

THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING



审判前沿 新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院/编

总第52集

- ◆ 非法采矿罪“情节特别严重”的认定
——北京某采石场、谭某升、王某某、谭某旺非法采矿案相关法律问题研究
- ◆ 通关走私珍贵动物制品中非实行共犯的认定
——孙某某走私珍贵动物制品案相关法律问题研究
- ◆ 行政机关编制外聘用人员是否属于劳动关系
——王某某诉北京市平谷区某镇人民政府劳动合同案相关法律问题探讨
- ◆ 离婚纠纷中关于彩礼、礼金、“改口费”等的定性 with 处理
——张某诉王某离婚纠纷案相关法律问题探讨
- ◆ 组织出卖人体器官罪的司法认定
——郑某等15人组织出卖人体器官案相关法律问题分析
- ◆ 单纯的无处分权不能导致房屋买卖合同无效
——孙某诉刘某某、刘某农村房屋买卖合同案相关法律问题分析



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

**THE FOREFRONT
OF JUSTICE**

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING

审判前沿
新类型案件审判实务

总第52集

北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿:新类型案件审判实务.总第52集/北京市高级人民法院编. —北京:法律出版社,2015.11
ISBN 978-7-5118-8372-8

I. ①审… II. ①北… III. ①审判—研究—中国—丛刊 IV. ①D925.04-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第199593号

审判前沿——新类型案件审判实务.总第52集
北京市高级人民法院 编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 程 岳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
责任印制 翟国磊
校对 晁明慧
印刷 固安华明印业有限公司

开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 14.5
字数 260千
版本 2015年11月第1版
印次 2015年11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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8372-8

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

审判前沿

新类型案件审判实务

编辑委员会

主任：慕平

副主任：王明达 朱江 孙力 高晓陵

孟祥 安凤德 马强

委员：（按姓氏笔画排列）

朱军 朱春涛 李健平 杨柏勇 张仲侠

张农荣 陈立如 杭涛 赵彬 赵德云

娄宇红 袁远 袁丽忠 雷运龙 薛强

编辑部

主编：马强

副主编：张农荣

编辑：刘书星 刘晓虹 赵彤 项利军 胡浩立

张新平 刘辉 王晨 熊鹏

目 录

环境保护专题案例研究

- ◆非法采矿罪“情节特别严重”的认定
 - 北京某采石场、谭某升、王某某、谭某旺非法采矿案
 相关法律问题研究 李春华(1)
- ◆通关走私珍贵动物制品中非实行共犯的认定
 - 孙某某走私珍贵动物制品案相关法律问题研究 王 璇(4)
- ◆走私珍贵动物制品案犯罪未遂认定
 - 徐某、刘某、吴某某走私珍贵动物制品案相关法律问
 题研究 易大庆 朱洪范(7)
- ◆跨法犯连续犯罪时的溯及力问题
 - 王某等非法采矿案相关法律问题研究 毛新政(11)
- ◆对农村土地发包行政许可违规审核致使资源环境受到破
 坏的行为应如何认定
 - 李某玩忽职守案相关法律问题研究 赵 佳(16)
- ◆公共道路妨碍通行致害责任的法律认定
 - 李某诉北京市房山公路分局公共道路妨碍通行损害
 责任纠纷案相关法律问题研究 陈广辉(20)
- ◆居民楼内公共服务设施噪声污染的认定可以依照《声环
 境质量标准》(GB3096-2008)
 - 罗某诉某水利工程局有限公司噪声污染责任纠纷案
 相关法律问题研究 朱 阁(25)
- ◆水污染纠纷案中诉讼双方举证责任分析
 - 王某诉北京大地富邦生物科技有限公司等水污染责
 任案相关法律问题研究 谢彩凤(30)

- ◆生态公益林生态效益补偿归集体林地所有权权利人享有
——高某诉某村民委员会林业承包合同纠纷案相关法律
问题研究 高晓颖(35)
- ◆“不正常使用”环保设施的法律认定
——海淀区某加油站诉北京市海淀区环境保护局环境行
政处罚案相关法律问题研究 魏浩锋(41)
- ◆环境公益诉讼中的政府信息公开司法审查
——某环境公益组织诉某市环境保护局政府信息公开案
相关法律问题研究 李一鹏(45)

疑案探讨

- ◆行政机关编制外聘用人员是否属于劳动关系
——王某某诉北京市平谷区某镇人民政府劳动合同案相
关法律问题探讨 李 扬(49)
- ◆离婚纠纷中关于彩礼、礼金、“改口费”等的定性及处理
——张某诉王某离婚纠纷案相关法律问题探讨 宋素娟(55)
- ◆婚内扶养义务的履行是否要求对方已尽生活扶助义务
——段某诉刘某扶养费纠纷案相关法律问题探讨
..... 石 菲 李 慧(60)

案例分析

- ◆组织出卖人体器官罪的司法认定
——郑某等 15 人组织出卖人体器官案相关法律问题
分析 温小洁(65)
- ◆《选举工作验收情况报告》的行为性质及公民民主权利的
行政复议保护
——李某诉北京市某区人民政府行政复议不予受理案相
关法律问题分析 刘井玉(70)
- ◆行政机关以“复议超期”为由作出不予受理决定要尽到
证据保存及高度审慎注意义务
——刘某诉某部行政复议不予受理决定案相关法律问题
分析 金 丽(77)
- ◆控告超越合理限度构成侵权
——张某诉某文化中心、黄某、齐某名誉权纠纷案相关法

律问题分析	白小莉(81)
◆单纯的无处分权不能导致房屋买卖合同无效	
——孙某诉刘某某、刘某农村房屋买卖合同案相关法律	
问题分析	郑飞飞(88)
◆债权人初步举证责任之承担	
——靳某诉白甲、第三人白乙债权人撤销权纠纷案相关	
法律问题分析	康晨黎(92)
◆劳动关系标准的司法确认	
——某印务公司诉贾某劳动合同纠纷案相关法律问题	
分析	张立鹏 赵志(95)
◆“医保范围内赔偿”条款应认定为免责条款	
——齐某诉某保险公司北京分公司财产保险合同纠纷	
案相关法律问题分析	厉 莉(102)
◆恶意串通的认定标准与房屋设立抵押权在先,遇合同无	
效,法律后果如何处理	
——胡某诉刘某某、阎某某等房屋买卖合同纠纷案相	
关法律问题分析	柳适思(107)
◆瑕疵股权转让价款约定不明时的判定	
——刘某诉郝某股权转让纠纷案相关法律问题分析	巴晶焱(111)
◆破产程序被迫终结情况下的股东责任承担	
——华夏银行股份有限公司北京公主坟支行诉刘甲、樊	
乙、刘丙股东损害公司债权人利益责任纠纷案相关	
法律问题分析	王 哲(116)
◆在先商号权益保护范围的认定	
——家乐氏公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员	
会、北京凯洛格管理咨询有限公司商标异议复审行	
政案相关法律问题分析	陶 钧(128)
◆浏览器过滤视频广告特定情形下构成不正当竞争	
——合一信息技术(北京)有限公司诉北京金山安全软件	
有限公司等不正当竞争纠纷案相关法律问题分析	曹丽萍(136)

观点争鸣

◆交通事故认定书中的责任认定能否直接作为民事侵权案	
件的责任认定	王志刚(141)

- ◆法院在选择评估机构时未通知当事人到场并不必然影响
随机选择评估机构的效力 邹 涛 袁 楠(146)
- ◆寻滋现场被打晕苏醒后等候型自首的认定 岳 玲(154)

北京法院参阅案例

- ◆第16号:于某某诉高某某离婚后财产纠纷案 (158)
- ◆第17号:陆某与张某离婚纠纷案 (161)
- ◆第18号:张某诉马某离婚纠纷案 (164)

热点问题聚焦

- ◆审理综艺节目著作权案件的调查研究
..... 北京市高级人民法院民三庭(168)
- ◆关于在刑事审判中贯彻落实“疑罪从无”原则的调研
报告 北京市第三中级人民法院课题组(182)

法律文书之窗

- ◆北京市第二中级人民法院民事判决书
(2014)二中民终字第09820号 (195)
- ◆北京市第三中级人民法院民事判决书
(2015)三中民终字第06915号 (208)

司法文件

- ◆首都综治委预防青少年违法犯罪专项组 北京市高级人
民法院 北京市人民检察院 北京市公安局 北京市司
法局 北京市教育委员会 北京市人力资源和社会保障
局 北京市民政局 共青团北京市委员会《关于未成年
人犯罪记录封存的实施办法(试行)》..... (215)
- ◆北京市高级人民法院关于审理涉及综艺节目著作权纠纷
案件若干问题的解答 (222)

【环境保护专题案例研究】

非法采矿罪“情节特别严重”的认定

——北京某采石场、谭某升、王某某、谭某旺 非法采矿案相关法律问题研究

李春华*

一、据以研究的案例

一审法院经开庭审理查明:2011年8月11日至2012年5月8日间,被告人谭某升在其所经营的北京某采石场采矿许可证于2011年7月8日被注销的情况下,雇用被告人王某某负责采石场内日常工作,指挥工人进行非法开采石灰岩113,670吨,造成矿产资源破坏,价值人民币2,803,350元。被告人谭某旺明知谭某升无证开采,仍承担运输销售工作,并为该厂继续生产而办理用电过户手续等。

一审法院认为,被告单位北京某采石场及直接负责的主管人员被告人谭某升、王某某,直接责任人员谭某旺在未取得采矿许可证的情况下,擅自采矿,情节特别严重,其行为均已构成非法采矿罪,应依法惩处。一审法院据此判决:一、被告单位北京某采石场犯非法采矿罪,判处罚金人民币10万元。二、被告人谭某升犯非法采矿罪,判处有期徒刑3年6个月,罚金人民币4000元。三、被告人王某某犯非法采矿罪,判处有期徒刑3年,罚金人民币3000元。四、被告人谭某旺犯非法采矿罪,判处有期徒刑1年6个月,缓刑2年,罚金人民币2000元。宣判后,在法定期限内,被告人谭某升、王某某不服,提出上诉。

二审法院认为:对于被告人谭某升及其辩护人所述刑法没有明确规定非法采矿情节特别严重的情形,本案不应适用“情节特别严重”条款的上诉理由及辩护意

* 北京市第一中级人民法院刑一庭法官,中国人民公安大学刑法学硕士。

见,经查,根据《最高人民法院〈关于审理非法采矿、破坏性采矿刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉》第3条之规定,非法采矿造成矿产资源破坏的价值,数额在30万元以上的,即属于“造成矿产资源严重破坏”的情形,本案当中非法开采的石灰岩数量为11万余吨,造成矿产资源破坏价值280万余元,因此属于非法采矿情节特别严重。被告单位北京某采石场及直接负责的主管人员被告人谭某升、王某某,直接责任人员被告人谭某旺在未取得采矿许可证的情况下,擅自采矿,情节特别严重,其行为均已构成非法采矿罪,依法应予惩处。谭某升案发后自动投案,到案后如实供述了自己的罪行,系自首,依法对其从轻处罚。谭某旺在犯罪过程中所起作用较小,系从犯,依法对其减轻处罚并适用缓刑。原审人民法院根据上诉人谭某升、王某某及原审被告单位北京某采石场、原审被告谭某旺犯罪的事实,犯罪的性质、情节及对于社会的危害程度所作出的判决,定罪、适用法律正确,量刑适当,审判程序合法,应予维持。二审法院据此裁定:驳回上诉人谭某升、王某某的上诉,维持原判。

二、相关法律问题研究

在二审审理期间,上诉人谭某升及其辩护人提出了刑法没有明确规定非法采矿情节特别严重的情形,本案不应适用“情节特别严重”的条款的上诉理由及辩护意见。该意见从表面来看似乎是成立的,因为《刑法》第343条第1款对于非法采矿罪只原则性的规定了“情节严重”的3年以下有期徒刑和“情节特别严重”的3年以上7年以下有期徒刑这两个法定刑幅度,亦没有相关司法解释对两个法定刑幅度如何适用作出明确的规定。但通过对立法和司法解释的制订过程进行梳理、对案件情况进行具体分析可以发现,该意见并不能够成立。

第一,从历史沿革的角度来看,造成这一问题的直接原因是司法解释没有随着立法的调整而及时调整。1997年10月1日起施行的《中华人民共和国刑法》第343条规定:“违反矿产资源法的规定,未取得采矿许可证擅自采矿的,擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿的,擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种,经责令停止开采后拒不停止开采,造成矿产资源破坏的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;造成矿产资源严重破坏的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”后来,最高人民法院于2003年5月29日公布了《关于审理非法采矿、破坏性采矿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),其中第3条规定,非法采矿造成矿产资源破坏的价值,数额在30万元以上的,即属于“造成矿产资源严重破坏”的情形。接着,《中华人民共和国刑法修正案(八)》(以下简称《刑法修正案(八)》)于2011年2月25日出台,根据其中的第47条,删除了非法采矿原条文中“经责令停止开采后拒不停止开采”的规定,并按照情节严重的程度设置了“情节

严重”和“情节特别严重”两个档次的法定刑幅度。然而,自此之后有关部门便再也没有出台相关的司法解释,亦未再次明确《解释》的地位和效力问题。司法解释没有随着立法的调整而及时调整,所以才导致了本案当事人及其辩护人提出的问题。此时,虽然刑法条文与《解释》的用语不同,但均指向两个相同的法定刑幅度,因此,《解释》所提出的划分标准仍然是区分情节严重程度的重要参照标准。

第二,从非法采矿罪修改的立法意图来看,《刑法修正案(八)》将“造成矿产资源破坏”和“造成矿产资源严重破坏”分别改为“情节严重”和“情节特别严重”,是为了“取消入罪的硬性规定,赋予了司法机关更大的自由裁量权,这也充分反映了加大惩治力度、保护矿产资源安全的价值取向”^①。可见,刑法修改的目的是更加有效地打击犯罪,便于司法实践适用3~7年法定刑幅度,而不是取消对该档法定刑幅度的适用。

第三,从本案被告单位及被告人行为的社会危害性角度来看,“对‘情节严重’、‘情节特别严重’的判断并非十分困难,首先应当确定的是‘情节’的内容,其次根据一般人的价值观判断是否‘严重’或‘特别严重’”^②。本案中,被告单位及三被告人非法开采的石灰岩数量为11万余吨,造成矿产资源破坏价值达到280万余元,其社会危害程度已经特别巨大,无论从生活常识还是从法律常识判断,该行为足以被评价为“情节特别严重”。

第四,从人民法院自由裁量权行使的角度来看,在法律和司法解释没有明确规定的情况下,合议庭法官可以根据案件具体情况适用法定刑幅度。人民法院审理案件要求即时性,不能总是依赖司法解释的出台。在相关的司法解释没有出台之前,不能因为没有明确的标准便无法适用较重的法定刑幅度,只能适用较轻的法定刑幅度。既然法律已经作出了原则性规定,那么人民法院完全可以根据案件情况能动性地选择适用相应的法定刑幅度,这不仅并不违反罪刑法定原则,反而是正当的行使自由裁量权的行为。

综上,一审判决、二审裁定均认为本案属于非法采矿“情节特别严重”的情形,是正确的。当然,笔者建议有关部门尽快调整司法解释的用语,以达到和法律规定用语的相互统一,避免类似问题的出现,为人民法院审理非法采矿案件、保护矿产资源环境提供有力的法律保障。

(责任编辑:王 晨)

^① 张军主编:《〈刑法修正案(八)〉条文及配套司法解释理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第326页。

^② 张明楷著:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第243页。

通关走私珍贵动物制品中非实行共犯的认定 ——孙某某走私珍贵动物制品案相关法律问题研究

王璇*

一、据以研究的案例

2010年10月至11月初,被告人孙某某在张某(已判刑)提议下,两人预谋从日本购买犀牛角走私入境谋利。其间,张某使用孙某某提供的资金在日本购得犀牛角3根。2010年11月8日18时许,张某携带上述犀牛角等物品,由日本东京乘坐CA926航班抵达北京首都国际机场,未向海关申报任何物品,被海关人员当场查获并办理了代为保管手续。同年11月11日,张某在北京首都国际机场欲携带上述犀牛角返回日本时被查获。经鉴定,3根犀牛角总重量为10.825千克,共计价值人民币2,706,250元。

一审法院经审理认为:被告人孙某某伙同他人逃避海关监管,携带国家禁止进出口的珍贵动物制品入境,其行为已构成走私珍贵动物制品罪,且情节特别严重,依法应予惩处。

对于被告人孙某某所提其没有提供资金与张某搭伙在日本购买犀牛角,也不知道张某将犀牛角走私入境的辩解,及其辩护人所提指控孙某某犯走私珍贵动物制品罪的事实不清,证据不足,其主观上没有走私犯罪的故意,客观上没有走私犯罪的行为的辩护意见,经查:孙某某在张某处存有大量日元现金,两人事先达成通谋,张某使用孙某某提供的资金从日本购买犀牛角走私入境谋利,利润平分。上述事实,有证人张某、史玉某、史某、李某等证人的证言、出入境记录、手机通话记录等证据在案为证。孙某某主观上与张某形成了共同的走私故意,客观上为张某的走私活动提供了资金帮助,其与张某已构成共同犯罪的关系,应共

* 北京市第二中级人民法院刑二庭法官助理。

同对张某的走私行为承担责任。故被告人孙某某的辩解及其辩护人的辩护意见与已查明的事实不符,且无证据支持,法院均不予采纳。

二审法院依照《中华人民共和国刑法》第151条第2款,第156条,第25条第1款,第27条,第52条,第53条,第72条第1款、第3款,第73条第2款、第3款,第61条及《最高人民法院关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条第1款、第4款、第5款之规定,判决如下:一、被告人孙某某犯走私珍贵动物制品罪,判处有期徒刑3年,缓刑5年,并处罚金人民币10万元(缓刑考验期限自本判决确定之日起计算)。二、冻结在案的中国农业银行股份有限公司北京前门分理处孙某某名下9559×××0013账户内的存款人民币10万元冲抵罚金,该账户内的剩余存款,连同冻结在案的中国银行股份有限公司北京松榆里支行孙某某名下3454×××6546账户内存款,发还被告人孙某某。

宣判后,公诉机关未提起抗诉,被告人孙某某未提起上诉。

二、相关法律问题研究

本案中,张某实施了购买和走私犀牛角的行为,而被告人孙某某并未直接实施购买和运输的行为,法院判决处罚被告人孙某某的理由是其与张某构成共同犯罪,因为客观上被告孙某某为张某的购买行为提供资金支持,二人有共同走私犯罪的意思联络。但被告人孙某某否认该主观的共同犯罪故意,辩称没有提供资金与张某搭伙在日本购买犀牛角,也不知道张某将犀牛角走私入境,辩护意见也认为孙某某主观上没有走私犯罪的故意,是张某自作主张为满足私利而非法携带犀牛角入境。在被告人不认罪且没有实物证据的情况下,如何认定共犯的主观故意呢,尤其是如何认定非实行犯的主观故意呢?

1. 本案中被告人共同故意的认定

认定主观明知的证据如下:(1)被告人供述,被告人孙某某曾在侦查机关供述称自己与张某共谋用其所有的1200万日元在日本购买犀牛角并走私入关,但在本案审理过程中其又当庭否认该共谋,因此被告人在侦查阶段的供述在满足相关证据条件的情况虽然仍可作为证据考虑,但证明力并不强;(2)同伙张某(另案处理)供述称二人有走私的共谋;(3)证人证言,史玉某(被告人孙某某之妻)证言、李某(被告人的朋友)证言、史某(史玉某的姑姑)证言都能证明被告人孙某某自己曾说过其与张某共同出资购买犀牛角及走私入关时被查获的事情;(4)手机通话记录证明张某与孙某某曾多次联系,但通话内容无法证明。

本案证明被告人孙某某主观存在走私共同故意的证据都是言词证据,仅凭言词证据可以定罪吗?笔者认为是可以的。本案中的证人均与被告人没有相害

关系,有的还是其亲属,因此证言可信度较高。再者,证据之间可以相互印证,手机通话记录、张某等人证言可以间接地在一定程度上印证证言的真实性,故法院根据上述证据足以认定被告人的走私珍贵动物制品的共谋故意。

2. 非实行犯共同故意的认定

与具体实施刑法分则规定罪名的实行犯不同,非实行犯没有直接实施刑法分则规定的犯罪,欲对其处罚,难点在于认定其与实行犯之间的犯意联络。确定的方法有两种途径:直接认定和推定。对于前者,如非实行犯自己承认共谋,录音、录像、书证等直接证据证明其知道或参与了类似的行为,或者间接证据能相互印证。根据《刑法解释》第105条之规定,使用间接证据定罪时要特别注意多个间接证据间能够相互印证,形成完整的证明体系且结论唯一,如本案就是多个证言相互印证达到了确实充分的证明标准。对于后者,推定是指根据一定案件的基础事实来推定事实的方法,基础事实与推定事实之间存在一定的逻辑上的因果关系,如根据司法解释,毒品犯罪中从“用极其隐蔽的方式运输毒品”一般可以推定行为人明知运输的是毒品。为他人提供特制的设备或可供走私货物的运输工具而收取高额费用的可以认定为走私行为的共犯。

3. 环境资源犯罪中非实行犯的主观故意

从司法实践来看,破坏环境资源犯罪大都以共同犯罪的形式出现,共同犯罪人之间存在不同分工,有些组织结构复杂,共犯人之间有地域空间间隔。如何加强对环境资源的保护,将犯罪分子一网打尽,关键在于合理认定共同犯罪的范围,将有意思联络的共谋犯罪和对共同犯罪有一定行为贡献的人全部绳之以法。其中,重中之重在于认定共同的故意。在被告人供述否认共同故意,又没有书证、录音录像等实物证据的情况下,要重点审查言词证据的真实合法性,是否能相互印证,形成证据体系且结论唯一。要合理运用推定的司法证明方法,从生活经验和基础事实出发认定被告人的主观要件,《最高人民法院审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等司法解释规定了一些从外在基础事实(如“明显低于市场价格出售的木材”)推定被告人主观故意的情形。非实行犯并不都是从犯,如环境犯罪的遥控组织者、授意者常常是主犯,要根据其在共同犯罪中的作用具体认定,做到不枉不纵。

(责任编辑:王 晨)

走私珍贵动物制品案犯罪未遂认定

——徐某、刘某、吴某某走私珍贵动物制品案
相关法律问题研究

易大庆* 朱洪范**

一、据以研究的案例

被告人徐某、刘某、吴某某预谋走私象牙制品入境。被告人吴某某、刘某于2009年1月16日,携带藏有象牙制品的行李,由津巴布韦共和国哈拉雷市乘坐UM770次航班,于次日抵达北京首都国际机场,被告人徐某前往接机。海关人员进行先期机检时,发现被告人吴某某、刘某托运的16件行李内藏有象牙疑似物并进行布控,被告人徐某、吴某某、刘某得知货物被海关重点监控后,将上述行李遗弃后逃离现场。经鉴定涉案非洲象象牙制品净重450.70千克,价值人民币18,779,316.90元。

一审法院经审理认为:被告人徐某、吴某某、刘某无视国家法律,携带国家禁止进口的大量珍贵动物制品入境,三人的行为均已构成走私珍贵动物制品罪,且情节特别严重,依法均应予惩处。检察机关指控被告人徐某、吴某某、刘某犯走私珍贵动物制品罪的事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名成立。徐某、吴某某、刘某在走私珍贵动物制品的犯罪过程中,因意志以外的原因而未得逞,系犯罪未遂,可对三被告人从轻处罚。三被告人之辩护人所提三被告人归案后认罪态度较好,且系初犯的辩护意见,经查属实,予以采纳。

一审法院依照《中华人民共和国刑法》第151条第2款,第25条第1款,第26条第1款、第4款,第23条,第59条、第61条、第64条之规定,于2011年5

* 北京市第二中级人民法院刑二庭法官。

** 北京市第二中级人民法院刑一庭法官。

月20日作出如下判决:一、被告人徐某犯走私珍贵动物制品罪,判处有期徒刑14年,并处没收个人全部财产。二、被告人刘某犯走私珍贵动物制品罪,判处有期徒刑14年,并处没收个人全部财产。三、被告人吴某某犯走私珍贵动物制品罪,判处有期徒刑13年,并处没收个人全部财产。四、扣押在北京海关缉私局的象牙制品予以没收。

一审宣判后,三被告人均提出上诉。

二审经审理认为,上诉人徐某、刘某、吴某某无视国家法律,携带国家禁止进出口的珍贵动物制品出入境,其行为均已构成走私珍贵动物制品罪,且情节特别严重,均应依法惩处。一审法院根据徐某、刘某、吴某某犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度及各自在共同犯罪中所起作用,并已鉴于三人分别所具有的酌予从轻处罚等情节,依法所作判决,事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法,应予维持。据此,依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第1项之规定,裁定驳回上诉,维持原判。

二、相关法律问题研究

本案的关键问题是,闯关走私珍贵动物制品入境,取行李时被告知行李被重点监管,弃货逃跑,该走私珍贵动物制品行为的既、未遂形态如何认定?对此,存在以下不同意见:

第一种意见认为被告人的行为属于犯罪未遂,理由是,走私珍贵动物制品罪是结果犯,行为人尚未通关成功,走私物品未实际脱离海关的监管,犯罪行为未得逞。

第二种意见认为被告人的行为属于犯罪既遂,理由是,走私珍贵动物制品罪是行为犯,行为犯没有犯罪未遂,行为人只要实施了走私行为就是犯罪既遂。

第三种意见认为被告人行为属于犯罪既遂,理由是,走私珍贵动物制品罪属行为犯,该犯罪要求行为人实施逃避海关监管的行为即满足全部犯罪构成,本案被告人携带国家禁止进口的物品入境,已经有逃避监管的客观行为,构成犯罪既遂。

笔者赞同未遂的意见,但理由与上述意见不同,具体分析如下:

第一,走私珍贵动物制品罪属于行为犯。

走私珍贵动物、珍贵动物制品罪,是指违反海关法规,走私国家禁止进出口的珍贵动物或者珍贵动物制品的行为。走私的实质是逃避海关监管而进出口货物的行为。该类犯罪侵害的法益是国家的海关监管秩序。行为人只要实施了逃避海关监管携带或运输货物出入境的行为,便已经对法律保护的法益造成了侵害,并不需要以行为人实际逃离监管场所或实际取得走私的货物为要件。该类

犯罪对法益的侵害已经蕴含在行为人的行为过程之中。而且,从刑法分则的具体规定来看,也没有要求特定结果的发生作为犯罪构成的要件,所以,走私珍贵动物、珍贵动物制品犯罪是一种行为犯,而非结果犯。

将走私珍贵动物、珍贵动物制品罪认定为结果犯的观点,是给该类犯罪强加了一个法律并没有要求的结果,即行为人将货物带离海关监管场所(即部分观点所说的“逃避掉海关的监管”),或者是错误地理解了“未得逞”的意思,将行为人主观意愿的实现与否作为犯罪既未遂的标准。犯罪未遂实际上是根据犯罪构成的要件是否齐备来确定的,刑法第23条所说的未得逞并非指行为人主观目的未实现,而是指犯罪构成要件是否完全齐备。

第二,行为犯存在犯罪未遂形态。

对于行为犯是否存在未遂形态理论上确实存在一定的争议。但根据现在通说的观点,行为犯是有未遂形态的。犯罪未遂是没有齐备犯罪构成要件的状态。结果犯的既遂形态在要求有法定的客观行为的同时,还要求有法定的结果,没有该结果则至多只能构成未遂。而对行为犯而言,刑法虽然没有规定明确的犯罪结果,但行为犯的罪状中对其客观行为方式有所描述,行为犯的行为是一个过程性的行为,如果行为人已经着手犯罪客观方面的行为,但由于意志以外的因素而没有将罪状所描述的客观方面行为实施完毕,即没有充足全部客观方面要素,也属于犯罪未遂。第二种意见认为行为犯不存在犯罪未遂,实际上是将行为犯混同于举动犯。所谓举动犯,是指按照法律规定,行为人一着手犯罪实行行为即告完成和完全符合构成要件,从而构成犯罪既遂的犯罪。行为人一着手实施该类犯罪,则行为的客观方面就已经充足。典型的举动犯如参加恐怖活动组织罪,行为人只要一实施参加恐怖组织的行为,就已经满足该罪的构成要件,构成既遂。所以,对行为犯而言,还是存在犯罪未遂形态的。

第三,本案被告人的行为属于犯罪未遂。

走私珍贵动物制品犯罪本质上是逃避海关监管携带珍贵动物制品出入境的行为。一般来讲,海关的通关办事程序包含以下几个阶段:一是申报人申报准备阶段;二是申报人申报阶段;三是海关验核、查验阶段;四是放行阶段。对于以虚假申报的方式进行通关的走私珍贵动物制品行为来讲,行为人的积极行为主要在第一、第二阶段,即准备申报以及填写虚假的申报材料进行虚假申报的行为,当行为人实施完毕虚假申报行为,便进入第三阶段,此时行为人的积极行为已经结束,进入了行为后阶段,这一阶段主要是被动接受海关检查,因此走私珍贵动物制品的积极行为阶段只在海关验核、查验、征税之前。走私珍贵动物、珍贵动物制品罪的客观方面应该也以实施完虚假申报行为,到达海关查验关口之前为已经充实,构成犯罪既遂。