

第一章 犯罪论基础

第一节 犯罪与罪刑法定原则

刑法是惩罚犯罪的法律，犯罪是适用刑罚的前提。什么是犯罪，一部刑法典应当给以科学的回答。在各国刑法典中，对于犯罪的概念有各种各样的规定。在西方国家，具有代表性并且影响较大的法国 1810 年刑法典第 1 条规定：“法律以违警刑所处罚之犯罪，称违警罪。”“法律以惩治刑所处罚之犯罪，称轻罪。”“法律以身体刑或名誉刑所处罚之犯罪，称重罪。”现行的法国刑法典基本沿用了这一规定。《法国刑法典》第 111—1 条规定：“刑事犯罪，依其严重程度，分为重罪、轻罪及违警罪。”第 111—2 条规定：“法律规定重罪与轻罪，并确定对罪犯适用之刑罚。条例规定违警罪，并依法律所定限度与区别，确定对犯违警罪者适用之刑罚。”以上规定，只是将刑事犯罪作了重罪、轻罪和违警罪的划分，并没有明确回答什么是犯罪这一问题。有些国家的刑法不涉及犯罪的概念，对此未作出规定。

我国刑法对于什么是犯罪作出了明确的回答和科学的概括。1979 年 7 月 1 日第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国刑法》第 10 条对此作出了明确的规定。1997 年 3 月 14 日第八届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民

共和国刑法》第 13 条规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”修订后的刑法保留了 1979 年刑法关于犯罪概念的规定。这一规定是犯罪本质属性和法律属性的统一，明确指出了犯罪的基本特征，划清了罪与非罪的界限。如此完整、科学地规定犯罪概念，在各国刑事立法中是不多见的，这是我国刑法的一个特点。

刑法理论界认为，犯罪构成是认定犯罪的规格和标准。所谓犯罪构成，是指刑法所规定的、决定某一行为构成犯罪的一系列主客观要件所组成的一个有机整体。如刑法第 14 条、第 15 条规定了犯罪构成的主观要件，即犯罪的故意和过失。第 17 条、第 18 条规定了犯罪主体的条件。刑法分则各章、节、条关于具体犯罪的规定反映了犯罪侵害的客体、犯罪行为必须具备犯罪构成的全部要件。但是，行为具备了某种犯罪构成的全部要件还不一定构成犯罪。如果“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”，其法律依据就是刑法第 13 条的规定。可见，我国刑法关于犯罪概念的规定和犯罪构成的规定是统一的，不可将二者割裂开或对立起来。更确切地说，刑法所规定的犯罪概念和犯罪构成是认定犯罪的规格和标准。新刑法第 13 条关于犯罪概念的规定在刑法中占有极为重要的地位，对刑法其他条文的适用具有指导意义。

我们这里所说的犯罪概念是刑法上的概念，而不是犯罪学上的概念。犯罪学家加罗法洛说：“自然犯罪概念据以建立的基础不是对权利的侵犯，而是对情感的侵犯。对此，我们所主张的原

则与法学家所主张的原则是截然不同的。”〔1〕刑法学认为,犯罪是适用刑罚的前提,是行为人承担刑事责任的基础。认定犯罪,既要从本质上把握它,又不能忽视它的法律属性。犯罪是危害社会的、依照刑法应受刑罚惩罚的行为。犯罪是法律对行为的一种评价。依照刑法应受刑罚惩罚是犯罪的法律特征,这是区别于其他违法行为、违反伦理规范的不道德行为的根本特征。它体现了刑法的基本原则——罪刑法定原则。新刑法第3条明确规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”明确规定罪刑法定原则,是修订后的我国刑法的一个显著特点。

罪刑法定原则是资产阶级革命时期反封建斗争的产物,是针对封建社会的罪刑擅断、司法专横提出来的一项民主、进步的法制原则。这项原则为以后西方各国刑事立法所确认,成为一项普遍的、对刑事立法有指导意义的原则。这项原则的基本含义是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,体现了国家与社会的法制精神,体现了对公民的人权、民主、自由的充分保障,因而是一项进步的、文明的法制原则。罪刑法定原则对我国刑法具有指导意义。1979年我国第一部刑法的制定是我国法制建设史上的一个里程碑,这部刑法体现了罪刑法定原则。1979年刑法对犯罪的概念、刑事责任的条件、刑罚的适用、各种犯罪的构成和法定刑等均作出了比较明确的规定。《刑法》第9条规定:“本法自1980年1月1日起生效。中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律、法令、政策不认为是犯罪的,适用当时的法律、法令、政策,如果当时的法律、法令、政策认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节规定应当追诉的,按照当时的法律、法令、政策追究刑事责任。但是,如果本法不

〔1〕加罗法洛著:《犯罪学》,中国大百科全书出版社。

认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”这一条是我国刑法关于溯及力的规定，但也体现了罪刑法定的精神，确定刑法有无溯及力的标准是刑法规定和刑罚的轻重。实际上这也是罪刑法定原则的规定，不能说 1979 年刑法没有贯彻罪刑法定原则，但是由于当时历史条件的限制，罪刑法定原则在刑法中没有得到更充分的体现。最突出的表现是保留了类推制度。正由于 1979 年刑法贯彻了罪刑法定的原则，所以颁布实施以来成为惩罚犯罪、保护人民的有效武器，为保障改革开放和社会主义现代化建设发挥了重要的作用。而修订后的刑法对罪刑法定原则作出了更加明确的规定，使罪刑法定原则立法化，废止了类推制度，从而使我国刑法更加完善，进一步体现了民主、进步、文明的国际潮流。在历史上，罪刑法定原则确立以后，随着社会的发展与进步，这一原则也得到了发展。出现了缓刑、减刑、假释等一系列新的刑罚制度。严格地说，这些刑罚制度与绝对的罪刑法定原则是矛盾的。既然犯罪与刑罚法律已明确规定，理应严格执行，不允许在司法实践中有变通作法。但是，实践已经证明，缓刑、减刑、假释等制度促使犯罪人认罪服法，努力将自己改造成遵纪守法、自食其力的公民，调动了犯罪人改造积极性，发挥了刑罚更好的社会效果，进一步体现了对犯罪人适用刑罚的目的。再如，关于刑法的溯及力问题，根据绝对罪刑法定的原则，法律是不能溯及既往的，对行为不能适用事后法。但是随着社会的发展，许多国家在刑事立法上对这一原则进行了修正，允许在一定条件下法可以溯及既往，这就是从旧兼从轻的原则。这一原则的出发点是新法优于旧法。在时过境迁新法轻于旧法的情况下，适用新法无论对矫正犯罪人还是对整个社会都是有利的。我国刑法修订后仍然坚持了这一原则。有的文章认为我国刑法不溯及既往，这种观点是不正确的。应当说在一定条件下溯及既往，我国刑法在溯及力上仍然采用了从旧兼从轻的原则。

新刑法罪刑法定原则在分则中得到了充分的体现：（1）增加了新的犯罪规定。由于类推制度的废止，为适应与刑事犯罪作斗争的需要，分则增加了许多新的犯罪的规定。由 8 章扩展到 10 章，由 102 条增加到 351 条。（2）分解了一些犯罪的规定。如将投机倒把罪、流氓罪和渎职罪这 3 个“口袋罪”进行了分解。将原刑法第 155 条贪污罪和第 185 条受贿罪单列一章，规定了贪污罪、挪用公款罪、受贿罪、国有单位受贿罪、间接受贿罪、行贿罪、向国有单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪、巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪、集体私分国有资产罪等 12 个罪名。（3）广泛采用叙明罪状的方式使司法工作人员能够正确把握各种犯罪的构成要件，准确定罪。（4）明确规定了某些犯罪的量刑情节。以抢劫罪为例，修订前《刑法》第 150 条规定：“以暴力、胁迫或者其它方法抢劫公私财物的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。犯前款罪，情节严重的或者致人重伤、死亡的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑，可以并处没收财产。”刑法第 263 条将 1979 年刑法第 150 条修改为：“以暴力、胁迫或者其它方法抢劫公私财物的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：（1）入户抢劫的；（2）在公共交通工具上抢劫的；（3）抢劫银行或其他金融机构的；（4）多次抢劫或者抢劫数额巨大的；（5）抢劫致人重伤、死亡的；（6）冒充军警人员抢劫的；（7）持枪抢劫的；（8）抢劫军用物资或者抢险救灾物资的。”以上规定将“情节严重”具体化了，将酌定情节法定化了。其他法条也有类似的情况。（5）缩小了量刑幅度，以避免司法实践中出现量刑时畸轻畸重的现象。（6）规定了罚金的数额和比例。（7）刑法分则增加了立法解释。如第 169 条恶意透支，第 205 条虚开发票，第 219 条商业秘密，第 367 条淫秽物品，第 389 条行贿罪等规定，使刑法分则条文的含义更加明确了。

但是，刑法规定的罪刑法定原则不是绝对的罪刑法定原则，而是相对的罪刑法定原则。新刑法对分则中各种犯罪的规定，是从实际出发，能具体的则具体，不能作出具体规定的，仍然保留了某些原则性的规定。罪刑法定原则的含义是很明确的，即定罪量刑都应依照法律规定。而且法律规定本身应尽量明确、具体，增强可操作性。但也不能走向极端，将刑法所有规定都搞得很死，没有一点灵活性和伸缩余地，使司法裁量权不复存在。这样将使法律难以适应不断发展变化、错综复杂的社会生活，也不利于同刑事犯罪作斗争，因为刑事犯罪活动不断出现新的情况和问题。因此，贯彻罪刑法定原则也要坚持原则性与灵活性的统一。刑法是否允许使用一些模糊概念，如“情节恶劣”、“重大损失”、“严重后果”、“必要限度”等，回答应当是肯定的。辩证唯物主义告诉我们，概念是客观事物本质属性在人的头脑中的反映。但是，这种反映所表现的形式也不是整齐划一的，有的反映比较精确，表现为具体的数量关系，这样的概念我们称之为精确概念；有的则比较模糊，往往不能用精确的数量加以描述，我们称之为模糊概念。不管哪种形式，只要反映了客观事物的本质属性就是科学的。因为客观世界的种种事物和现象，有的比较简单，有的则比较复杂，而复杂的事物往往不能用精确的语言来表达。在复杂的场合对复杂的事物，用模糊概念反映出来有时更准确。犯罪是人类社会生活中的一种现象，犯罪行为极为复杂，人对社会的危害行为多种多样，有错误的行为、不道德行为、违法行为，犯罪行为等。犯罪是严重危害社会的行为。严重到什么程度才是犯罪，这里找不出一个具体标准。因为犯罪对社会的危害程度是由多种因素决定的，很难用精确的数量关系表现出来，所以《刑法》第13条规定：“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”刑法不可避免地要使用一些模糊概念，并不违背罪刑法定原则。罪刑法定并不等于将复杂事物简单化。在刑法规定的数百种犯罪

中将定罪量刑的情节——列举是不可能的，将“情节恶劣”、“情节轻微”等全部分解为具体的规定是很困难的，如果一定要这样做，只能导致简单化和片面性。而且从法律本身的属性来看，也无法排除在某些规定中使用模糊概念。因为社会在前进，法律要调整，但法律应保持相对稳定性，朝令夕改有损于法律的权威。因此，在刑法中保留某些原则性规定是必要的。刑法规定罪刑法定原则不可能代替法官的司法裁判。刑事立法与刑事司法互为条件、相互补充，刑事立法的罪刑法定原则与法官相对的司法裁量权是并行不悖的。法国总检察长皮埃尔·特律什和巴黎第一大学教授海依尔·戴尔马斯·马蒂在为《法国刑法典》翻译出版所写的《序》中写道：“在许多问题上，1810年刑法典的精神在新刑法典中基本得到保留；其次，新法典的条文所表现出的谨慎符合人们所说的‘演变中的连续性。’所谓‘演变中的连续性’，是说这种演变是缓慢的，自1810年以来一直未间断。由于这种演变发展，刑法典增加了对新的犯罪规定，逐步扩大了制裁的范围。与此同时，则是对1810年刑法典严守条文观念所表现出的某种离弃，在确定刑罚方面，承认法官拥有越来越大的权力。”〔1〕这番话反映了西方国家刑事立法发展的某种趋势，值得思考。

正确处理刑事立法与刑事司法的关系，首先应完善刑事立法，严格贯彻罪刑法定原则。加强立法机关对司法机关的监督，克服在司法工作中有法不依、执法不严的现象，做到违法必究。其次应加强司法解释。司法解释是宪法赋予我国最高司法机关的权限。司法解释与罪刑法定原则并不是对立的，而是对刑事立法的一个补充。司法解释可以使法律规定更加明确具体，使司法人员正确理解法律规定，在办案过程中有所遵循，克服司法工作人员的主观随意性。因此，我国刑法修订以后司法解释工作应进一

〔1〕《法国刑法典》，中国人民公安大学出版社1995年版。

步加强。要总结经验，加强研究，提高司法解释的水平。司法解释必须坚持的原则是不能违背立法的精神。制定司法解释应有严格的程序，从实际出发，内容严谨，不可任意作扩张解释，侵犯立法的权限。

总之，法制建设必须从各国的实际出发。建国以来，我国法制建设取得了很大成绩，但仍不完善，要实现江泽民总书记在十五大报告中所提出的“到 2010 年形成有中国特色的社会主义法律体系”的目标仍然任重道远。修订后的刑法明确规定并进一步体现了罪刑法定的原则，是文明、民主、进步的表现，在我国法制建设史上具有重要意义。但刑法的修订是在世纪之交的历史时期进行的，我们应当站在历史和时代的高度，全面、准确、科学地理解罪刑法定原则，这无疑是刑事立法和刑事司法工作中应当认真思考的一个问题。

第二节 罪刑法定原则与刑法的适用

《刑法》第 3 条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”将罪刑法定原则明确规定在刑法中，这是修订后的一个显著特点。罪刑法定原则是世界各国普遍采用的对刑事立法与刑事司法有指导意义的原则。这一原则的出发点是对公民的人权、民主、自由的充分保障，体现了依法治国、法律至上的精神，是一项进步、文明的法制原则。罪刑法定原则的确立与贯彻实施，对于实现我国刑法的任务，惩罚犯罪、保障公民的合法权益，具有重要意义。但是，在司法实践中如何正确理解与适用罪刑法定原则，还有一些值得探讨的问题，现仅就以下几个问题略陈己见。

一、生产力标准与罪刑法定原则的关系

有的学者认为，在改革开放和建立社会主义市场经济体制过程中，由于社会生活的急剧变化，在司法实践中认定犯罪特别是经济犯罪时，除依照法律规定外，还应以邓小平同志“三个有利于”的理论作指导。“三个有利于”即是否有利于发展社会主义国家的社会生产力，是否有利于增强社会主义国家的综合国力，是否有利于提高人民的生活水平。“三个有利于”的核心是发展社会生产力。是否有利于解放和发展社会生产力，是我们判断各种事物利弊得失的根本标准，这是马克思主义的基本观点。衡量行为人的行为是否构成犯罪的根本标准也应如此。凡是有利于社会生产力发展的，就是有益于社会的行为，就应受到法律的保护；凡是阻碍或破坏社会生产力发展的，就是危害社会的行为，严重的就构成犯罪。有的学者还进一步提出，如果某种行为有利于生产力发展，而现行法律规定为犯罪，这是法律落后于现实生活的表现，应由立法机关及时修改有关法律。如果某种行为阻碍或破坏生产力发展，法律尚未规定为犯罪，这也是法律落后于现实生活的表现，应制定新的法律。

诚然，提出判断犯罪的生产力标准是一个很重要的问题，在理论上具有重要意义。但是不能把生产力标准与罪刑法定原则对立起来，也不能简单地用生产力标准代替法律标准。这里有两个问题：首先是立法问题，制定刑事法律时，确定何种行为是犯罪，必须坚持生产力标准。凡是严重危害或破坏社会生产力发展的行为，就应在法律上规定为犯罪；反之，则不应规定为犯罪而应受到法律保护。如已规定为犯罪，应通过立法程序予以修改。其次是司法问题，在司法实践中，判断某种行为是否构成犯罪，应依照法律规定。如果某种行为破坏生产力的发展但法律未规定为犯罪，在新的法律颁布生效前，也只能依照法律规定不以犯罪

论处，只有这样才符合罪刑法定原则。从根本上说，罪刑法定原则与生产力标准是一致的，罪刑法定原则是生产力标准在立法上的体现，不能将二者对立起来。定罪量刑时只能依法办理，离开法律规定，很难对某种行为是有利于还是破坏生产力发展作出准确的判断。刑法是上层建筑的重要组成部分，服务于生产关系的变革、保护并促进生产力的发展。刑法规定的罪刑法定原则必须切实贯彻执行，在司法实践中不允许有任何违反法律规定的变通作法。依法办事就是在司法工作中坚持生产力标准的具体体现。

二、刑法和其他法律的关系

《刑法》第3条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”本条中所称的法律，包括刑法和其他法律。因此，对犯罪行为人为人定罪判刑时，应依据刑法和其他法律的有关规定。主要依据刑法，同时也应结合其他法律的有关规定。国家颁布实施的经济、民事和行政管理等方面的法律，都有“法律责任”的专章规定，法律责任包括行政、经济和刑事等责任。而且有关经济、行政管理的法律、法规，对调整相关的法律行为都有比较具体的规定，这些规定在审理刑事案件时对分析案情、认定案件性质都是重要的法律依据。如《刑法》第174条规定了擅自设立金融机构罪。什么是擅自设立金融机构？《中华人民共和国商业银行法》第二章规定了设立商业银行的审批机关、程序；设立商业银行的条件、注册资本、应提交的文件和资料等，违反这些规定就是擅自设立金融机构的行为。又如《商业银行法》第35条规定：“商业银行贷款应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查。商业银行贷款，应当实行审贷分离、分级审批制度。”第36条规定，商业银行贷款，借款人应提供担保。第38条规定：“商业银行应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限，确定贷款利率。”第39条规定了商业银行贷款，应遵守的

负债比例。第 40 条是向关系人发放信用贷款和担保贷款的规定。上述有关规定是认定违法发放贷款罪、违法向关系人发放贷款罪的法律依据。

三、刑法总则与刑法分则的关系

在司法实践中遵循罪刑法定原则，审理刑事案件时，应全面正确地适用刑法的规定。在适用刑法分则规定定罪量刑时，应与刑法总则的规定结合起来，并以总则的规定为指导。我国刑法的结构，是由总则与分则两大部分组成的。刑法总则规定了刑法的任务、基本原则、适用范围、犯罪概念、犯罪构成等关于犯罪的一般原理与适用刑罚的一般原则；刑法分则规定了各种犯罪的罪状与法定刑。刑法总则的原则规定是分则中各种犯罪基本特征的抽象与概括，而分则中关于各种犯罪特征与法定刑的规定，则是总则关于犯罪与刑罚一般原理、原则的具体化。刑法总则与刑法分则是普遍与特殊，一般与个别的关系，二者是紧密结合的统一整体。在适用刑法时，特别是适用刑法分则定罪量刑时，应以总则的规定作指导，这样才能全面、正确地体现刑法的罪刑法定原则。如某甲系某国有企业财务科出纳员，一天晚上在值班时，邀请乙、丙在财务室玩麻将。甲很快将钱输光并欠丁 10 元钱，丁执意让甲还钱，甲无奈从公款中取出 10 元给丁。次日上班前，甲将钱归还。甲的行为是否构成挪用公款罪？《刑法》第 384 条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大，进行营利活动的，或者挪用公款数额较大，超过 3 个月未还的，是挪用公款罪，处 5 年以下有期徒刑或拘役。”根据上述规定，某甲在赌博活动中挪用公款的行为应以挪用公款罪论处。但本案中，某甲挪用公款数额极小，是在无奈的情况下挪用的，而且挪用时间仅一夜，综观案件的情节，显然社会危害程度极其轻微，不宜以犯罪论处。那么，这样处理是否违背了《刑法》第 384 条的规定，是否违背了

罪刑法定原则？回答是否定的。因为《刑法》第 13 条规定：“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”这一规定对刑法分则任何犯罪都适用，对各种具体犯罪定罪量刑时，应结合《刑法》第 13 条的规定。刑法总则的规定对刑法分则的规定具有指导意义，将总则与分则规定结合起来才能全面、正确地贯彻罪刑法定的原则。

四、刑法规定与司法解释的关系

修订后的刑法不仅明确规定了罪刑法定原则，而且这一原则在各条文中得到了具体的体现。修订后的刑法条文能具体的则具体，尽量避免抽象的、模糊的规定，大大提高了可操作性。但是，社会生活是错综复杂、千变万化的，犯罪行为也是如此。刑法规定得再细致、具体，也无法包容社会现实生活中的所有情况，与复杂多变的各种犯罪行为相比较，刑法的规定仍然是原则性的一般规定。为了正确适用刑法规定，由最高司法机关及时作出司法解释是完全必要的。司法解释是立法的一种补充，是正确适用法律的前提条件之一。我国刑法修订后，最高人民法院已经作出一系列司法解释，在司法实践中发挥了重要的作用。在审理刑事案件时，必须以刑法和有关司法解释为依据，这是贯彻罪刑法定原则的基本要求。但是，如果刑法中某些规定并没有相关的司法解释，那就应当严格适用刑法的有关规定。如《刑法》第 264 条规定：“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”为了正确适用刑法上述规定，最高人民法院《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》对“盗窃的数额”，“多次盗窃”的含义均作了具体规定和说明。审理盗窃案件，应当根据案件的具体情形认定盗窃罪的情节：“盗窃公私财物接近‘数额较大’的起点，具有下列情形之一的，可以追究刑事责任”；“盗窃公私财物虽已达到‘数额较大’的起点，但情节轻微，并具有下列情形之一

的，可不作为犯罪处理。”审理盗窃案件时应依照上述有关司法解释的规定。《刑法》第 264 条还规定：“（1）盗窃金融机构，数额特别巨大的；（2）盗窃珍贵文物、情节严重的。处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”对这一规定中的“盗窃金融机构”、“盗窃珍贵文物”的含义，上述司法解释文件已作出说明。但是对盗窃案件适用无期徒刑或死刑的规定，并没有作出与上述司法解释相类似的灵活性规定。在这种情况下就应当严格依照刑法规定对盗窃犯罪适用无期徒刑或死刑，不符合《刑法》第 264 条（1）、（2）款规定的，不能适用无期徒刑或死刑。

五、刑法规定与刑事司法之间的关系

如上所述，修订后的我国刑法充分体现了罪刑法定原则，许多规定都是明确、具体的。如《刑法》第 240 条规定：“拐卖妇女、儿童的……；有下列情形之一的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产，情节特别严重的，处死刑，并处没收财产：（1）拐卖妇女、儿童集团的首要分子；（2）拐卖妇女、儿童三人以上的；（3）奸淫被拐卖的妇女的；（4）诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的；（5）以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的；（6）以出卖为目的，偷盗婴幼儿的；（7）造成被拐卖的妇女、儿童或者其近亲属重伤、死亡或者其他严重后果的；（8）将妇女、儿童卖往境外的。”但是，由于犯罪的复杂性，不可能所有法条的规定都能作到这一点。在这种情况下，为了在司法实践中正确适用刑法规定，就需要最高司法机关作出有关的司法解释。但是，司法解释也有一定局限性。首先，司法解释只能在刑法适用过程中，在总结研究实际问题的基础上，在条件成熟的时候作出，而且司法解释也要随着司法实践中新情况、新问题的出现而加以调整。司法解释可以在某种意义上（不违背立法精神）弥补立法之不足，但不可能解决司法实践中的所有问题。

因此，如果刑法某些条文规定的含义不很明确而又缺少相关的司法解释，在这种情况下，司法工作人员如何适用刑法的有关规定就是一个有待解决的问题。如《刑法》第 385 条规定受贿罪的主体是国家工作人员。哪些人员是国家工作人员？《刑法》第 93 条规定：“本法所称的国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。”在这一规定中，“其他依照法律从事公务的人员”应如何理解？1989 年 11 月 6 日《就执行〈关于惩治贪污罪、贿赂罪的补充规定〉“两高”解答有关问题》的司法解释文件认为，“其他依照法律从事公务的人员”，是指国家工作人员、集体经济组织工作人员以外的依照法律从事公务或者受委托从事公务的人员。应当说，这一司法解释仍然没有对“其他依照法律从事公务的人员”的内涵和外延作出明确、具体的界定。那么，在司法实践中所遇到的某些问题，如乡党委书记、村支部书记是不是国家工作人员，能否构成受贿罪的主体，在刑法规定和以往的司法解释中，均未作出明确的回答。在“两高”没有作出新的司法解释前，司法工作人员如何适用刑法规定审理案件，就是一个值得研究的问题。在这种情况下，司法工作人员可以根据法律规定的精神，独立作出恰当的判断。这是司法工作人员正确行使司法裁量权，并不违背罪刑法定原则。刑事立法与刑事司法中所应遵循的罪刑法定原则与严格执法的司法裁量权是并行不悖的。严密的法律可以限制滥用法律，但不可能也不应当取代法官对具体案件的裁决。如我国《刑法》第 20 条第 2 款规定：“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或免除处罚。”这一规定扩大了公民的正当防卫权，有利于鼓励、支持广大人民群众同犯罪行为作斗

争。但是，何谓“明显超过必要限度”，何谓“造成重大损害”刑法并未作出规定，最高司法机关也没有作出司法解释。审理案件时，司法人员只有依靠自己对法律的正确理解和判断，通过对具体案件深入、客观地分析，才能得出正确的结论。

第三节 犯罪构成理论

犯罪构成理论是刑法理论的基础，刑法理论中的各种问题都与犯罪构成有着密切的联系。犯罪构成是定罪的规格和标准，在司法实践中有着十分重要的意义。

什么是犯罪构成？按照我国刑法学界的一般观点，犯罪构成是刑法规定的，决定某一行为构成犯罪所必须具备的一系列主客观要件的总和。要件即事实的特征。但这些特征不是犯罪事实中的所有特征，而是决定行为性质、决定行为是否构成犯罪的一些基本事实特征。如犯罪的客体，危害社会的行为，行为的主体，行为人实施危害社会行为时的心理状态等。不具备这些事实特征就不能构成犯罪，这些事实特征称之为犯罪构成的要件。犯罪构成要件并不是任何人随心所欲提出来的，它规定在刑法中，是以法律形式加以确定的如我国《刑法》第 13 条关于犯罪行为和犯罪客体的规定，第 14 条故意犯罪的规定，第 15 条过失犯罪的规定，第 17 条刑事责任年龄的规定，第 18 条刑事责任能力的规定等。就以《刑法》第 13 条来说，它规定了犯罪是“危害社会的行为”。犯罪行为侵害了国家主权、领土完整和安全；人民民主专政的政权和社会主义制度；社会秩序和经济秩序；国有财产或劳动群众集体所有的财产；公民私人所有的合法财产；公民的人身权利、民主权利和其他权利等。犯罪行为所侵害的这些社会关系，刑法理论称之为犯罪的客体。刑法规定的决定行为构成犯罪

的一系列主客观要件组成的有机整体就是犯罪构成。犯罪构成是认定犯罪的规格和标准，行为具备了犯罪构成的全部要件才能构成犯罪，否则就不构成犯罪。具备了刑法分则中某种犯罪的全部要件，就构成了刑法分则规定的某种犯罪，如故意杀人、抢劫、盗窃、强奸罪等。前者称之为一般犯罪构成，后者称之为具体犯罪构成。有的学者对犯罪构成进行了分类，如分为基本的犯罪构成和修正的犯罪构成；普通的犯罪构成和派生的犯罪构成；单纯的犯罪构成和混合的犯罪构成等通过这些划分，有助于加深对犯罪构成理论的理解，但有些问题值得商榷，如基本的犯罪构成和修正的犯罪构成。基本的犯罪构成，是指“刑法条文就某一犯罪的基本形态规定的犯罪构成。”修正的犯罪构成，是指“以基本的犯罪构成为前提，适应犯罪行为的不同表现形态，而对基本的犯罪构成加以某些修改变更的犯罪构成。修正的犯罪构成，主要是指预备犯、中止犯、未遂犯等故意犯罪过程中几种未完成形态的犯罪构成和共同犯罪中主犯、从犯、胁从犯和教唆犯等共同犯罪人的犯罪构成。”^{〔1〕}这种区分值得研究。首先，犯罪构成是认定犯罪的基本标准。不具备犯罪构成的全部要件，就不构成犯罪；不具备某种犯罪的全部要件，就不构成刑法分则规定的某种犯罪。对犯罪构成如何修改和变更，未进一步具体的阐述。如果说这种修改和变更意味着可以不具备犯罪构成的某种要件。那么这种修改和变更实际是对犯罪构成的否定。意味着行为不具备犯罪构成的全部要件也可以构成犯罪。实际上并非如此。就以犯罪未遂来说，犯罪未遂是指行为人着手实施犯罪以后由于意志以外的原因而使犯罪未能得逞。犯罪未得逞，不是说没有具备犯罪的全部要件，而是说犯罪构成某些要件表现出与犯罪既遂的不同形态。如犯罪侵害的客体，在犯罪未遂的情况下客体可能没有受到

〔1〕 高铭喧主编：《刑法原理》

损害，但结果毕竟使犯罪客体受到了威胁，这是犯罪未遂之所以负刑事责任的基本根据。我们通常所说的犯罪客体是指刑法所保护的、犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。对“犯罪行为所侵害”应作广义理解。“侵害”既包括对社会关系造成的损害，也包括对社会关系尚未造成但可能造成的损害，如果没有出现行为入意志以外的原因，这种可能就会变成侵害的现实。因此，犯罪未遂作为故意犯罪过程中的一种形态，应当负刑事责任。有的教科书在阐释犯罪未遂的概念时，认为犯罪未遂是指没有具备某种犯罪的全部要件，对此应当加以分析。“没有具备某种犯罪的全部要件”，究竟指的是什么？是指犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面这几个要件之一呢，还是指这几个要件以外的其他要件？根据犯罪构成的理论，任何犯罪都应具备上述四个基本要件，缺一不可，否则不构成犯罪。既遂犯、预备犯、未遂犯、中止犯概莫能外。否则，犯罪的预备、未遂、中止不可能构成犯罪。那么，犯罪未遂与犯罪既遂的区别是什么呢？犯罪既遂具备了某种犯罪的全部要件。犯罪未遂则具备了犯罪构成的基本要件，而仅仅是没有具备某种犯罪构成的选择要件，如故意杀人、盗窃犯罪等法律规定的危害结果。因此，对所谓犯罪未遂是没有具备某种犯罪构成的全部要件，应理解为是指某种犯罪的选择要件。而犯罪的选择要件则已包括在犯罪构成的基本要件之中，如危害结果，只不过是犯罪客观方面的内容之一。在犯罪未遂的情况下，如果没有发生法律规定的某种犯罪的结果，并不意味着在这种情况下不具有犯罪构成的基本要件之一，即犯罪的客观方面。刑法总则规定的犯罪构成与刑法分则各种犯罪的犯罪构成，是一般与特殊的关系，二者是一致的。不能将它们对立起来，不能认为，刑法分则规定的各种犯罪，具有不同于总则规定的特殊的犯罪构成。共同犯罪人的分类，也不意味着对犯罪构成的修正，无论哪一种犯罪人，都必须具备犯罪构成的全部要件。