海关代征税的税额。

离职空姐代购走私案

2008年，从航空公司离职的李晓航，在淘宝网上开了一家“空姐小店”的化妆品店铺。

2010年8月起，李晓航的上游卖家介绍了在韩国三星公司工作的褚子乔与之合作，三星员工拥有免税店的内部折扣，可以帮助李晓航缩减成本。于是，当韩国免税店有国内买家需要的化妆品时，买家先付款，当订货数量足以偿付机票成本并能有足够收益后，李晓航或其男友石海东订往返中韩的机票，到免税店出示登机牌和护照把货提走，再付给买家。这也是现下流行的代购模式。

检方在一审时指控，2010年8月至2011年8月间，李晓航前往韩国带化妆品达29次，男友石海东17次。以客带货方式从无申报通道携带进境，均未向海关中报，共计偷逃海关进口环节税109万余元。

检方认为，李晓航、石海东、褚子乔三人各自分工配合，共同逃避海关监管，应以走私普通货物罪追究三被告人的刑事责任。

* 在2012年一审，李晓航被认定偷逃海关进口环节税109万元，判处走私罪，获刑1年，并处罚款50万元。李晓航不服，上诉到北京市高级人民法院。
* 2013年5月2日，北京市高级法院裁定将该案发回重审。
* 2013年12月17日，离职空姐李晓航代购逃税案在北京二中院重审宣判。李晓航因走私普通货物罪，偷逃税款8万元，被判处有期徒刑3年，并处罚金4万元。【刑法修正案（八）（2011年）之前】由于被认定的偷逃税款金额大幅降低，李晓航的获刑也大幅减轻。
* 李晓航案在过去两年中一直受到各界关注，在一些电子商务平台上，有很多的个人或者企业提供海外代购业务，而海外代购行为是否属于走私行为曾引起热烈讨论。
* 个人携带进出境的行李物品、邮寄进出境的物品，应当以**自用、合理数量**为限。“自用”，指旅客或者收件人本人自用、馈赠亲友而非为出售或者出租。“合理数量”，指海关根据旅客或者收件人情况、旅行目的和居留时间所确定的正常数量。
* 进境居民旅客携带在境外获取的自用物品，总值在5000元人民币以内的，海关予以免税放行。携带超量消费品入境的，要主动向海关进行申报，并接受海关查验。

## 四、妨害对公司、企业的管理秩序罪（§3）

### （一）学理分类（17个罪名）：

1、妨害**公司设立**管理的犯罪，包括3个罪名（简称为“两虚一逃一欺”犯罪）：

虚报注册资本罪；虚假出资、抽逃出资罪，股诈发行证券罪。

2、妨害**公司经营、终止**管理的犯罪，包括4个罪名：

违规披露、不披露重要信息罪；妨害清算罪；隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪；虚假破产罪。

3、公司**贿赂**犯罪，包括3个罪名：

非国家工作人员受贿罪；对非国家工作人员行贿罪；对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪。

4、公司**渎职**犯罪，包括7个罪名：

非法经营同类营业罪；为亲友非法牟利罪；签订、履行合同失职**被骗**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；徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪；背信损害上市公司利益罪。

*国外法上有背信罪，而国内法上有小的背信罪。该罪名长期备而不用，直到最近被激活。*

### （二）概述特征

1. 时空特征：在公司的设立、经营、清算过程中。

2. 法定刑：

（1）法定最高刑：有期徒刑15年；

（2）**罚金：均规定了罚金**。

### （三）非国家工作人员受贿罪（第163条）

第一百六十三条　【非国家工作人员受贿罪】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，处三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，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。

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，依照前款的规定处罚。

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两款行为的，依照本法第三百八十五条、第三百八十六条的规定定罪处罚。

1.称谓的变化：公司、企业人员受贿罪（修正前）。

2.变化的背景：

（1）实务尴尬：医生收受药品回扣（无罪——第163条）；

（2）2006年：反商业贿赂年；

（3）龚建平“黑哨”案。

3.犯罪主体：非国家工作人员 → 本质特征

【最重大的修正 → **或者其他单位**】

## 五、破坏金融管理秩序罪（§4）

### （一）概述

1.《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》（1995年）。

2.《刑法》（1997年）：24个罪名。

3.《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》（1998年12月）增设1个罪名：骗购外汇罪。

4. 六个《刑法修正案》的修订。

### （二）学理分类（30个罪名）

**金融管理秩序** → 货币\银行设立\票证\信贷\证券（期货）\外汇\保险

【金融犯罪：30个+8个罪名】

★2020年【张军的报告】：起诉4.1万人【总起诉157万多人，金融犯罪占比：2.61%】

★2021年【张军的报告】：起诉4.3万人【总起诉174万多人，金融犯罪占比：2.47%】

当前和今后重点惩治的犯罪类型：非法集资、金融欺诈、洗钱

《刑法修正案（十一）》：48条

金融犯罪：主要涉及证券犯罪、骗取贷款、非法集资、洗钱罪等10个条文，约占1/5的较大比重。

体现出与时俱进和合理地调整对金融犯罪的刑事立法立场，是防范化解金融风险和推动金融市场平稳发展的重要刑事立法举措。

### （三）假币类犯罪

1.犯罪对象：正在流通的+货币（人民币+外币）

2.危害行为：**伪造** + 出售、购买、运输 + 持有、使用 + **变造** + 金融工作人员购买假币、以假币换取货币 → 5个罪名9种方式

3.法条竞合：

（1）伪造货币 + 出售或者运输伪造的货币 → 牵连犯

（伪造货币罪，从重处罚：第171条第3款）。

（2）买假后使用 → 牵连犯（购买假币罪，从重处罚）

（3）出售、运输假币 + 使用假币 → 数罪并罚

4.“伪造型”罪名归纳

**（1）伪造货币罪（第170条）**；

（2）伪造、变造金融机构经营许可证、批准文件罪（第174条第2款）；

（3）伪造、变造金融票证罪（第177条）；

（4）伪造、变造国家有价证券罪（第178条第1款）；

（5）伪造、变造股票、公司、企业债券罪（第178条第2款）；

（6）伪造增值税专用发票罪（第206条）；

（7）伪造有价票证罪（第227条第1款）；

（8）伪造、变造国家机关公文、证件、印章罪（第280条第1款）；

（9）伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪（第280条第2款）；

（10）伪造、变造居民身份证罪（第280条第3款）。

5.持有假币罪（第172条）

持有：置于其实际支配、控制的状态。

**“持有型”罪名**归纳：

（1）非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪（第120条之六）；

（2）非法持有枪支、弹药罪（第128条第1款）；

（3）持有假币罪（第172条）；

（4）持有伪造的发票罪（第210条之一）；

（5）非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪（第282条第2款）；

（6）非法持有毒品罪（第348条）；

（7）非法持有毒品原植物种子、幼苗罪（第352条）。

在第177条之一的“妨害信用卡管理罪”中，也包括持有伪造的信用卡和非法持有他人信用卡。

“持有型”罪名：价值和理论问题。

### （四）危害银行管理罪

第一百七十四条　【擅自设立金融机构罪】未经国家有关主管部门批准，擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。

【伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪】伪造、变造、转让商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的经营许可证或者批准文件的，依照前款的规定处罚。

单位犯前两款罪的，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，依照第一款的规定处罚。

【银行】状态性被害人；**天生被害人**。

【**设立**的环节】：

1、擅自设立金融机构罪；

2、伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪。

### （五）伪造、变造金融票证罪（第177条）

第一百七十七条　【伪造、变造金融票证罪】有下列情形之一，伪造、变造金融票证的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产：

（一）伪造、变造汇票、本票、支票的；

（二）伪造、变造委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证的；

（三）伪造、变造信用证或者附随的单据、文件的；

（四）伪造信用卡的。

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。

犯罪对象 → **金融票证**（4类）：

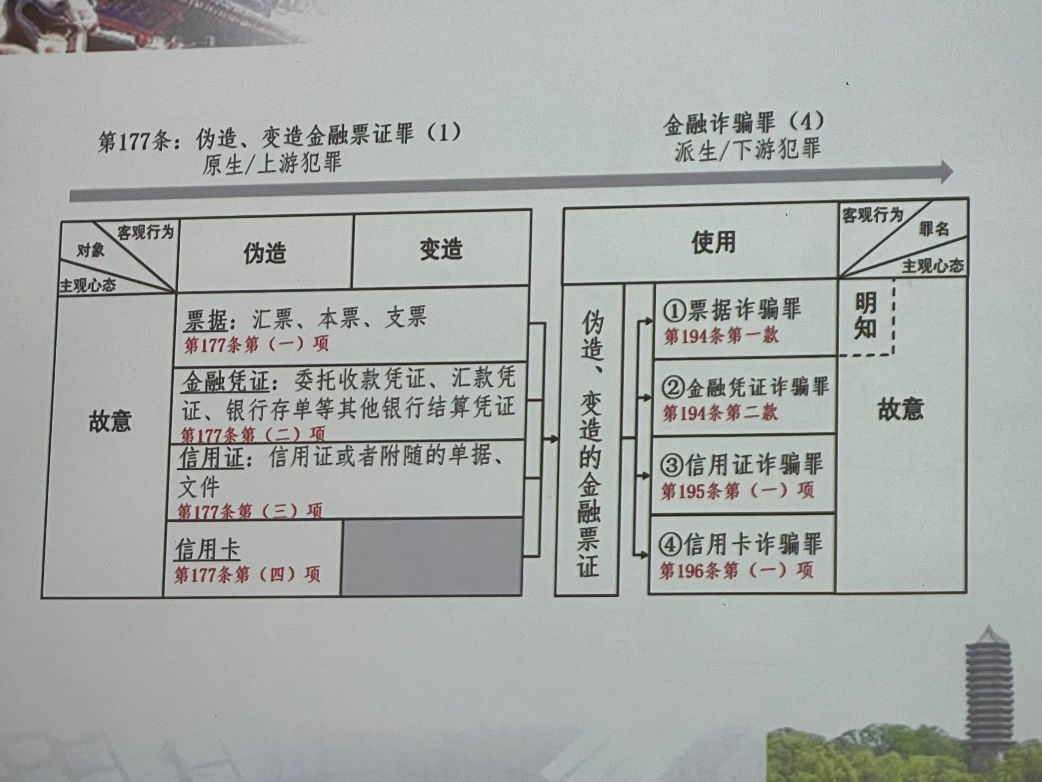
（1）票据：汇票、本罪、支票——票据诈骗罪；

（2）金融凭证：委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等——金融凭证诈骗罪；

（3）信用证或者附随的单据、文件——信用证诈骗罪；

（4）信用卡——信用卡诈骗罪。

* 1： 4的罪名体系之关系



### （六）存贷类犯罪

第一百七十五条　【高利转贷罪】**以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人**，违法所得数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。

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，处三年以下有期徒刑或者拘役。

* 3个存贷类的罪名：**高利转贷罪**；骗取贷款、票据承兑、金融票证罪；非法吸收公众存款罪。
* 集资诈骗罪、贷款诈骗罪：是典型意义的存贷类犯罪，编入“金融诈骗罪”。
* 违法发放贷款罪、吸收客户资金不入账罪：属于存贷类的犯罪，鉴于其犯罪主体的特殊性，编入金融渎职类的犯罪。

#### 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪：

*《刑法修正案（六）》新设罪名；*

*《修正案（十一）》又再次对本罪的定量要素予以修订。*

第一百七十五条之一　【骗取贷款、票据承兑、金融票证罪】**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的，处三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**，处三年以上七年以下有期徒刑，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。

*在之前，惩治相关犯罪只有骗贷罪，需要以非法占有为目的。*

《修正案六》：“实害犯 + 情节犯”

造成重大损失或者其他严重情节的：（1）以欺骗手段取得贷款，数额在100万元以上的；（2）以欺骗手段取得贷款，给银行或者其他金融机构造成直接经济损失数额在20万元以上的；（3）虽未达到上述数额标准，但多次以欺骗手段取得贷款的；（4）其他。

新：50万元。

【立法旨趣】虚假陈述的金融欺诈犯罪化，严密法网

【问题】：打击面过宽。骗取贷款罪已经在一定程度上成为贷款类犯罪的“口袋罪”。

* 《修正案十一》：**“实害犯”**：解决**民营企业中小企业融资难、融资贵**问题。依法慎重处理贷款类犯罪，确保刑事制裁范围合理。

*——将修六中的“情节犯”删掉，仅保留实害犯。【平衡】*

*在加重刑中保留“情节严重”的规定，但加重犯以基本犯成立为前提。*

* 虚假材料和银行放贷之间必须有因果关系。

#### 非法吸收公众存款罪：

第一百七十六条　【非法吸收公众存款罪】**非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序**的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，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。

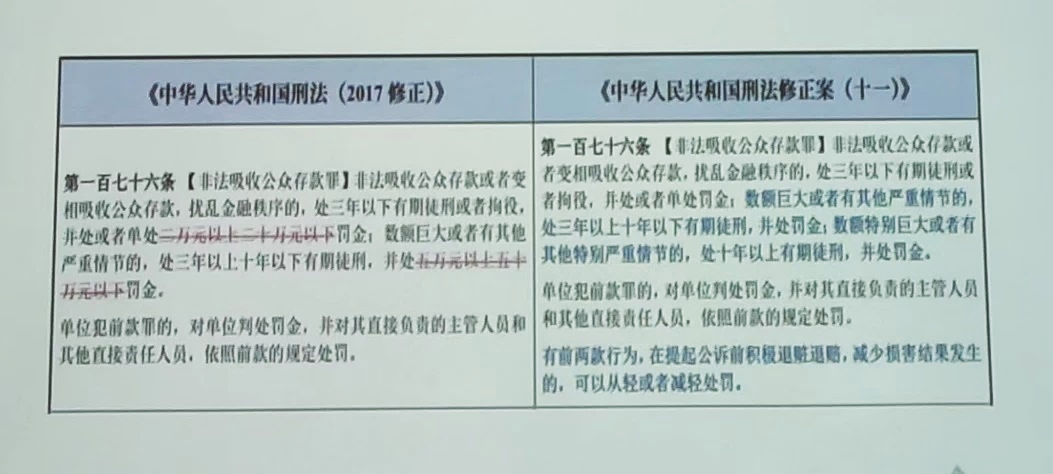
有前两款行为，在提起公诉前积极退赃退赔，减少损害结果发生的，可以从轻或者减轻处罚。

防范化解金融风险：重中之重。

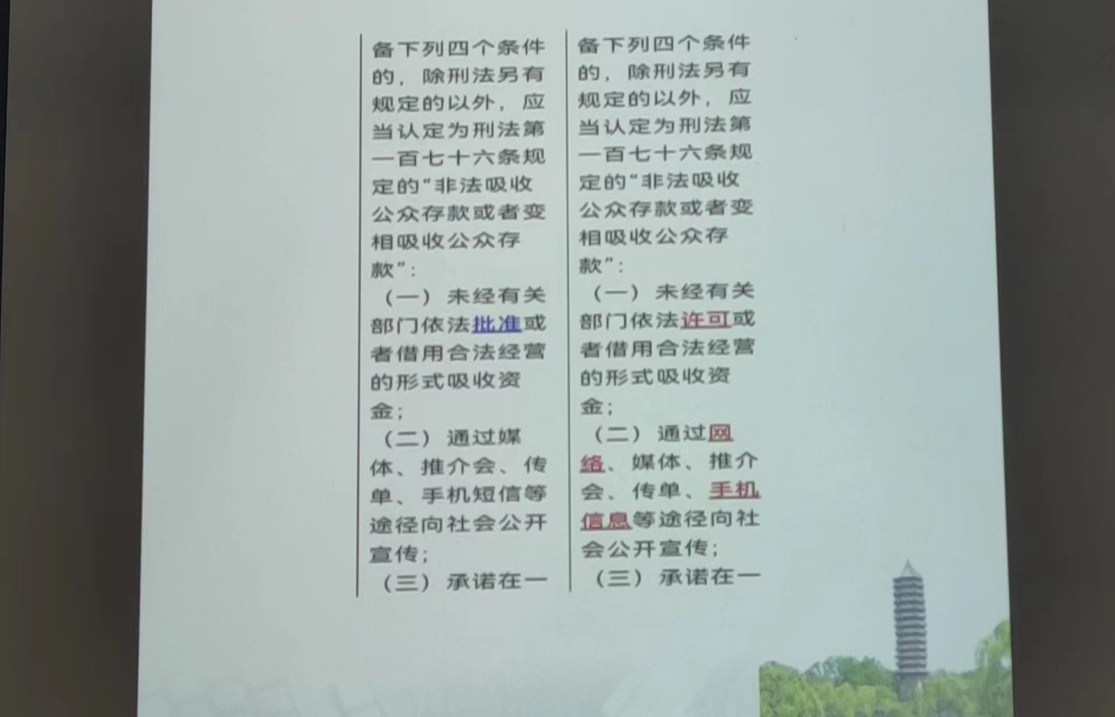
涉众型金融犯罪：欺骗性强，涉案人员多，社会危害大，要把对案件的查办和化解风险、追赃挽损、维护稳定

结合起来，防止引发次生风险。 三个效果】

* *【泛亚】：近1679亿元，涉及13万多名集资参与人*
* *【e租宝】投资累计762亿余元，90余万人*
* *【红岭创投系：“网贷教父”周世平】：非法集资1395亿元，51.68万 集资参与人，造成近12万参与人本金损失163.88亿元。*

信访量高位攀升，上升5成【占信访量的 9%，第二大信访矛盾点】。

**非吸罪：“四性”特征**

**《审理非法集资司法解释》（2010年，2022年修订）**：

1. 未经有关部门依法**许可**或者借用合法经营的形式吸收资金；**【非法性】**
2. 通过**网络**、媒体、推介会、传单、**手机信息**等途径向社会公开宣传；**【公开性】**—2014年有修改
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；**【利诱性】**
4. 向社会公众即**社会不特定对象**吸收资金。（除却规定）未向社金公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。**【社会性】**—2014年有修改

例如潘剑锋为了在社会上吸纳资金，但为了逃避非吸罪，将其聘为法学院员工。虽然看似符合除却规定，但实际上在吸纳资金时面对的是社会不特定人，依然满足社会性特征。司法解释：将社会人员吸收为单位内部人员依然构成非吸罪。

另外，这四性特征较容易满足，导致大量社会危害性不那么大的行为被纳入非吸罪，非吸罪成为了非法集资的口袋罪，查案时能证明非法占有的目的就定集资诈骗，集资诈骗罪定不了的时候就定非吸罪。曾经P2P失败时，大量百姓上访静坐，为了安抚百姓，执法机关就以非吸罪将犯罪人控制，劝导百姓回家。（维稳压力）

对于民营企业家来说，“不融资等死，融资找死”，太容易触犯非吸罪了。

对于口袋罪，并非一废了之，而是进行限缩解释——

**刑事政策的“出罪口”**

《审理非法集资刑案的解释》第3条：“非法吸收或者变相吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金，可以免予刑事处罚；情节显著轻微的，不作为犯罪处理。”*（→不会带来巨大的维稳压力）*

**【“集资用途”**与**“能否及时清退”】**

《修十一》：“有前两款行为，在提起公诉前积极退赃退赔，减少损害结果发生的，可以从轻或者减轻处罚。”

* 最高检察院在2018年11月发布11项关于保护民营企业发展的执法司法标准中，异曲同工，也规定民营企业非法吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金，可以不起诉或者免予刑事处罚；情节显著轻微的，不作为犯罪处理。
* 上述司法解释为了防止将那些在形式标准上已经构成非吸罪的行为均入罪打击，将集资用途与能否及时清退并列地设置为追究责任的条件，这是从“后端”给该罪的限缩适用提供“出罪口”。

### （七）证券期货犯罪

“两高”：关于贯彻执行《关于办理证券期货违法犯罪案件工作若干问题的意见》有关问题的通知（法发[2012]8号）

“两高一部”、中国证监会《关于办理证券期货违法犯罪案件工作若干问题的意见》（证监发〔2011〕30号）：**“证券期货犯罪”**，指【11=3+8】个罪名

* **3个**：**欺诈发行**证券罪；违规披露、不披露重要信息罪；背信损害上市公司利益罪。
* **8个**：伪造、变造股票、公司、企业债券罪；**擅自发行**股票、公司、企业债券罪；内幕交易、泄露内幕信息罪；利用未公开信息交易罪；编造并传播证券，期货交易虚假信息罪，诱骗投资者买卖证券、期货合约罪，操纵证券、期货市场罪；背信运用受托财产罪。
* （**其他3个**罪）：提供虚假证明文件；出具证明文件重大失实罪；非法经营罪中的“非法经营证券、期货业务”。——规制的犯罪很宽，但在某些领域和证券相关。财产犯罪-金融犯罪-证券期货犯罪，犯罪等级不断提升。非吸的土壤就在于普通群众理财的渠道目前是存在问题的。

中办、国办：**《关于依法从严打击证券违法活动的意见》**（2021年7月6日）

【高规格文件】：资本市场历史上第一次以中办、国办名义联合印发打击证券违法活动的专门文件。

规定了七个方面、27条具体举措。

完善资本市场违法犯罪法律责任制度体系；贯彻实施刑法修正案（十一）；坚持“零容忍”要求，依法从严从快查处欺诈发行、虚假陈述、操纵市场、内幕交易、利用未公开信息交易以及编造、传播虚假信息等重大违法案件加大对发行人控股股东及实控人、违法中介机构及其从业人员等的追责力度。

**加大证券犯罪惩治力度——与新证券法联动修订：**【第二次握手】

**【四块内容】：**

* **欺诈发行；违规披露、不披露重要信息；操纵证券、期货市场犯罪；提供虚假证明文件。**
* 提高欺诈发行股票、债券罪，违规披露、不披露重要信息罪等资本市场违法犯罪的**刑罚**，加大**罚金**力度；
* 明确控股**股东**、**实际控制人**等“关键责任人”的刑事责任；
* 压实保荐人等**中介**机构的职责；
* 进一步明确对“幌骗交易操纵”“蛊惑交易操纵”“抢帽子交易操纵”等新型操纵市场行为追究刑事责任。【将司法解释第一条的（一）、（二）、（五）单列为第182条的（五）、（六）、（四）：升格

### （八）金融渎职类犯罪：6个罪名

* 背信运用受托财产罪；
* 违法运用资金罪：【“明天系”肖建华】
* **违法发放贷款**罪；
* 吸收客户资金不入帐罪；
* 违规出具金融票证罪；
* 对违法票据承兑、付款、保证罪。

### （九）外汇类犯罪

* 逃汇罪
* 骗购外汇罪（根据《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第一条的规定所增设的罪名。）

### （十）洗钱罪（第191条）

**第一百九十一条　【洗钱罪】为掩饰、隐瞒毒品犯罪、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、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益的来源和性质，有下列行为之一的，没收实施以上犯罪的所得及其产生的收益，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：**

**（一）提供资金帐户的；**

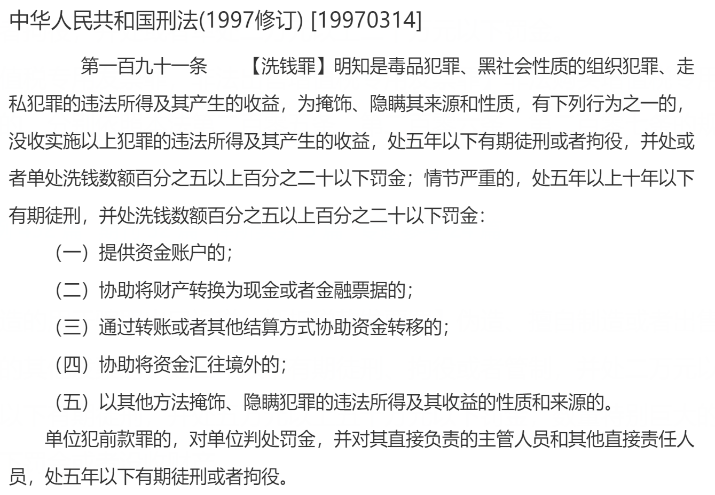
**（二）将财产转换为现金、金融票据、有价证券的；**

**（三）通过转帐或者其他支付结算方式转移资金的；**

**（四）跨境转移资产的；**

**（五）以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的。**

**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。**

下游犯罪：洗钱的演变

**（1）产生：毒品交易衍生**的怪胎

* 在20世纪80年代，每年全球毒品交易的非法收益达4000亿美元，约占国际贸易量的8%。【打击策略的改变】
* 贩毒集团的尴尬问题：

毒品交易所得的**纸币重量是毒品本身重量的10倍** → 警方或其他贩毒分子会盯上，极其危险 → 通过金融机构转变现金的物理形态。

将银行推上反洗钱的前线，通过公权力，强制让银行协助反洗钱工作。

**（2）发展：有组织犯罪**和**腐败犯罪**的必然选择

* 大规模有组织犯罪：再投资、扩大经营范围和从犯罪活动中再次获益。【第二桶乃至N桶“黑金”】
* 腐败犯罪：转移和漂白“脏钱”。

97刑法中洗钱罪的上游来源只有三个，而今是3（毒品、黑社会、走私）+ 1（修三 恐怖活动）+ 3（修六贪污受贿与金融犯罪）191条

不属于七类上游犯罪的洗钱应当如何定罪？→ 312条

洗什么钱：犯罪所得和**犯罪收益** → 犯罪所得是第一桶黑金，例如犯罪所得的钱开办工厂，而工厂收益就是第N桶黑金。

怎么洗钱：简单而言：洗钱的手段**4（列举）+1（兜底）**

→ 应该重视行为性质“掩饰、隐瞒”，黑钱进入流通状态，就是“漂白”，如果只是把现金藏起来就不是洗钱，行为手段或许没那么重要。

修十一将自洗钱纳入打击范围，也就是自己犯罪自己洗钱 ← 在此之前洗钱罪只打击帮助别人洗钱的犯罪人。

修十一将罚金限额删除，但并未导致法院的自由裁量权过大，罚金无限额反而导致法院不敢轻易判决。

前四个手段都是通过金融机构，与国际对接。

犯罪所得和犯罪收益的范围确定：对上游犯罪的定性就确定了洗钱的打击半径。

政治背景：“三反”：反洗钱、反恐融资和反逃税，洗钱罪的打击与国家安全关系密切；以及国际压力（FATF的最后通牒）。

## 六、金融诈骗罪（§5）

### （一）概述

1. 行为分类法。

2. 类罪名，下设8个个罪名。

3. 4个死罪：高层震怒（修八废三个，修九全废）。

### （二）“诈骗罪”罪名的归类

**诈骗**：虚构事实，隐瞒真相，使被害人陷入错误认识，而处分财产。

* 金融诈骗罪：包括8个个罪
* 合同诈骗罪：（第224条）
* 前两者有一定的竞合关系，因为金融活动基本都要订立合同，后者是前者的普通罪名。
* 单位如果实施贷款诈骗，适用合同诈骗。
* 骗取出口退税罪（第204条第一款）
* 骗购外汇罪；
* 诈骗罪（第266条）「普通诈骗罪」
* 其他非典型的罪名：虚假广告罪；虚报注册资本罪；虚假出资罪；欺诈发行证券罪等。

### （三）集资诈骗罪（第192条）

第一百九十二条　【集资诈骗罪】以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

单位犯前款罪的，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。

行为方式 → 范式：非法集资 + 诈骗罪的特征

**法定目的犯 → 以非法占有为目的：**

2010年《审理非法集资解释》第4条；2022年的第7条：一字不变

具有下列8种情形之一的，可以认定为“非法占有目的”【三大类】：

单单“集资款不能返还”不能成为非法占有目的的标准，一旦这样就成完全的客观归罪了。

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；

以前以“明知自己没有偿还能力依然进行集资”为标准，但这样的现象也是正常商业现象。

1. **肆意挥霍**集资款，致使集资款不能返还的；

【“肆意”：度的把握：大部分资金用于投资或生产经营，而将少量资金用于个人消费或霍，不应认定】

1. **携带**集资款**逃匿**的；

逃匿必须与携款联系。逃匿可能出于躲债、筹资等多种原因，不应该纳入。只有携款潜逃的，才足以说明行为人具有拒绝返还集资款的主观目的。

1. 将集资款用于**违法犯罪活动**的；

从事高风险行业：例如将集资款用于买股票、高风险投资，抑或是将集资款用于建学校、捐款等个人行为，不在此列，而可以考虑适用第（2）条。

1. 抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金；
2. 隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，逃避返还资金的；
3. 拒不交代资金去向，逃避返还资金的；
4. 其他可以认定非法占有目的的情形。【“兜底”】

### （四）保险诈骗罪（第198条）

**特殊主体** → 投保人、被保险人或者受益人。

行为方式 → 刑法列举了5种诈骗的表现方式：

1. **保险标的** ← 虚构（不存在\与实际保险物之间质量与数量不符合）；
2. **保险事故**：

* \*未发生 → 编造；
* \*已发生 → 编造虚假的原因\夸大保险标的的损失程度；

1. **财保** ← 故意造成财产损失的保险事故；
2. **人保** ← 故意造成被投保人的死亡、伤残或者疾病。

**法条竞合：数罪并罚**

1. 实然规定（第198条第2款）：行为人在实施保险诈骗时，采取爆炸、投毒、放火等方法制造财保事故或者采取故意伤害、故意杀人等方法制造人保事故，同时构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。
2. 应然关系：理论是牵连犯，应定一罪，从一重处断。
3. 实然规定的背景：

* 在立法技术上：减少死刑条文；
* 规定数罪并罚，实质上对此罪还可以适用死刑；即使后罪不能适用死刑，数罪并罚后执行的刑罚也会更重。
* 如果不设置数罪并罚，那么我国的司法实践中，法官说理太薄弱，大量法官都不会描述罪数竞合的具体情形，被竞合的罪体现不出来。

**共犯：**

第198条第4款 保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。

保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人 + **故意提供**虚假的证明文件 + 为他人诈骗提供条件→保险诈骗的共犯（第198条第4款）。

【提供虚假证明文件罪】：承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务、保荐、安全评价、环境影响评价、环境监测等职责的中介组织的人员，故意提供虚假的证明文件，情节严重的行为：《刑法》第229条

【出具证明文件重大失实罪】

## 七、危害税收征管罪（§6）

我国刑法中的涉税犯罪：

（1）危害税收征收（第三章第六节）

（2）妨害发票管理（同上）

（3）税收职务犯罪（第八章和第九章）

### （一）刑事立法变迁

1. 1979年刑法典 → 第121条：违反税收法规，偷税、抗税，情节严重的，除按照税收法规补税并且可以罚款外，对直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役。

【特点】：规定空泛 + 2个罪名 + 法定刑轻。

2.1992年9月4日：《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》：

\* 细化了偷税罪和抗税罪 → 1997年的刑法典基本沿袭和保留；

\* 增设一个罪名：骗取出口退税罪。

3.1995年10月30日：《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》：

\* 立法目的：为了惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票和其他发票进行偷税、骗税等犯罪活动，保障国家税收；

\* 将发票分为三类（增值税专用发票；用于骗取出口退税、抵扣税款发票；普通发票），并且大幅度地增设罪名1997年的刑法典基本沿袭和保留。

4. 1997年的刑法典：

\*基本沿袭和保留上述2个补充规定：法典编纂性质；\*共12个罪名→ 4个税收征收的罪名 +8个发票类罪。

5.《刑法修正案（七）》（2009年2月）：

\* 对“偷税罪”的大幅度修改。

6.《刑法修正案（八）》（2011年2月）：

1、【“减法”】发票类犯罪：废除2个死罪（虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪；伪造、出售伪造的增值税专用发票罪）；

2、【“加法”】增设“虚开发票罪”、“持有伪造的发票罪”。

7. 一系列的立法、司法解释：

\* 2005年12月《关于<中华人民共和国刑法>有关出口退税、抵扣税款的其他发票规定的解释》【**立法解释**】：刑法规定的“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，具有出口退税、抵扣税款功能的收付款凭证或者完税凭证。【“海关代征增值税专用缴款书”是否属于发票？发票的含义进行适当的扩大：采用**“功能说”**而非“称谓说”】

\* 2002年9月《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

\* 2002年11月5日《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》。

### （二）逃税罪（第201条）

1. 称谓：偷税罪（97刑法）

2. **97刑法**规定的行为方式 → 列举式：

（1）账簿、记账凭证：

* 1. 伪造、变造、隐匿、擅自销毁；
  2. 多列支出 / 不列、少列收入。

\* 这两种偷税行为只适用于**企业**，而非个人。

（2）纳税申报：

* 1. 税务机关（书面）通知申报而拒不申报；
  2. 虚假的纳税申报。

**3.《修（七）》将第201条修改为：**

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，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。

扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额较大的，依照前款的规定处罚。”

对多次实施前两款行为，未经处理的，按照累计数额计算。

有本条第一款行为，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，并且接受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，五年内曾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除外。

【解读】：

**（1）行为方式的变化**：列举式 → 采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报。

* “虚假纳税申报”：纳税人或者扣缴义务人向税务机关报送虚假的纳税申报表、财务报表、代扣代缴、代收代缴税款报告表或者其他纳税申报资料，例如：提供虚假申请，编造减税、免税、抵税、先征收后退还税款等虚假资料等。
* “不申报”

**（2）入罪标准的变化**：删去偷税罪的具体数额标准，由“死数额”（1万元以上）改为“数额较大”（司法解释为5w元以上）。

* 在经济生活中，偷逃税的情况很复杂，同样的偷税数额在不同时期对社会的危害程度不同，在刑法中对偷税罪的具体数额标准不作规定，由司法机关根据实际情况作出司法解释并适时调整。

**（3）罚金的数额**：

偷税数额1倍以上5倍以下罚金【倍比罚金制】→ 罚金【无限额罚金：立法思路如同“修八”对食品安全罪名的修改】。

**（4）增加“不予追究刑事责任”情形**

* 偷税**初犯**者 + 补缴应纳税款 + 缴纳滞纳金 + 接受行政处罚。【范冰冰、郑爽】
* 除却规定：“予以追究刑事责任”：五年内曾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。
* 立法目的：维护税收征管秩序，保证国家税收收入。对于偷税罪初犯者，经税务机关指出后积极补缴税款和滞纳金，履行了纳税义务，接受行政处罚的，可不再作为犯罪追究刑事责任，这样处理可以较好地体现宽严相济的刑事政策，更有利于巩固税源和扩大税基。
* 纳税人在**公安机关立案后再补缴**应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚的，**不影响刑事责任的追究**。

4. 几个相关的术语

**【漏税】**：**非法但不触犯刑法**。

漏税是指纳税人、扣缴义务人在出于**非故意**的情况下，没有缴纳或足额缴纳税款的行为，行为人并无逃避纳税的目的；而逃税则是一种故意行为，行为人往往出于不缴或者少缴税款的目的。因此，区分逃税与漏税的界限主要在于行为人的主观方面。

另外，由于逃税与漏税的性质不同，其所承担的法律后果也就有所区别。漏税是一般的税务违法行为，应由税务机关责令行为人限期补缴税款，并加收滞纳金；而逃税的性质要比漏税严重得多，逃税若达到法定定量标准，构成犯罪的，则应当由司法机关追究刑事责任。

**【避税】**：**合法**。

避税是指纳税人、扣缴义务人采用**合法的手段**不缴或少缴税款的行为。尽管逃税与避税都是不缴或者少缴税款的行为，但两者存在本质的区别：避税是行为人在纳税义务发生之前，通过选择合理的计税方法，如利用税收优惠政策投资，或者根据税法上的某些缺陷进行有利于自己的纳税选择，从而有意地减轻或者免除纳税负担。从法律性质上看，避税并没有违反税法规定，属于合法的行为。逃税则是国家法律所禁止的。

* 深改组（2017年4月18日）：完善我国“三反”（反洗钱、反恐怖融资、反逃税）监管体制机制。
* 国务院办公厅《关于完善反洗钱、反恐怖融资、反逃税监管体制机制的意见》（2017年9月）：27条具体措施。

### （三）发票类犯罪（8 + 2 罪名）

**【立法价值】：以票管税。**

发票类犯罪实际上是逃税、骗取出口退税的先前行为和准备阶段。但鉴于逃税、骗取出口退税一旦具体实施和完成，就会对国家税收造成极大的危害，故需要把保护阵地前移，实行“**构成要件的前置化”**，将发票类犯罪单独犯罪化。这意味着行为人在实施发票类犯罪时，就可以提前收网打击，而不必等到其从事具体的逃税、骗取出口退税行为，体现出明显的立法意义和司法价值。

在我国实行“**以票管税**”的传统税收管理体制的背景下，为了保障国家税收，我国刑法从1995年起设置了发票类罪名体系。仅在表象上看，该体系中的罪名繁顼凌乱，但从学理的视角深入解析，可以发现潜在的规律特点。

立法者是以重点保护增值税专用发票为主线，在称谓为动宾词组的发票类犯罪之罪名结构中，对5种危害行为形态与3种行为对象之间进行多重的组合搭配，从而形成包括10个罪名的罪名体系，并且对5个罪名在罪状结构上采取选择性罪名的形式，从而使得刑法保护范围得以大幅度的拓宽。

（王新：《新解我国发票类的罪名体系》，载《政法论丛》2016年第2期。）

## 八、侵犯知识产权罪 （§7）

### 罪名体系

1.7个罪名【假冒注册商标幕；销售假冒注册商标的商品幕；非法制进、销售非法制造的注册商标标识罪；低冒专利幕：侵犯著作权界；销售侵权复制品票；侵犯商业秘密幕】 +“**为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪**”（《列十一》增设）

2.知识产权： 商标权+专利权+著作权+商业秘密。

3.为了强化对知识产权的刑法保护力度，《刑十一》将假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪、侵犯著作权罪、侵犯商业秘密暴等的法定最高刑，拔高到10年。1

## 九、扰乱市场秩序罪（§8）

### （一）罪名体系

1.13个罪名。

2.市场秩序：“兜底” （前七节之外的经济秩序）。

3.第221条“商业讲谤罪”【销害商业信誉、商品声誉罪】

4.法定刑：法定最高刑是无期徒刑，并且对全部罪名均规定罚金刑，还对部分罪名规定了没收财产。

### （二）合同诈骗罪（第224条）

第二百二十五条　【非法经营罪】违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：

（一）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；

（二）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；

（三）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；

（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

**1、时空特征：签订、银行合同的过程中。**

“合同”在市场经济领域内党映市场交易内容的合同，并不以典型的经济合同为限，但不包括与市场交易无关的各种合同或协议，诸如婚姻，收养等关系到身份的协议，以及由行政法、劳动法这等调整的行政合同，劳务合同等。

**2.危害方式 → 刑法列举了5种：**

（1）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同： --> 合同主体的诈骗：

（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 --> 合同担保的诈骗；

（3）没有实际履行能力的诈骗 →“钓鱼式”合同诈骗

（4） 收受后逃匿 → “硬式”合同诈骗；

（5）以其他方法骗取 → 兜底条款。

**3. 目的犯 → 以非法占有为目的。**

4.合同诈骗与合同纠纷之间的界限：

（1）是否采取欺骗手段；

（2）是否具有实际履行合同的能力；

（3）是否具有实际履行合同的行为；

（4）如何处置合同标的物；

（5）违约后是否具有承担责任的表现。

### （三）非法经营罪（第225条）

#### 1.定位：

投机倒把罪被废后细化的罪名；“**小口袋**”罪。

#### 2.危害方式

→ 前提条件：“**违反国家规定**”

\*《刑法》第96条：“国家规定”是指全国人大及其常委会制定的法律和决定，以及国务院制定的行政法规等。

\* 最高法院于2011年的《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》（法发[2011]155号）第2条：**对于违反地方性法规、部门规章的行为，不得认定为“违反国家规定”对被告人的行为是否“违反国家规定”存在争议的，应当作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示**。

“非法经营”→刑法列举了**4种方式**：

（1）未经许可 + 经营**专营、专卖物品**\其他限制买卖物品

\* 烟草专买品、食盐、外汇、珠宝、金银及其制品；

\* 棉花、贵重药材、化肥、农药、种子等。

（2）买卖 + 进出口许可证\进出口原产地证明\其他法律、行政法规规定的**经营许可证或者批准文件**

\* 从事某种进出口业务的确认性证明；

\* 征收差别关税和实行其他进口差别待遇的证明；

\* 经营特定业务或物品的证件或批文：准运证、森林采伐证、矿产开采证、野生动物狩猎证等。

（3）非法经营证券、期货、保险业务，或者**非法从事资金支付结算业务***【地下钱庄】*

\* 《刑法修正案》新设立的方式 + “修（七）”。

\* 未经国家主管部门批准。

\* 地下钱庄很容易就发展为洗钱罪的温床。

（4）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为：**兜底**条款

\* 非法买卖外汇；

\* 非法经营出版物；

\* 非法经营电信业务；

\* 违反国家在预防、控制突发传染病疫情等**灾害期间**有关市场经营、价格管理等规定，**哄抬物价，牟取暴利**。*【例如新冠初期哄抬口罩物价】*

具有“兜底”的性质，易于使非法经营罪在司法认定时呈现“口袋化”特征，故在理解和适用该项规定时，应秉持限缩的立场。

在前述最高法院[2011]155号通知的第3条，要求各级人民法院依法严格把握该项的适用范围：对被告人的行为是否属于该项情形，在有关司法解释**未作明确规定**时，**应当作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示**。这在实质上是适用该项规定的程序限制条件。

*【昌平区真实案例】：小产权房的处理（刑法第342条“非法占用农用地罪”）*

*地方政府的理解：未按照政府要求，是为“非法”，卖房行为，是为“经营”。但这并不合乎刑法。*

*之所以中央不会严打小产权房，主要出于维稳的目的，因而北京市即使向上级申请，也不太可能获得批准。可以考虑从漏税的方面考虑进行打击。*

**王力军无证收购玉米无罪案**

写进最高法2017年工作报告：最高法指令再审该案并改判，明确非法经营罪的界限，防止非法经营罪的扩张滥用。

2014年11月至2015年1月期间，王力军未办理粮食收购许可证、未经工商行政管理机关核准登记并颁发营业执照，擅自无证照违法收购玉米，将所收购的玉米卖给分库，经营数额21万余元，非法获利6000元。区检察院以非法经营罪提起公诉，巴彦淖尔市临河区人民法院于2016年4月15日作出刑事判决，以非法经营罪判处王力军有期徒刑1年，缓刑2年，并处罚金2万元。一审宣判后，王力军未上诉，检察机关未抗诉，判决发生法律效力。

2016年12月16日，最高法院依法作出再审决定，指令内蒙古巴彦淖尔市中级法院对本案进行再审。2017年2月13日庭审中，控辩双方一致认为，王力军的行为虽然违反当时的行政法规，但不具备与刑法第225条规定的非法经营行为相当的社会危害性和刑事处罚必要性。经审理，法院认为原审被告人王力军于2014年11月至2015年1月期间，没有办理粮食收购许可证及工商营业执照买卖玉米的事实清楚，其行为违反了当时的国家粮食流通管理有关规定**【具有行政违法性】**，但尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度，不具备与刑法第225条规定的非法经营罪相当的**社会危害性**和**刑事处罚的必要性**，不构成非法经营罪，原判决认定王力军构成非法经营罪适用法律错误。

最高法院认为，刑法第225条第（四）项是在前三项列举的三类非法经营行为具体情形的基础上，规定的一个兜底性条款，适用该规定应当特别慎重，相关行为需有法律、司法解释的明确规定，且要具备与前三项规定行为相当的社会危害性和刑事处罚必要性，严格避免将一般的行政违法行为当作刑事犯罪来处理。

#### 3. 入罪标准：情节严重

鉴于非法经营罪所侵害法益和行为类型的多样性，《刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（2022年）第71条对非法经营烟草、特定金融业务、外汇、出版物、国际或者港澳台电信业务、信息服务、无线电设备、电子游戏设备或者其专用软件、特定食品经营活动、发放贷款等特殊非法经营活动而设立追诉标准。

对于从事其他非法经营活动，则概括规定应予立案追诉的四种情形。

# 第五讲 侵犯公民人身权利、民主权利罪

## 一、罪名体系

犯罪客体：包括三类：人身权利，民主权利，婚姻家庭。

婚姻家庭：79刑法的8章类罪之一。

97刑法：37个罪名。

现在43个罪名。

## 二、故意杀人罪（第232条）

### （一）行为对象：有生命的人

1. **人**：

*动物（NO）→ 非法杀害珍贵、濒危野生动物罪（第341条）等。*

2. **有生命**：

（1）**生命的开始**：**独立呼吸说**\阵痛说\部分露出说\全部露出说\断带说\发声说*【胎儿诞生过程】*

* 未出生的胎儿：堕胎（不构成）。
* 为杀胎儿而杀孕妇：对母体的杀害。

（2）生命的**结束**：呼吸停止说 \ 脉搏停止说 \ 脑死亡说。

* 传统的观点：脉搏停止说。
* 医学上通行的死亡标准：脑死亡说。

3. *尸体：NO（侮辱、故意毁坏尸体、尸骨罪）*。

4. 误认为：对象不能犯之未遂。

### （二）危害行为：非法剥夺他人的生命

1. 非法性：

*行刑官\正当防卫\紧急避险（？）*。

2. 他人的生命：

*自杀（区别情形处理）*。

3. 剥夺行为：

*作为 +* ***不作为****（义务来源：宋福祥案）*。 [22spring\刑法总论\刑总笔记.docx](file:///D:\study%20materials\22spring\刑法总论\刑总笔记.docx)

宋福祥案

2003年6月30日晚，被告人宋福祥酒后回到家中，因琐事与其妻李霞发生争吵并厮打。李霞说：“三天两头吵，活着倒不如死了算了。”宋福祥说：“那你就去死吧。”或李霞在寻找准备自缢的凳子时，宋福祥喊来了邻居叶宛生对李进行规劝。叶走后二人又发生吵骂厮打。李又找来了自缢用的绳子。宋福祥意识到李要自杀，但却无动于衷，直到听到李踮脚用的凳子响声后，宋才起身过去，但却未采取任何措施，而是离开现场到一里以外的父母家中告诉自己父母，待其家人到时，李已经无法抢救而死亡。

### （三）主体：

已满14周岁不满16周岁的人（相对刑责能力人）；

【刑修十一】：已满12周岁不满14周岁的人，犯故意杀人罪，致人死亡，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任。

### （四）司法认定问题

#### 1. 安乐死

（1）合法化争论：76年美国加州 / 01年荷兰。

（2）1987年中国第一起安乐死案件：“但书”，无罪。

**中国安乐死第一案**

1986年6月，王明成59岁的母亲夏素文因肝硬变腹水昏迷，经医院多方抢救仍不见好转，院方表示已无回天之力。6月27日，夏素文病情加重，表现痛苦烦躁，喊叫想死。6月28日，夏素文昏迷不醒。在王明成再三要求并表示愿意签字承担责任后，主治医生蒲连升给夏素文开了100毫克复方冬眠灵，并在处方上注明是家属要求，并由护士注射。当日下午1时至3时，王明成见其母未死，便两次去找值班李医生，李医生又给夏素文开了100毫克复方冬眠灵，由值班护士赵某注射，后夏素文死亡。夏素文死后，汉中市公安局对此案立案侦查，儿子、医生以故意杀人罪被捕，法院最终宣告无罪案件审判后，安乐死第一次进入国人视野，该案件也被成为“中国安乐死第一案”。

原因：

* 1. 夏素文的主要死因为肝性脑病，冬眠灵仅加深了患者的昏迷程度，促进了死亡，被告的行为并非其死亡的直接原因。
  2. 我国现行刑法第十三条（原刑法第十条）部分规定：“侵犯公民的人身权利**但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。**”被告的行为虽然侵害了夏素文的生命权，但情节显著轻微，社会危害小，因此不构成犯罪。

#### 2. 《ICC罗马规约》：

灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪。

#### 3. 与自杀关联行为的认定问题：

（1）**相约自杀**：

* 自杀中均已死亡：不存在刑事责任问题。
* 各自自杀，他人已死，其中一人自杀未遂：NO（一般情形）

【若未遂一方有教唆行为呢？】

* 将他人杀死，本人却反悔而未自杀或自杀未遂：YES（从宽）。

（2）**教唆自杀**：他人无自杀意图，故意唆使他人自杀：有争论。

* *反邪教的规定中，这种情况可认定为故意杀人罪。*
* *包丽自杀案*

（3）**帮助自杀**：在明知他人已有自杀意图的情形下，为他人自杀提供便利条件的行为。

【我国刑法不处罚自杀。虽然帮助行为与自杀之间存在因果关系，也不能以故意杀人罪予以定性。但是，如果行为人基于自杀人的要求，而**亲手剥夺**了自杀人的生命，则这种受托杀人的行为符合故意杀人罪的构成要件，对受托的杀人者应以故意杀人罪论处。】

（4）**逼迫自杀**：

利用权势\经济\亲属关系上的优势 → 实质上是一种借被害人之手杀死被害人的情形，应以故意杀人罪论处。

（5）**致人自杀**：

* 先前行为不构成犯罪的：NO。
* 先前行为构成犯罪的：比较复杂。

标准：看行为人对他人自杀结果是否有故意？

NO：按照先前行为论罪，量刑考虑情节；

YES：**转化犯**（刑讯逼供）or 数罪并罚（伤害后逼迫被害人自杀的）

***随感：生命至上、无价***

### （五）法定刑与死刑的司法适用

1. **由重到轻**：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→极特别的立法例。

2. **情节较轻**：防卫过当杀人、义愤杀人、因受被害人长期迫害或虐待而杀人（受虐妇女综合症？）。

* ***蒋爱珍案：长期受人诬陷压迫而杀人***
* ***张扣扣复仇案：杀母仇人刑满释放，张扣扣将其杀害***

3. 被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任的，或者被告人有法定从轻处罚情节的：**一般不应判处死刑立即执行**。

* ***王书金、聂树斌案：冤假错案***

## 三、过失致人死亡罪（第233条）

### （一） 罪名称谓的变化：

过失杀人罪 → 过失致人死亡罪。

### （二）法条竞合：“本法另有规定的，依照规定。”

* 其他罪名（失火罪、交通肇事罪等）中包含过失致人死亡内容。
* 特别罪名 > 普通罪名。
* ***肖志军案：丈夫签字拒绝手术致孕妇死亡***

## 四、故意伤害罪（第234条）

第二百三十四条　【故意伤害罪】故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。

### （一）犯罪对象：有生命的人

1. 人：

* 兽（NO）：

*【清华学生用硫酸泼狗熊案】* → 故意毁坏公私财物罪（也有疑问，例如用硫酸泼狗熊的行为是否属于“毁坏”，狗熊这种活物是否属于“财物”？）

2. 有生命：

* 未出生的胎儿：NO；
* 为了伤害胎儿而去伤害母体：对母体的伤害。
* 尸体：NO（侮辱、故意毁坏尸体、尸骨罪）。

### （二）危害行为：非法损害他人的健康

1. 非法性（违法性）：医生 \ 竞技体育 \ 正当防卫 \ 紧急避险。

2. 他人的健康：自残（NO）——（战时自伤罪/诬告陷害罪）。

第二百四十三条　【诬告陷害罪】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，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。

第四百三十四条　【战时自伤罪】战时自伤身体，逃避军事义务的，处三年以下有期徒刑；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

3. 损害行为：作为 + *不作为（义务来源的认定）*。

4. 健康：人体组织的完整性 + 人体器官的正常功能。

### （三）危害结果：

* 1. 三种程度 → **轻伤 \ 重伤 \ 伤害致人死亡**。
* 最低是轻伤，不包括「**轻微伤**」。
  1. 轻微伤害：NO。
  2. 判断标准：
* 2014年“两高三部”《人体损伤程度鉴定标准》。
  1. 时空：受伤时的伤势VS治疗后的伤势 → **综合判断**。
  2. 精神损害是否纳入？
* 理论上：成立。
* 司法实践中：罕见。

对于未经公民本人同意摘取其活体器官的，或者摘取未满18周岁公民的活体器官的，依照刑法第二百三十四条有关故意伤害罪的规定或者第二百三十二条有关故意杀人罪的规定追究刑事责任；对于公民生前表示不同意捐献其人体器官而摘取其尸体器官的，依照刑法第三百零二条有关侮辱尸体罪的规定追究刑事责任。

### （四）主体：

已满14周岁不满16周岁的人（相对刑责能力人）。

【刑修十一】：已满12周岁不满14周岁的人，犯故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任。

### （五）主观方面：故意

故意的内容是否包括**对伤害程度的认识**？

* 司法实践中：唯结果论。

犯罪人下重手，但被躲过要害或是受害人身体结实，导致只受到轻伤，如何认定？

* 理论上：重伤的故意内容明显，只造成轻伤？

*【故意重伤（未遂）】*

*【2010年方舟子遇袭案：肖传国被认定为“寻衅滋事罪”（拘役5个半月）VS故意伤害罪】*

### （六）故意伤害与故意杀人（未遂）的界限

1. 相同点：危害结果（未死）+ 故意。
2. 区分标准：有争论（目的说\故意说\打击部位说）
   * 目的说：否认间接故意杀人（间接故意无目的）。
   * 打击部位说：认识标准是司法人员or行为人？
   * 通说：故意说 → **主观故意的内容**。
3. 故意的内容难以确定？

慎重起见：一般以故意伤害罪论处。

对行为人故意内容的判断，不能仅根据是否发生死亡结果来认定，而应该根据行为人在实施犯罪行为时的具体情况来认定，结合司法实践，应该着重考虑以下方面综合认定：

1. 作案工具
2. 打击部位
3. 案发起因：有无杀人动机
4. 行为是否有节制
5. 是否凭借一定的条件或者采取一定的措施
6. 两人事发前的关系
7. 是否实施积极救助行为
8. 行为人的供述

### （七）故意伤害致人死亡与故意杀人既遂的界限

1. 相同点：危害结果（死亡） + 故意。
2. 区分标准：主观故意的内容。

### （八）法条竞合：“本法另有规定的，依照规定。”

* 其他罪名（抢劫罪、绑架罪等）中包含伤害内容。
* 特别罪名 > 普通罪名。
* 转化犯：刑讯逼供\暴力取证\虐待被监管人员致人伤残 → 故意伤害罪定罪处罚。

## 间章、转化犯

转化犯：A行为 + B行为 = C行为

转化犯，是指在非法行为（含违法行为与犯罪行为）的实施过程中或者非法状态的持续过程中，由于出现了法律规定的行为、方法或者后果等转化条件，而使违法行为转化为犯罪或者是轻罪行为转化为重罪，并**以转化后的犯罪或重罪进行定罪处罚**的犯罪形态。

第133条：以危险驾驶罪为基础罪名的转化犯；

第144条：以生产、销售有毒、有害食品罪，以生产、销售假药罪为转化罪名的转化犯；

第149条：以生产、销售伪劣产品罪为基础罪名的转化犯；

第238条：以非法拘禁罪为基础罪名、以故意伤害罪和故意杀人罪为转化罪名的转化犯；

第241条：以收买被拐卖的妇女、儿童罪为基础罪名，以拐卖妇女、儿童罪为转化罪名的转化犯；

第242条：以聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪为基础罪名，以妨害公务罪为转化罪名的转化犯；

第247条：以刑讯逼供罪和暴力取证罪为基础罪名、以故意伤害罪和故意杀人罪为转化罪名的转化犯；

第248条：以虐待被监管人罪为基础罪名、以故意伤害罪和故意杀人罪为转化罪名的转化犯；

第253条：以私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪为基础罪名，以盗窃罪为转化罪名的转化犯；

第267条：以抢夺罪为基础罪名、以抢劫罪为转化罪名的转化犯；

第269条：以盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪为基础罪名，以抢劫罪为转化罪名的转化犯；

第292条：以聚众斗殴罪为基础罪名、以故意伤害罪和故意杀人罪为转化罪名的转化犯；

第333条：以非法组织卖血罪和强迫卖血罪为基础罪名、以故意伤害罪为转化罪名的转化犯；

第355条：以非法提供麻醉药品、精神病药品罪为基础罪名，以贩卖毒品罪为转化罪名的转化犯；

第384条：以挪用特定款物罪为基础罪名、以挪用公款罪为转化罪名的转化犯。

### （九）特别加重处罚事由：

处10年以上有期、无期徒刑或死刑。

* 致人死亡；
* 以特别残忍手段 +致人重伤造成严重残疾。

## 五、过失致人重伤罪（第235条）

（一）罪名的称谓：过失致人伤害罪？

（二）伤害的程度：**重伤**

## 六、强奸罪（第236条）

### （一）罪名称谓变化：

* 1997年12月最高法：强奸罪与奸淫幼女罪均是独立罪名。
* 2002年3月两高：《关于执行<中华人民共和国刑法>确定罪名的补充规定》取消了奸淫幼女罪罪名，统称“强奸罪”。
* 日本和台湾叫做强制性交罪，于是可以把犯罪对象为男性的犯罪囊括进来。

### （二）犯罪对象：

（1）法定的：妇女 \ 幼女（不满14周岁）。

（2）男性：NO ← 从字面分析。*【故意伤害罪】*

### （三）犯罪主体：男性

妇女 → **共犯**（教唆犯\帮助犯）。

女性不能是强奸罪的实行犯，不能是正犯。

### （四）客观方面

本质属性：违背妇女的意志（三不主义）

1. 暴力：不能抗拒 → 殴打、捆绑、卡颈、堵嘴等。
2. 胁迫：不敢反抗 → 威胁\恫吓\精神上强制。
3. 其他方法：不知反抗 → 趁被害妇女熟睡\患重病\利用或者假冒为被害妇女治病\将被害妇女灌醉或者麻醉\药物刺激。

* 之前，最大限度反抗 → 合理限度反抗，被害女性要用身体表达自己的不同意。
* 但这样对女性的保护不够，如今发展出“No means no”，但依然无法涵盖第三种，于是又出现沉默也等同于不同意。
* 丈夫教唆朋友与自己的妻子发生关系，欺骗朋友说自己的妻子拒绝意味着兴奋，于是朋友与其发生关系。法院认为，朋友不构成强奸罪，丈夫是强奸的教唆犯。
* 张三强奸李四后，两人同居/结婚。
* 张三、李四约好在A地方发生性关系，最后在B地方发生关系。

前两种行为从强制性的层面，明显地反映出“违背女性的性意志”，具有**形式上的认定价值**；至于“其他手段”，则带有“兜底”的意义，具有**实质的认定价值**，要求不能仅以被害女性有无反抗表示作为认定的必要条件，而应考察被害女性是否给予**“真正的同意”**。

* 奸淫幼女 → 刑法并不要求“三不”。

无论被害幼女是否同意，与之发生性交即以强奸论。

**《国际刑事法院（ICC）罗马规约》**

【性暴力】：六种具体的表现形式：强奸、性奴役、强迫卖淫、强追怀孕、强迫绝育、严重程度相当的任何其他形式的性暴力。构成灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪。

【强奸】：行为人侵入某人身体，其行为导致以性器官不论如何轻微地进入被害人或行为人身体任一部位，或以任何物体或身体其他任何部位进入被害人的肛门或生殖器宫。其中“侵入”以武力实施，或以针对该人或另一人实施武力威胁或强制手段。

【特征：在强制的情形下，实施具有性的性质之身体性侵入】

【被害人的非真正同意】

加害人的性器官 进→入 被害人或行为人身体任一部位；

被害人的肛门或生殖器宫 被←进入 任何物体或身体其他任何部位。

### （五）主体：

已满14周岁不满16周岁的人（相对刑责能力人）。

### （六）主观方面：故意

#### 1.目的犯？：奸淫的目的

* + 条文无规定。
  + 实务：要求具有。
* 若不以奸淫为目的，而是以搂抱、抠摸、吸吮妇女等性交以外的行为满足其性欲的，不能构成强奸罪；若构罪，以强制猥亵、侮辱罪论处。

第二百三十七条　【强制猥亵、侮辱罪】以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵**他人**或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或者拘役。

聚众或者在公共场所当众犯前款罪的，或者有其他恶劣情节的，处五年以上有期徒刑。

修九前，条文为强制猥亵妇女，后来将“妇女”改为“他人”，意味着不限制犯罪对象的性别，这似乎也预示着未来强奸罪也能修改为强制性交罪。

露阴癖、窥阴癖也是强制猥亵罪？显然不是，要有“三不”。

通过网络强制猥亵？可以。

广西“副教授精液治病”案

【马林，是广西医科大学第一附属医院“副教授”，认为人体精液可以治病，利用由其本人的精液、酒精、去炎松软膏、红霉素和生理盐水五种物质组成独家秘方，开始免费治疗妇科疾病。】

2010年8月，马林开始了对彭花的治疗。问诊后，马林认为彭花脾虚且患有盆腔炎症，在工作室里对她进行了两次治疗。

同月25日，马林又在该房内帮彭花按摩治疗。彭花表示，她在治疗后起身上厕所，发现阴部除有黄色药膏外，还有乳白偏黄像精液的液体，便质问马是否对其性侵，遭否认，向警方报案。二审判决称，马林让彭花躺到其自制的治疗床上后，以给彭花的阴部按摩治疗为由，欺骗彭花并强行将其精液放进彭花的阴道内，强行对彭花实施猥亵。经DNA检验，彭花的阴道分泌物中被检出其精斑。

一审法院判决马林犯强奸罪，判处有期徒刑4年。

南宁市中级法院终审改判：强制狠亵妇女罪，判处有期徒刑3年。

#### 2.奸淫幼女：

* **明知**是不满14周岁的幼女。
* 03年之前：客观主义。
* 03年1月最高法院《关于行为人明知是不满14周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》：“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，均应依照刑法第236条第2款的规定，以强奸罪处罚；行为人**确实不知**对方是不满14周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。”→引起大争论

**负有照护职责人员性侵罪（第二百三十六条之一）**

对已满14周岁不满16周岁的未成年女性负有监护、收养、看护、教育、医疗等**特殊职责**的人员，与该未成年女性发生性关系的行为。

* 《刑法修正案（十一）》新设立的罪名。

《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》

【“两高”“两部”（2013年10月23日）】

* **知道**或者**应当知道**对方是不满14周岁的幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人**“明知”**对方是幼女。
* 对于不满12周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。
* 对于已满12周岁不满14周岁的被害人，从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。

### （七）实务认定：

**1. 强奸既遂与未遂的认定标准：**

* 奸淫幼女：接触说。
* 强奸妇女：插入说（√）*VS 射精说*。

**2. 婚内强奸行为（丈夫能否成为强奸罪的主体）：**

* 理论上：可以（只要违背妻子的意志）（HK）。
* 教唆、帮助他人强奸妻子：YES。
* 误认为：打击错误之未遂【案例】。
* 在我国：有条件承认（婚姻关系非正常存续期间）。

### （八）加重处罚事由：

法定6种情形：处10年以上、无期徒刑或死刑

* 强奸妇女、奸淫幼女多人（3人以上）的：不并罚。

轮奸：一个既遂、一个未遂，如何处理？

* 致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。

→ 在强奸后为了灭口而故意实施杀人或者伤害行为的，实行**数罪并罚**。

## 七、绑架罪（第239条）

第二百三十九条　【绑架罪】以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处十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，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

犯前款罪，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，依照前两款的规定处罚。

### （一）危害行为方式：

1. 典型的绑架：以暴力、胁迫或者其他方法，劫持被害人，并置于行为人的直接控制之下，使其丧失人身自由（绑架行为实际上包含了非法拘禁的内容）。

*→ 这也是绑架罪处于“侵犯公民人身权利、民主权利罪”章节中的原因。*

* + 掳人勒赎；
  + 绑架他人作为人质。

2. 非典型的绑架：以勒索财物为目的 + 偷盗婴幼儿。

### （二）指向的对象：

第三人 → 被绑架人、人质的近亲属或其他人（自然人、单位、国家）。

### （三）法定的目的犯：

1. 以**勒索财物**为目的：掳人勒赎 + 偷盗婴幼儿。

* 绑架与勒索财物的关系：相互依存。
* 只有绑架，而没有勒索财物的行为 → 不能构成绑架罪，可以非法拘禁置或者拐卖妇女、儿童论处；
* 绑架和抢劫都是通过威胁人身来索财，但绑架有三方，而抢劫仅有两方。被抢劫人几乎完全没有意志自由，不同于敲诈勒索。
* 仅以威胁性语言勒令交付财物，而没有绑架他人的行为 → 不能构成本罪，可以敲诈勒索罪论处。

2. 作为**人质**：出于政治性和其他日的绑架他人。

### （四）主体：已满16周岁的人（完全刑责能力人）

第17条第2款 已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪的，应当负刑事责任。

* *？已满14周岁不满16周岁的人（相对刑责能力人）？*

1. *法定8罪（第17条第2款）中：绑架罪 → NO。*
2. *绑架中又言“撕票”：立法漏洞与实践需求之矛盾。*

* **实然规定**
* 第239条第1款：“撕票”→ 犯本罪，杀害被绑架人的，处死刑（**定绑架罪**）。
* 第17条第2款：法定8罪中没有绑架罪。
* **学理结论**：相对刑事责任能力人“撕票”→ 不构成犯罪。
* 【矛盾点】：实践需求要定罪 → 怎么办？
* 【出路】：重新解释第17条第2款：

**（1）**最高法院刑一庭审判长会议（2001年）：

* 第17条第2款中的“故意杀人”泛指犯罪行为，而不是故意杀人这一罪名，这不是任意的扩张解释，符合立法本意。
* “撕票”是绑架和故意杀人2个行为的结合。因而可以以故意杀人罪进行追责。
* 但是如前所述，“撕票”明明应该定绑架罪而不能定故意杀人罪啊？

**（2）人大法工委**（2002年7月24日答复最高检的意见）：

* 法定8罪：是具体犯罪行为，而不是具体罪名
* 结论：**应当追究**，并未指出具体罪名。

（3）最高法的司法解释：（二分法）

* 相对刑责能力人撕票：故意杀人罪；（最高检不认可，**认定绑架罪**）
* 完全刑责能力人撕票：绑架罪。

（4）现在：都定绑架罪。

### 《刑法修正案》对第239条的二次修改

* 《刑法修正案（七）》第6条：以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处十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**五年**以上十年以下有期徒刑，并处罚金。
* 《修九》第14条：绝对死刑之立法变化：“犯前款罪，**致使**被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。”→“犯前款罪，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，依照前两款的规定处罚。”

**【北京科技大学学生黎立的案件】**

媒体和检察院批捕时公开的事实：

2009年7月12日，北京科技大学学生黎某向校内的中国银行职员递进纸条，上面写着“我包中有一个复合型雷管，如不交出10万元钱，就将此处夷为平地”。

该工作人员看完字条后随即按响警报器。黎立见状，然后掏出一把折叠刀，挟持了在一旁取钱的一位女生，把刀架在她的脖子上，大声要求银行立即把钱放进他带来的塑料袋中，否则就要伤害人质。在与他人拉扯时，他又拿出一个塑料瓶，声称里面装有浓硫酸，没人再敢上前。在此情况之下，银行职员表示愿意交出钱，开始点钞，并且将10万元现金放入塑料袋中。后来被抓获。

检察院批捕科：以抢劫罪批捕；

海淀区检察院起诉时认定的事实：

2009年7月12日中午，北京科技大学2003级学生黎某潜进本校一中国银行内，突然拿出一把刀，劫持一名正在办理储蓄业务的女孩，用刀抵住女孩的脖子，要求银行工作人员“拿钱”。为了保证人质安全，银行只好拿出10万元钱交与犯罪嫌疑人，后嫌疑人逃出银行。5个小时后，公安人员在学校附近一家超市门口将其抓获。

检方：第239条绑架罪。→ 体恤贫穷大学生

法院：未认定检方的绑架罪指控，以第263条抢劫罪判处黎立有期徒刑10年。

法律适用：2005年最高院关于“两抢”的司法解释规定：“绑架过程中又当场劫取被害人随身携带财物的，同时触犯绑架罪和抢劫罪两罪名，应择一重罪定罪处罚。”

### 绑架罪与抢劫罪的区分

行为对象的不同，是区分两罪的主要界限。

* 在客观方面，两罪都表现为以暴力、胁迫等手段强取他人的财物。
* 绑架罪的行为人是以被绑架人或婴幼儿的安危为要挟，以此为“桥梁”来勒赎第三人，在行为对象中呈现出与第三人（知道被绑架人被强行控制的事实）的**“三角”**互动结构；
* 在抢劫罪中，行为人是当场对被害人施加暴力或者威胁而强行取财，其所要挟的被害人和劫财行为的指向对象具有同一性，即行为人与被害人是**“一对一”**的互动结构。

## 八、涉及拐卖妇女、儿童的犯罪

* 将妇女、儿童：商品化、工具化和奴役化。
* 文明社会的现代奴隶制。

涉拐卖妇女、儿童的罪名：

* 拐卖妇女、儿童罪；

收买被拐卖的妇女、儿童罪；

聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪。

* （渎职罪）不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪（第416条第1款）：不作为的继续犯？

阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪（第416条第2款）

### 拐卖妇女、儿童罪：源头罪名

### （一） 危害行为方式：

* 6种：拐骗\**绑架**\**收买**\贩卖\接送\中转（妇女、儿童）；
* 以出卖为目的 + **偷盗婴幼儿**。（拆分1991年的偷盗婴幼儿罪）

### （二）犯罪对象：妇女、儿童

* 非“人口”；（旧刑法第141条：拐卖人口罪）
* 儿童：不满14周岁的人 → 儿童。
* 妇女：中国国籍的妇女 / 外国国籍和无国籍的妇女（至于被拐卖的妇女是否具有身份证明，或者是否属于女性亲属、具有从事卖淫活动等特殊身份，并不影响）
* 出卖14周岁以上女性亲属 \ 亲生子女 \ 强抢的、捡拾的儿童以及以抚养为目的偷盗婴幼儿或者拐骗儿童：以非法获利为目的

→ 拐卖妇女、儿童罪。

### （三）法定的目的犯：以出卖为目的

* 勒索财物、成婚、收养、奴役、强迫卖淫等：涉嫌构成绑架罪、拐骗儿童罪等其他犯罪；
* 是否获利：不影响成立。

### （四）加重处罚事由：8种

**处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，情节特别严重的，处死刑。**

* + 拐卖、妇女、儿童3人以上：连续拐卖同一个妇女、儿童3次以上的，不应计入拐卖的人数。
  + 奸淫被拐卖的妇女：不并罚。
  + 以出卖为目的 + 使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童：《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》曾单独设立绑架妇女、儿童罪，现纳入拐卖妇女、儿童罪，作为加重处罚事由，不再单独定罪。
  + 以出卖为目的 + 偷盗婴幼儿。

【其源于1997年《刑法》对过去“偷盗婴幼儿罪”的拆分，具有鲜明的刑事立法沿革的痕迹。以该罪关于“以出卖或者勒索财物为目的”之主观目的为标准，1997年《刑法》拆分该罪，将“以出卖为目的偷盗婴幼儿”列为拐卖妇女、儿童罪的情形之一。绑架罪中的偷盗婴幼儿，但两者的主观目的完全不同，后者要求以勒索财物为目的。但是，从该种情形的结构和危害性看，其应属于基本的行为类型，无须将其列入本罪的加重处罚事由。】

* 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：

【如果行为人在拐卖妇女、儿童的过程中，故意杀害或者伤害妇女、儿童，或者为了排除拐卖的妨碍而故意杀害、伤害被拐卖人的亲属的，则不能适用该加重处罚事由，应以拐卖妇女、儿童罪与故意杀人罪实行数罪并罚。】

[公安部公布“打拐”专项行动十大典型案例 （www.gov.cn）](http://www.gov.cn/govweb/fwxx/sh/2011-04/02/content_1836946.htm)

### 收买被拐卖的妇女、儿童罪

第二百四十一条　【收买被拐卖的妇女、儿童罪】收买被拐卖的妇女、儿童的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

【强奸罪】收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。

【非法拘禁罪】【故意伤害罪】【侮辱罪】收买被拐卖的妇女、儿童，非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，依照本法的有关规定定罪处罚。

收买被拐卖的妇女、儿童，并有第二款、第三款规定的犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

【拐卖妇女、儿童罪】收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照本法第二百四十条的规定定罪处罚。

收买被拐卖的妇女、儿童，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。

* **故意犯**：明知是被拐卖的妇女、儿童而予以收买，如果行为人确实不知道对方是被拐卖的妇女、儿童，则不能构成本罪。
* **行为人不是以出卖为目的**：一般表现为行为人欲与被收买者建立婚姻家庭关系或者其他稳定的社会关系，这是本罪与拐卖妇女、儿童罪的重要区分界限。反之，行为人以出卖为目的而收买，则收买行为是拐卖妇女、儿童的一个中间环节，应根据《刑法》第241条第5款，以拐卖妇女、儿童罪定罪处罚。
* 第241条第2款和第3款：行为人收买被拐卖的妇女、儿童，强行与其发生性关系的，或者非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，应分别以强奸罪、非法拘禁罪、故意伤害罪、侮辱罪等论处；
* 第241条第4款：行为人收买被拐卖的妇女、儿童后，又进行强奸、故意伤害、非法拘禁、侮辱，或者组织、强迫卖淫或者组织乞讨、进行违反治安管理活动等，构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

→ 哪怕在刑法里没有2、3、4款，也应该按此定罪处罚，而将其明确规定出来，更应该进行体系性思考。

* 1997年《刑法》第241条第6款：“按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任。”该款实质上是在本罪构成要件之外增设的、为限制本罪处罚范围而提升行为可罚性的客观处罚条件。
* 《刑法修正案（九）》修改为：“收买被拐卖的妇女、儿童，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，可以从轻处罚；对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以从轻或者减轻处罚。
* 修改旨趣：为了铲除“买方市场”，从源头上遏制和严厉打击拐卖妇女、儿童的犯罪分子。
* 法定刑：3年以下、拘役或者管制：是否应修改？ → 未来可能增加至五年，或者再加一档，但不会买卖同罪（收买者是为了建立稳定家庭关系，与拐卖者的主观恶性不同）。
* 容易陷入的误区：将拐卖妇女儿童、收买妇女儿童全部归咎于刑罚过轻，而忽视了背后根本上的社会问题。

## 间章、针对儿童犯罪的罪名归类：

儿童：

* 不满1周岁的 → 婴儿；
* 1周岁以上不满6周岁的 → 幼儿；
* 不满14周岁的人 → 儿童。

1. 以勒索财物为目的 + 绑架儿童\偷盗婴幼儿 → 绑架罪；
2. 以出卖为目的 + 偷盗婴幼儿\6种行为：儿童 → 拐卖儿童罪；
3. 猥亵（目的） → 猥亵儿童罪；（无需强制手段）
4. 奸淫（目的） → 强奸罪（奸淫幼女：从重处罚）（奸淫不满10周岁的幼女或者造成幼女伤害的：《刑修案十一》新增加重处罚事由）
5. 为了收养、传唤或者奴役 → 拐骗儿童罪；
6. 雇用童工从事危重劳动罪：未满16周岁 → 未成年人；
7. 组织残疾人、儿童乞讨罪；
8. 组织未成年人进行违反治安管理活动罪。

## 九、侮辱罪、诽谤罪（第246条）

第二百四十六条　【侮辱罪】【诽谤罪】以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。

通过信息网络实施第一款规定的行为，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。

### （一）犯罪对象：他人的（人格尊严和名誉权利）

* 必须是**特定的人**：可以是一人，也可以是数人；
* 不针对特定的人，而是没有特定对象的辱骂\诽谤（“喊大街式”谩骂）：则不构成本罪；
* 侮辱尸体：侮辱尸体罪论处。

### （二）危害方式：

**1. 侮辱**：**公然侮辱**（在众多的人面前实施）

* **暴力侮辱**：以强制方法来损害他人的人格、名誉，例如当众剥光他人的衣服、以粪便泼人、强剪头发、强迫他人戴高帽游行等。

对妇女实施具有性性质的暴力侮辱行为，涉嫌构成强制侮辱罪。 → 侵害性自治权，而非人格尊严。

* **言语侮辱**：以言语对被害人进行嘲笑、辱骂。
* 文字侮辱：以大字报、小字报、漫画等形式侮辱。
* 肖像侮辱：对被害人的照片、画像等涂划、玷污、践踏、毁损。

**2. 诽谤**：**捏造** + **散布**虚构的事实

（1）捏造：诽谤的内容完全是无中生有、凭空捏造的。

（2）散布：

* 言语散布：以口头语言的方式散布；
* 文字散布：以报刊、书信、出版物或者图画。
* 信息网络：“工具属性”和“公共属性”：*（公器）*

《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》

（“两高”：2013年9月）

第一条 具有下列情形之一的，应当认定为刑法第246条第1款规定的“捏造事实诽谤他人”：

（一）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）将信息网络上涉及他人的原始信息内容篡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。

第二条 利用信息网络诽谤他人，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第246条第1款规定的“情节严重”：

（一）同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上，或者被转发次数达到五百次以上的；

（二）造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的；

（三）二年内曾因诽谤受过行政处罚，又诽谤他人的；

（四）其他情节严重的情形。

第三条 利用信息网络诽谤他人，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第246条第2款规定的“严重危害社会秩序和国家利益”：

（一）引发群体性事件的；

（二）引发公共秩序混乱的；

（三）引发民族、宗教冲突的；

（四）诽谤多人，造成恶劣社会影响的；

（五）损害国家形象，严重危害国家利益的；

（六）造成恶劣国际影响的；

（七）其他严重危害社会秩序和国家利益的情形。

### （三）入罪标准：

情节严重 → 手段恶劣、后果严重：

* 导致被害人自杀、精神失常等；
* 给被害人剃阴阳头、挂破鞋并强行游街示众；
* 造成其他恶劣的政治影响和社会影响等。

### （四）告诉才处理

1. 自诉案件：告诉才处理，是指被害人直接向人民法院告发的，法院才受理；被害人没有直接向人民法院告发的，法院则不受理。

2. 例外：除**严重危害社会秩序和国家利益**的以外。

杭州“取快递女子被造谣出轨案”：

诽谤罪（严重扰乱网络社会公共秩序），判一缓二。

《修正案（九）》在第246条增加一款作为第三款：“通过**信息网络**实施第一款规定的行为，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、刑讯逼供罪

第二百四十七条　【刑讯逼供罪】【暴力取证罪】**司法工作人员**对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。

第二百四十八条　【虐待被监管人罪】**监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员**对被监管人进行殴打或者体罚虐待，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。

监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人的，依照前款的规定处罚。

转化犯的规定：包括暴力取证罪、虐待被监管人罪

第247条：以刑讯逼供罪和暴力取证罪为基础罪名、以故意伤害罪和故意杀人罪为转化罪名的转化犯；

第248条：以虐待被监管人罪为基础罪名、以故意伤害罪和故意杀人罪为转化罪名的转化犯；

1. 法定条件：致人伤残、死亡的。

2. 处理：以故意伤害罪或者故意杀人罪从重处罚。

## 十一、私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪

1. 犯罪主体：**邮政工作人员** → 国家邮政事业管理部门的营业员、发行员、分拣员、投递员、接发员、押运员以及受邮政部门委托的代办员、分邮员。

2. 转化犯：私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪 + 窃取财物的 → 以盗窃罪论处。

第253条：以私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪为基础罪名，以盗窃罪为转化罪名的转化犯；

*\* 旧刑法：以贪污罪论处（？），因为曾经邮政工作人员是国家工作人员。*

## 十一、暴力干涉婚姻自由罪

1. 犯罪客体 → 婚姻自由：结婚自由和**离婚**自由。
2. 危害方式：暴力性 + 干涉

* 强迫他人与自己结婚；
* 强迫他人与他人结婚；
* 强迫他人不与他人结婚；
* 强迫他人与自己离婚；
* 强迫他人与他人离婚；
* 强迫他人不与他人离婚。

1. 暴力性致使被害人死亡

* 过失致使被害人死亡：本罪的加重处罚事由；
* 故意致使被害人死亡：并罚。

1. 告诉才处理

* 自诉案件：告诉才处理。
* 例外：犯本罪，致使被害人死亡。

# 第六讲 侵犯财产罪

## 一、罪名体系概述

1. 贪污罪被移出本章

2. 罪名体系：12 + 1个罪名

3. 学理分类：

* “占有型”：抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、聚众哄抢罪、侵占罪、职务侵占罪、敲诈勒索罪（8个）；
* “挪用型”：挪用资金罪、挪用特定款物罪；
* “毁坏型”：故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪；
* “拒不支付劳动报酬罪”（第276条之一）。 [“修八”增设][归类？ ]

侵犯财产权，还是劳动权？是否放错了位置？是否应该放在强迫劳动罪里？

## 二、抢劫罪（第263条）

### （一）犯罪客体：复杂客体

1. 手段行为 → 侵犯人身

2. 目的行为 → **侵犯财产（√）**

* 早期司法解释：两个当场：当场使用手段，当场占有财物
* 绑架罪的目的行为除了侵财，还有政治目的（当作人质）

### （二）犯罪对象：财产

1. 房屋：NO；

* 早期观点 → 不动产转让登记生效，无法当场“占有”。
* 如果是把主人赶走，住进房屋内呢？

2. 毒品：YES；

3. 枪支、弹药、爆炸物：NO（特别罪名处理）。

### （三）手段行为方式：暴力、胁迫或者其他方法【三不境地】

1. 暴力：不能抗拒 → 针对被害人身体（殴打、围困、禁闭、捆绑、伤害、杀害）。

* 最狭义的暴力：对人行使有形力，直接或间接作用于人的身体，并达到了足以抑制对方反抗的程度。例如监禁就属于间接的暴力。
  + - 暴力的程度：无限制（从最轻到最重）。
    - 是否包括故意杀人？之前有争论。

2001年5月22日最高人民法院

《关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》

【确立的标准→故意杀人行为是否为抢劫的手段】

“行为人为劫取财物而**预谋**故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人反抗而故意杀人的，以抢劫罪定罪处罚。”→ 以杀人为手段的抢劫行为应定抢劫罪。

“行为人实施**抢劫后**，为灭口而故意杀人的，以抢劫罪和故意杀人罪定罪，实行数罪并罚。”→ 故意杀人行为不是抢劫的手段。

2. 胁迫：不敢反抗 → 针对被害人的精神上强制

* 形式：明确的语言威胁/用动作或者示意威胁（摸兜/众人围困）
* 威胁的对象：是针对被害人本人【针对在场的被害人亲属或者其他有关人员】（？）
* 和绑架的区别？？

3.其他方法：不知反抗 / 丧失反抗能力 → 用药物麻醉、以酒灌醉、使用催眠术等

* 必须是行为人主动创造的，而非利用被害人自己所造成的熟睡、酗酒等状态而当场取得财物的，否则应当以盗窃罪论处。
* 调虎离山 / 把门锁上等（？）：

如果是打伤保安后逃跑，引诱保安追逐，同伙趁机潜入，可以认为是盗窃。

如果砸碎玻璃而使保安离开，趁机潜入取走财物，就不能认为是抢劫。

**网友见面案**

一男一女系网友，见面后男方邀请女方去开房，女方欣然前往。开房后，男方让女方去洗澡。

乘女方洗澡之机，把女方的钱包、手机，包括内衣内裤在内的所有衣服，都拿走了。

定性：男方是抢劫？

**罗翔讲解：**

这显然是标准的抢劫。

男的为什么要把她的全部衣服给拿走？因为一个人的全部衣服都拿走，一般人是不是不敢追的。

“拿走衣服”的探讨：设置障碍or压制反抗？

* 1. 趁其洗澡 + 拿走浴室外财物（可包括衣物）→ 盗窃
  2. 在其洗澡时 + 冲进浴室内当面夺走财物（可包括衣物）→ 抢夺
  3. 在其洗澡时 + 将浴室反锁 + 拿走浴室外财物（可包括衣物）→ 抢劫

### （四）目的行为：

强行占有公私财物（从被害人手中夺取 / 被害人被迫交出）

（台湾：强盗罪）。

张三生活窘困，想进监狱。他打了一辆出租车，本想抢劫司机，然后进监狱。但路上发现司机很可怜，不忍心下手，最后拿出刀将司机吓走，但他什么也没做。

### （五）转化型抢劫（“准抢劫罪”）（第269条）

【先前行为 + 主观条件 + 客观条件 = 抢劫罪】

**1. 先前行为：**法定的三种：盗窃、诈骗、抢夺。

* 罪质：盗窃、诈骗、抢夺罪（实然规定）。
* 行为说还是罪名说？→ 行为说。（折中说？）
* 2016年审理抢劫的“意见”：已经着手实施盗窃、诈骗、抢夺行为，一般不考察盗窃、诈骗、抢夺行为是否既遂。

只要行为人着手实行的盗窃、诈骗、抢夺行为，具有取得数额较大财物的危险性，行为人主观上具有盗窃、诈骗、抢夺数额较大财物的故意，不管是既遂还是未遂，无论所取得的财物数额大小，都符合“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的条件。

诚然，在我国，盗窃、诈骗、抢夺未遂的，不一定以犯罪论处。但是，这与本书的上述观点并不冲突。对于盗窃、诈骗、抢夺未遂的不追究刑事责任，只是司法实践限制处罚范围的一种做法，并不意味着盗窃、诈骗、抢夺未遂不属于刑法第269条规定的“犯盗窃、诈骗抢夺罪”。

根据本书的观点，客观上不可能有盗窃、诈骗、抢夺数额较大财物的情形，以及主观上没有盗窃、诈骗、抢夺数额较大财物的故意的情形，都不符合＂犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的条件。

**2. 主观条件：**法定的三种：

（1）“窝藏赃物”：防护已到的物不被追回；

（2）“抗拒抓捕”：抗拒公安机关或者任何公民，特别是失主对他的抓捕、扭送；（旧刑法： 抗拒逮捕）

（3）“毁灭罪证”：消灭作案现场上遗留的痕迹、物品等。

* + 若不是这三种目的：直接定抢劫罪 \ 故意杀人罪等。

**3. 客观条件** → **当场** **使用暴力**或者**以暴力相威胁**【“两个当场”之一（当场“取财”）】

（1）“现场”：过于狭窄；

（2）“场所”：过于空泛；

（3）“当场”：实施盗窃、诈骗、抢夺的现场，以及行为人刚离开现场即被他人发现并抓捕的情形。【2016年意见】

* + - 使用暴力：对于以摆脱的方式逃脱抓捕，暴力强度较小，未造成轻伤以上后果的，可不认定为“使用暴力”，不以抢劫罪论处。【2016年意见】【2009年出庭案件】
    - 并非简单的威胁，而是“以暴力相威胁”。

**4. 转化的结果**：“依照本法第263条的规定定罪处罚”

（1）定性：抢劫罪；

（2）量刑：抢劫罪的法定刑。

### （六）携带凶器抢夺的定性（第267条第2款）

1. “携带凶器抢夺的，依照本法第263条的规定定罪处罚。”【转化为抢劫罪】

2. 文意理解：打击面太宽：

* 若携带凶器并非为了犯罪：例如少数民族习俗；
* 若被害人根本未察觉其携带凶器。

3. 最高法院《“两抢”的意见》（2005年）第4条：

（1）“携带凶器抢夺”：行为人随身携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械进行抢夺 \ 为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为。

（2）行为人随身携带国家禁止个人携带的器械以外的其他器械抢夺，但有证据证明该器械确实不是为了实施犯罪准备的，不以抢劫罪定罪；

（3）行为人将随身携带凶器有意加以显示、能为被害人察觉到的，直接适用抢劫罪定罪处罚；

（4）行为人携带凶器抢夺后，在逃跑过程中为窝藏赃物、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，适用转化抢劫罪定罪处罚。

### （七）抢劫罪的既遂、未遂认定

1. 抢劫既遂 → 抢劫罪既侵犯财产权利，又侵犯人身权利，具备劫取财物或者造成他人轻伤以上后果两者之一。

* 抢劫数额以实际抢劫到的财物数额为依据。对以数额巨大的财物为明确目标，由于意志以外的原因，未能抢到财物或实际抢得的财物数额不大的，应同时认定“抢劫数额巨大”和犯罪未遂的情节。【2016年意见】

2. 抢劫未遂 → 既未劫取财物，又未造成他人人身伤害后果。

【2005年“两抢意见”第10条】

### （八）抢劫犯罪数额的计算

1. 抢劫信用卡：

（1）抢劫信用卡后使用、消费 → 其实际使用、消费的数额。

（2）抢劫信用卡后未实际使用、消费 → 不计入抢劫数额，但作为量刑情节考虑。

（3）通过银行转账或者电子支付、手机银行等支付平台获取抢劫财物的 → 以行为人实际获取的财物为抢劫数额。【2016年意见】

2. 为抢劫其他财物，劫取机动车辆当作犯罪工具或者逃跑工具使用的 → 被劫取机动车辆的价值计入抢劫数额。

* 为实施抢劫以外的其他犯罪劫取机动车辆的 → 以抢劫罪和实施的其他犯罪实行数罪并罚。

3. 抢劫毒品、假币、淫秽物品等违禁品

【“黑吃黑”】以抢劫罪定罪；抢劫的违禁品数量作为量刑情节予以考虑。\*抢劫违禁品后又以违禁品实施其他犯罪的应以抢劫罪与具体实施的其他犯罪实行数罪并罚。

4. 抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物以抢劫罪定罪。

5. 行为人仅以其（本人）所输赌资或所赢赌债为抢劫对象 → 一般不以抢劫罪定罪处罚。构成其他犯罪的，依照刑法的相关规定处罚。

6. 家庭成员或近亲属财产：

（1）为个人使用，以暴力、胁迫等手段取得家庭成员\近亲属财产的，一般不以抢劫罪定罪处罚，构成其他犯罪的，依照刑法的相关规定处理；

（2）教唆或者伙同他人采取暴力、胁迫等手段劫取家庭成员或近亲属财产的，可以抢劫罪定罪处罚。

### （九）关于抢劫罪数的认定（“顺手牵羊”的定性）

* + 前行为（实施伤害、强奸等犯罪行为）+“顺手牵羊”：
  1. 在被害人未失去知觉，利用被害人不能反抗、不敢反抗的处境，临时起意劫取他人财物的 → 前行为与抢劫罪实行数罪并罚；
  2. 在被害人失去知觉或者没有发觉的情形下，以及实施故意杀人犯罪行为之后，临时起意拿走他人财物 → 前行为与盗窃罪实行数罪并罚。【2005年“两抢意见”第8条】
  3. 有抢夺适用的空间吗？

### （十）抢劫罪与绑架罪的界限

1. 行为手段不尽相同 →“当场性”[司法解释第9条]：

* + 抢劫罪：行为人劫取财物一般应在同一时间、同一地点，具有“当场性”+ 当场取得财物【两个当场】；
  + 绑架罪一般不具有“当场性”：行为人以杀害、伤害等方式向被绑架人的亲属或其他人或单位发出威胁，索取赎金或提出其他非法要求，劫取财物。

【案例】犯罪嫌疑人A想诈点钱，拦住从网吧出来的B，以 B欲与A的“女友”开房为由（事后证明没有此事），要B拿钱，B没带钱，A就把他挟持，称弄不到钱就砍掉他的手。第二天，A带着B去其公司拿了400元，后又要B打电话给一个朋友送钱来（并未透露B被挟持的事实，只称借钱），朋友久不来，A怀疑已报警，遂扔下B逃窜，后被抓获。

此案像一个“四不像”的案件：

（1）既不像典型的绑架（？）：勒索的不是被害人的亲友，而是被害人本人；

（2）也不像典型的抢劫（？）：因为不是当场劫财。

行为对象 时空性

绑架罪： 第三人 非当场

抢劫罪：被害人本人（胁迫手段）当场（？）

【绑架：挟持行为 → 勒索财物之行为 → 先后性（与抢劫罪的最本质区别）】

2. 绑架过程中又当场劫取被害人随身携带财物的，同时触犯绑架罪和抢劫罪两罪名，应择一重罪定罪处罚。

3. 抢劫过程中又绑架被害人：司法解释未规定，怎么办？

4. 【抢劫性勒索】： 在绝大多数抢劫罪中，都是当场取财，但在个别情况下不是当场取财也可构成抢劫罪【“张黄书”的观点：抢劫不限于“当场”取财，或宽泛解释】

德国：抢劫性勒索（也译为暴力敲诈）→以抢劫罪论处。

### （十一）加重处罚事由：法定的8种事由

**1.“入户抢劫”**

（1）“户”：住所：功能特征（供家庭生活）+ 场所特征（与外界相对隔离）。

* 部分时间从事经营、部分时间用于生活起居的场所：在非营业时间强行入内 / 进入生活场所实施抢劫：√【2016年指导意见】

场所之间没有明确隔离，在营业时间入内实施抢劫的：NO

* “室”：学校\办公楼\公共娱乐场所\集体宿舍\旅店宾馆\临时搭建工棚一般情况下不认定；若具有两特征，也可认定“户”。
* 封闭院落 \ 牧民帐篷 \ 渔民生活用的渔船：√
* 2000年解释；2005年“两抢意见”；2016年指导意见

（2）“入”→ 目的的非法性：进入他人住所前，须以实施抢劫等非法行为为目的。

* “在”：经户内人员允许入户后，临时起意抢劫，或者临时起意实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的 → NO，按照一般的抢劫罪处理。【2016年指导意见】

张明楷：

（3）入户方式上，尾随入户、房屋未上锁而入户、通过欺骗方式入户、万能钥匙入户，不应当认定为入户抢劫。只有违反被害人的意志，携带凶器入户和违反被害人的意志，以暴力、胁迫方式入户的，应当认定为入户抢劫。

（4）暴力、胁迫行为发生在户内。如果是欺骗手段将被害人骗至户外实施抢劫，就不属于入户抢劫。事后抢劫也应当是，只有暴力、胁迫行为发生在户内才属于入户抢劫。

（5）

**2.“在公共交通工具上抢劫”**

（1）公共交通工具：各种公共汽车，大、中型出租车，火车，地铁，轻轨，轮船，飞机等；

* 虽不具有商业营运执照，但实际从事旅客运输的大、中型交通工具；
* 接送职工的单位班车、接送师生的校车等大、中型交通工具。【2016年指导意见】
  + 未运营的的公共交通工具：NO。
  + 小型出租车：NO。

（2）“在……上抢劫”→ 不要求行为人身体处在交通工具上，而是要求行为人抢劫公共交通工具上的人的财物。

* + 抢劫的是交通工具本体：NO → 但可以“抢劫数额巨大”的加重事由处断。
  + 在车上实施前行为，下车后转化为事后抢劫的，不属于在公共交通工具上抢劫。

**3.“抢劫银行或者其他金融机构”**

（1）银行或者其他金融机构：国有\民营\境外银行的分行

* 正在使用中的运钞车：视为。
* ATM机：未规定，一般认为也属于。

（2）抢劫的对象：经营资金\有价证券\客户的资金。

* + 办公用品\交通工具：？例如进入银行抢劫电脑？

**4.“多次抢劫或者抢劫数额巨大”**

（1）“多次抢劫”→ 抢劫三次以上。【不并罚】

* + 行为人实施的每一次抢劫行为均已构成犯罪；
  + 基于一个犯意实施犯罪（在同一地点同时对在场的多人实施抢劫）\基于同一犯意在同一地点实施连续抢劫犯罪（在同一地点连续地对途经此地的多人进行抢劫\在一次犯罪中对一栋居民楼房中的几户居民连续实施入户抢劫）

→ 一般应认定为一次犯罪。

（2）“抢劫数额巨大”→ 参照各地确定的盗窃罪数额巨大的认定标准执行：3万-10万【北京：6万】。

**5.“抢劫致人重伤、死亡”**

* + 包括：过失致人重伤、死亡 \ 故意致人重伤、死亡。

**6.“冒充军警人员抢劫”**

（1）“军警人员”→军人\武装警察\公安民警\司法警察。

（2）“冒充”的方式 → 着装\出示假证件\口头宣称等。对于行为人仅穿着类似军警的服装或仅以言语宣称系军警人员但未携带枪支、也未出示军警证件而实施抢劫的，要结合抢劫地点、时间、暴力或威胁的具体情形，依照常人判断标准来确定。【2016年意见】

（3）“冒充”的含义→“假李逵”。

？真李逵抢劫：能纳入吗？【“张黄书”（或许可以认为：“冒充”不等于假冒，包括假冒和充当（任）坚持】

【2016年意见】“军警人员利用自身的真实身份实施抢劫的，不认定为“冒充军警人员抢劫”，应依法从重处罚。”

**7.“持枪抢劫”**

（1）“枪支”的概念和范围：适用《枪支管理法》。

\* 爆炸物\危险物质：？无规定。

\* 假枪\仿真枪：？无规定【仅限于能发射子弹的真枪】

（2）“持”→使用枪支\向被害人显示持有、佩带的枪支

\* 告知（口头说有枪）：？无规定。

【无规定，怎么办？> 从设立加重事由的宗旨出发

（巨大的危险性和威胁性）】

**8.“抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资”**

（1）“军用”：不包括“警用”；

（2）范围：除武器装备以外，供军事上使用的其他物品。

* + 武器装备→ 抢劫枪支、弹药、爆炸物罪。

（3）抢险、救灾、救济物资：用于抢险、救灾、救济的物资

* + 对比“挪用特定款物罪”：救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济的款物：7类。

## 三、抢夺罪（“两抢”之区别）

1. 抢夺罪（第267条）：公然夺取公私财物。

* + “多次抢夺”（修九增设）

2.“夺取”需使用一定的力量，但力量是针对财物转而成为自己控制所必需的强制力量。

3.“两抢”的打击对象不同：

* + 抢夺→针对财物（单一客体）\*抢劫→针对人身（复杂客体）

4.入罪标准不同：

* + 抢夺数额较大【新：1千—3千】（500—2千元）
  + 抢劫 → 法律对劫取财物的数额没有要求

5. 法定刑法不同：

* 抢夺最高刑：无期【新：20-40万】（3-10万）
* 抢劫→死刑

6.“两抢”在我国司法实践中的认定：

（1）广州以打击“两抢”为主的“剑兰行动”（2005年8月-10月）

→ “四靠”+“四快”政策

\* “四靠”：

* 抢劫定罪向“量刑幅度的上刑”靠；
* “抢夺”定性向“抢劫”靠；
* “治安抢夺”的定性向“刑事抢夺”靠；
* 治安抢夺处罚由“治安拘留”向“劳动教养”靠。

\* “四快”：快捕、快诉、快审、快判。

（2）广州面临“两抢”的严峻态势：

在2000年~2003年这4年间，抢劫案平均每半小时发案一起，抢夺刑事案件平均约24分钟发案一起，并且“两抢”、盗窃案件占总刑事案件一半以上。

（3）“抢夺”定性向“抢劫”靠是“硬靠”吗？

【问题】： 抢夺 + 伤害结果 = 抢劫（？）

（国内有许多这种判决）

* + - 1. 司法解释： 实施抢夺公私财物行为，构成抢夺罪，同时造成被害人重伤、死亡等后果，构成过失致人重伤罪、过失致人死亡罪等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

两高《关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》（2013年11月18日施行）：未专条规定，但在第2条至第4条中的“其他严重情节”、“其他特别严重情节”情形中，均有“导致他人轻伤、重伤、死亡”。

* + - 1. 抢夺，也可能造成被害人的伤害，但是过失造成的。
      2. 要看抢夺造成伤害结果的**主观要件**。

驾驶机动车、非机动车夺取他人财物的定性 **→** 【不能一概定抢劫罪】

1. 利用行驶的机动车辆抢夺的 → 以抢夺罪从重处罚
2. 驾驶车辆夺取他人财物的，一般以抢夺罪从重处罚。但具有下列情形之一，应当以抢劫罪定罪处罚：
3. 驾驶车辆，逼挤、撞击或强行逼倒他人以排除他人反抗，乘机夺取财物的；
4. 驾驶车辆强抢财物时，因被害人不放手而采取**强拉硬拽**方法劫取财物的；
5. 行为人**明知**其驾驶车辆强行夺取他人财物的手段会造成他人伤亡的后果，仍然强行夺取并**放任**造成财物持有人**轻伤以上后果**的。

（→ 2005年最高院“两抢意见”：第11条）

“两高”《关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》

（2013年11月18日施行）

第六条 驾驶机动车、非机动车夺取他人财物，具有下列情形之一的，应当以**抢劫罪**定罪处罚：

（一）夺取他人财物时因被害人不放手而**强行夺取**的；

（二）驾驶车辆逼挤、撞击或者强行逼倒他人……夺取财物的；

（三）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

第一条 抢夺公私财物价值1000元至3000元以上、3万元至8万元以上、20万元至40万元以上的，应当分别认定为刑法第二百六十七条规定的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院可以根据本地区经济发展状况，并考虑社会治安状况，在前款规定的数额幅度内，确定本地区执行的具体数额标准，报最高人民法院、最高人民检察院批准。

第二条 抢夺公私财物，具有下列情形之一的，“数额较大”的标准按照前条规定标准的50%确定：【打折条款】

（一）曾因抢劫、抢夺或者聚众哄抢受过刑事处罚的；

（二）一年内曾因抢夺或者哄抢受过行政处罚的；

（三）一年内抢夺三次以上的；

（四）驾驶机动车、非机动车抢夺的；

（五）组织、控制未成年人抢夺的；

（六）抢夺老年人、未成年人、孕妇、携带婴幼儿的人、残疾人、丧失劳动能力人的财物的；

（七）在医院抢夺病人或者其亲友财物的；

（八）抢夺救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的；

（九）自然灾害、事故灾害、社会安全事件等突发事件期间，在事件发生地抢夺的；

（十）导致他人轻伤或者精神失常等严重后果的。

## 四、盗窃罪（第264罪）

### （一）立法变迁：

1. 旧刑法：与诈骗、抢夺规定在同一条文 + 无死刑。

2. 1982年《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》：增设死刑

3. 1997年新刑法：

（1）取消了惯窃罪（常习惯犯）。

（2）修改了法定刑：保留死刑，但限定在2种情形。

4. 《刑法修正案（八）》：

（1）【减法】：废除对盗窃罪可以判处死刑的规定；

（2）【加法】：将“入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃”三类行为规定为构成盗窃罪的情形。

5. 一系列的司法解释：

* 1984年（“解答”）；1986年（“补充通知”）；1992年（两高“解释”）。
* 1997年11月《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》（最高法院整理以上的司法解释而成，自1998年3月起施行）。
* 2013年3月“两高”《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》（2013年4月4日起施行）。
* 盗窃罪是我国历来发案率最高的犯罪类型（2020年退为第二）：在2009年，盗窃罪占全年一审刑事案件结案数的24.39%。

【盗窃公私财物（手法 + 对象）→ 逐一解剖】

### （二）犯罪对象 → 公私财物

1. 属性：

（1）**经济价值性：**日记\书信\毛发等（？） → 价值性，包括使用价值

（2）可转移性：只限于动产：**窃取** *窃占（不动产） 「窃国大盗？」*

（3）法定性：枪支、弹药、爆炸物\国有档案\林木\尸体\武器装备、军用物质 → 特别罪名

* 【所有权属性】：盗窃罪的对象必须是他人的财物。只要确定行为人对公私财物不具有所有权，无需进一步确定具体的所有权人是谁。
* 【秘密窃取游客在寺庙功德箱里敬奉的香火钱】：游客或者寺庙的所有权之争？

2. 违禁品（毒品\淫秽物品等）：YES

* 盗窃违禁品，按盗窃罪处理的，不计数额，根据情节轻重量刑（98年和2013年司法解释）→ 违禁品虽有一定的价额，但在法律上并不承认这种价额。

3. 赃物（通过犯罪所得的非法财物）\被没收的财物 → YES

* 并非无主物：他人或者国家。
* 具有犯罪对象的四个属性。
* 刑事政策：否则鼓励“黑吃黑”。

4. 无形物：电力\热能\核能\煤气\天然气\太阳能\风能\电信号码\上网帐号\密码\虚拟货币（比特、QQ币）：

* 传统观点：犯罪对象必须是有形物，即可看得见、摸得着、具有某种物体形态的物品。
* 我国刑法和司法解释均将无形物纳入：YES。

5. 技术成果（知识产权） → 有变化

* 92年司法解释： √
* 97年刑法和司法解释：NO → 侵犯商业秘密罪

6. 遗忘物\埋藏物：No → 侵占罪。

7. 本人财物：

* 在一般情况下：NO
* 他人控制下的本人财物 → YES
* 窃回本人的借条：？

8. 自家或者近亲属的财物：

* 本质上：可以 → 特殊性：所有权关系（血缘\婚姻关系）。
* 一般可不按犯罪处理；对确有追究刑事责任必要的，处罚时也应与在社会上作案的有所区别。（98司法解释第1条）
* 确有必要追究：勾结外人盗窃：盗窃数额巨大且其他家庭成员坚持要求追究

2013年司法解释第8条：偷拿家庭成员或者近亲属的财物，获得谅解的，一般可不认为是犯罪；追究刑事责任的，应当酌情从宽。

### （三）客观方面 → 秘密窃取

**1. 本质属性**：理论争论极大，各国立法也有差异

* “未经他人同意”；
* “未使用暴力或者暴力威胁手段”；
* “未使用暴力或者威胁手段，并且未经物主同意”；
* “窃取”：日本；
* “秘密窃取”：前苏联。

**2. 秘密窃取** → 窃取：同义反复。

* 抢劫：复杂客体，对人；
* 抢夺：对物但公然；
* 盗窃：对物但秘密。

**3. 秘密性的法律含义：**

（1）**隐秘性** → 财物的所有人或保管人不在场 / 虽然在场，但未注意、察觉或防备

* 进入和离开盗窃现场的方式不重要：调虎离山\不加掩饰公开进入现场\悄悄离开\主人发现而逃跑。

（2）**针对性** → 隐藏性是针对于财物的所有人或保管人

* 第三人发现：偷甲，甲未发觉，被乙看到但未声张，得逞 → 也应当属于盗窃。

（3）**主观性** → 行为人采取了**“自以为”**不会被财物的所有人或保管人发觉的手段。

* 众目睽睽之下扒窃，自以为没有被发现，实际上被害人害怕未敢声张 → 盗窃（√）
* 冲进店里抢东西，自以为被主人发现，实际主人在睡觉 → 抢夺（？）

（4）相对性 → 秘密与公开是相对的，这并不排除盗窃罪可能是在光天化日之下实施。

**4. 窃取：**

（1）非暴力\非胁迫（平和）：有别于抢劫和抢夺。

（2）表现形式：

* 对不可复制物的窃取 → 空间位置的移动。
* 复制型窃取 → 对可复制物不取走其载体：盗打电话、盗电。

（3）“诈术盗窃”（金蝉脱壳计）：先用骗术，支走被害人，然后用窃取手段偷走他人的财物。

* 欺骗只是创造条件的手段，取得财物的最终方式还是窃取 → 盗窃罪。

许霆案：属于秘密窃取吗？

2006年4月21日晚，许霆与同事来到ATM机，用自己只有170多元的银行卡取钱，原本只想取100元钱，取款机竟吐出了1000钱。当许霆查询自己的余额，发现只少了一元钱。他又反复取款50多次，共取出了5万5千元。22日凌晨，许霆和同事再次来到ATM机前，又连续取款102次。许霆共取出了17万5千元，他的同事则取款1万8千元。4月24日，许霾回山西老家。广州市商业银行发现了这台ATM机的异常情况，根据许霆办卡的记录，很快查到了许霆。2007年5月22日，许霆被抓获。2007年11月20日，广州市中级法院做出判决：许霆以非法占有为目的，盗窃金融机构，数额特别巨大，行为已构成盗窃罪，判处无期徒刑剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，追缴违法所得17.5万元。在08年1月初，被广东高院发回重审.08年2月22日许霆案进入重审程序3月31日，判处犯盗窃罪，处有期徒刑5年，并处罚金2万元，追缴犯罪所得173826元。

【广州中院刑二庭：甘正培庭长】

盗窃罪中的“秘密窃取”，是指行为人采取主观上自认为不被财物所有者、保管者或经手者发觉的方法，暗中窃取财物的行为。至于是否实际上已被当场发觉、是否事后马上被发觉、是否因行为人在窃取财物时留下身份识别标志而事后被发觉，均不影响“秘密窃取”的成立。

许霆利用银行自动柜员机程序升级出错之机，多次恶意取款，自认为银行工作人员不会当场发觉。至于柜员机旁有监控录像只是银行的一种防范手段，并不影响许霆行为的秘密性特征。

许霆供述，明知其银行卡内仅有170余元，在第一次取款和查询后已意识到自动柜员机出现了异常，仍然连续170次取款173826元，并供述“银行应该不知道”、“机器知道，人不知道”，这均证实了许霆实施取款行为时主观上**自认为**银行人员不能及时发现，故许霆的行为符合“秘密窃取”的客观特征。

【案例】甲乙两人想非法占有丙的摩托车，于是把丙骗到加油站，甲在加油站等，乙和丙一起骑车来到加油站。正当丙下车要锁车的时候，乙抢了车就骑走。丙正要追的时候，甲出来说，乙是和你开玩笑，马上就回来，咱们等吧。后来，甲借故走开。两人把车卖掉分钱。

一审法院定性为抢夺罪，二审改判为诈骗罪（？）。

【最高法院刑庭】：裁判理由认为二审的判决是正确的。甲乙获得摩托车是通过抢夺取得的。最高法院为什么认为应定性为诈骗罪呢？理由在于：如果没有甲的假意劝阻，丙当时去追乙的话，是可能将摩托车追回来的，正是甲的欺骗才使丙最终丧失了摩托车的控制。

财产犯罪的司法认定，应**根据其取得财物的手段来确定**，而不能根据后来的犯罪掩盖行为来确定。掩盖行为是欺骗手段。【事实上，一审的判决是对的】

### （四）主观方面：故意 → 认识因素

**1. 对犯罪对象属性的认识**：

* 认识到犯罪对象处于他人的实际控制和可能控制之下：

行为人不可能认识是非遗弃物而占有 → No

**2. 明知犯罪对象的价值：数额较大以上**

（1）相机而动（扒窃）：概然性认识（偷多偷少都在认识内） → √

（2）本意窃取巨款，只取到小财：（唯数额 → 放纵罪犯）

（3）本意小偷，意外大量取财：根本没想偷这么多（唯数额 → 客观归罪）

天价葡萄案

2003年，3名民工偷吃了市农科院林果研究所10年苦心研究并投入40万元科研经费的“天价葡萄”。起初，市物价局对葡萄的直接损失做出11220元的鉴定结论。但海淀区检察院认为葡萄估价证据不足，退补侦查，随后估价被改变为376元，几名民工被免予追究刑事责任。

“天价豆角案”、“天价兰花案”、“天价水稻案”。

* + - 标准的争论：实际数额or主观认识数额
    - 准确认识\概然性认识：实际数额（√）
    - 不确定认识：难点（理论和实务之间的矛盾：“认识错误”的引入）

**3. 犯罪目的：以非法占有为目的**

* + - 刑法典：未规定。
    - 92年、98年司法解释：要求（√）
    - 2013年司法解释：未规定
    - 先窃再毁灭：不符合目的要求，不构成盗窃。

→ 手段行为是盗窃，目的行为是毁坏，可能有竞合关系。

* + - 窃取使用：同上 → 但若长期使用，就与非法占有重合，涉嫌盗窃。

### （五）犯罪主体

司法解释第13条：单位组织、指使盗窃，符合刑法第264条及本解释有关规定的，以盗窃罪追究组织者、指使者、直接实施者的刑事责任。

2002年8月《最高人民检察院关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》明确，单位有关人员为谋取单位利益组织实施盗窃行为，情节严重的，应当依照刑法第264条的规定以盗窃罪追究直接责任人员的刑事责任。

其他一些司法解释，如2011年8月“两高”《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》、2012年12月“两高”《关于办理妨害国（边）境管理刑事案件应用法律若干问题的解释》均有类似规定。

### （六）入罪标准：法定2类标准

**1. 数额较大：**

原则上 → 1千至3千元（旧：500至2千元）【北京：2千】

**【避免“唯数额论”：打折条款】**

具有下列情形之一，“数额较大”可以按照标准的50%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；（4）自然灾害、事故灾害、社会安全事件等突发事件期间，在事件发生地盗窃；（5）盗窃残疾人、孤寡老人、丧失劳动能力人的财物；（6）在医院盗窃病人或者其亲友财物；（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。

【旧】：接近数额较大的起点 + 具有下列情形之一的 → 可以追究刑事责任：（1）以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的；（2）盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的：（3）造成严重后果或者具有恶劣情节的。【盗窃数额未达到“较大”的起点标准，具有特定情形，即可构成犯罪？】

数额较大，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，可以不起诉或者免予刑事处罚；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；（2）没有参与分赃或者获赃较少且不是主犯；（3）被害人谅解；（4）其他情节轻微、危害不大的。

【旧】： 已达到数额较大的起点 + 情节轻微 + 具有下列情形之一的 可不作为犯罪处理：（1）已满16周岁不满18周岁的未成年人作案的；（2）全部退赃、退赔的：（3）主动投案的；（4）被胁迫参加盗窃活动，没有分赃或者获赃较少的；（5）其他情节轻微、危害不大的。

体现：宽严相济刑事政策

**2. 多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃**

构成盗窃罪，不需要盗窃数额达到一定标准。

**（1）多次盗窃**：2年内盗窃3次以上。【98解释：1年内入户盗窃或者在公共场所扒窃3次以上。标准：时间限制 + 次数限制】

* + - 以未受过刑事处罚为前提（不计入，禁止重复评价原则）；
    - 行政处罚：应计入。

**（2）入户盗窃**：非法进入供他人家庭生活，与外界相对隔离的住所盗窃。【全部身体进入；目的的非法性】

**（3）携带凶器盗窃**：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，或者为了实施犯罪携带其他足以危害他人人身安全的器械盗窃的。【现实掌控下：密云第一案】

**（4）扒窃**：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。

* 随身携带：实际的支配或者控制的占有状态。
* 随身携带的财物包括：（1）被害人带在身上与其有身体接触的财物：（2）虽夫依附于身体，但置于被害人身边，可用身体随时直接触摸、检查的财物。
* 车厢底部或顶部：NO（贴身？）

### （七）盗窃既遂和未遂的认定

**1. 认定标准的争论：**

（1）接触说：以行为人是否接触被盗对象为标准；

【过于严厉，只要一接触就既遂，基本上否定了盗窃未遂，而且扩大了既遂范围。】

（2）隐匿说：以行为人是否将目的物隐匿起来为标准；

【盗窃后不隐匿的情形很多，不周延】

（3）转移说：以行为人是否将财物移离现场为标准；

【对电力等无形物不适用】

（4）**控制说**：以行为人是否已实际控制所盗窃财物为标准；

（5）失控说：以失主是否已丧失了对财物的控制为标准；

（6）失控 + 控制说：以被盗财物是否脱离所有人或占有人的控制和行为人实际控制财物为标准。（折衷说）

**2. 控制说与失控说之比较分析：**

（1）失控和控制：同时或紧密发生 → 不存在争论

（2）失控了，但没控制：

* 偷到东西，但藏匿，寻机拿走（？）
* 偷走钢材，沉入江底，寻机来取 → 既遂（√）

**3. 理论标准 → 盗窃罪的构成要件是否齐备**

（1）客观标志：秘密窃取的行为造成了行为人非法占有所盗公私财物的实际结果。

（2）主观标志：行为人达到了非法占有的目的。

* 理论结论 → 控制说

**4. 控制说的认定：实际控制**

（1）财物在特定场所内：带出场所。

（2）控制界限有多层次：最外层（办公楼和大院）。

（3）多人监控物品：最有效的监控人（保管员和门卫）。

**5. “入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃”**但**未实际窃得财物：**

（1）“入户”：双重客体，已具备构成要件：既遂。

（2）盗窃罪：侵犯财产权益，成立未遂。【最高院研究室】【以是否实际窃得财物：区别既遂与未遂的标准】

* “修八”后，盗窃罪的性质：从结果犯变为行为犯。

**6. 盗窃未遂的刑事追究：**

盗窃犯罪是侵财性犯罪，犯罪社会危害性主要通过窃取财物的数额体现出来。对于盗窃未遂虽未取得财物，但盗窃情节严重的，也应该依法追究刑事责任。（第12条）

盗窃未遂，具有下列情形之一，应依法追究刑事责任：

（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。

盗窃既有既遂，又有未遂：

（1）分别达到不同量刑幅度的，依照处罚较重的规定处罚；

（2）达到同一量刑幅度的，以盗窃罪既遂处罚。

### （八）盗窃并造成财物损毁的处理

（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）实施次窃犯罪后，为掩盖罪行或报复等，故意毁坏其他财物构成犯罪，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，但损毁财物构成其他犯罪的，以其他犯罪定罪处罚。【案例：欲偷铁架（150元），不识玉砚台（5000元）而击碎】

### （九）偷开他人机动车的处理：

（1）偷开机动车，导致车辆丢失，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，或者将车辆遗弃导致丢失的，以盗窃罪和其他犯罪数罪并罚：将车辆送回未造成丢失的，按照其所实施的其他犯罪从重处罚。

（十）刑事处罚→三个档次：

**1. 第一档次（入罪档次）**：3年以下有期徒刑、拘投、管制，并处或者单处罚金。

**2. 第二档次（加重处罚事由）**：3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金：

（1）数额巨大：3万~10万【旧：5千~2万元】【北京：6万】。

（2）其他严重情节：数额巨大的一半 + “数额较大”50%标准确定的第3至第8项【打折条款】，或者入户盗窃、携带凶器盗窃。

**3. 第三档次（特别加重处罚事由）**：10年以上有期或无期，并处罚金或者没收财产：

（1）数额特别巨大：30万元~50万元【旧：3万元~10万元】；（北京：40万）

（2）其他特别严重情节：数额特别巨大的一半 +“数额较大”50%标准确定的第3至第8项，或者入户盗窃、携带凶器盗窃。

**4. 97年刑法，“修八”废：第四档次（无期或者死刑）**：

**保留死刑，但是限制在法定的两种（实际是2个部门）：**

（1）盗窃金融机构，数额特别巨大的 → 盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等，不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物。

（2）盗窃珍贵文物，情节严重的 → 盗窃国家一级文物后造成损毁、流失，无法追回；盗窃国家二级文物3件以上或者盗窃国家一级文物以上，并具有下列情形之一的：（a）犯罪集团的首要分子或者共同犯罪中情节严重的主犯；（b）流窜作案危害严重的；（c）累犯；（d）造成其他重大损失的。

【2013年司法解释】：盗窃国有馆藏一般文物、三级文物、二级以上文物的，应当分别认定为刑法第264条规定的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。盗窃多件不同等级国有馆藏文物的，三件同级文物可以视为一件高一级文物。

【许霆案的量刑】

1. 争论ATM机是否属于金融机构?（不重要，已含盖）

2. 是机械量刑or贯彻罪刑法定原则?

3. 减轻幅度？（第四档次→第二档次）

许霆盗窃金融机构，数额特别巨大，没有法定减轻处罚的情节，反而在盗窃后携款逃匿，案发后又没有退赃。重审判决之所以对许霆在法定刑以下量刑（刑法第63条，经过最高法院核准），主要基于以下几点考虑：

第一，许霍的盗窃犯意和取款行为是在自动取款机发生异常的情况下发生的，与有预谋、有准备的盗窃犯罪相比，主观恶性相对较小。

第二，许霆是利用自动柜员机出现异常，使用本人银行卡指令超出余额取款的方法窃取款项，与采取破坏性手段盗取钱财相比（比如撬门撬保险柜），犯罪情节相对较轻。

【广东高院发回重审后，广州中院刑二庭甘正培庭长】

张明楷：

盗窃罪，是指以非法占有为目的，违反被害人的意志，采取平和的手段，将他人占有的财物转移为自己或者第三者占有。

1、“以非法占有为目的”：使得盗窃罪与挪用资金罪相区别，后者不具有刑法意义上的非法占有目的；

2、“违反被害人的意志”：使得盗窃罪与诈骗罪（以及职务侵占罪中的骗取行为）、敲诈勒索罪相区别，因为诈骗罪（尽管采取了平和的手段）与敲诈勒索罪是基于被害人有瑕疵的意志而取得财物的：

3、“采取平和的手段”：使得盗窃罪与抢劫罪、抢夺罪、聚众哄抢罪相区别，因为后几种犯罪都使用了暴力、胁迫或者其他强制手段（抢夺属于对物暴力行为）；

4、“将他人占有的财物转移为自己或者第三者占有”：使得盗窃罪与侵占罪、故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪相区别，因为侵占罪是将自己占有的财物非法据为己有，或者将脱离他人占有的财物据为己有；后两种犯罪并不是转移财产的占有，而是毁弃财产。

* **张明楷教授的定义，事实上使盗窃罪成为侵犯财产罪的兜底规定。**

## 五、诈骗罪（266条）

### （一）行为方式 → 使被害人陷于错误认识

1. 虚构事实：捏造不存在的事实。

2. 隐瞒真相：掩盖客观存在的事实。

【犯罪构造】：

行为人实施欺骗行为 → 对方**陷入错误认识**（连接点）→ 对方基于认识错误处分财产 → 行为人或第三人取得财产 → 被害人遭受财产损失

### （二）目的犯

以非法占有为目的

### （三）入罪标准

1. 数额较大（3000元~1万元） → 3年以下有期徒刑；

2. 数额巨大（3万~10万元）或其他严重情节 → 3~10年；

3. 数额特别巨大（50万元以上）或其他特别严重情节 → 10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

### （四）多次诈骗的数额认定

“拆东墙补西墙”

司法解释：对于多次进行诈骗，并以后次诈骗财物归还前次诈骗财物，在计算诈骗数额时，应当将案发前已经归还的数额扣除，按**实际未归还**的数额认定，量刑时可将多次行骗的数额作为从重情节予以考虑。

（1996年12月最高法院《关于审理诈骗罪件具体应用法律的若干问题的解释》）

### （五）认定问题

1. 电信诈骗的认定。

2. 使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌，骗免养路费、通行费等规费，数额较大的 → 诈骗罪。

### 【诈骗罪与盗窃罪的区分】

#### （一）宏观理论上易区分：相互排斥的对立关系

1. 盗窃：夺取型 → 单方行为（违背被害人的自由意志）（不存在互动关系）。
2. 诈骗：交付型 → 双方行为（被害人基于错误的认识，“自愿交付”）（存在互动关系）。

#### （二）窃取与欺骗方法混合

1. 主要（决定）手段说：标准不明确；易导致以掩盖行为而非取财行为来定性。
2. 通说：被害人有无**“交付（处分）”行为**。【日本刑法第246条：欺骗他人使之交付；学者：处分】

* 没有“交付（处分）”行为 → 盗窃：骗出室外窃物；试穿衣服逃走；借打手机逃走；转移注意力拿走。

#### （三）“交付（处分）”的认定

1. 客观要素：直接交付；承诺转移；承诺免除债务。

2. 主观要素：处分意思。

（1）有行为能力的自然人：排除幼儿、精神病人、机器（张明楷教授：“机器不能被骗”）。

信用卡诈骗罪，有一种行为形态是“冒用他人信用卡”，如果是在ATM机上进行，似乎不能定“诈骗”，表面看是这样，但是机器背后是银行，机器代表了银行的意志，不能骗机器但可以骗银行。

（2）处分意思的内容：

* “严格说”：财物的对象、数量、价值等全面认识。
* “折中说”：认识到自己将财物转移给对方，程度无要求。

【“程度”：数量、价格的多认识 → 有处分意思（诈骗）】

（“吃车皮”、遥控磅秤、便宜条码的偷换、买短乘长）

【“性质、种类”：未认识到 → 没有处分意思（盗窃）】

（方便面盒里搁相机、书里有贵重邮票）

## 六、敲诈勒索罪

以威胁或要挟方法，强行索取公私财物【“修八”修改】

### （一）基本构造：

“实施威胁行为——被害人产生恐惧——基于恐惧心理交付财物——行为人占有财物”

【威胁行为】：

* 敲诈勒索罪既可以暴力相威胁，也可以揭发隐私、告发违法犯罪、毁坏财产等非暴力手段相威胁。
* 抢劫罪：三不境地
* 区别在于暴力的程度：是否足以达到压制被害人使之不能反抗（有无选择的意志自由）

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。

### （二）敲诈勒索罪与绑架罪的界限：

* 绑架：以绑架手段来勒索财物。
* 敲诈勒索：不涉及绑架手段。
* 声称绑架了人质（实际上未绑架）来威胁索财：敲诈勒索，不构成绑架（如同声称以爆炸、杀人等方式威胁索财）

### （三）入罪标准：

1、数额较大【2千至5千元】（北京：3千

2、多次敲诈勒索【“修八”增设】：二年内敲诈勒索3次

以上。

## 七、侵占罪（第270条）

第二百七十条　【侵占罪】将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处二年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金。

将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。

本条罪，告诉的才处理。

### （一）犯罪对象 → 法定的三种：

#### 1. 代为保管的他人财物：

**（1）语义解释：**

* “代”→ 代替\代理。
* “为”→ 行为的对象是本人之外的他人。
* 结论：行为人代替\代理保管。

**（2）“保管”**：【“合法持有，非法占有”】

* 必须是合法的：

（a）基于的形式：委托关系\租赁关系\担保关系\借用关系\无因管理。

（b）排除了基于盗窃等非法手段所形成的持有、管理权：【许霆案→不符合】

* “保管”的范围（争论很大）：

（a）经他人委托而代为保管；

（b）未经他人委托而基于事实自行代为保管。

#### 2.“遗忘物”：

（1）含义：由于财物的所有人、持有人的疏忽，或者遗忘

而暂时失去占有、控制的财物。其特点是遗忘的时间短，遗忘物依然处于失主可能控制的范围之内，失主如果及时采取措施，将会很快恢复对该物的控制。

（2）遗失物：所有人完全丧失控制的财物。【完全丧失占有】

（3）矛盾点：

实然规定：排除了“遗失物”；

实践：“遗忘物”与“遗失物”不好区分。

\* 理论区分：物主是否能够准确地回忆起财物遗置的时间、地点→ 如果能够准确地回忆起财物遗置的时间、地点的，就是遗忘物；反之就是遗失物。物主遗失财物的时间较短的，就是遗忘物；反之就是遗失物。

\* 若实在难区分（侵占“遗失物”）?→ 民事解决 OR“擦边球”（划入“无因管理”,就归入“代为保管物”）

#### 3.“埋藏物”：

\* 含义：所有权不明的埋藏在地下的财物、物品。

\* 属性：埋藏物的所有权不明时，其依法属于国家所有。

法定三种对象的本质属性 →具有特定的所有权关系，受到法律的保护，行为人对它们的占有没有法律依据。

### （二）客观构成要素 → 3个要件

1. 非法占为己有：

（1）非法处分 →将他人之物作为本人之物而加以处置。

\* 法律上的处分：通过抵押、买卖等法律形式将他人财物予以处置；

\* 事实上的处分：将他人财物消费或者隐匿。

（2）非法转移所有权：通过法律形式将本人持有的他

人财物（房屋等）转归己有。

2. 数额较大：5000~2万

3. 拒不退还或者拒不交出

（1）针对的对象：

退还 → 代为保管的他人财物；

交出 → 遗忘物、埋藏物。

（2）含义：当所有人、持有人或者相关人员明确提出退还或交出的主张时，行为人依然拒不交还。

\*若行为人最终退还或者交出了其非法侵占的财物，则不能构成本罪。（必备要件，但操作困难）

\*不退交的最后截止时间： 向法院告诉时（谦抑原则）不退交的意思表示方式：无限制。

\*语言表示：

\*客观行为：取款/挥霍/逃避4不退交的意思表示对象：

\*财产所有人；

\*有关机关：报案的机关：

\*委托人：律师等。

### （三）与盗窃罪的区别：

1. 犯罪对象的属性不同：

* 侵占罪→在侵占时，对象已处于实际控制之下；
* 盗窃罪→在窃取时，对象并不在其控制之下。

2. 犯罪的行为方式不同：

* 侵占罪→通过拒不交还的方式达到非法占有目的；
* 盗窃罪→以秘密窃取或者多次盗窃的手段。

### （四）诉讼形式：

\* （纯正的）自诉案件 → 告诉才处理。

【梁丽捡金案】：2008年12月，机场清洁工梁丽在深圳机场“捡”到300万元的黄金首饰。因证据不足，宝安区检察院认为不构成盗窃罪，更符合侵占罪的构成特征。失主回应，不对起诉梁丽。

# 第七讲 妨害社会管理秩序罪

## 一、罪名体系概述

1. “大肚子”章罪。

2. 新刑法：120多个罪名（约占全部罪名的30%）。

3. 分9节，按照同类犯罪客体分类：

公共秩序：司法；国边境管理；文物；公共卫生；环境资源；毒品；涉及卖淫；淫秽物品。

4. 现在：146个罪名。

## 二、计算机信息系统（网络）犯罪

学理称谓。在刑法中分为2种类型：

（1）**“利用型”**：不属于独立的罪名，是以计算机信息系统（网络）为工具进行犯罪的类型。《刑法》第287条：利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，按照刑法有关规定定罪处罚。

（2）**“作用型”**：犯罪行为直接作用于计算机信息系统（网络）本体的类型，包括7个罪名2+2+3】：非法侵入计算机信息系统罪；

【修七：非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪；提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪】；破坏计算机信息系统罪；

【修九：拒不履行信息网络安全管理义务罪；非法利用信息网络罪；帮助信息网络犯罪活动罪】。

修九的非法利用信息网络罪有较多的刑事政策的考量，有一些建立网站、群组或者发布广告的行为尚未构成诈骗等罪，为了将保护阵地前移，设立此罪。

### 第287条之二：帮助信息网络犯罪活动罪

**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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

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，依照第一款的规定处罚。

必须是在犯罪的进行过程中提供帮助。

第312条掩隐罪，是在犯罪既遂后提供帮助。

## 三、寻衅滋事罪（第293条）

前身：流氓罪：

1. 旧刑法：独立的罪名 → 口袋罪；

2. 新刑法：废除，细化为四罪 → 聚众斗殴罪；聚众淫乱罪；寻衅滋事罪；强制猥亵、侮辱妇女罪。

第二百九十三条　【寻衅滋事罪】有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：

（一）随意殴打他人，情节恶劣的；

（二）追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；

（三）强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；

（四）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。

**纠集他人多次**实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处罚金。（修八增设）

### 关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释（2013年）

第一条　行为人为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等，无事生非，实施第二百九十三条规定的行为的，应当认定为“寻衅滋事”。【传统的典型形态：**“无事生非型”**】（犯罪动机成为定罪的标准。）

行为人因日常生活中的偶发矛盾纠纷，借故生非，实施刑法第二百九十三条规定的行为的，应当认定为“寻衅滋事”，但矛盾系由被害人故意引发或者被害人对矛盾激化负有主要责任的除外。【**“小题大做型”：**尽管**事出有因**，也可认为是**借故寻衅**。】

行为人因婚恋、家庭、邻里、**债务**等纠纷，实施殴打、辱骂、恐吓他人或者损毁、占用他人财物等行为的，一般不认定为“寻衅滋事”，但经有关部门批评制止或者处理处罚后，继续实施前列行为，破坏社会秩序的除外。【并非“寻衅”，一般不认定，但有除却规定。】

第二条　随意殴打他人，破坏社会秩序，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百九十三条第一款第一项规定的“情节恶劣”：（一）致一人以上轻伤或者二人以上轻微伤的；（二）引起他人精神失常、自杀等严重后果的；（三）多次随意殴打他人的；（四）持凶器随意殴打他人的；（五）随意殴打精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人，造成恶劣社会影响的；（六）在公共场所随意殴打他人，造成公共场所秩序严重混乱的；（七）其他情节恶劣的情形。

第五条 对在公共场所起哄闹事“造成公共场所秩序严重混乱”的认定标准作了规定，明确在车站、码头、机场、医院、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所起哄闹事，应当根据公共场所的性质、公共活动的重要程度、公共场所的人数、起哄闹事的时间、公共场所受影响的范围与程度等因素，综合判断是否“造成公共场所秩序严重混乱”。

【昌平检察院案例】：幼教老师针扎幼童案件

* 考量：能否适用“寻衅滋事罪”？
* 四种行为形态的第一种：“随意殴打他人，情节恶劣”：关于对“殴打”的理解。
* 《刑法修正案（九）》：虐待被监护、看护人罪（第260条之一）。

【热点事件】：被判寻衅滋事罪的八旬老太太取保候审；苏州穿和服女事件。

*期末考试相关：“债务”：赌债等非法债务相关问题，抢劫？*

第二百九十三条之一　【催收非法债务罪】有下列情形之一，催收高利放贷等产生的非法债务，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：

（一）使用暴力、胁迫方法的；

（二）限制他人人身自由或者侵入他人住宅的；

（三）恐吓、跟踪、骚扰他人的。

## \*四、黑社会性质犯罪

### （一）特征之争：

* 最高法院的司法解释（2000年12月）：

组织结构、经济实力、行为方式等相同，但将非法保护（“保护伞”）规定为必要条件。

* 最高检察院：打早打小，有保护伞意味着黑社会已经做大做强了。
* 2002年4月全国人大常委会的立法解释：四个特征

第5款：黑社会性质的组织应同时具备以下特征

（一）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；【组织特征】

（二）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；【经济特征】

（三）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：【行为特征】

（四）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。【非法控制（危害性）特征】

【等同于02立法解释，为了简化罪状的描述】

《刑法修正案（八）》对第294条的修改：

【组织、领导、参加黑社会性质组织罪】组织、领导黑社会性质的组织的，处七年以上有期徒刑，并处没收财产：积极参加的，处三年以上七年以下有期徒刑，可以并处罚金或者没收财产；其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，可以并处罚金。【罪状简化，由第5款规定】【三个档次的法定刑；起刑点抬高：10年到15年】

【入境发展黑社会组织罪】境外的黑社会组织的人员到中华人民共和国境内发展组织成员的，处三年以上十年以下有期徒刑。【无变化】

【包庇、纵容黑社会性质组织罪】国家机关工作人员包庇黑社会性质的组织，或者纵容黑社会性质的组织进行违法犯罪活动的，处五年以下有期徒刑；情节严重的，处五年以上有期徒刑。【从第四款调为第三款：可以适用并罚】【起刑点抬高】

犯前三款罪又有其他犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

### 恶势力与黑社会性质组织之间区分：

根据有关司法解释：“恶势力是指经常纠集在一起，以暴力、威胁或者其他手段，在一定区域或者行业内多次实施违法。犯罪活动，为非作恶，欺压百姓，扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，但尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织。”

恶势力犯罪集团，是指“符合恶势力全部认定条件，同时又符合犯罪集团法定条件的犯罪组织”。

恶势力集团属于一般的犯罪集团，只要3人以上就可以成立，这是区分黑社会性质组织和恶势力集团的外观标志。

恶势力集团成员的联系相对松散，规模较小，组织结构较为松散。

## \*五、妨害传染病防治罪（第330条）

### （一）危害行为：

行为人实施以下5种特定行为类型之一：

* 1. 供水单位供应的饮用水不符合国家规定的卫生标准的；
  2. 拒绝按照疾病预防控制机构提出的卫生要求，对传染病病原体污染的污水、污物、场所和物品进行消毒处理的；
  3. 准许或者纵容传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人从事国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使该传染病扩散的工作的；
  4. 出售、运输疫区中被传染病病原体污染或者可能被传染病病原体污染的物品，未进行消毒处理的；（修十一增设）
  5. **拒绝执行**县级以上人民政府、疾病预防控制机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。（修十一修改原先的主体“卫生防疫机构”）

### （二）规制对象：

引起甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播，或者有传播严重危险。

（1）甲类传染病：依据《传染病防治法》第3条，传染病分为甲类、乙类和丙类。其中，“甲类传染病”是指：鼠疫、霍乱。

（2）依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病：这是《刑法修正案（十一）》增设的传染病类型。

1997年刑法：本罪的规制对象必须是甲类传染病，而“非典”未被列入，致使本罪名无法应用于2003年防控“非典”疫情。

《刑事案件立案追诉标准的规定（一）》（2008年）第49条：将“按照甲类管理的传染病”纳入本罪的规制范畴，是指：乙类传染病中传染性非典型肺炎、炭疽中的肺炭疽、人感染高致病性禽流感以及国务院卫生行政部门根据需要报经国务院批准公布实施的其他需要按甲类管理的乙类传染病和突发原因不明的传染病。

2013年6月，全国人大常委会修订《传染病防治法》：在第4条规定对乙类传染病和突发原因不明的传染病需要采取甲类传染病的预防、控制措施的，由国务院卫生行政部门及时报经国务院批准后予以公布、实施。

2020年1月，国家卫生健康委员会发布《公告》：将新型肺炎纳入乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施。这意味着新冠肺炎被划入“准甲类传染病”的范畴，这是我国汲取防控“非典”的经验，在突发性公共卫生事件防控领域的重大进步，也突破了妨害传染病防治罪难以应用于疫情防控的致命“瓶颈”。据此，在司法实务中极少适用的妨害传染病防治罪被激活，开始步入疫情防控的司法战场。

《刑法修正案（十一）》：在立法层面固化。

* “引起……传播”：指造成传染病传播的实害结果；
* “有传播严重危险”：指具有引起传染病传播的抽象（具体）危险。

应严格区分本罪与以危险方法危害公共安全罪的适用：

依据相关司法解释的规定，故意传播新型冠状病毒感染肺炎病原体，具有下列情形之一，危害公共安全的，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚：“（1）已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者，拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具的；（2）新型冠状病毒感染肺炎疑似病人拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具，造成新型冠状病毒传播的。”

“其他拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的防控措施，引起新型冠状病毒传播或者有传播严重危险的，以妨害传染病防治罪定罪处罚。”

对于以危险方法危害公共安全罪的适用，在犯罪主体和行为人对自己感染的身份认识上，具有严格的条件，以防止本罪在司法实务中的扩大应用。

## 六、走私、贩卖、运输、制造毒品罪

### （一）走私、贩卖、运输、制造毒品罪（第347条）

1. 称谓：与节罪名（12个罪名）一样；

2. 立法技术：该条第1款属于刑事政策的口号宣言；

* 走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚。

3. 行为方式：选择性罪名（4种）

* 走私、贩卖、运输、制造 → 源头性方式。

4. 犯罪对象：毒品

* 刑法第357条第1款：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够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。

5. 犯罪主体：相对刑事责任年龄段（贩卖毒品）；

6. 认定：

（1）累计计算：对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算（第347条第7款）。

* 已经被依法处理过\超过时效规定：不应当再累计。

（2）纯度折算：

* 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（第357条第2款）；
* 对于查获的毒品有证据证明大量掺假，经鉴定查明毒品含量极少，确有大量掺假成分的，在处刑时应酌情考虑。特别是掺假之后毒。品的数量才达到判处死刑的标准的，对被告人可不判处死刑立即执行。为掩护运输而将毒品融入其它物品中，不应将其它物品计入毒品的数量。（2000年4月4日《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》）

7. 从重处罚事由：

* 第347条第6款 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。

### （二）非法持有毒品罪（第348条）

1. 定位：持有型罪名；

2. 持有：对毒品实际占有、携带、藏有；

3. 司法价值：

（1）“非法持有毒品达到刑法第348条规定的构成犯罪的数量标准，没有证据证明实施了走私、贩卖、运输、制造毒品等犯罪行为的，以非法持有毒品罪定罪。”（纪要）

（2）吸食毒品本身并不构成犯罪，但吸毒者持有毒品数量较大的，应以本罪论处。

4. 入罪标准：鸦片1000克以上、海洛因或者田基苯丙胺50克以上或者其他毒品数量大的。

### （三）第356条的理解

第三百五十六条　【毒品犯罪的再犯】因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯本节规定之罪的，从重处罚。

1. 特殊累犯；

2. 前罪：法定的5罪（走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪）；

3. 后罪：毒品犯罪；

4. 时间要求：NO。

5. 法律后果：从重处罚。

# 第八讲 贪污贿赂罪

## 一、刑事立法变迁

1. 《惩治贪污条例》（1952年）：

* “大贪污罪”→ 包括：贪污；受贿；假公济私。

2. 1979年刑法：

* 只规定贪污罪（放在侵犯财产罪）和受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪（放在渎职罪中）
* 规定在侵财罪里，是因为认为其侵犯的法益是公有财产。

3. 《严惩破坏经济的罪犯的决定》（1982年）：

* 将受贿罪的法定最高刑由15年 → 无期徒刑和死刑。

4. 《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》（1988年）：

* 增设5罪名：挪用公款罪；单位受贿罪；单位行贿罪；巨额财。产来源不明罪；隐瞒境外存款罪。

**5. 1997新刑法：独立成章** ←【背景（“死”数额）】

* 15个条文，12个罪名。
* 曾经我们考虑制定专门的《反贪法》，起草结束后，上级不同意设立，而是将其并入刑法的贪污贿赂罪中，因而可以在贪污贿赂罪的章节中看到单行条例的痕迹。

《刑法修正案（七）》：

第13条：在刑法第388条后增加1条作为第388条之一：利用影响力受贿罪。

第14条：修改“巨额财产来源不明罪”的法定刑。

《修（九）》五方面的重大调整：

1、取消贪污罪、受贿罪定罪及量刑的具体数额标准，突出数额之外其他情节在定罪量刑中的作用；

2、对贪污罪、受贿罪增设死刑缓期二年执行减为无期徒刑后**终身监禁**；

3、对贪污罪和贿赂犯罪增设罚金刑；

4、增设对有影响力的人行贿罪；

5、对行贿罪的从宽处罚设定更为严格的条件。

现在：14个罪名

## 二、贪污罪

### （一）犯罪客体：复杂客体

1. 侵害公共财产的所有权

2. **破坏职务廉洁性（主要客体）**

### （二）犯罪对象：公共财产（有别于职务侵占罪）

刑法第91条规定：公共财产包括：

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职基金的财产；

**④在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产。**

### （三）犯罪主体（4+1类人员）

【国家工作人员 + 受委托管理、经营国有财产的人员】

#### 1. 国家工作人员（4类）：搭配本质特征→从事公务：

* 刑法第93条规定4类人员【“公家人”】：

（1）国家机关工作人员 → 各级国家权力、行政、监察、审判、检察和军事机关中从事公务的人员。（六大班子）

* 参照国家公务员条例管理的各级党委、政协机关中从事公务的人员 → 视为。

（2）国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员：4个名词的界定

* 国有公司：依照公司法成立，财产全部属于国家所有的公司。国有资本控股及参股的股份有限公司不属于国有公司。
* 国有企业：财产全部属于国家所有，从事生产、经营活动的营利性的非公司化经济组织。
* 国有事业单位：受国家机关领导，财产属于国家所有的非生产、经营性单位，包括国有医院、科研机构、体育、广播电视、新闻出版等单位。
* 人民团体：由国家组织成立的、从事特定社会活动的各种群众性组织，包括乡级以上工会、共青团、妇联等组织。

（3）国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员：

【关键词】：

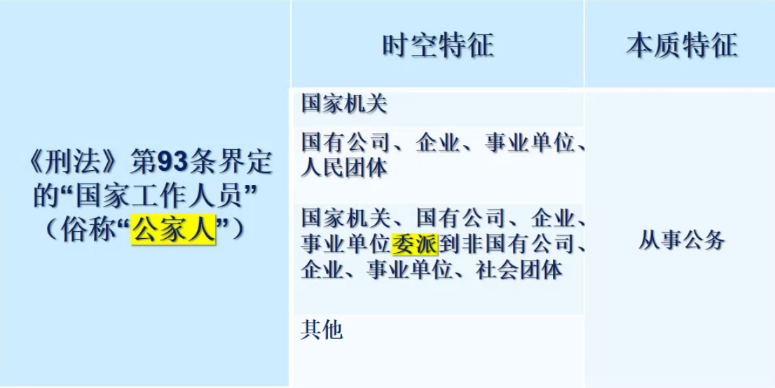
* **委派**：受有关国有单位委任（行政的上下级关系）；
* 委托（平等的民事关系）（第382条第2款）；
* 被委派以前所具有的身份：不重要 → 只要被有关国有单位委派到非国有单位从事公务，就视为。

（4）其他依照法律从事公务的人员：在一定条件下代表国家行使国家管理职能：

【2000年4月全国人大常委会关于刑法第93条第2款的立法解释】：

村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作，属于刑法第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”：①救灾、抢险、防风、优抚、扶贫、移民、救济款物的管理；②社会捐助公益事业款物的管理；③国有土地的经营和管理；④土地征用补偿费用的管理；⑤代征、代缴税款；⑥有关计划生育、户籍、征兵工作；⑦协助人民政府从事的其他行政管理工作。

还包括：①依法履行职责的各级人民政协委员；②依法履行审判职责的人民陪审员；③其他由法律授权从事公务的人员,如：市场管理委员会的工作人员等。



在理解“从事公务”时，应当立足于从事与职权相关的职务活动，而不能仅局限于身份。

不具有国家工作人员身份的人员，通过非法手段“取得”国家工作人员身份，并从事与职权相关的职务活动时，仍然应被认定为国家工作人员。

行为人通过伪造国家机关公文、证件担任国家工作人员职务以后，又利用职务上的便利实施侵占本单位财物、收受贿赂、挪用本单位资金等行为，构成犯罪的，应当分别以伪造国家机关公文、证件罪和相应的贪污罪、受贿罪、挪用公款罪等追究刑事责任，实行数罪并罚。

对于国家机关、国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务但尚未依照规定程序获取该单位职务的人员，涉嫌职务犯罪的，可以依照以国家工作人员论”的规定追究刑事责任。

#### 2. 受委托管理、经营国有财产的人员（第382条第2款）

* 以承包人、租赁人等身份，在承包、租赁合同约定的时间、权限范围内，管理、经营国有财产的人员。
* 定位：委托是平等主体之间的一种民事法律关系。

### （四）行为方式 → 利用职务上的便利，非法占有公共财物：

1. 利用职务上（工作？）的便利 → 利用本人**职务范围内**主管、管理、经营、经手公共财物的便利条件：

（1）主管→不具体负责经手、管理公共财物，但依其职权范围具有调拨、使用或者以其他方式支配公共财物的权力；

（2）管理→具有监守或保管公共财物的职权；

（3）经营→将公共财物投放市场进行营利活动。经营者在经营期间通常同时行使管理职权。

（4）经手→具有领取支出等经办公共财物的流转事项的权限。经手人虽不负责公共财物的管理和处置，但具有基于职务产生的对公共财物的临时控制权。

2. 非法占有的手法 → 刑法明文列举了4种手段：

（1）**侵吞**→利用职务上的便利，采取涂改帐且、收入不记帐的方法，将公共财物非法占为己有；

（2）**窃取**→利用职务上的便利，采取监守自盗的方法，将公共财物非法占为己有；

（3）**骗取**→利用职务上的便利，虚构事实或者隐瞒真相的方法，将公共财物非法占为己有。

（4）**其他手段**→采取侵吞、窃取、骗取以外的方法，例如挪用公款以后携款逃跑等，将公共财物占为己有。

* 贪污的特殊手段：国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照规定应当交公而不交公，数额较大的，依照贪污罪定罪处罚（刑法第394条）。【陈希同案】

### （五）贪污罪的共犯之认定

1. 刑法第382条第3款规定：非国家工作人员与国家工作人员和受委托管理、经营国有财产的人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。

2. 贪污罪是身份犯，不具有这种身份的人教唆、帮助国家工作人员贪污的，应以贪污罪的共犯论处。

### （六）刑事处罚（第383条）：97刑法→四个档次

1. 个人贪污数额在10万元以上的→处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节特别严重的（尚未有司法解释明确界定），处死刑。（薄熙来：500万元，15年）

2. 个人贪污数额在5万元~10万元→处5年以上有期徒刑；情节特别严重的，处无期徒刑；

3. 贪污数额在5千元~5五万元→处1年以上7年以下有期徒刑；情节严重的，处7年以上10年以下有期徒刑：

4. 个人贪污数额不满5千元，情节较重的→处2年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，给予行政处分。

* **两个标准：数额（“死”数额）+ 情节**

1997年《刑法》第383条：采取以“犯罪数额”为主的一元入罪标准，先判断数额再判断情节，“犯罪情节”依附于数额，基本处于附属地位；5千元、5万元、10万元：不同档次法定刑的具体起刑点。

《修九》：对第383条修改

刑法第383条：【对贪污罪的处罚规定】

对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

（一）贪污数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

（二）贪污数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

（三）贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十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。

犯第一款罪，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，有第一项规定情形的，可以从轻、减轻或者免除处罚；有第二项、第三项规定情形的，可以从轻处罚。

犯第一款罪，有第三项规定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**。

根据刑法第386条，援引适用于受贿罪：对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第383条的规定处罚。索贿的从重处罚。

法定刑档次的排序：由轻到重【过去：由重到轻，像故意杀人罪】

修法之前：以数额为主的一元入罪标准

* 修法之前，情节需要依附于数额，只能先判断数额再判断情节。在实践中，对行为人定罪量刑，数额起了主导作用，情节只是有一定的调节作用，基本属于附属地位。

**修法之后：确立了数额和情节并重的二元入罪标准**

* 二元标准的确立要求在司法实践活动中，将数额和情节都作为衡量贪污受贿行为社会危害程度的基本依据，使二者在贪污受贿犯罪的定罪和量刑中都发挥决定性的作用。

两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（2016年4月18日施行）

* 《修（九）》：2015年11月1日生效。解释出台前：停摆。
* 采取**“概括数额+情节”**的模式规定贪污受贿罪的定罪量刑标准，在情节的设置上辅以不同的犯罪数额限制，以此增进司法的确定性，避免因情节难以量化而出现操作性问题。
* 罪轻与罪重的协调。为解决长期存在的刑罚失衡问题，根据“数额+情节”的立法思路，《解释》结合犯罪情节进一步拉开不同量刑档的数额级差，以此满足不同情节犯罪的量刑需要，尽可能实现罪刑均衡。【过去：5000元、5万元、10万元三个档次，重刑聚焦在第三档次：罪刑不均衡】

#### 二元入罪标准

概括数额：三个档次：

（1）数额较大：3万元-20万元；

（2）数额巨大：20万元-300万元；

（3）数额特别巨大：300万元以上。

【对比过去：5000元、5万元、10万元】

【1988年：2000元 → 城镇居民人均可支配收入：1181元】

【1997年：5000元 → 城镇居民人均可支配收入：5160元】

【2015年：30000元 → 城镇居民人均可支配收入：31195元】

1997年~2014年：人均GDP增加6.25倍

**“概括数额 + 情节”的模式**

【打折条款】贪污罪或者受贿罪的具体情节（三个档次：较重、严重、特别严重）+数额（以上数额的大体减半：1万元~3万元、10万元~20万元、150万元~300万元）

《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》

第一条 贪污或者受贿数额在三万元以上不满二十万元的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额较大”，依法判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

贪污数额在一万元以上不满三万元，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他较重情节”，依法判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金：

（一）贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的；

（二）曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的；

（三）曾因故意犯罪受过刑事追究的；

（四）赃款赃物用于非法活动的；

（五）拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作，致使无法追缴的；

（六）造成恶劣影响或者其他严重后果的。

受贿数额在一万元以上不满三万元，具有前款第二项至第六项规定的情形之一，或者具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他较重情节”，依法判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金：

（一）多次索贿的；

（二）为他人谋取不正当利益，致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的；

（三）为他人谋取职务提拔、调整的。

第三条 贪污或者受贿数额在300万元以上的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额特别巨大”，依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。

贪污数额在150万元以上不满300万元，具有本解释第一条第二款规定的情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他特别严重情节”，依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。

受贿数额在一百五十万元以上不满三百万元，具有本解释第一条第三款规定的情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他特别严重情节”，依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者**死刑**，并处罚金或者没收财产。

第四条 贪污、受贿数额特别巨大，犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的，可以判处死刑。

符合前款规定的情形，但具有自首，立功，如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，或者避免、减少损害结果的发生等情节，不是必须立即执行的，可以判处死刑缓期二年执行。

符合第一款规定情形的，根据犯罪情节等情况可以判处死刑缓期二年执行，同时裁判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。

终身监禁并非独立刑种，只是一种特殊的刑罚执行措施。这种特殊性体现在以下两点：

首先，终身监禁是**依附于死刑缓期执行制度**而存在的特殊刑罚措施。换言之，终身监禁的适用首要的前提是犯贪污受贿的犯罪分子被依法判处死刑缓期执行。

其次，终身监禁是**依附于无期徒刑执行制度**而存在的特殊刑罚措施：同时裁判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。

这种依附性决定了其并非独立的刑种。

**终身监禁的适用条件：**

两高《解释》对于终身监禁的具体适用从两个方面予以了明确；

其一，在实体方面，明确了终身监禁适用的情形，即主要针对那些判处死刑立即执行过重，判处一般死缓又偏轻的重大贪污受贿罪犯，可以决定终身监禁：终身监禁是介于死刑立即执行与一般死缓之间的一种执行措施，但又比一般死缓更为严厉。

其二，在程序方面，明确了凡决定终身监禁的，在一、二审作出死缓裁判的同时应当一并作出终身监禁的决定，而不能等到死缓执行期间届满再视情而定，以此强调终身监禁一旦决定，不受执行期间服刑表现如重大立功的影响。*【“牢底坐穿”】*

司法解释第十六条 国家工作人员**出于贪污、受贿的故意**，非法占有公共财物、收受他人财物之后，将赃款赃物用于单位公务支出或者社会捐赠的，不影响贪污罪、受贿罪的认定，但量刑时可以酌情考虑。

贪污罪：具有非法占有公共财物的目的。

这是区分贪污罪与挪用公款罪（占用）的关键之所在。至于赃款的去向，并不影响非法占有目的的认定。

### （七）与职务侵占罪的界分

1. 犯罪主体不同 ← 非国家工作人员：

* 贪污罪是特殊主体的职务侵占罪。

2. 行为对象也不同：贪污罪的行为对象是公共财物，而职务侵占罪的行为对象不是公共财物。

* 「职务侵占罪的“数额较大”“数额巨大”的起点，按照本解释关于贪污罪相对应的数额标准规定的2倍、5倍执行。」（有变化）
* 新修订《立案追诉标准的规定（二）》（2022年）：职务侵占罪的入罪数额是在3万元以上，与贪污罪相持平。
* 《修十一》修改职务侵占罪的法定刑：两档变三档：数额特别巨大，10年以上或者无期徒刑；每档增加“并处罚金”。

第271条　【职务侵占罪】公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。

【贪污罪】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，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

## 三、挪用公款罪（第384条）

第384条 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、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十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。

### （一）犯罪对象：公款

1. 表现形式：一般是指现金，是指以货币、金融票证、有价证券等形式存在的公共财产。

2. **资金** → 挪用资金罪（第272条）← 两罪区别点之一。

3. 公物：

2000年3月最高检察院《关于国家工作人员挪用非特定公物能否定罪的请示的批复》：“刑法第384条规定的挪用公款罪中未包括挪用非特定公物归个人使用的行为，对该行为不以挪用公款罪论处。如构成其他犯罪的，依照刑法的相关规定定罪处罚。”

特定公物 → 法定的7种款物：救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济：

如果挪用特定公物归个人使用的，构成挪用公款罪，并应当从重处罚（第384条第2款）

【比较】挪用特定款物罪（第273条）：对象均为法定的7种款物，但是挪用的目的不同：挪作其他“公用”。

### （二）犯罪主体 → 国家工作人员

* 比较：挪用资金罪（第272条）→ 非国家工作人员。

### （三）客观构成要素：挪用公款 + 归个人使用

* 标准一：挪用用途（分为三种）；
* 标准二：定量标准（挪用的数额 + 挪用的时间）。



#### 1. 挪用的用途（分为三种）：

**（1）进行非法活动** → 包括犯罪活动、其他违法活动。

* 刑法第384条并未规定数额起点。
* 只要挪用公款，无论数额大小，一概定罪处罚，显然不是立法本意。因此，司法解释规定，挪用公款进行非法活动的，以挪用公款3万元以上为刑事责任的数额起点。

**（2）进行营利活动** → 存入银行，用于集资、购买股票、国债等

* 不受挪用时间和是否归还的限制。在案发前部分或者全部归还本息的，可以从轻处罚。
* 在定量标准，有数额较大的要求。司法解释：挪用公款5万元以上

**（3）个人使用** →前述两种用途之外的公款使用，例如用于自己或者其他个人的合法生活、非经营性支出等合法用途。

* 刑法第384条规定：挪用公款归个人使用，数额较大，超过3个月未还的才构成犯罪。
* 数额较大：5万元。
* 超过3个月未还 → 自挪用公款之日起至案发之日，超过3个月未还。
* 挪用资金罪中的“数额较大”“数额巨大”以及“进行非法活动”情形的数额起点，按照关于挪用公款罪“数额较大”“情节严重”以及“进行非法活动”的数额标准规定的二倍执行。（有变化）
* 新修订《立案追诉标准的规定（二）》（2022年）：立案追诉挪用资金罪的入罪数额标准，与挪用公款罪相持平。

“挪”与“用”的关系（挪而未用）：

《审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（2003年）：

挪用公款后尚未投入实际使用的，只要同时具备“数额较大”和“超过三个月未还”的构成要件**应当认定**为挪用公款罪，但可以**酌情从轻**处罚。

#### 2. “归个人使用”的认定：

（1）范围：既包括本人使用，也包括给他人使用。

（2）是否包括给单位使用？【变迁 → 探究其难点】：

1998年4月最高法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》：“挪用公款给私有公司、私有企业使用的，属于挪用公款归个人使用。”

**→ 挪用公款给国有公司、企业使用以及集体公司、企业使用的，不属于归个人使用。**

2001年9月1最高法院《关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》：“（1）国家工作人员利用职务上的便利，以个人名义将公款借给其他自然人或者不具有法人资格的私营独资企业、私营合伙企业等使用的，属于挪用公款归个人使用。（2）国家工作人员利用职务上的便利为谋取个人利益，以个人名义将公款借给其他单位使用的，属于挪用公款归个人使用。”

**→ 以单位的名义将公款借给其他自然人或者单位使用的，属于单位与单位、单位与个人之间的资金拆借行为，不属于挪用公款归个人使用。**

2002年4月全国人大常委会的**立法解释**：有下列情形之一的，属于挪用公款归个人使用：

（1）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；

（2）以个人名义将公款供其他单位使用的；

（3）个人决定以单位名义将公款借其他单位使用，谋取个人利益的。

立法解释的精神是：（1）将公款给其他自然人使用的，都属于归个人使用，而无须以个人名义与谋取个人利益；（2）以个人名义将公款供其他单位使用的，属于归个人使用，而无须谋取个人利益；（3）个人决定以单位名义将公款供其他单位使用的，只有谋取个人利益的才属于归个人使用。

**【单位 → 既包括私有公司、企业，也包括国有公司、企业以及集体公司、企业】**

### （四）主观构成要素：以非法“占用”为目的

* 借喻为“借鸡下蛋”，在主观上还是想把“鸡（公款）”归还。
* 在司法实践中，具有以下情形之一的，可以认定行为人具有非法占有公款的目的，应当以**贪污罪[占有]**[一字之差，性质迥异]定罪处罚：

（1）行为人携带挪用的公款潜逃的；

（2）行为人挪用公款后采取虚假发票平帐、销毁有关帐目等手段，使所挪用的公款已难以在单位财务帐目上反映出来，且没有归还行为的；

（3）行为人截取单位收入不入帐，非法占有，使所占有的公款难以在单位财务帐上反映出来，且没有归还行为的；

（4）有证据证明行为人有能力归还所挪用的公款而拒不归还，并隐瞒挪用的公款去向的。

### （五）挪用数额的累计计算

* 司法解释：“多次挪用公款不还，挪用公款数额累计计算；多次挪用公款，并以后次挪用的公款归还前次挪用的公款，挪用公款数额以案发时未还的实际数额认定。

## 四、受贿罪（第385条）

### （一）犯罪客体：

* “国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法接受他人财物，为他人谋取利益”：破坏国家工作人员职务行为的廉洁性。

### （二）行为对象 → 财物（权钱交易）：

1. 含义：利用职务行为所取的不正当对价物。

2. 比外国刑法规定的贿赂范围窄。

* 日本刑法：贿赂之所得，不一定限定为金钱、物品和其他财产利益，不论有形或者无形，以能满足人的需要、欲望的一切利益为对象 → **权欲交易**

3. **财物**→ 包括货币、物品以及其他财产性利益，如债权的设立、债务的免除等，但不包括非财产性利益。

4. 性贿赂 → 肯定说与否定说之争：

* 肯定说：性交的背后，隐藏着某种利益的交换。
* 否定说：性贿赂无法确定受贿数额。
* 请托人为国家工作人员支付卖淫者等提供性服务的费用，则相应的费用可以认定为财物。

5. 其他的非物质性利益：卖官 / 解决户口等。

* **商业贿赂**中的财物，既包括金钱和实物，也包括可以用金钱计算数额的财产性利益，如提供房屋装修、含有金额的会员卡、代币卡（券）、旅游费用等（债务免除）。具体数额以实际支付或者**应当支付**（修九）的数额为准。
* 收受银行卡的，不论受贿人是否实际取出或者消费，卡内的存款数额一般应全额认定为受贿数额。使用银行卡透支的，如果由给予银行卡的一方承担还款责任，透支数额也应当认定为受贿数额。
* 商业贿赂犯罪涉及刑法规定的以下八种罪名：（1）非国家工作人员受贿罪（刑法第163条）；（2）对非国家工作人员行贿罪（刑法第164条）；（3）受贿罪（刑法第385条）；（4）单位受贿罪（刑法第387条）：（5）行贿罪（刑法第389条）；（6）对单位行贿罪（刑法第391条）；（7）介绍贿赂罪（刑法第392条）；（8）单位行贿罪（刑法第393）。
* 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》 （2008年11月20日）

### （三）犯罪主体 → 国家工作人员

* 其含义等同于贪污罪。对于“受国有单位委托而管理、经营国有财产的人员”，仅限于贪污罪，不适用于受贿罪。
* 2007年7月两高《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第7条：特定关系人与国家工作人员通谋，共同实施前款行为（即：由特定关系人收受贿赂）的，对特定关系人以受贿罪的共犯论处。特定关系人以外的其他人与国家工作人员通谋，由国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人财物后双方共同占有的，以受贿罪的共犯论处。
* “关于在职时为请托人谋利，离职后收受财物问题”→ 国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益之前或者之后，约定在其离职后收受请托人财物，并在离职后收受的，以受贿论处。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，离职前后连续收受请托人财物的，离职前后收受部分均应计入受贿数额。

### （四）行为方式

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

1. 利用职务上的便利 → 利用本人职务范围内的权力，

即自己职务上主管、负责或者承办某项公共事务的职权及其所形成的便利条件：

（1）直接利用本人职务上的便利，即以本人职务范围内的权力为请托人谋取利益而从中收受财物。

（2）间接利用本人职务上的便利，即要求有职务上直接隶属、制约关系的其他国家工作人员利用职权为行贿人谋取利益 一 不同于“斡旋受贿 ”（第388条）。

2. 接受方式 → 索贿 \ 收受贿赂：

（1）索贿：主动地索要并收取**【法定从重处罚情节】**

\* 索要的方式既可以是明示,也可以是暗示。

（2）收受贿赂：被动地收取，是在请托人主动交付贿赂

的情况下消极地接受。

3. 为他人谋取利益 → 只适用于收受贿赂,不适用于索贿：

（1）利益的范围：物质利益和非物质利益；

（2）利益的性质：包括合法利益和非法利益；

（3）谋取利益的手段→ 合法和非法手段：“贪赃枉法”或“贪赃不枉法”，均无关：薄熙来“公事公办”？

（4）为他人谋取利益是否实现 → 不影响认定。

（3）“为他人谋取利益”的认定情形：

\*“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（2016年4月）第13条：具有下列情形之一的，应当认定为“为他人谋取利益”：

（一）实际或者承诺为他人谋取利益；（二）明知他人有具体请托事项的；（三）履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的。

国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。

\* 收受赠贿（例如感情投资、收受礼金等）：不是收受贿赂。外国刑法中一般都有收受赠贿罪之设立，我国则未设立。

【受贿 = 直接受贿（第385条）+ 斡旋受贿（第388条）】

\* 直接受贿（1）→ 利用职务上的便利 + 索贿。

\* 直接受贿（2） → 利用职务上的便利 + 收受贿赂 +【为他人谋取利益（合法利益\非法利益）】。

\* 斡旋受贿 = 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 + 索取 \ 收受财物+为请托人谋取不正当利益】

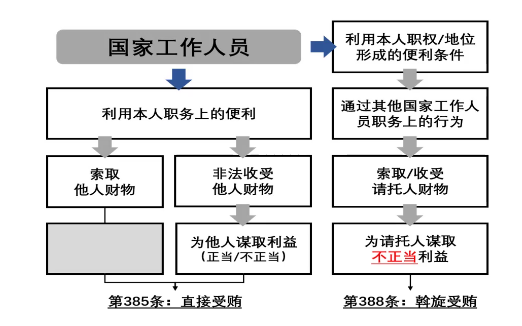
（1）利用本人职权或者地位形成的便利条件 → 本人职务对他人职务不存在,直接隶属和制约关系，而是利用了本人职务对其他国家工作人员的影响和一定的工作联系。

（2）间接性：通过其他国家工作人员职务上的行为。

（3）为请托人谋取利益的性质 → 不正当利益

【比较】直接受贿只要求为他人谋取利益，还包括正当利益。

斡旋受贿不是独立的罪名，以受贿论处（第388条）



《刑法修正案（七）》第13条在刑法第388条后增加条，作为第388条之一【利用影响力受贿罪】：

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，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，索取请托人财物或者收受请托人财物，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；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。【与国家工作人员非通谋 → 否则构成受贿共犯】

“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实施前款行为的，依照前款的规定定罪处罚。”

“利用影响力受贿罪” VS 影响力交易罪？

《联合国反腐败公约》第18条规定了“影响力交易”犯罪：对非国家工作人员利用国家工作人员的职权、地位或者其他影响，通过其他国家工作人员之职权行为，收取或者索取财物，为他人谋取不正当利益的行为。

“交易”一词在中文语境中通常是指商业上的买卖活动，而非指权力、影响力与财物或者不正当好处的交换。在罪名中出现“受贿”二字能够鲜明地体现出本条犯罪的本质特征。

修（九）增设第390条之一：【对有影响力的人行贿罪】

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，或者向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行贿的，外三年以下有期徒刑或者拘役。并外罚金，情节亚重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，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，处七年以上十年以下有期徒刑，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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

本罪的立法理由是为了填补立法上的处罚漏洞，严密刑事法网。行贿罪和受贿罪是对向性的必要共犯，在通常情况下，不仅要处罚受贿方，也要处罚行贿方。在修（七）规定了“利用影响力受贿罪”的情况下，却没有将对有影响力的人行贿的行为规定为犯罪，造成了处罚漏洞。

### （五）收受贿赂的形式：

* 花样翻新，但要抓住受贿罪的本质：权钱交易
* 2007年7月两高《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》：重心 → 收受贿赂的形式

1. 以**交易**形式收受：以明显低于\高于市场的价格向请托人购买\出售房屋、汽车等物品的；

2. **收受干股**：未出资而获得股份；

3. 以开办公司等合作投资名义收受：没有实际出资和参与公司管理、经营的；

4. 以委托请托人投资证券、期货或者其他委托理财的名义收受：未实际出资而获取“收益”，或者虽然实际出资，但获取“收益”明显高于出资应得收益的；

5. 以**赌博**形式收受；

6. 特定关系人“挂名”领取薪酬 → 特定关系人不实际工作却获取所谓薪酬（“特定关系人“，是指与国家工作人员有近亲属、情妇（夫）以及其他共同利益关系的人）；（“关系密切的人”，《刑法修正案（七）》第13条将后两者的称谓予以改变。）

7. 由特定关系人收受贿赂（通谋）。【成克杰、李平案】

《刑法》第385条第2款→【经济受贿】：受贿罪的一种特殊表现形式，指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。

如果收受回扣、手续费用于集体福利或者奖励，或者收受回扣、手续费归单位所有，不构成受贿罪（涉嫌单位受贿罪）。

2016年4月“司法解释”第16条：国家工作人员出于贪污、受贿的故意，非法占有公共财物、收受他人财物之后，将赃款赃物用于单位公务支出或者社会捐赠的，不影响贪污罪、受贿罪的认定，但量刑时可以酌情考虑。

特定关系人索取、收受他人财物，国家工作人员知道后未退还或者上交的，应当认定国家工作人员具有受贿故意。

### （六）入罪标准和刑事处罚：三个档次（修九）

1. 援引式法定刑：比照贪污罪（第386条）

* 【周永康】：受贿罪（1.29亿元），无期徒刑。
* 【薄熙来】利用职务上的便利，为大连国际公司及总经理唐肖林、实德集团谋取利益，收受唐肖林给予的钱款，明知并认可其妻、其子收受徐明给予的财物，共折合2044.7万余元（指控薄熙来认可其家庭成员收受徐明给予的财物中，计人民币134万元因证据不足，不予认定）：无期徒刑）← 贪污罪第四档次的法定刑：个人贪污数额在10万元以上的，处10年以上有期徒刑或无期徒刑；情节特别严重的（过去尚未有司法解释明确界定），处死刑。

2. 索贿 → 从重处罚。

* 非国家工作人员受贿罪中的“数额较大”“数额巨大”的数额起点，按照本解释关于受贿罪相对应的数额标准规定的二倍执行。

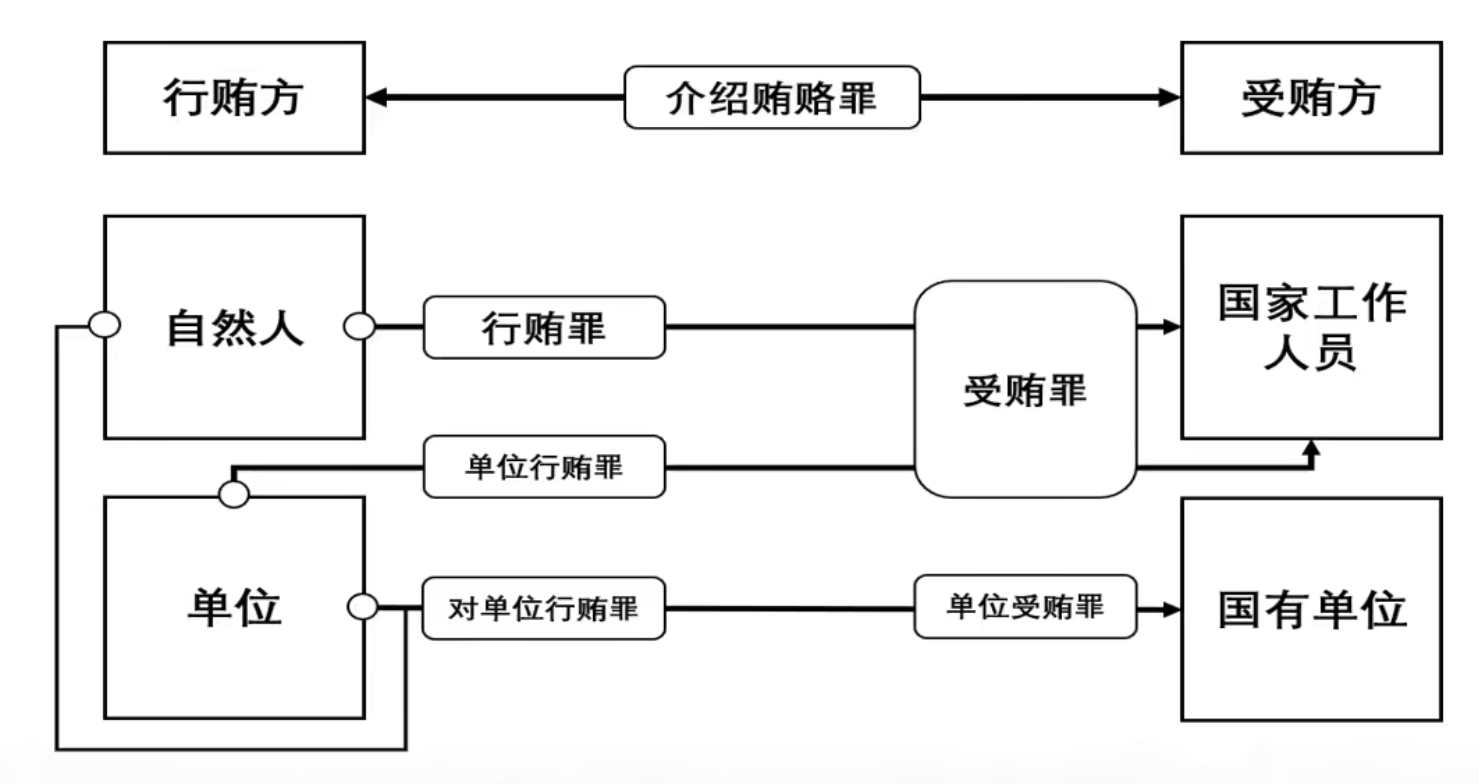
### （七）法条竞合

国家工作人员收受贿赂为他人谋利益的行为，通常触犯其他罪名，是构成牵连犯，还是并罚？

1988年《补充规定》规定：“因受贿而进行违法活动构成其他罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”新刑法未规定。

* 【参考法例】第399条第3款规定：司法工作人员受贿后徇私枉法或者枉法裁判后，依照处罚较重的规定定罪处罚。→ 从一重处断，而不实行并罚。
* 【2016年4月司法解释】第17条：国家工作人员利用职务上的便利，收受他人财物，为他人谋取利益，同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的，除刑法另有规定外，以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。

## 五、贿赂的罪名体系



缺少了利用影响力受贿罪和对有影响力的人行贿罪。

## 六、行贿罪（第389条）

1. 行贿对象 → **国家工作人员**：与“对非国家工作人员行贿罪”的根本区别点。

2. 行为方式 → 给予国家工作人员以财物，以作为国家工作人员为其谋取不正当利益的交换条件\对价。

* **特殊的行贿方式**：

在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大，

或违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费。

3. **法定的目的犯：为了谋取不正当利益**

* “谋取不正当利益”：是指行贿人谋取违反法律法规、规章或者政策规定的利益，或者要求对方违反法律法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件。在招标投标、政府采购等商业活动中，违背公平原则，给予相关人员财物以谋取竞争优势的，属于“谋取不正当利益”。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》 （2008年11月20日）第9条

4. 除却规定

因勒索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。（第389条第3款）

* 适用条件：（1） 被勒索；（2）没有获得不正当利益：行为人主观上是为谋取不正当利益，但最后没有获得该不正当利益。

5. 法定情节：

第390条第2款 行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。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。

原来：行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。（刑事政策）

修九：

* 行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。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。
* 第390条第1款的修改：加入罚金。

刑事政策：突破“1：1侦破难”的格局。