亿则

促进阶段性提升　实现跨越式推进
潜心研读20天　提高效率100分

SIFA KAOSHI JINGSHEN HE TIXI

2006
司法考试精神和体系
②刑法的精神和体系
XINGFA DE JINGSHEN HE TIXI

张能宝　主编

中国社会科学出版社

促进阶段性提升　实现跨越式推进
潜心研读20天　提高效率100分

2006
司法考试精神和体系
②刑法的精神和体系

亿则司法研究中心　组　编
张能宝　主　编
杨艳霞　张　玲　副主编

中国社会科学出版社

目　录

刑法的精神和体系 …… (381)
专题 1　刑法的基本原则 …… (384)
专题 2　刑法的适用范围 …… (387)
专题 3　犯罪构成 …… (391)
专题 4　正当行为 …… (411)
专题 5　故意犯罪的停止形态 …… (419)
专题 6　共同犯罪 …… (429)
专题 7　一罪与数罪 …… (439)
专题 8　刑罚论 …… (447)
专题 9　危害公共安全罪 …… (479)
专题 10　破坏社会主义市场经济秩序罪 …… (492)
专题 11　侵犯公民人身权利、民主权利罪 …… (525)
专题 12　侵犯财产罪 …… (542)
专题 13　妨害社会管理秩序罪 …… (556)
专题 14　贪污贿赂罪 …… (583)
专题 15　渎职罪 …… (600)
法理学的精神和体系 …… (608)
专题 1　法的基本概念之一:法的定义 …… (610)
专题 2　法的基本概念之二:法的要素 …… (611)
专题 3　法的基本概念之三:法的渊源与分类 …… (614)
专题 4　法的基本概念之四:法的效力 …… (616)
专题 5　法的基本概念之五:法律体系 …… (617)
专题 6　法的基本概念之六:法律关系 …… (618)
专题 7　法的基本概念之七:法律责任 …… (622)
专题 8　法的起源 …… (625)
专题 9　法的历史类型 …… (626)
专题 10　法的继承与移植 …… (628)
专题 11　法的传统 …… (630)
专题 12　法的现代化 …… (632)
专题 13　法治 …… (633)
专题 14　法的作用 …… (635)
专题 15　法的价值 …… (637)
专题 16　法的创制(立法) …… (639)
专题 17　法的实施 …… (642)
专题 18　法律解释与法律推理 …… (646)
专题 19　法与社会之一:法与经济 …… (649)
专题 20　法与社会之二:法与政治 …… (651)
专题 21　法与社会之三:法与其他社会规范 …… (653)
专题 22　法与社会之四:法与人权 …… (656)
法制史的精神和体系 …… (658)

外国法制史的精神和体系 …… (659)
两大法系共同的历史渊源 …… (660)
专题 1 罗马法 …… (660)
两大法系的比较 …… (663)
专题 2 英美法系 …… (663)
专题 3 大陆法系 …… (665)
专题 4 两大法系的综合比较 …… (667)
专题 5 各国宪法制度的比较 …… (668)
专题 6 各国司法制度的比较 …… (670)
专题 7 《法国民法典》与《德国民法典》的比较 …… (671)
中国法制史的精神和体系 …… (673)
专题 1 中国古代法律思想的源头——西周时期的法律思想 …… (674)
专题 2 中国古代的法典及其沿革 …… (675)
专题 3 中国古代刑罚适用原则的变化 …… (679)
专题 4 中国古代罪名的发展变化 …… (681)
专题 5 中国古代刑罚的发展变化 …… (682)
专题 6 中国古代的契约、婚姻与继承 …… (684)
专题 7 中国古代的诉讼制度 …… (686)
专题 8 中国古代司法机关的变化 …… (689)
专题 9 中国古代其他法律制度 …… (690)
专题 10 清末预备立宪和清末修律 …… (692)
专题 11 民国时期的宪法 …… (694)

刑法的精神和体系

刑法是关于犯罪、刑事责任与刑罚的法律，其基本内容就是规定怎样的行为是犯罪及应予以怎样的刑罚。现代刑法既是保护社会的法律，又是保障人权的法律，其既具有法益保护的机能，又具有保障自由的机能。这一点，鲜明地体现在刑法的基本原则——罪刑法定原则上。罪刑法定原则要求法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑；法律明文规定为犯罪行为的，必须依法定罪处刑；犯罪与刑罚都要由法律预先明确规定。罪刑法定原则使刑法成为国家与公民之间的契约，公民应当在法律的界限内活动，国家也不得逾越法律的界限对无罪的公民进行非法追究和对有罪的公民滥施刑罚。

刑法的体系就围绕罪刑法定原则而展开：只有罪与刑都法定，刑法才能既通过惩罚犯罪保护社会，又通过对国家刑罚权的限制保障人权，包括犯罪人的合法权益。刑法的内容因此分为两大部分：犯罪论与刑罚论。犯罪论规定犯罪的构成要件，包括犯罪成立的积极要件与消极要件。积极要件就是犯罪构成的四个要件：犯罪客体、犯罪主体、犯罪主观要件、犯罪客观要件。消极要件就是正当行为，包括正当防卫、紧急避险、法令行为、业务行为、被害人的承诺、推定的被害人的承诺等。犯罪的典型形态是一个犯罪主体实施一个犯罪行为，侵犯一个犯罪客体，构成一罪，犯罪既遂。犯罪还存在非典型形态，这就是未完成形态、共同犯罪形态和数罪形态。所以这三部分内容也是犯罪论的重要组成部分。要掌握犯罪论，最重要的是要把握“主客观相一致原则”。无论是对犯罪是否成立的认定、共同犯罪的认定还是犯罪未完成形态的认定都离不开这个原则。

根据刑罚的运行过程可以将刑罚论分为四个部分：刑罚的概念、目的、体系，刑罚的裁量制度，刑罚的执行制度，刑罚的消灭制度。现代刑法认为刑罚虽然直接体现为惩罚犯罪，但其最终目的是改造犯罪人，预防犯罪。因此，我国刑法确立了“罪刑相适应”的量刑原则。它要求刑罚既要与犯罪人的罪行相适应，还要与犯罪人应承担的刑事责任相适应，在量刑时必须兼顾行为的社会危害性与行为人的人身危险性。未成年人从轻处罚的制度、自首制度、立功制度、减刑制度等都是这一量刑原则的反映。

刑法总则对犯罪、刑事责任和刑罚作出一般性规定，刑法分则对各类、各种犯罪的刑事责任和刑罚作出具体规定。我国刑法分则以犯罪的同类客体为标准将犯罪分为十大类，即刑法分则的十章。分则的第三章和第六章章下分节，可以明显看出这些章规定的犯罪存在次一层次的同类客体，其他章虽然没有明确分节，但其实也是按次一层次的同类客体排列的。例如第二章“危害公共安全罪”就可以分为以危险方法危害公共安全的犯罪，破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪，实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪，违反枪支、弹药管理规定的犯罪和重大责任事故类犯罪。掌握这些次一层次的同类客体，就掌握了这一类犯罪的主要特征。例如刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的第四节是“破坏金融管理秩序罪”，第五节是“金融诈骗罪”，那么第四节的犯罪都不具有非法占有目的，第五节的犯罪都具有非法占有目的。掌握了这一特征，我们就很容易掌握贷款诈骗罪与高利转贷罪的区别、集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的区别。

刑法条文虽然繁多，但其实相对简单，因为刑法毕竟只有一部系统的法律，比起民法、经济法这些有若干部单行法律的部门法来，其实已经好了很多。俗话说“站得高才能看得远”，只有

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

从刑法的精神和体系这个更高的层次来掌握刑法，才能获得事半功倍的效果。在开始学习前对刑法的体系就“胸有成竹”，再在学习中逐渐添加相关的知识点，不但可以将知识点记忆得更准确，而且可以做到触类旁通。只有掌握了刑法的精神与体系，才能化繁为简，透过现象看到本质，从而学习得更为轻松，掌握得更为透彻！

- 刑法知识的总体系
  - 总则
    - 1. 基本原则：罪刑法定原则、平等适用刑法原则、罪刑相适应原则
    - 2. 刑法的适用范围：空间效力、时间效力
    - 犯罪论
      - 3. 犯罪构成：犯罪客体、犯罪主体、犯罪主观要件、犯罪客观要件
      - 4. 排除犯罪性的行为：正当防卫、紧急避险、其他正当行为
      - 5. 故意犯罪的未完成形态：预备、未遂、中止
      - 6. 共同犯罪：共同犯罪的成立、共犯的种类及其刑事责任
      - 7. 一罪与数罪：罪数判断标准、实质的一罪、法定的一罪、处断的一罪
    - 刑罚论
      - 8(1)刑罚的体系：五种主刑、四种附加刑
      - 8(2)刑罚的裁量：自首、立功、累犯、数罪并罚、缓刑
      - 8(3)刑罚的执行：减刑、假释
      - 8(4)刑罚的消灭：诉讼时效
  - 分则
    - 9. 危害公共安全罪：以危险方法危害公共安全的犯罪辨析、破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪辨析、实施恐怖、危除活动危害公共安全的犯罪辨析、违反枪支、弹药管理规定的犯罪辨析、交通肇事罪、重大责任事故类犯罪辨析
    - 10. 破坏社会主义市场经济秩序罪：生产、销售伪劣商品罪辨析、走私犯罪辨析、妨害对公司、企业的管理秩序罪辨析、破坏金融管理秩序罪辨析、金融诈骗罪辨析、危害税收征管罪辨析、侵犯知识产权罪辨析、扰乱市场秩序罪辨析
    - 11. 侵犯公民人身权利、民主权利罪：侵犯生命、健康权利的犯罪辨析、侵犯妇女、儿童的合法权利的犯罪辨析、非法拘禁罪与绑架罪辨析；侮辱罪与诽谤罪、强制猥亵、侮辱妇女罪辨析；侵犯公民民主权利犯罪辨析；侵犯公民婚姻家庭权利的犯罪辨析
    - 12. 侵犯财产罪：抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、侵占罪、职务侵占罪、敲诈勒索罪
    - 13. 妨害社会管理秩序罪：扰乱公共秩序罪辨析；妨害司法罪辨析；妨害国(边)境管理罪辨析；妨害文物管理罪辨析；危害公共卫生罪辨析；破坏环境资源保护罪辨析；毒品犯罪辨析；组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪辨析；制作、贩卖、传播淫秽物品罪辨析
    - 14. 贪污贿赂罪辨析：贪污罪、挪用公款罪、贿赂犯罪辨析
    - 15. 渎职罪：渎职罪的主体、一般国家机关工作人员的渎职罪辨析；特定部门工作人员的渎职罪辨析

专题1 刑法的基本原则

刑法的基本原则知识体系
1. 罪刑法定原则
2. 平等适用刑法原则
3. 罪刑相适应原则

【引导性问题】

清华大学电机系4年级学生刘某某，年仅21岁，当时已通过研究生考试。为了验证"笨狗熊"的说法能否成立，在2002年1月29日和2月23日，他先后两次把掺有火碱、硫酸的饮料，倒在了北京动物园饲养的狗熊身上和嘴里，造成3只黑熊、1只马来熊和1只棕熊受到不同程度的严重伤害。上述3种动物被《濒危野生动植物物种国际贸易公约》列为国际一级保护动物。

(1)刘某某伤熊案发生后，各界对该案的定性争议很大。当事件刚刚发生时，几乎所有的人都认为刘某某的行为构成"非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪"。这种看法是否正确？为什么？

【答案】这种看法不对。因为刘某某的行为既不属于猎捕，也不属于杀害，动物园的熊虽然是国际一级保护动物，但不是野生动物。根据罪刑法定原则，刘不构成此罪。

(2)那么，从刑法的规定来看，刘某某的行为和非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物行为最相类似，能否把"猎捕、杀害"扩大解释为包括"伤害"，把"野生动物"扩大解释为包括"圈养动物"？

【答案】不能。这样的解释超出了人们的预测可能性，属于类推解释。法律禁止有罪类推，这样解释是违反罪刑法定原则的。

(3)于是就有学者提出对刘某某的行为应当以"故意毁坏财物罪"论处，因为熊是动物园的财物。有人则表示反对，认为财物只能是无生命的物体。《北京娱乐信报》则报道说，某法学教师认为将刘某某按照"破坏生产经营罪"处理比较合适。在一片"喊打"声中，也有少数人表示了不同意见。某法学教授认为，"刑法上的伤害、虐待都是针对人的，而非动物。按照罪刑法定原则，这里确实存在法律空白。"请问，对于刘某某的行为，法律是否有空白？能否以故意毁坏财物罪定罪？

【答案】刘某某的行为的实质是虐待动物、伤害动物，从这一点来看，法律确实存在空白，我国刑法没有规定虐待动物罪和伤害动物罪。但是，刘某某的虐待、伤害行为同时损害了熊的身体健康。熊作为动物园的财产，其健康受损给动物园造成了财产损失。因此，对刘某某可以以"故意毁坏财物罪"追究刑事责任。

2002年4月30日，北京市西城区人民法院判决被告人刘某某犯故意毁坏财物罪，免予刑事处罚。

这样的定罪其实是有些尴尬的。刘案之所以引起人们的巨大关注，就是因为他残忍地伤害了有生命的动物，但最终却以"故意毁坏财物罪"定罪，说明我国刑法在动物保护的立法上确实存在缺陷。但在法律有缺陷时，不能为了获得实质的公正而类推解释法律，只能在法律的框架之内定罪处刑。依据现行法律，只有以故意毁坏财物罪定罪才符合罪刑法定原则。

【本专题重点、考点、难点】

刑法的基本原则是刑法精神的体现。要掌握刑法，必须先掌握刑法的基本原则。

刑法的基本原则是指刑法本身所具有的，贯穿于刑法始终的，具有全局性、根本性的准则。基本原则具有刚性的约束作用，违反基本原则的定罪、量刑都是错误的。

刑法的基本原则有三个：罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则、罪刑相适应原则。近年的司法考试加强了对基本原则的考查，开始考一些较为深入的理论问题，对这一趋势应当予以重视。

需要指出的是，"主客观相统一原则"也是一个很重要的刑法原则。它要求我们在对一个行为进行评价时，既不能只看主观要素，也不能只看客观要素，而应当把二者结合起来。在定罪上，尤需强调这一原则。我们经常说的"反对客观归罪"、"反对主观归罪"都是这一原则的体现。虽然它没有被明文规定在刑

法中，不属于法定的基本原则，但大家一定要掌握这一原则。

第一款　罪刑法定原则

罪刑法定原则是刑法最重要的原则，其经典表述是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。它要求犯罪与刑罚都要事先由法律明确规定。对本原则的掌握，首先要掌握法律没有明文规定为犯罪的行为，无论社会危害性多么严重，都不得定罪处罚；其次要掌握其派生原则：禁止习惯法、禁止绝对不定期刑、禁止有罪类推、禁止重法溯及既往。

请注意对派生原则的限制——不是彻底禁止不定期刑，而是禁止绝对的不定期刑；不是禁止一切类推，而是禁止有罪类推；不是禁止一切法律溯及既往，而是禁止重法溯及既往。这三个限制说明罪刑法定原则的思想基础是民主与自由。罪刑法定原则是保障公民人权的原则。

【例1】李某1998年因为盗窃罪被判处有期徒刑3年，2000年出狱。2004年3月，李某又因抢劫罪被公诉。因为李某是第二次犯罪，法院准备对李某的抢劫罪从重处罚。

(1)请问法院这样做是否合法？

【答案】法院这样做合法，其法律依据是《刑法》第65条关于对累犯从重处罚的规定。

(2)李某的盗窃罪已经执行完毕，这样从重处罚是否是对盗窃罪的重复处罚？

【答案】这不属于重复处罚。法院仅是对累犯所犯的新罪在新罪的法定刑幅度内从重处罚，并没有再次处罚盗窃罪。对累犯从重处罚的理由在于：罪刑相适应原则是刑法的基本原则，根据该原则，刑罚不仅要和罪犯的罪行相适应，还要和罪犯的人身危险性相适应。李某在刑满出狱后不足5年又再次犯罪，说明其人身危险性比较大，必须给予较重的处罚才能起到预防其再次犯罪的作用。

【例2】关于罪刑法定原则及其内容，下列哪一选项是正确的？

A. 罪刑法定原则禁止类推解释与扩大解释，但不禁止有利于被告人的类推解释

B. 罪刑法定原则禁止司法机关进行类推解释，但不禁止立法机关进行类推解释

C. 罪刑法定原则禁止适用不利于行为人的事后法，但不禁止适用有利于行为人的事后法

D. 罪刑法定原则要求刑法规范的明确性，但不排斥规范的构成要件要素

【答案】C。本题理论性较强，涉及到很多理论术语。本题主要考查了罪刑法定原则内容的变迁。罪刑法定原则从产生至今，内容发生了很大变化。包括：①产生了明确性原则；②允许有利于被告的类推解释；③允许有利于被告的溯及既往；④允许宣告刑的相对不定期。

选项A前半句话是错误的。现代罪刑法定原则禁止类推解释(有利于被告的类推解释例外)，但不禁止扩大解释。如何区分扩大解释和类推解释一直都是刑事司法实践和理论研究中的难题。通说认为，扩大解释就是不超过公民预测可能性、体现法律真实含义的解释，类推解释则是超出公民预测可能性的解释。

选项B显然是错误的。罪刑法定原则并不仅仅是约束司法机关的原则，立法机关也要受其约束。

选项C是正确的，这就是刑法在溯及力问题上的“从旧兼从轻原则”。

选项D是错误的。刑法规范的明确性是指规定犯罪的法律条文必须清楚明确，使人能准确地了解罪与非罪、此罪与彼罪的界限。规范的构成要件要素是指需要法官规范的、评价的价值判断才能认定的要素，例如“猥亵”、“情节严重”等。由于其需要法官的主观评价，所以有一种观点认为这种构成要件要素都是不明确的，因此认为“罪刑法定原则要求刑法规范的明确性，但不排斥不明确的规范的构成要件要素”。这是错误的，规范的构成要件要素并不都是不明确的，恰恰相反，它们也都是明确的。如果一个规范的构成要件要素是不明确的，它同样不符合罪刑法定原则的要求，应该被废除。所以刑法规范的明确性和规范的构成要件要素之间并不是对立的关系，选项D错误。

【重要法条链接】

《刑法》

第三条　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。

第二款　平等适用刑法原则

法律面前人人平等是我国宪法确立的社会主义法治的基本原则。它是指适用法律平等，而不是指立法平等。

平等适用刑法包括平等地保护所有人的合法权益，平等地追究所有犯罪的人的刑事责任。平等适用刑法体现在刑事司法的各个方面，它包括定罪平等、量刑平等和行刑平等。

【例】清华大学电机系4年级学生刘某某伤熊案件发生后，社会各界议论纷纷，很多人认为应该从重处罚刘某某。但是，2002年4月30日，北京市西城区

人民法院判决被告人刘某某犯故意毁坏财物罪，免予刑事处罚。

(1)请问法院这样判决是否违反平等适用刑法原则？是否说明刘某某拥有法外特权？

【答案】法院这样判决没有违反平等适用刑法原则。法院判决刘某某定罪免刑的理由是刘某某真诚悔罪，平时表现也较好，因此人身危险性、再犯可能性都比较小，所以判决其定罪免刑。法院不是因为刘某某是清华大学的学生，所以才网开一面的。因此这一判决不是基于某人的身份、地位而给予他的特权或歧视，并不违反平等适用刑法原则。

(2)假设有很多人认为刘某某年轻而有才华，如果坐牢就太可惜了，因此请求法院对刘某某违法轻判，请问法院能否这样做？为什么？

【答案】法院不能这样做。这样做既违反罪刑法定原则，也违反平等适用刑法原则。罪刑相适应原则虽然强调在量刑时要考虑被告的人身危险性，但量刑首先应遵守罪刑法定原则的要求。如果因为一个人有才华就可以轻判，那就无法平等适用刑法了，会带来社会的不公正。

【重要法条链接】

《刑法》

第四条 对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。

第三款 罪刑相适应原则

罪刑相适应原则也被称为罪责刑相适应原则，其基本含义是刑罚的轻重应与犯罪的轻重相适应。罪刑相适应，是适应人们朴素的公平意识的一种法律思想，是罪与刑的基本关系决定的，是预防犯罪的需要。应当注意的是罪刑相适应不是同罪同罚。同样是杀人罪，被判处三年有期徒刑和死刑立即执行都可能是公正的。

我国刑法中的罪刑相适应原则包含了刑事古典学派主张的罪刑相适应原则和刑事近代学派主张的刑罚个别化原则。刑罚的轻重与罪行相适应，体现的是报应观念，要求刑罚的轻重与犯罪行为的法益侵害性相适应，也就是重罪重判，轻罪轻判。刑罚的轻重与刑事责任相适应，体现的是预防观念，要求刑罚的轻重与犯罪人的人身危险性相适应(这就是刑事近代学派主张的刑罚个别化原则)，因为人身危险性体现犯罪人的再犯可能性。因此，我国刑法关于罪刑相适应原则的规定，反映了报应与预防相统一的刑法观念。当然，这种统一并不意味着报应与预防在刑罚的裁量上具有同等的重要性。应当是以报应为主，以预防为辅。刑罚首先要与罪行相一致，在此范围内才能根据人身危险性进行轻重调节。

在立法时，罪刑相适应原则要求我们的刑法具有轻重不一、宽严相济的刑罚体系。因为只有这样的刑罚体系才能满足惩罚和教育(预防)不同程度的犯罪和具有不同人身危险性的罪犯的需要。

在量刑时，罪刑相适应原则要求以客观行为的侵犯性与主观意识的罪过性相结合的社会危害程度，以及犯罪主体再次犯罪的危险程度，作为刑罚的尺度；换言之，刑罚既要与犯罪性质相适应，又要与犯罪情节相适应，还要与犯罪人的人身危险性相适应。这是因为：刑罚的目的是预防犯罪，包括预防犯罪人再犯和预防其他不稳定分子犯罪。如果犯罪人人身危险性较小，说明其再犯的可能性较小，对他适用较轻的刑罚，就能达到刑罚的目的，就应该对他适用较轻的刑罚。

我国刑法中的很多制度都体现了这一原则。未成年人从轻处罚制度、累犯从重处罚制度、中止犯免于处罚或减轻处罚制度、自首犯从轻或减轻处罚制度都是这一原则的体现，这些制度都要求司法机关在量刑时不仅要考虑行为人所犯之罪的轻重，还要考虑行为人人身危险性的大小。

需要提醒考生注意的是罪刑相适应原则在行刑中的体现。在行刑的过程中也要贯彻罪刑相适应思想。在行刑过程中，服刑人的情况会不断发生变化。有些人积极改造，有些人则抗拒改造，甚至又犯新罪。必须根据这种变化不断调整刑罚情况，这样才能督促服刑人员接受改造，使刑罚发挥最大的作用。

【例1】2003年9月23日晚7时许，55岁的古某全外出，留生病的妻子张某某一人在家。夜色中，丈夫的堂弟古某成——曾因犯盗窃罪和强奸罪被多次判刑的"村霸"闯进了古某全家，欲对张进行强奸。张不从，被古打掉两颗牙齿。由于同院亲戚的阻拦，古某成强奸未遂。

一向老实的古某全回来见妻子受辱，立即质问古某成为何干禽兽不如的事。长期横行乡里的古某成毫不理会，反而挥拳将古某全眼睛打肿。又气又恨的古某全提上菜刀，与手持竹棒的古某成搏斗起来。搏斗中，古某成身中30余刀，当即死亡。古某全随即叫妻子向派出所报案，自己投案自首。

2004年2月18日，重庆市第一中级法院依法判处古某全有期徒刑3年，缓刑5年。

(1)法院的判决是否合法？为什么？

【答案】法院的判决合法。法院的判决体现了罪刑相适应原则。古某全的杀人行为不属于正当防卫，但其作案后委托他人代为投案，并能如实供述犯罪事实，说明其有自首情节，对其可以从轻或减轻处罚。

法院根据本案的起因和古某全发案前的一贯表现及案后认罪情况认为：古某全的主观恶性不大，对其可依法减轻处罚，对其适用缓刑不致再危害社会。可见，法院如此判决的主要依据是古某全的人身危险性的大小。罪刑相适应原则要求对行为人量刑时，不仅要考虑其所犯之罪，还要考虑行为人本人的人身危险性，这一判决恰恰体现了这一要求。

【例2】甲乙系同车间的工人，甲妻与乙私通，被甲发现。甲准备毒死仇人乙，在给乙的水杯中投毒后，甲又心生悔意，觉得为了一个"不守妇道"的女人连自己的命都搭上，有些划不来。他就在乙回来之前，将毒水倒掉，乙逃过一劫。请问对甲的杀人行为应当怎样处罚？

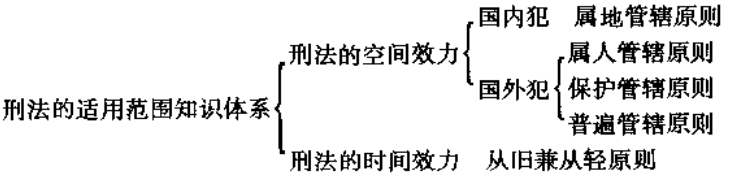
【答案】对甲应当免除处罚。甲为了毒死乙，已经在乙的水杯中投了毒，说明其已经开始了犯罪的实行行为，无疑已构成故意杀人罪。但是，甲在投毒后，又自动倒掉了毒水，有效地防止了犯罪结果发生，构成犯罪中止。根据我国刑法规定，"对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚"，因此对甲应免除处罚。这一规定就是罪刑相适应原则的体现。根据这个原则，即使故意杀人这样的重罪，只要真诚悔罪，自动中止犯罪，都有免除处罚的可能。这是因为中止犯的人身危险性很小，对他们适用较轻的刑罚已经可以达到刑罚的目的了。

【重要法条链接】

《刑法》

第五条　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。

专题2　刑法的适用范围



【引导性问题】

2005年7月某日，我国轮船"小小旅行家"号停泊在英国某港口，旅客正在登船。英国人约翰逊忽然跑到岸边，向刚刚上船的中国旅客王磊开枪。毫无防备的王磊被击成重伤。事后查明，王磊和约翰逊有生意上的纷争。请问：

(1)我国对此案有无管辖权，为什么？

【答案】我国有管辖权。因为犯罪的结果发生在我国轮船上，根据我国刑法第6条的规定，我国有权根据属地管辖原则管辖此案。

(2)约翰逊是英国人，我国是否应当适用英国刑法审理此案？

【答案】我国应当适用我国刑法管辖此案。所谓有管辖权就是指本国有权根据本国刑法审理此案。

(3)约翰逊的行为损害了我国公民的利益，是否可以根据保护管辖原则管辖此案？

【答案】不能。因为根据我国刑法第9条的规定，保护管辖原则适用于外国人在外国对我国国家和人民犯罪的情况，而约翰逊的犯罪行为发生在我国领域内(我国的船上)。

【本专题重点、考点、难点】

刑法的适用范围，也称刑法的效力，包括空间效力和时间效力。刑法的空间效力所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用的问题。空间效力的重点和难点是对国内犯和国外犯适用不同的管辖原则。发生在本国领域内的犯罪称为国内犯，我国对国内犯的适用原则是属地原则。发生在本国领域外的犯罪称为国外犯，我国对国外犯根据三种不同情况确定了三种不同的适用原则，即属人原则、保护原则和普遍管辖原则。空间效力的考查重点是那些看起来能同时根据几种管辖原则进行管辖的案件的管辖。根据我国刑法的规定，一个案件只能根据一种原则进行管辖。

刑法的时间效力解决的是刑法从何时起至何时止具有适用效力，其内容主要包括三个方面：生效时间、失效时间和溯及既往的效力。重点要掌握的是刑

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

法的溯及力问题。对于刑法的溯及力，我国采取的是“从旧兼从轻原则”。

第一款 刑法的空间效力

1. 国内犯的适用原则

对于在我国领域内发生的犯罪，即国内犯，我国适用属地管辖原则。对于属地管辖原则，要掌握：

◆适用条件：在我国领域内犯罪的。这是关于空间效力的基本规定。只要在我国领域内犯罪，无论其国籍如何，均受我国刑法的管辖；

◆“领域”包括我国领土、领海、领空，我国的航空器和船舶；

◆犯罪的行为或结果有一项发生在我国领域内就属于在我国领域内犯罪；

◆各国驻外大使馆、领事馆及其外交人员不受驻在国的司法管辖而受本国的司法管辖。因此，凡在我国驻外大使馆、领事馆内犯罪的，也应适用我国刑法；

◆在国际列车上犯罪的，按我国与相关国家签订的管辖协定管辖。没有协定的，由犯罪发生后该列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖。

请注意：国际列车和航空器、船舶的适用原则不同。凡在我国船舶或航空器内犯罪的，不管该船舶或航空器在哪里，我国均有刑事管辖权。

2. 国外犯的适用原则

对于在我国领域外发生的犯罪，即国外犯，我国根据三种不同情况确定了三种不同的适用原则，即属人原则、保护原则和普遍管辖原则。

(1)对于属人管辖原则，要掌握：

◆适用条件：我国公民在国外犯罪的；

①我国国家工作人员和军人在国外犯罪的，无论罪行轻重，一律适用本法；

②一般公民在国外犯罪的，适用刑法，但按刑法规定法定最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不予追究。

(2)对于保护管辖原则，要掌握：

◆适用条件：外国人在外国对我国国家和人民犯罪的；

①必须在犯罪地也构成犯罪；

②必须属于按我国刑法规定法定最低刑为3年以上有期徒刑的犯罪。

(3)对于普遍管辖原则，要掌握：

◆适用条件：国际条约所规定的国际犯罪：如贩毒罪、劫持民用航空器罪、恐怖活动罪等；

①既是权利，也是义务。只要这样的犯罪嫌疑人出现在我国领域内，我国就应当对其行使刑事管辖权；

②其结果是或起诉或引渡。如果我国不将其引渡给相应国家，就必须按照我国刑法追究其刑事责任。

需要强调的是：我国的四种管辖原则之间彼此并不重叠，对一种犯罪，不存在同时适用两种管辖原则的可能。

【例1】1985年12月19日，23岁的前苏联人阿利穆拉多夫·沙米利·哈吉—奥格雷与机长阿布拉米扬·维·谢等机组人员，在俄罗斯境内驾驶47845号安—24型民航客机，执行民航局101/435航班任务。飞机飞行20分钟后，奥格雷乘领航员上厕所之机，以机舱发生机械故障为由，将机械师骗出驾驶舱，随即锁上驾驶舱门，扭动自动驾驶仪，持刀威逼驾驶飞机的机长阿布拉米扬·维·谢向中国方向飞行，机长被迫改变航向。当日14时30分，该机降落在我国黑龙江省甘南县长吉岗乡农田里。前苏联方面向我国有关机关提出引渡奥格雷的要求。

请问：如果此案发生在新刑法实施以后，我国是否有权管辖此案？其法律根据是什么？对前苏联方面的引渡请求，我国应如何处理？

【答案】我国有权管辖此案。其法律根据是刑法第6条关于属地管辖的规定，因为该机降落在我国，即犯罪的结果地在我国。对于前苏联方面的引渡请求，我国有权决定是否引渡。但如果不引渡，则我国必须依据我国刑法追究奥格雷的刑事责任。

1979年刑法第3条关于属地管辖的规定与1997年刑法第6条的规定相同。当时，我国没有将奥格雷引渡给前苏联，而是由我国的哈尔滨市中级人民法院对奥格雷进行了审判，并判处其有期徒刑8年。奥格雷没有上诉。

【例2】2000年4月，周某某与陈某某(中国留学生)在美国某餐馆工作期间认识，二人关系密切，陈某某曾向周某某借钱。美国当地时间2001年11月2日晚10时许，周某某到美国亚利桑那州图桑市乡村俱乐部杨某某(中国留学生)、陈某某夫妇家。其间，周与陈因小事在1楼客厅发生争吵，杨闻讯从2楼下来察看，双方发生冲突。周持水果刀先后朝陈、杨两人身上乱刺，致两被害人当场死亡。随后，周驾车逃离现场，并于次日逃回中国，后被中国公安机关抓获。经查，周某某绰号“大块石”、“STONE”，1964年1月8日出生于开平市，是中华人民共和国公民。

(1)我国有无权力管辖此案？其根据是什么？

【答案】我国有权力管辖此案。因为周某某是中华人民共和国公民。我国可以根据属人管辖的原则行使对周某某故意杀人案的管辖权。

(2)我国能否根据保护原则管辖此案?

【答案】不能。因为保护原则只适用于外国人在外国对我国国家和公民犯罪的情况,而周是中国公民。

2004年4月,周某某被我国江门市中级人民法院一审判处死刑,缓期2年执行,剥夺政治权利终身。

【例3】巴哈斯,男,42岁,无国籍。巴哈斯组织武装控制了"金三角"的一处地方,种植罂粟,建立了鸦片加工基地,走私、贩卖、运输毒品,成为"金三角"地区的毒枭,后巴哈斯持假护照进入我国境内旅游观光,被我国公安机关抓获。我国是否有权管辖巴哈斯贩毒案,其依据是什么?

【答案】我国有权管辖巴哈斯贩毒案。其依据是我国刑法第9条规定的普遍管辖原则。虽然巴哈斯既不是中国公民,又没有在中国贩毒,但其所犯贩毒罪是国际犯罪,我国有义务追究其刑事责任。

【例4】下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的?

A. 甲国公民汤姆教唆乙国公民约翰进入中国境内发展黑社会组织。即使约翰果真进入中国境内实施犯罪行为,也不能适用中国刑法对仅仅实施教唆行为的汤姆追究刑事责任

B. 中国公民赵某从甲国贩卖毒品到乙国后回到中国。由于赵某的犯罪行为地不在中国境内,行为也没有危害中国的国家或者国民的利益,所以,不能适用中国刑法

C. A国公民丙在中国留学期间利用暑期外出旅游,途中为勒索财物,将B国在中国的留学生丁某从东北某市绑架到C国,中国刑法可以依据保护管辖原则对丙追究刑事责任

D. 中国公民在中华人民共和国领域外实施的犯罪行为,按照刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,也可以适用中国刑法追究刑事责任

【答案】A、B、C。选项A的错误在于:根据我国刑法,教唆者和被教唆者构成共同犯罪,因此汤姆也构成入境发展黑社会组织罪,当然可以适用我国刑法。

选项B的错误在于:根据刑法第7条的规定,我国刑法适用于所有犯罪的中国公民,并不区分他在哪里犯罪。因此,我国可以对在外国犯罪的赵某适用我国刑法。

选项C的错误在于:丙虽然是外国公民,但其犯罪地在我国。在这种情况下,我国应当根据《刑法》第6条关于属地管辖的规定直接追究丙的刑事责任,而无需也不能适用保护管辖原则。根据我国刑法,保护管辖原则只能适用于外国人在外国对我国公民犯罪。

选项D是正确的。根据刑法第7条的规定,中国公民在我国领域外实施犯罪行为的,适用该法。但是按该法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究。"可以不予追究"是表明不予追究的一种倾向性,但不是绝对不追究,仍保留有追究的可能性。因此选项D是正确的。

第二款　刑法的时间效力

刑法的时间效力中最重要的问题是刑法的溯及力。它是指刑法生效后,对它生效前未经审判、判决未确定或未裁定的行为是否具有追溯适用效力。溯及力的实质是"新法理旧事",这是违背罪刑法定原则的。因此,新法不能具有溯及力。但是,如果适用新法更有利于被告人时,能否打破"罪刑法定原则",让新法"理旧事"?显然,这种情况下,"新法理旧事"更符合人道原则和法治精神。因此,各国法律一般都规定:禁止新法溯及既往,但允许有利于被告人的溯及既往。这就是"从旧兼从轻原则"。我国刑法实行的也是"从旧兼从轻原则"。

根据《刑法》第12条的规定,关于溯及力问题,要掌握以下知识点:

(1)从旧兼从轻。以适用行为时的法律为原则,只有在新法不认为是犯罪或新法所规定的刑罚更轻时,才适用新法。

(2)只适用于未决犯,即判决或裁定尚未确定的。不得根据新法更改已生效的判决、裁定。

(3)犯罪行为延续到新法生效后的,适用新法。

【例1】林某因倒卖外汇于1996年7月被法院以投机倒把罪判处有期徒刑5年。修政后的刑法实施以后,林某提出申诉,理由是现行刑法无此罪名,要求改判无罪。法院应当如何处理?

A. 撤销原判,改判无罪

B. 释放并给予国家赔偿

C. 驳回申诉,维持原判

D. 考虑到林某已服刑2年,改判为有期徒刑2年并予释放。

【答案】C。本案为何不适用从旧兼从轻原则呢?因为这个原则只适用于新刑法生效前未经审判、判决未确定或未裁定的行为,而本案的情况是林某因倒卖外汇已在1996年7月被判刑,判决已生效。在这种情况下,无论新法对林某的行为的性质和处罚是如何规定的,都不能用新法推翻旧判决。

【例2】1997年10月4日,某法院准备对王某执行死刑。王某因犯盗窃罪(盗窃矿石)被判处死刑,二审裁定是1997年9月28日签发,10月3日在看守所向王某宣告的。以下说法哪些是正确的?

A. 王某必须被执行死刑,因为他的判决在1997

年10月1日已经生效

B. 王某可以不被执行死刑，因为尽管判决已经生效，但还可以根据人道原则再次审理该案

C. 王某不能被执行死刑，因为他的判决在1997年10月1日尚未生效

D. 王某能否被执行死刑还取决于新刑法对盗窃罪的规定是否轻于旧刑法

【答案】C、D。判决自宣告或送达之日起生效，王某的判决是1997年10月3日向他宣布的，因此在新刑法实施之日，王某的判决尚未生效。由于新刑法规定只有盗窃金融机构、珍贵文物的才可以被判处死刑，旧刑法规定只要盗窃数额特别巨大就可以判处死刑（1982年全国人大常委会在《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》中将盗窃罪的刑罚提高到死刑），因此新刑法关于盗窃罪的规定显然轻于旧刑法。根据新刑法，王某盗窃矿石不能被判处死刑。据此，王某可以请求人民法院依照"从旧兼从轻"原则，适用新刑法重新审理他的案件。

请注意：判决生效日期不是法院内部的签发日期，而是法院将其宣告或送达给被告人之日。

【重要法条链接】

《刑法》

第六条 凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。

凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。

犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。

第七条 中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。

中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。

第八条 外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。

第九条 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。

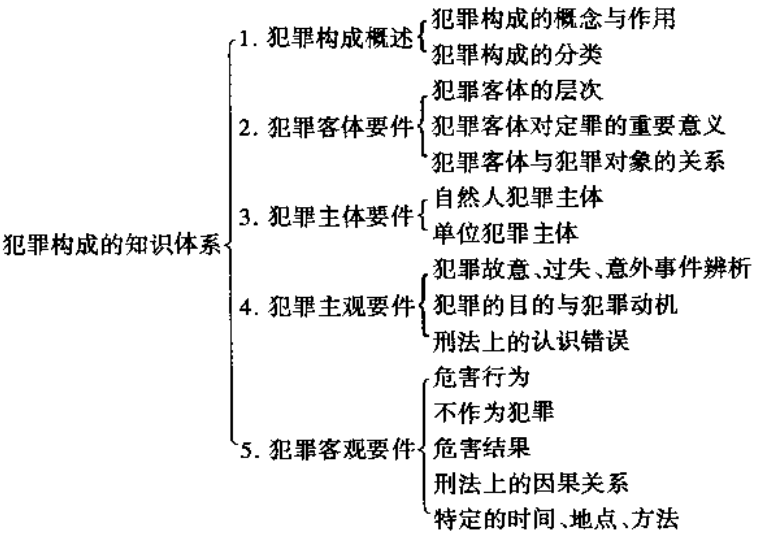
第十条 凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。

第十一条 享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。

第十二条 中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。

本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。

专题3　犯罪构成



【引导性问题】

刘敏，1990年12月3日出生。2004年12月2日，其价值1000余元的MP3播放机在教室丢失。刘敏怀疑被同学小毛偷走，但小毛说自己没拿。刘敏于是向自己认识的"大哥"——1989年10月7日出生的王飞讲了此事。王飞的父亲在外地打工，母亲出差了，王飞一人在家。王飞建议他把小毛骗到王飞的家里慢慢"审问"。2日下午放学时，刘敏即设法将小毛骗到王飞家里。由于小毛坚决不承认拿了刘敏的MP3播放机，刘敏和王飞就不许小毛回家。

(1)如果3日中午12时，小毛趁王飞、刘敏看管疏忽之机，从楼上跳下，导致颈椎骨折，能否追究这二人的刑事责任？

【答案】不能。因为根据《刑法》第238条的规定，在非法拘禁中致人重伤、死亡的，只要不是故意暴力殴打致人伤残、死亡的，就仍定非法拘禁罪。非法拘禁罪不属于法定的8种犯罪，因此不能追究王飞的刑事责任，因为他刚满15周岁；刘敏还不满14周岁，更不能追究其刑事责任。

(2)如果3日夜里1点，小毛趁王飞、刘敏看管疏忽之机，从楼上跳下，导致颈椎骨折，能否追究这二人的刑事责任？

【答案】不能。因为这二人的行为还是非法拘禁行为，如果构成犯罪，也只能构成非法拘禁罪。犯罪时，王飞刚满15周岁，刘敏刚满14周岁，都不能追究他们的刑事责任。注意此时刘敏已经满14周岁了。

(3)如果3日中午12时，小毛吵着要回家，王飞不允许。在争吵中，王飞抄起一根棍子砸向小毛的头部，致小毛重伤。刘敏当时在上厕所。问在这种情况下，能否追究王飞、刘敏的刑事责任？如果是刘敏砸的，王飞在上厕所呢？

【答案】如果是王飞在争吵中用棍子击伤小毛，致其重伤，那么可以以放意伤害罪追究王飞的刑事责任。因为根播《刑法》第238条的规定，在非法拘禁中，暴力殴打致人重伤的，按故意伤害罪追究刑事责任，王飞已满15周岁，应当为放意伤害致人重伤承担刑事责任。由于3日中午，刘敏还未满14周岁，所以不管是否是他砸的，他都不承担刑事责任。但如果是他砸的，而王飞在上厕所的话，那么也不能追究王飞的刑事责任，因为王飞只有非法拘禁行为。

(4)假设他们将小毛一直关押到3日晚上。3日夜里1时，小毛吵着要回家，王飞不允许。在争吵中，王飞抄起一根棍子砸向小毛的头部，致小毛重伤。刘敏当时在上厕所。问在这种情况下，能否追究王飞、

刘敏的刑事责任？如果是刘敏砸的，王飞在上厕所呢？

【答案】对于王飞的刑事责任，和第3问的答案一样，不再赘述。3日夜里1时，刘敏虽然已满14周岁，但他在上厕所，不能和王飞构成共犯，因此不必为王飞的故意伤害行为承担刑事责任。由于刘敏只有非法拘禁行为，那么就不能追究他的刑事责任。如果那一棒是刘敏砸的，那么就可以以故意伤害罪追究他的刑事责任。因为刘敏的这一行为已经属于故意伤害（致人重伤）行为，刘敏当时已满14周岁，应当为故意伤害（致人重伤）罪承担刑事责任。

【本专题重点、考点、难点】

犯罪构成是刑法的"龙头"，是刑法最重要的概念之一。本部分内容是刑法总论的重中之重。定罪与量刑是刑事司法的两大主要任务，要准确定罪，必须掌握犯罪构成理论，它是解决定罪问题的金钥匙。罪与罪之所以不同，就在于各罪具有不同的构成要件。犯罪构成的四个要件对定罪都很重要，都应当深入、仔细地掌握。对犯罪构成的知识点一定要掌握到能用来分析问题、解决问题的程度，只有这样，才能为分则的复习备战打下良好的基础。

第一款 犯罪构成概述

第一项 犯罪构成的概念与意义

犯罪构成是刑法规定的，决定某一行为的社会危害性及其程度，而为该行为成立犯罪所必须具备的一切客观要件与主观要件的有机整体。犯罪构成各要件之间不是凌乱无序的，而是彼此之间有着密切联系的。犯罪构成是一个由相互联系、相互作用的诸要件组成的系统。个罪的犯罪构成规定了各个犯罪的法定要件，没有个罪的犯罪构成，就无法实现罪刑法定，也无法定罪、量刑。

犯罪构成是主观要件和客观要件的有机统一，缺一不可。犯罪构成理论体现了定罪上的"主客观相统一原则"。

1. 犯罪构成的特征

(1)犯罪构成具有法定性：尽管我国刑法中没有出现"犯罪构成"这个术语，但犯罪构成仅是刑法理论对刑法明文规定的构成各种犯罪必须具备的要件的概括而已，所以各罪的犯罪构成是法律明确规定的。

(2)犯罪构成具有主客观统一性：犯罪构成要件由一系列主客观要件所组成。根据通说，"主观"包括犯罪主体要件和犯罪主观要件，"客观"包括犯罪客体和犯罪客观要件。要成立犯罪，主客观要件缺一不可。例如，行为在客观上虽然造成了危害社会的结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，由于缺乏主观要件而不构成犯罪；在日记里表露要杀某人，由于缺乏客观要件而不构成犯罪。未满14周岁的少年故意杀人的，由于缺乏主体要件，也不构成犯罪。

2. 犯罪构成的意义

犯罪构成对刑事司法具有特别重要的意义：

(1)它为区分罪与非罪提供了法律标准。行为是否构成犯罪仅仅取决于它是否符合犯罪构成。

(2)它为区分此罪与彼罪提供了法律标准。不同的犯罪之所以不同，就在于它们具有不同的构成要件。

(3)它为区分一罪与数罪提供了法律依据。根据通说，区分行为构成一罪还是数罪的标准就是犯罪构成。行为符合一个犯罪构成的就成立一罪，符合数个犯罪构成的就成立数罪。

【例】以下说法哪些是错误的？

A. 犯罪构成只是一种理论，刑法中并没有规定，因此犯罪构成不具有法定性

B. 我国刑法中虽然没有"犯罪构成"的术语，但刑法确实规定了构成各种犯罪必须具备的要件，所以，刑法实际上是规定了犯罪构成的

C. 我国的犯罪构成体系不同于大陆法系的犯罪构成体系，其最大区别在于我国的犯罪构成的四个要件彼此没有联系

D. 我国的犯罪构成具有法定性，因为各个犯罪的要件是由法律明确规定的

【答案】A、C。理解犯罪构成理论的关键是理解犯罪构成到底是什么。犯罪构成就是法律规定的犯罪的要件。因此，它具有法定性。同时，犯罪构成具有主客观相统一的特点，各个要件之间是互相联系的，它是一个整体、一个系统，而不是简单相加的四个要件。

第二项 犯罪构成的分类

1. 犯罪构成的分类

犯罪构成可以从不同角度进行不同的分类：

(1)基本的犯罪构成与修正的犯罪构成。一般认为，基本的犯罪构成是指分则性条文就单独的既遂犯所规定的犯罪构成；修正的犯罪构成是指总则性条文以基本的犯罪构成为基础并对之加以修正而就共犯、预备犯、未遂犯、中止犯等所规定的犯罪构成。

(2)完结的犯罪构成与待补充的犯罪构成：完结的犯罪构成，也称关闭的犯罪构成，是指刑法完整地规定了所有要件的犯罪构成；待补充的犯罪构成，也称开放的犯罪构成，是指刑法仅规定了部分要件，其他要件需要司法机关在适用时进行补充的犯罪构成。

(3)简单的犯罪构成和复杂的犯罪构成：根据犯

罪构成的内部对构成要件状况的不同要求，可以将犯罪构成分为单一的犯罪构成和复杂的犯罪构成。单一的犯罪构成，又称单纯的犯罪构成，是指刑法条文规定的犯罪构成的诸要件均为单一的犯罪构成。例如一个犯罪主体在一种罪过支配下，实施了一个犯罪行为，损害一个犯罪客体，构成一个犯罪的犯罪构成。复杂的犯罪构成，又称混合的犯罪构成，是指刑法条文规定的犯罪构成的诸要件并非均属单一的犯罪构成。例如聚众犯罪（聚众冲击国家机关罪）的犯罪主体就不是单一的。

2. 犯罪构成要件要素的分类

犯罪构成要件要素的分类是理论性比较强的知识点，大家要特别注意。不仅要掌握不同构成要件要素的概念，还要能够对构成要件要素根据不同标准进行分类。

犯罪构成要件要素是指组成犯罪构成各个要件的要素。例如主体要件由年龄、辨认控制能力、身份等要素组成。对构成要件要素可以进行不同的分类：

(1)共同的构成要件要素与非共同的构成要件要素：

共同的构成要件要素是指任何犯罪的成立都必须具备的要素，例如行为、主体、罪过就是任何犯罪的成立都必须具备的要素。非共同的构成要件要素是指部分犯罪的成立所必须具备的要素。例如身份与目的只是部分犯罪的成立所必须具备的要素。

请注意：共同的构成要件要素是非常少的，它是所有的犯罪都必须具备的要件。

(2)客观的构成要件要素与主观的构成要件要素：说明行为外部的、客观方面的要素即为客观的构成要件要素，如行为、结果、行为对象等；表明行为人内心的、主观方面的要素即为主观的构成要件要素，如故意、过失、动机、目的等。

(3)积极的构成要件要素与消极的构成要件要素：积极地、正面地表明犯罪成立必须具备的要素就是积极的构成要件要素。否定行为的犯罪性的要素，就是消极的构成要件要素。我国《刑法》第389条第3款规定："因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。"此即消极的构成要件要素。

(4)记述的构成要件要素与规范的构成要件要素：在解释构成要件要素和认定是否存在符合构成要件要素的事实时，如果只需要法官的认识活动即可确定，这种构成要件要素便是记述的构成要件要素；如果需要法官的规范的、评价的价值判断才能认定，这种构成要件要素便是规范的构成要件要素。例如"十四周岁"就属于记述的构成要件要素，"情节严重"、"猥亵"等则属于规范的构成要件要素。

请注意：规范的构成要件要素也必须是明确的，因为根据罪刑法定原则，任何犯罪成立的条件都必须预先由法律明确规定。如果一个规范的构成要件要素是不明确的，它同样不符合罪刑法定原则的要求，应该被废除。

(5)成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素：成文的构成要件要素是指刑法明文规定的构成要件要素；不成文的构成要件要素是指刑法虽然没有明确规定，但仍为成立犯罪所必须具备的要素。例如刑法对故意杀人的罪状仅规定为"故意杀人的"，但根据犯罪的定义，我们知道，非法的故意杀人才是刑法的惩治对象，因此"非法的"就是故意杀人的不成文的构成要件要素。

请注意：对不成文的构成要件要素的认定应谨慎为之，稍有不慎就可能违反罪刑法定原则。

【例】以下说法正确的是：

A. 犯罪的构成要件只规定在分则中，定罪时并不需要适用总则的规定

B. 规范的构成要件要素是指需要法官的规范的、评价的价值判断才能认定的构成要件，因此它不可能是明确的

C. 我国刑法第389条第3款规定："因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。"因此，行贿罪除具有积极的构成要件要素外，还具有消极的构成要件要素

D. 共同的构成要件要素是指任何犯罪的成立都必须具备的要素，例如危害行为、危害结果、危害行为与危害结果之间的因果关系都是共同的构成要件要素

【答案】C。很多人认为犯罪的构成要件只规定在分则中，总则的规定与具体定罪没有关系，这是错误的。刑法对犯罪构成的规定，由刑法总则与分则共同实现。总则规定了各种具体犯罪的共同要件，分则规定了各种具体犯罪的具体构成要件。因此，具体犯罪的构成要件包括总则的共同要件和分则的要件。行为要构成具体犯罪，首先要符合总则的规定。举例来说，《刑法》第238条规定，只要非法拘禁他人，就构成非法拘禁罪。但一个15岁的少年非法拘禁同学则不构成犯罪。因为《刑法》第17条规定，14—16周岁的人只对8种危害行为负责，非法拘禁罪不在其中。所以，具体定罪时，首先要考虑是否符合总则的规定。总则的规定对定罪具有十分重要的作用，选项A是错误的。

选项B、C、D，参见上文解说。

选项D有一定迷惑性。选项D的前半句是对的，

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com