

“十一五”国家重点图书出版规划
21世纪法学研究生参考书系列

刑法分则的解释原理

(第二版) 下

张明楷◎著

 中国人民大学出版社

张明楷◎著

刑法分则的解释原理

(第二版) 下

[illegible]

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法分则的解释原理 上下/张明楷著. 2 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-300-13577-9

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法-分则-法律解释-中国 IV. ①D924. 305

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 062059 号

“十一五”国家重点图书出版规划

21 世纪法学研究生参考书系列

刑法分则的解释原理 (第二版) 上下

张明楷 著

Xingfa Fenze de Jieshi Yuanli

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

版 次 2004 年 1 月第 1 版

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

2011 年 5 月第 2 版

印 张 54.75 插页 5

印 次 2011 年 12 月第 2 次印刷

字 数 880 000

定 价 148.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

简 目

第一章	解释原理与解释方法	/ 1
第二章	分则与总则	/ 109
第三章	“……的,”与“处……。”	/ 168
第四章	防止漏洞与减少对立	/ 209
第五章	避免矛盾与保持协调	/ 283
第六章	保护法益与违法要件	/ 340
第七章	客观要素与主观要素	/ 384
第八章	主观的超过要素与客观的超过要素	/ 414
第九章	单一行为与复数行为	/ 491
第十章	“非法”与“违反”	/ 533
第十一章	表述顺序与行为结构	/ 565
第十二章	抽象的升格条件与具体的升格条件	/ 587
第十三章	注意规定与法律拟制	/ 622
第十四章	普通法条与特别法条	/ 683
第十五章	并列与包容	/ 740
第十六章	用语的统一性与用语的相对性	/ 775
第十七章	普通用语的规范化与规范用语的普通化	/ 806
主要参考书目		/ 834
刑法条文索引		/ 839
第一版后记		/ 850
第二版后记		/ 851

细 目 (下)

第十章	“非法”与“违反”	/533
一、“非法”与“违反”概述	/533	
二、“非法”	/534	
三、“违反”	/542	
四、“非法”与“违反”的并用	/561	
第十一章	表述顺序与行为结构	/565
一、表述顺序与行为结构的关系	/565	
二、分则条文有明文规定的情形	/568	
三、分则条文无明文规定的情形	/572	
第十二章	抽象的升格条件与具体的升格条件	/587
一、法定刑升格条件	/587	
二、抽象升格条件的内容	/589	
三、升格条件的认识	/604	
第十三章	注意规定与法律拟制	/622
一、注意规定的概念与特点	/622	
二、法律拟制的概念与特点	/631	
三、区分意义与区分方法	/640	
四、争议条文的分析	/644	
五、相关质疑的回应	/672	
第十四章	普通法条与特别法条	/683
一、法条竞合概述	/683	
二、特别关系的确定	/686	
三、特别关系的处理原则	/702	
四、特别法条的适用前提	/714	

五、特别法条内容不周全的处理	/721
第十五章 并列与包容	/740
一、构成要件要素的规定方式	/740
二、并列	/742
三、包容	/758
四、疑难问题分析	/769
第十六章 用语的统一性与用语的相对性	/775
一、用语的统一性	/775
二、用语的相对性	/778
三、争议概念辨析	/796
第十七章 普通用语的规范化与规范用语的普通化	/806
一、普通用语与规范用语概述	/806
二、普通用语的规范化	/811
三、规范用语的普通化	/822
主要参考书目	/834
刑法条文索引	/839
第一版后记	/850
第二版后记	/851

第十章

“非法”与“违反”

一、“非法”与“违反”概述

我国刑法分则条文大量使用了“非法”与“违反……法规”、“违反……规定”（以下一般将后者简称为“违反”）的概念与表述。之所以如此，主要有以下几个原因：其一，立法者在使用“非法”与“违反”概念时比较“随意”，在没有必要使用“非法”、“违反”概念的条文中，也可能使用这一概念。其二，国外的刑法典是典型的固有刑法，所规定的基本上都是自然犯，违反行政管理的行政犯或法定犯都存在于附属刑法中。但我国的刑法典分则规定了大量的行政犯，而行政犯都以违反行政管理法规（本章在广义上使用此概念，包含刑法分则所称的各种法规、国家规定等，下同）为前提，于是出现了大量的“违反……法规”、“违反……规定”之类的表述。其三，制定刑法典时占支配地位的犯罪论体系，也使得“非法”与“违反”概念增加。在采取构成要件符合性、违法性、有责性体系的德国、日本等国，只要行为符合构成要件而又没有违法阻却事由，该行为就当然是违法的，因此，在刑法总则已经规定了违法阻却事由的前提下，刑法分则仅规定构成要件即可。我国的四要件犯罪论体系，没有区分违法与责任，违法由四个要件综合性地决定，但四个要件只是对犯罪的描述，而缺乏评价概念。为了不致处罚合法行为（或者为了不使司法工作人员将合法行为认定为犯罪），便不得不特别强调行为本身的非法性或违反性，导致“非法”与“违反”的概念增加。

面对大量的“非法”与“违反”的规定，解释者应当明确以下几点：

其一，虽然刑法分则条文使用“非法”与“违反”概念比较随意，但不能认为“非法”与“违反”概念都是多余的。换言之，刑法分则条

文中的“非法”与“违反”概念，既有必要的，也有多余的，还有可能是介于二者之间的。所谓“必要”，是指具有实体意义，删除后会影法条含义与犯罪认定的情形；所谓“多余”，则是指没有实体意义，即使删除也丝毫不影响法条含义与犯罪认定的情形^①；所谓介于必要与多余之间，是指具有提示作用的情形。既然如此，解释者就必须区分哪些是必要的，哪些是多余的。当“非法”与“违反”概念是必要的规定时，司法机关在办理相关案件的过程中，就必须证明行为的非法性与违反性；反之，当“非法”与“违反”的概念是多余的规定时，司法机关在办理案件时，就不必证明行为违反了什么法规。

其二，“非法”与“违反”显然不是完全等同的含义，解释者必须说明“非法”与“违反”的含义，亦即，必须说明“非法”与“违反”对于成立犯罪所具有的真实含义。

其三，不同条文中的“非法”的含义与作用并不相同，不同条文中的“违反”的含义与作用也不相同，解释者必须说明各个条文中的“非法”与“违反”的含义与作用。

其四，有的条文还同时使用了“非法”与“违反”概念，如何确定各自的含义，也是需要明确的问题。例如，刑法第344条前段规定：“违反国家规定，非法采伐、毁坏珍贵树木或者国家重点保护的其他植物的，或者非法收购、运输、加工、出售珍贵树木或者国家重点保护的其他植物及其制品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”从一般意义上说，违反国家规定的采伐行为，不可能是合法的采伐；反之，非法采伐、毁坏珍贵树木或者国家重点保护的其他植物的行为，不可能符合国家规定。那么，在这样的条文中，多余的是“违反国家规定”还是“非法”？如果“违反国家规定”是必要的、“非法”是多余的，那么，司法机关在适用本条时，就必须证明行为违反了国家的何种具体规定。如果说“非法”是必要的、“违反国家规定”是多余的，司法机关就必须明确“非法”的具体含义。

二、“非法”

刑法分则有50多个条文以“非法”限制构成要件行为（不包括以

^① “多余的”意指没有实体意义，但不排除其具有语感意义。

非法占有为目的、获取非法利益之类的表述)，其中有的条文两次以上使用“非法”概念。显然，刑法分则条文中的“非法”概念的含义与作用不可能相同。根据笔者的归纳，刑法分则条文中的“非法”大体可以细分为以下几类情形：

（一）对违法阻却事由的提示

德国学者耶赛克（Jescheck）和魏根特（Weigend）指出：“刑罚法规与其他所有的法命题一样，不是仅包含定义，而是由构成要件（Tatbestand）与赋予权利或负担义务的法效果（Rechtsfolge）组成。在构成要件中，一定事态作为法律上的重要特征而记述下来；如果符合构成要件，便发生法效果。”^① 日本学者大塚仁指出：“刑法以诸如‘杀人的，处死刑、无期或者三年以上惩役’（第199条）这样的形式规定犯罪与刑罚的关系。即前半部分作为法律要件（juristischer Tatbestand）表示了一定的犯罪的要件；后半部分作为其法效果（Rechtsfolge；Rechtserfolg），限定了刑罚的种类与范围。”^② 不管刑法理论是采取构成要件符合性、违法性与有责性的犯罪论体系，还是采取我国传统的四要件体系，抑或采取违法构成要件、违法阻却事由、责任构成要件、责任阻却事由的体系，刑法分则条文的基本任务或主要任务，都只是描述客观（违法）构成要件与法律后果^③，而不可能也没有必要全面描述违法阻却事由与责任构成要件、责任阻却事由。这是因为，具备客观构成要件符合性的行为，通常都是违法的，而违法阻却事由、责任构成要件要素、责任阻却事由一般规定在刑法总则中。^④ 日本刑法第199条所规定的“杀人的”，就是杀人罪的构成要件。一般来说，只要杀人的，就是违法的，所以法条没有必要规定为“非法杀人的”。我国刑法第232条只是规定“故意杀人的，处……”，也没有规定为“故意非法杀人的，处……”，这同样是因为，凡是故意杀人的，一般都是违法的。

但是，有些行为只要经过允许或者由特定的人实施，或者在特定的条件下实施，因而没有侵害法益或者保护了更为优越的法益时，就不具

① Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 49.

② [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，4版，5页，东京，有斐阁，2008。

③ 本章基本上在等同意义上使用客观构成要件与违法构成要件的概念。

④ 只有针对特定犯罪的违法阻却事由、具体犯罪特殊的责任构成要件要素（如动机）与责任阻却事由，才会规定在相应的分则条文中。

有违法性，于是，刑法分则条文会以“非法”二字特别提示违法阻却事由的存在。这里的“非法”并不是客观构成要件要素（用“非法”概念描述违法构成要件是不可取的），而是意味着具备构成要件要素的行为，也可能并不违法。^①

例如，日本刑法第220条规定：“非法逮捕或者监禁他人的，处三个月以上七年以下惩役。”日本刑法理论认为，其中的“非法”并不属于构成要件要素。例如，前田雅英教授针对此条中的“非法”指出：“通说并不承认‘非法’具有特别的意义，只不过是因为逮捕、监禁行为欠缺违法性的情形较多而做出的注意规定。”^②山口厚教授指出：“法文中的‘非法’，是由于存在基于法令的逮捕、监禁属于适法行为的情况，为了确认一般的违法性要件而规定的（违法要素），其自身不是特别的构成要件要素。”^③曾根威彦教授指出：“成立逮捕监禁罪，要求行为必须是‘非法’地实施的。这是因为在社会生活中，在他人的自由行动对自己或者第三者并非理想之事的场合，逮捕监禁该他人属于适法的情形并不少见，所以，注意性地规定违法性的一般原则。在此意义上说，‘非法’是违法要素，而不是构成要件要素。”^④

我国刑法分则条文中的“非法”概念，大部分都旨在提示违法阻却事由的存在。例如，刑法第125条第1款前段规定：“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的，处三年以上十年以下有期徒刑。”由于实践中存在大量合法制造、买卖、运输、储存枪支、弹药、爆炸物，因而欠缺违法性的情形，故本条特别提示司法工作人员注意：如果行为人根据法令制造、买卖、运输、储存枪支、弹药、爆炸物，则具有违法阻却事由，不成立犯罪。^⑤

再如，刑法第252条规定：“隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重的，处一年以下有期徒刑或者拘役。”

① 我国的各种刑法教科书将故意杀人罪定义为“故意非法剥夺他人生命的行为”。其中的非法，只是意味着不具有执行死刑、正当防卫、在战场上杀死敌人等违法阻却事由。所以，只要杀人没有违法阻却事由，就必然是违法的，完全不需要另查明杀人行为违反了什么法律的第多少条。

② [日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，89页，东京，东京大学出版会，2007。

③ [日] 山口厚：《刑法各论》，2版，84页，东京，有斐阁，2010。

④ [日] 曾根威彦：《刑法各论》，4版，49页，东京，弘文堂，2008。

⑤ 《枪支管理法》第32条规定：“严禁邮寄枪支，或者在邮寄的物品中夹带枪支。”所以，邮寄枪支基本上不可能存在违法阻却事由。

法条只是用“非法”限制开拆行为，而没有用“非法”限制隐匿与毁弃。这是因为开拆他人信件时，具备违法阻却事由的情形较为常见。例如，司法工作人员为了查处犯罪，必要时经过法定程序需要开拆有关人员的信件的，就阻却开拆行为的违法性。但是，司法工作人员即使为了查处犯罪，也不应当隐匿、毁弃他人信件（必要的扣留也不等于隐匿、毁弃），所以，就隐匿、毁弃他人信件而言，存在违法阻却事由的可能性小（并非完全没有），因而不需要特别提示。

一般来说，刑法分则的下列条款中的“非法”均是为了提示可能存在违法阻却事由。第 111 条（非法提供国家秘密或者情报）、第 125 条第 2 款（非法制造、买卖、运输、储存毒害性、放射性、传染病病原体等物质）、第 126 条第 3 项（非法销售枪支）、第 128 条第 1 款（非法持有、私藏枪支、弹药）、第 130 条（非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，进入公共场所或者公共交通工具）、第 163 条第 1 款（非法收受他人财物）、第 176 条（非法吸收公众存款）、第 177 条之一（非法持有他人信用卡、非法提供信用卡信息资料）、第 190 条（将境内的外汇非法转移到境外）、第 207 条（非法出售增值税专用发票）、第 209 条第 3 款（非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票）、第 238 条第 1 款（非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由）、第 245 条（非法搜查他人身体、住宅、非法侵入他人住宅）、第 252 条（非法开拆他人信件）、第 253 条之一第 2 款（非法获取上述信息）、第 281 条第 1 款（非法生产、买卖人民警察制式服装、车辆号牌等专用标志、警械）、第 282 条第 2 款（非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品）、第 283 条（非法生产、销售窃听、窃照等专用间谍器材）、第 284 条（非法使用窃听、窃照专用器材）、第 333 条（非法组织他人出卖血液）、第 334 条（非法采集、供应血液或者制作、供应血液制品）、第 341 条第 1 款（非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物，非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的）、第 348 条（非法持有毒品）、第 351 条（非法种植罂粟、大麻等毒品原植物）、第 352 条（非法买卖、运输、携带、持有未经灭活的罂粟等毒品原植物种子或者幼苗）、第 375 条第 2 款（非法生产、买卖武装部队制式服装）、第 375 条第 3 款（非法提供、使用武装部队车辆号牌等专用标志）、第 385 条第 1 款（非法收受他人财物）、第 431 条（非法获取军事秘密）。

对于上述提示违法阻却事由的“非法”，应当明确以下几点：

其一，由于上述法条中的“非法”只是提示可能存在违法阻却事由，因而是一种注意规定，即使删除这些法条中的“非法”，也不影响法条的含义。因为是否存在违法阻却事由，都是需要个案判断的；不能轻易得出“凡是分则条文没有标明‘非法’二字的犯罪，均不可能存在违法阻却事由”的结论。所以，即使有些条文没有使用“非法”概念，也不意味着不存在违法阻却事由。例如，刑法第347条在规定走私、贩卖、运输、制造毒品罪时，没有使用“非法”二字，但事实上存在合法出口或进口毒品以及合法买卖、运输、制造毒品（麻醉药品与精神药品）的情形。换言之，不管分则条文在表述罪状时是否使用“非法”一词，都需要在个案中判断有无违法阻却事由。

其二，在以“非法”提示存在违法阻却事由的法条中，只需要查明行为符合客观构成要件，并且没有违法阻却事由，就可以肯定行为是违法的。换言之，当刑法分则条文中的“非法”只是提示可能存在违法阻却事由时，不需要查明符合客观构成要件的行为是否违反了其他法律或者行政管理法规。例如，只要行为人客观上制造了枪支，而制造枪支的行为又没有取得合法批准（不具有违法阻却事由），该行为就符合非法制造枪支罪的客观构成要件，不需要查明该行为是否违反了相关的行政管理法规。

其三，在以“非法”提示可能存在违法阻却事由的法条中，“非法”显然与刑法上的违法是等同含义。亦即，在这种场合，所谓非法，实际上就是指违反刑法或者违反刑法的禁止性，其实质是指侵害或者威胁了刑法所保护的法益。

其四，在得到行政许可便阻却违法性的犯罪中，提示可能存在违法阻却事由的“非法”，与“未经许可”基本上是一个问题的两个侧面。例如，第351条规定了非法种植毒品原植物罪。其中的“非法”意味着合法种植不成立犯罪。《麻醉药品和精神药品管理条例》第4条规定：“除本条例另有规定的外，任何单位、个人不得进行麻醉药品药用原植物的种植……”第8条规定：“麻醉药品药用原植物种植企业应当根据年度种植计划，种植麻醉药品药用原植物。”“麻醉药品药用原植物种植企业应当向国务院药品监督管理部门和国务院农业主管部门定期报告种植情况。”显然，所谓合法种植，实际上是指被指令种植或者经过行政许可的种植。在这种场合，当然可以认为，得到行政许可就是违法阻却事由。

（二）对违反法律、法规的表示

刑法分则条文虽然有“违反……法规”、“违反……规定”的表述，但是，也有个别条文以“非法”表示行为“违反……法规”、“违反……规定”。

例如，刑法第208条规定：“非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。”其中的非法购买增值税专用发票，就是指违反国家有关领购增值税专用发票的相关规定购买增值税专用发票（如不符合领购条件，但提供伪造的证明文件领购增值税专用发票）。如果行为完全符合领购条件而领购增值税专用发票的，则不成立非法购买增值税专用发票罪。

再如，刑法第439条前段规定：“非法出卖、转让军队武器装备的，处三年以上十年以下有期徒刑。”在认定本罪时，必须查明，出卖、转让军队武器装备的行为，违反了刑法以外的法律、法规。如果不能证明出卖、转让行为违反了刑法以外的法律、法规，则不能认定为本罪。因此，完全可以将本条前段表述为：“违反武器装备管理法规，出卖、转让军队武器装备的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

又如，倘若不考虑刑法第225条的项前规定，那么，其第4项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”中的“非法”，应当是指对行政管理法规的违反。因为某种经营行为是否属于第4项规定的“非法经营行为”，不是直接根据刑法判断（因为刑法并没有描述行为类型），而是根据相关的行政管理法规判断。

当“非法”意味着行为违反了行政法等管理法规时，其中的“非法”与刑法上的违法性不是等同含义。亦即，这种情形下的“非法”只是表明行为违反了行政管理法规。因此，具备这种“非法”要件的，行为并不当然违反刑法。其他需要明确的问题，参见本章三（二）的相关内容。

（三）对行为非法性的强调

日本学者泷川幸辰、木村龟二认为，日本刑法第220条所规定的“非法”，仅具有语感上的意义，既不是构成要件要素，也不是特别的违法性要素。^①其实，我国刑法分则条文中的不少“非法”也只具有语感

① 参见[日]泷川幸辰：《刑法各论》，73页，东京，日本评论社，1933；[日]木村龟二：《刑法各论》，62页，东京，法文社，1957。

上的意义。在笔者看来，这种语感上的意义，可谓对行为的非法性的一种强调。但其所强调的非法性，既可能是对行政管理法规的违反性，也可能是指刑法上的违法性。

例如，刑法第155条规定：下列行为，“以走私罪论处，依照本节的有关规定处罚：（一）直接向走私人非法收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的；……”其实，直接向走私人收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的行为，基本上都会违反海关法，相应地也违反了刑法，这种行为存在违法阻却事由的可能性很小（如果行为主体是查处走私的国家机关或者其工作人员，则一般不可能是直接向走私人收购，只能是直接没收）。所以，本条中的“非法”不具有实体意义，只是为了强调行为的非法性（包括海关法上的非法性与刑法上的非法性），删除“非法”概念，丝毫不会影响本条的适用。

再如，刑法192条规定的罪状是：“以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大”。以非法占有为目的，使用诈骗方法的集资行为，不可能是合法的，而且，几乎不可能存在违法阻却事由。^①一方面，“非法”一词是完全可以省略的；另一方面，添加“非法”一词，只是为了宣示集资行为的非法性质。

除此之外，刑法第238条第3款（为索取债务非法扣押、拘禁他人）、刑法第251条（国家机关工作人员非法剥夺公民的宗教信仰自由和侵犯少数民族风俗习惯）、刑法第282条第1款（以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密）、第336条第1款（未取得医生执业资格的人非法行医）中的“非法”，基本上都只是为了宣示行为的非法性，除此之外并不具有任何实体意义。正因为如此，司法机关在认定上述犯罪时，不需要查明和证明行为是否违反了某种法律、法规。

（四）已有表述的同位语

刑法分则某些条文所使用的“非法”概念，只是已有表述的同位语，充其量仅具有语感意义。这种同位语虽然也可谓对行为的非法性的强调，但它的-一个特点是，与法条已经做出的具体表述的含义完全相同。

^① 虽然可能存在责任阻却事由，但责任阻却事由的存在并不影响行为的违法性。

例如，刑法第 225 条第 3 项前段规定的罪状是：“未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务”。显然，其中的所谓“非法”就是指“未经国家有关主管部门批准”。反过来说，只要经过国家有关主管部门批准，经营证券、期货、保险业务的行为，就不可能构成非法经营罪。将上述第 3 项的规定与同条第 1 项的规定进行比较，也可以得出这样的结论。刑法第 225 条第 1 项规定的罪状是“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品”。据此，只要未经许可，经营专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品，就是违反法律、行政法规规定的行为，如果情节严重便违反了刑法。如果将本项表述为“未经许可非法经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品”，也完全符合表述习惯。但是，加入“非法”二字，并不使含义发生变化。换言之，在本条第 1 项中加入“非法”二字，也只是表明经营行为未经许可。

在“非法”属于法条已有表述的同位语时，司法机关在认定相关犯罪时，只需要证明案件具备已有表述的要素，而不需要另外查明行为的“非法”内容。就上述刑法第 225 条第 3 项而言，司法机关只需要证明经营行为未经国家有关主管部门批准，不需要另外查明其他“非法”内容。

上述第（三）、（四）种情形中的“非法”的作用与意义是极为有限的，都可谓“多余的”规定。因此，即使删除，也不会产生任何歧义，不会影响法条的适用，不会妨碍犯罪的认定。

需要说明的是，有的分则条文中的“非法”相对于不同的行为而言，所起的作用可能并不相同。

例如，刑法第 128 条第 2 款规定：“依法配备公务用枪的人员，非法出租、出借枪支的，依照前款的规定处罚。”其中的“非法”相对于出租与出借而言，其意义与作用可能是有所区别的。《枪支管理法》第 3 条规定：“国家严格管制枪支。禁止任何单位或者个人违反法律规定持有、制造（包括变造、装配）、买卖、运输、出租、出借枪支。”事实上，任何依法配备公务用枪的人员，出租枪支的行为必然是符合本罪构成要件的，而且是违反《枪支管理法》与刑法的，也几乎不可能存在违法阻却事由。所以，相对于出租而言，“非法”充其量只是宣示出租行为的非法性，并不具有实体意义，也不具有提示可能存在违法阻却事由的作用。出借公务用枪的行为虽然通常是违法的，但是，在现实生活中，可能出现这样的现象：依法配备公务用枪的人员，经过法定程序，将公务用枪暂时借给其他公务人员使用。在这种场合，要么并不违反

《枪支管理法》，因而不符合本罪的规定；要么存在违法阻却事由。所以，相对于出借而言，“非法”既可能意指行为违反了《枪支管理法》，也可能提示了行为存在违法阻却事由。

再如，刑法第345条第3款规定的罪状是：“非法收购、运输明知是盗伐、滥伐的林木”。收购盗伐、滥伐的林木，基本上都是违反森林法规定的行为，情节严重便违反刑法，存在违法阻却事由的可能性小。所以，相对于收购盗伐、滥伐的林木而言，“非法”只是对行为的非法性的强调，不具有实体意义，也不是对可能存在违法阻却事由的提示。但是，运输滥伐的林木，则并不必然违反森林法的规定，很可能存在违法阻却事由。例如，林业执法机关发现他人盗伐、滥伐林木后，没收该林木，并将林木运输至另一地点的，要么不符合本罪的客观构成要件，要么属于违法阻却事由。所以，相对于运输而言，“非法”既可能意味着行为违反森林法的规定，也可能提示存在违法阻却事由。

还需要说明的是，以上对“非法”的意义与作用的区分，虽然大体上是成立的，但却是相对的。首先，上述第（三）与第（四）的区别，是极为相对的。不同的解释者可能得出不同的解释结论，但是，这种场合的不同解释结论，并不影响对具体案件的定罪量刑。其次，上述第（一）与第（二）的区别，也可能是正面与反面的关系。例如，一方面，就某些行为而言（如第207条规定的非法出售增值税专用发票、第209条第3款规定的非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票），人们可以说，因为违反了有关出售发票的管理法规，才成立犯罪。另一方面，人们也可以说，如果出售行为符合有关出售发票的管理规定，就具备了违法阻却事由。最后，有些法条中的“非法”，归入上述（一）至（四）的任何一类或者几类都是可能的，第270条（非法占有为己有）、第271条（非法占有为己有）、第382条第1款与第2款（非法占有公共财物）中的“非法”，就是如此。例如，刑法第382条第1款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。”将其中的非法解释为上述四种情形中的一种或者多种，都是可能的。

三、“违反”

“违反……法规”、“违反……规定”在刑法分则的不同条文中，其含义与作用也不相同，需要具体分析。

（一）提示存在违法阻却事由

刑法分则条文中有不少关于“违反”的规定，实际上与上述“非法”的第（一）种情形相同，只是提示存在违法阻却事由。在这样的场合，只要客观上实施了分则条文所规定的行为，就意味着行为符合客观构成要件。只要行为不具备违法阻却事由，该行为就具有刑法上的违法性，不需要另外证明行为违反了某种行政管理法规（因为刑法条文已经将行政管理法规的内容具体化为罪状内容）。

例如，刑法第 297 条规定：“违反法律规定，携带武器、管制刀具或者爆炸物参加集会、游行、示威的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”实际上，“携带武器、管制刀具或者爆炸物参加集会、游行、示威”就是《集会游行示威法》第 5 条、第 29 条禁止的内容。所以，只要携带武器、管制刀具或者爆炸物参加集会、游行、示威，就不仅违反了集会游行示威法，而且完全符合本罪的客观构成要件；只要携带行为不具备违法阻却事由，该行为就是违反刑法的。所以，本罪中的“违反法律规定”并不是构成要件要素，只是意味着可能存在违法阻却事由。与刑法第 130 条相比较，更能说明这一点。刑法第 130 条规定：“非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，进入公共场所或者公共交通工具，危及公共安全，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”携带枪支、弹药进入公共场所或者公共交通工具，与携带枪支、弹药参加集会、游行、示威，都是被行政管理法规禁止的；携带枪支、弹药参加集会，也属于携带枪支、弹药进入公共场所。因此，将刑法第 297 条的罪状表述为“非法携带武器、管制刀具或者爆炸物参加集会、游行、示威”，并不会改变本条的含义。这表明，第 297 条中的“违反法律规定”，实际上是提示可能存在违法阻却事由。

再如，第 355 条第 1 款规定的罪状是：“依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品、精神药品的人员，违反国家规定，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品”。其实，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品，就已经违反了《麻醉药品和精神药品管理条例》的相关规定。因此，其中的“违反国家规定”只是提示可能存在违法阻却事由。例如，根据《麻醉药品和精神药品管理条例》第 45 条的规定，医疗机构、戒毒机构以开展戒毒治疗为目的，使用美沙