

A Guide to Criminal Justice

陈国庆/主编

本集要目

【刑法适用】

自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释
贿赂犯罪立法若干问题研究

【司法前沿】

羁押必要性审查制度有关问题研究

【司法实务】

收集、审查、判断证据中的问题和建议

【法律释义】

“两高”《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》理解与适用

【案例评析】

典当公司开展抵(质)押“放贷”业务是否构成非法经营罪

总第60集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2014 年第 4 集(总第 60 集)

主 编：陈国庆

副 主 编：王 军 聂建华

史卫忠 侯亚辉

张凤艳

执行主编：侯亚辉



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门

Access To



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2014 年. 第 4 集: 总第 60 集 / 陈国庆
主编. —北京: 法律出版社, 2014. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5840 - 5

I. ①刑… II. ①陈… 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(2014)第 290930 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/程 岳

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/翟国磊

开本/A5

印张/7.125 字数/173千

版本/2014 年 12 月第 1 版

印次/2014 年 12 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/010-63939781/9782

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

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 5840 - 5

定价: 24.00 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》

2014 年第 4 集(总第 60 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)

卞建林 龙宗智 何家弘 张仲芳

张明楷 陈卫东 陈兴良 郎 胜

赵秉志 梁根林 彭 东

编辑委员会

主 编:陈国庆

副 主 编:王 军 聂建华 史卫忠 侯亚辉

张凤艳

执行主编:侯亚辉

编 委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 刘 岳 齐 涛 孙铁成

李景晗 张玉梅 张志强 张希靖

张晓津 张寒玉 尚洪涛 陈鸷成

金 威 贺湘君 高锋志 曹红虹

通讯编委:王新环 赵志辉 赵智慧 周东曙

张 彪 孙 刚 姜 生 刘凌轩

顾晓敏 王冠军 沈雪中 顾玫帆

施忠华 黄秀强 冯祖强 孔繁润

孟国祥 程华荣 徐国华 罗树中

沈丙友 农中校 徐振华 冉 劲

立克幸义 李晓红 袁 江 周亦峰

孟 群 柳小惠 孙文胜 冯明杰

蒋雪智 张宏勋 王秀会

执行编委:陈鸷成 卜大军

执行编辑:周 颖 杨雨蒙

目 录

【刑法适用】

- 自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释 … 张明楷(1)
贿赂犯罪立法若干问题研究 …………… 缪树权(37)
滥用职权罪真实竞合若干问题探析 …… 周 颖 余双彪(58)
被害人过错之刑法视野内的探究 …………… 袁 媛(82)

【司法前沿】

- 羁押必要性审查制度有关问题研究 …… 高景峰 刘中琦(96)
强制医疗案件的程序问题 …………… 刘 哲(125)
庭审实质化趋势下公诉工作的应对策略 …………… 方 洁(142)

【司法实务】

- 收集、审查、判断证据中的问题和建议 …………… 尚洪涛(150)

【法律释义】

- “两高”《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》理解与适用 …………… 韩耀元 王文利 吴峤滨(162)
《最高人民法院、公安部关于规范刑事案件“另案处理”适用的指导意见》理解与适用 …… 元 明 张庆彬(186)

【案例评析】

- 典当公司开展抵(质)押“放贷”业务是否构成非法经营罪 罗 曦(198)
- 案发前因请托人以告发相威胁而退还受贿款的是否属于“及时退还” 周桂芳(207)
- 挪用公款帮助他人完成揽储任务的如何定性
..... 王 壬(214)

【以案说法】

- (1) 谢某某 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自
- (37) 孙某某 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自
- (82) 孙某某 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自
- (85) 孙某某 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自

【以案说法】

- (20) 孙某某 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自
- (121) 孙某某 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自
- (145) 孙某某 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自

【以案说法】

- (201) 孙某某 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自

【以案说法】

- 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自
- (101) 孙某某 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自
- 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自
- (186) 孙某某 辩护人因辩护人不同辩护人立升科一罪案去已罪案自

【刑法适用】

自然犯与法定犯一体化立法 体例下的实质解释

张明楷*

目次

一、问题的提出

二、部分行为非罪化

三、部分行为轻罪化

四、部分行为重罪化

五、简短的结论

一、问题的提出

众所周知,自然犯(与刑事犯的概念大体相同)与法定犯(与行政犯的概念大体相同)的分类得到了许多人的认同,但其区分标准却因人而异。概括起来有以下几种观点:(1)侵害法益的犯罪是自然犯,威胁法益的犯罪是法定犯;(2)侵害或者威胁法益的

* 张明楷,清华大学法学院教授,博士生导师。

犯罪是自然犯,纯粹或者单纯不服从法规的犯罪为法定犯;(3)侵害或者威胁法益的是自然犯,违反公共秩序的犯罪是法定犯;(4)同时包含形式要素(违反法规)与实质要素(侵害法益)的犯罪是自然犯,只具备形式要素的犯罪是法定犯;(5)以侵害个人利益为前提、直接引起社会、国家损害的犯罪是自然犯,不以侵害个人利益为前提所引起的社会、国家损害的犯罪是法定犯;(6)同时违反法规及文化规范的犯罪是自然犯,只违反法规的犯罪是法定犯;(7)违反伦理道德,即使没有法律规定也属犯罪的行为是自然犯,没有违反伦理道德,只是由于法律规定才成为犯罪的行为是法定犯;(8)违反基本生活秩序的犯罪是自然犯,违反派生生活秩序的犯罪是法定犯;如此等等。可以认为,上述任何一种区分都存在缺陷,于是有人提出了否定自然犯与法定犯区分的学说。^①

其实,刑法理论未必只能以一个标准区分自然犯与法定犯,换言之,我们完全可以在不同场合根据不同需要以不同标准区分二者。例如,在判断行为人是否具有违法性认识的可能性时,大抵可以根据上述第(7)种观点区分自然犯与法定犯。于是,自然犯的违法性容易被一般人认识(不借助法律便可认识),法定犯的违法性可能难以被一般人认识(通常需要借助法律来认识);自然犯的法益侵害程度的变易性较小,法定犯的法益侵害程度的变易性较大。虽然伦理道德规范的内容不断变化,自然犯与法定犯的区分具有相对性,但这样区分对于解决法律认识错误等问题具有一定意义。再如,在判断行为的违法程度与责任程度时,或许可以根据上述第(8)种观点区分自然犯与法定犯。例如,为了制造爆炸事故而非法购买爆炸物的行为,违反了基本生活秩序;基于合理需要没有经过合法程序购买爆炸物的行为,只是侵犯了派生生活秩序。

① 本文发表于《法商研究》2013年第4期,此次转载作了一定修改。

参见[日]福田平著:《行政刑法》,有斐阁1978年版,第3页以下。

与之相应,前者的责任也重于后者。本文使用的自然犯与法定犯概念,大体采用了上述第(8)种观点,当然也并不严格。

在国外的刑事立法体例上,自然犯被规定在刑法典中,法定犯则被规定在附属刑法(行政法、经济法等法律)或者特别刑法中。这是因为,刑法典是规范基本生活秩序的法律,直接关系到国民基本生活的安定,属于司法法;司法法的最重要指导原理是法的安定性。^①行政刑法、经济刑法是为了实现行政规制、经济管理目的而借用了刑罚手段的法律,其指导原理主要是合目的性。法定犯的变易性较大,而刑法典则相当稳定,将法定犯规定在行政法、经济法中,有利于随时修改法定犯的构成要件与法定刑,实现行政刑法、经济刑法的合目的性,而不至于损害刑法典的稳定性。法定犯以违反行政法、经济法为前提,在行政法、经济法中直接规定法定犯,避免了法定犯与相关法律的脱节,有利于法定犯的认定。更为重要的是,随着社会生活的复杂化,犯罪类型会越来越多,一部刑法典事实上不可能囊括所有犯罪,在行政法、经济法等法律中直接规定法定犯,就不可避免。^②诚然,将法定犯直接规定在行政法、经济法中,可能导致威慑力减小。但是,一般来说,法定犯的违法程度原本就轻于自然犯,所以,将法定犯规定在刑法典之外,也是合适的。

1997年之前,当我国刑事立法将要走上分散型立法的正道时,1997年的新刑法却突然来了一个大转变:要制定一部有中国特色的、统一的、比较完备的刑法典。基于这一考虑,所有单行刑法均纳入新刑法;附属刑法的部分规定成为刑法分则的具体条

① 参见[日]大塚仁著:《刑法概说》(总论),有斐阁2008年版,第2页。

② 参见张明楷:“刑事立法的发展方向”,载《中国法学》2006年第4期,第18页以下。

款。^① 上述指导思想导致法定犯全部纳入刑法典,使法定犯与自然犯均规定在一部刑法典中,而没有将自然犯与法定犯分别规定在刑法典与附属刑法中,于是形成了自然犯与法定犯一体化的立法体例。其中,既有分别规定,也有混同规定。

所谓分别规定,是指在刑法分则的不同法条中分别规定自然犯与法定犯,并规定不同的法定刑。例如,第125条规定的非法制造、买卖枪支罪可谓自然犯,法定刑较重;第126条规定的违规制造、销售枪支罪则是法定犯,法定刑较轻。这一分别规定,使这两个犯罪在解释上不存在明显的问题,或者说,在刑法适用上不会造成不公正、不合理的后果。^②

所谓混同规定,是指刑法分则将行为外表相同,但对违法(法益侵害)与责任程度不同的自然犯与法定犯,规定在同一法条中,导致法定犯与自然犯的混同。混同规定表现为两种具体情形:

其一,将较轻法定犯当作较重的自然犯规定,或者说,使较重的自然犯规定中包含了较轻的法定犯,给刑法的适用造成困难。例如,未经许可运输爆炸物的行为,不管是为了正当的生产经营,还是为了实施恐怖犯罪,都适用《刑法》第125条,于是导致罪刑不相适应。司法解释内容的变迁就足以说明这一点。

最高人民法院2001年5月15日《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定,个人或者单位非法制造、买卖、运输、邮寄、储存炸药、发射药、黑火药1000克以上或者烟火药3000克以上、雷管30枚以上或者导火索、导爆索30米以上的,或者具有生产爆炸物品资格的单位不按照规定的品种制造,或者具有销售、使用爆炸物

^① 参见王汉斌1997年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法(修订草案)〉的说明》。

^② 当然,如后所述,《刑法》第125条关于爆炸物的规定,就存在问题。

品资格的单位超过限额买卖炸药、发射药、黑火药 10 千克以上或者烟火药 30 千克以上、雷管 300 枚以上或者导火索、导爆索 300 米以上的,依照《刑法》第 125 条第 1 款的规定,以非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物罪定罪处罚。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物的数量达到上述最低数量标准 5 倍以上的,属于情节严重,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

与《刑法》第 125 条的规定一样,上述司法解释也没有考虑到自然犯(如为了实施恐怖犯罪而非法购买和运输爆炸物)与“法定犯”(因合法生产需要而未经许可购买和运输爆炸物)的区别,导致下级司法机关难以按上述解释适用《刑法》第 125 条。在时隔 4 个月之后,最高人民法院不得不于 2001 年 9 月 17 日发出《对执行〈关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉有关问题的通知》:“一、对于《解释》施行前,行为人因生产、生活所需非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物没有造成严重社会危害,经教育确有悔改表现的,可以依照刑法第十三条的规定,不作为犯罪处理。二、对于《解释》施行后发生的非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等行为,构成犯罪的,依照刑法和《解释》的有关规定定罪处罚。行为人确因生产、生活所需而非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物,没有造成严重社会危害,经教育确有悔改表现的,可依法免除或者从轻处罚。”可是,一方面,免除处罚似乎是缺乏法律根据的;^①另一方面,即使从轻处罚,也可能导致量刑畸重(因为确因生产、生活所需而非法购买、运输爆炸物的数量,通常都特别巨大)。显然,问题出在自然犯与法定犯的一体化规定。

再如,最高人民法院、最高人民检察院 2003 年 9 月 4 日《关于办理非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品刑事案

^① 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社 2011 年版,第 558 ~ 559 页。

件具体应用法律若干问题的解释》，一方面对自然犯与行政犯规定相同的定罪标准，另一方面又规定：“本解释施行以前，确因生产、生活需要而非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品饵料自用，没有造成严重社会危害的，可以依照刑法第十三条的规定，不作为犯罪处理。本解释施行以后，确因生产、生活需要而非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品饵料自用，构成犯罪，但没有造成严重社会危害，经教育确有悔改表现的，可以依法从轻、减轻或者免除处罚。”不言而喻，司法解释的这种处理，也是源于自然犯与法定犯的一体化规定。

其二，将较重的自然犯当作较轻的法定犯规定（有的表现为在自然犯之外另规定不必要的法定犯），或者说，使较轻的法定犯规定中包含了较重的自然犯，给刑法的适用造成了不必要的困境。例如，嫖宿幼女是典型的奸淫幼女，但《刑法》第360条却规定了嫖宿幼女罪。设立此罪是强调行政管理的产物，然而其法定最低刑高于奸淫幼女的法定刑，最高刑却低于奸淫幼女罪的法定刑，导致本罪的适用备受争议。又如，作为法定犯的非采采矿罪的构成要件实际上包含了盗窃罪。当一个行为同时触犯非法采矿罪与盗窃罪时，是作为法条竞合还是作为想象竞合，也存在疑问。再如，抽逃出资行为，原本成立职务侵占罪（少数情况下也可能成立挪用资金罪），但关于抽逃出资罪的设立，却导致部分职务侵占罪仅以较轻的法定犯处罚。显然，问题出在刑法条文将自然犯与行政犯作了一体化规定。

从立法论上说，倘若我国以后也采取自然犯与法定犯的分散型立法体例，就可以解决这方面的问题。但是，在现行刑法没有修改的情况下，只能在坚持罪刑法定原则的同时，通过妥当的实质解释，使案件的处理公正化、合理化。

二、部分行为非罪化

犯罪的实体是违法与责任。^①对违法构成要件的解释,必须使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度;对责任要件的解释,必须使行为的有责性达到值得科处刑罚的程度。^②易言之,必须将字面上符合犯罪的成立条件、实质上不具有可罚性的行为排除于犯罪之外。

提出上述观点的基本理由在于:语言是不准确的,常常包含一些可能被误解的因素;许多定义的外延总是会宽于被定义的事项;刑法只处罚值得科处刑罚的违法且有责的行为,也正因如此,我国刑法对许多犯罪特别规定了定量要素,以便区分犯罪行为与一般违法行为;但是,也有很多条文没有设置定量要素,倘若对构成要件进行形式的解释,必然使不值得科处刑罚的行为也符合构成要件;只有对构成要件进行实质的解释,才能将刑罚处罚控制在合理性与必要性的范围之内。例如,《刑法》第245条第1款规定:“非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”《治安管理处罚法》第40条规定:对“非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的”,处拘留与罚款。虽然二者的表述相同,但不意味着对非法侵入住宅与非法搜查的行为可以任意按照其中一种规定处罚。易言之,并不是任何非法侵犯他人住宅或者非法搜查他人身体的行为,都值得科处刑罚。所以,应当根据实质的合理性解释《刑法》第245条规定的构成要件,将不值

刑处罚的行为排除于犯罪之外。

① 参见张明楷:“以违法与责任为支柱构建犯罪论体系”,载《现代法学》2009年第6期,第41页以下。

② 倘若像传统观点那样,认为社会危害性是客观危害与主观恶性的统一,那么,也可以说对构成要件的解释,必须使符合构成要件的行为具有应受刑罚处罚程度的社会危害性。如果认为构成要件只是违法类型,对构成要件的解释,就必须使符合构成要件的行为具有值得科处刑罚的违法性。

得科处刑罚的非法侵入住宅与非法搜查行为排除在犯罪之外。^①

显然,一方面,即使行为处于刑法条文所规定的构成要件的文字含义之内,也完全可能以不存在法益侵害或者法益侵害没有达到犯罪程度(轻微行为)为根据,将这种行为排除在犯罪之外。另一方面,如果行为值得科处刑罚但没有达到重罪程度(较重行为),而刑法对该行为规定了重法定刑,可是该行为又不符合轻罪的构成要件时,也只能排除在犯罪之外。以下分两类展开讨论:

(一)轻微行为的除罪化

构成要件是违法类型。构成要件的描述旨在使值得科处刑罚的违法行为处于构成要件之内。所以,某种行为虽然处于刑法条文所规定的构成要件的文字含义内,但没有侵害法益或者法益侵害相当轻微时,必须通过解释将其排除在构成要件之外。人们习惯于认为,既然行为处于构成要件的文字含义内,就意味着该行为是立法者认为需要处罚的行为。其实不然。成文刑法之所以需要解释,一个重要原因就是要将不值得处罚的行为排除在构成要件之外,实现形式与实质的内在统一。

例如,《刑法》第345条第2款规定:“违反森林法的规定,滥伐森林或者其他林木,数量较大的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数量巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”《森林法》第32条第1款前段规定:“采伐林木必须申请采伐许可证,按许可证的规定进行采伐。”相关法规规定,即使砍伐枯死树木,也需要权力机关批准。国家林业局林函策字[2003]15号明确规定了未申请林木采伐许可证擅自采伐“火烧枯死木”等因自然灾害毁损的林木,应当依法分别定性为盗伐或

^① 参见张明楷著:“实质解释论的再提倡”,载《中国法学》2010年第4期,第49页以下。

者滥伐林木行为。^①换言之,枯死树木被砍伐,也是违反《森林法》的滥伐行为的结果。于是,滥伐林木罪包含了两类具有明显差异的行为:一类是破坏了森林资源的滥伐行为,另一类是虽然没有破坏森林资源,但没有经过林业主管部门批准的滥伐行为(如为了重新种植树木而滥伐枯死树木)。前一类可谓自然犯,后一类则是所谓“法定犯”^②;两类违法性质与程度明显不同的行为,却会受到相同的处罚。

然而,即使行政法条文的目的与刑法条文的目的相一致,也不能将行政违法结果等同于犯罪结果。因为行政法强调合目的性,而不注重法的安定性,故可能为了达致目的而扩张制裁范围。刑法必须重视安定性,不能随意扩张处罚范围;适用刑法的相关法条时,不能将行政法禁止的一般违法结果,作为刑法禁止的犯罪结果。所以,枯死树木不能成为刑法上的滥伐林木等罪的保护对象。滥伐自己所有的枯死树木的,虽然违反《森林法》,但既没有侵害他人的财产,也没有侵害森林资源,不成立任何犯罪。^③即使认为其行为侵害了林业部门的权威,符合了滥伐林木罪的构成要件,也应认为具备违法阻却事由。

基于同样的理由,将村民违反相关行政法规,出售、购买已经枯死的保护植物的行为,认定为非法出售、购买国家重点保护植物罪,也是不妥当的。例如,2012年4月,一株香樟树(系国家二级

^① 国家林业局2003年3月3日《关于未申请林木采伐许可证采伐“火烧枯死木”行为定性的复函》。

^② 在此给法定犯打上引号,旨在说明:后一类行为原本不成立任何犯罪;即使认为,为了维护林业行政管理秩序,将来有必要将此类行为当作犯罪处理,此类行为也不是破坏森林资源的自然犯。

^③ 但是,司法实践中经常出现将砍伐枯死树木认定为盗伐林木罪或者滥伐林木罪的不当现象。参见梁民权:“无证砍伐枯死树涉嫌盗伐被起诉”,载《检察日报》2004年3月2日第2版;张英机:“虽然枯死树木采伐仍须持证”,载《人民法院报》2007年6月30日第4版。

保护野生植物)被雷劈倒。该树所在的村小组多人经过商议,决定将树木出卖。谢某闻讯,在未办理收购国家重点保护植物的相关手续情况下,以2500元人民币收购该香樟树。当晚,谢某雇车将树木运往福建销售时被查获。有观点认为,谢某的行为构成非法收购国家重点保护植物罪。理由有三:首先,自然灾害毁损的林木仍然属于保护范围,因为相关法规规定,采伐“火烧枯死木”等自然灾害毁损的林木,都必须申请林木采伐许可证。谢某收购的是非法采伐的国家重点保护植物。其次,对国家保护植物的收购应履行批准程序,根据《野生植物保护条例》第18条规定,出售、收购国家二级保护野生植物的,必须经省、自治区、直辖市人民政府野生植物行政主管部门或者其授权的机构批准。谢某的行为违反了该规定。最后,谢某行为达到了立案标准。^①可是,这三点都是形式上的理由,缺乏实质根据。换言之,这种观点根本没有考虑刑法规定非法收购国家重点保护植物犯罪是为了保护什么法益。只要考虑到刑法规定本罪是为了保护重要的植物资源,就会认为谢某的行为没有侵害这一法益,因而不能以犯罪论处。

上述观点的形成,也是源于自然犯与法定犯的一体化规定。也就是说,《刑法》第344条的文字表述实际上包含了两种收购行为:一类是破坏重要植物资源的收购行为(如所收购的植物原本存活,不应当采伐的,可谓自然犯);另一类是没有破坏重要植物资源的收购行为(如所收购的植物原本枯死等,应当采伐的,行为人只是未经许可,原本属于“法定犯”)。显然,两种行为的法益侵害程度存在重大差异,但上述观点忽略了这一点。根据本文的观点,《刑法》第344条的目的旨在保护重要植物资源,而非保

^① 赖国东:“买卖被雷劈倒的保护植物构罪吗”,载《检察日报》2013年1月20日第3版。

护行政主管部门的权威,^①所以,对后一类行为不能以犯罪论处,而必须排除在构成要件之外。

再如,《刑法》第341条第1款规定:“非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的,或者非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。”以运输为例,可以认为这一规定同时包含了自然犯与法定犯:一类是破坏珍贵、濒危野生动物资源的运输行为,如明知是他人非法猎捕、杀害的老虎而运往他地;另一类则是没有破坏珍贵、濒危野生动物资源,只是没有经过批准的运输行为,如公园管理人员没有经过主管部门批准将发情老虎送往外地交配的行为。从文字表述上看,两类性质不同、违法程度迥异的行为,也可能受到相同处罚。

然而,刑法规定非法运输珍贵野生动物罪,是为了保护珍贵、濒危野生动物资源,而不是为了保护相关主管部门的权威。没有经过主管部门批准而将发情老虎运往外地交配的行为,虽然违反了行政管理法规,但不仅没有破坏珍贵、濒危野生动物资源,而且有利于珍贵、濒危野生动物的繁殖,不应当受到刑罚处罚。概言之,违反行政管理法规运输珍贵、濒危野生动物的行为,实际上属于保护、繁殖野生动物的行为时,不得以没有经过主管部门批准为由,认定为非法运输珍贵、濒危野生动物罪。

又如,《刑法》第141条规定了生产、销售假药罪,同时规定按照《药品管理法》确定假药的范围。根据《药品管理法》第48条的规定,有下列情形之一的为假药:第一、药品所含成分与国家药品

^① 主张谢某的行为成立犯罪的观点,虽然也认为谢某的行为“侵犯了国家对野生植物的管理秩序”,但实际上是将这种管理秩序理解为行政主管部门许可的权威性。