



观点新解

刘文谈非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪——应从立法背景出发明晰本罪的规范保护目的



中国社会科学院法学研究所刘文在《法学杂志》2024年第5期上发表题为《非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪的立法识别与规范阐释》的文章中指出：

作为野生动物领域的新增罪名，非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪以防范因食用陆生野生动物而引发病毒、疫病传播风险为规范保护目的，其背后的法益结构应以公共安全为内核法益，以国家对野生动物的合理保护、野生动物伦理、生物多样性为保护带法益。

立足相对人类中心法益观，非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪所保护的法益应当具有聚合性、侵害流程的可察性、不同保护法益之间的递进性等特点，是集合人类生命健康与野生动物保护等为一体的“法益束”。遵循这一认识，尝试以“内核+保护带”的结构来解读非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪的法益内涵。本罪以“违反野生动物保护管理条例”为前置条件，以“食用”为主观目的，以珍贵、濒危野生动物以外的“在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物”为行为对象，具体规定了“非法猎捕、收购、运输、出售”四类不法行为。本罪的行为对象是指有重要生态、科学、社会价值的野生动物和地方重点保护的野生动物以及其他陆生野生动物，野生性是本罪行为对象的本质特征，“以食用为目的”具有控制本罪处罚范围的功能，观赏、药用等非食用目的不构成本罪。本罪对前置性规范的从属程度应坚持相对性，并明确前置性规范的效力层级和范围。

一个国家的刑法规范及其司法解释是该国刑法知识的重要载体，对其司法适用的研究构成本国刑法教义学的逻辑起点。非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪作为野生动物领域的“新晋”罪名，其司法适用应从立法背景出发明晰本罪的规范保护目的，妥当识别规范保护目的背后的本罪法益，并在此基础上厘清本罪中“陆生野生动物”“以食用为目的”“违反野生动物保护管理条例”等构成要件要素的内涵与外延。与此同时，还要结合“危害珍贵、濒危野生动物罪”“非法狩猎罪”及相关的立法解释与司法解释，处理好司法适用中本罪与相关罪名的关系。

有必要指出的是，本罪毕竟是应急性立法，虽然法律一经制定，就必须得到遵行，但对于这种特殊刑事政策背景下出台的新增罪名，在社会步入正常轨道后，应当采取尽可能谦抑的立场，防止机械执法导致刑事用力过猛，这应当是以刑法解释为核心要义的刑法教义学的任务。

刘薇谈重作判决的裁判形式——应以程序性裁判为原则以指示性裁判为补充



中国政法大学刘薇在《行政法学研究》2024年第4期上发表题为《行政诉讼重作判决的适用困境与纾解路径》的文章中指出：

重作判决是从属于撤销判决的、具有给付性质的辅助判决类型。通常认为重作判决是撤销判决的补充形式，主要适用于被诉行政行为被撤销，但相对人在行政法上的权利义务尚不明确的情形。

司法实践表明，重作判决制度存在一系列亟待回应的争议和问题：其一，重作判决适用要件规范的缺失，导致其适用的随机性和具体适用方式的不规范。其二，重作判决的裁判形式不明确，对于司法救济实效和国家权力之间的平衡结构产生了负面影响。一方面，程序性重作判决备受弱化重作判决纠纷解决功能的质疑。另一方面，实体性重作判决的出现存在司法权过度干预行政权的危险。其三，适用要件的缺失和裁判形式的模糊叠加，导致了重作判决与其他判决类型存在混淆适用和界分困难，重作判决的适用界限有待厘清。重作判决的适用困境不仅影响其制度功能的发挥，也不利于行政诉讼判决体系的规范运行和良性运转。

通过梳理，重作判决的适用要件可归结为前提性要件、必要性要件以及可能性要件。重作判决的适用前提可扩展至确认无效判决，但不应包括确认违法判决。必要性要件判断重心在于是否具备重新处理的现实需求，而非局限于适用对象的恒定。尽管重作判决的适用对象不局限于具体行为类型，但并不包括行政机关不履行法定职责行为。此外，当被诉行政行为为主要证据不足，行政机关重作时仍可再次取证，但若被诉行政行为存在超越职权违法瑕疵，则并无适用重作判决的余地。

在裁判形式方面，根据司法审查有限原则，同时兼顾救济实效性，重作判决应以程序性裁判为原则，以指示性裁判为补充，以降低无效重作的风险。在判决类型的界分方面，怠于履行法定职责案件并无适用重作判决的基础。基于诉讼经济与实质化解行政争议的考量，拒绝履行法定职责案件应适用履行判决而非重作判决。变更判决是重作判决的补充形式，两者是例外与一般的关系，因而在行政处罚明显不当案件中，变更判决具有优先适用性。

(赵珊珊 整理)



《尚书·吕刑》中若干刑法思想新解

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

《史记·周本纪》记载，“昭王之时，王道微缺”，周穆王为了维护周王室的统治地位，令大司寇吕侯制定新的法令，吕侯废除旧法酷刑，以“以德配天，明德慎罚”为立法原则，制定《尚书·吕刑》大小刑法三千条。按刑种分类，计墨刑千条，劓刑千条，剕刑五百条，宫刑三百条，大辟二百条。是否如此之多和完备，学界多有质疑。多年来学界对《尚书·吕刑》的刑罚思想做了大量的研究，但由于其文辞艰深、内涵丰富，所以总能随着时代变迁，不断地被人发觉其新意。

“祥刑”“惟良折狱”：一种良法善治思想

古希腊亚里士多德指出，立法应当包含两重意义：一是已成立的法律获得普遍的服从，二是大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。亚里士多德的这一观点常常被人们解释为良法善治思想。《尚书·吕刑》中亦有类似的观点。

《尚书·吕刑》在叙述黄帝以降的刑法史时，提出了两类法律，一是苗民制作的“五虐之刑”，马小红教授将其称为“虐刑”；二是伯夷制作的法典，周穆王称之为“祥刑”。两者的主要区别是：前者杀害无辜的人，开始放肆使用刑、劓、

剕、黥等肉刑，抛弃法制，不减免无罪的人；后者则用公正的刑罚制御百官，教导臣民敬重德行，勉力于刑罪的公平等。显然，前者属于恶法，后者属于良法。

《尚书·吕刑》除了区分“虐刑”和“祥刑”两类法律之外，还提出了两种司法方法，一是与“虐刑”相配套的法官畏权惧、报恩怨、谄媚内亲、索取贿赂、受人请求等“五过”（“惟官、惟反、惟内、惟货、惟来”）式司法方法；二是与“祥刑”相配套的“惟良折狱”，即让品德好的人来司法，他们怀着哀怜的心情判决诉讼案件，明白地检查刑书，互相斟酌，坚持以公正为标准。当刑当罚，详细查实，能做到案件判定了，人们信服；改变判决，人们也信服。前者属于“恶治”，后者属于“善治”。

因此，《尚书·吕刑》是有一定的良法善治理念的，但和今天良法善治的理念还不能等同。因为，今天的良法善治是和民主制度紧密结合在一起的。

“五刑之疑有赦，五罚之疑有赦”的疑罪从轻理念

疑罪从无原则是现代刑法“有利于被告人”的具体体现，是无罪推定原则的派生标准。指刑事诉讼中，检察机关对犯罪嫌疑人犯罪事实不清，证据不确实、充分，不应当追究刑事责任的，应当作出不起诉决定。学界一般认为疑罪从无原则起源于罗马法。罗马法对刑事诉讼中被告人的

权利保障较为充分，强调疑罪推定，即在诉讼过程中，推定被告人为无罪，直至有充分证据证明其有罪。

有学者说《尚书》中有“疑罪从无”的理念，我认为这是对《尚书》有关文字的误解。细究《尚书》，我们只能说，它有“疑罪从轻”的思想。《尚书·大禹谟》提出了疑罪从轻的理念，“罪疑惟轻”“与其杀不辜，宁失不经”。《尚书·吕刑》说：“五刑之疑有赦，五罚之疑有赦。”这里的“赦”不是免除的意思，而是减轻的含义，因为《尚书·吕刑》接着说：“墨辟疑赦，其罚百钁，阅读其罪。劓辟疑赦，其罪惟倍，阅读其罪。剕辟疑赦，其罪倍差，阅读其罪。宫辟疑赦，其罪六钁，阅读其罪。大辟疑赦，其罪千钁，阅读其罪。”意思是，判处墨刑感到可疑，可以从轻处罚，罚金一百钁。判处劓刑感到可疑，可以从轻处罚，罚金二百钁。判处剕刑感到可疑，可以从轻处罚，罚金五百钁。判处宫刑感到可疑，可以从轻处罚，罚金六百钁。判处死刑感到可疑，可以从轻处罚，罚金一千钁。“赦”有两义，一是免除，二是减轻。

从疑罪从轻到疑罪从无，比较符合人类认识规律的进步，符合人类对人权的司法保障的渐近重视。不过，人们对刑法认识的进步，并不一定能贯彻到实践中，因为还要受政治制度和政治环境变化的制约。汉武帝时期的名臣窦婴、颜异因“腹诽”罪而被杀，南宋时期抗金名将岳飞被秦桧以莫须有的罪名而杀害，表明刑法的进步和政治的进步不一定同步。



贪污贿赂犯罪研究 (贪污贿赂犯罪裁判要旨与司法认定)序言



书林臧否

□ 徐岱

贪污贿赂犯罪在刑法理论界和司法实务界均受到高度关注，新近几次刑法修正案的内容也呈现出对治理贪污贿赂犯罪的不断调整和优化，刑法学界就相关问题的研究也不断深入，呈现出理论与实践的良好互动。从这个意义上说，《贪污贿赂犯罪裁判要旨与司法认定》的出版正是回应了刑法理论与司法实务对贪污贿赂犯罪的关切，可谓恰逢其时。

在一定程度上讲，学界对贪污贿赂犯罪的研究相对于其他罪名可谓不丰富和充实，但从“裁判要旨”切入进行司法认定的相关研究，经文献检索发现，成果并不多。因而本书是一次很好的研究尝试，有以下几个方面值得关注与推荐。

一是研究内容的全面性。贪污贿赂犯罪是刑法分则第八章规定的罪名，该章共有十五个罪名，而本书研究了其中的十二个罪名，分别从贪污贿赂犯罪的具体个罪的构成要件与犯罪认定两个视角展开。“构成要件，是一种将社会生活中

出现的事实加以类型化的观念形象，并且进而将其抽象为法律上的概念。”就具体个罪的研究而言，构成要件视角无论如何是不能忽视的，其中自然应该包括侵害客体与侵害对象、实行行为、行为主体与主观要件。本书中，作者并没有纠结于犯罪构成体系的理论之争，而是将具有共性的客观行为与主观要件作为研究的重要内容。在此基础上，本书较为详细地分析了贪污贿赂犯罪中每个具体罪名的犯罪形态、共同犯罪形态、罪数形态以及此罪与彼罪的区别等内容，上述内容是研究具体个罪在本论之外不能忽略的共性问题。因而，本书的研究内容全面、视野开阔，为贪污贿赂犯罪中十二个具体个罪勾勒了“画像”。

二是研究体系的完整性。体系性思维是法学研究的重要思维方式和研究方法。本书立足于贪污贿赂犯罪的体系性分析，整体上回应了刑法理论与司法实务关于贪污贿赂犯罪的共同关切。本书力求将体系性思维贯彻到具体个罪的研究上，具体体现在运用犯罪形态、共同犯罪、罪数形态等刑法基本理论范畴分析和阐释贪污贿赂犯罪的具体个罪，由此形成具有一定结论性的理论观点，丰富和完善了刑法理论关于贪污贿赂犯罪的研究。

三是研究方法的开拓性。“工欲善其事，必先利其器”，研究方法犹如一把利器，在一定程度上影响着研究内容的新颖性和研究结论的妥当性。本书的特色在于，将类案检索、类案分析的妥当性。本书除理论论证外，采取了类案检索的方法，寻找和分析体现争议焦点问题解决的典型案例。这些典型案例共同凝练为“裁判要旨”，为司法机关合法合理认定贪污贿赂犯罪提供了充分的辅助判断决策的信息，即“类案”群，从另一侧面也回应了最高人民法院《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》的司法解释精神——统一法律适用，提升司法公信力。对于司法工作人员来说，“类案”是辅助判断决策的信息，寻找和运用这些案例是办案必备技能；对理论研究者而言，“类案”是了解司法实务的重要窗口，理论联系实际的重要纽带。本书以此展开研究，无疑具有重要的理论价值和实践意义。

四是研究侧重于理论与实务的关联性，避免刑法理论研究脱离司法实践。如本书关于行贿罪和单位行贿罪的界定，刑法理论关于单位犯罪的研究成果丰硕，可具体到行贿罪和单位行贿罪的界面上，是否可以援引以及法院裁判是否有

足以支撑的裁判理由则不无争议。对此，本书引入的指导案例阐释单位行贿罪和行贿罪的具体区别，由此实现犯罪认定争议问题的理论和实践相结合，并互为印证。

学术热情始终是学者从事学术研究的不懈动力。对此，马克斯·韦伯说：“我们得承认，热情是‘灵感’这一关键因素的前提。”“因为无论什么事情，如果不能让人怀着热情去做，那么对于人来说，都是不值得做的事情。”本书作者王军明副教授一直对贪污贿赂犯罪的研究持有较高的学术热情，先后主持了校级、省级等多项关于贪污贿赂犯罪研究的课题。同时，刑法理论研究离不开司法实践的滋养，作者还利用在检察机关等实务部门挂职机会参与案件办理，真切了解法律运行与实务过程。因此，本书的出版在一定程度上，也是作者一直专注于该领域问题的理论研究和回应司法适用中所产生的疑难问题的成果，该成果拉近了理论和实践的距离，弥合了二者的张力，使刑法理论和司法实践产生了良好互动。

总之，本书结合刑法教义学，分析、论证并解决实务中具体个罪在适用上的难点及困境，并最终形成裁判要旨，力图助力裁判标准统一，准确认定贪污贿赂犯罪。



唐太宗曲赦党仁弘

史海钩沉

高祖之入关也，隋武勇郎将冯翊党仁弘将兵二千人，归高祖于蒲坂，从平京城，寻除隋州总管，大军东讨，仁弘转饷不绝，历南宁、戎、广州都督。仁弘有才能，所至著声绩，上甚器之。然性贪，罢州，为人所讼，赃百余万，罪当死。上谓侍臣曰：“吾昨见大理五奏诛仁弘，哀其白首就戮，方哺食，遂命撤案；然为之求生，终不可得。今欲曲法就公等乞之。”十二月，壬午朔，上复召五品以上集大殿殿前，谓曰：“法者，人君所受于天，不可以私而失信。今朕私党仁弘而欲赦之，是乱其法，上负于天。欲覆于南郊，日一进蔬食，以谢罪于天三日。”房玄龄等皆曰：“生杀之柄，人主所得专也，何至自贬责如此！”上不许，群臣顿首请于庭，自旦至日昃，上乃降手诏，自称：“朕有三罪：知人不明，一也；以私乱法，二也；善善未赏，恶恶未诛，三也。以公等固谏，且依来请。”于是黜仁弘为庶人，徙钦州。

解析：中华传统的“天下之法”观

依循现代法治观念审视党仁弘案，唐太宗因个人情感而宽赦死刑犯，无论采取何种方式加以解释、弥补，都难言正当。该事件虽然难脱

人治色彩，但唐太宗对于法治统一的必要性和重要性的认知却仍然值得探究、借鉴。唐朝的勃兴与统治者奉守法律有着极为紧密的内在关联。党仁弘案可在一定程度上反映唐朝初年奠定的“天下之法”的治世理念。“天下之法”作为“一家之法”的对立概念而出现，目的在于防止皇权凌驾于法律之上，防止皇帝因个人好恶肆意破坏国家法律制度，倡导国家法律由皇帝及群臣共同制定；作为最高统治者，皇帝应当为守法之表率，尤其不能破坏法律的统一适用。正是出于对法律的尊崇，唐太宗无法强行宽宥党仁弘，只能以“罪己”的方式曲线实现个人意愿。唐朝统治者所倡导的“天下之法”理念虽有着一定的历史局限性，但启蒙意义、开端价值却弥足珍贵。拆而释之，“天下之法”的具体意涵、价值包括三方面。

1.立法模式及内容已初具民主之内蕴 《唐律疏议》作为封建立法的集大成者为世人所熟知，为之奠定基础的则是唐太宗时期编撰而成的《贞观律》。唐朝实行三省制度，设有门下省、中书省、尚书省，而《贞观律》则由三省主官共同主持修撰(包括长孙无忌、房玄龄、杜如晦、魏征等)，正是这些治世能臣、善谏诤臣共同参与其间，才保证了立法过程能够广开言路、集思广益。长孙无忌、房玄龄对于法律的谏熟，魏征对于德行的执着守护，共同促成了《贞

观律》内容的科学性、实效性，而《贞观律》本身则证明了立法民主的实现路径及重要意义。立法模式的民主，使得法律能够获得民众更为广泛的认同、支持。在立法内容上，同样需要体现对专制皇权的限制。作为《贞观律》的延续与传承，《唐律疏议》中明确规定皇帝临时颁布的敕令，若没有经过立法程序上升为国家法律，司法官员不得在审理案件过程中援引，如果援引皇帝临时颁布的诏令，致使定罪量刑不当，将追究司法人员的罪责。立法程序与内容均能体现民主，是保证法律能够有效实施、统一适用的先决条件。

2.司法程序设计亦可体现民主性 断斯张蕴古案时，唐太宗因怒杀人，事后悔悟不遑，在反思自身过失的同时，指责周边近臣未能及时劝谏自己，为避免情绪失控后的误判，唐太宗遂将对死刑犯的议决程序由“三覆奏”改为“五覆奏”，党仁弘即是由大理寺五次奏请才处以极刑。“五覆奏”制度一方面佐证了当时慎刑、宽仁的刑罚观，另一方面则体现了司法程序的民主性，司法民主的实现既体现在参与的广泛性，又反映于程序的多重性。杀伐决断皆决于个体，极易导致结果的偏差，尤其是死刑的适用，理应借司法过程的民主保证司法结果的准确性。唐代司法的民主性传承至今，仍然有着顽强的生命力。

3.审判中心主义由此发端

作为盛世仁君，唐太宗深知司法公正、公平的重要意义，为此，以“天下之法”为理论基点，形成了诸如“试判”考试、三审立案审核制、鞫囚等一系列包括培训、考核、监督、责任追究在内的司法制度，目的在于形成以审判为中心的司法体制，确保司法官员既能胜任职位要求，又能在履职过程中不受外在因素的干扰与干扰。正是遵循了以审判为中心的理念，即便唐太宗想变更审判结果，既不能强令司法官员更改审理结论，也无法改变既定审判程序以贯彻个人意愿，只能谢罪于天，以归罪于己、露宿节舍的方式获得群臣对裁判结果的认同。司法审判需通过设计周全且得到严格执行的司法程序去保证结果的正当与统一，去实现对客观真相以及对公平正义的追求，而以审判为中心则是构建司法程序所应遵循的首要原则。

贞观盛世只是时间长河中的沧海一粟，但奉行“天下之法”的真知灼见却穿越历史沧桑，至今仍闪耀着智慧的光芒。之于我国而言，坚持以人民为中心的法治理念，法律应当最大限度地反映最广大人民群众的意志和利益，司法为公则是每位法官所应恪守始终的工作理念。

(文章节选自崔亚东主编的《法治文明溯源：中华法系经典案例解析》，商务印书馆出版)