



www.docsriver.com商家巨力电子书

解读

最高人民法院司法指导性文件

刑事卷(上)

人民法院出版社 编



www.docsriver.com 商家巨力电子书

解读

最高人民法院司法指导性文件

刑事卷(上)

人民法院出版社 编

www.docsriver.com商家巨力电子书

图书在版编目 (CIP) 数据

解读最高人民法院司法指导性文件·刑事卷/人民法院出版社编. —北京: 人民法院出版社, 2019. 5
ISBN 978 - 7 - 5109 - 2534 - 4

I. ①解… II. ①人… III. ①刑事诉讼法—法律解释—汇编—中国 IV. ①D920. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 087835 号

解读最高人民法院司法指导性文件 刑事卷
人民法院出版社 编

责任编辑 王 婷 执行编辑 高 晖
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550673 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
客 服 QQ 2092078039
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 1192 千字
印 张 62.75
版 次 2019 年 5 月第 1 版 2019 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 2534 - 4
定 价 189.00 元 (上下册)

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有 侵权必究

编辑出版说明

最高人民法院司法指导性文件是除司法解释以及司法行政管理、人事管理类文件之外的，涉及法律适用问题的司法文件。根据最高人民法院周强院长主编的《最高人民法院司法解释汇编（1949~2013）》一书的界定和分类，1997年4月1日以后，最高人民法院或者最高人民法院有关部门单独以及联合其他有关部门发布的涉及法律适用问题但不是以“法释”字编号的规范性文件；1997年4月1日以前，最高人民法院或者最高人民法院有关部门仅针对某一具体案件的个案答复，以及由外单位牵头、最高人民法院会签的文件，最高人民法院重要工作会议领导讲话和会议纪要等文件，均属于此类。

司法指导性文件虽然不属于司法解释，不能在人民法院裁判文书中援引作为裁判依据，但公认对各级人民法院审判执行工作具有重要的指导意义。

本书精选最高人民法院近年来制发的司法指导性文件，涵盖“意见”“决定”“纪要”“通知”“讲话”等不同文体种类。为便于读者准确理解，对部分司法指导性文件约请司法指导性文件的起草人撰写对该指导性文件内容及背景加以分析和阐述的解读性文章。本书共分为六卷，即综合卷、刑事卷、民事卷、商事卷、知识产权·行政卷、民事诉讼卷。

本书的特点：1. 权威。司法指导性文件的来源权威准确，现行有效。解读性文章也均由司法指导性文件起草人撰写，从中可以了解最高人民法院对一些法律问题的司法政策、观点。2. 全面。几乎涵盖了近年来最高人民法院作出的全部现行有效的司法指导性文件。3. 实用。分类清楚，方便读者查检使用。

本书同我社的《解读最高人民法院司法解释（含指导性案例）》《解读最高人民法院司法复函》共同构成了“解读最高人民法院司法文书系”，其各有侧重、互为补充、相得益彰，是审判人员在审判实践中可资参考的工具书，也可供律师、仲裁员等办案时参考使用。本书此次再版，与《解读最高人民法院司法解释（含指导性案例）》《解读最高人民法院司法复函》首次一齐推出。使用本书时，应注意国家最新公布的法律和最高人民法院最新颁布的司法解释，凡与前者有抵触的，应以前者为准。

本卷收录刑事实体、刑事程序等方面的司法指导性文件共 110 件。

人民法院出版社

2019 年 5 月

总 目 录

第一编 刑事实体编

- (一) 刑法总则····· (3)
 - 1. 综 合····· (3)
 - 2. 刑罚的具体适用····· (35)
- (二) 刑法分则····· (117)
 - 1. 危害公共安全罪····· (117)
 - 2. 破坏社会主义市场经济秩序罪····· (143)
 - 3. 侵犯公民人身权利、民主权利罪····· (269)
 - 4. 侵犯财产罪····· (326)
 - 5. 妨害社会管理秩序罪····· (376)
 - 6. 贪污贿赂罪····· (583)
 - 7. 渎职罪····· (628)

第二编 刑事程序编

- (一) 综 合····· (657)
- (二) 管辖、辩护····· (788)
- (三) 证 据····· (831)
- (四) 第二审程序····· (876)
- (五) 死刑复核程序····· (883)
- (六) 审判监督程序····· (897)
- (七) 执 行····· (899)
- (八) 其 他····· (959)

目 录

上 册

第一编 刑事实体编

(一) 刑法总则

1. 综 合

最高人民法院

关于印发《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》的通知
(1999年10月27日) (3)

最高人民法院

印发《最高人民法院关于进一步加强刑事审判工作的决定》的通知
(2007年8月28日) (10)

最高人民法院

印发《关于充分发挥刑事审判职能作用深入推进社会矛盾化解的若干意见》的通知
(2010年12月31日) (21)

最高人民法院

关于充分发挥审判职能作用切实维护公共安全的若干意见

(2015年9月16日) (27)

【链接】最高人民法院研究室负责人就《关于充分发挥审判职能作用切实维护公共安全的若干意见》答记者问 (31)

2. 刑罚的具体适用

最高人民法院

印发《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》的通知

(2010年12月22日) (35)

【解读】解读《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》 (40)

【链接】最高人民法院相关部门负责人就《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》答记者问 (49)

最高人民法院 最高人民检察院

印发《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》的通知

(2009年3月12日) (53)

【解读】解读《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》 (56)

最高人民法院

印发《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》的通知

(2010年2月8日) (63)

【解读】解读《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》 (71)

【链接】最高人民法院相关部门负责人就《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》答记者问 (86)

附:

在审理故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件中切实贯彻宽严相济刑事政策 (91)

在毒品案件审判工作中切实贯彻宽严相济刑事政策 (95)

在减刑、假释工作中贯彻宽严相济刑事政策 (99)

最高人民法院

关于实施修订后的《关于常见犯罪的量刑指导意见》的通知

(2017年3月9日) (102)

最高人民法院

关于在全国法院开展扩大量刑规范化范围试点的通知

(2017年3月9日) (112)

最高人民法院

关于罪犯因漏罪、新罪数罪并罚时原减刑裁定应如何处理的意见

(2012年1月18日) (116)

(二) 刑法分则

1. 危害公共安全罪

最高人民法院

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

(2009年9月11日) (117)

最高人民法院 最高人民检察院 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18日) (122)

【解读】解读《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》

..... (123)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部

关于依法惩治妨害公共交通工具安全驾驶违法犯罪行为的指导意见

(2019年1月8日) (129)

最高人民法院

- 印发《关于进一步加强危害生产安全刑事案件审判工作的意见》的通知
(2011年12月30日) (132)
- 【解读】解读《关于进一步加强危害生产安全刑事案件审判工作的意见》
..... (137)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部

- 印发《关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件适用法律若干问题的意见》的通知
(2018年9月28日) (140)

2. 破坏社会主义市场经济秩序罪

最高人民法院

- 关于印发《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》的通知
(2001年1月21日) (143)
- 【解读】解读《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》 (151)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家烟草专卖局

- 关于印发《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》的通知
(2003年12月23日) (160)
- 【解读】解读《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》 (164)

最高人民法院 最高人民检察院 海关总署

- 关于印发《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》的通知
(2002年7月8日) (167)
- 【解读】解读《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》 (176)

最高人民法院 最高人民检察院

- 印发《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》的通知
(2008年11月20日) (189)

【解读】 解读《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》	····· (191)
【链接】 最高人民法院、最高人民检察院有关部门负责人就《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》答记者问	····· (205)
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 中国证券监督管理委员会 关于整治非法证券活动有关问题的通知 (2008年1月2日)	····· (209)
【解读】 解读《关于整治非法证券活动有关问题的通知》	····· (212)
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 中国证券监督管理委员会 关于印发《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、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》的通知 (2011年4月27日)	····· (216)
最高人民法院 最高人民检察院 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 (2012年3月14日)	····· (218)
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家安全部 关于依法办理非法生产销售使用“伪基站”设备案件的意见 (2014年3月14日)	····· (219)
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于印发《办理非法经营国际电信业务犯罪案件联席会议纪要》的 通知 (2003年4月22日)	····· (221)
最高人民法院 关于非法集资刑事案件性质认定问题的通知 (2011年8月18日)	····· (223)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见 (2014年3月25日)	(224)
【解读】解读《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》	(227)
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 印发《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》的通知 (2019年1月30日)	(234)
最高人民法院 关于虚开增值税专用发票定罪量刑标准有关问题的通知 (2018年8月22日)	(239)
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 印发《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》的 通知 (2011年1月10日)	(240)
【解读】解读《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》	(245)
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家新闻出版广电总局 关于依法严厉打击非法电视网络接收设备违法犯罪活动的通知 (2015年9月18日)	(259)
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见 (2013年11月14日)	(261)
【解读】解读《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的 意见》	(263)

3. 侵犯公民人身权利、民主权利罪

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部

印发《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》的通知

(2010年3月15日) (269)

【解读】 解读《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》 (276)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部

印发《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》的通知

(2013年10月23日) (283)

【解读】 解读《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》 (288)**【链接】** 严惩性侵害未成年人犯罪 切实保护未成年人合法权益

——最高人民法院等四部门有关负责人答记者问 (301)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部

印发《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》的通知

(2015年3月2日) (305)

【解读】 解读《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》 (311)

4. 侵犯财产罪

最高人民法院

印发《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》的
通知

(2005年6月8日) (326)

【解读】 解读《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》

..... (331)

最高人民法院

关于印发《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》的
通知

(2016年1月6日) (346)

【解读】 解读《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》 (351)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部

关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见

(2016年12月19日) (361)

【解读】解读《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》

..... (367)

最高人民法院 最高人民检察院 人力资源社会保障部 公安部

关于加强涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件查处衔接工作的通知

(2014年12月23日) (373)

5. 妨害社会管理秩序罪

最高人民法院 最高人民检察院 公安部

关于印发《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》的通知

(2009年12月9日) (376)

【解读】解读《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》 (383)

全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要（节录）

(2015年10月13日) (391)

【解读】解读《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要》

..... (398)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部

印发《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》的通知

(2019年2月28日) (409)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部

印发《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》的通知

(2019年2月28日) (414)

【链接】“两高两部”负责人就办理扫黑除恶案件的四个意见有关问题答

记者问 (418)

- 最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部
印发《关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》的
通知
(2019年2月28日) (425)
- 最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部
印发《关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》的
通知
(2019年2月28日) (429)
- 最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部
国家卫生和计划生育委员会
印发《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》的通知
(2014年4月22日) (432)
【解读】 解读《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》 (436)
- 最高人民法院 最高人民检察院 公安部
关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见
(2010年8月31日) (443)
【解读】 解读《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》 (446)
- 最高人民法院 最高人民检察院 公安部
关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的意见
(2014年3月26日) (455)
【解读】 解读《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的意见》
..... (458)
- 最高人民法院 最高人民检察院 公安部
关于依法严肃查处拒不执行判决、裁定和暴力抗拒法院执行犯罪行为
有关问题的通知
(2007年8月30日) (463)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部

关于开展集中打击拒不执行判决、裁定等犯罪行为专项行动有关
工作的通知

(2014年10月21日) (466)

最高人民法院

关于拒不执行判决、裁定罪自诉案件受理工作有关问题的通知

(2018年5月30日) (467)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部 生态环境部

印发《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》的通知

(2019年2月20日) (468)

第一编 刑事事实体编

(一) 刑法总则

1. 综合

最高人民法院 关于印发《全国法院维护农村稳定 刑事审判工作座谈会纪要》的通知

1999年10月27日

法〔1999〕217号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院；全国地方各中级人民法院，各大单位军事法院，新疆生产建设兵团各中级法院：

现将全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要印发，望认真贯彻执行。

附：

全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要

为了贯彻党的十五届三中全会作出的《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》（以下简称《决定》），落实1999年8月最高人民法院在上海召开的全国高级法院院长座谈会（以下简称“上海会议”）关于推进人民法院改革、切实把人民法院的工作重点放在基层的精神，进一步探索和开拓刑事审判为农村稳定和农业发展服务的工作思路，最高人民法院于1999年9月8日至10日在山东省济南市召开了全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会。出席会议的有各省、自治区、直辖市高级人民法院主管刑事审判工作的副院长、刑事审判庭庭长。解放军军事法院和新疆维吾尔自治区高级人民法院生产

建设兵团分院也派代表参加会议。最高人民法院副院长刘家琛在座谈会上作了重要讲话。

与会同志总结交流了近年来自地法院审理农村中刑事案件的情况和经验，分析了当前农村治安形势和农村中刑事案件及农民犯罪的特点，认真讨论了当前审理农村几类主要刑事案件和农民犯罪案件应当注意的若干问题；对当前及今后一个时期加强刑事审判工作，维护农村稳定提出了明确要求，现纪要如下：

会议认为，农村稳定是巩固工农联盟的政权、维护国家长治久安的坚实基础。农村社会治安稳定、农业发展，是从根本上改变长期以来我国城乡犯罪中农民占大多数的状况的社会条件和物质基础。改革开放以来，我国农村政治稳定、农业稳步发展、农村治安形势总的还是平稳的，这是主流。但是在一些地方，还存在影响治安稳定的不容忽视的突出问题。其主要特点表现为：

一是农村社会矛盾复杂化，有的导致群体性械斗和上访事件，有的激化为严重治安犯罪案件；二是非法宗教和邪教组织在一些农村乡镇有重新抬头之势；三是农村金融和市场管理秩序混乱，损害了农民的合法权益，严重影响农村稳定和农业发展；四是农民间因生产生活、邻里纠纷、婚姻家庭等内部矛盾激化为刑事犯罪的情况比较突出。这一状况，如不得到有效控制，长期下去，将导致党和政府在农村依靠的基本队伍结构发生变化，不利于基层政权的巩固与发展；五是一些地方出现的“村霸”、“乡霸”等恶势力及封建宗族势力横行乡里，有的犯罪团伙带有明显的黑社会组织性质，成为威胁农村治安稳定的一大祸端；六是卖淫嫖娼、贩卖、吸食毒品，赌博等社会丑恶现象在一些农村地区发展蔓延，诱发了多种犯罪。以上问题，在广大农村有一定的普遍性，有的还很突出，不仅影响农村的稳定、改革和农业的发展，也与整个社会的稳定息息相关。尤其值得重视是，农村中刑事犯罪案件和农民犯罪案件在我国所有刑事犯罪案件和罪犯中所占比例逐年增加，特别是在杀人、抢劫、盗窃、伤害案件中，农民罪犯占了大部分，所占比例连年上升。在判处死刑的罪犯中，农民罪犯所占的比例近年来也呈上升趋势。

上述情况表明，农村中农民犯罪问题已成为影响我国社会治安稳定的重要因素，并在很大程度上决定着我国治安形势的走向。解决好这一问题实际上也就找到了我国解决犯罪问题的一个重要突破口。认真分析研究这些问题，提出具体对策意见。对于解决农村稳定、全国社会治安问题具有重大意义。

会议认为，涉及农村中犯罪案件、农民犯罪案件的审判工作，直接关系到党在农村工作中的方针、政策能否得到贯彻落实。正确处理好这类案件，不仅

仅是审判工作的问题，而且是一个严肃的政治问题。因此，加强对农村中犯罪案件、农民犯罪案件的审判工作，维护农村和整个社会稳定，应当始终是人民法院面临的一项重要而紧迫的政治任务。

二

会议在认真学习《决定》和“上海会议”文件的基础上，结合执行刑法、刑事诉讼法的审判实践，对审理农村中犯罪案件、农民犯罪案件中的一些重要问题进行了研究、讨论。一致认为，对于故意杀人、故意伤害、抢劫、强奸、绑架等严重危害农村社会治安的暴力犯罪以及带有黑社会性质的团伙犯罪，一定要继续坚持从重从快严厉打击的方针。要根据当地社会治安的特点，将经常性“严打”和集中打击、专项斗争结合起来，始终保持“严打”的高压态势，有效地遏制严重刑事犯罪活动蔓延的势头，尽一切努力维护好农村社会治安的稳定。同时，对正确适用法律，处理好农村常见多发案件，全面、正确掌握党的刑事政策，取得了一致意见：

（一）关于故意杀人、故意伤害案件

要准确把握故意杀人犯罪适用死刑的标准。对故意杀人犯罪是否判处死刑，不仅要看是否造成了被害人死亡结果，还要综合考虑案件的全部情况。对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪，适用死刑一定要十分慎重，应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别。对于被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任，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。

要注意严格区分故意杀人罪与故意伤害罪的界限。在直接故意杀人与间接故意杀人案件中，犯罪人的主观恶性程度是不同的，在处刑上也应有所区别。间接故意杀人与故意伤害致人死亡，虽然都造成了死亡后果，但行为人故意的性质和内容是截然不同的。不注意区分犯罪的性质和故意的内容，只要有死亡后果就判处死刑的做法是错误的，这在今后的工作中，应当予以纠正。对于故意伤害致人死亡，手段特别残忍，情节特别恶劣的，才可以判处死刑。

要准确把握故意伤害致人重伤造成“严重残疾”的标准。参照1996年国家技术监督局颁布的《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准》（以下简称“工伤标准”），刑法第二百三十四条第二款规定的“严重残疾”是指下列情形之一：被害人身体器官大部缺损、器官明显畸形、身体器官有中等功能障碍、造成严重并发症等。残疾程序可以分为一般残疾（十至七级）、严重残疾（六至三级）、特别严重残疾（二至一级），六级以上视为“严重残疾”。在有关司法解释出台前，可统一参照“工伤标准”确定残疾等级。实践中，并不是只要达到“严重残疾”就判处死刑，还要根据伤害致人“严重残疾”的具体情况，综

合考虑犯罪情节和危害后果来决定刑罚。故意伤害致重伤造成严重残疾，只有犯罪手段特别残忍，后果特别严重的，才能考虑适用死刑（包括死刑，缓期二年执行）。

（二）关于盗窃案件

要重点打击的是：盗窃农业生产资料和承包经营的山林、果林、鱼塘产品等严重影响和破坏农村经济发展的犯罪；盗窃农民生活资料，严重影响农民生活和社会稳定的犯罪；结伙盗窃、盗窃集团和盗、运、销一条龙的犯罪；盗窃铁路、油田、重点工程物资的犯罪等。

对盗窃集团的首要分子、盗窃惯犯、累犯，盗窃活动造成特别严重后果的，要依法从严惩处。对于盗窃牛、马、骡、拖拉机等生产经营工具或者生产资料的，应当依法从重处罚。对盗窃犯罪的初犯、未成年犯，或者确因生活困难而实施盗窃犯罪，或积极退赃、赔偿损失的，应当注意体现政策，酌情从轻处罚。其中，具备判处管制、单处罚金或者宣告缓刑条件的，应区分不同情况尽可能适用管制、罚金或者缓刑。

最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第四条中“入户盗窃”的“户”，是指家庭及其成员与外界相对隔离的生活场所，包括封闭的院落、为家庭生活租用的房屋、牧民的帐篷以及渔民作为家庭生活场所的渔船等。集生活、经营于一体的处所，在经营时间内一般不视为“户”。

（三）关于农村恶势力犯罪案件

修订后的刑法将原“流氓罪”分解为若干罪名，分别规定了相应的刑罚，更有利于打击此类犯罪，也便于实践中操作。对实施多种原刑法规定的“流氓”行为，构成犯罪的，应按照修订后刑法的罪名分别定罪量刑，按数罪并罚原则处理。对于团伙成员相对固定，以暴力、威胁手段称霸一方，欺压百姓，采取收取“保护费”、代人强行收债、违规强行承包等手段，公然与政府对抗的，应参照黑社会性质组织犯罪处理；其中，又有故意杀人、故意伤害等犯罪行为的，按数罪并罚的规定处罚。

（四）关于破坏农业生产坑农害农案件

对于起诉到法院的坑农害农案件，要及时依法处理。对犯罪分子判处刑罚时，要注意尽最大可能挽回农民群众的损失。被告人积极赔偿损失的，可以考虑适当从轻处罚。被害人提起刑事自诉的，要分别不同情况处理：受害群众较多的，应依靠当地党委，并与有关政法部门协调，尽量通过公诉程序处理；被害人直接向法院起诉并符合自诉案件立案规定的，应当立案并依法审理。对于生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪所造成的损失数额标准，在最高人民法院作出司法解释前，各高级法院可结合本地具体情况制定参照执行的标准。

（五）关于村民群体械斗案件

处理此类案件要十分注意政策界限。案件经审理并提出处理意见后，要征求当地党委和有关部门的意见。既要严格依法办事，又要做好耐心细致的解释工作，把处理案件与根治械斗发生的原因结合起来，防止发生意外和出现新的矛盾冲突。

要查清事实，分清责任，正确适用刑罚。处理的重点应是械斗的组织者、策划者和实施犯罪的骨干分子。一般来说，械斗的组织者和策划者，应对组织、策划的犯罪承担全部责任；直接实施犯罪行为的，应对其实施的犯罪行为负责。要注意缩小大打击面，扩大教育面。对积极参与犯罪的从犯，应当依法从轻或者减轻处罚。其中符合缓刑条件的，应当适用缓刑；对被煽动、欺骗、裹挟而参与械斗，情节较轻，经教育确有悔改表现的，可不按犯罪处理。

要注意做好被害人的工作。对因参与械斗而受伤的被害人，也应指出其行为的违法性质；对因受害造成生产、生活上困难的，要协助有关部门解决好，努力依法做好善后工作，消除对立情绪，根除伺机再度报复的潜在隐患。

（六）关于拐卖妇女、儿童犯罪案件

要从严惩处拐卖妇女、儿童犯罪团伙的首要分子和以拐卖妇女、儿童为常业的“人贩子”。

要严格把握此类案件罪与非罪的界限。对于买卖至亲的案件，要区别对待：以贩卖牟利为目的“收养”子女的，应以拐卖儿童罪处理；对那些迫于生活困难、受重男轻女思想影响而出卖亲生子女或收养子女的，可不作为犯罪处理；对于出卖子女确属情节恶劣的，可按遗弃罪处罚；对于那些确属介绍婚姻，且被介绍的男女双方相互了解对方的基本情况，或者确属介绍收养，并经被收养人父母同意的，尽管介绍的人数较多，从中收取财物较多，也不应作犯罪处理。

三

会议在认真分析了农村中犯罪、农民犯罪的原因和特点的基础上，结合我国农村基层组织的作用和现状，对处理农村中犯罪案件和农民犯罪案件应当把握的政策界限进行了研究；对正确处理以下问题取得了一致意见：

（一）关于正确处理干群关系矛盾引发的刑事案件问题

开庭审理此类案件，一般要深入案发地，认真查清事实，了解案件发生真实原因，分清双方责任，合情、合理、合法地予以处理。

对利用手中掌握的权力欺压百姓、胡作非为，严重损害群众和集体利益，构成犯罪的，要依法严惩；对只是因工作方法简单粗暴构成犯罪的，要做好工作，取得群众谅解后，酌情予以处理。

对抗拒基层组织正常管理，纯属打击报复农村干部的犯罪分子，一定要依法严惩；对事出有因而构成犯罪的农民被告人，则要体现从宽政策。群体事件中，处罚的应只是构成犯罪的极少数为首者和组织者；对于其他一般参与的群众，要以教育为主，不作犯罪处理。

要充分依靠当地党委和政府，充分征求有关部门对此类案件判决的意见。对当地政府强烈要求判处死刑的案件，要了解有关背景。对于依法应当判处死刑的，不能因为担心被告方人多势众会闹事而不判处死刑；相反，对不应当判处死刑的，也不能因为被害方闹事就判处死刑。要依靠党政部门努力做好法制宣传教育工作，在未做好群众思想工作的情况下，不要急于下判。

(二) 关于对农民被告人依法判处缓刑、管制、免于刑事处罚问题

对农民被告人适用刑罚，既要严格遵循罪刑相适应的原则，又要充分考虑到农民犯罪主体的特殊性。要依靠当地党委做好相关部门的工作，依法适当适用非监禁刑罚。对于已经构成犯罪，但不需要判处刑罚的，或者法律规定有管制刑的，应当依法免于刑事处罚或判处管制刑。对于罪行较轻且认罪态度好，符合宣告缓刑条件的，应当依法适用缓刑。

要努力配合有关部门落实非监禁刑的监管措施。在监管措施落实问题上可以探索多种有效的方式，如在城市应加强与适用缓刑的犯罪人原籍的政府和基层组织联系落实帮教措施；在农村应通过基层组织和被告人亲属、家属、好友做好帮教工作等等。

(三) 关于村委会和村党支部成员利用职务便利侵吞集体财产犯罪的定性问题

为了保证案件的及时审理，在没有司法解释规定之前，对于已起诉到法院的这类案件，原则上以职务侵占罪定罪处罚。

(四) 关于财产刑问题

凡法律规定并处罚金或者没收财产的，均应当依法并处，被告人的执行能力不能作为是否判处财产刑的依据。确实无法执行或不能执行的，可以依法执行终结或者减免。对法律规定主刑有死刑、无期徒刑和有期徒刑，同时并处没收财产或罚金的，如决定判处死刑，只能并处没收财产；判处无期徒刑的，可以并处没收财产，也可以并处罚金；判处有期徒刑的，只能并处罚金。

对于法律规定有罚金刑的犯罪，罚金的具体数额应根据犯罪的情节确定。刑法和司法解释有明确规定的，按规定判处；没有规定的，各地可依照法律规定的原则和具体情况，在总结审判经验的基础上统一规定参照执行的数额标准。

对自由刑与罚金刑均可选择适用的案件，如盗窃罪，在决定刑罚时，既要避免以罚金刑代替自由刑，又要克服机械执法只判处自由刑的倾向。对于可执

行财产刑且罪行又不严重的初犯、偶犯、从犯等，可单处罚金刑。对于应当并处罚金刑的犯罪，如被告人能积极缴纳罚金，认罪态度较好，且判处的罚金数量较大，自由刑可适当从轻，或考虑宣告缓刑。这符合罪刑相适应原则，因为罚金刑也是刑罚。

被告人犯数罪的，应避免判处罚金刑的同时，判处没收部分财产。对于判处没收全部财产，同时判处罚金刑的，应决定执行没收全部财产，不再执行罚金刑。

（五）关于刑事附带民事诉讼问题

人民法院审理附带民事诉讼案件的受案范围，应只限于被害人因人身权利受到犯罪行为侵犯和财物被犯罪行为损毁而遭受的物质损失，不包括因犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受的物质损失。对因犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受的物质损失，应当根据刑法第六十四条的规定处理，即应通过追缴赃款赃物、责令退赔的途径解决。如赃款赃物尚在的，应一律追缴；已被用掉、毁坏或挥霍的，应责令退赔。无法退赔的，在决定刑罚时，应作为酌定从重处罚的情节予以考虑。

关于附带民事诉讼的赔偿范围，在没有司法解释规定之前，应注意把握以下原则：一是要充分运用现有法律规定，在法律许可的范围内最大限度地补偿被害人因被告人的犯罪行为而遭受的物质损失。物质损失应包括已造成的损失，也包括将来必然遭受的损失。二是赔偿只限于犯罪行为直接造成的物质损失，不包括精神损失和间接造成的物质损失。三是要适当考虑被告人的赔偿能力。被告人的赔偿能力包括现在的赔偿能力和将来的赔偿能力，对未成年被告人还应考虑到其监护人的赔偿能力，以避免数额过大的空判引起的负面效应，被告人的民事赔偿情况可作为量刑的酌定情节。四是要切实维护被害人的合法权益。附带民事原告人提出起诉的，对于没有构成犯罪的共同致害人，也要追究其民事赔偿责任。未成年致害人由其法定代表人或者监护人承担赔偿责任。但是，在逃的同案犯不应列为附带民事诉讼的被告人。关于赔偿责任的分担：共同致害人应当承担连带赔偿责任；在学校等单位内部发生犯罪造成受害人损失，在管理上有过错责任的学校等单位有赔偿责任，但不承担连带赔偿责任；交通肇事犯罪的车辆所有人（单位）在犯罪分子无赔偿能力的情况下，承担代为赔偿或者垫付的责任。

（六）关于刑事自诉案件问题

要把自诉案件的立案关。有的地方为了便于具体操作，制定了具体立案标准，也有的地方实行“立案听证”，让合议庭听取有关方面的意见，审查证据材料，决定是否立案。这些做法可以进一步总结，效果好的，可逐步推广。

要注重指导和协助双方当事人自行取证举证。由于广大农民群众法律水平

尚不高，个人取证有相当难度，一般情况下很难达到法律规定的证据要求。如因证据不足而简单、轻率地决定对自诉案件不予受理，就有可能使矛盾激化，引发新的刑事案件。因此，对于当事人所举证据不充分的，在指导自诉人取证的基础上，对于确有困难的，人民法院应当依法调查取证。

要正确适用调解。调解应查清事实、分清责任，在双方自愿的基础上依法进行，不能强迫调解，更不能违法调解。

要正确适用强制措施和刑罚。自诉案件经审查初步认定构成犯罪且较为严重的，对有可能逃避刑事责任和民事责任的被告人，要依法及时采取强制措施。对可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑或者能及时到案，不致发生社会危险的被告人，不应当决定逮捕。在处刑上，对自诉案件被告人更应当注意尽量依法多适用非监禁刑罚。

最高人民法院 印发《最高人民法院关于进一步加强刑事审判工作的决定》的通知

2007年8月28日

法发〔2007〕28号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

现将《最高人民法院关于进一步加强刑事审判工作的决定》印发给你们，请认真组织学习，贯彻执行。

附：

关于进一步加强刑事审判工作的决定

为进一步严格执行刑法、刑事诉讼法，正确贯彻党的刑事政策，充分发挥人民法院刑事审判职能，为构建社会主义和谐社会、全面建设小康社会提供更加有力的司法保障，根据第五次全国刑事审判工作会议精神，结合当前刑事审判工作实际，作出如下决定。

一、充分认识加强刑事审判工作的重要性和必要性

1. 刑事审判作出了重要历史贡献。新中国成立以来，各级人民法院积极开展刑事审判工作，在党领导人民进行社会主义革命和建设的各个时期，都发挥了重要作用。特别是改革开放以来，各级人民法院忠实履行审判职责，正确执行刑事法律，依法惩处刑事犯罪，保障无罪的人不受刑事追究，落实社会治安综合治理的各项措施，积极稳妥地推进刑事审判制度改革，不断提高刑事司法水平，为巩固人民民主专政政权，维护国家安全和社会稳定，保护人民群众生命财产不受侵犯，保障改革开放，促进经济和社会发展，作出了重要贡献。

2. 刑事审判工作取得了新成就和新进展。刑法、刑事诉讼法修订实施以来，各级人民法院牢固树立科学的刑事司法理念，努力践行“公正与效率”工作主题，全面发挥刑事审判职能，依法有力惩罚犯罪，强化人权司法保护，保证了刑事法律和刑事政策的正确贯彻执行，刑事审判质量和效率明显提高。切实加强监督指导，促进了刑事司法统一。不断深化刑事司法改革，刑事审判制度逐步完善。稳步推进法官职业化建设，刑事审判队伍整体素质明显提高。

3. 刑事审判工作的历史经验必须长期坚持。回顾新中国成立以来刑事审判工作的发展历程，必须坚持以下基本经验：

——必须坚持有法可依、有法必依、执法必严、违法必究，严格依法办案，维护法律权威。

——必须坚持遵循司法规律，既要依法惩罚犯罪，又要保证无罪的人不受刑事追究，全面发挥刑事审判职能。

——必须坚持以科学发展观为指导，立足中国国情，适应经济社会的发展和人民群众的司法需求，善于借鉴人类司法文明的有益成果，不断改革创新，与时俱进。

——必须坚持服务大局，做到执行刑事法律与贯彻刑事政策紧密结合，确保法律效果和社会效果的有机统一。

——必须坚持党的领导，保证刑事审判工作的社会主义正确方向。

4. 新的形势对刑事审判工作提出更高要求。我国社会主义现代化建设正处在关键时期，同时也是人民内部矛盾凸显、刑事犯罪高发、对敌斗争复杂的时期。人民法院维护国家安全和社会和谐稳定的责任更加重大，任务更加繁重。随着改革开放和经济发展，我国民主法制建设不断完善，全社会的法治观念明显增强，对刑事审判工作保障公民合法权益、维护社会公平正义提出了新的更高的要求。

5. 刑事审判工作面临良好的发展机遇。新的历史时期，人民法院刑事审判工作的发展具备现实的有利条件。党的十六届六中全会作出了《中共中央

于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，提出社会主义民主法制更加完善，依法治国基本方略得到全面落实，人民的各项权益得到切实尊重和保障的目标和任务，强调推进司法体制和工作机制改革，建设公正、高效、权威的社会主义司法制度；中共中央对进一步加强人民法院、人民检察院工作作出重要决定，优化了司法环境，有利于人民法院依法独立公正地行使刑事审判权；全国人大常委会通过了关于修改人民法院组织法的决定，自2007年1月1日起，由最高人民法院统一行使死刑核准权，有利于维护法制统一，为刑事审判工作的发展提供了良好契机。

6. 充分认识刑事审判工作的重要意义。刑事审判担负着惩罚犯罪，保护人民，维护公平正义，保障社会安定的司法职能，是改革、发展、稳定、和谐的重要保证，在建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会中具有不可替代的作用。必须充分认识新形势下加强刑事审判工作的重要意义，切实增强政治责任感和历史使命感，正视面临的复杂形势，勇于应对挑战，准确把握历史机遇，振奋精神，锐意进取，狠抓各项工作任务 and 措施的落实，不断开创刑事审判工作的新局面。

二、刑事审判工作的指导思想和基本要求

7. 当前和今后一个时期刑事审判工作的指导思想。坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，全面落实科学发展观，紧紧围绕“公正司法，一心为民”指导方针和“公正与效率”工作主题，树立科学的刑事司法理念，继续深化刑事审判制度改革，充分发挥刑事审判职能作用，全面理解和正确执行宽严相济刑事政策，依法惩罚犯罪，依法保障人权，积极参与社会治安综合治理，为建设富强、民主、文明、和谐的社会主义现代化国家提供有力的司法保障。

8. 坚持宽严相济的刑事政策。宽严相济是党和国家一项基本的刑事司法政策，是我国在惩治犯罪、维护稳定的长期实践中形成的重要经验，是惩办与宽大相结合政策在新时期的继承、发展与完善。正确贯彻宽严相济的刑事政策，核心是实行区别对待，目标是促进社会和谐稳定，保持国家长治久安。在新形势下，必须更加注重贯彻执行宽严相济的刑事政策，根据维护社会稳定的需要和犯罪的具体情况，依法准确惩罚犯罪，做到该严则严，当宽则宽，宽严适度，效果良好，以打击、孤立极少数，教育和挽救大多数，最大限度地减少不和谐因素，最大限度地增加和谐因素。

9. 坚持惩罚犯罪与保障人权并重。既要充分发挥刑事审判惩罚犯罪的职能作用，增强人民群众的安全感，维护社会治安稳定，又要把依法维护人民群众合法权益、保障人权贯穿于刑事审判的整个过程。通过公正、文明的办案活

动，保障被告人在刑事审判中依法行使各项诉讼权利，保证被告人受到合法、公正的审判，确保无罪的人不受追究。切实保护被害人的诉讼权利和合法权益，依法保障被害人民事赔偿权利，做好被害人的安抚工作。积极履行我国加入的国际公约，不断提高人权司法保障水平。

10. 坚持实体公正与程序公正统一。严格按照法定的原则和程序开展刑事审判活动，依法准确认定案件事实和公正适用刑罚。程序公正是实现实体公正的前提，实体公正是程序公正追求的目标。要将实体公正作为刑事审判工作的价值取向，将程序公正作为实现这一价值取向的根本保障，坚持两者的有机统一。

11. 坚持司法公正优先，兼顾刑事诉讼效率。在刑事审判工作中必须坚持司法公正优先、兼顾诉讼效率，效率必须服从质量。严格遵守案件审理期限的法律规定，在确保案件质量的前提下，努力提高办案效率，防止案件久拖不结。

12. 坚持依法独立审判，保证裁判公正。严格执行人民法院依照法律规定独立行使审判权的宪法原则，以事实为根据，以法律为准绳，独立公正审理刑事案件。正确理解、切实贯彻公检法机关分工负责、互相配合、互相制约的刑事诉讼原则，保证准确有效地执行国家刑事法律。

13. 坚持“事实清楚，证据确实充分”的裁判原则。确定被告人有罪，必须达到事实清楚、证据确实充分的法定证明标准。认定犯罪的事实不清、证据不足，特别是影响定罪的关键证据存在疑问，不能排除合理怀疑得出唯一结论的，要依法作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

14. 坚持罪责刑相适应，量刑适当。刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应，做到轻罪轻罚，重罪重罚，轻重适度，罪刑相当，罚当其罪，不枉不纵。既要保障法官在法律规定范围内行使自由裁量权，也要注意总结审判经验，完善制度和机制，加强指导和监督，确保量刑均衡，维护司法统一。

三、充分发挥刑事审判职能作用

15. 继续坚持依法严厉惩罚严重刑事犯罪。始终坚持把维护稳定作为刑事审判工作的首要任务，积极参加各种专项斗争，突出打击重点，针对特定时期比较突出的某一类或某几类严重危害社会治安和严重影响社会稳定的刑事犯罪，依法严厉惩罚，在法律规定的量刑幅度内从重判处，在确保办案质量的前提下，在法定期限内努力提高办案效率。

16. 维护国家安全和社会稳定。依法严厉打击危害国家安全犯罪、恐怖犯罪和黑社会性质组织犯罪，依法严厉惩处爆炸、杀人、抢劫、绑架等严重危害

社会治安的犯罪，保障社会安定。依法严厉惩罚毒品犯罪、拐卖妇女儿童犯罪、组织卖淫等犯罪、依法打击抢夺，盗窃等多发性侵犯财产犯罪以及开设赌场、聚众赌博和网络犯罪，维护正常的社会秩序，保障人民群众安居乐业。

17. 维护国家经济安全 and 社会主义市场经济秩序。从严惩处金融、财税、证券、期货等领域内的严重犯罪，依法惩治生产活动中的重大责任事故犯罪，坚决打击制售伪劣商品、走私、侵犯知识产权等犯罪，保护人民群众生命健康，促进经济持续健康发展。依法惩处重大环境污染、非法采矿、盗伐林木、非法占用农用地等各种危害环境和破坏资源犯罪，保护自然资源和环境。

18. 依法从严惩处贪污贿赂等职务犯罪。依法严惩贪污、贿赂、渎职等职务犯罪，依法惩治商业贿赂犯罪，贯彻法律面前人人平等的原则，准确适用法律，促进反腐败斗争和廉政建设深入开展。

19. 继续做好未成年人犯罪案件的审判工作。对构成犯罪的未成年人，坚持“教育为主、惩罚为辅”的原则和“教育、感化、挽救”的方针，依法从轻、减轻或者免除处罚，通过适用缓刑、适时减刑、假释等措施，促使其早日回归社会。积极探索健全审理未成年人刑事案件的组织机构，进一步完善未成年人刑事审判制度。

20. 严格依法办理减刑、假释案件。准确把握减刑、假释的条件和标准，进一步改进和规范减刑、假释案件的审理方式。对服刑人员符合法定假释条件，假释后监督管理条件具备的，依法适用假释，促进罪犯改过从新。

21. 坚持贯彻“人防结合、预防为主”的方针。坚持贯彻人防结合、预防为主、专群结合、依靠群众的方针，围绕刑事审判活动，落实综合治理各项措施，支持和配合有关部门开展社会治安防控体系建设和基层平安创建活动，把打击、预防、教育、管理、建设、改造等各项工作提高到新的水平。

22. 加强司法建议工作。针对审判中发现的容易诱发犯罪的隐患和管理漏洞，积极向有关部门和单位提出司法建议，重视反馈意见，注重建议实效，促进有关部门和单位健全制度，加强管理，预防和减少犯罪。

23. 加强刑事审判的法制宣传。把坚持依法公开审判制度和加强法制宣传教育结合起来，注重组织群众旁听刑事案件开庭审理，特别注意继续做好人大代表、政协委员的旁听工作，接受监督，增进了解。通过公开审判、庭审直播等形式，以案讲法，教育公民自觉遵守法律，提高全社会的法治意识。

四、确保刑事审判质量与效率

24. 坚持贯彻刑法、刑事诉讼法的基本原则。始终坚持贯彻罪刑法定、罪责刑相适应、适用法律人人平等和程序法定、审判公开、“未经人民法院依法审判，对任何人都不得确定有罪”等原则，充分体现宪法的基本精神和刑事司

法规律的基本要求，确保刑事审判严格依法进行。

25. 依法准确定罪量刑。对审理的每一起刑事案件，特别是新类型案件，严格依法区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限，做到一要坚决，二要慎重，务必搞准，准确定罪，依法公正裁判。对符合刑法规定，构成犯罪的，坚决依法判处；对不构成犯罪的，坚决依法宣告无罪。在准确定罪的基础上，依法科学、适度裁量刑罚。对疑难复杂案件，慎重下判。

26. 依法正确适用量刑情节。对严重危害社会治安、给国家和人民利益造成重大损失以及具有法定从重处罚情节的犯罪分子，必须依法严厉惩处；对轻微犯罪以及被告人具有自首、立功、从犯等法定从轻、减轻情节的，依法予以从宽处罚；对于具有酌定从宽处罚情节的，也要依法予以考虑；对于刑事附带民事被告人积极赔偿被害人物质损失的，可以作为量刑情节予以考虑。

27. 依法正确适用非监禁刑。对轻微犯罪以及初次犯罪、偶然犯罪、过失犯罪等主观恶性不深，人身危险性较小，有悔改表现，积极赔偿损失取得被害人谅解，不致再危害社会的犯罪分子，依法从宽处理，尽可能给予改过自新的机会；对具备条件的依法适用缓刑、管制、单处罚金等非监禁刑罚，配合做好社区矫正工作，加强教育、感化、挽救、改造，促进重新回归社会。

28. 重视运用非刑罚处罚措施。要注意发挥非刑罚处罚措施的教育惩戒作用。对于犯罪情节轻微，不需要判处刑罚的，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者建议由主管部门予以行政处罚或行政处分。

29. 加强财产刑的适用和执行。注重发挥财产刑惩罚和预防犯罪的作用，依法适用财产刑，使犯罪分子受到经济上的惩罚，剥夺其重新犯罪的条件。加大赃款赃物的追缴力度，尽可能减少国家和被害人的损失。加强刑事审判庭与执行机构的协调配合，逐步将财产刑的执行工作纳入人民法院的统一执行体系中，真正将财产刑的执行和赃款赃物的追缴落到实处。

30. 进一步落实公开审判制度。严格实行死刑二审案件开庭审理，积极创造条件，逐步实现刑事二审案件开庭审理。进一步提高庭审质量，注重把庭审作为查清案件事实、证据的主要渠道，真正通过庭审解决事实、证据认定中的疑点问题，法律适用中的难点问题。进一步提高裁判文书的质量，强化说理性，详细阐明裁判理由，辨法析理，增强裁判的公信力。

31. 严格证据采信制度。认真审查证据的客观性、合法性、关联性，“重证据，不轻信口供”。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪。对于采用刑讯逼供等非法方法取得的被告人供述、被害人陈述和证人证言，不得作为定罪的根据。健全证人、鉴定人出庭作证制度，落实证人、鉴定人等出庭作证的经济补偿措施，加强对证人、鉴定人的人身保护。

32. 依法充分适用简易程序。审理刑事案件实行繁简分流，对被告人认罪

的案件依照有关规定积极适用普通程序简化审理方式，简化相关案件裁判文书的制作，不断提高刑事审判效率。

33. 充分发挥审判组织的作用。合议庭要在审查和认定事实、证据、适用法律等方面全面负起责任，认真审查把关。人民陪审员依法参加审理案件，享有与法官同等的权利，要保证依法履行职责。审判委员会审理案件，要认真听取合议庭关于事实认定、证据采信、法律适用等方面的意见，审慎研究，正确决定。院长、庭长必须依法履行监督、审核职责，保证审判组织公正、高效审判案件。

34. 加强刑事审判质量管理。建立符合刑事审判规律和特点的刑事案件质量考核体系，实行科学、有效的审理质量管理体系，保证案件审理依法进行，确保审理的每一起案件事实清楚，证据确实充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。

35. 加强审判流程管理。健全刑事案件审判流程管理的各项制度，严格审判各个环节的责任，做到权责分明。严格执行刑事诉讼法和最高人民法院关于案件审理期限的规定，完善防止超期羁押的审理工作机制，严格审限管理，严禁超期羁押，保证案件依法及时审判。

五、深化刑事审判制度改革

36. 推进刑事审判制度改革。认真落实《人民法院第二个五年改革纲要》对人民法院刑事司法改革的总体目标、基本原则和各项措施，适应构建社会主义和谐社会的需要，从解决群众关心的司法公正和效率问题入手，不断提高刑事司法能力，建设公正、高效、权威的刑事司法制度。

37. 深化刑事审判方式改革。进一步完善刑事一审、二审程序和死刑复核程序，确保刑事案件依法规范审理。改革和完善刑事庭前程序，明确庭前程序与庭审程序的不同功能，推动和规范庭前证据展示等活动，继续深化庭审改革，提高庭审效率，保证庭审效果。

38. 重视做好调解工作。加大对刑事自诉案件和其他轻微刑事案件的调解力度，尽可能促进当事人和解，力争轻罪案件一审终了。注重刑事附带民事诉讼案件的民事调解，尽最大努力调解解决赔偿被害人损失，保护被害人的合法权益。

39. 研究制定刑事证据规则。规范举证、质证、认证活动；规范和完善刑事鉴定制度，健全和强化对认定案件事实和量刑有关作用的证人、鉴定人出庭作证制度，并积极探索健全相关配套措施；规范排除非法言词证据的程序、举证责任、证明标准等问题，完善刑事证据制度。

40. 改革完善审判指导制度和法律统一适用机制。针对实践中迫切需要解

决的问题，制定贯彻宽严相济刑事政策的规范性文件，明确适用范围和标准；制定死刑案件和其他刑事案件的量刑指导意见，建立和完善相对独立的量刑程序。探索建立刑事案例指导制度，及时发布在认定事实、适用法律等问题上具有指导意义的典型、疑难或者新类型的刑事案例，理论联系实际地准确诠释刑事法律法规和司法解释，提供有针对性、权威性的业务指导与参考。

41. 改革和完善审判委员会工作机制。审判委员会审理、决定案件，可以采取审判委员会委员直接参加合议庭或者旁听合议庭庭审等形式，更好地体现其作为审判组织的特征。

42. 探索建立刑事被害人国家救助制度。积极开展刑事被害人国家救助，对因犯罪行为导致生活确有困难的被害人及其亲属提供适当的经济资助，努力使被害人的损失减少到最低限度，化解矛盾，促进和谐。

六、严格控制和慎重适用死刑

43. 必须高度重视死刑案件的审判。死刑是剥夺犯罪分子生命的最严厉的刑罚。必须严格执行法律，准确惩治犯罪，慎重适用死刑，统一死刑适用标准，确保死刑案件审判质量，维护社会稳定，促进社会和谐。

44. 坚持死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。正确处理严格控制和慎重适用死刑与依法严厉惩罚严重刑事犯罪的关系。充分考虑维护社会稳定的实际需要，充分考虑社会和公众的接受程度，对那些罪行极其严重，性质极其恶劣，社会危害极大，罪证确实充分，必须依法判处死刑立即执行的，坚决依法判处死刑立即执行。

45. 贯彻执行“保留死刑，严格控制死刑”的刑事政策。对于具有法定从轻、减轻情节的，依法从轻或者减轻处罚，一般不判处死刑立即执行。对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件，因被害方的过错行为引起的案件，案发后真诚悔罪积极赔偿被害人经济损失的案件等具有酌定从轻情节的，应慎用死刑立即执行。注重发挥死缓制度既能够依法严惩犯罪又能够有效减少死刑执行的作用，凡是判处死刑可不立即执行的，一律判处死刑缓期二年执行。

46. 严格按照法律程序审理死刑案件。提高死刑案件第一审、第二审的质量，切实把基础工作做好。

——第一审人民法院开庭审理死刑案件，应当切实做到所有事实、证据的认定都必须经过庭审质证、认证，切实保证查清案件事实，准确适用法律，科学裁量刑罚。

——第二审人民法院认真执行最高人民法院、最高人民检察院《关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》，所有被判处死刑立即执行

的案件都必须经过开庭审理，针对抗诉、上诉的理由，突出重点，确保取得预期的效果。严格执行死刑二审案件开庭审理全程录音录像的工作要求。

——第一审人民法院和第二审人民法院审理死刑案件，合议庭应当提请院长提交审判委员会审理决定。最高人民法院复核死刑案件，高级人民法院复核死刑缓期二年执行的案件，对于疑难、复杂的案件，合议庭认为难以作出决定的，应当提请院长提交审判委员会审理决定。

47. 严格依法复核死刑案件。高级人民法院和最高人民法院复核死刑案件，应当对原审裁判的事实认定、法律适用和诉讼程序进行全面审查。合议庭成员应当阅卷，并提出书面审查意见。对证据有疑问的，应当进行调查核实，必要时到案发现场调查。认真听取被告人委托的辩护人提出的意见，辩护人提出书面意见的应当附卷。高级人民法院复核死刑案件，应当讯问被告人；最高人民法院复核死刑案件，原则上要讯问被告人，切实保证死刑复核案件质量。

48. 公正、及时地审判死刑案件。切实把好死刑案件的事实关、证据关、程序关、适用法律关，把每一起死刑案件都办成铁案，经得起历史检验。定罪的证据确实，但影响量刑的证据存有疑点的刑事案件，处刑时应该予以考虑。在确保办案质量的前提下，努力提高审理死刑案件的效率。

49. 切实做好社会稳定工作。对于因判处死刑或者不判处死刑而引发的缠诉、上访和群体性过激事件，要紧紧依靠党委，积极争取政府和有关部门的支持，认真听取来访人的诉求，及时做好疏导、安抚、制止工作，防止事态扩大。建立死刑案件上访闹访应急处置工作机制，上下级法院要及时通报情况，努力把问题解决在当地，切实维护司法权威，确保社会稳定。

七、加强对刑事审判工作的指导和监督

50. 加强调查研究。及时总结审判实践经验，针对刑事审判工作中具有全局性、普遍性、典型性的新情况、新问题，有计划、有组织地开展调查研究，深入实践，深入基层，掌握客观、真实的素材、数据、案例，进行科学、系统的分析、研究，提出建设性的、前瞻性的、符合实际的对策和建议，注重调研成果转化成为规范性文件。

51. 加强司法解释工作。最高人民法院根据各地人民法院在刑事审判工作中遇到的具体应用法律问题，通过适时制定司法解释，统一法律适用和裁判尺度，努力做到不同地区法院对同类案件裁判结果基本一致和不同法院对同一法律适用意见基本一致，保证准确适用法律，维护法律的统一。

52. 切实加强刑事审判工作的指导。建立健全加强刑事审判工作指导的制度和相关配套措施，改进指导方式，着眼于提高办案质量和水平，统一和规范办案标准和程序。规范下级人民法院向上级人民法院的请示制度，除法律适

用问题外，对案件事实和证据认定不得向上级人民法院请示。

53. 加强对重大、敏感、社会关注刑事案件审判工作的指导。严格按照最高人民法院有关报告制度的要求，及时逐级向上级人民法院和最高人民法院报告。上级人民法院要加强监督指导，及时掌握案件进展，帮助解决审判中遇到的困难和问题，严格依法审判，保证法律效果和社会效果的统一。

54. 加强刑事审判监督工作。积极探索提高监督质量和效率的方法，健全刑事审判的内外监督机制，改革和完善审判监督。进一步提高刑事审判监督的有效性、准确性、权威性。做好刑事案件审查申诉、再审工作，依法受理刑事申诉案件，及时妥善处理当事人的申诉。坚持依法纠错，确保再审质量。加强刑事赔偿工作，切实保证当事人的合法权益。

55. 主动接受人大及其常委会的监督。依据宪法和监督法自觉接受监督，依法认真向人大及其常委会报告人民法院的工作及专项工作，严格按照决议的要求执行；接受执法专项检查并认真进行整改；接受询问和质询；执行司法解释备案制度。

56. 依法接受检察机关监督。自觉接受人民检察院的法律监督。认真审理抗诉案件，对原判认定事实和适用法律确有不当地，抗诉理由成立的，依法予以改判。完善检察长列席审判委员会制度，人民法院审判委员会审理案件，同级人民检察院检察长、受检察长委托的副检察长均可列席会议。

57. 正确对待舆论和社会各界监督。自觉接受人民群众、社会各界包括新闻舆论的监督，加强与新闻媒体的沟通联系，进一步完善新闻发言人制度，规范和加强案件发布制度，把握正确的舆论导向，注重宣传的社会效果，通过媒体广泛准确及时地传播审判活动的信息，最大限度地满足公民对审判程序和结果的了解，对法律精神的理解，为依法独立公正审判创造良好的舆论环境。

八、加强刑事审判队伍建设

58. 充实加强刑事审判力量。根据形势和任务的需要，不断充实政治可靠、作风正派、专业水平高和业务能力强的人员从事刑事审判工作。选调刑事法官要坚持高标准、严要求，对于不适合人员要坚决予以调整。要保证刑事审判人员在法院工作人员中的适当比例，注意保持刑事审判队伍尤其是业务骨干的稳定。

59. 加强思想政治建设。深入开展社会主义法治理念教育，进一步增强刑事法官的政治意识、大局意识、法律意识和责任意识。结合社会主义荣辱观教育，树立正确的世界观、人生观、价值观和权力观、地位观、利益观，不断提高职业道德素质，培养刚正不阿、实事求是、严谨细致、廉洁自律的优良作风和品格。

60. 加强业务能力建设。刑事法官应当加强学习,努力钻研刑事法律,准确掌握刑事政策,关注法学理论的前沿动态,注重司法经验的积累和交流,不断提高法学理论水平和驾驭庭审、适用法律和判决说理等司法能力和水平。有计划地组织业务学习和专业培训,刑事法官每年接受培训的时间累计不少于15天。对各级人民法院尤其是高级和中级人民法院审判委员会的委员进行集中培训,每3年轮训一次。

61. 加强纪律作风建设。建立健全队伍管理制度体系,逐步形成纪律作风建设的长效机制,加强职业修养,约束言行举止,严格审判纪律,改进司法作风,进一步规范司法行为,着力培养刑事法官严谨求实、公正司法、无私奉献的职业操守,不断提高职业化水平。

62. 加强廉政建设。健全完善保证司法廉洁的制度体系,加强党风廉政教育和审判纪律管理,强化对刑事司法行为的规范与监督。建立完善符合法官职业特点的不愿为的自律机制、不敢为的惩戒机制、不能为的防范机制、不必为的保障机制,确保刑事法官廉洁办案。加大查处违法违纪案件的力度,对于贪赃枉法、索贿受贿的,一律清除出法官队伍,构成犯罪的,坚决依法追究刑事责任。

63. 加强刑事法官职业保障。法官依法办案不受追究。建立刑事法官的职业风险和安全保障机制,加强刑事法官的安全保卫措施,切实争取并落实刑事法官异地开庭、出差办案的必要补贴和岗位津贴。在工作上、待遇上、生活上关心爱护刑事法官,对成绩突出的刑事法官在提拔任用、晋职晋级、学习培训、生活待遇等方面予以重视。对恪尽职守、成绩显著的刑事法官,及时给予表彰、奖励和宣传,每3年进行一次全国性表彰活动。适当延长资深刑事法官的工作年限,用事业、感情和适当的待遇增强刑事审判工作的吸引力。

64. 加强刑事审判辅助人员队伍建设。根据不同审级刑事审判工作的实际需要,积极探索对法官助理的配备和使用,科学确定书记员的配置比例。加强法警配备,不断提高业务能力和训练水平,为刑事审判活动提供有力保障。

65. 把队伍建设重点放在基层。关心和帮助基层人民法院解决队伍建设中面临的困难和问题,加大对基层人民法院刑事法官的培训和业务指导力度。基层人民法院在人员编制、大学生分配上要刑事审判予以保障,以解决法官断层影响刑事审判工作的问题。加强人民法庭队伍建设,不断提高人民法庭处理轻微刑事案件的能力和水平。加强人民陪审员的选任和培训,更好地发挥人民陪审员在刑事审判工作中的积极作用。

九、加强对刑事审判工作的组织领导

66. 坚持和依靠党的领导。牢固树立党的领导的观念,坚决贯彻执行党的

路线方针政策和重大决策部署，始终在政治上、思想上、行动上与党中央保持高度一致。审判工作中涉及全局性的事项，主动向党委报告，在党委的领导下把问题解决好。加强人民法院党组织的建设，把各级人民法院党组建设成为刑事审判工作的坚强领导核心，把刑事审判庭的基层党组织建设成为刑事审判工作的坚强战斗堡垒。加强刑事法官党员队伍建设，充分发挥党员在刑事审判工作中的政治影响和模范作用，保证刑事审判工作健康顺利发展。

67. 始终把刑事审判工作摆在重要位置。刑事审判工作要列入法院工作重要议事日程，各级人民法院院长要亲自过问、部署刑事审判工作，主持研究大案要案和敏感案件。院长、庭长要亲自担任审判长主持庭审、参加评议，不断增强刑事审判工作的领导能力。要配强刑事审判庭庭长、副庭长。

68. 加强审判委员会建设。保证审判委员会专职委员中有刑事专职委员，刑事审判庭庭长原则上都应当是审判委员会委员，审判经验丰富的资深刑事法官也可以成为审判委员会委员。最高人民法院审判委员会设立刑事审判专业委员会。高级人民法院和中级人民法院审判委员会根据需要可以设立刑事审判专业委员会。

69. 加强刑事审判物质装备建设和经费保障。积极争取各级党委、政府对刑事审判工作的关心与支持，通过多种途径解决经费“缺口”问题，加强办案用房、交通、押运工具、暂看室、押解设备等基础设施建设和物质装备建设。加快审判庭物质装备信息化建设的步伐，逐步配备录音录像、办公电脑、证据出示和远程作证、远程讯问等科技装备设施，保证刑事庭审活动公正、公开和高效进行。

最高人民法院 印发《关于充分发挥刑事审判职能作用 深入推进社会矛盾化解的若干意见》的通知

2010年12月31日

法发〔2010〕63号

全国地方各级人民法院、各级军事法院、各铁路运输中级法院和基层法院、各海事法院，新疆生产建设兵团各级法院：

现将《最高人民法院关于充分发挥刑事审判职能作用深入推进社会矛盾化解的若干意见》印发给你们，请认真贯彻执行。

附：

关于充分发挥刑事审判职能作用 深入推进社会矛盾化解的若干意见

党的十七届五中全会确定了我国“十二五”时期发展的目标任务，并把加强社会建设作为推动解决当前面临的突出问题和实现国家长治久安的重大举措。全国政法工作会议要求，围绕科学发展主题和转变经济发展方式主线，抓住人民群众最关心的公共安全、权益保障、社会公平正义问题，深化社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法三项重点工作，为实现经济社会又好又快发展，创造和谐稳定的社会环境、公平正义的法治环境和优质高效的服务环境。人民法院刑事审判是党领导人民依法治理国家和管理社会的重要渠道和有效手段，必须摆到社会建设的整体格局中来谋划，放到三项重点工作的总体部署中来推进，通过依法公正审判刑事案件，妥善化解社会矛盾，积极创新社会管理，维护社会公平正义，促进社会和谐稳定。为贯彻落实党的十七届五中全会和全国政法工作会议精神，充分发挥人民法院刑事审判职能作用，深入推进社会矛盾化解工作，特提出如下意见。

一、化解社会矛盾是人民法院刑事审判的重要职责

1. 刑事审判必须高度注重社会矛盾化解。刑事犯罪由社会矛盾衍生，是社会矛盾的集中反映和极端表现。人民法院依法惩罚犯罪，本身就是平息和化解社会矛盾，但犯罪受到惩罚并不等于案件中的所有矛盾必然得到了有效化解，案件处理不当还可能导致矛盾进一步激化，甚至引发新的矛盾冲突。“十二五”时期是全面建设小康社会的关键期，是深化改革开放和加快转变经济发展方式的攻坚期，也是人民内部矛盾凸显、刑事犯罪高发、对敌斗争复杂的时期。新的形势要求人民法院必须创新刑事审判，树立通过刑事审判化解社会矛盾的观念，把化解社会矛盾作为刑事审判工作的重要职责，作为检验和评价审判质量和效果的重要标准。这是对人民法院刑事审判工作提出的更高要求。

2. 充分发挥刑事审判职能作用，深入推进社会矛盾化解，必须坚持以习近平理论和“三个代表”重要思想为指导，深入贯彻落实科学发展观，正确把握国内外形势的新变化新特点，积极践行“三个至上”指导思想和“为大局服务，为人民司法”工作主题，准确把握宽严相济刑事政策，切实做到公正廉洁文明司法，充分发挥刑事审判能动作用，最大限度地化解矛盾，减少对抗，促进和谐，维护稳定。

3. 充分发挥刑事审判职能作用,深入推进社会矛盾化解,必须坚持以下原则:一是依法审判与化解矛盾并重。充分发挥刑罚惩治和预防犯罪功能的同时,高度重视矛盾化解工作,注重分析和把握社会治安形势、社会矛盾的成因和态势,根据案件的不同性质、特点,综合运用法律、政策等手段和教育、疏导等办法,全力化解案件矛盾,促进社会和谐稳定。二是惩罚犯罪与保障人权并重。依法对犯罪分子定罪量刑的同时,尊重和保障被告人的人格尊严和诉讼权益,通过公开、公平、公正的审判活动促使其认罪服法,改过自新;重视和加强对被害人的权益保护,尽最大可能修复被犯罪破坏的社会关系。三是审判工作与群众工作并重。人民法院是党和国家做群众工作的特殊职能机构,是当事人解决纠纷、维护权益、寻求公正的地方。刑事审判既是专业性的司法工作,又是经常性的群众工作,必须坚持尊重群众、贴近群众、相信群众、依靠群众,善于从群众意见中寻求化解矛盾的智慧和经验,使案件处理既符合法律规定和政策,又体现群众意愿和要求,运用全部刑事审判活动宣传党和国家的政策法律,教育、引导群众增强法制观念。四是法律效果与社会效果并重。严格准确适用法律的同时,充分考虑国情民意,切实贯彻宽严相济刑事政策,既着眼于解决现实矛盾,又着眼于实现长治久安,确保裁判结果得到群众的认同,经得起历史的检验。

4. 把化解社会矛盾工作贯穿于刑事审判各个环节。刑事案件的一审、二审、执行、再审以及处理申诉、信访都是化解社会矛盾的过程。必须做到依法公正履职,准确适用法律,确保每一起案件事实清楚,证据确凿,定罪准确,量刑适当,程序合法。与此同时,认真分析裁断案件反映出来的各种社会矛盾,深入了解当事人实际诉求和案发地群众反映,有针对性地做好矛盾化解工作,依法惩罚犯罪,维护合法权益,恢复社会秩序,实现案结事了。积极参与社会治安综合治理,加强司法建议,注重判后回访反馈,促进社会管理完善创新,拓展化解社会矛盾的司法手段,扩大刑事审判工作的社会效果。

5. 把增强化解社会矛盾的意识 and 能力作为刑事审判队伍建设重要内容。如何有效化解社会矛盾,是刑事审判面临的新挑战、新课题。要加强思想政治工作,使刑事法官牢固树立大局意识和责任意识,切实增强通过审判化解矛盾的主动性和自觉性。深化审判管理改革,建立健全能够激励和反映社会矛盾化解工作的绩效考评机制。加强刑事审判业务培训,不断提高刑事法官认识和把握工作大局、社会矛盾、社情民意、法律精神的能力,着力增强做群众工作和化解矛盾的能力。总结推广化解社会矛盾成功有效的经验做法,对化解社会矛盾成绩突出的刑事法官给予表彰奖励。

二、准确把握宽严相济刑事政策

6. 继续坚持依法严惩严重刑事犯罪的方针。对危害国家安全犯罪、恐怖
内容由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家巨力法律书制作发布

犯罪、黑社会性质组织犯罪以及爆炸、杀人、抢劫、绑架、毒品等严重危害社会治安、严重影响人民群众安全感的犯罪，始终保持高压态势，依法从严打击。对以农村留守妇女、儿童、老人及社会弱势群体为侵害对象，人民群众深恶痛绝的犯罪，坚决依法严惩。

对国家工作人员贪污贿赂、滥用职权、失职渎职的严重犯罪，包庇纵容黑恶势力犯罪、重大安全责任事故、制售伪劣食品、药品所涉及的国家工作人员职务犯罪，发生在社会保障、征地拆迁、灾后重建、企业改制、医疗、教育、就业等领域严重损害群众利益、社会影响恶劣的国家工作人员职务犯罪，发生在经济社会建设重点领域、重点行业的严重商业贿赂犯罪，依法从严惩处。

对集资诈骗、贷款诈骗、制贩假币等严重危害金融秩序的犯罪，生产、销售假药、劣药、有毒有害食品等严重危害食品药品安全的犯罪，严重侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品犯罪，造成严重后果的重大安全责任事故犯罪，重大环境污染、非法采矿、盗伐林木等严重破坏生态环境的犯罪，依法从严惩处。对受害群众较多的涉众型案件，积极配合有关部门做好善后处置工作，最大限度地维护群众的合法权益。

7. 区别对待不同性质的犯罪，做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪。对严重刑事犯罪依法严厉惩处的同时，对具有法定或酌定从宽处罚情节的被告人，依法在量刑时予以考虑，最大限度地分化、瓦解犯罪分子，最大限度地减少社会对立面。对较轻刑事犯罪依法从轻处罚的同时，充分考虑被告人是否具有屡教不改、严重滋扰社会、群众反映强烈等酌定从严处罚的情况，在量刑上有所体现，使犯罪分子受到应有处罚。

对因生产生活、邻里纠纷、婚姻家庭等民间矛盾激化引发，事出有因、针对特定对象，对社会治安秩序没有重大影响的犯罪，要着眼于和谐稳定，下大力气做好矛盾化解工作。被害人及其亲属对被告人表示谅解的，应作为酌定从轻情节，量刑时充分考虑。

8. 精心审理刑事大案要案。对案情敏感、社会高度关注的刑事案件，在严格依法办案的前提下，充分运用政治智慧和法律智慧，确保裁判法律效果和社会效果高度统一，使案件的审理成为执行国家法律和政策的典范。案件审理过程中，及时回应社会关切，加强司法宣传和舆论引导，营造有利于案件依法妥善处理的良好环境。

三、进一步做好附带民事诉讼审理工作

9. 附带民事诉讼制度的功能作用。审理附带民事诉讼案件，要在依法妥善解决损害赔偿问题，弥补被害人物质损失的同时，借助附带民事诉讼提供的对话平台，积极做好法律政策的宣传解释工作，充分听取被害人的民事诉求和

对刑事裁判的意见，促使被告人认罪悔罪、争取被害人及其亲属谅解，从而有效化解矛盾，促进社会和谐。

10. 注重运用调解手段化解矛盾纠纷。将调解作为审理附带民事诉讼案件的必经程序，贯穿于案件审理的整个过程，力争把矛盾化解在基层，化解在一审，化解在裁判生效前。充分发挥被告人、被害人所在单位、社区基层组织、辩护人、诉讼代理人及当事人亲属、朋友在促进调解、化解矛盾方面的积极作用，形成做好调解疏导工作的合力。

11. 审理附带民事诉讼案件，应当依照刑法的有关规定，根据情况判处赔偿经济损失。确定赔偿数额，要根据被害人因犯罪行为遭受的物质损失并适当考虑被告人的赔偿能力。附带民事诉讼当事人就民事赔偿问题达成的调解协议，只要不违反法律规定，应当予以确认，以有利社会矛盾化解，更好慰藉被害人一方。

12. 妥善处理附带民事赔偿与量刑的关系。被告人案发后对被害人积极赔偿，并认罪、悔罪的，依法可以作为酌定量刑情节予以考虑，对轻微刑事案件的被告人，应当考虑适用非监禁刑。被告人认罪、悔罪、赔礼道歉、积极赔偿，取得被害人谅解的，依法可以从宽处理。对于严重危害社会治安、人民群众反映强烈、依法应当从严惩处的犯罪，不能仅以经济赔偿作为决定从轻处罚的条件。

四、积极探索和开展刑事和解工作

13. 重视发挥刑事和解在化解社会矛盾方面的积极作用。人民法院审理轻微刑事案件，通过当事人双方充分交流、协商，自愿达成和解协议并履行到位，有助于切实保护被害人合法权益，有效化解双方仇怨，避免产生新的矛盾，应当积极推进。

14. 积极探索、推进刑事和解工作。适用刑事和解，既要考虑当事人双方的意愿，也要考虑案件的性质和社会公众的接受能力。现阶段，对自诉案件和可能判处三年有期徒刑以下刑罚的侵犯公民个人权利案件、交通肇事案件，应当积极适用刑事和解，同时注重发挥刑事和解对化解当事人的矛盾、减少社会对抗、促进被告人改造的普遍功能。

15. 注重发挥司法能动作用促进和解。对符合和解条件的案件，做好法律、政策释明工作，在征得双方同意后，调动一切有利于矛盾化解的因素促进和解，引导双方以赔礼道歉、赔偿物质损失、履行特定义务等多种形式达成谅解，及时审查、确认和解协议效力，监督协议履行情况，确保被害人权益得到切实保护。

五、强化未成年人审判工作

16. 继续坚持“教育、感化、挽救”方针和“教育为主，惩罚为辅”原则。根据未成年人实施的具体犯罪行为后果、情节、性质，充分考虑其实施犯罪的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初次犯罪、犯罪后的悔罪表现、个人成长经历、一贯表现等，从有利于未成年人教育、矫正的角度正确适用刑罚。

17. 注重保障未成年被告人的合法权益。严格执行未成年人犯罪案件不公开审理的相关规定，积极探索未成年人轻罪犯罪记录消灭制度，保证失足未成年人在升学、就业等方面免受歧视，更加顺利地回归社会、重塑人生。

18. 重视法庭教育和判后跟踪帮教。采取圆桌审判等适应未成年人身心特点的审理方式，视情邀请有利于教育、感化、挽救未成年被告人的人员参与庭审，寓教于审。协助未成年犯管教所或社区矫正部门做好帮教工作，确保改造效果，有效预防重新犯罪。

六、依法正确适用非监禁刑

19. 重视依法适用非监禁刑。充分发挥非监禁刑轻缓、经济、执行多样的优势，使罪行较轻者避免因被监禁与其他罪犯“交叉感染”，尽可能减少对其家庭、社会关系的影响，减少社会对立面。

20. 依法正确把握非监禁刑适用的对象。对于犯罪性质恶劣、罪行严重、主观恶性深、人身危险性大，或者具有法定、酌定从重处罚情节，以及依法大幅度减轻处罚后的被告人，一般不适用非监禁刑。对于依法减轻处罚后判处三年有期徒刑以下刑罚的职务犯罪案件，严格控制缓刑适用。

21. 确保非监禁刑执行效果。配合有关部门积极推动社区矫正工作，充分利用社会力量帮助罪犯顺利回归社会。适用非监禁刑时，除考虑案件本身的性质、情节、社会危害等因素外，应注意当地非监禁刑的执行条件、实施社区矫正的可行性，保证非监禁刑执行到位，避免脱管、漏管。

七、认真落实刑事被害人救助工作

22. 尽快落实、不断深化刑事被害人救助工作。对遭受犯罪行为侵害、无法及时获得有效赔偿、生活陷入困境的刑事被害人及其近亲属，及时给予适当经济资助，有效化解矛盾纠纷，体现党和政府的关怀、人民司法的温暖。

23. 建立与当地经济发展状况、刑事犯罪发案情况相适应的救助制度。确保有限的救助资金用于最需要救助的对象，救助的提起、审批、发放、管理、监督等各个环节，有章可循，有据可依。

24. 充分发挥刑事被害人救助在贯彻宽严相济刑事政策方面的积极作用。

对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件，特别是被害人一方有明显过错、对矛盾激化有直接责任，或者被告人有法定从轻处罚情节的，通过及时救助，舒缓被害人及其近亲属的情绪，保证案件正常审理。对于严重危害社会治安的恶性犯罪，必须毫不动摇地依法严惩犯罪分子，同时注重通过及时救助，切实维护被害人的合法权益，促进社会和谐、稳定。

最高人民法院 关于充分发挥审判职能作用切实 维护公共安全的若干意见

2015年9月16日

法发〔2015〕12号

为充分发挥人民法院职能作用，切实维护公共安全，保障人民群众合法权益，营造和谐稳定的社会环境，提出以下意见。

一、提高思想认识，切实增强维护公共安全的责任感和使命感

1. 充分认识维护公共安全的重大意义。公共安全是人民安居乐业、社会安定有序、国家长治久安的重要保障。党的十八大以来，以习近平同志为总书记的党中央高度重视公共安全问题，把维护公共安全摆在了更加突出的位置，作出了一系列重要部署。在中共中央政治局第二十三次集体学习时，习近平总书记发表重要讲话，深刻阐述了维护公共安全的重要意义，科学分析了公共安全形势，明确指出了当前维护公共安全需要重点做好的各项工作任务。各级人民法院和广大干警要站在为“四个全面”战略布局提供有效司法服务和保障的高度，自觉把维护公共安全放在维护最广大人民根本利益的高度上来认识，坚持居安思危、未雨绸缪，不断增强维护公共安全的责任感和使命感。

2. 准确把握发挥审判职能作用维护公共安全的基本要求。要坚持立足本职。人民法院的主要职能是审判案件，案件是社会矛盾的集中反映，也是凸显社会安全的风险点，要通过依法公正高效审判，实现惩治犯罪、化解矛盾、防范风险；要坚持问题导向。坚持从群众反映最强烈、现实社会最突出的问题入手，扎实做好有关农产品质量安全、食品药品安全、生产安全、环境安全、网络安全等案件的审判工作，根据不同时期、不同地方公共安全的形势和特点，有针对性地强化相关案件审判工作；要延伸审判职能。综合运用庭审直播、案例发布等方式，增强案件裁判的法律和社会效果，开展法制宣传和公共

安全教育，推动健全多元化纠纷解决体系，积极参与社会治安综合治理，推进社会治安综合防控体系建设，着力解决影响社会安定的深层次问题。

二、依法严惩严重刑事犯罪，有效维护社会稳定

3. 依法严惩暴力恐怖犯罪活动。暴力恐怖犯罪严重危害广大人民群众的生命财产安全，严重危害社会和谐稳定。对暴力恐怖犯罪活动，要坚持严打方针不动摇，对首要分子、骨干成员、罪行重大者，该判处重刑乃至死刑的应当依法判处；要立足打早打小打苗头，对已经构成犯罪的一律依法追究刑事责任，对因被及时发现、采取预防措施而没有造成实际损害的暴恐分子，只要符合犯罪构成条件的，该依法重判的也要依法重判；要注意区别对待，对自动投案、检举揭发，特别是主动交代、协助抓捕幕后指使的，要体现政策依法从宽处理。要通过依法裁判，树立法治威严，坚决打掉暴恐分子的嚣张气焰，有效维护人民权益和社会安宁。

4. 依法严惩严重危害社会治安犯罪。依法严惩故意杀人、故意伤害、抢劫、绑架、爆炸等严重暴力犯罪，严惩盗窃、抢夺、诈骗等多发侵财性犯罪，切实增强人民群众安全感。依法严惩黑恶势力犯罪，坚决打掉其赖以生存、坐大的保护伞和经济基础，有效维护社会秩序。依法惩治组织、利用邪教破坏国家法律实施，进行杀人、强奸、诈骗的犯罪，努力消除邪教危害。依法严惩拐卖妇女、儿童和性侵儿童犯罪，加大对收买被拐卖的妇女、儿童犯罪的惩治力度，强化对妇女、儿童的司法保护。依法严惩毒品犯罪以及因吸毒诱发的故意杀人、故意伤害、抢劫、盗窃、以危险方法危害公共安全等次生犯罪，坚决遏制毒品蔓延势头。

5. 强化涉众型犯罪案件的审判工作。针对社会公众实施的非法吸收公众存款、集资诈骗、电信诈骗、操纵证券、期货市场及组织、领导传销等涉众型犯罪，影响面广、危害性大、关注度高，要精心组织好相关案件的审判工作。要加大对此类犯罪的惩治力度，对犯罪数额特别巨大、犯罪情节特别恶劣、危害后果特别严重的，依法判处重刑。要高度重视犯罪分子的违法所得追缴和涉案财物的依法处置工作，最大限度维护人民群众的合法权益，稳定社会秩序。要强化司法公开力度，及时披露有关信息，回应社会关切。

三、依法惩治危害安全生产犯罪，促进安全生产形势根本好转

6. 加大对危害安全生产犯罪的惩治力度。坚持发展是第一要务，安全是第一保障。针对近年来非法、违法生产，忽视生产安全的现象十分突出，造成群死群伤的重特大生产安全责任事故屡有发生的严峻形势，充分发挥刑罚的惩罚和预防功能，加大对各类危害安全生产犯罪的惩治力度，用严肃、严格、严

厉的责任追究和法律惩罚，推动安全生产责任制的有效落实，促进安全生产形势根本好转，确保人民生命财产安全。

7. 准确把握打击重点。结合当前形势并针对犯罪原因，既要重点惩治发生在危险化学品、民爆器材、烟花爆竹、电梯、煤矿、非煤矿山、油气运送管道、建筑施工、消防、粉尘涉爆等重点行业领域企业，以及港口、码头、人员密集场所等重点部位的危害安全生产犯罪，更要从严惩治发生在这些犯罪背后的国家机关工作人员贪污贿赂和渎职犯罪。既要依法追究直接造成损害的从事生产、作业的责任人员，更要依法从严惩治对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人、实际控制人、投资人。既要加大对各类安全生产犯罪的惩治力度，更要从严惩治因安全生产条件不符合国家规定被处罚而又违规生产，关闭或者故意破坏安全警示设备，事故发生后不积极抢救人员或者毁灭、伪造、隐藏影响事故调查证据，通过行贿非法获取相关生产经营资质等情节的危害安全生产的犯罪。

8. 依法妥善审理与重大责任事故有关的赔偿案件。对当事人因重大责任事故遭受人身、财产损失而提起诉讼要求赔偿的，应当依法及时受理，保障当事人诉权。对两人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体责任人的，由责任人承担赔偿责任，不能确定具体责任人的，由行为人承担连带责任。被告人因重大责任事故既承担刑事、行政责任，又承担民事责任的，其财产应当优先承担民事责任。原告因重大责任事故遭受损失而无法及时履行赡养、抚养等义务，申请先予执行的，应当依法支持。

四、做好涉民生案件审判工作，切实保障人民群众合法权益

9. 妥善审理涉农案件。依法严惩针对农村留守老人、妇女、儿童实施的抢劫、盗窃、强奸、猥亵、拐卖等犯罪，确保农村社会秩序稳定和农民生命财产安全。依法严惩向农村地区贩卖毒品犯罪，坚决遏制毒品向农村地区蔓延的势头。依法严惩生产、销售伪劣农药、化肥、种子以及其他农用物资等坑农、害农犯罪，保证农业生产顺利进行。依法审理、执行好涉及“三农”的民事、行政案件，切实维护农民合法权益。

10. 依法惩治危害食品药品安全犯罪。食品药品安全形势不容乐观，重大、恶性食品药品安全犯罪案件时有发生，党中央高度关注，人民群众反映强烈。要以“零容忍”的态度，坚持最严厉的处罚、最严肃的问责，依法严惩生产、销售有毒、有害食品、不符合卫生标准的食品，以及生产、销售假药、劣药等犯罪。要充分认识此类犯罪的严重社会危害，严格缓刑、免刑等非监禁刑的适用。要采取有效措施依法追缴违法犯罪所得，充分适用财产刑，坚决让犯

罪分子在经济上无利可图、得不偿失。要依法适用禁止令，有效防范犯罪分子再次危害社会。

11. 强化生态环境司法保护。保护生态环境，建设美丽中国，事关广大人民群众的生命健康，事关中华民族的永续发展，是实现中华民族伟大复兴中国梦的重要内容。全面加强环境资源审判工作，扎实推进生态环境建设，回应民众关切，增进人民福祉。依法惩治污染环境、乱砍滥伐、非法猎杀野生动物、乱采滥挖矿产等破坏环境资源犯罪。依法公正审理环境侵权案件，落实全面赔偿规定，探索建立环境修复、惩罚性赔偿等制度，依法严肃追究违法者的法律责任。充分保障环境公益诉讼原告告诉权，及时受理、依法审理环境公益诉讼案件；会同检察机关积极稳妥地开展检察机关提起公益诉讼的试点工作，有效维护国家利益和社会公共利益。

12. 从严惩治危害民生的职务犯罪。对于制售伪劣食品药品、破坏环境资源所涉及的国家工作人员渎职犯罪，发生在社会保障、征地拆迁、灾后重建、企业改制、医疗、教育、就业等领域严重损害群众利益、社会影响恶劣、群众反映强烈的国家工作人员贪污贿赂犯罪、渎职犯罪，发生在事关民生和公共安全的重点领域、重点行业的严重商业贿赂犯罪等，要依法从严惩处。

五、依法惩治信息网络犯罪，维护社会秩序

13. 依法惩治利用网络实施的各类犯罪。网络空间是现实社会的延伸，网络秩序是公共秩序的有机组成部分。要针对近年来利用信息网络实施的各类违法犯罪活动日益突出，危害十分严重的实际，坚决依法打击网上造谣、传谣行为，惩治利用网络实施的盗窃、诈骗、敲诈勒索、寻衅滋事、贩卖毒品、传播淫秽信息等犯罪，切实维护网络秩序，净化网络空间，决不允许网络成为法外之地。

14. 依法惩治网络攻击破坏犯罪。信息时代，网络已深度融入经济社会的各个方面，网络安全已成为公共安全的重要组成部分，与广大人民群众的信息安全、财产安全乃至人身安全密切相关。要依法打击非法侵入、破坏计算机信息系统以及制作、销售、使用“伪基站”设备等犯罪活动，从严惩治针对基础信息网络、重要行业和领域的重要信息系统、军事网络、重要政务网络、用户数量众多的商业网络的攻击破坏活动，从严惩治利用攻击破坏非法获取国家秘密、商业秘密、公民个人信息等犯罪活动。

六、积极参与社会治安综合治理，促进健全公共安全体系

15. 积极参与社会治安防控体系建设。按照系统治理、依法治理、综合治理、源头治理的总体思路，扎实做好审判环节的社会治安综合治理工作。积极

参与禁毒、打拐、打黑除恶、治爆缉枪、打击“两抢一盗”等专项整治活动。充分运用传统媒体和微信、微博、新闻客户端等新媒体，通过公开审判、以案说法、发布典型案例等形式，强化法制宣传，震慑违法犯罪。加强未成年人刑事审判工作，会同有关部门做好刑满释放人员、社区矫正对象等特殊人群的帮教管理，预防再次犯罪，消除社会治安隐患。

16. 加强司法建议、司法调研工作。针对审判执行工作中发现的管理漏洞、治安隐患，要及时向有关单位或职能部门提出完善规章制度、强化日常管控、加强源头治理的意见和建议，推动公共安全体系的健全完善。不断加强人民法院信息化建设，推进信息技术与审判业务深度融合，充分利用信息技术手段和审判信息大数据，强化司法统计和调研工作，准确研判公共安全形势，为建立健全公共安全形势分析制度，及时消除公共安全隐患提供决策参考。

17. 做好人民法院自身安全工作。人民法院安全工作事关涉诉群众和法院干警的切身利益，是公共安全的重要组成部分。要始终坚持司法为民，切实改进工作作风，强化司法便民利民，决不允许因自身工作问题引发群体性、突发性和个人极端事件。要不断提高安全防范意识，认真汲取各类公共安全事件的教训，深入研判法院安全工作面临的新情况、新问题，严格落实安全管理各项制度，健全完善法院安全人防、物防、技防网络，确保人民法院人员安全、场所安全、信息安全。

【链 接】

最高人民法院研究室负责人就《关于充分发挥审判职能作用切实维护公共安全的若干意见》答记者问

最高人民法院2015年9月16日发布《关于充分发挥审判职能作用切实维护公共安全的若干意见》(以下简称《意见》)。记者就《意见》的相关问题采访了最高人民法院研究室负责人。

一、出台背景与基本要求

问：请您介绍一下《意见》的起草背景

答：安全是人民幸福安康的基本要求，是改革发展的基本前提。公共安全连着千家万户，确保公共安全事关人民群众生命财产安全，事关改革发展稳定大局。当前，我国公共安全形势总体是好的。但是，公共安全领域的隐患仍然

存在，农产品质量安全、食品药品安全、生产安全、环境安全、网络安全等问题突出。

党的十八大以来，以习近平同志为总书记的党中央高度重视公共安全问题，把维护公共安全摆在了更加突出的位置，作出了一系列重要部署。在中共中央政治局第23次集体学习时，习近平总书记发表重要讲话，深刻阐述了维护公共安全的重要意义，科学分析了公共安全形势，明确指出了当前维护公共安全需要重点做好的各项工作。

人民法院作为国家司法机关，肩负着维护公共安全的重任。近年来，各级人民法院认真做好审判执行工作，严厉打击各类违法犯罪行为，妥善处理矛盾纠纷，有力保障公共安全，依法维护广大人民群众生命财产安全，为经济社会发展创造和谐稳定的环境。为落实习近平总书记重要讲话精神，牢固树立安全发展理念，最高人民法院制发《意见》，要求各级人民法院和广大干警充分认识维护公共安全的重大意义，准确把握当前公共安全形势，发挥人民法院审判职能作用，切实维护公共安全，推进新形势下公共安全体系的不断健全完善。

问：请您介绍一下人民法院发挥审判职能作用维护公共安全的基本要求。

答：人民法院发挥审判职能作用维护公共安全，应当准确把握以下三个方面的基本要求：

一是要坚持立足本职。人民法院的主要职能是审判案件，案件是社会矛盾的集中反映，也是凸显社会安全的风险点，要通过依法公正高效审判，惩治犯罪、化解矛盾、防范风险。

二是要坚持问题导向。坚持从群众反映最强烈、最现实、最突出的问题入手，扎实做好有关农产品质量安全、食品药品安全、生产安全、环境安全、网络安全等案件的审判工作，根据不同时期、不同地方公共安全的形势和特点，有针对性地强化相关案件审判工作。

三是要延伸审判职能。综合运用庭审直播、案例发布等方式，增强案件裁判的法律和社会效果，开展法制宣传和公共安全教育，推动健全多元化纠纷解决体系，积极参与社会治安综合治理，推进社会治安综合防控体系建设，着力解决影响社会安定的深层次问题。

明确维护公共安全重点，做好相关案件审判工作

问：请您介绍一下人民法院通过依法严惩严重刑事犯罪，维护公共安全的举措。

答：当前，一些地方严重刑事犯罪案件屡有发生，给人民群众生命财产安全造成严重损失，严重影响人民群众安全感和社会稳定。各级人民法院以人民群众安全需求为导向，坚决依法严惩严重刑事犯罪：

一是要依法严惩暴力恐怖犯罪活动。要坚持严打方针不动摇，对暴力恐怖

犯罪活动的首要分子、骨干成员、罪行重大者，该判处重刑乃至死刑的应当依法判处，坚决打掉暴恐分子的嚣张气焰，树立法治威严。既要立足打早打小打苗头，又要体现宽严相济刑事政策，敦促犯罪分子自动投案、检举揭发，特别是主动交代、协助抓捕幕后指使者，有效维护人民权益和社会安宁。

二是要依法严惩严重危害社会治安犯罪。要依法严惩严重暴力犯罪、多发侵财性犯罪、黑恶势力犯罪、毒品犯罪等严重危害社会治安犯罪，加大对妇女、儿童等群体的司法保护力度，切实增强人民群众安全感，有效维护社会秩序。

三是要强化涉众型犯罪案件的审判工作。涉众型犯罪，影响面广、危害性大，社会各方高度关注，既要加大对涉众型犯罪的惩治力度，精心做好此类犯罪案件的审判和信息披露工作，又要重视对犯罪分子的违法所得追缴和涉案财物的依法处置工作，最大限度维护人民群众的合法权益，稳定社会秩序。

问：请您介绍一下人民法院通过依法严惩危害安全生产犯罪，维护公共安全的举措。

答：近年来，非法、违法生产，忽视生产安全的现象十分突出，造成群死群伤的重特大生产安全责任事故屡有发生。特别是天津港“8·12”瑞海公司危险品仓库特别重大火灾事故以及近期一些地方接二连三发生的重大安全生产事故，再次暴露出安全生产领域存在突出问题、面临严峻形势。血的教训极其深刻，必须牢牢记取。人民法院要充分发挥刑罚的惩罚和预防功能，加大对各类危害安全生产犯罪的惩治力度，用严肃、严格、严厉的责任追究和法律惩罚，推动安全生产责任制的有效落实。

要准确把握打击重点，重点惩治发生在危险化学品、民爆器材、烟花爆竹、电梯、煤矿、非煤矿山、油气运送管道、建筑施工、消防、粉尘涉爆等重点行业领域企业，以及港口、码头、人员密集场所等重点部位的危害安全生产犯罪，从严惩治发生在这些犯罪背后的国家机关工作人员贪污贿赂和渎职犯罪，切实加大对各类危害安全生产犯罪的惩治力度，并依法妥善审理涉及重大责任事故的赔偿案件，积极支持当事人依法维权，促进安全生产形势根本好转，确保人民生命财产安全。

问：请您介绍一下人民法院做好涉民生案件审判工作，维护公共安全的举措。

答：新形势下，人民法院在保障民生，维护公共安全方面的责任更加重大。当前，要着力做好群众反映强烈、与百姓利益息息相关的涉民生案件的审判工作，健全完善保障司法为民的长效机制，努力实现让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义的目标。

具体而言，要妥善审理涉农案件，依法严惩针对农村弱势群体和发生在农

村的犯罪，切实维护农民合法权益。要以“零容忍”的态度，坚持最严厉的处罚、最严肃的问责，依法严惩生产、销售有毒、有害食品、不符合卫生标准的食品的犯罪，生产、销售假药、劣药犯罪，有效维护食品药品安全。要全面加强环境资源审判工作，强化生态环境司法保护，为建设美丽中国提供有力司法保障。特别是，要从严惩治危害民生的职务犯罪，促使国家工作人员切实履行保障民生的职责。

问：请您介绍一下人民法院在维护信息安全方面的举措。

答：网络空间是现实社会的延伸，网络秩序是公共秩序的有机组成部分。近年来，针对信息网络实施的攻击破坏和利用信息网络实施的各类违法犯罪活动日益突出，危害十分严重，网络社会安全问题日益突出，社会各方高度关注。

网络社会不是“法外之地”。依法打击网络违法犯罪、促进完善网络空间管理是人民法院的重大政治责任、法律责任和社会责任。一方面，要从严惩治制作、销售、使用“伪基站”设备等犯罪活动和针对基础信息网络、重要行业和领域的重要信息系统、军事网络、重要政务网络、用户数量众多的商业网络的攻击破坏活动，有效保障信息网络自身安全；另一方面，坚决依法打击网上造谣、传谣行为，惩治利用网络实施的盗窃、诈骗、敲诈勒索、寻衅滋事、贩卖毒品、传播淫秽信息等犯罪，维护网络社会安全，促进网络秩序的进一步规范，为广大人民群众提供一个健康、有序、清朗的网络环境。

二、适当延伸审判职能 促进公共安全建设

问：请您介绍一下人民法院积极参与社会治安综合治理，促进健全公共安全体系的举措。

答：人民法院要坚持立足本职与适当延伸审判职能并重，积极参与社会治安综合治理，依法惩治犯罪、保护人民，努力构建多元纠纷解决机制，积极推进社会治安防控体系建设，与有关部门一道着力解决影响社会安定的深层次问题，促进公共安全体系不断健全完善，维护和谐稳定的社会环境。

一是要积极参与社会治安防控体系建设。要按照系统治理、依法治理、综合治理、源头治理的总体思路，扎实做好审判环节的社会治安综合治理工作。在做好审判工作的同时，要充分运用传统媒体和新媒体，强化法制宣传，震慑违法犯罪。

二是要加强司法建议工作。司法建议是法律赋予人民法院的重要职责，是人民法院工作的重要组成部分，是充分发挥审判职能作用的重要方式。针对审判执行工作中发现的管理漏洞、治安隐患，要及时向有关单位或职能部门提出完善规章制度、强化日常管控、加强源头治理的意见和建议，推动公共安全体

系的健全完善。

三是要加强司法调研工作要充分运用现代信息技术，不断加强人民法院信息化建设，推进信息技术与审判业务深度融合，充分利用信息技术手段和审判信息大数据，强化司法统计和调研工作，准确研判公共安全形势，为建立健全公共安全形势分析制度，及时消除公共安全隐患提供决策参考。

四是要做好人民法院自身安全工作。人民法院安全工作事关涉诉群众和法院干警的切身利益，是公共安全的重要组成部分。当前，人民法院审判执行安全面临的形势更加复杂严峻，任务更加艰巨繁重。要切实改进工作作风，决不允许因自身工作问题引发群体性、突发性和个人极端事件。要不断提高安全防范意识，健全完善法院安全人防、物防、技防网络，确保人民法院人员安全、场所安全、信息安全。

2. 刑罚的具体适用

最高人民法院 印发《关于处理自首和立功若干 具体问题的意见》的通知

2010年12月22日

法发〔2010〕60号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

为进一步规范自首、立功的认定标准、查证程序和从宽处罚幅度，最高人民法院在深入调查研究、广泛征求各方意见的基础上，制定了《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》。现印发给你们，请认真组织学习，切实贯彻执行。各地在执行中遇到的问题，请及时报告我院。

附：

关于处理自首和立功若干具体问题的意见

为规范司法实践中对自首和立功制度的运用，更好地贯彻落实宽严相济刑

事政策，根据刑法、刑事诉讼法和《最高人民法院关于处理自首和立功具体适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）等规定，对自首和立功若干具体问题提出如下处理意见：

一、关于“自动投案”的具体认定

《解释》第一条第（一）项规定七种应当视为自动投案的情形，体现了犯罪嫌疑人投案的主动性和自愿性。根据《解释》第一条第（一）项的规定，犯罪嫌疑人具有以下情形之一的，也应当视为自动投案：1. 犯罪后主动报案，虽未表明自己是作案人，但没有逃离现场，在司法机关询问时交代自己罪行的；2. 明知他人报案而在现场等待，抓捕时无拒捕行为，供认犯罪事实的；3. 在司法机关未确定犯罪嫌疑人，尚在一般性排查询问时主动交代自己罪行的；4. 因特定违法行为被采取劳动教养、行政拘留、司法拘留、强制隔离戒毒等行政、司法强制措施期间，主动向执行机关交代尚未被掌握的犯罪行为的；5. 其他符合立法本意，应当视为自动投案的情形。

罪行未被有关部门、司法机关发觉，仅因形迹可疑被盘问、教育后，主动交代了犯罪事实的，应当视为自动投案，但有关部门、司法机关在其身上、随身携带的物品、驾乘的交通工具等处发现与犯罪有关的物品的，不能认定为自动投案。

交通肇事后保护现场、抢救伤者，并向公安机关报告的，应认定为自动投案，构成自首的，因上述行为同时系犯罪嫌疑人的法定义务，对其是否从宽、从宽幅度要适当从严掌握。交通肇事逃逸后自动投案，如实供述自己罪行的，应认定为自首，但应依法以较重法定刑为基准，视情决定对其是否从宽处罚以及从宽处罚的幅度。

犯罪嫌疑人被亲友采用捆绑等手段送到司法机关，或者在亲友带领侦查人员前来抓捕时无拒捕行为，并如实供述犯罪事实的，虽然不能认定为自动投案，但可以参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。

二、关于“如实供述自己的罪行”的具体认定

《解释》第一条第（二）项规定如实供述自己的罪行，除供述自己的主要犯罪事实外，还应包括姓名、年龄、职业、住址、前科等情况。犯罪嫌疑人供述的身份等情况与真实情况虽有差别，但不影响定罪量刑的，应认定为如实供述自己的罪行。犯罪嫌疑人自动投案后隐瞒自己的真实身份等情况，影响对其定罪量刑的，不能认定为如实供述自己的罪行。

犯罪嫌疑人多次实施同种罪行的，应当综合考虑已交代的犯罪事实与未交代的犯罪事实的危害程度，决定是否认定为如实供述主要犯罪事实。虽然投案

后没有交代全部犯罪事实，但如实交代的犯罪情节重于未交代的犯罪情节，或者如实交代的犯罪数额多于未交代的犯罪数额，一般应认定为如实供述自己的主要犯罪事实。无法区分已交代的与未交代的犯罪情节的严重程度，或者已交代的犯罪数额与未交代的犯罪数额相当，一般不认定为如实供述自己的主要犯罪事实。

犯罪嫌疑人自动投案时虽然没有交代自己的主要犯罪事实，但在司法机关掌握其主要犯罪事实之前主动交代的，应认定为如实供述自己的罪行。

三、关于“司法机关还未掌握的本人其他罪行”和“不同种罪行”的具体认定

犯罪嫌疑人、被告人在被采取强制措施期间，向司法机关主动如实供述本人的其他罪行，该罪行能否认定为司法机关已掌握，应根据不同情形区别对待。如果该罪行已被通缉，一般应以该司法机关是否在通缉令发布范围内作出判断，不在通缉令发布范围内的，应认定为还未掌握，在通缉令发布范围内的，应视为已掌握；如果该罪行已录入全国公安信息网络在逃人员信息数据库，应视为已掌握。如果该罪行未被通缉、也未录入全国公安信息网络在逃人员信息数据库，应以该司法机关是否已实际掌握该罪行为标准。

犯罪嫌疑人、被告人在被采取强制措施期间如实供述本人其他罪行，该罪行与司法机关已掌握的罪行属同种罪行还是不同种罪行，一般应以罪名区分。虽然如实供述的其他罪行的罪名与司法机关已掌握犯罪的罪名不同，但如实供述的其他犯罪与司法机关已掌握的犯罪属选择性罪名或者在法律、事实上密切相关，如因受贿被采取强制措施后，又交代因受贿为他人谋取利益行为，构成滥用职权罪的，应认定为同种罪行。

四、关于立功线索来源的具体认定

犯罪分子通过购买、暴力、胁迫等非法手段，或者被羁押后与律师、亲友会见过程中违反监管规定，获取他人犯罪线索并“检举揭发”的，不能认定为有立功表现。

犯罪分子将本人以往查办犯罪职务活动中掌握的，或者从负有查办犯罪、监管职责的国家工作人员处获取的他人犯罪线索予以检举揭发的，不能认定为有立功表现。

犯罪分子亲友为使犯罪分子“立功”，向司法机关提供他人犯罪线索、协助抓捕犯罪嫌疑人的，不能认定为犯罪分子有立功表现。

五、关于“协助抓捕其他犯罪嫌疑人”的具体认定

犯罪分子具有下列行为之一，使司法机关抓获其他犯罪嫌疑人的，属于

《解释》第五条规定的“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人”：1. 按照司法机关的安排，以打电话、发信息等方式将其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）约至指定地点的；2. 按照司法机关的安排，当场指认、辨认其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；3. 带领侦查人员抓获其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；4. 提供司法机关尚未掌握的其他案件犯罪嫌疑人的联络方式、藏匿地址的，等等。

犯罪分子提供同案犯姓名、住址、体貌特征等基本情况，或者提供犯罪前、犯罪中掌握、使用的同案犯联络方式、藏匿地址，司法机关据此抓捕同案犯的，不能认定为协助司法机关抓捕同案犯。

六、关于立功线索的查证程序和具体认定

被告人在一、二审审理期间检举揭发他人犯罪行为或者提供侦破其他案件的重要线索，人民法院经审查认为该线索内容具体、指向明确的，应及时移交有关人民检察院或者公安机关依法处理。

侦查机关出具材料，表明在三个月内还不能查证并抓获被检举揭发的人，或者不能查实的，人民法院审理案件可不再等待查证结果。

被告人检举揭发他人犯罪行为或者提供侦破其他案件的重要线索经查证不属实，又重复提供同一线索，且没有提出新的证据材料的，可以不再查证。

根据被告人检举揭发破获的他人犯罪案件，如果已有审判结果，应当依据判决确认的事实认定是否查证属实；如果被检举揭发的他人犯罪案件尚未进入审判程序，可以依据侦查机关提供的书面查证情况认定是否查证属实。检举揭发的线索经查确有犯罪发生，或者确定了犯罪嫌疑人，可能构成重大立功，只是未能将犯罪嫌疑人抓获归案的，对可能判处死刑的被告人一般要留有余地，对其他被告人原则上应酌情从轻处罚。

被告人检举揭发或者协助抓获的人的行为构成犯罪，但因法定事由不追究刑事责任、不起诉、终止审理的，不影响对被告人立功表现的认定；被告人检举揭发或者协助抓获的人的行为应判处无期徒刑以上刑罚，但因具有法定、酌定从宽情节，宣告刑为有期徒刑或者更轻刑罚的，不影响对被告人重大立功表现的认定。

七、关于自首、立功证据材料的审查

人民法院审查的自首证据材料，应当包括被告人投案经过、有罪供述以及能够证明其投案情况的其他材料。投案经过的内容一般应包括被告人投案时间、地点、方式等。证据材料应加盖接受被告人投案的单位的印章，并有接受人员签名。

人民法院审查的立功证据材料，一般应包括被告人检举揭发材料及证明其

来源的材料、司法机关的调查核实材料、被检举揭发人的供述等。被检举揭发案件已立案、侦破，被检举揭发人被采取强制措施、公诉或者审判的，还应审查相关的法律文书。证据材料应加盖接收被告人检举揭发材料的单位的印章，并有接收人员签名。

人民法院经审查认为证明被告人自首、立功的材料不规范、不全面的，应当由检察机关、侦查机关予以完善或者提供补充材料。

上述证据材料在被告人被指控的犯罪一、二审审理时已形成的，应当经庭审质证。

八、关于对自首、立功的被告人的处罚

对具有自首、立功情节的被告人是否从宽处罚、从宽处罚的幅度，应当考虑其犯罪事实、犯罪性质、犯罪情节、危害后果、社会影响、被告人的主观恶性和人身危险性等。自首的还应考虑投案的主动性、供述的及时性和稳定性等。立功的还应考虑检举揭发罪行的轻重、被检举揭发的人可能或者已经被判处的刑罚、提供的线索对侦破案件或者协助抓捕其他犯罪嫌疑人所起作用的大小等。

具有自首或者立功情节的，一般应依法从轻、减轻处罚；犯罪情节较轻的，可以免除处罚。类似情况下，对具有自首情节的被告人的从宽幅度要适当宽于具有立功情节的被告人。

虽然具有自首或者立功情节，但犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重、被告人主观恶性深、人身危险性大，或者在犯罪前即为规避法律、逃避处罚而准备自首、立功的，可以不从宽处罚。

对于被告人具有自首、立功情节，同时又有累犯、毒品再犯等法定从重处罚情节的，既要考虑自首、立功的具体情节，又要考虑被告人的主观恶性、人身危险性等因素，综合分析判断，确定从宽或者从严处罚。累犯的前罪为非暴力犯罪的，一般可以从宽处罚，前罪为暴力犯罪或者前、后罪为同类犯罪的，可以不从宽处罚。

在共同犯罪案件中，对具有自首、立功情节的被告人的处罚，应注意共同犯罪人以及首要分子、主犯、从犯之间的量刑平衡。犯罪集团的首要分子、共同犯罪的主犯检举揭发或者协助司法机关抓捕同案地位、作用较次的犯罪分子的，从宽处罚与否应当从严掌握，如果从轻处罚可能导致全案量刑失衡的，一般不从轻处罚；如果检举揭发或者协助司法机关抓捕的是其他案件中罪行同样严重的犯罪分子，一般应依法从宽处罚。对于犯罪集团的一般成员、共同犯罪的从犯立功的，特别是协助抓捕首要分子、主犯的，应当充分体现政策，依法从宽处罚。

【 解 读 】

解读《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》

2010年12月27日，最高人民法院印发了《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》（法发〔2010〕60号，以下简称《意见》）。《意见》进一步规范了自首、立功的认定标准，严格了认定程序，明确了从宽幅度，对正确处理自首、立功问题，正确贯彻宽严相济刑事政策和“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”政策，进一步提高刑事审判工作的质量和效率，都具有十分重要的意义。为便于准确理解和适用《意见》，现就其制定过程、基本原则和主要内容作一简要介绍。

一、制定过程

自首和立功，是司法实践中较为常见、非常复杂、争议较大的问题。刑法总则仅用第六十七、六十八两个条文作了原则性规定，1998年《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）用七个条文对此作了细化规定。但近年来，犯罪分子投案、供述自己的罪行、检举揭发他人犯罪、协助公安人员抓获其他罪犯的形式呈现多样化、复杂化趋势，新类型“自首”“立功”时有出现。刑法和《解释》因制定时间早、规定较原则，已不能完全解决新问题、新情况。例如，交通肇事事后不逃逸是否构成自首，通过贿买等不正当途径获取他人犯罪线索是否构成立功，等等，都没有明确规定，造成司法实践中法律适用不统一，量刑不均衡。

为了进一步规范自首、立功的认定标准、查证程序和从宽幅度，最高人民法院于2007年对出台自首、立功问题司法文件予以立项，经过长时间广泛深入调查研究，多次召开专家论证会进行论证，并征求有关部门的意见，基本取得共识后，又经反复修改完善，最终形成了此《意见》。

《意见》的主要内容共八个部分，包括：（1）“自动投案”的具体认定；（2）“如实供述自己罪行”的具体认定；（3）“司法机关还未掌握的本人其他罪行”和“不同种罪行”的具体认定；（4）立功线索来源的具体认定；（5）“协助抓捕其他犯罪嫌疑人”的具体认定；（6）立功线索的查证程序和具体认定；（7）自首、立功证据材料的审查；（8）对自首立功的被告人的处罚。

二、基本原则

《意见》的制定，主要坚持了以下基本原则：

一是准确把握自首、立功的认定条件和从宽处罚幅度。司法实践对自首、立功的认定和从宽处罚的把握，存在过严和过宽两种倾向。《意见》从自首、立功的本质出发，基于符合立法本意和有利于贯彻宽严相济刑事政策，进一步明确自首、立功的认定标准和从宽处罚的基本原则，使其既不过严苛，也不过宽泛，更符合司法实践，更容易被社会接受。

二是从实际出发，立足于解决主要问题。自首、立功的法律适用问题较多，有的分歧较大。《意见》以满足实际需要为出发点，对司法实践中较常见的问题提出具体明确、操作性较强的意见，而对那些较少出现或者暂未有较成熟意见的个别问题，则未作规定。

三是在现行法律和司法解释框架内对自首、立功的具体认定和从宽处罚原则予以细化。《意见》在现行法律框架下对刑法和司法解释的有关规定予以细化、明确和完善，效力低于司法解释，在适用过程中可以进一步收集问题，总结经验，逐步完善。

三、“自动投案”的具体认定

1. 自动投案的表现形式

所谓“自动投案”，一般是指犯罪嫌疑人在犯罪后、归案前，出于本人意志而向公安机关、人民检察院、人民法院及其他有关单位和人员承认自己实施了犯罪，并自愿置于上述单位和人员的控制之下，等待法律制裁的行为。自动投案的本质属性是投案的主动性和自愿性。自动投案可分为两种，第一种是典型的自动投案，即《解释》第一条第一款第一项规定的“犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案”；第二种是视为自动投案的情形，虽然不完全具备典型自动投案的特征，但体现了投案主动性和自愿性的本质属性。《意见》根据司法实践中出现的新情况，在《解释》第一条第（一）项规定的七种应“视为自动投案”的情形的基础上，又增加了四种情形，鉴于司法实践中可能还会出现新的情形，《意见》还设立了兜底条款。

2. “明知他人报案而在现场等待”的情形

《意见》增加的第二种情形，是“明知他人报案而在现场等待，抓捕时无拒捕行为，供认犯罪事实的”。犯罪嫌疑人作案后虽然没有亲自报警，但在明知他人报案的情况下有机会逃走而未逃走，留在现场等待抓捕，即“能逃而不

逃”，这种情形体现了其主动、自愿将自己交付法律制裁的意图，对控制犯罪嫌疑人有一定意义，故应当认定为自动投案。但是，如果犯罪嫌疑人系因受伤、醉酒、被群众包围等客观因素而未能逃跑，或者滞留现场是寻找作案机会、继续作案而非等待抓捕，则不能认定为自动投案。

3. “形迹可疑”型自首

对于《意见》第一条第二款规定的“形迹可疑”型自首的认定，需要把握的重点是主动交代犯罪事实对确定犯罪嫌疑人是否具有实质意义，因为自首体现了犯罪嫌疑人的悔罪态度，可以防止其留在社会上继续犯罪，另一方面也有利于节约司法资源，实现司法的经济性。仅因形迹可疑被盘问、教育后主动交代犯罪事实，若有关部门并未掌握其他证据，则其主动交代对确定犯罪嫌疑人具有决定性的实质意义，应认定为自动投案；若有关部门在其交代时或者交代后即在其身上、随身物品、交通工具等处搜获与犯罪有关的物品，则即便其不交代，有关部门仍可掌握犯罪证据，故此类情形下的交代对确定犯罪嫌疑人不具有实质意义，一般不能认定为自动投案。

上述情形在毒品犯罪案件中较为多见。例如，公安机关设卡例行检查时发现某人神色慌张，形迹可疑，遂对其进行盘问，此人即交代了运输毒品的犯罪事实，公安人员随后在其随身携带的行李箱内查获毒品，这类情形就不能认定为自动投案。当然，如果与犯罪有关的物品是通过正常工作方法难以发现的，如某人运输毒品时发现前方500米处有检查站，即将毒品埋在路边，该人在检查站因神色慌张而被盘问，即交代了犯罪事实并带领公安人员找到了埋藏的毒品，此时的主动交代对确定犯罪嫌疑人就具有实质意义，可以认定为自动投案。对于其他类似情形，可以根据上述规定的精神具体把握。

4. 交通肇事罪的自首

交通肇事后保护现场、抢救伤者、向公安机关报告的能否认定为自动投案，实务界和学界均存在很大争议，在《意见》制定过程中也有不同意见，亟需明确规范。

认为此情形不能认定为自首的理由是：(1)《道路交通安全法》第七十条明确规定保护现场、抢救伤者、向公安机关报告是犯罪嫌疑人的法定义务，既然是履行法定义务，就不应当再重复评价。(2)刑法第一百三十三条对交通肇事罪规定了三种情形的量刑幅度，其中对未逃逸的情形规定了较轻的法定刑，对逃逸的情形特别规定了较重的法定刑。刑法没有任何一种犯罪因行为人为人逃逸即规定加重处罚，表明刑法也认为交通肇事犯罪嫌疑人保护现场、抢救伤者、向公安机关报告是其法定义务，不是自首，不须给予自首从轻或者减轻处罚的待遇；相反，如不履行法定义务，应加重处罚。(3)对犯罪嫌疑人履行法定义务的行为不认定为自首，不必然引发鼓励肇事者逃逸的负面效果。司法实践

中，有不少地方，如浙江省正式规定此种行为不属自首，《道路交通安全法》第七十条规定依然执行得很好。这是因为逃逸与不逃逸行为的法定刑幅度完全不同，处罚结果差异较大。即使逃逸后又自首的，因为只能在更重的法定刑幅度内从宽，也不会出现量刑失衡。个别减轻处罚的，只要有特殊情形，也符合罪刑相适应原则。

认为此种情形应认定为自首的理由是：(1)《道路交通安全法》第七十条虽明文规定保护现场、抢救伤员、向公安机关报告是犯罪嫌疑人的法定义务，但与刑法上认定其为自动投案并不矛盾，后者是对前者的支持、鼓励。(2)如果否认交通肇事存在自首，而承认其他责任事故存在自首，明显会导致交通肇事罪与其他责任事故犯罪的不协调。(3)此情形认定为自首，有利于鼓励肇事者在最短时间内抢救伤者；反之，有可能助长逃逸行为，产生不良社会效果。(4)刑法第一百三十三条第一种量刑幅度内的不逃逸并不等于自动投案，实践中还存在诸多既未逃逸也未自动投案的情形。(5)自首是刑法总则规定的量刑制度，应对刑法分则个罪符合自首构成要件的情形普遍适用。

经研究，我们同意后一种意见。同时为确保统一法律适用后有良好的导向和效果，将此情形规定为：“交通肇事后保护现场、抢救伤者，并向公安机关报告的，应认定为自动投案，构成自首的，因上述行为同时系犯罪嫌疑人的法定义务，对其是否从宽、从宽幅度要适当从严掌握。交通肇事逃逸后自动投案，如实供述自己罪行的，应认定为自首，但应依法以较重法定刑为基准，视情况决定对其是否从宽处罚和从宽处罚的幅度。”

5. 采用捆绑手段“送子归案”的情形

在《意见》制定过程中，对亲属采用捆绑手段“送子归案”的情形能否认定为自首也存在较大争议。有观点认为，此种情形与《解释》第一条第(一)项中的亲友“陪同自首”“送子自首”无本质差别，犯罪嫌疑人亲属舍弃亲情而将嫌疑人交付国家审判，目的是使嫌疑人得到从宽处罚，对这种“大义灭亲”的行为应予肯定和鼓励，因而应视为自动投案。

我们经反复斟酌后认为，犯罪嫌疑人被亲友采用捆绑等手段送到司法机关，或者在不知情的情况下被亲友带领侦查人员前来抓获的，由于嫌疑人并无投案的主动性和自愿性，完全是被动归案，将此认定为自动投案既不符合自首的本质特征，也违背了主客观相统一的刑法原则，而且破坏了人们对于自首的一般理念。因此，上述情形不宜认定为自动投案。

但是，法律对这种“大义灭亲”的行为应予充分肯定和积极鼓励，在量刑时一般应当考虑犯罪嫌疑人亲友的意愿，参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。当然，如果犯罪嫌疑人亲友是出于对嫌疑人的痛恨而实施“送子归案”等行为，并不要求对嫌疑人宽大处理，在量刑时也可以不予从轻处罚。

四、“如实供述自己的罪行”的具体认定

1. 不如实供述身份等情况

在调研中发现,犯罪分子到案后不如实交代身份等基本情况的越来越多,有的是“面子”问题,但相当一部分是企图隐瞒漏罪或者前科情况。前者说不上有主观恶意,后者则违背了自首的立法本意,既影响到准确、及时、有效地打击犯罪,也不利于监所管理。因此,《意见》规定如实供述自己的罪行,应包括供述主要犯罪事实和姓名、年龄、职业、住址、前科等情况,并对如何认定如实交代身份进行了明确。以不如实供述身份是否影响定罪量刑为标准,如果犯罪嫌疑人供述的身份等情况与真实情况虽有差别,但不影响定罪量刑的,如真实年龄为22岁,但谎称为19岁,可认定为“如实供述自己的罪行”;如果犯罪嫌疑人自动投案后隐瞒自己的真实身份等情况,如冒用他人姓名企图隐瞒前科情况,影响对其定罪量刑的,则不能认定为“如实供述自己的罪行”。司法实践中可能还会出现隐瞒身份的其他情形,可以根据隐瞒的内容是否影响定罪量刑为标准进行分析判断。

2. “主要犯罪事实”的认定

《解释》第一条第(二)项规定:“如实供述自己的罪行,是指犯罪嫌疑人自动投案后,如实交代自己的主要犯罪事实。”学术界有观点认为,主要犯罪事实,是指对犯罪嫌疑人行为的性质认定有决定意义的事实、情节(即定罪事实)以及对量刑有重大影响的事实、情节(即重大量刑事实);而所谓“对量刑有重大影响的事实、情节”,则是指决定着对犯罪嫌疑人应适用的法定刑档次是否升格的情节,以及在总体危害程度上比其他部分事实、情节更大的事实、情节。我们基本同意这种观点。主要犯罪事实首先包括定罪事实,自不待言,而对于量刑事实,则应区分已如实供述与未如实供述部分的严重程度,决定是否认定为如实供述自己的主要犯罪事实。

对于犯罪嫌疑人多次实施同种罪行的,《意见》规定,认定是否如实供述主要犯罪事实的基本标准,是已交代的犯罪事实与未交代的犯罪事实的危害程度,并规定了区分犯罪情节与犯罪数额两个具体标准,即如实交代的犯罪情节重于未交代的犯罪情节,或者如实交代的犯罪数额多于未交代的犯罪数额,一般应认定为如实供述自己的主要犯罪事实。在这里,犯罪数额的多少一般都有比较明确的界限,而犯罪情节的轻重,则要根据情节的危害程度、对量刑的影响加以判断。如,被告人抢劫作案三起,其中第三起致人死亡,被告人投案后如实交代了前两起,隐瞒了第三起,由于致人死亡的一起犯罪对量刑有决定性的影响,如实交代的犯罪情节轻于未交代的犯罪情节,故不应认定为如实供述主要犯罪事实。

需要注意的是，上述标准不仅可以适用于犯罪嫌疑人多次实施同种罪行的情形，在犯罪嫌疑人仅实施一次犯罪行为的情形下也可以参照适用。如，犯罪嫌疑人开枪将被害人打死 after 投案，谎称系枪支走火致死，由于嫌疑人隐瞒了持枪杀人这一对定罪量刑具有决定性影响的犯罪情节，因此不能认定为如实供述主要犯罪事实。在共同犯罪的场合下，犯罪嫌疑人投案后推、揽罪责，隐瞒重大犯罪情节的，也不能认定为如实供述主要犯罪事实。如，犯罪嫌疑人结伙入户抢劫，其直接致死一人，劫得财物数千元，但其自动投案后仅如实交代参与抢劫的基本事实，隐瞒了自己直接致死被害人的关键事实。在此情形下，犯罪嫌疑人虽然如实供述了参与抢劫的事实，但未如实供述直接致人死亡这一更严重的犯罪情节，故不能认定为如实供述主要犯罪事实。

还需要注意的是，《意见》对“如实供述主要犯罪事实”和“如实供述身份”的认定采用了不同的标准。只要如实供述的犯罪事实对量刑的影响大于所隐瞒的事实，就可以认定为“如实供述主要犯罪事实”，而只要隐瞒的身份情况对量刑有影响，就不能认定为“如实供述自己的罪行”。例如，犯罪嫌疑人实施一般抢劫犯罪三起，三起抢劫的犯罪情节大致相当，自动投案后如实交代了两起，可认定为自首；若其自动投案后如实交代了三起，但为隐瞒其盗窃前科而不如实供述身份，则不能认定为自首。在这里，虽然其隐瞒的一起抢劫罪行对量刑的影响可能要大于盗窃前科，但如前所述，不如实供述身份对司法实践的危害很大，既可能导致冤假错案的发生，又浪费诉讼资源，影响诉讼效率，因此《意见》对不如实供述身份的情形规定了较为不利的法律后果。

此外，“主要犯罪事实”之“主要”，是相对于“次要”而言的，如果用百分比表示，“主要”是超过50%。因此，《意见》规定，在无法区分已交代的与未交代的犯罪情节的严重程度，或者已交代的犯罪数额与未交代的犯罪数额相当的情形下，一般不认定为如实供述主要犯罪事实。

3. “如实供述”的时间限制

《解释》规定，犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首；但在一审判决前又能如实供述的，应当认定为自首。相应地，被告人在一审阶段翻供、二审阶段又如实供述的，则不能认定为自首；一审认定为自首，被告人在二审阶段翻供的，也不能改变自首的认定。从《解释》规定的精神可以看出，如实供述必须是在司法机关掌握主要犯罪事实之前，才能体现悔罪态度，节约司法资源。

在司法实践中，有的犯罪嫌疑人投案后一直未主动如实供述主要犯罪事实，有的是在侦查机关掌握证据后才交代，有的是在一审庭审中才交代，还有的甚至是在二审庭审中才交代，在此情形下，犯罪嫌疑人虽然自动投案，但投案后不主动如实供述，体现不出其悔罪态度，案件得以侦破主要依靠侦查机关

的努力，未体现出节约司法资源的宗旨，故不能认定为自首。犯罪嫌疑人自动投案后，虽然投案初期没有交代自己的主要犯罪事实，但在司法机关掌握其主要犯罪事实之前主动交代的，还应认定为如实供述自己的罪行。

五、“司法机关还未掌握的本人其他罪行”和“不同种罪行”的具体认定

根据刑法第六十七条第二款和《解释》第二条的规定，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。这在理论上一般称为“余罪自首”。对如何认定“司法机关还未掌握”和“不同种罪行”，实践中存在一定争议，《意见》对此进行了明确。

1. “司法机关还未掌握”的认定

司法实践中，对被采取强制措施期间交待被通缉、被网上追逃（即录入全国公安信息网络在逃人员信息数据库）的其他罪行，能否认定为“司法机关还未掌握”，存在分歧意见。一种意见认为，判断司法机关是否掌握应当实事求是，以采取强制措施的司法机关是否实际掌握为标准。另一种意见认为，如果该司法机关在通缉令发布范围之内，或者该罪行已网上追逃，就应认为已掌握。

我们同意后一种意见，理由是：近年来随着电脑网络技术的不断推广普及，全国公安机关的网上追逃系统已得到广泛运用，公安力量在相当程度上被有效整合为一体。公安机关抓获犯罪嫌疑人后有上网比对的职责和工作程序，只要余罪被通缉且该公安机关又在通缉令发布范围之内，或者余罪被网上追逃，一般都能够查实。因此，《意见》明确，如果余罪已被通缉，而采取强制措施的司法机关又在通缉令发布范围之内，或者余罪已录入全国公安信息网络在逃人员信息数据库的，应视为司法机关已掌握，否则，应以该司法机关是否实际掌握该罪行为标准。

2. “不同种罪行”的认定

何为“同种罪行”，何为“不同种罪行”，司法实践中一般是以罪名区分，这一标准便于操作，但对于所涉犯罪系选择性罪名等情形，各地掌握的标准不一，导致在是否认定为自首、是否从宽处罚方面差异较大。因此，《意见》规定，对不同种罪行的认定，首先要以罪名区分，罪名不同的，还要考虑余罪与已掌握的犯罪是否属于选择性罪名或者在法律、事实上密切相关，罪名不同且不属于选择性罪名，在法律、事实上也没有密切关联的，才能认定为不同种罪行。具体标准是：

(1) 如实供述的其他犯罪与司法机关已掌握的犯罪为选择性罪名，如已掌握的是走私毒品罪行，又供述了制造毒品罪行，仍属同种罪行；

(2) 如实供述的其他犯罪与司法机关已掌握的犯罪在法律、事实上密切相关,如因受贿被采取强制措施后,又交代因受贿为他人谋取利益的行为,构成滥用职权罪的,应认定为同种罪行。

在司法实践中,法律、事实关联的情形在抢劫、强奸等犯罪中较为多见。例如,司法机关已掌握了犯罪嫌疑人的一起抢劫犯罪行为,其又如实供述了司法机关尚未掌握的该起抢劫后杀人灭口的犯罪行为,因抢劫罪与故意杀人罪系同一次犯罪的连续行为,故应当认定为同种罪行。另一种情形是,司法机关已掌握了犯罪嫌疑人的一起抢劫犯罪行为,其又如实供述了司法机关尚未掌握的另一起抢劫并杀人灭口的犯罪行为,此时司法机关尚未掌握的故意杀人罪与已经掌握的抢劫罪在法律、事实上都没有关联性,故应当认定为不同种罪行。

六、立功线索来源的具体认定

在司法实践中,犯罪分子为获得从宽处罚,有时会以不择手段地以购买、暴力、胁迫、引诱犯罪等非法手段,或者通过违反监管规定获取他人犯罪线索,而有能力、有机会获得上述线索的往往又是首要分子、主犯、再犯和黑恶势力犯罪分子,对上述情形若认定为立功,违背了立功制度的初衷。因此,《意见》对立功线索来源作了必要的限制,犯罪分子将从以下几种途径获取的他人犯罪线索予以检举揭发的,均不能认定为立功:(1)通过购买、暴力、胁迫等非法手段获取的线索;(2)被羁押后与律师、亲友会见过程中违反监管规定获取的线索;(3)本人以往查办犯罪职务活动中掌握的线索;(4)从负有查办犯罪、监管职责的国家工作人员处获取的线索。

参照上述规定的精神,犯罪分子检举揭发对合犯罪行为的,也不能认定为立功。所谓对合犯,或称对向犯,一般认为是指实施行为者双方互为实现特定犯罪构成的必要条件,或者说互为实施犯罪的对方,如行贿与受贿、拐卖妇女与收买被拐卖的妇女、出售毒品与购买毒品,等等。以行贿与受贿为例,行贿人交代受贿人的,只能认定为如实供述其行贿犯罪事实,而不能同时认定为揭发他人受贿犯罪,因为这是行贿人如实供述自己罪行的必然内容,而且,这一犯罪线索是行贿人通过贿赂的非法手段获取的,在线索来源上具有不正当性,故不能认定为立功。当然,如果行贿人检举揭发的是受贿人的其他受贿犯罪,则可以认定为立功。

对于司法实践中经常遇到的犯罪分子亲友代为“立功”的情形,由于刑法规定的立功主体只能是“犯罪分子”,唯此才能体现出其“将功补过”的悔罪态度,故对与犯罪分子无关、纯粹由其亲友实施的“立功”行为,对其亲友应由社会予以褒奖,不宜认定为犯罪分子的立功表现。

七、“协助抓捕其他犯罪嫌疑人”的具体认定

《解释》第五条规定：“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的，应当认定为有立功表现。”司法实践中对如何认定“协助抓捕”把握的标准不尽一致。《意见》明确了四种可认定为协助抓捕的情形和一种不能认定的情形。

四种可以认定的情形是：（1）按照司法机关的安排，以打电话、发信息等方式将其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）约至指定地点的；（2）按照司法机关的安排，当场指认、辨认其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；（3）带领侦查人员抓获其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；（4）提供司法机关尚未掌握的其他案件犯罪嫌疑人的联络方式、藏匿地址的，等等。

鉴于同案犯的基本情况（包括同案犯的姓名、住址、体貌特征等信息）属于犯罪分子应当供述的范畴，而犯罪前、犯罪中掌握、使用的同案犯联络方式、藏匿地址，则属于预谋、实施犯罪的范畴，也是犯罪分子应当供述的内容，因此，《意见》规定犯罪分子仅提供上述信息，司法机关据此抓捕同案犯的，不能认定为协助抓捕同案犯。但是，如果按照司法机关的安排，将同案犯约至指定地点、当场指认同案犯，或者带领侦查人员抓获同案犯的，则可认定为立功，因为此类协助，犯罪分子完全可以不予配合，而其一旦主动、积极协助，个人则要承受一定压力、承担一定风险，因此应当通过认定为立功予以“鼓励”。

八、对自首、立功的被告人的处罚

1. 自首对量刑的影响一般大于立功

《意见》规定：“类似情况下，对具有自首情节的被告人的从宽幅度要适当宽于具有立功情节的被告人。”之所以这样规定，主要是考虑到自首情节对每一名犯罪分子机会均等，而立功不是人人都有机会，且自首比立功更能充分体现出犯罪分子的悔罪态度，故对自首的认定标准和从宽幅度的掌握要更宽一些。最高人民法院2010年9月印发的《人民法院量刑指导意见（试行）》（法发〔2010〕36号）规定，对于自首情节，可以减少基准刑的40%以下，犯罪较轻的可以减少基准刑的40%以上或者依法免除处罚；对于立功情节，一般立功的可以减少基准刑的20%以下，重大立功的可以减少基准刑的20%—50%，重大立功且犯罪较轻的可以减少基准刑的50%以上或者依法免除处罚。上述规定也体现了这种政策精神。

2. 自首、立功情节与从重情节并存案件的处理

《意见》规定，对具有自首、立功情节（包括重大立功）的被告人是否从

宽处罚、从宽处罚的幅度，应当从犯罪行为，主观恶性和人身危险性，自首、立功的具体情节三方面综合考虑，一般应依法从轻、减轻处罚。这里的“一般应”强调的是没有其他特殊情况的都要从宽，以准确贯彻宽严相济刑事政策精神，争取更好的法律效果和社会效果。如果案件同时具备自首、立功情节和累犯、毒品再犯等法定从重情节，或者犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重、主观恶性深、人身危险性大等酌定从重情节，在考察犯罪行为和主观恶性、人身危险性的基础上，要重点分析各种量刑情节的性质及具体情况，如自首的主动性、立功的大小、累犯的前罪的性质和严重程度等等，根据各情节反映的社会危害性和人身危险性的程度，具体考量每个情节对刑罚裁量的影响，最终确定从宽、从重处罚或者将从宽、从重情节予以抵消。

3. 共同犯罪的量刑平衡

在共同犯罪案件中，对具有立功情节的被告人量刑时，要特别注意共同犯罪人之间的量刑平衡。对此把握的一般标准是“功是否足以折罪”。因为立功制度的出发点是鼓励犯罪分子检举揭发其他犯罪，以更充分地实现刑法惩治犯罪、预防犯罪的目的。立功不大，对于惩治犯罪、预防犯罪的社会意义相应不大，对立功者从宽处罚的幅度就不应该大；立功虽大，但若立功者的罪行十分严重，如果从宽处罚或者从宽的幅度过大，对其处罚的刑法效果就会削弱，所以，即使从宽，幅度也不宜过大。例如，在毒品犯罪案件中，“毒枭”掌握的犯罪线索和立功机会相对较多，但其罪行严重，“马仔”的罪行较轻，但不容易获得立功线索，如果对有立功情节的“毒枭”从宽幅度过大，会导致同案犯量刑失衡，刑罚惩罚和预防犯罪的功能就无从体现。

基于上述考虑，《意见》对首要分子、主犯协助抓捕地位、作用较次的同案犯，首要分子、主犯协助抓捕罪行同样严重的非同案犯，地位、作用较次的犯罪分子协助抓捕首要分子、主犯三种情形进行了区分，这三种情形的立功对量刑的影响是由小到大的递进关系。

【 链 接 】

最高人民法院相关部门负责人就《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》答记者问

最高人民法院发布了《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》（以下简称《意见》），最高人民法院相关部门负责人就该《意见》的内容回答了记者

的提问。

一、问：能否介绍一下《意见》的制定过程

答：自首和立功，是司法实践中较为常见、非常复杂、争议较大的问题。《刑法》总则仅用第六十七、六十八条两个条文作了原则性规定，1998年《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）用七个条文作了细化规定。但近年来新类型“自首”“立功”时有出现，《刑法》和《解释》因制定时间早、规定较原则，已不能完全解决新情况、新问题。

为进一步规范自首、立功的认定标准、查证程序和从宽幅度，最高人民法院于2007年对出台自首、立功问题司法文件予以立项，经过长时间调查研究和反复修改完善，并征求有关方面的意见，最终形成了此《意见》。《意见》是在现行法律框架下对《刑法》和司法解释的有关规定予以细化、明确和完善，对正确处理自首、立功问题，正确贯彻宽严相济刑事政策和“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”刑事政策，进一步提高刑事审判质量和效率，都具有十分重要的意义。

二、问：《意见》规定，仅因形迹可疑被盘问、教育后，主动交代了犯罪事实，但有关部门在其身上、随身物品等处发现与犯罪有关的物品的，不能认定为自动投案。既然是主动交代的，为什么不能认定为自动投案呢

答：对于这种“形迹可疑”型的自首，需要把握的重点是主动交代犯罪事实对确定犯罪嫌疑人是否具有实质意义。仅因形迹可疑被盘问、教育后主动交代犯罪事实，若有关部门并未掌握其他证据，则其主动交代对确定犯罪嫌疑人具有决定性的实质意义，应认定为自动投案；若有关部门在其交代时或者交代后即在其身上、随身物品、交通工具等处查获与犯罪有关的物品，则即便其不交代，有关部门仍可据此掌握犯罪证据，故此类情形下的交代对确定犯罪嫌疑人不具有实质意义，一般不能认定为自动投案。上述情形在毒品犯罪案件中较为多见。

三、问：交通肇事罪的自首一直是大家比较关注的问题，能否介绍一下《意见》的相关规定

答：交通肇事后保护现场、抢救伤者、向公安机关报告的，因为这种情形符合《刑法》总则关于自首的规定，所以应当认定为自首。但是，《道路交通安全法》第七十条规定交通肇事后应当保护现场、抢救伤者、向公安机关报

告，犯罪嫌疑人实施的上述行为同时也是履行法定义务的行为，所以，对其是否从宽、从宽的幅度要适当从严掌握。至于交通肇事逃逸后自动投案，如实供述自己罪行的，应认定为自首，但应依法以较重法定刑为基准，视情决定对其是否从宽处罚和从宽处罚的幅度。

四、问：对亲属采用捆绑手段“送子归案”的能否认定为自首

答：我们认为，犯罪嫌疑人被亲友采用捆绑等手段送到司法机关，或者在不知情的情况下被亲友带领侦查人员前来抓获的，由于犯罪嫌疑人并无投案的主动性和自愿性，完全是被动归案，因此，上述情形不宜认定为自动投案。但是，法律对这种“大义灭亲”的行为应予以充分肯定和积极鼓励，在量刑时一般应当考虑犯罪嫌疑人亲友的意愿，参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。

五、问：现在实践中比较常见的不如实供述身份的情况，是否影响自首的认定

答：在调研中发现，犯罪分子到案后不如实交代身份等基本情况的越来越多，相当一部分是企图隐瞒漏罪或者前科情况，既影响到准确、及时惩罚犯罪，也不利于监所管理。因此《意见》规定，如实供述自己的罪行，应包括供述主要犯罪事实和姓名、年龄、职业、住址、前科等情况，并对如何认定如实交代身份进行了明确。以不如实供述身份是否影响定罪量刑为标准，如果犯罪嫌疑人供述的身份等情况与真实情况虽有差别，但不影响定罪量刑的，可认定为“如实供述自己的罪行”；如果犯罪嫌疑人自动投案后隐瞒自己的真实身份等情况，如冒用他人姓名企图隐瞒前科情况，影响对其定罪量刑的，则不能认定为“如实供述自己的罪行”。

六、问：构成自首，必须是“如实交代自己的主要犯罪事实”，如何认定“主要”和“次要”呢

答：《解释》第一条第（二）项规定：“如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实。”对于犯罪嫌疑人多次实施同种罪行的，《意见》规定，认定是否如实供述主要犯罪事实的基本标准，是已交代的犯罪事实与未交代的犯罪事实的危害程度，并规定了区分犯罪情节与犯罪数额两个具体标准，即如实交代的犯罪情节重于未交代的犯罪情节，或者如实交代的犯罪数额多于未交代的犯罪数额，一般应认定为如实供述自己的主要犯罪事实。犯罪数额的多少一般都有比较明确的界限，而犯罪情节的轻重，则要根据情节的危害程度、对量刑的影响加以判断。

七、问：通过非法途径获取他人犯罪线索并予检举揭发的，能否认定为立功

答：司法实践中，犯罪分子为获得从宽处罚，有时会不择手段地以购买、暴力、胁迫、引诱犯罪等非法手段，或者通过违反监管规定获取他人犯罪线索，对上述情形若认定为立功，违背了立功制度的初衷。因此，《意见》规定，犯罪分子将从以下途径获取的他人犯罪线索予以检举揭发的，均不能认定为立功：（1）通过购买、暴力、胁迫等非法手段获取的线索；（2）被羁押后与律师、亲友会见过程中违反监管规定获取的线索；（3）本人以往查办犯罪职务活动中掌握的线索；（4）从负有查办犯罪、监管职责的国家工作人员处获取的线索。

八、问：“协助抓捕其他犯罪嫌疑人”这种情形的立功应当如何把握

答：《解释》第五条规定：“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的，应当认定为有立功表现。”《意见》明确了四种可认定为协助抓捕的情形和一种不能认定的情形。四种可以认定的情形是：（1）按照司法机关的安排，以打电话、发信息等方式将其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）约至指定地点的；（2）按照司法机关的安排，当场指认、辨认其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；（3）带领侦查人员抓获其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；（4）提供司法机关尚未掌握的其他案件犯罪嫌疑人的联络方式、藏匿地址的等。

犯罪分子提供同案犯姓名、住址、体貌特征等基本情况，或者提供犯罪前、犯罪中掌握、使用的同案犯联络方式、藏匿地址，司法机关据此抓捕同案犯的，不能认定为协助司法机关抓捕同案犯。

九、问：对于自首和立功，《刑法》都规定可以从轻或者减轻处罚，这两种情节对量刑的影响是等同的吗

答：《意见》规定：“类似情况下，对具有自首情节的被告人的从宽幅度要适当宽于具有立功情节的被告人。”之所以这样规定，主要是考虑到自首情节对每一名犯罪分子机会均等，而立功不是人人都有机会，且自首比立功更能充分体现出犯罪分子的悔罪态度，故对自首的认定标准和从宽幅度的掌握要更宽一些。最高人民法院2010年9月印发的《人民法院量刑指导意见（试行）》规定，对于自首情节，可以减少基准刑的40%以下，犯罪较轻的可以减少基准刑的40%以上或者依法免除处罚；对于立功情节，一般立功的可以减少基准刑的20%以下，重大立功的可以减少基准刑的20%~50%，重大立功且犯罪较轻的可以减少基准刑的50%以上或者依法免除处罚。上述规定也体现了这种政策精神。

最高人民法院 最高人民检察院 印发《关于办理职务犯罪案件认定自首、 立功等量刑情节若干问题的意见》的通知

2009年3月12日

法发〔2009〕13号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院，解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院：

现将《最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》印发给你们，请认真贯彻执行。

附：

关于办理职务犯罪案件认定自首、 立功等量刑情节若干问题的意见

为依法惩处贪污贿赂、渎职等职务犯罪，根据刑法和相关司法解释的规定，结合办案工作实际，现就办理职务犯罪案件有关自首、立功等量刑情节的认定和处理问题，提出如下意见：

一、关于自首的认定和处理

根据刑法第六十七条第一款的规定，成立自首需同时具备自动投案和如实供述自己的罪行两个要件。犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握，或者虽被掌握，但犯罪分子尚未受到调查谈话、讯问，或者未被宣布采取调查措施或者强制措施时，向办案机关投案的，是自动投案。在此期间如实交代自己的主要犯罪事实的，应当认定为自首。

犯罪分子向所在单位等办案机关以外的单位、组织或者有关负责人员投案的，应当视为自动投案。

没有自动投案，在办案机关调查谈话、讯问、采取调查措施或者强制措施期间，犯罪分子如实交代办案机关掌握的线索所针对的事实，不能认定为

自首。

没有自动投案，但具有以下情形之一的，以自首论：(1) 犯罪分子如实交代办案机关未掌握的罪行，与办案机关已掌握的罪行属不同种罪行的；(2) 办案机关所掌握线索针对的犯罪事实不成立，在此范围外犯罪分子交代同种罪行的。

单位犯罪案件中，单位集体决定或者单位负责人决定而自动投案，如实交代单位犯罪事实的，或者单位直接负责的主管人员自动投案，如实交代单位犯罪事实的，应当认定为单位自首。单位自首的，直接负责的主管人员和直接责任人员未自动投案，但如实交代自己知道的犯罪事实的，可以视为自首；拒不交代自己知道的犯罪事实或者逃避法律追究的，不应当认定为自首。单位没有自首，直接责任人员自动投案并如实交代自己知道的犯罪事实的，对该直接责任人员应当认定为自首。

对于具有自首情节的犯罪分子，办案机关移送案件时应当予以说明并移交相关证据材料。

对于具有自首情节的犯罪分子，应当根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度，结合自动投案的动机、阶段、客观环境，交代犯罪事实的完整性、稳定性以及悔罪表现等具体情节，依法决定是否从轻、减轻或者免除处罚以及从轻、减轻处罚的幅度。

二、关于立功的认定和处理

立功必须是犯罪分子本人实施的行为。为使犯罪分子得到从轻处理，犯罪分子的亲友直接向有关机关揭发他人犯罪行为，提供侦破其他案件的重要线索，或者协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人的，不应当认定为犯罪分子的对立功表现。

据以立功的他人罪行材料应当指明具体犯罪事实；据以立功的线索或者协助行为对于侦破案件或者抓捕犯罪嫌疑人要有实际作用。犯罪分子揭发他人犯罪行为时没有指明具体犯罪事实的；揭发的犯罪事实与查实的犯罪事实不具有关联性的；提供的线索或者协助行为对于其他案件的侦破或者其他犯罪嫌疑人的抓捕不具有实际作用的，不能认定为立功表现。

犯罪分子揭发他人犯罪行为，提供侦破其他案件重要线索的，必须经查证属实，才能认定为立功。审查是否构成立功，不仅要审查办案机关的说明材料，还要审查有关事实和证据以及与案件定性处罚相关的法律文书，如立案决定书、逮捕决定书、侦查终结报告、起诉意见书、起诉书或者判决书等。

据以立功的线索、材料来源有下列情形之一的，不能认定为立功：(1) 本人通过非法手段或者非法途径获取的；(2) 本人因原担任的查禁犯罪等职务获

取的；(3)他人违反监管规定向犯罪分子提供的；(4)负有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员或者其他国家工作人员利用职务便利提供的。

犯罪分子检举、揭发的他人犯罪，提供侦破其他案件的重要线索，阻止他人的犯罪活动，或者协助司法机关抓捕的其他犯罪嫌疑人，犯罪嫌疑人、被告人依法可能被判处无期徒刑以上刑罚的，应当认定为有重大立功表现。其中，可能被判处无期徒刑以上刑罚，是指根据犯罪行为的事实、情节可能判处无期徒刑以上刑罚。案件已经判决的，以实际判处的刑罚为准。但是，根据犯罪行为的事实、情节应当判处无期徒刑以上刑罚，因被判刑人有法定情节经依法从轻、减轻处罚后判处有期徒刑的，应当认定为重大立功。

对于具有立功情节的犯罪分子，应当根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度，结合立功表现所起作用的大小、所破获案件的罪行轻重、所抓获犯罪嫌疑人可能判处的法定刑以及立功的时机等具体情节，依法决定是否从轻、减轻或者免除处罚以及从轻、减轻处罚的幅度。

三、关于如实交代犯罪事实的认定和处理

犯罪分子依法不成立自首，但如实交代犯罪事实，有下列情形之一的，可以酌情从轻处罚：(1)办案机关掌握部分犯罪事实，犯罪分子交代了同种其他犯罪事实的；(2)办案机关掌握的证据不充分，犯罪分子如实交代有助于收集定案证据的。

犯罪分子如实交代犯罪事实，有下列情形之一的，一般应当从轻处罚：(1)办案机关仅掌握小部分犯罪事实，犯罪分子交代了大部分未被掌握的同种犯罪事实的；(2)如实交代对于定案证据的收集有重要作用的。

四、关于赃款赃物追缴等情形的处理

贪污案件中赃款赃物全部或者大部分追缴的，一般应当考虑从轻处罚。

受贿案件中赃款赃物全部或者大部分追缴的，视具体情况可以酌定从轻处罚。

犯罪分子及其亲友主动退赃或者在办案机关追缴赃款赃物过程中积极配合的，在量刑时应当与办案机关查办案件过程中依职权追缴赃款赃物的有所区别。

职务犯罪案件立案后，犯罪分子及其亲友自行挽回的经济损失，司法机关或者犯罪分子所在单位及其上级主管部门挽回的经济损失，或者因客观原因减少的经济损失，不予扣减，但可以作为酌情从轻处罚的情节。

【 解 读 】

解读《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》

最高人民法院、最高人民检察院于2009年3月12日联合发布了《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》(法发〔2009〕13号,以下简称《意见》),就职务犯罪案件办理中自首、立功、如实交代犯罪事实、赃款赃物追缴等量刑情节的认定和处理问题提出了具体意见。这是“两高”针对当前职务犯罪案件刑罚适用中的突出问题,为坚决贯彻依法从严惩处腐败分子的方针而制定的一个重要司法文件。为正确理解和适用《意见》,现对《意见》的制定背景和主要内容说明如下。

一、制定《意见》的背景及其意义

近年来,职务犯罪案件呈现出缓刑、免于刑事处罚等轻刑适用率偏高的趋势,受到了多方关注。经调研,职务犯罪案件轻刑适用比例偏高,有立法、司法、办案机制、案件特点以及社会等多方面的原因。其中,自首、立功等量刑情节的认定和运用不够规范,尤其值得注意。比如,在被纪检监察机关采取“双规”“两指”措施期间交代罪行是否认定为自首,实践中意见分歧很大,有的不加区分地将犯罪分子在纪检监察机关调查期间交代问题的一律认定为自首。因部分职务犯罪案件是纪检监察机关查办后移交司法程序的,这样就直接导致了相当数量的案件被不当轻判。这些问题在一定程度上影响了职务犯罪的打击力度,在社会上也产生了一些负面影响。

《意见》规定的自首、立功、如实交代犯罪事实、赃款赃物追缴等量刑情节的认定和处理问题,都是职务犯罪司法实践中经常遇到、在具体理解和适用上存在分歧的问题。对这些量刑情节,明确其成立条件,严格其认定程序,规范其在量刑中的作用,有利于职务犯罪案件刑罚适用的统一性和严肃性,从根本上解决部分职务犯罪案件处理上失之于宽的问题,确保依法从严惩处严重职务犯罪方针落到实处。

二、《意见》的主要内容

(一) 关于自首的认定和处理

在自首的认定和处理问题上,《意见》作了五个方面的规定。

1. 办案机关采取调查措施期间的自首认定。对于纪检监察机关采取调查措施期间交代罪行的能否认定为自首，理论和实践部门长期存在分歧。一种意见认为，纪检监察等办案机关不是法律规定的司法机关，纪检监察机关调查期间如实交代罪行的均可认定为自首；另一种意见认为，不宜一概以有无自动投案作为是否成立自首的条件。该意见论者又分为两种不同观点：一种观点主张以办案机关是否立案作为成立自首与否的认定基准；另一种观点主张以办案机关是否确切掌握犯罪事实作为认定基准。

自动投案和如实供述自己的罪行是成立自首的两个法定要件，两者缺一不可，必须同时具备。在纪检监察机关采取调查措施期间交代罪行的自首认定，同样应当以此为准。纪检监察部门的办案活动虽然不属于司法活动，但其所采取的调查谈话、调查措施与司法机关的讯问、强制措施的内容、目的、效果基本相同，两者具有可比性。当前职务犯罪案件多以纪检监察部门的调查为前置程序，如将纪检监察部门调查期间交代罪行的一概以自首论，势必导致职务犯罪案件自首认定的不当扩大，并在职务犯罪案件和非职务犯罪案件的自首认定中产生实质性的不公。从有利于案件查办的角度出发主张区别情形分别认定的意见，缺乏法律和理论支撑：一方面，在办案机关立案之前的初步核实阶段即有可能采取“双规”“两指”等调查措施；另一方面，自首的认定问题，与办案机关是否掌握犯罪事实的确切证据无关。为此，《意见》规定：“没有自动投案，在办案机关调查谈话、讯问、采取调查措施或者强制措施期间，犯罪分子如实交代办案机关掌握的线索所针对的事实的，不能认定为自首。”同时，鉴于纪检监察机关办案的特殊性，《意见》对自动投案规定了具体的认定标准，即“犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握，或者虽被掌握，但犯罪分子尚未受到调查谈话、讯问，或者未被宣布采取调查措施或者强制措施时，向办案机关投案的，是自动投案”。

在理解本规定时，应注意以下四点：一是犯罪事实、犯罪分子是否被掌握，犯罪分子是否被采取调查措施或者强制措施，是相对于办案机关而言的。这里的办案机关仅限于纪检、监察、公安、检察等法定职能部门，为避免实践执行中可能产生的误解，《意见》进一步明确：“犯罪分子向所在单位等办案机关以外的单位、组织或者有关负责人员投案的，应当视为自动投案。”二是纪检、监察机关办案程序一般是先初步核实、后立案、再调查，依照有关规定，在初步核实阶段也可以采取包括“双规”在内的调查措施。因此，这里的“调查”，指的是措施意义上的调查，而非程序意义上的调查。三是调查谈话不同于诫勉谈话，一般指的是立案后依照有关调查程序进行的谈话。考虑到办案实践中立案情况较为复杂，为方便实践部门根据案件情况作出更为合理的认定取舍，《意见》对此未作进一步明确。四是《意见》特别规定被宣布采取调查

措施，主要是考虑到调查措施与刑事司法中的强制措施有所不同，在被调查人对调查活动不知情的情况下，自动投案并如实供述罪行的，仍应认定为自首。只有在被宣布采取调查措施期间，被调查人已经知道对其采取调查活动的情况下才丧失自动投案的可能。

2. 准自首的认定。根据职务犯罪案件的实际情况，在《刑法》和最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》有关规定的基礎上，《意见》明确了两种无自动投案的准自首的具体情形：（1）犯罪分子如实供述办案机关未掌握的罪行，与办案机关已掌握的罪行属不同种罪行的；（2）办案机关所掌握线索针对的犯罪事实不成立，在此范围外犯罪分子交代同种罪行的。

对于上述第二种情形，有意见主张按坦白处理，以增强司法的可操作性。经研究，此情形属于实质上的准自首，故《意见》未采纳。

3. 单位自首的认定。在2002年由最高人民法院、最高人民检察院、海关总署联合发布的《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》中，对单位走私犯罪案件的自首认定问题提出了一个初步意见，但实践中对于该规定是否具有普遍适用性以及单位自首的具体认定标准存在不同的看法。鉴于职务犯罪案件特别是贿赂犯罪案件中较多地存在单位犯罪情形，《意见》对单位犯罪的自首认定问题予以专门规定：“单位犯罪案件中，单位集体决定或者单位负责人决定而自动投案，如实供述单位犯罪事实的，或者单位直接负责的主管人员自动投案，如实供述单位犯罪事实的，应当认定为单位自首。单位自首的，直接负责的主管人员和直接责任人员未自动投案，但如实供述自己知道的犯罪事实的，可以视为自首；拒不交代自己知道的犯罪事实或者逃避法律追究的，不应当认定为自首。单位没有自首，直接责任人员自动投案并如实供述自己知道的犯罪事实的，对该直接责任人员应当认定为自首。”

准确理解本规定，关键在于把握四个要点：单位可以成立自首；区分单位自首与个人自首、检举、揭发的关键在于投案人代表的是单位还是个人；单位自首的效果可及于个人，但需以个人如实供述其掌握的罪行为条件；个人自首的成立不以单位自首为条件，但个人自首的效果不能及于单位。

4. 认定自首的事实根据。鉴于职务犯罪案件查办主体的复杂性，纪律处分与司法处理性质上不同，纪检监察机关移送司法机关查处的案件还需履行证据转化等程序。为加强配合，确保各办案环节的有机衔接以及自首认定的规范性和严肃性，《意见》规定：“对于具有自首情节的犯罪分子，办案机关移送案件时应当予以说明并移交相关证据材料。”

需要注意的是，为方便实际办案，本规定仅适用于存在自首问题的情形，不存在自首问题的无需说明和移交证据材料，以免给办案机关增加不必要的负

担。同时《意见》的这一精神，应当适用于坦白、退赃等量刑情节。至于移送的具体范围和方式等问题，目前有关机关正在加紧研究解决。

5. 自首情节的具体运用。对于具有自首情节的犯罪分子，是否从轻、减轻或者免除处罚以及从轻、减轻处罚的幅度，取决于犯罪行为和自首行为两个方面的具体情况。为此，《意见》对可供参考判断的相关考量因素作了细化规定：（1）犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度；（2）自动投案的动机、阶段、客观环境，交代犯罪事实的完整性、稳定性以及悔罪表现等。

（二）关于立功的认定和处理

在立功的认定和处理问题上，《意见》作了以下六个方面的规定：

1. 协助立功。实践中，犯罪分子请求亲友协助立功或者犯罪分子的亲友主动协助立功的情形屡有发生，司法认定中也存在不同意见。我们认为，立功应该具有亲为性，由犯罪分子的亲友而非其本人直接实施的行为，不能归之于犯罪分子，故协助立功不属于刑法规定中的立功。为此，《意见》规定：“为使犯罪分子得到从轻处理，犯罪分子的亲友直接向有关机关揭发他人犯罪行为，提供侦破其他案件的重要线索，或者协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人的，不应当认定为犯罪分子的对立功表现。”

在理解本规定时，应注意两点：一是《意见》强调“直接”二字，意在说明亲友的协助行为与犯罪分子本人并无实质性的联系。如犯罪分子本人掌握了他人的犯罪行为、其他案件线索或者其他犯罪嫌疑人的藏匿地点，因客观原因由其亲友帮助得以将其他案件侦破或者将其他犯罪嫌疑人抓捕的，则另当别论。二是犯罪分子的亲友应犯罪分子的要求直接向有关机关揭发他人犯罪行为，提供侦破其他案件的重要线索，或者协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人的，客观上起到了积极作用，而且在一定程度上也体现了犯罪分子的主观意愿，虽不成立立功，但在量刑时可以结合案件的具体情况适当考虑。

2. 抽象立功。抽象立功指的是没有具体证据材料和犯罪事实指向的检举、揭发行为，比如仅根据一夜暴富或者关系密切而检举、揭发他人有贪污或者受贿行为。对此，我们认为，检举、揭发需以具体犯罪事实为前提，此种情形下即便事后查明被检举、揭发的人确有犯罪事实，但因与所谓的检举、揭发行为并无实质性关联，故不属于立功。为此，《意见》规定：“犯罪分子揭发他人犯罪行为时没有指明具体犯罪事实的；揭发的犯罪事实与查实的犯罪事实不具有关联性的，不能认定为立功表现。”同时，为进一步强调据以立功的线索或者协助行为对于侦破案件或者抓捕罪犯应当具有客观效果这一点，《意见》规定：“提供的线索或者协助行为对于其他案件的侦破或者其他犯罪分子的抓捕不具有实际作用的，不能认定为立功表现。”

3. 立功事实的审查。查证属实是认定立功的一个法定要求。实践中一些

案件往往只有简单说明，司法机关难以据此得出结论。为有效防止立功认定的随意性，确保立功认定的严肃性，《意见》规定，审查是否构成立功，不仅要审查办案机关的说明材料，还要审查有关事实和证据以及与案件定性处罚相关的法律文书。

4. 线索来源与立功认定。立功的认定，应否考虑据以立功的线索、材料的来源情况，实践中存在不同看法。一种意见认为，基于立功这一制度安排的基本价值诉求，立功材料的具体来源一般情况下不影响立功的认定，只是在决定是否从轻、减轻处罚以及从轻、减轻处罚的幅度时应予考虑。

经研究，在线索来源问题上，需要兼顾公正与功利两种价值诉求的内在平衡。任何功利的获取，不得以牺牲公正为代价。作为社会公平正义的守护者，司法机关更应坚守这一原则。为正确发挥司法导向作用，维护社会公平正义的理念，《意见》对据以立功的线索、材料来源作出了限制性的规定，明确以下情形不能认定为立功：犯罪分子通过非法手段或者非法途径获取的；犯罪分子因原担任的查禁犯罪等职务获取的；他人违反监管规定向犯罪分子提供的；负有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员或者其他国家工作人员利用职务便利提供的。

上述四种情形不得认定为立功，是由其行为本身的违法性所决定的，任何人不得从其违法行为中获利，是一个基本的司法准则。其中，第三种、第四种情形属于国家工作人员滥用公权，其本身即为违纪违法甚至是犯罪行为。

5. 对重大立功中无期徒刑以上刑罚的理解。根据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》的有关规定，犯罪分子检举、揭发他人犯罪，提供侦破其他案件的重要线索，阻止他人的犯罪活动，或者协助司法机关抓捕的其他犯罪嫌疑人，犯罪嫌疑人、被告人依法可能被判处无期徒刑以上刑罚的，应当认定为有重大立功表现。对于这里的“可能被判处无期徒刑以上刑罚”的判断依据，司法实践中存在法定刑、宣告刑、执行刑等不同看法。比如，有意见认为，“可能被判处无期徒刑以上刑罚”，是指根据被检举、揭发的犯罪行为本身的严重程度来判断该行为可能判处无期徒刑以上刑罚。案件结案后，是否实际判处无期徒刑以上刑罚，不影响重大立功的认定。据此意见，在有确定的判决作为认定依据的情形下，如果被检举、揭发、协助抓获的罪犯的犯罪行为本身应当依法判处无期徒刑以上刑罚，只是由于该罪犯具有自首、立功、未成年人等犯罪行为实施以外的从轻、减轻量刑情节而被判处有期徒刑以下刑罚的，对该罪犯仍应认定重大犯罪嫌疑人。另有意见认为，“可能被判处无期徒刑以上刑罚”应当理解为针对人民法院对有关人员尚未作出判决情形下所作的规定。相关重大案件已经作出判决，被检举、揭发、协助抓获的罪犯已经被实际判处有期徒刑以下刑罚的，表明该罪犯已经不存在判处无期徒刑

刑以上刑罚的可能性，因而不应对检举者、揭发者、协助抓获者认定重大立功。唯有如此，才能找到明确的判断界限。

上述两种意见均有可取之处，但又失于绝对。《意见》在综合两种意见的基础上规定：“可能被判处无期徒刑以上刑罚，是指根据犯罪行为的事实、情节可能判处无期徒刑以上刑罚。案件已经判决的，以实际判处的刑罚为准。但是，根据犯罪行为的事实、情节应当判处无期徒刑以上刑罚，因被判刑人有法定情节经依法从轻、减轻处罚后判处有期徒刑的，应当认定为重大立功。”

在理解本规定时，应注意以下两点：一是可能被判处无期徒刑以上刑罚是指根据立功行为实施时就已经存在的案件的主客观事实、情节，依法可能被判处无期徒刑以上刑罚。二是案件已经判决的，除因被判刑人在立功行为实施后形成新的量刑情节经依法从轻、减轻处罚后判处有期徒刑之外，应当以实际判处的刑罚为准。

6. 立功情节的具体运用。对于具有立功表现的犯罪分子，在具体适用刑罚时应当充分考虑犯罪行为和立功表现两个方面的具体情况。为方便实践操作，《意见》对该两个方面的具体情况作了细化规定。

（三）关于如实交代犯罪事实的认定和处理

《意见》第三条对依法不成立自首，但如实交代犯罪事实的犯罪分子，区分具体情况提出了程度不同的处理意见。本条规定的情形属于坦白范畴，但较通常理解的坦白范围要窄一些。一般而言，犯罪分子在被动归案后，如实供述自己的罪行，不管司法机关掌握的程度如何，均应视为坦白。《意见》仅列举了四种情形，为避免逻辑上的不周延，故未使用“坦白”这一称谓。

坦白是一个酌定量刑情节，实践中对此没有疑问。《意见》之所以特别强调坦白的量刑意义，主要有两点考虑：一是宽严相济。坦白对于案件的侦破和顺利起诉、审判，具有重要的作用，特别是在一些较为隐蔽、难以取证的职务犯罪案件中，坦白所起的作用不一定小于自首等法定量刑情节，而这一点往往为办案人员所忽视，在量刑上没有得到应有的体现。二是疏堵并举。《刑法》在贪污、受贿罪的法定刑规定上存在一些不足，集中体现为计赃论罚这一单一量刑模式所带来的量刑失衡问题。为实现量刑均衡，一些检察院、法院在个别案件处理上有意识地放宽自首的认定标准。《意见》在严格自首认定条件的同时，强调坦白在量刑中的作用，既有效地防止了自首认定的随意性。又能确保在法律限度内尽可能地实现个案公正。

《意见》列举了四种坦白情形：（1）办案机关掌握部分犯罪事实，犯罪分子交代下同种其他犯罪事实的；（2）办案机关掌握的证据不充分，犯罪分子如实交代有助于收集定案证据的；（3）办案机关仅掌握小部分犯罪事实，犯罪分子交代了大部分未被掌握的同种犯罪事实的；（4）如实交代对于定案证据的收

集有重要作用的，是对职务犯罪案件办理实践的经验总结，同时也是量刑方面的实际需要。具有该条规定的坦白情节的，量刑上均应不同程度地加以考虑，特别是后两种情形，一般应当从轻处罚。对于司法机关已经完全掌握犯罪分子的犯罪事实情况下的坦白，量刑上则不一定要考虑，实践意义不大，故《意见》未作规定。

（四）关于赃款赃物追缴等情形的处理

对该问题，《意见》主要明确了三点。

第一，《意见》规定，赃款赃物全部或者大部分追缴的，贪污案件一般应当考虑从轻处罚；受贿案件则视具体情况酌定从轻处罚。这里区分贪污与受贿，主要是考虑到贪污和受贿在侵害客体上各有侧重：前者主要侵犯的是公共财产关系，退赃对此具有一定的恢复补救作用；后者主要侵犯的是职务廉洁性或者不可收买性，危害性主要体现在国家、人民利益遭受重大损失或者恶劣社会影响方面，退赃对此不具有直接的补救作用。如郑筱萸一案，尽管受贿赃款全部追回，但考虑到其受贿行为造成了特别重大的损失和极为恶劣的影响，仍然被依法从重处理。

第二，《意见》规定，犯罪分子及其亲友主动退赃或者在办案机关追缴赃款赃物过程中积极配合的，在量刑时应当与办案机关查办案件过程中依职权追缴赃款赃物的有所区别。区分主动退赃和办案机关依职权追缴，主要原因是两者所反映出来的主观认罪态度存在明显差别。之所以特别在此加以说明，主要是考虑到当前实践中存在一种倾向，只要赃款被追回的，都一概视为有退赃表现，而不再细究犯罪分子（或其家属）在赃款追缴过程中的主观态度或者实际作用。这种只问结果不问过程的做法，客观上导致了一些职务犯罪分子被不当从轻处罚。

第三，《意见》规定，经济损失的计算以立案时为准，立案后挽回的经济损失或者因客观原因减少的损失，不影响职务犯罪案件特别是渎职侵权案件损失后果的认定。应当说，该认定原则在此前相关司法文件中业已明确，比如，2006年发布的最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》即明确，“直接经济损失和间接经济损失，是指立案时确已造成的经济损失”。这里再次重申，主要是考虑到不同司法机关之间在此问题上仍然存在分歧。同时，考虑到立案后挽回经济损失，因客观原因损失减少比如股市上涨股值提升等，在客观上降低了犯罪行为的社会危害性，《意见》将立案后挽回经济损失或者因客观原因损失减少的情形规定为酌定从轻量刑情节。

（撰稿人：刘为波）

最高人民法院 印发《关于贯彻宽严相济刑事政策的 若干意见》的通知

2010年2月8日

法发〔2010〕9号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

宽严相济刑事政策，是党中央在构建社会主义和谐社会新形势下提出的一项重要政策，是我国的基本刑事政策。它对于最大限度地预防和减少犯罪、化解社会矛盾、维护社会和谐稳定，具有特别重要的意义。最高人民法院在深入调查研究、广泛征求各方面意见的基础上，制定了《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》（以下简称《意见》），对人民法院在刑事审判工作中如何更好地贯彻落实宽严相济的刑事政策，提出了具体、明确的要求。

各级人民法院要认真组织学习，充分认识《意见》对于刑事审判工作的重要指导作用。要深刻领会《意见》精神，切实增强贯彻执行宽严相济刑事政策的自觉性，将这一政策的基本要求落实到刑事审判工作的每一个环节中去，切实做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪，确保裁判法律效果和社会效果的高度统一。

现将《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》印发给你们，请结合落实好今年政法工作的“三项重点工作”，认真贯彻执行。执行中的具体问题，请及时层报我院。

附：

关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见

宽严相济刑事政策是我国的基本刑事政策，贯穿于刑事立法、刑事司法和刑罚执行的全过程，是惩办与宽大相结合政策在新时期的继承、发展和完善，是司法机关惩罚犯罪，预防犯罪，保护人民，保障人权，正确实施国家法律的指南。为了在刑事审判工作中切实贯彻执行这一政策，特制定本意见。

一、贯彻宽严相济刑事政策的总体要求

1. 贯彻宽严相济刑事政策，要根据犯罪的具体情况，实行区别对待，做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪，打击和孤立极少数，教育、感化和挽救大多数，最大限度地减少社会对立面，促进社会和谐稳定，维护国家长治久安。

2. 要正确把握宽与严的关系，切实做到宽严并用。既要注意克服重刑主义思想影响，防止片面从严，也要避免受轻刑化思想影响，一味从宽。

3. 贯彻宽严相济刑事政策，必须坚持严格依法办案，切实贯彻落实罪刑法定原则、罪刑相适应原则和法律面前人人平等原则，依照法律规定准确定罪量刑。从宽和从严都必须依照法律规定进行，做到宽严有据，罚当其罪。

4. 要根据经济社会的发展和治安形势的变化，尤其要根据犯罪情况的变化，在法律规定的范围内，适时调整从宽和从严的对象、范围和力度。要全面、客观把握不同时期不同地区的经济社会状况和社会治安形势，充分考虑人民群众的安全感以及惩治犯罪的实际需要，注重从严打击严重危害国家安全、社会治安和人民群众利益的犯罪。对于犯罪性质尚不严重，情节较轻和社会危害性较小的犯罪，以及被告人认罪、悔罪，从宽处罚更有利于社会和谐稳定的，依法可以从宽处理。

5. 贯彻宽严相济刑事政策，必须严格依法进行，维护法律的统一和权威，确保良好的法律效果。同时，必须充分考虑案件的处理是否有利于赢得广大人民群众的支持和社会稳定，是否有利于瓦解犯罪，化解矛盾，是否有利于罪犯的教育改造和回归社会，是否有利于减少社会对抗，促进社会和谐，争取更好的社会效果。要注意在裁判文书中充分说明裁判理由，尤其是从宽或从严的理由，促使被告人认罪服法，注重教育群众，实现案件裁判法律效果和社会效果的有机统一。

二、准确把握和正确适用依法从“严”的政策要求

6. 宽严相济刑事政策中的从“严”，主要是指对于罪行十分严重、社会危害性极大，依法应当判处重刑或死刑的，要坚决地判处重刑或死刑；对于社会危害大或者具有法定、酌定从重处罚情节，以及主观恶性深、人身危险性大的被告人，要依法从严惩处。在审判活动中通过体现依法从“严”的政策要求，有效震慑犯罪分子和社会不稳定分子，达到有效遏制犯罪、预防犯罪的目的。

7. 贯彻宽严相济刑事政策，必须毫不动摇地坚持依法严惩严重刑事犯罪的方针。对于危害国家安全犯罪、恐怖组织犯罪、邪教组织犯罪、黑社会性质组织犯罪、恶势力犯罪、故意危害公共安全犯罪等严重危害国家政权稳固和社

会治安的犯罪，故意杀人、故意伤害致人死亡、强奸、绑架、拐卖妇女儿童、抢劫、重大抢夺、重大盗窃等严重暴力犯罪和严重影响人民群众安全感的犯罪，走私、贩卖、运输、制造毒品等毒害人民健康的犯罪，要作为严惩的重点，依法从重处罚。尤其对于极端仇视国家和社会，以不特定人为侵害对象，所犯罪行特别严重的犯罪分子，该重判的要坚决依法重判，该判处死刑的要坚决依法判处死刑。

8. 对于国家工作人员贪污贿赂、滥用职权、失职渎职的严重犯罪，黑恶势力犯罪、重大安全责任事故、制售伪劣食品药品所涉及的国家工作人员职务犯罪，发生在社会保障、征地拆迁、灾后重建、企业改制、医疗、教育、就业等领域严重损害群众利益、社会影响恶劣、群众反映强烈的国家工作人员职务犯罪，发生在经济社会建设重点领域、重点行业的严重商业贿赂犯罪等，要依法从严惩处。

对于国家工作人员职务犯罪和商业贿赂犯罪中性质恶劣、情节严重、涉及范围广、影响面大的，或者案发后隐瞒犯罪事实、毁灭证据、订立攻守同盟、负案潜逃等拒不认罪悔罪的，要坚决依法从严惩处。

对于被告人犯罪所得数额不大，但对国家财产和人民群众利益造成重大损失、社会影响极其恶劣的职务犯罪和商业贿赂犯罪案件，也应依法从严惩处。

要严格掌握职务犯罪法定减轻处罚情节的认定标准与减轻处罚的幅度，严格控制依法减轻处罚后判处三年以下有期徒刑适用缓刑的范围，切实规范职务犯罪缓刑、免于刑事处罚的适用。

9. 当前和今后一段时期，对于集资诈骗、贷款诈骗、制贩假币以及扰乱、操纵证券、期货市场等严重危害金融秩序的犯罪，生产、销售假药、劣药、有毒有害食品等严重危害食品药品安全的犯罪，走私等严重侵害国家经济利益的犯罪，造成严重后果的重大安全责任事故犯罪，重大环境污染、非法采矿、盗伐林木等各种严重破坏环境资源的犯罪等，要依法从严惩处，维护国家的经济秩序，保护广大人民群众的生命健康安全。

10. 严惩严重刑事犯罪，必须充分考虑被告人的主观恶性和人身危险性。对于事先精心预谋、策划犯罪的被告人，具有惯犯、职业犯等情节的被告人，或者因故意犯罪受过刑事处罚、在缓刑、假释考验期内又犯罪的被告人，要依法严惩，以实现刑罚特殊预防的功能。

11. 要依法从严惩处累犯和毒品再犯。凡是依法构成累犯和毒品再犯的，即使犯罪情节较轻，也要体现从严惩处的精神。尤其是对于前罪为暴力犯罪或被判处重刑的累犯，更要依法从严惩处。

12. 要注重综合运用多种刑罚手段，特别是要重视依法适用财产刑，有效惩治犯罪。对于法律规定有附加财产刑的，要依法适用。对于侵财型和贪利型

犯罪，更要注重通过依法适用财产刑使犯罪分子受到经济上的惩罚，剥夺其重新犯罪的能力和条件。要切实加大财产刑的执行力度，确保刑罚的严厉性和惩罚功能得以实现。被告人非法占有、处置被害人财产不能退赃的，在决定刑罚时，应作为重要情节予以考虑，体现从严处罚的精神。

13. 对于刑事案件被告人，要严格依法追究刑事责任，切实做到不枉不纵。要在确保司法公正的前提下，努力提高司法效率。特别是对于那些严重危害社会治安，引起社会关注的刑事案件，要在确保案件质量的前提下，抓紧审理，及时宣判。

三、准确把握和正确适用依法从“宽”的政策要求

14. 宽严相济刑事政策中的从“宽”，主要是指对于情节较轻、社会危害性较小的犯罪，或者罪行虽然严重，但具有法定、酌定从宽处罚情节，以及主观恶性相对较小、人身危险性不大的被告人，可以依法从轻、减轻或者免除处罚；对于具有一定社会危害性，但情节显著轻微危害不大的行为，不作为犯罪处理；对于依法可不监禁的，尽量适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑。

15. 被告人的行为已经构成犯罪，但犯罪情节轻微，或者未成年人、在校学生实施的较轻犯罪，或者被告人具有犯罪预备、犯罪中止、从犯、胁从犯、防卫过当、避险过当等情节，依法不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚。对免于刑事处罚的，应当根据刑法第三十七条规定，做好善后、帮教工作或者交由有关部门进行处理，争取更好的社会效果。

16. 对于所犯罪行不重、主观恶性不深、人身危险性较小、有悔改表现、不致再危害社会的犯罪分子，要依法从宽处理。对于其中具备条件的，应当依法适用缓刑或者管制、单处罚金等非监禁刑。同时配合做好社区矫正，加强教育、感化、帮教、挽救工作。

17. 对于自首的被告人，除了罪行极其严重、主观恶性极深、人身危险性极大，或者恶意地利用自首规避法律制裁者以外，一般均应当依法从宽处罚。

对于亲属以不同形式送被告人归案或协助司法机关抓获被告人而认定为自首的，原则上都应当依法从宽处罚；有的虽然不能认定为自首，但考虑到被告人亲属支持司法机关工作，促使被告人到案、认罪、悔罪，在决定对被告人具体处罚时，也应当予以充分考虑。

18. 对于被告人检举揭发他人犯罪构成立功的，一般均应当依法从宽处罚。对于犯罪情节不是十分恶劣，犯罪后果不是十分严重的被告人立功的，从宽处罚的幅度应当更大。

19. 对于较轻犯罪的初犯、偶犯，应当综合考虑其犯罪的动机、手段、情

节、后果和犯罪时的主观状态，酌情予以从宽处罚。对于犯罪情节轻微的初犯、偶犯，可以免于刑事处罚；依法应当予以刑事处罚的，也应当尽量适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑。

20. 对于未成年人犯罪，在具体考虑其实施犯罪的动机和目的、犯罪性质、情节和社会危害程度的同时，还要充分考虑其是否属于初犯，归案后是否悔罪，以及个人成长经历和一贯表现等因素，坚持“教育为主、惩罚为辅”的原则和“教育、感化、挽救”的方针进行处理。对于偶尔盗窃、抢夺、诈骗，数额刚达到较大的标准，案发后能如实交代并积极退赃的，可以认定为情节显著轻微，不作为犯罪处理。对于罪行较轻的，可以依法适当多适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑；依法可免于刑事处罚的，应当免于刑事处罚。对于犯罪情节严重的未成年人，也应当依照刑法第十七条第三款的规定予以从轻或者减轻处罚。对于已满十四周岁不满十六周岁的未成年犯罪人，一般不判处无期徒刑。

21. 对于老年人犯罪，要充分考虑其犯罪的动机、目的、情节、后果以及悔罪表现等，并结合其人身危险性和再犯可能性，酌情予以从宽处罚。

22. 对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪，因劳动纠纷、管理失当等原因引发、犯罪动机不属恶劣的犯罪，因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪，应酌情从宽处罚。

23. 被告人案发后对被害人积极进行赔偿，并认罪、悔罪的，依法可以作为酌定量刑情节予以考虑。因婚姻家庭等民间纠纷激化引发的犯罪，被害人及其家属对被告人表示谅解的，应当作为酌定量刑情节予以考虑。犯罪情节轻微，取得被害人谅解的，可以依法从宽处理，不需判处刑罚的，可以免于刑事处罚。

24. 对于刑事被告人，如果采取取保候审、监视居住等非羁押性强制措施足以防止发生社会危险性，且不影响刑事诉讼正常进行的，一般可不采取羁押措施。对人民检察院提起公诉而被告人未被采取逮捕措施的，除存在被告人逃跑、串供、重新犯罪等具有人身危险性或者可能影响刑事诉讼正常进行的情形外，人民法院一般可不决定逮捕被告人。

四、准确把握和正确适用宽严“相济”的政策要求

25. 宽严相济刑事政策中的“相济”，主要是指在对各类犯罪依法处罚时，要善于综合运用宽和严两种手段，对不同的犯罪和犯罪分子区别对待，做到严中有宽、宽以济严；宽中有严、严以济宽。

26. 在对严重刑事犯罪依法从严惩处的同时，对被告人具有自首、立功、从犯等法定或酌定从宽处罚情节的，还要注意宽以济严，根据犯罪的具体情

况，依法应当或可以从宽的，都应当在量刑上予以充分考虑。

27. 在对较轻刑事犯罪依法从轻处罚的同时，要注意严以济宽，充分考虑被告人是否具有屡教不改、严重滋扰社会、群众反映强烈等酌定从严处罚的情况，对于不从严不足以有效惩戒者，也应当在量刑上有所体现，做到济之以严，使犯罪分子受到应有处罚，切实增强改造效果。

28. 对于被告人同时具有法定、酌定从严和法定、酌定从宽处罚情节的案件，要在全面考察犯罪的事实、性质、情节和对社会危害程度的基础上，结合被告人的主观恶性、人身危险性、社会治安状况等因素，综合作出分析判断，总体从严，或者总体从宽。

29. 要准确理解和严格执行“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”的政策。对于罪行极其严重的犯罪分子，论罪应当判处死刑的，要坚决依法判处死刑。要依法严格控制死刑的适用，统一死刑案件的裁判标准，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。拟判处死刑的具体案件定罪或者量刑的证据必须确实、充分，得出唯一结论。对于罪行极其严重，但只要依法可不立即执行的，就不应当判处死刑立即执行。

30. 对于恐怖组织犯罪、邪教组织犯罪、黑社会性质组织犯罪和进行走私、诈骗、贩毒等犯罪活动的犯罪集团，在处理时要分别情况，区别对待：对犯罪组织或集团中的为首组织、指挥、策划者和骨干分子，要依法从严惩处，该判处重刑或死刑的要坚决判处重刑或死刑；对受欺骗、胁迫参加犯罪组织、犯罪集团或只是一般参加者，在犯罪中起次要、辅助作用的从犯，依法应当从轻或减轻处罚，符合缓刑条件的，可以适用缓刑。

对于群体性事件中发生的杀人、放火、抢劫、伤害等犯罪案件，要注意重点打击其中的组织、指挥、策划者和直接实施犯罪行为的积极参与者；对因被煽动、欺骗、裹挟而参加，情节较轻，经教育确有悔改表现的，应当依法从宽处理。

31. 对于一般共同犯罪案件，应当充分考虑各被告人在共同犯罪中的地位和作用，以及在主观恶性和人身危险性方面的不同，根据事实和证据能分清主从犯的，都应当认定主从犯。有多名主犯的，应在主犯中进一步区分出罪行最为严重者。对于多名被告人共同致死一名被害人的案件，要进一步分清各被告人的作用，准确确定各被告人的罪责，以做到区别对待；不能以分不清主次为由，简单地一律判处重刑。

32. 对于过失犯罪，如安全责任事故犯罪等，主要应当根据犯罪造成危害后果的严重程度、被告人主观罪过的大小以及被告人案发后的表现等，综合掌握处罚的宽严尺度。对于过失犯罪后积极抢救、挽回损失或者有效防止损失进一步扩大的，要依法从宽。对于造成的危害后果虽然不是特别严重，但情节特

别恶劣或案发后故意隐瞒案情，甚至逃逸，给及时查明事故原因和迅速组织抢救造成贻误的，则要依法从重处罚。

33. 在共同犯罪案件中，对于主犯或首要分子检举、揭发同案地位、作用较次犯罪分子构成立功的，从轻或者减轻处罚应当从严掌握，如果从轻处罚可能导致全案量刑失衡的，一般不予从轻处罚；如果检举、揭发的是其他犯罪案件中罪行同样严重的犯罪分子，或者协助抓获的是同案中的其他主犯、首要分子的，原则上应予依法从轻或者减轻处罚。对于从犯或犯罪集团中的一般成员立功，特别是协助抓获主犯、首要分子的，应当充分体现政策，依法从轻、减轻或者免除处罚。

34. 对于危害国家安全犯罪、故意危害公共安全犯罪、严重暴力犯罪、涉众型经济犯罪等严重犯罪；恐怖组织犯罪、邪教组织犯罪、黑恶势力犯罪等有组织犯罪的领导者、组织者和骨干分子；毒品犯罪再犯的严重犯罪者；确有执行能力而拒不依法积极主动缴付财产执行财产刑或确有履行能力而不积极主动履行附带民事赔偿责任的，在依法减刑、假释时，应当从严掌握。对累犯减刑时，应当从严掌握。拒不交代真实身份或对减刑、假释材料弄虚作假，不符合减刑、假释条件的，不得减刑、假释。

对于因犯故意杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪，致人死亡或严重残疾而被判处死刑缓期二年执行或无期徒刑的罪犯，要严格控制减刑的频度和每次减刑的幅度，要保证其相对较长的实际服刑期限，维护公平正义，确保改造效果。

对于未成年犯、老年犯、残疾罪犯、过失犯、中止犯、胁从犯、积极主动缴付财产执行财产刑或履行民事赔偿责任的罪犯、因防卫过当或避险过当而判处徒刑的罪犯以及其他主观恶性不深、人身危险性不大的罪犯，在依法减刑、假释时，应当根据悔改表现予以从宽掌握。对认罪服法，遵守监规，积极参加学习、劳动，确有悔改表现的，依法予以减刑，减刑的幅度可以适当放宽，间隔的时间可以相应缩短。符合刑法第八十一条第一款规定的假释条件的，应当依法多适用假释。

五、完善贯彻宽严相济刑事政策的工作机制

35. 要注意总结审判经验，积极稳妥地推进量刑规范化工作。要规范法官的自由裁量权，逐步把量刑纳入法庭审理程序，增强量刑的公开性和透明度，充分实现量刑的公正和均衡，不断提高审理刑事案件的质量和效率。

36. 最高人民法院将继续通过总结审判经验，制发典型案例，加强审判指导，并制定关于案例指导制度的规范性文件，推进对贯彻宽严相济刑事政策案例指导制度的不断健全和完善。

37. 要积极探索人民法庭受理轻微刑事案件的工作机制,充分发挥人民法庭便民、利民和受案、审理快捷的优势,进一步促进轻微刑事案件及时审判,确保法律效果和社会效果的有机统一。

38. 要充分发挥刑事简易程序节约司法资源、提高审判效率、促进司法公正的功能,进一步强化简易程序的适用。对于被告人对被指控的基本犯罪事实无异议,并自愿认罪的第一审公诉案件,要依法进一步强化普通程序简化审的用力度,以保障符合条件的案件都能得到及时高效的审理。

39. 要建立健全符合未成年人特点的刑事案件审理机制,寓教于审,惩教结合,通过科学、人性化的审理方式,更好地实现“教育、感化、挽救”的目的,促使未成年犯罪人早日回归社会。要积极推动有利于未成年犯罪人改造和管理的各项制度建设。对公安部门针对未成年人在缓刑、假释期间违法犯罪情况报送的拟撤销未成年犯罪人的缓刑或假释的报告,要及时审查,并在法定期限内及时做出决定,以真正形成合力,共同做好未成年人犯罪的惩戒和预防工作。

40. 对于刑事自诉案件,要尽可能多做化解矛盾的调解工作,促进双方自行和解。对于经过司法机关做工作,被告人认罪悔过,愿意赔偿被害人损失,取得被害人谅解,从而达成和解协议的,可以由自诉人撤回起诉,或者对被告人依法从轻或免于刑事处罚。对于可公诉、也可自诉的刑事案件,检察机关提起公诉的,人民法院应当依法进行审理,依法定罪处罚。对民间纠纷引发的轻伤害等轻微刑事案件,诉至法院后当事人自行和解的,应当予以准许并记录在案。人民法院也可以在不违反法律规定的前提下,对此类案件尝试做一些促进和解的工作。

41. 要尽可能把握一切有利于附带民事诉讼调解结案的积极因素,多做促进当事人双方和解的辨法析理工作,以更好地落实宽严相济刑事政策,努力做到案结事了。要充分发挥被告人、被害人所在单位、社区基层组织、辩护人、诉讼代理人和近亲属在附带民事诉讼调解工作中的积极作用,协调各方共同做好促进调解工作,尽可能通过调解达成民事赔偿协议并以此取得被害人及其家属对被告人的谅解,化解矛盾,促进社会和谐。

42. 对于因受到犯罪行为侵害、无法及时获得有效赔偿、存在特殊生活困难的被害人及其亲属,由有关方面给予适当的资金救助,有利于化解矛盾纠纷,促进社会和谐稳定。各地法院要结合当地实际,在党委、政府的统筹协调和具体指导下,落实好、执行好刑事被害人救助制度,确保此项工作顺利开展,取得实效。

43. 对减刑、假释案件,要采取开庭审理与书面审理相结合的方式。对于职务犯罪案件,尤其是原为县级以上领导干部罪犯的减刑、假释案件,要一

律开庭审理。对于故意杀人、抢劫、故意伤害等严重危害社会治安的暴力犯罪分子，有组织犯罪案件中的首要分子和其他主犯以及其他重大、有影响案件罪犯的减刑、假释，原则上也要开庭审理。书面审理的案件，拟裁定减刑、假释的，要在羁押场所公示拟减刑、假释人员名单，接受其他在押罪犯的广泛监督。

44. 要完善对刑事审判人员贯彻宽严相济刑事政策的监督机制，防止宽严失当、枉法裁判、以权谋私。要改进审判考核考评指标体系，完善错案认定标准和错案责任追究制度，完善法官考核机制。要切实改变单纯以改判率、发回重审率的高低来衡量刑事审判工作质量和法官业绩的做法。要探索建立既能体现审判规律、符合法官职业特点，又能准确反映法官综合素质和司法能力的考评体制，对法官审理刑事案件质量，落实宽严相济刑事政策，实现刑事审判法律效果和社会效果有机统一进行全面、科学的考核。

45. 各级人民法院要加强与公安机关、国家安全机关、人民检察院、司法行政机关等部门的联系和协调，建立经常性的工作协调机制，共同研究贯彻宽严相济刑事政策的工作措施，及时解决工作中出现的具体问题。要根据“分工负责、相互配合、相互制约”的法律原则，加强与公安机关、人民检察院的工作联系，既各司其职，又进一步形成合力，不断提高司法公信，维护司法权威。要在律师辩护代理、法律援助、监狱提请减刑假释、开展社区矫正等方面加强与司法行政机关的沟通和协调，促进宽严相济刑事政策的有效实施。

【 解 读 】

解读《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》

2010年2月8日，最高人民法院下发了《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》（以下简称《意见》）。这是人民法院深入贯彻落实科学发展观，坚持“三个至上”指导思想，践行社会主义法治理念的重大举措，是人民法院全面贯彻宽严相济刑事政策的指导性文件，对于进一步做好刑事审判工作，为构建社会主义和谐社会提供强有力司法保障，具有重要而深远的意义。

一、《意见》出台的背景

2006年10月，中共中央十六届六中全会通过了《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，其中明确提出，要实施宽严相济的刑事

司法政策。这是中央在全面建设小康社会的新的历史条件下提出的一个重要部署，是我们党和国家的基本刑事政策。这一政策既是对惩办与宽大相结合政策的继承，又是对惩办与宽大相结合政策的发展，它根据当前社会生活的需要，补充完善了许多新的内容。

落实宽严相济刑事政策，是中央《关于深化司法体制改革的意见》确定的深化司法体制改革四项主要内容之一。根据中央的精神，最高人民法院决定，在前期调研的基础上，制定人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的指导性文件，以促进全国法院更加全面深入地贯彻落实宽严相济刑事政策。最高人民法院为此成立了项目组，广泛征求了各方面的意见和建议，范围涉及全国人大法工委、最高人民检察院、公安部、司法部等政法部门、各高级人民法院、部分中级人民法院及部分知名法律专家，并报中央政法委审核。经反复修改完善，数易其稿，制定了《意见》。

二、《意见》制定的总体思路和内容结构

《意见》制定的总体思路是，根据党和国家宽严相济刑事政策的政策特性和定位，对人民法院在刑事审判工作中如何贯彻落实宽严相济刑事政策提出指导性意见。《意见》不是提供具体的定罪量刑标准，而是重在解决政策导向问题。同时，《意见》注重政策的稳定性以及政策与法律之间的统一性，对最高人民法院近年来出台的一些法律文件的内容和精神进行了系统的整理，将相关内容纳入《意见》中，成为宽严相济刑事政策指导下的具体的刑事司法原则。

《意见》共计四十五条，包括“贯彻宽严相济刑事政策的总体要求”“准确把握和正确适用依法从‘严’的政策要求”“准确把握和正确适用依法从‘宽’的政策要求”“准确把握和正确适用宽严‘相济’的政策要求”以及“完善贯彻宽严相济刑事政策的工作机制”五个部分。

三、《意见》体现的主要特点

1. 强调宽严并重、宽严并用，反对偏轻偏重。宽严并重、宽严并用、宽严平衡是宽严相济刑事政策的基本要求之一，也是制定《意见》的出发点。《意见》第2条明确规定：“要正确把握宽与严的关系，切实做到宽严并用。既要注意克服重刑主义思想影响，防止片面从严，也要避免受轻刑化思想影响，一味从宽。”

一方面，《意见》继续坚持依法严惩严重刑事犯罪的方针，强调对严重刑事犯罪予以严厉打击。在明确严惩的对象和范围的同时，还对司法实践中应当特别强调的应予以从“严”的情况作出规定，如对于给国家财产和人民群众利益造成重大损失、社会影响极其恶劣的职务犯罪和商业贿赂犯罪，即使被告人犯

罪所得数额不大，也强调依法从严惩处。

另一方面，《意见》较为全面地规定了“从宽”处罚的情形以及如何正确把握从宽情节。如规定“被告人的行为已经构成犯罪，但犯罪情节轻微，或者未成年人、在校学生实施的较轻犯罪，或者被告人具有犯罪预备、犯罪中止、从犯、胁从犯、防卫过当、避险过当等情节，依法不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚”。《意见》对于司法实践中有分歧意见的问题，也特别予以明确。如对于亲属以不同形式送被告人归案或协助司法机关抓获被告人而认定为自首的，规定原则上都应当依法从宽处罚；有的虽然不能认定为自首，也应当予以充分考虑。

2. 强调处理好政策和法律的关系。《意见》特别注意处理好政策与法律的关系，确保贯彻政策不违背法律，而执行法律又能充分体现政策精神。《意见》第3条规定：“贯彻宽严相济刑事政策，必须坚持严格依法办案，切实贯彻罪刑法定原则、罪刑相适应原则和法律面前人人平等的原则，依照法律规定确定罪量刑。从宽和从严都必须依照法律规定进行，做到宽严有据，罚当其罪。”这就明确了贯彻政策必须在法律的基础上进行。同时，《意见》又规定：“要根据经济社会的发展和治安形势的变化，尤其要根据犯罪情况的变化，在法律规定的范围内，适时调整从宽和从严的对象、范围和力度。”这就为我们执法活动中科学、适时、正确地贯彻政策留下了空间。

处理好政策与法律的关系，必须在依法的基础上，最大限度地发挥好政策的指导作用，这也是制定《意见》的一个基本考虑。对此，《意见》主要通过以下方式提出具体的政策导向：一是对法律没有明文规定的情况提出指导性的处理意见。如《意见》首次对于老年人犯罪是否从宽处罚、如何从宽处罚作出了明确规定。二是对法律虽有规定，但规定较为原则的情况加以明确。如进一步细化了对累犯和毒品再犯从重处罚的原则。三是针对司法实践中可能遇到的一些难点问题作出了规定。如对于“从宽”与“从严”情节并存的案件，提出了如何处理的原则。四是对一些大的刑事政策进行了具体阐释。如《意见》对于准确理解和严格执行“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”的政策，专门作出了规定。

3. 强调法律效果和社会效果的有机统一。宽严相济政策作为我国的基本刑事政策，其目的不仅仅在于为刑事司法活动提供明确的政策标准和界限，规范司法行为，更深远的目的在于最大限度地减少和化解社会矛盾，化消极因素为积极因素，进而促进社会和谐稳定。对此，《意见》作出了一些必要的规定，充分体现了这一特征。

比如，刑事附带民事诉讼案件的调解工作从表面上看，似乎与宽严相济政策关系不大，但实际上，一些因民间纠纷引发的刑事案件，如果被告人或其亲

属积极赔偿,取得被害方的谅解,就应当充分考虑对被告人依法从轻处罚。它可以有效地化解矛盾,促进社会和谐。从根本上讲,与宽严相济政策的根本目的是一致的。因此,《意见》专门规定:“要尽可能把握一切有利于附带民事诉讼调解结案的积极因素,多做促进当事人双方和解的辨析析理工作,以更好地落实宽严相济刑事政策,努力做到案结事了。要充分发挥被告人、被害人所在单位、社区基层组织、辩护人、诉讼代理人和近亲属在附带民事诉讼调解工作中的积极作用,协调各方共同做好促进调解工作,尽可能通过调解达成民事赔偿协议并以此取得被害人及其家属对被告人的谅解,化解矛盾,促进社会和谐。”

再如,《意见》提出,在依法减刑、假释时,对于确有履行能力而不积极主动履行附带民事赔偿责任的,应当从严掌握;对于积极履行民事赔偿责任的,则应当根据悔改表现予以从宽掌握。这些都有利于争取更好的社会效果。

4. 强调强化制度保障,力求取得实效。为了确保宽严相济刑事政策得到切实的贯彻落实,《意见》强调加强相关的工作机制建设,将工作机制问题单列为一个部分,专门作出了规定。如对未成年人刑事案件的审理机制问题规定:“要建立健全符合未成年人特点的刑事案件审理机制,寓教于审,惩教结合,通过科学、人性化的审理方式,更好地实现‘教育、感化、挽救’的目的,促使未成年犯罪人早日回归社会。要积极推动有利于未成年犯罪人改造和管理的各项制度建设。对公安部门针对未成年人在缓刑、假释期间违法犯罪情况报送的拟撤销未成年犯罪人的缓刑或假释的报告,要及时审查,并在法定期限内及时做出决定,以真正形成合力,共同做好未成年人犯罪的惩戒和预防工作。”

《意见》要求不断推进量刑规范化试点、案例指导、刑事和解、刑事被害人救助等工作机制的进一步完善。《意见》还规定,要不断建立和完善法官考评机制、人民法院与相关政法部门的联系协调机制等,这些都将为人民法院全面、深入地贯彻宽严相济刑事政策,提供更加坚实、可靠的制度保障。

四、贯彻落实《意见》的重要意义

《意见》是当前和今后较长时期内刑事审判工作的指南,它对人民法院在刑事审判工作中如何贯彻落实宽严相济刑事政策,提出了指导性意见。对于人民法院在今后全面贯彻执行宽严相济刑事政策,更好地发挥刑事审判职能,切实做到“为大局服务,为人民司法”,必将发挥重要的作用。

《意见》的正确实施,有利于保障司法公正。《意见》重在解决刑事司法观念、认识和政策导向问题,强调要严格坚持依法办案,切实贯彻落实罪刑法定原则、罪刑相适应原则和法律面前人人平等原则,从宽和从严都必须依照法律

规定进行，做到宽严有据，罚当其罪。同时，《意见》还针对刑事审判各个环节的突出问题，明确了具体执行宽严相济刑事政策的原则和标准，特别是对于适用从“宽”、从“严”的对象、范围、幅度等方面的规定，将会进一步规范法官裁量权，提高审判工作水平，更好地保障审判工作的实体公正和程序公正。

《意见》的正确实施，有利于提高司法效率。《意见》明确要求，要在确保司法公正的前提下，努力提高司法效率。对于那些严重危害社会治安，引起社会关注的刑事案件，要在确保案件质量的前提下，抓紧审理，及时宣判。同时，《意见》对缓刑、非监禁刑、强制措施等的运用，对量刑规范化、案例指导制度、简易程序、普通程序简化审等制度的进一步完善，都提出了具体的政策要求。这些都有利于在不同的层面上合理利用司法资源，切实提高司法效率。

《意见》的正确实施，有利于取得良好的社会效果。《意见》不仅在总体上强调要注重法律效果和社会效果的统一，而且对实现“两个效果”的统一提出了具体的政策要求。《意见》提出，要毫不动摇地坚持依法严惩严重刑事犯罪的方针，依法从严惩处职务犯罪、严重商业贿赂犯罪等，这是维护国家和社会稳定的必然要求。《意见》对自首、立功、初犯、偶犯、未成年犯等，提出了依法从宽处罚的具体要求，特别是首次明确提出，对老年人犯罪可以酌情考虑从宽处罚，这是通过司法能动性推进社会和谐的一个积极举措。《意见》还提出，要正确处理赔偿与量刑的关系、加强刑事附带民事诉讼案件的调解、探索建立刑事和解制度、落实刑事被害人救助制度等等，这些都有利于实现法律效果和社会效果的高度统一。

五、《意见》中应当注意的几项具体要求

1. 严惩职务犯罪和商业贿赂犯罪。依法严惩贪污、贿赂等职务犯罪，促进反腐败斗争深入开展，是人民法院一项长期、艰巨的任务。《意见》第8条继续坚持从严惩处国家工作人员职务犯罪和商业贿赂犯罪的方针，对从严惩处的对象、范围、情节以及犯罪数额与量刑关系、适用缓刑等社会反映较多的热点问题进行了明确和阐释，便于司法实践中更好地掌握。

首先，列举了严惩的对象和范围，规定“对于国家工作人员贪污贿赂、滥用职权、失职渎职的严重犯罪，黑恶势力犯罪、重大安全责任事故、制售伪劣食品药品所涉及的国家工作人员职务犯罪，发生在社会保障、征地拆迁、灾后重建、企业改制、医疗、教育、就业等领域严重损害群众利益、社会影响恶劣、群众反映强烈的国家工作人员职务犯罪，发生在经济社会建设重点领域、重点行业的严重商业贿赂犯罪等，要依法从严惩处”。

其次，明确了从严惩处的犯罪情节，强调“对于国家工作人员职务犯罪和商业贿赂犯罪中性质恶劣、情节严重、涉案范围广、影响面大的，或者案发后隐瞒犯罪事实、毁灭证据、订立攻守同盟、负案潜逃等拒不认罪悔罪的，要坚决依法从严惩处”。

再次，阐释了犯罪数额与量刑的关系，指出“对于被告人犯罪所得数额不大，但对国家财产和人民群众利益造成重大损失、社会影响极其恶劣的职务犯罪和商业贿赂犯罪案件，也应依法从严惩处”。对职务犯罪的量刑不能唯数额论，需综合考虑其他情节，实践中已有诸多判例，如已被判处并执行死刑的国家食品药品监督管理局原局长郑筱萸，其受贿600余万元，与近年来被判处死缓或无期徒刑的贪官相比，受贿数额还不算最高。但考虑到其犯罪行为严重危害了人民群众用药安全及生命健康安全，在社会上造成了极其恶劣的影响，社会危害性极大，被依法判处死刑立即执行，体现了依法从“严”的精神。

最后，提出了规范缓刑、免于刑事处罚适用的要求。规定“严格掌握职务犯罪法定减轻处罚情节的认定标准与减轻处罚的幅度，严格控制依法减轻处罚后判处三年以下有期徒刑适用缓刑的范围，切实规范职务犯罪缓刑、免于刑事处罚的适用”。从而进一步规范了社会上反映职务犯罪适用缓刑和免于刑事处罚比例偏高的问题。

2. 更加充分地考察被告人的主观恶性和人身危险性。在首先考察被告人所犯罪行的社会危害性大小的前提下，更加充分地考察被告人的主观恶性和人身危险性，是准确把握和正确适用宽严相济刑事政策从“严”或从“宽”要求的关键要求。对此，《意见》在多处规定中有所涉及，并提出了明确的政策要求。

一方面，强调对主观恶性深、人身危险性大的被告人，要依法从严惩处。《意见》第10条规定，“严惩严重刑事犯罪，必须充分考虑被告人的主观恶性和人身危险性。对于事先精心预谋、策划犯罪的被告人，具有惯犯、职业犯等情节的被告人，或者因故意犯罪受过刑事处罚、在缓刑、假释考验期内又犯罪的被告人，要依法严惩，以实现刑罚特殊预防的功能”，对何种情形属于主观恶性深、人身危险性大进行了列举式概括。

累犯和毒品再犯与初犯、偶犯比较，其主观恶性更深、人身危险性更大，更要体现从严惩处的精神。为此，《意见》在第11条规定，“凡是依法构成累犯和毒品再犯的，即使犯罪情节较轻，也要体现从严惩处的精神。尤其是对于前罪为暴力犯罪或被判处重刑的累犯，更要依法从严惩处”。同时，《意见》第17条规定，“对于自首的被告人，除了罪行极其严重、主观恶性极深、人身危险性极大，或者恶意地利用自首规避法律制裁者以外，一般均应当依法从宽处罚”，该规定实际上是间接规定，对于罪行极其严重、主观恶性极深、人身危

险性极大的被告人，即便具有自首情节，也可以不予从宽处罚，体现了对极少数犯罪特别从严的精神。

另一方面，强调对主观恶性不深、人身危险性不大的被告人，要依法从宽。《意见》在第14条作出一般性规定，提出“主观恶性相对较小、人身危险性不大的被告人，可以依法从轻、减轻或者免除处罚”。同时，《意见》在第16条又进一步规定，“对于所犯罪行不重、主观恶性不深、人身危险性较小、有悔改表现、不致再危害社会的犯罪分子，要依法从宽处理。对于其中具备条件的，应当依法适用缓刑或者管制、单处罚金等非监禁刑。同时配合做好社区矫正，加强教育、感化、帮教、挽救工作”。

3. 对具有自首、立功情节的被告人应当充分体现政策。自首与立功是刑法明确规定的两项重要的量刑制度，也是司法实践中适用较多的两种法定从宽处罚情节。准确把握自首、立功的从宽处罚原则，对于正确贯彻宽严相济的刑事政策具有十分重要的意义。

自首是被告人愿意接受司法机关处理的表现，通常也是被告人认罪、悔罪的表现。《意见》第17条规定了对于自首从宽处罚的基本要求，即“除了罪行极其严重、主观恶性极深、人身危险性极大，或者恶意地利用自首规避法律制裁者以外，一般均应当依法从宽处罚”。同时，《意见》第17条还对实践中常见的亲属“送亲归案”和“大义灭亲”是否应从宽的问题进行了明确，提出“对于亲属以不同形式送被告人归案或协助司法机关抓获被告人而认定为自首的，原则上都应当依法从宽处罚；有的虽然不能认定为自首，但考虑到被告人亲属支持司法机关工作，促使被告人到案、认罪、悔罪，在决定对被告人具体处罚时，也应当予以充分考虑”。

立功则是犯罪分子到案后，为了得到从宽处理而检举、揭发其他犯罪等的悔罪表现。对具有立功情节被告人的量刑，应当结合被告人罪行的严重程度综合考虑、决定，主要看功是否足以折罪。对此，《意见》在第18条对立功的处理作了一般性规定，“对于被告人检举揭发他人犯罪构成立功的，一般均应当依法从宽处罚。对于犯罪情节不是十分恶劣，犯罪后果不是十分严重的被告人立功的，从宽处罚的幅度应当更大”。

4. 对犯罪的未成年人坚持“教育、感化、挽救”方针。对构成犯罪的未成年人，人民法院一贯坚持“教育为主、惩罚为辅”的原则和“教育、感化、挽救”的方针，依法从轻、减轻或者免除处罚，促使其早日回归社会。《意见》第20条重申了这一原则和方针，并分别不同情形对未成年人犯罪的处理作出更为具体的规定，更具可操作性。

一是不作为犯罪处理的情形。规定“对于偶尔盗窃、抢夺、诈骗，数额刚达到较大的标准，案发后能如实交代并积极退赃的，可以认定为情节显著轻

微，不作为犯罪处理”。

二是适用非监禁刑和免于刑事处罚的情形。规定“对于罪行较轻的，可以依法适当多适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑；依法可免于刑事处罚的，应当免于刑事处罚”。《意见》第15条对未成年人犯罪免于处罚的范围界定为“较轻犯罪”。

三是犯罪情节严重的情形。规定“对于犯罪情节严重的未成年人，也应当依照刑法第十七条第三款的规定予以从轻或者减轻处罚”，表明对构成犯罪的未成年人从轻或减轻处罚，依法不应有例外。同时，还进一步明确，“对于已满十四周岁不满十六周岁的未成年犯罪人，一般不判处无期徒刑”，更具实践指导意义。

《意见》除了规定对未成年的被告人的定罪量刑要从宽外，还在第34条对未成年犯的减刑、假释规定了从宽掌握的原则，符合条件的，减刑的幅度可以适当放宽，间隔的时间可以相应缩短，还可依法多适用假释，体现了人民法院对未成年犯罪人“教育、感化、挽救”的方针贯穿于审判活动的始终。

5. 对老年人犯罪可以酌情从宽处罚。对于老年人犯罪是否从宽处理，现行刑法没有规定，在司法实践中存在一定的争议。事实上，老年人由于年龄原因可能导致自我控制能力下降，其犯罪后的再犯可能性与青壮年相比也存在明显差异，如果对其犯罪不加区别地一律追究刑事责任，难以赢得社会认同，使刑罚效果打折扣。我国古代和当今世界一些国家与地区对老年人犯罪早有从轻处罚的立法先例。

基于上述考虑，《意见》在第21条明确规定，“对于老年人犯罪，要充分考虑其犯罪的动机、目的、情节、后果以及悔罪表现等，并结合其人身危险性和再犯可能性，酌情予以从宽处罚。”《意见》作为一个正式的法律文件，首次明确了对老年人犯罪予以酌情从宽处罚，是通过司法能动性来推进社会和谐的一个积极举措。需要说明的是，它并未突破现行法律规定，其法律依据是刑法第六十一条“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处”关于量刑基本原则的规定。

《意见》第34条还将老年犯与未成年犯并列，作为依法减刑、假释时可以依法掌握的适用主体。至于老年人的年龄界限是否以年满70周岁为标准，《意见》未加以明确，为司法实践中科学贯彻政策留下了一定的空间。

6. 对民间矛盾激化引发的犯罪酌情予以从宽处罚。具体犯罪的起因或动机不同，体现在犯罪人的主观恶性和犯罪行为的社会危害性方面也会有所不同，在具体适用刑罚上也应有所区别，这也是量刑基本原则的题中应有之义。《意见》第22条规定，“对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化

引发的犯罪，因劳动纠纷、管理失当等原因引发、犯罪动机不属恶劣的犯罪，因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪，应酌情从宽处罚”。

上述列举的犯罪皆为事出有因，与发生在社会上针对不特定多数人的严重危害社会治安的暴力犯罪，在主观恶性和社会危害程度上有明显差别，在对被告人的量刑上也应体现差别。总体把握，对这类犯罪应酌情从宽，体现了宽严相济刑事政策“区别对待”的精神，目的是以期更加有效地改造罪犯、预防犯罪，促进社会和谐。

7. 正确规范被告人积极赔偿与依法量刑的关系。对被告人的量刑，主要是依据犯罪事实、犯罪性质、情节和对社会的危害程度。犯罪给被害人造成的损害大小，是衡量罪行社会危害程度的重要标志。被告人对其犯罪所造成的损害进行赔偿，客观上减少或者减轻了对社会的危害程度，依法可以作为量刑情节之一加以考虑。鉴于此，《意见》第23条规定，“被告人案发后对被害人积极进行赔偿，并认罪、悔罪的，依法可以作为酌定量刑情节予以考虑”。在理解上述规定时，应掌握以下两点：

第一，并非所有类型犯罪的被告人积极赔偿了，都可以得到从轻处罚。主要应限定在因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的、事出有因、侵害对象特定的案件，这类犯罪如果被告人积极履行赔偿义务，取得被害方的谅解，可以依法从轻判处。《意见》在第23条就明确规定，“因婚姻家庭等民间纠纷激化引发的犯罪，被害人及其家属对被告人表示谅解的，应当作为酌定量刑情节予以考虑。犯罪情节轻微，取得被害人谅解的，可以依法从宽处理，不需判处刑罚的，可以免于刑事处罚”。相反，对于那些公然与社会对抗，严重危害国家安全或社会稳定，罪行极其严重、主观恶性极深的犯罪分子，即使具体的被害人可以谅解，但潜在的社会上的合法利益也可能受其侵害，就不能简单地以赔偿与否、具体被害人是否谅解等对其从宽处罚，否则就会给社会造成“花钱买刑”的误解。对后一类案件，既要坚持刑事部分依法从严惩处，又要坚持民事部分依法赔偿。

第二，单独的赔偿并不是酌定量刑情节，赔偿必须是出于真诚的认罪、悔罪，并取得一定程度的谅解，才能作为酌定量刑情节，而这往往是决定刑罚轻重的最重要考虑之一。

8. 对逆向情节并存的案件总体从宽或者总体从严。司法实践中，往往有的被告人同时具备法定、酌定从严和法定、酌定从宽处罚情节，情节之间在处罚功能上存在冲突。对如何适用逆向多量刑情节，刑法未作明确规定，各地在具体把握上亦不尽一致。对司法实务中可能遇到的这一难点问题，《意见》在第28条作出规定，“对于被告人同时具有法定、酌定从严和法定、酌定从宽处

罚情节的案件，要在全面考察犯罪的事实、性质、情节和对社会危害程度的基础上，结合被告人的主观恶性、人身危险性、社会治安状况等因素，综合作出分析判断，总体从严，或者总体从宽。”可见，处理存在逆向多情节的案件，既不能简单地将多个情节进行相互折抵，也不能任意地选择适用某个情节，而应当在综合分析判断之后，作出总体从严或从宽的选择，只有这样，才最能符合刑法关于量刑的基本原则和要求。

9. 严格控制和慎重适用死刑。《意见》第29条强调要准确理解和严格执行“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”的政策。“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”是我们党和国家一贯的死刑政策，与宽严相济刑事政策也是完全一致的。“保留死刑”符合我国现阶段国情，是维护国家安全和社会稳定，维护人民群众安全感的客观需要。依法对罪行极其严重的犯罪分子适用死刑，在今后一个相当长的时期内，仍然是维护国家安全和社会稳定、保护人民群众根本利益、保障经济社会发展的重要手段。“严格控制和慎重适用死刑”，则是立足于教育、感化和挽救大多数，最大限度地减少社会对立面，促进社会和谐。

“严格控制”是对死刑适用总体上、战略上和趋势上的严格把握，就是要防止任何不必要的适用甚至滥用。严格控制，绝非人为减少死刑适用，而是要求必须通过严格依法、严格标准、严格适用，以确保死刑这一最严厉的刑罚真正只适用于极少数罪行极其严重、不堪教育改造的犯罪分子。“慎重适用”则是对死刑个案在具体事实认定、证据审查和法律适用、政策把握上的极其慎重态度，就是要绝对防止死刑案件出现任何人为差误，导致冤杀错判，确保每一起死刑案件都经得起历史检验、经得起人民群众检验、经得起法律检验，真正办成“铁案”。落实慎重适用，必须切实执行严格统一的证据裁判标准、严格统一的法律政策标准。一方面，适用死刑必须严格统一地坚持证据裁判的最高标准和最严要求。在事实、证据问题上，各级人民法院都不能冒一丝一毫的误判死刑的风险。对于定罪证据或者重要量刑证据有疑问、有欠缺，不能排除合理怀疑，不能得出唯一结论的，绝对不能适用死刑。另一方面，适用死刑必须严格统一地把握法律政策标准。对依法不应当判处死刑的案件，无论面临多大的压力，都要坚持对党的事业负责、对人民根本利益负责、对国家法律负责，绝不能违法适用死刑。

对依法可以判处死刑的案件，是否判处死刑，要结合被告人的犯罪原因、犯罪情节、危害后果、有无前科、认罪悔罪态度等法定、酌定量刑情节综合判定。具有法定从宽情节的，应当最大限度地体现立法精神；有酌定从宽情节的，也应当充分体现政策，能不判处死刑立即执行的，尽最大努力做好工作，落实政策，争取更好社会效果。对于一些罪行极其严重、论罪应判处死刑的犯罪分

子，鉴于其具有自首、立功等法定从轻处罚情节，或者具有全部退缴赃款、因民间矛盾引发且取得被害人谅解等酌定从宽处罚情节，依法不判处其死刑，立即执行，体现了死刑政策“严中有宽”的精神，符合宽严相济刑事政策的要求。要严格执行《关于审理故意杀人、故意伤害案件正确适用死刑问题的指导意见》《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》等文件，切实贯彻已经形成共识的政策把握原则。对于具有自首、立功等法定从宽处罚情节的被告人，必须尽可能地兑现政策，依法从宽。对于共同犯罪、同时可能判处二人甚至多人死刑的案件，应当仔细区分、综合判定各被告人在共同犯罪中的地位、作用及其人身危险性，实行区别对待。对于从属性运输毒品犯罪，在量刑上，应当与走私、贩卖、制造毒品有所区别，不应仅以涉案毒品数量的大小而决定刑罚的适用。

10. 对于共同犯罪严格实行区别对待。《意见》第30、31、33条对在共同犯罪案件中严格坚持区别对待作了指导性规定。对于恐怖组织犯罪、邪教组织犯罪、黑社会性质组织犯罪和进行走私、诈骗、贩毒等犯罪活动的犯罪集团，在处理时要分别情况，区别对待：对犯罪组织或集团中的为首组织、指挥、策划者和骨干分子，要依法从严惩处，该判处重刑或死刑的要坚决判处重刑或死刑；对受欺骗、胁迫参加犯罪组织、犯罪集团或只是一般参加者，在犯罪中起次要、辅助作用的从犯，依法应当从轻或减轻处罚，符合缓刑条件的，可以适用缓刑。

对于群体性事件中发生的杀人、放火、抢劫、伤害等犯罪案件，要注意重点打击其中的组织、指挥、策划者和直接实施犯罪行为的积极参与者；对因被煽动、欺骗、裹胁而参加，情节较轻，经教育确有悔改表现的，应当依法从宽处理。

对于一般共同犯罪案件，应当充分考虑各被告人在共同犯罪中的地位和作用，以及在主观恶性和人身危险性方面的不同，根据事实和证据能分清主从犯的，都应当认定主从犯。有多名主犯的，应在主犯中进一步区分出罪行最为严重者。对于多名被告人共同致死一名被害人的案件，要进一步分清各被告人的作用，准确确定各被告人的罪责，以做到区别对待；不能以分不清主次为由，简单地一律判处重刑。

对于共同犯罪中立功从宽处罚的把握，根据《意见》的规定，应坚持以功是否足以抵罪为标准，进行区别对待。共同犯罪的主犯、首要分子等，由于掌握同案犯、从犯、马仔的犯罪情况和个人信息，被抓获后往往能协助抓捕同案犯，获得立功或者重大立功。对其是否从宽处罚以及从宽幅度的大小，应当主要看功是否足以抵罪，即应结合被告人罪行的严重程度、立功大小综合考虑。要充分注意共同犯罪人之间的量刑平衡。对于毒枭等严重犯罪分子立功的，从

轻或者减轻处罚应当从严掌握。如果其罪行极其严重，只有一般立功表现，功不足以抵罪的，可不予从轻处罚；如果其检举、揭发的是其他犯罪案件中罪行同样严重的犯罪分子，或者协助抓获的是同案中的其他首要分子、主犯，功足以抵罪的，原则上可以从轻或者减轻处罚；如果协助抓获的只是同案中的从犯或者马仔，功不足以抵罪，或者从轻处罚后全案处罚明显失衡的，不予从轻处罚。相反，对于从犯或犯罪集团中的一般成员立功，特别是协助抓获主犯、首要分子的，应当充分体现政策，依法从轻、减轻或者免除处罚。

11. 在减刑、假释工作中坚持实行区别对待。减刑、假释作为重要的刑罚执行变更制度，是贯彻宽严相济刑事政策“宽”的一面的重要切入点，也是以“宽”济“严”的重要渠道。各级人民法院审理减刑、假释案件，必须坚持区别对待，宽严相济，充分发挥减刑、假释的激励功能，激励罪犯努力改过自新；充分发挥减刑、假释的调节功能，确保宽严相济刑事政策的落实；充分发挥减刑、假释的回归功能，为罪犯回归社会，实现恢复性司法创造有利的条件；充分发挥减刑、假释的缓和功能，最大限度地减少社会对立面，增加和谐因素；充分发挥减刑、假释的降低行刑成本功能，为监狱机关提高监管质量扩大空间，确保刑罚执行的积极效果。《意见》第34条对在减刑、假释工作坚持实行区别对待做了政策性指导规定。

对于危害国家安全犯罪、故意危害公共安全犯罪、严重暴力犯罪、涉众型经济犯罪等严重犯罪；恐怖组织犯罪、邪教组织犯罪、黑恶势力犯罪等有组织犯罪的领导者、组织者和骨干分子；毒品犯罪再犯的严重犯罪者；确有执行能力而拒不依法积极主动缴付财产执行财产刑或确有履行能力而不积极主动履行附带民事赔偿责任的，在依法减刑、假释时，应当从严掌握。对累犯减刑时，应当从严掌握。拒不交代真实身份或对减刑、假释材料弄虚作假，不符合减刑、假释条件的，不得减刑、假释。

对于囚犯故意杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪，致人死亡或严重残疾而被判处死刑缓期二年执行或无期徒刑的罪犯，要严格控制减刑的频度和每次减刑的幅度，要保证其相对较长的实际服刑期限，维护公平正义，确保改造效果。

对于未成年犯、老年犯、残疾罪犯、过失犯、中止犯、胁从犯、积极主动缴付财产执行财产刑或履行民事赔偿责任的罪犯、因防卫过当或避险过当而判处有期徒刑的罪犯以及其他主观恶性不深、人身危险性不大的罪犯，在依法减刑、假释时，应当根据悔改表现予以从宽掌握。对认罪服法，遵守监规，积极参加学习、劳动，确有悔改表现的，依法予以减刑，减刑的幅度可以适当放宽，间隔的时间可以相应缩短。

要特别注意适当加大依法假释的工作力度。假释是在保留对犯罪人刑罚执

行的威慑的情况下让犯罪人在社会生活中接受考验,促使犯罪人逐步适应回归社会。与减刑相比,假释在促进犯罪人弃恶从善、减少重犯以及维持原判稳定性、促进犯罪人顺利回归社会、降低行刑成本等方面具有独特的优势。但在实践中,假释的适用比例要远远低于减刑。因此,《意见》强调,对于符合刑法第八十一条第一款规定的假释条件的,应当依法多适用假释。当然,这里所说的依法“多”适用假释,不是对法律规定的假释条件的放宽,而是针对过去没有很好地发挥假释功能,假释适用比例过低现象提出的要求。

六、《意见》强调的制度保障

1. 进一步推进量刑规范化工作。量刑规范化是贯彻落实科学发展观,满足人民群众对刑事审判工作新要求新期待的具体措施;是实现量刑公正,维护社会公平正义的必然要求;是规范自由裁量权,确保国家法律统一实施的重要保证;是实现审判公开,树立司法公信力和司法权威的重大举措。量刑规范化是中央确定的重要司法改革项目,也是人民法院三五改革纲要的重要内容。最高人民法院决定,从2009年6月1日起,在全国法院开展量刑规范化试点工作。各级人民法院正在严格贯彻落实中央司法改革部署和人民法院“三五”改革纲要精神,积极稳妥地推进量刑规范工作。

贯彻宽严相济刑事政策与推进量刑规范化在本质上是一致的。从价值取向上看,宽严相济刑事政策是通过强调“不同情况区别对待”来实现司法公正;量刑规范化是通过强调“相同情况相同对待”来实现司法公正。二者是一个问题的两个侧面,其实是一体的。从具体要求上看,宽严相济刑事政策要求宽严有据,罚当其罪;量刑规范化也要求规范法官的自由裁量权,防止重罪轻判,轻罪重判,维护法制统一。我们传统的量刑制度比较粗放,法定刑幅度较大,不利于把握“宽”和“严”的标准,也不利于实现“宽以济严”和“严以济宽”。通过量刑规范化改革,法官的量刑就越来越精细,何为“宽”、何为“严”也就愈加明确,“宽严相济”也就可以得到更好的落实。

《意见》发布后,社会上有群众担心,《意见》的精神能否在实践中得到正确适用?特别是个别法官是否会故意歪曲《意见》的精神,滥用手中的裁判权以谋私?这种担心是可以理解的,但我们有一系列的制度保障。目前,正在全国各地法院试点的量刑规范化工作,正是为了更好地落实宽严相济刑事政策而实行的一项制度。《意见》第35条对量刑规范化工作提出了明确的政策性指导意见,强调“要注意总结审判经验,积极稳妥地推进量刑规范化工作。要规范法官的自由裁量权,逐步把量刑纳入法庭审理程序,增强量刑的公开性和透明度,充分实现量刑的公正和均衡,不断提高审理刑事案件的质量和效率”。这有助于确保量刑规范化工作积极、稳妥、顺利地展开。

2. 进一步完善未成年人犯罪审判工作机制。《意见》第39条对建立健全未成年人犯罪审判工作机制提出了政策性指导意见。对于未成年人犯罪案件,应当建立健全符合未成年人生理和心理特点的刑事案件审理机制,确保审理程序的公正。要根据未成年被告人的生理特点和心理特点,进行法庭教育。在审判的方式、方法上,要注重疏导,寓教于审,惩教结合,促进未成年人的健康成长。对构成犯罪的未成年人,要坚持“教育为主、惩罚为辅”的原则和“教育、感化、挽救”的方针,依法从轻、减轻或者免除处罚,通过判处缓刑等措施,促使其早日回归社会。

要积极推动有利于未成年罪犯人改造的制度建设。对未成年罪犯的减刑、假释,在掌握标准上可以比照成年罪犯依法适度放宽。未成年罪犯能认罪服法,遵守监规,积极参加学习、劳动的,即可视为“确有悔改表现”予以减刑,其减刑的幅度可以适当放宽,间隔的时间可以相应缩短。对公安部门针对未成年人在缓刑、假释期间违法犯罪情况报送的拟撤销未成年犯罪人的缓刑或假释的报告,要及时审查,并在法定期限内及时做出决定,以真正形成合力,共同做好未成年人犯罪的惩戒和预防工作。

3. 进一步建立健全刑事和解制度。《意见》第40条强调,要逐步建立健全刑事犯罪案件的刑事和解制度。刑事自诉案件的罪行一般比较轻微,当事人双方矛盾并不十分尖锐,具备和解可能。对于此类案件,要尽可能多做化解矛盾的调解工作,促进双方自行和解。如果经过司法机关做工作,被告人认罪悔过,愿意赔偿被害人损失,取得被害人谅解,从而达成和解协议的,可以同意自诉人撤回起诉,或者对被告人依法适用缓刑、从轻判处非监禁刑或免于刑事处罚。对于可公诉、也可自诉的刑事案件,检察机关提起公诉的,人民法院应当依法进行审理,依法定罪处罚。对民间纠纷引发的轻伤害等轻微刑事案件,诉至法院后当事人自行和解的,应当予以准许并记录在案。人民法院也可以在不违反法律规定,充分保障被害人合法权益的前提下,对此类案件尝试做一些促进和解的工作,如果被告人真诚认罪,被害人谅解,公诉机关认可的,也可以从宽处罚。

4. 进一步搞好附带民事调解工作。贯彻宽严相济刑事政策,要注重实际社会效果,即“案结事了”。但是,做到“案结事了”,绝不是一判了之、一杀了之、结案了事,不考虑法律效果和社会效果的消极的“案结事了”,而是应当充分体现死刑案件审判工作中的法律政策精神,有利于依法治国基本方略落实,经得起历史检验,引领社会发展进步的积极的“案结事了”,即通过我们积极、有效、负责的工作,既化解了矛盾纠纷,又坚持了法律政策,使正义得到伸张;既妥善处理了个案,又引导了民众法治意识的提高,使社会更加和谐、进步。为此,《意见》第41条对进一步做好附带民事调解工作提出了明确

的政策性指导意见。各级法院都必须高度重视民间纠纷引发，依法可以不判处死刑案件的附带民事诉讼调解工作，坚持不管工作难度再大都要尽力去做、努力做好。

要不断提高法官的调解意识，不断提高法官在新形势下做群众工作的能力；要依靠当地党委、政府，充分发挥被告人、被害人所在单位、社区基层组织、辩护人、诉讼代理人和近亲属在附带民事诉讼调解工作中的积极作用，以理服人，以情动人，综合运用法律、政策、经济等手段和教育、协商、疏导等办法，努力做好调解工作。由于案件发生在基层、发生在群众中间，调解工作要尽可能在一审达成协议；一审调解不成的，二审法院要做更多更细致的工作，尽可能通过调解达成赔偿协议。

同时，要注意坚守依法、依政策裁判的底线。社会和人民群众的意愿是审理案件时必须掌握、考虑的因素，但是如果部分群众尤其是部分被害人亲属的要求带有强烈个人感情色彩，背离法律、政策精神，要坚守依法、依政策裁判的底线。对不应判处死刑的案件，绝不能仅仅因为被害方上访、闹访就无原则地退让，作出违反法律政策的判决，要坚决维护法治的权威，要靠耐心、细致、有效的工作引导他们尊重法院的公正裁判，通过合法途径反映诉求。要总结附带民事调解工作中的经验教训，真正承担起审判职责，形成相对统一的裁判标准和政策把握尺度，确保办案法律效果和社会效果的统一。

5. 进一步改进减刑、假释工作机制。《意见》第43条提出要加强减刑、假释的工作机制建设。要通过进一步建立健全减刑、假释案件的审理方式、公示制度等各项工作机制，确保减刑、假释工作的规范化、透明化，实现减刑、假释公开、公正、公平。

在现阶段，由于案多人少的客观矛盾，尚不具备对所有减刑、假释案件一律开庭审理的条件。但对部分重要的减刑、假释案件，还是要尽可能地公开审理。因此，对减刑、假释案件采取开庭审理与书面审理相结合的方式，符合现阶段实际情况。

对于职务犯罪案件，尤其是原为县处级以上领导干部罪犯的减刑、假释案件，要一律开庭审理。对于故意杀人、抢劫、故意伤害等严重危害社会治安的暴力犯罪分子，有组织犯罪案件中的首要分子和其他主犯以及其他重大、有影响案件罪犯的减刑、假释，原则上也要开庭审理。书面审理的案件，拟裁定减刑、假释的，要在羁押场所公示拟减刑、假释人员名单，接受其他在押罪犯的广泛监督，最大限度地实现程序公正。

6. 进一步使人民法院自身的监督和考核机制科学化。《意见》第44条对人民法院自身的机制建设提出了政策性指导意见。根据《意见》要求，各级人民法院都要不断完善对刑事审判人员贯彻宽严相济刑事政策的监督机制，防止

宽严失当、枉法裁判、以权谋私。要改进审判考核考评指标体系，完善错案认定标准和错案责任追究制度，完善法官考核机制。要切实改变单纯以改判率、发回重审率的高低来衡量刑事审判工作质量和法官业绩的做法。“唯数量论”的考核办法无法全面反映法官办案的质量、效果以及实际工作量的大小。要在总结已积累的有益经验的基础上，逐步探索将案件难易程度、办案质量、效果和数量相结合，并对各相关要素计分量化的新的考核管理办法，以促进法官多在提高办案质量上下功夫，多在保障办案效果上下功夫。要探索建立绩效档案，以计分考核为基础，突出办案、办件的质量和效果，全面、综合地反映和评定一定时期内法官的业绩、能力和表现。绩效档案可以作为每一名干部年终考核、评先评优、晋级晋职的重要依据。要通过规范审判工作的规范管理，激励先进、推动落后，促进审判工作和队伍建设的科学发展。

【 链 接 】

最高人民法院相关部门负责人就《关于贯彻 宽严相济刑事政策的若干意见》答记者问

最高人民法院今天公布了《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》（以下简称《意见》）。这个文件的下发对人民法院的刑事审判工作具有重要的指导意义。最高人民法院相关部门的负责人就《意见》回答了记者的提问。

一、问：请您介绍一下《意见》出台的背景和主要内容

答：2006年10月，党的十六届六中全会通过了中共中央《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，其中明确提出，要实施宽严相济的刑事司法政策。这是中央在全面建设小康社会的新的历史条件下作出的重要部署，是我们党和国家的基本刑事政策。这一政策既是对惩办与宽大相结合政策的继承，又是对惩办与宽大相结合政策的发展。它根据当前社会生活的需要，补充完善了许多新的内容。

落实宽严相济刑事政策，是中央《关于深化司法体制改革的意见》确定的深化司法体制改革的主要内容之一。根据中央的精神，最高人民法院决定，在前期调研的基础上，制定人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的指导性文件，以促进全国法院更加全面深入地贯彻落实宽严相济刑事政策。最高人民法院为此成立了项目组，广泛征求了各方面的意见和建议，范围涉及全国人大法工

委、最高人民检察院、公安部、司法部等政法部门、各高级人民法院、部分中级人民法院及部分知名法律专家，并报中央政法委审核。经反复修改完善，数易其稿，制定了本《意见》。

《意见》制定的总体思路是，根据党和国家宽严相济刑事政策的政策特性和定位，对人民法院在刑事审判工作中如何贯彻落实宽严相济刑事政策提出指导性意见。《意见》不是提供具体的定罪量刑标准，而是重在解决政策导向问题。同时，《意见》注重政策的稳定性以及政策与法律之间的统一性，对最高人民法院近年来出台的一些法律文件的内容和精神进行了系统的整理，将相关内容纳入《意见》中，成为宽严相济刑事政策指导下的具体的刑事司法原则。

《意见》共计四十五条，包括“贯彻宽严相济刑事政策的总体要求”“准确把握和正确适用依法从‘严’的政策要求”“准确把握和正确适用依法从‘宽’的政策要求”“准确把握和正确适用宽严‘相济’的政策要求”以及“完善贯彻宽严相济刑事政策的工作机制”五个部分。

二、问：《意见》的主要特点有哪些呢

答：《意见》主要体现了以下四个特点：

1. 强调宽严并用，反对偏轻偏重

宽严并重、宽严并用、宽严平衡是宽严相济刑事政策的基本要求，也是制定《意见》的出发点。《意见》第二条明确规定：“要正确把握宽与严的关系，切实做到宽严并用。既要注意克服重刑主义思想影响，防止片面从严，也要避免受轻刑化思想影响，一味从宽。”

一方面，《意见》继续坚持依法严惩严重刑事犯罪的方针，强调对严重刑事犯罪予以严厉打击。在明确严惩的对象和范围的同时，还对司法实践中应当特别强调的应予从“严”的情况作出规定，如强调“对国家财产和人民群众利益造成重大损失、社会影响极其恶劣的职务犯罪和商业贿赂犯罪案件，即使被告人犯罪所得数额不大，也应依法从严惩处”。对于职务犯罪适用缓刑的问题，《意见》也专门作出规定：“要严格掌握职务犯罪法定减轻处罚情节的认定标准与减轻处罚的幅度，严格控制依法减轻处罚后判处三年以下有期徒刑适用缓刑的范围，切实规范职务犯罪缓刑、免于刑事处罚的适用。”

另一方面，《意见》较为全面地规定了“从宽”处罚的情形以及如何正确把握从宽情节。如规定“被告人的行为已经构成犯罪，但犯罪情节轻微，或者未成年人、在校学生实施的较轻犯罪，或者被告人具有犯罪预备、犯罪中止、从犯、胁从犯、防卫过当、避险过当等情节，依法不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚”。《意见》对于司法实践中有分歧意见的问题，也特别予以明确。如规定“对于亲属以不同形式送被告人归案或协助司法机关抓获被告人而认定

为自首的，原则上都应当依法从宽处罚；有的虽然不能认定为自首，但考虑到被告人亲属支持司法机关工作，促使被告人到案、认罪、悔罪，在决定对被告人具体处罚时，也应当予以充分考虑”。

2. 强调处理好政策和法律的关系

《意见》特别强调处理好政策与法律的关系，确保贯彻政策不违背法律，执行法律又能充分体现政策精神。《意见》第三条规定：“贯彻宽严相济刑事政策，必须坚持严格依法办案，切实贯彻落实罪刑法定原则、罪刑相适应原则和法律面前人人平等的原则，依照法律规定准确定罪量刑。从宽和从严都必须依照法律规定进行，做到宽严有据，罚当其罪。”这就明确了贯彻政策必须在法律的基础上进行。同时，《意见》又规定：“要根据经济社会的发展和治安形势的变化，尤其要根据犯罪情况的变化，在法律规定的范围内，适时调整从宽和从严的对象、范围和力度。”这就为我们在司法活动中科学、适时、正确地贯彻政策留下了空间。

处理好政策与法律的关系，必须在依法的基础上，最大限度地发挥好政策的指导作用，这也是制定《意见》的一个基本考虑。对此，《意见》主要通过以下方式提出具体的政策导向：一是对法律没有明文规定的情况提出原则性的指导意见。如对老年人犯罪是否从宽处理，法律没有规定。对此，《意见》明确规定：“对于老年人犯罪，要充分考虑其犯罪的动机、目的、情节、后果以及悔罪表现等，并结合其人身危险性和再犯可能性，酌情予以从宽处罚。”这一规定的法律依据是《刑法》第六十一条“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处”的量刑基本原则规定的。

二是对法律虽有规定，但规定较为原则的情况进行明确。如法律规定对累犯和毒品再犯应当从重处罚，但只是原则性规定，没有进一步细化从重处罚的不同情况。对此，《意见》规定：“要依法从严惩处累犯和毒品再犯。凡是依法构成累犯和毒品再犯的，即使犯罪情节较轻，也要体现从严惩处的精神。尤其是对于前罪为暴力犯罪或被判处重刑的累犯，更要依法从严惩处。”又如法律规定对具有立功情节的被告人可以从宽处理，但对具有立功情节的共同犯罪人，如何区别对待则不明确。对此，《意见》规定：“在共同犯罪案件中，对于主犯或首要分子检举、揭发同案中地位、作用较次的犯罪分子，构成立功的，从轻或者减轻处罚应当从严掌握，从轻处罚后导致全案量刑失衡的，一般不予从轻处罚；如果检举、揭发的是其他犯罪案件中罪行同样严重的犯罪分子，或者协助抓获的是同案中其他主犯、首要分子的，原则上应予依法从轻或者减轻处罚。对于从犯或犯罪集团中的一般成员立功，特别是协助抓获主犯、首要分子的，应当充分体现政策，依法从轻、减轻或者免除处罚。”

三是对司法实践中可能遇到的一些难点问题提出处理的原则。如对于“从宽”与“从严”情节并存的案件如何处理？司法实践中把握不尽一致。对此，《意见》规定：“对于被告人同时具有法定、酌定从严和法定、酌定从宽处罚情节的案件，要在全面考察犯罪的事实、性质、情节和对社会危害程度的基础上，结合被告人的主观恶性、人身危险性、社会治安状况等因素，综合作出分析判断。”

四是对一些原则性的刑事政策进行了具体阐释。如《意见》规定：“要准确理解和严格执行‘保留死刑，严格控制和慎重适用死刑’的政策。对于罪行极其严重的犯罪分子，论罪应当判处死刑的，要坚决依法判处死刑。要依法严格控制死刑的适用，统一死刑案件的裁判标准，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。拟判处死刑的具体案件定罪或者量刑的证据必须确实、充分，得出唯一结论。对于罪行极其严重，但只要是依法可不立即执行的，就不应当判处死刑立即执行。”

3. 强调法律效果和社会效果的有机统一

宽严相济政策作为我国的基本刑事政策，其目的不仅仅在于为刑事司法活动提供明确的政策标准和界限，规范司法行为，更深远的目的在于最大限度地减少和化解社会矛盾，化消极因素为积极因素，进而促进社会和谐稳定。对此，《意见》作出的一些规定，充分体现了这一特征。比如，刑事附带民事诉讼案件的调解工作从表面上看，似乎与宽严相济政策关系不大，但实际上，一些因民间纠纷引发的刑事案件，如果被告人或其亲属积极赔偿，取得被害方的谅解，就应当充分考虑对被告人依法从轻处罚。它可以有效地化解矛盾，促进社会和谐。从根本上讲，与宽严相济政策的根本目的是一致的。因此，《意见》专门规定：“要尽可能把握一切有利于附带民事诉讼调解结案的积极因素，多做促进当事人双方和解的辨法析理工作，以更好地落实宽严相济刑事政策，努力做到案结事了。要充分发挥被告人、被害人所在单位、社区基层组织、辩护人、诉讼代理人和近亲属在附带民事诉讼调解工作中的积极作用，协调各方共同做好促进调解工作，尽可能通过调解达成民事赔偿协议并以此取得被害人及其家属对被告人的谅解，化解矛盾，促进社会和谐。”再如，《意见》提出，在依法减刑、假释时，对于确有履行能力而不积极主动履行附带民事赔偿责任的，应当从严掌握；对于积极履行民事赔偿责任的，则应当根据悔改表现予以从宽掌握。这些都有利于争取更好的社会效果。

4. 强调制度保障，力求收到实效

为了确保宽严相济刑事政策得到切实的贯彻落实，《意见》强调加强相关的工作机制建设，将工作机制问题单列为一个部分，专门作出了规定。如对未成年人刑事案件的审理机制问题规定：“要建立健全符合未成年人特点的刑事

案件审理机制，寓教于审，惩教结合，通过科学、人性化的审理方式，更好地实现‘教育、感化、挽救’的目的，促使未成年犯罪人早日回归社会。要积极推动有利于未成年犯罪人改造和管理的各项制度建设。对公安部门针对未成年人在缓刑、假释期间违法犯罪情况报送的拟撤销未成年犯罪人的缓刑或假释的报告，要及时审查，并在法定期限内及时做出决定，以真正形成合力，共同做好未成年人犯罪的惩戒和预防工作。”

《意见》要求不断推进量刑规范化试点、案例指导、刑事和解、刑事被害人救助等工作机制的进一步完善。《意见》还规定，要不断建立和完善法官考评机制、人民法院与相关政法部门的联系协调机制等，这些都将为人民法院全面、深入地贯彻宽严相济刑事政策，提供更加坚实、可靠的制度保障。

三、问：《意见》在司法审判活动中应如何贯彻落实呢

答：《意见》是人民法院全面贯彻宽严相济刑事政策的指导性文件，对做好刑事审判工作具有十分重要的意义。最高人民法院将采取有效措施，确保《意见》得到切实贯彻落实。

最高人民法院发出通知，要求全国各级人民法院充分认识贯彻宽严相济刑事政策在新时期的重大意义，认真组织对《意见》的学习，深刻领会精神，切实增强贯彻执行宽严相济刑事政策的自觉性，将这一政策的基本要求落实到刑事审判工作的每一个环节中去，确保办案的政治效果、法律效果和社会效果的高度统一。

今年上半年，最高人民法院将举办全国高级、中级法院刑事审判法官培训班，在法治理念、专业知识、审判技能等方面进行集中培训。届时，对《意见》的学习领会将作为培训的一项重要内容，以进一步统一思想，提高认识，增强全面理解和正确执行党和国家基本刑事政策的能力。

在今后的工作中，最高人民法院将进一步加强指导，对各级人民法院贯彻执行宽严相济刑事政策的情况进行检查，确保《意见》在审判实践中得到贯彻落实。最高人民法院审理死刑复核案件以及其他类型的案件时，将更加严格准确地贯彻执行宽严相济的刑事政策，通过个案的审理起到示范的作用。最高人民法院出台的相关司法解释和其他法律文件，将充分地体现《意见》的精神，确保政策适用的连续性、稳定性，力求实现审判工作的最佳效果。

附：

在审理故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪 案件中切实贯彻宽严相济刑事政策

最高人民法院刑三庭

2010年2月8日印发的《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》(以下简称《意见》),对于有效打击犯罪,增强人民群众安全感,减少社会对立面,促进社会和谐稳定,维护国家长治久安具有重要意义,是人民法院刑事审判工作的重要指南。现结合审判实践,就故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件中如何贯彻《意见》的精神作简要阐释。

一、在三类案件中贯彻宽严相济刑事政策的总体要求

在故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件的审判中贯彻宽严相济刑事政策,要落实《意见》第1条规定:根据犯罪的具体情况,实行区别对待,做到该宽则宽,当严则严,宽严相济,罚当其罪。落实这个总体要求,要注意把握以下几点:

1. 正确把握宽与严的对象。故意杀人和故意伤害犯罪的发案率高,社会危害大,是各级法院刑事审判工作的重点。黑社会性质组织犯罪在我国自二十世纪八十年代末出现以来,长时间保持快速发展势头,严厉打击黑社会性质组织犯罪,是法院刑事审判在当前乃至今后相当长一段时期内的重要任务。因此,对这三类犯罪总体上应坚持从严惩处的方针。但是在具体案件的处理上,也要分别案件的性质、情节和行为人的主观恶性、人身危险性等情况,把握宽严的范围。在确定从宽与从严的对象时,还应当注意审时度势,对经济社会的发展和治安形势的变化作出准确判断,为构建社会主义和谐社会的目标服务。

2. 坚持严格依法办案。三类案件的审判中,无论是从宽还是从严,都必须严格依照法律规定进行,做到宽严有据,罚当其罪,不能为追求打击效果,突破法律界限。比如在黑社会性质组织犯罪的审理中,黑社会性质组织的认定必须符合法律和立法解释规定的标准,既不能降格处理,也不能拔高认定。

3. 注重法律效果与社会效果的统一。严格依法办案,确保良好法律效果的同时,还应当充分考虑案件的处理是否有利于赢得人民群众的支持和社会稳定,是否有利于瓦解犯罪,化解矛盾,是否有利于罪犯的教育改造和回归社会,是否有利于减少社会对抗,促进社会和谐,争取更好的社会效果。比如在

刑罚执行过程中，对于故意杀人、伤害犯罪及黑社会性质组织犯罪的领导者、组织者和骨干成员就应当从严掌握减刑、假释的适用，其他主观恶性不深、人身危险性不大的罪犯则可以从宽把握。

二、故意杀人、伤害案件中宽严相济的把握

1. 注意区分两类不同性质的案件。故意杀人、故意伤害侵犯的是人的生命和身体健康，社会危害大，直接影响到人民群众的安全感，《意见》第7条将故意杀人、故意伤害致人死亡犯罪作为严惩的重点是十分必要的。但是，实践中的故意杀人、伤害案件复杂多样，处理时要注意分别案件的不同性质，做到区别对待。

实践中，故意杀人、伤害案件从性质上通常可分为两类：一类是严重危害社会治安、严重影响人民群众安全感的案件，如极端仇视国家和社会，以不特定人为行凶对象的；一类是因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件。对于前者应当作为严惩的重点，依法判处被告人重刑直至判处死刑。对于后者处理时应注意体现从宽的精神，在判处重刑尤其是适用死刑时应特别慎重，除犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重、人身危险性极大的被告人外，一般不应当判处死刑。对于被害人在起因上存在过错，或者是被告人案发后积极赔偿，真诚悔罪，取得被害人或其家属谅解的，应依法从宽处罚，对同时有法定从轻、减轻处罚情节的，应考虑在无期徒刑以下裁量刑罚。同时应重视此类案件中的附带民事调解工作，努力化解双方矛盾，实现积极的“案结事了”，增进社会和谐，达成法律效果与社会效果的有机统一。《意见》第23条是对此审判经验的总结。

此外，实践中一些致人死亡的犯罪是故意杀人还是故意伤害往往难以区分，在认定时除从作案工具、打击的部位、力度等方面进行判断外，也要注意考虑犯罪的起因等因素。对于民间纠纷引发的案件，如果难以区分是故意杀人还是故意伤害时，一般可考虑定故意伤害罪。

2. 充分考虑各种犯罪情节。犯罪情节包括犯罪的动机、手段、对象、场所及造成的后果等，不同的犯罪情节反映不同的社会危害性。犯罪情节多属酌定量刑情节，法律往往未作明确的规定，但犯罪情节是适用刑罚的基础，是具体案件决定从严或从宽处罚的基本依据，需要在案件审理中进行仔细甄别，以准确判断犯罪的社会危害性。有的案件犯罪动机特别卑劣，比如为了铲除政治对手而雇凶杀人的，也有一些人犯罪是出于义愤，甚至是“大义灭亲”“为民除害”的动机杀人。有的案件犯罪手段特别残忍，比如采取放火、泼硫酸等方法把人活活烧死的故意杀人行为。犯罪后果也可以分为一般、严重和特别严重几档。在实际中一般认为故意杀人、故意伤害一人死亡的为后果严重，致二人

以上死亡的为犯罪后果特别严重。特定的犯罪对象和场所也反映社会危害性的不同，如针对妇女、儿童等弱势群体或在公共场所实施的杀人、伤害，就具有较大的社会危害性。以上犯罪动机卑劣，或者犯罪手段残忍，或者犯罪后果严重，或者针对妇女、儿童等弱势群体作案等情节恶劣的，又无其他法定或酌定从轻情节应当依法从重判处。如果犯罪情节一般，被告人真诚悔罪，或有立功、自首等法定从轻情节的，一般应考虑从宽处罚。

实践中，故意杀人、伤害案件的被告人既有法定或酌定的从宽情节，又有法定或酌定从严情节的情形比较常见，此时，就应当根据《意见》第28条，在全面考察犯罪的事实、性质、情节和对社会危害程度的基础上，结合被告人的主观恶性、人身危险性、社会治安状况等因素，综合作出分析判断。

3. 充分考虑主观恶性和人身危险性。《意见》第10条、第16条明确了被告人的主观恶性和人身危险性是从严和从宽的重要依据，在适用刑罚时必须充分考虑。主观恶性是被告人对自己行为及社会危害性所抱的心理态度，在一定程度上反映了被告人的改造可能性。一般来说，经过精心策划的、有长时间计划的杀人、伤害，显示被告人的主观恶性深；激情犯罪，临时起意的犯罪，因被害人的过错行为引发的犯罪，显示的主观恶性较小。对主观恶性深的被告人要从严惩处，主观恶性较小的被告人则可考虑适用较轻的刑罚。

人身危险性即再犯可能性，可从被告人有无前科、平时表现及悔罪情况等综合判断。人身危险性大的被告人，要依法从重处罚。如果犯中前罪系暴力犯罪，或者曾因暴力犯罪被判重刑后又犯故意杀人、故意伤害致人死亡的；平时横行乡里，寻衅滋事杀人、伤害致人死亡的，应依法从重判处。人身危险性小的被告人，应依法体现从宽精神。如被告人平时表现较好，激情犯罪，系初犯、偶犯的；被告人杀人或伤人后有抢救被害人行为的，在量刑时应该酌情予以从宽处罚。

未成年人及老年人的故意杀人、伤害犯罪与一般人犯罪相比，主观恶性和人身危险性等方面有一定特殊性，在处理时应当依据《意见》的第20条、第21条考虑从宽。对犯故意杀人、伤害罪的未成年人，要坚持“教育为主，惩罚为辅”的原则和“教育、感化、挽救”的方针进行处罚。对于情节较轻、后果不重的伤害案件，可以依法适用缓刑或者判处管制、单处罚金等非监禁刑。对于情节严重的未成年人，也应当从轻或减轻处罚。对于已满十四周岁不满十六周岁的未成年人，一般不判处无期徒刑。对于七十周岁以上的老年人犯故意杀人、伤害罪的，由于其已没有再犯罪的可能，在综合考虑其犯罪情节和主观恶性、人身危险性的基础上，一般也应酌情从宽处罚。

4. 严格控制和慎重适用死刑。故意杀人和故意伤害犯罪在判处死刑的案件中所占比例最高，审判中要按照《意见》第29条的规定，准确理解和严格

执行“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”的死刑政策，坚持统一的死刑适用标准，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子；坚持严格的证据标准，确保把每一起判处死刑的案件都办成铁案。对于罪行极其严重，但只要有法定、酌定从轻情节，依法可不立即执行的，就不应当判处死刑立即执行。

对于自首的故意杀人、故意伤害致人死亡的被告人，除犯罪情节特别恶劣，犯罪后果特别严重的，一般不应考虑判处死刑立即执行。对亲属送被告人归案或协助抓获被告人的，也应视为自首，原则上应当从宽处罚。对具有立功表现的故意杀人、故意伤害致死的被告人，一般也应当体现从宽，可考虑不判处死刑立即执行。但如果犯罪情节特别恶劣，犯罪后果特别严重的，即使有立功情节，也可以不予从轻处罚。

共同犯罪中，多名被告人共同致死一名被害人的，原则上只判处一人死刑。处理时，根据案件的事实和证据能分清主从犯的，都应当认定主从犯；有多名主犯的，应当在主犯中进一步区分出罪行最为严重者和较为严重者，不能以分不清主次为由，简单地一律判处死刑。

三、黑社会性质组织犯罪案件中宽严相济的把握

1. 准确认定黑社会性质组织。黑社会性质组织犯罪由于其严重的社会危害性，在打击处理上不能等其坐大后进行，要坚持“严打”的方针，坚持“打早打小”的策略。但黑社会性质组织的认定，必须严格依照刑法和《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》的规定，从组织特征、经济特征、行为特征和非法控制特征四个方面进行分析。认定黑社会性质组织犯罪四个特征必须同时具备。当然，实践中许多黑社会性质组织并不是四个特征都很明显，在具体认定时，应根据立法本意，认真审查、分析黑社会性质组织四个特征相互间的内在联系，准确评价涉案犯罪组织所造成的社会危害。既要防止将已具备黑社会性质组织四个特征的案件“降格”处理，也不能因为强调严厉打击将不具备四个特征的犯罪团伙“拔高”认定为黑社会性质组织。在黑社会性质组织犯罪的审判中贯彻宽严相济刑事政策，要始终坚持严格依法办案，坚持法定标准，这是《意见》的基本要求。

2. 区别对待黑社会性质组织不同成员。《意见》第30条明确了黑社会性质组织中不同成员的处理原则：分别情况，区别对待。对于组织者、领导者应依法从严惩处，其承担责任的犯罪不限于自己组织、策划、指挥和实施的犯罪，而应对组织所犯的全部罪行承担责任。实践中，一些黑社会性质组织的组织者、领导者，只是以其直接实施的犯罪起诉、审判，实际上是轻纵了他们的罪行。要在区分组织犯罪和组织成员犯罪的基础上，合理划定组织者、领导者的责任范围，做到不枉不纵。同时，还要注意责任范围和责任程度的区别，不

能简单认为组织者、领导者就是具体犯罪中责任最重的主犯。对于组织成员实施的黑社会性质组织犯罪，组织者、领导者只是事后知晓，甚至根本不知晓，其就只应负有一般性的责任，直接实施的成员无疑应负最重的责任。

对于积极参加者，应根据其在具体犯罪中的地位、作用，确定其应承担的刑事责任。确属黑社会性质组织骨干成员的，应依法从严处罚。对犯罪情节较轻的其他参加人员以及初犯、偶犯、未成年犯，则要依法从轻、减轻处罚。对于参加黑社会性质的组织，没有实施其他违法犯罪活动的，或者受蒙蔽、胁迫参加黑社会性质的组织，情节轻微的，则可以不作为犯罪处理。

此外，在处理黑社会性质组织成员间的检举、揭发问题上，既要考虑线索本身的价值，也要考虑检举、揭发者在黑社会性质组织犯罪中的地位、作用，防止出现全案量刑失衡的现象。组织者、领导者检举揭发与该黑社会性质组织及其违法犯罪活动有关联的其他犯罪线索，即使依法构成立功或者重大立功，在考虑是否从轻量刑时也应从严予以掌握。积极参加者、其他参加者配合司法机关查办案件，有提供线索、帮助收集证据或者其他协助行为，并对侦破黑社会性质组织犯罪案件起到一定作用的，即使依法不能认定立功，一般也应酌情对其从轻处罚。

在毒品案件审判工作中切实贯彻宽严相济刑事政策

最高人民法院刑五庭

2010年2月8日，最高人民法院印发了《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》（以下简称《意见》），对人民法院在刑事审判工作中贯彻宽严相济刑事政策提出了具体要求。毒品案件在刑事案件中占有较大比重，适用包括死刑在内的重刑的比例也较高，切实贯彻好宽严相济刑事政策对于依法严惩严重毒品犯罪，遏制毒品犯罪的高发态势，同时发挥刑罚的教育改造作用，具有重要的现实意义。本文结合当前毒品案件审判工作的实际，就如何贯彻宽严相济刑事政策略作阐述。

一、突出打击重点，依法严惩严重毒品犯罪

依法严惩严重犯罪是宽严相济刑事政策中“严”的题中之义，也是贯彻罪刑均衡原则，发挥刑罚威慑作用的必然要求。毒品犯罪危害公民身心健康，颓废社会风气，并容易引发盗窃、抢劫、杀人等犯罪，危害很大。其中，走私、制造毒品系源头性犯罪，贩卖、运输毒品造成毒品的传播、扩散，故《意见》

第7条把这四种毒品犯罪行为均列为严惩的重点。长期以来,人民法院坚持依法严厉打击严重毒品犯罪,对一批罪行严重的犯罪分子判处了重刑至死刑,较好地发挥了刑罚遏制毒品犯罪的作用。尤其是2007年最高人民法院统一行使死刑核准权后,通过严把案件事实关、证据关、程序关和法律适用关,更加严格地执行死刑政策,毒品案件的死刑适用更加慎重和公正。

《意见》第11条提出:“要依法从严惩处累犯和毒品再犯。凡是依法构成累犯和毒品再犯的,即使犯罪情节较轻,也要体现从严惩处的精神。尤其是对于前罪为暴力犯罪或被判处重刑的累犯,更要依法从严惩处。”之所以作出这种强调,是因为具有累犯和毒品再犯情节的犯罪分子曾受刑罚的惩罚、教育,却不思悔改,仍再次实施犯罪行为,充分表明其主观恶性深,人身危险性大,难以改造,有的甚至不堪改造,故要充分发挥刑罚的惩罚功能,以实现对此类犯罪分子的特殊预防。对此,最高人民法院2008年印发的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》也作了规定,即“审理毒品犯罪案件,应当切实贯彻宽严相济的刑事政策,突出毒品犯罪的打击重点。必须依法严惩毒枭、职业毒犯、再犯、累犯、惯犯、主犯等主观恶性深、人身危险性大、危害严重的毒品犯罪分子……对于其中罪行极其严重依法应当判处死刑的,必须坚决依法判处死刑。”实践中,对于毒品数量达到实际掌握的死刑数量标准,并具有毒品再犯、累犯、职业犯、惯犯、主犯等情节的被告人,通常判处死刑,以体现法律的严惩立场。

在此方面,要特别需要重视对毒枭、职业毒犯、主犯立功问题的处理。《意见》第33条提出,在共同犯罪案件中,对于主犯或首要分子检举、揭发同案中地位、作用较次的犯罪分子构成立功的,从轻或者减轻处罚应当从严掌握,如果从轻处罚可能导致全案量刑失衡的,一般不予从轻处罚;如果检举、揭发的是其他犯罪案件中罪行同样严重的犯罪分子,或者协助抓获的是同案中的其他主犯、首要分子的,原则上应予依法从轻或者减轻处罚。实践中,应以功是否足以抵罪作为立功是否从宽处罚的标准,即应结合被告人罪行的严重程度、立功大小综合考虑。对于毒枭等严重毒品犯罪分子立功的,如果其检举、揭发的是其他犯罪案件中罪行同样严重的犯罪分子,或者协助抓获的是同案中的其他首要分子、主犯,功足以抵罪的,原则上可以从轻或者减轻处罚;如果协助抓获的只是同案中的从犯或者马仔,功不足以抵罪,或者从轻处罚后全案处刑明显失衡的,不予从轻处罚。同时,对于同监犯将本人或者他人尚未被司法机关掌握的犯罪事实告知被告人,由被告人检举揭发的,如经查证属实,虽可认定立功,但是否从宽处罚以及从宽幅度的大小,应与通常的立功有所区别。对于通过非法手段或者非法途径获取他人犯罪信息,由被告人检举揭发的,不能认定为立功,也不能作为酌情从轻处罚情节。这样把握可以对罪行严

重的毒品犯罪分子更有力地体现宽严相济刑事政策“严”的要求。

二、坚持区别对待，充分考虑从宽处罚情节

宽严相济刑事政策的核心是区别对待。对于情节较轻、社会危害性较小的犯罪，或者罪行虽重，但具有法定、酌定从宽处罚情节的被告人，应依法或者酌情予以从宽处罚。毒品犯罪的整体危害虽大，但具体犯罪也有轻重之别，不能不加区别地一律予以从严惩处，对其中罪行相对较轻的，或者具有法定、酌定从宽处罚情节的，应在量刑时充分考虑，以发挥刑罚的教育改造作用。

《意见》第17、18和19条分别提出，对于具有自首或者立功情节的被告人，一般均应当依法从宽处罚；对于较轻犯罪的初犯、偶犯，应当综合考虑其犯罪的动机、手段、情节、后果和犯罪时的主观状态，酌情予以从宽处罚。毒品案件的审判要充分贯彻这些原则性规定。例如，对于毒品数量达到实际掌握的死刑数量标准，但犯罪情节较轻，或者具有法定、酌定从宽处罚情节，符合下列情形之一的，可以不判处被告人死刑立即执行：（1）具有自首、立功等法定从宽处罚情节的；（2）已查获的毒品数量未达到实际掌握的死刑数量标准，到案后坦白尚未被司法机关掌握的其他毒品犯罪，累计数量超过实际掌握的死刑数量标准的；（3）经鉴定毒品含量极低，掺假之后的数量才达到实际掌握的死刑数量标准的，或者有证据表明可能大量掺假但因故不能鉴定的；（4）因特情引诱毒品数量才达到实际掌握的死刑数量标准的；（5）以贩养吸的被告人，被查获的毒品数量刚达到实际掌握的死刑数量标准的；（6）毒品数量刚达到实际掌握的死刑数量标准，确属初次犯罪即被查获，未造成严重危害后果的；等等。

此方面要特别重视对运输毒品罪的处理。刑法把运输毒品罪同走私、贩卖、制造毒品罪并列规定，并配置了相同法定刑，但实践中运输毒品犯罪的情况较为复杂。部分被告人系受指使、雇佣的贫民、边民或者无业人员，只是为赚取少量运费而为他人运输毒品，他们不是毒品的所有者、买家或者卖家，与幕后的指使、雇佣者相比，在毒品犯罪中处于从属和被支配地位，所起作用 and 主观恶性相对较小，社会危害性也相对较小，故量刑时应与走私、贩卖、制造毒品和具有严重情节的运输毒品犯罪分子有所区别。即，在运输毒品案件中要重点打击指使、雇佣他人运输毒品的犯罪分子和接应、接货的毒品所有者、买家或者卖家。对于运输毒品犯罪集团首要分子，组织、指使、雇佣他人运输毒品的主犯或者毒枭、职业毒犯、毒品再犯，以及具有武装掩护、暴力抗拒检查、拘留或者逮捕、参与有组织的国际毒品犯罪、以运输毒品为业、多次运输毒品或者其他严重情节的，应当依法从严惩处。但是，对有证据证明被告人确属受人指使、雇佣而运输毒品，又系初犯、偶犯的，可以从轻处罚，即使毒品

数量超过实际掌握的死刑数量标准,也可以不判处死刑立即执行。这是深入贯彻宽严相济刑事政策“宽”的精神,进一步坚持区别对待的体现。

三、把握量刑平衡,稳妥实现宽严“相济”

宽严相济刑事政策中“宽”与“严”是辩证统一、相辅相成的关系,二者相互依存,相互补充,共同促进。“相济”不是“宽”和“严”的简单相加,而是一种交融关系,追求的是法律效果与社会效果的有机统一。在毒品案件的审判中实现宽严“相济”,既要把握好个案之间的量刑平衡,也要把握好多被告人案件特别是共同犯罪案件的量刑平衡。

个案之间的量刑平衡意味着重罪重判,轻罪轻判,罚当其罪。这是罪刑均衡原则的基本要求。由于毒品数量是量刑的重要情节,在判断个案的量刑平衡问题上容易陷入“唯数量论”的误区。要特别重视的是,毒品数量并非量刑的唯一情节。对被告人量刑时,尤其是在考虑是否适用死刑时,应当综合考虑毒品数量、犯罪情节、危害后果、被告人的主观恶性、人身危险性以及当地禁毒形势等各种因素,予以区别对待。有的案件中毒品数量虽大,但被告人因具有法定从宽处罚情节而可能不判处死刑,有的案件中毒品数量较小,但超过了实际掌握的死刑数量标准,被告人也不具有法定或者酌定从宽处罚情节,故仍可能被判处死刑。这种处理不仅不违背宽严相济刑事政策,而恰恰是该政策的要求和体现。

对于多被告人犯罪特别是共同犯罪案件,根据宽严“相济”的具体要求,要注重正确区分主从犯并根据被告人罪责的大小确定刑罚。《意见》第31条提出,对于一般共同犯罪案件,应当充分考虑各被告人在共同犯罪中的地位和作用,以及在主观恶性和人身危险性方面的不同,根据事实和证据能分清主从犯的,都应当认定主从犯;有多名主犯的,应在主犯中进一步区分出罪行最为严重者。具体到毒品共同犯罪案件,首先,对能分清主从犯的,不能因为涉案毒品数量巨大,就不分主从犯而将被告人均认定为主犯或者实际上都按主犯处罚,一律判处重刑甚至死刑。要根据《意见》第30条的规定,依法从严惩处毒品犯罪组织或集团中的为首组织、指挥、策划者和骨干分子,该判处重刑或死刑的要坚决判处;但对受欺骗、胁迫参加犯罪组织、犯罪集团或只是一般参加者,在犯罪中起次要、辅助作用的从犯,应依法从轻或减轻处罚。其次,对于共同犯罪中有多个主犯的,处罚上也应做到区别对待,要全面考察各主犯在共同犯罪中实际发挥作用的差别,主观恶性和人身危险性方面的差异,对罪责更重的主犯判处更重的刑罚。如果共同犯罪中毒品数量刚达到实际掌握的死刑数量标准,但各共同犯罪人作用相当,或者责任大小难以区分的,可以不判处死刑立即执行。同时,从人道主义考虑,对于家庭成员共同实施毒品犯罪,毒

品数量达到实际掌握的死刑数量标准，其中起主要作用的被告人已被判处死刑立即执行的，对其他罪行相对较轻的被告人可以不判处死刑立即执行。

在减刑、假释工作中贯彻宽严相济刑事政策

最高人民法院审判监督庭

宽严相济刑事政策是我国基本刑事政策，贯穿于刑事立法、刑事司法和刑罚执行的全过程。减刑、假释作为一种刑罚执行变更制度，是人民法院审判工作的重要组成部分，是贯彻宽严相济刑事政策“宽”的一面的重要切入点，是以“宽”济“严”的重要渠道。各级人民法院审理减刑、假释案件，务必要以宽严相济刑事政策为指导，充分发挥减刑、假释制度的积极功能，确保刑罚的执行效果。《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》（以下简称《意见》）第34条、第43条对减刑、假释审理工作如何贯彻宽严相济刑事政策作了规定，明确了“一个原则”，体现了“三项新的精神”，具有非常重要的指导意义和实践价值。各级人民法院要认真组织学习，将《意见》的精神不折不扣地贯彻到减刑、假释案件审理的全过程，力争实现减刑、假释审理工作的进一步发展。

一、明确了区别对待的原则

区别对待是宽严相济刑事政策的基础。在减刑、假释工作中贯彻宽严相济刑事政策，实行区别对待原则，是指以刑罚个别化原则为指导，从不同罪犯的犯罪和改造的实际情况出发，针对不同罪犯的不同情况，依法采取宽严不同的减刑、假释政策，确保在兼顾一般预防的前提下充分发挥刑罚的特殊预防功能，获取最佳的刑罚执行效果。为了实现刑罚的惩治功能，有效的预防犯罪，对具有严重社会危害性和人身危险性的犯罪分子，如犯有危害国家安全犯罪、故意危害公共安全犯罪、严重暴力犯罪、涉众型经济犯罪等严重犯罪的犯罪分子，恐怖组织犯罪、邪教组织犯罪、黑恶势力犯罪等有组织犯罪的领导者、组织者和骨干分子，毒品犯罪再犯的严重犯罪者，要“当严则严”，在减刑、假释的条件，减刑的起始时间，减刑的幅度和减刑的频度等方面从严把握。另一方面，考虑到未成年罪犯可塑性较强，老年犯、残疾罪犯的再犯可能性较小，以及过失犯、中止犯、胁从犯、防卫过当或避险过当罪犯的主观恶性和人身危险性不大，在依法对他们进行减刑、假释时，要根据悔罪表现，在减刑、假释的条件，减刑的起始时间，减刑的幅度和减刑的频度等方面“该宽则宽”。

二、体现了三项新的精神

一是体现了减刑、假释与财产刑执行和民事赔偿责任履行情况挂钩的精神。当前,大部分法院在审理减刑、假释案件时,基本上不考虑罪犯财产刑执行和民事赔偿责任履行的情况。这种执(履)行与不执(履)行、执(履)行多与执(履)行少与减刑、假释不挂钩的局面,会形成错误的财产刑执行导向机制,加剧财产刑“空判”现象,进而损坏宽严相济刑事政策的落实。为了体现刑罚执行的严肃性和完整性,调动罪犯执行财产刑的积极性,《意见》将财产刑执行和附带民事赔偿责任履行情况作为“该款则宽、当严则严”的重要参考依据,规定:“确有执行能力而拒不依法积极主动缴付财产执行财产刑或确有履行能力而不积极主动履行附带民事赔偿责任的,在依法减刑、假释时,应当从严掌握;积极主动缴付财产执行财产刑或履行民事赔偿责任的罪犯,在依法减刑、假释时,应根据悔改表现予以从宽掌握。”

二是体现了保证因暴力犯罪被判处死缓和无期徒刑罪犯较长服刑期限的精神。在“严格控制 and 限制死刑”的政策指导下,人民法院对一些故意杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架致人死亡或严重残疾的暴力犯罪的罪犯判处了死刑缓期执行或者无期徒刑。在我国的司法实践中,死缓犯的实际执行期限一般不会超过二十年,有的甚至只有十三四年,无期徒刑罪犯一般服刑十五年左右即可出狱,有的只有十一二年。这种“死刑过重,生刑过轻”的不平衡现象,不仅使得死刑缓期执行和无期徒刑应有的严厉性在实践中得不到保证,而且难以保证罪犯的改造效果。为了维护公平正义,确保罪犯的改造效果,《意见》体现了要保证因暴力犯罪被判处死缓和无期徒刑罪犯较长服刑期限的精神,规定:“对于因故意杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪,致人死亡或严重残疾而被判处死刑缓期两年执行或无期徒刑的罪犯,严格控制减刑的频度和每次减刑的幅度,保证其相对较长的实际服刑期限。”

三是体现了程序公正的精神。程序是制约减刑、假释裁量权滥用的有效手段,是确保宽严相济刑事政策落到实处的重要保障。树立程序公正意识,构建程序公正机制是规范减刑、假释案件审理的必由之路。实践证明,对减刑、假释案件实行程序公正机制,具有非常积极的作用,不仅可以避免人民群众对减刑、假释审理工作“暗箱操作”的怀疑,增强人民群众对司法公正的信心,而且可以使人民法院在审理减刑、假释案件时听取多方面意见,使减刑、假释裁定最大程度地接近正义。因此,《意见》对减刑、假释的程序公正机制作了明确的规定。但是,由于面临案多人少的矛盾,要求所有减刑、假释案件一律实行开庭审理,目前尚不具备条件。因此,构建程序公正机制,必须要选好适用范围,才能取得预期的效果。针对实践中职务犯罪罪犯的减刑、假释,较之于

普通罪犯，存在减刑幅度偏大、间隔时间偏短、减刑频率偏快、假释比例偏高等问题，《意见》要求对于职务犯罪案件，尤其是原为县处级以上领导干部罪犯的减刑、假释案件，要一律开庭审理。对于故意杀人、抢劫、故意伤害等严重危害社会治安的暴力犯罪分子，有组织犯罪案件的首要分子和其他主犯以及其他重大、有影响案件罪犯的减刑，假释，原则上也要开庭审理。对于由于条件所限，不能开庭审理的减刑、假释案件，要在羁押场所公示，接受其他在押罪犯的监督，确保司法权最大限度地在阳光下运行。

三、贯彻《意见》精神时要注意的几个突出问题

一是要注意全面审查，防止“唯分是举、以分折刑”。贯彻宽严相济的刑事政策，依法审理是前提，宽严有据是根本。要防止“想宽就宽、想严就严”的错误倾向，要做到宽严都有足够的事实和法律依据。目前，一些人民法院审理减刑、假释案件依然主要以百分考核的分数作为唯一的标准。我们认为，百分考核的分数不能全面准确反映出罪犯的思想改造情况，无法全面反映罪犯的社会危害性和人身危险性，不符合宽严相济刑事政策的精神。各级人民法院要坚决摒弃“唯分是举”的错误做法，要树立全面审查的原则，既要讲罪犯的改造表现作为宽严相济的重要根据，也要充分考虑罪犯的原判犯罪性质、情节、主观恶性、犯罪原因、原判刑罚情况、人身危险性、罪前社会表现、年龄、身体状况以及被害人意见等因素。只有这样，才能做到宽严有理，宽严有据。

二是要注意具体情况具体分析，力求宽严皆当，宽严有效。宽严“相济”是宽严相济刑事政策的精髓。贯彻宽严相济的刑事政策，要在“相济”上下工夫。要准确把握宽严相济刑事政策的精神，做到统筹兼顾、协调运用，不能只讲“宽”而忽视“严”，也不能只讲“严”而忽视“宽”。要理性认识犯罪现象，正确把握犯罪规律，科学判断当前和今后一个时期社会治安的态势，充分考虑人民群众的社会安全感，具体情况具体分析，做到严中有宽、宽以济严，宽中有严、严以济宽，防止片面化和绝对化。对具有严重社会危害性和人身危险性罪犯从严掌握的同时，也要注意宽的一面，要给出路、给希望，鼓励其悔过自新、积极改造，实现刑罚的教育和矫治功能。对于未成年罪犯、老病残罪犯等主观恶性不深、人身危险性不大的罪犯从宽掌握的同时，也要体现严的一面，防止一味从宽，以体现刑罚的惩罚和警示功能。

三是要注意因地制宜，充分发挥假释的制度优势。假释是落实宽严相济刑事政策的一项重要制度。相对于减刑而言，假释在维持原判稳定性、促使罪犯自我改造和顺利回归社会、降低行刑成本方面具有一定的优势。但是，当前大部分人民法院假释的适用率不高，远远低于减刑适用率。针对这一情况，《意见》规定，符合刑法第八十一条第一款规定的假释条件的，应当依法多适用假

释。在贯彻该意见时，首先，要克服害怕承担风险的心理。只要严格依照法定程序和正当程序审理假释案件，注意听取各方面的意见，正确行使裁量权，依法公正地进行裁决，严格遵守廉政规则和审判纪律，办案人员就不应当承担任何责任。其次，要正确把握假释的条件，综合考察原判犯罪的性质、情节、社会危害性等各种因素，具体分析，准确把握。此外，还要注重完善假释后的监管措施。最后，有必要指出的是，《意见》所说的依法“多”适用假释，不是对法律规定的假释条件的放宽，而是针对过去没有很好地发挥假释功能，假释适用比例过小的现象提出的要求。

最高人民法院 关于实施修订后的《关于常见犯罪的 量刑指导意见》的通知

2017年3月9日

法发〔2017〕7号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》从2014年起在全国中级、基层人民法院正式实施。各高级人民法院高度重视，积极稳妥组织实施，取得良好效果。我院在总结实践经验的基础上，对量刑指导意见作了进一步修改、完善。现印发修订后的《关于常见犯罪的量刑指导意见》（以下简称《量刑指导意见》），并从2017年4月1日起实施。现将有关事项通知如下：

（一）认真修改实施细则。《量刑指导意见》进一步完善量刑方法，明确“以定性分析为主，定量分析为辅”的量刑方法；进一步修改完善常见量刑情节的适用和个罪的量刑规范。各高级人民法院要认真学习领会，在总结经验的基础上，结合新出台的刑事法律、司法解释、业务指导文件和审判实际，对照修改完善实施细则，保证实施细则依法有据，符合罪责刑相适应原则，符合量刑实际，具有可操作性。实施细则经审判委员会讨论通过后实施，并于4月底前报最高人民法院备案。

（二）全面深入组织实施。量刑规范化工作是一项长期的工作。各级人民法院要以这次修改《量刑指导意见》和实施细则为契机，认真总结经验，全面深入推进量刑规范化工作，将十五种常见犯罪全部纳入规范范围，所有中级、基层法院全面实施到位。要结合审判实际，主动对接以审判为中心的刑事诉讼

制度改革、认罪认罚从宽制度改革和刑事速裁程序改革，建立完善量刑规范化长效工作机制，促进量刑规范化工作制度化、常态化，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

(三) 切实加强培训指导。《量刑指导意见》对量刑方法等内容作了重要修改，各地法院要结合工作实际，加强对中级、基层法院办案法官特别是新任法官的业务培训，保证《量刑指导意见》及实施细则的正确实施。在量刑过程中，定性分析始终处于主导地位，应在定性分析的基础上进行定量分析，依法确定量刑起点、基准刑和宣告刑，保证罪责刑相适应。上级法院要切实加强调研指导，对实施过程中出现的新情况新问题，及时加以研究解决，不断总结提高。实施中遇到的重大疑难问题，要及时层报最高人民法院，保证量刑规范化工作持续、深入发展。

附：

关于常见犯罪的量刑指导意见

为进一步规范刑罚裁量权，落实宽严相济刑事政策，增强量刑的公开性，实现量刑公正，根据刑法和刑事司法解释等有关规定，结合审判实践，制定本指导意见。

一、量刑的指导原则

1. 量刑应当以事实为根据，以法律为准绳，根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度，决定判处的刑罚。
2. 量刑既要考虑被告人所犯罪行的轻重，又要考虑被告人应负刑事责任的大小，做到罪责刑相适应，实现惩罚和预防犯罪的目的。
3. 量刑应当贯彻宽严相济的刑事政策，做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪，确保裁判法律效果和社会效果的统一。
4. 量刑要客观、全面把握不同时期不同地区的经济社会发展和治安形势的变化，确保刑法任务的实现；对于同一地区同一时期、案情相似的案件，所判处的刑罚应当基本均衡。

二、量刑的基本方法

量刑时，应以定性分析为主，定量分析为辅，依次确定量刑起点、基准刑和宣告刑。

1. 量刑步骤

- (1) 根据基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点；
- (2) 根据其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实，在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑；
- (3) 根据量刑情节调节基准刑，并综合考虑全案情况，依法确定宣告刑。

2. 调节基准刑的方法

- (1) 具有单个量刑情节的，根据量刑情节的调节比例直接调节基准刑。
- (2) 具有多个量刑情节的，一般根据各个量刑情节的调节比例，采用同向相加、逆向相减的方法调节基准刑；具有未成年人犯罪、老年人犯罪、限制行为能力的精神病人犯罪、又聋又哑的人或者盲人犯罪，防卫过当、避险过当、犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止，从犯、胁从犯和教唆犯等量刑情节的，先适用该量刑情节对基准刑进行调节，在此基础上，再适用其他量刑情节进行调节。
- (3) 被告人犯数罪，同时具有适用于各个罪的立功、累犯等量刑情节的，先适用该量刑情节调节个罪的基准刑，确定个罪所应判处的刑罚，再依法实行数罪并罚，决定执行的刑罚。

3. 确定宣告刑的方法

- (1) 量刑情节对基准刑的调节结果在法定刑幅度内，且罪责刑相适应的，可以直接确定为宣告刑；如果具有应当减轻处罚情节的，应依法在法定最低刑以下确定宣告刑。
- (2) 量刑情节对基准刑的调节结果在法定最低刑以下，具有法定减轻处罚情节，且罪责刑相适应的，可以直接确定为宣告刑；只有从轻处罚情节的，可以依法确定法定最低刑为宣告刑；但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。
- (3) 量刑情节对基准刑的调节结果在法定最高刑以上的，可以依法确定法定最高刑为宣告刑。
- (4) 综合考虑全案情况，独任审判员或合议庭可以在 20% 的幅度内对调节结果进行调整，确定宣告刑。当调节后的结果仍不符合罪责刑相适应原则的，应提交审判委员会讨论，依法确定宣告刑。
- (5) 综合全案犯罪事实和量刑情节，依法应当判处无期徒刑以上刑罚、管制或者单处附加刑、缓刑、免刑的，应当依法适用。

三、常见量刑情节的适用

量刑时要充分考虑各种法定和酌定量刑情节，根据案件的全部犯罪事实以及量刑情节的不同情形，依法确定量刑情节的适用及其调节比例。对严重暴力

犯罪、毒品犯罪等严重危害社会治安犯罪，在确定从宽的幅度时，应当从严掌握；对犯罪情节较轻的犯罪，应当充分体现从宽。具体确定各个量刑情节的调节比例时，应当综合平衡调节幅度与实际增减刑罚量的关系，确保罪责刑相适应。

1. 对于未成年人犯罪，应当综合考虑未成年人对犯罪的认识能力、实施犯罪行为的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初犯、偶犯、悔罪表现、个人成长经历和一贯表现等情况，予以从宽处罚。

(1) 已满十四周岁不满十六周岁的未成年人犯罪，减少基准刑的 30%~60%；

(2) 已满十六周岁不满十八周岁的未成年人犯罪，减少基准刑的 10%~50%。

2. 对于未遂犯，综合考虑犯罪行为的实行程度、造成损害的大小、犯罪未得逞的原因等情况，可以比照既遂犯减少基准刑的 50%以下。

3. 对于从犯，应当综合考虑其在共同犯罪中的地位、作用等情况，予以从宽处罚，减少基准刑的 20%~50%；犯罪较轻的，减少基准刑的 50%以上或者依法免除处罚。

4. 对于自首情节，综合考虑自首的动机、时间、方式、罪行轻重、如实供述罪行的程度以及悔罪表现等情况，可以减少基准刑的 40%以下；犯罪较轻的，可以减少基准刑的 40%以上或者依法免除处罚。恶意利用自首规避法律制裁等不足以从宽处罚的除外。

5. 对于坦白情节，综合考虑如实供述罪行的阶段、程度、罪行轻重以及悔罪程度等情况，确定从宽的幅度。

(1) 如实供述自己罪行的，可以减少基准刑的 20%以下；

(2) 如实供述司法机关尚未掌握的同种较重罪行的，可以减少基准刑的 10%~30%；

(3) 因如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减少基准刑的 30%~50%。

6. 对于当庭自愿认罪的，根据犯罪的性质、罪行的轻重、认罪程度以及悔罪表现等情况，可以减少基准刑的 10%以下。依法认定自首、坦白的除外。

7. 对于立功情节，综合考虑立功的大小、次数、内容、来源、效果以及罪行轻重等情况，确定从宽的幅度。

(1) 一般立功的，可以减少基准刑的 20%以下；

(2) 重大立功的，可以减少基准刑的 20%~50%；犯罪较轻的，减少基准刑的 50%以上或者依法免除处罚。

8. 对于退赃、退赔的，综合考虑犯罪性质，退赃、退赔行为对损害结果

所能弥补的程度，退赃、退赔的数额及主动程度等情况，可以减少基准刑的30%以下；其中抢劫等严重危害社会治安犯罪的应从严掌握。

9. 对于积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的，综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力以及认罪、悔罪程度等情况，可以减少基准刑的40%以下；积极赔偿但没有取得谅解的，可以减少基准刑的30%以下；尽管没有赔偿，但取得谅解的，可以减少基准刑的20%以下；其中抢劫、强奸等严重危害社会治安犯罪的应从严掌握。

10. 对于当事人根据刑事诉讼法第二百七十七条达成刑事和解协议的，综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔礼道歉以及真诚悔罪等情况，可以减少基准刑的50%以下；犯罪较轻的，可以减少基准刑的50%以上或者依法免除处罚。

11. 对于累犯，应当综合考虑前后罪的性质、刑罚执行完毕或赦免以后至再犯罪时间的长短以及前后罪罪行轻重等情况，增加基准刑的10%~40%，一般不少于3个月。

12. 对于有前科的，综合考虑前科的性质、时间间隔长短、次数、处罚轻重等情况，可以增加基准刑的10%以下。前科犯罪为过失犯罪和未成年人犯罪的除外。

13. 对于犯罪对象为未成年人、老年人、残疾人、孕妇等弱势人员的，综合考虑犯罪的性质、犯罪的严重程度等情况，可以增加基准刑的20%以下。

14. 对于在重大自然灾害、预防、控制突发传染病疫情等灾害期间犯罪的，根据案件的具体情况，可以增加基准刑的20%以下。

四、常见犯罪的量刑

(一) 交通肇事罪

1. 构成交通肇事罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，可以在二年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，可以在三年至五年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 因逃逸致一人死亡的，可以在七年至十年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据事故责任、致人重伤、死亡的人数或者财产损失的数额以及逃逸等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

(二) 故意伤害罪

1. 构成故意伤害罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑

起点：

(1) 故意伤害致一人轻伤的，可以在二年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 故意伤害致一人重伤的，可以在三年至五年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 以特别残忍手段故意伤害致一人重伤，造成六级严重残疾的，可以在十年至十三年有期徒刑幅度内确定量刑起点。依法应当判处无期徒刑以上刑罚的除外。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据伤害后果、伤残等级、手段残忍程度等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

故意伤害致人轻伤的，伤残程度可在确定量刑起点时考虑，或者作为调节基准刑的量刑情节。

(三) 强奸罪

1. 构成强奸罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 强奸妇女一人的，可以在三年至六年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

奸淫幼女一人的，可以在四年至七年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(2) 有下列情形之一的，可以在十年至十三年有期徒刑幅度内确定量刑起点：强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；强奸妇女、奸淫幼女三人的；在公共场所当众强奸妇女的；二人以上轮奸妇女的；强奸致被害人重伤或者造成其他严重后果的。依法应当判处无期徒刑以上刑罚的除外。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣程度、强奸人数、致人伤害后果等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

强奸多人多次的，以强奸人数作为增加刑罚量的事实，强奸次数作为调节基准刑的量刑情节。

(四) 非法拘禁罪

1. 构成非法拘禁罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 犯罪情节一般的，可以在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 致一人重伤的，可以在三年至五年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 致一人死亡的，可以在十年至十三年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据非法拘禁人数、拘禁时间、致人伤亡后果等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

非法拘禁多人多次的，以非法拘禁人数作为增加刑罚量的事实，非法拘禁

次数作为调节基准刑的量刑情节。

3. 有下列情节之一的，可以增加基准刑的10%~20%：

- (1) 具有殴打、侮辱情节的（致人重伤、死亡的除外）；
- (2) 国家机关工作人员利用职权非法扣押、拘禁他人的。

(五) 抢劫罪

1. 构成抢劫罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 抢劫一次的，可以在三年至六年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(2) 有下列情形之一的，可以在十年至十三年有期徒刑幅度内确定量刑起点：入户抢劫的；在公共交通工具上抢劫的；抢劫银行或者其他金融机构的；抢劫三次或者抢劫数额达到数额巨大起点的；抢劫致一人重伤的；冒充军警人员抢劫的；持枪抢劫的；抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。依法应当判处无期徒刑以上刑罚的除外。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据抢劫情节严重程度、抢劫次数、数额、致人伤害后果等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

(六) 盗窃罪

1. 构成盗窃罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 达到数额较大起点的，两年内三次盗窃的，入户盗窃的，携带凶器盗窃的，或者扒窃的，可以在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 达到数额巨大起点或者有其他严重情节的，可以在三年至四年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 达到数额特别巨大起点或者有其他特别严重情节的，可以在十年至十二年有期徒刑幅度内确定量刑起点。依法应当判处无期徒刑的除外。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据盗窃数额、次数、手段等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

多次盗窃，数额达到较大以上的，以盗窃数额确定量刑起点，盗窃次数可作为调节基准刑的量刑情节；数额未达到较大的，以盗窃次数确定量刑起点，超过三次的次数作为增加刑罚量的事实。

(七) 诈骗罪

1. 构成诈骗罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 达到数额较大起点的，可以在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 达到数额巨大起点或者有其他严重情节的，可以在三年至四年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 达到数额特别巨大起点或者有其他特别严重情节的，可以在十年至十二年有期徒刑幅度内确定量刑起点。依法应当判处无期徒刑的除外。

2. 在量刑起点的基础上, 可以根据诈骗数额等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量, 确定基准刑。

(八) 抢夺罪

1. 构成抢夺罪的, 可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点:

(1) 达到数额较大起点的, 或者两年内三次抢夺的, 可以在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 达到数额巨大起点或者有其他严重情节的, 可以在三年至五年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 达到数额特别巨大起点或者有其他特别严重情节的, 可以在十年至十二年有期徒刑幅度内确定量刑起点。依法应当判处无期徒刑的除外。

2. 在量刑起点的基础上, 可以根据抢夺数额、次数等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量, 确定基准刑。

多次抢夺, 数额达到较大以上的, 以抢夺数额确定量刑起点, 抢夺次数可作为调节基准刑的量刑情节; 数额未达到较大的, 以抢夺次数确定量刑起点, 超过三次的次数作为增加刑罚量的事实。

(九) 职务侵占罪

1. 构成职务侵占罪的, 可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点:

(1) 达到数额较大起点的, 可以在二年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 达到数额巨大起点的, 可以在五年至六年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上, 可以根据职务侵占数额等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量, 确定基准刑。

(十) 敲诈勒索罪

1. 构成敲诈勒索罪的, 可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点:

(1) 达到数额较大起点的, 或者两年内三次敲诈勒索的, 可以在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 达到数额巨大起点或者有其他严重情节的, 可以在三年至五年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 达到数额特别巨大起点或者有其他特别严重情节的, 可以在十年至十二年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上, 可以根据敲诈勒索数额、次数、犯罪情节严重程度等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量, 确定基准刑。

多次敲诈勒索，数额达到较大以上的，以敲诈勒索数额确定量刑起点，敲诈勒索次数可作为调节基准刑的量刑情节；数额未达到较大的，以敲诈勒索次数确定量刑起点，超过三次的次数作为增加刑罚量的事实。

(十一) 妨害公务罪

1. 构成妨害公务罪的，可以在二年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据妨害公务造成的后果、犯罪情节严重程度等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

3. 暴力袭击正在依法执行公务的人民警察的，可以增加基准刑的10%~30%。

(十二) 聚众斗殴罪

1. 构成聚众斗殴罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 犯罪情节一般的，可以在二年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 有下列情形之一的，可以在三年至五年有期徒刑幅度内确定量刑起点：聚众斗殴三次的；聚众斗殴人数多，规模大，社会影响恶劣的；在公共场所或者交通要道聚众斗殴，造成社会秩序严重混乱的；持械聚众斗殴的。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据聚众斗殴人数、次数、手段严重程度等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

(十三) 寻衅滋事罪

1. 构成寻衅滋事罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 寻衅滋事一次的，可以在三年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 纠集他人三次寻衅滋事（每次都构成犯罪），严重破坏社会秩序的，可以在五年至七年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据寻衅滋事次数、伤害后果、强拿硬要他人财物或任意损毁、占用公私财物数额等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

(十四) 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪

1. 构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 犯罪情节一般的，可以在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 情节严重的，可以在三年至四年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据犯罪数额等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

(十五) 走私、贩卖、运输、制造毒品罪

1. 构成走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 走私、贩卖、运输、制造鸦片一千克，海洛因、甲基苯丙胺五十克或者其它毒品数量达到数量大起点的，量刑起点为十五年有期徒刑。依法应当判处无期徒刑以上刑罚的除外。

(2) 走私、贩卖、运输、制造鸦片二百克，海洛因、甲基苯丙胺十克或者其它毒品数量达到数量较大起点的，可以在七年至八年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 走私、贩卖、运输、制造鸦片不满二百克，海洛因、甲基苯丙胺不满十克或者其他少量毒品的，可以在三年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点；情节严重的，可以在三年至四年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据毒品犯罪次数、人次、毒品数量等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

3. 有下列情节之一的，可以增加基准刑的 10%~30%：

- (1) 利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品的；
- (2) 向未成年人出售毒品的；
- (3) 毒品再犯。

4. 有下列情节之一的，可以减少基准刑的 30%以下：

- (1) 受雇运输毒品的；
- (2) 毒品含量明显偏低的；
- (3) 存在数量引诱情形的。

五、附则

1. 本指导意见规范上列十五种犯罪判处有期徒刑、拘役的案件。其他判处有期徒刑、拘役的案件，可以参照量刑的指导原则、基本方法和常见量刑情节的适用规范量刑。

2. 各高级人民法院应当结合当地实际制定实施细则。

3. 本指导意见自 2017 年 4 月 1 日起实施。《最高人民法院关于实施量刑规范化工作的通知》〔2013〕14 号）同时废止。

4. 相关刑法条文：（略）

最高人民法院 关于在全国法院开展扩大量刑规范化 范围试点的通知

2017年3月9日

法〔2017〕74号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

为继续推进量刑规范化改革，最高人民法院于2016年4月决定开展扩大量刑规范化范围试点，将危险驾驶罪等八个罪名的有期徒刑、拘役、罚金和缓刑纳入规范范围，并指定天津、辽宁、福建、海南、湖北、广西、云南、陕西等八个高级人民法院开展第一批试点，同时指定广东省广州市白云区人民法院就罚金刑开展试点。试点法院高度重视，积极稳妥组织试点，取得良好效果，为在全国法院试点积累了经验。我院在总结试点经验的基础上，制定了《关于常见犯罪的量刑指导意见（二）》（试行）[以下简称《量刑指导意见（二）》]。经研究决定，从2017年5月1日起在全国法院开展第二批试点。现将有关事项通知如下：

一、扩大试点范围

第二批试点法院的试点范围：危险驾驶罪、非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、信用卡诈骗罪、合同诈骗罪、非法持有毒品罪、容留他人吸毒罪和引诱、容留、介绍卖淫罪等八个罪名的有期徒刑和拘役，不包括罚金和缓刑。

第一批试点法院继续就上列八个罪名的有期徒刑、拘役、罚金和缓刑试点。广州市白云区人民法院继续就罚金刑试点。

二、试点目标任务

试点工作的目标任务是：根据《量刑指导意见（二）》制定实施细则，开展试点工作，在总结试点经验的基础上，修改完善《量刑指导意见（二）》和实施细则，为在全国法院全面试行积累经验。

（一）确定试点法院。各高级人民法院在辖区内指定1~2个中级法院、2~4个基层法院开展试点工作。试点法院应具有代表性，且有较好的工作基础。第一批试点中级、基层法院继续试点。

(二) 制定工作方案。各高级人民法院要认真研究制定试点工作方案,明确工作任务、工作措施、工作责任和工作时间表,确定责任人和联络员,保证试点工作落到实处。于3月底前将试点工作方案报送最高人民法院刑三庭。

(三) 制定实施细则。《量刑指导意见(二)》就八个罪名的量刑作了原则性规定。各高级人民法院要在深入调研、总结经验的基础上,结合审判实际研究制定实施细则,对个罪量刑起点幅度、增加刑罚量确定基准刑的情形及各种从重从轻量刑情节进行细化。第一批试点法院要认真修改完善罚金刑、缓刑的适用。实施细则要符合法律、司法解释规定,符合罪责刑相适应原则,符合量刑实际,具有可操作性。实施细则经审判委员会讨论,于4月底前报最高人民法院审查备案,经批准后正式试点。

(四) 开展试点工作。试点工作从今年5月至10月,为期半年。试点法院应通过具体案件的试点,全面检验《量刑指导意见(二)》及实施细则,重点检验个罪量刑起点幅度、增加刑罚量确定基准刑的刑罚幅度、从重从轻量刑情节的调节幅度等,确保试点案件的量刑公正。

三、试点工作要求

一要加强组织领导。试点工作时间紧、任务重,各高级人民法院和试点法院要高度重视,切实加强领导,精心组织试点。高级人民法院是试点工作的主要责任单位,要指定一名主管刑事的副院长具体负责,成立由高院刑庭负责人和试点中级、基层法院领导等参加的试点工作小组,层层抓好工作落实。要组织试点法院刑事法官认真学习《量刑指导意见(二)》及实施细则,保证试点取得实效。

二要精心试点案件。试点法院要认真做好试点案件审理工作,量刑时,合议庭要对量刑起点、基准刑、量刑情节调节比例、宣告刑的确定等进行重点评议,保证量刑公正。试点案件要做到一案一表,将每个试点案件的量刑情况纳入数据库,为实证研究积累第一手资料。上级法院要通过庭审观摩、案件评查等方式,加强对试点案件的具体指导,及时发现、解决实践中遇到的问题,保证量刑不出现大起大落。试点中遇到的重大问题,要及时层报最高人民法院。

三要及时总结经验。高级人民法院要及时掌握试点工作动态,加强试点工作研究,坚持边试点边总结,及时完善实施细则。今年11月底前对试点工作进行全面总结,对《量刑指导意见(二)》提出修改意见和建议,形成数据翔实、有理有据的试点工作报告,报送最高人民法院。第一批试点法院同时就规范罚金刑、缓刑的适用进行总结,并提出意见和建议。

附：

关于常见犯罪的量刑指导意见（二）（试行）

为深入推进量刑规范化改革，进一步扩大量刑规范化范围，根据刑法、刑事司法解释等相关规定，结合刑事审判实践，制定本指导意见。

一、八种常见犯罪的量刑

（一）危险驾驶罪

1. 构成危险驾驶罪的，可以在一个月至二个月拘役幅度内确定量刑起点。
2. 在量刑起点的基础上，可以根据危险驾驶行为等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。
3. 对于醉酒驾驶机动车的被告人，应当综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及认罪悔罪等情况，准确定罪量刑。对于情节显著轻微危害不大的，不予定罪处罚；犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚。

（二）非法吸收公众存款罪

1. 构成非法吸收公众存款罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

（1）犯罪情节一般的，可以在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

（2）达到数额巨大起点或者有其他严重情节的，可以在三年至四年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据非法吸收存款数额等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

（三）集资诈骗罪

1. 构成集资诈骗罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

（1）达到数额较大起点的，可以在二年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

（2）达到数额巨大起点或者有其他严重情节的，可以在五年至六年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

（3）达到数额特别巨大起点或者有其他特别严重情节的，可以在十年至十二年有期徒刑幅度内确定量刑起点。依法应当判处无期徒刑的除外。

2. 在量刑起点的基础上, 根据集资诈骗数额等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量, 确定基准刑。

(四) 信用卡诈骗罪

1. 构成信用卡诈骗罪的, 可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点:

(1) 达到数额较大起点的, 可以在二年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 达到数额巨大起点或者有其他严重情节的, 可以在五年至六年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 达到数额特别巨大起点或者有其他特别严重情节的, 可以在十年至十二年有期徒刑幅度内确定量刑起点。依法应当判处无期徒刑的除外。

2. 在量刑起点的基础上, 可以根据信用卡诈骗数额等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量, 确定基准刑。

(五) 合同诈骗罪

1. 构成合同诈骗罪的, 可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点:

(1) 达到数额较大起点的, 可以在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 达到数额巨大起点或者有其他严重情节的, 可以在三年至四年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 达到数额特别巨大起点或者有其他特别严重情节的, 可以在十年至十二年有期徒刑幅度内确定量刑起点。依法应当判处无期徒刑的除外。

2. 在量刑起点的基础上, 可以根据合同诈骗数额等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量, 确定基准刑。

(六) 非法持有毒品罪

1. 构成非法持有毒品罪的, 可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点:

(1) 非法持有鸦片一千克、海洛因或者甲基苯丙胺五十克或者其他毒品数量大的, 可以在七年至九年有期徒刑幅度内确定量刑起点。依法应当判处无期徒刑的除外。

(2) 非法持有毒品情节严重的, 可以在三年至四年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

(3) 非法持有鸦片二百克、海洛因或者甲基苯丙胺十克或者其他毒品数量较大的, 可以在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上, 可以根据毒品数量等其他影响犯罪构成的犯罪

事实增加刑罚量，确定基准刑。

(七) 容留他人吸毒罪

1. 构成容留他人吸毒罪的，可以在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点的基础上，可以根据容留他人吸毒的人数、次数等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

(八) 引诱、容留、介绍卖淫罪

1. 构成引诱、容留、介绍卖淫罪的，可以根据下列不同情形在相应的幅度内确定量刑起点：

(1) 情节一般的，可以在二年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

(2) 情节严重的，可以在五年至七年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

2. 在量刑起点基础上，可以根据引诱、容留、介绍卖淫的人数、次数等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

3. 旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的主要负责人，利用本单位的条件，引诱、容留、介绍他人卖淫的，可以增加基准刑的10%~20%。

二、附 则

1. 本指导意见规范上列八种犯罪判处有期徒刑、拘役的案件。
2. 各高级人民法院应当结合当地实际制定实施细则。
3. 本指导意见自2017年5月1日起试行。
4. 相关刑法条文：(略)

最高人民法院
关于罪犯因漏罪、新罪数罪并罚时
原减刑裁定应如何处理的意见

2012年1月18日

法〔2012〕44号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

近期，我院接到一些地方高级人民法院关于判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，罪犯因漏罪或者又犯新罪数罪并罚时，原减刑裁定应如何处理的请示。

为统一法律适用，经研究，提出如下意见：

罪犯被裁定减刑后，因被发现漏罪或者又犯新罪而依法进行数罪并罚时，经减刑裁定减去的刑期不计入已经执行的刑期。

在此后对因漏罪数罪并罚的罪犯依法减刑，决定减刑的频次、幅度时，应当对其原经减刑裁定减去的刑期酌予考虑。

（二）刑法分则

1. 危害公共安全罪

最高人民法院 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

2009年9月11日

法发〔2009〕47号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院；全国地方各中级人民法院，各大单位军事法院，新疆生产建设兵团各中级法院：

近年来，随着我国经济社会快速发展，机动车辆数量和驾驶员人数猛增，无视交通管理法律法规，酒后乃至醉酒驾车的违法犯罪也日益增多，给社会和广大人民群众生命、健康造成了严重危害。据公安机关统计，1998年，全国共发生5075起酒后和醉酒驾车肇事案件，造成2363人死亡；2008年，发生7518起，死亡3060人；2009年1月至8月，共发生3206起，造成1302人死亡，其中，酒后驾车肇事2162起，造成893人死亡；醉酒驾车肇事1044起，造成409人死亡。醉酒驾车犯罪呈多发、高发态势，危害更加严重，一次致多人死伤的案件屡有发生。特别是近一段时期以来，成都、南京、杭州等地连续发生多起重大醉酒驾车肇事案件，引发了社会舆论的广泛、高度关注。

为依法严惩醉酒驾车犯罪，统一法律适用标准，充分发挥刑罚功能，有效遏制醉酒驾车犯罪的多发、高发态势，切实维护广大人民群众的生命、健康安

全，2009年9月8日，最高人民法院召开新闻发布会，就醉酒驾车犯罪的法律适用等问题提出了指导性意见，并公布了两起醉酒驾车的犯罪典型案例。现将最高人民法院对醉酒驾车犯罪法律适用问题的指导意见及两起典型案例印发给你们，供审理相关案件时参照执行。

附一：

关于醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见

为依法严肃处理醉酒驾车犯罪案件，统一法律适用标准，充分发挥刑罚惩治和预防犯罪的功能，有效遏制酒后和醉酒驾车犯罪的多发、高发态势，切实维护广大人民群众的生命健康安全，有必要对醉酒驾车犯罪法律适用问题作出统一规范。

一、准确适用法律，依法严惩醉酒驾车犯罪

刑法规定，醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。行为人明知酒后驾车违法、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。对此类醉酒驾车造成重大伤亡的，应依法以以危险方法危害公共安全罪定罪。

2009年9月8日公布的两起醉酒驾车犯罪案件中，被告人黎景全和被告人孙伟铭都是在严重醉酒状态下驾车肇事，连续冲撞，造成重大伤亡。其中，黎景全驾车肇事后，不顾伤者及劝阻他的众多村民的安危，继续驾车行驶，致2人死亡，1人轻伤；孙伟铭长期无证驾驶，多次违反交通法规，在醉酒驾车与其他车辆追尾后，为逃逸继续驾车超限速行驶，先后与4辆正常行驶的轿车相撞，造成4人死亡、1人重伤。被告人黎景全和被告人孙伟铭在醉酒驾车发生交通事故后，继续驾车冲撞行驶，其主观上对他人伤亡的危害结果明显持放任态度，具有危害公共安全的故意。二被告人的行为均已构成以危险方法危害公共安全罪。

二、贯彻宽严相济刑事政策，适当裁量刑罚

根据刑法第一百一十五条第一款的规定，醉酒驾车，放任危害结果发生，造成重大伤亡事故，构成以危险方法危害公共安全罪的，应处以十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。具体决定对被告人的刑罚时，要综合考虑此类犯罪

的性质、被告人的犯罪情节、危害后果及其主观恶性、人身危险性。一般情况下，醉酒驾车构成本罪的，行为人在主观上并不希望、也不追求危害结果的发生，属于间接故意犯罪，行为的主观恶性与以制造事端为目的而恶意驾车撞人并造成重大伤亡后果的直接故意犯罪有所不同，因此，在决定刑罚时，也应当有所区别。此外，醉酒状态下驾车，行为人的辨认和控制能力实际有所减弱，量刑时也应酌情考虑。

被告人黎景全和被告人孙伟铭醉酒驾车犯罪案件，依法没有适用死刑，而是分别判处无期徒刑，主要考虑到二被告人均系间接故意犯罪，与直接故意犯罪相比，主观恶性不是很深，人身危险性不是很大；犯罪时驾驶车辆的控制能力有所减弱；归案后认罪、悔罪态度较好，积极赔偿被害方的经济损失，一定程度上获得了被害方的谅解。广东省高级人民法院和四川省高级人民法院的终审裁判对二被告人的量刑是适当的。

三、统一法律适用，充分发挥司法审判职能作用

为依法严肃处理醉酒驾车犯罪案件，遏制酒后和醉酒驾车对公共安全造成的严重危害，警示、教育潜在违规驾驶人员，今后，对醉酒驾车，放任危害结果的发生，造成重大伤亡的，一律按照本意见规定，并参照附发的典型案例，依法以以危险方法危害公共安全罪定罪量刑。

为维护生效裁判的既判力，稳定社会关系，对于此前已经处理过的将特定情形的醉酒驾车认定为交通肇事罪的案件，应维持终审裁判，不再变动。

本意见执行中有何情况和问题，请及时层报最高人民法院。

附二：

有关醉酒驾车犯罪案例

一、被告人黎景全以危险方法危害公共安全案

被告人黎景全，男，汉族，1964年4月30日出生于广东省佛山市，初中文化，佛山市个体运输司机。1981年12月11日因犯抢劫罪、故意伤害罪被判处有期徒刑四年六个月。2006年9月17日因本案被刑事拘留，同月28日被逮捕。

2006年9月16日18时50分许，被告人黎景全大量饮酒后，驾驶机动车牌号为粤A1J374的面包车由南向北行驶至广东省佛山市南海区盐步碧华村新路治

安亭附近路段时，从后面将骑自行车的被害人李洁霞及其搭乘的儿子陈柏宇撞倒，致陈柏宇经伤。撞人后，黎景全继续开车前行，撞坏治安亭前的铁闸及旁边的柱子，又掉头由北往南向穗盐路方向快速行驶，车轮被卡在路边花地上。被害人梁锡全（系黎景全的好友）及其他村民上前救助伤者并劝阻黎景全，黎景全加大油门驾车冲出花地，碾过李洁霞后撞倒梁锡全，致李洁霞、梁锡全死亡。黎景全驾车驶出路面外被治安队员及民警抓获。经检验，黎景全案发时血液中检出乙醇成分，含量为 369.9 毫克/100 毫升。

被告人黎景全在医院被约束至酒醒后，对作案具体过程无记忆，当得知自己撞死二人、撞伤一人时，十分懊悔。虽然其收入微薄，家庭生活困难，但仍多次表示要积极赔偿被害人亲属的经济损失。

广东省佛山市人民检察院指控被告人黎景全犯以危险方法危害公共安全罪，向佛山市中级人民法院提起公诉。佛山市中级人民法院于 2007 年 2 月 7 日以〔2007〕佛刑一初字第 1 号刑事附带民事判决，认定被告人黎景全犯以危险方法危害公共安全罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。宣判后，黎景全提出上诉。广东省高级人民法院于 2008 年 9 月 17 日以〔2007〕粤高法刑一终字第 131 号刑事裁定，驳回上诉，维持原判，并依法报请最高人民法院核准。

最高人民法院复核认为，被告人黎景全酒后驾车撞倒他人后，仍继续驾驶，冲撞人群，其行为已构成以危险方法危害公共安全罪。黎景全醉酒驾车撞人，致二人死亡、一人轻伤，犯罪情节恶劣，后果特别严重，应依法惩处。鉴于黎景全是在严重醉酒状态下犯罪，属间接故意犯罪，与蓄意危害公共安全的直接故意犯罪有所不同；且其归案后认罪、悔罪态度较好，依法可不判处死刑。第一审判决、第二审裁定认为的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，审判程序合法，但量刑不当。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十九条和《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》第四条的规定，裁定不核准被告人黎景全死刑，撤销广东省高级人民法院〔2007〕粤高法刑一终字第 131 号刑事裁定，发回广东省高级人民法院重新审判。

广东省高级人民法院重审期间，与佛山市中级人民法院一同做了大量民事调解工作。被告人黎景全的亲属倾其所有，筹集 15 万元赔偿给被害人。

广东省高级人民法院审理认为，被告人黎景全醉酒驾车撞倒李洁霞所骑自行车后，尚知道驾驶车辆掉头行驶；在车轮被路边花地卡住的情况下，知道将车辆驶回路面，说明其案发时具有辨认和控制能力。黎景全撞人后，置被撞人员于不顾，也不顾在车前对其进行劝阻和救助伤者的众多村民，仍继续驾车企图离开现场，撞向已倒地的李洁霞和救助群众梁锡全，致二人死亡，说明其主观上对在场人员伤亡的危害结果持放任态度，具有危害公共安全的间接故意。因此，其行为已构成以危险方法危害公共安全罪。黎景全犯罪的情节恶

劣，后果严重。但鉴于黎景全系间接故意犯罪，与蓄意危害公共安全的直接故意犯罪相比，主观恶性不是很深，人身危险性不是很大；犯罪时处于严重醉酒状态，辨认和控制能力有所减弱；归案后认罪、悔罪态度较好，积极赔偿了被害方的经济损失，依法可从轻处罚。据此，于2009年9月8日作出〔2007〕粤高法刑一终字第131-1号刑事判决，认定被告人黎景全犯以危险方法危害公共安全罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。

二、被告人孙伟铭以危险方法危害公共安全案

被告人孙伟铭，男，汉族，1979年5月9日出生于西藏自治区，高中文化，成都奔腾电子信息技术有限公司员工。2008年12月15日被刑事拘留，同月26日被逮捕。

2008年5月，被告人孙伟铭购买一辆车牌号为川A43K66的别克轿车。之后，孙伟铭在未取得驾驶证的情况下长期驾驶该车，并多次违反交通法规。同年12月14日中午，孙伟铭与其父母为亲属祝寿，大量饮酒。当日17时许，孙伟铭驾驶其别克轿车行至四川省成都市成龙路“蓝谷地”路口时，从后面撞向与其同向行驶的车牌号为川A9T332的一辆比亚迪轿车尾部。肇事后，孙伟铭继续驾车超限速行驶，行至成龙路“卓锦城”路段时，越过中心黄色双实线，先后与对面车道正常行驶的车牌号分别为川AUZ872的长安奔奔轿车、川AK1769的长安奥拓轿车、川AVD241的福特蒙迪欧轿车、川AMC337的奇瑞QQ轿车等4辆轿车相撞，造成车牌号为川AUZ872的长安奔奔轿车上的张景全、尹国辉夫妇和金亚民、张成秀夫妇死亡，代玉秀重伤，以及公私财产损失5万余元。经鉴定，孙伟铭驾驶的车辆碰撞前瞬间的行驶速度为134~138公里/小时；孙伟铭案发时血液中的乙醇含量为135.8毫克/100毫升。案发后，孙伟铭的亲属赔偿被害人经济损失11.4万元。

四川省成都市人民检察院指控被告人孙伟铭犯以危险方法危害公共安全罪，向成都市中级人民法院提起公诉。成都市中级人民法院于2009年7月22日以〔2009〕成刑初字第158号刑事判决，认定被告人孙伟铭犯以危险方法危害公共安全罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。宣判后，孙伟铭提出上诉。

四川省高级人民法院审理期间，被告人孙伟铭之父孙林表示愿意代为赔偿被害人的经济损失，社会各界人士也积极捐款帮助赔偿。经法院主持调解，孙林代表孙伟铭与被害方达成民事赔偿协议，并在身患重病、家庭经济并不宽裕的情况下，积极筹款赔偿了被害方经济损失，取得被害方一定程度的谅解。

四川省高级人民法院审理认为，被告人孙伟铭无视交通法规和公共安全，在未取得驾驶证的情况下，长期驾驶机动车辆，多次违反交通法规，且在醉酒驾车发生交通事故后，继续驾车超限速行驶，冲撞多辆车辆，造成数人伤亡的

严重后果，说明其主观上对危害结果的发生持放任态度，具有危害公共安全的间接故意，其行为已构成以危险方法危害公共安全罪。孙伟铭犯罪情节恶劣，后果严重。但鉴于孙伟铭是间接故意犯罪，不希望、也不积极追求危害后果发生，与直接故意驾车撞击车辆、行人的犯罪相比，主观恶性不是很深，人身危险性不是很大；犯罪时处于严重醉酒状态，其对自己行为的辨认和控制能力有所减弱；案发后，真诚悔罪，并通过亲属积极筹款赔偿被害方的经济损失，依法可从轻处罚。据此，四川省高级人民法院于2009年9月8日作出〔2009〕川刑终字第690号刑事判决，认定被告人孙伟铭犯以危险方法危害公共安全罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。

最高人民法院 最高人民检察院 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18日

法发〔2013〕15号

为保障法律的正确、统一实施，依法惩处醉酒驾驶机动车犯罪，维护公共安全和人民群众生命财产安全，根据刑法、刑事诉讼法的有关规定，结合侦查、起诉、审判实践，制定本意见。

一、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，依照刑法第一百三十三条之一第一款的规定，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。

二、醉酒驾驶机动车，具有下列情形之一的，依照刑法第一百三十三条之一第一款的规定，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

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。

三、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。

四、对醉酒驾驶机动车的被告人判处罚金，应当根据被告人的醉酒程度、是否造成实际损害、认罪悔罪态度等情况，确定与主刑相适应的罚金数额。

五、公安机关在查处醉酒驾驶机动车的犯罪嫌疑人时，对查获经过、呼气酒精含量检验和抽取血样过程应当制作记录；有条件的，应当拍照、录音或者录像；有证人的，应当收集证人证言。

六、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本意见第一条规定的醉酒标准，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本意见第一条规定的醉酒标准的，应当认定为醉酒。

七、办理醉酒驾驶机动车刑事案件，应当严格执行刑事诉讼法的有关规定，切实保障犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，在法定诉讼期限内及时侦查、起诉、审判。

对醉酒驾驶机动车的犯罪嫌疑人、被告人，根据案件情况，可以拘留或者取保候审。对符合取保候审条件，但犯罪嫌疑人、被告人不能提出保证人，也不交纳保证金的，可以监视居住。对违反取保候审、监视居住规定的犯罪嫌疑人、被告人，情节严重的，可以予以逮捕。

【 解 读 】

解读《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18日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合印发了《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》（以下简称《意见》）。《意见》根据《刑法》和《刑事诉讼法》的有关规定，结合侦查、起诉、审判实践，进一步明确了醉酒驾驶机动车犯罪有关法律的适用问题。这是

最高人民法院、最高人民检察院、公安部依法惩处醉酒驾驶机动车犯罪，维护公共安全和人民群众生命、财产安全，保障法律正确、统一实施的重要举措。为便于深入理解和掌握《意见》的基本精神和主要内容，现就《意见》的有关问题解读如下：

一、制定《意见》的背景及过程

近年来，随着我国经济快速发展，人民生活水平不断提高，机动车逐渐成为重要的交通工具，机动车保有量逐年提高，相伴而生的违法驾驶行为也日益增多。其中，醉酒驾驶机动车造成的重大交通事故频发，严重危害人民群众生命健康和财产安全，引起社会广泛关注。为了有效遏制醉酒驾驶机动车等危险驾驶行为，维护公共安全和人民群众生命、财产安全，全国人大常委会于2011年2月25日通过的《刑法修正案（8）》增设了《刑法》第133条之一危险驾驶罪。该条第1款规定：“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。”

醉驾入刑两年来，全国查处酒后驾驶共计87.1万起，同比下降39.3%，其中醉酒驾驶12.2万起，同比下降42.7%。这一方面说明醉驾入刑在预防交通违法行为、保护人民群众生命、财产安全方面起到较好作用，“开车不喝酒，喝酒不开车”的交通安全理念已经逐渐为社会公众所普遍接受；另一方面也说明醉酒驾驶机动车犯罪的总体形势仍然比较严峻，仍属常见、多发型犯罪，必须继续加大执法办案和舆论宣传的工作力度，确保醉酒驾驶机动车犯罪持续下降。为规范、统一醉酒驾驶机动车刑事案件的法律适用，保障法律的正确实施，依法严惩醉酒驾驶机动车犯罪行为，最高人民检察院会同最高人民法院、公安部，经深入调查研究，广泛征求各方意见，联合制定了《意见》。

二、主要内容及说明

《意见》以从严惩治醉酒驾驶机动车犯罪为主要原则，主要规定了七个方面的内容，包括：一是关于醉酒驾驶机动车的入罪标准；二是关于醉酒驾驶机动车的从重处罚情形；三是关于数罪并罚的规定；四是关于适用罚金刑的规定；五是关于公安机关办理醉酒驾驶机动车刑事案件收集证据的要求；六是关于醉酒的认定依据；七是关于醉酒驾驶机动车刑事案件适用强制措施的规定。

（一）关于醉酒驾驶机动车的入罪标准

《意见》第1条共分两款，明确了醉酒驾驶机动车的入罪标准及“道路”“机动车”的含义。

第1款规定了醉酒驾驶机动车的入罪标准，即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，应当以危险驾

驶罪定罪处罚。根据《刑法》第133条之一第1款的规定，在道路上醉酒驾驶机动车，即构成危险驾驶罪。而判断醉酒的国家标准是血液中的酒精含量。根据国家质量监督检验检疫总局、国家标准化管理委员会2011年1月14日发布的《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》（国家标准GB19522—2010）的规定，车辆驾驶人员每100毫升血液中酒精含量大于或等于20毫克，且小于80毫克为饮酒后驾车；车辆驾驶人员每100毫升血液中酒精含量大于或等于80毫克为醉酒后驾车。这一标准是经过调查研究、多方论证的结果，具有较强的科学性，且实践操作多年，已得到社会广泛认可，《意见》予以采用。

第2款明确了“道路”“机动车”的含义，即第1款规定的“道路”“机动车”，适用《道路交通安全法》的有关规定。根据《道路交通安全法》第119条的规定，“道路”，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；“机动车”，是指以动力装置驱动或者牵引，上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆；“非机动车”，是指以人力或者畜力驱动，上道路行驶的交通工具，以及虽有动力装置驱动但设计最高时速、空车质量、外形尺寸符合有关国家标准的残疾人机动轮椅车、电动自行车等交通工具。需要说明的是，根据《道路交通安全法》的上述规定，对于机关、企事业单位、厂矿、校园、住宅小区等单位管辖范围内的路段、停车场，若相关单位允许社会机动车通行，则也属于“道路”范围，在这些地方醉酒驾驶机动车的，同样构成危险驾驶罪。

（二）关于醉酒驾驶机动车的从重处罚情形

《意见》第2条明确了醉酒驾驶机动车的从重处罚情形。主要从醉酒驾驶机动车发生危害后果、醉酒驾驶机动车行为的危险性、行为人的主观恶性三个方面，规定了八种情形。

第1项明确了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，从重处罚。这主要是考虑到，在这种情形中，醉酒驾驶机动车行为已经造成危害后果，有必要从重处罚。第2项明确了血液酒精含量达到200毫克/100毫升以上的，从重处罚。这主要是考虑到，从全国查处醉酒驾驶机动车的情况看，被告人血液酒精含量在200毫克/100毫升以上的约占被查处者的20%，以此作为从重处罚的标准，比例较为适中。第3项明确了在高速公路、城市快速路上醉酒驾驶机动车的，从重处罚。这主要是考虑到，在高速公路、城市快速路上醉酒驾驶的行为具有高度危险性，有必要从重处罚。在征求意见过程中，有的建议对在闹市区、繁华路段醉酒驾驶的也应从重处罚。考虑到闹市区、繁华路段在实践中难以界定，且时间段不

同,人流量也会不同,容易引发争议,故未作规定。实践中如在行人明显较多、车流量明显较大的地段醉酒驾驶的,可以作为其他从重处罚的情形予以处理。第4项明确了醉酒驾驶载有乘客的营运机动车的,从重处罚。《意见》原采用“驾驶载有乘客的客运机动车”的表述。经研究,在《道路交通安全法》的规定中,“客运机动车”与“货运机动车”是相对应的概念,包括私家车等常见载人机动车,采用“客运机动车”的表述可能导致打击面过大。鉴于本项规定的主要目的是保障乘坐公共交通工具乘客的生命、财产安全,故表述为“营运机动车”更为准确,且《道路交通安全法》第91条第4款也对醉酒驾驶营运机动车的处罚作了专门规定。同时,为避免打击面过大,宜仅限于查获时载有乘客的情形;对空驶营运机动车的,因没有实际危害到乘客安全,可不作为从重处罚的情形。第5项明确了有严重超员、超载或者超速醉酒驾驶机动车,无驾驶资格醉酒驾驶机动车,使用伪造或者变造的机动车牌证并且醉酒驾驶机动车等严重违反《道路交通安全法》的行为的,从重处罚。这主要是考虑到,上述三种严重违反《道路交通安全法》的行为在实践中较为常见,有的对道路安全带来高度危险,有的反映出行为人恶意违法性。对其他严重违反《道路交通安全法》的行为,用“等”字概括。公安机关在查处这类醉酒驾驶机动车行为时应注意收集相关证据。第6项明确了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,从重处罚。这主要是考虑到,在实践中有的行为人为逃避法律追究,采取各种方式阻碍公安机关依法检查,其行为虽未构成妨害公务等其他犯罪,但仍应予以从重处罚。第7项明确了曾因酒后驾驶机动车受过行政处罚或者刑事追究的,从重处罚。这主要是考虑到,这类行为人屡教不改,受过处罚后继续实施违法犯罪行为,主观恶性较大,有必要予以从重处罚。第8项是兜底条款。

(三) 关于数罪并罚的规定

《意见》第3条明确了醉酒驾驶机动车,又构成其他犯罪的处理原则,即醉酒驾驶机动车,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。在研究起草过程中、有部门反映,实践中存在暴力冲卡、抗拒检查的情况,建议明确规定如何处理。经研究认为,行为人醉酒驾驶机动车,其行为已构成危险驾驶罪;其后采取暴力、威胁方法抗拒检查的,又构成妨害公务罪;造成严重后果的,可能还会构成故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪等,行为人实施多个行为触犯了多个罪名,应当依照数罪并罚的规定处罚。

(四) 关于适用罚金刑的规定

《意见》第4条明确了罚金刑适用的问题,即对醉酒驾驶机动车的被告人判处罚金,应当根据被告人的醉酒程度、是否造成实际损害、认罪悔罪态度等

情况，确定与主刑相适应的罚金数额。在司法实践中，有的地方存在罚金数额偏高、主刑与罚金刑失衡等问题。有部门建议对罚金数额作出明确规定。经研究，本条根据2000年最高人民法院《关于适用财产刑若干问题的规定》第2条“人民法院应当根据犯罪情节，如违法所得数额、造成损失的大小等，并综合考虑犯罪分子缴纳罚金的能力，依法判处罚金”的规定，作出原则性规定。其中，明确要求判处的罚金数额应当与主刑相适应。

（五）关于公安机关办理醉酒驾驶机动车刑事案件收集证据的要求

《意见》第5条明确了公安机关查处醉酒驾驶机动车刑事案件时的取证问题，即公安机关在查处醉酒驾驶机动车的犯罪嫌疑人时，对查获经过、呼气酒精含量检验和抽取血样过程应当制作记录；有条件的，应当拍照、录音或者录像；有证人的，应当收集证人证言。特别是考虑到有的地方执法人员并不具备随身携带照相、录音或者录像设备的条件，如临时发现醉酒驾驶机动车并查的，难以做到同步拍照、录音或者录像。因此，本条对拍照、录音或者录像要求作了灵活规定。

（六）关于醉酒的认定依据

《意见》第6条共分两款，明确了醉酒的认定依据。

第1款明确了两个方面的问题：一是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。主要考虑是：《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》（国家标准GB19522—2010）规定了四种检测驾驶人员是否酒后驾驶的方法，即呼气酒精含量检验、血液酒精含量检验、唾液酒精检测、人体平衡试验。目前，世界各国普遍采用的检测方法是呼气酒精含量检验或者血液酒精含量检验。其中，呼气酒精含量检验的操作方法简单、快捷，易被掌握，故被广泛采用。但实践表明，呼气酒精含量检测仪精确度不够高，特别是在测出的数值处于临界点时易受到质疑，血液酒精含量检验的方法相对更为科学、客观。为确保证明犯罪嫌疑人醉酒驾驶的证据确实、充分，公安部制定的《关于公安机关办理醉酒驾驶机动车犯罪案件的指导意见》（公安管〔2011〕190号）规定，交通民警在检查中发现机动车驾驶人有酒后驾驶机动车嫌疑的，应当立即进行呼气酒精含量检验，对涉嫌醉酒驾驶机动车的，应当立即提取血样，送交县级以上公安机关检验鉴定机构或者其他具备资格的检验鉴定机构检验。实践证明这些规定效果良好。因此，本条规定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最主要依据。二是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。这主要是考虑到，犯罪嫌疑人在抽取血样之前脱逃的，公安机关无法对其进行血液酒精含量检验，犯罪嫌疑人应当承担由其脱逃行为带来的不利后果。

第2款明确了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《意见》第1条规定的醉酒标准的,应当认定为醉酒。在研究起草过程中,对这一问题有两种意见:一种意见认为,针对实践中发生的犯罪嫌疑人为逃避法律追究,在检查时当场饮酒的情况,有必要明确规定以其饮酒之后的血液酒精含量检验结果作为认定其醉酒的依据。另一种意见认为,虽然从常理分析,如果犯罪嫌疑人没有醉酒驾驶机动车,其没有必要在检查时饮酒,但若以此为依据,无法实际证明犯罪嫌疑人此前驾车时确实达到醉酒状态,有推定犯罪之嫌。经研究,《意见》采纳了第一种意见,主要考虑是:首先,醉驾入刑的目的是加大对醉酒驾驶机动车行为的打击力度,有效防范风险,如果犯罪嫌疑人醉酒驾驶机动车后以此方法逃避法律追究,将会产生不良示范效应,不利于对社会安全和公众利益的保护。其次,国外有理论和实践认为,犯罪嫌疑人停车接受公安机关执法检查,属于被迫、非正常停驶,可视为仍处于驾驶状态。犯罪嫌疑人在此期间饮酒的,仍可视为其在驾驶时饮酒;其在饮酒后达到醉驾标准的,可以认定为醉驾。

(七) 关于醉酒驾驶机动车刑事案件适用强制措施的规定

《意见》第7条共分两款,明确了醉酒驾驶机动车刑事案件适用强制措施的问题。

第1款强调办理醉酒驾驶机动车刑事案件,应严格执行《刑事诉讼法》的有关规定,不得违法办案,切实保障犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利,在法定诉讼期限内及时侦查、起诉、审判。

第2款明确了对醉酒驾驶机动车的犯罪嫌疑人、被告人,根据案件情况,可以拘留或者取保候审;对符合取保候审条件,但犯罪嫌疑人、被告人不能提出保证人,也不交纳保证金的,可以监视居住;对违反取保候审、监视居住规定的犯罪嫌疑人、被告人,情节严重的,可以予以逮捕。

在征求意见过程中,各地司法机关普遍反映,根据《刑法》和《刑事诉讼法》的规定,对醉酒驾驶机动车的犯罪嫌疑人、被告人不得直接适用逮捕措施,导致实践处理存在诸多困难,如犯罪嫌疑人、被告人脱逃,一审宣判后难以收监执行等。经研究认为,根据《刑事诉讼法》的有关规定,对可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人,采取取保候审尚不足以防止社会危险性的,才能予以逮捕。而危险驾驶罪的法定刑为拘役,故对醉酒驾驶机动车的犯罪嫌疑人、被告人可以采取拘留或者取保候审措施,但不得直接采取逮捕措施。对符合取保候审条件,但犯罪嫌疑人、被告人不能提出保证人,也不交纳保证金的,可以监视居住。只有犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审、监视居住规定,情节严重的,才可依法予以逮捕。如果犯罪嫌疑人、被告人脱逃的,可

以按照有关程序进行追逃抓捕。

在征求意见过程中，有意见认为，监视居住适用于符合逮捕条件，但犯罪嫌疑人、被告人或者案件具有《刑事诉讼法》第72条第1款规定的特定情形。只具有醉酒驾驶机动车行为的犯罪嫌疑人、被告人，除违反取保候审规定并且情节严重的以外，不符合逮捕条件。依法不应予以监视居住。还有意见认为，《刑事诉讼法》第79条第3款规定：“被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审、监视居住规定，情节严重的，可以予以逮捕。”但《刑事诉讼法》第79条第1款将可能判处有期徒刑以上刑罚作为一般情况下逮捕的条件之一，因此，对只能判处拘役的涉嫌醉酒驾驶机动车的犯罪嫌疑人、被告人，即使违反取保候审、监视居住规定，情节严重，也不能予以逮捕。经研究认为，一是《刑事诉讼法》第72条第2款明确规定，对符合取保候审条件，但犯罪嫌疑人、被告人不能提出保证人，也不交纳保证金的，可以监视居住，《意见》的规定符合《刑事诉讼法》的规定。二是犯罪嫌疑人、被告人有逃跑、干扰证人作证、毁灭、伪造证据或者串供等违反取保候审、监视居住规定的行为，妨碍了刑事诉讼的正常进行，损害了法律的实施和权威，情节严重的还可能引发新的犯罪。《刑事诉讼法》第79条第3款的规定是针对被取保候审、监视居住人违反取保候审、监视居住规定，严重影响诉讼活动正常进行，可以予以逮捕的专门规定，应当适用于只能判处拘役的涉嫌醉酒驾驶机动车的犯罪嫌疑人、被告人。《意见》的规定符合《刑事诉讼法》的规定和立法精神。

（撰稿人：陈国庆 韩耀元 吴岍滨）

最高人民法院 最高人民检察院 公安部
关于依法惩治妨害公共交通工具
安全驾驶违法犯罪行为的指导意见

2019年1月8日

公通字〔2019〕1号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

近期，一些地方接连发生在公共交通工具上妨害安全驾驶的行为。有的乘客仅因琐事纷争，对正在驾驶公共交通工具的驾驶人员实施暴力干扰行为，造

内容由平乱网（www.docsriver.com）入驻商家巨力法律书制作发布

成重大人员伤亡、财产损失，严重危害公共安全，社会反响强烈。为依法惩治妨害公共交通工具安全驾驶违法犯罪行为，维护公共交通安全秩序，保护人民群众生命财产安全，根据有关法律规定，制定本意见。

一、准确认定行为性质，依法从严惩处妨害安全驾驶犯罪

(一) 乘客在公共交通工具行驶过程中，抢夺方向盘、变速杆等操纵装置，殴打、拉拽驾驶人员，或者有其他妨害安全驾驶行为，危害公共安全，尚未造成严重后果的，依照刑法第一百一十四条的规定，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，依照刑法第一百一十五条第一款的规定，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

实施前款规定的行为，具有以下情形之一的，从重处罚：

1. 在夜间行驶或者恶劣天气条件下行驶的公共交通工具上实施的；
2. 在临水、临崖、急弯、陡坡、高速公路、高架道路、桥隧路段及其他易发生危险的路段实施的；
3. 在人员、车辆密集路段实施的；
4. 在实际载客 10 人以上或者时速 60 公里以上的公共交通工具上实施的；
5. 经他人劝告、阻拦后仍然继续实施的；
6. 持械袭击驾驶人员的；
7. 其他严重妨害安全驾驶的行为。

实施上述行为，即使尚未造成严重后果，一般也不得适用缓刑。

(二) 乘客在公共交通工具行驶过程中，随意殴打其他乘客，追逐、辱骂他人，或者起哄闹事，妨害公共交通工具运营秩序，符合刑法第二百九十三条规定的，以寻衅滋事罪定罪处罚；妨害公共交通工具安全行驶，危害公共安全的，依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

(三) 驾驶人员在公共交通工具行驶过程中，与乘客发生纷争后违规操作或者擅离职守，与乘客厮打、互殴，危害公共安全，尚未造成严重后果的，依照刑法第一百一十四条的规定，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，依照刑法第一百一十五条第一款的规定，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

(四) 对正在进行的妨害安全驾驶的违法犯罪行为，乘客等人员有权采取措施予以制止。制止行为造成违法犯罪行为人损害，符合法定条件的，应当认定为正当防卫。

(五) 正在驾驶公共交通工具的驾驶人员遭到妨害安全驾驶行为侵害时，为避免公共交通工具倾覆或者人员伤亡等危害后果发生，采取紧急制动或者躲

避措施，造成公共交通工具、交通设施损坏或者人身损害，符合法定条件的，应当认定为紧急避险。

（六）以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法处置妨害安全驾驶违法犯罪行为、维护公共交通秩序的，依照刑法第二百七十七条的规定，以妨害公务罪定罪处罚；暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，从重处罚。

（七）本意见所称公共交通工具，是指公共汽车、公路客运车，大、中型出租车等车辆。

二、加强协作配合，有效维护公共交通安全秩序

妨害公共交通工具安全驾驶行为具有高度危险性，极易诱发重大交通事故，造成重大人身伤亡、财产损失，严重威胁公共安全。各级人民法院、人民检察院和公安机关要高度重视妨害安全驾驶行为的现实危害，深刻认识维护公共交通秩序对于保障人民群众生命财产安全与社会和谐稳定的重大意义，准确认定行为性质，依法从严惩处，充分发挥刑罚的震慑、教育作用，预防、减少妨害安全驾驶不法行为发生。

公安机关接到妨害安全驾驶相关警情后要及时处警，采取果断措施予以处置；要妥善保护事发现场，全面收集、提取证据，特别是注意收集行车记录仪、道路监控等视听资料。人民检察院应当对公安机关的立案、侦查活动进行监督；对于公安机关提请批准逮捕、移送审查起诉的案件，符合逮捕、起诉条件的，应当依法予以批捕、起诉。人民法院应当及时公开、公正审判。对于妨害安全驾驶行为构成犯罪的，严格依法追究刑事责任；尚不构成犯罪但构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚。

在办理案件过程中，人民法院、人民检察院和公安机关要综合考虑公共交通工具行驶速度、通行路段情况、载客情况、妨害安全驾驶行为的严重程度及对公共交通安全的危害大小、行为人认罪悔罪表现等因素，全面准确评判，充分彰显强化保障公共交通安全的价值导向。

三、强化宣传警示教育，提升公众交通安全意识

人民法院、人民检察院、公安机关要积极回应人民群众关切，对于社会影响大、舆论关注度高的重大案件，在依法办案的同时要视情向社会公众发布案件进展情况。要广泛拓展传播渠道，尤其是充分运用微信公众号、微博等网络新媒体，及时通报案件信息、澄清事实真相，借助焦点案事件向全社会传递公安和司法机关坚决惩治妨害安全驾驶违法犯罪的坚定决心，提升公众的安全意识、规则意识和法治意识。

办案单位要切实贯彻“谁执法、谁普法”的普法责任制，以各种有效形式

开展以案释法，选择妨害安全驾驶犯罪的典型案例进行庭审直播，或者邀请专家学者、办案人员进行解读，阐明妨害安全驾驶行为的违法性、危害性。要坚持弘扬社会正气，选择及时制止妨害安全驾驶行为的见义勇为事例进行褒扬，向全社会广泛宣传制止妨害安全驾驶行为的正当性、必要性。

各地各相关部门要认真贯彻执行。执行中遇有问题，请及时上报。

最高人民法院 印发《关于进一步加强危害生产安全 刑事案件审判工作的意见》的通知

2011年12月30日

法发〔2011〕20号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

现将《最高人民法院关于进一步加强危害生产安全刑事案件审判工作的意见》印发给你们，请认真贯彻执行。本意见贯彻执行中遇到的问题，请及时报告最高人民法院。

附：

关于进一步加强危害生产安全 刑事案件审判工作的意见

为依法惩治危害生产安全犯罪，促进全国安全生产形势持续稳定好转，保护人民群众生命财产安全，现就进一步加强危害生产安全刑事案件审判工作，制定如下意见。

一、高度重视危害生产安全刑事案件审判工作

1. 充分发挥刑事审判职能作用，依法惩治危害生产安全犯罪，是人民法院为大局服务、为人民司法的必然要求。安全生产关系到人民群众生命财产安全，事关改革、发展和稳定的大局。当前，全国安全生产状况呈现总体稳定、持续好转的发展态势，但形势依然严峻，企业安全生产基础依然薄弱；非法、

违法生产，忽视生产安全的现象仍然十分突出；重特大生产安全责任事故时有发生，个别地方和行业重特大责任事故上升。一些重特大生产安全责任事故举国关注，相关案件处理不好，不仅起不到应有的警示作用，不利于生产安全事故的防范，也损害党和国家形象，影响社会和谐稳定。各级人民法院要从政治和全局的高度，充分认识审理好危害生产安全刑事案件的重要意义，切实增强工作责任感，严格依法、积极稳妥地审理相关案件，进一步发挥刑事审判工作在创造良好安全生产环境、促进经济平稳较快发展方面的积极作用。

2. 采取有力措施解决存在的问题，切实加强危害生产安全刑事案件审判工作。近年来，各级人民法院依法审理危害生产安全刑事案件，一批严重危害生产安全的犯罪分子及相关职务犯罪分子受到法律制裁，对全国安全生产形势持续稳定好转发挥了积极促进作用。2010年，监察部、国家安全生产监督管理总局会同最高人民法院等部门对部分省市重特大生产安全事故责任追究落实情况开展了专项检查。从检查的情况来看，审判工作总体情况是好的，但仍有个别案件在法律适用或者宽严相济刑事政策具体把握上存在问题，需要切实加强指导。各级人民法院要高度重视，确保相关案件审判工作取得良好的法律效果和社会效果。

二、危害生产安全刑事案件审判工作的原则

3. 严格依法，从严惩处。对严重危害生产安全犯罪，尤其是相关职务犯罪，必须始终坚持严格依法、从严惩处。对于人民群众广泛关注、社会反映强烈的案件要及时审结，回应人民群众关切，维护社会和谐稳定。

4. 区分责任，均衡量刑。危害生产安全犯罪，往往涉案人员较多，犯罪主体复杂，既包括直接从事生产、作业的人员，也包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等，有的还涉及国家机关工作人员渎职犯罪。对相关责任人的处理，要根据事故原因、危害后果、主体职责、过错大小等因素，综合考虑全案，正确划分责任，做到罪责刑相适应。

5. 主体平等，确保公正。审理危害生产安全刑事案件，对于所有责任主体，都必须严格落实法律面前人人平等的刑法原则，确保刑罚适用公正，确保裁判效果良好。

三、正确确定责任

6. 审理危害生产安全刑事案件，政府或相关职能部门依法对事故原因、损失大小、责任划分作出的调查认定，经庭审质证后，结合其他证据，可作为责任认定的依据。

7. 认定相关人员是否违反有关安全管理规定,应当根据相关法律、行政法规,参照地方性法规、规章及国家标准、行业标准,必要时可参考公认的惯例和生产经营单位制定的安全生产规章制度、操作规程。

8. 多个原因行为导致生产安全事故发生的,在区分直接原因与间接原因的同时,应当根据原因行为在引发事故中所具作用的大小,分清主要原因与次要原因,确认主要责任和次要责任,合理确定罪责。

一般情况下,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,违反有关安全生产管理规定,对重大生产安全事故的发生起决定性、关键性作用的,应当承担主要责任。

对于直接从事生产、作业的人员违反安全管理规定,发生重大生产安全事故的,要综合考虑行为人的从业资格、从业时间、接受安全生产教育培训情况、现场条件、是否受到他人强令作业、生产经营单位执行安全生产规章制度的情况等因素认定责任,不能将直接责任简单等同于主要责任。

对于负有安全生产管理、监督职责的工作人员,应根据其岗位职责、履职依据、履职时间等,综合考察工作职责、监管条件、履职能力、履职情况等,合理确定罪责。

四、准确适用法律

9. 严格把握危害生产安全犯罪与以其他危险方法危害公共安全罪的界限,不应将生产经营中违章违规的故意不加区别地视为对危害后果发生的故意。

10. 以行贿方式逃避安全生产监督管理,或者非法、违法生产、作业,导致发生重大生产安全事故,构成数罪的,依照数罪并罚的规定处罚。

违反安全生产管理规定,非法采矿、破坏性采矿或排放、倾倒、处置有害物质严重污染环境,造成重大伤亡事故或者其他严重后果,同时构成危害生产安全犯罪和破坏环境资源保护犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。

11. 安全事故发生后,负有报告职责的国家工作人员不报或者谎报事故情况,贻误事故抢救,情节严重,构成不报、谎报安全事故罪,同时构成职务犯罪或其他危害生产安全犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。

12. 非矿山生产安全事故中,认定“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”、“负有报告职责的人员”的主体资格,认定构成“重大伤亡事故或者其他严重后果”、“情节特别恶劣”,不报、谎报事故情况,贻误事故抢救,“情节严重”、“情节特别严重”等,可参照最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害矿山生产安全刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的相关规定。

五、准确把握宽严相济刑事政策

13. 审理危害生产安全刑事案件,应综合考虑生产安全事故所造成的伤亡

人数、经济损失、环境污染、社会影响、事故原因与被告人的关联程度、被告人主观过错大小、事故发生后被告人的施救表现、履行赔偿责任情况等，正确适用刑罚，确保裁判法律效果和社会效果相统一。

14. 造成《关于办理危害矿山生产安全刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条规定的“重大伤亡事故或者其他严重后果”，同时具有下列情形之一的，也可以认定为刑法第一百三十四条、第一百三十五条规定的“情节特别恶劣”：

- (一) 非法、违法生产的；
- (二) 无基本劳动安全设施或未向生产、作业人员提供必要的劳动防护用品，生产、作业人员劳动安全无保障的；
- (三) 曾因安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定，被监督管理部门处罚或责令改正，一年内再次违规生产致使发生重大生产安全事故的；
- (四) 关闭、故意破坏必要安全警示设备的；
- (五) 已发现事故隐患，未采取有效措施，导致发生重大事故的；
- (六) 事故发生后不积极抢救人员，或者毁灭、伪造、隐藏影响事故调查的证据，或者转移财产逃避责任的；
- (七) 其他特别恶劣的情节。

15. 相关犯罪中，具有以下情形之一的，依法从重处罚：

- (一) 国家工作人员违反规定投资入股生产经营企业，构成危害生产安全犯罪的；
- (二) 贪污贿赂行为与事故发生存在关联性的；
- (三) 国家工作人员的职务犯罪与事故存在直接因果关系的；
- (四) 以行贿方式逃避安全生产监督管理，或者非法、违法生产、作业的；
- (五) 生产安全事故发生后，负有报告职责的国家工作人员不报或者谎报事故情况，贻误事故抢救，尚未构成不报、谎报安全事故罪的；
- (六) 事故发生后，采取转移、藏匿、毁灭遇难人员尸体，或者毁灭、伪造、隐藏影响事故调查的证据，或者转移财产，逃避责任的；
- (七) 曾因安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定，被监督管理部门处罚或责令改正，一年内再次违规生产致使发生重大生产安全事故的。

16. 对于事故发生后，积极施救，努力挽回事故损失，有效避免损失扩大；积极配合调查，赔偿受害人损失的，可依法从宽处罚。

六、依法正确适用缓刑和减刑、假释

17. 对于危害后果较轻，在责任事故中不负主要责任，符合法律有关缓刑适用条件的，可以依法适用缓刑，但应注意根据案件具体情况，区别对待，严

格控制，避免适用不当造成的负面影响。

18. 对于具有下列情形的被告人，原则上不适用缓刑：

- (一) 具有本意见第 14 条、第 15 条所规定的情形的；
- (二) 数罪并罚的。

19. 宣告缓刑，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事与安全生产有关的特定活动。

20. 办理与危害生产安全犯罪相关的减刑、假释案件，要严格执行刑法、刑事诉讼法和有关司法解释规定。是否决定减刑、假释，既要看罪犯服刑期间的悔改表现，还要充分考虑原判认定的犯罪事实、性质、情节、社会危害程度等情况。

七、加强组织领导，注意协调配合

21. 对于重大、敏感案件，合议庭成员要充分做好庭审前期准备工作，全面、客观掌握案情，确保案件开庭审理稳妥顺利、依法公正。

22. 审理危害生产安全刑事案件，涉及专业技术问题的，应有相关权威部门出具的咨询意见或者司法鉴定意见；可以依法邀请具有相关专业知识的人民陪审员参加合议庭。

23. 对于审判工作中发现的安全生产事故背后的渎职、贪污贿赂等违法犯罪线索，应当依法移送有关部门处理。对于情节轻微，免于刑事处罚的被告人，人民法院可建议有关部门依法给予行政处罚或纪律处分。

24. 被告人具有国家工作人员身份的，案件审结后，人民法院应当及时将生效的裁判文书送达行政监察机关和其他相关部门。

25. 对于造成重大伤亡后果的案件，要充分运用财产保全等法定措施，切实维护被害人依法获得赔偿的权利。对于被告人没有赔偿能力的案件，应当依靠地方党委和政府做好善后安抚工作。

26. 积极参与安全生产综合治理工作。对于审判中发现的安全生产管理方面的突出问题，应当发出司法建议，促使有关部门强化安全生产意识和制度建设，完善事故预防机制，杜绝同类事故发生。

27. 重视做好宣传工作。对于社会关注的典型案件，要重视做好审判情况的宣传报道，规范裁判信息发布，及时回应社会的关切，充分发挥重大、典型案件的教育警示作用。

28. 各级人民法院要在依法履行审判职责的同时，及时总结审判经验，深入开展调查研究，推动审判工作水平不断提高。上级法院要以辖区内发生的重大生产安全责任事故案件为重点，加强对下级法院危害生产安全刑事案件审判工作的监督和指导，适时检查此类案件的审判情况，提出有针对性的指导

意见。

【解 读】

解读《关于进一步加强危害生产安全 刑事案件审判工作的意见》

2012年1月9日，最高人民法院公布了《关于进一步加强危害生产安全刑事案件审判工作的意见》（以下简称《意见》），对相关案件审理中，正确确定被告人责任，准确适用法律，较好把握宽严相济刑事政策，依法适用缓刑、减刑、假释等重要问题作出规定。这是最高人民法院坚持能动司法、服务经济社会发展大局的一项重要举措。现就《意见》出台背景、主要内容介绍如下。

一、《意见》出台背景

安全生产事关人民群众生命财产安全，事关科学发展和社会和谐稳定。《国务院关于坚持科学发展安全发展促进安全生产形势持续稳定好转的意见》（国发〔2011〕40号）指出，“十一五”期间，生产安全事故总量和重特大事故大幅度下降，全国各类事故死亡人数年均减少约1万人，反映安全生产状况的各项指标显著改善，安全生产形势持续稳定好转。我国正处于工业化、城镇化快速发展的进程中，处于生产安全事故易发多发的高峰期，安全基础仍然比较薄弱，重特大事故尚未得到有效遏制，非法违法生产经营建设行为屡禁不止，安全责任不落实、防范和监督管理不到位等问题在一些地方和企业还比较突出，安全生产形势依然严峻。

近年来，各级人民法院坚持“为大局服务、为人民司法”工作主题，充分发挥刑事审判职能作用，依法审理危害生产安全刑事案件，一批严重危害生产安全的犯罪分子及与之相关的职务犯罪分子受到法律制裁。据统计，2008年以来，人民法院共审结危害生产安全刑事案件6103件，判决发生法律效力犯罪分子8118人，为促进安全生产形势持续稳定好转提供了有力的司法保障。其中，2008年共审结1591件，生效判决人数2048人；2009年共审结1525件，生效判决人数1948人；2010年共审结1506件，生效判决人数2059人；2011年1~11月审结1481件，生效判决人数2063人。

2010年8月，监察部、国家安全生产监督管理总局会同最高人民法院、最高人民检察院、公安部等九部委联合组成检查组对15个省市的安全生产事

故责任追究落实情况进行了检查。从检查的情况看,惩处危害生产安全犯罪的总体情况是好的,但由于危害生产安全犯罪具有特殊性,在法律适用或者宽严相济政策把握方面仍存在一些疑难问题:第一,危害生产安全犯罪涉及不同的行业,涉及的罪名多种多样,主要有重大责任事故罪,重大劳动安全事故罪,强令违章冒险作业罪,铁路运营安全事故罪,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、谎报安全事故罪等,还涉及相关的职务犯罪、贿赂犯罪等。第二,危害生产安全犯罪案件往往主体复杂,既包括直接从事生产、作业的人员,也包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等,有的还涉及国家机关工作人员。第三,事故原因复杂,许多事故系多因一果导致,既有直接原因,也有间接原因,有的案件原因与结果关联性强,有的则相对弱一点,由此带来责任认定困难较大。第四,这类案件涉及许多行业的专门知识,专业性强。

正是由于危害生产安全犯罪涉及罪名多,犯罪主体复杂,情况多样,专业性较强,而各地法院遇到的这类案件总量并不多,需要在实践中不断总结审判经验,目前尚不具备出台司法解释的条件。已公布的《意见》除对法律适用进行规范外,更多的是政策把握和工作层面的具体要求,为此采取了指导性文件的形式。《意见》制定过程中,广泛征求了最高人民检察院、公安部、监察部、司法部、国家安全生产监督管理总局等相关部门以及地方法院,尤其是审理危害生产安全刑事案件较多法院的意见和建议,反复修改,数易其稿,力求准确、务实,解决实际问题。

二、《意见》主要内容及实施中应当注意的问题

一是首次明确了审判危害生产安全刑事案件的三项原则。《意见》针对相关案件特点,明确了“严格依法、从严惩处,区分责任、均衡量刑,主体平等、确保公正”审判工作应当坚持的三项原则。强调对严重危害生产安全犯罪,尤其是生产安全事故背后的权钱交易和渎职犯罪,必须始终坚持严格依法、从严惩处。对相关责任人的处理,要根据事故原因、后果大小、主体职责、过错大小等因素,综合考虑全案,正确划分责任,做到罪责刑相适应。对于所有责任主体,都必须严格落实法律面前人人平等的刑法原则,确保刑罚适用公正,确保裁判效果良好。

二是对审理相关案件时如何正确认定责任提出了原则性要求。危害生产安全犯罪,涉案人员往往较多,犯罪主体复杂,事故原因错综复杂,既有直接原因,又有间接原因,原因行为与危害后果之间的关联程度也存在差异,如何坚持实事求是,正确区分责任,确保罪责刑相适应,是审理此类案件的难点。

《意见》指出，政府或相关职能部门依法对事故原因、损失大小、责任划分作出的调查认定，经庭审质证后，结合其他证据，可作为责任认定的依据。对于多个原因行为导致生产安全事故发生的，在区分直接原因与间接原因的同时，应当根据原因行为在引发事故中所起作用的大小，分清主要原因与次要原因，确认主要责任和次要责任，合理确定罪责。一般情况下，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，违反有关安全生产管理规定，对重大生产安全事故的发生起决定性、关键性作用的，应当承担主要责任。对于直接从事生产、作业的人员违反安全管理规定，发生重大生产安全事故的，要综合考虑行为人的从业资格、从业时间、接受安全生产教育培训情况、现场条件、是否受到他人强令作业、生产经营单位执行安全生产规章制度的情况等因素认定责任，不能将直接责任简单等同于主要责任。对于负有安全生产管理、监督职责的工作人员，应根据其岗位职责、履职依据、履职时间等，综合考察工作职责、监管条件、履职能力、履职情况等合理确定罪责。

三是进一步明确了相关案件中宽严相济刑事政策的把握尺度。一方面，《意见》明确了实践中对安全生产危害严重，社会反响强烈，应当特别强调予以从宽的若干情形，规定具有这些情形的原则上不得适用缓刑，其中包括：非法、违法生产的；曾因安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定，被监督管理部门处罚或责令改正，一年内再次违规生产致使发生重大生产安全事故的；关闭、故意破坏必要安全警示设备的；已发现事故隐患，未采取有效措施，导致发生重大事故的；国家工作人员违反规定投资入股生产经营企业，构成危害生产安全犯罪的；贪污贿赂行为与事故发生存在关联性的；国家工作人员的职务犯罪与事故存在直接因果关系的；以行贿方式逃避安全生产监督管理的；无基本劳动安全设施或未向生产、作业人员提供必要的劳动防护用品，生产、作业人员劳动安全无保障的；事故发生后，负有报告职责的国家工作人员不报或谎报事故情况，贻误事故抢救，尚未构成不报、谎报安全事故罪的；事故发生后不积极抢救人员，采取转移、藏匿、毁灭遇难人员尸体，或者毁灭、伪造、隐藏影响事故调查的证据，或者转移财产逃避责任的。同时规定刑罚执行过程中适用减刑、假释，不仅要看罪犯服刑期间的悔改表现，还要充分考虑原判认定的犯罪事实、性质、情节、社会危害程度等，从严掌握。另外，《意见》规定了对于事故发生后，积极施救，努力挽回事故损失，有效避免损失扩大；积极配合调查，赔偿受害人损失的，可以依法从宽处罚，确保宽严并用、罚当其罪。

四是对危害生产安全犯罪案件中正确适用缓刑提出了指导意见。关于缓刑适用的标准，刑法第七十二条规定，对犯罪情节较轻，有悔罪表现，没有再犯

罪危险，宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响的，可以宣告缓刑。危害生产安全犯罪绝大多数都是过失犯罪，有别于故意犯罪，除个别罪名最高刑可判十年以上有期徒刑外，绝大多数罪名的法定最高刑都在有期徒刑七年以下，很多被告人符合法律规定的缓刑适用条件。但在是否适用缓刑问题上，人民法院还要贯彻罪责刑相适应原则，确保刑罚的轻重与犯罪分子所犯罪行相适应。危害生产安全犯罪基本上都是结果犯，整个案件判处的刑罚应当充分考虑危害后果的大小以及应当承担的责任，不能不加区别地适用缓刑。同时，要切实体现宽严相济刑事政策，对于危害后果较轻，在事故中不负主要责任的犯罪分子，可以依法适用缓刑。《意见》第十八条对缓刑适用作出了严格限定，实践中应注意根据案件具体情况，区别对待，严格控制，确保缓刑适用取得良好的法律效果和社会效果。

五是对人民法院积极参与安全生产综合治理工作提出了明确要求。为加强与相关部门的协调配合，共同促进安全生产形势持续稳定好转，切实维护人民群众的合法权益，《意见》强调，人民法院要积极参与安全生产综合治理工作。对于审判中发现的安全生产管理方面的突出问题，应当发出司法建议，促使有关部门强化安全生产意识和制度建设，完善事故预防机制。对于造成重大伤亡后果的案件，要充分运用财产保全等法定措施，切实维护被害人依法获得赔偿的权利。被告人没有赔偿能力的案件，要依靠地方党委和政府做好善后安抚工作。对于社会关注的典型案件，要重视做好审判情况的宣传报道，规范裁判信息发布，及时回应社会关切，充分发挥重大、典型案件的教育警示作用。

(撰稿人：杨万明 沈亮 汪斌 王敏)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 印发《关于办理盗窃油气、破坏油气设备等 刑事案件适用法律若干问题的意见》的通知

2018年9月28日

法发〔2018〕18号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

为依法惩治盗窃油气、破坏油气设备等犯罪，维护公共安全、能源安全和

生态安全，最高人民法院、最高人民检察院、公安部制定《关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件适用法律若干问题的意见》。现印发给你们，请认真贯彻执行。执行中遇到的问题，请及时分别层报最高人民法院、最高人民检察院、公安部。

附：

关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件适用法律若干问题的意见

为依法惩治盗窃油气、破坏油气设备等犯罪，维护公共安全、能源安全和生态安全，根据《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国刑事诉讼法》和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等法律、司法解释的规定，结合工作实际，制定本意见。

一、关于危害公共安全的认定

在实施盗窃油气等行为过程中，破坏正在使用的油气设备，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第一百一十八条规定的“危害公共安全”：

（一）采用切割、打孔、撬砸、拆卸手段的，但是明显未危害公共安全的除外；

（二）采用开、关等手段，足以引发火灾、爆炸等危险的。

二、关于盗窃油气未遂的刑事责任

着手实施盗窃油气行为，由于意志以外的原因未得逞，具有下列情形之一的，以盗窃罪（未遂）追究刑事责任：

（一）以数额巨大的油气为盗窃目标的；

（二）已将油气装入包装物或者运输工具，达到“数额较大”标准三倍以上；

（三）携带盗油卡子、手摇钻、电钻、电焊枪等切割、打孔、撬砸、拆卸工具的；

（四）其他情节严重的情形。

三、关于共犯的认定

在共同盗窃油气、破坏油气设备等犯罪中，实际控制、为主出资或者组

织、策划、纠集、雇佣、指使他人参与犯罪的，应当依法认定为主犯；对于其他人员，在共同犯罪中起主要作用的，也应当依法认定为主犯。

在输油输气管道投入使用前擅自安装阀门，在管道投入使用后将该阀门提供给他人盗窃油气的，以盗窃罪、破坏易燃易爆设备罪等有关犯罪的共同犯罪论处。

四、关于内外勾结盗窃油气行为的处理

行为人与油气企业人员勾结共同盗窃油气，没有利用油气企业人员职务便利，仅仅是利用其易于接近油气设备、熟悉环境等方便条件的，以盗窃罪的共同犯罪论处。

实施上述行为，同时构成破坏易燃易爆设备罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

五、关于窝藏、转移、收购、加工、代为销售被盗油气行为的处理

明知是犯罪所得的油气而予以窝藏、转移、收购、加工、代为销售或者以其他方式掩饰、隐瞒，符合刑法第三百一十二条规定的，以掩饰、隐瞒犯罪所得罪追究刑事责任。

“明知”的认定，应当结合行为人的认知能力、所得报酬、运输工具、运输路线、收购价格、收购形式、加工方式、销售地点、仓储条件等因素综合考虑。

实施第一款规定的犯罪行为，事前通谋的，以盗窃罪、破坏易燃易爆设备罪等有关犯罪的共同犯罪论处。

六、关于直接经济损失的认定

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第三项规定的“直接经济损失”包括因实施盗窃油气等行为直接造成的油气损失以及采取抢修堵漏等措施所产生的费用。

对于直接经济损失数额，综合油气企业提供的证据材料、犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人提辩解、辩护意见等认定；难以确定的，依据价格认证机构出具的报告，结合其他证据认定。

油气企业提供的证据材料，应当有工作人员签名和企业公章。

七、关于专门性问题的认定

对于油气的质量、标准等专门性问题，综合油气企业提供的证据材料、犯

罪嫌疑人、被告人及其辩护人所提辩解、辩护意见等认定；难以确定的，依据司法鉴定机构出具的鉴定意见或者国务院公安部门指定的机构出具的报告，结合其他证据认定。

油气企业提供的证据材料，应当有工作人员签名和企业公章。

2. 破坏社会主义市场经济秩序罪

最高人民法院 关于印发《全国法院审理金融犯罪 案件工作座谈会纪要》的通知

2001年1月21日

法〔2001〕8号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院；全国地方各中级人民法院，各大单位军事法院，新疆生产建设兵团各中级法院：

现将《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》印发，供参照执行。执行中有什么问题，请及时报告我院。

附：

全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要

为进一步加强人民法院对金融犯罪案件的审判工作，正确理解和适用刑法对金融犯罪的有关规定，更加准确有力地依法打击各种金融犯罪，最高人民法院于2000年9月20日至22日在湖南省长沙市召开了全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会。各省、自治区、直辖市高级人民法院和解放军军事法院主管刑事审判工作的副院长、刑事审判庭庭长以及中国人民银行的代表参加了座谈会。最高人民法院副院长刘家琛在座谈会上作出了重要讲话。

座谈会总结交流了全国法院审理金融犯罪案件工作的情况和经验，研究讨论了刑法修订以来审理金融犯罪案件中遇到的有关具体适用法律的若干问题，

对当前和今后一个时期人民法院审理金融犯罪案件工作提出了明确的要求和意见。纪要如下：

座谈会认为，金融是现代经济的核心。随着改革开放的不断深入和社会主义市场经济体制的建立、完善，我国金融体制也发生了重大变革，金融业务大大扩展且日益多元化、国际化，各种现代化的金融手段和信用工具被普遍应用，金融已经广泛深刻地介入我国经济并在其中发挥着越来越重要的作用，成为国民经济的“血液循环系统”，是市场资源配置关系的主要形式和国家宏观调控经济的重要手段。金融的安全、有序、高效、稳健运行，对于经济发展、国家安全以及社会稳定至关重要。如果金融不稳定，势必会危及经济和社会的稳定，影响改革和发展的进程。保持金融的稳定和安全，必须加强金融法制建设，依法强化金融监管，规范金融秩序，依法打击金融领域内的各种违法犯罪活动。

近年来，人民法院充分发挥刑事审判职能，依法严惩了一大批严重破坏金融管理秩序和金融诈骗的犯罪分子，为保障金融安全，防范和化解金融风险，发挥了重要作用。但是，金融犯罪的情况仍然是严重的。从法院受理案件的情况看，金融犯罪的数量在逐年增加；涉案金额越来越大；金融机构工作人员作案和内外勾结共同作案的现象突出；单位犯罪和跨国（境）、跨区域作案增多；犯罪手段趋向专业化、智能化，新类型犯罪不断出现；犯罪分子作案后大肆挥霍、转移赃款或携款外逃的情况时有发生，危害后果越来越严重。金融犯罪严重破坏社会主义市场经济秩序，扰乱金融管理秩序，危害国家信用制度，侵害公私财产权益，造成国家金融资产大量流失，有的地方还由此引发了局部性的金融风波和群体性事件，直接影响了社会稳定。必须清醒地看到，目前，我国经济体制中长期存在的一些矛盾和困难已经或正在向金融领域转移并积聚，从即将到来的新世纪开始，我国将进入加快推进现代化的新的发展阶段，随着经济的快速发展、改革的不断深化以及对外开放的进一步扩大，我国金融业在获得更大发展机遇的同时，也面临着维护金融稳定更加严峻的形势。依法打击各种金融犯罪是人民法院刑事审判工作一项长期的重要任务。

座谈会认为，人民法院审理金融犯罪案件工作过去虽已取得了很大成绩，但由于修订后的刑法增加了不少金融犯罪的新罪名，审判实践中遇到了大量新情况和新问题，如何进一步提高适用法律的水平，依法审理好不断增多的金融犯罪案件，仍然是各级法院面临的新的课题。各级法院特别是法院的领导，一定要进一步提高打击金融犯罪对于维护金融秩序、防范金融风险、确保国家金融安全，对于保障改革、促进发展和维护稳定重要意义的认识，把审理金融犯

罪案件作为当前和今后很长时期内刑事审判工作的重点，切实加强领导和指导，提高审判业务水平，加大审判工作力度，以更好地适应改革开放和现代化建设的新形势对人民法院刑事审判工作的要求。为此，必须做好以下几方面的工作：

首先，金融犯罪是严重破坏社会主义市场经济秩序犯罪，审理金融犯罪案件要继续贯彻依法从严惩处严重经济犯罪分子的方针。修订后的刑法和全国人大常委会的有关决定，对危害严重的金融犯罪规定了更加严厉的刑罚，体现了对金融犯罪从严惩处的精神，为人民法院审判各种金融犯罪案件提供了有力的法律依据。各级法院要坚决贯彻立法精神，严格依法惩处破坏金融管理秩序和金融诈骗的犯罪单位和犯罪个人。

第二，进一步加强审理金融犯罪案件工作，促进金融制度的健全与完善。各级法院要切实加强对金融犯罪案件审判工作的组织领导，调整充实审判力量，确保起诉到法院的破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪案件依法及时审结。对于针对金融机构的抢劫、盗窃和发生在金融领域的贪污、侵占、挪用、受贿等其他刑事犯罪案件，也要抓紧依法审理，及时宣判。对于各种专项斗争中破获的金融犯罪案件，要集中力量抓紧审理，依法从严惩处。可选择典型案件到案发地和案发单位公开宣判，并通过各种新闻媒体广泛宣传，形成对金融违法犯罪的强大威慑力，教育广大干部群众增强金融法制观念，维护金融安全，促进金融制度的不断健全与完善。

第三，要加强学习培训，不断提高审判水平。审理金融犯罪案件，是一项政策性很强的工作，而且涉及很多金融方面的专业知识。各级法院要重视对刑事法官的业务学习和培训，采取请进来、走出去等灵活多样的形式，组织刑事审判人员认真学习银行法、证券法、票据法、保险法等金融法律和公司法、担保法、会计法、审计法等相关法律，学习有关金融政策法规以及一些基本业务知识，以确保正确理解和适用刑法，处理好金融犯罪案件。

第四，要结合审判工作加强调查研究。金融犯罪案件比较复杂，新情况、新问题多，审理难度大，加强调查研究工作尤为必要。各级法院都要结合审理金融犯罪，有针对性地开展调查研究。对办案中发现的管理制度方面存在的漏洞和隐患，要及时提出司法建议。最高人民法院和高级人民法院要进一步加强向下级法院的工作指导，及时研究解决实践中遇到的适用法律上的新问题，需要通过制定司法解释加以明确的，要及时逐级报请最高人民法院研究。

二

座谈会重点研究讨论了人民法院审理金融犯罪案件中遇到的一些有关适用法律问题。与会同志认为，对于修订后的刑法实施过程中遇到的具体适用法律

问题，在最高人民法院相应的新的司法解释出台前，原有司法解释与现行刑法不相冲突的仍然可以参照执行。对于法律和司法解释没有具体规定或规定不够明确，司法实践中又亟需解决的一些问题，与会同志结合审判实践进行了深入的探讨，并形成了一致意见：

（一）关于单位犯罪问题

根据刑法和《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的规定，以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有的，是单位犯罪。

1. 单位的分支机构或者内设机构、部门实施犯罪行为的处理。以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪，违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的，应认定为单位犯罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没有可供执行罚金的财产，就不将其认定为单位犯罪，而按照个人犯罪处理。

2. 单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员的认定。直接负责的主管人员，是在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员，一般是单位的主管负责人，包括法定代表人。其他直接责任人员，是在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员，既可以是单位的经营管理人员，也可以是单位的职工，包括聘任、雇佣的人员。应当注意的是，在单位犯罪中，对于受单位领导指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为的人员，一般不宜作为直接责任人员追究刑事责任。对单位犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，应根据其在单位犯罪中的地位、作用和犯罪情节，分别处以相应的刑罚，主管人员与直接责任人员，在个案中，不是当然的主、从犯关系，有的案件，主管人员与直接责任人员在实施犯罪行为的主从关系不明显的，可不分主、从犯。但具体案件可以分清主、从犯，且不清主、从犯，在同一法定刑档次、幅度内量刑无法做到罪刑相适应的，应当分清主、从犯，依法处罚。

3. 对未作为单位犯罪起诉的单位犯罪案件的处理。对于应当认定为单位犯罪的案件，检察机关只作为自然人犯罪案件起诉的，人民法院应及时与检察机关协商，建议检察机关对犯罪单位补充起诉。如检察机关不补充起诉的，人民法院仍应依法审理，对被起诉的自然人根据指控的犯罪事实、证据及庭审查明的事实，依法按单位犯罪中的直接负责的主管人员或者其他直接责任人员追究刑事责任，并应引用刑罚罚则关于单位犯罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员刑事责任的有关条款。

4. 单位共同犯罪的处理。两个以上单位以共同故意实施的犯罪，应根据各单位在共同犯罪中的地位、作用大小，确定犯罪单位的主、从犯。

(二) 关于破坏金融管理秩序罪

1. 非金融机构非法从事金融活动案件的处理。1998年7月13日，国务院发布了《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》。1998年8月11日，国务院办公厅转发了中国人民银行整顿乱集资、乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案，对整顿金融“三乱”工作的政策措施等问题作出了规定。各地根据整顿金融“三乱”工作实施方案的规定，对于未经中国人民银行批准，但是根据地方政府或有关部门文件设立并从事或变相从事金融业务的各类基金会、互助会、储金会等机构和组织，由各地人民政府和有关部门限期进行清理整顿。超过实施方案规定期限继续从事非法金融业务活动的，依法予以取缔；情节严重、构成犯罪的，依法追究刑事责任。因此，上述非法从事金融活动的机构和组织只要在实施方案规定期限之前停止非法金融业务活动的，对有关单位和责任人员，不应以擅自设立金融机构罪处理；对其以前从事的非法金融活动，一般也不作犯罪处理；这些机构和组织的人员利用职务实施的个人犯罪，如贪污罪、职务侵占罪、挪用公款罪、挪用资金罪等，应当根据具体案情分别依法定罪处罚。

2. 关于假币犯罪。假币犯罪的认定。假币犯罪是一种严重破坏金融管理秩序的犯罪。只要有证据证明行为人实施了出售、购买、运输、使用假币行为，且数额较大，就构成犯罪。伪造货币的，只要实施了伪造行为，不论是否完成全部印制工序，即构成伪造货币罪；对于尚未制造出成品，无法计算伪造、销售假币面额的，或者制造、销售用于伪造货币的版样的，不认定犯罪数额，依据犯罪情节决定刑罚。明知是伪造的货币而持有，数额较大，根据现有证据不能认定行为人是为了进行其他假币犯罪的，以持有假币罪定罪处罚；如果有证据证明其持有的假币已构成其他假币犯罪的，应当以其他假币罪定罪处罚。

假币犯罪罪名的确定。假币犯罪案件中犯罪分子实施数个相关行为的，在确定罪名时应把握以下原则：(1) 对同一宗假币实施了法律规定为选择性罪名的行为，应根据行为人所实施的数个行为，按相关罪名刑法规定的排列顺序并列确定罪名，数额不累计计算，不实行数罪并罚。(2) 对不同宗假币实施法律规定为选择性罪名的行为，并列确定罪名，数额按全部假币面额累计计算，不实行数罪并罚。(3) 对同一宗假币实施了刑法没有规定为选择性罪名的数个犯罪行为，择一重罪从重处罚。如伪造货币或者购买假币后使用的，以伪造货币罪或购买假币罪定罪，从重处罚。(4) 对不同宗假币实施了刑法没有规定为选择性罪名的数个犯罪行为，分别定罪，数罪并罚。

出售假币被查获部分的处理。在出售假币时被抓获的，除现场查获的假币应认定为出售假币的犯罪数额外，现场之外在行为人住所或者其他藏匿地查获

的假币，亦应认定为出售假币的犯罪数额。但有证据证明后者是行为人有实施其他假币犯罪的除外。

制造或者出售伪造的台币行为的处理。对于伪造台币的，应当以伪造货币罪定罪处罚；出售伪造的台币的，应当以出售假币罪定罪处罚。

3. 用账外客户资金非法拆借、发放贷款行为的认定和处罚。银行或者其他金融机构及其工作人员以牟利为目的，采取吸收客户资金不入账的方式，将客户资金用于非法拆借、发放贷款，造成重大损失的，构成用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪。以牟利为目的，是指金融机构及其工作人员为本单位或者个人牟利，不具有这种目的，不构成该罪。这里的“牟利”，一般是指谋取用账外客户资金非法拆借、发放贷款所产生的非法收益，如利息、差价等。对于用款人为取得贷款而支付的回扣、手续费等，应根据具体情况分别处理：银行或者其他金融机构用账外客户资金非法拆借、发放贷款，收取的回扣、手续费等，应认定为“牟利”；银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，用账外客户资金非法拆借、发放贷款，收取回扣、手续费等，数额较小的，以“牟利”论处；银行或者其他金融机构的工作人员将用款人支付给单位的回扣、手续费秘密占为己有，数额较大的，以贪污罪定罪处罚；银行或者其他金融机构的工作人员利用职务便利，用账外客户资金非法拆借、发放贷款，索取用款人的财物，或者非法收受其他财物，或者收取回扣、手续费等，数额较大的，以受贿罪定罪处罚。吸收客户资金不入账，是指不记入金融机构的法定存款账目，以逃避国家金融监管，至于是否记入法定账目以外设立的账目，不影响该罪成立。

审理银行或者其他金融机构及其工作人员用账外客户资金非法拆借、发放贷款案件，要注意将用账外客户资金非法拆借、发放贷款的行为与挪用公款罪和挪用资金罪区别开来。对于利用职务上的便利，挪用已经记入金融机构法定存款账户的客户资金归个人使用的，或者吸收客户资金不入账，却给客户开具银行存单，客户也认为将款已存入银行，该款却被行为人以个人名义借贷给他人的，均应认定为挪用公款罪或者挪用资金罪。

4. 破坏金融管理秩序相关犯罪数额和情节的认定。最高人民法院先后颁布了《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》、《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，对伪造货币，走私、出售、购买、运输假币等犯罪的定罪处刑标准以及相关适用法律问题作出了明确规定。为正确执行刑法，在其他有关的司法解释出台之前，对假币犯罪以外的破坏金融管理秩序犯罪的数额和情节，可参照以下标准掌握：

关于非法吸收公众存款罪。非法吸收或者变相吸收公众存款的，要从非法吸收公众存款的数额、范围以及给存款人造成的损失等方面来判定扰乱金融秩

序造成危害的程度。根据司法实践,具有下列情形之一的,可以按非法吸收公众存款罪定罪处罚:(1)个人非法吸收或者变相吸收公众存款20万元以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款100万元以上的;(2)个人非法吸收或者变相吸收公众存款30户以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款150户以上的;(3)个人非法吸收或者变相吸收公众存款给存款人造成损失10万元以上的,单位非法吸收或者变相吸收公众存款给存款人造成损失50万元以上的,或者造成其他严重后果的。个人非法吸收或者变相吸收公众存款100万元以上,单位非法吸收或者变相吸收公众存款500万元以上的,可以认定为“数额巨大”。

关于违法向关系人发放贷款罪。银行或者其他金融机构工作人员违反法律、行政法规规定,向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款条件,造成10~30万元以上损失的,可以认定为“造成较大损失”;造成50~100万元以上损失的,可以认定为“造成重大损失”。

关于违法发放贷款罪。银行或者其他金融机构工作人员违反法律、行政法规规定,向关系人以外的其他人发放贷款,造成50~100万元以上损失的,可以认定为“造成重大损失”;造成300~500万元以上损失的,可以认定为“造成特别重大损失”。

关于用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪。对于银行或者其他金融机构工作人员以牟利为目的,采取吸收客户资金不入账的方式,将资金用于非法拆借、发放贷款,造成50~100万元以上损失的,可以认定为“造成重大损失”;造成300~500万元以上损失的,可以认定为“造成特别重大损失”。

对于单位实施违法发放贷款和用账外客户资金非法拆借、发放贷款造成损失构成犯罪的数额标准,可按个人实施上述犯罪的数额标准2至4倍掌握。

由于各地经济发展不平衡,各省、自治区、直辖市高级人民法院可参照上述数额标准或幅度,根据本地的具体情况,确定在本地区掌握的具体标准。

(三) 关于金融诈骗罪

1. 金融诈骗罪中非法占有目的的认定。金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪。在司法实践中,认定是否具有非法占有为目的,应当坚持主客观相一致的原则,既要避免单纯根据损失结果客观归罪,也不能仅凭被告人自己的供述,而应当根据案件具体情况具体分析。根据司法实践,对于行为人通过诈骗的方法非法获取资金,造成数额较大资金不能归还,并具有下列情形之一的,可以认定为具有非法占有的目的:(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的;(2)非法获取资金后逃跑的;(3)肆意挥霍骗取资金的;(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动的;(5)抽逃、转移资金、隐匿财产,以逃避返还资金的;(6)隐匿、销毁账目,或者搞假破产、假倒闭,以逃避返还资金的;(7)

其他非法占有资金、拒不返还的行为。但是，在处理具体案件的时候，对于有证据证明行为人不具有非法占有目的的，不能单纯以财产不能归还就按金融诈骗罪处罚。

2. 贷款诈骗罪的认定和处理。贷款诈骗犯罪是目前案发较多的金融诈骗犯罪之一。审理贷款诈骗犯罪案件，应当注意以下两个问题：

一是单位不能构成贷款诈骗罪。根据刑法第三十条和第一百九十三条的规定，单位不构成贷款诈骗罪。对于单位实施的贷款诈骗行为，不能以贷款诈骗罪定罪处罚，也不能以贷款诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。但是，在司法实践中，对于单位十分明显地以非法占有为目的，利用签订、履行借款合同诈骗银行或其他金融机构贷款，符合刑法第二百二十四条规定的合同诈骗罪构成要件的，应当以合同诈骗罪定罪处罚。

二是要严格区分贷款诈骗与贷款纠纷的界限。对于合法取得贷款后，没有按规定的用途使用贷款，到期没有归还贷款的，不能以贷款诈骗罪定罪处罚；对于确有证据证明行为人不具有非法占有的目的，因不具备贷款的条件而采取了欺骗手段获取贷款，案发时有能力履行还贷义务，或者案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因，如因经营不善、被骗、市场风险等，不应以贷款诈骗罪定罪处罚。

3. 集资诈骗罪的认定和处理。集资诈骗罪和欺诈发行股票、债券罪、非法吸收公众存款罪在客观上均表现为向社会公众非法募集资金。区别的关键在于行为人是否具有非法占有的目的。对于以非法占有为目的而非法集资，或者在非法集资过程中产生了非法占有他人资金的故意，均构成集资诈骗罪。但是，在处理具体案件时要注意以下两点：一是不能仅凭较大数额的非法集资款不能返还的结果，推定行为人具有非法占有的目的；二是行为人将大部分资金用于投资或生产经营活动，而将少量资金用于个人消费或挥霍的，不应仅以此便认定具有非法占有的目的。

4. 金融诈骗犯罪定罪量刑的数额标准和犯罪数额的计算。金融诈骗的数额不仅是定罪的重要标准，也是量刑的主要依据。在没有新的司法解释之前，可参照1996年《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》的规定执行。在具体认定金融诈骗犯罪的数额时，应当以行为人实际骗取的数额计算。对于行为人为实施金融诈骗活动而支付的中介费、手续费、回扣等，或者用于行贿、赠与等费用，均应计入金融诈骗的犯罪数额。但应当将案发前已归还的数额扣除。

（四）死刑的适用

刑法对危害特别严重的金融诈骗犯罪规定了死刑。人民法院应当运用这一法律武器，有力地打击金融诈骗犯罪。对于罪行极其严重、依法该判死刑的犯

罪分子，一定要坚决判处死刑。但需要强调的是，金融诈骗犯罪的数额特别巨大不是判处死刑的唯一标准，只有诈骗“数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失”的犯罪分子，才能依法选择适用死刑。对于犯罪数额特别巨大，但追缴、退赔后，挽回了损失或者损失不大的，一般不应当判处死刑立即执行；对具有法定从轻、减轻处罚情节的，一般不应当判处死刑。

（五）财产刑的适用

金融犯罪是图利型犯罪，惩罚和预防此类犯罪，应当注重同时从经济上制裁犯罪分子。刑法对金融犯罪都规定了财产刑，人民法院应当严格依法判处。罚金的数额，应当根据被告人的犯罪情节，在法律规定的数额幅度内确定。对于具有从轻、减轻或者免除处罚情节的被告人，对于本应并处的罚金刑原则上也应当从轻、减轻或者免除。

单位金融犯罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员，是否适用罚金刑，应当根据刑法的具体规定。刑法分则条文规定有罚金刑，并规定对单位犯罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照自然人犯罪条款处罚的，应当判处有期徒刑，但是对直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处罚金的数额，应当低于对单位判处罚金的数额；刑法分则条文明确规定对单位犯罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员只判处自由刑的，不能附加判处罚金刑。

【解 读】

解读《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》

2000年8月20日至22日，最高人民法院在湖南省长沙市召开了全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会。座谈会总结交流了全国法院审理金融犯罪案件工作的情况和经验，研究讨论了刑法修订以来审理金融犯罪案件过程中遇到的有关具体适用法律的若干问题，对司法实践中亟须研究、解决的相关法律理解与适用问题，提出了明确的处理意见。最近，最高人民法院下发了《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》），这是当前和今后一段时期人民法院审理金融犯罪案件的重要指导性文件。

为正确理解与运用《纪要》，结合座谈会讨论和《纪要》起草、征求意见中提出的有关问题，现对《纪要》有关适用法律问题的意见说明如下：

一、关于单位犯罪

金融犯罪大多是既可以由单位构成亦可由个人构成的犯罪，但刑法总则仅规定了单位犯罪的处罚原则，刑法分则条款只针对具体犯罪设定了刑罚。司法实践中，在具体案件的认定和处理上，往往由于对法律规定理解不同而产生意见分歧。主要集中在以下四个问题上：一是如何区分个人犯罪和单位犯罪；二是单位的分支机构或者内设机构、部门实施的犯罪能否作为单位犯罪处理；三是本属于单位犯罪，而检察机关只起诉指控个人的，人民法院在审理过程中如何处理；四是对单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当如何适用刑罚。

（一）单位犯罪的认定

对于单位犯罪应具备哪些要件，理论界有不同的认识和理解，这个问题也一直困扰着司法机关对单位犯罪的认定和处理。《纪要》根据刑法第三十条和《最高人民法院关于审理单位犯罪若干问题的解释》的规定精神，明确：“以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有的，是单位犯罪。”也就是说，认定单位犯罪必须同时具备两个条件：一是以单位名义实施犯罪；二是违法所得归单位所有。所谓“以单位名义实施犯罪”，一般是指犯罪行为是由单位的决策机构按照单位的决策程序决定实施的，有的是明示，如公开讲明以上情况；有的是默示，如以公函，署单位印章实施犯罪活动等。据此将盗用、冒用单位名义实施的犯罪行为，或者单位内部成员未经单位决策机构批准、同意或者认可而实施的犯罪行为，或者单位内部成员实施的与其职务活动无关的犯罪行为排除在单位犯罪之外。所谓“违法所得归单位所有”，是指因犯罪行为所产生的非法收益归单位所有。对于以单位名义实施犯罪，但犯罪所得直接由实施犯罪的行为人获得或者所有的，不能认定为单位犯罪。

（二）单位的分支机构或者内设机构、部门实施犯罪行为的处理

根据刑法第三十条的规定，单位犯罪的主体包括公司、企业、事业单位、机关、团体。《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第一条规定：“刑法第三十条规定的‘公司、企业、事业单位’，既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。”这一规定明确了只要具有法人资格，无论是国有公司、企业，还是集体所有制、私有公司、企业，都可以成为单位犯罪的主体。然而，司法实践中经常遇到既不是以法人的名义进行，也不是以个人的名义进行，而是以单位的分支机构或者内设机构、部门实施犯罪的案件，这种情况如何处理，常令司法实务部门感到困惑：如果认定为单位犯罪，一方面没有明确的法律依据，另一方面由于有些单

位的分支机构或者内设机构、部门没有独立财产，对其判处罚金实际上不可能执行；如果按照自然人犯罪处理，由于这种犯罪行为毕竟不是个人行为，犯罪所得亦不归个人所有，而是归单位的分支机构或者内设机构、部门所有，完全由个人承担刑事责任不尽合理，也不能做到罪刑相当。对此，《纪要》提出了明确的处理原则：“以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪，违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的，应认定为单位犯罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没有可供执行罚金的财产，就不将其认定为单位犯罪，而按照个人犯罪处理。”之所以这样处理，主要有以下几个方面的考虑：第一，我国刑法没有采用法人犯罪的概念，刑法中规定的“单位”外延大于法人，既包括企业、事业、机关和团体等法人组织，也包括一些非法人组织，如一些商业银行的营业部、营业所等。是否具有法人资格不是区分单位犯罪还是个人犯罪的标准，不能据此将单位的分支机构或者内设机构、部门实施的犯罪排除在单位犯罪之外。第二，既然不能把是否具有法人资格作为区分单位犯罪还是个人犯罪的标准，也就不能把是否具有相对独立的财产、能否独立承担民事责任这些法人成立的条件，作为认定单位犯罪的依据。

（三）对未作为单位犯罪起诉的案件的处理

对于检察机关按照自然人犯罪起诉，人民法院经审理认为属于单位犯罪的案件，应当如何处理，在司法实践中有不同的做法：一是将案件退回人民检察院，不予受理；二是裁定中止审理，退回人民检察院补充侦查；三是直接将犯罪的单位列为被告，继续审理；四是按照自然人犯罪案件处理，继续审理。《纪要》认为，此类案件，原则上按照单位犯罪案件处理，但在处罚时，依法只处罚单位犯罪案件中的主管人员和其他直接责任人员。理由是：

第一，根据修改后的刑事诉讼法规定，无论人民检察院提取公诉的案件是否事实清楚、证据是否确实、充分，只要“起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判”。也就是说，人民法院对于人民检察院提取公诉的案件，不能主动将案件退回人民检察院补充侦查。同时，此类案件也不符合中止审理的条件。

第二，按照“不告不理”的原则，无论在何种情况下，人民法院都不能主动对于未起诉的事实和人（含单位）径行审理和判决。既然检察院未起诉单位，法院就不能将其直接列为被告单位。

第三，单位犯罪与个人犯罪的刑事责任是不同的，对于单位犯罪案件中有关直接负责的主管人员或者其他直接责任人员，按照自然人犯罪追究刑事责任，违反了“以事实为根据，以法律为准绳”的原则，也不能体现罪刑相适应的原则。

第四，《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题

的解释》第二百一十五条规定：“人民法院审理单位犯罪案件，被告单位被注销或者宣告破产，但单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当负刑事责任的，应当继续审理。”参照这一规定的精神，对于本属于单位犯罪的案件，而检察机关作为自然人犯罪案件起诉的，人民法院应当继续审理。但是，在审理过程中，人民法院对案件事实的认定和处理应当实事求是，对被起诉的自然人根据具体情况按单位犯罪中的直接负责的主管人员或直接责任人员处罚。

基于以上考虑，《纪要》明确：“对于应当认定为单位犯罪的案件，检察机关只作为自然人犯罪案件起诉的，人民法院应及时与检察机关协商，建议检察机关对犯罪单位补充起诉。如检察机关不补充起诉的，人民法院仍应依法审理，对被起诉的自然人根据指控的犯罪事实、证据及庭审查明的事实，依法按单位犯罪中的直接负责的主管人员或者其他直接责任人员追究刑事责任。”应当注意的是，由于此类案件没有被告单位，人民法院在追究有关人员刑事责任，制作裁判文书时，不能将单位列为被告，但应引用刑罚分则关于单位犯罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员刑事责任的有关条款。

（四）单位犯罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员的认定和处罚

根据刑法的规定，对于单位犯罪，无论是实行双罚制还是单罚制，都应追究单位犯罪中直接负责的主管人员或者其他直接责任人员的刑事责任。但对于直接负责的主管人员和其他直接责任人员的认定和处罚问题，一直都是司法认定中的一个难题。为此，在广泛调查研究的基础上，《纪要》明确了以下原则：“直接负责的主管人员，是在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员，一般是单位的主管负责人，包括法定代表人。其他直接责任人员，是在单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员，既可以是单位的经营管理人员，也可以是单位的职工，包括聘任、雇佣的人员”。同时，强调：“对单位犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，应根据其在单位犯罪中的地位、作用和犯罪情节，分别处以相应的刑罚，主管人员与直接责任人员，在个案中，不是当然的主、从犯关系，有的案件，主管人员与直接责任人员在实施犯罪行为的主从关系不明显的，可不分主、从犯。但具体案件可以分清主、从犯，且不清主、从犯，在同一法定刑档次、幅度内量刑无法做到罪刑相适应的，应当分清主、从犯，依法处罚。”

二、关于破坏金融管理秩序罪

（一）有关非金融机构非法从事金融活动案件的处理

前些年，乱集资、乱批设金融机构和乱办金融业务的情况比较严重。各类基金会、互助会、储金会、资金服务部、股金服务部等组织，未经中国人民银

行批准，从事或者变相从事存贷款、资金结算等金融业务活动，不仅违反了有关金融法规，而且也触犯了刑法的有关规定。由于各类基金会、互助会、储金会、资金服务部、股金服务部等组织的情况复杂，这些组织非法从事的金融活动虽然未经中国人民银行批准，但又是根据有关部委文件或者地方政府文件设立和批准的。对此类案件如何处理，一直是困扰司法实践的一个难题。鉴于国务院于1998年7月13日颁行了《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》，决定取缔非法金融机构和非法金融业务活动；1998年8月11日，国务院办公厅又转发了中国人民银行《整顿乱集资、乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案》，对处理乱集资、乱批设金融机构和乱办金融业务的政策措施等问题作出了具体规定，《纪要》明确：根据有关部委或地方政府文件设立从事或变相从事金融业务的有关机构和组织，“只要在实施方案规定期限之前停止非法金融业务活动的，对有关单位和责任人员，不应以擅自设立金融机构罪处理；对其以前从事的非法金融活动，一般也不作犯罪处理”。应当注意的是，《整顿乱集资、乱批设金融机构和乱办金融业务实施方案》只涉及根据有关部委或者地方政府文件设立了基金会、互助会、储金会、资金服务部、股金服务部等组织非法从事或者变相从事的金融业务活动，不包括这些机构和组织的人员利用职务便利实施的个人犯罪。对于后者仍应依照刑法的有关规定追究刑事责任，如受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委派担任管理职务的人员，利用职务上的便利，非法占有公共财产、收受贿赂，构成犯罪的，仍应追究其贪污罪、受贿罪的刑事责任；其他人员利用职务上的便利，非法占有公共财产、收受贿赂，构成犯罪的，可依照职务侵占罪和公司、企业人员受贿罪的规定追究刑事责任。同时，对于农村合作基金会从业人员犯罪案件的处理，应执行《最高人民法院关于农村合作基金会从业人员犯罪如何定性问题的批复》的规定。

（二）关于假币犯罪

1. 假币犯罪的认定

在处理假币犯罪案件中，有三个问题亟须明确：一是制造、销售用于伪造货币的版样的行为，如何处理？二是伪造台币的行为如何处理？三是行为人在实施假币犯罪过程中被查获，对于在现场之外在行为人住所或者其他藏匿地查获的假币如何处理？关于第一个问题，《最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第三款已经明确，即以伪造货币罪定罪处罚。在根据这一规定具体处理时，还应注意行为人事前是否与伪造货币的犯罪分子通谋：对于事前与伪造货币的犯罪分子通谋的以伪造货币罪的共犯论处，并根据伪造货币的数额、情节确定其刑事责任；事前没有通谋的，“不认定犯罪数额，依据犯罪情节决定刑罚”，以伪造货币罪定罪处罚。

关于伪造台币行为的性质问题，《纪要》明确：“伪造台币的，应当以伪造货币罪定罪处罚；出售伪造的台币的，应当以出售假币罪定罪处罚。”

关于第三个问题，有一种观点认为，对于在行为人住所或者其他藏匿地查获的假币，如没有证据证明行为人是用于其他假币犯罪，只能以持有假币犯罪定罪处罚。但大多数人提出，假币是违禁品，是一种特殊的犯罪对象，从假币的来源来看，行为人持有的假币主要是其伪造或者购买的，他人赠与、找零或者拣拾的数量一般有限，很难构成犯罪，即使数量较大，依法构成了犯罪，证实其来源的证据也较容易查实；从假币的用途来看，行为人持有较大数量假币的目的主要是出售、运输或者使用，仅是为了收藏不可能持有大量的假币；从刑法设立持有假币罪的立法本意来看，是为了惩罚那些没有证据证明行为人有假币的来源或者用途的情况下，为不放纵犯罪分子，而以持有假币罪定罪处罚。因此，只要有证据证明行为人持有假币，其来源已构成犯罪，或者是为了实施某一具体的假币犯罪，就不应以持有假币罪定罪处罚。对于在实施其他假币犯罪过程中被查获，又在其住所或者其他藏匿地查获的假币，也应当认定为同一假币犯罪的数额。《纪要》认为这一观点是正确的。考虑到司法实践中对于查获伪造货币或者购买伪造的货币案件后，又从行为人住所或者其他藏匿地查获了假币，按照伪造货币罪或者购买假币罪定罪处罚没有歧义，《纪要》没有对此再作规定，只对司法实践中处理时有争议的出售假币时被抓获，现场之外在行为人住所或者其他藏匿地查获的假币的认定问题予以明确。

2. 假币犯罪的罪名确定

大多数情况下，行为人实施假币犯罪同时触犯了数个罪名。对于行为人同时实施多个假币犯罪行为，如何定罪，刑法、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》和《最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》都有规定，如伪造货币并出售或者运输伪造货币的，根据刑法第一百七十一条第二款的规定，应以伪造货币罪从重处罚；出售、购买、运输假币罪是选择性罪名，不实行并罚；购买假币后使用，构成犯罪的，根据《最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第一款的规定，以购买假币罪定罪，从重处罚；出售、运输假币构成犯罪，同时有使用假币行为的，根据《最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第二款的规定，应以出售、运输假币罪和使用假币罪并罚。但是，应当注意的是，刑法第一百七十一条第二款规定：“伪造货币并出售或者运输伪造货币的”，以伪造货币罪从重处罚，只针对同宗假币而言，如行为人出售或者运输的假币，并非其伪造的，则不能执行这一规定，而应以伪造货币罪和出售或者运输假币罪并罚；同理，行为人使用的假币与其购买的假币属于不同宗的，应以购买假币罪和使用假币罪并罚。为

了统一、正确执行刑法和有关司法解释,《纪要》明确了确定假币犯罪罪名的四项原则。

(三) 用账外客户资金非法拆借、发放贷款行为的认定和处罚

1. 用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪与挪用公款罪、挪用资金罪的界限

用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪与挪用公款罪、挪用资金罪的区分,是司法认定中的一个难点。《纪要》根据长沙会议上与会代表形成的共识,从是否具有牟利目的、是否将吸收的客户资金记入金融机构的法定账户、客户是否知道其存款没有记入金融机构的法定账户三个方面进行了区分。其中,“以牟利为目的”是用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪的必要构成要件,没有牟利目的的,不构成用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪。而是否将吸收的客户资金记入金融机构的法定账户,对于金融机构和金融机构工作人员来说,具有不同的意义:金融机构以牟利为目的,将没有记入单位法定账户的资金非法拆借、发放贷款,无论其是否与客户沟通,只要造成了重大损失,均应认定为用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪;对于金融机构工作人员来说,如果其利用职务便利,将记入金融机构法定账户的客户资金非法拆借、发放贷款,无论其是否牟利、是否与客户沟通、是否造成重大损失,都应认定为挪用公款或者挪用资金罪。行为人与存款客户沟通,没有将存款资金记入金融机构的法定账户,这是金融机构工作人员构成用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪的必要条件。因为客户不知道其存款没有记入金融机构法定账户,那么金融机构工作人员的行为仍代表着金融机构,无论被非法拆借、发放贷款的资金能否收回,根据最高人民法院1997年12月13日颁布的《关于审理存单纠纷案件的若干规定》第六条的有关规定,金融机构都须承担相应的民事法律责任,被金融机构工作人员用于非法拆借、发放贷款的资金实际上是金融机构的资金,这种行为只能根据案件的具体情况,以挪用公款罪、挪用资金罪或者其他犯罪追究金融机构工作人员的刑事责任。

2. 用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪与其他罪的并罚问题

对于金融机构来说,以牟利为目的,采取吸收客户资金不入账,将资金用于非法拆借、发放贷款,造成重大损失的,应以用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪定罪处罚,一般不存在并罚问题。但对于金融机构工作人员来说,其牟取的利益可能同时触犯了其他罪名,存在并罚问题:既谋取用账外客户资金非法拆借、发放贷款所产生的非法收益的同时,又索取用款人的财物,或者非法收受其他财物,或者收取回扣、手续费等,数额较大的,应以用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪和受贿罪并罚;索取用款人的财物,或者非法收受其他财物,或者收取回扣、手续费等,数额较小,不构成受贿罪的,以用账外客

户资金非法拆借、发放贷款罪定罪处罚。

三、关于金融诈骗罪

(一) 金融诈骗罪中非法占有目的的认定

由于刑法关于金融诈骗犯罪的条文中，只对集资诈骗罪、贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪中的“恶意透支”行为明确规定了必须具有非法占有的目的，导致实践中对其他相关诈骗犯罪要“以非法占有为目的”产生歧义。有一种观点认为，其他金融诈骗犯罪不需要具有非法占有的目的。我们认为，金融诈骗罪作为诈骗罪的一种，具有非法占有的目的，是必要构成要件。刑法关于金融诈骗犯罪的这种规定，并不是说其他金融诈骗犯罪不要求有非法占有的目的。只是由于金融诈骗比普通诈骗犯罪的情况复杂，在认定行为人是否具有非法占有的目的上存在一定的特殊性。在集资诈骗、贷款诈骗和恶意透支信用卡行为中，行为人采取虚假手段集资、贷款或者恶意透支信用卡，并不一定都具有非法占有目的，因此，刑法才强调规定只有“以非法占有为目的”才能构成犯罪。而在其他金融诈骗犯罪中，诈骗的行为方式、手段本身已经表明行为主观上具有非法占有的目的。因此，刑法只列举实施票据诈骗、金融凭证诈骗、信用证诈骗、信用卡诈骗（恶意透支除外）、有价证券诈骗和保险诈骗犯罪的具体行为表现，没有再重复必须具有非法占有的目的。《纪要》对此予以肯定，即“金融诈骗犯罪都是以非法占有为目的的犯罪”，并根据司法实践，进一步明确了可以认定为具有非法占有目的的七种具体情形，即“（1）明知没有归还能力而大量骗取资金的；（2）非法获取资金后逃跑的；（3）肆意挥霍骗取资金的；（4）使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；（5）抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；（6）隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；（7）其他非法占有资金、拒不返还的行为”。在司法实践中，应注意的，这七种情形都以“行为人通过诈骗的方法非法获取资金，造成数额较大资金不能归还”为前提条件，既不能仅根据这七种情形认定行为人具有非法占有的目的，也不能单纯以财产不能归还就按金融诈骗罪处罚。

(二) 单位贷款诈骗行为的处理

根据刑法第一百九十三条的规定，贷款诈骗罪只能由自然人构成，单位不构成本罪，而司法实践中，贷款诈骗行为，尤其是数额较大或者巨大的贷款诈骗行为，往往为单位所实施。因此，有一种意见认为，单位贷款诈骗的社会危害性极大，可以考虑以合同诈骗罪定罪处罚。也有不同的意见，其主要理由是：

1. 相对于合同诈骗而言，贷款诈骗是特别法，根据法条竞合情况下，优先适用特别法条的原则，不应舍弃特别法条而适用普通法条，如单位贷款诈骗

可以按合同诈骗罪定罪处罚，自然人贷款诈骗构成犯罪的，也可以按合同诈骗罪定罪处罚，这显然违反立法本意；

2. 刑法分则关于金融诈骗罪的规定，大多规定了单位犯罪，对贷款诈骗罪没有规定单位犯罪，应不是立法的疏漏；

3. 对单位贷款诈骗行为以合同诈骗罪定罪处罚不符合罪刑法定原则。

我们认为，单位在签订、履行借款合同过程中，骗取金融机构钱款，数额较大，完全符合刑法第二百二十四条、第二百三十一条规定的合同诈骗罪构成要件的，如不以犯罪论处，不仅属于放纵犯罪，而且有违罪刑法定原则。行为人或者单位实施的行为符合刑法规定的哪个犯罪构成，就应以哪个犯罪定罪处罚，正是罪刑法定原则的应有之义。因此，《纪要》在强调“单位不构成贷款诈骗罪。对于单位实施的贷款诈骗行为，不能以贷款诈骗罪定罪处罚，也不能以贷款诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任”的同时，规定“在司法实践中，对于单位十分明显地以非法占有为目的，利用签订、履行借款合同诈骗银行或其他金融机构贷款，符合刑法第二百二十四条规定的合同诈骗罪构成要件的，应当以合同诈骗罪定罪处罚”。应当注意的是，对于不符合合同诈骗罪构成特征的单位贷款欺詐行为，不能以合同诈骗罪对单位定罪处罚。

（三）贷款诈骗与贷款纠纷的界限

如何区分贷款诈骗和贷款纠纷是司法认定的难点。所谓贷款诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取银行或者其他金融机构贷款，数额较大的行为；所谓贷款纠纷，是指银行或者其他金融机构与贷款人之间，在签订、履行借款合同过程中产生的经济纠纷。贷款诈骗和贷款纠纷通常有一个共同点，即贷款人没有偿还到期贷款。而贷款到期没有偿还可能有多种原因，如因经营不善，致使企业亏损，无法偿还；因市场行情发生变化，没有取得预期收益而无法归还；主观上不愿按时归还等。从刑法的规定来看，贷款诈骗罪有两个显著特征：一是具有非法占有的目的，二是采用了明显的欺骗手段获取贷款，这也是区别二者的关键。因此，对于不具有非法占有目的的，即使在贷款过程中采用了欺诈手段，并且到期没有偿还贷款，也不能认定为贷款诈骗罪；同时，在贷款或者偿还贷款过程中是否采取了虚构事实或者隐瞒真相的手段，也是构成贷款诈骗罪的必要条件。对于贷款过程中没有采用刑法第一百九十三条规定的欺骗手段，取得贷款后，也没有抽逃、转移资金、隐匿财产，隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还贷款，亦没有肆意挥霍贷款的，不能以贷款诈骗罪追究行为人的刑事责任。而以非法占有为目的诈骗贷款的，无论行为人在是贷款之前产生非法占有的目的，还是在取得贷款之后、在归还贷款过程中产生非法占有目的，都不影响贷款诈骗罪的认

定。因此,《纪要》强调:“对于合法取得贷款后,没有按规定的用途使用贷款,到期没有归还贷款的,不能以贷款诈骗罪定罪处罚;对于确有证据证明行为人不具有非法占有的目的,因不具备贷款的条件而采取了欺骗手段获取贷款,案发时有能力履行还贷义务,或者案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因,如因经营不善、被骗、市场风险等,不应以贷款诈骗罪定罪处罚。”

四、关于金融犯罪定罪量刑的数额标准问题

金融犯罪大多涉及犯罪数额问题。数额不仅是定罪的重要标准,也是量刑的主要依据。由于1996年《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》曾对金融诈骗犯罪的一些数额标准作出了规定,根据《最高人民法院关于认真学习宣传贯彻修订的〈中华人民共和国刑法〉的通知》第五条“修订的刑法实施后,对已明令废止的全国人大常委会有关决定和补充规定,最高人民法院原作出的有关司法解释不再适用。但是如果修订的刑法有关条文实质内容没有变化的,人民法院在刑事审判工作中,在没有新的司法解释前,可参照执行”的规定,在没有新的司法解释之前,该司法解释仍可参照执行。《纪要》没有涉及金融诈骗犯罪的数额标准问题,只是应各地法院的要求,对一些司法实践中亟须明确的破坏金融管理秩序犯罪的数额标准,根据会议讨论和征求有关部门意见的情况,提出了一个杠杠,供各地法院处理具体案件时参照执行。

(撰稿人:杨万明 郭清国)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家烟草专卖局 关于印发《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》的通知

2003年12月23日

高检会〔2003〕4号

各省、自治区、直辖市高级人民法院,人民检察院,公安厅、局,烟草专卖局,解放军军事法院,军事检察院,新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院,新疆生产建设兵团人民检察院,公安局:

现将最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家烟草专卖局《关于办

理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》印发给你们，请参照执行。执行中有什么问题，请及时报告最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家烟草专卖局。

附：

关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要

生产、销售假冒伪劣烟草制品等犯罪行为严重破坏国家烟草专卖制度，扰乱社会主义市场经济秩序，侵害消费者合法权益。2001年以来，公安部、国家烟草专卖局联合开展了卷烟打假专项行动，取得了显著成效。同时，在查处生产、销售假冒伪劣烟草制品等犯罪案件过程中也遇到了一些适用法律方面的问题。为此，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家烟草专卖局于2003年8月4日至6日在昆明召开了办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家烟草专卖局以及部分省、自治区、直辖市法院、检察院、公安厅（局）、烟草专卖局等单位的有关人员参加了会议。全国人大常委会工委刑法室应邀派员参加了会议。与会人员在总结办案经验的基础上，根据法律和司法解释的有关规定，就办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件中一些带有普遍性的具体适用法律问题进行了广泛讨论并形成了共识。纪要如下：

一、关于生产、销售伪劣烟草制品行为适用法律问题

（一）关于生产伪劣烟草制品尚未销售或者尚未完全销售行为定罪量刑问题

根据刑法第一百四十条的规定，生产、销售伪劣烟草制品，销售金额在五万元以上的，构成生产、销售伪劣产品罪。

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定，销售金额是指生产者、销售者出售伪劣烟草制品后所得和应得的全部违法收入。伪劣烟草制品尚未销售，货值金额达到刑法第一百四十条规定的销售金额三倍（十五万元）以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚。货值金额以违法生产、销售的伪劣产品的标价计算；没有标价的，按照同类合格产品的市场中间价格计算。货值金额难以确定的，按照国家计划委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公

安部 1997 年 4 月 22 日联合发布的《扣押、追缴、没收物品估价管理办法》的规定，委托指定的估价机构确定。

伪劣烟草制品尚未销售，货值金额分别达到十五万元以上不满二十万元、二十万元以上不满五十万元、五十万元以上不满二百万元、二百万元以上的，分别依照刑法第一百四十条规定的各量刑档次定罪处罚。

伪劣烟草制品的销售金额不满五万元，但与尚未销售的伪劣烟草制品的货值金额合计达到十五万元以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚。

生产伪劣烟草制品尚未销售，无法计算货值金额，有下列情形之一的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚：

1. 生产伪劣烟用烟丝数量在 1000 公斤以上的；
2. 生产伪劣烟用烟叶数量在 1500 公斤以上的。

（二）关于非法生产、拼装、销售烟草专用机械行为定罪处罚问题

非法生产、拼装、销售烟草专用机械行为，依照刑法第一百四十条的规定，以生产、销售伪劣产品罪追究刑事责任。

二、关于销售明知是假冒烟用注册商标的烟草制品行为中的“明知”问题

根据刑法第二百一十四条的规定，销售明知是假冒烟用注册商标的烟草制品，销售金额较大的，构成销售假冒注册商标的商品罪。

“明知”，是指知道或应当知道。有下列情形之一的，可以认定为“明知”：

1. 以明显低于市场价格进货的；
2. 以明显低于市场价格销售的；
3. 销售假冒烟用注册商标的烟草制品被发现后转移、销毁物证或者提供虚假证明、虚假情况的；
4. 其他可以认定为明知的情形。

三、关于非法经营烟草制品行为适用法律问题

未经烟草专卖行政主管部门许可，无生产许可证、批发许可证、零售许可证，而生产、批发、零售烟草制品，具有下列情形之一的，依照刑法第二百二十五条的规定定罪处罚：

1. 个人非法经营数额在五万元以上的，或者违法所得数额在一万元以上的；
2. 单位非法经营数额在五十万元以上的，或者违法所得数额在十万元以上的；
3. 曾因非法经营烟草制品行为受过二次以上行政处罚又非法经营的，非

法经营数额在二万元以上的。

四、关于共犯问题

知道或者应当知道他人实施本《纪要》第一条至第三条规定的犯罪行为，仍实施下列行为之一的，应认定为共犯，依法追究刑事责任：

1. 直接参与生产、销售假冒伪劣烟草制品或者销售假冒烟用注册商标的烟草制品或者直接参与非法经营烟草制品并在其中起主要作用的；

2. 提供房屋、场地、设备、车辆、贷款、资金、账号、发票、证明、技术等设施和条件，用于帮助生产、销售、储存、运输假冒伪劣烟草制品、非法经营烟草制品的；

3. 运输假冒伪劣烟草制品的。

上述人员中有检举他人犯罪经查证属实，或者提供重要线索，有立功表现的，可以从轻或减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

五、国家机关工作人员参与实施本《纪要》第一条至第三条规定的犯罪行为的处罚问题

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，国家机关工作人员参与实施本《纪要》第一条至第三条规定的犯罪行为的，从重处罚。

六、关于一罪与数罪问题

行为人的犯罪行为同时构成生产、销售伪劣产品罪、销售假冒注册商标的商品罪、非法经营罪等罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

七、关于窝藏、转移非法制售的烟草制品行为的定罪处罚问题

明知是非法制售的烟草制品而予以窝藏、转移的，依照刑法第三百一十二条的规定，以窝藏、转移赃物罪定罪处罚。

八、关于以暴力、威胁方法阻碍烟草专卖执法人员依法执行职务行为的定罪处罚问题

以暴力、威胁方法阻碍烟草专卖执法人员依法执行职务的，依照刑法第二百七十七条的规定，以妨害公务罪定罪处罚。

九、关于煽动群众暴力抗拒烟草专卖法律实施行为的定罪处罚问题

煽动群众暴力抗拒烟草专卖法律实施的，依照刑法第二百七十八条的规

定，以煽动暴力抗拒法律实施罪定罪处罚。

十、关于鉴定问题

假冒伪劣烟草制品的鉴定工作，由国家烟草专卖行政主管部门授权的省级以上烟草产品质量监督检验机构，按照国家烟草专卖局制定的假冒伪劣卷烟鉴别检验管理办法和假冒伪劣卷烟鉴别检验规程等有关规定进行。

假冒伪劣烟草专用机械的鉴定由国家质量监督部门，或其委托的国家烟草质量监督检验中心，根据烟草行业的有关技术标准进行。

十一、关于烟草制品、卷烟的范围

本纪要所称烟草制品指卷烟、雪茄烟、烟丝、复烤烟叶、烟叶、卷烟纸、滤嘴棒、烟用丝束。

本纪要所称卷烟包括散支烟和成品烟。

【解 读】

解读《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》

一、关于生产、销售假烟行为的定性

(一) 生产、销售假烟的行为通常同时构成生产、销售伪劣产品罪、假冒注册商标罪或者销售假冒注册商标的商品罪、非法经营罪，应当依照处罚较重的《刑法》规定定罪处罚。首先，假烟，通常是一种“以次充好”或者“以不合格产品冒充合格产品”的伪劣烟草制品，销售金额在5万元以上的，当然可以按照《刑法》第一百四十条规定的生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。对此，最高人民法院、最高人民检察院、公安部和国家烟草专卖局于2003年12月23日联合发布的《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》(以下简称《纪要》)再一次予以肯定，并具体规定：“伪劣烟草制品尚未销售，货值金额分别达到十五万元以上不满二十万元、二十万元以上不满五十万元、五十万元以上不满二百万元、二百万元以上的，分别依照《刑法》第一百四十条规定的各量刑档次定罪处罚。伪劣烟草制品的销售金额不满五万元，但与尚未销售的伪劣烟草制品的货值金额合计达到十五万元以上的，以生

产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚。”

其次，根据《中华人民共和国商标法》第六条规定：“国家规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售。”《中华人民共和国烟草专卖法实施条例》第二十四条规定：“卷烟、雪茄烟和有包装的烟丝，应当使用注册商标。”所有的卷烟均属于注册商标的商品。生产假烟的单位或者个人，必然要假冒他人的注册商标；明知是假烟而销售假烟的单位或者个人，也应当知道其所销售的假烟是假冒他人注册商标的商品。因此，对于生产、销售假烟，销售金额在5万元以上的，也可以按照假冒注册商标罪或者销售假冒注册商标的商品罪定罪处罚。

再次，根据《中华人民共和国烟草专卖法》和《中华人民共和国烟草专卖法实施条例》规定，烟草制品属于国家规定的专卖物品，其生产、销售和进出口业务由国家实行垄断经营、统一管理。从司法实践已查处的生产、销售假烟案件来看，生产假烟的单位或者个人，一般没有取得烟草专卖生产企业许可证；销售假烟的批发单位或者个人，一般没有取得烟草专卖批发企业许可证，或者是没有许可证规定的经营范围和地域范围内从事烟草制品的批发业务；而从事假烟零售业务的单位或者个人，一般没有烟草专卖零售许可证，或者不是在当地的烟草批发企业进货；运输假烟的单位或者个人，一般没有准运证。没有相应的烟草专卖许可证或者准运证，从事烟草制品的生产、销售、运输业务，属于《刑法》第二百二十五条第（一）项规定的“未经许可经营法律、行政法规规定的……专卖物品”，扰乱市场秩序，情节严重的，构成非法经营罪。

对于这种同时触犯数个法条的犯罪行为，《最高人民法院、最高人民检察院办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第十条规定“依照处罚较重的规定定罪处罚”。参照《最高人民法院适用刑法第十二条几个问题的解释》规定的精神，这里的“处罚较重”，应理解为法定最高刑较重。如果法定最高刑相同，则是指法定最低刑较重；如果主刑的法定最高刑和最低刑都相同，则是指附加刑。由于《刑法》第一百四十条规定的生产、销售伪劣产品罪、第二百一十三条规定的假冒注册商标罪、第二百一十四条规定的销售假冒注册商标的商品罪和第二百二十五条规定的非法经营罪，均有两个以上的法定刑幅度，因此，在比较法定刑时，应当结合具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度进行比较。不能由于《刑法》第一百四十条规定的生产、销售伪劣产品罪的法定最高刑为无期徒刑，而对所有的生产、销售假烟案件均以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。在具体的案件中，有时应当以侵犯知识产权罪或者非法经营罪定罪处罚，例如，对于没有烟草专卖零售许可证而销售十几种假冒伪劣卷烟，销售金额为5万元的，以销售伪劣产品罪定罪，法定最高刑为二年有期徒刑；以销售假冒注册商标的商品罪定罪，法定最

高刑为三年有期徒刑；而以非法经营罪定罪，法定最高刑为五年有期徒刑。显然，以非法经营罪定罪处罚，才符合《解释》第十条的规定。

(二) 对于生产、销售假烟的犯罪行为，在没有证据证明假烟属于《刑法》第一百四十四条规定的“伪劣产品”的情况下，不能以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。由于《刑法》第一百四十四条规定的生产、销售伪劣产品罪的犯罪对象只能是伪劣产品，即“在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品”，不包括只“假”不“劣”的产品，因此，在没有证据证明假烟属于《刑法》第一百四十四条规定的“伪劣产品”的情况下，人民法院审理生产、销售假烟案件只能以侵犯知识产权罪或者非法经营罪定罪处罚。由于假烟的鉴定是一项专业性很强的工作，为了正确处理生产、销售假烟案件，《纪要》明确：“假冒伪劣烟草制品的鉴定工作，由国家烟草专卖行政主管部门授权的省级以上烟草产品质量监督检验机构，按照国家烟草专卖局制定的假冒伪劣卷烟鉴别检验管理办法和假冒伪劣卷烟鉴别检验规程等有关规定进行。”

二、关于生产、销售伪劣烟用烟丝、烟用烟叶以及非法生产、拼装、销售烟草专用机械行为的定性

《纪要》明确：“生产伪劣烟草制品尚未销售，无法计算货值金额，有下列情形之一的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚：1. 生产伪劣烟用烟丝数量在 1000 公斤以上的；生产伪劣烟用烟叶数量在 1500 公斤以上的……”“非法生产、拼装、销售烟草专用机械行为，依照《刑法》第一百四十四条的规定，以生产、销售伪劣产品罪追究刑事责任。”实践中，应当注意的是，《纪要》只是明确了对于生产、销售伪劣烟用烟丝、烟叶以及非法生产、拼装、销售烟草专用机械行为定罪处罚的工作思路，能否以生产、销售伪劣产品罪追究刑事责任，必须取决于是否符合生产、销售伪劣产品罪的构成要件。

就生产伪劣烟用烟丝、烟叶而言，仅有生产数量，没有销售金额，也难以确定货值金额的，不能以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。即使属于生产、销售伪劣产品罪（未遂），也必须按照《解释》第二条第三款的规定，委托指定的估价机构确定货值金额。

就非法生产、拼装、销售烟草专用机械来说，能否构成生产、销售伪劣产品罪，不仅需要查明销售金额或者货值金额，还需要法律、行政法规规定的质量检验机构对烟草专用机械是否属于伪劣产品进行鉴定。对此，《纪要》明确：“假冒伪劣烟草专用机械的鉴定由国家质量监督部门，或其委托的国家烟草质量监督检验中心，根据烟草行业的有关技术标准进行。”

然而，烟用烟丝、烟用烟叶和烟草专用机械均属于《中华人民共和国烟草专卖法》第二条第一款规定的烟草专卖品，由国家实行许可经营、统一管理。

对于未经许可而生产（拼装也属于生产）、销售，情节严重的，可以按照非法经营罪定罪处罚。由于经营数量也是衡量非法经营情节是否严重的重要依据，对于未经许可，生产伪劣烟用烟丝数量在1000公斤以上，或者生产伪劣烟用烟叶数量在1500公斤以上的，可以直接认定为非法经营“情节严重”，以非法经营罪定罪处罚。

（撰稿人：郭清国）

最高人民法院 最高人民检察院 海关总署
关于印发《办理走私刑事案件
适用法律若干问题的意见》的通知

2002年7月8日

法〔2002〕139号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院，解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、生产建设兵团人民检察院，广东分署，天津、上海特派办，各直属海关：

现将《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》印发给你们，请认真组织学习、参照执行。

附：

关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见

为研究解决近年来公安、司法机关在办理走私刑事案件中遇到的新情况、新问题，最高人民法院、最高人民检察院、海关总署共同开展了调查研究，根据修订后的刑法及有关司法解释的规定，在总结侦查、批捕、起诉、审判工作经验的基础上，就办理走私刑事案件的程序、证据以及法律适用等问题提出如下意见：

一、关于走私犯罪案件的管辖问题

根据刑事诉讼法的规定，走私犯罪案件由犯罪地的走私犯罪侦查机关立案

侦查。走私犯罪案件复杂，环节多，其犯罪地可能涉及多个犯罪行为发生地，包括货物、物品的进口（境）地、出口（境）地、报关地、核销地等。如果发生刑法第一百五十四条、第一百五十五条规定的走私犯罪行为的，走私货物、物品的销售地、运输地、收购地和贩卖地均属于犯罪行为的发生地。对有多个走私犯罪行为为发生地的，由最初受理的走私犯罪侦查机关或者由主要犯罪地的走私犯罪侦查机关管辖。对管辖有争议的，由共同的上级走私犯罪侦查机关指定管辖。

对发生在海（水）上的走私犯罪案件由该辖区的走私犯罪侦查机关管辖，但对走私船舶有跨辖区连续追缉情形的，由缉获走私船舶的走私犯罪侦查机关管辖。

人民检察院受理走私犯罪侦查机关提请批准逮捕、移送审查起诉的走私犯罪案件，人民法院审理人民检察院提起公诉的走私犯罪案件，按照《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、海关总署关于走私犯罪侦查机关办理走私犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的通知》（署侦〔1998〕742号）的有关规定执行。

二、关于电子数据证据的收集、保全问题

走私犯罪侦查机关对于能够证明走私犯罪案件真实情况的电子邮件、电子合同、电子账册、单位内部的电子信息资料等电子数据应当作为刑事证据予以收集、保全。

侦查人员应当对提取、复制电子数据的过程制作有关文字说明，记明案由、对象、内容，提取、复制的时间、地点，电子数据的规格、类别、文件格式等，并由提取、复制电子数据的制作人、电子数据的持有人和能够证明提取、复制过程的见证人签名或者盖章，附所提取、复制的电子数据一并随案移送。

电子数据的持有人不在案或者拒绝签字的，侦查人员应当记明情况；有条件的可将提取、复制有关电子数据的过程拍照或者录像。

三、关于办理走私普通货物、物品刑事案件偷逃应缴税额的核定问题

在办理走私普通货物、物品刑事案件中，对走私行为人涉嫌偷逃应缴税额的核定，应当由走私犯罪案件管辖地的海关出具《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》（以下简称《核定证明书》）。海关出具的《核定证明书》，经走私犯罪侦查机关、人民检察院、人民法院审查确认，可以作为办案的依据和定罪量刑的证据。

走私犯罪侦查机关、人民检察院和人民法院对《核定证明书》提出异议或由
内容由平乱网（www.docsriver.com）入驻商家巨力法律书制作发布

者因核定偷逃税额的事实发生变化,认为需要补充核定或者重新核定的,可以要求原出具《核定证明书》的海关补充核定或者重新核定。

走私犯罪嫌疑人、被告人或者辩护人对《核定证明书》有异议,向走私犯罪侦查机关、人民检察院或者人民法院提出重新核定申请的,经走私犯罪侦查机关、人民检察院或者人民法院同意,可以重新核定。

重新核定应当另行指派专人进行。

四、关于走私犯罪嫌疑人的逮捕条件

对走私犯罪嫌疑人提请逮捕和审查批准逮捕,应当依照刑事诉讼法第六十条规定的逮捕条件来办理。一般按照下列标准掌握:

(一) 有证据证明有走私犯罪事实

1. 有证据证明发生了走私犯罪事实

有证据证明发生了走私犯罪事实,须同时满足下列两项条件:

(1) 有证据证明发生了违反国家法律、法规,逃避海关监管的行为;

(2) 查扣的或者有证据证明的走私货物、物品的数量、价值或者偷逃税额达到刑法及相关司法解释规定的起刑点。

2. 有证据证明走私犯罪事实系犯罪嫌疑人实施的

有下列情形之一,可认为走私犯罪事实系犯罪嫌疑人实施的:

(1) 现场查获犯罪嫌疑人实施走私犯罪的;

(2) 视听资料显示犯罪嫌疑人实施走私犯罪的;

(3) 犯罪嫌疑人供认的;

(4) 有证人证言指证的;

(5) 有同案的犯罪嫌疑人供述的;

(6) 其他证据能够证明犯罪嫌疑人实施走私犯罪的。

3. 证明犯罪嫌疑人实施走私犯罪行为的证据已经查证属实的

符合下列证据规格要求之一,属于证明犯罪嫌疑人实施走私犯罪行为的证据已经查证属实的:

(1) 现场查获犯罪嫌疑人实施犯罪,有现场勘查笔录、留置盘问记录、海关扣留查问笔录或者海关查验(检查)记录等证据证实的;

(2) 犯罪嫌疑人的供述有其他证据能够印证的;

(3) 证人证言能够相互印证的;

(4) 证人证言或者同案犯供述能够与其他证据相互印证的;

(5) 证明犯罪嫌疑人实施走私犯罪的其他证据已经查证属实的。

(二) 可能判处有期徒刑以上的刑罚

是指根据刑法第一百五十一条、第一百五十二条、第一百五十三条、第三

百四十七条、第三百五十条等规定和《最高人民法院关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等有关司法解释的规定，结合已查明的走私犯罪事实，对走私犯罪嫌疑人可能判处有期徒刑以上的刑罚。

(三) 采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性而有逮捕必要的

主要是指：走私犯罪嫌疑人可能逃跑、自杀、串供、干扰证人作证以及伪造、毁灭证据等妨碍刑事诉讼活动的正常进行的，或者存在行凶报复、继续作案可能的。

五、关于走私犯罪嫌疑人、被告人主观故意的认定问题

行为人明知自己的行为违反国家法律法规，逃避海关监管，偷逃进出口货物、物品的应缴税额，或者逃避国家有关进出口的禁止性管理，并且希望或者放任危害结果发生的，应认定为具有走私的主观故意。

走私主观故意中的“明知”是指行为人知道或者应当知道所从事的行为是走私行为。具有下列情形之一的，可以认定为“明知”，但有证据证明属被蒙骗的除外：

- (一) 逃避海关监管，运输、携带、邮寄国家禁止进出口的货物、物品的；
- (二) 用特制的设备或者运输工具走私货物、物品的；
- (三) 未经海关同意，在非设关的码头、海（河）岸、陆路边境等地点，运输（驳载）、收购或者贩卖非法进出口货物、物品的；
- (四) 提供虚假的合同、发票、证明等商业单证委托他人办理通关手续的；
- (五) 以明显低于货物正常进（出）口的应缴税额委托他人代理进（出）口业务的；
- (六) 曾因同一种走私行为受过刑事处罚或者行政处罚的；
- (七) 其他有证据证明的情形。

六、关于行为人对走私的具体对象不明确的案件的处理问题

走私犯罪嫌疑人主观上具有走私犯罪故意，但对其走私的具体对象不明确的，不影响走私犯罪构成，应当根据实际的走私对象定罪处罚。但是，确有证据证明行为人因受蒙骗而对走私对象发生认识错误的，可以从轻处罚。

七、关于走私珍贵动物制品行为的处罚问题

走私珍贵动物制品的，应当根据刑法第一百五十一条第二、四、五款和《最高人民法院关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第四条的有关规定予以处罚，但同时具有下列情形，情节较轻的，

一般不以犯罪论处：

(一) 珍贵动物制品购买地允许交易；

(二) 入境人员为留作纪念或者作为礼品而携带珍贵动物制品进境，不具有牟利目的的。

同时具有上述两种情形，达到《解释》第四条第三款规定的量刑标准的，一般处5年以下有期徒刑，并处罚金；达到《解释》第四条第四款规定的量刑标准的，一般处5年以上有期徒刑，并处罚金。

八、关于走私旧汽车、切割车等货物、物品的行为的定罪问题

走私刑法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条、第三百五十条规定的货物、物品以外的，已被国家明令禁止进出口的货物、物品，例如旧汽车、切割车、侵犯知识产权的货物、来自疫区的动植物及其产品等，应当依照刑法第一百五十三条的规定，以走私普通货物、物品罪追究刑事责任。

九、关于利用购买的加工贸易登记手册、特定减免税批文等涉税单证进口货物行为的定性处理问题

加工贸易登记手册、特定减免税批文等涉税单证是海关根据国家法律法规以及有关政策性规定，给予特定企业用于保税货物经营管理和减免税优惠待遇的凭证。利用购买的加工贸易登记手册、特定减免税批文等涉税单证进口货物，实质是将一般贸易货物伪报为加工贸易保税货物或者特定减免税货物进口，以达到偷逃应缴税款的目的，应当适用刑法第一百五十三条以走私普通货物、物品罪定罪处罚。如果行为人与走私分子通谋出售上述涉税单证，或者在出卖批文后又以提供印章、向海关伪报保税货物、特定减免税货物等方式帮助买方办理进口通关手续的，对卖方依照刑法第一百五十六条以走私罪共犯定罪处罚。买卖上述涉税单证情节严重尚未进口货物的，依照刑法第二百八十条的规定定罪处罚。

十、关于在加工贸易活动中骗取海关核销行为的认定问题

在加工贸易经营活动中，以假出口、假结转或者利用虚假单证等方式骗取海关核销，致使保税货物、物品脱离海关监管，造成国家税款流失，情节严重的，依照刑法第一百五十三条的规定，以走私普通货物、物品罪追究刑事责任。但有证据证明因不可抗力原因导致保税货物脱离海关监管，经营人无法办理正常手续而骗取海关核销的，不认定为走私犯罪。

十一、关于伪报价格走私犯罪案件中实际成交价格的认定问题

走私犯罪案件中的伪报价格行为，是指犯罪嫌疑人、被告人在进出口货

物、物品时，向海关申报进口或者出口的货物、物品的价格低于或者高于进出口货物的实际成交价格。

对实际成交价格的认定，在无法提取真、伪两套合同、发票等单证的情况下，可以根据犯罪嫌疑人、被告人的付汇渠道、资金流向、会计账册、境内外收发发货人的真实交易方式，以及其他能够证明进出口货物实际成交价格的证据材料综合认定。

十二、关于出售走私货物已缴纳的增值税应否从走私偷逃应缴税额中扣除的问题

走私犯罪嫌疑人作为出售走私货物而开具增值税专用发票并缴纳增值税，是其走私行为既遂后在流通领域获取违法所得的一种手段，属于非法开具增值税专用发票。对走私犯罪嫌疑人因出售走私货物而实际缴纳走私货物增值税的，在核定走私货物偷逃应缴税额时，不应当将其已缴纳的增值税额从其走私偷逃应缴税额中扣除。

十三、关于刑法第一百五十四条规定的“销售牟利”的理解问题

刑法第一百五十四条第（一）、（二）项规定的“销售牟利”，是指行为人主观上为了牟取非法利益而擅自销售海关监管的保税货物、特定减免税货物。该种行为是否构成犯罪，应当根据偷逃的应缴税额是否达到刑法第一百五十三条及相关司法解释规定的数额标准予以认定。实际获利与否或者获利多少并不影响其定罪。

十四、关于海上走私犯罪案件如何追究运输人的刑事责任问题

对刑法第一百五十五条第（二）项规定的实施海上走私犯罪行为的运输人、收购人或者贩卖人应当追究刑事责任。对运输人，一般追究运输工具的负责人或者主要责任人的刑事责任，但对于事先通谋的、集资走私的或者使用特殊的走私运输工具从事走私犯罪活动的，可以追究其他参与人员的刑事责任。

十五、关于刑法第一百五十六条规定的“与走私罪犯通谋”的理解问题

通谋是指犯罪行为之间事先或者事中形成的共同的走私故意。下列情形可以认定为通谋：

- （一）对明知他人从事走私活动而同意为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、海关单证，提供运输、保管、邮寄或者其他方便的；
- （二）多次为同一走私犯罪分子的走私行为提供前项帮助的。

十六、关于放纵走私罪的认定问题

依照刑法第四百一十一条的规定，负有特定监管义务的海关工作人员徇私舞弊，利用职权，放任、纵容走私犯罪行为，情节严重的，构成放纵走私罪。放纵走私行为，一般是消极的不作为。如果海关工作人员与走私分子通谋，在放纵走私过程中以积极的行为配合走私分子逃避海关监管或者在放纵走私之后分得赃款的，应以共同走私犯罪追究刑事责任。

海关工作人员收受贿赂又放纵走私的，应以受贿罪和放纵走私罪数罪并罚。

十七、关于单位走私犯罪案件诉讼代表人的确定及其相关问题

单位走私犯罪案件的诉讼代表人，应当是单位的法定代表人或者主要负责人。单位的法定代表人或者主要负责人被依法追究刑事责任或者因其他原因无法参与刑事诉讼的，人民检察院应当另行确定被告单位的其他负责人作为诉讼代表人参加诉讼。

接到出庭通知的被告单位的诉讼代表人应当出庭应诉。拒不出庭的，人民法院在必要的时候，可以拘传到庭。

对直接负责的主管人员和其他直接责任人员均无法归案的单位走私犯罪案件，只要单位走私犯罪的事实清楚、证据确实充分，且能够确定诉讼代表人代表单位参与刑事诉讼活动的，可以先行追究该单位的刑事责任。

被告单位没有合适人选作为诉讼代表人出庭的，因不具备追究该单位刑事责任的诉讼条件，可按照单位犯罪的条款先行追究单位犯罪中直接负责的主管人员或者其他直接责任人员的刑事责任。人民法院在对单位犯罪中直接负责的主管人员或者直接责任人员进行判决时，对于扣押、冻结的走私货物、物品、违法所得以及属于犯罪单位所有的走私犯罪工具，应当一并判决予以追缴、没收。

十八、关于单位走私犯罪及其直接负责的主管人员和直接责任人员的认定问题

具备下列特征的，可以认定为单位走私犯罪：（1）以单位的名义实施走私犯罪，即由单位集体研究决定，或者由单位的负责人或者被授权的其他人员决定、同意；（2）为单位谋取不正当利益或者违法所得大部分归单位所有。

依照《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第二条的规定，个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者个人设立公司、企业、事业单位后，以实施犯罪为主要活动

的，不以单位犯罪论处。单位是否以实施犯罪为主要活动，应根据单位实施走私行为的次数、频度、持续时间、单位进行合法经营的状况等因素综合考虑认定。

根据单位人员在单位走私犯罪活动中所发挥的不同作用，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可以确定为一人或者数人。对于受单位领导指派而积极参与实施走私犯罪行为的人员，如果其行为在走私犯罪的主要环节起重要作用的，可以认定为单位犯罪的直接责任人员。

十九、关于单位走私犯罪后发生分立、合并或者其他资产重组情形以及单位被依法注销、宣告破产等情况下，如何追究刑事责任的问题

单位走私犯罪后，单位发生分立、合并或者其他资产重组等情况的，只要承受该单位权利义务的单位存在，应当追究单位走私犯罪的刑事责任。走私单位发生分立、合并或者其他资产重组后，原单位名称发生更改的，仍以原单位（名称）作为被告单位。承受原单位权利义务的单位法定代表人或者负责人为诉讼代表人。

单位走私犯罪后，发生分立、合并或者其他资产重组情形，以及被依法注销、宣告破产等情况的，无论承受该单位权利义务的单位是否存在，均应追究原单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

人民法院对原走私单位判处罚金的，应当将承受原单位权利义务的单位作为被执行人。罚金超出新单位所承受的财产的，可在执行中予以减除。

二十、关于单位与个人共同走私普通货物、物品案件的处理问题

单位和个人（不包括单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员）共同走私的，单位和个人均应对共同走私所偷逃应缴税额负责。

对单位和个人共同走私偷逃应缴税额为5万元以上不满25万元的，应当根据其在案件中所起的作用，区分不同情况作出处理。单位起主要作用的，对单位和个人均不追究刑事责任，由海关予以行政处理；个人起主要作用的，对个人依照刑法有关规定追究刑事责任，对单位由海关予以行政处理。无法认定单位或个人起主要作用的，对个人和单位分别按个人犯罪和单位犯罪的标准处理。

单位和个人共同走私偷逃应缴税额超过25万元且能区分主、从犯的，应当按照刑法关于主、从犯的有关规定，对从犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。

二十一、关于单位走私犯罪案件自首的认定问题

在办理单位走私犯罪案件中，对单位集体决定自首的，或者单位直接负责

的主管人员自首的，应当认定单位自首。认定单位自首后，如实交代主要犯罪事实的单位负责的其他主管人员和其他直接责任人员，可视为自首，但对拒不交代主要犯罪事实或逃避法律追究的人员，不以自首论。

二十二、关于共同走私犯罪案件如何判处罚金刑问题

审理共同走私犯罪案件时，对各共同犯罪人判处罚金的总额应掌握在共同走私行为偷逃应纳税额的1倍以上5倍以下。

二十三、关于走私货物、物品、走私违法所得以及走私犯罪工具的处理问题

在办理走私犯罪案件过程中，对发现的走私货物、物品、走私违法所得以及属于走私犯罪分子所有的犯罪工具，走私犯罪侦查机关应当及时追缴，依法予以查扣、冻结。在移送审查起诉时应当将扣押物品文件清单、冻结存款证明文件等材料随案移送，对于扣押的危险品或者鲜活、易腐、易失效、易贬值等不宜长期保存的货物、物品，已经依法先行变卖、拍卖的，应当随案移送变卖、拍卖物品清单以及原物的照片或者录像资料；人民检察院在提起公诉时应当将上述扣押物品文件清单、冻结存款证明和变卖、拍卖物品清单一并移送；人民法院在判决走私罪案件时，应当对随案清单、证明文件中载明的款、物审查确认并依法判决予以追缴、没收；海关根据人民法院的判决和海关法的有关规定予以处理，上缴中央国库。

二十四、关于走私货物、物品无法扣押或者不便扣押情况下走私违法所得的追缴问题

在办理走私普通货物、物品犯罪案件中，对于走私货物、物品因流入国内市场或者投入使用，致使走私货物、物品无法扣押或者不便扣押的，应当按照走私货物、物品的进出口完税价格认定违法所得予以追缴；走私货物、物品实际销售价格高于进出口完税价格的，应当按照实际销售价格认定违法所得予以追缴。

【解 读】

解读《关于办理走私刑事案件适用 法律若干问题的意见》

依法从严惩治走私犯罪，是近年来人民法院刑事审判工作的重点之一，也是人民法院参与整顿和规范市场秩序的一个切入点。1998年召开全国打击走私工作会议以后，各地海关和司法机关加大了打击走私犯罪的力度，查处了发生于广东湛江、福建厦门的特大走私案，人民法院受理的走私犯罪案件数量也在逐年上升。与此同时，走私犯罪行为方式呈现出多样化、复杂化的趋势，新类型的走私犯罪案件如走私珍贵动物制品等案件也有所发生。我国加入世贸组织以后，随着关税的减让和非关税措施的不断取消以及自动进口许可管理货物范围的日益扩大，走私犯罪案件可能会出现一些新的变化，走私普通货物、物品的案件可能会减少。但是，我国对外贸易管理体制的改革有一个过程，走私普通货物、物品的现象必定还会在一定时期内存在；即便在过渡时期后，走私国家禁止和限制进出口的其他货物、物品的案件也未必会减少，可能还会随着对外开放的扩大和对外贸易的活跃呈增多趋势。因此，审理走私犯罪案件仍然是人民法院一项长期的工作任务。

修订后的刑法颁布以来，人民法院在审理走私犯罪案件过程中面临着许多适用法律方面的复杂、疑难问题。为了解决这些问题，最高人民法院于2000年10月8日公布了《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。该司法解释细化了走私犯罪的定罪量刑标准，对于司法机关办理走私犯罪案件起到了良好的作用。但是，随着近年来国内外经济形势的发展、经济交往手段的转换，走私犯罪案件往往表现得极其复杂，新情况、新问题仍然层出不穷。其中有许多疑难问题没有在上述司法解释中得到解决。为此，最高人民法院、最高人民检察院、海关总署共同开展了调查研究，根据修订后刑法及有关司法解释的规定，在总结侦查、批捕、起诉、审判工作经验的基础上，制定并下发了《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）。本文试结合《意见》的有关内容，就走私犯罪的认定及法律适用问题谈几点浅见。

一、如何认定走私犯罪行为人的主观故意

走私犯罪均为直接故意犯罪，是一种故意逃避海关监管，破坏国家对外贸

易管制的行为。其中涉税的走私犯罪具有非法牟利的目的。非涉税的走私犯罪通常也具有非法牟利的目的，如走私淫秽物品、文物等，但不是必然以牟利为目的。走私犯罪的主观故意在理论上不难理解，行为人明知自己的行为违反国家法律法规，逃避海关监管，偷逃进出境货物、物品的应缴税额，或者逃避国家有关进出境的禁止性管理，并且希望或者放任危害结果发生的，应认定为具有走私的主观故意。但从司法实践的角度看，走私犯罪行为人的主观故意的认定，往往是走私刑事案件中关乎行为人罪与非罪的争议焦点。走私罪犯是一种典型的行政犯，即由于违反了行政法律法规且情节严重而构成犯罪，其行为的犯罪性需要依赖于行政法律法规的规定去认识，因而不少走私犯罪分子以其对海关行政法律法规的无知为遁词否认其具有走私的主观心理。同时，由于走私犯罪行为通常发生在对外贸易活动中，证明该行为的证据常因涉及境外而难以取得，又由于走私犯罪的“智能化”趋向越来越明显，常常有达到一定规模的公司、企业参与其中，犯罪分子具有较为充分的反制裁准备，因而在行为人拒不如实供述的前提下，侦查人员极难取得证据有效地证明行为人的犯罪心态。这种现象，客观上业已给走私犯罪的认定带来相当的难度。鉴于此，在特定场合应当允许司法机关推定行为人具有走私的主观故意。

基于上述理由，《意见》第五条第二款规定：“走私主观故意中的‘明知’是指行为人知道或者应当知道所从事的行为是走私行为。具有下列情形之一的，可以认定为‘明知’，但有证据证明确属被蒙骗的除外：（一）逃避海关监管，运输、携带、邮寄国家禁止进出境的货物、物品的；（二）用特制的设备或者运输工具走私货物、物品的；（三）未经海关同意，在非设关的码头、海（河）岸、陆路边境等地点，运输（驳载）、收购或者贩卖非法进出境货物、物品的；（四）提供虚假的合同、发票、证明等商业单证委托他人办理通关手续的；（五）以明显低于货物正常进（出）口的应缴税额委托他人代理进（出）口业务的；（六）曾因同一种走私行为受过刑事处罚或者行政处罚的；（七）其他有证据证明的情形。”这里，容易引起争议的是关于“应当知道”的表述。有一种观点认为，作为犯罪故意认识因素的“明知”，仅限于“已经知道”，但“应当知道”是指“应当知道而不知道”，属于犯罪过失的要素。笔者认为，这种观点不能不说是一种误解。这里的“应当知道”是根据客观事实推定的“明知”，不能理解为“应当知道而不知道”，即在上述诸情形下人们的生活经验已经排除了行为人“不知道”的可能性。这种主观心理与犯罪过失无关。实际上，现行法律和有关司法解释性文件已经运用“应知”或者“应当知道”来解释犯罪故意的内容。例如，刑法第二百一十九条第二款规定：“明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。”最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家工商行政管理局于1998年5

月联合发布的《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》(公通字〔1998〕第31号)也明确将“明知”解释为“知道或者应当知道”。

二、如何认定走私犯罪行为人具有的概括的主观故意

《意见》第六条规定的是有关行为人对走私的具体对象不明确的案件的处理问题。行为人对走私的具体对象不明确的案件,是指行为人具有走私的主观故意,但没有证据证明其对所查获的走私货物、物品的性质具有“明知”的认识的案件。例如,走私犯罪嫌疑人未设关的边境偷运伪造的人民币入境,被查获后自称不知道所运输的是假币,而以为是汽车配件。这种案件如何处理?实践中存在两种观点。第一种观点认为,构成特定的走私犯罪,如走私假币罪、走私毒品罪等,行为人主观上仅有一般的走私故意还不够,必须对特定货物具有“明知”的认识。理由是:走私罪是一个类罪名,包括走私普通货物、物品罪、走私假币罪等多种具体犯罪,各种具体犯罪的认定必须符合具体的犯罪构成。因此,在认定犯罪故意时必须要求行为人对于具体的犯罪对象具有“明知”的认识。第二种观点认为,行为人主观上具有走私的犯罪故意,但对其走私的具体对象不明确的,理论上可以称为“概括的主观故意”,此种故意支配下的行为应当认定为犯罪行为。理由是:行为人主观上具有走私的主观故意,虽然尚无证据证明其对走私的具体对象有明确的认识,但这种实际对象已经涵盖在行为人所能认识到的对象范围之内。持这种观点的同志还认为,如果有证据证明行为人因受蒙骗而对走私对象发生认识错误的就不按实际走私的对象定罪,那么在实务上会发生困难:“不按实际走私的对象定罪”在许多场合意味着“按照所误解的走私对象定罪”,通常认定为走私普通货物、物品罪,而走私普通货物、物品罪是以偷逃应缴税额的大小为定罪量刑标准的,在上述场合显然无法认定偷逃应缴税额。为了避免此种困难并方便司法实务,应当将那种“把走私对象甲误认为走私对象乙”的情形一律作为概括故意的情形来处理,而不是作为涉及罪与非罪的对象认识错误案件来处理。换言之,一律根据实际的走私对象定罪处罚,便于司法操作,并有利于从严打击犯罪。《意见》采纳了后一种观点。《意见》认为,走私犯罪嫌疑人主观上具有走私犯罪故意,但对其走私的具体对象不明确的,不影响走私犯罪构成,应当根据实际的走私对象定罪处罚。司法实践中通常也是按照这种观点处理的。典型的案例是最高人民法院曾经核准死刑的被告人庄添活走私假币案。被告人庄添活于1998年7月23日受台湾地区的走私分子雇佣运载“电脑零件”从台湾地区到大陆海域交给大陆走私分子,双方欲交接货时被我公安缉私艇截获。缉私人员在被告人庄添活等驾驶的“天吉福”号渔船的暗仓里查获18箱百元面额的机制版假人民币,共计62647300元。案发后,被告人曾辩称其不知道所偷运入境的是

假币，但知道是走私物品，至于具体是什么物品不明确。这就是所谓“具有走私的概括故意”。该案已于2000年7月由最高人民法院核准死刑。

此处需要探讨的，还有走私刑事案件中的“对象认识错误”问题。笔者认为，“对象认识错误”不同于“概括故意”。所谓对象认识错误，是指行为人因受蒙骗等原因对其携带、运输进出境的货物、物品的性质发生错误认识，即将走私的货物、物品误认为合法进出境的货物、物品。“对象认识错误”的前提是不存在走私的主观（概括）故意。对象认识错误案件的处理，同样涉及对于走私特定货物的主观故意的理解，实践中有不同意见。一种意见认为，构成特定的走私犯罪，如走私假币罪、走私毒品罪等，行为人主观上必须对特定货物具有“明知”的认识。但因为此种认识在诉讼上极难证明，因而应当赋予司法机关以推定行为人“明知”的权力，不能使犯罪分子以一个简单的否定判断逃脱法网。同时，为了防止客观归罪，又应当给予被告人以一定的抗辩权，并将证明“确实不知道”的举证责任转嫁给被告人。这就是所谓的严格责任理论。例如，行为人在受蒙骗的情况下携带1000克海洛因入境，误以为其所携带的是茶叶。如果确有证据证明行为人因受蒙骗而对于所携带的对象发生误解，不宜以走私毒品罪处罚；相反，若行为人不能对此误解提供佐证，而只是简单地不承认“明知”的，应推定其明知所携带入境的是毒品。根据这一观点，当案件中确有证据证明行为人因受蒙骗而对携带进出境的货物发生错误认识时，不应按照实际携带的对象定罪处罚，否则不免陷于客观归罪。最高人民法院审判委员会于1998年讨论的泰国公民乍琳雅·达古乔被控走私毒品案，可以作为上述观点的例证。被告人乍琳雅·达古乔受人之托从泰国曼谷乘飞机携带“燕窝”至广东汕头，在汕头机场被海关人员截获，查明其所携带的“燕窝”瓶中装有溶于水中的海洛因。被告人以走私毒品罪被起诉。后查明托其携带“燕窝”的人没有告知物品的真相，被告人主观上确系发生误解。该被告人最终被宣告无罪。

另一种意见认为，应当实事求是地认定走私犯罪行为人的主观故意，即从案件事实出发予以认定，而不能实行所谓的严格责任，因为严格责任理论在我国尚无定论，运用不当会伤及无辜。

鉴于上述第一种意见尚未被普遍接受，关于对象认识错误以及严格责任问题的争论尚在继续，《意见》没有就对象认识错误问题进行规范。应当注意的是，《意见》认为：“确有证据证明行为人因受蒙骗而对走私对象发生错误认识的，可以从轻处罚。”这句话所涉及的仍然是走私犯罪的概括故意问题，而不是上文述及的对象认识错误问题，因为其中讨论的仍然是对于“走私对象”的错误认识，而不是误认为属于合法携带进出境的物品。笔者认为，在行为人认识到其走私的对象为走私货物、物品的大前提下，不管行为人对实际的走私对

象是否发生认识错误，均属于概括的主观故意问题。这种情况下，即使行为人确实将走私对象甲误认为走私对象乙，仍然应当根据实际的走私对象定罪处罚，只是在一定条件下可以从轻处罚。当然，这里的前提是行为人已经认识到其所携带、运输的是走私货物、物品，否则就不能认为其具备走私的概括故意。只有在根本不存在走私故意的前提下讨论对象认识错误问题才有意义。

三、关于走私犯罪的客观行为

走私罪是个类罪名，包括刑法第一百五十一条、第一百五十二条、第一百五十三条、第一百五十五条第三项、第三百四十七条、第三百五十条第一款规定的12个具体罪名，即走私武器、弹药罪，走私核材料罪，走私假币罪，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，走私珍稀植物、珍稀植物制品罪，走私淫秽物品罪，走私普通货物、物品罪，走私固体废物罪，走私毒品罪，走私制毒物品罪等。由于走私犯罪行为方式的多样性和复杂性，要想从总体上对走私罪的客观行为作出描述是比较困难的。事实上，涉税走私犯罪（指走私普通货物、物品罪）和非涉税走私犯罪（如走私毒品罪）在性质上和社会危害性的评价方面有很大的区别。但是，从本质上看，无论哪一种走私犯罪，都离不开这么几个特征：一是违法性，指违反海关法规；二是牟利性或者破坏性，即逃避海关监管，偷逃关税，或者以其他方式破坏国家对外贸易管制；三是严重的社会危害性，这也就是说，走私行为情节严重的构成走私犯罪。从形式上区分，走私行为表现为以下几种：一是绕关走私，即从未设海关的地点或者不经过海关，运输、携带国家禁止进出口的物品或者依法应当缴纳税款的货物、物品进出口的行为。这种走私行为的特点是根本不向海关申报而逃避海关监管。二是通关走私，即经过设立海关的地点，但采取伪报、瞒报、伪装、藏匿等欺骗手段，瞒过海关的监督、检查，运输、携带、邮寄国家禁止、限制进出口或者依法应当缴纳税款的货物、物品进出口的行为。三是后续走私（刑法第一百五十四条规定的行为），即未经海关许可并且未补缴应缴税款，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物或者特定减税、免税进口的货物，在境内销售牟利的。四是海上（水上）走私（刑法第一百五十五条第二项规定的行为），即在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止进出口物品的，或者运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的。五是间接走私（刑法第一百五十五条第一项规定的行为），即直接向走私人非法收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的。关于走私犯罪的客观行为，实践中有以下几个争议问题需要研究：

第一，如何理解刑法第一百五十四条第一项、第二项规定的“销售牟利”？

刑法第一百五十四条第一项、第二项规定的“销售牟利”，应当灵活理解。实践中，经常发现一些不法分子逃避海关监管，擅自将保税货物在境内销售，但并未实际谋取利益，有的甚至因为受骗上当等原因遭受了损失；还有的不法分子没有销售保税货物，但通过抵债、入股等手段利用保税货物在境内牟利。上述情况，似乎不具备“销售牟利”的全部内容，但行为人逃避海关监管，偷逃关税的走私本质已经凸显出来了。因此，这些情形均应根据立法本意认定为后续走私。基于此种考虑，《意见》指出，刑法第一百五十四条规定的“销售牟利”，是指行为人主观上为了牟取非法利益而擅自销售海关监管的保税货物、特定减免税货物。该种行为是否构成犯罪，应当根据偷逃的应缴税额是否达到刑法第一百五十三条及相关司法解释规定的数额标准予以认定。实际获利与否或者获利多少并不影响对其定罪。

第二，如何认定利用购买的加工贸易登记手册、特定减免税批文等涉税单证进口货物行为的性质？

加工贸易登记手册、特定减免税批文等涉税单证是海关根据国家法律法规以及有关政策性规定，给予特定企业用于保税货物经营管理和减免税优惠待遇的凭证。利用购买的加工贸易登记手册、特定减免税批文等涉税单证进口货物，实质是将一般贸易货物伪报为加工贸易保税货物或者特定减免税货物进口，以达到偷逃应缴税款的目的，应当适用刑法第一百五十三条以走私普通货物、物品罪定罪处罚。如果行为人与走私分子通谋出售上述涉税单证，或者在出卖批文后又以提供印章、向海关伪报保税货物、特定减免税货物等方式帮助买方办理进口通关手续的，对卖方依照刑法第一百五十六条以走私罪共犯定罪处罚。买卖上述涉税单证情节严重但尚未进口货物的，依照刑法第二百八十条的规定定罪处罚。有一种观点认为，买卖进口货物减免税批文等涉税单证的，应当一律认定为走私普通货物、物品罪，因为此种减免税批文的唯一用途就是走私。这种意见似乎欠妥，因为买卖进口货物减免税批文等涉税单证的人尽管主观上认识到这些单证的最终用途是走私，但其与走私行为的实行者缺乏直接联系（通常是尚未发生实际的走私行为即案发），一律论为走私罪的共犯不符合共同犯罪的一般理论。

第三，如何认定在加工贸易活动中骗取海关核销行为的性质？

所谓加工贸易活动，是指刑法第一百五十五条第一项规定的来料加工、来件装配、补偿贸易等活动。发生在加工贸易领域内的走私犯罪，根据刑法规定须以“在境内销售牟利”为构成要件。但是，实践中发生在加工贸易领域内的大量案件的情况是，侦查机关无法查明行为人是否已经将保税货物销售牟利，而行为人确已通过假出口、假结转或者利用虚假单证等方式骗取海关核销。这种情况下，保税货物已经脱离海关监管，国家税款流失的事实亦已发生，行为

人的假核销行为本质上已经具备了走私犯罪的本质特征，其中情节严重的，应当依照刑法第一百五十三条的规定，以走私普通货物、物品罪追究刑事责任。当然，有证据证明因不可抗力导致保税货物脱离海关监管，经营人无法办理正常手续而骗取海关核销的，不应当认为构成走私犯罪。因此，《意见》明确规定，在加工贸易经营活动中，以假出口、假结转或者利用虚假单证等方式骗取海关核销，致使保税货物、物品脱离海关监管，造成国家税款流失，情节严重的，依照刑法第一百五十三条的规定，以走私普通货物、物品罪追究刑事责任。但有证据证明因不可抗力原因导致保税货物脱离海关监管，经营人无法办理正常手续而骗取海关核销的，不认定为走私犯罪。

第四，如何解决走私旧汽车、切割车等货物、物品行为的定罪问题？

行为人在未设海关的地方偷运刑法上有特别规定的武器、弹药、核材料、假币、毒品等“特别货物、物品”以外的货物、物品（如废旧汽车、事故车、切割车、旧电器等）入境的，应按照走私普通货物、物品罪还是走私固体废物罪处理？一种观点认为，应分别不同情况处理：如果走私对象是废旧货物、物品，如旧汽车、事故车、旧切割车（即为了运输方便而切成数块以待重新组装的旧汽车）、旧电器等，应按走私固体废物罪处理；如果走私对象是海关能够参照相应税则解决计税问题的新切割车（为了规避法律而切成数块运输入境以待重新组装的新汽车）等，则应认定为走私普通货物、物品罪。另一种观点认为，上述走私行为应一律按走私普通货物、物品罪处理。《意见》采纳了后一种观点，理由是：首先，走私旧汽车、切割车等的行为符合刑法第一百五十三条规定的走私普通货物罪的犯罪构成，因为从逻辑上讲，凡是属于刑法上有特别规定的武器、弹药、珍贵文物、假币等数种“特别货物、物品”以外的货物、物品，都属于普通货物、物品的范畴。广州、深圳等地的法院已有一些判决认定走私切割车的行为为走私普通货物罪，未产生不良效果。至于计税的困难，可由海关自行设法解决。其次，上述走私行为不能依刑法第一百五十五条定为走私固体废物罪，原因是走私的旧汽车和切割车都没有被列入国家限制进口的可以利用的固体废物的目录中，也不符合人们通常理解的国家禁止进口的固体废物的概念，而且，以走私固体废物罪定罪显然不足以震慑这类走私犯罪。因此，《意见》指出，走私刑法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条、第三百五十条规定的货物、物品以外的，已被国家明令禁止进出口的货物、物品，如旧汽车、切割车、侵犯知识产权的货物、来自疫区的动植物及其产品等，应当依照刑法第一百五十三条的规定，以走私普通货物、物品罪追究刑事责任。

四、关于走私罪的共同犯罪

认定共同走私犯罪时，有以下几个问题值得研究：

第一，如何认定刑法第一百五十六条规定的“与走私罪犯通谋”？

刑法第一百五十六条规定，与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、海关单证，提供运输、保管、邮寄或者其他方便的，以走私罪的共犯论处。“通谋”是共同犯罪人之间的一种共同故意，通常是发生在行为前的意思联络，称为“事前通谋”，但也不排除“事中通谋”。据此，《意见》认为，通谋是指犯罪行为人与人之间事先或者事中形成的共同的走私故意。下列情形可以认定为通谋：（1）明知他人从事走私活动而同意为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、海关单证，提供运输、保管、邮寄或者其他方便的；（2）多次为同一走私犯罪分子的走私行为提供前项帮助的。

第二，关于海上走私犯罪的共犯问题，即如何追究海上走私犯罪的运输人的刑事责任？

根据刑法第一百五十五条第二款的规定，在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止进出口物品的，或者运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的，以走私犯罪论处。实践中遇到的此类案件，往往只有运输人而没有货主被查获，这种情况给案件的处理带来了难度。目前面临的主要问题有：其一，在没有查获货主的情况下，能否追究运输人的刑事责任？其二，在追究运输人刑事责任时如何掌握打击面？《意见》对此作了原则性的规范：对刑法第一百五十五条第二项规定的实施海上走私犯罪行为的运输人、收购人或者贩卖人应当追究刑事责任。对运输人，一般追究运输工具的负责人或者主要责任人的刑事责任，但对于事先通谋的、集资走私的或者使用特殊的走私运输工具从事走私犯罪活动的，可以追究其他参与人员的刑事责任。

第三，海关工作人员收受贿赂又放纵走私的应当如何定罪处罚？

《意见》认为，海关工作人员收受贿赂又放纵走私的，应以受贿罪和放纵走私罪数罪并罚。对此，不同观点认为，海关工作人员收受贿赂后又徇私舞弊放纵走私的，应以受贿罪或者放纵走私罪择一重罪处罚。理由是：此种情形下，若以放纵走私罪和受贿罪实行数罪并罚，则不符合对同一行为不得进行重复评价的刑法原理，而是应当把徇私行为作为受贿罪的“为行贿人谋利益”的要件，或者把受贿作为放纵走私罪的原因行为（有时是目的行为）予以认定，从而按照牵连犯的处断原则予以解决。这种观点还引用刑法第三百九十九条第三款关于徇私枉法罪、枉法裁判罪和受贿罪择一重处罚的规定为佐证。《意见》没有采纳这一观点，而是主张以放纵走私罪和受贿罪实行数罪并罚。理由是：刑法第三百九十九条第三款是对特殊情况的特殊规定，不能作为分析理解刑法其他条文的依据。同时，受贿罪的“为行贿人谋利益”既包括正当利益，也包括不正当利益和具有违法犯罪性质的利益，其中因为“为行贿人谋利益”而构成其他犯罪的，属于谋利益的极端表现，应实行数罪并罚，以示从严打击。

第四，单位与个人共同走私普通货物、物品的案件如何处理？

这个问题缘起于《最高人民法院关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对单位走私普通货物、物品犯罪和个人走私普通货物、物品犯罪规定不同的起刑点。该规定给办理走私刑事案件的司法实践布置了一道难题，即当单位和个人构成共同走私普通货物、物品犯罪，而且偷逃税额在5万元和25万元之间的如何处理？《意见》对此进行了回答：单位和个人（不包括单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员）共同走私的，单位和个人均应对共同走私所偷逃应缴税额负责。对单位和个人共同走私偷逃应缴税额为5万元以上不满25万元的，应当根据其在案件中所起的作用，区分不同情况作出处理。单位起主要作用的，对单位和个人均不追究刑事责任，由海关予以行政处理；个人起主要作用的，对个人依照刑法有关规定追究刑事责任，对单位由海关予以行政处理。无法认定谁起主要作用的，对个人和单位分别按个人犯罪和单位犯罪的标准处理。单位和个人共同走私偷逃应缴税额超过25万元且能区分主、从犯的，应当按照刑法关于主、从犯的有关规定，对从犯从轻、减轻或者免除处罚。

五、关于单位走私犯罪

（一）单位走私犯罪的成立要件

关于单位犯罪的成立要件，理论上“二要件说”“三要件说”和“四要件说”之争。通常认为，“三要件说”比较妥当。最高人民法院于2001年1月21日下发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》认为：“根据刑法和《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有的，是单位犯罪。”据此，只要符合以下两个特征，就构成单位犯罪：（1）以单位名义实施犯罪；（2）犯罪所得归单位所有。上述内容不仅适用于金融犯罪案件，也适用于走私犯罪等其他性质的案件。因此，有人认为，在审理走私犯罪案件时，只要认定走私行为是以单位名义实施（如单位进口货物时向海关伪报货物品名），且走私所得归单位所有的，就应当以单位走私犯罪论处。其中，走私所得归单位所有是单位走私犯罪的最主要特征。理由是：凡是走私所得归单位所有的，必定是以单位名义即由单位出面实施走私行为的，不能想象自然人以自己名义实施走私而将犯罪所得给予单位的案件。

另一种观点认为，我国刑法和司法解释均未对单位犯罪下定义，但根据理论界的一般理解，单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体为谋取本单位利益，由单位的决策机构决定实施，或者由单位的负责人或其授权的主管人员实施的危害社会的行为。这一定义也适用于单位走私犯罪。在认定单位走

私犯罪时，不能脱离单位意志的整体和单位利益的团体性。因此，单位走私符合下列三个特征的，可以认定为单位走私犯罪：(1) 以单位的名义实施走私犯罪；(2) 由单位的决策机构研究决定，或者单位的负责人或其授权的主管人员决定的；(3) 违法所得全部或者大部分归单位所有。

《意见》基本上依据后一种观点对单位走私犯罪的构成作了规范。

(二) 单位走私犯罪主体的范围

1. 单位内设机构（包括分支机构，下同）以单位或者该内设机构的名义走私，非法利益归内设机构所有的，如何确定其主体？

这个问题在《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中有所涉及，但还有不同的认识。一种观点认为，单位内设机构可以成为单位犯罪主体。只要内设机构以自己的名义实施了犯罪行为，其非法所得归内设机构，该内设机构就应当承担自己行为所产生的刑事责任。理由有：(1) 单位内设机构犯罪的现象逐步增多，其原因是：市场经济条件下，单位内设机构作为一个相对独立的主体由于其经营权的扩大、对外交往较为灵活，有的内设机构还有一定的自有资产，并在经济交往中信用程度高，而被社会逐步认可。单位内设机构实施了犯罪行为，因其不具有独立的法人主体资格而不负刑事责任，不利于打击经济犯罪，不利于规范和稳定社会经济秩序。(2) 若单位内设机构以自己的名义犯罪，其所得利益归内设机构所有，在追究刑事责任时，却将犯罪行为归结为某个个人犯罪，追究个人的刑事责任，这与法律规定不相符，对被追究的个人也是不公平的。

另一种观点认为，单位内设机构以自己的名义走私，其收益归该内设机构所有的，不能按单位走私犯罪处理。理由有：(1) 根据《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》规定，刑法第三十条规定的“公司、企业、事业单位”既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。也就是说，构成单位犯罪的主体，必须是依法成立，能以自己的资产和名义，独立对外从事活动，并享受权利承担相应义务的组织。单位内设机构在法律上不具有独立法人资格，因而不能构成单位犯罪的主体。(2) 内设机构不能冠以独立法人的名称，其对外行为不代表所属法人机关的意思表示，更不是独立法人的行为，因而也不能要求整个单位对该内设机构的行为负刑事责任。(3) 内设机构没有自己独立的财产，一旦被判处有期徒刑，将无法执行。若让其所属的法人承担刑事责任，既不公平，也不符合犯罪构成要件。

这个问题，《意见》未予涉及。笔者倾向于同意前一种观点。

2. 境外公司、企业或者其他组织能否成为单位走私犯罪主体？

实践中,境外公司、企业、组织实施、参与或雇佣他人实施的走私犯罪案件时有发生。多数是境外的公司、企业雇佣外籍船只运送货物走私入境。对这类案件的审理,主要存在以下特点:(1)公诉机关一般以个人走私起诉;(2)有证据表明行为人只是受雇于境外的企业、组织进行走私,具体行为人不参与分赃,只领取佣金,若以个人走私对行为人进行定罪量刑,明显有失公平;(3)若对境外组织指挥的企业、组织以单位走私犯罪进行处罚,又难以查明、确定该境外企业、组织的性质,且在判决后难以执行;(4)若以单位犯罪起诉,该单位不派诉讼代表人出庭,在这种情况下对境外企业、公司、组织作出判决不能收到好的社会效果;(5)若以个人走私犯罪认定,在财产刑上,因当事人是境外人,其个人财产在境外,也难以执行,而走私船只是公司、企业财产,依刑法第六十四条规定,又不能作为“犯罪分子本人的财产”予以没收,犯罪单位却逍遥法外。各地法院对这种情形的处理不统一,有的按个人走私处理,有的按单位犯罪追究直接责任人员处理。因情况较为复杂,《意见》暂未涉及。笔者倾向于认为,原则上,境外公司、企业或者其他组织可以成为单位走私犯罪主体。对于涉及境外单位的案件,如无充分证据证明系境外单位走私的,只能以个人走私定罪量刑;如果有充分证据证明系境外单位走私,则应对具体的走私行为人按照单位犯罪中的直接责任人员追究刑事责任,并引用刑法分则关于单位犯罪追究直接责任人员刑事责任的有关条款。

(三) 单位走私犯罪的主管人员或者直接责任人员又构成个人走私犯罪的如何定罪量刑

行为人多次参与走私活动,其有的行为构成单位走私犯罪,有的行为则构成个人走私犯罪,均应依法处理。但对于具体如何处理,有不同看法。一种意见认为,对于单位犯罪和个人犯罪应从犯罪数额、危害后果等方面区分主次,按主要的犯罪处理,即如果单位走私是主要的,全案均认定为单位犯罪(具体罪名不同的除外),反之则全案认定为个人犯罪;量刑时按相加后的数额确定刑罚,如果按单位犯罪处罚的,应当酌情从重,反之则酌情从轻。这一观点的主要理由是:同种数罪不得并罚。另一种意见认为,作为单位的主管人员或者直接责任人员构成的走私罪与其作为自然人犯罪主体构成的走私罪是两回事,不能混淆。因此,两者即使具体罪名相同,也应当实行数罪并罚。理由是:同种数罪不得并罚只是一条理论原则,不是刑法上的禁止性规定,应当允许有例外情况。判决宣告后发现漏罪或者又犯新罪的情形就属于例外。

笔者倾向于同意后一种意见。在具体表达判决的时候可以做些技术处理。《意见》之所以没有写这个问题,是因为这种犯罪现象尚不具有普遍性,可以留给个案处理。

(四) 对于单位走私犯罪可否认定自首

单位是否可以认定自首?多数人认为,原则上应当认定单位犯罪的自首情
内容由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家巨力法律书制作发布

节。那么如何认定单位自首？主要有两种观点。第一种观点认为，只要单位犯罪的直接负责的主管人员自首，就应对单位认定自首；单位被认定自首后，单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，也就应当认定为自首，但对于拒不交代主要犯罪事实或逃避法律追究的部分责任人员，不得以自首论。第二种观点认为，认定单位自首后，如实交代主要犯罪事实的单位负责的其他主管人员和其他直接责任人员不认定为自首，但可以依照刑法第六十七条第一款的规定从轻、减轻或者免除处罚。《意见》基本上按第一种观点写：原则上，应当认定单位犯罪的自首情节。只要单位犯罪的直接负责的主管人员自首，就应对单位认定为自首；单位被认定自首后，单位负责的主管人员和其他直接责任人员，也就应当认定自首，但对于拒不交代主要犯罪事实或逃避法律追究的部分责任人员，不得以自首论。

（五）关于单位走私犯罪案件诉讼代表人的确定及其相关问题

实践中，人民法院审理单位走私犯罪案件时遇到如下几个程序性问题：

第一，犯罪单位的诉讼代表人与被指控为单位犯罪的直接负责的主管人员是同一人的，能否由该人“一身兼二任”？

此问题本来已在《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称刑诉法解释）第二百零八条第二款中解决，其答案很明确：不得“一身兼二任”，人民法院应当要求人民检察院另行确定被告单位的法定代表人参加诉讼。该解释的理由主要是：犯罪单位和单位犯罪直接负责的主管人员属于并立的刑事责任承受主体，在诉讼过程中可能存在利益冲突。该解释无疑是正确的。但是，由于实践中确定诉讼代表人比较困难，上述解释的内涵又没有得到司法界的充分理解，致使许多单位走私犯罪案件的诉讼程序因而“搁浅”。因此，有必要在《意见》中予以重申：单位走私犯罪案件的诉讼代表人，应当是单位的法定代表人或者主要负责人。单位的法定代表人或者主要负责人被依法追究刑事责任或者因其他原因无法参与刑事诉讼的，人民检察院应当另行确定被告单位的其他负责人作为诉讼代表人参加诉讼。意见同时重申：“接到出庭通知的被告单位的诉讼代表人应当出庭应诉。拒不出庭的，人民法院在必要的时候，可以拘传到庭。”

第二，对于单位犯罪的直接负责的主管人员和直接责任人员因死亡等原因不能归案的案件如何处理？

多数人意见是：如果能够确定被告单位的诉讼代表人出庭且能查明单位走私犯罪的案件事实的，应对犯罪单位进行审理并作出判决，因为被告单位及其财产毕竟还存在。少数人观点认为，应依照1996年刑事诉讼法第十五条第一款第五项的规定终止诉讼，理由是与犯罪行为有关系的被告人已经死亡或者不能归案，必定无法查明案情，诉讼在客观上无法进行下去。《意见》采纳多数

人观点,指出:对直接负责的主管人员和其他直接责任人员均无法归案的单位走私犯罪案件,只要单位走私犯罪的事实清楚、证据确实充分,且能够确定诉讼代理人代表单位参与刑事诉讼活动的,可以先行追究该单位的刑事责任。

第三,对于确实无法确定走私犯罪单位的诉讼代理人但单位犯罪中直接负责的主管人员或者直接责任人员已经归案的案件如何处理?

这种情形下,应当依照刑法分则关于单位走私犯罪的条款追究自然人的刑事责任,对犯罪单位中止或者终止审理。也就是说,被告单位没有合适人选作为诉讼代理人出庭的,因不具备追究该单位刑事责任的诉讼条件,可按照单位犯罪的条款先行追究单位犯罪中直接负责的主管人员或者其他直接责任人员的刑事责任。同时,人民法院在对单位犯罪中直接负责的主管人员或者直接责任人员进行判决时,对于扣押、冻结的走私货物、物品、违法所得以及属于犯罪单位所有的走私犯罪工具,应当一并判决予以追缴、没收。

六、关于走私犯罪案件的管辖问题

目前,关于走私犯罪案件的管辖主要有几个问题需要研究:

第一,如何根据刑事诉讼法第二十四条和刑诉法解释第二条的规定确定走私犯罪案件的“犯罪行为发生地”?

此问题关系到异地海关如走私货物销售地海关侦查的走私犯罪案件应由何地法院审判的问题。鉴于走私犯罪案件的复杂性,《意见》对犯罪行为发生地进行了不完全列举。原则上,走私货物销售地是犯罪结果发生地,不属于犯罪行为发生地;走私犯罪也不属于刑诉法解释第二条所称的“以非法占有为目的的财产犯罪”,故走私货物销售地也不属于广义的犯罪地。但是,在所谓“后续走私”(刑法第一百五十四条、第一百五十五条)的情况下,走私货物、物品的销售地、运输地、收购地、贩卖地均属于犯罪行为发生地。

第二,如何确定发生在海(水)上走私犯罪案件的管辖?

此问题较为复杂,《意见》除了明确管辖原则外,对“跨辖区连续追缉情形”进行了特别规定,以免争议。

第三,如何使走私犯罪案件的侦查管辖和审判管辖相衔接?

此问题已由《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、海关总署关于走私犯罪侦查机关办理走私犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的通知》(署侦[1998]742号)解决,《意见》予以重申。

(撰稿人:苗有水)

最高人民法院 最高人民检察院 印发《关于办理商业贿赂刑事案件 适用法律若干问题的意见》的通知

2008年11月20日

法发〔2008〕33号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院，解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院：

现将最高人民法院、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》印发给你们，请认真贯彻执行。

附：

关于办理商业贿赂刑事案件 适用法律若干问题的意见

为依法惩治商业贿赂犯罪，根据刑法有关规定，结合办案工作实际，现就办理商业贿赂刑事案件适用法律的若干问题，提出如下意见：

一、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（刑法第一百六十三条）；（2）对非国家工作人员行贿罪（刑法第一百六十四条）；（3）受贿罪（刑法第三百八十五条）；（4）单位受贿罪（刑法第三百八十七条）；（5）行贿罪（刑法第三百八十九条）；（6）对单位行贿罪（刑法第三百九十一条）；（7）介绍贿赂罪（刑法第三百九十二条）；（8）单位行贿罪（刑法第三百九十三条）。

二、刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“其他单位”，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等非常设性的组织。

三、刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“公司、企业或者其他单位的工作人员”，包括国有公司、企业以及其他国有单位中的非国家工作

人员。

四、医疗机构中的国家工作人员，在药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品采购活动中，利用职务上的便利，索取销售方财物，或者非法收受销售方财物，为销售方谋取利益，构成犯罪的，依照刑法第三百八十五条的规定，以受贿罪定罪处罚。

医疗机构中的非国家工作人员，有前款行为，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

医疗机构中的医务人员，利用开处方的职务便利，以各种名义非法收受药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品销售方财物，为医药产品销售方谋取利益，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

五、学校及其他教育机构中的国家工作人员，在教材、教具、校服或者其他物品的采购等活动中，利用职务上的便利，索取销售方财物，或者非法收受销售方财物，为销售方谋取利益，构成犯罪的，依照刑法第三百八十五条的规定，以受贿罪定罪处罚。

学校及其他教育机构中的非国家工作人员，有前款行为，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

学校及其他教育机构中的教师，利用教学活动的职务便利，以各种名义非法收受教材、教具、校服或者其他物品销售方财物，为教材、教具、校服或者其他物品销售方谋取利益，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

六、依法组建的评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组的组成人员，在招标、政府采购等事项的评标或者采购活动中，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

依法组建的评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组中国家机关或者其他国有单位的代表有前款行为的，依照刑法第三百八十五条的规定，以受贿罪定罪处罚。

七、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。具体数额以实际支付的资费为准。

八、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。

九、在行贿犯罪中，“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”。

十、办理商业贿赂犯罪案件，要注意区分贿赂与馈赠的界限。主要应当结合以下因素全面分析、综合判断：（1）发生财物往来的背景，如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度；（2）往来财物的价值；（3）财物往来的缘由、时机和方式，提供财物方对于接受方有无职务上的请托；（4）接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益。

十一、非国家工作人员与国家工作人员通谋，共同收受他人财物，构成共同犯罪的，根据双方利用职务便利的具体情形分别定罪追究刑事责任：

（1）利用国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，以受贿罪追究刑事责任。

（2）利用非国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，以非国家工作人员受贿罪追究刑事责任。

（3）分别利用各自的职务便利为他人谋取利益的，按照主犯的犯罪性质追究刑事责任，不能分清主从犯的，可以受贿罪追究刑事责任。

【 解 读 】

解读《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，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》），进一步明确有关办理商业贿赂刑事案件的法律适用问题。这是依法惩治商业贿赂犯罪，维护市场经济公平竞争秩序，推进党风廉政建设和社会风气好转的重要举措，受到社会广泛关注。为便于理解和适用，现对《意见》的起草背景和主要内容作简要介绍和说明。

一、制定《意见》的背景及意义

近年来，商业贿赂在一些领域和行业滋生繁衍并有愈演愈烈之势，严重危害我国市场经济的健康发展，危害党风廉政建设和社会风气，引起党中央、国

务院的高度重视。2005年下半年,中央决定开展治理商业贿赂专项工作,并成立了专门的领导机构负责落实。2006年2月8日,中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于开展治理商业贿赂专项工作的意见》,对组织开展治理商业贿赂专项工作进行安排和部署。做好这项工作,既是完善社会主义市场经济体制、维护市场经济公平竞争秩序的必然要求,也是预防与惩治腐败、推进党风廉政建设的的重要内容,对于促进社会和谐稳定、实现经济社会又好又快发展具有十分重要的意义。

2006年6月29日,十届全国人大常委会第二十二次会议通过了《中华人民共和国刑法修正案(六)》,对刑法有关商业贿赂犯罪的条款作了补充修改和完善,为司法机关及时有效惩治此类犯罪提供了法律依据。但是,由于商业贿赂犯罪案件的特殊性和复杂性,司法机关在办案过程中仍然面临许多法律适用疑难问题,实践中因有关定罪量刑标准不明确而影响案件办理的情形也时有发生。为此,最高人民法院、最高人民检察院根据经济社会发展和司法实践的需要,结合治理商业贿赂专项工作的要求,在深入调研、广泛征求意见的基础上制定了该《意见》。

《意见》主要明确了七个方面的问题:一是明确了商业贿赂犯罪的范围;二是在明确刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“其他单位”范围的同时,进一步明确了“公司、企业或者其他单位的工作人员”的认定;三是明确了医药购销、工程建设、政府采购等领域中商业贿赂犯罪的刑事责任,特别是对医生“开单提成”等群众反映强烈的贿赂行为的定性问题作出明确规定;四是明确了商业贿赂犯罪的犯罪对象及其数额的认定;五是明确了商业贿赂犯罪中不正当利益的认定;六是区分了商业贿赂犯罪罪与非罪的界限;七是明确了商业贿赂犯罪共同犯罪的处理依据。

二、关于商业贿赂犯罪的范围

治理商业贿赂专项工作开展之初,对商业贿赂犯罪的范围存在不同认识,一定程度上影响了专项治理工作的开展及其效果。有的同志认为,商业贿赂犯罪仅指刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪。^①理由是:我国历来重视对国家工作人员贿赂犯罪的打击而轻对公司、企业人员贿赂犯罪的治理,引发这次商业贿赂专项治理风暴的导火索即“德普回扣门”事件发生在公司、企业商业活动中,八届全国人大常委会第十二次会议于1995年2月28日通过的《关于惩治违反公司法的犯

^① 在2007年8月27日“两高”《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(三)》通过前,该两条的罪名分别为“公司、企业人员受贿罪”“对公司、企业人员行贿罪”。

罪的决定》第9条对公司人员受贿犯罪作了规定，1996年1月24日《最高人民法院关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》将该条罪名确定为商业受贿罪，因此，将商业贿赂犯罪限定在刑法第一百六十三条、第一百六十四条有充分的事实和法律根据。也有同志认为，上述理解过于褊狭，不利于专项治理工作的开展及目标的实现，商业贿赂犯罪既包括公司、企业或者其他单位人员即非国家工作人员实施的贿赂犯罪，也包括国家工作人员实施的贿赂犯罪。

经研究认为，商业贿赂犯罪并非刑法规定的独立罪名或类罪名，而是对与商业活动有关的贿赂犯罪的统称。商业活动既包括平等主体之间的商业交易活动，也包括行政管理人对相对人的商业管理活动。理解和认识我国的商业贿赂犯罪，必须立足于我国商业贿赂犯罪的现状、司法实践的客观需要及专项治理工作的目标要求。商业贿赂虽然发生在商业、贸易和投资等领域，但是与整个社会的现状，尤其是与政府部门的廉政程度紧密联系的。当前，商业贿赂犯罪有相当一部分发生在国家机关（国家工作人员）从事经济管理、经济性行政审批的活动中。因而，我国的商业贿赂犯罪首先突出表现为商业活动主体与国家工作人员利用职权的权钱交易上。从这一点讲，治理商业贿赂的成败与否首先在于政府部门能否消除腐败，做到清正廉洁。换句话说，商业活动领域商业贿赂行为的普遍存在，与政府官员的腐败是紧密联系的。因此，党中央、国务院把在商业活动领域发生的国家工作人员利用职权参与或干预企业事业单位经营、谋取非法利益、索贿受贿的行为作为治理商业贿赂专项工作查处的重点，既符合实际，也更有利于从整体层面加强对商业贿赂的依法治理。由此可见，商业贿赂犯罪并不局限于刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的非国家工作人员贿赂犯罪，而是涉及刑法规定的全部八种贿赂犯罪。因此，《意见》第一条对此予以明确，有利于专项治理工作的深入开展及良好效果的实现。

三、关于刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“公司、企业或者其他单位的工作人员”的认定

《刑法修正案（六）》将刑法第一百六十三条、第一百六十四条犯罪的主体范围扩大到公司、企业以外的其他单位的工作人员，从而使“其他单位”的认定问题成为认定公司、企业以外的其他单位工作人员的基础性问题。我国民法通则没有对非法人组织作出系统的规定，只是规定了个体工商户、农村承包经营户、个人合伙以及企业之间不具有法人资格的联营组织体。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第四十条从诉讼主体的角度对不具备法人资格的其他组织进行了界定。根据该条规定，这些“其他组织”包括：（1）依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；（2）

依法登记领取营业执照的合伙型联营企业；(3) 依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；(4) 经民政部门批准登记领取社会团体登记证的社会团体；(5) 法人依法设立并领取营业执照的分支机构；(6) 中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；(7) 中国人民保险公司设在各地的分支机构；(8) 经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业；(9) 符合本条规定的其他组织。随着经济社会的发展，一些新兴的组织体也在不断涌现。一般意义上讲，单位是相对于自然人的组织体，但并非所有的组织体都属于刑法中的单位。刑法中的单位，既有作为犯罪主体的犯罪单位，也有作为被害人的被害单位。从刑法第一百六十三条、第一百六十四条的规定看，这里的“其他单位”，是被告人所在的单位，可以看作是被害单位。单位犯罪的主体刑法有明确规定，作为被害人的单位则法无明文，对此有的同志认为二者范围相同，有的则认为前者小于后者。我们认为，二者在内涵和外延上不尽相同，作为被害人的单位，其成立条件、形式要件较之作为犯罪主体的单位相对宽松，因而范围也相对广泛。由于单位的形式多样，组织结构不尽相同，全面、准确抽象其一般性特征从而对“其他单位”作一般性定义存在一定困难，因而在《意见》起草过程中，吸收了有关部门的意见，只对没有争议形成共识的“其他单位”加以列举。从司法实践看，刑法第一百六十三条、第一百六十四条中的“其他单位”，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等临时性的组织。其他没有列举的临时性组织，如债权人会议、清算组等是否属于其他单位，需要在实践中具体把握。

应当注意的是，根据《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第二条的规定，“个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处”的司法精神，刑法第一百六十三条、第一百六十四条中的单位即公司、企业或者其他单位不包括从事非正当活动的组织。此外，在具体认定中，由于单位的组织形式多样，对单位成立的要求不尽相同，那些完全具备单位的实质特征，只是由于没有依法登记或者没有经主管部门依法批准或备案，形式上存在瑕疵的，不影响对其属于“其他单位”的认定。

刑法第一百六十三条第三款规定：“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。”据此可知，国有公司、企业或者其他国有单位中的工作人员并非全都属于国家工作人员，他们虽然拥有一定的职务，具有

职务上的便利，但所从事的事务并非全都属于公务，其职务便利有履行公务的职务便利和非履行公务的职务便利之分，因而就其主体身份而言，国有单位中还有一些工作人员属于非国家工作人员。《意见》第三条对此作了明确规定。从文义上讲，其他国有单位，包括国家机关、国有事业单位、国有社会团体等单位。

四、关于医疗机构中商业贿赂犯罪的认定

医疗卫生事业与人民群众切身利益密切相关。近几年来，社会上关于“看病难”“看病贵”的议论越来越多，人们对于发生在医疗卫生领域内的商业贿赂犯罪越来越关注。2006年以来，各级监察机关、纠风办会同有关部门查处医药购销领域商业贿赂问题2535个，涉及金额6.06亿元。司法实践中，认定医疗机构中商业贿赂犯罪面临的疑难问题，主要是医生特别是国有医院的医生利用开处方的便利收取医药产品销售方回扣或者其他利益的行为的定性问题，即通常所说的“开单提成”的定性问题。

医生利用开处方的便利收受药品回扣由来已久，已经成为医药行业见惯不怪的行规，人人皆知的陋规，是医药购销领域商业贿赂的主要表现形式之一。应当说，医务人员“开单提成”这种现象在当前具有普遍性、群体性。在查处的一些案件中，有的是从院长到普通医生都涉及其中，有的科室是医师、护士全员参与或集体收受提成。如2005年江门市新会区医院141人主动交代收受提成，其中科主任、副主任23人，支部书记1人，医师117人，占医院医师总数的70%，时间从2000年到2005年，总计110余万元。又如河北顺平县人民医院2年多时间70多名医师收受7家药商提成20多万元，涉及医院全部有处方权的科室和90%以上有处方权的医师，药房司药帮助药商统计处方也有劳务费。据不完全统计，2005年全国医务人员主动上交提成金额1050余万元，查处医药购销中的违法违纪案件216件，涉案金额约1100万元。这还不包括一些地方搞自查自纠中上缴的钱款。如江苏泰州市纪委在2004年底2005年初查处一起案件时，组织当地医疗机构自查自纠，1120多名医师，涉案金额256万余元，又上缴了800多万元。而且，医术越好、职称越高的医生，前来求诊问医的就越多，开出的处方就越多，收受的回扣数额就越大。一些医生在利益驱动下，不顾患者病情需要，乱开药，开贵药，多开药，这不仅严重扰乱了市场公平竞争秩序，而且加重了患者就医负担，有的甚至危及患者生命健康和生命安全，人民群众及社会各界对此反映强烈。随着治理商业贿赂专项工作的深入开展，如何依法惩治此类人员成为社会关心的热点问题。

刑法修正案（六）实施前，对收取药品回扣的医生，司法机关以受贿罪追究了一些国有医院医生的刑事责任，但是，多数此类案件，检察机关没有提起

公诉，实践中一般作为不正之风按违纪行为处理。究其原因，一是刑事政策方面的考量。由于牵涉医务人员数量众多，如果都因此而被追究，医疗服务必定会受到一定程度的影响，担心可能会影响到医疗队伍的稳定和医疗服务的开展；二是法律适用方面的困惑。主要是理论界和实务部门对于医生收取药品回扣的定性分歧较大，最为突出的，就是对国有医院的医生利用处方权收取药品回扣的行为，能否按受贿罪追究刑事责任。换言之，国有医院的医生开处方的行为是否属于从事公务，从而认定国有医院的医生是否属于国家工作人员，其利用开处方的便利收取药品回扣是否利用了职务上的便利。

对此，一种意见认为，临床医生不属于刑法规定的国家工作人员，医生处方行为是技术性的公共服务活动，而非职务性的公共管理活动，我国刑法也无关于医生利用处方权收受回扣构成犯罪的规定，因此，根据罪刑法定原则，不构成受贿罪。刑法修正案（六）实施后，由于医生的处方行为不具有职务性，因而不论医院的性质如何，医生“开单提成”的行为也不构成非国家工作人员受贿罪。

另一种意见则认为，医生开处方从表面上看是技术工作，但实质上是对药品的管理行为，因为医生不仅对药品的采购有建议权，而且对药品的使用有决定权，因此，对国有医院的医生应以受贿定罪，对非国有医院的医生则按非国家工作人员受贿罪处理。

《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》规定：“从事公务，是指代表国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。如国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务。那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，如售货员、售票员等所从事的工作，一般不认为是公务。”经研究认为，根据上述《纪要》对“从事公务”的规定，医生的处方行为虽然是一种职务行为，但不具有从事公务的性质，因而不符合受贿罪的主体特征，应当按非国家工作人员受贿论处。因此，《意见》第四条根据主体身份的不同，对在药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品购销领域中发生的商业贿赂犯罪行为分别作出规定，并且对医疗机构中的医务人员，利用开处方的职务便利，以各种名义非法收受药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品销售方财物，为医药产品销售方谋取利益，数额较大的行为的定性问题作出了明确规定。

应当注意的是，这里的处方行为，不包括科室主任等担任领导职务的人员在接受医药产品销售方请托向院里推荐或者建议采购该医药产品的行为。这种行为对国有医院的科室主任等担任领导职务的人员而言，属于从事公务的行

为。对非国有医院而言，除认定为国家工作人员的外，均应按非国家工作人员受贿罪处理。

根据《医疗机构管理条例》《医疗机构基本标准》的规定，医疗机构包括医院、卫生院、疗养院、妇幼保健院、门诊部、诊所、卫生所（室）以及急救站、临床检验中心、护理院（站）等机构。医务人员的范围较广，包括医疗防疫人员、药剂人员、护理人员、其他技术人员，但在这里仅限于医疗机构中享有处方权的医务人员。

五、关于教育机构中商业贿赂犯罪的认定

教材、教具、校服或者教辅资料等其他物品，在各级教育机构中属于经常性的大宗采购物品，通常由教育机构中的特定部门或者有关负责人决定或者办理。由于巨大的市场和利润诱惑，上述物品的销售商为了能够顺利达成交易，常常以回扣、劳务费、奖励等名义给予相关人员以财物。一般情况下，根据收受财物人员所在的学校和职责，可以较为顺利地解决其行为的定性问题：对具有采购职责的工作人员而言，在公立学校属于国家工作人员，在非公立学校除委派的以外属于非国家工作人员，分别接受受贿罪和非国家工作人员受贿罪处理。存在问题的是，不具有采购职责的普通教师，在特定情形下参与或实际实施了帮助销售方销售的行为，如应销售方请托，指定学生购买某种教材或者教辅材料，或者向学校建议购买某种教材、教辅材料、教具或校服，因而收受销售方数额较大的财物。对这种行为能否追究刑事责任不无争议。

经研究认为，教学活动虽然不是从事公务的活动，却是教师的职务活动，其利用教学活动的职务便利，以各种名义非法收受教材、教具、校服或者其他物品销售方财物，为教材、教具、校服或者其他物品销售方谋取利益，数额较大的，不论是否公立学校，均应按非国家工作人员受贿处理。因此，《意见》第五条针对教育机构中在教材、教具、校服或者其他物品的采购等活动发生的商业贿赂犯罪，区分不同情形，分别作出规定。

六、关于工程建设、政府采购领域商业贿赂犯罪的认定

工程建设和政府采购是当前商业贿赂专项治理的重点领域。认定该领域内的商业贿赂犯罪，存在的突出问题是如何认定评标委员会等组织的组成人员的身份，如何处理有关组成人员收受投标人或供应商财物并为其谋取利益的行为。

之所以成为问题，主要在于评标委员会等组织组成人员的特殊性，即其中包括并非招标人或采购单位工作人员的专家成员。如根据《中华人民共和国招标投标法》第三十七条规定：评标由招标人依法组建的评标委员会负责。依

法必须进行招标的项目，其评标委员会由招标人的代表和有关技术、经济等方面的专家组成，成员人数为5人以上单数，其中技术、经济等方面的专家不得少于成员总数的2/3。前款专家应当从事相关领域工作满8年并具有高级职称或者具有同等专业水平，由招标人从国务院有关部门或者省、自治区、直辖市人民政府有关部门提供的专家名册或者招标代理机构的专家库内的相关专业的专家名单中确定；一般招标项目可以采取随机抽取方式，特殊招标项目可以由招标人直接确定。又如，《中华人民共和国政府采购法》规定，采用竞争性谈判方式采购的，应当成立谈判小组。谈判小组由采购人的代表和有关专家共3人以上的单数组成，其中专家的人数不得少于成员总数的2/3。采取询价方式采购的，应当成立询价小组。询价小组由采购人的代表和有关专家共3人以上的单数组成，其中专家的人数不得少于成员总数的2/3。在招投标和政府采购中，评标委员会等组织经过评标、谈判或者询价，确定或者推荐中标候选人和成交候选人，招标人根据评标委员会提出的书面评标报告和推荐的中标候选人确定中标人。招标人也可以授权评标委员会直接确定中标人。在政府采购中，公开招标应作为政府采购的主要采购方式。采用竞争性谈判、询价等其他方式采购的，采购人根据相关竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组推荐的成交候选人确定成交供应商。因此，评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组等组织的组成人员负有重要职责，往往成为一些投标人拉拢腐蚀的对象。

关于评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组的组成人员，在招标、政府采购等事项的评标或者采购活动中，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为如何处理，《意见》起草过程中存在较大争论。

一种意见认为，国有单位依法组建的专家评审委员会中的专家成员，在评审委员会中行使评审职责的过程中，属于在国有单位中从事公务的人员，应当认定为国家工作人员。理由是：第一，国有单位依法组建的评审委员会是国有单位针对特定事项依法成立的临时性机构，属于国有单位。第二，评审活动是国有单位管理活动的重要组成部分，属于公务活动。第三，评审专家，不论其原先身份如何，其在国有单位依法组建的评审委员会中的评审活动，属于在国有单位中从事公务活动，依法应当认定为国家工作人员。第四，行为人的身份认定与其履行职责的单位的性质密切相关，因单位性质差异导致身份差异的情形是客观存在的，符合法律规定。第五，专家成员的独立身份，一方面是指其所参与的评审活动与其原所在单位无关，尽管其中有些专家成员是由其所在单位推荐的，在评审中，除了专家自己，不代表推荐单位和其他个人，另一方面，其独立身份也是相对于评审委员会中招标人或采购人代表而言的。不能以

独立身份否定其国家工作人员身份。

另一种意见认为，应当区别评标委员会等组织中代表国有单位的采购人代表和随机抽取的专家两种成员的身份，对于代表国有单位的采购人代表受贿的，按照刑法第三百八十五条受贿罪的规定处理，对于非代表国有单位的评审专家受贿的，不论其本身身份如何，均按照第一百六十三条规定处理。理由是：第一，划分受贿罪和非国家工作人员受贿罪是以犯罪主体是否国家工作人员为标准。依法组建的评标委员会、谈判小组、询价小组是由招标人或采购人代表及评标或采购专家组成的。其中，招标人或采购人代表是代表招标人或采购人参加评标或政府采购活动的，应按照其身份性质来区别定罪；以独立身份参加评标或政府采购活动的评标或采购专家，应以非国家工作人员受贿罪定罪。第二，按照组建评审委员会的单位的性质来界定评审人员身份性质的方法，存在不妥之处。如同一个专家，如果在参加国家机关组织的评审委员会和国家机关委托采购代理机构组织的评审委员会中均存在受贿行为，就有可能同时构成受贿罪和非国家工作人员受贿罪，而一个自然人不可能同时既是国家工作人员又是非国家工作人员。况且，不论是谁组织的评审委员会，实质上都是为同一个采购人进行评审的。第三，对非采购人代表中评审专家身份不再区分，主要是考虑纳入专家库管理的评审专家，是依据法律的授权，以个人身份而非职权为采购人提供决策依据的，这部分专家既有可能是其他单位包括国家机关的国家工作人员，也有可能是公司、企业或者其他单位工作人员，还有可能是其他身份，但均是以个人身份参加评审活动的，并不涉及职权等因素，统一按刑法第一百六十三条处理可以防止非代表国有单位的专家因身份不同而在定罪量刑中出现同罪不同罚的问题。

经研究，《意见》采纳了第二种意见，将评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组的组成人员区分为代表国有单位的组成人员和非代表国有单位的组成人员，前者应当认定为国家工作人员，构成犯罪的，按受贿罪定罪处罚；后者则属于非国家工作人员，构成犯罪的，按非国家工作人员受贿罪追究刑事责任。

七、关于贿赂的范围及其数额的认定

根据刑法规定，贿赂的范围限于各种财物。随着经济社会的不断发展变化，贿赂的手法不断翻新。一些人为了规避法律，采用货币、物品之外的其他方式行贿受贿，如提供房屋装修、含有金额的会员卡、代市卡（券）、旅游服务等，又如通过虚设债权、减免债务等方式增加对方的财产价值，再如出资为对方解决升学、就业等困难的等。特别是近年来随着贿赂犯罪由权钱交易发展到权利交易、权色交易，用设立债权、无偿劳务、免费旅游等财物以外的财产

性利益以及晋职招工、迁移户口、提供女色等非财产性利益进行贿赂的案件频繁发生。对这样一些案件特别是采用非财产性利益进行贿赂的案件能否认定贿赂犯罪，理论上和实践中均存在不同认识。从我国加入的《联合国反腐败公约》的规定看，贿赂可以是任何不正当好处，其字面含义明显要宽于刑法规定中的财物。我国有关法律也有类似规定。如招标投标法表述为“财物或者其他好处”，反不正当竞争法表述为“财物或者其他手段”，政府采购法表述为“贿赂或者获取其他不正当利益”。将贿赂范围局限于财物，已经不能适应当前打击各类贿赂犯罪的现实需要，因而有必要扩大其范围。这首先是一个立法问题。从司法层面看，在原则上坚持贿赂为财物的同时，当前对于贿赂范围的理解和掌握实际上有一定程度的突破，部分可以直接物化的财产性利益如免费旅游、无偿劳务、债务免除、消费权证等有时也会视具体情况被认定为贿赂。至于非财产性利益如招工提干、调换工作、迁移户口、晋升职务等则一般不被视为贿赂。这种做法符合刑法解释的基本原理。因此，为适应新形势下惩治贿赂犯罪的客观需要，参酌我国加入的有关国际公约规定，综合考虑我国国情和司法操作的实效性，《意见》第七条将贿赂的范围由财物扩大至财产性利益。财产性利益的数额认定，以实际支付的资费为准。《意见》第八条还同时规定，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。

应当注意的是，对收受银行卡的，在具体认定受贿数额时要区别以下情形：

(1) 行贿人、受贿人对以送卡的方式行贿、受贿的意思明确（包括明示或暗示）、真实，且行贿人提供了完全充分的信息足以保证受贿人完全取出卡内存款或者消费的，不论受贿人是否实际取出或者消费，卡内的存款数额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。

(2) 行贿人提供了完全充分的信息足以保证受贿人完全取出卡内存款或者消费的，由于银行方面的原因如技术故障导致受贿人暂时不能全额取出存款或者消费的，或者由于受贿人自身操作技术问题如记错密码、操作错误导致受贿人暂时不能全额取出存款或者消费的，或者由于认识错误如认为已经将卡内存款用完而没有完全取出或者消费的，未取出或者未消费的卡内存款余额应当认定为受贿数额。

(3) 行贿人送卡后撤回存款或者以挂失等方式阻碍受贿人取款或者消费的，受贿数额以实际取款或者消费的数额计算。因行贿人的上述行为未能实际取款或者消费的，按受贿未遂论处。

八、关于行贿犯罪中“不正当利益”的认定

1999年“两高”在《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》规定，对于为谋取不正当利益而行贿，构成行贿罪、向单位行贿罪、单位行贿罪的，必须依法追究刑事责任。《通知》规定，“谋取不正当利益”是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件。根据上述规定，刑法中的“不正当利益”包括两种情况：一是利益本身不符合法律、法规、国家政策和国务院各部门规章的规定，即利益本身不正当；二是提供不符合法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件，即国家工作人员为请托人谋取利益的手段不正当，利益本身可能是正当的。这为司法实践正确认定“不正当利益”以打击行贿犯罪提供了依据。但是，由于社会背景的原因，该《通知》所规定的“不正当利益”的范围相对较窄，随着经济社会的发展，已不能全面反映有关领域中的实际情况，有些谋取与《通知》规定的利益本质相同，同样具有不正当性的利益的行为不能得到正确的认定与处理，实践中对此反映较为强烈。为适应惩治贿赂犯罪的客观需要，有必要对不正当利益的范围做适当的调整。

如何适当调整不正当利益的范围，《意见》起草过程中存在不同意见。一种意见是适当调整第二种不正当利益的认定范围，即除了提供不符合法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件外，还应当包括提供不符合行业规范或者单位制度规定的帮助或者方便条件。另一种意见认为，判断利益本身是否正当，或者国家工作人员为请托人谋取利益的手段是否正当，主要应当根据法律、法规、国家政策和国务院各部门规章，但在法律、法规、国家政策和国务院各部门规章没有规定或者规定不明确的情况下，“不正当利益”的判断可能要根据行业规范甚至是单位制度的规定，建议将行业规范、单位制度均适用于两种不正当利益的认定。对此有的同志则建议将单位制度删去，理由是单位各不相同，有关规定也不一致，同样的行为，有的单位作了规定，有的则没有规定，甚至有的规定背离政策、法律规定，在涉及犯罪认定的司法性规范中将层级如此之低、差别如此之大的单位制度作为认定不正当利益的根据是不妥当的。

经研究认为，在涉及罪与非罪的问题上，个人利益或者单位利益的确定，主要应当由国家法律、法规、规章或者政策来确认，谋取的利益本身是否正当，主要应当根据国家法律、法规、政策、规章的规定来判断。对于那些谋取的利益与《通知》规定的利益本质相同，同样具有不正当性的利益的认定，应

当作出明确规定。从司法实践看,适当调整不正当利益的范围,主要是适当调整第二种不正当利益的范围。因为这种利益,主要是从程序上进行判断的利益,在国家法律、法规、政策、规章没有规定或者规定不明确的情况下,根据法律授权或者依职责制定的行业规范,对行为人的某些行为作出规定,行为人如果违反行业规范的规定提供帮助或者方便条件,即应认定其为请托人谋取不正当利益。另外,原《通知》中关于“国家政策和国务院各部门规章”的表述过窄,与实际情况和现实需要存在一定差距,不仅“国家政策和国务院各部门规章”应当成为评价利益是否正当的依据,而且一些地方政策和地方规章也应当成为评价利益是否正当的依据,况且国务院各部门规章与地方规章在立法法上属于同一层级的立法规范,因此,《意见》第九条第一款将其统一表述为“规章、政策”。

另外,针对不正当利益的特殊情形,结合司法实践和专项治理工作的实际需要,《意见》第九条第二款还特别增加规定,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”。应当注意的是,本款“谋取不正当利益”的认定,应当严格限定在招标投标、政府采购等商业活动中,不能任意扩大其范围。

九、关于贿赂与亲友正当馈赠界限的认定

我国是一个人情社会,崇尚礼尚往来,法律并不禁止亲友之间的正当馈赠行为。然而,一些犯罪分子在实施贿赂犯罪的时候,借馈赠之名而行贿赂之实,并以馈赠正当为其行为辩解。为正确区分贿赂与亲友正当馈赠,划清罪与非罪的界限,《意见》主要从以下几个因素的结合上进行区分:(1)发生财物往来的背景,如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度;(2)往来财物的价值大小;(3)财物往来的缘由、时机和方式,提供财物方对于接受方有无职务上的请托;(4)接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益。

十、关于商业贿赂犯罪的共同犯罪的认定

司法实践中,商业贿赂犯罪常常以共同犯罪的形式出现,特别是非国家工作人员与国家工作人员通谋,共同收受他人财物的情形时有发生。对于商业贿赂犯罪共同犯罪的认定与处理,存在的主要问题是对于非国家工作人员与国家工作人员通谋,分别利用各自的职务便利为他人谋取利益,共同收受他人财物的如何追究刑事责任。《意见》起草过程中,曾存在两种意见。

一种意见认为,分别利用各自的职务便利为他人谋取利益的,以受贿罪的共犯追究刑事责任。理由是:第一,按主犯的犯罪性质定罪,理论上和实践上均存在许多障碍。理论上,主犯与从犯的区分,反映的是同一犯罪活动中各被

告人的地位和作用，它解决量刑问题，而不解决犯罪的性质问题，不是定罪的根据，根据主犯行为定罪，无法反映全案犯罪的基本特征。并且在实践中，有些共同犯罪人的地位、作用难以区分，在分别构成犯罪且都是主犯的情况下，按哪个主犯的性质定罪将会陷入左右为难的境地。第二，从司法实践看，按主犯定罪的原则或精神也有一定突破。如2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》规定：“对于在公司、企业或者其他单位中，非国家工作人员与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占有的，应当尽量区分主从犯，按照主犯的犯罪性质定罪。司法实践中，如果根据案件的实际情况，各共同犯罪人在共同犯罪中的地位、作用相当，难以区分主从犯的，可以贪污罪定罪处罚。”虽然上述规定针对贪污和职务侵占，但其司法精神不言而喻。

另一种意见则认为，一律接受贿罪的共犯追究刑事责任突破了现行司法解释对类似情形规定的精神。如2000年7月8日起施行的《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》第三条规定：“公司、企业或者其他单位中，不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占为己有的，按照主犯的犯罪性质定罪”。虽然该解释针对贪污和职务侵占，但其司法精神不言而喻。与现行司法解释按主犯定罪的规定精神比较，二者容易形成内在冲突，损害司法解释的权威性。况且，《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》在原则上也是按照主犯的犯罪性质定罪。只是对难以区分主从犯的，才采用从重处断的原则以贪污罪定罪处罚。对贿赂犯罪的共同犯罪也完全可以采用这样的原则进行处理。

经研究，《意见》采纳了第二种意见，区分了商业贿赂犯罪共同犯罪的三种情形，根据双方利用职务便利的具体情形分别定罪追究刑事责任：一是利用国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，以受贿罪追究刑事责任。二是利用非国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，以非国家工作人员受贿罪追究刑事责任。三是分别利用各自的职务便利为他人谋取利益的，按照主犯的犯罪性质追究刑事责任，不能分清主从犯的，可以受贿罪追究刑事责任。

十一、适用《意见》必须坚持宽严相济的刑事政策

宽严相济是指导司法实践的基本刑事政策，正确运用这一政策，对于充分发挥刑罚“惩罚、预防、教育”功能，减少社会对立面，化消极因素为积极因素，构建和谐社会具有重要意义。由于商业贿赂滋生蔓延的原因比较复杂，既有经营思想上的偏差和监管不严的问题，也有法制不健全、惩治不力的问题，还有管理体制和运行机制中存在的弊端。因此，适用《意见》办理商业贿赂犯

罪案件，必须坚持宽严相济的刑事政策，充分发挥刑罚功能。

一是突出打击重点。要坚决查处官商勾结搞权钱交易以及严重危害群众利益的商业贿赂犯罪，把打击锋芒指向重点领域、重点行业、重点人员的商业贿赂案件。所谓重点领域、重点行业商业贿赂案件，是指发生在工程建设、土地出让、产权交易、医药购销、政府采购以及资源开发和经销等领域的商业贿赂案件，以及发生在银行信贷、证券期货、商业保险、出版发行、体育、电信、电力、质检、环保等行业的商业贿赂案件。所谓重点人员商业贿赂案件，是指利用职权参与或干预企业事业单位经营活动，牟取非法利益，索贿受贿的国家工作人员商业贿赂犯罪案件，以及重大受贿案件的行贿人员商业贿赂犯罪案件。对涉案金额巨大、情节严重、性质恶劣、群众反映强烈的商业贿赂犯罪大要案件，尤应加大督办力度和惩处力度，确保治理商业贿赂专项工作取得切实有效的成果。

二要坚持区别对待。对性质恶劣、情节严重、涉案范围广、影响面大的商业贿赂犯罪案件，特别是对于顶风作案的，或者案发后隐瞒犯罪事实、毁灭证据、订立攻守同盟、负案潜逃等企图逃避法律追究的，要依法从严惩处。对在自查自纠中主动向单位、行业主管（监管）部门讲清问题、积极退赃的，或者检举、揭发他人犯罪行为，有自首、立功情节的，依法从轻、减轻或者免于处罚。对在行业、领域内带有一定普遍性、涉案人员众多的案件，要根据“惩处极少数，教育大多数”的要求，突出重点，区别对待，防止因打击面过宽导致不良的政治影响和社会效果。特别是对于普通医生的商业贿赂犯罪问题，更要注意运用多种手段治理应对，以缩小打击面，扩大教育面。对那些收受回扣数额大的；明知药品伪劣，但为收受回扣而要求医院予以采购的；为收受回扣而给病人大量开药或者使用不对症药品，造成严重后果的；收受回扣造成其他严重影响的等，依法追究刑事责任。在量刑时，既要考虑犯罪行为的性质、危害和情节，同时也要考虑当前社会现状，努力做到罪刑均衡。对收受回扣数额不大、情节一般，不是非定罪不可的，可在令其坦白交代、退出赃款的基础上，给予党纪政纪等处分。

（撰稿人：逢锦温）

【 链 接 】

最高人民法院、最高人民检察院有关部门 负责人就《关于办理商业贿赂刑事案件 适用法律若干问题的意见》答记者问

近日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》），进一步明确了有关办理商业贿赂刑事案件的法律适用问题。这是依法惩治商业贿赂犯罪，维护市场经济公平竞争秩序，推进党风廉政建设和社会风气好转的重要举措，受到社会广泛关注。为帮助广大读者深入理解和掌握《意见》的主要内容和基本精神，最高人民法院、最高人民检察院有关部门负责人就相关问题回答了记者的提问。

一、问：制定《意见》的背景和意义是什么

答：近年来，商业贿赂在一些领域和行业滋生繁衍并有愈演愈烈之势，严重危害我国市场经济的健康发展，危害党风廉政建设和社会风气。中央审时度势，决定部署开展治理商业贿赂专项工作。做好这项工作，既是完善社会主义市场经济体制、维护市场经济公平竞争秩序的必然要求，也是预防与惩治腐败、推进党风廉政建设的重要内容，对于促进社会和谐稳定、实现经济社会又好又快发展具有十分重要的意义。2006年6月29日，十届全国人大常委会第二十二次会议通过了《中华人民共和国刑法修正案（六）》〔以下简称《刑法修正案（六）》〕，对《刑法》有关商业贿赂犯罪的条款作了补充修改和完善，为司法机关及时有效惩治此类犯罪提供了法律依据。但是，由于商业贿赂犯罪案件的特殊性和复杂性，司法机关在办案过程中仍然面临许多法律适用疑难问题，实践中因有关定罪量刑标准不明确而影响案件办理的情形也时有发生。对于治理商业贿赂专项工作面临的严峻形势和商业贿赂犯罪的严重危害，广大群众和社会各界非常关注，迫切希望采取更加有力的措施加以解决。最高人民法院、最高人民检察院根据经济社会发展和司法实践的需要，结合治理商业贿赂专项工作的要求，在深入调研、广泛征求社会各界意见的基础上制定了该《意见》。

《意见》的制定和实施顺应了社会发展要求，适应了司法实践的迫切需要，

有利于依法惩治商业贿赂犯罪活动，维护市场公平竞争秩序，推进党风廉政建设和社会风气的好转，有利于促进社会和谐稳定，推动经济社会又好又快发展。

二、问：《意见》的主要内容有哪些

答：当前，办理商业贿赂刑事案件面临的法律适用疑难问题较多，《意见》主要规定了七个方面的问题。一是明确了商业贿赂犯罪的范围；二是在明确《刑法》第一百六十三条、第一百六十四条规定的“其他单位”范围的同时，进一步明确了“公司、企业或者其他单位的工作人员”的认定；三是明确了医药购销、工程建设、政府采购等领域中商业贿赂犯罪的刑事责任，特别是对医生“开单提成”等群众反映强烈的贿赂行为的定性问题作出明确规定；四是明确了商业贿赂犯罪的犯罪对象及其数额的认定；五是明确了商业贿赂犯罪中不正当利益的认定；六是区分了商业贿赂犯罪罪与非罪的界限；七是明确了商业贿赂犯罪共同犯罪的处理依据。

三、问：如何理解商业贿赂犯罪的范围

答：治理商业贿赂专项工作开展之初，对商业贿赂犯罪的范围存在不同认识，一定程度上影响着专项治理工作的开展及其效果。从司法实践的客观需要及专项治理工作的要求看，商业贿赂犯罪并不局限于《刑法》第一百六十三条、第一百六十四条规定的非国家工作人员贿赂犯罪，而是涉及《刑法》规定的全部八种贿赂犯罪。因此，《意见》对此予以明确，有利于专项治理工作的深入开展及良好效果的实现。

四、问：如何认定《刑法》第一百六十三条、第一百六十四条规定的“公司、企业或者其他单位的工作人员”

答：《刑法修正案（六）》将《刑法》第一百六十三条、第一百六十四条犯罪的主体范围扩大到公司、企业以外的其他单位的工作人员，从而使“其他单位”的认定问题成为认定公司、企业以外的其他单位工作人员的基础性问题。一般意义上讲，单位是相对于自然人的组织体，但并非所有的组织体都属于《刑法》中的单位。从司法实践看，《刑法》第一百六十三条、第一百六十四条中的“其他单位”，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等临时性的组织。这里的单位不包括从事非正当活动的组织。据此，《意见》第二条对“其他单位”的范围作了明确界定。

根据《刑法》第一百六十三条第三款的规定，国有公司、企业或者其他国有单位中的工作人员虽然都有一定的职务，具有职务上的便利，但所从事的事务并非全都属于公务，其职务便利有履行公务的职务便利和非履行公务的职务便利之分，因而就其主体身份而言，国有单位中还有一些工作人员属于非国家工作人员。《意见》第四条对此作了明确规定。从文义上讲，其他国有单位，包括国家机关、国有事业单位、国有社会团体等单位。

五、问：当前，医药购销、工程建设、政府采购等领域中商业贿赂犯罪比较突出，群众反映强烈，《意见》对此是如何规定的

答：当前，在一些与群众利益密切相关的领域，如医疗、教育、招投标等领域，严重危害群众利益的商业贿赂犯罪较为突出，如医生“开单提成”，收受医药产品销售方以各种名义给予的回扣，学校中教师在教材、教具、校服或者其他物品采购中收受回扣，评标委员会组成人员在评标中索取或者非法收受他人财物等，群众反映强烈。依法严惩这些领域内的商业贿赂犯罪行为，是专项治理工作的一项重要内容。发生在这些领域内的商业贿赂犯罪情况比较复杂，特别是相关责任人员的主体身份，理论上和实践中均存在不同认识。针对这些情况，《意见》区分不同情形，分别作出规定。特别是针对实践中分歧较大的问题，明确了医务人员、教师、评标委员会等组成人员构成商业贿赂犯罪的刑事责任问题。根据《意见》规定，医疗机构中的医务人员，利用开处方的职务便利，以各种名义非法收受药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品销售方财物，为医药产品销售方谋取利益，数额较大的；学校及其他教育机构中的教师，利用教学活动的职务便利，以各种名义非法收受教材、教具、校服或者其他物品销售方财物，为教材、教具、校服或者其他物品销售方谋取利益，数额较大的；依法组建的评标委员会、竞争性谈判采购中谈判小组、询价采购中询价小组的组成人员，在招标、政府采购等事项的评标或者采购活动中，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，分别依照《刑法》第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。

六、问：如何理解贿赂的范围及其数额的认定

答：随着经济社会的不断发展变化，贿赂的手法呈现出不断翻新的趋势。一些人为了规避法律，采用货币、物品之外的方式贿赂对方，有的提供房屋装修、含有金额的会员卡、代币卡（券）、旅游服务等，有的通过虚设债权、减免债务等方式增加对方的财产价值等。特别是近年来随着贿赂犯罪由权钱交易发展到权利交易、权色交易，用设立债权、无偿劳务、免费旅游等财物以外的财产性利益以及晋职招工、迁移户口、提供女色等非财产性利益进行贿赂的案

件频繁发生。对这样一些案件特别是采用非财产性利益进行贿赂的案件能否认定贿赂犯罪，理论上和实践上均存在不同认识。为适应新形势下惩治贿赂犯罪的客观需要，参照我国加入的有关国际公约规定，综合考虑我国国情和司法操作的实效性，《意见》将贿赂的范围由财物扩大至财产性利益。财产性利益的数额认定，以实际支付的资费为准。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。

七、问：如何认定行贿犯罪中的“不正当利益”

答：1999年“两高”在《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》中对“谋取不正当利益”的认定作了规定。这为司法实践正确认定“不正当利益”以打击行贿犯罪提供了依据。但是，由于社会背景的原因，该通知所规定的“不正当利益”的范围相对较窄，随着经济社会的发展，已不能全面反映有关领域中的实际情况，有些谋取与该通知规定的利益本质相同同样具有不正当性的利益的行为不能得到正确的认定与处理，实践中对此反映较为强烈。为适应惩治贿赂犯罪的客观需要，有必要对不正当利益的范围做适当的调整，即在該通知认为谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件属于不正当利益之外，增加规定谋取违反规章、政策规定的利益，或者要求对方违反规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件的亦为谋取不正当利益，同时《意见》还特别增加规定，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”。

八、问：如何正确区分贿赂与亲友正当馈赠的界限

答：中国是一个人情社会，崇尚礼尚往来，法律并不禁止亲友之间的正当馈赠行为。然而，一些犯罪分子在实施贿赂犯罪的时候，借馈赠之名而行贿赂之实，并以馈赠正当为其行为辩解。为正确区分贿赂与亲友正当馈赠，划清罪与非罪的界限，《意见》主要从以下几个因素的结合上进行区分：（1）发生财物往来的背景，如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度；（2）往来财物的价值大小；（3）财物往来的缘由、时机和方式，提供财物方对于接受方有无职务上的请托；（4）接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益。

九、问：如何正确认定商业贿赂犯罪的共同犯罪

答：司法实践中，商业贿赂犯罪常常以共同犯罪的形式出现，特别是非国

家工作人员与国家工作人员通谋，共同收受他人财物的情形时有发生。对于商业贿赂犯罪共同犯罪的认定与处理，存在的主要问题是对于非国家工作人员与国家工作人员通谋，分别利用各自的职务便利为他人谋取利益，共同收受他人财物的如何追究刑事责任。《意见》区分了商业贿赂犯罪共同犯罪的三种情形，根据双方利用职务便利的具体情形分别定罪追究刑事责任：一是利用国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，以受贿罪追究刑事责任。二是利用非国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，以非国家工作人员受贿罪追究刑事责任。三是分别利用各自的职务便利为他人谋取利益的，按照主犯的犯罪性质追究刑事责任，不能分清主从犯的，可以受贿罪追究刑事责任。

最高人民法院 最高人民检察院
公安部 中国证券监督管理委员会
关于整治非法证券活动有关问题的通知

2008年1月2日

证监发〔2008〕1号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局，中国证监会各省、自治区、直辖市、计划单列市监管局：

国务院办公厅《关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》（国办发〔2006〕99号，以下简称“国办发99号文”）和国务院《关于同意建立整治非法证券活动协调小组工作制度的批复》（国函〔2007〕14号）下发后，整治非法证券活动协调小组（以下简称“协调小组”）各成员单位和地方人民政府高度重视，周密部署，重点查处了一批大案要案，初步遏制了非法证券活动的蔓延势头，各类非法证券活动新发量明显减少，打击非法证券活动工作取得了明显成效，相当一部分案件已进入司法程序。但在案件办理过程中，相关单位也遇到了一些分工协作、政策法律界限不够明确等问题。为此，协调小组专门召开会议对这些问题进行了研究。根据协调小组会议精神，现就打击非法证券活动工作中的有关问题通知如下：

一、统一思想，高度重视非法证券类案件办理工作

非法证券活动是一种典型的涉众型的违法犯罪活动，严重干扰正常的经济

金融秩序，破坏社会和谐与稳定。从近期办理的一些案件看，非法证券活动具有以下特征：一是按照最高人民检察院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》（公发〔2001〕11号），绝大多数非法证券活动都涉嫌犯罪。二是花样不断翻新，隐蔽性强，欺骗性大，仿效性高。三是案件涉及地域广，涉案金额大，涉及人员多，同时资产易被转移，证据易被销毁，人员易潜逃，案件办理难度大。四是不少案件涉及到境外资本市场，办理该类案件政策性强，专业水平要求高。五是投资者多为离退休人员、下岗职工等困难群众，承受能力差，极易引发群体事件。各有关部门要进一步统一思想，高度重视，充分认识此类违法犯罪活动的严重性、危害性，增强政治责任感，密切分工协作，提高工作效率，及时查处一批大案要案，维护法律法规权威，维护社会公平正义，维护投资者的合法权益。

二、明确法律政策界限，依法打击非法证券活动

（一）关于公司及其股东向社会公众擅自转让股票行为的性质认定。《证券法》第十条第三款规定：“非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。”国办发99号文规定：“严禁任何公司股东自行或委托他人以公开方式向社会公众转让股票。向特定对象转让股票，未依法报经证监会核准的，转让后，公司股东累计不得超过200人。”公司、公司股东违反上述规定，擅自向社会公众转让股票，应当追究其擅自发行股票的责任。公司与其股东合谋，实施上述行为的，公司与其股东共同承担责任。

（二）关于擅自发行证券的责任追究。未经依法核准，擅自发行证券，涉嫌犯罪的，依照《刑法》第一百七十九条之规定，以擅自发行股票、公司、企业债券罪追究刑事责任。未经依法核准，以发行证券为幌子，实施非法证券活动，涉嫌犯罪的，依照《刑法》第一百七十六条、第一百九十二条等规定，以非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等罪名追究刑事责任。未构成犯罪的，依照《证券法》和有关法律的规定给予行政处罚。

（三）关于非法经营证券业务的责任追究。任何单位和个人经营证券业务，必须经证监会批准。未经批准的，属于非法经营证券业务，应予以取缔；涉嫌犯罪的，依照《刑法》第二百二十五条之规定，以非法经营罪追究刑事责任。对于中介机构非法代理买卖非上市公司股票，涉嫌犯罪的，应当依照《刑法》第二百二十五条之规定，以非法经营罪追究刑事责任；所代理的非上市公司涉嫌擅自发行股票，构成犯罪的，应当依照《刑法》第一百七十九条之规定，以擅自发行股票罪追究刑事责任。非上市公司和中介机构共谋擅自发行股票，构成犯罪的，以擅自发行股票罪的共犯论处。未构成犯罪的，依照《证券法》和有关法律的规定给予行政处罚。

(四) 关于非法证券活动性质的认定。非法证券活动是否涉嫌犯罪, 由公安机关、司法机关认定。公安机关、司法机关认为需要有关行政主管部门进行性质认定的, 行政主管部门应当出具认定意见。对因案情复杂、意见分歧, 需要进行协调的, 协调小组应当根据办案部门的要求, 组织有关单位进行研究解决。

(五) 关于修订后的《证券法》与修订前的《证券法》中针对擅自发行股票和非法经营证券业务规定的衔接。修订后的《证券法》与修订前的《证券法》针对擅自发行股票和非法经营证券业务的规定是一致的, 是相互衔接的, 因此在修订后的《证券法》实施之前发生的擅自发行股票和非法经营证券业务行为, 也应予以追究。

(六) 关于非法证券活动受害人的救济途径。根据 1998 年 3 月 25 日《国务院办公厅转发证监会关于清理整顿场外非法股票交易方案的通知》(国办发〔1998〕10 号) 的规定, 最高人民法院于 1998 年 12 月 4 日发布了《关于中止审理、中止执行涉及场外非法股票交易经济纠纷案件的通知》(法〔1998〕145 号), 目的是为配合国家当时解决 STAQ、NET 交易系统发生的问题, 而非针对目前非法证券活动所产生的纠纷。如果非法证券活动构成犯罪, 被害人应当通过公安、司法机关刑事追赃程序追偿; 如果非法证券活动仅是一般违法行为而没有构成犯罪, 当事人符合民事诉讼法规定的起诉条件的, 可以通过民事诉讼程序请求赔偿。

三、加强协作配合, 提高办案效率

涉嫌犯罪的非法证券类案件从调查取证到审理终结, 主要涉及证监、公安、检察、法院四个部门。从工作实践看, 大部分地区的上述四个部门能够做到既有分工, 也有协作, 案件办理进展顺利, 但也有部分地区的一些案件久拖不决, 有的甚至出现“踢皮球”的现象, 案件办理周期过长。究其原因, 有的是工作不扎实, 有的是认识上存在差距, 有的是协调沟通不畅。协调小组工作会议高度重视存在的问题, 并对各相关部门的工作分工及协调配合做了总体部署。

证监系统要督促、协调、指导各地落实已出台的贯彻国办发 99 号文实施意见, 将打击非法证券活动长效机制落到实处; 根据司法机关需要, 对非法证券类案件及时出具性质认定意见; 创新办案模式, 在当地政府的领导下, 密切与其他行政执法机关的联合执法, 提高快速反应能力; 根据工作需要, 可组织当地公、检、法等部门相关人员进行业务培训或案情会商; 加强对境外资本市场的跟踪研究。

公安机关对涉嫌犯罪的非法证券类案件要及时进行立案侦查, 并做好与证

监、工商等部门的工作衔接；上级公安机关要加强案件的协调、指导、督办工作，提高办案效率；密切与检察院、法院的协调配合，及时交流信息，通报情况，加大对大要案的侦办力度。

检察机关要及时做好此类案件的批捕、起诉和诉讼监督工作；加强与相关部门的沟通联系，及时处理需要协调的事项。

人民法院要加强与相关部门的沟通协调，及时受理、审理各类涉及非法证券活动的民事、刑事案件，对性质恶劣、社会危害大的案件依法予以严惩。

各相关部门在办理非法证券类案件过程中遇到重大问题的，可提请协调小组协助解决。

【 解 读 】

解读《关于整治非法证券活动有关问题的通知》

2008年1月2日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证监会四部委联合下发了《关于整治非法证券活动有关问题的通知》（以下简称《通知》）。这是继国务院2006年下发国办发〔2006〕99号文《关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》后，首次由行政部门与司法部门联合就打击非法证券活动的有关法律问题出台重要文件。这个《通知》的出台，必将对“建立和维护公开、公平、公正的市场秩序，严厉打击非法证券活动，切实保护投资者尤其是中小投资者的合法权益，促进资本市场持续健康安全发展”起到十分重要的作用。

一、制定《通知》的背景和必要性

近年来，随着证券市场日趋活跃，以到境外上市为名，推销所谓原始股的非法证券活动呈高发态势。据证监会的统计，2006年受到涉及非法证券活动的各类来信、来电、来访超过1400件，较2005年同期有大幅上升。从反映的情况看，全国各地都有非法证券活动发生，在大城市集中了一定数量的涉嫌非法从事证券业务的中介机构，其中，遍布全国的分支机构就达数百家。可以说，一些地区非法证券活动较为猖獗，形势严峻，工作任务很重。主要表现在：一是案件涉及地域广，涉案金额大，涉及人员多。从现有已立案调查的案件看，范围小的涉及几个省市，多的涉及一二十个省市；涉案金额大多在千万元以上，牵涉的投资者少则上百人，多则数千人。二是花样不断翻新，隐蔽性

强，欺骗性大，仿效性高。与前几年社会其他领域出现的各种坑蒙拐骗相比，利用股票发行或者转让进行欺诈活动，本质是相同的，方式方法更为隐蔽，迷惑性更强，不仅普通群众很难识别，有时甚至需要监管部门花很大力气进行认定。三是资产易被转移，证据易被销毁，人员易潜逃，案件办理难度大。四是不少案件涉及境外资本市场，办理该类案件需要很强的政策性和专业水平。五是投资者多为退休、下岗人员等困难群体，承受损失的能力比较脆弱，取缔后的善后工作和维稳工作难度很大。近年的实际情况表明，非法证券活动是一种典型的涉众型违法犯罪活动，严重影响了金融安全和社会稳定，侵害了广大投资者的利益。

中央和地方机关对于打击非法证券活动高度重视，从制度建设上不断完善。首先是全国人大常委会修订了证券法，强化了打击非法证券的规定，进一步明确打击非法证券活动的工作内容；其次是国务院专门就严厉打击非法证券活动发布了国办发 99 号文，明确了打击非法证券活动的管理体制和监管责任；三是国务院下发《关于同意建立整治非法证券活动协调小组工作制度的批复》，成立了包括最高人民法院、最高人民检察院、公安部、证监会等部委在内的整治非法证券活动协调小组，负责全国打击非法证券活动的协调工作；四是国务院办公厅下发了《关于依法惩处非法集资有关问题的通知》，要求对包括非法发行股票等形式的非法集资活动予以坚决打击。此外，各地方政府出台贯彻落实国办发 99 号文的实施意见，建立相应领导机制和工作机制。这些制度的出台和完善，为打击非法证券活动提供了良好的工作氛围。

各部门通力协作成果显著。证监系统根据收到的各类线索材料进行甄别，将其中 366 件涉嫌犯罪线索及时移送公安机关；公安机关则开展了打击非法证券活动专项行动，集中查处重大案件，有效打击犯罪，维护社会稳定。一批大案要案进入司法程序。上海、广东、天津、福建、四川、陕西等地的司法部门依法判决了一批从事非法证券活动的刑事案件，这些案例为打击非法证券活动积累了很多宝贵经验。目前，证监会协助公安部督办的 8 起重点案件已经侦查终结，并移送检察机关审查起诉，其中 4 起已经法院一审判决。8 起案件共抓获犯罪嫌疑人 48 人，取缔非法中介机构 19 家。

尽管打击非法证券活动取得了一定的成绩，但是也遇到了一些困难，突出的是罪与非罪的判断，擅自发行股票、公司企业债券罪与非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等如何区别定性，非法经营罪与擅自发行罪在审理过程中是否应互为前提，非法证券活动受害人能否通过民事诉讼进行救济等。

二、《通知》中需要注意的几个问题

《通知》中有以下四个问题需要引起重视，并在实践中理解和把握：

（一）关于擅自发行证券以何种罪名追究刑事责任的问题

《通知》规定：“未经依法核准，擅自发行证券，涉嫌犯罪的，依照《刑法》第一百七十九条之规定，以擅自发行股票、公司、企业债券罪追究刑事责任。未经依法核准，以发行证券为幌子，实施非法证券活动，涉嫌犯罪的，依照《刑法》第一百七十六条、第一百九十二条等规定，以非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等罪名追究刑事责任。未构成犯罪的，依照《证券法》和有关法律的规定给予行政处罚。”虽然说擅自发行证券的行为可能以擅自发行股票、公司、企业债券罪追究刑事责任，非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪等罪名追究责任，但是实践中如何区分这些罪名需要进一步明确。

擅自发行股票、公司、企业债券罪和非法吸收公众存款罪之间，最主要的区别点是：前者在主观上确实是发行股票、公司、企业债券，所募资金一般有明确且公开的用途，并用于约定的事项，在操作手法上与合法发行股票、债券没有区别，其违法性在于发行行为没有经过有关机关依法核准，并造成一定的后果，如发行数额在五十万元以上、不能及时清偿清退、造成恶劣影响的；而后者在主观上只是为了吸收公众存款，不在于发行股票、债券。此外，还可以考虑以下因素：一是侵犯的客体不同，前者侵害的是证券管理秩序，后者侵害的是国家金融秩序；二是是否有明确的载体不同，前者有明确的股票、债券作为载体，而后者基本没有载体，即便有也只是一种幌子；三是是否约定预期收益不同，前者没有明确的收益，而后者一般约定相对固定的高收益。这些因素的考虑和区分，适宜由各审判机关灵活掌握。

擅自发行股票、公司、企业债券罪与集资诈骗罪之间比较容易区分，主要掌握前者是不以非法占有为目的；而后者是以非法占有为目的，所谓的发行股票、债券只是其实施诈骗的幌子。实践中要认定集资诈骗需要注意收集非法占有的证据。

（二）关于非法经营证券业务以何种罪名追究刑事责任的问题

依照我国法律的规定，经营证券业务需要经过行政许可，即经过证监会批准；否则，就是非法经营，应予取缔。按照《刑法》第二百二十五条和《最高人民法院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》的规定，个人非法经营数额在五万元以上或者违法所得在一万元以上的；单位非法经营数额在五十万元以上，或者违法所得在十万元以上的，按照非法经营罪追究刑事责任。

中介机构未经证监会批准，非法代理买卖非上市公司股票的，分两种情况处理：一是非上市公司的股票是经过证监会核准发行的，但是中介机构代理买卖该股票却没有经过批准，则在满足追究标准的情况下，中介机构按照非法经营罪追究刑事责任；二是非上市公司本身就是擅自发行股票，没有经过证监会

核准就发行股票，这种情况下中介机构代理买卖其股票就不存在获得批准的可能，其代理行为必定违法，因此，以擅自发行股票罪追究刑事责任。从这也可看出，中介机构构成非法经营罪与擅自发行股票罪并不互为前提，而是相互独立，按照刑法所描述的罪状独立构成本罪。

《通知》还规定，非上市公司和中介机构共谋擅自发行股票，构成犯罪的，以擅自发行股票罪的共犯论处，按照其在共同犯罪中的作用处罚。可见，这一规定给中介机构明确了责任，有利于中介机构自我约束，合法经营，从而从途径上限制和杜绝非法证券活动。

（三）关于非法证券活动性质认定机构的问题

因行政违法性达到一定程度而构成刑事违法性，是判断非法证券活动行为人承担刑事责任的一个重要依据，但刑事违法性的认定是否要以行政违法性的认定为前提还存在不同的认识。因为这种认识，司法实践中，办案人员在整治非法证券活动工作中会存在一些困惑：认定非法证券活动构成犯罪是否要以行政主管机关认定其行为具有行政违法性为前提？如果需要行政机关先出具意见，这个意见在法律上的意义多大，效力有多强？如果行政机关尚未出具意见，司法机关是否可以直接按照犯罪处理？

针对这些困惑，《通知》明确：非法证券活动是否涉及犯罪，一律由公安机关、司法机关进行认定。这一规定符合了法律赋予公安司法机关的职权性规定，即定罪权在于司法机关。这就意味着公安司法机关在惩罚这类犯罪时不受行政主管机关是否出具意见的限制。当然，考虑到这类行为的定性具有较强的专业性，而行政主管机关的工作人员更具有辨别能力，因此，当公安司法机关认为需要有关行政主管机关就行为性质进行认定的时候，行政主管机关应予以配合，出具认定意见。

（四）关于非法证券活动受害人能否通过民事诉讼救济的问题

非法证券活动体现的一个特征就是给受害人带来巨大的经济损失，尤其是当受害人多为离退休、下岗人员等困难群体时，给予他们必要的救济就显得特别重要，就可以避免一些群体性上访事件，就会有利于社会的稳定。然而，根据最高人民法院于1998年12月4日发布的《关于中止审理、中止执行涉及场外非法股票交易经济纠纷案件的通知》（法〔1998〕145号）的规定：“涉及因从事非上市公司股票、股权证等场外非法交易而引起的经济纠纷，未受理的，不再受理；已受理的，中止诉讼；裁判文书已经生效的，中止执行。”这似乎就意味着受害人通过民事诉讼救济存在法律上的障碍。对此《通知》进行了澄清，即法〔1998〕145号文出台的目的在于配合国家当时解决STAQ、NET交易系统发生的问题，而非针对目前非法证券活动所产生的纠纷。因此，如果非法证券活动构成犯罪，被害人应当通过公安、司法机关刑事追赃程序追偿；

如果非法证券活动仅是一般违法行为而没有构成犯罪，当事人符合《民事诉讼法》规定的起诉条件的，可以通过民事诉讼程序请求赔偿。这样就为受害人维护其权益提供了法律上的保障。

(撰稿人：毛立华)

最高人民法院 最高人民检察院
公安部 中国证券监督管理委员会
关于印发《最高人民法院、最高人民检察院、
公安部、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》的通知

2011年4月27日

证监发〔2011〕30号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局，中国证监会各省、自治区、直辖市、计划单列市监管局：

为解决近年来在办理证券期货违法犯罪案件工作中遇到的一些突出问题，依法惩治证券期货违法犯罪，现将《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、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》印发给你们，请遵照执行。

在执行中遇到的问题，请及时报最高人民法院、最高人民检察院、公安部和中国证监会。

附：

关于办理证券期货违法犯罪案件工作若干问题的意见

为加强办理证券期货违法犯罪案件工作，完善行政执法与刑事司法的衔接机制，进一步依法有效惩治证券期货违法犯罪，提出如下意见：

一、证券监管机构依据行政机关移送涉嫌犯罪案件的有关规定，在办理可
内容 由 平 乱 网 (www.docsriver.com) 入 驻 商 家 巨 力 法 律 书 制 作 发 布

能移送公安机关查处的证券期货违法案件过程中，经履行批准程序，可商请公安机关协助查询、复制被调查对象的户籍、出入境信息等资料，对有关涉案人员按照相关规定采取边控、报备措施。证券监管机构向公安机关提出请求时，应当明确协助办理的具体事项，提供案件情况及相关材料。

二、证券监管机构办理证券期货违法案件，案情重大、复杂、疑难的，可商请公安机关就案件性质、证据等问题提出参考意见；对有证据表明可能涉嫌犯罪的行为人可能逃匿或者销毁证据的，证券监管机构应当及时通知公安机关；涉嫌犯罪的，公安机关应当及时立案侦查。

三、证券监管机构与公安机关建立和完善协调会商机制。证券监管机构依据行政机关移送涉嫌犯罪案件的有关规定，在向公安机关移送重大、复杂、疑难的涉嫌证券期货犯罪案件前，应当启动协调会商机制，就行为性质认定、案件罪名适用、案件管辖等问题进行会商。

四、公安机关、人民检察院和人民法院在办理涉嫌证券期货犯罪案件过程中，可商请证券监管机构指派专业人员配合开展工作，协助查阅、复制有关专业资料。证券监管机构可以根据司法机关办案需要，依法就案件涉及的证券期货专业问题向司法机关出具认定意见。

五、司法机关对证券监管机构随案移送的物证、书证、鉴定结论、视听资料、现场笔录等证据要及时审查，作出是否立案的决定；随案移送的证据，经法定程序查证属实的，可作为定案的根据。

六、证券监管机构依据行政机关移送涉嫌犯罪案件的有关规定向公安机关移交证据，应当制作证据移交清单，双方经办人员应当签字确认，加盖公章，相关证据随证据移交清单一并移交。

七、对涉众型证券期货犯罪案件，在已收集的证据能够充分证明基本犯罪事实的前提下，公安机关可在被调查对象范围内按一定比例收集和调取书证、被害人陈述、证人证言等相关证据。

八、以证券交易所、期货交易所、证券登记结算机构、期货保证金监控机构以及证券公司、期货公司留存的证券期货委托记录和交易记录、登记存管结算资料等电子数据作为证据的，数据提供单位应以电子光盘或者其他载体记录相关原始数据，并说明制作方法、制作时间及制作人等信息，并由复制件制作人和原始电子数据持有人签名或盖章。

九、发行人、上市公司或者其他信息披露义务人在证券监管机构指定的信息披露媒体、信息披露义务人或证券交易所网站发布的信息披露公告，其打印件或据此制作的电子光盘，经核对无误后，说明其来源、制作人、制作时间、制作地点等的，可作为刑事证据使用，但有其他证据证明打印件或光盘内容与公告信息不一致的除外。

十、涉嫌证券期货犯罪的第一审案件，由中级人民法院管辖，同级人民检察院负责提起公诉，地（市）级以上公安机关负责立案侦查。

最高人民法院 最高人民检察院
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

2012年3月14日

法发〔2012〕8号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院，解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院：

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、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，以下简称《意见》）已于2011年12月下发各地执行。为正确适用《意见》，做好证券期货犯罪案件起诉审判工作，现就贯彻执行《意见》的有关问题通知如下：

一、《意见》第十条中的“证券期货犯罪”，是指刑法第一百六十条、第一百六十一条、第一百六十九条之一、第一百七十八条第二款、第一百七十九条、第一百八十条、第一百八十一条、第一百八十二条、第一百八十五条之一第一款规定的犯罪。

二、2012年1月1日以后，证券期货犯罪的第一审案件，适用《意见》第十条的规定，由中级人民法院管辖，同级人民检察院负责提起公诉。

三、2011年12月31日以前已经提起公诉的证券期货犯罪案件，不适用《意见》第十条关于级别管辖的规定。

四、各级人民法院、人民检察院在贯彻执行《意见》的过程中，应当注意总结办案经验，加强调查研究。对于贯彻执行过程中遇到的疑难问题，请及时报告最高人民法院、最高人民检察院。最高人民法院、最高人民检察院将在进一步总结司法审判经验的基础上，通过有关工作会议、司法文件、公布典型案例等方式，对证券期货犯罪案件司法审判工作加强指导，以更好地服务经济社会发展和依法惩处证券期货违法犯罪工作的需要。

特此通知。

最高人民法院 最高人民检察院
公安部 国家安全部
关于依法办理非法生产销售使用
“伪基站”设备案件的意见

2014年3月14日

公通字〔2014〕13号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，人民检察院，公安厅、局，国家安全厅、局，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、国家安全局：

近年来，各地非法生产、销售、使用“伪基站”设备违法犯罪活动日益猖獗，有的借以非法获取公民个人信息，有的非法经营广告业务，或者发送虚假广告，甚至实施诈骗等犯罪活动。“伪基站”设备是未取得电信设备进网许可和无线电发射设备型号核准的非法无线电通信设备，具有搜取手机用户信息，强行向不特定用户手机发送短信息等功能，使用过程中会非法占用公众移动通信频率，局部阻断公众移动通信网络信号。非法生产、销售、使用“伪基站”设备，不仅破坏正常电信秩序，影响电信运营商正常经营活动，危害公共安全，扰乱市场秩序，而且严重影响用户手机使用，损害公民财产权益，侵犯公民隐私，社会危害性严重。为依法办理非法生产、销售、使用“伪基站”设备案件，保障国家正常电信秩序，维护市场经济秩序，保护公民合法权益，根据有关法律规定，制定本意见。

一、准确认定行为性质

(一)非法生产、销售“伪基站”设备，具有以下情形之一的，依照《刑法》第二百二十五条的规定，以非法经营罪追究刑事责任：

1. 个人非法生产、销售“伪基站”设备三套以上，或者非法经营数额五万元以上，或者违法所得数额二万元以上的；
2. 单位非法生产、销售“伪基站”设备十套以上，或者非法经营数额十五万元以上，或者违法所得数额五万元以上的；
3. 虽未达到上述数额标准，但两年内曾因非法生产、销售“伪基站”设备受过两次以上行政处罚，又非法生产、销售“伪基站”设备的。

实施前款规定的行为，数量、数额达到前款规定的数量、数额五倍以上
内容由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家巨力法律书制作发布

的，应当认定为《刑法》第二百二十五条规定的“情节特别严重”。

非法生产、销售“伪基站”设备，经鉴定为专用间谍器材的，依照《刑法》第二百八十三条的规定，以非法生产、销售间谍专用器材罪追究刑事责任；同时构成非法经营罪的，以非法经营罪追究刑事责任。

(二) 非法使用“伪基站”设备干扰公用电信网络信号，危害公共安全的，依照《刑法》第一百二十四条第一款的规定，以破坏公用电信设施罪追究刑事责任；同时构成虚假广告罪、非法获取公民个人信息罪、破坏计算机信息系统罪、扰乱无线电通讯管理秩序罪的，依照处罚较重的规定追究刑事责任。

除法律、司法解释另有规定外，利用“伪基站”设备实施诈骗等其他犯罪行为，同时构成破坏公用电信设施罪的，依照处罚较重的规定追究刑事责任。

(三) 明知他人实施非法生产、销售“伪基站”设备，或者非法使用“伪基站”设备干扰公用电信网络信号等犯罪，为其提供资金、场所、技术、设备等帮助的，以共同犯罪论处。

(四) 对于非法使用“伪基站”设备扰乱公共秩序，侵犯他人人身权利、财产权利，情节较轻，尚不构成犯罪，但构成违反治安管理行为的，依法予以治安管理处罚。

二、严格贯彻宽严相济刑事政策

对犯罪嫌疑人、被告人的处理，应当结合其主观恶性大小、行为危害程度以及在案件中所起的作用等因素，切实做到区别对待。对组织指挥、实施非法生产、销售、使用“伪基站”设备的首要分子、积极参加的犯罪分子，以及曾因非法生产、销售、使用“伪基站”设备受到行政处罚或者刑事处罚，又实施非法生产、销售、使用“伪基站”设备的犯罪分子，应当作为打击重点依法予以严惩；对具有自首、立功、从犯等法定情节的犯罪分子，可以依法从宽处理。对情节显著轻微、危害不大的，依法不作为犯罪处理。

三、合理确定管辖

(一) 案件一般由犯罪地公安机关管辖，犯罪嫌疑人居住地公安机关管辖更为适宜的，也可以由犯罪嫌疑人居住地公安机关管辖。对案件管辖有争议的，可以由共同的上级公安机关指定管辖；情况特殊的，上级公安机关可以指定其他公安机关管辖。

(二) 上级公安机关指定下级公安机关立案侦查的案件，需要逮捕犯罪嫌疑人的，由侦查该案件的公安机关提请同级人民检察院审查批准，人民检察院应当依法作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定；需要移送审查起诉的，由侦查该案件的公安机关移送同级人民检察院审查起诉。

(三) 人民检察院对于审查起诉的案件,按照《刑事诉讼法》的管辖规定,认为应当由上级人民检察院或者同级其他人民检察院起诉的,将案件移送有管辖权的人民检察院,或者报上级检察机关指定管辖。

(四) 符合最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大法工委《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》有关并案处理规定的,人民法院、人民检察院、公安机关可以在职责范围内并案处理。

四、加强协作配合

人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关要认真履行职责,加强协调配合,形成工作合力。国家安全机关要依法做好相关鉴定工作;公安机关要全面收集证据,特别是注意做好相关电子数据的收集、固定工作,对疑难、复杂案件,及时向人民检察院、人民法院通报情况,对已经提请批准逮捕的案件,积极跟进、配合人民检察院的审查批捕工作,认真听取意见;人民检察院对于公安机关提请批准逮捕、移送审查起诉的案件,符合批捕、起诉条件的,应当依法尽快予以批捕、起诉;人民法院应当加强审判力量,制订庭审预案,并依法及时审结。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于印发《办理非法经营国际电信业务 犯罪案件联席会议纪要》的通知

2003年4月22日

公通字〔2002〕29号

各省、自治区、直辖市高级人民法院,人民检察院,公安厅、局,解放军军事法院、军事检察院,新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院,新疆生产建设兵团人民检察院、公安局:

2002年11月20日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、信息产业部等部门在北京召开联席会议,研究解决当前打击非法经营国际电信业务犯罪专项行动中的法律适用问题。现将会议形成的《办理非法经营国际电信业务犯罪案件联席会议纪要》印发给你们,请遵照执行。

附：

办理非法经营国际电信业务 犯罪案件联席会议纪要

非法经营国际电信业务，不仅扰乱国际电信市场的管理秩序，造成国家电信资费的巨大损失，而且严重危害国家信息安全。2000年5月12日《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）、2001年4月18日《最高人民法院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》、2002年2月6日《最高人民法院关于非法经营国际或港澳台地区电信业务行为法律适用问题的批复》先后发布实施，为公安、司法机关运用法律武器准确、及时打击此类犯罪发挥了重要作用。自2002年9月17日开始，各级公安机关在全国范围内开展了打击非法经营国际电信业务的专项行动。由于非法经营国际电信业务犯罪活动的情况比较复杂，专业性、技术性很强，犯罪手段不断翻新，出现了一些新情况、新问题，如电信运营商与其他企业或个人互相勾结，共同实施非法经营行为；非法经营行为使用新的技术手段进行犯罪等。为准确、统一适用法律，保障专项行动的深入开展，依法查处非法经营国际电信业务的犯罪活动，2002年11月20日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、信息产业部等部门在北京召开联席会议，共同研究打击非法经营国际电信业务犯罪工作中的法律适用问题，对有些问题取得了一致认识。会议纪要如下：

一、各级公安机关、人民检察院、人民法院在办理非法经营国际电信业务犯罪案件中，要从维护国家信息安全、维护电信市场管理秩序和保障国家电信收入的高度认识打击非法经营国际电信业务犯罪活动的重要意义，积极参加专项行动，各司其职，相互配合，加强协调，加快办案进度。

二、《解释》第一条规定：“违反国家规定，采取租用国际专线、私设转接设备或者其他方法，擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务进行营利活动，扰乱电信市场管理秩序，情节严重的，依照刑法第二百二十五条第（四）项的规定，以非法经营罪定罪处罚。”对于未取得国际电信业务（含涉港澳台电信业务，下同）经营许可证而经营，或被终止国际电信业务经营资格后继续经营，应认定为“擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务”；情节严重的，应按上述规定以非法经营罪追究刑事责任。

《解释》第一条所称“其他方法”，是指在边境地区私自架设跨境通信线路；利用互联网跨境传送IP语音并设立转接设备，将国际话务转接至我境内网（www.docsriver.com）入驻商家巨力法律书制作发布

公用电话网或转接至其他国家或地区；在境内以租用、托管、代维等方式设立转接平台；私自设置国际通信出入口等方法。

三、获得国际电信业务经营许可的经营者（含涉港澳台电信业务经营者）明知他人非法从事国际电信业务，仍违反国家规定，采取出租、合作、授权等手段，为他人提供经营和技术条件，利用现有设备或另设国际话务转接设备并从中营利，情节严重的，应以非法经营罪的共犯追究刑事责任。

四、公安机关侦查非法经营国际电信业务犯罪案件，要及时全面收集和固定犯罪证据，抓紧缉捕犯罪嫌疑人。人民检察院、人民法院对正在办理的非法经营国际电信业务犯罪案件，只要基本犯罪事实清楚，基本证据确实、充分，应当依法及时起诉、审判。主犯在逃，但在案的其他犯罪嫌疑人、被告人实施犯罪的基本证据确实充分的，可以依法先行处理。

五、坚持“惩办与宽大相结合”的刑事政策。对非法经营国际电信业务共同犯罪的主犯，以及与犯罪分子相勾结的国家工作人员，应依法从严惩处。对具有自首、立功或者其他法定从轻、减轻情节的，应依法从轻、减轻处理。

六、各地在办理非法经营国际电信业务犯罪案件中遇到的有关问题，以及侦查、起诉、审判的信息要及时向各自上级主管机关报告。上级机关要加强案件的督办、检查、指导和协调工作。

最高人民法院 关于非法集资刑事案件性质认定问题的通知

2011年8月18日

法〔2011〕262号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

为依法、准确、及时审理非法集资刑事案件，现就非法集资性质认定的有关问题通知如下：

一、行政部门对于非法集资的性质认定，不是非法集资案件进入刑事程序的必经程序。行政部门未对非法集资作出性质认定的，不影响非法集资刑事案件的审判。

二、人民法院应当依照刑法和《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等有关规定认定案件事实的性质，并认定相关行为是否构成犯罪。

三、对于案情复杂、性质认定疑难的案件，人民法院可以在有关部门关于是否符合行业技术标准的行政认定意见的基础上，根据案件事实和法律规定作出性质认定。

四、非法集资刑事案件的审判工作涉及领域广、专业性强，人民法院在审理此类案件当中要注意加强与有关行政主（监）管部门以及公安机关、人民检察院的配合。审判工作中遇到重大问题难以解决的，请及时报告最高人民法院。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于办理非法集资刑事案件适用 法律若干问题的意见

2014年3月25日

公通字〔2014〕16号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，人民检察院，公安厅、局，解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

为解决近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理非法集资刑事案件中遇到的问题，依法惩治非法吸收公众存款、集资诈骗等犯罪，根据刑法、刑事诉讼法的规定，结合司法实践，现就办理非法集资刑事案件适用法律问题提出以下意见：

一、关于行政认定的问题

行政部门对于非法集资的性质认定，不是非法集资刑事案件进入刑事诉讼程序的必经程序。行政部门未对非法集资作出性质认定的，不影响非法集资刑事案件的侦查、起诉和审判。

公安机关、人民检察院、人民法院应当依法认定案件事实的性质，对于案情复杂、性质认定疑难的案件，可参考有关部门的认定意见，根据案件事实和法律规定作出性质认定。

二、关于“向社会公开宣传”的认定问题

《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第一款第二项中的“向社会公开宣传”，包括以各种途径向社会公众传

播吸收资金的信息，以及明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任等情形。

三、关于“社会公众”的认定问题

下列情形不属于《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第二款规定的“针对特定对象吸收资金”的行为，应当认定为向社会公众吸收资金：

(一) 在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的；

(二) 以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其吸收资金的。

四、关于共同犯罪的处理问题

为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助，从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用，构成非法集资共同犯罪的，应当依法追究刑事责任。能够及时退缴上述费用的，可依法从轻处罚；其中情节轻微的，可以免除处罚；情节显著轻微、危害不大的，不作为犯罪处理。

五、关于涉案财物的追缴和处置问题

向社会公众非法吸收的资金属于违法所得。以吸收的资金向集资参与人支付的利息、分红等回报，以及向帮助吸收资金人员支付的代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用，应当依法追缴。集资参与人本金尚未归还的，所支付的回报可予折抵本金。

将非法吸收的资金及其转换财物用于清偿债务或者转让给他人，有下列情形之一的，应当依法追缴：

- (一) 他人明知是上述资金及财物而收取的；
- (二) 他人无偿取得上述资金及财物的；
- (三) 他人以明显低于市场的价格取得上述资金及财物的；
- (四) 他人取得上述资金及财物系源于非法债务或者违法犯罪活动的；
- (五) 其他依法应当追缴的情形。

查封、扣押、冻结的易贬值及保管、养护成本较高的涉案财物，可以在诉讼终结前依照有关规定变卖、拍卖。所得价款由查封、扣押、冻结机关予以保管，待诉讼终结后一并处置。

查封、扣押、冻结的涉案财物，一般应在诉讼终结后，返还集资参与人。

涉案财物不足全部返还的，按照集资参与人的集资额比例返还。

六、关于证据的收集问题

办理非法集资刑事案件中，确因客观条件的限制无法逐一收集集资参与人的言词证据的，可结合已收集的集资参与人的言词证据和依法收集并查证属实的书面合同、银行账户交易记录、会计凭证及会计账簿、资金收付凭证、审计报告、互联网电子数据等证据，综合认定非法集资对象人数和吸收资金数额等犯罪事实。

七、关于涉及民事案件的处理问题

对于公安机关、人民检察院、人民法院正在侦查、起诉、审理的非法集资刑事案件，有关单位或者个人就同一事实向人民法院提起民事诉讼或者申请执行涉案财物的，人民法院应当不予受理，并将有关材料移送公安机关或者检察机关。

人民法院在审理民事案件或者执行过程中，发现有非法集资犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉或者中止执行，并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关。

公安机关、人民检察院、人民法院在侦查、起诉、审理非法集资刑事案件中，发现与人民法院正在审理的民事案件属同一事实，或者被申请执行的财物属于涉案财物的，应当及时通报相关人民法院。人民法院经审查认为确属涉嫌犯罪的，依照前款规定处理。

八、关于跨区域案件的处理问题

跨区域非法集资刑事案件，在查清犯罪事实的基础上，可以由不同地区的公安机关、人民检察院、人民法院分别处理。

对于分别处理的跨区域非法集资刑事案件，应当按照统一制定的方案处置涉案财物。

国家机关工作人员违反规定处置涉案财物，构成渎职等犯罪的，应当依法追究刑事责任。

【解 读】

解读《关于办理非法集资刑事案件适用法律 若干问题的意见》

2014年3月25日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合印发了《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)。《意见》根据刑法、刑事诉讼法的规定,在2010年《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》和2010年《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下称《2010年解释》)规定的基础上,结合司法实践,进一步明确了非法集资犯罪的有关法律适用问题。这是最高人民法院、最高人民检察院、公安部依法严惩非法集资犯罪活动,保障国家金融管理秩序,维护人民群众合法权益的重要举措。《意见》共八条,对非法集资的行政认定、“向社会公开宣传”及“社会公众”的认定、共同犯罪的处理、涉案财物的追缴处置等八个方面的问题作了规定。为便于深入理解和掌握《意见》的基本精神和主要内容,现就《意见》的有关问题解读如下:

一、关于行政认定的问题

《意见》第一条对非法集资的行政认定问题作了规定,明确:“行政部门对于非法集资的性质认定,不是非法集资刑事案件进入刑事诉讼程序的必经程序。行政部门未对非法集资作出性质认定的,不影响非法集资刑事案件的侦查、起诉和审判。公安机关、人民检察院、人民法院应当依法认定案件事实的性质,对于案情复杂、性质认定疑难的案件,可参考有关部门的认定意见,根据案件事实和法律规定作出性质认定。”主要考虑:一是非法集资行为涉嫌非法吸收公众存款、集资诈骗等犯罪,应当由公安机关、人民检察院、人民法院根据刑法、刑事诉讼法的规定,对非法集资刑事案件依职权进行侦查、起诉和审判;行政部门的认定意见可以作为公安机关、人民检察院、人民法院进行性质认定时的参考。实践中个别地区在处理非法集资刑事案件时,将行政部门出具对于非法集资的性质认定意见作为前置条件和必经程序,既不符合有关法律的规定,也不符合办案实际需要。二是本条规定与此前有关规范性文件的规定精神是一致的。根据处置非法集资工作的实际情况,处置非法集资部际联席会

议办公室在 2007 年就已提出在处置非法集资案件中应本着“提高效率、定性准确、处理稳妥的原则，不以行政认定为前置条件”的工作意见。2011 年《最高人民法院关于非法集资刑事案件性质认定问题的通知》也规定：“行政部门对于非法集资的性质认定，不是非法集资案件进入刑事程序的必经程序。行政部门未对非法集资作出性质认定的，不影响非法集资刑事案件的审判。人民法院应当依照刑法和《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等有关规定认定案件事实的性质，并认定相关行为是否构成犯罪。对于案情复杂、性质认定疑难的案件，人民法院可以在有关部门关于是否符合行业技术标准的行政认定意见的基础上，根据案件事实和法律规定作出性质认定。”因此，《意见》第一条在此前有关规范性文件的基础上，对非法集资的行政认定问题作了进一步明确。

二、关于“向社会公开宣传”的认定问题

《意见》第二条对非法集资刑事案件中“向社会公开宣传”的认定问题作了规定，明确：“《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第一款第二项中的‘向社会公开宣传’，包括以各种途径向社会公众传播吸收资金的信息，以及明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任等情形。”根据《2010 年解释》的规定，成立非法集资需同时具备非法性、公开性、利诱性、社会性等四个特征，其中“公开性”特征是指“通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传”。司法实践中，对如何认定非法集资的“公开性”特征有不同认识和做法，因此，本条对这一问题作了专门规定，主要考虑：一是《2010 年解释》列举了媒体、推介会、传单、手机短信几种典型的公开宣传途径，但这是例示性的规定，宣传途径不应以此为限。实践中常见的还有互联网、标语、横幅、宣传册、宣传画、讲座、论坛、研讨会等宣传方式，只要行为人通过这些途径主动向社会公众传播吸收资金的信息，即属于“向社会公开宣传”。二是对于实践中大量存在的口口相传、以人传人的宣传方式，是否属于公开宣传，能否将口口相传的效果归责于行为人，需要根据主客观相一致的原则进行具体分析，区别对待，实践中应当结合行为人对此是否知情、态度如何，有无具体参与、是否设法加以阻止等主客观因素，综合认定是否符合公开性特征。本条明确“明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任”也属于“向社会公开宣传”，是考虑到口口相传、以人传人的宣传方式，因为承诺内容具体明确（如承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式给付高额回报）、信息来源熟悉可靠（如通过亲戚、朋友、同学、同事、熟人等途径传播）、传播方式比较隐蔽等，有时反而极易在社会公众中大范围地快速传播。如果行为人明知吸收资金的信息向社会公众扩散，而

未设法加以阻止，而是放任甚至积极推动信息传播，这在实际效果上与主动向社会公众传播吸收资金的信息没有差异，将其认定为“向社会公开宣传”符合主客观相一致的原则。

三、关于“社会公众”的认定问题

《意见》第三条对非法集资刑事案件中“社会公众”的认定问题作了规定，明确：“下列情形不属于《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第二款规定的‘针对特定对象吸收资金’的行为，应当认定为向社会公众吸收资金：（一）在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的；（二）以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其吸收资金的。”

根据《2010年解释》的规定，非法集资的“社会性”特征是指“向社会公众即社会不特定对象吸收资金”，这是非法集资有别于民间借贷的重要特征。法律禁止非法集资的重要目的在于对广大公众投资者的利益给予特殊保护，主要有三个方面的考虑：一是不同于专业投资者，社会公众欠缺投资知识，缺乏投资理性；二是不同于合法融资，非法集资活动信息极不对称，社会公众缺乏投资所需的真实而必要的信息；三是社会公众抗风险能力较弱，往往难以承受集资款无法返还的损失风险，且牵涉人数众多，易引发社会问题。非法集资的“社会性”特征包含两个层面：一是指向对象的广泛性，即非法集资对象的众多性；二是指向对象的不特定性，即非法集资的对象为不特定多数人。如果有的行为人未向社会公开宣传吸收资金的信息，只是在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金，这种情形因集资对象限于亲友圈或者单位内部人员等有限范围内，具有特定性，不符合非法集资的“社会性”特征。因此，《2010年解释》第一条第二款专门规定：“未向社会公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。”

针对司法实践中非法集资犯罪手法翻新，行为人规避法律和司法解释规定的情况，《意见》第三条明确以下两种情形应当认定为向社会公众吸收资金：一是在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的情形。实践中，有的行为人最初是向亲友或者单位内部人员吸收资金，但随后吸收资金的渠道不断发生扩散、辐射，行为人的亲友或者单位内部人员又开始向他们的亲戚、朋友、熟人等吸收资金。如果行为人明知这一情况而予以放任，其行为性质就发生了变化，吸收资金的对象也从特定对象向社会不特定对象转化，对其应当认定为向社会公众吸收资金。二是以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其吸

收资金的情形。实践中，有的单位通过公开招聘，在聘用同时向应聘人员筹集资金，集资参与人参与集资的同时即成为单位的员工；还有的单位先将社会人员聘为单位员工，之后再向其吸收资金。这种非法集资手段虽然具有一定的隐蔽性，但并未改变向社会不特定对象吸收资金的本质，也应当认定为向社会公众吸收资金。

四、关于共同犯罪的处理问题

《意见》第四条对非法集资刑事案件中共同犯罪的处理问题作了规定，明确：“为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助，从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用，构成非法集资共同犯罪的，应当依法追究刑事责任。能够及时退缴上述费用的，可依法从轻处罚；其中情节轻微的，可以免除处罚；情节显著轻微、危害不大的，不作为犯罪处理。”主要考虑是：近年来的非法集资案件中，一些单位和个人受利益驱动帮助非法集资犯罪行为人非法吸收资金，从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用。这些单位和个人被俗称为“集资代理人”“集资中间人”，这一情况在跨区域非法集资刑事案件中尤为突出。“集资代理人”“集资中间人”行为的社会危害性主要体现在：一是为非法集资推波助澜。他们根据非法集资犯罪行为人的授意，广泛散布非法集资信息，引诱社会公众投入资金，使非法集资活动迅速蔓延、扩散。二是占有大量非法集资款。他们在帮助非法吸收资金的过程中，按照吸收资金比例收取高额费用，有的比例高达三至四成，社会公众投入的大量资金被他们非法占有。三是干扰案件正常处理。部分“集资代理人”“集资中间人”在案发后散布谣言，阻止集资参与人报案或者煽动聚众上访、冲击国家机关，企图以此转移视线，逃避打击，维护自身的非法获利。鉴于“集资代理人”“集资中间人”行为的社会危害性，有必要予以刑事打击，对其违法所得必须予以追缴。因此，本条规定，对于经查证与集资犯罪行为人构成共同犯罪的，应当依法追究刑事责任。同时，考虑到他们在非法集资共同犯罪中一般处于从属地位，主观恶性相对较小，为贯彻宽严相济刑事政策，本条还规定，能够及时退缴上述费用的，可依法从轻处罚；其中情节轻微的，可以免除处罚；情节显著轻微、危害不大的，不作为犯罪处理。

五、关于涉案财物的追缴和处置问题

涉案财物追缴和处置是非法集资案件处置工作中的重点和难点。目前，涉案财物追缴和处置一般程序为：案发地人民政府制定处置方案，组织相关部门开展涉案资产追缴、集资参与人登记核对、涉案财物拍卖变现等工作。集资款的清退，应根据清理后剩余的资金，按照集资参与人集资额比例予以清退。参

与非法集资活动受到损失的，由集资参与者自行承担。根据处置非法集资工作的实际情况和有关规范性文件的规定，《意见》第五条明确了非法集资刑事案件中涉案财物的追缴和处置问题，共分四款。

第一款明确了涉案财物的追缴范围：向社会公众非法吸收的资金属于违法所得；以吸收的资金向集资参与者支付的利息、分红等回报，以及向帮助吸收资金人员支付的代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用，应当依法追缴；集资参与者本金尚未归还的，所支付的回报可予折抵本金。主要考虑：一是非法集资行为涉嫌非法吸收公众存款、集资诈骗等犯罪，行为人向社会公众非法吸收的资金是其因实施犯罪行为而取得的财物，根据刑法第六十四条的规定属于违法所得，应当予以追缴。二是行为人以吸收的资金向集资参与者支付的利息、分红等回报，以及向帮助吸收资金人员支付的代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用，因其属于行为人对违法所得的处分，不属于集资参与人和帮助吸收资金人员的合法收入，也应予以追缴。三是出于实践可操作性并避免激化矛盾的考虑，明确集资参与者本金尚未归还的，所支付的回报可予折抵本金。因为非法集资案件发生后能够追缴的财物往往不足以全额返还集资参与者，很难要求本金尚未得到返还的集资参与者先将利息、分红退出后再按比例统一偿付。而且，实践中有的集资参与者支付本金时往往已经扣除了利息部分。这一规定与《2010年解释》第五条第三款的规定是一致的。

第二款明确了将非法吸收的资金及其转换财物用于清偿债务或者转让给他人的追缴范围，具体包括五种情形：一是他人明知是上述资金及财物而收取的；二是他人无偿取得上述资金及财物的；三是他人以明显低于市场的价格取得上述资金及财物的；四是他人取得上述资金及财物系源于非法债务或者违法犯罪活动的；五是其他依法应当追缴的情形。本款规定参照了2011年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十条的规定，有利于最大限度追缴涉案财物，最大限度减少经济损失，同时还有利于维护既定的社会关系，保护善意第三人的利益。

第三款明确了易贬值及保管、养护成本较高涉案财物的处置问题，即查封、扣押、冻结的上述涉案财物，可以在诉讼终结前依照有关规定变卖、拍卖；所得价款由查封、扣押、冻结机关予以保管，待诉讼终结后一并处置。本款规定参照了2013年《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百三十条的规定，主要为了防止涉案财物因贬值、腐烂变质、保管困难等原因导致损失扩大。

第四款明确了涉案财物的处置原则，即查封、扣押、冻结的涉案财物，一般在诉讼终结后，返还集资参与者；涉案财物不足全部返还的，按照集资参与人的集资额比例返还。非法集资案件往往涉案金额大、范围广、人数多，对

涉案财物的处置应当遵循严格规范的操作流程，防止因仓促返还或者返还不均引发新的矛盾，因此本款对统一处置和比例返还的原则予以强调。

六、关于证据的收集问题

《意见》第六条明确了非法集资刑事案件中证据的收集问题，规定：“办理非法集资刑事案件中，确因客观条件的限制无法逐一收集集资参与人的言词证据的，可结合已收集的集资参与人的言词证据和依法收集并查证属实的书面合同、银行账户交易记录、会计凭证及会计账簿、资金收付凭证、审计报告、互联网电子数据等证据，综合认定非法集资对象人数和吸收资金数额等犯罪事实。”主要考虑是：当前，非法集资犯罪案件高发、案情复杂、形势严峻，其活动日趋隐蔽，形式日趋多样，手法不断翻新，特别是其涉案金额巨大、参与集资人数众多、参与集资人员分散、身份核实难度较大、跨区域犯罪增多等特点，使侦破案件和收集证据的难度不断加大，给打击非法集资活动带来一定困难。因此，为有效打击非法集资犯罪，本条明确了办理非法集资刑事案件的证据收集标准，即结合言词证据和书证、电子数据等其他证据综合认定非法集资对象人数和吸收资金数额等犯罪事实，进一步加强执法办案过程中收集证据的可操作性。

七、关于涉及民事案件的处理问题

《意见》第七条明确了非法集资刑事案件中涉及民事案件的处理问题，共分三款。司法实践中，部分集资参与人在非法集资刑事案件立案前或者刑事诉讼过程中，以经济纠纷特别是借贷纠纷为由对非法集资犯罪行为提起民事诉讼，要求其返还集资款项，部分案件民事判决生效后，涉案财物被强制执行。上述情况导致在处理非法集资案件时，基于同一法律事实的刑事法律关系和民事法律关系发生交叉，既不利于保障相关当事人的实体权利和诉讼权利，也容易侵害其他集资参与人的合法权益，进一步激化社会矛盾，影响社会稳定。

1998年《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》对刑事、民事案件互涉问题作了原则性规定：“人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关。人民法院已立案受理的经济纠纷案件，公安机关或检察机关认为有经济犯罪嫌疑，并说明理由附有关材料函告受理该案的人民法院的，有关人民法院应当认真审查。”为确保依法妥善处理非法集资刑事案件，避免公安司法机关就案办案、孤立办案，做好涉案财物的权属认定和返还工作，《意见》参照上述规定对非法集资刑事案件中涉及民事案件的处理问题作了明确。本条强调在同一法律事实下，刑事案件

应当优先于民事案件，并根据不同诉讼程序和环节分为三个层次：一是对于公安机关、人民检察院、人民法院正在侦查、起诉、审理的非法集资刑事案件，有关单位或者个人就同一事实向人民法院提起民事诉讼或者申请执行涉案财物的，人民法院应当不予受理，并将有关材料移送公安机关或者检察机关。二是人民法院在审理民事案件或者执行过程中，发现有非法集资犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉或者中止执行，并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关。三是公安机关、人民检察院、人民法院在侦查、起诉、审理非法集资刑事案件中，发现与人民法院正在审理的民事案件属同一事实，或者被申请执行的财物属于涉案财物的，应当及时通报相关人民法院。人民法院经审查认为确属涉嫌犯罪的，依照前款规定处理。

八、关于跨区域案件的处理问题

《意见》第八条明确了跨区域非法集资刑事案件的处理问题，共分三款。第一款明确跨区域非法集资刑事案件，在查清犯罪事实的基础上，可以由不同地区的公安机关、人民检察院、人民法院分别处理。主要考虑是：实践中，对跨区域非法集资案件，由牵头省份制定处置方案，并征求其他涉案省份意见，组织协调各涉案省份按照统一的方案开展涉案资产追缴、集资参与人登记核对、涉案财物拍卖变现、集资款清退等工作。考虑到跨区域非法集资案件涉及范围广、人数多，为了提高诉讼效率、降低诉讼成本、缓解办案压力，本款明确在查清犯罪事实的基础上，可以由不同地区的公安机关、人民检察院、人民法院分别处理。

第二款明确对于分别处理的跨区域非法集资刑事案件，应当按照统一制定的方案处置涉案财物。主要考虑是：对于跨区域非法集资案件，各涉案省份应当按照统一的方案和原则处置涉案财物，不得因地方利益擅自处置辖区内涉案财物或者提前向辖区内集资参与人清退集资款，本款对跨区域非法集资案件的统一处置原则予以强调。

第三款明确国家机关工作人员违反规定处置涉案财物，构成渎职等犯罪的，应当依法追究刑事责任。主要考虑是：在处置非法集资工作中，相关国家机关工作人员应当严格依照有关法律、法规或者规范性文件的规定处置涉案财物，不得违反有关处置程序、超越职责范围，非法或者擅自处置涉案财物。比如《意见》第五条关于涉案财物追缴和处置的规定，就必须严格执行，不得违反。对国家机关工作人员在处置涉案财物过程中，滥用职权、玩忽职守或者徇私舞弊，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，依照刑法和相关司法解释规定构成犯罪的，应当以滥用职权罪、玩忽职守罪等罪名追究刑事责任；同时有受贿行为构成受贿罪的，除刑法另有规定外，还应当以渎职犯罪和受贿

罪数罪并罚。

(撰稿人：韩耀元 吴峽滨)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 印发《关于办理非法集资刑事案件若干问题的 意见》的通知

2019年1月30日

高检会〔2019〕2号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），解放军军事法院、解放军军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

为依法惩治非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资犯罪活动，维护国家金融管理秩序，保护公民、法人和其他组织合法权益，最高人民法院、最高人民检察院、公安部现联合印发《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》，请认真贯彻执行。

附：

关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见

为依法惩治非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资犯罪活动，维护国家金融管理秩序，保护公民、法人和其他组织合法权益，根据刑法、刑事诉讼法等法律规定，结合司法实践，现就办理非法吸收公众存款、集资诈骗等非法集资刑事案件有关问题提出以下意见：

一、关于非法集资的“非法性”认定依据问题

人民法院、人民检察院、公安机关认定非法集资的“非法性”，应当以国家金融管理法律法规作为依据。对于国家金融管理法律法规仅作原则性规定的，可以根据法律规定的精神并参考中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会等行政主管部门依照国家金融管理法律法规制

定的部门规章或者国家有关金融管理的规定、办法、实施细则等规范性文件的规定予以认定。

二、关于单位犯罪的认定问题

单位实施非法集资犯罪活动，全部或者大部分违法所得归单位所有的，应当认定为单位犯罪。

个人为进行非法集资犯罪活动而设立的单位实施犯罪的，或者单位设立后，以实施非法集资犯罪活动为主要活动的，不以单位犯罪论处，对单位中组织、策划、实施非法集资犯罪活动的人员应当以自然人犯罪依法追究刑事责任。

判断单位是否以实施非法集资犯罪活动为主要活动，应当根据单位实施非法集资的次数、频度、持续时间、资金规模、资金流向、投入人力物力情况、单位进行正当经营的状况以及犯罪活动的影响、后果等因素综合考虑认定。

三、关于涉案下属单位的处理问题

办理非法集资刑事案件中，人民法院、人民检察院、公安机关应当全面查清涉案单位，包括上级单位（总公司、母公司）和下属单位（分公司、子公司）的主体资格、层级、关系、地位、作用、资金流向等，区分情况依法作出处理。

上级单位已被认定为单位犯罪，下属单位实施非法集资犯罪活动，且全部或者大部分违法所得归下属单位所有的，对该下属单位也应当认定为单位犯罪。上级单位和下属单位构成共同犯罪的，应当根据犯罪单位的地位、作用，确定犯罪单位的刑事责任。

上级单位已被认定为单位犯罪，下属单位实施非法集资犯罪活动，但全部或者大部分违法所得归上级单位所有的，对下属单位不单独认定为单位犯罪。下属单位中涉嫌犯罪的人员，可以作为上级单位的其他直接责任人员依法追究刑事责任。

上级单位未被认定为单位犯罪，下属单位被认定为单位犯罪的，对上级单位中组织、策划、实施非法集资犯罪的人员，一般可以与下属单位按照自然人与单位共同犯罪处理。

上级单位与下属单位均未被认定为单位犯罪的，一般以上级单位与下属单位中承担组织、领导、管理、协调职责的主管人员和发挥主要作用的人员作为主犯，以其他积极参加非法集资犯罪的人员作为从犯，按照自然人共同犯罪处理。

四、关于主观故意的认定问题

认定犯罪嫌疑人、被告人是否具有非法吸收公众存款的犯罪故意，应当依据犯罪嫌疑人、被告人的任职情况、职业经历、专业背景、培训经历、本人因同类行为受到行政处罚或者刑事追究情况以及吸收资金方式、宣传推广、合同资料、业务流程等证据，结合其供述，进行综合分析判断。

犯罪嫌疑人、被告人使用诈骗方法非法集资，符合《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条规定的，可以认定为集资诈骗罪中“以非法占有为目的”。

办案机关在办理非法集资刑事案件中，应当根据案件具体情况注意收集运用涉及犯罪嫌疑人、被告人的以下证据：是否使用虚假信息对外开展业务；是否虚假订立合同、协议；是否虚假宣传，明显超出经营范围或者夸大经营、投资、服务项目及盈利能力；是否吸收资金后隐匿、销毁合同、协议、账目；是否传授或者接受规避法律、逃避监管的方法，等等。

五、关于犯罪数额的认定问题

非法吸收或者变相吸收公众存款构成犯罪，具有下列情形之一的，向亲友或者单位内部人员吸收的资金应当与向不特定对象吸收的资金一并计入犯罪数额：

(一) 在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的；

(二) 以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其吸收资金的；

(三) 向社会公开宣传，同时向不特定对象、亲友或者单位内部人员吸收资金的。

非法吸收或者变相吸收公众存款的数额，以行为人所吸收的资金全额计算。集资参与人收回本金或者获得回报后又重复投资的数额不予扣除，但可以作为量刑情节酌情考虑。

六、关于宽严相济刑事政策把握问题

办理非法集资刑事案件，应当贯彻宽严相济刑事政策，依法合理把握追究刑事责任的范围，综合运用刑事手段和行政手段处置和化解风险，做到惩处少数、教育挽救大多数。要根据行为人的客观行为、主观恶性、犯罪情节及其地位、作用、层级、职务等情况，综合判断行为人的责任轻重和刑事追究的必要性，按照区别对待原则分类处理涉案人员，做到罚当其罪、罪责刑相适应。

重点惩处非法集资犯罪活动的组织者、领导者和管理人员，包括单位犯罪中的上级单位（总公司、母公司）的核心层、管理层和骨干人员，下属单位（分公司、子公司）的管理层和骨干人员，以及其他发挥主要作用的人员。

对于涉案人员积极配合调查、主动退赃退赔、真诚认罪悔罪的，可以依法从轻处罚；其中情节轻微的，可以免除处罚；情节显著轻微、危害不大的，不作为犯罪处理。

七、关于管辖问题

跨区域非法集资刑事案件按照《国务院关于进一步做好防范和处置非法集资工作的意见》（国发〔2015〕59号）确定的工作原则办理。如果合并侦查、诉讼更为适宜的，可以合并办理。

办理跨区域非法集资刑事案件，如果多个公安机关都有权立案侦查的，一般由主要犯罪地公安机关作为案件主办地，对主要犯罪嫌疑人立案侦查和移送审查起诉；由其他犯罪地公安机关作为案件分办地根据案件具体情况，对本地区犯罪嫌疑人立案侦查和移送审查起诉。

管辖不明或者有争议的，按照有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，由其共同的上级公安机关协调确定或者指定有关公安机关作为案件主办地立案侦查。需要提请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的，由分别立案侦查的公安机关所在地的人民检察院、人民法院受理。

对于重大、疑难、复杂的跨区域非法集资刑事案件，公安机关应当在协调确定或者指定案件主办地立案侦查的同时，通报同级人民检察院、人民法院。人民检察院、人民法院参照前款规定，确定主要犯罪地作为案件主办地，其他犯罪地作为案件分办地，由所在地的人民检察院、人民法院负责起诉、审判。

本条规定的“主要犯罪地”，包括非法集资活动的主要组织、策划、实施地，集资行为人的注册地、主要营业地、主要办事机构所在地，集资参与人的主要所在地等。

八、关于办案工作机制问题

案件主办地和其他涉案地办案机关应当密切沟通协调，协同推进侦查、起诉、审判、资产处置工作，配合有关部门最大限度追赃挽损。

案件主办地办案机关应当统一负责主要犯罪嫌疑人、被告人涉嫌非法集资全部犯罪事实的立案侦查、起诉、审判，防止遗漏犯罪事实；并应就全案处理政策、追诉主要犯罪嫌疑人、被告人的证据要求及诉讼时效、追赃挽损、资产处置等工作要求，向其他涉案地办案机关进行通报。其他涉案地办案机关应当对本地区犯罪嫌疑人、被告人涉嫌非法集资的犯罪事实及时立案侦查、起诉、

审判，积极协助主办地处置涉案资产。

案件主办地和其他涉案地办案机关应当建立和完善证据交换共享机制。对涉及主要犯罪嫌疑人、被告人的证据，一般由案件主办地办案机关负责收集，其他涉案地提供协助。案件主办地办案机关应当及时通报接收涉及主要犯罪嫌疑人、被告人的证据材料的程序及要求。其他涉案地办案机关需要案件主办地提供证据材料的，应当向案件主办地办案机关提出证据需求，由案件主办地收集并依法移送。无法移送证据原件的，应当在移送复制件的同时，按照相关规定作出说明。

九、关于涉案财物追缴处置问题

办理跨区域非法集资刑事案件，案件主办地办案机关应当及时归集涉案财物，为统一资产处置做好基础性工作。其他涉案地办案机关应当及时查明涉案财物，明确其来源、去向、用途、流转情况，依法办理查封、扣押、冻结手续，并制作详细清单，对扣押款项应当设立明细账，在扣押后立即存入办案机关唯一合规账户，并将有关情况提供案件主办地办案机关。

人民法院、人民检察院、公安机关应当严格依照刑事诉讼法和相关司法解释的规定，依法移送、审查、处理查封、扣押、冻结的涉案财物。对审判时尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得，人民法院应当判决继续追缴或者责令退赔，并由人民法院负责执行，处置非法集资职能部门、人民检察院、公安机关等应当予以配合。

人民法院对涉案财物依法作出判决后，有关地方和部门应当在处置非法集资职能部门统筹协调下，切实履行协作义务，综合运用多种手段，做好涉案财物清运、财产变现、资金归集、资金清退等工作，确保最大限度减少实际损失。

根据有关规定，查封、扣押、冻结的涉案财物，一般应在诉讼终结后返还集资参与人。涉案财物不足全部返还的，按照集资参与人的集资额比例返还。退赔集资参与人的损失一般优先于其他民事债务以及罚金、没收财产的执行。

十、关于集资参与人权利保障问题

集资参与人，是指向非法集资活动投入资金的单位和个人，为非法集资活动提供帮助并获取经济利益的单位和个人除外。

人民法院、人民检察院、公安机关应当通过及时公布案件进展、涉案资产处置情况等方式，依法保障集资参与人的合法权利。集资参与人可以推选代表人向人民法院提出相关意见和建议；推选不出代表人的，人民法院可以指定代表人。人民法院可以视案件情况决定集资参与人代表人参加或者旁听庭审，对集资参与人提起附带民事诉讼等请求不予受理。

十一、关于行政执法与刑事司法衔接问题

处置非法集资职能部门或者有关行政主管部门，在调查非法集资行为或者行政执法过程中，认为案情重大、疑难、复杂的，可以商请公安机关就追诉标准、证据固定等问题提出咨询或者参考意见；发现非法集资行为涉嫌犯罪的，应当按照《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》等规定，履行相关手续，在规定的期限内将案件移送公安机关。

人民法院、人民检察院、公安机关在办理非法集资刑事案件过程中，可商请处置非法集资职能部门或者有关行政主管部门指派专业人员配合开展工作，协助查阅、复制有关专业资料，就案件涉及的专业问题出具认定意见。涉及需要行政处理的事项，应当及时移交处置非法集资职能部门或者有关行政主管部门依法处理。

十二、关于国家工作人员相关法律责任问题

国家工作人员具有下列行为之一，构成犯罪的，应当依法追究刑事责任：

（一）明知单位和个人所申请机构或者业务涉嫌非法集资，仍为其办理行政许可或者注册手续；

（二）明知所主管、监管的单位有涉嫌非法集资行为，未依法及时处理或者移送处置非法集资职能部门的；

（三）查处非法集资过程中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的；

（四）徇私舞弊不向司法机关移交非法集资刑事案件的；

（五）其他通过职务行为或者利用职务影响，支持、帮助、纵容非法集资的。

最高人民法院 关于虚开增值税专用发票定罪 量刑标准有关问题的通知

2018年8月22日

法〔2018〕226号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

为正确适用刑法第二百零五条关于虚开增值税专用发票罪的有关规定，确

定罪责刑相适应，现就有关问题通知如下：

一、自本通知下发之日起，人民法院在审判工作中不再参照执行《最高人民法院关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》（法发〔1996〕30号）第一条规定的虚开增值税专用发票罪的定罪量刑标准。

二、在新的司法解释颁行前，对虚开增值税专用发票刑事案件定罪量刑的数额标准，可以参照《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》（法释〔2002〕30号）第三条的规定执行，即虚开的税款数额在五万元以上的，以虚开增值税专用发票罪处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；虚开的税款数额在五十万元以上的，认定为刑法第二百零五条规定的“数额较大”；虚开的税款数额在二百五十万元以上的，认定为刑法第二百零五条规定的“数额巨大”。

以上通知，请遵照执行。执行中发现的新情况、新问题，请及时报告我院。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部
印发《关于办理侵犯知识产权刑事案件
适用法律若干问题的意见》的通知

2011年1月10日

法发〔2011〕3号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），解放军军事法院、军事检察院，总政治部保卫部，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

为解决近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理侵犯知识产权刑事案件中遇到的新情况、新问题，依法惩治侵犯知识产权犯罪活动，维护社会主义市场经济秩序，最高人民法院、最高人民检察院、公安部在深入调查研究、广泛征求各方意见的基础上，制定了《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》。现印发给你们，请认真组织学习，切实贯彻执行。执行中遇到的重要问题，请及时层报最高人民法院、最高人民检察院、公安部。

附：

关于办理侵犯知识产权刑事案件 适用法律若干问题的意见

为解决近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理侵犯知识产权刑事案件中遇到的新情况、新问题，依法惩治侵犯知识产权犯罪活动，维护社会主义市场经济秩序，根据刑法、刑事诉讼法及有关司法解释的规定，结合侦查、起诉、审判实践，制定本意见。

一、关于侵犯知识产权犯罪案件的管辖问题

侵犯知识产权犯罪案件由犯罪地公安机关立案侦查。必要时，可以由犯罪嫌疑人居住地公安机关立案侦查。侵犯知识产权犯罪案件的犯罪地，包括侵权产品制造地、储存地、运输地、销售地，传播侵权作品、销售侵权产品的网站服务器所在地、网络接入地、网站建立者或者管理者所在地，侵权作品上传者所在地，权利人受到实际侵害的犯罪结果发生地。对有多个侵犯知识产权犯罪地的，由最初受理的公安机关或者主要犯罪地公安机关管辖。多个侵犯知识产权犯罪地的公安机关对管辖有争议的，由共同的上级公安机关指定管辖，需要提请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的，由该公安机关所在地的同级人民检察院、人民法院受理。

对于不同犯罪嫌疑人、犯罪团伙跨地区实施的涉及同一批侵权产品的制造、储存、运输、销售等侵犯知识产权犯罪行为，符合并案处理要求的，有关公安机关可以一并立案侦查，需要提请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的，由该公安机关所在地的同级人民检察院、人民法院受理。

二、关于办理侵犯知识产权刑事案件中行政执法部门收集、调取证据的效力问题

行政执法部门依法收集、调取、制作的物证、书证、视听资料、检验报告、鉴定结论、勘验笔录、现场笔录，经公安机关、人民检察院审查，人民法院庭审质证确认，可以作为刑事证据使用。

行政执法部门制作的证人证言、当事人陈述等调查笔录，公安机关认为有必要作为刑事证据使用的，应当依法重新收集、制作。

三、关于办理侵犯知识产权刑事案件的抽样取证问题和委托鉴定问题

公安机关在办理侵犯知识产权刑事案件时，可以根据工作需要抽样取证，

或者商请同级行政执法部门、有关检验机构协助抽样取证。法律、法规对抽样机构或者抽样方法有规定的，应当委托规定的机构并按照规定方法抽取样品。

公安机关、人民检察院、人民法院在办理侵犯知识产权刑事案件时，对于需要鉴定的事项，应当委托国家认可的有鉴定资质的鉴定机构进行鉴定。

公安机关、人民检察院、人民法院应当对鉴定结论进行审查，听取权利人、犯罪嫌疑人、被告人对鉴定结论的意见，可以要求鉴定机构作出相应说明。

四、关于侵犯知识产权犯罪自诉案件的证据收集问题

人民法院依法受理侵犯知识产权刑事自诉案件，对于当事人因客观原因不能取得的证据，在提起自诉时能够提供有关线索，申请人民法院调取的，人民法院应当依法调取。

五、关于刑法第二百一十三条规定的“同一种商品”的认定问题

名称相同的商品以及名称不同但指同一事物的商品，可以认定为“同一种商品”。“名称”是指国家工商行政管理总局商标局在商标注册工作中对商品使用的名称，通常即《商标注册用商品和服务国际分类》中规定的商品名称。“名称不同但指同一事物的商品”是指在功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面相同或者基本相同，相关公众一般认为是同一种事物的商品。

认定“同一种商品”，应当在权利人注册商标核定使用的商品和行为人实际生产销售的商品之间进行比较。

六、关于刑法第二百一十三条规定的“与其注册商标相同的商标”的认定问题

具有下列情形之一，可以认定为“与其注册商标相同的商标”：

(一) 改变注册商标的字体、字母大小写或者文字横竖排列，与注册商标之间仅有细微差别的；

(二) 改变注册商标的文字、字母、数字等之间的间距，不影响体现注册商标显著特征的；

(三) 改变注册商标颜色的；

(四) 其他与注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。

七、关于尚未附着或者尚未全部附着假冒注册商标标识的侵权产品价值是否计入非法经营数额的问题

在计算制造、储存、运输和未销售的假冒注册商标侵权产品价值时，对于

已经制作完成但尚未附着（含加贴）或者尚未全部附着（含加贴）假冒注册商标标识的产品，如果有确实、充分证据证明该产品将假冒他人注册商标，其价值计入非法经营数额。

八、关于销售假冒注册商标的商品犯罪案件中尚未销售或者部分销售情形的定罪量刑问题

销售明知是假冒注册商标的商品，具有下列情形之一的，依照刑法第二百一十四条的规定，以销售假冒注册商标的商品罪（未遂）定罪处罚：

（一）假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额在十五万元以上的；

（二）假冒注册商标的商品部分销售，已销售金额不满五万元，但与尚未销售的假冒注册商标的商品的货值金额合计在十五万元以上的。

假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额分别达到十五万元以上不满二十五万元、二十五万元以上的，分别依照刑法第二百一十四条规定的各法定刑幅度定罪处罚。

销售金额和未销售货值金额分别达到不同的法定刑幅度或者均达到同一法定刑幅度的，在处罚较重的法定刑或者同一法定刑幅度内酌情从重处罚。

九、关于销售他人非法制造的注册商标标识犯罪案件中尚未销售或者部分销售情形的定罪问题

销售他人伪造、擅自制造的注册商标标识，具有下列情形之一的，依照刑法第二百一十五条的规定，以销售非法制造的注册商标标识罪（未遂）定罪处罚：

（一）尚未销售他人伪造、擅自制造的注册商标标识数量在六万件以上的；

（二）尚未销售他人伪造、擅自制造的两种以上注册商标标识数量在三万件以上的；

（三）部分销售他人伪造、擅自制造的注册商标标识，已销售标识数量不满二万件，但与尚未销售标识数量合计在六万件以上的；

（四）部分销售他人伪造、擅自制造的两种以上注册商标标识，已销售标识数量不满一万件，但与尚未销售标识数量合计在三万件以上的。

十、关于侵犯著作权犯罪案件“以营利为目的”的认定问题

除销售外，具有下列情形之一的，可以认定为“以营利为目的”：

（一）以在他人作品中刊登收费广告、捆绑第三方作品等方式直接或者间接收取费用的；

（二）通过信息网络传播他人作品，或者利用他人上传的侵权作品，在网

站或者网页上提供刊登收费广告服务，直接或者间接收取费用的；

(三) 以会员制方式通过信息网络传播他人作品，收取会员注册费或者其他费用的；

(四) 其他利用他人作品牟利的情形。

十一、关于侵犯著作权犯罪案件“未经著作权人许可”的认定问题

“未经著作权人许可”一般应当依据著作权人或者其授权的代理人、著作权集体管理组织、国家著作权行政管理部门指定的著作权认证机构出具的涉案作品版权认证文书，或者证明出版者、复制发行者伪造、涂改授权许可文件或者超出授权许可范围的证据，结合其他证据综合予以认定。

在涉案作品种类众多且权利人分散的案件中，上述证据确实难以一一取得，但有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行的，且出版者、复制发行者不能提供获得著作权人许可的相关证明材料的，可以认定为“未经著作权人许可”。但是，有证据证明权利人放弃权利、涉案作品的著作权不受我国著作权法保护，或者著作权保护期限已经届满的除外。

十二、关于刑法第二百一十七条规定的“发行”的认定及相关问题

“发行”，包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动。

非法出版、复制、发行他人作品，侵犯著作权构成犯罪的，按照侵犯著作权罪定罪处罚，不认定为非法经营罪等其他犯罪。

十三、关于通过信息网络传播侵权作品行为的定罪处罚标准问题

以营利为目的，未经著作权人许可，通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、美术、摄影、录像作品、录音录像制品、计算机软件及其他作品，具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十七条规定的“其他严重情节”：

(一) 非法经营数额在五万元以上的；

(二) 传播他人作品的数量合计在五百件（部）以上的；

(三) 传播他人作品的实际被点击数达到五万次以上的；

(四) 以会员制方式传播他人作品，注册会员达到一千人以上的；

(五) 数额或者数量虽未达到第（一）项至第（四）项规定标准，但分别达到其中两项以上标准一半以上的；

(六) 其他严重情节的情形。

实施前款规定的行为，数额或者数量达到前款第（一）项至第（五）项规

定标准五倍以上的，属于刑法第二百一十七条规定的“其他特别严重情节”。

十四、关于多次实施侵犯知识产权行为累计计算数额问题

依照《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条第二款的规定，多次实施侵犯知识产权行为，未经行政处理或者刑事处罚的，非法经营数额、违法所得数额或者销售金额累计计算。

二年内多次实施侵犯知识产权违法行为，未经行政处理，累计数额构成犯罪的，应当依法定罪处罚。实施侵犯知识产权犯罪行为的追诉期限，适用刑法的有关规定，不受前述二年的限制。

十五、关于为他人实施侵犯知识产权犯罪提供原材料、机械设备等行为的定性问题

明知他人实施侵犯知识产权犯罪，而为其提供生产、制造侵权产品的主要原材料、辅助材料、半成品、包装材料、机械设备、标签标识、生产技术、配方等帮助，或者提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费、费用结算等服务的，以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。

十六、关于侵犯知识产权犯罪竞合的处理问题

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

【 解 读 】

解读《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》

2011年1月10日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《意见》），进一步明确了近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理侵犯知识产权刑事案件中遇到的法律适用疑难问题，对于依法惩治侵犯知识产权犯罪，充分发挥司法保护知识产权主导作用，提高中国知识产权刑事司法保护水平，维护公平有序的市场环境具有十分重要的意义。为准确理解和掌握《意见》的

主要内容和基本精神，现就《意见》制定过程中的相关问题作一介绍和说明。

一、《意见》的制定背景

保护知识产权是尊重创造性劳动和激励创新的一项基本制度，是建设法治国家和诚信社会的重要内容。建设创新型国家，完善社会主义市场经济体制，必须坚定不移地保护知识产权。近年来，公安机关、人民检察院、人民法院充分发挥职能作用，依法从严打击侵犯知识产权犯罪活动，查处了一批大案要案，遏制了群体性侵权行为。为了准确适用法律，依法惩治侵犯知识产权犯罪活动，切实维护社会主义市场经济秩序，最高人民法院、最高人民检察院、公安部不断加强刑事司法规范建设，先后发布了《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》《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《关于办理侵犯著作权刑事案件中涉及录音录像制品有关问题的批复》《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》等司法解释和其他规范性文件，进一步明确了有关知识产权犯罪的定罪量刑标准，完善了知识产权刑事司法保护规范体系，为公安机关、人民检察院、人民法院依法办理侵犯知识产权刑事案件提供了重要的规范保障。

但必须看到，盗版、制售假冒伪劣产品在一些地区和领域还比较严重，侵犯知识产权犯罪活动还很猖狂，并日益呈现出新的变化和特点：网络犯罪突出，作案手段多样，组织化、专业化趋势明显，隐蔽性强，查处难度大等。对于形形色色的侵犯知识产权犯罪活动，实践中普遍反映知识产权保护的相关法律及司法解释的规定还不够明确具体，政策法律界限不易把握，法律适用疑难问题较多，这些问题在一定程度上影响了对侵犯知识产权犯罪及时有效的打击。为此，最高人民法院会同最高人民检察院、公安部，经过长期深入细致调研，广泛征求全国人大法工委、国家版权局、国家知识产权局、国家工商行政管理总局、商务部等有关单位、部分专家学者、权利人代表等的意见和建议，制定出台了本《意见》。

《意见》共16条，主要针对近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理侵犯知识产权刑事案件中遇到的新情况、新问题，进一步明确了以下主要法律适用问题：一是进一步明确了侵犯知识产权刑事案件的管辖问题，对犯罪地认定、管辖争议、并案管辖等作了明确规定；二是明确了在办理侵犯知识产权刑事案件中行政执法部门收集、调取证据的效力问题；三是对办理侵犯知识产权刑事案件的抽样取证和委托鉴定问题作了规定；四是进一步明确了人民法院根据自诉人的申请依法调取证据的问题；五是进一步明确了商标犯罪中“同一种商品”“与其注册商标相同的商标”的认定，非法经营数额的计算，犯罪未

逆的认定等定罪量刑问题；六是进一步明确了侵犯著作权罪中“以营利为目的”“未经著作权人许可”“发行”等犯罪构成要件的认定问题，并对通过网络传播侵权作品行为的定罪处罚标准作了规定；七是对侵犯知识产权犯罪的处罚问题，如多次实施侵犯知识产权的行为累计计算数额问题、共犯问题、犯罪竞合问题等作了进一步规定。

《意见》经过长期调研，从公安机关、人民检察院、人民法院办理侵犯知识产权刑事案件的全过程着眼，对其中涉及的实体、程序和证据等多项问题进行了系统的研究和解决，是一次有意义的探索和创新。《意见》的发布实施，顺应了社会发展要求，适应了司法实践的迫切需要，对于充分发挥司法保护知识产权主导作用，提高中国知识产权刑事司法保护水平，推动全国打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动深入开展，维护公平有序的市场环境，具有十分重要的意义。

二、《意见》的主要内容

（一）关于侵犯知识产权犯罪案件的管辖问题

《意见》第一条共二款，对侵犯知识产权犯罪案件管辖的有关问题进行了明确。其中，第一款结合此类案件的特点对案件中“犯罪地”作了进一步明确，规定“犯罪地”包括侵权产品制造地、储存地、运输地、销售地，传播侵权作品、销售侵权产品的网站服务器所在地、网络接入地、网站建立者或者管理者所在地，侵权作品上传者所在地，权利人受到实际侵害的犯罪结果发生地。需要说明的有三点：一是侵权产品的制造、储存、运输、销售地都属于“犯罪地”，上述地方的公安机关均可依法立案侦查。《意见》起草时，有一种意见认为，应当参照《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的规定，将侵权产品被行政执法部门依法查封扣押地明确为“犯罪地”之一。经研究讨论认为，上述查封扣押地可以涵盖侵权产品的储存地、运输地，不需单独另行规定。二是当前互联网上侵犯知识产权犯罪案件多发，互联网已经成为不法分子沟通联络、销售侵权产品或是提供盗版作品下载、在线观看的主要平台之一。对于此类案件，基层多次反映难以在立案侦查之前就发现全部犯罪行为 and 准确界定案件管辖地。《意见》参照《关于办理网络犯罪案件适用法律若干问题的意见》等相关规定，对此问题进行了明确，即不法分子传播侵权作品、销售侵权产品的网站服务器所在地、网络接入地、网站建立者或者管理者所在地，侵权作品上传者所在地的公安机关都可依法立案侦查。三是权利人受到实际侵害的犯罪结果发生地的公安机关有权管辖案件立案侦查。司法实践中，侵犯知识产权刑事案件常涉及侵权产品生产、销售、储存等多个不同地方，一地公安机关很难及时发现全部线索，不同地区公安机关又难

以自发形成合力，造成犯罪地公安机关往往各管一段，难以彻查整个犯罪链条。《意见》明确权利人受到实际侵害的犯罪结果发生地的公安机关具有案件管辖权，对于依法彻底查明整个犯罪网络和链条有着重要意义。权利人受到实际侵害的犯罪结果发生地，一般即指权利人所在地。此外，按照《意见》的规定，对于实践中可能出现多个地方公安机关具有管辖权案件的情况，可依法由其共同的上级公安机关指定管辖。

第二款对并案管辖问题进行了明确。同一批侵权产品的制造、储存、运输、销售，为侵权产品印制假冒注册商标标识等侵犯知识产权的犯罪行为，不论是否是同一团伙、在同一地区所实施，犯罪地公安机关可依法并案处理，一并侦查。同时，为保障刑事诉讼的顺利进行，后续需要提请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的，由该公安机关所在地同级人民检察院、人民法院受理。

(二) 关于办理侵犯知识产权刑事案件中行政执法部门收集、调取证据的效力问题

《意见》第二条规定了关于办理侵犯知识产权刑事案件中行政执法部门收集、调取证据的效力问题。制定该条的背景在于我国对于惩治侵犯知识产权的违法犯罪行为实行的是行政执法与刑事司法双轨并行的体制，实践中对于侵犯知识产权的违法犯罪行为，一些情况下由行政执法部门（包括工商行政管理部门、版权执法部门等）发现并予以查处，对于涉嫌构成犯罪的，依据《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》（国务院令 310 号）等有关规定，行政执法机关应当将案件有关材料连同有关证据移送公安机关立案侦查。但对于行政执法机关收集的证据能否采用以及如何采用等问题，一直未有明确规定，一定程度上影响了对侵权犯罪的打击，影响到行政执法与刑事司法的有效衔接。如果不解决行政执法证据的法律地位及转化为刑事证据的规则等问题，大量的行政执法案件就无法进入司法程序。为了解决这一问题，并统一规范执法，在认真研究、反复征求意见的基础上，《意见》首次在规范性文件中对行政执法部门收集、调取的证据在刑事诉讼中的效力问题作出规定，这一规定对于强化行政执法部门的证据意识，统一规范公、检、法机关对证据的使用，促进行政执法与刑事司法的有效衔接，依法严厉打击侵犯知识产权犯罪都具有重要意义。

《意见》第二条共有二款，其中第一款规定：行政执法部门依法收集、调取、制作的物证、书证、视听资料、检验报告、鉴定结论、勘验笔录、现场笔录，经公安机关、人民检察院审查，人民法院庭审质证确认，可以作为刑事证据使用。第二款规定：行政执法部门制作的证人证言、当事人陈述等调查笔录，公安机关认为有必要作为刑事证据使用的，应当依法重新收集、制作。所以对行政执法机关收集、调取的证据作出上述区别对待，主要是因为证据的性质不同，行政执法部门依法收集、调取、制作的物证、书证、视听资料、检

验报告、鉴定结论、勘验笔录、现场笔录具有较强的客观性。具体来说, 书证、物证和视听资料, 其本身属于一种客观存在的原始资料, 并以其存在形式、外部特征、内部属性或所在内容证明案件事实; 检验报告、鉴定结论是专业人员依据其专业知识或特殊技能对案件中某些特定事项形成的意见和结论; 勘验笔录、现场笔录是行政执法人员对勘验过程、执法现场的客观记录, 以其记载的内容证明案件的部分事实, 并具有一定的不可复制性。对于这些证据, 公安机关、人民检察院在办理侵犯知识产权犯罪案件中, 经过审查, 认为符合证据的三个基本属性, 即客观性、关联性、合法性 (行政执法主体合法、取证程序合法), 就可以作为刑事证据使用, 而不需要重新予以收集、调取; 在审判阶段经过人民法院庭审质证确认, 可以作为定罪量刑的依据。而对于行政执法部门制作的证人证言、当事人陈述等调查笔录, 由于取证的主体是行政执法部门, 且属言词证据, 可变性较强, 在办案中, 公安机关认为有必要作为刑事证据使用的, 则必须依法重新收集、制作。

(三) 关于办理侵犯知识产权刑事案件的抽样取证问题和委托鉴定问题

《意见》第三条对办理侵犯知识产权刑事案件的抽样取证和鉴定问题进行了明确。

1. 关于抽样取证。在办理侵犯知识产权刑事案件中, 证明涉案产品是否构成侵权盗版是案件办理的重要环节。但实践中, 公安机关查扣的侵权、盗版产品往往数量巨大。鉴于我国行政法规中已对抽样取证及具体程序有了明确规定, 公安机关在办理知识产权刑事案件中可以根据案侦工作需要抽样取证, 或委托相关行政执法部门进行抽样。法律、法规对抽样机构或者抽样方法有规定的, 应当委托规定的机构并按照规定的方法抽取样品。需要说明的是, 部分行政法规中对抽样程序有着明确规定, 如要求当事人在场等。但在公安机关办理刑事案件的过程中, 为了保障侦查工作的顺利进行, 不便按照此类程序规定进行, 实践中不要求当事人到场才能进行抽样取证。抽样取得的证据可用于认定涉案物品是否侵权, 或请有关部门给予检验、鉴定以取得检验报告、鉴定结论等证据。采取抽样取证在提升执法效率的同时, 也可避免执法人员因无法一一辨别大量的涉案物品而主观臆断, 确保公正、严格执法。

2. 关于鉴定。侵犯知识产权刑事案件大多涉及经济、技术领域内的专业知识, 公安、司法机关办案人员难以仅凭自身知识水平作出科学结论, 需要委托国家认可的有资质的鉴定部门等有关专业问题进行鉴定。目前, 我国法律对侵犯知识产权刑事案件中的鉴定并无明确规定, 最高人民法院和省级司法行政部门分别建立了鉴定人(机构)名册制度。公安机关、人民检察院、人民法院在办案过程中可以从最高人民法院、省级司法行政部门公告的鉴定人名册中选择鉴定机构委托鉴定, 以保障鉴定的质量和鉴定结论的证据效力。

同时，鉴于案件当事人往往是该技术领域的专业人员，十分了解鉴定中涉及的相关专业性问题，为充分保障当事人的诉讼权利，保证公安、司法机关对鉴定结论的审查更科学、准确，《意见》第三条第三款规定，公安机关、人民检察院、人民法院应当听取权利人、犯罪嫌疑人、被告人对鉴定结论的意见。需要说明的是，《意见》对公安机关听取权利人、犯罪嫌疑人意见的时间并无硬性规定，公安机关可以根据需要，在不影响侦查工作的情况下，于案件正式移送审查起诉前适时听取意见。

（四）关于侵犯知识产权犯罪自诉案件的证据收集问题

根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》的规定，人民检察院没有提起公诉、被害人有证据证明的轻微侵犯知识产权犯罪案件，属于人民法院可以直接受理的自诉案件。然而，从司法实践反映的情况看，侵犯知识产权犯罪自诉案件的数量非常少，其中一个重要原因就是知识产权权利人在自行取证方面存在相当的难度，通常难以达到法律规定的证据要求，人民法院也难以受理此类自诉案件。为了切实维护自诉人的合法权益，解决自诉人在取证方面的现实困难，最高人民法院在《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》等规范性司法文件中都明确了自诉人在一定条件下可申请人民法院调取证据。为更好地保护知识产权权利人的合法权益，《意见》第四条在现有规定的基础上，进一步突出了自诉人享有的诉讼权利，强化了人民法院申请调取证据的职能作用，明确了人民法院依法受理侵犯知识产权刑事自诉案件，对于当事人因客观原因不能取得的证据，在提起自诉时能够提供有关线索，申请人民法院调取的，人民法院应当依法调取。

（五）关于刑法第二百一十三条规定的“同一种商品”的认定问题

针对刑法第二百一十三条中的“同一种商品”概念不甚明确，在实践中容易引起分歧等情况，《意见》第五条对此作出了明确规定，名称相同的商品以及名称不同但指同一事物的商品，都属于“同一种商品”。主要是考虑到国家工商行政管理总局商标局和商标评审委员会在《商标审查标准》中已明确《商标法》中的“同一种商品”包括名称相同和名称不同但指同一事物的商品。刑法和《商标法》对于假冒注册商标行为的规定是一致的，对其中相同的法律概念应作相同的理解，这也有利于实践中行政执法与刑事司法的有效衔接。

需要说明的是，“名称不同但指同一事物的商品”，是指在功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面相同或基本相同，相关公众一般认为是同一种事物的商品。具体包括两种情形：一种情形是虽然权利人和行为人对各自生产的商品起了不同的商品名，但商标部门在商标注册工作中对这两件商品使用的名称是相同的，或者说两件商品实际对应的是《商标注册用商品和服务国

际分类》中同一个商品名称。例如，权利人对其生产的商品起名为“电吹风”，行为人对其生产的商品起名为“插电式风力干发器”，但二者在《类似商品和服务区分表》中对应的商品名称均为“电吹风（C110020）”，应判定为“同一种商品”。另一种情形是权利人和行为人各自生产的商品在《商标注册用商品和服务国际分类》中对应不同的商品名称，但商品的功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面相同，相关公众一般认为其实质上是同一种事物的商品。例如，“人用药（050328）”与“打虫药（人用）（050154）”，“象棋（C280025）”与“国际象棋（C280026）”，“汽车转向指示灯（110255）”与“汽车灯（110256）”，虽然它们在《商标注册用商品和服务国际分类》中的确是不同的商品名称，甚至分属不同的商品类别，但商品的功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面相同，从相关公众的角度看，其实质为同一事物，无法区分其不同，实践中应判定为“同一种商品”。按照上述要素判断“同一种商品”时，并不要求两商品的各个要素全部相同。例如，两商品的功能、用途和主要原料等相同，相关公众也认为其实质是指同一事物时，就可判定为“同一种商品”。相反的，如果两商品的功能、用途和主要原料等相同，但相关公众能够将二者区分开来，就不应判定为相同。

此外，在认定同一种商品时，应在权利人注册商标核定使用的商品和行为人实际生产销售的商品之间进行比较。对于权利人超出核定使用商品范围的情况，如权利人核定使用的商品为牛奶，但其在实际生产经营中，将注册商标使用在了白酒上，此时即使行为人也在白酒上使用了与权利人相同的商标，也不予刑事处罚。

（六）关于刑法第二百一十三条规定的“与其注册商标相同的商标”的认定问题

根据我国刑法第二百一十三条的规定，未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，构成假冒注册商标罪。因此，正确理解和把握“相同的商标”就成了认定是否构成假冒注册商标罪的关键。为解决这一问题，2004年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第八条规定，刑法第二百一十三条规定的“相同的商标”，是指与被假冒的注册商标完全相同，或者与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。由此可以看出，“相同的商标”包含两种情况：一种是指与被假冒的注册商标完全相同；另一种是指虽然与注册商标不完全相同，但与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。但在司法实践中如何把握“与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导”这一问题在具体案件中仍有分歧意见，影响了对侵犯知识产权犯罪行为的打击。结合司法实

践，以及目前假冒注册商标犯罪的主要情况，《意见》第六条明确规定了具有下列情形之一的，可以认定为刑法第二百一十三条规定的“与其注册商标相同的商标”：（1）改变注册商标的字体、字母大小写或者文字横竖排列，与注册商标之间仅有细微差别的；（2）改变注册商标的文字、字母、数字等之间的间距，不影响体现注册商标显著特征的；（3）改变注册商标颜色的；（4）其他与注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。本条规定的前三种情形是一种列举，之所以把这三种情形规定为可以认定为“与其注册商标相同的商标”，是因为这三种情形完全符合“与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导”这一判断标准。并且，从国际范围来看，也把这种行为视为侵权行为，《保护工业产权巴黎公约》规定：“商标注册人使用的商标，与其在本公约成员国之一所注册的商标的形式只有细节不同而并未改变其显著特征者，不应导致其注册无效，也不应减少对该商标所给予的保护。”因此，我们认为，《意见》把上述情形规定为犯罪行为是完全正当的，把这些行为作为假冒注册商标罪予以惩治的目的，一方面在于保护注册商标权利人的利益，另一方面在于保护广大消费者的利益，维护市场经济秩序。但我们应当认识到，“法有限而情无穷”，再完善的司法解释也不可能把日益花样翻新的假冒注册商标的行为全部规定下来，所以在明确列举三种情形的同时，仍使用了一个兜底条款作为第四种情形，即“其他与注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标”。这才是审查判断是否属于假冒注册商标行为的关键，公检法机关的办案人员应当在客观对比的基础上综合认定。

（七）关于尚未附着或者尚未全部附着假冒注册商标标识的侵权产品价值是否计入非法经营数额的问题

非法经营数额是认定商标犯罪的重要情节。司法实践中，由于犯罪情形复杂多样，对于非法经营数额的计算面临许多争议，一定程度上影响了案件的正确处理和对犯罪的打击力度。为此，《意见》第七条规定，在计算制造、储存、运输和未销售的假冒注册商标侵权产品价值时，对于已经制作完成但尚未附着（含加贴）或者尚未全部附着（含加贴）假冒注册商标标识的产品，如果有确实、充分证据证明该产品将假冒他人注册商标，则其价值计入非法经营数额。这一规定主要基于以下考虑：一是实践中存在大量产品与假冒注册商标标识分离的情况。例如，有些不法分子为逃避打击，将未附着商标标识的产品与假冒注册商标标识分开存储，仅在买家求购时才按照买家要求附着商标标识；有些不法分子将产品与商标标识分开运输给买家；还有些不法分子在被侦查机关或者行政执法机关查处时，尚有大量产品未来得及附着或者全部附着假冒注册商标标识。上述行为的社会危害性是客观存在的，如果对上述行为中情节严重的情形不定罪处罚，将会使大多数假冒他人注册商标的不法分子逃避法律的制

裁。二是侦查机关和行政执法部门反映，通常情况下查获的尚未附着或者尚未全部附着假冒注册商标标识的侵权产品数量与假冒注册商标标识数量不是一一对应的关系，对此种情形如何计算非法经营数额认识不一，有的主张按照数量最小者来计算非法经营数额。笔者认为，如果有确实、充分证据证明查获的产品将假冒他人注册商标，就应当将其价值计入非法经营数额，而不是简单地依据查获的产品数量或者假冒注册商标标识数量之最小者来计算非法经营数额。例如，查获1000件未附着或者未全部附着假冒注册商标标识的侵权产品和800套假冒注册商标标识，如果有确实、充分证据证明1000件产品都是要假冒他人注册商标的，则此1000件产品的价值均应计入非法经营数额。

需要说明的是，在《意见》制定过程中，有意见提出“加贴”仅是使用商标标识的一种常见形式，不能涵盖所有使用商标标识的情形，相比较而言，“附着”更能全面涵盖使用商标标识的方式。经研究，采纳了此意见。

（八）关于销售假冒注册商标的商品犯罪案件中尚未销售或者部分销售情形的定罪量刑问题

《意见》第八条共分三款，规定了尚未销售或者部分销售假冒注册商标的商品的定罪量刑标准。第一款明确了应当追究销售假冒注册商标的商品罪（未遂）的刑事责任，并进一步明确了其定罪标准：一是假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额在15万元以上的；二是假冒注册商标的商品部分销售，已销售金额不满5万元，但与尚未销售的假冒注册商标的商品的货值金额合计在15万元以上的。从司法实践中类似犯罪掌握的标准看，将未遂的犯罪金额确定为销售金额的3倍是妥当的。

第二款实际上规定了销售假冒注册商标的商品罪（未遂）“数额巨大”的标准。根据这一规定，假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额达到15万元仅是入罪标准，在适用刑法第二百一十四条规定的各个量刑档次时，并不要求货值金额达到各个量刑档次规定数额的3倍以上，即“假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额分别达到十五万元以上不满二十五万元、二十五万元以上的，分别依照刑法第二百一十四条规定的各法定刑幅度定罪处罚”。之所以作此规定，主要是考虑在构成犯罪未遂的情况下，“数额巨大”的未遂标准采用和既遂相同的标准，体现了从严惩处此类犯罪的精神，同时，也与司法实践中类似犯罪的处理原则保持一致。如《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家烟草专卖局关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》明确规定：“伪劣烟草制品尚未销售，货值金额分别达到十五万元以上不满二十万元、二十万元以上不满五十万元、五十万元以上不满二百万元、二百万元以上的，分别依照刑法第一百四十条规定的各量刑档次定罪处罚。”

第三款明确了销售金额与未销售货值金额分别达到不同法定刑幅度或者均

达到同一法定刑幅度的处罚原则。实践中存在两种情形：一种情形是既遂和未遂的标准均已达到，但是分别处于不同的法定刑幅度。例如，销售金额在5万元以上不满25万元，达到了销售假冒注册商标的商品罪第一个法定刑幅度，而已经查清的未销售货值金额在25万元以上，达到了该罪第二个法定刑幅度，这种情况应当按照销售假冒注册商标的商品罪（未遂），在第二个法定刑幅度内酌情从重处罚，同时考虑刑法总则中对犯罪未遂的处罚原则。另一种情形是既遂和未遂的标准均已达到，且处于同一法定刑幅度，由于此种情形的社会危害性比单纯达到犯罪既遂或者未遂之一的危害性更大，故规定在所达到的同一法定刑幅度内酌情从重处罚。此类情形的处理原则已被司法实践所认可，如《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第二款即为适例。

（九）关于销售他人非法制造的注册商标标识犯罪案件中尚未销售或者部分销售情形的定罪问题

《意见》第九条规定了尚未销售或者部分销售他人非法制造的注册商标标识的定罪标准。由于非法制造的注册商标标识本身的成本和销售价格均非常低廉，虽然销售他人非法制造的注册商标标识罪的发案率高、涉及面广，但涉案金额往往很小，此类案件的社会危害性主要通过销售数量得以反映。司法实践中，大部分行为人为逃避打击，通常不设立账本，也没有销售记录，导致侦查机关难以查清甚至无法查清已销售部分的数量，能够查清的仅是尚未销售的非法制造的注册商标标识数量。如果不考虑尚未销售部分的数量，仅以已销售部分数量或者金额作为定罪处罚的依据，则难以追究行为人的刑事责任，不利于有效地遏制犯罪。为严密刑事法网，依法严厉打击此类犯罪，《意见》将销售非法制造的注册商标标识罪（未遂）纳入惩治范围，并将其入罪标准掌握为该罪既遂入罪标准的3倍，进一步明确了构成销售非法制造的注册商标标识罪（未遂）的四种情形：一是尚未销售他人伪造、擅自制造的注册商标标识数量在六万件以上的；二是尚未销售他人伪造、擅自制造的两种以上注册商标标识数量在三万件以上的；三是部分销售他人伪造、擅自制造的注册商标标识，已销售标识数量不满二万件，但与尚未销售标识数量合计在六万件以上的；四是部分销售他人伪造、擅自制造的两种以上注册商标标识，已销售标识数量不满一万件，但与尚未销售标识数量合计在三万件以上的。

（十）关于侵犯著作权犯罪案件“以营利为目的”的认定问题

“以营利为目的”是侵犯著作权罪的主观方面要件，要求行为人主观上具有营利的目的，至于行为人营利的方式以及实际营利与否，则在所不问。司法实践中，对于通过销售侵权复制品谋取利益属于“以营利为目的”的认定标准，已经形成共识。但是，随着侵犯著作权犯罪的手段不断翻新，行为人的营

利方式也日益多样化。例如，行为人免费提供侵权复制品供他人使用，表面上没有通过销售方式营利，但是行为人在侵权复制品上刊登收费广告或者捆绑第三方作品，通过向广告主或者第三方收取费用的方式营利，就应当认定为“以营利为目的”。《意见》在过去司法解释规定的基础上，综合考虑实践中已出现的各种侵犯著作权犯罪的行为方式，包括在线侵权和线下侵权，进一步细化了“以刊登收费广告等方式直接或者间接收取费用的情形”，明确下列几种情形属于“以营利为目的”：（1）以在他人作品中刊登收费广告、捆绑第三方作品等方式直接或者间接收取费用的；（2）通过信息网络传播他人作品，或者利用他人上传的侵权作品，在网站或者网页上提供刊登收费广告服务，直接或者间接收取费用的；（3）以会员制方式通过信息网络传播他人作品，收取会员注册费或者其他费用的；（4）其他利用他人作品牟利的情形。

需要说明的是，本条规定仅针对行为人主观方面的认定，至于行为人是否应当被依法追究刑事责任，则应当依照刑法规定的犯罪构成要件以及相关司法解释规定的定罪量刑标准进行认定。

（十一）关于侵犯著作权犯罪案件“未经著作权人许可”的认定问题

根据我国刑法第二百一十七条的规定，“未经著作权人许可”是侵犯著作权罪的构成要件之一。因此，正确认定“未经著作权人许可”，对于认定侵犯著作权罪具有重要意义。为了解决“未经著作权人许可”的认定问题，《意见》第十一条根据当前办理侵犯著作权犯罪的实际情况，共分两款对这一问题作了规定。第一款规定：认定“未经著作权人许可”，一般应当依据著作权人或者其授权的代理人、著作权集体管理组织、国家著作权行政管理部门指定的著作权认证机构出具的涉案作品版权认证文书，或者证明出版者、复制发行者伪造、涂改授权许可文件或者超出授权许可范围的证据，结合其他证据综合予以认定。这就要求公安机关一般要收集到上述证据，并结合本案的其他证据，予以认定。但在有些案件中，由于涉案侵权作品的种类较多，且被侵权作品的权利人较为分散，有的甚至是身居国外，公安机关难以取得这些著作权人或者其授权的代理人、著作权集体管理组织、国家著作权行政管理部门指定的著作权认证机构出具的涉案作品版权认证文书，或者本案中公安机关未能收集到证明出版者、复制发行者伪造、涂改授权许可文件或者超出授权许可范围的证据，在此情况下，如果仍然机械地要依据上述证据才能认定“未经著作权人许可”，无疑会导致许多案件无法处理，从而放纵犯罪。鉴于此，《意见》第十一条第二款作了灵活规定，在涉案作品种类众多且权利人分散的案件中，上述证据确实难以一一取得，但有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行的，且出版者、复制发行者不能提供获得著作权人许可的相关证明材料的，可以认定为“未经著作权人许可”。但是，有证据证明权利人放弃权利、涉案作品的著作权

不受我国《著作权法》保护，或者著作权保护期限已经届满的除外。理解和掌握本款应当重点把握三点：第一，本款只适用于涉案作品种类众多且权利人分散的案件。第二，涉案作品有的已有证据证明“未经著作权人许可”，但全部查证认定难度较大。第三，有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行的，且出版者、复制发行者不能提供获得著作权人许可的相关证明材料。这里的有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行，就是指已有证据证明涉案复制品未遵守《出版管理条例》《音像制品管理条例》等有关法律、法规的规定，系非法出版、复制发行。第四，有证据证明权利人放弃权利、涉案作品的著作权不受我国《著作权法》保护，或者著作权保护期限已经届满的除外。这里的有证据证明既可以是犯罪嫌疑人（被告人）或其他有关人员提供的经查证属实的证据，也可以是公安机关依法收集、调取的证据。

（十二）关于刑法第二百一十七条规定的“发行”的认定及相关问题

《意见》第十二条共分二款，明确了侵犯著作权罪“发行”的认定及非法出版、复制、发行他人作品行为的处理。司法实践中，对于“发行”的含义存在不同的理解和认识。在《意见》制定过程中，一种意见认为，“发行”仅指复制者自身实施的销售行为，不包括他人实施的销售行为；另一种意见认为，根据《解释（二）》第二条的规定，侵权产品的持有人通过广告、征订等方式推销侵权产品的属于“发行”，表明“发行”的主体并不局限于复制者本人。经研究，《意见》采纳了第二种意见，并根据司法解释和《出版物市场管理规定》，列举了“发行”行为的六种表现形式：总发行、批发、零售、通过网络传播、出租、展销等。

第二款明确了非法出版、复制、发行他人作品侵犯著作权构成犯罪的，按照侵犯著作权罪定罪处罚，不认定为非法经营罪等其他犯罪。这样规定主要基于以下考虑：一是保持了司法适用的连续性。1998年《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对此已有规定。根据该解释第一至十一条的规定，“违反国家规定，出版、印刷、复制、发行具有反动性政治内容出版物、侵权复制品、淫秽物品等以外的其他严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚”。这表明对于“非法出版、印刷、复制、发行侵权复制品”的行为，不能以非法经营罪定罪处罚，而应以侵犯著作权罪定罪处罚。二是符合该类犯罪的本质特征。非法经营罪打击的是“违反国家规定，扰乱市场秩序，情节严重”的扰乱市场秩序的行为，重在行为的经营性、非法性；而侵犯著作权罪，顾名思义，打击的是侵犯著作权人权利的犯罪行为，该罪设立的宗旨在于保护著作权人的各项合法权利免受不法侵害。因此，对“非法出版、复制、发行他人作品，侵犯著作权构成犯罪的”，理应按照侵犯著作权罪定罪处罚。

(十三) 关于通过信息网络传播侵权作品行为的定罪处罚标准问题

随着互联网时代的到来,侵犯知识产权犯罪的手段不断翻新,不再局限于借助有形载体实施犯罪行为,通过信息网络实施侵犯知识产权犯罪案件的数量日益增多。为有力打击通过信息网络侵犯知识产权的犯罪行为,有关司法解释明确了通过信息网络向公众传播他人作品行为的定性问题。然而,行为人通过信息网络传播侵权作品行为构成犯罪缺乏明确的定罪量刑标准,不利于司法适用的操作。有鉴于此,同时考虑到互联网具有传播速度快、传播范围广、内容存储容量大、侵权作品与非侵权作品共存并存等特点,《意见》第十三条分三款规定了通过信息网络传播侵权作品行为的定罪处罚标准。第一款从非法经营数额、传播他人作品数量、作品被点击次数、注册会员人数等方面,进一步明确了通过信息网络传播侵权作品行为的入罪标准。第一款第一、二项分别沿用现行司法解释规定的5万元以上、500件以上的标准;第三项以传播他人作品的实际被点击数为基准,构成侵犯著作权罪的起刑点为实际被点击数达到5万次以上;第四项以注册会员人数为基准,即以会员制方式传播他人作品,构成侵犯著作权罪的起刑点为注册会员达到1000人以上;第五项规定在数额或者数量未达到第一项至第四项规定标准的情况下,构成侵犯著作权罪的起刑点为数额或者数量分别达到第一项至第四项其中两项以上标准一半以上;第六项是关于兜底条款的规定。

第二款明确了通过信息网络传播侵权作品行为“其他特别严重情节”的认定标准,为“其他严重情节”的5倍。

(十四) 关于多次实施侵犯知识产权行为累计计算数额的问题

《意见》第十四条对《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》第十二条第二款中有关多次实施侵犯知识产权行为的数额累计计算问题进行了补充规定。主要考虑是,《行政处罚法》规定违法行为在二年内未被发现就不再给予行政处罚,与刑法规定的犯罪追诉期限不同。对于二年内多次实施的侵犯知识产权违法行为,每次均未达到定罪量刑标准的,如果未经行政处罚,且累计数额构成犯罪的,依法定罪处罚。

需要说明的是,根据国务院《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第十一条之规定,对于某一侵犯知识产权的行为,达到定罪量刑标准的,即使已经过行政处罚,仍应移送公安机关立案追究刑事责任,其追诉期间适用刑法有关规定,不受前述二年的限制。

(十五) 关于为他人实施侵犯知识产权犯罪提供原材料、机械设备等行为的定性问题

《意见》第十五条对《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》第十六条中侵犯知识产权犯罪的共犯问题进行了补充规定。一是参照

《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等文件的规定，对近年来司法实践中发现行为人明知他人实施侵犯知识产权的犯罪行为，而为其提供主要原材料、辅助材料、半成品、包装材料、机械设备、标签标识、生产技术、配方等行为的性质进行了明确。二是参照《关于办理利用互联网、移动通信终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的解释》的相关规定，对信息网络环境下侵犯知识产权犯罪共犯行为进行了明确，即明知他人实施侵犯知识产权犯罪，而为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费、费用结算等服务的，以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。

（十六）关于侵犯知识产权犯罪竞合的处理问题

侵犯知识产权犯罪与生产、销售伪劣商品犯罪往往存在一定的交叉或者合关系。譬如，行为人生产的是假冒他人注册商标的商品，而该商品经过鉴定又属于伪劣商品，在符合这两罪其他构成要件的情况下，行为人的行为既构成了侵犯知识产权犯罪，又构成了生产、销售伪劣商品犯罪，根据我国的刑法原理，对此应当从一重处断。因此，《意见》第十六条规定：“行为人实施侵犯知识产权犯罪，同时构成生产、销售伪劣商品犯罪的，依照侵犯知识产权犯罪与生产、销售伪劣商品犯罪中处罚较重的规定定罪处罚。”这与2001年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十条“实施生产、销售伪劣商品犯罪，同时构成侵犯知识产权、非法经营等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”的规定相一致。但稍有不同的是，由于《意见》第十二条第二款已经明确规定，非法出版、复制、发行他人作品，侵犯著作权构成犯罪的，按照侵犯著作权罪定罪处罚，不认定为非法经营罪等其他犯罪，《意见》第十六条就将非法经营罪排除在外。

（撰稿人：逢锦温 刘福谦 王志广 丛 媛）

最高人民法院 最高人民检察院 公安部
国家新闻出版广电总局
关于依法严厉打击非法电视网络接收设备
违法犯罪活动的通知

2015年9月18日

新广电发〔2015〕229号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、新闻出版广电局，解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、新闻出版广电局：

为有效遏制非法电视网络接收设备违法犯罪活动，切实维护国家安全、社会稳定和人民群众的利益，现通知如下：

一、充分认识当前严厉打击非法电视网络接收设备违法犯罪活动的重要意义

生产、销售、安装非法电视网络接收设备违法犯罪活动，特别是利用非法电视网络接收设备实施传播淫秽色情节目、危害国家安全等违法犯罪活动，严重扰乱社会治安秩序，严重危害国家安全。各级公安、检察、审判机关和新闻出版广电行政主管部门要从维护国家安全和社会治安秩序的大局出发，充分认识非法电视网络接收设备违法犯罪活动的严重危害性，增强工作的责任感和紧迫感，加强组织领导，充分发挥职能作用，依法严厉打击非法电视网络接收设备违法犯罪活动，坚决遏制非法电视网络接收设备违法犯罪活动上升、蔓延的势头，确保社会治安秩序良好。

二、正确把握法律政策界限，依法严厉打击非法电视网络接收设备违法犯罪活动

各级公安、检察、审判机关和新闻出版广电行政主管部门要高度重视查办非法电视网络接收设备违法犯罪案件，正确把握法律政策界限，严格执行法律法规的有关规定，坚决依法严厉打击非法电视网络接收设备违法犯罪活动。非法电视网络接收设备主要包括三类：“电视棒”等网络共享设备；非法互联网电视接收设备，包括但不限于内置含有非法电视、非法广播等非法内容的定向接收软件或硬件模块的机顶盒、电视机、投影仪、显示器；用于收看非法电

视、收听非法广播的网络软件、移动互联网客户端软件和互联网电视客户端软件。根据刑法和司法解释的规定，违反国家规定，从事生产、销售非法电视网络接收设备（含软件），以及为非法广播电视接收软件提供下载服务、为非法广播电视节目频道接收提供链接服务等营利性活动，扰乱市场秩序，个人非法经营数额在五万元以上或违法所得数额在一万元以上，单位非法经营数额在五十万元以上或违法所得数额在十万元以上，按照非法经营罪追究刑事责任。对于利用生产、销售、安装非法电视网络接收设备传播淫秽色情节目、实施危害国家安全等行为的，根据其行为的性质，依法追究刑事责任。对非法电视网络接收设备犯罪行为，涉及数个罪名的，按照相关原则，择一重罪处罚或数罪并罚。在追究犯罪分子刑事责任的同时，还要依法追缴违法所得，没收其犯罪所用的本人财物。对于实施上述行为尚不构成犯罪的，由新闻出版广电等相关行政主管部门依法给予行政处罚；构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚。

三、加强协作配合，切实增强打击非法电视网络接收设备违法犯罪活动的工作合力

各级新闻出版广电部门和公安、检察、审判机关要进一步增强打击非法电视网络接收设备违法犯罪活动的主动性，加快查办工作进度，提高工作效率。各级新闻出版广电部门要加大对非法广播电视网络传播行为的监管力度，发现涉嫌犯罪的，及时移送公安机关，并对公安机关查缴的涉嫌接收非法电视的网络接收设备及时作出认定。公安机关对于涉嫌犯罪的案件，应依法及时立案侦查，深挖彻查涉嫌非法电视网络接收设备犯罪活动的利益链条。检察机关对于公安机关提请批准逮捕和移送审查起诉的案件，应当依法及时决定是否批准逮捕和提起公诉。审判机关对于检察机关提起公诉的案件，应当依法及时审判。对于在查处过程中发生的抗拒、阻碍国家机关工作人员依法执行职务，构成犯罪的，以妨害公务罪依法追究刑事责任；构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚。各有关部门在开展非法电视网络接收设备打击整治专项行动中，要加强沟通联系，建立有效工作机制，形成打击合力。

各地各部门接此通知后，应立即部署贯彻执行。执行中遇到的问题，要开展调查研究，提出可行性建议，及时报告上级主管部门。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于办理组织领导传销活动刑事案件 适用法律若干问题的意见

2013年11月14日

公通字〔2013〕37号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，人民检察院，公安厅、局，解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

为解决近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理组织、领导传销活动刑事案件中遇到的问题，依法惩治组织、领导传销活动犯罪，根据刑法、刑事诉讼法的规定，结合司法实践，现就办理组织、领导传销活动刑事案件适用法律问题提出以下意见：

一、关于传销组织层级及人数的认定问题

以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销组织，其组织内部参与传销活动人员在三十人以上且层级在三级以上的，应当对组织者、领导者追究刑事责任。

组织、领导多个传销组织，单个或者多个组织中的层级已达三级以上的，可将在各个组织中发展的人数合并计算。

组织者、领导者形式上脱离原传销组织后，继续从原传销组织获取报酬或者返利的，原传销组织在其脱离后发展人员的层级数和人数，应当计算为其发展的层级数和人数。

办理组织、领导传销活动刑事案件中，确因客观条件的限制无法逐一收集参与传销活动人员的言词证据的，可以结合依法收集并查证属实的缴纳、支付费用及计酬、返利记录，视听资料，传销人员关系图，银行账户交易记录，互联网电子数据，鉴定意见等证据，综合认定参与传销的人数、层级数等犯罪事实。

二、关于传销活动有关人员的认定和处理问题

下列人员可以认定为传销活动的组织者、领导者：

- (一) 在传销活动中起发起、策划、操纵作用的人员；
- (二) 在传销活动中承担管理、协调等职责的人员；
- (三) 在传销活动中承担宣传、培训等职责的人员；
- (四) 曾因组织、领导传销活动受过刑事处罚，或者一年以内因组织、领导传销活动受过行政处罚，又直接或者间接发展参与传销活动人员在十五人以上且层级在三级以上的人员；
- (五) 其他对传销活动的实施、传销组织的建立、扩大等起关键作用的人员。

以单位名义实施组织、领导传销活动犯罪的，对于受单位指派，仅从事劳务性工作的人员，一般不予追究刑事责任。

三、关于“骗取财物”的认定问题

传销活动的组织者、领导者采取编造、歪曲国家政策，虚构、夸大经营、投资、服务项目及盈利前景，掩饰计酬、返利真实来源或者其他欺诈手段，实施刑法第二百二十四条之一规定的行为，从参与传销活动人员缴纳的费用或者购买商品、服务的费用中非法获利的，应当认定为骗取财物。参与传销活动人员是否认为被骗，不影响骗取财物的认定。

四、关于“情节严重”的认定问题

对符合本意见第一条第一款规定的传销组织的组织者、领导者，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百二十四条之一规定的“情节严重”：

- (一) 组织、领导的参与传销活动人员累计达一百二十人以上的；
- (二) 直接或者间接收取参与传销活动人员缴纳的传销资金数额累计达二百五十万元以上的；
- (三) 曾因组织、领导传销活动受过刑事处罚，或者一年以内因组织、领导传销活动受过行政处罚，又直接或者间接发展参与传销活动人员累计达六十人以上的；
- (四) 造成参与传销活动人员精神失常、自杀等严重后果的；
- (五) 造成其他严重后果或者恶劣社会影响的。

五、关于“团队计酬”行为的处理问题

传销活动的组织者或者领导者通过发展人员，要求传销活动的被发展人员发展其他人员加入，形成上下线关系，并以下线的销售业绩为依据计算和给付上线报酬，牟取非法利益的，是“团队计酬”式传销活动。

以销售商品为目的、以销售业绩为计酬依据的单纯的“团队计酬”式传销内容
由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家巨力法律书制作发布

活动，不作为犯罪处理。形式上采取“团队计酬”方式，但实质上属于“以发展人员的数量作为计酬或者返利依据”的传销活动，应当依照刑法第二百二十四条之一的规定，以组织、领导传销活动罪定罪处罚。

六、关于罪名的适用问题

以非法占有为目的，组织、领导传销活动，同时构成组织、领导传销活动罪和集资诈骗罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

犯组织、领导传销活动罪，并实施故意伤害、非法拘禁、敲诈勒索、妨害公务、聚众扰乱社会秩序、聚众冲击国家机关、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序等行为，构成犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

七、其他问题

本意见所称“以上”、“以内”，包括本数。

本意见所称“层级”和“级”，系指组织者、领导者与参与传销活动人员之间的上下线关系层次，而非组织者、领导者在传销组织中的身份等级。

对传销组织内部人数和层级数的计算，以及对组织者、领导者直接或者间接发展参与传销活动人员人数和层级数的计算，包括组织者、领导者本人及其本层级在内。

【解 读】

解读《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》

2013年11月24日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合印发了《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）。《意见》根据刑法和有关司法解释的规定，结合司法实践，进一步明确了组织、领导传销活动罪的有关法律适用问题。这是最高人民法院、最高人民检察院、公安部依法严惩组织、领导传销活动犯罪活动，保障经济社会秩序，维护社会和谐稳定的重要举措。《意见》共七条，主要规定了六个方面的问题。为便于深入理解和掌握《意见》的基本精神和主要内容，现就《意见》的有关问题解读如下：

一、关于传销组织层级及人数的认定问题

《意见》第一条共分四款，明确了传销组织层级及人数的认定问题。

2010年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》[以下简称《立案追诉标准（二）》]第七十八条组织、领导传销活动案立案追诉标准，对组织、领导的传销活动的人员数量，以及组织、领导的传销活动的层级作了量化，规定“组织、领导的传销活动人员在三十人以上且层级在三级以上的，对组织者、领导者，应予立案追诉”，同时对“传销活动的组织者、领导者”作了解释性规定。司法实践中对上述立案追诉标准如何认定有不同认识和分歧意见，因此《意见》第一条在《立案追诉标准（二）》规定的基础上对传销组织层级及人数的认定作了进一步明确。

第一款明确传销组织内部参与传销活动人员在三十人以上且层级在三级以上的，应当对组织者、领导者追究刑事责任。同时，根据《意见》第七条的规定，这里的“层级”和“级”，系指组织者、领导者与参与传销活动人员之间的上下线关系层次，而非组织者、领导者在传销组织中的身份等级；对传销组织内部人数和层级数的计算，包括组织者、领导者本人及其本层级在内。主要考虑：实践中有意见认为，《立案追诉标准（二）》规定的“组织、领导的传销活动人员在三十人以上且层级在三级以上”，是指组织者、领导者本人发展的传销活动人员达到三十人且层级达到三级以上（不包括本人本级），否则不能对组织者、领导者定罪处罚。经研究认为，上述意见没有准确理解和把握刑法和《立案追诉标准（二）》规定的原意。根据刑法第二百二十四条之一的规定，只要实施了组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销活动，即构成犯罪，属行为犯。研究制定《立案追诉标准（二）》时，考虑到组织、领导传销活动罪是涉众型经济犯罪，出于打击涉众犯罪要“打早、打小”的实践需要，同时兼顾类罪平衡，避免刑事打击面不当扩大等因素，根据刑法条文规定，主要从组织、领导的传销活动的人员数量，以及组织、领导的传销活动的层级上进行了量化。从公安机关打击传销犯罪和侦办案件的情况来看，按照“五级三阶”制发展的传销组织中，发展层级达到三级以上时，该传销组织的社会危害性已经明显呈现。同时，能够形成一定组织形态的传销组织，其发展人数大都在三十人以上。因此，《立案追诉标准（二）》的规定为了强化立案追诉标准可操作性，从传销活动人数和层级的角度作出的界定，明确刑事打击的具有一定社会危害性的传销活动是达到何种规模的传销活动，不能将其理解为是对组织者、领导者直接或者间接发展的传销活动人员人数和层级的要求。否则，既不符合刑法关于组织、领导传销活动罪

是行为犯的规定，也不利于执法办案中侦查取证、打击传销违法犯罪活动。为统一认识、避免歧义，《意见》进一步明确传销组织内部参与传销活动人员（包括组织者、领导者本人）在三十人以上且层级（包括组织者、领导者本级）在三级以上的，即应对组织者、领导者追究刑事责任。

第二款明确组织、领导多个传销组织，单个或者多个组织中的层级已达三级以上的，可将各个组织中发展的人数合并计算。第三款明确组织者、领导者形式上脱离原传销组织后，继续从原传销组织获取报酬或者返利的，原传销组织在其脱离后发展人员的层级数和人数，应当计算为其发展的层级数和人数。主要考虑是：实践中，有的传销活动的组织者、领导者大幅度提高“入门费”门槛，在传销活动人员尚未达到立案追诉标准规定的人数和层级时即获利“出局”，然后另行组建团伙、继续发展人员；有的则在“出局”后，仍从原传销组织继续发展的人员和收取的传销费用中获取报酬或者返利。上述“强制出局”“化整为零”等犯罪手段以逃避打击为目的，实质上仍在组织、领导传销活动和发展传销人员，客观上推动了传销活动的复制、传播和蔓延，具有很大的社会危害性。因此，第二款、第三款对多个传销组织人数的合并计算和脱离原传销组织后层级数和人数的继续计算问题作了规定，有利于统一执法尺度，加大打击力度。

第四款明确办理组织、领导传销活动刑事案件中，确因客观条件的限制无法逐一收集参与传销活动人员的言词证据的，可以结合依法收集并查证属实的缴纳、支付费用及计酬、返利记录，视听资料，传销人员关系图，银行账户交易记录，互联网电子数据，鉴定意见等证据，综合认定参与传销的人数、层级数等犯罪事实。主要考虑是：实践中，传销组织为逃避法律制裁，结构日趋严密，活动日趋隐蔽，有的传销组织中加入门槛不断提高，下线人员不断减少，上下线之间单线联系；还有的网络传销活动中参与人员使用虚假身份，上下线之间互不相识，缴纳费用没有实物凭证，这都使侦破案件和收集证据的难度不断加大，给打击传销活动带来一定困难。因此，为有效打击传销犯罪，第四款明确了办理组织、领导传销活动刑事案件的证据收集标准，即结合言词证据和书证、鉴定意见、视听资料、电子数据等其他证据综合认定传销组织的规模，进一步加强执法办案过程中收集证据的可操作性。

需要说明的是，在研究起草过程中，有意见认为，“组织、领导的传销活动人员在三十人以上”的标准过高，与当前传销组织出现的小规模分散聚集、裂变式发展、通过提高“入门费”门槛减少人员规模等新情况不相适应，建议将标准降低到“二十人以上”。经研究认为，针对当前打击传销违法犯罪活动出现的新情况新问题，《意见》在《立案追诉标准（二）》规定的基础上，通过进一步明确传销组织层级及人数的认定，统一证据收集标准，明确组织者、领

导的认定处理以及明确组织、领导传销活动罪“情节严重”的认定，可以有效应对和解决，不宜再降低人数标准，以避免不当扩大刑事打击面。

二、关于传销活动有关人员的认定和处理问题

《立案追诉标准（二）》第七十八条第二款规定，传销活动的组织者、领导者，是指在传销活动中起组织、领导作用的发起人、决策人、操纵人，以及在传销活动中担负策划、指挥、布置、协调等重要职责，或者在传销活动实施中起到关键作用的人员。司法实践中反映上述规定比较原则，不易理解和把握。

为此，《意见》第二条第一款对“传销活动的组织者、领导者”作了具体规定，将其细化为五类人员：一是在传销活动中起发起、策划、操纵作用的人员，如在传销组织中负责发起、策划、操纵的“董事长”类人员。二是在传销活动中承担管理、协调等职责的人员，如具体负责传销活动整体开展的“总经理”类人员以及承担具体职责、组织开展传销业务的“部门主管”类人员。三是在传销活动中承担宣传、培训等职责的人员，如在传销组织中传授传销方法、灌输传销理念的“宣教”类人员。四是曾因组织、领导传销活动受过刑事处罚，或者一年以内因组织、领导传销活动受过行政处罚，又直接或者间接发展参与传销活动人员在十五人以上且层级在三级以上的人员。主要考虑到这类犯罪分子屡教不改，受过处罚后继续重操旧业，主观恶性较大，有必要予以从严惩处。五是其他对传销活动的实施、传销组织的建立、扩大等起关键作用的人员，如在传销组织中承担资金结算、财务管理等其他重要职责，对传销活动实施起关键作用的人员。

第二款明确以单位名义实施组织、领导传销活动犯罪的，对于受单位指派，仅从事劳务性工作的人员，一般不予追究刑事责任。主要考虑是：根据刑法第二百二十四条之一和第二百三十一条的规定，单位可以成为组织、领导传销活动罪的犯罪主体。在定罪处罚时，应对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑事责任，对于受单位指派仅从事劳务性工作的人员，一般不予追究刑事责任。

三、关于“骗取财物”的认定问题

《意见》第三条明确了刑法第二百二十四条之一规定的“骗取财物”的认定问题，即传销活动的组织者、领导者采取编造、歪曲国家政策，虚构、夸大经营、投资、服务项目及盈利前景，掩饰计酬、返利真实来源或者其他欺诈手段，实施刑法第二百二十四条之一规定的行为，从参与传销活动人员缴纳的费用或者购买商品、服务的费用中非法获利的，应当认定为骗取财物。参与传销活动人员是否认为被骗，不影响骗取财物的认定。

根据刑法的规定，“骗取财物”是组织、领导传销活动罪的构成要件之一，这也是传销活动的最本质特征，传销活动的一切目的都是为了骗取财物。实践中有意见认为“骗取财物”的认定需要证明行为人主观上有非法占有的目的，而且需要参与传销活动人员承认被骗或者报案。经研究认为，组织、领导传销活动罪既侵犯了公民的财产所有权，又侵犯了正常的市场经济秩序和社会管理秩序，不能将组织、领导传销活动罪等同于侵犯财产犯罪。“骗取财物”是组织、领导传销活动罪客观方面的表现形式，实践中应主要从行为人的客观行为方式加以认定和把握，只要行为人以虚构事实、隐瞒真相的欺诈手段，如编造、歪曲国家政策，虚构、夸大经营、投资、服务项目及盈利前景，掩饰计酬、返利真实来源等欺诈手段，实施了组织、领导传销活动的行为，并以“拉人头”“收取入门费”等方式从中非法获利的，即应认定为“骗取财物”。

此外，由于传销活动的特殊性，参与传销活动人员既是实施传销行为的违法者，又是传销活动的受害者，有的受到蛊惑蒙蔽，被“洗脑”丧失判断力，无法认清其欺诈本质，有的虽然了解传销活动的虚伪性、欺骗性，但沉湎于快速发财的梦幻中自愿参加，并不承认被骗。因此，这里明确参与传销活动人员是否认为被骗，不影响骗取财物的认定。

四、关于组织、领导传销活动罪“情节严重”的认定问题

为加大对组织、领导传销活动犯罪的刑事打击力度，严惩涉及人员众多、涉案金额巨大、社会影响恶劣的传销活动中的组织者、领导者，《意见》第四条明确了组织、领导传销活动罪“情节严重”的认定标准，规定了五种应当认定为“情节严重”的情形。第（一）项规定：“组织、领导的参与传销活动人员累计达120人以上的”情形，主要考虑到当前传销组织主要采取两倍或三倍倍增模式发展下线人员：当以两倍倍增模式发展时，发展至第七层，参与传销活动人员数量出现突破性增长，总人数达到127人，即 $1+2+4+8+16+32+64=127$ ；当以三倍倍增模式发展时，发展至第五层，参与传销活动人员数量出现突破性增长，总人数达到121人，即 $1+3+9+27+81=121$ 。此时，传销组织的层级数和人数均已远远超过立案追诉标准（层级数约为立案追诉标准的两倍，人数约为立案追诉标准的四倍），传销组织的规模正处于几何级数增长的时间节点，已经具有极大的社会危害性，有必要予以从严惩处。第（二）项规定：“直接或者间接收取参与传销活动人员缴纳的传销资金数额累计达250万元以上的”，主要考虑到组织、领导传销活动犯罪的主要目的是骗取财物，其涉案的资金数额大小是判断其社会危害性的重要标准之一。从司法实践反映的情况来看，目前传销活动根据类型的不同，要求参与传销活动人员缴纳的“入门费”从几百元至十几万元不等，资金数额相差悬殊。为与第（一）

项的数量标准保持大致平衡，将收取资金数额 250 万元作为“情节严重”的数额标准，兼顾各类型的传销活动，也与第（一）项标准的社会危害性相当。第（三）项规定“曾因组织、领导传销活动受过刑事处罚，或者一年以内因组织、领导传销活动受过行政处罚，又直接或者间接发展参与传销活动人员累计达六十人以上的”，主要考虑到与《意见》第二条第（四）项的规定相衔接，加大对屡教不改、重操旧业的传销活动组织者、领导者的打击力度，遏制这类犯罪分子复制、传播、扩散传销活动的势头。第（四）项规定：“造成参与传销活动人员精神失常、自杀等严重后果的”情形，主要考虑到传销活动中组织者、领导者能在短期内聚敛巨额社会财富，而被骗参与传销活动人员往往被害得倾家荡产、生活无着，甚至造成精神失常、自杀等严重后果，这种情况下对组织者、领导者从严惩处才能体现罪刑相适应的原则，有效防范传销活动对人身安全、家庭和谐、社会稳定产生的负面影响。第（五）项是兜底条款。

五、关于“团队计酬”行为的处理问题

《意见》第五条明确了“团队计酬”行为的处理问题，共分两款。第一款根据《禁止传销条例》第七条第（三）项的规定，明确了“团队计酬”式传销活动的含义，即传销活动的组织者或者领导者通过发展人员，要求传销活动的被发展人员发展其他人员加入，形成上下线关系，并以下线的销售业绩为依据计算和给付上线报酬，牟取非法利益的传销活动。

第二款明确以销售商品为目的、以销售业绩为计酬依据的单纯的“团队计酬”式传销活动，不作为犯罪处理；形式上采取“团队计酬”方式，但实质上属于“以发展人员的数量作为计酬或者返利依据”的传销活动，应当以组织、领导传销活动罪定罪处罚。主要考虑是：《禁止传销条例》第七条规定了“拉人头”式传销、收取“入门费”式传销、“团队计酬”式传销等三种传销活动的形式。刑法第二百二十四条之一组织、领导传销活动罪将“拉人头”式传销和收取“入门费”式传销纳入刑事打击范畴，对“团队计酬”式传销未作规定。因此，根据刑法和《禁止传销条例》的规定，对以销售商品为目的、以销售业绩为计酬依据的单纯的“团队计酬”式传销活动，不作为犯罪处理，可由工商行政管理部门予以行政处罚。而对于以“团队计酬”方式作为幌子或者掩护，实质属于“拉人头”式传销或者收取“入门费”式传销的，仍应当以组织、领导传销活动罪定罪处罚。

六、关于罪名的适用问题

《意见》第六条明确了相关罪名的适用问题，共分两款。第一款明确以非法占有为目的，组织、领导传销活动，同时构成组织、领导传销活动罪和集资

诈骗罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。主要考虑是：目前非法集资往往使用传销手法，传销活动也越来越多脱离实物、以“原始股投资”“基金发售”“资本运作”等形式出现，导致组织、领导传销活动罪与集资诈骗罪相互交织。司法实践中，不同地方对此定性处理不一，既关系到对参与人员涉案身份、行为的认定和涉案财物的处置，又影响到司法机关的公信力和法律的严肃性。这种情况下，行为人实施一个行为，同时触犯了多个罪名，属于想象竞合犯，应当从一重处断。

第二款明确犯组织、领导传销活动罪，并实施故意伤害、非法拘禁、敲诈勒索、妨害公务、聚众扰乱社会秩序、聚众冲击国家机关、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序等行为，构成犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。主要考虑是：传销违法犯罪活动严重影响社会稳定，极易引发其他违法犯罪行为。为严厉打击组织、领导传销活动犯罪，维护人民群众合法权益和正常社会管理秩序，本款明确行为人实施多个行为，即组织、领导传销活动和其他侵害公民人身权利、财产权利或者扰乱社会管理秩序的行为，触犯了多个罪名，应当数罪并罚。

（撰稿人：陈国庆 韩耀元 吴娇滨）

3. 侵犯公民人身权利、民主权利罪

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部 印发《关于依法惩治拐卖妇女儿童 犯罪的意见》的通知

2010年3月15日

法发〔2010〕7号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法部（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法部：

为加大对妇女、儿童合法权益的司法保护，依法惩治拐卖妇女、儿童犯罪，现将最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》印发给你们，请认真贯彻执行。

附：

关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见

为加大对妇女、儿童合法权益的司法保护力度，贯彻落实《中国反对拐卖妇女儿童行动计划（2008～2012）》，根据刑法、刑事诉讼法等相关法律及司法解释的规定，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部就依法惩治拐卖妇女、儿童犯罪提出如下意见：

一、总体要求

1. 依法加大打击力度，确保社会和谐稳定。自1991年全国范围内开展打击拐卖妇女、儿童犯罪专项行动以来，侦破并依法处理了一大批拐卖妇女、儿童犯罪案件，犯罪分子受到依法严惩。2008年，全国法院共审结拐卖妇女、儿童犯罪案件1353件，比2007年上升9.91%；判决发生法律效力的犯罪分子2161人，同比增长11.05%，其中，被判处五年以上有期徒刑、无期徒刑至死刑的1319人，同比增长10.1%，重刑率为61.04%，高出同期全部刑事案件重刑率45.27个百分点。2009年，全国法院共审结拐卖妇女、儿童犯罪案件1636件，比2008年上升20.9%；判决发生法律效力的犯罪分子2413人，同比增长11.7%，其中被判处五年以上有期徒刑、无期徒刑至死刑的1475人，同比增长11.83%。

但是，必须清醒地认识到，由于种种原因，近年来，拐卖妇女、儿童犯罪在部分地区有所上升的势头仍未得到有效遏制。此类犯罪严重侵犯被拐卖妇女、儿童的人身权利，致使许多家庭骨肉分离，甚至家破人亡，严重危害社会和谐稳定。人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关应当从维护人民群众切身利益、确保社会和谐稳定的大局出发，进一步依法加大打击力度，坚决有效遏制拐卖妇女、儿童犯罪的上升势头。

2. 注重协作配合，形成有效合力。人民法院、人民检察院、公安机关应当各司其职，各负其责，相互支持，相互配合，共同提高案件办理的质量与效率，保证办案的法律效果与社会效果的统一；司法行政机关应当切实做好有关案件的法律援助工作，维护当事人的合法权益。各地司法机关要统一思想认识，进一步加强涉案地域协调和部门配合，努力形成依法严惩拐卖妇女、儿童犯罪的整体合力。

3. 正确贯彻政策，保证办案效果。拐卖妇女、儿童犯罪往往涉及多人、多个环节，要根据宽严相济刑事政策和罪责刑相适应的刑法基本原则，综合考

虑犯罪分子在共同犯罪中的地位、作用及人身危险性的 大小，依法准确量刑。对于犯罪集团的首要分子、组织策划者、多次参与者、拐卖多人者或者具有累犯等从严、从重处罚情节的，必须重点打击，坚决依法严惩。对于罪行严重，依法应当判处重刑乃至死刑的，坚决依法判处。要注重铲除“买方市场”，从源头上遏制拐卖妇女、儿童犯罪。对于收买被拐卖的妇女、儿童，依法应当追究刑事责任的，坚决依法追究。同时，对于具有从宽处罚情节的，要在综合考虑犯罪事实、性质、情节和危害程度的基础上，依法从宽，体现政策，以分化瓦解犯罪，鼓励犯罪人悔过自新。

二、管辖

4. 拐卖妇女、儿童犯罪案件依法由犯罪地的司法机关管辖。拐卖妇女、儿童犯罪的犯罪地包括拐出地、中转地、拐入地以及拐卖活动的途经地。如果由犯罪嫌疑人、被告人居住地的司法机关管辖更为适宜的，可以由犯罪嫌疑人、被告人居住地的司法机关管辖。

5. 几个地区的司法机关都有权管辖的，一般由最先受理的司法机关管辖犯罪嫌疑人、被告人或者被拐卖的妇女、儿童人数较多，涉及多个犯罪地的可以移送主要犯罪地或者主要犯罪嫌疑人、被告人居住地的司法机关管辖。

6. 相对固定的多名犯罪嫌疑人、被告人分别在拐出地、中转地、拐入地实施某一环节的犯罪行为，犯罪所跨地域较广，全案集中管辖有困难的，可以由拐出地、中转地、拐入地的司法机关对不同犯罪分子分别实施的拐出、中转和拐入犯罪行为分别管辖。

7. 对管辖权发生争议的，争议各方应当本着有利于迅速查清犯罪事实，及时解救被拐卖的妇女、儿童，以及便于起诉、审判的原则，在法定期间内尽快协商解决；协商不成的，报请共同的上级机关确定管辖。

正在侦查中的案件发生管辖权争议的，在上级机关作出管辖决定前，受案机关不得停止侦查工作。

三、立案

8. 具有下列情形之一，经审查，符合管辖规定的，公安机关应当立即以刑事案件立案，迅速开展侦查工作：

- (1) 接到拐卖妇女、儿童的报案、控告、举报的；
- (2) 接到儿童失踪或者已满十四周岁不满十八周岁的妇女失踪报案的；
- (3) 接到已满十八周岁的妇女失踪，可能被拐卖的报案的；
- (4) 发现流浪、乞讨的儿童可能系被拐卖的；
- (5) 发现有收买被拐卖妇女、儿童行为，依法应当追究刑事责任的；

(6) 表明可能有拐卖妇女、儿童犯罪事实发生的其他情形的。

9. 公安机关在工作中发现犯罪嫌疑人或者被拐卖的妇女、儿童，不论案件是否属于自己管辖，都应当首先采取紧急措施。经审查，属于自己管辖的，依法立案侦查；不属于自己管辖的，及时移送有管辖权的公安机关处理。

10. 人民检察院要加强对拐卖妇女、儿童犯罪案件的立案监督，确保有案必立、有案必查。

四、证据

11. 公安机关应当依照法定程序，全面收集能够证实犯罪嫌疑人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。

要特别重视收集、固定买卖妇女、儿童犯罪行为交易环节中钱款的存取证明、犯罪嫌疑人的通话清单、乘坐交通工具往来有关地方的票证、被拐卖儿童的 DNA 鉴定结论、有关监控录像、电子信息等客观性证据。

取证工作应当及时，防止时过境迁，难以弥补。

12. 公安机关应当高度重视并进一步加强 DNA 数据库的建设和完善。对失踪儿童的父母，或者疑似被拐卖的儿童，应当及时采集血样进行检验，通过全国 DNA 数据库，为查获犯罪，帮助被拐卖的儿童及时回归家庭提供科学依据。

13. 拐卖妇女、儿童犯罪所涉地区的办案单位应当加强协作配合。需要到异地调查取证的，相关司法机关应当密切配合；需要进一步补充查证的，应当积极支持。

五、定性

14. 犯罪嫌疑人、被告人参与拐卖妇女、儿童犯罪活动的多个环节，只有部分环节的犯罪事实查证清楚、证据确实、充分的，可以对该环节的犯罪事实依法予以认定。

15. 以出卖为目的强抢儿童，或者捡拾儿童后予以出卖，符合刑法第二百四十条第二款规定的，应当以拐卖儿童罪论处。

以抚养为目的偷盗婴幼儿或者拐骗儿童，之后予以出卖的，以拐卖儿童罪论处。

16. 以非法获利为目的，出卖亲生子女的，应当以拐卖妇女、儿童罪论处。

17. 要严格区分借送养之名出卖亲生子女与民间送养行为的界限。区分的关键在于行为人是否具有非法获利的目的。应当通过审查将子女“送”人的背景和原因、有无收取钱财及收取钱财的多少、对方是否具有抚养目的及有无抚

养能力等事实，综合判断行为人是否具有非法获利的目的。

具有下列情形之一的，可以认定属于出卖亲生子女，应当以拐卖妇女、儿童罪论处：

- (1) 将生育作为非法获利手段，生育后即出卖子女的；
- (2) 明知对方不具有抚养目的，或者根本不考虑对方是否具有抚养目的，为收取钱财将子女“送”给他人的；
- (3) 为收取明显不属于“营养费”、“感谢费”的巨额钱财将子女“送”给他人的；
- (4) 其他足以反映行为人具有非法获利目的的“送养”行为的。

不是出于非法获利目的，而是迫于生活困难，或者受重男轻女思想影响，私自将没有独立生活能力的子女送给他抚养，包括收取少量“营养费”、“感谢费”的，属于民间送养行为，不能以拐卖妇女、儿童罪论处。对私自送养导致子女身心健康受到严重损害，或者具有其他恶劣情节，符合遗弃罪特征的，可以遗弃罪论处；情节显著轻微危害不大的，可由公安机关依法予以行政处罚。

18. 将妇女拐卖给有关场所，致使被拐卖的妇女被迫卖淫或者从事其他色情服务的，以拐卖妇女罪论处。

有关场所的经营管理人员事前与拐卖妇女的犯罪人通谋的，对该经营管理人员以拐卖妇女罪的共犯论处；同时构成拐卖妇女罪和组织卖淫罪的，择一重罪论处。

19. 医疗机构、社会福利机构等单位的工作人员以非法获利为目的，将所诊疗、护理、抚养的儿童贩卖给他人的，以拐卖儿童罪论处。

20. 明知是被拐卖的妇女、儿童而收买，具有下列情形之一的，以收买被拐卖的妇女、儿童罪论处；同时构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚：

- (1) 收买被拐卖的妇女后，违背被收买妇女的意愿，阻碍其返回原居住地的；
- (2) 阻碍对被收买妇女、儿童进行解救的；
- (3) 非法剥夺、限制被收买妇女、儿童的人身自由，情节严重，或者对被收买妇女、儿童有强奸、伤害、侮辱、虐待等行为的；
- (4) 所收买的妇女、儿童被解救后又再次收买，或者收买多名被拐卖的妇女、儿童的；
- (5) 组织、诱骗、强迫被收买的妇女、儿童从事乞讨、苦役，或者盗窃、传销、卖淫等违法犯罪活动的；
- (6) 造成被收买妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡以及其他严重后果的；
- (7) 具有其他严重情节的。

被追诉前主动向公安机关报案或者向有关单位反映，愿意让被收买妇女返回原居住地，或者将被收买儿童送回其家庭，或者将被收买妇女、儿童交给公安、民政、妇联等机关、组织，没有其他严重情节的，可以不追究刑事责任。

六、共同犯罪

21. 明知他人拐卖妇女、儿童，仍然向其提供被拐卖妇女、儿童的健康证明、出生证明或者其他帮助的，以拐卖妇女、儿童罪的共犯论处。

明知他人收买被拐卖的妇女、儿童，仍然向其提供被收买妇女、儿童的户籍证明、出生证明或者其他帮助的，以收买被拐卖的妇女、儿童罪的共犯论处，但是，收买人未被追究刑事责任的除外。

认定是否“明知”，应当根据证人证言、犯罪嫌疑人、被告人及其同案人供述和辩解，结合提供帮助的人次，以及是否明显违反相关规章制度、工作流程等，予以综合判断。

22. 明知他人系拐卖儿童的“人贩子”，仍然利用从事诊疗、福利救助等工作的便利或者了解被拐卖方情况的条件，居间介绍的，以拐卖儿童罪的共犯论处。

23. 对于拐卖妇女、儿童犯罪的共犯，应当根据各被告人在共同犯罪中的分工、地位、作用，参与拐卖的人数、次数，以及分赃数额等，准确区分主从犯。

对于组织、领导、指挥拐卖妇女、儿童的某一个或者某几个犯罪环节，或者积极参与实施拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童等犯罪行为，起主要作用的，应当认定为主犯。

对于仅提供被拐卖妇女、儿童信息或者相关证明文件，或者进行居间介绍，起辅助或者次要作用，没有获利或者获利较少的，一般可认定为从犯。

对于各被告人在共同犯罪中的地位、作用区别不明显的，可以不区分主从犯。

七、一罪与数罪

24. 拐卖妇女、儿童，又奸淫被拐卖的妇女、儿童，或者诱骗、强迫被拐卖的妇女、儿童卖淫的，以拐卖妇女、儿童罪处罚。

25. 拐卖妇女、儿童，又对被拐卖的妇女、儿童实施故意杀害、伤害、猥亵、侮辱等行为，构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

26. 拐卖妇女、儿童或者收买被拐卖的妇女、儿童，又组织、教唆被拐卖、收买的妇女、儿童进行犯罪的，以拐卖妇女、儿童罪或者收买被拐卖的妇女、儿童罪与其所组织、教唆的罪数罪并罚。

27. 拐卖妇女、儿童或者收买被拐卖的妇女、儿童，又组织、教唆被拐卖、收买的未成年妇女、儿童进行盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等违反治安管理活动的，以拐卖妇女、儿童罪或者收买被拐卖的妇女、儿童罪与组织未成年人进行违反治安管理活动罪数罪并罚。

八、刑罚适用

28. 对于拐卖妇女、儿童犯罪集团的首要分子，情节严重的主犯，累犯，偷盗婴幼儿、强抢儿童情节严重，将妇女、儿童卖往境外情节严重，拐卖妇女、儿童多人多次、造成伤亡后果，或者具有其他严重情节的，依法从重处罚；情节特别严重的，依法判处死刑。

拐卖妇女、儿童，并对被拐卖的妇女、儿童实施故意杀害、伤害、猥亵、侮辱等行为，数罪并罚决定执行的刑罚应当依法体现从严。

29. 对于拐卖妇女、儿童的犯罪分子，应当注重依法适用财产刑，并切实加大执行力度，以强化刑罚的特殊预防与一般预防效果。

30. 犯收买被拐卖的妇女、儿童罪，对被收买妇女、儿童实施违法犯罪活动或者将其作为牟利工具的，处罚时应当依法体现从严。

收买被拐卖的妇女、儿童，对被收买妇女、儿童没有实施摧残、虐待行为或者与其已形成稳定的婚姻家庭关系，但仍应依法追究刑事责任的，一般应当从轻处罚；符合缓刑条件的，可以依法适用缓刑。

收买被拐卖的妇女、儿童，犯罪情节轻微的，可以依法免于刑事处罚。

31. 多名家庭成员或者亲友共同参与出卖亲生子女，或者“买人为妻”、“买人为子”构成收买被拐卖的妇女、儿童罪的，一般应当在综合考察犯意提起、各行为人在犯罪中所起作用等情节的基础上，依法追究其中罪责较重者的刑事责任。对于其他情节显著轻微危害不大，不认为是犯罪的，依法不追究刑事责任；必要时可以由公安机关予以行政处罚。

32. 具有从犯、自首、立功等法定从宽处罚情节的，依法从轻、减轻或者免除处罚。

对被拐卖的妇女、儿童没有实施摧残、虐待等违法犯罪行为，或者能够协助解救被拐卖的妇女、儿童，或者具有其他酌定从宽处罚情节的，可以依法酌情从轻处罚。

33. 同时具有从严和从宽处罚情节的，要在综合考察拐卖妇女、儿童的手段、拐卖妇女、儿童或者收买被拐卖妇女、儿童的人次、危害后果以及被告人主观恶性、人身危险性等因素的基础上，结合当地此类犯罪发案情况和社会治安状况，决定对被告人总体从严或者从宽处罚。

九、涉外犯罪

34. 要进一步加大对跨国、跨境拐卖妇女、儿童犯罪的打击力度。加强双边或者多边“反拐”国际交流与合作，加强对被跨国、跨境拐卖的妇女、儿童的救助工作。依照我国缔结或者参加的国际条约的规定，积极行使所享有的权利，履行所承担的义务，及时请求或者提供各项司法协助，有效遏制跨国、跨境拐卖妇女、儿童犯罪。

【解 读】

解读《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》

2010年3月15日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布了《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》（法发〔2010〕7号，以下简称《意见》），就办理拐卖妇女、儿童犯罪案件提出了总体要求，并对案件管辖、立案、证据收集和法律适用中的突出问题提出了具体意见。这对于依法惩治拐卖妇女、儿童犯罪，加大对妇女、儿童合法权益的司法保护力度，具有重要的指导意义。为便于正确理解和适用《意见》，现就《意见》的制定背景和过程、制定原则及主要内容予以说明。

一、制定《意见》的背景和过程

拐卖妇女、儿童是严重侵犯妇女、儿童人身权利的恶性犯罪，致使许多家庭骨肉分离，甚至家破人亡，严重危害社会和谐稳定，一直以来都是各级司法机关惩治的重点。近年来，该类犯罪在部分地区呈上升势头，形势严峻。同时，司法实践中围绕管辖、立案、证据收集，一些特殊拐卖行为的定性，对“买方市场”如何打击，如何加大对严重拐卖妇女、儿童犯罪分子的惩治力度等问题，还存在一定争议，亟待规范。

2009年初，最高人民法院成立调研组，与最高人民检察院、公安部、司法部共同派员先后赴河南、广东、安徽、贵州等多个省市调研，掌握了大量一手资料。调研组还通过召开座谈会等多种形式，认真听取全国人大法工委、高检、公安部、司法部、全国妇联及部分省、市级司法机关等单位的意见，经反复论证、修改，起草了《意见》。

二、制定《意见》的基本原则

《意见》的制定贯彻了如下基本原则：

1. 严密刑事法网，加大惩治犯罪力度，强化对被害人合法权益的保护。《意见》侧重使管辖、立案、证据收集和定罪量刑等多个环节形成整体合力，加大对该类犯罪的侦破和惩治力度。例如，在管辖问题上，《意见》通过对“犯罪地”的界定及优先管辖等原则的明确，进一步堵塞管辖漏洞。又如，在立案问题上，《意见》明确规定凡接报儿童或不满18周岁妇女失踪的，应立即立为刑事案件开展侦查和解救工作。类似规定，加大了惩治犯罪力度，强化了对妇女、儿童合法权益的保护。

2. 坚持宽严相济的刑事政策，立足现实，切实维护社会和谐稳定。一方面，对于具有从严处罚情节的拐卖妇女、儿童的犯罪分子，《意见》要求依法从重处罚，以遏制此类犯罪上升势头。另一方面，对于出卖亲生子女或者收买被拐卖的妇女、儿童“为妻”、“为子”等行为，要区别对待，既强调有罪必罚，又要贯彻好刑事政策，做到罚当其罪，切实防止打击面过宽，以维护家庭及社会的和谐稳定；对于具有从宽处罚情节的犯罪分子，《意见》要求依法从宽，体现政策，以分化瓦解犯罪，鼓励犯罪人悔过自新，减少社会对立面。

三、对《意见》主要内容的说明

《意见》分9个部分共34条。第一部分共3条，在分析拐卖妇女儿童犯罪形势的基础上，对依法惩治该类犯罪提出了总体要求。第二部分至第九部分共8个部分31条分别从管辖、立案、证据收集、定性、共同犯罪、一罪与数罪、刑罚适用和涉外犯罪等8个方面，提出了具体适用意见。

（一）关于管辖问题

关于犯罪地的界定。拐卖妇女、儿童犯罪属于行为犯，就地域管辖而言，一般应由犯罪地的司法机关管辖。《意见》第四条通过解释“犯罪地”的形式，规定该类犯罪的犯罪地包括拐出地、中转地、拐入地以及拐卖活动的途经地，以此严密法网，使涉案地区均有权管辖。

关于优先管辖及其例外。拐卖妇女、儿童犯罪案件通常是两个以上地区均有权管辖，为避免一些地区和机关不愿管辖、不积极管辖的情况出现，《意见》第五条根据刑事诉讼法确立的地域管辖、优先管辖等原则，进一步明确，如果几个地区的司法机关都有权管辖的，一般由最先受理的司法机关管辖；如果主要犯罪地或者主要犯罪嫌疑人、被告人居住地的司法机关管辖更为适宜的，也可以由其管辖。

关于集中与分散管辖相结合。为便于起诉、审判，做到同罪同判，确保量

刑平衡，同一拐卖妇女、儿童犯罪案件一般应集中由某一地管辖。但因案件涉及地域、人员均较多，如果集中管辖确有困难的，也可以由拐出地、中转地、拐入地分别管辖。这样更有利于及时侦查、起诉和审判，并节约司法资源。因此，《意见》第六条对该情况作了特殊规定。

关于管辖争议及其解决。为及时侦破案件，早日解救被拐卖的妇女、儿童，《意见》第七条要求，正在侦查中的案件发生管辖权争议的，在上级机关作出管辖决定前，受案机关不得停止侦查工作。

（二）关于儿童或不满 18 周岁妇女失踪等案件的立案问题

立案是开展侦查、追逃和解救被拐卖妇女、儿童的基础。经验表明，儿童失踪、妇女被拐的最初几小时是查找失踪儿童、被拐妇女和发现犯罪线索的黄金时期，及时立案对于打击拐卖犯罪极其重要。但是，鉴于拐卖妇女、儿童犯罪案件的特殊性，各办案部门对立案标准的掌握上不尽一致。

为了震慑犯罪和对妇女、儿童权益进行及时保护，《意见》第八条明确列举 6 种情形作为立案侦查的参考标准。为了体现对儿童和不满 18 周岁妇女的特殊保护，其中第二种情形规定，只要有儿童或已满 14 周岁不满 18 周岁的妇女失踪报案的，就应当立即立为刑事案件。之所以如此规定，主要是考虑到：儿童或不满 18 周岁的妇女自我保护意识和能力相对较弱，在其失踪报案之初甚至报案后相当长一段时间内，往往没有目击证人或其他证据证实被害人是被拐走，还是自行走失，是否不久就能返回家庭。在我国目前寻找失踪妇女、儿童的机制尚不健全条件下，立为刑事案件对综合运用技侦等措施以查找、解救被拐卖的妇女、儿童具有重要现实意义。而且，立案只是启动刑事侦查程序以进一步查证犯罪事实的第一道环节，能否立案的证据要求不宜过高。对于实践中，有人报案称儿童或不满 18 周岁的妇女失踪，就不能排除其被拐卖的嫌疑，报案人陈述本身就是表明有犯罪事实发生的证据之一。

此外，部分人对收买拐卖、妇女儿童的社会危害性重视不足，对有群众举报或其他线索表明他人有收买被拐卖的妇女、儿童重大犯罪嫌疑的，没有以刑事案件立案。《意见》强调，发现有收买被拐卖妇女、儿童行为，如果依法应当追究刑事责任的，公安机关必须立案侦查。

（三）关于仅查清拐卖妇女、儿童部分环节犯罪事实的处理

拐卖妇女、儿童犯罪往往涉案环节多，有些拐卖妇女、儿童犯罪集团，网络庞大、人员众多，除部分犯罪集团核心成员组织、领导、指挥、参与了全部或多个环节的犯罪行为外，其他成员只是在某一环节上实施相对固定的犯罪行为，对于只有部分环节或部分人的犯罪事实清楚，证据确实、充分的，在司法实践中应如何处理，存在一定争议。例如，有充分证据证明行为人实施了接送或中转拐卖儿童的行为，但是被拐儿童未能得到解救，来源地或去向地不

明,如何认定行为性质存在争议。为有效打击此类犯罪,根据刑法第二百四十条的规定,《意见》在第十四条进一步明确,凡是以出卖为目的,对妇女、儿童实施拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转等行为之一的,或者明知他人在拐卖妇女、儿童,而参与上述某一犯罪环节的,即构成拐卖妇女、儿童罪,其他环节的事实不清的,不影响对已经查清的环节的犯罪事实的认定。

(四) 关于强抢或捡拾儿童予以出卖行为的性质认定

近年来,强抢或捡拾儿童予以出卖的案件屡有发生,对于该类行为如何定性,认识上存在一定分歧。从刑法第二百四十条的立法原意分析,只要行为人具有出卖目的,至于其采取何种方式取得儿童,均不影响对其行为性质的认定。因此,《意见》第十五条规定,以出卖为目的强抢儿童,或者捡拾儿童后予以出卖的,应当以拐卖儿童罪定罪处罚。

(五) 关于出卖亲生子女行为的性质认定

近年来,在部分地区,“人贩子”从贪图钱财的部分父母手中收买其亲生婴幼儿予以贩卖的情况屡有发生,甚至有一些父母将生育作为非法获利手段,生育子女后即出卖,不仅严重侵犯婴幼儿的人身权益,而且败坏社会道德,进一步助长拐卖儿童犯罪的泛滥。对出卖亲生子女的行为如何定性,此前出台的规范性司法文件已有涉及,但是实践中仍存在较大争议,既有以无罪论处的,也有以遗弃罪或拐卖妇女、儿童罪定罪处罚的,因此亟待规范。

从刑法第二百四十条的规定来看,拐卖妇女、儿童罪究其本质,惩治的是那些将人作为商品买卖,严重侵犯他人人身自由和独立人格尊严的社会危害行为。任何人的人身自由和人格尊严都不容侵犯,虽然父母对亲生子女(未成年子女)享有监护权,但是,子女与父母在法律上同为独立的个体,即使是父母也不能侵犯子女的人身自由和人格尊严。父母为非法获利,将子女作为商品出卖收取钱财,与其他人将其子女拐走出卖,对被拐子女的人身权利侵害并无本质不同,完全符合拐卖妇女、儿童罪的构成要件特征。至于对出卖亲生子女的父母以遗弃罪论处的观点,考虑到遗弃罪是不作为犯罪,侵犯的是被害人受抚养的权利,将亲生子女出卖固然使父母得以逃避抚养义务,但其危害性却不仅仅是子女得不到亲生父母的抚养,而是子女沦为任人买卖的商品。因此,《意见》第十六条规定,对该类行为应当以拐卖妇女、儿童罪论处。但是,父母出卖亲生子女的行为同其他拐卖犯罪相比,具有一定的特殊性,《意见》要求处理此类案件必须慎重。既要依法惩治那些借送养之名出卖亲生子女的拐卖犯罪行为,又要防止不分性质差异,将只要送子女给他人并收取钱财的行为都认定为拐卖犯罪予以打击。

《意见》提出,是否具有非法获利目的是区分罪与非罪的关键。所谓非法获利,就是把子女当作商品,把收取的钱财作为出卖子女的对价。实践中,可

以通过审查将子女“送”人的背景和原因、有无收取钱财及收取钱财的多少、对方是否具有抚养目的及有无抚养能力等事实，综合判断行为人是否具有非法获利的目的。根据司法实践经验，《意见》中具体列举了四种情形，作为认定行为人是否具有非法获利目的的参考：

第一种情形是，为出卖而生育，其非法获利目的最为明显。

第二种情形是，明知对方不具有抚养目的，或者根本不考虑对方是否具有抚养目的，为收取钱财将子女“送”给他人的。“明知”包括“知道”和“应当知道”。实践中，如果是送养的，一般情况下，家庭可能因遭遇重大变故等原因导致经济异常困难，或者存在其他特殊困难，如未婚先育等，在这种背景下，父母首先考虑的是子女以后的生活、教育成长等因素，往往会对收养方是否有抚养目的和抚养能力进行斟酌考量，对方给不给抚养费、给多少抚养费，父母不会特别在意。反之，如果行为人明知对方不具有抚养目的，例如，知道或应当知道对方是人贩子，还将子女“送给”对方，并收取钱财；或者出于偿还赌债、追求挥霍享乐生活等卑劣动机，根本不考虑对方是否具有抚养目的，而将子女“送”人并收取钱财的，可以认定行为人具有非法获利目的，以拐卖儿童论处。

第三种情形是，为收取明显不属于“营养费”“感谢费”的巨额钱财将子女“送”给他人，对该种情形适用时应注意：一方面，要考虑收取钱财的数额是否明显超出了抚养养育成本或“感谢费”的范围。另一方面，不能唯数额论，数额大的，未必都能认定行为人具有非法获利目的，例如，收养人经济状况较好，主动支付了数额较大的“感谢费”。而收取钱财数额小的，也未必不能认定具有非法获利目的，例如，父母为了偿还赌债，以极低“价格”将子女“送人”，或者父母为卖子女积极讨价还价，但最终只收取到少量钱财，也能反映行为人具有非法获利目的。

其他情形反映行为人具有非法获利目的的，由司法人员根据案件实际情况综合判断。例如，行为人将两名以上亲生子女都以所谓“送养”的名义出卖，也能在一定程度上反映其具有非法获利目的。

总之，实践中一定要结合各种因素综合判断行为人是否具有非法获利目的。如果认定非法获利目的的证据存疑的，就应当本着有利于被告人的原则，根据案件具体情况，或者认定为遗弃罪，或者做无罪处理。

（六）关于收买被拐卖的妇女、儿童行为的定罪与处罚

近年来，收买被拐卖的妇女、儿童活动猖獗，但实际被追究刑事责任的并不多，在部分群众中造成“拐卖有罪、收买无罪”的错觉，在一定程度上助长了拐卖妇女、儿童犯罪的蔓延，甚至还有一些犯罪分子为组织、强迫妇女、儿童乞讨、偷盗、从事色情服务等违法犯罪活动而收买被拐卖的妇女、儿童，严重

危害妇女、儿童的身心健康，人民群众强烈要求加大对该类犯罪行为的惩处。

考虑到在我国，出于“非法结婚”“非法收养”动机收买妇女、儿童的占较高比例，同时，为了减少解救阻力，保护被拐妇女、儿童的合法权益，刑法第二百四十一条第六款规定了两种不追究刑事责任的情形。实践中，对该规定的理解与适用存在一定误解，导致对收买行为打击不力。探寻立法原意，刑法第二百四十一条第六款属于授权性条款，并非所有不阻碍返回住所地、不虐待和不阻碍解救的，都不能追究刑事责任，根据案件具体情况，对于收买行为入具有相关恶劣情节，社会危害性较大的，追究其刑事责任并不违背立法精神。因此，为了有效惩治收买犯罪，并合理确定惩治范围，《意见》第二十条根据刑法第二百四十一条的规定，借鉴司法实践经验，列举了七种情形，作为是否追究行为人收买犯罪刑事责任的参考，其中部分情形如果还构成其他犯罪的，对“收买人”应当数罪并罚：

(1) 本条第一项、第二项之情形，属于对刑法第二百四十一条第六款规定的不追究刑事责任情形，从正面所作的解释，具有第一项、第二项规定之情形的，完全符合追究刑事责任的条件。

(2) 本条第三项是非法剥夺、限制被收买妇女、儿童的人身自由，情节严重，或者对被收买妇女、儿童有强奸、伤害、侮辱、虐待等行为；第五项是组织、诱骗、强迫被收买的妇女、儿童从事乞讨、苦役，或者盗窃、传销、卖淫等违法犯罪活动。在上述两项情形中，因为行为人严重侵犯被害人的合法权益，即使其事后不阻碍解救，也应该追究其收买行为的刑事责任，同时，因上述情形构成数罪的，还应当依法数罪并罚。其中，第三项规定，非法剥夺、限制被收买人的的人身自由，情节严重的，才追究其收买行为的刑事责任，之所以如此规定，主要是考虑到收买妇女、儿童的，难免会有限制其人身自由的行为，若不问情节轻重一律追究，势必导致对收买行为处罚过宽。

(3) 本条第四项之情形中，所收买的妇女、儿童被解救后又再次收买的，或者收买多名被拐卖的妇女、儿童，反映收买人严重藐视法律，主观恶性较深，社会危害性较大，均应依法追究其刑事责任。

(4) 本条第六项之情形中，导致被收买的妇女、儿童或其亲属自杀的或者因未尽足够注意义务等原因致被收买妇女、儿童受重伤或死亡的，该严重后果与收买者的收买行为有一定关系，对收买者应当追究刑事责任。

(5) 本条第七项规定的其他恶劣情节，属于兜底条款，在情节恶劣程度上应相当于本条所列举的其他六项情形。例如，知道或应当知道儿童是被“人贩子”偷盗、强抢、拐骗来的，仍然向“人贩子”收买该儿童，这种情形与那些向“人贩子”收买被亲生父母“自愿”出卖的儿童相比，前者的主观恶性和社会危害性显然大得多，应当依法追究收买行为人的刑事责任。

关于收买被拐卖的妇女、儿童犯罪的刑罚适用，《意见》总的指导思想是有罪必罚，但应区分不同情况，准确量刑：对被收买的妇女、儿童实施违法犯罪活动或者将其作为牟利工具的，处罚时应当依法体现从严，突出刑罚的惩戒功能；其他情节较轻的，依法从轻处罚，情节轻微的，可以依法免于刑事处罚，以突出刑罚的教育、挽救功能。

（七）关于提供出生证明、健康证明等帮助行为的性质认定

近年来，“人贩子”或“收买人”为顺利卖出被拐卖的妇女、儿童，或掩饰收买犯罪事实，大多会通过各种关系开具户口证明、健康证明或儿童的出生证明。对该类行为如何定性，认识上存在一定分歧。根据刑法关于共同犯罪的规定和理论，《意见》第二十一条规定，如果明知他人在进行拐卖或收买妇女、儿童犯罪，仍向“人贩子”“收买人”提供上述证件或帮助的，构成拐卖妇女、儿童罪或收买被拐卖的妇女、儿童罪的共犯。《意见》就此所作的规定，对于斩断拐卖犯罪链条具有重要意义。

实践中，“人贩子”通过医院等单位收买遗弃婴幼儿的情况亦时有发生。对于一些人利用从事诊疗、福利救助等工作的便利或者了解情况的条件，在“人贩子”和准备遗弃婴幼儿的父母之间居间介绍，促成买卖婴幼儿的，应当以拐卖儿童罪的共犯论处。但如果只是在“收养人”和准备遗弃婴幼儿的父母之间居间介绍，没有非法获利目的，未收取钱财或仅收取一定“感谢费”，情节显著轻微的，一般不作为犯罪处理。

（八）关于拐卖妇女、儿童罪的刑罚适用

为加大对拐卖妇女、儿童犯罪分子的刑事处罚力度，《意见》第二十八条根据刑法第二百四十条规定的八种法定加重处罚情节，结合当前拐卖妇女、儿童犯罪的形势，强调对首要分子，情节严重的主犯，累犯，偷盗婴幼儿、强抢儿童情节严重的，将妇女、儿童卖往境外情节严重的，拐卖妇女、儿童多人多次、造成伤亡后果的，或者具有其他严重情节的，依法从重处罚；情节特别严重的，依法判处死刑。《意见》第二十八条还规定，在拐卖妇女、儿童过程中，对被拐卖的妇女、儿童实施故意杀害、伤害、猥亵、侮辱等行为的，在数罪并罚决定执行的刑罚时应当依法体现从严，以加大对严重拐卖犯罪的惩治力度。

同时，《意见》坚持区别对待原则，对具有法定或酌定从宽处罚情节的被告人，规定可以从轻、减轻或者免除处罚。

（九）关于多名家庭成员或亲友共同参与出卖亲生子女或收买被拐卖妇女、儿童的刑罚适用

出卖亲生子女的，或者收买妇女、儿童为“人妻”“人子”需要追究刑事责任，与其他拐卖、收买犯罪相比，危害后果相对小一些。因此，《意见》第三十一条规定，对该类案件，如果涉及家庭成员或亲友较多的，要注意区别

对待，切实防止打击面过大，以维护社会和谐稳定。一般应当在综合考察犯意提起、各行为人在犯罪中所起作用等情节的基础上，依法追究其中罪责较重者的刑事责任。对于其他情节显著轻微危害不大，不认为是犯罪的，依法不追究刑事责任；必要时可以由公安机关予以行政处罚，通过行政处罚措施对违法分子进行惩戒、教育。

(撰稿人：周 峰 薛淑兰 赵俊甫)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部 印发《关于依法惩治性侵害未成年人 犯罪的意见》的通知

2013年10月23日

法发〔2013〕12号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法局：

为依法惩治性侵害未成年人犯罪，加大对未成年人合法权益的司法保护，现将《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》印发给你们，请认真贯彻执行。

附：

关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见

为依法惩治性侵害未成年人犯罪，保护未成年人合法权益，根据刑法、刑事诉讼法和未成年人保护法等法律和司法解释的规定，结合司法实践经验，制定本意见。

一、基本要求

1. 本意见所称性侵害未成年人犯罪，包括刑法第二百三十六条、第二百三十七条、第三百五十八条、第三百五十九条、第三百六十条第二款规定的针

对未成年人实施的强奸罪，强制猥亵、侮辱妇女罪，猥亵儿童罪，组织卖淫罪，强迫卖淫罪，引诱、容留、介绍卖淫罪，引诱幼女卖淫罪，嫖宿幼女罪等。

2. 对于性侵害未成年人犯罪，应当依法从严惩治。

3. 办理性侵害未成年人犯罪案件，应当充分考虑未成年被害人身心发育尚未成熟、易受伤害等特点，贯彻特殊、优先保护原则，切实保障未成年人的合法权益。

4. 对于未成年人实施性侵害未成年人犯罪的，应当坚持双向保护原则，在依法保护未成年被害人的合法权益时，也要依法保护未成年犯罪嫌疑人、未成年被告人的合法权益。

5. 办理性侵害未成年人犯罪案件，对于涉及未成年被害人、未成年犯罪嫌疑人和未成年被告人的身份信息及可能推断出其身份信息的资料和涉及性侵害的细节等内容，审判人员、检察人员、侦查人员、律师及其他诉讼参与人应当予以保密。

对外公开的诉讼文书，不得披露未成年被害人的身份信息及可能推断出其身份信息的其他资料，对性侵害的事实注意以适当的方式叙述。

6. 性侵害未成年人犯罪案件，应当由熟悉未成年人身心特点的审判人员、检察人员、侦查人员办理，未成年被害人系女性的，应当有女性工作人员参与。

人民法院、人民检察院、公安机关设有办理未成年人刑事案件专门工作机构或者专门工作小组的，可以优先由专门工作机构或者专门工作小组办理性侵害未成年人犯罪案件。

7. 各级人民法院、人民检察院、公安机关和司法行政机关应当加强与民政、教育、妇联、共青团等部门及未成年人保护组织的联系和协作，共同做好性侵害未成年人犯罪预防和未成年被害人的心理安抚、疏导工作，从有利于未成年人身心健康的角度，对其给予必要的帮助。

8. 上级人民法院、人民检察院、公安机关和司法行政机关应当加强对下指导和业务培训。各级人民法院、人民检察院、公安机关和司法行政机关要增强对未成年人予以特殊、优先保护的司法理念，完善工作机制，提高办案能力和水平。

二、办案程序要求

9. 对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗等特殊职责的人员（以下简称负有特殊职责的人员）以及其他公民和单位，发现未成年人受到性侵害的，有权利也有义务向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者

举报。

10. 公安机关接到未成年人被性侵害的报案、控告、举报，应当及时受理，迅速进行审查。经审查，符合立案条件的，应当立即立案侦查。

公安机关发现可能有未成年人被性侵害或者接报相关线索的，无论案件是否属于本单位管辖，都应当及时采取制止违法犯罪行为、保护被害人、保护现场等紧急措施，必要时，应当通报有关部门对被害人予以临时安置、救助。

11. 人民检察院认为公安机关应当立案侦查而不立案侦查的，或者被害人及其法定代理人、对未成年人负有特殊职责的人员据此向人民检察院提出异议的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为不立案理由不成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。

12. 公安机关侦查未成年人被性侵害案件，应当依照法定程序，及时、全面收集固定证据。及时对性侵害犯罪现场进行勘查，对未成年被害人、犯罪嫌疑人进行人身检查，提取体液、毛发、被害人和犯罪嫌疑人指甲内的残留物等生物样本，指纹、足迹、鞋印等痕迹，衣物、纽扣等物品；及时提取住宿登记表等书证，现场监控录像等视听资料；及时收集被害人陈述、证人证言和犯罪嫌疑人供述等证据。

13. 办案人员到未成年被害人及其亲属、未成年证人所在学校、单位、居住地调查取证的，应当避免驾驶警车、穿着制服或者采取其他可能暴露被害人身份、影响被害人名誉、隐私的方式。

14. 询问未成年被害人，审判人员、检察人员、侦查人员和律师应当坚持不伤害原则，选择未成年人住所或者其他让未成年人心理上感到安全的场所进行，并通知其法定代理人到场。无法通知、法定代理人不能到场或者法定代理人是性侵害犯罪嫌疑人、被告人的，也可以通知未成年被害人的其他成年亲属或者所在学校、居住地基层组织、未成年人保护组织的代表等有关人员到场，并将相关情况记录在案。

询问未成年被害人，应当考虑其身心特点，采取和缓的方式进行。对与性侵害犯罪有关的事实应当进行全面询问，以一次询问为原则，尽可能避免反复询问。

15. 人民法院、人民检察院办理性侵害未成年人案件，应当及时告知未成年被害人及其法定代理人或者近亲属有权委托诉讼代理人，并告知其如果经济困难，可以向法律援助机构申请法律援助。对需要申请法律援助的，应当帮助其申请法律援助。法律援助机构应当及时指派熟悉未成年人身心特点的律师为其提供法律帮助。

16. 人民法院、人民检察院、公安机关办理性侵害未成年人犯罪案件，除有碍案件办理的情形外，应当将案件进展情况、案件处理结果及时告知被害人

及其法定代理人，并对有关情况予以说明。

17. 人民法院确定性侵害未成年人犯罪案件开庭日期后，应当将开庭的时间、地点通知未成年被害人及其法定代理人。未成年被害人的法定代理人可以陪同或者代表未成年被害人参加法庭审理，陈述意见，法定代理人是性侵害犯罪被告人的除外。

18. 人民法院开庭审理性侵害未成年人犯罪案件，未成年被害人、证人确有必要出庭的，应当根据案件情况采取不暴露外貌、真实声音等保护措施。有条件的，可以采取视频等方式播放未成年人的陈述、证言，播放视频亦应采取保护措施。

三、准确适用法律

19. 知道或者应当知道对方是不满十四周岁的幼女，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。

对于不满十二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。

对于已满十二周岁不满十四周岁的被害人，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。

20. 以金钱财物等方式引诱幼女与自己发生性关系的；知道或者应当知道幼女被他人强迫卖淫而仍与其发生性关系的，均以强奸罪论处。

21. 对幼女负有特殊职责的人员与幼女发生性关系的，以强奸罪论处。

对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员，利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地，迫使未成年被害人就范，而与其发生性关系的，以强奸罪定罪处罚。

22. 实施猥亵儿童犯罪，造成儿童轻伤以上后果，同时符合刑法第二百三十四条或者第二百三十二条的规定，构成故意伤害罪、故意杀人罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

对已满十四周岁的未成年男性实施猥亵，造成被害人轻伤以上后果，符合刑法第二百三十四条或者第二百三十二条规定的，以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。

23. 在校园、游泳馆、儿童游乐场等公共场所对未成年人实施强奸、猥亵犯罪，只要有其他多人在场，不论在场人员是否实际看到，均可以依照刑法第二百三十六条第三款、第二百三十七条的规定，认定为在公共场所“当众”强奸妇女，强制猥亵、侮辱妇女，猥亵儿童。

24. 介绍、帮助他人奸淫幼女、猥亵儿童的，以强奸罪、猥亵儿童罪的共

犯论处。

25. 针对未成年人实施强奸、猥亵犯罪的，应当从重处罚，具有下列情形之一的，更要依法从严惩处：

- (1) 对未成年人负有特殊职责的人员、与未成年人有共同家庭生活关系的人员、国家工作人员或者冒充国家工作人员，实施强奸、猥亵犯罪的；
- (2) 进入未成年人住所、学生集体宿舍实施强奸、猥亵犯罪的；
- (3) 采取暴力、胁迫、麻醉等强制手段实施奸淫幼女、猥亵儿童犯罪的；
- (4) 对不满十二周岁的儿童、农村留守儿童、严重残疾或者精神智力发育迟滞的未成年人，实施强奸、猥亵犯罪的；
- (5) 猥亵多名未成年人，或者多次实施强奸、猥亵犯罪的；
- (6) 造成未成年被害人轻伤、怀孕、感染性病等后果的；
- (7) 有强奸、猥亵犯罪前科劣迹的。

26. 组织、强迫、引诱、容留、介绍未成年人卖淫构成犯罪的，应当从重处罚。强迫幼女卖淫、引诱幼女卖淫的，应当分别按照刑法第三百五十八条第一款第(二)项、第三百五十九条第二款的规定定罪处罚。

对未成年人负有特殊职责的人员、与未成年人有共同家庭生活关系的人员、国家工作人员，实施组织、强迫、引诱、容留、介绍未成年人卖淫等性侵害犯罪的，更要依法从严惩处。

27. 已满十四周岁不满十六周岁的人偶尔与幼女发生性关系，情节轻微、未造成严重后果的，不认为是犯罪。

四、其他事项

28. 对于强奸未成年人的成年犯罪分子判处刑罚时，一般不适用缓刑。

对于性侵害未成年人的犯罪分子确定是否适用缓刑，人民法院、人民检察院可以委托犯罪分子居住地的社区矫正机构，就对其宣告缓刑对所居住社区是否有重大不良影响进行调查。受委托的社区矫正机构应当及时组织调查，在规定的期限内将调查评估意见提交委托机关。

对于判处刑罚同时宣告缓刑的，可以根据犯罪情况，同时宣告禁止令，禁止犯罪分子在缓刑考验期内从事与未成年人有关的工作、活动，禁止其进入中小学校区、幼儿园园区及其他未成年人集中的场所，确因本人就学、居住等原因，经执行机关批准的除外。

29. 外国人在我国领域内实施强奸、猥亵未成年人等犯罪的，应当依法判处，在判处刑罚时，可以独立适用或者附加适用驱逐出境。对于尚不构成犯罪但构成违反治安管理行为的，或者因实施性侵害未成年人犯罪不适宜在中国境内继续停留居留的，公安机关可以依法适用限期出境或者驱逐出境。

30. 对于判决已生效的强奸、猥亵未成年人犯罪案件，人民法院在依法保护被害人隐私的前提下，可以在互联网公布相关裁判文书，未成年人犯罪的除外。

31. 对于未成年人因被性侵害而造成的人身损害，为进行康复治疗所支付的医疗费、护理费、交通费、误工费等合理费用，未成年被害人及其法定代理人、近亲属提出赔偿请求的，人民法院依法予以支持。

32. 未成年人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间被性侵害而造成人身损害，被害人及其法定代理人、近亲属据此向人民法院起诉要求上述单位承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。

33. 未成年人受到监护人性侵害，其他具有监护资格的人员、民政部门等有关单位和组织向人民法院提出申请，要求撤销监护人资格，另行指定监护人的，人民法院依法予以支持。

34. 对未成年被害人因性侵害犯罪而造成人身损害，不能及时获得有效赔偿，生活困难的，各级人民法院、人民检察院、公安机关可会同有关部门，优先考虑予以司法救助。

【解 读】

解读《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》

2013年10月23日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布了《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》（法发〔2013〕12号，以下简称《意见》），就办理性侵害未成年人犯罪案件提出了总体要求，并就法律适用和政策把握中的突出问题提出了具体意见。这对于依法惩治性侵害未成年人犯罪，加大对未成年人合法权益的司法保护力度，具有重要的指导意义。为便于正确理解和适用本《意见》，现就《意见》的制定背景和过程、制定原则及主要内容予以说明。

一、制定《意见》的背景和过程

未成年人是祖国的未来、民族的希望。据统计，截至2012年年底，我国18岁以下的未成年人有3亿多，其中14岁以下的儿童有2亿多。依法保护未成年人特别是儿童健康安全成长，免受违法犯罪侵害，涉及亿万家庭的幸福和谐，事关社会稳定和国家未来发展。改革开放以来，我国保护未成年人权益的

法律体系日臻健全，司法保护力度不断增强，未成年人权益保护工作取得积极进展。但是，未成年人身心发育尚不成熟，易受犯罪侵害，特别是遭受性侵害现象突出，这也是当前世界各国共同面临的严峻问题。在我国，近年来，对未成年人实施奸淫、猥亵，诱骗、组织、强迫未成年少女卖淫等违法犯罪活动时时有发生，虽然在整个刑事犯罪案件中所占比例不高，但是这些犯罪给未成年人身心健康造成严重伤害，在社会上造成极为恶劣的影响，人民群众反映十分强烈。

2013年年初，最高人民法院就侵犯未成年人权益犯罪，重点是性侵害未成年人犯罪，成立调研课题组，向全国各级法院征集近年来审结的性侵害未成年人犯罪典型案例300多件及调研报告数十篇，先后在江苏、浙江、福建、青海、吉林、北京等地进行专题调研，召开研讨会，听取全国人大法工委、最高人民检察院、公安部、司法部、民政部、共青团中央、全国妇联、部分省市法院、检察机关、公安机关及有关未成年人保护组织的意见，全面收集了解情况，包括其他国家和地区惩治性侵害犯罪及保护未成年人权益的有益经验和举措，对法律政策适用等方面存在的问题进行了系统梳理。经与最高人民检察院、公安部、司法部共同深入研究，于8月中旬起草了《意见》初稿。后将《意见》提交专家论证讨论，并多次征求中央各政法部门的意见，根据反馈意见，几经综合研究，反复修改，形成了《意见》（送审稿），分别经过最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部相关工作程序，通过了《意见》。

二、制定《意见》的基本原则

总体而言，《意见》的制定贯彻了如下两项基本原则：

1. 突出体现对性侵害犯罪分子的依法严惩。《意见》强化了公安机关及时立案和收集、固定证据职责，重点明确了奸淫幼女等性侵害犯罪的认定原则；对于形式上存在一定金钱财物往来但本质上为奸淫幼女的行为，明确要求以强奸罪定罪处罚；对于承担教育、监护等特殊职责的人员强奸、猥亵未成年人，进入未成年人住所、学生集体宿舍实施强奸、猥亵，奸淫、猥亵农村留守儿童，以及有性犯罪前科劣迹的行为人再次实施性侵害等严重情形，规定更要从严惩处；对于强奸未成年人的成年犯罪分子，要求一般不得适用缓刑。意见为保护未成年人权益架起一道不容任何不法犯罪分子触碰、逾越的高压线。

2. 突出体现对未成年被害人的特殊、优先保护。《意见》共34条，用近一半的篇幅，从办案工作要求、避免对被害人造成“二次伤害”、为被害人提供法律援助、加大民事赔偿和司法救助力度等10余个方面，为未成年被害人提供最大限度的司法关怀与呵护。

三、对《意见》主要内容的说明

《意见》分四个部分共 34 条，着重从依法严惩性侵害犯罪、加大对未成年被害人的保护力度两个主要方面，提出了具体意见。

(一) 关于立案

实践中，不报案或者报案不及时是导致性侵害未成年人犯罪案件难以及早进入司法程序的主要原因之一。因此，根据刑事诉讼法关于普通公民和单位报案、举报的有关规定，《意见》第九条明确，对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗等特殊职责的人员（以下简称负有特殊职责的人员）以及其他公民和单位，发现未成年人受到性侵害的，有权利也有义务向有关机关报案或者举报。该条规定旨在突出与未成年人接触密切的人员与机构对发现性侵害事实的报案义务，以使此类案件尽早进入司法程序。《意见》没有规定不报案的法律后果，但对于教师、监护人等负有特殊职责的人员或单位应报案而不报案，造成严重后果的，依据相关行政、民事等法律法规，仍有可能承担相应的行政责任和民事赔偿责任，《意见》的规定具有重要宣示导向作用。

立案是启动刑事诉讼程序的首要环节，立案条件掌握的宽与严，直接关系到性侵害未成年人的犯罪能否及时进行有效惩治。根据刑事诉讼法的规定，公安机关立案的条件是“发现有犯罪事实、需要追究刑事责任”，但实践中对于如何把握“发现有犯罪事实”这个条件，易产生不同认识。性侵害未成年人犯罪案件，犯罪方式大多隐蔽，以犯罪嫌疑人、被告人供述与被害人陈述即“一对一”证据居多，未成年被害人由于年幼，有时不敢报案或者无法报案，且一些案件报案不及时，部分证据灭失，对于是否符合立案条件，可能会出现争议。考虑此种情况，《意见》在第九条至第十一条着重明确了侦查立案问题，目的就是使性侵害未成年人的罪行在第一时间内得到制止和揭露，避免给未成年被害人造成更大的伤害。

《意见》第十条进一步重申和强调了公安机关接到相关报案、控告、举报及时审查、立案的职责，特别是明确规定，公安机关发现可能有未成年人被性侵害或者接报相关线索的，无论对案件是否有管辖权，都应当及时采取制止违法犯罪行为、保护被害人、保护现场等紧急措施，必要时，应当通报有关部门，如民政部门，对未成年被害人予以临时安置、救助。在我国，当前对未成年被害人尚缺少系统的临时庇护、救助机制的情况下，此规定对于解决那些监护人不明确或者直接受到监护人性侵害、不宜继续留在监护人身边的被害人的临时救助等问题，具有现实意义。为防止有案不立现象发生，《意见》第十一条进一步强调了检察机关对公安机关的立案监督职责。其中，除刑事诉讼法第一百一十一条规定的被害人有权申请检察机关进行立案监督外，首次明确了被

害人的法定代理人及负有特殊职责的人员也有权申请检察机关进行立案监督,这既符合刑事诉讼法规定立案监督制度的立法精神,也有利于加大对未成年被害人的保护力度。

需要指出的是,在调研过程中,有意见提出,考虑遭受性侵害关系未成年被害人及其亲属名誉隐私,从情理分析,如相关人员主动报案、控告,那么存在犯罪事实的可能性就很大,不能对刑事诉讼法规定的“有犯罪事实发生”的立案条件做过于苛刻的理解,要求必须达到证据确实、充分,才予立案,建议对此类报案、举报、控告,一经提出,公安机关应当立即立案。经研究,考虑到性侵害案件报案、举报、控告情形的复杂性,并与刑事诉讼法的规定保持一致,最终未采纳该种意见。但在办案实践中,对于未成年被害人或者其法定代理人等关系密切人员就未成年人遭到性侵害报案、控告的,公安机关不宜仅以只有被害人陈述,其他证据不足为由不予立案,而应当迅速受理,对有关线索进行初查,调取补充证据,及时决定是否立案,杜绝“不破不立”现象发生。

(二) 关于奸淫幼女等性侵害犯罪中主观明知的认定

奸淫幼女、引诱幼女卖淫、嫖宿幼女等性侵害犯罪,是否以行为人明知被害人系幼女为构成犯罪的必要要件,各国规定存在差异。总体而言,英美法系国家针对此类犯罪大多规定了严格责任,即行为人不得以不知被害人系幼女作为无罪的抗辩事由,或者在少数情况下,只有其误认幼女年龄存在真实的、合理的理由时,才可以作为抗辩事由。大陆法系国家,大多排斥严格责任的存在,“明知”被害人系幼女,一般是构成相应性侵害犯罪的明示或默示要件,例如,俄罗斯刑法典即以明示的方式将明知幼女的年龄作为奸淫幼女犯罪的必要要件,但对于认定可构成明知的条件,掌握上一般相对比较宽松。

我国刑法实践及理论学说均坚持罪过责任原则,认为奸淫幼女等性侵害犯罪,“明知”被害人年龄是默示的犯罪构成必要要件。在司法实践中,相关规范性文件亦坚持此种立场。例如,2001年《最高人民检察院关于构成嫖宿幼女罪主观上是否需要具备明知要件的解释》规定:“行为人知道被害人是或者可能是不满14周岁幼女而嫖宿的……以嫖宿幼女罪追究刑事责任。”这一解释表明,嫖宿幼女构成犯罪,需以“明知”为前提。

需要指出的是,对幼女进行特殊保护是世界各国的基本共识。以强奸罪为例,根据我国刑法规定和司法实践,奸淫不满14周岁的幼女构成强奸罪,不要求采取强制手段实施,而对于使用暴力、胁迫或者其他强制手段与不满14周岁的幼女发生性关系的,无论是否“明知”被害人为幼女,都要以强奸罪论处。实践中,有些犯罪嫌疑人、被告人未使用暴力、胁迫或者其他强制手段与幼女发生性关系,而以各种理由辩解是与幼女正常交往,不明知被害人是幼女,给审查认定案件事实造成一定困难。因此,必须明确,只有在采取非强制

手段与幼女发生性关系的案件中，如何认定“是否明知被害人为幼女”才会成为需要解决的问题。

《意见》第十九条第一款首先明确，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，这是认定奸淫幼女等性侵害犯罪主观明知问题的总原则。此外，该条第二款、第三款以幼女年龄是否达到12周岁为标准，对如何认定“明知”，分别予以指导和规范。

其中，第二款规定，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。也就是说，即使被害人身体发育、言谈举止等呈早熟特征，行为人亦辩称其误认被害人已满14周岁，也不应采信其辩解。如此规定主要考虑：经过对大量审结案例进行统计分析，并广泛征求各方意见，12周岁以下幼女基本都处在接受小学教育阶段，社会关系简单，外在幼女特征相对较为明显；即使极个别幼女身体发育早于同龄人，但一般人从其言谈举止、生活作息规律等其他方面通常也足以观察其可能是幼女，而且从对幼女进行特殊保护的立场考虑，也不应存在争议。故《意见》将对不满12周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为，规定为“应当”认定行为人“明知”对方是幼女。

考虑到已满12周岁不满14周岁年龄段的幼女，其身心发育特点与已满14周岁的未成年少女较为接近，《意见》第十九条第三款规定，从被害人身体发育状况、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，也应当认定行为人“明知”对方是幼女。需要指出的是，《意见》虽然区分幼女是否已满12周岁，对明知问题予以分别规定，但绝不是厚此薄彼，弱化对已满12周岁幼女的保护力度。第二款、第三款两款均属于对“明知”认定问题的规范指引，不同的是，第二款属于绝对确定的指引，第三款属于相对确定的指引。主要是考虑到司法实践情况的复杂性，不排除存在一般人、行为人根本不可能判断出接近12周岁至14周岁年龄段中的某些被害人是否是幼女的特殊情形存在。换言之，对于已满12周岁的幼女实施奸淫等性侵害行为的，如无极其特殊的例外情况，一般均应当认定行为人明知被害人是幼女。这里的极其特殊的例外情况，具体可从以下三个方面把握：

一是必须确有证据或者合理依据证明行为人根本不可能知道被害人是幼女；二是行为人已经足够谨慎行事，仍然对幼女年龄产生了误认，即使其他正常人处在行为人的场合，也难以避免这种错误判断；三是客观上被害人身体发育状况、言谈举止、衣着、生活作息规律等特征确实明显更像已满14周岁。例如，与发育较早、貌似成人、虚报年龄的已满12周岁不满14周岁的幼女，在谈恋爱和正常交往过程中，双方自愿发生了性行为，确有证据证明行为人不

可能知道对方是幼女的，才可以采纳其不明知的辩解，但应特别严格掌握。相反，如果行为人采取引诱、欺骗等方式，或者根本不考虑被害人是否是幼女，而甘冒风险对被害人进行奸淫等性侵害的，一般都应当认定行为人明知被害人是幼女，以实现对幼女的特殊保护，堵塞惩治犯罪的漏洞。

另外需要指出的是，对于已满14周岁不满16周岁的男少年与幼女在正常恋爱交往过程中自愿发生性关系的，如果行为人提出不明知被害人系幼女的辩解，是否采纳其辩解，固然应考虑青少年认知、辨识能力有别于成年人的一面，但同样也应当严格把握，一般不宜以行为人不知幼女年龄为由，认定其不构成犯罪，对于确属情节轻微，未造成严重后果的，可根据《意见》第二十七条的规定，从政策把握的角度做非罪化处理。

（三）关于形似钱色交易而实为奸淫幼女行为的性质认定

根据我国刑法规定，幼女可以自愿作出性承诺的法定年龄界限为14周岁。也就是说，与不满14周岁的幼女发生性关系，即使幼女“自愿”，刑法也否定其“自愿”的效力，不免除行为人与幼女发生性关系所应当承担的罪责，行为人为此支付金钱财物亦不例外。1991年全国人大常委会通过《关于严禁卖淫嫖娼的决定》，在决定第五条第二款规定：“嫖宿不满十四周岁的幼女的，依照刑法关于强奸罪的规定处罚。”1997年刑法修改时，分别在第二百三十六条第二款规定，“奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚”；在第三百六十条第二款规定，“嫖宿不满14周岁的幼女的，处五年以上有期徒刑，并处罚金”。由此，与不满十四周岁的幼女发生性关系，在现行法律框架下，存在既可定强奸罪也可定嫖宿幼女罪的问题，区分的标准，根据刑法理论和实务部门的主流观点，即被害幼女是否已主动自愿从事卖淫活动：是，则构成嫖宿幼女罪；不是，则构成强奸罪。

在起草意见过程中，课题组对各级法院近几年来审结的嫖宿幼女犯罪案件进行了初步统计分析。从数据来看，每年此类案件数量不大，即数十件左右，判处五年以上有期徒刑的重刑率在60%以上，法院适用法律总体上是准确和得当的。但考虑此类犯罪发生的隐蔽性，是否有些案件未暴露、未进入司法程序，尚无数据资料证实。课题组广泛听取了团委、妇联和有关部门的意见，普遍反映在既定法律规范框架下，有必要明确嫖宿幼女罪与强奸罪的界限，以指导执法和司法机关准确适用法律，同时回应社会公众所担忧的有些行为人可能以嫖宿为借口逃避承担强奸罪罪责的可能，并震慑性侵害幼女的不法犯罪分子。

根据广泛调研论证，不能以是否给付金钱财物作为区分嫖宿幼女罪与强奸罪的界限。实践中，一些性侵害幼女的行为只是形式上具有钱色交易的外衣，其实质仍是一种奸淫行为，对此类行为的法律评价必须透过现象看清其奸淫幼

女的行为本质。鉴于此,《意见》第二十条规定:“以金钱财物等方式引诱幼女与自己发生性关系的;知道或者应当知道幼女被他人强迫卖淫而仍与其发生性关系的,均以强奸罪论处。”在前一种情形中,金钱财物等方式的引诱只是行为人达到奸淫幼女目的的手段,应当认定行为人具有奸淫幼女的故意;在后一种情形中,行为人实际利用了他人的强迫行为所造成的被害幼女非自愿状态而进行奸淫,均与嫖宿幼女罪的本质有异。《意见》针对上述两种情形,明确以强奸罪论处,有利于避免产生不必要的争议。

(四) 关于负有特殊职责的人员性侵害未成年人行为性质的认定

监护人、教师、医生、保姆等人员或者与幼女相熟,或者具有了解幼女真实年龄的条件,同时对幼女又负有不同于普通公民的特殊职责,对于此类人员与幼女发生性关系,即使其提出未采取暴力、胁迫等非法手段,主观上不明知被害人为幼女的辩解,司法机关也不应采纳,概因此种情形属于不证自明的事实。有鉴于此,《意见》第二十一条第一款作出了特别规定。

我国刑法对不满 14 周岁的幼女确立了特殊保护原则。实践中,已满 14 周岁的未成年少女虽然比幼女的认知、判断能力有所增强,但其身心发育尚未完全成熟,在日常生活、学习和物质条件方面对监护人、教师等负有特殊职责的人员,存在一定的服从、依赖关系,容易在非自愿状态下受到性侵害。有时行为人对这类被害人实施相对于成年被害人而言可能仅是轻微程度的胁迫,即使未成年被害人不敢反抗、不能反抗,进而达到奸淫目的,对于此类行为,能否认定为强奸罪,实践中存在不同认识。参考最高人民法院、最高人民检察院、公安部 1984 年发布的《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》(已失效)的指导精神及相关规定,《意见》第二十一条第二款进一步明确,“对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员,利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地,迫使未成年被害人就范,而与其发生性关系的,以强奸罪定罪处罚”。考察域外立法,德国、意大利、俄罗斯、英国、美国以及我国台湾地区均有类似的规定,均体现了对该年龄段未成年少女进行特殊保护的司法理念。

在适用该第二款时应当注意:对于强制手段和程度的认定,应充分考虑未成年被害人身心脆弱,及与特殊职责人员之间存在特殊关系,易受伤害等情况,与针对成年人实施的强制性侵害行为有所区分。其中,所谓“利用优势地位”进行奸淫,是指行为人与未成年被害人之间具有监护、教育、训练、看护、救助、医疗等特殊关系,且行为人故意利用这种特殊关系,以使未成年被害人的生活条件、受教育或训练的机会、接受救助或医疗等方面可能受到影响的方式,对被害人施加压力,使其不得不容忍行为人对她进行奸淫。例如,养(生)父以虐待、克扣生活费迫使养(生)女容忍其奸淫。所谓利用未成年人

“孤立无援的境地”进行奸淫，是指由于各种原因，未成年被害人处于不得不依赖于上述特殊职责人员的资助、抚育、照顾和救助等状况，而行为人有意利用此种状况，迫使被害人容忍其奸淫行为。例如，对处于身患严重疾病、流落街头需要接受救助等境地的未成年被害人进行奸淫。

（五）关于“在公共场所当众实施强奸、猥亵、侮辱”加重处罚情节的认定

我国刑法规定，猥亵儿童的，在五年以下有期徒刑或者拘役的量刑幅度内从重处罚，聚众或者在公共场所当众实施的，在五年以上有期徒刑的量刑幅度内从重处罚。奸淫幼女，在不具有刑法规定的法定加重情节的情况下，以强奸罪在三年以上十年以下有期徒刑的量刑幅度内从重处罚，在公共场所当众实施的，应处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。是否认定为在公共场所当众实施性侵害犯罪，关系到加重处罚情节的适用，影响重大。公共场所当众实施性侵害犯罪，仅从文义来理解，一般是指在车站、码头、街道及其他不特定人员可以随意进出、使用的场所，当着其他在场人员的面实施性侵害，但这属于对“公共场所”和“当众”的最狭义理解。

调研发现，在一些校园性侵害案件中，个别小学教师在教室内诸多学生在场的情况下借职务之便，以辅导功课、安排任务等名义，将其中部分年幼学生叫到教室某个角落，利用讲台、课桌等物体遮挡，对被害人进行猥亵甚至奸淫，罪行令人发指。对于“教室”这一既供多数人使用但同时又相对封闭的特殊场所，可否理解为“公共场所”，以及是否要求其他在场人员实际看到猥亵、奸淫行为，才能认定为“在公共场所当众猥亵、强奸”，实践中存在一定争议。根据教室（校园）的“涉众性”和“供多数人使用”的功能特征，以及“公共场所”“当众”概念在广义上理解可能包括的含义，并考虑此类犯罪的严重社会危害性，《意见》第二十三条对“公共场所”和“当众”的含义进行了明确，规定在校园、游泳馆、儿童游乐场等公共场所对未成年人实施强奸、猥亵犯罪，只要有其他多人在场，不论在场人员是否实际看到，均可以认定为在公共场所“当众”强奸妇女，强制猥亵、侮辱妇女，猥亵儿童。在适用该条规定时应注意：认定为“当众”实施性侵害犯罪虽不要求其他在场的多人实际看到，但基于“当众”概念的一般含义及具有“当众”情节处罚的严厉性，从空间上来讲，其他在场的多人一般要在行为人实施犯罪地点视力所及的范围之内，也就是说，性侵害行为处于其他在场人员随时可能发现、可以发现的状态。

（六）关于七种从重从严处罚情节的认定

我国刑法第二百三十六条、第二百三十七条明确规定，奸淫幼女，猥亵儿童的，从重处罚，对于强奸已满十四周岁未成年少女的，人民法院在审判实践中一般也酌定从重处罚。《意见》第二十五条从特殊身份犯罪主体、特定犯罪

场所、危害性大的犯罪手段及行为、特别弱勢犯罪对象、相对严重犯罪后果、被告人有性侵前科劣迹等方面，对一些酌定从严处罚情节，通过规范性文件的形式首次予以明确，以指导各级司法机关在办理性侵未成年人犯罪案件，选择从重处罚时，更加体现依法严惩。例如，奸淫幼女一人一次，根据刑法规定，应在三年以上十年以下有期徒刑幅度内从重处罚，如果根据量刑规范化意见，可能判处四年或者五年有期徒刑，那么，对于具有《意见》第二十五条所列情形之一，如进入学生集体宿舍强奸的，则可判处高于四年或五年有期徒刑的刑罚，也就是在从重的基础上更加体现从严惩处。

1. 监护人、教师、教练、救助人员、保姆、医生等对未成年人负有特殊职责的人员，与未成年人有共同家庭生活关系的人员，例如随单身或离异母亲生活的未成年人，其母亲的同居男友对其实施性侵害犯罪，严重挑战社会伦理道德底线；同时，该类人员具有接触未成年人的便利条件，实施性侵害行为更为隐蔽，一般人难以发现，持续时间通常更长，未成年被害人更难以抗拒和向有关部门揭露，社会危害更大。因此，应当依法严惩。国家工作人员理应做模范守法的典范和保护未成年人的表率，而极少数国家工作人员性侵害未成年人，与普通公民实施性侵害相比，社会影响更为恶劣，也应当依法严惩。冒充国家工作人员强奸、猥亵未成年人，易在社会造成不良影响，亦应严惩。

2. 未成年人的住所、学生集体宿舍，是未成年人生活起居的主要场所，也是未成年人最应感到心理安全的场所。进入上述场所实施强奸、猥亵犯罪，严重冲击被害人的心理安全感，甚至在一定范围内造成社会恐慌，危害性大，应当严惩。从其他国家和地区立法例来看，如我国台湾地区刑法规定，违反被害人意愿性交者，构成普通强制性交罪，处三年以上十年以下有期徒刑，侵入住宅或有人居住的建筑物、船舰或隐匿其内实施的，构成加重强制性交罪，处七年以上有期徒刑，亦体现出对在特殊场所实施性侵害犯罪的严惩。

3. 《意见》规定，对不满12周岁的儿童、农村留守儿童、严重残疾或者精神智力发育迟滞的未成年人，实施强奸、猥亵，从严惩处，是考虑到上述被害人均属于弱势群体中的底层，更易受犯罪侵害，且危害后果更严重。需要指出的是，被害人特别年幼，在从重程度的把握上可酌情予以考虑。

4. 奸淫幼女、猥亵儿童，构成犯罪，不要求采取暴力、胁迫、麻醉等强制手段实施，但如行为人采取上述强制手段的，对被害人伤害更大，故应从严惩处。

5. 根据刑法第二百三十六条第三款的规定，强奸妇女、奸淫幼女多人的，属加重处罚情节。对同一被害人多次强奸或者奸淫的，如何体现“从严”惩处，实践中存在争议。起草《意见》过程中，有意见提出，可将其解释为该条第三款规定的“强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣”，从而适用加重处罚条款。从

刑法条文来看，未将强奸、奸淫“多次”与“多人”并列规定，说明立法乃有意有所区别，即前者系针对同一被害人实施，侵害客体单一，强奸、奸淫3次以上的社会危害性尚达不到应判处十年以上有期徒刑的严重程度。故《意见》将多次强奸明确为从重处罚情节，针对未成年人实施的，量刑时进一步体现从严。另外，刑法第二百三十七条仅规定了“聚众或者在公共场所当众”实施猥亵、侮辱的加重处罚情节，对于量刑时应予考虑的从重处罚情节未作规定。故《意见》结合司法实践经验，将猥亵多人、多次猥亵这两种多发、常见同时也是危害性更大的情形，明确为从重处罚情节。

6. 造成未成年被害人轻伤、怀孕、感染性病，不属于刑法第二百三十六条第三款第五项规定的“其他严重后果”加重处罚情节，但因对未成年被害人身心伤害大，故量刑时也要体现从严。其中，对造成未成年人怀孕，是否规定为加重处罚情节，起草《意见》阶段，存在不同意见。调研发现，各地法院理解掌握标准不一。经反复研究，强奸造成未成年人怀孕，会给被害人造成很身心创伤，但怀孕系强奸的附随后果，且发现怀孕的阶段及采取干预措施的同，对被害人身心伤害大小存在很大差异，如将怀孕解释为“其他严重后果未免失之于绝对，与刑法所列举的应当判处十年以上有期徒刑的五种法定情形的严重性程度有别。故将造成未成年被害人怀孕这一情节本身作为从重处罚情节掌握，更妥当一些。但也不排除多次造成未成年被害人怀孕、流产，或者同时具有“特殊职责人员采取强制手段实施”等其他从重处罚情节的，在综合考虑的基础上认定为刑法第二百三十六条第三款第一项规定的“强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣”，从而加重处罚。

7. 有强奸、猥亵犯罪前科劣迹，又实施强奸、猥亵未成年人犯罪，前后两种行为均属性侵害不法犯罪，反映行为人主观恶性深、人身危险性大，应当从严惩处。

需要指出的是，调研过程中，有意见提出，建议列举具体情形，将刑法第二百三十六条第三款第一项规定的“强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣”予以明确化。考虑到司法实践的复杂性，未采纳该种意见。鉴于《意见》第二十五条从犯罪主体、犯罪对象、犯罪地点、犯罪手段、犯罪后果等诸多方面对强奸未成年人犯罪的从重处罚情节作了明确，实践中，可以综合考虑上述所列某几项情形，认定强奸行为是否属于“情节恶劣”。

（七）关于组织、强迫未成年人卖淫等犯罪的从重从严处罚

针对组织、强迫、引诱、容留、介绍未成年人少女卖淫等犯罪，《意见》第二十六条要求从重处罚。也就是说，只要被组织、强迫、引诱、容留、介绍的对象中包括未成年人的，都要从重处罚。强迫幼女卖淫的，则要按照刑法第三百五十八条的规定，对行为人以强迫卖淫罪，判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，情节特别严重的，判处无期徒刑，直至判处死刑，并处没收财产；引诱少女卖淫的，根据刑法第三百五十九条第二款的规定，判处五年以上有期徒刑，并处罚金。负有特殊职责的人员、与未成年人有共同家庭生活关系的人员、国家工作人员实施组织、强迫、引诱、容留、介绍未成年人卖淫、嫖宿幼女等性侵害犯罪的，更要依法从严惩处，理由不再赘述。

（八）关于依法从严控制缓刑适用

强奸未成年人社会危害性大，为体现对此类犯罪的依法严惩，并有效预防犯罪，同时考虑对符合缓刑适用条件的未成年犯罪分子依法从宽，更好进行挽救、教育、改造，《意见》第二十八条要求，对此类案件的成年犯罪分子，一般不适用缓刑。鉴于不同性质的性侵害犯罪危害性大小存在差异，故《意见》只对强奸未成年人犯罪作了规定，但限制适用缓刑这一精神对于组织、强迫未成年人卖淫，严重的猥亵儿童等性侵害犯罪，同样是适用的。

需要指出的是，对强奸未成年人的成年犯罪分子一般不适用缓刑，是总体要求，但并不绝对排除适用缓刑的可能。例如，对于自动中止强奸行为，地位、作用明显较小的从犯等具有法定从轻、减轻处罚情节，判处拘役、三年以下有期徒刑，同时符合刑法规定的“犯罪情节较轻、有悔罪表现、没有再犯罪危险，宣告缓刑对所居住的社区没有重大不良影响”等条件的，在总体上从严把握的前提下，也可以适用缓刑，以体现罪刑相适应。

对于认定是否符合缓刑适用条件，《意见》规定了社区矫正机构调查的前置程序，并规定宣告缓刑的同时视情对犯罪人宣告禁止令，体现了从严适用缓刑和对特定犯罪人群加强特殊预防的精神。

（九）关于未成年人实施性侵害未成年人案件的政策把握

鉴于当前部分性侵害未成年人违法犯罪呈现低龄化特点，《意见》第四条规定，对于未成年人实施性侵害未成年人犯罪的，应当坚持双向保护原则，在依法保护未成年被害人的合法权益时，也要依法保护未成年犯罪嫌疑人、未成年被告人的合法权益。另外，《意见》第二十七条规定，已满14周岁不满16周岁的人偶尔与幼女发生性关系，情节轻微、未造成严重后果的，不认为是犯罪。该条系对2006年《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》相关规定的重申，主要考虑，《意见》强调依法从严惩处性侵害未成年人犯罪，但不能忽视对未成年被告人所具有的法定、酌定从宽情节的应有考量，尤其是对于已满14周岁不满16周岁的男少年，与年龄相当的幼女在正常交往、恋爱过程中自愿发生性关系，情节轻微、未造成严重后果的，不宜作为犯罪处理。此处表述虽是“偶尔”发生性关系，但主要是为了与此前司法解释的规定保持一致，实践中并不能简单以次数论，双方是否自愿、

情节是否轻微、是否造成严重后果，是罪与非罪的关键，应严格把握。需要指出的是，对情节轻微及后果严重性的判断，应综合考虑行为人与幼女是否存在正常交往、恋爱关系，及对于幼女的身心影响等因素予以认定；对于行为人采取利诱、欺骗等卑劣方式与幼女发生性关系的，一般不宜认定为“情节轻微”。

上述规定亦是对我国司法机关处理青少年之间自愿发生性关系问题一贯所采取的刑事政策的延续。例如，最高人民法院1957年在《1955年以来奸淫幼女案件检查总结》中曾明确指出：至于个别幼女虽未满14周岁，但身心发育早熟，确系自愿与人发生性行为的，法院对被告人酌情从轻或减轻处理。如果男方年龄也很轻，双方确系在恋爱中自愿发生性行为的，则不追究刑事责任。此后多项司法解释或者司法政策文件亦一直采取这一立场，即在处理青少年与幼女自愿发生性关系问题上，坚持适度介入、慎重干预的刑事政策。

从域外立法来看，对发生在未成年人之间的性侵害案件，处理上也大多采取相对较为宽松的政策。例如，意大利刑法规定：除采取暴力、胁迫等强制手段外，未成年人同不满13周岁的未成年人发生性关系的，如果相互间的年龄差距不超过3年，不予处罚。美国一些司法管辖区将未成年被告人与未成年被害人的年龄差距大小，作为认定被告人构成不同严重等级性侵害犯罪的考量因素。这些对我们处理此类未成年人性侵害未成年人犯罪案件，把握是否属于“情节轻微”，具有参考价值。

（十）关于对未成年被害人的民事赔偿和司法救助

《意见》构建三重保护网络，确保未成年被害人得到必要的经济赔偿和救助：

一是明确了被告人应当承担的民事赔偿责任范围。《意见》第三十一条规定，对于未成年人因被性侵害而造成的人身损害，为进行康复治疗所支付的医疗费、护理费、交通费、误工费等合理费用，未成年被害人及其法定代理人、近亲属提出赔偿请求的，人民法院依法予以支持。其中，康复治疗费用包括进行身体医治和精神诊治所支出的费用。性侵害未成年人犯罪，对被害人最大的伤害往往是精神和心理上的伤害，被害人到医院进行精神康复治疗所支付的医疗费，不同于精神抚慰金，该部分医疗费用，被害人提出赔偿请求并提供相应证据的，如医院病历、收费凭证等，人民法院依法予以支持。

二是明确了相关机构的赔偿责任。考虑到有些性侵害案件发生在校园或者幼儿辅导培训机构，为了保障被害人损失得到有效弥补，《意见》第三十二条规定，未成年人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间被性侵害而造成人身损害，被害人及其法定代理人、近亲属据此向人民法院起诉要求上述单位承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。其中，涉及两种情况：其一是未成年人遭到上述单位工作人员性侵害；其二是遭到上述单位以外的人员性侵

害。侵权责任法根据上述不同情形，就相关单位是否尽到教育、管理职责规定了不同的举证责任，及不同性质的赔偿责任，人民法院审理案件时，应注意准确区分和适用。此外，《意见》通过对上述单位民事赔偿责任的归责，也可在一定程度上督促相关单位对未成年人履行好教育、管理职责，预防、减少性侵害事件的发生。

三是明确了对未成年被害人优先予以司法救助。《意见》第三十四条要求对未成年被害人因性侵害犯罪而造成人身损害，不能及时获得有效赔偿，生活困难的，优先予以司法救助，进一步体现了对未成年被害人的特殊经济救助。

需要附带指出的是，根据《意见》的规定，未成年人受到监护人性侵害，其他具有监护资格的人员和单位向法院提出申请，要求撤销监护人资格，另行指定监护人的，法院应当在刑事案件审结后，根据民事诉讼法所规定的特别程序审理撤销、变更监护资格诉讼请求。

(十一) 关于未成年被害人隐私权利保护和裁判文书网上公布

《意见》对于办理性侵害未成年人犯罪案件的隐私保护问题作了规定。对外公开的诉讼文书，不得披露未成年被害人的身份信息及可能推断出其身份信息的其他资料，对性侵害的事实注意以适当的方式叙述。其中，需要特别强调的是裁判文书的撰写。调研中发现，有些性侵害案件的裁判文书，在犯罪事实表述、证人证言、被害人陈述、被告人供述的援引、列举方面，不问是否确有必要，事无巨细，记载了大量性侵害的细节，有损裁判文书的严肃性，且公开后，给未成年被害人造成一定伤害，影响被害人及其家庭的正常生活，产生了不良社会影响，应当切实引起注意，并加以改进。

为震慑性侵害犯罪分子，并确保公众对身边潜在的具有性侵害劣迹人员的知情权，加强犯罪特殊预防，当前世界主要国家和地区，如美国、英国、日本和我国香港、台湾地区均通过法案或者单行法律法规，确立了对具有性侵前科的罪犯进行信息登记、公告、追踪识别等制度。

调研过程中，曾有意见提出创设类似性侵害罪犯信息公告制度，但考虑《意见》系指导办案的规范性文件，而公告性侵害罪犯信息涉及对公民权利的限制及公告后对特殊人员的监督管理等一系列问题，故未作规定。但根据有关方面建议，《意见》规定在确保被害人隐私的前提下，人民法院可以在互联网公布已审结生效的强奸、猥亵未成年人犯罪案件的裁判文书。在适用时应当注意，必须确保被害人隐私不被泄露，公布裁判文书前，应当对被害人姓名、住址、就学、工作场所等信息及可能推断出其真实身份的其他信息进行相应技术处理；如果进行技术处理仍无法确保被害人隐私不被泄露，或者确有其他不宜公布的特殊情形的，就不应当公布裁判文书。对于未成年人实施性侵害的案件的裁判文书，从最大限度教育、挽救未成年犯罪人的角度考虑，依法不予公布。

（十二）关于未成年被害人诉讼参与权利的保障

《意见》强化了司法机关对案件处理进展的告知义务及人民法院、人民检察院帮助未成年被害人申请法律援助的义务。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法解释》）第一百八十六条第三款的规定：“不公开审理的案件，任何人不得旁听，但法律另有规定的除外。”性侵害未成年人犯罪案件，因涉及被害人隐私，属于不公开审理的范围，实践中，对于未成年被害人及其法定代理人未提起附带民事诉讼，其近亲属或者法定代理人是否可以参加法庭审理，存在不同认识。

民事诉讼法第一百八十二条第三款规定，人民法院应当通知开庭的对象包括人民检察院，当事人，辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员。法定代理人既不属于当事人，也非诉讼代理人，故对法定代理人出庭问题，认识不一。但民事诉讼法第二百七十条规定，对于未成年人刑事案件，在讯问和审判时，应当通知未成年被告人的法定代理人到场；询问未成年被害人、证人适用该规定。另外，《民事诉讼法解释》在公诉案件一审程序进一步明确、细化了通知被害人的法定代理人出庭及参与法庭调查等问题。故《意见》规定，法定代理人可以在被害人不愿或者因其他原因不能出庭时，代表被害人出庭陈述意见，从而保障未成年被害人的意愿在司法审判中得到充分的尊重和表达。人民法院在办理此类案件时，应当切实保护未成年被害人及其法定代理人参与诉讼尤其是参加法庭审理的权利。

另外，需要附带指出和强调的是，虽然民事诉讼法第一百九十六条未规定判决书的送达范围包括法定代理人，但《民事诉讼法解释》第二百四十七条规定，判决书应当送达法定代理人。人民法院在审理性侵害未成年人犯罪案件时，对此应予以重视。

（撰稿人：周峰 薛淑兰 赵俊甫 肖凤）

【 链 接 】

严惩性侵害未成年人犯罪 切实保护未成年人合法权益

——最高人民法院等四部门有关负责人答记者问

近年来，性侵害未成年人犯罪案件屡屡发生。此类案件严重挑战人类道

德、法律底线，尖利的刺痛社会最敏感的神经，每每引发各界普遍关注和舆论强烈反应。保护未成年人健康安全成长，涉及亿万家庭的幸福，事关社会稳定和国家未来。司法机关对此类案件的处理，既是衡量一个国家司法能力水平高低的标尺，又是观察整个社会能否实现公平正义的窗口。

2013年10月23日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发了《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》（以下简称《意见》）。《意见》对统一司法机关办理性侵害未成年人案件的思想认识，加大惩治性侵害未成年人犯罪力度，提高保护未成年人权益司法水平，无疑具有非常重要的意义。

综观、细析《意见》全文，有两大突出亮点值得称道：一是坚持对侵犯未成年人权利最低限度容忍、最高限度保护原则；二是体现了司法机关积极回应社会呼吁、回应民意关切的中国式司法能动主义。

保护未成年人合法权益是国家的责任，国家必须构建起严密完善的法律制度体系，为未成年人健康安全成长提供最严密的法律保护。《意见》在我国现有的保护未成年人合法权益法律制度的基础上，加强了公、检、法、司各部门之间的有效配合，弥补了立法上的不足和漏洞，使法律规定更加明确、具体、严密。从打击犯罪的角度，《意见》坚持最低限度的容忍，明确提出“依法从严惩治”的基本要求，同时进一步明确必须依法从严惩处的几类犯罪主体从保护未成年人合法权益的角度，《意见》坚持最高限度的保护，规定要通过严格办案程序，坚决杜绝在办案过程中泄露未成年人隐私，坚决避免在办案过程中给未成年人身心带来“次生伤害”。

从近一段时间新闻媒体的报道中我们可以看到，司法机关在打击性侵害未成年人犯罪、保护未成年人合法权益方面做了很多积极努力。但无法回避的是，由于法律适用不准确，执法办案不规范，一些司法机关在处理此类案件上的能力和水平受到质疑。《意见》的出台，既是为统一司法机关的司法行为，更是为回应公众对司法的迫切期待。

2013年9月下旬，云南省大关县法院对国家机关工作人员郭某强奸4岁女童案作出一审判决，判处郭某有期徒刑5年，不承担民事责任。此案明显过轻的判决结果引起了舆论强烈不满，导致上级检察机关抗诉。判决畸轻既不利于保护未成年人合法权益，更易引发公众司法不公的联想。对此，《意见》不但明确规定性侵害未成年人必须依法严惩，而且进一步明确了国家机关工作人员实施此类犯罪行为“更要依法严惩”。

2013年5月，海南省万宁县某小学校长带女生集体开房案成为舆论焦点，“校园性侵”频发让未成年人无处可逃，强烈的痛感使这一案件久久地印在人们心中。对此，《意见》提出，“对幼女负有特殊职责的人员与幼女发生性关系

的，以强奸罪论处”；“以金钱财物等方式引诱幼女与自己发生性关系的”，以强奸罪论处。

2008年，“习水嫖宿幼女案”成为当年最轰动的新闻事件之一，此案由此引发了人们对“嫖宿幼女罪”这一刑法罪名的存废之争，有舆论认为该罪名正成为强奸幼女的“免死金牌”。其实，“嫖宿幼女罪”的立法本意是要对嫖宿幼女行为加重处罚，因为强奸罪的起刑点是3年，而“嫖宿幼女罪”的起刑点是5年，只是在最高刑上强奸罪有死刑，而“嫖宿幼女罪”的最高刑只有15年。但是人们对此罪名的耿耿于怀，也确实说明在司法实践中“嫖宿幼女罪”对犯罪分子来讲有空子可钻。对此，《意见》在司法操作层面进一步予以完善，明确了对不满12周岁幼女的绝对保护原则，无论行为人是否“明知”对方是幼女，一律以“明知”论处。而对12~14周岁的幼女在行为人是否构成“明知”上，也有了更加明确、具体、可操作的司法标准。《意见》同时规定，“知道或者应当知道幼女被他人强迫卖淫而仍与其发生性关系的，均以强奸罪论处”等。这些规定收紧了“嫖宿幼女罪”的口子，避免了其成为“免死”借口。

2013年7月，湖南省永州市一位12岁的幼女被强奸后怀孕，为了取证被迫生子。及时调查取证是性侵害未成年人案件发生后降低损害、公正处理的基础。对此，《意见》专章规范了办案程序，提出公安机关对性侵害未成年人案件要及时受理，无论是否属本单位管辖，都应当采取措施。这样的规定，既避免了办案机关相互推诿，又保障了案件及时办理。

围绕《意见》的出台背景和主要内容，最高人民法院刑事审判第一庭庭长周峰、最高人民检察院研究室副主任肖振猛、公安部法制局副局长孙萍和司法部法制司副司长薛春喜回答了《人民法院报》记者的问题。

一、问：《意见》对教师、监护人、国家工作人员、医生等负有特殊职责的人员的性侵害未成年人行为规定了较多内容，并要求从重处罚。请问，这是出于什么考虑？是不是因为这类性侵害犯罪在当前比较突出和多发

周峰：负有特殊职责的人员对未成年人实施性侵害，既违背了其本身肩负的职责，也严重挑战社会基本伦理道德。同时，该类性侵害犯罪更为隐蔽，持续时间通常更长，一般人难以发现，未成年被害人更难以抗拒和向有关部门揭露，社会危害更大。因此，应当依法严惩。

国家工作人员理应做模范守法和保护未成年人的表率，而极少数国家工作人员性侵害未成年人，与普通公民实施性侵害相比，社会影响更为恶劣，也应当依法严惩。

最高人民法院从全国收集了近几年审结的320多件性侵害未成年人的典型案例，经过统计，其中，教师性侵害学生、特殊家庭中监护人性侵害未成年人

的案件比例，分别占全部案例的6%左右，而国家工作人员、医生等其他负有特殊职责的人员，性侵害未成年人所占比例更低。从文化程度和职业来看，初中及以下文化程度的被告人占82%，无业人员近1/4。当然，限于样本数量，统计不一定非常全面，但可以从侧面说明，这类案件所占比例不是很高。

但是，鉴于此类性侵害犯罪的严重危害性和恶劣社会影响，必须坚持零容忍态度，发现一起，就必须严肃处理一起，切实做到依法严惩。

二、问：请问，《意见》对性侵害未成年人犯罪的被告人应当承担的民事赔偿有什么新的规定

周峰：《意见》对于被告人应当承担的民事赔偿范围作出了明确规定。第31条规定，对未成年被害人进行康复治疗所支付的医疗费、护理费、交通费、误工费等合理费用，被害人及其法定代理人、近亲属提出赔偿请求的，人民法院依法予以支持。其中，康复治疗费用既包括进行身体康复治疗所支出的费用，也包括进行精神康复治疗所支出的费用。

性侵害未成年人犯罪，对被害人最大的伤害往往是精神和心理上的伤害，被害人到医院进行精神康复治疗所支付的医疗费，被害人提供相关证据的，如医院出具的收费凭证，人民法院依法予以支持。

三、问：检察机关审查移送起诉性侵害未成年人犯罪案件，应该如何把握《意见》第25条规定的从严惩处情形

肖振猛：《意见》第25条从犯罪主体、犯罪地点、犯罪手段、犯罪对象、犯罪后果、行为人的一贯表现等方面，对从重处罚情节作了具体规定，体现了依法严惩的刑事政策。

检察机关办理性侵害未成年人犯罪案件，要注意查明犯罪嫌疑人的身份状况，实施犯罪的地点、手段，犯罪的危害后果等是否符合《意见》第25条明列的七种情形。符合上述情形的，应该依法追诉，并提出从严惩处的量刑建议。

四、问：近年来，公安机关在防范打击性侵害未成年人犯罪方面做了哪些工作

孙萍：近年来，公安机关高度关注“留守儿童”、单亲儿童等人群，加强对城乡接合部、出租屋等重点区域治安管控，会同教育、综治等有关部门开展“护校安园”行动，向中小学校选派了34万名优秀公安民警担任学校法制副校长或法制辅导员，还为未成年人编辑出版了形式多样的安全教育书籍，不断加强防范性侵害安全教育，积极防止性侵害未成年人犯罪的发生。

性侵害未成年人犯罪案件一旦发生，公安机关即组织专门力量迅速立案，快速侦破，并注意与检察机关、法院加强协作配合，以有力打击性侵害未成年人犯罪行为。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部
印发《关于依法办理家庭暴力犯罪
案件的意见》的通知

2015年3月2日

法发〔2015〕4号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法局：

为积极预防和有效惩治家庭暴力犯罪，加强对家庭暴力被害人的刑事司法保护，现将《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》印发给你们，请认真贯彻执行。

附：

关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见

发生在家庭成员之间，以及具有监护、扶养、寄养、同居等关系的共同生活人员之间的家庭暴力犯罪，严重侵害公民人身权利，破坏家庭关系，影响社会和谐稳定。人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关应当严格履行职责，充分运用法律，积极预防和有效惩治各种家庭暴力犯罪，切实保障人权，维护社会秩序。为此，根据刑法、刑事诉讼法、婚姻法、未成年人保护法、老年人权益保障法、妇女权益保障法等法律，结合司法实践经验，制定本意见。

一、基本原则

1. 依法及时、有效干预。针对家庭暴力持续反复发生，不断恶化升级的特点，人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关对已发现的家庭暴

力，应当依法采取及时、有效的措施，进行妥善处理，不能以家庭暴力发生在家庭成员之间，或者属于家务事为由而置之不理，互相推诿。

2. 保护被害人安全和隐私。办理家庭暴力犯罪案件，应当首先保护被害人的安全。通过对被害人进行紧急救治、临时安置，以及对施暴人采取刑事强制措施、判处刑罚、宣告禁止令等措施，制止家庭暴力并防止再次发生，消除家庭暴力的现实侵害和潜在危险。对与案件有关的个人隐私，应当保密，但法律有特别规定的除外。

3. 尊重被害人意愿。办理家庭暴力犯罪案件，既要严格依法进行，也要尊重被害人的意愿。在立案、采取刑事强制措施、提起公诉、判处刑罚、减刑、假释时，应当充分听取被害人意见，在法律规定的范围内作出合情、合理的处理。对法律规定可以调解、和解的案件，应当在当事人双方自愿的基础上进行调解、和解。

4. 对未成年人、老年人、残疾人、孕妇、哺乳期妇女、重病患者特殊保护。办理家庭暴力犯罪案件，应当根据法律规定和案件情况，通过代为告诉、法律援助等措施，加大对未成年人、老年人、残疾人、孕妇、哺乳期妇女、重病患者的司法保护力度，切实保障他们的合法权益。

二、案件受理

5. 积极报案、控告和举报。依照刑事诉讼法第一百零八条第一款“任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报”的规定，家庭暴力被害人及其亲属、朋友、邻居、同事，以及村（居）委会、人民调解委员会、妇联、共青团、残联、医院、学校、幼儿园等单位、组织，发现家庭暴力，有权利也有义务及时向公安机关、人民检察院、人民法院报案、控告或者举报。

公安机关、人民检察院、人民法院对于报案人、控告人和举报人不愿意公开自己的姓名和报案、控告、举报行为的，应当为其保守秘密，保护报案人、控告人和举报人的安全。

6. 迅速审查、立案和转处。公安机关、人民检察院、人民法院接到家庭暴力的报案、控告或者举报后，应当立即问明案件的初步情况，制作笔录，迅速进行审查，按照刑事诉讼法关于立案的规定，根据自己的管辖范围，决定是否立案。对于符合立案条件的，要及时立案。对于可能构成犯罪但不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理，并且通知报案人、控告人或者举报人；对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。

经审查，对于家庭暴力行为尚未构成犯罪，但属于违反治安管理行为的，

应当将案件移送公安机关，依照治安管理处罚法的规定进行处理，同时告知被害人可以向人民调解委员会提出申请，或者向人民法院提起民事诉讼，要求施暴人承担停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

7. 注意发现犯罪案件。公安机关在处理人身伤害、虐待、遗弃等行政案件过程中，人民法院在审理婚姻家庭、继承、侵权责任纠纷等民事案件过程中，应当注意发现可能涉及的家庭暴力犯罪。一旦发现家庭暴力犯罪线索，公安机关应当将案件转为刑事案件办理，人民法院应当将案件移送公安机关；属于自诉案件的，公安机关、人民法院应当告知被害人提起自诉。

8. 尊重被害人的程序选择权。对于被害人有证据证明的轻微家庭暴力犯罪案件，在立案审查时，应当尊重被害人选择公诉或者自诉的权利。被害人要求公安机关处理的，公安机关应当依法立案、侦查。在侦查过程中，被害人不再要求公安机关处理或者要求转为自诉案件的，应当告知被害人向公安机关提交书面申请。经审查确系被害人自愿提出的，公安机关应当依法撤销案件。被害人就这类案件向人民法院提起自诉的，人民法院应当依法受理。

9. 通过代为告诉充分保障被害人自诉权。对于家庭暴力犯罪自诉案件，被害人无法告诉或者不能亲自告诉的，其法定代理人、近亲属可以告诉或者代为告诉；被害人是无行为能力人、限制行为能力人，其法定代理人、近亲属没有告诉或者代为告诉的，人民检察院可以告诉；侮辱、暴力干涉婚姻自由等告诉才处理的案件，被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院也可以告诉。人民法院对告诉或者代为告诉的，应当依法受理。

10. 切实加强立案监督。人民检察院要切实加强对于家庭暴力犯罪案件的立案监督，发现公安机关应当立案而不立案的，或者被害人及其法定代理人、近亲属，有关单位、组织就公安机关不予立案向人民检察院提出异议的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为不立案理由不成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案；认为不立案理由成立的，应当将理由告知提出异议的被害人及其法定代理人、近亲属或者有关单位、组织。

11. 及时、全面收集证据。公安机关在办理家庭暴力案件时，要充分、全面地收集、固定证据，除了收集现场的物证、被害人陈述、证人证言等证据外，还应当注意及时向村（居）委会、人民调解委员会、妇联、共青团、残联、医院、学校、幼儿园等单位、组织的工作人员，以及被害人的亲属、邻居等收集涉及家庭暴力的处理记录、病历、照片、视频等证据。

12. 妥善救治、安置被害人。人民法院、人民检察院、公安机关等负有保护公民人身安全职责的单位和组织，对因家庭暴力受到严重伤害需要紧急救治的被害人，应当立即协助联系医疗机构救治；对面临家庭暴力严重威胁，或者

处于无人照料等危险状态，需要临时安置的被害人或者相关未成年人，应当通知并协助有关部门进行安置。

13. 依法采取强制措施。人民法院、人民检察院、公安机关对实施家庭暴力的犯罪嫌疑人、被告人，符合拘留、逮捕条件的，可以依法拘留、逮捕；没有采取拘留、逮捕措施的，应当通过走访、打电话等方式与被害人或者其法定代理人、近亲属联系，了解被害人的人身安全状况。对于犯罪嫌疑人、被告人再次实施家庭暴力的，应当根据情况，依法采取必要的强制措施。

人民法院、人民检察院、公安机关决定对实施家庭暴力的犯罪嫌疑人、被告人取保候审的，为了确保被害人及其子女和特定亲属的安全，可以依照刑事诉讼法第六十九条第二款的规定，责令犯罪嫌疑人、被告人不得再次实施家庭暴力；不得侵扰被害人的生活、工作、学习；不得进行酗酒、赌博等活动；经被害人申请且有必要的，责令不得接近被害人及其未成年子女。

14. 加强自诉案件举证指导。家庭暴力犯罪案件具有案发周期较长、证据难以保存，被害人处于相对弱势、举证能力有限，相关事实难以认定等特点。有些特点在自诉案件中表现得更为突出。因此，人民法院在审理家庭暴力自诉案件时，对于因当事人举证能力不足等原因，难以达到法律规定的证据要求的，应当及时对当事人进行举证指导，告知需要收集的证据及收集证据的方法。对于因客观原因不能取得的证据，当事人申请人民法院调取的，人民法院应当认真审查，认为确有必要的，应当调取。

15. 加大对被害人的法律援助力度。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日内，人民法院自受理案件之日起三日内，应当告知被害人及其法定代理人或者近亲属有权委托诉讼代理人，如果经济困难，可以向法律援助机构申请法律援助；对于被害人是未成年人、老年人、重病患者或者残疾人等，因经济困难没有委托诉讼代理人的，人民检察院、人民法院应当帮助其申请法律援助。

法律援助机构应当依法为符合条件的被害人提供法律援助，指派熟悉反家庭暴力法律法规的律师办理案件。

三、定罪处罚

16. 依法准确定罪处罚。对故意杀人、故意伤害、强奸、猥亵儿童、非法拘禁、侮辱、暴力干涉婚姻自由、虐待、遗弃等侵害公民人身权利的家庭暴力犯罪，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度，严格依照刑法的有关规定判处。对于同一行为同时触犯多个罪名的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

17. 依法惩处虐待犯罪。采取殴打、冻饿、强迫过度劳动、限制人身自由

内容由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家巨力法律书制作发布

由、恐吓、侮辱、谩骂等手段，对家庭成员的身体和精神进行摧残、折磨，是实践中较为多发的虐待性质的家庭暴力。根据司法实践，具有虐待持续时间较长、次数较多；虐待手段残忍；虐待造成被害人轻微伤或者患较严重疾病；对未成年人、老年人、残疾人、孕妇、哺乳期妇女、重病患者实施较为严重的虐待行为等情形，属于刑法第二百六十条第一款规定的虐待“情节恶劣”，应当依法以虐待罪定罪处罚。

准确区分虐待犯罪致人重伤、死亡与故意伤害、故意杀人犯罪致人重伤、死亡的界限，要根据被告人的主观故意、所实施的暴力手段与方式、是否立即或者直接造成被害人伤亡后果等进行综合判断。对于被告人主观上不具有侵害被害人健康或者剥夺被害人生命的故意，而是出于追求被害人肉体和精神上的痛苦，长期或者多次实施虐待行为，逐渐造成被害人身体损害，过失导致被害人重伤或者死亡的；或者因虐待致使被害人不堪忍受而自残、自杀，导致重伤或者死亡的，属于刑法第二百六十条第二款规定的虐待“致使被害人重伤、死亡”，应当以虐待罪定罪处罚。对于被告人虽然实施家庭暴力呈现出经常性、持续性、反复性的特点，但其主观上具有希望或者放任被害人重伤或者死亡的故意，持凶器实施暴力，暴力手段残忍，暴力程度较强，直接或者立即造成被害人重伤或者死亡的，应当以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。

依法惩处遗弃犯罪。负有扶养义务且有扶养能力的人，拒绝扶养年幼、年老、患病或者其他没有独立生活能力的家庭成员，是危害严重的遗弃性质的家庭暴力。根据司法实践，具有对被害人长期不予照顾、不提供生活来源；驱赶、逼迫被害人离家，致使被害人流离失所或者生存困难；遗弃患严重疾病或者生活不能自理的被害人；遗弃致使被害人身体严重损害或者造成其他严重后果等情形，属于刑法第二百六十一条规定的遗弃“情节恶劣”，应当依法以遗弃罪定罪处罚。

准确区分遗弃罪与故意杀人罪的界限，要根据被告人的主观故意、所实施行为的时间与地点、是否立即造成被害人死亡，以及被害人对被告人的依赖程度等进行综合判断。对于只是为了逃避扶养义务，并不希望或者放任被害人死亡，将生活不能自理的被害人弃置在福利院、医院、派出所等单位或者广场、车站等行人较多的场所，希望被害人得到他人救助的，一般以遗弃罪定罪处罚。对于希望或者放任被害人死亡，不履行必要的扶养义务，致使被害人因缺乏生活照料而死亡，或者将生活不能自理的被害人带至荒山野岭等人迹罕至的场所扔弃，使被害人难以得到他人救助的，应当以故意杀人罪定罪处罚。

18. 切实贯彻宽严相济刑事政策。对于实施家庭暴力构成犯罪的，应当根据罪刑法定、罪刑相适应原则，兼顾维护家庭稳定、尊重被害人意愿等因素综合考虑，宽严并用，区别对待。根据司法实践，对于实施家庭暴力手段残忍或

者造成严重后果；出于恶意侵占财产等卑劣动机实施家庭暴力；因酗酒、吸毒、赌博等恶习而长期或者多次实施家庭暴力；曾因实施家庭暴力受到刑事处罚、行政处罚；或者具有其他恶劣情形的，可以酌情从重处罚。对于实施家庭暴力犯罪情节较轻，或者被告人真诚悔罪，获得被害人谅解，从轻处罚有利于被扶养人的，可以酌情从轻处罚；对于情节轻微不需要判处刑罚的，人民检察院可以不予起诉，人民法院可以判处免于刑事处罚。

对于实施家庭暴力情节显著轻微危害不大不构成犯罪的，应当撤销案件、不予起诉，或者宣告无罪。

人民法院、人民检察院、公安机关应当充分运用训诫，责令施暴人保证不再实施家庭暴力，或者向被害人赔礼道歉、赔偿损失等非刑罚处罚措施，加强对施暴人的教育与惩戒。

19. 准确认定对家庭暴力的正当防卫。为了使本人或者他人的人身权利免受不法侵害，对正在进行的家庭暴力采取制止行为，只要符合刑法规定的条件，就应当依法认定为正当防卫，不负刑事责任。防卫行为造成施暴人重伤、死亡，且明显超过必要限度，属于防卫过当，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。

认定防卫行为是否“明显超过必要限度”，应当以足以制止并使防卫人免受家庭暴力不法侵害的需要为标准，根据施暴人正在实施家庭暴力的严重程度、手段的残忍程度，防卫人所处的环境、面临的危险程度、采取的制止暴力手段、造成施暴人重大损害的程度，以及既往家庭暴力的严重程度等进行综合判断。

20. 充分考虑案件中的防卫因素和过错责任。对于长期遭受家庭暴力后，在激愤、恐惧状态下为了防止再次遭受家庭暴力，或者为了摆脱家庭暴力而故意杀害、伤害施暴人，被告人的行为具有防卫因素，施暴人在案件起因上具有明显过错或者直接责任的，可以酌情从宽处罚。对于因遭受严重家庭暴力，身体、精神受到重大损害而故意杀害施暴人；或者因不堪忍受长期家庭暴力而故意杀害施暴人，犯罪情节不是特别恶劣，手段不是特别残忍的，可以认定为刑法第二百三十二条规定的故意杀人“情节较轻”。在服刑期间确有悔改表现的，可以根据其家庭情况，依法放宽减刑的幅度，缩短减刑的起始时间与间隔时间；符合假释条件的，应当假释。被杀害施暴人的近亲属表示谅解的，在量刑、减刑、假释时应当予以充分考虑。

四、其他措施

21. 充分运用禁止令措施。人民法院对实施家庭暴力构成犯罪被判处管制或者宣告缓刑的犯罪分子，为了确保被害人及其子女和特定亲属的人身安全，

可以依照刑法第三十八条第二款、第七十二条第二款的规定，同时禁止犯罪分子再次实施家庭暴力，侵扰被害人的生活、工作、学习，进行酗酒、赌博等活动；经被害人申请且有必要的，禁止接近被害人及其未成年子女。

22. 告知申请撤销施暴人的监护资格。人民法院、人民检察院、公安机关对于监护人实施家庭暴力，严重侵害被监护人合法权益的，在必要时可以告知被监护人及其他有监护资格的人员、单位，向人民法院提出申请，要求撤销监护人资格，依法另行指定监护人。

23. 充分运用人身安全保护措施。人民法院为了保护被害人的人身安全，避免其再次受到家庭暴力的侵害，可以根据申请，依照民事诉讼法等法律的相关规定，作出禁止施暴人再次实施家庭暴力、禁止接近被害人、迁出被害人的住所等内容的裁定。对于施暴人违反裁定的行为，如对被害人进行威胁、恐吓、殴打、伤害、杀害，或者未经被害人同意拒不迁出住所的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

24. 充分运用社区矫正措施。社区矫正机构对因实施家庭暴力构成犯罪的被判处管制、宣告缓刑、假释或者暂予监外执行的犯罪分子，应当依法开展家庭暴力行为矫治，通过制定有针对性的监管、教育和帮助措施，矫正犯罪分子的施暴心理和行为恶习。

25. 加强反家庭暴力宣传教育。人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关应当结合本部门工作职责，通过以案说法、社区普法、针对重点对象法制教育等多种形式，开展反家庭暴力宣传教育活动，有效预防家庭暴力，促进平等、和睦、文明的家庭关系，维护社会和谐、稳定。

【解 读】

解读《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》

为了积极预防和惩治家庭暴力犯罪，加强对家庭暴力被害人的刑事司法保护，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2015年3月2日共同印发了《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》（法发〔2015〕4号，以下简称《意见》）。《意见》是我国第一个全面反家庭暴力的刑事司法指导性文件，对于公正、高效、规范办理家庭暴力犯罪案件，保护公民合法权益，促进平等、和睦、文明的家庭关系，维护社会和谐、稳定，具有积极意义。

一、出台《意见》的背景和过程

近年来,我国家庭暴力时有发生,引起媒体广泛报道,成为社会关注的热点问题。一些严重侵害人身权利的家庭暴力犯罪令人触目惊心,如浙江金华一母亲将4岁儿子灌汽油烧伤致死,江苏南京一母亲将两个女儿活活饿死,广东惠州一名5岁女童遭父母虐待致死等案件,引起了全社会的震惊与愤怒。加大对家庭暴力的司法干预力度,依法预防和惩治家庭暴力犯罪,最大限度地减少家庭暴力的发生,已经成为社会共识。当前,我国司法干预家庭暴力的法律制度尚不完善,虽然《婚姻法》《未成年人保护法》《老年人权益保障法》《妇女权益保障法》等都有禁止家庭暴力的原则性规定,但司法实践中还缺乏系统的、可操作的规范性文件,司法机关难以针对家庭暴力犯罪案件的特点作出有效应对,被害人的合法权益难以得到及时保护。对此,社会各界反映强烈。全国人大代表、政协委员多次提交议案、提案,建议加强、完善反家庭暴力的立法、司法工作。

最高人民法院高度重视对家庭暴力的司法应对。周强院长多次批示,要求人民法院深入调研,充分运用法律武器,切实保护家庭暴力被害人的合法权益。为此,最高人民法院专门成立了课题组,经深入实地调研、征集典型案例、确立改革试点法院、开展入户调查和网络调查、访谈家庭暴力犯罪服刑人员等,总结归纳出反家庭暴力刑事司法实践还存在着犯罪事实难以发现、刑事立案难以启动、定罪标准不够明确等突出问题。针对这些问题,经与最高人民检察院、公安部、司法部共同深入研究,根据《刑法》《刑事诉讼法》等法律的相关规定,结合司法实践经验,起草了《意见》,又先后征求全国人大法工委、全国妇联、部分高级人民法院、律师、专家学者的意见和建议,召开专门论证会、座谈会20余次,反复修改后,由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部会签下发。

二、对《意见》主要内容的说明

《意见》共25条,包括办理家庭暴力犯罪案件的基本原则、案件受理、定罪处罚、其他措施四个部分。

(一) 确立基本原则,明确办案导向

与其他暴力犯罪相比,家庭暴力犯罪具有一定的特殊性和复杂性。办理家庭暴力犯罪案件,涉及公权干预与私权自治的界限把握,涉及被害人个人利益、家庭群体利益以及严格适用法律的国家利益之间的平衡,政策性强,处理难度大。为集中体现《意见》的指导思想和基本精神,彰显办案宗旨,明确办案导向,指导规则适用,《意见》第一部分确立了办理家庭暴力犯罪案件的四

项基本原则。

《意见》第1条“依法及时、有效干预”原则。家庭暴力一般是强者对弱者的侵害，难以在家庭内部得到平等、有效的解决。基于家庭暴力的严重危害以及政府应当承担的人权保障职责，人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关对家庭暴力应当进行干预。课题组进行的问卷调查结果显示，90%的被调查者认为司法应当干预家庭暴力。所以，“依法及时、有效干预”原则既是明确表达公权力应当干预家庭暴力的基本立场，也是对人民群众呼声的积极回应。贯彻该项原则需要注意以下三点：一是依法干预。不论是办案机关还是办案人员，都要改变“家庭暴力属家务事，公权力不宜介入”的观念，依照法律规定的职责和权限，适时介入并妥善处理家庭暴力案件，不得以家庭暴力发生在家庭成员之间，或者属于家务事由而置之不理、互相推诿。二是及时干预。对已发现的家庭暴力，在可以干预的情况下应当尽早干预，防止家庭暴力反复发生、恶化升级。三是有效干预。应当采取有效措施制止家庭暴力，使被害人从家庭暴力的危险中真正解脱出来。

《意见》第2条“保护被害人安全和隐私”原则。家庭暴力犯罪直接侵害家庭成员人身权利，保护被害人安全是办案首要目标。贯彻该项原则需要注意以下三点：一是对正在发生或者持续发生的家庭暴力犯罪必须及时制止，通过采取拘留、逮捕等强制措施，以及判处刑罚、宣告禁止令等方式，剥夺施暴人再次实施家庭暴力的能力和条件，防止家庭暴力再次发生，使被害人免于家庭暴力的现实侵害和潜在危险。二是对被害人应当给予及时、周到的救治、庇护和法律援助，如协助联系医院或者庇护机构，帮助被害人获得法律援助等，使被害人的人身安全和其他合法权益能够得到有力保障。三是对个人隐私应当保密。办理家庭暴力犯罪案件，往往涉及家庭成员隐私。根据《刑事诉讼法》的规定，不论是对被害人隐私，还是对施暴人或者其他家庭成员的隐私，除法律规定可以公开的以外，均应保密。

《意见》第3条“尊重被害人意愿”原则。课题组进行的问卷调查结果显示，68.29%的被调查者认为，假若施暴人依法应当被逮捕、判刑，而施暴人是家庭主要经济来源，被害人请求不要将施暴人关押服刑的，则不要将施暴人逮捕、判刑。这说明大部分的被调查者认为，办理家庭暴力犯罪案件应当尊重被害人的意愿。从促进家庭和谐、维系家庭关系来说，被害人的意愿可能更符合家庭的实际情况，更有利于解决家庭成员之间的矛盾；从刑事司法的目标来说，要尽可能地做到法、理、情的统一。因此，《意见》第3条提出了“尊重被害人意愿”原则。贯彻该项原则需要注意以下两点：一是在作出对施暴人、被害人的利益具有重大影响的处理决定时，如立案、采取强制措施、提起公诉、判处刑罚、减刑、假释时，应当充分听取被害人的意见；被害人希望调

解、和解的案件，一般应当进行调解、和解。二是尊重被害人意愿不是绝对的，这里存在两方面的限制。其一，被害人意愿必须是真实的意思表示。对成年人来说，应当是在完全自愿而非受到强制、恐吓或者经济控制的情况下作出的；对不具备完全行为能力的未成年人、精神病人来说，应当从最有利于被害人利益的角度作出决定。其二，尊重被害人意愿必须在法律规定的范围之内，不得违反、突破法律的规定。如丈夫长期虐待妻子造成重伤的，即使被害人不愿意报案，公安机关也应当依法立案侦查。

《意见》第4条对未成年人、老年人、残疾人、孕妇、哺乳期妇女、重病患者“特殊保护”原则。家庭中的未成年人、老年人、残疾人、孕妇、哺乳期妇女、重病患者等，与其他家庭成员相比，处于弱势地位，缺乏自我保护能力，更容易遭受家庭暴力的侵害，难以通过自己的力量获得法律保护。因此，《意见》第4条提出了“特殊保护”原则。贯彻该项原则需要注意：对未成年人实施特殊保护是《未成年人保护法》的明确规定；对老年人、残疾人、孕妇、哺乳期妇女、重病患者实施特殊保护是根据被害人的具体情况，由《意见》首次提出的办案指导性原则。在办案过程中，对于被害人属于上述特殊群体的，应当进行适当的利益倾斜，通过代为告诉、提供更全面的法律援助等措施来保护他们的合法权益。

需要强调的是，上述四项原则作为《意见》的重要内容，不仅是对办理家庭暴力犯罪案件提出的一般要求，也是对办案机关、办案人员司法自由裁量权的指引和限制。办理家庭暴力犯罪案件首先应当依照法律规定。当法律规定存在较大的自由裁量空间，或者存在冲突或漏洞时，则应当根据上述原则作出合理的裁量、选择或弥补。同时，四项原则之间并非总是处于相融相洽的状态。如被害人面临家庭暴力危险却又不希望公安机关介入时，保护被害人安全原则与尊重被害人意愿原则将不能同时适用，也不存在某项原则绝对优先适用的问题。在这种情况下，应当将上述原则所体现的需要着重考虑的多种利益和价值，与具体案情相结合，经综合评估、权衡后审慎处理。

（二）明确程序规定，加强司法干预

为充分发挥司法程序对家庭暴力犯罪案件的干预和矛盾化解功能，确保案件能够进入司法程序，得到及时、公正处理，《意见》第二部分就家庭暴力犯罪案件的发现与受理，证据收集与强制措施，以及诉讼过程中的被害人保护作了具体规定。

1. 积极拓宽犯罪事实发现渠道

家庭暴力犯罪发生在家庭内部，外人难以知晓；被害人或其近亲属、邻居、同事即使知道，受“家丑不可外扬”“疏不间亲”等观念影响，也不敢或不想报案，导致司法机关难以及时发现家庭暴力犯罪事实。要加强对家庭暴力

的司法干预,就必须拓宽发现家庭暴力犯罪事实的渠道。为此,《意见》第5、7条分别作了规定。

《意见》第5条鼓励人民群众积极向司法机关反映家庭暴力犯罪线索,重申《刑事诉讼法》第108条第1款的规定,强调任何单位和个人,包括家庭暴力被害人及其亲属、朋友、邻居、同事,以及村(居)委会、人民调解委员会、妇联、共青团、残联、医院、学校、幼儿园等单位、组织,都有权利也有义务就家庭暴力向司法机关报案、控告或者举报,从而使司法机关得以及时发现家庭暴力犯罪案件。适用该条规定需要注意以下三点:一是对家庭暴力进行报案、控告或者举报,既是单位、个人的权利也是义务,这种权利和义务来源于《刑事诉讼法》的既有规定,而非《意见》的创设。《意见》予以重申,主要是向全社会起到宣示和导向作用。二是对于报案、控告、举报的内容,不要要求必须“构成犯罪”,只要与家庭暴力相关,基于一般公民的判断有可能构成犯罪即可。三是进行报案、控告、举报的主要是被害人及其近亲属、熟人等,基于人之常情,为了避免施暴人可能实施的打击报复,根据《刑事诉讼法》第109条的规定,司法机关对报案人、控告人、举报人负有保密义务和安全保护义务。对于报案人、控告人、举报人不愿意公开自己的姓名以及报案、控告、举报行为的,司法机关应当保守秘密,不得向外界公开;对于已经或者可能遭到施暴人打击报复的报案人、控告人、举报人,司法机关应当采取措施保护他们的安全,以打消报案人、控告人、举报人的后顾之忧,使其敢于报案、控告、举报。

《意见》第7条要求公安机关、人民法院在工作中主动发现家庭暴力犯罪线索。实践中,一些家庭暴力已经构成犯罪,但有的被害人以为属于违反治安管理行为,要求公安机关对施暴人给予行政处罚;有的直接向人民法院提起民事诉讼,要求施暴人承担民事责任,均导致案件没有进入刑事司法程序,施暴人未受到应有的处罚。故《意见》第7条要求,公安机关在处理家庭中发生的人身伤害、虐待、遗弃等治安行政案件,人民法院在审理婚姻家庭、继承、侵权责任纠纷等民事案件时,应当密切注意这些案件是否涉及家庭暴力犯罪,一旦发现犯罪线索的,如果属于公诉案件,公安机关应当将治安案件转为刑事案件办理,人民法院应当将案件移送公安机关立案侦查;如果属于自诉案件,公安机关、人民法院应当告知被害人提起自诉。

2. 迅速立案

立案是刑事诉讼程序启动的重要环节。调研发现,司法机关发现家庭暴力犯罪事实但不予立案的情况比较多见,究其原因,既有观念上的,认为家庭暴力属于家务事,司法机关应当少干预、不干预;也有制度上的,如虐待罪、遗弃罪的入罪标准不够明确,导致不敢轻易立案;还有受客观条件限制的,如自

诉案件被害人往往不知道或者没有能力向人民法院提起自诉。为了解决立案中存在的上述问题,《意见》第6、8、9、10条作了规定。

《意见》第6条明确了公安机关、人民检察院、人民法院接到家庭暴力报案、控告、举报后的审查、立案与转处工作,提出了具体的工作要求:一是迅速审查。公、检、法三机关接到报案、控告、举报后,不论是否属于犯罪案件,均应当立即问明案件的初步情况,制作笔录,按照《刑事诉讼法》关于立案的规定,审查是否达到立案条件,决定是否立案。二是接报单位负责。公、检、法不论哪家机关接报后,都应当受理。经审查,符合立案条件的应当立案;不符合立案条件的应当根据案件情况分别处理。对于可能构成犯罪但不属于自己管辖的,应当移送主管机关,如人民检察院将接报的公诉案件移送公安机关,公安机关将接报的自诉案件移送人民法院;对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的,应当先采取紧急措施,然后移送主管机关;对于未构成犯罪但属于违反治安管理行为的,应当移送公安机关,依照《治安管理处罚法》的规定处理,同时应当告知被害人可以向人民调解委员会提出申请,或者向人民法院提起民事诉讼,要求施暴人承担停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。换言之,对于没有构成犯罪的家庭暴力行为,可以同时追究施暴人的行政责任与民事责任。总之,不能让家庭暴力被害人投诉无门。

《意见》第8条明确了公安机关、人民法院对有证据证明的轻微家庭暴力犯罪案件的受理与立案程序。适用该条规定需要注意以下三点:一是有证据证明的轻微家庭暴力犯罪案件,是指《刑事诉讼法》第204条第2项以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法解释》)第1条第1款第2项规定的案件,实践中涉及的主要有故意伤害案(《刑法》第234条第1款)、非法拘禁案(《刑法》第238条第1款)、遗弃案(《刑法》第261条)等。二是对这类案件,被害人依法享有程序选择权,既可以要求公安机关处理,也可以直接向人民法院提起自诉。无论他们选择哪一种程序,公安机关、人民法院收到后均应当受理。三是如果公安机关已经立案,在侦查过程中,被害人不再要求公安机关处理或者要求转为自诉案件的,公安机关应当告知被害人提交书面申请并进行审查,确系被害人自愿提出的,公安机关应当撤销案件,被害人可以转而向人民法院提起自诉。同理,如果人民法院已经立案,在审理过程中,被害人不再要求继续审理的,可以申请撤诉并转而要求公安机关立案侦查。因自诉人申请撤诉在《刑诉法解释》中已有比较明确的规定,《意见》未再重复。

《意见》第9条明确了人民检察院的代为告诉职责。在轻伤害、侮辱、虐待、遗弃等家庭暴力自诉案件中,被害人如果是未成年人、老年人、重病患者等,客观上不具有或者缺乏告诉能力。为了保障这些被害人向人民法院提起诉讼

讼的权利,《意见》根据《刑法》第98条、《刑法解释》第260条第1款的规定和精神,规定被害人的法定代理人、近亲属可以告诉或者代为告诉,人民检察院在特定情形下也可以告诉。适用该条规定需要注意以下三点:一是被害人无法告诉或者不能亲自告诉的情形,是指《刑法解释》第260条第1款规定的“被害人死亡、丧失行为能力或者因受强制、威吓无法告诉,或者是限制行为能力人以及因年老、患病、盲、聋、哑等不能亲自告诉”。在上述情形下,被害人的法定代理人、近亲属可以告诉或者代为告诉。二是考虑到在父母对未成年子女实施家庭暴力的情况下,施暴人就是被害人的法定代理人,其他近亲属无法越过施暴人代为告诉,很有必要通过公权力强制介入的方式来保障未成年人的合法权益,故《意见》第9条首次提出,对于被害人是无行为能力人、限制行为能力人,其法定代理人、近亲属没有告诉或者代为告诉的,人民检察院可以告诉。三是根据《刑法》第98条的规定,对于侮辱、暴力干涉婚姻自由等告诉才处理的案件,被害人因受强制、威吓无法告诉的,人民检察院也可以告诉。需要强调的是,此种情形下被害人不限于无行为能力人、限制行为能力人,只要是受强制、威吓无法告诉的,人民检察院均可以告诉。

《意见》第10条强调了人民检察院对公安机关的立案监督职责,防止有案不立。其中,除了重申《刑事诉讼法》第111条规定的被害人有权申请人民检察院进行立案监督外,还明确了被害人的法定代理人、近亲属,有关单位、组织也有权申请人民检察院进行立案监督。这既符合《刑事诉讼法》规定立案监督制度的立法精神,也有利于加大对被害人的保护力度。

3. 全面收集证据

证据是认定家庭暴力犯罪事实的依据和基础。考虑到家庭暴力犯罪案件一般具有案发周期较长,证据难以保存,被害人与施暴人共同生活、处于相对弱势、举证能力有限的特点,《意见》第11、14条分别就家庭暴力公诉、自诉案件的证据方面提出了指导意见。

《意见》第11条强调了公安机关及时、充分、全面收集证据的要求。除了收集现场的物证、被害人陈述、证人证言外,还应当及时向村(居)委会、人民调解委员会、妇联、共青团、残联、医院、学校、幼儿园等单位、组织的工作人员,以及被害人的亲属、邻居等收集涉及家庭暴力的处理记录、病历、照片、视频等证据;不仅要收集关于家庭暴力犯罪行为及危害结果的证据,还要收集关于案发起因、当事人有无过错,尤其是家庭暴力历史情况的证据,以完整反映家庭暴力事实的发展经过,为下一步的起诉和审判工作奠定坚实基础。因此,有关单位、组织以及个人在发现家庭暴力或者处理家庭纠纷时,要及时收集、获取、保存相关证据,适时提交司法机关,支持配合司法机关的调取证据工作。

《意见》第14条强调了人民法院对自诉人进行举证指导的职责，要求特别注意自诉人举证能力不足的情况，及时进行举证指导，告知自诉人需要提交哪些证据、如何收集证据。对于因客观原因不能取得的证据，自诉人申请人民法院调取的，人民法院应当认真审查，必要时依法调取相关证据。当然，基于自诉案件中自诉人、被告人的平等地位，从程序公正的角度出发，对于被告人因客观原因申请人民法院调取证据的，人民法院在必要时也应当调取。

4. 强化刑事强制措施

刑事强制措施是防止家庭暴力再次发生，保护被害人的人身安全，保障诉讼顺利进行的必要手段。《意见》第13条明确了办理家庭暴力犯罪案件采取强制措施的具体要求。适用该条规定需要注意以下三点：一是虽然家庭暴力犯罪发生在家庭成员之间，但为了确保被害人不再遭受侵害，对符合拘留、逮捕条件的犯罪嫌疑人、被告人，可以依法拘留、逮捕。二是如果对上述犯罪嫌疑人、被告人没有采取拘留、逮捕措施，公安机关、人民检察院、人民法院应当通过及时回访、打电话等方式，了解被害人的人身安全状况，一旦发现被害人再次或者可能再次遭受家庭暴力的，应当立即采取必要的强制措施，如将施暴人拘留或者逮捕，剥夺其继续实施家庭暴力的条件。这一措施是根据家庭暴力反复发生、不断恶化升级的特点，同时适当借鉴国外对家庭暴力案件重复出警的做法而作出的有针对性的应对。三是对于没有达到拘留、逮捕条件的，视情况可以决定取保候审、监视居住。对取保候审的犯罪嫌疑人、被告人，可以依照《刑事诉讼法》第69条第2款的规定，责令其不得再次实施家庭暴力，不得侵扰被害人的生活、工作、学习，不得进行酗酒、赌博等活动；经被害人申请且有必要的，责令不得接近被害人及其未成年子女。这样既对犯罪嫌疑人、被告人作出了禁止性规定，使其不敢再次实施家庭暴力，又不需要剥夺、限制其人身自由，有利于家庭关系的修复，还有利于节约司法资源。需要强调的是，附带于取保候审措施的禁止性规定，有效期不得长于取保候审期间；如果被害人申请撤销“不得接近被害人及其未成年子女”的禁止性规定的，应当尊重被害人意愿，予以撤销。

5. 加强对被害人的救治、安置和法律援助

人身安全是基本人权。为了保护被害人的人身安全和其他合法权益，《意见》第12、15条分别就加强诉讼过程中的被害人保护提出了指导性意见。

《意见》第12条要求，人民法院、人民检察院、公安机关等负有保护公民人身安全职责的单位和组织，对因家庭暴力受到严重伤害需要紧急救治的被害人，应当立即协助联系医疗机构救治；对面临家庭暴力严重威胁或者处于无人照料等危险状态，需要临时安置的被害人或者相关未成年人，应当通知并协助有关部门，如庇护所、儿童福利机构、民政部门进行安置。这一保护措施对于

使被害人、未成年人脱离施暴人的控制，避免再次遭受家庭暴力，具有重要意义。

《意见》第15条要求，人民检察院、人民法院应当告知被害人有权委托诉讼代理人，如果经济困难，有权申请法律援助。法律援助机构应当为符合条件的被害人提供法律援助，指派熟悉反家庭暴力法律法规的律师办理案件。在上述规定的基础上，《意见》第15条还首次明确，人民检察院、人民法院对于被害人是未成年人、老年人、重病患者或者残疾人等，因经济困难没有委托诉讼代理人的，应当主动帮助其申请法律援助，如直接向法律援助机构发出提供法律援助通知书，以帮助被害人获得法律援助。

（三）准确适用法律，依法惩处家庭暴力犯罪

为准确适用法律，依法惩处家庭暴力犯罪，《意见》第三部分就家庭暴力犯罪案件定罪的一般要求，常见的虐待、遗弃犯罪的入罪与认定标准，如何认定对家庭暴力的正当防卫以及贯彻宽严相济刑事政策等方面作了规定。

1. 明确定罪的一般要求

《意见》第16条明确提出，严重的家庭暴力行为可能构成故意杀人、故意伤害、强奸、猥亵儿童、非法拘禁、侮辱、暴力干涉婚姻自由、虐待、遗弃等犯罪。要严格依照《刑法》规定，认定家庭暴力行为是否已经构成犯罪、构成何种犯罪，对于同一家庭暴力行为同时触犯多个罪名的，应当依照处罚较重的规定定罪处罚。如遗弃致人死亡的，同时构成遗弃罪和过失致人死亡罪；以非法拘禁手段暴力干涉婚姻自由的，同时构成非法拘禁罪和暴力干涉婚姻自由罪，均应择一重罪论处。

2. 明确虐待罪入罪与认定标准

采取殴打、冻饿、强迫过度劳动、限制人身自由、恐吓、侮辱、谩骂等手段，对家庭成员的身体和精神进行摧残、折磨，是实践中较为多发的虐待性质的家庭暴力。依照《刑法》规定，虐待罪以虐待行为“情节恶劣”为入罪要件，但因为“情节恶劣”的具体标准不够明确，导致司法实践中对虐待罪的立案、定罪存在一定困难。《意见》第17条结合司法实践经验，对虐待行为“情节恶劣”的情形进行了细化，规定以下四种情形可以认定为“情节恶劣”，以虐待罪定罪处罚：第一，虐待持续时间较长、次数较多的。起草过程中有意见提出，应当对虐待持续时间和次数进一步明确。但考虑到生活中虐待情形多种多样，有的持续时间长但次数并不多，有的持续时间短但次数却很频繁，不宜对时间和次数作绝对化规定，故最终没有采纳该意见，只是将虐待时间和次数明确提出来作为入罪考量因素之一。但是应当指出，虐待时间和次数是反映虐待严重程度的重要体现，对于长达半年的隔三岔五的虐待行为，显然应当认定为“情节恶劣”。第二，虐待手段残忍的。调研发现，生活中将被害人吊起来

毒打，或者采取针扎、烟头烫、开水淋等残忍手段实施虐待的并不少见。这类虐待行为严重背离亲情伦理，往往造成极其恶劣的社会影响，应当依法惩处。第三，虐待造成被害人轻微伤或者患较严重疾病的。调查发现，一些虐待行为造成了被害人轻微伤，因未达到轻伤程度，无法以故意伤害罪论处，也没有以虐待罪处罚。事实上，依照《人体损伤程度鉴定标准》，虐待即使是造成轻微伤程度的损害后果，如外伤后听力减退、眼球损伤影响视力、肋软骨骨折、外伤性先兆流产等，危害也并非不严重，具有犯罪化处理的必要。同时，考虑到虐待罪的法定刑比故意伤害罪要低，以“轻微伤”作为入罪标准，与故意伤害罪以“轻伤”作为入罪标准，两罪的危害后果与法定刑设置能够大致匹配，合理衔接。至于虐待造成被害人“患较严重的疾病”的规定，同样是基于从严处理该类虐待行为的需要。如长期逼迫被害人住在潮湿场所，造成被害人患严重风湿疾病、行走困难的。“较严重疾病”属于开放性用语，外延比较广泛，难以一一列举，具体认定时，一般可以从是否对被害人身体外观或器官功能造成较大影响，是否反复发作难以治愈，是否对生命健康具有较大危险，是否需要立即住院治疗等方面进行把握。第四，对未成年人、老年人、残疾人、孕妇、哺乳期妇女、重病患者实施较为严重的虐待行为的。认定“较为严重的虐待行为”，仍然需要从虐待的情节、手段、后果等方面综合判断，适当低于对其他家庭成员实施虐待构成犯罪的程度要求，这也是对未成年人等弱势群体进行“特殊保护”原则的体现。

实践中，虐待犯罪致人重伤、死亡与故意伤害、故意杀人犯罪致人重伤、死亡容易产生混淆。为了实现准确定罪、罪刑相适应，《意见》第17条还对相关犯罪的主、客观方面进行了细致辨析，明确对于主观上追求被害人肉体和精神上的痛苦，长期、多次实施虐待逐渐造成被害人身体损害导致重伤、死亡，或者致使被害人因不堪忍受虐待而自残、自杀导致重伤、死亡的，应当以虐待罪定罪处罚；对于希望或者放任被害人重伤、死亡，持凶器实施暴力，暴力手段残忍，暴力程度较强，直接或者立即造成被害人重伤或者死亡的，应当以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。

根据《意见》第17条的规定，在具体适用虐待罪时还需要注意以下两点：第一，多数情形下的虐待表现出经常性、一贯性的特征。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第1条也规定“持续性、经常性的家庭暴力，构成虐待”，但虐待并不限于经常性、一贯性的行为。如虐待手段残忍，或者虐待造成被害人轻微伤的，即使只实施了一次虐待，也有可能构成虐待罪。换言之，虐待罪不以虐待行为的经常性、一贯性为入罪要件。第二，应当准确区分虐待犯罪与因教育方法简单粗暴而打骂、体罚子女行为的界限。一般可以从起因上是否为了教育子女，主观上是出于虐待还是体罚

的故意，手段上是否明显超过正常管教、约束的限度，后果上是否造成较为严重的身体损害等方面进行判断。

3. 明确遗弃罪入罪与认定标准

负有扶养义务且有扶养能力的人，拒绝扶养年幼、年老、患病或者其他没有独立生活能力的家庭成员，是危害严重的遗弃性质的家庭暴力。基于与虐待罪相同的考虑，《意见》第17条对遗弃罪所要求的“情节恶劣”也进行了细化，规定以下四种情形可以认定为“情节恶劣”，以遗弃罪定罪处罚：第一，对被害人长期不予照顾、不提供生活来源的，表现为采取不作为方式遗弃家庭成员。如一些单亲父母不愿意抚养子女，便将子女推给其他亲属，自己长期不管不问，对子女不进行任何的生活照料。第二，驱赶、逼迫被害人离家，致使被害人流离失所或者生存困难的，表现为采取作为方式遗弃家庭成员。如一些子女将年迈体弱的父母赶出家门，致使父母露宿街头，靠捡拾垃圾和他人救济为生。第三，遗弃患严重疾病或者生活不能自理的被害人。这类情形是针对遗弃对象作出的规定。患严重疾病或者生活不能自理的被害人，对扶养人的依赖程度更高，一旦被遗弃，将面临生命健康的重大危险，故对这类情形有必要定罪处罚。第四，遗弃致使被害人身体遭受严重损害或者造成其他严重后果。这类情形是针对遗弃后果作出的规定，其中“身体遭受严重损害或者造成其他严重后果”，一般是指造成被害人轻伤以上，患严重疾病，或者被饿死、冻伤等情形。

实践中，遗弃罪与故意杀人罪容易产生混淆。《意见》第17条对这两类犯罪的主、客观方面也进行了细致辨析，明确对于只是为了逃避扶养义务，但并不希望或者放任被害人死亡，将生活不能自理的被害人弃置在福利院、医院、派出所等单位或者广场、车站等行人较多的场所，希望被害人被他人发现并获得救助的，一般以遗弃罪定罪处罚；对于主观上希望或者放任被害人死亡，不履行必要的扶养义务，造成被害人因缺乏生活照料而死亡，或者将生活不能自理的被害人带至人迹罕至、难以获得救助的场所扔弃的，如将年幼的子女长时间锁在家中致使孩子被饿死，或者将行动艰难的老人带至荒山野岭致使被饿死、冻死的，应当以故意杀人罪定罪处罚。

根据《意见》第17条的规定，在具体适用遗弃罪时应当特别注意，本罪只适用于负有扶养义务，具有扶养能力却拒不扶养的人。对于负有扶养义务，但客观上确实不具有扶养能力的人，不能以本罪论处。

4. 准确认定对家庭暴力的正当防卫

家庭暴力是对家庭成员人身权利的不法侵害。为了使被害人的人身安全得到及时保护，基于“正义不能向不正义让步”的基本理念，《意见》第19条明确要求，行为人对正在实施的家庭暴力采取制止行为的，只要符合正当防卫的

条件,就应当依法认定为正当防卫。《意见》第19条还进一步明确了防卫过当的认定标准。根据《刑法》第20条第2款的规定,防卫过当,是指防卫行为明显超过必要限度造成重大损害。据此,《意见》第19条规定,防卫行为造成施暴人重伤、死亡,并且明显超过必要限度的,属于防卫过当。换言之,防卫行为造成施暴人轻伤以下损害的,不属于刑法意义上的“重大损害”,不构成防卫过当。关于“明显超过必要限度”的认定标准,《意见》第19条亦作了规定,应当以足以制止并使防卫人免受家庭暴力不法侵害的需要为标准,根据施暴人正在实施家庭暴力的严重程度、手段的残忍程度,防卫人所处的环境、面临的危险程度、采取的制止暴力的手段、造成施暴人重大损害的程度,以及既往家庭暴力的严重程度等进行综合判断。

《意见》起草过程中有意见提出,鉴于家庭暴力具有持续反复发生、不断恶化升级的特点,而且家庭暴力被害人在体力等方面往往处于弱势,不得不在家庭暴力实施之时放弃防卫,转而选择在某一次家庭暴力行为已经停止,新的家庭暴力行为还没有实施之际,趁施暴人不备或者处于困倦状态时突然反击,将施暴人致伤、致残甚至致死,以此剥夺施暴人继续侵害的能力,保全自己的人身安全,只要没有超过正当防卫的必要限度,也应当认定为正当防卫。对于该意见,我们认为,澳大利亚等国确有相关判例认定上述情形属于正当防卫,但我国《刑法》关于正当防卫的时间要件非常明确,必须针对正在进行的不法侵害,而上述情形毕竟是在家庭暴力间歇期间实施,突破了《刑法》关于正当防卫的时间要件,而且实务中认定“家庭暴力必然将要发生”确实存在较大难度,故最终没有采纳该意见,而是将上述情形作为重要的酌定从宽处罚情节。

5. 切实贯彻宽严相济刑事政策

《意见》第18、20条全面规定了对家庭暴力犯罪案件,以及由家庭暴力引发的杀害、伤害施暴人案件的处罚,明确了从严、从宽处罚两方面的要求以及具体把握的情形。

第一,宽严相济是我国的基本刑事政策,办理家庭暴力犯罪案件也要切实贯彻这一政策,既不能为了惩处家庭暴力犯罪而一律从严,也不能以这类案件属于婚姻、家庭、恋爱纠纷引发而一律从宽,应当宽严并重、宽严并用、区别对待、平衡处罚。《意见》第18条要求,对于下列情形应当从严把握:(1)实施家庭暴力手段残忍或者造成严重后果的,如持锐器捅刺被害人数十刀,或者采取泼硫酸的手段将被害人毁容的;(2)出于恶意侵占财产等卑劣动机实施家庭暴力的,如为了霸占父母财产而实施家庭暴力,逼迫父母交出财产的;(3)因酗酒、吸毒、赌博等恶习而实施家庭暴力的,多数具有长期性、反复性,对被害人及家庭造成的伤害往往更大,危害后果也更加严重;(4)曾因实施家庭暴力受到刑事处罚、行政处罚;(5)具有其他恶劣情形的。其中,“其他恶劣

情形”，一般是指对多名家庭成员实施家庭暴力、实施家庭暴力引起较大民愤或者造成较大社会影响等。这类情形中的施暴人主观恶性深，人身危险性大，应当从严惩处。对于属于上述5种情形之一的案件，可以酌情从重处罚，该重判的要依法重判，该判处死刑的要依法判处死刑，以达到从严惩处和震慑犯罪分子，有效遏制家庭暴力犯罪的目的。对于下列情形则应当从宽把握：（1）实施家庭暴力犯罪情节较轻，或者被告人真诚悔罪，获得被害人谅解，从轻处罚有利于被扶养人的，可以酌情从轻处罚；（2）犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以不起诉或者免于刑事处罚；（3）情节显著轻微危害不大不构成犯罪的，应当不追究刑事责任。对于上述“犯罪情节较轻”“犯罪情节轻微”“情节显著轻微危害不大不构成犯罪”的具体认定，应当根据所犯罪名的入罪标准，综合犯罪的事实，从犯罪的性质、动机、目的、情节、手段、后果，以及施暴人的主观恶性、人身危险性大小、有无悔改表现等方面进行把握。

第二，为了加强对施暴人的教育与惩戒，做到惩处与教育相结合，《意见》第18条进一步提出，除了运用刑罚这一最严厉的惩罚措施外，司法机关还应当充分运用非刑罚处罚措施，如训诫，责令施暴人保证不再实施家庭暴力，或者向被害人赔礼道歉、赔偿损失等，督促其悔过自新。

第三，实践中因家庭暴力引发的杀害、伤害施暴人构成犯罪的案件还比较常见，人民群众对这类案件的被告人普遍抱有同情心理，希望司法机关从宽处理。调研发现，虽然这类案件判刑时大部分都从宽，但在从宽情节的具体认定以及从宽的幅度方面，各地判罚还不一致。《意见》第20条对这类案件的处罚提出了指导性意见。

一是应当充分考虑案件中的防卫因素和施暴人的过错责任。只要符合正当防卫条件的，就应当认定为正当防卫，依法不负刑事责任；属于防卫过当的，应当依法减轻或者免除处罚。对于长期遭受家庭暴力后，在激愤、恐惧状态下为了防止再次遭受家庭暴力，或者为了摆脱家庭暴力而故意杀害、伤害施暴人的，虽然不能认定为正当防卫，但是被告人从长期遭受家庭暴力的痛苦经历中，知道自己将来仍然面临着难以避免的家庭暴力，遂对施暴人实施杀害、伤害行为，施暴人在案件起因上具有明显过错或者直接责任，故对这类案件可以酌情从宽处罚。这一量刑政策，与最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第22条的规定是一致的。

二是对于因遭受严重家庭暴力，身体、精神受到重大损害而故意杀害施暴人，或者因不堪忍受长期家庭暴力而故意杀害施暴人，犯罪情节不是特别恶劣，手段不是特别残忍的，可以认定为故意杀人“情节较轻”，在3年以上10年以下有期徒刑的法定刑幅度内判处刑罚。需要特别注意的是，上述可以认定为故意杀人“情节较轻”的包括两种不同情形：一种情形要求被告人遭受严重

的家庭暴力且身体、精神受到重大损害，但对其杀害、伤害施暴人的犯罪情节、手段没有特别要求；另一种情形要求被告入长期遭受家庭暴力，且杀害、伤害施暴人的犯罪情节不是特别恶劣，手段不是特别残忍。

三是对于因家庭暴力引发的杀害、伤害施暴人而被判刑的犯罪分子，在服刑期间认罪服法，遵守监规，积极参加学习、劳动，确有悔改表现的，应当依法予以减刑，减刑的幅度可以适当放宽，减刑的起始时间、间隔时间可以相应缩短。符合假释条件的，应当假释。

四是如果被杀害施暴人的近亲属表示谅解的，在量刑、减刑、假释时应当予以充分考虑。调研发现，一些受虐妇女因杀害施暴的丈夫而被判刑，被杀害施暴人的父母既对被告人心存怜悯，又希望被告人能够早日服刑完毕回到家中照顾老人小孩，因此表示谅解，请求司法机关对被告人从宽处罚。一般来说，这类案件的被告人主观恶性不大，再犯可能性极小，被害人近亲属又同意谅解，对被告人量刑、减刑、假释时完全可以较大幅度地从宽处理，以有效化解社会矛盾，促进社会和谐。

需要强调的是，《意见》对于因家庭暴力引发的杀害、伤害施暴人的案件，虽然总体上要求从宽处罚，但绝不是鼓励家庭暴力被害人以暴制暴。“绝不能以犯罪来制止犯罪”，被害人一定要通过正当的法律途径维护自己的合法权益，避免自陷困囿。司法机关也要特别注意，防止犯罪嫌疑人、被告人以遭受家庭暴力为由逃避惩罚或骗取较轻刑罚。为此，司法机关应当根据犯罪嫌疑人、被告人的辩解，及时收集关于家庭暴力发生情况的证据，做到量刑有据，量刑适当。

（四）完善司法保护，积极预防家庭暴力行为

为了建立起全面、系统的反家庭暴力司法应对机制，《意见》第四部分就加强反家庭暴力司法保护衔接以及预防措施作了规定。

1. 加强反家庭暴力民事、行政、刑事保护的衔接

运用法律武器反对家庭暴力，需要民事、行政、刑事保护相互衔接，形成保护链条，才能有效预防和惩治各种形式的家庭暴力。为此，《意见》第22、23条从两方面提出了要求：一是人民法院、人民检察院、公安机关对于监护人实施家庭暴力，严重侵害被监护人合法权益的，在必要时可以告知被监护人及其他有监护资格的人员、单位，申请人民法院撤销监护人资格，依法另行指定监护人。其中，具有监护资格的人员、单位的范围，撤销监护人资格的条件以及申请撤销监护人资格的程序等，可以根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》的相关规定予以确定。二是要求人民法院对于施暴人违反人身安全保护裁定的，可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责

任。起草过程中有意见提出，对于施暴人违反人身安全保护裁定，情节严重的，应当明确规定以“拒不执行裁定罪”论处。该意见有利于为人身安全保护裁定的遵照执行提供强有力的保障。但是也有不同意见认为，拒不执行裁定罪在实践中适用较少，一旦规定，执行效果可能不佳，而且考虑到拒不执行人身安全保护裁定情节严重的行为，也有可能构成比拒不执行裁定罪更重的罪名，如故意杀人罪、强奸罪等，应当择一重罪论处，故最终没有规定对拒不执行人身安全保护裁定情节严重的行为以拒不执行裁定罪论处。

2. 加强对家庭暴力犯罪的预防

为了加强对家庭暴力犯罪的预防，《意见》第21、24、25条分别规定了施暴人宣告禁止令、开展社区矫正，以及反家庭暴力宣传教育措施。第21条要求，人民法院对实施家庭暴力被判处管制或宣告缓刑的犯罪分子，可以同时宣告禁止令，禁止其再次实施家庭暴力，侵扰被害人的生活、工作、学习，进行酗酒、赌博等活动；经被害人申请且有必要的，禁止接近被害人及其未成年子女。第24条要求，社区矫正机构对实施家庭暴力被判处管制、宣告缓刑、假释或者暂予监外执行的犯罪分子开展行为矫治，使施暴人在有针对性的监督管理、教育矫正、社会适应性帮扶的共同作用下，更快地矫正施暴心理和行为恶习，更好地融入社会。第25条要求，人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关应当结合各自的工作职责、工作内容，通过以案说法、社区普法，针对重点对象进行法制教育等多种形式，开展反家庭暴力宣传教育活动，充分发挥法律的威慑、教育和指引功能，减少家庭暴力的发生。

(撰稿人：杨万明)

4. 侵犯财产罪

最高人民法院 印发《关于审理抢劫、抢夺刑事案件 适用法律若干问题的意见》的通知

2005年6月8日

法发〔2005〕8号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

现将《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》印发，供参照执行。执行中有什么问题，请及时报告我院。

附：

关于审理抢劫、抢夺刑事案件 适用法律若干问题的意见

抢劫、抢夺是多发性的侵犯财产犯罪。1997年《刑法》修订后，为了更好地指导审判工作，最高人民法院先后发布了《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《抢劫解释》）和《关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《抢夺解释》）。但是，抢劫、抢夺犯罪案件的情况比较复杂，各地法院在审判过程中仍然遇到了不少新情况、新问题。为准确、统一适用法律，现对审理抢劫、抢夺犯罪案件中较为突出的几个法律适用问题，提出意见如下：

一、关于“入户抢劫”的认定

根据《抢劫解释》第一条规定，认定“入户抢劫”时，应当注意以下三个问题：一是“户”的范围。“户”在这里是指住所，其特征表现为供他人家庭生活

况下，集体宿舍、旅店宾馆、临时搭建工棚等不应认定为“户”，但在特定情况下，如果确实具有上述两个特征的，也可以认定为“户”。二是“入户”目的非法性。进入他人住所须以实施抢劫等犯罪为目的。抢劫行为虽然发生在户内，但行为人不以实施抢劫等犯罪为目的进入他人住所，而是在户内临时起意实施抢劫的，不属于“入户抢劫”。三是暴力或者暴力胁迫行为必须发生在户内。入户实施盗窃被发现，行为人为窝藏赃物、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，如果暴力或者暴力胁迫行为发生在户内，可以认定为“入户抢劫”；如果发生在户外，不能认定为“入户抢劫”。

二、关于“在公共交通工具上抢劫”的认定

公共交通工具承载的旅客具有不特定多数人的特点。根据《抢劫解释》第二条规定，“在公共交通工具上抢劫”主要是指在从事旅客运输的各种公共汽车、大、中型出租车、火车、船只、飞机等正在运营中的机动公共交通工具上对旅客、司售、乘务人员实施的抢劫。在未运营中的大、中型公共交通工具上针对司售、乘务人员抢劫的，或者在小型出租车上抢劫的，不属于“在公共交通工具上抢劫”。

三、关于“多次抢劫”的认定

刑法第二百六十三条第（四）项中的“多次抢劫”是指抢劫三次以上。

对于“多次”的认定，应以行为人实施的每一次抢劫行为均已构成犯罪为前提，综合考虑犯罪故意的产生、犯罪行为实施的时间、地点等因素，客观分析、认定。对于行为人基于一个犯意实施犯罪的，如在同一地点同时对在场的多人实施抢劫的；或基于同一犯意在同一地点实施连续抢劫犯罪的，如在同一地点连续地对途经此地的多人进行抢劫的；或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的，一般应认定为一次犯罪。

四、关于“携带凶器抢夺”的认定

《抢劫解释》第六条规定，“携带凶器抢夺”，是指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或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为。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；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，直接适用刑法第二百六十三条的规定定罪处罚；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，适用刑法第二百六十七条第二款的规定定罪处罚。

五、关于转化抢劫的认定

行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到“数额较大”，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节较轻、危害不大的，一般不以犯罪论处；但具有下列情节之一的，可依照刑法第二百六十九条的规定，以抢劫罪定罪处罚；

(1) 盗窃、诈骗、抢夺接近“数额较大”标准的；

(2) 入户或在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后在户外或交通工具外实施上述行为的；

(3) 使用暴力致人轻微伤以上后果的；

(4) 使用凶器或以凶器相威胁的；

(5) 具有其他严重情节的。

六、关于抢劫犯罪数额的计算

抢劫信用卡后使用、消费的，其实际使用、消费的数额为抢劫数额；抢劫信用卡后未实际使用、消费的，不计数额，根据情节轻重量刑。所抢信用卡数额巨大，但未实际使用、消费或者实际使用、消费的数额未达到巨大标准的，不适用“抢劫数额巨大”的法定刑。

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。

抢劫存折、机动车辆的数额计算，参照执行《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》的相关规定。

七、关于抢劫特定财物行为的定性

以毒品、假币、淫秽物品等违禁品为对象，实施抢劫的，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。

抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物的，以抢劫罪定罪，但行为人仅以其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。

为个人使用，以暴力、胁迫等手段取得家庭成员或近亲属财产的，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；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。

八、关于抢劫罪数的认定

行为人实施伤害、强奸等犯罪行为，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，应以前所实施的具体犯罪与抢劫罪实行数罪并罚；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的，应以前所实施的具体犯罪与盗窃罪实行数罪并罚。

九、关于抢劫罪与相似犯罪的界限

1. 冒充正在执行公务的人民警察、联防人员，以抓卖淫嫖娼、赌博等违法行为为名非法占有财物的行为定性

行为人冒充正在执行公务的人民警察“抓赌”“抓嫖”，没收赌资或者罚款的行为，构成犯罪的，以招摇撞骗罪从重处罚；在实施上述行为中使用暴力或者暴力威胁的，以抢劫罪定罪处罚。行为人冒充治安联防队员“抓赌”“抓嫖”、没收赌资或者罚款的行为，构成犯罪的，以敲诈勒索罪定罪处罚；在实施上述行为中使用暴力或者暴力威胁的，以抢劫罪定罪处罚。

2. 以暴力、胁迫手段索取超出正常交易价钱、费用的钱财的行为定性

从事正常商品买卖、交易或者劳动服务的人，以暴力、胁迫手段迫使他人交出与合理价钱、费用相差不大钱物，情节严重的，以强迫交易罪定罪处罚；以非法占有为目的，以买卖、交易、服务为幌子采用暴力、胁迫手段迫使他人交出与合理价钱、费用相悬殊的钱物的，以抢劫罪定罪处罚。在具体认定时，既要考虑超出合理价钱、费用的绝对数额，还要考虑超出合理价钱、费用的比例，加以综合判断。

3. 抢劫罪与绑架罪的界限

绑架罪是侵害他人人身自由权利的犯罪，其与抢劫罪的区别在于：第一，主观方面不尽相同。抢劫罪中，行为人一般出于非法占有他人财物的故意实施抢劫行为，绑架罪中，行为人既可能为勒索他人财物而实施绑架行为，也可能出于其他非经济目的实施绑架行为；第二，行为手段不尽相同。抢劫罪表现为行为人劫取财物一般应在同一时间、同一地点，具有“当场性”；绑架罪表现为行为人以杀害、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，劫取财物一般不具有“当场性”。

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。

4. 抢劫罪与寻衅滋事罪的界限

寻衅滋事罪是严重扰乱社会秩序的犯罪，行为人实施寻衅滋事的行为时，

客观上也可能表现为强拿硬要公私财物的特征。这种强拿硬要的行为与抢劫罪的区别在于：前者行为人主观上还具有逞强好胜和通过强拿硬要来填补其精神空虚等目的，后者行为人一般只具有非法占有他人财物的目的；前者行为人客观上一般不以严重侵犯他人人身权利的方法强拿硬要财物，而后者行为人则以暴力、胁迫等方式作为劫取他人财物的手段。司法实践中，对于未成年人使用或威胁使用轻微暴力强抢少量财物的行为，一般不宜以抢劫罪定罪处罚。其行为符合寻衅滋事罪特征的，可以寻衅滋事罪定罪处罚。

5. 抢劫罪与故意伤害罪的界限

行为人为索取债务，使用暴力、暴力威胁等手段的，一般不以抢劫罪定罪处罚。构成故意伤害等其他犯罪的，依照刑法第二百三十四条等规定处罚。

十、抢劫罪的既遂、未遂的认定

抢劫罪侵犯的是复杂客体，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的，均属抢劫既遂；既未劫取财物，又未造成他人人身伤害后果的，属抢劫未遂。据此，刑法第二百六十三条规定的八种处罚情节中除“抢劫致人重伤、死亡的”这一结果加重情节之外，其余七种处罚情节同样存在既遂、未遂问题，其中属抢劫未遂的，应当根据刑法关于加重情节的法定刑规定，结合未遂犯的处理原则量刑。

十一、驾驶机动车、非机动车夺取他人财物行为的定性

对于驾驶机动车、非机动车（以下简称“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：

(1) 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；

(2) 驾驶车辆强抢财物时，因被害人放手而采取强拉硬拽方法劫取财物的；

(3) 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。

【解 读】

解读《关于审理抢劫、抢夺刑事案件 适用法律若干问题的意见》

1997年刑法修订后，最高人民法院陆续出台了有关抢劫罪、抢夺罪的司法解释，对于指导审判实践发挥了重要的作用。但是，由于司法实践中不断出现新情况、新问题，司法实务界对刑法和司法解释有关规定的理解和适用上存在歧义，产生了适用法律的不统一，导致定性不当和量刑失衡，有碍司法公正。有鉴于此，最高人民法院在充分调查研究、广泛听取各方面意见的基础上，于2005年6月8日印发了《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《两抢意见》），主要解决司法实践中几个带有普遍性的问题：一是关于抢劫罪的八种加重处罚情节的认定，特别是入户抢劫、在公共交通工具上抢劫、携带凶器抢劫的认定问题；二是关于转化抢劫的条件、特别是转化为具有加重情节抢劫的条件等问题；三是对于实践中存在的一些特殊抢劫对象（如抢劫毒品）和特殊行抢方法（如飞车行抢）等如何定性的问题；四是司法实践中存在的容易与抢劫罪混淆的其他犯罪，如抢劫罪与绑架罪、抢劫罪与敲诈勒索罪、抢劫罪与寻衅滋事罪等，如何区分的问题。《两抢意见》的出台，对于正确适用法律审理好抢劫、抢夺刑事案件将起到积极的作用。本文结合司法实践，就《两抢意见》的理解与适用问题谈一些看法：

一、关于“入户抢劫”的认定

（一）“户”的范围问题。由于“入户抢劫”是法定的加重处罚情节，为了避免对刑法第二百六十三条入户抢劫中的“户”的范围作扩大理解，《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《抢劫案件解释》）第一条将“户”界定为供“他人生活的与外界相对隔离的住所，包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等”，从而将营业场所以及对公众开放的其他场所排除在“户”的范围之外。但是，在司法实践中，对于单位集体宿舍、宾馆客房、临时搭建的工棚等是否属于刑法意义上的“户”仍存在分歧。有种观点认为，单位集体宿舍、宾馆客房、临时搭建的工棚等是供单位职工、学校学生、旅客、民工等日常生活的场所，亦具有与外界相对隔离的特征，符合《抢劫案件解释》对“户”的界定，

属于“户”的范围。我们认为，“户”是保障公民生活自由和安宁的重要场所，进入户内实施的抢劫犯罪行为，对公民的社会安全感的威胁和破坏更为严重，刑法将“入户抢劫”规定为抢劫罪的加重处罚抢劫，予以严厉打击，其目的在于维护“家庭”这一社会生活中最为重要的法益。因此，刑法意义上的“户”，一般应当与家庭生活相联系。所谓家庭生活，一般是指具有血缘或拟制关系的亲属组成的家庭成员相对固定地居住在一起，通常具有两个特点：一是居住成员间具有亲属关系；二是居住的成员比较固定。虽然单位集体宿舍、宾馆客房、临时搭建的工棚等场所具有供他人生活并与外界相对隔离的特征，但其居住的成员一般无亲属关系，且有一定的流动性，不具备家庭生活的基本特征。《两抢意见》第一条在《抢劫案件解释》第一条的基础上，将“户”的特征进一步限定为“供他人家庭生活和与外界相对隔离”的场所。其中，“供他人家庭生活”为功能特征，“与外界相对隔离”为场所特征。只要同时具备上述两个特征的，就应当认定为刑法意义上的“户”；不具备上述两特征的，不属于刑法意义上的“户”。如对于不具备家庭生活功能的集体宿舍、旅店宾馆、临时搭建的工棚等场所，一般不宜认定为“户”；而对于乡村中的“独门独院”中的院落，因其符合供家庭生活使用和与外界相对隔离的特征，应认定为“户”的组成部分，行为人侵入独院中实施抢劫的，属于“入户抢劫”。但对于商住两用性质的房屋，应根据行为人实施抢劫时该房屋所处的状态确定其是否属于“户”，即处于营业状态时，不应视为“户”；在已处于关门歇业，成为生活、休憩的场所时，就属于“户”。此时，行为人以购物为名骗开房门入室抢劫，属于“入户抢劫”。

(二)“入户”目的非法性问题。一种意见认为，入户目的非法性的表述过于宽泛，应直接表述为“为了实施抢劫”。另一种意见认为，从刑法及司法解释的规定看，“入户”并不要求目的非法，且司法实践中对于“临时起意”难以把握，证据上难以认定，因此，不应将入户目的非法性作为认定“入户抢劫”的要件。我们认为，规定入户的非法目的主要是为了解决“入户抢劫”与“在户内抢劫”的区别问题。行为人以实施抢劫等犯罪为目的，非法侵入他人住所实施抢劫行为，其主观恶性及客观危害显然大于在户内临时起意抢劫的行为。不顾及这种差别，将在户内抢劫也视为入户抢劫定罪处罚，不适当地扩大了打击面，也违背刑法罪刑相一致的基本原则。为了突出打击的重点，有必要将入户目的的非法性作为认定入户抢劫的必要条件。《两抢意见》规定，抢劫行为虽然发生在户内，但行为人不以实施抢劫等犯罪为目的进入他人住所，而是临时起意实施抢劫的，不属于“入户抢劫”。关于入户目的非法性的表述，《两抢意见》采用了“为了实施抢劫等犯罪”的字样，一方面限制了非法性目的的范围，只能是为了抢劫等犯罪目的，对于行为人为了实施一般违法行为

(如卖淫、赌博等)而侵入他人住所的,不符合“入户目的非法性”的要件;另一方面入户目的又不能只限于为了实施抢劫犯罪,还应包括为了实施盗窃、诈骗、抢夺等其他犯罪而入户,为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力相威胁的情形。

(三)暴力或胁迫行为的实施地点问题:暴力或胁迫行为是指抢劫的实行行为。有的情况下行为人是户外实施暴力,比如扔石头或施加语言威胁,逼迫受害人交出财物的,虽然也对户内的受害人直接产生了遭受暴力侵害的现实危险,但还不属于发生在户内的狭小空间中的、难以躲避的侵害,毕竟行为人尚未侵入户内,不宜认定为暴力发生于户内;反之,对于行为人非法侵入他人户内实施抢劫,受害人逃出户外,其暴力行为延伸至户外的,暴力行为仍发生于户内。对于行为人入户盗窃被发现,行为人为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而在户外实施暴力的,应以抢劫罪定罪处罚;在户内当场使用暴力或者以暴力相威胁的,应认定为“入户抢劫”。

二、关于“在公共交通工具上抢劫”的认定

司法实践中,对于“公共交通工具”的范围,认识上基本是统一的,主要问题是对于未处于运营状态中的公共交通工具上的司售、乘务人员实施抢劫是否属于在公共交通工具上抢劫?《两抢意见》第二条规定,“在公共交通工具上抢劫”主要是指在从事旅客运输的各种公共汽车、大、中型出租车、火车、船只、飞机等正在运营中的机动公共交通工具上对旅客、司售、乘务人员实施的抢劫。在未运营的大、中型公共交通工具上针对司售、乘务人员抢劫的,或者在小型出租车上抢劫的,不属于“在公共交通工具上抢劫”。其主要理由是,公共交通工具承载的旅客具有不特定多数的特点,只有在其运营时才具备公共交通的功能,未运营时就不具备这种功能。

此外,还有一个问题,即对于行为人在公共交通工具上以麻醉方式抢劫特定旅客的是否应认定为“在公共交通工具上抢劫”?《两抢意见》没有规定,但实践中也存在不同的认识。有种观点认为,在公共交通工具上抢劫除了具有针对不特定多数人实施抢劫的特征外,还应具有“公然性”特征,即行为人在无视其行为是否被其他人察觉的情形下,蔑视公共交通工具中的他人的存在,公然以暴力或胁迫方法劫财。在公共交通工具上以麻醉的方式抢劫特定旅客的,行为人的主观故意内容与在公共交通工具上抢劫有所不同,不具有无视他人存在的心理,不具有公然性特征,与在公共交通工具上公然抢劫他人财物相比,危害性较小,依照罪刑相适应的原则,对行为人不适用加重处罚条款,不宜认定为“在公共交通工具上抢劫”。我们认为,根据刑法的规定,“在公共交通工具上抢劫”的本质特征就是行为人在特定交通工具上针对不确定的多数人实

施抢劫。公共交通工具对于社会公共秩序具有重要意义，刑法给予突出保护也是应该的。一般说来，行为人只要主观上具有在运营中的公共交通工具上抢劫的故意，客观上实施了暴力劫财的行为，无论其具体的抢劫手段是公开还是秘密的，无论其行为是否被他人察觉，均可构成“在公共交通工具上抢劫”。将“公然性”作为在公共交通工具上抢劫的特征不能涵盖此类犯罪的本质特征，也与立法意图不完全吻合。因此，对于行为人在公共交通工具上以麻醉方式抢劫旅客，符合在公共交通工具上抢劫特征的，应认定为“在公共交通工具上抢劫”。

三、关于“多次抢劫”的认定

“多次抢劫”是刑法规定的抢劫罪的八种加重情节之一。立法者认为，出于非法占有他人财物的目的，一而再、再而三地以暴力或暴力相威胁的方法劫取公私财物，显示了行为人具有较深的主观恶性和社会危害性，理应承担加重刑罚。司法实践中存在的问题主要是如何认定“多次”的问题。我们在调研过程中发现，各地的认识有较大差异，有的将3次认定为“多次”，有的将4次或者5次认定为“多次”，严重影响了刑法适用的统一性。但“多次”的认定既要反映社会生活中一般人的认识观念，又应当与刑法其他条文中“多次”的含义保持一致，考虑到《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《盗窃案件解释》）第四条已将刑法第二百六十四条规定的“多次盗窃”，解释为“一年内入户盗窃或者在公共场所扒窃三次以上的”，《两抢意见》第三条规定，刑法第二百六十三条第（四）项中的“多次抢劫”，是指抢劫3次以上。

此外，“次”的界定，也是司法实践中容易产生争议的问题。《两抢意见》第三条规定，应以行为人实施的每一次抢劫行为均已构成犯罪为前提，综合考虑犯罪故意的产生、犯罪行为实施的时间、地点等因素，客观分析、认定。对于行为人基于一个犯意实施犯罪的，如在同一地点同时对在场的多人实施抢劫的；或基于同一犯意在同一地点实施连续抢劫犯罪的，如在同一地点连续地对途经此地的多人进行抢劫的；或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的，一般应认定为一次犯罪。换言之，认定是否属于一次抢劫，应从同一犯罪故意、犯罪时间的连续性、地点的相近性等三个因素考虑。

四、关于“携带凶器抢夺”的认定

由于携带凶器抢夺，表明行为人具有以暴力或以暴力相威胁劫取他人财物的心理准备和主观故意，并已实施了暴力的预备行为，严重危及他人的人身安全，具有比抢夺罪更大的社会危害性。因此，刑法第二百六十七条第二款规

定，携带凶器抢夺的，依照抢劫罪定罪处罚。《抢劫案件解释》第六条规定，携带凶器抢夺是指携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械进行抢夺或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为。但由于我国一些少数民族具有随身携带刀具防身的风俗习惯，汉族公民中也存在有些人随身携带水果刀自用的习惯，对于上述人员临时起意，抢夺孤身行走的受害人的财物，但并未显示或使用随身携带的刀具的，一律按照抢劫罪定罪处罚，既不符合罪刑相适应原则，也不符合立法本意。《两抢意见》第四条规定，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；行为人将随身携带的凶器有意加以显示、能为被害人察觉到的，直接适用刑法第二百六十三条的规定定罪处罚；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，适用刑法第二百六十七条第二款的规定定罪处罚。

在具体处理“携带凶器抢夺”案件时，需要注意把握以下三个问题：

一是对于携带非国家禁止个人携带的管制性器械抢夺他人财物的，认定为携带凶器抢夺，以抢劫罪定罪处罚，需符合本罪的构成要件，即行为人主观上具有携带非管制性器械非法占有公私财物的故意，客观上实施了携带凶器抢夺公私财物的行为。因此，依照意见的规定，对于有证据证明行为人携带的非管制性器械不是为了实施犯罪准备的，不属于携带凶器抢夺，不应以抢劫罪定罪处罚。比如行为人日常即随身携带一把水果刀自用，某日临时起意，抢夺孤身行走的受害人的财物，但并未显示或使用该水果刀，即不属于携带凶器抢夺。

二是要注意携带凶器抢夺与抢劫罪在法律适用上的区别。行为人是否故意显示凶器是区别抢劫罪与携带凶器抢夺的关键。对于行为人将随身携带的凶器有意加以显示、能为被害人察觉到的，表明其主观上具有以暴力相威胁劫取他人财物的故意，客观上实施了以暴力相威胁劫取他人财物的行为，符合抢劫罪的特征，应直接以抢劫罪定罪处罚。

三是注意携带凶器抢夺与转化抢劫的区别。刑法对于携带凶器抢夺是以抢劫罪评价的。因此，对于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使用暴力或者以暴力相威胁的，应适用刑法第二百六十七条第二款的规定，以抢劫罪定罪处罚，不再适用刑法第二百六十九条的规定。

五、关于转化型抢劫的认定

司法实践中，对于转化型抢劫的认定已形成了一定的共识，即转化型抢劫犯罪的构成不以行为人的前期行为构成犯罪为必要条件，对于具有下列情形之

一的，可依照刑法第二百六十九条的规定，以抢劫罪定罪处罚：（1）盗窃、诈骗、抢夺接近“数额较大”标准的；（2）入户或在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后在户外或交通工具外实施上述行为的；（3）使用暴力致人轻微伤以上后果的；（4）在公共场所使用凶器或以凶器相威胁的，等等。但行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到“数额较大”，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节较轻、危害不大的，一般不以犯罪论处。实践中分歧较大的是，行为人“入户”或在“交通工具上”实施盗窃、诈骗、抢夺他人财物，尚未构成犯罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场实施轻微暴力或者以暴力相威胁，既未劫得财物，也未导致他人伤害后果的，是否应当认定为“入户抢劫”或者“在公共交通工具上抢劫”？

反对的意见认为，应定抢劫罪，但不宜认定为入户抢劫。理由有二：一是这种行为符合转化型抢劫的特征，其社会危害性与普通抢劫罪相当，可处以十年以下有期徒刑，甚至免于刑事处罚。“入户抢劫”系抢劫罪的情节加重情形，只有在行为已构成抢劫罪的基础上又具备法定加重处罚的情节，才能适用。对于行为人“入户”或在“公共交通工具上”实施转化抢劫的行为，既未劫得财物，也未导致他人伤害后果的，认定为“入户抢劫”或“在公共交通工具上抢劫”，适用加重处罚条款判处十年以上刑罚，量刑畸重，违反了罪刑相适应的基本原则。二是对这种情形认定“入户抢劫”或在“公共交通工具上抢劫”违反了“禁止重复评价”的原则。如果行为人在户外或在公共交通工具的外面实施轻微暴力，属于情节较轻、危害不大的，一般不以犯罪处罚。正是由于行为人入户或在公共交通工具上实施暴力，其行为性质才能转化为抢劫罪。在这里“入户”和“在公共交通工具上”是行为人从盗窃向抢劫罪转化的必备要件。因此，在“入户”或“在公共交通工具上”实施暴力已作为定罪要素使用、评价的情况下，如果在量刑时再次重复使用，将其作为加重处罚情节予以第二次评价，不但有违“禁止重复评价”原则，而且还会造成司法实践中量刑失衡的后果。

肯定的意见认为，可以认定为“入户抢劫”或在“公共交通工具上抢劫”。理由是：第一，符合犯罪构成的基本理论。以“入户抢劫”为例，理论上行为人入户盗窃、抢夺、诈骗被发现后实施暴力即可转化为抢劫，并不以犯罪数额大小为必要条件。“入户”或“在公共交通工具上”实施暴力也不是转化抢劫的必备要件，不存在将“入户”或“在公共交通工具上”既作为定罪要素又作为加重处罚的要素重复评价的问题。第二，符合司法解释的规定。《抢劫案件解释》第一条第二款规定，“对于入户盗窃，因被发现而当场使用暴力或者以暴力相威胁的行为，应当认定为入户抢劫”。据此，行为人入户盗窃、抢夺、诈骗，无论是否已得逞，也无论其实施暴力或者以暴力相威胁是为了劫取财物

还是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，都应认定为“入户抢劫”。同理，在公共交通工具上实施此类行为也应认定为“在公共交通工具上抢劫”。第三，可以做到罪刑均衡。实践中，对于行为人“入户”或“在公共交通工具上”实施转化抢劫，未劫得财物，也未导致他人伤害后果的，一般应认定为“入户抢劫”或“在公共交通工具上抢劫”，但属犯罪未遂，可以从轻、减轻处罚，一般不会出现量刑严重失衡的情况。

《两抢意见》采纳了后一种意见。

六、关于抢劫犯罪数额的计算

（一）关于抢劫信用卡犯罪

第一，抢劫信用卡构成抢劫罪不以使用、消费为前提条件。抢劫罪侵犯重客体，既侵害公私财产权益，又侵害公民人身权益。因此，抢劫罪与盗窃罪、诈骗罪等其他侵犯财产犯罪不同，抢劫对象价值的大小，一般不影响抢劫罪的构成及既遂形态。信用卡作为一种有价证券可以成为抢劫罪的对象，抢劫信用卡后是否使用、消费不影响抢劫罪的成立。

第二，抢劫信用卡使用、消费的数额应作为量刑的情节予以考虑，而无须另定他罪实行数罪并罚。司法实践中对于抢劫信用卡后使用、消费的行为应如何定性存有争议。一种观点认为应以抢劫罪与信用卡诈骗罪数罪并罚，理由是：信用卡属于有价证券，可以成为抢劫罪的对象，行为人以暴力或胁迫方式劫取信用卡，侵害他人财产和人身权益，构成抢劫罪；行为人利用信用卡骗取金融机构或他人的信任进行消费的，符合刑法第一百九十六条第（三）项的规定，属于冒用他人信用卡进行信用卡诈骗活动，数额较大的，侵害了金融市场秩序，又构成信用卡诈骗罪，应数罪并罚。我们认为，行为人使用暴力或暴力胁迫的方法劫取他人信用卡使用、消费的，其使用、消费信用卡的数额可以作为抢劫罪的数额，其行为可以纳入抢劫罪的评价范围，不再另行以他罪评价。如果数罪并罚，将不适当地加重处罚，导致量刑失衡。

第三，抢劫信用卡的犯罪数额应以行为人实际使用、消费的数额计算。一般说来，信用卡具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等功能，但又不完全等同于财物本身。行为人只有在知晓密码或使用身份证等证明文件的情形下，信用卡的上述功能才能够实现，信用卡的经济价值才能体现。因此，行为人非法占有了他人的信用卡，并不意味着其已实际非法占有了信用卡中的全部钱款。由于抢劫罪的数额对于量刑影响较大，对于抢劫信用卡的数额计算应具体分析，才能做到罪刑相适应。根据《两抢意见》第六条第一款的规定，抢劫信用卡使用、消费的，其实际使用、消费的数额为抢劫数额。对于所抢信用卡数额巨大，但未实际使用、消费或者实际使用、消费数额未达到巨大标准

的，无论是因被害人采取挂失等方法使得行为人无法使用、消费还是基于其他原因，不适用“抢劫数额巨大”的法定刑。

(二) 对于抢劫存折的数额计算也应坚持具体问题具体分析的原则，可以具体参照《盗窃案件解释》第五条第(二)项的相关规定予以计算。对于抢劫活期存折、已到期的定期存折，因其不需任何证明即可提取，与直接占有他人财物没有很大区别，可按照票面数额计算；对于抢劫未到期的存折的，则应按照实际兑现的数额认定。

(三) 对于劫取机动车辆当作犯罪工具或者逃跑工具使用的行为如何定性，是司法实践中有争议的问题。一种意见认为，行为人劫取机动车辆的目的并不是为了非法占有，而只是临时使用，一般会将其丢弃，这种行为不符合抢劫罪的特征，不宜以抢劫罪定罪处罚。我们认为，对这种行为应以抢劫罪定罪处罚。理由是：第一，符合抢劫罪的构成要件。行为人以暴力或胁迫的方法劫取机动车辆的行为并不是出于法律意义上的“使用”目的，而是将其作为实施其他犯罪的工具非法占有，一般用后即予毁弃，基本上不存在返还的情形，本质上具有非法占有的目的，客观上侵害了他人的人身、财产权益，符合抢劫罪的特征。第二，符合相关司法解释的规定。依照《盗窃案件解释》第十二条第三项的规定，对于为了盗窃其他财物或实施其他犯罪盗窃机动车辆的行为应以盗窃罪定罪处罚或以盗窃罪与所犯之罪实行数罪并罚。据此，《两抢意见》第六条规定，“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”。

七、关于抢劫特定财物行为的定性问题

(一) 抢劫罪的犯罪对象应当包括违禁品

司法实践中，对于法律禁止私人持有、占有的物品能否成为抢劫罪的对象有一定的争议。有的观点认为，对于法律禁止普通公民拥有的物品，公民不拥有所有权。违禁品既然是法律所禁止的东西，当然也就不具有财物性，不属于“他人财物”的范畴，不能成为抢劫罪的对象。我们认为，抢劫罪的对象并不仅仅是指他人的合法财产，他人违法持有、占有的、在法律意义上属于国家处理的违禁品，本质上仍然属于“他人财物”的范畴，也应属于抢劫罪的对象。应该注意的是，抢劫罪中的“他人财物”是相对于行为人而言的，且范围不限于具体的个人物品，也包括单位、集体和国家的物品。无论行为人是否明知该物品的所有权属关系，只要其主观上明知该物品不属于自己所有或合法持有，以暴力或暴力威胁的方法非法占有，就符合抢劫罪的特征。事实上，我国刑法已明确对于抢劫违禁物品的行为应予以定罪处罚，如刑法第一百二十七条将抢

劫枪支、弹药等行为规定为抢劫枪支、弹药罪。最高人民法院印发的《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》对抢劫毒品的定性作出了相关的规定，应参照执行。当然，由于违禁品不具有合法的流通性，不易认定其具有经济价值，对于行为人以抢劫罪定罪，难以认定具体的抢劫数额。但是，行为人抢劫违禁品的数量在一定程度上反映了其主观恶性的深浅以及客观危害的大小，可以作为量刑情节加以考虑。据此，《两抢意见》第七条规定：“以毒品、假币、淫秽物品等违禁品为目标，实施抢劫的，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。”

（二）对于抢劫赌资、赃款赃物的行为应当区别具体情况定罪处罚

第一，使用暴力、胁迫或者其他手段抢劫他人用于赌博的赌资、犯罪所得的赃款赃物的行为，应以抢劫罪定罪处罚。

由于赌资、赃款赃物等物品的来源具有不法性或犯罪性，属于不受法律保护的物品，有种观点认为，赌资和赃款赃物不能成为抢劫罪的对象，否则就是保护了从事违法、犯罪活动的人的权益。我们认为，只要不是行为人自己合法所有、持有的财产，行为人通过暴力或暴力威胁的手段而获取的，就有可能构成抢劫罪。虽然赌资和赃款赃物属于“持有或占有的来源具有违法或犯罪性”的财物，但法律并不因此就允许其他行为人以严重危害社会的方法任意地占有该财物，因为赌资和赃款赃物依照有关法律规定应当予以没收或者追缴退赔，其所有权应属于国家或其合法所有人。由于所有权权属的改变应当依照法定的程序进行，在这种既有状态未改变之前，任何个人在没有法律依据的情况下无权擅自改变。行为人以暴力、威胁方式改变赌资和赃物等的权属状态，严重侵害了他人的人身、财产权益，仍然符合抢劫罪的本质特征，因此，《两抢意见》第七条规定，抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物的，以抢劫罪定罪处罚。

第二，使用暴力、胁迫或者其他手段抢劫行为人自己所输或所赢财物的，一般不以抢劫罪定罪处罚。

由于赌博活动是一种违法活动，赌博参与者的赌资依法应予没收，在法律意义上属于国家所有。但是对于仅以所输赌资或所赢赌债为抢劫对象的，行为人主观上对于所输赌资或所赢赌债的性质毕竟不像抢劫罪中对于“他人财物”的性质认识得那样清晰和明确，其主观故意的内容与抢劫“他人财物”有所不同，综合考虑其主观故意和客观危害性，《两抢意见》规定：“行为人仅以其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。”例如，行为人在使用暴力、胁迫或者其他手段抢劫自己所输或者所赢财物的过程中，对他人构成人身伤害或非法拘禁等其他犯罪的，可以依照故意伤害或非法拘禁等罪名定罪处罚。

(三) 为个人使用, 以暴力、胁迫等手段取得家庭成员或近亲属财产的, 一般不以抢劫罪定罪处罚

《两抢意见》第七条规定: “为个人使用, 以暴力、胁迫等手段取得家庭成员或近亲属财产的, 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; 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。”这样规定的理由是:

首先, 家庭和亲属间的财产关系附属于血亲关系, 家庭成员和近亲属对于家庭财产享有一定的共同管理、使用的权利。其性质与抢劫罪中的“他人财物”有一定的区别。

其次, 从刑事政策上考虑, 一般说来, 家庭成员或近亲属间的财产秩序由家庭内部维持, 更有利于社会秩序的稳定。

最后, 符合相似司法解释的精神。《盗窃案件解释》第一条第(四)项规定: “偷拿自己家的财物或者近亲属的财物, 一般可不按犯罪处理; 对确有追究刑事责任必要的, 处罚时也应与在社会上作案的有所区别。”参照上述规定, 对于出于个人使用的目的, 以暴力、胁迫等手段取得家庭成员或近亲属财产的, 一般可不以抢劫罪定罪处罚。但是如果构成伤害、非法拘禁等侵害人身权益的犯罪的, 则不因其具有亲属关系而阻却刑事责任, 应以相应的罪名定罪处罚。如果行为人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, 其社会危害性明显增大, 可以抢劫罪定罪处罚。

八、关于抢劫罪与相似犯罪的界限

(一) 关于冒充正在执行公务的人民警察、联防人员, 以抓卖淫嫖娼、赌博等违法行为为名, 非法占有财物的行为定性

《两抢意见》第九条规定: “行为人冒充正在执行公务的人民警察‘抓赌’、‘抓嫖’, 没收赌资或者罚款的行为, 构成犯罪的, 以招摇撞骗罪从重处罚; 在实施上述行为中使用暴力或者暴力威胁的, 以抢劫罪定罪处罚。行为人冒充治安联防队员‘抓赌’、‘抓嫖’, 没收赌资或者罚款的行为, 构成犯罪的, 以敲诈勒索罪定罪处罚; 在实施上述行为中使用暴力或者暴力威胁的, 以抢劫罪定罪处罚。”不同的观点认为, 行为人主观上具有非法占有他人财物的故意, 客观上冒充警察或治安联防队员等执法人员, 是因为这些人员拥有合法的实施暴力的权利, 行为人借此使受害人受到精神强制, 从而非法占有财物。受害人也认识到如果不交出财物的话, 这种难以抗拒的“合法的暴力”可能会当场发生。因此, 此类行为符合抢劫罪中“以当场实施暴力相威胁”的特征, 应以抢劫罪定罪处罚。我们认为, 对于行为人冒充正在执行公务的人民警察、联防队员, 以抓卖淫嫖娼、赌博等违法行为为名, 非法占有财物的, 如果没有使用暴力或

者暴力威胁的，不宜以抢劫罪定罪处罚；如果使用暴力或者暴力威胁的，应以抢劫罪定罪处罚。理由是：

第一，行为人冒充正在执行公务的人民警察、联防队员，“抓赌”“抓嫖”，没收赌资或者罚款，不符合抢劫罪中“以当场实施暴力相威胁”的特征。抢劫罪“以当场实施暴力相威胁”中的暴力使得行为人产生如果不交出财物人身安全就会受到侵害的认识，人民警察、联防队员在履行职务的时候虽然拥有合法地实施一定程度暴力的权力，但这种暴力是使当事人服从治安管理的辅助手段，并非非法占有他人财物的手段，对违法者予以罚没财物的处罚需依照法定程序进行。行为人冒充人民警察、治安联防队员等身份，在于借助执法机关的惩处违法行为的职权，使那些有违法行为的受害人产生错误认识，“自愿服从”地交出财物。在这种情况下，受害人交出财物，主要是基于对自己行为违法性的认识及免于承受更严厉的法律后果和个人名誉、事业前途等损失，一般不是因为存在当场危及人身安全的情况。这与抢劫罪中受害人慑于现实的人身侵害危险而不得不交付财物是有本质区别的。因此，当受害人是“自愿服从”地交付财物时，并不符合基于抢劫罪中的“以当场实施暴力相威胁”的特征；但如果受害人当场拒交罚没款时，行为人当场实施暴力或以暴力威胁，比如威胁将对方带走、关起来等，迫使其交付财物，这种暴力或暴力威胁就转化为非法占有的手段，应以抢劫罪定罪处罚。

第二，行为人冒充正在执行公务的人民警察，“抓赌”“抓嫖”，没收赌资或者罚款，符合招摇撞骗罪的特征。人民警察属于国家机关工作人员，行为人冒充人民警察符合招摇撞骗罪的主体要件。行为人出于谋取非法利益的目的，冒充人民警察，利用公安机关工作人员身份和查处违法犯罪行为的职权，骗取违法行为人产生错误认识，“自愿服从”地交出财物，损害了国家机关的声誉与正常活动，符合招摇撞骗罪构成要件，应以招摇撞骗罪定罪处罚。

第三，行为人冒充治安联防人员，“抓赌”“抓嫖”，没收赌资或者罚款，符合敲诈勒索罪的特征。联防队员一般不属于国家机关工作人员，行为人冒充治安联防人员不符合招摇撞骗罪的主体要件。客观上，行为人取得财物的关键手段既不是以当场实施暴力相威胁，也不是冒充国家机关工作人员招摇撞骗，而是利用受害人因违法而惧怕被追究法律责任或个人名誉、事业、前途遭受损害进行要挟，使其不得已而交出财物，符合敲诈勒索的特征。主观上，行为人具有非法占有他人财物的故意。因此，对行为人以敲诈勒索罪定罪处罚是适当的。

（二）关于抢劫罪与绑架罪的界限

关于行为人使用暴力、胁迫手段抢劫被绑架人随身携带财物行为的定罪问题，司法实践中经常发生两种情况：一是行为人因抢劫未达到目的而又劫持被

害人，勒索被害人及其亲友的财物。因行为人先后产生两个犯罪故意，实施了使用暴力劫财和劫持或拘禁被害人、勒索被害人或其亲友的财物等两个犯罪行为，对其分别认定为抢劫罪和绑架罪，实行数罪并罚，没有争议。二是行为人在绑架过程中劫取被绑架人随身携带的钱物。对这种行为如何定性存在分歧。有一种观点认为，行为人以勒索财物或满足其他不法要求为目的，绑架他人的行为构成绑架罪。在绑架过程中实施劫财行为，就是在暴力、胁迫持续状态中当场劫取被绑架人随身携带的财物，属于以暴力或以暴力相威胁的方法劫取他人财物，符合抢劫罪的构成要件，应以绑架罪和抢劫罪实行并罚。《两抢意见》第九条规定：“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。”理由是：绑架罪是继续犯，行为人为非法占有他人财物而以暴力、胁迫劫持被绑架人的行为是一个持续过程，从而使被绑架人处于持续性的精神和身体强制的状态中。暴力劫持或拘禁被绑架人构成绑架罪的客观要件。如果把实质上的一个暴力劫持或拘禁行为既用作绑架罪的构成要件，又重复用作抢劫罪当场劫取他人财物的客观要件，有违“禁止重复评价”原则。在构成要件发生竞合的情况下，择一重罪处罚是适当的。

（三）抢劫罪与寻衅滋事罪的界限

司法实践中，抢劫罪与寻衅滋事罪中的强拿硬要行为较容易混淆。主要在于行为人实施寻衅滋事的行为时，客观上也可能表现为强拿硬要公私财物的特征，导致对他人的人身权利和公私财产权利的侵害，主观上行为人也具有非法占有他人财物的故意。这与抢劫罪中以暴力或暴力相威胁的方法非法占有他人财物的特征较为相似。但两罪仍有本质区别，应当按照两罪的构成要件，遵循主客观相一致的原则，正确把握行为的特征，准确界定两罪的界限。《两抢意见》第九条对这两种行为从主、客观两方面作了区分：寻衅滋事罪中，行为人主观上还具有逞强好胜和通过强拿硬要来填补其精神空虚等目的，抢劫罪中，行为人一般只具有非法占有他人财物的目的；前者行为人客观上一般不以严重侵犯他人人身权利的方法强拿硬要财物，而后者行为人则以暴力、胁迫等方式作为劫取他人财物的手段。实践中需要注意的另一个问题是：对于未成年人以轻微暴力或以实施暴力相威胁的方法强抢少量财物的行为，如一些中、小学生在学校内外、放学途中，拦阻其他学生，以打耳光等方法强抢他人随身的少量财物，实践中认识不一。有的观点认为，这种行为符合抢劫罪的构成要件，应以抢劫罪定罪处罚。我们认为，从犯罪构成要件上看，中、小学生特别是未成年人的人格发育尚不成熟，对自身行为性质的认识和自我约束能力较之成年人有差别。特别是其往往出于逞强好胜和通过强拿硬要来显示“威风”和“强大”。这种行为对社会秩序的侵害大于对他人财产权益的侵害，因而更符合寻

衅滋事罪的特征。从对未成年人教育、挽救为主的刑事政策角度考虑，以寻衅滋事罪定罪处罚也是适当的。按照《两抢意见》第九条的规定，对于未成年人使用或威胁使用轻微暴力强抢少量财物的行为，一般不宜以抢劫罪定罪处罚。其行为符合寻衅滋事罪特征的，可以寻衅滋事罪定罪处罚。

（四）暴力讨债行为的处理

司法实践中，对于债权人为了讨还债务，采取胁迫或者暴力手段，当场强行占有债务人财物的行为如何定性，存有争议。由于债权人是当场实施暴力或以暴力相威胁，并当场获取了债务人的财物，其行为特征与抢劫罪在客观方面具有一定的相似性。但是，两者具有本质的区别。抢劫罪的行为人主观上具有非法占有他人财物的目的，客观上实施了以暴力或胁迫的手段当场非法占有该财物的行为，侵害的是双重客体，既侵害他人财产权利，也侵害他人的人身权利。只有具备上述主、客观要件，同时侵犯了他人财产权利和人身权利的，才能以抢劫罪定罪处罚。需要强调的是，抢劫罪属于侵犯财产罪，其主观上具有的非法占有目的，不仅是指行为人意图占有财物所采取的手段是非法的，更重要的是行为人与财物之间的占有关系本身就是非法的，即没有任何法律依据地将属于他人合法所有或者持有的财物占为己有。因借贷或者其他财产纠纷，债权人为了讨还债务，采取暴力或以暴力相威胁的方法，强行占有债务人的财物，用以抵偿债务的，与刑法规定的抢劫罪在性质上是不同的。从民事上讲，合法的债权债务关系是受法律保护的。债务人不履行债务，本身存在一定的过错，债权人采取暴力或以暴力相威胁的手段索要债务，虽然手段不合法，但毕竟是为了实现自己的债权或者为了挽回因债务人的违约行为而造成的损失，主观上不具有在没有任何法律依据的情况下将属于他人合法所有或者持有的财物占为己有的故意，也就是不具有非法占有的目的。客观上，一般也不会造成债务人债务以外的财产损失。依照主客观相一致的原则，对此类行为不应以抢劫罪定罪处罚，一般也不应以其他侵犯财产类犯罪定罪处罚。如果债权人在讨债过程中所采取的暴力或者其他手段，侵害了公民的人身权利，导致对方人身伤害、死亡或者其他严重后果，构成犯罪的，应分别以故意伤害罪、故意杀人罪等侵犯公民人身权利罪定罪处罚。对于情节显著轻微危害不大的，一般不以犯罪论处。据此，《两抢意见》第九条规定：“行为人为索取债务，使用暴力、暴力威胁等手段的，一般不以抢劫罪定罪处罚。构成故意伤害等其他犯罪的，依照刑法第二百三十四条等规定处罚。”

九、关于抢劫罪既遂、未遂的认定

（一）抢劫罪既遂的认定标准问题

关于抢劫罪既遂与未遂的标准，有种观点认为，刑法将抢劫罪规定在侵犯

财产犯罪的章节中，表明其侵害的主要客体是公私财产权益。实施抢劫犯罪行为人的主要目的是夺取财物，而侵犯人身权益只是取得财产的犯罪手段。行为人是否劫得财物，是判定其犯罪是否得逞的唯一标准。对人身权益的侵犯是作为量刑的情节，而不是衡量抢劫既遂与未遂的又一标准。因此，应以行为人是否非法占有公私财物作为区分抢劫罪既遂与未遂的标准，即已非法占有财物的为既遂；未非法占有财物的，即使已将被害人杀伤或致死，也是抢劫未遂。

我们认为，抢劫罪侵犯的是复杂客体，既侵犯公私财产权利，又侵犯公民人身权利，与此相适应，犯罪是否得逞是以抢劫罪侵害人身权益与财产权益双重客体的程度为标准，做到罪刑相一致。行为人抢得财物而未造成他人轻伤以上的人身伤害后果的，与未抢得财物但造成他人轻伤以上人身伤害后果的，对他人的合法权益造成的危害程度是相当的，不会产生量刑失重的问题，都应认定为既遂。因此，《两抢意见》第十条根据犯罪既遂的基本理论规定：“抢劫罪侵犯的是复杂客体，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的，均属抢劫既遂；既未劫取财物，又未造成他人人身伤害后果的，属抢劫未遂。”

（二）抢劫罪八种加重处罚情节中是否存在既遂、未遂的问题

否定的观点认为，抢劫罪加重处罚情节中不存在未遂情形。对于具有八种严重情形之一的加重抢劫罪，只有犯罪成立与否的问题，不存在既遂、未遂问题。区分抢劫罪既遂与未遂的标准，只适用于基本构成的抢劫罪，而不能适用于加重构成的抢劫罪。刑法中规定的加重处罚情节的构成特征，是指出现了基本构成条款不能包括而为加重刑罚的条款所特别规定的严重结果或严重情节。这种严重结果和严重情节既是加重处罚情节成立的要件，又是加重构成要件齐备的标志，无此结果或情节就谈不上加重构成犯的成立，而只属于基本构成犯。有此结果或情节就构成加重构成犯并齐备了基本要件。因此，加重构成犯只有构成与否的问题，而无既遂与未遂的区分。所以，刑法第二百六十三条规定的八种加重处罚情节，只有构成与否的问题，无既遂与未遂之分。

我们认为，抢劫罪八种加重处罚情节中，除“致人重伤、死亡”“抢劫数额巨大”之外，均存在犯罪未遂的情形。理由是：

第一，符合刑法关于犯罪既遂、未遂的基本理论。区分犯罪既遂与未遂的标准，应该是看犯罪行为是否达到犯罪目的或发生犯罪结果。如果具备，就是既遂，如果不具备，就是未遂。所谓加重处罚情节，是指在刑法规定的基本犯的基础上，如果出现刑法分则中所规定的特殊的客观情况，就需要对行为人加重处罚的情形。加重处罚情节只是在刑法分则中规定的一种犯罪构成要件，但并不是犯罪既遂的条件。加重处罚情节成立并不能排除行为人犯罪目的未达到、结果未发生从而构成犯罪未遂的可能性。这是两个层面的问题。因此，不

能仅以加重处罚情节是否具备为依据确定犯罪既遂，而应考察其具体的犯罪行为是否达到犯罪的目的或发生犯罪结果。

第二，符合罪刑相一致的原则。刑法第二百六十三条规定的其他六种情节加重犯，包括入户抢劫的，在公共交通工具上抢劫的，抢劫银行或者其他金融机构的，抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的，冒充军警人员抢劫的，持枪抢劫的等情形。具有加重处罚情节的抢劫犯罪较之一般性的抢劫社会危害性更大，刑法对其予以更加严重的处罚是符合罪刑相一致的原则的。但在有些抢劫犯罪中，虽然具备上述加重处罚情节，行为人没有抢到财物，也未造成他人轻伤以上的伤害的，与同样具备加重处罚情节，同时抢到财物或造成他人轻伤以上的伤害结果相比较，其社会危害性还是有区别的，在量刑时应予考虑。如果背离刑法的基本原则和基本理念，对于具备了加重处罚情节的行为不加区分地一概认定为抢劫既遂，处以十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，就会“罚不当其罪”，影响刑罚的法律效果和社会效果。

十、关于“飞车抢夺”行为的定性

《最高人民法院关于审理抢夺案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《抢夺案件解释》)对于在抢夺过程中过失造成被害人重伤、死亡，构成过失致人重伤罪、过失致人死亡罪等犯罪的作出了明确的规定。但是，司法实践中经常发生行为人在抢夺过程中出于放任的故意导致他人伤、亡的，司法解释并未明确规定，司法实践中争议较大。一种观点认为，此类行为中，行为人主要是针对被害人的财物，乘其不备实施抢夺，对被害人的伤害及死亡后果持间接故意的主观心理，其行为特征不符合抢劫罪要求的对被害人财产及人身侵害均具有直接故意的构成要件，故不宜定抢劫罪。依照《抢夺案件解释》第二条第(四)项的规定，可以抢夺罪从重处罚。另一种观点认为，抢劫罪中，行为人实施暴力的目的是抑制受害人的反抗，而这种情况并不符合抢劫罪的特征。行为人出于抢夺的故意，在实施抢夺行为时，明知该行为会产生他人伤亡结果而放任其发生的，同时触犯抢夺罪和故意伤害罪(故意伤害杀人罪)。属于基于一个犯罪故意、实施一个行为而发生两种危害后果的想象竞合犯，应以一个重罪处罚，即以故意伤害罪或故意伤害杀人罪定罪处罚。

我们认为，有些情形下，行为人的强抢他人财物的行为符合抢劫罪的特征。比如，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；或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；或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。在上述实施抢物的情形中，行为人明知其强行夺取他人财物的手段会造成他人身体伤害的后果，

仍然实施抢夺并造成财物持有人轻伤以上后果的，这种暴力并不是抢夺罪中针对他人财物而实施的暴力。而是同时针对受害人人身安全的、足以抑制对方反抗的暴力，已成为劫取他人财物的手段。因此，其行为符合抢劫罪的特征，应以抢劫罪定罪处罚。如果行为人以抢夺财物为目的，实施夺取他人财物的行为，构成抢夺罪，同时因过失造成被害人重伤、死亡等后果，构成过失致人重伤罪、过失致人死亡罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

(撰稿人：顾保华)

最高人民法院 关于印发《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》的通知

2016年1月6日

法发〔2016〕2号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

现将《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》印发给你们，请认真贯彻执行。执行中有何问题，请及时报告我院。

附：

关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见

抢劫犯罪是多发性的侵犯财产和侵犯公民人身权利的犯罪。1997年刑法修订后，最高人民法院先后发布了《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《抢劫解释》)和《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律问题的意见》(以下简称《两抢意见》)，对抢劫案件的法律适用作出了规范，发挥了重要的指导作用。但是，抢劫犯罪案件的情况越来越复杂，各级法院在审判过程中不断遇到新情况、新问题。为统一适用法律，根据刑法和司法解释的规定，结合近年来人民法院审理抢劫案件的经验，现对审理抢劫犯罪案件中

较为突出的几个法律适用问题和刑事政策把握问题提出如下指导意见：

一、关于审理抢劫刑事案件的基本要求

坚持贯彻宽严相济刑事政策。对于多次结伙抢劫，针对农村留守妇女、儿童及老人等弱势群体实施抢劫，在抢劫中实施强奸等暴力犯罪的，要在法律规定的量刑幅度内从重判处。

对于罪行严重或者具有累犯情节的抢劫犯罪分子，减刑、假释时应当从严掌握，严格控制减刑的幅度和频度。对因家庭成员就医等特定原因初次实施抢劫，主观恶性和犯罪情节相对较轻的，要与多次抢劫以及为了挥霍、赌博、吸毒等实施抢劫的案件在量刑上有所区分。对于犯罪情节较轻，或者具有法定、酌定从轻、减轻处罚情节的，坚持依法从宽处理。

确保案件审判质量。审理抢劫刑事案件，要严格遵守证据裁判原则，确保事实清楚，证据确实、充分。特别是对因抢劫可能判处死刑的案件，更要切实贯彻执行刑事诉讼法及相关司法解释、司法文件，严格依法审查判断和运用证据，坚决防止冤错案件的发生。

对抢劫刑事案件适用死刑，应当坚持“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”的刑事政策，以最严格的标准和最审慎的态度，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。对被判处死刑缓期二年执行的抢劫犯罪分子，根据犯罪情节等情况，可以同时决定对其限制减刑。

二、关于抢劫犯罪部分加重处罚情节的认定

1. 认定“入户抢劫”，要注重审查行为人“入户”的目的，将“入户抢劫”与“在户内抢劫”区别开来。以侵害户内人员的人身、财产为目的，入户后实施抢劫，包括入户实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的，应当认定为“入户抢劫”。因访友办事等原因经户内人员允许入户后，临时起意实施抢劫，或者临时起意实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的，不应认定为“入户抢劫”。

对于部分时间从事经营、部分时间用于生活起居的场所，行为人在非营业时间强行入内抢劫或者以购物等为名骗开房门入内抢劫的，应认定为“入户抢劫”。对于部分用于经营、部分用于生活且之间有明确隔离的场所，行为人进入生活场所实施抢劫的，应认定为“入户抢劫”；如场所之间没有明确隔离，行为人在营业时间入内实施抢劫的，不认定为“入户抢劫”，但在非营业时间入内实施抢劫的，应认定为“入户抢劫”。

2. “公共交通工具”，包括从事旅客运输的各种公共汽车，大、中型出租车，火车，地铁，轻轨，轮船，飞机等，不含小型出租车。对于虽不具有商业

营运执照，但实际从事旅客运输的大、中型交通工具，可认定为“公共交通工具”。接送职工的单位班车、接送师生的校车等大、中型交通工具，视为“公共交通工具”。

“在公共交通工具上抢劫”，既包括在处于运营状态的公共交通工具上对旅客及司售、乘务人员实施抢劫，也包括拦截运营途中的公共交通工具对旅客及司售、乘务人员实施抢劫，但不包括在未运营的公共交通工具上针对司售、乘务人员实施抢劫。以暴力、胁迫或者麻醉等手段对公共交通工具上的特定人员实施抢劫的，一般应认定为“在公共交通工具上抢劫”。

3. 认定“抢劫数额巨大”，参照各地认定盗窃罪数额巨大的标准执行。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，根据刑法有关规定，结合未遂犯的处理原则量刑。

根据《两抢意见》第六条第一款规定，抢劫信用卡后使用、消费的，以行为人实际使用、消费的数额为抢劫数额。由于行为人意志以外的原因无法实际使用、消费的部分，虽不计入抢劫数额，但应作为量刑情节考虑。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。

4. 认定“冒充军警人员抢劫”，要注重对行为人是否穿着军警制服、携带枪支、是否出示军警证件等情节进行综合审查，判断是否足以使他人误以为是军警人员。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，确定是否认定为“冒充军警人员抢劫”。

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。

三、关于转化型抢劫犯罪的认定

根据刑法第二百六十九条的规定，“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的”，依照抢劫罪定罪处罚。“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，主要是指行为人已经着手实施盗窃、诈骗、抢夺行为，一般不考察盗窃、诈骗、抢夺行为是否既遂。但是所涉财物数额明显低于“数额较大”的标准，又不具有《两抢意见》第五条所列五种情节之一的，不构成抢劫罪。“当场”是指在盗窃、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。

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
内容由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家巨力法律书制作发布

不认定为“使用暴力”，不以抢劫罪论处。

入户或者在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后，为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，在户内或者公共交通工具上当场使用暴力或者以暴力相威胁的，构成“入户抢劫”或者“在公共交通工具上抢劫”。

两人以上共同实施盗窃、诈骗、抢夺犯罪，其中部分行为人为窝藏赃物、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，对于其余行为人是否以抢劫罪共犯论处，主要看其对实施暴力或者以暴力相威胁的行为人是否形成共同犯意、提供帮助。基于一定意思联络，对实施暴力或者以暴力相威胁的行为人提供帮助或实际成为帮凶的，可以抢劫共犯论处。

四、具有法定八种加重处罚情节的刑罚适用

1. 根据刑法第二百六十三条的规定，具有“抢劫致人重伤、死亡”等八种法定加重处罚情节的，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。应当根据抢劫的次数及数额、抢劫对人身体的损害、对社会治安的危害等情况，结合被告人的主观恶性及人身危险程度，并根据量刑规范化的有关规定，确定具体的刑罚。判处无期徒刑以上刑罚的，一般应并处没收财产。

2. 具有下列情形之一的，可以判处无期徒刑以上刑罚：

- (1) 抢劫致三人以上重伤，或者致人重伤造成严重残疾的；
- (2) 在抢劫过程中故意杀害他人，或者故意伤害他人，致人死亡的；
- (3) 具有除“抢劫致人重伤、死亡”外的两种以上加重处罚情节，或者抢劫次数特别多、抢劫数额特别巨大的。

3. 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、抗拒抓捕而杀害被害人，且被告人无法定从宽处罚情节的，可依法判处死刑立即执行。对具有自首、立功等法定从轻处罚情节的，判处死刑立即执行应当慎重。对于采取故意杀人以外的其他手段实施抢劫并致人死亡的案件，要从犯罪的动机、预谋、实行行为等方面分析被告人主观恶性的大小，并从有无前科及平时表现、认罪悔罪情况等方面判断被告人的人身危险程度，不能不加区别，仅以出现被害人死亡的后果，一律判处死刑立即执行。

4. 抢劫致人重伤案件适用死刑，应当更加慎重、更加严格，除非具有采取极其残忍的手段造成被害人严重残疾等特别恶劣的情节或者造成特别严重后果的，一般不判处死刑立即执行。

5. 具有刑法第二百六十三条规定的“抢劫致人重伤、死亡”以外其他七种加重处罚情节，且犯罪情节特别恶劣、危害后果特别严重的，可依法判处死刑立即执行。认定“情节特别恶劣、危害后果特别严重”，应当从严掌握，适

用死刑必须非常慎重、非常严格。

五、抢劫共同犯罪的刑罚适用

1. 审理抢劫共同犯罪案件，应当充分考虑共同犯罪的情节及后果、共同犯罪人在抢劫中的作用以及被告人的主观恶性、人身危险性等情节，做到准确认定主从犯，分清罪责，以责定刑，罚当其罪。一案中有两名以上主犯的，要从犯罪提意、预谋、准备、行为实施、赃物处理等方面区分出罪责最大者和较大者；有两名以上从犯的，要在从犯中区分出罪责相对更轻者和较轻者。对从犯的处罚，要根据案件的具体事实、从犯的罪责，确定从轻还是减轻处罚。对具有自首、立功或者未成年人且初次抢劫等情节的从犯，可以依法免除处罚。

2. 对于共同抢劫致一人死亡的案件，依法应当判处死刑的，除犯罪手段特别残忍、情节及后果特别严重、社会影响特别恶劣、严重危害社会治安的外，一般只对共同抢劫犯罪中作用最突出、罪行最严重的那名主犯判处死刑立即执行。罪行最严重的主犯如因系未成年人而不适用死刑，或者因具有自首、立功等法定从宽处罚情节而不判处死刑立即执行的，不能不加区别地对其他主犯判处死刑立即执行。

3. 在抢劫共同犯罪案件中，有同案犯在逃的，应当根据现有证据尽量分清在押犯与在逃犯的罪责，对在押犯应按其罪责处刑。罪责确实难以分清，或者不排除在押犯的罪责可能轻于在逃犯的，对在押犯适用刑罚应当留有余地，判处死刑立即执行要格外慎重。

六、累犯等情节的适用

根据刑法第六十五条第一款的规定，对累犯应当从重处罚。抢劫犯罪被告人具有累犯情节的，适用刑罚时要综合考虑犯罪的情节和后果，所犯前后罪的性质、间隔时间及判刑轻重等情况，决定从重处罚的力度。对于前罪系抢劫等严重暴力犯罪的累犯，应当依法加大从重处罚的力度。对于虽不构成累犯，但具有抢劫犯罪前科的，一般不适用减轻处罚和缓刑。对于可能判处死刑的罪犯具有累犯情节的也应慎重，不能只要是累犯就一律判处死刑立即执行；被告人同时具有累犯和法定从宽处罚情节的，判处死刑立即执行应当综合考虑，从严掌握。

七、关于抢劫案件附带民事赔偿的处理原则

要妥善处理抢劫案件附带民事赔偿工作。审理抢劫刑事案件，一般情况下人民法院不主动开展附带民事调解工作。但是，对于犯罪情节不是特别恶劣或者被害方生活、医疗陷入困境，被告人与被害方自行达成民事赔偿和解协议

的，民事赔偿情况可作为评价被告人悔罪态度的依据之一，在量刑上酌情予以考虑。

【解 读】

解读《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》

抢劫犯罪是多发性的侵犯财产和侵犯公民人身权利的犯罪。1997年刑法修订后，最高人民法院先后发布了《关于审理抢劫案件具体适用法律若干问题的解释》（以下简称《抢劫解释》）和《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《两抢意见》），对抢劫案件的法律适用，发挥了重要的指导作用。但是，抢劫犯罪案件的情况越来越复杂，各级法院在审判过程中不断遇到新情况、新问题。为统一适用法律，根据刑法和司法解释的规定，结合近年来人民法院审理抢劫案件的经验，最高人民法院于2016年1月6日印发了《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》（以下简称《指导意见》）。为便于正确理解和适用本《指导意见》，现就《指导意见》的主要内容予以说明。

一、关于审理抢劫刑事案件的基本要求

《指导意见》根据刑法的基本原则和我国基本刑事政策，在总结司法实践的基础上，首次在司法文件的层面对审理抢劫刑事案件提出了几点宏观上的政策性要求。主要体现在：

1. 坚持贯彻宽严相济刑事政策。《指导意见》没有泛泛而谈宽严相济刑事政策，而是具体地提出了几条可操作性极强的要求。（1）从严方面：对于多次结伙抢劫，针对农村留守妇女、儿童及老人等弱势群体实施抢劫，在抢劫中实施强奸等暴力犯罪的，要在法律规定的量刑幅度内从重判处。（2）从宽方面：对因家庭成员就医等特定原因初次实施抢劫，主观恶性和犯罪情节相对较轻的，要与多次抢劫以及为了挥霍、赌博、吸毒等实施抢劫的案件在量刑上有所区分。对于犯罪情节较轻，或者具有法定、酌定从轻、减轻处罚情节的，坚持依法从宽处理。

2. 确保案件审判质量。《指导意见》重申了证据裁判原则，要求审理抢劫刑事案件，特别是因抢劫可能判处死刑的案件，要切实贯彻执行刑事诉讼法及

相关司法解释、司法文件，严格依法审查判断和运用证据，坚决防止冤错案件的发生。

3. 继续坚持“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”的刑事政策。《指导意见》要求，审理抢劫刑事案件，应当以最严格的标准和最审慎的态度，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的抢劫犯罪分子。对被判处死刑缓期二年执行的抢劫犯罪分子，根据犯罪情节等情况，可以同时决定对其限制减刑。

二、关于抢劫犯罪部分加重处罚情节的认定

(一) 关于入户抢劫

关于“入户”中“户”的概念，早在1999年10月27日的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》中就有规定。该纪要称，“入户盗窃”中的“户”，是指家庭及其成员与外界相对隔离的生活场所，包括封闭的院落、为家庭生活租用的房屋、牧民的帐篷以及渔民作为家庭生活场所的渔船等。集生活、经营于一体的处所，在经营时间内一般不视为“户”。在有关审理抢劫刑事案件的司法解释和规范性文件中，《抢劫解释》和《两抢意见》均对入户抢劫有过规定。其中，《抢劫解释》第一条规定，“入户抢劫”，是指为实施抢劫行为而进入他人生活的与外界相对隔离的住所，包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等进行抢劫的行为。司法实践中，在“户”的范围、“入户”目的与“入户抢劫”的关系以及“入户盗窃”后转化为“入户抢劫”的认定等方面，遇到了新情况、新问题，且存在争议，《两抢意见》基于这些情况，明确了“认定入户抢劫”应当注意的三个问题：一是“户”的范围。“户”在这里是指住所，其特征表现为供他人家庭生活 and 与外界相对隔离两个方面，前者为功能特征，后者为场所特征。一般情况下，集体宿舍、旅店宾馆、临时搭建工棚等不应认定为“户”，但在特定情况下，如果确实具有上述两个特征的，也可以认定为“户”。二是“入户”目的的非法性。进入他人住所须以实施抢劫等犯罪为目的。抢劫行为虽然发生在户内，但行为人不以实施抢劫等犯罪为目的进入他人住所，而是在户内临时起意实施抢劫的，不属于“入户抢劫”。三是暴力或者暴力胁迫行为必须发生在户内：入户实施盗窃被发现，行为人为窝藏赃物、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，如果暴力或者暴力胁迫行为发生在户内，可以认定为“入户抢劫”；如果发生在户外，不能认定为“入户抢劫”。

经过多年的司法实践，围绕“入户抢劫”有两个问题比较突出：一是对于入户目的的非法性存有争议，即入户抢劫中的入户，如何理解，是否一定要以抢劫等犯罪为目的入户？二是对于“前店后宅”或者“店宅共用”等营业外时间用于家居生活的场所可否认定为“户”？

针对第一个问题,《指导意见》规定,认定“入户抢劫”,要注重审查行为人“入户”的目的,将“入户抢劫”与“在户内抢劫”区别开来。以侵害户内人员的人身、财产为目的,入户后实施抢劫,包括入户实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的,应当认定为“入户抢劫”。因访友办事等原因经户内人员允许入户后,临时起意实施抢劫,或者临时起意实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的,不应认定为“入户抢劫”。这一规定,改变了《两抢意见》将“入户抢劫”中的“入户”限定于实施抢劫等犯罪目的的规定,扩大为“以侵害户内人员的人身、财产为目的”。换言之,即使不以犯罪为目的,而只是出于一般违法目的,只要是“以侵害户内人员的人身、财产为目的”而入户,而后实施抢劫的,均可认定为入户抢劫。这样规定,有利于更有力地保护公民的住宅安全,更严厉地打击入户抢劫犯罪。

针对第二个问题,即“前店后宅”或者“店宅共用”的情况下,如何认定“户”的问题,《指导意见》规定,对于部分时间从事经营、部分时间用于生活起居的场所,行为人在非营业时间强行入内抢劫或者以购物等为名骗开房门入内抢劫的,应认定为“入户抢劫”。对于部分用于经营、部分用于生活且之间有明确隔离的场所,行为人进入生活场所实施抢劫的,应认定为“入户抢劫”;如场所之间没有明确隔离,行为人在营业时间入内实施抢劫的,不认定为“入户抢劫”,但在非营业时间入内实施抢劫的,应认定为“入户抢劫”。司法实践中,各地法院基本上是按照这一原则认定“前店后宅”或者“店宅共用”是否属于“户”的性质的。《指导意见》只是在总结司法实践经验的基础上,以规范性文件的形式确认,以便各级法院审理此类案件时有据可依。

(二) 关于公共交通工具上抢劫

《抢劫解释》和《两抢意见》均对“公共交通工具上抢劫”有过规定。其中,《抢劫解释》第二条规定,“在公共交通工具上抢劫”,既包括在从事旅客运输的各种公共汽车,大、中型出租车,火车,船只,飞机等正在运营中的机动公共交通工具上对旅客、司售、乘务人员实施的抢劫,也包括对运行途中的机动公共交通工具加以拦截后,对公共交通工具上的人员实施的抢劫。《两抢意见》明确了公共交通工具的最基本特征,即“公共交通工具承载的旅客具有不特定多数人的特点”,并补充规定,在未运营中的大、中型公共交通工具上针对司售、乘务人员抢劫的,或者在小型出租车上抢劫的,不属于“在公共交通工具上抢劫”。

《指导意见》在梳理《抢劫解释》和《两抢意见》的基础上,将两类情形下的大、中型交通工具纳入“公共交通工具”范围,以更大限度地保护不特定多数人乘车时的人身财产安全。一是对于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,可认定为“公共交通工具”。这样规定,主要

考虑，运输运营者的无证运营行为虽然违法，但乘客的人身财产安全仍然应该受到充分保护，针对不特定多数人的抢劫犯罪行为仍然应该依法受到惩罚。二是接送职工的单位班车、接送师生的校车等大、中型交通工具，视为“公共交通工具”。司法实践中，对此类交通工具是否属于“公共交通工具”存在争议，主要原因是这些班车、校车不具有营业特征。经研究认为，这些班车、校车虽然不向社会开放，但车上乘客的人员仍然属于乘客的性质，车辆仍然属于运送旅客的车辆；乘坐人员虽然相对固定，但仍然具有不特定多数人的特征。特别是接送师生的校车，车上乘客的人身财产安全必须得到最大限度保护的观念，已经广泛地被全社会认同。

《指导意见》还特别规定，以暴力、胁迫或者麻醉等手段对公共交通工具上的特定人员实施抢劫的，一般应认定为“在公共交通工具上抢劫”。这样规定主要是考虑到，虽然其抢劫的具体对象是特定的，但抢劫的地点位于公共交通工具上，其对不特定多数人的身、财产的危害性依然存在，并且该抢劫犯罪行为对处于运输状态的公共交通工具带来的危害是现实的，极易危害到公共安全。

（三）关于抢劫数额的认定

关于抢劫数额巨大的认定问题，《抢劫解释》第四条规定，“抢劫数额巨大”的认定标准，参照各地确定的盗窃罪数额巨大的认定标准执行。《指导意见》在此基础上，又补充规定：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，根据刑法有关规定，结合未遂犯的处理原则量刑。这样规定，既体现了抢劫数额是重要量刑情节，但不是唯一情节的原则，又体现了定罪量刑必须主客观相结合的原则，从而解决了司法解释中出现的以数额巨大的财物为抢劫目标但实际未能抢劫到数额巨大的财物的抢劫案件，一律以实际抢劫到的财物为数额依据可能轻纵犯罪的做法。

关于抢劫信用卡的犯罪数额计算，《两抢意见》针对抢劫信用卡如何计算抢劫数额问题，专门作了规定，即抢劫信用卡后使用、消费的，其实际使用、消费的数额为抢劫数额；抢劫信用卡后未实际使用、消费的，不计数额，根据情节轻重量刑。《指导意见》补充规定，由于行为人意志以外的原因无法实际使用、消费的部分，虽不计入抢劫数额，但应作为量刑情节考虑。这一规定，使抢劫信用卡犯罪的惩处体系更加完备。即根据三种不同情况分别作不同的处理：一是卡内余额全部被消费、使用的，以其消费、使用金额为抢劫数额；二是卡内余额部分消费和使用的，对未消费、使用部分不计入抢劫数额，作为量刑情节考虑；三是抢劫信用卡后未消费和使用的，不计数额，根据情节轻重

量刑。

由于银行业的繁荣、快速发展以及互联网的普及，银行转账或者电子支付、手机银行等支付平台完全可能成为抢劫犯罪分子获取抢劫财物的手段，针对这一新情况，《指导意见》规定：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。

（四）关于“冒充军警人员抢劫”

《抢劫解释》和《两抢意见》均未对“冒充军警人员抢劫”作出过规定。司法实践中，冒充军警人员抢劫的案件却时有发生，如何认定行为人的行为是否属于“冒充军警人员抢劫”，各地做法不统一，理论界也未能达成一致。有的采取严格说，即只要行为人宣称自己是军警人员而实施抢劫的，一律认定为“冒充军警人员抢劫”。有的采取被害人感受说，即是否认定为“冒充军警人员抢劫”，以被害人是否充分地感受到行为人实施抢劫时的身份是军警人员为标准。经过充分调研和讨论，《指导意见》规定了一个比较客观、可操作性较强的综合判断标准、常人判断标准。即认定“冒充军警人员抢劫”，要注重对行为人是否穿着军警制服、携带枪支、是否出示军警证件等情节进行综合审查，判断是否足以使他人误以为是军警人员。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，确定是否认定为“冒充军警人员抢劫”。

一些学者提出，既然“冒充军警人员抢劫”作为法定加重处罚情节，真正的军警人员实施抢劫更要作为法定加重处罚情节。针对这一争议，《指导意见》依照刑法条文的本质含义，规定：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。

三、关于转化型抢劫犯罪的认定

刑法第二百六十九条规定，“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的”，依照抢劫罪定罪处罚。但是，理论界和司法实务部门对如何认定“转化型抢劫”存在一定争议和不同做法。为此，《两抢意见》第五条规定，行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到“数额较大”，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节较轻、危害不大的，一般不以犯罪论处；但具有下列情节之一的，可依照刑法第二百六十九条的规定，以抢劫罪定罪处罚：（1）盗窃、诈骗、抢夺接近“数额较大”标准的；（2）入户或在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后在户外或交通工具外实施上述行为的；（3）使用暴力致人轻微伤以上后果的；（4）使用凶器或以凶器相威胁的；（5）具有其他严重情

节的。

《指导意见》在总结《两抢意见》实施多年来的经验，在《两抢意见》规定“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”一般应达到“数额较大”的基础上，又从四个方面作了补充规定。

1. “犯盗窃、诈骗、抢夺罪”是否必须既遂。《指导意见》规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，主要是指行为人已经着手实施盗窃、诈骗、抢夺行为，一般不考察盗窃、诈骗、抢夺行为是否既遂。但是所涉财物数额明显低于“数额较大”的标准，又不具有《两抢意见》第五条所列五种情节之一的，不构成抢劫罪。“当场”是指在盗窃、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。

2. “犯盗窃、诈骗、抢夺罪”后，暴力程度不明显的摆脱行为如何处理。比较一致的意见是，不能一律认定为转化抢劫，而应该以行为人摆脱时是否造成伤害后果为认定依据。但以何种伤害后果为依据，存在争论。第一种意见认为，只要造成轻微伤以上后果，就应认定为构成转化型抢劫。第二种意见认为，暴力程度不明显的摆脱行为，不是典型的使用暴力或者以暴力相威胁行为，典型的使用暴力或者以暴力相威胁行为，是指行为人对被害人或者抓捕人故意实施殴打、伤害等危及人体健康或者生命安全的行为，或者以实施这种暴力相威胁。《指导意见》采纳了第二种意见，以将摆脱行为与主动采取暴力或以暴力相威胁的行为区别开来，并对暴力程度不明显的摆脱行为提高入罪门槛，即以造成轻伤以上后果为依据。据此，《指导意见》规定，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。

3. 入户或者在公共交通工具上“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的转化条件。《指导意见》规定，入户或者在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后，为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，在户内或者公共交通工具上当场使用暴力或者以暴力相威胁的，构成“入户抢劫”或者“在公共交通工具上抢劫”。这一规定，突出了暴力行为的当场性。也就是说，即使在户内或者在公共交通工具上“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，但是如果已经离开户内或公共交通工具的情况下实施暴力，就不能认定为“入户抢劫”或者“在公共交通工具上抢劫”。

4. 两人以上共同实施盗窃、诈骗、抢夺犯罪的转化条件。《指导意见》规定，两人以上共同实施盗窃、诈骗、抢夺犯罪，其中部分行为人为窝藏赃物、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，对于其余行为人是否以抢劫罪共犯论处，主要看其对实施暴力或者以暴力相威胁的行为人是否形成共同犯意、提供帮助。基于一定意思联络，对实施暴力或者以暴力相威胁的行为人提供帮助或实际成为帮凶的，可以抢劫共犯论处。这样规定，一是强

调共同犯罪转化的，须以行为人的共同转化意愿为前提；二是避免了客观归罪，即一人使用暴力，其他共同盗窃、诈骗、抢夺行为人未必一律转化为抢劫。

四、具有法定八种加重处罚情节的刑罚适用

根据刑法第二百六十三条的规定，具有“抢劫致人重伤、死亡”等八种法定加重处罚情节的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。该条规定的量刑幅度非常大，如何把握，特别是如何把握无期徒刑和死刑的适用条件，实践中存在一定的困惑，而且法官的自由裁量权较大，缺少一定的制约性规定。为此，《指导意见》规定了适用无期徒刑和死刑的条件，可操作性非常强。至于不符合判处无期徒刑以上刑罚的案件，则由法官根据量刑规范性的有关规定依法判处即可。据此，《指导意见》从量刑原则、无期徒刑以上刑罚的适用条件、死刑适用三个方面作了详细而又严格的规定。

1. 此类案件的量刑原则。《指导意见》要求，对具有“抢劫致人重伤、死亡”等八种法定加重处罚情节的，应当根据抢劫的次数及数额、抢劫对人身的损害、对社会治安的危害等情况，结合被告人的主观恶性及人身危险程度，并根据量刑规范化的有关规定，确定具体的刑罚。判处无期徒刑以上刑罚的，一般应并处没收财产。

2. 判处无期徒刑以上刑罚的适用条件。《指导意见》依照罪责刑相适应的原则，在刑法规定的量刑框架内，参照量刑规范化的方法，根据“严格控制仅具有一种法定加重处罚情节的适用无期徒刑以上刑罚”的思路，细化了判处无期徒刑以上刑罚的适用条件，从而防止了量刑上的随意性。《指导意见》规定：具有下列情形之一的，可以判处无期徒刑以上刑罚：（1）抢劫致3人以上重伤，或者致人重伤造成严重残疾的；（2）在抢劫过程中故意杀害他人，或者故意伤害他人，致人死亡的；（3）具有除“抢劫致人重伤、死亡”外的两种以上加重处罚情节，或者抢劫次数特别多、抢劫数额特别巨大的。需要说明的是，刑法条文和以往的司法解释、规范性文件均未出现过“抢劫次数特别多”“抢劫数额特别巨大”的用词。我们认为，“抢劫数额特别巨大”，可以参考盗窃罪数额巨大的认定标准来确定。而抢劫次数特别多，则没有参考依据，可根据具体案件的具体情况确定。但是，有一点是明确的，次数特别多，指的是非常多而不是一般多，如几十次。各地在如何认定抢劫数额特别巨大、抢劫次数特别多的问题上，可加强总结，待条件成熟时，可由最高人民法院统一规定具体认定标准。

3. 适用死刑的条件。抢劫罪如何适用死刑，一直是有争议的。但是，司法实践中已经形成比较成熟的做法是，在一般情况下，“没有人命就不判死

刑”。我们认为，这一经验值得总结，但是不能反过来说，有人命就必须判处死刑。在广泛征求意见，充分总结经验的基础上，《指导意见》对抢劫案件的死刑适用提出了非常严格的标准。其内容主要体现在三个方面：（1）具有抢劫致人死亡情节为抢劫案件适用死刑的重点，但并非凡是具有致人死亡情节的一律判处死刑。《指导意见》规定，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、抗拒抓捕而杀害被害人，且被告人无法定从宽处罚情节的，可依法判处死刑立即执行。对具有自首、立功等法定从轻处罚情节的，判处死刑立即执行应当慎重。对于采取故意杀人以外的其他手段实施抢劫并致人死亡的案件，要从犯罪的动机、预谋、实行行为等方面分析被告人主观恶性的大小，并从有无前科及平时表现、认罪悔罪情况等方面判断被告人的人身危险程度，不能不加区别，仅以出现被害人死亡的后果，一律判处死刑立即执行。（2）对具有抢劫致人重伤情节的案件适用死刑，除非有特殊情节，否则一般不适用死刑。《指导意见》规定，抢劫致人重伤案件适用死刑，应当更加慎重、更加严格，除非具有采取极其残忍的手段造成被害人严重残疾等特别恶劣的情节或者造成特别严重后果的，一般不判处死刑立即执行。司法实务中，要避免简单以重伤人数决定是否适用死刑的做法，坚持以“具有采取极其残忍的手段造成被害人严重残疾等特别恶劣的情节或者造成特别严重后果”为抢劫致人重伤案件适用死刑的条件。（3）对不具有“抢劫致人重伤、死亡”情节的抢劫案件，一般排除死刑适用。不能简单以法定加重处罚情节的种数或者抢劫数额、抢劫次数作为适用死刑的条件。据此，《指导意见》规定，具有刑法第二百六十三条规定的“抢劫致人重伤、死亡”以外其他七种加重处罚情节，且犯罪情节特别恶劣、危害后果特别严重的，可依法判处死刑立即执行。认定“情节特别恶劣、危害后果特别严重”，应当从严掌握，适用死刑必须非常慎重、非常严格。

五、关于抢劫共同犯罪的刑罚适用

《抢劫解释》和《两抢意见》均未对抢劫共同犯罪如何适用刑罚作出规定。考虑到司法实践中，共同抢劫犯罪的案件数量非常多，新情况、新问题也不少，为进一步加强对这方面的审判指导，同时也可供审理其他共同犯罪案件借鉴，《指导意见》根据刑法关于共同犯罪的有关规定，结合司法实践经验，对主从犯的区分、同是主犯及同是从犯的罪责区分、刑罚适用以及共同抢劫只致一人死亡的死刑适用作了详细的规定。

1. 主从犯的区分。《指导意见》指出，审理抢劫共同犯罪案件，应当充分考虑共同犯罪的情节及后果、共同犯罪人在抢劫中的作用以及被告人的主观恶性、人身危险性等情节，做到准确认定主从犯，分清罪责，以责定刑，罚当其

罪。实务中，审判人员要依照刑法关于主从犯的规定，依照《指导意见》提供的方法，准确区分主从犯。

另外，《指导意见》还对共同犯罪中有同案被告人未到案的，如何区分罪责及如何量刑作了规定，指出：应当根据现有证据尽量分清在押犯与在逃犯的罪责，对在押犯应按其罪责处刑。罪责确实难以分清，或者不排除在押犯的罪责可能轻于在逃犯的，对在押犯适用刑罚应当留有余地，判处死刑立即执行要格外慎重。

2. 对同是主犯及同是从犯的罪责区分、刑罚适用。《指导意见》针对抢劫案件常常出现一案有两名以上主犯或者从犯，而实务中不太注意对罪责再作细分的实际情况，规定了如何更加细分罪责的内容。一案中有两名以上主犯的要从犯罪提意、预谋、准备、行为实施、赃物处理等方面区分出罪责最大者较大者。对于一案有两名以上从犯的，要在从犯中区分出罪责相对更轻者和轻者。

对于从犯的处罚，刑法第二十七条规定，应当从轻、减轻或者免除处罚，《指导意见》根据抢劫犯罪同时侵犯公民人身、财产权益，社会危害性相对其他侵财型案件更大的实际，要求根据案件的具体事实、从犯的罪责，确定从轻还是减轻处罚。也就是说，对抢劫案件的从犯，一般情况下不适用免除处罚。只有具有自首、立功或者未成年人且初次抢劫等情节的从犯，才可以依法免除处罚。这样规定，更加限缩了法官自由裁量权的空间，特别是避免了法官随意对抢劫犯罪从犯适用免除处罚的可能性。

3. 共同致一人死亡案件如何适用死刑。《指导意见》确立了一般只判处一名主犯死刑的原则，即除犯罪手段特别残忍、情节及后果特别严重、社会影响特别恶劣、严重危害社会治安的外，一般只对共同抢劫犯罪中作用最突出、罪行最严重的那名主犯判处死刑立即执行。罪行最严重的主犯如因系未成年人而不适用死刑，或者因具有自首、立功等法定从宽处罚情节而不判处死刑立即执行的，不能不加区别地对其他主犯判处死刑立即执行。

六、关于累犯等情节的适用

根据刑法第六十五条第一款的规定，对累犯应当从重处罚。但是，如何从重，从重的力度如何掌握，在实务中，有时有一定的随意性。针对抢劫犯罪的具体情况，《指导意见》对累犯的从重处罚，制定了三个适用原则。

1. 综合考虑原则。抢劫犯罪被告人具有累犯情节的，适用刑罚时要综合考虑犯罪的情节和后果，所犯前后罪的性质、间隔时间及判刑轻重等情况，决定从重处罚的力度。

2. 考察前罪罪性质原则。对于前罪系抢劫等严重暴力犯罪的累犯，应

当依法加大从重处罚的力度。对于虽不构成累犯，但具有抢劫犯罪前科的，一般不适用减轻处罚和缓刑。

3. 累犯对死刑适用的作用有限原则。对于可能判处死刑的罪犯具有累犯情节的也应慎重，不能只要是累犯就一律判处死刑立即执行；被告人同时具有累犯和法定从宽处罚情节的，判处死刑立即执行应当综合考虑，从严掌握。

七、关于抢劫案件附带民事赔偿的处理原则

抢劫案件的被告人积极赔偿并获被害人或家属谅解的，能否在量刑上有所体现。这是司法实践中争议比较多的一个问题。对此，主要从三个方面考虑。

1. 坚持将抢劫犯罪的民事赔偿区别于其他刑事案件民事赔偿的原则。抢劫犯罪一般是对社会上不特定人员的犯罪，犯罪性质严重，社会危害性大，民事赔偿对于量刑所起的作用应当有别于其他刑事案件，尤其应当有别于因民间纠纷引发的刑事案件。

2. 坚持人民法院一般不主动做调解工作原则。这是由抢劫犯罪的性质和社会危害性所决定的，也体现法院审理抢劫案件始终保持严厉打击的高压态势。当然，也不反对被告人与被害方自动达成民事赔偿协议。

3. 坚持民事赔偿对量刑的影响有限原则。由于每个具体的抢劫案件，仍然有特定的被害人，对这些具体案件的特定被害人，能否及时进行救治、经济损失能否得到必要补偿、精神伤害能否得到抚慰，都是有意义的。而被告人的民事赔偿情况，确实也能反映出被告人主观恶性和人身危险程度的高低，体现出其认罪、悔罪态度，故在特定条件下，亦可作为量刑考虑情节。但是，在最终决定从轻与否以及从轻处罚的力度时，不能脱离被告人的犯罪事实、犯罪性质、犯罪情节、犯罪后果以及对裁判的预判和评价。特别是对罪行极其严重、社会危害极大的案件，不能简单地依据被告人的民事赔偿情况或者被害人及其亲属对被告人的谅解决定量刑的轻重，更不能因此而决定是否判处死刑，要绝对杜绝“花钱买命”的现象。根据以上理由，《指导意见》规定：要妥善处理抢劫案件附带民事赔偿工作。审理抢劫刑事案件，一般情况下人民法院不主动开展附带民事调解工作。但是，对于犯罪情节不是特别恶劣或者被害方生活、医疗陷入困境，被告人与被害方自行达成民事赔偿和解协议的，民事赔偿情况可作为评价被告人悔罪态度的依据之一，在量刑上酌情予以考虑。

(撰稿人：陆建红 杨 华 潘 洁)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于办理电信网络诈骗等刑事 案件适用法律若干问题的意见

2016年12月19日

法发〔2016〕32号

为依法惩治电信网络诈骗等犯罪活动，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护社会秩序，根据《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国刑事诉讼法》等法律和有关司法解释的规定，结合工作实际，制定本意见。

一、总体要求

近年来，利用通讯工具、互联网等技术手段实施的电信网络诈骗犯罪活动持续高发，侵犯公民个人信息，扰乱无线电通讯管理秩序，掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益等上下游关联犯罪不断蔓延。此类犯罪严重侵害人民群众财产安全和其他合法权益，严重干扰电信网络秩序，严重破坏社会诚信，严重影响人民群众安全感和社会和谐稳定，社会危害性大，人民群众反映强烈。

人民法院、人民检察院、公安机关要针对电信网络诈骗等犯罪的特点，坚持全链条全方位打击，坚持依法从严从快惩处，坚持最大力度最大限度追赃挽损，进一步健全工作机制，加强协作配合，坚决有效遏制电信网络诈骗等犯罪活动，努力实现法律效果和社会效果的高度统一。

二、依法严惩电信网络诈骗犯罪

（一）根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定，利用电信网络技术手段实施诈骗，诈骗公私财物价值三千元以上、三万元以上、五十万元以上的，应当分别认定为刑法第二百六十六条规定的“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”。

二年内多次实施电信网络诈骗未经处理，诈骗数额累计计算构成犯罪的，应当依法定罪处罚。

（二）实施电信网络诈骗犯罪，达到相应数额标准，具有下列情形之一的，酌情从重处罚：

1. 造成被害人或其近亲属自杀、死亡或者精神失常等严重后果的；
2. 冒充司法机关等国家机关工作人员实施诈骗的；
3. 组织、指挥电信网络诈骗犯罪团伙的；
4. 在境外实施电信网络诈骗的；
5. 曾因电信网络诈骗犯罪受过刑事处罚或者二年内曾因电信网络诈骗受过行政处罚的；
6. 诈骗残疾人、老年人、未成年人、在校学生、丧失劳动能力人的财物，或者诈骗重病患者及其亲属财物的；
7. 诈骗救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗等款物的；
8. 以赈灾、募捐等社会公益、慈善名义实施诈骗的；
9. 利用电话追呼系统等技术手段严重干扰公安机关等部门工作的；
10. 利用“钓鱼网站”链接、“木马”程序链接、网络渗透等隐蔽技术手段实施诈骗的。

(三) 实施电信网络诈骗犯罪，诈骗数额接近“数额巨大”“数额特别巨大”的标准，具有前述第(二)条规定的情形之一的，应当分别认定为刑法第二百六十六条规定的“其他严重情节”“其他特别严重情节”。

上述规定的“接近”，一般应掌握在相应数额标准的百分之八十以上。

(四) 实施电信网络诈骗犯罪，犯罪嫌疑人、被告人实际骗得财物的，以诈骗罪(既遂)定罪处罚。诈骗数额难以查证，但具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百六十六条规定的“其他严重情节”，以诈骗罪(未遂)定罪处罚：

1. 发送诈骗信息五千条以上的，或者拨打诈骗电话五百人次以上的；
2. 在互联网上发布诈骗信息，页面浏览量累计五千次以上的。

具有上述情形，数量达到相应标准十倍以上的，应当认定为刑法第二百六十六条规定的“其他特别严重情节”，以诈骗罪(未遂)定罪处罚。

上述“拨打诈骗电话”，包括拨出诈骗电话和接听被害人回拨电话。反复拨打、接听同一电话号码，以及反复向同一被害人发送诈骗信息的，拨打、接听电话次数、发送信息条数累计计算。

因犯罪嫌疑人、被告人故意隐匿、毁灭证据等原因，致拨打电话次数、发送信息条数的证据难以收集的，可以根据经查证属实的日拨打入次数、日发送信息条数，结合犯罪嫌疑人、被告人实施犯罪的时间、犯罪嫌疑人、被告人的供述等相关证据，综合予以认定。

(五) 电信网络诈骗既有既遂，又有未遂，分别达到不同量刑幅度的，依照处罚较重的规定处罚；达到同一量刑幅度的，以诈骗罪既遂处罚。

(六) 对实施电信网络诈骗犯罪的被告人裁量刑罚，在确定量刑起点、基

准刑时，一般应就高选择。确定宣告刑时，应当综合全案事实情节，准确把握从重、从轻量刑情节的调节幅度，保证罪责刑相适应。

(七) 对实施电信网络诈骗犯罪的被告人，应当严格控制适用缓刑的范围，严格掌握适用缓刑的条件。

(八) 对实施电信网络诈骗犯罪的被告人，应当更加注重依法适用财产刑，加大经济上的惩罚力度，最大限度剥夺被告人再犯的能力。

三、全面惩处关联犯罪

(一) 在实施电信网络诈骗活动中，非法使用“伪基站”“黑广播”，干扰无线电通讯秩序，符合刑法第二百八十八条规定的，以扰乱无线电通讯管理秩序罪追究刑事责任。同时构成诈骗罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

(二) 违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息，符合刑法第二百五十三条之一规定的，侵犯公民个人信息罪追究刑事责任。

使用非法获取的公民个人信息，实施电信网络诈骗犯罪行为，构成数罪的，应当依法予以并罚。

(三) 冒充国家机关工作人员实施电信网络诈骗犯罪，同时构成诈骗罪和招摇撞骗罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

(四) 非法持有他人信用卡，没有证据证明从事电信网络诈骗犯罪活动，符合刑法第一百七十七条之一第一款第(二)项规定的，以妨害信用卡管理罪追究刑事责任。

(五) 明知是电信网络诈骗犯罪所得及其产生的收益，以下列方式之一予以转账、套现、取现的，依照刑法第三百一十二条第一款的规定，以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪追究刑事责任。但有证据证明确实不知道的除外：

1. 通过使用销售点终端机具(PoS机)刷卡套现等非法途径，协助转换或者转移财物的；
2. 帮助他人将巨额现金散存于多个银行账户，或在不同银行账户之间频繁划转的；
3. 多次使用或者使用多个非本人身份证明开设的信用卡、资金支付结算账户或者多次采用遮蔽摄像头、伪装等异常手段，帮助他人转账、套现、取现的；
4. 为他人提供非本人身份证明开设的信用卡、资金支付结算账户后，又帮助他人转账、套现、取现的；
5. 以明显异于市场的价格，通过手机充值、交易游戏点卡等方式套现的。

实施上述行为，事前通谋的，以共同犯罪论处。

实施上述行为，电信网络诈骗犯罪嫌疑人尚未到案或案件尚未依法裁判，但现有证据足以证明该犯罪行为确实存在的，不影响掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的认定。

实施上述行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。法律和司法解释另有规定的除外。

(六) 网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，致使诈骗信息大量传播，或者用户信息泄露造成严重后果的，依照刑法第二百八十六条之一的规定，以拒不履行信息网络安全管理义务罪追究刑事责任。同时构成诈骗罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

(七) 实施刑法第二百八十七条之一、第二百八十七条之二规定之行为，构成非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪，同时构成诈骗罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

(八) 金融机构、网络服务提供者、电信业务经营者等在经营活动中，违反国家有关规定，被电信网络诈骗犯罪分子利用，使他人遭受财产损失的，依法承担相应责任。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

四、准确认定共同犯罪与主观故意

(一) 三人以上为实施电信网络诈骗犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，应依法认定为诈骗犯罪集团。对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。对犯罪集团中组织、指挥、策划者和骨干分子依法从严惩处。

对犯罪集团中起次要、辅助作用的从犯，特别是在规定期限内投案自首、积极协助抓获主犯、积极协助追赃的，依法从轻或减轻处罚。

对犯罪集团首要分子以外的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。全部犯罪包括能够查明具体诈骗数额的事实和能够查明发送诈骗信息条数、拨打诈骗电话人次数、诈骗信息网页浏览次数的的事实。

(二) 多人共同实施电信网络诈骗，犯罪嫌疑人、被告人应对其参与期间该诈骗团伙实施的全部诈骗行为承担责任。在其所参与的犯罪环节中起主要作用的，可以认定为主犯；起次要作用的，可以认定为从犯。

上述规定的“参与期间”，从犯罪嫌疑人、被告人着手实施诈骗行为开始起算。

(三) 明知他人实施电信网络诈骗犯罪，具有下列情形之一的，以共同犯罪论处，但法律和司法解释另有规定的除外：

1. 提供信用卡、资金支付结算账户、手机卡、通讯工具的；
2. 非法获取、出售、提供公民个人信息的；
3. 制作、销售、提供“木马”程序和“钓鱼软件”等恶意程序的；
4. 提供“伪基站”设备或相关服务的；
5. 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，或者提供支付结算等帮助的；
6. 在提供改号软件、通话线路等技术服务时，发现主叫号码被修改为国内党政机关、司法机关、公共服务部门号码，或者境外用户改为境内号码，仍提供服务的；
7. 提供资金、场所、交通、生活保障等帮助的；
8. 帮助转移诈骗犯罪所得及其产生的收益，套现、取现的。

上述规定的“明知他人实施电信网络诈骗犯罪”，应当结合被告人的能力，既往经历，行为次数和手段，与他人关系，获利情况，是否曾因电信网络诈骗受过处罚，是否故意规避调查等主客观因素进行综合分析认定。

（四）负责招募他人实施电信网络诈骗犯罪活动，或者制作、提供诈骗方案、术语清单、语音包、信息等的，以诈骗共同犯罪论处。

（五）部分犯罪嫌疑人在逃，但不影响对已到案共同犯罪嫌疑人、被告人的犯罪事实认定的，可以依法先行追究已到案共同犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任。

五、依法确定案件管辖

（一）电信网络诈骗犯罪案件一般由犯罪地公安机关立案侦查，如果由犯罪嫌疑人居住地公安机关立案侦查更为适宜的，可以由犯罪嫌疑人居住地公安机关立案侦查。犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地。

“犯罪行为发生地”包括用于电信网络诈骗犯罪的网站服务器所在地，网站建立者、管理者所在地，被侵害的计算机信息系统或其管理者所在地，犯罪嫌疑人、被害人使用的计算机信息系统所在地，诈骗电话、短信息、电子邮件等的拨打地、发送地、到达地、接受地，以及诈骗行为持续发生的实施地、预备地、开始地、途经地、结束地。

“犯罪结果发生地”包括被害人被骗时所在地，以及诈骗所得财物的实际取得地、藏匿地、转移地、使用地、销售地等。

（二）电信网络诈骗最初发现地公安机关侦办的案件，诈骗数额当时未达到“数额较大”标准，但后续累计达到“数额较大”标准，可由最初发现地公安机关立案侦查。

（三）具有下列情形之一的，有关公安机关可以在其职责范围内并案侦查：

1. 一人犯数罪的；
2. 共同犯罪的；
3. 共同犯罪的犯罪嫌疑人还实施其他犯罪的；
4. 多个犯罪嫌疑人实施的犯罪存在直接关联，并案处理有利于查明案件事实的。

(四) 对因网络交易、技术支持、资金支付结算等关系形成多层次链条、跨区域的电信网络诈骗等犯罪案件，可由共同上级公安机关按照有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，指定有关公安机关立案侦查。

(五) 多个公安机关都有权立案侦查的电信网络诈骗等犯罪案件，由最初受理的公安机关或者主要犯罪地公安机关立案侦查。有争议的，按照有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，协商解决。经协商无法达成一致的，由共同上级公安机关指定有关公安机关立案侦查。

(六) 在境外实施的电信网络诈骗等犯罪案件，可由公安部按照有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，指定有关公安机关立案侦查。

(七) 公安机关立案、并案侦查，或因有争议，由共同上级公安机关指定立案侦查的案件，需要提请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的，由该公安机关所在地的人民检察院、人民法院受理。

对重大疑难复杂案件和境外案件，公安机关应在指定立案侦查前，向同级人民检察院、人民法院通报。

(八) 已确定管辖的电信诈骗共同犯罪案件，在逃的犯罪嫌疑人归案后，一般由原管辖的公安机关、人民检察院、人民法院管辖。

六、证据的收集和审查判断

(一) 办理电信网络诈骗案件，确因被害人人数众多等客观条件的限制，无法逐一收集被害人陈述的，可以结合已收集的被害人陈述，以及经查证属实的银行账户交易记录、第三方支付结算账户交易记录、通话记录、电子数据等证据，综合认定被害人人数及诈骗资金数额等犯罪事实。

(二) 公安机关采取技术侦查措施收集的案件证明材料，作为证据使用的，应当随案移送批准采取技术侦查措施的法律文书和所收集的证据材料，并对其来源等作出书面说明。

(三) 依照国际条约、刑事司法协助、互助协议或平等互助原则，请求证据材料所在地司法机关收集，或通过国际警务合作机制、国际刑警组织启动合作取证程序收集的境外证据材料，经查证属实，可以作为定案的依据。公安机关应对其来源、提取人、提取时间或者提供人、提供时间以及保管移交的过程等作出说明。

对其他来自境外的证据材料，应当对其来源、提供人、提供时间以及提取人、提取时间进行审查。能够证明案件事实且符合刑事诉讼法规定的，可以作为证据使用。

七、涉案财物的处理

(一) 公安机关侦办电信网络诈骗案件，应当随案移送涉案赃款赃物，并附清单。人民检察院提起公诉时，应一并移交受理案件的人民法院，同时就涉案赃款赃物的处理提出意见。

(二) 涉案银行账户或者涉案第三方支付账户内的款项，对权属明确的被害人的合法财产，应当及时返还。确因客观原因无法查实全部被害人，但有证据证明该账户系用于电信网络诈骗犯罪，且被告人无法说明款项合法来源的，根据刑法第六十四条的规定，应认定为违法所得，予以追缴。

(三) 被告人已将诈骗财物用于清偿债务或者转让给他人，具有下列情形之一的，应当依法追缴：

1. 对方明知是诈骗财物而收取的；
 2. 对方无偿取得诈骗财物的；
 3. 对方以明显低于市场的价格取得诈骗财物的；
 4. 对方取得诈骗财物系源于非法债务或者违法犯罪活动的。
- 他人善意取得诈骗财物的，不予追缴。

【解 读】

解读《关于办理电信网络诈骗等刑事案件 适用法律若干问题的意见》

一、《意见》的制定背景

近年来，利用通讯工具、互联网等技术手段实施的电信网络诈骗犯罪活动持续高发。一些不法分子结成团伙，设置窝点，精心设计骗局，通过拨打网络改号电话、“伪基站”设备群发手机短信、网上发布诈骗信息等方式，跨区域甚至跨境大肆实施诈骗活动。电信网络诈骗犯罪是一种远程非接触性犯罪，技术含量高，时空跨度大，波及人数多，且手段隐蔽，花样翻新，较传统诈骗罪欺骗性更强，普通群众防不胜防。诈骗一旦得逞，往往给被诈骗群众造成巨大

财产损失，甚至引发次生危害后果。2016年以来，陆续发生了几起在校学生被骗走学费而导致猝死或自杀的案件，影响极为恶劣。围绕电信网络诈骗犯罪，还发展形成了一系列灰色产业链，如非法使用“伪基站”“黑广播”设备、非法获取、出售、提供公民个人信息、帮助转移诈骗赃款等上下游关联违法犯罪，并不断蔓延。电信网络诈骗等犯罪严重侵犯群众财产安全和其他合法权益，严重干扰正常的电信网络秩序，严重破坏社会诚信，严重影响社会和谐稳定，实属一大社会公害。

中央高度重视打击防范电信网络诈骗违法犯罪活动，要求惩防并举，重拳出击，深入开展打击治理专项行动，坚决有效遏制此类犯罪活动。近年来，各地各部门侦查打击、重点整治、防范治理三管齐下，取得显著成效。2016年1至11月，全国共破获各类电信网络诈骗案件9.3万起，查处违法犯罪人员5.2万人，同比均成倍增长，并打掉一批境外犯罪窝点。10月份，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、工业和信息化部、中国人民银行、中国银行业监督管理委员会联合发布《关于防范和打击电信网络诈骗犯罪的通告》（以下简称《通告》），提出了一系列源头防范的举措，明确了从严从快打击的方针，并责令犯罪分子在规定期限内投案自首。《通告》的发布，起到了教育群众、震慑犯罪的作用，社会反响热烈。

我们也应看到，电信网络诈骗犯罪与传统诈骗犯罪相比，在各方面均呈现出新的犯罪特征，对政法机关依法打击此类犯罪，提出严峻的挑战和更高的要求。特别是在司法实践中，面临一些新的突出的法律适用问题，亟需加以解决。为进一步明确法律标准，统一执法尺度，更及时、更准确、更严厉地惩治此类犯罪，2016年下半年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部针对新型犯罪特点，结合实际情况，坚持问题导向，深入调查研究，广泛征求意见，反复研究论证，不断修改完善，依照刑法和相关司法解释的规定，联合制定出台了《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）。《意见》顺应人民群众的普遍期待，适应新形势下的斗争需要，提出更为明确具体的适用法律依据。我们深信，《意见》的制定出台，对于政法机关更加有力、准确、有效地打击电信网络诈骗犯罪，必将发挥重要的作用。

二、《意见》的主要内容

《意见》共七个部分、三十六条。分别规定了总体要求、依法严惩电信网络诈骗犯罪、全面惩处关联犯罪、准确认定共同犯罪与主观故意、依法确定案件管辖、证据的收集和审查判断、涉案财物的处理等内容。这些内容归纳起来，主要体现了四个方面的原则性要求。

（一）坚持依法从严惩处

这是《意见》的关键和核心。电信网络诈骗犯罪社会危害性大，人民群众反映强烈，必须坚决依法予以严惩。

第一，根据“两高”《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《诈骗解释》）的规定，诈骗财物价值三千元至一万元以上、三万元至十万元以上的，应分别认定为诈骗“数额较大”和“数额巨大”，各地可在此幅度内确定具体数额标准。《意见》针对电信网络诈骗犯罪的性质和特点，实行全国统一数额标准和数额幅度底线标准。《意见》规定，电信网络诈骗财物价值三千元以上、三万元以上，应当分别认定为刑法第二百六十六条规定的诈骗“数额较大”“数额巨大”。这样规定，一方面是对电信网络诈骗犯罪体现从严惩处的精神，另一方面也考虑到，电信网络诈骗突破了传统犯罪空间范畴，基本属于跨区域犯罪，地域化色彩相对淡化，不宜再由各地自行确定具体数额标准。

第二，《意见》将《诈骗解释》的相关内容进一步具体化，规定电信网络诈骗犯罪数额达到相应标准后，具有十项情形之一的，予以从重处罚。包括造成严重后果的，如诈骗致人自杀、死亡或者精神失常；犯罪手段恶劣的，如利用“钓鱼网站”“木马”程序链接等进行诈骗的；以社会弱势群体为诈骗对象的，如诈骗残疾人、老年人、学生、重病患者等；诈骗特定款物的，如诈骗扶贫、救济、优抚款物；犯罪分子主观恶性较深的，如有诈骗前科又诈骗的；等等。特别应该指出，一些犯罪分子肆无忌惮，冒充司法机关等国家机关工作人员诈骗，不仅容易使人上当进而骗得巨额钱财，而且严重损害国家机关的形象和权威，必须严厉惩处。

第三，诈骗罪属于应当依照《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》审理的案件。《意见》遵循量刑规范化基本要求，规定人民法院适用量刑规范化审理此类案件，在确定量刑起点、基准刑时，一般应就高选择；确定宣告刑时，应当综合全案事实情节，准确把握从重、从轻量刑情节的调节幅度，保证罪责刑相适应。

第四，电信网络诈骗犯罪具有一定的智能化和专业化色彩，有的犯罪分子长期从事这类活动，有的在受过打击处理后，仍不收手，继续实施电信网络诈骗犯罪，且手法更隐蔽，反侦查能力更强，传染面更大。为严厉打击此类犯罪分子，《意见》专门规定，对电信网络诈骗案件的被告人，要严格控制适用缓刑的范围，严格掌握适用缓刑的条件。

第五，不法分子使用现代化智能通讯工具从事电信网络诈骗犯罪，侦查工作难度大，证据收集难度也很大。特别是涉及诈骗数额方面，有时难以全部查清。《意见》充分考虑这一情况，采取数额标准和数量标准并行。既可根据犯

罪分子的诈骗数额,也可根据其实际拨打诈骗电话、发送诈骗信息的数量来定罪量刑,确保更准确、全面、客观地反映犯罪分子的罪行,进而体现罪责刑相适应。为此,《意见》规定,诈骗数额虽难以查证,但查明发送诈骗信息五千条以上、拨打诈骗电话五百人次以上的,应当认定为“其他严重情节”,以诈骗罪(未遂)定罪处罚。对于犯罪分子有意毁灭或者隐匿罪证而致难以直接认定的,《意见》进一步规定,可以根据查证属实的日拨打人次数、日发送信息条数,结合被告人实施犯罪的时间、被告人的供述等相关证据,综合予以认定。

第六,《意见》充分考虑犯罪嫌疑人、被告人在共同犯罪中的地位作用,充分考虑犯罪嫌疑人、被告人的主观恶性和人身危险性,突出打击重点,确保打击效果。《意见》重申了刑法原则,规定对于诈骗犯罪集团的首要分子,按照集团所犯全部罪行处罚。对于其余主犯,按照其所参与或者组织、指挥的全部犯罪处罚。另外,为贯彻宽严相济刑事政策,体现严中有宽,宽以济严的要求,《意见》规定,对于诈骗犯罪集团的从犯,如果在规定期限内投案自首,积极协助抓获主犯,积极协助追赃的,司法机关就会兑现政策,依法从宽处罚。

(二) 坚持依法全面惩处

电信网络诈骗犯罪一般都是多人共同犯罪,分工较细,环节较多,流程较长,形成较为完整的犯罪链条。通常又衍生侵犯公民个人信息,扰乱无线电通讯管理秩序,掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益等上下游关联犯罪,形成以诈骗为中心的系列犯罪产业链。对电信网络诈骗犯罪进行有效打击,必须斩断其犯罪链条,综合惩治,确保全方位打击,不留死角。

第一,《意见》规定了扰乱无线电通讯管理秩序罪、侵犯公民个人信息罪、妨害信用卡管理罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪、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等罪等各种电信网络诈骗上下游关联犯罪的处理原则,如使用非法获取的公民个人信息实施电信网络诈骗,构成犯罪的,依法进行数罪并罚。从这方面继续加强国家对公民个人信息安全的保护,严惩公然利用公民个人信息实施的犯罪活动。

第二,电信网络诈骗犯罪分子为实现非法占有他人财物的目的,常常依靠下家为其转账、套现、取现,对此也必须坚决予以惩处。《意见》规定,为电信网络诈骗犯罪分子骗得的赃款进行转账、套现、取现的行为,应当以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪追究刑事责任。如果有事先通谋,则以诈骗共同犯罪论处。另外,针对司法实践中存在一些实施转账、套现、取现行为的下家往往先于诈骗上家到案的情况,《意见》规定,即便电信网络诈骗犯罪嫌疑人尚未到案或案件尚未裁判,但现有证据足以证明行为人有转账、套现、取现

犯罪事实的，不影响掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的认定。

第三，实践中，还存在一些为电信网络诈骗犯罪提供犯罪工具、设备和技术支持等情况，均应依法惩处。《意见》明确规定，明知他人实施电信网络诈骗犯罪，而为他人提供公民个人信息、提供银行卡或手机卡、提供“伪基站”设备、提供互联网接入或者支付结算、提供场所或者交通等帮助行为的，以诈骗共同犯罪论处。

第四，实践中有一些不法分子，虽然本人没有到诈骗窝点参与实施具体的诈骗行为，但其为诈骗分子撰写并提供诈骗“剧本”等，或者负责在社会上引诱、招募人员并向诈骗集团或团伙输送，本人从中牟取非法利益。这些行为，都是电信网络诈骗犯罪活动不可或缺的内容，危害甚大。《意见》对此明确规定，以诈骗共同犯罪论处。

第五，针对司法实践中存在电信网络诈骗团伙成员到案时间先后不一的情况，《意见》规定，部分犯罪嫌疑人在逃，但不影响对已到案共同犯罪嫌疑人、被告人的犯罪事实认定的，可以依法先行追究已到案共同犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任。以提高办案效率，实现司法公正，确保打击效果。

（三）坚持全力追赃挽损

政法机关肩负惩罚犯罪，保护人民的神圣职责。电信网络诈骗犯罪，直接侵害群众的财产权等合法权益，特别是一些普通群众的生活费、治病钱、学费等被骗走，导致这些群众的生活更加困难，精神受到打击，造成严重物质和精神损害。政法机关在依法严惩犯罪分子并加大财产刑处罚力度的同时，尽最大力量挽回被害群众的经济损失，切实维护人民群众利益。《意见》就此问题也专门作出规定。

第一，加大财产刑适用力度。《意见》提出明确要求，对实施电信网络诈骗犯罪的被告人，应当更加注重依法适用罚金、没收财产等财产刑，加大经济上的惩罚力度，最大限度削弱犯罪分子的经济实力，最大限度剥夺犯罪分子再犯的能力。

第二，依法追缴涉案账户内违法资金。为最大限度追赃挽损，弥补被害群众的经济损失，同时防止犯罪分子虽受到刑事处罚，但却捞到经济上的实惠，《意见》规定，对查获的涉案银行账户内权属明确的被害人的合法财产，应当及时返还；确因客观原因无法查实全部被害人，但有证据证明该账户系用于电信网络诈骗犯罪，且被告人无法说明款项合法来源的，根据刑法第六十四条的规定，应认定为违法所得，予以追缴。

第三，依法追缴已被转移的赃款。诈骗犯罪分子作案后，会采用各种方式、手段来转移、隐匿赃款，企图对犯罪所得进行“洗白”，坐享其成。对此，《意见》明确规定，被告人已将诈骗财物用于清偿债务或者转让给他人，但他

人明知是诈骗财物而收取，或者他人无偿取得诈骗财物，或者他人以明显低于市场的价格取得诈骗财物，或者他人取得诈骗财物系源于非法债务或者违法犯罪活动的，司法机关将一律依法追缴。

（四）坚持依法准确惩处

对电信诈骗犯罪依法严惩，必须严格证明标准，遵循法定程序，正确适用法律，才能实现司法公正，实现法律效果和社会效果的高度统一。《意见》对涉及管辖、共同犯罪和主观故意的认定、证据收集和审查判断等方面存在的突出问题作出规定，确保对电信网络诈骗犯罪准确惩处。

第一，电信网络诈骗案件一般属于跨地域、跨境案件，甚至诈骗团伙实施的同一桩诈骗案，可能存在各个犯罪环节分布在不同地方的情况。为解决实践中出现的新问题，在坚持刑事诉讼法规定的管辖原则的前提下，有必要就电信网络诈骗案件的管辖问题作出针对性的规定。《意见》结合此类案件的特点，对电信网络诈骗犯罪的“犯罪行为发生地”“犯罪结果发生地”作出较为全面的列举式的规定，以方便执法办案。如规定诈骗电话、信息、电子邮件等的拨打地、发送地、到达地、接受地，均属于“犯罪行为发生地”。同时，《意见》本着有利于查清犯罪事实，有利于诉讼的原则，对于公安机关并案侦查、指定立案侦查等也予以明确。为促进案件办理衔接顺畅、运转高效，《意见》还规定，公安机关立案侦查、并案侦查、指定立案侦查的案件，由该公安机关所在地的人民检察院、人民法院受理。公安机关指定立案侦查的大要案和境外案件，应事先向同级人民检察院、人民法院通报。

第二，电信网络诈骗犯罪集团、犯罪团伙成员主观故意内容的认定，是司法实践中的难点。为明晰法律界限，方便司法机关操作，《意见》提出了认定“明知”的标准，即综合判断标准，应当结合被告人的认知能力、既往经历、行为次数、手段特征、与他人关系、获利情况、前科情况、接受调查的态度等各方面主客观因素，综合分析判断。

第三，考虑到电信网络诈骗案件被害人众多且难以一一取证的实际情况，《意见》规定，确因被害人人数众多等客观条件的限制，无法逐一收集被害人陈述的，可以结合已收集的被害人陈述，以及经查证属实的银行账户交易记录、第三方支付结算账户交易记录、通话记录、电子数据等证据，综合认定被害人人数及诈骗资金数额等犯罪事实。

最高人民法院 最高人民检察院
人力资源社会保障部 公安部
关于加强涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件
查处衔接工作的通知

2014年12月23日

人社部发〔2014〕100号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、人力资源社会保障厅(局)、公安厅(局),新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院,新疆生产建设兵团人民检察院、人力资源社会保障局、公安局:

为贯彻执行《中华人民共和国刑法》和《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2013〕3号)关于拒不支付劳动报酬罪的相关规定,进一步完善人力资源社会保障行政执法和刑事司法衔接制度,加大对拒不支付劳动报酬犯罪行为的打击力度,切实维护劳动者合法权益,根据《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》(国务院2001年第310号令)及有关规定,现就进一步做好涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件查处衔接工作通知如下:

一、切实加强涉嫌拒不支付劳动报酬违法犯罪案件查处工作

(一) 由于行为人逃匿导致工资账册等证据材料无法调取或用人单位在规定的时间内未提供有关工资支付等相关证据材料的,人力资源社会保障部门应及时对劳动者进行调查询问并制作询问笔录,同时应积极收集可证明劳动用工、欠薪数额等事实的相关证据,依据劳动者提供的工资数额及其他有关证据认定事实。调查询问过程一般要录音录像。

(二) 行为人拖欠劳动者劳动报酬后,人力资源社会保障部门通过书面、电话、短信等能够确认其收悉的方式,通知其在指定的时间内到指定的地点配合解决问题,但其在指定的时间内未到指定的地点配合解决问题或明确表示拒不支付劳动报酬的,视为刑法第二百七十六条之一第一款规定的“以逃匿方法逃避支付劳动者的劳动报酬”。但是,行为人有证据证明因自然灾害、突发重大疾病等非人力所能抗拒的原因造成其无法在指定的时间内到指定的地点配合解决问题的除外。

(三) 企业将工程或业务分包、转包给不具备用工主体资格的单位或个人,

该单位或个人违法雇用劳动者不支付劳动报酬的，人力资源社会保障部门应向具备用工主体资格的企业下达限期整改指令书或行政处罚决定书，责令该企业限期支付劳动者劳动报酬。对于该企业有充足证据证明已向不具备用工主体资格的单位或个人支付了劳动者全部的劳动报酬，该单位或个人仍未向劳动者支付的，应向不具备用工主体资格的单位或个人下达限期整改指令书或行政处理决定书，并要求企业监督该单位或个人向劳动者发放到位。

(四) 经人力资源社会保障部门调查核实，行为人拖欠劳动者劳动报酬事实清楚、证据确凿、数额较大的，应及时下达责令支付文书。对于行为人逃匿，无法将责令支付文书送交其同住成年家属或所在单位负责收件人的，人力资源社会保障部门可以在行为人住所地、办公地、生产经营场所、建筑施工项目所在地等地张贴责令支付文书，并采用拍照、录像等方式予以记录，相关资料应当纳入案卷。

二、切实规范涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件移送工作

(一) 人力资源社会保障部门向公安机关移送涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件应按照《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》的要求，履行相关手续，并制作《涉嫌犯罪案件移送书》，在规定的期限内将案件移送公安机关。移送的案件卷宗中应当附有以下材料：

1. 涉嫌犯罪案件移送书；
2. 涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件调查报告；
3. 涉嫌犯罪案件移送审批表；
4. 限期整改指令书或行政处理决定书等执法文书及送达证明材料；
5. 劳动者本人或劳动者委托代理人调查询问笔录；
6. 拖欠劳动者劳动报酬的单位或个人的基本信息；
7. 涉案的书证、物证等有关涉嫌拒不支付劳动报酬的证据材料。

人力资源社会保障部门向公安机关移送涉嫌犯罪案件应当移送与案件相关的全部材料，同时应将案件移送书及有关材料目录抄送同级人民检察院。在移送涉嫌犯罪案件时已经作出行政处罚决定的，应当将行政处罚决定书一并抄送公安机关、人民检察院。

(二) 公安机关收到人力资源社会保障部门移送的涉嫌犯罪案件，应当在涉嫌犯罪案件移送书回执上签字，对移送材料不全的，可通报人力资源社会保障部门按上述规定补充移送。受理后认为不属于本机关管辖的，应当及时转送有管辖权的机关，并书面告知移送案件的人力资源社会保障部门。对受理的案件，公安机关应当及时审查，依法作出立案或者不予立案的决定，并书面通知人力资源社会保障部门，同时抄送人民检察院。公安机关立案后决定撤销案件

的，应当书面通知人力资源社会保障部门，同时抄送人民检察院。公安机关作出不立案决定或者撤销案件的，应当同时将案卷材料退回人力资源社会保障部门，并书面说明理由。

（三）人力资源社会保障部门对于公安机关不接受移送的涉嫌犯罪案件或者已受理的案件未依法及时作出立案或不立案决定的，可以建议人民检察院依法进行立案监督。对公安机关受理后作出不予立案决定的，可在接到不予立案通知书后3日内向作出决定的公安机关提请复议，也可以建议人民检察院依法进行立案监督。

（四）人民检察院发现人力资源社会保障部门对应当移送公安机关的涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件不移送或者逾期不移送的，应当督促移送。人力资源社会保障部门接到人民检察院提出移送涉嫌犯罪案件的书面意见后，应当及时移送案件。人民检察院发现相关部门拒不移送案件和拒不立案行为中存在职务犯罪线索的，应当认真审查，依法处理。

三、切实完善劳动保障监察行政执法与刑事司法衔接机制

（一）人力资源社会保障部门在依法查处涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件过程中，对案情复杂、性质难以认定的案件可就犯罪标准、证据固定等问题向公安机关或人民检察院咨询；对跨区域犯罪、涉及人员众多、社会影响较大的案件，人力资源社会保障部门通报公安机关的，公安机关应依法及时处置。

（二）对于涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件，公安机关、人民检察院、人民法院在侦查、审查起诉和审判期间提请人力资源社会保障部门协助的，人力资源社会保障部门应当予以配合。

（三）在办理拒不支付劳动报酬犯罪案件过程中，各级人民法院、人民检察院、人力资源社会保障部门、公安机关要加强联动配合，建立拒不支付劳动报酬犯罪案件移送的联席会议制度，定期互相通报案件办理情况，及时了解案件信息，研究解决查处拒不支付劳动报酬犯罪案件衔接工作中存在的问题，进一步完善劳动保障监察行政执法与刑事司法衔接工作机制，切实发挥刑法打击拒不支付劳动报酬犯罪行为的有效作用。

5. 妨害社会管理秩序罪

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于印发《办理黑社会性质组织 犯罪案件座谈会纪要》的通知

2009年12月9日

法〔2009〕382号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），解放军军事法院、军事检察院、总政治部保卫部，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

黑社会性质组织犯罪严重危害社会稳定，严重危害人民群众的生命、财产安全，严重危害党和国家的政权建设，是依法应当严厉打击的严重犯罪之一。依法侦查、起诉、审判好此类案件，对于维护社会稳定、促进经济社会协调发展具有重要意义。

为正确理解和适用刑法、立法解释、司法解释关于黑社会性质组织犯罪的规定，依法及时、准确、有力地惩治黑社会性质组织犯罪，2009年7月15日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部在北京召开了办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会。现将《最高人民法院、最高人民检察院、公安部办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》印发给你们。请认真组织学习，并在办理黑社会性质组织犯罪案件时遵照执行。执行中有什么问题，请分别层报最高人民法院、最高人民检察院、公安部。

附：

办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要

为正确理解和适用刑法、立法解释、司法解释关于黑社会性质组织犯罪的规定，依法及时、准确、有力地惩治黑社会性质组织犯罪，最高人民法院、最高人民检察院、公安部于2009年7月15日在北京召开了办理黑社会性质组织

犯罪案件座谈会。会议总结了各级人民法院、人民检察院和公安机关办理黑社会性质组织犯罪案件所取得的经验，分析了当前依法严惩黑社会性质组织犯罪面临的严峻形势，研究了办理黑社会性质组织犯罪案件遇到的适用法律问题，就人民法院、人民检察院和公安机关正确适用法律，严厉打击黑社会性质组织犯罪形成了具体意见。会议纪要如下：

一、与会同志一致认为，自2006年初全国开展打黑除恶专项斗争以来，各级人民法院、人民检察院和公安机关依法履行各自职责，密切配合，惩处了一批黑社会性质组织犯罪分子，遏制了黑社会性质组织犯罪高发的势头，为维护社会稳定，构建社会主义和谐社会作出了重要贡献。但是，在我国，黑社会性质组织犯罪仍处于活跃期，犯罪的破坏性不断加大，犯罪分子逃避法律制裁的行为方式不断变换，向政治领域的渗透日益明显，对人民群众的生命、财产安全，对经济、社会生活秩序和基层政权建设都构成了严重威胁。因此，严厉打击黑社会性质组织犯罪，遏制并最大限度地减少黑社会性质组织犯罪案件的发生，是当前乃至今后相当长一个时期政法机关的重要任务。为此，各级人民法院、人民检察院和公安机关必须坚持做好以下几方面工作：

首先，要切实提高对打击黑社会性质组织犯罪重要性的认识。依法严惩黑社会性质组织犯罪，不仅是保障民生、维护稳定的迫切需要，而且事关政权安危，容不得丝毫懈怠。各级人民法院、人民检察院和公安机关要充分认识这项工作的重要性、紧迫性、复杂性、艰巨性和长期性，在思想上始终与党中央的决策保持高度一致，坚决克服麻痹、松懈情绪，把依法打击黑社会性质组织犯罪，实现社会治安的持续稳定作为一项重要任务常抓不懈。

其次，要严格坚持法定标准，切实贯彻落实宽严相济的刑事政策。各级人民法院、人民检察院和公安机关要严格依照刑法、刑事诉讼法及有关法律解释的规定办理案件，确保认定的事实清楚，据以定案的证据确实、充分，黑社会性质组织的认定准确无误。既要防止将已构成黑社会性质组织犯罪的案件“降格”处理，也不能因为强调严厉打击而将不构成此类犯罪的共同犯罪案件“拔高”认定。要严格贯彻落实宽严相济的刑事政策，对黑社会性质组织的组织者、领导者及其他骨干成员要依法从严惩处；对犯罪情节较轻的其他参加人员以及初犯、偶犯、未成年犯，要依法从轻、减轻处罚，以分化、瓦解犯罪分子，减少社会对抗、促进社会和谐，取得法律效果和社会效果的统一。

第三，要充分发挥各自的职能作用，密切配合，相互支持，有效形成打击合力。各级人民法院、人民检察院和公安机关要积极总结和交流工作经验，不断统一执法思想，共同加强长效机制建设。为了及时、有效地打击黑社会性质

组织犯罪，公安机关在办案中要紧紧围绕法律规定的黑社会性质组织的“四个特征”，严格按照刑事诉讼法及有关规定全面收集、固定证据，严禁刑讯逼供、滥用强制措施和超期羁押，对重要犯罪嫌疑人的审讯以及重要取证活动要全程录音、录像。人民检察院不仅要把好批捕、起诉关，还要加强对看守所监管活动的检查监督，防止串供、翻供、订立攻守同盟、搞假立功等情况的发生。人民法院要严格审查事实、证据，不断强化程序意识，全面提高审判工作质量和效率。

第四，要严惩“保护伞”，采取多种措施深入推进打黑除恶工作。黑社会性质组织之所以能在一些地方坐大成势，与个别国家工作人员的包庇、纵容有着直接关系。各级人民法院、人民检察院和公安机关要把查处“保护伞”与办理涉黑案件有机地结合起来，与反腐败工作紧密地结合起来，与纪检、监察部门做好衔接配合，加大打击力度，确保实现“除恶务尽”的目标。打击黑社会性质组织犯罪是一项复杂的系统工程，各级人民法院、人民检察院和公安机关在办理好案件的同时，还要通过积极参与社会治安综合治理、加强法制宣传、广泛发动群众等多种手段，从源头上有效防控此类犯罪。

二、会议认为，自1997年《刑法》增设黑社会性质组织犯罪的规定以来，全国人大常委会、最高人民法院分别作出了《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》（以下简称《立法解释》）、《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《司法解释》），对于指导司法实践发挥了重要作用。但由于黑社会性质组织犯罪的构成要件和所涉及的法律关系较为复杂，在办案过程中对法律规定的理解还不尽相同。为了进一步统一司法标准，会议就实践中争议较大的问题进行了深入研讨，并取得了一致意见：

（一）关于黑社会性质组织的认定。黑社会性质组织必须同时具备《立法解释》中规定的“组织特征”、“经济特征”、“行为特征”和“危害性特征”。由于实践中许多黑社会性质组织并非这“四个特征”都很明显，因此，在具体认定时，应根据立法本意，认真审查、分析黑社会性质组织“四个特征”相互间的内在联系，准确评价涉案犯罪组织所造成的社会危害，确保不枉不纵。

1. 关于组织特征。黑社会性质组织不仅有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定，而且组织结构较为稳定，并有比较明确的层级和职责分工。

当前，一些黑社会性质组织为了增强隐蔽性，往往采取各种手段制造“人员频繁更替、组织结构松散”的假象。因此，在办案时，要特别注意审查组织者、领导者，以及对组织运行、活动起着突出作用的积极参加者等骨干成员是否基本固定、联系是否紧密，不要被其组织形式的表象所左右。

关于组织者、领导者、积极参加者和其他参加者的认定。组织者、领导者，是指黑社会性质组织的发起者、创建者，或者在组织中实际处于领导地位，对整个组织及其运行、活动起着决策、指挥、协调、管理作用的犯罪分子，既包括通过一定形式产生的有明确职务、称谓的组织者、领导者，也包括在黑社会性质组织中被公认的事实上的组织者、领导者；积极参加者，是指接受黑社会性质组织的领导和管理，多次积极参与黑社会性质组织的违法犯罪活动，或者积极参与较严重的黑社会性质组织的犯罪活动且作用突出，以及其他在组织中起重要作用的犯罪分子，如具体主管黑社会性质组织的财务、人员等事项的犯罪分子；其他参加者，是指除上述组织成员之外，其他接受黑社会性质组织的领导和管理而参与的犯罪分子。根据《司法解释》第三条第二款的规定，对于参加黑社会性质的组织，没有实施其他违法犯罪活动的，或者受蒙蔽、胁迫参加黑社会性质的组织，情节轻微的，可以不作为犯罪处理。

关于黑社会性质组织成员的主观明知问题。在认定黑社会性质组织的成员时，并不要求其主观上认为自己参加的是黑社会性质组织，只要其知道或者应当知道该组织具有一定规模，且是以实施违法犯罪为主要活动的，即可认定。

对于黑社会性质组织存在时间、成员人数及组织纪律等问题的把握。黑社会性质组织一般在短时间内难以形成，而且成员人数较多，但鉴于普通犯罪集团、“恶势力”团伙向黑社会性质组织发展是一个渐进的过程，没有明显的性质转变的节点，故对黑社会性质组织存在时间、成员人数问题不宜作出“一刀切”的规定。对于那些已存在一定时间，且成员人数较多的犯罪组织，在定性时要根据其是否已具备一定的经济实力，是否已在一定区域或行业内形成非法控制或重大影响等情况综合分析判断。此外，在通常情况下，黑社会性质组织为了维护自身的安全和稳定，一般会有一些约定俗成的纪律、规约，有些甚至还有明确的规定。因此，具有一定的组织纪律、活动规约，也是认定黑社会性质组织特征时的重要参考依据。

2. 关于经济特征。一定的经济实力是黑社会性质组织坐大成势，称霸一方的基础。由于不同地区的经济发展水平、不同行业的利润空间均存在很大差异，加之黑社会性质组织存在、发展的时间也各有不同，因此，在办案时不能一般性地要求黑社会性质组织所具有的经济实力必须达到特定规模或特定数额。此外，黑社会性质组织的敛财方式也具有多样性。实践中，黑社会性质组织不仅会通过实施赌博、敲诈、贩毒等违法犯罪活动攫取经济利益，而且还往往会通过开办公司、企业等方式“以商养黑”、“以黑护商”。因此，无论其财产是通过非法手段聚敛，还是通过合法的方式获取，只要将其中部分或全部用于违法犯罪活动或者维系犯罪组织的生存、发展即可。

“用于违法犯罪活动或者维系犯罪组织的生存、发展”，一般是指购买作案工具、提供作案经费，为受伤、死亡的组织成员提供医疗费、丧葬费，为组织成员及其家属提供工资、奖励、福利、生活费用，为组织寻求非法保护以及其他与实施有组织的违法犯罪活动有关的费用支出等。

3. 关于行为特征。暴力性、胁迫性和有组织性是黑社会性质组织行为方式的主要特征，但有时也会采取一些“其他手段”。

根据司法实践经验，《立法解释》中规定的“其他手段”主要包括：以暴力、威胁为基础，在利用组织势力和影响已对他人形成心理强制或威慑的情况下，进行所谓的“谈判”、“协商”、“调解”；滋扰、哄闹、聚众等其他干扰、破坏正常经济、社会生活秩序的非暴力手段。

“黑社会性质组织实施的违法犯罪活动”主要包括以下情形：由组织者、领导者直接组织、策划、指挥、参与实施的违法犯罪活动；由组织成员以组织名义实施，并得到组织者、领导者认可或者默许的违法犯罪活动；多名组织成员为逞强争霸、插手纠纷、报复他人、替人行凶、非法敛财而共同实施，并得到组织者、领导者认可或者默许的违法犯罪活动；组织成员为组织争夺势力范围、排除竞争对手、确立强势地位、谋取经济利益、维护非法权威或者按照组织的纪律、惯例、共同遵守的约定而实施的违法犯罪活动；由黑社会性质组织实施的其他违法犯罪活动。

会议认为，在办案时还应准确理解《立法解释》中关于“多次进行违法犯罪活动”的规定。黑社会性质组织实施犯罪活动过程中，往往伴随着大量的违法活动，对此均应作为黑社会性质组织的违法犯罪事实予以认定。但如果仅实施了违法活动，而没有实施犯罪活动的，则不能认定为黑社会性质组织。此外，“多次进行违法犯罪活动”只是认定黑社会性质组织的必要条件之一，最终能否认定为黑社会性质组织，还要结合危害性特征来加以判断。即使有些案件中的违法犯罪活动已符合“多次”的标准，但根据其性质和严重程度，尚不足以形成非法控制或者重大影响的，也不能认定为黑社会性质组织。

4. 关于危害性特征。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，从而严重危害经济、社会生活秩序，是黑社会性质组织的本质特征，也是黑社会性质组织区别于一般犯罪集团的关键所在。

对于“一定区域”的理解和把握。区域的大小具有相对性，且黑社会性质组织非法控制和影响的对象并不是区域本身，而是在一定区域中生活的人，以及该区域内的经济、社会生活秩序。因此，不能简单地要求“一定区域”必须达到某一特定的空间范围，而应当根据具体案情，并结合黑社会性质组织对经济、社会生活秩序的危害程度加以综合分析判断。

对于“一定行业”的理解和把握。黑社会性质组织所控制和影响的行业，既包括合法行业，也包括黄、赌、毒等非法行业。这些行业一般涉及生产、流通、交换、消费等一个或多个市场环节。

通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇、纵容，称霸一方，并具有以下情形之一的，可认定为“在一定区域或行业内，形成非法控制或重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序”：对在一定区域内生活或者在一定行业内从事生产、经营的群众形成心理强制、威慑，致使合法利益受损的群众不敢举报、控告的；对一定行业的生产、经营形成垄断，或者对涉及一定行业的准入、经营、竞争等经济活动形成重要影响的；插手民间纠纷、经济纠纷，在相关区域或者行业内造成严重影响的；干扰、破坏他人正常生产、经营、生活，并在相关区域或者行业内造成严重影响的；干扰、破坏公司、企业、事业单位及社会团体的正常生产、经营、工作秩序，在相关区域、行业内造成严重影响，或者致使其不能正常生产、经营、工作的；多次干扰、破坏国家机关、行业管理部门以及村委会、居委会等基层群众自治组织的工作秩序，或者致使上述单位、组织的职能不能正常行使的；利用组织的势力、影响，使组织成员获取政治地位，或者在党政机关、基层群众自治组织中担任一定职务的；其他形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序的情形。

(二) 关于办理黑社会性质组织犯罪案件的其他问题

1. 关于包庇、纵容黑社会性质组织罪主观要件的认定。本罪主观方面要求必须是出于故意，过失不能构成本罪。会议认为，只要行为人知道或者应当知道是从事违法犯罪活动的组织，仍对该组织及其成员予以包庇，或者纵容其实施违法犯罪活动，即可认定本罪。至于行为人是否明知该组织系黑社会性质组织，不影响本罪的成立。

2. 关于黑社会性质组织成员的刑事责任。对黑社会性质组织的组织者、领导者，应根据法律规定和本纪要中关于“黑社会性质组织实施的违法犯罪活动”的规定，按照该组织所犯的全部罪行承担刑事责任。组织者、领导者对于具体犯罪所承担的刑事责任，应当根据其在该起犯罪中的具体地位、作用来确定。对黑社会性质组织中的积极参加者和其他参加者，应按照其所参与的犯罪，根据其在具体犯罪中的地位和作用，依照罪责刑相适应的原则，确定应承担的刑事责任。

3. 关于涉黑犯罪财物及其收益的认定和处置。在办案时，要依法运用查封、扣押、冻结、追缴、没收等手段，彻底摧毁黑社会性质组织的经济基础，防止其死灰复燃。对于涉黑犯罪财物及其收益以及犯罪工具，均应按照刑法第六十四条和《司法解释》第七条的规定予以追缴、没收。黑社会性质组织及其

成员通过犯罪活动聚敛的财物及其收益，是指在黑社会性质组织的形成、发展过程中，该组织及组织成员通过违法犯罪活动或其他不正当手段聚敛的全部财物、财产性权益及其孳息、收益。在办案工作中，应认真审查涉案财产的来源、性质，对被告人及其他单位、个人的合法财产应依法予以保护。

4. 关于认定黑社会性质组织犯罪的证据要求。办理涉黑案件同样应当坚持案件“事实清楚，证据确实、充分”的法定证明标准。但应当注意的是，“事实清楚”是指能够对定罪量刑产生影响的事实必须清楚，而不是指整个案件的所有事实和情节都要一一查证属实；“证据确实、充分”是指能够据以定罪量刑的证据确实、充分，而不是指案件中所涉全部问题的证据都要达到确实、充分的程度。对此，一定要准确理解和把握，不要纠缠那些不影响定罪量刑的枝节问题。比如，在可以认定某犯罪组织已将所获经济利益部分用于组织活动的情况下，即使此部分款项的具体数额难以全部查实，也不影响定案。

5. 关于黑社会性质组织成员的立功问题。积极参加者、其他参加者配合司法机关办案，有提供线索、帮助收集证据或者其他协助行为，并对侦破黑社会性质组织犯罪案件起到一定作用的，即使依法不能认定立功，一般也应酌情对其从轻处罚。组织者、领导者检举揭发与该黑社会性质组织及其违法犯罪活动有关联的其他犯罪线索，即使依法构成立功或者重大立功，在量刑时也应从严掌握。

6. 关于对“恶势力”团伙的认定和处理。“恶势力”，是黑社会性质组织的雏形，有的最终发展成为了黑社会性质组织。因此，及时严惩“恶势力”团伙犯罪，是遏制黑社会性质组织滋生，防止违法犯罪活动造成更大社会危害的有效途径。

会议认为，“恶势力”是指经常纠集在一起，以暴力、威胁或其他手段，在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动，为非作恶，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犯罪团伙。“恶势力”一般为三人以上，纠集者、骨干成员相对固定，违法犯罪活动一般表现为敲诈勒索、强迫交易、欺行霸市、聚众斗殴、寻衅滋事、非法拘禁、故意伤害、抢劫、抢夺或者黄、赌、毒等。各级人民法院、人民检察院和公安机关在办案时应根据本纪要的精神，结合组织化程度的高低、经济实力的强弱、有无追求和实现对社会的非法控制等特征，对黑社会性质组织与“恶势力”团伙加以正确区分。同时，还要本着实事求是的态度，正确理解和把握“打早打小”方针。在准确查明“恶势力”团伙具体违法犯罪事实的基础上，构成什么罪，就按什么罪处理，并充分运用刑法总则关于共同犯罪的规定，依法惩处。对符合犯罪集团特征的，要按照犯罪集团处理，以切实加大对“恶势力”团伙

依法惩处的力度。

7. 关于视听资料的收集、使用。公安机关在侦查时要特别重视对涉黑犯罪视听资料的收集。对于那些能够证明涉案犯罪组织具备黑社会性质组织的“四个特征”及其实施的具体违法犯罪活动的录音、录像资料，要及时提取、固定、移送。通过特殊侦查措施获取的视听资料，在移送审查起诉时，公安机关对证据的来源、提取经过应予说明。

8. 庭审时应注意的有关问题。为确保庭审效果，人民法院在开庭审理涉黑案件之前，应认真做好庭审预案。法庭调查时，除必须传唤共同被告人同时到庭质证外，对各被告人应当分别讯问，以防止被告人当庭串供或者不敢如实供述、作证。对于诉讼参与人、旁听人员破坏法庭秩序、干扰法庭审理的，法庭应按照刑事诉讼法及有关司法解释的规定及时作出处理。构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

【解 读】

解读《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》

为依法及时、准确、有力地惩治黑社会性质组织犯罪，最高人民法院、最高人民检察院、公安部于2009年12月9日印发了《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》（以下简称《纪要》）。为了便于从事此项工作的同志正确理解《纪要》精神，现对《纪要》制定的背景、指导思想作一简要介绍，并就其中的重点内容谈谈我们的理解。

起草背景和指导思想

2006年以来，在打黑除恶专项斗争中破获的大量涉黑案件陆续进入起诉、审判环节。由于此类案件中的事实、证据问题和所涉及的法律关系较为复杂，各级人民法院、人民检察院和公安机关对于现有法律规定的理解和把握还不尽相同，有时甚至因此影响了办案效果。这一问题引起了最高人民法院、最高人民检察院、公安部的高度重视。2008年6月，全国打黑除恶专项斗争协调小组办公室分别在湖北省、江苏省组织召开了座谈会。来自全国20个省、区、市的法官、检察官及公安干警在会上对最高人民法院牵头制定的有关指导意见进行了研讨。2009年7月15日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部在京召开座谈会，对各级人民法院、人民检察院和公安机

关办理黑社会性质组织犯罪案件提出了具体的工作要求，并对有关法律适用问题进行了认真研讨。根据与会同志提出的意见和建议，最高人民法院在原指导意见的基础上，牵头起草了座谈会纪要，并分别征求了全国人大常委会法工委、最高人民检察院、公安部等相关单位的意见。经反复讨论修改，《纪要》于2009年12月正式印发。

《纪要》的研究、制定，始终遵循着“严格依照法律规定，集中解决重点问题，原则性与灵活性相结合，最大限度地满足司法实践需要”的指导思想。一方面，《纪要》的有关内容和精神与刑法、立法解释及司法解释的规定保持着协调统一。另一方面，《纪要》也充分考虑到了黑社会性质组织犯罪的新特点、新变化，并尽可能地增强可操作性，以满足依法惩治黑社会性质组织犯罪的现实需要。同时，由于司法实践中的适用法律问题纷繁复杂，作为一个旨在为办案提供服务的指导性文件，其内容也不可能面面俱到，只能解决那些最迫切需要解决的问题。从2006年以来的统计数据和各地反映的情况看，当前实践中争议较大的问题主要集中于黑社会性质组织的认定和组织、领导、参加黑社会性质组织罪的适用上，因此，《纪要》重点对以上有关问题进行了说明；而对刑法第二百九十四条中规定的入境发展黑社会组织罪和包庇、纵容黑社会性质组织罪则较少涉及或未作规定。此外，鉴于当前涉黑犯罪具有表现形式多样、隐蔽性不断增强、手法不断翻新等特点，对于黑社会性质组织的存在时间、成员人数等一些暂时无法达成共识或者不宜统一划定标准的问题，《纪要》只是作了原则性的规定。

黑社会性质组织“四个特征”的认定问题

一、关于“组织特征”的认定

(一) 准确理解和把握组织结构的严密性、稳定性

当前，许多黑社会性质组织为了增强自身的隐蔽性，组织头目和骨干成员大多藏于幕后，在实施违法犯罪活动时往往采用“临时雇佣，打完就散”的手法。由于核心成员不明显、外围成员不固定，因此呈现出一种组织结构松散的假象。对于此种情况，办案时要特别注意审查违法犯罪活动的起因、目的以及组织者、领导者、骨干成员是否基本固定以及他们之间的相互联系是否紧密，确保准确性。

(二) 正确认定和区分各类组织成员

根据刑法第二百九十四条的规定，黑社会性质组织的成员分为组织者、领导者、积极参加者和其他参加者。被告人在组织中的地位不同，其罪名和可能被判处的刑罚就会不同。由于之前缺乏明确的标准，实践中存在将被告人的组

织地位“拔高”或“降格”认定的情况。为了解决这一问题,《纪要》对各类组织成员分别进行了界定。

1. 关于积极参加者、其他参加者。“接受黑社会性质组织的领导和管理”,是认定积极参加者、其他参加者时需要审查的主观意志要素。对于那些主观上并无加入意图,因被纠集、雇佣、收买、威逼或者受蒙蔽为黑社会性质组织实施违法犯罪活动或者提供帮助、支持、服务的人员,不应以参加黑社会性质组织罪定罪处罚。另外,从实践情况看,黑社会性质组织在吸纳成员时,一般都不会举行仪式或者办理手续,这使得“参加”行为难以通过充分的证据被客观地反映出来,往往只能依据犯罪嫌疑人、被告人加入犯罪组织后所实施的具体违法犯罪活动来认定。基于以上考虑,同时也是为了贯彻落实“宽严相济”的刑事司法政策,分化瓦解犯罪分子,《纪要》要求办案时应正确适用《最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《司法解释》)第三条第二款的规定,即“对于参加黑社会性质的组织,没有实施其他违法犯罪活动的,或者受蒙蔽、威胁参加黑社会性质的组织,情节轻微的,可以不作为犯罪处理”。

《纪要》从客观行为方面将积极参加者划分为三种类型:第一种是“多次积极参与黑社会性质组织违法犯罪活动的犯罪分子”。此类积极参加者不仅要求其多次积极参与实施违法犯罪活动,而且在其参与实施的违法犯罪活动中一般应起主要作用。第二种是“积极参与较严重的黑社会性质组织的犯罪活动,且作用突出的犯罪分子”。此处“较严重的黑社会性质组织的犯罪”,既包括故意杀人、故意伤害、绑架等严重暴力犯罪,也包括其他一些已造成重大财产损失或者恶劣社会影响的犯罪。第三种是“其他在黑社会性质组织中起重要作用的犯罪分子”。实践中,一些具体主管黑社会性质组织人、财、物等事项的组织成员虽然很少参与,甚至从不参与违法犯罪活动,但这些成员往往与组织头目有着某种特殊关系,相互联系密切。而且,这些成员由于直接掌控着犯罪组织的“生命线”,对于组织的维系、运行、发展实际上起着非常重要的作用,理应认定为积极参加者。需要强调的是,此类积极参加者应是对犯罪组织的人、财、物等事项具有“主要管理职权”,且对犯罪组织的维系、运行、活动确实起到重要作用的成员,不能把凡是参与前述事务的组织成员均认定为积极参加者。

2. 关于主观明知。定罪时,并不要求行为人确知其所参加的是黑社会性质组织。对于主观明知问题应重点把握以下两方面:第一,行为人知道或者应当知道其所参加的是由多人组成、具有一定层级结构的组织群体;第二,行为人知道或者应当知道其所参加的组织主要是从事违法犯罪活动,或者该组织虽有形式合法的生产、经营活动,但仍是以有组织地实施违法犯罪活动为基本行

为方式，欺压、残害群众。

应当注意的是，对于那些明知是黑社会性质组织开办的公司、企业、社团，仍受雇佣到这些单位工作的人员，如果其未参与有组织的违法犯罪活动，基于防止扩大打击面的考虑，不应将其认定为是黑社会性质组织的成员。

（三）关于“组织纪律”

《司法解释》规定黑社会性质组织应“有较为严格的组织纪律”，全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》（以下简称《立法解释》）虽然没有再作类似规定，但立法机关仍然认为黑社会性质组织应具有严密性，只是“不需要必须具有明确的组织名称、纲领、章程、活动规约等”。实践证明，如果没有通过一定的组织纪律、活动规约来加强内部管理，黑社会性质组织将难以保持其自身的稳定性、严密性，从而也难以发挥组织应有的能效。因此，《纪要》将“具有一定的组织纪律、活动规约”作为认定黑社会性质组织时的重要参考依据。当然，纪律、规约的表现形式多种多样，如宣誓、训诫、警告、处罚及组织成员公知公认的惯例、准则等，但如果确实不存在一定的纪律、规约，认定黑社会性质组织时一定要慎之又慎。

二、关于“经济特征”的认定

攫取经济利益，具备经济实力，不仅是黑社会性质组织实施违法犯罪活动的主要目标，而且也是其非法控制社会并向黑社会组织发展过渡的物质基础。由于“经济特征”相对比较直观，故实践中对于该特征的理解和认识也相对比较统一。根据各方意见，《纪要》对黑社会性质组织的敛财方式、获利数额作了较为原则和宽松的规定，而把认定重点放在了获利之后的用途上。需要说明的是，对于《立法解释》中规定的“具有一定的经济实力”，要根据案件所涉及的不同地区、不同行业的发展水平、利润空间等因素综合考量，应达到足以支持黑社会性质组织生存、发展和实施违法犯罪活动的程度，数额标准不可放得过低。此外，《纪要》最初的讨论稿曾规定“黑社会性质组织所获的经济利益应由组织统一管理、支配”，后经征求意见，考虑到“统一管理、支配”的表现形式复杂多样，难以形成一致的理解和认识，硬性要求恐不利于打击涉黑犯罪，故该规定被删去。但办案时对此节亦不可忽略，对于那些在“黑财”的管理、支配问题上组织性特点不明显的案件，应审慎处理。

三、关于“行为特征”的认定

（一）关于对“其他手段”的理解

当黑社会性质组织通过“打打杀杀”树立恶名后，出于自我保护、发展升级的需要，往往会竭力隐藏其暴力、血腥的本来面目，更多地使用“软暴力”

手段，以此给司法机关打击处理制造障碍。为了解决这一问题，《纪要》在总结司法实践经验的基础上，列举了两类属于“其他手段”的具体情形。虽然列举不可能穷尽，但不管黑社会性质组织如何变换手法，其在实施违法犯罪活动时始终是以暴力、威胁为基础，以干扰、破坏正常经济、社会生活秩序为目的。在分析某种具体情形是否属于“其他手段”时，应紧扣以上两点。

（二）关于组织犯罪的范围

区分组织犯罪和组织成员个人犯罪，是办理涉黑案件时的一大难点。这一问题不仅对“组织特征”的认定有重要影响，而且也关系到组织者、领导者应对哪些犯罪承担刑事责任。在许多案件中，组织者、领导者被指控、被认定的罪行，往往只是那些其亲自参与的犯罪，实际上放纵了此类犯罪分子。为此，《纪要》明确了“黑社会性质组织实施的违法犯罪活动”的几种情形。

在讨论稿中，各种情形均要求具有“为组织利益”的要件。许多同志对此提出了不同意见，认为“为组织利益”是一个主观标准，从证据上较难固定。而且，“组织利益”本身也较难界定，组织成员实施的某些违法犯罪活动，从表面上看似与组织利益无关，但实际上却是在为组织造势、立威。最终，《纪要》在表述上作了相应修改，但这并不意味着完全采纳了前述意见。办案时，还是应当从是否代表组织意志、是否使用组织名义、是否维护组织利益等方面进行认真审查，对组织犯罪的范围加以必要的限制。如果确与维护组织利益无关，则不能作为组织犯罪处理。

（三）关于对“违法犯罪活动”的理解

有观点认为，《立法解释》在其规定的“行为特征”中之所以没有将违法与犯罪分开表述，是因为立法机关充分考虑到了涉黑犯罪的特殊性和从严惩处的必要性，故只要有多次的违法行为即可认定为黑社会性质组织，无须再有犯罪行为。《纪要》未采纳此观点。黑社会性质组织是犯罪集团的一种特殊形态，其应当满足一般犯罪集团的全部构成条件。依据刑法第二十六条的规定，一般的犯罪集团尚且要以共同实施犯罪为基本条件，黑社会性质组织更要有以共同实施犯罪为要件。

（四）关于犯罪的多样性问题

刑法及有关法律解释均未规定黑社会性质组织必须实施性质不同的多种犯罪，《纪要》对此问题也未涉及。理论界有观点认为，犯罪的多样性应是黑社会性质组织“行为特征”中的重要标志。从实践情况看，这种观点不无道理，黑社会性质组织若要实现对经济、社会生活的非法控制，一般都需要实施多种犯罪。对于那些仅触犯一两个罪名的犯罪组织，办案时应特别注意，要将黑社会性质组织与专门从事某种犯罪的犯罪集团严格区别开来。

四、关于“非法控制特征”的认定

(一) 关于对“一定行业”的理解

《纪要》规定：“黑社会性质组织所控制和影响的行业，一般涉及生产、流通、交换、消费等一个或多个市场环节”。这是因为，通过介入社会经济生活来攫取不法利益，不仅是黑社会性质组织发展壮大的必要手段，也是其反社会性的具体表现。因此，“一定行业”一般应与市场经济活动直接相关，而如抢劫、盗窃、诈骗等以纯粹的侵权方式获取财产的违法犯罪活动，不能视为本罪中的“行业”。

(二) 关于对“重大影响”的理解

“非法控制特征”中的“非法控制”和“重大影响”，是指黑社会性质组织对于经济、社会生活的干预度和影响力。二者并没有本质上的区别，只是在控制程度上有所不同。因此，办案时不应将“重大影响”仅仅理解为具体违法犯罪活动所造成的严重后果或者在社会上造成的轰动效应。

(三) 关于对“八种情形”有关问题的说明

在最初的讨论稿中，《纪要》曾列举了构成“非法控制”“重大影响”的13种情形。如“多次为他人实施杀人、绑架、非法拘禁、伤害，或多次采取暴力方式强立债权、强索债务等”。但过于具体的规定不仅丧失了灵活性，而且难以准确涵盖和反映出“非法控制”的本意，容易产生“对号入座”的误导，故《纪要》最终只是作了较为原则的规定。在此，有以下几个问题需要注意：

1. 注意对“非法控制”“重大影响”进行区分。第一种情形中的“致使合法利益受损的群众不敢举报、控告”，就其程度而言，应认定为“重大影响”。如果犯罪组织采用拉拢腐蚀国家工作人员，收买、威逼证人等手段，致使那些敢于举报、控告的群众也不能通过正当渠道有效地保护自己的权利，那么就应认定为“非法控制”。同理，对于《纪要》列举的其他几种情形，办案时也应根据具体案情，对其严重程度进行认真分析，从而对个案应属“非法控制”抑或“重大影响”作出准确认定。

2. 关于对“严重影响”的判断和把握。对于第三、四、五种情形中的“严重影响”，要结合违法犯罪活动的次数、性质、后果、侵害对象的个数、造成的社会影响及群众安全感是否下降等因素综合判断。

3. 关于对“政治身份”“一定职务”的理解。第七种情形中的“获取政治地位”不同于取得一般的政治身份，主要是指成为各级人大、政协的代表、委员。该情形中的“担任一定职务”，是指在有关单位、组织中担任主要领导职务或者其他具有组织、领导、监督、管理职权的职务。

(四) 关于对实现途径的理解和把握

黑社会性质组织可以通过“实施违法犯罪”“寻求非法保护”这两种途径,来实现其对经济、社会生活的非法控制。由于《立法解释》已对黑社会性质组织的“行为特征”作出了明确的规定,故仅有非法保护而没有违法犯罪,显然不能以“黑”定案。但在实践中,一些地方在下发有关指导性意见或者规范性文件时,却将两种实现途径规定为选择性关系,从而在这个问题上造成了错误的认识,在此有必要予以澄清。

应正确理解 and 把握的其他问题

一、关于包庇、纵容黑社会性质组织罪中的主观明知问题

确定某一犯罪组织是否属于黑社会性质组织,需要经历一个极为复杂的司法认定过程。因此,认定该罪时不要求行为人确知其包庇、纵容的对象具有“黑社会性质”,只要其知道或者应当知道是从事违法犯罪活动的组织,仍对该组织及其成员予以包庇或者纵容其实施违法犯罪活动即可。

二、正确区分刑事责任范围和刑事责任程度

《纪要》明确了组织者、领导者的刑事责任范围。值得注意的是,对组织所犯的全部罪行承担刑事责任,并不等于在每一起犯罪中均应承担最重的责任。组织者、领导者的刑事责任,应当根据其在犯罪中的具体地位、作用来确定。如犯罪的起意、预谋、准备、实施等环节均由其他组织成员完成,组织者、领导者虽予认可或默许,但并未具体参与,则组织者、领导者的刑事责任一般应小于造意犯、实行犯,量刑时要有区别。

三、追缴、没收“黑财”时应注意的问题

《纪要》要求涉黑犯罪财物、收益应是“通过违法犯罪活动或其他不正当手段聚敛”的。此问题争议较大,但如不加以限制,则有可能使公民合法的财产权利遭受侵害。实践中,涉黑犯罪分子为了隐匿、“漂白”其聚敛的资财,往往会通过合伙、入股、并购等方式,将非法所得与其他单位、个人的合法财产相互混合。因此,办案时应认真审查涉案财产的来源、性质,在打击犯罪的同时,确保合法财产权利不受侵害。

四、正确把握涉黑案件的证明标准

办理各类刑事案件均应坚持“事实清楚,证据确实、充分”的法定证明标准,涉黑案件亦不例外。但对于证明标准的理解和把握,实践中却纷争颇多。

为统一认识,《纪要》对“事实清楚”和“证据确实、充分”分别进行了解读。需要指出的是,涉黑案件在事实、证据问题上比较特殊,组织、领导、参加黑社会性质组织罪的事实是由若干具体的违法犯罪事实共同组成的,证据上也往往相互交叉、存在交集。因此,切不可对“黑罪”与“个罪”“重罪”与“轻罪”划分主次,在证明标准上各搞一套。

五、对不同类型组织成员的立功情节应区别对待

众所周知,黑社会性质组织犯罪案件的侦查取证难度远大于其他普通刑事案件。在一些案件中,部分组织成员在政府的感召下迷途知返,能够配合司法机关关查办案件,提供线索、帮助收集证据或者实施其他协助行为,并对破案、定案起到了一定作用。为了更好地起到昭示作用,办案时应对积极参加者、其他参加者的前述行为予以积极评价,即使依法不能认定为立功,一般也应在量刑时酌情从轻,以收到分化、瓦解犯罪分子,提高破案效率之功效。另外,黑社会性质组织的组织者、领导者往往掌握着大量的犯罪线索,具有检举揭发的“便利”条件,有些人甚至早已备有后手。为了不给此类犯罪分子逃避处罚留有可乘之机,《纪要》作了“在量刑时也应从严掌握”的规定。但应当注意,“从严掌握”的前提是组织者、领导者所检举揭发的犯罪线索“与该黑社会性质组织及其违法犯罪活动有关联”。对此,主要应从以下几方面来分析:提供线索是否是利用其在组织中所处的特殊地位而取得;是否与该组织寻求非法保护、实施违法犯罪等活动有关联;是否与该组织的成员、“保护伞”及雇佣、纠集的人员有关联等。

六、关于“恶势力”团伙犯罪的处理

“恶势力”并非法律用语。《纪要》对“恶势力”所下的定义,是以全国打黑除恶专项斗争协调小组办公室制定的《“恶势力”战果统计标准》为基础,根据实践情况总结、归纳而来的,目的是给办案单位正确区分“黑”与“恶”提供参考。实践中,“恶势力”团伙的数量远多于黑社会性质组织,社会危害面更为广泛。在目前“恶势力”并未入罪的情况下,用足用好刑法总则中关于犯罪集团的有关规定,是加大对此类犯罪打击力度的有效途径。因此,对符合犯罪集团特征的“恶势力”团伙,办案时要按照犯罪集团依法惩处。

七、合法、有效地收集、使用视听资料

视听资料不仅多属于直接证据,而且在证明案件事实时具有直观、稳定、准确等优点。为保证在办理涉黑案件时合法、有效地收集和使用此类证据,《纪要》对公安机关的侦查取证工作提出了明确要求。同时,各级人民法院在

对证据进行质证时，也要注意对有关视听资料的来源及提取、制作经过进行重点审查，确保据以定案的证据真实、合法。

八、依法确保开庭审理效果

根据实践中的经验，《纪要》对开庭审理涉黑案件时的有关事项也提出了要求。各级人民法院对此要予以充分重视，要严格依照法定程序进行庭审，并对可能出现的突发情况做好预判和准备；严格依法维护法庭秩序，充分彰显法律的严肃与公正。

（撰稿人：高憬宏 周 川）

全国部分法院审理黑社会性质 组织犯罪案件工作座谈会纪要（节录）

2015年10月13日

法〔2015〕291号

为深入贯彻党的十八大和十八届三中、四中全会以及习近平总书记系列重要讲话精神，认真落实全国继续推进打黑除恶专项斗争电视电话会议和《中央政法委员会关于继续推进打黑除恶专项斗争的意见》的总体部署，进一步加强黑社会性质组织犯罪案件的审判工作，最高人民法院于2015年9月17日在广西壮族自治区北海市组织召开了全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会。全国20个省、自治区、直辖市高级人民法院和部分中级人民法院、基层人民法院的主管副院长、刑事审判庭负责同志参加了此次会议。

会议传达、学习了中央关于不断深化打黑除恶专项斗争的有关文件、领导讲话和周强院长对会议所作的重要批示，最高人民法院副院长南英同志作了重要讲话。会议就如何加强打黑除恶审判工作进行了经验交流，并对当前审判工作中存在的新情况、新问题进行了全面、系统地归纳整理，对如何进一步明确和统一司法标准进行了深入研讨。会议认为，2009年印发的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》（以下简称：2009年《座谈会纪要》）对于指导审判实践发挥了重要作用。由于黑社会性质组织犯罪始终处于不断发展变化之中，且刑法、刑事诉讼法的相关规定均有修改，因此，对于一些实践中反映较为突出，但2009年《座谈会纪要》未

作规定或者有关规定尚需进一步细化和完善的问题，确有必要及时加以研究解决。经过与会代表的认真研究，会议就人民法院审理黑社会性质组织犯罪案件时遇到的部分政策把握及具体应用法律问题形成了共识。同时，与会代表也一致认为，本次会议所取得的成果是对2009年《座谈会纪要》的继承与发展，原有内容审判时仍应遵照执行；内容有所补充的，审判时应结合执行。纪要如下。

二、关于黑社会性质组织的认定

（一）认定组织特征的问题

黑社会性质组织存续时间的起点，可以根据涉案犯罪组织举行成立仪式或者进行类似活动的时间来认定。没有前述活动的，可以根据足以反映其初步形成核心利益或强势地位的重大事件发生时间进行审查判断。没有明显标志性事件的，也可以根据涉案犯罪组织为维护、扩大组织势力、实力、影响、经济基础或按照组织惯例、纪律、活动规约而首次实施有组织的犯罪活动的时间进行审查判断。存在、发展时间明显过短、犯罪活动尚不突出的，一般不应认定为黑社会性质组织。

黑社会性质组织应当具有一定规模，人数较多，组织成员一般在10人以上。其中，既包括已有充分证据证明但尚未归案的组织成员，也包括虽有参加黑社会性质组织的行为但因尚未达到刑事责任年龄或因其他法定情形而未被起诉，或者根据具体情节不作为犯罪处理的组织成员。

黑社会性质组织应有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定，并有比较明确的层级和职责分工，一般有三种类型的组织成员，即：组织者、领导者与积极参加者、一般参加者（也即“其他参加者”）。骨干成员，是指直接听命于组织者、领导者，并多次指挥或积极参与实施有组织的违法犯罪活动或者其他长时间在犯罪组织中起重要作用的犯罪分子，属于积极参加者的一部分。

对于黑社会性质组织的组织纪律、活动规约，应当结合制定、形成相关纪律、规约的目的与意图来进行审查判断。凡是为了增强实施违法犯罪活动的组织性、隐蔽性而制定或者自发形成，并用以明确组织内部人员管理、职责分工、行为规范、利益分配、行动准则等事项的成文或不成文的规定、约定，均可认定为黑社会性质组织的组织纪律、活动规约。

对于参加黑社会性质组织，没有实施其他违法犯罪活动，或者受蒙蔽、威胁参加黑社会性质组织，情节轻微的，可以不作为犯罪处理。对于参加黑社会性质组织后仅参与少量情节轻微的违法活动的，也可以不作为犯罪处理。

以下人员不属于黑社会性质组织的成员：1. 主观上没有加入社会性质组织的意愿，受雇到黑社会性质组织开办的公司、企业、社团工作，未参与或者

仅参与少量黑社会性质组织的违法犯罪活动的人员；2. 因临时被纠集、雇佣或受蒙蔽为黑社会性质组织实施违法犯罪活动或者提供帮助、支持、服务的人员；3. 为维护或扩大自身利益而临时雇佣、收买、利用黑社会性质组织实施违法犯罪活动的人员。上述人员构成其他犯罪的，按照具体犯罪处理。

对于被起诉的组织成员主要为未成年人的案件，定性时应当结合“四个特征”审慎把握。

（二）认定经济特征的问题

“一定的经济实力”，是指黑社会性质组织在形成、发展过程中获取的，足以支持该组织运行、发展以及实施违法犯罪活动的经济利益。包括：1. 有组织地通过违法犯罪活动或其他不正当手段聚敛的资产；2. 有组织地通过合法的生产、经营活动获取的资产；3. 组织成员以及其他单位、个人资助黑社会性质组织的资产。通过上述方式获取的经济利益，即使是由部分组织成员个人掌控，也应计入黑社会性质组织的“经济实力”。

各高级人民法院可以根据本地区的实际情况，对黑社会性质组织所应具有“经济实力”在20~50万元幅度内，自行划定一般掌握的最低数额标准。

是否将所获经济利益全部或部分用于违法犯罪活动或者维系犯罪组织的生存、发展，是认定经济特征的重要依据。无论获利后的分配与使用形式如何变化，只要在客观上能够起到豢养组织成员、维护组织稳定、壮大组织势力的作用即可认定。

（三）认定行为特征的问题

涉案犯罪组织仅触犯少量具体罪名的，是否应认定为黑社会性质组织要结合组织特征、经济特征和非法控制特征（危害性特征）综合判断，严格把握。

黑社会性质组织实施的违法犯罪活动包括非暴力性的违法犯罪活动，但暴力或以暴力相威胁始终是黑社会性质组织实施违法犯罪活动的基本手段，并随时可能付诸实施。因此，在黑社会性质组织所实施的违法犯罪活动中，一般应有一部分能够较明显地体现出暴力或以暴力相威胁的基本特征。否则，定性时应当特别慎重。

属于2009年《座谈会纪要》规定的五种情形之一的，一般应当认定为黑社会性质组织实施的违法犯罪活动，但确与维护 and 扩大组织势力、实力、影响、经济基础无任何关联，亦不是按照组织惯例、纪律、活动规约而实施，则应作为组织成员个人的违法犯罪活动处理。

组织者、领导者明知组织成员曾多次实施起因、性质类似的违法犯罪活动，但并未明确予以禁止的，如果该类行为对扩大组织影响起到一定作用，可以视为是按照组织惯例实施的违法犯罪活动。

（四）认定非法控制特征（危害性特征）的问题

黑社会性质组织所控制和影响的“一定区域”，应当具备一定空间范围，

并承载一定的社会功能。既包括一定数量的自然人共同居住、生活的区域，如乡镇、街道、较大的村庄等，也包括承载一定生产、经营或社会公共服务功能的区域，如矿山、工地、市场、车站、码头等。对此，应当结合一定地域范围内的人口数量、流量、经济规模等因素综合评判。如果涉案犯罪组织的控制和影响仅存在于一座酒店、一处娱乐会所等空间范围有限的场所或者人口数量、流量、经济规模较小的其他区域，则一般不能视为是对“一定区域”的控制和影响。

黑社会性质组织所控制和影响的“一定行业”，是指在一定区域内存在的同类生产、经营活动。黑社会性质组织通过多次有组织地实施违法犯罪活动，对黄、赌、毒等非法行业形成非法控制或重大影响的，同样符合非法控制特征（危害性特征）的要求。

2009年《座谈会纪要》明确了可以认定为“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”的八种情形，适用时应当注意以下问题：第1种情形中的“致使合法利益受损的群众不敢举报、控告的”，是指致使多名合法利益遭受犯罪或者严重违法活动侵害的群众不敢通过正当途径维护权益；第2种情形中的“形成垄断”，是指可以操控、左右、决定与一定行业相关的准入、退出、经营、竞争等经济活动。“形成重要影响”，是指对与一定行业相关的准入、退出、经营、竞争等经济活动具有较大的干预和影响能力，或者具有在该行业内占有较大市场份额、通过违法犯罪活动或以其他不正当手段在该行业内敛财数额巨大（最低数额标准由各高院根据本地情况在20~50万元的幅度内自行划定）、给该行业内从事生产、经营活动的其他单位、组织、个人造成直接经济损失100万元以上等情节之一；第3、4、5种情形中的“造成严重影响”，是指具有致人重伤或致多人轻伤、通过违法犯罪活动或以其他不正当手段敛财数额巨大（数额标准同上）、造成直接经济损失100万元以上、多次引发群体性事件或引发大规模群体性事件等情节之一；第6种情形中的“多次干扰、破坏国家机关、行业管理部门以及村委会、居委会等基层群众自治组织的工作秩序”，包括以拉拢、收买、威胁等手段多次得到国家机关工作人员包庇或纵容，或者多次对前述单位、组织中正常履行职务的工作人员进行打击、报复的情形；第7种情形中的“获取政治地位”，是指当选各级人大代表、政协委员。“担任一定职务”，是指在各级党政机关及其职能部门、基层群众自治组织中担任具有组织、领导、监督、管理职权的职务。

根据实践经验，在黑社会性质组织犯罪案件中，2009年《座谈会纪要》规定的八种情形一般不会单独存在，往往是两种以上的情形同时并存、相互交织，从而严重破坏经济、社会生活秩序。审判时，应当充分认识这一特点，准

内容由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家巨力法律书制作发布

确认定该特征。

“四个特征”中其他构成要素均已具备，仅在成员人数、经济实力规模方面未达到本纪要提出的一般性要求，但已较为接近，且在非法控制特征（危害性特征）方面同时具有2009年《座谈会纪要》相关规定中的多种情形，其中至少有一种情形已明显超出认定标准的，也可以认定为黑社会性质组织。

三、关于刑事责任和刑罚适用

（一）已退出或者新接任的组织者、领导者的刑事责任问题

对于在黑社会性质组织形成、发展过程中已经退出的组织者、领导者，或者在加入黑社会性质组织之后逐步发展成为组织者、领导者的犯罪分子，应对其本人参与及其实际担任组织者、领导者期间该组织所犯的全部罪行承担刑事责任。

（二）量刑情节的运用问题

黑社会性质组织的成员虽不具有自首情节，但到案后能够如实供述自己罪行，并具有以下情形之一的，一般应当适用《刑法》第六十七条第三款的规定予以从轻处罚：1. 如实交代大部分尚未被掌握的同种犯罪事实；2. 如实交代尚未被掌握的较重的同种犯罪事实；3. 如实交代犯罪事实，并对收集定案证据、查明案件事实有重要作用的。

积极参加者、一般参加者配合司法机关查办案件，有提供线索、帮助收集证据或者其他协助行为，并在侦破黑社会性质组织犯罪案件、认定黑社会性质组织及其主要成员、追缴黑社会性质组织违法所得、查处“保护伞”等方面起到较大作用的，即使依法不能认定立功，一般也应酌情对其从轻处罚。

组织者、领导者、骨干成员以及“保护伞”协助抓获同案中其他重要的组织成员，或者骨干成员能够检举揭发其他犯罪案件中罪行同样严重的犯罪分子，原则上依法应予以从轻或者减轻处罚。组织者、领导者检举揭发与该黑社会性质组织及其违法犯罪活动有关联的其他犯罪线索，如果在是否认定立功的问题上存在事实、证据或法律适用方面的争议，应当严格把握。依法应认定为立功或者重大立功的，在决定是否从宽处罚、如何从宽处罚时，应当根据罪责刑相一致原则从严掌握。可能导致全案量刑明显失衡的，不予从宽处罚。

审理黑社会性质组织犯罪案件，应当通过判处和执行民事赔偿以及积极开展司法救助来最大限度地弥补被害人及其亲属的损失。被害人及其亲属确有特殊困难，需要接受被认定为黑社会性质组织成员的被告人赔偿并因此表示谅解的，量刑时应当特别慎重。不仅应当查明谅解是否确属真实意思表示以及赔偿款项与黑社会性质组织违法所得有无关联，而且在决定是否从宽处罚、如何从宽处罚时，也应当从严掌握。可能导致全案量刑明显失衡的，不予从宽处罚。

（三）附加剥夺政治权利的适用问题

对于黑社会性质组织的组织者、领导者，可以适用《刑法》第五十六条第一款的规定附加剥夺政治权利。对于因犯参加黑社会性质组织罪被判处5年以上有期徒刑的积极参加者，也可以适用该规定附加剥夺政治权利。

（四）财产刑的适用问题

对于黑社会性质组织的组织者、领导者，依法应当并处没收财产。黑社会性质组织敛财数额特别巨大，但因犯罪分子转移、隐匿、毁灭证据或者拒不交代涉案财产来源、性质，导致违法所得以及其他应当追缴的财产难以准确查清和追缴的，对于组织者、领导者以及为该组织转移、隐匿资产的积极参加者可以并处没收个人全部财产。

对于确属骨干成员的积极参加者一般应当并处罚金或者没收财产。对于其他积极参加者和一般参加者，应当根据所参与实施违法犯罪活动的次数、性质、地位、作用、违法所得数额以及造成损失的数额等情节，依法决定财产刑的适用。

四、关于审判程序和证据审查

（一）分案审理问题

为便宜诉讼，提高审判效率，防止因法庭审理过于拖延而损害当事人的合法权益，对于被告人人数众多，合并审理难以保证庭审质量和庭审效率的黑社会性质组织犯罪案件，可分案进行审理。分案应当遵循有利于案件顺利审判、有利于查明案件事实、有利于公正定罪量刑的基本原则，确保有效质证、事实统一、准确定罪、均衡量刑。对于被作为组织者、领导者、积极参加者起诉的被告人，以及黑社会性质组织重大犯罪的共同作案人，分案审理影响庭审调查的，一般不宜分案审理。

（二）证明标准和证据运用问题

办理黑社会性质组织犯罪案件应当坚持“事实清楚，证据确实、充分”的法定证明标准。黑社会性质组织犯罪案件侦查取证难度大，“四个特征”往往难以通过实物证据来加以证明。审判时，应当严格依照刑事诉讼法及有关司法解释的规定对相关证据进行审查与认定。在确保被告人供述、证人证言、被害人陈述等言词证据取证合法、内容真实，且综合全案证据，已排除合理怀疑的情况下，同样可以认定案件事实。

（三）法庭举证、质证问题

审理黑社会性质组织犯罪案件时，合议庭应当按照刑事诉讼法及有关司法解释的规定有效引导控辩双方举证、质证。不得因为案件事实复杂、证据繁多，而不当限制控辩双方就证据问题进行交叉询问、相互辩论的权利。庭审

时，应当根据案件事实繁简、被告人认罪态度等采取适当的举证、质证方式，突出重点；对黑社会性质组织的“四个特征”应单独举证、质证。为减少重复举证、质证，提高审判效率，庭审中可以先就认定具体违法犯罪事实的证据进行举证、质证。对认定黑社会性质组织行为特征的证据进行举证、质证时，之前已经宣读、出示过的证据，可以在归纳、概括之后简要征询控辩双方意见。对于认定组织特征、经济特征、非法控制特征（危害性特征）的证据，举证、质证时一般不宜采取前述方式。

（四）对出庭证人、鉴定人、被害人的保护问题

人民法院受理黑社会性质组织犯罪案件后，应当及时了解在侦查、审查起诉阶段有无对证人、鉴定人、被害人采取保护措施的情况，确保相关保护措施在审判阶段能够紧密衔接。开庭审理时，证人、鉴定人、被害人因出庭作证，本人或其近亲属的人身安全面临危险的，应当采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施。必要时，可以进行物理隔离，以音频、视频传送的方式作证，并对声音、图像进行技术处理。有必要禁止特定人员接触证人、鉴定人、被害人及其近亲属的，以及需要对证人、鉴定人、被害人及其近亲属的人身和住宅采取专门性保护措施的，应当及时与检察机关、公安机关协调，确保保护措施及时执行到位。依法决定不公开证人、鉴定人、被害人真实姓名、住址和工作单位等个人信息的，应当在开庭前核实其身份。证人、鉴定人签署的如实作证保证书应当列入审判副卷，不得对外公开。

五、关于黑社会性质组织犯罪案件审判工作相关问题

（一）涉案财产的处置问题

审理黑社会性质组织犯罪案件时，对于依法查封、冻结、扣押的涉案财产，应当全面审查证明财产来源、性质、用途、权属及价值大小的有关证据，调查财产的权属情况以及是否属于违法所得或者依法应当追缴的其他财物。属于下列情形的，依法应当予以追缴、没收：1. 黑社会性质组织形成、发展过程中，该组织及其组织成员通过违法犯罪活动或其他不正当手段聚敛的财产及其孳息、收益，以及合法获取的财产中实际用于支持该组织存在、发展和实施违法犯罪活动的部分；2. 其他单位、个人为支持黑社会性质组织存在、发展以及实施违法犯罪活动而资助或提供的财产；3. 组织成员通过个人实施的违法犯罪活动所聚敛的财产及其孳息、收益，以及供个人犯罪所用的本人财物；4. 黑社会性质组织及其组织成员个人非法持有的违禁品；5. 依法应当追缴的其他涉案财物。

（二）发挥庭审功能问题

黑社会性质组织犯罪案件开庭前，应当按照重大案件的审判要求做好从物

质保障到人员配备等各方面的庭审准备，并制定详细的庭审预案和庭审提纲。同时，还要充分发挥庭前会议了解情况、听取意见的应有作用，提前了解控辩双方的主要意见，及时解决可能影响庭审顺利进行的程序性问题。对于庭前会议中出示的证据材料，控辩双方无异议的，庭审举证、质证时可以简化。庭审过程中，合议庭应当针对争议焦点和关键的事实、证据问题，有效引导控辩双方进行法庭调查与法庭辩论。庭审时，还应当全程录音录像，相关音视频资料应当存卷备查。

【解 读】

解读《全国部分法院审理黑社会性质组织 犯罪案件工作座谈会纪要》

为深入贯彻中央的决策部署，进一步加强黑社会性质组织犯罪案件的审判工作，最高人民法院于2015年9月17日在广西壮族自治区北海市组织召开了全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会。经与会代表认真讨论，就若干法律适用问题取得了共识，会后形成的《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）已于2015年10月13日印发，供各级人民法院在刑事审判工作中参照执行。为便于司法实践中准确理解《纪要》的有关精神，现对《纪要》制定的背景、指导思想以及其中的重点内容进行简要介绍和说明。

一、《纪要》的制定背景

为统一办理黑社会性质组织犯罪案件的执法标准，2009年12月，最高人民法院与最高人民检察院、公安部联合下发了《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》（以下简称2009年《纪要》），初步解决了一批实践中争议较大的问题，对于指导审判工作发挥了重要作用。但是，随着时间的推移，新情况也在不断出现，一些2009年《纪要》未作规定或者有关规定尚需进一步细化和完善的问题，对于司法实践的困扰越发凸显。特别是刑法修正案（八）的颁布实施以及刑事诉讼法的再次修订，对于办理黑社会性质组织犯罪案件提出了更为严格的要求，如何更好地将严打方针与依法有机结合起来，成为一项迫切需要解决的问题。

二、《纪要》与 2009 年《纪要》的适用关系

如前所述《纪要》整体上延续了 2009 年《纪要》的有关精神，2009 年《纪要》的大部分内容在今后的审判实践中仍具有指导意义，应当继续参照执行。两相比较，《纪要》中的新变化主要表现为以下三种情形：（1）2009 年《纪要》未作规定，《纪要》予以补充，如附加剥夺政治权利的适用、财产刑的适用等内容就属于这种情形。审判时，应当按照《纪要》的规定执行。（2）2009 年《纪要》已有规定，《纪要》予以完善、修改，如组织成员人数、经济实力数额等问题，相关内容发生了一定的变化。审判时，也应当按照《纪要》的规定执行。（3）2009 年《纪要》已有规定，《纪要》予以细化，如对非法控制特征（危害性特征）八种情形的进一步解读就是这种情形的典型代表。审判时，应当将两个纪要的有关内容相互结合，配套使用。

三、对于《纪要》重点内容的解读

（一）关于黑社会性质组织的认定

1. 认定组织特征的问题关于黑社会性质组织存续时间起点的认定

（1）黑社会性质组织的存续时间起点应当如何确定，是司法实践一个非常重要但又长期悬而未决的问题。该问题不仅与组织特征的认定有关，而且会对组织成员、组织犯罪等一系列问题的认定产生重要影响。从逻辑上讲，只有当“四个特征”同时具备之时才是黑社会性质组织真正形成之日，但是，这在司法实践中又是无法准确判断和把握的。黑社会性质组织一般都是由犯罪集团、“恶势力”团伙逐步演化而来，会经历一个渐进的、从量变到质变的过程。有组织地大量实施暴力性违法犯罪活动以获取强势地位，往往是黑社会性质组织发展初期的明显特征，而构建非法秩序也大多是在这个阶段完成。当其发展到比较成熟的阶段之后，由于凭借前期积累的恶名和影响力便可维持非法控制的状态，行为方式中的暴力性特点会逐渐趋于隐蔽，违法犯罪的数量也会相应减少。因此，如果以同时具备“四个特征”为时间节点，将“恶”与“黑”这两个阶段截然分开，认定黑社会性质组织时就会面临空中楼阁一般的困局，无法有效地通过具体的违法犯罪事实来充分反映该犯罪组织的行为特征以及社会危害。

为解决上述问题，《纪要》作出原则性规定，将“举行成立仪式或者进行类似活动”“标志性事件”“首次实施有组织的犯罪活动”作为认定黑社会性质组织起始时间的审查判断依据。也就是说，“成立仪式”最为优先，“标志性事件”次之，在没有前两者的情况下，可以依据“首次有组织的犯罪”的时间认定。其中，“标志性事件”主要包括两种情形：一是足以反映涉案犯罪组织已

初步形成较稳定获利来源的重大事件，如为涉足某一行业而成立公司、企业等经济实体等；二是足以反映涉案犯罪组织已在一定区域或行业内初步形成强势地位的重大事件，实践中比较常见的就是在逞强争霸、排除竞争对手过程中具有“一战成名”作用的违法犯罪活动。

有一种意见认为，根据刑法第二百九十四条的规定，黑社会性质组织的行为特征既包括犯罪活动，也包括违法活动，因此，应从“首次共同实施有组织的违法犯罪活动”起算。我们认为，黑社会性质组织是犯罪集团的高级形态，应当满足犯罪集团的全部条件。根据刑法第二十六条的规定，犯罪集团应当是“为共同实施犯罪”而组成，因此，黑社会性质组织的存续时间起点应从首次实施有组织的犯罪活动起算。

(2) 是否应对黑社会性质组织的存在、发展时间作出明确规定

由于2009年《纪要》没有对此问题明确画线，实践中标准掌握不统一的问题仍然存在。根据前期调研情况，2011年1月至2014年12月间，已审结生效的组织、领导、参加黑社会性质组织犯罪案件中，涉案犯罪组织存在、发展时间不满6个月的占比达到4.53%。综合考虑多方面因素，《纪要》讨论稿中皆有如下规定：黑社会性质组织的存在、发展时间一般在12个月以上。征求意见过程中，此问题始终存在较大争议，其中一种意见认为，刑法相关条款中并未涉及黑社会性质组织的存在、发展时间问题，故不应对此作出规定。根据座谈会讨论情况以及各方提出的意见，《纪要》未再提出明确的时间要求，但规定“存在、发展时间明显过短、犯罪活动尚不突出的，一般不应认定为黑社会性质组织”。这是因为，根据刑法第二百九十四条的规定，黑社会性质组织应当是“较稳定”的犯罪组织。“较稳定”应从两方面来理解：一是指犯罪组织的结构与核心成员比较稳定；二是指犯罪组织应当在一定时期内持续存在。因此，黑社会性质组织的存在、发展时间应当达到一定长度。同时，如果一个犯罪组织存在、发展时间过短，也难以形成真正意义上的非法控制。

(3) 关于黑社会性质组织的成员人数问题

根据刑法的规定，黑社会性质组织应当“人数较多”。按照一般的理解，黑社会性质组织的成员人数理应比普通的犯罪集团更多，但由于缺少明文规定，一些案件在成员人数的把握上明显偏松。在已审结生效的案件中，组织成员不足5人的案件并不鲜见，一定程度上降低了认定门槛。征求意见过程中，多数意见都赞成将组织成员人数予以量化，但又有“10人说”和“7人说”之争。《纪要》最终采纳了目前理论界、实务界相对更为认可的“10人说”，并专门说明“10人”之中“既包括已有充分证据证明但尚未归案的组织成员，也包括虽有参加黑社会性质组织的行为但因尚未达到刑事责任年龄或因其他法定情形而未被起诉，或者根据具体情节不作为犯罪处理的组织成员”。如此规

定，主要是基于以下两点考虑：一是对于未到案、未起诉、未定罪处罚的人员可否在认定黑社会性质组织时算作组织成员的问题一直存在争议，《纪要》作出规定后可以给该争论画上句号；二是《纪要》明确规定组织成员的人数标准之后，不排除实践中可能出现了为了凑齐人数而将本不应认定为黑社会性质组织成员的被告人“拔高”认定的问题，对该标准加以详细说明，将有助于预防出现这一问题。

(4) 关于“骨干成员”的认定

刑法第二百九十四条第一款中对组织者、领导者、积极参加者、一般参加者（其他参加者）分别设置了不同的法定刑，并没有“骨干成员”的概念，但第四款关于组织特征的规定中却有“骨干成员”基本固定的要求。由于概念不明，实践中将骨干成员、积极参加者相互替代使用的情况时有发生。为此《纪要》明确指出，骨干成员只是积极参加者中较为核心的一部分，除了直接听命于组织者、领导者之外，还要求多次指挥或积极参与实施有组织的违法犯罪活动或者长时间在犯罪组织中起重要作用。之所以要加上“多次”和“长时间”的限定，主要是为了从作用上将其与一般的积极参加者相区别。

(5) 关于组织纪律、活动规约的审查判断问题

2009年《纪要》规定：“具有一定的组织纪律、活动规约，也是认定黑社会性质组织时的重要参考依据。”近年来，实践中出现了一些新情况，黑社会性质组织的组织纪律、活动规约表现形式多种多样，而且内容也会带有一定的迷惑性、欺骗性。例如，一些以经济实体为依托的黑社会性质组织，其组织纪律、活动规约往往是以公司、企业内部规章制度的形式表现出来的；还有一些黑社会性质组织会对其成员提出“不许吸毒、不许赌博、不许随意殴打他人”等看似劝人向善的要求，与传统意义上的“帮规”“家法”存在一定差异。为此，《纪要》要求结合涉案犯罪组织制定、形成相关纪律、规约的目的与意图来进行审查判断。

(6) 关于可不作为犯罪处理的情形

为了贯彻执行宽严相济刑事政策，《纪要》重申了《最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《司法解释》）第三条第二款的规定。为了适当放开该罪的出口，以便更好地分化、瓦解犯罪分子，《纪要》还规定：“对于参加黑社会性质组织后仅参与少量情节轻微的违法活动，也可以不作为犯罪处理。”

(7) 关于不应认定为黑社会性质组织成员的几类人员

实践中，对于某些与黑社会性质组织或其违法犯罪活动有一定关联的人员能否以参加黑社会性质组织罪定罪处罚的问题尚存在争议。为防止不当扩大打击面，《纪要》明确了不应认定为黑社会性质组织成员三类人员，其行为如

果构成其他犯罪的，应按照具体犯罪处理。我们认为，在认定黑社会性质组织成员时应当遵循“主客观一致”的基本原则。对于“主观上没有加入黑社会性质组织的意愿，受雇到黑社会性质组织开办的公司、企业、社团工作，未参与或者仅参与少数黑社会性质组织违法犯罪活动的人员”，虽然也可视为在客观上接受了黑社会性质组织的领导和管理，但由于未参与或者仅参与少量黑社会性质组织的违法犯罪活动，还不足以推定其主观上已经具有加入黑社会性质组织的意愿，为此，不应以参加黑社会性质组织罪定罪处罚。例如，在刘汉、刘维黑社会性质组织案中，汉龙公司财务人员刘某、赖某某因履行职务而实施了骗取贷款、票据承兑、金融凭证犯罪，但并未被认定为是黑社会性质组织成员。对于“因临时被纠集、雇佣或受蒙蔽为黑社会性质组织实施违法犯罪活动或者提供帮助、支持、服务的人员”以及“为维护或扩大自身利益而临时雇佣、收买、利用黑社会性质组织实施违法犯罪活动的人员”，由于这两类人员主观上没有加入黑社会性质组织的意愿，客观上也没有接受黑社会性质组织的领导、管理，只是临时性的雇佣与被雇佣、收买与被收买、利用与被利用的关系，因此，也不应以参加黑社会性质组织罪定罪处罚。当然，如果这两类人员与黑社会性质组织经过长期合作后已经相互渗透与融合，则另当别论。

2. 认定经济特征的问题

(1) 关于“一定经济实力”的范围

“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”是黑社会性质组织应当具备的经济特征。实践中，对于“一定经济实力”的范围问题存在模糊认识，特别是对组织成员在黑社会性质组织形成之前已经拥有的财产和黑社会性质组织形成后组织成员个人名下的财产能否计入“一定经济实力”的问题，各地做法差异很大。我们认为，对于该问题主要应从以下两个方面来把握：第一，黑社会性质组织所具有的经济实力并不等同于刑法第六十四条规定的违法所得和犯罪工具。所谓经济实力，是指掌控经济资源并随时为己所用的能力，因此，应当包括合法获取的资产；第二，根据刑法第二百九十四条第五款第二项的规定，“一定经济实力”的取得方式应具备“有组织性”的特点。也就是说，无论是违法所得还是合法资产，都应当是通过与黑社会性质组织有关联的行为或方式而获取，包括黑社会性质组织通过实施违法犯罪活动而获取的资产，黑社会性质组织利用从事不法活动所确立的优势地位和影响力而获取的资产，黑社会性质组织聚敛资产后进行合法投资而获取的孳息、收益，等等。为此，《纪要》对“一定经济实力”的概念和范围进行了说明，将黑社会性质组织形成之前获取或者组织成员完全通过个人行为获取的经济利益排除在外。同时还规定，只要是“有组织地”获取的经济利益，即便归于组织成员个人名下，也应当计入“一定经济实力”。

(2) 关于“一定经济实力”的数额标准

2009年《纪要》考虑到司法实践的复杂性，没有明确规定“一定经济实力”的数额标准，但近年来的效果并不理想。《纪要》起草过程中，有一种意见认为，经济实力的强弱并不是黑社会性质组织的本质特征，而且客观上证明经济实力来源、数额的证据很难收集，因此，不应对此问题予以量化。我们认为，由于刑法第二百九十四条规定黑社会性质组织需要具有“一定经济实力”，因此，明确标准的做法更加符合罪刑法定原则的基本精神。具有“一定经济实力”虽不是黑社会性质组织的本质特征，但却可以反映出涉案犯罪组织的发展成熟程度。在当前的司法实践中，对此问题掌握较为随意的情况依然存在，确有必要加以规范。根据前期调研掌握的数据，综合考虑各地经济发展水平的差异以及其他多方面因素后，《纪要》规定：“各高级人民法院可以根据本地区的实际情况……在20~50万元幅度内，自行划定一般掌握的最低数额标准。”

(3) 对于所获经济利益是否用于黑社会性质组织的审查判断

2009年《纪要》将认定经济特征的重点放在了涉案犯罪组织获利后的用途上，并列举了“购买作案工具、提供作案经费，为受伤、死亡的组织成员提供医疗费、丧葬费，为组织成员及其家属提供工资、奖励、福利、生活费用”等具体情形。近年来，一些黑社会性质组织改变手法，往往不再直接向组织成员提供工资、福利、奖励、生活费用或者作案经费，而是通过安排组织成员承揽工程、承接项目、从事特定生产、经营活动等方式进行间接的利益分配，或者授意、指使、帮助组织成员实施某种违法犯罪活动以获取不法经济利益。针对这一变化，《纪要》规定：“无论获利后的分配与使用形式如何变化，只要在客观上能够起到豢养组织成员、维护组织稳定、壮大组织势力的作用即可认定。”

3. 认定行为特征的问题

(1) 关于黑社会性质组织犯罪的多样性

刑法第二百九十四条以及《司法解释》中均未规定黑社会性质组织必须实施性质不同的多种犯罪，故2009年《纪要》对此问题并未涉及。但从实践情况看，黑社会性质组织若要实现对经济、社会生活的非法控制，一般都需要实施多种犯罪。为了引起对此问题的重视，在审判工作中更加准确地地区分黑社会性质组织与专门从事某种犯罪的犯罪集团，《纪要》作了相应的提示性规定。

(2) 关于黑社会性质组织违法犯罪活动的暴力性问题

如前所述，当黑社会性质组织发展到一定阶段后暴力色彩会有所减弱，往往会更多地采用滋扰恫吓、造势摆场等非暴力、“软暴力”手段来达到不法目的。正因为如此，司法实践中也逐渐产生了一种模糊认识，认为黑社会性质组织不需要实施暴力性的违法犯罪活动也可以形成非法控制。我们认为，无论行

为方式最终如何变化,暴力(“硬暴力”)或者以暴力相威胁的手段是黑社会性质组织能够对社会公众形成心理强制的重要原因。即便在发展到较为成熟的阶段之后,暴力性也是依然是黑社会性质组织行为方式的基本特点,一旦需要使用便随时可能付诸实施。因此,如果涉案犯罪组织在整个发展过程中没有较为明显地以暴力或者以暴力相威胁的手段实施违法犯罪活动,那么,在对该组织定性时就应当特别慎重。

(3) 如何区分黑社会性质组织的违法犯罪活动和组织成员个人的违法犯罪活动

2009年《纪要》通过列举五种具体情形的方式,较好地解决了黑社会性质组织的违法犯罪活动范围问题。但是,由于其并未明确将符合组织利益或者组织宗旨“作为基本判断标准,在一些个案的审判工作中,如何区分黑社会性质组织违法犯罪活动和组织成员个人违法犯罪活动的问题仍然引发了一定的争议。有鉴于此,《纪要》坐了补充性规定。也就是说,即便是组织者、领导者亲自组织实施的违法犯罪活动,如果确实与维护 and 扩大组织的势力、实力、影响、经济基础无任何关联,也不是按照组织管理、纪律、活动规约而实施的,也不应当认定为黑社会性质组织的违法犯罪活动。

(4) 如何认定按照组织惯例实施的违法犯罪活动

在黑社会性质组织犯罪案件中往往存在大量的违法犯罪活动无法直接与组织利益、组织宗旨联系起来,但这些违法犯罪活动大多是在组织者、领导者的纵容之下实施,符合黑社会性质组织约定俗成的行为习惯,客观上又起到了为黑社会性质组织确立非法权威,扩大影响推波助澜的作用,有必要作为组织的违法犯罪活动来处理。因此,《纪要》规定:“组织者、领导者明知组织成员曾多次实施起因、性质类似的犯罪活动,但并未明确予以禁止的,如果该类行为对扩大组织影响起到一定作用,可以视为是按照组织惯例实施的违法犯罪活动。”有一种意见认为,对于纯属组织成员个人行为的违法犯罪活动,不能仅因组织者、领导者未尽到禁止义务就作为黑社会性质组织的违法犯罪活动来处理,组织者、领导者也不应承担相应罪责。我们认为,黑社会性质组织的宗旨就是要通过实施违法犯罪活动建立非法秩序,组织者、领导者在创建、管理犯罪组织时,对于组织成员可能实施多种违法犯罪活动有概括的预见和故意。组织者、领导者作为核心认为,犯罪组织的意志很大程度上就是通过组织者、领导者的意志来体现。组织者、领导者在明知组织成员多次实施类似行为的情况下不予明确禁止,可以说明其对此类行为持放任、纵容的态度,也说明此类行为并不违背犯罪组织的意志和宗旨,加之这些行为客观上又对扩大组织影响起到作用,组织者、领导者应当承担责任。

4. 认定非法控制特征（危害性特征）的问题

(1) 对于“一定区域”“一定行业”的理解和把握

在2009年《纪要》的有关内容的基础上，《纪要》对这两个问题作了进一步解读。不仅明确了“一定区域”包括乡镇、街道、较大的村庄，同时还指出，对于“一定行业”的理解应当结合“一定区域”的概念来把握。简而言之，即便是某一乡镇范围内的同类生产、经营活动，只要从业人员、产业规模要素达到一定程度，也可以视为“一定行业”。

(2) 关于非法控制特征（危害性特征）的认定

2009年《纪要》明确了可以认定为“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”的八种情形。前期调研时，许多高级人民法院均反映这八种情形不够具体，诸如“重要影响”“严重影响”等表述还需要进一步明确。综合各方意见，《纪要》以导致人员伤亡、造成直接经济损失、敛财数额巨大等情形为标准，对2009年《纪要》的有关内容予以补充和细化，并使之更具可操作性。其中列举的“直接经济损失”，是指与黑社会性质组织的违法犯罪活动有直接因果关系的经济损失。主要包括以下情形：因违法犯罪活动导致财产损毁、灭失而造成的经济损失；因违法犯罪活动导致停产、停业、减产、破产以及由此承担违约责任而造成的经济损失；因违法犯罪活动导致被迫接受不公平交易而造成的经济损失；其他应当计算在内的直接经济损失。此外，由于敲诈勒索、聚众扰乱社会秩序等个罪所造成的危害后果也有可能符合八种情形之一，因此，不能简单地认为只要具有其中一种情形，就可以认定非法控制特征。为纠正对此问题的认识，《纪要》专门作了如下说明：“2009年《座谈会纪要》规定的八种情形一般不会单独存在，往往是两种以上的情形同时并存、相互交织，从而严重破坏经济、社会生活秩序。审判时，应当充分认识这一特点，准确认定该特征。”

(3) 关于是否应当设置“兜底”规定的问题

《纪要》在对黑社会性质组织的成员人数、经济实力规模予以量化的同时，也有针对性地设置了“兜底”规定。对此，有意见认为，“兜底”规定一旦放开口子，就有可能使组织特征、经济特征中已经量化的标准失去意义。我们认为，由于实践中的情况极为复杂，确有必要保持惩治黑社会性质组织犯罪的灵活性。设置“兜底”规定，其目的在于突出非法控制特征（危害性特征）的重要性，并不意味着已经量化的标准可以忽略。为此，《纪要》也对适用“兜底”规定认定黑社会性质组织的情形设定了多项限制条件，可以避免出现标准虚置的问题。

(二) 关于刑事责任和刑罚适用

1. 已退出或者新接任的组织者、领导者的刑事责任范围

《纪要》根据近几年来实践中出现的新情况,明确了在组织者、领导者发生更替的情况下应当如何确定相关人员刑事责任范围的问题。需要重申的是,刑事责任范围不同于刑事责任程度。在具体犯罪中,组织者、领导者并非一定是罪责最为严重者,还是应当根据2009年《纪要》的规定,按照其在具体犯罪中的地位、作用来确定责任程度。

2. 量刑情节的运用问题

(1) 坦白情节的运用

为节约办理黑社会性质组织犯罪案件的司法资源,鼓励包括组织者、领导者在内的黑社会性质组织成员主动交代犯罪事实,《纪要》列举了一般应当适用刑法第六十七条第三款的规定予以从轻处罚的三种情形。其中,前两种情形是针对个罪而言,而第三种情形既包括个罪,也包括组织、领导、参加黑社会性质组织罪。

(2) 对于配合查办案件行为的积极评价

运用宽严相济刑事政策分化、瓦解犯罪分子,是打黑除恶专项斗争中的一条宝贵经验。实践中,积极参加者、一般参加者的某些配合司法机关查办案件的协助行为依法难以认定为立功。为了给予积极评价,《纪要》规定对此类协助行为量刑时一般应酌情予以从轻处罚。

(3) 对于组织者、领导者立功情节的把握

《纪要》规定,“组织者、领导者、骨干成员以及‘保护伞’协助抓获同案中其他重要的组织成员,或者骨干成员能够检举揭发其他犯罪案件中罪行同样严重的犯罪分子,原则上依法应予从轻或者减轻处罚”,这与《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中的有关内容保持一致。对于“组织者、领导者检举揭发与该黑社会性质组织及其违法犯罪活动有关联的其他犯罪线索”的情形,《纪要》作了与2009年《纪要》类似的规定。不同的是,《纪要》明确指出,此种揭发检举“如果在是否认定立功的问题上存在事实、证据或法律适用方面的争议,应当严格把握”,进一步体现了不让犯罪分子利用优势地位得利的从严惩处精神。

(4) 关于通过民事赔偿取得被害方谅解后可否从宽处罚的问题

黑社会性质组织犯罪分子通过赔偿经济损失取得被害方谅解后可否酌情从轻处罚,这一直是实践中存在争议的问题。我们认为,黑社会性质组织犯罪不仅社会危害极大,而且组织成员往往可以从违法犯罪活动中获得巨额不法利益,具有较强的经济赔偿能力和社会活动能力。因此,对于通过民事赔偿取得被害方谅解的,量刑时应当从严掌握,以防止犯罪分子有机可乘。当然,对此问题的理解也不应绝对化,对于组织者、领导者、骨干成员以外的其他黑社会

性质组织成员，也可以视其所犯具体罪行的严重程度及其在犯罪中的地位、作用，综合考虑被害方是否具有特殊困难等情况，在确认谅解意思真实、赔偿款项与违法所得无关的情况下，酌情予以从宽处罚。

3. 关于资格刑、财产刑的适用问题

由于组织、领导黑社会性质组织罪的法定最高刑为有期徒刑十五年，积极参加黑社会性质组织罪的法定最高刑为有期徒刑七年，因此，对于组织者、领导者和积极参加者可否适用刑法第五十六条第一款的规定附加剥夺政治权利，以及可否并处没收个人全部财产的问题均存在不同认识。有一种意见认为，司法惯例不宜轻易突破，否则可能会引发示范效应。我们认为，考虑到黑社会性质组织犯罪的特殊危害及其自身特点，有必要加大资格刑、财产刑的适用力度。关于能否附加剥夺政治权利的问题，虽然司法实践中一般都掌握在处刑十年以上的才附加剥夺政治权利，但这并不是法律的明文规定。黑社会性质组织犯罪属于严重危害社会治安、严重破坏社会秩序犯罪，而有期徒刑五年又是目前重刑率的计算起点，因此，对于因犯组织、领导、参加黑社会性质组织罪而被判处五年以上、十年以下有期徒刑的组织者、领导者和积极参加者，也可以适用刑法第五十六条第一款的规定附加剥夺政治权利。关于对组织者、领导者和积极参加者能否并处没收个人全部财产的问题，我们同样持肯定的观点。首先，刑法并未规定对于判处有期徒刑的被告人不能并处没收个人全部财产。其次，刑法修正案（八）之所以增设财产刑，就是考虑到黑社会性质组织犯罪案件中甄别涉案财产来源、性质的难度极大，仅靠追缴、没收违法所得和犯罪工具不足以彻底摧毁黑社会性质组织的经济基础。因此，审判时应当充分运用现有法律规定加大惩治力度。最后，《纪要》对于组织者、领导者和部分积极参与者并处没收个人全部财产的前提条件做了较为严格的限定，并非可以随意适用，应符合罪责刑相一致的基本原则。

（三）关于审判程序和证据审查

1. 关于分案审理问题

并案审理是审理共同犯罪案件的一般原则，我国刑事诉讼法和相关司法解释对于哪些案件可以分案审理未作明确规定。黑社会性质组织犯罪案件普遍具有人数多、事实多、罪名多的特点，一律并案审理不仅会给审判工作造成困难，而且也不利于保护被告人的合法权利。例如，某些重大涉黑案件庭审时间长达数十天，不仅被告人超期羁押的情况难以避免，而且也无法充分保障每一名被告人都能有效地行使举证、质证、辩解、辩护等诉讼权利。因此，《纪要》规定，“对于被告人人数众多，合并审理难以保障庭审质量和庭审效率的黑社会性质组织犯罪案件，可分案进行审理”，这为解决这一问题提供了依据。同时，为避免分案审理带来的弊端，《纪要》还明确了分案审理的基本原则和一

般性要求。应当特别说明的是，在审判实践中分案审理只能是例外情形，凡有条件并案审理的涉黑案件不得随意分案。

2. 关于证明标准和证据运用问题

黑社会性质组织犯罪案件收集证据的难度极大，且“四个特征”往往要靠被告人供述、证人证言、被害人陈述等言词证据来证明，证据的稳定性较差。根据这一特点，《纪要》强调涉黑案件应当坚持“事实清楚，证据确实、充分”的法定证明标准，同时也按照刑事诉讼法和相关司法解释的规定，对如何依据言词证据认定案件事实进行了说明。

3. 关于法庭举证、质证问题

由于法庭举证、质证环节耗时较长，在一些黑社会性质组织犯罪案件的庭审过程中存在举证、质证不规范、随意限制控辩双方质证权利等问题，个别案件甚至没有对“四个特征”问题进行有针对性的举证、质证。另外，由于黑社会性质组织行为特征的认定与个罪事实在证据上多有交叉，法庭审理过程中又往往容易出现重复举证、质证问题。为规范这一庭审环节，《纪要》对法庭举证、质证提出具体要求，同时提供了避免重复举证、质证的具体方案。

4. 关于对出庭证人、鉴定人、被害人的保护问题

《纪要》对证人、鉴定人、被害人保护的衔接问题作了原则性规定，要求人民法院主动了解情况，确保相关保护措施紧密衔接。此外，《纪要》还对刑事诉讼法规定的“采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施”进行了一定的细化，规定可以采取音频、视频传送的方式作证。

(四) 关于黑社会性质组织犯罪案件审判工作相关问题

1. 关于涉案财产的处置

涉案财产的处置是黑社会性质组织犯罪案件审判工作中的“老、大、难”问题，究其根本，关键还是在于取证难度极大。为改变司法实践中的乱象，《纪要》要求审判时“应当全面审查证明财产来源、性质、用途、权属及价值大小的有关证据”，并依照刑法和有关司法解释的规定明确了涉案财产追缴、没收的范围，特别是将追缴、没收“合法获取的财产”的范围限定为“实际用于支持该组织存在、发展和实施违法犯罪活动的部分”，以防止出现侵害合法财产权利的情况。

2. 关于发挥庭审功能问题

以落实审判中心主义为出发点，《纪要》从制定庭审预案、召开庭前会议、把握争议焦点、有效引导控辩等方面，对黑社会性质组织犯罪案件的庭审工作提出了原则性要求，从而保证庭审能够发挥应有功能。

(撰稿人：戴长林 朱和庆 刘广三 周川 张向东)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部
印发《关于办理恶势力刑事案件
若干问题的意见》的通知

2019年2月28日

法发〔2019〕10号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法局：

为认真贯彻落实中央开展扫黑除恶专项斗争的部署要求，正确理解和适用最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（法发〔2018〕1号），最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发了《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》，请认真贯彻执行。

附：

关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见

为认真贯彻落实中央开展扫黑除恶专项斗争的部署要求，正确理解和适用最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（法发〔2018〕1号，以下简称《指导意见》），根据刑法、刑事诉讼法及有关司法解释、规范性文件的规定，现对办理恶势力刑事案件若干问题提出如下意见：

一、办理恶势力刑事案件的总体要求

1. 人民法院、人民检察院、公安机关和司法行政机关要深刻认识恶势力违法犯罪的严重社会危害，毫不动摇地坚持依法严惩方针，在侦查、起诉、审判、执行各阶段，运用多种法律手段全面体现依法从严惩处精神，有力震慑恶势力违法犯罪分子，有效打击和预防恶势力违法犯罪。

2. 人民法院、人民检察院、公安机关和司法行政机关要严格坚持依法办

案，确保在案件事实清楚，证据确实、充分的基础上，准确认定恶势力和恶势力犯罪集团，坚决防止人为拔高或者降低认定标准。要坚持贯彻落实宽严相济刑事政策，根据犯罪嫌疑人、被告人的主观恶性、人身危险性、在恶势力、恶势力犯罪集团中的地位、作用以及在具体犯罪中的罪责，切实做到宽严有据，罚当其罪，实现政治效果、法律效果和社会效果的统一。

3. 人民法院、人民检察院、公安机关和司法行政机关要充分发挥各自职能，分工负责，互相配合，互相制约，坚持以审判为中心的刑事诉讼制度改革要求，严格执行“三项规程”，不断强化程序意识和证据意识，有效加强法律监督，确保严格执法、公正司法，充分保障当事人、诉讼参与人的各项诉讼权利。

二、恶势力、恶势力犯罪集团的认定标准

4. 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。

5. 单纯为牟取不法经济利益而实施的“黄、赌、毒、盗、抢、骗”等违法犯罪活动，不具有为非作恶、欺压百姓特征的，或者因本人及近亲属的婚恋纠纷、家庭纠纷、邻里纠纷、劳动纠纷、合法债务纠纷而引发以及其他确属事出有因的违法犯罪活动，不应作为恶势力案件处理。

6. 恶势力一般为3人以上，纠集者相对固定。纠集者，是指在恶势力实施的违法犯罪活动中起组织、策划、指挥作用的违法犯罪分子。成员较为固定且符合恶势力其他认定条件，但多次实施违法犯罪活动是由不同的成员组织、策划、指挥，也可以认定为恶势力，有前述行为的成员均可以认定为纠集者。

恶势力的其他成员，是指知道或应当知道与他人经常纠集在一起是为了共同实施违法犯罪，仍按照纠集者的组织、策划、指挥参与违法犯罪活动的违法犯罪分子，包括已有充分证据证明但尚未归案的人员，以及因法定情形不予追究法律责任，或者因参与实施恶势力违法犯罪活动已受到行政或刑事处罚的人员。仅因临时雇佣或被雇佣、利用或被利用以及受蒙蔽参与少量恶势力违法犯罪活动的，一般不应认定为恶势力成员。

7. “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”，是指犯罪嫌疑人、被告人于2年之内，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，且包括纠集者在内，至少应有2名相同的成员多次参与实施违法犯罪活动。对于“纠集者在内”时间明显较短，实施违法犯罪活动未达到“经常”标准，且尚不足

以造成较为恶劣影响的，一般不应认定为恶势力。

8. 恶势力实施的违法犯罪活动，主要为强迫交易、故意伤害、非法拘禁、敲诈勒索、故意毁坏财物、聚众斗殴、寻衅滋事，但也包括具有为非作恶、欺压百姓特征，主要以暴力、威胁为手段的其他违法犯罪活动。

恶势力还可能伴随实施开设赌场、组织卖淫、强迫卖淫、贩卖毒品、运输毒品、制造毒品、抢劫、抢夺、聚众扰乱社会秩序、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序以及聚众“打砸抢”等违法犯罪活动，但仅有前述伴随实施的违法犯罪活动，且不能认定具有为非作恶、欺压百姓特征的，一般不应认定为恶势力。

9. 办理恶势力刑事案件，“多次实施违法犯罪活动”至少应包括1次犯罪活动。对于反复实施强迫交易、非法拘禁、敲诈勒索、寻衅滋事等单一性质的违法行为，单次情节、数额尚不构成犯罪，但按照刑法或者有关司法解释、规范性文件的规定累加后应作为犯罪处理的，在认定是否属于“多次实施违法犯罪活动”时，可将已用于累加的违法行为计为1次犯罪活动，其他违法行为单独计算违法活动的次数。

已被处理或者已作为民间纠纷调处，后经查证确属恶势力违法犯罪活动的，均可以作为认定恶势力的事实依据，但不符合法定情形的，不得重新追究法律责任。

10. 认定“扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响”，应当结合侵害对象及其数量、违法犯罪次数、手段、规模、人身损害后果、经济损失数额、违法所得数额、引起社会秩序混乱的程度以及对人民群众安全感的影响程度等因素综合把握。

11. 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。

恶势力犯罪集团的首要分子，是指在恶势力犯罪集团中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。恶势力犯罪集团的其他成员，是指知道或者应当知道是为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，仍接受首要分子领导、管理、指挥，并参与该组织犯罪活动的犯罪分子。

恶势力犯罪集团应当有组织地实施多次犯罪活动，同时还可能伴随实施违法活动。恶势力犯罪集团所实施的违法犯罪活动，参照《指导意见》第十条第二款的规定认定。

12. 全部成员或者首要分子、纠集者以及其他重要成员均为未成年人、老年人、残疾人的，认定恶势力、恶势力犯罪集团时应当特别慎重。

三、正确运用宽严相济刑事政策的有关要求

13. 对于恶势力的纠集者、恶势力犯罪集团的首要分子、重要成员以及恶

势力、恶势力犯罪集团共同犯罪中罪责严重的主犯，要正确运用法律规定加大惩处力度，对依法应当判处重刑或死刑的，坚决判处重刑或死刑。同时要严格掌握取保候审，严格掌握不起诉，严格掌握缓刑、减刑、假释，严格掌握保外就医适用条件，充分利用资格刑、财产刑等法律手段全方位从严惩处。对于符合刑法第三十七条之一规定的，可以依法禁止其从事相关职业。

对于恶势力、恶势力犯罪集团的其他成员，在共同犯罪中罪责相对较小、人身危险性、主观恶性相对不大的，具有自首、立功、坦白、初犯等法定或酌定从宽处罚情节，可以依法从轻、减轻或免除处罚。认罪认罚或者仅参与实施少量的犯罪活动且只起次要、辅助作用，符合缓刑条件的，可以适用缓刑。

14. 恶势力犯罪集团的首要分子检举揭发与该犯罪集团及其违法犯罪活动有关联的其他犯罪线索，如果在认定立功的问题上存在事实、证据或法律适用方面的争议，应当严格把握。依法应认定为立功或者重大立功的，在决定是否从宽处罚、如何从宽处罚时，应当根据罪责刑相一致原则从严掌握。可能导致全案量刑明显失衡的，不予从宽处罚。

恶势力犯罪集团的其他成员如果能够配合司法机关查办案件，有提供线索、帮助收集证据或者其他协助行为，并在侦破恶势力犯罪集团案件、查处“保护伞”等方面起到较大作用的，即使依法不能认定立功，一般也应酌情对其从轻处罚。

15. 犯罪嫌疑人、被告人同时具有法定、酌定从严和法定、酌定从宽处罚情节的，量刑时要根据所犯具体罪行的严重程度，结合被告人在恶势力、恶势力犯罪集团中的地位、作用、主观恶性、人身危险性等因素整体把握。对于恶势力的纠集者、恶势力犯罪集团的首要分子、重要成员，量刑时要体现总体从严。对于在共同犯罪中罪责相对较小、人身危险性、主观恶性相对不大，且能够真诚认罪悔罪的其他成员，量刑时要体现总体从宽。

16. 恶势力刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理，并适用认罪认罚从宽制度。对于犯罪性质恶劣、犯罪手段残忍、社会危害严重的犯罪嫌疑人、被告人，虽然认罪认罚，但不足以从轻处罚的，不适用该制度。

四、办理恶势力刑事案件的其他问题

17. 人民法院、人民检察院、公安机关经审查认为案件符合恶势力认定标准的，应当在起诉意见书、起诉书、判决书、裁定书等法律文书中的案件事实部分明确表述，列明恶势力的纠集者、其他成员、违法犯罪事实以及据以认定的证据；符合恶势力犯罪集团认定标准的，应当在上述法律文书中明确定性，列明首要分子、其他成员、违法犯罪事实以及据以认定的证据，并引用刑法总

则关于犯罪集团的相关规定。被告人及其辩护人对恶势力定性提出辩解和辩护意见，人民法院可以在裁判文书中予以评析回应。

恶势力刑事案件的起诉意见书、起诉书、判决书、裁定书等法律文书，可以在案件事实部分先概述恶势力、恶势力犯罪集团的概括事实，再分述具体的恶势力违法犯罪事实。

18. 对于公安机关未在起诉意见书中明确认定，人民检察院在审查起诉期间发现构成恶势力或者恶势力犯罪集团，且相关违法犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应追究刑事责任的，应当作出起诉决定，根据查明的事实向人民法院提起公诉，并在起诉书中明确认定为恶势力或者恶势力犯罪集团。人民检察院认为恶势力相关违法犯罪事实不清、证据不足，或者存在遗漏恶势力违法犯罪事实、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形需要补充侦查的，应当提出具体的书面意见，连同案卷材料一并退回公安机关补充侦查；人民检察院也可以自行侦查，必要时可以要求公安机关提供协助。

对于人民检察院未在起诉书中明确认定，人民法院在审判期间发现构成恶势力或恶势力犯罪集团的，可以建议人民检察院补充或者变更起诉；人民检察院不同意或者在七日内未回复意见的，人民法院不应主动认定，可仅就起诉指控的犯罪事实依照相关规定作出判决、裁定。

审理被告人或者被告人的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件时，一审判决认定黑社会性质组织有误的，二审法院应当纠正，符合恶势力、恶势力犯罪集团认定标准，应当作出相应认定；一审判决认定恶势力或恶势力犯罪集团有误的，应当纠正，但不得升格认定；一审判决未认定恶势力或恶势力犯罪集团的，不得增加认定。

19. 公安机关、人民检察院、人民法院应当分别以起诉意见书、起诉书、裁判文书所明确的恶势力、恶势力犯罪集团，作为相关数据的统计依据。

20. 本意见自 2019 年 4 月 9 日起施行。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部 印发《关于办理“套路贷”刑事案件若干 问题的意见》的通知

2019年2月28日

法发〔2018〕11号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法局：

为持续深入开展扫黑除恶专项斗争，准确甄别和依法严厉惩处“套路贷”违法犯罪分子，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发了《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》，请认真贯彻执行。

附：

关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见

为持续深入开展扫黑除恶专项斗争，准确甄别和依法严厉惩处“套路贷”违法犯罪分子，根据刑法、刑事诉讼法、有关司法解释以及最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》等规范性文件的规定，现对办理“套路贷”刑事案件若干问题提出如下意见：

一、准确把握“套路贷”与民间借贷的区别

1. “套路贷”，是对以非法占有为目的，假借民间借贷之名，诱使或迫使被害人签订“借贷”或变相“借贷”“抵押”“担保”等相关协议，通过虚增借贷金额、恶意制造违约、肆意认定违约、毁匿还款证据等方式形成虚假债权债务，并借助诉讼、仲裁、公证或者采用暴力、威胁以及其他手段非法占有被害人财物的相关违法犯罪活动的概括性称谓。

2. “套路贷”与平等主体之间基于意思自治而形成的民事借贷关系存在本质区别，民间借贷的出借人是为了到期按照协议约定的内容收回本金并获取利

息，不具有非法占有他人财物的目的，也不会签订、履行借贷协议过程中实施虚增借贷金额、制造虚假给付痕迹、恶意制造违约、肆意认定违约、毁匿还款证据等行为。

司法实践中，应当注意非法讨债引发的案件与“套路贷”案件的区别，犯罪嫌疑人、被告人不具有非法占有目的，也未使用“套路”与借款人形成虚假债权债务，不应视为“套路贷”。因使用暴力、威胁以及其他手段强行索债构成犯罪的，应当根据具体案件事实定罪处罚。

3. 实践中，“套路贷”的常见犯罪手法和步骤包括但不限于以下情形：

(1) 制造民间借贷假象。犯罪嫌疑人、被告人往往以“小额贷款公司”“投资公司”“咨询公司”“担保公司”“网络借贷平台”等名义对外宣传，以低息、无抵押、无担保、快速放款等为诱饵吸引被害人借款，继而以“保证金”“行规”等虚假理由诱使被害人基于错误认识签订金额虚高的“借贷”协议或相关协议。有的犯罪嫌疑人、被告人还会以被害人先前借贷违约等理由，迫使对方签订金额虚高的“借贷”协议或相关协议。

(2) 制造资金走账流水等虚假给付事实。犯罪嫌疑人、被告人按照虚高的“借贷”协议金额将资金转入被害人账户，制造已将全部借款交付被害人的银行流水痕迹，随后便采取各种手段将其中全部或者部分资金收回，被害人实际上并未取得或者完全取得“借贷”协议、银行流水上显示的钱款。

(3) 故意制造违约或者肆意认定违约。犯罪嫌疑人、被告人往往会以设置违约陷阱、制造还款障碍等方式，故意造成被害人违约，或者通过肆意认定违约，强行要求被害人偿还虚假债务。

(4) 恶意垒高借款金额。当被害人无力偿还时，有的犯罪嫌疑人、被告人会安排其所属公司或者指定的关联公司、关联人员为被害人偿还“借款”，继而与被害人签订金额更大的虚高“借贷”协议或相关协议，通过这种“转单平账”“以贷还贷”的方式不断垒高“债务”。

(5) 软硬兼施“索债”。在被害人未偿还虚高“借款”的情况下，犯罪嫌疑人、被告人借助诉讼、仲裁、公证或者采用暴力、威胁以及其他手段向被害人或者被害人的特定关系人索取“债务”。

二、依法严惩“套路贷”犯罪

4. 实施“套路贷”过程中，未采用明显的暴力或者威胁手段，其行为特征从整体上表现为以非法占有为目的，通过虚构事实、隐瞒真相骗取被害人财物的，一般以诈骗罪定罪处罚；对于在实施“套路贷”过程中多种手段并用，构成诈骗、敲诈勒索、非法拘禁、虚假诉讼、寻衅滋事、强迫交易、抢劫、绑架等多种犯罪的，应当根据具体案件事实，区分不同情况，依照刑法及有关司

法解释的规定数罪并罚或者择一重处。

5. 多人共同实施“套路贷”犯罪，犯罪嫌疑人、被告人在所参与的犯罪中起主要作用的，应当认定为主犯，对其参与或组织、指挥的全部犯罪承担刑事责任；起次要或辅助作用的，应当认定为从犯。

明知他人实施“套路贷”犯罪，具有以下情形之一的，以相关犯罪的共犯论处，但刑法和司法解释等另有规定的除外：

- (1) 组织发送“贷款”信息、广告，吸引、介绍被害人“借款”的；
- (2) 提供资金、场所、银行卡、账号、交通工具等帮助的；
- (3) 出售、提供、帮助获取公民个人信息的；
- (4) 协助制造走账记录等虚假给付事实的；
- (5) 协助办理公证的；
- (6) 协助以虚假事实提起诉讼或者仲裁的；
- (7) 协助套现、取现、办理动产或不动产过户等，转移犯罪所得及其产生的收益的；
- (8) 其他符合共同犯罪规定的情形。

上述规定中的“明知他人实施‘套路贷’犯罪”，应当结合行为人的认知能力、既往经历、行为次数和手段、与同案人、被害人的关系、获利情况、是否曾因“套路贷”受过处罚、是否故意规避查处等主客观因素综合分析认定。

6. 在认定“套路贷”犯罪数额时，应当与民间借贷相区别，从整体上予以否定性评价，“虚高债务”和以“利息”“保证金”“中介费”“服务费”“违约金”等名目被犯罪嫌疑人、被告人非法占有的财物，均应计入犯罪数额。

犯罪嫌疑人、被告人实际给付被害人的本金数额，不计入犯罪数额。

已经着手实施“套路贷”，但因意志以外原因未得逞的，可以根据相关罪名所涉及的刑法、司法解释规定，按照已着手非法占有的财物数额认定犯罪未遂。既有既遂，又有未遂，犯罪既遂部分与未遂部分分别对应不同法定刑幅度的，应当先决定对未遂部分是否减轻处罚，确定未遂部分对应的法定刑幅度，再与既遂部分对应的法定刑幅度进行比较，选择处罚较重的法定刑幅度，并酌情从重处罚；二者在同一量刑幅度的，以犯罪既遂酌情从重处罚。

7. 犯罪嫌疑人、被告人实施“套路贷”违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还。有证据证明是犯罪嫌疑人、被告人实施“套路贷”而交付给被害人的本金，赔偿被害人损失后如有剩余，应依法予以没收。

犯罪嫌疑人、被告人已将违法所得的财物用于清偿债务、转让或者设置其他权利负担，具有下列情形之一的，应当依法追缴：

- (2) 第三人无偿取得或者以明显低于市场的价格取得违法所得财物的；
- (3) 第三人通过非法债务清偿或者违法犯罪活动取得违法所得财物的；
- (4) 其他应当依法追缴的情形。

8. 以老年人、未成年人、在校学生、丧失劳动能力的人为对象实施“套路贷”，或者因实施“套路贷”造成被害人或其特定关系人自杀、死亡、精神失常、为偿还“债务”而实施犯罪活动的，除刑法、司法解释另有规定的外，应当酌情从重处罚。

在坚持依法从严惩处的同时，对于认罪认罚、积极退赃、真诚悔罪或者具有其他法定、酌定从轻处罚情节的被告人，可以依法从宽处罚。

9. 对于“套路贷”犯罪分子，应当根据其所触犯的具体罪名，依法加大财产刑适用力度。符合刑法第三十七条之一规定的，可以依法禁止从事相关职业。

10. 3人以上为实施“套路贷”而组成的较为固定的犯罪组织，应当认定为犯罪集团。对首要分子应按照集团所犯全部罪行处罚。

符合黑恶势力认定标准的，应当按照黑社会性质组织、恶势力或者恶势力犯罪集团侦查、起诉、审判。

三、依法确定“套路贷”刑事案件管辖

11. “套路贷”犯罪案件一般由犯罪地公安机关侦查，如果由犯罪嫌疑人居住地公安机关立案侦查更为适宜的，可以由犯罪嫌疑人居住地公安机关立案侦查。犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地。

“犯罪行为发生地”包括为实施“套路贷”所设立的公司所在地、“借贷”协议或相关协议签订地、非法讨债行为实施地、为实施“套路贷”而进行诉讼、仲裁、公证的受案法院、仲裁委员会、公证机构所在地，以及“套路贷”行为的预备地、开始地、途经地、结束地等。

“犯罪结果发生地”包括违法所得财物的支付地、实际取得地、藏匿地、转移地、使用地、销售地等。

除犯罪地、犯罪嫌疑人居住地外，其他地方公安机关对于公民扭送、报案、控告、举报或者犯罪嫌疑人自首的“套路贷”犯罪案件，都应当立即受理，经审查认为有犯罪事实的，移送有管辖权的公安机关处理。

黑恶势力实施的“套路贷”犯罪案件，由侦办黑社会性质组织、恶势力或者恶势力犯罪集团案件的公安机关进行侦查。

12. 具有下列情形之一的，有关公安机关可以在其职责范围内并案侦查：

- (1) 一人犯数罪的；
- (2) 共同犯罪的；

- (3) 共同犯罪的犯罪嫌疑人还实施其他犯罪的；
- (4) 多个犯罪嫌疑人实施的犯罪存在直接关联，并案处理有利于查明案件事实的。

13. 本意见自 2019 年 4 月 9 日起施行。

【 链 接 】

“两高两部”负责人就办理扫黑除恶案件的 四个意见有关问题答记者问

4 月 9 日，全国扫黑办首次举办新闻发布会，公开发布最高人民法院、最高人民检察院、公安部和司法部联合印发的关于办理扫黑除恶案件的四个意见。“两高两部”负责人就四个意见有关问题回答了记者提问。

一、问：黑恶势力犯罪的社会危害远大于其他犯罪，政法机关对于黑恶势力历来坚持依法严惩方针，为什么本次出台的意见还要求坚持贯彻落实宽严相济刑事政策

最高人民法院副院长、全国扫黑办副主任姜伟：这是一个社会比较关注的问题。宽严相济是我国的一项基本刑事政策，黑恶势力犯罪危害人民群众生命财产安全，破坏社会秩序，影响社会稳定。对黑恶势力犯罪依法从严惩处，是我们的一贯方针。

严与宽相辅相成，都是我国刑事政策的体现。“没有区别就没有政策”，依法严惩不能简单地理解为一律从严。为全面发挥刑罚功能，也要贯彻好宽严相济刑事政策，突出打击重点，体现区别对待。严与宽都是相对的，没有严就不能体现宽。黑恶势力犯罪危害严重，与办理其他犯罪案件相比，要从总体上体现依法从严的方针。但黑恶势力犯罪是共同犯罪，具体到犯罪组织的每个成员，其罪行大小、恶性大小、地位作用还是有所不同的。坚持贯彻落实宽严相济刑事政策，就是要根据犯罪嫌疑人、被告人的主观恶性、人身危险性、在黑恶势力犯罪中的地位、作用以及在具体犯罪中的罪责，切实做到宽严有据，罚当其罪。对那些罪大恶极、不知悔改的主要成员，要坚决依法严惩，对那些参与程度不深、犯罪行为较少、所起作用较小的一般成员，要根据具体情况依法从宽。对于具有自首、立功等法定从宽处罚情节的黑恶势力犯罪分子，要依照刑法规定和政策要求，根据具体情况依法从宽处罚。

二、问：请问在司法实践中，界定“软暴力”应该注意哪些问题

公安部副部长、全国扫黑办副主任杜航伟：这次“两高两部”联合出台的意见将“软暴力”界定为一种与暴力、威胁手段并列的犯罪手段。作为犯罪手段的“软暴力”，只是行为的一种方法，并不是刑法意义上的一个完整的犯罪行为。也就是说，“软暴力”既可以作为寻衅滋事罪的行为手段，也可作为敲诈勒索罪的行为手段，就像暴力手段既可作为故意伤害罪的手段，也可作为非法拘禁罪的手段一样。特别要强调的是，“软暴力”作为一种违法犯罪手段，是否能够构成犯罪，还应符合具体罪名的构成要件；能否构成黑恶势力，还应当符合黑恶势力的特征和黑恶势力的认定标准。

这次出台的意见对“软暴力”所侵害的法益作了三个类别的划分。这种分类方法避免了仅对“软暴力”客观表现形式进行概括而可能出现的交叉、重复和遗漏，也与刑法分则关于具体犯罪的分类方法保持了一致，并尽可能作了较为全面的列举。此外，意见对打击以“软暴力”手段实施犯罪的具体法律适用，也就是如何定罪处罚等都作了具体、明确的规定。

关于“软暴力”手段认定问题，意见专门明确了客观认定标准。这里要强调的是，意见中讲到两个“足以”，即“软暴力”应当足以使他人产生恐惧、恐慌进而形成心理强制，或者足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全，影响正常生活、工作、生产、经营，才能构成违法犯罪的手段。对哪些情形可以认定为“足以”，意见也作了进一步细化。应该说在这个问题上，意见的规定是比较明确的。

在具体的执法实践中，政法各部门会密切配合，坚持依法办案、坚持法定标准，既不扩大、不拔高，也不降格，加强法律监督，强化程序意识和证据意识，确保罚当其罪。

三、问：律师是办理扫黑除恶案件的重要参与者。请问司法部是如何指导律师队伍在扫黑除恶专项斗争中积极发挥职能作用的？对下一步贯彻落实这四个意见，司法部有什么安排

司法部副部长刘振宇：扫黑除恶专项斗争开展以来，司法部和各级司法机关高度重视此项工作，周密部署、稳步推进，及时研究出台了有关指导文件，成立了扫黑除恶专项斗争律师辩护代理业务指导委员会，并及时通过开展一系列专题培训、轮训，帮助广大律师准确理解和掌握有关政策文件精神，提高办理案件的质量，切实维护当事人合法权益。广大律师也认真履行职责使命，积极参与涉黑涉恶案件辩护代理工作，促进案件顺利办理。截至目前，全国律师共代理涉黑涉恶案件2.8万多件，总体平稳顺利，效果很好。

随着扫黑除恶专项斗争的深入推进，进入司法程序的涉黑涉恶案件数量也将逐步增加，有律师反映，以往办理刑事案件中遇到的会见难、阅卷难等问题，在办理涉黑涉恶案件中也不同程度地存在。还有律师反映，随着一些新型黑恶犯罪案件的出现，相关法律适用问题也需要进一步予以明确。这次出台的四个意见，内容涉及黑恶势力、财产处置、“软暴力”、“套路贷”等多个方面，对于司法实践具有很强的针对性与指导性。意见出台过程中，司法部组织多个相关内设厅局进行逐条研究论证，并组织具有丰富刑辩经验的律师代表进行专题研讨，认真梳理汇总相关意见和建议后及时反馈给起草单位，并就意见和建议进行了充分沟通。我相信，这四个意见的出台，有利于为开展扫黑除恶专项斗争提供明确具体的法律指引。

下一步，司法部将重点做好三个方面的工作：一是搞好学习培训。就是要组织全国司法行政系统的相关人员认真学习贯彻意见精神，并指导律师协会对律师进行专题培训，帮助律师准确把握相关法律规定、政策精神，切实提高办案质量和水平。二是严格落实工作责任，要求各级司法行政机关认真指导监督律师依法依规开展辩护代理，协助司法机关做好案件事实关、证据关、程序关和法律适用关的把控，以切实维护当事人的合法权益，维护司法公平和正义。三是进一步完善制度和机制，进一步健全律师执业权利保障制度机制，维护律师在办理黑恶势力犯罪案件中会见、阅卷等各项诉讼权利，为律师开展正当执业活动创造良好条件，不断推动律师参与扫黑除恶专项斗争的深入开展，发挥更大的作用。

四、问：“软暴力”犯罪现在呈现出怎样的形势？哪些行为会被界定为“软暴力”犯罪手段

公安部副部长、全国扫黑办副主任杜航伟：随着经济社会发展，扫黑除恶专项斗争力度在加大，黑恶势力为了逃避打击，不断变换犯罪手法，逐渐摒弃了原来明火执仗、打打杀杀的明显暴力手段，转而采取易对他人形成心理强制的“软暴力”。“软暴力”的叫法越来越多，犯罪分子，特别是一些黑恶势力犯罪分子用这种手法也越来越多。比如跟踪滋扰他人、恶意指报诬陷、播哀乐摆花圈、喷漆油漆堵锁眼、摆场架势示威等。我们经常能够从一些新闻媒体报道，或者从一些案例里面看到，这是我们列举的“软暴力”的犯罪手法。

从表现形式上看，“软暴力”与暴力明显不同，但其危害后果却与传统暴力犯罪相同，甚至有些造成的后果超过了传统暴力犯罪。比如，浙江公安机关前不久侦办的一起“套路贷”案件中，当被害人落入债务陷阱、无力偿还时，犯罪团伙便通过对被害人及其家属、通讯录朋友进行威胁、恐吓、骚扰等手段，逼迫被害人偿还虚高债务。被害人张某因无力偿还虚高债务，遭受到该团

伙的“软暴力”催收，团伙成员向其发送各种恐吓、侮辱性的图片，最终张某不堪忍受，被逼自杀。

这次制定的意见中，对“软暴力”犯罪表现形式作了具体的列举。一是侵犯人身权利、民主权利、财产权利的手段，如跟踪贴靠、扬言传播疾病、揭发隐私、恶意举报、诬告陷害、破坏、霸占财物等；二是扰乱正常生活、工作、生产、经营秩序的手段，如非法侵入他人住宅、破坏生活设施、设置生活障碍、贴报喷字、拉挂横幅、燃放鞭炮、播放哀乐、摆放花圈、泼洒污物、断水断电，以及通过驱赶从业人员、派驻人员据守等方式直接或间接地控制厂房、办公区、生产区、经营场所等；三是扰乱社会秩序的手段，如摆场架势示威、聚众哄闹滋扰、拦路闹事等；四是符合“软暴力”定义的其他违法犯罪手段。此外，对于通过信息网络或者通讯工具实施，只要符合“软暴力”定义的违法犯罪手段，也应当认定为“软暴力”。

应该说这次意见解决了前段时间在扫黑除恶专项斗争中，包括打击其他一些刑事犯罪中，“软暴力”长期困扰基层执法工作的难题。下一步，公安机关要认真贯彻落实、组织实施。

五、问：意见对涉黑恶犯罪财产的处置方式增加规定了“追缴、没收其他等值财产”，请问在具体实施过程中，如何防止损害被告人及第三人的合法权益

最高人民法院副检察长、全国扫黑办副主任陈国庆：2018年1月专项斗争开展以后，“两高两部”制定下发了《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》，统一执法思想，明确执法尺度。其中，该意见第29条规定：依法应当追缴、没收的涉案财产无法找到、被他人善意取得、价值灭失或者与其他合法财产混合且不可分割的，可以追缴、没收其他等值财产。该条规定符合司法实践的需要，也符合法律的基本原则，包括《联合国打击跨境有组织犯罪公约》也对此作了类似的规定。

在司法实践中，不少基层司法人员提出，对2018年指导意见第29条如何操作应当规定明确统一的标准。比如，什么叫作“无法找到”，为了避免对“无法找到”的理解产生歧义，本意见对此进行了说明，“无法找到”就是指有证据证明存在依法应当追缴、没收的财产，但无法查证财产去向、下落的。被告人如果有不同的意见，应当出示相关证据。

采取处置等值财产时必须要有证据能证明财产无法找到、被他人善意取得、价值灭失或者与其他合法财产混合且不可分割，具备这些情况，才能启动没收等值财产这种处理方式。同时，意见也赋予了被告人可以提出不同意见的权利，但需要被告人举证。财产数额的对等性也是本意见特别强调的，没收的财

产数额必须是与依法应当追缴、没收的涉案财产对应数额，必须是等值财产，在执行中要注意保护被告人和第三人合法权益。

六、问：人民群众对黑恶势力深恶痛绝，但什么是黑、什么是恶，很多没有接触过法律工作的人可能并没有一个十分清晰的概念，请问对恶势力犯罪集团和黑社会性质组织究竟怎么区别

最高人民法院副院长、全国扫黑办副主任姜伟：这个问题是司法实践中经常遇到的问题，涉及罪与罚的问题。黑恶势力犯罪严重危害人民群众生命财产安全，严重侵蚀人民群众的获得感、幸福感、安全感，历来是司法机关的惩治重点。恶势力集团属于共同犯罪，与黑社会性质组织有一定相似性，实践中容易对两者产生混淆。他们的相同点：一是都具有暴力性，都是通过暴力或者以暴力相威胁等手段进行违法犯罪活动；二是都具有逐利性，都是通过作恶斗狠达到攫取经济利益的目的；三是都具有组织性，都具备一定的组织形态；四是具有相类似的危害性，为非作恶、欺压百姓。通俗地讲，恶势力犯罪集团是黑社会性质组织的低端形态，都是打击重点。

但在法律意义上，恶势力犯罪集团与黑社会性质组织是两种不同的犯罪行为，犯罪性质不同，法律后果也不同，所以不能对二者进行混同。刑法第294条专门规定了组织、领导、参加黑社会性质组织罪，并设置了相应的刑罚。所以黑社会性质组织是一种独立的犯罪行为，而恶势力并不是一个法律概念，也不是独立罪名，而是一种共同犯罪的特殊形式，是量刑时要考虑的从重情节。

实践中，一般从以下几个方面来把握恶势力犯罪集团与黑社会性质组织的区别：一是组织程度不同。黑社会性质组织的组织更稳定、结构更严密、人数更多、规则也更具体。黑社会性质组织一般具有明确的组织、领导者、基本固定的骨干成员、相对稳定的积极参加者，这三个层级比较明显，职责分工较为明确。二是经济特征不同。不少黑社会性质组织有明显的公司化运作的特征，相比恶势力犯罪集团具有更大的经济实力，可以对某一经济领域产生重大影响，甚至在一定地方实现垄断。三是危害程度不同。是否在一定区域、行业形成了反社会秩序，实现了非法控制，是认定黑社会性质组织成立与否的决定性标志，也是黑社会性质组织与恶势力犯罪集团的关键区别点。

在司法实践中认定黑恶势力犯罪要防止两种倾向，既不能将恶势力犯罪“拔高”定为黑社会性质组织犯罪，也不能将黑社会性质组织犯罪“降格”处理为恶势力犯罪。

七、问：全国扫黑办把“打财断血”作为今年专项斗争的重点工作之一，这次出台的意见对黑恶势力刑事案件涉案财产是如何界定的？请介绍一下界定的具体情况和认定标准

最高人民法院副检察长、全国扫黑办副主任陈国庆：今年扫黑除恶专项斗争的重点工作要突出“深挖根治”，在严厉打击惩处涉黑恶犯罪的同时，注重向铲除黑恶势力滋生的土壤延伸。

“有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益”是黑恶犯罪的主要目的，黑恶势力犯罪组织往往利用经济利益支持违法犯罪活动，使其自身借以发展壮大并嬗变为黑社会性质组织。因此，铲除黑恶犯罪的经济基础是扫黑除恶专项斗争的重点。准确界定黑恶势力犯罪组织涉案财产是“打财断血”的前提。财力决定黑恶势力犯罪组织的规模和实力。

在总结司法实践的基础上，意见对黑恶势力犯罪组织涉案财产作了以下几个方面的明确界定：一是包括黑恶势力组织的财产；二是包括犯罪嫌疑人个人所有的财产；三是包括犯罪嫌疑人实际控制的财产；四是包括犯罪嫌疑人出资购买的财产；五是包括犯罪嫌疑人转移至他人名下的财产，按照法律规定把线索查清楚；六是包括犯罪嫌疑人涉嫌洗钱以及掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益等犯罪涉及的财产；七是包括其他与黑恶势力组织及其违法犯罪活动有关的财产。

我们要求必须坚持抓捕涉黑涉恶犯罪涉案人员和查清涉案财产同步进行，要依法彻底摧毁黑恶势力犯罪的经济基础。

八、问：可否结合具体案例谈谈怎么区分“套路贷”与民间借贷

最高人民法院副院长、全国扫黑办副主任姜伟：“套路贷”是对某一类犯罪行为的通称，具体说是对以非法占有为目的，诱使或迫使被害人签订“借贷”或变相“借贷”“抵押”“担保”等相关协议，通过虚增借贷金额、恶意制造违约、肆意认定违约等方式形成虚假债权债务，并以非法手段占有被害人财物的相关违法犯罪活动的概括性称谓。在“套路贷”案件中，行为人假借民间借贷之名，具有非常强的隐蔽性和迷惑性。“套路贷”与普通的民间借贷两者有着本质区别。民间借贷的本金和合法利息均受法律保护，而“套路贷”本质上属于违法犯罪行为，“套路贷”的实质，就是一个披着民间借贷外衣行诈骗之实的骗局，应受法律惩处。

实践中，区分“套路贷”和民间借贷主要有以下几点：

第一，看有无非法占有他人财产目的，这是“套路贷”与民间借贷的本质

区别。民间借贷的目的是为了获取利息收益，借贷双方主观上都不希望发生违
内容由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家巨力法律书制作发布

约的情况，出借人希望借款人能按时还款，而“套路贷”是以借款为幌子，通过设计套路，引诱、逼迫借款人垒高债务，最终达到非法占有借款人财产的目的。比如，有的案件中，被告人为了占有借款人的房产，就诱使他人先借款5万元，然后以种种借口约定5年内归还借款本金19万元。随后被告人采用肆意认定违约、虚假转单平账等手段垒高债务，将借款人的房产强行抵押、最终变现，最后非法占有借款人的财产达102万元。可见，“套路贷”的目的并不是为了获取约定的利息，而是为了非法占有被害人的财产。

第二，看是否具有“诈骗”的性质。民间借贷是双方真实意愿下的借贷行为，而“套路贷”都具有骗的性质。行为人处心积虑设计各种套路，制造债权债务假象，非法强占他人财产。例如，有的犯罪分子往往会以低息、无抵押等为诱饵吸引被害人“上钩”，以行业规矩为由诱使被害人签订虚高借款合同，谎称只要按时还款，虚高的借款金额就不用还，然后制造虚假给付痕迹，采用拒绝接受还款等方式刻意制造违约，通过一系列“套路”形成高额债务，达到非法占有他人财物的目的。

第三，看讨债手段是否具有强制性。“套路贷”制造虚高的借款金额，违背被害人的意志，被害人不可能自愿还债，所以“套路贷”行为人往往软硬兼施索债，通常以暴力、“软暴力”、滋扰或者借助诉讼等方式，迫使被害人还债。

需要注意的是，区分“套路贷”和民间借贷，要根据案件事实和证据综合评判，不能只关注某个因素、某个情节。例如，不能仅仅看有无暴力讨债行为来区别二者，民间借贷活动也可能诱发非法讨债行为，如讨债时以暴力或者暴力相威胁。如果这一行为构成故意伤害或者非法拘禁等犯罪的，要依法追究刑事责任，也就是说因民间借贷引发的暴力讨债行为，符合法律规定的要定相关的罪名，但不能认定为“套路贷”案件中的恶势力犯罪。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部
印发《关于办理黑恶势力刑事案件中财产
处置若干问题的意见》的通知

2019年2月28日

高检发〔2019〕6号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法局：

为认真贯彻落实中央开展扫黑除恶专项斗争的部署要求，正确理解和适用最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制定了《关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》，现印发给你们，请认真贯彻执行。

附：

关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见

为认真贯彻中央关于开展扫黑除恶专项斗争的重大决策部署，彻底铲除黑恶势力犯罪的经济基础，根据刑法、刑事诉讼法及最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（法发〔2018〕1号）等规定，现对办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题提出如下意见：

一、总体工作要求

1. 公安机关、人民检察院、人民法院在办理黑恶势力犯罪案件时，在查明黑恶势力组织违法犯罪事实并对黑恶势力成员依法定罪量刑的同时，要全面调查黑恶势力组织及其成员的财产状况，依法对涉案财产采取查询、查封、扣押、冻结等措施，并根据查明的情况，依法作出处理。

前款所称处理既包括对涉案财产中犯罪分子违法所得、违禁品、供犯罪所

用的本人财物以及其他等值财产等依法追缴、没收，也包括对被害人的合法财产等依法返还。

2. 对涉案财产采取措施，应当严格依照法定条件和程序进行。严禁在立案之前查封、扣押、冻结财物。凡查封、扣押、冻结的财物，都应当及时进行审查，防止因程序违法、工作瑕疵等影响案件审理以及涉案财产处置。

3. 对涉案财产采取措施，应当为犯罪嫌疑人、被告人及其所扶养的亲属保留必需的生活费用和物品。

根据案件具体情况，在保证诉讼活动正常进行的同时，可以允许有关人员继续合理使用有关涉案财产，并采取必要的保值保管措施，以减少案件办理对正常办公和合法生产经营的影响。

4. 要彻底摧毁黑社会性质组织的经济基础，防止其死灰复燃。对于组织者、领导者一般应当并处没收个人全部财产。对于确属骨干成员或者为该组织转移、隐匿资产的积极参加者，可以并处没收个人全部财产。对于其他组织成员，应当根据所参与实施违法犯罪活动的次数、性质、地位、作用、违法所得数额以及造成损失的数额等情节，依法决定财产刑的适用。

5. 要深挖细查并依法打击黑恶势力组织进行的洗钱以及掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益等转变涉案财产性质的关联犯罪。

二、依法采取措施全面收集证据

6. 公安机关侦查期间，要根据《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施相关规定》（公通字〔2013〕30号）等有关规定，会同有关部门全面调查黑恶势力及其成员的财产状况，并可以根据诉讼需要，先行依法对下列财产采取查询、查封、扣押、冻结等措施：

- (1) 黑恶势力组织的财产；
- (2) 犯罪嫌疑人个人所有的财产；
- (3) 犯罪嫌疑人实际控制的财产；
- (4) 犯罪嫌疑人出资购买的财产；
- (5) 犯罪嫌疑人转移至他人名下的财产；

(6) 犯罪嫌疑人涉嫌洗钱以及掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益等犯罪涉及的财产；

- (7) 其他与黑恶势力组织及其违法犯罪活动有关的财产。

7. 查封、扣押、冻结已登记的不动产、特定动产及其他财产，应当通知有关登记机关，在查封、扣押、冻结期间禁止被查封、扣押、冻结的财产流转，不得办理被查封、扣押、冻结财产权属变更、抵押等手续。必要时可以提取有关产权证照。

8. 公安机关对于采取措施的涉案财产，应当全面收集证明其来源、性质、用途、权属及价值的有关证据，审查判断是否应当依法追缴、没收。

证明涉案财产来源、性质、用途、权属及价值的有关证据一般包括：

(1) 犯罪嫌疑人、被告人关于财产来源、性质、用途、权属、价值的供述；

(2) 被害人、证人关于财产来源、性质、用途、权属、价值的陈述、证言；

(3) 财产购买凭证、银行往来凭据、资金注入凭据、权属证明等书证；

(4) 财产价格鉴定、评估意见；

(5) 可以证明财产来源、性质、用途、权属、价值的其他证据。

9. 公安机关对应当依法追缴、没收的财产中黑恶势力组织及其成员聚敛的财产及其孳息、收益的数额，可以委托专门机构评估；确实无法准确计算的，可以根据有关法律规定的及查明的事实、证据合理估算。

人民检察院、人民法院对于公安机关委托评估、估算的数额有不同意见的，可以重新委托评估、估算。

10. 人民检察院、人民法院根据案件诉讼的需要，可以依法采取上述相关措施。

三、准确处置涉案财产

11. 公安机关、人民检察院应当加强对在案财产审查甄别。在移送审查起诉、提起公诉时，一般应当对采取措施的涉案财产提出处理意见建议，并将采取措施的涉案财产及其清单随案移送。

人民检察院经审查，除对随案移送的涉案财产提出处理意见外，还需要对继续追缴的尚未被足额查封、扣押的其他违法所得提出处理意见建议。

涉案财产不宜随案移送的，应当按照相关法律、司法解释的规定，提供相应的清单、照片、录像、封存手续、存放地点说明、鉴定、评估意见、变价处理凭证等材料。

12. 对于不宜查封、扣押、冻结的经营性财产，公安机关、人民检察院、人民法院可以申请当地政府指定有关部门或者委托有关机构代管或者托管。

对易损毁、灭失、变质等不宜长期保存的物品，易贬值的汽车、船艇等物品，或者市场价格波动大的债券、股票、基金等财产，有效期即将届满的汇票、本票、支票等，经权利人同意或者申请，并经县级以上公安机关、人民检察院或者人民法院主要负责人批准，可以依法出售、变现或者先行变卖、拍卖，所得价款由扣押、冻结机关保管，并及时告知当事人或者其近亲属。

13. 人民检察院在法庭审理时应当对证明黑恶势力犯罪涉案财产情况进行

举证质证，对于既能证明具体个罪又能证明经济特征的涉案财产情况相关证据在具体个罪中出示后，在经济特征中可以简要说明，不再重复出示。

14. 人民法院作出的判决，除应当对随案移送的涉案财产作出处理外，还应当判决书中写明需要继续追缴尚未被足额查封、扣押的其他违法所得；对随案移送财产进行处理时，应当列明相关财产的具体名称、数量、金额、处置情况等。涉案财产或者有关当事人人数较多，不宜在判决书正文中详细列明的，可以概括叙述并另附清单。

15. 涉案财产符合下列情形之一的，应当依法追缴、没收：

(1) 黑恶势力组织及其成员通过违法犯罪活动或者其他不正当手段聚敛的财产及其孳息、收益；

(2) 黑恶势力组织成员通过个人实施违法犯罪活动聚敛的财产及其孳息、收益；

(3) 其他单位、组织、个人为支持该黑恶势力组织活动资助或者主动提供的财产；

(4) 黑恶势力组织及其成员通过合法的生产、经营活动获取的财产或者组织成员个人、家庭合法财产中，实际用于支持该组织活动的部分；

(5) 黑恶势力组织成员非法持有的违禁品以及供犯罪所用的本人财物；

(6) 其他单位、组织、个人利用黑恶势力组织及其成员违法犯罪活动获取的财产及其孳息、收益；

(7) 其他应当追缴、没收的财产。

16. 应当追缴、没收的财产已用于清偿债务或者转让、或者设置其他权利负担，具有下列情形之一的，应当依法追缴：

(1) 第三人明知是违法犯罪所得而接受的；

(2) 第三人无偿或者以明显低于市场的价格取得涉案财物的；

(3) 第三人通过非法债务清偿或者违法犯罪活动取得涉案财物的；

(4) 第三人通过其他方式恶意取得涉案财物的。

17. 涉案财产符合下列情形之一的，应当依法返还：

(1) 有证据证明确属被害人合法财产；

(2) 有证据证明与黑恶势力及其违法犯罪活动无关。

18. 有关违法犯罪事实查证属实后，对于有证据证明权属明确且无争议的被害人、善意第三人或者其他人员合法财产及其孳息，凡返还不损害其他利害关系人的利益，不影响案件正常办理的，应当在登记、拍照或者录像后，依法及时返还。

四、依法追缴、没收其他等值财产

19. 有证据证明依法应当追缴、没收的涉案财产无法找到，被他人善意取
内容 由 平 乱 网 (www.docsriver.com) 入 驻 商 家 巨 力 法 律 书 制 作 发 布

得、价值灭失或者与其他合法财产混合且不可分割的，可以追缴、没收其他等值财产。

对于证明前款各种情形的证据，公安机关或者人民检察院应当及时调取。

20. 本意见第 19 条所称“财产无法找到”，是指有证据证明存在依法应当追缴、没收的财产，但无法查证财产去向、下落的。被告人有不同意见的，应当出示相关证据。

21. 追缴、没收的其他等值财产的数额，应当与无法直接追缴、没收的具体财产的数额相对应。

五、其他

22. 本意见所称孳息，包括天然孳息和法定孳息。

本意见所称收益，包括但不限于以下情形：

(1) 聚敛、获取的财产直接产生的收益，如使用聚敛、获取的财产购买彩票中奖所得收益等；

(2) 聚敛、获取的财产用于违法犯罪活动产生的收益，如使用聚敛、获取的财产赌博赢利所得收益、非法放贷所得收益、购买并贩卖毒品所得收益等；

(3) 聚敛、获取的财产投资、置业形成的财产及其收益；

(4) 聚敛、获取的财产和其他合法财产共同投资或者置业形成的财产中，与聚敛、获取的财产对应的份额及其收益；

(5) 应当认定为收益的其他情形。

23. 本意见未规定的黑恶势力刑事案件财产处置工作其他事宜，根据相关法律法规、司法解释等规定办理。

24. 本意见自 2019 年 4 月 9 日起施行。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部 印发《关于办理实施“软暴力”的刑事案件 若干问题的意见》的通知

2019 年 2 月 28 日

公通字〔2019〕15 号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法厅（局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法局：

为认真贯彻落实中央开展扫黑除恶专项斗争的部署要求，正确理解和适用最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发了《关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》，请认真贯彻执行。

附：

关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见

为深入贯彻落实中央关于开展扫黑除恶专项斗争的决策部署，正确理解和适用最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（法发〔2018〕1号，以下简称《指导意见》）关于对依法惩处采用“软暴力”实施犯罪的规定，依法办理相关犯罪案件，根据《刑法》《刑事诉讼法》及有关司法解释、规范性文件，提出如下意见：

一、“软暴力”是指行为人为谋取不法利益或形成非法影响，对他人或者在有关场所进行滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等，足以使他人产生恐惧、恐慌进而形成心理强制，或者足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全，影响正常生活、工作、生产、经营的违法犯罪手段。

二、“软暴力”违法犯罪手段通常的表现形式有：

（一）侵犯人身权利、民主权利、财产权利的手段，包括但不限于跟踪贴靠、扬言传播疾病、揭发隐私、恶意举报、诬告陷害、破坏、霸占财物等；

（二）扰乱正常生活、工作、生产、经营秩序的手段，包括但不限于非法侵入他人住宅、破坏生活设施、设置生活障碍、贴报喷字、拉挂横幅、燃放鞭炮、播放哀乐、摆放花圈、泼洒污物、断水断电、堵门阻工，以及通过驱赶从业人员、派驻人员据守等方式直接或间接地控制厂房、办公区、经营场所等；

（三）扰乱社会秩序的手段，包括但不限于摆场架势示威、聚众哄闹滋扰、拦路闹事等；

（四）其他符合本意见第一条规定的“软暴力”手段。

通过信息网络或者通讯工具实施，符合本意见第一条规定的违法犯罪手段，应当认定为“软暴力”。

三、行为人实施“软暴力”，具有下列情形之一，可以认定为足以使他人产生恐惧、恐慌进而形成心理强制或者足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全或者影响正常生活、工作、生产、经营：

- (一) 黑恶势力实施的；
- (二) 以黑恶势力名义实施的；
- (三) 曾因组织、领导、参加黑社会性质组织、恶势力犯罪集团、恶势力以及因强迫交易、非法拘禁、敲诈勒索、聚众斗殴、寻衅滋事等犯罪受过刑事处罚后又实施的；
- (四) 携带凶器实施的；
- (五) 有组织地实施的或者足以使他人认为暴力、威胁具有现实可能性的；
- (六) 其他足以使他人产生恐惧、恐慌进而形成心理强制或者足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全或者影响正常生活、工作、生产、经营的情形。

由多人实施的，编造或明示暴力违法犯罪经历进行恐吓的，或者以自报组织、头目名号、统一着装、显露纹身、特殊标识以及其他明示、暗示方式，足以使他人感知相关行为的有组织性的，应当认定为“以黑恶势力名义实施”。

由多人实施的，只要有部分行为人符合本条第一款第（一）项至第（四）项所列情形的，该项即成立。

虽然具体实施“软暴力”的行为人不符合本条第一款第（一）项、第（三）项所列情形，但雇佣者、指使者或者纠集者符合的，该项成立。

四、“软暴力”手段属于《刑法》第二百九十四条第五款第（三）项“黑社会性质组织行为特征”以及《指导意见》第14条“恶势力”概念中的“其他手段”。

五、采用“软暴力”手段，使他人产生心理恐惧或者形成心理强制，分别属于《刑法》第二百二十六条规定的“威胁”、《刑法》第二百九十三条第一款第（二）项规定的“恐吓”，同时符合其他犯罪构成要件的，应当分别以强迫交易罪、寻衅滋事罪定罪处罚。

《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条至第四条中的“多次”一般应当理解为二年内实施寻衅滋事行为三次以上。三次以上寻衅滋事行为既包括同一类别的行为，也包括不同类别的行为；既包括未受行政处罚的行为，也包括已受行政处罚的行为。

六、有组织地多次短时间非法拘禁他人的，应当认定为《刑法》第二百三十八条规定的“以其他方法非法剥夺他人人身自由”。非法拘禁他人三次以上、每次持续时间在四小时以上，或者非法拘禁他人累计时间在十二小时以上的，应当以非法拘禁罪定罪处罚。

七、以“软暴力”手段非法进入或者滞留他人住宅的，应当认定为《刑法》第二百四十五条规定的“非法侵入他人住宅”，同时符合其他犯罪构成要件的，应当以非法侵入住宅罪定罪处罚。

八、以非法占有为目的，采用“软暴力”手段强行索取公私财物，同时符合《刑法》第二百七十四条规定的其他犯罪构成要件的，应当以敲诈勒索罪定罪处罚。

《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第三条中“二年内敲诈勒索三次以上”，包括已受行政处罚的行为。

九、采用“软暴力”手段，同时构成两种以上犯罪的，依法按照处罚较重的犯罪定罪处罚，法律另有规定的除外。

十、根据本意见第五条、第八条规定，对已受行政处罚的行为追究刑事责任的，行为人先前所受的行政拘留处罚应当折抵刑期，罚款应当抵扣罚金。

十一、雇佣、指使他人采用“软暴力”手段强迫交易、敲诈勒索，构成强迫交易罪、敲诈勒索罪的，对雇佣者、指使者，一般应当以共同犯罪中的主犯论处。

为强索不受法律保护的债务或者因其他非法目的，雇佣、指使他人采用“软暴力”手段非法剥夺他人人身自由构成非法拘禁罪，或者非法侵入他人住宅、寻衅滋事，构成非法侵入住宅罪、寻衅滋事罪的，对雇佣者、指使者，一般应当以共同犯罪中的主犯论处；因本人及近亲属合法债务、婚恋、家庭、邻里纠纷等民间矛盾而雇佣、指使，没有造成严重后果的，一般不作为犯罪处理，但经有关部门批评制止或者处理处罚后仍继续实施的除外。

十二、本意见自2019年4月9日起施行。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部
司法部 国家卫生和计划生育委员会
印发《关于依法惩处涉医违法犯罪维护
正常医疗秩序的意见》的通知

2014年4月22日

法发〔2014〕5号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法厅（局）、卫生计生委（卫生厅局），解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法局、卫生局：

为依法惩处涉医违法犯罪，维护正常医疗秩序，构建和谐医患关系，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家卫生和计划生育委员会经

深入调查研究，广泛征求意见，制定了《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》。现印发给你们，请认真组织学习，切实贯彻执行。

附：

关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见

为依法惩处涉医违法犯罪，维护正常医疗秩序，构建和谐医患关系，根据《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国治安管理处罚法》等法律法规，结合工作实践，制定本意见。

一、充分认识依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的重要性

加强医药卫生事业建设，是实现人民群众病有所医，提高全民健康水平的重要社会建设工程。经过多年努力，我国医药卫生事业发展取得显著成就，但医疗服务能力、医疗保障水平与人民群众不断增长的医疗服务需求之间仍存在一定差距。一段时期以来，个别地方相继发生暴力杀医、伤医以及在医疗机构聚众滋事等违法犯罪行为，严重扰乱了正常医疗秩序，侵害了人民群众的合法权益。良好的医疗秩序是社会和谐稳定的重要体现，也是增进人民福祉的客观要求。依法惩处涉医违法犯罪，维护正常医疗秩序，有利于保障医患双方的合法权益，为患者创造良好的看病就医环境，为医务人员营造安全的执业环境，从而促进医疗服务水平的整体提高和医药卫生事业的健康发展。

二、严格依法惩处涉医违法犯罪

对涉医违法犯罪行为，要依法严肃追究、坚决打击。公安机关要加大对暴力杀医、伤医、扰乱医疗秩序等违法犯罪活动的查处力度，接到报警后应当及时出警、快速处置，需要追究刑事责任的，及时立案侦查，全面、客观地收集、调取证据，确保侦查质量。人民检察院应当及时依法批捕、起诉，对于重大涉医犯罪案件要加强法律监督，必要时可以对收集证据、适用法律提出意见。人民法院应当加快审理进度，在全面查明案件事实的基础上依法准确定罪量刑，对于犯罪手段残忍、主观恶性深、人身危险性大的被告人或者社会影响恶劣的涉医犯罪行为，要依法从严惩处。

(一) 在医疗机构内殴打医务人员或者故意伤害医务人员身体、故意损毁公私财物，尚未造成严重后果的，分别依照治安管理处罚法第四十三条、第四十九条的规定处罚；故意杀害医务人员，或者故意伤害医务人员造成轻伤以上

严重后果，或者随意殴打医务人员情节恶劣、任意损毁公私财物情节严重，构成故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪、寻衅滋事罪的，依照刑法的有关规定定罪处罚。

(二) 在医疗机构私设灵堂、摆放花圈、焚烧纸钱、悬挂横幅、堵塞大门或者以其他方式扰乱医疗秩序，尚未造成严重损失，经劝说、警告无效的，要依法驱散，对拒不服从的人员要依法带离现场，依照治安管理处罚法第二十三条的规定处罚；聚众实施的，对首要分子和其他积极参加者依法予以治安处罚；造成严重损失或者扰乱其他公共秩序情节严重，构成寻衅滋事罪、聚众扰乱社会秩序罪、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的，依照刑法的有关规定定罪处罚。

在医疗机构的病房、抢救室、重症监护室等场所及医疗机构的公共开放区域违规停放尸体，影响医疗秩序，经劝说、警告无效的，依照治安管理处罚法第六十五条的规定处罚；严重扰乱医疗秩序或者其他公共秩序，构成犯罪的，依照前款的规定定罪处罚。

(三) 以不准离开工作场所等方式非法限制医务人员人身自由的，依照治安管理处罚法第四十条的规定处罚；构成非法拘禁罪的，依照刑法的有关规定定罪处罚。

(四) 公然侮辱、恐吓医务人员的，依照治安管理处罚法第四十二条的规定处罚；采取暴力或者其他方法公然侮辱、恐吓医务人员情节严重（恶劣），构成侮辱罪、寻衅滋事罪的，依照刑法的有关规定定罪处罚。

(五) 非法携带枪支、弹药、管制器具或者爆炸性、放射性、毒害性、腐蚀性物品进入医疗机构的，依照治安管理处罚法第三十条、第三十二条的规定处罚；危及公共安全情节严重，构成非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪的，依照刑法的有关规定定罪处罚。

(六) 对于故意扩大事态，教唆他人实施针对医疗机构或者医务人员的违法犯罪行为，或者以受他人委托处理医疗纠纷为名实施敲诈勒索、寻衅滋事等行为的，依照治安管理处罚法和刑法的有关规定从严惩处。

三、积极预防和妥善处理医疗纠纷

(一) 卫生计生行政部门应当加强医疗行业监管，指导医疗机构提高医疗服务能力，保障医疗安全和医疗质量。医疗机构及其医务人员要严格遵守医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范，加强医德医风建设，改善服务态度，注重人文关怀，尊重患者的隐私权、知情权、选择权等权利，根据患者病情、预后不同以及患者实际需求，采取适当方式进行沟通，做好解释说明工作，从源头上预防和减少医疗纠纷。

(二) 卫生计生行政部门应当指导医疗机构加强投诉管理, 设立医患关系办公室或者指定部门统一承担医疗机构投诉管理工作, 建立畅通、便捷的投诉渠道。

医疗机构投诉管理部门应当在医疗机构显著位置公布该部门及医疗纠纷人民调解组织等相关机构的联系方式、医疗纠纷的解决程序, 加大对患者法律知识的宣传, 引导患者依法、理性解决医疗纠纷。有条件的医疗机构可设立网络投诉平台, 并安排专人处理、回复患者投诉。要做到投诉必管、投诉必复, 在规定的期限内向投诉人反馈处理情况。

对于医患双方自行协商解决不成的医疗纠纷, 医疗机构应当及时通过向人民调解委员会申请调解等其他合法途径解决。

(三) 司法行政机关应当会同卫生计生行政部门加快推进医疗纠纷人民调解组织建设, 在医疗机构集中、医疗纠纷突出的地区建立独立的医疗纠纷人民调解委员会。

司法行政机关应当会同人民法院加强对医疗纠纷人民调解委员会的指导, 帮助完善医疗纠纷人民调解受理、调解、回访、反馈等各项工作制度, 加强医疗纠纷人民调解员队伍建设和业务培训, 建立医学、法律等专家咨询库, 确保调解依法、规范、有效进行。

司法行政机关应当组织法律援助机构为有需求并符合条件的医疗纠纷患者及其家属提供法律援助, 指导律师事务所、公证机构等为医疗纠纷当事人提供法律服务, 指导律师做好代理服务工作, 促使医疗纠纷双方当事人妥善解决争议。

(四) 人民法院对起诉的医疗损害赔偿案件应当及时立案受理, 积极开展诉讼调解, 对调解不成的, 及时依法判决, 切实维护医患双方的合法权益。在诉讼过程中应当加强诉讼指导, 并做好判后释疑工作。

(五) 卫生计生行政部门应当会同公安机关指导医疗机构建立健全突发事件预警应对机制和警医联动联防联控机制, 提高应对突发事件的现场处置能力。公安机关可根据实际需要在医疗机构设立警务室, 及时受理涉医报警求助, 加强动态管控。医疗机构在诊治过程中发现有暴力倾向的患者, 或者在处理医疗纠纷过程中发现有矛盾激化, 可能引发治安案件、刑事案件的情况, 应当及时报告公安机关。

四、建立健全协调配合工作机制

各有关部门要高度重视打击涉医违法犯罪、维护正常医疗秩序的重要性, 认真落实党中央、国务院关于构建和谐医患关系的决策部署, 加强组织领导与协调配合, 形成构建和谐医患关系的合力。地市级以上卫生计生行政部门应当

积极协调相关部门建立联席会议等工作制度，定期互通信息，及时研究解决问题，共同维护医疗秩序，促进我国医药卫生事业健康发展。

【解 读】

解读《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》

为依法惩处涉医违法犯罪，维护正常医疗秩序，构建和谐医患关系，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家卫生和计划生育委员会于2014年4月22日联合印发了《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》（法发〔2014〕5号，以下简称《意见》）。为便于在司法实践中准确理解和适用该指导性文件，现就《意见》的制定背景、起草思路和主要内容说明如下。

一、关于《意见》的制定背景

加强医药卫生事业建设是实现人民群众病有所医，提高全民健康水平的重要社会建设工程。经过多年努力，我国医药卫生事业发展取得显著成就，覆盖城乡的医药卫生服务体系基本形成，疾病防治能力不断增强，医疗保障覆盖人口面积逐步扩大，卫生科技水平显著提高，人民群众健康水平明显改善，居民主要健康指标处于发展中国家前列。同时，随着经济发展和人民群众生活水平的提高，人们对改善医药卫生服务提出了更高的要求。工业化、城镇化、人口老龄化、疾病谱的变化和生态环境的变化等，也给医药卫生工作带来一系列新的严峻挑战。当前我国医疗服务能力、医疗保障水平与人民群众不断增长的医疗服务需求之间仍存在一定差距，导致一定范围内医患关系较为紧张。一段时期以来，多地相继发生暴力杀医、伤医以及在医疗机构聚众寻衅滋事等违法犯罪行为，如浙江温岭第一人民医院杀医案、黑龙江齐齐哈尔北钢医院杀医案、广东广州伊丽莎白妇产医院打砸案等。此类恶性案件严重扰乱了正常医疗秩序，侵害了人民群众的合法利益，引发社会广泛关注。为构建安全和谐的医疗环境，切实保障医务人员、就诊患者的合法权益，中央综治办会同最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家卫生计生委等11个部门，决定自2013年12月起，在全国范围内开展为期一年的维护医疗秩序、打击涉医违法犯罪专项行动，其中一项重要措施就是完善打击涉医违法犯罪的法律法规。

2014年3月,第十二届全国人民代表大会第二次会议和全国政协第十二届第二次会议期间,部分全国人大代表、政协委员提交了关于加大打击伤害事件法律惩处力度的建议和提案,要求司法机关尽快出台相关规范性文件,明确从严打击涉医违法犯罪的依据。为回应社会关切,按照专项行动方案部署,最高人民法院会同最高人民检察院、公安部、司法部、国家卫生计生委,经深入调查研究,广泛征求各方意见,联合制定了《意见》。

二、关于《意见》的起草思路

涉医违法犯罪是医患矛盾突出的集中表现,成因复杂。既有医疗保障体制不够健全、医疗资源分配不够均衡带来的患者就医感受较差的问题,也有医疗本身具有局限性、风险性,而患者就医期望值过高的问题,还有医患双方缺乏信任和有效沟通,纠纷发生后处理不当,导致矛盾激化,乃至发生违法犯罪的问题。减少医疗纠纷和涉医违法犯罪,根本上在于深化医药卫生体制改革,提高医疗保障水平,均衡医疗资源分配。但深化医药卫生体制改革是一项涉及面广、任务艰巨的宏大社会系统工程,需要经过较长时间的努力和探索,才能逐步取得成效。当务之急,是采取切实有效的措施,遏制涉医违法犯罪的多发态势,为深化医药卫生体制改革创造相对和谐、健康的社会环境。综上考虑,《意见》在起草思路上注重标本兼治,一方面强调公检法机关要坚决依法打击各类涉医违法犯罪,通过明确故意杀医、伤医、扰乱医疗秩序等六类常见涉医违法犯罪行为的处罚依据,解决在实践中比较突出的打击不力、怠于执法的问题;另一方面强调卫生计生行政部门要指导医疗机构并会同司法行政机关等部门,积极预防和妥善处理医疗纠纷,畅通患者救济渠道,引导患者运用投诉、调解、诉讼等多种方式理性维权,及时化解医患矛盾,从源头上预防和减少涉医违法犯罪的发生。

三、关于《意见》的主要内容

《意见》共四部分内容,一是充分认识依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的重要性;二是严格依法惩处六类常见涉医违法犯罪行为;三是积极预防和妥善处理医疗纠纷;四是建立健全协调配合工作机制其中,第二部分涉及惩处涉医违法犯罪的法律适用问题,第三部分涉及从源头上预防和减少涉医违法犯罪问题,是《意见》的主要内容,故这里重点说明。

(一) 严肃追究、坚决打击涉医违法犯罪行为

《意见》第二部分规定,对涉医违法犯罪行为,要依法严肃追究、坚决打击。具体体现在:一是要“及时”打击,避免消极执法。公安机关接到报警后,应当及时出警、快速处置,需要追究刑事责任的,及时立案侦查;人民检

察院应当及时依法批捕、起诉；人民法院应当加快审理进度。二是要“依法”打击，确保办案质量。侦查机关应当全面、客观地收集、调取证据；检察机关对重大涉医犯罪案件要加强法律监督，必要时可以派员适时介入侦查活动，对收集证据、适用法律提出意见；人民法院应当全面查明案件事实，依法准确定罪量刑。三是要“从严”打击，突出打击重点。对于犯罪手段残忍、主观恶性深、人身危险性大的被告人或者社会影响恶劣的涉医犯罪行为，要依法从严惩处。

需要说明的是，尽管《意见》未明确规定办理涉医犯罪案件要坚持贯彻宽严相济刑事政策，但宽严相济刑事政策作为我国一项基本刑事政策，也应适用于此类案件的办理。对于犯罪情节较轻，或者具有自首、坦白、取得被害人谅解等法定、酌定从宽处罚情节的被告人，也应依法从宽处罚。

（二）准确适用法律，依法惩处六类常见涉医违法犯罪行为

1. 关于《意见》第二部分第（一）项

该项规定，在医疗机构内殴打医务人员或者故意伤害医务人员身体、故意毁损公私财物，尚未造成严重后果的，分别依照《治安管理处罚法》第43条、第49条的规定处罚；故意杀害医务人员，或者故意伤害医务人员造成轻伤以上严重后果，或者随意殴打医务人员情节恶劣、任意损毁公私财物情节严重，构成故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪、寻衅滋事罪的，依照《刑法》的有关规定定罪处罚。理解该项规定，主要注意以下四点：

第一，实施上述行为（故意杀人除外），构成一般违法行为还是犯罪行为，区分的关键在于是否造成严重后果，情节是否恶劣、严重。根据《治安管理处罚法》第43条、第49条的规定，殴打他人、故意伤害他人身体或者故意损毁公私财物的，只要实施该行为即构成行政违法，情节的轻重仅影响行政处罚的种类和严厉程度。但该行为达到后果严重或者情节恶劣、严重的程度的，则构成犯罪。具体而言：一是故意伤害医务人员造成轻伤以上后果的，属于后果严重，应当作为犯罪处理。二是根据2013年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《寻衅滋事解释》）第2条、第4条的规定，具有下列情形之一，属于寻衅滋事情节恶劣、严重：（1）致1人以上轻伤或者2人以上轻微伤，或者任意损毁、占用公私财物价值2000元以上的；（2）多次或者持凶器随意殴打他人，或者多次任意损毁公私财物造成恶劣社会影响的；（3）在公共场所随意殴打他人，造成公共场所秩序严重混乱的；（4）引起他人精神失常、自杀等严重后果的；（5）严重影响他人的工作、生活的三是根据最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（一）》（以下简称《立案追诉标准》）第33条的规定，具有下列情形之一的，属于故意毁坏公私财物数额巨大或者情节严

重：(1) 造成公私财物损失 5000 元以上的；(2) 毁坏公私财物 3 次以上的；(3) 纠集 3 人以上公然毁坏公私财物的。

第二，殴打医务人员致 1 人以上轻伤的，构成故意伤害罪还是寻衅滋事罪，应当结合案发起因、犯罪对象、侵犯客体等因素进行判断。根据《寻衅滋事解释》第 1 条的有关规定，对于在医疗机构就诊过程中因言语不和、肢体碰撞等偶发矛盾纠纷，而借故生非殴打医务人员的，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；因对治疗方案、诊治效果等不满产生医疗纠纷后蓄意报复，殴打相对特定的医务人员的，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，继续实施上述行为，破坏社会秩序的除外。例如，2013 年发生的湖南中医研究院附属医院肖某伤医案。肖某对该院所做的胡须植入美容手术效果不满意，持菜刀将该院美容科导诊台的 3 名护士砍至轻伤，检察机关以寻衅滋事罪提起公诉。法院经审理认为，肖某并非借故生非随意殴打医务人员，而是就诊后对治疗效果不满蓄意报复，持刀砍伤参与手术的 1 名护士及该院美容科的另两名护士，伤害对象相对特定，且未造成医院秩序严重混乱，故其行为构成故意伤害罪而非寻衅滋事罪。又如，2013 年发生的浙江宁波第七医院卞某等 6 人寻衅滋事案，致 2 名医务人员轻微伤，医疗器材、办公设备毁损价值共计 4167 元。法院经审理认为，本案虽发生在就诊过程中，但并非医疗纠纷引起，卞某等 6 人违反就医流程要求拍片，被医务人员拒绝后借故生非，随意殴打医务人员、任意毁损财物，故其行为均已构成寻衅滋事罪。

第三，实施寻衅滋事行为，同时符合寻衅滋事罪、故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪构成要件的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

第四，规定“在医疗机构内”实施上述行为，只是对行为场所进行强调，并不意味着在别的场所实施上述行为的，就不构成违法犯罪行为。

2. 关于《意见》第二部分第（二）项

该项规定，在医疗机构私设灵堂、摆放花圈、焚烧纸钱、悬挂横幅、堵塞大门或者以其他方式扰乱医疗秩序，尚未造成严重损失，经劝说、警告无效的，要依法驱散，对拒不服从的人员要依法带离现场，依照《治安管理处罚法》第 23 条的规定处罚；聚众实施的，对首要分子和其他积极参加者依法予以治安处罚；造成严重损失或者扰乱其他公共秩序情节严重，构成寻衅滋事罪、聚众扰乱社会秩序罪、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的，依照《刑法》的有关规定定罪处罚。在医疗机构的病房、抢救室、重症监护室等场所及医疗机构的公共开放区域违规停放尸体，影响医疗秩序，经劝说、警告无效的，依照《治安管理处罚法》第 65 条的规定处罚；严重扰乱医疗秩序或者其他公共秩序，构成犯罪的，依照前述的规定定罪处罚。在实践中，对于患者及

其家属等人不满治疗效果，在医疗机构内或者医疗机构门口实施上述扰乱秩序行为的应如何处理，存在一定争议。为明确处罚依据，故作出上述规定。理解该项规定，主要注意以下四点：

第一，“以其他方式”扰乱医疗秩序，是指与列举行为性质、方式类似的行为，如抛洒纸钱、张贴死者照片、散发传单、使用高音喇叭等。

第二，实施上述行为，构成一般违法行为还是犯罪行为，区分的关键在于是否造成严重损失，情节是否严重。我们认为，“造成严重损失”，主要是指致使医疗机构内的人员受到轻微伤以上伤害，或者公私财物遭受严重损毁等；“情节严重”，主要是指扰乱的时间长、纠集的人数多，致使医疗机构的工作秩序受到严重破坏，诊疗活动无法正常进行，或者堵塞交通致使车辆、行人不能通过，破坏交通秩序，影响通行安全等。

第三，上述行为构成寻衅滋事罪、聚众扰乱社会秩序罪还是聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪，主要有以下三点区别：一是行为方式略有不同。构成聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的，还需实施抗拒、阻碍国家治安管理工作人员依法执行职务的行为。二是犯罪主体不同。寻衅滋事罪的主体是一般主体，聚众扰乱社会秩序罪的主体是扰乱秩序的首要分子和其他积极参加者，聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的主体是扰乱秩序的首要分子。三是犯罪的地点和侵犯的客体不同。根据《公共场所卫生管理条例》的有关规定，医疗机构只有候诊室属于公共场所。因此，聚众在医疗机构的候诊室起哄闹事、扰乱秩序，既属于扰乱公共场所秩序也属于扰乱社会秩序，构成寻衅滋事罪、聚众扰乱公共场所秩序罪、聚众扰乱社会秩序罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚；聚众在医疗机构的病房、抢救室、重症监护室等非公共场所起哄闹事、扰乱秩序的，构成聚众扰乱社会秩序罪；聚众在医疗机构门口等其他公共场所起哄闹事、扰乱秩序，构成寻衅滋事罪、聚众扰乱公共场所秩序罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。同时，根据《道路交通安全法》的有关规定，虽在医疗机构管辖范围但允许社会车辆通行的地方也属于道路，故聚众堵塞、破坏医疗机构管辖范围内道路或者医疗机构周边的公共道路交通秩序的，均可构成聚众扰乱交通秩序罪。例如，2014年发生的江西瑞昌赛湖社区卫生服务中心柯某贵、柯某方扰乱社会秩序案。柯某贵、柯某方怀疑该卫生服务中心医治不当致其亲属死亡，纠集、煽动150余人聚集在该卫生服务中心，并在一楼大厅设置灵堂、停放尸体、摆放花圈。法院经审查认为，柯某贵、柯某方聚众扰乱医疗机构秩序，致使该卫生服务中心无法正常运营长达6日，损失严重，故其行为均已构成聚众扰乱社会秩序罪。

第四，考虑到上述扰乱社会秩序行为事出有因，故本项规定应对行为人先行劝说、警告，无效的才依法驱散或者带离现场。

3. 关于《意见》第二部分第（三）项

该项规定，以不准离开工作场所等方式非法限制医务人员人身自由的，依照《治安管理处罚法》第40条的规定处罚；构成非法拘禁罪的，依照《刑法》的有关规定定罪处罚。理解该项规定，要注意区分一般违法行为与犯罪行为。我们认为，可以参照最高人民法院《关于读取侵权犯罪案件立案标准的规定》的有关规定，非法限制医务人员人身自由，具有下列情形之一的，构成非法拘禁罪：（1）非法拘禁持续时间超过24小时的；（2）3次以上非法拘禁他人，或者1次非法拘禁3人以上的；（3）非法拘禁并实施捆绑、殴打、侮辱等行为的；（4）非法拘禁致人伤残、死亡、精神失常的。

4. 关于《意见》第二部分第（四）项

该项规定，公然侮辱、恐吓医务人员的，依照《治安管理处罚法》第42条的规定处罚；采取暴力或者其他方法公然侮辱、恐吓医务人员情节严重（恶劣），构成侮辱罪、寻衅滋事罪的，依照《刑法》的有关规定定罪处罚。理解该项规定，主要注意以下三点：

第一，实施上述行为，构成一般违法行为还是犯罪行为，区分的关键在于情节是否严重、恶劣结合《寻衅滋事解释》第3条的规定，具有下列情形之一的，属于情节严重、恶劣：（1）多次辱骂、恐吓他人，造成恶劣社会影响的；（2）持凶器辱骂、恐吓他人的；（3）引起他人精神失常、自杀等严重后果的；（4）严重影响他人的工作、生活的；（5）侮辱手段恶劣的，如强令被害人当众下跪、爬过胯下，强拉被害人游街示众等。

第二，利用信息网络辱骂、恐吓医务人员，情节恶劣，破坏社会秩序的，以寻衅滋事罪定罪处罚。

第三，犯侮辱罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。参照最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条的规定，具有下列情形之一的，应当认定为“严重危害社会秩序和国家利益”：（1）引发群体性事件的；（2）引发公共秩序混乱的；（3）引发民族、宗教冲突的；（4）诽谤多人，造成恶劣社会影响的；（5）损害国家形象，严重危害国家利益的；（6）造成恶劣国际影响的。

5. 关于《意见》第二部分第（五）项

该项规定，非法携带枪支、弹药、管制器具或者爆炸性、放射性、毒害性、腐蚀性物品进入医疗机构的，依照《治安管理处罚法》第30条、第32条的规定处罚；危及公共安全情节严重，构成非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪的，依照《刑法》的有关规定定罪处罚。理解该项规定，要注意区分一般违法行为与犯罪行为。根据《立案追诉标准》第7条的规

定,具有下列情形之一的,属于“危及公共安全情节严重”:(1)携带枪支1支以上或者手榴弹、炸弹、地雷、手雷等具有杀伤性弹药1枚以上的;(2)携带爆炸装置1套以上的;(3)携带炸药、发射药、黑火药500克以上或者烟火药1000克以上、雷管20枚以上或者导火索、导爆索2D米以上,或者虽未达到上述数量标准,但拒不交出的;(4)携带的弹药、爆炸物在医疗机构发生爆炸或者燃烧,尚未造成严重后果的;(5)携带管制刀具20把以上,或者虽未达到上述数量标准,但拒不交出,或者用来进行违法活动尚未构成其他犯罪的;(6)携带的爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品在医疗机构发生泄漏、遗洒,尚未造成严重后果的。

6. 关于《意见》第二部分第(六)项

该项规定,对于故意扩大事态,教唆他人实施针对医疗机构或者医务人员的违法犯罪行为,或者以受他人委托处理医疗纠纷为名实施敲诈勒索、寻衅滋事等行为的,依照《治安管理处罚法》和《刑法》的有关规定从严惩处。在实践中,有的患者及其亲友等人在医疗纠纷发生后,不是采取合法途径予以解决,而是出于扩大事态,向医疗机构或者医务人员施加压力,从中牟取非法利益等目的,教唆他人实施涉医违法犯罪行为,或者以受托处理医疗纠纷为名,进行敲诈勒索、寻衅滋事。此类“医闹”行为性质恶劣,行为人主观恶性也较大,故在政策把握上应体现从严惩处。

(三) 建立完善矛盾化解机制,积极预防处理医疗纠纷

刑法只是调整社会关系、处理社会矛盾的最后一道防线,从源头上有效预防和减少医疗纠纷,特别是在发生医疗纠纷后加以妥善处理,避免矛盾激化、升级引发违法犯罪行为,才是维护正常医疗秩序、构建和谐医患关系的治本之策。为此,《意见》第三部分将如何预防和减少医疗纠纷作为一项重要内容予以规定。首先,《意见》强调医疗机构要加强自身建设,提高医疗服务能力,保障医疗安全和医疗质量;医务人员要加强医德医风建设,改善服务态度,注重人文关怀。做好与患者一方的沟通工作,尊重患者的隐私权、知情权、选择权等权利、根据患者病情、预后不同以及患者实际需求,采取适当方式进行沟通,做好解释说明工作,从源头上预防和减少医疗纠纷。

其次,《意见》规定了处理医疗纠纷的三道程序第一,医疗机构应当设立专门的投诉管理部门,畅通投诉渠道,要做到投诉必管、投诉必复,要在医疗机构显著位置公示处理医疗纠纷的部门、程序、联系方式等第二,对于医患双方自行协商解决不成的医疗纠纷,引入第三方调解机制。据统计,截至2013年年底,全国共建立独立的医疗纠纷人民调解组织2925个,基本实现地市全覆盖,这些调解组织在2013年共受理医疗纠纷人民调解案件53189件,调解成功率达88%,效果良好。因此,《意见》规定,应当加快推进医疗纠纷人民调解

调解组织建设，在医疗机构集中、医疗纠纷突出的地区建立独立的医疗纠纷人民调解委员会。人民法院、司法行政机关应当加强对医疗纠纷人民调解委员会的指导，确保调解依法、规范、有效进行。司法行政机关应当组织律师、公证、法律援助等工作人员为有需求的患者及其家属提供法律服务和法律援助。第三，在第三方调解无效等情况下起诉至人民法院的医疗损害赔偿案件，人民法院应当及时立案受理，积极开展诉讼调解，对调解不成的，及时依法判决。同时，在诉讼过程中应当加强诉讼指导，特别是加强对诉讼能力较弱且承担举证责任的患者一方的指导，切实维护医患双方的合法利益。

最后，《意见》第四部分强调各有关部门要加强组织领导与协调配合，形成构建和谐医患关系的合力。地市级以上卫生计生行政部门应当积极协调相关部门建立联席会议等工作制度，定期互通信息，及时研究解决问题，共同维护医疗秩序，促进我国医药卫生事业健康发展。

（撰稿人：高贵君 马岩 方文军 曾琳）

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于办理网络赌博犯罪案件 适用法律若干问题的意见

2010年8月31日

公通字〔2010〕40号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅、局，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院、新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

为依法惩治网络赌博犯罪活动，根据《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等有关规定，结合司法实践，现就办理网络赌博犯罪案件适用法律的若干问题，提出如下意见：

一、关于网上开设赌场犯罪的定罪量刑标准

利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织赌博活动，具有下列情形之一的，属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”行为：

（一）建立赌博网站并接受投注的；

- (二) 建立赌博网站并提供给他人组织赌博的；
- (三) 为赌博网站担任代理并接受投注的；
- (四) 参与赌博网站利润分成的。

实施前款规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百零三条第二款规定的“情节严重”：

- (一) 抽头渔利数额累计达到 3 万元以上的；
- (二) 赌资数额累计达到 30 万元以上的；
- (三) 参赌人数累计达到 120 人以上的；
- (四) 建立赌博网站后通过提供给他人组织赌博，违法所得数额在 3 万元以上的；
- (五) 参与赌博网站利润分成，违法所得数额在 3 万元以上的；
- (六) 为赌博网站招募下级代理，由下级代理接受投注的；
- (七) 招揽未成年人参与网络赌博的；
- (八) 其他情节严重的情形。

二、关于网上开设赌场共同犯罪的认定和处罚

明知是赌博网站，而为其提供下列服务或者帮助的，属于开设赌场罪的共同犯罪，依照刑法第三百零三条第二款的规定处罚：

- (一) 为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、发展会员、软件开发、技术支持等服务，收取服务费数额在 2 万元以上的；
- (二) 为赌博网站提供资金支付结算服务，收取服务费数额在 1 万元以上或者帮助收取赌资 20 万元以上的；
- (三) 为 10 个以上赌博网站投放与网址、赔率等信息有关的广告或者为赌博网站投放广告累计 100 条以上的。

实施前款规定的行为，数量或者数额达到前款规定标准 5 倍以上的，应当认定为刑法第三百零三条第二款规定的“情节严重”。

实施本条第一款规定的行为，具有下列情形之一的，应当认定行为人“明知”，但是有证据证明确实不知道的除外：

- (一) 收到行政主管机关书面等方式的告知后，仍然实施上述行为的；
- (二) 为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、软件开发、技术支持、资金支付结算等服务，收取服务费明显异常的；
- (三) 在执法人员调查时，通过销毁、修改数据、账本等方式故意规避调查或者向犯罪嫌疑人通风报信的；

(四) 其他有证据证明行为人明知的。

如果有开设赌场的犯罪嫌疑人尚未到案，但是不影响对已到案共同犯罪嫌疑人、被告人的犯罪事实认定的，可以依法对已到案者定罪处罚。

三、关于网络赌博犯罪的参赌人数、赌资数额和网站代理的认定

赌博网站的会员账号数可以认定为参赌人数，如果查实一个账号多人使用或者多个账号一人使用的，应当按照实际使用的人数计算参赌人数。

赌资数额可以按照在网上投注或者赢取的点数乘以每一点实际代表的金额认定。

对于将资金直接或间接兑换为虚拟货币、游戏道具等虚拟物品，并用其作为筹码投注的，赌资数额按照购买该虚拟物品所需资金数额或者实际支付资金数额认定。

对于开设赌场犯罪中用于接收、流转赌资的银行账户内的资金，犯罪嫌疑人、被告人不能说明合法来源的，可以认定为赌资。向该银行账户转入、转出资金的银行账户数量可以认定为参赌人数。如果查实一个账户多人使用或多个账户一人使用的，应当按照实际使用的人数计算参赌人数。

有证据证明犯罪嫌疑人在赌博网站上的账号设置有下级账号的，应当认定其为赌博网站的代理。

四、关于网络赌博犯罪案件的管辖

网络赌博犯罪案件的地域管辖，应当坚持以犯罪地管辖为主、被告人居住地管辖为辅的原则。

“犯罪地”包括赌博网站服务器所在地、网络接入地，赌博网站建立者、管理者所在地，以及赌博网站代理人、参赌人实施网络赌博行为地等。

公安机关对侦办跨区域网络赌博犯罪案件的管辖权有争议的，应本着有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，认真协商解决。经协商无法达成一致的，报共同的上级公安机关指定管辖。对即将侦查终结的跨省（自治区、直辖市）重大网络赌博案件，必要时可由公安部商最高人民法院和最高人民检察院指定管辖。

为保证及时结案，避免超期羁押，人民检察院对于公安机关提请审查逮捕、移送审查起诉的案件，人民法院对于已进入审判程序的案件，犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人提出管辖异议或者办案单位发现没有管辖权的，受案人民检察院、人民法院经审查可以依法报请上级人民检察院、人民法院指定管辖，不再自行移送有管辖权的人民检察院、人民法院。

五、关于电子证据的收集与保全

侦查机关对于能够证明赌博犯罪案件真实情况的网页、上网记录、电子邮件、电子合同、电子交易记录、电子账册等电子数据，应当作为刑事证据予以提取、复制、固定。

侦查人员应当对提取、复制、固定电子数据的过程制作相关文字说明，记录案由、对象、内容以及提取、复制、固定的时间、地点、方法，电子数据的规格、类别、文件格式等，并由提取、复制、固定电子数据的制作人、电子数据的持有人签名或者盖章，附所提取、复制、固定的电子数据一并随案移送。

对于电子数据存储在境外的计算机上的，或者侦查机关从赌博网站提取电子数据时犯罪嫌疑人未到案的，或者电子数据的持有人无法签字或者拒绝签字的，应当由能够证明提取、复制、固定过程的见证人签名或者盖章，记明有关情况。必要时，可对提取、复制、固定有关电子数据的过程拍照或者录像。

【解 读】

解读《关于办理网络赌博犯罪案件 适用法律若干问题的意见》

2010年8月31日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合印发了《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》），对正确适用法律办理网络赌博犯罪案件，净化社会环境，促进文化发展繁荣和社会主义精神文明建设，具有重要的指导意义。现结合起草、制定该《意见》的有关情况进行解释、说明。

一、《意见》的制定背景和指导思想

近年来，随着互联网的普及和上网用户的急剧增加，利用网络从事赌博活动也愈发猖獗。与传统的赌场赌博相比，网络赌博更加快捷、方便，投注、资金交割只需轻点鼠标即可完成，赌资的数额往往很大，其社会危害性也更为严重。尤其是一些不法分子利用互联网大肆组织跨国赌博活动，不仅严重危害青少年身心健康和互联网正常管理秩序，败坏了社会风气，而且导致大量资金非法外流，严重破坏了经济秩序，影响社会和谐稳定，人民群众反映十分强烈。

为打击网络赌博违法犯罪活动，最高人民法院、最高人民检察院、公安部等8

部委从2010年1月开始,在全国范围内开展了集中整治网络赌博违法犯罪专项行动。专项行动以来,公安机关破案数、抓获犯罪嫌疑人数、冻结赌资数、抓获境外派驻境内犯罪嫌疑人数量均超过前5年的总和。全国法院2010年1~8月共新收聚众赌博、开设赌场刑事案件6453件,审结5924件,结案同比上升40.05%;判决发生效力的犯罪分子13800人,其中被判处3年以上有期徒刑的367人,同比上升了42.25%,从而有力地打击了赌博犯罪,遏制了赌博活动的蔓延。

同时,由于2005年5月最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)仅就聚众赌博罪作了规定,未明确开设赌场罪的定罪量刑标准,而网络赌博犯罪尤其是网上开设赌场犯罪具有不同于普通赌博犯罪的特点,办案机关在司法实践中遇到了一些适用法律的疑难问题,如各地追究开设赌场犯罪及其共犯刑事责任的标准不统一、网络赌博犯罪的管辖不明确等。为搞好集中整治网络赌博违法犯罪专项行动,并为处理网络赌博犯罪案件提供明确的适用法律依据,最高人民法院、最高人民检察院和公安部在深入调查研究、认真总结办案经验和广泛征求各方面意见的基础上,制定和印发了《意见》。

《意见》的起草和制定主要遵循和体现了以下指导思想:

一是坚持从实际出发,解决办理网络赌博犯罪案件遇到的法律适用疑难问题。既保持与《刑法》、有关行政法规和司法解释规定的协调一致,又注意总结近年来办理网络赌博犯罪案件实践中的好经验和做法,依法明确网上开设赌场犯罪的具体构成条件及其共同犯罪的认定和处罚等,以统一认识和司法标准,切实解决目前迫切需要解决的法律适用疑难问题。

二是以切断网上开设赌场犯罪的利益链条为核心,形成惩治网络赌博犯罪的长效机制。开设网络赌场犯罪活动屡禁不绝的主要原因之一,就是犯罪分子以牟取非法利益为目的,以网络为平台和联络载体,形成了网络赌博的信息流、人员流和资金流,并且其人员分工日趋细化。赌博网站的程序开发者、技术维护者、网络接入者、服务器托管者、为其提供资金支付结算服务的第三方支付平台等,分工协作,相互配合,形成了环环相扣的利益链条。只有切断这一利益链条,才能真正遏制赌博网站泛滥的趋势,形成打击网络赌博犯罪的长效机制。

二、网上开设赌场犯罪的定罪量刑标准

(一) 网上开设赌场行为的认定

首先,关于网上开设赌场,《解释》曾规定:“在计算机网络上建立赌博网站,或者为赌博网站担任代理,接受投注的,属于《刑法》第三百零三条规定

的开设赌场。”《意见》将《解释》规定的在计算机网络上建立赌博网站，进一步区分为建立赌博网站并接受投注和建立赌博网站并提供给他人组织赌博。同时，《意见》沿用《解释》为赌博网站担任代理并接受投注的，属于开设赌场的规定。此外，实践中有的行为人并不参与赌博网站的建立和赌博活动的具体组织，也不充当赌博网站的代理人，而是通过入资等方式从中分成获利。该行为虽在形式上与《解释》规定的开设赌场行为有所不同，但符合《刑法》规定的开设赌场罪的本质。因此，《意见》规定，参与赌博网站利润分成的行为也属于《刑法》规定的开设赌场。关于赌博网站的认定，有两点值得注意：一是纯粹为了从事赌博违法犯罪活动而建立的网站当然属于赌博网站，只有部分网页从事赌博违法犯罪活动的网站也属于赌博网站。二是赌博网站不仅可以利用计算机网络，也可以利用有线或无线互联网、移动通讯终端等传输赌博数额、数据。

其次，建立赌博网站或者为赌博网站担任代理并且接受投注的，才属于《刑法》规定的开设赌场的行为。如果仅建立赌博网站或者仅为赌博网站担任代理，但不接受投注，不属于《刑法》规定的开设赌场的行为。这里的不接受投注，是指没有接受投注的意图。如果建立了赌博网站或者为赌博网站担任代理，并且意图接受投注，由于意志以外的原因或者自动中止接受投注，则可以认定为开设赌场罪的未遂或中止。

再次，开设赌场行为有情节轻重之别，轻者违反《治安管理处罚法》，重者才触犯《刑法》。关于罪与非罪的界限，应当综合考虑行为客观方面诸要素，包括抽头渔利数额、赌资数额、参赌人数、违法所得数额和社会影响等，以判断其妨害社会管理秩序是否达到犯罪的程度。利用局域网在少数固定的人员之间传输赌博视频、数据，抽头渔利数额较小或仅赢取少量钱财，危害不大的，可不以犯罪论处。

此外，在《意见》制定过程中，有人提出，如果赌博网站的代理仅接受投注，没有发展下级代理，其行为属于聚众赌博行为而非开设赌场行为。考虑到无论是赌博网站的总代理，还是最低级别的代理，其行为的最终目的都是通过赌博网站组织他人赌博以获利，两者的行为只有所涉参赌人员和赌资数额多少的区别，而没有本质区别，故未采纳该意见。但是，如果行为人既没有建立赌博网站，也没有为赌博网站担任代理，仅以营利为目的，通过利用自己掌握的赌博网站的网址、账户、密码等信息，组织多人进行网络赌博活动，则其行为不属于《刑法》规定的开设赌场，符合《刑法》和《解释》规定的聚众赌博标准的，则应认定为聚众赌博罪。

（二）网上开设赌场犯罪情节严重的标准

《刑法修正案（六）》规定了开设赌场情节严重的，处3年以上10年以下

有期徒刑，并处罚金，但实践中各地对何谓情节严重认识不一。为统一司法尺度，《意见》从抽头渔利、赌资数额、参赌人数、违法所得数额和社会危害等方面来衡量行为人开设赌场的行为是否属于《刑法》规定的情节严重。

为避免扩大或缩小打击范围，参照《解释》的规定，结合司法实践，《意见》规定，在以抽头渔利、赌资数额或参赌人数为标准来衡量开设赌场行为是否属于《刑法》规定的情节严重的情形下，开设赌场情节严重的相应数额是《解释》规定的聚众赌博罪的起刑点的6倍，即开设赌场抽头渔利数额累计达到3万元以上的，或者赌资数额累计达到30万元以上的，或者参赌人数累计达到120人以上的，属于《刑法》规定的开设赌场中的情节严重。

对于建立赌博网站并提供给他人组织赌博、参与赌博网站利润分成两类开设赌场行为的，由于行为人不直接抽头渔利或参赌获利，难以以抽头渔利数额或其行为所涉及的赌资数额、参赌人数为标准来衡量其行为的社会危害程度。由于这两类行为的行为人从开设赌场中非法获利，且非法获利的性质与前述抽头渔利的性质类似，因此《意见》规定，对这两类行为，以违法所得数额为准来衡量其是否属于开设赌场情节严重，违法所得数额标准与抽头渔利数额标准相同，即建立赌博网站并提供给他人组织赌博或者参与赌博网站利润分成，并且违法所得数额在3万元以上的，属于开设赌场情节严重。

网络赌博犯罪泛滥的主要原因之一是其金字塔型组织结构。实践中，国外赌博网站一般在境内首先设立总代理，再由总代理向下发展一级代理，一级代理再向下发展二级代理，二级代理再发展三级代理，以至多级代理，各级代理通过赌博网站组织赌博。赌博网站的代理越多，参赌人数、赌资数额越大，社会危害越大。鉴于《解释》曾规定为赌博网站担任代理，接受投注的，属于《刑法》第三百零三条规定的开设赌场，《意见》规定，为赌博网站招募下级代理，由下级代理接受投注的，属于开设赌场情节严重。

未成年人是使用互联网的重要群体，又处于心理、身体成长期，自制力相对较差，比成年人更容易陷入网络赌博陷阱。为保护未成年人的身心健康，《意见》规定，招揽未成年人参与网络赌博的，属于开设赌场情节严重。

三、网上开设赌场共犯的认定和处罚

(一) 网上开设赌场共犯的行为方式

通常开设赌场的共同犯罪，是指二人以上共同策划或进行分工，故意实施开设赌场犯罪活动。这种共犯有共同的犯意和共同的实行行为，在司法实践中比较容易认定。在信息网络和电子商务越来越发达的新情况下，较难认定的是网络、通讯或资金支付、结算服务的提供者的共同犯罪行为和相关人员的刑事责任问题。鉴于这种行为对网络赌博帮助很大，是形成网络赌博人员流、信息

流、资金流的重要因素,《意见》结合司法实践,在《解释》第四条相关规定的基礎上进一步明确网上开设赌场共犯的行为方式。

实践中,赌博网站的运营通常包括以下四个环节:一是赌博网站的程序开发和技术维护环节。赌博网站的经营者往往不自行开发赌博网站的程序,而是雇他人为其开发程序并提供相关技术维护,或向他人购买程序并由对方提供相关技术维护。二是将赌博网站的服务器接入到网络环节。为了将赌博网站的服务器接入到网络中,赌博网站的经营者往往雇他人为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯运输通道等服务。三是赌博网站的推广环节。赌博网站常通过雇佣他人在其他网站上刊登宣传赌博网站的广告,提供赌博网站的链接或者雇佣他人发展会员。不同于赌博网站的代理,受雇为赌博网站发展会员者本人并不组织或参与赌博,仅通过为赌博网站发展会员的方式获取非法利益。赌博网站一般根据受雇者帮助其发展会员的人数向其支付费用。四是赌资支付结算环节。赌博活动最终都需要通过各种资金流转渠道,实现赌资的支付结算流转。这四个环节的犯罪活动往往由不同的人员负责,形成分工合作的利益链条,对开设赌场犯罪的发生和进行有直接促进作用,是网络赌博犯罪活动泛滥的原因之一。只有对上述四个环节的犯罪活动予以惩治,才能切断网上开设赌场的利益链条,遏制网络赌博犯罪活动的泛滥。因此,《意见》规定,明知是赌博网站,而为其提供下列服务或者帮助的,属于开设赌场罪的共同犯罪,依照《刑法》第三百零三条第二款的规定处罚:

第一项规定主要是考虑到开设赌场罪主犯抽头渔利3万元以上的即属于情节严重,而为赌博网站提供帮助的共犯通常不直接抽头渔利,仅收取服务费用,社会危害性小于其主犯。因此《意见》规定,为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、发展会员、软件开发、技术支持等服务,收取服务费数额2万元以上的,依照《刑法》第三百零三条第二款的规定处罚。

第二项为赌博网站提供资金支付结算服务,收取服务费数额在1万元以上或者帮助收取赌资20万元以上的规定表明,对于为赌博网站提供资金支付结算服务的帮助行为,可以收取服务费数额或帮助收取赌资数额为标准来确定其起刑点。在同样以收取服务费数额为标准的情况下,《意见》之所以规定提供资金支付结算服务的起刑点比前项规定的提供互联网接入、服务器托管等服务的起刑点低,主要是考虑到在实践中,第三方支付平台通常收取赌资数额的1%~7%作为服务费,若支付平台收取了1万元的服务费,则其帮助赌博网站支付或结算了约100万~700万元的赌资。若对为赌博网站提供资金支付结算服务的行为规定过高的起刑点,则难以有效惩治该类犯罪活动。

第三项为10个以上赌博网站投放与网址、赔率等信息有关的广告或者为
内容由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家巨力法律书制作发布

赌博网站投放广告累计100条以上的规定表明,对于为赌博网站投放广告的行为,除了以收取服务费数额为标准确定起刑点外,还以赌博网站数量或广告数量为标准确定其起刑点。为赌博网站投放广告,只要符合前述条件之一,即可构成开设赌场罪。

同时《意见》参照以往司法解释和相关规定指出,网上开设赌场共犯的起刑点与情节严重的标准之间为1:5的比例关系,即达到前述规定标准5倍以上的,属于《刑法》第三百零三条第二款规定的情节严重。

(二) 其他需要说明的相关问题

需要指出的是,开设赌场犯罪的共犯之间并非必须事前有通谋,在实行赌博犯罪的过程中形成共同犯罪故意的,同样构成共犯。只是认定这种共犯时,需要注意两点:一是必须有证据证明行为人明知他人在实施开设赌场犯罪,这是行为人主观上存在沟通故意的前提。行为人的认知状态是明知,认知内容是他人在实施开设赌场犯罪。二是行为人的上述帮助行为对于开设赌场犯罪的发生和进行来说有直接的促进作用,成为开设赌场顺利进行或赌博得逞的环节。

在《意见》制定过程中,有人提出明知他人开设赌场而为其提供支付结算服务的,可以《刑法修正案(七)》修订后的非法经营罪处罚,而不必再列举前述第二项规定。但是,由于明知他人开设赌场而为其提供费用结算服务的还包括经行政许可、有资质从事网络支付业务的金融机构人员实施该行为的情形,非法经营罪并不能包括这一情形,故《意见》规定为赌博网站提供资金支付结算服务,收取服务费数额1万元以上或者帮助收取赌资20万元以上的,可以开设赌场罪的共犯处罚。同时,考虑到中国人民银行发布的《非金融机构支付服务管理办法》规定,从事网络支付业务的金融机构必须通过严格的资质条件考核,任何非金融机构不得擅自从事网络支付业务。因此,未经国家行政审批部门许可而从事网络支付业务,为赌博犯罪活动提供网络支付服务的,既符合《刑法修正案(七)》规定的非法从事资金支付结算条件而构成非法经营罪,又可以开设赌场罪的共犯处罚。对此种一行为触犯数罪名的竞合犯,应择一重罪处断,即以其行为所对应的法定刑较重的重罪处罚。

有人提出,将在赌博网站发布与赌博无关的广告并向该赌博网站支付一定广告报酬的行为规定为开设赌场罪的共犯。我们认为,该行为虽然在客观上给开设赌场者带来一定的经济利益,但毕竟不是直接资助网站赌博或开设赌场的行为。况且,实践中大部分赌博网站的巨额利润主要来源于抽头渔利和直接参与赢取钱财等,并非赌博网站上的广告收入,故未采纳该意见。

(三) 网上开设赌场共犯明知的认定

从犯罪的主观方面看,开设赌场罪是故意犯罪,要求行为人对自己实施开设赌场的行为在主观上是明知的。在司法实践中,犯罪分子往往以自己并不明

知是为开设赌场提供帮助为由规避打击，致使查证行为人的主观明知成为一个难题。为解决这一问题，《意见》在总结网上开设赌场共同犯罪案件侦查、起诉和审判实践经验的基础上，提出对帮助他人开设赌场行为，有下列四种情形之一，结合犯罪嫌疑人、被告人的供述和其他证据，经综合审查判断，可以认定其明知他人开设赌场而为其提供帮助，但有证据证明确实不知道的除外：

第一项，收到行政主管机关书面等方式的告知后，仍然实施上述行为的，是指行为人收到行政主管机关书面等方式告知，其在为开设赌场的行为提供服务，而后仍继续提供该服务。一般情况下，行政主管机关应以书面方式告知行为人，但告知的方式并不限于书面方式。只要有证据证明该告知内容能够为行为人所周知即可。

第二项，为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、软件开发、技术支持、资金支付结算等服务，收取服务费明显异常的，是通过服务费用的明显超常来认定主观上的明知。实践中，为赌博网站提供服务所收取的服务费一般高于提供同类服务的正常费用，但也有的犯罪分子为吸引赌博网站雇佣其提供服务，主动降低服务费数额。故收取服务费的明显异常包括高于正常数额和低于正常数额两种情形。

第三项，在执法人员调查时，通过销毁、修改数据、账本等方式故意规避调查或者向犯罪嫌疑人通风报信的，参考了最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发的《关于办理制毒物品犯罪案件适用法律若干问题的意见》的有关规定，将具有故意逃避调查、故意销毁数据等异常情况的认定为明知。值得注意的是，开设赌场的帮助犯规避调查的方式通常是销毁、修改数据、账本，但不限于上述列出的方式。

第四项则是为了应对实践中复杂多变的案件情况而规定的兜底条款，以防止因列举不全而使行为人逃避惩治。

（四）在实行犯未到案情形下对赌博共犯的处理

在隔地共同犯罪的情况下，针对可能存在对网上开设赌场犯罪的共犯无法实际行使刑事管辖权的情况，如赌博网站的上层人员在境外，难以抓获归案；为境外数十家赌博网站开发赌博网络平台，难以认定是哪个赌博网站的共犯或者存在主犯不明确的情形。为解决这一难题，《意见》规定，在实行犯未归案的情况下，如果不影响对已到案共同犯罪嫌疑人、被告人的犯罪事实认定的，可以依法对已到案者先行独立起诉并予以定罪处罚。

四、网络赌博犯罪的参赌人数、赌资数额和网站代理认定

（一）参赌人数和网站代理的认定

网络赌博中参赌人数、网站代理的认定方式是由网络赌博行为的特殊性决定

的。与开设赌场的普通方式不同，网上开设赌场的犯罪分子给参赌人、下级代理提供的是赌博网站的账户和密码，而非物理场所和有形的赌具，因而网络赌博参赌人数通常与赌博网站上的会员账号数相同。因此，《意见》规定，赌博网站的会员账号数可以认定为参赌人数，但如果查明一个账号多人使用或者多个账号一人使用的，则应当按照实际使用的人数计算参赌人数。有证据证明犯罪嫌疑人在赌博网站上的账号设置有下级账号的，应当认定其为赌博网站的代理。

有些赌博网站并不留存投注记录，每一场赌博结束后所有数据立即消除，认定赌博的证据是银行的相关记录。因此《意见》又规定，可将向开设赌场犯罪中用于转入、转出赌资的银行账户数量认定为参赌人数。但如果查实一个账户多人使用或多个账户一人使用的，则应当按照实际使用的人数计算参赌人数。

（二）赌资数额的认定

赌资包括三种形式的款物，即赌博犯罪中用作赌注的款物、换取筹码的款物和通过赌博赢取的款物。网络赌博中赌资的计算方式，也是由网络赌博行为的特殊性决定的。在网络赌博中，为了方便参赌人投注，用作投注的对象往往只是点数，而不是实际的资金。只有在结算时才按照每一点数实际代表的金额来计算输赢数额，然后再发生真实的资金转移关系。网络赌博中，点数相当于现场赌博中的筹码。因此，《意见》重申《解释》的有关规定，赌资数额可以按照在网上投注或者赢取的点数乘以每一点实际代表的金额认定。用这种方法计算网络赌博的赌资数额，能够客观反映并准确计算网络赌博中真实的投注或者赢取款物数额。

实践中，开设赌场的行为人通常使用专门银行账户流转赌资，故《意见》又规定，对于开设赌场犯罪中用于接收、流转赌资的银行账户内的资金，犯罪嫌疑人、被告人不能说明合法来源的，可以认定为赌资。需要注意的是，鉴于实践中很多参赌人员使用自己日常生活使用的资金账户进行投注，上述规定仅适用于开设赌场者的资金账户，并不适用于参赌者的资金账户。

在网络游戏中，游戏参与者和游戏中的虚拟人物对赌，或者基于游戏规则而进行的虚拟赌博，均与网络赌博不同。但是，也存在一些以网络游戏为幌子的网络赌博活动。在此类活动中，参赌人通常将资金兑换成虚拟物品并用其作为筹码投注，这和将赌资兑换成点数进行投注并没有本质区别。在行为人将金钱直接或间接兑换为虚拟货币、游戏道具等虚拟物品，并用其作为筹码投注，虚拟物品可以再次兑换成现实生活中的货币的情况下，虚拟财产已与现实财产发生了真实联系，应当属于法律调整的范畴。因此，《意见》规定，对于将资金直接或间接兑换为虚拟货币、游戏道具等虚拟物品，并用其作为筹码投注的，赌资数额按照购买该虚拟物品所需资金数额或者实际支付资金数额认定。

五、网络赌博犯罪案件的管辖

(一) 网络赌博犯罪的犯罪地范围

网络赌博犯罪的地域管辖，应当坚持《刑事诉讼法》规定的以犯罪地管辖为主、被告人居住地管辖为辅的原则。考虑到网络赌博犯罪的特殊性，即赌博网站服务器所在地、网络接入地、赌博网站建立者等可能不在同一地区，而且网络赌博犯罪大多是共同犯罪，参与犯罪的多个被告人也可能来自不同地区，有必要根据《刑事诉讼法》管辖规定，结合网络赌博犯罪特殊情况，对犯罪地作进一步解释。故《意见》规定，犯罪地包括赌博网站服务器所在地、网络接入地，赌博网站建立者、管理者所在地，以及赌博网站代理人、参赌人实施网络赌博行为地等。

值得注意的是，赌博网站建立者、管理者所在地是指赌博网站建立者、管理者实施网络赌博行为地，而非行为人实施网络赌博行为后的实际所在地。此外，网络赌博活动中，参赌人必然会利用赌博网站上传、下载或传输信息，仅静态浏览赌博网站的网页，不属于实施网络赌博的行为。因此，仅仅被动接受信息的网络用户所在地不是《意见》规定的参赌人实施网络赌博行为地。

(二) 跨地区网络赌博案件的管辖

实践中，网络赌博犯罪行为往往涉及多个省（自治区、直辖市），而且共同作案人往往也来自不同居住地。依照《刑事诉讼法》和前述规定，所涉及地域的有关司法机关对这些网络赌博犯罪案件均有管辖权，从而在实际办案中可能造成有管辖权的司法机关之间的管辖争议或者互相推诿，从而影响及时追赃、缉捕犯罪嫌疑人，影响及时起诉和审判。为解决这一问题，《意见》规定，公安机关对侦办跨区域网络赌博犯罪案件的管辖权有争议的，应本着有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，认真协商解决。经协商无法达成一致的，报共同的上级公安机关指定管辖。对即将侦查终结的跨省（自治区、直辖市）重大网络赌博案件，必要时可由公安部商最高人民法院和最高人民检察院指定管辖。人民法院和检察院对进入起诉或审判诉讼程序而没有管辖权的案件，受案单位可报请上级机关指定管辖，而不再移送其他司法机关管辖。

六、电子证据的收集与保全

在网络赌博案件中，大量证据以电子数据的形式呈现。电子证据属于《刑事诉讼法》规定的证据种类中的视听资料，具有直观性强、信息量大、准确度高和易被伪造或篡改的特点。为有效惩治赌博犯罪分子，参考最高人民法院、最高人民检察院、海关总署联合发布的《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》的有关规定，《意见》作了如下规定：

一是明确电子证据应当作为刑事证据予以提取、复制，即侦查机关对于能够证明赌博犯罪案件真实情况的网站页面、上网记录、电子邮件、电子合同、电子交易记录、电子账册等电子设备储存的数据资料，应当作为证据予以提取、复制、固定。

二是规定侦查人员提取电子证据应当对其过程做相关文字说明和记录，由电子数据的制作人、持有人签名或者盖章，并将电子数据一并随案移送。与《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》有关规定不同，考虑到电子证据的制作人和持有人的签名或者盖章具有相互印证的作用，可以证明所提取电子证据的真实性和提取程序的合法性，《意见》未要求提取上述电子证据时由见证人在场。

三是强调对于电子数据存储在外地的计算机上，或者侦查机关从赌博网站提取电子数据时犯罪嫌疑人未到案，或者电子数据的持有人无法签字或者拒绝签字的，应由能证明提取、复制、固定过程的见证人签名或者盖章，记明有关情况。必要时，可对提取、复制、固定有关电子数据的过程拍照或者录像。这主要是考虑到很多赌博网站位于境外，一些电子数据是侦查机关在抓获犯罪嫌疑人之前通过对赌博网站实施远程勘验固定的，犯罪嫌疑人也可能不在案或者拒绝签字，从而无法让犯罪嫌疑人或电子数据持有人签名。因而为确保证据来源的客观性，在此情形下强调应由能证明提取、复制、固定电子数据过程的见证人签名或者盖章。

(撰稿人：高贵君 张明 吴光侠 邓克珠)

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于办理利用赌博机开设赌场案件 适用法律若干问题的意见

2014年3月26日

公通字〔2014〕17号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，人民检察院，公安厅、局，解放军军事法院、军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

为依法惩治利用具有赌博功能的电子游戏设施设备开设赌场的犯罪活动，根据《中华人民共和国刑法》、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博

刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等有关规定，结合司法实践，现就办理此类案件适用法律问题提出如下意见：

一、关于利用赌博机组织赌博的性质认定

设置具有退币、退分、退钢珠等赌博功能的电子游戏设施设备，并以现金、有价证券等贵重款物作为奖品，或者以回购奖品方式给予他人现金、有价证券等贵重款物（以下简称设置赌博机）组织赌博活动的，应当认定为刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”行为。

二、关于利用赌博机开设赌场的定罪处罚标准

设置赌博机组织赌博活动，具有下列情形之一的，应当按照刑法第三百零三条第二款规定的开设赌场罪定罪处罚：

- （一）设置赌博机十台以上的；
- （二）设置赌博机二台以上，容留未成年人赌博的；
- （三）在中小学校附近设置赌博机二台以上的；
- （四）违法所得累计达到五千元以上的；
- （五）赌资数额累计达到五万元以上的；
- （六）参赌人数累计达到二十人以上的；
- （七）因设置赌博机被行政处罚后，两年内再设置赌博机五台以上的；
- （八）因赌博、开设赌场犯罪被刑事处罚后，五年内再设置赌博机五台以上的；
- （九）其他应当追究刑事责任的情形。

设置赌博机组织赌博活动，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百零三条第二款规定的“情节严重”：

- （一）数量或者数额达到第二条第一款第一项至第六项规定标准六倍以上的；
- （二）因设置赌博机被行政处罚后，两年内再设置赌博机三十台以上的；
- （三）因赌博、开设赌场犯罪被刑事处罚后，五年内再设置赌博机三十台以上的；
- （四）其他情节严重的情形。

可同时供多人使用的赌博机，台数按照能够独立供一人进行赌博活动的操作基本单元的数量认定。

在两个以上地点设置赌博机，赌博机的数量、违法所得、赌资数额、参赌人数等均合并计算。

三、关于共犯的认定

明知他人利用赌博机开设赌场，具有下列情形之一的，以开设赌场罪的共犯论处：

- (一) 提供赌博机、资金、场地、技术支持、资金结算服务的；
- (二) 受雇参与赌场经营管理并分成的；
- (三) 为开设赌场者组织客源，收取回扣、手续费的；
- (四) 参与赌场管理并领取高额固定工资的；
- (五) 提供其他直接帮助的。

四、关于生产、销售赌博机的定罪量刑标准

以提供给他人开设赌场为目的，违反国家规定，非法生产、销售具有退币、退分、退钢珠等赌博功能的电子游戏设施设备或者其专用软件，情节严重的，依照刑法第二百二十五条的规定，以非法经营罪定罪处罚。

实施前款规定的行为，具有下列情形之一的，属于非法经营行为“情节严重”：

- (一) 个人非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在一万元以上的；
- (二) 单位非法经营数额在五十万元以上，或者违法所得数额在十万元以上的；
- (三) 虽未达到上述数额标准，但两年内因非法生产、销售赌博机行为受过二次以上行政处罚，又进行同种非法经营行为的；
- (四) 其他情节严重的情形。

具有下列情形之一的，属于非法经营行为“情节特别严重”：

- (一) 个人非法经营数额在二十五万元以上，或者违法所得数额在五万元以上的；
- (二) 单位非法经营数额在二百五十万元以上，或者违法所得数额在五十万元以上的。

五、关于赌资的认定

本意见所称赌资包括：

- (一) 当场查获的用于赌博的款物；
- (二) 代币、有价证券、赌博积分等实际代表的金额；
- (三) 在赌博机上投注或赢取的点数实际代表的金额。

六、关于赌博机的认定

对于涉案的赌博机，公安机关应当采取拍照、摄像等方式及时固定证据，并予以认定。对于是否属于赌博机难以确定的，司法机关可以委托地市级以上公安机关出具检验报告。司法机关根据检验报告，并结合案件具体情况作出认定。必要时，人民法院可以依法通知检验人员出庭作出说明。

七、关于宽严相济刑事政策的把握

办理利用赌博机开设赌场的案件，应当贯彻宽严相济刑事政策，重点打击赌场的出资者、经营者。对受雇佣为赌场从事接送参赌人员、望风看场、发牌坐庄、兑换筹码等活动的人员，除参与赌场利润分成或者领取高额固定工资的以外，一般不追究刑事责任，可由公安机关依法给予治安管理处罚。对设置游戏机，单次换取少量奖品的娱乐活动，不以违法犯罪论处。

八、关于国家机关工作人员渎职犯罪的处理

负有查禁赌博活动职责的国家机关工作人员，徇私枉法，包庇、放纵开设赌场违法犯罪活动，或者为违法犯罪分子通风报信、提供便利、帮助犯罪分子逃避处罚，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

国家机关工作人员参与利用赌博机开设赌场犯罪的，从重处罚。

【解 读】

解读《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的意见》

2014年3月26日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合印发了《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的意见》（以下称《意见》）。根据刑法和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等有关规定，结合司法实践，进一步明确了办理利用赌博机开设赌场案件的有关法律适用问题。这是最高人民法院、最高人民检察院、公安部依法惩治利用赌博机开设赌场犯罪活动，深入推进打击赌博犯罪专项行动，净化社会风气，维护社会秩序的重大举措，展示了公安司法机关铲除赌患、匡扶正气的坚定决心。为便于深入理解和掌握《意见》的基本精神

和主要内容，现就《意见》的有关问题解读如下：

一、制定《意见》的背景及过程

2005年5月，最高人民法院、最高人民检察院（以下简称“两高”）公布施行了《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下称《2005年解释》），对刑法第三百零三条关于赌博罪的规定作了解释，明确了相关定罪量刑标准，为公安司法机关认定和处理赌博违法犯罪案件提供了法律依据。为了完善我国刑法有关赌博犯罪的规定，全国人大常委会于2006年6月29日通过了《刑法修正案（六）》，将“开设赌场”从赌博罪中分立出来，规定为独立的犯罪，并将最高法定刑从三年有期徒刑提高到十年。2010年9月，“两高”、公安部联合出台了《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》（以下称《2010年意见》），针对利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据，组织网络赌博等犯罪行为，进一步明确了法律适用标准。

近年来，赌博违法犯罪活动出现新的动向，特别是利用赌博机组织赌博的违法犯罪活动日趋严重，并呈发展蔓延之势。赌博机具有欺骗性强、迷惑性大、牟利快等特点，有的利用遥控器、手机、网络远程控制赌博机，调控输赢难度，参赌必输；有的将赌博机修饰装扮成游戏机，赌博游戏一键切换，混淆视线；有的赌博机成本低廉，但一天牟利少则数百多则数万，具有极大的社会危害性，严重扰乱社会秩序，败坏社会道德风尚。全国公安机关每年均查处大量利用赌博机组织赌博的治安、刑事案件，每年收缴、销毁逾10万台赌博机，但利用赌博机组织赌博及生产、销售赌博机的违法犯罪活动仍屡打不绝、屡禁不止。同时，各地公安司法机关由于对利用赌博机组织赌博案件的法律适用问题认识和处理不一，一定程度上影响了对此类违法犯罪活动的有效惩治。社会各界对此也高度关注，特别是中小学生家长强烈呼吁严惩此类犯罪活动，切实保护广大青少年的身心健康。

自2012年3月起，最高人民法院、最高人民检察院、公安部共同启动了《意见》的研究制定工作，在《2005年解释》和《2010年意见》的基础上，结合司法实践中遇到的法律适用问题，研究起草了《意见》稿。通过专题调研、召开会议等方式听取了有关部门、单位的意见和建议，并在全国公安、检察院、法院系统内征求了意见。经综合各方面的意见，多次研究修改，2014年1月23日由最高人民检察院第十二届检察委员会第十五次会议审议通过了《意见》稿，3月26日“两高”、公安部联合印发了《意见》。

二、主要内容及说明

《意见》共八条，明确了八个方面的问题：一是关于利用赌博机组织赌博

的性质认定问题；二是关于利用赌博机开设赌场犯罪的定罪处罚标准；三是关于共犯的认定问题；四是关于生产、销售赌博机的定罪量刑标准；五是关于赌资的认定问题；六是关于赌博机的认定问题；七是关于宽严相济刑事政策的把握问题；八是关于国家机关工作人员渎职犯罪的处理问题。现具体说明如下：

（一）关于利用赌博机组织赌博的性质认定问题

《意见》第一条明确了利用赌博机开设赌场行为的认定问题，包括两个层次：一是设置具有退币、退分、退钢珠等赌博功能的电子游戏设施设备，并以现金、有价证券等贵重款物作为奖品，或者以回购奖品方式给予他人现金、有价证券等贵重款物的，即为“设置赌博机”；二是设置赌博机组织赌博活动的，应当认定为刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”行为。主要考虑：一是2000年《国务院办公厅转发文化部等部门关于开展电子游戏场所专项治理的意见》第三条第七项规定，对设置具有退币、退钢珠、退奖券、荧屏记分和其他中奖方式等赌博功能的电子游戏机机型、机种、电路板的电子游戏经营场所，除由文化部门会同公安、信息产业、工商行政管理等部门依照有关规定分别处罚外，工商行政管理部门要吊销其营业执照或予以取缔，构成犯罪的，依法追究刑事责任。2006年《娱乐场所管理条例》第十九条规定，游艺娱乐场所不得设置具有赌博功能的电子游戏机机型、机种、电路板等游戏设施设备，不得以现金或者有价证券作为奖品，不得回购奖品。因此，《意见》第一条根据目前执法办案的实际情况，明确设置具有退币、退分、退钢珠等赌博功能的电子游戏设施设备，并以贵重款物作为奖品，或者以回购奖品方式给予他人贵重款物的，属于“设置赌博机”的行为。二是刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”，一般是指开设专门用于进行赌博的场所，设定赌博方式，提供赌具、筹码，接受赌客投注的行为。而设置赌博机组织赌博活动的行为，与传统开设赌场的行为性质相同，因此，应当将其认定为刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”，以开设赌场罪定性处理。

（二）关于利用赌博机开设赌场的定罪处罚标准

《意见》第二条共分四款，明确了利用赌博机开设赌场的定罪处罚标准。

第一款规定了设置赌博机组织赌博活动，构成开设赌场罪的九种情形。第一项“设置赌博机10台以上的”、第四项“违法所得累计达到5000元以上的”、第五项“赌资数额累计达到5万元以上的”、第六项“参赌人数累计达到20人以上的”情形，主要参照了《2005年解释》第一条关于聚众赌博构成赌博罪的认定标准，从设置赌博机数量、违法所得数额、赌资数额、参赌人数等方面作了规定，各项数量数额标准保持大致平衡，社会危害性也大体相当。第二项“设置赌博机2台以上，容留未成年人赌博的”，第三项“在中小学校附近设置赌博机2台以上的”情形，主要为了体现对未成年人和在校学生的特殊

保护，将设置赌博机入罪的数量标准在第一项规定的基础大幅度降低。第七项“因设置赌博机被行政处罚后，两年内再设置赌博机5台以上的”，第八项“因赌博、开设赌场犯罪被刑事处罚后，五年内再设置赌博机5台以上的”情形，主要考虑到这类犯罪分子屡教不改，受过处罚后继续重操旧业，主观恶性较大，有必要予以从严惩处。第九项“其他应当追究刑事责任的情形”是兜底条款。

第二款规定了设置赌博机组织赌博活动，构成开设赌场罪“情节严重”的四种情形：一是数量或者数额达到第一款第一项至第六项规定标准六倍以上的；二是因设置赌博机被行政处罚后，两年内再设置赌博机30台以上的；三是因赌博、开设赌场犯罪被刑事处罚后，五年内再设置赌博机30台以上的；四是其他情节严重的情形。本款的数量数额标准与第一款的标准保持六倍关系。

第三款规定了赌博机数量的计算问题，明确可同时供多人使用的赌博机，台数按照能够独立供一人进行赌博活动的操作基本单元的数量认定。主要考虑到实践中有的赌博机可同时供多人使用，为避免以此逃避打击，对其台数应折合成单人的操作基本单元计算。

第四款明确在两个以上地点设置赌博机，赌博机的数量、违法所得、赌资数额、参赌人数等，均合并计算。

（三）关于共犯的认定问题

《意见》第三条明确了开设赌场罪共犯的认定问题，具体规定了可以构成共犯的五类情形，即提供赌博机、资金、场地、技术支持、资金结算服务的；受雇参与赌场经营管理并分成的；为开设赌场者组织客源，收取回扣、手续费的；参与赌场管理并领取高额固定工资的以及提供其他直接帮助的情形。该条规定参照了《2005年解释》和《2010年意见》的有关规定，也符合执法办案的实际情况。这些人员明知他人利用赌博机开设赌场，有的为其提供开设赌场的物质技术条件，有的为赌场组织客源并从中牟利，有的受其雇用从事直接帮助行为，都符合刑法关于共同犯罪的规定，应当以开设赌场罪的共犯论处。

（四）关于生产、销售赌博机的定罪量刑标准

《意见》第四条共分三款，明确了生产、销售赌博机的定罪量刑标准。

第一款明确以提供给他人开设赌场为目的，违反国家规定，非法生产、销售具有退币、退分、退钢珠等赌博功能的电子游戏设施设备或者其专用软件，情节严重的，应当以非法经营罪定罪处罚。主要考虑是：2000年《国务院办公厅转发文化部等部门关于开展电子游戏场所专项治理的意见》第六条规定：“自本意见发布之日起，面向国内的电子游戏设备及其零、附件生产、销售即行停止。任何企业、个人不得再从事面向国内的电子游戏设备及其零、附件的

生产、销售活动。一经发现向电子游戏经营场所销售电子游戏设备及其零、附件的，由经贸、信息产业部门会同工商行政管理等部门依照有关规定进行处理。”由此可见，以提供他人开设赌场为目的，生产、销售赌博机或者其专用软件的行为，是以为他人从事违法犯罪活动提供商品为经营业务的行为，可以认定为刑法第二百二十五条规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚是适当的。同时，当前利用赌博机组织赌博的违法犯罪活动屡打不绝、屡禁不止的重要原因之一，就是存在受利益驱动生产、销售赌博机及其专用软件的上游产业链条，对其予以刑事打击具有现实必要性，在罪名适用上也体现了惩治源头犯罪的精神。

第二款明确了非法生产、销售赌博机或者其专用软件，构成非法经营行为“情节严重”的四种情形：个人非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在一万元以上的；单位非法经营数额在五十万元以上，或者违法所得数额在十万元以上的；虽未达到上述数额标准，但两年内因非法生产、销售赌博机行为受过二次以上行政处罚，又进行同种非法经营行为的；其他情节严重的情形。上述规定与2010年《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》规定的非法经营案立案追诉的一般标准保持一致。

第三款明确了非法生产、销售赌博机或者其专用软件，构成非法经营行为“情节特别严重”的两种情形，即个人非法经营数额在二十五万元以上，或者违法所得数额在五万元以上的；单位非法经营数额在二百五十万元以上，或者违法所得数额在五十万元以上的。第三款的数额标准与第二款的标准保持五倍关系。

（五）关于赌资的认定问题

《意见》第五条明确了赌资的认定问题，即赌资包括当场查获的用于赌博的款物，代币、有价证券、赌博积分等实际代表的金额，以及在赌博机上投注或赢取的点数实际代表的金额。该条规定参照了《2005年解释》和《2010年意见》的有关规定，能够客观反映并准确计算开设赌场犯罪中的赌资数额。

（六）关于赌博机的认定问题

《意见》第六条明确了赌博机的认定问题，要求公安机关应当采取拍照、摄像等方式及时固定证据，并予以认定。同时，考虑到实践中可能出现对于是否属于赌博机难以确定的情况，本条还明确在这种情况下，司法机关可以委托地市级以上公安机关出具检验报告。司法机关根据检验报告，并结合案件具体情况作出认定。必要时，人民法院可以依法通知检验人员出庭作出说明。

（七）关于宽严相济刑事政策的把握问题

《意见》第七条明确了宽严相济刑事政策的把握问题，包括三个层次：一是明确了打击重点，对于办理利用赌博机开设赌场的案件，应当重点打击赌场

的出资者、经营者；二是要求对受雇佣为赌场从事接送参赌人员、望风看场、发牌坐庄、兑换筹码等活动的人员，除参与赌场利润分成或者领取高额固定工资的以外，一般不追究刑事责任，可由公安机关依法给予治安管理处罚；三是要求对设置游戏机，单次换取少量奖品的娱乐活动，不以违法犯罪论处。主要考虑：一是为贯彻宽严相济刑事政策，应当将赌场的出资者、经营者作为打击重点，而对受雇佣单纯从事劳务工作的一般参与者，应当区别于《意见》第三条规定的受雇参与赌场经营管理并分成或者参与赌场管理并领取高额固定工资构成共犯的人员，一般不追究刑事责任，防止不当扩大刑事打击面；二是正确区分罪与非罪界限，考虑到《2005年解释》第九条“不以营利为目的，进行带有少量财物输赢的娱乐活动，以及提供棋牌室等娱乐场所只收取正常的场所和服务费用的经营行为等，不以赌博论处”的规定，这里也明确对设置游戏机，单次换取少量奖品的娱乐活动，不以违法犯罪论处。

（八）关于国家机关工作人员渎职犯罪的处理问题

《意见》第八条共分两款，明确了国家机关工作人员渎职犯罪的处理问题。

第一款针对有的国家机关工作人员徇私枉法，或者帮助犯罪分子逃避处罚的情况明确规定：负有查禁赌博活动职责的国家机关工作人员，徇私枉法，包庇、放纵开设赌场违法犯罪活动，或者为违法犯罪分子通风报信、提供便利、帮助犯罪分子逃避处罚，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二款根据《2005年解释》第五条的规定再次明确，国家机关工作人员参与利用赌博机开设赌场犯罪的，从重处罚。

（撰稿人：韩耀元 吴峤滨）

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于依法严肃查处拒不执行判决、裁定和暴力 抗拒法院执行犯罪行为有关问题的通知

2007年8月30日

法发〔2007〕29号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

近年来，在人民法院强制执行生效法律文书过程中，一些地方单位、企业

和个人拒不执行或以暴力手段抗拒人民法院执行的事件时有发生且呈逐年上升的势头。这种违法犯罪行为性质恶劣、社会危害大，严重影响了法律的尊严和执法机关的权威，已经引起了党中央的高度重视。中央政法委在《关于切实解决人民法院执行难问题的通知》（政法〔2005〕52号文件）中，特别提出公、检、法机关应当统一执法思想，加强协作配合，完善法律制度，依法严厉打击暴力抗拒法院执行的犯罪行为。为贯彻中央政法委指示精神，加大对拒不执行判决、裁定和暴力抗拒执行犯罪行为的惩处力度，依据《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》等规定，现就有关问题通知如下：

一、对下列拒不执行判决、裁定的行为，依照刑法第三百一十三条的规定，以拒不执行判决、裁定罪论处。

（一）被执行人隐藏、转移、故意毁损财产或者无偿转让财产、以明显不合理的低价转让财产，致使判决、裁定无法执行的；

（二）担保人或者被执行人隐藏、转移、故意毁损或者转让已向人民法院提供担保的财产，致使判决、裁定无法执行的；

（三）协助执行义务人接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助执行，致使判决、裁定无法执行的；

（四）被执行人、担保人、协助执行义务人与国家机关工作人员通谋，利用国家机关工作人员的职权妨害执行，致使判决、裁定无法执行的；

（五）其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形。

二、对下列暴力抗拒执行的行为，依照刑法第二百七十七条的规定，以妨害公务罪论处。

（一）聚众哄闹、冲击执行现场，围困、扣押、殴打执行人员，致使执行工作无法进行的；

（二）毁损、抢夺执行案件材料、执行公务车辆和其他执行器械、执行人员服装以及执行公务证件，造成严重后果的；

（三）其他以暴力、威胁方法妨害或者抗拒执行，致使执行工作无法进行的。

三、负有执行人民法院判决、裁定义务的单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，为了本单位的利益实施本《通知》第一条、第二条所列行为之一的，对该主管人员和其他直接责任人员，依照刑法第三百一十三条和第二百七十七条的规定，分别以拒不执行判决、裁定罪和妨害公务罪论处。

四、国家机关工作人员有本《通知》第一条第四项行为的，以拒不执行判决、裁定罪的共犯追究刑事责任。

国家机关工作人员收受贿赂或者滥用职权，有本《通知》第一条第四项行
内容由平乱网（www.docsriver.com）入驻商家巨力法律书制作发布

为的，同时又构成刑法第三百八十五条、第三百九十七条规定罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

五、拒不执行判决、裁定案件由犯罪行为发生地的公安机关、人民检察院、人民法院管辖。如果由犯罪嫌疑人、被告人居住地的人民法院管辖更为适宜的，可以由犯罪嫌疑人、被告人居住地的公安机关、人民检察院、人民法院管辖。

六、以暴力、威胁方法妨害或者抗拒执行的，公安机关接到报警后，应当立即出警，依法处置。

七、人民法院在执行判决、裁定过程中，对拒不执行判决、裁定情节严重的人，可以先行司法拘留；拒不执行判决、裁定的行为人涉嫌犯罪的，应当将案件依法移送有管辖权的公安机关立案侦查。

八、人民法院、人民检察院和公安机关在办理拒不执行判决、裁定和妨害公务案件过程中，应当密切配合、加强协作。对于人民法院移送的涉嫌拒不执行判决、裁定罪和妨害公务罪的案件，公安机关应当及时立案侦查，检察机关应当及时提起公诉，人民法院应当及时审判。

在办理拒不执行判决、裁定和妨害公务案件过程中，应当根据案件的具体情况，正确区分罪与非罪的界限，认真贯彻“宽严相济”的刑事政策。

九、人民法院认为公安机关应当立案侦查而不立案侦查的，可提请人民检察院予以监督。人民检察院认为需要立案侦查的，应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。

十、公安机关侦查终结后移送人民检察院审查起诉的拒不执行判决、裁定和妨害公务案件，人民检察院决定不起诉，公安机关认为不起诉决定有错误的，可以要求复议；如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。

十一、公安司法人员在办理拒不执行判决、裁定和妨害公务案件中，消极履行法定职责，造成严重后果的，应当依法依纪追究直接责任人责任直至追究刑事责任。

十二、本通知自印发之日起执行，执行中遇到的情况和问题，请分别报告最高人民法院、最高人民检察院、公安部。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于开展集中打击拒不执行判决、裁定等 犯罪行为专项行动有关工作的通知

2014年10月21日

法〔2014〕263号

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局），新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局：

长期以来，在人民法院执行工作中，被执行人或相关人员以各种手段抗拒执行、阻碍执行甚至暴力抗法的现象时有发生，为保障人民群众合法权益，维护法律尊严，最高人民法院、最高人民检察院、公安部决定自即日起至2015年3月，开展集中打击拒不执行法院判决、裁定等犯罪行为的专项行动。现就有关要求通知如下：

一、各地人民法院应立即着手对相关执行案件情况进行排查，对涉嫌构成拒不执行判决、裁定罪，妨害公务罪，非法处置查封、扣押、冻结财产罪等犯罪的被执行人或相关人员进行甄别，将有关犯罪线索于11月底前向有管辖权的公安机关移送。

二、对人民法院移送的被执行人或相关人员的犯罪线索，公安机关应当及时审查，符合立案条件的，应当在3日内立案，并及时侦查取证、抓捕犯罪嫌疑人；人民检察院对公安机关提请批准逮捕和移送审查起诉的犯罪嫌疑人，符合条件的应依法及时批捕、起诉。公安机关、人民检察院要组织专门力量，加快工作节奏，确保绝大多数符合条件的案件在12月底前移送审查起诉、在2015年1月底前向有管辖权的人民法院提起公诉。

三、人民法院对检察机关起诉的被执行人或相关人员涉嫌拒不执行判决、裁定罪等犯罪案件，要依法及时审判，确保绝大多数案件在2015年3月底前宣判。

四、人民法院认为被执行人或相关人员的妨害执行行为不构成犯罪，但需要司法拘留进行惩戒的，应依法及时采取强制措施。行为人逃匿，需要公安机关协助查找、控制的，有关人民法院应将拘留决定书连同相关材料于11月底前移交至同级公安机关。公安机关应及时发出协查通报，组织力量进行查找，发现行为人的，应当立即进行控制并将其送交被控制地拘留所，通知人民法院

办理被拘留人收拘手续。

五、对人民法院依法决定拘留的人员，拘留所应凭人民法院的拘留决定书及时收拘。异地拘留的，作出拘留决定的人民法院可将有关手续先行传真至当地法院，请求当地法院协助办理被拘留人收拘手续，之后再补送拘留决定书原件。

六、各地公安机关、人民检察院和人民法院要加强协调配合，做到既分工负责，又通力协作，形成打击抗拒执行违法犯罪行为的合力。对人民法院移送的犯罪线索，公安机关经审查认为不符合立案条件的，应当在收到人民法院移送的犯罪线索后5日内，将有关书面意见反馈人民法院。人民法院认为符合立案条件的，提请人民检察院予以监督。人民检察院认为需要立案侦查的，应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。

七、各级公安机关、人民检察院、人民法院要通过电视、报刊、网络、广播、微博、微信等各种新闻平台，开展广泛深入的系列宣传活动，营造惩治抗拒执行违法犯罪行为的强大舆论氛围，凝聚共识，形成声势，传播正能量。要召开新闻发布会，选择典型案例公开曝光，集中展示打击成果，震慑犯罪，教育群众。

八、执行中遇到情况和问题，请分别报告最高人民法院、最高人民检察院、公安部。

最高人民法院 关于拒不执行判决、裁定罪自诉案件 受理工作有关问题的通知

2018年5月30日

法〔2018〕147号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

近期，部分高级人民法院向我院请示，申请执行人以负有执行义务的人涉嫌拒不执行判决、裁定罪向公安机关提出控告，公安机关不接受控告材料或者接受控告材料后不予书面答复的；人民法院向公安机关移送拒不执行判决、裁定罪线索，公安机关不予书面答复或者明确答复不予立案，或者人民检察院决定不起诉的，如何处理？鉴于部分高级人民法院所请示问题具有普遍性，经研

究，根据相关法律和司法解释，特通知如下：

一、申请执行人向公安机关控告负有执行义务的人涉嫌拒不执行判决、裁定罪，公安机关不予接受控告材料或者在接受控告材料后 60 日内不予书面答复，申请执行人有证据证明该拒不执行判决、裁定行为侵犯了其人身、财产权利，应当依法追究刑事责任的，人民法院可以以自诉案件立案审理。

二、人民法院向公安机关移送拒不执行判决、裁定罪线索，公安机关决定不予立案或者在接受案件线索后 60 日内不予书面答复，或者人民检察院决定不起诉的，人民法院可以向申请执行人释明；申请执行人有证据证明负有执行义务的人拒不执行判决、裁定侵犯了其人身、财产权利，应当依法追究刑事责任的，人民法院可以以自诉案件立案审理。

三、公安机关接受申请执行人的控告材料或者人民法院移送的拒不执行判决、裁定罪线索，经过 60 日之后又决定立案的，对于申请执行人的自诉，人民法院未受理的，裁定不予受理；已经受理的，可以向自诉人释明让其撤回起诉或者裁定终止审理。此后再出现公安机关或者人民检察院不予追究情形的，申请执行人可以依法重新提起自诉。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部
司法部 生态环境部
印发《关于办理环境污染刑事案件有关问题
座谈会纪要》的通知

2019 年 2 月 20 日

各省、自治区、直辖市高级人民法院、人民检察院、公安厅（局）、司法厅（局）、生态环境厅（局），解放军军事法院、解放军军事检察院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团人民检察院、公安局、司法局、环境保护局：

为深入学习贯彻习近平生态文明思想，认真落实党中央重大决策部署和全国人大常委会决议要求，全力参与和服务保障打好污染防治攻坚战，推进生态文明建设，形成各部门依法惩治环境污染犯罪的合力，2018 年 12 月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部在北京联合召开座谈会。会议交流了当前办理环境污染刑事案件的工作情况，分析了遇到的突出困难和问题，研究了解决措施，对办理环境污染刑事案件中的有关问题形成了统

一认识。现将会议纪要印发，请认真组织学习，并在工作中遵照执行。执行中遇到的重大问题，请及时向最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部请示报告。

附：

关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要

2018年6月16日，中共中央、国务院发布《关于全面加强生态环境保护坚决打好污染防治攻坚战的意见》。7月10日，全国人民代表大会常务委员会通过了《关于全面加强生态环境保护依法推动打好污染防治攻坚战的决议》。为深入学习贯彻习近平生态文明思想，认真落实党中央重大决策部署和全国人大常委会决议要求，全力参与和服务保障打好污染防治攻坚战，推进生态文明建设，形成各部门依法惩治环境污染犯罪的合力，2018年12月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部在北京联合召开座谈会。会议交流了当前办理环境污染刑事案件的工作情况，分析了遇到的突出困难和 problem，研究了解决措施。会议对办理环境污染刑事案件中的有关问题形成了统一认识。纪要如下：

会议指出，2018年5月18日至19日，全国生态环境保护大会在北京胜利召开，习近平总书记出席会议并发表重要讲话，着眼人民福祉和民族未来，从党和国家事业发展全局出发，全面总结党的十八大以来我国生态文明建设和生态环境保护工作取得的历史性成就、发生的历史性变革，深刻阐述加强生态文明建设的重大意义，明确提出加强生态文明建设必须坚持的重要原则，对加强生态环境保护、打好污染防治攻坚战作出了全面部署。这次大会最大的亮点，就是确立了习近平生态文明思想。习近平生态文明思想站在坚持和发展中国特色社会主义、实现中华民族伟大复兴中国梦的战略高度，把生态文明建设摆在治国理政的突出位置，作为统筹推进“五位一体”总体布局和协调推进“四个全面”战略布局的重要内容，深刻回答了为什么建设生态文明、建设什么样的生态文明、怎样建设生态文明的重大理论和实践问题，是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分。各部门要认真学习、深刻领会、全面贯彻习近平生态文明思想，将其作为生态环境行政执法和司法办案的行动指南和根本遵循，为守护绿水青山蓝天、建设美丽中国提供有力保障。

会议强调，打好防范化解重大风险、精准脱贫、污染防治的攻坚战，是以习近平同志为核心的党中央深刻分析国际国内形势，着眼党和国家事业发展全局作出的重大战略部署，对于夺取全面建成小康社会伟大胜利、开启全面建设社会主义现代化强国新征程具有重大的现实意义和深远的历史意义。服从服务党和国家工作大局，充分发挥职能作用，努力为打好打赢三大攻坚战提供优质法治环境和司法保障，是当前和今后一个时期人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关、生态环境部门的重点任务。

会议指出，2018年12月19日至21日召开的中央经济工作会议要求，打好污染防治攻坚战，要坚守阵地、巩固成果，聚焦做好打赢蓝天保卫战等工作，加大工作和投入力度，同时要统筹兼顾，避免处置措施简单粗暴。各部门要认真领会会议精神，紧密结合实际，强化政治意识、大局意识和责任担当，以加大办理环境污染刑事案件工作力度作为切入点和着力点，主动调整工作思路，积极谋划工作举措，既要全面履职、积极作为，又要综合施策、精准发力，保障污染防治攻坚战顺利推进。

二

会议要求，各部门要正确理解和准确适用刑法和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕29号，以下称《环境解释》）的规定，坚持最严格的环保司法制度、最严密的环保法治理念，统一执法司法尺度，加大对环境污染犯罪的惩治力度。

1. 关于单位犯罪的认定

会议针对一些地方存在追究自然人犯罪多，追究单位犯罪少，单位犯罪认定难的情况和问题进行了讨论。会议认为，办理环境污染犯罪案件，认定单位犯罪时，应当依法合理把握追究刑事责任的范围，贯彻宽严相济刑事政策，重点打击出资者、经营者和主要获利者，既要防止不当缩小追究刑事责任的人员范围，又要防止打击面过大。

为了单位利益，实施环境污染行为，并具有下列情形之一的，应当认定为单位犯罪：（1）经单位决策机构按照决策程序决定的；（2）经单位实际控制人、主要负责人或者授权的分管负责人决定、同意的；（3）单位实际控制人、主要负责人或者授权的分管负责人得知单位成员个人实施环境污染犯罪行为，并未加以制止或者及时采取措施，而是予以追认、纵容或者默许的；（4）使用单位营业执照、合同书、公章、印鉴等对外开展活动，并调用单位车辆、船舶、生产设备、原辅材料等实施环境污染犯罪行为的。

单位犯罪中的“直接负责的主管人员”，一般是指对单位犯罪起决定、批准、组织、策划、指挥、授意、纵容等作用的主管人员，包括单位实际控制

人、主要负责人或者授权的分管负责人、高级管理人员等；“其他直接责任人员”，一般是指在直接负责的主管人员的指挥、授意下积极参与实施单位犯罪或者对具体实施单位犯罪起较大作用的人员。

对于应当认定为单位犯罪的污染环境犯罪案件，公安机关未作为单位犯罪移送审查起诉的，人民检察院应当退回公安机关补充侦查。对于应当认定为单位犯罪的污染环境犯罪案件，人民检察院只作为自然人犯罪起诉的，人民法院应当建议人民检察院对犯罪单位补充起诉。

2. 关于犯罪未遂的认定

会议针对当前办理污染环境犯罪案件中，能否认定污染环境罪（未遂）的问题进行了讨论。会议认为，当前环境执法工作形势比较严峻，一些行为人拒不配合执法检查、接受检查时弄虚作假、故意逃避法律追究的情形时有发生，因此对于行为人已经着手实施非法排放、倾倒、处置有毒有害污染物的行为，由于有关部门查处或者其他意志以外的原因未得逞的情形，可以污染环境罪（未遂）追究刑事责任。

3. 关于主观过错的认定

会议针对当前办理污染环境犯罪案件中，如何准确认定犯罪嫌疑人、被告人主观过错的问题进行了讨论。会议认为，判断犯罪嫌疑人、被告人是否具有环境污染犯罪的故意，应当依据犯罪嫌疑人、被告人的任职情况、职业经历、专业背景、培训经历、本人因同类行为受到行政处罚或者刑事追究情况以及污染物种类、污染方式、资金流向等证据，结合其供述，进行综合分析判断。

实践中，具有下列情形之一，犯罪嫌疑人、被告人不能作出合理解释的，可以认定其故意实施环境污染犯罪，但有证据证明确系不知情的除外：（1）企业没有依法通过环境影响评价，或者未依法取得排污许可证，排放污染物，或者已经通过环境影响评价并且防治污染设施验收合格后，擅自更改工艺流程、原辅材料，导致产生新的污染物质的；（2）不使用验收合格的防治污染设施或者不按规范要求使用的；（3）防治污染设施发生故障，发现后不及时排除，继续生产放任污染物排放的；（4）生态环境部门责令限制生产、停产整治或者予以行政处罚后，继续生产放任污染物排放的；（5）将危险废物委托第三方处置，没有尽到查验经营许可的义务，或者委托处置费用明显低于市场价格或者处置成本的；（6）通过暗管、渗井、渗坑、裂隙、溶洞、灌注等逃避监管的方式排放污染物的；（7）通过篡改、伪造监测数据的方式排放污染物的；（8）其他足以认定的情形。

4. 关于生态环境损害标准的认定

会议针对如何适用《环境解释》第一条、第三条规定的“造成生态环境严重损害的”“造成生态环境特别严重损害的”定罪量刑标准进行了讨论。会议

指出,生态环境损害赔偿制度是生态文明制度体系的重要组成部分。党中央、国务院高度重视生态环境损害赔偿工作,党的十八届三中全会明确提出对造成生态环境损害的责任者严格实行赔偿制度。2015年,中央办公厅、国务院办公厅印发《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》(中办发〔2015〕57号),在吉林等7个省市部署开展改革试点,取得明显成效。2017年,中央办公厅、国务院办公厅印发《生态环境损害赔偿制度改革方案》(中办发〔2017〕68号),在全国范围内试行生态环境损害赔偿制度。

会议指出,《环境解释》将造成生态环境损害规定为污染环境罪的定罪量刑标准之一,是为了与生态环境损害赔偿制度实现衔接配套,考虑到该制度尚在试行过程中,《环境解释》作了较原则的规定。司法实践中,一些省市结合本地区工作实际制定了具体标准。会议认为,在生态环境损害赔偿制度试行阶段,全国各省(自治区、直辖市)可以结合本地实际情况,因地制宜,因时制宜,根据案件具体情况准确认定“造成生态环境严重损害”和“造成生态环境特别严重损害”。

5. 关于非法经营罪的适用

会议针对如何把握非法经营罪与污染环境罪的关系以及如何具体适用非法经营罪的问题进行了讨论。会议强调,要高度重视非法经营危险废物案件的办理,坚持全链条、全环节、全流程对非法排放、倾倒、处置、经营危险废物的产业链进行刑事打击,查清犯罪网络,深挖犯罪源头,斩断利益链条,不断挤压和铲除此类犯罪滋生蔓延的空间。

会议认为,准确理解和适用《环境解释》第六条的规定应当注意把握两个原则:一要坚持实质判断原则,对行为人非法经营危险废物行为的社会危害性作实质性判断。比如,一些单位或者个人虽未依法取得危险废物经营许可证,但其收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动,没有超标排放污染物、非法倾倒污染物或者其他违法造成环境污染情形的,则不宜以非法经营罪论处。二要坚持综合判断原则,对行为人非法经营危险废物行为根据其在犯罪链条中的地位、作用综合判断其社会危害性。比如,有证据证明单位或者个人的无证经营危险废物行为属于危险废物非法经营产业链的一部分,并且已经形成了分工负责、利益均沾、相对固定的犯罪链条,如果行为人或者与其联系紧密的上游或者下游环节具有排放、倾倒、处置危险废物违法造成环境污染的情形,且交易价格明显异常的,对行为人可以根据案件具体情况在污染环境罪和非法经营罪中,择一重罪处断。

6. 关于投放危险物质罪的适用

会议强调,目前我国一些地方环境违法犯罪活动高发多发,刑事处罚威慑力不强的问题仍然突出,现阶段在办理环境污染犯罪案件时必须坚决贯彻落实

中央领导同志关于重典治理污染的指示精神，把刑法和《环境解释》的规定用足用好，形成对环境污染违法犯罪的强大震慑。

会议认为，司法实践中对环境污染行为适用投放危险物质罪追究刑事责任时，应当重点审查判断行为人的主观恶性、污染行为恶劣程度、污染物的毒害性危险性、污染持续时间、污染结果是否可逆、是否对公共安全造成现实、具体、明确的危险或者危害等各方面因素。对于行为人明知其排放、倾倒、处置的污染物含有毒害性、放射性、传染病病原体等危险物质，仍实施环境污染行为放任其危害公共安全，造成重大人员伤亡、重大公私财产损失等严重后果，以污染环境罪论处明显不足以罚当其罪的，可以按投放危险物质罪定罪量刑。实践中，此类情形主要是向饮用水水源保护区，饮用水供水单位取水口和出水口，南水北调水库、干渠、涵洞等配套工程，重要渔业水体以及自然保护区核心区等特殊保护区域，排放、倾倒、处置毒害性极强的污染物，危害公共安全并造成严重后果的情形。

7. 关于涉大气污染环境犯罪的处理

会议针对涉大气污染环境犯罪的打击处理问题进行了讨论。会议强调，打赢蓝天保卫战是打好污染防治攻坚战的重中之重。各级人民法院、人民检察院、公安机关、生态环境部门要认真分析研究全国人大常委会大气污染防治法执法检查发现的问题和提出的建议，不断加大对涉大气污染环境犯罪的打击力度，毫不动摇地以法律武器治理污染，用法治力量保卫蓝天，推动解决人民群众关注的突出大气环境问题。

会议认为，司法实践中打击涉大气污染环境犯罪，要抓住关键问题，紧盯薄弱环节，突出打击重点。对重污染天气预警期间，违反国家规定，超标排放二氧化硫、氮氧化物，受过行政处罚后又实施上述行为或者具有其他严重情节的，可以适用《环境解释》第一条第十八项规定的“其他严重污染环境的情形”追究刑事责任。

8. 关于非法排放、倾倒、处置行为的认定

会议针对如何准确认定环境污染犯罪中非法排放、倾倒、处置行为进行了讨论。会议认为，司法实践中认定非法排放、倾倒、处置行为时，应当根据《固体废物污染环境防治法》和《环境解释》的有关规定精神，从其行为方式是否违反国家规定或者行业操作规范、污染物是否与外环境接触、是否造成环境污染的危险或者危害等方面进行综合分析判断。对名为运输、贮存、利用，实为排放、倾倒、处置的行为应当认定为非法排放、倾倒、处置行为，可以依法追究刑事责任。比如，未采取相应防范措施将没有利用价值的危险废物长期贮存、搁置，放任危险废物或者其有毒有害成分大量扬散、流失、泄漏、挥发，污染环境的。

9. 关于有害物质的认定

会议针对如何准确认定刑法第三百三十八条规定的“其他有害物质”的问题进行了讨论。会议认为，办理非法排放、倾倒、处置其他有害物质的案件，应当坚持主客观相一致原则，从行为人的主观恶性、污染行为恶劣程度、有害物质危险性毒害性等方面进行综合分析判断，准确认定其行为的社会危害性。实践中，常见的有害物质主要有：工业危险废物以外的其他工业固体废物；未经处理的生活垃圾；有害大气污染物、受控消耗臭氧层物质和有害水污染物；在利用和处置过程中必然产生有毒有害物质的其他物质；国务院生态环境保护主管部门会同国务院卫生主管部门公布的有毒有害污染物名录中的有关物质等。

10. 关于从重处罚情形的认定

会议强调，要坚决贯彻党中央推动长江经济带发展的重大决策，为长江经济带共抓大保护、不搞大开发提供有力的司法保障。实践中，对于发生在长江经济带十一省（直辖市）的下列环境污染犯罪行为，可以从重处罚：（1）跨省（直辖市）排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质的；（2）向国家确定的重要江河、湖泊或者其他跨省（直辖市）江河、湖泊排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质的。

11. 关于严格适用不起诉、缓刑、免于刑事处罚

会议针对当前办理环境污染犯罪案件中如何严格适用不起诉、缓刑、免于刑事处罚的问题进行了讨论。会议强调，环境污染犯罪案件的刑罚适用直接关系到加强生态环境保护打好污染防治攻坚战的实际效果。各级人民法院、人民检察院要深刻认识环境污染犯罪的严重社会危害性，正确贯彻宽严相济刑事政策，充分发挥刑罚的惩治和预防功能。要在全面把握犯罪事实和量刑情节的基础上严格依照刑法和刑事诉讼法规定的条件适用不起诉、缓刑、免于刑事处罚，既要考虑从宽情节，又要考虑从严情节；既要做到刑罚与犯罪相当，又要做到刑罚执行方式与犯罪相当，切实避免不起诉、缓刑、免于刑事处罚不当适用造成的消极影响。

会议认为，具有下列情形之一的，一般不适用不起诉、缓刑或者免于刑事处罚：（1）不如实供述罪行的；（2）属于共同犯罪中情节严重的主犯的；（3）犯有数个环境污染犯罪依法实行并罚或者以一罪处理的；（4）曾因环境污染违法犯罪行为受过行政处罚或者刑事处罚的；（5）其他不宜适用不起诉、缓刑、免于刑事处罚的情形。

会议要求，人民法院审理环境污染犯罪案件拟适用缓刑或者免于刑事处罚的，应当分析案发前后的社会影响和反映，注意听取控辩双方提出的意见。对

于情节恶劣、社会反映强烈的环境污染犯罪，不得适用缓刑、免于刑事处罚。人民法院对判处缓刑的被告人，一般应当同时宣告禁止令，禁止其在缓刑考验期内从事与排污或者处置危险废物有关的经营性活动。生态环境部门根据禁止令，对上述人员担任实际控制人、主要负责人或者高级管理人员的单位，依法不得发放排污许可证或者危险废物经营许可证。

三

会议要求，各部门要认真执行《环境解释》和原环境保护部、公安部、最高人民检察院《环境保护行政执法与刑事司法衔接工作办法》（环环监〔2017〕17号）的有关规定，进一步理顺部门职责，畅通衔接渠道，建立健全环境行政执法与刑事司法衔接的长效工作机制。

12. 关于管辖的问题

会议针对环境污染犯罪案件的管辖问题进行了讨论。会议认为，实践中一些环境污染犯罪案件属于典型的跨区域刑事案件，容易存在管辖不明或者有争议的情况，各级人民法院、人民检察院、公安机关要加强沟通协调，共同研究解决。

会议提出，跨区域环境污染犯罪案件由犯罪地的公安机关管辖。如果由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖更为适宜的，可以由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖。犯罪地包括环境污染行为发生地和结果发生地。“环境污染行为发生地”包括环境污染行为的实施地以及预备地、开始地、途经地、结束地以及排放、倾倒污染物的车船停靠地、始发地、途经地、到达地等地点；环境污染行为有连续、持续或者继续状态的，相关地方都属于环境污染行为发生地。“环境污染结果发生地”包括污染物排放地、倾倒地、堆放地、污染发生地等。

多个公安机关都有权立案侦查的，由最初受理的或者主要犯罪地的公安机关立案侦查，管辖有争议的，按照有利于查清犯罪事实、有利于诉讼的原则，由共同的上级公安机关协调确定的公安机关立案侦查，需要提请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的，由该公安机关所在地的人民检察院、人民法院受理。

13. 关于危险废物的认定

会议针对危险废物如何认定以及是否需要鉴定的问题进行了讨论。会议认为，根据《环境解释》的规定精神，对于列入《国家危险废物名录》的，如果来源和相应特征明确，司法人员根据自身专业技术知识和工作经验认定难度不大的，司法机关可以依据名录直接认定。对于来源和相应特征不明确的，由生态环境部门、公安机关等出具书面意见，司法机关可以依据涉案物质的来源、产生过程、被告人供述、证人证言以及经批准或者备案的环境影响评价文件等

证据, 结合上述书面意见作出是否属于危险废物的认定。对于需要生态环境部门、公安机关等出具书面认定意见的, 区分下列情况分别处理: (1) 对已确认固体废物产生单位, 且产废单位环评文件中明确为危险废物的, 根据产废单位建设项目环评文件和审批、验收意见、案件笔录等材料, 可对照《国家危险废物名录》等出具认定意见。(2) 对已确认固体废物产生单位, 但产废单位环评文件中未明确为危险废物的, 应进一步分析废物产生工艺, 对照判断其是否列入《国家危险废物名录》。列入名录的可以直接出具认定意见; 未列入名录的, 应根据原辅材料、产生工艺等进一步分析其是否具有危险特性, 不可能具有危险特性的, 不属于危险废物; 可能具有危险特性的, 抽取典型样品进行检测, 并根据典型样品检测指标浓度, 对照《危险废物鉴别标准》(GB5085.1-7) 出具认定意见。(3) 对固体废物产生单位无法确定的, 应抽取典型样品进行检测, 根据典型样品检测指标浓度, 对照《危险废物鉴别标准》(GB5085.1-7) 出具认定意见。对确需进一步委托有相关资质的检测鉴定机构进行检测鉴定的, 生态环境部门或者公安机关按照有关规定开展检测鉴定工作。

14. 关于鉴定的问题

会议指出, 针对当前办理环境污染犯罪案件中存在的司法鉴定有关问题, 司法部将会同生态环境部, 加快准入一批诉讼急需、社会关注的环境损害司法鉴定机构, 加快对环境损害司法鉴定相关技术规范和标准的制定、修改和认定工作, 规范鉴定程序, 指导各地司法行政机关会同价格主管部门制定出台环境损害司法鉴定收费标准, 加强与办案机关的沟通衔接, 更好地满足办案机关需求。

会议要求, 司法部应当根据《关于严格准入严格监管提高司法鉴定质量和公信力的意见》(司发〔2017〕11号)的要求, 会同生态环境部加强对环境损害司法鉴定机构的事中事后监管, 加强司法鉴定社会信用体系建设, 建立黑名单制度, 完善退出机制, 及时向社会公开违法违规的环境损害司法鉴定机构和鉴定人行政处罚、行业惩戒等监管信息, 对弄虚作假造成环境损害鉴定评估结论严重失实或者违规收取高额费用、情节严重的, 依法撤销登记。鼓励有关单位或者个人向司法部、生态环境部举报环境损害司法鉴定机构的违法违规行为。

会议认为, 根据《环境解释》的规定精神, 对涉及案件定罪量刑的核心或者关键专门性问题难以确定的, 由司法鉴定机构出具鉴定意见。实践中, 这类核心或者关键专门性问题主要是案件具体适用的定罪量刑标准涉及的专门性问题, 比如公私财产损失数额、超过排放标准倍数、污染物性质判断等。对案件的其他非核心或者关键专门性问题, 或者可鉴定也可不鉴定的专门性问题, 一般不委托鉴定。比如, 适用《环境解释》第一条第二项“非法排放、倾倒、处

置危险废物三吨以上”的规定对当事人追究刑事责任的，除可能适用公私财产损失第二档定罪量刑标准的以外，则不应再对公私财产损失数额或者超过排放标准倍数进行鉴定。涉及案件定罪量刑的核心或者关键专门性问题难以鉴定或者鉴定费用明显过高的，司法机关可以结合案件其他证据，并参考生态环境部门意见、专家意见等作出认定。

15. 关于监测数据的证据资格问题

会议针对实践中地方生态环境部门及其所属监测机构委托第三方监测机构出具报告的证据资格问题进行了讨论。会议认为，地方生态环境部门及其所属监测机构委托第三方监测机构出具的监测报告，地方生态环境部门及其所属监测机构在行政执法过程中予以采用的，其实质属于《环境解释》第十二条规定的“环境保护主管部门及其所属监测机构在行政执法过程中收集的监测数据”，在刑事诉讼中可以作为证据使用。