

# 从“分野”到“融合”

## 刑事违法判断的相对独立性

简 爱\*

**摘 要** “法律融合”的背景下,数个法领域很可能对同一行为做出了调整与规制,在一定条件下应当允许违法的判断“和而不同”。违法判断相对性的立论依据在于,刑法具有相对独立性,并不从属于民法、行政法,因而也不能以民事不法、行政不法作为刑事违法判断的当然前提。法秩序的统一不是违法概念的形式统一,而是各法领域目的的统一。针对“刑民交错”“刑行衔接”案件的法律适用应当抛弃“非此即彼”的思考方式,转用法律竞合和法律冲突的思维。刑事违法判断首要考虑的是刑法自身目的的实现,以其他部门法相关规定为参考(而非参照),行为的有效性并不能否定犯罪成立。较之于缓和的违法一元论,违法相对论不仅能兼顾刑法目的的实现和法秩序的统一,符合刑法的谦抑理念,并且在判断过程上更为清晰、高效。

**关键词** 相对独立性 法秩序统一 违法相对论 缓和的违法一元论

### 一、问题背景:从“法律分野”走向“法律融合”

历史上五大法系都曾经历过“诸法合体”的时代,彼时法律作为主权者掌控和规制民众行为的规范,是最高权力的象征。集权模式下法律以维护主权者的利益为目的,法律体系内部鲜少出现矛盾、冲突,划分具体法律部门的必要性尚不明显。而进入到近现代,法律发展的一大

\* 中央财经大学法学院讲师。本文系 2018 年教育部人文社会科学研究规划青年基金项目“从‘分野’到‘融合’:刑事违法的相对独立判断”(项目编号:18YJC820029)、第 63 批中国博士后科学基金面上资助项目(项目编号:2018M631711)。

特点是利益主体的多元化带动了法律体系的空前发展,法律部门分工精细、构造复杂,可以说各国均由“诸法合体”时代完全进入了“法律分野”时代。

应社会发展的需要,国家根据调整对象和调整方法的不同设置了若干法律部门,如刑事、民事及行政法律等。每一个法律部门即一个相对独立的法领域,各司其职。所谓独立是指,各法领域在其调整范围内发挥定纷止争、维持秩序的作用;所谓相对是指,各法领域并非截然分立,彼此之间仍相互联系、影响,由此便形成了一国完整的法律体系。随着立法的精细化发展,数个法领域很可能同时对同一行为类型作出了规制,具体体现为“刑民交错”“刑行衔接”的现象逐渐增多,“民生刑法”“行政刑法”等概念也受到学界一定关注,这在某种意义上可视为是“法律分野”向“法律融合”的过渡。

刑法与其他法领域的互动日趋频繁是“法律融合”的一大显著特征,主要体现为法律概念共有和规范竞合这两点。首先,规范以语言为载体,任何法律都是通过语言而固定成为法律规范,刑法自然也不例外,在部门法空前发展的今天,已经很难只通过法律概念本身来判断其运用的法领域。由此产生的问题是,对于作为构成要件要素的“占有”“婚姻”“著作权”等共有法律概念进行判断时,是否允许或者在多大程度上允许刑法作出不同于其他法领域的解释。其次,一个案件应该适用何种法律,这取决于该案件的事实到底为哪一个法律部门所规范。当刑法与其他法律规范发生“交叉”“重合”时,一个案件事实可能同时符合了数个法律规范。由此产生的问题是,具体事例是否可以同时适用刑法、民法与行政法,或者当数个法律规范评价产生矛盾时,应该如何处理。此时规范的选择适用就成为刑法理论研究和刑事司法实践不得不面对的难题。

对于上述问题,在过往的研究中多采取厘清刑法与民法、行政法的界限来判定是否适用刑法的路径,但在“法律融合”的背景下,这并非是唯一的、合理的路径。以刑法与民法的关系为例,罗克辛曾指出,“刑法与民法在概念上的明确区别,是19世纪法学的重大成就。但在今日,我们认为此项严格区别是一个错误的概念,刑法与民法的再接近实有必要。”〔1〕这是因为,作为法秩序组成部分的刑法、民法既要秉持从“法律分野”时代传承而来的各自的法目的,又需兼顾作为整体法秩序的一部分而在一定限度内保持统一的要求。因此,这样的“再接近”并非是法治历史发展的倒退,而是成文法时代为了更好地适应、调整复杂的社会生产关系要求我们对刑法与其他部门法的关系进行更为全面、深入的探索。

从刑法的角度来看,法律概念共有和规范竞合所带来的问题均可以归结为在确保整体法秩序协调、统一的前提下,如何进行刑事违法判断,即判断某行为是否符合构成要件,是否有违法阻却或违法减轻事由的问题。针对前者,对法律概念的解释会直接影响到被评价的行为是否符合构成要件,继而决定了该行为是否具备构成要件所昭示的违法性;针对后者,判定一个行为违反刑法时是否需要考虑,或者何种程度上考虑该行为在民事法律上的评价是不得不面对的问题。进一步需要思考的是,当行为在刑事、民事法律上的评价不一致时,刑法是与民法是该“共同进退”还是“一决胜负”?一般而言,“一旦冲突发生,为重建法律和平状态,或者一种

〔1〕 转引自何帆:《刑民交叉案件审理的基本思路》,中国法制出版社2007年版,第1页。

权利必须向另一种权利(或有关的利益)让步,或者两者在某一程度上必须各自让步。于此,司法裁判根据它在具体情况下赋予各法益的‘重要性’,来从事权利或法益的‘衡量’。”〔2〕若是肯定这一点,那么在刑法和民法的违法判断之间,妥协一方让步的依据是什么?其间衡量的标准又是什么?以上这些问题的立足点在于,如何看待刑法在全体法秩序中的地位,以及如何认识刑法与其他部门法之间的关系。

## 二、理论基础:刑法的相对独立性

### (一)“法秩序统一”的两种概观:实然与应然

早在1935年,德国刑法学者恩吉施率先提出“法律秩序的统一”这一概念,其认为法秩序统一意味着法律体系内部矛盾的消除。〔3〕现如今,“法律秩序的统一”被公认为是刑法解释学的当然前提,〔4〕但是关于“统一”的理解尚存不小的差异。这是因为,“对规范论者而言,秩序基本上是指某一具体状态合乎(该具体状态以之为准据的)一般性规范。然而,这种‘合致性’(Entsprechen)却是一个极为难解、且被常加讨论的逻辑问题,因为愈纯粹的规范论思维,对于规范与实际、应然与实然、规则与具体情事,会做出愈严格的划分。”〔5〕

对法秩序统一的理解主要存在实然与应然两种概观。如果认为现实中各个法领域之间衔接良好,不存在漏洞、矛盾与冲突,那么法秩序原本就是完整而统一的。此种理解为实然意义上的法秩序的统一,即认为法秩序统一是探讨的前提、起点。但亦有观点认为,既然法律是应对多元利益纠纷的产物,那么利益与利益之间的冲突必然会引发法律体系内部的冲突,立法者与司法者应当寻找解决规范冲突的方案,以使得法秩序达致协调、统一。此种理解为应然意义上的法秩序的统一,即法秩序统一是探讨的目标、终点。

应当看到,无论是实然意义还是应然意义上的法秩序统一,最终都是为了构筑一个和谐的法律体系,确保各法领域能够良好运行。但是,对法秩序观察视角的不同将直接影响刑事违法判断的标准确立与方法选取。违法判断之于全体法秩序的意义在于,在某法领域内判定行为违法一定程度上就等于该行为在全体法秩序内的价值评价,并且本质上违法是能够引发特定法律效果的。〔6〕从实然意义上的法秩序统一出发,各法领域之间原本就是协调一致的。所谓的规范冲突仅是一种表象,只要为可能产生冲突的规范确定支配、从属关系,那么处于从属

〔2〕 (德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第279页。

〔3〕 参见(德)卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版,第200—211页。

〔4〕 参见(日)京藤哲久:“法秩序の統一性と違法判断の相对性”,载内藤谦等编:《平野龍一先生古稀祝賀論文集(上卷)》,有斐閣1990年版,第189页;王昭武:“法秩序统一性视野下违法判断的相对性”,《中外法学》2015年第1期,第173页;王骏:“违法性判断必须一元吗?”,《法学家》2013年第5期,第131页;郑泽善:《刑法总论争议问题研究》,北京大学出版社2013年版,第132—133页。

〔5〕 (德)卡尔·施密特:《论法学思维的三种模式》,苏慧婕译,中国法制出版社2012年版,第56—57页。

〔6〕 参见陈景辉:“合规性:规范基础上的合法观念——兼论违法、不法与合法的关系”,《政法论坛》2006年第2期,第53页。

地位法律的违法判断遵从处于支配地位法律的违法判断也就能够完全避免规范冲突,因此各法领域之间及各法领域内部是一种静态的平衡。从应然意义上的法秩序统一出发,各法领域之间并不总是逻辑自洽和价值融贯的,而是原本就存在冲突。既然冲突是“先天性”的且难以消除,那么就不应期望彻底消除规范冲突,恰当的做法应是在各法领域间寻求动态平衡,竭力减小这种冲突对法秩序造成的冲击,从而最大限度地实现法秩序的统一。

以实然意义上的法秩序统一为视角考虑刑法与民法、行政法的关系时,多将民法、行政法置于支配地位,将刑法置于从属地位。持该种观点者会认为刑法不是独立的法律部门,只是依附于民法、行政法等其他法律部门,并作为其他部门法的补充而存在。<sup>〔7〕</sup> 刑事古典学派的代表人宾丁(Binding)就是这种极端从属性的支持者。在我国,同样有学者将刑法作为补充法、从属法,继而认为“无论是犯罪圈的划定还是刑事责任的追究,既要在形式上受制于其保障的前置法之保护性规则的规定,更要在实质上受制于其与前置法之保护性规则共同保障的调整性规则的规定。”<sup>〔8〕</sup> 这种观点虽然也认可刑法具有一定的独立性,但是总体上更倾向于刑法相关判断需遵从民法、行政法,所以也可以被归为刑法从属性阵营,只不过较极端从属性稍缓和一些而已。

就从属内容来说,一般包括了法概念、法保护范围(对象)和违法判断的从属性。<sup>〔9〕</sup> 这意味着,刑法从属性观点不仅主张对同一法概念的解释,刑法不得超出民法、行政法的界定,只允许做出小于或等于民法、行政法概念的解释,而且在法保护范围(对象)这一点上,刑法受制于民法、行政法的保护范围,对于不受民法、行政法保护的對象,刑法也不能够给予保护。至于违法判断,我国学者多借用德日刑法学教科书中的经典命题来区分严格的违法一元论、缓和的违法一元论和违法相对论。<sup>〔10〕</sup> 由于从属性观点认为刑法必须遵从民法、行政法的违法判断,而这正契合了严格的违法一元论的主张,各法领域违法判断借此实现完全一致。相比之下,“认可部分情形下违反民法、行政法的行为不是刑事违法”的缓和的违法一元论则在从属性的基础上肯定了不同法领域的违法具有一定差异性。因此可以说,严格的违法一元论以刑法对其他部门法的极端从属性为基础;而我国多数学者所提倡的缓和的违法一元论主要是以缓和的、相

〔7〕 参见(意)杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,中国人民大学出版社2004年版,第3—4页。

〔8〕 田宏杰:“行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构”,《法学家》2013年第3期,第51页。

〔9〕 参见(日)恒光徹:“刑法の二次規範性と補充性”,《法学論叢》1983年第113卷第5号,第35—44页。

〔10〕 参见(德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第397页;(日)曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第214—215页。多数学者认为,各理论的对违法性判断的态度可大致通过对以下两个问题的答案进行检验:①符合构成要件的行为不被民法、行政法所允许时,是否当然地具有刑法上的违法性?②符合构成要件的行为为民法、行政法所允许时,刑法是否承认其为正当?一般认为,严格的违法一元论对①②两个命题同时给予肯定;缓和的违法一元论对命题①予以否定,但对命题②则持肯定态度;违法相对论则对两个命题均持否定回答。实际上这样的归纳容易造成误解。违法相对论意在否定不同法领域之间违法判断的关联性,而并非是反对缓和的一元论的判断结论。此外,有学者提出还存在一种“违法多元论”,违法相对论与多元论之间在“相对性”的理解上存在差别,并非同一理论,有甄别必要。参见王昭武,见前注〔4〕,第173页。



对的从属性作为立论基础。

概括而言,实然意义上的法秩序统一立场多与刑法从属性配合来统筹各法领域的违法判断,即通过“违法一元论”解决规范冲突,维护整体法秩序。应然意义上的法秩序统一立场并不刻意回避法领域之间的矛盾冲突,而是将目光投注于法解释学的路径,试图将规范冲突对法秩序统一的破坏程度降到最低,多采用个别判断与利益衡量的方法来解决规范冲突。

## (二)刑法的独立性与刑法目的的相对性

20世纪初期,经资产阶级革命加冕的民法一直呈现扩张的姿态,这其中固然有执政者和法学家对旧时代公权力膨胀带来的铁血烙印的忌惮,但更多是源于生产力的高速发展需要一个更为宽松的环境。这一阶段,私法受到极大重视的同时,刑法应当谦抑成为共识。随着近现代法律体系的确立、逐步完善,刑法学者率先反思如何实现刑法自身的目的。

首先是1925年希佩尔(Hippel)在其刑法教科书中提出“刑法的独立性”,后得到迈耶(Mayer)、麦茨格(Mezger)、弗兰克(Frank)等人的支持,并由布伦斯(Brunns)推动了这一概念的发展,将其充分运用在财产法益的解释中。日本刑法学者前田雅英、山口厚等人同样在其体系化教科书中延续了刑法独立性的思维进行理论构建,团藤重光、木村光江、佐伯仁志等人在分析具体问题时也注意到了刑法与其他法律保护目的的区别。可以说,时至今日,肯定刑法在法律体系中具有独立地位的观点得到绝大多数的学者认可,而肯定刑事违法判断的相对性本质上正是刑法独立性、刑法目的的相对性的体现。

一般认为,“所谓的刑法的独立性,指刑法的概念、构成、功能都具有独立性,不属于其他法律领域,自成思想体系。”<sup>[11]</sup>与刑法从属性相较,刑法独立性强调对法概念的解释,刑法保护范围(对象)的划定及刑事违法性判断中应当更多地关照刑法本身。这是因为,“各式各样的法律均有目的,而各法概念以符合其法目的的解释为必要,民法的目的在于,在私人之间的财产关系中实现均衡,而处罚违法行为意在犯罪预防的刑法,二者目的是不一样的。”<sup>[12]</sup>例如,民法和刑法对侵犯他人身体健康的行为都进行了规定,与侵权法重视对侵犯权利的救济、恢复相比,刑法更侧重对行为的惩罚、预防。反过来,也正是基于法目的的差异,因而有必要通过维持刑法的独立性来实现刑法自身的目的。

由于法概念的相对性是被广泛承认的,需要进一步追问的是,对概念进行相对解释背后的动因是什么。多数情况下对语词的解释直接影响到法保护范围(对象)、违法的判断,可以说,一旦认可概念的相对性就无法回避保护范围的相对性和违法的相对性。原则上,在不同部门法间或者同一部门法的体系中,相同的法律概念应保持一致的理解。但是,个别情形下可根据法律目的对法律概念在原义的基础上做扩大或缩小的解释,这是因为,“任何法律均有其意欲实现之目的,解释法律应以贯彻目的为主要任务,故法律目的为何?解释之初,首须予以掌握。”<sup>[13]</sup>既然允许刑法对同一概念做出不同于其他法领域的理解,那么直接的效果就是刑法

[11] (日)木村龟二编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1991年版,第5页。

[12] (日)山下純司、島田聡一郎、穴戸常寿:《法解釈入門》,有斐阁2013年版,第109页。

[13] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社2013年版,第172页。

根据其目的有意识地甄选了受保护的法益,即在保护对象上与民法、行政法有所区别。进而,作为对行为的否定评价的违法判断标准也就存在差别。

例如,刑法中对“占有”的理解显然不同于民法中的“占有”。与民法上的占有相比,刑法上的占有更注重客观的支配状态,短暂的控制也属于占有,民法上的占有强调特定物在特定人的控制之下,这种控制是稳定、连续地、有效的控制。如果能够肯定刑法上的占有仅限于直接占有而不包括间接占有,就可以得出间接占有者不构成侵占罪的结论。信用卡诈骗罪中的信用卡与中国人民银行发布的《信用卡业务管理办法》中定义的“信用卡”在范围上也并不一致,对“信用卡”的理解,刑法解释又超出了行政法规所规定的范围,将借记卡也纳入信用卡的范围加以保护。侵犯著作权罪中的“著作权”与《著作权法》中的概念也并不完全对应,除了《著作权法》中的著作权,对图书出版者的出版权等邻接权的侵犯也可适用《刑法》第217条。

刑法之所以作出了不同于其他法领域的解释,是因为刑法并不是(作为二次规范)对违反民法、行政法的行为进行处罚,而是依据刑法本身来判定相关法益是否值得保护、是否受到侵害。由此可以看出,刑法的独立性与刑法目的的相对性二者是相辅相成的。如果承认刑法的独立性和目的的相对性,那么在刑事违法的判断上就不能再以民事不法、行政不法为前提,也就推翻了刑事违法判断与其他法领域违法判断间的因果关联性,以上正是违法相对论的立论基础。

### (三)从刑法的相对独立到刑事违法判断的相对独立

由上可知,违法判断方法之间的根本分歧在于对刑法属性认识不同。时至今日,刑法兼具从属性和独立性逐渐形成共识,是“独立性>从属性”还是“独立性<从属性”成为争议焦点。但毫无疑问的是,对刑法补充性的强调,保障法、事后法的定位就决定了学者们在塑造刑民关系观时会将刑法对民法的从属性摆在第一位,潜意识地树立起“民法优先”的思维。

首先,要看到刑法从属性的提出有一定的时代背景。公法与私法的分化始于17世纪,在此之前,西方法学研究以及相关法律创造活动主要是围绕私法来展开的。并且,属于公法领域的刑法受集权制的影响曾一度处于停滞状态,刑法虽然存在,但并未企及民法的成熟度。因此,对刑法的理解多遵从于发达的民法。随着相关政治、经济、社会基础的奠定,各部门法逐步完善,刑法已然拥有了独立存活的土壤。这种独立性体现在,“虽然故意杀人、强奸行为也会产生民事赔偿问题,某种程度上民事规则也在发挥保护作用,但这样的作用与刑法规制相比只是退居其次的”<sup>[14]</sup>,此时其他法律对该行为的规制并不是刑事立法者最为期待的。并且,只要认识到,对其他法律认定的违法行为予以刑罚处罚所依据的仍是刑法而非其他法律这一点,就应当积极地肯定刑法独立性>从属性。

其次,以“保障法”“补充法”来解读刑法从属性存在一定误区。尽管刑法基于制裁手段的严厉性对其他部门法所规定的权利义务关系的实现给予保障,但这并非是从属性的体现,而是体现了部门法以不同的手段对调整对象予以规制。所谓的“保障法”“补充法”更多的是针对各法领域调整范围(立法层面)而言的。任何一部法律都不可能包办所有的法律关系,也就是说

[14] 简爱:“一个标签理论的现实化进路:刑法谦抑性的司法适用”,《法制与社会发展》2017年第3期,第25页。

在强调刑法具有补充性的同时应当认为所有法律都有补充性,而这样的共性不足以作为刑法从属性的依据。

最后,法秩序统一的要旨也是刑法“相对独立”限度内所需考虑的,并且需要强调的是,这种“相对”并不等于“从属”。就刑法独立性而言,强调的是刑法与其他法律部门地位之平等,刑法、民法、行政法分别是不同角度出发,相互配合共同构建法秩序,并不是说刑法相关概念的解釋、违法判断与其他部门法完全没有任何关系。因此,在这个意义上刑法的独立是一种相对的独立,而非绝对的独立。

尽管多数场合根据缓和的违法一元论也能够得出和违法相对论一样的结论,且缓和的违法一元论也注意到了违法不仅是有无问题,还存在着程度之分,但是二者在立论基础和判断逻辑上有着显著的不同,最大的区别体现在违法相对论并不以民事不法、行政不法为刑事违法判断的前提以及决定性依据,因此缓和的违法一元论总体上还是坚持刑法的从属性>独立性。

综合来看,由刑法从属性支撑的违法一元论(严格、缓和)肯定了刑法对民法、行政法的从属(若非 P 则非 Q),在违法判断中就会将民事不法、行政不法作为判断刑事违法的前提,这样的观点不能够为刑法独立性所接受。但是,在进行刑事违法判断时完全不考虑民事不法、行政不法又势必走向另一个极端,有导致法秩序内部不统一之虞。如何平衡刑法独立性和法秩序统一性这二者的关系,违法相对论给出的方案为:刑事违法判断以刑法规范为主线,确保刑法自身目的的实现,以民事、行政相关规定为参考(而非参照),确保法秩序统一。

### 三、违法判断的相对性并不排斥法秩序统一

需要注意的是,使违法相对论受到批评的并非是其强调刑法相对独立的立论基础,而是在提倡判断的相对性时可能导致针对于同一行为(事案),在刑法与民法、行政法之间有着不同的评价,而反对者认为评价的不一致会导致法秩序的不统一。因此,法秩序统一的内涵、法秩序与违法的关系亦是刑事违法判断过程中需要直面的重要问题。

#### (一)法秩序统一当归结于法目的层面的统一

对法秩序统一的观察除了实然、应然的不同视角,针对其中“统一”的理解也尚有争议。既然“矛盾”是“统一”的对立面,关于“统一”的追问也就可以转化为“什么是法秩序所不能容忍的矛盾”这一问题。恩吉施在论述法秩序的统一时归纳了法律秩序内部可能存在的五种矛盾类型。<sup>[15]</sup>

第一种为制定法技术的矛盾,该种矛盾主要是指同一法律术语在不同的法领域中的阐释不尽相同,也即前文提到过的法概念的相对解释。现在看来,制定法技术的矛盾不能被称之为矛盾,而恰恰是违法相对性的体现。第二种为规范矛盾,主要体现为不同法领域对同一行为作出了不同的指令或者评价。恩吉施认为对同一行为,如果“同时显得是被要求的和不被要求

[15] 参见恩吉施,见前注[3],第199—211页。

的,或者是被禁止的和不被禁止的,或者完全是被要求的和被禁止的”〔16〕,一般国民就无法预测行为的后果,从而法律的指引作用也无法得到发挥。第三种为价值矛盾,该种矛盾主要体现在立法者基于某种考量,而使得处罚与评价相分离的情形,如对侵害了重要法益的行为反而规定了比对侵害了不那么重要法益的行为更轻的处罚。国内有学者提出“以刑制罪”理论,一定程度上反映了消除价值矛盾的路径,即主张“跳出单纯的、教条的、绝对的从构成要件出发来处理案件的传统思维模式,从量刑妥当性的基点为出发点,反过来考虑与我们裁量的相对妥当的刑罚相适应的构成要件是哪个,从而反过头来考虑该定什么罪。”〔17〕第四种为目的论矛盾。〔18〕该种矛盾是指立法者拟定了某一措施来达到某一具体目的,但是由于没有颁布为贯彻该措施所需要的其他规范,而导致原来的目的不能达成。如法律条文中常出现的“依照”“比照”,其后所言及的规范并未为该法律条文的实施提供依据,从而导致该法律条文的目的无法实现。在法律体系日益健全的今天,目的论矛盾较为罕见,其出现与立法技术密切相关。如果真的出现目的论矛盾,也应当予以接受,这是因为该种矛盾归根结底是立法上的问题,而不在解释论力所能及的范围内。第五种为原则矛盾,恩吉施对原则矛盾的描述并不明确,仅指出了该种矛盾出现的原因是“可能处于相互冲突中的不同基本思想均参与了对法秩序的安排。”〔19〕例如,处罚原因自由行为与责任主义(即“实行行为与责任能力必须同时存在”原则)之间的矛盾,如果能够给出足够充分的论证理由,例外将优先于原则适用。法领域内部原则与原则的冲突是更高层次的价值矛盾,对于价值矛盾的态度和处理方式也同样适合该种原则矛盾。对于刑法与其他法领域之间的原则矛盾,刑法学者们则倾向于通过合宪性解释的教义学分析路径来确定法律适用。

由上可以看出,五种矛盾中只有制定法技术的矛盾(即法律概念的相对性)被认为是法秩序所容许的,目的论矛盾虽然只能被迫接受,但由于其出现频率极低,所以不是需要重点关注的对象,至于价值矛盾和原则矛盾则更多依赖于一定的解释技巧和适当的解释方法来消除。因此,恩吉施认为作为存在本体的法律必须排除规范矛盾,也即视法秩序的统一为存在论的统一。但在违法相对论的支持者看来,这样的理解存在以下几个问题。

首先,这种存在论的统一仅仅是形式逻辑上的统一,只有统合各法领域多元目的的统一才是实质的统一。例如,关于紧急避险行为,各国刑法均认可其作为违法阻却事由,但是日本民法明确规定避险人应当承担赔偿责任,而在我国同样可能承担不利后果。〔20〕表面上看起来,

〔16〕 参见恩吉施,见前注〔3〕,第200页。

〔17〕 参见梁根林:“现代法治语境中的刑事政策”,《国家检察官学院学报》2008年第4期,第160页。

〔18〕 此处恩吉施所言的“目的论矛盾”和下文的“目的论统一”中的“目的”并非同一指代,后者用语的含义得到了较多学者的认可,此处为保证原作者语义的完整呈现并未做替换。

〔19〕 恩吉施,见前注〔3〕,第205页。

〔20〕 《民法总则》第182条第2款规定:危险由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任,可以给予适当补偿。虽然本条相对于《民法通则》明确了紧急避险人对受害方应给予“补偿”而非“赔偿”,但必须承认的是无论是补偿还是赔偿,紧急避险人都因其行为承受了不利于己的后果,在这个意义上民法并不鼓励这种“损人利己”的行为,自然也就不能说该行为是在民法上是完全合法的。



刑法和民法提供了冲突的行为指引,但是从规范目的出发,能够认为这时候公民对于“是既不违反民法也不违反刑法而甘受损害,还是避免现在的损害而承担民事责任”这两种结果具有选择权。从功利主义的角度出发,如果认为此时有行为选择的可能,则应当给予当事人选择的权利,并且法律也预设了行为选择的后果,有限地肯定目的论的合理性,接纳部分规范矛盾就是可能的。<sup>[21]</sup>

其次,存在论的统一忽略了法目的天然具有的差异性,各法领域的分立是建立在对利益多元化的把握之上的,法目的和法效果的多元化应当被充分尊重。法目的对刑法解释的引导常体现为概念的相对解释,进而作用于违法判断。例如,根据《婚姻法》对婚姻的定义,事实婚姻不被认可。按照从属性的观点,刑法上的婚姻概念必须和民法保持一致,因此,经过结婚登记的A后与他人维持事实婚姻关系的,就不能构成重婚罪。但实际上,刑法学者对重婚罪的解释通常都将事实婚姻视为“婚姻”,这就是采取了刑法相对独立性及违法相对论立场。这种概念的相对解释与刑法的保护范围、违法判断之间的关系可见一斑。但归根结底,这种差异在于对“统一”认识的出发点不同。违法一元论所主张的是“民法不保护的,刑法也不应当予以保护”,因此就容易得出在刑法上不能够承认事实婚姻概念的结论,以维护这样一种存在论上的统一。违法相对论则从各法领域内法目的有所不同为思考起点,民法对婚姻概念的限定目的在于维护婚姻登记制度,而刑法的目的在于保护婚姻关系,禁止事实婚姻干扰合法缔结的婚姻关系。民法上不认可,但刑法上可以给予处罚,二者的法目的并不冲突。这样的矛盾由于不属于目的论矛盾,也就能够为法秩序所容忍。

最后,所谓存在论上的统一,实则应以“应然的法秩序统一”为构建基础,必须保证法秩序内部对不同的利益关系明确地分而治之且不存在任何规范矛盾,这意味着对立法有着超乎寻常的“高标准”要求。退一步而言,即使存在论的统一得以现实化,也仅仅是一种静态的平衡。而各法领域的矛盾更多地是在运用中被检验出来的,这是因为各利益主体在竞争中相互妥协、共存,在动态中实现平衡,此即目的论意义上的法秩序统一。<sup>[22]</sup> 要看到,这种动态平衡并非一成不变,一旦目的的差异变为目的的对立时,则说明利益之间无法调和,目的冲突就会影响到整体法秩序的统一。因此,只要不是目的论的矛盾,不同的概念解释和违法判断均属于法秩序能够容忍的矛盾。

## (二)法秩序的统一不等于违法概念的统一

总体来看,一元论的基础在于将“法秩序的统一”代换为“违法性的统一”(法秩序统一→违法性统一),并且由此反推违法相对论的基础为“违法可以不统一→法秩序无需一致”。退后一步,姑且不论根据违法相对论是否就难以达到法秩序统一的效果,无论是上述推导思路,还是国内学者一直以来用以检验刑事违法判断立场的“经典命题”,在逻辑设定上都存在着无法回避的重大缺陷。

如下,命题I、II为严格的违法一元论的逻辑设定:

[21] 参见京藤哲久,见前注[4],第204页。

[22] 参见京藤哲久,见前注[4],第204页。

- I 其他法领域(合法 R) + 刑法(符合构成要件 T) → 合法 R
- II 其他法领域(违法 -R) + 刑法(符合构成要件 T) → 违法 -R

由上两个命题可以看出,严格的违法一元论除了在违法判断的结论上保持完全一致之外,在整体法秩序中对行为的评价仅做二元区分,即“合法—违法”。值得思考的是,作为禁止规范的刑法拥有最严厉的制裁手段——刑罚,与其他部门法对公民权利提供积极肯定的保护模式(告诉公民何者可为)相比,刑法多采取的是消极否定的保护模式——判定行为违法还是不违法(告诉公民何者不可为),却很少会在刑法上使用“合法”这一词汇。并且,我们在阶层犯罪论中一直讨论的是“阻却违法”,更不会认为被阻却了刑事违法性的行为在整体法领域内都是合法的。既然在刑法理论中对违法阻却事由做开放性处理,允许有超法规的违法阻却事由,那么无论是严格的违法一元论还是相对论都会在事实上认可一个在其他法领域中完全合法行为在刑法上也是合法的。简言之,法秩序的一致体现为合法概念统一,而非违法概念统一。

过往在对违法判断方法论的讨论中,经常出现将合法与违法相对应、将合法等同于不违法的情形。但从法理学角度来看,与法律规范相一致者为合法,违反法律禁止性规定者的行为才是违法,二者并非同一语境下的对应概念。<sup>[23]</sup> 通常所指的合法与违法实为依据相应规范目的对行为进行评价的结果,而私法体系中恰恰存在第三种评价,即不合法。不合法是在法律上对一种行为不提倡甚至反对的态度,但是由于其不具有对整体社会的伤害性(或者伤害程度较低),而法律对其持一种不保护或容忍的态度。例如,民事行为虽然不合法但可能为保护相对人的利益而被判定有效。命题 I 的问题在于,刑法讨论的是是否违法,不违法不等于合法,其外延要大于合法。并且,在刑法中行为不违法并不等于在全体法秩序中就是合法的。例如,刑法与民法上对正当防卫的限度规定不一致,一个行为因成立刑法上的正当防卫而不具备刑事违法性,但完全有可能在民法上被评价为防卫过当,构成民事不法并需要承担相应民事责任。

由此可认为,与不合法相对的未必是违法(R 与 -R 的对应关系不是矛盾关系而是反对关系)。<sup>[24]</sup> 对于违法的判断,一元论对命题 I 的设定存在偏差。如果仅是就违法的讨论,为保持概念上的对应性,将命题 I 改为如下可能是更为合适的。

- III 其他法领域(不违法 R) + 刑法(符合构成要件 T) → 不违法 R

但是,这样一来又会导致任何一个行为进入构成要件符合性审查之前都还要经过其他法

[23] 参见陈景辉,见前注[6],第59页。

[24] 参见姚小林:《法律的逻辑与方法研究》,中国政法大学出版社2015年版,第25页。两个以上的概念外延之间完全不存在重合关系,具体包括矛盾关系和反对关系两种形式。矛盾关系,即两个以上的概念同时包含一个属概念之中,并且它们的外延之和小于其属概念的外延,如“合法与非法”就是矛盾关系;反对关系,即两个以上的概念同时包含一个属概念之中,并且它们的外延之和小于其属概念的外延,如“合法”与“违法”就是反对关系,因为合法与违法之间还存在既不违法也不合法的灰色地带。

领域审查一遍,完全无视刑法的独立性的结果。并且,命题Ⅲ也不能够经受实践的检验。例如,具有请求权的民事主体以威胁、恐吓、暴力等方式向他人索债,视具体情况而定是有被评价为犯罪的余地的。又如,在其他法领域内并未对杀人、强奸等行为直接做禁止性规定,在判定这些行为符合相应犯罪的构成要件之前,也无须考虑民法是怎么规定的。

由于命题Ⅱ主张的“其他法领域的违法行为也是刑法上的违法行为”明显与实定法的现实情况不符,缓和的违法一元论并未继受命题Ⅱ的结论,但依然延续了这种判断思路。即先判断是否具有民事不法、行政不法这样的一般违法性,再判定刑事违法性。作为严格的违法一元论的坚守者,日本学者木村龟二认为这只是在违法性与法律效果之间存在偏差而已,以法律效果来创造、设定违法性是没有意义的。<sup>[25]</sup>总体上,木村龟二和缓和的违法一元论者都承认民事不法、行政不法并非都是犯罪,但是为保障这种行为在全体法秩序中得到的评价是统一的,也需要刑法上认可这种行为是违法的(一般违法性),至于这种行为不会受到刑法处罚,只是规范评价的效果而已。但是,在相对论者看来,违法需要实质的判断,以违反了某种实定法规范这种形式上的违法论来判断刑事违法是不行的。<sup>[26]</sup>刑法上的违法行为是值得刑罚处罚的行为,所以法效果是违法性的反映,抛开处罚去讨论违法也就没有了依据。在不考虑责任层面问题的情况下,违法本身也就是刑法评价的结果。

如上所述,在逻辑错误、目标设定偏离的命题(前列命题Ⅰ)上对违法相对论进行解构,将“允许”理解为“合法”,认为违法相对论主张在其他法领域合法的行为在刑法上也可被评价为违法,这本身就是一种错误解读。需要再次明确的是,刑事违法判断核心是违法与不违法,在整体法秩序中一个行为是否被允许和该行为是否合法不是绝对对应的。应当说学者在著作或论文中的语词表述不存在问题,但是在后续的讨论中,多数刑法学者都将命题中其他法领域的“允许”(容许)等同于“合法”,这就忽视了在其他法领域中行为的有效性和违法性可能是分开评价的。

### (三)违法判断相对性中的“相对性”

除了以上从外部对“法秩序统一”理解差异造成的误会外,还存在将“相对性”内部含义曲解的情形。这体现为,缓和的违法一元论者将“相对”判断理解为“对立”判断,指责违法相对论无视法秩序的统一。其一是,将违法相对论的讨论与可罚的违法性概念进行捆绑,并将其与违法多元论作区分;其二是,对违法相对论与缓和的违法一元论没有进行有效甄别。

#### 1.违法相对论与违法多元论

一般认为,“违法多元论”是违法相对论的另一种称呼,二者指向对象实为同一理论,即肯定刑事违法判断与其他法领域违法判断的差异性,认为整体法秩序内违法的判断应当是相对的、多元化的。但是,王昭武认为我国学者将违法相对论简单地等同于违法多元论,不仅抹杀了本来意义上的违法相对论这一学说的存在本身,且将学说对立简单地等同为缓和的违法一

[25] 参见(日)木村龟二:《可罰の違法性論と判例》,《法学セミナー》1986年9月第150号,第34页。

[26] 参见(日)前田雅英:《刑法總論講義》,东京大学出版会2011年版,第323-324页。

元论与违法多元论之间的对立,是罔顾学说分类基础的做法。<sup>[27]</sup> 首先,在其理解中,缓和的违法一元论、违法相对论、违法多元论均主张违法判断的相对性,但存在程度上的差异(是否明快、直接地进行相对判断),即违法多元论>违法相对论>缓和的违法一元论。其次,以上各学说对待可罚的违法性理论的态度有所不同,即除了违法多元论不认可可罚的违法性概念外,其余两种学说均采用了可罚的违法性理论。

但实际上,不仅是我国刑法学者,绝大多数日本刑法学者也都是在将违法多元论等同于违法相对论的语境下展开讨论。如曾根威彦曾在文中注明:“违法多元论亦被称之为‘违法相对性论’,由于违法一元论未必就否定‘违法的相对性’(缓和的违法一元论),本文中將使用‘违法多元论’的语词。”<sup>[28]</sup> 前田雅英在其教科书中指出,“在各法领域中违法性不同的思考方法被称之为违法多元论或违法相对论”,<sup>[29]</sup> 同样是将二者视为同一理论。

关于各学说对违法相对性和法秩序统一的态度,以山口厚为例,其在教科书中仅列举分析了严格的违法一元论、温和(缓和)的违法一元论及违法多元论三种立场,其中有“贯通各法域对违法性进行统一的评价在实务上并没有什么重要性”(违法性的统一),“该行为在刑法之外的法域中被禁止这一点,即便能够奠定在该法域中制裁该行为的基础,在判断刑法上的违法性阻却的时候,也是没有意义的”等表述,<sup>[30]</sup> 但是,其强调的是其他法领域内肯定行为违法的判断对刑法上肯定该行为具有刑事违法性这一结论并不重要。相对的评价并不意味着评价的对立,不一致的评价结果如果不会在法秩序内产生不可调和的矛盾,就不会对法秩序的统一性产生冲击,其本意并不是以违法的相对性来完全否定法秩序要在一定程度上保持统一。从这点来看,违法相对论与违法多元论并无性质上的差异。

在王昭武看来,各学说对可罚的违法性态度存在差异,缓和的违法一元论承认可罚的违法性,采取“一般违法性+可罚的违法性”路径;违法相对论也承认可罚的违法性,但否认一般违法性的概念;违法多元论则反对可罚的违法性理论同时否定一般违法性的概念。在其所引用的原文中,日本学者半田祐司对违法多元论的定义也仅是从否定一般违法性着手,强调刑法独立的违法性及判断。<sup>[31]</sup> 由此可归结出,王昭武所言的违法多元论实则为不认可可罚违法性的违法相对论,具体结论并未超脱出违法相对论的范围,而其本人所主张的“法秩序统一性视野下违法判断的相对性”(违法统一性+可罚的违法性)也更接近缓和的违法一元论的路径。因此,关于为违法判断问题的焦点仍在于缓和的违法一元论与否定可罚的违法性的违法相对论这两种判断方法之间,这一点同样能够在中日的刑事司法实践中观察到。

值得一提的是,部分结果无价值论学者如平野龙一、山口厚等虽不认可基于社会相当性和

[27] 参见王昭武,见前注[4],第173页。

[28] (日)曾根威彦:“违法的统一性与相对性”,载内藤谦、芝原邦尔、西田典之编:《刑事法学の課題と展望——香川達夫博士古稀祝贺》,成文堂1996年版,第123页,注释(2)。

[29] 前田雅英,见前注[26],第87页。

[30] 参见(日)山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第178页。

[31] 参见(日)半田祐司:“违法的统一性与违法多元论について”,《三原宪三先生古稀祝贺论文集》,成文堂2002年版,第276页。



违法相对论的可罚的违法性理论,认为在刑法违法判断中提出“行为虽然违法,但是不具有可罚的违法性”,这其实没有什么实质意义,但仍就藤木英雄提倡的违法相对论中依照刑法目的直接进行实质判断的内涵予以肯定。<sup>[32]</sup>这主要是因为可罚的违法性这一概念并不能直接提供刑法上可罚与不可罚的判断标准,既然如此,不如直接从刑法自身挖掘刑事违法的标准,进行实质的、综合的判断。如下图所示,佐伯千仞构建的是以违法的一元论为前提的可罚的违法性论,而藤木英雄构建的则是以违法相对论为前提的可罚的违法性论,其中借助社会相当性来判断行为是否可罚。

理论	代表学者	可罚的违法性概念	判断路径
严格的违法一元论	木村龟二	不认可	其他法领域违法的行为在刑法上都是违法的
缓和的违法一元论	宫本英修 佐伯千仞	认可	1.构成要件符合性—违法性(可罚的违法性)—有责性
			2.正当化事由—减轻事由(针对“量”之轻微型) —可罚的违法阻却事由(针对“质”之相异型)
违法相对论①	藤木英雄	认可	(基于社会相当性的可罚的违法性)构成要件符合性—违法性—有责性
违法相对论②	前田雅英	不认可	反对单纯的形式判断 主张违法需实质判断

可以说现在在日本,赞成以违法一元论为基础的可罚的违法性论是多数。<sup>[33]</sup>但是由于当代刑法学者普遍认可在构成要件符合性的判断中就考虑法益损害的程度,所以抛却了可罚的违法性概念的违法相对论②似乎是更有资格作为与缓和的违法一元论一争高下的理论。<sup>[34]</sup>

[32] 参见(日)平野龍一:《刑法総論II》,有斐閣 1976 年版,第 218 页;山口厚,见前注[30],第 174—178 页。

[33] 参见(日)前田雅英:《可罰の違法性論の研究》,东京大学出版会 1982 年版,第 340 页。

[34] 在我国已有不少学者结合本国立法和司法实践对刑法的违法判断方法进行了研究,虽对法秩序应当维持何种程度上的统一有着不同的理解,但总体而言,与日本当前的研究现状有一定相似之处,争议焦点集中于缓和的违法一元论与违法相对论之间。这其中,以于改之、王昭武为代表的学者虽然也在其著述持“相对”判断的观点,但在其立论基础上更多地秉承刑法的从属性大于独立性,并认可可罚的违法性概念,因此在结论上更倾向缓和的违法一元论。如均认为对于民法、行政法上不予保护的利益,就不能认定侵害该利益的行为具有刑事违法性,参见于改之:“法域冲突的排除:立场、规则与适用”,《中国法学》2018 年第 4 期,第 84—104 页;王昭武,见前注[4],第 170—197 页。此外,田宏杰虽未参与一元论与相对论的讨论,但其创设的“前置法定性+刑事法定量”的行政犯罪模式与缓和的违法一元论有着高度的契合(参见田宏杰,见前注[8],第 51—62 页)。较为明确地持违法相对论(不认可可罚违法性概念)观点的代表性学者有张明楷、王骏等。参见张明楷:“避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径”,《中国法学》2017 年第 4 期,第 37—54 页;王骏,见前注[4],第 131—147 页等。

## 2. 违法相对论与缓和的违法一元论

由于严格的违法一元论忽视了各法领域都有其特定的规范目的,并在法律效果上具有差异性,有学者主张在贯彻违法统一性的同时也要兼顾这种差异性,<sup>[35]</sup>由此缓和的违法一元论被提出。缓和的违法一元论之所以被冠以“缓和”二字,是因为其虽秉承了违法判断的统一性,但也认可不同法领域间的违法有“质”和“量”的差别。从这个意义上说,缓和的违法一元论本质上属于相对判断,亦注重刑法的独立性和法目的的差异性。同样,相对论的支持者也不宜指责缓和的违法一元论完全忽视“相对性”。

具体来说,缓和的违法一元论者所说的违法判断的“相对”体现在其认为刑事违法比一般违法多了“可罚的违法性”,但并未给出可罚的违法性的判断标准与过程,就其整体判断路径来看,更多地强调刑事违法从属于民事不法。以缓和的违法一元论基本观点为例,“在法域竞合的情形下,要认定某行为具有刑事违法性,该行为首先应具有一般违法性,民事违法性或者行政违法性是认定刑事违法性的前提。”<sup>[36]</sup>在其看来违法具有共通性,“一般的违法性”这个上位概念必不可少。作为刑法评价的对象必须先具有一般的违法性后才能进一步判断是否违反刑事法。依照该观点,当各法领域目的的特殊性与法秩序的统一性产生矛盾时,目的特殊性必须让位于法秩序的统一性。而违法相对论者虽然也认为违反任何一法领域的行为同时都会对全体法秩序产生冲击,但这并不表示必须存在“一般违法性”概念,这是因为,对行为的约束和制裁最终都是落实在具体的法领域中的,单纯地宣示具备一般违法性并没有什么实质意义,反而还会使得刑事违法判断的过程复杂化。

通常违法相对论所言“相对”是指,肯定不同法领域之间违法的差异性,进而主张违法判断应当相对独立地进行;否定不同法领域之间违法的共通性和违法判断结论的必然关联性。因此,不能简单地以不同法领域之间就同一行为的不同评价结论来断定所使用的违法判断方法。违法相对论与缓和的违法一元论判断的结论在绝大多数情形下基本是一致的,这一点已是共识。<sup>[37]</sup>对于前述命题Ⅱ、Ⅲ的判断,相对论意在否定不同法领域之间违法判断的关联性,而并非反对判断的结论。两种学说的共同点在于都认可违法的相对性,区别仅在于:第一,违法相对论较缓和的违法一元论更为直接、明快地承认违法的相对性;第二,违法相对论有意识地否定其他法领域违法判断与刑事违法判断之间的绝对关联性。这体现在既不需要运用一般违法的概念作为判断前提,又不需要运用可罚的违法性概念来与其他法领域的违法相区别,可以说在判断效率和准确性上要高于缓和的违法一元论。第三,缓和的违法一元论由于先行判断一般违法,在构成要件符合性的考察中就纳入了民事价值取向,违法相对论在肯定刑事违法的构成要件符合性阶段并

[35] 如佐伯千仞认为,违法在不同领域有不同的表现形式或者处于不同的阶段,不同法领域有不同的目的,所要求的违法性的质和量也有所不同。参见(日)佐伯千仞:《修订刑法讲义》(总论),有斐阁1974年,第176页。

[36] 王昭武,见前注[4],第183页。

[37] 参见王昭武,见前注[4],第178页。

不考虑民事不法,而是在违法阻却(减轻)事由中考察民事价值取向并作出衡量。

长久以来,对违法相对论的批判都集中在其排斥法秩序统一,但这一点是站不住脚的。首先,这种误解主要来源于形式化地理解法秩序的统一,法秩序的统一不等于违法概念的统一,而应当归于法目的层面的统一,注重刑法的法目的实现的相对论较之于一元论反而能够全面关照到各法领域目的的统一。其次,相对论意在强调刑法要“相对独立”地进行违法判断,而非追求“对立”的判断。在澄清违法相对论和缓和的违法一元论的问题焦点的基础上,何种理论更适合司法实践,这有待于从理念到方法上的重新检视。

## 四、实践转向:由“刑民区分”走向“刑民竞合”

### (一)“刑民区分”的方向性偏差

各法领域都有其相对明确的调整范围,一般情况下案件的定性是较为容易的。但是也要看到,各法律部门之间虽各有分工,仍不免出现“重合”的地带,由此便会产生具体案件的法律适用疑难。以刑法适用为例,过去有刑法学者将同时涉及刑事法与民事法、刑事法与行政法规范案件称为“刑民交错”“刑行衔接”,并以此为研究对象,试图在刑法与民法、行政法之间画一条清晰的界限来确定具体事案的法律适用。

但事实上,所谓“刑民交错”“刑行衔接”仅仅是现象,规范的选择适用才是研究的最终目的。“当两个法律规范相冲突时,并不存在真伪问题,它们只是分别提供了不同的法律理由,我们所要做的是确定和权衡不同的法律理由,找到实际情况中各种可能方案中最优的一种,即哪一个更合理的问题。”<sup>〔38〕</sup>具体而言,刑法与其他部门法之间产生冲突,到底是应当遵从其他部门法的指引还是依照刑法的内部价值和逻辑自行判断才是需要解决的问题。因此,“刑民交错”“刑行衔接”案件的法律适用归根结底还是违法判断的问题。

传统理论之所以提出“刑民之分”,某种程度上是先入为主地认为民事不法与构成犯罪的刑事违法在性质上全然不同、彼此排斥。因此,只要确定了刑民界限就能在法律适用上各归其位。但是,这里面往往陷入了一个认识误区,即把“刑民之分”等同于罪与非罪之分。为什么一个行为是犯罪行为的同时就不能是侵权行为?既然故意伤害的行为构成犯罪,行为人应当给予被害人赔偿,那么依据的不是民法上的侵权责任又是什么呢?另一方面,虽然刑事违法和行政不法能够重合、衔接的观点得到了多数学者的认可,但是不是就意味着二者之间有着“出行人刑”的必然关联?是不是只要判定行为具有相应的行政不法,在情节和数量上达到法律规定的要求,即可用刑法规制而无需另行对其刑事违法的有无进行考察?此外,“刑民区分”的思考方式带来的最大问题恐怕还在于极易导致司法实践的僵化思考,案例如下。

[玉石抽奖案]2011年被告人邹某甲等人经事先商量,以塑料、玻璃制品冒充缅甸玉,采用事先抽掉中奖项目,“摸奖卖玉”的方式,两次共骗得受害人的现金4500元。经法院审理,邹某

〔38〕 雷磊:“法律规范冲突的含义、类型与思考方式”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第七卷,山东人民出版社2008年版,第250页。

甲被判处拘役六个月,并处罚金人民币一千元。<sup>[39]</sup>

类似案件,还经常发生在大型商场内部、旅游景区附近,商家通过操纵中奖概率引诱顾客购买标价虚高、品质低劣的玉石类产品,并声称一经出售概不退换。<sup>[40]</sup>即使在顾客报案后,也通常会视其为消费纠纷,鲜少做刑事立案处理。类似的还有诱导老年人购入大量对身体无益的“保健品”的案件。多年来关于刑民区分标准的探讨,不论是学者还是实务人员都对交叉案件的定性潜意识地采取了“民事排除刑事”思维,案件一旦被定性为消费纠纷就限定在民事法律的管辖范围内,接受这种结论者不在少数。消费者与商家的纠纷适用《合同法》《消费者保护法》固然没有问题,但是在本案中商家虚构中奖概率、虚标售价、品质证书造假,诱导顾客,让其以为自己捡到了大便宜,也就是产生了认识错误,基于这样的认识错误而处分了自己的财产(付款购买假珠宝),商家的行为完全符合诈骗罪的构成要件。由此可以看出,“民事优先”思维看似遵守了刑法谦抑性原则,实则却是不当地限缩了刑法的规制范围。正确的做法应当是将刑事关系、民商事关系一并考虑,准确认定案件事实。民事不法并不排斥刑事违法,也不必然构成刑事违法,同时具有民事不法和刑事违法的行为需受到民商事法律和刑法的共同规制。

随着“刑民交错”“刑行衔接”现象愈加复杂化,虽有诸多区分标准被提出,但仍然缺乏能够一以贯之的有效判断方法,因此现阶段清晰地划定刑法与其他部门法之间的界限无疑是过于理想化的。但如果转变观念就会发现,刑民之分并非如同预设的那么重要,法律责任的竞合完全存在可能性和相当的合理性。当然,并不能因此否认“刑民之分”研究的价值,先前的研究对刑民、刑行关系的全方位观察仍旧为这一课题的拓展提供了更为宽广的空间。

回归法教义学视角,法律规范的适用是择一还是并用是以不违背法秩序统一为前提进行考量的,只要明确法秩序统一的底线是违法判断的不对立而非完全一致这一点,行为什么时候进入刑法评价的视野,罪与非罪的界限如何明确化、清晰化等问题就可以在刑法范围内独立地展开。以此观之,恐怕“彻底划清刑法与民法乃至行政法的界限”本就不应当是努力的方向。

## (二)刑事违法与民事有效性判断相分离

在具体案件的处理中,违法判断的立场更直观地演变为另一个问题:对于此类案件的法律适用,刑法、民法、行政法的适用有无位阶性?如果认为有位阶性,刑法是否需要遵从其他法领域违法的判断?一定程度上,缓和的违法一元论能够充分反映传统的分析路径,即以民事不法为认定刑事违法性的前提,倾向于刑事违法判断从属于民事不法的判断。违法相对论虽然也会考虑行为在民法上的评价,但由于其并不认可民事关系和刑事违法之间的绝对关联性,因此更倾向于相对独立地进行刑事违法判断,法秩序的统一性体现在对违法判断过程合理性反向检验的工具上。通过不同视角分析[帅英骗保案],对违法判断方法的实践立场可窥见一二。

[帅英骗保案] 1998年、2000年帅英两次为母亲投保“康宁终身保险”,保险合同约定“凡70周岁以下,身体健康者均可作为被保险人”,被保险人身故后,保险公司将赔付基本保额3

[39] 浙江省绍兴县人民法院(2012)绍刑初字第5号刑事判决书。

[40] 由亚男:“万金之躯‘抽奖玉’实为卑微之身”,载《济南日报》2017年2月28日,第A06版;韩雯雯:“商场抽奖暗藏玄机标价千元珠宝吊坠仅值几十元”,载《承德晚报》2017年3月1日,第04版。



倍的保险金。但1998年帅英母亲实际年龄已达77岁,并不符合投保要求。2003年其母身故后,帅英获得27万保险金。此后,渠县分公司根据举报进行理赔调查,发现其母的户口早在投保前就已经从1921年1月7日修改成了1944年11月7日(改小了23岁),并曾在体检时找他人代为体检。<sup>[41]</sup>

本案焦点集中在对帅英行为的定性上,检方认为帅英故意虚构保险标的,骗取保险金,符合《刑法》第198条第1款的规定,<sup>[42]</sup>因此以保险诈骗罪对帅英提起公诉。而帅英的辩护律师则认为,第一,根据《保险法》第12条和第54条第1款规定,<sup>[43]</sup>保险合同的保险标的为人的寿命和身体,也就是人的生存状况和健康状况,帅英虽伪造年龄,但年龄并非保险标的;第二,保险法对真实年龄不符合合同约定的年龄限制设置有两年的除斥期间,若超出两年的,保险公司不可单方解除合同且该保险合同继续生效,因此主张该案仅适用保险法,帅英无罪。

针对帅英骗保案,以于改之、王昭武、邓子滨、李兰英等为代表的学者及多数实务人员首先从保险合同的效力认定着手,<sup>[44]</sup>认为既然《保险法》规定了不可抗辩条款,那么在符合该条件的情况下,合同必然有效,有效的合同受到民事法律的保护,此逻辑下:有效=合法。回归到刑事违法判断,根据命题I,符合构成要件的行为在其他法领域被认定为合法,就不构成犯罪。

在本案中,如果采取传统观点,认为保险法肯定了虚构年龄投保行为经过两年期间就是合法的,也即允许虚构年龄投保(仅是附加了时间条件而已),那么这就会与刑法禁止虚构标的的禁令相违背。这样看来似乎可以认为,民法与刑法之间针对经过两年以上的虚构年龄投保行为的评价出现了不可调和的矛盾。但实际上,出于维持法秩序动态的平衡的考虑,对该行为不能只单纯考察保险法设置该条款的目的,更要对比,此种目的是否与刑法设置保险诈骗罪的目的相冲突。

在违法相对论看来,此时保险法与刑法的目的并不冲突,并且在违法判断上,刑法和民法也不存在着冲突。首先,旧《保险法》第54条的法律效果是保险人不得单方撤销保险合同,如

[41] 参见何海宁:“难倒法官的骗保案”,载《南方周末》2005年4月14日,第A6版。

[42] 《刑法》第198条第1款:有下列情形之一,进行保险诈骗活动,数额较大的,处5年以下有期徒刑或者拘役,并处1万元以上10万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处2万元以上20万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑,并处2万元以上20万元以下罚金或者没收财产:①投保人故意虚构保险标的,骗取保险金的;②投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度,骗取保险金的;③投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故,骗取保险金的;④投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故,骗取保险金的;⑤投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病,骗取保险金的。

[43] 旧《保险法》第12条:保险标的是指作为保险对象的财产及其有关利益或者人的寿命和身体。旧《保险法》第54条第1款:投保人申报的被保险人年龄不真实,并且其真实年龄不符合合同约定年龄限制的,保险人可以解除合同,并在扣除手续费后,向投保人退还保险费,但是自合同成立之日起逾2年的除外。

[44] 参见于改之、吴玉萍:“刑、民冲突时的法律适用——以帅英骗保案为中心”,《法律适用》2005年第10期,第63页;王昭武,见前注[4],第184页;邓子滨:《斑马线上的中国》,法律出版社2013年版,第60页;李兰英:“契约精神与民刑冲突的法律适用——兼评〈保险法〉第54条与刑法第198条规定之冲突”,《政法论坛》2006年第6期,第171页。

无其他问题该保险合同是有效的。该条的设置意在防止保险人滥用其优势地位,均衡其与投保人之间的利益。但是,这并不意味着保险法就此追认了该虚构年龄投保的行为是合法的行为。其次,民事合同有效并不代表虚构年龄投保的行为在民法上就是合法的,更不代表该行为在全体法秩序内都是被允许的。这是因为,合同长时间处于效力待定状态不利于民事活动的进行,因此需要尽可能地促使合同成立、有效。最后,关于保险诈骗罪的目的,张明楷认为,“刑法设立第198条是为了保护保险人的利益,当然要防止投保人滥用保险法第54条骗取保险人财产;当投保人故意虚构保险标的骗取保险金时,即使保险合同依然有效,也不影响其行为构成保险诈骗罪。”<sup>[45]</sup>从其主张来看,强调针对不同法律关系,应当依据民商事法律与刑法各自的性质与目的进行解释,即是典型的相对性思维的体现。

在过去很长一段时间内,司法实践中都存在着因行为构成刑事犯罪而判定合同无效,或者在认定合同有效后因此判决不构成刑事犯罪的做法。但是,近年来最高人民法院对一系列涉及犯罪的合同纠纷处理结论却显示出相反的论调。<sup>[46]</sup>根据合同有效否定构成犯罪的观点极易为缓和的违法一元论者所采用,这看似是维护了法秩序的统一,保持了评价上的一致,但实际上忽视了民法和刑法各自法目的的差异性。就合同缔结而言,双方意思自治下利益的最大化是通过有效合同的履行来实现的,维护社会秩序并不是其主要目的,并不能因其中一方违反管理性强制规定就宣布合同无效,因为这样一来反而有可能让相对人承担了不利的后果。《民法总则》第153条第1款对《合同法》第52条第5款作了细化规定,违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。因此,法官在判定合同是否有效时,需要着重考察的是,何种强制规定是效力性强制规定,而不是合同行为是否构成犯罪。

例如,某甲与多人缔结了高息借款合同,涉案金额特别巨大,某甲构成非法吸收公众存款罪的同时,法院判定借款合同有效,仍需履行。从相对论立场来看,这是顺理成章的,这是因为其并不以行为在民法上的评价作为刑事违法判断的前提。某甲的行为符合非法吸收公众存款罪的构成要件,而合同有效并不意味着金融秩序没有受到侵害,也不代表着该行为获得正当性而能够阻却违法。同样,刑法中对非法吸收公众存款罪的规定作为管理性强制规定也并不对合同效力的认定产生约束力。可以说在类似的案件中,即使考虑相关的民事关系,也并未对行为构成犯罪的结论产生任何影响。

总体而言,民法并不十分关注行为是否违法,甚至侵权责任也没有一概以“违法”为要件。需要特别注意的是,对民事行为的“有效性”与一般意义上行为的合法性的区别解读,同样体现了违法相对论与缓和的违法一元论对其他法领域的观察视角的不同。

### (三)违法判断的相对性符合刑法谦抑理念

从违法相对论的结论来看,其他法领域禁止的行为不一定是刑法上的犯罪行为,而其他法领域许可的行为也有可能是刑法上的犯罪行为,前者能够较为直观地体现谦抑理念,而后者则常常被指责为“不谦抑”。但是,这种结果上的“不谦抑”不能够说明在判断思路上的不谦抑。由于刑

[45] 张明楷:“实体上的刑民关系”,载《人民法院报》2006年5月17日,第B01版。

[46] 参见最高人民法院办公厅:《中华人民共和国最高人民法院公报》2011年第11期,第45—48页。

法的目的为法益保护,那么就应当以有效的法益保护为出发点,以合理限缩刑罚为路径,方才能实现刑法效益最大化。在此过程中,法官的评价对象为刑罚适用的必要性和相当性。谦抑性在刑法解释中的运用体现为,结合法益的重要性及自我保护可能性具体地、个别地衡量对一定行为施以必要、相当刑罚的思考方式。因此,如果能够充分论证法益保护的必要性就可以肯定刑罚必要性的存在,即使所得结论不利于被告人,也不能认为整体的判断过程不谦抑。

2013年底通过的《公司法》第三次修正案确立了公司认缴制度,即公司的登记制度由注册资本实缴登记制改为认缴登记制,同时针对公司设立还取消了最低注册资本制度和验资程序,由此引发了是否要对刑法中虚报注册资本罪、虚假出资罪、抽逃出资罪去罪化的争论。有学者明确提出,“虚报注册资本罪和抽逃出资罪的保护法益落空,刑法必须紧跟经济社会的发展和公司法的新规定,尽快将该两罪修正废除。”<sup>[47]</sup>同时,实务部门对相关案件的处理也大相径庭,如下两个案例,既有法院因法律修改准予检察院撤回起诉的,也有法院以相关罪名定罪的。

[冉某抽逃出资案]栾城县人民检察院于2013年7月17日以被告人冉某某犯抽逃出资罪提起公诉。在诉讼过程中,栾城区人民检察院于2016年3月2日以法律修改为由作出撤回起诉决定书,之后栾城区人民法院准予撤回起诉。<sup>[48]</sup>

[肖某虚报注册资本案]2012年11月,作为丹阳公司股东、法定代表人的肖某为显示丹阳公司实力,决定采用虚假手段对公司进行增资(原注册资本600万)。肖某委托他人负责代办验资、变更登记等所有手续,后通过操作,将1412万元转入肖某等人招商银行账户,并以增资款的名义转入丹阳公司增资验资账户。在成都市新津工商行政管理局准予丹阳公司注册资本由原来的600万元变更为2012万元的同日,该1412万元增资款经丹阳公司基本账户转出。<sup>[49]</sup>

在公司法修改后,全国人大常委会第八次会议于2014年4月24日通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第158条、第159条的解释》,将虚报注册资本罪、虚假出资、抽逃出资罪三罪的适用对象限定为依法实行注册资本实缴登记制的公司。这看似最终由立法解释为该争议划上了句号,但能否据此肯定,这样的去罪化彰显了刑法的谦抑性,恐怕还存在巨大的疑问。

以卢建平为代表的废除修改论秉持了缓和的违法一元论立场,认为虚报注册资本、虚假出资入罪的时代条件、价值条件和法益保护条件均发生了变化,虚假出资行为缺乏入罪的条件,只有予以非犯罪化才能够符合刑法谦抑理念。刑法相关规定已经与新公司法和公司资本制度的改革形势不相适应,也到了必须修改的地步。<sup>[50]</sup>按照该观点,认缴登记制度取消了验资的特定程序,工商登记机关也无义务去核查,因此,肖某的虚假增资行为最多只需要承担《公司法司法解释三》规定的相关民事义务及责任,而无刑法规制的必要。

但是,在违法相对论的立场来看,从实质解释论的角度对刑法进行新的解读,当前还不宜将这三罪予以废除。理由在于,刑法设立相应罪名所依据的并非是民事法律,而是有其规范保

[47] 何荣功:“经济自由与刑法理性:经济刑法的范围界定”,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第3期,第49页。

[48] 参见石家庄市栾城区人民法院(2013)栾刑初字第95号刑事裁定书。

[49] 参见成都市新津县人民法院(2014)新津刑初字第61号刑事判决书。

[50] 参见卢建平:“公司注册门槛降低对刑法的挑战——兼论市场经济格局中的刑法谦抑”,《法治研究》2014年第1期,第30页。

护目的存在,虚报注册资本罪、虚假出资、抽逃出资罪的法益仍具有需保护性,相应的违法行为也自然具有刑事处罚的必要性。这是因为,此三罪的核心法益为公司资本制度,那么对资本制度的三项原则(资本确定、资本维持、资本不变)的违反则就有可能侵害法益。第一,认缴制度下资本确定原则仍然存在,资本认缴制和实缴制两种模式在股东的出资义务上不存在根本对立,“无论资本的认缴还是实缴,都不会改变股东出资义务的存在。”<sup>[51]</sup>认缴制下虽不要求股东立即给付资产,但其相应的出资额是确定的,且应对缴纳出资的真实性、合法性负责;第二,根据《公司法》第3条规定,股东以认缴的出资或认购的股份对公司承担责任,那么依然存在资本确立原则,认缴制度下股东也仍然有资本充实和资本维持的义务。此外,对于债权人而言,实缴资本的有无和多少不仅是衡量对方公司经营规模和公司诚信度的标准,还是规避风险的重要考虑因素,<sup>[52]</sup>这不仅是商法构建资本制度所考量的重要因素,同样也作为资本三罪的法益而为刑法所保护。

在[肖某虚报注册资本案]中,无论民事法律是否修改,肖某虚报注册资本的行为即是违反了法定的出资义务,其以此欺骗公司登记主管部门取得公司登记,完全符合虚报注册资本罪的构成要件。从实质解释的立场出发,肖某既然已经将增资款打入公司账户,那么该笔资金即属于公司财产,将数额巨大的资产转出则已经违背了资本确定和资本维持原则,民事法律的修改也不能阻却刑事违法。与虚报注册资本罪、虚假出资罪所不同的是,由于抽逃出资的行为只可能发生在股东出资之后,所以抽逃出资罪只能以实缴制为前提,[冉某抽逃出资案]以法律变更为由准许撤诉也就是合理的。

当立法解释“一刀切”地规定三罪只能适用于实缴登记制的公司时,此种做法无疑忽略了,刑法的违法判断需要相对独立于民商事法律。违法相对论的出发点是刑法对公司资本信息公示制度这一法益保护的必要性,认缴制并非可以不缴纳注册资本,而是不需要一次性缴全认定的注册资本,一旦到期未缴纳就涉及到“虚报”,刑法所保护的法益就有被侵害的危险,此时刑法的适用有其必要性,相对判断的结果也符合刑法的谦抑性。

缓和的违法一元论以刑法的补充性、二次规范性为理论基础,看似在思维和结论上符合刑法谦抑性,实则极易违背罪刑法定原则、法益保护原则,不仅可能导致不当地限缩处罚范围,还有可能因前刑法判断导致刑事违法的判断过程趋于复杂或者判断准确性下降。“无论是反复强调‘刑法的补充性’原则,还是只在民法、行政法不足以保护法益的场合才适用刑法的原则,都不过是将保护民众安全推卸给其他法领域来管辖而已,实际上是拒绝配合寻求保护的民众。”<sup>[53]</sup>如果不能就不适用刑罚的合理性、正当性予以说明,刑法的不适用就并非真正的谦抑。违法相对论在说理上的优越性以及更缜密的逻辑链条则能够有效避免上述的质疑。在部分案件中违法相对论的运用有可能扩张犯罪的成立范围,但这不仅没有违背谦抑性,反而正与

[51] 赵旭东:“资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读”,《法学研究》2014年第5期,第21页。

[52] 参见李军:“认缴制下对‘资本三罪’的修订或重新解读——‘废用论’外的另一条可行路径”,《政治与法律》2015年第9期,第55页。

[53] (日)井田良:“社会的变化と刑法”,载三井誠等编:《鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集》,成文堂2007年版,第14页。



追求“有效法益保护”的刑法谦抑理念相契合。

## 五、结 论

综合本文的分析、论证,可得出以下几点结论。

1.违法相对论以刑法的独立性为立足点,更符合刑法在现代法律体系中的定位。

刑法的独立性决定了刑法自身的目的是对行为评价的根本出发点,刑法既不是其他部门法的补充法,也非单纯为保障其他部门法而存在。这就要求刑事违法的判断必须以刑法自身为核心,相对地独立于其他部门法的违法判断。缓和的违法一元论以民事不法、行政不法为刑事违法判断的前提及决定性依据,在判断方法上总体坚持了“从属性>独立性”,这既忽略了刑法目的实现,也不符合刑法在法律体系中的独立定位。

2.法秩序统一的内涵不是“违法”概念的统一,而是法目的之间的统一。

关于违法判断方法的争论主要体现在缓和的违法一元论与违法相对论之间,分歧主要在于对法秩序统一的认识不同。在缓和的违法一元论看来,法秩序的统一是前提,法秩序的统一必然体现为“违法”概念的统一,但实际上,这种从形式上对法秩序统一的解释,其意义更多的是约束立法者之行为。在违法相对论看来法秩序的统一是法律解释的目的而非前提,应当肯定“违法”概念在不同法领域存在差异,尽量通过解释消除矛盾,而非否认矛盾。由于违法不是对规范的违反而是对规范目的的违反,所以各法领域中的违法判断均需要结合本法领域的目的分别进行判断。因此,违法相对论从法目的的统一来理解法秩序的统一,不仅符合立法现实,更能够在解释论层面上充分发挥刑法的功能。

3.“刑民交错”“刑行衔接”案件中法律适用应当抛弃“非此即彼”的思考方式,转用法律竞合和法律冲突的思维。

关于“刑民交错”“刑行衔接”案件的法律适用,传统分析路径过度关注于刑事违法与民事不法、行政不法的界分标准,但实际上,此三者之间并非互相排斥之关系。当一行为受多个部门法规制时,各部门法的评价结果并不违反法秩序的统一,可以同时适用多个部门法,并且在不违反“一事不二罚”原则的前提下,行为人也应承担多重法律责任;当各部门法评价结果可能产生冲突时,有必要通过对法目的之间的利益衡量进行法律选择。

4.违法相对论在判断效率和准确性上要高于缓和的违法一元论,且符合谦抑性理念。

相较于缓和的违法一元论,摒弃了“一般违法性”和“可罚的违法性”概念的违法相对论在判断路径上更为简明,其主张,①民事法律、行政法律法规对同类型行为的规制不是阻止刑法介入社会生活的理由,民事不法、行政不法也并非刑事违法判断的前提;②民事不法、行政不法并不能为刑事违法的判断提供明确、充足的标准;③民事、行政行为的有效性与刑事违法的认定无必然的关联性。在判断过程中,违法相对论并非全然不顾及行为在其他部门法上的评价,而是在综合考虑民法、行政法的相关规定的基础上,对处罚的必要性和相当性做出判断。即使违法相对论的结论可能扩大处罚范围,也仍符合刑法谦抑理念所倡导的对法益的有效保护。

从“诸法合体”“法律分野”到“法律融合”时代的更迭,对刑法与其他部门法的关系不宜延续过去要么完全混合或要么彻底分立的路径,对“刑民交错”“刑行衔接”的讨论也应适时转换

视角,着力于不同法领域之间违法判断关系的考察。一方面,需要注意的是,刑法作为部门法既具有独立性,也在法目的上有别于民法、行政法,刑法自身的目的是刑事违法判断的核心。另一方面,法秩序运行过程中的一致性不容忽视,无论是刑法理论研究者还是刑事司法实务人员的主要工作都是尽可能地明确行为类型的法律适用,并兼顾现有法律体系的稳定性、有序性,排除法秩序所不能够容忍的矛盾。有着合理立论支撑的违法相对论能够较好地均衡刑法目的实现与法秩序统一这两点,是值得提倡的。在此基础上,需要进一步突破的课题是,如何将违法相对论与犯罪构成理论结合起来,使得具有指引意义的理论转化为可指导实践具体操作的方法。

---

**Abstract:** In the context of “legal fusion”, it is likely to appear that several legal fields adjust and regulate one act simultaneously. Under certain conditions, “harmony in diversity” should be allowed in the judgment of the illegality. The theoretical basis of the relative judgment of the illegality consists in: is grounded in that the criminal law is relatively independent, which is and not subject to the civil law or the administrative law. Therefore, the judgment of civil illegality and administrative illegality is certainly not the premise of the judgment of criminal illegality. The unity of legal order is not the unity of the forms among the concepts of illegality, but the unity of the purposes of each legal field. The application of law involved in the case, which contains “the intersection of criminal law and civil law” or “the connection of criminal law and administrative law”, should abandon the “one or the other” dichotomous thinking method and adopt the thought of legal concurrence and legal conflict. The realization of the criminal law’s own purposes should be given precedence in the judgment of the criminal illegality. The provisions of other branches of law could be the reference, rather than the grounds, and the validity of an act (under other branches of law) couldn’t deny its criminal illegality. Compared with the moderate monism of the illegality, the relative illegality theory can not only combine the realization of the criminal law’s purposes with the unity of legal order, but also as well as accords with the modesty and restraint principle of criminal law. In addition, it is more distinct and more efficient in terms of the judgmental process.

**Key Words:** Relative Independence; Unity of Legal Order; Relative Illegality Theory; Moderate Monism of the Illegality.

---

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:高颖文)