

第四版

刑法分则实务

XINGFA FENZE SHIWU YANJIU

研究

下

王作富 主编

中国方正出版社

第四版

刑法分则实务

XINGFA FENZE SHIWU YANJIU

研究

下

王作富 主编

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法分则实务研究/王作富主编. —4 版. —北京: 中国
2009. 12

ISBN 978 - 7 - 80216 - 202 - 0

I. 刑… II. 王… III. 刑法 - 分则 - 研究 - 中国 IV

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 233810 号

刑法分则实务研究

王作富 主编

责任编辑: 罗侃平 责任印制: 李 华

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560933 门市部: (010) 66562755

编辑部: (010) 59596615 出版部: (010) 66510958

网 址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: lkp0707@sina.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京外文印刷厂

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

印 张: 127.25

字 数: 2470 千字

版 次: 2010 年 2 月第 4 版 2010 年 2 月第 3 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 202 - 0

定价: 248.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

目 录

第十四章	妨害司法罪	(1305)
第一节	妨害司法罪概述	(1305)
第二节	伪证罪	(1307)
第三节	辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪	(1316)
第四节	妨害作证罪	(1321)
第五节	帮助毁灭、伪造证据罪	(1327)
第六节	打击报复证人罪	(1333)
第七节	扰乱法庭秩序罪	(1336)
第八节	窝藏、包庇罪	(1339)
第九节	拒绝提供间谍犯罪证据罪	(1342)
第十节	掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪	(1347)
第十一节	拒不执行判决、裁定罪	(1358)
第十二节	非法处置查封、扣押、冻结的财产罪	(1363)
第十三节	破坏监管秩序罪	(1366)
第十四节	脱逃罪	(1373)
第十五节	劫夺被押解人员罪	(1380)
第十六节	组织越狱罪	(1385)
第十七节	暴动越狱罪	(1388)
第十五章	妨害国(边)境管理罪	(1395)
第一节	妨害国(边)境管理罪概述	(1395)
第二节	组织他人偷越国(边)境罪	(1396)
第三节	骗取出境证件罪	(1401)
第四节	提供伪造、变造的出入境证件罪	(1409)
第五节	出售出入境证件罪	(1415)
第六节	运送他人偷越国(边)境罪	(1418)
第七节	偷越国(边)境罪	(1423)
第八节	破坏界碑、界桩罪	(1427)
第九节	破坏永久性测量标志罪	(1431)
第十六章	妨害文物管理罪	(1437)

第一节	妨害文物管理罪概述	(1437)
第二节	故意损毁文物罪	(1438)
第三节	故意损毁名胜古迹罪	(1441)
第四节	非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪	(1443)
第五节	倒卖文物罪	(1446)
第六节	非法出售、私赠文物藏品罪	(1448)
第七节	盗掘古文化遗址、古墓葬罪	(1455)
第八节	擅自出卖、转让国有档案罪	(1459)
第十七章	危害公共卫生罪	(1464)
第一节	危害公共卫生罪概述	(1464)
第二节	妨害传染病防治罪	(1466)
第三节	传染病菌种、毒种扩散罪	(1469)
第四节	妨害国境卫生检疫罪	(1475)
第五节	非法组织卖血罪	(1479)
第六节	非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪	(1481)
第七节	采集、供应血液、制作、供应血液制品事故罪	(1487)
第八节	医疗事故罪	(1492)
第九节	非法行医罪	(1499)
第十节	非法进行节育手术罪	(1504)
第十一节	妨害动植物防疫、检疫罪	(1507)
第十八章	破坏环境资源保护罪	(1510)
第一节	破坏环境资源保护罪概述	(1510)
第二节	重大环境污染事故罪	(1512)
第三节	非法处置进口的固体废物罪	(1517)
第四节	擅自进口固体废物罪	(1522)
第五节	非法捕捞水产品罪	(1525)
第六节	非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪	(1530)
第七节	非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、 濒危野生动物制品罪	(1535)
第八节	非法狩猎罪	(1540)
第九节	非法占用农用地罪	(1543)
第十节	非法采矿罪	(1546)
第十一节	破坏性采矿罪	(1550)
第十二节	非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪	(1553)
第十三节	非法收购、运输、加工、出售国家重点保护植物、 国家重点保护植物制品罪	(1557)

第十四节 盗伐林木罪	(1558)
第十五节 滥伐林木罪	(1561)
第十六节 非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪	(1563)
第十九章 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(1566)
第一节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪概述	(1566)
第二节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(1568)
第三节 非法持有毒品罪	(1584)
第四节 包庇毒品犯罪分子罪	(1588)
第五节 窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪	(1591)
第六节 走私制毒物品罪	(1594)
第七节 非法种植毒品原植物罪	(1600)
第八节 引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪	(1605)
第九节 强迫他人吸毒罪	(1609)
第十节 非法提供麻醉药品、精神药品罪	(1610)
第二十章 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(1616)
第一节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪概述	(1616)
第二节 组织卖淫罪	(1618)
第三节 强迫卖淫罪	(1625)
第四节 引诱、容留、介绍卖淫罪	(1630)
第五节 传播性病罪	(1632)
第六节 嫖宿幼女罪	(1635)
第二十一章 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(1639)
第一节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪概述	(1639)
第二节 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪	(1640)
第三节 为他人提供书号出版淫秽书刊罪	(1654)
第四节 传播淫秽物品罪	(1656)
第五节 组织播放淫秽音像制品罪	(1660)
第六节 组织淫秽表演罪	(1663)
第二十二章 贪污贿赂罪	(1666)
第一节 贪污贿赂罪概述	(1666)
第二节 贪污罪	(1667)
第三节 挪用公款罪	(1718)
第四节 受贿罪	(1744)
第五节 单位受贿罪	(1797)
第六节 利用影响力受贿罪	(1806)
第七节 行贿罪	(1819)

第八节 对单位行贿罪	(1827)
第九节 介绍贿赂罪	(1829)
第十节 单位行贿罪	(1833)
第十一节 巨额财产来源不明罪	(1838)
第十二节 隐瞒境外存款罪	(1843)
第十三节 私分国有资产罪	(1848)
第十四节 私分罚没财物罪	(1858)
第二十三章 渎职罪	(1865)
第一节 渎职罪概述	(1865)
第二节 滥用职权罪	(1868)
第三节 玩忽职守罪	(1874)
第四节 故意泄露国家秘密罪	(1881)
第五节 徇私枉法罪	(1886)
第六节 民事、行政枉法裁判罪	(1896)
第七节 执行判决、裁定失职罪	(1903)
第八节 执行判决、裁定滥用职权罪	(1905)
第九节 枉法仲裁罪	(1907)
第十节 私放在押人员罪	(1910)
第十一节 失职致使在押人员脱逃罪	(1914)
第十二节 徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪	(1918)
第十三节 徇私舞弊不移交刑事案件罪	(1925)
第十四节 滥用管理公司、证券职权罪	(1931)
第十五节 徇私舞弊不征、少征税款罪	(1935)
第十六节 徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪	(1938)
第十七节 违法提供出口退税凭证罪	(1939)
第十八节 国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪	(1942)
第十九节 违法发放林木采伐许可证罪	(1945)
第二十节 环境监管失职罪	(1947)
第二十一节 传染病防治失职罪	(1952)
第二十二节 非法批准征用、占用土地罪	(1955)
第二十三节 非法低价出让国有土地使用权罪	(1960)
第二十四节 放纵走私罪	(1962)
第二十五节 商检徇私舞弊罪	(1967)
第二十六节 商检失职罪	(1969)
第二十七节 动植物检疫徇私舞弊罪	(1971)
第二十八节 动植物检疫失职罪	(1973)

第二十九节 放纵制售伪劣商品犯罪行为罪	(1974)
第三十节 办理偷越国(边)境人员出入境证件罪	(1977)
第三十一节 不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪	(1980)
第三十二节 阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪	(1982)
第三十三节 帮助犯罪分子逃避处罚罪	(1985)
第三十四节 招收公务员、学生徇私舞弊罪	(1992)
第三十五节 失职造成珍贵文物损毁、流失罪	(1996)

妨害司法罪

第一节 妨害司法罪概述

一、妨害司法罪的概念和构成特征

妨害司法罪是刑法分则第六章第二节规定的犯罪，是指妨害国家正常的司法活动，破坏国家司法权的行使，依法应受刑罚处罚的行为。《刑法修正案（六）》对《刑法》第312条作了修改补充：一是将犯罪对象由“犯罪所得的赃物”修改为“犯罪所得及其产生的收益”；二是增加了兜底性规定，即将“以其他方法掩饰、隐瞒”也规定为行为方式。

妨害司法罪具有以下构成特征：

（一）客体特征

妨害司法罪侵犯的客体是国家正常的司法活动。司法活动包括侦查、检察、审判、监管等环节。具体到每一个罪，有些可能发生在司法活动的多个环节，如伪证罪可以发生在侦查、审查起诉（检察）、审判三个环节中的任何一个当中，因此，可能直接妨害侦查、检察、审判等三种活动。有些罪只能发生在司法活动的一个环节当中，直接妨害的仅仅只是司法活动的一个方面。如扰乱法庭秩序罪只能发生在审判环节，直接妨害的只是审判活动；拒不执行判决、裁定罪、非法处置查封、扣押、冻结的财产罪只能发生在执行环节，直接妨害的只是执行活动；破坏监管秩序罪只能发生在监管环节当中，直接妨害的只是监管活动。无论是审判活动、执行活动、监管活动，或者是侦查活动、检察活动，都是司法活动的有机组成部分。所以，不论是哪一种妨害司法的犯罪，都必然妨害司法活动这一整体。

（二）客观特征

妨害司法罪的客观方面表现为各种妨害国家正常的司法活动，破坏国家司

法权的行使，依法应受刑罚处罚的行为。这些行为多种多样，但基本上是以作为形式表现出来的，只有两个罪只能由不作为构成，即拒绝提供间谍犯罪证据罪和拒不执行判决、裁定罪。由于妨害司法活动的行为各种各样，其危害性差别大，因此，有4个罪要求情节严重，才能构成犯罪，即属于情节犯，这些情节犯包括拒绝提供间谍犯罪证据罪，拒不执行法院判决、裁定罪，非法处置查封、扣押、冻结的财产罪，破坏监管秩序罪。其他犯罪都是普通的行为犯，即只要实施了相关行为并进行到一定程度，即构成犯罪既遂。

（三）主体特征

妨害司法罪的主体，既包括一般主体，也包括特殊主体，如伪证罪的主体只能是证人、鉴定人、记录人、翻译人，辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪的主体只能是辩护人、诉讼代理人，拒不执行判决、裁定罪的主体是被法院判决、裁定明确指定履行某种义务的人，破坏监管秩序罪的主体是依法被关押的罪犯。

（四）主观特征

妨害司法罪的主观方面只能是故意，过失行为不能构成此类犯罪。

二、妨害司法罪的种类

妨害司法罪可以分为以下几种：

1. 有关证据的犯罪。包括伪证罪，辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪，妨害作证罪，帮助毁灭、伪造证据罪，打击报复证人罪，拒绝提供间谍证据犯罪证据罪。
2. 有关执行的犯罪。包括拒不执行判决、裁定罪，非法处置查封、扣押、冻结的财产罪。
3. 有关监管的犯罪。包括破坏监管秩序罪，脱逃罪，劫夺被押解人员罪，组织越狱罪，暴动越狱罪，聚众持械劫狱罪。
4. 有关法庭秩序的犯罪，即扰乱法庭秩序罪。
5. 连累犯，即因自己的行为与其他已经实施犯罪的人或犯罪物品有关而构成的犯罪，包括窝藏、包庇罪以及掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。

第二节 伪 证 罪

一、伪证罪的概念和构成特征

伪证罪，是指在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。

伪证罪具有以下构成特征：

（一）客体特征

我国1979年《刑法》第148条对伪证罪作了规定：“在侦查、审判中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的，处二以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处二年以上七年以下有期徒刑。”将伪证罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章，视其为“假借国家机关权力侵犯公民权利的犯罪”。^①现行刑法在妨害社会管理秩序罪一章中设立妨害司法罪专节后，伪证罪归入该节。

伪证罪侵犯的客体是复杂客体，既妨害司法机关的正常活动，又往往会侵犯公民的人身权利。妨害司法机关的正常活动是伪证罪侵犯的主要客体。一方面，伪证犯罪行为，无论是陷害他人，使无罪的人受刑事追究，还是隐匿罪证，放纵真正的犯罪分子，都必然妨害司法机关的正常活动，并有可能导致对案件的错误认定和处罚。另一方面，陷害他人的伪证行为，往往又同时侵犯公民的人身权利。伪证罪具有的严重社会危害性，使其成为古今中外刑法中常见的罪名之一，在我国现行刑法中则是妨害司法罪专节的第一个罪名。在当今一些国家的刑法中，妨害司法之犯罪在刑法分则中的排位非常靠前，甚至仅列在危害国家安全犯罪之后，可见各国对防范、打击妨害司法罪的重视。

（二）客观特征

伪证罪在客观方面表现为，在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。因此，虽然罪名是伪证罪，实际上包括的犯罪行为除证人的虚假证明行为外，还有鉴定人的虚假鉴定行为、记录人的虚假记录行为和翻译人的虚假翻译行为。

^① 王作富著：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年7月第1版，第507页；高铭喧主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年4月版，第444页。

1. 行为人实施了法定的伪证行为。

我国刑法中规定的伪证行为不仅包括证人作虚假证明的行为，而且包括鉴定人作虚假鉴定、记录人作虚假记录和翻译人作虚假翻译的行为。

第一，证人的虚假证明行为。关于证人的虚假证明行为，关键的问题在于如何界定“虚假证明”。外国刑法中，与“虚假证明”类似的规定有“为虚伪陈述”、“提供虚伪证据”、“作虚伪证言”等。在刑法理论上，对如何认定“虚假”、“虚伪”，有客观说和主观说之分。

客观说认为，刑法设立伪证罪的目的在于保障司法活动的正确性，因而，以证人陈述的内容是否符合客观真实为标准判断证人的证言等是否虚假。只要证人提供的事实与客观真实的事实有出入，即可认为证人作了虚伪陈述。反之，即使证人出于作伪证之故意，但如果其认为是伪证的事实恰恰是客观真实的，也不算是伪证。

主观说认为，判断证人作证是否虚假，不是决定于其陈述是否符合客观事实，而是决定于证人本身在作证时主观上是否将其经历或知道的事实作了准确无误的陈述。只要证人在作证时并无伪证之故意，即使其证言等与客观事实并不相符，也不能认定为伪证行为。反之，如果证人出于作伪证的故意，即使其陈述实际上是客观事实相符的，仍为伪证行为。

我们认为，上述两说均是片面的。认定证人的证明行为是否属于伪证，应当坚持主客观相统一的原则，即既要看法证人的主观心理态度，又要看法其作证行为是否有实际危害。只有证人出于作伪证的故意，其所作证言等实际上又与客观真实相反的，才可认定为伪证行为。反之，即使所作证明实际上与客观事实不符，但并非出于故意的，或者即使出于作伪证之故意，但所作陈述实际上却恰好与客观事实相符，并无现实的社会危害性的，都不是我国刑法中的伪证行为。

证人的虚假证明行为，在实践中，有两种情况：一是出于陷害他人的目的，无中生有，捏造他人犯罪的虚假事实，或者为别人捏造的虚假犯罪事实作证，意图证明该虚假事实为真实；二是出于包庇犯罪分子的目的，隐匿犯罪证据，或者故意对司法机关隐瞒所知道的犯罪事实。这里特别需要注意的是，为虚假的犯罪事实作证也是伪证行为。所谓“为虚假的犯罪事实作证”，是指证人本身并未捏造他人的犯罪事实，而是作证证明别人捏造的他人犯罪事实是真实的。

例如，1981年7月18日，迟某的嫂嫂刘某在田间干活时，曾与生产队长王某吵架，被扣了工分。第二天王某到迟家通知刘某到公社卫生院作绝育手术时，刘某拽住王某哭闹，说王某强奸了她。当时迟某在家。办案人员3次询问迟某，迟某咬定她看见王某强奸了她嫂嫂刘某。司法机关查明事实真相后，法院以伪证罪判处迟某有期徒刑六个月，缓刑一年。法院对迟某的行为按伪证罪

定罪处罚是正确的。

至于证人在司法机关调查案情时,对所见到或知道的犯罪事实故意作自相矛盾或前后不一的陈述,包括真中掺假、真假交杂,前真后假等,是否属于伪证行为,我们认为,根据有关刑法理论,无论证人作此类虚伪证明或者推翻原来关于案情的真实事实的证言等,出于何种原因,只要其是在故意隐瞒犯罪事实或者故意为他人捏造的虚假犯罪事实作证,就应当认定为伪证行为。《中华人民共和国香港特别行政区刑法》第39条规定:“任何人在一个或多个司法程序中宣誓后故意作出两项或多项自相矛盾之陈述,而该陈述是有关事实方面或声称与事实有关,并对所涉及的问题或事项具有重要性的,即为犯罪。”

尽管外国刑法中有将明知案情而不作证的行为作为伪证罪、拒不作证罪或知情不举罪处理的,但是,鉴于我国刑法中并未规定拒不作证罪或知情不举罪,我们认为,证人作虚假陈述,应当限于作为的形式,即只有故意作出关于案情的虚假陈述的,才是伪证行为。在实际生活中常见的虽知道案件真实情况,但由于各种原因不敢作证或不愿作证的行为,不宜作为伪证犯罪行为处理。在我国刑法中,唯一的例外是,《刑法》第311条关于拒绝提供间谍犯罪证据罪的规定,即明知他人有间谍犯罪行为,在国家安全机关向其调查有关情况、收集有关证据时,拒绝提供,情节严重的行为,应依法作为拒绝提供间谍犯罪证据罪定罪处罚。除此之外的知道案情不作证的行为,均不能作为犯罪处理。

第二,其他伪证行为。其他伪证行为,包括鉴定人作虚假鉴定的行为,记录人作虚假记录的行为,以及翻译人作虚假翻译的行为。

虚假鉴定,即鉴定人对有关鉴定材料,本应作出此种鉴定结论,却故意作出他种鉴定结论,使本来无辜的人受到追诉,或者使本来有罪的人逃避刑事追究等。司法活动中常用到的鉴定工作,包括法医等专门技术人员对遗留在犯罪现场的脚印、毛发、体液、物品等的鉴定,对犯罪嫌疑人和被害人的精神状况的鉴定,对被害人的伤情程度的鉴定等。在司法实践中,常见的虚假鉴定行为如对本无精神病的犯罪嫌疑人故意鉴定为患有精神病,从而使其逃避刑事追究等。

虚假记录,即司法机关的书记员等记录人员,对调查、搜查、询问证人、被害人、审讯犯罪嫌疑人、开庭笔录等刑事诉讼环节的情况故意不作真实记录,作无中生有的记录,或者故意作歪曲真相的、与真实情况不符的笔录,以使无辜的人受到追究或者使有罪的人逃避追究。

例如,某公安局记录人郑某,在办理刘某强奸一案时随预审员担任记录。郑某故意隐瞒了与刘某的朋友关系,并且在被指派询问被害人陈某时,利用陈某不识字的情况,有意歪曲其对刘某强奸行为过程的陈述,将刘某用暴力手段强奸陈某的情节,歪曲记录为陈某同意、半推半就地发生两性关系,致使移送

起诉时，对刘某的强奸罪漏诉。后经法院、检察院查实，郑某被以伪证罪定罪处罚。

虚假翻译，即在刑事诉讼过程中承担翻译任务的人员，在对不通晓当地通用语言的外国人、少数民族人或者聋哑人等有关诉讼参与人的陈述等进行翻译时，故意作与陈述人真实意思相反的翻译，或者对重要的情况故意不译、漏译等，以歪曲案件的事实真相，使无辜的人受到追究，或者使犯罪人逃避追究。例如，某聋哑学校教师许某，在被公安机关聘请担任该校男教师李某猥亵女学生一案的哑语翻译时，因与李某曾有过冲突，趁机报复，有意将女学生指控李某的一般猥亵行为翻译为奸淫幼女行为，致使李某被逮捕关押。因李某拒绝承认，检察机关为稳妥起见，另聘请他人翻译，才发现事实真相。许某被以伪证罪追究刑事责任。

2. 伪证行为必须发生在刑事诉讼过程中。

我国1979年《刑法》第148条将伪证犯罪行为发生的时间限定为“在侦查、审判中”。现行《刑法》第305条将构成伪证罪的行为限定为“在刑事诉讼中”发生的“故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证”的行为。这里的“刑事诉讼”，应作广义的理解，不仅包括人民法院对刑事案件的审判活动，而且包括公安机关、国家安全机关、人民检察院等的立案、侦查、起诉、执行等活动。我们这里所说的“虚假证明、鉴定、记录、翻译的行为必须发生在刑事诉讼过程中”，包括两层含义：第一，伪证行为须发生在刑事诉讼过程中，即在刑事案件立案之后、刑罚执行完毕之前的某一阶段，包括立案、侦查、起诉、审判、执行等环节的某个阶段。如果是在刑事案件立案之前或者刑罚执行完毕之后作了虚假证明等，不能构成本罪。第二，构成伪证罪的虚假作证等行为必须是发生在刑事诉讼过程中。如果是在民事、经济、行政诉讼或者仲裁、公证等非诉讼活动中作虚假证明等，不能构成本罪，构成其他罪的，按其他罪处理。

3. 必须是“对与案件有重要关系的情节”作伪证。所谓“与案件有重要关系的情节”，是指对于行为人的行为是否构成犯罪、犯罪性质及罪行轻重等有重大影响的情节。^①所谓“与案件有重要关系的情节”，简而言之，就是能够影响定罪量刑的情节，包括定罪情节和量刑情节。关于定罪情节，有学者认为，“犯罪主体一定的年龄与正常的精神状态，犯罪的故意或过失，危害社会的行为以及特定的犯罪目的、时间、地点、手段等，都是成立犯罪或某些犯罪必须具备的情节，也即认定犯罪的情节”。^②量刑情节包括法定量刑情节和酌

^① 高铭喧主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年4月版，第496—497页。

^② 周振想著：《刑罚适用论》，法律出版社1990年版，第263页。

定量刑情节。法定量刑情节即我国刑法明文规定的对犯罪人从轻、减轻、免除以及从重处罚的情节，如对未成年人犯罪应当从轻或者减轻处罚，对正当防卫和紧急避险过当行为应当减轻或者免除处罚等。所谓酌定情节，即刑法中未作明确具体的规定，由司法机关在办理案件过程中具体掌握适用的情节，如犯罪的动机、目的，犯罪人的一贯表现及认罪态度等。只有在“对案件有重要关系的情节”上作伪证，才能构成伪证罪。如果伪证的内容和事实属于无关紧要的情节，对于案件的处理影响不大，可以给予批评教育或者其他处分，不能以伪证罪论处。

（三）主体特征

伪证罪的主体是特殊主体，即刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人、翻译人。这四种人都是同刑事诉讼活动密切相关的人，或属于刑事诉讼中的司法工作人员，或属于刑事诉讼中的诉讼参与人，或因知悉案件的某些情况，或因担负为案件作鉴定、记录、翻译职责，负有向司法机关如实陈述、鉴定、记录、翻译的法定义务。

1. 证人。

证人就是当事人之外的、向司法机关陈述自己经历或知悉的案件事实情况的人。我国《刑事诉讼法》第45条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。”“凡是伪造证据、隐匿证据或者毁灭证据的，无论属于何方，必须受法律追究。”第48条规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。”根据这一规定，除因生理、精神缺陷或者年幼等原因不能作证人的以外，任何人不分职业、文化程度、社会地位等，只要了解或者知悉案件的事实情况，都可以成为案件的证人。

至于被害人能否成为伪证罪的犯罪主体，我们认为，鉴于被害人陈述和证人证言一样也是刑事诉讼法规定的主要证据种类之一；在刑事诉讼中，对于询问被害人，适用询问证人的有关规定；被害人陈述是否真实可靠，对于认定案情的重要性和证人证言大致相当；在英、法、美等国刑法中，公诉案件中被害人被当做证人看待，诉讼权利、义务与证人相同，被害人是伪证罪的主体之一，等等。在司法实践中，如果被害人为陷害他人或者包庇真实的犯罪分子，故意对与案件事实有重要关系的情节作虚假陈述，足以影响案件事实认定及定罪处理的，可以作为伪证罪处理，以严肃国家法制。

2. 鉴定人。

鉴定人就是受司法机关指派或者聘请、对案件的某些事实作出专门性的结论的人。我国《刑事诉讼法》第119条、第120条规定：“为了查明案件，需要解决案件中某些专门性问题的時候，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴

定。”“鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且签字。”司法实践中，鉴定人分为两类：一类是司法机关内部附设的专职鉴定部门或者鉴定人员，如法医、化验员等；另一类是根据查明案情的需要，由司法机关临时聘请、对案件的某种事实进行鉴定的人。这里需要注意，专职鉴定人员不是司法工作人员，因为我国《刑事诉讼法》第94条规定：“本法所说的司法工作人员是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。”专职鉴定部门或鉴定人虽为分属于司法机关内部的机构或工作人员，因不具有公、检、法、司的侦查人员、检察人员、审判人员、监管人员的职务、职责，故不属于刑事诉讼法上的司法工作人员。专职鉴定人员作虚假鉴定的，不构成徇私枉法罪，只能构成伪证罪。

从广义上讲，这里所说的鉴定人包括具有专门知识的自然人，也包括鉴定部门或鉴定单位。鉴定单位即以单位名义提出鉴定结论的组织。

鉴定人不同于证人。在我国法律中，鉴定人和证人是两种不同的诉讼参与人，有着不同的诉讼权利和义务。鉴定人事先并不了解案情，而是在接受司法机关指派或聘请后，通过对鉴定材料的鉴别、分析，就案件的某个专门性问题得出结论，证人则是通过亲身经历或通过其他非司法机关的途径了解案情；鉴定人可以选择或更换，证人则不能；鉴定人可以拒绝指派或聘请，证人则无权拒绝作证；鉴定人与案件有利害关系或法定的其他关系的，应当回避，证人在任何情况下都不发生回避问题。当然，在英美法系国家，鉴定人是被视为有专门知识的特殊证人的。

3. 记录人。

记录人就是在刑事诉讼中，为司法机关的调查、搜查、询问证人、被害人或审讯被告、开庭审理等活动担任文字记录的人。

人民法院的记录即法院审判活动的记录。我国《人民法院组织法》第14条规定：“各级人民法院的书记员，担任审判庭的记录工作。”《刑事诉讼法》第167条规定，法庭审判的全部活动，应当由书记员写成笔录。当然，在审判实践中，法院书记员记录的范围不限于开庭审理活动的情况，也包括开庭前的传讯被告、询问证人、被害人等情况。

人民检察院的记录即人民检察院的侦查、起诉等活动的记录。《人民检察院组织法》第27条规定：“各级人民检察院设助理检察员和书记员若干人……，书记员办理案件的记录工作和有关事项。”据此，人民检察院设有专门担任案件记录工作的书记员。司法实践中，检察机关办理刑事案件的活动，包括询问证人、鉴定人，讯问犯罪嫌疑人，搜查等侦查行为，以及出庭支持公诉等活动，均须由书记员作好记录。

公安机关、国家安全机关一般没有专门担任记录的书记员，有关侦查活动，如询问证人、被害人，讯问犯罪嫌疑人，搜查、勘验、检查，对控告、检举材料的接收等由侦查人员担任记录。侦查人员有如实作好记录的法定义务。

有的学者认为,记录人是司法机关内部担任记录工作的书记员等,不是诉讼参与人,而属于司法工作人员,因而记录人作虚假记录,不属于伪证性质,构成犯罪的,以徇私枉法罪处理更为适宜。^①从世界主要国家的刑法规定看,也没有将司法机关内部的记录人员作为伪证罪的犯罪主体规定的。从我国刑法制定的过程看,刑法草案第22稿和第33稿中均未将记录人作为伪证罪的主体。在对第33稿修订时才增加了记录人。据介绍,当时这样规定,是“因为他们都是同司法机关收集证据直接有关的人,记录人故意作虚假记录,同样也是危险的”。^②但是,从另一方面看,记录人作虚假记录,因包含有利用职务之便实施犯罪的因素,与证人作伪证还是有所不同的。因而,将来刑法再修改时,似乎还是不把记录人作为伪证罪主体的好。

4. 翻译人。

翻译人就是在诉讼中司法机关指派或聘请担任外国语、民族语言、哑语等的翻译的人员。翻译人是诉讼参与人之一。翻译人不得与案件有利害关系,否则可以被要求回避和更换。翻译人必须懂得外国语、民族语言或者哑语中的一种,并有一定的专门翻译技能。翻译可以是口头或手势的,也可以是书面的。翻译人的翻译必须忠实于陈述人的原意,不得作歪曲或虚假的翻译。

(四) 主观特征

伪证罪在主观方面限于故意,即行为人实施伪证行为必须出于直接故意,并具有陷害他人或者隐匿罪证的目的。具体的犯罪动机多种多样。

1. 伪证罪的故意内容。

各国刑法中,伪证罪的主观方面一般均限于故意,且限于直接故意。外国刑法中常在法条中载明“故意”、“明知”、“意图”、“有意识地”等词语,以说明伪证罪是故意犯罪,典型的如印度1953年刑法第191条中的“明知或者相信该陈述是虚假的”,加拿大1971年刑法第120条中的“明知其证据不实,而意图导致审判错误”等。

我国《刑法》第305条中规定,行为人“故意”作虚假证明、鉴定、记录、翻译,“意图陷害他人或者隐匿罪证的”,才可能构成伪证罪。显然,伪证罪的主观方面是限于直接故意的。伪证罪直接故意的内容是,行为人明知自己作的是虚假的证明、鉴定、记录、翻译,并且会导致使无辜的人受到不应有的刑事追究或者使犯罪分子逃避法律制裁的结果,却希望该犯罪结果发生。

首先,行为人必须认识到自己是在作虚假的证明、鉴定、记录、翻译。如

^① 赵秉志主编:《妨害司法活动罪研究》,中国人民公安大学出版社1994年10月版,第109—110页。

^② 高铭喧著:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第199页。