

A Guide to Criminal Justice

张仲芳/主编

本集要目

【司法实务】

受贿罪共犯的司法认定

交通肇事罪疑难问题研究

关于加强刑事抗诉工作的几点思考

【证据运用】

非法证据排除的若干问题

【法律释义】

《刑法修正案（六）》的理解与适用

《最高人民法院司法解释工作规定》的理解与适用

【疑案剖析】

自首情节在量刑中的运用问题

——析崔继国、刘娜、巴洪远故意杀人、放火抗诉案

总第27集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2006 年第 3 集(总第 27 集)

主 编：张仲芳

副主编：彭 东 王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2006 年. 第 3 集 / 张仲芳主编. —北京:
法律出版社, 2006. 9

ISBN 7-5036-6574-2

I. 刑... II. 张... III. ①刑法—研究—中国②刑事
诉讼法—研究—中国 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 094646 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/林 红

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/7 字数/165 千

版本/2006 年 9 月第 1 版

印次/2006 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-6399781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6574-2/D·6291 定价:19.80 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》 2006 年第 3 集(总第 27 集)

顾问委员会

总 顾 问:高铭暄 陈光中 王作富 姜 伟

顾 问:(以姓氏笔画为序)

龙宗智 刘绍武 张 军 陈卫东

陈兴良 郎 胜 南 英 胡安福

赵秉志 阎敏才

编辑委员会

主 编:张仲芳

副 主 编:彭 东 王 军 聂建华 黄 河
史卫忠

编 委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 王光月 王 健 李树昆

李景晗 张凤艳 张寒玉 张晓津

张希靖 贺湘君 侯亚辉 黄卫平

路 飞

通讯编委:苗生明 张道发 殷玉谈 刘永志

周东曙 苑瑞先 吕景文 胡秋华

沙 莎 季 刚 蒋永良 陈海鹰

张厚琪 欧秀珠 王景风 鲍 峰

刘建国 刘光圣 李芳芳 丁维群

徐新励 朱乾坤 李思阳 潘祥均

吴永胜 孙志红 王成刚 李志虎

徐 雷 朱绍银 苟军德 刘 军

尚 争 勇 扎

执行编委:李景晗 卢宇蓉

目 录

【司法实务】

受贿罪共犯的司法认定	张明楷(1)
交通肇事罪疑难问题研究	周光权(33)
转化型抢劫罪构成要件解析	刘 路 李巧芬 刘中发(59)
关于假冒注册商标罪中“与其注册商标相同的商标” 的认定	张本勇(89)
关于加强刑事抗诉工作的几点思考	沙 莎(100)

【证据运用】

非法证据排除的若干问题	谢佑平 万 毅(109)
-------------------	----------------

【法律释义】

《刑法修正案(六)》的理解与适用	黄太云(132)
《最高人民检察院司法解释工作规定》的理解与适用	韩耀元(185)

【疑案剖析】

自首情节在量刑中的运用问题

——析崔继国、刘娜、巴洪远故意杀人、放火抗诉案

..... 苗生明 白利平 曹 晶(196)

针对“根据本案具体情节”的死刑抗诉问题

——析张海生故意杀人、盗窃抗诉案

..... 高宏伟 曹 晶(203)

受贿罪共犯的司法认定

张明楷*

相关法律及司法解释

《中华人民共和国刑法》(节录)

第二十五条 共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。

二人以上共同过失犯罪,不以共同犯罪论处;应当负刑事责任的,按照他们所犯的罪分别处罚。

第二十六条 组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的,是主犯。

三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织,是犯罪集团。

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。

对于第三款规定以外的主犯,应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。

第二十七条 在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。

对于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

第二十八条 对于被胁迫参加犯罪的,应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。

* 清华大学法学院教授,博士生导师,兼北京市西城区人民检察院副检察长。

第二十九条 教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的,应当从重处罚。

如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或者减轻处罚。

第三百八十五条 国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。

国家工作人员在经济往来中,违反国家规定,收受各种名义的回扣、手续费,归个人所有的,以受贿论处。

目 次

- 一、非国家工作人员伙同受贿的共犯认定
- 二、使请托人向第三者提供贿赂的共犯认定
- 三、受贿罪共犯与介绍贿赂罪的区别
- 四、共同受贿的犯罪数额与追缴数额的认定

一、非国家工作人员伙同受贿的共犯认定

全国人大常委会1988年1月21日《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》分别就贪污罪、受贿罪的共犯作了明确规定。其第1条第2款指出:“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手管理公共财物的人员相勾结,伙同贪污的,以共犯论处。”第4条第2款规定:“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员相勾结,伙同受贿的,以共犯论处。”不言而喻,两处的“以共犯论处”意指以贪污罪的共犯论处和以受贿罪的共犯论处。可是,1997年修订后的新刑法只是保留了贪污罪的共犯规定,而删除了关于受贿罪共犯的表述。于是有人认为,“修订后的刑法已取消内外勾结的受贿罪共犯,修订后的刑法施行后,对非国家工作人员勾结国家工作人员,伙同受贿的,不能以受贿罪

共犯追究其刑事责任。”^①这种观点(以下简称否定说)在司法实践中造成的消极后果已经发展到令人惊讶的程度。不难发现,此处的关键在于如何理解刑法第382条第3款的性质,即澄清该款属注意规定还是属法律拟制。

注意规定是在刑法已作相关规定的前提下,提示司法人员注意,以免司法人员忽略的规定。它有两个基本特征:其一,注意规定的设置,并不改变相关规定的内容,只是对相关规定内容的重申;即使不设置注意规定,也存在相应的法律适用根据(即按相关规定处理)。例如,刑法第285条与第286条分别规定了非法侵入计算机信息系统罪与破坏计算机信息系统罪;第287条规定:“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚。”此条即属注意规定,一方面它旨在引起司法人员的注意,对上述利用计算机实施的各种犯罪,应当依照有关金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款等罪的规定定罪处罚;不能因为规定了两种计算机犯罪,便对利用计算机实施的金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款等罪也以计算机犯罪论处;另一方面,即使没有这一规定,对上述利用计算机实施的各种犯罪,也应当依照刑法的相关规定定罪处罚。可见,注意规定并没有对相关规定作出任何修正与补充。具体而言,刑法第287条的规定,并没有对金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密等罪的构成要件增设特别内容或者减少某种要件。其二,注意规定只具有提示性,其表述的内容与相关规定的内容完全相同,因而不会导致将原本不符合相关规定的行为也按相关规定处理。换言之,如果注意规定指出:“对A行为应当依甲犯罪论处”,那么,只有当A行为完全符合甲罪的构成要件时,才能将A行为认定为甲罪。例

^① 王发强:“内外勾结的受贿罪共犯是否已被取消”,载《人民法院报》1998年8月13日第3版。

如,刑法第163条前两款规定了公司、企业人员受贿罪,第3款规定,国家工作人员“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。”显然,只有当国家工作人员的行为完全符合刑法第385条所规定的受贿罪构成要件时,才能以受贿罪论处;如果国家工作人员的行为本身不符合刑法第385条的规定,便不得认定为受贿罪。所以,第163条第3款也是注意规定,它不会导致将原本不符合受贿罪构成要件的行为也认定为受贿罪。根据上述两个特征,刑法第183条、第184条、第185条、第198条第4款、第242条第1款、第248条第2款、第272条第2款等均属注意规定。

法律拟制则不同,其特点是导致将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理。换言之,在法律拟制的场合,尽管立法者明知T2与T1在事实上并不完全相同,但出于某种目的仍然对T2赋予与T1相同的法律效果,从而指示法律适用者,将T2视为T1的一个事例,对T2适用T1的法律规定。例如,刑法第269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,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”此即法律拟制。因为该条规定的行为(T2)原本并不符合刑法第263条(相关规定)的构成要件(T1),但第269条对该行为(T2)赋予与抢劫罪(T1)相同的法律效果;如果没有第269条的规定,对上述行为就不能以抢劫罪论处,而只能对前一阶段的行为分别认定为盗窃、诈骗、抢夺罪,对后一阶段的行为视性质与情节认定为故意杀人罪、故意伤害罪,或者仅视为前罪的量刑情节。再如,刑法第267条第2款规定:“携带凶器抢夺的,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”携带凶器抢夺(T2)与刑法第263条规定的抢劫罪(T1)在事实上并不完全相同,或者说,携带凶器抢夺的行为原本并不符合抢劫罪的构成要件,但立法者将该行为(T2)赋予与抢劫罪(T1)相同的法律效果。如果没有刑

法第 267 条第 2 款的法律拟制,对于单纯携带凶器抢夺的行为,只能认定为抢夺罪,而不能认定为抢劫罪。由此可见,法律拟制的特殊之处在于:即使某种行为原本不符合刑法的相关规定,但在刑法明文规定的特殊条件下也必须按相关规定论处。

区分法律拟制与注意规定的基本意义,在于明确该规定是否修正或补充了相关规定或基本规定,是否导致将不同的行为等同视之。换言之,将某种规定视为法律拟制还是注意规定,会导致适用条件的不同,因而形成不同的认定结论。例如,刑法第 247 条前段规定了刑讯逼供罪与暴力取证罪;后段规定:“致人伤残、死亡的,依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。”如果认为本规定属于注意规定,那么,对刑讯逼供或暴力取证以故意杀人罪定罪处罚的条件是,除了要求该行为致人死亡外,还要求行为人主观上具有杀人的故意。如果认为本规定属于法律拟制,那么,只要是刑讯逼供或者暴力取证致人死亡的,不管行为人主观上是否有杀人故意,都必须认定为故意杀人罪;换言之,尽管该行为原本不符合故意杀人罪的成立条件,但法律仍然赋予其故意杀人罪的法律效果。与旧刑法相比,新刑法既增加了法律拟制,更增加了注意规定。如何区分法律拟制与注意规定,是解释刑法分则面临的重大课题,反过来也影响刑法总则的适用。

就本文所讨论的问题而言,如果说刑法第 382 条第 3 款属于法律拟制,则意味着一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪时,原本并不成立共同犯罪;因此,对于一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪的,只要没有这种拟制规定,就不得认定为共犯;由于规定受贿罪的第 385 条没有设置这样的拟制规定,故一般主体与国家工作人员相勾结伙同受贿的,不得以受贿罪的共犯论处;否定说便是由此形成的。但是,如果说该款只是注意规定,则意味着一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪时,根据总则规定原本构成共同犯罪;所以,不管分则条文中有无这一注意规定,对一般主体参与

以特殊身份为要件的犯罪的,均应认定为共犯;故一般主体与国家工作人员相勾结伙同受贿的,应以受贿罪的共犯论处。

本文认为,刑法第382条第3款属于注意规定,而非法律拟制。要形成这一结论,就得证明刑法总则已经存在意义相同的相关规定。换言之,必须证明,根据刑法总则关于共同犯罪的规定,完全可以得出“一般主体与特殊主体共同故意实施以特殊身份为要件的犯罪的,均应认定为共犯”的结论。^①首先,刑法在总则中设立共犯规定的原因之一,就是刑法分则所规定的主体均为实行犯,所以,刑法分则所规定的国家工作人员等特殊主体仅就实行犯而言;至于教唆犯与帮助犯,则完全不需要特殊身份。其次,虽然我国刑法没有对身份犯的共犯作出规定,但我国刑法有关共犯人的规定已经指明了这一点。例如,刑法第29条第1款前段规定:“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。”这表明,只要被教唆的人犯被教唆的罪,教唆犯与被教唆犯就构成共同犯罪。将这一规定适用于教唆受贿时,便得出了如下结论:“教唆他人犯受贿罪的,应当按照他在共同犯受贿罪中所起的作用处罚。”刑法第27条第1款规定:“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。”单个人犯罪无所谓主从犯,从犯只能存在于共同犯罪之中;这证明,起帮助作用的人,也与被帮助的人成立共犯。当然,帮助犯也可能是胁从犯,但第28条的规定说明,胁从犯也只存在于共犯之中。这三条足以表达以下含义:一般主体教唆、帮助特殊主体实施以特殊身份为构成要件的犯罪的,以共犯论处。所以,即使没有刑法第382条第3款的规定,对于一般公民与国家工作人员相勾结、伙同贪污的,也应当根据刑法总则的规定,以贪污罪的共犯论处。因此,刑法第382条第3款只是重申了刑法总

① 刑法理论上早已得出这种结论(参见马克昌:“共同犯罪与身份”,载《法学研究》1986年第5期),故没有必要进一步说明。

则关于共犯的规定,或者说只是将刑法总则关于共犯的规定具体化于贪污罪的规定中,而没有增加新的内容,只能视为注意规定。最后,如果将刑法第 382 条第 3 款理解为法律拟制,那么,一般主体与特殊主体共同故意实施以特殊身份为要件的犯罪时,除贪污罪之外,一概不成立共犯;这样,刑法总则关于共同犯罪的规定儿近一纸废文;总则也不能起到指导分则的作用。例如,一般公民教唆国家机关工作人员叛逃的,一般公民教唆、帮助司法工作人员刑讯逼供的,一般公民帮助在押人员脱逃的,一般公民教唆国家工作人员挪用公款的,均不成立共犯,^①而且通常只能宣告无罪。但这些结论无论如何不能得到国民的赞同。

为什么新刑法在贪污罪中保留注意规定,而删除受贿罪中的注意规定呢?本文的回答是:贪污罪包含了利用职务之便的盗窃、骗取、侵占等行为,而一般主体与国家工作人员相勾结、伙同贪污时,一般主体的行为也可能符合盗窃罪、诈骗罪、侵占罪的构成要件;刑法第 382 条第 3 款设置注意规定,就是为了防止司法机关将贪污共犯认定为盗窃、诈骗、侵占等罪;刑法就受贿罪取消注意规定,是因为基本上不存在将受贿共犯认定为其他犯罪的问题;刑法对其他特殊主体的犯罪没有设置类似的注意规定,也是因为基本上不存在类似问题,因而没有提醒的必要。

由此可见,司法工作人员千万不能混淆刑法中的注意规定与法律拟制。注意规定的内容是可以类比适用的,而法律拟制的内容只能适用于特定范围。例如,刑法第 382 条第 3 款属于注意规定,因此,可以将该规定的精神类比适用于其他特殊主体的共犯:与国家工作人员相勾结伙同挪用公款的,以共犯论处;与司法工作

① 或许有人认为,因为有司法解释,所以一般公民(包括使用人)与国家工作人员构成挪用公款罪的共犯。可是,司法解释也受罪刑法定原则的约束;在学理解释上违反罪刑法定原则的结论,在司法解释上也必定违反罪刑法定原则。

人员相勾结伙同刑讯逼供的,以共犯论处;如此等等。再如,刑法将携带凶器抢夺以抢劫论处,因为该规定属于法律拟制,所以,司法工作人员不能将该规定类比适用于盗窃,不能将携带凶器盗窃的行为认定为抢劫罪。

二、使请托人向第三者提供贿赂的共犯认定

国家工作人员要求、暗示请托人向第三者提供贿赂的现象,在现实生活中并非罕见。例如,丙有求于国家工作人员甲的职务行为,甲便要求或暗示丙向乙提供财物,乙欣然接收;或者甲利用职务上的便利为丙谋取了利益,事后丙欲向甲提供作为职务行为的不正当报酬的财物时,甲则要求或暗示丙将财物提供给乙,乙没有拒绝。如果乙根本不知道丙所提供的财物与国家工作人员甲的职务有关,当然不可能成立受贿罪的共犯。所以,现在所要讨论的问题是:如果乙明知丙提供的财物与甲的职务有关,即明知该财物属于甲的职务行为或所允诺的职务行为的不正当报酬而收受时,是否与甲成立受贿罪的共犯?显然,讨论这一问题的前提是明确甲的行为是否成立受贿罪?尽管无罪说论者不乏其人,但本文仍然对此持肯定回答。

刑法规定受贿罪,是为了保护职务行为的不可收买性。职务行为的不可收买性与职务行为的纯洁性、公正性密切联系:防止权力滥用、保障权力公正行使的最起码、最基本的措施,就是防止权力与其他利益的相互交换;古今中外的客观事实不可置疑地告诉人们,职务行为的纯洁性、公正性首先取决于职务行为的不可收买性;如果职务行为可以收买,能够与财物相互交换,那么,职务行为必然只是为提供财物的人服务,从而损害其他人的利益,进而导致公民丧失对职务行为公正性和国家机关本身的信赖。所以,为了保障职务行为的纯洁性、公正性,首先必须保证职务行为的不可收买性。现实与常识告诉人们,国家工作人员要求、暗示请托人向第三者提供财物时,该第三者必定与国家工作人员具有某种亲密关

系:要么国家工作人员需要报答第三者或者需要满足第三者的需求,要么第三者在接受财物后将所接受的财物私下转交给国家工作人员,要么第三者会采取其他方式报答国家工作人员。说到底,国家工作人员仍然是为了自己的利益而要求、暗示请托人向第三者提供财物。同样,请托人也必然认识到第三者与国家工作人员的密切关系,否则,决不会向第三者提供财物;现实生活中,一些请托人在有求于国家工作人员的职务行为却又无法接触国家工作人员时,想方设法通过与国家工作人员有密切关系的人牵线搭桥,进而实现行贿的事实,也充分说明了这一点;请托人以及其他知情者都清楚地认识到,在国家工作人员要求、暗示向第三者提供财物的情况下,向第三者提供财物是满足国家工作人员的要求或欲望的一个途径,因而也是收买国家工作人员职务行为的一种方式。既然如此,我们就应当肯定这种行为侵犯了国家工作人员职务行为的不可收买性,进而也侵犯了职务行为的纯洁性、公正性,理当以受贿罪论处。如果对这种行为予以放任,必将为权钱交易开辟一条宽阔的畅通大道:国家工作人员不直接收受贿赂,而由第三者收受,最终仍然实现自己的利益,却可以免受刑事责任追究。不难看出,在大力反腐倡廉的今天,无罪说有悖民意。

说到底,无罪说论者无非是因为国家工作人员本人表面上没有得到请托人所提供的财物,即没有当场实现利己的意图而得出了无罪的结论。然而,犯罪的本质是对法益的侵害(包括威胁),而不是行为人取得利益;同样,刑法的目的是保护法益,而不是禁止人们获得利益。如果行为侵害了法益,即使行为人没有获得利益,也可能成立犯罪;反之,如果行为人取得了利益,但其行为并未侵害法益,则不可能构成犯罪。既然国家工作人员使请托人向第三者提供财物的行为侵害了其职务行为的不可收买性与纯洁性,那么其行为便具备了受贿罪的本质。事实上,在司法实践中,对国家工作人员使请托人向其妻子或子女提供财物的,即使其妻子或

者子女不知情,也认定国家工作人员成立受贿罪,而且所认定的受贿数额以其妻子或者子女实际接受的数额为准。^①按照无罪说的逻辑,既然国家工作人员使请托人向第三者提供财物时无罪,那么,国家工作人员使请托人向妻子提供财物而妻子不知情时,由于其中的1/2在形式上由妻子所有,故只能将妻子接受财物的1/2认定为国家工作人员的受贿数额。但事实上并非如此。显然,只有肯定了国家工作人员使请托人向第三者提供财物的也成立受贿罪,才能说明上述司法实践的正确性。

关于使请托人向第三者提供财物构成犯罪的刑事立法,大体上有三种体例:一是对受贿罪的构成要件规定得比较简洁,没有明文指出使请托人向第三者提供财物是否构成受贿罪。如我国台湾地区“刑法”第121条第1款规定:“公务员或仲裁人对于职务上之行为,要求、期约或收受贿赂或其他不正利益者,处七以下有期徒刑,得并科五千元以下罚金。”二是以德国刑法为代表,所规定的受贿罪构成要件包含了使请托人向第三者提供利益的情况。如其第331条第1款规定:“公务员或者对公共职务特别负有义务的人员就其职务活动为自己或者第三者要求、使被约定或者接受利益的,处三年以下自由刑或者罚金。”第332条第1款规定:“公务员或者对公共职务特别负有义务的人员就其已经从事或者将要从事的职务行为和因此侵害了或者可能侵害其职务义务,作为回报,为自己或者第三者要求、使被约定或者接受利益的,处六个月以上五年以下自由刑。在较轻的严重情形中处三年以下自由刑或者罚金。”三是以日本刑法为代表,将使请托人向第三者提供贿赂规定为独立的罪名,其第197条之二规定:“公务员或者仲裁人,

^① 在日本,公务员使请托人向自己的妻子、子女等亲属提供财物的,并不认定为使请托人向第三者提供贿赂罪,而是直接认定为普通受贿罪(参见林干人:《刑法各论》,东京大学出版社1999年版,第450页)。

就其职务上的事项,接受请托,使请托人向第三者提供贿赂,或者要求、约定向第三者提供贿赂的,处五年以下惩役。”

我们现在要讨论的是,能否因为外国刑法对使请托人向第三者提供贿赂有明文规定,而否认该行为在我国成立受贿罪?无罪说论者的理由往往是:我国实行罪刑法定原则,对于刑法没有明文规定的行为不得定罪处刑;日本、德国刑法明文将该行为规定为犯罪,而我国刑法对此没有明文规定,所以,在我国不得对该行为定罪处刑。但本文认为,这种推论存在两个不能令人接受的缺陷。

首先,该观点的判断方法是,先以国外刑法的规定为依据将某种行为概括为国外刑法所规定的某种“犯罪”(大前提),然后说中国刑法没有国外刑法的类似规定(小前提),因而该行为无罪(结论)。即前述设例中甲的行为在日本属于使请托人向第三者提供贿赂罪,而我国刑法没有规定该罪,所以甲的行为在我国无罪。由此我们会进一步发现,该观点将事实作为大前提,将法律作为小前提,然后得出了无罪的结论:即甲的行为属于使请托人向第三者提供贿赂(大前提),刑法没有规定该罪(小前提),所以该行为无罪(结论)。然而,这种判断方式存在重大疑问。“从形式逻辑规则的观点来看,对法律案件的决定是根据三段论法作出的,其中法律规范是大前提,案件的情况是小前提,案件的决定是结论。把案件的决定看做是按照三段论法的规则得出的结论,对于彻底确立法制原则具有重要的意义,法制的实质就在于使所有主体的行为符合法律规范的要求。而在法的适用方面,只有当适用法的机关准确地和正确地把法律规范适用于一定的具体情况,即按照三段论法的规则决定法律案件时,才能出现这种相符合的情况。”^①因此,我们在判断构成要件符合性时,应当以法定的构成要件为大前提,

^① [苏]C. C. 阿列克谢耶夫:《法的一般理论》(下册),黄良平、丁文琪译,法律出版社1991年版,第729页。