

北京大学远程教育法学试用教材

刑法总论



陈兴良 编著

人民法院出版社
THE PEOPLE'S COURT PRESS

北京大学远程教育法学试用教材

刑法总论



陈兴良 编著

人民法院出版社
THE PEOPLE'S COURT PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法总论/陈兴良编著. —北京:人民法院出版社, 2002. 3

北京大学远程教育法学试用教材

ISBN 7-80161-291-4

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-中国-远距离教育:高等教育-教材 IV. D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 010601 号

刑法总论

陈兴良 编著

责任编辑 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京东交民巷 27 号(100745)

电 话 65222213(责任编辑) 65136848(出版部)
65120825 65222201 65286879(发行部)

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 16 开本

字 数 172 千字

印 张 9.25

版 次 2002 年 3 月第 1 版 2002 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-291-4/D·291

定 价 20.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装,请与出版社联系调换)

编写说明

当您走进北大远程教育时,人类已经迈入了二十一世纪。

当您通过网络步入北大法学院时,您便走在了时代的最前列。

这是一个科学技术飞速发展、知识更替日新月异的时代,网络的普及更是“忽如一夜春风来”。于是,网络时代的弄潮儿——现代网络远程教育以其授课便捷、学习高效、自主性强、传播知识速度快、内容更新迅速等一系列传统教育所无法比拟的特点而越来越受到全社会的关注与认可。北京大学法学院的法学现代远程教育,正是顺应了历史和科学的这一发展。

为了便于广大学员更好地在网上学习课程,我们特组织北大法学院老师编写了这套教材。它对同学们的网上学习将起到很好的辅助作用。这套教材既有利于学生掌握基础知识,同时便于在网上学习之余复习相关内容。因此,对广大学员提高学习效率以及学以致用都会起到潜移默化的作用。希望大家对此有所了解,以便从开始就树立起网上与书本学习相得益彰的坚定信念,最大限度地发挥自己的潜能,以达到预期的目标!

欢迎每位学员和其他支持我们工作的同志提出宝贵的意见和建议。

祝每一位学员通过网上远程教育的学习获得最大成功!

北京大学法学院
2001年5月18日

目 录

第一章 刑法概说	(1)
第一节 刑法的概念	(1)
第二节 刑法的任务	(1)
第三节 刑法的适用范围	(2)
第四节 刑法的基本原则	(6)
第二章 犯罪和犯罪构成	(8)
第一节 犯罪概念	(8)
第二节 犯罪构成	(12)
第三章 犯罪构成要件	(14)
第一节 犯罪客体	(14)
第二节 犯罪客观方面	(16)
第三节 犯罪主体	(22)
第四节 犯罪主观方面	(24)
第四章 排除犯罪性的行为	(32)
第一节 正当防卫	(32)
第二节 紧急避险	(37)
第五章 未完成罪	(41)
第一节 犯罪预备	(41)
第二节 犯罪未遂	(43)
第三节 犯罪中止	(47)
第六章 共同犯罪	(51)
第一节 共同犯罪的定罪	(51)
第二节 共同犯罪的处罚	(54)
第七章 单位犯罪	(59)
第一节 单位犯罪的概念	(59)
第二节 单位犯罪的特征	(59)
第三节 单位犯罪的处罚	(62)

第八章 罪数形态	(65)
第一节 一行为法定为一罪或处断为一罪的情况	(65)
第二节 数行为法定为一罪或处断为一罪的情况	(68)
第九章 刑罚概说	(73)
第一节 刑罚与刑罚权	(73)
第二节 刑罚的目的	(75)
第十章 刑罚种类	(78)
第一节 主刑.....	(78)
第二节 附加刑.....	(88)
第十一章 刑罚裁量	(96)
第一节 刑罚裁量概述	(96)
第二节 累犯制度	(102)
第三节 自首制度	(105)
第四节 立功制度	(110)
第五节 数罪并罚制度	(112)
第十二章 刑罚执行	(118)
第一节 刑罚执行概述	(118)
第二节 缓刑制度	(121)
第三节 减刑制度	(125)
第四节 假释制度	(128)
第十三章 刑罚消灭	(133)
第一节 刑罚消灭概述	(133)
第二节 时效	(133)
第三节 赦免	(136)
附录:《刑法总论》教学大纲	(139)

第一章 刑法概说

第一节 刑法的概念

刑法是国家的基本法律之一，是规定犯罪、刑事责任与刑罚的法律。具体而言，刑法是以国家名义规定什么行为是犯罪和应负刑事责任，并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律。

刑法有广义和狭义之分。广义的刑法，是指以国家名义颁布的规定犯罪与刑罚的一切法律规范的总称，包括刑法典、单行刑法以及附属刑法。其中，所谓单行刑法，是指为补充、修改刑法典而由最高立法机关颁布的、在形式上独立于刑法典而在内容上又是专门规定犯罪与刑罚的一切规范性文件。所谓附属刑法，是指拥有刑事立法权的国家立法机关在经济法、行政法等非刑事法律中规定的关于犯罪与刑罚的行为规范的总称。附属刑法中，刑法规范不是主体部分，具有附属性。至于狭义的刑法，则是指国家立法机关制定的、把规定犯罪与刑罚的一般原则和各种具体犯罪与刑罚的法律规范加以条理化和系统化的刑法典。

第二节 刑法的任务

我国刑法第2条指出：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。”根据这一规定，我国刑法的任务是打击犯罪与保护人民的统一。

打击犯罪与保护人民是手段与目的的关系。打击犯罪是指采用刑罚即刑事制裁的方法，同一切危害国家安全的和其他的刑事犯罪行为作斗争。打击犯罪的目的是为了保护人民，根据我国刑法的规定，保护人民主要是指保护国家的根本政治制度和公民的合法权益。具体而言，表现在以下几个方面：(1) 保卫人民民主专政的政权和社会主义制度。严厉打击直接危害我国人民民主专政的政权和社会主义制度的危害国家安全的犯罪行为，这是我国刑法的首要任务。(2) 保护公共财产和公民私人所有的合法财产。国有财产和劳动群众集体所有的财产，是社会主义的物质基础，是我国进行现代化建设的物质保证。它们直接关系到我国政权和制度的巩固以及社会生活的正常和繁荣，因而保护公共财产是我国刑法的重要

任务。公民私人所有的合法财产,是公民生产、工作、生活必不可少的物质条件。保护公民私人所有的财产,贯彻了宪法的原则。(3)保护公民的人身权利、民主权利和其他权利。保护人民的合法权益是我们社会主义国家的根本任务,也是我国刑法任务的重要内容之一。(4)维护社会秩序和经济秩序。良好的社会秩序和经济秩序,是社会主义建设事业顺利进行的保障,同人民的切身利益密切相关,因此,维护社会秩序和经济秩序是刑法的一项重要任务。

第三节 刑法的适用范围

刑法的适用范围,即刑法的效力范围,是指刑法在什么地方、对什么人和在什么时间内具有效力。刑法的适用范围,分为刑法的空间效力与刑法的时间效力。

一、刑法的空间效力

刑法的空间效力,是指刑法对地和人的效力,也就是解决一个国家的刑事管辖权的范围问题。刑事管辖权是国家主权的组成部分。一个独立自主的国家,无不在刑法中对刑法的空间效力即刑事管辖权的范围问题作出规定。

(一)刑法的属地管辖

我国刑法第6条第1款规定:“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。”这是我国刑法关于空间效力的基本原则,它包括以下两项主要内容:

1. “中华人民共和国领域内”的含义

所谓中华人民共和国领域内,是指我国国境以内的全部空间区域,具体包括:(1)领陆,即国境线以内的陆地及其地下层,这是国家领土的最基本和最重要的部分;(2)领水,即国家领陆以内与陆地邻接的一定宽度的水域,包括内水、领海及其地下层。内水包括内河、内湖、内海以及同外国之间界水的一部分,通常以河流中心线或主航道中心线为界。领海即与海岸或内水相邻接的水域。包括海床和底土。根据我国政府1958年9月4日发表的声明,我国的领海宽度为12海里。(3)领空,即领陆、领水的上空。

同时,根据国际条约和惯例,以下两部分属于我国领土的延伸,适用我国刑法:(1)我国的船舶、飞机或其他航空器。我国刑法第6条2款还规定:“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。”(2)我国驻外使领馆。根据我国承认的《维也纳外交关系公约》的规定,各国驻外大使馆、领事馆不受驻在国的司法管辖而受本国的司法管辖。这些地方亦视同为我国领域,在其内发生的任何犯罪都适用我国刑法。除此之外,针对犯罪

行为与犯罪结果在时间或地点方面存在跨国界等情况，我国刑法又进一步明确属地管辖的具体标准。我国刑法第6条第3款规定：“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。”这里包括三种情况：(1)犯罪行为与犯罪结果均发生在我国境内，这是较常见的情况；(2)犯罪行为在我国领域内实施，但犯罪结果发生于国外，比如在我国境内邮寄装有炸药的包裹，在境外发生爆炸；(3)犯罪行为实施于国外，但犯罪结果发生于我国境内，比如在我国境外开枪，打死境内居民。根据刑法的规定，上述三种情况均适用我国刑法。

2. “法律有特别规定”的含义

我国刑法第6条在确立属地管辖基本原则的同时，提出了法律特别规定的例外情况。这些“特别规定”主要是指：

(1)刑法第11条关于“享有外交豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。”所谓外交特权和豁免权，是指根据国际公约，在国家间互惠的基础上为保证驻在本国的外交代表机构及其工作人员正常执行职务而给予的一种特别权利和待遇。享有外交豁免权的有关人员承担着尊重我国法律、法规的义务，不得侵犯我国国家主权，违犯我国法律。一旦发生违法犯罪现象，我们当然不能听之任之，而应通过外交途径加以解决，诸如要求派遣国召回，宣布其为不受欢迎的人，限期离境等。

(2)刑法第90条规定：“民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。”这是为了照顾少数民族习惯和文化传统，切实保证自治权的行使，巩固多民族国家的团结、稳定与发展。

(3)刑法施行后国家立法机构制定的特别刑法的规定，包括单行刑法和附属刑法。若出现法条竞合，按照“特别法优于普通法”的原则处理。

(4)我国香港特别行政区和澳门特别行政区基本法作出的例外规定。由于政治历史的原因，我国刑法的效力还无法及于港澳地区，这属于对刑法属地管辖权的一种事实限制。

(二) 刑法的属人管辖

刑法第7条第1款规定：“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为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。”第7条第2款规定：“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。”

根据上述规定，我国公民在我国领域外犯罪的，无论按照当地法律是否认为是犯罪，亦无论罪行是轻是重，以及是何种罪行，也不论其所犯罪行为侵犯的是何国或何国公民的利益，原则上都适用我国刑法。只是按照我

国刑法的规定，该中国公民所犯之罪的法定最高刑为3年以下有期徒刑的，才可以不予追究。所谓“可以不予追究”，不是绝对不追究，而是保留追究的可能性。此外，如果是我国的国家工作人员或者军人在域外犯罪，则不论其所犯之罪按照我国刑法的规定法定最高刑是否为3年以下有期徒刑，我国司法机关都要追究其刑事责任。这主要是考虑到对国家工作人员和军人在域外犯罪管辖应从严要求。刑法第10条规定：“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法处罚的，可以免除或者减轻处罚。”这条规定，包括我国公民在域外犯罪的情况在内。这条规定表明，我国作为一个独立自主的主权国家，其法律具有独立性，外国的审理和判决对我国没有约束力。但是从实际情况及国际合作角度出发，为了使被告人免受过重的双重处罚，又规定对在外国已经受过刑罚处罚的犯罪人，可以免除或者减轻处罚。这样既维护了我国的国家主权，又从人道主义出发对被告人的具体情况做了实事求是的考虑，充分体现了原则性与灵活性的统一。

(三) 刑法的保护管辖

刑法第8条规定：“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。”

根据这条规定，外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪，我国刑法有权管辖，但是这种管辖权是有一定限制的：一是这种犯罪按照我国刑法规定的最低刑必须是三年以上有期徒刑；二是按照犯罪地的法律也应受刑罚处罚。当然，要实际行使这方面的管辖权存在着一定的困难，因为犯罪人是外国人，犯罪地点又是在国外，如果该犯罪人不能引渡过来，或者没有在我国领域内被抓获，我们就无法对其进行刑事追究。但是，如果刑法对此不加以规定，就等于放弃自己的管辖权，那些犯罪的外国人就可以肆无忌惮地对我国国家或者公民的利益进行侵害。因此，作出这样的规定，是为了在法律上表明我们的立场，这对于保护我国国家利益，保护我国驻外工作人员、考察访问人员、留学生、侨民的利益是完全必要的。此外刑法第10条对于在国外对我国国家或者公民犯罪的外国人也是适用的。

(四) 刑法的普遍管辖

刑法第9条规定：“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。”根据这一规定，凡是我国缔结或者参加的国际条约中规定的罪行，不论罪犯是中国人还是外国人，也不论其罪行是发生在我国领域内还是领域外，在我国所承担条约义务的范围内，如不引渡给有关国家，我国就应当行使刑事管辖权，依照我国刑法的有关规定对罪犯予以惩处。

二、刑法的时间效力

刑法的时间效力,是指刑法的生效时间、失效时间以及对刑法生效前所发生的行为是否具有溯及力的问题。

(一)刑法的生效时间

刑法的生效时间与其他法律的生效时间相似,主要有两种方式:一是从公布之日起生效。二是公布之后经过一段时间再施行,这是世界上多数国家关于刑法生效时间的通行做法。

(二)刑法的失效时间

法律的失效时间,即法律终止效力的时间,通常要由立法机关作出决定。从世界范围看,法律失效的方式有很多种,诸如新法公布实施后旧法自然失效,立法机关明确宣布废止某一法律,某一法律在制定时即规定了有效期限等。我国刑法的失效基本上包括两种方式:一是由立法机关明确宣布某些法律失效。二是自然失效,即新法施行后代替了同类内容的旧法,或者由于原来特殊的立法条件已经消失,旧法自行废止。

(三)刑法的溯及力

刑法的溯及力,即刑法生效以后,对于其生效以前未经审判或者尚未确定的行为是否适用的问题。如果适用,就是有溯及力;如果不适用就是没有溯及力。

我国刑法第12条第1款规定:“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。”第12条第2款规定:“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。”根据这一规定,对于1949年10月1日中华人民共和国成立至1997年10月1日新刑法施行前这段时间内发生的行为,应按以下不同情况分别处理:

第一,当时的法律不认为是犯罪,而修订后的刑法认为是犯罪的,适用当时的法律,即修订后的刑法没有溯及力。对于这种情况,不能以修订后的刑法规定为犯罪为由而追究行为人的刑事责任。

第二,当时的法律认为是犯罪,但修订后的刑法不认为是犯罪的,只要这种行为未经审判或者判决尚未确定,就应当适用修订后的刑法,即修订后的刑法具有溯及力。

第三,当时的法律和修订后的刑法都认为是犯罪,并且按照修订后的刑法总则第四章第八节的规定应当追诉的,原则上按当时的法律追究刑事责任,即修订后的刑法不具有溯及力。这就是从旧兼从轻原则所指的从旧。但是,如果当时的法律处刑比修订后的刑法重,则应适用修订后的刑法,修订后的刑法具有溯及力。这便是从轻原则的体现。

第四,如果当时的法律已经作出了生效判决,继续有效。即使按修订后的刑法的规定,其行为不构成犯罪或处刑较当时的法律要轻,也不例外。这主要是考虑到维护人民法院生效判决的严肃性和稳定性的需要。

第四节 刑法的基本原则

刑法的基本原则是刑法的灵魂与核心,是刑法的内在精神的集中体现。现行刑法对刑法的基本原则作了明文规定,它对我国刑法的制定与适用都具有重要意义。

一、罪刑法定原则

法无明文规定不为罪和法无明文规定不处罚是罪刑法定的基本含义。罪刑法定原则的基本要求是:(1)法定化,即犯罪和刑罚必须事先由法律作出明文规定,不允许法官自由擅断。(2)实定化,即对于什么是犯罪和犯罪所产生的具体法律后果,都必须作出实体性的规定。(3)明确化,即刑法条文必须文字清晰,意思确切,不得含糊其词或模棱两可。

我国1979年刑法没有明确规定罪刑法定原则,而是规定了类推制度。从逻辑上说,罪刑法定与类推是存在明显矛盾的。1997年修订后的刑法从完善我国刑事法治、保障人权的需要出发,明文规定了罪刑法定原则,并废止类推,成为我国刑法发展的一个重要标志。修订后的刑法第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。”这一原则的价值内涵和内在要求,在修订后的刑法中得到了较为全面、系统的体现。尤其是刑法修订后的新增罪名,不仅反映了罪刑法定原则规范详备的要求,而且本身也加强了罪刑法定原则在刑事司法实务中的可行性。

二、刑法面前人人平等原则

法律面前人人平等是我国宪法确立的社会主义法治的一般原则。这一原则要真正取得效果,有必要在各个部门法律中得到贯彻执行。鉴于我国司法实践中适用刑法不平等的现象在现阶段还仍然存在,刑法第4条明确规定:“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。”刑法面前人人平等原则的基本含义就是:就犯罪人而言,任何人犯罪,都应当受到法律的追究;任何人不得享有超越法律规定的特权;对于一切犯罪行为,不论犯罪人的社会地位、家庭出身、职业状况、政治面貌、才能业绩如何,都一律平等地适用刑法,在定罪量刑时不应有所区别,而应一视同仁,依法惩处。就被害人而言,任何人受到犯罪侵害,都应当依法追究犯罪,保护被害人的权益;被害人同样的权益,应当受到刑

法同样的保护；不得因为被害人身份地位、财产状况等情况的不同而对犯罪和犯罪人予以不同的刑法适用。

三、罪刑均衡原则

罪刑均衡原则的基本含义是，犯多大的罪，就应当承担多大的刑事责任，法院亦应判处其相应轻重的刑罚，做到重罪重罚，轻罪轻罚，罚当其罪，罪刑相称；罪轻罪重，应当考虑行为人的犯罪行为本身和其他各种影响刑事责任大小的因素。

我国刑法第5条规定：“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。”根据这一规定，首先，刑事立法对各种犯罪的处罚原则规定，对刑罚裁量、刑罚执行制度以及对各种犯罪法定刑的设置，不仅要考虑犯罪的社会危害性，而且要考虑行为人的的人身危险性。其次，在刑事司法中，法官对犯罪分子裁量刑罚，不仅要看犯罪行为及其所造成的危害结果，而且也要看整个犯罪事实，包括罪行和罪犯各方面因素综合体现的社会危害性程度，实现刑罚个别化。

第二章 犯罪和犯罪构成

第一节 犯罪概念

犯罪概念是刑法中的一个基本理论问题。在刑法上,犯罪概念有形式概念与实质概念之分。我国刑法从形式与实质的统一上,对犯罪的概念作出了科学的界定。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。”这一犯罪概念是对各种犯罪现象的理论概括,它不仅揭示了犯罪的法律特征,而且阐明了犯罪的社会政治内容,从而为区分罪与非罪的界限提供了原则标准,是一个完整而科学的犯罪概念。

一、犯罪的特征

(一)社会危害性

行为具有一定的社会危害性,是犯罪的基本特征。犯罪的社会危害性是指犯罪对国家和人民利益所造成的危害。犯罪的本质特征在于它危害了国家和人民的利益,危害了社会。如果某种行为根本不可能对社会造成危害,刑法就没有必要把它规定为犯罪,也不会对它进行惩罚。某种行为虽然具有一定的社会危害性,但是情节显著轻微危害不大的,也不认为是犯罪。由此可见,没有社会危害性,就没有犯罪;社会危害性没有达到相当的程度,也不构成犯罪。因此,犯罪的社会危害性是质和量的统一。

我国刑法第 13 条通过列举犯罪所侵犯的主要客体,揭示了犯罪的社会危害性的各个方面的表现。概括起来说,它表现在以下四个方面:(1)危害人民民主专政的政权,即社会主义制度的政治基础。(2)危害国家所有和劳动群众集体所有的财产,即社会主义制度的经济基础。(3)侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利。(4)破坏社会主义的社会秩序和经济秩序。这四个方面概括地反映了在我国犯罪的社会危害性的基本内容。危害其中的任何一个方面,都是对我国统治关系的侵犯,都是在不同程度上妨害了我国社会的正常发展。如果只看到犯罪分子给某一个人、某一个单位造成这样或者那样的损害,而看不到犯罪在总体上对我

国社会主义社会关系的危害,就不可能真正认识犯罪的本质。

那么,社会危害性的轻重大小是由什么决定的呢?主要决定于以下几个方面:

第一,决定于行为侵犯的客体,即行为侵犯了什么样的社会关系。例如,危害国家安全罪侵犯的是国家安全,即国家主权、国家领土的完整和安全,国家政权的稳定。因此,危害国家安全罪比其他犯罪的社会危害性要大。放火罪、爆炸罪危害的是公共安全,即广大人民生命财产的安全,社会危害性也很大。杀人罪危害人的生命,伤害罪危害人的健康,两者的社会危害性就有所不同。

第二,决定于行为的方式、手段、后果以及时间、地点。犯罪的手段是否凶狠,是否残酷,是否使用暴力,在很大程度上决定着社会危害性。例如,抢劫公私财物就比抢夺公私财物的危害性严重;杀人后碎尸就比一般故意杀人更为恶劣。危害后果是决定社会危害程度的重要情况。例如,盗窃500元与盗窃10000元;杀死一人与杀死数人,其社会危害程度显然是不同的。战时犯罪还是平时犯罪,社会危害性也不一样。自然灾害(如火灾、水灾、震灾)发生的时刻趁机作案(趁火打劫),在社会治安不好的时期进行抢劫、强奸等犯罪活动,社会危害性都更为严重。

第三,决定于行为人的一些主观因素,如故意还是过失;有预谋或者没有预谋;动机、目的是否卑劣;偶尔犯罪还是累犯、惯犯。这些情况,在社会心理上的影响是不同的,所以,它们对社会危害性程度起着作用。

行为具有一定程度的社会危害性,是该行为构成犯罪的根本原因之所在。在认定犯罪的时候,应当十分注意考察行为人的行为是否具有社会危害性以及社会危害性是否达到了犯罪的程度。那么,在现实生活中如何考察行为的社会危害性呢?我们认为,考察行为的社会危害性应当注意以下几个问题:

第一,考察行为的社会危害性,应当坚持历史的观点。社会危害性是一个历史的范畴,随着社会的发展和社会条件的变化,社会危害性也随之发生变化。同一种行为,在这一时期符合社会发展,就允许作,而在另一时期,有害于社会发展,就不允许作。承认社会危害性的可变性,是一种唯物的观点。因为在不同的历史时期,社会关系总是会发生变动,行为的社会危害性也会随之发生变化。这种变化表现为两种形式:一是社会危害性有无的变化,某种行为会因社会生活的变化由没有社会危害性变为具有社会危害性,某种行为因为社会生活的变化由具有社会危害性变为没有社会危害性。二是社会危害性大小变化,某种行为会因社会生活的变化由社会危害性较小变为较大,某种行为会因社会生活的变化由社会危害性较大变为较小。因此,要从历史变化的观点出发考察行为的社会危害性。

第二,考察行为的社会危害性,应当坚持全面的观点。社会危害性是由多种因素决定的,衡量社会危害性的大小,应当综合各种情况,不能仅看有形的、物质性的危害,还要看到对社会政治以及人们的社会心理带来的危害。

第三,考察行为的社会危害性,应当坚持本质的观点,也就是说在认定某一行为是否具有社会危害性的时候,要透过现象抓住事物的本质。比如,某人把另一人杀了,就要问这是什么性质的杀人,有无社会危害性,危害性有多大,等等。这就是说,要透过杀人这一现象,把握事件的实质。杀人案件中有的故意杀人,有的是过失致人死亡,也有的是正当防卫杀人,需要经过仔细调查予以判明。所以,要认定行为有无社会危害性以及危害性的大小,就要透过事物的现象看到本质,这样才能把握行为的实质。

(二)刑事违法性

刑事违法性是指触犯刑法,即某一个人的行为符合刑法分则所规定的犯罪构成要件。刑事违法性是犯罪的法律特征,是刑法对具有社会危害性的犯罪行为的否定的法律评价。在1979年刑法中,存在类推制度。在类推以前,这些危害行为具有社会危害性,但没有明确的刑事违法性。所以,所谓类推实际上也是刑事违法性的推断。修订后的刑法废除了类推制度,在刑法中明确地规定了罪刑法定原则,因而刑事违法性就成为一切犯罪必不可少的基本特征。在罪刑法定的意义上说,没有刑事违法性也就没有犯罪。因此,刑事违法性对于犯罪的认定具有十分重要的意义。

刑事违法性是违法行为中的一种情形。违法行为有各种各样的情况,有的是违反民事法规,称为民事违法行为;有的是违反行政法规,称为行政违法行为。犯罪也是违法行为,但不是一般违法行为,而是违反刑法、触犯刑律的行为,是刑事违法行为。违法并不都是犯罪,只有违反刑法的才构成犯罪。例如,盗窃、诈骗少量财物,属于违反治安管理处罚条例的行为;只有盗窃、诈骗公私财物数额较大的,才构成刑法中的盗窃罪、诈骗罪。一般的走私属于违反属于海关法的行为;而走私情节严重的则构成刑法中的走私罪。一般的干涉婚姻自由,属于违反婚姻法的行为;而暴力干涉婚姻自由,则是刑法所禁止的犯罪行为,如此等等。由此可见,只有当社会危害行为触犯了刑律的时候才构成犯罪。行为的社会危害性是刑事违法性的基础;刑事违法性是社会危害性在刑法上的表现。只有当行为不仅具有社会危害性,而且违反了刑法,具有刑事违法性的时候,才能被认定为犯罪。

(三)应受刑罚惩罚性

犯罪不仅是具有社会危害性、触犯刑律的行为,而且是应受刑罚处

罚的行为,即具有应受惩罚性。任何违法行为,都要承担相应的法律后果。民事违法行为要承担民事责任,如排除妨碍、返还财产、赔偿损失、支付违约金等。行政违法行为要受行政处罚,如罚款、行政拘留等;或者要受行政处分,如警告、记过、降职、撤职、开除公职等。对于违反刑法的犯罪行为来说,则要承担刑罚处罚的法律后果。犯罪是适用刑罚的前提,刑罚是犯罪的法律后果。因此,应受刑罚处罚也是犯罪的一个基本特征。这个特征将犯罪与刑罚这两种社会现象联系起来,也就是从一个现象与另一个现象的联系中来阐明这个现象的特性。这个特征表明,如果一个行为为不应当受刑罚处罚,也就意味着它不是犯罪。

不应受惩罚和不需受惩罚是两个意思,应当加以区分。不应受惩罚,是指行为人的行为根本不构成犯罪,当然就不存在应受惩罚的问题。而不需受惩罚,是指行为人的行为已经构成了犯罪,本应惩罚,但考虑到具体情况,例如,犯罪情节轻微,或者有自首、立功等表现,从而免于刑事处罚。免于刑事处罚说明,行为还是犯罪的,只是不予刑罚处罚罢了,它与无罪不应当受惩罚是性质不同的,不能混淆。

犯罪的以上三个基本特征是紧密结合的。一定的社会危害性是犯罪最基本的属性,是刑事违法性和应受惩罚性的基础。社会危害性如果没有达到违反刑法、应受刑罚处罚的程度,也就不构成犯罪。因此,这三个特征都是必要的,是任何犯罪都必然具有的。

二、犯罪的认定

犯罪的认定,首先是指罪与非罪界限的正确区分。严格区分罪与非罪的界限,是刑事司法活动中一个极其重要的问题,它直接关系到刑法适用的准确性,因此在理论上也须予以重视。犯罪概念是一切犯罪共同特征的高度概括和抽象,是犯罪认定的法律根据,因而也是区别罪与非罪的总标准;犯罪构成则是从微观上分析犯罪的内部结构及成立要件,是区别罪与非罪的具体标准。因此,我国刑法中关于罪与非罪的界限主要是从以下三个方面规定的:

(一)根据刑法第13条的但书规定加以区分

我国刑法第13条前半部分规定了犯罪定义,在但书中又明确规定:“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”这里是指行为虽具有一定的社会危害性,但情节明显不严重、不恶劣,危害很小,因而不构成犯罪。对“不认为是犯罪”不能理解为不以犯罪论处或免于刑事处罚,而应当理解为不构成犯罪。

(二)根据总则条文关于犯罪构成一般要件或排除犯罪的条件的规定加以区分

1. 从主观罪过上加以区分。行为在客观上虽然造成了损害结果,但